

## 이사의 적극적 감시활동

—Marchand v. Barnhill – 212 A.3d 805 (Del. 2019)을 중심으로—

남현숙 \*

신용훈 \*\*

### 【목 차】

I. 서설	
II. Marchand 판결의 내용	IV. 이사의 감시의무와 관련한 우리 법원의 태도
1. 사건의 경위	1. 이사의 감시의무 개관
2. 델라웨어주 형평법원의 판단	2. 최근 법원의 판결
3. 델라웨어주 대법원의 판단	3. 소결
III. 이사의 감시의무에 대한 미국 판례의 흐름	V. 결론
1. Marchand 판결 이전의 주요 판결	
2. Marchand 판결 이후 판결	

### 【국 문 요 약】

이사는 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행에 관한 것을 결의하고 직무권한을 행사함에 있어서 선량한 관리자로서의 역할을 다하여야 한다. 또한 이사는 이사회 일원으로 대표이사와 이사의 직무집행을 감시할 수 있다.

이사의 감시의무는 실정법상 개념은 아니나, 판례는 이사의 감시의무를 인정하고, 이를 위반할 경우 회사에 대한 손해배상책임까지 인정하고 있다. 최근 미국 델라웨어주 대법원에서는 이사의 감시, 감독 기능과 관련하여 눈에 띄는 판결을 내놓았다. 이는 이후 판결에도

\* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

\*\* 법무법인 대륜(유), 변호사.

영향을 주어 강화된 이사의 감시의무의 기준점이 되고 있다. 최근 국내 법원에서 담합사건과 관련하여 이사의 감시의무에 대하여 기존보다 강한 책임을 요구하는 판결이 나왔고, 이 또한 일련의 텔라웨어주 판결 흐름과 무관하지 않아 보인다. 본고에서는 대상 텔라웨어주 판결을 비롯하여 이후의 판결에 대하여 살피고자 한다. 이는 국내에서도 이사의 감시 의무 및 책임과 관련하여 중요한 지침이 될 수 있을 것이라고 생각한다.

## I. 서설

이사는 회사의 위임을 받아 회사의 업무를 수행하는 자로, 이사는 선량한 관리자 주의를 다하여 충실하게 업무를 수행할 의무와 업무에 대한 위험·다른 이사들의 업무 집행을 감시·감독할 의무가 있다. 이사가 회사에 대하여 부담하는 의무를 신인의무(fiduciary duty)라고 하는데, 미국에서는 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)로 구별하여,<sup>1)</sup> 주의의무는 이사와 회사간 이해충돌가능성이 없는 영역에서, 충실의무는 이사와 회사간 이해충돌가능성을 전제로 한 관계에서 나타나는 것으로 보고 있다.<sup>2)3)</sup> 이사의 감시의무와 관련해서는 1963년에 처음으로

1) 텔라웨어주에서는 신인의무(fiduciary duty)를 주의의무(duty of care), 충실의무(duty of loyalty) 외에 성실의무(good faith)를 포함하는 것으로 보고 감시의무 위반을 성실의무 위반의 문제로 판단하기 시작하였는데, III에서 소개할 Caremark 판결과 Stone 판결이 대표적이거나, 성실의무의 범위와 독립성과 관련하여 일률적인 판단이 이루어진 것은 아니다. 김효신, “미국회사법상 이사의 감시의무와 그 시사점”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소(2013), 이윤석, “미국회사법상 이사의 감시의무위반과 성실의무”, 상사법연구 제29권 제3호, 한국상사법학회(2010). 참조.

2) 김정호, 「회사법」(제7판), 법문사(2021), 430면.

3) 최준선, 「회사법」(제16판), 삼영사(2021), 530면. 국내에서는 동일설과 이질설의 대립이 있으며, 이질설의 입장에서는 선관주의의무 위반에는 고의 또는 과실이 원칙적으로 필요하지 않고, 회사가 입은 손해액이 이사의 책임 범위가 된다. 충실의무위반은 결과책임이어서 역시 고의 또는 과실을 필요로 하지 않으며, 회사가 입은 손해액과 이사가 얻은 모든 이익이 그 배상책임의 범위가 된다. 소위 경영판단의 원칙은 충실의무(duty of loyalty) 위반 시

이사의 소극적 감시의무를 인정한 델라웨어주 법원의 판결이 나왔다.<sup>4)</sup> 이후, 델라웨어주 법원의 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996)(이하 ‘Caremark 판결’이라 한다)에서 ‘이사는 적절한 정보를 얻고 감시를 가능하게 할 보고시스템을 구축하고 운영할 의무가 있으며, 이를 해태할 경우 이사는 회사의 위법행위로 인하여 발생한 손해에 대한 책임을 부담하다’고 판시하여, 이사의 감시의무를 적극적으로 인식하기 시작하였다. 이 판결을 통하여 이사가 보고 및 정보시스템을 구축하지 않거나, 구축하더라도 이를 의도적으로 해태하여 위험을 인지하지 못한 경우 이사가 감시의무를 위반하였다고 판단하는 ‘Caremark 원칙’이 성립되었다. Caremark 원칙에 따르면 성실의무(good faith) 위반을 요건으로 하여 이사가 알면서 내부통제시스템을 구축하지 않거나 구축된 시스템을 의도적으로 운용하지 않은 경우, 이사의 감시의무 위반이 인정될 수 있다. 그러나 이러한 성실의무 위반을 입증하기 어려워 그동안 사실상 Caremark 원칙의 적용이 어려웠다.<sup>5)</sup>

2019년 델라웨어주 법원에서 이사의 감시의무에 관한 Caremark 원칙과 관련하여 *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019) 판결(이하 ‘Marchand 판결’이라 한다)과 *In Re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation*, C.A. No. 2017-0222-JRS, 2019 WL 4850188 (Del. Ch. Oct. 1, 2019) 판결(이하 ‘Clovis 판결’이라 한다)이 있었다. 이 판결들은 이사의 감시의무 해태 여부가 문제된 사안들로, Caremark 원칙의 적용을 긍정하였다.

본고에서는 이사의 감시의무와 이와 관련된 Caremark 원칙에 대한 미국 델라웨어주 법원의 판결을 분석하고, 우리나라에 미치는 영향에 대하여 논의하고자 한다. 본고는 ① 미국 델라웨어주 법원의 *Marchand* 판결

---

에는 적용이 없다.

4) *Graham v. Allis-Chalers Manufacturing Co.*, 188 A.2d. 125 (Del. 1963)

5) Robert C. Bird, *Caremark Compliance for the Next Twenty-Five Years*, *American Business Law Journal*, Vol. 58, Issue.1 (2021). at 65.; *Marchand* 판결에서도 델라웨어 법원에서 이사의 감독의무에 근거한 이사책임은 원고 승소 가능성이 가장 낮은 이론이라는 언급을 하였다. *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019). at 820.

내용, ② Marchand 판결의 의의, ③ 우리나라에 미치는 영향으로 구성된다. 이를 통하여 이사의 감시의무 위반에 대한 Caremark 원칙을 분석하고, 우리나라 이사의 감시의무에 대한 검토를 진행한다.

## II. Marchand 판결의 내용

### 1. 사건의 경위

블루벨 회사는 미국 최대의 아이스크림 회사이다. 아이스크림을 생산하는 블루벨 회사는 산업 특성상 보건당국으로부터 식품 안전에 대한 많은 규제를 받았고, 회사 자체적으로도 식품 안전에 대하여 많은 주의를 기울여야 한다.<sup>6)</sup>

2009-2013년 사이 보건당국은 블루벨 회사에 대한 조사를 통하여 블루벨 회사의 공장들에서 식품 안전에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항들을 발견하였다. 보건당국이 블루벨 회사에게 이 사실에 대한 수차례 경고와 시정요구를 하였음에도 불구하고, 이러한 사실은 경영진에게만 보고되었고 이사회에는 전혀 보고되지 않았다.<sup>7)</sup>

보건당국 경고와 시정요구에도 불구하고, 2015년 초 블루벨 회사 제품에서 리스테리아균이 발견되었고 이로 인하여 3명이 사망하는 중대한 사건이 발생하였다<sup>8)</sup>. 블루벨 회사는 이 사태로 회사의 모든 제품에 대한 리콜을 진행하는 동시에, 그 생산을 중단하여 결국 회사 직원의 3분의 1을 해고하는 지경에 이르렀다.<sup>9)</sup> 블루벨 회사는 과거 보건당국으로부터 수차례 지적을 받고 시정 요구를 받았음에도 불구하고 이를 제대로 이행하지 않아 결국 위와 같은 사태가 발생하였고, 이로 인하여 회사는 많은

6) Marchand v. Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019), at 810.

7) Id. at 811-813.

8) Id. at 814.

9) Id. at 807.

손해를 입었다.

이에 블루벨 회사의 일부 주주가 블루벨 회사의 이사들을 상대로 식품 제조 과정의 안전에 대하여 이사들이 감시의무를 이행하지 않았다는 이유로 주주대표소송을 제기하였다. 소송을 제기한 주주들은 경영진과 이사들이 고의로 블루벨 회사에 대한 여러 경고들을 무시하여 식품 안전에 대한 감시의무를 제대로 수행하지 못하였다고 주장하면서, Caremark 원칙 위반을 주장하였다.

## 2. 델라웨어주 형평법원의 판단

### 가. 사건의 쟁점

원고는 이사들이 경영진인 Paul Kruse와 Bridges에 대한 감시의무를 제대로 이행하지 않았고, 회사 운영에 대하여 이사들의 감시의무가 있음에도 불구하고 이러한 의무를 수행하려고 하는 선의의 노력을 다하지 않아(Caremark 원칙 위반) 신인의무(fiduciary duties)를 이행하지 않았다고 주장하였다.<sup>10)</sup>

### 나. Paul Kruse와 Bridges에 대한 감시의무 위반

블루벨 회사의 이사회는 모두 11명으로 구성되며, 의결권 총수는 15표인데, Moo 파트너스의 투자 조건으로 이사가 된 Reimann이 5표를, 나머지 10명이 10표를 가지고 있었다.<sup>11)</sup>

원고는 이사회가 경영진에 대하여 감시의무가 있음에도 불구하고 이사회가 비독립적 구성 즉, Kruse 가문<sup>12)</sup>과 밀접한 연관이 있는 이사들로 구성되어 있어, 이사들이 감시의무를 제대로 수행하지 않았다고 주장하였다. 원고는 이사회 의결권 총수 15표 중 최소한 8표를 행사할 이사들

10) Marchand v. Barnhill, 2018 WL 4657159 (Del. Ch. Sept. 27, 2018). at \*2.

11) Id. at \*12-16.

12) 블루벨 회사를 설립하고 오랫동안 이 회사를 운영한 가문으로, 경영진인 Paul Kruse와 Bridges는 이 가문에 속한다.

은 Kruse 가문으로부터 독립적인 사람들이어야 한다고 주장하였다.

형평법원은 원고가 독립적이라고 주장한 Reimann과 Ryan을 제외한 나머지 이사들의 독립성 여부 즉 이사들이 Kruse 가문의 영향력에서 벗어나 자유롭게 의결권을 행사할 수 있는지 여부를 검토하였고, 독립성이 가장 의심된 Ehlert과 Rankin마저 Kruse 가문으로부터 독립적으로 의결권을 행사할 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 형평법원은 이사회에서 최소한 8표 이상은 Kruse 가문으로부터 독립적인 의결권 행사가 가능한 상태였다고 판단하였다.<sup>13)</sup>

#### 다. Caremark 원칙 위반 여부

Caremark 원칙은 이사에게 회사 운영에 대한 감시의무가 있고 이를 선의(good faith)로 이행하여야 함에도 불구하고, 이사가 악의(bad faith)적으로 이를 소홀히 할 경우 이사의 충실의무 위반을 인정하는 원칙이다. 이사들이 감시의무를 이행하지 않는다는 사실을 본인들도 알고 있었다는 점이 입증되어야, 이사들이 Caremark 원칙 위반을 이유로 감독의무의 미이행에 대한 책임을 부담한다.<sup>14)</sup>

원고는 블루벨 회사 이사들이 회사가 식품 안전과 위생을 지키기 위하여 많은 노력을 기울이고 각종 절차 등 준수하는지 여부를 감시할 수 있는 보고·준수 시스템에 관한 Caremark 원칙을 위반하였다고 주장하였다.<sup>15)</sup>

형평법원은 원고가 Caremark 원칙 위반을 주장하며 블루벨 회사의 규제위반 조사와 비위생적인 설비 관리에 대한 규제 당국의 조사 등을 바탕으로 식품안전과 관련한 사실을 탐지·보고하기 위한 내부시스템이 전혀 없거나, 있더라도 이를 의도적으로 운용하지 않는 점에 대하여 언급하고 있으나, 원고가 의무적인 모니터링 및 보고시스템을 구축하지 못했다는 주장 자체를 제대로 언급하지 않고 있다는 점, 블루벨 회사가 시설에 대한 위생 매뉴얼을 마련하고, 소비자 불만처리 및 신고절차를 서

13) Id. at \*16.

14) Id. at \*16-17.

15) Id. at \*16.

면으로 공포한 사실이 있다는 점, 경영진이 운영과 시설관리 등에 관한 사항을 이사회에 보고했다는 점 등에 비추어, 블루벨 회사에 내부시스템 자체는 존재하나 이를 제대로 시행하지 않은 것이라고 판단하였다.<sup>16)</sup> 또한 형평법원은 원고가 다루고자 하는 사항이 감시와 보고의 존재가 아니라 특정한 사례에 대한 감시와 보고의 효과, 즉 해당 사안에 대하여 감시와 보고가 제대로 이루어지지 않았다는 내용이고, 이는 단지 블루벨 회사의 시스템이 적절하게 운영되지 않은 내용이므로, 이사들이 리스테리아균 사건에 대한 대처를 잘 하지 못하였다는 것은 감시·보고 시스템의 부재 혹은 의도적인 시스템 운영 해태를 그 내용으로 하는 Caremark 원칙 위반에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.<sup>17)</sup>

이에 따라 형평법원은 블루벨 이사들이 Caremark 원칙을 위반하지 않았다고 판시하였다.<sup>18)</sup>

### 3. 텔라웨어주 대법원의 판단

#### 가. 사건의 쟁점

형평법원에서의 쟁점과 마찬가지로, 경영진인 Paul Kruse와 Bridges에 대한 감시의무와 관련하여 이사회 독립성 여부<sup>19)</sup>와 Caremark 원칙 위반 여부가 문제되었다.

#### 나. Paul Kruse와 Bridges에 대한 감시의무 위반

대법원은 논란이 되는 Ehlert과 Rankin 중 Rankin에 대하여 판단하였

16) Id. at \*16-17.

17) Id. at \*16-19.

18) Id. at \*19.

19) 제소청구면제 단계(demand excusal)에서 원고는 이사회 과반수가 개인적 책임의 “상당한 가능성 (substantial likelihood)”에 직면하고 있다는 것을 입증해야 한다. Elizabeth Pollman, *Corporate Oversight and Disobedience*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 72, Issue 6 (2019). at 2036.

다. 대법원은 Rankin에 대하여 Rankin이 과거 Ed Kruse(Paul Kruse의 아버지)의 행정보조로 시작하여 블루벨 회사에서 28년 넘게 일하며 CFO 자리에 올랐다는 점, 2004년 블루벨 회사의 이사가 된 점, Blinn대학교 농업 시설에 Rankin의 이름이 명명되었을 당시 Kruse 가문이 이 학교에 45만 달러를 기부한 점 등에 미루어 Rankin과 Kruse 가문 사이에 상호 두터운 존중과 신뢰가 있었을 것이라고 판단하였다.<sup>20)</sup>

대법원은 비록 Rankin이 과거 Paul Kruse와 관련된 CEO와 이사회 의장직 분리안에 대하여 Paul Kruse와 다른 의견이었다 하더라도, 이는 회사구조를 결정하는 문제이며, 감시의무 위반 등에 대한 사항과는 별개의 사안이라고 판단하였다. 이에 따라 대법원은 위와 같은 사실을 바탕으로 하여 Rankin이 현실적으로 Kruse 가문과 친밀하게 지냈다는 점 등을 인정하였고, 이것이 Rankin의 의사결정 공정성에 문제가 될 수 있다고 판단하였다.<sup>21)</sup>

#### 다. Caremark 원칙 위반 여부

대법원은 이사회가 악의(bad faith)로 이사회 수준의 감독 위원회 등과 같은 감독, 보고시스템을 설치하지 않거나 이에 대한 관리를 실시하지 않는 경우에 Caremark 원칙<sup>22)</sup>에 위반된다고 하였다. 즉 이사가 수임자의 지위에서 악의적으로 행동하였다는 점이 입증될 경우 이사가 충실의무를 위반하였다고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

이사는 사업 운영에 있어 광범위한 재량권을 가지고 있지만, 합리적인 범위 내에서 이사회 수준에 이르는 감시 시스템을 갖추기 위해서 선의의 노력을 다해야 한다. 이에 따라 이사는 감시, 감독 시스템을 운용하는데 아무런 노력을 하지 않는, 즉 악의(bad faith)가 있다면, 이사의 충실의무

20) *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019) at 818-819.

21) *Id.* at 819-820.

22) Caremark 원칙 및 *Stone v. Ritter* 사건에서 언급된 바와 같이 이사회는 일반적 운영에 있어 회사의 정보 및 보고 시스템을 통하여 정보 등을 보고 받아 이에 따른 적절하게 대처하는 선의의 판단을 하여야 한다.

23) *Id.* at 820-821.



위반이 인정된다.<sup>24)</sup>

원고는 블루벨 회사의 감시, 감독 시스템에 대하여 아래와 같은 사실을 주장하였다.<sup>25)</sup>

- ① 식품 안전을 다루는 이사회 내의 위원회가 없다.
- ② 이사회 수준에서 식품 안전 준수, 식품 안전에 대한 위험 및 그에 관련된 보고를 이행할 정기적인 절차나 규약이 없다.
- ③ 이사회에서 주요 식품 안전과 그 위험에 대한 검토를 정기적으로 하지 않았다.
- ④ 리스테리아균 사건으로 인하여 피해자 3명이 사망하는 기간까지 경영진이 보건당국 등으로부터 수차례 위험 경고를 받았음에도 이사회 회의록상 이러한 사실이 이사회에 공개되었다는 내용이 없다.
- ⑤ 이사회는 경영진으로부터 특정한 긍정적인 정보만을 들었을 뿐 중요하고 부정적인 내용을 듣지 못하였다.
- ⑥ 이사회에서 식품 안전과 관련된 정기적인 논의를 위한 제안도 없었다.

대법원은 위 사실을 바탕으로 하여 블루벨 회사에 이사회 수준의 보고, 감시 시스템이 전혀 없었다고 판단하였다. 또한 대법원은 이사회가 회사 운영에 필수적이고 중요한 안전 준수 사항에 대한 정보를 받기 위하여 아무런 노력을 한 사실이 없다고 판단하였다.<sup>26)</sup>

대법원은 비록 블루벨 회사가 FDA와 주 보건당국이 요구하는 식품 안전 사항을 준수하였고, 수시로 안전과 관련하여 직원들이 지켜야 할 특정 매뉴얼을 운영하는 등 안전을 위한 감독을 하여 관련 규제를 준수하였다 하더라도, 이를 근거로 하여 블루벨 회사가 이사회 수준의 감시, 감독 시스템을 가지고 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>27)</sup>

대법원은 블루벨 회사와 같이 특수한 규제 즉 식품 안전에 있어 강한 규제를 받는 회사의 경우, 단순히 연방법과 주법에 따른 규제만을 지키

24) Id. at 821.

25) Id. at 822.

26) Id. at 822.

27) Id. at 822-823.

는 것만으로는 이사회 수준의 감시, 감독시스템 부재에 의한 Caremark 원칙의 악의를 배제할 수 없다고 판단하였다.<sup>28)</sup>

따라서 대법원은 블루벨 회사 이사회가 이사회 수준의 감시, 감독 시스템을 구축하여 실시하는 등 선의의 노력을 하지 않았고, 이러한 사실을 알고 있음에도 별도의 이사회 수준의 감시, 감독 시스템을 구축하지 않거나 의도적으로 감시, 감독을 하지 않았기 때문에, 형평법원의 판결과 반대로 블루벨 회사 이사들이 Caremark 원칙을 위반하였다고 판시하였다.<sup>29)</sup>

### III. 이사의 감시의무에 대한 미국 판례의 흐름

본 판결에서 델라웨어 대법원은 이사회 독립성(Independence)과 이사의 감시의무(duty of oversight)에 대하여 판단을 하였으며, 감시의무와 관련하여 보다 구체적인 감시의무 내용을 기재한 바, 기존보다 높은 수준의 Caremark 원칙을 적용한 것으로 평가할 수 있다. 이러한 법원의 태도가 앞으로 어떻게 전개될 지와 관련하여 이사의 책임과 감시의무에 대한 내용이 어떻게 변화했는지, 그리고 앞으로 감시의무의 내용 내지 적용기준에 대하여 기존 판결 및 Marchand 판결 이후의 사례를 통해서 살펴보고자 한다.

#### 1. Marchand 판결 이전의 주요 판결

가. *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d. 125 (Del. 1963)

이 판결은 이사에게 소극적 감시의무를 인정한 판례이다.<sup>30)</sup> 델라웨어

28) Id. at 823.

29) Id. at 823-824.

주 대법원은 이사는 회사의 임원 등의 행위에 대하여 의심할 만한 특별한 표시가 존재하는 경우에 그들의 행위에 대하여 조사할 의무가 있다고 판시하였다.

텔라웨어주 대법원은 이사에게 문제된 사안에 대하여 잘못되었다고 할 만한 의심이 들게 하는 사실이 발생할 때까지 직원들의 정직성과 성실성을 신뢰할 권리가 있으며, 만일 그와 같은 사실이 발생하였음에도 주의 기울이지 않은 경우에만 이사에게 책임이 있다고 하였다. 만일, 의심할 만한 일이 있음에도 이사가 이를 무시하면 이사는 책임을 질 수 있으나, 의심할 만한 이유가 없는 부정행위를 적발해 내기 위하여 회사의 감시감독시스템을 설치하고 운영할 의무는 없다고 판시하였다.<sup>31)</sup>

이러한 이사의 소극적 감시의무는 Caremark 판결이 나오기 전까지 지속되었으며, 이사의 감시의무에 관련하여 법원의 전통적인 입장이 되었다.<sup>32)</sup>

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

의료관리회사인 Caremark International Inc.(이하 ‘Caremark사’라고 한다)는 1992년 11월 Baxter International Inc.(이하 ‘Baxter사’라고 한다)에서 분할하여 뉴욕증권거래소에 상장된 회사였다. 이 회사의 대부분 수입은 의료보험회사, Medicare, Medicaid 등으로부터 받은 상환지급으로 이루어져 있었다. Caremark사는 소개비지급금지법(The

30) 정봉진, “이사의 감시의무에 관한 미국법 연구”, 비교사법 제10권 제2호, 한국비교사법학회(2003), 364면.

31) “directors are entitled to rely on the honesty and integrity of their subordinates until something occurs to put them on suspicion that something is wrong. If such occurs and goes unheeded, then liability of the directors might well follow, but absent cause for suspicion there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists.”, 88 A.2d. 125 (Del. 1963), at 130.

32) 손성, “미국 Disney 판결에 관한 분석과 시사점 - 이사의 성실의무를 중심으로-”, 상사판례연구 제21집 제1호, 한국상사판례학회(2018), 6면.

Anti-Referral Payment Law, ARPL)의 적용을 받았기 때문에 Medicare<sup>33)</sup>나 Medicaid<sup>34)</sup> 환자의 위탁에 대한 소개비지급이 금지되었으나, Caremark사는 Medicare 환자에게 제공하는 의약품 또는 의료서비스를 추천, 처방하는 의사들과 계약을 맺고 연구비나 자문료를 지급하였다. 소개비지급금지법의 위반가능성이 있는 계약이 많이 있었으나, 회사 내부에서조차 동법 위반 여부를 정확하게 알지 못하는 경우가 많았다.

1991년 8월에 미보건사회복지부 감찰부(the HHS Office of the Inspector General, OIG)는 Baxter사와 Caremark사의 영업방식에 대한 조사를 시작하였는데, Medicare 및 Medicaid 수령자들을 포함하여 Baxter사의 보호를 받고 있던 환자의 모니터링 수당으로 의사들에게 지급된 비용에 대하여 소개비지급금지법 위반여부가 문제가 되었다.<sup>35)</sup> OIG 조사 개시의 결과에 따라, 경영진이 취한 첫 번째 조치로 1991년 10월 Baxter사는 Medicare와 Medicaid 소속 환자에게 의료서비스를 제공하는 의사들에게 연구비 및 자문료 지급을 하지 않겠다고 공표하였다.<sup>36)</sup> 1992년 4월에 Caremark사는 의사들과의 계약이 ARPL에 저촉되지 않도록 Guide to Contractual Relationship 4번째 개정판을 발간하였고, 1992년 9월 지역 임원들이(Zone Presidents) Caremark사가 의사와 체결한 각 계약 관계를 승인하도록 요구하는 정책을 시행하였다.<sup>37)</sup>

정부 조사 기간 동안 Caremark사는 비즈니스 및 윤리 정책에 관련한 컴플라이언스를 확실하게 하기 위하여 디자인된 내부감사 계획을 세웠으며, 외부감사(outside auditors)로 Price Waterhouse를 고용하였다. Price Waterhouse는 1993년 2월 Caremark사의 감시체계(Caremark's control structure)가 적정하다는 내용의 감사보고서를 제출하였다.<sup>38)</sup> 이

33) 65세 이상의 노인이나 장애인에 대한 의료보험제도.

34) 연방 및 주정부 재원으로 저소득자와 장애인의 입원치료 등을 지원하는 의료보장제도.

35) *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). at 962

36) *Id.* at 962.

37) *Id.* at 963.

38) *Id.* at 963.

러한 감사보고서에도 불구하고 1993년 4월에 감사윤리위원회는 새로운 내부감사헌장을 채택하였다.<sup>39)</sup> 1993년에는 Caremark사는 감독기능을 강화하기 위하여 주사무소 승인을 통하여 모든 분사무소 지급거래 통제를 하도록 하였고, 1994년에는 Guide to Contractual Relationship을 5차 개정판까지 출간하였다.<sup>40)</sup> 그러나 1994년 8월, 각 미네소타의 연방 대배심(Federal Grand Juries)은 ARPL을 위반하여 의약품 사용과 환자 유치를 위하여 의사들에게 부당한 금품을 주었다는 등을 이유로 두 명의 Caremark사의 임원(최고책임자 아님)에게 기소장을 발부하였으며, 이로 인해 회사는 이들의 감시를 게을리 한 것과 관련하여 유죄를 인정(guilty plea), 벌금, 과태료 및 변제비용 등을 부담하게 되었다. 이러한 사실을 알게 된 Caremark사의 주주들은 이사들의 감시 실패로 인하여 회사에 손해를 끼쳤다고 주장하면서 대표소송을 진행하였다.<sup>41)</sup> 이후 1995년 6월, 델라웨어주 형평법원(Chancery Court)의 승인을 조건으로 하는 양측 화해로 본 소송은 종결되었다.<sup>42)</sup>

본 건은 이사들이 책임을 져야 하는 활동에 대하여 인식을 하지 못하였던 경우였으나, 법원은 이사회가 감독을 지속적으로 하지 못하였거나, 체계적으로 못하였기 때문에 그러한 활동을 인지하지 못하였고, 이는 법적 책임의 필수 요건인 선의의 결여(lack of good faith)를 입증한다고 하였다.<sup>43)</sup> 즉, 이사에게 회사의 정보 보고와 감시를 할 수 있는 적절한 보고 시스템을 구축하고 운영해야 할 의무가 있으며,<sup>44)</sup> 이사가 이 의무를 게을리 하였다면, 회사의 위법행위로 발생한 손해를 배상해야 한다고 하여, 법원은 그동안 소극적 의무에 그치던 이사의 감시 의무를 적극적인 의무로 판단하였다.

---

39) Id. at 963.

40) Id. at 963.

41) Id. at 963-964.

42) Id. at 965. 유죄를 인정하는 대신에 Caremark는 Medicare 및 Medicaid 프로그램에 계속 참여할 수 있었다.

43) Id. at 971.

44) Id. at 972. 관련 세부 사항은 경영판단의 영역이라고 하였다.

#### 다. Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (2006)

AmSouth 은행은 AmSouth 사의 완전자회사로, AmSouth 은행은 6개 주에 걸쳐 600개의 은행이 있었다. 2000년 Harmic과 Nance라는 사람들이 AmSouth 은행에 은행예탁계좌를 개설하였고, 해외 의료클리닉을 제공하는 사업으로, 높은 수익을 보장하면서 투자자를 모집하였다. 그러나 2002년 이들의 사기 행각이 밝혀졌고, 투자자들은 약속한 이익상환을 받지 못하게 되었다. 이 둘은 유죄판결을 받았고, 조사과정에서 “의심스러운 거래에 대한 보고”가 이루어지지 않았음이 발견되었다.

2004년 AmSouth 은행과 AmSouth 사가 Federal Bank Secrecy Act 위반으로 4천만 달러의 벌금 및 제재금을 부담하는, 반면 회사의 이사들은 어떠한 벌금도 받지 않았다.<sup>45)</sup> 이에 원고들은 이사들이 감시의무를 제대로 수행하지 않았으며, 이에 관한 이사의 주의의무 위반을 이유로 소송이 제기되었다. 법원은 Caremark 판결을 기준으로 이사의 감시의무를 판단하였다.<sup>46)</sup>

법원은 이사들이 신인의무 위반 사실을 알면서 내부보고시스템 등을 전혀 구축하지 않았거나 설사 이러한 시스템이 있더라도 의식적으로 감시를 소홀히 하여 그 결과 위험을 제때에 인지하지 못한 경우에 이사는 감시의무 위반으로 손해배상 책임이 부담할 수 있다고 하면서, 본 건에서는 이사들의 의무위반을 인정하지 않고 원고패소판결을 하였다.<sup>47)</sup>

45) Stone v. Ritter. 911 A.2d 362 (Del. 2006), at 365.

46) Id. at 369; In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) at 959 및 971 참조.

47) 이사의 감시의무가 이사의 주의의무 영역인지, 충실의무 영역인지에 대한 논란과 관련하여, Stone 판결에서는 이사의 성실의무를 이사의 충실의무(duty of loyalty)의 예로 공식적으로 인정하였다는 견해가 있다. Clare A. Hill & Brett H. McDonnell, *Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty*, Fordham Law Review Vol. 76, Issue 3 (2007). at 1778.; Bainbridge 교수는 Caremark 판결은 이사의 주의의무(duty of care)에 중점을 두어서 이사들이 감시의무를 극도로 소홀히 하였을 경우에 책임을 부과하는데 반하여, Stone 판결에서는 이사들이 수탁의무(fiduciary obligations)를 이행하지 않고 있다는 것을 알았다는 것을 입증해야 하는 한편, Caremark 원칙을 성실의무(good faith)에 포함시켜서 Caremark 원칙 위반을 면책이 불가능한 것으로 (non-exculpable) 만들었고, 따라서, 이사의 법적책임의 범위를 확장시킬 가능성이 있다고 설명한다. Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*」(2nd

## 2. Marchand 판결 이후 판결

가. In Re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation, C.A. No. 2017-0222-JRS, 2019 WL 4850188 (Del. Ch. Oct. 1, 2019)

### 1) 사실 관계

Clovis Oncology(이하 ‘Clovis’라고 한다)는 폐암치료제 Rociletinib(이하 ‘Roci’라고 한다)개발에 주력하였다. 이 과정에서 이사회는 Roci에 대하여 계속적으로 논의를 하였으며 보고를 받았다. Clovis는 ‘RECIST’라는 표준화된 임상 프로토콜을 채택하였는데, ORR(Objective Response Rate, 약물 치료 시에 유의미한 종양수축을 경험한 환자의 백분율) 60%를 달성하였다고 언론, 주주 및 SEC(미국의 증권거래위원회, Securities and Exchange Commission)에 알렸다.<sup>48)</sup> 그런데 2014년 6월 12일 이사회는 Clovis가 Roci의 ORR을 산정할 때 확인된 답변(confirmed response) 뿐만 아니라 미확인 답변(unconfirmed response)까지 포함하여 부적절하게 산정하였다는 사실을 지적하는 보고를 받게 되었다. ORR이 63, 67%라는 발표와는 달리 실제 ORR은 60% 미만(또는 50% 미만)이라는 것이다.<sup>49)</sup> 그럼에도 이사들은 부풀려진 ORR이 기재된 2014년 사업보고서에 서명을 하였다.<sup>50)</sup>

2015년 6월 9일 Clovis는 FDA의 미팅에서 ORR이 50%라는 것을 보고하였으나, 공개보고에는 여전히 60%라고 하였다. 2015년 7월 7일 Clovis 경영진은 최종 데이터를 받았고, ORR은 42%였다. 2015년 7월 14일 Clovis는 410만주(3억 1600만 달러) 유상증자를 하였는데, 당시

---

Edition), Foundation Press (2009). at 165.; In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27(Del. 2006)에 관한 언급도 많이 하였으나, 그 내용이 Caremark 판결에 관한 것으로, 본고에서는 Disney 판결을 따로 언급하지 않았다. Disney 판결에 대해서는 손성, 앞의 논문(각주 32) 참조.

48) In Re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation, C.A. No. 2017-0222-JRS, 2019 WL4850188 (Del. Ch. Oct. 1, 2019), at \*5.

49) Id. at \*6.

50) Id. at \*7.

투자설명서에도 ORR이 60%로 기재되었다.

FDA는 Clovis와의 미팅을 하면서 Roci의 ORR 산정 시에 확인된 답변만을 포함시킬 것을 강조하였고, Clovis는 2016년 5월 5일 Roci에 대한 신약허가신청(NDA)를 포기하고, Roci 연구개발도 중단하였다.<sup>51)</sup> 2016년 11월 16일 Roci의 실제 ORR이 28-34%에 불과하다는 것이 대중에게도 알려지게 되면서 Clovis의 주가는 70%까지 급락하여 시가총액 1억 달러가 사라지게 되었다.<sup>52)</sup>

FDA 규정 및 Clovis 내부 규정에 따르면 환자들이 충분히 인지한 상태에서의 동의, 환자의 자격, 자료의 신뢰성, 기록과 부작용 발생 보고 등의 절차 등을 준수해야 했지만, Clovis는 이를 지키지 않았고, 이것 역시 이사회에 보고되었다. 이사회는 Roci의 부작용이 Clovis 경영진이 외부에 공표한 것보다 훨씬 더 일반화되어 있다는 사실도 알았다. 주주들은 이사들에 대하여 암치료제 개발과정에서 성능에 대한 보고가 부풀려졌다는 적색신호(red flag)를 무시하여 시장이 약효에 대하여 오도되도록 하였고, 신인의무를 위반하였다고 주장하며 소송을 제기하였다.<sup>53)</sup>

## 2) 주주의 주장과 법원의 판단

주주는 이사회가 회사의 “중점제품(mission critical product)”에 대하여 “시장과 규제기관을 오도하고” “임상실험 프로토콜 의식적으로 위반하였다”고 주장하였는데, 이 부분이 가장 논쟁이 되었다. 주주들은 Caremark 원칙에 의한 이사들의 신인 의무 위반을 주장하였다. 즉, 이사들이 임상실험을 감독할 시스템 구축을 하지 못하였고, 임상실험에서의 적색신호를 의도적으로 무시했다는 것이다.

법원은 Caremark 원칙을 재인용하면서 다음과 같이 판단하였다.

이사들은 당시 회사의 사업이 운영되고 있는 규제환경에 대하여 충분히 인식하고, 규제준수를 감독하여야 한다. 이사회는 회사 경영위험관리 감독, 회사의 실정법준수감독을 구별하는 것이 타당하다. 주주는 임상실

51) Id. at \*8.

52) Id. \*8.

53) Id. \*10.



험 과정에서 이사회는 RECIST 포함을 알고 있었고, ORR 산정에는 오직 확인된 답변만을 포함되어야 한다는 사실과 업계의 관행과 FDA권고안도 확인된 답변만을 보고해야 한다는 것을 알고 있음에도 Clovis 경영진이 미확인 답변을 대중에 발표하였다는 것, 이사회가 이와 같은 RECIST 프로토콜에 현저한 위반에도 아무런 조치를 취하지 않았다는 것을 충분히 입증하였다. Roci는 Clovis의 중점제품이고, 이러한 제품을 생산하는 중점 분야에서 이사회는 감독기능은 더욱 엄격하게 행사되어야 하고, 이사들은 감독시스템을 구비하고, 모니터링을 할 선의의 노력을 해야 한다.<sup>54)</sup> 이어서 법원은 이사의 주의의무 위반과 회사의 금전 및 평판과 관련한 손해에 대해서도 인과관계를 인정하였다.<sup>55)</sup>

Marchand 판결뿐만 아니라, Clovis 판결에서도 동일한 판단 기준이 사용되었는데, 단일 제품을 생산하는 기업으로 규제가 심한 산업 분야에 속한 경우에 주주들이 이사의 감시의무 해태를 주장하면 법원이 이를 받아들일 가능성이 높아지는 것으로 보인다.<sup>56)</sup>

#### 나. Hughes v. Hu, C.A. No. 2019-0112-JTL, 2020 WL 1987029 (D el. Ch. Apr. 27, 2020)

Kandi는 전기자동차 제조용 부품을 판매하는 회사로 중국계 델라웨어 주 회사이다. 2011년부터 2016년까지 연례감사과정에서 Kandi의 감사인은 특정한 특수관계인과의 거래에 대한 확인을 하였으나, 이에 대하여 조사를 하지 않았고, 감사위원회 보고도 종종 누락하였다.

2014년 5월부터 2016년 8월까지 감사위원회는 5회(1회 1시간 이내)의 회의를 하였는데, 이러한 회의는 감사위원회가 회사의 10-K<sup>57)</sup> 또는 10-Q<sup>58)</sup> 제출을 승인해야 한다는 연방법상의 요구에 따른 것이었다. 회사

54) Id. \*13.

55) Id. \*15.

56) Katherine M. King, *Marchand v. Barnhill's Impact on the duty of oversight: New factors to assess directors' liability for breaching the duty of oversight*, Boston College Law Review, Vol. 62, Issue. 6(2021). at 1967. 보잉판결이 나오기 전에 저자는 동일한 이유로 보잉판결도 Caremark 원칙 위반으로 판결될 것으로 보았다.

57) 연간 보고서.

의 이사회 또는 감사위원회는 종종 각 감사위원회 회의 후 서면 동의를 통해 특수관계자 거래 또는 회사 감사인 유지나 교체 같은 감사위원회의 권한에 속한 문제를 처리하였다.<sup>59)</sup>

2017년 3월, 회사는 2014년부터 2016년 3분기까지의 재무제표를 신뢰하지 못하며, 재작성할 것이라는 발표를 하였다. 회사는 그 직후에 2016년 10-K를 제출하였는데, 여기에는 US GAAP와 SEC공개 요건, 관련 당사자 거래의 적절한 공개와 같은 문제에 대한 전문성이 부족하였다.<sup>60)</sup>

2017년 5월, 원고는 회사에 220조<sup>61)</sup>에 따라 회사에 회계장부, 주주명부 등 문서를 열람을 청구하였으나 이사회는 이를 거절하여, 원고는 소를 제기하였다. 거의 1년 동안 원고와 회사는 장기간의 협상을 하였으며, 형평법원의 지침에 따라 원고의 요구에 부응하는 문서를 작성하였다.<sup>62)</sup> 원고는 회사의 감사위원회 위원이던 이사 3인, 회사 대표이사 및 CFO 3인을 피고로 하는 소장을 제출하였는데, 원고는 피고들이 회사의 재무제표 및 특수관계인 거래에 대한 이사회 차원의 감시시스템 구축을 하지 못하였고, 이로 인하여 2017년 5월의 재무제표 수정(restatement)으로 회사는 손해를 입었다고 주장하였다. 그리고 원고는 재무제표가 수정 작성되기 전, 실적이 부풀려진 자료를 바탕으로 피고들이 과도한 보상을 받아 부당한 이득을 얻었다고 주장하였다.<sup>63)</sup>

법원은 이사회의 과반수를 구성하는 피고들이 감독의 주의의무(oversight duties in good faith)를 수행하지 못했다는 Caremark 원칙 위반과 관련하여 상당한 책임을 질 가능성이 있다고 하였다. 법원은 감사위원회가 회사내부 통제상 살펴보아야 할 사항이 발생하였음에도 연방 증권법이 요구하는 경우에만 회의를 개최한다는 점을 지적하였다. 법원은 감사위원회 회의 시간이 짧고, 감사위원회와 이사회가 감사위원회 회

58) 분기별 보고서.

59) Hughes v. Hu, C.A. No. 2019-0112-JTL, 2020 WL 1987029 (Del. Ch. Apr. 27, 2020), at \*7.

60) Id. at \*8.

61) Delaware Code Title 8. Corporations § 220. Inspection of books and records.

62) Id. at \*9.

63) Id. at \*1, \*9.

의 후에 감사위원회 회의에서 논의되었어야 할 문제의 해결을 위하여 서면동의를 이용했다는 점에 주목하였다. 이에 법원은 감사위원회가 업무에 적절한 시간을 할애하지 않고 있고, 중요한 문제에 주의를 기울이지 않았다는 합리적인 추론이 가능하다고 판단하였다.<sup>64)</sup>

회사에 이미 감사위원회, 감사부서, 윤리장령, 독립감사인이 있기 때문에, 원고의 이사회 레벨의 감시 시스템이 있어야 한다는 주장은 타당하지 않고, 이미 존재하는 모니터링 시스템의 효율성을 다룬 것이라고 하였으나, 법원은 이를 받아들이지 않았다. 법원은 원고의 주장에 대하여 감사위원회가 보고 및 모니터링을 위한 시스템 구현을 하지 않았다고 판단하였다.<sup>65)</sup>

법원은 2017년 재무제표를 재작성 하였으나, Kandi의 순이익은 변화가 없으므로 피고들이 책임을 지지 않는다는 회사의 주장을 인정하지 않았고, 순이익상 피해가 없더라도, 이사 등은 재작성 비용, 명예훼손, 재작성 관련 소송비용과 같은 부수적인 손해에 대해 피고들이 책임을 질 수 있다고 하였다.<sup>66)</sup>

위의 결과에 비추어 법원은 CEO Hu, Lewin, Yu 및 Chen은 회사의 재무 보고를 모니터링하기 위한 이사회 수준 시스템을 유지하는 것을 게을리 하였으므로 충실의무를 위반하여 Caremark 원칙에 따라 상당한 법적 책임을 지게 될 것이라고 판단하였다.<sup>67)</sup> 임원들이 회사의 과장된 재무제표를 근거로 과도한 보상을 받고 부당한 이득을 취득하였다는 원고의 주장에 대하여 법원은 1심에서의 동일한 수탁의무 위반에 대한 손해배상의 한 형태로, 동일한 청구에 대한 무익한 분석(futility analysis)이라고 판단하여, 부당이득청구는 기각하였다.

---

64) Id. \*14.

65) Id. \*16.

66) Id. \*17.

67) Id. \*17.

다. *In re The Boeing Company Derivative Litigation*, 2021 WL 4059934 (Del. Ch. Sept. 7, 2021)

2018년과 2019년에 라이언에어와 에티오피아에어라인이 운행하던 보잉737맥스(Boeing 737 MAX)가 이륙한지 얼마 지나지 않아 추락하여 탑승했던 승객과 승무원이 전원 사망하는 사고(각 189명, 157명이 사망)가 발생하였는데, 연이은 항공기 사고와 관련하여 보잉의 주주들이 대표 소송을 제기하였다.

법원은 위 항공기 추락사고의 결과로 소송 및 비송 절차에 드는 비용 뿐만 아니라, 보잉의 명성에 심각한 악영향이 있었고, 항공기의 주문 취소 등으로 회사가 수조 달러의 손실을 입게 되었으며, 이사들이 위험신호를 무시하여 보잉의 손실에 법적인 책임을 부담할 상당한 가능성이 있다는 원고의 주장을 인정하였다.<sup>68)</sup>

법원은 Marchand 판결의 식품 안전과 같이, 보잉의 항공안전은 “본질적이고 중점적인(essential and mission critical)” 사항이라고 하였다.<sup>69)</sup> 그리고 법원은 원고가 220조<sup>70)</sup>에 따라 회사에 신청한 회사의 서류들을 통하여 ‘보잉에는 재무적인 리스크 관리에 초점을 둔 감사위원회는 있었으나, 항공기안전 모니터링 책임이 있는 위원회는 없었다는 것, 이사회 전체가 공식적으로 안전에 대한 문제를 다루거나 모니터하지도 않았다는 것,<sup>71)</sup> 해당 항공기 개발 및 FAA 승인과 관련하여 이사회가 받은 보고는 안전에 대한 것이 아니라 회사의 운영과 비즈니스 전략에 초점을 둔 하이 레벨 보고서였다는 것, 안전 관련 사항이 이사회에 보고된 경우에도 추가 정보를 요구하지 않고 다소 소극적으로 경영진의 의견과 보고를 그대로 받아 들였고 내부보고시스템이 존재하지 않았다<sup>72)</sup>는 사실’을 적시하였다.

68) *In re The Boeing Company Derivative Litigation*, 2021 WL 4059934 (Del. Ch. Sept. 7, 2021), at \*1.

69) *Id.* \*26.

70) Delaware Code Title 8. Corporations § 220. Inspection of books and records.

71) *Id.* \*5. 동일 산업군의 회사들, 예를 들어, 사우스웨스트 에어라인, 델타에어라인, 유나이티드 에어라인, 잭블루, 스피리트 에어라인, 알래스카 에어라인은 이사회 차원의 안전위원회가 있었다.

72) *Id.* \*7, 2019년 이전에 보잉의 주요 내부안전보고 절차는 SRB(the Safety Review Board)였

## IV. 이사의 감시의무와 관련한 우리 법원의 태도

### 1. 이사의 감시의무 개관

이사는 회사에 대하여 선관주의의무를 부담하는데, 이는 회사 경영의 주체로서 요구되는 높은 수준의 의무로,<sup>73)</sup> 이사는 직무수행 시에 법령을 준수해야 하는 의무뿐만 아니라 회사의 이윤의 극대화를 위한 적극적인 의무 또한 부담한다.<sup>74)</sup>

우리나라 상법은 이사회에 대한 직무집행감독권(제393조 제2항)과 감사의 감사권(제412조)에 대한 규정을 두었으나, 감시의무라는 개념을 직접 도입하고 있지 않다. 그러나 대법원은 이사의 선관주의의무 영역에서 감시의무를 인정하고 있으며,<sup>75)</sup> 학계에서도 이사가 회사에 부담하는 선관주의의무를 근거로 다른 이사의 업무집행을 감시할 권한과 의무가 있다고 본다.<sup>76)</sup>

이사의 적극적 경영상 의사결정에서 나타나는 업무집행의 경우는 경영 판단원칙이 그 의무위반을 판단하는 행위기준인 반면, 내부통제시스템 구축 또는 의심할만한 사유 여부는 이사의 감시의무 위반을 판단하는 기준이다.<sup>77)</sup>

대표이사에 대한 책임에 관하여 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다

---

는데, SRB는 보잉의 이사회와 관련이 없었고, SRB가 이사회에 보고할 수 있는 방법도 없었다. SRB는 대부분 상급임원(Senior Officers) 아래 단계에서 작동하였다. 내부고발자가 제품안전과 관련된 내용을 보고할 수 있는 시스템도 구비되어 있지 않았다.

73) 정경영, “주식회사 이사의 선관주의의무와 책임 - 최근 미국법상 논의와의 비교법적 검토를 중심으로-”, 성균관법학 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원(2016), 292면.

74) 이철송, 회사법강의(제29판), 박영사(2021), 750면.

75) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467, 60474 판결, 대법원 2006. 7. 6. 선고 2004다8272 판결, 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결.

76) 문정혜, “사외이사의 감시의무에 대한 소고-대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결을 중심으로”, 법학연구 제48집, 전북대학교 부설법학연구소(2016), 197면.

77) 박경미, “ESG 리스크와 회사법상 이사의 감시의무”, 법학연구 제24권 제2호, 인하대학교 법학연구소(2021), 50면.

68834판결은 대우건설이 분식회계로 손실을 감추어 회사채상환에 실패한 손해에 대하여 원고 수산업협동조합중앙회가 회사의 이사와 감사에 대한 손해배상을 청구한 사건이다. 당시 피고들인 대표이사들은 특정 영업 영역만을 자신의 책임으로 한다고 주장하였으나, 대법원은 피고들의 주장을 받아들이지 않고 그 책임을 인정하였으며, 이사들에게 내부통제 시스템 구축에 대한 책임이 있다는 점을 분명히 하였다.<sup>78)</sup>

대표이사뿐만 아니라 평이사<sup>79)</sup>의 책임과 관련하여 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834판결 이전에도 대법원은 회사업무집행을 담당하지 않는 평이사들의 감시의무를 인정한바 있다.<sup>80)</sup> 다만, 주의의무와 관련하여 일상업무를 집행하는 이사는 고도의 전문직에 종사하는 사람으로서 회사의 업무를 담당하지 않는 평이사보다 높은 주의의무를 부담하는 것으로 보고 있다.<sup>81)</sup>

## 2. 최근 법원의 판결

최근 동국제강과 관련하여 대법원(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다 222368 판결, 이하 ‘동국제강 사건’이라 한다)과 대우건설과 관련하여

78) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834판결, (“감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는바, 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 여러 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 업무를 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 개개의 이사들은 합리적인 정보 및 보고 시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 있는 것이므로, 이러한 시스템을 구축하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였거나 이러한 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법한 업무집행을 지속적으로 방치하였다면 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.”)

79) 우리 법원은 업무를 담당하지 않는 이사를 평이사, 비상근의 사외이사, 비상근이사 등으로 표현하고 있는데, 그 개념에 대하여 명확하게 정리가 되어 있지는 않다. 개념과 관련하여 상세 내용은 오성근, “비상근 이사의 감시의무”, 기업법연구 제31권 제2호, 한국기업법학회(2017), 121-127면 참조.

80) 임재연, 회사법 II(개정7판), 박영사(2020), 471면; 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결, 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결.

81) 최준선, 앞의 책(각주 3), 527면; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다31518판결.

서울중앙지방법원(서울중앙지방법원 2020. 9. 17. 선고 2014가합 535259판결, 이하 ‘대우건설 사건 1심’이라고 한다), 서울고등법원(서울고등법원 2021. 9. 3. 선고 2020나2034989판결, 이하 ‘대우건설 사건 2심’이라고 하며, 위 대우건설 사건 1심과 대우건설 2심을 모두 합쳐 지칭할 경우 ‘대우건설 사건’이라고 한다)에서 이사의 감시의무와 관련한 판결을 연이어 내놓았다. 이 판결들은 평이사에게 감시의무가 있다는 기존 법원의 태도에서 벗어나지는 않으나, 결론적으로는 위에서 살펴본 미국의 사례에서처럼 이사의 감시의무를 좀 더 강화하는 방향으로 나아가고 있는 것으로 보인다. 이하에서는 구체적으로 어떠한 판결을 내렸는지 살펴보기로 한다.

#### 가. 동국제강 사건(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결)

대법원은 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결과 동일하게 “고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서는 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 하더라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수 없다. 그러한 경우 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사의 감사의무 위반으로 인한 손해배상책을 진다.”라고 판시하였다. 뒤이어 대법원은 “이러한 내부통제 시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리 제도에 국한되는 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”라고 판시하였다. 위 내용을 바탕으로 대법원은 유니온스틸의 담합행위에 대한 대표이사의 책임에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

유니온스틸은 내부적인 사무분장에 따라 각자의 분야를 전담하여 처리

하는 조직구조를 갖추고 있었으며, 대표이사가 이 사안에서 문제된 담합 행위를 공식적으로 직접 지시하거나 보고받았다는 사실을 입증할 자료가 없다.

그러나 ① 이 담합행위가 오랜기간 동안 영업담당임원과 영업팀장 모임을 통하여 지속적, 조직적으로 이루어졌음에도 가격담합에 직접 관여한 임직원들에 대한 감시나 제재가 전혀 없었다는 것은 대표이사가 이를 의도적으로 외면하거나 전혀 주의를 기울이지 않았다는 것을 의미한다는 점, ② 철강산업은 그 특성상 담합의 유인이 높은 사업으로, 담합 행위시 공정거래법에 의한 엄격한 제재가 예상되어 높은 법적 위험이 있음을 대표이사가 알고 있음에도 내부통제시스템을 갖추거나 이를 갖추기 위한 노력이 없었다는 점, ③ 내부회계관리제도는 회계분야에 한정된 시스템에 불과하여 이를 내부통제시스템의 구축이라고 볼 수 없다는 점 등에 미루어, 대표이사가 이 사건 담합행위에 대하여 구체적으로 알지 못하였고 임원들의 행위를 직접 지시하지 않았다는 이유만으로 그 책임을 면할 수 없다.

#### 나. 대우건설 사건

##### 1) 대우건설 사건 1심 판결(서울중앙지방법원 2020. 9. 17. 선고 2014가합535259판결)

이사들<sup>82)</sup>의 내부통제시스템 구축 및 운영 등 감시의무에 대하여 1심 법원은 ① 이사의 감시의무 범위가 되는 회사의 업무에 대하여 상법 제 393조 제1항, 제2항, 대우건설 이사회규정 제5조에 의하여 구체적으로 규정되어 있어서, 이사에게 그 외 업무에 대한 감시의무를 인정하기 어렵다는 점, ② 평이사가 위법하다고 의심할 사유가 있음에도 이를 감시할 의무를 이행하지 않을 경우 책임을 진다는 원고들의 주장에 대하여 이 사안에서 위법행위를 의심할 만한 점이 발견되지 않은 점, ③ 대표이사에 대하여 내부통제시스템 구축 의무가 있다는 판례(대법원 2008. 9.

82) 해당 판결에서는 당시 대표이사인 피고 1을 제외한 대표이사 피고 2, 평이사들, 사외이사들에 대한 감시의무 위반 여부를 판단하였다.



11.선고 2006다68363 판결)는 평이사나 사외이사에게 그대로 적용할 수 없다는 점, ④ 내부통제시스템이 구체적으로 어떤 시스템인지 알 수 없으며, 담합의심 사유까지 알 수 있는 내부통제제도라면 이사의 업무감독권 범위를 지나치게 확대하여 업무감독권의 범위를 정한 규정을 유명 무실하게 만들고, 이미 회사는 정기적으로 이사들에게 윤리경영교육을 실시하고 있다는 점을 근거로 하여 해당 이사들이 감시의무를 해태하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

## 2) 대우건설 사건 2심 판결(서울고등법원 2021. 9. 3. 선고 2020나 2034989판결)

2심 법원에서는 이사의 감시의무 범위와 그 이행 방식을 다음과 같이 판단하였다.

구체적으로 업무분담이 이루어져 이사가 직접 집행하는 업무가 따로 있더라도, 감시의무는 그 부분에만 한정하는 것이 아니라 회사의 업무집행 전반에 미친다.

이사들이 각자의 전문분야를 전담하여 다른 업무를 알기 어려운 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 이사의 감시의무가 면제된다고 볼 수 없고, 이사는 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 있다.

이사가 개별 업무에 대하여 관여한 바 없거나 보고받은 사실이 없어 이 사건 입찰담합에 대하여 알지 못하였고 알 수도 없었으며 이를 의심할 만한 사정 또한 전혀 없었다고 하더라도, 이사는 위법행위에 관하여 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무를 이행하지 않음으로써 이사의 감시의무를 위반하게 된다.

해당 사안에서는 ① 입찰담합에 대하여 이사 또는 이사회에 제대로 보고된 적이 없었다는 점, ② 이에 대한 언론 노출이 수차례 있었음에도 이에 대한 이사들의 대응이나 담당자에 대한 징계가 없었다는 점, ③ 합

리적인 내부통제시스템 구축과 운영을 위한 이사들의 제안도 없었다는 점에서 이사가 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무를 이행하지 않음으로써 이사의 감시의무를 위반하였다.

#### 다. 동국제강 사건과 대우건설 사건에 대한 검토

동국제강 사건과 대우건설 사건에서 모두 이사에 대한 감시의무를 인정하고 있고, 특히 위법행위를 하였다고 의심할 만한 사유가 있는 경우 이사의 감시의무 위반을 인정한다. 그러나 의심할 만한 사유가 없는 경우나 알 수 없는 경우까지 이사에 대해 감시의무가 있는지에 대하여 동국제강 사건, 대우건설 사건 2심의 판단과 대우건설 사건 1심의 판단이 다르다.

대우건설 1심은 이사의 감시의무가 해당 특정 업무에 한정하므로, 위사안과 같이 의심할 만한 사유가 없거나 알 수 없는 경우와 같은 상황에서 이사의 감시의무를 인정하지 않는다. 특히 대표이사가 아닌 이사의 경우에는 해당 회사에서 이미 감독 가능한 범위를 정하여, 해당 특정 업무 외의 사항에 대한 일반적인 감시의무를 인정하지 않았다.

반면, 동국제강 사건, 대우건설 사건 2심은 이사의 감시의무에 대하여 해당 특정 업무만이 아니라 피용자의 업무에까지 미쳐 다른 이사들의 업무에 대한 일반적 감시의무를 인정하였다. 이사 자신의 업무 영역 외의 다른 이사들의 업무에 대한 감시의무 이행 여부는 구체적으로 ‘합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축’을 하였는지 여부에 따라 달라진다. 이사가 이러한 시스템을 구축·운용을 하지 않는다면, 이사가 다른 이사들의 업무에 대하여 알지 못하거나 알 수 없었더라도 감시의무를 위반하였다고 할 수 있다. 동국제강 사건, 대우건설 사건 2심은 대우건설 1심과 달리 각자 이사의 전문 분야에 대한 업무 분담이 있다면, 자신의 업무 영역 외의 다른 이사들의 업무 영역에 대한 이사의 감시의무 이행을 위한 구체적인 방안으로 ‘합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템의 구축 및 운용’을 제시하였다.<sup>83)</sup>

	대우건설 1심	동국제강 사건, 대우건설 사건 2심
이사의 감시의무 여부	이사에게는 감시의무가 있다.	
이사의 감시의무 범위	이사에게 회사 업무 전반에 관한 일반적인 감시·감독 의무가 있다고 보기 어렵다.	고도로 분업화, 전문화된 대규모 회사에서 각 전문분야를 전담하여 처리하더라도 다른 이사에 대한 감시의무 즉, 회사 업무 전반에 대한 감시의무가 있다.
내부통제시스템 구축 및 운용	<p>① 내부통제시스템 구축 등의 무는 회사의 대표이사에 대한 것이고, 평이사 또는 사외이사에게 이러한 의무를 적용할 수 없다.</p> <p>② 내부통제시스템이 구체적으로 무엇인지 명확하지 않고, 감시·감독 범위를 업무 전반에 관한 것으로 파악할 경우 이사의 업무감독권 범위에 관한 규정이 유명무실해진다.</p> <p>③ 기업 내 기업행동강령을 통</p>	<p>① 이사들에게 내부통제시스템 구축 및 운용의 의무가 있으며, 이를 해태할 경우 감시의무 위반에 해당한다.</p> <p>② 윤리강령, 윤리세칙 등의 규정 존재, 윤리경영교육 등의 실시, 내부회계관리제도와 같은 일부 분야에 대한 시스템 존재만으로 내부통제시스템을 구축 및 운용하였다고 볼 수 없다.</p> <p>③ 부당한 공동행위가 가능한</p>

83) 대우건설 사건 2심에서는 이사의 손해배상책임을 인정하면서도 그 범위에 대하여 “피고 N은 X 임직원이 Y 사업에 입찰하는 직무를 집행하는 과정에서 입찰담합을 하여 공정거래법과 건설산업기본법 등 법령을 위반하는 행위를 한다고 의심할 만한 충분한 사유가 있었음에도 만연히 이를 방치한 잘못이 있다. 이를 제외하고 피고들이 부담하는 손해배상책임을 X 임직원의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치하는 등 적극적으로 감시의무를 위반한 것이 아니라, 임직원의 위법행위에 관하여 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무를 이행하지 않은 것에 기인한 것으로 그 임무위반의 위법성이 크다고는 볼 수 없다”고 판시하여 법령을 위반한 사유를 알고 있음에도 방치한 경우와 내부통제시스템의 구축 등을 해태한 의무의 위법성에 차이를 두는 듯한 태도를 취하고 있다.

	<p>하여 이사들에게 정기적인 윤리경영교육을 실시하고 있다.</p>	<p>업종(대형건설업, 철강업)에 해당하여, 담합과 같은 부당한 공동행위를 충분히 예상할 수 있었고, 이에 대응하기 위하여 내부통제시스템 구축 및 운용이 필요하다는 점을 알고도 주의를 기울이지 않았다.</p>
--	---------------------------------------	--

### 3. 소결

우리나라의 경우 대우 분식회계 사건<sup>84)</sup>에서 Caremark 원칙을 이미 채택하였다고 볼 수 있다.<sup>85)</sup> 그리고 모든 이사들이 수동적인 감시의무 즉 이사회에 상정된 사항에 대해서 감시의무를 부담한다는 점에서는 별다른 이론이 없는 것으로 보인다. 그러나 모든 회사의 업무에 대해서 모든 이사가 감시의무를 부담하는가 하는 문제에 대하여, 적어도 이전의 판례에 따라 대표이사를 제외한 나머지 이사들은 자신이 담당하지 않은 부분의 업무와 관련하여 알 수 없거나 의심할만한 사유를 발견할 수 없는 경우, 감시의무 위반으로 책임을 질 가능성은 높지 않다고 볼 수 있다. 반면, 동국제강 사건의 대법원 판결과 대우건설 사건의 서울고등법원 판결에서는 모든 이사들이 자신이 담당하는 업무영역이 아니라고 하더라도 혹은 위법하거나 부적절함을 의심할만한 사유가 없었다고 하더라도 회사 내부의 감시체계의 구축 및 운영에 대한 소홀을 이유로 책임을 지게 된다는 것을 분명히 하였다.

동국제강 사건의 대법원 판결과 대우건설 사건의 서울고등법원 판결은 대표이사뿐만 아니라 다른 이사들에게도 자신의 전문 혹은 해당 업무가

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

85) 최민용, “리스크 관리와 이사의 감시의무”, 상사법연구 제30권 제2호, 한국상사법학회(2011), 453면; 최수정, “미국 판례법상 이사의 감시의무에 관한 연구-비즈니스 리스크를 중심으로-”, 법학논총 제27권 제4호, 한양대학교 법학연구소(2010), 219면; 김정호, “미국 델라웨어주 회사법이 우리 회사법에 미친 영향”, 경영법률 제 23권 제1호, 한국경영법률학회(2012), 139면.

아니더라도 감시의무를 부여하며, 그 방법으로 내부통제시스템 마련 및 운영을 제시하였다. 그러나 이러한 내부통제시스템의 실효적 운영을 위하여 모든 업무에 대한 세부적인 감시와 보고가 필요하다는 점, 회사 운영에 있어 각자 세분화, 전문화된 영역에서 실무진들이 어느 정도의 감시와 보고를 해야 할지에 대한 기준이 명확하지 않다는 점, 이사들에게 회사 운영보다 감시 업무에 중점을 두게 하여 과중한 부담을 줄 수 있다는 점, 사실상 전문적 영역에 대하여 업무를 담당하지 않는 이사들이 그 영역의 업무가 제대로 이행하는지 여부를 사실상 판단하기 어렵다는 점 등, 내부통제시스템의 마련 및 운영의 어려움이 존재한다. 그리고 많은 기업들이 비상근이사나 사외이사를 두고 있고, 업무의 효율성을 위하여 각 이사들은 특정 업무 영역을 담당하고 그 부분에 업무 역량을 집중하도록 하고 있는 현실에 비추어 보면 다소 가혹한 판결이라 할 수 있겠다. 권한에 상응하여 의무가 성립한다는 측면에서 회사업무 전체를 주관하지 않는 이사에 대해 과연 회사 업무 전반에 대한 감시의무를 인정하는 것이 타당한지는 의문이다.<sup>86)</sup> 다만, 동국제강 및 대우건설 사건 판결은 기업의 내부감시체제 마련 및 운영과 관련하여 이사의 책임과 의무가 강화되고 있는 흐름과 맞물려 중요한 지표가 될 수 있다는 데 의의가 있다.

대우건설 사건은 현재 상고가 진행(대법원 2021다279347) 중으로, 동국제강 사건 판결에 이어 대법원에서 어떠한 판단을 내릴지 관심을 가지고 살펴보아야 할 것이다.

## V. 결론

Marchand 판결은 Caremark 원칙에 관한 이사의 감시의무에 대하여 위와 같은 구체적인 이행방법을 제시하였고, 이어지는 Clovis 판결을 통하여 그 방법을 확인하였다. 우리 법원은 최근 판결에서 이사 자신의 업무 범위가 아니거나 담당하지 않은 업무에 대해서도 감시의무를 인정하

86) 김재범, “이사 감시의무 · 감독의무의 범위와 이행 -대상판결: 2008.9.11. 선고 2006다 68636판결-”, 상사판례연구 제24집 제3권, 한국상사판례학회(2011), 294면.

였고, 내부통제시스템을 구축하려는 노력을 전혀 하지 않거나 관련 시스템이 있더라도 충실하게 운영하지 않은 경우 이사의 감시의무 위반이 있다고 판시하였는데, 미국 델라웨어주 법원의 판결이 우리나라 법원의 판결에도 영향을 준 것으로 보인다.

우리나라 법원이 이사의 감시의무와 관련하여 내부통제시스템의 설치와 충실한 운용 등을 요구하고 있는 상황에서, 미국 델라웨어주 Marchand 판결과 그 뒤를 잇는 Clovis 판결에서 나타난 이사회 수준의 정기적이고 계속적인 보고 등을 통한 내부통제시스템의 구축과 그 운용 방식에 대한 내용은 우리 기업에도 시사하는 바가 크다. 이사회에 리스크를 보고할 수 있는 시스템을 구축하여 운영하고 있는 경우에 주주가 Caremark 위반책임을 물으려고 하더라도 많은 경우는 인정이 되지 않고 있고,<sup>87)</sup> 이사가 적극적인 감시의무를 소홀히 한 것으로 인정이 되어 책임을 부담해야 할 경우에도 내부통제시스템을 구축, 운영하고 있는 회사의 이사는 그렇지 않은 회사의 이사보다 그 책임이 감경될 가능성이 크기 때문이다.<sup>88)</sup> 이러한 점을 고려하면 이사의 감시의무 이행을 위하여 해당 회사에 이사회 수준에 준하는 즉, 이사회 내의 위원회나 별도의 이사회에 준하는 권한을 가진 위원회의 설치가 요구된다. 이러한 위원회 등에서는 단순히 이사가 업무를 수행하는데 있어 단순히 법률을 위반하였는지 여부에 대한 감시만 아니라 그 이상의 적극적인 감시의무를 이행해야 한다. 구체적으로 해당 회사가 주요 사업의 성격에 따라 회사가 반드시 준수해야 할 사항을 선정할 필요가 있고, 해당 사항에 대하여 위원회가 지속적이고 정기적인 보고를 받아 그 준수 여부를 명확하게 확인할 필요가 있으며, 이러한 확인 과정이 절차적으로 보장되어야 할 필요가 있다. 이러한 과정을 통하여 이사는 자신의 감시의무를 이행할 수 있을 것이다.

기존 판례에서도 이사의 심각한 감독책임 실패 및 법률위반이 있는 경우에는 이사가 책임을 부담해야 하는 것은 분명하기 때문에 Marchand

87) 회사가 이사회 수준의 보고 내지 감시 시스템을 가지고 있음에도 원고는 더 나은 시스템을 가지고 있었어야 한다는 주장하는 것일 뿐이다. Elizabeth Pollman, *supra*, at 2032-2035.

88) United States Sentencing Commission, 「Guidelines Manual 2021」(2021.11.), §8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program.; 정봉진, 앞의 논문(각주 30), 377면.

판결이 기존 판례와 완전히 다른 내용을 판시했다고 보기 어렵다. 그리고 미국 델라웨어주 법원이 이후에도 규제준수 감독에 대한 이사의 책임을 강화하는 경향을 계속 이어갈지 여부는 앞으로 미국 델라웨어주 법원의 판단을 지속적으로 살펴보아야 할 것으로 보인다. 다만, Marchand 판결을 통해서 이사가 감독책임을 다하기 위해서 단순히 법률을 어기지 않았다는 것을 증명하는 것만으로는 불충분하다는 점은 분명해졌다.<sup>89)</sup> 이사의 감독책임 위반에 대한 다툼이 발생한 경우, 이사는 법적으로 요구되는 소극적인 의무를 다하였다는 사실 외에 이사로서 감시의무를 적극적으로 수행하였음을 증명하지 못하면 손해배상책임으로부터 벗어나기 어렵다. 이사가 감시의무를 다하기 위해서 또는 적극적인 감시의무를 다하였다는 증명을 위하여 구체적으로는 아래와 같은 내용을 고려할 수 있을 것이다.

1) 우선, 회사의 기본적인 컴플라이언스 리스크가 무엇인지 파악하고 결정해야 한다. 이사회 차원에서 회사가 속해 있는 산업의 필수 규정을 준수하고 그 위험을 정기적으로 점검할 수 있도록 해야 한다. <sup>90)91)</sup>

2) 회사가 속해 있는 산업군에서 주요한 주의의무를 다하고 있다는 것을 증명하기 위하여 이사회 의사록 등 각종 증빙 서류를 잘 구비해야 한다. 단순히 이사회 결의 내용 및 결과만을 기재한 문서가 아니라, 이사회 내에서 이사들 사이에 이루어진 토론 및 논의의 내용과 결의, 이사회 내의 각종 위원회에서 이루어진 회의, 토론, 결의 등 이사회의 활동을 통하여 이사회 구성원들이 어떠한 노력을 하였는지를 문서화하여 구비해야 할 필요가 있다.

3) 법률상 규정을 모두 따랐다고 해서 이사 자신의 책임을 다한 것이

89) Marchand v. Barnhill, 212 A.3d 805(Del.2019), at. 821. (“to satisfy their duty of loyalty, directors must make a good faith effort to implement an oversight system and then monitor it.”)

90) Meghan Roll, *The Delaware Supreme Court does not scream for ice cream: Director oversight liability following Marchand v. Barnhill*, San Diego Law Review, vol. 57, no.3 (2020). at 832.

91) 컴플라이언스 위원회를 설치한 회사는 컴플라이언스와 관련한 감시를 보다 활발하게 실시할 수 있다는 견해가 있다. John Armour & Brandon Garrett & Jeffrey Gordon & Geeyoung Min, *Board Compliance*, Minnesota Law Review, Vol. 104, Issue 3(2020). at 1221.

아니므로, 이사회 차원에서 관련 산업에 대한 규정, 안전 및 업계의 관행, 회사 업무와 관련된 위험 등을 지속적으로 파악해야 한다. 따라서 이런 내용을 파악하고 관리할 수 있도록 회사의 상황에 적합한 절차 및 매뉴얼을 사전에 마련해 두어야 한다.

4) 특히 일련의 판결에서 경영진들이 알고 있었던 위험요소를 이사회 구성원이 모르는 경우가 많이 있었는데, 리스크를 모른다거나 알 수 없었다는 사정이 이사의 감시의무를 감경, 감면해주는 사유가 되지는 않는다. 이사회가 회사사업에 필요한 필수사항을 모두 보고 받을 수 있도록 시스템 구축이 필요하며, 경영진에게 효과적으로 이의를 제기하고 책임을 물을 수 있는 프로세스를 마련하여야 한다.<sup>92)</sup>

5) 사업 필수 시설과 관련한 위험이 발생한 경우를 대비하여, 실무자들이 익명으로 보고하고 이를 이사회에서 검토할 수 있는 시스템을 고려해야 한다.

(논문투고일: 2021.11.22, 심사게시일: 2021.12.9., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ 남현숙 · 신용훈

케어마크, 이사의 책임, 충실의무, 선관주의의무, 법률준수

92) Robert C. Bird, *supra*, at 118.



## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김정호, 「회사법」, 제7판, 2021.  
이철송, 「회사법강의」, 제29판, 2021.  
임재연, 「회사법 II」, 개정7판, 2020.  
최준선, 「회사법」, 제16판, 2021.
- Stephen M. Bainbridge, 「Corporate Law」, 2nd Edition, 2009.  
United States Sentencing Commission, 「Guidelines Manual 2021」, 2021.11.

### II. 논문

- 김정호, “미국 델라웨어주 회사법이 우리 회사법에 미친 영향”, 경영법률, 제23호 제1권, 2012.
- 김재범, “이사 감시의무 감독의무의 범위와 이행-대상판결: 2008.9.11. 선고 2006다6866 판결-”, 상사판례연구, 제24집 제3권, 2011.
- 김효신, “미국회사법상 이사의 감시의무와 그 시사점”, 법학논총, 제37권 제1호, 2013.
- 문정해, “사외이사의 감시의무에 대한 소고-대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결을 중심으로”, 법학연구 제48집, 2016.
- 박경미, “ESG 리스크와 회사법상 이사의 감시의무”, 법학연구, 제24권 제2호, 2021.
- 손성, “미국 Disney 판결에 관한 분석과 시사점-이사의 성실의무를 중심으로-”, 상사판례연구, 제21집 제1호, 2008.
- 오성근, “비상근 이사의 감시의무”, 기업법연구, 제31권 제2호, 2017.
- 이윤석, “미국회사법상 이사의 감시의무위반과 성실의무”, 상사법연구, 제29권 제3호, 2010. 참조.
- 정경영, “주식회사 이사의 선관주의의무와 책임-최근 미국법상 논의와의

- 비교법적 검토를 중심으로-”, 성균관법학, 제28권 제4호, 2016.
- 정봉진, “이사의 감시의무에 관한 미국법 연구”, 비교사법, 제10권 제2호, 2003.
- 최민용, “리스크 관리와 이사의 감시의무”, 상사법연구, 제30권 제2호, 2011.
- 최수정, “미국판례법상 이사의 감시의무에 관한 연구-비즈니스 리스크를 중심으로”, 법학논총, 제27권 제4호, 2010.
- Clare A. Hill and Brett H. McDonnell, *Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty*, *Fordham Law Review*, Vol. 76, Issue 3, 2007.
- Elizabeth Pollman, *Corporate Oversight and Disobedience*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 72, Issue 3, 2019.
- John Armour & Brandon Garrett & Jeffrey Gordon & Geeyoung Min, *Board Compliance*, *Minnesota Law Review*, 2020.
- Katherine M. King, *Marchand v. Barnhill's impact on the duty of oversight: new factors to assess directors' liability for breaching the duty of oversight*, *Boston College Law Review*, Vol. 62, Issue. 6, 2021.
- Meghan Roll, *The Delaware Supreme Court does not scream for ice cream: Director oversight liability following Marchand v. Barnhill*, *San Diego Law Review*, vol. 57, no.3, 2020.
- Robert C. Bird, *Caremark Compliance for the Next Twenty-Five Years*, *American Business Law Journal*, Vol. 58, Issue. 1, 2021.

---

**Abstract**


---

## Directors' active oversight role

Nam, Hyun Sook  
Shin, Yong Hoon

As members of the board of directors, the corporate directors have to fulfil their roles with good faith in making decisions, execution of the company's duties and exercising their authorities. They can also monitor the CEO's and other directors' performances. The oversight duty in the U.S. corporate law comes from a fiduciary duty. About 25 years ago, Delaware supreme court imposed a fiduciary duty on a board of directors to supervise or oversee a company's compliance systems. Recently, Delaware supreme court developed directors' oversight duty through *Marchand v. Barnhill*. This case's standards maintained in *Clovis case*(*In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litigation*), and it will be expected to develop consistently in the future. In Korea, Supreme Court and Seoul High Court ruled against directors for their oversight duties(Supreme Court Decision 2017Da222368, Seoul High Court Decision 2020Na2034989). They also seem to reflect Delaware cases, so the analysis for related cases in this article will be able to give some help for establishing guidelines or standards of companies' compliance systems and directors' duty of oversight.



▶ **Nam, Hyun Sook • Shin, Yong Hoon**

caremark doctrine, good faith, fiduciary duty, legal compliance, safety risk