

會社の 内部統制시스템과 理事의 監視義務

(人和銀行株主代表訴訟事件)

(大阪地裁 2000. 9. 20, 判例時報 1721號(2000. 11. 1), 3쪽 이하)

金 大 淵*

〈 目 次 〉

I. 事實關係

II. 判決要旨

III. 判例評釋

I. 事實關係

소의 A는 1976년에 다이와은행 뉴욕지점의 종업원으로 채용되어 1984년부터 동은행 뉴욕지점의 증권계 책임자(manager)로서 사무관리(custody)업무를 포함한 증권계의 모든 업무를 관리하는 한편, 유일한 매매당사자(trader)로서 미국 재무부증권 거래도 담당하게 되었다. 소의 A가 미국 재무부증권을 거래하여 1984년 6월경에 동은행에 약 20만달러 정도의 손해를 입혔으며, 그후 소의 A는 위 손해를 회복하기 위하여 무단으로 부외(장부외)거래를 계속 하였기에 손해가 점차로 확대되어 1995년에는 약 11억달러에 이르게 되었다. 소의 A는 뉴욕지점의 유일한 매매당사자로서 상대방 증권회사와의 사이에 재무부증권 매매계약의 체결, 거래전표에의 기재 및 계정입력, 자금관리지도까지 모든 업무를 그 자신이 행하였고, 또 증권보관업무도 담당하고 있어서 증권수수의 지도까지도 1인이 행할 수 있었기 때문에 무단으로 부외(장부외)거래를 할 수 있었다. 그리고 조회확인(confirmation)도 소의 A가 속한 증권계에 송부되어 오기 때문에 소의 A가 이를 용이하게 은닉하여 상급관리직원에게

* 법학박사, 경북대 강사

의한 조사(대조)로부터 피할 수 있었다. 소외 A는 무단거래로 인한 손해를 은폐하기 위하여 증권계의 보관업무부에서 관리하고 있던 고객 또는 동은행 소유의 미국 재무부증권을 무단으로 동은행 지점의 장부에는 기재하지 아니한 채 매각을 하였고, 동은행의 미국 재무부증권 거래로 인한 자금결제 및 증권결제는 미국 B은행의 예금 및 증권계좌로 행하였다. 소외 A는 B은행으로부터 매월말 우송되어 오는 월말 현재 미국 재무부증권 보관잔고명세서를 무단거래가 없었던 것과 같이 다시 만들었기 때문에 동명세서와 동은행 지점의 장부를 대조하는 검사에서는 무단매각이 발각되지 아니하였다. 1986년에 미국 재무부증권 거래업무에 대하여 증권매매업무(front office)와 사무관리업무(back office)의 분리가 도모되었으나, 소외 A는 상대방 증권회사와의 매매계약을 자금관리·계산계 또는 EDP(back office계)에 매매연락을 하지 않았기 때문에 동계에 의한 매매에의 계정입력은 되지 않았고, 또 상대방 증권회사 담당자에 의뢰하여 조회확인(confirmation)을 동계가 아닌 A에게 송부하도록 하였기 때문에 무단거래가 발각되지 아니하였다. 검사부에 의한 검사 및 회계감사인에 의한 감사에서도 B은행의 재무부증권 보관잔고명세서를 검사대상인 뉴욕지점이 근거로 삼는 방법으로 행하였기 때문에 소외 A가 이를 허위로 작성하는 것에 의하여 무단거래가 발각되지 아니하였다. 1993년 11월 뉴욕연방준비은행 및 뉴욕주 은행 당국에 의한 뉴욕지점에 대한 합동검사에서도 검사관에 의해 소외 A가 재무부증권 매매업무와 사무관리(custody)업무를 겸임하는 것은 문제가 있으므로 즉각 분리하라는 지적을 받았고, 동은행은 소외 A를 재무부증권의 거래업무 담당으로부터 제외시켰다. 그러나 소외 A는 그 후에도 무단거래를 계속 행하였다.

소외 A는 1995년 7월 18일 동은행 은행장인 피고 Y1 앞으로 무단거래 및 무단매각을 고백하는 서한을 발송하였고, Y1은 이 서한을 7월 24일에 수령하였다. Y1은 즉시 부은행장인 피고 Y2 및 Y3, 회장이자 전은행장인 피고 Y4, 총무인사담당이사인 피고 Y5, 전 뉴욕주지점장이자 국제부장겸무이사인 피고 Y6, 기획부·경리

증권담당이사인 Y7에게 위 서한을 보여주었다. 그리고 동은행은 위 사실을 공포하지 아니한 채 7월 27일에 우선주식 5,000만주를 발행하였다. Y1은 Y2를 책임자, 이사인 피고 Y6, 뉴욕지점장인 피고 Y8 등을 담당자로 정하여 극비로 사실조사를 하도록 지시하였다. Y6는 위 서한의 내용이 진실하다는 심증을 얻고 이를 관계자만의 비밀로 할 것을 지시하였다. 그리고 Y8는 7월 31경에 연방준비은행에 무단으로 매각된 재무부증권이 뉴욕지점의 자산으로서 존재하는 것과 같이 허위의 기재를 한 단기보고서(call report)를 연방준비은행에 제출하였고, 또 검사관을 기망할 의사로 소외 A가 무단으로 매각한 재무부증권의 이익상당액을 고객에게 미국 재무부로부터 받은 이자라고 칭하면서 지급하였고 이 사실을 허위로 기재하였다. Y6는 이러한 사실을 사전에 지시 또는 양해하였고, Y1 및 Y2는 사후에 이를 양해하였다. Y1, Y2, Y6, 이사인 피고 Y9, Y10은 8월 8일에 일본 대장성 은행국장 및 은행과장과 면담을 하면서 본건 무단거래 및 무단매각사실의 개요, 금후의 처리방침 등에 대하여 보고를 하면서 사실을 공표할 시기에 관한 당국의 의향을 타진하였다. 이에 대장성 은행국장은 일본의 금융정세를 감안하면(당시 금융기관의 부실채권문제가 표면화되어 東京協和信用組合, 安全信用組合, コスモ信用組合, 木津信用組合, 兵庫銀行의 파탄이 잇달아 발생하였다) 사건을 공표하는 시기로는 9월은 최악이고, 정보관리를 철저히 하도록 하면서 정보가 누설되지 않도록 바란다고 말하였다. Y8는 8월 18일에 검사관을 기망할 의사로 7월 31일과 동일한 형태로 고객에의 지급 및 허위의 기재를 행한 다음 무단으로 매각된 재무부증권이 존재하는 것과 같이 B은행의 보관잔고명세서를 위조하였다. 또 Y8는 8월 31일경 동일한 의사로 동일한 형태의 허위내용의 재무부증권이전지시서를 작성하였고, 뉴욕지점의 장부와 기록에 허위의 기재를 행하였다. 9월 7일경에도 동일한 의사로 허위의 서한을 작성하였고, 또 9월 13경에도 허위의 B은행 보관잔고명세서를 작성하였다.

Y1은 8월 하순 미주기획실로부터 미국에서는 규제가 엄격하기

때문에 빨리 사건을 연방준비은행에 보고하는 편이 좋다는 의견을 받고서 미국법의 규제내용에 대하여 미국 법률사무소에 조회하도록 하고 Y6가 그 상담을 행하였다. Y6는 상담결과에 기초하여 동은행이 연방준비은행 및 뉴욕주은행국에 본건 무단거래 및 무단매각에 대하여 보고할 법률상의 의무가 있다는 것, 그리고 연방준비은행에의 보고는 빠르면 빠를수록 좋기 때문에 9월 12일부터 14일 정도 보고하면 좋다는 것 등을 Y1에 보고하였고, 이때 피고 Y2, Y7, Y9 및 Y10가 동석하였다. 거기서 Y1은 9월 중순경에 연방준비은행에 보고하기로 정하고 대장성 은행과장에게 그 방침을 통고하였다. 그리하여 Y2가 9월 18일에 연방준비은행 부은행장 및 뉴욕주은행국장에 무단거래 및 무단매각의 사실을 보고하였다. Y1은 9월 25일에 임원연락회에서 본건 무단거래 및 무단매각의 발생에 대하여 설명하고 피고 이사 Y14 등은 그 자리에서 처음으로 그 사실을 알게되었다. 또 피고 대표이사 Y11, Y12, Y13은 9월 7일의 경영회의에서 처음으로 무단거래 및 무단매각의 개요에 대하여 들었다. 9월 26일에는 상임감사인 피고 Y28, Y29, Y30, 비상임감사(사외감사)인 피고 Y31, Y32에 대하여도 그 사실을 보고하였고, Y1은 기자회견을 하여 그 사실을 공표하였다.

원고 X1, X2 및 Z는 동은행의 주주로서, 동은행의 대표이사 및 뉴욕지점장의 지위에 있었던 이사에 대하여는 행원에 의한 부정행위를 방지함과 동시에 손해의 확대를 최소한으로 하기 위한 관리체제(내부통제시스템)를 구축해야 할 선관주의의무 및 충실의무가 있는데도 불구하고 이를 게을리하였고, 기타의 이사 및 감사에 대하여는 위 대표이사들이 내부통제시스템을 구축하고 있는가를 감시해야 할 선관주의의무 또는 충실의무가 있는데도 불구하고 이를 게을리하였기 때문에 본건 무단거래 및 무단매각을 방지하지 못하였다고 주장하면서, 위 의무위반으로 동은행에 11억달러의 손해를 입힌 것에 대하여 동은행의 이사 또는 감사였던 Y1~Y11, Y28~Y30, Y32~Y49를 피고로 동은행이 입은 손해금 11억달러를 배상하도록 주주대표소송을 제기하였다. 이것이 본건의 제1사건이다.

본건사건공표 후 본건 무단거래 등에 의하여 약 11억달러의 손해가 발생한 것에 대하여 미국당국에 은닉 등을 하였기 때문에 동 은행은 미국에서 24개의 소인에 대하여 형사소추를 당하였고, 그중 16개의 소인에 대하여 유죄의 답변을 하여 벌금 3억 4천만달러 지급하게 되었다. 원고 X1, X2 및 Z는 위 벌금 3억 4천만달러 및 위 형사사건의 변호사비용 1천만달러 합계 3억 5천만달러에 대하여 Y1~Y32를 피고로 이사 또는 감사로서 선관주의의무 또는 충실의무에 위반하여 동은행에 입힌 손해라고 주장하면서 주주대표소송을 제기하였다. 이것이 제2사건이다. 원고 X1 등은 유죄답변소인 가운데 소인 14 내지 20에 관해서는 당시 대표이사 및 뉴욕지점장의 지위에 있었던 이사가 내부통제시스템을 구축해야 할 선관주의의무 및 충실의무가 있는데도 불구하고 이를 게을리하였고, 또 기타 이사 및 감사에 대하여는 위 대표이사들이 내부통제시스템을 구축하고 있는가를 감시해야 할 선관주의의무 또는 충실의무가 있는데도 불구하고 이를 게을리하였기 때문에 A가 이들 소인을 구성하는 허위 기재 등을 행한 것을 방지할 수 없었다고 주장하였다. 그리고 소인 1 내지 7, 23 및 24에 관해서는 당시 대표이사 및 뉴욕지점장의 지위에 있었던 이사가 미국의 법령을 준수하지 않고 행한 것이므로 이는 선관주의의무 및 충실의무에 반하고, 기타의 이사 및 감사는 위 대표이사들이 미국 법령을 준수하고 있는가를 감시해야 할 선관주의의무 또는 충실의무가 있는데도 불구하고 이를 게을리하였기 때문에 위 행위를 방지할 수 없었다고 주장하였다.

II. 判決要旨

「쟁점 1 内部統制시스템의 構築에 관한 任務懈怠의 有無(제1사건, 제2사건, 소인 14 내지 20)

· · · 중요한 업무집행은 이사회에서 결정하는 것이 필요하기 때문에(일상 260조 2항) 회사경영의 근간에 관계되는 리스크관리체제의 골격에 관하여는 이사회에서 결정하는 것이 필요하고, 업무집

행을 담당하는 대표이사 및 업무집행이사는 위 골격에 근거하여 담당하는 부분의 리스크관리체제를 구체적으로 결정할 직무를 부담한다. 이러한 의미에서 이사는 이사회와 구성원으로서, 또 대표이사 혹은 업무담당이사로서 리스크관리체제를 구축해야 할 의무를 부담하고, 더 나아가 대표이사 및 업무담당이사가 리스크관리체제를 구축해야 할 의무를 이행하고 있는가에 대하여 감시할 의무를 부담하고, 이것도 또 선관주의의무 및 충실의무의 내용이 된다. . . . 감사는 일본 상법특례법 제22조 1항의 적용을 받는 회사를 제외하고, . . . 이사가 리스크관리체제의 정비를 행하고 있는가에 대하여 감사해야 할 직무를 부담하고, 이것도 또 감사로서의 선관주의의무 및 충실의무의 내용이 된다. . . .

그리고 정비해야 할 리스크관리체제의 내용은 리스크가 현실화되어 야기할 다양한 사건·사고의 경험 축적과 리스크관리에 관한 연구의 진전에 따라 충실하게 될 것이다. . . . 현시점에서 요구되는 리스크관리체제의 수준을 갖고서 본건의 판단기준으로 삼는 것은 상당하다고 말할 수 없다. 또 어떠한 내용의 리스크관리체제를 정비할 것인가는 경영판단의 문제이고, 회사경영의 전문가인 이사에겐 넓은 재량이 주어져 있다는 것을 고려하여야 한다. 이사는 종업원이 직무를 수행할 때 위법한 행위에 이르는 것을 미리 방지하기 위하여 법령준수체제를 확립할 의무가 있고, 이것도 또 이사의 선관주의의무 및 충실의무의 내용이 된다. . . . 사무리스크의 관리체제정비는 동시에 법령준수체제의 정비를 의미한다. . . .

. . . 동은행 본부(검사부), 뉴욕지점 및 회계감사인이 행한 재무부증권 보관잔고의 확인은 그 방법에 있어서 현저히 부적절하다고 할 것이다. . . . 잔고확인을 행함에 있어서 보관하는 증권의 성질에 따라서 적절한 방법을 채택하고, 비유해서 말하자면 현물확인을 행하는 것이 필요하다. 증권이 발행되어 있는 경우라면, . . . 증권의 현물과 장부상의 기재와의 대조합이 필요하고, 증권이 발행되지 아니하는 등록질이고 또한 B은행에 보관을 재위탁하

고 있는 경우에는 보관업무담당을 거치지 않고 직접 B은행에 대하여 보관잔고의 조회를 행하는 것이 필요하다. 그럼에 불구하고 뉴욕지점에서는, . . . 검사대상인 뉴욕지점 혹은 보관계에 B은행으로부터 재무부증권의 보관잔고명세서를 입수시키고, 그 보관잔고명세서와 동지점의 장부를 대조하는 확인방법을 채택하고 있었다. 이로 인하여 A에게 보관잔고명세서를 개찬할 기회를 주는 결과로 되고, 본건 무단매각 . . . 에 관한 행위를 발견, 방지할 수가 없었다. . . . 보관업무를 행하고 있는 금융기관이 이러한 중대한 불비가 있는 검사방법을 일반적으로 채택하고 있는 것은 생각하기 어렵고, 또 이것을 인정함에 충분한 증거가 제출되지 아니하였다. 더군다나 검사방법에 중대한 불비가 있는 이상 가령 다른 금융기관에서 동일한 방법을 채택하고 있다고 하더라도 이로부터 B은행의 검사방법이 부적절하지 아니하였다고 평가할 수는 없다. . . . 지점내검사는 검사부의 통할하에 검사부가 담당이사의 결재를 얻어 작성한 검사요령에 의거하여 실시된 것이기 때문에 검사부담당이사가 업무담당이사 혹은 사용인점무이사로서 재무부증권 보관잔고의 확인방법이 적절함을 결하고 있는 것에 대하여 책임을 진다. 또 지점내감사 및 내부감사담당자에 의한 감사는 뉴욕지점장의 지휘 아래에 실시되기 때문에 이사가 지점장으로 근무하고 있는 경우에는, . . . 책임을 진다. . . . Y2, Y6, Y8 3명은 뉴욕지점장으로 근무한 이사로서 임무해태의 책임을 진다. 그리고 Y1, Y20은 검사부담당이사 혹은 사용인점무이사로 근무하였지만 둘다 임기가 짧고, . . . 그 사이에 뉴욕지점에 대한 임시지점검사가 실시되지 않았다는 것을 감안하면 위 피고들이 위 검사방법을 시정하지 아니한 것에 대하여 바로 임무해태의 책임을 부담시키기는 어렵다.

동은행과 같은 거대한 조직을 가진 대규모 기업에 있어서는, . . . 은행장 또는 부은행장이 각 업무담당이사에게 그 담당업무를 수행하도록 말기는 것이 허용되고, 각 업무담당이사의 업무수행의 내용에 대하여 의심을 해야 할 특단의 사정이 없는 한 감독

의무해태의 책임을 부담하지 않는다 본건에 있어서 위 특단의 사정에 대한 주장, 입증은 없다. 검사부 및 뉴욕지점의 지휘계통에 속하지 아니하는 이사(대표이사를 포함한다)는 이사회와 상정 사항 이외의 사항에 대하여도 감시의무를 부담하고, 리스크관리체제의 구축에 대하여도 그것이 적정히 행하여졌는가를 감시할 의무가 있다. 그러나 . . . 리스크관리체제는 그 골격뿐만 아니라 구체적인 구조에 대하여도 정비되지 않았다고 말할 수 없고, . . . 뉴욕지점에서의 재무부증권 보관잔고의 확인방법에 대하여 의심을 해야 할 특단의 사정이 없는 한 부적절한 검사방법을 채택한 것에 대하여 이사로서의 감시의무위반을 인정할 수 없다 뉴욕지점에 왕래하여 회계감사인인 감사에 입회한 감사를 제외한 다른 감사는 상근·비상근을 묻지 않고, 또 사외인가 아닌가를 묻지 않고, . . . 잔고확인방법의 문제점을 알지 못하였음이 인정되고, . . . 책임을 지지 않는다.

그리고 피고 Y33은 1993년 9월에 뉴욕지점에 왕래하였고 . . . , Y33은 회계감사인인에 의한 재무부증권 보관잔고의 확인방법이 부적절하다는 것을 알았을 것이고, 이것을 시정하지 않았기 때문에, 본건 . . . 행위를 미리 방지할 수가 없었던 것이다.

쟁점 2 美國法令違反에 관한 任務懈怠行爲의 有無(제2사건, 본건 소인 1 내지 7, 23 및 24)

. . . 법령준수는 회사경영의 기본이다. 일본 상법 266조 1항 5호는 이사에 대하여 일본의 법령을 준수할 것을 요구할 뿐만 아니라 외국에 지점을 설치하는 등 사업을 해외에서 전개하는 경우에는 그 나라의 법령도 준수할 것을 요구한다. 외국법령을 준수하는 것은, . . . 이사의 선관주의의무의 내용이 되기 때문이다. . . . 미국연방규칙법전 제12편 제208·20조 및 제211·24조에 의하면 연방준비위원회(FRB)는 뉴욕지점에 대하여 종업원이 죄를 범한 것을 의심할 상황이 있는 경우에는 범죄사실을 연방검찰국에 제출함과 동시에 당해 피의사실에 긴급한 조치가 필요로 하는 경우에는 당해 피의사실을 긴급전화로 통지하고 30일 이내에 당해 문제에

관한 보고서를 제출할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 동은행 대표이사인 Y1 등은 연방준비위원회(FRB)에 허위내용의 단기보고서를 제출하고, 뉴욕지점의 장부와 기록에 허위기재를 하고, 허위내용의 보관잔고명세서를 마치 B은행이 작성한 것처럼 가장하여 작성하고, 허위내용의 연금신탁계정 및 신탁부계정에 관한 보관잔고명세서를 작성하고, 허위내용의 이전지시서 및 서한을 작성하는 등 1995년 7월 24일부터 동년 9월 18일까지, . . . 사실을 은폐하고 미국당국에 알리지 아니한 채 법이 요구하는 기간내에 범죄신고서를 제출하지 아니하였다.

그리고 제2사건 피고들은, . . . 미국 감독기관인 연방준비위원회(FRB)에 허위내용의 단기보고서를 제출하는 것 . . . 등 본건 소인 . . . 에 관한 구체적인 행위가 위법한 것임을 알지 못하였다는 것도 도저히 믿어지지 않는다. 더군다나 동은행이 1990년에 로이즈은행으로부터 미국내의 거점망을 매수하는 등 미국에서 적극적으로 사업을 전개하고, 로이즈은행의 미주본부기구를 거의 그대로 미주업무부로 사용하고, 본부와의 연락창구로서 미주기획실을 설치하였다. 1991년에 외국은행감독강화법이 제정되고, 연방준비위원회(FRB)에 외국은행의 지점 등에 대한 완전한 검사권한이 인정되었고, 뉴욕지점에 대하여도 연방준비위원회(FRB)에 의한 검사가 실시되고 있는 등 전기의 인정사실에 의하면 신고 및 보고에 관한 미국법규제에 대하여도 적어도 그 개요는 알고 있었다고 추측된다. 따라서 . . . 검사관을 기망할 의사가 있었다고 평가될 수 밖에 없다.

. . . Y6(뉴욕지점장)는 . . . 본건행위를 . . . 스스로 행한 것은 아니지만, . . . 미리 방지할 수 있었다. . . . 미리 방지하지 않았던 것이므로 이사의 선관주의의 및 충실의무에 위반하는 것으로 인정된다. 그리고 기타 제2사건의 피고들은 Y6가 본건 행위를 행한 것을 사전에 알고 있었다고 인정할 만한 증거는 제출되지 않았고, 또 사전에 알았음을 인정할 만한 사정은 일체 주장, 입증되지 않았다. Y4는 Y1의 보고에서 . . . 사실을 알았기 때문에 미국

당국에 신고를 하도록 대표이사에 적극적으로 권고해야 하고, 또 . . . 허위내용의 단기보고서를 제출하고 . . . 에 관한 행위를 미리 방지할 수 있었을 것이다. . . . 위의 각 행위를 미리 방지하지 않았던 것이므로 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반한다. Y1(대표이사 은행장), Y2(대표이사 부은행장, 국제부문총괄), Y6(대표이사 국제부장)는 . . . 본건 무단거래 및 무단매각의 사실을 알면서 미국당국에 신고를 하지 않았고, . . . 허위내용의 단기보고서를 제출하고, 뉴욕지점의 장부와 기록에 허위를 지재를 행하는 것 등에 대하여도 명시적 내지 묵시적으로 지시 또는 양해를 하고 있었고, 혹은 적어도 미리 방지하지 않았던 것에 대하여 지휘계통의 상급자로서 감독책임을 진다. . . . 관한 행위는 미국연방법전위반의 행위이고, 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반된다. Y3(대표이사 부은행장), Y5(대표이사), Y7(대표이사) Y9(대표이사)는 본건 무단거래 및 무단매각의 사실을 알면서 미국당국에 신고를 행하지 않았던 것이고, . . . 적어도 Y3, Y5, Y7는 본건 소인 1 내지 7에 관한 행위에 대하여 이를 미리 방지할 수 있었다. . . . 위 각 행위를 행하거나 또는 미리 방지하지 않았던 것에 대하여 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반된다. Y10 및 Y27은 . . . 본건 무단거래 및 무단매각의 사실을 알고 있었기 때문에 미국당국에 신고를 하도록 대표이사에 권고해야 하고, . . . 본건 소인 1, 2 및 5 내지 7에 관한 행위를 미리 방지할 수 있었을 것이다. . . . 미리 방지하지 않았던 것이므로 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반된다. Y8(뉴욕지점장)은 . . . 본건 무단거래 및 무단매각의 사실을 알면서 미국당국에 신고를 행하지 않았던 것이고, 또 연방준비위원회(FRB)에 허위내용의 단기보고서를 제출하고, 뉴욕지점의 장부와 기록에 허위의 기재를 행한 것이고, 본건 소인 1 내지 7에 관한 행위를 스스로 행한 것이다. 위 각 행위는 미국연방법전위반의 행위이므로 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반된다.

. . . 이사는 그 직무를 수행함에 있어서 넓은 재량을 가지고

있다고 말할 수 있다. 따라서 이사에 대하여 과거의 경영상의 조치가 선관주의의무 및 충실의무에 위반하는 것으로 그 책임을 추궁하기 위하여는 그 경영상의 조치가 집행한 시점에서 이사의 판단에 전제로 된 사실인식에 중요하고 부주의한 잘못이 있었던가, 혹은 그 의사결정의 과정 및 내용이 기업경영자로서 특히 부합리, 부적절함이 있어야 한다고 이해함이 상당하다. . . . 이사에게 주어진 재량도 법령에 위반하지 아니한 범위내의 것이므로 이사에 대하여 외국법령을 포함한 법령을 준수할 것인가 여부에 대한 재량이 주어지는 것은 아니다.

제2사건 피고들은 대장성의 요망, 시사에 반하여 본건 무단거래 및 무단매각의 사실을 미국당국에 보고할 기대가능성은 없었다고 주장한다. 그러나 대장성이 Y1 등에 대하여 권한에 기초하여 미국당국에 대한 보고를 하지 말도록 지시 내지 명령을 행하였다고 인정할 만한 증거는 당 법정에 제출되지 않았다. . . . 제2사건 피고들은 미국의 은행에 대한 법규제 내용을 알지 못하였다고 주장하지만 이를 채택할 수 없다. . . . 행위의 시점에서 미국 법규제의 상세한 내용을 충분히 파악하지 아니하였다고 하면 본건사건은 . . . 매우 특이하고 이상한 사건이기 때문에 미국에서 사업을 전개하는 회사의 경영자로서 바로 이러한 사건에 대한 미국법제의 조사 및 검토를 행하여야 할 것이다. 그런데 . . . 이것을 게을리하고, . . . 미주기확실로부터 보고서를 받고서야 처음으로 조사를 행한 것이다. 조사는 바로 지체되고 실기한 것이다. . . . 과실이 있는 것이 명백하고, 알지 못하였던 것에 대한 부득이한 사정은 인정되지 않는다.

이상에 의하면 Y1 등은 동은행이 놓여진 당시의 위급한 상황을 고려하더라도 기업경영자로서 현저한 불합리하고 부적절한 경영판단을 행한 것이기 때문에 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반된다.

쟁점 3 損害의 有無, 範圍 등

1. 제1사건

130 判例研究

(一) Y2

· · · 뉴욕지점장에 취임한 시점에서 이미 발생한 손해에 대하여는 배상책임을 지지 아니한다. · · · 따라서 Y2는 총손해액 약 11억달러로부터 5억 7천만달러를 공제한 5억 3천만달러 상당액의 손해에 대하여 배상책임을 부담한다.

(二) Y6, Y8

· · · Y6, Y8이 뉴욕지점장에 취임한 후에 손해가 발생하였는지는 명확하지 않고, Y6, Y8이 임무를 해태하여 손해가 발생하였다는 것에 대하여는 입증이 없다.

(三) Y33

· · · Y33이 뉴욕지점에 왕래하여 조사를 실시한 시점 이후에 손해가 발생하였는지는 명확하지 않고, Y33이 임무를 해태하여 손해가 발생하였다는 것에 대하여는 입증이 없다.

2. 제2사건

(一) Y4, Y1, Y8, Y7

· · · 벌금의 대상으로 된 본건 유죄답변소인은 16개의 소인으로 구성되어 있고, Y4 등이 그중 7개의 소인에 관한 사실에 대해서만 책임을 지는 것을 고려하면 Y4 등에 대하여 벌금 및 변호사비용 전액에 상당하는 금액의 배상책임을 묻는 것은 상당하지 아니하므로 기여도에 따른 인과관계의 비율적 인정을 행함이 합리적이다. · · · 전기 벌금 및 변호사비용 상당액 3억 5천만 달러 중 가장 적게 잡아 3월에 해당하는 1억 5천만달러의 한도내에서 각자 지급할 의무를 부담한다고 인정함이 상당하다.

(四) Y2, Y6

Y2 등은 본건 소인 7, 14 내지 20 및 24에 관한 사실에 대하여만 책임을 부담하기 때문에, · · · 전기 벌금 및 변호사비용 상당액 3억 5천만달러 중 가장 적게 잡아 7월에 해당하는 2억 4천 5백만달러의 한도내에서 각자 지급의무를 부담한다.

(五) Y9, Y10, Y27

· · · Y9 등은 본건 소인 1, 2 및 5 내지 7에 관한 사실에 대

하여만 책임을 부담하기 때문에, . . . 전기 벌금 및 변호사비용 상당액 3억 5천만달러 중 가장 적게 잡아 2할에 해당하는 7천만달러의 한도내에서 각자 지급의무를 부담한다.

(六) Y8

. . . Y8는 본건 소인 1 내지 7, 18 내지 20에 관한 사실에 대하여만 책임을 부담하기 때문에, . . . 전기 벌금 및 변호사비용 상당액 3억 5천만달러 중 가장 적게 잡아 4할 5분에 해당하는 1억 5천 7백 50달러의 한도내에서 지급의무를 부담한다.」

III. 判例評釋

1. 問題의 提起

근래 일본에서도 우리 나라와 마찬가지로 기업경영의 선진화, 국제화를 도모하기 위하여 기업지배구조(Corporate Governance)에 관한 여러 문제에 대하여 계속적으로 논의하고 있다. 그 중에서도 주식회사 감사기능의 강화에 관한 문제와 주주대표소송의 재검토에 관한 문제가 가장 중요하게 논의되는 부분이다. 전자의 경우 회사의 어느 기관이 어떤 방법으로 감사기능을 수행할 것인가에 관하여 다양한 의견을 제기하고 있기는 하지만 감사기능의 강화 그 자체에는 대부분이 동의하고 있다. 그러나 후자 즉 주주대표소송에 관해서는 매우 상반된 입장에서 다양한 주장 및 입법론을 제기하고 있어 앞으로의 귀추가 주목된다. 1993년 주주대표소송에 관한 일본 상법을 개정한 후 버블경제의 혼란과 맞물려 이사의 책임을 추궁하는 대표소송건수가 증가함에 따라 이 제도를 바라보는 시각에 상당한 차이가 생기게 되었다. 한편에서는 근래 법세제적으로 논의되고 있는 기업지배구조(Corporate Governance) 및 법령준수체제(Compliance System)¹⁾의 요청에 맞추어 대표소송이 더욱 활성화

1) 특히 미국에서는 1991년에 연방양형지침(The Federal Sentencing Guidelines for Organization)을 개정하여 기업범죄를 처벌하기 위한

화되어야 한다고 주장하고 있는 반면에, 다른 한편에서는 대표소송의 건수와 규모가 커짐에 따라 이사에게 과도한 부담을 주게 되므로 이사의 경영활동을 위축시킨다고 하면서 대표소송을 제한할 것을 주장한다. 이러한 상황하에서 대상판결이 선고됨에 따라 일본에서는 주주대표소송에 관한 논의가 한층 더 가열될 것으로 생각된다.

이 사건은 다이와은행 뉴욕지점의 종업원이 오랜 기간 동안 무단으로 부외(장부외) 증권거래를 행하여 동은행에 거액의 손해를 입혔고, 그 사후처리과정에서도 미국법에 위반하여 동은행 및 그 이사들이 유죄판결을 받아 미국에서 은행업무를 철수하게 되는 등 동은행에 엄청난 손해가 발생하자 주주들이 동은행의 전현직 이사 및 감사 49명을 상대로 주주대표소송을 제기한 것이다. 위 사건은 금융사고의 발각 및 사후처리과정에서도 법률, 경제, 행정 등 다양한 분야에서 화제가 되었을 뿐만 아니라, 주주대표소송 자체만을 놓고 보더라도 꽤 복잡한 절차를 밟고 있으며 또한 대상판결이 종업원의 부정행위에 대하여 이사에게 조직관리책임을 인정함에 따라 여러 가지 흥미로운 과제를 제공하고 있다. 대상판결이 선고되기 이전에 이미 원·피고들은 담보제공명령신청을 둘러싸고 한 차례 공방을 벌렸다. 즉 주주들이 동은행의 이사 및 감사를 상대로 주주대표소송을 제기하자 피고들이 제1사건·제2사건 모두에 대하여 담보제공명령을 신청하였고 제1심인 오오사카 지방법원은 이를 모두 수용하였으나,²⁾ 즉시항고심인 오오사카 고등법원은 양사건 모

양형을 법령준수프로그램(compliance program)과 결부시켜 기업범죄를 효과적으로 방지할 체제를 구축하였다. 동지침에 의하면 회사가 위법행위를 방지하고 발견할 효과적인 프로그램(effective program to prevent and detect violation of law)을 시행하고 있는 경우에는 기업범죄에 대한 감경사유로 정하여 법령준수프로그램의 기획·실시에 대하여 상당한 동기를 부여하는 등 기업범죄의 방지를 위하여 포괄적인 대책을 강구하고 있다(Williams E. Knepper/Dan A. Bailey, "Liability of Corporate Officers and Directors", Vol 2, 6th ed., Lexis Law Publishing(1998), pp. 45-50).

두에 대하여 원심결정을 취소하고 담보제공명령의 신청을 각하하였다.³⁾ 대상판결은 은행의 이사가 부담해야 할 리스크관리 및 법령준수를 위한 내부통제시스템을 구축할 의무, 각 이사의 지위에 따른 주의의무의 차이, 일본 상법 제266조 제1항 5호 법령의 의미, 동호의 이사 책임의 대상 및 범위, 인과관계의 유무 및 비율 등 이사의 감시의무위반에 대하여 전향적인 관점에서 손해배상책임을 인정한 것이기에 그 파장은 적지 않을 것으로 생각된다.

이 사건의 중요한 논점은 원·피고가 소송상 심하게 다툰 다음과 같은 세 가지 부분이다. 첫째는 피고 이사 및 감사들이 은행의 내부통제시스템의 구축과 관련하여 임무해태행위가 있었는가 하는 점이다. 이 부분을 좀 더 자세히 설명하면 증권매매업무와 사무관리업무의 완전분리, 내부감사담당자의 임명, 미국 재무부증권의 잔고확인방법, 금융당국에 의한 지도 및 검사, 우편물 등의 관리, 담당자의 강제휴가, 경영판단의 원칙 등이 중요한 쟁점으로 되었다. 둘째는 피고들이 미국 법령을 위반한 것이 임무해태행위가 되는가 하는 점이다. 구체적으로는 미국의 법령과 법령준수의 범위, 무단 거래 등의 개시에 관한 기대가능성, 장부예의 허위 기재 등이 문제가 되었다. 그리고 셋째는 피고들이 배상해야 할 손해의 유무, 범위 등이 문제로 되었다. 이 논문에서도 위의 세 가지 논점을 중심으로 평석하고자 한다.

2. 内部統制시스템과 理事의 監視義務

- 2) 大阪地裁는 1997. 4. 18. 제1사건, 제2사건 양자 모두에 대하여 원고의 주주대표소송 제기가 주주의 악의로 인한 것이라고 하면서 원고에게 상당액의 담보제공을 명령하는 결정을 내렸다(判例時報 1604號(1997), 139쪽).
- 3) 大阪高裁는 제1사건에 대하여 1997. 11. 18. 제1심과는 달리 담보제공명령의 신청을 각하하는 결정을 내렸고(判例時報 1628號(1997), 133쪽), 또 동재판소는 제2사건에 대하여도 1997. 12. 8. 앞의 제1사건과 같이 담보제공명령의 신청을 각하하는 결정을 내렸다(商事法務 1477號(1997), 51쪽).

1) 理事의 監視義務의 根據

일본 상법도 우리 상법과 마찬가지로 주식회사 이사회는 업무집행의 의사를 결정하는 의사결정기관임과 동시에 이사의 직무집행을 감독하는 감독기관이라고 규정한다(일상 260조 1항). 이사회 의 권한은 이사회의 결의라는 형식으로 행하여지지만 이는 곧 그 구성원인 이사들에 의하여 수행된다고 보아야 한다. 주식회사 이사회는 회사의 업무집행에 대하여 감독할 지위에 있으므로, 이사회의 구성원인 이사가 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무를 부담한다는 것이 판례 및 통설의 입장이다. 일반적으로 이사가 다른 이사의 직무집행에 위법·부정행위가 발생하도 않도록 감시할 의무를 부담하는데 이를 이사의 감시의무라고 한다.⁴⁾ 다만 이사의 감시의무를 인정하는 근거에 대하여는 대표이사, 업무담당이사, 평이사 등 이사가 회사내에서 차지하는 지위에 따라 다소 의견이 나뉘어진다.

먼저 대표이사의 다른 대표이사 또는 평이사에 대한 감시의무는 무엇에 근거하는 것인가에 대하여 의견이 분분하다. 종래 일본의 하급심 판례에는 대표이사의 경우도 평이사와 동일하게 이사회의 구성원이라는 지위에서 도출하는 것⁵⁾도 있고, 또 대표이사 고유의 지위로부터 도출하는 것⁶⁾도 있다. 그리고 학자들의 견해도 위 판례와 같이 대립하고 있다. 먼저 대표이사는 업무집행자로서의 지

4) 법문상 감시의무의 대상을 이사의 업무집행으로 규정하고 있으나 회사의 업무는 대표이사·업무담당이사의 지휘하에 조직적으로 이루어지기 때문에 회사의 업무집행 전반을 감시해야 하며, 따라서 실제로는 종업원의 행위도 감시의무의 대상이 된다. 반면에 종업원의 감독이라는 점에서 대표이사·업무담당이사는 종업원을 지휘하여 조직으로 업무집행을 행하는 것이므로 종업원의 행위를 감독해야 하는데 이를 감독의무라고 한다. 감독의무는 종업원에 대하여 직접 감독을 행하는 것임에 대하여, 감시의무는 이사회라는 창구를 통하여 간접적으로 감독한다는 점에서 양자 사이에 차이가 있을 수 있다. 그러나 양자 모두가 종업원의 행위를 감독한다는 점에서 공통되고 실제로는 그다지 구별되지 아니하므로 감시의무라고 칭하는 견해가 많다(清水 眞, “取締役の監視義務”, 商事法務 1574號(2000), 70쪽).

5) 大阪地判, 1963. 1. 25, 下民 14卷 1號, 93쪽.

6) 大阪地判 1964. 7. 16, 判例時報 385號(1964), 64쪽.

위에 근거하여 감독의무를 부담하므로써 다른 이사의 직무수행이 적법하게 행하여지도록 주의해야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁷⁾ 그러나 일본의 다수설은 대표이사의 지위를 업무집행기관이라는 지위와 이사회 구성원이라는 지위를 구별하고 대표이사의 감시의무는 전자의 지위에서만 유래하는 것이라고 한다.⁸⁾ 대표이사 고유의 지위로부터 다른 대표이사 또는 평이사에 대한 감시의무를 인정하게 되면 주식회사의 기관구성·권한분배의 원칙에 반할 가능성이 있다. 왜냐하면 이사는 대표이사의 하부기관이 아니라 대표이사의 업무집행을 지휘·감독해야 할 기관인 이사회 구성원이기에, 대표이사 고유의 지위로부터 이사를 감독할 의무를 인정하게 되면 이사회가 가진 대표이사에 대한 감독권과의 사이에 모순과 혼란이 발생하기 때문이다.⁹⁾ 일본 최고재판소도 대표이사 상호간의 감시의무에 대하여 대표이사가 2인 이상인 경우 정관 등에서 별도의 정함이 없는 한 상호간에 직접 지휘·감독관계는 아니라고 한다. 즉 “원래 대표이사는 대외적으로 회사를 대표하고 대내적으로 업무 전반의 집행을 담당하는 직무권한을 가진 기관이므로 선량한 관리자의 주의를 갖고 회사를 위하여 충실히 그 직무를 집행하고 회사업무 전반에 걸쳐 주의를 기울여야 할 의무를 부담하는 것은 당연하다. 따라서 적어도 대표이사가 다른 대표이사 또는 기타의 자에게 회사업무의 일체를 맡기고 그 업무집행에 하등 주의를 기울이지 아니하였기 때문에 결국 그의 부정행위 내지 임무해태를 간과하기에 이른 경우에는 스스로도 악의 또는 중대한 과실로 임무를 해태한 것으로 해석함이 상당하다.”고 하였다.¹⁰⁾ 이 판

7) 大隅健一郎/今井宏, 第三版 會社法論中卷, 有斐閣(1992), 252쪽.

8) 近藤光男, “取締役の會社に對する責任”, 新版注釋會社法(6), 有斐閣(1996), 282쪽.

9) 加美和昭, 會社取締役法制度研究, 中央大學出版部(2000), 485-486쪽.

10) 日最判 1969. 11. 26, 民集 23卷 2號, 2150쪽. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. A주식회사 대표이사 B는 A회사를 대표하여 X로부터 동채를 구입하고 그 대금지급을 위하여 A주식회사 대표이사 사장 Y명의(피고)로 약속어음을 발행하여 X에게 교부하였다. Y가 A회사의 대표이사로 선임된 것은 업적이 부진한 A회사가 Y의 지위와 신용을 이용

례에서는 감시의무라는 용어를 사용하고 있지는 않으나 대표이사의 선관주의의무 및 충실의무위반을 근거로 대표이사(사장)에게 일본 상법 제266조의3(이사의 제3자에 대한 책임)의 손해배상책임을 인정하였다. 그러나 학자들은 그 근거에 대하여 적지 않은 비판을 제기하고 있다. 이사의 선관주의의무 내지 충실의무는 결코 감시의무와 같은 일정한 직무의 존재를 기초로 것이 아니고, 오히려 이를 전제로 하여 직무집행상 기울어야 할 성의 내지는 주의의 정도를 나타내는 기준에 불과하므로 이것은 본말이 전도된 것이라고 한다.¹¹⁾ 다만 이 판결에 대하여 실질적으로 감시의무위반을 인정한 것이라고 해석하는 견해¹²⁾와 감시의무 이전의 문제로서 당해 대표이사 고유의 지위에 기초하여 직접적으로 임무해태를 문제로 삼고 있다고 해석하는 견해¹³⁾가 있다.

다음으로 회사를 대표할 권한이 없는 평이사가 대표이사의 업무집행을 감시할 의무를 부담하는지 여부가 문제된다.¹⁴⁾ 평이사라도 이사회에 상정된 사항에 대하여 감시의무(수동적 감시의무)를 부담한다는 것에는 학설 및 판례상 이론이 없다.¹⁵⁾ 그러나 이사회

하기 위한 것이었다. Y는 바쁘기 때문에 사장인과 자기 이름의 기명판을 B에게 맡기고, A회사 사장 Y명의로 어음·수표를 발행할 권한을 B에게 부여하는 등 업무 일체를 B에게 위탁하였다. 위 어음이 부도로 되어 X가 동재대금을 회수할 수가 없었기 때문에 Y에 대하여 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

- 11) 加美和照, 앞의 책, 485쪽; 喜多了祐, “代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務”, 判例時報 718號(1973), 146쪽.
- 12) 洲崎博史, “商法266條ノ3第1項の法意”, 第6版 會社判例百選, 別冊ジュリスト 149號(1998), 121쪽; 加美和照, “代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務”, 金融商事判例 392號(1974), 3쪽.
- 13) 酒卷俊雄, “商法266條ノ3第1項前段の法意等”, 民商法雜誌 63卷 4號(1971), 588쪽.
- 14) 업무담당이사가 대표이사 등의 업무집행을 감시할 의무는 이사회의 구성원이라는 지위에 근거한 것으로 해석되므로 업무담당이사의 감시의무를 평이사의 감시의무와 달리 이해할 것은 아니다(山田順子, “取締役の監視義務--アメリカ法を參考にして-”, 企業の健全性確保と取締役の責任, 有斐閣(1997), 239쪽).
- 15) 島袋鐵男, “取締役の監視義務と商法266條ノ3”, 第6版 會社判例百選, 別

에 상정되지 아니한 사항에 대하여도 감시의무(능동적 감시의무)를 인정할 것인가, 또 어느 범위까지 인정할 것인가에 대하여는 학설이 심하게 대립한다. 그 구체적인 설명은 이사의 감시의무의 범위에 관한 부분에서 논술하기로 한다. 일본 최고재판소는 “주식회사 이사회는 회사의 업무집행을 감독할 지위에 있으므로 이사회를 구성하는 이사는 회사에 대하여 이사회에 상정된 사항만을 감시할 뿐만 아니라 대표이사의 업무집행 일반에 대하여 이를 감시하고, 필요하다면 이사회를 스스로 소집하거나 소집할 것을 요구하여 이사회를 통하여 업무집행이 적절히 행하여지도록 할 직무를 가진다고 해석하여야 한다.”고 하여 평이사의 감시의무를 인정한다.¹⁶⁾ 평이사가 감시의무를 부담하는 근거에 대하여는 이사의 회사에 대한 선관주의의무 내지 충실의무에 유래한다는 견해¹⁷⁾도 있으나 이사

冊ジュリスト 149號(1998), 122쪽.

- 16) 日最判 1973. 5. 22, 民集 27卷 5號, 2116쪽. 이 사건은 최고재판소에서 처음으로 평이사에 대하여 능동적 감시의무를 부과한 것으로서 그 사실관계는 다음과 같다. 개인적으로 전기기구판매업을 운영하는 A(피고)는 전기제품수리업을 행하는 B 및 C(피고)와 사업을 공동으로 영위하기 위하여 D(피고)와 함께 X주식회사를 설립하였다. 자본금 100만엔 가운데 A가 95만엔, B가 5만엔으로 각각 출자하고, 그리고 A는 대표이사, B와 C는 이사, D는 감사로 취임하였다. X회사는 상사부와 수리부로 분리되어 A가 상사부를, B와 C가 수리부를 담당하여 이들은 수리부 업무에만 전념하였기에 X회사 운영은 일체 A가 담당하게 되었다. A는 처음부터 주주총회나 이사회를 개최하지 아니함과 아울러 회사업무를 독단적으로 행하여 회계장부나 결산서류도 거의 작성하지 않았고 또한 D의 감사를 받지도 않았다. X회사의 영업은 처음에는 안정적인 수리의 주문이 있었기 때문에 그런대로 유지되었다. 그러나 A가 다른 이사들과 상담도 하지 않고 자동차수리부분까지 사업을 확장할 것을 계획하고 그 자금을 얻기 위하여 약 900만엔의 융통어음을 E앞으로 발행하였다. 그러나 A가 E에게 사기를 당하여 한 푼의 자금도 얻지 못하고 어음금지급의무만이 남게 되어 A회사가 도산하기에 이르렀다. 원고들은 위 어음의 일부를 소지한 자로서 X회사의 도산으로 인하여 어음금의 지급을 받을 수 없게 되었다. 그리하여 원고들은 A에게는 대표이사로서의 임무해태, B와 C에게는 대표이사의 업무집행에 대한 감시·감독의무의 해태 그리고 D에게는 감사직무의 해태로 인하여 X회사가 도산하게 되었다고 주장하면서 손해배상청구소송을 제기하였다.

회의 구성원이라는 지위에서 도출하는 견해¹⁸⁾가 타당하다. 즉 이사회가 이사에 대한 감독권을 실질적으로 행사하기 위하여는 그 구성원인 이사에게 감시의무를 인정하여야 한다는 것이다. 앞의 최고 재판소 판례도 평이사의 감시의무의 근거를 이사회의 구성원이라는 지위에서 직접 도출하고 있으며, 현재 일본의 통설도 위 판례의 주장을 따르고 있다.¹⁹⁾

2) 理事의 監視義務의 範圍

이사의 감시의무는 그 대상이 어디까지인가, 또 어떠한 경우에 감시의무위반으로 인한 책임을 인정할 것이냐가 문제된다. 종래 평이사의 경우 이사회를 통해서만 회사의 업무집행에 관여한다는 점 또한 이사회의 결의에 의한 경우 그 결의에 찬성한 이사만 책임을 지우는 일본상법 제266조(한상 399조 2항)의 반대해석 등을 근거로 이사회에 상정된 사항에 대해서만 감시의무를 진다고 주장하는 견해도 있었다.²⁰⁾ 그러나 이 견해는 상법의 해석론상 받아들이기 어려운 주장이다. 왜냐하면 감시의무의 대상이 이사회에 상정된 사항만으로 제한한다면 이사회로 하여금 회사의 업무집행에 관한 감독권을 부여한 상법의 입법취지가 근본적으로 훼손되고, 또한 경우에 따라서는 평이사가 대표이사의 직무위반 사실을 알고서도 아무런 조치를 취하지 아니한 경우에 책임을 부과할 수 없기 때문이다.²¹⁾ 그리하여 현재 일본의 통설 및 판례는 이사의 감시의무 범위에 대하여 이사회에 상정된 사항뿐만 아니라 대표이사의 업무집행 전반

17) 菅原菊志, “現代株式會社における取締役の地位と監視義務”, 企業法研究十周年記念論文集, 企業法論社(1964), 52쪽.

18) 田中誠二, 再全訂會社法詳論 上卷, 勁草書房(1982), 653쪽; 近藤光男, 앞의 논문, 279쪽.

19) 島袋鐵男, 앞의 논문, 123쪽.

20) 大阪俗公雄, “取締役の責任”, 株式會社法講座 第3卷, 有斐閣(1956), 1121쪽.

21) 加美和熙, 앞의 책, 490쪽; 久保利英明 外 2人, 取締役の責任-代表訴訟時代のリスク管理, 商事法務研究會(1999), 94쪽.

에 대하여 이를 감시하고, 필요하다면 대표이사에 대하여 이사회
의 소집을 요구하거나 스스로 이사회를 소집하여 이를 통하여 업무집
행이 적정히 행하여지도록 해야 할 직책을 가지고 있다고 한다.²²⁾
위 주장의 근거에는 이사회가 대표이사에 대한 업무감독기능을 충
분히 발휘할 수 있도록 하려면 이사회 구성원인 이사가 단순히
이사회에 상정된 사항에 대해서만 수동적으로 판단을 하는 것만으
로는 불충분하다는 인식이 공통적으로 작용하고 있다.²³⁾

평이사에 대하여 이사회에 상정되지 아니한 사항(능동적인 감시
의무)에 대하여 감시의무를 인정한다 하더라도 어느 범위 즉 어떤
경우에 책임을 인정할 것인가도 문제이다. 종래의 일본 판례는 위
법행위가 행하여진다는 것을 알고 있었거나 용이하게 알 수 있는
특단의 사정이 있는 경우,²⁴⁾ 회사가 도산 직전이라서 위법행위가
행하여질 개연성이 높은 상황하에 있을 경우 또 이사회를 전혀 개
최하지 아니하고 회사의 업무집행에 대한 감시가 전혀 이루어지지
아니할 경우²⁵⁾ 등에서 감시의무위반으로 인한 책임을 인정한다. 특
히 소규모 폐쇄회사에 있어서 대표이사가 경영 일체를 맡고서 이

22) 近藤光男, 앞의 논문, 280쪽; 加美和熙, 앞의 책, 489-490쪽; 日最判 1973. 5. 22, 民集 27卷 5號, 2116쪽; 日最判 1980. 3. 18., 判例時報 第 971號(1980), 101쪽.

23) 酒卷俊雄, 第三版 商法の判例, 有斐閣(1977), 100쪽; 石山卓磨, “代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務”, 商法の判例と理論, 倉澤康二郎教授還曆記念論文集, 244쪽.

24) 札幌地判 1976. 7. 30, 判例時報 730號, 99쪽(대표이사의 업무 모두에 대하여 그 감독권한을 행사한다는 것은 사실상 불가능하기 때문에 대표이사의 임무해태행위 모두에 대하여 이사가 감시의무위반의 책임을 지는 것은 아니고, 이사회에 상정되지 아니한 사항에 대하여는 대표이사의 업무활동 내용을 아는 것이 가능한 경우 등 특단의 사정이 있는 때에 한하여 인정된다).

25) 日最判 1973. 5. 22, 民集 27卷 5號, 2116쪽; 日最判 1980. 3. 18., 判例時報 第971號(1980), 101쪽. 이 사건에서도 소위 사외중역으로서 명목적으로 이사에 취임한 자라도 대표이사의 업무집행 전반에 대하여 감시의무를 부담한다고 판시하고 있다.

사회를 전혀 개척하지도 아니한 경우에 형식상 이사로 취임한 자 소위 명목적 이사가 감시의무위반으로 인한 책임을 지는가가 문제가 된다. 위 최고재판소 판례에도 불구하고 일본 하급심 판례는 이사의 제3자에 대한 책임을 인정함에 있어서 이사의 감시의무를 인정한다 하더라도 그 임무해태가 이사의 악의 또는 중과실에 의한 것인가, 혹은 임무해태와 손해의 발생 사이에 상당인과관계가 있는가에 관하여 부정적으로 해석하는 경우가 다수라고 한다.²⁶⁾ 이들 판례는 명목적 이사에 대하여 책임을 부담시키는 것이 가혹하다는 점을 배려한 것으로 보인다. 그러나 명목적 이사로 취임할 것을 승낙한 자에 대하여 명목적이라는 이유만으로 책임을 면제시키는 것은 일본 상법의 해석론상 이론적으로도 정책적으로도 타당하지 않다고 한다.²⁷⁾

일본에서 이사의 감시의무가 논의된 부분은 비교적 소규모 회사가 도산하여 회사채권자가 이사에 대하여 일본 상법 제266조의3 제1항(이사의 제3자에 책임)의 책임을 추궁한 사건이다.²⁸⁾ 또한 이사의 감시의무는 주로 대표이사나 업무담당이사의 업무집행을 대상으로 한 것이고 종업원의 업무집행을 대상으로 하는 것은 아니다.²⁹⁾ 이에 반하여 대상판결에서 주로 문제가 되는 이사의 감시의

26) 島袋鐵男, 앞의 논문, 123쪽에 다수의 판례가 소개되어 있다.

27) 田村詩子, “非常勤取締役・社外取締役の責任”, 近代企業法の形成と展開, 奥島孝康教授還暦記念(1999), 293쪽; 島袋鐵男, 앞의 논문, 123쪽; 神崎克郎, 取締役制度論-義務と責任の法的研究-, 中央經濟社(1981), 79쪽 주5. 神崎克郎 교수는 그 사유가 질병이면 이사가 사임하는 이유로 되고, 노령이면 이사가 취임을 거절하는 이유로 되고, 원거리에서 거주하면 가까이 이사하는 것이 정당화하는 이유로 되고, 그 밖에 바쁘면 이사가 취임을 거절하거나 사임을 정당화하는 이유가 되므로, 법원이 그러한 자에게 이사로서의 주의의무를 경감시켜 법적 책임을 부정해야 할 이유가 없다면서 적용부정판례에 대하여 신랄하게 비판한다.

28) 近藤光男, 앞의 논문, 280쪽; 畠田公明, “取締役の監視義務とその信頼の保護”, 民商法雜誌 102卷 1號(1990), 41쪽.

29) 업무집행을 담당하지 않은 이사는 사용인의 업무집행에 대하여 적극

무는 일정 규모 이상의 대회사를 대상으로 하고 또한 종업원을 비롯한 업무집행담당자 모두를 대상으로 한다는 점에서 종래 소규모 회사를 대상으로 하는 이사의 다른 이사에 대한 감시의무와는 그 이론구성을 다소 달리한다. 따라서 이 논문에서 다루고자 하는 부분은 주로 일정 규모 이상의 회사에서 내부통제시스템의 구축 및 유지의무와 관련하여 이사에게 감시의무를 인정할 것인가 여부이다. 이 점에 대하여 특히 유의할 필요가 있다.

3) 理事의 内部統制시스템의 構築・維持義務

(1) 미국에서도 이사가 종업원의 위법행위와 관련하여 어느 범위까지 감시의무를 부담할 것인가에 대하여 과거부터 상당한 논란이 있었다. 이 부분에 대한 미국의 대표적 판례(leading case)는 1963년 델라웨어주 대법원이 선고한 Allis-Chalmer 사건³⁰⁾이다. 이 사건에서 원고 주주는, 이사란 동일한 지위에 있는 통상의 사려깊은 자가 유사한 상황하에서 행사하는 정도의 주의의무를 부담하므로, 동사의 이사가 종업원의 위법행위를 실제로 알지 못하였다 하더라도 이사들은 그 위법행위를 탐지할 수 있는 감시시스템을 회사내에 설치하는 것이 필요하다고 주장하였다. 이에 대하여 델라웨어주 대법원은 “이사는 부정행위의 존재를 의심할만한 이유가 없는 한 부정행위를 탐지할 감시시스템을 회사내에 설치하고 작동할 의무가 없다.”고 하였다. Allis-Chalmer 사건판결의 요점은, 이사는 종업원의 위법행위를 발견하기 위한 내부통제시스템을 설치할 법

적으로 감시할 의무는 없다고 주장하는 견해도 있다(近藤光男, 앞의 논문, 283쪽).

- 30) Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company, 188 A.2d 125(Del. 1963). 이 사건은 각종 전기용품을 제작·판매하는 대형제조업체인 Allis-Chalmer사의 종업원들이 반트러스트법 위반행위로 동사와 직원 4명이 기소되어 유죄를 시인함에 따라 동사에 상당한 손해가 발생하자, 동사의 주주가 이사를 상대로 이러한 위법행위를 조기에 적발하고 방지하지 못한 것이 이사의 감시의무위반으로 인한 것이라고 주장하면서 대표소송을 제기한 것이다.

를상의 의무가 없고 또한 이사는 위법행위를 의심할 만한 사유가 없는 한 종업원을 신뢰할 권리가 인정된다는 것이다. 즉 이 판결은 이사회에 대하여 감시시스템이나 법령준수프로그램과 같은 것을 회사내에 설치할 적극적 의무를 요구하지 아니한다는 전제하에 내려진 것으로 해석된다.³¹⁾

그러나 Allis-Chalmer사건판결은 이미 40여년 전의 것이고, 또 이사의 주의의무규정의 구성요소인 의무는 유동적이면서 역동적인 것이기 때문에 이를 그대로 적용하기에는 어려움이 있다.³²⁾ 이에 ALI 원칙에서는 이사회 감시기능을 보조할 절차(procedures), 프로그램(programs) 그리고 기타의 방법(other techniques)에 관하여 자세히 기술하면서 이사회 감시역할을 강조한다. 즉 감시 및 조사영역에서의 이사회 일반적 의무는 이사회가 회사의 업무를 감시함에 있어서 이를 보조할 절차, 프로그램 그리고 기타 방법의 존재 및 효용성에 대하여 합리적으로 관여할 수 있는 이사의 적극적인 의무(an affirmative obligation of directors)라고 한다.³³⁾ 이러한 프로그램에 포함될 구체적인 내용으로는 법령준수를 감시하기 위한 내부보고절차, 정보프로그램, 적절한 직무의 위임 그리고 회계사, 변호사 및 이사회내 위원회의 이용 등을 예시하고 있다.³⁴⁾ 따라서 오늘날 규모가 크고 복잡한 회사의 이사로 근무하는 통상의 사려깊은 자는 이사회 감시역할을 보조할 절차, 프로그램 그리고 기타 방법의 존재 및 효용성에 대하여 합리적으로 배려할 필요가 있다는 것을 인식하여야 한다.³⁵⁾ 그리고 미국법조협회가 발표한 회사 이사의 가이드 북(Corporate Director's Guidebook)에서

31) American Law Institute, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, Vol 1, American Law Institute(1994), § 4.01 Comment, p. 165(이하에서는 ALI 원칙이라고 한다).

32) Ibid.

33) Ibid., pp 164-165.

34) Ibid. p. 166.

35) Ibid., p. 165.

도 회사는 적합한 법령준수감시체제(procedures for monitoring compliance)를 만들어야 하고, 법령준수절차에 관계되는 모든 사람들이 미묘한 법령준수 문제를 충분히 고려할 수 있도록 일반적인 자문가 또는 지명된 자에게 직접 접근할 수 있게 해야 한다고 주장한다.³⁶⁾

최근 델라웨어주 형평법원(Court of Chancery)은 Caremark사건³⁷⁾에서 종업원의 위법행위와 관련하여 이사에게 새로운 의무를 부과하는 결정을 내렸다.³⁸⁾ 이 사건에서 알렌(Allen) 판사는 오늘날 1963년의 Allis-Chalmers사건판결을 그대로 유지할 수 없다면서 회사 내부에 법령준수를 위한 내부통제시스템을 구축하여 시행하는 것이 이사의 의무라고 하였다. 알렌(Allen) 판사는 이러한 변화

36) American Bar Association, "Corporate Director's Guidebook-1994 Edition", 49 Bus. Law. 1251(1994).

37) In re Caremark International Inc. Derivative Ligation 698 A.2d 959(Del.Chan.Ct. 1996). 이 사건은 Caremark사가 연방정부로부터 4년 여간에 법령위반에 관하여 조사를 받은 후에 1994년 중죄로 기소되자 주주들이 동사의 이사들이 종업원들을 적절히 감독하지 아니하였거나 동사가 벌금과 책임을 부담하게 된 것에 대하여 개선방안을 수립하지 아니하는 등 이사들이 주의의무를 위반한 것이라고 하면서 대표소송을 제기하였다. 이 사건은 화해로 종결되었는데 미국법에서는 대표소송이 화해에 이르는 경우 법원의 승인을 필요로 하기 때문에 그 화해 조항에 대하여 델라웨어주 형평법원이 심사한 것이다. 이 사건의 자세한 내용은 손성, "Caremark Case에서의 Caremark Duty와 우리나라 회사법예의 시사점", 동국논총 제38집(1999), 65쪽 이하 참조.

38) 아이젠버그 교수는 그 이유로서 세 가지를 제시하고 있다. 첫째는 최근 델라웨어주 대법원은 Smith v. Van Gorkom사건, Paramount Communications v. QVC사건 등 일련의 사건에서 회사법상 이사회역할을 매우 중요시하고, 둘째는 델라웨어주 일반회사법 제141조의 이사회에 의한 감시·감독기능을 만족시키기 위해서는 본질적인 속성으로서 적절하고 적시의 정보가 기본적인 요소로 되고, 셋째는 어떤 사업단체에 대한 연방양형지침의 잠재적 영향력이라고 한다(Melvin Aron Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations, 8th ed, Foundation Press(2000), pp. 578-579).

의 원인은 미국의 양형지침을 포함한 근래의 많은 발전에 기인한 것이라고 한다. 미국의 양형지침(The Federal Sentencing Guidelines for Organization)은 회사가 법령위반을 즉시 적발하고, 그 위반을 발견할 때 적절히 공공기관에 보고하고 또한 정확하고 자발적인 회복조치를 취할 수 있는 적절한 법령준수프로그램을 가지는 것에 대하여 강한 동기를 제공하고 있다. 이사의 법령준수의 무 및 주의의무가 확대되는 근거로는 이사의 역할이 소극적인 관찰자(passive observer)의 지위에서 회사 적법성의 적극적인 보호자(active guardian of corporate integrity)에로의 변화에 있다고 한다.³⁹⁾ 이 사건은 주주대표소송의 화해조항의 심사에 관한 것이지만 오늘날 회사 내부에서 법령준수를 위한 내부통제시스템의 구축 및 유지가 이사의 의무라고 밝힌 점은 매우 시사적이다. 주석자들(commentators)은 Caremark사건에서 표현하는 ‘공정한 교훈’(fair warning)이란 이사들이 ‘그들이 알지 못하였다는 것을 장래에 말할 수 없다.’는 것을 의미한다고 해석한다.⁴⁰⁾

(2) 일본에서도 일찍부터 이사의 감시의무에 대하여 회사의 업무집행이 적정히 행하여지도록 하는 회사내의 체제를 문제로 삼고, 이러한 체제가 존재하고 있는가 여부 그리고 그것이 충분히 기능하고 있는가 여부를 고찰해야 한다고 주장하는 견해가 있었다.⁴¹⁾

39) Knepper/Bailey, supra note 1, p. 50.

40) Ibid.

41) 神崎克郎, “會社の法令遵守と取締役の責任”, 法曹時報 34卷 4號(1982), 14쪽. 동교수는 업무집행의 적정성을 담보하기 위하여 합리적인 체제를 구축함에 있어 고려해야 할 요인으로서, 첫째는 연수, 매뉴얼(manual)의 배포 등 각종의 방법에 의하여 업무담당이사 및 그의 지휘·명령하에서 업무를 집행하는 사용인에게 그 업무와 관련하여 준수해야 할 법령의 내용을 숙지시키는 것, 둘째는 업무의 집행이 적당하게 기록되고, 그 내용이 다른 자에 의하여 검사될 상태에 있어야 하고 또한 검사가 현실적으로 행하여질 것, 셋째는 회사의 업무집행에 있어서 법령에 위반한 이사 및 사용인에 대하여 적당한 징계처분이 내려지도록 되어 있고 또한 현실적으로 징계처분을 행하여지는 것 등을 열거한다.

이에 대하여 이사의 감시의무란 그 성격으로 보아 확실적인 기준을 만들어 절차적 요건을 충족한 경우에 그 의무가 이행된 것으로 해석할 수 없다고 비판하는 견해도 적지 않다.⁴²⁾ 그러나 일정 규모 이상의 회사를 대상으로 할 때에는 이사의 감시의무 범위속에 내부통제시스템의 구축 및 유지의무를 포함시키는 것이 바람직한 것으로 생각된다. 왜냐하면 이사의 감시의무는 그 대상이 대표이사나 업무담당이사의 업무집행뿐만 아니라 종업원의 업무집행으로 확대되면 내부통제시스템의 구축 및 유지의무를 매개로 할 때에만 이사에 대하여 감시의무위반으로 인한 책임을 추궁하기가 용이할 것이기 때문이다.⁴³⁾ 예컨대 종업원이 장기간 조직적으로 위법행위를 하여 회사 또는 제3자에 손해를 입힌 경우에는 내부통제시스템에 결함이 있는 것으로 보아 이사에게 감시의무위반으로 인한 책임을 추궁할 수 있다. 회사내에 내부통제시스템이 제대로 가동되고 있는냐에 따라서 이사의 감시의무위반 여부를 결정한다는 것은 일정 규모 이상의 회사를 대상으로 할 때에만 의미가 있다. 소규모 회사의 경우에는 이사가 상당한 주의를 기울이면 종업원의 부정행위를 적절히 통제할 수 있으므로 특별히 문제가 될 것은 없다. 그러나 대규모 회사의 경우에는 조직이 방대하고 종업원이 다수이기 때문에 이사 개인의 주의만으로 종업원을 통제한다는 것은 거의 불가능하다. 따라서 이러한 회사에서는 이사가 효과적인 내부통제시스템을 구축하여 시행할 때에만 회사의 업무집행을 제대로 감시할

42) 近藤光男, 앞의 논문, 282쪽; 島田公明, 앞의 논문, 68쪽.

43) 東京電力株主代表訴訟第一審判決에서 “이사가 회사에 대하여 부담하는 선관주의의무 또는 충실의무에는 종업원의 위법·부당한 행위를 발견하거나 혹은 이를 미리 방지하는 것 등 종업원에 대한 지도감독할 주의의무도 포함된다고 해석하여야 한다.”고 하였다(東京地判 1999. 3. 4, 判例タイムズ 1017號(2000), 218쪽). 이 사건은 동경전력의 지점 및 영업소에서 가공 또는 내용을 과장한 발주를 행하여 총액 약 6천만엔의 비자금을 만든 것이 후에 발각되어 세무당국에 의하여 추징과세가 되자, 동사의 주주가 대표이사들을 상대로 이들이 종업원에 대한 감시의무를 위반하였다면서 주주대표소송을 제기한 것이다.

수 있으며,⁴⁴⁾ 이는 곧 이사회로 하여금 감시자로서의 역할을 제대로 수행하게 하는 것이다.

회사내에 어떤 유형의 내부통제시스템을 구축할 것인가 하는 일은 이사회 전체에서 다루어야 할 직무이다.⁴⁵⁾ 다만 이사회가 내부통제시스템에 관한 모든 사항을 정하여야 하는 것은 아니며 리스크관리 및 법령준수에 관한 기본적인 사항만을 정하면 된다. 그리고 대표이사나 업무담당이사는 이사의 결정을 토대로 하여 이를 구체화시킬 의무를 부담하고 또한 다른 이사는 이에 대한 감시의무를 부담한다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 내부통제시스템의 구축·유지의무와 관련된 이사의 감시의무는 회사 규모의 크기, 이사의 지위에 따라 상당한 차이가 생기는 것은 불가피하다.⁴⁷⁾ 소규모 회사에서는 각 이사가 종업원의 업무집행에 대하여 쉽게 접근할 수 있고 또한 상당한 양의 정보를 가지고 있으므로 각 이사의 감시의무에는 별로 차이가 없다. 그러나 대규모 회사에서는 이사가 회사내에서 차지하는 지위에 따라 종업원의 업무집행에 대한 접근가능성이나 정

44) 山田純子, 앞의 논문, 238쪽.

45) 이사회가 내부통제시스템을 효과적으로 구축하고 유지하기 위하여는 먼저 업무내용에 따른 리스크를 정확히 밝히는 것이 필요하며, 이때 자사 또는 동종회사에서 과거에 발생한 사고로부터 생긴 리스크는 반드시 참작되어야 한다. 그리고 회사내에 내부관리조직의 확립, 사내규칙의 제정, 사원연수에 의한 준수사항의 주지, 범무담당자에 의한 적법성의 감시위무, 업무내용의 기록 등을 통한 업무내용에 대한 사후적 검증가능성의 확보, 실효성이 높은 감사실시 등 리스크 내용에 따른 구체적인 리스크 관리대책을 수립하는 것이 필요하다(清水 眞, 앞의 논문, 71쪽).

46) 岩原紳作, “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上), 商事法務 1576號(2000), 11쪽.

47) 東京電力株主代表訴訟第一審判決에서 “이사가 종업원의 업무집행에 대하여 부담하는 지도감독의무해태의 유무는 당해 회사업무의 형태, 내용 및 규모, 종업원의 수, 종업원의 업무집행에 대한 지도감독체제 등의 제요소를 종합하여 판단하는 것이 상당하고, 특히 권한위임의 유무나 회사규모만에 의하여 일의적으로 정할 것은 아니다.”라고 하였다(東京地判 1999. 3. 4, 判例タイムズ 1017號(2000), 218쪽).

보의 양에 있어서 상당한 차이가 있으므로 각 이사가 차지하는 지위에 따라 감시의무위반으로 인한 책임을 달리 해석하여야 한다. 즉 업무담당이사 내지 사용인점무이사로서 종업원의 행위를 직접 감독하는 이사와 현장에서 멀리 떨어져 있는 사외이사 내지 평이사 사이에는 업무집행의 내용이나 내부통제시스템의 실시상황 등에 대하여 접근할 수 있는 정보의 양에 상당한 차이가 있으므로, 각 이사가 기울어야 하는 감시의무의 정도도 각 이사가 가진 정보에 따라 달리 평가하여야 한다.⁴⁸⁾

종업원의 위법행위로 생긴 회사 또는 제3자의 손해에 대하여 이사는 어떤 경우에 책임을 지게 되는가가 문제이다. 제약회사의 종업원이 장기간 신약개발에 필요한 자료를 날조한 사건⁴⁹⁾에서 일본의 하급심은 서로 달리 평가하고 있다. 이 사건에서 제1심인 동경지방법판소⁵⁰⁾는 대표이사에 대하여 회사의 관리체제를 정비해야 할 의무를 중대한 과실로 해태한 것을 이유로 그 책임을 인정하였으나, 제2심인 동경고등재판소⁵¹⁾는 “주식회사의 개발본부에서 본건

48) 清水 眞, 앞의 논문, 71쪽.

49) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. A주식회사(피고 Y는 대표이사)는 원고 X주식회사와 신약을 공동개발하기로 하는 계약을 체결하고 각각 시험연구를 분담한 후에 신약을 제조하여 후생성장관의 제조승인을 받아 판매를 개시하였다. 그런데 후에 A회사가 분담한 임상시험의 일부가 날조(A회사의 개발부분 책임자(부장)가 관여하였고 그 날조건수는 5건 503의 예이다)된 것이 판명되어 후생성은 제조판매를 정지시키고 제품을 회수하도록 지시하였다. 이에 X주식회사는 A회사의 행위에 의하여 손해를 입었다면서 A회사 대표이사 Y에 대하여 일본 상법 제266조의3(이사의 제3자에 대한 책임)의 손해배상책임을 청구하였다. X회사는 Y는 A회사의 대표이사로서 데이터의 날조라는 부정행위가 생기지 않도록 담당이사 및 종업원을 감독할 감독의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리하고, 담당이사 및 종업원의 조직적인 데이터날조를 알면서 이것을 방치한 것이다. 설령 종업원의 부정행위를 몰랐다 하더라도 데이터 날조라는 제약회사에 있어서 가장 중요한 사항인 부정행위방지관리·감시체제를 구축하는 것을 게을리 하였기 때문에 중과실이 인정된다고 주장하였다.

50) 東京地判 1989. 2. 7, 判例時報 1341號(1990), 74쪽.

데이터 날조가 행하여진 것을 사내적으로 이를 방지하거나 발견할 수 없었던 것에 대하여 대표이사에 직무집행상 중대한 과실을 인정할 수 없다”고 하였다. 그러나 이 사건에서 데이터의 날조건수가 많고, 담당자의 단독적 내지는 우발적인 행위가 아니라 회사에서 장기적이고 광범위하게 또한 조직적으로 행한 것으로 보아 대표이사의 중과실이 인정되어야 한다는 비판이 있다.⁵¹⁾ 회사내에서 장기간 다수의 날조행위가 행하여진 것에 대하여 그 위법행위를 발견하지 못하였다는 것은 내부통제시스템에 결함이 있는 것으로 보아 이를 방지한 대표이사는 그 책임을 면할 수 없다고 보아야 한다.

회사가 적절한 내부통제시스템을 만들어 시행한다는 것은 이사가 종업원의 위법행위를 방지하기 위하여 상당한 주의를 기울이고 있다는 것을 의미한다. 따라서 설령 그 내부통제시스템이 결과로서 위법행위를 방지할 수 없었다 하더라도 이사가 반드시 상당한 주의를 하지 않았다는 것은 아니다. 일반적으로 이사가 내부통제시스템의 구축 및 유지의무와 관련하여 책임을 지는가 여부는 종업원의 위법행위가 장기간 조직적으로 행하여진 것인가, 그렇지 않으면 단독적이고 우발적으로 행하여진 것인가에 따라서 좌우된다. 종업원의 위법행위가 장기간 조직적으로 행하여진다는 것은 회사내에 내부통제시스템이 제대로 구축되어 있지 않다는 것을 의미하고, 이를 방지한 이사에게는 감시의무위반의 책임을 부과하는 것이 바람직하다. 다만 이사는 종업원의 행위에 대하여 어느 정도 신뢰를 하여야 하는데 어떤 경우에 신뢰할 권리가 인정되느냐가 문제된다.

4) 信賴의 權利

(1) 미국에서는 이미 오래전부터 판례법상 이사가 다른 이어나 종업원을 신뢰할 수 있는 신뢰의 항변 또는 신뢰의 권리를 인정하였다. 근래에는 주회사법에서 신뢰의 권리에 관한 포괄적인 규정을

51) 東京高判 1991. 11. 28, 判例時報 1409號(1992), 62쪽.

52) 西脇敏男, “被傭者の違法行爲によって第三者に損害を与えた場合の代表取締役の責任”, 平成會社判例150集, 商事法務研究會(1999), 189쪽.

입법하는 경향이 있다.⁵³⁾ 그리하여 오늘날 미국의 거의 모든 지역에서는 신뢰의 권리(a right to rely)가 입법 또는 법원의 판례에 의하여 인정된다고 보아야 한다.⁵⁴⁾ ALI 원칙에서도 이사는 일정한 요건을 갖춘 경우에 다른 이사나 임원, 종업원 또는 전문가의 보고 등을 신뢰할 수 있으며 또한 이사회내 위원회의 결정 등에 대하여도 신뢰할 수 있다고 규정한다. 즉 이사가 직무수행상 성실하게 행동하고 또한 신뢰가 정당한 근거를 가진 것으로 합리적으로 믿는 경우에는, (a) 그 이사가 신뢰할 가치가 있다고 합리적으로 믿는 회사 또는 회사와 연대 혹은 공동의 지배하에 있는 사업체의 1인 또는 2인 이상의 이사, 임원 또는 종업원, (b) 그 이사가 신뢰할 가치가 있다고 합리적으로 믿는 변호사, 공인회계사, 기사 또는 기타의 자가 작성하거나 보고한 또는 행한 정보, 의견, 판단 및 평가를 신뢰할 수 있다도 한다(ALI § 4.02).

(2) 일본 상법상 이사가 다른 이사나 종업원의 판단 또는 보고에 대하여 신뢰한 경우 이를 보호한다는 명문규정은 없다. 그러나 일정 규모 이상의 회사에서는 이사회가 대표이사 등의 구체적인 업무집행에 대하여 항상 세심하게 감시한다는 것은 거의 불가능하기 때문에 이사회내의 구성원인 이사가 일정한 범위내에서 대표이사 등의 업무집행에 대한 신뢰를 보호하는 것은 불가피하다.⁵⁵⁾ 오늘날 대규모 회사에서는 회사의 업무가 매우 복잡하고 전문화되어 있기 때문에 그 업무집행은 체계적이고 조직화된 시스템에 의하여 수행된다. 그리하여 이러한 회사에서는 이사가 시간적 또는 장소적 한계, 정보 또는 전문능력에서 일정한 한계가 있으므로 대표이사를 비롯한 회사의 종업원이나 전문가의 판단, 결정 또는 보고에 대한 신뢰를 보호하는 것은 어쩌면 자연스러운 현상이다.⁵⁶⁾ 그러나 이사가 대표이사, 업무담당이사 또는 종업원의 판단이나 보고를 신뢰하

53) Cal. Corp. Code §§ 204, 309, 316; Del. Code §§ 102, 141; N. Y. Bus. Corp. Law §§ 402, 717, 719; RMBCA § 8.03.

54) ALI 원칙, supra note 31, pp. 189.

55) 近藤光男, 앞의 논문, 283쪽.

56) 畠田公明, 앞의 논문, 41쪽.

였다고 하여 무조건 보호를 받을 수 있는 것은 아니다. 이사의 신뢰의 권리는 이를 너무 광범위하게 인정하면 이사의 감시의무가 형해화되기 때문에 반드시 일정한 요건을 갖춘 경우에만 이사의 신뢰를 보호하여야 한다. 즉 이사는 의심할 특별한 사정이 없는 한 신뢰할 가치가 있다고 합리적으로 믿는 경우에만 대표이사, 업무담당이사, 종업원 그리고 전문가의 보고나 조언 등에 대하여 신뢰할 수 있다.⁵⁷⁾ 그리하여 이사가 합리적으로 신뢰할 수 있는 효과적인 내부통제시스템을 구축하여 시행하고 있을 때에는 특별한 사정이 없는 한 이사의 신뢰는 보호를 받을 수 있다.⁵⁸⁾

5) 檢討

대상판결이 주목을 받는 이유는 이사의 감시의무 범위내에 종업원의 부정행위를 방지할 내부통제시스템의 구축 및 유지의무가 포함되고 있는가를 본격적으로 다루고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 대상판결은 “이사는 이사회에 상정된 사항 이외에 대하여도 감시의무를 부담하고, 위험관리체제의 구축에 대하여도 이것이 적정히 행하여지고 있는가를 감시할 의무가 있다”, 또 “이사는 종업원이 직무를 수행할 때 위법한 행위에 이르는 것을 미리 방지하기 위하여 법령준수체제를 확립할 의무가 있고, 이것도 또 이사의 선관주의의무 및 충실의무의 내용이 된다”,고 하였다. 이는 미국과 일본에서 법령준수체제(compliance system)를 비롯하여 내부통제시스템(internal control system)의 구축이 이사회에 중요한 직무로 여기는 최근의 흐름을 반영한 것으로 생각된다. 이어서 대상판결은 “동은행 본부(검사부), 뉴욕지점 및 회계감사인이 행한 재무부증권 보관잔고의 확인은 그 방법에 있어서 현저히 부적절하다고 할 것이다. . . . 잔고확인을 행함에 있어서 보관하는 증권의 성질에 따라서 적절한 방법을 채택하고, 비유해서 말하자면 현물확인을 행하는 것이 필요

57) 田田公明, 앞의 논문, 80쪽.

58) 岩原紳作, 앞의 논문, 14쪽; 神崎克郎, 앞의 책, 121쪽.

59) 岩原紳作, 앞의 논문, 11쪽.

하다. 증권이 발행되어 있는 경우라면, . . . 증권의 현물과 장부상의 기재와의 대조합이 필요하고, 증권이 발행되지 아니하는 등 록 질이고 또한 B은행에 보관을 재위탁하고 있는 경우에는 보관업무 담당을 거치지 않고 직접 B은행에 대하여 보관잔고의 조회를 행하는 것이 필요하다.”고 하여 잔고확인에 있어서 현물확인과 직접조회가 필요하다고 하였다.⁶⁰⁾ 은행이 증권업무를 취급할 경우 증권거래에 수반되는 리스크를 방지하기 위하여 이사회가 그 리스크관리에 적절한 대책을 마련하여야 한다. 증권거래업무에는 항상 금융사고에 노출될 위험성이 크기 때문에 그 위험성에 따른 적절한 내부통제시스템을 구축 및 유지함이 이사회 의 기본직무에 해당한다. 즉 증권업무수행에 따른 기본적인 위험관리대책은 증권거래부분과 관리부분을 직무상으로나 인적으로 엄격히 구별하고 또한 계좌 및 잔고확인은 현물을 검사하거나 직접조회⁶¹⁾를 하는 등 적절한 방법을 시행하는 것이다. 회사가 상당한 위험성을 가진 증권거래분야에

60) 대상판결에 앞서 오오사카 고등재판소는 제1사건에 대하여 다음과 같은 이유로 피고의 담보제공명령신청을 각하하였다. 즉 “증권거래 담당자가 행한 거래를 항상 감시할 체제를 정비하는 것은 필요불가결하다. 즉 증권거래업무를 행하는 회사는 일반적으로 증권거래 담당자가 행하는 사무를 회사에 대한 증권거래의 주문에 한정된다. 그리고 위 증권거래의 확인, 동거래대금의 지급 및 예탁증권의 잔고확인 등의 절차는 모두 증권거래 담당자 이외의 관리부분에서 행하며 이러한 절차에 증권거래 담당자가 관여하는 것을 금지한다. 이와 같이 감시체제를 정비하고 부정행위를 미리 방지하도록 노력하여야 한다. 내부통제시스템의 구축 및 실시는 증권거래업무를 행하는 은행의 업무집행이사(평이사 및 감사에 대하여도 동일함)에 있어서 기본적인 조직운영에 관계되는 중요한 임무가 된다.”고 하였다.

61) 적어도 1989년 5월 이전(개정전)까지는 감사기준과 감사실시기준에서도 잔고증명서를 직접 요구하도록 되어 있지 않기 때문에 담당자를 통하여 입수한 보관잔고명세서를 확인하는 행위가 현저하게 부적절한 방법이라고 할 수 없다고 비판하는 주장도 있다(中村直人, “大和銀行事件判決と代表訴訟制度の在り方”, JURIST 1191號(2000), 17-18쪽).

근무하는 종업원이 10여년간 부정행위를 지속적으로 행한 것을 발견하지 못하였다는 것은 위험관리대책에 구조적인 결함을 가진 것으로 추측되며, 따라서 이를 이유로 이사에 대해 감시의무위반으로 인한 책임을 인정한 대상판결은 타당하다고 보아야 한다.

그리고 대상판결에서 뉴욕주지점장을 지낸 이사를 제외하고는 다른 이사와 감사에 대하여는 책임을 인정하지 아니한 것은 신뢰의 권리를 인정한 것으로 추측된다. 대상판결의 회사와 같은 거대한 금융기관의 경우 모든 이사에 대해 확일적으로 종업원의 위법행위에 대하여 책임을 부과한다는 것은 이사에 대해 너무 과도한 부담을 지우는 것이다. 따라서 각 이사에 대하여 금융사고가 발생한 업무 부분에 대한 접근가능성이나 정보의 양에 따라 책임을 달리 평가하여야 하므로 뉴욕주 지점장을 지낸 이사를 제외하고 다른 이사에 대해 신뢰의 권리를 인정한 것은 타당하다.

3. 美國의 法令違反과 經營判斷의 原則

1) 日本商法 제260조 1항 5호 ‘法令’의 意味

(1) 일본 상법 제260조 제1항 5호에서는 이사가 법령 또는 정관에 위반하여 회사에 손해를 입힌 경우에는 회사에 대하여 책임을 진다고 규정한다. 여기서 ‘법령’의 의미를 어떻게 해석하는가에 따라 이사가 책임을 부담하는 범위에 차이가 있을 수 있다. 일본의 통설은 법령의 의미에 대하여 상법 이외에도 형법, 독점금지법, 증권거래법 등 모든 법령이 이에 포함된다고 해석한다(비한정설).⁶²⁾ 일본의 다수의 하급심 판례는 명확하지는 않지만 법령의 범위속에 모든 법령을 포함하는 것으로 보인다.⁶³⁾ 최근 野村證券・TBC事

62) 田中誠二, 앞의 책, 631쪽; 吉原和志, “法令違反行爲と取締役の責任”, 東北大 法學 60卷 1號(1996), 1쪽.

63) 野村證券三次事件(東京地版 1998. 5. 14, 資料版 商事法務 139號, 208쪽); 日興證券事件(東京地版, 1997. 3. 13, 判例時報 1610號(1997), 116쪽).

件⁶⁴⁾에서 최고재판소는 “이사를 명의로 하여 이사의 수임자로의 의무를 일반적으로 정한 상법 제254조 3항(민법 664조), 상법 제254조의3의 규정 그리고 이를 구체화하는 형태로 이사가 직무수행

- 64) 野村證券損失填補事件(제1심: 東京地判 1993. 5. 5, 商事法務 第1333號 (1993), 36쪽, 제2심: 東京高判 1995. 9. 26, 商事法務 第1405號(1995), 14쪽, 最判 2000. 7. 7, 判例時報 1729號 (2000), 28쪽). 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. A증권회사는 B회사와 유가증권매매 등에 의한 자금운용거래를 계속적으로 행하고 또한 B회사의 증권발행에 있어서 주간증권회사로 활동하였다. B회사는 1989. 4. C신탁은행과 특정금전신탁계약을 체결하여 10억엔을 신탁하고, C신탁은행은 이에 근거하여 A회사에게 거래계좌를 개설하고 또한 B사를 위하여 유가증권매매에 의한 자금운용을 개시하였다. B사는 투자고문계약을 체결하지 아니한 상태에서 A사로부터 정보제공을 받아 C신탁은행에게 매매지도를 행하고, C신탁은행은 그 지도에 근거하여 A사에 매매를 주문하는 관계(소위 영업특금)하에 있었다. 그런데 1990년 2월말경에는 위 계좌에 약 3억 6천만엔의 손실이 발생하였다. 1989. 2. 대장성증권국은 국장통지 및 사무연락을 통하여 사후적인 손실보전을 삼가할 것과 영업특금을 조기에 해소할 것을 요구하였다. A사에서는 고객과의 사이에서 영업특금을 해소하기 위한 교섭을 개시하였고, 그 과정에서 담당이사는 손실을 그대로 한 채로 영업특금을 해소하면 고개에 대한 A회사의 신뢰가 상실될 위험성이 있다고 생각하였다. 그래서 A사에 다수의 이익을 준 고객에 대하여는 장래의 이익을 확보하기 위하여 손실보전을 하는 것이 불가피하다고 판단하였다. 1990. 3. 13. A회사 대표이사 Y등이 출석한 동사의 전무회에서 총액 약 161억 엔 상당의 금액을 B사 등의 고객에 대하여 손실전보를 할 것을 승인하였다. 다음날 A사는 B사에 외화표시 워런티(warranty)를 매각하고 바로 퇴사서 B사에 매매이익을 남기는 방법으로 손실을 전보하고 영업특금도 해소하였다. 그후 1991. 11. 공정거래위원회는 A사 외에 3개의 증권회사에 대하여 고객과의 거래관계를 유지하거나 또는 확대하기 위하여 손실보전을 행하는 것은 불공정한 거래방법의 일반규정 9항에 해당하며 이는 독점금지법 제19조를 위반한다고 동법 제48조 2항에 근거하여 권고를 행하였다. 이에 A사를 포함한 4개의 증권회사는 권고를 수락하였다. A사 주주인 X 등은 1992. 4. 위 손실보전으로 인하여 A사에 손해가 발생하였다고 주장하면서 Y 등을 상대로 대표소송을 제기하였다.

에 있어서 준수해야 할 의무를 개별적으로 정한 규정이 본규정에서 말하는 법령에 포함되는 것은 명백하고, 그 밖에 상법 기타의 법령에서 회사를 명의로 하여 회사가 그 업무를 행함에 있어서 준수해야 할 모든 규정도 이에 포함된다고 해석함이 상당하다.”고 하였다.⁶⁵⁾ 이에 대하여 근래에는 법령의 범위를 축소해야 한다는 주장이 유력하게 제기되고 있다(한정설). 하나는 법령이란 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 상법규정과 공서양속(public policy)에 관한 규정만을 의미하고 그 이외의 법령은 이사의 주의의무위반이 되는가 여부에 따라 고려하면 충분하다는 견해이고,⁶⁶⁾ 다른 하나는 법령이란 회사재산의 건전성을 확보하는 것을 직접 또는 간접의 목적으로 하는 법령을 의미하고 그 이외의 법령위반은 주의의무위반으로 되는 경우에만 손해배상책임이 생긴다고 해석하는 견해이다.⁶⁷⁾ 野村證券・TBC事件의 제2심판결에서 “독점금지법 제19조는 경쟁자의 이익을 보호하는 것을 의도한 규정이고, 동조를 위반하는 행위에 의해 입은 손해는 당해 회사가 아니라 경쟁자이기 때문에 동조위반이 당연히 상법 제266조 1항 5호의 법령위반에 포함된다고 해석하는 것은 상당하지 아니하다. 동호의 법령위반에 해당하는가에 대하여는 독점금지법 제19조 위반의 행위가 더 나아가 이사의 선관주의의무 및 충실의무에 위반하는가 여부를 다시 검토하여야 한다.”고 한 것은 한정설을 따른 것으로 해석된다.

2) 理事의 損害賠償責任과 經營判斷의 原則

65) 日最判 2000. 7. 7, 判例時報 1729號(2000), 28쪽.

66) 近藤光男, 取締役의 損害賠償責任, 中央經濟社(1996), 12-14쪽.

67) 森本滋, 第二版 會社法, 有信社(1995), 53쪽; 이에 대하여 일본 상법 제266조 제1항 5호의 법령위반행위가 있더라도 회사에 손해가 없는 때에는 손해배상책임을 부담하지 않고, 손해가 발생한 경우에는 손해의 발생에 대하여 악의 또는 과실이 있는 이사는 한정설에 의하더라도 선관주의의무위반으로 책임을 부담하므로 양설 사이에는 큰 차이가 없다고 비판하는 견해도 있다(岩原紳作, “人和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下), 商事法務 1577號(2000), 11쪽.

(1) 일본에서도 주주대표소송의 남용으로부터 회사 내지는 이사를 보호하기 위하여 경영판단의 원칙을 상법에 명문화하여야 한다는 주장이 여러 곳에서 제기되고 있으며⁶⁸⁾ 또한 이사의 행위에 대하여 사후재판으로 무조건 책임을 추궁하는 것은 능사가 아니기 때문에 이사를 보호하는 차원에서 경영판단의 원칙을 도입하자는 주장이 학설 및 판례에서 광범하게 논의되고 있다. 경영판단의 원칙은 19세기 이래 미국 판례법에 의하여 생성·발전되어 온 법리로서 그 의의 및 요건에 대하여는 미국에서도 의견이 일치되지 않는다. 다만 ALI 원칙에서는 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 일정한 기준을 제시하고 있다.⁶⁹⁾ 경영판단의 원칙은 이사의 주의의무와의 관계에서 이해하는 것이 적절하므로⁷⁰⁾ 양자의 관계에 대한 일본의 학설 및 판례를 검토한 후에 그 적용요건에 대하여 알아본다.

(2) 일본 상법의 해석론상 경영판단의 원칙을 어떻게 이해할 것인가에 대하여는 다양한 주장이 있다. 이것은 경영판단의 원칙에 대한 개념이 아직 명확하게 정립되어 있지 않고 또한 그 기능과 적용기준을 둘러싸고 의견이 분분하기 때문에 생기는 불가피한 현상이다. 그 대표적인 주장으로는 경영판단의 원칙을 이사의 책임을 경감하는 법리로 이해하는 주장,⁷¹⁾ 법원이 이사의 책임을 인정함에

68) 自民黨의 「コーポレート・ガバナンスに關する商法等改正試案骨子」의 II(9)(商事法務 1468號(1997), 30쪽) 그리고 經團聯의 「コーポレート・ガバナンスのあり方に關する緊急提言」의 2(4)(商事法務 1468號(1997), 31쪽) 등에서 명문화할 것을 주장하고 있다.

69) ALI 원칙 제4.01조 (c)항에서 “이사 또는 임원이, ① 경영판단의 대상에 이해관계가 없고, ② 경영판단의 대상에 관하여 당해 이사 또는 임원은 그 상황에서 적당하다고 판단할 정도로 충분한 정보를 가지고, 그리고 ③ 그 경영판단이 회사의 이익에 최대한 합치한다고 믿을 만한 요건을 갖춘 경우, 성실하게 경영판단을 한 이사 또는 임원은 그 의무를 이행한 것으로 된다.”고 규정하고 있다.

70) 戶塚 登, “取締役の經營判斷”, 企業法判例の研究, 本間輝雄・山口幸五郎先生還歷記念, 法律文化社(1988), 96쪽; 新谷 勝, 株主代表訴訟と取締役の責任, 中央經濟社(1994), 121쪽.

있어 과실의 유무를 판단할 때에 이사의 경영판단을 존중해야 한다는 형태로 이해하는 주장,⁷²⁾ 미국 ALI의 원칙으로부터 강한 영향을 받아 경영판단의 과정(사전준비)과 내용(의사결정)을 구별하자는 주장⁷³⁾ 그리고 경영판단의 원칙은 합법성의 추정 내지 입증책임의 분배로서 기능하고 있다고 보는 주장⁷⁴⁾ 등이 있다. 일본의 경우 과거에는 경영판단의 원칙이 이사의 과실책임을 구제하는 법리로 해석하는 견해가 다수였으나, 현재의 경향은 경영판단의 준비과정과 그 판단내용을 구별하여 전자에 대해서는 선관주의의무를 그대로 적용하고 후자에 대해서는 이 원칙을 적용하자는 견해가 유력하다.

주주대표소송에 관한 사건에서 경영판단의 원칙을 적용한 대표적인 예는 野村證券・TBC事件의 1심판결이다. 이 판결의 구체적인 내용은 다음과 같다.⁷⁵⁾

“기업경영에 관한 판단은 불확실하고 유동적이며 복잡한 제요소를 대상으로 한 전문적·예측적·정책적인 판단능력을 필요로 하는 종합적인 판단이기 때문에 그 재량의 폭은 자연히 넓다고 할 수 있고, 이사의 경영판단이 결과적으로 회사에 손실을 가져오더라도 그것만으로 이사가 필요한 주의를 다하지 않았다고 단정할 수는 없다. 회사는 주주총회에서 선임된 이사에 경영을 맡겨 이익을 얻고자 했기 때문에 적법하게 선임된 이사가 그 권한범위 내에서 회사를 위하여 최선이라고 판단한 경우에는 기본적으로 그 판단을 존중하여 결과를 수용해야 하고, . . . 이사의 경영판단의 당부가 문제로 된 경우 이사이면 그 당시에 어떤 경영판단을 해야 할 것인가를 우선 고려한 후에, 이것과 대비하여 실제로 이사가 행한 판단의

71) 吉永榮助, “取締役の一般的義務”, 一橋論叢 29卷 4號(1953), 300쪽 이하; 大阪谷公雄, 앞의 논문, 1119쪽 이하.

72) 近藤光男, 經營判斷と取締役の責任, 中央經濟社(1994), 122쪽; 新谷 勝, 株主代表訴訟と取締役の責任, 中央經濟社(1994), 121쪽.

73) 龍田 節, 第5版 會社法, 有斐閣(1995), 90쪽; 關 俊彦, 會社法概論, 商事法務研究會(1994), 285쪽; 戶塚 登, “經營判斷の法則(二・完)”, 阪大法學 126號(1983), 66쪽.

74) 元木伸, “經營判斷の原則”, 企業會計 第48卷 第5號(1996), 4, 6쪽.

75) 東京地判 1993. 5. 5, 商事法務 1333號(1993), 36쪽.

당부를 결정하는 것은 타당하지 않다. 오히려 법원으로서의 실제로 이사가 행한 경영판단 그 자체를 대상으로 하면서 전제로 된 사실의 인식에 대하여 부주의한 잘못이 없었는가, 또 그 사실에 기초한 의사결정의 과정에 통상 기업인으로서 현저하게 불합리한 점이 없었는가라는 관점에서 심사를 행하여야 한다. 그 결과 전제로 된 사실인식에 부주의한 잘못이 있거나 의사결정의 과정이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이사의 경영판단은 허용되는 재량의 범위를 일탈한 것이고 이사의 선관주의의무 내지는 충실의무에 위반하는 것이라고 해석함이 상당하다.”

이 판결은 ALI 원칙과 같이 의사결정의 준비과정과 의사결정을 구분하고, 전자에 있어서 사실인식에 잘못이 없거나 의사결정의 과정이 현저하게 불합리하지 아니한 경우에는 경영판단의 원칙을 적용한 것이다.

(3) 이사의 경영판단은 무조건 보호를 받는 것은 아니고 일정한 기준을 충족시키는 경우에만 보호를 받을 수 있다. 대상판결과 관련하여 의미가 있는 두 가지 기준에 대하여만 검토한다. 첫째는 경영판단의 원칙은 이사가 적극적으로 경영판단을 행한 경우에만 적용되고 이사가 아무런 판단을 하지 아니한 상태 즉 부작위에 대하여는 적용되지 않는다는 점이다. 그리하여 이사에 대하여 감시의무 위반을 이유로 책임추궁을 하는 경우에는 부작위로 인한 임무해태에 해당하기 때문에 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다. 그러나 내부통제시스템의 구축 및 유지의무와 관련하여 이사에 대해 감시의무 위반의 책임을 추궁할 경우에는 경영판단의 원칙의이 적용될 여지가 있다. 이사가 회사내에 아무런 내부통제시스템을 구축하지 아니한 경우에는 처음부터 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 없으므로 특별히 문제가 될 것은 없다. 그러나 이사가 내부통제시스템을 구축하기는 하였지만 상당한 결함이 있어 대표이사를 비롯한 종업원의 부정행위를 감시하지 못하였기 때문에 이사에 대하여 감시의무 위반으로 책임을 추궁하는 경우에는 달리 해석하여야 한다. 즉 이 경우는 이사의 부작위를 이유로 하는 것이 아니라 적극적인 행위 즉 작위가 있었음에도 불구하고 감시의무위반의 책임을 추궁한다는 점이다. 따라서 이사의 감시의무 범위내에 내부통제시스템의 구

축 및 유지의무를 포함시킬 경우 이사에 대하여 감시의무위반으로 인한 책임을 추궁할 수 있는 기회가 더 많아진다고 할 수 있다. 둘째는 이사의 경영판단이 법령을 위반한 경우에는 설령 그것이 회사의 이익을 위한 것이라 하더라도 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다는 점이다. 법령준수는 이사에게는 최저한의 의무로서 이를 부정할 수 없다.⁷⁶⁾ 즉 이사의 경영판단에 재량이 아무리 넓게 인정된다 하더라도 법령에 위반할 재량은 없으므로, 법령위반의 경우에는 이 원칙이 적용될 여지는 거의 없다. 이사가 법령위반을 인식하면서 당해 행위를 하여 회사에 손해를 준 경우에는 책임을 지는 것은 당연하고, 설령 이사가 법령위반을 인식하지 못하였다 하더라도 과실이 있는 경우에는 책임을 진다. 다만 극히 예외적인 경우에만 법령위반의 불인식에 대하여 무과실을 인정할 수 때에는 책임을 지지는 아니한다.⁷⁷⁾

3) 檢討

대상판결은 경영판단의 원칙과 관련하여 두 가지 내용을 밝히고 있다. 먼저 대상판결은 “어떤 내용의 리스크관리체제를 정비해야 할 것인가는 경영판단의 문제이고, 기업경영의 전문가인 이사에 게 넓은 재량이 주어져 있다는 것을 고려하여야 한다.”, 또 “이사는 그 직무를 수행함에 있어서 넓은 재량을 가지고 있다고 말할 수 있다. 따라서 이사에 대하여 과거의 경영상의 조치가 선관주의의무 및 충실의무에 위반하는 것으로 그 책임을 추궁하기 위하여는, 그 경영상의 조치가 집행한 시점에서 이사의 판단에 전제로 된 사실 인식에 중요하고 부주의한 잘못이 있었던가, 혹은 그 의사결정의 과정 및 내용이 기업경영자로서 특히 불합리, 부적절함이 있어야

76) 中村直人, 앞의 논문, 20쪽.

77) 久保利英明, 앞의 책, 165쪽; 일본 최고재판소는 野村證券・TBC事件에서 독점금지법 제19조의 위반행위에 대하여 당시의 여러 정황을 고려할 때에 부주의로 동조를 위반한 것에 정당한 사유가 인정된다면서 이사의 책임을 부정하였다.

한다고 이해함이 상당하다. . . . 이사에게 주어진 재량도 법령에 위반하지 아니한 범위내의 것이므로 이사에 대하여 외국법령을 포함한 법령을 준수할 것인가 여부에 대한 재량이 주어지는 것은 아니다.”고 하여 경영판단의 원칙에 대하여 판시하고 있다. 대상판결은 일본에서 경영판단 원칙의 대표적인 판례(leading case)인 앞의 野村證券・TBC事件의 1심판결과 비교할 경우에 의사결정의 과정만이 아니라 내용에 대하여도 특히 불합리, 부적합하면 책임을 추궁할 수 있다고 판단한 점에 특색이 있다.⁷⁸⁾ 대상판결에서 회사가 어떤 유형의 내부통제시스템을 마련하고 시행할 것인가에 대하여 경영전문가인 이사의 재량에 속하는 부분으로 보아 경영판단의 원칙이 적용될 수 있다고 한 점은 타당하다. 따라서 이사는 내부통제시스템을 기획하고 시행함에 있어서 현저한 불합리가 없는 한 결과로서 부정행위가 발생하였다 하더라도 감시의무를 다한 것이므로 법적책임을 지지는 아니한다.⁷⁹⁾ 그리고 대상판결은 “본 상법 266조 1항 5호는 이사에 대하여 일본의 법령을 준수할 것을 요구할 뿐만 아니라 외국에 지점을 설치하는 등 사업을 해외에서 전개하는 경우에는 그 나라의 법령도 준수할 것을 요구한다.”고 하여 법령의 의미에 대하여 일본뿐만 아니라 외국법령(다만 외국에서 사업을 행할 경우)도 포함한다고 해석한다. 이는 일본의 통설 및 다수의 하급심 판례와도 일치하는 것으로 해석되며, 외국법령(다만 외국에서 사업을 행할 경우)이 포함된다는 점을 명확히 하였다는 점에 의미가 있다.

4. 損害賠償責任의 有無 및 範圍

1) 일정 규모 이상의 주식회사에서 종업원 등이 위법행위를 하여 회사에 손해를 입힌 경우에 이사가 위법행위를 방지하기 위하여 필요한 내부통제시스템을 구축 및 유지하지 아니한 때에는 이

78) 岩原紳作, 앞의 논문, 7쪽.

79) 清水 眞, 앞의 논문, 71쪽.

사의 감시의무위반에 해당한다. 이때 각 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 부담한다(일상 266조 1항 5호). 이사의 감시의무위반으로 인한 회사에 대한 책임은 이사의 감시의무위반과 회사의 손해 사이에 상당인과관계가 있을 때에만 인정된다. 일본의 하급심판례에는 평이사가 대표이사의 위법한 업무집행에 대하여 감시의무를 위반한 경우에 평이사의 감시의무위반과 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 없다는 이유로 평이사의 제3자에 대한 책임을 부정한 것이 더러 있다.⁸⁰⁾ 그러나 대상판결과 같은 대규모 회사에서 이사의 감시의무위반과 회사의 손해 사이에 상당인과관계가 없다는 이유로 이사의 책임을 부정하는 경우가 있을지는 의문이다. 예컨대 종업원이 비밀리에 위법행위를 하였기 때문에 이사가 감시의무를 이행하였더라도 이를 발견 또는 방지할 수 없었을 경우에 상당인과관계가 없다는 이유로 이사의 책임을 부정할 수 있는가 하는 것이 문제이다. 이는 상당인과관계의 존부가 아니라 처음부터 감시의무위반이 되지 않기 때문에 책임이 부정되는 것으로 보아야 한다. 이사의 감시의무위반으로 인한 회사 또는 제3자의 손해에 대한 책임에 대하여 사실적 인과관계를 너무 엄격하게 요구하면 책임이 인정되는 경우는 거의 없을 것이다. 따라서 이사의 감시의무위반으로 인한 책임은 동일 또는 유사한 규모로 같은 업종에 근무하는 통상의 사려깊은 자가 기울어야 하는 주의의 정도로서 판단하면 충분할 것으로 생각된다.

그리고 이사의 회사에 대한 책임은 수인의 이사가 있는 경우 연대책임을 지는 것이 원칙이다(일상 260조 1항). 그러나 이사가

80) 東京高判 1984. 11. 13, 判例時報 1138號(1985), 147쪽; 東京高判 1985. 4. 30, 判例時報 1154號(1985), 145쪽; 大阪高判 1979. 3. 23, 判例時報 931號(1979), 119쪽; 大阪地判 1984. 8. 17, 判例タイムズ 541號(1985), 242쪽; 東京地判 1983. 2. 24, 判例タイムズ 492號(1983), 166쪽; 東京地判 1976. 8. 23, 判例時報 849號(1977), 114쪽; 그리고 최고심 판례에는 업무집행이사가 책임을 지지 아니한 경우에는 사외이사의 감시의무위반과 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 없는 것으로 보아 책임을 부정한 것도 있다(日最判 1970. 7. 16, 日民集 24卷 7號, 1061쪽).

감시의무를 위반하였다 하여 구체적인 행위를 한 이사와 연대하여 손해액 전부에 대하여 배상책임을 부과하는 것에는 비판이 있다.⁸¹⁾ 통상 감시의무위반으로 인한 이사의 책임은 이사회 결의로 생긴 것이 아니므로 이사 각각에 대하여 위반의 정도에 따라 손해배상액에 차이를 인정하자고 한다. 오늘날 일부에서는 이사에 대하여 연대책임을 부과한다는 것은 너무 과중하기 때문에 이를 완화하기 위하여 비율적 인과관계론 등을 주장한다. 여기서 비율적 인과관계론이란 불법행위론에서 주장된 것으로서 복수의 원인이 경합하여 손해를 발생시킨 경우 각 행위자에 대하여 그 손해액 전부에 대하여 배상책임을 부담시키는 것이 아니고 어떤 원인이 어떤 결과에 어느 정도 기여한 것인가를 정하고 그 기여도에 따라 손해배상책임을 부담시키는 것을 말한다.⁸²⁾ 동경지방법원은 日本航空電子工業事件⁸³⁾에서 “피고 B와 C는 원인사실의 일부에 대해서만 책임이 있으므로 책임이 인정되는 부정수출에 대한 과여의 정도도 한정된다. 이 경우 조건적 인과관계를 인정하여 발생한 손해 전액에 대하여 책임을 부담시키는 것은 가혹하므로 기여도에 따른 비율적 인과관

81) 일부 학자는 주주대표소송의 대상이 되는 이사의 주의의무위반 책임을 중과실로 한정하면 감시의무위반에 대하여 두려움을 가질 필요가 없다고 한다(近藤光男, “株主代表訴訟の可能性と限界”, 株主代表訴訟大系, 弘文堂(1996), 133쪽).

82) 동이론은 책임의 원인을 어느 쪽으로 확정할 수 없는 경우에 확률적으로 판단하여 일정한 비율로 책임을 인정한다는 것과 같이 책임의 인정을 용이하게 하는 면과 역으로 사실적 인과관계는 있으나 그 손해 전부를 배상시키면 배상책임액이 과중하게 되므로 책임을 경감시키고자 하는 면을 가지고 있다(岩原絢作, 앞의 논문, 10쪽).

83) 東京地判 1996. 6. 20, 資料版商事法務 148號, 64쪽. 이 사건은 업무담당이사 A가 관세법 및 외환법을 위반하여 전투기탑재용부품을 부정으로 수출하였기 때문에 벌금 및 행정처분을 받아 회사에 상당액의 손해가 발생하게 되었다. 이때 부정수출을 직접 지휘한 A와 부정수출의 사실을 몰라서 저지하지 못하고 승인을 한 대표이사 B 및 상무이사 C 사이에는 부정거래에 대한 관여정도에 따라 책임에 차등을 인정하였다.

계를 인정하는 것이 합리적이다. 손해액 1억 8,200만엔 중 가장 적게 잡아 2월에 해당하는 3,640만엔의 한도내에서 A와 연대하여 책임을 인정하는 것이 상당하다”고 하여 비율적 인과관계를 인정하였다.

(2) 대상판결에서 제1사건에 대하여 뉴욕지점장을 근무한 경력이 있는 이사 3명과 뉴욕지점을 직접 감사한 감사 1명에 대하여 임무해태가 인정된다고 하였다. 그러나 뉴욕지점 취임후 또는 감사 실시시점 이후에 손해가 발생하였다는 증거가 없다는 이유로 이사 2명과 감사 1명에게는 책임을 인정하지 아니하였다. 이는 이사 및 감사에 대하여 감시의무위반으로 인한 책임을 부과함에 있어서 감시의무위반과 손해 사이의 인과관계를 개별적으로 판단한 것으로 생각된다.

그리고 제2사건에 대하여 각 이사 및 감사에 대하여 결과발생에 대한 기여도에 따라 배상액에 차이를 인정한 것은 각 이사 및 감사의 책임을 가능한 경감시키기 위한 시도로 보인다.

5. 맺는 말(우리 법제에의 시사점)

근래 우리 나라에서도 금융관련법제에서 ‘법령준수’를 포함한 내부통제기준에 관한 규정과 준법감시인에 관한 규정⁸⁴⁾을 새로이 입법하여 금융기관의 내부통제시스템구축에 관한 법적 토대를 마련하였다. 은행, 증권회사 및 보험회사 등 금융기관은 다른 일반 회사보다도 임·직원에 의한 범법행위 등 금융사고가 발생할 소지가 많기 때문에 그 금융사고를 미리 방지하고 조기에 적발할 수 있는 내부통제시스템의 구축을 법으로 강제하고 있다. 미국처럼 회사가 내부통제시스템을 적절히 시행하고 있는 경우에 사법상의 해

84) 증권거래법 제54조의4, 동법시행령 제37조의4 및 제37조의5; 은행법 제23조의3, 동법시행령 제17조의2 및 제17조의3; 보험업법 제6조의5, 동법시행령 제12조의 5 및 제12조의6. 이상의 법령에서 규정하고 있는 내부통제기준과 준법감시인에 관한 내용은 거의 유사하다.

택을 부여하는 것은 아니지만 효과적인 내부통제시스템의 구축 및 시행이 이사(감사)의 감시(감사)의무의 범위를 확대하고 명정하는 법적 기준을 제공한다고 볼 수 있다.

일반적으로 이사는 회사의 일상적인 업무집행에 관여하지 않는 경우에도 이사회에 상정된 사항만이 아니라 대표이사 등 다른 이사의 전반적인 업무집행에 대하여 감시할 의무를 부담한다고 해석한다.⁸⁵⁾ 대법원도 “주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이사회에 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있었음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치할 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다”고 판시하고 있다.⁸⁶⁾ 즉 우리 나라의 통설 및 판례가 이사는 대표이사나 다른 이사의 업무집행에 대하여 감시할 의무를 부담하는 것에는 동의하고 있다. 그러나 이사가 대표이사나 업무담당이사가 아닌 종업원의 위법·부정행위로 회사가 입은 손해에 대하여 감시의무위반으로 인한 책임을 부담하는지가 문제된다. 물론 대규모 회사에서는 회사의 업무가 대표이사를 정점으로 하여 업무담당이사의 지휘하에 조직적이고 체계적으로 집행되므로 이사가 종업원에 행위에 대하여도 감시의무를 부담한다고 해석할 수도 있다. 그러나 대규모 회사에서는 회사의 업무가 광범위하고 각 이사가 전문분야를 담당하고 있으므로 업무담당이사나 평이사가 대표이사나 다른 업무담당이사를 감시하기도 사실상 불가능하다. 따라서 이러한 회사에서는 종업원에 대한 감시는 회사내에 효과적인 내부통제시스템을 구축하여 체계적

85) 이철송, 제8판 회사법강의, 박영사(2000), 575쪽; 정동윤, 제6판 회사법, 법문사(2000), 430쪽; 최기원, 제10대정판 신회사법론, 박영사(2000), 594쪽; 우흥구, “理事의 監視義務”, 건국대 일감법학 제4권(1999), 24쪽.

86) 대법원 1985. 6. 25, 84다카1954 판결.

이고 구조적으로 시행할 때에만 실효성을 거둘 수 있다.⁸⁷⁾ 대상판결도 일본에서 최초로 종업원의 부정행위를 이사의 내부통제시스템의 구축의무와 관련하여 거래의 배상책임을 인정한 점에서 상당한 의미를 부여할 수 있다. 물론 대상판결이 사실관계나 법리전개의 과정에서 문제가 없는 것은 아니지만 이사의 종업원에 대한 감시의무를 체계적으로 정립한 점에서 우리에게도 많은 시사점을 보여준다.

마지막으로 이사회와 감시의무와 관련하여 하나의 여론(?)을 생각해 보기로 한다. 회사법은 ‘작은 헌법’(Kleines Staatsrecht)이라고 지칭할 만큼 국가조직법인 헌법과 유사한 점을 가지고 있다.⁸⁸⁾ 예컨대 주식회사를 하나의 작은 국가라고 하면 주식회사의 지배구조는 의원내각제형 정부형태와 유사한 것으로 볼 수 있다. 의원내각제하에서 의회가 입법기관이자 정부가 의회의 신임하에서 운영되는 것과 같이 주식회사 이사회는 회사의 중요한 정책을 결정하는 정책결정기관일 뿐만 아니라 이사(경영자)를 실질적으로 감독하는 지위에 있다. 과거 우리 나라에서 이사회가 형해화되어 제기능을 발휘하지 못하였던 것은 이사회를 마치 대통령제하의 국무회의와 유사한 기능을 담당하는 것으로 보았기 때문이다. 그리하여 이사회가 정책결정기관으로서의 지위도 취약하였고, 더군다나 감독기관으로서의 지위는 거의 허구화되어 대표이사(최고경영자)의 경영독주를 합리화시키는 기관으로 전락하였다. 이사회가 명실공히 정책결정기관으로서 역할뿐만 아니라 감독기관으로서의 역할을 제대로 수행하자면 이사회를 의원내각제하의 의회와 같은 기능과 역할을 부여하여야 한다. 이렇게 되면 이사회와 감독기능 즉 이로부터 도

87) 김이수, “미국법상 이사의 감시의무와 위반책임”, 상사법연구 제20권 1호(2001), 328쪽; 손성, 앞의 논문, 80쪽. 손성 교수는 합리적인 정보·보고 시스템의 구축이 평이사로 하여금 회사의 업무전반에 관하여 보다 많은 정보에 접근하게 하므로 위법함을 알 수 있거나 위법함을 의심하여야 하는 상황이 확장될 수 있으며, 따라서 이사들의 감시의무의 범위가 자연히 확장될 것이라고 한다.

88) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Verlag C. H. Beck(1980), S. 18.

출되는 이사의 감시의무에 대한 근거 및 범위가 명확하게 자리매
김을 할 수 있으리라고 생각된다.

<참고문헌>

- 우흥구, “理事의 監視義務”, 건국대 일감법학 제4권(1999)
- 近藤光男, “株主代表訴訟の可能性と限界”, 株主代表訴訟大系, 弘文堂(1996)
- 神崎克郎, 取締役制度論-義務と責任の法的研究-, 中央經濟社(1981)
- 久保利英明 外 2人, 取締役の責任-代表訴訟時代のリスク管理, 商事法務研究會(1999)
- 清水 眞, “取締役の監視義務”, 商事法務 1574號(2000)
- 山田順子, “取締役の監視義務—アメリカ法を參考にして—”, 企業の健全性確保と取締役の責任, 有斐閣(1997)
- 洲崎博史, “商法266條ノ3第1項の法意”, 第6版 會社判例百選, 別冊ジュリスト 149號(1998)
- 加美和照, “代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務”, 金融商事判例 392號(1974)
- 岩原紳作, “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上), 商事法務 1576號(2000)
- , “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下), 商事法務 1577號(2000)
- 中村直人, “大和銀行事件判決と代表訴訟制度の在り方”, ジュリスト 1191號(2000)
- 西脇敏男, “被傭者の違法行爲によって第三者に損害を与えた場合の代表取締役の責任”, 平成會社判例150集, 商事法務研究會(1999)
- 島袋鐵男, “取締役の監視義務と商法266條ノ3”, 第6版 會社判例百選, 別冊ジュリスト 149號(1998)
- 吉原和志, “法令違反行爲と取締役の責任”, 東北大 法學 60卷 1號(1996)
- 神崎克郎, “會社の法令遵守と取締役の責任”, 法曹時報 34卷 4號(1982)
- 畠田公明, “取締役の監視義務とその信賴の保護”, 民商法雜誌 102卷 1號(1990)
- 石山卓磨, “代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務”, 商法の判例と理論, 倉澤康日郎教授還暦記念論文集

田村詩子, “非常勤取締役・社外取締役の責任”, 近代企業法の形成と展開, 奥島孝康教授還暦記念(1999)

American Law Institute, Principles of Corporate Governamce : Analysis and Recommendations, Vol 1, American Law Institute(1994)

Melvin Aron Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations, 8th ed, Foundation Press(2000)

Williams E. Knepper/Dan A. Bailey, “Liability of Corporate Officers and Directors”, Vol 2, 6th ed., Lexis Law Publishing(1998), pp. 45-50)

<Abstract>

Corporate Internal Control System and Director's Duty to Monitor

-Japan Daiwa Bank Shareholder's Derivative Suit-

Kim, Dae Yeoun

This paper aims to criticise Japan Daiwa Bank Shareholder's Derivative Suit. This suit involves claims that the members of Daiwa's board of directors(and auditors) breached thier duty to monitor in connection with alleged violations by Daiwa employe e america financial law and concealment of financial cause. Osak a district court sentenced Daiwa's directors and auditors, becaus e they failed adequately to control Daiwa's empolyee, to huge d amages. in general, particularly in a publicly held corporations, d irectors should be concerned with establishing corporate internal control system and compliance program. hence is this case impo rtant that the court admitted director's duty to monitor relevant to employee's tort in japan

주제어 : 이사의 감시의무, 내부통제시스템, 법령준수체계, 신뢰의 권리, 경영판단의 원칙, 주주대표소송, 이사의 손해배상 책임