

〈판례연구〉

理事의 監督義務違反과 會社에 대한 責任

梁 承 圭*

대법원 1985. 6. 25. 선고 84 다카 1954 판결—손해배상 일부 파기환송**

〈판결요지〉

1. 주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 이사는 이사회 의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감독(시)하는 것이 통상적이긴 하나 이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며, 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감독할 수 있는 것이므로 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 이사가 감독의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다.

2. 주식회사의 이사 또는 감사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 일반불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 그 소멸시효기간은 일반채무와 같이 10년이라고 보아야 한다.

〔판결이유〕

3. 같은 상고이유 제 3점, 제 5점 및 제 6점을 함께 본다.

(1) 원심판결 이유에 의하면 원심은 소외 회사가 각종 사류(絲類)의 수탁가공업을 하여 오던 중 1967. 6. 1부터 1969. 12. 31까지 사이에 원심판결 제 1목록 (1) 내지 (3)의 기재내역과 같이 피고 흥지관, 최 춘식, 전 국현, 임 상구 등이 경영하던 소외 동양모직과 피고 정 상목, 길 인득, 김 낙현, 소외 망 전 경백 및 그밖의 소외인들로부터 각 원료의 제공과 함께 모 또는 반제모의 혼방비율 50% 이하인 혼방사의 가공위탁을 받아 가공한 다음 위 위탁자들에게 반출하고, 1970. 1. 1부터 1970. 6. 30까지 사이에 같은 목록 (4)의 기재내역과 같이 위 동양모직, 피고 길 인득, 김 낙현 및 그밖의 소외인들로부터 같은 방법으로 모 또는 반제모의 혼방비율 40% 이하의 혼방사의 가공위탁을 받아 가공하여 위 위탁자들에게 반출한 사실, 당시 시행되던 물품세법과 직물류세법의 규정에 의하면 혼방비율 50% 이하의 혼방사(1969. 12. 31까지)나 40% 이하의 혼방사(1970. 1. 1 이후)에 관하여 제공된 원료로 가공을 위탁받아 공임을 받고 가공하여 위탁자에게 반출하는 때에는 이를 소관 세무서장에게 신고하여 승인을 얻고 지정기간 내에 위탁자에게 반입되었음을 증명한 경우에 한하여 위탁자를 제조자

* 서울大學校 法科大學 教授.

** 법원공보 758호 <85. 8. 15> 1, 049면 이하.

로 보아 그에게 과세하나 이러한 신고 등 절차를 밟지 아니한 경우에는 위탁받아 가공한 자를 제조자로 간주하고 그에게 과세하도록 되어 있으므로, 소외 회사로서는 위와 같이 위탁받아 가공하여 반출한 수량 전부에 대하여 소관세무서장에게 신고하여야 함에도 불구하고 그중 원심판결 첨부 제 2 목 록 기재 수량에 관해서만 소외 회사가 스스로 제조한 것으로 신고하여 도합 107,163,279원의 물품세 또는 직물류세를 납부하고 동액 상당의 금원을 가공업과 함께 위탁자들로부터 수급하여 충당하였을 뿐 그 나머지 수량에 관하여는 신고를 하지 아니한 사실, 그후 이러한 사실이 조세당국에 발각되어 소외 회사가 위와 같이 임가공 반출한 물품 전량에 관하여 제조자로 간주되어 1967.6.1부터 1971.6.30까지의 누락분에 관한 추가과세로서 도합 307,157,643원의 물품세 또는 직물류세가 부과되고 이중 132,326,749원이 징수된 사실, 피고 총 지관은 소외 회사의 대표이사, 피고 이 덕진은 상무이사, 피고 전 국현, 소외 망 전 경백 및 피고 길 인득은 1969. 이후부터 피고 홍 지관 대신 대표이사 직무를 사실상 대행한 자들로서 위임 가공제품의 전량을 신고할 임무가 있고, 또 피고 임 상국, 정 상목을 제외한 이사들인 피고들은 소외 회사의 업무집행에 관한 결정권을 가진 이사회 의 구성원으로서 위 제품 전량이 신고되도록 업무집행에 관한 결의를 하여야 할 임무가 있으며, 피고 임 상국, 정 상목은 감사로서 생산제품에 관한 세무신고가 정당하게 집행되지 않고 있음을 주주총회에 보고하여 시정을 촉구할 임무가 있음에도 불구하고 각 임무에 위배하여 소외 회사의 가공료수입에 관한 세금을 포탈하고 위탁자가 부담하여야 할 물품세 또는 직물류세의 탈세를 돕고자 위와 같이 가공한 물품 중 일부 를 은폐하여 신고를 하지 아니하였던 사실을 인정하고, 위 피고들 및 소외 망 전 경백은 소외 회사 의 이사 또는 감사로서 공동으로 그 임무에 위배하여 가공위탁자들이 납부하여야 할 물품세 또는 직 물류세를 소외 회사로 하여금 부과징수 당하게 함으로써 추가납부할 세액 126,690,775원 상당의 손 해를 입게 하였으니 위 사람들은 상법 제399조, 제414조의 각 규정에 의하여 연대하여 소외 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하고 있다.

(2) 첫째로, 논지는 물품세법상 모의 혼합비율이 50% 이상인 혼방사는 비과세물건으로서 신고의 무가 없으므로 소외 회사는 이러한 신고의무없는 것에 한하여 신고하지 아니한 것이고 신고의무있는 과세물건에 대하여는 모두 신고하여 납세하였는 데 원심은 허무의 증거에 의하여 제조반출량 전부가 과세물건인 것으로 오인한 위법을 저질렀다는 것이다.

그러나 원심이 채용한 증거에 의하면 원심판서와 같이 소외 회사는 위탁가공한 혼방사중 일부를 자가제조로 신고하여 물품세 및 직물류세를 납부하고 나머지 일부는 제조반출 사실자체를 은폐하여 신고하지 아니하였으며 과세관청은 이와 같이 신고하지 아니한 수량 전부를 물품세 및 직물류세의 과세대상 물건으로 인정하여 이에 대한 과세 및 징수처분을 한 사실이 인정되는 바, 위와 같이 과세 관청이 소외 회사에 대하여 과세물건에 대한 탈세를 한 것으로 인정하여 과세처분을 한 사실이 증명 되는 이상 소외 회사의 이사 또는 감사인 피고들이 탈세를 하여 그 임무에 위배하였음을 주장하는 원고로서는 일단 그 입증은 다한 셈이므로, 과세관청의 위 인정과는 달리 소외 회사가 신고하지 아 니한 물품은 모의 혼합비율이 50% 이상의 비과세물건으로서 이를 신고하지 아니하여도 탈세가 아니 라는 사실은 이를 주장하는 피고들에게 그 입증의 필요가 돌아간다고 할 것이다(위 과세처분을 대 상으로 하여 그 취소를 구하는 항고소송에서 과세요건에 관한 입증책임이 과세관청에게 있는 것과는 다르다).

그런데 기록을 살펴보아도 원심이 적법히 배척한 증거 외에 위 피고들 주장을 수증할만한 증거를 발견할 수 없으므로 원심이 위 주장을 받아들이지 아니한 조치는 정당하고 위 논지는 이유없다.

(3) 둘째로, 논지는 간접세에 속한 소비세인 혼방사의 수탁 제조반출에 대한 물품세 또는 직물류 세는 현물을 보지 않고는 과세할 수 없는 것임에도 불구하고 갑 제19호증에 기재된 제조반출량 전부 를 아무 근거없이 모의 혼합비율이 50% 이하인 과세물건으로 추정하여 추계과세를 한 것은 당연무 효의 처분이라고 하나, 가사 과세관청이 과세자료로 삼은 갑 제19호증의 기재만으로는 모의 혼합비

율이 불분명함에도 불구하고 과세관청이 별다른 증거없이 그 혼합비율이 50% 이하인 과세물건이라고 단정한 잘못이 있다고 하여도 이러한 정도의 과세자료에 관한 사실 오인의 하자만으로 위 물품세 및 직물류세 부과처분을 당연무효라고 볼 수는 없으니 위 논지도 이유없다.

(4) 셋째로, 논지는 가사 이 사건 과세처분이 유효하다고 하여도 위법한 처분임에는 틀림없으나 소의 회사의 대표이사인 오 종환이 이를 다투어 행정소송을 제기하였다면 과세처분이 취소되거나 과세액이 대폭 감소될 수 있었을 터인데 이를 게을리 한 과실이 있으므로 과실상계를 하여야 할 것임에도 불구하고 원심이 피고들의 과실상계 주장을 배척한 것은 위법하다는 것이다.

1969. 12. 31까지 시행되던 물품세법 제 1조 제 1항 제 3종 제 3류 제 3호, 같은법시행령 별표 1 제 3종 제 3류 제 3호 바목의 규정에 의하면 모(毛) 또는 반제모(半製毛)와 기타의 섬유를 혼방한 사류(絲類)는 모 또는 반제모의 혼합비율이 기타의 섬유와 같거나 보다 낮은 것, 즉 혼합비율이 50% 이하인 것에 한하여 물품세과세대상으로 삼고 있으며, 또 1970. 1. 1 이후 시행된 직물류세법 제 1조 제 1항 제 1호 및 제 8호, 같은법시행령 제 1조 제 1항 제 1호 및 제 8호의 규정에 의하면 모의 혼합비율이 100분의 40을 기준으로 하여 세율의 차이를 두고 있음이 인정된다.

그러므로 과세관청은 모 또는 반제모와 기타의 섬유를 혼방한 혼방사중 위 물품세법이 규정한 혼합비율 이하의 것에 대하여만 과세할 수 있고 또 직물류세법이 정한 혼합비율을 기준으로 세율을 정하여야 하므로, 과세관청의 과세처분에 대하여 항고소송이 제기된 경우에 과세관청은 위와 같은 과세요건과 세율의 인정이 적법함을 입증할 책임이 있음은 더 말할 필요도 없다(피고인이 임무를 위배하여 탈세하였음을 전제로 손해배상을 청구하는 이 사건 민사소송절차에서 앞서 보는 바와 같이 그 과세처분이 비과세물건에 대한 것으로서 탈세행위가 되지 않는다는 점에 대한 입증의 필요가 피고들에게 있는 것과는 다르다).

그런데 기록(특히 갑 제11호증 기재와 원심증인 김 길남의 증언)에 의하면 소관 세무서장은 소의 회사에 대한 이 사건 과세처분을 함에 있어서 소의 민 유식이 작성한 집계표(갑 제 9호증)에 의하여 제조반출량을 파악하고 위 집계표 기재상으로는 혼방비율이 전혀 나타나 있지 않음에도 불구하고 관계인이 세무조사에 협조하지 아니하여 조사가 어렵다는 이유로 그 기재량 전부를 혼방비율이 50% 이하 또는 40% 이하로 인정하여 과세대상으로 삼거나 세율을 적용한 사실이 인정되는 바, 막연하게 관계인이 세무조사에 협조하지 아니한다는 것만으로 조사불능이라고 하여 제조반출량 전량을 혼방비율 50% 또는 40% 이하라고 간주할 수 없다고 할 것이므로 만일 위 과세처분에 대하여 항고소송을 제기하였다면 과세관청은 위 제조반출량 전량의 혼방비율이 과세요건 및 세율기준에 합치됨을 입증할 책임이 있고 이를 입증하지 못하는 한 위 과세처분은 위법함을 면할 수 없었다고 할 것이다.

결국 소의 회사가 위 과세처분에 대하여 항고소송을 제기하고 위와 같은 위법성을 지적하여 다투었다면 위 과세처분이 변경될 가능성이 전혀 없었던 것은 아니라고 보임에도 불구하고 기록에 의하면 소의 회사의 후임 대표이사인 소의 오 종환은 위 과세처분에 대하여 부산지방국세청장에게 재조사청구를 한 외에 그 이상의 불복절차를 취하지 아니하고 위 과세처분을 그대로 확정시킨 사실이 인정되므로 이러한 소의 회사측의 과실은 피고들의 배상책임을 정함에 있어서 마땅히 참작되어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 소의 회사의 후임 대표이사가 행정소송을 제기하여 다투었다고 하여도 위 과세처분액이 원심인정액보다 감액되었으리라고 인정한 증거가 없다가 하여 행고의 과실상계 항변을 배척하고 말았으니 이는 과세처분의 위법과 관련된 과실상계의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이라고 하겠으니 이 점에 관한 논지는 이유있다.

4. 같은 상고이유 제 4점을 본다.

(1) 주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이사회회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표 이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나 평이사의 임무는 단지 이

사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다.

기록에 의하면 피고들 중 일부는 소외 회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사들이긴 하나 평이사라는 이유만으로 그 책임을 면할 수 없을 뿐 아니라 이들은 앞서 본 바와 같이 소외 회사에게 이 사건에서 문제된 혼방사의 가공위탁을 한 위탁업체와 관련이 있는 자들로서 업무담당이사의 위 가공위탁과 관련된 부정한 업무집행을 알 수 있었던 사실이 인정되므로, 위와 같은 이사로서의 감시의무위반책임을 인정한 원심판단은 정당하고 이와 다른 견지에서 원심판결을 타하는 논지는 이유 없다.

(2) 이 사건 당시 시행되던 상법 제412조(1984. 4. 10 법률 제3724호로 개정되기 전의 규정)에 의하면 감사의 감독권은 회계장부와 서류의 열람 또는 등사와 이사에 대한 회계보고의 요구 및 직무수행상 필요한 경우의 회사의 업무 및 재산상태의 조사등 회계감사에 국한되고 일반적인 업무감사권은 부여되어 있지 않으나, 원심이 채용한 증거를 기록에 의하여 살펴보면 피고들 중 감사인 피고 일 상국과 같은 정 상무은 가공위탁업체인 동양모피주식회사 및 신방모방공업사의 경영에 관여한 자들로서 소외 회사가 수탁가공하여 반출하고도 신고를 은폐한 사실을 능히 알 수 있는 지위에 있어 회계감사권의 발동으로 이를 밝힐 수 있었는 데도 위 감독의무를 위반한 사실이 넉넉히 인정되므로, 위 피고들에 대하여 감사로서의 감독의무 위반을 인정한 원심판단은 정당하고 이와 다른 견지에서 원심판결을 타하는 논지는 역시 이유 없다.

5. 같은 상고이유 제 7점을 본다.

주식회사의 이사 또는 감사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 일반 불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 그 소멸시효기간은 일반채무의 경우와 같이 10년이라고 보아야 할 것이다.

같은 취지로 판단한 원심조치는 정당하고 불법행위로 인한 손해배상채권의 단기소멸시효기간이 적용되어야 한다는 전제아래 원심판결을 타하는 논지는 이유 없다.

이밖에 논지는 채권소멸시효는 채권자 본인이 제소한 경우에만 중단되고 채권자를 대위하여 제소 한 경우에는 중단의 효력이 없다고 주장하나 근거없는 독자적 견해에 불과하여 채용할 수 없다.

또 논지는 1967. 6. 1부터 1967. 12. 31까지의 사업년도분 신고은폐부분에 대하여는 이미 이 사건 제소전에 10년이 경과하였으므로 이 부분에 대한 손해배상채권은 소멸시효가 완성되었다고 주장하나, 원고가 주장하는 이 사건 손해배상청구권은 피고들의 임무해태로 말미암아 소외 회사가 과세관청으로부터 물품세 및 직물류세를 부과징수당함으로써 입게 된 손해에 대한 배상청구권이므로 그 소멸시효기간은 배상청구권을 행사할 수 있는 위 손해발생시부터 진행되는 것이고 당초의 신고은폐시점부터 진행되는 것은 아니므로 위 논지도 이유 없다.

〈事實概要〉

被告 甲 이외 12인은 訴外 대명모방주식회사의 代表理事, 理事 또는 監事の 職位에 있었거나 그 職位에 있는 사람들이고, 대명모방(株)는 毛 또는 半製毛의 혼방사의 加工委託을 받아 加工하여 委託者에게 반출하는 會社이다. 이 會社는 委託者들로부터 제공받은 原料의 구입에 관한 稅務資料가 있는 것에 대해서만 稅務署에 申告하여 107,163,279원의 稅金을 납부하였다. 그리고 稅務資料가 없어서 去來事實이 은폐될 수 있는 수량에 관하여는 다른

비밀장부에만 기재하는 방법으로 그 申告를 누락시켰고, 이것이 租稅 당국에 의하여 발각되어 1967. 6. 1부터 1971. 6. 30까지의 누락분에 관한 追加課稅로 307,157,643원의 物品稅 또는 織物類稅로 과세처분되었다. 그로 말미암아 會社가 입은 손해는 126,690,775원에 이르게 되었다. 이에 따라 대명모방(株)의 債權者인 서울信託銀行이 그 會社를 代位하여 代表理事 또는 業務擔當理事는 물론 理事와 監事를 상대로 會社에 대하여 損害를 賠償하도록 청구하였다.

이에 대하여 일부 被告들은 1969. 12. 31까지 시행하던 物品稅法 제 1조 1항은 혼방사의 경우 毛 또는 半製毛의 혼방비율이 50% 이하인 것에 한하여 物品稅의 課稅對象으로 하고 있고, 申告하지 아니한 製品은 그 대상에서 제외되는 것이라고 주장하고, 會社가 行政訴訟 등에 의하여 적극적으로 방어하지 아니한 것은 過失이라고 抗辯하고 있다. 그러나 原審(대구고법 1984. 8. 23 선고, 84나264 판결)은 被告들의 抗辯을 받아들이지 아니하고 代表理事, 業務擔當理事인 被告들은 委任加工製品의 品質을 申告하여야 할 任務가 있는 외에 理事인 被告들은 業務執行에 관한 決定權을 가지는 理事會의 구성원으로서 그 제품品質이 申告되도록 業務執行에 관한 議決을 하여야 할 任務가, 監事인 被告들은 會社의 會計帳簿와 書類를 조사할 權限과 그 調査意見을 株主總會에 진술할 義務를 가진 監事로서 그 會社의 生産製品에 관한 稅務申告가 정당하게 執行되지 않고 있음을 株主總會에 報告하여 그 시정을 촉구하여야 할 任務가 있음에도 이러한 義務를 위반함으로써 생긴 會社의 損害에 대하여 連帶하여 賠償責任이 있음을 判示하였다. 被告가 이에 不服上告하였다.

〈參照條文〉 商法 제393조, 제399조, 제414조, 民法 제162조, 제766조.

研 究

I. 理事의 職務와 會社에 대한 責任

株式會社의 理事는 會社와의 사이에 委任關係를 가지고 善良한 管理者의 注意로써 會社의 企業經營에 임하여야 할 義務가 있다(商 382조, 民 681조). 商法은 株式會社의 業務執行機關을 理事會와 代表理事로 二元化하여 전자는 會社의 業務執行에 관한 意思決定과 監督을 맡고(商 393조), 후자는 會社를 代表하여 業務執行을 하도록 하고 있다(商 389조). 이에 따라 理事는 理事會의 구성원으로서 會社의 業務執行에 관한 意思決定에 참여하고, 또 理事會를 통하여 代表理事의 職務執行을 監督하며, 代表理事 또는 業務擔當理事는 구체적인 業務執行을 담당하게 된다.⁽¹⁾ 그리하여 株式會社의 經營은 理事會에 그 權限이 주어져⁽²⁾ 理事會의 구성원인 理事는 그가 代表理事이든 아니든 會社의 企業經營에 있어서 중요한 위

(1) 拙稿, 株式會社의 經營機構, 徐焜珏博士華甲紀念 會社法の 現代的 課題, 1981, 75면 이하 참조.

(2) Harry G. Henn, John R. Alexander, *Laws of Corporations*, 3d, 1983, p. 661.

치를 차지하고 있다. 이에 따라 商法은 理事에게 무거운 責任을 지우고 있는데, 理事가 法令 또는 定款에 違反한 行爲를 하거나, 그 任務를 게을리 한 때에는 그 理事는 會社에 대하여 連帶하여 損害를 賠償할 責任이 있다(商 399조 1항). 여기서 法令 또는 定款에 위반한 行爲라 함은 가령 違法配當議案을 제출하였거나(商 462조), 競業避止義務違反(商 397조), 理事會의 承認없는 理事의 自己去來(商 398조) 등의 경우와 같이 구체적인 규정에 위반한 경우를 말한다. 이 경우의 損害賠償責任이 어떠한 法的 性質을 띠고 있는지는 다툼이 있고,⁽³⁾ 法令 또는 定款에 違反한 경우에는 過失의 유무를 묻지 아니하고 責任을 지는 일종의 無過失責任을 규정한 것이라고 하거나,⁽⁴⁾ 명백히 過失을 전제로 하는 責任原因을 제외하고는 無過失責任이라고 보는 것이⁽⁵⁾ 일반적이다. 이와 같이 理事가 法令 또는 定款에 違反한 경우의 會社에 대한 損害賠償責任은 故意 또는 過失을 그 要件으로 하는 것이 아니므로 無過失責任으로 보는 것이 옳으나, 다만 그것이 理事會의 決議에 의한 때에 그 決議에 찬성한 理事로서 責任을 지는 경우(商 399조 2항)에 그 理事가 善良한 管理者의 注意義務를 다한 경우에는 그 責任을 지지 않는다고 풀이하여야 할 것이다. 가령 代表理事가 違法配當議案을 理事會의 決議를 거쳐 株主總會에 제안한 경우 그 財務諸表(商 447조)에 나타난 資産의 評價를 비롯한 會計處理가 정당하다는 설명을 듣고 그 成立에 잘못이 없다고 믿고 그 違法配當議案에 찬성하였고, 過失을 인정할 수 없는 때에는 그러한 理事는 그로 인한 會社의 損害에 대한 賠償責任을 지지 않는다고 풀이하여야 할 것이다.⁽⁶⁾

理事가 任務를 게을리한 경우라 함은 그 職務를 행함에 있어 善良한 管理者로서 注意義務를 다하지 아니한 것을 말하고, 이 경우의 損害賠償責任은 過失責任이다. 美國의 判例法上 확립된 經營判斷의 法則(Business Judgment Rule)은 會社의 企業經營에 있어서 理事가 會社의 目的과 그의 權限의 범위 안에서 合理的인 기초에 따라 會社의 이익에 가장 적합하다고 믿고 判斷을 내려 善意로(in good faith) 行爲를 한 이상 理事는 그로 인한 損害에 대해서 責任을 지지 아니한다.⁽⁷⁾ 이러한 經營判斷의 原則은 우리 會社法의 解釋上으로도 받아들일 수 있을 것이고, 任務懈怠로 인한 會社에 대한 損害賠償責任은 委任契約에 따른 善良한 管理者의 注意義務를 다하지 아니한 것으로 債務不履行으로 인한 損害賠償責任이라 할 것이다. 대법원 1969.1.28. 선고 68다305 판결은,

「주식회사 이사의 회사에 대한 임무해태의 손해배상책임은 민법의 불법행위책임과는 다른 것으로서 상법이 인정한 일종의 특수한 계약책임이라고 하여야 할 것이므로 민법의 불법행위에 관한 시효의 규정이 적용될 것이 아니고 일반시효에 관한 규정이 적용되어야 할 것이다.」

(3) 金文煥, 理事의 會社에 대한 責任, 前掲 徐博士華甲記念, 154면.

(4) 鄭熙喆, 全訂版 商法學原論(上), 455면; 崔基元 新版 商法學新論(上), 596면.

(5) 徐燦珪, 第三全訂 商法講義(下), 394면; 孫珠瓚, 全訂增補版 商法(上), 535면.

(6) 北澤正啓, 會社法(新版), 395면.

(7) Henn-Alexander, *op. cit.*, p. 661.

라고 判示하여 消滅時效期間을 10년으로 인정하고 있다.⁽⁸⁾

II. 理事의 職務監督義務違反과 責任

改正商法 제393조 2항은 「理事會는 理事의 職務執行을 監督한다」라고 규정하고 있다. 이것은 종래 代表理事의 選任(商 389조 1항) 및 業務執行에 관한 意思決定機關으로서의 理事會는 理事의 職務執行에 대하여 監督權을 가지고 있다고 인정되던 것을 1984년의 改正商法에서 成文化하기에 이른 것이다.⁽⁹⁾

理事會는 業務執行에 관한 意思決定을 하는 機關으로서 代表理事 등 業務擔當理事가 그 決定事項을 제대로 執行하였는가를 監督하는 것이 하나의 職務權限으로 되어 있고, 이 점에서 우리 나라의 理事會는 독일의 監事會(Aufsichtsrat)와 같이 代表理事의 業務執行을 監督하는 監督機關(Kontrollorgan)으로서의 기능도 아울러 가지고 있다고 할 수 있다.⁽¹⁰⁾ 그리하여 理事會는 代表理事 등 業務執行權者에게 그 業務執行의 경과와 상황 등을 보고하도록 하고, 그것이 적절하게 執行되고 있는가를 監督하고, 잘못이 있으면 이를 시정하도록 하여야 하는 것이다.

改正商法은 理事會의 業務監督權 뿐 아니라 監事에게도 理事의 職務執行監查權을 주고 있다(商 412조 1항). 여기에서 理事會의 職務執行監督權과 監事의 職務執行監查權의 한계가 무엇이나는 다툼이 생길 수 있다. 이에 대하여는 監事의 職務監查에 있어서는 그 適法性뿐 아니라 會社에 중대한 영향을 미치는 사항에 대하여는 그 妥當性도 監查하여야 한다는 입장⁽¹¹⁾과 監事의 業務監查權은 違法性的 監查에 한한다고 보아야 한다는 입장⁽¹²⁾이 있다. 여기서 監事의 業務監查權이 適法性和 妥當性 여부에 미친다고 보는 입장에서는 理事會의 業務監督權과 차이를 둘 수 없으나, 理事會와 監事는 그 監督機能에 차이를 두지 않을 수 없다고 본다. 즉 理事會는 業務執行의 妥當性 내지는 合目的性에 대하여 판단을 하고, 監事는 業務執行의 適法性 내지는 현저하게 不當한 것이 아닌가의 여부를 監查하는 것이라고 보는 것이 옳을 것이다.⁽¹³⁾ 왜냐하면 理事會는 바로 그 業務執行에 관하여 자율적으로 意思를 決定하는 機關으로서 그 業務執行의 適法性 내지는 妥當性에 대해서까지 검토하여야 할 것이 요구되나, 監事는 제 3자의 입장에서 그것이 法令이나 定款에 違反한 것이나, 또는 그 執行이 현저하게 不當한 것이나, 아니나만을 따지는 것으로 충분하다고 보기 때문이다

(8) 대법원 판결집, 제17권 1집(1969), 86면 이하.

(9) 孫珠瓊 外, 改正商法解説, 84면.

(10) Hans Würdinger, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4 Aufl., 1981, S. 126. 독일 株式法 제111조 1항은 「監事會는 業務執行을 監督하여야 한다」고 규정하고 있다.

(11) 崔基元, 前掲書, 607면; 孫珠瓊교수는 適法性的 監查가 主가 되며, 妥當性的의 여부는 總會에 제출할 議案·書類(商 413조) 등에 이를 지적하는 정도로 되어 있다고 한다(前掲書, 549면).

(12) 鄭熙喆, 前掲書, 468면.

(13) 今井宏 外, 注釋 株式會社法(上), 276면. 다만, 독일의 監事會의 監督權은 適法性 뿐 아니라 合目的性和 業務執行의 經濟性(Wirtschaftlichkeit)에까지 미치는 것으로 보고 있다(Götz Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 18 Aufl., 1983, S. 221).

다(商 413조 참조). 그리고 業務執行의 妥當性 여부는 企業經營을 맡고 있는 理事들이 會社의 資産狀態와 市場條件 등 여러 가지 상황을 참작하여 합리적으로 판단하여야 할 문제이지, 監事가 개별적인 業務執行의 妥當性까지 따지는 것은 바람직스러운 일도 아니라 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 理事는 비록 業務執行權이 없는 理事라 하더라도 理事會의 구성원으로서 善良한 管理者의 注意를 다하여 會社의 業務執行에 관한 意思의 決定에 참여하고 그 執行에 대하여 責任을 져야 할 것⁽¹⁴⁾이므로 代表理事의 業務執行에 관하여 파악하고, 그것이 適法하고 妥當하게 이루어지고 있는가를 監督할 義務가 있다.

理事의 監督義務는 代表理事의 業務執行이 理事會에 상정된 사항에 한정되는나는 문제가 제기된다. 株式會社의 業務執行에 관한 事項은 理事會의 決議를 거치도록 되어 있고(商 393조 1항), 따라서 業務執行權이 없는 理事는 理事會를 통해서 제안된 사항에 대해서 審議하여 決議하게 되므로 그 理事는 理事會에 상정된 사항에 대해서만 監視義務를 진다고 풀이할 수도 있다.⁽¹⁵⁾ 그러나 理事는 善良한 管理者의 注意로써 理事의 職務執行을 監督할 義務가 있으므로⁽¹⁶⁾ 代表理事의 業務執行 전반에 미치는 것으로 보아야 할 것이다.⁽¹⁷⁾ 그러므로 代表理事의 業務執行이 違法하거나 妥當하지 않다고 의심할만한 사유가 있는 때에는 그것이 어떠한 사항이든 理事會를 통해서 代表理事로 하여금 그에 관한 會計帳簿를 비롯한 각종의 資料를 제출하거나, 報告하도록 하고, 잘못이 있을 때에는 이를 시정하도록 촉구해야 할 義務가 있다 할 것이다. 따라서 理事가 善良한 管理者의 注意義務를 다하여 會社의 이익을 위하여 가장 적합하다고 믿은 방법에 따라 通常의 신중한 사람이 같은 地位에서 비슷한 상황에서 기울이게 될 注意를 다하여 그 監督權을 행사하였으면 비록 代表理事의 業務執行이 違法·不當한 것이었다 하더라도 그 責任을 지는 것은 아니다.⁽¹⁸⁾ 다시 말하면 理事는 代表理事 또는 業務擔當理事의 不正行爲에 대하여는 理事가 그 行爲에 참여하거나 상당한 注意를 다하여 그 監督權을 행사하지 아니한 경우에 會社에 대하여 損害賠償責任을 지게 된다.⁽¹⁹⁾

이와 같이 理事가 業務執行의 監督義務를 게을리함으로써 지게 되는 損害賠償責任은 任

(14) Henn-Alexander, *op. cit.*, p. 564.

(15) 金文煥, 前掲論文, 151면.

(16) Henn-Alexander, *op. cit.*, p. 572.

(17) 日最判, 1973(昭 48). 5.22. 民集 27卷 5號, 655면. 「株式會社의 理事會는 會社의 業務執行에 관하여 監査할 地位에 있으므로 理事會를 구성하는 理事는 會社에 대하여 理事會에 上程된 사항에 대해서만 監視하는 데 그치는 것이 아니라 代表理事의 業務執行一般에 관하여 이를 監視하고, 필요가 있으면, 理事會를 스스로 召集하거나 또는 召集을 요구하여 理事會를 통하여 業務執行이 適正하게 행해지도록 하여야 할 職務를 가지고 있다고 풀이한다」라고 判示하고 있다.

(18) 美國의 Model Bus. Corp. Act Sect. 35 Ⅱ. 참조.

(19) Henn-Alexander, *op. cit.*, p. 572 note 6. *Fransis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A. 2d 814 (1981).

務懈怠로 말미암은 것이므로 債務不履行으로 인한 責任으로써 過失責任이고, 따라서 會社가 過失이 있는 때에는 理事는 過失相計를 주장할 수 있다고 할 것이다(民 396조 참조).

III. 判決에 대한 批判

(1) 이 사건 大法院判決은 대명모방(株)에서 加工製造한 毛織物의 일부만을 稅務申告하여 物品稅 또는 織物類稅를 납입하고, 나머지에 대하여는 전혀 申告하지 아니한 사실이 드러남으로써 追加課稅로 추정된 금액을 代表理事는 물론 理事와 監事가 그 義務違反을 이유로 連帶하여 賠償責任이 있음을 인정한 것이다.

代表理事는 會社를 代表하고 會社의 營業에 관하여 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限을 가지고 있는 者(商 389조, 209조)로서 그 會社가 加工製造한 織物類에 대하여 稅務當局에 精確하게 申告하여 소정의 稅金을 納入하도록 하여야 할 義務를 지고 있다. 그러므로 이러한 代表理事가 그 申告를 게을리함으로써 會社가 追加課稅로 損害를 입은 경우에 그 不申告가 理事會의 決議에 의한 것이라면 代表理事는 물론 그 決議에 참가하여 반대하지 아니한 理事들이 連帶責任을 지는 것은 당연하다(商 399조).

(2) 이 사건에서 業務執行權이 없는 理事로서 會社의 脫稅事實을 알고 있었거나 또는 알 수 있었음에도 불구하고 代表理事에게 그것의 시정을 촉구하지 아니하고 방관한 때에 그 理事가 會社에 대하여 損害賠償責任을 질 것이냐는 의문이 있다. 이것은 오늘날 去來의 실정에서 모든 事業者가 정직하게 稅務申告를 하고 있는 企業風土가 조성되어 있느냐는 문제와도 연관된다고 본다. 그러나 去來界의 실정이 어떠한 脫稅는 違法行爲이고 이것의 시정은 촉구되어야 하는 것이다. 그러므로 稅務申告에 관한 사항이 理事會에 상정되지 않았다 하더라도 理事는 代表理事의 業務執行에 대하여 監督할 수 있는 權限이 있으므로 代表理事가 稅務申告를 精確하게 하지 않고 있음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 理事會를 통해서 시정하도록 촉구하여야 할 義務가 있다 할 것이다. 그러므로 이 사건에서 大法院이 理事의 監督義務가 理事會에 상정된 사항에 한하지 않고 代表理事의 전반적인 業務執行에 미치는 것이고, 따라서 業務擔當理事의 業務執行이 違法하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 理事가 監督義務를 위반하여 이를 방치함으로써 생긴 會社의 損害에 대한 賠償責任을 인정한 것은 옳다고 할 것이다.

(3) 이 사건에서 문제가 되고 있는 것은 稅務官署에 의한 追加課稅處分된 것이 잘못이고, 會社가 이에 不服하여 違法한 課稅處分에 대하여 다투지 아니한 것은 會社의 過失이 아니냐는 점에 있다. 1969. 12. 31까지 시행하던 物品稅法 제 2조 1항 제 3종 3류 3호에서는 혼방사의 경우 毛 또는 半製毛와 기타 섬유를 혼방한 비율이 기타의 섬유와 같거나 보다 낮은, 즉 혼방비율이 50% 이하인 것에 한하여 物品稅課稅對象으로 삼고 있고, 原告들은 그 혼방사의 비율이 그보다 높아 課稅對象이 아니라고 주장하고 있다. 따라서 追加課稅가 告知된 당시의 會社의 代表理事가 그 사실을 주장하여 行政訴訟을 제기하여 다투었다라면

그 課稅處分이 취소되거나 대폭 감소될 수 있었을 상황이 있는 경우에는 會社가 이를 계을리하였다면 이것은 會社의 過失이라 할 것이다. 이 사건 大法院判決은 바로 이 점을 지적하여 일부 被告들의 過失相計 주장을 배척한 것이 違法하다는 이유를 들어 그 부분만을 깨고 原審에 되돌려 보내고 있는데, 이것은 理事의 任務懈怠로 인한 損害賠償責任이 過失責任이므로 會社의 過失을 참작하여 相計할 수 있도록 한 것은 論理上 당연하다 할 것이다.

(4) 마지막으로 이 사건 大法院判決은 理事 또는 監事의 任務懈怠로 인한 會社에 대한 損害賠償責任은 委任關係로 인한 債務不履行責任으로 인정하여 그 債權의 消滅時效期間을 一般債務와 같이 10년으로 본 것은 그 賠償責任의 성질상 당연한 것이라 할 수 있다.

(5) 요컨대 이 大法院判決은 善良한 管理者의 注意로써 그 職務를 수행해야 할 理事가 理事會를 통하여 代表理事의 業務執行에 관한 監督權을 행사하여 違法한 業務執行을 시정하도록 하지 아니함으로써 會社가 입은 損害에 대하여 賠償責任이 있음을 인정한 것으로 매우 뜻있는 判例라 할 것이다.