

監事の 제 3 자에 대한 責任

金 建 植*

大法院 1988년 10월 25일 宣告 87다카1370판결**

〔사 실〕

原審判決과 大法院判決로부터 사실관계를 추출하여 정리하여 보면 다음과 같다.

피고 정판영은 1979년 7월 동유산업주식회사를 인수하여 代表理事로 취임하고, 1980년 2월 商號를 신안제지공업주식회사로 변경하여 사실상 1인회사로 경영해 오던중, 1981년 1월 그 회사를 매제인 조득룡에게 양도하였다. 그 양도일부터 조득룡이 회사의 代表理事로서 경영을 전담하고 피고 정판영은 1981년 2월 회사의 감사직에 취임하였다.

그 회사는 설립 이래 중소기업은행 마산지점과 당좌거래를 하여왔는데, 피고 정판영이 代表理事로 취임한 때부터는 어음거래약정시 “동유산업주식회사 代表理事 정판영”이라는 명판과 “동유산업주식회사 代表理事”라는 職印을 신고하여 사용하였다. 그후 商號變更에 따라 명판을 “신안제지공업주식회사 代表理事 정판영”(이하 “중전명판”이라고 함)으로 변경하였고, 다시 代表理事의 변경에 따라 명판을 “신안제지공업주식회사 代表理事 조득룡”(이하 “현재명판”이라고 함)으로 변경하였지만, 직인은 변경하지 않고 그대로 사용하였다.

피고 정판영이 회사를 인수하기 전부터 회사의 경리업무를 담당하면서 사실상 자금조달 책임을 맡고있던 정판식은 1980년 가을부터 명판은 맞지만 직인은 신고되지 않은 직인(이하 “미신고직인”이라고 함)을 찍어 會社名義의 約束어음들을 발행한 바 있다. 정판식은 代表理事가 교체된 후에도 중전명판을 폐기하지 않고 그것을 이용하거나, 현재명판을 도용하여 거기에 미신고직인을 찍은 후 어음의 신용도를 높이기 위하여 정판영과 조득룡이 회사에 맡겨 둔 實印을 다시 도용하여 그들이 개인명의로의 背書를 한 것처럼 꾸미는 등, 변칙적인 방법으로 會社名義의 約束어음들을 발행하였다. 정판식은 이들 어음을 사채시장에서 월 4푼으로 2내지 3개월분 先利子를 매고 割引하여 일부는 회사운영자금으로 사용하고 일부는 개인적인 용도에 소비하였다.

한편 代表理事 조득룡은 이같은 어음발행등에 의한 자금조달업무와 자금관리업무등 실질적인 회사관리를 정판식에게 전담시켜 오면서 그에 대한 감독이나 은행에 대한 확인등 조

* 서울大學校 法科大學 助敎授

** ‘법원공보’ 제837호, 1473면

치를 전혀 한 일이 없었다. 뿐만 아니라 조득룡 자신도 은행으로부터 운전자금이나 시설자금등의 명목으로 약 2억원을 대출받아 그중 약 1억원을 자신의 내여금, 가수금변제명목으로 빼내가 會社의 경영을 파산상태에 이르게 하였다. 조득룡은 1981년 7월초정부터 정판식의 경리처리에 의심을 품고 다른 사람을 경리과장으로 채용하여 정판식으로부터 경리업무를 인계받도록 지시하였으나 정판식이 그것을 거부하자, 그에 대하여 아무런 조치도 취하지 않은 채 방임하였다. 또한 1981년 8월 중순에는 회사상무등으로부터 변칙어음이 시중에 나돌고 있다는 말을 듣고 조사한 결과 정판식이 僞造어음의 남발사실을 시인하였음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않았다.

원고들은 정판식이 발행한 변칙어음들중 일부를 대체로 1981년 6월 하순부터 10월 5일까지 사이에 취득하여 그것들을 지급기일에 支給提示하였으나 모두 지급이 거절되었고, 회사는 1981년 10월 5일에 不渡로 도산하였다. 원고들은 訴를 제기하여 정판영과 조득룡에 대해서 主位的 請求로서 共同不法行爲로 인한 損害賠償責任의 이행을 구하고, 豫備的 請求로서 각각 監事와 理事의 제 3자에 대한 責任의 이행을 구하였으며, 중소기업은행에 대해서는 직원들의 不法行爲를 원인으로 한 使用者 責任을 주장하였다.

〔原審判決〕

原審인 대구고등법원은 중소기업은행에 대한 使用者責任 청구와 정판영 및 조득룡에 대한 主位的 請求를 배척하는 대신 정판영과 조득룡에 대한 豫備的 請求를 받아들였다. 다만 그러한 변칙어음들을 아무런 조사없이 합인해준 원고들의 過失을 인정하여 손해배상청구액을 감액하였다. 代表理事 조득룡에 대한 부분은 上告되지 않았으므로 이 연구와 직접 관계는 없지만, 우리 법원이 理事의 제 3자에 대한 責任을 인정하는 회귀한 예이므로 인용해 보기로 한다.

“살피건대, 주식회사의 대표이사는 대내적으로는 이사회 결의에 따른 업무 및 일상업무 전반의 집행을 담당하고 대외적으로는 회사를 대표하는 기관으로서 선량한 관리자의 주의로서 회사를 위하여 충실히 그 직무를 집행해야 할 책무가 있고, 더우기 위 회사와 같이 사실상 대표이사 1인이 업무집행에 관한 의사결정권과 집행권을 전담행사하는 경우에는 그 주의의무는 그만큼 더 가중된다고 할 것인 바, 위 인정사실에 의하면 대표이사인 피고 조득룡은 재무상태도 제대로 파악하지 아니하고 경리담당 정판식에게 어음의 작성, 할인, 자금관리 등의 주요업무를 전담시키고 회사직인을 함부로 맡기면서 회사에 제대로 출근하지 아니하고 그에 대한 감독을 게을리한 데다가 위 정판식의 경리처리에 의심을 품고도 회계감사나 은행결제관계를 따져보지 아니하고 회사명의로 어음을 위조 유통시키고 있는 사실을 알고도 이를 방임하는 등 중대한 과실로 그 임무를 해태하여 회사를 파탄에 이르게 하고 원고들이 취득한 위 어음이 지급되지 아니하게 하였으므로 피고 조득룡은 위 회사의 대표이사로서 상법 제401조 제 1항에 의하여 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.”

監事 정판영에 대한 原審의 判示는 大法院의 判示와 실질적으로 동일하므로 생략한다.

〔大法院判決〕

大法院은 原審이 인정한 사실을 그대로 반복한 후 다음과 같이 피고 정판영의 上告를 棄却하였다.

“피고 정판영은 위 회사의 종전대표이사로서 그가 조득룡에게 대표이사를 양도하고 감사로 취임할 때 앞서 본 바와 같이 위 회사의 재무상태가 좋지 않은 상태였던 점, 대표이사로 취임한 피고 조득룡은 대부분의 회사운영자금을 회사나 그 개인명의로 어음을 발행하는 방법으로 조달하여 오고 있는 점, 그

리고 대표이사인 피고 조득룡이 부산에 거주하면서 회사의 자금조달 및 관리를 경리담당인 위 정판식에게 거의 전담시켜 두고 있고 그 스스로는 실상을 잘 파악하지 못하고 있다는 점, 따라서 위 정판식이 부정행위를 저지를 소지가 있는에도 위 회사가 사실상의 1인 회사로서 다른 이사들이 경영에 참여하지 아니하므로 감사외에는 달리 이를 감독할 기관이 없다는 점 등의 회사사정을 잘 알고 있었던 사실, 위 정판식의 앞서 본 바와 같은 부정행위는 거액인테다가 장기간에 걸쳐 저질러져온 사실, 피고 정판영은 1981. 2. 5. 위 회사의 감사로 취임한 이래 회사가 도산할 때까지 8개월동안 단 한번의 회계조사도 없이 수수방관한 채 오로지 그 자신의 채권회수에만 관심을 두었던 사실을 인정할 수 있다고 판시하고 피고 정판영은 위 회사의 사정에 비추어 회계감사 등의 필요성이 있음을 충분히 인식하고 있었고 또 위 부정행위의 수법이 교묘하게 저질러진 것이 아닌 이 사건에 있어서 어음용지의 수량과 발행매수를 조사하거나 은행의 어음결제량을 확인하는 정도의 조사만이라도 했다면 위 정판식의 부정행위를 쉽게 발견할 수 있었을 것인데도 아무런 조사도 하지 아니한 것은 감사로서의 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 것이 된다고 판시하여 원고의 동 피고에 대한 예비적 청구를 인용하였음을 알 수 있는 바, 기록에 의하여 원심판결 적시의 증거자료를 살펴보면 그 사실인정을 수긍할 수 있고 거기에 채증법칙위반의 허물이 있다고 할 수는 없으며 피고가 위 회사의 감사로 선임된 일이 없다는 주장은 원심이 인정하지 아니하는 사실들을 전제로 하는 주장으로서 받아들일 수 없으며 원심이 위와같은 사실관계에서 피고 정판영에게 상법 제414조 제 2항, 제 3항에 의한 책임을 인정한 것은 정당하다고 할 것이다.”

〔研 究〕

I. 序 說

이 판결은 監事の 제 3 자에 대한 責任을 인정한 최초의 大法院 判決이다. 지난 1985년 大法院은 理事의 제 3 자에 대한 責任을 정면으로 다룬 최초의 판결을 내놓은 바 있다.⁽¹⁾ 1985년 판결의 事案은 代表理事가 회사채무의 이행을 지체하여 회사채권자에게 손해를 입힌 경우였는데 大法院은 단순한 履行遲滯만으로는 任務懈怠라고 할 수 없다고 하여 代表理事의 책임을 부정하였다. 그러나 이 판결에서는 회사채권자에 대한 監事の 책임을 정면으로 인정하고 있다. 뿐만 아니라 原審判決에서는 理事의 責任도 인정하였다. 이제 바야흐로 우리나라에서도 理事와 監事の 제 3 자에 대한 責任이 현실적으로 활용될 시기에 이른 것 같은 느낌이다.

理事와 監事の 제 3 자에 대한 責任을 규정한 商法 제401조와 제414조 제 2항은 우리나라와 일본에 특유한 규정이다.⁽²⁾ 원래 理事 및 監事와 會社사이에는 委任關係가 존재하므로(商法 제382조 제 2항, 제415조) 理事나 監事が 受任者로서의 임무를 해태한 경우 會社에

(1) 대판 1985.11.12 선고, 84다카2490판결(법원공보 제767호, 18면). 이 판결에 대한 평석으로는 李炳泰, “理事의 第3者에 對한 責任”, 『法律新聞』 1985년 12월 23일, 6면; 金建植, “理事의 第三者에 대한 責任”, 『民事判例研究(X)』(1988) 24면 참조.

(2) 日本商法 제266조의 3 제 1항은 “理事가 그 직무를 행함에 있어서 惡意 또는 重大한 過失이 있을 때에는 그 理事는 제 3 자에 대하여도 역시 連帶하여 損害賠償의 책임을 진다.”고 하여 理事의 제 3 자責任을 규정하고 있으며, 제280조 제 1항은 이 규정을 監事に 대하여 준용하고 있다. 미국에서도 각州的 제정법상 회사채권자에 대해서 이사의 책임이 인정되는 경우가 있으나, 그 구체적 내용은 각양각색이다. 자세한 것은 富田公明, “アメリカにおける取締役の會社債務に關する制定法上の責任”, 『岡山商大論叢』 23卷 3號(1988) 15면 참조.

대하여 책임을 지는 것은 당연하다. 그러나 제 3자에 대하여는 따로 不法行爲가 성립되지 않는 한 아무런 책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 理事 및 監事の 제 3자 책임규정은 바로 이 원칙에 대한 例外를 규정한 것이다. 이 규정의 입법취지에 대해서는 다툼이 있으나⁽³⁾ 通說과 判例는 제 3자를 두텁게 보호하기 위한 규정으로 보고 있다.⁽⁴⁾ 通說과 判例에 따르면 회사의 도산으로 인하여 채권의 만족을 얻지 못한 회사채권자는 그 규정을 근거로 회사대신 회사의 理事나 監事로부터 채무의 이행을 구할 수가 있다. 그리하여 理事와 監事の 제 3자책임은 會社株主에 대하여 회사채무의 이행을 구하는 것을 가능케 하는 法人格否認理論과 더불어 株主有限責任原則이 수반하는 현실적인 불합리로부터 會社債權者를 보호할 수 있는 유용한 수단으로 파악되고 있다. 法人格否認理論은 實定法에 명시적인 근거가 있는 것도 아니고 法人格否認의 전제가 되는 法人格의 濫用이나 形骸狀態는 극적인 경우에 한하여 인정될 것이므로 채권자가 法人格否認을 통하여 목적을 달성하기는 쉽지 않다.⁽⁵⁾ 반면에 회사가 도산에 이르게 된 경우에는 심증팔구 理事나 監事の 任務懈怠를 찾아낼 수 있을 것이므로 理事나 監事の 제 3자책임규정은 法人格否認理論 보다는 훨씬 더 간편한 무기라고 할 수 있다. 日本에서 이 규정에 대한 判例가 會社法判例중 가장 많은 것도 바로 그런 이유에 서일 것이다.⁽⁶⁾ 그러나 이 규정이 회사 채권자에게 유용하면 할수록 거꾸로 理事나 監事에게는 중대한 위협이 된다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 규정을 해석, 적용함에 있어서는 바로 이 양자의 대립되는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 관점에서 출발하지 않으면 아니된다. 그러나 결론부터 밝히자면 이 판결은 채권자보호에 치우친 나머지 監事の 책임을 너무 쉽게 인정하고 그에 앞서 검토하였어야 할 몇 가지 문제들을 간과하였다는 점에서 비판을 면하기 어렵다고 할 것이다. 이하에서는 監事の 責任發生要件과 관련하여 判決의 문제점들을 살펴보기로 한다.

II. 責任發生의 要件

日本商法은 “그 職務를 행함에 있어서 惡意 또는 重大한 過失이 있는 때”라고 하고 있을 뿐이므로(제266조의 3 제 1 항), 그 條項이 理事나 監事が 會社에 대한 任務를 懈怠한 경우의 책임에 대한 것인지(任務懈怠說) 제 3자에 대하여 가해행위를 한 경우의 책임에 대한 것인지(加害行爲說)가 다투어지고 있다. 하지만 1969년 最高裁判所가 다수의견으로 任務懈怠說을 명시적으로 채택한 이래 학설도 대부분 任務懈怠說을 따르고 있다.⁽⁷⁾ 우리 商法은 “惡

(3) 松田二郎, “取締役の第三者に對する責任”, 『商事法務』 제1016호(1984), 158-162면.

(4) 註(1) 판결과 崔基元, 新會社法論(제 3 전경판, 1987) 550-551면 참조.

(5) 法人格否認理論을 적용하여 주주인 동시에 代表理事인 피고에게 회사채무에 대한 책임을 인정한 서울 고등법원의 판결을 破棄한 1977년의 대법원판결(대판 1977.9.13 선고 74다954판결)에서 보는바와 같이 대법원은 法人格否認理論을 부인하는 것은 아니지만 적어도 그 적용에는 신중을 기하고 있다.

(6) 龍田節, 『新版注釋會社法(6)』(1987), 301면. 1965년 이후에 공간된 것만해도 약 200건을 헤아린다고 한다. 野村弘의, 『判例便覽取締役の第三者責任』(1986), 1면.

(7) 吉川義春, 『取締役の第三者に對する責任』(1986), 5면.

意 또는 重大한 過失로 그 任務를 懈怠한 때”라고 하고 있으므로(제401조 제2항, 제414조 제2항) 文言上 임무해태설을 취한 것으로 볼 수 있다.

1985년의 판결에서 大法院은 理事의 제3자에 대한 책임이 성립되기 위한 요건으로서 (1) 惡意 또는 重過失로 인한 任務懈怠行爲, (2) 제3자의 損害, (3) 任務懈怠와 損害사이의 相當因果關係를 들고 있다. 商法上 理事와 監事の 제3자책임을 규정한 조문의 표현은 완전히 동일하므로 監事の 책임이 성립되기 위한 요건도 위의 세가지라고 할 수 있을 것이다. 이 판결에서 大法院은 위 요건중 (1)과 (2), 특히 (1)에 대하여 주로 논하고 있을 뿐 (3)에 대해서는 전혀 언급하지 않고 있다. 보통의 경우에는 (1)이 문제가 될 것이나 이 판결의 事案에서는 정관영이 회사의 어려운 사정을 잘 알면서도 사실상 아무런 행위도 한 바가 없으므로 重過失에 의한 任務懈怠를 쉽게 인정할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 이 판결의 구체적 事案에서 監事の 任務가 어떠한 것이었는가를 냉정히 생각해 보면 문제가 그리 간단치 않음을 알 수 있다. 또한 大法院은 이 事案에서 임무해태와 손해사이에 相當因果關係가 당연히 존재하는 것으로 보고 이 점에 대하여 전혀 논하지 않고 있다. 그러나 설사 이 판결에서 監事の 任務懈怠가 인정된다고 하여도 그것이 바로 손해발생의 원인이 되었다고 단정하기에는 어려움이 없지 않다.

Ⅲ. 任務의 懈怠

1985년 판결에서 大法院은 “임무해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관의무위반의 행위로서……위법한 사정이 있어야” 한다고 판시한 바 있다. “違法한 사정”이라는 부분만 무시한다면 大法院도 일본의 다수설, 판례와 마찬가지로 理事의 任務의 내용을 委任契約上の 善良한 管理者의 注意義務로 파악하고 있다고 할 수 있다.⁽⁸⁾ 監事도 理事와 마찬가지로 會社の 受任人이므로(商法 제415조, 제382조 제2항) 선량한 관리자의 주의의무를 진다. (民法 제681조) 따라서 監事の 임무는 善管注意義務라고 할 수 있다. 그렇다면 監事の 경우에 선량한 관리자의 주의로서 처리하여야 할 “委任事務”는 무엇인가? 주지하는 바와 같이 지난 1984년의 商法改正을 계기로 監事の 직무권한은 크게 확대되었다. 종전에는 監事の 권한이 會計監査에 한정되었으나 이제는 業務監査에까지 미치게 된 것이다(商法 제412조). 이 판결에서의 사실은 모두 1984년보다 이전에 발생하였으므로 의당 監事の 임무에 대한 논의는 改正前の 규정에 따라야 할 것이다. 改正前の 商法下에서 監事の 權限이 會計監査에 한정된다는 점에 대하여는 거의 異說이 없었다.⁽⁹⁾ 그러나 監事が 會計監査의 권한을 갖는다는 점을 商法이 명문으로 규정하였던 것은 아니고 회계감사권의 내용에 대해서 상세한 규

(8) 金建植, 註(1), 248-249 면.

(9) 다만 일본에는 1984년 개정적인 우리 상법규정과 유사한 1974년 개정전의 상법규정 하에서 監事の 기능은 理事의 업무집행을 會計監査를 통하여 감독하는 것으로 파악하는 少數說이 존재하였다. 山村忠平, 注釋會社法(4)(1968), 564면.

정을 두었던 것도 아니다. 改正前의 商法은 監事의 會計監査權限의 근거가 될 규정들을 몇 가지 두고 있을 뿐이었다. 그러한 규정들중 가장 중요한 것은 제413조로서 “監事は 理事가 주주총회에 제출할 회계에 관한 서류를 조사하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 한다”고 하고 있었다. 이것은 바로 회계감사의 핵심을 이루는 決算監査에 대한 규정으로 볼 수 있다. 그러나 改正前의 商法下에서 결산감사에 주어진 기간은 겨우 1주일에 불과하였으므로(제447조 제 1 항, 제448조 제 2 항), 단기간내에 監事를 효과적으로 수행하기 위해서는 영업년도 중에도 수시로 조사를 해둘 필요가 있었다.⁽¹⁰⁾ 이러한 常時監査에 대하여 규정한 것이 바로 改正前 商法 제412조라고 할 수 있다. 제412조의 제 1 항은 “監事は 언제든지 회계의 장부와 서류를 열람 또는 등사할 수 있고 理事에 대하여 회계에 관한 보고를 요구할 수 있다”고 규정하였으며 제 2 항은 “監事は 그 직무의 수행을 위하여 특히 필요한 때에는 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다.”고 규정하였다. 현행 商法도 그 요건이 완화된 것은 하였지만 이와 비슷한 규정을 두고 있다. 이같은 常時監査는 決算監査의 효과적인 수행을 위하여 요구되는 것이므로 비록 “수 있다”라는 표현으로 되어 있었지만 權限인 동시에 義務로서의 성격을 지니고 있었다.⁽¹¹⁾ 그러나 常時監査는 決算監査의 기초작업으로서 행해지는 것이므로 決算監査에 비해서는 義務性이 약하고 그 시행여부 및 범위가 상당부분 監事의 재량에 맡겨질 수 밖에 없다. 常時監査의 대상에 대해서 商法은 아무런 규정도 두고 있지 않으나 이 판결에서 문제된 회사의 약속어음발행이 중요한 監査項目에 속한다는 점에 대해서는 의문이 없다.⁽¹²⁾ 따라서 改正前의 商法下에서도 監事は 필요하다고 인정하는 경우에는 “어음용지의 수량과 발행매수를 조사하거나 은행의 어음결제량을 확인하는 정도의 조사”를 할 권한을 가졌을 뿐 아니라 의무도 부담하였다고 할 것이다. 이 경우 監事의 조사는 會計監査의 성격뿐 아니라 業務監査의 성격도 함께 지닌 것이라고 할 수 있다.

이제 중요한 문제는 이 판결의 事案에서 과연 그러한 조사가 필요하였는가하는 것이다. 이 물음에 올바르게 답하기 위해서는 먼저 그러한 조사의 목적을 정확히 인식하여야 한다. 여기서 주의할 것은 業務監査를 위해서 필요하다 하더라도 會計監査(決算監査)를 위해서 필요한 경우가 아니면 종전의 商法上 그러한 조사는 監事의 임무에 속하지 않는다는 점이다. 즉 “理事가 株主總會에 제출할 회계에 관한 서류를 조사하여 株主總會에 그 의견을 진술하(기 위해서)” 필요한 경우에만 監事의 조사의무가 인정되는 것이다. 大法院은 이 점을 분명히 인식하지 못하였던 것이 아닌가 여겨진다. 특히 “정판식이 부정행위를 저지를 소지가 있는데도 위 회사가 사실상의 1인 회사로서 다른 理事들이 경영에 참여하지 아니하므로 監事의에는 달리 이를 감독할 기관이 없다”는 표현등에 비추어 大法院은 監事의 직무권한

(10) Id. 576-577면.

(11) Id. 577면.

(12) 李範燦, 株式會社の 監事制度(1989), 93-94, 104면.

을 순수한 會計監査를 넘어서 業務監査에까지 미치는 것으로 전제하였던 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다.

監事의 직무권한이 會計監査에 한정되었던 종전의 商法下에서 監事が 위와 같은 조사를 할 필요는 現行商法下에서보다 훨씬 작을 것은 물론이다. 그러나 그러한 조사의 빈도나 범위에 대하여 구체적인 기준을 제시하기는 쉽지 않다. 決算監査에 대비한 常時監査의 요청은 개별적인 회사의 형편에 따라 상이할 것이다. 이 판결의 신안제지와 같은 1인 회사의 경우에는 오히려 會計監査의 중요성이 별로 크지 않다고 할 수 있다. 監事의 회계감사가 株主 뿐만 아니라 會社債權者의 이익을 보호하는 결과를 가져오는 것은 물론이지만 監事의 임무의 핵심은 어디까지나 株主의 이익을 보호하는 것이라고 할 수 있다. 이 점은 監事が 회사의 기관으로서 회사에 대해서 受任人의 지위에 선다는 점에서도 드러난다(商法 제415조, 제382조 제2항). 이 판결의 事案에서 신안제지는 조득룡 1인이 株式總會를 소유하고 있는 1인 회사이므로 보호하여야 할 株主는 조득룡 밖에 없었다. 그 1人株主인 조득룡은 代表理事로서 경영에 참여하고 있었다. 그러므로 監事인 정판영의 임무는 적어도 複數의 株主가 존재하는 통상의 株式會社의 경우보다는 훨씬 가벼운 것이라고 하지 않을 수 없을 것이다. 大法院은 조득룡이 경영에 적극적으로 간여하지 않았다는 점을 정판영이 대신 감독의무를 부담한다는 근거로 내세우고 있다. 그러나 실제 경영의 최고 책임자인 1人株主가 경영을 소홀히 하고 있다는 것을 이유로 監事が 회계감사 뿐 아니라 직원의 감독까지 맡아야 한다고 보는 것은 설득력을 갖기 어렵다.

이 판결의 事案에서 문제의 기간동안에 會社의 결산이 있었는지 여부는 분명치 않다. 決算이 있었다면 決算株主總會가 실제로 개최되지 않은 경우에도 監事의 決算監査義務가 발생할 것이기 때문에 監事의 任務懈怠를 쉽게 인정할 수 있을 것이다. 그러나 판결문에 결산에 대한 언급이 전혀없는 것으로 보아 결산기가 도래하기 전에 회사가 도산한 것이 아닌가 여겨진다. 물론 위에서 본 바와 같이 회사의 어음 발행에 대한 조사는 決算監査에서 뿐 아니라 決算監査에 대비한 상시감사에서도 수행될 수 있다. 그러나 監事が 業務監査權을 갖지 못한 종전의 상법하에서 1人會社의 監事が 常時監査까지 해가면서 決算監査에 대비할 필요가 있었다고는 하기 어려운 것이다. 이 事案에서 監事に 의한 상시감사의 필요성을 부인한다면 監事が 8개월동안 아무런 회계조사도 행하지 않은 것만으로 任務懈怠라고 하기는 어려운 것이다.

그러나 監事인 정판영이 회계조사를 하였어야 했다고 하더라도 곧 바로 정판영에게 책임을 지울 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 정판영의 책임을 인정하기 위해서는 먼저 두가지 문제를 해결하여야 하기 때문이다. 첫번째 문제는 監事 정판영이 회계조사를 통하여 정판식의 부정사실을 쉽게 발견한 경우 법률상 어떠한 조치를 취하여야 할 의무를 부담하는가 하는 것이다. 원래 改正前 商法上 監事의 會計監査의 핵심은 계산서류를 조사하여 株主總會

에 그 의견을 진술하는 것이다. 그렇다면 監事가 常時監査를 통하여 우연히 직원의 비위 사실을 발견한 경우에도 株主總會가 개최될 때까지 그 사실의 공개를 미룰 수 있을 것인가? 이 물음에 긍정적인 답을 내야 한다면 정판영의 책임은 인정할 수 없을 것이다. 왜냐하면 그같은 경우에는 정판영의 임무해태와 원고들의 손해사이에는 因果關係가 없을 것이기 때문이다. 監事の 직무권한이 業務監査에까지 미치게 된 현행상법하에서는 그같은 경우 監事が 代表理事나 理事會에 그러한 불법적인 사무집행의 시정을 촉구하여야 하는 것은 당연하다. 그러나 종전상법하에서 監事が 그러한 의무가 있는지에 대해서는 학설은 명백히 하고 있지 않았다. 그러나 아무리 監事の 직무권한이 會計監査에 국한된다 하더라도 회계조사의 결과 알게된 직원의 부정행위에 대하여 주주총회가 열릴 때까지 침묵을 지킬 수 있다고 보는 것은 監事が 회사에 대하여 善管注意義務를 부담하는데 비추어 자연스럽지 못하다. 日本의 商法特例法(株式會社の 監査 등에 관한 商法の 特例에 관한 法律)도 會計監査人이 회계감사를 주된 직무로 하고 理事의 업무집행을 監査할 의무는 없음에도 불구하고 會計監査의 결과 理事의 부정한 업무집행행위를 발견한 경우에는 監事에게 보고하도록 하고 있다(제 8 조 제 1 항).⁽¹³⁾

두번째 문제는 보다 어렵다. 위에서 監事 정판영이 결산전에도 회계조사를 할 의무가 있었고 또한 회계조사결과 직원의 부정사실을 발견한 경우에는 그것을 즉시 代表理事인 조득룡에게 보고할 의무가 있었다고 하자. 그렇다면 이제 문제는 정판영이 그와 같은 임무를 해태한 것과 원고의 손해발생사이에 因果關係가 있는가 하는 것이다.

Ⅳ. 因果關係—沮止可能性

여기서 因果關係의 문제는 監事인 정판영이 임무를 이행하였더라면 원고의 손해발생을 저지할 수 있었을까 하는 이른바 저지가능성의 문제로 제기된다. 만약 저지가능성이 없다면 손해가 監事の 任務懈怠로 인하여 발생하였다고 할 수 없을 것이고, 따라서 監事에게 그 손해에 대한 배상책임을 지울 수도 없을 것이다.

저지가능성의 문제는 判決에서 뚜렷이 의식되고 있는 것은 아니지만 두가지 모습으로 나타나고 있다. 첫번째는 監事が 회계조사의무를 이행하였더라면 그같은 부정사실을 발견할 수 있었겠는가 하는 차원에서 문제될 수 있다. 이 점에 대해서는 原審과 大法院도 분명히 언급하고 있다. “위 부정행위의 수법이 교묘하게 저질러진 것이 아닌 이 사건에 있어서…… 조사만이라도 했다면 위 정판식의 부정행위를 쉽게 발견할 수 있었을 것”이라는 표현이 바로 그것이다. 그러나 저지가능성의 두번째 측면, 즉 監事が 조사결과 알아낸 부정사실을 代表理事에 보고하였더라면 정판식의 계속되는 부정행위를 막고 따라서 원고들에게 손해가 발생되는 것을 막을 수 있었겠는가 하는 측면은 판결에서 완전히 도외시되고 있다. 日本의 判

(13) 우리나라의 株式會社の 外部監査에 관한 法律은 監査人이 職務遂行中 理事의 不正行爲 내지 法令 또는 定款違反行爲를 발견한 때에는 “株式總會”에 보고하도록 하고 있다(10조).

決에서는 바로 이 측면만을 沮止可能性의 문제로 다루고 있다. 日本의 判決에서 저지가능성이 주로 문제되는 경우는 監視義務 있는 理事와 부정행위를 하는 代表理事사이의 관계에서이다. 즉 平理事나 名目上の 理事가 감시의무를 해태한 경우라고 하더라도 그가 代表理事의 직무집행을 저지할 수 있는 지위에 있지 못하면 책임을 부정하는 것이 보통이다. 이처럼 平理事나 名目上の 理事의 책임의 성립요건으로 沮止可能性을 들고 있는 것은 이들의 역할이나 영향력이 代表理事에 비하여 극히 미미한 현실을 고려하여 이들과 代表理事의 임무해태가 경합한 경우에 그들을 보호하기 위한 것이다. 監事와 代表理事의 임무해태가 경합하는 경우에도 직원의 부정행위를 방지할 1차적 책임을 지는 것은 代表理事라는 점에서 沮止可能性의 문제를 검토할 여지가 있다.

이 판결의 사안에서 監事 정판영이 정판식의 부정행위를 발견했을 때 취하여야 할 최대한도의 조치는 즉시 代表理事인 조득룡에게 그 사실을 보고하는 것이었다. 과연 그같은 보고가 정판식의 부정행위를 저지하는데 도움이 될 수 있었을까? 만약 정판영의 보고가 부정행위의 저지에 조금이라도 도움이 될 수 있었다면 정판영의 책임을 인정하여야 할 것이다. 그러나 정판영이 정판식의 부정행위를 발견하여 조득룡에게 보고하였다 하더라도 사정이 별로 달라졌을 것 같지는 않다.

監事인 정판영의 보고가 의미를 갖기 위하여는 첫째, 代表理事인 조득룡이 정판식의 부정행위를 모르고 있었어야 하고, 둘째, 알기만 하였다면 그것을 저지할 수 있는 권한 및 의사가 있었어야 할 것이다. 그러나 原審判決에서 채택하고 있는 사실에 의하면 조득룡은 1981년 8월 중순경 정판식 본인의 자백을 통해서 그의 부정행위에 대하여 확실히 알게 되었다. 그리고 이미 7월초에 정판식의 경리처리에 의심을 품고 다른 이에게 정판식이 처리하던 경리업무를 인수시키려고 하였던 것으로 보아 그 당시 이미 정판식의 부정행위에 대하여 어느 정도 의심을 품게 된 것이 아닌가 생각된다. 이 사건에서 원고들이 문제의 어음들을 취득한 날은 두장을 제외하고는 모두 7월 5일 이후이다. 따라서 代表理事가 신속하게 정판식을 파면하는 등의 조치를 취하였으면 정판식이 그 어음들을 발행하는 것을 막을 수 있었을 가능성이 크다. 한편 나머지 두장의 취득일은 각각 6월 23일과 24일이다. 일응 이 당시에는 조득룡이 정판식의 경리부정에 대하여 모르고 있었다고 할 수도 있다. 그렇다면 이제 문제는 미리 정판영의 보고가 있었다면 조득룡이 그러한 경리부정을 저지할 수 있었겠는가 하는 것이다. 沮止의 可能性이 있었다면 적어도 그 두장의 어음에 대해서는 정판영의 책임을 쉽게 긍정할 수 있을 것이다. 그러나 정판식 본인의 말을 통하여 경리부정을 확인하고 난 후에도 권한을 단호하게 행사하지 못하고 정판식의 계속되는 부정행위를 방치한 조득룡의 태도에 비추어 과연 조금 일찍 정판영의 보고가 있었다라면 조득룡의 행동이 달라졌을지에 대해서는 의문이 없지 않다.

이와 같은 관점에서 보면 설사 정판영의 會計調査義務를 긍정한다고 하더라도 原審과 大

法院이 부정행위의 阻止可能性 여부를 검토함이 없이 바로 정판영의 책임을 인정한 것은 조금 성급하였던 것이 아닌가 여겨진다. 적어도 조득룡이 경리부정사실을 알고 나서도 적절한 조치를 취하지 않았기 때문에 정판영이 발행할 수 있었던 어음에 대해서는 정판영의 책임을 인정하기가 어려울 것이다.

阻止可能性이 없다는 이유로 인과관계를 부정하는 것은 바꾸어 말하면 위법행위가 없었더라도 손해는 발생했을 것이라는 위법행위와 손해사이의 조건관계를 부정하는 것이다. 물론 조건관계는 인과관계를 인정하는데 불가결한 것은 아니다. 그것이 없더라도 인과관계를 인정해야 하는 경우가 있다. 손해발생의 결과를 야기할 수 있는 원인이 복수 경합하는 경우가 바로 그런 경우이다.⁽¹⁴⁾ 그러한 원인이 복수경합하는 경우는 현실적 원인이 경합하는 경우와 현실적 원인과 가정적 원인이 경합하는 경우의 두가지로 나눌 수 있다. 전자는 예컨대 A와 B가 잠자고 있는 C에게 각각 치사량의 독물을 동시에 주입시켜 사망케 한 경우이고 후자는 예컨대 B가 C에게 치사량의 독물을 주입하여 독이 퍼져나가기 전에 A가 C를 사살하는 경우이다. 이 두가지 경우는 모두 A의 행위가 없었더라도 C는 사망하였을 것이라는 점에서 공통된다. 그러나 두가지 경우에 모두 A는 C의 사망에 대해서 책임을 진다. C의 사망이라는 결과에 대하여 A의 행위가 전자의 경우에는 정확한 것은 알 수 없지만 어느 정도 기여한 것이 사실이고 후자의 경우에는 현실적인 원인이기 때문이다. 阻止可能性의 문제는 이러한 복수원인의 경합의 문제와는 구별하여야 할 것이다.

이 판결의 사안에서와 같이 阻止可能性이 문제되는 監事의 임무해태와 代表理事의 임무해태라는 두가지의 원인이 공존하는 것처럼 보인다. 그러나 이 두가지 원인의 비중은 같지 않다. 어디까지나 주된 것은 代表理事의 임무해태이고 監事의 임무해태는 종속적인 것에 불과하다.

이처럼 監事의 監査義務나 平理事의 監視義務와 같이 부수적인 의무의 위반이 있는 경우에 제 3자의 손해발생을 저지할 수 있는 가능성을 엄격히 요구한다면 監事나 平理事의 責任이 인정되는 경우는 크게 줄어들 것이다. 監事나 平理事의 義務履行을 촉진한다는 관점에서 보면 그러한 결과는 바람직하지 않은 것으로 비칠 수도 있다. 그러나 監事나 平理事의 義務違反이 있다고 해서 그들이 義務를 이행했다 하더라도 전혀 막을 수 없었던 제 3자의 손해에 대해서까지 책임을 지우는 것은 부당하다. 저지가능성을 요건으로 함으로써 의무위반과 손해발생사이에 구체적 인과관계를 요구한다 하더라도 監事나 平理事가 늘 責任을 피할 수 있는 것은 아니므로 監事나 平理事에게 의무이행에 대한 심리적 압력은 여전히 존재할 것이다.

V. 結 語

理事와 監事의 제 3자에 대한 責任은 특이한 제도이다. 비교적 이 제도가 오랜 기간에

(14) 자세한 것은 徐光民, 不法行爲의 歸責構造研究(1988) 130면 이하 참조.

걸쳐 널리 활용되고 있는 일본에서조차도 이 제도를 체계적으로 이해하려는 시도가 아직 끝난 것이 아니다. 理事나 監事の 任務懈怠와 제3자의 損害 사이에 심한 불균형이 존재하는 경우에도 理事, 監事の 對 제3자 責任을 인정할 것인가? 그것을 제한한다면 어떠한 경우에 어떠한 이론구성으로 제한할 것인가? 이러한 근본적인 문제에 대해서 일본의 법원은 일관성있는 해답을 내놓지 못하고 있다.

이제 이 판결은 우리 法院이 監事 및 理事의 對第3者 責任이라는 엄청난 未知의 世界에 내딛는 첫걸음이라고 할 수 있다. 그러나 그에 대한 기대에 비해서 大法院이 내어놓은 작품은 너무도 粗野하다는 느낌이다. 특히 大法院이 1984년 改正前 商法下에서의 監事の 職務權限에 대한 신중한 검토가 없이 쉽사리 任務懈怠를 인정한 점과 부정행위의 阻止可能性에 대한 충분한 언급이 없이 만연히 監事の 責任을 인정한 것은 理事, 監事の 제3자 責任의 이론적 체계화를 기대하는 이들에게는 상당히 실망스러운 일이다.

끝으로 판결에서 분명히 밝히고 있지 않은 사실관계에 대하여 添言하고자 한다. 정판영과 정판식은 그 이름의 유사성 및 정판영의 매제인 조득룡이 정판식을 교체할 수 없었던 점등에 비추어 형제관계가 아닌가 추측된다. 그렇다고 한다면 동생(형)의 잘못을 막지 못한 형(동생)에게 동생(형)의 잘못으로 인하여 제3자가 입은 손해에 대하여 책임을 지운 法院의 결론은 일반인의 정의관념에 비추어 전혀 이해할 수 없는 것은 아니다. 法院이 간단히 監事の 責任을 인정 한 저변에는 바로 그같은 고려가 깔려 있었던 것이 아닌가도 추측된다. 그 밖에도 판결문에는 명시되지 않았지만 판결의 결론을 정당화 할 수 있는 사실관계가 더 있었을지도 모르겠다. 그러나 法院이 판결의 결론에 영향을 준 사실임에도 불구하고 판결문에 그것을 충분히 반영하지 않는 일이 있다면 그러한 태도는 반드시 그리고 시급히 시정되지 않으면 아니된다. 진정한 이유는 감추고 명목적인 이유만을 내세우는 것이야 말로 판결에 대한 생산적인 비판을 가로막고 판결의 先例的 기능을 결정적으로 손상시키는 행위이기 때문이다.