

■ 논 단

기업 컴플라이언스 관련 이사의 감시의무 검토*

이 현 군

한국법학원 연구위원, 법학박사

요 약 문

기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 논의는 금융회사의 회계감시로 시작하여 준법 감시, 회사경영상 위험 통제, 부패방지의 내용을 포함하기 시작하였고, 최근에는 ESG 경영과 관련된 내용까지 그 범위가 넓어지고 있다. 또한, 2021년 중대재해처벌법이 제정되는 등 기업경영과 관련한 다양한 법적 환경에 변화가 있다. 즉, 회사의 준법경영 또는 기업 컴플라이언스 준수의 중요성이 더욱 커지고 있다.

이러한 상황에서 2021년 11월과 2022년 5월 기업 컴플라이언스와 관련된 두 건의 중요한 판결이 내려졌다. 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결에서 회사가 합리적인 내부통제시스템을 갖추지 못한 경우 대표이사의 책임을 인정하는 취지의 판결을 내린 바 있다. 회사의 행위에 가담하지 않는 대표이사와 비업무담당이사의 경우도 과거 판례의 법리를 위법하다고 의심할 만한 사유가 없었다는 항변으로 책임을 벗어날 수 없고, 합리적인 내부통제시스템을 갖추고 이러한 시스템이 잘 운영되도록 배려해야 할 의무를 부담한다고 판시하였다. 그리고 그와 함께 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서는 준법 감시를 위한 내부통제시스템의 구축 책임을 대표이사는 물론 사외이사와 비상임이사까지 확장하는 취지의 판결을 내린 바 있다. 최근 두 건의 판결은 기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무와의 관계에 대해서 보다 발전된 논리를 제공한 판례로 평가될 수 있다.

따라서 이 논문에서는 우리나라 판례의 법리에서 제시된 기업 컴플라이언스(내부통제 시스템) 관련 이사의 감시의무에 관해 그 의의, 발생근거, 주체, 판단기준, 구체적 내용, 의무의 정도 및 한계, 책임 등을 중심으로 논의하고자 한다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 우리나라 기업 컴플라이언스에 대해 개선방안을 제시하였다.

주제어 : 컴플라이언스, 내부통제, 준법감시, 부패방지, 감시의무, 선관주의의무, ESG

* 이 논문은 이현군, 「기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구」, 한국법학원 연구보고서 상-22-①, 2022를 바탕으로 추가적인 연구를 반영하여 수정·보완한 것임을 밝힌다.

— <目 次> —

I. 서론	III. 기업 컴플라이언스 관련 이사의 의무 검토
II. 기업 컴플라이언스 일반론	1. 이사의 감시의무의 의의
1. 기업 컴플라이언스의 개념	2. 감시의무 위반의 판단기준
2. 기업 컴플라이언스 관련 국내법 현황	3. 감시의무를 부담하는 이사의 종류
3. 기업 컴플라이언스의 대상 위험	4. 감시의무 위반의 효과와 항변
4. 기업 컴플라이언스의 집행주체	IV. 요약 및 개선방안
	1. 요약
	2. 개선방안

I. 서론

최근 기후변화위기, 산업 현장에서의 재해 등으로 인해 ‘ESG’가 매우 중요한 이슈로 떠오르고 있다. 대표적으로 2022년 1월 27일 시행된 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」은 기업에서 사망사고 등 중대재해가 발생했을 때 사업주에 대한 형사처벌을 강화하는 것을 주된 내용으로 하고 있다. 이렇듯 최근의 기업경영환경은 환경, 사회적 책임, 기업지배구조 등 ESG 경영이 매우 강조되고 있고, 그 연장선상에서 준법경영의 중요성도 나날이 커지고 있다.

과거에는 회사의 경영관리 또는 컴플라이언스의 영역이 내부회계관리에 치중했으나 점차 그 영역이 넓어져 준법통제, 전사적 위험관리 심지어 ESG 경영과 관련된 사회적 책임까지도 그 영역이 확대되고 있다.

우리나라 법원은 이러한 기업 컴플라이언스 전반에 관해 이사의 감시의무를 인정하고 있다. 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결에서 이사가 “위법하다고 의심할만한 사유가 있는 경우”에는 다른 이사의 직무 위반행위를 방지하기 위하여 그들의 업무집행을 전반적으로 감시해야 할 감시의무를 부담한다고 판시한 이래 일관되게 이를 인정하고 있다.¹⁾ 최근 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결에서 회사가 합리적인 내부통제시스템을 갖추지 못한 경우 대표이사의 책임을 인정하는 취지의 판결을 내린 바 있다. 회사의 행위에 가담하지 않는 대표

1) 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결; 대법원 2002.5.24. 선고 2002다8131 판결; 대법원 2004.3.26. 선고 2002다29138 판결; 대법원 2004.12.10. 선고 2002다60467,60474 판결; 대법원 2005.7.29. 선고 2003다58294 판결; 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결; 대법원 2011.4.14. 선고 2008다14633 판결; 대법원 2019.1.17. 선고 2016다236131 판결 등 다수.

이사와 비업무담당이사의 경우도 과거 판례에서 인정되었던 ‘위법하다고 의심할 만한 사유가 없었다는 항변’으로 책임을 벗어날 수 없고, 합리적인 내부통제시스템을 갖추고 이러한 시스템이 잘 운영되도록 배려해야 할 의무를 부담한다고 판시하였다. 그와 함께 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서는 준법감시를 위한 내부통제시스템의 구축 책임을 대표이사는 물론 사외이사와 비상임이사까지 확장하는 취지의 판결을 내린 바 있다.

이처럼 기업의 내부통제시스템 또는 컴플라이언스와 관련된 이사의 감시의무의 범위가 점차 넓어지고 있는 상황에서 우리나라 컴플라이언스 관련 법률체계를 살펴보고, 이와 관련된 판결의 태도를 면밀히 검토해 볼 필요성이 있다.

따라서 이 논문에서는 우리나라에서의 기업 컴플라이언스 관련 이사의 감시의무에 관해 그 의의, 발생근거, 주체, 판단기준, 구체적 내용, 의무의 정도 및 한계, 책임 등을 중심으로 논의하고자 한다. 이러한 연구를 통해 궁극적으로 우리나라에서 기업 컴플라이언스와 관련된 이사의 감시의무에 관한 해석을 명확히 하고, 관련 법률에 대한 합리적인 개선방안을 도출하고자 한다.

II. 기업 컴플라이언스 일반론

1. 기업 컴플라이언스의 개념

컴플라이언스(Compliance)의 사전적 의미는 “법·명령 등의 준수” 즉, 준법(遵法)을 의미한다. 하지만 실제 회사경영에서는 단순히 법규를 준수하는 것에 그치지 않고 다양한 요소들을 포함하고 있다. 최근에는 컴플라이언스의 대상이 법규범에서 회사규범으로, 그리고 심지어 기업의 사회적 책임 등으로까지 확대되고 있다.²⁾

우리나라에서는 컴플라이언스라는 용어는 일반적으로 준법감시, 준법경영, 내부감사, 내부통제 등의 용어로 번역되어 사용되고 있다. 하지만 이러한 용어들이 컴플라이언스에 포함되는 요소들을 모두 포괄적으로 담고 있는지는 의문이다.

기업 컴플라이언스의 개념을 보다 자세히 알아보기 위해서는 우리나라의 기업 컴플라이언스 논의에 영향을 준 미국의 판례 및 컴플라이언스 관련 지침들을 살펴볼 필요가 있다.

미국의 경우 1934년 미국 증권거래법(Securities Exchange Act 1934)에서 컴플라이언스라는 용어를 처음 사용하였는데, 초기의 개념은 회계감시, 준법감시라는 전통적인 개념을 담고 있었다. 이후 1958년 미국회계사협회(American Institute of Accountants) 감사절차보고서(SAP),

2) 정준우, “이사의 감시의무와 그 적용범위 - 대법원 2017다222368 판결을 중심으로 -”, 「법학논총」 제39권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 239면.

1992년 COSO 보고서 등을 통해 기업 컴플라이언스의 개념이 점진적으로 확대되어 왔다. 또한, 이러한 실무적인 논의를 바탕으로 1977년 해외부패방지법(FCPA), 2002년 사베인즈-옥슬리 법(Sarbanes-Oxley Act) 등의 입법 작업도 이뤄졌다. 또한, 변화하는 기업 경영환경에 맞춰 2004년 전사적 위험관리체계(2004 Enterprise Risk Management Framework; 2004 ERM)³⁾ 및 “2017년 전사적 위험관리체계(2017 Enterprise Risk Management Framework; 2017 ERM)”를 발표하였다.³⁾

2017년 전사적 위험관리체계(2017 ERM)는 ① 기업지배구조와 기업문화(Governance and Culture), ② 전략과 목표 설정(Strategy and Objective Setting), ③ 실행(Performance), ④ 검토 및 수정(Review and Revision), ⑤ 정보, 전달 및 보고(Information, Communication and Reporting) 등 5가지 구성요소와 이들 5가지 구성요소에 의해 적용되고 20개의 기본원칙으로 구성되어 있다.⁴⁾

한편, 일본의 경우도 미국의 1992년 COSO 보고서와 2002년 사베인즈-옥슬리 법의 영향을 받아 자체적인 실무 매뉴얼 작업이 이뤄졌고, 2002년 舊상법, 2005년 新회사법, 2014년 개정회사법 등에서도 내부통제시스템 관련 논의가 구체화되었다.

이렇듯 우리보다 먼저 컴플라이언스에 대한 논의를 전개했던 미국과 일본의 경우 기업 컴플라이언스가 회계감시, 준법감시라는 초기개념에서 점차 확대되어 전사적 위험관리는 물론 기업의 사회적 책임에 대한 논의까지 확장되는 것을 알 수 있다.

즉, 기업 컴플라이언스는 법령준수, 준법통제, 내부회계통제에 국한하는 것이 아니라 회사의 사업 특성을 고려하여 발생할 수 있는 여러 가지 법령상·회계상·사업상 위험을 사전에 발견하고 이를 통제하고 시정하기 위한 기업의 사전적 내부통제업무 또는 내부관리업무 정도로 정의할 수 있을 것이다.⁵⁾ 그리고 이러한 컴플라이언스 업무가 가능하도록 하는 회사 내의 시스템을 내부통제시스템 또는 내부관리시스템이라고 할 수 있다. 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결, 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결 등에서도 기업 컴플라이언스 업무와 관련된 회사 내 업무체계를 내부통제시스템이라 언급한 바 있다.

2. 기업 컴플라이언스 관련 국내법 현황

국내 컴플라이언스 관련 법령은 <표-1>에서 보는 바와 같이 상법뿐만 아니라 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률, 금융회사의 지배구조에 관한 법률, 기타 은행 관련 법률 등 다수의 법

3) Anoma Samantha Edirimanna, “Enterprise Risk Management -International Standards and Frameworks”, 『International Journal of Scientific and Research Publications』 Vol.9 Issue.7, 2019, p.213.

4) Anoma Samantha Edirimanna, Ibid, pp.213~214.

5) 정준우, 앞의 논문, 239면.

률에서 혼재되어 있다. 그리고 이러한 업무를 처리하는 자도 준법감시인, 준법지원인, 위험관리인 등 법률과 분야에 다양하게 나뉘어 있다.

〈표-1〉 국내 컴플라이언스 관련 법령 현황⁶⁾

근거법령	제도	내용
상법	준법지원인	상장회사의 법령준수, 적정한 회사 경영 도모
주식회사 등의 외부감사에 관한 법률	내부회계 관리제도	주식회사의 내부회계관리제도 구축 및 운용
금융회사의 지배구조에 관한 법률	준법감시인, 위험관리책임자	금융회사, 금융투자업자, 종합금융회사, 신용평가회사의 법령 준수 및 경영 건전화 등
은행법	준법감시인	내부통제기준, 법령 준수, 경영의 건전화, 금융소비자 보호 등

준법지원인, 준법감시인, 위험관리책임자 등 컴플라이언스 관련 조직에 앞서 우리나라 상법은 이사의 의무를 규정하고 있다. 이사는 회사와의 관계에서 위임에 관한 민법 규정이 준용되는데(상법 제382조 제2항), 이에 따라 이사는 회사의 위임사무를 선량한 관리자의 주의로써 처리해야 할 선관주의의무를 부담한다(민법 제382조).⁷⁾ 그리고 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 충실의무를 부담한다(상법 제382조의3). 이러한 이사의 선관주의의무 또는 충실의무 준수는 기업 컴플라이언스의 가장기본적인 준법경영의 내용이 된다. 또한, 상법은 대통령령으로 정하는 일정 자산 규모의 상장회사는 준법통제기준을 설정하고, 이에 관한 직무를 수행할 준법지원인을 선임하도록 하고 있다(상법 제542조의13).

주식회사의 대표자는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제8조에 따라 ① 회계정보의 식별·측정·분류·기록 및 보고 방법 ② 회계정보의 오류 통제 및 수정 방법 ③ 회계정보에 대한 정기적인 점검 및 조정 등 내부검증 ④ 회계장부의 관리방법과 위조·변조·훼손 및 파기를 방지하기 위한 통제 절차 ⑤ 회계정보의 작성 및 공시와 관련된 임직원의 업무분장과

6) 강한철, “이사의 준법경영의무에 관한 소고 - 실무적 쟁점과 최근 판례 경향의 분석 -”, 「BFL」 제113호, 서울대학교 금융법연구센터, 2022, 7면.

7) 이러한 선관주의의무에 대하여 이사가 회사경영의 주체라는 지위에 있다는 점에서 고도의 인적 신뢰를 기초로 하는 매우 높은 수준의 주의의무라고 보는 견해와 이사의 지위에 있는 통상의 일반인이 회사업무 수행 시 필요한 합리적인 주의의무로 본래의 해석원칙에 충실하게 해석해야 한다는 견해가 대립한다. 박기령, “이사의 선관주의의무와 충실의무의 법사회적 기원에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011, 480면.

책임 ⑥ 신뢰할 수 있는 회계정보의 작성과 공시를 위하여 필요한 사항 등을 포함해 신뢰할 수 있는 회계정보의 작성 및 공시를 위한 내부회계관리제도를 관리하고 운영할 책임을 부담한다(주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 제8조).

한편, 금융회사는 일반 기업에 비해 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」에 따른 가중된 규제가 적용된다.⁸⁾ 금융회사는 법령을 준수하고 경영을 건전하게 하며 주주 및 이해관계 등을 보호하기 위해 내부통제기준을 마련해야 하고(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제24조 제1항), 자산의 운용이나 업무의 수행, 그 밖의 각종 거래에서 발생하는 위험을 적시에 인식하고 평가·감시·통제하는 등 위험관리를 위한 기준 및 절차를 마련해야 한다(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제27조 제1항). 또한, 이에 대한 준수 여부를 확인할 준법감시인(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제25조 및 제26조) 및 위험관리책임자(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제28조)를 각각 1인 이상 선임해야 한다. 은행법 제23조의3에서도 이와 유사한 내용이 규정되어 있다.

3. 기업 컴플라이언스의 대상 위험

기업 컴플라이언스를 앞서 회사의 영업 과정에서 발생하는 여러 가지 법령상·회계상·사업상 위험을 사전에 발견하고 이를 통제하고 시정하는 업무라고 개념 정의하였는데, 여기서 중요한 것은 기업 컴플라이언스의 대상 위험의 범위를 확장하는 것이다. 즉, 내부통제나 컴플라이언스(Compliance)에서 그 통제의 대상이 되는 준법감시 또는 준법통제의 범위가 무엇인가라는 의문에 대한 해답은 결국 컴플라이언스 업무를 통해서 어떤 위험요소(Risk)들을 통제할 것인가의 문제에 포섭된다.

컴플라이언스의 시초인 1934년 미국 증권거래법(Securities Exchange Act 1934)은 금융기관과 관련하여 시작되었고, 초기에는 금융기관을 중심으로 발전해왔다. 이와 관련하여 국제결제은행(BIS) 바젤 은행감독위원회에서 발표한 2005년 ‘컴플라이언스와 은행에서의 컴플라이언스 기능(Compliance and Compliance Function in Banks)’이라는 보고서에는 ‘컴플라이언스 위험(Compliance Risk)’에 대한 정의가 포함되어 있다.

보고서에서는 컴플라이언스 위험을 “은행의 활동에서 적용되는 법령, 제한규정, 규칙, 내규, 행동강령의 준수 실패의 결과로 겪게 되는 법규 또는 감독기관 제재, 중대한 재무적 손실, 은행 평판의 손실 등의 위험요소”라고 정의하고 있다.

즉, 국제결제은행(BIS) 바젤 은행감독위원회에서 말하는 컴플라이언스의 범위에는 ① 전통적인 회계관리위험, ② 법령, 제한규정, 규칙, 내규 등을 포함한 법률위험, ③ 행동강령 등 윤리

8) 강한철, 앞의 논문, 8~9면.

규정 위험 등이 포함된다.

최근에는 국제결제은행(BIS) 바젤 은행감독위원회에서 언급한 컴플라이언스 위험 외에도 사업상 위험, ESG 내지는 기업의 사회적 책임과 관련된 위험 등도 컴플라이언스의 범위에 포함될 수 있는지에 관한 논의가 진행되고 있다.⁹⁾

4. 기업 컴플라이언스의 집행주체

(1) 외부기관에 의한 통제¹⁰⁾

기업 컴플라이언스 또는 기업의 내부통제가 부각되기 이전에는 주로 기업에 대한 규제는 주로 법률이나 시장에 의한 외부통제를 통해서 이루어져 왔다.¹¹⁾ 대표적인 외부통제는 다음 세 가지가 있다.

① 법원에 의한 집행 : 대부분의 감시의무 관련 사건들이 주주대표소송 등 법원의 재판에 의하여 손해배상청구 등이 이뤄져 진 것에서 알 수 있듯이 법원에 의한 집행은 전통적인 외부통제에 해당한다.¹²⁾

② 행정기관 등에 의한 집행 : 금융사지배구조법, 공정거래법 등에 기초하는 제재인데, 그러한 제재들도 기업 컴플라이언스를 구축하는데 많은 영향을 준다. 그리고 한국거래소 등의 가이드라인도 행정기관에 의한 제재 측면에서 자치규범으로써 기업 컴플라이언스 구축에 영향을 미치기도 한다.¹³⁾

③ 증권시장, 제품시장, 기업 지배권시장 등 시장의 규율¹⁴⁾

이러한 외부통제는 현재도 여전히 중요한 기업 규제수단으로 작용하고 있고 기업들이 컴플라이언스를 강화하는 계기로 작용하고 있지만, 최근 들어서는 기업이 자체적으로 내부통제시스템을 구축하여 스스로 경영활동을 규율하는 것이 점점 더 중요해지고 있다.

9) ESG 또는 사회적책임(CSR)을 내부통제시스템 또는 기업 컴플라이언스 대상 위험에 포함시키는 것은 III장에서 서술하는 바와 같이 이사의 감시의무 위반 등으로 손해배상책임과 연결되기 때문에 매우 신중해야 한다. 이현균, 「ESG 관련 해외 입법례 연구」, 한국법학원 연구보고서 상-22-④, 한국법학원, 2022; 정우영·이현균, “해운기업의 ESG 경영에 관한 주요 동향과 시사점”, 「한국해법학회지」 제44권 제3호, 한국해법학회, 2022, 57면 및 89~90면 참조.

10) 법원, 행정기관 등 외부기관과 증권시장 등 시장에 의한 통제를 엄격한 의미의 기업 컴플라이언스의 집행주체로 볼 수는 없지만, 기업 컴플라이언스 발전과정에서 외부통제가 중요한 역할을 했었다는 연혁적인 의미가 있고 현재도 기업 컴플라이언스의 영향을 미치는 중요한 주체이므로 집행주체의 항목에서 함께 서술하였다.

11) 곽관훈, “한국적 내부통제시스템의 구축방안”, 「상장회사감사회 회보」 제109호, 한국상장회사협의회, 2009, 2면.

12) 육태우, “기업 컴플라이언스의 발전 및 집행주체”, 「강원법학」 통권 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 330면.

13) 육태우, 위의 논문, 330면.

14) 落合誠一, “企業コンプライアンス確立の意義”, 「ジュリスト」 1438号, 2012, 17頁.

(2) 주주

상장회사에서는 소유와 경영의 분리 현상이 뚜렷하기 때문에, 주주는 원칙적으로 이사에게 경영을 맡기고, 회사의 기본적으로 중요한 사항에 관해서만 주주총회를 통해 의결권을 행사함으로써 회사경영에 관여한다.¹⁵⁾

하지만 이사회 감사가 법령을 위반하여 회사에 손해가 발생하였음에도 불구하고 회사가 그 책임을 추궁하지 않는 경우 회사가 발행한 주식의 일정한 지분을 이상을 보유한 주주는 대표소송을 제기할 수 있다(상법 제403조).¹⁶⁾ 심지어 2020년 상법 개정으로 도입된 다중대표소송으로 인해 모회사의 주주가 자회사의 이사에 대해서도 책임추궁이 가능해졌다.¹⁷⁾

따라서 '대표소송에 의한 이사회 감사에 대한 통제'도 기업 컴플라이언스 집행에 있어서 중요한 역할을 한다고 할 수 있다. 실제로 우리나라를 비롯해 미국, 일본의 컴플라이언스 관련 판례들이 주주대표소송 형태로 이뤄졌다는 사실이 이를 증명한다.

(3) 종업원

종업원도 회사의 내부자로서 회사의 내부정보에 대한 접근도 비교적 수월하다. 그러므로 종업원은 이사회 동료 등의 행동에 관해서 일정한 영향을 줄 수 있고 또한 내부고발제도를 통해 기업 컴플라이언스의 중요한 집행주체가 되기도 한다.¹⁸⁾ 예를 들면, 미국의 2001년 엔론 회계 부정 사건, 일본의 올림푸스 사건은 종업원 등 내부고발자에 의해 회사의 부정행위가 처음 세상에 알려지게 된 경우에 해당한다.

한편, 미국은 2001년 엔론 회계부정 사건 이후 내부고발자 보호제도를 도입해 내부고발을 통해 기업지배구조 개선 및 기업가치 제고를 촉진하고자 하였다.¹⁹⁾ 즉, 2001년 엔론 사건은 미국에서 내부고발이 기업 가치를 지키기 위하여 중요하며 필요하다는 사회적 합의를 이끌어 냈고, 이를 통해 2002년 사베인즈-옥슬리 법 등에서 익명고발절차, 내부고발자에 대한 해고 금지 등의 보호 장치들을 도입하게 되었다.²⁰⁾

15) 육태우, 앞의 논문, 325~326면.

16) 이현균, "2020년 개정상법상 다중대표소송에 대한 사후적 입법영향평가", 「기업법연구」 제36권 제1호, 한국기업법학회, 2022, 147면.

17) 이에 대한 자세한 논의는 이현균, 위의 논문, 145~169면 참조.

18) 박세화, "내부통제에 관한 한국 기업법제의 현황과 과제", 「한국기업법학회·정갑윤 국회의장실·한국기업법무협회 공동학술세미나 자료집」, 2015, 42면.

19) 兪東·小野美恵, "米國ドッドフランク法に基づく内部告發プログラムの強化-社内コンプライアンスと企業価値を守るために求められる対応", 「New Business Law(株式會社 商事法務)」 983号, 2012, 9~10頁.

20) 우리나라에도 상장회사 표준준법통제기준 제18조 등에서 이와 관련된 내용들을 규정하고 있다. 육태우, 앞의 논문, 327면.

(4) 회사 채권자

회사 채권자 또한 자신이 소유한 채권이 변제받기 위해 회사가 모험적 경영보다도 안정적으로 운영되기를 바라기 때문에 채무자인 회사의 경영 및 자산 상황을 적극적으로 감시할 동기가 있으므로 컴플라이언스의 집행주체로 평가할 수 있다.²¹⁾

(5) 기관

기관은 기업 컴플라이언스에서 가장 기본적이고 중요한 집행주체라고 할 수 있다.

내부통제 내지는 기업 컴플라이언스는 주로 기관에 의해서 이뤄지는데, 기관에 의한 내부통제는 이사, 감사, 준법지원인, 준법감시인 등 행위주체가 법으로 부여된 일정한 권한에 근거하여 내부통제업무를 수행하고 그 결과에 대한 책임을 부담하는 것이다.²²⁾

다만, 고도로 분업화되고 전문화되어 있는 대규모의 회사에서는 업무분장이 세분화되어 있기 때문에 이사라고 하더라도 다른 이사나 사용인의 업무집행상황을 제대로 파악하기가 어려우므로 효율적인 내부통제제도를 구축하지 않고서는 이사의 감시·감독의무를 적절히 수행하기 곤란하다고 할 수 있다.²³⁾ 이에 따라 우리나라 대법원은 2008년도 대우분식회계 판결²⁴⁾에서 미국의 케어마크(Caremark) 판결²⁵⁾ 및 스톤(Stone) 판결²⁶⁾의 영향을 받아 회사가 합리적인 내부통제시스템을 구축하여 제대로 운영하고 있는지를 통해 이사가 감시의무를 다했는지 평가하는 기준으로 제시한 바 있다.²⁷⁾

기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 구축은 이사회와 전권사항에 해당하는데, 이사회 내에 준법통제위원회 또는 위험관리위원회 등 위원회가 설치된 경우에는 해당 위원회에 준법통제기준 정비를 위임할 수 있다(상법 제393조의2 제2항).²⁸⁾

즉, 이사회는 내부통제시스템 정비의 기본방침을 결정하면 되고, 구체적인 내부통제시스템의 구축은 준법통제위원회 또는 위험관리위원회 등 위원회에 위임될 수도 있고, 담당이사 또는 집행임원에게 위임될 수도 있다.²⁹⁾ 업무담당이사 또는 집행임원은 선관주의의무를 다하여 그 위임받은 시스템을 정비하고, 그 밖의 다른 이사를 비롯한 이사회는 담당이사·집행임원을

21) 육태우, 앞의 논문, 326면.

22) 곽관훈, 앞의 논문, 3면.

23) 권중호, “기업내부통제제도의 바람직한 입법방향”, 「기업법연구」 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2011, 114면.

24) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.

25) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 956 (Del. Ch. 1996).

26) Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

27) 송옥렬, “이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무”, 「기업법연구」 제36권 제1호, 한국기업법학회, 2022, 37면.

28) 박세화, 앞의 발표문, 39면.

29) 육태우, 앞의 논문, 313면.

감독하게 된다.³⁰⁾

감사 또는 감사위원회에 의한 내부통제도 컴플라이언스(내부통제시스템)의 기능 중 하나에 포함된다.³¹⁾ 법령준수, 경영위험관리 등은 업무집행에 속하는 영역이기 때문에 이사회와 전권 사항이라고 볼 수 있으나, 감사는 그 체제의 정비를 포함한 이사의 직무집행이 위법한지 감시할 의무를 부담한다.³²⁾ 즉, 주식회사에서 이사회가 업무집행기관으로서 스스로 자기감독·감시를 행하는 것뿐만 아니라 감사 또는 감사위원회를 통한 업무감사 또한 충실하게 이행되어야 할 것이다.³³⁾

기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 구축 및 운영은 궁극적으로 이사의 권한이자 의무라고 할 수 있지만, 상법 등에서는 준법지원인 또는 준법감시인을 두어 내부통제기준 및 내부통제시스템에 관한 업무를 담당하도록 하고 있다.³⁴⁾

지금까지 제2장에서 다룬 기업 컴플라이언스에 관한 여러 집행주체 중에서 이사에 관해서는 제3장에서 감시의무와 관련하여 조금 더 자세히 논의하고자 한다.

III. 기업 컴플라이언스 관련 이사의 의무 검토

1. 이사의 감시의무의 의미

주식회사 이사는 여러 가지 의무를 부담하는데, 크게 선관주의의무와 충실의무로 구분할 수 있다.

이사는 회사와의 관계에서 위임에 관한 민법 규정이 준용되는데(상법 제382조 제2항), 이에 따라 이사는 회사의 위임사무를 선량한 관리자의 주의로써 처리해야 할 선관주의의무를 부담한다(민법 제382조). 선관주의의무에는 업무집행의무, 비밀유지의무, 감시의무 등이 포함된다.³⁵⁾

또한, 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 충실의무를 부담한다(상법 제382조의3). 충실의무에는 경업금지의무, 자기거래금지의무, 회사의 기회 및 자산의 유용 금지의무 등이 포함된다.

이러한 여러 가지 의무 중 감시의무는 이사가 이사회의 구성원으로서 대표이사나 다른 이사의

30) 육태우, 앞의 논문, 313면.

31) 육태우, 앞의 논문, 313면.

32) 한국상사법학회, 「주식회사법대계(II)」 제4판, 한국상사법학회, 2022, 1466~1467면.

33) 송정선, “기업의 리스크관리 수준 진단을 위한 감사조직의 역량 제고”, 「상장회사감사회 회보」 제151호, 2013, 23~24면.

34) 박세화, 앞의 발표문, 41면.

35) 이철송, 「회사법강의」 제29판, 박영사, 2021, 750면.

직무위반행위를 방지하기 위하여 그들의 업무집행을 전반적으로 감시해야 할 의무를 말한다.³⁶⁾

상법상 이에 대한 명문의 근거는 없지만, 통설과 판례는 이사가 감시의무를 부담한다는 점은 공통적으로 인정하고 있다. 다만, 일반적으로 감시의무에 대한 실정법상 근거는 이사회의 감독권(상법 제393조 제2항)과 대표이사에 대한 이사의 보고청구권(상법 제393조 제3항)이 언급된다.³⁷⁾ 이사회의 감독권과 관련하여 법문상으로는 이사회의 권한이지만, 이사회는 회의체이기 때문에 현실적으로 이사회를 구성하는 개별 이사가 감독권을 행사해야 한다.³⁸⁾ 대법원 판례도 “주식회사의 이사는 이사회의 일원으로서 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사 표시를 하는 데에 그치지 않고, 담당업무는 물론 다른 업무담당이사와 업무집행을 전반적으로 감시할 의무가 있다.”고 판시한 바 있다.³⁹⁾

요약컨대, 이사는 본인이 맡은 임무를 선량한 관리자의 주의로써 수행해야 함과 동시에 이사회의 구성원으로서 대표이사나 다른 이사, 종업원들의 부적절한 업무집행과 부정행위를 방지하기 위하여 그들의 업무집행을 전반적으로 감시할 의무를 부담한다.⁴⁰⁾ 이러한 선관주의의무와 감시의무는 대표이사뿐만 아니라 업무담당이사, 평이사(비업무담당이사), 사외이사도 모두 부담하게 된다.⁴¹⁾

다만, 이사가 회사의 업무 전반에 대하여 감시의무를 부담한다고 하더라도 사무분장에 따라 각자의 업무가 있고, 회사가 대규모로 분업화·전문화되는 경우에는 본인이 담당하지 않는 업무까지 낱낱이 파악하는 것은 매우 어려울 것이다.

이에 따라 1985년 대명모방 판결⁴²⁾에서는 이사가 다른 이사의 직무 위반행위를 방지하기 위하여 그들의 업무집행을 전반적으로 감시해야 할 감시의무를 부담한다고 판시하였는데, 그 판단에 일반적인 기준으로 “위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 이를 방치한 때”라는 의심할 만한 사유 기준을 제시하였다.⁴³⁾

1985년 판결 이후 다수의 판결에서 주식회사 이사의 감시의무를 판단할 때 이사의 감시의무를 인정하고, 그 판단기준도 “의심할만한 사유 기준”을 그대로 따라 판시하였다.⁴⁴⁾ 즉, 업무담

36) 권순일 대표집필, 「주석상법 (회사3)」, 제6판, 한국사법행정학회, 2021, 213면.

37) 이철송, 앞의 책, 747면; 송옥렬, 「상법강의」 제9판, 홍문사, 2019, 1045면; 정찬형, 「상법강의(상)」 제24판, 박영사, 2021, 992면 등.

38) 최준선, “이사의 감시의무와 내부통제(컴플라이언스) 의무 위반사례”, 「KEF e-Magazine」 제89호, 2022, 5면.

39) 대법원 2002.5.24. 선고 2002다8131 판결; 대법원 2011.4.14. 선고 2008다14633 판결 등 다수.

40) 김태진, “이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰”, 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010, 111면.

41) 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결.

42) 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결.

43) 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결.

44) 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결; 대법원 2002.5.24. 선고 2002다8131 판결; 대법원 2004.3.26. 선고 2002다29138 판결; 대법원 2004.12.10. 선고 2002다60467,60474 판결; 대법원 2005.7.29. 선고 2003다58294 판결; 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결; 대법원 2011.4.14. 선고 2008다14633 판결; 대법원 2019.1.17. 선고 2016다236131 판결 등 다수.

당이사의 업무집행에 있어서 조사의 필요성을 인정할 수 있는 계기 즉, 위법하다고 의심할만한 사유가 있을 때에 한정하여 적극적인 조사의무까지도 인정할 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾

다만, 대규모 조직의 경우에는 이사가 모든 일을 자기의 통제 하에 행할 수 없고 분업화되는 경우가 많기 때문에 무제한적으로 다른 이사의 업무를 감시할 의무를 부담할 수는 없을 것이다. 이에 우리나라 대법원은 대법원 2008.9.11. 선고 2006다68636 판결 이른바 대우 분식회계 사건에서, 미국의 케어마크 판결⁴⁶⁾ 및 스톤 판결⁴⁷⁾을 벤치마킹하여, 회사가 합리적인 내부통제시스템을 구축하여 제대로 운영하고 있는 경우에는 대표이사 등의 다른 이사에 대한 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 추궁할 때 감면사유로 할 수 있다고 판결한 바 있다.⁴⁸⁾

최근 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결에서 회사가 합리적인 내부통제시스템을 갖추지 못한 경우 대표이사의 책임을 인정한 바 있다. 회사의 행위에 가담하지 않는 대표이사와 비업무담당이사의 경우도 과거 판례의 법리를 위법하다고 의심할 만한 사유가 없었다는 항변으로 책임을 벗어날 수 없고, 합리적인 내부통제시스템을 갖추고 이러한 시스템이 잘 운영되도록 배려해야 할 의무를 부담한다고 판시하였다.

그와 함께 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서는 준법감시를 위한 내부통제시스템의 구축 책임을 대표이사는 물론 사외이사와 비상임이사에게까지 확장하는 취지의 판결을 내린 바 있다.

아래에서는 우리나라 판례를 중심으로 기업 컴플라이언스 내지는 내부통제시스템과 관련된 이사의 감시의무의 구체적인 내용들을 검토해보고자 한다.

2. 감시의무 위반의 판단기준

(1) 판례에 따른 판단기준

(가) 의심할 만한 사유 기준(Red-Flag-Test)

우리나라 법원은 앞서 살펴보았듯이 1985년 대명모방 판결⁴⁹⁾ 이후 다수의 판결에서 주식회사 이사의 감시의무를 판단할 때 일반적인 기준으로 “위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 이를 방치한 때”라는 의심할만한 사유 기준을 적용해왔다.

대법원은 1985년 대명모방 판결에서 “주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이

45) 황현영, “이사의 감시의무와 내부통제시스템”, 「BFL」 제112호, 서울대학교 금융법연구센터, 2022, 88면.

46) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 956 (Del. Ch. 1996).

47) Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

48) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.

49) 대법원 1985.6.25. 선고 84다카1954 판결.

사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이기는 하나 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁾

즉, 이사가 업무집행에 있어 다른 이사의 직무위반행위를 방지하기 위하여 그들의 업무집행을 전반적으로 감시해야 할 감시의무를 부담하는데, 합리적인 이사라면 다른 업무담당이사의 업무집행에 있어서 조사의 필요성을 인정할 수 있는 계기 즉, 위법하다고 의심할만한 사유가 있을 때는 적극적인 조사의무까지도 인정할 수 있다는 것이다.⁵¹⁾

다만, 의심할 만한 사유 기준은 고도로 전문화되고 분업화된 임직원 조직을 가진 대규모 회사의 경우에는 내부적인 위임·전결 규정에 따라 각자의 이사가 자기 자신에게 주어진 직무를 수행하기 때문에 “위법하다고 의심할 만한 사유”를 적극적으로 발견하지 않고 외면할 우려가 존재한다.

대법원 2008.9.11. 선고 2006다68636 판결 이른바 2008년 대우 분식회계 사건은 “의심할만한 사유 기준(Red-Flag-Test)”을 직접 적용하기 어려운 대표적인 사례에 해당한다. 해당 사건에서 대우 계열사의 분식회계 사건에 대해 업무를 직접 지시한 대표이사와 회계업무담당이사에 대해서는 책임을 추궁할 수 있으나, 계열사의 대표이사 또는 다른 업무집행이사에 대해서는 사무분장을 핑계로 “의심할 만한 사유에 접하게 되는 상황 자체를 회피”하고 있었다.⁵²⁾ 즉, 이사가 의심할 만한 사정을 접할 수 있는 사정 자체를 접하지 못하였다고 주장하는 경우에는 “의심할 만한 사유 기준”으로는 일상적인 감시의 지속적인 해태에 대한 책임추궁이 어렵다는 한계가 있었다.⁵³⁾

(나) 내부통제시스템 기준(Caremark Test)

“내부통제시스템 기준”이란 고도로 분업화·전문화된 대규모 회사에서는 공동대표이사 및 업무집행이사가 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리한다고 하더라도 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게는 다른 이사들의 업무집행에 관해 감시하기 위하여 합리적인 정보 및 보고 시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무를

50) 한국상사법학회, 앞의 책, 737~738면.

51) 황현영, 앞의 논문, 88면.

52) 황현영, 앞의 논문, 88~89면.

53) 전준영, “내부통제시스템 구축의무와 이사의 책임”, 「상사법연구」 제40권 제4호, 한국상사법학회, 2022, 236~238면.

부담한다는 것이다.⁵⁴⁾

대법원 2008.9.11. 선고 2006다68363 판결에서는 “고도로 분업화·전문화된 회사에서는 공동 대표이사 및 업무집행이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시 의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다. 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, 위와 같은 지속적이거나 조직적인 감시 소홀의 결과로 발생한 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시한 바 있다.

즉, 이사회를 구성하는 모든 이사들은 내부통제시스템을 제대로 구축하고, 내부통제시스템이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 있고 나아가 내부통제시스템을 이용하여 회사 운영에 대한 감시·감독할 의무를 부담한다. 내부통제시스템을 구축하지 않거나 또는 운영이 미비함에도 불구하고 방치한 경우에는 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 회사에 손해가 발생한 경우에 이에 참여하지 않은 이사들도 회사의 손해에 대한 책임이 있다는 것이다.

대우 분식회계 사건(대법원 2008.9.11. 선고 2006다68363 판결)에서는 고도로 분업화·전문화된 대규모 회사에서 내부통제시스템 구축의무를 이사의 감시의무에 포함된다는 점은 명확히 하였으나,⁵⁵⁾ 이사가 감시의무를 다하기 위하여 내부통제시스템의 도입과 활용에 관해 구체적으로 어떤 행위를 해야 하는지는 불분명하였다.⁵⁶⁾

하지만 최근 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결 이른바 유니온스틸 사건에서는 “내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한하는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다.”고 내부통제시스템의 내용을 구체적으로 언급하였다.

유니온스틸 판결에서 내부통제시스템에 포함되어야 한다고 언급한 구체적인 기준은 다음과 같다.

- ① 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규의 체계적인 파악

54) 권순일 대표집필, 앞의 책, 218~219면.

55) 박세화, “이사의 선관주의무와 내부통제에 관한 회사법적 고찰”, 『법학연구』 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018, 49면.

56) 정경영, “주식회사 이사의 선관주의의무와 책임 - 최근 미국법상 논의와의 비교법적 검토를 중심으로” 『성균관법학』 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2016, 295면.

- ② 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규 준수 여부 관리
- ③ 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고
- ④ 시정조치 강구

즉, 판례에 따른 내부통제시스템은 내부회계관리제도, 윤리강령, 윤리경영교육 실시 등 일부 시스템에 국한되는 것이 아니라 포괄적·체계적으로 회사의 사업운영상 준수해야 할 제반 법규 전반을 감시·감독하고 나아가 위반사실 발견 시 신고·보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다.

(2) 판단기준의 적용

1985년 대법원 판결 이후 꾸준히 적용되어 왔던 “의심할 만한 사유 기준”은 대우 분식회계 사건, 유니온스틸 사건 등 후속 판결에서 이를 배제한다는 점을 명확히 실시하지 않았고, 오히려 이를 인정하는 취지의 판결이 내려졌기 때문에 여전히 모든 회사에 대해서 적용되는 감시의무 판단기준이라고 평가할 수 있다.

하지만 “이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업 상황 및 재무 상태에 따라 크게 다를 수 있음”을 전제로 특히 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서는 이사의 감시의무를 판단할 때에는 내부통제시스템을 구축하고 효율적으로 운영할 것을 요구하는 “내부통제시스템 기준”을 보완하고 있는 것으로 볼 수 있다.

업무분장이 고도화·분업화된 대규모 회사에서는 “의심할 만한 사유 기준”만으로는 사무분장 등을 이유로 이사의 감시의무의 적용이 유명무실해질 우려가 있으니 “내부통제시스템 기준”을 보충하여 이사의 감시의무를 판단하고 있다. 즉, 고도화·분업화된 대규모 회사에서 업무분장 등을 이유로 의심할 만한 사유 자체를 접하지 못하는 경우에 내부통제시스템 기준을 적용하여 이사의 감시의무 성립 근거를 보완하는 것이 대법원의 태도라고 볼 수 있다.⁵⁷⁾

한편, 우리나라 대법원 판결에 영향을 준 델라웨어 주 법원의 입장을 살펴보면 케어마크(Caremark) 판결⁵⁸⁾의 법리에 따른 내부통제시스템 기준을 적용할 때, 특히 규제가 집중된 산업군 회사의 핵심적인 사업영역(mission critical)에 대하여 이사의 내부통제책임을 더욱 강조하는 점도 주목할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 즉, 문제가 발생한 사업영역이 회사 내에서 가지는 의미를 이사의 내부통제책임 성립요소로 고려하고 있다. 또한, 델라웨어 주 법원은 ‘이사회 차원’의 정보보고 시스템 흠결이 내부통제시스템 미비와 연결된다는 판시를 반복하고 있고, 핵심적인 사항에 관하여는 경영진이 아닌 이사회 단계의 감시, 감독과 의사결정이 강조되는 경향이 점차

57) 전준영, 앞의 논문, 236~238면.

58) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

59) John Mark Zeberkiewicz & Robert B. Greco, “In re Clovis: Considering Caremark Claims After Marchand”, 33 INSIGHTS: CORP. & SEC. L. ADVISOR, Nov. 2019, pp.36~38.

강조되기 시작했다. 즉, 핵심사업영역(Mission Critical)의 위험은 이사회 차원에서 고도로 관리하고, 경영진에 전적으로 위임하는 것을 지양한다는 것이다.⁶⁰⁾

케어마크(Caremark) 기준 위반으로 이사의 책임을 묻는 청구는 완전한 실패 또는 의식적인 무시 등 엄격한 요건을 원고에게 증명하도록 했기 때문에 미국 회사법 내에서도 굉장히 어려운 청구에 해당했고, 그러한 이유에서 이사의 책임을 인정한 경우가 극히 드물었다.⁶¹⁾ 그러다 2019년 이후 갑자기 2019년 Marchand 판결⁶²⁾, 2019년 Clovis 판결⁶³⁾, 2020년 Hughes 판결⁶⁴⁾, 2020년 Chou 판결⁶⁵⁾, 2021년 Boeing 판결⁶⁶⁾ 등 케어마크(Caremark) 기준을 적용하여 이사의 감시의무 위반을 인정한 판결들이 연이어 내려졌다.⁶⁷⁾ 델라웨어 주 법원의 태도가 바뀌어 이사의 감시의무가 인정된 것은 델라웨어 주 회사법 제220조(주주의 회계장부 및 회사기록 등 열람권)에 대한 해석이 바뀌어 주주들이 자료를 얻기 더 수월해졌다는 점과 케어마크(Caremark) 기준이 “회사의 주요사업영역(Mission Critical)”이라는 개념을 통해서 발전되었기 때문이다.⁶⁸⁾

“회사의 핵심사업영역(Mission Critical)” 기준이란 회사가 내부통제시스템을 구축함에 있어서 회사의 주된 사업영역의 경우에는 이사회의 감독기능이 더욱 엄격하게 이뤄져야 한다는 것이다.

즉, 회사의 주된 사업영역에 대해서는 일반적인 회사가 갖춰야 할 내부통제시스템 구축에서 더 나아가 그 사업영역과 관련된 위험을 엄격하게 다룰 수 있는 시스템을 구축해야 한다는 것이다. 이러한 핵심사업영역(Mission Critical) 개념을 통해 케어마크(Caremark) 기준이 발전함에 따라서 2019년 이후 다수의 판결이 이사의 감시의무를 인정할 수 있게 되었다.

그리고 “회사의 주요사업영역(Mission Critical)”은 우리나라 2021년 유니온스틸 판결에도 영향을 미친 것으로 평가받고 있다.⁶⁹⁾

60) 전준영, 앞의 논문, 254~255면.

61) 송옥렬, 앞의 논문, 26면; 전준영, 앞의 논문, 243면 등.

62) Marchand v. Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019).

63) In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation, No. 2017-0222-JRS, 2019 WL 4850188 (Del. Ch. 2019).

64) Hughes v. Hu, No. 2019-0112-JTL, 2020 WL 1987029 (Del. Ch. 2020).

65) Teamster Local 443 v. Chou, No. 2019-0816-SG, 2020 WL 5028065 (Del. Ch. 2020).

66) In re The Boeing Company Derivative Litigation, No. 2019-0907-MTZ (Del. Ch. 2021).

67) 송옥렬, 앞의 논문, 26~27면.

68) 송옥렬, 앞의 논문, 32면.

69) 송옥렬, 앞의 논문, 37면.

3. 감시의무를 부담하는 이사의 종류

(1) 개관

의심할 만한 사유 기준이 적용된 1985년 대법원 판결 등 다수의 판결에서는 위법하다고 인정할 만한 사유가 있을 때에는 대표이사, 업무담당이사뿐만 아니라 평이사에게도 적극적 조사 의무(감시의무)를 인정하고 있다. 주식회사의 이사라면 대표이사뿐 아니라 업무담당이사나 평이사도 대표이사 또는 다른 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있다고 인정됨에도 방치한 경우 감시의무 위반에 해당할 수 있다는 점을 명확히 하고 있다.

내부통제시스템 기준도 의심할 만한 사유 기준과 마찬가지로 대표이사, 업무집행이사뿐만 아니라 평이사들도 감시의무를 부담한다는 것을 명확히 하고 있다. 다만, 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결 이른바 대우건설 사건에서는 사외이사에까지 감시의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하여 감시의무를 부담하는 이사의 종류를 확대하였다.

다만, 구체적인 지위와 사안에 따라 감시의무의 정도와 감시의무 위반 여부에 대한 판단은 달라질 수 있다. 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서도 회사에 부과된 과징금을 배상할 손해로 인정한 후 이사의 종류에 따라 조정된 금액을 인정하는 취지의 판결을 내려 대표이사, 업무집행이사, 평이사, 사외이사를 포함한 모든 이사가 감시의무를 부담하지만 책임의 범위에서는 차이가 있을 수 있다는 점을 언급하고 있다고 볼 수 있다.

기업 컴플라이언스에 관한 이사의 책임을 정리하면 <표-2>와 같다.

<표-2> 기업 컴플라이언스에 관한 이사와 감사의 책임⁷⁰⁾

주체	책임의 내용
이사회	내부통제시스템의 전반적인 내용 결정
대표이사, 업무담당이사	이사회에서 결정된 내부통제시스템을 구체적으로 구축·정비·운영
평이사, 사외이사	대표이사 및 업무담당이사가 내부통제시스템을 적절히 구축하고 정상적으로 운영하는지 감시
감사	이사들의 내부통제시스템 구축·정비·운영을 감사

70) 김영주, 앞의 논문, 291면.

(2) 대표이사

대표이사는 이사회의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무 집행을 감시할 권한과 책임이 있다.

대법원 판례에서도 “주식회사의 대표이사는 대외적으로 회사를 대표하고 대내적으로 업무 집행을 총괄하여 지휘하는 직무와 권한을 갖는 기관으로서 선량한 관리자의 주의로써 회사를 위해 충실하게 그 직무를 집행하고 회사업무의 전반에 걸쳐 관심을 기울여야 할 의무가 있으므로 다른 대표이사와 내부적인 사무분장에 따라 각자의 분야를 전담하여 처리하는 경우 다른 대표이사가 담당하는 업무집행에 관해서도 전반적으로 감시할 의무가 있다.”고 판시한 바 있다.⁷¹⁾

대표이사가 감시의무를 부담하는 것에는 이견이 없고, 나아가 대표이사가 회사의 업무집행 전반을 담당하고, 정보를 쉽게 취득할 수 있는 지위에 있다는 점, 회사 전 분야의 위험요소를 파악하고 방지할 권리와 의무가 있다는 등의 이유에서 비교적 엄격한 감시의무와 책임을 부담한다.⁷²⁾

(3) 업무담당이사

업무담당이사의 경우에는 대표권은 없더라도 그 직무의 성격상 회사의 업무집행을 전혀 담당하지 않는 평이사, 사외이사 등에 비하여 보다 높은 수준의 주의의무를 부담하여야 하므로 다른 이사 전체에 대하여 감시의무를 부담하는 대표이사의 감시의무와 차이가 없다.⁷³⁾

대법원 판례에서도 “일정한 업무분장하에 회사의 일상적인 업무를 집행하는 업무집행이사는 회사의 업무집행을 전혀 담당하지 아니하는 평이사에 비하여 보다 높은 주의의무를 부담한다고 보아야 한다.”고 판시한 바 있다.⁷⁴⁾

(4) 비업무담당이사, 사외이사

비업무담당이사(평이사)의 경우에는 이사회에 참석하여 법정의결사항에 관하여 의결권을 행사할 뿐 일상적인 업무집행에 관여하지 않기 때문에 이사회에 상정된 안건에 대하여만 소극적 감시의무를 부담한다(상법 제393조 제3항).

비업무담당이사(평이사)가 소극적 감시의무를 넘어서 이사회를 통하지 않은 사항을 포함한 업무 전반에 관하여 다른 이사에 대한 적극적 감시의무까지 부담하는지에 대하여 과거 견해

71) 대법원 2012.7.12. 선고 2009다61490 판결.

72) 전준영, 앞의 논문, 269면.

73) 권순일 대표집필, 앞의 책, 214~215면.

74) 대법원 2008.9.11. 선고 2007다31518 판결.

대립이 있었으나, 현재 통설과 판례는 비업무담당이사(평이사)도 이사회 구성원이고, 동일하게 선관주의의무를 부담한다는 점에서 이를 긍정하고 있다.⁷⁵⁾

다만, 직접 업무를 지시하는 대표이사와 직접 업무를 담당하는 업무담당이사에 비하여 그 주의의무와 책임의 정도는 비교적 낮다고 할 수 있다. 업무를 담당하는 이사에 의하여 적절한 내부통제의 외관이 만들어졌고 비업무담당이사가 이를 신뢰한 경우에, 그 신뢰의 합리적인 이유가 있는 경우에는 책임을 면할 가능성도 있다.⁷⁶⁾

상법 시행령 제40조 제2항에서는 준법통제기준을 정하거나 변경하는 경우에는 ‘이사회 결의’를 거쳐야 함을 명시하고 있다(상법 시행령 제40조 제2항). 대법원 2008.9.11. 선고 2006다 68834 판결 등에서도 기업 컴플라이언스(내부통제시스템)의 구축을 이사회 전체가 아닌 ‘개개의 이사들’에게 시스템을 구축할 의무가 있다고 하여 이사의 종류와 관계없이 내부통제시스템 구축을 통한 감시의무를 인정하고 있으므로, 사외이사도 당연히 의무를 부담한다. 다만, 사외이사는 사내 구성원 출신이 아니라는 제한이 있어서 회사의 사정에 정통할 수 없고, 본업을 가지고 있으므로 이사회가 개최되는 경우에만 한정적으로 회사에 개입하는 것이 가능하다는 특수한 사정이 있다.⁷⁷⁾

이를 반영하듯 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347판결에서 “회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있는데도 이를 외면하고 방치하는 등의 경우”에 한해 감시의무 위반을 인정할 수 있다고 하여 내부통제시스템이 구축·운영되고 있다면 사외이사 등의 책임을 제한할 수 있다고 판시한 바 있다.

4. 감시의무 위반의 효과와 항변

(1) 손해배상책임

감시의무는 선관주의의무의 한 형태로 파악하고 있기 때문에 선관주의의무 위반에 따른 효과와 동일하다. 감시의무를 위반하면 선관주의의무를 위반하여 임무를 게을리 한 것이 되므로 이사는 회사에 대한 손해배상책임을 부담한다(상법 제399조). 또한, 악의 또는 중과실로 감시의무를 위반하면 제3자에 대해서도 손해배상책임을 부담하게 된다(상법 제401조).

그리고 이사의 회사에 대한 책임에 대해서는 주주대표소송(상법 제403조) 또는 다중대표소

75) 권순일 대표집필, 앞의 책, 215면.

76) 전준영, 앞의 논문, 270면.

77) 전준영, 앞의 논문, 270면.

송(상법 제406조의2) 제소의 가능성도 존재한다. 감시의무 위반과 관련된 대부분의 판례가 주주대표소송 형태로 이뤄졌다는 것도 주목할 만한 사실이다.

(2) 이사의 종류에 따른 책임의 경감

위법성을 인식할 만한 사유 기준과 내부통제시스템 기준 등 두 가지 기준으로 내부통제의무 위반을 판단할 때 이사의 종류를 고려해야 할지가 문제될 수 있다.

물론 대법원 판례에서 이사의 내부통제시스템 구축을 통한 감시의무는 대표이사나 업무담당이사뿐 아니라 사외이사, 기타 비상임이사에게도 부담한다고 판시한 점을 고려하면, 내부통제시스템 구축의무 역시 이사의 종류를 불문하고 인정된다고 보아야 할 것이다. 즉, 회사에 내부통제시스템 자체가 구축되어 있지 않거나 현저히 미비한 경우에는 이사별로 책임의 정도가 달라지지 않을 것이다.⁷⁸⁾

하지만 내부통제시스템이 적절히 구축되어 있고, 제대로 운영되고 있다면 이사 종류에 따라 업무분장, 자료접근성 등을 고려하여 책임의 정도가 달라질 수 있는 여지도 있다.⁷⁹⁾

먼저, 대표이사와 업무집행이사에게는 비교적 엄격한 내부통제시스템을 통해 감시의무와 책임이 인정된다는 점이 명확하다.

업무를 담당하지 않는 평이사와 사외이사의 경우에도 기존의 “위법한 것을 인식할 만한 사유 기준”에서는 그 사정을 몰랐다는 사정으로 면책의 가능성이 있었으나, 내부통제시스템 기준에서는 그 사정만으로 면책되기 어려워 내부통제시스템 구축 및 운용에 관한 책임이 있다는 점은 분명하다. 판례는 ‘개개의 이사들’에게 시스템을 구축할 의무가 있다고 하여 이사의 종류와 관계없이 내부통제시스템 구축의무를 인정하고 있으므로,⁸⁰⁾ 사외이사도 당연히 내부통제시스템 구축을 통한 감시의무 및 책임을 부담한다.

하지만 평이사 및 사외이사는 대표이사, 업무집행이사에 비해서 회사의 업무집행에 관한 자료의 접근성이 떨어지고 이사회가 개최되는 경우 이사회 안전에 한해 회사에 개입한다. 특히, 사외이사는 사내 구성원이 아니므로 이러한 점이 더욱 부각된다.⁸¹⁾

따라서 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사, 평이사는 내부통제시스템이 전혀 구축되지 않았거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있는 경우 이를 외면하고 방치한 경우에 한해서 감시의무 위반으로 인한 책임을 부담한다고 보아야 한다.⁸²⁾ 즉, 내부통제시스템이 적절히 구축되어 있고, 제대로 운영되고 있는 경우 외견상 정상적인 업무집행으

78) 丹羽 はる香, “内部統制システムと取締役の責任”, 「同志社大學」 34310甲 第761号, 2016, 98頁.

79) 전준영, 앞의 논문, 269면.

80) 대법원 2008.9.11. 선고 2006다68834 판결.

81) 丹羽 はる香, 前掲論文, 95면.

82) 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347판결.

로 보여 신뢰할 수 있는 합리적인 이유가 있다면 평이사, 사외이사의 책임을 제한할 수 있을 것이다.

물론 평이사, 사외이사가 정당한 사유 없이 이사회에 출석하지 아니하여 위법·부당한 결의를 방지하지 못했다면, 당연히 감시위반으로 인한 책임을 부담할 것이다.⁸³⁾ 그리고 의사회에 출석하여 찬성 의사를 표시했다면 당연히 책임을 부담한다.

(3) 이사의 책임에 대한 항변

(가) 개관

이사가 기업경영 등에 대하여 감시의무를 다하지 못해 책임을 부담한다고 하더라도 일정한 사유에 대해서는 면책 주장을 할 수 있는 여지가 있을 것이다.

내부통제시스템을 구축함에 있어 어떤 내용을 포함시킬 것인지는 경영판단으로 보아 일부 부족한 사항이 있더라도 이사의 책임을 면제할 수 있을지 논의해볼 수 있을 것이다(경영판단의 원칙). 그리고 대규모의 전문화·분업화된 조직에서는 내부통제시스템이 구축되어 있다면 다른 이사들 또는 종업원의 업무수행이 외견상 정상적으로 이뤄지고 있는 경우는 그에 대한 신뢰를 이유로 면책을 주장할 수도 있을 것이다(신뢰의 원칙).⁸⁴⁾ 그리고 실제로 회사의 손해가 발생했다고 하더라도 이사의 책임을 상당한 인과관계가 있는 손해로 한정하는 것도 검토해볼 수 있을 것이다(인과관계이론).

(나) 경영판단의 원칙

1) 논의의 개요

경영판단의 원칙이란 이사 등이 기업의 최대이익을 위하여 불공정을 의심할 만한 절차적·관계적 사유 없이 합리적으로 판단하여 업무집행을 했다면 결과적으로 회사에 손해가 있더라도 이사의 임무해태를 묻지 않는다는 법리이다.⁸⁵⁾ 이사들이 내부통제시스템 구축 등 감시의무 위반으로 책임을 지는 경우 경영판단의 원칙을 적용하여 책임을 경감하거나 면책할 수 있는지 검토해볼 수 있는 여지가 있다.⁸⁶⁾

83) 정준우, 앞의 논문, 241~242면.

84) 육태우, 앞의 논문, 330면.

85) 한석훈, 「비즈니스범죄와 기업법」, 성균관대학교 출판부, 2018, 200면.

86) 전준영, 앞의 논문, 273면.

2) 학설의 대립

내부통제시스템 구축과 관련하여 경영판단원칙을 적용할 수 있는지에 관해서는 다음의 세 가지 학설이 대립한다.

① 긍정설 : 내부통제제도 구축과 관련된 문제가 생겼을 경우 이사가 그 사안에 대해서 신중한 결정 과정을 거쳤음을 입증할 수 있다면 경영판단원칙을 근거로 책임을 면할 수 있다는 견해⁸⁷⁾

② 부정설 : 경영판단원칙을 적용하면 이사의 내부통제에 대한 부적절하거나 소극적인 태도가 광범위하게 방치되어 폐해가 회사 전반에 걸쳐 장기간 발생할 우려가 있다는 점에서 부정적으로 보는 견해⁸⁸⁾

③ 절충설 : 내부통제시스템 자체를 구축하지 않은 경우에는 경영판단의 원칙을 적용할 수 없으나, 내부통제시스템을 구축했다면 구체적 내용을 어떻게 구축할 것인가에 대해서는 경영판단의 원칙에 따라 이사의 재량을 인정할 수 있다는 견해⁸⁹⁾

생각건대, 내부통제시스템 구축 자체는 반드시 구축해야 하지만 그 구체적인 내용은 회사의 사업영역, 이사 및 종업원을 포함한 구성원 등에 따라서 달라질 수 있기 때문에 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는 여지가 있을 것이다.⁹⁰⁾

그리고 법규 위반 등 법률위험에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용될 수 없으나 나머지 위험에 대해서는 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는 여지가 있을 것이므로 절충설이 타당하다고 생각된다. 아래에서는 절충설을 기초로 내부통제시스템에 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는지를 논의한다.

3) 검토

① 내부통제시스템 구축하지 않을 판단을 할 수 있는지 여부

2008년 대우 분식회계 판결, 2021년 유니온스틸 판결, 2022년 대우건설 4대강 판결 등에서 일관되게 판시했듯이 내부통제시스템은 이사의 감시의무 및 선관주의의무 준수를 위해서 반드시 구축해야 한다.

다만, 내부통제시스템을 구축함에 있어서 그 구체적인 내용은 회사의 사업영역, 이사 및 종업원을 포함한 구성원 등에 따라서 달라질 수 있기 때문에 어떤 내용, 어느 정도로 내부통제시스템을 구축할 것인지에 대하여는 경영판단의 원칙이 적용될 수 있을 것이다.

즉, 내부통제시스템 자체를 구축하지 않는 경우를 제외하고, 내부통제시스템에 관해 어떤

87) 서완석, 앞의 논문, 306면.

88) 박세화, 앞의 논문, 53면.

89) 전준영, 앞의 논문, 273~274면.

90) 田中巨, 「會社法」第3版, 東京大學出版會, 2018, 273頁.

위험에 대해 어느 정도의 시스템을 구축할 것인지를 결정하는 경우 또는 이미 갖춰진 내부통제시스템의 내용을 수정할 때는 경영판단원칙이 적용될 수 있다.⁹¹⁾

② 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는 위험

경영판단의 원칙은 내부통제시스템에서 고려되어야 할 여러 위험 중에서 법률위험(법규 위반)을 제외한 영역에 적용될 수 있을 것이다.

법을 위반한 행위에 대하여는 경영판단의 원칙이 적용될 수 없으므로 법에 정해진 내부통제시스템을 구비하지 못한 경우에는 이를 경영판단이라 주장할 수 없을 것이다.⁹²⁾

법률위험을 제외한 영역이 극히 드물기 때문에 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는 경우가 매우 제한적이라는 비판이 있을 수 있는데, 앞서 살펴 본 2019년 이후 미국의 판결에서 “회사의 주요사업(Mission Critical)”에 대해서 엄격한 감시의무를 부여하고 있다는 점을 고려하면 적용 여지는 충분하다고 생각된다.

즉, 법률위험의 경우에는 경영판단의 원칙이 적용될 수 없지만, 내부통제시스템 구축함에 있어 경영판단의 원칙에 따라 회사의 사업위험을 통제함에 있어서 합리적 이유가 있다면 이사의 책임을 면제할 가능성도 존재한다.

③ 내부통제시스템 구축의 정도

내부통제시스템을 구축하기만 하면, 내부통제시스템에 대상이 되는 위험과 통제의 정도가 충분하지 않더라도 경영판단의 원칙이 적용되어 면책될 수 있을 것인지가 문제된다.

생각건대, 내부통제시스템의 구체적 내용 즉, 대상위험과 통제의 정도는 경영판단의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 즉, 내부통제시스템 자체를 구축했다면 불충분하거나 미흡하더라도 그러한 시스템을 갖추게 된 합리적인 이유를 입증할 수 있다면 경영판단의 원칙을 적용하여 면책을 주장할 수 있는 여기가 있을 것이다.⁹³⁾

하지만 내부통제시스템 구축에 경영판단의 원칙을 기초로 한 재량이 있다고 하더라도 어떤 위험에 대해 어느 정도의 시스템을 구축할 것인지에 대해서 합리적인 이유가 있어야 하므로 현저하게 불합리하거나 최저 수준을 밑도는 체제를 구축한 경우에는 경영판단의 원칙을 이유로 면책할 수 없을 것이다.⁹⁴⁾

또한, 회사의 핵심사업 영역에 대해서는 강화된 내부통제시스템을 구축해야 되므로 경영판단의 원칙이 적용되는 사례는 극히 드물 것이라 생각된다.

91) 岩本文男, “取締役の 内部統制システム構築義務について”, 「法科大學院論集」 第14号, 2018, 112頁.

92) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

93) 전준영, 앞의 논문, 273면.

94) 岩本文男, 前掲論文, 112頁.

(다) 신뢰의 원칙

1) 논의의 개요

대규모의 조직화·분업화된 회사에서는 이사라고 하더라도 모든 업무를 파악하기 어렵기 때문에 사무분장에 따라 자신의 책임이 아닌 영역에 대해서 외견상 의심할 만한 사유가 없다면 다른 이사 또는 종업원의 업무수행을 신뢰할 수밖에 없다는 주장을 할 수도 있다.⁹⁵⁾

물론 미국의 케어마크(Caremark) 판결과 이를 수용한 우리나라 2008년 대우 분식회계 판결 등 최근의 판결들이 사무분장을 이유로 ‘의심할 만한 사유’를 인지조차 하지 않는 경우에도 다른 이사들의 업무집행에 대해서 감시의무를 부여하고 있기 때문에 신뢰의 원칙을 무제한적으로 인정할 수는 없을 것이다.

내부통제시스템이 제대로 구축되고 동시에 정상적으로 운영되고 있는 경우, 다른 이사 또는 종업원의 잘못된 업무집행 또는 부정행위가 겉으로는 정상적으로 보인다면 이때는 신뢰의 원칙을 적용하여 이사의 책임을 면책할 수 있을지 문제된다. 또한, 업무를 담당하지 않는 평이사 또는 사외이사의 경우에는 내부통제시스템이 적절히 구축되고 정상적으로 운영되고 있는 경우 발생한 잘못된 업무집행 또는 부정행위의 경우에도 감시의무 자체를 면할 수는 없더라도 신뢰의 원칙을 근거로 책임을 경감할 수 있을지 문제된다.

2) 외국의 경우

신뢰의 원칙은 영국의 1901년 Dovey 판결⁹⁶⁾ 이후 확립된 원칙인데, 이에 따르면 업무분장이 나뉘어져 있는 경우 업무집행이사는 위임받을 임직원의 선임단계부터 합리적인 주의의무를 다해야 하고 다른 임직원의 주의(Care), 기술(Skill), 성실(Diligence)에 의심할 만한 사유가 존재하지 않아 그를 신뢰한 경우 감시의무를 위반하지 않았다고 평가할 수 있다.⁹⁷⁾

일본에서도 판례를 중심으로 내부통제시스템이 구축된 경우 이사는 다른 이사 또는 종업원이 각각 성실하게 업무수행을 하고 있다고 신뢰하고 자신의 업무를 적절하게 수행하면 된다는 신뢰의 원칙이 확립되어 있다.⁹⁸⁾ 하지만 일본에서도 신뢰의 원칙을 이유로 이사가 책임을 회피하는 것을 방지하기 위하여, 적어도 합리적인 내부통제시스템이 구축되어 유효하게 기능하고 있을 때에 한하여 신뢰의 원칙을 적용하고 있다.⁹⁹⁾

95) 전준영, 앞의 논문, 274면.

96) Dovey v. Cory [1901] AC 477 (HL).

97) 송옥렬, 앞의 논문, 16~17면.

98) 岩本文男, 前掲論文, 113頁.

99) 岩本文男, 前掲論文, 115頁.

3) 검토

내부통제시스템 구축을 이사의 감시의무의 주된 내용으로 평가하는 법원의 입장을 고려하면 신뢰의 원칙을 무제한적으로 인정할 수는 없지만 내부통제시스템이 적절하게 구축되어 있고 정상적으로 운용되고 있는 경우에 한해서 신뢰의 원칙을 적용할 수 있을 것이다.¹⁰⁰⁾

구체적으로 ① 대표이사, 업무집행이사의 경우에는 신뢰의 원칙을 이유로 감시의무를 면책할 수 있는 경우가 극히 드물 것이지만, 법률위험에도 해당하지 않고 회사의 핵심 사업이 아닌 영역에서 정상적으로 작동하고 있는 내부통제시스템에도 불구하고 부적절한 업무집행 또는 부정행위가 발생하는 경우에는 신뢰의 원칙을 적용할 수도 있을 것이다.

그리고 ② 평이사 또는 사외이사의 경우는 내부통제시스템이 적절히 구축되고 정상적으로 운영되고 있다면 다른 이사 또는 종업원이 정상적으로 업무를 수행하고 있다고 신뢰할 수 있을 것이다.¹⁰¹⁾ 이때는 신뢰의 원칙을 적용하여 신뢰가 정당하다면 ‘의도적 외면’이 없다고 보아 책임을 경감할 수 있을 것이다.¹⁰²⁾

(4) 인과관계

이사가 감시의무를 위반하면 선관주의의무를 위반하여 임무를 게을리 한 것이 되므로 상법 제399조에 따라 회사에 대한 손해배상책임을 부담한다. 이때, 손해배상책임의 범위는 이사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무해태와 상당한 인과관계가 있는 손해로 한정될 것이다.¹⁰³⁾

내부통제시스템 구축과 관련해서는 내부통제시스템을 구축하지 않았거나 제대로 작동하지 않았다는 사실과 상당한 인과관계가 있는 손해만 책임을 부담한다고 주장할 수 있는지 문제가 될 수 있다. 이에 대해서 우리나라 대법원은 직접적으로 검토를 하지 않고 있지만, 실무적으로 이사가 “내부통제시스템이 있었다라도 해당 부정행위를 방지할 수 없었다.”고 주장할 수 있을 것이라는 견해가 있을 뿐이다.¹⁰⁴⁾

반면에, 일본의 경우는 이사의 내부통제시스템 구축 관련 임무 해태를 판단하기 위해 내부통제시스템 구축여부와 미비여부 등 아래의 2단계 심사에 따라 인과관계를 판단한다.¹⁰⁵⁾

① 회사 내의 내부통제시스템에 미비가 있었는지를 심사한다.¹⁰⁶⁾ 이때, 회사의 업무와 관련되어 예상되는 부정행위를 방지할 수 있는 통상적인 수준의 내부통제시스템을 구축하고 있는

100) 전준영, 앞의 논문, 274~275면.

101) 岩本文男, 前掲論文, 115頁.

102) 전준영, 앞의 논문, 275면.

103) 대법원 2005.4.29. 선고 2005다2820 판결.

104) 전준영, 앞의 논문, 271면.

105) 전준영, 앞의 논문, 259면.

106) 岩本文男, 前掲論文, 109頁.

지가 판단기준이 된다.¹⁰⁷⁾ 1단계 판단에서 통상적으로 예상되는 부정행위를 방지할 수 있는 시스템이 무엇인지 명확하지는 않지만, 회사 및 동종업계에서 발생한 선행 사건이나 사고 등을 분석한 후 향후 발생할 수 있는 현상을 예측해 업계 표준 정도의 체제를 정비하면 ‘통상적’인 구조를 갖추었다고 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

② 내부통제시스템이 구축은 되었지만 미비한 경우 그 미비와 부정행위 사이에 상당한 인과관계가 있었는가를 심사한다.¹⁰⁹⁾ 즉, 이사가 구체적으로 문제된 부정행위를 사전에 예견해야 하는 특별한 사정이 있었음에도 불구하고 내부통제시스템이 미비하여 이로 인해 부정행위가 발생했는지를 중심으로 평가한다.¹¹⁰⁾

일본 법원은 이러한 2단계 심사를 통해서 내부통제시스템 구축을 통해 이사의 감시의무 위반여부를 검토하면서 각 이사의 예견가능성을 적극적으로 검토하여 결론의 구체적 타당성을 도모하는 것으로 보인다.¹¹¹⁾ 즉, 일본에서는 이사가 구체적으로 문제된 부정행위를 사전에 예견해야 하는 특별한 사정이 있었음에도 불구하고 이를 내부통제시스템에 반영하지 못해 발생한 손해에 한하여 책임을 부담한다.¹¹²⁾

다만, 일본의 인과관계 판단을 엄격한 조건설의 입장을 취하고 있어 상당인과관계를 인정하는 우리나라 법원의 입장을 고려할 때 인과관계를 판단함에 있어서는 그대로 적용할 수는 없을 것이다.¹¹³⁾

하지만 이사의 책임이 인정되는 경우 손해분담의 공평이라는 관점에서 책임을 경감함에 있어서 구체적 타당성을 추구하기 위한 방안으로 검토해볼 수 여지도 있을 것이다.¹¹⁴⁾

IV. 요약 및 개선방안

1. 요약

대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결에서 회사가 합리적인 내부통제시스템을 갖추지

107) 岩本文男, 前掲論文, 109頁.

108) 岩本文男, 前掲論文, 109頁.

109) 丹羽 はる香, 前掲論文, 5~7頁.

110) 岩本文男, 前掲論文, 109頁.

111) 전준영, 앞의 논문, 259~260면.

112) 岩本文男, 前掲論文, 109頁.

113) 상당인과관계의 개념상 위법행위와 손해 사이에 반드시 조건적 관계가 인정되어야 하는 것은 아니고, 내부통제시스템이 모든 위법행위를 완벽하게 방지할 수 있는 것도 아니기 때문에 인과관계를 엄격히 판단할 필요가 없기 때문이다. 伊藤靖史・大杉謙一・田中亘・松井秀征, 「會社法」 第5版, 有斐閣, 2021, 186~187頁.

114) 전준영, 앞의 논문, 272면.

못한 경우 대표이사의 책임을 인정하였다. 회사의 행위에 가담하지 않는 대표이사와 비업무담당이사의 경우도 과거 판례의 법리를 위법하다고 의심할 만한 사유가 없었다는 항변으로 책임을 벗어날 수 없고, 합리적인 내부통제시스템을 갖추고 이러한 시스템이 잘 운영되도록 배려해야 할 의무를 부담한다고 판시하였다. 그리고 그와 함께 대법원 2022.5.12. 선고 2021다 279347 판결에서는 준법감시를 위한 내부통제시스템의 구축 책임을 대표이사는 물론 사외이사와 비상임이사까지 확장하였다. 이러한 최근 두 건의 대법원 판결의 법리는 이른바 대우 분식회계 사건으로 불리는 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결의 법리를 계승·발전시킨 것으로 볼 수 있다. 2008년 대우 분식회계 사건은 미국의 케어마크(Caremark) 판결에서 제시된 기준을 따른 것으로 평가받고 있다.

1985년 이후 대법원은 “의심할 만한 사유”가 있는 경우에 한해서 이사의 적극적 감시의무를 인정했는데, 전문화·분업화된 대규모의 회사의 경우에는 사무분장을 이유로 의심할 만한 사유를 접할 수 있는 기회 자체가 없었다는 이유로 이사의 감시의무를 사실상 유명무실하게 하는 사례가 발생했고, 이에 기존의 “의심할 만한 사유 기준”에 더해 “내부통제시스템 기준”을 보충한 것이다. 또한, 미국 델라웨어 주 판결에서 제시된 “핵심 사업영역(Mission Critical)” 기준을 더해서 회사의 핵심사업 영역에 대해서는 내부통제시스템을 통해 보다 엄격한 감시의무를 부담하는 것이 우리나라 대법원의 태도로 이해할 수 있다.

이러한 논의를 바탕으로 우리나라 판례의 법리에서 제시된 기업 컴플라이언스(내부통제시스템) 구축과 이사의 감시의무에 대한 관계를 의의, 근거, 주제, 판단기준, 내부통제시스템의 구체적 내용, 감시의무의 정도와 한계, 위반 시 책임을 중심으로 논의하였다.

기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 논의는 금융회사의 회계감시로 시작하여 준법감시, 회사경영상 위험 통제, 부패방지의 내용을 포함하기 시작하였고, 최근에도 그 범위가 점점 더 넓어지고 있다. 또한, 2022년 초 중대재해처벌법이 제정되는 등 기업경영과 관련한 다양한 법적 환경에 변화가 있다. 즉, 회사의 준법경영 또는 기업 컴플라이언스 준수의 중요성이 더욱 커지고 있다.

이에 따라 학계에서 이사의 감시의무와 내부통제시스템에 대한 많은 논의가 이뤄지고 있는데, 이와 함께 업종별, 회사의 규모별 내부통제시스템 구축을 위한 실무계의 논의도 함께 이뤄져야 할 것이다. 예컨대 내부통제시스템에 포함되는 대상 위험, 상법 및 특별법령에서 정하는 여러 조직들 및 위원회 등의 통합적인 정비, 회사 내부 보고계통 및 시정조치 전담부서 등에 대한 논의가 포함되어야 할 것이다.¹¹⁵⁾ 또한, 이를 뒷받침하는 학계의 연구도 지속적으로 이뤄져야 할 것이다.

115) 이에 대한 실무적인 연구로는 조창훈, “Compliance 시스템 구축의 실무적 이슈 검토 - 효과적 Compliance 기능과 Compliance Committee 유형 -”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017, 79~108면 참조.

한편, 미국 2017년 전사적 위험관리체계(2017 ERM) 등에서는 컴플라이언스의 개념을 전사적 위험관리까지 확장하였는데, 여기에 ESG 위험까지 포함시키자는 최근의 논의가 있다. 하지만 이는 앞서 살펴본 바와 같이 이사의 감시의무 위반에 따른 책임의 문제와 연결되므로 신중하게 검토되어야 하는데, 이에 관해서는 후속 연구에서 자세히 다루고자 한다.

마지막으로 지금까지의 논의를 바탕으로 기업 컴플라이언스와 관련된 몇 가지 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

2. 개선방안

(1) 통합적 · 체계적인 컴플라이언스 규율

상법 시행령 제40조 제2항에서는 준법통제기준을 정하거나 변경하는 경우에는 '이사회'의 결의를 거쳐야 함을 명시하고 있다(상법 시행령 제40조 제2항). 우리나라 대법원은 이에 대해 기업 컴플라이언스(내부통제시스템)의 구축을 이사회 전체가 아닌 이사회를 구성하는 개별 이사의 의무로 파악하고 있다.¹¹⁶⁾

기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 구축은 이사회'의 전권사항에 해당하는데, 이사회 내에 준법통제위원회 또는 위험관리위원회 등 위원회가 설치된 경우에는 해당 위원회에 준법통제기준 정비'를 위임할 수 있다(상법 제393조의2 제2항).¹¹⁷⁾

이에 따라 이사회는 내부통제시스템 정비의 기본방침을 결정하면 되고, 구체적인 내부통제시스템의 구축은 준법통제위원회 또는 위험관리위원회 등 위원회에 위임될 수도 있고, 담당이사 또는 집행임원에게 위임될 수도 있다.¹¹⁸⁾ 업무담당이사 또는 집행임원은 선관주의의무를 다하여 그 위임받은 시스템을 정비하고, 그 밖의 다른 이사를 비롯한 이사회는 담당이사·집행임원을 감독하게 된다.¹¹⁹⁾

즉, 기업 컴플라이언스 또는 내부통제시스템 구축 및 운용은 궁극적으로 이사의 권한이자 의무라고 할 수 있지만, 상법 등에서는 준법지원인 또는 준법감시인을 두어 내부통제기준 및 내부통제시스템에 관한 업무를 담당하도록 하고 있다.¹²⁰⁾

우리나라 상법은 준법통제기준을 두어야 하는 상장회사에 그 기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 준법지원인 1인 이상을 두도록 하였다(상법 제542조의13 제2항). 또한, 금융회사의 지배구조에 관한 법률에서는 금융회사가 내부통제기준을 마련하게 하고, 준법감시인 1인 이상을

116) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.

117) 박세화, 앞의 발표문, 39면.

118) 육태우, 앞의 논문, 313면.

119) 육태우, 앞의 논문, 313면.

120) 박세화, 앞의 발표문, 41면.

두게 하였으며, 위험관리기준 제정, 위험관리위원회 설치 및 위험관리책임자 1인 이상 선임에 대해서도 의무화시키고 있다(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제16조 제1항, 제24조 제1항, 제25조 제1항, 제27조 제1항, 제28조 제1항).¹²¹⁾

우리나라에서는 실무적으로 준법지원인 또는 준법지원부서가 대표이사나 대표집행임원의 직속 하에 있는 것이 일반적이는데, 이 경우 이사회는 대표이사나 집행임원을 통해서 준법지원인의 업무수행 및 준법통제시스템의 운용 상황을 보고받는 절차를 통해 이들을 평가하고 관리하게 될 것이다.¹²²⁾ 이사회는 이와 같은 보고절차 확보 및 유효성 평가를 바탕으로 준법통제보고서를 작성한다.

위에서 언급한 바와 같이 우리나라에서 내부통제제도는 특정업종에 국한된 제도가 아닌데, 금융회사, 은행 등 특별법에서 이를 복잡하게 규정하고 있다.

예를 들면, 상법 제542의13 제1항에서는 준법통제기준에 대해 “법령을 준수하고 회사경영을 적법하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차”라고만 언급되어 있을 뿐이다. 상법 시행령 제40조 제1항에서도 제1항 제1호~제9호의 사항을 포함해야 한다고 언급하고 있지만 그 내용을 살펴보면 준법통제기준 자체에 포함되어야 할 내용에 대해서 규정하지 못하고 있다.

또한, 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제24조에 따른 내부통제규정(한국산업은행규정)에서는 내부통제에 관하여 구체적인 사항들을 규정하고 있다. 특히, 내부통제규정 제4조에서는 내부통제체제를 운영측면(내부통제활동의 효율성 및 유효성), 회계 및 정보측면(재무 및 경영정보의 신뢰성, 완전성 및 적시성), 법규준수측면(관계법령, 감독규정 및 내규의 준수)으로 나누고 있는데 이는 은행 등 금융회사뿐만 아니라 일반 상장회사도 갖춰야 될 내부통제체계라고 판단된다.

따라서 이러한 점을 개정하여 일본 회사법의 경우처럼 상법(회사편)에서 내부통제제도에 대한 일반적인 사항을 규율하고, 개별 업종에 따라 추가적으로 요구되는 내부통제제도 및 기준에 대해서 상법의 내부통제제도에 더하여 추가 요건을 기술하는 방식으로 정리하는 것이 타당할 것이다.¹²³⁾

또한, 여기에 덧붙여 대법원 판례에서 제시하였던 ① 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규의 체계적인 파악, ② 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규 준수 여부 관리, ③

121) 이상복, “기업의 컴플라이언스와 책임에 관한 미국의 논의와 법적 시사점”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017, 29면.

122) 손영화, “내부통제와 준법지원인제도”. 「선진상사법률연구」 통권 제60호, 법무부 상사법무과, 2012, 163면.

123) 동지 : 육태우, “미국에서의 기업 컴플라이언스의 발전 - 제도적 진화과정 및 최근의 판례법상의 적용 -”, 「강원법학」 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 168면; 정대, “대회사 이사의 내부통제의무와 책임에 관한 연구 - 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368판결을 중심으로 -”, 「경제법연구」 제20권 제3호, 한국경제법학회, 2021, 126면; 이효경, “일본의 내부통제제도 및 사례에 대한 검토”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017, 72면 등.

위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고, ④ 시정조치 강구 등 4단계 내부통제시스템이 갖추어야 할 내용도 함께 규정해야 한다고 생각된다.

즉, 내부통제규정에 있는 사항 중에서 모든 회사가 갖춰야 할 사항들은 상법에서 규정하고, 개별회사의 사업영역에서 특별히 중요시되는 사항만 별도의 법률에서 규정하는 것이 타당할 것이다. 예컨대, 금융회사에서 특별히 중요시되는 사항들만 금융회사의 지배구조에 관한 법률 등에서 규정하는 방안이다. 또한, 병원·의사 등과 공급관계에서 리베이트 문제가 빈번하게 발생하는 제약회사의 경우는 약사법 등 관련 법률에서 규정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

물론, 회사의 업종 특성에 따라 전형적인 위법행위와 부패행위의 양상이 다르기 때문에 법률에서는 상법을 중심으로 대강의 내부통제시스템에 대해서 규정하고, 개별 법률에서 해당 업종에서 특별히 주의해야 할 위험관리에 대해서 규정하는 것이 현실적인 방안이 될 것이다.¹²⁴⁾

또한, 관련 업무수행에 관해서도 준법지원인, 준법감시인, 위험관리책임자 등 개별법에서 별도로 규정하고 있는데, 이들의 업무가 중첩되는 영역도 상당하고 그 책임관계가 명확하지 못하기 때문에 이에 대해서도 정비하는 것이 타당할 것이다.

〈표-3〉 내부통제시스템 및 내부통제인에 관한 상법 개정(안)

현행	개정(안)
제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)	제542조의13(<u>내부통제기준 및 내부통제인</u>)
① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 “준법통제기준”이라 한다)를 마련하여야 한다.	① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 회사가 사업상 준수해야 할 제반 법령과 위험을 체계적으로 파악하고 이를 준수 또는 대응하지 아니할 때 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구함으로써 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 <u>내부통제에 관한 기준 및 절차</u> (이하 “ <u>내부통제기준</u> ”이라 한다)를 마련하여야 한다.
② 제1항의 상장회사는 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(이하 “준법지원인”이라 한다)을 1명 이상 두어야 한다.	② 제1항의 상장회사는 <u>내부통제기준</u> 의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(이하 “ <u>내부통제인</u> ”이라 한다)을 1명 이상 두어야 한다.
③ 준법지원인은 준법통제기준의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 한다.	③ <u>내부통제인</u> 은 <u>내부통제기준</u> 의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 한다.

124) 천경훈, “부패방지과 회사법”, 「경제법연구」 제18권 제2호, 한국경제법학회, 2019, 111면.

현행	개정(안)
④ 제1항의 상장회사는 준법지원인을 임명하려면 이사회 결의를 거쳐야 한다.	④ 제1항의 상장회사는 <u>내부통제인</u> 을 임명하려면 이사회 결의를 거쳐야 한다.
⑤ 준법지원인은 다음 각 호의 사람 중에서 임명하여야 한다. 1. 변호사 자격을 가진 사람 2. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 법률학을 가르치는 조교수 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람 3. 그 밖에 법률적 지식과 경험이 풍부한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람	⑤ 내부통제인은 다음 각 호의 사람 중에서 임명하여야 한다. 1. 변호사 자격을 가진 사람 2. 회계사 자격을 가진 사람 3. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 법률학, 회계학을 가르치는 조교수 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람 4. 회사의 주요핵심사업과 관련하여 <u>부장급 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람</u> 5. 그 밖에 <u>법률·회계·회사의 주요핵심사업 관련</u> 지식과 경험이 풍부한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람
⑥ 준법지원인의 임기는 3년으로 하고, 준법지원인은 상근으로 한다.	⑥ <u>내부통제인</u> 의 임기는 3년으로 하고, <u>내부통제인</u> 은 상근으로 한다.
⑦ 준법지원인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다.	⑦ <u>내부통제인</u> 은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다.
⑧ 준법지원인은 재임 중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다.	⑧ <u>내부통제인</u> 은 재임 중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다.
⑨ 제1항의 상장회사는 준법지원인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 하여야 하고, 제1항의 상장회사의 임직원은 준법지원인이 그 직무를 수행할 때 자료나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실하게 응하여야 한다.	⑨ 제1항의 상장회사는 <u>내부통제인</u> 이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 하여야 하고, 제1항의 상장회사의 임직원은 <u>내부통제인</u> 이 그 직무를 수행할 때 자료나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실하게 응하여야 한다.
⑩ 제1항의 상장회사는 준법지원인이었던 사람에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 된다.	⑩ 제1항의 상장회사는 <u>내부통제인</u> 이었던 사람에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 된다.
⑪ 준법지원인에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. 다만, 다른 법률의 규정이 준법지원인의 임기를 제6항보다 단기로 정하고 있는 경우에는 제6항을 다른	⑪ <u>내부통제인</u> 에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. 다만, 다른 법률의 규정이 <u>내부통제인</u> 의 임기를 제6항보다 단기로 정하고 있는 경우에는 제6항을 다른

현행	개정(안)
법률에 우선하여 적용한다.	법률에 우선하여 적용한다.
<신설>	⑫ 내부통제인은 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」, 「주식회사등의 외부감사에 관한 법률」 등 다른 법령에 따라 선임하는 준법감시인, 위험관리책임자 및 내부회계관리조직 등의 직무를 관리한다.
⑫ 그 밖의 준법통제기준 및 준법지원인에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.	⑬ 그 밖의 내부통제기준 및 내부통제인에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구체적인 방안으로는 <표-3>와 같이 상법에 내부통제기준을 마련하고, 준법지원인의 역할도 확대하여 내부통제인으로 격상시켜 전반적인 내부통제업무를 담당하게 하는 것이 타당할 것이다(개정안 제542조의13 제1항~제13항). 내부통제의 내용은 단순히 법령 준수에 그치지 않고 사업상 위험에 대한 대응 또한 포함하는 것이 타당하고,¹²⁵⁾ 법령 또는 위험의 체계적인 파악, 이에 대한 준수 및 대응, 문제 발생 시 신고 또는 보고, 시정조치 강구에 대한 내용도 포함해야 할 것이다(개정안 제542조의13 제1항).

이때, 내부통제인의 자격에 대해서도 법률, 회계 전문가로만 한정할 것이 아니라 해당 회사의 중요업무와 관련하여 경영위험까지도 내부적으로 통제할 수 있는 전문가를 선임해야 할 것이다(개정안 제542조의13 제5항).¹²⁶⁾

내부통제기준의 구체적인 내용은 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제24조 및 동 시행령 제19조에 규정된 사항을 상법으로 격상시켜 모든 상장회사에 적용하도록 해야 할 것이다.

한편, 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」에 따라 선임된 준법감시인 또는 위험관리책임자, 「주식회사등의 외부감사에 관한 법률」에 따른 내부회계관리조직 등 다른 법령에 따른 조직 또는 사람은 내부통제인 또는 내부통제조직 아래 개별 법령에서 요구하는 구체적인 업종별 규제들을 준수하도록 하는 것이 타당할 것이다(개정안 제542조의13 제12항).

(2) 회사 차원의 자율규제 확대를 위한 인센티브 부여

회사의 업종 특성, 회사의 규모 등에 따라서 전형적인 위법행위 및 부패행위의 양상이 다르기 때문에 회사의 내부통제시스템도 회사의 규모, 업종, 인적 구성 등에 따라서 달라져야 한다.

125) 상장회사의 경우도 금융회사와 마찬가지로 위험관리의 문제가 향후 크게 부각될 것이므로 위험관리의 문제를 상법에서 수용할 필요가 있다. 정대, 앞의 논문, 126면.

126) 천경훈 교수는 부패방지가 법률가들의 전유물이라는 것 또는 법률가들과 무관한 것이라는 양극단의 생각을 경계하고 여러 전문가들이 협업해야 한다고 말한다. 천경훈, 앞의 논문, 116면.

물론 앞서 언급했듯이 개별 업종을 고려하더라도 상법에서 큰 틀을 규정하고 개별 업종을 규율하는 법령에서는 상법의 틀에 맞춰 개별 업종에 종사하는 회사가 갖춰야 할 내부통제시스템의 세부적인 내용을 규정해야 할 것이다.

상법의 경우 내부통제기준 또는 내부통제인의 직무에 관하여는 판례에서 언급한 최소한의 내용을 포함하여 “회사가 사업상 준수해야 할 제반 법령 및 위험을 체계적으로 파악하고 이를 준수 또는 대응하지 아니할 때 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구해야 한다.”는 내용이 포함되고(개정안 제542조의13 제1항), 그에 따른 구체적인 내용은 업종별 법률에서 구체적으로 규정해야 할 것이다.

하지만 회사 내부의 위법행위와 부패행위를 방지하기 위한 최적의 방법은 개별 회사마다 다를 수밖에 없다. 특히, 소속 직원이 사익을 추구하기 위한 개별적인 불법행위의 경우에는 사전에 적발하기가 매우 어렵다.¹²⁷⁾

따라서 행정부와 국회가 이러한 모든 사정을 고려하여 법률 또는 정부 주도의 내부통제지침 등에서 규율하기는 매우 어렵다. 부패방지를 포함한 준법감시 시스템에 관해 법률로 많은 것을 정하거나 요구하려는 것은 지나친 욕심이다. 결국 기업 내부의 위법행위 및 부패행위 방지는 기업의 자율적인 준법감시 활동을 촉진하고 장려하는 방향으로 나아가야 할 것이다.¹²⁸⁾

미국과 일본 등의 선진국에서는 이른바 “과정으로서의 컴플라이언스”라고 하는 개념이 들어와서, ① 정기적으로 각 부문의 컴플라이언스 및 위험에 대한 파악과 평가, ② 위험 경감을 위한 활동, ③ 지속적인 모니터링 실시, ④ 개별적 문제 발견 시 적절한 조사와 대응, ⑤ 이러한 과정을 통해 발견된 문제의 시정 등 5단계로 구분하고 이를 추진할 수 있는 체제와 조직을 기업이 자체적으로 만들어 운영하고 있다.¹²⁹⁾

이러한 제도의 정착을 위해서 회사 내부통제시스템을 모두 법률에서 규정하기 보다는 회사가 자신에게 적합한 내부통제시스템을 갖출 수 있도록 하고, 회사가 이러한 내부통제시스템을 자율적으로 잘 구축한 경우에는 부정행위가 발생하더라도 책임을 감면해주는 등의 인센티브를 부여하는 방안도 고려해볼 수 있을 것이다.¹³⁰⁾ 예컨대, 법령준수 프로그램을 벌금형의 감경 사유로 규정한 미국의 1991년 연방양형지침서(Federal Sentencing Guideline), 그리고 앞서 살펴본 영미법계 국가에서 인정되는 신뢰의 원칙, 일본에서와 같이 예견할 수 없었던 경우의 책임경감 등이 구체적인 방안으로 고려될 수 있을 것이다.

결국 궁극적으로 완전한 내부통제를 위해서는 개별 회사가 내부통제에 관심을 가지고 최적의 방안을 찾는 것이다. 즉, 각 회사가 자신에게 가장 잘 맞는 기업 컴플라이언스 및 내부통제

127) 천정훈, 앞의 논문, 114면.

128) 천정훈, 앞의 논문, 114면.

129) 松本和道, “企業コンプライアンスの現実” 「ジュリスト」 1438号, 2012, 18頁.

130) 이에 대해서는 김재득, “미국의 실효적 기업 컴플라이언스 운영 유인정책과 국내 시사점”, 「법학논총」 통권 제52집, 숭실대학교 법학연구소, 2022, 33~66면 등 참조.

시스템을 마련하여야 한다. 특히, 대규모 회사뿐만 아니라 중·소규모의 회사들도 회사의 규모와 사업영역에 맞는 중·소규모 회사만의 차별화된 내부통제시스템을 구축할 수 있도록 해야 할 것이다.¹³¹⁾

이를 위하여 이사 등 경영진의 내부통제시스템에 관한 인식의 전환이 필요하다. 경영진이 내부통제시스템을 법에 의해서 요구되는 불필요하고 형식적인 규제라고 생각한다면 시간과 비용의 낭비밖에 안 될 것이지만, 위험관리 등을 위해 내부통제시스템을 효율적으로 활용한다면 기업의 내부적 운영을 효율적으로 하고 외부적 평판을 개선함으로써 기업발전의 초석으로 삼을 수 있을 것이다.¹³²⁾

(3) 내부고발 활성화를 위한 방안

회사의 업무집행과정에서 이루어지는 부정행위가 점점 더 음성화되고 기술적으로 고도화되는 경향이 있어 내부자의 제보 없이는 적발이 어려운 경우도 점차 증가하고 있기 때문에 제보 사항의 선별, 전달통로, 업무담당자 등 효과적인 내부제보시스템 또는 내부고발시스템이 구축될 수 있도록 지원이 필요하다.¹³³⁾ 예컨대, 2002년 사베인즈-옥슬리 법에서 규정하고 있는 것과 같이 익명고발절차, 내부고발자에 대한 해고 금지 등 내부제보자를 보호하여 내부고발이 활발하게 이뤄질 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.¹³⁴⁾

그리고 기업 자체적으로도 내부제보시스템 내지는 내부고발시스템 구축을 통한 외부평판 개선 노력이 필요하다. 종업원 등 내부고발이 유효하게 기능하기 위해서는 조직의 구성원이 적극적으로 문제를 지적하여 대응하는 기업문화의 공유가 필요한데, 이와 같은 특정 회사 구성원들이 조성한 이른바 기업문화도 해당 기업의 컴플라이언스에 크게 영향을 미친다.¹³⁵⁾

조직 내의 의사소통이 원활하고 자유로운 회사의 기풍은 법령준수의 확보에 도움이 되는데, 이사 등의 임원은 준법정신이 투철한 기업문화의 확립을 위하여 노력할 것이 요구된다.¹³⁶⁾ ☐

(논문접수 : 2022. 12. 25. / 심사개시 : 2023. 1. 5. / 게재확정 : 2023. 1. 18.)

131) 박세화, 앞의 논문, 117~119면.

132) 곽관훈, 앞의 논문, 15면.

133) 박세화, 앞의 발표문, 42~43면.

134) 우리나라에도 상장회사 표준준법통제기준 제18조 등에서 이와 관련된 내용들을 규정하고 있다. 육태우, 앞의 논문(각주 12), 327면.

135) 俞東·小野美恵, 前掲論文, 9頁.

136) 육태우, 앞의 논문(각주 12), 328면.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 권순일 대표집필, 「주식상법 (회사3)」, 제6판, 한국사법행정학회, 2021.
- 송옥렬, 「상법강의」 제9판, 홍문사, 2019.
- 이철송, 「회사법강의」 제29판, 박영사, 2021.
- 정찬형, 「상법강의(상)」 제24판, 박영사, 2021.
- 한국상사법학회, 「주식회사법대계(II)」 제4판, 한국상사법학회, 2022.
- 한석훈, 「비즈니스범죄와 기업법」, 성균관대학교 출판부, 2018.
- 田中亘, 「會社法」 第3版, 東京大學出版會, 2018.
- 伊藤靖史·大杉謙一·田中亘·松井秀征, 「會社法」 第5版, 有斐閣, 2021.

2. 학술논문 및 연구보고서

- 강한철, “이사의 준법경영의무에 관한 소고 - 실무적 쟁점과 최근 판례 경향의 분석 -”, 「BFL」 제113호, 서울대학교 금융법연구센터, 2022.
- 곽관훈, “한국적 내부통제시스템의 구축방안”, 「상장회사감사회 회보」 제109호, 한국상장회사협의회, 2009.
- 권종호, “기업내부통제제도의 바람직한 입법방향”, 「기업법연구」 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2011.
- 김재득, “미국의 실효적 기업 컴플라이언스 운영 유인정책과 국내 시사점”, 「법학논총」 통권 52집, 숭실대학교 법학연구소, 2022.
- 김태진, “이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰”, 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010.
- 박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사회적 기원에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011.
- 박세화, “내부통제에 관한 한국 기업법제의 현황과 과제”, 「한국기업법학회·정갑윤 국회의원장실·한국기업법무협회 공동학술세미나 자료집」, 2015.
- 박세화, “이사의 선관의무와 내부통제에 관한 회사법적 고찰”, 「법학연구」 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018.
- 손영화, “내부통제와 준법지원인제도”. 「선진상사법률연구」 통권 제60호, 법무부 상사법무과, 2012.

- 송옥렬, “이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무”, 「기업법연구」 제36권 제1호, 한국기업법학회, 2022.
- 송정선, “기업의 리스크관리 수준 진단을 위한 감사조직의 역량 제고”, 「상장회사감사회회보」 제151호, 2013.
- 육태우, “기업 컴플라이언스의 발전 및 집행주체”, 「강원법학」 통권 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016.
- 육태우, “미국에서의 기업 컴플라이언스의 발전 - 제도적 진화과정 및 최근의 판례법상의 적용 -”, 「강원법학」 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 이상복, “기업의 컴플라이언스와 책임에 관한 미국의 논의와 법적 시사점”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017.
- 이현균, 「기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구」, 한국법학원 연구보고서 상-22-①, 한국법학원, 2022.
- 이현균, “2020년 개정상법상 다중대표소송에 대한 사후적 입법영향평가”, 「기업법연구」 제36권 제1호, 한국기업법학회, 2022.
- 이현균, 「ESG 관련 해외 입법례 연구」, 한국법학원 연구보고서 상-22-④, 한국법학원, 2022.
- 이효경, “일본의 내부통제제도 및 사례에 대한 검토”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017.
- 정경영, “주식회사 이사의 선관주의의무와 책임 - 최근 미국법상 논의와의 비교법적 검토를 중심으로” 「성균관법학」 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2016.
- 정대, “대회사 이사의 내부통제의무와 책임에 관한 연구 - 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368판결을 중심으로 -”, 「경제법연구」 제20권 제3호, 한국경제법학회, 2021.
- 정우영·이현균, “해운 기업의 ESG 경영에 관한 주요 동향과 시사점”, 「한국해법학회지」 제44권 제3호, 한국해법학회, 2022.
- 정준우, “이사의 감시의무와 그 적용범위 - 대법원 2017다222368 판결을 중심으로 -”, 「법학논총」 제39권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022.
- 전준영, “내부통제시스템 구축의무와 이사의 책임”, 「상사법연구」 제40권 제4호, 한국상사법학회, 2022.
- 조창훈, “Compliance 시스템 구축의 실무적 이슈 검토 - 효과적 Compliance 기능과 Compliance Committee 유형 -”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 법무부 상사법무과, 2017.
- 천경훈, “부패방지과 회사법”, 「경제법연구」 제18권 제2호, 한국경제법학회, 2019.
- 최준선, “이사의 감시의무와 내부통제(컴플라이언스) 의무 위반사례”, 「KEF e-Magazine」

제89호, 2022.

황현영, “이사의 감시의무와 내부통제시스템”, 「BFL」 제112호, 서울대학교 금융법센터, 2022.

3. 외국자료

Anoma Samantha Edirimanna, “Enterprise Risk Management -International Standards and Frameworks”, 「International Journal of Scientific and Research Publications」 Vol.9 Issue.7, 2019.

John Mark Zeberkiewicz & Robert B. Greco, “In re Clovis: Considering Caremark Claims After Marchand”, 33 INSIGHTS: CORP. & SEC. L. ADVISOR, Nov. 2019.

落合誠一, “企業コンプライアンス確立の意義,” 「ジュリスト」 1438号, 2012.

丹羽 はる香, “内部統制システムと取締役の責任”, 「同志社大學」 34310甲 第761号, 2016.

松木和道, “企業コンプライアンスの現実,” 「ジュリスト」 1438号, 2012.

岩本文男, “取締役の 内部統制システム構築義務について”, 「法科大學院論集」 第14号, 2018.

俞東·小野美恵, “米國ドッドフランク法に基づく内部告發プログラムの強化-社内コンプライアンスと企業価値を守るために求められる対応,” 「New Business Law(株式會社 商事法務」 983号, 2012.

Abstract

A Study on the Monitoring duty of directors in relation to corporate compliance

Lee, Hyeon-Kyun

The discussion of corporate compliance or internal control systems started with accounting monitoring of financial companies and gradually expanded to include law-abiding monitoring, and anti-corruption. Recently, corporate compliance has expanded its scope to include content relating to ESG management. As well, there have been changes in various legal environments related to corporate management, such as the enactment of the 「Serious Accidents Punishment Act」 in 2021. Therefore, corporate compliance management has become increasingly important.

As a result of this situation, there were two important Supreme Court rulings regarding corporate compliance in November 2021 and May 2022. The Supreme Court 2021.11.11. docket No.2017da222368 ruled that a representative director is liable if an internal control system is not in place for the company. In the opinion of the court, even representative directors and non-executive directors who do not participate in the business activities of the company may not escape liability by claiming that they had no reason to suspect that the legal principles of the past precedent were illegal. In addition, the court ruled that they owe a duty to maintain a reasonable internal control system and to ensure that it is well-maintained. Furthermore, the Supreme Court 2022.5.12. docket No.2021da279347 ruled that the CEO, outside directors, and non-executive directors owe a duty to establish an internal control system to ensure compliance. Two recent decisions can be a milestone that demonstrate the relationship between corporate compliance and directors' duty of monitoring.

Thus, this thesis discusses corporate compliance(or internal control system) and directors' duty of monitoring including the meaning, basis for occurrence, subject, judgment standard,

degree and limit of duty in light of Korean precedents. This thesis presents improvement of corporate compliance in Korea based on these discussions.

Key Words : Compliance, Internal Control, Law-Abiding, Anti-Corruption, Duty of Monitoring Obligation, Duty of Care, ESG

