

외부감사법상 외부감사인의 민사책임에 관한 비판적 검토

권재열*

목 차

- I. 서론
 - II. 외부감사인의 권한과 의무
 - III. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(1): 일반론
 - IV. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(2): 비판적 검토
 - V. 결론
-

I. 서론

2017년 9월 국회를 통과하여 2018년 11월부터 시행되고 있는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」(이하 ‘외부감사법’으로 줄임)은 ‘회사의 회계처리와 외부감사인의 회계감사에 관하여 필요한 사항’을 정하고 있는 법률이다(제1조).¹⁾ 회계감사(외부감사)에 관한 단행법률이 존재하다 보니 회계감사는 주로 외감법에 의한 것을 의미한다(제4조 제1항).²⁾ 이에 외부감사는 회계처리를 적정하게 하기 위하여 회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 ‘외부감사인’으로 줄임)이 그 회사에 대하여 실시하는 회계감사(auditing)³⁾로 정의된다. 외부감사인에 의한 회계감사가 행해지는 것은 다양한 이해관계자가 경제적 의사결정을 함에 있어서 필요한 자료인 재무제표에 대한 신뢰를 제고하기 위해서이다.

현행 외부감사법의 전신인 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」은 1980년 12월 31일 국가보위비상대책위원회⁴⁾는 기업체질강화 대책의 일환으로 제정되었다(법률 제3297호). 제정 외부감사법

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 본문에서 조문을 인용하면서 특별히 법명이 언급되지 않는 경우에는 외부감사법상의 조문을 가리킨다. 시행령으로 표기한 경우에도 외부감사법의 시행령을 의미한다. 다만, 문맥상 법령을 혼동할 여지가 있다고 판단되는 곳에서는 법령명을 명기하기로 한다.
- 2) 한국공인회계사회 회계법연구회, 「주석외부감사법」(박영사, 2019), 622면(전규안 집필부분).
- 3) ‘회계감사’를 의미하는 용어로서는 영어의 audit은 라틴어인 audire로부터 유래하였다. audire은 청취하다(hear)의 의미를 지닌다. 회계감사의 역사는 매우 오래되지만, 이것이 현재의 형태로 발전이 시작된 것은 19세기 중반으로 알려져 있다. George Puttick et al, The Principles and Practice of Auditing 2-4(2009).
- 4) 국가보위비상대책위원회는 “전두환, 노태우 등이 이끌던 군부 내 사조직 ‘하나회’가 중심이 된 신군부 세력은 1979. 12. 12. 군사반란 이후” 1980. 5. 31.에 구성되었다(서울고등법원 2011. 6. 1. 선고 2010나 114255 판결). 국가보위비상대책위원회는 “행정에 관한 대통령과 국무회의의 권능행사를 강압에 의하여 사

은 당시 일본의 구 상법특례법(商法特例法)⁵⁾을 모델로 하되 동법 중 필요한 부분만을 골라 계수한 것이다.⁶⁾ 그러나 정작 일본은 2005년 제정된 회사법에 외부감사인에 관련된 규정들을 마련함에 따라 구 상법특례법이 폐지되었지만, 한국에서는 1980년 외부감사법이 제정된 이래 상법 제3편(회사)의 특별법으로서 매우 중요한 규범으로 인식되고 있다.

제정 외부감사법은 현행 외부감사법에 이르는 30여년 동안 무려 27차례나 개정되었다. 개정내용의 중요성을 고려하지 않고 단순히 개정의 빈도만을 고려한다면 약 1년 반마다 한 번씩 바뀐 셈이다. 이와 같이 잦은 개정이 이루어진 결과 현행 외부감사법을 살펴보면 외부감사법 제정 당시의 법조문 중에서 제1조를 제외하고 거의 모든 조문의 내용이나 순서에 변화가 있었음을 알 수 있다. 특히 외부감사법의 잦은 개정을 추구하고게 된 일관된 동인(動因) 중의 하나를 회계부정(accounting fraud)을 줄이기 위한 수단으로서 외부감사인의 책임을 가중시키는 것을 지속적으로 모색한 데서 찾을 수 있다.

외부감사인의 책임을 둘러싸고 법체계가 중첩적이라는 점이 특색이다.⁷⁾ 사실 외부감사인의 민사책임을 추궁할 수 있는 근거는 외부감사법 이외에도 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’으로 줄임)과 민법에서도 찾을 수 있기 때문이다. 좀 더 범위를 줄여 외부감사법에 한정하여 보더라도 외부감사인에게 민사상의 손해배상책임을 위시하여 형사책임과 행정제재의 대상으로 규정하고 있다.

본고는 외부감사인의 중복적인 책임법 체계 중에서 외부감사법에 국한하여 외부감사인의 손해배상책임에 관하여 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위하여 외부감사인의 권한과 의무를 살펴보는 것으로부터 출발하여 외부감사법 제31조에 규정된 손해배상책임에 관한 전반적인 법리를 소개한 후에 뒷부분에서 외부감사인의 손해배상책임에 관련된 문제점을 구체적으로 제시하자 한다.

II. 외부감사인의 권한과 의무

1. 외부감사인의 유형

외부감사법은 외부감사인의 유형을 공인회계사법에 따라 설립된 특수법인인 회계법인과 공인회계사법에 따라 설립된 한국공인회계사회에 총리령이 정하는 바에 의하여 등록한 감사반으로 한정하고 있다(제2조 제7호).

실상 불가능하게 하여 “헌법기관인 행정 각 부와 대통령을 무력화시킨” 바 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

5) 공식적인 법명은 「주식회사의 감사 등에 관한 상법의 특례에 관한 법률」(株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律)이었다.

6) 권재열/황남석, 「회사의 재무와 회계에 관한 법'(가칭)에 관한 연구」 연구보고서 제46호(한국회계기준원, 2019), 8면.

7) 김정은, “부실감사에 대한 외부감사인의 책임체계와 개선방안,” 「법학연구」 제31권 제2호(충남대학교, 2020), 277면.

공인회계사법은 회계법인의 설립과 운영에 관하여 여러 규정을 두고 있다. 그 중에 일부를 살펴보면, 회계법인은 5억원 이상의 자본금을 갖추어야 한다(공인회계사법 제27조 제1항), 회계법인에는 3인 이상의 공인회계사인 이사를 두어야 하며, 이사와 직원 중 10인 이상이 공인회계사이어야 한다(공인회계사법 제26조 제1항·제2항). 회계법인이 회계감사의 직무를 수행하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 금융위원회에 등록하여야 한다(공인회계사법 제24조 제1항). 감사반은 3인 이상의 공인회계사로 구성되며 한국공인회계사회에 등록된 조합형태의 조직을 뜻한다(외부감사법 시행세칙 제2조 제1항).⁸⁾

외부감사인의 유형

회계법인	구별기준	감사반
공인회계사법	근거법률	외부감사법
법인	법적 성격	조합
5억원	최저자본금의 규모	없음
있음(3인 이상)	이사보유 의무 유무	없음
10인	최저 소속 공인회계사의 수	3인
금융위원회	등록처	한국공인회계사회

외부감사법은 회계법인이 감사반에 비하여 더 높은 전문성이 있다고 보아 정책적으로 회계법인에 한정하여 그로부터 외부감사를 받아야 하는 대상을 별도로 규정하고 있다. 즉, 주권상장법인,⁹⁾ 대형비상장주식회사,¹⁰⁾ 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제2조 제1호에 해당하는 금융기관, 「농업협동조합법」에 따른 농협은행 또는 「수산업협동조합법」에 따른 수협은행의 재무제표에 대한 감사는 회계법인인 외부감사인이 담당하여야 한다(제9조 제1항). 말하자면, 자본시장에서 주권상장법인에는 많은 이해관계자가 있다는 점을 고려하여 회계법인이 아닌 감사반에는 주권상장법인을 감사할 자격이 인정되지 않는다. 대형비상장주식회사는 비상장회사임에도 불구하고 자산총액이 일정한 수준을 넘어서다 보니 회계부정이 발생하면 사회·경제적 파급효과가 클 수밖에 없어 주권상장법인과 동일한 수준의 회계감사를 요구하는 것이다.¹¹⁾ “금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의

8) 구체적으로는, 회계법인 또는 다른 감사반에 소속되지 않은 공인회계사가 외부감사 대상 회사의 회계감사를 위해서 3인 이상이 모여 한국공인회계사회에 감사반으로 등록하는 것이다.

9) 여기서 외부감사법 제9조는 ‘주권상장법인’의 범위를 특별하게 명시하지 않은 까닭에 이에는 자본시장법에 따른 유가증권시장, 코스닥시장, 코넥스시장에 상장된 법인 모두가 해당하는 것으로 읽힌다(한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 110면(김인식 집필부분)).

10) 외부감사법에 따르면 ‘대형비상장주식회사’에는 주식회사 중 주권상장법인이 아닌 회사로서 직전 사업연도 말의 자산총액이 1천억원 이상인 회사가 속한다(제2조 제5호, 시행령 제4조).

11) 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 109면(김인식 집필부분).

안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에”¹²⁾ 높은 수준의 회계감사를 의무화하는 것이다.

이상과 같이 외부감사법상의 외부감사인은 “외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반만을 의미”¹³⁾한다. 따라서 외부감사를 의무적으로 받아야 하는 피감회사가 선임한 회계법인 또는 감사반에 의하여 이루어지는 회계감사 이외의 것은 모두 임의감사(voluntary audit)에 해당하여 외부감사법의 적용을 받지 않는다.¹⁴⁾

2. 외부감사계약의 법적 성질

현행 외부감사법은 상장여부와 자산, 부채, 종업원의 수 또는 매출액 등을 바탕으로 하여 일정한 기준을 충족하는 주식회사와 유한회사에 적용된다(제2조 제1호). 주식회사에 한정하여 살펴보는 경우 “외부감사인은 감사의 대상인 주식회사(이하 ‘피감회사’라고 한다)의 이해관계인 보호뿐만 아니라 피감회사 자체를 위하여 피감회사에 의하여 선임”¹⁵⁾된다. 이처럼 외부감사인과 회사와의 관계는 민법상의 위임관계(민법 제680조)이다.¹⁶⁾ “민법상의 위임계약은 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초”¹⁷⁾를 그 본질로 한다. 따라서 문자 그대로 피감회사가 외부감사인을 자유롭게 선임할 수 있는 경우(제10조)에는 당사자 사이의 신뢰관계를 바탕으로 체결되었다는 점을 인정할 수 있어 그 계약의 법적 성질이 위임에 해당한다는 것을 쉽게 긍정할 수 있다.

그럼에도 불구하고 외부감사법에 따라 피감회사가 외부감사인의 지정을 요청하거나 회계처리 기준을 위반하여 재무제표를 작성한 것이 확인된 피감회사 등에 대하여는 3개 사업연도의 범위 내에서 증권선물위원회가 지정하는 회계법인을 외부감사인으로 선임하거나 변경선임하는 경우(제11조 제1항)라 하더라도 결국 그 외부감사인을 선임하는 당사자는 피감회사이므로 피감회사와 외부감사인이 체결하는 계약도 위임계약에 해당한다. 전형적인 위임계약에서 요구되는 당사자 쌍방의 신뢰가 이 계약에서도 존재하는 것으로 의제할 수밖에 없다. 그러므로 현행 외부감사법이 마련하고 있는 지정감사인제와 자유수임제는 피감회사가 외부감사인을 어떻게 선정하는지에 관해서만 내용을 달리하는 것에 지나지 않는 것이어서 지정감사인제하에서 지정된 외부감사인도 여전히 위임에 따른 선관주의의무를 부담한다.¹⁸⁾

12) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.

13) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도369 판결.

14) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결(“주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 주식회사의외부감사에관한법률의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 위 법률의 제반 규정에 비추어 볼 때, 위 법률에서의 감사인은 같은 법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없다.”).

15) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다56310 판결.

16) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가8 결정(“감사인은 회사에 대하여는 위임관계에 있어 그에 따른 법률 관계를 갖지만, ……”).

17) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다71411 판결.

18) 만약 자유수임제에 따른 피감회사의 외부감사계약과 지정감사제에 따른 외부감사계약의 법적 성질을 달리 바라보는 경우 외부감사인이 부담하는 의무에 있어서도 차이가 발생하게 될 것이지만, 외부감사법이 이러

3. 외부감사의 목적 및 외부감사인의 권한과 의무

3.1. 외부감사의 목적

“주식거래에서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중의 하나이고, 대상 기업의 재무제표에 대한 외부감사인의 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 주가 형성에 결정적인 영향을 미친다. 주식투자를 하는 일반투자자로서는 대상 기업의 재무상태를 나타내는 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라고 생각하여 대상 기업의 주식을 거래한 것”¹⁹⁾으로 보는 까닭에 외부감사인은 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시하여야 한다(제16조 제1항). 동 회계감사기준에 따르면 회계감사의 목적은 “의도된 재무제표 이용자의 신뢰수준을 향상시키는 데 있다. 이 목적은 재무제표가 해당 재무보고체계에 따라 중요성의 관점에서 작성되었는지에 관해 감사인이 의견을 표명함으로써 달성된다. 대부분의 일반목적체계에서 감사의견은 재무제표가 해당 체계에 따라 중요성의 관점에서 공정하게 표시되어 있는지 여부, 또는 진실하고 공정한 관점을 제시하는지 여부에 관한 것이다”(회계감사기준 200.3).

요약하자면, 회계감사는 회사의 재무제표에 들어있는 정보의 증명하는 데 주목적이 있다.²⁰⁾ 이런 맥락에서 회계감사기준이 “부정과 오류의 예방과 발견에 대한 주된 책임은 기업의 지배기구와 경영진에게 있다”는 것을 명시적으로 규정함으로써 사기나 부정행위 또는 오류의 적발은 회계감사의 부차적 목적(secondary objective)임을 분명히 하고 있다.²¹⁾

3.2. 외부감사인의 권한과 의무

외부감사인의 직무의 범위는 회계감사에 한한다(제1조). 외부감사법은 회계감사업무를 수행하는 데 필요한 다양한 권한을 외부감사인에게 부여하고 있다. 외부감사인이 자신의 권한을 제대로 행사하지 못하는 경우 자신의 주의의무를 위반한 것으로 볼 수 있다는 점에서 외부감사인의 권한은 그의 의무와 상호 맞물려 있다는 점이 특징이다.

한 차이를 염두에 두고 지정감사인제를 도입한 것으로 읽히지는 않는다.

19) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결.

20) Jodi B. Scherl, *Evolution of Auditor Liability to Noncontractual Third Parties: Balancing the Equities and Weighing the Consequences*, 44 *American University Law Review* 255, 259(1994).

21) 이준섭, “감사인의 피감사회사에 대한 부실감사책임,” 『증권법연구』 제7권 제1호(한국증권법학회, 2006), 185면; 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 413면(백승재 집필부분); Jay M. Feinman, *Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology*, 31 *Florida State University Law Review* 17, 21(2003). 대법원 판례도 회계감사를 하는 것이 “궁극적으로 재무제표가 피감사회사의 재무상태와 경영성과 및 기타 재무정보를 적정하게 표시하고 있는지 여부를 검증하고 그에 대한 올바른 의견을 표명하도록 하는데 있고, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 재무제표의 검증 및 그에 대한 의견표명을 떠나 직접적으로 피감사회사의 내부자가 저지르는 장래의 부정행위를 예방하고자 하는 데에 있다고 보기는 어렵다”고 판시하고 있다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결).

회계감사를 간단히 표현하면 피감회사가 자료(재무정보)를 제공하고 이에 대해 외부감사인인 자료를 평가하는 과정으로 요약할 수 있다.²²⁾ 이러한 점에 비추어 외부감사인의 권한 중 가장 중요한 것은 회계감사를 위한 정보를 획득하기 위한 권한이라 할 것이다. 구체적으로는 첫째, 외부감사인은 자료제출요구권과 재산상태조사권을 가진다. 즉, 감사인은 언제든지 피감회사 및 관계회사²³⁾의 회계에 관한 장부와 서류를 열람 또는 복사하거나 회계에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있을 뿐만 아니라 감사의 직무를 수행하기 위하여 특히 필요하면 피감회사 및 관계회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다. 이 경우 피감회사 및 관계회사는 지체 없이 외부감사인의 자료 제출 요구에 따라야 한다(제21조 제1항). 연결재무제표를 감사하는 외부감사인은 그 직무의 수행을 위하여 필요하면 피감회사 또는 관계회사의 외부감사인에게 감사 관련 자료의 제출 등 필요한 협조를 요청할 수 있는데, 이 경우 피감회사 또는 관계회사의 외부감사인은 지체 없이 이에 따라야 한다(제21조 제2항). 둘째, 외부감사인은 부정행위에 대한 조사·보고 수령권한을 가진다. 즉, 피감회사의 감사 또는 감사위원회가 이사의 직무수행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반되는 중대한 사실을 발견하면 이에 대하여 그로부터 통보를 받을 수 있다(제22조 제6항). 이상의 권한을 살피볼 때 외부감사인이 자신의 권한을 실효성있게 행사하기 위해서는 피감회사의 협력이 필수적이라는 사실을 알 수 있다.²⁴⁾

외부감사인의 가장 기초적인 의무는 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 피감회사가 제출한 그 사업연도의 재무제표와 그 부속명세서 등을 감사하여야 하는 것이다(제16조 제1항). 그리하여 외부감사인은 피감회사의 “재무제표에 대한 적정한 의견을 표명하지 못함으로 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무”²⁵⁾를 부담한다.

외부감사인은 감사업무의 품질이 보장될 수 있도록 외부감사인의 업무설계 및 운영에 관한 기준을 준수하여야 한다(제17조 제1항). 외부감사인은 감사결과를 기술(記述)한 감사보고서를 작성하여야 한다(제18조 제1항). 외부감사인은 직무를 수행할 때 이사의 직무수행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반되는 중대한 사실을 발견하면 감사 또는 감사위원회에 통보하고 주주총회 또는 사원총회에 보고하여야 한다(제22조 제1항). 외부감사인은 회사가 회계처리 등에 관하여 회계처리기준을 위반한 사실을 발견하면 감사 또는 감사위원회에 통보하여야 한다(제22조 제2항). 외부감사인은 감사보고서를 대통령령으로 정하는 기간 내에 피감회사(감사 또는 감사위원회 포함)·제3자에 의한 사후감독권인 외부감리권을 가진 증권선물위원회²⁶⁾ 및 한국공인회계사회에 제출하여야 한다. 다만, 자본시장법 제159조 제1항에 따른 사업보고서 제출대상법인인 회사가 사업보고서에 감사보고서를 첨부하여 금융위원회와 한국거래소에 제출하는 경우에는 외부감사인이 증권선물위원회 및 한국공인회계사회에 감사보고서를 제출한 것으로 본다(제23조 제1항). 회계법인인 외부감사인은 매 사업연도 종료 후 3개월 이내에 사업보고서를 증권선물위원회

22) Scherl, *supra* note 20, at 259.

23) 여기서의 ‘관계회사’라 함은 파감회사의 주식 또는 지분을 일정 비율 이상 소유하고 있는 등 대통령령으로 정하는 관계에 있는 회사를 뜻한다(제21조 제1항).

24) 이준섭, 앞의 논문, 180면.

25) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결.

26) 증권선물위원회는 외부감사의 공정한 수행을 위하여 필요한 감사보고서의 감리와 기타 대통령령이 정하는 업무를 담당하는 기관이다(제26조).

와 한국공인회계사회에 제출하여야 한다(제25조 제1항). 외부감사인은 비밀엄수의무를 부담한다(제20조). 외부감사인 또는 그에 소속된 공인회계사는 주주총회 등의 요구가 있는 경우 주주총회에 출석하여 의견을 진술하거나 주주 등의 질문에 답변하여야 한다(제24조).

Ⅲ. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(1): 일반론

1. 손해배상책임의 유형 및 성격

외부감사인은 단순히 경영진에 대한 경비견(watchdog)으로서의 역할을 뛰어넘어 경영진이 작성한 재무제표를 주주(투자자)와 채권자 등을 위한 독립적인 평가자로서의 역할을 수행한다.²⁷⁾ 외부감사인이 이 같은 평가자로서 선관주의의무를 다 하였는지는 그가 회계감사에 필요한 절차 등을 밟은 후 그 결과에 기하여 합리적인 판단을 하고 의견을 표명 내지는 증명을 하였는지의 여부에 좌우된다.²⁸⁾ 구체적으로는 외부감사인이 회계감사기준 및 회계감사실무지침을 준수하였는지의 여부를 기준으로 한다.²⁹⁾ 외부감사인이 “재무제표가 중요하게 왜곡표시 될 수 있는 상황이 존재한다는 전문가적인 의구심을 가지고 검토계획을 수립하고 검토업무를 수행”³⁰⁾하여야만 선관주의의무를 이행한 것으로 된다.

외부감사인은 회사는 물론이고 제3자에 대하여 책임을 부담하므로 외부감사법은 그의 책임을 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누어 규정하고 있다. 외부감사법 제31조 제1항은 외부감사인이 그 임무를 해태하여 회사에 손해를 초래한 경우에는 그 외부감사인은 회사에 손해를 배상할 것을 명시하고 있다. 외부감사인이 회사에 대하여 부담하는 손해배상책임은 채무불이행책임으로서의 성격을 지닌다.

외부감사법 제31조 제2항은 외부감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 않거나 거짓으로 기재하여(이하 ‘부실표시’로 줄임) 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 외부감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임을 명정하고 있다. 다만, 연결재무제표에 대한 감사보고서에 부실표시한 책임이 종속회사 또는 관계회사의 외부감사인에게 있는 경우에는 해당 외부감사인이 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 배상할 책임을 부담한다. 외부감사인의 제3자에 대한 책임의 성격은 과실책임이다.³¹⁾ 또한 외부감사인이 제3자에 대하여 부담하는

27) Rosenblum v. Adler, 461 A.2d 138, 149(N.Y. 1983).

28) 弥永真生, 「會計監査人論」(同文館出版, 2015), 124頁.

29) 이와 관련하여 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결(“회계감사기준 및 한국공인회계사회가 그 시행을 위하여 마련한 회계감사준칙은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다.”); 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 참조.

30) 재무제표 등에 대한 검토업무 기준, 6(2006.1.24. 한국공인회계사회 회계감사기준위원회 제정).

31) 현행 외부감사법 제31조 제2항은 구 외부감사법 제17조 제2항을 계승한 것인데, 헌법재판소는 구 외부감사법 제17조 제2항의 입법상 연혁이나 목적 검토와 다른 조항과의 균형있는 해석 등을 통하여 한정합헌의 결정을 내리면서 감사인의 제3자의 책임의 본질을 과실책임으로 풀이하였다(헌법재판소 1996.10.4. 선고 94헌가8 결정). 헌법재판소 판결 이후 대법원 판례는 일관되게 외부감사인의 제3자에 대한 손해배상책

책임은 그가 제3자에 대해 직접적인 법률관계에 있지 않다는 점³²⁾에서 상법 제415조에서 준용되는 이사의 제3자에 대한 책임과 그 성질을 같이 하는 것에 근거하여 제3자를 보호하기 위하여 특별히 정책적으로 인정한 것으로 풀이하고 있다.³³⁾

2. 손해배상책임의 특징

외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임에는 몇 가지 두드러진 특징이 있다. 첫째, 외부감사인의 종류에 따라 책임의 한도가 다르다. 회계법인에는 상법상의 유한회사에 관한 규정을 준용되므로(공인회계사법 제40조 2항) 피감회사나 제3자에 대하여 유한의 손해배상책임을 부담하는 반면³⁴⁾ 민법상의 조합의 성격을 띠는 감사반의 경우에는 외부감사법이 감사에 참여한 감사반 소속 공인회계사가 연대하여 책임을 부담한다는 것을 별도로 명시하고 있다(제31조 제3항).

둘째, 원칙적으로 외부감사인과 피감회사의 이사 또는 감사간의 연대책임이 인정된다. 만약 그들에게 고의가 없다면 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 책임을 부담한다(제31조 제4항). 이 같은 비례책임제로 인하여 제3자가 두텁게 보호되지 못할 우려가 있어 외부감사법은 저소득투자자에 대한 예외조항(제31조 제5항)과 추가배상제도(제31조 제6항)를 마련하고 있다.

셋째, 원칙적으로 외부감사인의 회사 또는 제3자에 대한 책임은 일반불법행위에 의한 책임의 경우와는 달리 증명책임이 전환된다. 일반 투자자가 부실감사로 인해 손해배상소송을 제기하는 경우 외부감사인이 면책을 위해서는 스스로가 그 임무를 게을리하지 않았음을 증명해야 하는 것이다(제31항 제7항 본문). 외부감사법이 증명책임의 전환을 허용하는 것은 제3자가 외부감사인의 임무해태를 증명하는 데 드는 어려움을 줄이려는 데 그 목적이 있다. 그러나 외부감사인의 책임

임을 과실책임으로 풀이하고 있다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다243163 판결 참조). 현행 외부감사법도 예컨대, “손해를 배상할 책임이 있는 자가 고의가 없는 경우에 그 자는 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 손해를 배상할 책임이 있다”(제31조 제4항 단서)와 “손해배상책임을 면하기 위하여는 그 임무를 게을리하지 아니하였음을 증명하여야 한다”(제31조 제7항 본문)라고 규정하고 있는 점에 비추어 외부감사인의 제3자에 대한 책임이 과실책임으로서의 성격을 가지고 있음이 명확히 드러나고 있다.

32) Victor P. Goldberg, *Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?*, 17 *Journal of Legal Studies* 295, 301(1988).

33) 외부감사인의 제3자에 대한 책임의 성격과 관련하여 이를 “민법상의 불법행위책임과는 별도로 인정되는 법정책임”으로 보는 게 일반적이다(대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결; 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정). 이와 관련하여 헌법재판소는 “상법상의 감사와 [외부감사법]에 의한 감사인의 지위 및 책임의 본질에 근본적인 차이는 없다”는 전제하에 외부감사법에 의하여 제3자가 더 보호되는 만큼 외부감사인은 예외적으로 민법상의 일반불법행위책임 이상의 책임을 부담하는 것으로 실시하여 그 성질을 법정책임으로 분명히 한 바 있다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가8 전원재판부 결정).

34) 상법 제553조는 유한회사의 경우 출자사원의 책임은 출자금액을 한도로 한다고 규정하고 있다. 이처럼 회계법인에 대하여 유한회사 규정을 준용함으로써 결과적으로 피감회사나 제3자가 손해를 완전하게 전보하지 못하는 것을 방지하기 위하여 외부감사법은 다음과 같은 장치를 마련하고 있다. 첫째, 회계법인의 자본금을 5억원 이상으로 할 것을 강제하고 있는데, 이 요건은 설립시와 설립후에도 적용된다(공인회계사법 제27조 제1항·제2항). 둘째, 회계법인은 피감회사나 제3자에 대한 손해를 배상하기 위하여 외부감사법에 따라 한국공인회계사회에 손해배상공동기금을 적립하여야 하며(외부감사법 제32조), 손해에 대한 배상책임을 보장하기 위하여 공인회계사법에 따라 법인내에 매 사업연도마다 손해배상준비금을 적립하여야 한다(공인회계사법 제28조). 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 438면(김정은 집필부분).

을 추궁하는 소를 제기하는 원고가 위임계약을 한 피감회사 또는 은행, 보험회사, 종합금융회사, 상호저축은행 등 금융회사인 경우에 한하여 원고가 회계법인의 임무해태를 증명하여야 한다(제31항 제7항 단서).

넷째, 외부감사인 손해배상책임의 제척기간³⁵⁾은 8년이다(제31조 제9항). 이는 외부감사인의 손해배상책임의 소멸시효를 감사조서의 의무보관기간인 8년(제19조 제2항)에 일치시키려는 결과로 이해된다.

IV. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(2): 비판적 검토

1. 논의의 범위

외부감사법은 외부감사인의 책임을 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누고 있지만, 실제 피감회사가 외부감사인을 상대로 손해배상청구를 하는 것은 매우 희귀하다. 그 이유는 다양하다. 우선 외부감사인이 회계감사기준 등을 준수한 경우라면 외부감사인이 회사에게 손해를 야기할 경우를 상정하기 어렵기 때문이다. 설령 외부감사로 인하여 손해가 발생한다고 하더라도 실상은 피감회사가 고의로 분식회계를 하여 허위의 자료를 외부감사인에게 제공한 것에 기인하는 경우가 대부분이므로 분식회계를 한 피감회사가 이를 발견하지 못하였다는 것만을 원인으로 하여 외부감사인의 책임을 묻는 것을 기대하기 어려울 것이기 때문이다. 재무상태가 열악하거나 최대주주 및 대표이사의 변경이 잦은 이유 때문에 공정한 회계감사를 위하여 증권선물위원회의 직권에 의하여 외부감사인을 지정받은 피감회사의 경우에는 사실상 증권선물위원회로부터 징계를 받는 측면이 있어 피감회사는 물론이고 외부감사인 모두 증권선물위원회의 눈치를 살피게 되다 보니 피감회사가 외부감사인의 책임을 추궁하는 것은 현실적이라 할 수 없다. 게다가 외부감사인이 위임계약을 위반한 경우로서는 아마도 외부감사인이 제출기한을 도과하여 감사보고서를 제출하는 경우 정도를 들 수 있다.³⁶⁾ 그리하여 피감회사 보다는 제3자가 외부감사인을 상대로 하여 손해배상책임을 추궁하는 경우가 일반적이라 할 수 있다. 이하에서 외부감사인의 제3자에 대한 책임에 한정하여 외부감사인의 손해배상책임에 대하여 비판적으로 살펴보기로 한다.

2. 부실표시행위와 손해 간 거래인과관계 추정 관련 검토

외부감사인이 감사보고서에 중요사항을 부실표시함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를

35) 국내에서 외부감사법 제31조 제9항에서 정한 소멸기간의 성격을 어떻게 볼 것인지에 관하여 의견이 나누어진다. 소멸시효로 보는 견해와 제척기간으로 보는 견해가 나누어진다. 구 외부감사법 제17조 제9항에서 정한 손해배상 책임기간을 소멸시효로 본 대법원 판례(대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결)가 있는 반면에 제척기간으로 본 헌법재판소 결정(헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정)도 있다.

36) 이성우, “자본시장 회계정보전달자로서 외부감사인의 손해배상책임제도에 관한 연구,” 『동아법학』 제46호 (동아대학교, 2010), 331면.

발생하게 하여 제3자가 그를 상대로 민사상 손해배상책임을 묻는 경우를 가정할 때 그 손해배상 청구의 근거가 되는 법률로는 자본시장법, 외부감사법과 민법이 있다. 각 법률이 나름대로 손해배상책임을 발생요건을 특정하고 있지만 외부감사인에 의한 중요사항의 부실표시가 각 법률에서 정한 민사상 손해배상책임을 요건을 모두 충족시킬 수 있다 보니 제3자는 이들 중 어느 권리를 선택할 수 있다. 그리하여 판례는 일관되게 자본시장법 또는 외부감사법에 따른 청구와 민법상 불법행위청구를 청구권 경합의 관계로 보고 있다.³⁷⁾ 이처럼 외부감사인의 중요사항 부실표시에 대하여 3가지 법률이 적용되는 결과 각 법률의 고유한 목적이 다름에도 불구하고 법리적 측면에서 혼동되고 있다. 그 중에 대표적인 것으로 판례에 의하여 거래인과관계(transaction causation)가 외부감사법하에서 추정되고 있다는 사실을 들 수 있다. 거래인과관계의 추정은 부실감사를 알았더라면 거래가 없었을 것이라는 인과관계를 의미하는데, 이는 세칭 한국강관 사건³⁸⁾에서 미국 판례법으로부터 도입된 이른바 시장사기이론(fraud-on-the-market theory)에 터 잡은 법리이다. 모든 투자자는 피감회사의 재무상태를 나타내는 감사보고서를 신뢰하여 피감회사의 주식을 거래한 것으로 보아야 한다는 법리³⁹⁾에 따라 제3자는 감사보고서에 기재된 부실표시에 의해 권유되어 거래를 한다고 추정되는 것이다. 그러나 거래인과관계를 추정한다는 것은 다음과 같은 문제를 야기한다.

첫째, 미국 판례법상의 시장사기이론은 효율적인 시장을 전제로 하여 그 시장에서 거래되는 주식의 가격이 이용가능한 정보에 의해 결정된다는 가설(假說)에 기반을 두고 있다.⁴⁰⁾ 효율적인 시장은 개방되고 활발하게 거래되며 잘 발전된 시장을 의미하는데, 뉴욕증권거래소(New York Stock Exchange)와 같이 상장된 주식이 거래되는 시장이 그 대표적인 예(例)이다.⁴¹⁾ 그러나 한국의 경우에는 시장사기이론에 근거한 거래인과관계를 비공개기업의 주식을 매수하는 경우에도 인정하고 있다.⁴²⁾ 이와 같이 비공개기업과 상장회사를 동일선상에 놓은 채 투자자의 정보의존성에 대한 증명책임까지 사실상 면제하는 것은 외부감사법 제31조 제2항에서 정한 제3자의 범위를 무한정 확장하는 것과 다를 바 없어 외부감사인이 손해배상책임을 져야 하는 경우가 많아질 수밖에 없다.

둘째, 자본시장이 제대로 작동하지 못하는 것은 그 원인을 비단 외부감사인의 부실감사 뿐만 아니라 재무정보를 검증하는 업무를 수행하거나 이에 관여하는 신용평가회사, 금융회사, 증권인수인, 금융감독당국 등이 각자가 맡은 역할을 제대로 수행하지 못하거나 투자자들의 투자패턴이나 투자문화 등이 병리화되는 것으로부터 찾아야 한다.⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 모든 투자자가

37) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다32215 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결; 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정.

38) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결.

39) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결.

40) Basic Inc v. Levinson, 485 U.S. 224, 247(1988); Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc, 573 U.S. 258, 274-277 (2014).

41) Levinson v. Basic, Inc., 786 F.2d 741, 746(6th Cir.1986).

42) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결(“감사인의 부실감사로 인하여 비공개기업의 가치 평가를 그르쳐 해당 기업의 주식을 매수하여 손해를 입게 된 제3자가” 외부감사법에 따라 외부감사인에게 손해배상을 구한 데 대하여 손해배상책임을 범위를 판단한 판결).

43) 이상돈, “부실감사책임: 과잉규제와 탈규제 사이에,” 「규제연구」 제13권 제1호(한국경제연구원, 2004), 91-92면.

감사보고서를 찾아보고 투자를 한다고 추정하는 것은 경험칙에 반한다. 따라서 판례가 감사보고서를 투자권유를 위한 자료로 보는 것에 동의할 수 없다.⁴⁴⁾ 설상가상으로 대법원은 원고가 감사보고서를 직접 본 적이 없음을 사실상 자인함에도 불구하고⁴⁵⁾ 거래인과관계를 추정하고 있다.⁴⁶⁾ 게다가 외부감사법 제31조 제2항은 제3자가 부실표시를 신뢰하고 이용한 것만으로 손해배상청구가 가능한 까닭에 손해배상을 인정함에 있어 그러한 신뢰와 이용에 관련된 제3자의 주관적 요건을 전혀 고려하지 않는다. 때문에 부실표시가 있을 것이라고 인식한 자가 투자를 하더라도 외부감사인이 그에게 손해배상을 하여야 하는 입장에 놓일 가능성도 있다.⁴⁷⁾ 이상과 같이 거래인과관계를 광범위하게 추정하는 것은 결과적으로 외부감사인의 책임범위를 넓히는 문제를 야기한다.

3. 외부감사인과 피감회사 임원간의 연대책임 관련 검토

외부감사법 제31조 제4항은 외부감사인이 제3자에 대하여 고의로 인하여 손해배상책임을 지는 경우에 피감회사의 이사 또는 감사도 고의로 인하여 책임이 있다면 이들은 연대하여 손해를 배상할 책임을 인정하고 있다. 회계감사가 직무상 사후적(事後的) 성격을 가지고 있는 관계로 외부감사인의 부실감사는 피감회사 이사나 감사의 자료제공이라는 선행행위와 연계되어 있는 경우가 보통이다. 구체적으로 살펴보자면, 상법상 재무제표의 작성은 이사의 업무에 속한다(상법 제447조). 상법상 주식회사의 감사는 이사의 직무의 집행에 대하여 감사할 권한을 가진다(상법 제412조 제1항). 이 같은 직무집행감사권은 일종의 사전적(事前的) 권한이다. 따라서 감사는 이사의 회계부정없이 완전한 재무제표를 작성하기 위해 미연에 노력하여야 하는 의무를 부담한다. 그럼에도 불구하고 재무제표작성에 하자가 있는 경우 당연히 감사는 이에 대하여 책임을 부담하게 된다. 결과적으로 피해자인 제3자가 자신의 손해액 전부를 온전하게 구제받을 수 있도록 하기 위하여 외부감사법은 외부감사인과 피감회사의 이사 및 감사가 피해자의 손해에 대하여 연대하여 채무를 부담하는 것(엄밀한 의미에서는 부진정연대채무)으로 규정하고 있다.

외부감사법 제31조 제4항에서 보듯이 제3자를 두텁게 보호하기 위해 연대책임이라는 무거운 책임을 부과하여야 하는 직접적 필요성이 있다는 것에 대하여 정면으로 반박하기는 어렵다. 그러나 이 같은 외부감사인과 피감회사 이사 및 감사간의 연대책임에 대해서는 몇 가지 문제가 발견된다. 이를 구체적으로 살펴보기로 한다. 첫째, 외부감사인은 재무제표에 대하여 그 이용자의 신뢰를 제고하기 위해 재무제표가 피감회사의 재무상태와 경영성과 그리고 기타 재무정보를 기업 회계기준에 따라 적정하게 표시하고 있는지를 검토할 뿐이다. 외부감사인은 재무제표가 진실한지의 여부를 조사하기 위해 피감회사에 필요한 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 외부감사인이 직접 피감회사에 출입하여 조사하거나 피감회사에 질문할 수 있는 권한, 즉 강제조사권이 없다. 그러므로 설령 감사실패가 있다고 하더라도 이사가 회계장부상의 정보를 고의로 조작하는 것과

44) 이성우, 앞의 논문, 352면.

45) 최승재, “회계법인의 주식가치평가와 투자자에 대한 손해배상책임 - 대법원 2010.1.28. 선고 2007다16007 판결을 중심으로 -,” 「증권법연구」 제11권 제2호(한국증권법학회, 2010), 238면.

46) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다28082 판결.

47) 법무법인 율촌, 「외부감사인의 책임한계」(한국공인회계사회, 2018), 29면.

외부감사인이 감사보고서를 고의로 부실하게 작성하는 것은 상호 독립적인 행위이다. 말하자면, 외부감사인의 탐지노력과 피감회사 임원에 의한 분식회계는 상반된 이해관계에 있으므로 외부감사인과 피감회사 임원이 공동의 불법행위가 구성된다고 볼 수는 없다.⁴⁸⁾ 이러한 점에서 피감회사 임원이 한 분식회계를 외부감사인이 제대로 발견하지 못하였다는 것을 이유로 외부감사인과 피감회사의 이사 및 감사간의 연대책임을 인정하는 것에 수긍할 수 없다.⁴⁹⁾

둘째, 피감회사 임원에 의한 회계부정은 회사가 지급불능이 된 시점에 밝혀지는 경우⁵⁰⁾가 대부분이다.⁵¹⁾ 때문에 설령 외부감사인과 피감회사의 임원간에 연대하여 손해를 배상하여야 할 책임이 인정된다고 하더라도 소멸한 피감회사의 임원이 무자력이다보니 제3자의 손해를 배상할 능력이 없게 되어⁵²⁾ 결과적으로 외부감사인이 제3자에 대한 손해를 전부 배상하여야 하는 경우가 발생할 수 있다.⁵³⁾ 그러나 이는 사실상 각자의 손해발생에 대한 기여율을 전혀 고려하지 않은 채 손해를 외부감사인에게 모두 감수하라는 것과 다를 바 없어 손해의 공평·타당한 부담 및 자기책임의 원칙과 충돌하는 문제가 발생한다.

4. 외부감사인과 피감회사 임원의 비례책임 관련 검토

외부감사인 및 피감회사 임원의 고의가 없음에도 불구하고 손해가 발생함에 따라 이를 배상하여야 하는 경우에는 법원이 정한 귀책비율에 따라 비례책임을 부담한다(제31조 제4항 단서). 이 같은 비례책임은 궁극적으로 연대책임에 비하여 외부감사인의 책임을 제한하는 측면이 있어 외부감사인이 피감회사의 재무제표를 감사할 때 상당한 주의를 기울여야 한다는 유인을 줄이는 효과를 가져다 주는 부분도 있다.

제3자가 입은 손해의 원인이 되는 외부감사인의 귀책사유와 피감회사의 이사 또는 감사의 귀책사유는 상호 그 성격을 달리한다. 자기책임주의에 따라 각 관여자의 행위가 손해를 초래했던 정도 내지 그러한 행위에 대한 상대적 비난가능성을 기준으로 하여 책임을 부담하는 것이 공정하다는 점⁵⁴⁾에서 일응 외부감사법상의 비례책임제에 수긍할 수 있다. 게다가 고의가 없는 경우에 한하여 비례책임이 인정되므로 피고(被告)인 외부감사인으로서 회계부정이나 부실표시가 중

48) 이는 “원고가 전직 임직원들의 조직적이고 치밀한 공모행위를 통해 분식결산한 재무제표를 토대로 외부 감사를 받은 후 외부 감사를 수행한 감사인에게 책임을 추궁하는 것은 손해의 공평 타당한 부담이라는 손해배상의 기본법리에 반할 뿐 아니라 신의칙에도 어긋난다”고 판단한 서울중앙지법 2004.9.16. 선고 2002가합51727 판결에서 확인되고 있다.

49) 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 426면(백승재 집필부분).

50) 회계감사인의 책임에 관한 미국의 대표적인 선례인 Ultramares Corporation v. Touche 사건(174 N.E. 441(1932))에서도 피감회사가 파산한 후에 원고가 회계감사인을 상대로 손해배상을 청구한 것을 다투고 있다.

51) 법무법인 율촌, 앞의 책, 37면.

52) 외부감사법도 손해배상책임자 중에서 배상능력이 없는 자가 존재할 수 있음을 전제로 하는 규정(제31조 제4항)을 두고 있다.

53) 최문희, “회계감사인의 비례책임제도의 쟁점과 바람직한 운용방안-개정 외감법에 대한 비판적 고찰과 개선과제를 중심으로,” 「저스티스」 통권 제144호(한국법학원, 2014), 263면.

54) 권재열, “회계감사인의 책임제한을 위한 시론 - 증권관련집단소송법의 시행에 즈음하여-,” 「기업법연구」 제20권 제2호(한국기업법학회, 2006), 273면.

과실에 의하여 이루어졌다는 것만을 증명함으로써 연대책임을 피할 수 있어 그의 부담을 덜어주는 효과가 있다. 그러나 이와 같은 비례책임제는 몇 가지 문제점을 지니고 있다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국내에서는 회계부정이 밝혀지는 경우 자연스럽게 외부감사인의 부실감사가 문제되어 그의 책임이 현안으로 대두되기도 한다. 특히 증권선물위원회가 외부감사인이 제출한 감사보고서를 감리한 후에 외부감사인을 징계하는 경우 그러한 징계가 외부감사인의 손해배상책임을 인정하는 근거로 인식되는 경향이 있다.⁵⁵⁾ 이러한 상황에서 외부감사인이 적어도 연대책임이라도 회피하기 위해서는 고의가 없었다는 것을 증명하여야 하지만, 규모가 작은 회계법인이나 감사반으로서 이를 증명할 능력이 충분하지 않거나 실제 증거물을 제시하지 못하는 경우가 많다. 설령 외부감사인이 단순한 과실에 의하여 부실감사가 이루어졌음을 증명하였다고 하더라도 자신의 책임비율을 줄이기 위해서는 어쩔 수 없이 원고가 소송에서 피감회사의 여러 임원 중 피고로 삼지 않은 자(者)의 과실을 주장할 유인이 존재하지만, 외부감사법 제31조 제4항의 단서만으로는 법원이 이 자의 과실을 각자의 책임비율을 산정할 때 포함시켜야 하는지가 분명하지 않다.⁵⁶⁾

둘째, 문언상으로 볼 때 외부감사법상의 비례책임제는 외부감사인은 물론이고 피감회사의 임원에게도 적용된다. 여러 명의 이사가 존재하는 경우 외부감사법이 각자의 책임비율에 따라 손해배상액의 규모를 정하는 것을 허용하는 제31조 제4항 단서는 고의 또는 중과실로 임무를 해태한 이사 또는 감사의 연대책임을 정한 상법 제401조 및 제415조와 모순된다는 문제가 발생한다. 예컨대, 상법은 중과실로 임무를 해태한 이사 또는 감사에게 연대하여 손해를 배상하는 책임을 정하고 있지만, 외부감사법에 따르면 중과실로 분식회계를 한 이사에게는 비례책임이 인정되는 것이다. 이사 또는 감사에게 비례책임이 인정되면 그 이사나 감사는 총손해의 일부만을 변제하므로 이는 위에서 언급한 것처럼 연대책임에 비하여 책임을 감면받는 효과가 있다.⁵⁷⁾ 이는 이사와 감사의 제3자에 대한 책임을 감면하는 규정을 두고 있지 않는 상법에 정면으로 충돌하는 것이다.

5. 외부감사인과 피감회사 임원의 비례책임의 예외 관련 검토

외부감사법은 부실감사를 둘러싸고 비례책임제를 시행함에 따라 피해자의 손해를 완벽하게 배상하지 못하는 경우를 봉쇄하기 위해 2가지 예외를 제시하고 있다. 이러한 예외에 관하여 자세히 살펴보기로 한다.

먼저 법정책임의 부과방식에 대한 예외가 있다. 즉, 피해자의 소득인정액이 1억 5천만원 이하인 경우에는 비례책임제를 배제하고 연대책임제로 돌아간다(제31조 제5항, 시행령 제37조 제1항). 그러나 이러한 예외에는 몇 가지 문제가 내포되어 있다. 가장 기본적인 문제로는 소득규모가 피해자를 합리적으로 차별하는 것을 정당화하는 근거라고 볼 수 없다는 점이다. 또한 일정한 소득인정액 이하의 피해자에 대하여 비례책임의 예외적인 경우로 취급함에 따라 외부감사인의

55) 법무법인 율촌, 앞의 책, 34-35면.

56) 최문희, 앞의 논문, 275면.

57) 최문희, 앞의 논문, 267면.

입장에서는 피해자의 재산규모에 따라 그가 부담하는 책임의 형태가 달라지는 결과를 낳게 된다. 특히 증권관련집단소송을 통해 외부감사인의 책임을 추궁하는 경우⁵⁸⁾에는 각 집단을 구성하는 구성원이 저소득 투자자인지의 여부에 따라 외부감사인이 부담하는 책임의 형태가 달라지게 된다.⁵⁹⁾

다음으로 책임비율의 재분배에 따른 예외가 있다. 즉, 비례책임에 따른 배상의무자 중 무자력자가 있는 경우 그 자의 부담부분을 배상능력이 있는 자들이 각자의 책임비율에 비례하되 그 비율의 50% 내에서 추가로 부담하여야 한다는 것이다(제31조 제6항). 그러나 배상능력이 없는 자가 있는 경우에 대한 예외적 취급에 대해서는 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 만약 배상의무자가 여럿이 있는 경우에 각 배상의무자의 책임형태가 반드시 동일할 것이라고 기대할 수 없다. 기본적인 이유는 부실표시에 관한 고의유무에 따라 연대책임 또는 비례책임이 선택적으로 부과되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 외부감사법은 비례책임자 중에 배상능력이 없는 자가 있는 경우에 한하여 비례책임자에게 추가배상의무를 부과하고 있을 뿐이어서 연대책임자 중에 배상능력이 없는 자가 있는 경우를 외면하고 있을 뿐만 아니라 연대책임자의 추가배상의무를 인정하지 않는 이유를 찾기 어렵다.⁶⁰⁾ 둘째, 회계법인은 의무적으로 손해배상공동기금을 적립하여야 하므로 설령 배상의무자 중에서 배상능력이 없는 자가 있다고 하더라도 제3자의 손해를 전보하는 데 큰 어려움은 없다. 그러나 감사반의 경우에는 손해배상공동기금을 적립할 의무를 부담하지 않는 반면에 감사반의 재산(조합재산)과 감사반에 소속된 공인회계사의 개인재산으로 제3자의 손해를 배상하여야 한다. 따라서 “외부 회계감사를 하는데 있어 감사반이 회계법인에 비해 공정성이나 신뢰성의 측면에서 문제가 있다는 취지의 주장은 합리적 근거”⁶¹⁾가 없을지라도 감사반이 제3자에 대하여 추가배상하여야 하는지의 여부가 조기에 판가름나지 않는다면 회사로서는 감사반에 회계감사업무를 위임하고자 하는 유인이 줄어들 수밖에 없다.⁶²⁾ 감사반을 외부감사인으로 선임하는 것을 기피하게 되면 자연스레 감사반은 회계감사에 대한 수임료를 인하하는 방법으로 고객을 끌어들이고자 하는 유인이 발생하게 될 것이다. 저렴한 수임료를 받는 외부감사인은 성실하게 회계감사에 임하지 않을 여지가 있게 되고, 이러한 악순환이 반복되면 감사반 제도 전반에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 부작용을 낳는다.⁶³⁾ 그럼에도 불구하고 현행 외부감사법에는 추가배상이 확정되어야 하는 시점에 관해서는 전혀 규정하지 않고 있다.

58) 「증권관련 집단소송법」 제3조 제1항 제4호는 자본시장법 제170조에 따른 손해배상청구를 위해 집단소송을 제기할 수 있음을 정하고 있다. 자본시장법 제170조 제1항은 외부감사법 제31조 제2항부터 제3항까지를 준용한다.

59) 최문희, 앞의 논문, 270-271면.

60) 위의 논문, 276-277면.

61) 공정거래위원회 2007.10.8. 의결, 제2007-453호, 2007서총0874. 이 사건에서 공정거래위원회는 외부감사인의 범위를 회계법인으로 제한해 감사반을 제외하도록 한 농협중앙회에 대해 시정명령을 의결하였다.

62) 회계감사를 받아야 하는 회사로서는 완벽하게 손해를 배상받을 수 있는 자를 외부감사인으로 선임하고자 하는 유인을 가지게 된다. 말하자면, 손해를 전부 배상할 능력을 갖춘 외부감사인을 선호하게 되는 것이다. 손해배상능력을 감안한다면 회사로서는 외부감사인으로 선임하는 중요한 자료로서 감사반의 경우에는 회계법인과는 달리 그에 소속된 각 공인회계사의 재무상태를 고려할 수 밖에 없다. 때문에 추가배상여부가 조기에 밝혀지지 않는다면 피감회사로서는 감사반 소속 공인회계사가 장래 추가배상을 하여야 하는 상황에 놓일 것을 우려하여 감사반을 외부감사인으로 선임하는 데 주저하게 된다.

63) Goldberg, *supra* note 32, at 303.

이상과 같이 외부감사법이 피해자가 손해를 완벽하게 전보받을 수 있는 길을 열어두는 것은 피해자 구제 차원에서는 바람직할지라도 회계법인으로서는 피해자의 소득이나 다른 비례책임자의 재산상태에 따라 부담하여야 하는 손해배상액이 달라짐에 따라 그의 지위를 불안정하게 만든다.

6. 손해배상에 대한 증명책임 부담 주체의 이원화 관련 검토

외부감사법은 원고가 누구인지를 기준으로 하여 증명책임을 부담하는 주체를 정하고 있다. 먼저 원고가 일반 투자자인 경우 부실감사로 인한 손해와 관련하여 피고인 외부감사인인 임무해태가 없었다는 것을 증명하여야 한다(제17조 제7항 본문). 이는 전문성이 미흡한 일반 투자자를 보호하는 차원에서 원고가 피고의 임무해태와 손해사이의 인과관계를 증명하여야 하는 부담을 덜어준 것이다. 다음으로, 원고가 금융회사인 경우에는 증명책임이 환원되어 원고 스스로가 외부감사인의 임무해태를 증명하여야 한다(제17조 제7항 단서). 설령 피감회사의 회계부정을 외부감사인이 회계감사과정에서 걸러내지 못함에 따라 금융회사가 대출금 회수불능으로 인한 피해를 입더라도 외부감사인에게 손해배상을 청구하기 위해서는 스스로가 외부감사인의 임무해태를 직접 증명하여야 한다는 것이다. 이와 같은 증명책임의 환원은 금융회사가 일반 투자자에 비해 피감회사에 대하여 정보의 우위에 있을 뿐만 아니라 전문적인 분석능력을 가진 갖추고 있음에도 불구하고 부실대출에 대한 책임을 외부감사인에게 전가하려는 도덕적 해이를 방지하는 효과가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 이와 같은 증명책임의 다원화는 다음과 같은 문제점을 야기한다. 첫째, 금융회사는 피감회사의 임의채권자일 뿐 주주가 아니어서 피감회사의 회계장부 및 서류를 열람할 자격(상법 제466조)을 가지지 못한다. 또한 금융회사는 피감회사에 대하여 자료를 요구하거나 재산상태를 조사할 권한이 없다. 때문에 금융기관이 외부감사인의 감사조서⁶⁵⁾ 등과 같은 자료를 확보하여 부실감사여부를 밝히는 것도 용이하지 않다. 이 같은 상황에서 금융회사가 일반 투자자에 비하여 더 많은 정보를 가질 뿐만 아니라 분석능력이 탁월하다는 평가가 타당한지는 의문이다. 또한 증명책임이 원고에게 환원됨에 따라 금융회사의 제소가 어려워진 결과 외부감사인이 손해배상소송을 당할 위험이 줄어들며, 이는 더 나아가 피감회사의 회계부정을 적발하려는 유인이 줄어들 여지도 있다.

둘째, 피감회사의 감사보고서를 이용하는 자는 반드시 금융회사에 국한되는 것은 아니다. 만약 일반 투자자가 외부감사인을 상대로 제기한 손해배상청구소송에 금융회사가 소송참가를 하는 경우에 증명책임을 누가 부담하는지가 분명하지 않다. 게다가 외부감사인을 상대로 일반 투자자가 제기한 손해배상청구소송과 금융회사가 제기한 손해배상청구소송을 병합하는 경우에도 마찬가지로 증명책임을 부담하는 주체가 명확하지 않다. 특히 일반 투자자와 금융회사를 비롯한 다양한 유형의 피해자가 집단소송에 의해 외부감사인의 손해배상책임을 추궁하려는 경우 금융회사는 승소의 가능성을 높이기 위해 일반 투자자로 하여금 집단소송의 대표당사자로 선임되어 증명책임

64) 이성우, 앞의 논문, 354-355면.

65) 이하에서 살펴보는 감사조서는 외부감사인의 소유물이다(회계감사기준 230.3.1).

을 전환시키고자 하는 유인을 가질 수 있다.

7. 외부감사인에 대한 손해배상청구권의 제척기간 관련 검토

외부감사법상 ‘감사조서’라 함은 외부감사인이 “회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류”를 의미한다(제19조 제1항). 감사조서는 회계감사 “당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당”⁶⁶⁾한다. 이에 외부감사법은 감사조서를 감사종료시점으로부터 8년간 보관할 것을 요구하고 있다(제19조 제2항).

증권선물위원회가 감리차원에서 8년전까지 거슬러 올라가 감사조서를 열람하여 외부감사인의 부실감사를 밝혀냈음에도 불구하고 단기의 소멸시효 내지 제척기간으로 인하여 제3자가 외부감사인의 손해배상책임을 추궁할 수 없다면 감사조서를 8년간 보관하여야 하는 의의가 퇴색된다. 이에 외부감사법은 외부감사인의 손해배상책임을 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사조서의 보관기관과 동일하게 감사보고서 제출일로부터 8년간 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제31조 제9항).

구 외부감사법 제17조 제9항은 손해배상 관련 증명책임을 외부감사인에게 전환하는 데에 따른 부담을 상쇄하려는 차원에서 손해배상청구권의 제척기간을 3년으로 정한 바 있다⁶⁷⁾. 하지만 현행 외부감사법은 외부감사인의 손해배상책임을 강화하는 차원에서 구법에 비하여 제척기간을 감사조서 보관기간과 동일하게 맞추었다. 그러나 외부감사법이 제3자의 손해배상청구권의 제척기간을 8년으로 정한 것은 이례적일 뿐만 아니라 관련 법령에 따라 공인회계사가 부담하는 다른 손해배상책임과의 정합성이 떨어진다.⁶⁸⁾ 예를 들어, 자본시장법은 증권신고서와 투자설명서 중 중요사항의 허위 기재 또는 기재누락이 있어 증권 취득자가 손해를 본 경우 그 손해에 대해 그 증권신고서의 기재사항 또는 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하여 서명한 공인회계사의 배상 책임을 규정하고 있는데(자본시장법 제125조), 이 책임의 제척기간은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 해당 증권에 관하여 증권신고서의 효력이 발생한 날부터 3년 이내이다(자본시장법 제127조). 게다가 구 외부감사법과는 달리 현행법은 외부감사인에게 과징금을 부과하는 규정(제35조)을 신설하였을 뿐만 아니라 벌칙(제39조 이하)까지 강화하고 있다는 점에 비추어 8년의 제척기간은 외부감사인에게 너무 가중된 부담으로 작용하므로 재고를 요한다.

V. 결론

66) 서울고등법원 2009. 12. 11. 선고 2009노1531 판결.

67) 표성수, “주식회사 감사인의 특수한 법적 책임,” 「인권과정의」 통권.300(대한변호사협회, 2006), 98면.

68) 법무법인 율촌, 앞의 책, 192-193면.

회계감사의 핵심은 재무제표의 적정성을 확보하여 신뢰성을 제고하기 위해 외부감사인이 의견을 표명하는 데 있다. 그러다 보니 좁은 의미의 회계감사는 전통적으로 재무제표감사를 뜻하는 것으로 알려져 있다. 외부감사법은 회계감사에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 이해관계인을 보호하는 등의 목적을 두고 있는 단행의 법률로서 외부감사인이 직무상의 권한과 의무를 성실하게 수행하지 않은 경우 민사책임과 형사책임은 물론이고 행정법상의 제재까지 마련하고 있다.

본고는 외부감사법 제31조를 대상으로 하여 외부감사인의 손해배상책임을 둘러싼 다양한 문제점을 살펴보았다. 그 문제점을 간단히 정리하면 아래와 같다.

첫째, 대법원 판례는 모든 투자자가 피감회사의 외부감사인이 작성한 감사보고서를 신뢰하여 피감회사의 주식을 거래한 것으로 추정하고 있다. 거래인과관계를 광범위하게 추정하는 것은 결과적으로 외부감사인의 책임범위를 넓히는 것과 다를 바 없다. 그러나 이 같은 추정은 경험칙에 반하기 때문에 쉽게 수긍할 수 없다.

둘째, 외부감사법 제31조 제4항은 외부감사인이 제3자에 대하여 고의로 인하여 손해배상책임을 지는 경우에 제3자를 두텁게 보호하기 위해 외부감사인과 피감회사 임원사이의 연대책임을 인정하고 있다. 그러나 피감회사 이사가 분식회계를 하는 것과 외부감사인이 감사보고서를 고의로 부실하게 작성하는 것은 별개의 행위라는 점에서 그러한 연대책임에 수긍하기 어렵다.

셋째, 외부감사인 및 피감회사 임원의 고의가 없음에도 불구하고 손해가 발생함에 따라 이를 배상하여야 하는 경우에는 비례책임이 인정된다. 그러나 외부감사인이 연대책임을 회피하기 위해서는 고의가 없었음을 증명하여야 하지만 규모가 작은 회계법인이나 감사반으로서는 그러한 증명이 버거울 수 있다.

넷째, 외부감사법은 비례책임제로 인하여 제3자가 두텁게 보호되지 못할 우려가 있어 외부감사법은 저소득투자자에 대한 예외조항과 추가배상제도를 두고 있다. 그러나 소득규모가 합리적 차이를 정당화하는 근거라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 비례책임자 중 배상능력이 없는 자가 있는 경우에만 추가배상 의무를 부과하는지에 대하여 납득이 가지 않는다.

다섯째, 외부감사법에 따르면 일반 투자자가 원고인 경우에는 손해배상의 증명책임을 전환하는 반면에 금융회사가 원고라면 그 증명책임을 스스로가 부담한다. 그러나 금융회사가 일반 투자자에 비하여 더 많은 정보를 가질 뿐만 아니라 분석능력도 탁월하다는 평가가 타당한지는 의문이다.

여섯째, 외부감사인 손해배상책임을 제척기간은 8년이다. 이와 같이 제3자의 손해배상청구권의 제척기간을 8년으로 정한 것은 이례적일 뿐만 아니라 공인회계사가 부담하는 다른 손해배상책임과의 정합성이 떨어진다.

[참고문헌]

- 권재열, “회계감사인의 책임제한을 위한 시론 - 증권관련집단소송법의 시행에 즈음하여-,” 「기업법연구」 제20권 제2호(한국기업법학회, 2006)
- 권재열/황남석, 「‘회사의 재무와 회계에 관한 법’(가칭)에 관한 연구」 연구보고서 제46호(한국회계기준원, 2019)
- 김정은, “부실감사에 대한 외부감사인의 책임체계와 개선방안,” 「법학연구」 제31권 제2호(충남대학교, 2020)
- 법무법인 율촌, 「외부감사인의 책임한계」(한국공인회계사회, 2018)
- 이상돈, “부실감사책임: 과잉규제와 탈규제 사이에,” 「규제연구」 제13권 제1호(한국경제연구원, 2004)
- 이성우, “자본시장 회계정보전달자로서 외부감사인의 손해배상책임제도에 관한 연구,” 「동아법학」 제46호(동아대학교, 2010)
- 이준섭, “감사인의 피감사회사에 대한 부실감사책임,” 「증권법연구」 제7권 제1호(한국증권법학회, 2006)
- 최문희, “회계감사인의 비례책임제도의 쟁점과 바람직한 운용방안-개정 외감법에 대한 비판적 고찰과 개선과제를 중심으로,” 「저스티스」통권 제144호(한국법학원, 2014)
- 최승재, “회계법인의 주식가치평가와 투자자에 대한 손해배상책임 - 대법원 2010.1.28. 선고 2007다16007판결을 중심으로 -, ” 「증권법연구」 제11권 제2호(한국증권법학회, 2010)
- 한국공인회계사회 회계법연구회, 「주석외부감사법」(박영사, 2019)
- 표성수, “주식회사 감사인의 특수한 법적 책임,” 「인권과정의」 통권.300(대한변호사협회, 2006)
- Jay M. Feinman, *Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology*, 31 Florida State University Law Review 17, 21(2003)
- Victor P. Goldberg, *Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?*, 17 Journal of Legal Studies 295(1988)
- George Puttick et al, *The Principles and Practice of Auditing* (2009).
- Jodi B. Scherl, *Evolution of Auditor Liability to Noncontractual Third Parties: Balancing the Equities and Weighing the Consequences*, 44 American University Law Review 255(1994)
- 弥永真生, 「会計監査人論」(同文館出版, 2015)