

理事의 責任에 대한 補償

洪 復 基*

《차 례》

I. 序 論	V. 補償의 要件
II. 補償에 관한 判例의 態度	1. 任意的 補償
III. 制定法에 의한 補償	2. 補償의 決定
1. 州法의 規定	3. 義務의 補償
2. 補償規定과 公序	VI. 保險條項
IV. 補償의 範圍	VI. 結 論

I. 序 論

우리 商法上 理事는 事業經營에 관한 중요한 事項을 委任받고 있으므로(第382條 2項) 善良한 管理者의 注意義務를 다하여 그 職務를 수행하지 않으면 안된다.

理事가 이러한 受任者로서의 義務를 違反한 경우에는 會社에 대하여 民法의 規定에 의하여도 損害賠償의 義務를 지나 商法은 理事가 理事會의 구성員으로서 會社의 業務執行의 決定에 참여하고 또 이를 執行하는 데 있어 갖는 광범위한 權限을 고려하여 특히 무거운 責任을 法定하고 있다. 즉 理事가 法令 또는 定款에 違反한 行爲를 하거나 그 任務를 게을리한 때에는 그 理事는 會社에 대하여 連帶하여 損害를 賠償할 責任이 있다고 규정하고 있다(第399條 1項)¹⁾.

이 責任은 그 行爲를 한 理事의 連帶責任이고 그것이 理事會의 決議에 의

* 東亞大學校 法科大學 專任講師.

1) 商法 第339條 1項에 규정되어 있는 理事의 會社에 대한 責任의 性質에 관하여는 任務懈怠를 事由로 하는 理事의 責任은 過失責任이나 法令 또는 定款에 違反함을 事由로 하는 理事의 責任에 대하여는 過失責任說, 無過失責任說, 折衷說 등의 對立이 있다.

한 것일 때에는 그 決議에 찬성한 理事도 그 行爲에 대한 責任을 부담한다. 決議에 참가한 理事로서 異議를 한 記載가 議事錄에 없는 者는 그 決議에 찬성한 것으로 推定된다(第399條 3項). 또 理事의 職務懈怠가 惡意 또는 重大한 過失로 인한 경우에는 第3者에 대하여 連帶하여 損害賠償의 責任을 진다(第401條 1項)²⁾. 이 責任은 理事와 第3者와의 사이에는 아무런 契約關係가 없기 때문에 債務不履行의 責任은 아니고 第3者의 保護를 위하여 商法이 특별히 인정한 責任이라 볼 수 있다. 위와 같이 理事가 會社에 대하여 嚴格한 責任을 지고 契約關係가 없는 第3者에게도 責任을 負擔하게 된 것은 現行商法이 企業의 所有와 經營의 分離라는 株式會社의 原理를 도입하면서 株式總會의 權限을 축소하고 理事 및 理事會의 權限을 확대함에 따라 會社와 株主, 利害關係者를 保護하기 위하여 會社經營者로서의 理事의 責任을 強化한 것이라 볼 수 있다.

그런데 現在 美國에서는 理事를 이러한 責任으로 부더 救濟하는 手段으로서 補償制度(Indemnification)가 대단히 적극적으로 이용되고 있다. 補償制度를 한마디로 말하기는 어려우나 理事가 그 職에 있음으로 말미암아 負擔하게 되는 訴訟費用, 辯護士報酬, 第3者에 대한 損害賠償額, 罰金 등을 會社가 일정한 條件下에서 理事에게 支給하는 制度로서 現在 대부분의 州에서 이에 관한 明文의 규정을 두고 있다.³⁾

韓國法 및 大陸法에서 發見할 수 없는 制度가 美國에서 발전하여 온 것은 美國에서는 理事의 責任이 重하여⁴⁾ 理事職에 就任하는 것이 대단한 危險

2) 理事의 第3者에 대한 責任의 法的 性質에 관하여도 法定責任說, 特殊不法行爲責任說 등의 對立이 있다.

3) Henn & Alexander, *Laws of Corporation*, 3rd ed. (Minn: West Publishing Co., 1983), p. 1121.

4) 責任이 重하다는 것은 理事에게 請求된 損害賠償額이 지나치게 高額이라는 것을 의미하기도 한다. Bishop, *Indemnification of Corporate Directors, Officers and Employees*, *Bus. Law* (July 1965) 833~834. Wyatt의 1970년부터 1979년 까지의 調査에 의하면 終局判決에까지 이른 理事·任員의 責任을 추궁하는 訴訟에서는 損害賠償額이 1,000萬 달러를 초과한 것이 몇개 있고, 또 訴訟費用에 있어서도 終局判決까지 이른 것은 평균 10萬달러라는 결과가 나오고 있다. The 1979 Wyatt Directors and Officers Liability and Fiduciary Liability Survey Report on U.S. Companies, 15~18.

(Risk)을 수반하기 때문에 經營能力도 있고 社會的 信用도 있는 者가 理事 職에의 就任을 거부하는 경우가 많아 이를 방지하기 위함이라고 한다.⁵⁾

本論文에서는 補償制度和 相關한 判例의 態도와 現在 約 45個州가 따로 있는 美國法律家協會(American Bar Association)가 制定한 1967년의 模範 事業會社法(Model Business Corporation Act)과 현재 美國에서 가장 重要한 會社法典이라고 일컫는 1967년의 델라웨어州 一般會社法(Delaware General Corporation Law)을 중심으로 補償의 內容·範圍·要件 등을 살펴본 다음 우리나라 商法에 있어서 理事責任에 대한 補償의 可能性 與否를 檢討하기로 한다.

II. 補償에 관한 判例의 態度

一般的으로 普通法(Common Law) 下에 있어서의 判決은 補償을 理事나 任員(Directors or Officer)이 訴訟에서 勝訴하지 않으면 인정하지 않았다.⁶⁾ 이러한 결정의 근거는 會社가 그의 任務를 위반한 理事나 任員의 經費를 支拂하는 것은 正當化될 수 없다는 것이었고, 더 나아가 몇몇 法院은 訴訟이 會社에 이익을 가져왔다는 것이 證明될 수 없었다면 補償을 인정하는 데 주저하고 있었다.⁷⁾ 예컨대 註7에서 表示한 Griesse 事件의 判決을 보면 Lang Body社의 株主인 Griesse 등이 同社의 理事에 대하여 그가 理事職의 在任中에 행한 違法行爲, 債務不履行에 의하여 會社가 입은 損害에 대하여 損害賠償請求訴訟을 提起하였었고 이 訴訟에서 被告인 理事가 勝訴하였기 때문에 被告理事들은 이 訴訟에서의 防禦活動의 費用을 會社로부터 支給받

5) Knepper, *Liability of Corporate Officers and Directors* 3rd ed.(Indiana: The Allen Smith Company, 1978), pp.589~590.

6) Wickersham v. Crittenden, 106 Cal. 329, 39 Pac. 603(1895); Hollander v. Breeze Corp., 131 N.J. Eq. 585, 26A. 2d 507(1941). Knepper, *op. cit.*, p. 588.

7) Jesse v. Four-Wheel Drive Auto Co., 177 Wis. 627, 189 N.W. 276(1922); Griesse v. Lang, 37 Ohio App. 553, 175 N.E. 222(1931); Red Bud Realty Co. v. South, 96 Ark. 281, 131 S.W. 340 (1910).

있었다. 그래서 Griesse 등의 株主들은 會社를 위하여 代表訴訟을 제기하여 위 費用의 會社로의 返還을 請求하였는데 法院은 會社는 本事件에서 直接的인 間接的인 間에 아무런 利益을 받지 않았다는 것 등을 理由로 補償을 인정하지 않은 것이다.

이와 반대로 New Jersey州에서의 先導的 判決(Leading Case)은 補償이 責任있는 經營者가 理事의 地位를 수락하게끔 誘導하는데 있어 도움을 준다는 根據로 補償을 인정하였다.⁸⁾ 이 事件은 株主의 代表訴訟에서 理事가 經營過誤, 會社資產의 流用 및 詐欺를 이유로 하여 責任이 추궁되었지만 被告 理事가 勝訴하여 訴訟費用을 請求할 權利가 그에게 있는가의 與否에 관하여 다투어진 경우로서 判旨는 다음과 같다. 會社가 미리 訴訟費用을 理事에 대하여 부여하는 것은 인정될 수 없지만 責任이 없다는 것이 確定되었다면 理事는 費用의 補償을 받을 權利를 갖는다. 理事에 대한 補償에 더욱 더 「會社에의 利益要件」을 付한 判決도 있지만 찬성할 수 없다. 理事는 不當한 攻擊에 대하여 株主로부터 부여받은 會社財產을 지킨다는 것은 그들의 權利일 뿐만 아니라 義務이다. 그들의 防禦活動은 投資大衆에 대하여 義務를 履行한 것이 된다. 그러나 위와 같은 이익을 가져오더라도 會社에의 利益을 補償의 要件으로 할 수는 없다. 責任이 없다는 것이 確定된다면 辯護士費用이 補償된다는 확신이 있어야 비로소 限定된 資產만 갖는 理事도 有能한 辯護士를 고용할 수 있어서 만약 위와 같은 確信이 없다고 한다면 理事의 防禦의 機會를 상실하고 마는 것이다. 더우기 補償의 權利는 責任있는 經營者로 하여금 理事의 地位를 갖게 하는 것이며 補償이 없다면 理事의 報酬와 自己負擔의 辯護費用은 均衡되지 않는 것이다. 또한 補償의 權利는 스트라이크 訴訟(Strike Suit)을 防止한다. 이상과 같은 상세한 理由로서 判旨는 補償의 權利를 인정하고 있다.

Minnesota州의 획기적인 判決(Land Mark Decision)에서 法院은 補償은 責任 있는 企業經營의 필요 조건으로서 기업경영의 건전한 성장을 위해 유리한 公序(Public Policy)를 확립하는 데 있어 필요한 것이라고 判決하였

8) Solimine v. Hollander, 129 N. J. Eq. 264, 272, 19A. 2d 344, 348(1941).

다.⁹⁾ 이 事件에서는 E. C. Warner社의 社長겸 理事인 Wilson이 그에 대한 代表訴訟에서 理事로서의 非行責任이 추궁되었지만 防禦에 成功하여 그 責任이 없다는 것이 확정되었다. 그후 同社는 任意解散되었다. 그리고 Wilson의 辯護士가 同社의 管財人에 대하여 防禦活動의 費用, 報酬의 支給을 구하여 法院에서 다투어진 事件이다. 미네소타州 最高法院은 위의 Solimine 判決을 引用하여 補償의 權利는 責任있는 企業活動의 前提條件으로서 健全한 經營者의 育成을 위하여 바람직한 公序維持에 그 根據가 있다고 말한 다음 會社에 대하여 直接的 또는 현실의 利益이 存在한다는 것을 밝히지 않아도 會社의 理事는 代表訴訟에 의하여 그의 任務遂行에 있어서 責任이 문제되었고 그것에 대하여 責任이 없다는 것이 本案에서 밝혀진 후라면 會社資金으로부터 合理的인 費用의 支出로서 補償을 받을 權利를 갖는다. 會社經營者가 誠實하다는 證明은 의심없이 會社에 利益을 부여하지만 그와 같은 利益이 補償의 前提로 되는 것은 아니고 會社經營에 있어서 부수적인 것에 지나지 않는다고 判示하고 補償을 인정하였다.

위와 같이 會社가 그의 理事나 任員들에게 補償하는 權限에 관하여 普通法上의 判決에 의하여 確立되지는 않았지만 一般的인 傾向은 會社가 補償에 대한 自由裁量權(Discretionary Power)을 행사할 수 있다는 것에 대하여 肯定적으로 보고 있었다.¹⁰⁾

그러나 1939년 뉴욕州 最高法院의 判決¹¹⁾로 말미암아 補償에 관한 判例法의 혼란이 最高潮에 달했는데 그것은 이 判決에서 法院이 代表訴訟에 있어서 義務違反으로 責任이 추궁된 理事가 訴訟에 있어 勝訴하였더라도 理事는 會社의 代理人이 아니고¹²⁾ 더우기 理事의 訴訟活動에 있어서의 成功이 會社

9) In re E. C. Warner Co., 232 Minn. 207, 214, 45 N.W. 2d 388, 393(1950).

10) Esposito v. Riverside Sand & Gravel Co., 287 Mass. 185, 191 N.E. 363 (1934); Blish v. Thompson Automatic Arms Corp., 30 Del. Ch. 538, 64A, 2d 581(1948).

11) New York Dock Company v. McCollom, 173 Misc. 106, 16 N.Y.S. 2d 844(1939).

12) Common Law에 있어서는 訴訟의 防禦와 관련된 費用의 補償이 고용인(Employee)에게 인정된다. Sebring, Recent Legislative Changes in the Law of Indemnification of Directors, Officers and Others, 23 Bus. Law. 95 (1967).

에 아무런 이익을 가져다 주지 않았기 때문에 訴訟費用을 會社로 부터 補償 받을 수 없다고 判定한 것이다.¹³⁾ 말하자면 위의 McCollom 判決은 理事의 補償에 대한 可否의 결정에 있어서는 理事가 理事의 責任을 추궁하는 訴訟에서 勝訴하면 된다는 主流的 判例의 입장에서 한 걸음 더 나아가 勝訴가 會社에의 利益을 가져와야 한다는 少數判例의 입장을 취함으로써 補償의 可否를 극히 엄격하게 해석한 것이다.

McCollom 事件에 대한 判決의 영향은 대단하여 各州法이 명문으로 補償에 관한 규정을 두게 되었는데 1941년의 뉴욕州 一般會社法¹⁴⁾이 그 효시이고 뒤 이어 1943년의 델라웨어州 會社法¹⁵⁾이 補償規定을 둔 이래 대부분의 州法이 兩州의 法을 모방하여 補償에 관한 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 制定法에 의한 補償

1. 州法の 規定

美國의 50個州와 콜롬비아特別區(District of Columbia), 푸에르토리코(Puerto Rico), Virgin Island는 立法에 의하여 會社의 理事나 任員등에 대한 補償規定을 두고 있는데 이들 規定은 몇가지 方法에 의하여 分類되고 있다.¹⁶⁾

첫째는 排他型(Exclusive Type)規定인가 아니면 非排他型(Nonexclusive Type)規定인가에 의한 區分이다. 排他型州法에서는 州法이 규정하는 補償만을 인정하는 데, 이에 New York州法, North-Carolina州法, South-car-

13) *Ibid.*

14) N. Y. Gen. Corp. Law §27a, §61a(1941).

15) Del. Corp. Act, §2-10(1943).

16) Knepper, *op. cit.*, pp. 590~592에서는 義務型補償(Mandatory Indemnification) 規定, 排他型補償(Exclusive Indemnification) 規定, 模範事業會社法 第5條에 따른 型으로 나누어 美國全州의 會社法을 分類하고 있다.

onina州法, Connecticut州法, Tennessee州法 등이 속하고 있다.¹⁷⁾

非排他型州法은 대부분의 州法이 취하고 있는 형태로서 會社가 州法에 규정되어 있는 補償 뿐만 아니라 附屬定款(by-law), 合意(Agreement), 利害關係가 없는 理事 또는 株主들의 決議 등에 의하여 부여되는 權利도 배척하고 있지 않는(Nonexclusive) 立法을 말한다.¹⁸⁾

그러나 後述하는 바와 같이 非排他型州法에 있어서도 無制限으로 補償을 인정하는 것은 아니고 公序(Public Policy)에 의한 制約이 存在하는 것은 주의하지 않으면 안된다.

둘째, 義務的 補償(Mandatory Indemnification)인가 任意的 補償(Permissive Indemnification)인가에 따른 區分이다. 義務的 補償은 會社가 一定한 條件下에서는 補償을 행하여야 할 義務가 있음을 규정한 경우이고 任意的 補償은 會社가 義務로서 하는 補償이 아니라 일정한 狀況에서 補償할 수 있는 權限을 會社가 갖고 있다는 뜻으로 規定한 경우이다.¹⁹⁾

오늘날 대부분의 州會社法은 任意的 補償과 義務的 補償規定을 함께 두고 있다.²⁰⁾ 예컨대 델라웨어州 一般會社法 第145條 c項에서는 被補償者가 本案(Merits) 또는 기타에 있어서 訴訟(Action), 節次(Suit or Proceeding)의 防禦 혹은 이에 있어서 主張(Claim), 爭點(Issue), 혹은 事實(Matter)의 防禦에 成功한 範圍內에서는 補償되어야만 한다는 뜻을 규정하고 있으나 그 이외의 條項에 의한 補償은 會社가 權限을 갖는다는 뜻의 규정을 두고 있다. 또 各州法은 第3者에 의한 理事 등에 대한 訴訟(Third Party Action)에 있어서의 補償과 代表訴訟(Derivative Action)에 있어서의 補償을 區別하고 있다.²¹⁾

17) N. Y. Bus. Corp. Law §§721~727; N. C. Gen. Stat., §§55.19~55.21; S. C. Code of Laws Ann., §§33-13-180; Conn. Gen. Stat. Rev., §§33-320a; Tenn. Code Ann., §§48-406 to 48-411. 예컨대 N. Y. Bus. Corp. Law §721에서는 本法과 一致하지 않는 어떠한 補償規定도 無效임을 규정하고 있다.

18) Knepper, *op. cit.*, p. 597. 代表的인 立法例인 Delaware General Corporation Law §145(f) 참조.

19) Henn & Alexander, *op. cit.*, p. 1124.

20) Knepper, *op. cit.*, pp. 591-592의 圖表 참조.

21) 예컨대 Model Business Corporation Act §5(a)는 第3者에 의한 訴訟, §5(b)는 代表訴訟에 있어서의 補償을 각각 규정하고 있다. 그 밖에 N. Y. Gen. Corp. Law §§722-723, Del. Gen. Corp. Law, §145(a), (b)를 참조.

第3者に 의한 訴訟은 理事·任員 등이 會社가 아닌 第3者に 의하여 會社에 대한 義務違反 때문이 아니라 (우리법의 경우와 다름) 不法行爲로서의 第3者に 대한 權利侵害를 理由로 被告로 되는 경우이다. 이에 대하여 代表訴訟은 會社에 의한 또는 會社の 權利에 基한 訴訟으로서 會社에 대한 義務違反을 그 理由로 한다. 代表訴訟은 會社の 이름으로 會社에 의하여 提起될 수도 있지만 보통은 會社の 이름으로 株主에 의하여 提起된다.²²⁾

그런데 代表訴訟이나 第3者に 의한 訴訟에서 會社로부터 補償을 받으려면 被補償者는 誠實하게 (in good faith) 또 會社の 最善의 利益으로 된다는가 또는 이에 反하지 않는다고 그가 合理的으로 믿은 方法에 따라 (in a manner he reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation) 행동하여야 되지만²³⁾ 그 補償範圍에 있어서는 差異를 두고 있다.

예컨대 델라웨어 一般會社法 第145條 b項은 代表訴訟에 있어서의 補償은 辯護士費用을 포함하는 訴訟費用에 대하여만 인정하고 그것도 被補償者가 會社에 대한 義務履行에 있어서 過失 또는 非行에 대하여 責任이 있다는 判決이 있는 경우에는 法院의 承認없이는 補償될 수 없다고 규정하고 있으나 第145條 a項은 第3者に 의한 訴訟의 경우에는 訴訟費用, 辯護士費用 이외에 罰金, 判決, 和解에 있어서 支給된 金額을 會社가 補償할 수 있다고 규정하고 있어 代表訴訟의 경우보다 넓게 補償을 인정하고 있다.

이와같이 兩者에 差異를 두고 있는 것은 代表訴訟의 경우 理事가 敗訴한다는 것은 理事가 會社에 대한 義務에 違反하였다는 것이 되고 더구나 判決에 의한 賠償額은 會社에게 支拂될 것이어서 이것을 補償한다는 것은 代表訴訟의 效力을 상실케 하기 때문이다. 이에 反하여 第3者に 의한 訴訟에서는 理事가 敗訴하여 그 責任이 肯定되어도 그 責任과 會社에 대한 義務違反과는 관계없는 것이 많고 오히려 會社の 利益을 위한 행위로 인하여 초래한 責任인 것이 적지 않기 때문이다.²⁴⁾

22) Sebring, *supra* note 12, at 547.

23) Knepper, *op. cit.*, p. 599. Henn & Alexander, *op. cit.*, p. 112.

24) Notes, Indemnification of Directors: The Problems Posed by Federal Securities and Antitrust Legislation, 76 *Harv. L. Rev.*, 1405-1406(1963).

2. 補償規定과 公序

會社의 多額의 出損으로 이루어지는 補償制度가 州會社法에 규정되어 있어 이 制度를 아는 理事 등이 이를 惡用함으로써 責任制度의 抑止的 效果를 減少시키거나 喪失케 하는 것은 아니나 하는 것이 補償規定과 公序(Public Policy)에 관한 문제이다.

이에 대하여 대부분의 학자들은 理事가 訴訟에 있어서 防禦에 成功한 경우에 補償을 인정한다는 것은 아무런 不當함이 없다는 것, 各州法은 違法行爲가 故意에 의한 경우에는 補償을 인정하는 않는다는 것, 過失行爲에 대하여 補償을 인정하더라도 民事責任制度의 抑止的 效果를 減少시키거나 喪失케 하는 것은 아니라는 것, 訴訟費用에 대하여 補償하더라도 訴訟費用은 傳統的으로 懲罰的인 것으로 볼 수 없다는 것 등을 이유로 補償에 관한 規定의 立法을 지지하였다.²⁵⁾ 또 各州法이 補償을 인정하는 規定을 둔 것은 그 자체가 各州의 公序問題에 대한 태도를 밝힌 것이라 볼 수 있고,²⁶⁾ 各州法은 理事가 誠實하게 또 會社의 最善의 利益으로 된다면 또는 이에 反하지 않는다고 合理的으로 믿은 바에 따라 행동한 경우에 限하여 補償을 인정하고 있는 模範事業會社法에 따른 경우가 많기 때문에 法院에 의하여 補償規定이 公序에 反한 것으로서 그 效力이 否定되지는 않을 것이라고 말하고 있다.²⁷⁾

그러나 예컨대 定款이나 附屬定款에 의하여 故意에 의한 違法行爲나 詐欺行爲에 대하여 補償을 인정하는 경우와 같이 會社가 州會社法이 定한 範圍

25) Schaefltler, *The Liabilities of Office: Indemnification and Insurance of Corporate Officers and Directors* (Boston: Little Brown & Co., 1976), pp. 79-81, 87.

26) 뉴욕州一般事業會社法 § 727(c)에서는 “補償規定은 本州 혹은 聯邦政府를 포함한 다른 管轄의 一般法 혹은 特別法에 관계없이 企業經營의 위험을 분산시키기 위한 本州의 公序이다”라는 뜻을 규정하고 있다.

27) Knepper, *op. cit.*, p. 593.

보다도 넓게 補償을 인정하는 것은 그 效力이 否定된다.²⁸⁾ 또 州法이나 會社의 補償規定은 理事의 聯邦法上の 責任 특히 1933年 聯邦證券法(Securities Act) 上の 責任에 대한 補償의 경우에는 補償에 관한 SEC(聯邦證券去來委員會)의 立場과 충돌되는 한도 내에서 그 適用이 否定될 수 있다.²⁹⁾

IV. 補償의 範圍

理事責任에 대한 補償規定에 의하여 補償이 되는 者, 즉 被補償者는 會社의 理事 뿐만 아니라 任員(Officer), 從業員(Employee), 代理人(Agent), 인 者 또는 이었던 者를 말하며 여기에는 會社의 要請에 의하여 組合(Partnership), 合併企業(Jointventure), 信託(Trust) 또는 기타 기업의 理事, 任員, 從業員 또는 代理人으로서 勤務하거나 勤務하였던 者를 포함한다.³⁰⁾

델라웨어 一般會社法 第145條 h項에서는 補償에 있어서의 會社에 대한 定義規定을 두어 本條에서 會社라 함은 新設合併(Consolidation) 또는 吸收合併(Merger)에 있어서의 新設會社 또는 存續會社 이외의 合併에 있어서 消滅하는 모든 當該會社(Constituent Corporation)를 포함한다고 규정하여 合併後 消滅하는 會社에 勤務하였던 理事, 任員, 從業員 등을 마치 存續會社 또는 新設會社에 同等한 資格으로 勤務하는 것과 마찬가지로 補償을 인정하고 있다.³¹⁾

被補償者는 訴訟 또는 節次가 提起될 虞려가 있든가(Threatened Actions) 係屬中이든가 終結되었든 또 그가 當事者이었든, 當事者이든, 當事者가 될

28) Alabama Great Southern Railroad Company v. Louisville and Nashville Railroad Company, 224F. 2d(1955); Globus v. Law Research Service, Inc., 418F. 2d 1276(1969). 캘리포니아 會社法 第317條 g項은 明文의 규정을 두고 있다.

29) Knepper, *op. cit.*, p. 594.

30) 이 경우는 會社가 다른 會社의 株主이거나 債權者인 경우를 말한다.

31) Knepper, Corporate Indemnification and Liability Insurance for Corporation Officers and Directors, 25 Sw. L.J., 240-241(1971).

염려가 있는 어느 경우에도 補償될 수 있다.³²⁾

補償의 對象은 위에서 말한 바와 같이 代表訴訟과 第3者에 의한 訴訟의 경우에 따라 差異가 나지만 和解를 어떻게 다룰 것이냐에 대해서는 州會社法에 따라 다르다. 대부분의 州會社法에서는 和解에 있어 法院의 承認이 필요하다는 一般原則에도 불구하고 和解에 있어서 發生한 訴訟費用을 和解에 있어서 支給된 金額과 함께 補償의 對象에 포함시키고 있다.³³⁾

그러나 California, Connecticut, New York州 會社法에서는 法院의 承認없는 和解費用과 和解에 있어서 支給된 金額에 대한 補償을 배척하고 있다.³⁴⁾

和解에 대하여 規定이 없는 州에서는 만약 會社가 그의 辯護士(Counsel)에 의하여 和解에 있어서 支給되는 額數가 終局判決에 이르기까지에 필요한 費用을 넘지 않는다고 勸告된 경우에는 補償規定에서 말하는 現實的이고도 合理的인 費用에 和解에서 支給되는 金額이 포함될 수 있다고 보나 의심을 피하기 위하여는 會社의 定款이나 附屬定款에 和解에서 支給되는 金額에 대한 補償을 明文化시키는 것이 바람직하다고 한다.³⁵⁾

V. 補償의 要件

1. 任意的 補償

任意的 補償의 경우 被補償者(理事나 任員 등)가 會社로 부터 補償을 받으려면 일정한 行爲基準(Standard of Conduct)을 滿足시켜야 하는데 그 要件

32) 1980年 Model Bus. Corp. Act §5(a)(5)에서는 當事者(Party)를 被告(Defendant) 혹은 被抗訴人(Respondent)으로 되었던 者 혹은 될 염려가 있는 者라고 定義하고 있다. California, Connecticut, New York州에서는 提起될 염려가 있는 訴訟에 있어서 야기된 費用에 대하여는 法院의 承認을 要求하고 있다. Henn & Alexander, *op. cit.*, p. 1123.

33) Henn & Alexander, *op. cit.*, p. 1127.

34) North Carolina州에서는 補償額의 支給 이전에 株主에 대한 통지와 함께 이해 관계가 없는 株主나 理事들에 의하여 승인된다면 和解에 대한 補償을 허용하고 있다.

35) Henn & Alexander, *op. cit.*, p. 1128.

은 第3者에 의한 訴訟과 代表訴訟에 있어서 약간 다르게 規定되고 있다.

第3者에 의한 訴訟의 경우에는 첫째 被補償者가 誠實하게(in good faith) 또 그가 會社의 最善의 利益으로 된다는가 또는 會社의 最善의 利益에 反하지 않는다고 合理的으로 믿은 바에 따라서 행동할 것이³⁶⁾ 요구된다. 會社의 最善의 利益에 反하지 않는다(...not opposed to the best interests of the corporation)라는 文句는 1977年 뉴욕州 事業會社法이 改正되기 이전에는 模範事業會社法과 델라웨어 一般會社法을 제외한 어떤 立法에서도 찾아볼 수 없었기 때문에 模範事業會社法에 따른 州會社法과 델라웨어州 一般會社法에서는 다른 州에서 補償이 否定되는 경우에도 補償을 인정하는 경우가 있었다고 한다.³⁷⁾

말하자면 會社의 最善의 利益에 反하지 않는 行爲는 補償規定의 適用에 있어서 會社의 最善의 利益을 위한 行爲와 실질적으로 差異가 날 수 있는 것이어서³⁸⁾ 補償要件으로서 被補償者가 會社의 最善의 利益을 위하여 행동하여야 한다고 規定하는 立法보다 위의 模範事業會社法이나 델라웨어 一般會社法처럼 會社의 最善의 利益에 反하지 않는 경우에도 補償된다고 규정하는 것이 被補償者가 補償될 可能性이 높은 것이다. 따라서 會社의 最善의 利益으로 되지 않는 行爲도 會社의 最善의 利益에 反하지 않는다면 補償이 인정될 수 있다.³⁹⁾

둘째 刑事訴訟 또는 節次(Criminal Action or Proceeding)와 관련하여 補償이 이루어지려면 被補償者의 行爲가 違法하다고 믿을 만한 相當한 理由가 없어야 한다.

36) ...if he acted in good faith and in a manner he reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation...

37) Knepper, *op. cit.*, p.597.

38) McAdams, A Proposal to Amend the Indemnification Section 5 of the Model Business Corporation Act, 31 *Bus. Law.* 2132-2134(1976).

39) 理事가 理事로서의 地位를 갖고 있기 때문에 被訴되어 勝訴한 경우에는 補償이 인정되어야 한다고 생각되지만 會社의 最善의 이익을 위하여 행동하였다고 주장하는 것은 어렵기 때문에 이점을 Delaware法은 立法에 의하여 명확히 한 것이라 한다. Johnston, Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers, 33 *Bus. Law.*, 1997-2002(1978).

그러나 判決, 命令, 和解 또는 有罪決定에 의하든가, 또는 不抗爭의 答辯(Plea of nolo contendere) 등에 基한 訴訟 또는 節次의 종료는 그 자체로는 被補償者가 誠實하게 행동하지 않았고 또 會社의 最善의 利益으로 된다든가 또는 이에 反하지 않는다고 合理的으로 믿는 方法에 따라 行動하지 않았거나 또는 그 者의 行爲가 違法하다고 믿을 相當한 이유가 있다는 것을 推定하게 하는 것은 아니다.⁴⁰⁾

代表訴訟의 경우에도 被補償者가 誠實하게 또한 會社의 最善의 利益으로 된다든가 또는 이에 反하지 않는다고 合理的으로 믿은 方法에 따라 行動하여야 會社로 부터 補償받을 수 있다. 그러나 被補償者가 그의 會社에 대한 義務履行에 있어서 過失 또는 非行에 대한 責任이 있다고 判決이 내려진 主張(Claim), 爭點(Issue) 또는 事實(Matter)에 대하여는 補償이 인정되지 않는다. 다만 이에 대한 예외로서 訴訟이 제기된 法院에서 有責判決에도 불구하고 그 事件의 모든 상황에 비추어 볼 때 被補償者가 法院이 正當하다고 인정하는 費用에 대하여 補償을 받는다는 것이 公正하고도 合理的이다라고 決定하면 補償이 인정된다.⁴¹⁾

이 例外規定은 過失責任이 인정되기 쉬운 事件에서 社外理事(Outside Director)의 財政的 負擔을 덜어주기 위하여 適用될 수 있다고 한다.⁴²⁾

2. 補償의 決定

任意的 補償(Permissive Indemnification)에 있어서 補償이 最終적으로 認定되려면 法院의 命令이 있는 경우를 제외하고 被補償者가 行爲基準(Standard of Conduct)을 充足하였다는 決定이 요구되는데 이 決定은 ① 當事者가 아닌 理事들로 구성된 理事會의 定足數(Quorum)의 過半數에 의한 決議⁴³⁾

40) Del. Code Ann., Tit 8, § 145(a).

41) Id., at § 145(b).

42) Sebring, *supra* note 12, at 548.

43) 1980년에 개정된 模範事業會社法 第5條 e項에서는 全體理事會의 多數決에 의하여 指名되고 (그 指名에 있어서는 當事者인 理事들도 참여할 수 있음) 當該訴訟(補償의 對象이 되는 訴訟)에 있어서 當事者가 아닌 理事 2人 또는 그 이상으로 구성되는 理事의 委員會(a committee of the board)의 다수결에 의하여 補償에 대한 판단을 할 수 있다는 뜻을 규정하고 있다.

② 獨立辯護士의 書面에 의한 意見⁴⁴⁾ ③ 株主들에 의하여 이루어진다.⁴⁵⁾

그런데 위의 決定機關에 대하여는 여러가지 이유로 비판의 대상이 되고 있다. 첫째 ①의 경우에는 理事들이 同僚意識에서 補償을 무조건 인정할 危險性이 있는 한편 예컨대 經營陣에 대한 交替가 있는 경우에는 新舊經營陣의 對立 때문에 理事에 대한 補償이 新任理事들의 기분에 따라 좌우될 염려가 있다.⁴⁶⁾

또 理事의 責任을 추궁하는 訴訟에 있어서는 특히 代表訴訟의 경우에는 理事의 대부분을 被告로 하는 訴訟事件이 적지 않아 利害關係가 없는 理事의 數가 적기 때문에 定足數를 갖춘 理事會의 決議를 얻는다는 것은 쉬운 일이 아니다라는 비판이 있다.⁴⁷⁾

②에 대하여는 獨立辯護士의 獨立과 관련하여 그 의문성이 제기되고 있는데 예컨대 辯護士가 當該會社에 法律顧問으로서 고용되어 있고 被補償者인 理事와 같은 Law Form 出身이라면 親分關係로 쉽게 補償을 인정할 여지가 있고 설사 當該補償의 결정을 위하여서만 특별히 辯護士를 고용한다 하더라도 外部의 辯護士는 社內事情에 밝지 않기 때문에 그가 補償與否에 대한 의견을 진술한다는 것은 극히 어려운 것이고 더우기 辯護士라는 職業은 자신의 顧客의 편에 서서 유리한 의견을 진술하는 경우가 적지 않기 때문에 자신을 고용할 것인가에 대하여 決定權을 갖는 理事에 대하여 補償을 否定하는 決定을 행한다는 것을 기대하기는 어렵다는 지적이 나오고 있다.⁴⁸⁾

44) 1980년에 개정된 模範事業會社法 제5條 e項에서는 종래의 獨立의 辯護士(independent legal counsel)라는 용어를 特別的 辯護士(special legal counsel)이라는 말로 바꾸었으나 이는 辯護士가 獨立한 地位를 갖지 않아도 좋다는 취지는 아니고 會社와 補償을 구하는 者와 종전에 직무상의 관계가 없었다는 것과 당해보상에 대한 판단을 구하기 위하여 특별히 선임된 자라는 것을 나타내는 것이라 한다. Comment, Changes in the Model Business Corporation Act Affecting Indemnification of Corporate Personnel, 36, *Bus. Law*, 114(1980).

45) Model Bus. Corp. Act §5(e), Del Code Ann., Tit. 8, §195(d).

46) Schaeftler, *op. cit.*, p. 121.

47) McAdams, *supra* note 38, at 2137-2138; Johnston, *supra* note 39, at 1993, 1988.

48) Schaeftler, *op. cit.*, at 142. Ohio州에서는 이 때문에 會社에 의하여 고용되어 있는 者, 會社를 위하여 任務(Service)를 수행하고 있는 者, 과거 5년내에 補償을 會社로부터 받은 者 이외의 辯護士를 獨立辯護士로 할 것을 규정하고 있다. Ohio Rev. Code. §1701. B(E)(4).

③에 대하여는 當事者인 理事가 株主인 경우에 理事의 地位로서는 補償의 可否에 대한 決定에 參與할 수 없지만 株主로서는 參與할 수 있느냐는 문제가 있고,⁴⁹⁾ 公開會社에 있어서는 株主總會의 決議가 이루어진다는 것이 그리 쉽지 않고 閉鎖會社에 있어서도 株主가 대부분 理事의 地位를 겸하고 있어 문제가 있고 그렇치 않다 하더라도 株主가 會社의 資產을 減少시키고 따라서 株主의 몫을 적게하는 補償에 대하여 好意的으로 생각할 수 없지 않느냐는 점이 지적되고 있다.⁵⁰⁾

3. 義務的 補償

義務的 補償(Mandatory Indemnification)의 경우에는 理事들의 被補償者가 本案(Merits) 기타 節次에 있어서 防禦에 成功하여야 補償이 權利로서 인정되는데⁵¹⁾ 여기에서 防禦에 成功한다(Successful Defence)는 의미와 관련하여 몇가지 문제점이 있다.

첫째, 本案判決에서 一部勝訴한 경우에 補償의 權利가 인정될 것이냐에 관한 것이다. 이 점에 대하여 델라웨어 一般會社法 및 켈리포니아 一般會社法⁵²⁾ 등은 防禦에 成功한 限度에서(To the extent...)라는 文言을 使用하여 一部補償이 인정된다는 뜻을 나타내고 있으나 뉴욕 州會社法에는 이러한 文言이 없기 때문에 一部補償의 權利가 인정되지 않아 하나의 結점으로 지적되고 있다.⁵³⁾

또 一部補償이 인정되는 一部勝訴라 함은 數個의 訴訟原因에 基하여 被訴된 경우에 一部の 訴訟原因에 대하여는 勝訴하고 다른 訴訟原因에 대하여는 敗訴한 경우를 포함할 것이냐에 關하여 문제가 있다. 델라웨어州 最高法院

49) California州와 Minnesota州에서는 被補償者가 所有하고 있는 株式에 대하여는 議決權을 배제하고 있다. Henn & Alexander, *op. cit.*, 1127.

50) McAdams, *supra* note 38, at 2138; Schaeftler, *op. cit.*, p. 143.

51) 예컨대 Del. Code Ann., Tit 8 § 145(c); N.Y. Business Corporation Law § 724(a).

52) Cal. General Corporation Law § 317(d).

53) Johnston, *supra* note 39, at 2003.

은 이에 대하여 理事가 다른 訴訟原因으로 有罪가 된 경우에 補償을 인정하는 것은 法的 精神·目的 및 健全한 公序(Sound Public Policy)에 직접적으로 反하는 것이라는 判決을 내리고 있다.⁵⁴⁾

둘째, 防禦에 成功한다는 것은 本案 뿐만 아니라 예컨대 出訴期間의 經過에 의한 却下判決 등의 訴訟節次的 理由로 勝訴한 경우에도 포함할 것이냐에 관한 것이다.

이에 대하여 뉴욕 州法院은 舊會社法下時代에 내린 判決에서 이런 경우에도 本案에서 勝訴한 경우와 差異가 없는 것으로서 補償을 인정하기도 하였고⁵⁵⁾ 다른 한편으로는 같은 이유로 却下된 訴訟에 있어서 이러한 경우에는 理事의 誠實함이 인정되지 않았다는 이유로 補償을 인정하지 않아 엇갈린 태도를 보였으나,⁵⁶⁾ 現行法에서는 제724조에서 明文으로 本案 기타(merits or othwise)라는 文句를 두고 있어 節次的 事由로 인하여 勝訴하여도 補償이 인정됨을 立法的으로 해결하고 있다.⁵⁷⁾

델라웨어 一般會社法 第145條 c項도 本案 기타에서라는 文句를 두고 있다.

세째 不抗爭의 答辯(Plea of nolo contendere)은 被告가 當該事件에 있어서 자신의 責任을 自白하는 것으로 되지만 他的 事件에서는 그 答辯을 被告人에게 不利한 證據로 사용할 수 없는 경우를 말하는데 補償을 請求하는 訴訟에서 어떻게 취급할 것이냐가 문제된다. 대다수의 州會社法에서는 任意的 補償의 경우에 不抗爭의 答辯 그 자체는 理事 등이 補償을 인정받기 위한 行爲基準 즉 誠實하게 또 會社의 最善의 利益으로 된다는가 또는 이에 反하지 않는다고 合理的으로 믿은 방법에 따라 行動하는 것에 反한다는 推定을

54) Merritt-Champman & Scott Corporation v. Wolfson, 264 A.2d 358(Del. Sup. Ct. 1970).

55) Dorman v. Humphrey, 278 App. Div. 1010, 106 N.Y.S. 2d 142(1951); Ticher v. Andrews, 193 Misc. 1059, 85, N.Y.S. 2d 920(1949).

56) People v. Uran Mining Corporation, 13 App. Div. 2d 419, 216 N.Y.S. 2d 985(1961).

57) Comments, Mandatory Indemnification of Corporate Officers and Directors, 29 Sw. L.J. 727-730(1975).

생기게 하는 것은 아니다라고 규정하고 있으나⁵⁸⁾ 義務的 補償의 경우에는 이점에 대하여 아무런 규정이 없다.

判例는 不抗爭의 答辯에 基하여 내려진 判決도 理事에 대한 責任을 肯定的 判決로서 인정하여 補償을 否定하였으나⁵⁹⁾ 不抗爭의 答辯은 반드시 理事가 責任이 있다는 理由로 제출되는 것은 아니기 때문에 任意的 補償規定의 경우와 마찬가지로 事件의 背後에 있는 事情을 調査하여 補償與否를 결정해야 할 것이라는 비판이 있다.⁶⁰⁾

VI. 保險條項

模範事業會社法 第5條 g項 및 델라웨어 一般會社法 第145條 g項은 補償制度和 관련하여 會社는 그 會社의 理事, 任員, 從業員 또는 代理人을 위하여 이들이 그 地位 때문에 부담하게 되는 責任에 대하여 會社가 同法의 規定에 基하여 이들에게 補償을 할 權利를 갖는가의 與否와 關係없이 保險契約을 締結하고 이를 維持할 權限이 있다는 뜻을 규정하고 있다.

本條項은 理事 및 任員에 대한 責任保險(略稱, D&O Policy)과 관련하여 會社가 保險料 등을 支給할 수 있음을 규정한 것인데 현재에는 30個州 이상의 州法에서 會社가 이러한 保險에 加入할 수 있는 權限을 부여하고 있다.⁶¹⁾

그러나 위의 模範事業會社法이나 델라웨어 一般會社法과 같이 會社가 同法의 規定에 基하여 이들에게 補償을 할 權利를 갖는가의 與否와 關係없이 保險契約을 締結할 수 있다고 규정한 것은 理事의 온갖 責任에 대하여 保險契約을 締結할 수 있다는 뜻이어서 責任制度의 抑止의 機能을 상실케 하는

58) Del. Code. Ann., Tit. 8 §145(a); N. Y. Bus. Corp. Law §723(b); Cal. Gen. Corp. Law §317(b)등이 立法例이다.

59) Meritt-Chapman & Scott Corporation v. Wolfson 321 A. 2d 138(Del. Sup. Ct. 1974); Schwarz v. General Aniline & Film Corp. 198 Misc. 1046, 102 N. Y. S. 2d 325(1951).

60) Comments, supra note 57, at 740-741.

61) 자세한 것은 Knepper, *op. cit.*, pp. 622-623.

것은 아닌가 하는 비판이 加해지고 있다.⁶²⁾ 이에 대하여는 模範事業會社法 第5條 g項이나 델라웨어 一般會社法 第145條 g項은 保險法의 규정은 아니고 會社法의 규정이어서 保險契約의 內容 그 자체는 同條項의 대상이 아니고 단순히 公序에 反하지 않는 有效한 責任保險契約의 保險料를 會社가 支給할 수 있다는 뜻을 규정한 것이지 同條項이 없었다면 인정되지 않는 保險契約이 同條項에 의하여 인정되는 것은 아니라고 再批判하고 있다.⁶³⁾

理事責任保險이 나오게 된 背景은 會社의 理事나 任員에 대하여 責任을 묻는 訴訟의 경우에는 다름이 심하고 그 訴訟費用도 10萬달러 이상의 것이 보통이고 이러한 費用을 理事 등에 負擔시키는 것은 커다란 재앙과 같은 것이어서 설사 訴訟의 결과가 勝訴이더라도 理事 등을 保護하여야 한다는 것이 반드시 要請되기 때문이라고 한다.⁶⁴⁾

理事責任保險은 보통 會社가 補償規定에 의하여 理事에 대하여 補償할 金額을 擔保하는 會社補償保險(Corporate Reimbursement Form)과 會社에 의하여 補償되지 않는 理事의 責任을 擔保하는 理事責任保險(Directors Form)의 두가지 형태가 동시에 發賣되거나 兩者를 포함하는 單一의 保險이 發賣된다.⁶⁵⁾

理事責任保險에 의하여 補償되는 責任은 保險約款, 公序(Public Policy) 등에 의하여 제한되는 데 예컨대 自己去來(Self-Dealing)를 이유로 한 代表 訴訟에 있어서 發生한 責任, 通常의 注意義務違反 以上の 行爲로 인한 聯邦 證券法違反에 대한 責任, 不正이나 故意的인 不法行爲(Intentional Misconduct)로 인한 責任은 保護되지 않는다.⁶⁶⁾

62) Bishop, *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 *Yale L.J.* 1078, 1091(1968).

63) Schaeftler, *op. cit.*, pp.111-112; Knepper, *op. cit.*, p.625.

64) Knepper, *op. cit.*, p.620.

65) Henn & Alexander, *op. cit.*, p.1145.

66) Johnston, *supra* note 39, at 1993, 2035.

VII. 結 論

지금까지 美國會社法에 있어서 理事가 그 任務遂行에 있어서 負擔하게 될지도 모를 損害賠償責任額이나 防禦費用에 대하여 一定한 條件下에서 會社가 補償하는 制度를 살펴 보았는데 以下에서는 위와 같은 制度가 우리 商法下에서도 認定될 수 있는가의 與否를 檢討하기로 한다. 물론 訴訟社會라고 일컫는 美國社會와는 달리 우리나라에서는 理事의 責任을 추궁하는 訴訟이 거의 없는 실정인에서 補償制度가 없다고 하여 理事職의 就任을 거부하는 사태가 일어난다는 것은 거의 不可能에 가깝다고 생각되지만 가까운 장래에 있어 家族企業에 가까운 大企業이 實質적으로 公開되고 資本市場이 크게 育成되어 商法이 바라고 있는 企業의 所有와 經營의 分離라는 것이 名實相符化되던 자연 발생적으로 株主나 會社의 權利를 保護하기 위하여 理事에 대한 責任訴訟의 빈도가 많아지게 되고 따라서 補償問題는 더욱 현실성 있는 문제가 되리라 생각한다. 우선 損害賠償責任額에 대한 補償與否를 檢討하여 보면 否定的으로 볼 수 밖에 없을 것이다. 왜냐하면 理事의 會社에 대한 責任이나 第3者에 대한 責任이 成立하였는데도 불구하고 會社가 이에 대하여 補償한다는 것은 理事의 責任을 규정하는 法の 趣旨을 상실케 하는 것이기 때문이다. 會社에 대한 損害賠償責任額에 대하여는 總株主의 同意를 얻는다는 것이 어려워 실효성이 있을른지는 의문이지만 商法 第400條의 總株主의 同意에 의한 理事의 會社에 대한 責任免除決議로 補償과 같은 效果를 달성할 수는 있다.

그러나 防禦費用에 대하여는 理事가 訴訟에서 勝訴한 限度內에서는 會社에 대하여 補償을 請求할 수 있다고 생각한다. 그러나 이에 대하여는 代表訴訟에 있어 理事가 勝訴하더라도 防禦費用을 請求할 수 없다는 反對說이 있다.⁶⁷⁾

그 理由는 분명치 않으나 아마 代表訴訟의 경우에 理事가 勝訴하면 訴訟

67) 韓國司法行政學會(編), 「判例·學說 註釋商法(上)」, p. 1039.

費用은 敗訴株主가 부담하게 되고 또 勝訴한 理事는 不法行爲에 관한 一般原則에 의하여 敗訴株主에게 辯護士報酬 및 기타 費用을 請求할 수 있기 때문에 구대여 明文의 규정도 없는 補償請求를 인정할 필요가 없지 않느냐는 主張이라고 생각할 수 있다.

그러나 代表訴訟이 濫用되거나 不當하게 提起된 경우를 생각하면 理事가 나중엔 不法行爲에 基하여 防禦費用을 請求할 수 있더라도 時間과 勞苦를 要하고 現實적으로 支給받을 수 있느냐도 分明치 못하기 때문에 지나치게 가혹하다고 볼 수 있다. 또 우리 商法上 會社와 理事의 關係는 委任에 관한 規定이 準用되므로 만약 代表訴訟에서 理事가 勝訴하여 會社에 대한 義務違反이 없었다는 것이 밝혀졌다면 民法 第688條 3項의 委任事務의 處理를 위하여 損害를 받은 것으로 보아 理事의 防禦費用에 대한 補償을 인정할 수 있다고 본다.

要컨대 補償制度가 明文으로 규정되어 있지 않는 우리법의 경우에도 理事에 대한 責任追窮訴訟에 있어서의 防禦費用에 대하여는 民法 第688條 3項의 要件이 充足되는 限 인정될 수 있는 것이다.