2017년 한국기업법학회 추계공동 국제학술대회

기업리스크 관리와 법적 쟁점

❍ 일시 : 2017년 10월 27일(금) 13:30~18:00

❍ 장소 : 제주대학교 법학전문대학원 대강당(B1)

❍ 주최 : (사)한국기업법학회 · 일한법학회
제주대학교 법과정책연구원 · 제주연구원

❍ 후원 : KB 국민은행 동광건설 IBK기업은행 금융그룹 IBK투자증권 라인건설

사단법인
한국기업법학회
KOREA BUSINESS LAW ASSOCIATION

개 회 사

천고마비의 계절을 실감할 수 있는 제주에서 2017년도 한국기업법학회 추계 국제학술대회를 일한법학회, 제주대학교 법과정책연구원, 제주연구원과 공동으로 개최하게 되었습니다. 오늘 이 공동학술대회의 성공적인 개최를 위해 다양한 조언과 협조를 아끼지 않으신 일한법학회의 도리야마 교이치(鳥山 恭一)회장님, 제주대학교 법과정책연구원의 오성근 원장님, 제주연구원의 강기춘 원장님께 존경과 감사의 인사를 드립니다.

이 번 추계국제학술대회의 대주제는 '기업리스크 관리와 법적 쟁점'입니다. 기업의 CEO라면 누구나 기업의 복잡성을 관리하고 불확실성을 줄이는 것은 물론 예측 불가능한 미래, 특히 언제 다가올지 모르는 치명적 리스크나 엄청난 기회에 미리 대비할 수 있기를 원할 것입니다. 최근 업계 및 시장의 여러 요인으로 인해 기업의 리스크 관리(Risk Management)는 기업의 CEO에게 매우 중요한 요소가 되고 있습니다. 이번 학술대회는 기업리스크의 관리과정에서 다양하게 발생할 수 있는 법적 쟁점들을 가지고 일본과 국내의 전문가들이 모여 발표를 하고 토론을 하게 됩니다. 학회 고문이신 정찬형 고려대 명예교수께서 기조강연을 해주시고, 일본 와세다대학의 시바자키 사토루(柴崎 暁)교수님, 일본 구르메대학의 니시하라 신지(西原 慎治) 교수님, 서울대학교의 천경훈 교수님, 중소기업연구원의 최수정 박사님이 주옥같은 주제를 가지고 발표를 합니다. 각 주제별 사회자와 토론자 역시 전국적으로 명성있는 전문가들을 모셨습니다. 오늘 참여하신 모든 회원님들께 보다 유익한 학술대회가 될 수 있기를 기대합니다.

학술대회 첫 날은 열띤 분위기 속에서 보내고 그 다음날은 이 열기를 식히기 위해 문화탐방을 하게 됩니다. 약 2시간 동안 제주 돌문화공원을 관광할 예정입니다. 돌문화공원은 돌의 고장 제주에 있는 돌문화를 종합적이고 체계적으로 보여주면서 제주의 역사와 전통, 자연미를 함께 느낄 수 있는 자연과 문화의 쉼터로서 유명합니다. 모쪼록 멀리 제주에 와서 회원들 간에 즐겁고 멋진 추억들을 많이 쌓는 기회가 되길 바라겠습니다.

이번 추계 공동 국제학술대회 개최를 위해 정말 많은 분들이 수고를 하셨습니다. 일본 교수님들의 섭외를 담당하신 서성호 부회장님, 학술대회 행사의 세밀한 영역까지 하나 하나 꼼꼼하게 챙겨주신 오성근 제주대 법과정책연구원장님, 회원 간에 친목도모를 위해 유익한 프로그램을 기획하고 진행해주신 송양호 부회장님, 그리고 학술대회 사무를 총괄하면서 많은 구슬땀을 흘리신 이창재 총무이사님과 김동엽 사무국장님께 각별히 감사의 말씀 드리면서 이만 인사말에 갈음합니다.

감사합니다.

2017년 10월 27일

사단법인 한국기업법학회 회장 김 재 형

祝　辞

皆様、はじめましてこんにちは。

私は、早稲田大学法務研究科教授の鳥山恭一です。

私はまた、日韓法学会の会長も務めております。

日韓法学会は、韓日法学会と協力して、毎年度、ソウルと東京とで交代で、研究集会を開催しております。

昨年度は、2016年8月30日にソウルの延世大学において、資本市場法制に関する研究集会を開催いたしました。本年度は、2017年11月18日に東京の早稲田大学において、ユーポレートガバナンスコードおよびスチュワードシップコードに関する研究集会を開催する予定です。

世界の人々がお互いに理解しあうことは、経済活動がますます国際化していることだけによらずに、お互いに接触する頻度がますます増えているためにますます重要になっています。お互いの国の法制度を理解することも、その意味においてますます重要になっています。

韓国と日本とは近くに存在する隣国ではありますが、それでも、お互いの国の法制度を理解しあうことはそれほど容易なことではありません。日韓法学会は、韓日法学会と協力して、毎年、研究集会を開催することを通して、韓国と日本とのあいだにおける法学分野での研究交流を着実に積み上げていくことにより、韓国と日本との相互の理解に寄与していきたいとおもっております。

本日ここに出席されておられる先生方におかれましても、韓日法学会と日韓法学会とによるそうした研究交流に是非、積極的にご協力くださいますようにお願い申しあげる次第です。

韓国企業法学会の本日の学術大会におきましても、日本からの報告者が2人参加させていただいております。

本日の韓国企業法学会の秋季共同国際学術大会により、韓国と日本との法学分野における研究交流も一層進展するものと確信しております。

そして、そのように充実した学術大会を開催されます韓国企業法研究会がますます発展されますことを、心よりお祈り申しあげております。

鳥山 恭一
早稲田大学法務研究科 教授
日韓法学会 会長

축 사

여러분 처음 뵙겠습니다. 반갑습니다.
저는 와세다대학 법무연구과 교수인 토리야마 쿄이치입니다.
저는 또한 일한법학회의 회장도 역임하고 있습니다.

일한법학회는 한일법학회와 협력하여 매년도 서울과 도쿄에서 번갈아가며 연구집회를 개최하고 있습니다. 작년도에는 2016년 8월 30일에 서울의 연세대학교에서 “자본시장법제에 관한 연구”집회를 개최하였습니다.
이번 년도에는 2017년 11월 18일에 도쿄의 와세다대학에서 “코퍼레이트 거버넌스 코드 및 스튜어드십 코드에 관한 연구”집회를 개최할 예정입니다.
세계의 사람들이 서로를 이해하는 것은 경제활동이 더욱 국제화하는 것뿐만이 아니라 서로가 접촉하게 되는 빈도가 늘어나는 것이기 때문에 더욱 중요하게 여겨집니다.
한국과 일본은 가까이에 존재하는 인접국이지만, 서로의 법제도를 이해하는 것은 그리 용이하지 않습니다.
일한법학회는 한일법학회와 협력하여 매년 연구집회를 개최하는 것을 통해서 한국과 일본 사이에 있어서의 법학분야의 연구교류를 착실히 쌓아가는 것으로 한국과 일본과의 상호 이해에 기여하고 싶다고 생각합니다.
오늘 이 자리에 출석해주신 선생님들께서도 한일법학회와 일한법학회의 그러한 연구 교류에 부디 적극적으로 협력해주시길 바라는 바입니다.
한국기업법학회의 오늘의 학술대회에도 일본에서부터 2명의 보고자가 참석하고 있습니다.
오늘의 한국 기업법학회의 추계 공동 국제 학술대회로 인해 한국과 일본의 법학분야에 있어서의 연구 교류도 한층 진전할 것이라고 확신합니다.
그리고 이렇게 충실한 학술대회를 개최하는 한국 기업법학연구회가 더욱 발전할 수 있도록 진심으로 기원드립니다.

토리야마 쿄이치
와세다대학 법무연구과 교수
일한법학회 회장

진 행 순 서

전체사회 : 이창재 총무이사(조선대)

▣ 개 회 식 **14:00 – 14:20**

개 회 사 : 김재형 교수(한국기업법학회 회장)
축 사 : 鳥山 恭一 교수 (일한법학회 회장, 와세다대)
환 영 사 : 오성근 교수(제주대학교 법과정책연구원 원장)
동시통역(제1,2주제) : 심 율 (와세다대 대학원 법학연구과 박사과정)

◈ **기조발제 : 금융회사 지배구조에 관한 법률에 관한 소고**
14:20 - 14:50 / 9

사회 : 양동석 교수(조선대)

◈ **제1주제 : 日本私法における一括清算と三者間相殺 (Close-out netting and Triangular set-off)**
(일본 사법에서의 일괄 정산과 삼자간 상쇄)
(14:50 - 15:35) / 45

▶ 발표 : 柴崎 暁 교수(와세다대)
▶ 토론 : 서성호 교수(조선대) / 고영미 교수(숭실대)

사회 : 권종호 교수(건국대)

◈ **제2주제 : 日本の射倖契約論の現状(일본의 사행계약론의 현상)**
(15:35 - 16:20) / 67

▶ 발표 : 西原 慎治 교수(구르메대)
▶ 토론 : 강영기 교수(고려대) / 곽관훈 교수(선문대)

◈ Coffee Break : 16:20 - 16:40

사회 : 맹수석 교수(충남대)

◈ 제3주제 : 계열사간 거래에 따른 기업의 법적 리스크와 이사회의 역할 (14:40 - 15:25) / 89

▶ 발표 : 천경훈 교수(서울대)

▶ 토론 : 심 영 교수(연세대) / 임정하 교수(서울시립대)

사회 : 오성근 교수(제주대)

◈ 제4주제 : 현행법상 준법지원인제도의 주요쟁점과 법제 개선방안 (17:25 - 18:10) / 115

▶ 발표 : 최수정 박사(중소기업연구원)

▶ 토론 : 노혁준 교수(서울대) / 안수현 교수(한국외대)

▣ 폐 외	18:10 만찬

기조발제

금융회사 지배구조법에 관한 일고(一考)

발표 : 정찬형 교수(고려대)

금융회사 지배구조법에 관한 일고(一考)

정 찬 형*

≪ 目 次 ≫

Ⅰ. 서언
Ⅱ. 금융회사 지배구조법상 금융회사의 지배구조에 관한 내용 및 문제점
Ⅲ. 금융회사 지배구조법의 개선방안
Ⅳ. 결어

Ⅰ. 서 언

2013년 3월 KB금융지주 경영진과 사외이사들 간의 불협화음이 언론에 많이 보도되었고,[1] 그 당시 이를 염두에 둔 금융위원장은 사외이사들이 이사회에서 경영진의 거수기 역할을 하거나 반대로 경영진과 맞서며 독주하는 상황을 모두 개선하기 위한 방안으로 금융회사 지배구조를 개편할 것을 예고하였다.

금융회사의 건전한 지배구조는 경영의 건전성, 금융소비자의 보호, 전체 금융시스템의 안정 등을 위하여 매우 중요한 문제이다. 우리나라의 경우 2012년부터 "금융회사의 지배구조에 관한 법률안(정부안)"이 논의되기 시작하였다. 즉, 금융회사의 지배구조에 관한 법률안(정부안)(이하 "금융회사 지배구조법안"으로 약칭함)이 2012년 6월 18일 국회에 제출되었고, 동안은 2012년 8월 28일 국회 정무위원회에 상정되어, 2012년 9월 26일 국회 정무위원회에서 대체 토론을 하고 소위원회에 회부되었다. 금융회사 지배구조법안은 "글로벌 금융위기 이후 전 세계적으로 금융회사의 바람직한 지배구조에 관한 중요성이 강조되고 있고 금융회사의 이사회와 감사위원회의 역할 강화 등 금융회사의 지배구조에 관한 규율을 강화할 필요성이 제기됨에 따라, 이사회의 사외이사 비율·임원

* 고려대학교 법학전문대학원 명예교수

1) 조선일보, 2013. 3. 23자 A12면 ; 매일경제, 2013. 3. 23자 A10면.

의 자격요건 등 개별 금융업권별로 차이가 나는 지배구조에 관한 사항을 통일적이고 체계적으로 규정하여 금융업 간의 형평성을 제고하는 한편, 이사회와 감사위원회의 기능을 강화하고 위험관리위원회와 위험관리책임자를 두도록 함으로써 금융회사의 책임성을 높이고 건전한 경영을 유도하여 금융시장의 안정성을 유지하기 위한 제도적 기반을 마련하려는 것임"을 제안이유로 하고 있다.

금융회사 지배구조법안은 2015년 7월 6일 국회 본회의를 통과하고, 2015년 7월 31일 법률 제13453호로 공포되었으며, 공포 후 1년 후인 2016년 8월 1일부터 시행되고 있다. 동 법률은 그 후 2016년 5월 29일 법률 제14271호(시행 : 2016년 8월 1일) 및 2017년 4월 18일 법률 제14818호(시행 : 2017년 10월 19일)로 두 차례 개정되었다.

그러면 이러한 금융회사의 지배구조에 관한 법률(이하 "금융회사 지배구조법"으로 약칭함)의 제정으로 우리 금융회사의 지배구조에 관한 문제는 완전히 해결되었는가? 금융회사 지배구조법은 회사에 관한 기본법인 상법(회사편)과 조화하지 못하는 문제, 또한 금융회사 지배구조법 자체 내에서도 모순되거나 모호한 규정이 있는 문제, 사업의 내용과 규모 등이 다른 금융회사를 모두 동일한 지배구조의 틀에서 규정함으로써 경영 효율성과 경쟁력을 하락시킬 수 있는 문제 등 많은 문제점을 갖고 있다.

따라서 이하에서는 금융회사 지배구조법상 금융회사 지배구조에 관한 내용 및 문제점을 살펴본 후, 금융회사 지배구조법의 개선방안을 제시하여 보고자 한다.

Ⅱ. 금융회사 지배구조법상 금융회사의 지배구조에 관한 내용 및 문제점[2)]

1. 서 언

금융회사 지배구조법은 금융회사의 업무집행기관에 대하여 업무집행책임자, 업무집행기관에 대한 감독기관으로서 이사회, 업무집행기관에 대한 감사기관으로서 감사위원회 또는 상근감사에 관한 특칙 등을 규정하고 있으므로, 이를 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 업무집행책임자

가. 금융회사 지배구조법의 내용

금융회사 지배구조법에 의하면 '업무집행책임자'를 상법상의 집행임원과 구별하여 임

2) 금융회사의 지배구조에 관한 법률(안)에 대한 평가에 관하여는 정찬형, "금융기관 지배구조 개선을 통한 금융안정 강화 방안," 「금융법연구」(한국금융법학회), 제10권 제1호(2013), 23~32면 참조.

원의 범위에 포함시키고(동법 제2조 제2호), 업무집행책임자란 “이사가 아니면서 명예회장 · 회장 · 부회장 · 사장 · 부사장 · 행장 · 부행장 · 부행장보 · 전무 · 상무 · 이사 등 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 금융회사의 업무를 집행하는 사람을 말한다”고 규정하고 있다(동법 제2조 제5호). 이는 상법상 업무집행지시자 중의 하나인 표현이사(표현집행임원)와 유사한 내용으로 규정하고 있다(상법 제401조의 2 제1항 제3호, 제408조의 9 참조).

이러한 업무집행책임자 중 경영전략 수립 등 전략기획업무, 재무 · 예산 및 결산 회계 등 재무관리업무, 자산의 운용 등에 대한 위험관리업무의 어느 하나에 해당하는 주요업무를 집행하는 업무집행책임자를 ‘주요업무집행책임자’라고 하여(동법 제8조 제1항 전단, 동법 시행령 제9조), 이들의 임면 · 임기 · 지위 · 의무에 대하여 별도로 규정하고 있다. 즉, 주요업무집행책임자는 이사회의 의결에 의하여 임면되고(동법 제8조 제1항 후단, 동법 시행령 제9조), 임기는 정관에 다른 규정이 없으면 3년을 초과하지 못하며(동법 제8조 제2항), 주요업무집행책임자와 해당 금융회사의 관계는 위임관계이고(동법 제8조 제3항), 주요업무집행책임자는 이사회의 요구가 있으면 언제든지 이사회에 출석하여 요구한 사항을 보고하여야 할 의무를 부담한다(동법 제9조).

나. 문제점

금융회사 지배구조법상의 업무집행책임자에 관한 규정은 다음과 같은 문제점이 있다.

(1) 금융회사 지배구조법이 규정하고 있는 금융회사의 업무집행기관인 업무집행책임자는 금융회사가 상법상 집행임원 비설치회사(이사회를 기준으로 보면 참여형 이사회제도)인가 또는 집행임원 설치회사(이사회를 기준으로 보면 감독형 이사회제도)인가에 따라 다음과 같은 문제점이 있다.

1) 금융회사가 집행임원 비설치회사인 경우에는 금융회사 지배구조법상의 업무집행책임자는 회사법상 (강학상) 이른바 ‘사실상 집행임원’(비등기임원)을 의미하는 것으로 보인다.[3] 금융회사 지배구조법은 업무집행책임자가 임원에 포함된다는 점과(동법 제2조

3) 동지 : 도제문, “금융회사지배구조법상 업무집행자에 관한 일고(一考)-은행의 경우를 중심으로,” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제13권 제3호(2016. 12), 107~108면[금융회사 지배구조법상 업무집행책임자는 집행임원 비설치회사(우리나라의 모든 은행)에서 운용하고 있는 이른바 「사실상 집행임원」(비등기 경영임원)에 법적인 이름표를 달아준 것으로 보인다. 이러한 업무집행책임자제도는 「사이비 임원현상」을 더욱 복잡화하며, 사실상 집행임원(비등기임원) 현상을 제도화 · 고착화시키는 장치로 보인다. 또한 이들을 업무집행책임자로 이름만 바꾸어 그 임면절차에서 이사회 의결조차 필요 없도록 한 규정은 이른바 황제경영을 더욱 심화시킬지 모른다는 우려를 갖게 한다] ; 정경영, “회사법의 관점에서 본 금융회사 지배구조에 관한 법률의 의의와 쟁점,” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제13권 제3호(2016. 12), 79~80면(금융회사 지배구조법상 업무집행책임자는 회사법상의 지배구조와는 구별되는 특수한 지위이다. 일반 주식회사의 실무에서 이와 유사한 지위를 찾자면 비등기이사에 유

제2호) 용어의 뜻(동법 제2조 제5호)에 대하여만 규정하고 있지, (주요업무집행책임자를 포함한 업무집행책임자에 대하여는) 가장 중요한 공시(등기), 의무(경업금지, 회사의 기회 및 자산의 유용금지, 회사와의 거래금지 등), 책임(회사에 대한 책임 및 제3자에 대한 책임) 등에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않고 또한 준용규정도 없다. 금융회사 지배구조법은 업무집행책임자 중 주요업무집행책임자에 대하여는 임면기관(동법 제8조 제1항), 임기(동법 제8조 제2항),지위(동법 제8조 제3항) 및 이사회에 대한 보고의무(동법 제9조)에 대하여 특칙을 두고 있지만, 그 이외의 업무집행책임자에 대하여는 이러한 점에 대한 규정도 없다.

사실상 집행임원제도는 IMF 경제체제 이후 2011년 4월 개정상법 이전에 사외이사를 강제하는 법률로 인하여 사외이사를 최소화하기 위하여 이사수를 대폭 축소함으로써(따라서 업무를 집행할 사내이사가 대폭 축소함으로써) 발생한 새로운 기업에서의 현상으로서 법률이 미처 이를 규정한지 못한 점에서 발생한 특수한 현상(법률상 미아 현상)이었다. 즉, 2011년 4월 개정상법 이전에 사외이사를 강제하는 법률에서 집행임원에 대하여는 규정을 두지 않음으로써, 사실상 종래의 이사(사내이사)의 업무를 수행하는 사실상 집행임원에 대하여는 그 설치근거도 법률에 없었을 뿐 아니라 그의 지위 · 권한 · 의무 · 책임 · 공시(등기) 등에 대하여도 법률에 규정이 없었다. 따라서 이로 인하여 많은 문제점이 발생하게 되었는데, 대표적인 예로 상법은 지배인에 대하여는 등기의무를 규정하면서(상법 제13조) 그보다 훨씬 상급자인 사실상 집행임원인 사장 · 전무 등에 대하여는 등기(공시)가 되지 않아 사실상 집행임원과 거래하는 제3자의 보호에 문제점이 발생하는 등 많은 문제점이 발생하게 되었다.[4)]

이러한 사실상 집행임원에 대한 법의 미비를 해결하기 위하여 2011년 4월 개정상법은 집행임원에 관한 규정을 신설하여(집행임원 설치회사), 집행임원의 지위 · 임면 · 임기 · 권한 · 의무 · 책임 및 공시(등기) 등에 대하여 규정하였다(상법 제408조의 2~제408조의 9, 제317조 제2항 제8호). 그런데 상법상 집행임원제도를 채택할 것인지 여부에 대하여는 회사의 자율에 맡기고 있다(상법 제408조의 2 제1항 제1문). 이로 인하여 대규모 상장회사나 금융회사는 거의 전부 사실상 집행임원을 두고 있으면서 상법상 집행임원제도로 전환하지 않고, 이러한 사실상 집행임원은 상법상 집행임원과는 다르다고(억지) 주장을 한다. 이는 사실상 탈법행위라고 볼 수 있다. 대규모 상장회사나 금융회사 등이 상법상 집행임원제도로 전환하는 것을 꺼리는 이유는 주로 지배주주(회장)가 사실상 집행임원을 독단적으로 선임하고 언제든지 해임할 수 있으며 또한 등기(공시)도 할 필요가 없었는데(즉, 황제경영이 가능하였는데), 상법상 집행임원제도로 전환하면 이러

사한 지위라 할 수 있다. ....이사와 유사한 업무를 담당하는 비등기이사를 업무집행책임자라는 명칭으로 도입했다고 이해된다).

4) 정찬형, 「상법강의(상)(제20판)」 (서울 : 박영사, 2017), 938~939면.

한 혜택을 누릴 수 없기 때문이다.[5)]

금융회사 지배구조법이 집행임원 비설치회사에서 사실상 집행임원인 업무집행책임자에 대하여 규정하면서 그의 의무·책임·공시(등기) 등에 대하여는 전혀 규정하지 않은 것은 금융회사의 사실상 탈법행위를 합리화하고, 상법이 업무집행기관과 업무감독기관을 분리하는 집행임원제도를 통하여 실현하고자 하는 실효성 있는 견제받는 경영(투명경영)에 역행한다고 본다. 또한 금융회사 지배구조법상 이러한 업무집행책임자는 (사외이사가 과반수 있는) 이사회의 감독을 받지 않고(동법 제15조 제1항, 상법 제393조 제2항 참조) 실제로 (그에 대한 임면권이 있는) 회장에 의한 감독만을 받으므로 회장에 의한 황제경영을 고착화·합리화하여 준다고 볼 수 있다. 따라서 금융회사 지배구조법상 이러한 업무집행책임자에 관한 규정은 동법의 입법목적인 금융회사의 건전한(투명한) 경영에 반하는 규정으로 반드시 시정되어야 할 것으로 본다.

금융회사 지배구조법상 업무집행책임자 중 주요업무집행책임자에 대하여는 그의 임면권을 이사회에 부여하여(동법 제8조 제1항) 어느 정도 이사회에 의한 사실상 감독을 받는다고도 볼 수 있으나,[6)] 이러한 주요업무집행책임자의 업무집행에 관한 감독권에 대하여는 동법 제15조의 이사회의 권한에도 없고, 또한 상법 제393조 제2항의 이사회의 권한에도 없다(집행임원 설치회사에서는 상법 제408조의 2 제3항 제2호에서 명문으로 규정함). 따라서 이러한 주요업무집행책임자의 감독권도 실제로는 회장에게 있다고 볼 수 있어 사실상 감독을 받지 않게 되어, 황제경영을 고착화·합리화하는 결과에 대해서는 큰 차이가 없다고 본다. 또한 금융회사 지배구조법에서 업무집행책임자를 이와 같이 주요업무집행책임자와 그 이외의 업무집행책임자로 나누어 임면권자를 달리하는 것은, 양자의 구별기준(주요업무의 기준)도 문제가 있을 뿐만 아니라 지배주주가 없는 은행 등의 경우 회장과 사외이사간의 갈등의 소지도 있어 문제가 많다고 본다.[7)]

2) 금융회사가 상법상 집행임원 설치회사인 경우에는,[8)]업무집행책임자 및 주요업무집행책임자의 용어는 상법상 집행임원의 용어로 대체되어야 하고, 상법의 규정과 중복되는 이에 관한 규정은 의미가 없으므로 삭제되어야 할 것으로 본다.

---

5) 정찬형, "나의 상법학 이해 30년-입법 및 판례와 관련한 연구를 중심으로," 「고려법학」(고려대 법학연구원), 제70호(2013), 20~21면.

6) 금융회사 지배구조법상 업무집행책임자와 주요업무집행책임자를 구별하여 임면권자를 달리하게 된 사정은 업무집행책임자 전원을 회장(대표이사 또는 은행장)이 임면하거나 반대로 사외이사가 과반인 이사회에서 전원을 임면하게 되는 극단의 현상을 피하고자 하였던 타협책이었다고 한다(금융회사 지배구조법안에 관한 국회 정무위원회 검토보고서 참조) ; 도제문, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 111면, 118~119면.

7) 동지 : 도제문, 상게논문, 119면.

8) 금융회사 지배구조법은 상법에 따른 집행임원을 둔 경우 집행임원을 임원의 개념에 포함시키고 있는 점에서(동법 제2조 제2호), 상법상 집행임원 설치회사를 채택한 금융회사를 예상하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 금융회사 지배구조법에서 상법상 표현이사(표현집행임원)의 개념을 차용하여 업무집행책임자라는 용어를 정의하는 것은 매우 적절하지 않다고 본다. 상법상 표현이사(표현집행임원)라는 용어는 그러한 자가 실제는 업무집행할 권한이 없는데 그 명칭 자체가 업무를 집행할 권한(영향력)의 근거가 된다고 하여 그러한 자의 회사 및 제3자에 대한 책임을 인정하고자 하는 것이므로,[9] 금융회사에서 실제로 업무를 집행하는 자에 대하여 굳이 표현이사(표현집행임원)에서 그 용어를 차용하여 업무집행책임자라고 표현하는 것은 매우 적절하지 않다고 본다. 즉, 금융회사 지배구조법상 업무집행책임자는 상법상 집행임원과 같이 (정당한) 업무집행기관이므로 동법에서 그의 지위·권한·의무·책임 및 공시(등기) 등을 규정하여야 하는 것이지, 이사(집행임원)가 아닌 자를 이사(집행임원)으로 의제하여 그의 책임을 묻기 위한 것이 아니다.[10] 따라서 금융회사 지배구조법은 업무집행책임자의 책임에 관하여 동법에서 명확히 규정하여야 하는데, 이를 규정하지 않고 성질이 다른 표현이사(표현집행임원)에 관한 상법의 규정을 유추적용하도록 하는 것은 매우 적절하지 않다고 본다.

3. 이사회

가. 금융회사 지배구조법의 내용

(1) 이사회 및 이사회내 위원회의 구성 등

1) 이사회의 구성

(가) 금융회사 지배구조법상 금융회사는 이사회에 사외이사를 3명 이상 및 이사 총수의 과반수가 되도록 두어야 한다(동법 제12조 제1항·제2항 본문). 다만 대통령령으로 정하는 금융회사의 경우는 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 하여야 한다(동법 제12조 제2항 단서). 이때 '대통령령으로 정하는 금융회사'는 비상장 금융회사인 경우 최근 사업연도 말 현재 자산총액을 기준으로 상호저축은행은 3천억 원 이상 7천억 원 미만이고, 금융투자업자 또는 종합금융회사는 3천억 원 이상 5조원 미만이며, 보험회사는 3천억 원 이상 5조원 미만이고, 여신전문금융회사는 3천억 원 이상 5조원 미만이다(금융회사 지배구조법 시행령 제12조 제2호~제5호, 제6조 제3항). 주권상장법인의 경우에는 자산총액이 위 최저액에 미달하는 경우에도 이에 해당한다(금융회사 지배구조법

9) 정찬형, 전게서[상법강의(상)(제20판)], 1052~1055면 참조.

10) 동지 : 정경영, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 79면(금융회사 지배구조법상 업무집행책임자 제도는 행위자의 책임을 묻기 위한 제도가 아니라, 금융회사 내부의 일정한 업무집행의 권한과 의무를 부담하는 기관을 명시한 것이다. 즉, 책임구조가 아니라 지배구조에 해당하는 개념이다) ; 도제문, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 125면.

시행령 제12조 제1항, 제6조 제3항).

금융회사는 사외이사의 사임·사망 등의 사유로 사외이사의 수가 금융회사 지배구조법 제12조 제1항 및 제2항에 따른 이사회의 구성요건에 미치지 못하게 된 경우에는 그 사유가 발생한 후 최초로 소집되는 주주총회(상호회사인 보험회사의 경우 사원총회를 포함함)에서 동법 제12조 제1항 및 제2항에 따른 요건을 충족하도록 조치하여야 한다(금융회사 지배구조법 제12조 제3항).

(나) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 이사회는 매년 원칙적으로 사외이사 중에서 이사회 의장을 선임해야 하는데(동법 제13조 제1항), 예외적으로 사외이사가 아닌 자를 이사회 의장으로 선임하는 경우에는 이사회는 그 사유를 공시하고 사외이사를 대표하는 자(선임사외이사)를 별도로 선임하여야 한다(동법 제13조 제2항). 선임사외이사는 사외이사 전원으로 구성되는 사외이사회의의 소집 및 주재, 사외이사의 효율적인 업무수행을 위한 지원 및 사외이사의 책임성 제고를 위한 지원의 업무를 수행한다(금융회사 지배구조법 제13조 제3항). 금융회사 및 그 임직원은 선임사외이사가 이러한 업무를 원활하게 수행할 수 있도록 적극 협조하여야 한다(금융회사 지배구조법 제13조 제4항).

2) 이사회내 위원회의 구성

(가) 금융회사 지배구조법상 금융회사는 상법 제393조의 2에 따른 이사회내 위원회로서 임원후보추천위원회·감사위원회·위험관리위원회 및 보수위원회를 설치하여야 하는데(동법 제16조 제1항), 금융회사의 정관에서 정하는 바에 따라 감사위원회가 보수에 관한 사항(동법 제22조 제1항)을 심의·의결하는 경우에는 보수위원회를 설치하지 아니할 수 있다(동법 제16조 제2항 본문). 이러한 위원회의 과반수는 사외이사로 구성하고(동법 제16조 제3항), 위원회의 대표는 사외이사로 한다(동법 제16조 제4항).

(나) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 임원후보추천위원회는 임원(사외이사, 대표이사, 대표집행임원, 감사위원에 한정함) 후보를 추천한다(동법 제17조 제1항). 임원후보추천위원회는 3명 이상의 위원으로 구성한다(동법 제17조 제2항). 그러나 임원후보추천위원회는 3명 이상의 위원으로 구성하여야 하는 사항(동법 제17조 제1항)과 위원회의 과반수는 사외이사로 구성하고(동법 제16조 제3항) 위원회의 대표는 사외이사이어야 한다는 사항(동법 제16조 제4항)은, 최초로 3명 이상의 사외이사로 이사회를 구성하는 금융회사가 그 임원을 선임하는 경우에는 적용하지 아니한다(동법 제17조 제6항).

금융회사는 주주총회 또는 이사회에서 임원을 선임하려는 경우 임원후보추천위원회의 추천을 받은 사람 중에서 선임하여야 하는데(동법 제17조 제3항), 이 경우 임원후보추천위원회가 사외이사 후보를 추천하는 경우에는 주주제안권을 행사할 수 있는 요건을 갖춘 소수주주가 추천한 사외이사를 포함시켜야 한다(동법 제17조 제4항).

임원후보추천위원회의 위원은 본인을 임원 후보로 추천하는 임원후보추천위원회 결

의에 관하여 의결권을 행사하지 못한다(동법 제17조 제5항).

(다) 금융회사 지배구조법상 이사회내 위원회의 하나인 감사위원회에 대하여는 후술하고, 위험관리위원회 및 보수위원회에 관한 설명은 생략한다.

3) 기타

(가) 금융회사 지배구조법상 금융회사는 사외이사의 원활한 직무수행을 위하여, 사외이사가 회사의 경영실태를 원활히 파악할 수 있도록 영업·재무·그 밖의 업무집행 상황 등에 관한 자료나 정보를 연 1회 이상 정기적으로 제공하고, 사외이사가 원활한 직무수행을 위하여 이사회 의장 또는 선임사외이사를 통하여 해당 금융회사에 대하여 자료나 정보의 제공을 요구하는 경우 금융회사는 정당한 사유가 없으면 요구받은 자료나 정보를 지체 없이 제공하여야 하며, 이사회 및 이사회내 위원회의 회의자료를 회의 개최 2주일(해당 금융기관의 정관 또는 이사회규정 등에서 이 기간을 달리 정할 수 있음) 전까지 제공하여야 한다(동법 제18조 제1항, 동법 시행령 제15조). 또한 사외이사는 해당 금융회사에 대하여 그 직무를 수행할 때 필요한 자료나 정보의 제공을 요청할 수 있는데, 이 경우 금융회사는 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다(동법 제18조 제2항).

(나) 금융회사 지배구조법상 금융지주회사가 발행주식 총수를 소유하는 자회사 및 그 자회사가 발행주식 총수를 소유하는 손자회사(손자회사가 발행주식 총수를 소유하는 증손회사를 포함한다. 이하 이 조에서 '완전자회사 등'이라 한다)는 경영의 투명성 등 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우에는 사외이사를 두지 아니하거나 이사회내 위원회를 설치하지 아니할 수 있다(동법 제23조 제1항). 이때 '경영의 투명성 등 대통령령으로 정하는 요건'이란 금융지주회사의 이사회가 완전자회사 등에 대하여 조언·시정권고 및 이에 필요한 자료의 제출을 요구하는 경우 완전자회사 등은 특별한 사정이 없으면 요구에 성실히 응하여야 하고, 금융지주회사의 감사위원회가 완전자회사 등에 대하여 그 업무·재무구조 등에 대한 감사 및 이에 필요한 자료의 제출을 요구하는 경우 완전자회사 등은 특별한 사정이 없으면 요구에 성실히 응하여야 하는 것을 말한다(동법 시행령 제18조).

완전자회사 등이 감사위원회를 설치하지 아니할 때에는 상근감사를 선임하여야 하고(동법 제23조 제2항), 이러한 상근감사의 자격요건은 사외이사의 자격요건과 같다(동법 제23조 제3항 본문). 다만 해당 완전자회사 등의 상근감사 또는 사외이사가 아닌 감사위원으로 재임중이거나 재임하였던 사람은 상근감사가 될 수 있다(동법 제23조 제3항 단서).

(2) 이사회의 운영 및 권한

1) 이사회의 운영(지배구조내부규범)

(가) 금융회사 지배구조법상 금융회사는 주주와 예금자 · 투자자 · 보험계약자 · 그 밖의 금융소비자의 이익을 보호하기 위하여 그 금융회사의 이사회의 구성과 운영, 이사회 내 위원회의 설치, 임원의 전문성 요건, 임원 성과평가 및 최고경영자의 자격 등 경영승계에 관한 사항 등에 관하여 지켜야 할 구체적인 원칙과 절차(이하 '지배구조내부규범'이라 함)를 마련하여야 하는데(동법 제14조 제1항), 지배구조내부규범에 규정하여야 할 세부적인 사항과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(동법 제14조 제2항). 이에 따라 금융회사 지배구조법 시행령에서는 지배구조내부규범에 포함되어야 할 사항으로, 이사회의 구성과 운영에 관한 사항, 이사회내 위원회의 설치와 운영에 관한 사항, 임원에 관한 사항 및 최고경영자(대표이사 또는 대표집행임원을 말함)의 자격 등 경영승계에 관한 사항에 관하여 상세하게 규정하고 있다(동법 시행령 제13조 제1항).

또한 금융지주회사는 이사회의 심의 · 의결을 거쳐 소속 자회사 등이 지배구조내부규범에 반영하여야 할 원칙과 절차 등을 정할 수 있다(동법 시행령 제13조 제2항).

(나) 금융회사 지배구조법상 금융회사는 (i) 지배구조내부규범을 제정하거나 변경한 경우 그 내용, (ii) 금융회사가 매년 지배구조내부규범에 따라 이사회 등을 운영한 현황을, 금융위원회가 정하는 바에 따라 인터넷 홈페이지 등에 공시하여야 한다(동법 제14조 제3항).

2) 이사회의 권한

(가) 금융회사 지배구조법상, 금융회사의 (i) 경영목표 및 평가에 관한 사항, (ii) 정관의 변경에 관한 사항, (iii) 예산 및 결산에 관한 사항, (iv) 해산 · 영업양도 및 합병 등 조직의 중요한 변경에 관한 사항, (v) 내부통제기준 및 위험관리기준의 제정 · 개정 및 폐지에 관한 사항, (vi) 최고경영자의 경영승계 등 지배구조 정책 수립에 관한 사항, (vii) 대주주 · 임원 등과 회사 간의 이해상충행위 감독에 관한 사항은, 이사회의 심의 · 의결을 거쳐야 한다(동법 제15조 제1항).

(나) 이사회의 심의 · 의결사항은 정관으로 정하여야 하고(동법 제15조 제2항), 상법 제393조 제1항에 따른 이사회의 권한 중 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치 · 이전 또는 폐지에 관한 권한은 정관에서 정하는 바에 따라 위임할 수 있다(동법 제15조 제3항).

나. 문제점

금융회사 지배구조법상의 이사회 및 이사회내 위원회에 관한 규정은 다음과 같은 문제점이 있다.

(1) 금융회사 지배구조법이 규정하고 있는 금융회사의 이사회 및 이사회내 위원회는

금융회사가 상법상 집행임원 비설치회사(이사회를 기준으로 보면 참여형 이사회제도)인가 또는 집행임원 설치회사(이사회를 기준으로 보면 감독형 이사회제도)인가에 따라 다음과 같은 문제점이 있다.

1) 금융회사가 집행임원 비설치회사(참여형 이사회제도)인 경우에는 다음과 같은 문제점이 있다.

(가) 금융회사가 집행임원 비설치회사(참여형 이사회제도)인 경우에는,[11] 상법상 금융회사의 업무집행기관은 이사회(상법 제393조 제1항)와 대표이사(상법 제389조)이고, 업무집행기관(이사 및 대표이사)에 대한 감독기관은 이사회이다(상법 제393조 제2항). 금융회사 지배구조법상 금융회사의 지배구조에 관하여 동법에 특별한 규정이 없으면 상법이 적용되는데(동법 제4조 제2항), 동법은 이러한 상법의 기본규정과 다른 특칙을 규정하고 있다고 볼 수 없으므로 집행임원 비설치회사를 선택한 금융기관에 대하여는 이러한 상법의 규정이 적용된다. 이 경우 업무집행기관과 이에 대한 감독기관이 중복되어(또는 자기감독이 되어) 모순될 뿐만 아니라, 처음부터 제도적으로 감독기관(이사회)의 감독을 불가능하게 하고 있다.[12] 따라서 집행임원 비설치회사인 금융회사에서는 이사회에 의한 업무집행기관(이사회 및 대표이사)에 대한 감독기능은 제도상 처음부터 불가능하여 이사회에 의한 감독은 사실상 없는 것과 같게 되었다.

금융회사 지배구조법은 금융회사의 이사회를 (대통령령으로 정하는 금융회사를 제외하고) 사외이사 중심으로 구성하도록 하여(사외이사를 3명 이상 및 이사 총수의 과반수두도록 하여)(동법 제12조 제1항~제2항)[13] 형식적(외관상)으로는 사외이사 중심의 이사회가 업무집행기관에 대한 실효성 있는 감독을 할 수 있는 것 같이(즉, 이사회의 감독권을 강화하는 것 같이) 규정하고 있으나, 업무집행기관과 업무감독기관을 분리하지 않고(즉,감독형 이사회제도를 채택하지 않고) 다시 참여형 이사회 제도를 채택하여(즉, 이사회에 다시 업무집행권을 부여하여) 사외이사를 다시 업무집행기관(이사회)에 참여시키는 것은 그 자체로 제도상 모순이라고 본다. 또한 이러한 사외이사 중심의 참여형 이사회제도는 업무집행의 효율성을 크게 떨어뜨릴 뿐만 아니라, 업무집행기관에 대한 감독의 면에서도 자기감독이 되어 업무집행기관에 대한 감독은 거의 없게 된다. 따라서 이러한 사외이사 중심의 이사회는 실제로 업무집행의 면에서나 업무집행기관에 대한 감독

---

11) 금융회사가 상법상 집행임원제도(상법 제408조의 2~제408조의 9)를 명백히 채택하지 않은 경우나 또는 대표이사제도를 채택한 경우에는(상법 제408조의 2 제1항 제2문 참조) 모두 집행임원 비설치회사(참여형 이사회제도)를 채택한 금융회사라고 볼 수 있다. 현재 우리나라의 금융회사는 거의 전부 이에 해당한다[동지 : 도제문, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 122면].

12) 동지 : 정찬형, "우리 주식회사 지배구조의 문제점과 개선방안," 「상사법연구」(한국상사법학회), 제34권 제2호(2015. 8), 25면.

13) 이는 대규모 상장회사(최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 상장회사를 말한다. 이하 같음)의 경우와 같다(상법 제542조의 8 제1항 단서, 동법 시행령 제34조 제2항).

의 면에서나 그 기능을 발휘하지 못하여 유명무실하고, 금융회사의 업무집행은 아무런 감독(견제)을 받지 않는 사실상 집행임원(금융회사 지배구조법상은 업무집행책임자)과 대표이사(회장)가 거의 전횡하게 되어, 대표이사(회장)에 의한 황제경영을 강화하는 결과가 된다.[14] 이는 또한 사외이사의 원래의 도입취지(감독기관에 참여시켜 감독기능을 강화하고자 하는 것)에도 반하고, 사외이사를 유명무실하게 하거나 사외이사가 그의 권한을 남용하는 문제점을 발생시키고 있다.

금융회사 지배구조법은 업무집행기관으로 '업무집행책임자'에 대하여 규정하면서, 이러한 업무집행책임자에 대한 감독기관(이사회 등)에 대하여는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 또한 금융회사 지배구조법상 업무집행책임자는 이사가 아니므로(동법 제2조 제5호) 상법 제393조 제2항에 의하여도 이사회의 감독을 받지 않는다. 따라서 금융회사의 업무집행기관인 업무집행책임자에 대하여는 금융회사 지배구조법상 및 상법상 감독기관이 없다. 이것은 매우 중대한 입법의 미비이며, 이사회의 업무집행기관에 대한 감독기능을 더욱 유명무실화시키는 요인의 하나가 되고 있다. 금융회사 지배구조법은 그 제안이유 중의 하나로 "이사회와 감사위원회의 기능을 강화하여 금융회사의 건전한 경영을 유도한다"고 하고, 또한 동법의 입법 목적 중의 하나로 "금융회사의 건전한 경영"을 들고 있는데, 입법의 내용은 위에서 본 바와 같이 업무집행기관에 대한 감독기관이 없거나 자기감독의 제도적 모순을 그대로 두어 대표이사(회장)에 의한 황제경영을 강화시키는 것은 동법의 제안이유나 목적에 반대되는 입법이라고 본다.

(나) 금융회사의 지배구조법이 이사회 의장을 원칙적으로 사외이사로 하도록 한 점(동법 제13조 제1항), 이사회내 위원회로서 임원후보추천위원회·감사위원회·위험관리위원회 및 보수위원회를 의무적으로 두도록 하고(동법 제16조 제1항) 동 위원회 위원의 과반수는 사외이사로 하며(동법 제16조 제3항) 동 위원회의 대표를 사외이사로 하도록 한 점(동법 제16조 제4항) 등은 업무집행기관과 감독기관이 분리된 감독이사회(집행임원 설치회사)에서 이사회의 업무집행기관에 대한 감독의 효율성을 기하기 위한 것이다(이사회 의장에 관하여는 상법 제408조의 2 제4항 참조). 참고로 일본 회사법상 위원회 설치회사(지명위원회 등 설치회사)는 이사회에 지명위원회·감사위원회 및 보수위원회를 둔 회사를 말하고, 각 위원회의 위원의 과반수는 사외이사이어야 하는데, 이러한 위원회 설치회사는 집행임원을 의무적으로 두어야 하므로, 위원회 설치회사는 업무집행기관과 감독기관이 분리된 집행임원 설치회사를 전제로 하고 있다고 볼 수 있다(일본 회사법 제400조~제422조 참조). 또한 「유럽에서의 회사법 지배구조에 관한 보고서」에서도 회사의 업무를 집행하는 집행임원(사내이사)은 과반수가 독립적인 사외이사로 구성되는 이사회내의 지명위원회에 의하여 선임되고, 그의 보수는 과반수가 독립적인 사외이사로 구성되는 보수위원회에서 결정되며, 그의 업무에 대한 (회계)감사는 과반수가 독립적인 사

14) 동지 : 정찬형, 전게논문(상사법연구 제34권 제2호), 26면.

외이사로 구성되는 감사위원회에 의하여 수행되어야 한다고 한다. 이는 간접적으로 업무집행기관과 감독기관은 분리되어야 함을 전제로 하고 있다.[15] 이러한 점에서 보면 금융회사 지배구조법이 업무집행기관과 감독기관이 분리된 집행임원 설치회사를 전제로 하지 않고 이사회 의장을 원칙적으로 사외이사로 하도록 하거나, 이러한 이사회내 위원회에 관한 규정을 둔 것은, 입법의 미비 또는 글로벌 스탠더드에 맞지 않는 입법이라고 본다. 즉, 참여형 이사회에서 대표이사가 아닌 사외이사를 이사회 의장으로 하면 업무집행의 효율성을 크게 떨어뜨리고 업무감독에서도 자기감독이 되어 실효성을 발휘할 수 없다. 또한 참여형 이사회에서 사외이사를 (이사회를 통하여) 업무집행에 참여시키면서 다시 이러한 이사회내 위원회에서 활동하도록 하는 것은 자기감독(감사)이 되어 실효성 있는 감독(감사) 내지 견제가 되지 못하는 것은 자명하다고 본다.

(다) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 임원후보추천위원회의 구성은 대규모 상장회사의 사외이사 후보추천위원회와 유사하다(상법 제542조의 8 제4항). 다만 금융회사 지배구조법상 임원후보추천위원회의 경우 사외이사를 임원후보추천위원회의 대표로 하도록 한 점(동법 제16조 제4항), 3명 이상의 위원으로 구성하도록 한 점(동법 제17조 제2항) 등은 상법상 사외이사 후보추천위원회와 다르다. 금융회사 지배구조법상 임원후보추천위원회는 상법상 대규모 상장회사에서의 사외이사 후보추천위원회보다는 진일보한 규정인데, 외국 입법례에서의 지명위원회와 같이 후보 추천대상을 사외이사ㆍ대표이사ㆍ대표집행임원ㆍ감사위원에 한정하지 말고 명칭에 맞게 전 임원으로 확대하여야 할 것으로 본다. 이와 같이 하는 것이 대표이사(회장)의 전횡에 의한 인사권을 어느 정도 견제할 수 있을 것으로 본다.

금융회사 지배구조법상 금융회사가 주주총회에서 사외이사를 선임하려는 경우 임원후보추천위원회의 추천을 받은 사람 중에서 선임하여야 하는 점(동법 제17조 제3항) 등은 상법상 대규모 상장회사의 그것과 같은데(상법 제542조의 8 제5항), 다만 금융회사 지배구조법이 임원후보추천위원회의 위원은 본인을 임원 후보로 추천하는 임원후보추천위원회 결의에 관하여 의결권을 행사하지 못하도록 한 점(동법 제17조 제5항)은 이러한 규정이 없는 상법상 대규모 상장회사에서의 사외이사 후보추천위원회의 경우와 다르다. 이 경우 금융회사 지배구조법은 본인은 의결권을 행사하지 못하도록 할 것이 아니라, 최소한도 자기를 후보로 추천하는 후보추천위원회의 위원이 될 수 없도록 하여야 할 것으로 본다.

(라) 금융회사 지배구조법에서 이사회의 권한에 관하여 특별히 규정하고 있다(동법 제15조). 이는 참여형 이사회제도(집행임원 비설치회사)를 채택한 금융회사에 대하여는 상법 제393조 제1항에 대한 특칙이라고 볼 수 있다.

---

15) 정찬형, “주식회사의 지배구조,” 「상사법연구」(한국상사법학회), 제28권 제3호(2009. 11), 16～17면 참조.

참여형 이사회제도에서는 회사의 업무집행에 관한 의사결정권이 이사회에 있는데(상법 제393조 제1항), 금융회사 지배구조법은 이에 관하여는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 참여형 이사회제도를 채택한 금융회사에서는 상법 제393조 제1항에 의하여 업무집행에 관한 의사결정권이 이사회에 있다고 보아야 할 것이다(금융회사 지배구조법 제4조 제2항).[16)]

금융회사 지배구조법이 이사회 권한사항으로 규정한 사항 중 정관의 변경에 관한 사항(상법 제434조), 해산에 관한 사항(상법 제518조), 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도에 관한 사항(상법 제374조 제1항 제1호), 합병에 관한 사항(상법 제522조 제3항), 분할 또는 분할합병에 관한 사항(상법 제530조의 3 제2항)은 주주를 보호하기 위하여 상법상 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 받도록 하고 있다. 또한 주식회사를 유한회사로 조직변경을 하고자 하면 총주주의 일치에 의한 총회의 결의를 받도록 하고 있다(상법 제604조 제1항). 또한 이러한 상법의 규정은 강행법규라고 볼 수 있다. 상법상 이러한 사항을 주주총회에 상정하기 위하여는 당연히 이사회 결의를 거쳐야 한다. 따라서 이러한 사항을 금융회사 지배구조법이 이사회 권한사항으로 규정한 것은 특별규정으로서 의미가 없다고 본다.

금융회사 지배구조법 제15조 제2항은 "이사회의 심의·의결사항은 정관으로 정하여야 한다"고 하여, (상법 또는 금융회사 지배구조법이나) 정관에 규정이 없는 사항은 이사회 결의사항이 아닌 취지로 규정하고 있다. 그런데 참여형 이사회제도에서는 위에서 본 바와 같이 회사의 업무집행에 관한 의사결정권은 (정관에 규정이 없는 경우에도) 이사회에 있다(상법 제393조 제1항). 따라서 금융회사 지배구조법 제15조 제2항은 상법 제393조 제1항과 상충된다. 금융회사 지배구조법의 규정이 상법의 특칙으로서 먼저 적용되는 것으로 보면(동법 제4조 제2항), 정관에 규정이 없는 사항에 대하여는 누가 의사결정권을 갖는가가 문제된다. 정관에 이에 관한 위임규정이 있으면 문제가 되지 않지만, 정관에 규정이 없으면 누가 의사결정이 있으며 그 근거는 무엇인가의 문제가 있다. 따라서 금융회사 지배구조법이 제15조 제2항에 의하여 이사회의 권한을 축소하고자 하면 위와 같은 문제에 관하여 명확한 규정을 두어야 할 것으로 본다. 이는 또한 대단히 중요한 문제이다. 이에 관하여 지배구조내부규범에 규정하도록 하고자 한다면 금융회사 지배구조법에서 반드시 그 근거규정을 두어야 할 것으로 본다.

또한 금융회사 지배구조법 제15조 제3항은 "상법 제393조 제1항에 따른 이사회의 권한 중 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지에 관한 권한은 정관에서 정하는 바에 따라 위임할 수 있다"고 규정하고 있는데, 이는 상법 제393조 제1항에 대한 금융회사 지배구조법상 특별규정이라고 볼 수도 있다. 만일 상법 393조 제1항의 이러한 권한을 이사회의 고유권한으로 보면 상법상 이사회의 고유권한을 주주총회의 권

16) 동지 : 정경영, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 71면.

한(정관의 규정)으로 옮길 수 있는지의 문제가 있고, 또한 상법상 이사회의 고유권한을 정관에서 정하는 바에 따라 대표이사 등에게 위임할 수 있는지 여부도 문제가 된다. 주식회사의 각 기관의 권한에 관한 상법의 규정은 입법정책의 문제로서 전부 강행규정으로 본다면 상법 제393조 제1항에 반하는 정관의 규정은 효력이 없는 것으로 볼 수도 있다.[17]

2) 금융회사가 집행임원 설치회사(감독형 이사회제도)인 경우에는 다음과 같은 문제점이 있다.

(가) 상법 제393조는 원래 집행임원 비설치회사(참여형 이사회제도)를 전제로 한 규정이므로, 이는 집행임원 설치회사(감독형 이사회제도)에 대하여는 적용되지 않는다고 본다. 즉, 상법 제393조 제1항은 집행임원 설치회사에서는 그 성질상 적용될 여지가 없고, 동조 제2항은 집행임원 설치회사에서는 제408조의 2 제3항에서 구체적으로 규정하고 있으며, 동조 제3항 및 제4항은 집행임원 설치회사에서는 제408조의 6에서 규정하고 있다.[18] 따라서 금융회사 지배구조법 제15조(이사회의 권한)는 집행임원 설치회사에서의 이사회의 권한(상법 제408조의 2 제3항)과 상충되므로 폐지되거나 상충되지 않는 범위내에서만 특칙규정을 두어야 할 것으로 본다.

(나) 금융회사 지배구조법상 사외이사 중심의 이사회 구성에 관한 규정(동법 제12조), 원칙적으로 사외이사 중에서 이사회 의장을 선임하도록 한 규정(동법 제13조), 사외이사 중심의 이사회내 위원회에 관한 규정(동법 제16조~제22조) 등은 감독형 이사회에 적합한 규정으로, 집행임원 설치회사에서 감독형 이사회와 분리된 업무집행기관(집행임원)을 감독형 이사회가 실효성 있게 감독하는데 크게 기여할 것으로 본다. 또한 이 경우 사외이사도 금융회사의 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독 및 감사업무에만 참여하고 금융회사의 업무집행에 관한 의사결정에는 참여하지 않으므로, 이에 따른 책임부담의 두려움에서 벗어나 그의 능력을 최대한 발휘할 수 있어 원래의 사외이사의 도입취지에도 맞고 또한 글로벌 스탠더드에도 맞는 지배구조가 된다.[19]

(2) 대규모 상장회사인 금융회사인 경우에는 상법상 상장회사에 대한 특례규정이 적용되는데, 이에 다시 금융회사 지배구조법에서 상법과 동일 내용을 규정 하는 것은 의미가 없다고 본다. 따라서 이에 관하여는 상법의 상장회사에 대한 특례규정을 적용하면 충분하다고 본다.

또한 같은 금융회사라고 하더라도 업종이 다르고 규모도 다른데 금융회사 지배구조법에서 이와 같이 (특히, 사외이사 중심의 이사회 및 이사회내 위원회 등에서) 통일적으로 규정하여야 할 필요가 있는지는 극히 의문이다. 이는 각 금융회사의 특성과 자율성을

17) 정찬형, 전게서[상법강의(상)(제20판)], 868~869면 참조.

18) 정찬형, 상게서, 970면.

19) 동지 : 정찬형, 전게논문(상사법연구 제34권 제2호), 27면.

무시한 것으로 문제가 있다고 본다. 따라서 금융회사의 지배구조에 대하여는 원칙적으로 상법의 적용을 받도록 하고, 각 금융회사의 특성상 상법에 대한 특칙을 규정할 필요가 있으면 각 금융회사의 특별법에서 필요한 내용에 대하여 최소한도만 규정하면 충분할 것으로 본다.

(3) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 사외이사에 대한 자료·정보의 제공의무와 금융회사 사외이사의 금융회사에 대한 자료·정보제공 요청권에 관한 규정(동법 제18조)은 금융회사가 집행임원 비설치회사인가 또는 집행임원 설치회사인가에 따라 그 내용 및 정도가 다르겠으나, 금융회사에 대한 특칙규정으로서의 의미는 있다고 본다. 그러나 이러한 규정의 내용은 금융회사에만 한하는 것이 아니라 사외이사를 둔 모든 회사에 공통적으로 해당되는 것이므로, 입법론상으로는 상법에서 규정하는 것이 더 적절하다고 본다.

(4) 금융회사 지배구조법상 금융회사에서 완전자회사 등은 사외이사를 두지 않을 수 있고 또한 감사위원회 등 이사회내 위원회를 두지 않을 수 있는데, 이때에는 상근감사를 둘 수 있도록 한 점은(동법 제23조) 매우 의미가 있다고 본다. 이 경우 금융지주회사(이사회)는 완전자회사(은행 등)의 감독기관으로서 집행임원 설치회사에서 감독이사회에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 완전자회사 등인 은행(일반적으로 비상장회사)은 사외이사 및 감사위원회 등 이사회내 위원회를 둘 필요가 없을 뿐만 아니라 불필요한 사실상 집행임원(금융회사 지배구조법상 업무집행책임자)을 둘 필요도 없다. 그러므로 이 경우 완전자회사인 은행은 (사외이사를 축소하기 위하여 이사의 수를 축소해야 하는 부담이 없으므로) IMF 경제체제 이전과 같이 이사(사내이사 및 등기이사)를 중심으로 은행을 경영하면 된다. 즉, 이사회 및 대표이사(은행장)가 업무집행기관이고(상법 제393조 제1항, 제389조), 업무집행기관에 대한 감독기관은 이사회이며(상법 제393조 제2항), 업무집행기관에 대한 감사기관은 (상근)감사이다(상법 제409조 이하, 금융회사 지배구조법 제23조 제2항). 이때 업무집행기관에 대한 이사회의 감독은 자기감독이 되어 거의 의미가 없으나, 그 대신 주주이며 감독기관인 금융지주회사의 실효성 있는 감독을 받으므로 이는 큰 문제가 되지 않는다고 본다.

또한 금융회사 지배구조법상 금융지주회사의 임직원은 해당 금융지주회사의 자회사 등의 임직원을 겸직할 수 있도록 하고 있다(동법 제10조 제4항 제1호). 따라서 금융지주회사의 회장이 완전자회사인 은행의 행장을 겸직할 수도 있는데, 이는 집행임원 설치회사에서 감독이사회의 의장이 대표집행임원을 겸하는 것과 같다고 볼 수 있다. 따라서 이는 감독기관의 감독의 효율성을 크게 저하시키는 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 금융회사 지배구조법도 이사회 의장을 원칙적으로 업무를 담당하지 않는 사외이사 중에서 선임하도록 규정하고 있다고 볼 수 있다(동법 제13조 제1항). 따라서 금융회사 지배구조법상 금융지주회사의 임직원이 자회사 등의 임직원을 겸할 수 있도록 한 규정(동법

제10조 제4항 제1호)은 동법 제13조의 취지와 상충하고 또한 금융지주회사의 자회사 등에 대한 감독의 효율성 증진 등에서 볼 때, 삭제되거나 오히려 겸직금지의 내용으로 규정되어야 할 것으로 본다.[20]

(5) 금융회사 지배구조법상 지배구조내부규범에 관한 규정은 이에 관한 2015년 7월 31일 개정 전 은행법상의 규정(은행법 제23조의 4)과 아주 유사한데, 이는 은행을 제외한 다른 금융기관의 경우에는 그 성격이 같지 않은데 일률적으로 은행과 같은 규정을 적용하도록 하는 점은 문제라고 본다.

4. 감사위원회

가. 금융회사 지배구조법의 내용

(1) 금융회사 지배구조법상 감사위원회는 3명 이상의 이사로 구성하는데, 사외이사가 감사위원의 3분의 2 이상이어야 하고, 위원 중 1명 이상은 공인회계사 자격을 취득한 후 그 자격과 관련된 업무에 5년 이상 종사한 경력이 있는 자 등 대통령령으로 정하는 회계 또는 재무 전문가이어야 한다(동법 제19조 제1항 · 제2항, 동법 시행령 제16조 제1항).

(2) 금융회사는 감사위원의 사임 · 사망 등의 사유로 감사위원의 수가 감사위원회의 구성요건에 미치지 못하게 된 경우에는 그 사유가 발생한 후 최초로 소집되는 주주총회에서 이러한 요건에 충족하도록 조치하여야 한다(동법 제19조 제3항).

(3) 감사위원 후보는 임원후보추천위원회에서 추천하는데, 이 경우 위원 총수의 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다(동법 제19조 제4항).

(4) 금융회사는 감사위원이 되는 사외이사 1명 이상에 대해서는 다른 이사와 분리하여 선임하여야 한다(동법 제19조 제5항). 감사위원을 선임하거나 해임하는 권한은 주주총회에 있는데, 이 경우 감사위원이 되는 이사의 선임에 관하여는 상법 제409조 제2항 및 제3항을 준용한다(단순 3% rule)(동법 제19조 제6항). 최대주주, 최대주주의 특수관계인, 그 밖에 대통령으로 정하는 자(최대주주 또는 그 특수관계인의 계산으로 주식을 보유하는 자, 또는 최대주주 또는 그 특수관계인에게 의결권을 위임한 자)가 소유하는 금융회사의 의결권 있는 주식의 합계가 그 금융회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3을 초과하는 경우(금융회사는 정관으로 100분의 3보다 낮은 비

20) 이러한 점에서 우리금융지주회사의 경우 지주회사의 회장이 은행장을 겸하는 것은 적절하지 않고, KB금융지주회사의 경우 자회사인 국민은행장이 지주회사의 이사회에서 배제된 것은 바람직하다고 본다. 지주회사와 은행장의 관계에 관한 규정의 도입이 필요하다는 견해가 있는데[정경영, 전게논문(금융법연구 제13권 제3호), 97면], 이는 앞에서 본 바와 같이 집행임원 설치회사에서 감독이사회와 집행임원에 준하는 관계로 보면 될 것으로 생각한다.

율을 정할 수 있음) 그 주주는 100분의 3을 초과하는 주식에 관하여 감사위원이 되는 이사를 선임하거나 해임할 때에는 의결권을 행사하지 못한다(합산 3% rule)(동법 제19조 제7항, 동법 시행령 제16조 제2항).

(5) 자산규모 등을 고려하여 대통령령이 정하는 금융회사(원칙적으로 최근 사업연도 말 현재 자산총액이 1천억 원 이상인 금융회사)는 상근감사를 1명 이상 두어야 하는데, 금융회사 지배구조법에 따른 감사위원회를 설치한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제19조 제8항, 동법 시행령 제16조 제3항). 상근감사의 선임에는 상법 제409조 제2항 및 제3항에 따른 의결권 제한과 최대주주에 대한 의결권 제한(동법 제19조 제7항)에 관한 규정이 준용된다(동법 제19조 제9항).

(6) 상근감사 및 상임감사위원의 자격요건은 사외이사의 자격요건과 같은데, 해당 금융회사의 상근감사 또는 상임감사위원으로 재임중이거나 재임하였던 사람은 상근감사 또는 상임감사위원이 될 수 있다(동법 제19조 제10항).

(7) 감사위원회 또는 감사는 금융회사의 비용으로 전문가의 조력을 구할 수 있고(동법 제20조 제1항), 금융회사는 감사위원회 또는 감사의 업무를 지원하는 담당부서를 설치하여야 한다(동법 제20조 제2항). 금융회사는 감사위원회 또는 감사의 업무내용을 적은 보고서를 정기적으로 금융위원회가 정하는 바에 따라 금융위원회에 제출하여야 한다(동법 제20조 제3항). 감사위원(또는 감사)에 대하여는 사외이사와 같은 금융회사의 정보제공의무 및 금융회사에 대한 정보제공요청권이 인정된다(동법 제20 제4항).

나. 문제점

금융회사 지배구조법상의 감사위원회에 관한 규정은 다음과 같은 문제점이 있다.

(1) 금융회사 지배구조법이 규정하고 있는 금융회사의 감사위원회는 금융회사가 상법상 집행임원 비설치회사(이사회를 기준으로 보면 참여형 이사회제도)인가 또는 집행임원 설치회사(이사회를 기준으로 보면 감독형 이사회제도)인가에 따라 다음과 같은 문제점이 있다.

1) 금융회사가 집행임원 비설치회사(참여형 이사회제도)인 경우에는 다음과 같은 문제점이 있다.

(가) 금융회사 지배구조법은 이사회내 위원회의 하나로서 감사위원회를 원칙적으로 반드시 두도록 하고 있다(동법 제16조 제1항 제2호). 그런데 이러한 감사위원회는 집행임원 설치회사에서 감독형 이사회내 위원회의 하나로서 그 기능을 발휘할 수 있는 것이고[21] 또한 이것이 글로벌 스탠더드에 맞는 지배구조인데, 이러한 감사위원회를 집행임

21) 동지 : 송옥렬, 「상법강의(제4판)」(서울 : 홍문사, 2014), 1075면(감사위원회의 도입은 이사회를 감독기관으로 하는 미국식 지배구조로의 전환을 의미한다고 한다).

원 비설치회사(참여형 이사회제도)인 금융기관에도 의무적으로 두도록 한 것은 그 자체가 모순되는 입법이라고 본다[22].

(나) 집행임원 비설치회사가(즉, 참여형 이사회제도에서) 감사위원회를 두는 경우, 업무집행(의사결정)에 참여하였던 (사외)이사가 자기가 한 업무에 대하여 감사하는 것이 되어(즉, 자기감사의 결과가 되어) 감사의 효율성에서 종래의 감사(監事)보다 훨씬 더 떨어지게 된다. 따라서 집행임원 비설치회사인 금융기관에 대하여는 감사위원회를 두지 못하도록 하고 (상임)감사(監事)를 두도록 하는 입법을 하여야 할 것으로 본다.[23]

(다) 집행임원 비설치회사가(즉, 참여형 이사회제도에서) 감사위원회를 두는 경우, 감사를 받아야 하는 이사(사외이사를 포함)들이 구성원인 이사회에서 이사 중의 일부를 감사위원으로 선임하고 해임하도록 하면 감사기관의 독립성에 문제가 있게 되어, 금융기관 지배구조법은 (감사의 선임·해임과 같이) 감사위원의 선임·해임권을 주주총회에 부여하면서 일정 규모 이상의 주식을 가진 주주에 대하여 의결권을 제한하고 있다(동법 제19조 제6항, 제7항).

그런데 금융기관 지배구조법은 주주총회에서 '감사위원이 되는 이사'의 선임과 해임에 일정규모 이상의 주식을 가진 주주에 대하여 의결권을 제한하면서(동법 제19조 제6항, 제7항), 다시 감사위원이 되는 사외이사 1명 이상에 대하여는 다른 이사와 분리하여 선임하도록 하고 있다(동법 제19조 제5항). 금융회사 지배구조법 제19조 제6항 및 제7항의 '감사위원이 되는 이사'에 사외이사가 포함되면(동법 제2조 제3호 참조) 동법 제19조 제5항은 아무런 의미가 없는 규정이 될 것으로 본다. 왜냐하면 주주총회에서 감사위원이 되는 이사의 선임에 대하여 다른 이사와 분리하여 선임하도록 하는 것은(즉, 일괄선출방법이 아니라 분리선출방법에 의하도록 하는 것은) 감사 선임의 경우와 같이 일정규모 이상의 주식을 가진 주주에 대하여 의결권을 제한하는 실효(實效)를 거두고자 하는 것인데, 이는 동법 제19조 제6항 및 제7항에 의하여 이미 이러한 실효를 거두고 있기 때문이다. 또한 동법 제19조 제6항 및 제7항에서 감사위원이 되는 '이사'의 선임과 해임에 주주의 의결권을 제한하는 것을 감사의 선임과 해임에 주주의 의결권을 제한하는 것과 동일하게 볼 수 있을 것인지 여부의 문제가 있고 (동일하게 볼 수 없다면 이사의 선임에 주주의 의결권을 제한할 수 있는지 여부의 문제가 있으며), 감사위원회도 이사회 내 위원회의 하나인데(금융회사 지배구조법 제16조 제1항 참조) '감사위원이 되는 이사'는 처음(선임시)부터 감사위원회 소속으로 한정되어 감사(監事)와 같은 기능을 수행하도록 하면 이러한 이사는 처음부터 이사회의 업무집행에 관한 의사결정(상법 제393조 제1항)에는 참여할 수 없다는 의미인지의 문제가 있다. 만일 참여할 수 없다고 보면 참여형 이사회

22) 동지 : 정찬형, 전게논문(상사법연구 제34권 제2호), 34면.

23) 동지 : 정찬형, 상게논문, 29면, 34면 ; 동, "금융기관 지배구조의 개선방안," 「금융법연구」(한국금융법학회), 제12권 제1호(2015. 4), 81면.

제도 및 이사회내 위원회제도(상법 제393조의 2)와 상충(모순)되는 문제가 있다.

2) 금융회사가 집행임원 설치회사(감독형 이사회제도)이면 다음과 같은 문제점이 있다.

(가) 이는 금융회사 지배구조법이 금융회사에 대하여 원칙적으로 이사회를 감독형 이사회로 규정한 점(동법 제12조 제1항, 제2항 본문)과 조화하고 또한 집행임원 설치회사에서는 이러한 감독형 이사회와는 독립된 업무집행기관인 집행임원을 별도로 두고 있으므로(상법 제408조의 2 이하) 감독형 이사회내 위원회의 하나인 감사위원회는 집행임원에 대하여 그 독립성을 갖고 효율적인 감사(監査)를 할 수 있다.[24] 또한 이러한 지배구조는 글로벌 스탠더드에 맞는 모범적인 지배구조가 된다.[25]

금융회사 지배구조법은 감사위원회에서 감사위원의 3분의 2 이상은 사외이사이어야 함(즉, 감사위원의 3분의 1 미만은 사내이사일 수 있음)을 규정하고 있는데(동법 제19조 제2항), 자기감사의 모순을 피하고 감사(監査)의 독립성과 효율성을 위하여는 감사위원회에 사내이사를 참여시키지 않는 것이(즉, 감사위원회는 모두 사외이사로 구성하는 것이) 타당하다고 본다.[26] 또한 금융회사 지배구조법은 감사위원 중 1명 이상은 대통령령으로 정하는 회계 또는 재무 전문가이어야 함을 규정하고 있는데(동법 제19조 제1항 제2문), (거의 모든) 금융회사는 의무적으로 회계전문가인 외부감사인에 의한 회계감사를 받아야 하는 점(주식회사의 외부감사에 관한 법률 제2조 본문, 동법 시행령 제2조 제1항 제2호)과 중복되고 또한 이는 감사(監事)의 자격에 제한을 두지 않는 점과 불균형하므로 감사위원의 자격에 이러한 제한을 두는 것은 적절하지 않다고 본다.[27] 또한 집행임원 설치회사에서의 감독이사회내 위원회의 하나인 감사위원회는 감독이사회의 하부기관으로 당연히 감독이사회의 지시 내지 감독을 받아야 하므로, 감사위원회가 결의한 사항에 대하여 감독이사회가 다시 결의할 수 있도록 하여야 한다고 본다(상법 제393조의 2 제4항 제2문 후단). 따라서 집행임원 설치회사인 금융기관에 대하여는 상법 제415조의 2 제6항(감사위원회에 대하여 상법 제393조의 2 제4항 후단을 적용하지 않도록 한 규정)의 적용(금융회사 지배구조법 제4조 제2항)을 배제하고 원래대로 상법 제393조의 2 제4항이 전부 적용되도록 하여야 할 것으로 본다.

(나) 집행임원 설치회사인 금융기관은 업무집행기관(집행임원)과는 별도로 분리된 감독형 이사회를 두고 있으므로, 감독형 이사회내 위원회의 하나로서 감사위원회를 두는 경우에는 감사위원은 다른 위원회의 위원과 같이 이사회에 의하여 선임·해임되어야 한다고 본다[28](금융회사 지배구조법 제16조 제1항, 상법 제393조의 2 제2항 제3호). 집

24) 동지 : 정찬형, 전게논문(상사법연구 제34권 제2호), 35면.

25) 동지 : 정찬형, 상게논문, 35면.

26) 동지 : 정찬형, 상게논문, 35면 ; 동, 전게논문(금융법연구 제12권 제1호), 81면.

27) 동지 : 정찬형, 상게논문(상사법연구 제34권 제2호), 35면.

28) 동지 : 정찬형, 상게논문, 36면.

행임원 설치회사인 금융기관의 (감독)이사회에 감사위원의 선임·해임권을 부여하는 것은 (감독)이사회의 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독권과 직결되는 것으로서 (감독)이사회의 감독의 실효를 거두기 위해서도 필요하고 또한 이는 (감독)이사회의 취지에도 맞는다고 본다.

이와 같이 집행임원 설치회사인 금융기관에 대하여 감사위원의 선임·해임권을 이사회에 부여하면 금융기관 지배구조법 제19조 제5항 내지 제7항은 집행임원 설치회사인 금융기관에 대하여는 그 적용을 배제하여야 할 것이다.

(2) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 감사위원회의 구성에 관한 규정(동법 제19조 제1항~제3항)은 대규모 상장회사의 그것과 유사하거나 같다(상법 제542조의 11 제2항~제4항). 따라서 금융회사가 대규모 상장회사인 경우에는 금융회사 지배구조법상 이러한 규정은 의미가 없다고 본다.

(3) 상법의 상장회사에 대한 특례규정은 감사위원 후보의 추천에 대하여 규정하고 있지 않은데, 금융회사 지배구조법은 감사위원 후보는 임원후보추천위원회가 위원 총수의 3분의 2 이상의 찬성으로 추천하도록 하고 있다(동법 제19조 제4항). 이는 금융회사 지배구조법의 특칙으로 의미가 있다고 본다.

(4) 금융회사 지배구조법에서는 상임감사위원이냐 사외이사인 감사위원이냐를 묻지 않고, 모든 감사위원인 이사의 선임에서 상법 제409조 제2항 및 제3항에 따른 의결권 제한을 하면서(단순 3% rule)(동법 제19조 제6항), 또한 감사위원이 되는 이사의 선임과 해임에 최대주주에 대한 의결권 제한을 인정하고 있다(합산 3% rule)(동법 제19조 제7항). 상법의 상장회사에 대한 특례규정에서는 (대규모 상장회사의) 사외이사인 감사위원을 선임할 경우에는 단순 3% rule을 적용하고, (상장회사의) 상임감사위원을 선임 및 해임하는 경우에는 합산 3% rule을 적용하는 것으로 규정하고 있어(상법 제542조의 12 제3항·제4항), 이는 금융회사 지배구조법의 규정과 구별되고 있다. 즉, 금융회사 지배구조법에 의하면(동법 제19조 제6항~제7항) 상임감사위원의 선임에서도 감사 선임시와 같은(단순 3% rule에 의한) 의결권을 제한하고, 또한 사외이사인 감사위원의 선임·해임시에도 합산 3% rule에 의한 최대주주의 의결권을 제한하여, (대규모) 상장회사의 경우보다 주주의 의결권 제한을 확대하고 있다. 이러한 점에서 금융회사 지배구조법은 상법에 대한 특칙으로서의 의미가 있다고 볼 수 있다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 감사위원이 되는 '이사'의 선임과 해임에 주주의 의결권을 이와 같이 확대하여 제한할 수 있는 것인지는 매우 의문이다.

(5) 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금융회사(원칙적으로 최근 사업연도 말 현재 자산총액이 1천억 원 이상인 금융회사)가 금융회사 지배구조법에 따른 감사위원회를 두지 않으면 1명 이상의 상근감사를 두도록 한 점은(동법 제19조 제8항, 동법 시행령 제16조 제3항) 상법상 상장회사에 대한 특례규정(상법 제542조의 10)과 같다. 다

만 금융회사 지배구조법은 이러한 상근감사의 선임에 대하여는 감사위원이 되는 이사의 선임의 경우와 같이 주주의 의결권을 제한하고 있으나(동법 제19조 제9항), 상근감사의 해임에 대하여는 주주의 의결권 제한에 관한 규정을 두지 않는 점은, 상장회사에 대한 특례규정(상법 제542조의 12 제3항)과 구별된다. 이 경우 금융회사가 상장회사인 경우에는 상법 제542조의 12 제3항에 의하여 해임의 경우에도 최대주주는 합산 3% rule에 의하여 의결권이 제한된다고 해석할 수 있는데(금융회사 지배구조법 제4조 제2항 참조), 입법론상으로는 명확히 규정하여야 할 것으로 본다.

(6) 금융회사 지배구조법상 금융회사의 상근감사 및 상임감사위원의 결격사유(동법 제19조 제10항)는, 상장회사의 그것과 많은 점에서 유사한데(상법 제542조의 10 제2항, 제542조의 11 제3항), 부분적으로 차이점은 있다. 이 점에서 금융회사 지배구조법은 특칙으로서 의미가 있다고 볼 수 있는데, 입법론상은 상법과 관련하여 규정하는 것이 입법기술상 바람직하다고 본다.

(7) 금융회사 지배구조법이 금융회사의 감사위원회 또는 감사가 금융회사의 비용으로 전문가의 조력을 구할 수 있도록 규정하고 있는 점은(동법 제20조 제1항), 상법의 그것과 같다(상법 제412조 제3항, 제415조의 2 제5항). 따라서 금융회사 지배구조법의 이러한 규정은 특칙으로서 의미가 없다고 본다.

다만 금융회사 지배구조법이 금융회사는 감사위원회 또는 감사의 업무를 지원하는 담당부서를 설치하여야 하는 점, 금융회사는 감사위원회 또는 감사의 업무내용을 적은 보고서를 정기적으로 금융위원회가 정하는 바에 따라 금융위원회에 제출하도록 한 점, 감사위원회(또는 감사)에 대한 금융회사의 정보제공의무를 사외이사와 같이 명문으로 규정한 점(동법 제20조 제2항~제4항)은 금융회사에 대한 특칙규정으로서 의미가 있다고 본다. 그러나 이러한 내용을 법률에서 규정하여야 할 사항인지 또한 모든 금융회사에 대하여 일률적으로 적용하도록 할 사항인지는 의문이다.

Ⅲ. 금융회사 지배구조의 개선방안[29)]

1. 감독형 이사회를 가진 금융기관

가. 집행임원의 설치 의무화

(1) 금융회사 지배구조법은 금융회사는 원칙적으로 사외이사를 3인 이상 및 이사 총

29) 이에 관하여는 정찬형, 전게논문(금융법연구, 제10권 제1호), 37~46면 ; 동, 전게논문(금융법연구, 제12권 제1호), 82~90면 참조.

수의 과반수 두도록 하고 있는데(동법 제12조 제1항 및 제2항 본문)(이러한 의무가 없는 금융기관이 임의로 사외이사를 이사 총수의 과반수 두는 경우를 포함함), 이는 이사회를 사외이사 중심으로 구성하여 업무집행기관에 대한 감독업무를 충실히 하도록 한 것이므로, 이 경우에는 이사회와 분리된 업무집행기관(집행임원)을 의무적으로 두도록 하여야 할 것이다. 현행 상법상 집행임원제도는 선택적으로 규정하고 있으나(상법 제408조의2 제1항), 이러한 금융기관은 상법상 집행임원제도를 의무적으로 채택하도록 금융회사 지배구조법에서 규정하여야 할 것으로 본다.[30]

(2) 현재 상법상 집행임원제도를 도입한 금융기관은 없고, 금융기관은 상법상 집행임원제도가 입법되기 이전과 같이 사실상 집행임원(비등기이사)의 형태로 운영되고 있다. 따라서 이러한 사실상 집행임원(금융회사 지배구조법상 주요업무집행책임자는 제외)의 선임·해임권 등을 일반적으로 대표이사(은행장 또는 회장)가 가짐으로써 이사회는 이러한 사실상 집행임원을 감독하지 못하여, 이사회의 감독기능은 (사외이사를 과반수로 하여 이사회를 구성하도록 규정하고 있음에도 불구하고) 현저히 떨어지고 있다. 또한 사실상 집행임원은 이사회의 실질적 감독을 받지 않고 자기를 선임한 대표이사 등에게만 종속되어 대표이사의 권한이 불필요하게 증대되고 대표이사와 이사회가 충돌하는 등 많은 문제점을 야기하고 있다. 다시 말하면 대표이사를 주주총회에서 선임하면(상법 제389조 제1항 단서) 대표이사는 사실상 이사회의 감독을 받지 않고 또한 사실상 집행임원을 대표이사가 선임하면 사실상 업무집행라인은 전부 이사회의 감독을 받지 않아 이사회의 업무집행기관에 대한 감독기능은 완전히 유명무실하게 된다.

(3) 위와 같이 상법상 집행임원제도를 채택하지 않은 이사회는 그 형식에 있어서는 사외이사가 이사 총수의 과반수로 구성되어 감독형 이사회로 되어 있으나, 법률상 이러한 이사회와 분리되면서 이사회에 의하여 선임되는 업무집행기관(집행임원)을 갖지 못하고 있으므로, 이사회는 종래와 같이 참여형 이사회로서 활동하고 있다. 따라서 참여형 이사회를 가진 금융회사에서는 위에서 본 바와 같이 업무집행기관에 대한 감독기능은 유명무실하면서, 동시에 업무집행에 관한 의사결정에 다수의 사외이사가 참여하게 되어 업무집행의 비효율성을 가져오고 있다. 원래 업무감독기능을 담당하는 감독형 이사회에

30) 동지(대규모 상장회사에 대하여) : 정찬형, "2007년 확정한 정부의 상법(회사법) 개정안에 대한 의견,"「고려법학」(고려대법학연구원), 제50호(2008), 384면 ; 동, 전게논문(상사법연구, 제28권 제3호), 39~40면 ; 동, "주식회사법 개정제안,"「선진상사법률연구」(법무부), 통권 제49호(2010. 1), 14~15면 ; 동, "상법 회사편(특히 주식회사의 지배구조) 개정안에 대한 의견," 상법 일부개정법률안(회사편)에 관한 공청회 자료, 국회법제사법위원회, 2009. 11. 20(이하 '국회공청회자료'로 약칭함), 22~23면 ; 정쾌영, "집행임원제도에 관한 상법개정안의 문제점 검토,"「기업법연구」(한국기업법학회), 제21권 제4호(2007. 12), 110~111면, 116면 ; 전우현, "주식회사 감사위원회제도의 개선에 관한 일고찰-집행임원제 필요성에 관한 검토의 부가,"「상사법연구」(한국상사법학회), 제23권 제3호(2004.11), 284면 ; 원동욱, "주식회사 이사회의 기능변화에 따른 집행임원제도의 도입에 관한 연구," 법학박사학위논문, 고려대, 2006. 2, 86~87면, 167~169면, 181면 ; 서규영, "주식회사의 집행임원제도에 관한 연구," 법학박사학위논문, 고려대, 2009. 8, 101~102면, 182면.

참여시켜 감독의 효율성을 도모하고자 하는 사외이사를 참여형 이사회에 참여시키는 것은 사외이사에게도 과중한 업무와 책임을 부담시켜 사외이사의 효율성을 저하시키고 있다.

(4) 위의 금융회사가 상법상 집행임원제도를 채택하도록 하면, 사외이사는 (이사회와 분리된) 업무집행기관(집행임원)을 감독하는 이사회와 이사회내 위원회의 하나로서 업무집행기관(집행임원)을 감사하는 감사위원회 등에만 참여하여 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독 및 감사업무에만 참여하고 업무집행에 관한 (개별적인) 의사결정에는 참여하지 않으므로, 사외이사의 활성화에 크게 기여할 뿐만 아니라 이사회의 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독기능을 실질적으로 향상시킬 수 있다. 즉, 대표집행임원 및 집행임원은 전부 이사회에 의하여 선임·해임되므로(상법 제408조의2 제3항 제1호) 이사회는 업무집행기관(집행임원)을 실질적으로 감독할 수 있게 되고, 대표집행임원은 집행임원을 선임·해임하지 못하므로 현재의 대표이사와 같은 권한이 축소되어 이사회와 대표집행임원이 충돌할 여지는 거의 없다.

또한 업무집행은 해당 업무에 정통한 전문가가 담당하므로 업무집행의 효율성을 증대시킬 수 있고, 사외이사는 이사회를 통하여 업무집행기관(집행임원)의 선임·해임 및 보수결정 등에 참여하여 업무감독을 하고 또한 이사회내 위원회의 하나인 감사위원회 등의 위원으로 업무집행기관(집행임원)에 대한 감사 등의 업무만을 하므로 사외이사의 활성화에도 기여하게 된다.

나. 감사위원회 위원의 선임방법 개선

(1) 감독형 이사회(집행임원 설치회사)를 둔 금융회사에 한하여 감사위원회를 두도록 하면, 이사회는 (주주총회에 갈음하여) 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독업무를 수행하고, 이러한 이사회내 위원회의 하나인 감사위원회는 업무집행기관(집행임원)에 대하여 감사업무를 수행하며 이에 관하여 이사회의 감독을 받는 것은 당연하다(상법 제393조의2 제4항 참조). 따라서 이러한 감독형 이사회에서는 감사위원을 (사내이사이든 사외이사이든) 이사회가 선임·해임하는 것이 타당하다고 본다(상법 제393조의2 제2항 제3호).

금융회사 지배구조법상 금융회사는 원칙적으로 사외이사가 3인 이상 및 이사 총수의 과반수인 감독형 이사회로 구성되므로(동법 제12조 제1항 및 제2항 본문) 이사회와는 구별되는 업무집행기관(집행임원)을 별도로 두도록 하면(즉, 상법상 집행임원 설치회사를 채택하도록 하면) 감사위원의 선임·해임권을 이사회에 주어야 할 것이다(상법 제393조의2 제2항 제3호). 이 경우 감사(監事)와는 달리 주주의 의결권 제한이 문제되지 않는다.

(2) 그런데 금융회사 지배구조법은 앞에서 본 바와 같이 감사위원이 되는 이사의 선임에 상법상 감사(監事)의 선임에서와 같이 주주의 의결권을 제한하는 단순 3% rule을

규정하면서(동법 제19조 제6항 제2문), 또한 감사위원이 되는 이사를 선임하거나 해임하는 경우 다시 최대주주의 의결권을 제한하는 합산 3% rule을 규정하고 있다(동법 제19조 제7항).

상법상 상장회사의 경우에는 감사 또는 상임감사위원의 선임·해임에 합산 3% rule에 의하여 최대주주의 의결권을 제한하고(상법 제542조의12 제3항), 대규모 상장회사의 경우 사외이사인 감사위원회 위원을 선임할 때에 단순 3% rule에 의하여 주주의 의결권을 제한하고 있다(상법 제542조의 12 제4항). 또한 대규모 상장회사의 경우는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 (주주총회에서) 감사위원회 위원을 선임하도록 하고 있다(일괄선출방식)(상법 제542조의 12 제2항).

이와 같은 감사위원의 선임방식은 집행임원 비설치회사(참여형 이사회)를 전제로 한 것이라고 볼 수 있다. 즉, 참여형 이사회제도를 취하면서 감사위원회를 두도록 하면, 감사(監事)와의 균형상 또한 피감사기관(이사회)이 감사기관을 선임하는 모순을 피하기 위하여, 감사위원회 위원을 주주총회에서 선임하도록 하지 않을 수 없다(금융회사 지배구조법 제19조 제6항 제1문, 상법 제542조의 12 제1항 참조). 이 경우 감사위원을 어떻게 주주총회에서 선임하도록 할 것인가에 대하여, 현행 상법과 같이 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 다시 감사위원을 선임하는 방법(일괄선출방식)(상법 제542조의12 제2항)과, 2013년 7월 16일 입법예고한 정부의 상법개정안과 같이 감사위원이 되는 이사를 정하여 다른 이사와 분리하여 선출하는 방식(분리선출방식)이 있다. 일괄선출방식의 경우에는 감사위원으로 선임될 수 있는 자의 인재풀이 매우 제한되어 있는 단점은 있으나 감사위원의 선임에 있어서 주주의 의결권 제한에는 문제가 없고, 분리선출방식의 경우에는 감사위원으로 선임될 수 있는 자의 인재풀에 제한이 없는 장점은 있으나 감사위원인 '이사'의 선임(또는 해임)에 주주의 의결권을 제한하는 점은 문제가 있게 된다. 금융회사 지배구조법에서는 (상근감사와 같이) 상임감사위원의 자격을 엄격히 제한하고 있으므로(동법 제19조 제10항) 독립된 (상임)감사위원을 선출하기 위하여는 넓은 인재풀에서 구하여야 하는 점, 감사위원회의 구성에 감사의 경우와 같이 소수주주의 의사를 반영하도록 할 필요가 있는 점 등에서 볼 때, 참여형 이사회제도에서는 분리선출방식이 부득이하다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우 감사위원이 되는 '이사'의 선임에 주주의 의결권을 제한하는 것은 문제가 있는 점, 또한 감사위원을 주주총회에서 선임(또는 해임)하고 이 경우 주주의 의결권을 제한하는 것은 글로벌 스탠더드에도 맞지 않는 점 등을 고려하여, 위에서 본 바와 같이 금융기관은 상법상 집행임원 설치회사(감독형 이사회)를 의무적으로 채택하도록 하면서 감사위원은 다른 위원회의 위원과 같이 (감독)이사회에 의하여 선임(또는 해임)되도록 하여야 할 것이다.

금융회사 지배구조법은 모든 감사위원이 되는 '이사'를 선임(또는 해임)하는 경우에 주주의 의결권을 제한함으로써 사실상 분리선출방식을 채택하고 있는데(동법 제19조 제

6항 제2문 및 제7항), 다시 감사위원이 되는 사외이사 1인 이상에 대한 분리선출에 대하여 규정하고 있는 점(동법 제19조 제5항)은, 앞에서 본 바와 같이 무의미한 규정이라고 본다.

참여형 이사회제도를 취한 금융회사가 이와 같이 분리선출방식에 의하여 감사위원을 선임하는 경우, 주주의 의결권을 어떻게 제한할지가 문제된다. 이에 대하여는 앞에서 본 바와 같이, (ⅰ) 금융회사 지배구조법은 감사위원이 되는 이사(사내이사이든 사외이사이든 불문함)의 선임에 단순 3% rule(상법 제409조 제2항·제3항)을 적용하고(동법 제19조 제6항 제2문), 최대주주의 경우에는 감사위원이 되는 이사(사내이사이든 사외이사이든 불문함)의 선임·해임에 합산 3% rule을 적용하고 있는데(동법 제19조 제7항), (ⅱ) 상법은 대규모 상장회사의 경우 감사위원인 사외이사의 선임에만 단순 3% rule을 적용하고(상법 제542조의 12 제4항), 상장회사의 최대주주에 대하여는 상임감사위원의 선임·해임에 합산 3% rule을 적용하고 있다(상법 제542조의 12 제3항). 따라서 앞에서 본 바와 같이 금융회사 지배구조법은 상법의 경우보다 감사위원의 선임(또는 해임)에 (대)주주의 의결권을 제한하는 경우를 확대하고 있다. 그런데 감사위원이 되는 '이사'의 선임(또는 해임)에 주주의 의결권을 제한하는 것도 문제인데, 이와 같이 확대하여 제한하는 것은 중대한 문제라고 본다. 따라서 참여형 이사회를 둔 금융회사는 (상근)감사(監事)를 두도록 하고, 감독형 이사회를 둔 금융회사에 한하여 감사위원회를 두도록 하면서 이러한 감사위원은 이사회에서 선임·해임하도록 함으로써 이러한 문제점을 해결하여야 할 것으로 본다.

다. 임원후보추천위원회의 후보추천대상 제한 폐지

(1) 금융회사 지배구조법은 임원후보추천위원회가 추천할 수 있는 임원후보를 사외이사·대표이사·대표집행임원 및 감사위원으로 한정하고 있는데(동법 제17조 제1항), 이와 같이 한정할 필요가 있는지는 극히 의문이다. 따라서 임원후보추천위원회는 외국의 입법에 있는 지명위원회와 같이 모든 임원(금융회사 지배구조법 제2조 제2호 참조)의 후보를 추천할 수 있도록 하여야 할 것으로 본다.

(2) 이사회와 임원후보추천위원회의 구성원이 중복되는 금융회사도 있을 것이므로 모든 금융회사에 대하여 일률적으로 임원후보추천위원회를 두도록 하는 것은 문제가 있다고 본다. (금융회사에 따라 사외이사의 수가 다르겠으나) 예컨대, 사외이사가 2~3명 있는 금융회사는 임원후보추천위원회와 이사회의 구성원이 거의 겹치므로 이사회와 중복하여 다시 임원후보추천위원회를 두도록 할 필요는 없다고 본다.

임원후보추천위원에서 본인을 임원 후보로 추천하는 경우, 앞에서 본 바와 같이 그러한 자는 임원후보추천위원회에서 의결권만을 제한할 것이 아니라(금융회사 지배구조법

제17조 제5항), 당연히 그를 추천하는 임원후보추천위원회의 위원에서 배제하여야 할 것으로 본다.

금융회사 지배구조법은 임원후보추천위원회 위원의 과반수는 사외이사이어야 하고(동법 제16조 제3항) 또한 그 위원회의 대표는 사외이사이어야 한다고 규정하고 있는데(동법 제16조 제4항), 이러한 제한규정을 두지 말고 금융회사의 자율에 맡겨야 한다고 본다.[31] 금융회사에 가장 적합한 후보를 (외부의 추천기관 등을 통하여) 찾도록 하는 것을 사외이사에 맡기는 것보다 금융회사 또는 금융회사의 사내이사에 맡기는 것이 현재 우리의 실정에 더 부합하기 때문이다.

지배주주가 없는 금융회사의 경우 사외이사를 자꾸 각종 추천위원회에 참여시키니까 사외이사가 그의 본래의 역할에 충실하기보다는 권력화하여 그의 권한을 남용하는 폐단이 우리 현실에서는 더 크다. 사외이사는 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독업무(이사회 구성원으로서)와 감사업무(감사위원회 구성원으로서) 등에만 충실하도록 하여야지, 불필요하게 (사외이사가 모든 업무를 공평하고 합리적으로 해결한다는 환상 속에서) 사외이사에게 그 외의 추가적인 (경영에 관한) 업무를 부과하여 사외이사를 둘러싼 문제가 자꾸 발생하는 것이다.

라. 사외이사의 활성화 방안

(1) 사외이사가 업무집행기관(집행임원)에 대한 감독업무와 감사업무에서 그 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위하여는 독립성과 전문성이 담보되어야 하는데, 임원후보추천위원회는 외부의 인력풀이 풍부한 전문기관으로부터 사외이사 후보를 추천받아 사외이사 후보를 주주총회에 추천하면 훨씬 더 사외이사의 독립성과 전문성이 담보될 수 있을 것으로 본다.[32]

(2) 사외이사의 회사에 대한 정보부족의 문제는 입법에 의하여 해결할 것이 아니라, 근본적인 지배구조의 개선에 의하여 해결할 수 있다. 즉, 참여형 이사회제도(집행임원 비설치회사)에서는 회사가 항상 정보유출을 염려하므로 사외이사에게 충분한 정보를 제공할 수 없고 또한 사외이사도 회사의 구체적인 업무내용을 파악하는 데 한계가 있으나, 감독형 이사회제도(집행임원 설치회사)에서는 사외이사가 구체적인 업무집행에는 관여하지 않고 업무감독 및 업무감사 등에만 관여하므로 사외이사는 회사의 업무집행에 관한 상세한 정보를 알 필요도 없다. 따라서 사외이사의 회사에 대한 정보결여의 문제는 우리 금융회사 지배구조법이 사외이사제도를 규정하면서 참여형 이사회제도를 채택

31) 동지: 정찬형, 사외이사제도 개선방안에 관한 연구(상장회사협의회)(상장협 연구보고서 2010-2), 2010. 10, 112면.

32) 이에 관한 상세는 정찬형, 상게 상장협 연구보고서 2010-2, 121면, 124~125면.

함으로 인하여 발생하는 문제이지, 감독형 이사회에서는 이것이 큰 문제가 될 수 없다.[33] 따라서 금융회사가 감독형 이사회제도를 채택하면 사외이사의 금융회사에 대한 정보부족의 문제는 훨씬 줄어들 것으로 본다.

(3) 금융회사 지배구조법은 금융회사 사외이사의 적극적 자격요건을 추상적으로 규정하고 있는데(동법 제6조 제3항, 동법 시행령 제8조 제4항),각 금융회사의 해당 업종별로 사외이사의 적극적 자격요건을 동법 시행령에서 상세히 규정할 필요가 있다고 본다.[34] 이는 사외이사의 전문성을 활용한 감독 및 감사 기능의 활성화에도 크게 기여할 것으로 본다.

(4) 금융회사 사외이사에 대하여 (수당이나 보수와 함께 또는 이에 갈음하여) 주주 및 회사의 이익을 증대시킴에 따른 인센티브(예컨대, 주식매수선택권 등)를 준다면, 사외이사에게 회사의 업무에 적극적으로 참여하는 동기를 부여함과 동시에 사외이사의 전문성과 효율성을 크게 제고할 수 있을 것으로 본다.[35]

(5) 특히 지배주주가 없는 금융회사에서 사외이사의 권력화를 방지하기 위하여, 앞에서 본 바와 같이 사외이사에게 업무집행기관에 대한 감독 및 감사 등의 업무 이외의 업무를 추가로 부여하지 않음과 동시에, 사외이사의 임기(3년) 후 중임을 제한하여야 할 것으로 본다.

2. 참여형 이사회를 가진 금융회사

가. 사외이사 의무화 배제

금융회사 지배구조법에 의하면 금융회사는 원칙적으로 이사회에 이사 총수의 과반수의 사외이사를 두어야 하는데(동법 제12조 2항 본문), 예외적으로 대통령령으로 정하는 금융회사(주권상장법인, 최근 사업연도 말 현재 자산총액이 3천만원 이상 7천만원 미만인 상호저축은행 등)는 이사 총수의 4분의 1 이상의 사외이사를 두어야 한다(동법 제12조 제2항 단서, 동법 시행령 제12조). 그런데 이 경우 대통령령으로 정하는 금융회사는 거의 대부분이 참여형 이사회제도를 가진 회사(즉, 집행임원 비설치회사)일텐데, 이러한 금융회사에 이와 같이 의무적으로 사외이사를 이사 총수의 4분의 1 이상 두도록 하는 것이 무슨 효과가 있을 것인지 의문이다. 즉, 이러한 금융회사에 대하여 의무적으로 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 선임하도록 하는 것은 이사회가 사외이사

33) 동지: 정찬형, 상게 상장협 연구보고서 2010-2, 121~122면.

34) 동지: 정찬형, 상게 상장협 연구보고서 2010-2, 126면.

35) 정찬형, 상게 상장협 연구보고서 2010-2, 126~127면; 동, “사외이사제도의 개선방안,”「고려법학」(고려대 법학연구원), 제40호(2003), 64면.

중심이 되어 업무집행기관에 대한 감독을 하는 것에도 충실하지 못하고 또한 업무집행에 관한 의사를 결정하는 이사회에 (일반적으로) 회사의 업무에 대하여 잘 알지도 못하는 (외부의) 사외이사가 존재하게 되어 이사회의 업무효율성도 크게 저하시키므로, 이러한 금융회사에 대하여는 이와 같이 사외이사를 의무적으로 두도록 하는 것이 사실상 그 의미가 거의 없는 점에서, 이러한 규정을 폐지하여야 할 것으로 본다.[36]

나. 감사위원회 배제

참여형 이사회를 가진(집행임원 비설치회사인) 금융회사는 (그 규모나 상장 여부에 불문하고) 종래의 상법의 규정에 따라 3인 이상의 (사내)이사로 구성된 (참여형) 이사회와 대표이사가 업무를 집행하고(상법 제393조, 제389조), 주주총회에서 주주의 의결권이 제한되어(단순 3% rule) 선임된 감사(監事)에 의하여 업무집행에 대한 감사를 받도록 하여야 할 것이다(상법 제409조). 즉, 참여형 이사회를 가진 금융기관에 대하여는 감사(監事)에 갈음하여 감사위원회를 둘 수 없도록 하여야 할 것이다. 왜냐하면 참여형 이사회를 둔 금융회사에 대하여 (이사인 감사위원으로 구성된) 감사위원회를 두도록 하면 자기감사의 모순이 발생하여 감사(監査)의 효율성이 감사(監事)의 경우보다 더 떨어지고 또한 그 독립성에서도 감사(監事)보다 못한 결과가 되기 때문이다. 감사위원회는 위에서 본 바와 같이 감독형 이사회(집행임원 설치회사)를 전제로 하는 제도이다.

참여형 이사회를 가진 금융회사에서 업무집행기관에 대한 감독기관은 형식상은 이사회이나(상법 제393조 제2항) 이러한 이사회에 의한 감독은 자기감독이 되어 실효를 거둘 수 없으므로, 주주(총회)에 의한 실질적인 감독이 필요할 것이다. 그런데 대주주가 경영권을 행사하는 금융회사에서는 이러한 감독도 기대할 수 없으므로, 이 경우에는 금융감독기관에 의한 대주주 등의 감독이 매우 중요하다고 본다.

Ⅳ. 결 어

금융회사의 투명경영과 효율성을 담보하는 지배구조는 우리 금융소비자의 보호 및 금융회사의 선진화를 위하여 절대적으로 필요하다. 금융회사의 투명경영을 위하여는 업무집행기관에 대한 실효성 있는 감독 및 감사가 이루어져야 하고, 효율성 있는 경영을 위

36) 동지(상장회사에 대하여): 정찬형, "2009년 개정상법 중 상장회사에 대한 특례규정에 관한 의견," 「상사법연구」(한국상사법학회), 제28권 제1호(2009. 5), 291면 ; 동, 전게논문(선진상사법률연구, 통권 제49호), 16면; 동, 전게논문(상사법연구, 제28권 제3호), 50면 ; 동, 전게 국회공청회자료, 13면 ; 원동욱, "금융지배구조법의 주요 내용 및 향후과제(금융회사지배구조에 대한 내용을 중심으로)," 「금융법연구」(한국금융법학회), 제9권 제1호(2012), 80면.

하여는 충분한 업무능력이 있는 업무집행기관이 독립성을 갖고 금융회사만을 위하여 최선을(즉, 선관의무와 충실의무를) 다할 수 있도록 하여야 할 것이다.

위에서 본 바와 같이 2015년 7월 31일에 제정되어 2016년 8월 1일부터 시행되는 금융회사 지배구조법이 이를 담보하고 있는지는 매우 회의적이다. 즉, 업종과 규모가 다른 모든 금융회사에 대하여 동일한 지배구조를 갖도록 강요하는 것이 적절한 것인지가 먼저 의문이다.

또한 금융회사 지배구조법이 금융회사의 건전한(투명한) 경영을 입법목적으로 하고 금융회사에 대하여 원칙적으로 사외이사 중심의 이사회(감독형 이사회)를 구성하도록 하면서, 이러한 이사회와 독립된 업무집행기관(집행임원)에 대하여는 전혀 규정하지 않고 다시 참여형 이사회에 따른 업무집행과 업무집행의 감독을 하도록 하는 것은, 지배구조 입법의 모순일 뿐만 아니라 자기감독과 자기감사를 하도록 하여 업무집행기관에 대한 감독과 감사를 유명무실하게 하도록 하는 점에서 도저히 이해할 수 없다.

따라서 금융회사 지배구조법을 유지하는 경우 금융회사의 경영효율성과 투명경영을 담보하는 지배구조에 대하여 동법을 근본적으로 재검토할 필요가 있는데, 이 경우에는 반드시 주식회사(금융회사)의 기본법인 상법(회사법)과 관련하여 함께 검토할 필요가 있다고 본다.

<참고문헌>

도제문, “금융회사지배구조법상 업무집행자에 관한 일고(一考)-은행의 경우를 중심으로,” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제13권 제3호(2016. 12).

서규영, “주식회사의 집행임원제도에 관한 연구,” 법학박사학위논문, 고려대, 2009. 8.

송옥렬, 「상법강의(제4판)」, 서울 : 홍문사, 2014.

원동욱, “금융지배구조법의 주요 내용 및 향후과제(금융회사 지배구조에 대한 내용을 중심으로),” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제9권 제1호(2012).

원동욱, “주식회사 이사회의 기능변화에 따른 집행임원제도의 도입에 관한 연구,” 법학박사학위논문, 고려대, 2006. 2.

전우현, “주식회사 감사위원회제도의 개선에 관한 일고찰ㅡ집행임원제 필요성에 관한 검토의 부가,” 「상사법연구」(한국상사법학회), 제23권 제3호(2004. 11).

정경영, “회사법의 관점에서 본 금융회사 지배구조에 관한 법률의 의의와 쟁점,” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제13권 제3호(2016. 12).

정찬형, 「상법강의(상)(제20판)」, 서울 : 박영사, 2017.

정찬형, “우리 주식회사 지배구조의 문제점과 개선방안,” 「상사법연구」(한국상사법학회), 제34권 제2호(2015. 8).

정찬형, “금융기관 지배구조의 개선방안,” 「금융법연구」(한국금융법학회), 제12권 제1호(2015. 4).

정찬형, “금융기관 지배구조 개선을 통한 금융안정 강화 방안,” 「금융법연구」 (한국금융법학회), 제10권 제1호(2013).

정찬형, “나의 상법학 이해 30년-입법 및 판례와 관련한 연구를 중심으로,” 「고려법학」 (고려대 법학연구원), 제70호(2013).

정찬형, 사외이사제도 개선방안에 관한 연구(상장회사협의회)(상장협 연구보고서 2010-2), 2010. 10.

정찬형, “주식회사법 개정제안,” 「선진상사법률연구」(법무부), 통권 제49호 (2010. 1).

정찬형, “주식회사의 지배구조,” 「상사법연구」(한국상사법학회), 제28권 제3호 (2009. 11).

정찬형, “상법 회사편(특히 주식회사의 지배구조) 개정안에 대한 의견,” 상법 일부개정법률안(회사편)에 관한 공청회 자료, 국회법제사법위원회, 2009. 11. 20.

정찬형, “2009년 개정상법 중 상장회사에 대한 특례규정에 관한 의견,” 「상사법연구」 (한국상사법학회), 제28권 제1호(2009. 5).

정찬형, “2007년 확정한 정부의 상법(회사법) 개정안에 대한 의견,” 「고려법학」(고려대 법학연구원), 제50호(2008).

정쾌영, “집행임원제도에 관한 상법개정안의 문제점 검토,” 「기업법연구」(한국기업법학회), 제21권 제4호(2007. 12).
정찬형, “사외이사제도의 개선방안,” 「고려법학」(고려대 법학연구원), 제40호(2003).

매일경제, 2013. 3. 23자.
조선일보, 2013. 3. 23자.

<Abstract>

Comments on the Act of Financial Companies' Governance Structures

Chan-Hyung Chung*

1. The Act of Financial Companies' Governance structures(Law No.13453) (hereinafter referred to as "Act") was promulgated on July 31, 2015 and is force from August 1st, 2016 in Korea. The Act does not harmonize with Korean Commercial Code(hereinafter referred to as "Code") which is the fundamental law for Korean companies. The Act also contains contradictory provisions to each other, ambiguous regulations or stipulations against its purpose.

2. The important problems in the act are as followings.

(1) The Act provides 'executive managers' as the executive organs of financial companies, but dose not stipulate their obligations, liabilities, and registrations, etc.

(2) The Act provides that the board of a financial company should be composed in principle of three persons or more and a majority outside directors of total directors(so-called, supervisory board of directors). But the Act dose not provide that such financial company should adopt mandatorily executive officer system under the Code. Therefore, a financial company may adopt so-called executive board of directors. But it is cleary contradictory and also makes both functions of the administration(execution) and the supervision of the board of directors drop off that a financial company without executive officer system(namely, a financial company with executive boards of directors) should have a majority outside directors of total directors(supervisory board of directors).

(3) The Act provides that a financial company in principle should have the

* Emeritus Professor of School of Law, Korea University.

audit committee which is one of the committees under the board of directors as auditing organ. But the members of audit committee should be appointed and removed by resolution of the shareholders'meeting in which the voting rights of certain shareholders are limited.

The audit committee system is the system on the condition of supervisory board of directors with executive officer system under the Code. Therefore, it is clearly contradictory that a financial company without executive officer system(namely, executive board of directors) should have the mandatory audit committee.

3. I would propose followings for transparent and effective management of a financial company.

(1) A financial company in principle should absolutely adopt the executive officer system under the Code. In other words, the Act should provide that a financial company should mandatorily adopt the executive officer system under the Code separated from board of directors. Such provision is harmonized with the provision of majority outside directors in board of directors. In this case, the provisions for executive managers in the Act should be deleted.

(2) The members of the audit committee in a financial company should be appointed and removed not by the shareholders' meeting but by the (supervisory) board of directors. For this purpose, the provision for appointing and removing members of the audit committee by shareholders' meeting in the Act should be deleted.

All members of the audit committee should be outside(independent) directors for more effective auditing to executive organ.

주제어(Key Words)

업무집행책임자, 집행임원제도, 참여형 이사회, 감독형 이사회, 임원추천위원회, 이사회의 권한, 금융지주회사, 감사위원회, 감사위원의 선임방법, 사외이사.

Executive Managers, Executive Officer System, Executive Board of Directors, Supervisory Board of Directors, Nominating Committee, Power of Board of Directors, Financial Holding Company, Audit Committee, Method for Appointing and Removing Members of Audit Committee, Outside(Independent) Directors.

제1주제

日本私法における一括清算と三者間相殺

(Close-out netting and Triangular set-off)

(일본 사법에서의 일괄 정산과 삼자간 상쇄)

사회 : 양동석 교수(조선대)

발표 : 柴崎 暁 교수(와세다대)

토론 : 서성호 교수(조선대)

고영미 교수(숭실대)

日本私法における一括清算と三者間相殺

柴崎 暁*

≪ 目　次 ≫

Ⅰ. 事案の概要
Ⅱ. 研　究

はじめに

[1] BIS（国際決済銀行）バーゼル銀行委員会は、1988年報告書以来、国際金融制度の健全性を確保した競争条件の平準化のため、各国の金融機関に自己資本基準（危険資産による危険負担〔exposure〕に対して最低8%。日本では1993年告示で導入）を要求してきた。しかし、金融機関が互いに派生商品の予期される危険負担を持ち合っている場合には、それらは対当額の範囲で打ち消しあう関係にあるから、この部分は保有していても実害がない。そこで1994・1995年報告書では、破綻銀行Aが相手方Bとの間で複数の派生商品を有しており、一方の倒産時には強制的に中途解約しこれを時価評価で差引計算〔close-out　netting〕する旨の合意があり、この取引の準拠倒産法にてらしてBの危険負担が差引計算残高となることにつき法令等の存すること等を条件にこの残高に基づく再構築を許し、上記自己資本比率を充足するものと看做すことができるものとした。かかる基準を満たすために、デリバティブでは統一的な約定書が用いられてきた。

[2] ところで、上記差引計算の手順のうち、時価評価の債権に置き直す作業は、偶然性〔aléa〕という債務の要素を交替する更改であり、次いでこの時価評価額を相殺するものと解される。日本民法では相殺には遡及効があるが、更改には遡及効がない。この更改は手続開始に後れることになり、相殺ができないことになる。そこで、日本では1998（平成1

* 早稲田大学 准今

0）年に「一括清算法」が制定された。

[3] 本報告でとりあげるリーマンブラザース事件は、2008年に発生した同社の破綻をトリガーに生じたclose-out nettingの事例であるが、事柄は、一括清算法やISDAマスター契約書がデフォルトルールとして予定しているようなバイラテラルな場面ではなく、いわゆる三者間「相殺」であった。リーマンの日本法人（Ｘ）は野村信託（Ｙ）および野村証券（Ｚ）との間で通貨スワップ等を行っており、破綻時にはＸがＹに4億の清算金債権αを、ＺがＸに17億円の清算金債権βをそれぞれ有しているものと時価評価されていた。ＸＹ間のISDAマスターでは、スケジュールに、αを受働債権としβを自働債権としてＹが「相殺できる」との合意にＺが承諾を与えないまま（三面契約が未成立のまま）手続開始決定を迎え、その後にＺの承諾が通知された。原審は企業グループ間でのかような相殺は相殺の合理的期待があるから認められるとの判断をしたが、Ｘが上告、最高裁はこれを覆した。判旨は相殺の合理的期待は保護されないとしている。それは、債権の相互対立のない相殺は認められないからである。しかし問題はこれにとどまらない。三者間のかような取引は、相殺と呼ばれるべきではなく、嘱託または指図と呼ぶべきである。仮に相殺がしたいのであれば、手続開始までに債権譲渡または債務引受により三者関係を一旦二者関係に置き替え、相互性を具備することができなければ相殺は認められない。Ｚによる承諾を、マスター契約差入の時点から徴しておくことが最も適切な対応であると考える。

Ⅰ．事案の概要

Ａ．事実

[1] Ｘ（米国法人Ｌの清算中の子会社）は、Ｌを「信用保証提供者」とし、2001年以降Ｚ証券との間で、2007年2月以降は並行してＺの姉妹会社Ｙ信託銀行との間でも、1992年版ISDAマスターによる基本契約に基づき通貨オプション等の取引を行っていた。

[2] 2008年9月15日、Ｌは連邦破産法第11章手続の適用を申請、基本契約に基づきＸＹ間の取引は同日期限前終了。直後Ｙは本件取引の再構築（残期のリスク制御のための別の相手方との同内容の代替取引の締結。これに要した費用は破綻金融機関の負担とする）をし、基本契約に従い、「損害」方式によりＹが期限前終了による全損失及び費用を「善意で合理的に」計算し通知した。計算の基準となる期限前終了日が日本の休日であったため、Ｙは直前の営業日（9月12日）の金利・為替指標に基づき損害を算定した。他方、同日ＸＺ間の取引も自動的に期限前終了し、ＺはＸに対し清算金17億1168万6829円の支払請求

権を取得。東京地裁は9月19日Ｘの再生手続開始決定。債権届出期間は10月21日までとなった。

[3] 10月1日、Ｙは本件基本契約スケジュール「5部c」(期限前終了事由が生じたときはＹはＸ等に事前に通知することなく「ＸがＹ(及びＹの「関係会社」)に対して有する債務(満期に達しているか不確定かを問わない)を、Ｙ(及びＹの「関係会社」)がＸに対して有する債務(満期に達しているか不確定かを問わない)と相殺する…権利を有する」)に基づき、Ｘに対して負う清算金4億0322万5548円(Ｙの債務の時価評価額約6億から再構築費用約2億の差額)の債務とＺの有する17億余円の清算金請求権とを対当額で相殺する旨の通知書をＸに、Ｚは、「本件相殺に予め同意している」旨の通知書をＸＹに対して、配達証明付内容証明郵便により送付、それぞれ同月2日に到達。

[4] Ｘは、期限前終了を理由として、Ｙに対し、基本契約に基づく清算金11億0811万1192円(9月16日のレートによることを前提とする)、10月1日までに発生した確定約定遅延損害金40万3239円、10月1日から清算金支払済の前日までの年2%で計算した約定遅延損害金の支払を請求して提訴。そのうえでＹの主張する相殺は民再93の2Ⅰにより禁止されるとした。仮にＺがＸに対する清算金債権をＹに譲渡した上で相殺するものとすれば、Ｚの同意通知(譲渡の意思表示)の到達は手続開始後であって相殺はできない(民再93の2Ⅰ(1)にはⅡ項の例外事由がない)等主張した。

[5] これに対して、Ｙは、再構築費用は再構築による損益を通算すべきであること、因果関係のない弁護士費用(基本契約11条)の算入は認められないこと等を主張。また、本件相殺の性質につき仮に譲渡でも更改でもないとしても、Ｚの同意を停止条件としてＹのＸに対する「固有の債権」を発生させ、Ｙがこれを自働債権としてＸに対する清算金債務を相殺するとＺのＸに対する債権が対当額で消滅する無名契約であると反論。駆込み回収を債権者の公平の観点から禁止する民再93の2Ⅰ(1)の趣旨は事前に合意された本件相殺に適用はない等と反論した。

[6]【第1審・控訴審】第１審判決(東京地判2013(平成25)・5・30判時2198号96頁)は、請求棄却。本件は算定が合理的に実行可能でない場合でなく、最終営業日(9月12日)のレートを用いたＹの算定は「善意で合理的」である(判旨は金融商品会計実務指針や法人税基本通達も参酌している)とし、再構築費用は損益通算をすべきこと(1億7793万6504円となる)、弁護士費用は全額を認めること、遅延損害金の割合は年0.83%、10月2日より2%とし、結果Ｙには、清算金4億3150万8744円＋期限前終了日から10月1日までの確定約定遅延損害金16万6841円＋これらに対する同2日から支払済の前日まで年2%を日割とし各日複利による遅延損害金債務が発生していたことになると判示。前記相殺条項は、期限前終了事由の発生とＹがＺから同意を得ることとを停止条件とした、自働債権及び受働債権の相殺を行う権限をＹに認めた合意と解釈すべきである(三面契約ではなくＺ

の更改意思も明確ではないので、Ｙのいう債権者の交替する更改に該当せず、他方、相殺条項自体が無効とのＸの主張も採用の余地はない）。危機時期前に再生債権を取得した者が手続開始時に再生債務者に債務を負担する場合に停止条件付債権であっても双方の債務が債権届出期間の満了前に相殺に適するようになったときは相殺をすることができるとする民再92（および民再87）にてらし、本件相殺にはそれが行われる「合理的期待」が認められ、「その相殺適状が生じた時点が債権届出期間の満了前であるときに限り、民再92によって許され」る。本件での相殺の合理的期待の存否は、「利害関係者間におけるリスク分配機能と債権者間の実質的な平等など…との整合性を総合考慮して判断すべき」であるが、「本件相殺条項…は…取引慣行といえる程度に広く用いられていたと推認でき…相手方が破綻した場合に備えて…Ｚを含めて総体的にリスクを管理及び分散すること自体に合理性があり…危機時期に相殺を目的として濫用的に締結されたものとは認められず…Ｙ及びＺ以外の再生債権者に，本件相殺による本件清算金支払債務の消滅についても受忍させることが債権者間の実質的な平等を損なうものともいえない」と判示。相殺適状が生じたのは平成20年10月2日で、債権届出期間の満了前であるから、本件相殺は民再92によって許され、自働債権であるＺの清算金請求権17億余円と、受働債権である本件清算金債務4億3167万5585円は対当額について消滅する、とした。Ｘ控訴。

[7]　控訴審は控訴棄却。第1審とほぼ同様の理由で、本件相殺は、民再93の2Ⅰによって相殺が禁止される場合には当たらず、民再92により許容されるものと解するのが相当であり、民再85により相殺が無効となると解することもできない、と判示した。Ｘ上告。

Ｂ．判旨（最判2016(平成28)・7・8民集70巻6号1611頁）

[1] 破棄自判、原判決変更（一部請求認容）「相殺は，互いに同種の債権を有する当事者間において，相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し，もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする制度であって，相殺権を行使する債権者の立場からすれば，債務者の資力が不十分な場合においても，自己の債権について確実かつ十分な返済を受けたと同様の利益を得ることができる点において，受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである。上記のような相殺の担保的機能に対する再生債権者の期待を保護することは，通常，再生債権についての再生債権者間の公平，平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨に反するものではないことから，民事再生法９２条は，原則として，再生手続開始時において再生債務者に対して債務を負担する再生債権者による相殺を認め，再生債権者が再生計画の定めるところによらずに一般の再生債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし，この点において，相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたものと解される」（最大判1970(昭和45)・6・24民集24巻6号587頁，

最判2012(平成24)・5・28民集66巻7号3123頁参照）。

[2]「このように，民事再生法９２条は，再生債権者が再生計画の定めるところによらずに相殺をすることができる場合を定めているところ，同条１項は『再生債務者に対して債務を負担する』ことを要件とし，民法５０５条１項本文に規定する２人が互いに債務を負担するとの相殺の要件を，再生債権者がする相殺においても採用しているものと解される。そして，再生債務者に対して債務を負担する者が他人の有する再生債権をもって相殺することができるものとすることは，互いに債務を負担する関係にない者の間における相殺を許すものにほかならず，民事再生法９２条１項の上記文言に反し，再生債権者間の公平，平等な扱いという上記の基本原則を没却するものというべきであり，相当ではない。このことは，完全親会社を同じくする複数の株式会社がそれぞれ再生債務者に対して債権を有し，又は債務を負担するときには，これらの当事者間において当該債権及び債務をもって相殺することができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても，異なるものではない」。

[3]「したがって，再生債務者に対して債務を負担する者が，当該債務に係る債権を受働債権とし，自らと完全親会社を同じくする他の株式会社が有する再生債権を自働債権としてする相殺は，これをすることができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても，民事再生法９２条１項によりすることができる相殺に該当しないものと解するのが相当である」。

[4]　本件相殺は債権の相互対立がないので、民再92Ⅰが許容しないものといえる。Ｘの請求は、清算金4億3150万8744円並びに期限前終了日(9月15日)から同年10月1日までの確定約定遅延損害金16万6841円及び上記清算金に対する同月2日から支払済の前日まで年2%の日割・各日複利による約定遅延損害金の支払を求める限度で認容すべきであり原判決を主文のとおり変更する、とした（なお千葉裁判官による意見がある）。

Ⅱ．研　究

A．本判決の意義―相殺の要件としての債権の相互対立

[1] 再92Ⅰが定める債権債務の相互対立は、「絶対的条件」であり、「それを相殺の担保的機能に関する合理的期待の有無によって調整する余地はない」「本判決が原判決を覆したことは、このような判例法理が確立されたことを意味する」（伊藤眞「『相殺の合理的期待』はAmuletum（護符）たりうるか」ＮＢＬ1084号4-13頁、13頁）。倒産法制は民法の定義する相殺概念を出発点として、これを制度目的等の諸理念によって修正している（倒産法

的再構成）。あるときは、手続の遷延防止、相殺の合理的期待や担保的機能の保護を理由として相殺を「保護」（民再92、破67等、仏商法典L.621-24、仏通貨金融法典L.211-36以下）し、あるときは再生債権者等の個別的権利行使の禁止（民再85Ⅰ、破100Ⅰ等）や再生債権者間の平等（民再155Ⅰ、破194Ⅱ等）を理由として「禁止」（民再93、93の2、破71、72等）するものである（再生型手続の場合には破綻者の再生という目的があるため相殺可能な場合の拡大はより謙抑的に扱う必要がある）。相殺を「保護」するときも「相互性」の具備は他の要件（履行期の到来、停止条件の成就等）と比較して重要性が大きく、除外されていない要件である。 [2] 原審は、ＸＹ間で「関係会社を含めたグループ企業同士で総体的にリスク管理をすることを企図していた」ことを以て、手続開始決定時に相互性が存在しない場合であっても「〔相互性が存する場合と同様の〕相殺の合理的期待が存在すると認めるのが相当である」と判示している（しかし、最高裁はこの解決を斥けた。一般論として三者間清算ができるということと、本件の、三面契約が未成立であった場合とは区別されなければならない―後述）。控訴審も、その判旨に賛同する見解も、最大判昭和45年を持出してその類推をはかろうとするが、いささか飛躍があるように思われる。ネッティングは銀取約定書にあるような単なる期限前倒しによる相殺なのではなく、損益不明の状態にある期中で、契約を強制終了して理論価格を算出し（更改）、以て相殺するという二段階の過程が行われている。更改前の時点では当事者が債権者なのか債務者なのかさえ不明で、預金と貸金の場合のような意味での相殺の合理的期待は存在しない。また、一括清算法は、ネッティングの管財人への対抗力を、専らバイラテラルな場合のみを想定して規定している。関係を二者間に一旦置きなおすことをしない限り同法の適用はなく、エクスポージャー縮減の効果は認められない。また、論者は銀取約定書の差引計算規定が公知の事実になっている旨を強調するが、グループ間相殺の約定がISDA等のスケジュールに約定されていることについて一般的な公知性が存在するわけでもない。

[3] 原審は、自働債権の取得時期を基軸とした相殺禁止（民再93の2Ⅰ）に反しない限り相殺の合理的期待・担保的機能を保護すべきだとし、その旨を、債権債務の相互対立がない場合にも及ぼそうとしたが、最高裁は、民再92が債権債務の相互対立を要求することを理由に、相殺の担保的機能の保護はその範囲に限定されるものと解した。最大判昭和45年の判旨は、相殺制度の目的は専ら相殺権者と相手方との（二者間の）権利義務の調整にあるとし、その結果としてあたかも担保権のように相手方の一般債権者との関係で相殺権者に優先的地位を認める機能が保護されるとしているが、同判決は、①相互性を前提にするとともに、②相殺の目的と機能とを分けて論じている。一般的に法制度の「機能」とは、本来別の「目的」において成立した制度より派生する、元来は期待されていなかったはずの経済的効用を利用することをいう。「目的」がこれを許さないときには、当事者がその効用を必ず得られるものではない。「相殺権者を含む利害関係人が一定の場合における相殺の

許容性について合意したとしても、それが相殺権にかかる倒産法の規定に抵触する場合」、規定の趣旨と背馳する場合には、その効力は否定されねばならない（伊藤・前掲8頁）。

[4] そして、相殺の担保的機能に対する合理的期待が認められるときに相殺を許容すべきであるとの判例法理は、手続開始前の危機時期（民再93、民再93の2、破71）において生じた債務負担・債権取得による相互対立の具備がある場面においては、期限の到来等他の要件が欠缺する場合でも、相殺禁止を緩和することを目指したものであるが、倒産法によって拡張された相殺権保護の限界づけ（絶対的要件）についてこれを修正したわけではない。手続開始前に相互対立が成立した停止条件付債権の手続開始後の条件成就による相殺（破67Ⅱ後段）は、倒産法的再構成のなかでもとりわけ特殊な状況に関する制度であるという。

B.「三者間相殺」と呼ばれるもの

[1] では、仮にZによる三者間相殺への同意が手続開始前であったならば、債務の消滅の効果は"相殺として"保護されるのであろうか。Zが債権譲渡をしているから二者間における債権債務の対立関係が成立するということになるかもしれない。ZがYの債務を予め（期限前終了事由の発生を停止条件として）債務者契約により免責的債務引受していれば、この場合にも二者関係となり相互対立が成立するといえるかもしれない。しかし本件の事実関係では債権譲渡も債務引受もなかった。そこで判旨は、債権の相互対立を欠く「相殺」そのものを認めなかったのであるが、予めの三面契約により、三者間の債権を二者関係の対立に置換える迂路を経ずに債務を消滅させる取引を否定したわけではない。

[2] 判例にてらせば、Zによる同意が手続前になされていれば、「三者間相殺」が直截に認められていたはずである。しかしそれはもはや相殺という名においてではない（内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号13-18頁、14頁）。ＡＢＣの同意する三面契約による（ＡのＢに対する）債権α（対価関係ないし原因関係とも呼ぶ）および（ＢのＣに対する）債権β（資金関係ないし補償関係とも呼ぶ）を同時に消滅させるとともにＡのＣに対する対当額の債権を成立させる合意による決済の簡略化は、つとに大判大正6・5・19民録23輯885頁によってその存在が確認されており、しかもそれが相殺ではないことが確認されている。この類型の取引は、大審院の判文に用語こそ登場しないものの、旧民法（明治23年）財産編第496条以下にいう「完全嘱託」にほかならず、フランス法の「完全指図〔délégation　parfaite〕」に該当する。三面契約〔triple　consentement〕による、Ｂの命令〔jussum〕に基づき行われる被指図人Ｃの債務負担γによる出捐であり、αβの消滅はその効果である（αβいずれかが存在していなかったとしてもγの効果は害されな

い）。本件リーマン事件は、以上のような取引行為を行っていなかった事例であるといえる（三面契約の「一辺が欠落」した状態。内田・前掲18頁）。

[3] 一辺が欠落している三面契約ではその参加の意思表示を行っていない状態にある予定当事者にその効果を及ぼすことはできない。上記「嘱託」のような取引自体が有効であることは「契約自由の原則に基づいて」認められているといわれることがあるが（柴崎暁・手形法理と抽象債務（2002年、新青出版）205頁）、それは嘱託の効果が法定効果ではなく合意の効力だという意味であって、二者しか同意していない三面契約について、同意をしていない者にも効力を及ぼすものと定め得る等といった意味ではない。論者には契約の自由との関係で問題を説く者もあるようであるが、むしろそこで問題とされるべきなのは、「契約相対性の原則」の話であろう。また、「ＸがＹに弁済することと引換にＺがＹを免除する合意がＹＺ間に成立していた」ことを説く者もいるが（遠藤元一「控訴審判批」金判1444号2頁）、本件の事案ではＹがＸから清算金を受領した事実はない。

[4] 本件に関連して「フランス法には三者間相殺が存在する」（松尾＝木村＝白石＝杉本＝本田〔座談会〕「三者間相殺判決を読み解く」金法2057号11頁〔杉本発言〕、内田・前掲16頁）という発言がきかれる。それぞれの文献がそれ以上の典拠を示しておらず、しかもそこで対象としている「三者間相殺」の内容も明らかではない。この名で呼ばれる可能性がある事柄としては、①民法典に明文の規定で認められてきた保証人および債権譲渡被譲人による法定三者間相殺（深谷格・相殺の構造と機能（2013年、成文堂）177頁）、②上記のような文字通りの三面契約で、二組の実質関係上の債務を一組のそれに置き替え、給付過程を省略して合理的な決済を行う債務消滅の手段として古来より認められてきた指図（とりわけ完全指図）、③後述の破毀院判決に登場する財産混同・法人格の仮装の要件の下で認められる倒産拡張が考えられる。これらの場合以外に、④三面契約が成立しておらず、二者間の合意であるにもかかわらず、「牽連性」を理由として三者間相殺ができるのがフランス法の採る立場であると言っているとすれば、この認識には以下のように疑問がある。比較法的研究の成果の如何が必ずしも日本の法令解釈に直結するわけではないが、より正確に国際的動向を確認しておくことは無駄ではなかろう。

[5] 深川裕佳・多数当事者間相殺の研究（信山社、2012年）139-142頁は、「二者間で締結される二面的法律関係における三者間相殺契約」のなかで、「債務間の牽連性に基づく対抗力（担保的機能）」を扱い、フランス法における二者間で締結される三者間相殺が認められる事例には、上記の法定三者間相殺および完全指図を除くと、次の４類型があるという。即ち、①法人格否認、②財産関係の混同、③「枠組み契約が締結されている」場合（事例としては破毀院商事部1994年4月5日（D.1995,som.com. 215, note HONORAT）、④相互性の成立していない当事者間に債務間の「牽連性」によって相殺の可能性を認めた例（破毀院商事部判決1995年5月9日、JCP ed. G. 1995 II 22448）である。結論か

らいえば、後述のとおり、④の事件は①②と同様で、倒産手続拡張判決の既判力によって、外形上三者関係の状況が二者関係であると法的に評価された場面であった。そこで残るのが③であるが、典拠における判示事項要旨と注釈を見る限り、「三者間の相殺」を意味する表現が見当たらない。少なくとも積極的に事柄が三者間相殺だということを語っている事案であるとは思われなかった。

[6] とりわけ、同書が「牽連性による相互性欠缺の補充」の可能性を示したものとして引用する、破毀院商事部判決1995年5月9日についての同書による紹介には問題がある。判決は相互性と牽連性との二つの問題を判決理由中で明確に分割し、前段で相互性について論じ、この事件では、本件給付請求とは別に、同一の控訴院において、倒産手続を別法人に拡張（仏商法典L.621-2,2o）する判決が存在していることが引用されている。その判決の既判力を前提に、財産混同または仮装法人格の場合に該当するから、同一企業グループに属する二つの会社を一体として見ることができ、その結果原告との間で債権の相互対立が存するものとして扱うべきだとしている。その上で、後段の牽連性に係る部分の説示において破毀院は、控訴院が狭隘な牽連性の解釈（「明示の枠合意なければ牽連性なし」）を採って相殺が認められないとした点をとらえて非難しているのである。破毀院は、複数の取引の事実的な結びつきを通じて牽連性を認められる場合もあると解したのである（事案においては、C社が雛鴨を売却し買主Lにより肥育された成鴨をCのグループ会社であるDが買戻す、あたかも請負を想起させる一連の取引）。以上の二つの独立した争点についての判断を経て、破毀差戻にしたのが本件である。破毀院が牽連性による相殺の可能性の拡張を意図した対象は、相互性の有無に関する点についてではなかったのである。なにより、牽連性は「確定性liquidité」および「請求可能性exigibilité」の欠缺のみを補うものだからなのである。判決文のどこにも、「債務間の牽連性は、債務の相互性要件が欠ける場合にこれを補充するものとして扱われている」（深川・前掲書141頁）という認識はまったく示されていない。

[7] また深川・前掲書141頁は、破毀院商事部判決1995年5月9日の評釈としてLOISEAU, D. 1996, jur. p. 323を引用しつつ、「法的ではなく、経済的実態によって、債務の対立要件が満たされたのと同等になる」と記すが、引用者が「経済的実態」としたものとおぼしき部分は、entité economiqueという表現であって、これは、法人格否認等によって同一視される企業グループに属する複数の会社の事実的な結合体をさすものと考えられる。かかる結合体が存するならば相互性の欠缺が埋め合わせられるとの説明は何ら不合理ではない。しかしそれは「債務間の牽連性」とは関係がない。むしろ注目すべきであると思われるのは、LOISEAU評釈はその冒頭で、「債務の相互性は相殺のひとつの条件に過ぎないのではない。それどころか、それなくしては相殺を考えることすらできない相殺の基本的な要素の一つである」との原理原則を明解に説いており、当時の民法典で相殺の要

件を定める第1291条のなかに規定されずに相殺の定義を定める第1289条のなかで言及されている重要度の高いものであって、当事者の合意によっても排除できず、債務の牽連性によっても排除できないことを強調している（なお、2016年仏民改正があったが、これ以降も、相互性は定義規定（第1347条第1項）で言及され、一般的要件を定める第1347-1条と区別され別格扱いである。特則として、確定性・請求可能性が欠けるときも、牽連性があるとき、裁判官は相殺宣言を拒否できないこともあわせて定めた（第1348-1条第1項）。他方、狭義の三者間相殺については第1347-5条（被譲債務者）および第1347-6条（保証人）に集められた）。

[8] このような検討から、フランス法において三者間相殺とは、①法定三者間相殺、②完全指図の「僭称」としての三者間相殺、③財産混同ないし仮装法人格を前提にした倒産手続拡張の結果相互性の欠如が補われる場合のどれかであることが解った。このうち日本法において定かではないのは③である。さて、これに倣って一括清算法を改め、倒産拡張制度を導入すべきであろうか。同法はあくまでもBIS基準を満たすために他の再生債権者の犠牲において金融機関についてだけネッティングの効力を優先させることにある。できうるかぎり、関係人に不利益を押し付けるものであってはならないであろう。以下のとおり現行法下でも対策が可能である以上、さしあたり立法改革までは必要ないと思われる。

おわりに

[9] 実務上どのような予防策がよいか付言すれば、WOOD, Set-off and netting, derivatives, clearing systems, 2 ed., London Sweet & Maxwell, 2007, p. 95.が示唆するように、完全嘱託を予約する三面契約でクロスギャランティー（相互性を成立させるための担保設定予約）を事前に設定することが最も簡潔かつ必要であろう。このことは、ISDAスケジュールに書き込まれた三者間相殺条項の部分に、取引の始期からZにも調印させておくことである。このことは、BIS基準を充足しつつ合理的にデリバティブ取引を保有し続けるため金融機関がなすべき責務であり、かような取扱こそが推奨されるべきではあるまいか。

삼자간 상계와 일괄청산

-리먼 브라더스 대 노무라신탁은행 사건 판결을 중심으로-

시바자키 사토루

머리말

[1] BIS (국제 결제 은행) 바젤 은행 위원회는, 1988년 보고서 이후, 국제 금융 제도의 건전성을 확보한 경쟁 조건의 평준화를 위해, 각국의 금융기관에 자기 자본 기준(위험 자산에 따른 위험 부담(exposure)에 대한 최저 8%. 일본에서는 1993년 고시에서 도입)을 요구했다. 그러나, 금융기관이 서로 파생상품의 예상되는 위험 부담을 서로 가지고 있는 경우에는, 그것들은 상당액의 범위에서 무시할 수 있는 관계에 있으므로, 이 부분은 보유하고 있어도 실제 손해가 없다. 따라서 1994년, 1995년 보고서에서는, 파산 은행 A가 상대방 B 사이에서 여러 파생 상품이 존재하고, 어느 한쪽의 도산 시에는 강제적으로 중도 해약하여 이를 시가평가에서 차감계산 (close-out netting)한다는 합의가 있어, 이 거래의 준거 도산법에 비추어 B의 위험 부담이 차감 계산 잔액이 되는 것을 법령 등에 존재하는 것 등의 조건으로 이 잔액에 근거한 재구축을 허용하여, 앞서 말한 자기 자본 비율을 충족할 것으로 간주할 수 있도록 하였다. 이러한 기준을 충족시키기 위해서 파생 상품은 통일적인 약정서가 이용되어 왔다.

[2] 그런데 위에서 언급한 차감 계산의 순서 중에서 시가 평가의 채권을 바꾸는 작업은, 우연성[aléa]이란 채무의 요소를 교체하는 변경이며, 이어 이 시가 평가액을 상계하는 것으로 해석된다. 일본 민법에서는 상계에는 소급효력이 있지만 경개(更改)에는 소급효력이 없다. 이 경개는 절차 개시에 뒤떨어지는 것이 되며, 상계되지 않는 것으로 된다. 이에 일본에서는 1998년 (헤이세이 10년)에 "일괄청산법(一括清算法)"이 제정되었다.

[3] 본 보고에서 다루는 리먼 브라더스 사건은 2008년에 발생한 동 회사의 파탄의 계기를 발생시킨 close-out netting의 사례이나, 이 사건의 내용은 일괄청산법이나 ISDA 마스터 계약서가 기본 규칙으로서 예정하고 있는 쌍방의 장면이 아니라, 이른바 삼자간의 "상계"였다. 리먼의 일본법인(X)은 노무라신탁(Y) 및 노무라증권(Z)과의 사이에서 통화 스와프 등을 행하였고, 파탄시에는 X가 Y에 4억엔의 청산금 채권 α를, Z가 X에 17억 엔의 청산금 채권 β를 각각 보유하고 있는 것으로 시가 평가되었다. XY간의 ISDA 마스터 계약서에서는, 부칙에서 α를 수동 채권으로 하고, β를 자동 채권으로 하여 Y가 "상계할 수 있다"고 하는 합의에 Z가 승낙을 하지 않은 채로 (삼면계약이 미성립 된 채

로) 절차 개시 결정을 맞아, 그 후에 Z의 승낙이 통지되었다. 원심은, 기업 그룹간에서의 이러한 상계는 상계의 합리적 기대가 있으므로 인정된다고 판단하였지만, X가 상고하여, 대법원에서 이 판단은 뒤집혔다. 대법원의 판지는 상계의 합리적 기대는 보호되지 않는다고 하고 있다. 왜냐하면 채권의 상호 갈등이 없는 상계는 인정되지 않기 때문이다. 그러나 문제는 이에 그치지 않는다. 삼자간의 이러한 거래는, 상계라고 부를 것이 아니라, 촉탁 또는 지시라고 불러야 한다. 만약 상계로 하려고 한다면, 절차 개시까지 채권양도 또는 채무인수에 의한 삼자관계를 일단 양자관계로 바꾸어야 하고, 상호성을 구비하는 것이 불가능하다면 상계는 인정되지 않는다. Z의 승낙을 마스터 계약 차입의 시점에서 구하는 것이 가장 적절한 대응이라고 생각된다.

I. 사안의 개요

A. 사실

[1] X(미국 법인 L의 청산 중의 자회사)는 L을 "신용보증제공자"로 하여, 2001년 이후 Z증권과의 사이에, 2007년 2월 이후는 병행하여 Z의 자매회사인 Y신탁은행과의 사이에서도 1992년판 ISDA 마스터에 의한 기본 계약에 근거하여 통화 옵션 등의 거래를 행하였다.

[2] 2008년 9월 15일, L은 연방파산법 제11장 절차의 적용을 신청, 기본 계약에 근거한 XY간의 거래는 이날 기한 전에 종료하였다. 직후 Y는 본건 거래의 재구축(남은 기한의 리스크 제어를 위한 다른 상대방과 같은 내용의 대체 거래를 체결. 이에 필요한 비용은 파탄 금융 기관의 부담으로 한다)을 하여, 기본 계약에 따라 "손해"방식에 의해 Y가 기한 전 종료에 의한 전체 손실 및 비용을 "선의에 합리적인" 계산을 하여 통지하였다. 계산의 기준이 되는 기한 전 종료일이 일본의 휴일이었기 때문에, Y는 직전의 영업일(9월 12일)의 금리・환율 지표에 의한 손해를 산정하였다. 한편, 같은 날 XZ사이의 거래도 자동적으로 기한 전 종료되어, Z는 X에 대해서 청산금 17억 1168만 6829엔의 지급 청구권을 취득하였다. 도쿄지법은 9월 19일 X의 회생 절차 개시를 결정하고, 채권 신고 기간은 10월 21일까지로 하였다.

[3] 10월 1일, Y는 본건 기본 계약 부칙 "5부 c"(기한 전 종료 사유가 발생하였을 때에는 Y는 X등에 사전에 통지하는 일 없이 "X가 Y(및 Y의 "관계 회사")에 대해서 갖는 채무(만기에 달하였는지 불확정인지는 묻지 않는다)를, Y(및 Y의 "관계 회사")가 X에 대해서 갖는 채무(만기에 달하였는지 불확정인지는 묻지 않는다)를 상계하고 권리를 가진다)에 근거하여 X에 대해 입은 청산금 4억 0322만 5548엔(Y의 채무의 시가 평가액 약

6억 엔에서 재구축 비용인 약 2억의 차액)의 채무와 Z가 가지는 17억 여엔의 청산금 청구권을 상당액으로 상계한다는 통지서를 X에게, Z는 "본건 상계에 미리 동의한다"는 취지의 통지서를 XY에 대해서 배달증명부 내용증명 우편으로 송부하여, 각각 같은 달 2일에 도달하였다.

[4] X는 기한 전 종료를 이유로 Y에 대해서 기본 계약에 근거한 청산금 11억 0811만 1192엔(9월 16일의 환율에 따른 것을 전제로 한다), 10월 1일까지 발생한 확정약정지연손해금 40만 3239엔, 10월 1일부터 청산금 지급 전일까지의 연2%로 계산한 약정지연배상금의 지불을 청구하여 제소하였다. 게다가 Y가 주장하는 상계는 민사재생법 93의2 1항에 의해 금지된다고 하였다. 만일 Z가 X에 대한 청산금 채권을 Y에게 양도한 후로 상계하는 것으로 하면 Z의 동의 통지(양도의 의사 표시)의 도달이 절차 개시 후가 되어 상계는 되지 않는다(민사재생법 93의2 1항 (1)호에는 2항의 예외 사유가 없다)등을 주장하였다.

[5] 이에 대해서 Y는 재구축 비용은 재구축에 따른 손익을 통산해야 하는 것이며, 인과관계 없는 변호사 비용(기본 계약 11조)의 산입은 인정되지 않는다는 등의 주장을 하였다. 또 본건 상계의 성질에 대해 만일 양도도 경개도 아니라고 해도 Z의 동의를 정지조건으로써 Y의 X에 대한 "고유의 채권"을 발생시키고 Y가 이를 자동 채권으로 X에 대한 청산금 채무를 상계하면 Z의 X에 대한 채권이 상당액으로 소멸하는 무명 계약이라고 반박하였다. 막바지 회수를 채권자의 공평의 관점에서 금지하는 민사재생법 93의2 1항 1호의 취지는 사전에 합의된 본건 상계에 적용은 없다는 등이라고 반박하였다.

[6] [제1심・공소심] 제1심 판결(도쿄 지법 2013년(헤이세이 25년) 5월 30일, 판례시보 2198호 96쪽)는 청구 기각하였다. 본건은 산정이 합리적으로 실행할 수 없는 경우가 아니라, 최종 거래일(9월 12일)의 환율을 이용한 Y의 산정은 "선의에 합리적"이며(판지는 금융 상품 회계 실무 지침과 법인세 기본 통달도 참작하고 있다고 하여, 재구축 비용은 손익 통산을 해야 하는 것이며(1억 7793만 6504엔이 된다), 변호사 비용 전액을 인정하는 것, 지연손해배상금의 비율은 연 0.83%, 10월 2일부터 2%로 하여, 그 결과, Y에는 청산금 4억 3150만 8744엔 + 기한 전 종료일로부터 10월 1일까지의 확정약정지연손해배상금 16만 6841엔 + 이에 대한 10월 2일부터 지급일 전일까지의 연 2%를 일당으로 하여 각일 복리에 의한 지연손해배상금 채무가 발생한 것으로 판단하였다. 앞서 언급한 상계 조항은, 기한 전 종료 사유의 발생과 Y가 Z로부터 동의를 얻는 것을 정지조건으로 한 자동 채권 및 수동 채권의 상계를 실시하는 권한을 Y에 인정한 합의로 해석해야 한다(삼면계약이 아닌 Z의 개경의사도 명확하지 않기 때문에, Y의 채권자 교체하는 개경에 해당하지 않으며, 한편, 상계 조항 자체가 무효라는 X의 주장도 채용의 여지가 없다.). 위기 시기 이전의 회생 채권 취득자가 절차 개시 시에 회생 채무자에게 채무를 부담할 경우, 정지조건부채권이라도 양측의 채무가 채권 신고 기간의 만료 전에

상계에 적합하게 된 때에는 상계를 할 수 있다며 민사재생법 92조(및 민사재생법 87조)에 비추어, 본건 상계에는 그것이 행하여지는 "합리적인 기대"가 인정되어, "그 상계적상이 생긴 시점이 채권 신고 기간의 만료 전일 때에 한하여 민사재생법 92조에 의해 허용"된다. 본건에서의 상계의 합리적 기대의 존부는, "이해관계자간의 리스크 분배 기능과 채권자간의 실질적인 평등 등과의 정합성을 종합 고려하고 판단해야" 하지만, "본건 상계 조건은 거래관행이라고 할 수 있을 정도로 널리 이용되고 있었다고 추인할 수 있으며, 상대방이 파탄한 경우에 대비하여 Z를 포함해서 총체적으로 리스크를 관리 및 분산하는 것 자체에 합리성이 있으며, 위기 시기에 상계를 목적으로 남용적으로 체결된 것으로 인정할 수 없으며, Y및 Z 이외의 회생 채권자에게, 본건 상계에 의한 본건 청산금 지급채무의 소멸에 대해서도 수인시킬 채권자간 실질적 평등을 해치는 것이라고도 할 수 없다"고 판단하였다. 상계적상이 발생한 것은 2008년(헤이세이 20년) 10월 2일이고, 채권 신고 기간의 만료전이므로 본건 상계는 민사재생법 92조에 의해서 허용되며 자동채권인 Z의 청산금 청구권 17억 여엔으로 수동채권인 본건 청산금 채무 4억 3167만 5585엔은 상당액에 대해서 소멸한다고 하였다. 이에 X는 항소하였다.

[7] 항소심은 항소 기각하였다. 제1심과 비슷한 이유에서 본건 상계는 민사재생법 93조의2 1항에 의해서 상계가 금지될 경우에는 해당되지 않아 민사재생법 92조에 의해 허용되는 것으로 해석하는 것이 맞으며, 민사재생법 85조에 의해 상계가 무효가 된다고 해석하는 것도 되지 않는다고 판시하였다. X는 상고하였다.

B. 판지 (최고재판소 판결 2016년(헤이세이 28년) 7월 8일. 민집 70권 6호 1611 쪽)

[1] 파기자판, 원심 판결 변경(일부 청구 인용) "상계는 서로 동종의 채권을 가진 당사자간에서 서로 대립하는 채권 채무를 간단한 방법으로 결제하고, 이로써 양자의 채권관계를 원활하고 공평하게 처리하는 것을 목적으로 하는 제도이며, 상계권을 행사하는 채권자 입장에서 보면, 채무자의 자력이 부족한 경우에도 자기의 채권에 대해서 확실하고 충분한 변제를 받는 동일한 이익을 얻을 수 있는 점에서, 수동채권을 마치 담보권을 가지는 것과 유사한 기능을 하는 것이다. 이러한 상계의 담보적 기능에 대한 회생 채권자의 기대를 보호하는 것은 보통 회생 채권에 대한 회생 채권자간의 공평, 평등한 취급을 기본 원칙으로 하는 재생 절차의 취지에 어긋나지 않으므로, 민사재생법 92조는 원칙적으로 회생 절차 개시 시에 있어 회생 채무자에게 채무를 부담하는 회생 채권자에 의한 상계를 인정하여, 회생 채권자가 재생 계획을 정하는 것에 의하지 않고 일반의 회생 채권자에게 우선 채권 회수를 시도할 수 있는 것으로 하여, 이 점에서 상계권을 별제권과 마찬가지로 취급하고자 한 것으로 풀이된다."(최고재판소 대법정 판결 1970년(쇼와 45년) 6월 24일 민집 24권 6호 587쪽, 최고재판소 판결 2012년(헤이세이 24년) 5월

28일 민집 66권 7호 3123쪽 참조).

[2] "이러하듯이 민사재생법 92조는 회생 채권자가 재생 계획에서 정하는 바에 의하지 않고 상계를 할 수 있는 경우를 규정하고 있는데, 동조 1항은 '재생 채무자에게 채무를 부담하는' 것을 요건으로 하여, 민법 505조 1항 본문에 규정하는 두 사람이 서로 채무를 부담한다고 하는 상계 요건을 재생 채권자가 하는 상계에 대해서 채무를 부담하는 자가 타인이 가지는 재생채권을 가지고 상계할 수 있게 하는 것은 서로 채무를 부담하는 관계가 아닌 자 간의 상계를 허용하는 것에 다름없고, 민사재생법 92조 1항의 상기 문구에 반하여 재생채권자간의 공평, 평등한 취급이라고 하는 상기의 기본 원칙을 무시해버리는 것으로 할 수 있어, 상당하지 않다. 이것은 완전 모회사를 같이 하는 복수의 주식회사가 각각 재생채무자에 대해서 채권을 가지는, 또는 채무를 부담하는 때에는 이들의 당사자간에서 해당 채권 및 채무를 가지고 상계할 수 있는 취지의 합의가 미리 있는 경우에도 다르지 않다."

[3] "그러므로 재생 채무자에 대해 채무를 부담하는 자가 해당 채무에 관한 채권을 수동채권으로 해서, 자신과 완전 모회사를 같이 하는 다른 주식회사가 가진 회생 채권을 자동 채권으로 하는 상계는, 이를 할 수 있는 취지의 합의가 미리 있는 경우도 민사재생법 92조 1항에 의해 할 수 있는 상계에 해당하지 않는 것으로 해석하는 것은 상당하다."

[4] 본건 상계는 채권의 상호 대립이 없는 것으로, 민사재생법 92조 1항이 허용하지 않는 것이라고 할 수 있다. X의 청구는 청산금 4억 3150만 8744엔 및 기한 전 종료일(9월 15일)부터 같은 해 10월 1일까지의 확정약정지연손해배상금 16만 6841엔 및 상기 청산금에 대한 10월 2일부터 지급일 전일까지 연 2%의 일당・각일 복리에 의한 약정지연손해배상금 지불을 요구하는 한도에서 인용해야 하며 원판결을 주문과 같이 변경하는 것으로 하였다(또한, 지바 재판관에 의한 의견이 있다).

Ⅱ. 연구

A. 본 판결의 의의－상계의 요건으로서의 채권의 상호대립

[1] 민사재생법 92조 1항이 정하는 채권 채무의 상호 갈등은 "절대적 조건"이며, "그것을 상계의 담보적 기능에 관한 합리적 기대의 유무에 따라 조정할 여지가 없다.""본 판결이 원판결을 뒤집은 것은 이러한 판례 법리가 확립된 것을 의미한다."(이토우 마코토 "'상계의 합리적 기대'는 Amuletum(호신부)로 충분한가" NBL1084호 4-13쪽, 13쪽). 도산법제는 민법이 정의하는 상계 개념을 출발점으로 하여, 이것을 제도목적 등의

여러 이념에 의해 수정하고 있다(도산법적 재구성). 어떤 때에는 절차의 천연 방지, 상계의 합리적 기대와 담보적 기능의 보호를 이유로 상계를 "보호"(민사재생법 92조, 파산법 67조, 프랑스 상법전 L.621-24, 프랑스 통화금융법전 L.211-36 이하)하여, 어떤 때에는 재생채권자 등의 개별적 권리 행사의 금지(민사재생법 85조 1항, 파산법 100조 1항 등)나 재생채권자간의 평등(민사재생법 155조 1항, 파산법 194조 2항 등)을 이유로 "금지"(민사재생법 93조, 93조의2, 파산법 71조, 72조 등)하는 것이다(재생형 절차의 경우에는 파탄자의 재생이라는 목적이 있기 때문에 상계 가능한 경우의 확대는 더욱 겸양자제적으로 다룰 필요가 있다). 상계를 "보호"할 때도 "상호성"의 구비는 다른 요건(이행기의 도래, 정지조건의 성취 등)과 비교하여 중요성이 크고, 제외되지 않는 요건이다.

[2] 원심은 XY 간에 "관계 회사를 포함한 그룹 기업간에 총체적으로 리스크 관리를 하는 것을 기획했던" 것과 유사해, 절차 개시 결정 시에 상호성이 존재하지 않을 경우라도 "(상호성이 존재하는 경우와 같이) 상계의 합리적 기대가 존재한다고 인정하는 것이 상당하다"고 판시하고 있다(그러나, 최고재판소는 이 해결을 반대하였다. 일반론으로서 삼자간 청산이 가능한 점과, 본건의 삼면계약이 미성립일 때와는 구별해야 한다-후술). 항소심도, 그 판지에 동참하는 견해도, 최고재판소 대법정 판결 쇼와 45년의 판결을 가지고 유추하려고 했으나, 좀 비약이 있을 것으로 생각된다. 네팅(netting)은 은행에서 취급하는 약정서(銀取約定書)에 있을 법한 단순한 기한 조기에 의한 상계가 아니라, 손익불명의 상태에 있는 중에서 계약이 강제 종료되어 이론 가격을 산출하여(경개), 비슷하게 상계한다는 이 단계의 과정이 행해진다. 경개 전의 시점에서는 당사자가 채권자인지 채무자인지 조차도 불명확하고, 예금과 대출의 경우와 같은 의미의 상계의 합리적 기대는 존재하지 않는다. 또한 일괄청산법은 네팅(netting)의 재산 관리인에의 대항력을, 오로지 쌍방간의 경우만을 상정하고 규정하고 있다. 관계를 양자 간으로 일단 고치지 않는 한, 일괄청산법의 적용은 불가하고, 위험 부담액의 감축 효과는 인정되지 않는다. 또한 논자는 은취약정서의 차감 계산 규정이 공지의 사실이 됐다는 것을 강조하지만, 그룹간 상계의 약정이 ISDA등의 부칙에 약정된 것에 대해서 일반적인 공지성이 존재하는 것도 아니다.

[3] 원심은 자동 채권의 취득 시기를 기축으로 한 상계 금지(민사재생법 93조의2 1항)에 반하지 않는 한 상계의 합리적 기대·담보적 기능을 보호해야 한다고 하여, 그 취지를 채권채무의 상호대립이 없는 경우에도 미치게 하려 하였으나, 최고재판소는 민사재생법 92조가 채무채권의 상호 대립을 요구하고 있는 점을 이유로, 상계의 담보적 기능의 보호는 그 범위에 한정되는 것으로 해석하였다. 최고재판소 대법정 판결 1970년(쇼와 45년)의 판지는, 상계 제도의 목적은 오로지 상계권자와 상대방과의 (양자간의) 권리의무의 조정에 있다고 하여, 그 결과로 마치 담보권처럼 상대방의 일반 채권자와의 관계에서 상계권자에 우선적 지위를 인정하는 기능이 보호되고 있지만, 이 판결은 ① 상

호성을 전제로 하고, 동시에 ② 상계의 목적과 기능을 나누어 논하고 있다. 일반적으로 법제도의 "기능"은 본래 다른 "목적"에서 성립한 제도로부터 파생하는, 원래는 기대되지 못할 경제적 효용을 이용하는 것을 말한다. "목적"이 이를 허용하지 않을 때에는 당사자가 그 효용을 반드시 얻는 것은 아니다. "상계권자를 포함하는 이해관계인이 일정의 경우의 상계의 허용성에 대하여 합의하였다고 하더라도 그것이 상계권에 관련한 도산법 규정에 저촉되는 경우", 규정의 취지와 배치되는 경우에는 그 효력이 부정되지 않으면 안 된다(이토우・전게 8쪽).

[4] 그리고 상계의 담보적 기능에 대한 합리적 기대가 인정될 때에 상계를 허용해야 한다는 판례 법리는, 절차 개시 전의 위기 시기 (민사재생법 93조, 93조의2, 파산법 71조)에서 발생한 채무부담・채권취득에 의해 상호대립의 구비가 있는 경우에 있어서, 기한의 도래 등 다른 요건이 흠결되더라도 상계 금지를 완화하는 것을 목표로 한 것이지만, 도산법에 의해 확장된 상계권 보호의 한계 설정(절대적 요건)에 대해서 이를 수정한 것은 아니다. 절차 개시 전에 상호대립이 성립한 정지조건부채권의 절차 개시 후의 조건 성취에 의한 상계(파산법 67조 2항 후단)은 도산법적 재구성에서 유독 특수한 상황에 관한 제도라고 한다.

B "삼자간 상계"라고 불리는 것

[1] 그러면, 만약 Z의 삼자간 상계에 대한 동의가 절차 개시 전이었다면, 채무의 소멸의 효과는 "상계로서" 보호되어야 하는가? Z가 채권양도를 하고 있기 때문에 양자간의 채권채무의 대립관계가 성립한다고 할 수 있을지도 모른다. Z가 Y의 채무를 미리 (기한 전 종료 사유의 발생을 정지조건으로) 채무자계약에 의해 면책적 채무인수를 하였다면, 이 경우에도 양자 관계를 상호 대립이 성립한다고 말할 수 있을지도 모른다. 그러나 이 사실은 채권 양도도 채무 인수도 없었다. 그래서 판지는 채권의 상호대립이 없는 "상계" 그 자체를 인정하지 않은 것이지만, 사전에 삼면 계약으로 삼자간의 채권을 양자관계의 대립으로 고치는 우회로를 거치지 않고 채무를 소멸시키는 거래를 부정한 것은 아니다.

[2] 판례에 따르면 Z에 의한 동의가 절차 전에 이루어지고 있다면 "삼자간 상계"가 솔직하게 인정받았을 것이다. 그러나 그것은 더 이상 상계라는 이름으로는 아니다(우치다 다카시 "삼자간 상계의 민사재생법 상의 유효성" NBL 1093호 13-18쪽, 14쪽). A B C가 동의한 삼면 계약에 의해 (A의 B에 대한) 채권 α(대가 관계 내지 원인 관계로도 부른다) 및 (B의 C에 대한) 채권 β (자금관계 내지 보상관계로도 부른다)를 동시에 소멸시키는 동시에 A의 C에 대한 상당액의 채권을 성립시키는 합의에 의한 결제의 간략화는 예전부터 대심원 판결 다이쇼 6년 5월 19일 민록23집 885쪽에 의해 그 존재가 확인되며, 심지어 그것이 상계가 아님이 확인되고 있다. 이 유형의 거래는 대심원의 판결문에

용어는 등장하지 않지만, 구민법(메이지 23년) 재산편 제496조 이하의 "완전 촉탁"이 다름없고, 프랑스 법 "완전지시(délégation parfaite)"에 해당한다. 삼면 계약(triple consentement)에 의한 B의 명령(jussum)에 근거하여 행해지는 피지시인 C의 채무부담 γ의 출연(出捐)이며, α β의 소멸은 그 효력이다(α β중 어느 하나가 존재하지 않았다고 해도 γ의 효과는 훼손되지 않는다). 본건 리먼 사건은 이러한 거래 행위를 하지 않은 사례라고 할 수 있다(삼면계약의 "한쪽이 결여"된 상태. 우치다・전게 18쪽).

[3] 한쪽이 누락된 삼면 계약에서는 그 참여 의사를 표시하지 않은 상태에 있을 예정 당사자에게 그 효과를 미칠 수는 없다. 앞서 서술한 "촉탁"과 같은 거래 자체가 유효하다는 것은 "계약 자유 원칙에 입각하여" 인정받는다고 말하는 경우가 있지만 (사바자키 사토루"어음법리와 추상채무"(2002년, 신청출판) 205쪽), 그것은 촉탁의 효과가 법정 효과가 아니라 합의의 효력이라는 의미이며, 양자만이 동의하지 않은 삼면 계약에 있어서 동의하지 않은 자에게도 효력을 미칠 것으로 정할 수 있다는 등의 의미가 아니다. 논자에게는 계약의 자유와의 관계에서 문제를 설명하는 자도 있을 것 같지만, 오히려 거기에서 문제시 되어야 하는 것은 "계약 상대성의 원칙"일 것이다. 또한, "X가 Y에게 변제하는 것과의 교환에 Z가 Y를 면제하는 합의가 Y Z 간에 성립했다"고 하는 것을 설명하는 사람도 있지만 (엔도 겐이치 "항소심 판비" 금융・상사판례 1444호 2쪽), 본건의 사안에서는 Y가 X로부터 청산금을 수령한 사실은 없다.

[4] 본건과 관련하여 "프랑스 법에는 삼자간 상계가 존재하는" (마츠오 = 기무라 = 시라이시 = 스기모토 = 혼다(좌담회) "삼자간 상계 판결을 읽다" 금융법무사정 2057호 11쪽 (스기모토 발언), 우치다・전게 16쪽)이라는 발언이 있다. 각각의 문헌이 그 이상의 전거를 보이지 않으며, 게다가 그 대상이 되는 "삼자간 상계"의 내용도 명확하지 않다. 이 이름으로 불리는 가능성이 있는 사안으로는 ① 민법전에 명문의 규정으로 인정받아 온 보증인 및 채권 양도피양인에 의한 법정 삼자간 상계(후카야 이타루・상계의 구조와 기능(2013년, 성문당) 177쪽), ② 앞서 서술한 문자 그대로의 삼면계약에서, 두 당사자의 실질관계 상의 채무를 한 당사자의 것으로 바꾸어, 급부 과정을 생략하고 합리적인 결제를 행하는 채무소멸의 수단으로서 옛부터 인정되어 온 지시(특히 완전 지시), ③ 뒤에 서술할 파기원 판결에 등장하는 재산혼동・법인격의 가장의 요건 하에서 인정된 도산확장이 생각되어진다. 이들의 경우 이외에 ④ 삼면계약이 성립되어있지 않고, 양자간의 합의임에도 불구하고 "견련성"을 이유로 삼자간 상쇄하는 것이 프랑스 법이 취하는 입장이라고 한다면, 이 인식에는 이하와 같은 의문이 생긴다. 비교법적 연구의 성과 여부가 반드시 일본의 법령해석에 직결하는 것은 아니지만 더 정확하게 국제적 동향을 확인하는 것은 헛되지 않을 것이다.

[5] 후카가와 유카・다수당사자 간 상계의 연구 (신산사, 2012년) 139-142쪽은 "양자간에 체결되는 양면적 법률관계에 있어서의 삼자간 상계 계약" 중에서 "채무간의 견련성

을 바탕으로 대항력 (담보적 기능)"을 다루는 프랑스 법의 양자 간에 체결되는 삼자간 상계가 인정된 사례에는 상기의 법정 삼자간 상계 및 완전 지시를 제외하면 다음의 4가지 유형이 있다고 한다. 즉, ① 법인격 부인, ② 재산관계의 혼동, ③ "기본 계약이 체결되어 있다"고 하는 경우(사례로는 파기원 상사부 1994년 4워 5일 (D.1995,som.com. 215, note HONORAT), ④ 상호성이 성립되지 않은 당사자 간의 채무 간의 "견련성"에 의해 상계의 가능성을 인정한 예(파기원 상사부 판결 1995년 5월 9일, JCP ed. G. 1995 II 22448)이다. 결론부터 말하자면 후술하는 대로 ④의 사건은 ①, ②와 마찬가지로 도산 절차 확장 판결의 기판력에 의해 외형상 삼자 관계의 상황이 양자 관계라고 법적으로 평가된 장면이었다. 여기서 남은 것이 ③인데, 전거에서의 판시 사항 요지와 주석을 살펴보면 "삼자간 상계"를 의미하는 표현이 보이지 않는다.적어도 적극적으로 이 사안이 삼자간 상계라고 말하는 사안이라고는 생각되지 않았다.

[6] 특히 이 책이 "견련성에 의한 상호성 흠결의 보충"의 가능성을 나타낸 것으로 인용하는 파기원 상사부 판결 1995년 5월 9일에 대한 이 책의 소개는 문제가 있다. 판결은 상호성과 견련성의 두 가지 문제를 판결 이유에서 분명히 나누어, 전단에서는 상호성에 관해서 논하고 이 사건에서는 본건 급부청구와는 별개로 동일의 항소원에서 도산 절차를 별도 법인으로 확장(프랑스 상법전 L.621-2, 2o)하는 판결이 존재하는 것으로 인용된다. 그 판결의 기판력을 전제로 재산 혼동 또는 가장 법인격의 경우에 해당하므로, 동일 기업 그룹에 속하는 두 회사를 하나로 볼 수 있어, 그 결과 원고와의 사이에서 채권의 상호 대립이 존재하는 것으로 취급해야 한다고 밝히고 있다. 그 다음 후단의 견련성에 관한 부분의 설명에 대해서 파기원은 항소원이 협의의 견련성의 해석("명시의 합의가 없으면 견련성 없다")을 취해 상계가 인정되지 않는다고 한 점을 비난하고 있다. 파기원은 복수의 거래의 사실적인 결합을 통해 견련성을 인정하는 경우도 있다고 해석하고 있다(사안은 C사가 새끼 오리를 매각하여 구매자 L에 의해 비육된 오리를 C의 그룹 회사인 D가 환매하는, 마치 청부를 상기시키는 일련의 거래이다). 이상의 두 독립된 쟁점에 대한 판단을 거쳐서 파기 환송한 것이 본건이다. 파기원이 견련성에 의한 상계의 가능성의 확장을 의도한 대상은 상호성의 유무에 관한 점에 대해서는 아니었다. 무엇보다 견련성은 "확정성(liquidité)" 및 "청구가능성(exigibilité)"의 흠결 만을 보완한 것이기 때문이다. 판결문의 어디에도 "채무간의 견련성은 채무의 상호성 요건이 없는 경우에 이를 보충할 것으로 취급한다"(후카가와・전게서 141쪽)라는 인식은 전혀 보이지 않았다.

[7] 또한 후카가와・전게서 141쪽은 파기원 상사부 판결 1995년 5월 9일의 평석으로 LOISEAU, D. 1996, jur. p.323을 인용하면서 "법적이 아니라 경제적인 현실 때문에 채무의 대립요건이 충족된 것과 동등하게 된다"라고 하지만 인용자가 "경제적 실체"로 본 것으로 보이는 부분은 entité economique라는 표현인데, 이는 법인격 부인 등에 의

해서 동일시되는 기업 그룹에 속하는 여러 회사의 사실적인 결합체를 지적하는 것으로 생각된다. 이러한 결합체가 존재한다면 상호성의 흠결을 메울 수 있다는 설명은 불합리하지 않다. 그러나 그것은 "채무의 견련성"과는 관계가 없다. 오히려 주목해야 할 점으로 생각되는 것은, LOISEAU 평석은 그 서두에서 "채무의 상호성은 상계의 하나의 조건에 불과한 것은 아니다. 오히려 그것이 없이는 상계를 생각할 수조차 없는 상계의 기본적인 요소의 하나이다"라고 원리원칙을 알기 쉽게 설명하고 있어, 당시의 민법전에서 상계의 요건을 규정한 제1291조에 규정되어있지 않고 상계의 정의를 규정한 제1289조에서 언급된 중요도가 높은 것으로, 당사자의 합의에 의해서도 배제할 수 없고, 채무의 견련성에 의해서도 배제될 수 없다고 강조하고 있다(또한 2016년 프랑스 민법 개정이 있었으나 이 이후에도 상호성은 정의 규정(제1347조 1항)에서 언급되어 일반적 요건을 정하는 제1347-1조와 구별되어 별도로 취급한다. 특칙으로서 확정성・청구가능성이 없을 때에도 견련성이 있는 경우 재판간은 상계 선언을 거부 할 수 없다는 것도 함께 규정하였다(제1348-1조 1항). 하편, 협의의 삼자간 상계에 대해서는 제1347-5조(피양채무자) 및 제1347-6조(보증인)에서 규정한다).

[8] 이러한 검토로부터 프랑스 법에서 삼자간 상계는 ①법정 삼자간 상계, ②완전 지시의 "참칭"으로써의 삼자간 상계, ③재산혼동 내지는 가장법인격을 전제로 하는 도산절차 확장의 결과 상호성의 결여가 보완된 경우의 어느 것임을 알 수 있다. 이 중 일본법에서 규정되어 있지 않은 것은 ③이다. 그런데, 이에 따라서 일괄청산법을 개정하여 도산 확장 제도를 도입해야 하는가? 이 법은 어디까지나 BIS 기준을 충족시키기 위해서 다른 회생 채권자의 희생에서 금융 기관에 대해서만 네팅(netting)의 효력을 우선하는 데 있다. 할 수 있는 한 관계인에게 불이익을 강요해서는 안 될 것이다. 다음과 같이 현행법의 아래에서도 대책이 가능한 이상, 당장 입법 개혁까지는 필요 없다고 생각된다.

맺음말

[9] 실무상 어떤 예방책이 좋을지 부언하자면 WOOD, Set-off and netting, derivatives, clearing systems, 2 ed., London Sweet & Maxwell, 2007, p. 95.에서 시사하듯이, 완전 촉탁을 예약하면 삼면 계약에서 크로스 개런티(상호성을 성립시키기 위한 담보 설정 예약)을 사전에 설정하는 것이 가장 간결하면서도 필요할 것이다. 이는 ISDA 부칙에 정해져 있는 삼자간 상계 조건의 부분에 거래의 시기부터 Z에게도 조인(調印)해두어야 할 것이다. 이는 BIS 기준을 충족하고 합리적으로 파생 상품 거래를 보유하는 금융기관이 해야 할 책무이며, 이런 취급이야말로 권장되어야 할 일이 아닌가.

제2주제

日本の射倖契約論の現状(일본의 사행계약론의 현상)

사회 : 권종호 교수(건국대)

발표 : 西原 慎治 교수(구르메대)

토론 : 강영기 교수(고려대)

곽관훈 교수(선문대)

日本の射倖契約論の現状

西原 慎治*

≪ 目　次 ≫

Ⅰ. 問題の所在
Ⅱ. 日本の法典編纂時期の議論状況
Ⅲ. 私見

Ⅰ. 問題の所在

1. はじめに

ただいま、ご紹介にあずかりました、久留米大学の西原です。本日は、ご報告の機会を与えていただきまして、ありがとうございます。

さて、早速ではありますが、韓国企業法学会の今回の大会の統一テーマである「金融リスクの法的争点に関する韓日間の比較」という問題点に関して、私の方からは、 射倖契約からアプローチを試みることにしたいと思います。

2. ひとつの例-「期待物の売買」と「希望の売買」-

今日は、皆さんとリスクに関する議論を深めていくための題材として、ひとつの例からはじめさせていただきたいと思います。

それは、以下のような例です。

* 久留米大学法科大学院 교수

【ケース】

A〔期待物の売買〕 Xは、Yとの間で、Xの有する畑地で栽培している麦について、「この畑地の麦が収穫できたら、収穫量に応じて、1t あたり58000 円の価格で全てを売買する」

という内容で収穫前に売買契約を締結した。

A-（１） その後、畑地からは合計10 tの麦が収穫できたので、XはこれをYに引き渡すとともに、YはXに対して代金58 万円を支払った。

A-（２） その後、畑地からは合計5 tの麦が収穫できたので、XはこれをYに引き渡すとともに、YはXに対して代金29 万円を支払った。

B〔希望の売買〕 Xは、Yとの間で、Xの有する甲畑地で栽培している麦について、「この畑地の麦について、本年の収穫の有無にかかわりなく、その全てを55 万円で売却する」という内容で収穫前に売買契約を締結した。

A-（１） その後、甲畑地からは合計10 tの麦が収穫できたので、XはこれをYに引き渡すとともに、YはXに対して代金55 万円を支払った。

B-（２） その後、甲畑地からは合計５tの麦が収穫できたので、XはこれをYに引き渡すとともに、YはXに対して代金55 万円を支払った。

３.「期待物の売買」と「希望の売買」

上記の例は、Aが期待物の売買(emptio rei speratae)と呼ばれるものであり、Bが希望の売買(emptio spei)と呼ばれるものです。現在の我々の制定法の体系から言えば、Aの類型は、本質的には日本民法128条以下が規定する停止条件付法律行為だということができます。恐らく、韓国民法典ですと147条以下に該当することになるかと思います。これに対してBの類型が射倖契約のモデルとされる類型です。そうして、日本においては、恐らく韓国と同様に、こうした射倖契約に関する直接の契約法上の規定を置いていないわけです。

４.「期待物の売買」と「希望の売買」の起源

実はいま、例を出させていただいた「期待物の売買」と「希望の売買」という分類の起源は、古代ローマ時代より存在していたといわれます。６世紀に編纂されたとされる有名な学説彙纂（ディゲスタ、Digesta、Pandectae）のPomp. D.18,1,8pr.は「希望の売買」を、それに続く Pomp. D.18,1,8,1の法文は「希望の売買」を指し示していると解釈されています。そうして、そこでは、「alea」という用語が登場いたします。aleaと言いますの

は、ギリシャ語で「サイコロ」を意味し、このギリシャ人の発明に拠るサイコロをローマは輸入し、しばしばサイコロ遊びに熱中しすぎて、それを禁止する勅令が出されていたようです。また、古代での有名な用例として、カエサル（Gaius Iulius Caesar、B.C.100－B.C44）がルビコン川を渡る際に述べたとされる「賽は投げられた（alea iacta est）」という場面のaleaがこれです。

5．リスク移転との関係

「期待物の売買」と「希望の売買」との対比は、リスク移転という側面から見れば、以下のような興味深い現象を見て取ることができます。すなわち、Aの期待物の売買のケースですと、麦が採れないというリスクは、売主であるXの下に留まりますが、Bの希望の売買のケースですと、それが買主であるYに移転するというわけです。したがって、射倖契約とは、条件付法律行為との関係で言えば、リスク移転型の契約であるということができます。こうした契約類型に属するものとしては、保険（保険法２条１号）、終身定期金（民法689条）、賭博、冒険貸借がありますし、今日の金融取引を考えると、こうした取引が至るところに見られることがお気づきになられるかと思います。本日の学会のテーマを支える基礎理論として、最もふさわしい内容の１つだと考えた次第です。

6．研究手法について

さて、本日の報告のテーマは、「日本の射倖契約論の現状」というタイトルですが、実は今日報告の中で取り扱う内容は、時間の関係もありますので、現在の金融実務の最先端の取引を詳細に取り扱うことは不可能です。また、「現状」を描き出す報告であるにもかかわらず、そこでは、現在に至るまでの経緯が中心となってしまいます。なぜそうした報告になるのかという理由は、これから我々法学者が金融リスクについての検討を加えようというときに、現在の姿をそのまま描き出すだけでは、物事の本質を見誤ることになりかねないのではないか、ということを私は危惧するからです。そうした視点からも、リスク移転型契約についてのこれまでの日本での立法や議論状況を認識し、それに対して共通の理解を有した上で、現在及び将来に生じる問題についての対処方法を検討することが必要であると考えるからです。つまり、「新しいことを知るためには、まず古くからの議論内容を確認することが必要である」という考えに由来しているということでご了承いただければ幸いです。

Ⅱ．日本の法典編纂時期の議論状況

1．日本の近代民法典の成立とボワソナード

さて、期待物の売買については、条件付法律行為として制定法に規定があるけれども、希望の売買については、制定法上に規定がない、ということについては先に述べた通りですが、それではなぜ、規定がないのか、という説明については、かなり長い歴史を振り返らなければなりません。以下、冗長な話になることをお許しください。

日本では、1998年に、現在の民法と直接の連続性を持つ法典を施行するに至りますが、その規定内容を理解するため、どうしても避けることのできないのが、日本民法典の編纂作業との関係です。

鎖国政策を維持してきた江戸時代（1603-1868）末期に、当時の幕府の大老であった井伊直弼（いい・なおすけ／1815-1860）は、開国を迫る列強諸国との間で、不平等条約を締結いたします。その「不平等」の内容は、関税自主権がなかったことと、治外法権の２つが柱となるわけですが、日本における近代法典編纂との関係で言えば、治外法権の撤廃ということが、明治政府にとっての重要な政治的課題となるわけです。

そのためには、近代的な意味での法典を編纂する必要があったわけですが、その折に、日本政府は、当時パリ大学の助教授であったボワソナード（Gustave Émile BOISSONADE de Fontarabie，1825-1910）を招聘し、彼に民法典の起草を依頼いたします。

ボワソナードが日本民法典を起草するに際して、射倖契約をどのようなものであると考えていたのか、という点については、複雑な問題が多数存在するのですが、本日のお話との文脈で言えば、①射倖契約についての規定を置いていた、②射倖契約の例示として、(ⅰ)博戯(le jeu)、(ⅱ)賭事(le pari)、(ⅲ)終身定期金年金等(la constitutionde rente viagére ou d’autre droits viagers)、(ⅳ)保険(les assurances terrestres et maritimes)、(ⅴ)冒険貸借(le prêt à grosse aventure)等を想定していた、という２点を指摘することができます。

2．賭博概念の変容

ここで指摘しておきたいのは、まず第一に、「賭博」という用語を用いずに、博戯(le jeu)・賭事(le pari)と、それぞれの契約に分類していた、という点です。ちなみに、明治23年の旧民法典の解釈に拠れば、「博戯とは、例えばカルタのように、敗者が勝者に対して一定の価額を払うことによって勝負を争う契約を指す」とされており、「賭事とは、ある事実について反対の意見を有する者がその事実に反する意見を有する者より一定の金額を支払う契約を指す」と明確に定義されております（富井政章・民法論綱財産取得編中〔復刻

版〕2001年・145頁）。これらは別個の典型契約であり、いずれも原則として無効であるという規定でした。

しかしながら、明治31年の民法典改正では、この立場は全く変容が加えられます。ここで賭事についての定義は、それまでと異なり、「当事者の一方又はその各自に未だ知られていない事実の到来によって相手方に対して一定の給付をする契約」という定義に代わります。明治31年民法典の起草理由を見てみれば、ここで言うところの「賭事」というのは、明治23年旧民法典で言うところの博戯と賭事の両方を含むものであって、更に、それまでの立場とは全く反対に、法律で禁止しない限りは有効であると規定するのです。

3．射倖契約と賭博とは同義か？

何を申し上げたいのかと言いますと、現在の日本では、「賭博は私法上無効である」と言われることがありますが、その賭博自体に、明確な定義はこれまで存在してこなかった、ということです。ちなみに、日本語の「賭博」を英訳してみると、Gambleという訳語がまず出てきますが、法制定の経緯からして、英米法上のGambleという用語は、日本法の起源としてはふさわしくないようです。そうして、今日のわが国では、射倖契約とは、「一方または双方の当事者の契約上の具体的な出捐義務が発生するか否かまたはその大小いかんが、偶然な出来事によって左右され、従って当事者のなす具体的な出捐相互間の均衡関係が偶然によって左右される契約である」と定義されますが、明治31年民法典草案に言う「賭事」というのは、この射倖契約と同じ意味を持つことになってしまい、ここに概念の混同が見られるのです。すなわち、賭博、つまり射倖契約が一般に無効であるとすると、同じく射倖契約の１つに含まれる保険は、おおよそすべて無効となってしまうわけです。このことが不当であるという点については、皆さんにもご納得いただけると思います。

第二に、ボワソナードは保険契約（火災保険、生命保険）について民法典に規定をおいていということです。これは、商法を起草したロエスレル（Karl　Friedrich　Hermann Roesler、1834-1894）も、商法典上に同じく保険について規定していたのですが、そうすると法典上の抵触が起こるという話になりまして、結果的に、保険については商法上に規定することとなります。ところが、これもその後に生じる混乱の原因の遠因でして、つまり、保険契約法、つまり商法上では保険契約は射倖契約であり、その性質を有するからといって直ちに無効となるわけではないのですが、わが国の民法上では射倖契約を賭博と同じように考えている節があって、射倖契約は商法（保険契約法）上では有効、民法上では無効、というねじれた結論が出てくることになるわけです。民事実体法について、民商二元論を採用した日本の弊害であるということができます。

4．現行法の状況

現在のわが国の一般的な解釈は、以下のようなものです。すなわち、まず、賭博とは、当事者間において予見し得ない事情によって財物や財産上の利益の得喪を争い勝敗を決する行為であると理解いたします。そして、このことは同時に、刑法185条が規定する賭博罪の構成要件でもあると理解されており、賭博を行った者は、強行法規に違反する行為をしていると解釈いたします。その上で、民法90条は、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」と規定していますが、賭博を行うということは、刑法185条に違反するわけですから、「公の秩序」すなわち、強行法規違反なので、そうした法律行為は無効であるという説明です。

一見、何の不思議もない説明のように思われますが、このような賭博の定義だと、保険契約も形式的にこれに当てはまることになりますから、全て無効だということになりそうです。

しかしながら、この点については、保険は保険業法によって認められた保険者しか販売できない商行為であるから、保険業法によって定められていることによって、違法性が阻却され、その結果、保険契約は有効であるのだ、と説明することが多いようです。つまり、原則として無効ではあるが、違法性阻却事由がある場合には、有効と理解して差し支えない、というものです。

5．様々な射倖契約

しかしながら、以下のような例は賭博として無効なのでしょうか。

まず第一に、終身定期金契約（民法689条以下）です。これは、ある者が、相手方との間で、終身に亘って一定額の出捐をなす契約です。日本法の下では、有償・無償契約のいずれもありえるわけですが、個人間で終身定期金契約を締結したとしても、それによって違法性が阻却されるという規定の存在はありません。しかしながら、いつ死亡するのかわからないままに、ある者の死亡に至るまで、毎期に一定額を支払うというわけですから、上記の賭博の定義に含まれるように思われます。

次に、匿名組合（商法535条以下）はどうでしょう。これは、当事者の一方が相手方の営業のために出資をし、その営業から生ずる利益を分配する約束です。営業から生ずる利益が生じるからどうかは、契約当初からは予見できない将来の事件だといえるため、形式的には賭博となるのですが、これが一般的に無効になる、という話は聞いたことがありません。

もう一つ、例を挙げると、それは瑕疵担保責任（民法570条以下）です。例えば、中古

の自動車を購入したが、買主がその自動車に乗ってみると、エンジンがかからない、というような例です。このような場合、買主は売主に対して損害賠償請求をすることが認められており、一定の場合には、契約の解除までができるわけです。「損害賠償」という用語を用いていますが、そもそもエンジンがかからないという瑕疵は、売買契約当時には当事者が予見し得ない事情ですから、それによって、一定の効果が発生する、という点については、上記の賭博の定義に含まれるように思われます。

本日の報告テーマである、金融リスクとの関係で言えば、こういった例はいかがでしょうか。それは、保証（民法446条以下）です。金融機関から貸付を受けた債務について、ある者が保証するという場合、保証人の責任が現実化するか否かは、契約当初には当事者が予見し得ない事情ですから、それによって債権者に対して保証人の責任が発生する、というのは賭博ではないのでしょうか。とりわけ、機関保証の場合には、その傾向が強そうです。

このような例については、枚挙に暇がありません。そうして、賭博か否かという点が問題になった時には、原則として無効であると理解し、その上で違法性阻却事由という不明確な基準によって判断しているのが、日本法の現状であると言えるのです。

Ⅲ．私見

それでは、最後に、本日の報告内容を踏まえて、私見を簡単に述べさせていただくことにいたしましょう。

まず、従来のわが国での考え方は、射倖契約と賭博とを混同しているものと評価いたします。その理由は、賭博それ自体に定義が存在しないからです。仮に、私法上、賭博を「民法90条によって無効となる法律行為である」と定義したとしても、今、問題になっているのは、「なぜ賭博は民法90条によって無効になるのか」という点ですから、それは循環論法に陥っているといえるからです。したがって、賭博という概念は存在しないと考えます。

次に、賭博という概念は存在しないとしても、上記の明治23年旧民法典のように、博戯、賭事という定義は存在するものと考えます。もっとも、これらを無効とするか有効とするかは、最終的には立法政策の問題であると考えます。

最後に、射倖契約とは、「一方または双方の当事者の契約上の具体的な出捐義務が発生するか否かまたはその大小いかんが、偶然な出来事によって左右され、従って当事者のなす具体的な出捐相互間の均衡関係が偶然によって左右される契約である」と定義されますが、射倖契約に含まれるある契約が有効であるのか無効であるのかについては、法律行為

の有効要件の問題として理解していけばよい、ということです。わが国では、法律行為の有効性については、伝統的には、①当事者に関する有効要件、②目的に関する有効要件、③意思表示に関する有効要件と、３つに分類して検討を加えますが、基本的にこの枠組みで、射倖契約の有効性は判断しておけばよい、と考えます。

もっとも、射倖契約というのは、契約当初に当事者が予見することのできない偶然な事情によって当事者の権利関係が変動するものですから、そこには、偶然性(alea)が当事者の合意を組成する本質的な要素となるのです。したがって、たとえば、既に焼失した物件に対して火災保険契約を締結した場合にも、そのことについて当事者双方が不知であれば、当該契約は有効ですが、例えば、保険者がそのことを知っていた場合であれば、当該契約は無効となります（保険法５条）。これは当事者の不知ということが射倖契約の一種である保険契約の要素的な合意であることから、こうした効果が導かれるのだ、というあたりに射倖契約論の実益のひとつがあるものだと考えます。

そうして、私のこれまでの研究によれば、本日、冒頭に登場した、aleaという用語は、ローマ法以来今日に至るまで、こうした含意で用いられていたのです。

ご静聴、ありがとうございました。

<参考文献>

本日、報告いたしました内容につきましては、以下の文献をご参照いただければ幸いです。

西原慎治『射倖契約の法理－リスク移転型契約に関する実証的研究－』（2011年・新青出版）

ISBN978-4-915995-77-4

일본의 사행계약론의 현상

니시하라 신지*

I. 문제의 소재

1. 머리말

방금 소개받은 구루메 대학의 니시하라입니다. 오늘 이렇게 보고의 기회를 얻게 되어 감사 드립니다.

자, 입니다만, 한국 기업법학회의 이번 대회의 통일 주제인 "금융 리스크의 법적 쟁점에 관한 한·일 비교"라는 문제에 대해서, 저는 사행계약에서의 접근을 시도해보려고 합니다.

2. 일례—"기대물의 매매"와 "희망의 매매"—

오늘은 여러분과 리스에 관한 논의를 깊게 하기 위한 소재로 한 예로부터 시작하려고 합니다. 그것은 다음과 같은 예입니다.

[사례]

A〔기대물의 매매〕X는, Y와의 사이에서 X가 소유한 밭에서 재배되고 있는 보리에 대해 "이 밭의 보리가 수확되면 수확량에 1톤 당 58,000엔의 가격으로 전부를 매매한다"는 내용으로 수확 전에 매매계약을 체결하였다.

A-(1) 그 후, 밭에서는 합계 10톤의 보리가 수확되었기 때문에, X는 이것을 Y에게 인도하였고, 그와 함께 Y는 X에 대해서 대금 58만 엔을 지불하였다.

A-(2) 그 후, 밭에서는 합계 5톤의 보리가 수확되었기 때문에 X는 이것을 Y에게 인도하였고, 그와 함께 Y는 X에 대해서 대금 29만 엔을 지불하였다.

B〔희망의 매매〕X는 Y와의 사이에서 X가 가지는 甲 밭에서 재배하고 있는 보리에 대해서 "이 밭의 보리에 대해서 올해 수확의 유무에 관계없이 그 모든 것을 55만 엔에

2) 구루메대학 법과대학원 교수

매각한다"는 내용으로 수확 전에 매매 계약을 체결하였다.

B-(1) 그 후, 甲 밭에서는 합계 10톤의 보리가 수확되었기 때문에, X는 이것을 Y에게 인도하였고, 그와 함께 Y는 X에 대해서 대금 55만 엔을 지불하였다.

B-(2) 그 후, 甲 밭에서는 합계 5톤의 보리가 수확되었기 때문에, X는 이것을 Y에게 인도하였고, 그와 함께 Y는 X에 대해서 대금 55만 엔을 지불하였다.

3. "기대물의 매매"와 "희망의 매매"

앞서 언급한 예는, A가 기대물의 매매(emptio rei speratae)라고 불리는 것이고, B가 희망의 매매(emptio spei)라고 불리는 것입니다. 현재 일본의 제정법의 체계에서 말하자면, A의 유형은 본질적으로는 일본 민법 129조 이하가 규정하는 정지조건부법률행위라고 할 수 있습니다. 아마도 한국 민법전이라고 한다면 147조 이하에 해당하게 될 것으로 생각됩니다. 이에 대해서 B 유형이 사행 계약의 모델로 꼽히는 유형입니다. 그리고 일본에서는 아마도 한국과 마찬가지로 이러한 사행 계약에 관한 직접적인 계약법상의 규정을 두고 있지 않습니다.

4. "기대물의 매매"와 "희망의 매매"의 기원

사실 지금 예로 든 "기대물의 매매"와 "희망의 매매"라는 분류의 기원은 고대 로마시대부터 존재하였다고 합니다. 6세기에 편찬된 것으로 알려진 유명한 학설휘찬(디게스타, Digesta, Pandectae)의 Pomp. D. 18, 1, 8pr.은 "희망의 매매"를, 그에 이어 Pomp. D. 18, 1, 8, 1의 법문은 "희망의 매매를" 지시하고 있다고 해석되고 있습니다. 그리고 거기에서는 "alea"라는 용어가 등장합니다. alea라고 하는 것은, 그리스어로 "주사위"를 의미하며, 그리스인의 발명에 따르는 주사위를 로마는 수입해서 종종 주사위 놀이에 깊게 빠져들었기 때문에, 그것을 금지하는 칙령이 내려졌던 것 같습니다. 또한 고대의 유명한 용례로, 카이사르(Gaius Iulius Caesar、B.C.100－B.C44)가 루비콘 강을 건널 때 말했다고 전해지는 "주사위는 던져졌다(alea iacta est)"라고 하는 장면의 alea가 이것입니다.

5. 리스크의 이전과의 관계

"기대물의 매매"와 "희망의 매매"의 대비는, 리스크 이전이라는 측면에서 보면 다음과 같은 흥미로운 현상을 볼 수 있습니다. 즉, A의 기대물의 매매의 경우, 보리가 수확되지 않는다는 리스크는 판매자인 X에게 있지만, B의 희망의 매매의 경우에는 그것이 구

매자인 Y에게 이전될 것입니다. 그러므로 사행 계약은 조건부 법률 행위와의 관계에서 말하면 리스크 이전형의 계약이라고 말할 수 있습니다. 이러한 계약 유형에 속하는 것으로는 보험(보험법 2조 1호), 종신정기금(민법 689조), 도박, 모험대차가 있으며, 오늘의 금융 거래를 생각해보면 이런 거래가 도처에서 볼 수 있다고 생각됩니다. 오늘의 학회의 테마의 기초 이론으로서 가장 적합한 내용이라고 생각한 것입니다.

6. 연구 방법에 대해서

그러면, 오늘 보고 주제는 "일본의 사행계약론의 현상"이라는 제목입니다만, 실은 오늘 보고에서 다루는 내용은 시간 관계도 있어서 현재의 금융 실무의 최첨단 거래를 상세히 취급하는 것은 불가능합니다. 또, "현상"을 묘사하는 보고임에도 불구하고 현재에 이르기까지의 경위가 중심이 되어있습니다. 왜 그러한 보고가 되었는가 하는 이유는 이제 우리 법학자들이 금융 리스크에 대한 검토를 하려고 할 때에 현재의 모습을 그대로 담아내는 것만으로는 사물의 본질을 그르치게 되는 것이 아니냐는 것에 대한 두려움 때문입니다. 그러한 시점에서도 리스크 이전형 계약에 대한 지금까지의 일본에서의 입법이나 논의 상황을 인식하고 그에 대한 공통의 이해를 가진 후에 현재와 미래에 생기는 문제에 대한 대처 방법을 검토할 필요가 있다고 생각합니다. 즉, "새로운 것을 알려면 우선 오래 전부터 논의되어 온 내용을 확인할 필요가 있다"라는 생각에 유래하고 있다는 것을 이해해주시길 바랍니다.

Ⅱ. 일본의 법전 편찬 시기의 논의 상황

1. 일본의 근대 민법전의 성립과 부아소나드

그런데 기대물의 매매에 대해서는 조건부 법률 행위로 제정법에 규정이 있습니다만, 희망의 매매에 대해서는 제정법 상의 규정이 없다는 것에 대해서는 앞서 말한 그대로입니다. 그럼 왜 규정이 없느냐는 설명에 대해서는 꽤 오랜 역사를 돌이켜봐야 합니다. 다음에서 장황한 이야기가 된 것에 대해서는 양해를 구합니다.

일본에서는 1998년에 현재의 민법과 직접 연속성을 가진 법전을 시행하게 되는데, 그 규정 내용을 이해하기 위해서 피할 수 없는 것이 일본 민법전의 편찬 작업과의 관계입니다.

쇄국 정책을 유지하던 에도 시대(1603~1868) 말기에 당시 막부의 대로(大老)인 이이 나오스케(1815-1860)은, 개국을 강요하는 열강제국들과 불평등조약을 체결하였습니다.

"불평등"의 내용은 관세자주권이 없는 것과, 치외법권의 두 가지가 주축이 됩니다만, 일본의 근대 법전 편찬고의 관계에서 말하자면, 치외법권의 철폐라는 것이 메이지 정부에 있어서 중요한 정치적 과제가 되는 셈이었습니다.

그 때문에 근대적 의미의 법전을 편찬할 필요가 있었던 것인데, 그때에 일본 정부는 당시 파리 대학의 조교수였던 부아소나드(Gustave Émile BOISSONADE de Fontarabie, 1825-1910)를 초빙하여, 그에게 민법전의 기초를 의뢰하게 됩니다.

부아소나드가 일본 민법전을 기초할 때에 사행 계약이 어떤 것이라고 생각하고 왔는지에 대해서는 복잡한 문제가 다수 존재합니다만, 오늘의 발표의 문맥에서 말하자면 ①사행 계약에 대한 규정을 두고 있었다는 점과 ②사행 계약의 예시로서 (i)박희(le jeu), (ii)노름(le pari), (iii)종신 정기금 연금 등(la constitutionde rente viagéreou d'autre droits viagers), (iv)보험(les assurances terrestres et maritimes), (v)모험대차(le prêt à grosse aventure) 등을 상정했다는 두 가지 사항을 지적할 수 있습니다.

2. 도박개념의 변용

여기서 지적하고 싶은 것은, 우선 첫째로 "도박"이라는 용어를 사용하지 않고, 박희(le jeu)・노름(le pari)과 각각의 계약으로 분류하고 있다는 점입니다. 참고로 메이지 23년의 구 민법전의 해석에 따르면 "박희란 화투처럼 패자가 승자에 대해서 일정한 가액을 냄으로써 승부를 다투는 계약을 말한다"고 알려졌으며, "노름이란 어떤 사실에 대해서 반대 의견을 가지는 사람이 그 사실에 반하는 의견을 가지는 사람보다 일정 금액을 지불하는 계약을 말한다"고 명확하게 정의되어 있습니다.(토미이 마사아키라・민법론강 재산취득편 중(복각판) 2001년 145쪽). 이들은 별개의 전형계약이며, 모두 원칙으로서 무효하다고 규정하였습니다.

그러나 메이지 31년의 민법전 개정에서는 이 입장에 완전히 변용이 가해집니다. 여기에서 도박에 대한 정의는 종전과는 달리 "당사자의 일방 또는 그 각자에게 아직 알려지지 않은 사실의 도래에 의해서 상대방에 대해서 일정한 급부를 하는 계약"이란 정의로 바뀝니다. 메이지 31년 민법전의 기초 이유를 보면, 여기서 말하는 "도박"이라는 것은 메이지 23년 구 민법전으로 말하는 박희와 노름의 양쪽을 포함한 것이며, 또한 그 동안의 입장과는 전혀 반대로 법으로 금지하지 않는 한 유효하다고 규정하는 것입니다.

3. 사행계약과 도박은 같은 뜻인가?

무엇을 말씀 드리려 하는가 하면, 현재 일본에서는 "도박은 민법상 무효이다"라고 하는 일이 있지만, 그 도박 자체의 명확한 정의는 지금까지 존재하지 않았다는 것입니다.

참고로 일본어의 "도박"을 영역하면 Gamble이라는 역어가 먼저 나옵니다만, 법 제정의 경위로부터 보자면 영미법 상의 Gamble이라는 용어는 일본법의 기원으로는 적합하지 않아 보입니다. 그리고 오늘의 일본에서는 사행계약이란 "일방 또는 쌍방 당사자의 계약상의 구체적인 출연 의무가 발생하는지 여부 또는 그 대소여하가 우연한 사건에 의해서 좌우되고, 그에 따라 당사자로서 구체적인 출연 상호간의 균형 관계가 우연으로 좌우되는 계약이다"라고 정의되지만, 메이지 31년 민법전 초안에서 말하는 "노름"이란, 이 사행계약과 동일한 의미를 가지게 되어버려, 여기에서 개념의 혼동이 오게 되는 것입니다. 즉, 도박, 다시 말하자면 사행 계약이 일반적으로 무효라고 한다면 역시 사행 계약의 하나에 포함되는 보험은 대체로 모두 무효가 되어버리는 것입니다. 이것이 부당하다는 점에 대해서는 여러분도 납득하시리라 생각합니다.

둘째, 부아소나드는 보험 계약(화재보험, 생명보험)에 대해서 민법전에 규정을 뒤고 있다는 것입니다. 이는 상법을 기초한 헤르만 뢰슬러(Karl Friedrich Hermann Roesler、1834-1894)도, 상법전 상에 동일하게 보험에 대해서 규정하고 있었는데, 그러면 법전 상의 저촉이 생겨난다는 말이 되어, 결과적으로 보험에 대해서는 상법 상에 규정을 두게 됩니다. 그런데 이것도 그 후에 생기는 혼란의 원인의 원인(遠因)이 되어, 즉 보험계약법, 다시 말해 상법 상에서는 보험계약은 사행계약이며, 그 성질을 가진다고 해서 즉시 무효가 되지는 않지만, 일본의 민법 상에서는 사행계약을 도박과 같다고 생각하는 점이 있어, 사행계약은 상법(보험계약법) 상에서는 유효, 민법상에서는 무효라고 하는 뒤틀린 결론이 나오게 되는 것입니다. 민사 실체법에 대해서 민상 이원론을 채용한 일본의 폐해라고 할 수 있습니다.

4. 현행법의 상황

현재의 일본의 일반적인 해석은 다음과 같습니다. 즉, 우선 도박이란 당사자 사이에서 예견할 수 없는 사정에 의해서 재물이나 재산상의 이익의 득실을 다투어 승패를 결정하는 행위라고 이해합니다. 그리고 이것은 동시에 형법 185조가 규정하는 도박죄의 구성 요건이라고 이해되고 있으며, 도박을 행한 자들은 강행 법규에 위반하는 행위를 한 것으로 해석하고 있습니다. 게다가 민법 90조는 "공공질서 또는 선량한 풍속을 위반한 사항을 목적으로 하는 법률 행위는 무효로 한다"라고 규정하고 있습니다만, 도박을 한다는 것은 형법 185조에 위반하는 게 되므로 "공공질서" 즉, 강행 법규 위반이므로 그러한 법률 행위는 무효하다는 설명입니다.

언뜻 보기에 아무런 이상한 점이 없는 설명처럼 생각됩니다만, 이러한 도박의 정의라고 하면, 보험계약도 형식적으로는 이것에 해당하는 것이 되기 때문에 모두 무효라고 해야 할 것입니다.

그러나 이 점에 대해서는 보험은 보험업법에 의해 인정되는 보험자만이 팔 수 있는 상행위이기 때문에, 보험업법에 의해 규정된 것에 의해 위법성이 조각되고, 그 결과 보험계약은 유효한 것이라고 설명하는 경우가 많습니다. 즉, 원칙으로서 무효이지만 위법성 조각사유가 있는 경우에는 유효라고 이해해야 무방하다는 것입니다.

5. 다양한 사행계약

그러나 이러한 예는 도박으로 무효할까요?

첫째, 종신 정기금 계약(민법 689조 이하)입니다. 이는 어떤 사람이 상대방과 종신적으로 일정액의 출연을 이루는 계약입니다. 일본법 아래에서는 유상 · 무상 계약 모두가 있을 것인데, 개인 간에서 종신 정기금 계약을 체결한다고 해도 그에 따른 위법성이 조각된다는 규정의 존재는 없습니다. 그러나 언제 사망하는지는 알 수 없고 한 사람이 사망하기까지 매기에 일정액을 지불하는 것이므로 상기의 도박의 정의에 포함될 수 있다고 생각됩니다.

다음으로 익명조합(상법 535조 이하)는 어떠할까요? 이는 당사자의 일방이 상대방의 영업에 출자를 하고, 그 영업에서 생겨난 이익을 분배하는 계약입니다. 영업에서 생겨난 이익이 발생하는지 여부는 계약 당초부터 예견되지 않는 미래의 사건이라고 말할 수 있기 때문에 형식적으로는 도박이 되는데, 이것이 일반적으로는 무효가 된다는 이야기는 들어본 적이 없습니다.

한가지 예를 더 들자면, 그것은 하자 담보 책임(민법 570조 이하)입니다. 예를 들어, 중고 자동차를 구입했지만 구매자가 그 자동차를 타보니 시동이 걸리지 않는다고 하는 예입니다. 이러한 경우 구매자는 판매자에 대해서 손해배상청구를 하는 것이 인정되며, 일정한 경우에는 계약의 해제까지도 가능한 것입니다. "손해배상"이라는 용어를 사용하고 있지만 애초에 시동이 걸리지 않는다고 하는 하자는 매매계약 당시에는 당사자가 예견할 수 없는 사정이므로, 그에 따라서 일정의 효과가 발생한다는 점에 대서는 상기의 도박의 정의에 포함될 수 있다고 생각됩니다.

오늘의 보고 주제인 금융 리스크와의 관계에서 말하자면 이러한 예는 어떨까요? 그것은 보증(민법 446조 이하)입니다. 금융기관에서 대출을 받은 채무에 대해서 어떤 사람이 보증을 하는 경우, 보증인의 책임이 현실화하는지 여부는 계약 당시에는 당사자가 예견할 수 없는 사정이므로 그에 의해 채권자에 대해서 보증인의 책임이 발생한다고 하는 것은 도박이 아닐까요? 특히 기관 보증의 경우에는 그러한 경향이 강합니다.

이러한 예에 대해서는 헤아릴 수 없이 많이 있습니다. 그리고 도박이냐 아니냐는 점이 문제가 되었을 때에는 원칙적으로 무효라고 이해하고, 그에 더해 위법성 조각사유라고 하는 불명확한 기준에 의해 판단되고 있는 것이 일본법의 현재 상황이라고 말할 수 있습니다.

Ⅲ. 개인적인 견해

그럼 마지막으로 오늘의 보고 내용을 바탕으로 개인적인 견해를 간단히 정리하도록 하겠습니다.

우선 종래의 일본에서의 개념은, 사행계약과 도박을 혼동하고 있는 것으로 평가합니다. 그 이유는 도박 그 자체에 정의가 존재하지 않기 때문입니다. 가령 민법 상 도박을 "민법 90조에 의해 무효로 하는 법률행위이다"라고 정의했다고 해도, 지금 문제가 되고 있는 것은 "왜 도박은 민법 90조에 의해 무효가 되는가?"라는 점이기 때문에, 그것은 순환논법에 빠지게 되기 때문입니다. 그러므로 도박이라는 개념은 존재하지 않는다고 생각합니다.

다음으로, 도박이라고 하는 개념이 존재하지 않는다고 해도 앞서 말한 메이지 23년 구 민법전처럼 박희, 노름이라고 하는 정의는 존재하는 것으로 생각합니다. 무엇보다 이들을 무효로 하거나 유효로 할지는 최종적으로는 입법 정책의 문제라고 생각합니다.

마지막으로 사행계약이라는 것은 "일방 또는 쌍방 당사자의 계약상의 구체적인 출연의무가 발생하는지 여부 또는 그 대소여하가 우연한 사건에 의해서 좌우되어 따르고 당사자로서 구체적인 출연 상호간의 균형 관계가 우연에 의해 좌우되는 계약이다"라고 정의되지만 사행계약에 포함되는 어떤 계약이 유효인지 무효인지에 대해서는 법률 행위의 유효 요건의 문제로 이해하면 된다는 것입니다. 일본에서는 법률 행위의 유효성에 대해서는 전통적으로는 ①당사자에 관한 유효 요건, ②목적에 관한 유효 요건, ③의사 표시에 관한 유효 요건으로 세 가지로 분류하여 검토하지만 기본적으로 이 틀에서 사행계약의 유효성을 판단하면 된다고 생각합니다.

더구나 사행계약이라는 것은 계약 당시에 당사자가 예견할 수 없는 우연한 사정에 의해 당사자의 권리관계가 변동하는 것이기 때문에, 거기에는 우연성(alea)이 당사자의 합의를 조성하는 본질적인 요소가 됩니다. 그러므로 예를 들어 이미 소실된 물건에 대해서 화재보험계약을 체결하는 경우에도 그 일에 대해서 당사자 쌍방이 알지 못한다면 해당 계약은 유효하지만, 보험자가 그 일을 알고 있었던 경우라면 해당 계약은 무효가 됩니다(보험법 5조). 이것은 당사자가 알지 못한다고 하는 점이 사행계약의 일종인 보험계약의 요소적인 합의이기 때문에 이러한 효과가 발생하였다고 하는 점에서 사행계약론의 실익의 하나가 있다고 생각합니다.

그리고 제가 지금까지 해온 연구에 의하면 오늘 처음에 말씀 드렸던 alea라는 용어는 로마법부터 현재에 이르기까지 이러한 함의(含意)로 이용되고 있습니다.

들어주셔서 감사합니다.

<참고문헌>

오늘 보고 드린 내용에 관해서는 이하의 문헌을 참고해주시면 감사하겠습니다.

니시하라 신지 "사행계약의 법리 -리스크 이전형 계약에 관한 실증적 연구-" (2011년, 신청출판) ISBN978-4-915995-77-4

‘日本の射倖契約論の現状’に対する関コメント

姜 永 起*

本報告の内容は金融リスクの法的争点について条件付法律行為と対比される射倖契約に関連して検討しており、大変興味深く斬新な感じがした。まず、射倖契約をリスク移転型の契約と捉えたうえで、射倖契約[1]の類型に属する保険[2]、終身定期金[3]、賭博[4]、冒険貸借などについても言及している。ここでは条件付法律行為とは異なり射倖契約に関する制定法上の規定がないことを言いつつ、日本の旧民法の制定当時には射倖契約に関する規定があったことや当時の射倖契約の形態が賭博という用語ではなく博戯、賭事などの相違なる契約形態に分類されていたことも面白い。

一方、日本での一般的な法解釈において射倖契約と賭博をめぐって有効·無効に関する明白な基準がないという印象を与える原因について、日本では賭博と射倖契約を混同しており、賭博の定義がなく不明確な概念であるものの、その有効·無効は立法政策の問題として理解すれば足りると認識しているようである。また、射倖契約に属する契約類型の有効·無効は一般的な法律行為の有効·無効の問題として理解しつつ当事者、目的、意思表示などの有効性要件の有無を基準として判断すれば足りると認識しており、射倖契約の一種である保険契約の有効·無効は射倖契約の本質的な要素である偶然性を基準にした効果であることに射倖契約法理の実益があるとみている。

こうした見解が韓国においてもそのまま当てはまるかどうかあるいは韓国と日本におけ

* 高麗大学　法学専門大学院

1) 射倖契約(ドイツ語でaleatorischer Vertrag, Gl cksvertrag)とは競馬、富くじのように僥倖による偶然なる利得を得ようとする契約を言う。射倖契約も契約自由の原則上、有効であるがその射倖性が強度であり公序良俗に反する場合には、民法第103条により無効となる。

2) 保険契約は将来の偶然なる事故の発生により保険金の支給がなされ得ることからすると射倖契約の一種である。

3) 一方の当事者が自己、相手方または第3者の終身まで定期的に金銭その他のものを相手方または第3者に支給することを約定することにより成立する契約(韓国民法第725条)である。定期に支給する金銭その他のものを定期金という。この契約の特色は特定人の終期、すなわち死亡時までに定期金債権が存続し、死亡という不確定的で偶然なる事実に契約の存続が拘束されるということから一種の射倖契約といえるところにある。

4) 賭博とは偶然なる事情により財物の得失が決まるものであり、勝敗の決定に相当なる機能が関わっているものであっても偶然性の支配を受けるものをいうが、ここに言う偶然性とは必然性に対立する概念であり勝敗の帰趨が行為者の確たる認識または行為者の支配が届かないことをいう。

る認識にはどのような相違点があるのかについて考えてみる必要があると思う。韓国では法律行為の目的の社会的妥当性と関連して民法第103条に＂善良なる風俗その他の社会秩序に違反する事項を内容とする法律行為は無効にする＂と定めているが、これは不確定概念ないし抽象的な規範であり、反秩序的な法律行為の内容は個々の場合の裁判を通じて具体化される。賭博や射倖行為もこうした内容に含まれ得るが、日本のように賭博に関する概念定義が民法にはなく刑法の条文に賭博に関する罪が定められているにすぎない。そして民法など私法上の射倖契約において射倖行為の全てが無効ではなく、度外れの射倖行為だけが無効となる。たとえば、賭博資金を貸与する契約(大判　1973.5.22.72다2249)、賭博により生じた債務の弁済として土地を譲渡する契約(大判　1959.10.15.4291민상262)、賭博による債務を弁済することにした契約(大判　1966.2.22.65다2567)は無効にされており、最初から保険事故を装い保険金を取得する目的をもって生命保険契約を締結した場合には、保険契約を悪用して不正なる利得を得ようとする射倖心を造成することにより社会的妥当性を逸脱したため無効(大判2000.2.11.99다49064)であるとされている。

一方、刑法上の賭博に関する罪は偶然な事情における財物の得失を通じて健全なる社会の経済生活の慣習を害することに対するものであり、その保護法益は国民の勤労精神と公共の美風良俗であると考えられている。そして詐欺賭博のように偶然性を欠けた場合には詐欺罪になるが、賭博であっても一時的な娯楽に過ぎない場合、すなわち財物の得失よりも勝負決定の興味に重点がある場合のように、その経済的価値が僅かであり勤労による財産取得の如く健全なる経済観念を侵害せざる程度の場合には罰しないと定められている(韓国刑法第246条但書き)。

このように賭博は遊戯性を有するためにどこまでが遊びで、どこからが犯罪に該当する賭博であるのかを判別することは難しし問題であり、状況によって異なる判断が下され得る。また韓国の刑法第246条の賭博に関する処罰規定による違法性の限界から分かるように、裁判所が賭博自体の興味性、賭博の場所、賭博者の社会的地位·財産の程度、賭け物の多寡など諸般の事情を斟酌して具体的に判断しているところをみれば、賭博について有効·無効の判断の問題よりも違法性の問題として捉えているのではないかと思われる。

日本においても射倖契約のうち、射倖性が強度のものは公序良俗違反として無効となり、刑法上も犯罪となることがあるものの競馬、競輪のように射倖性が強くても一定の政策的目的のため国が法律で認めていることは分かっているが、こうした韓国における射倖契約ないし射倖行為や賭博に対するアプローチに比べ、日本における射倖契約や賭博に対する学説や判例の内容は如何なる相違点があるといえるのかについて教えていただきたいところである。

‘일본의 사행계약론의 현상’에 대한 토론문

강 영 기*

본 발표문은 금융리스크의 법적 쟁점에 대하여 조건부 법률행위와 대비되는 사행계약과 관련하여 검토하고 있어서 매우 흥미롭고 신선한 느낌이 들었다. 우선 사행계약을 리스크 이전형의 계약으로 파악하고, 사행계약[1]의 유형에 속하는 보험[2], 종신정기금[3], 도박[4], 모험대차 등에 대하여도 언급하고 있다. 여기서는 조건부법률행위와 달리 사행계약에 관한 제정법상의 규정이 없다는 점을 지적하면서, 일본 구 민법제정당시에는 사행계약에 대한 규정이 있었다는 점에 더하여 당시에는 사행계약의 형태가 도박이라는 용어가 아니고 박희, 노름 등의 상이한 계약의 형태로 분류되고 있었다는 내용도 흥미롭다.

한편, 일본의 법해석에서 사행계약과 도박을 둘러싸고 무효와 유효를 판별하는 명백한 기준이 부재하고 있다고 하는 인상을 주는 원인에 대하여, 일본에서는 도박과 사행계약을 혼동하고 있으며, 도박의 정의가 없는 불명확한 개념이긴 하지만 그 유효·무효는 입법정책의 문제로서 이해하면 족하다는 인식으로 보인다. 또한 사행계약에 속하는 계약유형의 유효·무효는 일반적인 법률행위의 유효·무효의 문제로 이해하면 충분하다고 하면서 당사자, 목적, 의사표시 등의 유효성 요건의 구비여부를 기준으로 판단하면 된다고 보고 있다. 그리고 사행계약의 일종인 보험계약의 유효·무효는 사행계약의 본질적인 요소인 우연성을 기준으로 한 효과라는 점에서 사행계약법리의 실익이 있다고 하고 있다.

이러한 견해가 한국의 법제상에서도 그대로 통용될 것인지 내지는 한국에서의 이들에 대한 인식과 어떠한 차이가 있을지를 생각해볼 필요가 있어 보인다. 한국에서는 법률행

* 고려대 로스쿨 연구교수

1) 사행계약(射倖契約, 독일어 aleatorischer Vertrag, Gl cksvertrag)이란 경마, 복권과 같이 요행을 노려서 우연한 이득을 얻으려는 계약을 말한다. 사행계약도 계약자유의 원칙 하에서 유효하나 그 사행성이 지나쳐 공서양속에 반하면 그 민법 103조에 따라 자체가 무효가 된다.

2) 보험계약은 장래의 우연한 사고의 발생에 따라 보험금 지급여부가 달려 있다는 점에서 사행계약의 일종이다.

3) 한 쪽 당사자가 자기, 상대방 또는 제3자의 종신까지 정기로 금전 기타의 물건을 상대방 또는 제3자에게 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약(민법 제725조)이다. 정기에 지급하는 금전 기타 물건을 정기금이라 한다. 이 계약의 특색은 특정인의 종기(終期), 즉 사망시까지 정기금(定期金) 채권(債權)이 존속하는 것이며, 사망이라는 불확정적인 우연한 사실에 계약의 존속이 구속된다는 점에서 일종의 사행(射倖)계약(契約)이라는 데에 있다.

4) 도박이란 우연한 사정에 따라 재물의 득실을 다투는 것으로서 승패의 결정에 상당한 기능이 관계되는 것이라고 할지라도 우연성의 지배를 받는 것을 말하는데, 여기서 말하는 우연성이란 필연성에 대립되는 것으로서 승패의 귀추가 행위자의 확실한 인식 또는 행위자의 지배 밖에 있음을 가리킨다.

위목적의 사회적 타당성과 관련하여 민법 제103조에 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다”고 규정하고 있는데, 이는 불확정개념 내지 추상적 규범으로서 반질서적 법률행위의 내용은 개개의 경우에 재판을 통하여 구체화된다. 도박이나 사행행위도 이러한 내용에 포함될 수 있는데, 일본의 경우처럼 도박에 관한 개념은 민법에는 없고 형법상의 도박에 관한 죄만 규정되어 있을 뿐이다. 그리고 민법 등 사법상의 사행계약과 관련해서는 사행행위가 모두 무효인 것은 아니고, 지나친 사행행위만 무효로 보고 있다. 예컨대, 도박자금을 대여하는 계약(대판 1973.5.22. 72다2249), 도박으로 부담한 채무의 변제로서 토지를 양도하는 계약(대판 1959.10.15. 4291민상262), 도박에 진 빚을 토대로 하여 그 빚을 변제하기로 한 계약(대판 1966.2.22. 65다2567)은 무효로 보고 있으며, 처음부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 생명보험계약을 체결한 경우에는 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조성함으로써 사회적 타당성을 일탈하였으므로 무효(대판 2000.2.11. 99다49064)라고 보고 있다.

한편, 형법상의 도박에 관한 죄는 우연적인 사정에서의 재물의 득·실을 통해 사회의 건전한 경제생활의 관습을 해치는 것에 대한 것으로서 그 보호법익은 국민의 근로정신과 공공의 미풍양속이라고 보고 있다. 그리고 사기도박과 같이 우연성이 결여된 경우는 사기죄를 구성하지만, 도박이라 하더라도 일시적인 오락에 불과한 경우, 즉 재물의 득실보다도 승부결정의 흥미를 위주로 하고 있는 경우와 같이, 그 경제적 가치가 근소하고 근로에 의한 재산취득처럼 건전한 경제관념을 침해하지 않을 정도의 경우는 벌하지 않는다고 규정하고 있다(한국형법 246조 단서).

이처럼 도박은 유희성이 있기 때문에 어디까지가 놀이고, 어디부터가 범죄에 해당하는 도박인지 판별하는 것은 어려운 문제이며, 이는 경우에 따라 다르게 판단한다. 또한, 한국의 형법 제246조 도박에 관한 처벌규정에 의한 위법성의 한계에서 알 수 있듯이, 법원이 도박 자체의 흥미성, 도박의 장소, 도박자의 사회적 지위·재산의 정도, 도물의 다과 등 제반 사정을 참작하여 구체적으로 판단하고 있는 것을 보더라도 유효·무효의 판단의 문제보다는 위법성의 정도의 문제로 인식하고 있다고 생각한다.

일본에서도 사행계약 중에서 사행성이 강한 것은 공서양속위반으로서 무효가 되고 형법상으로도 범죄가 되는 경우가 있어도, 경마나 경륜과 같이 사행성이 강하더라도 일정한 정책적 목적을 위해 국가가 법률로 인정하고 있다는 점은 알고 있지만, 이러한 한국에서의 사행계약 내지 사행행위와 도박에 대한 인식과 비교할 때 일본의 판례와 학설의 주된 경향은 어떠한 차이가 있다고 할 수 있는지 간략히 설명해주시면 감사하겠다.

제3주제

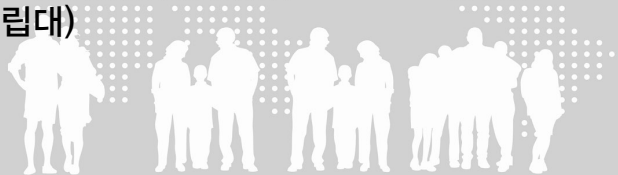
계열사간 거래에 따른 기업의 법적 리스크와 이사회의 역할

사회 : 맹수석 교수(충남대)

발표 : 천경훈 교수(서울대)

토론 : 심 영 교수(연세대)

임정하 교수(서울시립대)



관계자거래에 따른 기업의 법적 리스크와 이사회의 역할

천 경 훈*

≪ 目 次 ≫

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 관계자거래에 관한 현행법제
Ⅲ. 관계자거래가 기업경영에 야기하는 리스크
Ⅳ. 관계자거래 통제기관으로서 이사회의 장점과 한계
Ⅴ. 관계자거래에 관한 이사회의 행위지침
Ⅵ. 결 어

Ⅰ. 서 론

회사에서 이익충돌 및 그로 인한 대리문제(agency problem)는 주주-경영자 간, 지배주주-비지배주주 간, 주주-채권자 간에 발생할 수 있다. 상법 회사편은 각종 의무와 책임을 주로 이사에게 부과함으로써 주주-경영자 간의 대리문제에 중점적으로 대처하고 있으나, 실제로 우리나라의 기업현실에서는 지배주주-비지배주주 간의 이익충돌이 특히 문제되고 있다.[1)]

이러한 이익충돌은 회사가 일방이 되고 지배주주 또는 그 특수관계인이 타방이 되는 이른바 **관계자거래**[2)]에서 가장 현저하게 드러난다. 지배주주와 회사 간의 거래, 지배주주의 친인척과 회사 간의 거래, 지배주주가 (회사에 대해서보다 더 높은) 지분을 가진

* 서울대학교 법학전문대학원 부교수

1) 김건식, "기업집단과 관계자거래", 상사법연구 제35권 제2호 (2016), 9면; 송옥렬, 상법강의(제7판), 홍문사, 2017, 897면; 천경훈, "회사에서의 이익충돌", 저스티스 제159호 (2017), 243, 249면.

2) 이는 우리 법상 자기거래, 대규모내부거래, 특수관계인에 대한 이익제공 등 관련 법조를 불문하고 회사와 특수관계인 간의 거래를 통칭하기 위한 명칭으로 사용한 것으로서, 국제적으로 통용되는 용어인 "related party transaction"의 역어이기도 하다. 물론 관계자거래는 회사와 경영자 간의 거래도 포함하므로 반드시 지배주주와의 문제인 것만은 아니다.

계열사와 회사 간의 거래 등이 그 예이다. 이러한 관계자거래는 구조적으로 회사에 불리한 조건으로 이루어질 위험이 크고, 그럴 경우 순효과(net effect)로서 회사의 비지배주주로부터 지배주주에게로 부(富)가 이전하게 된다. 이는 지배주주나 경영진에 대한 도덕적 비난과 불신의 문제가 아니라, 사익추구의 유인과 가능성에 관한 구조적인 문제이다.[3)]

관계자거래에는 이러한 이익충돌의 위험이 있기 때문에 우리 법은 상법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 "공정거래법"), 자본시장법, '주식회사의 외부감사에 관한 법률'(이하 "외감법")에 근거한 회계기준, 세법 등에서 이에 관한 다양한 규율을 마련하고 있고, 형법과 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 "특경법")'에 따른 업무상배임죄도 자주 적용된다. 이에 관한 판례도 민사, 형사, 행정의 각 영역에서 집적되고 있다. 이러한 법적 규제와 그에 따른 법률효과에 관하여는 이미 수많은 연구결과가 있다.

기존의 연구는 주로 이러한 규범의 내용을 분석하고 비교법적으로 다른 나라의 입법례를 소개함으로써, 바람직한 해석론 또는 입법론을 제시하는 것들이다. **해석론**은 사후적 판단자, 즉 법원의 시각에서 법적 문제의 해결방안을 논구하는 것으로서, 누구에게 어떤 권리의무를 인정하는 것이 정의로운지를 기존의 법질서 안에서 판별하는 것이다. **입법론**은 사회 전체의 시각에서 바람직한 규범의 내용을 제시하는 것으로서, 어떤 규범이 당사자들의 옳은 행위를 이끌어내고 정의로운 결과를 달성할 수 있는 바람직한 규범인지를 규명하는 것이다.

그런데 기업, 지배주주, 이사, 경영자 등 **수범자의 입장**에서 어떻게 행위해야 하는가라는 문제는 다소 다른 접근을 요한다. 법원과 같은 사후적 판단자의 입장에서 전개되는 해석론은 수범자에게 구체적인 행위 지침을 제시해 주는 데에 한계가 있다. 사전적으로 불완전한 정보 상황에서 행위방향을 결정해야 하는 수범자로서는 사후적 판단자가 고려할 수 있는 여러 요소들에 대해 알지 못하거나 잘못 알고 있을 것이기 때문이다.[4)] 입법론이 당장의 행위 지침을 제시해 주지 않음은 물론이다. 따라서 아무리 정교한 해석론과 입법론을 제시해도 수범자인 기업과 경영자로서는 "규범이 불투명하고 불확실하다"거나, "어떻게 하라는 것인지 모르겠다"는 불만을 가지게 된다. 이는 법에 대한 불신

3) 그러므로 관계자거래의 위험과 폐해를 지적하는 의견에 대해 "왜 기업가를 악인으로 보느냐"는 항변은 초점을 벗어난 것이다. 오히려 선한 기업가라도 구조적으로 사익추구의 유혹에 빠질 수 있고, 심지어 실제로는 사익추구를 하지 않았더라도 구조적으로 의심을 받을 수 있기 때문에, 거래의 절차 및 기업지배구조에 관한 논의와 대안이 필요한 것이다.

4) 이는 뒤집어 말하면 사후적 판단자(법원, 배심원 등)는 언제나 사후확신 편향(hindsight bias)에 빠질 수 있음을 의미하기도 한다. 즉 법원의 사후적 판단을 받게 된 사건은 대부분 부정적인 결과가 초래된 사건인데, 사후적 판단자는 그 행위가 초래한 부정적인 결과를 알기 때문에, 그 행위가 실제보다 더 위험한 것으로 인지하여 피고에게 실제보다 더 가혹하게 될 우려가 있는 것이다. 이에 관하여는 많은 문헌이 있지만, 우선 Jeffrey J. Rachlinski, "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight," 65 University of Chicago Law Review 571 (1998).

으로 이어져서, 수범자들은 준법보다 법집행기관의 포획[5]에 관심을 가지게 된다.

이에 이 글에서는 그 동안 문헌에서 잘 다루어지지 않았던 **수범자의 시각**에서 관계자거래를 검토하고자 한다. 즉 관계자거래가 갖는 기업경영의 리스크로서의 측면에 주목하여, 이를 통제하고 감소시키기 위한 수범자의 구체적인 행위지침을 모색해 보려는 것이다. 특히 현행법은 대부분의 관계자거래에 관하여 이사회의 승인을 받도록 함으로써 이사회의 통제기능에 강한 기대를 보내고 있으므로, 주로 이사회가 이러한 리스크의 감소를 위해 어떻게 해야 하는지에 주목하고자 한다.

이를 위해 이 글은 다음과 같이 구성된다. 우선 관계자거래에 관한 현행법을 일별하고(II), 관계자거래가 기업경영에 어떤 리스크를 야기하는지를 분석한다(III). 뒤이어 이사회가 관계자거래를 검토 및 승인하는 데에 적절한 기관인지 평가하며 장점과 한계를 살펴 본 뒤(IV), 리스크 감소를 위한 이사회의 행위지침(V)을 모색해 본다.

Ⅱ. 관계자거래에 관한 현행법제

1. 개관

관계자거래에 대한 규제방식은 입법례에 따라 다양한 방식이 있을 수 있다. 우선 ① 절차적인 통제 방식을 기준으로 하면, 엄격한 것부터 가벼운 것으로의 순으로 (i) 아예 금지하는 경우,[6] (ii) 주주총회의 승인을 요하는 경우,[7] (iii) 이사회의 승인을 요하는 경우, (iv) 외부감사인의 강화된 감사를 요하는 경우, (v) 정보공시를 요하는 경우 등이 있다. ② 사후적 제재를 기준으로 하면, (i) 민사상 거래의 효력 부인(즉 회사가 무효를 주장하고 원상회복을 구할 수 있도록 함), (ii) 민사상 손해배상책임, (iii) 과징금 등 행정상 제재, (iv) 형사책임 등이 있다.

우리 법은 이러한 다양한 법적 장치들을 복합적으로 사용하고 있다. 예컨대 상법상 자기거래 규정은 ①-(iii)과 ②-(i)(ii)를 마련하고 있고,[8] 공정거래법상 대규모내부거래 규정은 ①-(iii)(v)와 ②-(iii)(iv)를 마련하고 있다. 그러나 하나의 행위가 상법상 자기거래, 회사기회유용, 신용공여, 대규모내부거래, 공정거래법상 채무보증, 부당지원행위, 특

5) 이른바 전관예우 현상은 이러한 포획시도의 한 예라고 할 수 있을 것이다.

6) 예컨대 상법 제542조의9 제1항에 따른 상장회사의 주요주주, 이사 등에 대한 신용공여 및 공정거래법 제10조의2에 따른 공시대상기업집단 회사 간의 채무보증.

7) 예컨대 상법 제388조에 따른 이사의 보수.

8) 효력부인은 법문상 규정된 것은 아니지만 통설과 판례로 인정된다. 손해배상책임은 제398조 자체에는 규정되어 있지 않으나 그 위반이 제399조의 법령위반 또는 임무해태를 구성함으로써 성립한다.

수관계인에 대한 이익제공, 형법상 업무상 배임행위, 상속세 및 증여세법상 증여의제 등 다양한 관련 조문 중 하나 이상에 해당할 수 있으므로, 결국 관계자거래에는 위의 여러 절차적 통제와 사후적 제재가 중첩적으로 적용될 수 있다. 실제로도 그러한 중첩적 적용이 오히려 일반적이다. 이하에서는 주요 조문 별로 검토한다.

2. 상법상의 규정

(1) 자기거래

이사, 주요주주, 기타 제398조 각호에 열거된 행위자[9] 또는 집행임원(408조의9→제398조)이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하는 경우에는 미리 이사회의 승인을 받아야 하고, 이 경우 거래의 절차와 내용은 공정하여야 한다(398조). 이는 거래의 일방은 회사이고 타방은 회사와 이익충돌 상황에 있을 수 있는 관계자인 경우에, 이사회 승인이라는 일정한 절차와 공정성이라는 요건을 요구하는 조문이다. 이하에서 보는 여러 규정 중 관계자거래에 관한 가장 전형적·포괄적인 규정이라고 할 수 있으나, 제398조 각호에 열거되지 아니한 행위자[10]와의 거래에는 적용되지 않는다는 점에서 여전히 한계가 있다.

자기거래에 대한 이사회 승인시에는 중요사실을 이사회에 알려야 한다. 승인을 받지 않은 자기거래의 효력에 관하여는 당사자 사이에서는 무효이고 제3자와 사이에서는 그가 알았거나 모른 데 중과실이 있는 때에 무효라는 상대적 무효설이 통설·판례이다. 또한 이사회 승인을 받았는지 여부를 불문하고 자기거래로 회사에 손해를 가한 이사, 업무집행지시자 등은 회사에 대한 손해배상책임을 진다.

(2) 회사기회유용

회사에 이익이 될 수 있는 사업기회로서 ① 이사가 직무수행과정에서 알게 되었거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 또는 ② 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 이용하고자 할 때에는 이사회의 승인을 받아야 한다(397조의

9) ①제1호: 회사의 이사, 주요주주(10% 이상 또는 사실상 영향력을 가진 주주)
②제2호: 그들의 배우자·직계존비속
③제3호: 그들의 배우자의 직계존비속(장인·장모·시부모·전처소생 등)
④제4호: 그들이 50% 이상을 가진 회사 및 그 자회사(50% 초과 보유)
⑤제5호: 그들이 다시 50% 이상을 가진 회사.

10) 예컨대 회사의 주요주주의 모회사 등 주요주주의 위 단계에 있는 관계자, 그러한 위 단계 관계자의 지배하에 있는 방계 계열회사, 회사의 주요주주 등이 50% 미만으로 소유하면서 지배하는 회사, 제5호에 따른 회사 아래 단계에 있는 회사 등에는 적용되지 않는다.

2). ①은 정보의 취득경위를 기준으로 한 개념요소이고, ②는 회사의 사업과의 밀접성을 기준으로 한 개념요소이다. 이 둘 중 어느 하나에 해당하고 회사에 이익이 될 수 있는 사업기회이면 제397조의2가 적용되는 '회사기회'에 해당하므로, 당해 이사는 이를 함부로 취해서는 안 되고 이사회 승인을 받아야 한다. 이사회가 경영판단원칙의 요건을 준수하여 사업기회를 포기하거나 어느 이사의 이용을 승인하였다면, 이사의 회사기회 이용은 허용된다.[11] 다만 주의의무에 반하여 승인하거나, 승인을 받지 않고 이용하여 회사에 손해를 가한 이사 등은 회사에 대한 손해배상책임을 진다.

회사기회 유용행위는 수평형, 수직형, 혼합형으로 나누어볼 수 있다.[12] 이 중 수직형은 그 기회를 이용하면 회사와 거래관계에 있게 되는 경우, 예컨대 회사에 필수적인 부품이나 용역을 제공하는 회사의 설립에 지분참여를 할 기회와 같은 것을 의미한다. 이 유형의 유용행위는 관계자거래의 일종(적어도 관계자거래를 예비하는 행위)이라고 할 수 있다.

(3) 이사의 보수

이사의 보수 책정은 회사와 이사 간의 고용 내지 위임계약의 조건을 정하는 것이므로 관계자거래의 특수한 형태라고 할 수 있다. 이사의 보수는 정관 또는 주주총회 결의로 정해야 한다(제388조).

(4) 상장회사 신용공여 금지

상장회사는 그의 주요주주(10% 이상 또는 사실상 영향력을 가진 주주) 및 그 특수관계인, 이사, 업무집행지시자 등(401조의2 1항 각호), 집행임원, 감사에게 신용공여를 할 수 없다(542조의9 1항). 자기거래와 같이 이사회 승인을 요하는 것이 아니라 아예 금지된다. 신용공여란 금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무보증의 보증, 자금지원적 성격의 증권매입 등 거래상의 신용위험이 따르는 직접적·간접적 거래를 말한다(542조의9 1항). 다만 복리후생을 위한 신용공여, 상장회사의 경영건전성을 해칠 우려가 없는 일정한 신용공여는 허용된다(542조의9 2항).

(5) 대규모상장회사의 대규모거래 특칙

대규모상장회사(자산총액 2조원 이상)는 최대주주, 그의 특수관계인, 그 상장회사의

11) 대법원 2013.9.12. 선고 2011다57869 판결.

12) 천경훈, "개정상법상 회사기회유용 금지규정의 해석론 연구", 「상사법연구」 제30권 제2호(2011), 168면.

특수관계인으로서 대통령령으로 정하는 자를 상대방으로 하거나 그를 위하여 대규모거래[13]를 하는 경우에는 이사회 승인을 받아야 한다. 또한 거래의 목적, 상대방, 내용 등을 이사회 승인 결의 후 처음 소집되는 정기주주총회에 보고하여야 한다. 다만 약관에 따라 정형화된 거래는 이사회 승인이 면제되고, 이사회에서 승인한 거래총액 범위 안에서 이행하는 일상적인 거래는 이사회 승인 및 정기주총 보고의무가 면제된다.

(6) 이사의 책임

위에서 본 (1)(2)(5)는 이사회 승인을 받도록 하고 있는데, 승인하는 이사들 및 그 거래를 체결·집행하는 이사들은 선관주의의무와 충실의무를 다하여야 한다. 만약 고의 또는 과실로 법령·정관에 위반하거나 임무를 게을리하면 회사에 손해를 배상하여야 한다(제399조). 관계자거래로 인한 회사의 손해도 결국 이 제399조에 따라 배상받게 된다는 점에서 제399조는 관계자거래에 특유한 조문은 아니지만 중요한 적용법조가 된다. 제399조를 이사 이외의 자에게 확대하는 제401조의2(업무집행지시자 등), 이사가 고의·중과실로 임무를 게을리하여 제3자에게 손해를 발생시킨 경우 배상의무를 인정한 제401조 역시 관계자거래에 적용될 수 있다.

3. 공정거래법의 규정

이하의 공정거래법 규정 위반에 대하여는 과징금 등의 행정상 제재와 징역형·벌금형의 형사상 제재가 모두 마련되어 있다.

(1) 채무보증 금지

공시대상기업집단에 속하는 회사는 금융업·보험업을 영위하는 회사를 제외하고는 국내 금융기관의 여신과 관련하여 국내 계열회사에 대한 채무보증을 할 수 없다(제10조의2). 이사회 승인 또는 주주총회 승인 등을 받도록 한 것이 아니고, 공정성 여부에 관계없이 아예 특정 유형의 거래 자체를 금지한다는 점에서 상장회사 주요주주·이사 등에 대한 신용제공 금지와 유사하다.

(2) 대규모 내부거래 이사회 의결 및 공시

13) 단일 거래규모가 자산총액 또는 매출총액의 1% 이상이거나 해당 사업연도 중 거래총액이 자산총액 또는 매출총액의 5% 이상인 경우를 말한다(금융기관은 자산총액만 적용).

공시대상기업집단(자산총액 5조원 이상인 기업집단)에 속하는 회사가 특수관계인을 상대방으로 하거나 특수관계인을 위하여 대통령령이 정하는 규모[14] 이상의 다음 각 호의 거래행위를 하고자 하는 때에는 미리 이사회의 의결을 거친 후 이를 공시하여야 한다(제11조의2 제1항): (i) 가지급금 또는 대여금 등의 자금을 제공 또는 거래하는 행위(제1호), (ii) 주식 또는 회사채 등의 유가증권을 제공 또는 거래하는 행위(제2호), (iii) 부동산 또는 무체재산권 등의 자산을 제공 또는 거래하는 행위(제3호) 및 (iv) 계열회사를 상대방으로 하거나 동 계열회사를 위하여 상품 또는 용역을 제공 또는 거래하는 행위(제4호).

이러한 이사회 결의가 없이 이루어진 행위의 효력에 관하여는 별다른 판례와 학설이 없으나, 전단적 대표행위에 관한 학설 및 판례가 참고가 될 수 있을 것이다.

(3) 부당지원행위 금지

공정거래법 제23조 제1항 제7호에서는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금・대여금・인력・부동산・유가증권・상품・용역・무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 금지하고 있다. 이는 문언상으로는 기업집단 소속 여부를 불문하고 적용되고 비계열회사와의 거래에도 적용된다. 그러나 실제로는 거의 대부분 기업집단 내의 계열사간 거래에 적용되고 있다.

이 조문은 결과적으로 거래가 상대방에게 현저히 유리한 조건이 아닐 것, 즉 '공정성'을 요구하고 있다. 2011년 개정으로 상법 제398조에 자기거래의 내용과 절차의 공정성이란 문구가 새로 삽입되었지만, 거래의 공정성이란 요건은 이미 공정거래법에 따라 모든 기업들에게 요구되어 왔고, 다만 현실적으로는 대규모기업집단에 소속된 관계회사간의 거래에 주로 집행되어 왔을 뿐이라고도 볼 수 있다.

(4) 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지

2013년 신설된 공정거래법 제23조의2 제1항에 의하면 공시대상기업집단에 속하는 회사는 특수관계인이나 특수관계인이 일정 비율[15] 이상 주식을 보유한 계열회사에게 상당히 유리한 조건으로 거래하거나 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 등 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 할 수 없다. 제23조의 부당지원행위 금지 조항은 지원행위를 금

14) 거래금액(제4호의 경우에는 분기에 이루어질 거래금액 합계액)이 그 회사 자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 100분의 5 이상이거나 50억 원 이상인 거래행위를 의미한다.

15) 상장회사는 30%, 비상장회사는 20%이다(시행령 제38조 제2항).

지하고 지원주체만을 제재대상으로 삼고 있는 반면, 제23조의2의 부당한 이익제공 금지 조항은 지원행위 뿐 아니라 지원받는 행위와 지원행위에 대한 지시·관여도 금지하고 지원주체, 지원객체, 지시·관여한 특수관계인을 모두 제재대상으로 삼고 있다는 점에서 큰 차이가 있다(제23조의2, 제3항, 제4항).

4. 형사법

관계자거래는 업무상 배임죄의 구성요건에 해당할 수도 있다. "타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때"에는 배임죄로 처벌하고(형법 제355조 제2항), "업무상의 임무에 위배하여 [배임죄]를 범한 자"는 가중된 업무상 배임죄로 처벌하며(형법 제356조), 그 이득액이 50억원 이상이면 무기 또는 5년 이상의 징역, 5억원 이상 50억원 미만이면 3년 이상의 유기징역에 처하고 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다(특경법 제3조). 실제로 많은 관계자거래, 특히 부실한 계열사를 지원하거나 지배주주가 사익을 취한 거래에 대하여 업무상배임죄가 적용되어 다수의 판례를 남기고 있다. 실제로 관계자거래에 대하여 민사책임이 부과된 판례보다 형사책임이 부과된 판례가 더 많은 것으로 보인다.[16]

5. 세법과 회계기준

상속세 및 증여세법 제45조의3은 법인의 매출액 중에서 그 지배주주와 특수관계에 있는 법인에 대한 매출액이 차지하는 비율('특수관계법인거래비율')이 정상거래비율을 초과하는 경우에는 일정한 산식에 따라 계산한 이익을 지배주주와 그 친족이 증여받은 것으로 의제하여 과세하고 있다. 즉 어떤 회사가 그 지배주주가 높은 지분을 보유한 회사와 유난히 많은 거래를 하고 있다면, 그 거래를 통해 그 지배주주 등이 이익을 얻었다고 간주하고 과세하겠다는 것이다.[17]

기업회계의 영역에서도 관계자거래는 특별한 관심의 대상이다. 회계기준원[18]이 작성한 기업회계기준 중 상장법인에 적용되는 국제회계기준에서는 관계자거래의 경우 회사

16) 서정, "부실계열회사 지원에 대한 이사의 책임", 상사법연구 제35권 제3호 (2016), 156면; 문호준·김성민, "부실계열회사의 처리에 관한 법적 쟁점", BFL 제59호(서울대학교 금융법센터, 2013), 62-63면.

17) 이에 대하여는 설령 지배주주에 의한 사익편취가 있었더라도 회사에 복귀시켜 주주 전체가 공유해야 할 이익을 왜 국가가 가져가느냐라는 근본적인 의문이 남는다.

18) 금융위원회는 증권선물위원회의 심의를 거쳐 회사의 회계처리기준을 정하여야 하고(외감법 제13조 제1항), 금융위원회는 이 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문성을 갖춘 민간법인이나 단체에 위탁할 수 있다(외감법 제13조 제4항). 이에 따라 위탁받은 기관이 회계기준원이다.

가 독립당사자기준에 따랐음을 입증할 수 있는 경우에 한하여 그 사실을 공시하도록 하고 있다(기업회계기준서 제1024호 문단 17, 문단 21). 회계감사기준에서도 “경영진이 특수관계자와의 거래가 독립된 당사자 간의 거래에 통용되는 조건과 동등한 조건으로 수행되었다고 주장한 경우, 감사인은 그러한 주장에 대해 충분하고 적합한 감사증거를 입수하여야 한다”고 규정한다(감사기준서(550 특수관계자 24).[19]

6. 소결

이처럼 관계자거래에 관하여는 이미 많은 규정이 마련되어 있고, 오히려 비슷한 규정들 간의 과도한 중복, 나아가 모순이 우려된다. 예컨대 A 회사가 B 회사에게 유리한 조건으로 행한 하나의 거래에 대해 두 회사 각각에 대한 과징금, 총수 및 각 회사 경영진에 대한 민사상 손해배상과 형사처벌, A 회사의 무효 주장 시 원상회복, 총수와 B 회사에 대한 증여세 과세 등등이 중복적으로 적용될 수 있는 것이다.

규제 법령이 지나치게 엄중하고 중복적이라는 사실은 오히려 그 사회가 그 문제를 해결하는 데 실패하고 있음을 반증할 수도 있다. 오늘날 여러 나라의 지배적인 견해도 법규범만으로는 관계자거래를 통한 비지배주주 착취를 방지하기에 부족하고, 효과적인 내부통제기구, 전문적인 법집행기관(법원, 자본시장 감독당국 등), 독립적이고 전문적인 언론, 사익추구를 배격하는 사회적 문화와 규범 등이 필요하다고 한다.[20] 특히 외부적인 법집행 이전에 회사 내부적으로 리스크 방지 차원에서 문제 있는 관계자거래를 방지·통제할 수 있다면 그것이 가장 바람직한 메커니즘일 것이다. 우선 다음 장에서는 관계자거래가 회사에 야기하는 리스크의 내용을 분석해 본다.

Ⅲ. 관계자거래가 기업경영에 야기하는 리스크

1. 리스크 내지 법적 리스크의 의미

이번 학술대회의 제목에서 사용되고 있는 리스크(risk)란 용어는 분야 별로 다양한 의미를 가지고 있으나, 일반적으로 경제·경영학, 특히 재무(finance) 분야에서 ‘리스크’란 결과에 대해 불확실성이 존재함으로써 발생하는 변동성으로 정의된다.[21] 따라서 원래

19) 김건식, 전게논문, 27면.

20) Luca Enriques, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)”, *European Business Organizational Law Review* (2015) 16, pp.32-34.

리스크라는 용어는 긍정적 가능성과 부정적 가능성을 모두 내포하는 것이지만,[22] 대부분의 사람들은 위험회피적(risk averse) 성향[23]을 가지기 때문에 결국 리스크는 부정적 의미를 가지게 된다.

법률상으로는 리스크라는 단어는 거의 사용되지 않는다. 현행 법률에서 '리스크'라는 단어의 용례로 한 군데가 보이지만[24] 경영상의 위험 정도의 의미로 쓰인 것이지 법적인 용어로는 보기 어렵다. 기업지배구조 모범규준에서도 이사회의 임무 중에 "체계적인 리스크 관리"를 들고 리스크관리정책을 마련하여 운영할 것을 권고하고 있는데 이 역시 재무적 리스크를 의미한다.[25] 간혹 사용되는 '법적 리스크' 또는 '법률 리스크'라는 용어도 엄밀히 정의되거나 의미가 확립된 용어는 아닌 것으로 보이며, 대체로 법에 따른 의무, 책임, 처벌 등의 불이익을 받게 될 위험, 또는 그러한 법적 불이익에 따라 사실상의 불이익을 받게 될 위험이라고 폭넓게 정의해 볼 수 있을 것이다.

2. 관계자거래가 야기하는 리스크

관계자거래가 당해 회사에 야기하는 리스크는 두 단계로 나누어 볼 수 있다.

(1) 1단계는 관계자거래로 인하여 회사 및 주주에게 손해가 발생할 가능성이다. 이것은 법적 의무, 책임, 처벌을 받게 될 가능성이 아니라 경제적 손해가 발생할 가능성이므로 법적 리스크라기보다는 경제적, 사실적 리스크라고 하겠다. 예컨대 지배주주 일가가 상장회사인 A 회사에는 상대적으로 적은 지분을 보유하고 비상장 B 회사에는 100%에 가까운 지분을 보유하고 있으면서, 두 회사 모두에 대해 지배력을 행사하고 있다고 가정한다. 이 때 두 회사 사이에 A 회사에 불리한 조건으로 상품, 용역, 금융거래가 일

21) 재무관리에서는 불확실성과 위험이라는 말은 같은 의미로 사용된다. 박정식·박종원·이장우, 재무관리(제3판), 다산출판사, 2010, 258면.

22) 부정적인 측면만을 가진 danger도 똑같이 '위험'이라고 번역되기 때문에 혼란을 야기할 수 있다.

23) 위험회피적이라는 것은 단지 나쁜 일이 일어나는 것을 싫어한다는 것이 아니라 나쁜 일에 상응하는 좋은 일보다 그 나쁜 일을 싫어한다는 의미이다. 예컨대 동전을 던져서 앞면이 나오면 10만원을 벌고 뒷면이 나오면 10만원을 잃는 게임은 수학적 기댓값은 0이지만 실제로 대부분의 사람은 마이너스의 가치를 갖는 것으로 생각하는데, 위험회피적인 사람은 10만원을 잃을 때의 고통이 10만원을 받을 때의 기쁨보다 크기 때문이다. Mankiw(김경환·김종석 옮김), 맨큐의 경제학(제6판), 센게이지러닝코리아, 2013, 673-674면.

24) 해외건설촉진법 제15조의4 ① 국토교통부장관은 해외건설의 진흥을 위하여 다음 각 호의 사항을 지원할 수 있다.
1.~5. [생략]
6. 해외건설 진출에 따른 사업성 분석 및 리스크 관리 컨설팅

25) 한국기업지배구조원, 기업지배구조 모범규준(2016.7.26.), 13면.

어나거나, A 회사 주주들에게 불리한 합병비율로 B 회사와 합병이 이루어지는 경우에는 A 회사 또는 그 주주[26]에게 손해가 발생하게 된다. A 회사 또는 그 주주 입장에서 보면 이러한 손해발생의 가능성을 관계자거래의 1단계 리스크라고 할 수 있다.

(2) 2단계는 위 1단계 리스크가 현실화된 경우에 그에 대해 제재가 가해짐으로 인하여 회사에 야기되는 리스크이다. 즉 1단계에서 A 회사에 대한 가해행위가 발생하면 그 행위자(이사, 기타 경영진, 지배주주 등)에 대해 앞서 본 여러 제재가 가해질 것인바, 조사·소추·재판 등의 과정에서 A 회사의 경영에 사실상의 장애가 발생할 수 있고, 회사의 신용과 명성도 손상될 수 있는 것이다.

민사적 제재는 피해자인 A 회사 또는 그 주주가 행위자로부터 손해배상을 받거나 거래의 무효를 주장하여 원상회복을 실현하는 것이라는 점에서는 오히려 A 회사에 유리하고, 재판 과정에서 A 회사의 경영에 차질을 가져오거나 신용을 훼손하는 일이 벌어질 가능성도 훨씬 적다. 그러나 형사·행정상의 제재는 A 회사에 직접적인 이익을 가져오지 않으면서 조사나 재판 과정에서 A 회사의 경영에 차질을 가져오거나 신용을 훼손하는 일이 벌어질 가능성이 크다. 예컨대 A 회사에 대한 압수수색, 장기간의 임의조사,[27] 주요 경영진의 구속 또는 출국정지, 스캔들에 대한 언론보도 등으로 인한 주가하락,[28] 신용훼손 등은 A 회사와 그 주주 입장에서는 1단계 리스크에 이은 2단계 리스크라 할 수 있다. A 회사와 그 주주(특히 비지배주주)들은 피해자임에도 불구하고, 가해자에 대한 제재 과정에서 재차 피해를 볼 수 있는 것이다.

물론 이러한 형사·행정상의 제재는 가해자를 징벌하고 일정한 경우에는 퇴출시켜 유사한 행위의 재발을 막는 한편, 피해회사 및 그 주주들의 후속 민사소송을 촉진하고 그 증거를 제공한다는 점에서, 피해회사에게 이익을 주는 것도 사실이다. 그러나 회사 및 주주 입장에서 보면 이러한 이익은 장기적인 것이고 단기적으로는 불이익이 먼저 작용하며, 둘 중에서 궁극적으로 어느 쪽이 클지는 단언할 수 없다. 따라서 위에서 언급한 2단계 리스크는 확정적인 손해라고 할 수는 없어도 적어도 리스크로서는 엄연히 실존한다.[29]

---

26) 지배주주는 회사의 주주 입장에서는 회사의 손해로부터 부정적 영향을 받지만 거래상대방 측으로부터 이익을 얻으므로 전체적으로는 이익을 본다. 따라서 여기서 주로 문제되는 주주는 비지배주주이다.

27) 예컨대 공정거래위원회의 부당지원행위 조사는 10여명 이상의 조사반원이 장기간 회사에 상주하면서 조사를 벌이기도 한다. 이러한 강도 높은 조사를 받으며 질의 및 자료요청에 응대하는 동안 회사의 본연의 업무에는 지장이 발생한다.

28) 다만 최근에는 총수 구속 시에 오히려 주가가 오르거나 변함이 없는 경우도 많다. 총수가 오히려 기업의 리스크 요인이라는 지적과도 일맥상통하는 현상이지만, 정확히 그 인과관계가 밝혀진 바는 없다. 박상인, 왜 지금 재벌개혁인가, 미래를소유한사람들, 2017, 157면; “재벌 총수 부재 때 오히려 주가가 오르는 이유는” 월간조선 2014.10.3.

29) 그밖에 관계자거래로 인해 발생한 부실이 기업집단 차원으로 번지게 될 리스크, 관계자거래로 인

(3) 위와 같이 관계자거래로 인한 회사의 리스크를 두 단계로 구분하여 이해하면 불필요한 혼란을 피할 수 있다. 예컨대 일부에서는 계열사 간 거래를 통해 회사의 부를 빼먹는 행위야말로 기업의 경쟁력을 좀먹는 것으로서 코리아 디스카운트의 주된 원인 중 하나이므로 더욱 강력한 규제가 필요하다고 주장한다. 반면 일부에서는 공정거래법, 상법, 형법 등에 의한 지나치게 촘촘하고 과도한 관계자거래 규제야말로 기업가정신을 저해하고 경영을 방해한다고 주장한다. 전자는 1단계의 리스크를 지적한 것이고 후자는 2단계의 리스크를 지적한 것이므로, 서로 모순되거나 양립 불가능한 주장은 아니다.

정책적으로 보면 1단계 리스크를 줄이는 것이 중요하지만, 이를 해결하는 과정에서 2단계 리스크가 효과 대비 과도하게 발생하는 것을 방지할 필요도 있다. 관계자거래에 대해 과도한 형법적, 공법적 규제를 지양하고 민사법적 구제를 현실화해야 한다는 입장[30]은 이런 점에서도 정당화될 수 있을 것이다. 개별 기업의 입장에서는 건실한 이사회와 내부통제시스템을 통해 사익추구적인 관계자거래를 방지하고 이사와 경영진이 주의의무와 충실의무를 다하게 하는 것은 1단계 리스크는 물론 2단계 리스크를 방지하는 효과가 있다.

3. 법의 불확실성과 리스크

(1) 법의 불확실성에 관한 여러 층위의 문제

비단 관계자거래만이 아니라 회사의 경영 일반과 관련하여 중요한 법적 리스크의 내용 또는 원인으로 지적되는 것은 "법의 불확실성"이다. 이는 현재 우리나라 법이 불명확하여 준수하기 어려우므로 법을 명확하고 일의적으로 만들어야 한다는 주장으로 이어지기도 한다. 그 기저에는 불확실하고 다의적인 법은 나쁜 법이고, 명확하고 일의적인 법이 좋은 법이라는 인식이 자리 잡고 있는 것으로 보인다.

사고의 혼란을 피하기 위해 먼저 관련된 문제들을 다음과 같이 명확히 구분할 필요가 있다. ① 법은 본질적으로 불확실한가? ② 불확실한 법은 항상 또는 대체로 나쁜가? ③

하여 경쟁력 없는 기업집단 소속회사가 퇴출되지 아니하고 유망한 독립기업의 시장진입이 저해되어 궁극적으로 시장에서 경쟁을 저해할 리스크 등이 있을 수 있으나 이는 당해기업 차원의 리스크와는 거리가 있으므로 상론하지 않기로 한다.

30) 서정, 전게논문, 157면("계열회사에 대한 지원행위에 관한 책임의 추궁은 가급적 회사법적 수단을 통해 이루어질 수 있도록 주주대표소송 제도의 보완, 증거수집 경로의 확대, 입증책임의 전환 등을 전향적으로 고민할 필요가 있을 것"); 신현탁, "기업지배구조 개선과 사법적극주의", 「사법」 제40호 (사법발전재단, 2017), 202면 ("경영 효율성과 경영 건전성을 동시에 추구할 수 있는 [...] 방안은 사법적극주의에 의하여 민사적 사법시스템을 보완함으로써 사후적 감독기능을 강화하는 것"); 천경훈, "실질적 의미의 기업집단법, 그 현황과 과제", 경제법연구 제15권 제3호 (한국경제법학회, 2016), 35-36면 ("민사적 피해구제의 길을 넓히는 한편 지나치게 재량적인 형사처벌에의 의존도를 줄여 나가야 할 것").

이를 극복하기 위해 회사, 특히 회사의 기관인 이사회는 어떻게 행위해야 하는가? 이 중 마지막 문제는 V장으로 미루고, 그 전제가 되는 앞의 두 문제를 살펴본다.

(2) 법의 본질적 불확실성 (①의 문제)

법규범의 요건들은 언어로 구성되므로 해석의 여지를 남길 수밖에 없고, 후술하는 스탠다드 방식의 법규범에서는 더욱 그러하다. 따라서 규범의 의미 확정을 위해 해석이 필요하고, 그 과정에서 규범의 헐거운 틈은 상황과 시대에 따라 조금씩 다른 내용으로 충전된다. 또한 그와 같이 확정된 요건을 사실에 적용(또는 사실을 법규에 포섭)하는 과정에서도 상황과 시대에 따라 다른 결론에 이를 수 있다. 언어로 표현된 법규범의 요건은 해석을 거쳐 빈틈이 충전된 후에도 개별적 사실관계에 비해서는 추상적이므로, 사실관계의 구체성과 법규범의 추상성 사이에서 항상 가치관과 재량이 활동할 공간이 생기기 때문이다.[31]

이는 많은 재판에서 사실인정 뿐 아니라 법률문제에 있어서도 각 심급의 결론이 달라지는 데에서 목도된다. 교육배경, 연령, 가치관 등이 상당히 동질적인 수십 년 경력의 판사들이 같은 사건을 놓고 첨예하게 다른 결론에 이르는 예도 드물지 않은 것이다. 대법원 판례가 변경되는 일도, 학계의 통설이 바뀌는 일도 드물지 않다. 이처럼 법의 세계는 0과 1로 말끔히 구분되는 이진법의 세상이라기보다는 스펙트럼으로 이루어진 모호한 세상에 더 가깝고, 불확실성은 피할 수 없는 법의 본질적 속성이라고 할 수 있다.

(3) 명확한 법과 불명확한 법 (②의 문제)

이러한 불확실성을 없애려면 모든 법을 가능한 한 명확하게 만들면 되지 않을까? 명확한 법이 바람직하고 불명확한 법은 항상 또는 대체로 나쁘다고 단정할 수 있을까?

이는 미국에서 많이 논의되는 이른바 룰과 스탠다드의 문제이다. 각종 규범은 명확하고 일의적인 규범인 룰(rule)과 판단 여지를 남기는 추상적 규범인 스탠다드(standard)로 구분할 수 있다.[32] "시속 100km 이하로 운전해야 한다"는 것은 룰이고, "도로상황을 고려하여 안전하게 운전해야 한다"는 것은 스탠다드이다. 피의자 체포 시 "소정의

31) 법개념의 불확정성과 그 해석 및 적용 과정에서의 재량에 관한 보다 엄밀한 설명으로는 우선 칼 엥기쉬(안법영·윤재왕 옮김), 「법학방법론」, 세창출판사, 2011, 177-227면.

32) 룰과 스탠다드의 근본적인 차이점이 무엇인가에 관하여는 논자마다 설명이 다르다. 결정권자에게 재량이 있는지 여부를 핵심적인 차이로 보기도 하고(Frank Cross, Tonja Jacobi, and Emerson Tiller, "A Positive Theory of Rules and Standards", 2012 University of Illinois Law Review 1 (2012), p. 16), 사전적이냐 사후적이냐를 핵심적인 차이로 보기도 한다(Louis Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 Duke Law Journal 557(1992), p.560).

사항을 고지하라(미란다 고지)"는 것은 룰이고, "피의자의 인권이 침해되지 않도록 적절한 조치를 취하라"는 것은 스탠다드이다. 특수관계인의 범위를 세밀하게 정의하고 그에 해당하는 자와 거래를 하는 경우에 이사회 승인을 받도록 하는 방식의 규율은 룰에 해당하고, 이익충돌을 회피할 신인의무를 부과하는 규율은 스탠다드에 해당한다. 계열사 간 합병 시 법에 정한 합병비율 산정 공식을 따르도록 하는 방식은 룰에 해당하고, 합병비율 등 합병조건을 정함에 있어 회사와 주주들의 이익을 위해 선량한 관리자의 주의의무를 다할 것을 이사에게 요구하는 것은 스탠다드에 해당한다.

이는 각각의 장단점을 가진다. 룰은 판단자의 재량이나 편견을 배제하여 더 공정하고, 수범자에게는 예측가능성을 부여하며, 사회 전체적으로는 법적안정성을 부여한다. 판단자의 자의가 배제되므로 법치주의에 부합하고, 사법부의 과도한 권한을 견제할 수 있다. 반면 스탠다드는 사안별로 제반 사정을 고루 고려할 수 있어 오히려 더 공정한 면이 있다. 시간에 따라 변화하는 환경에 적응할 수 있어 효율성 증진에도 룰보다 유리한 측면이 있고, 형평에 근거하여 실질적 평등을 증진하는 장점이 있다.[33] 법학개론의 용어를 빌려 표현하면 스탠다드는 구체적 타당성을 확보하는 데에 적합하고, 룰은 법적 안정성을 담보하는 데에 적합하다고 할 것이다.

만약 모든 법을 스탠다드 방식으로 구성한다면, 행위자 입장에서는 사전적으로 어떻게 해야 규범을 준수할 수 있는지 불확실하고, 사후적 판단자인 법원의 재량이 극대화될 것이다. 특히 사법부에 대한 신뢰가 부족한 사회에서는 "귀에 걸면 귀걸이, 코에 걸면 코걸이"라는 비판이 제기되기 쉽다. 대체로 사법소극주의의 입장에서는 법이 지나치게 스탠다드로 운영되는 것을 위험하게 바라보게 된다.

그렇다고 모든 법을 룰 방식으로 구성하는 것이 바람직한 것도 아니다. 룰 일변도의 규제는 우회·잠탈 시도에 무력하고("법에 정해진 금지 대상이 아니다"), 수범자들이 기계적 회피 또는 형식적 준수("나는 법에 정해진 수치는 맞췄으니 나머지는 모르겠다")로 일관하여 사회 전체적으로는 규범의 목적이 달성되지 않을 수 있다. 규범의 취지와 동떨어진 결론, 즉 제재할 필요 없는 행위를 제재하거나 제재할 행위를 제재하지 못하는 결론에 이를 위험도 크다. 입법부 또는 행정부가 적시에 명확한 룰을 제공해 주지 못하는 상황이라면 더욱 그러하다. 대체로 사법적극주의의 입장에서는 법이 지나치게 룰로 운영되는 것을 문제라고 생각하게 된다.

따라서 법은 룰과 스탠다드 모두를 필요로 하고, 실제로도 대부분 나라의 법규범은 두 접근방식을 모두 채택한다. 이 둘은 긴밀하게 서로 연결되어 있고 보완하기도 한다. 예컨대 상법 제398조에서 열거한 자들과의 거래, 공정거래법 제11조의2에서 정의한 범주에 속하는 거래는 이사회 승인을 받아야 하는데, 이사회 승인 대상이 되는 거래의 범

33) 룰과 스탠다드 각각의 장단점에 관하여는, Kathleen Sullivan, "The Justice of Rules and of Standards," 106 Harvard Law Review 22(1992), pp.57-69.

주에 대해서는 구체적으로 열거하는 룰에 따르고 있지만, 그 룰에 해당하여 이사회에서 승인을 할 때에는 결국 선관주의의무 또는 충실의무라는 전형적인 스탠다드에 따르게 된다.[34] 그 거래를 한 자 또는 승인한 자의 업무상 배임죄 여부 역시 "임무에 위배하였는가"라는 스탠다드에 따라 결정된다. 이처럼 룰과 스탠다드는 어느 한 쪽이 낫다고 단정할 수 없고 병용될 수밖에 없다.

4. 소결

이처럼 법은 본질적으로 불확실한 속성을 가질 수밖에 없다. 특히 법규범의 상당수는 불명확한 스탠다드의 형식으로 존재하고 그 나름의 장점이 있으므로, 이러한 불확실성이 반드시 잘못되었다거나 극복되어야 할 현상이라고 할 수도 없다. 관계자거래에 관하여도 상당수의 룰이 마련되어 있으나, 선관주의의무 및 충실의무(상법의 경우), 타인의 사무를 처리하는 자의 임무(형사상 업무상 배임죄의 경우), 부당성(공정거래법상 부당지원행위 및 부당한 이익제공) 등의 스탠다드가 규범 운용에 핵심적 역할을 하고 있으므로 여전히 불확실성이 존재한다. 이것은 수범자인 회사 입장에서는 앞에서 본 1, 2단계 리스크의 존부와 크기에 영향을 미치는 또 하나의 요인이 된다.

그러나 어떤 관계자거래가 과연 회사에 손해를 끼치는 위법한 거래인지 판단하는 것은 위에서 본 이유로 쉽지 않다. 관계자거래에 관한 대표적인 예를 들어 봐도, 삼성전자 대표소송[35]에서 이천전기 지원의 건은 1심에서는 선관주의의무에 위반한 행위라고 보았으나, 2심과 3심에서는 경영판단의 범위 내에 있는 적법한 지원이라고 보았다. 에버랜드 전환사채 발행의 경우 발행회사의 이사가 업무상 배임죄로 기소된 건에서는 무죄라고 하였지만[36] 실권회사 이사들의 민사책임이 추궁된 건에서는 손해배상책임이 인정되었다.[37] 한화그룹 배임사건에서도 행위별로 1심, 2심, 3심, 파기 후 환송심의 판단이 어지럽게 엇갈렸다.[38] 사후적으로 모든 정보를 가진 법원의 판단이 이처럼 엇갈릴 정도이니 사전적으로 판단해야 하는 입장에서는 더욱 어려운 문제일 수밖에 없다.

---

34) 선관주의의무의 내용이나 그 위반 여부의 심사에 필요한 좀 더 명확한 기준으로서 우리 판례가 제시하고 있는 것이 이른바 경영판단원칙이다. 즉 우리 판례가 말하는 경영판단원칙은 정당한 경영판단을 하였다고 '추정'하여 입증책임을 전환하는 데에 핵심이 있는 미국법상 경영판단원칙과는 구분되는 것으로서, 선관주의의무의 구체화 규범이라고 할 수 있다. 한국상사법학회, 주식회사법대계 II (제2판), 907면 (권재열 집필부분). 그러나 경영판단원칙에 의해 보충되더라도 선관주의의무의 내용은 일률적으로 단정하기 어렵다. 같은 책, 898면.

35) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결.

36) 대법원 2009.5.29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결.

37) 대구고등법원 2012.8.22. 선고 2011나2372 판결.

38) 대법원 2014.2.11. 선고 2013도5214 판결.

따라서 막연히 “법을 준수하라”거나 “위법한 거래는 승인하지 말라”는 것만으로는 이사나 이사회에 대한 유의미한 행동지침이 되지 못한다. “내용과 절차가 공정해야 한다”는 제398조의 문언이라든가 “충분한 정보를 검토하여 신의성실에 따라 회사에 최대이익을 위하여 결정해야 한다”는 경영판단원칙 역시 공정성, 신의성실, 회사의 최대이익이라는 불확정적 개념을 전제로 한 것이기는 마찬가지이다. 그렇다고 마치 형사재판에서처럼 “의심스러우면 불승인”이라는 원칙을 강행하면 사적 자치에 의한 효율적인 거래마저 원천봉쇄하는 부작용이 우려된다.

이러한 딜레마적 상황에서 이사회는 어떻게 행동해야 하는가? 그 점을 검토하기에 앞서 우선 이사회가 관계자거래를 통제·승인하는 데에 적절한 기관인지, 그 장점과 한계는 무엇인지를 간략히 검토한다.

Ⅳ. 관계자거래 통제기관으로서 이사회의 장점과 한계

1. 감독기관으로서의 이사회

상법 제393조 제1항에서는 “회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다”고 하여 이사회를 집행기관으로 파악하면서, 제2항에서는 “이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다”고 한다. 즉 이사회는 집행의 주체이자 그 집행에 대한 감독의 주체인 것처럼 표현되어 모순과 긴장을 드러내고 있다.[39] 이에 대해서는 제1항의 역할이 강조된 이사회를 ‘참여형 이사회’, 제2항의 역할이 강조된 이사회를 ‘감독형 이사회’로 부르며, 이사 총수의 과반수를 사외이사로 두도록 한 대규모 상장회사는 감독형 이사회를 택한 것이므로 그 경우 이사회가 선·해임 권한을 갖는 집행임원제를 의무화해야 한다는 강력한 주장이 있다.[40] 일단 이 글에서는 이 문제는 상론하지 않고 이사회의 감독기능에 주안점을 두고 서술한다.

---

39) 이는 이사회 기능에 대한 시대별 시각의 변화와도 관련이 있다. 미국에서도 이사회는 종래 최고집행기관으로 인식되었으나 1970년대 이후 감독기관으로서의 성격이 부각되었다. 일례로 모범상사회사법(MBCA)도 1974년 개정 전에는 ‘회사의 영업과 사무는 이사회가 관리한다(the business and the affairs of a corporation shall be managed by a board of directors)’고 규정하였으나, 현재 버전은 ‘회사의 영업과 사무는 이사회가 관리하거나 또는 이사회의 지시에 따라 관리되며 이사회의 감독을 받는다(the business and affairs of the corporation shall be managed by or under the direction, and subject to the oversight, of its board of directors)’고 규정한다.

40) 정찬형, “우리 주식회사 지배구조의 문제점과 개선방안”, 「상사법연구」 제34권 제2호(2015), 20-22면.

2. 주주총회에 대비한 이사회의 장점

(1) 우리 법을 비롯한 여러 나라의 법이 관계자거래에 대한 심사 및 승인을 이사회에 맡기고 있는 이유는 무엇일까? 회사에 해로운 관계자거래로 궁극적 손해를 입는 자는 주주이므로, 만약 주주들이 자신의 이해관계를 정확히 판단할 수 있다면 스스로 해로운 관계자거래를 통제하고 불승인할 유인이 있을 것이다. 따라서 주주총회에 승인권한을 맡기는 것이 하나의 대안이 될 것이고, 실제로 그러한 입법례도 있다. 예컨대 영국은 이사, 대주주 등 관계자와의 중요한 재산거래나 신용거래의 경우에는 주주총회의 승인을 요구하고 있고,[41] 프랑스에서도 일상적이지 않은 관계자간 거래에 관해 주주총회의 사후추인을 요구한다.[42]

(2) 그러나 주주총회는 다음과 같은 점에서 이사회에 비해 문제가 있다.

첫째, 효율성 내지 신속성의 측면이다. 특히 상장회사에서 주주총회를 소집하는 데에는 많은 시간과 비용이 소요되므로, 승인대상인 관계자거래의 범위를 넓게 잡을수록 주주총회에 승인 권한을 부여하기는 점점 더 부적절해진다. 반면 이사회는 그에 비해서는 상대적으로 신속하고 빈번하게 소집될 수 있고, 특히 일정 사무를 위원회에 위임할 수도 있다.

둘째, 공정성 내지 중립성의 측면이다. 관계자거래는 지배주주의 사익추구에 이용될 위험이 큰데, 지배주주가 영향력을 가진 주주총회가 승인권한을 가지면 이익충돌의 우려가 있다. 이에 대하여는 지배주주의 의결권을 제한하거나 이른바 "소수주주의 다수결(majority of minority)"을 채택하여 이익충돌의 문제를 해결할 수도 있지만, 경영진과 최대주주로부터 독립성을 갖춘 사외이사들이 다수를 점하는 이사회에 승인권한을 맡기는 편이 간명할 것이다.

셋째, 판단능력의 측면이다. 주주총회는 기본적으로 주주들이 주어진 안건에 각자의 의사를 표시하여 표결하는 공간인 반면, 이사회는 회사에 신인의무를 지는 이사들이 충분한 정보를 바탕으로 숙고하고 토의하여 최선의 결론을 도출하는 공간이다.[43] 회사에 대한 이해관계와 무관하게 객관적이고 공정한 전문가를 이사로 선임하는 것도 이론적으로는 가능하다. 따라서 단정할 수는 없지만 주주총회의 표결보다 이사회의 토론에 따른 결정이 판단능력 측면에서 더 신뢰할 수 있는 경우가 많을 것이다.

---

41) 2006년 회사법 제188조부터 제226조.

42) Art. L. 223-19 (SARL) L. 225-40 and 225-88 (SA) Code de commerce.

43) 이런 차이점 때문에 우리 상법의 문언 및 해석상 주주총회는 대리를 허용하는 대신 소집통지 시에 정해진 안건만 결의할 수 있다(표 대결의 공간). 반면 이사회는 소집통지 시에 정해진 안건에 국한됨이 없이 자유로이 토론하고 결의할 수 있지만 대리는 허용되지 않는다(숙의와 토론의 공간).

(3) 이러한 이유가 배경이 되어서인지 비교법적으로도 이사회에서 관계자거래를 심사, 승인하는 예가 많다. 일본의 경우 일상적이지 않은 자기거래는 그 범위를 한정하지 않고 모두 이사회의 승인을 거치도록 하고,[44] 독일은 집행이사회 또는 감독이사회 구성원에 대한 금전대여,[45] 감독이사회 구성원과 회사의 도급계약[46] 등에 감독이사회의 승인이 필요하다.[47] 미국은 반드시 이사회의 승인을 얻어야 하는 것은 아니지만, 많은 주의 회사법이 "자기거래가 (a) (이해관계 없는) 이사회 또는 주주의 승인을 얻거나, (b) 공정한 경우에는" 무효로 되지 않고 이사의 손해배상책임도 없다는 형태로 규정한다.[48] 그러나 공정성에 대한 심사기준(entire fairness test)[49]은 매우 엄격하여 이사가 거래의 공정성을 입증하는 것은 거의 불가능하므로 실제로는 이해관계 없는 이사회의 승인이 널리 이용된다.

3. 이사회의 한계

그러나 이사회 역시 관계자거래를 충분히 감독하고 승인하는 데에 많은 제약조건을 가지고 있다.

첫째, 회사에 대한 정보와 전문지식의 제약이다. 특히 사외이사들이 다수를 차지할수록 이들은 회사의 구체적 사정에 정통하지 않을 가능성이 높고, 다른 직업이 있으므로 회사의 업무에 충분한 시간과 관심을 투자하기 어렵다. 이런 상황에서 회사에서 일어나는 다양한 관계자거래의 구체적 내용을 세심하게 검토하고 승인할 시간적, 정신적 여유와 정보가 이사회 구성원들에게 있을지 의문이다.

둘째, 신속성 내지 적시성의 제약이다. 본업에 분주한 사외이사들이 다수를 차지하므로 이사회 일정을 잡는 것도 쉽지 않고, 대체로 2달 또는 분기에 한 번 정도 개최되는 정기이사회를 축으로 하여 1년에 한두 번 정도 추가되는 것이 통례인 것으로 보인다. 감사위원회 역시 평균 4회 내외 개최될 뿐이다.[50] 수시로 변하는 경영환경 속에서 그때

44) 일본회사법 제356조 제1항. 이사가 이익상반거래를 하고자 하는 경우 주주총회에서 중요 사실을 개시하고 그 승인을 얻어야 하지만, 이사회설치회사(일본 회사법 제327조 제1항)의 경우에는 주주총회가 아닌 이사회의 승인을 얻어야 하므로 일본도 이사회 승인을 요하는 입법례로 분류된다.

45) AktG §§89, 115.

46) AktG §114.

47) 다만 최근 기업지배구조 모범규준에서는 집행이사회의 구성원이 관련된 중요한 자기거래에 대해서는 감독이사회의 승인을 요구한다. Corporate Governance Kodex §4.3.4.

48) Model Business Corporation Act §8.61; Delaware General Corporation Law §144. 제정법은 아니지만, ALI, Principles of Corporate Governance §5.02 (이사, 임원), §5.10 (지배주주) 역시 같은 입장이다.

49) Kahn v. Lynch Communications System, Inc., 638 A.2d 1110 (Del. 1994); Weinberger v. UOP. Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

그때 제기되는 안건을 신속히 다루기에는 적절하지 않은 면이 있다.

셋째, 유인(incentive)의 결여이다. 이사 중에서도 사외이사들은 명백한 부정에 협조할 유인은 없지만, 회사의 장기적 번영 달성을 위해 열심히 노력할 유인 역시 불분명하다. 유인 구조를 회사에 일치시키기 위해 주식매수선택권을 부여한다면 단기적 주가 상승을 위한 의사결정의 유인이 생기므로 반드시 바람직한 것도 아니다. 결국 사외이사의 전문가로서의 양심과 명예심 같은 주관적 요소에 상당히 의존할 수밖에 없다.

넷째, 임무의 과부하 현상이다. 오늘날 기업지배구조에서는 이사회에 점점 많은 역할을 기대하고 있다. 훌륭한 최고경영자가 기업성과에 절대적인 영향을 미친다는 점이 강조되면서 오늘날 (특히 미국에서) 이사회의 가장 중요한 임무로는 최고경영자 후보군의 관리·평가, 최고경영자의 선임·감독·해임, 경영권 승계계획의 작성·관리 등이 지목된다. 한편 2000년대 초 전세계적인 회계부정이 큰 문제로 제기된 후 외부감사인의 평가·감독 및 적정한 회계제도의 관리는 이사회 및 산하 감사위원회의 중대한 과제가 되었다. 과다한 경영진보수가 문제되면서 임원보수의 산정이 이사회 및 산하 보상위원회의 중요한 임무가 되었고,[51] 2008년 금융위기 이후 기업 전체의 리스크 관리가 강조되면서 이 또한 이사회 및 산하 리스크관리위원회의 임무로 열거된다. 기업의 사회적 책임이 강조되면서 각종 사회공헌 프로그램은 물론 기업 내 인권보장과 다양성확보 등도 이사회 및 산하 사회공헌위원회의 책무로 강조된다. 준법과 내부통제가 강조되면서 회사 전체적으로 준법감시시스템 및 내부통제시스템을 설치·관리하는 것도 이사회의 책무이다. 이처럼 이사회의 임무 목록이 이미 포화된 상황에서, 수많은 과업 중의 하나일 뿐인 관계자거래 승인에 대해 분기별로 한 번 쯤 열리는 이사회가 과연 얼마나 많은 관심을 기울일 수 있을지 의문이다.

이러한 한계는 앞서 본 장점과 상보(trade-off) 관계에 있다. 독립성 내지 공정성을 위해 사외이사를 다수 확보할수록 회사업무에 대한 전문성은 부족해질 가능성이 높다. 회사업무에 대한 전문성과 독립성까지 갖춘 사외이사를 찾기는 매우 어려울 것이며, 만일 적임자를 찾아 선임하는 데 성공하더라도 그처럼 유능한 이사는 이미 다른 일로도 바빠서 이사 직무에 충분한 시간과 노력을 투입하지 못할 가능성이 높다.

---

50) 사외이사후보추천위원회, 보상위원회, 감사위원회의 2015년 평균 개최 회수는 각각 1.2, 2.1, 4.1회이다. 방문옥, "유가증권시장 상장회사의 이사회 내 위원회 운영 현황", CGS Report 통권 제87호 (2016.12.), 7-10면.

51) 우리 상법에서 이사의 보수는 정관 또는 주주총회 결의로 정하지만, 이사 아닌 임원들의 보수체계에 대하여는 별다른 언급이 없다. 대표이사가 단독으로 정할 수도 있지만, 적어도 큰 틀에서는 이사회 또는 그 산하의 보상위원회의 승인을 받는 것이 바람직할 것이다.

V. 관계자거래에 관한 이사회의 행위지침

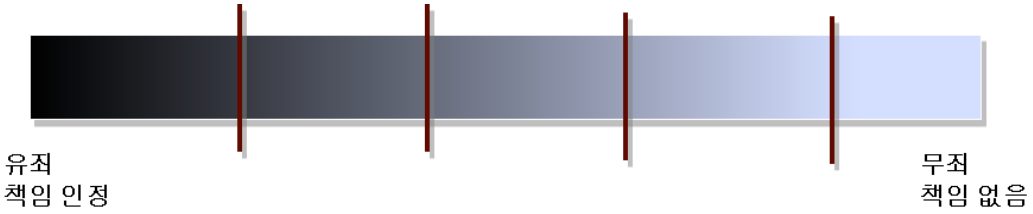
1. 법의 불확실성을 고려한 동태적 접근의 필요성

지금까지 검토한 바를 요약하면 다음과 같다.

① 관계자거래는 회사의 손해 가능성이라는 1단계 리스크와 그 행위자에 대한 제재과정에서 회사가 재차 손해를 입을 수 있다는 2단계 리스크를 야기한다.
② 그러나 특정 관계자거래의 위법성 여부, 부당성 여부, 손해배상책임 발생 여부 등은 사전적으로 불확실한 경우가 많다.
③ 이사회는 효율성, 공정성, 판단능력의 면에서 주주총회보다는 관계자거래를 통제·승인하기 적절한 기관이지만, 전문성, 인센티브, 투입가능한 시간과 노력이 제한적이라는 한계도 있다.

이러한 상황에서 관계자거래 승인 안건을 마주한 이사회는 어떻게 행위해야 할 것인가? 발표자는 이 문제가 적어도 사전적으로 판단해야 하는 수범자의 입장에서는 이진법의 문제가 아니라 스펙트럼의 문제라는 점을 강조하고 싶다. 즉 이사회의 임무는 그 거래의 적법성 여부를 Yes/No로 판단하여 승인과 불승인 중에서 어느 한쪽을 선택하는 정태적 작업에 그치는 것이 아니라, 그 거래가 가능한 범위 내에서 “더 적법해지도록” 또는 “더 설득력을 갖도록” 거래의 내용과 절차를 조정하는 동태적 작업을 포함하여야 한다.

[그림 1] 적법/위법의 스펙트럼



[그림 1]에서와 같이 관계자거래 중에는 어떤 기준으로 판단해도 배임에 해당하는 경우가 있을 것이고, 매우 엄격하게 판단해도 배임에 해당하지 않는 경우가 있을 것이다. 어떤 기준으로 판단해도 민사상 이사 등의 책임을 발생시킬 사안이 있을 것이고, 반대로 매우 보수적으로 판단해도 책임 문제가 없을 사안도 있을 것이다. 그러나 대부분의

실제 사안은 그 사이 어딘가에 위치한다. 그렇기 때문에 사내변호사나 외부 로펌에 거래의 적법 여부를 질의해도 항상 길고 번잡한 유보가 달린 불만족스러운 답을 얻게 되는 것이다.

결국 거래를 설계하고 기획하는 회사의 경영진으로서, 그리고 이 문제를 승인하게 될 기관인 이사회로서 할 수 있는 것은 그 거래가 가능한 한 이 스펙트럼에서 오른쪽에 위치하게 하는 것이다. 그렇게 하려면 ① 향후 이 문제가 법적으로 다투어졌을 때 제기될 수 있는 문제의 여지 및 위험요소를 예측하고, ② 향후 분쟁 또는 소추가 현실화될 경우에 유리하게 작용할 수 있는 요소와 불리하게 작용할 수 있는 요소가 어떤 것들이 있는지 추측하여, ③ 유리한 요소를 늘리고 불리한 요소를 줄이는 방식으로 사전적, 전략적으로 접근해야 한다.

2. 구체적 사례의 검토[52]

(1) 위의 진술을 구체적인 실제 사례를 들어 설명해 보겠다.[53] 상장회사인 건설회사 A사는 계열사를 합병하면서 반대주주의 매수청구권 행사로 인해 자기주식을 대량 취득하여 발행주식 총수의 35%에 이르게 되었다. 당시 증권거래법에 따라 이 주식은 2년 내에 처분해야 했는데, 엄청난 물량의 자기주식을 장내 매각하면 주가하락이 우려되었다. 이에 A사는 이를 최대주주 겸 대표이사(즉 회장)인 B에게 매각했다. 주당 매각가격은 전날 거래소 종가로 했고, 대금 173억원 중 10%는 B로부터 현금으로 받고 나머지는 2년에 걸쳐 이자와 함께 받기로 하였으며, 그 이자율은 국세청이 정한 인정이자율로 정했다. 이러한 매각 조건은 A사의 이사회에서 만장일치로 승인되었다. 이 자기주식 매각은 법적으로 문제가 될까?

검찰은 B회장을 업무상 배임죄로 기소했다. 회사에 일방적으로 불리하고 자기 자신에게 일방적으로 유리한 조건에 대량의 자기주식을 매도함으로써 회사에 손해를 가하고 사적인 이익을 얻었다는 취지였다.

A회사의 경영진과 B회장은[54] 다음과 같은 논리를 들어 책임이 없다고 다투었다. 첫째, 기존 대주주인 B회장 이외에는 시장에서 이 자사주를 매입할 사람이 어차피 없었으므로 B회장에게 매도한 것은 잘못이 없다. 둘째, 매각가격은 전일 종가, 즉 시가에 의했으니 회사에 불리한 저가라고 할 수 없다. 셋째, B회장이 현금이 부족하여 회사가 매수

52) 이하는 천경훈, “절차와 기록은 거래의 생명”, DBR No. 151 (2014.4) 65-66면의 내용을 수정, 보완하였다.

53) 대법원 2008.5.15. 선고 2005도7911 판결.

54) 실제로는 B회장만이 기소되었다. 그러나 법리적으로는 만약 B회장에게 업무상 배임죄가 성립된다면 이 거래를 기획하고 실행한 임원, 이 거래를 승인한 이사들이 모두 민형사 책임으로부터 자유로울 수 없을 것이다.

자금을 대여해 준 것이고 그에 대해서는 시중 이율 이상의 이자를 받았으므로 회사가 손해를 입은 것은 없다.

고등법원은 이런 주장을 받아들여 자기주식 매각에 관해 무죄를 선고하였다. 그러나 대법원은 업무상 배임죄가 성립한다는 취지로 원심을 파기했다. 여러 복잡한 쟁점이 있었지만, 대법원이 지적한 점은 다음과 같았다. 첫째, 막대한 분량의 "자사주 매각 업무를 처리하는 자로서는 마땅히 적절한 매각 상대방의 선정이나 매각조건 등의 결정절차를 거쳐야" 하는데, 그런 절차를 거치지 않고 만연히 B에게 매각해버렸다. 둘째, 이 정도 분량의 자사주는 경영권에 영향을 미칠 수 있으므로 일괄매각한다면 상당한 경영권 프리미엄을 받았어야 하는데 전혀 받지 않고, 전일 종가에 모두 매각해버렸다.[55] 이로 인해 "장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하였다면, 이는 A회사의 전체적인 재산상태의 감소를 가져오는 경우에 해당한다고 봄이 상당하다"고 하여 손해를 인정하였다. 셋째, 10% 계약금만 받고 자사주 전부를 넘겨주면서 잔금채무에 관한 담보를 받는 등 채권확보조치를 하지 않았고, 잔금 일부의 이행을 지체했음에도 이행을 촉구하지 않았는데,[56] 이 점 역시 A회사의 재산상태에 손해를 가한 경우에 해당한다고 보았다.

(2) 이 사건에서 B회장은 한편으로는 매수인이고 다른 한편으로는 '매도인인 A사'의 대표이사 겸 최대주주였다. 즉 A사와 B회장 사이에 이익충돌이 있는 상황이었고, A사의 이익을 희생하여 B회장의 사익을 추구할 위험이 높은 상황이었다. 이런 상황에서는 최대한 "정의가 행해지는 것으로 보이는 것", 즉 A사의 최선의 이익을 도모하기 위한 노력을 다하고 그 노력이 가시적인 절차로 나타나는 것이 중요하다. 대법원이 보기에는 그런 노력과 절차가 없었고, 상장회사인 A회사의 자사주를 B에게 헐값에 팔아버린 것으로 볼 수밖에 없다는 것이다.

그렇다면 A회사의 경영진과 이사들로서는 자사주 매각 건을 어떻게 처리했어야 할까? 정태적으로 접근한다면 이 거래를 승인하지 말았어야 한다고 답하기 쉽다. 그러나 관계자거래는 회사에 필요하거나 유익한 경우도 있으므로, 배임으로 판단될 위험이 조금이라도 있으면 거래를 승인하지 않는 것은 바람직한 이사회의 접근방식은 아닐 것이

55) "그 대표이사이자 지배주주인 피고인 1에게 장외에서 이 사건 자사주를 일괄매각하기로 하였다면 적어도 위 피고인이 거래소 시장을 통하여 이 사건 자사주 수량만큼의 주식을 취득하는데 소요되는 비용 또는 동부건설이 이 사건 자사주를 제3자에게 일괄매각하였더라면 얻을 수 있을 것으로 기대되는 경영권 프리미엄 등이 반영되도록 하여야 할 것이다."

56) "10%의 계약금만 받고 거래 주식 전체에 관하여 명의개서를 해 줌으로써 대금완불 이전에 피고인 1로 하여금 동부건설에 대한 지배권을 확고히 행사할 수 있도록 해 주면서도 나머지 대부분의 매매대금 지급을 확보하기 위한 아무런 담보도 제공받지 않았을 뿐 아니라, 이 사건 자사주 처분 이후 고배당 정책을 통하여 피고인 1로 하여금 이 사건 자사주에 대한 배당금으로 그 매매대금의 상당 부분을 충당할 수 있도록 해 주었다는 것이고, 피고인 1이 2002년 말까지 지급하기로 한 잔금 중 50여 억 원을 이 사건 수사가 개시된 2004. 4. 경까지 지급치 아니하였음에도 그 매매대금 채무의 이행을 촉구하는 등의 조치를 취하지 아니하였다[...]"

다. 그보다는 동태적으로 이 거래의 목적(법령에 따른 자사주 처분)을 달성하면서도 회사의 이익(매각대가 극대화)을 확보함으로써 위 스펙트럼에서 오른쪽으로 이동시킬 수 있는 방안을 모색하여 경영진에 질의하거나 권고해야 할 것이다. 이를 위해 대법원이 지적한 위 세 가지 사항별로 다음과 같은 점에 착안해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 매수자를 선정할 때 입찰을 한다거나, 입찰은 아니라도 최소한 잠재적 매수자들에게 티저(teaser letter: 매각안내서)를 보내는 등, 매각가격 극대화를 위해 노력하는 모습을 보였어야 했다.

둘째, 가격산정에 있어서도 전날 종가에 매매가격을 정해버릴 것이 아니라, 복수의 회계법인에 의한 평가를 실시한다든지, 과거 두 달 간 몇몇 거래일 종가의 거래량가중평균을 구해 본다든지 하는 등의 시도가 필요했다. 미국회사들이 하는 방식대로 사외이사들만으로 이루어진 독립위원회를 만들어 B회장과 매매조건을 협상하게 하는 것도 바람직했을 것이다.

셋째, 대금지급조건도 중립적인 제3자간 거래조건(arm's length conditions)이라고 보기에는 이례적이다. 이사회가 이런 조건을 승인하려면, 경영진은 유사한 거래 사례, 담보확보 방안 등을 이사회에 보고해 숙고할 기회를 줬어야 했다.

마지막으로 이런 모든 절차가 적절히 문서로 작성돼 기록으로 남아 있어야 했다는 것이다. 각종 분석 자료가 이사회에 제출돼 이사들이 숙고를 하고, 그것이 기록으로 남아 있어야 한다.[57] 이런 요소들이 하나씩 더 갖추어질수록 위 스펙트럼에서 이 거래를 조금씩 오른쪽으로 이동하여 안전한 영역으로 들어가게 되었을 것이다.

(3) 이런 절차가 일부 또는 전부 갖춰졌다면 실제로 자사주 매각의 대상과 조건이 달라졌을까? 그리 달라지지 않았을 수도 있다. 입찰을 하든 티저를 보내든, 결국 이 주식은 B회장이 매입하게 되었을 가능성이 높다. 제3자가 평가를 하든 독립위원회가 협상을 하든, 주당 단가는 전날 종가와 크게 다르지 않았을 수도 있다.

그렇더라도 매각절차 전반에 걸쳐 A사의 경영진과 이사회가 매각가격 극대화를 위한 노력을 했고 그 점이 가시적인 절차와 기록으로 남아 있었다면, 위 [그림 1]의 스펙트럼상에서 이 거래의 위치를 상당히 오른쪽으로 이동시킬 수 있었을 것이다. 즉 이 사건은 방어하기 훨씬 쉬웠을 것이고 아예 수사대상이 되지 않거나 기소되지 않았을 가능성도 높다. 그러한 신중한 절차를 거치는 중에 회사에 불리한 요소가 완화되어 1단계 리스크도

57) 예를 들어 이 사건에서 원심은 A회사가 주거래은행과의 재무구조개선약정에 따라 부채비율을 저감하려는 것이 이 사건 자사주 매각의 주된 동기였다고 인정했으나, 대법원은 만약 그것이 주된 동기라면 "응당 계열 전체의 예상 부채비율과 이 사건 자사주 매각으로 인한 위 약정상 부채비율 저감 효과 등을 세밀히 검토하였어야 할 것이나" 이를 검토한 내부 문건 등의 "자료를 찾아볼 수 없다"는 이유로 배척했다. 즉 심도 있는 검토를 실제로 했고 그 자료가 남아 있었다면 역시 위 스펙트럼에서 조금 더 오른쪽으로 이동할 수 있을 것이다.

늘어나기보다는 줄어들었을 것이고, 적어도 2단계 리스크는 분명히 감소되었을 것이다.

(4) 위 사건은 하나의 예시일 뿐이고 그 밖의 업무상 배임죄 사건, 민사상 손해배상 사건, 공정거래법상 부당지원행위 사건에서 거래의 내용과 절차의 조정을 통해 결론에 영향을 미칠 수 있었을 사건은 매우 많은 것으로 보인다. 예컨대 LBO 거래의 업무상 배임죄 성립 여부도 구체적 행위에 따라 개별적으로 판단되어야 한다는 것이 판례의 입장이기 때문에,[58] 실무적으로는 거래구조의 설계 및 실행 과정에서 배임죄의 위험을 줄일 수 있는 다양한 요소를 반영하는 방향으로 접근할 수밖에 없다.[59]

Ⅵ. 결 어

관계자거래에 있어서는 "특정 지배주주가 아니라 회사의 이익 극대화를 도모한다"는 원칙이 절차 전체에 걸쳐 관철돼야 하고, 이를 위한 경영진과 이사회의 노력이 가시적인 형태로 나타나야 하며, 그것이 적절한 기록으로 남아 있어야 한다. 이처럼 절차적 요소가 중요한 이유는 부분적으로는 앞서 봤던 법의 불확실성 때문이다. 책임 문제는 어느 하나의 변수에 따라 Yes/No로 결정되는 것이 아니라 여러 요소를 복합적으로 고려해 판단할 수밖에 없으므로, 사전에 거래를 기획하고 이를 승인하는 입장에서는 행여 책임문제가 제기되더라도 No라는 답을 이끌어 낼 수 있도록 거래절차 전반에 걸쳐 차곡차곡 유리한 포인트를 쌓아가야 하는 것이다.

그러한 거래구조의 설계와 집행은 일차적으로는 사내 법무부서와 외부 법률자문의 조언 하에 달성해야 할 경영진의 과제이다. 그러나 경영진이 이 점을 소홀히 한 채 이사회에 이를 부의하였다면 이사회도 이러한 동태적 접근을 통해 현명한 대안을 제시 및 권고할 준비를 갖추어야 할 것이다. 그러한 권고를 하지 못했다고 하여 의무위반이라고 할 수는 없겠지만, 그런 권고를 할 수 있다면 관계자거래의 리스크를 효과적으로 관리하는 현명한 이사회로 평가받을 수 있을 것이다.

---

58) 대법원 2010.4.15. 선고 2009도6634 판결 등.

59) 안보용 · 이영민 · 김태오, "차입매수의 주요 쟁점" (천경훈 편, 우호적 M&A의 이론과 실무 [제1권], 소화, 2017), 277면. 구체적으로는 자체자금 조달비율을 50퍼센트 이상으로 하고, 인수회사가 피인수회사의 주식을 100 퍼센트 취득하며, 거래의 적법성에 관한 법률의견서 등을 구비해 놓고, 소수주주들의 동의를 얻거나 소수주주에 의해 선임된 전문가의 공정의견서를 받는 등의 조치를 예시하고 있다. 같은 글, 277-286면.

제4주제

현행법상 준법지원인제도의 주요쟁점과 법제 개선방안

사회 : 오성근 교수(제주대)

발표 : 최수정 박사(중소기업연구원)

토론 : 노혁준 교수(서울대)

안수현 교수(한국외대)

현행법상 준법지원인제도의 주요쟁점과 법제 개선방안*

– 최근 논의 쟁점을 중심으로 –

최 수 정**

≪ 目 次 ≫

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 상법상 내부통제제도 도입
Ⅲ. 상법상 준법지원인제도 주요 내용
Ⅳ. 준법지원인제도의 최근 동향 및 주요 쟁점

Ⅰ. 들어가며

상법 제542조의13은 준법통제기준 및 준법지원인(이하 “준법지원인제도”)에 관하여 규정하고 있는데, 일정한 자산규모 이상의 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차를 마련하여야 하고(동조 제1항), 이러한 준법통제기준의 주순에 관한 업무를 담당하는 사람 즉 준법지원인을 1명 이상 선임하여야 한다(동조 제2항). 여기서 일정한 자산규모 이상의 상장회사는 상법 시행령 제38조에 따라 최근 사업연도 말 자산총액 5천억 원 이상인 상장회사 중 다른 법률에 따라 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 경우를 제외한 회사를 말한다.

상법상 준법통제기준 및 준법지원인제도는 상장회사의 준법경영을 담보하기 위하여[1)]

---

* 본 발표문은 발표자 개인의 의견이며 소속기관의 공식적 의견이 아님을 밝힙니다.

** 중소기업연구원 연구위원, 법학박사

1) 2011년 개정상법에서 도입한 준법통제 및 준법지원인제도의 기능 및 실효성에 대하여 여전히 의문점을 제시하고 있는 견해가 많다. 이철송, 「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017, 863면; 송옥렬, 「상법강의(제7판)」, 홍문사, 2017, 1038면 이하. 준법지원인제도 도입에 대하여 특정 직역의 확대를 위한 제도 도입이라는 의심의 눈초리도 있었다. 김남영, “준법지원인 제도의 도입과 향후 과제”, 「이슈와 논점」, 국회입법조사처, 2011.4., 등.

2011년 상법개정을 통하여 도입되었으며, 2012년 4월부터 시행되고 있다. 다만, 상법 시행령 부칙 제5조에서 2013년 12월 31일까지는 5천억 원에서 1조원 미만 회사의 적용을 유예하여 자산 5천억원 이상이라는 기준은 2014년 1월1일부터 적용되었다. 상법 시행령 개정 당시에도 준법통제 및 준법지원인제도의 적용을 받는 자산총액 5천억원이라는 도입대상 적용범위 기준설정과 관련하여 많은 논란이 있었다.[2)]

준법통제 및 준법지원인제도를 신설한지 5년이 되어가는 현재 다시 준법지원인제도의 실효성제고 문제가 화두가 되고 있다. 최근 일련의 정경유착 문제와 불법경영행위 등으로 인하여 기업경영진의 준법경영의 중요성이 어느 때보다 강조되고 됨에 따라 준법지원인제도의 실효성 제고를 위한 방안 모색의 필요성과 준법지원인 제도에 대한 확대 문제가 제기되고 있다.[3)] 준법지원인 제도의 확대로 인하여 사회적 편익이 발생하는 반면, 기업의 규제부담이 증가로 인한 기업의 혁신과 경쟁력을 저해할 우려도 있으므로 상법상 준법지원인제도 도입 후 그간의 운영 현황 및 성과에 대하여 철저한 검토가 필요하다고 생각된다.

상법상 준법지원인제도와 관련하여 여러 가지 쟁점이 문제될 수 있지만, 최근 논의 동향은 다음 두 가지로 압축될 수 있다. 첫째, 준법지원인 의무적 선임대상 기업의 확대 문제를 생각할 수 있다.[4)] 둘째, 준법지원인제도의 실효성 제고를 위한 인센티브 및 준법지원인 선임의무를 위반한 경우 그 제재방안에 대한 쟁점이다.

본 발표문은 위에서 제기한 두 가지 쟁점을 위주로 준법지원인제도에 대한 고찰을 통

---

2) 법무부는 준법지원인제도 피규제대상 기준을 자산규모 3천억 원 이상의 상장회사로 현행 5천억원보다 낮게 제시하였으나, 당시 경제계와 변호사 단체는 각각 자산규모 5조원 내지 2조원과 자산규모 1천억원 내지 상장회사 전체를 주장하여 준법지원인 도입 대상 회사범위에 대하여 의견차이가 컸다. 법무부 보도자료, 2011.11.28. 참고.

3) 최근 국정농단 사태 이후 재벌 총수의 법률리스크가 사회적으로 큰 파장을 일으키면서 정경유착 및 기업의 불법경영을 차단하기 위하여 준법지원인제도 활성화 논의가 대두되고 있다. 2016년 민병두 의원이 대표발의한 상법 일부개정법률안(제3034호)은 준법지원인 제도의 실효성을 높이기 위하여 준법지원인의 의무적 선임사항을 위반한 자산총약 5천억원 이상의 상장회사에 대하여 5천만 원 이하의 과태료를 부과하고 있다. 2017년 윤상직의원대표발의한 상법 일부개정법률안(의안번호 제9116호)은 집행임원에게 위임할 수 있는 이사회 권한으로 상법 제542조의13 제3항에 따른 준법지원인의 보고, 동법 제542조의13제4항에 따른 준법지원인의 임면을 규정함으로써 내부통제에 있어 이사회 역할을 중요성을 강조하고 있다. 또한 최근 권성동 의원은 준법지원인을 선임한 기업에 관하여 과징금을 경감하는 내용의 공정거래법 개정안을 대표발의함으로써 그동안 논의가 되어 왔던 준법지원인제도 활성화 인센티브 부여를 제안하고 있다. 최근 법조계에서도 준법지원인 미선임 기업에 대한 제재 규정 입법 및 준법지원인을 선임하여 준법통제를 잘 하고 있는 상장회사에 대한 인센티브 도입을 주장하고 있다. 대한변협신문, “변호사 91.25% 준법지원인 선임 대상기업 범위 확대 원한다”, 2017.6.19. 인터넷판 <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=16580>.

4) 이 외에도 준법지원인의 법적 지위에 관한 논의도 이루어지고 있다. 상법상 상장회사의 준법지원인은 사내이사 또는 업무집행책임자 중에서 선임되는 금융회사의 준법감시인과 달리 제한이 없으므로 많은 상장회사에서 사내변호사·법무부서 실장과 준법지원인을 겸직하고 있다. 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」(이하 “금융사지배구조법”) 제25조 제2항은 금융회사는 사내이사 또는 업무집행책임자 중에서 준법감시인을 선임하여야 한다고 규정하고 있다.

하여 준법지원인제도의 본래 입법취지를 살리기 위한 법제 개선방안을 모색해보고자 한다. 먼저, 제Ⅱ장에서는 내부통제제도 일반과 상법상 수용태도에 관하여 살펴보고자 한다. 제Ⅲ장에서는 우리나라 현행 상법상 준법통제 및 준법지원인 제도의 주요 내용을 고찰하고,[5] 제Ⅳ장에서는 준법지원인제도의 운영 현황과 최근 국회와 법조계에서 논의되고 있는 쟁점을 바탕으로 법제개선방안을 모색함으로써 본 발표를 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 상법상 내부통제제도 도입

1. 내부통제의 의의

내부통제제도란 원래 경영관리측면에서 논의되던 제도로서 그 정확한 개념과 범위를 정의하기가 어려웠다.[6] 내부통제제도에 대한 많은 논의 중에서도 내부통제제도 개념정의의 초석이 되는 문헌은 바로 COSO(Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission)이 1992년 발표한 내부통제 통합체제(Internal Control-Integrated Framework)이다. COSO가 발표한 내부통제통합체제는 경영전반에 대한 내부통제제도의 통합적 구축으로 "기업의 이사회, 경영진 및 기타 직원들에 의하여 영향을 받고, 기업 운영의 효율성, 재무보고의 신뢰성, 법규 준수라는 조직의 목표를 성취하기 위하여 설계된 과정으로 정의하고 있다.

이후 기업환경의 급격한 변화로 인하여 위험관리가 기업의 경영관점에서 중요하게 됨에 따라 2004년 COSO는 기업의 위험관리제도와 내부통제제도를 통합하여 전사적 리스크관리 통합 프레임웍(Enterprise Risk Management-Intergrated Framework, 이하 'ERM통합체제')를 공개하였다.[7] 2004년 COSO가 발표한 보고서에 따르면 전사적 리스크관리는 "회사목표 달성에 대한 합리적인 확신을 제공하기 위해 이사회, 경영자, 모든 직원에 의해 만들어지며, 전략 수립과 기업전반에 적용되며, 회사에 영향을 주는 잠재적

---

5) 내부통제시스템에 비교법적 연구는 이미 방대한 선행연구에서 심도있게 다루어져 있으므로, 본 발표에서는 쟁점에 필요한 사항에 대하여만 간략히 논의하고자 한다.

6) Peter Ferola, Internal Controls and in the Aftermath of Sarbanes-Oxley: One Size Doesn't Fit All, 48 S. Tex. L. Rev. 87, 89(2006). 원래 내부통제는 "기업의 자산을 보호하고, 중요한 사실의 허위기재나 생략 등의 사기행위를 방지하기 위한 것"으로서 회계감사 관행의 세부사항으로서 많이 이용되어 왔다. U.S. Government Accountability Office, GAO-06-361, *SARBANES-OXLEY ACT: Consideration of Key Principles Needed in Addressing Implementation for Smaller Public Companies*, 4-5(2006) <http://www.gao.gov/assets/250/249736.pdf> (2017.10. 13. 최종방문)

7) 주요 내용은 COSO 2004 보고서(국문판), 삼일회계법인, 전사적 리스크 관리-통합 프레임웍(Enterpris Risk Management-Intergrated Framework), <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Korean.pdf>

리스크를 식별하고 해당 리스크를 리스크 선호도 내에서 관리하기 위해 설계된 프로세스"를 말한다.

최근 2013년 COSO 내부통제 통합체제가 발표되었는데, 2013년 내부통제통합체제는 내부통제를 "운용(operation), 보고(reporting), 그리고 법규준수(compliance)에 관하여 사업목적의 달성에 관한 합리적인 확신을 제공하기 위해, 저떤 조직의 이사회, 경영진 및 기타의 자에 의해 만들어진 과정"이라고 정의하고 있다.[8] 2013년 내부통제통합체제는 "재무보고(financial reproting)" 목적을 "보고(reporting)"목적으로 대체하여 재무보고 이외에 비재무적인 보고 및 내부보고까지 개념을 확대하였고, 5개 구성요소[9] 중 "모니터링"을 모니터링 활동(Monitoring Activities)으로 표현을 수정하였다. COSO 이사회는 내부통제체제가 ERM체제의 총체적인 부분을 형성한다고 하였으나, 그 범위는 ERM이 더 광범위하다고 보고 있다. 즉 ERM체제와 2013년 새로 발표된 내부통제 통합체제는 상호보완적으로 볼 수 있다.[10]

기업경영에 대한 통제방법은 크게 내부적 통제제도와 외부적 통제제도로 나눌 수 있다. 외부적 통제의 대표적인 예로서 상법, 은행법, 자본시장법상 각종 규제, 외부감사제도, 경영자인력시장, 기관투자가 등의 이해관계자들에 의한 감시, 소송제도, 자본시장을 통한 M&A 등이 있다.[11] 특히 문재인 대통령의 대선공약이었던 스튜어드십 코드 도입 활성화로 인하여 기관투자가의 감시기능제고가 활발히 논의되고 있다.[12] 내부통제제도

---

8) COSO, "Internal Control-Integrated Framework-Executive Summary- , 2013, *available at* https://na.theiia.org/standards-guidance/topics/Documents/Executive_Summary.pdf, at 3.

9) 2013 내부통합체제는 ① 통제 환경(control environment), ② 위험 평가(risk assessment), ③ 통제활동(control activities), ④ 정보 및 커뮤니케이션(information and communication), ⑤ 모니터링 활동 등 5개의 구성요소에 따라 총 17개의 원칙을 열거하고 있다. 자세한 내용은 서완석, "기업의 내부통제 활성화 방안", 「법학연구」 통권 제43집(전북대학교 법학연구소), 2014.12, 45-47면 참고.

10) J. Stephen McNally, "The 2013 COSO Framework & SOX Compliance -ONE APPROACH TO AN EFFECTIVE TRANSITION-", *available at* https://www.coso.org/documents/COSO%20McNallyTransition%20Article-Final%20COSO%20Version%20Proof_5-31-13.pdf, at 7.

11) 강병호, 「금융기관론」, 박영사, 2010, 186면.

12) 스튜어드십 코드(Stewedship Code)는 기관투자자의 책임과 역할에 대한 원칙을 의미하며, 2010년 영국에서 최초로 도입한 Stewradship Code에서 유래하였다. 2010년 영국이 스튜어드십 코드를 도입한 이래 캐나다(2010년), 네덜란드(2011년), 남아프리카공화국(2011년), 스위스(2013년), 이탈리아(2013년), 일본(2014년), 말레이시아(2014년), 홍콩(2014년), 케냐(2015년) 등이 이를 도입하고 있다. 2016년 1월 현재 영국에서는 302개사가 스튜어드십 코드를 도입하고 있다. 이러한 스튜어드십 활동에는 기업의 문화나 보수를 포함한 전략, 업적, 리스크, 자본구조 및 기업지배구조 등의 문제에 대해 회사를 감시하고, 회사에 관여하는 것도 포함된다. 김순석, "스튜어드십 코드 도입에 따른 법적 검토과제", 「증권법연구」 제17권 제2호, 한국증권법학회, 2016, 3-4면. 문재인대통령 대선공약 중 하나가 국민연금의 스튜어드십 코드 적극도입이었고, 최근 국민연금은 스튜어드십 코드 도입을 추진하고 있다. 한국경제, "국민연금, 스튜어드십 코드 도입 '첫발'" 2017.7.25.(인터

로는 상법상 준법지원인제도, 주식회사의 외부감사에 관한 법률상 내부회계관리제도, 금융사지배구조법상 준법감시인과 위험관리책임자 제도 등을 들 수 있다.[13] 우리나라는 1998년 외환위기 이후 금융기관의 지배구조 개선을 위하여 준법감시인제도와 내부통제제도를 도입하였고, 2001년 한시법인 「기업구조조정 촉진법」에서 내부회계관리제도를 규정한 이후 2003년 「주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 "외감법")」에서 도입하였다.

이후 2011년 상법 개정으로 준법통제기준 및 준법지원인제도(법 제542조의13)가 신설되어 비금융회사에는 상법상 준법지원인제도가 적용되고, 금융회사는 금융사지배구조법상의 준법감시인제도가 내부통제제도로서 기업의 준법경영을 위한 통제를 수행하고 있다. 이하에서는 COSO 내부통제 통합체제 중 법규준수 부분만을 내용으로 하는 상법상 준법지원인제도에 관하여 고찰하고자 한다.

2. 준법지원인제도 도입

(1) 상법의 태도

상법상 준법지원인제도가 도입되기 이전 비금융회사의 내부통제제도는 이사의 감시의무 이행과 관련되어 논의되었다. 이사의 감시의무에 관한 상법상 명문규정은 없지만[14] 학설과 판례는 이사의 감시의무를 인정하고 있다. 법원은 대규모공개회사와 같이 고도로 분업화되고 전문화된 경우 대표권이 없는 업무담당이사도 자신의 업무와 관련이 없는 다른 이사의 위법행위에 대하여도 감시의무가 있다고 인정하고 있다.[15] 업무가 고도로 분업

넷판) <http://stock.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2017072402551>.

13) 방대한 선행연구에서 외감법상의 내부회계관리제도에 관한 심도있는 논의가 이미 진행되었으므로, 본 발표문에서는 내부회계관리제도에 관한 논의는 제외하기로 한다. 대신, 기존의 금융관계법상 내부통제제도, 은행, 금융투자회사, 보험회사, 상호저축은행, 여신전문금융회사, 금융지주회사 등의 내부통제제도 및 준법감시인제도를 규정하고 있는 금융회사의 지배구조에 관한 법률(금융사지배구조법)을 중심으로 유사법제도를 설명하기로 한다.

14) 상법에서는 제393조 제2항에서 이사회의 감독권을 규정하고 있다. 종래 학설과 판례는 이사의 감시의무를 이사회의 감독권에 내포된 개념으로 설명하여 왔지만, 최근 학설은 이사의 감시의무와 이사회의 감독권을 구분하고 있다. 이사회의 감독권은 이사회가 업무집행결정기관으로서의 각 이사의 업무집행에 대한 지휘를 포함하는 것으로서 상하관계에서 행사되고, 이사회 소집을 통한 이사회 결의로써 행사될 수 있다.
반면 이사의 감시의무는 대등한 이사 상호간의 업무집행상 위법성을 감시하는 것으로서 이사의 감시의무 행사에 의하여 그 대상이 되는 다른 이사에 대하여 작위 또는 부작위를 명하거나 제재를 가하는 것이 아니다. 이철송, 전게서, 727면; 송옥렬, 전게서, 1035.

15) 법원은 대우분식회계사건에서 "대우와 같이 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하며 처리하는 것이 불가피한 경우라고 할지라도 그러한 사정만으로는 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하

화되고 전문화된 대규모공개회사의 이사는 “합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 있는 것이 제대로 작동하도록 배려할 의무”를 부담하고 있음을 판시하고 있다.[16]

현행 상법은 준법통제기준 및 준법지원인제도를 두고 있어 내부통제제도 중 준법통제제도를 도입하고 있다. 상장회사 표준준법통제기준은 “회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반법규를 체계적으로 파악하고 임직원의 법규준수 여부를 자체적으로 점검하여 위법행위를 사전적으로 예방하고 각종 법적 위험에 체계적으로 대응하기 위하여 채택하는 일체의 정책수립 및 통제활동”이라고 규정하고 있다.[17] 상법상 준법통제기준 및 준법지원인제도는 통합적 내부통제시스템 중 구성하는 법률위험 통제 부분에 해당한다고 볼 수 있다.[18]

현행 상법은 포괄적 해석이 가능한 내부통제에 관한 일반규정을 입법한 일본 회사법[19]과 달리 준법통제기준 및 절차 마련과 준법지원인 선임 규정을 두어 준법통제체제 구축의 구체적 형식을 지정하고 있다.[20] 이하에서는 준법통제기준과 준법지원인에 대하여 다루고자 한다.

(2) 준법통제기준 및 절차 마련

현행법에 따라 최근 사업연도 말의 자산총액이 5천억원 이상인 상장회사[21]는 임직원

고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 준어진다는 점에 비추어 볼 때, 그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수 없고, 이와 같은 지속적이거나 조직적인 감시소홀의 결과로 발생한 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다. 대법원 2008.9.11. 선고 2006다68636.

16) 이전 동방페레그린증권 사건(대법원 2004.12.10. 선고 2002다60647·60474)과 삼성전자주주대표소송(대법원 2005.10.28.선고 2003다69638)에서는 위험관리제도 구축유무를 민사책임 감경의 인센티브 부여함에 있어 고려하였다.

17) 박세화, “내부통제와 준법지원인”, 「주식회사법 대계 Ⅱ(제2판)」, 박영사, 2016, 1348면.

18) 박세화 · 홍복기, “국제적 기준에 부합하는 준법지원인제도의 운영방안에 관한 연구”, 용역보고서, 법무부, 2011, 11면; 박세화, 전게논문, 1350면; 안수현, “금융회사의 효과적 내부통제체제 확립방안 모색-은행을 중심으로-”, 「선진상사법률연구」 통권 제71호, 2015.7., 74면.

19) COSO 보고서상 내부통제 개념과 일본 회사법상 내부통제 정의 개념 비교는 안수현, 전게논문, 73면 표 참조.

20) 내부통제 입법 방식 중 우리나라 준법통제기준 및 준법지원인제도 규정은 비교법적으로 찾아보기 어렵다고 한다. 박세화, 전게논문, 1358면.

21) 이때 다른 법률에 따라 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 상장회사를 제외한다(시행령 제39조 단서). 따라서 금융사지배구조법의 적용을 받는 상장회사는 상법 적용범위 대상에서 제외된다.

이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제기준을 마련하고 준법지원인을 선임하여야 한다. 즉 상법은 자산총액 5천억 원 이상인 상장회사가 내부통제(특히 준법통제)체제를 구축하는 방법으로 ① 준법통제기준 및 절차 마련하는 것과 ② 회사 내부에서 이러한 기준 및 절차가 제대로 이루어지고 있는지를 모니터링하는 준법지원인을 선임할 것을 제시하고 있다.

준법통제기준 및 준법지원인제도 도입대상 상장회사 범위를 설정할 때 자산총액 3,000억 원 이상이었으나, 기업부담이 우려된다는 경제계의 의견에 따라 2012년 1월 자산총액 5,000억 원 이상의 기업으로 최종 확정되었다.[22] 준법통제기준이란 회사가 "법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 띠라야 할 준법통제[23]에 관한 기준"을 말한다. 준법통제기준과 준법지원인제도는 상법상 상장회사 특례 규정으로 도입되었다. 상법상 준법통제기준은 기업의 전사적 위험관리의 한 부분에 해당하는 법률위험 통제에 중점을 두고 있다.

준법통제기준은 이사회의 결의로 작성하며, 그 내용[24]은 다음과 같다: 즉, 준법통제기준에는 ① 준법통제기준의 제정 및 변경의 절차에 관한 사항, ② 준법지원인의 임면절차에 관한 사항, ③ 준법지원인의 독립적 직무수행의 보장에 관한 사항, ④ 임직원이 업무수행과정에서 준수해야 할 법규 및 법적 절차에 관한 사항, ⑤ 임직원에 대한 준법통제기준에 교육에 관한 사항, ⑥ 임직원의 준법통제기준 준수 여부를 확인할 수 있는 절차 및 방법에 관한 사항, ⑦ 준법통제기준을 위반하여 업무를 집행한 임직원의 처리에 관한 사항, ⑧ 준법통제에 필요한 정보가 준법지원인에게 전달될 수 있도록 하는 방법에 관한 사항, ⑨ 준법통제기준의 유효성 평가에 관한 사항 등이 포함되어야 한다(법 제24조 제3항, 시행령 제19조).

---

22) 2011년 상법 시행령 개정 당시 경총 등 경제계는 자산규모 5조원(2010년 기준 상장회사 3% 적용), 자산규모 2조원(2010년 기준 상장회사 5% 적용) 이상을 규제대상으로 할 것을 요구한바 있다. 전국경제인연합회 , "준법지원인, 자산총액 2조원 이상 상장기업에 적용 요청-경제단체, 준법지원인제도 관련 상법시행령 의견서 공동제출"-, 보도자료, 2011.9.22.

23) 상장회사 표준준법통제기준 제2조 제1호에 따르면" '준법통제'란 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하고 임직원의 법규준수 여부를 자체적으로 점검하여, 위법행위를 사전적으로 예방하고 각종 법적 위험에 체계적으로 대응하기 위하여 채택하는 일체의 정책수립 및 통제활동 과정"을 말한다. 법무부·한국상장회사협의회, "상장회사 표준준법통제기준", 1면.

24) 상장회사 표준준법통제기준은 제1장 총칙(목적, 용어의 적용, 적용, 제정 및 개정), 제2장 준법통제환경(조직 구성과 업무분장의 기본 원칙, 각 기관의 역할, 준법지원인의 임면, 준법지원인의 자격, 임기 및 지위, 준법지원인의 권한 및 의무, 준법지원인의 독립적 업무수행, 준법지원인의 겸직 제한), 제3장 준법통제활동(법적 위험의 평가, 법적 위험의 관리, 준법교육 및 훈련 프로그램의 운영, 일상적인 준법지원), 임직원의 자율적인 준법 점검, 준법지원인의 준법 점검, 내부제보, 위반 시의 처리, 정보 및 자료의 전달과 관리), 제4장 유효성 평가(유효성 평가의 기준 및 절차, 유효성 평가에 따른 후속 조치), 제5장 기타(임직원의 포상, 세부사항) 등 5개의 장으로 구성되어 있다.

(3) 준법지원인 선임의무

최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 5천억원 이상인 상장회사는 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 준법지원인을 1명 이상 두어야 한다(법 제542조의13 제2항). 준법지원인은 준법통제기준의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 하며, 준법지원인의 임면은 이사회 결의를 통하여 이루어진다(동조 제4항). 다만, 다른 법률에 따라 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 상장회사는 제외한다. 따라서 금융사지배구조법에 따라 내부통제기준 마련의무와 준법감시인 선임의무를 부담하는 금융회사는 그 적용대상에서 제외된다(동법 시행령 제39조).

Ⅲ. 상법상 준법지원인제도 주요 내용

1. 준법지원인의 지위

최근 사업연도 말 자산총액 5천억 이상의 상장회사는 이사회 결의를 거쳐 준법지원인을 선임하여야 한다. 회사의 선임에 의하여 준법지원인의 지위가 부여되므로, 준법지원인과 회사와의 관계는 위임관계이다.[25] 상법은 명문으로 준법지원인의 선관의무를 규정하고 있다(법 제542조의12 제7항). 준법지원인은 준법통제기준의 준수 여부와 그 결과를 이사회에 보고하여야 하고(법 제542조의13 제3항), 그 임면은 이사회 결의를 거쳐한다는 점 등을 고려할 때 집행임원에 준하는 지위에 있다.[26] 현재 학설은 준법지원인의 상법상 기관성 보유 유무에 대하여 준법지원인이 독자적인 의사결정을 할 수 없다는 점, 최종적으로 준법통제기준의 준수여부 모니터링 결과를 이사회에 보고하여야 한다는 점, 준법지원인의 책임에 대하여 상법상 규정이 없다는 점을 근거로 하여 상법상 기관성을 부정하고 있다.[27] 준법지원인은 이사의 감시의무 이행을 도와주는 역할을 담당하고 있으며, 준법통제기준 준수 여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 대한 보고함으로써 그 역할을 수행하고 있다.

---

25) 이철송, 전게서, 864면; 박세화, 전게논문(주식회사법 대계 II), 1359면.

26) 김홍기, “상장회사에 대한 특례”, 「주식회사법대계 III(제2판)」, 2016, 895면.

27) 그러나, 감사의 지위를 예로 들어 추후 상법 개정을 통하여 준법지원인의 권한과 의무, 다른 기관과의 관계, 회사나 제3자에 대한 상법상 책임관계 등을 규정하여 향후 기관성에 대하여 재검토해 볼 수 있다고 한다. 박세화, 전게논문(주식회사법대계), 1359-1360면.

2. 준법지원인의 임면과 임기

자산총액 5천억 원 이상의 상장회사는 이사회 결의를 거쳐 준법지원인을 임면해야 한다. 준법지원인과 회사와의 관계는 위임이므로 임기의 만료 외에도 위임의 일반적인 종료사유로 퇴임한다(민법 제690조). 또한 민법에 규정된 위임의 상호해지의 자유(민법 제689조)에 따라 준법지원인이 본인의 선택으로 언제든지 사임할 수 있고, 이사회가 준법지원인을 해임할 수 있다. 상법상 준법지원인의 임기가 3년으로 규정되어 있다. 다만 다른 법률의 규정이 준법지원인의 임기를 3년보다 단기로 정하고 있는 경우 상법상 준법지원인 임기규정을 우선적용한다. 상법상 준법지원인의 임기는 3년이 보장되므로 임기 내 정당한 이유가 없이 해임할 경우에는 상법 제385조를 유추적용을 하여 해임된 준법지원인은 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.[28)]

3. 자격요건

상법은 준법지원인이 될 수 있는 사람으로 변호사자격이 있는 사람·고등교육법 제2조에 따른 학교의 법률학 조교수 이사의 직을 5년 이상 근무한 사람·기타 법률적 지식과 경험이 풍부한 사람으로 대통령령으로 정하는 사람을 규정하고 있다(법 제542조의13 제5항). 대통령령으로 위임된 준법지원인의 자격요건은 ① 상장회사에서 감사·감사위원·준법감시인 또는 이와 관련된 법무부서에서 근무한 경력이 합산하여 5년 이상인 사람을 의미한다(시행령 제41조). 준법지원인의 자격 요건에 관한 논의는 준법지원인제도 도입 당시부터 시행령 개정까지 많은 논란이 있었다.[29)] 법무부 입법예고안에 따르면 준법지원인의 자격으로 법률에서 직접 규정하고 있는 변호사, 법학 조교수 외에 법률학 전공자로서 상장회사 5년(법률학 석사 소지자), 10년(법률학 학사 소지자) 이상 근무경력자를 추가하고 있었다.[30)] 많은 논란을 거쳐 법무부는 법학사 요건을 제외하고 “상장회사

28) 이철송, 전게서, 865면; 박세화, 전게논문(주식회사법대계), 1360면.

29) 준법지원인 도입 당시 변호사를 중심으로 자격요건을 제한하는 것이 대하여 법조계의 직역이기주의라는 비판이 있었고, 이러한 비판적 여론을 고려하여 당시 국무총리실, 기획재정부, 법무부 등 관계부처 협의를 거쳐 상법 시행령에서 준법지원인의 자격요건을 확대하여 기업부담을 완화하기로 논의하였다. 법제처, 상법 중 준법지원인 자격에 관한 요건“, 법무부 제출의견. 법제처는 상법 시행령 개정당시 관계부처 의견조회과정에서 금융회사 준법감시인과 균형을 유지할 필요가 있다는 의견을 제출하였다.

30) 법무부 원안의 내용은 다음과 같다:
제41조(준법지원인 자격요건 등) ① 법 제542조의13 제5항 제3호에 따른 “법률적 지식과 경험이 풍부한 사람”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.
1. 법률학 석사학위 이상의 소지자로서 상장회사에서 준법감시, 감사 및 이에 준하는 부서에 합산하여 5년 이상 근무한 경력이 있는 사람
2. 법률학 학사학위 이상의 소지자로서 상장회사에서 준법감시, 감사 및 이에 준하는 부서에서 합

에서 감사·감사위원·준법감시인 또는 이와 관련된 법무부서에서 근무한 경력이 합산하여 10년 이상인 사람"으로 최종안을 확정하였다. 자격요건과 관련하여 금융사지배구조법의 준법감시인의 자격요건과의 균형이 필요하다는 견해와 외국변호사의 자격 요건 인정 문제도 논의되고 있다.[31]

금융사지배구조법과 달리 현행 상법은 준법지원인의 결격사유에 대한 규정을 두고 있지 않다. 금융사지배구조법은 최근 5년간 금융사지배구조법 또는 금융관계법령을 위반하여 금융위원회 또는 금융감독원 등으로부터 문책경과 또는 감봉요구 이상에 해당하는 조치, 법 제26조 제1항 제2호 라목 상단 소정의 금융기관에서 퇴임한지 5년이 경과되지 않은 자를 두고 있다. 이에 금융사지배구조법상 준법감시인 및 상법상 사외이사 등과의 균형을 고려하여 준법지원인의 결격사유 도입을 찬성하는 견해가 많다.[32]

4. 준법지원인의 의무와 책임

(1) 준법지원인의 직무

준법지원인의 직무는 준법통제기준에 관한 사항의 준수여부를 점검하고 이를 이사회에 보고하는 것이다(법 제542조의13 제1항, 제3항). 상법은 준법통제기준의 목적을 "법령을 준수하고 회사 경영을 적정하게 하기 위하여"라는 표현을 사용하고 있다. 상법상 준법지원인제도는 내부통제제도 중 준법통제만을 도입하였다고 볼 수 있기 때문에 "회사의 경영을 적정하게 하기 위하여"라는 법문의 표현에 대한 논란이 있다.[33] "회사의 경영을 적정하게"라는 법문의 표현은 업무집행의 합목적성과 효율성 제고를 의미할 수 있어 이사회나 대표이사의 권한과 중복될 수 있다. 따라서 회사 경영의 적정이라는 법문은 준법경영의 의미로 해석하여야 한다.

상법 제542조의13 제9항에 따라 "상장회사는 준법지원인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록"규정하고 있다. 따라서 이사회의 감독이나 대표이사의 감독을 받지 않아 독임제적 기관과 유사하게 업무를 수행한다. 소정의 상장회사의 임직원은 준법지원

산하여 10년 이상 근무한 경력이 있는 사람

31) 박세화, 전게논문(주식회사법대계 II), 1365면.

32) 원래 상법개정 당시 준법지원인의 결격사유가 포함되지 않아 그 후 상법 시행령 제정과정에서 이를 시행령에서 준법지원인의 결격사유를 규정하는 방안이 논의되었지만 권리주체의 권리를 박탈하는 것이므로 다음 상법 개정때 도입하기로 결론을 내렸다고 한다. 박세화, 상게논문, 1365면. 즉, 국민의 권리·의무에 관한 사항이므로 법률의 소관사항이며, 대통령령의 소관사항은 대표적으로 법률에서 위임한 사항, 법률을 집행하는 데에 필요한 사항, 국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본방침에 관한 사항, 여러 부처에 공통되는 사항·행정기관의 조직에 관한 사항·권한의 위임·위탁에 관한 사항 등을 들 수 있다. 법제처, 「법령 입안·심사기준」,

33) 이철송, 전게서, 865면; 박세화, 전게논문(주식회사법 대계II), 1363면.

인이 그 직무를 수행할 때 자료의 제출을 요구하는 경우 이에 성실하게 응해야 한다.

또한 상법 제542조의13 제10항은 “상장회사는 준법지원인이었던 사람에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 된다”라고 규정함으로써 준법지원인의 신분을 보장하고 있다.이는 준법지원이었던 자가 임기 종료 후 다른 업무를 담당하는 직원으로 전환될 경우 준법지원인으로서 직무수행과 관련하여 보복조치로 인사상 불이익 등 부당한 대우를 받지 않도록 배려한 것이다.[34] 이는 준법지원인으로서 업무수행 당시 이러한 향후 인사상 불이익을 우려하여 소극적 태도의 업무수행을 방지하기 위한 것이기도 하다.

(2) 준법지원인의 의무

준법지원인은 자신의 업무수행에 영향을 줄 수 있는 영업 관련 업무를 담당할 수 없다. 현행 상법은 준법지원인의 선관주의의무 및 보고의무 등과는 달리 상법 시행령에서 겸직금지의무를 규정하고 있다. 즉 준법지원인은 “자신의 업무수행에 영향을 줄 수 있는 영업 관련 업무를 담당해서는 아니 된다” 이는 준법지원인이 점검대상의 업무를 수행함으로써 이해상충이 발생할 수 있다는 점과 동시에 과중한 업무 부담에 의하여 준법점검 업무에 장애가 되는 것을 사전에 방지한다는 의의가 있다.[35]

준법지원인은 업무수행에 있어 선량한 관리자의 의무를 부담하여야 하며, 비밀유지의무를 부담한다. 준법지원인은 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설할 수 없다(법 제542조의13 제8항).

(3) 준법지원인의 책임

상법은 준법지원인의 책임에 대한 명문규정이 없다. 다만 준법지원인의 회사에 대한 선관주의의무 위반을 이유로 한 손해배상책임과 불법행위책임 등을 물을 수 있다.[36] 상법은 이사나 집행임원과는 달리 상법상 회사나 제3자에 대한 손해배상책임에 관한 규정을 두고 있지 않다. 또한 금융사지배구조법상 준법감시인은 원칙적으로 사내이사 또는 업무집행책임자 중에서 선임되지만(법 제25조 제2항), 상법은 준법지원인의 선임요건에 관한 제한을 두고 있지 않다. 소정의 상장회사가 이사 또는 집행임원 중에서 준법지원인을 선임할 경우 상법상 이들의 책임규정을 적용하면 된다. 반면, 준법지원인의 회사 내 지위가 이사 또는 집행임원이 아닐 경우는 준법지원인의 회사 또는 제3자에 대한 손

34) 이철송, 전게서, 866면; 박세화, 전게논문(주식회사법대계 II), 1364면.

35) 박세화, 전게논문(주식회사법대계 II), 1364면.

36) 박세화, 전게논문, 1364면.

해배상책임을 묻기 위한 근거규정이 없다.

준법지원인 운영 현황을 살펴보면 그렇지 않은 경우가 대다수이다.[37] 준법지원인을 두고 있는 108개 상장회사를 대상으로 준법지원인의 회사 내 지위를 조사한 최근 연구[38]에 따르면 이사 또는 집행임원의 지위를 가진 준법지원인의 구성비는 2.9%로 준법지원인이 대부분 회사 내 상근직원으로서 경영진의 업무적 보조자로 업무를 수행하고 있는 것으로 보인다. 준법지원인의 상법상 기관성은 인정되기 어렵지만 준법지원인의 지위는 집행임원의 지위와 유사하다고 볼 수 있다.[39] 따라서 향후 집행임원의 책임규정의 입법방식을 취하여 이사의 책임을 준용하는 규정을 신설하는 방안도 검토해볼 수 있다.[40]

(4) 준법지원인 제도의 인센티브와 위반시 제재

준법지원인제도 의무를 성실하게 수행하는 회사에 대하여 상법이 마련하고 있는 보상체계는 현재 상법 제634조의 3 양벌규정상 감경혜택이다. 상법 제542조의13 등에 규정된 상법상의 준법지원인 관련 의무를 성실하게 수행한 회사는 주요주주 등 이해관계자가 제542조의9 제1항을 위반하여 신용공여를 함으로서 부과 받은 회사의 벌금형이 면제된다. 또한 이사의 감시의무 위반 사안에서 내부통제 구축 여부는 감시의무 이행 유무 판단과 이사의 손해배상책임 감경사유로 작용한다. 상법의 영역 이외로는 공정거래위원회의 공정거래 자율준수 프로그램 시행에 따른 과징금 감면 등의 인센티브가 있다.

상법상 준법지원인제도 적용대상에 해당하는 상장회사가 준법지원인을 선임하지 않는 법 위반행위를 한 경우 회사 또는 제3자는 이사들에 대하여 그 책임을 물을 수 있다. 이때 이사는 해임청구소송의 대상도 될 수 있다. 이사회의 의사결정에 따라 성실하게 준법통제체제를 구축하고 운용하여야 하는 대표이사나 대표집행임원이 이러한 임무를 해태할 경우 회사나 제3자에 대한 손해배상책임을 부담한다.(법 제399조·제401조) 준법지원인제도의 규정 위반에 대하여 상법상 벌칙 또는 불이익규정이 존재하고 있지 않지만 준법지원인은 법정기구로서 그 선임이 강제되고 있다.[41]

---

37) 사단법인 한국법정책학회, 준법지원인제도와 준법경영의 활성화 방안, 법무부 용역보고서, 2014, 198면 표 27 참조.

38) 한국법정책학회, 전게보고서, 198면 표 27.

39) 박세화, 상게논문, 1365면. 김홍기, 전게논문, 902면.

40) 박세화, 상게논문, 1365면.

41) 이철송, 전게서, 866면.

Ⅳ. 준법지원인제도의 최근 동향 및 주요 쟁점

1. 준법지원인제도의 최근 동향

최근 준법지원인제도의 유명무실한 운영이 문제점으로 지적되고 실효성 제고방향이 활발하게 논의되고 있다. 2016년 민병두 의원실에 따르면 자산총액 5천억 이상 상장회사의 준법지원인 선임 현황 자료를 분석한 결과 2016년 5월 당시까지도 준법지원인 선임의무 대상 상장회사의 40% 정도가 준법지원인을 선임하지 않고 있다. 이때 그 원인으로 준법지원인 선임의무 위반에 대한 별도의 제재 규정 미비를 들고 있다.[42)]

<표1> 준법지원인제도 운영현황

	대상회사	응답		미응답
		선임	미선임	
2012년 4월	172개사 (1조원 이상)	69개사 (60%)	46개사 (40%)	57개사 (33.2%)
2014년 4월	306개사 (5천억원 이상)	108개사 (49.5%)	110개사 (50.5%)	88개사 (28.8%)
2015년 4월	304개사 (5천억원 이상)	123개사 (60%)	82개사 (40%)	99 (32.5%)

* 출처: 상장회사협의회, 금융감독원 실태조사 결과(민병두 의원실)

준법지원인 관련 공시도 마찬가지이다. 금융감독원은 2015년 8월 사업보고서 공시서식을 개정하여 준법지원인 선임 현황과 준법지원인의 주요경력을 사업보고서에 기재하도록 하였다. 2015년 사업보고서 사업보고서 신속점검결과에 따르면 준법지원인 관련 기재미흡비율이 61.1%로 상당히 높았다. 대표적 기재미흡 사례로는 준법지원인 현황을 기재하지 않거나, 기재항목인 경력의 경우 상법상 자격요건 구비 여부를 확인하기 곤란한 경우가 많았다.[43)]

42) 민병두 의원실, “준법지원인 선임의무 위반회사 88개사 - 준법지원인제도의 실효성을 높이기 위한 제도 개선 필요 -”, 보도자료, 2015.5.

43) 금융감독원, “2015년 사업연도 사업보고서 신속점검 결과”, 보도자료, 2016.5.23. 석간.

<표2> 2015년 사업연도 사업보고서 신속점검 비재무사항 항목별 기재미흡비율

(단위 : 사.%)

점검 항목	대상(A)	적정(B)	미흡(C)	미흡비율 (C/A)
① 미상환 신종자본증권 현황('15.8.개정)	61	26	35	57.4
② 사채관리계약 이행현황('15.8.개정)	242	101	141	58.3
③ 사외이사 활동현황	1,968	1,386	582	29.6
④ 준법지원인('15.8.개정)	311	121	190	61.1
⑤ 최대주주 변동현황	356	152	204	57.3
⑥ 임원 개인별 보수	514	356	158	30.7
⑦ 합병 등 사후정보	580	317	263	45.3

2014년 설문조사에 따르면 준법지원인 미선임사유로는 ① 과도한 비용(준법지원인의 보수 등) 부담, ② 실효성이 없을 것 같아서, ③ 인센티브 결여(형사적·행정적·민사적 제재감면, 세금감면 등) 등이 있었다.

<표3> 준법지원인 미선임 사유현황(복수응답, 2014년)

(단위 : 개사, %)

미선임 사유	유가증권시장		코스닥시장		합계	
	회사수	비율	회사수	비율	회사수	비율
① 비용이 과도하게 들어서 (준법지원인의 보수 등)	40	36.4	5	4.5	45	40.9
② 실효성이 없을 것 같아서	42	38.2	3	2.7	45	40.9
③ 인센티브가 없어서(형사.행정.민사적 제재감면, 세금감면 등)	23	20.9	5	4.5	28	25.5
④ 기타	32	29.1	2	1.8	34	30.9

* 비율 = [응답수/준법지원 미선임한 회사수(110개사)]×100

준법지원인 제도의 실효성 제고를 위하여 최근 제재와 인센티브 부여를 주요 내용으로 하는 법안이 되었다. 2015년 국회에서 발의된 상법 일부개정법률안(의안번호 3034, 민병

두의원 대표발의)은 준법지원인을 의무적으로 선임해야 하는 상장회사가 준법지원인을 선임하지 않은 경우 5천만원 이하의 과태료를 규정하고 있다. 그리고 2017년 6월 발의된 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 7448, 권성동의원 대표발의)은 준법지원인을 선임하여 준법통제체제를 효율적으로 운영한 기업에 대해서는 과징금을 감경하도록 하여 준법지원인제도 운영에 대한 일정한 인센티브를 제공하는 것을 그 내용으로 한다. 상법 일부개정법률안(의안번호 9116, 윤상직의원 대표발의)은 이사회가 집행임원에게 위임할 수 없는 업무집행 내용을 명시적으로 규정하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 개정안 제408조의2 제4항에 따라 이사회가 집행임원에게 위임할 수 없는 것으로 정한 사항에는 법 제542조의13 제3항에 따른 준법지원인의 보고와 동조 제4항에 따른 준법지원인의 임면이 포함되어 회사 경영에서 준법지원인의 보고 및 임면의 중요성을 강조하고 있다.

2. 준법지원인제도 적용범위 확대

현행 상법상 준법지원인제도 적용대상은 최근 사업연도 말 자산총액 5억원 이상이다. 최근 재벌의 준법경영과 윤리경영이 사회적으로 크게 문제되자, 준법지원인 선임대상기업 범위 확대가 논의되고 있다. 대한변협이 전국 변호사 대상으로 실시한 설문조사 결과에 따르면 준법지원인제도 적용범위를 모든 상장 기업에 해야 한다는 의견이 가장 많았다. 즉, 모든 상장사에 준법지원인을 선임해야 한다는 응답(53%)이 제일 많이 나왔고, 자산총액 1000억원 이상 상장회사(27%), 자산총액 500억 이상 상장회사(11%) 순이었다.[44]

준법지원인제도의 적용대상은 상장회사로서 그 구체적 요건은 대통령령에 위임하고 있다. 상법 시행령 개정 당시 준법지원인제도 적용대상 기업 기준 설정과 준법지원인 자격 요건에 대한 의견 대립이 첨예하였다.

법무부가 처음 입법예고한 상법 시행령 개정안은 준법지원인 적용대상 기업을 3천억원으로 규정하고 있었으나, 기업의 과중한 부담이 우려된다는 경제계의 의견에 따라 2012년 1월 자산총액 5,000원 이상의 기업으로 최종 확정되었다. 이 당시 경제단체는 자산규모 5조원(2010년 기준 상장회사 3%), 상법상 이사 총수의 과반수 사외이사 선임, 엄격한 요건의 감사위원회 설치가 의무화된 대규모 상자회사 특례 기준인 자산총액 2조원 이상(2010년 기준 상장회사 5%)을 준법지원인 적용대상 기업규모 기준으로 적용할 것을 요청하였다.[45]

---

44) 머니투데이, “변협 설문조사 53% "全상장사에 준법지원인 의무화해야", 2017.6.16. <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2017061617428287159&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com>

45) 전국경제인연합회·대한상공회의소·중소기업중앙회·코스닥협회·한국상장회사협의회, “준법통제제도

<표4> 2010사업년도 상장회사 자산규모별 회사수[46)]

〈단위 : 개사, %, 억원〉

구분(원)	회 사 수								
	유가증권시장			KOSDAQ			총 합 계		
		누계	비율		누계	비율		누계	비율
5조 이상	52	52	7.7	-	-	0.0	52	52	3.1
3조~5조	20	72	10.7	1	1	0.1	21	73	4.4
2조~3조	17	89	13.2	-	1	0.1	17	90	5.4
1조~2조	69	158	23.5	4	5	0.5	73	163	9.8
5천억~1조	78	236	35.1	18	23	2.3	96	259	15.5
3천억~5천억	98	334	49.6	34	57	5.7	132	391	23.4
1천억~3천억	226	560	83.2	251	308	31.0	477	868	52.0
5백억~1천억	72	632	93.9	346	654	65.7	418	1,286	77.1
5백억 미만	41	673	100.0	341	995	100.0	382	1,668	100.0

* 출처: 법무부 보도자료

** 2011년 11월 30일자 현재 1,742개사 중 1,668개사 [준법감시인 의무설치법인(금융업종) 74개사 제외]

<표5> 자산규모별 매출평균액

〈단위 : 개사, %, 억원〉

구분(원)	매 출 평 균								
	유가증권시장			KOSDAQ			총 합 계		
		누계*	비율**		누계	비율		누계	비율
5조 이상	142,203	142,203	892.6	-	-	0.0	142,203	142,203	2005.9
3조~5조	34,534	111,874	702.2	21,118	21,118	2055.3	33,895	110,613	1560.3
2조~3조	26,770	95,433	599.0	-	21,118	2055.3	26,770	94,598	1334.4
1조~2조	12,998	59,204	371.6	8,688	11,174	1087.5	12,762	57,722	814.2
5천억~1조	6,544	41,725	261.9	6,048	7,162	697.1	6,451	38,644	545.1
3천억~5천억	3,637	30,516	191.5	3,653	5,095	495.8	3,641	26,856	378.8
1천억~3천억	1,762	18,922	118.8	1,591	2,232	217.2	1,672	13,011	183.5
5백억~1천억	815	16,903	106.1	660	1,398	136.1	686	9,005	127.0
5백억 미만	285	15,932	100.0	275	1,027	100.0	276	7,089	100.0

관련 상법시행령에 대한 의견", 2011.9. 법무부 보도자료에 따르면 변호사단체는 자산규모 500억원 이상(상장회사 52%) 내지 상장회사 전체(100%)를 주장하였다.

46) 법무부, 보도자료, 2011.(5

* 출처: 법무부 보도자료
** 매출평균 : 2010사업보고서 매출액 기준 1,640개사 대상 [준법감시인 의무설치법인(금융업종) 74개사, 외국회사 16개사, SPAC 22개사, 분할재상장사 6개사 제외]
*** 매출평균누계 : 구분누적평균/구분회사누계 ** 비율 : 매출평균누계/전체매출평균

준법지원인제도 선임의무 대상 상장회사 범위는 정책적 판단이며, 법무부는 상법 시행령 개정 당시 상장회사의 자산규모와 매출액 등을 고려하여 자산총액 5천억원 이상의 상장기업으로 최종확정하였다.[47] 상법 시행령 당시 자산총액 규모 구간에 따라 적용되는 기업의 비중이 중요한 정책 판단요소가 된 것으로 보인다.

2010년 법무부가 제시한 통계를 기준으로 할 때, 도입대상 회사범위를 ① 자산총액 500억원으로 할 경우 전체 기업의 100%, ② 자산총액 1,000억원으로 할 경우 전체 상장회사의 52%), ③ 현행 5천억원 유지시 15.5%가 된다. 최근 정경유착과 기업의 불법경영 문제가 사회적으로 문제되자 준법지원인 제도를 규모에 상관없이 상장회사 전체에 적용할 필요가 있다는 견해가 제시되고 있다.[48]

역대 정부와 마찬가지로 문재인대통령 정부도 민생과 혁신을 위한 규제의 재설계를 중요한 정책의 하나로서 추진되고 있다. 경제규제의 신설·강화 원칙을 고려할 때 내부통제제도는 양면적 의의를 가진다. 즉, 규제완화를 통한 규제 공백을 사적 영역에서 규율해야 하는데, 상법상 준법지원인제도는 이러한 규제공백을 메꾸어주는 역할을 한다.[49]

다만, 준법지원인제도를 법이 강제하는 기준 범위를 어디로 정해야 할지는 매우 중요한 문제이다. 판례는 이사의 감시의무와 관련된 대우분식회계 사건에서 "특히 업무집행이 고도로 분업화·전문화된 대규모 공개회사에서"는 이사에게 내부통제시스템의 구축의무가 있다고 판시하고 있다. 현행 기준인 최근 사업연도 말 자산총액 규모 5,000억원 이상 상장회사에서 조차 준법지원인제도가 제대로 착근되지 않는 현 시점에서 제도적용 범위 확대를 아직은 시기 상조라고 생각된다. 특히 자산총액 규모기준을 500억원, 1,000억원으로 하향 조정할 경우 중소기업이 다수 포함되어 있어 과도한 규제부담이 될 수 있다.[50] 상법상 준법지원인제도는 적용의무대상이 아닌 회사에게 하나의 준법통제제

47) 법무부, 전게 보도자료, 4면. 법무부는 처음 입법예고안에서 상장회사 23.4%애 해당하는 3천억원 기준을 설정하였고, 이때 자산규모 3천억-5천억인 회사의 평균 매출액은 3,641억이다.

48) 정재규, "준법지원인 제도 활성화를 위한 제언", CORPORATE GOVERNANCE SERVICE 7권 3호, 2017, 19면.

49) 내부통제제도를 규제의 내부화로 설명하는 견해에 따르면 금융사지배구조법은 내부통제 기관의 설치 등과 제도 프레임워크를 규정하는 점에서는 외부규제로 작용하나 금융회사가 내부통제를 구체적으로 운영할 때 직접 내부통제절차와 기준을 마련하여 점검, 조사·감독한다는 면에서는 규제를 내부화한 것이다. 임정하, "금융회사의 내부통제-금융회사의 지배구조에 관한 법률을 중심으로-", 「경제법연구」 제15권 제2호, 한국경제법학회, 148면.

50) 법이 회사에 대하여 내부통제의 특정한 틀을 강요하는 경우 회사는 자기 회사에 맞는 내부통제제도를 실험해볼 수 있는 기회를 박탈당한다고 한다. 서완석, 전게논문, 72면.

도 구축 가이드라인이 될 수 있다는 점에서 의의가 있다.

현행 준법지원인제도 활성화 방안을 먼저 모색하여 준법지원인제도가 착근될 수 있도록 해야 한다.

3. 준법지원인제도 실효성 제고 위한 제재 및 인센티브 도입

준법지원인제도 활성화 논의와 관련하여 준법지원인 제도를 성실히 하는 기업에는 인센티브를 부여하고, 준법지원인제도 관련한 의무를 제대로 이행하지 않는 경우 과태료 등 제재 도입이 그 개선방안으로 제시되고 있다.[51] 현행 상법은 준법지원인제도 관련 의무를 이행하지 않는 경우에 대한 제재 규정을 두고 있지 않다.

금융사지배구조법은 금융회사 또는 금융회사의 임직원이 내부통제기준과 관련된 의무를 이행하지 아니하는 경우, 준법감시인을 두지 아니하는 경우, 준법감시인 임면 및 보수지급과 평가기준 운영에 관련된 의무를 이행하지 아니하는 경우, 자격요건을 갖추지 못한 준법감시인을 선임하는 경우, 준법감시인의 겸직제한규정(법 제29조)을 위반하는 경우, 제30조 제2항을 위반하여 금융위원회에 준법감시인의 임면사실을 보고하지 아니하거나 거짓보고하는 경우, 준법감시인의 자료요청에 성실히 응하지 아니하는 경우, 준법감시인에게 인사상의 불이익을 주는 경우 등에 관하여 금융위원회는 금융회사에 대해 위법행위의 시정명령, 위법행위의 중지명령, 금융회사에 대한 경고 또는 주의 등의 제재를 규정하고 있다(법 제34조 제1항, 제35조 제1항). 또한 금융회사가 내부통제기준 및 준법감시인 관련 의무를 이행하지 아니할 경우 1억 원 이하 과태료 또는 3천만원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.

현행 상법 제635조 제1항 제8호에 따라 이사 또는 감사 선임 관련 의무를 제대로 이행하지 아니한 경우는 500만 원 이하의 과태료 부과된다. 소정의 상장회사가 사외이사 선임 또는 감사위원회 설치의무를 이해하지 아니한 경우 5천만 원 이하의 과태료가 부과된다. 이러한 현행 상법의 태도를 고려할 때 준법지원인 관련 의무를 제대로 이행하지 아니하는 경우 과태료를 도입하는 것은 법 체제상 무리는 없다고 생각된다. 다만, 준법지원인은 상법상 기관성을 인정하기에는 규정 내용상 부족하고 또한 이사회가 내부통제체제의 궁극적 책임주체라는 점, 과연 준법지원인 관련 의무가 상장회사의 사외이사, 감사위원회 또는 비상장회사의 이사 또는 감사선임의무와 동일시 할 수 있는지, 구체적으로 선정된 과태료 금액(자산총액 2조원 이상 상장회사가 선임관련 의무 위반시 5천만 원이고, 비상장회사의 이사 또는 감사 선임관련 의무 불이행시 5백만 원 이하 과태료임을 고려할 때)이 제도의 실효성을 높일 수 있을지 여러 가지로 고려하여야 한다.

51) 앞에서 서술한 민병두의원이 대표발의한 상법 일부개정안과 권선동의원이 대표발의한 공정거래법 일부개정안이 그러한 내용을 담고 있다.

또한 상법상 회사법 부분은 단체법적 성격으로 인한 강행규정이 많이 존재하지만, 궁극적으로 조직법적 측면을 가지고 있음도 고려해야 할 것이다.

또 다른 준법지원인 제도의 실효성 담보방안으로 준법지원인제도 관련 의무를 성실하게 이행한 회사에 대한 인센티브 부여를 검토할 수 있다. 상법상 인센티브로는 준법지원인 관련 의무를 성실하게 이행한 회사는 주요주주등 이해관계자가 제542조의9를 위반하여 신용공여를 함으로써 부과 받은 회사 벌금형 면제된다. 판례를 고려할 때 내부통제체제 구축 여부는 이사의 손해배상책임 감경사유가 될 수 있다.

미국은 1991년 「기업에 대한 연방양형가이드라인(U.S. Sentencing Guidelines for Organizations)」가 제정되면서 기업에게 준법통제프로그램의 인센티브를 부여하였다. 동 가이드라인 제8조 B2.1는 ① 위법행위 방지에 「상당한 주의(due diligence)」를 다해야 하고, ② 윤리경영과 준법경영을 장려하는 기관내 문화(organizational culture)를 촉진하는 것을 목으로 하는 「효과인 준법 및 윤리경영 프로그램 (Effective Compliance and Ethics program)」을 실행하는 경우 벌금경감을 받을 수 있다고 규정하고 있다.[52)]

준법지원인제도의 실효성 제고를 위하여 인센티브제도 도입을 분명히 필요하다. 그러나 우리나라 기업의 형사범죄 제재수준이 미국 등과 비교할 때 상당히 낮아 양형상 인센티브제도가 현 상황에서는 준법지원인 제도를 성실히 운영할 큰 인센티브는 아니라고 한다.[53)] 앞으로 인센티브 도입에 대하여는 공정거래법 등 기업범죄와 관련된 여러 법률에서 적극 검토해볼만 한다.

---

52) 한국법정책학회, 전게보고서, 74면. Guidelines Manual(2010.11) available at https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2010/manual-pdf/Chapter_8.pdf.

53) 문성, "내부통제제도와 상법상 준법지원인 관련 쟁점 고찰", 「YGBL」 제8권 제2호, 79-80; 김재윤, "준법지원인제도의 도입에 따른 형사법적 인센티브", 「인권과 정의」 Vol.425, 2012.5, 102면에서는 기업범죄에 대한 엄격한 법집행과 징벌적 손해배상제도의 인정, 준법지원제도의 효율적 운영 등의 전제조건이 충족되어야 양형상 인센티브가 효과적이라고 한다.