

銀行 理事의 注意義務와 損害賠償責任

(第一銀行 株主代表訴訟事件)

(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결)

(원심법원: 서울고법 2000. 1. 4. 선고 98나45982 판결)

判例公報 第153號 864面 以下 所載

김 대 연*

《 目 次 》

I. 事件概要

III. 코멘트

II. 判決要旨

I. 事件概要

(1) 원고 주주들은 1997. 6. 3. 제일은행의 전직 대표이사(은행장) 및 이사 4인을 피고로 하여, 피고들이 제일은행의 대표이사 내지 이사로 재직하면서 한보철강에 대하여 총 약 1조 853억원의 대출을 결의한 것이 한보철강의 부도로 인하여 그 대출의 대부분이 회수가 불가능하게 됨에 따라 제일은행에 엄청난 손해를 입힌 것을 이유로, 제일은행의 피고들에 대한 손해배상을 청구하기 위하여 주주대표소송을 제기하였다. 피고들이 한보철강에 대출을 한 경위 및 대출채권을 회수하지 않는 사정은 다음과 같다.

(2) 한보철강은 철강재생산 및 국내의 건설공사를 시공하는 회사로서 1989년경부터 누적손실액의 증대로 재무구조가 악화되고 담보를 제공하여 추가대출을 받을 수 있는 상태가 아님에도 불구하고 대규모 자금이 소요되는 철강공업단지의 건설사업을 계획·추진하였다. 제일은행의 대표이사이었던 피고 L은 은행이 한보철강에

* 부산대 법학연구소 학술연구교수, 법학박사.

대하여 자체 실시한 신용조사의 결과 한보철강의 전반적인 상환능력이 미흡하다고 평가하였고 담당실무자가 ‘여신심사및운용준칙’에 원칙상 여신금지업체라는 보고가 있었음에도 불구하고 예외적으로 상임이사회의 승인을 받아 대출을 할 수 있다는 규정에 따라 공사 완료시의 공장부지에 대한 후취담보의 취득을 예정하고 아무런 물적 담보를 취득하지 않은 채 사채지급보증의 결의 및 일부에 대해서만 담보를 설정했을 뿐 모두 신용만으로 추가대출을 하는 결의를 주도적으로 행하였다. 그리고 피고 L은 한보철강의 제철소건설의 사업성에 대한 외부기관의 신용분석보고서에서 우려가 표명되는 등 대출금의 회수불능의 위험성이 있었음에도 심사직원에게 여신적격의 심사의견을 올릴 것을 지시하였고 그 후의 대출에도 이러한 행위가 되풀이되었다. 또 피고 L은 한보철강에 대하여 자금지원을 계속하면서 금융편의를 제공한 대가로 수 차례에 걸쳐 수 억원의 뇌물을 수수하였다. 그리고 피고 S는 피고 L의 후임 은행장으로서 추가대출승인보다는 대출금회수가 요망된다고 판단한 심사담당자에게 승인적격의견으로 심사의견서를 작성하라고 지시하는 방법으로 부당한 대출을 계속하였고, 또 이러한 대출과 관련하여 수회에 걸쳐 한보철강으로부터 뇌물을 수수하였다. 그리고 피고 L과 P는 은행의 이사로서 이사회에 출석하여 한보철강에 대한 대규모 대출이 부당하다는 사정 그리고 대출금의 회수가 필요하다는 사정을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 한보철강에 대한 대출을 결정함에 있어 이사회에서 아무런 이의를 제기하지 않고 대출을 승인하는 결의에 찬성하였다.

(3) 제일은행의 소수주주들은 1997. 4. 경부터 2개월간 수 차례 구두로 제일은행 이사들의 책임을 추궁하는 소를 제기할 것을 요청하였으나 제일은행이 이를 계속 거부하므로 1997. 6. 2. 서면으로 소제기청구서를 제출하였고, 그리고 그 다음날인 1997. 6. 3. 제일은행의 이들 이사에 대한 손해배상책임을 청구하는 주주대표소송을 제기하였고 또 나머지 주주 일부가 이 소송에 소송참가를 하였다.

(4) 제1심법원인 서울지방법원은 1998. 7. 24. 소수주주들의 청구에 이유가 있다면서 피고들에 대하여 각자 400억원을 제일은행에 배상할 것을 선고하였다. 피고들의 항소로 항소심에서 소송이 계속되던 중 금융감독위원회의 자본감소명령에 따라 1999. 7. 9. 제일은행의 주식 모두가 소각됨으로써 원고 및 공동소송참가인들은 제일은행의 주식을 1주도 보유하지 않게 되었다. 제일은행은 위 주식소각에 따라 원고 및 공동소송참가인이 당사자적격을 상실하게 될 염려가 있자 1999. 7. 1. 제일은행의 대표이사 소외 1을 대표자로 하여 공동소송참가를 하였다. 제2심법원인 서울고등법원은 2000. 1. 4. 공동소송참가인인 제일은행의 청구취지의 감소에 따라 손해배상금을 10억원으로 고치는 것 이외에는 제1심 판결문의 이유를 그대로 인용하였다.

II. 判決要旨

[1] 주주의 대표소송에 있어서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경제가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과, 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려는 입법취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제234조에 반하는 것도 아니다.

[2] 상법 제394조 제1항에서는 이사와 회사 사이의 소에 있어서 양자간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로 그 충돌을 방지하고 공정

한 소송수행을 확보하기 위하여 비교적 객관적 지위에 있는 감사로 하여금 그 소에 관하여 회사를 대표하도록 규정하고 있는바, 소송의 목적이 되는 권리관계가 이사의 재직 중에 일어난 사유로 인한 것이라 할지라도 회사가 그 사람을 이사의 자격으로 제소하는 것이 아니고 이사가 이미 이사의 자리를 떠난 경우에 그 사람을 상대로 제소하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 상법 제394조 제1항은 적용되지 않는다.

[3] 전 이사들을 상대로 하는 주주대표소송에 회사가 참가하는 경우, 상법 제394조 제1항의 적용이 배제되어 회사를 대표하는 자는 감사가 아니고 대표이사가 된다.

[4] 비록 원고 주주들이 주주대표소송의 사실심 변론종결시까지 대표소송상의 원고 주주요건을 유지하지 못하여 종국적으로 소가 각하되는 운명에 있다고 할지라도 회사인 원고 공동소송참가인의 참가시점에서는 원고 주주들이 적법한 원고적격을 가지고 있었다고 할 것이어서 회사인 원고 공동소송참가인의 참가는 적법하다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고 주주들의 주주대표소송이 확정적으로 각하되기 전에는 여전히 그 소송계속 상태가 유지되고 있는 것으로서, 그 각하판결 선고 이전에 회사가 원고 공동소송참가를 신청하였다면 그 참가 당시 피참가소송의 계속이 없다거나 그로 인하여 참가가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

[5] 공동소송참가는 항소심에서도 할 수 있는 것이고, 항소심절차에서 공동소송참가가 이루어진 이후에 피참가소가 소송요건의 흠결로 각하된다고 할지라도 소송의 목적이 당사자 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정할 경우에 한하여 인정되는 공동소송참가의 특성에 비추어 볼 때, 심급이익 박탈의 문제는 발생하지 않는다.

[6] 금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는

공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에, 은행의 그러한 업무의 집행에 임하는 이사는 일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다 할 것이고, 따라서 금융기관의 이사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안될 잘못이 있는지의 여부를 금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.

III. 코멘트

1. 問題의 提起

대상판결은 1997년 말에 도래한 외환위기를 극복하는 과정에서 금융기관이 대규모 융자를 하면서 상대방에 대한 신용평가나 담보 설정을 제대로 하지 않아 부실을 초래한 것이 외환위기의 중요한 원인이 되었다고 판단하여 시민단체¹⁾가 중심이 되어 부실경영에 관련된 은행 이사들을 상대로 제기한 주주대표소송사건이다. 대상판결은 우리 나라에서 거의 처음으로 제기된 주주대표소송사건²⁾으

1) 시민단체인 참여연대는 기업경영의 투명성을 확보하고 소수주주들의 권익을 보호하기 위하여 제일은행주주대표소송 이외에도 삼성전자주주대표소송, (주)대우주주대표소송, 대동은행주주대표소송 등을 제기하여 일부에서는 승소판결을 받아내는 등 주주대표소송의 활성화에 상당한 기여를 하였으며, 또 주주대표소송의 활성화 이외에도 집중투표제도의 의무화, 증권집단소송의 도입 등 기업경영의 투명성을 제고할 수 있는 여러 방안의 도입에 대하여 적극적인 의견을 개진하고 있다. 자세한 내용은 참여연대 경제개혁에 관한 소송자료의 현황보기 참조 (http://www.peoplepower21.org/issue/data/data_list.php?category).

2) 이 사건이 제기되기 전까지 우리 나라에서 주주대표소송을 본안소송으

로서 대표소송에 관한 중요한 논점의 상당 부분이 문제가 되어 법리적으로 논쟁의 여지가 많으며, 또한 제1심법원은 피고들에 대하여 400억원의 배상판결을 선고하여 은행이사를 비롯한 경영자에 대하여 미친 파장도 만만치 않는 등 사회적으로 많은 관심을 모은 것으로도 유명하다.³⁾ 대상판결의 주요 논점은 은행 이사의 주의의무와 손해배상책임이라는 실체법상의 문제와 주주대표소송과 관련된 소송법상의 문제로 구분된다. 전자는 은행 이사의 주의의무는 일반회사 이사의 주의의무와 동일하게 취급할 것인가 그렇지 않으면 고도의 주의의무를 부담시킬 것인가 여부, 이사의 주의의무와 관련하여 경영판단의 원칙을 도입할 것인가 또 도입할 경우 어떤 형태로 어디까지 인정할 것인가 등이 문제된다. 이에 대하여 후자는 대상판결의 회사가 금융감독위원회의 자본감소명령에 의하여 주식의 무상소각이 이루어짐에 따라 기존주주들의 주식 모두가 소각되고 또한 대상판결의 회사가 주주가 제기한 소송에 공동소송참가를 하는 등 회사를 둘러싼 복잡하고 미묘한 절차를 거침에 따라 여러 가지가 문제된다. 후자의 중요한 논점은 다음과 같다. 첫째는 대상판결의 주주가 회사에 대하여 소제기청구서를 제출한 다음 날 바로 대표소송을 제기한 것이 상법 제403조 제3항과 관련하여 제소전의 하자가 치유되는가 하는 것이고, 둘째는 원고 주주가 제기한 대표소송에 회사 및 다른 주주가 소송참가를 할 경우에 그 참

로 제기한 일은 없으며, 다만 상법상의 주주대표소송을 본안으로 하는 보전소송이 몇 건 제기된 것이 있다고 한다(이태중, “株主의 代表訴訟에 관한 研究”, 서울대 박사학위논문(1997), 51쪽).

- 3) 서울지방법원 1998. 7. 24 선고 97가합39907 판결. 이 판결을 계기로 국내 기업들도 이사들을 보호하기 위하여 서둘러 임원배상책임보험에 가입한 것으로 전해진다. 임원배상책임보험은 1991년 어느 보험사에서 개발 판매하였으나 거의 이용되지 않다가 이 판결을 전후하여 상당수의 기업들이 이 보험에 가입하였으며 1998년말 현재 임원배상책임보험의 가입건수는 105건이고 보험료는 224여억원으로 전년도에 비하여 크게 증가한 것으로 보고되고 있다(김대연, “任員賠償責任保險”, 경북대 법학논고 제15집(1999), 216쪽).

가형태는 어떤 방식으로 이루어질 것인가, 또 회사의 소송참가는 누가 회사의 대표자로 되는가 등이고, 셋째는 원고 주주들의 의사에 의해서가 아니라 금융감독위원회의 감사명령 등 다른 조치에 의하여 주식의 완전소각이 이루어질 경우 대표소송의 운명은 어떻게 되는가, 또 이때 회사가 공동소송참가를 할 경우에 적절한 소송참가가 되는가 등이 중요한 논점이 된다.

2. 銀行 理事의 注意義務

1) 意義

이사는 회사와의 사이에 위임관계에 있으므로 선량한 관리자의 주의의무(선관주의의무)를 부담하며(상 382조 2항, 민 681조), 또 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행할 충실의무를 부담한다(상 382조의3). 그리고 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상 399조). 그러나 이사의 선관주의의무 내지 충실의무는 구체적으로 어떤 내용의 의무이며,⁴⁾ 또 이사의 선관주의의무와 경영판단의 원칙은 어떤 관계에 있는가를 정확하게 규명하기란 쉬운 일은 아니다. 일반적으로 선량한 관리자의 주의의무라 함은 동일한 지위에 있는 통상의 사

4) 1998년 개정상법에서 충실의무에 관한 규정이 명문화됨에 따라 충실의무의 구체적 내용이 무엇이며 또 선관주의의무와의 관계를 어떻게 설정할 것인가에 대하여 학설이 대립한다. 충실의무는 선관주의의무와는 전혀 다른 영미법상의 의무를 도입한 것이라는 견해(정동윤, 「제7판 회사법」, (법문사, 2001), 431쪽)와 충실의무는 선관주의의무를 구체화 또는 강조한 것이라는 견해(이철송, 「제9판 회사법강의」, (박영사, 2001), 587쪽; 정찬형, 「제4판 상법강의(상)」, (박영사, 2001), 812-813쪽; 최기원, 「제13신정판 상법학신론(상)」, (박영사, 2000), 825쪽; 손주찬, 「제12정증보판 상법(상)」, (박영사, 2001), 840-841쪽)가 대립한다.

러 깊은 자가 유사한 상황에서 행사하는 정도의 주의를 가지고 회사의 업무를 처리하는 것을 말한다. 이는 미국 회사법상 이사가 회사에 대하여 부담하는 주의의무와 유사하며,⁵⁾ 이는 이사가 회사에 최선의 이익이 되도록 성실하게 회사의 업무를 수행해야 할 지위에 있는 것을 의미한다.

우리 나라에서는 은행 이사의 주의의무와 손해배상책임에 관하여 일반 주식회사 이사의 경우와 구별하여 특별히 취급하는 규정은 없으며, 또 이를 중요한 과제로 논의하고 있는 것 같지는 않다. 그러므로 은행 이사도 상법의 적용을 받게 되므로 다른 일반회사의 이사와 마찬가지로 주의의무 및 충실의무를 부담하고, 또 그 의무를 위반한 때에는 은행에 대하여 손해배상책임을 지는 것은 당연하다. 그러나 은행 이사는 은행산업의 특수성 즉 은행은 어떤 산업보다는 공공성이 더 강조되는 기업이고 또한 예금자보호법은 은행 고객을 보호하기 위하여 일정액을 한도로 예금보호를 하고 있으므로 다른 일반회사의 이사보다도 더욱 높은 고도의 주의의무를 부과하는 것이 바람직하다는 주장이 제기되고 있다. 이하에서는 은행 이사의 주의의무에 관한 미국과 일본의 판례 동향을 고찰한 후에 고도의 주의의무를 부과하는 것이 타당한 것인지 여부 그리고 그 구체적 내용에 대하여 검토하고자 한다.

2) 美國과 日本의 判例의 動向

(1) 美國의 경우

(가) 注意義務의 程度

미국 판례법상 은행을 포함한 금융기관 이사의 주의의무에 대하여 일반 주식회사 이사 경우와 동일하게 취급할 것인가 그렇지 않

5) RMBCA §8.30(a)(2) "with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances."; Cal. Corp. Code §309(a); N. Y. Bus. Corp. Law §717 등.

으면 보다 더 높은 수준인 고도의 주의의무를 부과할 것인가를 둘러싸고 판례가 대립한다. 다수의 판례에서는 은행 이사와 다른 일반회사의 이사간에 차이를 인정할 특별한 이유가 없다면 양자를 동일하게 취급한다.⁶⁾ 미국 ALI 원칙에서도 다른 금융기관을 포함한 은행과 다른 사업회사 사이에는 주의의무의 영역에서 근본적인 차이가 없다고 해석한다.⁷⁾ 즉 오늘날 금융기관과 다른 사업회사라는 구별에 기초한 차이는 부적절하고 시대착오적인 것이라고 주장한다. 이에 반하여 은행 이사는 은행산업의 공공성 등에 의하여 다른 일반회사 이사의 경우보다도 더 높은 고도의 주의의무를 부담한다고 주장하는 판례도 있다.⁸⁾ 은행 이사에 대하여 고도의 주의의무를 부과하는 판례들은 은행산업에 대한 부분적인 규제가 있고 또한 다른 산업보다 적지 않는 시장의 압력이 있음에도 불구하고 은행을 다른 사업회사와는 구별하여 고찰한다. 금융기관이 아닌 회사들은 본래 위험을 감수하는 기업에 해당하므로 이들 회사의 이사는 위험을 감수하는 경영판단에 대하여 일정한 요건하에서 보호를 받을 수 있다. 그러나 은행의 중요한 기능은 다른 사람의 자금을 운용하는 것이므로 은행 이사는 고객에 대하여 신인 내지 신탁관계와 유사한 지위에 있으며 또한 은행 예금은 정부에 의하여 보

6) Federal Deposit Insurance Corp. v. Bierman, 2 F.3d 1424(7th Cir. 1993); Briggs v. Spaulding, 141 U. S. 132, 147(1891); McDonnel v. American Leduc Petroleum, Ltd., 491 F.2d 380, 383(2d Cir. 1974); Federal Deposit Ins. Corp. v. Benson, 867 F. Supp. 512, 521(S. D. Tex. 1994); Resolution Trust Corp. v. Heiserman, 839 F. Supp. 1457, 1464(D. Colo. 1993).

7) The American Law Institute, 「Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations」, Volume I, (American Institute Publishing, 1994), p. 138.

8) Gadd v. Pearson, 351 F. Supp. 895, 903(M. D. Fla. 1972); Resolution Trust Corporation v. Gregor, 872 F. Supp. 1140(E. D. N. Y. 1994); Billman v. State of Maryland Deposit Insurance Fund Corp., 593 A.2d 684(Md. Ct. Spec. App.), cert. denied, 599 A.2d 447(Md. 1991); Comeau v. Rupp, 810 F. Supp. 1127(D. Kan. 1992).

호되고 있으므로 은행 이사를 기업가적 위험감수자로 보기가 곤란하다는 점을 강조한다.⁹⁾

(나) FIRREA 12 U.S.C. § 1821(k)의 適用範圍

미국에서는 1989년 금융기관의 위기를 극복하고 금융시스템을 정상화하기 위한 대책으로서 금융제도개혁부흥집행법(Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989, 이하에서는 FIRREA라고 한다)을 제정하였다. 동법에서는 입법사상 최초로 연방예금보험에 가입한 금융기관의 이사와 임원의 주의의무에 관한 규정을 신설하여 연방예금보험공사(Federal Deposit Insurance Corporation)가 손해배상을 청구할 수 있도록 하였다. 미국에서는 은행지주회사를 제외한 상업은행과 저축대부은행 등의 파탄절차는 신속하고 전문적인 조치가 필요한 까닭에 연방파산법이 아닌 연방예금보험법(Federal Deposit Insurance Act)이 적용되므로 연방예금공사가 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁰⁾ FIRREA 제 1821조 k항은 부보금융기관의 이사와 임원에 대하여 적용되는 주법에서 정의되고 결정된 어떤 유사한 행위를 포함한 중과실 또는 고의의 불법행위를 포함한 주의의무를 위반한 행위에 관하여 FDIC에 의해 제기된 민사소송에서 금전배상책임을 진다고 규정하고 있다. FIRREA 제1821조 k항의 입법취지는 주법에서 연방의 기

9) 3A William M. Fletcher, 「Cyclopedia of the Law of Private Corporations」, (1994 & Supp. 1997), § 1042.10, p. 78.

10) 우리 나라에서도 예금자보호법 제21조의2에 의하여 공적자금이 투입된 금융기관에 대하여 그 부실에 책임이 있는 당해 금융기관 전·현직 임직원 등에 대한 책임추궁과 아울러 금융기관에 빌린 돈을 갚지 아니함으로써 금융기관 부실의 부분적인 원인을 제공한 부실채무기업의 기업주, 임직원 등에 대하여 손해배상의 책임을 추궁할 수 있도록 하였다. 2000년 8월말 현재 예금보험공사가 공적자금이 투입된 금융기관에 대한 책임추궁의 현황을 살펴보면 부실관련자 수는 2,094명이고, 소송을 제기한 청구금액은 3,947억원이고 또 가압류한 청구금액은 5,894억원으로 보고되고 있다(동아일보 2001. 1. 6. 제24713호, A9쪽).

준보다 완화된 책임규정을 두고 있는 경우와 중과실의 면책규정을 두고 있는 경우에 주법의 적용을 배제하는데 그 목적이 있다.¹¹⁾ 그러나 주법 또는 연방보통법에서 중과실보다도 낮은 주의의무위반에 대하여 책임을 추궁할 수 있는 경우에 FDIC가 이에 근거하여 금융기관 이사를 상대로 책임을 추궁하는 것이 허용되는지가 문제된다. 통상 FIRREA 제1821조 k항의 시행과 관련하여 세 가지의 중요한 논점이 다투어지고 있다.¹²⁾ 즉 첫째는 동법 제1821조 k항은 연방보통법이 제1821조 k항의 적용에 앞서 금융기관 이사의 통상의 과실에 대한 소송을 허용하는 정도까지 연방보통법을 적용할 수 있는가 여부이고, 둘째는 동법 제1821조 k항은 주회사법에서 부보금융기관의 이사들에게 통상의 과실에 대하여 책임질 사유로 되는 것을 배제하는 주의의무위반에 관한 통일된 최소한의 기준을 설정한 것인가 여부이고, 셋째는 제1821조 k항은 부보금융기관이 주법이 아닌 연방법으로 되어 있다는 사실이 금융기관 이사의 행위에 대하여 연방법을 배타적으로 적용할 것인가 여부이다.

FIRREA 제1821조 k항의 적용범위에 관한 판례의 동향은 두 가지 상반된 모습을 띠고 있다. 그 하나는 FIRREA 제1821조 k항의 주의의무에 관한 규정을 금융기관의 이사가 책임을 질 최소한의 기준(Minimum Standard)을 설정한 것으로 이해하고 주법 또는 연방보통법에서 금융기관의 이사에 대하여 FIRREA 제1821조 k항보다 엄격한 책임사유를 규정하고 있는 경우에는 이들을 적용하여 책임을 추궁할 수 있다고 주장한다.¹³⁾ 다른 하나는 FIRREA 제

11) Cindy A. Schipani, "Should Bank Directors Fear FIRREA: The FDIC's Enforcement of the Financial Institution Reform, Recovery and Enforcement Act", 17 J. Corp. L. 739(1992).

12) Dennis J. Block/Nancy E. Barton/ Stephen A. Radin, 「The Business Judgement Rule-Fiduciary Duties of Corporate Directors」, 5th ed, Volume I, (Aspen Law & Business, 1998), pp. 249-251.

13) FIRREA 제1821조 k항이 부보금융기관의 이사들에게 주의의무위반에 관하여 책임을 추궁하기 위한 의도된 부정행위, 무모한 행위 또는 중

1821조 k항을 연방 차원에서 통일적 기준(National Standard)을 설정한 것으로 이해하고 FIRREA 제1821조 k항이 모든 법에 우선하므로 금융기관의 이사들은 증과실 이상의 주의의무 위반에 대하여 책임을 진다고 주장한다.¹⁴⁾ 연방대법원은 1997년 *Atherton v. Federal Deposit Insurance Corp.* 사건¹⁵⁾에서 이 문제들을 최종적으로 해결하였다. 연방대법원은 FIRREA 제1821조 k항이 금융기관 이사의 주의의무에 대하여 최소한의 기준을 설정한 것이며, 또 연방제정법은 주법을 대체하기보다는 설정할 수 있는 최소한의 기준을 정한 것으로 판결하였다.

(2) 日本의 경우

일본에서도 1993년 개정상법에서 주주대표소송에 관한 몇 가지 사항에 대하여 입법적으로 정비하였고¹⁶⁾ 또 1990년대 거품경제의 붕괴에 따라 기업을 둘러싼 여러 유형의 부정행위가 발각됨에 따라 근래 주주대표소송은 대폭적으로 증가하게 되었다. 일본 판례는

과실을 나타내고 또한 통상의 과실에 기초하여 책임추궁을 허용하는 주법의 적용을 선택하는 통일된 기준을 설정한 것이 아니라는 판례로는 *Resolution Trust Corp. v. Cityfed Financial Corp.*, 57 F.3d 1231(3d Cir. 1995); *Resolution Trust Corp. v. Chapman*, 29 F.3d 1120(7th Cir. 1994); *Federal Deposit Insurance Corp. v. McSweeney*, 976 F.2d 532(9th Cir. 1992); *Federal Deposit Insurance Corp. v. Canifield*, 967 F.2d 443(10th Cir. 1992); *Federal Deposit Insurance Corp. v. Stahl*, 89 F.3d 1510(11th Cir. 1996) 등이 있다.

14) FIRREA 제1821조 k항이 금융기관 이사의 주의의무위반에 관한 통일된 기준이라는 판례로는 *Resolution Trust Corp. v. Gallagher*, 29 F.3d 416(7th Cir. 1993); *Federal Deposit Insurance Corp. v. Swager*, 773 F. Supp. 1244(D. Minn. 1991) 등이 있다.

15) 117 S. Ct. 666(1997).

16) 일본은 1993년 개정상법에서 주주대표소송을 활성화시키기 위하여 소가를 일률적으로 95만엔으로 하여 소송제기시 수수료를 8,200엔으로 하였고(일상 267조 4항, 일민사소송비용법 4조 2항), 또 원고 주주가 승소한 경우에 회사에 대하여 소송수행에 필요한 비용의 상당액을 청구할 수 있게 하였다(일상 268조의2 1항).

은행 이사에게 다른 일반이사와 구별하여 특별한 주의의무를 부과할 것인가에 대하여는 다소 상이한 결론을 내리고 있다. 은행 이사의 주의의무에 대하여 다른 일반회사의 경우와 동일한 기준에 기초한 것으로는 中京銀行株主代表訴訟事件¹⁷⁾이 있다. 즉 나고야 지방법원은 “이사가 선관주의의무 내지 충실의무를 위반하였는가 여부는 당해 이사가 직무집행을 함에 있어 행한 판단이 그 기초로 된 사실의 인식 또는 의사결정의 과정에 통상의 기업인으로서 간과하기 어려운 과오, 잘못이 있었기 때문에 그것이 이사에게 부여된 재량권의 범위를 일탈한 것인가에 의하여 결정되어야 한다.”라고 하여 통상의 기업인을 기준으로 주의의무의 위반여부를 판단하고 있다.¹⁸⁾ 이와 반대로 은행산업의 특수성을 강조하면서 은행 이사의 주의의무를 다르게 판단한 것으로는 住友銀行株主代表訴訟事件¹⁹⁾이 있다. 오오사카 지방법원은 “은행은 결제기능을 담당하는 등 영위하는 사업이 공공성을 가지기 때문에 자유경쟁원리에 기초하여 시장에의 진입과 퇴출이 활발히 행하여지는 것은 원래 예정된 것은 아니고, 은행 이사는 은행의 업무를 건전하고 적절하게 운영하는 것에 의하여 예금자 등의 보호를 확보함과 동시에 신용질서의 유지를 도모하는 것이 기대된다. 따라서 은행 이사는 일반 사업회사의 이사와 동일하게 경영의 전문가로서 광범한 재량이 부여되어 있을지라도 대출업무 등 여신업무를 행함에 있어서는 신용리스크를 적절히 관리하고 안전한 자금운영을 행하는 것이 요구되는

17) 名古屋地判 1997. 1. 20, 「株主代表訴訟事例集②」, 別冊商事法務 196 號(1997), 108쪽.

18) 神崎克郎 교수는 위 판례에 대하여 “은행 이사가 용자를 결정함에 있어 선관주의의무에 위반하였는가 여부는 용자업무에 종사하는 은행 이사에 일반적으로 기대되는 지식과 경험을 기초로 필요한 주의의 정도를 기준으로 판정해야 할 것이고, 은행의 용자업무와는 멀리 떨어진 추상적인 통상의 기업인에 기대되는 주의의 정도를 기준으로 판정하는 것은 타당하지 않다”라고 비판한다(神崎克郎, “銀行の取締役が融資の決定をする際の善管注意義務”, 金融法務事情 1492號(1997), 72쪽).

19) 大阪地判 2002. 3. 13, 判例時報 1792號(2002), 137쪽.

등 은행 이사인 까닭에 차이가 있는 것에 유의하여야 한다. 그러므로 은행 이사에 대하여 과거 여신업무에서의 조치가 선관주의의무 내지 충실의무에 위반한 것으로 그 책임을 추궁하기 위해서는 그 조치를 집행한 시점에서 판단의 전제로 된 사실의 인식에 중요한 부주의나 잘못이 있었던가, 혹은 의사결정의 과정 및 내용이 기업 경영자 일반으로서가 아니라 은행이사로서 특히 불합리하고 부적절한 것이었던가를 요구한다고 해석함이 상당하다.”라고 하여 일반 사업회사의 이사와는 다른 별도의 기준을 제시하고 있다. 그리고 日本長期信用銀行事件²⁰⁾에서 “은행 이사가 용자를 판단함에 있어서는 위험을 감안한 후에 당해 용자에 의한 수익이 합리적으로 기대할 수 있는 경우에만 용자를 행하여야 하지만, 불특정 다수인으로부터 차입된 자금을 다른 사람에게 용자한다는 업무의 특수성 및 금융시스템의 근간을 담당한다는 공공성으로부터 인수해야 할 위험에는 스스로 한계가 있다고 해야 할 것이다. 이러한 관점으로부터 용자에 있어서는 용자로부터 얻을 이자수입, 거래상대방을 통한 용자 등 거래기회의 확대, 기존 용자의 회수가능성에 주어지는 영향 등 용자로부터 얻을 수 있는 이익뿐만 아니라 용자가 가진 위험을 정확히 파악하고 이것에 대응한 적절한 채권보전조치를 취하는 것이 필요하다. 그리고 이러한 판단은 시간과 정보의 제약 아래에서 장래 예측과 전문성을 수반하는 종합적 판단이기 때문에 정세분석과 형량판단의 당부는 의사결정의 시점에서 일의적으로 결정할 것은 아니고 이사의 경영판단의 속하는 사항으로서 재량을 인정해야 할 것이다. 따라서 이사의 판단에 허용되는 재량의 범위를 벗어나 선관주의의무위반이 되기 위해서는 판단의 전제로 된 사실인식에 부주의한 잘못이 있었던가 여부, 또는 판단의 과정 및 내용에 현저히 불합리한 것이 있었던가 여부, 다시 말하면 당해 판단을 하기 위한 정보수집·분석·검토가 당시의 상황에 비추어 합리성을 결한 것이었던가 여부, 이들을 전제로 하여 판단의 추론과정 및 내용이 명백하게 불합리한 것이었던가를 묻지 않을 수 없

20) 東京地判 2002. 7. 18, 判例時報 1794號(2002), 131쪽.

다.”고 하여 다소 애매한 기준을 제시하고 있다.

3) 銀行 理事 注意義務의 內容

(1) 學說

(가) 은행 이사가 대출 등을 결정함에 있어 어느 정도의 주의의무를 부담할 것인가, 즉 다른 일반회사 이사의 경우와 동일한 선관주의의무를 부담할 것인가 그렇지 않으면 고도의 주의의무를 부담할 것인가는 매우 어려운 과제이다. 앞서 본 바와 같이 미국과 일본의 판례에서도 서로 상이한 기준들을 제시하고 있다. 은행은 결제기능과 신용중개기능을 담당하는 국민경제의 중추적인 산업에 해당하므로 은행 경영의 건전성을 유지할 필요성은 다른 어떤 기업보다도 높다고 할 수 있다. 은행산업의 건전성 유지는 행정당국에 의한 감시나 시장에 의한 감시도 중요하지만 은행 경영을 담당하는 이어나 임원들에 대하여 엄격한 감시시스템을 구축하는 것도 중요한 수단이 된다. 은행의 이어나 임원에 대한 감시시스템의 구축은 이들에게 업무수행과 관련하여 잘못이 있을 때에는 그 책임을 철저히 추궁하는 것에 의하여 어느 정도 달성할 수 있다.

(나) 은행 이사의 주의의무에 대하여는 다른 일반회사 이사의 경우와 동일하게 취급하자는 견해와 고도의 주의의무를 부과하자는 견해가 대립한다. 전자는 은행 이사가 공공성을 실현할 의무를 부담하고 은행 경영에 전념할 의무를 부담하는 것을 인정한 후에 은행 이사이면 동일하게 이러한 의무를 부담하고 있으므로 주의의무의 정도를 높일 이유는 없다고 한다.²¹⁾ 은행산업의 공공성도 정도

21) 前田重行/肉戶善一/松下淳一/伊藤眞, “シンポジウム 金融機關の健全性維持および破綻處理について”, 金融法研究 13號(1997), 52-54쪽(肉戶善一 교수는 “금융기관의 이사는 다른 주식회사 이사에 비교하여 고찰해야 할 것은 많을 수 있다고 생각되지만 주의의무의 정도 자체가 무

의 차이에 불과하며 또한 통상의 선관주의의무를 부과하더라도 특별한 문제가 없으므로 은행 이사에게만 특별한 고도의 주의의무를 부담시킬 필요성은 없다는 것이다.²²⁾ 이에 반하여 후자는 은행산업은 다른 어떤 사업보다도 공공성이 강조되고 또한 은행의 경영은 고도의 전문지식을 갖춘 자가 경영을 하는 것이므로 고도의 주의의무를 부과하는 것이 바람직하다고 한다.²³⁾ 즉 은행법은 금융기관에 대하여 건전한 운영, 예금자 보호 및 신용질서의 유지 등을 예시하면서 공공성을 강조하고 있으며(은행법 1조), 또 임원의 자격으로서 금융에 대한 경험과 지식을 갖춘 자로서 금융기관의 공

조건 높게 되는 것은 아니다.”라고 하였으며, 또 前田重行 교수는 “주식회사 이사로서 금융기관과 다른 사업회사 사이에는 기본적으로 상법상의 주의의무는 동일하므로 손해배상책임을 추궁하는 단계에서는 동일한 것으로 볼 수밖에 없다.”라고 하였다).

- 22) 미국 ALI 원칙에서도 금융기관의 이사에 대하여 다른 회사의 이사와 비교하여 고도의 주의의무를 부과할 이유가 없다고 해석한다. 즉 오늘날 은행과 다른 금융기관은 예금의 보유 이상으로 더 넓은 경제활동을 하는 실체이나 산업회사는 적어도 부분적으로 금융기관이므로 금융회사 대 산업회사라는 명칭에 기초하여 양자를 구별하는 것은 특별한 의미가 없다고 한다(ALI, *supra* note 7, § 4.01, Reporter's Note 18e, pp. 160-161).
- 23) 권재열, “銀行에 勤務하는 理事의 注意義務에 관한 美國法の 態度”, 관동대 사회과학논총 제4집(1999), 47쪽(은행의 건전성은 곧바로 우리 경제의 건전성과 직결됨을 부인할 수 없다면서 우리의 경우에도 당연히 은행 이사는 일반적으로 영리추구를 주된 목표로 하는 회사의 이사와는 차별적으로 더 엄격한 주의의무를 부담하여야 할 것이라 생각한다); 吉正敦子, 「破綻金融機關をめぐる責任法制」, (多賀出版, 1999), 286쪽(금융기관 이사의 주의의무는 다른 사업회사의 이사에 비하여 높게 된다고 한다. 그 이유는 금융시스템과 예금보험제도의 유지라는 구조하에서 금융기관이 건전성과 안전성을 유지하기 위해서는 고도의 주의의무를 부과하는 것이 필요하기 때문이다); 神吉正三, “銀行取締役の注意義務”, 筑波法學 第28號(2000), 106-112쪽; 涉谷光子, “企業倒産の經營責任”, *ジュリスト* 662號(1978), 44쪽(예금의 운용을 주업으로 하는 은행 경영자는 여신업무의 수행에 있어서 일반회사의 경영자보다도 높은 주의의무를 부담하는 것에 주의하여야 한다).

익성 및 건전경영과 신용질서를 해할 우려가 없는 자를 그 요건으로 하고(동법 18조 2항)²⁴⁾ 그리고 동일차주에 대한 신용공여의 한도를 정하는 것(동법 35조) 등에서 특수성을 인정하고 있다. 은행이사는 은행산업의 공공성과 그 특수성을 고려할 때에 통상의 주의의무보다는 더 높은 수준인 고도의 주의의무를 부과하는 것이 적절하다는 것이다.

(다) 그러나 실제 은행 이사를 상대로 책임을 추궁함에 있어서는 위 양자 가운데 어느 주장을 따르더라도 결론이 크게 달라지는 것은 아니다. 왜냐하면 은행 이사가 부담하는 주의의무의 내용 자체에 대해서는 양자 사이에 큰 차이가 없기 때문이다. 그리하여 은행이사가 어떤 점에 주의를 기울이면 주의의무를 다한 것으로 되느냐 하는 주의의무의 구체적 내용을 검토하는 것이 실효성이 있는 논의라고 여겨진다.²⁵⁾

(2) 具體的 內容

(가) 은행 이사가 대출 등을 결정함에 있어 어떤 경우에 선관주의의무 내지 충실의무²⁶⁾를 위반한 것이 되는가를 일률적으로 결정

24) 손성, “破産한 美聯邦 附保金融機關 理事 및 任員의 注意義務-FIRREA 12 U.S.C. §1821(k)에 대한 論議를 中心으로-”, 동국논집 제19집(2000), 41쪽(해석론으로서 은행법 제18조 제2항에 정한 임원의 자격요건에 관한 규정은 금융기관 이사의 주의의무를 해석하는데 있어 보다 엄격성이 요구된다는 중요한 고려가 될 수 있을 것이고, 또 입법론으로서 FIRREA 1821(k)항과 같이 금융기관 이사의 주의의무에 관한 명문의 근거를 두거나 뉴욕주 은행법 제674조를 참조하여 이사의 주의의무위반으로 되는 사실의 인식에 관한 추정규정을 은행법에 신설하는 것을 검토해 볼 필요가 있다고 한다).

25) 神吉正三, 앞의 논문, 114쪽.

26) 통상 이사의 주의의무는 선관주의의무를 가리키는 용어이므로, 선관주의의무와 충실의무를 구별하는 입장인 필자로서는 양자를 구분하여 각각에 있어 구체적 내용을 검토하고자 한다.

하기는 매우 어렵다. 은행 이사의 행위가 선관주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이 되는가 여부는 대출을 받는 거래기업의 사정, 담보의 유무 및 담보평가의 방법, 경제여건의 변동가능성, 신용평가의 유무 및 그 방법 등 여러 요소를 종합적으로 검토한 후에 결정되어야 한다. 여기서는 대출의 결정과 관련하여 선관주의의무 내지 충실의무에 위반될 가능성이 있는 몇 가지 유형을 구체적으로 검토하고자 한다.²⁷⁾

(나) 은행 이사는 대출을 결정함에 있어 공공성, 안전성, 수익성 그리고 성장성 등 여러 요소를 고려할 후에 대출의 적부를 판단하여야 한다. 은행 이사의 대출결정이 선관주의의무위반으로 될 가능성이 있는 대표적인 유형은 다음과 같다. 첫째는 단기적 수익을 주된 목적으로 하면서 투기적 자금수요가 필요한 거래처에 대하여는 대출을 억제할 필요가 있다. 은행의 대출금은 사업으로부터 얻은 수익으로 변제하는 것이 원칙이다. 그러므로 단기적 투기·투자를 목적으로 하는 사업에 대한 대출은 본업으로부터 얻은 수익으로 변제할 수 없는 경우가 많고 또 그러한 대출은 변제불능으로 될 위험성이 농후하기 때문에 선관주의의무에 위반할 가능성이 많다. 둘째는 부동산담보를 비롯한 담보가치에 전면적으로 의존하는 대출도 그렇게 바람직한 대출은 아니다. 은행은 담보가치의 범위 내에서 자금을 대출하고 담보의 환가처분에 의하여 그 자금을 회수하는 담보금융회사는 아니다. 은행의 대출은 거래처의 사업수익으로 변제되는 것이 원칙이므로 담보의 환가처분에 의한 회수는 대출의 실패를 의미할 수 있기 때문이다. 셋째는 은행의 거래처가 자금수요가 없음에도 불구하고 불필요한 자금을 과대·과잉으로 대출을 하는 것은 억제하여야 한다. 이러한 대출은 처음에는 문제가 되지 않지만 대출을 받은 기업의 업적이 악화될 경우에는 은행에 큰 손해를 줄 가능성이 있기 때문이다. 넷째는 적자기업이나 실적

27) 아래에서 검토하는 구체적 유형의 내용은 神吉正三의 논문을 많이 참고한다(神吉正三, 앞의 논문, 114-118쪽).

이 악화되는 기업에 대한 대출은 가능한 억제하여야 하고, 이미 한 대출금은 조기에 회수하는 것이 바람직하다. 통상 기업의 영업이익이 3년 이상 적자상태로 지속되는 경우에는 특별한 주의를 요하며 신규대출을 억제하고 기존 대출금의 회수에 필요한 여러 방안을 적극적으로 도모하여야 한다.

(다) 이사의 충실의무위반은 회사업무와 관련하여 회사의 이익보다는 자기 또는 제3자의 이익을 우선적으로 고려할 경우에 발생한다. 은행 이사가 대출을 결정함에 있어 충실의무에 위반하는 대표적인 유형으로는 다음과 같은 것이 있다. 첫째는 은행의 대출은 특정한 기업에 편중되지 않도록 하기 위하여 의도적으로 대출을 분산하는 것이 필요하다. 특히 이미 대출을 받은 상대방과 관계가 있는 기업이나 거래관계에 있는 기업에 대출하고 이것이 곧 대출을 받은 상대방에 대출이 되는 우회적인 대출은 회피하여야 한다. 그리고 거래상대방이 사업부분마다 별도의 회사를 만들어 대출을 받는 경우에는 외형상은 분산대출이 되지만 실질적으로는 특정 거래처에 대출의 집중을 가져오는 것이기 때문에 대출을 결정함에 있어 특별한 주의를 요한다. 이러한 대출은 은행 이사가 자기 개인의 이익이나 보신을 위한 경우 또는 거래상대방의 이익을 도모하는 경우가 많기 때문에 충실의무에 위반될 가능성이 많다. 둘째는 실제로 사업을 행하지 않는 서류상의 회사(Paper Company)에 대한 대출은 우회적 대출이 될 가능성이 있으므로 대출을 억제하여야 한다. 예컨대 전혀 사업을 행하지 않는 경우뿐만 아니라 외형상 사업을 하고 있지만 위장수단으로 행하는 경우에도 이에 포함된다. 셋째는 담보가치를 부당하게 평가한 후에 하는 대출도 이것이 부실채권이 될 경우에는 은행에 손해를 주게 되므로 이러한 대출은 억제되어야 한다. 담보가치의 부당한 평가는 최종적으로 회수불능으로 될 금액을 은행에 오인시킴과 동시에 자기의 결재권한을 실질적으로 확대하는 효과를 가져오기 때문에 충실의무에 위반될 가능성이 많다.

(3) 檢討

대상판결은 “금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에 은행의 그러한 업무의 집행에 임하는 이사는 일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다.”라고 하고, 또 “금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.”라고 하여 은행의 공공성을 강조하면서 이에 합당한 선관주의의무를 요구하고 있다. 대상판결의 내용 자체로는 은행 이사에 대하여 고도의 주의의무를 부과한 것인지는 분명하지 않으나 은행의 공공적 성격에 걸맞는 이사의 주의의무를 강조하고 있는 것은 사실이다. 그리고 대상판결은 은행 이사가 대출을 결정함에 있어서는 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항을 종합적으로 검토한 후에 대출의 적부여부를 판단하도록 한다. 이는 은행 이사가 검토해야 할 주의의무의 내용에 해당하는 것으로서 은행 이사가 이러한 요소들을 충분하고 세심하게 검토한 후에 대출을 결정하여야 주의의무를 다한 것으로 된다. 대상판결의 피고들은 은행의 자체 평가 내지 외부기관의 신용평가를 무시하고 또한 물적 담보를 충분히 확보하지 아니한 상태에서 대출을 결정한 것이므로 선관주의의무를 위반한 것이 명백하다. 물론 당시의 경제여건과 대부분의 은행에서 이러한 대출이 되었다고 하더라도 심정적으로 이해는 하지만 법적으로 선관주의의무를 위반한 것은 분명하므로 대상판결의 결론은 타당하다.

4) 理事의 注意義務와 經營判斷의 原則

(1) 통상 경영판단의 원칙(business judgment rule)이라 함은 이사가 경영자로서 전문지식을 갖고 회사를 위하여 성실하게 한 판단이 경제상황의 변화 등으로 인해 결과적으로 회사에 손해를 주었다 하더라도 이사는 회사에 대하여 책임을 지지 아니한다는 법리를 의미한다.²⁸⁾ 즉 이사가 경영상의 판단을 함에 있어 회사의 능력범위 내이고 또한 이사의 권한범위 내에서 성실하고 상당한 주의를 다하여 독립적인 결정을 한 경우에 법원은 그러한 경영상의 판단에 개입하지 않거나 이사의 판단을 법원의 판단으로 대체시키는 원칙을 말한다.²⁹⁾ 경영판단의 원칙은 미국법에서 생성·발전된 법리로서 19세기 중반경부터 이사의 충실의무의 엄격화와 주의의무의 완화에 대한 흐름 속에서 이사의 책임을 완화하기 위한 목적에서 등장한 것이다. 그러나 경영판단의 원칙은 구체적으로 어떻게 정의할 것인가, 또 경영판단의 원칙과 이사의 주의의무와의 관계를 어떻게 해석할 것인가에 대하여는 학설이나 판례에서 다양한 주장이 있어 의견이 일치되지 않는다.³⁰⁾ 그리하여 연방법이나 주법에서 경영판단의 원칙에 대하여 명문으로 규정한 예는 거의 없으며, 다만 ALI 원칙에서 이 법리에 관한 규정³¹⁾을 두고 있을 뿐이다.

28) 김대연, “株主代表訴訟과 經營判斷의 原則”, 상사법연구 제17권 3호 (1999), 114쪽.

29) Harry G. Henn/John R. Alexander, 「Laws of Corporations」, 3rd ed, (West Publishing Co., 1983), p. 661; Henry Winthrop Ballantine, 「On Corporations」, rev. ed, (Callaghan and Company, 1946), p. 158.

30) Edward Brodsky/M. Patricia Adamski, 「Law of Corporate Officers and Directors-Rights, Duties and Liability, with 1995 Cumulative Supplement」, (Clark Boardman Callaghan, 1993), § 2:06 Chap. 2, p. 24.

31) ALI 원칙 제4.01조 (c)항에서는 “이사 또는 임원이, ① 경영판단의 대상에 이해관계가 없고, ② 경영판단의 대상에 관하여 당해 이사 또는 임원은 그 상황하에서 적당하다고 판단할 정도로 충분한 정보를 갖고,

이사의 주의의무와 경영판단의 원칙과의 관계를 어떻게 정립할 것인가는 매우 어려운 과제이다.³²⁾ 이사의 주의의무와 관련하여 경영판단의 원칙이 이사의 책임을 완화하기 위한 법리³³⁾인가에 대하여는 상당한 혼란이 있다. 경영판단의 원칙은 미국 판례법상 오랜 기간에 걸쳐 형성된 법리로서 이사의 경영상의 판단에 있어 잘못을 구제하기 위한 것이며, 실제로 모든 법원은 경영판단을 함에 있어 정직한 잘못(honest mistakes)에 대하여는 책임을 지우지 않는다.³⁴⁾ 그러나 경영판단의 원칙을 적용한다고 하여도 이사에게 주의를 갖고 행동할 의무를 면제하는 것은 아니다.³⁵⁾ 이 점에서 법원 또는 입법부가 주의의무위반을 어떻게 구성할 것인가 하는 문제는 매우 중요하다. 만약 이사의 주의의무를 과도하게 요구하게 되면 경영판단의 원칙이 목적하는 바를 더 이상 달성할 수 없게 되고, 반면에 주의의무를 완전히 제거하면 책임의 억제기능이 상실되고 이사가 신중하고 적합하게 행동할 동기가 없어지기 때문이다.³⁶⁾ 근래 우리 나라에서도 경영판단의 원칙을 둘러싸고 이를 적극적으로 도입하자는 주장과 도입에 반대하는 주장 사이에 상당한 논란이 전개되고 있다. 대법원도 금융기관의 임원이 한 대출에 대하여 경

그리고 ③ 그 경영판단이 회사의 이익에 최대한 합치한다고 믿을 만한 요건을 갖춘 경우, 성실하게 경영판단을 한 이사 또는 임원은 그 의무를 이행한 것으로 된다”고 규정하고 있다.

32) 이 원칙은 제정법상의 주의의무 기준을 완화하는 결과를 가져온다는 점에서 양자는 서로 긴장관계에 있다고도 할 수 있다는 견해(유진희, “美國 會社法上 理事의 注意義務, 서강법학연구 제3권(2000), 125쪽), 경영판단의 원칙이 적용되는 결과 주의의무가 완화되는 것이지 양자가 서로 모순되어 양립할 수 없다는 뜻은 아니라는 견해(강희갑, “經營判斷의 原則에 關한 美國法의 最近動向”, 상사법연구 제15권 2호(1996), 111쪽) 등 여러 주장이 있다.

33) Ballantine, *supra* note 29, p. 160.

34) Robert Charles Clark, 「Corporate Law」, (Little, Brown and Company, 1986), p. 124.

35) Brodsky/Adamski, *supra* note 30, § 2:06 Chap. 2, p. 26; Clark, *supra* note 34, p. 124.

36) Brodsky/Adamski, *supra* note 30, § 2:06 Chap. 2, p. 26.

영판단의 원칙에 관한 정의를 내리고 있으며,³⁷⁾ 이는 종래 학자들이 주장한 내용과 거의 유사한 것으로 이해된다.

(2) 대상판결의 피고들은 한보철강에 대한 대출이 결과적으로 잘못되어 제일은행에 손해를 입게 하였다고 하더라도 그 대출은 피고들이 경영자로서 제일은행을 위하여 최선이라는 판단하에 행한 것이므로 주의의무를 위반한 것이 아니라고 주장한다. 그러나 피고 이사들의 한보철강에 대한 대출결정은 내·외부의 신용평가에서 한보철강이 추진하는 제철소건설사업은 경제적 타당성이 매우 의심스럽다는 보고가 있었음에도 불구하고 대출을 강행하였고, 또 신용대출이 부적합한 경우에는 충분한 담보를 확보한 후에 대출을 해야 하는데 이를 이행하지도 않았으며 그리고 심지어 대출과 관련하여 수억원의 뇌물을 수수하는 등 은행 이사로서 기본적인 절차조차도 준수하지 않았기 때문에 경영판단의 원칙을 적용하기는 곤란하다. 대상판결은 이 원칙에 대하여 직접 언급하지는 않으나 사안 자체에서 주의의무를 위반한 것이 명백하므로 처음부터 이 원칙을 배제한 것으로 생각된다.³⁸⁾

37) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결(금융기관의 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이다).

38) 하나의 예론이지만 이 사건과 관련하여 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는가를 논의할 수 있는 경우가 있다. 제일은행의 대표이사는 항소심에서 소송참가를 하여 10억원의 배상판결을 받아내기는 하였지만 이

5) 信賴의 保護

(1) 우리 상법상 이사가 다른 이어나 종업원의 판단 또는 보고에 대하여 신뢰한 경우 이를 보호할 수 있다는 명문규정은 없다. 그러나 오늘날 대규모 회사에서는 회사의 업무가 매우 복잡하고 전문화되어 있기 때문에 그 업무집행은 체계적이고 조직화된 시스템에 의하여 수행되고 또한 이러한 회사에서는 이사가 시간적 또는 장소적 한계, 정보 또는 전문능력에서 일정한 한계가 있으므로 대표이사를 비롯한 회사의 종업원이나 전문가의 판단, 결정 또는 보고를 신뢰한 경우 이를 보호하는 것은 어쩌면 당연할 일이다.³⁹⁾ 그러나 이사가 대표이사, 업무담당이사 또는 종업원의 판단이나 보고를 신뢰하였다고 하여 무조건 보호를 받을 수 있는 것은 아니며, 또 이를 너무 넓게 인정하면 이사의 선관주의의무가 형해화될 가능성이 있으므로 반드시 일정한 요건을 갖춘 경우에만 이사의 신뢰를 보호하여야 한다. 즉 이사는 의심할 특별한 사정이 없는 한 신뢰할 가치가 있다고 합리적으로 믿는 경우에만 대표이사, 업무담당이사, 종업원 그리고 전문가의 보고나 조언 등에 대하여 신뢰할 수 있다.⁴⁰⁾

미 제1심에서 400억원의 배상판결이 선고되었고 또 항소심에서도 제1심의 이유를 그대로 인용하고 있는 것으로 보아 제일은행이 원고 주주의 청구취지를 그대로 따랐더라면 10억원이 아닌 400억원의 배상판결을 받을 수 있었을 것으로 판단된다. 만약 제일은행의 새로운 주주들이 소송참가를 할 당시의 이사들을 상대로 주주대표소송을 제기할 경우에는 경영판단의 원칙과 관련하여 흥미로운 논쟁이 전개될 수 있다. 물론 제일은행이 원고 주주의 청구취지를 축소한 사실이 바로 선관주의의무에 위반되는 것은 아니다. 이 경우에는 회사가 소송참가를 하는 것에 회사의 이익에 도움이 되는가, 피고들이 실질적으로 배상금액을 지급할 여력이 있는가 또 주주가 대표소송을 제기한 진정한 의도는 어디에 있는가 등이 중요한 논점으로 등장할 것으로 생각된다.

39) 畠田公明, “取締役の監視義務とその信賴の保護”, 民商法雑誌 102卷 1號 (1990), 41쪽.

40) 畠田公明, 앞의 논문, 80쪽; 東京地判 2002. 4. 25, 判例時報 1793號

오늘날 미국의 거의 모든 주에서 신뢰의 권리 내지 신뢰의 항변을 입법 또는 판례에 의하여 인정하고 있다.⁴¹⁾ 미국에서는 이미 오래 전부터 이사가 다른 이사나 종업원을 신뢰할 수 있는 신뢰의 권리 내지 신뢰의 항변을 판례에 의하여 인정하였으며,⁴²⁾ 근래에는 주회사법에서 신뢰의 권리 내지 신뢰의 항변을 입법으로 도입하는 경향이 있다.⁴³⁾ ALI 원칙에서는 이사가 일정한 요건을 갖춘 경우에 다른 이사나 임원, 종업원 또는 전문가의 보고 등을 신뢰할 수 있으며 또한 이사회내 위원회의 결정 등에 대하여도 신뢰할 수 있다고 규정한다. 즉 이사가 직무수행상 성실하게 행동하고 또한 신뢰가 정당한 근거를 가진 것으로 합리적으로 믿은 경우에는, (a) 그 이사가 신뢰할 가치가 있다고 합리적으로 믿는 회사 또는 회사와 연대 혹은 공동의 지배하에 있는 사업체의 1인 또는 2인 이상의 이사, 임원 또는 종업원, (b) 그 이사가 신뢰할 가치가 있다고 합리

(2002), 140쪽(이사가 행한 정보수집·분석·검토 등에 부족 내지 불충분이 있었는가 여부는 분업과 권한의 위임에 의해 광범하고 전문적인 업무를 효율적으로 수행하도록 하는 대기업조직에서의 의사결정상의 특질을 고려하여야 하고, 하부조직에서 요구하는 결제에 대하여 의사결정권자가 스스로 새로운 정보를 수집·분석하고 그 내용을 처음부터 검토하는 것은 비현실적이며, 하부조직이 행한 정보수집·분석·검토를 기초로 하면서 스스로 판단을 하는 것은 허용되어야 한다. 특히 대규모 은행에서는 전문적 지식과 능력을 갖춘 행원을 배치하고, 또 용자의 경우에 영업부서, 심사부, 영업기획부 등이 각각의 입장에서 중첩적으로 정보수집·분석·검토를 하게 하는 등 절차가 정비되어 있다. 그러므로 이사는 특단의 사정이 없는 한 각 부서에서 기대되는 수준의 정보수집·분석·검토가 성실히 되었다고 전제로 하고 스스로 의사결정을 하는 것이 허용된다고 할 수 있다).

41) ALI 원칙, *supra* note 7, p 189.

42) *Epstein v. Schenck*, 35 N.Y.S.2d 969(Sup. Ct. 1939); *Pool v. Pool*, 22 So.2d 131(La. Ct. App. 1945); *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Association*, 367 F. Supp. 860(D. Md. 1973); *Kalpan v. Goldsamt*, 380 A.2d 556(Del. Ch. 1977).

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

적으로 믿는 변호사, 공인회계사, 기사 또는 기타의 자가 작성하거나 보고한 또는 행한 정보, 의견, 판단 및 평가를 신뢰할 수 있다고 한다(ALI § 4.02).

(2) 일반적으로 은행은 거대한 조직체이므로 대출업무도 여러 단계를 거쳐서 집행되며 그 중에서 중요한 사항은 이사회 결의를 받도록 하고 있다. 대상판결의 회사도 거대한 은행이므로 거래처에 대한 중요한 대출은 내·외부의 신용평가와 담당자의 보고 등을 기초로 하여 행하여진다. 그러나 대상판결의 피고들은 내·외부의 신용평가와 담당자의 보고를 무시하고 오히려 부당한 보고서의 제출 등을 강요하면서 대출을 결정하였기 때문에 신뢰의 권리 내지 신뢰의 항변을 주장할 수 없는 것은 당연하다.

3. 株主代表訴訟에서의 事前提訴請求의 瑕疵治癒

1) 提訴節次

주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 먼저 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하여야 하고(상 403조 1항·2항), 회사가 이 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(상 403조 3항). 주주의 제소청구서에는 피고로 될 이사의 성명, 소송의 제기를 내용으로 하는 청구사항 그리고 책임발생의 원인과 제소이유 등을 기재하여야 한다.⁴⁴⁾ 그러나 주주는 30일 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 회사에 대하여 청구하지 아니하고, 또 청구를 했더라도 30일을 기다리지 않고 바로 소를 제기할 수 있다(상 403조 4항). 여기서 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있다는 것

44) 北澤正啓, “株主の代表訴訟”, 「新版注釋會社法(6)」, (有斐閣, 1996), 369쪽.

은 위의 기간을 기다려서는 시효가 완성된다던가, 또 이사가 재산을 처분하거나 도피하는 등 법률상 또는 사실상 이사에 대한 책임 추궁이 불가능 내지 무의미할 염려가 있는 경우를 말한다.⁴⁵⁾ 주주가 대표소송을 제기하기에 앞서 사전제소청구를 하도록 한 이유는 분쟁의 진정한 당사자이자 권리의 귀속주체인 회사로 하여금 이사의 책임을 추궁할 수 있는 기회를 부여하는데 있다. 회사가 30일 이내에 소를 제기하지 않는다는 의사를 분명하게 표명한 경우 주주가 30일이 경과하기 이전에도 소를 제기할 수 있는가에 대하여는 견해가 대립한다. 주주는 회사가 소제기의 의사가 없음을 표명한 때에는 대표소송을 제기할 수 없다는 견해도 있으나,⁴⁶⁾ 30일의 기간은 회사가 소를 제기함에 있어 필요한 준비기간이라고 생각되지 않으므로 회사가 소제기 의사가 없음을 표명한 때에는 30일 기간의 경과를 기다릴 필요 없이 바로 대표소송을 제기할 수 있다는 견해가 타당하다.⁴⁷⁾

2) 提訴節次에서의 瑕疵治癒

주주가 회사에 대하여 제소청구를 하지 않고 바로 대표소송을 제기할 경우에는 상법을 위반한 것이 되므로 그 소는 각하되는 것이 원칙이다.⁴⁸⁾ 그러나 주주가 회사에 대하여 사전제소청구를 하지 않거나 30일 기간이 경과하지 않는 상태에서 주주대표소송을 제기하고 회사가 그 사실을 안 후에 30일을 경과한 경우, 또는 주주가 대표소송을 제기한 후에 회사에 고지하고 30일이 경과한 경우에

45) 이철송, 앞의 책, 632쪽; 손주찬, 앞의 책, 865쪽; 최기원, 앞의 책, 863쪽; 北澤正啓, 新版注釋會社法(6), 370쪽.

46) 임흥근, 「개정판 회사법」, (법문사, 2001), 544쪽.

47) 민형기, “株主의 代表訴訟”, 「회사법상의 제문제(하)」, 재판자료 제38집(1987), 191-192쪽; 박영길, “株主의 代表訴訟”, 「기업환경의 변화와 상사법」, 손주찬교수 고회기념논문집(1993), 294쪽; 北澤正啓, 新版注釋會社法(6), 370쪽.

48) 손주찬, 앞의 책, 865쪽; 정동윤, 회사법, 469쪽.

사전제소청구요건의 흠결이라는 하자가 치유되느냐가 문제이다. 상법상 특별한 사유가 없는 한 명문으로 사전제소청구를 한 후에 30일의 기간 경과를 요구하고 있으므로 이를 위반한 하자는 치유가 되는 않는다는 견해⁴⁹⁾와 30일의 기간을 준수하지 않는 경우에는 먼저 특별한 사유의 유무를 심리하고 그러한 사정이 없는 때에는 회사에 청구한 날로부터 30일 내에 한하여 이를 각하할 수 있으며, 만약 30일의 기간이 경과한 때에는 그 하자가 치유된다는 견해⁵⁰⁾가 대립한다. 우리 나라는 미국과는 달리 감사 또는 감사위원회가 소송을 제기할 것인가에 대하여 재량권이 없으므로 주주의 사전제소청구에 특별한 의미를 부여하기는 어렵다. 주주의 사전제소청구와 관련된 30일이라는 기간은 대표소송을 제기한 후에 행하는 소송고지(상 404조 2항)와 동일한 맥락에서 이해할 수 있으며, 이는 곧 주주가 대표소송을 제기한다는 사실을 사전에 회사에 대하여 통지하는 것을 의미하므로 하자가 치유된다는 후자가 타당하다. 결국 주주가 회사에 대하여 제소청구를 한 후 30일이 경과하지 않는 상태에서 소를 제기한 경우에는 그 기간이 경과하면 하자가 치유되고, 또 제소청구 없이 소를 제기한 경우에는 소송고지로 인하여 회사가 소제기의 사실을 안 날로부터 30일이 경과하면 하자가 치유된다고 보아야 한다. 일본 판례에서는 사전제소청구 없이 제기된 대표소송에서 하자가 치유되지 않는다는 판례⁵¹⁾와 치유가 된다는

49) 최기원, 앞의 책, 863쪽(다만 회사가 소송에 참가한 때에는 하자가 치유된다고 한다); 강대섭, “理事의 責任과 經營判斷의 原則”, 상사판례연구 제12집(2001), 84쪽; 小林秀之/原强, 「株主代表訴訟」, (日本評論社, 1996), 110쪽.

50) 정동윤, 회사법, 469쪽; 민형기, 앞의 논문, 193쪽; 北澤正啓, 新版注釋會社法(6), 371쪽.

51) 大阪地判 1966. 12. 16, 下民集 17卷 11・12號, 1237쪽; 東京地判 1992. 2. 13, 判例時報 1427號(1992), 137쪽(주주가 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기함에는 사전에 회사에 대하여 소제기를 청구하고 또 회사는 그 청구가 있었던 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않는 것이 필요하다는 것은, 이사의 책임을 추궁하기 위한 소의 소송물은 회사의 이사에 대한 청구권이고, 본래 이 소송물에 대하여 원고로서 소송을 수

판례⁵²⁾로 나누어져 있다.

3) 檢討

행함에 적격을 가진 자는 회사이므로 앞서 회사에 소송수행의 기회를 부여하는 것이고, 회사가 그 기회를 부여받았음에도 불구하고 소를 제기하지 않는 때에 비로소 주주에게 소를 수행할 적격을 부여하는 것이 상당하다고 해석된다. 따라서 주주가 회사에 대하여 소의 제기를 청구하지 않고 소를 제기하고 그후 회사에 대하여 동일한 소의 제기를 청구한 경우에는 가령 회사가 그 청구에 따라 소를 제기하더라도 그 소는 중복소송에 해당되어 각하될 위험이 있기 때문에 회사에 소를 제기할 기회를 부여하는 것이다. 그러므로 원고가 본소를 제기한 후에 당사자간에 다툼이 없는 사실의 청구를 하고 그후 30일이 경과한 것으로부터 본소가 적법한 것이 된다고는 할 수 없다).

- 52) 東京地判 1964. 10. 12, 判例タイムズ 172號(1964), 226쪽(주주가 상법 제267조 제1, 2항 소정의 절차를 이행하지 않는 경우라도 이후 회사가 소송절차에 참가한 때에는 주주가 제기한 주주대표소송은 동조 제3항의 요건을 구비하는지 여부를 묻지 않고 동조 제1, 2항의 절차 흠결에 의한 하자는 치유되고, 이후 법원은 다른 특단의 소송요건의 흠결이 없는 한 소를 각하할 수 없다는 것이 대표소송 운용의 해석상 바람직한 것으로 생각된다); 大阪地判 1982. 5. 25, 判例タイムズ 487號(1982), 173쪽(상법 제267조 1항, 2항이 주주에게 대표소송을 제기할 권능을 인정하면서도 소송제기에 앞서 서면으로 회사에 대하여 이사의 책임추궁을 위한 소의 제기를 청구하는 것 및 일정기간 내에 회사가 그 소를 제기하지 않는 것을 요건으로 하는 것은, 첫째는 회사에 대하여 회사 스스로 이사의 책임을 추궁해야 할 의무의 해태를 시정할 기회를 부여함과 동시에, 둘째는 주주에게도 신중한 절차를 거치는 것에 의하여 남소의 폐해를 방지하는 것에 그 목적이 있다고 해석된다. 이러한 관점에서 본건을 판단하면, 원고가 본소 제기 후 다시 회사에 대하여 동법조 소정의 절차를 이행하고 그후 동법조 소정의 30일 이내에 회사가 피고에 대하여 책임추궁의 소를 제기하지 않았기 때문에 이것에 의해 위 두 가지 목적은 실질적으로 달성한 것이고, 또한 본건 소송을 부적법한 것으로 각하할 하더라도 원고는 다시 바로 본소와 동일한 소를 적법하게 제기할 수 있으므로 이를 각하할 실익이 없고, 또 소송경제에도 합치하지 않는 것임에 틀림없다).

대상판결의 제1심 법원에서는 “소수주주가 비록 제소 전달 서면으로 회사에게 제소요구를 하였더라도 그후 30일이 지나도록 회사가 대표소송에 참가하는 등 제소의사를 표명하지 않았다면 위 기간 부주의의 하자는 치유된다.”고 하였다. 대상판결에서 원고 소수주주가 1997. 4. 경부터 2개월간 수 차례 구두로 소송의 제기를 요구하였음에도 회사가 계속 이를 거부한 사실에 비추어 회사가 직접 소송을 제기할 의사가 없는 것이 분명하고 또한 우리 나라에서는 주주의 사전제소청구에 특별한 의미가 부여되어 있는 것도 아니므로 제소절차상의 하자가 치유된다는 제1심 법원의 판단은 정당한 것으로 생각된다.

4. 株主代表訴訟에서의 會社の 訴訟參加

1) 意義

주주가 대표소송을 제기한 후에 회사가 다시 새로운 소송을 제기하면 중복제소에 해당되므로 제소가 금지되고(민소 259조),⁵³⁾ 또 원고 주주가 받은 판결의 효력은 원래의 권리주체인 회사에 대하여도 그 효력이 미치므로(민소 218조 3항) 소송의 결과에 따라서는 회사의 이익을 해할 가능성도 있다. 그리하여 상법상 주주가 제기한 대표소송이라도 회사는 소송에 참가할 수 있으며(상 404조 1항),⁵⁴⁾ 이러한 소송참가를 보장하기 위하여 소가 제기된 경우 지체

53) 강현중, 「제3전정판 민사소송법」, (박영사, 1997), 300쪽; 송상현, 「신정3판 민사소송법」, (박영사, 2002), 347쪽; 정동윤, 「제4전정판 민사소송법」, (법문사, 1995), 269쪽; 국순옥, “株主代表訴訟에서의 會社の 節次法上の地位”, 광주대 사회과학연구 제7집(1997), 173쪽.

54) 다른 주주가 소송에 참가할 수 있는나에 대해서는 많은 주주의 소송참가는 소송을 부당하게 지연시키거나 법원의 부담을 무겁게 할 우려가 있어 이를 인정할 수 없다는 견해(정찬형, 앞의 책, 842쪽)와 다른 주주도 대표소송에 참가할 수 있다는 견해(정동윤, 회사법, 469쪽; 민형기, 앞의 논문, 195-196면)가 대립하고 있다. 일본상법 제268조 2항

없이 회사에 대하여 소송고지를 하도록 규정하고 있다(동조 2항). 회사가 대표소송에 참가하는 이유는 상법 제406조의 사해재심의 소와 함께 담합소송의 폐해를 방지하기 위해서이다.⁵⁵⁾ 즉 원고 주주가 피고 이사와 담합하여 원고가 승소할 사안에서 패소를 하거나 또 일부러 적은 금액을 청구하여 회사에 손해를 주는 경우가 예상되므로 이를 방지하기 위한 것이다. 이러한 점에서 주주의 제소사유에 이유가 있으면 회사는 적극적으로 소송참가를 하는 것이 바람직하다.⁵⁶⁾ 그러나 실제로 주주로부터 사전에 제소청구를 받고서도 제소하지 않는 회사가 주주가 제기한 소송에 참가하는 것은 그리 많지 않을 것으로 생각된다.⁵⁷⁾ 그리고 원고 주주가 회사 내지 모든 주주의 이익을 위해서가 아니라 자기 개인의 이익을 위하여 대표소송을 제기하는 경우와 같이 대표소송이 남용되는 경우에도 회사의 소송참가가 필요하다고 한다.⁵⁸⁾ 즉 주주대표소송제도가 도입될 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 대표소송의 남용에 관한 문

에서는“주주 또는 회사는 대표소송에 참가할 수 있다. 다만 부당하게 소송을 지연시키거나 법원의 부담을 현저하게 증가하는 경우에는 그러하지 않는다.”라고 하여 제도적으로 다른 주주에게 소송에 참가할 수 있도록 하였다.

55) 국순옥, 앞의 논문, 174쪽; 北澤正啓, “管轄, 訴訟參加, 訴訟告知”, 「新版注釋會社法(6)」, (有斐閣, 1996), 374쪽; 회사의 소송참가는 단순히 원고와 피고 이사 사이의 담합을 방지하기 위한 것이라기 보다는 오히려 원고 주주가 회사 즉 모든 주주의 이익을 적절히 대표하지 않는 경우에 원고의 소송수행을 감시하기 위하여 인정된 것이라고 한다(德田和幸, “株主代表訴訟における地位”, 民訴雜誌 42號(1996), 173-175쪽; 中島弘雅, “株主代表訴訟における訴訟參加”, 「株主代表訴訟大系」, (弘文堂, 1996), 210-211쪽).

56) 新谷勝, “株主代表訴訟と會社の訴訟參加”, 今中利昭先生還曆記念論集, 「現代倒産法・會社法をめぐる諸問題」, 今中利昭先生還曆記念論文集(1995), 611쪽.

57) 佐藤鐵男, “株主代表訴訟における訴訟參加とその形態”, JURIST 1062號(1995), 60쪽.

58) 山田泰弘, 「株主の代表訴訟」, (信山社, 2000), 80쪽; 中島弘雅, 앞의 논문, 212-213쪽.

제도 회사의 소송참가를 통하여 해결하고자 하는 주장이다. 현행상 법상 주주는 회사의 의사와는 관계없이 주주대표소송을 제기할 수 있으므로 주주대표소송이 남용될 여지는 충분히 있다. 주주대표소송이 남용될 경우에는 회사의 이미지가 저하되고 또 경영활동이 위축되는 등 회사에도 불이익이 발생하므로 회사가 자신의 이익을 위하여 소송에 참가하는 것은 어쩌면 당연한 일이다. 대표소송이 법원에 계속 중인 경우에는 제소단계에서와는 달리 회사의 소송참가가 남용될 가능성도 적고⁵⁹⁾ 또한 본래의 권리주체에게 소송절차에 참가할 기회를 충분히 보장하는 것이 소송법의 이념에도 적합하므로 적극적으로 고려할 필요성이 있다.⁶⁰⁾

2) 訴訟參加의 形態

(1) 學說

회사의 소송참가는 어떤 형태로 이루어지는가에 대하여는 견해가 대립한다. 첫째, 원고는 회사의 권리를 회사에 대신하여 소를 제기하는 것이므로 권리의 본래 귀속주체인 회사의 소송참가는 공동소송참가(민소 83조)가 된다고 하는 견해이다.⁶¹⁾ 대표소송은 법정담당소송으로 회사에 기판력이 미치고 회사 자신은 당사자적격을 가지고 있으며, 또 담합소송을 방지하기 위해서는 강력한 소송상의 지위가 필요하므로 공동소송인으로 참가하는 것이 적합하다는 것이다. 그리하여 회사가 소송에 참가할 경우에는 공동소송인이 되므로 본소의 청구범위를 확장할 수도 있고, 또 원고가 소를 취하

59) 주주의 제소청구에 대하여 감사가 그 청구를 종국적으로 거절할 수 없게 한 것은 구조적으로 공정성을 기대할 수 없다고 판단하였기 때문이다. 그러나 대표소송이 제기된 경우에는 공정성을 담보할 수 있는 법원의 감독하에 있기 때문에 남용의 문제는 그만큼 줄어들 것이다.

60) 山田泰弘, 앞의 책, 81쪽.

61) 이철송, 앞의 책, 634쪽; 정동윤, 회사법, 469쪽; 정찬형, 앞의 책, 840쪽; 최기원, 앞의 책, 864쪽; 손주찬, 앞의 책, 865쪽; 北澤正啓, 新版注釋會社法(6), 375쪽; 新谷勝, 앞의 논문, 613-614쪽.

한 경우에도 회사가 소송을 계속할 수 있다. 둘째, 주주가 대표소송을 제기하면 회사는 소송물에 대하여 처분권을 상실하여 원고적격이 없게 되므로 공동소송적 보조참가(민소 78조)가 된다고 하는 견해이다.⁶²⁾ 대표소송의 판결이 회사에 미치기 때문에 회사는 통상의 보조참가인과 비교하여 보다 강력한 지위가 인정되는 공동소송적 보조참가가 적합하다는 것이다. 이때 참가인 회사는 피참가인 주주와 필요적공동소송인과 유사한 관계에 있으므로 민사소송법 제67조가 유추적용되고, 또 단독으로 소송을 수행할 권리를 갖고 있으므로 원고의 행위와 저촉되는 소송행위도 할 수 있다. 그러나 회사는 소송의 당사자로 참가하는 것이 아니므로 소송물에 대한 처분권은 없고 그 결과 청구의 확장이나 감축 등을 할 수 없다. 셋째, 주주대표소송에서 주주·이사·회사의 지위는 3자간에 상호 이해가 대립하는 관계에 있으므로 회사의 소송참가는 독립당사자참가(민소 79조)가 된다고 하는 견해이다.⁶³⁾ 주주대표소송의 법구조에 대하여 대표소송 내지 집단소송이라고 해석하는 입장에서는 주주가 회사의 권리와는 별도의 권리에 기초하여 대표소송을 제기하기 때문에 회사는 회사 독자의 권리에 기초하여 소송에 참가할 수 있다고 해석한다.⁶⁴⁾ 주주대표소송은 원고 주주와 피고 이사가 대립하고 회사는 원고의 배후에 존재하는 것이 아니라 원고 주주, 피고

62) 松田二郎/鈴木忠一, 「條解株式會社法上」, (弘文堂, 1951), 316-317쪽.

63) 국순옥, 앞의 논문, 175쪽; 小林秀之/原強, 앞의 책, 311쪽; 谷口安平, “株主の代表訴訟”, 「實務民事訴訟講座5」, (日本評論社, 1966), 107쪽; 山田泰弘, 앞의 책, 92-93쪽; 德田和幸, 앞의 논문, 175쪽; 원고의 소송수행이 모든 주주의 이익을 대표하지 않는 것으로 남용소송이 되는 경우와 담합소송이 되는 경우로 구분하고, 전자의 경우에는 회사의 소송참가가 공동소송참가가 되며 후자의 경우에는 독립당사자참가가 된다고 하는 견해도 있다(中島弘雅, 앞의 논문, 213쪽).

64) 원고 주주가 고유의 권리로서 주주대표소송을 수행하고 있는 중 본래의 권리주체인 회사가 참가를 하는 것은 공동소송참가가 아니고 원고측의 주관적 추가적 병합에 의한 통상공동소송이 된다고 하는 견해도 있다(河本一郎 外, “座談會・株主代表訴訟”, 民商法雜誌 110卷 2號 (1994), 205쪽(山本克己 발언))

이사 그리고 회사를 각각 별개의 독립된 당사자로서 서로 이해관계가 대립하는 소송으로 볼 수 있다.⁶⁵⁾ 즉 주주대표소송의 경우 회사는 때로는 원고 주주를 돕고자 하는 경우도 있고, 또 때로는 피고 이사측의 방어를 돕고 싶은 경우도 있으므로 소송의 결과에 대한 이해관계를 어느 일방과 항상 일치시키는 주장은 잘못된 것이라고 한다. 그리고 독립당사자참가설은 회사의 소송참가에 의하여 원고 주주와 피고 이사가 담합하는 소송을 방지함과 동시에 대표소송이 남용되는 경우에도 대처할 수 있는 이론이다. 일본 판례에서는 회사의 소송참가를 공동소송참가로 본다.⁶⁶⁾

(2) 檢討

회사의 소송참가에 관한 이상의 여러 견해의 주장을 좀 더 구체적으로 검토하여 본다. 먼저 공동소송참가설은 우리 나라와 일본의 통설에 해당하는 견해로서 대표소송의 범구조에 대하여 대위소송설을 취하면서 회사의 법적 지위를 보다 강력하게 할 수 있다는 점에서 상당한 설득력을 얻고 있다. 이 견해는 주주대표소송이란 원고 주주 대 피고 이사 양자가 대립하는 소송이고, 또 회사는 원고 주주의 배후에 있는 존재로 인식한 것을 전제로 한다. 그러나 주주대표소송은 원고 주주와 피고 이사만이 대립하는 소송이 아니

65) 徳田和幸, 앞의 논문, 175쪽(대표소송에서 회사의 소송참가가 필요한 경우는 원고 주주가 회사의 이익을 적절히 대표하지 아니하는 때임으로 회사가 참가하여 원고 주주의 소송수행을 감시한다는 측면이 있다. 이러한 점에서 원고 주주와 회사와의 이해관계는 대립하고 있다는 것을 전제로 한다).

66) 일본의 片倉工業事件(東京高判 1994. 8. 29, 金融商事判例 954號, 14쪽(참가인은 상법 268조 2항 본문(한상 404조 1항)에 의거하여 참가한 것이지만 동조항에 의한 참가는 민소법 52조(한민소 83조)가 규정하는 공동소송인으로서 참가한다고 보여지고, 공동소송인 중 1인의 행위는 전원의 이익이 있는 경우에만 효력이 생기는 것이므로(일민소 40조 1항, 한민소 67조 1항), 제1심 원고의 청구보다도 그 액이 적은 참가인의 1심 피고들에 대한 청구는 그 효력이 발생하지 않고, 결국 참가인은 1심 원고의 주장과 같은 판결을 청구한 것이라고 해석하여 한다).

라 원고 주주, 피고 이사 그리고 회사를 각각 별개의 독립된 당사자로서 서로 이해관계가 대립하는 경우가 많다. 주주대표소송에서 회사가 소송참가를 하는 이유는 주주와 이사 사이의 담합에 의하여 회사의 이익이 침해되는 것을 방지함과 아울러 대표소송이 남용되는 것을 방지하기 위해서이다. 회사의 소송참가에 관한 입법취지를 위와 같이 이해한다면 공동소송참가설은 부적합한 것으로 생각된다. 즉 공동소송참가설은 원고 주주와 피고 이사가 담합하여 회사의 이익을 침해하는 것은 방지할 수 있지만 회사가 원고의 주장을 공격할 수 없기 때문에 대표소송의 남용에 대해서는 활용할 수 없는 이론이다.⁶⁷⁾ 또 공동소송적 보조참가설은 주주가 대표소송을 제기하면 회사는 원고적격을 상실하기 때문에 당사자참가를 할 수 없다고 한다. 그러나 회사가 대표소송을 제기하지 않는 것을 당사자적격과 결부시키는 것이 적절한가는 의문이다.⁶⁸⁾ 회사의 참가가 공동소송적 보조참가에 그친다면 민사소송법의 해석으로도 소송참가를 할 수 있으므로 특별히 상법에서 소송참가에 관한 규정을 둘 필요성은 없다.⁶⁹⁾ 회사의 소송참가를 공동소송적 보조참가로 해석하면 원고 주주가 소를 취하한 경우에는 회사가 더 이상 소송을 진행시킬 수 없으므로 회사 또는 다른 주주에게도 도움이 되지 않는 이론이다.⁷⁰⁾ 그리고 독립당사자참가설은 대표소송의 분쟁의 실태에 따른 것으로 평가되나 해석론으로 가능한 이론인가에 대하여 의문이 있다. 독립당사자참가의 소송구조는 삼면소송이라고 이해하는 것이 통설⁷¹⁾ 및 판례⁷²⁾의 입장이므로 독립당사자참가는 원고, 피고 그리고 참가인 세 당사자가 상호 대립하는 분쟁을 합일적으로 확정하는 것을 목적으로 한다. 따라서 소송참가인이 독립당사

67) 山田泰弘, 앞의 책, 84쪽.

68) 新谷勝, 앞의 논문, 612쪽.

69) 新谷勝, 앞의 논문, 612쪽.

70) 中島弘雅, 앞의 논문, 212쪽.

71) 강현중, 앞의 책, 242쪽; 송상현, 앞의 책, 202쪽; 정동윤, 민사소송법, 931쪽.

72) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다362·363 판결.

자참가를 신청할 때에는 원고와 피고 쌍방을 상대방으로 하여야 한다. 그러나 주주대표소송의 경우에는 참가인인 회사가 원고와 동일한 권리를 주장함에 불과하므로 참가인이 원고의 권리와는 독립된 실체법상의 권리를 주장해야 하는 독립당사자참가설은 적합하지 않다고 할 수 있다.⁷³⁾ 즉 주주대표소송에서는 회사가 원고 주주에는 어떤 청구도 하지 않고 또 피고 이사에 대한 청구도 원고 주주의 청구와 동일한 것이므로 독립당사자참가로는 해결할 수 없다는 것이다.⁷⁴⁾ 이상 본 바와 같이 회사의 소송참가에 관한 여러 견해는 모두 일장일단이 있으며 법리적으로 모든 문제를 완전하게 해결할 수 있는 주장은 없다. 그 이유는 대표소송의 대상인 이사의 회사에 대한 책임을 회사가 아닌 주주가 직접 소송을 수행하는 주주대표소송의 법구조에 복합적인 성격을 갖고 있기 때문이다. 즉 주주대표소송은 그 대부분이 형식적으로 원고 주주 대 피고 이사가 대립하는 것으로 되어 있으나 실질적으로 원고 주주와 피고 이사를 포함한 회사가 대립하는 형상으로 진행되는 것이기 때문이다. 주주대표소송에서 회사는 법리적인 면과 경제현실적 면 사이에서 갈등하는 이중적 속성을 갖고 있으므로 이를 소송에 반영하는 방향으로 법리구성을 하는 것이 바람직하다. 이러한 점에서 독립당사자참가설은 대표소송에서 다투어지는 분쟁의 실질을 소송으로 해결하고자 하는 이론이므로 적합한 것으로 생각된다. 독립당사자참가의 경우에도 참가인이 반드시 원·피고 모두를 상대방으로 청구를 해야 할 필요는 없으며 참가인이 원고나 피고 가운데 어느 일

73) 新谷勝, 앞의 논문, 613쪽.

74) 독립당사자참가설은 회사가 피고 이사에 대하여 회사의 이사에 대한 손해배상청구권이 부존재한다는 확인을 구하는 소송 내지 원고 주주가 청구하는 정도로 책임이 없으므로 원고 주주가 주장하는 금액보다 낮은 금액의 손해배상을 청구하는 소송을 통하여 이 문제를 해결할 수 있다고 한다(山田泰弘, 앞의 책, 87쪽); 그리고 주주대표소송이 남용되는 경우에는 회사가 원고에 대하여 회사에 회복하기 어려운 손해를 주는 소송활동을 중지할 것을 청구할 수 있다고 한다(中島弘雅, 앞의 논문, 213쪽).

방을 상대방으로 하는 편면적 독립당사자참가가 2002년 개정민사소송법에서 입법으로 명문화되었다. 그러므로 주주대표소송의 경우에도 회사가 굳이 원·피고 모두를 상대로 무리하게 청구를 할 필요가 없게 됨에 따라 독립당사자참가를 이용하기가 이전보다는 훨씬 수월하게 되었다.⁷⁵⁾

대상판결은 “상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려는 입법취지를 함께 고려할 때에 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.”라고 하면서 공동소송참가설에 따르고 있다. 공동소송참가설에 의하면 참가인 회사는 당사자적격을 갖고 있으며 또한 본소의 청구범위를 확대 또는 축소할 수 있으므로 대상판결의 사안과 같이 원고 주주 및 소송에 참가한 다른 주주들의 주식이 완전감자조치에 의하여 당사자적격을 상실한 경우라도 소송을 계속 수행할 수가 있으며, 또 본소의 청구범위를 축소할 수도 있다. 이러한 점에서 대상판결의 판단은 정당한 것으로 생각되나 앞서 본 바와 같이 회사의 소송참가를 공동소송참가로 보기보다는 독립당사자참가로 보는 것이 오히려 대표소송의 실체에 적합한 것으로 여겨진다. 회사의 소송참가를 독립당사자참가로 보더라도 회사 자신은 당사자적격을 가지고 있으므로 대상판결의 판단에는 변함이 없을 것으로 생각된다.

3) 訴訟參加에서의 會社의 代表機關

(1) 회사가 대표소송에 참가하고자 할 경우에 회사의 어느 기관이 참가 여부를 결정하고, 또 누가 회사의 대표자가 되어 소송활동을 하는가가 문제된다. 회사와 이사 사이의 소송에 있어서는 감사 또는 법원이 선임하는 자가 회사를 대표한다(상 394조 1항·2항). 회사와 이사 사이의 소송은 상호 이익충돌의 관계에 있으므로 중

75) 山田泰弘, 앞의 책, 87쪽; 中島弘雅, 앞의 논문, 213쪽.

립적이고 독립된 기관인 감사 또는 법원이 선임하는 자로 하여금 회사의 대표기관이 되게 한 것이다. 만약 이 경우에도 대표이사가 회사를 대표하면 대표이사 자신이 소송의 상대방으로 되는 경우는 물론이고, 대표이사가 아닌 다른 이사라 할지라도 적절한 소송수행을 기대할 수 없기 때문에 대표이사의 대표권을 배제한 것이다. 그러므로 회사가 대표소송에 참가할 것인가 여부를 결정하고 또 소송을 수행할 주체는 감사 또는 법원이 선임하는 자가 된다고 보아야 한다.⁷⁶⁾

(2) 대상판결은 “상법 제394조 제1항에서는 이사와 회사 사이의 소에 있어서 양자간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로 그 충돌을 방지하고 공정한 소송수행을 확보하기 위하여 비교적 객관적 지위에 있는 감사로 하여금 그 소에 관하여 회사를 대표하도록 규정하고 있는바, 소송의 목적이 되는 권리관계가 이사의 재직 중에 일어난 사유로 인한 것이라 할지라도 회사가 그 사람을 이사의 자격으로 제소하는 것이 아니고 이사가 이미 이사의 자리를 떠난 경우에 회사가 그 사람을 상대로 제소하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 상법 제394조 제1항은 적용되지 않는다.”라고 하여 퇴임한 이사에 대해서는 대표이사가 회사를 대표할 수 있다고 한다. 그러나 우리 나라의 경우 이사의 대부분은 오랜 기간 동안 회사의 종업원으로 근무한 자가 선임되므로 비록 퇴임한 이사라 할지라도 과거의 상사 또는 동료관계에 있었던 자일 경우가 많기 때문에 소송수행의 공정성에 의심을 받을 여지가 많다. 따라서 주주대표소송의 상대방이 비록 퇴임한 이사라 할지라도 감사 또는 법원이 선임하는 자가 소송참가에 있어서 회사의 대표자로 하는 것이 바람직하다.

4. 結論

76) 이철송, 앞의 책, 634쪽; 中島弘雅, 앞의 논문, 209-210쪽; 新谷勝, 앞의 논문, 611쪽.

대상판결은 1997년 말에 도래한 외환위기를 극복하는 과정에서 금융기관이 대규모 용자를 하면서 상대방에 대한 신용평가나 담보 설정을 제대로 하지 않아 부실을 초래한 것이 외환위기의 중요한 원인이 되었다고 판단하여 시민단체가 중심이 되어 부실경영에 관련된 은행 이사들을 상대로 제기한 주주대표소송사건이다. 대상판결은 우리 나라에서 거의 처음으로 제기된 주주대표소송에 관한 사건으로서 대표소송에 관한 중요한 논점의 상당 부분이 문제가 되어 법리적으로 논쟁의 여지가 많으며 또한 제1심법원은 피고들에 대하여 400억원의 배상판결을 내려 은행이사를 비롯한 경영자에 대하여 미친 파장도 만만치 않는 등 사회적으로 많은 관심을 모은 것으로도 유명하다. 대상판결의 주요 논점은 은행 이사의 주의의무와 손해배상책임이라는 실체법상의 문제와 주주대표소송과 관련된 소송법상의 문제로 구분된다. 전자는 은행 이사의 주의의무는 일반회사 이사의 주의의무와 동일하게 취급할 것인가 그렇지 않으면 고도의 주의의무를 부담시킬 것인가 여부, 이사의 주의의무와 관련하여 경영판단의 원칙을 도입할 것인가 또 도입할 경우 어떤 형태로 어디까지 인정할 것인가 등이 문제된다. 이에 대하여 후자는 대상판결의 회사가 금융감독위원회의 자본감소명령에 의하여 주식의 무상소각이 이루어짐에 따라 기존주주들의 주식 모두가 소각되고 또한 대상판결의 회사가 주주가 제기한 소송에 공동소송참가를 하는 등 회사를 둘러싼 복잡하고 미묘한 절차를 거침에 따라 여러 가지가 문제된다. 후자의 중요한 논점은 다음과 같다. 첫째는 대상판결의 주주가 회사에 대하여 소제기청구서를 제출한 다음 날 바로 대표소송을 제기한 것이 상법 제403조 제3항과 관련하여 제소전의 하자가 치유되는가 하는 것이고, 둘째는 원고 주주가 제기한 대표소송에 회사 및 다른 주주가 소송참가를 할 경우에 그 참가형태는 어떤 방식으로 이루어질 것인가, 또 회사의 소송참가는 누가 회사의 대표자로 되는가 등이고, 셋째는 원고 주주들의 의사에 의해서가 아니라 금융감독위원회의 감자명령 등 다른 조치에 의하여 주식의 완전소각이 이루어질 경우 대표소송의 운명은 어떻

258 判例研究

게 되는가, 또 이때 회사가 공동소송참가를 할 경우에 적법한 소송참가가 되는가 등이 중요한 논점이 된다.

<참고문헌>

- 손주찬, 「제12정증보판 상법(상)」, 박영사, 2001
- 이철송, 「제9판 회사법강의」, 박영사, 2001
- 정동윤, 「제7판 회사법」, 법문사, 2001
- 정찬형, 「제4판 상법강의(상)」, 박영사, 2001
- 최기원, 「제13신정판 상법학신론(상)」, 박영사, 2000
- 강대섭, “理事의 責任과 經營判斷의 原則”, 상사판례연구 제12집 (2001)
- 권재열, “銀行에 勤務하는 理事의 注意義務에 관한 美國法の 態度”, 관동대 사회과학논총 제4집(1999)
- 김대연, “株主代表訴訟과 經營判斷의 原則”, 상사법연구 제17권 3호 (1999)
- 국순옥, “株主代表訴訟에서의 會社の 節次法上の 地位”, 광주대 사회과학연구 제7집(1997)
- 민형기, “株主의 代表訴訟”, 「회사법상의 제문제(하)」, 재판자료 제38집(1987)
- 박영길, “株主의 代表訴訟”, 「기업환경의 변화와 상사법」, 손주찬 교수 고회기념논문집(1993)
- 손성, “破産한 美聯邦 附保金融機關 理事 및 任員의 注意義務-FIRREA 12 U.S.C. § 1821(k)에 대한 論議를 中心으로-”, 동국논집 제19집(2000)
- 吉正敦子, 「破綻金融機關をめぐる責任法制」, 多賀出版, 1999
- 小林秀之/原强, 「株主代表訴訟」, 日本評論社, 1996
- 山田泰弘, 「株主の代表訴訟」, 信山社, 2000
- 北澤正啓, “株主の代表訴訟”, 「新版注釋會社法(6)」, (有斐閣, 1996)
- 中島弘雅, “株主代表訴訟における訴訟參加”, 「株主代表訴訟大系」, 弘文堂, 1996
- 新谷勝, “株主代表訴訟と會社の訴訟參加”, 今中利昭先生還曆記念論集, 「現代倒産法・會社法をめぐる諸問題」, 今中利昭先生

還暦記念論文集(1995)

前田重行/肉戸善一/松下淳一/伊藤眞, “シンポジウム 金融機関の健全性維持および破綻処理について”, 金融法研究 13號(1997)

神吉正三, “銀行取締役の注意義務”, 筑波法學 第28號(2000)

涉谷光子, “企業倒産の經營責任”, ジュリスト 662號(1978)

畠田公明, “取締役の監視義務とその信賴の保護”, 民商法雜誌 102卷 1號(1990)

徳田和幸, “株主代表訴訟における地位”, 民訴雜誌 42號(1996)

The American Law Institute, 「Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations」, Volume I, 1994

Dennis J. Block/Nancy E. Barton/ Stephen A. Radin, 「The Business Judgement Rule-Fiduciary Duties of Corporate Directors」, 5th ed, Volume I, Aspen Law & Business, 1998

Edward Brodsky/M. Patricia Adamski, 「Law of Corporate Officers and Directors-Rights, Duties and Liability, with 1995 Cumulative Supplement」, Clark Boardman Callaghan, 1993

Harry G. Henn/John R. Alexander, 「Laws of Corporations」, 3rd ed, West Publishing Co., 1983

Henry Winthrop Ballantine, 「On Corporations」, rev. ed, Callaghan and Company, 1946 Robert Charles Clark, 「Corporate Law」, (Little, Brown and Company, 1986

<Abstract>

A Duty of Care for Bank Director and Liability

Kim Dae Yeoun

This paper aims to describe whether directors of banks and other financial institutions do owe a higher stander of care than do directors of nonfinancial institutions, criticizing laying stress on Korea Je ll Bank Shareholder's Derivative. there is separated on cases imposing a higher stander of care to bank directors in USA and Japan and cases imposing not so. the former emphasizes banks are different other business corporations despite partial deregulation of the banking industry and competitive pressures in banking no less real than in other industries, and the latter does not give so large meaning in the public of bank industry. Conclusively, it is desirable that impose a higher stander care to bank directors to keep bank's integrity and to protect bank customer.

주제어 : 은행이사, 선관주의의무, 충실의무, 고도주의의무, 경영
판단의 원칙, 신뢰의 보호, 주주대표소송, 소송참가, 하
자의 치유, FIRREA