

株式會社의 監事權限의 強化

全 秉 翼

The Study of Intensification of the Auditor's Jurisdiction in Stock Corporation

Jun Byung-Ik

目 次	
1. 序 言	3. 現行商法上の 監事制度의 問題點
2. 監事制度의 沿革의 考察과 韓國企業의 特性	4. 監事制度에 대한 立法論的 試案
	5. 結 言

Abstract

In modern stock-corporation the problems of the auditor are related not only to defects in conducting the auditorial system but also to the over-all management organization of stock-corporation and the foundation of stock-corporation

In this paper, the author attempted to find out the ways of efficient audit. In order to achieve the purpose, the author

- 1) inquired into the historical background of auditorial system.
- 2) described the characteristics of korean enterprizes to find an appropriate way of auditorial system for korean enterprizes.
- 3) presented the problems of the commercial code in forces,
- 4) emphasized securing the independence of the auditor, and on top of it, make a legislatieve attempt to reinforce the jurisdiction of the auditor for the purpose of rationalization of mangement of stock-corporation.

I. 序 言

株式會社는 一般大衆으로부터 多額의 資本을 集中하여 그 資本으로서 一定의 營利事業을 행

하여 이 事業에서 얻은 利益을 出資者인 株主에게 分配하는 것을 目的으로 하는 團體이다. 株式會社에 있어서 가장 重要한 課題는, 첫째로 資本調達의 문제, 둘째로 機關에 관한 문제, 셋째로 株主의 地位에 관한 문제로 要約할 수 있다. 여기서 취급하는 監事制度에 관한 것은 機關에 관한 문제중의 하나이다.

法은 株式會社의 機關으로서 意思決定機關인 株主總會, 業務執行機關으로서 理事會 및 代表理事, 監查機關으로서 監事를 設定하고, 各 機關에 그 기능을 발휘할 것을 期待하였으나 現實은 法の 기대에 反하여 機關 相互의 힘의 균형이 파괴되고, 實際上的 權力은 代表理事에 集中되고 있다. 즉 株主總會의 「觀客 없는 희극화」, 理事會의 虛構性, 監事는 代表理事에 감시 당하고 있는 충실한 代表理事의 호위병이었다. 이같은 현실은 不得已한 것이고, 立法上的 어떠한 措置를 하더라도 불가피한 것이라고 反論을 提起하는 사람도 있겠지만, 現代資本主義社會가 발달함에 따라 企業이 個人企業에서 共同企業으로 그 규모가 擴大되고 복잡해짐에 따라 그 企業活動의 適否에 관해서 利害關係가 있는 者가 多方面에 걸쳐게 된다.¹⁾ 따라서, 機關相互間의 힘의 不均衡에 의한 弊害를 방관하기보다 주어진 現實의 立法의 趣旨를 確固히 하고 機關相互間의 힘의 균형에 의한 合理化를 도모하는 것이 立法論적으로 바람직한 일이다.

理事(代表理事)에 대한 監督은²⁾ 內部的 監督과 外部的 監督으로 분류되고 內部的 監督은 自治的인 것으로 ①株主總會 ②監事 ③檢査人 ④株主의 救濟的 權利 ⑤理事會등의 監督 등이 있고, 外部的 監督으로는 強制的인 것으로 ①公認會計士 ②法院의 選任에 의한 檢査人 ③法院 ④行政官廳 등의 監督이 있다. 그러나 여러 가지의 監督은 各各 그 機能을 발휘하겠으나, 監查의 效率性을 보장하기위 하여는 監事에 의한 監督 즉 監查에 의하는 것이 가장 적절함을 是認해 왔다.

現行商法은 理事會制度의 채용과 함께 종래 依用商法上的 株式會社의 運營組織을 再編成하고 그 權限을 재조정하였다. 이 가운데 株式會社의 監查機關으로서 監事를 必要常設的 機關으로 의연 存續시키면서 그 權限은 會計監查權에 局限하였다. 오늘날 監事制度의 運營實情을 보면 監查機能을 會計監查로 集約化하여 그 實効성과 能率性을 보장하려는 法の 期待와는 달리 株式會社의 監事는 依用商法上的 監查役과 같이 단순히 法律的 要求를 충족시키기 위한 形式的인 기관에 불과하다는 비난을 면할 수 없을 정도로 그 機能이 有名無實化하였을 뿐아니라, 日本商法の 再版이라는 酷評을 받게 되었다.³⁾ 이와 같이 自治的 監督機關인 監事에 의한 監查機能이 法이 期待하는 具體的 效果로 거둘 수 없었다는 것은 結果적으로 對外的인 會社의 不信을 助長하는 結果가 된 것이다.

그러나, 重要한 것은 立法이 그 實効를 거두기 위하여는 무엇보다 그 나라의 歷史的 要因과 經濟的 特殊性을 감안하여 制度的으로 보장될 수 있는 法の 正비가 수반되어야 할 것이다. 따라서 本稿는 現行商法上的 監查機關인 監事制度의 強化에 의한 企業組織의 正常化에 目的을 두고 ①監事制度의 成立過程을 沿革的으로 考察하고 나아가 우리 나라의 株式會社가 지니고 있는 企業의 特殊性을 파악하며, ②現行商法上的 문제점을 열거하면서 現行商法上的 올바른 監事制度를 위한, 試案을 모색하려 한다. 여기서 株式會社는 大規模會社를 對象으로 하고 있다. 어느

1) 野島四郎: 最新監查論(中央經濟社, 東京, 1961), 18面~19面

2) 中村一彦: 經營支配의 法的研究(評論社, 東京, 1961) 146面.

여기서 監督은 理事의 業務執行에 대한 독려 감시 내관 責任追窮등 광범위하게 포함하고 있다.

3) 孫殊璜: 「株式會社의 몇가지 問題點」, (劉錫旭博士 古稀紀念論文集), 20面.

崔基元: 「독일株度法과 韓國商法の 問題點」(法典月報, 1967. 6), 23面.

정도가 大規模會社인가 하는 것은 形式的으로 資本金을 기준으로 하여야 할 것이나, 實質的으로 大衆株主를 포용하고 있는 會社라야 한다.

Ⅱ. 監事制度的 沿革的 考察과 企業의 特殊性

(1) 沿革的 考察

監査의 機能이 발생하게 된 것은 어떠한 職務에 있어서 指令하는 者와 指令을 받는 者가 存在하고 그 職務의 委任 또는 分擔의 관계가 발생할 때이다. 즉 主人이 下位의 補助者에 委任關係가 발생할 때, 그 補助者는 주어진 業務를 誠實히 行하여 수시로 結果를 計數的으로 명확히 하여 그 승인을 구하고 信任을 받아야 할 것이고 또 主人으로도, 그 일에 指導監督上 남득이 될 때까지 吟味檢討해야 할 경우이다.⁴⁾ 이렇게 自然的으로 태동한 監査는 企業以前의 生業 또는 家業에서 企業의 단계로 발전한 것이다.

英美의 株式會社도 大陸法系의 株式會社와 같이 和蘭의 東印度會社를 그 起源으로 하고 있으며 英美會社의 理事會 역시 Verwaltungsrat(相談役)로부터 발전한 것이다. 즉, 1623년에 更新된 特許狀으로 會社組織이 약간 民主化됨에 따라 設定된 和蘭會社에 있어서의 主要出資者會(Hauptparticipiten: 大株主會)는 當初에는 理事의 選任, 決算書類의 承認, 그리고 利益配當의 決定 以外에 理事의 業務執行에 대한 監督 및 承認의 權限을 가졌었다. 따라서 그것은 오늘날의 株主總會 겸 理事會(독일에서는 株主總會 겸 監事會)의 任務를 遂行하였다고 볼 수 있다. 그러나, 18세기의 「自由와 平等」思想의 영향 아래, 最高機關으로서의 株主總會가 생기고 一般株主들까지 이에 參加하게 되자 主要出資者會는 理事의 常設的 顧問으로서 會社의 經營에 관해서 監督 및 承認의 權限을 가진 Verwaltungsrat(相談役·經營管理會)가 되었으니 이는 물론 大株主의 利益代表機關이었다. 그 후 이것은(主要出資者會) 株主總會의 權限이 擴大됨에 따라 總會에서 選任되며 業務執行에의 協力을 第一次의 任務, 그 監督을 第二次의 任務로 하는 理事의 常設的 顧問으로서 그대로 存續하였다.⁵⁾ 그리고, 이 Verwaltungsrat가 英美에 있어서는 會社의 重役과 合同하여 理事會가 되고, 독일에서는 監事會(Aufsichtsrat)가 된 것이다.⁶⁾ 즉 英美에 있어서는 當初부터 理事會가 執行機關과 監督機關의 統合體로서 兩機能을 발휘하였고 會社의 機關으로는 理事會와 株主總會가 있을 뿐이다. 그러나 독일에서는 近代民主主義의 政治思想과 結合하여 株式會社의 「三權分立制度」를 確立하여 執行機關과 監督機關으로 분리하였다. 즉 會社의 기관은 株主總會, 理事會, 監事會로 構成되었다. 그러나, 監査機能에 대한 英美法系와 大陸法系의 差異는 理事會에 있느냐 監事會에 있느냐의 차이밖에 없고, 本質的 差異가 있는 것은 아니었다.⁷⁾

우리 나라 會社法의 發展過程을 보면 從來 裸負商을 監督하기 위한 1883년의 官設 惠商公局과 이를 개편한 1885년의 商理局이 있고, 1890년의 客主商法會社가 商法以前에 存續하였다. 이때 惠商公局의 節目(定款)에 의한 組織을 보면, 本局에 當上官과 監務官을 두고 監務官은 財務를

4) 山崎忠恕: 監査制度の 展開, (有斐閣, 東京, 1961), 2面.

5) 大偶建一郎: 株式會社法の 變遷論, (有斐閣, 東京, 1959) 11面, 226面.

6) 山村忠平: 「監事制度」(株式會社法講座, (有斐閣, 東京, 1958 3권), 1177面.

7) 山城章: 「監査役·會計監査役公認會計士」, (會計 六七卷 六號).

檢案·成帖해야 하고 公事(總會)에서 當上官이 每朔 都會計(決算)를 하였다.⁸⁾

이상과 같이 우리 나라에 있어서의 商法以前에도 會社의 機關만은 形式的으로 三機關으로 分
화되었다. 그 후, 1910년 韓日合併에 의한 朝鮮會社令이 발표되어⁹⁾ 日本商法이 使用되고 1963
년 新商法이 施行되었다.

(2) 韓國企業經營의 特殊性

韓國企業經營의 發展過程을 開化期, 收奪期, 混亂期, 再建復興期, 開發期, 躍進準備期로 나
누어 各段階마다 時代의 特性을 들 수 있다.¹⁰⁾ 그러나, 躍進準備期間인 1970년에 있어서 모든
企業이 近代的인 經營改善이 最善을 다하고 있다 할지라도 非近代的이고 非正常的인 後進性은
그대로 溫存하고 있다. 따라서 우리 나라의 企業經營의 몇가지 特殊性을 살펴 보고자 한다.

첫째, 韓國企業經營의 歷史的 基盤이 너무나 日淺하다는 것이다. 朝鮮王朝의 六矣塵이나 樞
負商에 의한 政治와 結탁된 特權的인 商業經營形態를 이룩하다가 1876년 開港以後부터 1945년
解放이 될 때까지 日本에 의한 植民地的 經營이 되어 있던 것이다.¹¹⁾ 이 結果 韓國의 企業經營
은 半封建的·植民主義的인 後進性을 벗어나지 못한 취약한 經營의 地盤을 形成하였던 것이다.
뿐만 아니라, 1945년 解放 當時 韓國經濟構造의 實態는 民族資本의 劣弱, 產業構造의 不均衡,
企業의 非近代化 등으로 나타났다.¹²⁾ 그리고 6.25 動亂으로 말미암아 企業經營에 필요한 人的
資源과 物的 資源은 거의 완전히 파괴되고 말았다. 그러다가 1950년에 와서 韓國企業들의 復舊
에 餘念이 없었던 時代가 되었고, 동시에 企業經營의 始發이 되었다가 1960년에 와서야 비로소
企業經營으로 발전할 수 있는 土境을 만들었다.

이상과 같은 韓國企業의 歷史的 日淺性은 民族資本의 결여, 科學技術의 未發達, 經營에 필요
한 人的 資源의 결여등의 結果를 초래하였다.

둘째, 經營者의 意識構造는 대부분 非近代的 社會責任 물각의 성격을 벗어나지 못하고 있다
는 것이다.

우리 나라의 企業成長은 能動的인 經營 技術을 바탕으로 그 기반을 구축한 것이 아니라, 政
治的·社會的인 영향 아래에서 그 成長基盤을 확립하였다. 1960년대까지의 資本蓄積過程을 보
면, 特惠性, 官僚性, 腐敗性을 잉태시킨 要因이 되었다.¹³⁾

이때의 企業經營의 特性은 ①商業資本으로서 流動資本의 대부분을 原資材入手過程에서 購買
利得을 取하고 製品販賣過程에서 最大限의 販賣利得을 取하였다. ②韓國資本은 陽性的인 것이

8) 韓治勛: 韓國開港期の 商業研究 (一潮閣·서울, 1970) 153面.

이때의 會社는 商會, 商事, 會社, 商會社등의 名칭이 혼용되고 「統社營商」한다는 의미의 內容을 가졌다.
(韓治勛: 上揭書 212面).

9) 會計設立에 대한 許可制度를 內容으로 하는 統督府令이 곧 朝鮮 會社令이다. 이 令은 1910년 12월에 公
布되어 1911년 1월 1일에 施行되었다. 1920년 4월 1일에 폐지 되었다.

10) 黃大錫: 韓國企業經營論(世英社, 서울, 1976), 11面—112面.
韓國企業經營의 發展過程을 開化期(1876—1910) 收奪期(1910—1945) 混亂期(1945—1950. 6. 25)
再建復興期(1950末까지), 開港期(1960년대), 躍進準備期(1970년대)로, 나누고 있다.

11) 宋基澈: 韓國企業 經營史(高大 經營新聞 1972년 3월 1日字).

12) 韓國產業銀行調查部: 「韓國經濟의 特殊性」(國韓產業經濟十年史, 1955, 서울), 4面.

13) 黃大錫: 前揭書, 62面.

못되고 陰性的인 것이다. ③韓國의 企業은 非協同的이다. ④韓國資本은 長期投資를 피하고 短期投資에 集中하고 있다.¹⁴⁾ 따라서 이러한 狀態에서 經營者의 意識은 ①利潤追求를 經營外的인 特惠에 依存하는 傾向을 버리지 못하고 ②自己個人的 利益을 위하여 勞動者의 利益 또는 消費者의 利益을 등한시하고, ③問題解決의 方法을 社會的인 환경 즉 政治的 내지 不當한 手段에 의한 解決을 모색하려고 하며, ④制度的 管理(Constitutional management)는 自己의 心理的 動機 즉 經驗事例에 의하여 배척하여 왔다.¹⁵⁾ 이 結果 企業經營人은 企業人의 社會的 責任을 인식하지 못하고 家族會社를 固守하고 唯我獨尊格인 것이 되어 企業은 망해도 企業主은 망하지 않는다는 非倫理的 現象을 낳게 했다.¹⁶⁾

세째로, 韓國企業들은 閉鎖的인 非公開形態를 지속하고 있다. 企業의 體質改善과 經營合理化가 유지되기 위하여는 公開經營으로 전환되어야 한다. 그러나 ①傳統的 血緣的 家族主義的인 思考方式이 뿌리깊게 박혀 있는 韓國企業은 企業이 社會的인 機關으로 보지 않고 오로지 個人生活의 연장으로 생각하는 傾向이 있다, ②企業經營이 不正, 脫稅 不當經費支出등으로 公開하기 어려운 非正常的 要因이 많으므로 公開經營을 기피하였다. ③해방이후 社會的인 혼란 속에서 쌓든 不信思潮가 企業經營의 閉鎖性을 促進하여 왔다. ④그 以外에 稅制上의 理由, 證券시장의 未發達등으로 企業의 非公開性을 가속하여 왔다.¹⁷⁾ 이 結果 企業經營은 特權層이 누리는 特權이며 그들만이 가지는 職業이며 世襲的 經營으로 變質하였다.¹⁸⁾ 뿐만아니라 「個人中心의 運營體制에서 組織中心으로」라는 現代 經營의 상식과는 달리 企業經營은 엄격한 一人統治에 의한 명령과 복종만이 있을 뿐이다.

네째로 企業家는 貨幣的 極大化에만 급급하였다. 그러나 오늘날 美國의 諸會社가 貨幣的 極大化의 原則을 修正하고 會社의 永續性 地域社會와의 關係 또는 公共的 責任을 고려하고 있음에¹⁹⁾ 비추어 反省해야 할 문제로서 지적해야 된다.

企業은 相當한 貨幣的 所得에 의하여 家族의 安定, 威信 및 여러가지의 社會權力의 可能性을 부여해 줄수 있는 機會, 특히 家族企業에 있어서 그 可能性이 많기때문에 先進國이나 後進國이나를 막론하고 家族의 動機로 인한 貨幣的 利益追求의 動機가 強力히 作用하고 있음을 부인할수 없다. 특히 企業의 經營과 資本이 分離되지 못한 家族企業이 支配的인 韓國의 企業에 있어서 是家族의 安定 威信 및 社會的 權力의 手段으로서 貨幣的 追求의 動機가 強力히 作用하고 있다.²⁰⁾

다섯째로, 財務構造上의 脆弱性이 있다.

우리나라의 企業은 그 形成過程에서 財務構造上의 여러가지 脆弱性이 있다. 즉 ①他人資本이 自己資本의 三倍가 되어 依他的 企業을 育成시키는 계기가 되었고 ②過대한 施設投資 내지는 不動產投資로서 正常的인 事業經營外의 利得을 노리고 있고, ③財務比率에 있어서 流動資產의 比率이 점차 弱화되고 있다는 것은 企業의 自立도가 弱화되고 심지어 不實企業의 溫床이

14) 成昌煥: 「韓國資本의 性格」, (思想界, 1961. 4月號), 21面.

15) 李炳泰: 「株式會社의 理事會制度에 대한 考察」(法曹(法曹協會發行) 21卷 4號), 6面.

16) 韓國生產性本部: 産業 및 經營의 合理化의 實態와 展望 (1968년), 70面.

17) 黃大錫: 前揭書, 98—99面.

18) 金達炫: 「韓國經濟發展의 要因分析」(韓國近代化에 있어서의 後進的 要因, 經理대 부설 후진사회문제연구소, 1968), 23面.

19) 朴在成: 「韓國의 企業家行態의 研究」(論文集 第7卷, 漢陽大學校, 1973), 276面.

20) 朴在成: 前揭書, 277面.

되고 있고 ④ 自己資本의 利得率이 낮다는 것은 그것이 銀行金利만도 못하기 때문에 企業의 成長과 株式投資를 沮害하고 있다.²¹⁾ 이 結果 企業家의 依他性에 의한 資本管理는 방종이나 不正方法만을 모색하는 結果가 될 것이다.

여섯째로, 企業會計制度의 未確立에 있다. 企業會計制度의 確立은 企業의 成果分析을 통한 經營合理化에 그 目的을 둔다. 그러나 우리나라의 企業은 家計와 經營이 分離되지 못한 業體의 數는 全體의 50%를 상회하고 있다.²²⁾ 이러한 현상은 ① 企業의 成長期間이 短時日이었으므로 企業會計에 대한 認識이 不足하고 ② 經營外的인 利得과 費用을 公開하기 싫어하고 ③ 稅務上意識의 經營內容을 철저히 은폐하는 것등에 기인한다. 이 結果 企業은 그 資産의 精確한 파악이나 經營成果의 分析이 不可能하며 이에따른 經營合理化를 구상하기 어렵다. 他面 外部에서 企業經營을 豫知할수 없고 企業不信 思潮만 造成하여 왔다.²³⁾

이상과 같이 우리나라의 企業의 特殊性으로 인하여 一部の 企業人들은 그 存立基盤으로서의 社會經濟的인 利益增進에의 기여를 意識하지 못하고 있으며, 나아가 公正한 경쟁질서 아래 새로운 經營方式의 導入이나 原價節減을 통한 利潤의 增大와 消費者의 利益을 배려한 需要의 增大보다는 經營外的인 不正한 方法에 의한 利益追求에 흐르는 傾向이 있다. 뿐만아니라 經營上의 資本調達(自己資本에 依한)보다는 經營上의 不振을 政府支援의 要求나 特惠의 획득 및 消費者의 희생에 의하며 극복하려는 태도가 強力히 溫存하고 있다.

現代 株式會社의 社會的 意義는, ① 옛날같이 利潤極大化만을 目標로 하지 않는다. ② 經營方法이 科學化 되어 있다. ③ 企業活動의 目標로서 株主의 利益만이 아니고 從業員의 生活를 保障한다. ④ 企業이 位置하고 있는 地域社會의 복지를 重視한다는 理論으로 발전하였다.²⁴⁾ 따라서 企業이라 하더라도 利潤追求至上主義에서 탈피하여 人間의 복지증진을 위한 투철한 使命感을 가져야 할 것이다.

Ⅲ. 現行商法上の 監事制度의 問題點

(1) 序

監事(Aufsichtsrat, Auditor)라 함은 會社의 會計監査를 任務로 하는 株式會社의 必要的 常設機關이다.¹⁾

現行商法은 英美法上の 理事會制度의 導入으로 인한 業務執行의 權限을 擴大하였다. 그것은 中래의 大陸法系에 忠實하였던 依用商法上の 會社管理體制에 획기적인 變혁이었다. 依用商法은 會社의 最高意思를 決定하는 株主總會, 그 意思決定에 따라 會社의 業務를 執行하는 理事(代表理事), 그리고 理事의 業務執行과 會計를 監査하는 監事등의 三機關이 併立하여 相互的인 牽制와 調和를 함으로써 會社의 經營合理化를 期待하였다. 그러나 企業이 大規模化되고 大資本化하여

21) 李炳泰：前揭書，8面—11面.

22) 中小企業協同中央會：中小企業協同組合十年誌(1972(서울))，78面~79面.

23) 李炳泰：前揭書，11面~12面.

24) 朴在成：前揭書，278面.

1) 徐燦珪：商法講義(法文社，서울，1970)，370面.

株式分散의 現象이 나타남에 따라 株主의 質的 量的 變化를 招來하였다. 즉 企業의 所有者인 株主는 實際로 企業者가 아니고 단순한 債權者, 信用供與者 내지는 投資者로 변모했다.²⁾ 따라서 株主總會는 全株主의 意思의 合一을 要求하는 法的 期待와는 달리 代表理事가 提出한 原案 그대로 形式的으로 可決함에 불과하였다. 더구나 企業의 所有와 經營이 分離되지 않은 家族會社(一人會社)에 불과한 우리나라의 株式會社의 株主總會는 더욱 有名無實하다. 나아가, 監事도 理事의 業務執行에 대한 監査는 하지않고 計算書類에 대한 形式的 監査에만 그치고 株主總會에 대하여도 理事와 合同하며 會計에 관한 書類가 適法 또는 正確히 作成되었다는 것을 疎忽한 報告에 그쳐 監事의 無力함이 노출되고 있다.

따라서 現行商法은 有能한 數人의 理事의 知能과 經驗을 충당원, 總括함으로써 資本主義의 競爭에서 絶대로 필요한 企業의 創意性과 經營의 機動性 및 効率性을 確保하려는 目的에서 株主總會의 權限을 축소하고 監事의 權限을 會計監査에 국한하여 理事의 權限을 擴張하는 理事會制度를 도입하였다.³⁾ 그러나 이 制度의 實効性은 우리 經濟發展과 企業經營의 特殊性에 감안하여, 法이 期待하는 成果에 미치지 못하였고 나아가 그 制度의 導入過程에서 이를 수용할 經濟的 地盤도 形成되지 못하였다. 따라서 이 制度에서 기대한 經營의 機動性과 合理性보다는 여러가지 副作用만 가져 왔다. 즉 理事會는 慎重한 合議에 의한 業務執行보다는 代表理事를 「카리스마」로 翁립하고 業務監督을 代表理事의 無能과 不法을 合理化하는에 專念하였다. 뿐만 아니라 理事의 責任은 對內的으로 治外法權의 領域으로 되었기 때문에 新商法이 留意한 株主地位強化를 통한 株主保護는 期待할수 없는 現상이다. 물론 이러한 非倫理現象은 株式會社法 自體에도 未備點이 있겠으나 社會全般에 遵法精神의 풍토가 助成되지 않는 限 完全한 株式會社 運營의 正常化를 기대할수 없다고 본다.

2. 監事의 選任

監事는 株主總會에서 選任한다. (商409—1) 그 選任決議는 普通決議의 方法에 의하며 定款으로 定足數를 輕減 또는 排除하고 있을때는(商368) 그 決議方法에 의한다. 그런데 監事選任에 있어서 特殊한 것은 現行商法이 大株主의 議決權 濫用으로 인한 不公正한 監事의 選出을 방지하기 위하여 議決權行使를 制限하고 있다(商401)⁴⁾

監事는 原則的으로 株主總會에서 選任되므로 理事와 同一한 地位에서 獨立性이 보장된 것 같다. 그러나 商法上的 監事選任에 관하여는 理事選任의 경우와는 달리 決議定足數에 대한 制限(商384)이 없는데다가, 大株主는 家族이나 使用人등에 分散시켜 議決權을 行使케 하거나 또는 議決權 代理行使로⁵⁾ 인한 株式分散으로 行使할수도 있다. 또 아무리 監事選任에 있어서 法이 期待하는 바 대로 株主總會에서 選任되었다 하더라도 監事의 解任과 報酬에 관하여 大株主가 좌우할 수 있으므로(商415 385 388) 監事는 大株主 또는 理事에 대한 從屬性내지 地位의 不安全性을 면하지 못하고 있다. 實際株式會社의 運營에 있어서도 多少例外는 있다 하더라도 다음과 같은 條件에서 選任된다. 즉 ① 理事會의 意中人物을 選任하여 株主總

2) 志津田氏治: 商法의 理論(日本評論新聞社, 東京, 196), 15面~16面.

3) 徐燦珪: 商法研究(法文社, 서울, 1962), 105面~120面.

4) 朴元善: 商法概論(修學社, 서울, 1974), 179面.

5) 大森忠夫: 「議決權」(株式會社法講座 第二卷, 有斐閣, 東京, 1958), 1919面~1920面.

會에서 選任케 한다. ② 古參理事의 生活費補助나 配置에 當한 나머지 優待의 뜻으로 ③ 會社의 선전 目的에 의한 社會 著名人을 채용하는 것 ④ 勢力 있는 理事의 연고자 ⑤ 商法上 株式會社의 必要常設機關임을 감안하여 形式的으로 선임하는 것 등으로⁶⁾ 選任當初부터 監事로서 監査機能을 발휘할 수 없도록 實제상 制約을 하고 있으므로 監事의 弱體 또는 有名無實하다는 비판을 면치 못한다. 또 監事의 候補者를 定하는 것도 理事會다(實은 代表理事 또는 大株主). 理事會以外的 者가 法的으로 監事候補者를 選定할 수 없는 것은 아니나, 그 者가 株主總會에서 監事를 選任되는 것은 거의 不可能하다. 따라서 理事會의 意中에 있는 者라야 監사가 된다. 이 結果 監査하는 者가 監査받는 者에 地位가 좌우되고 身分上 監視받는 立場에 있다.⁷⁾

現行法上 監사가 되기 위한 資格에 특별한 規定이 없다. 現代株式會社의 監査의 目的은 企業 財產의 保存의 目的, 信用의 目的, 投資家의 保護를 위한 目的 등으로 擴大發展하였다.⁸⁾ 그런데 現行商法上 監事에 대한 資格要件에 대한 規定이 없으므로 會計監査의 對象이 되는 會計業務에 全然 知識과 經驗이 없는 者가 많다. 따라서 理事가 提出한 財務書類 즉 貸借對照表 財產目錄 損益計算書 利益處分案등을 열람 또는 監査하여도 그 正否 및 適否에 관한 判斷을 내릴 수 없기 때문에 現行法上의 監事의 監査가 形式化함은 當然하다 할 것이다.

監事의 選任에 있어서도 議決權制限規定은 國內學者의 批判이⁹⁾ 많으나 大株主의 意思대로 監事が 選出됨을 防止하기 위한 것으로 해석된다. 그러나 實際에 있어서는 大株主의 專橫과 株主總會의 無力化로 少數株主에 의한 監事의 選任은 期待할 수 없다 하겠다.

3) 監事의 任期와 員數

監事의 任期는 一年을 초과하지 못한다(商409). 그 立法의 理由로는 監事의 權限이 會計監査에 限定되고, 信任投票의 機會를 많이 부여함으로써 株主保護에 力點을 두었기 때문이다.¹⁰⁾ 즉 그 職務가 決算期의 計算書類를 중심으로 한 會計監査에 限定하고 있기 때문에 商法上의 最長期 決算期間인 一年決算과 맞추기 위한 것이라 할 수 있다. 그러나 實際에 있어서는 株主總會의 無機能化로 인한 監事의 信任投票의 效果를 거둘 수 없고, 理事의 二年 任期에 대한 監事의 任期를 一年으로 하는 法律規定은 벌써 監事보다는 理事의 地位를 優先 시키는 結果가 되고¹¹⁾ 또 一年간의 監事의 任期로는 복잡한 營業活動에 대한 충분한 經驗監査¹²⁾를 期待하기 곤란하다. 뿐만 아니라 理事의 任期는 2年이고 監事의 任期가 一年이므로 監事의 行動이 理事의 意中에 맞지 않을 때에는 任期中 언제라도 株主總會의 特別決議로 해임시킬 수도 있다(商410 商385). 이와 같은 解任條項은 監事選任에 있어서의 議決權制限에 관한 規定(商410)의 大株主 意思대로 監事が 選任되는 것을 방지 하기 위한 立法의 理由와 이율배반적인 것이 되므로 監事選任의 獨立性이나 監査忠實을 期한다는 것은 기대하기 곤란하다.

6) 姜永福: 「韓國會計監査制度의 改善方向」, (經濟論文集2卷 1號), 3面.

7) 上田明信: 「株式會社의 機關」, (法律時報 28卷 6號), 667面.

8) 可兒島俊雄: 現代監査制度論, (同文館, 東京, 1976), 20面.

9) 鄭熙喆: 「監事選任과 議決權制限」, (可法行政 4卷 5號, 1963), 45面.

10) 田中誠二, 吉永營助, 山村忠平: 全訂·コンメンタル會社法(勸草書房, 東京, 1964), 667面.

11) 會野和明: 「商法改正의 立法論的 展開」(商法改正의 動向と 基本問題, (會社實務協會編, 大版, 1961), 217面.

12) 監사가 經驗에 의한 監査를 하기 위하여는 相當한 期間을 要한다. 대개의 國家는 그 任期가 自動적으로 연기된다.

또 現行商法上 監事の 員數에는 制限(理事는 3人以上)이 없어 定款에 特別한 規定이 없으면 一人으로도 족하다.¹³⁾ 이것은 現行法이 理事의 人員數를 最低限 三人으로 한데 대하여 監事の 員數를 規定하지 않았다는 것은 監事の 監査가 企業上의 重要性을 몰각한 結果가 되고, 또 企業규모가 擴大되고 營業活動이 광범하게 되면 될수록 監事の 監査職務도 多様할뿐만 아니라 單數의 監事は 理事와 結托하여 不公正한 監査가 되기 쉽고 오류가 빈번함은 明確한 事實이다. 따라서 監事員數를 複數化해야 한다는 것을 주장하고 싶다.

4) 監事の 報酬와 監査費用

現行商法은 監事の 報酬에 관하여 理事의 경우와 같이 定款 또는 株主總會의 決議로서 정한다고 規定하고 있다(商415 商388). 이것은 監事에 대한 報酬에 대하여 會社로서 法定義務를 규정한 것이라 하겠다.¹⁴⁾ 元來 監事와 會社와의 去來關係는 委任에 관한 關係를 準용하므로 原則적으로 無償이다. 그러나 實際去來關係에서는 有償이다.¹⁵⁾ 따라서 一般的으로 監事の 報酬는 定款에 規定하는 것이 드물고 때에 따라서 株主總會에서 定하기로 되어 있다. 즉 株主總會에서 그 決議로 「役員報酬」라 해서 一括적으로 最高額만 決定하게 된다. 그리고 理事會에서 株主總會가 定한 最高額의 限度內에서 各理事 監事 등의 보수를 決定하게 된다. 따라서 監事の 報酬는 理事會 아니 代表理事의 意中如何에 따라 決定되므로 그 經濟的 獨立性도 미약하므로 監査의 忠實을 거둘 수 없음은 明白하다.

또 現代企業의 實狀을 파악하기 위하여는 상당한 時間과 費用이 필요하다. 그러나 現行商法上 監事에 대한 監査費用에 관한 規定이 없고 그 補助者에 대한 規定도 없다. 이러한 것은 現在의 監事가 形式化되어 있고 그 活動이 有名無實하기 때문에 監査費用에 관한 規定이 필요없을지 모른다. 바꾸어 말하면, 監査費用도 그 補助者도 없으니 監査의 充實은 커녕 形式的인 報告 調査에 그칠지도 모른다. 그러나 어떻게든 監査의 充實을 期하기 위하여는 監事에 충분한 費用과 補助者를 動員할 수 있는 措置가 필요하다.

5) 監事の 權限

監事の 權限은 會計監査단을 擔當한다. 이 權限은 法定權限이므로 定款 또는 株主總會에서 그 決議로 制限하거나 박탈할 수 없다.¹⁶⁾

監事は 元來 大陸法系에서 發展된 株式會社의 獨立인 監督機關이다. 따라서 原則적으로 株式會社의 全般的인 事項에 대하여 業務監査와 會計監査를 區別함이 없는 權限이었다.¹⁷⁾

依用商法에서는 독일법의 영향을 받아 會計監査權과 業務監査權을 가진 必要·常設機關이었다.¹⁸⁾ 그러나 實際에 있어서는 그의 法律上의 期待와는 달리 監査의 機能을 다할수 없는 無力하고 無能한 機關으로 전락하였다. 그 原因은 여러가지로 지적할 수 있겠지만 앞에서 논한바와

13) 徐燮珪: 「株式會社의 監事制度에 관한 基本 問題」(社會科學論集第五卷, 연세대학교, 1972), 275面.

우리나라의 株式會社의 監事の 組織實態를 보면 대개의 경우 1人으로 나타나고 있다.

14) 上田明信: 「株式會社의 機關」(注釋會社法(4) 有斐閣, 東京, 1968), 528面.

15) 金會漢: 安二溶: 「新債權法各論(下)」(法文社, 서울 1959), 503面.

16) 吳殷濟: 株式會社 實務知識(三信書籍, 서울, 1969), 261面.

18) 徐燮珪: 商法研究, 107面.

같이 ① 監事の 獨立性이 實質的으로 保障되지 않았다는 것 ② 企業의 株式分散의 未備로 小規模會社는 實質的으로 一人會社(家族會社)이었기 때문에 監事は 商業使用인과 같았고 또 大規模會社는 專門的 經營者가 養成되지 않았기 때문에 一次的으로 理事를 選出하고 2次的으로 監事를 選任하였기 때문에(專門的 企業經營人의 不足으로) 그 企業에 있어서 下位者가 監事로 選出된다. 따라서 監査의 機能이 無力함은 當然하다. ③ 監事の 資格과 員數에도 아무런 規定이 없으므로 商法上 形式的 監査를 間接적으로 容인하는 結果가 된다.

또 現行商法上의 立法過程에서는 ① 業務以外에 있는者가 業務監査를 한다는 것은 理論的 모순성이 있고 ② 業務監査의 會計監査는 그 性質이 다르므로 동시에 行할수 없다.¹⁸⁾ ③ 株式會社의 實際運用上 監事の 監査는 無力하였기 때문에 監事の 權限을 축소하여, 會計監査에 限定하였던 것이다.¹⁹⁾ 그러나 다음과 같은 比觀을 면치 못한다. 즉 첫째로, 業務에 關여하지 않는다고 하며 監査를 할 수 없다는 것은 抽象的 理論이며 오히려 監査의 性質上 業務에 關여하지 않는者가 그 業務執行의 適否를 판단함이 적절할 것이다. 둘째로, 業務監査와 會計監査가 그 性質이 다르다고 하나 實際에 있어서는 兩監査의 限界가 不明確하다.²¹⁾ 셋째로, 監査機關을 過去의 未備點을 補充하고 그 地位를 強化하기 보다는 依用商法上의 監事の 權限이 無力하였다는 罪過로 그 權限을 대폭축소시켜 監事制度自體를 포기 내지는 방임하는 立場은²²⁾ 理解하기 곤란하다. 또 現行商法은 業務執行의 監査와 會計監査를 別개의 領域으로(商412) 理解하고 있으나 여기서 일컫는 會計監査는 決算監査만을 의미하는 것이 아니라 監事は 常設機關으로서 日常의 會計에 關한 計數를 監査할 義務를 負擔하는 것이고 業務執行과 會計는 不可分의 因果關係가 있는 것이다. 그리고 依用商法上의 監事가 가졌던 業務監査權이 理事會의 權限으로 이양됨에 따라(依用商法 第235, 265, 277, 247, 380등), 이러한 事項의 決定權限을 當該理事와 밀접한 關係가 있는 동료들이나 商業使用人으로 構成되는 理事會에서 決定토록 한다는 것은 會社의 利益이나 株主의 利益을 沮害할 우려가 있다.

또 現行商法上의 監事は 會計監査을 위한 유일한 機關으로서 이들의 監査를 통한 年末決算을 株主總會의 承認으로 確立된다. 즉 理事는 定期總會日의 二週前에 決算書類를 作成하여 監事에게 提出해야 하며(商447) 總會의 一週前에 監事の 意見書를 呈부하며 決算書類를 備置해야 한다(商 448). 따라서 大小株式會社를 不問하고 監事は 一週內에 財産目錄 貸借對照表 등의 計算書類를 監査하여 그 意見書를 作成하며 株主總會에 그 意見을 진술하도록 되어있다(商 413) 一週間이라는 期間은 一人이나 少數인 監事로 構成된 會社로는 비록 專門的 能力을 가진 경우라 하더라도 복잡한 計算書類의 監査에 필요로 하는 準備期間으로 불충분한 것은 明確하다 아울러 그들의 監査기준은 千態萬象으로 監事の 實質的 機能을 찾을수 없게 되어있다. 따라서 監査期間을 연장하고 監査기준을 法定化해야 한다.

18) 車洛勳: 商法概論(上)(一潮閣, 서울, 1953), 345面.

19) 可兒島俊雄: 前掲書, 29面.

理事會의 監査와 監事の 監査는 그 性質上 다르다. 즉 前者는 指導監督의 의미를 가지고 後者는 適法性 違法性이 초점이 되고 있다.

20) 上田明信: 前掲書, 664面.

21) " " , 667面.

22) 崔基元: 「株式會社의 機關에 關한 研究」(經濟論文集 第7卷2號), 99面.

Ⅳ. 監事制度에 대한 立法論的 試案

1) 序

우리가 經濟生活을 영위함에 있어서 自己가 出資하고 經營하여 最末端의 일에 까지 一名의 補助者도 使用하지 않고 全的으로 自己自身에 의하여서만 처리되는 事業이 存在한다면 監査라는 職能이 發生하지 않을 것이다. 그러나 어떠한 職務에 있어서 指令하는 者와 指令을 받는 者가 存在한다면 監査의 職能을 必然的으로 나타난다. 이렇게 監査의 職能은 企業以前의 生業 또 家業에서 企業의 단계로 발전하였던 것이다.

株式會社의 企業經營에 대한 監査機關은 필요하고 常設的으로 存在하나, 그 監査의 職能이 有名無實하다는 批判을 앞에서 지적하였다. 이 현상은 私的企業에 있어서는 불가피한 것이라고 하여 無視할지 모르나 現代 株式會社의 公益의 見地에서나, 投資家의 保護를 위하여 實質上의 監査機關의 定立을 위한 立法的 措置가 필연적으로 요구된다. 그런데 理事會制度의 強化를 통하여 監査機能의 強化를 생각할수 있으나 우리나라의 企業의 特殊性으로 말미암아 監事制度의 強化에 의한 監査職能을 充實히 함이 法이 要求하는 株式會社의 企業組織의 正常化에 적합하다 하겠다.

2) 監事의 獨立性

監事が 不偏 公正하게 그 職能을 발휘함으로써 監査의 實効를 거두기 위하여는 監査人으로서 道德的 教養이 本質的 要素라 하겠지만 法律制度로서도 이를 위협하지 않고 不拘束 獨立의 立場에서 職務를 遂行할 수 있도록 被監査機關(業務執行 機關)에 監事의 獨立性이 保障되어야 한다. 現行商法은 앞에서 논한 바와 같이 선임, 資格, 해임, 보수등에 理事로 부터 獨立性이 결여되어 있다. 따라서 무엇보다 監査의 形式化와 監査의 有名無實함을 탈피하기 위하여는 그 身分上의 獨立을 보장하는 立法措置가 필요하다.

첫째, 少數株主權에 의한 監事派遣權을 認定해야 하겠다. 監査는 權限委任 또는 受托關係의 存在를 전제로 하고 上位者의 立場에서 下位者의 立場에 대한 職務上 行使되는 것이다. 株式會社의 業務執行機關에 대한 監査機關의 優位性은 監事制度가 17世紀 초엽 荷蘭의 東印度會社의 大株主會(Hauptparticipien) 즉 理事被任資格이 있는 主要出資者 代表로서 구성되는 委員會로 부터 轉化하여 온 것²⁾이라는 沿革과 함께 독일이 전통적으로 고수하고 있는 立場이다 또 英美法上 任員(officer)에 대한 理事會의 業務監督도 이 理論에 의한 것이다.³⁾

現行商法은 監事は 理事와 같이 株主總會에서 選任되며 監事は 會計監査로서 業務執行에 대한 計數的 結果에 대한 不正이나 誤謬를 적발하는 것에 그치므로 監事は 그 組織이나 機能面에서 業務執行機關에 대한 同位의 牽制機關이라고 해석해야 할 것이다. 그러나 立法的 理由와는

1) 中村一房：前掲書，153面～154面.

2) 大偶建一郎：前掲書，231面.

3) 大偶建一郎：「アメリカ會社法におはる取締役會」(英美會社法研究(有斐閣，東京，1950)，88面.

4) 朴元善：前掲書，179面.

5) 朴在成：前掲書，278面～288面.

달리 監事는 業務執行機關보다는 下位者에 있다는 것은 實際運營上 立證하고 있다.

現代株式會社는 企業集中에 依한 株式分散⁶⁾(企業公開에 對한 政府의 장려), 企業人의 社會的 責任의 高調⁷⁾ 監查對象의 변모⁸⁾에 따라 投機株主 및 投資株主의 保護에 力點을 ทุ่ม어 一般化되 었기 때문에, 監事의 中立과 業務執行機關으로 부터의 獨立性 내지는 上位層을 形成하여 名實 相符하는 監事機關이 필요하다.

따라서 少數株主에 의한 監事의 派遣은 ①現行商法上 監事選任에 있어서 大株主의 意思대로 監事가 選任되는 것을 防止하기 위한 議決權制限規定(商410條)의 立法의 理由와 相應하는 結果가 되고 ② 또 少數株主權을 가진 株主들에 의하여 選任되었으므로 理事들의 業務執行에 正當한 監查를 할 수 있고 ③ 소위 社外의 監事의 도입에 의한 理事의 業務執行을 監查케 하는 效果를 거둘 수 있다.⁹⁾

그러면 少數株主에 의한 監事派遣은 어떠한 方法으로 할 것인가. 現行商法上 發行株式總數의 100分의 3을 초과하는 株式을 가진 大株主의 監事選任에 대한 議決權制限은 大株主의 意思대로 監事가 選任되는 것을 防止함이다. 그러나 100分의 3에 대한 數的인 論理的 근거도 없고 資本的 多數決에 대한 例外를 合理化시킬 理論의 근거도 乏약하다¹⁰⁾ 또 僞裝株主로 부터 全株式을 議決權行使를 시킬 수 있는 만큼 大株主의 意思대로 監事가 선임되는 것을 방지하려는 立法의 理由와는 거리가 멀다. 따라서 發行株式總數의 四分의 1에 1人의 監事를 選出케 함으로써 大株主나 少數株主을 위한 監事選任이 可能하고 아울러 理事에 대한 獨立性이 保障될 것이다.¹¹⁾ 또 監事의 複數化로 독일의 監事會와¹²⁾ 같은 역할도 어느정도 擔當할 것이다. 또 監事를 複數化해야 하는 理由로는 ① 監事의 數가 單數이면 理事會(代表理事)와 結탁하기 容易함으로 監查職能의 公正을 期하기가 곤란하다. ② 企業규모와 營業活動이 광범하게 되면 될수록 監查의 범위가 擴大해 갈에 따라 監查業務의 分擔이 可能하므로 特別한 補助者가 필요없다.

두째로 監事에 대하여 적어도 1人은 資格要件을 具備해야 겠다.

企業이 巨大化함에 따라 株式會社는 社會的 經濟的 諸機能뿐만 아니라 政治的 機能까지도 遂行하게 되었다. 특히 獨占·寡占企業에서는 經濟的 權力만이 아니고 政治的 權力까지 발휘하는 실태를 보이고 있다. 따라서 監查의 職務는 專門的 知識과 技術을 요하는 監查이며 他人의 특수한 知識과 재능이 필요하다. 뿐만 아니라 株式會社의 社會化傾向¹³⁾ 내지 公益性이 높아감에 따라 公益을 위한 監事의 資格을 法定化함을 要請되고 있다. 英國에 있어서의 監查役 독일의 監查役 英國에 있어서의 結算檢査役 등은 우리나라의 公認會計士와 같이 法定資格을 갖춘 者들이다. 그러나 우리나라의 實情으로 公認會計士 制度의 未發達로 株式會社의 需要에 相應할 수 없으므로 大衆株主

6) 姜錫仁; 「企業의 社會的 責任論과 그 課題」(論文集 第七卷 경기대학, 1974), 325面~327面.

7) 商會圖書館 法制資料室; 獨逸株式法(國會圖書館, 1972), 81面~82面.

이것은 독일에 있어서의 株主에 의한 監事의 과건과 같이 그 기초가 會社나 株主의 契約에 의한 것과 다르다.

8) 鄭熙喆; 前揭書, 45面~45面.

9) 佛蘭西의 商法改正草案에서 論議된 바 있다.

10) 李範燦; 「立法論上으로 본 商法草案의 取締役制度」商法研究, (法文社, 서울, 1960), 237面.

독일과 같은 理事會의 構成은 우리나라는 부정당하다고 한다. 그 理由는 ①연역적으로 부적당하고. ②法律의 根據에서 부정당하다고 한다.

11) 鄭熙喆; 「株式會社 法理의 社會化 傾向」(法學, 서울 大學校 法學研究所) 제9권 1號(통권 16호), 109面~112面.

를 포용하면서 一定의 資本金(一億以上の 資本金)을 가진 企業을 적어도 一人의 전문적 資格을 가진 監事를 選任토록 해야 겠다.¹²⁾

세째로, 監事의 任期도 연장해야 한다. 現代 株式會社에 있어서는 여러 決算期에 걸쳐 복잡 무상한 營業活動과 財産의 變動狀態에 관한 實情을 파악하지 않고서는 監查의 充實을 期待할수 없고 또한 決算期마다 監事가 交替될 경우, 監查節次의 반복등으로 인한 會社側의 不必要한 經濟的 時間的 負擔이 따라야 할 것이므로 連任의 原則이 前提로 되지않는 限 一年의 任期는 결코 監查의 충실과 능을 위하여 合理的 期間이 되지 못한다.

또 現行商法上 아무리 株主總會에서 理事로부터 監事의 獨立性이 보장되었다. 하더라도 大株主 또는 理事의 意中에 들지않는 監事는 任期中이라도 株主總會의 特別決議¹⁴⁾로써 何時라도 해임할수 있다(商410, 385). 따라서 監事選任에 大株主의 意思대로 선임되는 것을 防止하기 위한 商法 415條의 議決權制限規定은 그 보장성이 휘박하다. 따라서 現代企業은 그 企業규모의 급격한 발전으로 巨大한 財産을 포용하게 되었으며 이에 따라 충분한 監查에 의한 投資株主 및 投機株主 保護와 公益의 見地에서 理事의 任期와 同一하게 하거나 그 以上으로 연장해야 할 것이며, 正當한 事由없이 株主總會의 特別決議로 해임치 못하게 해야할것이다.

네째로, 監事의 報酬를 보장해야 한다. 現行商法에서는 監事의 報酬에 대하여는 一般的으로 定款에 規定하는 것이 드물고 株主總會에서 決定하기로 되어 있는 것이다. 實際로는 役員報酬라 해서 一括적으로 定하고 理事會의 決議로 役員에 대하여 各各 規定하고 있다. 監事가 監查하기 위하여는 監查計劃을 세우고 計算書類가 企業會計準則에 準據하고 있는가를 調査함은 물론이고 試算 檢算 分析 勝寫등을 要하기 때문에 아무리 유능한 監事일지라도 혼자서 할수 없으며 相當한 精神的 物質的인 노력이 소모될 것이다. 따라서 監事의 報酬는 적어도 定款으로 별도로 規定해야 할 것이다.

2) 監事의 業務監查權

現行商法上 監事의 職務權限은 會計監查에 그치게 한점에 있어서는 反對하는 說은 없다.¹⁵⁾ 앞에 論한 바와같이 依用商法上의 業務監查權을 박탈하며 會計監查權에 限定함으로써 法의 期待하는 監查의 忠實을 期할 것이라 생각했다. 그러나 實際에 있어서는 依用商法과 같이 監事의 그 機能을 形式化하였다.

現行商法이 監事에 會計監查에 限定하였던 것은 理事會制度의 채용의 結果였다. 즉 理事會는 業務意思決定機關으로서 執行機關인 代表理事를 監督하는 監查機能을 遂行하게 되므로 監事의 業務監查와 중복을 피하려는데 있다. 또 社內의 監事制度를 全面的으로 폐지하지않는 것은 美國과 같이 公認會計士의 公的 外部監查가 충분히 발달하지 못하였기 때문에 잠재적으로 會社常設

12) 徐燦珏：前掲書，(社會科學論集)，294面。

우리나라의 公認會計士는 約1,400名이나 된다. 그리고 1970년을 기준으로하여 5,000만 以上の 資本金을 가진 株式會社는 729社로 나타난다.

13) 正當한事由는 定款에 規制해야 할것이다.

14) 發行株式總數의 過半數의 出席하여 그 議決權의 3分之 2以上の 多數로서 決議하는것(商 434條).

15) 會野和明：前掲書，219面。

그러나 明文規定이 없기 때문에 해석상 의의가 있는것은 부정할수 없다.

機關으로서 會計監査만에 限定하였다.¹⁶⁾ 그러나 우리나라의 株式會社에 있어서는 理事會에 대한 規範的 意味의 業務監督機能이 그 効率을 期待할 수 없다.¹⁷⁾ 즉 理事會의 構成員은 大部分이 社內理事이고, 社內理事는 理事會의 構成員으로서의 地位와 商業使用人으로서의 地位를 겸하고 있으므로 理事會의 構成員으로서의 代表理事의 業務執行을 監督 또는 支配할 수 있고, 他面 商業使用人으로서의 代表理事의 業務執行에 대한 補助者로서 그의 지휘명령에 복종하지 않으면 안 된다. 이러한 構成實態는 業務監査機能의 不在狀態일 뿐만 아니라, 理事會制度 自體가 名目化 無機能化하고 있다는 것을 立證해 주고 있다. 그런데 이러한 理事會의 業務監査機能의 名目化 및 無機能化는 理事會制度에 대한 立法的 改善과 企業人들의 遵法精神으로 그 本來의 機能을 발휘할 수 있겠지만 우리나라의 企業人들의 特殊한 意識構造로나 또, 오늘날 美國의 理事會의 社外理事들의 會社 經營業務에 무관심하고 다만 會社의 財務에 관한 監督, 役員에 대한 懲戒에 관한 事項만을 다루고 있기 때문에 理事會에 대한 業務監査機能은 期待하기 困難하다.¹⁸⁾ 따라서 理事會가 아닌 第三의 機關에 業務監査權을 부여함이 타당하다. 즉 諸般事情을 고려해 볼때 株式會社의 監事에 業務監査權을 부여함은 當然한 結果라 하겠다. 監事에 대하여 業務監査權을 부여하고 있는 代表的 立法例로는 독일의 監事會¹⁹⁾를 들 수 있다. 監事會는 理事의 業務執行에 대한 監視내지 統制機關으로서(독일株式法 111-①) 그 職務權限은 會計의 正否를 포함한 業務執行行爲의 適法性如否는 물론 그 合目的性, 經濟性여부의 판단에 까지 미치고 있다.²⁰⁾ 또 오늘날의 英美法上의 監事의 權限을 會計監査權에 限定하고 있다하더라도 從來의 會計監査의 概念을 벗어나 價格과 原價의 妥當性, 成果配分の 妥當性, 進歩에 의한 成果, 社會的 判斷의 妥當性 海外營業活動等 經營業績監査論²¹⁾으로 전환하고 있는바 즉, 現在에는 「事實」이란 過去나 現在의 事象만이 아니라 科學的 資料에 의하여 確實하고 豫測할 수 있는 事象까지도 포함하는 것이다. 그리고 會計적으로 數字에 의해 測定함으로써 立證될 수 있는 것만이 아니고 그 밖의 經營活動까지도 測定하고 立證하고 있다.²²⁾ 따라서 會計監査와 業務監査의 明確한 區別이 困難하게 되었다.²³⁾ 그리고 또 現代資本主義社會가 發達함에 따라 企業이 個人企業에서 共同企業으로 그 規模가 擴張되고 그 組織이 복잡해짐에 따라 常設화된 監事의 監査는 「事後監査」에 限定할 것이 아니라 常時 事前監査의 方法에 의하여 違法 또는 不當한 行爲를 지적해야 된다. 따라서 諸般事情을 고려해 볼때 監事의 業務監査權을 부여함은 필연적 사실이다. 業務監査權을 부여함으로써 관련되는 몇가지 法規制權限을 생각할 수 있다.

첫째로, 監事의 株主總會召集權을 인정해야 한다. 現行商法은 監事에 會計監査權으로 限定하였기 때문에 依用商法上 監事의 總會召集權을 박탈하였다. 뿐만 아니라 株主地位強化의 一還으로 少數株主權에 의한 總會召集權을 인정함으로써 그 實効를 거둘려고 하였다. 그러나 理事의 職務行爲에 관한 不正行爲 및 法律이나 定款에 違反事實을 常時로 職務에 임하는 監事が 발견

16) 會野和明：前掲書，218面.

17) 拙稿：「株式會社機關」(論文集第7卷，韓國海洋大學)，1972，175面.

18) 石井熙久：「現代法と企業」(岩波講座現代法 8，有斐閣，1968) 82面.

19) 독일주식법 95條~115條(外國의 法制資料 第四卷).

20) 河本一郎：ドイツと日本商法，(有斐閣，東京，1961)，43面.

21) 姜錫仁：前掲書，325~327面.

22) " " 328面.

23) 山本忠平：「監査役制度」前掲書，1185面.

하기 쉽고 또 監事に 總會召集權을 부여함으로써 監事の 事前監査 또는 監査의 豫防的 機能의 効果를 거둘수 있다. 그리고 業務執行의 適否의 判斷에 있어서 理事와 監事の 意見이 다를경우 株主總會가 이에 대한 意見을 정확히 판단할 것이다.

두째로, 監事に 留止請求權을 인정해야 한다. 理事가 法令 또는 定款에 違反하는 行爲를 하거나 그 任務를 懈怠했을 때는 監事は 그責任을 추궁하기 위하여 留止請求權을 인정해야 할 것이다.²⁴⁾ 留止請求權을 인정해야 하는 理由는 經營側에 대하여 忠實義務를 警覺시켜 非連續出을 防止시키는 豫防的 效果를 가지는 동시에, 少數株主權에 의한 留止請求權行使보다는 常時 業務를 監視할 수 있고 모든 業務에 精通한 監事に 부과하여 經營合理化를 期하기 위함이다.²⁵⁾

세째로, 業務監査에 관계되는 것으로 依用商法이 인정하였던 理事의 自己去來에 대한 承認權, 理事의 결원이 생길 경우 職務代行權, 會社와 理事와의 訴訟에 대한 會社代表權, 其他 各種의 訴提起에 관한 權限(舊法265 267 277 247 371 380등) 등을 부여함이 좋겠다.

이 것 외에도 ① 監事は 理事에 대하여 意見을 진술 및 營業의 報告請求와 會社의 業務 財産 狀態를 調査할 權限 ② 理事會出席權 ③ 監事に 복종할수 있는 事務組織등의 立法的 措置가 필요하다.

네째로, 監事に 公認會計士에 의한 資格부여로 인한 證券去來法上の 公認會計士에 의한 監査와의 관련 문제이다. 즉, 本稿의 立法論의 試案에서 監事に 專門的 資格을 가진 公認會計士를 監事로 派遣할때 證券去來法에 의한 公認會計士의 強制監査와의 조정문제이다.

證券去來法에 의한 公認會計士의 監査라 함은 株式 社債 其他의 財産에 投資하려는 一般大衆에게 上場會社(證去76 73) 및 有價證券의 모집 賣出會社(證去 53)의 財政 및 營業의 狀態를 올바르게 주지시킴으로서 有價證券去來의 公正원활한 유통질서를 확립하기 위하여 同法 第 126條에 期하여 財務部 및 證券去來所에 提出하는 書類에 (財務計算書類) 대하여 會社와 特別한 利害關係가 없는 公認會計士가 監査證明을 행하는 것을 말한다.²⁶⁾

上場會社 其他의 證券去來法上の 強制監査 또는 外部監査도 會社企業의 會計書類를 監査의 對象으로 하는 점에서 株式會社 內部の 監事に 의한 自治監督機關으로서의 監査와 本質的 차이 는 없다. 즉 兩者간에 아무런 法的 牽連性이 없으나 監査의 중복을 면하지 못하고 있다. 그러나 監事の 監査와 公認會計士의 監査는 여러가지로 다르다 즉 ① 監査의 目的에 있어서 前者는 株主를 위한것이 지만 後者は 投資者를 위한 監査라는 것 ② 機能에 있어서도 前者는 비관적 규탄적이나 後者は 補充할수 없는 것이다 .또 ③ 監査期日에 있어서도 前者는 株主를 위하여 행하여지는 것이므로 定期總會前에 하여야 하며 後者は 時期에 관계없이 행하여지므로 監査를 併用하여도 무방하다. 그러나 監査의 중복으로 인한 費用, 監事の 監査와 公認會計士에 의한 監査와의 相異性에 의한 조정문제 등을 고려하여 一元化되어야 하겠다.

以上과 같이 現行商法上の 監事制度의 문제점을 제시하고 監事の 監査의 忠實을 期하여 企業 組織의 正常化에 目的을 둔다.

24) 北澤正啓:「株主の代表訴訟と差止權」(株式會社法講座 3卷), 1164面.

25) 李仁松:「會社內紛과 少數株主權」(法學, 서울대학교, 1960) 第2卷 2號, 303面. 11面.

26) 徐燮珪:前掲書(社會科學論集) 289面.

27) 會野和明:前掲書, 238面.

V. 結 語

企業으로서 가장 典型的인 株式會社는 他人의 資本의 利益을 無視하고 철저한 自己中心의 利益追求와 利害關係 그 自體를 追求한 나머지 극도의 物質的 利益社會를 形成한 것이라 하겠다.¹⁾ 따라서 오늘날 各種 利己의 利益群의 對立충돌을 완화하고 조정하는 것이 株式會社法의 急先務인 同時에 最大의 課題라 할 수 있다. 뿐만아니라 오늘날의 株式會社는 株主의 私有物이 아니고 國民經濟에 多大한 影響을 미치는 公共物이므로 株主 各自의 營利的 要求와 社會의 要求와의 調整이 要求 된다. 即 株主의 投下資金回收의 保障과 會社債權者에 대한 會社의 信用維持를 위하여 會社의 經營活動 내지는 財政에 대한 종래의 엄격한 法的規制 또는 株主의 監督機能을 強化하고 會社의 業務內容의 完全한 公開과 그 眞實性의 확보에 力點을 두고 있음이 유의할 필요가 다.²⁾ 따라서 株式會社의 監事는 이 要求에 합당한 保障手段이라 하겠다.

元來 그나라의 實定法上の 制度의 効率性과 實効性은 歷史的 要因과 經濟的 基盤위에 이를 보장할수 있는 法的 정비가 항시 수반되어야 한다. 따라서 우리나라의 企業은 資本蓄積過程에서 非正常的 方法이 수반하였기 때문에 經營上을 自己 資本調達보다는 經營上의 不振을 政府지원의 要求나 特惠의 획득 및 消費者의 희생의 강요에 의하여 극복하려는 태도가 온존되었다. 이 結果 “企業은 망해도 企業者는 망하지 않는다”는 왜곡된 사고와 企業의 閉鎖的 性質을 助長하여, 企業經營은 特權層이 누리는 特權이며 그들만이 가지는 職業이라고 생각하는 것을 불배방임이나 監視없는 自由로운 팽창보다는 보다 合理的인 監査로 통하여 企業經營을 正常化하는데 이바지 해야 할 것이다.

따라서 本稿에서는 우리株式會社法의 機關構成의 非正常性을 검토하여 企業組織의 正常化를 위하여는 現行商法上の 監事制度가 안고 있는 問題點을 해결하지 않고서는 一步의 前進도 不可能하다고 보고 그 해결을 위해 本論에서 첫째로 監事의 獨立性을 보장하기 위한 法理論的인 시도로 하였고 둘째로 監事に 業務監査權을 부여하여 監事의 權限을 強化하는데 力點을 두었다.³⁾

1) 志律田氏治：前掲書 1面~3面.

2) 喜多川篤典：株式會社の法理，(有斐閣，東京，1960)，85面，160面.

3) 이와같이 監事制度에 대한 法規制는 依用商法の 복귀라고 생각하겠지만 전연 다른 것이다. 따라서 監事의 명칭마저도 변경해야 할것 같다.