

규제연구 제13권 제1호 2004년 6월

부실감사책임

: 과잉규제와 탈규제 사이에

이 상 돈

(고려대학교 법과대학 교수)

현재 부실감사의 법적 책임으로 대표되는 외감법상 책임은 민법상의 불법행위책임에 비해 강화된 손해배상책임과 형사책임이다.(이외에도 증권거래법상 책임과 민법의 불법행위 책임 등이 있음) 즉 외감법 제17조 제2항은 민법보다는 완화된 요건으로 감사인의 손해배상책임을 인정한다. 외감법 제20조 제2항 제2호의 벌칙조항에서도 형법의 보충성원칙이 지켜져야 함에도 불구하고 신뢰의 인과관계나 손해발생을 책임의 요건으로 요구하지도 않는다. 이러한 상황에서 부실감사의 법적 책임은 어떻게 구성될 때 적절한 수준의 규제가 되는지가 문제된다. 먼저 원인이 된 법적 책임인 ‘정의’와 경제적, 행정학적 규제의 ‘적정성’ 사이의 틈새를 좁히는 것이 중요한 과제이다. 이를 극복하기 위해서는 부실감사를 발생시키는 모든 요인들을 고려하고, 그 요인들과 관계되는 모든 사람들 사이에 책임을 분배하는 법개혁이 필요하다. 여기서 경제학적 적정규제는 법적인 위험을 자본시장에 참여하는 모든 주체들에게 골고루 분산시키고, 책임을 공평하게 짊어지게 하는 데에 있다. 이와 같은 위험의 합리적 분산과 책임의 공평분배는 단일한 법제가 아니라 매우 다층적인 법제로써 가능할 것이다. 즉 민법과 형법만이 부실감사를 통제하면 과소규제가 되고, 외감법과 증권거래법의 책임규정이 부실감사를 통제하면 과잉규제가 된다. 이 과소규제와 과잉규제의 딜레마를 극복시키는 것은 절차주의적 법패러다임이다. 이 패러다임은 분쟁의 당사자들 사이의 합의지향적인 의사소통과 상호작용에 의해 당사자들이 분쟁을 자율적으로 해결하도록 하는 법제이다.

핵심용어 : 부실감사, 과잉규제, 탈규제, 트릴레마, 절차주의적 법패러다임, 외감법

I. 부실감사책임과 규제개혁의 과제

1. 부실감사규제의 양면성

경제영역 전체에 걸쳐 자본시장만큼이나 규제가 약한 분야는 드물 것이다. 소득세의 면제부터 시작하여 자본거래의 인·허가나 신고·등록제도 없다. 자본거래의 공정성 fairness을 보장하는 법제만이 규제의 전부이다. 이를테면 내부자거래, 주가조작, 분식회계, 그리고 이 글에서 중점적으로 다루는 부실감사에 대한 규제가 그 핵심을 이룬다. 이런 규제의 특징은 양적으로는 ‘자본시장의 규제’ 심지어 ‘탈규제화deregulation’라고까지 말해도 좋을 만큼 자본시장에서 일어나는 행위영역의 매우 작은 면적만을 규제하는 것이지만, 질적으로는 모두가 형사처벌이라는 초강도의 규제, 바꿔 말해 과잉규제에 해당한다는 점에 있다.

자본시장규제의 이 양면성은 자본시장을 사회민주주의¹⁾의 이념에서 바라본다면 두 겹의 이데올로기로 비춰질 수 있다. 즉 양적 과소규제(또는 탈규제)는 너무 신자유주의 적이고, 질적 과잉규제는 너무 국가주의적이다. 과소규제는 자본시장을 자유의 땅으로 만들긴 하지만 그 자유가 초래하는 불평등한 결과가 결국 시장참여자들의 이탈을 부추기고, 자본시장의 성장기반을 취약하게 만들 수 있다. 1990년대 전후까지 부실감사에 대한 규제는 이와 같은 과소규제(탈규제) 상태에 있었고, 1997년 금융시장의 위기는 자본시장에 대한 과소규제, 바꿔 말해 자본시장을 합리화하는 법제화가 지지부진한 데서²⁾

1) 예컨대 주식양도소득세, 외환거래세 등의 신설을 주장하는 현재 민주노동당이 대략 이런 이념을 대변하는 것으로 보인다.

2) 여기서 법제화가 부족하다고 말하는 것은 증권거래법이나 외부감사법과 같은 법제의 미비를 뜻하는 것

비롯된 결과라고도 이해할 수 있다. 다른 한편 1990년 중반, 특히 1997년의 경제위기 때 부터 부실감사에 대한 규제는 국내외적으로 강화될 것이 요구되었고, 투자실패의 손해 전체를 배상할 책임을 공인회계사에게 부과함(증권거래법 제14조-제16조)은 물론이고, 최근에는 급기야 형사처벌이라는 고강도의 규제단계로까지 접어들고 있다. 하지만 이런 고강도의 규제가 자본시장의 성장과 안정을 가져올지는 매우 의문이다.

2. 규제 개념의 법학적 수용

이 글은 바로 이와 같은 부실감사규제의 흐름에 대해 비판적으로 고찰하고, 규제개혁의 지표로서 ‘적정규제’의 의미가 무엇인지를 부실감사에 대한 법적 통제를 예로 하여 살펴보려고 한다. 이 과제를 수행하려면 먼저 규제 개념의 법학화가 필요하다. 규제는 개념은 다분히 경제학적이거나 행정학적인 용어이다. 법학자들은 주로 통제(control, Kontrolle)나 규율이라는 표현을 즐겨 쓴다. 그렇게 때문에 법적 통제나 규율을 규제라는 개념으로 바꿔 표현하면 법학에서는 매우 낯설다.³⁾ 법적 개념인 권리나 이익을 경제학적인 용어인 재화로 표현할 때와 마찬가지로이다. 그런데 경제학자나 행정학자들이 관리해온 규제의 전문적인 ‘의미론’적 세계에서 보면 규제 개념은 주로 시민생활에 직접 관계되는 행정서비스의 질적 저하를 가져오는 관행이나 행정법규(의회로부터 위임받은 입법 포함)를 의미하는 것으로 보인다. 반드시 그런 것은 아니지만 대체로 의회의 입법이 요구되는 규제는 이러한 의미의 규제 개념에서는 제외되곤 한다. 바로 그렇기 때문에 ‘규제개혁’은 행정학이나 경제학자들에게 많은 경우 법과 무관한 행정서비스의 품질 향상과 같은 의미로 이해될 수 있고, 또 실제로도 그렇게 이해되곤 한다. 그러나 규제의 중심은 오히려 의회에서 제정하는 법률로 보아야 하고, 그 법률을 구체화하는 행정법규나 그 법률의 위임을 받아 행정부가 제정하는 위임입법은 규제의 주변을 이룬다고 보아야 한다.

한편 규제철폐와 완화를 주된 국정과제로 설정했던 김대중 정부, 그리고 그

이 아니라 그런 법이 제대로 집행되고 있지 않다는 점, 그리고 그 원인이 기존의 법제가 자본시장을 합리적으로 규율하는 데 적합하지 못한 상태에 있다는 점을 뜻한다.

3) 다만 법학의 분과 가운데 규제행정법 분야에서는 규제 문제를 정면에서 집중적으로 다루기도 한다.

기본과제를 계승하고 있는 현 정부의 정책방향과 맞지 않으면서도 최근에 의회입법과 법원의 판결에서 부실감사책임이 대폭 강화되어가고 있는 원인의 한 가닥을 규제 개념에서 찾을 수도 있다. 물론 부실감사책임의 강화는 자본시장의 공정성 구축이 규제완화보다 더 중요한 과제이기 때문에 일어난 일이긴 하다. 하지만 그와 같은 정책적 흐름의 모순, 그러니까 규제완화의 시대에 강력한 규제를 새롭게 신설하는 것에 대해 규제 개혁의 목소리가 비판적으로 작용하지 못한 데에는 분명 험애한 규제 개념, 즉 의회입법과 법원판결이 제외되곤 하는 규제 개념에도 그 원인이 있음을 인정할 수 있다.

하지만 복지행정의 확대는 법률을 구체화하는 행정부의 법규제정이나 위임입법을 낱이 증대시키고 있어서 양적으로는 행정입법이나 관행이 규제 개념의 중심에 위치하고, 의회입법이나 법원판결은 그 주변에 위치하는 것으로 보일 수 있다. 어쨌든 개념의 중심이든 주변이든 널리 규제 개념은 법학에서 말하는 모든 법적 통제나 규율을 포함하는 것으로 이해할 필요가 있다. 이렇게 되면, 행정부의 법규제정이나 업무관행뿐만 아니라 의회의 입법, 법원의 판결, 헌법재판소의 결정 그리고 더 나아가 인권위원회의 인권권고까지도 규제를 가하거나, 줄이고 또 풀기도 하는 활동으로 이런 규제 개념을 설정하고, 이를 통해 법적 정의와 행정학적 합리성 또는 경제학적 효율성이 함께 논의될 수 있게 한다.

II. 부실감사의 규제현상

1. 부실감사의 규제강화

현재 부실감사에 대한 법적 책임은 민법상의 불법행위책임에 비해 강화된 손해배상책임과 형사책임으로 특징지을 수 있다. 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 외감법) 제17조 제2항은 민법보다는 완화된 요건, 즉 감사인이 '중요한 사항'에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 하여(귀책사유의 한정), 제3자, 즉 자본투자자에게 위법하게 손해를 야기하고, 그 제3자가 감사보고서를 믿고 투자한 사실(신뢰의 인과관계)이 입증되면 감사인의 손해배상책임⁴⁾을 인정한다. 증권거래법 제14조 제1항 제2

호 및 제15조도 유가증권신고서⁵⁾(이하 동법 제8조), 사업설명서(제12조), 사업보고서(제186조의2), 반기보고서(제186조의3) 등에서 허위 기재표시나 중요한 사항에 대한 누락이 있는 경우에 손해배상책임을 규정한다.

투자자는 외감법이나 증권거래법상의 손해배상책임과 민법상의 불법행위책임을 선택적으로 추궁할 수 있는 것으로 해석된다(청구권경합설). 또한 손해배상의 범위도 <투자자의 실제 매입가액 - 공정감사가 이루어졌다면 형성되었을 주식가액>의 손해로까지 확장해석함으로써⁶⁾ 민법상의 불법행위책임과 사실상 차이를 두지 않는다. 증권거래법은 여기서 더 나아가 배상할 손해의 범위에 관한 특별한 규정(제197조 제2항/제15조)까지 두고 있다. 이 규정은 투자실패로 인한 전체손해, 그러니까 <취득액-변론종결 시의 시장가액 또는 변론종결 전 처분 시의 처분가액>을 공인회계사가 배상해야 할 범위⁷⁾로 보고 있다(제15조 제1항). 물론 부실감사와 그와 같은 손해 사이의 인과관계가 없음을 공인회계사가 입증하면 배상책임을 면할 수 있다(제15조 제2항).

부실감사에 대한 규제의 절정은 형사책임에서 나타난다. 특히 외감법은 “감사보고서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 한” 것만으로 공인회계사를 처벌할 수 있게 하고 있다.⁸⁾ 그러니까 감사보고서의 진실성을 신뢰했을 것(신뢰의

4) 이러한 부실감사책임은 미국 연방증권법(The Securities Act of 1933)의 규율과 많은 점에서 유사하다. 이 법에 의하면, 감사받은 재무제표에 허위 또는 중요한 사실의 누락이 있을 때, 증권공개모집에 참여한 일반투자자들은 제소할 수 있다. 감사인은 무과실에 대한 입증책임을 지고, 제소자는 공개모집증권의 취득으로 손실을 입었다는 것만 증명하면 된다(재무제표이용과 투자의사결정 사이의 인과관계 입증 생략). 따라서 우리보다 좀더 완화된 귀책요건임을 알 수 있다. 그리고 소멸시효는 재무제표의 오류와 누락을 안 때로부터 1년, 증권공개모집 후 3년의 단기이다. (이러한 미국의 법제에 대해 자세히는 김맹화, 「감사인의 법적 책임 수준에 대한 연구」, 『사회과학연구』 제6집, 평택대학교 사회과학연구소, 2002, pp.130-132 참조)

5) 부실공시책임은 공시자와 투자자를 연결하는 고리인 사업설명서의 작성과 공시 중심으로 구성되어야 하고, 현행법규정처럼 유가증권신고서 등을 포함하는 것은, 1933년의 미국 연방증권법(The Securities Act of 1933) 제11조를 모방한 것으로서 우리 법체계의 기능적 분화에 맞지 않는 비판으로 이준섭, 「증권관련집단소송제의 전제조건으로서의 손해배상책임제도의 정비방안」, 전경련 세미나 자료 『증권관련 집단소송법 제정과 보완과제』(2004.1.30.), pp.2-29 참조.

6) 서울지방법원 1996.8.28 선고, 96나15298 판결 참조.

7) 이 조항은 미국의 1933년 연방증권법 제11조e항(배상받는 손해액은 당해 유가증권의 매입가격[공모가격 초과불가]에서 소 제기 시의 유가증권가격을 빼거나, 소 제기 이전에 증권시장에서 처분한 경우에는 그 처분가격 그리고 소 제기 이후 판결이 나기 전에 처분한 경우에는 그 처분가격을 차감한 것을 말한다)을 모델로 한 것으로 보인다.

8) 현행 부실감사죄는 독일 상법전(HGB) 제332조와도 매우 유사하다. 제332조 제1항은 “누구든지 결산감

인과관계)을 요구하지도 않고 손해발생을 책임의 요건으로 요구하지도 않는 것이다.⁹⁾ 다만 이 규정에서 “감사보고서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나” 부분은 최근 위헌결정¹⁰⁾을 받았다. 그러나 허위기재는 사소한 사항에 관한 것이라도 계속 처벌할 수 있다는 점에서 이 규정은 부실감사에 대한 최강도의 규제로 남아 있다.

그러나 이와 같은 부실감사에 대한 제재가 과잉규제라는 비판적인 목소리는 그렇게 크지 않은 듯하다. 자본투자자의 보호라는 목적을 위한 규제는 신자유주의의 물결 속에서도 정당한 것으로 여겨지기 때문이다. 그러나 자본시장에 참여하는 다양한 주체들 가운데 한 사람으로서 투자자나 공인회계사(외부감사인) 사이에도 권리와 의무의 분배가 형평성을 잃게 된다면 자본시장의 기능 자체가 위태롭게 될 수도 있다.

2. 과잉규제의 판단기준으로서 트릴레마

언제 그런 위험이 발생하는가? 이에 대한 경험적·실증적 판단을 내리기는 어렵다. 하지만 적어도 규제의 과잉성이 감지되고, 규제완화의 법정책으로 선회해야 할 필요성을 알려주는 신호는 있다. 그런 신호로서 토이브너(Teubner)가 말하는 ‘트릴레마 Trilemma’¹¹⁾ 현상을 들 수 있다. 즉 (1) 법과 정책의 상호적 무관심, (2) 법에 의한 사회적 통합의 와해, (3) 사회에 의한 법적 통합의 와해 현상이 발생한다면 그때의 법은 과잉규제이고, 정책적 선회가 요구되는 상황에 들어가는 것이 된다. 이 트릴레마의 현상을 부실감사에 적용하여 설명해 보면 다음과 같다.

사인으로 또는 그의 보조자로서 연말결산서, 영업보고서, 결합연말보고서 또는 제340조a 제3항의 중간결산서, 제340조i 제4항의 결합중간결산서의 심사결과에 대하여 허위로 보고하거나, 감사보고서에 중요한 사항을 기재하지 아니하거나 허위내용의 감사의견을 제시한 자는 징역 3년 이하 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고, 제2항은 제1항의 행위가 “대가를 받고 하거나, 자기 또는 다른 사람에게 이득을 주거나 다른 사람에게 해를 주려는 의도에서” 이루어진 경우에 5년 이하의 징역 또는 벌금형으로 가중처벌하고 있다. 즉 우리 법에 비하면 기재누락과 허위기재 이외에 허위감사 의견제시라는 제3의 행위유형을 추가하고 있다.

9) 형사범죄에서도 추상적 위험범은 신뢰의 인과관계나 손해발생을 성립요건으로 요구하지 않는다. 하지만 보편적 법익에 대한 추상적 위험이 형사불법이 될 수 있는지는 형법학에서 심각한 논란과 회의의 대상이 되고 있음을 간과해서는 안 된다.

10) 헌재결 2004.1.29, 2002헌가20, 2002헌가21(병합)

11) Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenze, Auswege, in: Kübler(Hrsg.), “Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität,” 1985, p.313 아래 참조.

(1) 법과 정책의 상호적 무관심

첫째, 먼저 자본투자자의 특별보호에 지향된 정책은 법(의 규범적 구조나 원칙)에 대해 무관심하다. 이 점은 부실감사의 책임을 규율하는 민법과 형법이 자신의 규범적 원칙을 구성하는 ‘개인적 귀속가능성’이라는 전통적인 책임패러다임을 외면하고, 아울러 민법은 사적 자율의 이념을 무시하고, 형법은 보충성원칙을 전혀 개의하지 않는 데에서 극명하게 드러난다. 반면 부실감사의 책임을 규율하는 현행법 역시 정책에 무관심하다고 볼 수 있다. 예컨대 부실감사형법은 실제로는 집행되기 어렵고, 부실감사에 대해 손해배상책임을 과도하게 부과하는 민사책임법도 한편으로는 기업회계비용을 전체적으로 증가시킴¹²⁾으로써 거시적으로 볼 때 자본시장의 기능유지비용을 증가시킨다. 또한 사회국가화된 부실감사법제는 회계법인의 경영효율성을 악화시킴으로써 거시적으로는 회계법인의 기능, 즉 기업부실을 감지하여 일반투자자들에게 경고하는 기능까지도 다시 약화시킬 수도 있다. 이런 상황 속에서는 부실감사책임의 법제도와 투자자보호의 정책이 서로에 대해 무관심한 것이라고 말할 수 있다.

(2) 법에 의한 사회적 통합의 와해

둘째, 현재의 법제도는 사법체계의 정의논리가 경제체계의 합리성을 등한시하는 상황이라고 할 수 있다. 사법의 경제에 대한 과도한 우위는 ‘체계’, ‘행위’ 그리고 ‘인격’의 세 차원에서 다양한 부작용을 가져올 수 있다. 먼저 ‘체계’의 차원에서 사법의 과도한 정책전개는 부실감사가 최대한 억제되어야 할 일탈행위임에도 불구하고 특히 단기적으로는 경제의 위축을 가져온다는 우려가 등장할 수 있게 한다. 하지만 이런 우려는 장기적 관점에서는 제거될 수 있다. 경영투명성은 외국자본의 유입을 이끌 수 있고, 그것이 곧 경제성장의 동력이 될 수도 있기 때문이다.

그러나 외부감사인인 공인회계사들의 ‘행위’ 차원에서는 사정이 다르다. 예컨대, 과도한 손해배상책임이나 형사책임은 회계법인의 과산을 초래하거나, 적어도 우수회계인력을 개인적 손실위험이 낮은 직장으로 이전시키고,¹³⁾ 아울러 우수한 중소규모의 회계사

12) 김일섭, 「세계시장에서의 감사인의 법적 책임(I)」, 『공인회계사』, 1996년 1월호, p.50; 「세계시장에서의 감사인의 법적 책임(II)」, 『공인회계사』, 1996년 2월호, p.41.

13) 김일섭, 「세계시장에서의 감사인의 법적 책임(I)」, 『공인회계사』, 1996년 1월호, p.50.

무소들로 하여금 본연의 중심업무인 회계감사업무를 기피하고 위험이 낮은 경영자문이나 세무업무를 더 선호하게 만들 수 있다. 다시 말해 공인회계사들의 직업세계에서 업무의 중점변화가 초래되고 회계업무의 적극적 수행보다는 방어적인 직무수행의 태도를 높이게 된다.¹⁴⁾ 이와 같은 공인회계사들의 행동(방식)변화는 장기적으로는 자본시장의 기능을 유지하는 데 드는 사회적 비용을 오히려 증가시킬 것이며,¹⁵⁾ 그 한도에서는 체계의 차원에서도 경제에 불이익한 결과가 초래될 수 있다.

셋째, 인격의 차원에서는 더 중대한 변화가 초래된다. 즉 공인회계사들의 행동방식의 변화는 자본시장의 기능을 유지하는 데 공인회계사들이 수행하여야 할 역할을 축소시킬 뿐만 아니라 전승된 직업의식(직업인격)을 해체시킬 수 있다. 예컨대 공인회계사는 외부감사인으로서 회계감사를 하면서도 그 일을 통해 자신이 자본시장의 기능을 구축하는 엘리트로서 노블리스 오블리제에의 직업의식을 갖기보다는 기업의 부실을 눈감아주고, 경영진이나 회사로부터 커미션을 먹는 브로커와 같은 직업의식을 더 많이 가질 수 있게 된다. 이는 공인회계사들이 자신들만의 고유한 정체성(직업인격)을 가진 채 자율적으로 자본시장에 참여하여 다른 주체들과 하나의 공정한 질서로 통합될 수 없음을 말한다. 이를 두고 법에 의한 사회적 통합의 와해라고 부를 수 있다.

(3) 사회에 의한 법적 통합의 와해

셋째, 법에 의한 사회적 통합의 와해는 부메랑효과처럼 장기적으로 보면 정반대의 결과, 즉 사회에 의한 법적 통합의 와해를 가져올 수 있다. 이를테면 부실감사에 대한 과도한 책임의 귀속은 기업도산으로 인해 투자실패를 경험한 수많은 자본투자자로 하여금 부실감사소송을 제기하게 만들며, 이 소송의 물결¹⁶⁾은 투자자보호정책을 추진한 법

14) 이러한 점은 미국의 경우 6대 회계법인 대표들의 성명서 “미국에서의 책임의 위기: 회계전문직에 미치는 영향”에서도 잘 나타나고 있다. 이에 관해서는 “The Liability Crisis in the United States: Impact on the Accounting Profession,” *Journal of Accountancy*, November 1992 참조.

15) 이런 비용증가가 감수되더라도 회계감사의 기능증대는 미미할 수 있다(데플리스, 존슨, 맥클리어드/삼일회계법인 역, 『회계감사론』, 1982, p.71; 남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대학교 경영대학 경영연구소, 1987, p.113). 그보다는 특히 부정적발의 경우 내부통제제도가 훨씬 유용할 수 있다(데플리스, 존슨, 맥클리어드/삼일회계법인 역, 앞의 책, pp.69-70).

16) 현재 공인회계사의 부실감사에 대한 소송이 홍수사태를 빚고 있다고 말하기는 어려우나 붓물을 이루고 있다고는 말할 수 있을 것이다.

원에게 감당하기 어려운 업무부담의 증가를 가져다 줄 것이다. 그런 증가 속에서 법원은 또다시 소송경제를 지향함으로써 투자자보호의 소송법정책을 펼쳐야 하고, 아울러 부실감사의 완화된 책임요건을 유지하거나 (소송업무를 줄이기 위해서도) 책임요건을 더욱 완화시키는 법정책으로 나아가야만 하는 강제상황에 몰리게 된다. 집단소송제¹⁷⁾ class action는 이런 소송업무를 경감시켜줄 것이긴 하지만 그로 인해 사회국가적 부실감사책임의 정책에 수반하는 부작용이 핵폭발하게 될 위험은 더욱 높아진다. 왜냐하면 그런 사회국가적 법정책이 겹겹이 실행되면 자본투자자들은 시장에서 새로운 도덕적 해이를 보일 수 있기 때문이다. 즉 사후에 감사보고서를 신뢰했다고만 주장하면 투자실패를 전보받는 법적 안전망이 탄탄해질수록, 일반인들은 투자를 함에 있어 다양한 재무정보를 수집하고, 자신의 위험부담 아래 그런 정보를 분석하고, 심사숙고한 끝에 특정 기업에 대한 투자를 결정하는 합리적 행동을 그만큼 더 게을리 하게 될 것이기 때문이다. 이런 도덕적 해이는 더 많은 투자실패를 낳고, 더 많은 소송을 -이들테면 심각한 거품소송frivolous suit을- 유발하는 악순환을 빠른 속도로 촉진시키는¹⁸⁾ 요소가 될 수 있다.¹⁹⁾ 그렇기 때문에 투자자보호에 편향된 부실감사법의 정책은 결국에는 책임법의 규범적 구조(예 : 민사책임의 비례성이나 개인적 귀속가능성, 형사책임의 보충성)를 완전히 파괴할 뿐만 아니라 민사소송의 기본원칙인 사적 자치 이념을 심각하게 후퇴시킬 것이다.

3. 과소규제의 판단기준으로서 권리보호의 결함

이와 같은 트릴레마에 대한 우려가 현실이 된다고 생각할수록, 또는 그것에 대비해야 한다고 생각할수록 부실감사에 대한 현행법과 같은 규제는 철폐되거나 완화되어야 한다는 결론에 이른다. 탈규제deregulation의 법정책이 선호되는 것이다.

17) 2004.1.20. 제정되고 2005.5.1. 시행예정인 증권관련집단소송법(이에 관해 자세히는 이상복, 「증권집단소송에 관한 연구」, 고려대 박사학위논문, 2003 참조.)

18) 미국의 집단소송에서 나타난 남소의 현상을 표현한 “법정을 향한 질주경쟁(race to the courthouse)”이란 말은 이런 가속화의 현상을 적절하게 표현한다.

19) 이와 같은 현상을 경험한 미국의 집단소송제에 관한 종합적인 연구로 강대섭, 「증권시장에서의 부실공시로 인한 손해배상책임에 관한 연구」, 고려대 박사학위논문, 1992 참조.

(1) 탈규제의 필요성

이런 법정책의 기초로는 감사보고서가 주가와 법칙적 연관²⁰⁾을 맺지 못한다는 점, ‘적정의견’과 같은 감사의견도 회계의 적정성을 말해줄 뿐²¹⁾ 부도발생과 같은 미래사실을 예측하게 하는 정보는 아니라는 점, 바깥 말해 부도발생에 영향을 미치는 정도는 공인회계사가 감사한 재무제표상의 숫자보다는 시장상황이나 정부와의 관계 등 ‘비계수적 요소’가 훨씬 더 크다²²⁾는 점을 들 수 있다. 또한 부실감사의 본질을 자본투자자에 대한 직접적인 일탈행위가 아니라 ‘시장에 대한 일탈행위(특히 사기 fraud,²³⁾ Betrug²⁴⁾)’로 바라보는 경우에도 탈규제의 필요성은 사라지지 않는다. 왜냐하면 부실감사의 강한 규제가 보호하려는 시장의 개념(예 : 증권거래시장 외에 사채시장 포함여부²⁵⁾) 자체가 불명확하기 때문이다. 예컨대 사채시장과 같은 암²⁶⁾시장까지 포함한다면 부실감사의 규

-
- 20) 다만 유가증권신고서나 사업설명서와 같은 ‘발행시장공시’의 경우가 일반상장회사의 사업보고서 및 반기보고서와 같은 ‘유통시장공시’의 경우보다 감사행위에 관련을 맺는 제3자의 범위가 다소 ‘특정적’이고, 제3자가 유가증권거래에서 확보하는 투자정보가 발행공시로 제공된 정보 이외에 그리 풍부하지는 않다는 점에서 다소 부실감사와 투자실패 사이에 법칙적 연관성이 희미하게나마 다소 더 있다. 그래서 미국에서는 1933년 증권법과 1934년 증권거래법(이에 관해서는 김건식, 『미국증권법』, 홍문사, 1995, 특히 제3장-제5장 참조)에서 보듯이 발행증권에 대한 공시와 이미 발행된 증권에 대한 공시에 대한 책임요건을 엄격하게 구분하고 있다. 앞의 경우는 인과관계 추정이 인정되지만(제11조a) 뒤의 경우에는 인정되지 않는다(제18조a).
 - 21) 그렇기 때문에 적정의견을 낸 공인회계사 자신이 그 기업이 나중에 부도될 것을 예측하지 못한 채 그 기업에 투자하는 사례도 적지 않다(예 : 대판 1998.4.24, 97다32215의 사례 참조).
 - 22) 이 예측은 신용평가회사가 더 적합한 주체가 된다. 신용평가회사는 기업의 재무제표에 표시되지 않는 많은 자료들(예 : 업종의 위험 정도, 경영자의 재산 상태, 경영능력, 정부와의 관계, 기술개발 정도, 해당기업에 대한 일반적 세평, 종업원의 충성도)(이러한 비계수적 요소가 부도예측에 더 중요하다는 지적으로 우구현, 「부실감사 위험 안고 있는 기업감사제도」, 『기업경영』 제405호, 1992.1, p.88 참조)을 주로 활용하여 신용과 부도가능성을 평가하기 때문이다.
 - 23) 미국 판례법상 ‘시장에 대한 사기의 이론’(the fraud on the market theory)에 대해서는 김건식, 『미국증권법』, 홍문사, 1995, p.166 참조.
 - 24) 미국 판례법상의 사기(fraud) 개념의 외연은 고의뿐만 아니라 중과실도 포함한다는 점에서 과실범을 처벌하지 않는 형법의 사기(Betrug) 개념과는 다소 다르다.
 - 25) 독일의 티데만(Tiedemann, *StGB Leipzier Kommentar*, §§264-265b, 1997, p.82)은 독일형법 §264a가 보호하는 자본시장은 유가증권거래법(WpHG)이 전제하는 시장임을 일단 인정하지만 그 규율은 위험자본 투자의 암시장에도 어렵지 않게 확대될 수 있어야 한다고 본다.
 - 26) 여기서 암시장이라고 말한 것은 사채시장에서는 자본소득률(예 : 이자)에 대한 법적 규율도 어려울 뿐만 아니라 조세행정도 침투하지 못한다는 점을 두고 하는 말이다. 따라서 시장참여에 대한 기회비용도 거두어들이 수 없게 된다. 다시 말해 사채시장은 시장참여자들로부터 공정한 경쟁이 보장되는 시장구조를 형성하는 데 필요한 사회기금을 각출하지 않는 불법적인 시장인 것이다. 물론 이는 <대부업의 등

제가 비합리적 자본투자행위를 촉진하고, 그것에 의한 수익을 맹목적으로 정당화하게 되는 반면, 공식적인 자본투자시장에 국한하게 되면 부실감사규제는 고이자를 기대하는 사채시장참여를 방관한다는 점에서 실천적인 의미를 크게 손상당하게 된다. 여기다가 공식적인 자본투자행위도 사채시장의 경우와 질적으로 차이가 나지 않는 ‘위험투자’의 성격을 띠고 있고, 데이트레이딩의 일반적인 행태에서 보듯 자본투자행위가 위험투자의 성격을 넘어서 (도박의 불법성에 근접하는) ‘투기행위’로까지 번지고²⁷⁾ 있는 점을 고려한다면 부실감사의 규제는 그 정당화기반을 대부분 잃어버리게 된다. 왜냐하면 투기적 자본거래와 부실감사행위가 하나는 ‘시장참여적 일상행위(정상행위)’이고 다른 하나는 ‘시장에 대한 일탈행위’라고 차별화되기 어렵기 때문이다.

(2) 탈규제의 모습

이런 까닭에 부실감사행위에 대한 증권거래법이나 외감법의 규제를 철폐하거나 완화해야 한다는 요구가 등장할 수 있다. 하지만 이런 규제철폐도 부실감사에 대한 법적 책임의 완전한 해방을 의미하지는 않는다. 부실감사행위가 근대법인 민법과 형법에 의한 규제를 여전히 받기 때문이다. 예컨대 부실감사자는 피감사회사에 대하여 부주의로 손해를 끼치면 위임계약위반(민법 제681조)의 책임을 진다. 또한 자본투자자(주주 및 채권자)에 대해서도 불법행위책임(제750조)을 질 수 있다. 다만 이 책임은 엄격한 요건, 특히 부실감사와 투자실패의 손해 사이에 엄격한 인과관계가 입증될 때에만 부과될 수 있다. 형사책임도 이와 같다. 부실감사행위가 때로는 사기죄(제347조 제1항)를 구성할 수도 있는데, 그 요건으로 외부감사인인 허위의 감사보고서를 갖고 사업설명회에 나가 투자유치를 적극 권유하는 등과 같이 투자자와 직접 접촉하여²⁸⁾ 그를 기망하고, 투자하게

록 및 금융이용자 보호에 관한 법률>(2002)에 의해 암시장의 일부가 제도권에 편입되었다고 해도 마찬가지이다.

27) Worms, “Anlegerschutz durch Strafrecht,” 1987, p.315.

28) 이런 귀책요건의 엄격성은 대륙법계의 국가에서는 대체로 비슷하다. 다만 독일 민법 제823조 제1항은 구체적 권리를 열거하고 있는(“고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 피해자에게 이로부터 발생한 손해를 배상하여야 한다.”) 반면 우리 민법 제750조는 오스트리아 민법 제1295조 제1항, 스위스 채무법 제41조 제1항 등과 비슷한 일반조항(Generalklausel)의 텍스트(“고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”)를 갖고 있다. 독일 민법의 텍스트 아래서는 불법행위책임이 좀더 엄격하게 귀속

만드는 행위를 했을 것이 요구된다. 이런 수준의 규제는 자본시장에서 외부감사인의 자유를 비교적 극대화한다. 또한 이런 자유는 시민사회의 일상영역에서 모든 개인들에게 자유를 공평하게 보장하는 도덕률을 구성한다.²⁹⁾

(3) 탈규제의 결함

문제는 자본시장에 참여하는 주체들이 시민사회의 이상처럼 자유롭고 평등한 개인들이 하는 점이다. 만일 예컨대 주식투자에 관해 공인회계사는 자본시장에서 강자이고 투자자는 약자라는 관계가 성립한다면 이와 같은 탈규제는 타당하지 않게 된다. 왜냐하면, 먼저 공인회계사와 일반투자자는 약자보호를 위한 규제법의 전형적인 유형들 이를테면 생산자와 소비자, 의사와 환자, 임대인과 임차인 사이의 관계와 같은 힘의 불균형 관계를 갖고 있지는 않다. 둘째, 하지만 자본시장에도 예컨대 경제관료, 거대금융회사, 기관투자자, 대기업(의 경영진) 등과 같은 강자는 존재한다. 그래서 이들, 특히 회사경영진의 분식회계를 강력히 규제할 필요성이 인정된다. 하지만 공인회계사는 그런 강자집단에 속하는 행위자는 아니다. 피감사회사와의 감사계약에 의해 수익을 올리는 공인회계사로서는 재계약을 염두에 두어야 하고, 아울러 기업의 진실한 재무상태에 주도면밀하게 접근하는 데에도 제도적이며 현실적인 한계를 갖고 있기 때문이다.

셋째, 그럼에도 불구하고 외부감사자는 투자자의 투자행위에 일정한 영향을 미치고 있고, 이 영향력은 크던 작던 외부감사인에게 민법 또는 형법적인 의무를 넘어서는 일정한 의무가 부과될 필요성을 가져온다. 그런 의무로서 자본시장에서 공인회계사가 수행해야 하는 의사소통촉매역할을 들 수 있다. 자본시장이 기능하려면 다양한 참여주체들이 자신에게 기대되는 역할을 수행해야 한다. 예를 들어 경제관료는 합리적(위험관리적) 금융통화정책, 금융감독위원회는 합리적 자본시장감독과 구조조정정책, 공정거래위원회는 경쟁적 시장구조 조장, 신용평가기관들은 엄정한 기업평가활동, 금융기관(특히 주채권은행 등)은 관치금융탈피와 경제합리성에 충실한 대출업무, 시민단체는 소액주주

되기 쉬운 반면, 현행 민법처럼 일반조항적 텍스트 아래서는 불법행위책임을 법문에 반해서 위험책임으로 해석운용할 소지가 더 많다고 볼 수 있다. 하지만 이런 법텍스트의 차이가 불법행위책임을 요건을 설정하는 데 인과적인 차이를 가져오는 것은 결코 아니다. 현행 민법도 분명하게 과책주의를 규정하고 있기 때문이다.

29) 민법의 자유조직화 기능에 대해선 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2002, p.40 아래 단락 참조.

운동의 조직화, 기업노조는 부실경영견제, 기업들은 관련기업의 경영에 대한 견제, 경영학자는 기업의 분석·평가활동 그리고 회계법인은 (외부감사 이외에) 경영컨설팅 등을 적어도 공인회계사가 외부감사를 바르게 할 것을 기대하는 만큼은 제대로 수행하여야 한다. 이러한 다양한 역할은 각 주체들이 서로 영향을 주고받는 다원적인 ‘상호작용 Interaction’이나 정보교환 또는 상호이해의 관계 속에서 수행되며, 또 그래야만 한다. 공인회계사의 외부감사는 이와 같이 다원적인 상호작용과 의사소통의 촉매제로 기능한다는 점이다. 즉 외부감사는 바로 그와 같은 다원적인 상호작용과 의사소통을 기업재무상태에 대한 전문적인 평가보고를 통하여 과학화하고, 또 그렇게 함으로써 상호작용과 의사소통을 더욱 촉진시킨다. 또한 외부감사는 비록 미약하고 부수적이기는 하지만 정보불균형³⁰⁾에서 비롯되는 시장에서의 권력불균형을 ‘교정’하는 기능까지 수행하기도 한다.³¹⁾

부실감사에 대해 민법과 형법에 의한 통제 이외에 아무 규제도 하지 않는다면 자본시장에서 외부감사의 이와 같은 역할은 수행되지 않기 쉽고, 그렇게 되면 일반투자자들의 시장참여는 나침반마저 없는 위험한 여행이 되고 만다. 그런 여행의 불확실성은 투자자들의 시장이탈을 부추기게 되고, 장기적으로 보면 자본시장이 위축되는 결과를 초래할 가능성이 생긴다. 다시 말해 이른바 ‘시장의 실패’가 우려되는 것이다.

Ⅲ. 부실감사의 적정규제

그러면 부실감사에 대한 법적 책임은 어떻게 구성될 때 적절한 수준의 규제가 되는 것일까?

30) 구체적으로는 소유자와 경영자 사이의 정보불균형 상태, 그리고 정보이용자의 정보위험이 외부감사로 인해 어느 정도 해소될 수 있다(남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대 경영연구소, 1987, p.1).

31) 특히 권위 있는 신용평가기관의 평가목록에 아직 들어와 있지 않은 기업이나 해당 기업의 주된 업종에 형성된 시장의 미래가 매우 불확실한 경우에 자본시장에 참여하는 소액 투자자들의 미약한 정보력을 보강해 준다는 점에서 그러하다.

1. 적정규제와 정의로운 책임 사이의 부정합

먼저 법적 책임의 '정의'와 경제적, 행정학적 규제의 '적정성' 사이에 틈새가 벌어지는 이유는 합리성 개념에 중요한 간극이 있음에 주목할 필요가 있다. 부실감사에 관련해서 이를 설명해 보면 외부감사인의 의무를 기업재무상태의 진실을 밝힐 의무라고 보는 법원의 입장과 단지 재무제표작성의 회계학적 적정성만을 심사할 의무가 있다고 보는 경영학자들의 입장 대립이 바로 그런 간극이다. 이는 대법원의 책임판단기준과 금융감독위원회(또는 공인회계사회)의 회계감사기준 사이의 간극으로 나타나기도 한다. 예컨대 회계학적 개념인 '이익의 유연화' 요청, 즉 기업의 재무구조 건실화를 위해 매 회계연도의 손익을 일정 수준으로 유지할 필요가 있고, 이를 위해 유형자산의 감가상각이나 재고자산에 대한 평가에서 (기업 고유의 또는 공인회계사의) 고도의 회계정책에 기초한 회계처리는 공정감사에서 벗어나지 않는다. 하지만 어떤 이익의 유연화도 법적 개념으로는 통제되어야 할 '분식회계(window dressing)'의 범위에 속하게 된다. 법적 정의는 심지어 주식기재의 오류나 계정과목 분류의 오류³²⁾까지 포함하는 일체의 분식회계행위(외감법 제13조 제3항의 위반행위)를 적발하고 그에 적절한 제재를 가해야 한다는 요구를 한다. 이로써 법적 책임은 회계감사의 적정성이 인정되는 영역 안으로 침범해 들어오게 된다.

이와 같은 법적 책임과 적정규제 사이의 간극은 경제체계와 사법체계간의 갈등이나 부조화, 바꿔 말해 자본시장에서 인지되는 '시장경제학적 정의'와 법규범질서에서 승인되는 '사법적 정의' 사이에 부정합(incoherence)이 발생해 있음을 말해준다. 여기서 사법체계의 정의관념을 경제적 코드로 변환해 보면 (경제체계의 정의관념과 달리) 법적 정의 개념은 사회적 비용이 많이 드는 방식의 자본시장 관리를 지향하고 있다고 말할 수 있다. 이렇게 보면 경제체계는 효율적 시장관리를 지향하는 반면, 사법체계는 소모적(비능률적) 시장관리를 지향하는 셈이 된다. 이런 간극과 부정합이 방지될 경우 사법체계와

32) 이와 같은 회계학적 정의에 반하는 분식회계의 비중은 2003년 기업회계기준위반으로 금융감독원의 감리지적을 받은 건 총 102건 가운데 47건, 약 45%라는 큰 비중을 차지하고 있다. 이런 사정은 법적 개념으로서 분식회계를 눈감아준 공인회계사의 부실감사에 대해 손해배상책임을 지우는 것이 그 정도의 비중으로 회계학적 정의에 반하는 것임을 보여준다.

경제체계는 서로 기능적으로 통합될 수 없다.

이와 같은 간극과 부정합을 해소하고 사법체계와 경제체계의 기능이 서로 통합될 수 있으려면 한편으로는 부실감사를 최대한 예방하는 합리적 외부감사제도가 형성되어야 하고(아래 2), 다른 한편으로는 부실감사를 통제하는 제재법이 책임을 합리적으로 분배할 수 있어야 한다(아래 3).

2. 예방지향적 구조정책

먼저 부실감사를 할 수밖에 없게 만드는 제도의 개선은 부실감사를 제재하는 법, 부실감사의 책임을 상쇄시키는 처벌의 법을 만드는 일보다 더 중요하다. 물론 합리적 제도의 마련은 규제와 제재보다도 더 어려운 일이다. 여기서는 그런 제도개선에 있어 궁극적으로 이상적인 모든 방안들을 마련할 수는 없다. 하지만 그렇게 개선해야 될 예방적 제도의 핵심은 일단 회계감사제도에 놓여 있을 것이다. 법학계에서조차 부실감사를 예방하기 위해서는 무엇보다 회계감사체계의 구조를 개선³³⁾해야 한다는 목소리가 높다.³⁴⁾ 또한 회계감사제도의 개선에 관해서는 다양한 방향의 제안이 제시되기도 한다. 여기서 그런 제안들에 대한 논의, 특히 경영학적 논의³⁵⁾에 대해서조차 (능력과 지면관

33) 참고로 미국에서는 최근 몇 년 새에 일어난 일련의 회계부정사건(2001년 Enron 회계조작 사건을 필두로 초고속 통신망 업체인 Global crossing, 그리고 Xerox, Adelpia, Tyco, World com 등으로 이어지는 약 20여 건 -자세히는 최명수, 『뒤집어보는 경제 회계부정 이야기』, 굿인포메이션, 2003.6. p.281 아래 참조.-)을 계기로 연방의회는 2002.7.15. 사베인즈-옥슬리법(Sarbanes-Oxley Act)을 제정하였는데(자세히는 <http://www.cfodirect.com> 참조), 이 법은 고도의 독립성이 보장된 회계감독위원회(Public Company Accounting Oversight Board)를 설립하여 외부감사에 대한 감시기능을 강화하고 있다.

34) 부실감사의 예방을 위해서는 감사인의 책임을 가중시키는 것보다 회계감사의 주변적 환경을 우선적으로 개선해야 한다고 보는 권재열, 『회계감사인의 법적 책임』, 『비교사법』 제5권 1호, 1998, p.379 아래; 이범찬·오옥환, 『감사와 외부감사의 법적 책임』, 이범찬 편, 『회사법의 제문제』, 삼지원, 1998, p.451 아래 참조.

35) 대표적으로는 주인기, 『우리나라 감사제도 개선방안』, 『한국회계제도의 개혁』(금융감독위원회 회계지도특별위원회 최종보고서), 1998, p.86 아래; 이정호, 『회계감사인의 책임범위』, 『경영사례연구』 제26호 제1호, 서울대 경영연구소, 1992, p.23; 남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대 경영연구소, 1987, p.20, p.71; 정세웅, 『우리나라 외부감사제도의 개선방안 연구』, 『경기대 논문집』 제36집, 1995, p.327 아래; 미국에서는 주주총회에서 선출된 5명 이내의 비상근위원들로 구성되는 감사위원회를 통해 감사인을 선임한다. 미국의 감사위원회에 대해서는 이근수, 『미국의 감사위원회제도와 그 도입가능성』, 『상장협』 제26호, 1992; 『주식회사 감사제도의 개선방안에 관한 연

계상) 무제한적으로 그리고 매우 깊숙이 들어갈 여유가 없다. 그러나 다른 한편 상법학적 대안³⁶⁾의 표피적 분석에 머무르는 것에도 만족할 수 없다. 그러므로 오직 앞서 기획한 대화이론적 관점에서, 그리고 부실감사의 원인으로 지목되는 대표적인 중요제도와 관련해서만 그것도 부실감사를 예방하는 구조적인 제도의 개혁방안의 대강만을 제시해 보고자 한다.

(1) 감사인선임의 의사소통적 구조화

감사인의 선정과 변경을 (자유수임제의 방식으로) 피감사회사에 내맡기거나 (배정제³⁷⁾의 방식으로) 행정관료의 권력에 내맡기는³⁸⁾ ‘자유’(와 부실) 아니면 ‘통제’(와 비경쟁, 비능률)’라는 양자택일적 정책결단의 사고로부터 벗어나야 한다. 자유를 선택하되 그 부실을 막기 위해 감사인의 선임권한을 이사회에서 주주총회로 넘기는 방안(외감법 제4조)³⁹⁾은 소유와 경영이 분리되지 않은 기업현실 때문만이 아니라, 외부감사인의 역할을 마치 회사기관인 감사처럼 경영진(이사회)과 소유주(주총)라는 대립적인 두 당사자 사이에서 견제와 균형을 도모하는 회사 ‘내부’의 의사소통을 촉진하는 역할로 환원시킨다는 점에서 문제가 있다.

외부감사는 회사의 감사와는 달리 회사 내부의 의사소통이 아니라 회사와 회사 ‘외부’의 시장참여자들 사이의 의사소통을 촉진하는 기능을 수행하여야 하는 것이다.⁴⁰⁾ 그

구], 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995, p.214 아래 참조.

36) 예컨대 상법상 감사의 지위를 보장함으로써, 그의 보조자인 감사인의 지위를 높이는 대안으로 안택식, 『주식회사의 외부감사제도에 관한 연구』, 『성곡논총』 제22집, 1991, pp.1093-1094.

37) 배정제의 문제점에 대해서는 남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대 경영연구소, 1987, p.11 참조.

38) 우리나라의 경우 배정제가 1981년 폐지되고 자유수임제로 전환되었지만 현행감사제도에도 여전히 이런 요소가 남아 있다. 예를 들면 외감법 제4조의3은 감사인의 교체사유가 부당하다고 인정되거나, 소유와 경영이 분리되지 않은 회사 등에 대해서는 증권선물위원회가 감사인을 지명할 수 있게 하고 있다.

39) 이는 1996년 개정으로 도입된 것이다. 그 이전에는 이사회가 감사인을 선임하였기 때문에 문제는 더욱 심각하였다. 또한 결합재무제표작성회사가 속한 기업집단의 계열회사는 감사인선임위원회의 제청과 정기총회의 승인으로 감사인을 선임할 수 있게 되어 있다.

40) 이 점은 외감법과 회계감사기준에서도 분명히 전제되어 있다. 즉 ‘외부’감사라는 외감법의 범명칭 그리고 특히 회사의 내부통제구조와 그 운용상황을 조사·파악하고 내부통제의 위험을 평가하도록 하는 회계감사기준 제16조(일반감사절차) 제3호는 외부감사인이 회사 내부의 의사소통적 상황에 대해 외재해 있는 주체임을 말해준다.

러므로 감사인의 선임은 회사 내부에서가 아니라 회사를 포함하여 회사와 다원적인 이해관계를 맺고 있는 사람들의 대화적 의사형성메커니즘에 맡김으로써 감사인의 선발과 변경을 ‘합리적으로 관리’할 수 있게 할 필요가 있다. 예를 들면 (일정 지분율을 넘는) 지배주주 및 소액주주대표, 감사, 주채권은행이나 신용보증기관, 대량납품 및 구매업체, 신용평가회사, 더 나아가 (일정 규모의 회사에 대해서는) 금감위 등의 대표들로 구성된 위원회, 이른바 감사위원회에서 감사인의 선임을 관장하는 제도를 생각할 수 있다.⁴¹⁾

(2) 외부감사활동의 의사소통조건 보장

이와 같은 감사인선임의 의사소통적 구조화 전략은 가깝게는 ‘외부감사인의 최소계약기간 보장제도’⁴²⁾나 ‘근로자를 대표하는 감사를 포함하는 복수감사인제’⁴³⁾ 더 나아가 ‘감사와 외부감사인의 협조적 직무수행을 촉진하는 제도’⁴⁴⁾ 그리고 좀 멀게는 ‘사의이사제’⁴⁵⁾와 ‘소유와 경영의 실제적 분리’에 의해 지원사격을 받을 필요가 있다. 그런 제도들에 의해 옹호되지 않는다면 아무리 의사소통적으로 잘 짜여진 감사인선임제도를 통해 선정된 외부감사인이라 할지라도, 마치 적군진영에 홀로 파병된 병사처럼 고군분투하다가 결국 포로가 되고 마는 것처럼, 단지 위축된 감사활동을 하다가 끝내 회사기관들에 의해 매수되어 자신의 임무(의사소통촉매의 역할)를 포기하고 말 위험이 매우 높을 것이기 때문이다.

- 41) 주인기, 「우리나라 감사제도 개선방안」, 『한국회계제도의 개혁』(금융감독위원회 회계지도특별위원회 최종보고서), 1998, p.86 아래; 이정호, 「회계감사인의 책임범위」, 『경영사례연구』 제26호 제1호, 서울대 경영연구소, 1992, p.23; 남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대 경영연구소, 1987, p.20, p.71; 정세웅, 「우리나라 외부감사제도의 개선방안 연구」, 『경기대 논문집』 제36집, 1995, p.331; 미국에서는 주주총회에서 선출된 5명 이내의 비상근위원들로 구성되는 감사위원회를 통해 감사인을 선임한다. 미국의 감사위원회에 대해서는 이근수, 「미국의 감사위원회제도와 그 도입가능성」, 『상장협』 제26호, 1992; 「주식회사 감사제도의 개선방안에 관한 연구」, 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995, p.214 이하 참조.
- 42) 감사계약의 기간을 일정정도 유지하도록 하는 제도(현행 외감법 제4조의2 제1항은 감사계약기간을 3년 동안 유지하도록 함)도 감사인의 잦은 교체를 통제하는 방법의 하나가 될 수 있다.
- 43) 김영곤, 「주식회사의 감사의 법제에 관한 소고」, 『조선대 경영연구』, 1985, p.377; 안택식, 「공동결정제도에 관한 연구」, 『재산법연구』 제10권 제1호, 1993, p.102.
- 44) 이에 관해서는 최병성, 「상법상 감사와 외부감사인의 책임한계와 효율적 연계방안」, p.34 아래; 「주식회사 감사제도의 개선방안에 관한 연구」, 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995, p.97 아래.
- 45) 고준기, 「근로자의 공동결정에 관한 연구」, 한양대 박사학위논문, 1991, p.148.

(3) 외부감사체계의 의사소통적 구조화

물론 그런 엄호제도가 구비된다고 해도 외부감사인인 임무를 수행함에 있어 처할 수 있는 그와 같은 비관적인 전략적 상황은 여전히 발생할 수 있다. 여기서 외부감사 '체계' 내에 특정 외부감사 자체를 통제하는 메커니즘이 다시 마련될 필요가 있다. 이른바 외부감리제도가 그것이다.⁴⁶⁾ 외부감리제도는 외부감사의 의사소통촉매기능을 앞의 엄호제도 들처럼 인적 또는 조직적인 차원에서 뒷받침하는 것이 아니라, '(감사)체계의 기능유지를 위한 일반적 통제'를 통하여 간접적으로 뒷받침할 뿐이다. 물론 이와 같은 통제제도는 사후적인 진압의 방법이다. 예컨대 공인회계사회가 행하는 자율감리는 공인회계사회 내의 윤리위원회⁴⁷⁾에 의해 자체 징계와 연결되고, 금감위 산하의 증권선물위원회가 행하는 공적 감리는 회계법인의 설립인가 취소, 업무정지, 특정회사에 대한 감사업무제한, 경고, 주의, 사과문 공고요구, 시정요구, 직무정지 등과 같은 제재조치와 연결될 수 있다.

그러나 다른 한편 이와 같은 감사체계 내의 통제제도는 외부감사인인으로서 하여금 의사소통촉매기능을 수행하는 활동의 궤도로부터 이탈하지 않도록 예방하는 기능을 수행한다. 따라서 감사'체계기능적'인 관점에서 보면 외부감리제도는 그와 같은 예방적 통제기능을 발휘할 수 있도록 활성화되어야 한다. 그런 방안으로 무엇보다도 (자율)감리⁴⁸⁾의 상향조정, 감리(대상)자료의 확대,⁴⁹⁾ 상호감리제도(peer review)의 도입⁵⁰⁾ 및 공적 감리의 보충성(합리적 축소)⁵¹⁾을 들 수 있다. 특히 자율감리를 원칙으로 하고, 감사체계의 주된 구성원,

46) 이만우, 『회계감사의 사회적 기능』, 고려대학교 출판부, 1995, pp.106-107.

47) 이외에도 회계법인과 합동회계사무소의 경우에는 내부에 심리실을 두어 자체적인 감리를 실시하게 하고 있다.

48) 전체 감사건수에 대한 외부감리의 비율을 말하며 이에 관해서는 이정호, 「회계감사인의 책임범위」, 『경영사례연구』 제26호 제1호, 서울대 경영연구소, 1992, p.23 참조.

49) 예컨대 현재의 감리현실처럼 감사보고서만이 아니라 감사계약단계에서부터 감사보고서작성단계까지 감사업무 전과정에 걸친 감리가 요구된다. 이에 관해서는 이근수, 「우리나라 외부감사제도의 현황분석·문제점과 개선방안」, 『상장협』 제18호, 1988, p.20.

50) 상호감리제도에 대해서는 임희남, 「미국의 상호감리제도에 대한 소고」, 『증권조사월보』, 1987.12 참조 : 공적 감리는 인적 자원의 한계로 인해 효과적인 감리를 하기 어려우며, 특히 전문적인 영역에 대한 것은 전문가들끼리 서로 통제하도록 하는 것이 여러 가지 면에서 효율적이라고 할 수 있다. 따라서 상호감리제도를 통한 자율적 규제의 도입을 적극 검토할 필요가 있다.

51) 이대선, 「현행 회계감사제도의 문제점 및 개선방안」, 『서강경영논총』 제4집, 1993.12, pp.217-218; 즉 자율감리를 주축으로 하되, 상장법인 등 특별한 영역만 증권관리위원회가 감리하도록 하는 것이 바람직하다. (이영기·남상구 편, 『국가경쟁력 확보를 위한 한국증권시장의 과제』, 한국개발연구원, 1994, pp.204-205.)

특히 공인회계사들이 서로 감리하는 상호감리제도를 감리의 중심으로 삼는다면, 공적 감리에 의한 외부감리의 ‘관료주의적 형식화’ 현상을 막을 수 있을 뿐만 아니라 감사체계 내에 외부감사인의 일탈을 상호견제하고 균형을 잡는 자율적인 의사소통적 구조가 형성될 수 있을 것이다. 그와 같은 감사체계 내의 의사소통적 구조형성은 거시적인 관점에서 보면 공인회계사들의 직업윤리적 수준을 높이는 효과를 가져오고,⁵²⁾ 그 효과와 더불어 다시금 외부감사의 의사소통촉매기능은 한층 더 활성화될 수 있을 것이다.

3. 위험과 책임을 공평분배하는 제재법

다음으로 사법체계와 경제체계의 간극과 부정합을 극복하기 위해서는 무엇보다도 부실감사를 발생시키는 다양한 요인들을 고려하고, 그 요인들에 직접간접으로 관계하는 모든 사람들 사이에 책임을 형평 있게 분배하는 법개혁이 필요하다.

(1) 위험의 합리적 분산과 책임의 형평분배로서 적정규제

여기서 자본투자의 경제적 합리성(수익성)을 보장하는 자본시장의 기능이 단지 외부감사인의 회계감사에게만 의존해 있지 않고 다양한 주체들의 역할에 의존해 있음을 인식할 필요가 있다. 즉 공인회계사의 공정한 회계감사 이외에도 기업의 부실화를 예고해주는 각종 신용평가기관의 사회적 역할, 부실기업에 사업자금의 대출을 기피하는 주채권은행의 합리적 금융기능, 그와 같은 금융기능을 깨뜨리는 정치세력의 작용(이른바 정경유착) 여부, 금융감독위원회(의 합리적 구조조정 추진이나 환율과 금리를 합리적으로 관리하는 금융통화위원회)의 역할, 자본투자자들의 합리적 투자행태 등등, 이 모두가 직·간접으로 자본투자의 경제적 합리성을 보장하는 자본시장을 구축하는 데 나름대로 중요한 기능을 수행한다. 각도를 달리하여 보면 자본시장의 기능은 외부감사인의 부실감사에 의해서만이 아니라 신용평가기관, 은행, 금감위와 같은 행정기관이 자기의 역할

52) 여기서 공인회계사의 윤리규정을 국제회계사 연맹의 규정한 국제적인 수준으로 개정하는 작업(주인기, 『우리나라 감사제도 개선방안』, 『한국회계제도의 개혁』(금융감독위원회 회계지도특별위원회 최종보고서), 1998, p.87 이하)은 물론 필요하지만 감사체계 내의 의사소통적 구조화보다 더 중요하지 않다고 볼 수 있다. 왜냐하면 직업윤리는 텍스트(Text)가 아니라 에토스(Ethos)가 될 때 비로소 실제적일 수 있는 것이며, 이를 보장하는 것은 높은 수준의 윤리규정이 아니라 높은 수준의 의사소통이기 때문이다.

을 제대로 수행하지 못하거나, 자본투자자들의 투자패턴이나 투자문화 등이 병리화됨으로써도 위태로워질 수 있는 것이다. 그런데도 사법체계가 표방하는 정의관념에 따르면 이들 주체들 가운데 민·형사상의 책임을 지는 것은 오로지 외부감사인뿐이다.⁵³⁾ 이런 책임의 편중분배를 위험책임이라는 법적 논리로써 정당화할 수는 없다. 그런 책임 개념은 편중된 ‘위험분배’를 할 뿐이기 때문이다.

여기서 경제학적 적정규제는 법적으로 위험을 자본시장에 참여하는 모든 주체들에게 골고루 분산시키고, 책임을 공평하게 짊어지게 하는 데에 있다고 할 수 있다. 이와 같은 위험의 합리적 분산과 책임의 공평분배를 가능케 하는 법제는 단일한 법제가 아니라 매우 다층적인 법제일 수밖에 없다. 지금까지의 법적 책임은 개인의 자유를 최대화하는 형식법과 사회적 약자의 이익을 보호하고 연대성이나 평등 이념을 실현하는 실질법, 바꿔 말해 자유주의적 법패러다임과 사회국가적 법패러다임이라는 두 개 층위의 법제도에서 추궁되고 있다. 민법과 형법이 형식법에 해당한다면 외감법이나 증권거래법의 부실감사책임규정은 실질법에 해당한다. 그런데 형식법, 즉 민법과 형법에 의해서만 부실감사책임을 추궁하면 그 법들의 엄격한 책임원리 때문에 위험이 일반투자자에게 다소 편중 분배되는 결과가 발생한다. 반면에 실질법적 성격의 외감법이나 증권거래법의 책임규정들에 의해서만 부실감사책임을 추궁한다면 그 법들의 완화된 책임요건 때문에 투자위험이 공인회계사에게 지나치게 편중 분배된다. 바꿔 말해 민법과 형법만 부실감사를 통제하면 과소규제가 되고, 외감법과 증권거래법의 책임규정이 부실감사를 통제하면 과잉규제가 된다.

(2) 절차주의적 법모델을 통한 적정규제

이 과소규제와 과잉규제의 딜레마를 극복시키는 것은 절차주의적 법패러다임⁵⁴⁾이다. 이 패러다임은 분쟁의 당사자들 사이의 합의지향적인 의사소통과 상호작용에 의해 당사자들이 분쟁을 자율적으로 해결하도록 법제이다. 그 대표적인 예는 조정제도이다. 조정에서 합의된 바에 따라 배상을 하는 경우에 그 배상기금은 가해자(공인회계사)가 납

53) 물론 분식회계를 감행하여 은행대출 등과 같은 경영행위를 한 경영진은 업무상 배임죄로서 처벌된다.

54) 이에 관해 자세히는 이상돈, 『법학입문』, 2002, p.69 아래; 이상돈·홍성수, 『법사회학 - M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임』, 박영사, 2000, 제1장 III. 단락 참조.

입하는 강제보험의 보험료로써 형성한다. 이처럼 배상책임보험과 결합된 조정제도는 현행 외감법이나 증권거래법의 책임규정이 수행하는 약자보호의 기능을 유지하면서도 그 기능을 공인회계사 개인에게 전가시키지 않을 수 있게 한다. 물론 이로써 공인회계사의 모럴헤저드가 초래될 수 있다는 우려가 제기될 수는 있다. 하지만 여기서 전가되지 않게 되는 책임은 원래 공인회계사 개인에게 귀속가능한 책임이 아닌 위험책임의 성격을 띠는 것이었다는 점, 그리고 부실감사에 따른 보험료의 할증이 공인회계사로 하여금 부실감사를 스스로 회피하게 만드는 동인으로 작용할 수 있음을 간과해서는 안 된다.

또한 절차주의적 법패러다임은 각각의 사회영역의 자율적인 규제를 존중한다. 이를테면 부실감사에 대한 투자자들의 처벌욕구를 만족시키기 위해 형법을 동원할 필요성이 있는 경우에도 자율적인 신분법적 제재를 선행시킨다. 한국공인회계사협회가 자율적으로 또는 (재정경제부장관의 명령에 의해) 타율적으로 부실감사한 공인회계사를 징계하는 자율통제의 메커니즘은 강한 규제 이상으로 부실감사를 예방하는 효과를 발휘할 수 있다. 자율제재의 과정은 공인회계사 사회에 감사행위에 관한 행위규범의 타당성과 실효성에 대한 의견교환의 과정이 되고, 동시에 그 규범을 내면화하는 과정이 될 수 있기 때문이다.

또한 형법과 같은 초강도의 규제는 그것의 타당성에 대해 모든 시민들이 확실하게 상호이해할 수 있는 경우로 국한되어야 한다. 예컨대 부실감사의 형사처벌은 이를테면 공인회계사가 부실감사로 이익을 얻으려고 하는 의사⁵⁵⁾를 갖고 있었던 경우에 국한되어야 한다. 이런 자기절제를 통해 형법은 사회의 다원적인 의사소통적 교류를 가능하게 하는 의사소통조건⁵⁶⁾이라는 임무를 수행하게 되고, 또한 그렇게 함으로써 형법은 생활세계의 근본질서로 자리매김될 수 있기 때문이다. 하지만 형법의 이와 같은 관할축소에 의해 남게 되는 고의의 부실감사행위들을 민사상의 손해배상책임으로만 통제하는 것은 충분하지 않다. 여기서 단순고의의 부실감사행위들을 규제하는 법으로 중간법(middle law)을 기획할 필요가 있다. 이 중간법은 민법적 제재(손해배상) 또는 조정법(또는 보험법)

55) 이를 형법학에서는 이득범(Bereicherungsabsicht)이라고 부른다. 이득의사에 대해서 자세히는 Wilhelm Krekeler, "Strafbarkeit des Abschlußprüfers," *StraFo*, 1999. 7, pp.217-222, 특히 p.221 참조. 다만 독일의 경우는 고의만으로 처벌할 수 있다(독일 상법[HGB] 제332조 제1항), 이득의사가 있는 경우에는 가중 처벌된다(동조 제2항).

56) 이상돈, 『형법의 근대성과 대화이론』, 홍문사, 1994 참조.

적 제재(보험료할증)보다는 더 강한, 그러니까 ‘징벌punitive’적 성격을 갖지만 형법적 제재(형벌)보다는 ‘약한’ 제재를 수단으로 가지며, 그 제재의 절차는 민사소송절차나 조정절차보다는 좀 더 권력적인 절차이지만 형사소송절차보다는 좀 덜 권력적인 절차를 사용하는 그런 새로운 법을 말한다. 이런 성격의 중간법이 구체적으로 어떤 모습으로 구현될 것인지는 아직 연구의 과제로 남아 있다.⁵⁷⁾ 다만 이 과제를 이행함에 있어 독일에서 논의되고 있고 ‘간섭법Interventionsrecht’⁵⁸⁾의 기획 또는 미국에서 이미 활용되고 있는 ‘민사제재금civil money penalties’⁵⁹⁾제도 그리고 우리나라의 과징금제도는 논의의 중요한 출발점이 될 수 있다. 즉 이 제도들은 중간법의 전단계 현상에 속한다고 할 수 있다. 지금까지 설계한 부실감사에 대한 제재법제를 요약하면 아래와 같다.

부실감사에 대한 다차원적인 제재법의 비교분석

비교항목 법제종류	의무 성격	귀책사유 (최소요건)	인과관계	제재	절차	예방 효과
신분법		직업윤리위반	불필요	직무[일부]정지, 견책, 등록취소	자율적 징계절차	강약
책임보험법		위험지배	기능위태화	보험료할증	분쟁조정제도	약함
불법행위법	법 적 의 무 위 반	고의·중과실 (과책주의)	인과관계 (합법칙적 인과성 + 규범적 귀속가능성 [보호목적+완화 된 위험실현연관성])	손해 전보	민사소송	미약함
중간법		고의 (고의책임원칙)	인과관계	징벌적 손해배상 과징금	사회적 소송	강함
형법		목적(최강도 고의) (강화된 고의책임원칙)	엄격한 인과관계 (합법칙적 인과성 + 규범적 귀속가능성 [보호목적+완화 된 위험실현연관성])	형벌	형사소송	매우 강함

57) 중간법을 다소 구체화시킨 우리나라 최초의 연구로는 이상돈, 「공정거래질서와 형법정책」, 『법제연구』 통권 제25호, 2003, pp.167-195 참조.

58) 예를 들어 Hassemer(배종대·이상돈 편역), 『형법정책』, 세창출판사, 1998, [7]단락 p.209; Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, p.37 아래; Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p.35 참조.

59) 미국의 경우 은행업계, 선물업계 및 증권업계 등 거의 모든 금융감독분야에 민사제재금제도가 운영되고 있다. 이에 대해서는 박정유, 「민사제재금(civil money penalties)제도에 관한 고찰(I·II) - 미국 1934년 증권거래법을 중심으로」, 『증권조사월보』, 1996.9.11 참조.

마지막으로 이렇게 다차원화된 법제도들(민법, 조정법/보험법, 중간법 또는 형법)이 구축되고, 각 법제영역에서 아무리 의사소통적 구조를 확산시킨다고 하더라도 경영학적 관점과 법률적 관점 사이의 간극이 완벽하게 메워지고, 경제체계와 사법체계의 부정합이 완벽하게 가지런히 맞춰지기는 어려울 것이다. 바로 그런 한계 지점에서 전속고발제도가 작동할 수 있다. 전속고발제도는 한국공인회계사회에 의한 자발적인 또는 금융감독원에 의한 타율적인 ‘고발’을 부실감사에 대한 형법적 제재, 또는 앞서 논의한 중간법적 제재의 전제조건(이를테면 소송조건)으로 제도화하는 것을 가리킨다. 이 제도는 감사체계의 주체들이 구체적 상황에 맞춰 경영학적 관점과 법적 관점 사이의 간극을 탄력적으로 메우거나 체계간의 부정합을 조정할 수 있게 해준다. 그러니까 고발제도는 법제도로써는 완전히 해결할 수 없는 사회체계간 통합의 부분적 장애를 극복하는 또 다른 의사소통적 메커니즘이 되는 것이다.

K C I

참고문헌

- 강대섭, 「증권시장에서의 부실공시로 인한 손해배상책임에 관한 연구」, 고려대 박사학위논문, 1992.
- 고준기, 「근로자의 공동결정에 관한 연구」, 한양대 박사학위논문, 1991.
- 김건식, 『미국증권법』, 홍문사, 1995.
- 김영근, 「주식회사의 감사의 법제에 관한 소고」, 『조선대 경영연구』, 1985.
- 권재열, 「회계감사인의 법적 책임」, 『비교사법』 제5권 1호, 1998.
- 김명화, 「감사인의 법적 책임 수준에 대한 연구」, 『사회과학연구』 6집, 평택대학교 사회과학연구소, 2002.
- 김일섭, 「세계시장에서의 감사인의 법적 책임(I)」, 『공인회계사』, 1996년 1월호.
_____, 「세계시장에서의 감사인의 법적 책임(II)」, 『공인회계사』, 1996년 2월호.
- 남상천·김성기, 『외부감사제도에서 감사인의 독립성과 책임에 관한 연구』, 서울대학교 경영대학 경영연구소, 1987.
- 테플리이스, 존슨, 맥클리어드, 삼일회계법인 역, 『회계감사론』, 1982.
- 박정유, 「민사제재금(civil money penalties)제도에 관한 고찰(I·II) - 미국 1934년 증권거래법을 중심으로」, 『증권조사월보』, 1996. 9. 11. 참조.
- 안택식, 「주식회사의 외부감사제도에 관한 연구」, 『성곡논총』 제22집, 1991.
_____, 「공동결정제도에 관한 연구」, 『재산법연구』 제10권 제1호, 1993.
- 우구현, 「부실감사 위험 안고 있는 기업감사제도」, 『기업경영』 제405호, 1992. 1.
- 양승규, 「감사인의 제3자에 대한 손해배상책임」, 『법학』 제38권, 서울대 법학연구소, 1997.
- 이근수, 「미국의 감사위원회제도와 그 도입가능성」, 『상장협』 제26호, 1992.
_____, 「주식회사 감사제도의 개선방안에 관한 연구」, 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995.
- 이대선, 「현행 회계감사제도의 문제점 및 개선방안」, 『서강경영논총』 제4집, 1993. 12.
- 이만우, 『회계감사의 사회적 기능』, 고려대학교 출판부, 1995.
- 이범찬·오욱환, 「감사와 외부감사의 법적 책임」, 이범찬 편, 『회사법의 제문제』, 삼지원, 1998.

- 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2002.
- _____, 『형법의 근대성과 대화이론』, 홍문사, 1994.
- _____, 「공정거래질서와 형법정책」, 『법제연구』 통권 제25호, 2003.
- 이상돈·홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000.
- 이상복, 「증권집단소송에 관한 연구」, 고려대 박사학위논문, 2003.
- 이영기·남상구 편, 『국가경쟁력 확보를 위한 한국증권시장의 과제』, 한국개발연구원, 1994.
- 이정호, 「회계감사인의 책임범위」, 『경영사례연구』 제26호 제1호, 서울대 경영연구소, 1992.
- 이준섭, 「증권관련집단소송제의 전제조건으로서의 손해배상책임제도의 정비방안」, 전경련 세미나 자료 <증권관련집단소송법 제정과 보완과제>, 2004. 1. 30.
- 임희남, 「미국의 상호감리제도에 대한 소고」, 『증권조사월보』, 1987. 12.
- 정세웅, 「우리나라 외부감사제도의 개선방안 연구」, 『경기대 논문집』 제36집, 1995.
- 주인기, 「우리나라 감사제도 개선방안」, 『한국회계제도의 개혁』(금융감독위원회 회계지도특별위원회 최종보고서), 1998.
- 최명수, 『뒤집어보는 경제 회계부정 이야기』, 굿인포메이션, 2003.
- 최병성, 「상법상 감사와 외부감사인의 책임한계와 효율적 연계방안」, 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995.
- _____, 「주식회사 감사제도의 개선방안에 관한 연구」, 『상장협 연구보고서』 95-4, 한국상장회사협의회, 1995.
- Hassemer(배종대·이상돈 편역), 『형법정책』, 세창출판사, 1998.
- Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenze, Auswege, in: Kübler(Hrsg.), “Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität,” 1985.
- Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989.
- Naucke, “Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff,” 1985.
- Tiedemann, *StGB Leipzger Kommentar*, 1997, §§264-265b.
- Wilhelm Krekeler, “Strafbarkeit des Abschlußprüfers,” *StraFo*, 1999. 7, pp.217-222.
- Worms, *Anlegerschutz durch Strafrecht*, 1987.

Auditor's legal liability : Regulation and deregulation

Sang-Don Yi

This paper suggests that the proceduralistic paradigm of the law allows self-regulation to the legal fields of auditors.

The Regulation on Liabilities of CPA(Certified Public Accountants) is provided in Securities and Exchange Act, the law on External Audit of Corporations, the civil code, the CPA Act, and the Regulation on Professional Ethics of CPA. Especially, regulation on the requisite of the Law on External Audit of Corporations is more mitigated than that of the civil law, and the punitive sanction of the former is enforced without causation or Ultra-ratio. In such a condition, what is the best way to regulate the auditors' liability more appropriately?

Auditors' legal liability to shareholders and other investors is a significant aspect in auditing. A primary role of auditing in security markets is to reduce potential problems caused by the informational asymmetry. The function of accounting is to provide information to those in the market who place capital at risk-not to guarantee all such risks. Moreover, it is not fair that the auditors burden every risk of loss, because risks should be loss-spreaded. Auditors are only liable when an actual audit failure has in fact caused an injury.

Therefore, we must repair the legal doctrines about the liability that has become distorted by the quest for compensation for every loss. The Gap between the under-deterrence and the over-deterrence should be filled up by communicating with

others. We must also establish an arbitrary institution dealing with compensation for damages.

Key-words : Auditor's liability, regulation, deregulation, trilemma, the Law on External Audit of Corporations

K C I