

社團 韓國商事法學會
法人

2017년 하계학술대회



상사법 논의의 현재와 미래 : 비교법적 조망

일시: 2017. 6. 30. (금) – 2017. 7. 1. (토)

장소: 부산 해운대 누리마루/삼성생명 연수소

주최: (사)한국상사법학회 / 동아대학교 법학연구소 / 부산대학교 법학연구소

후원: KSD 한국예탁결제원 한국선주협회 KRX 한국거래소 BNK 부산은행 법무법인 처성 법무법인 유석
Korea Shipowners' Association KOREA EXCHANGE law firm YOO SEOK

[2017년 하계학술대회 안내]

- ◆ 대 주 제 : 상사법 논의의 현재와 미래: 비교법적 조망
- ◆ 일 시 : 2017. 6. 30. (금) - 2017. 7. 1. (토)
- ◆ 장 소 : 부산 해운대 누리마루/삼성생명 연수소
- ◆ 주 최 : (사)한국상사법학회/동아대학교 법학연구소/부산대학교 법학연구소
- ◆ 세부일정

- 등 록 : 2017. 6. 30. (금) 13:00~13:30
- 개회식 : 13:30~13:50
- * 개회사 : 임재호 한국상사법학회 회장
- * 축 사 : 김호철 법무부 법무실장
- * 환영사 : 이점인 동아대학교 법학연구소장
강대섭 부산대학교 법학연구소장

◆ 1일차 주제발표 : 2017. 6. 30. (금) 13:50~18:00 장소 : 해운대 누리마루 APEC하우스

일자	세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2	
6/30 (금)	기조발제 (13:50-14:20)	홍복기 교수 (연세대)	사외이사제도와 지배구조의 개선방향				
	제1세션 (14:20-15:10)	송옥렬 교수 (서울대)	이사책임 법리에 관한 우리나라의 최근 논의동향	최완진 교수 (한국외대)	이윤석 교수 (제주대)	심 영 교수 (연세대)	
	제2세션 (15:10-16:00)	윤승영 교수 (한국외대)	미국 델라웨어주 판례법상 합병과 관련한 이사책임 법리의 최근 동향 - Corwin 판례를 중심으로 -	김건식 교수 (서울대)	권재열 교수 (경희대)	최문희 교수 (강원대)	
	Coffee break (16:00-16:20) ※ 감사패 전달 및 사진촬영						
	제3세션 (16:20-17:10)	정대익 교수 (경북대)	이사의 회사에 대한 책임에 관한 독일의 최근 현황과 개정논의	이형규 교수 (한양대)	이영종 교수 (가톨릭대)	송양호 교수 (전북대)	
	제4세션 (17:10-18:00)	권중호 교수 (건국대)	이사책임 법리에 관한 일본의 최근 논의 동향 - 이사의 회사에 대한 책임을 중심으로 -	정완용 교수 (경희대)	양만식 교수 (단국대)	이승환 교수 (대구대)	

* 만찬 : 18:30-20:30(조선호텔 출장 뷔페) * 숙소(삼성생명해운대연수소) 이동 : 20:30-21:00

◆ 2일차 주제발표 : 2017. 7. 1. (토) 09:00~12:40 장소 : 해운대 삼성생명 연수소

일자	세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2	
7/1 (토)	제1세션 (09:00-09:50)	김인현 교수 (고려대)	정기선사(定期船社)의 기업회생절차 관련 법적 쟁점 - 한진해운 사태를 중심으로 -	정용상 교수 (동국대)	윤희선 변호사 (김안방 법률사무소)	김남성 변호사 (법무법인 세종)	
	제2세션 (09:50-10:40)	정 대 교수 (한국해양대)	선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향	김효신 교수 (경북대)	한 민 교수 (이화여대)	박준선 교수 (제주대)	
	Coffee break (10:40-11:00)						
	제3세션 (11:00-11:50)	고영미 교수 (숭실대)	금융회사 자본재편에 있어서의 금융파생계약의 법적 지위	고동원 교수 (성균관대)	정순섭 교수 (서울대)	최지웅 변호사 (한국예탁결제원)	
	제4세션 (11:50-12:40)	김선정 교수 (동국대)	중대사유에 의한 보험계약의 해지 - 세계 유일의 일본 보험법 입법사례를 중심으로 -	안강현 교수 (연세대)	김홍기 교수 (연세대)	황현영 박사 (입법조사처)	

* 폐회식 및 점심: 12:40-13:40 * 부산역 행 버스출발 : 13:40

1일차

- **기조발제: 사외이사제도와 지배구조의 개선방향**
 홍 복 기 3
- **제1세션: 이사책임 법리에 관한 우리나라의 최근 논의동향**
 송 옥 렬 15
- **제2세션: 미국 델라웨어주 판례법상 합병과 관련한 이사책임 법리의 최근 동향**
 - *Corwin* 판례를 중심으로 -
 윤 승 영 47
- **제3세션: 이사의 회사에 대한 책임에 관한 독일의 최근 현황과 개정논의**
 정 대 익 73
- **제4세션: 이사책임 법리에 관한 일본의 최근 논의 동향**
 - 이사의 회사에 대한 책임을 중심으로 -
 권 종 호 115

2일차

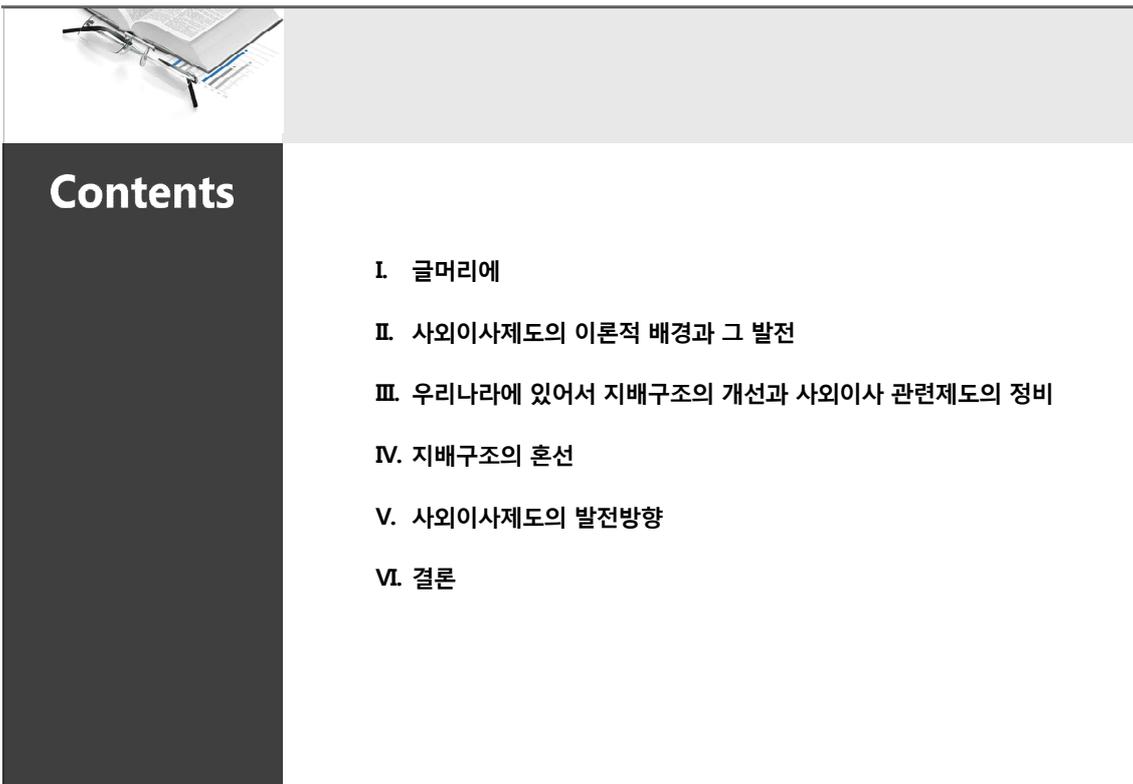
- **제1세션: 정기선사(定期船社)의 기업회생절차 관련 법적 쟁점**
 - 한진해운 사태를 중심으로 -
 김 인 현 133
- **제2세션: 선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향**
 정 대 167
- **제3세션: 금융회사 자본재편에 있어서의 금융파생계약의 법적 지위**
 고 영 미 211
- **제4세션: 중대사유에 의한 보험계약의 해지**
 - 세계 유일의 일본 보험법 입법사례를 중심으로 -
 김 선 정 243

1 일차

기조발제

사외이사제도와 지배구조의 개선방향

발표자 : 홍복기 교수(연세대)



I. 글머리에

■ 사외이사 도입 20년

- 1998년 유가증권 상장규정
- 1999년 상법개정
- 2009년 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률
- 2009년 개정 상법 사외이사 정의규정신설

■ 지배구조의 선진화와 사외이사제도의 도입

- 사외이사 도입은 지배구조 선진화를 위한 제도의 일부
- 지배구조의 통찰과 관련 제도의 필수적 정비

■ 사외이사제도의 운영 평가와 발전방향에 대한 모색

- 제도의 정착과 발전- 기업과 기업환경의 지속적 변화
- 지배구조의 증점사항의 시대적 변화(1970년대 이후 2000년대까지 10년 주기)

2.1 이사회 의 권능회복과 활성화

II. 사외이사제도의 이론적 배경과 발전

■ 사내이사로 인한 이사회 의 형해화

- 요식적 존재로 전락
- 대회사에 있어서 경영자와 지배주주의 독주로 인한 폐해(뇌물·부패 등)
- Checks & Balances - 주주, 이사회, 경영자간의 균형상실
- 이사회 의 독립성과 이사회 구성의 다양성·전문성 확보

■ 이사회 의 감독기능의 강화

- 이사회 의 중심기능의 변화 - 의사결정·자문기능→감독기능→Chairman과 CEO의 분리
- CEO 등 최고집행기관에 대한 감독과 평가 - 사외이사로 구성된 감사위원회, 보수위원회의 강제
- 독립이사 의 중요성
- 누가 독립이사인가? - 자격요건의 강화
- 법원이 독립(사외)이사들의 결정을 존중(미국 등)

2.2 주주의 보호

표. 사외이사제도의 이론적 배경과 그 발전

■ 주주 보호의 필요성

- 지배구조개선의 다른 한 축
- 이사회는 지배주주나 경영자를 위한 것이 아니라 주주의 '수탁기관'
- 주주는 가장 열위의 권리자
- Agency Cost의 해결 문제
- 지배구조는 대리인 비용의 해결만을 위한 것도 아니며, 대리인 비용의 유일한 해결책도 아님
- 각종 연기금의 주식투자 규모의 증가로 주주가치증대를 위한 회사경영을 하고 있는가에 대한 감시자로서 독립(사외)이사의 역할의 중요성
- Shareholder Democracy(monitoring)의 강조 - Dodd-Frank법
- 주주의 정보권과 제안권 확보
- 회사재산의 적절한 운영에 대한 감독은 채권자 보호의 기여

2.3 대기업의 사회적 책임과 이사회회의 역할

표. 사외이사제도의 이론적 배경과 그 발전

■ 대기업에 대한 인식변화

- 대기업은 정부 이상의 권력자라는 인식 - 준 공적제도
- 대회사에 있어서 경영의 질적 변화와 개선에 대한 요구
- 사회가 신뢰할 수 있는 견제 시스템의 확립
- 이사회는 기원적으로 주주의 이익을 대표. 기업환경의 변화에 따라 사회적 역할을 다하여야 함
→ 사외이사의 활용

■ 기업의 사회적 책임의 수행

- 환경, 소비자보호, 독과점, 노동문제에 대처
- 사회적 합의를 얻을 수 있는 경영정책의 결정
- 이러한 역할을 사외이사가 수행할 수 있을 것이라는 기대
- 최근에는 이사회 구성에 있어서 남녀 불평등의 문제 - 여성 이사의 비율확대

2.4 1700년에서 2100년까지의 理事會(試論)

Ⅱ. 사외이사제도의 이론적 배경과 그 발전

<表 1-1> 1700년에서 2100년까지의 理事會¹⁾

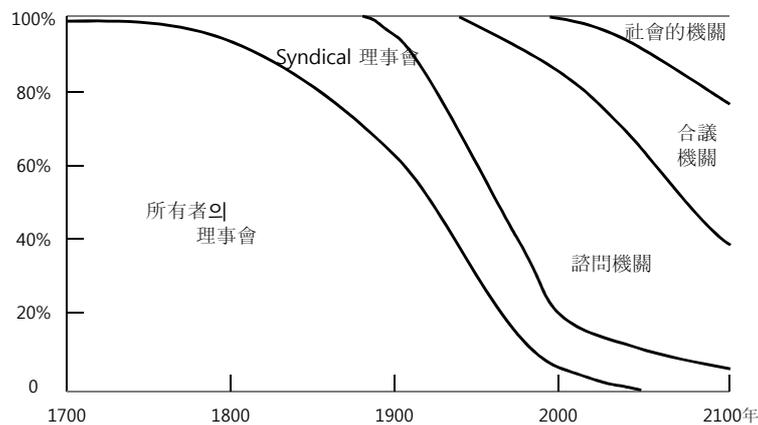
理事會의 分類	1700(년)	1800	1900	1968	2000	2018	2100
所有者의 理事會	99	93	63	17	6	4	0
Syndical 理事會	1	7	35	23	14	11	6
諮問機關	0	0	2	59	66	55	33
合議機關	0	0	0	1	12	25	45
社會的機關	0	0	0	0	2	5	16
總計	100	100	100	100	100	100	100

1) Stanley C. Vance, "New Dimensions for Boards of Director--", The Conference Board RECORD, November 1971, p.54.

2.4 1700년에서 2100년까지의 理事會(試論)

Ⅱ. 사외이사제도의 이론적 배경과 그 발전

<圖 1-2> 1700년에서 2100년까지의 理事會¹⁾



1) Stanley C. Vance, p.54

3.1 주식회사 지배구조의 개선

Ⅲ. 우리나라에 있어서 지배구조의 개선과 사외이사 관련제도의 정비

■ 주식회사의 지배구조에 대한 거대 담론

- Corporate Governance의 정의와 기능의 불확실. 전 세계적으로 통일되지 않은 문제
- Corporate Governance는 기업의 사회적·경제적 변화에 대하여 국가 간섭과 시장원리에 따른 해결 중 절충적 성격
- 미국의 2002 Sarbanes-Oxley Act와 2010 Dodd-Frank는 국제적으로 영향을 끼침
- OECD의 지배구조의 원칙 등 각국의 모범규준(Best Practice)제정

■ 한국의 주식회사의 지배구조의 현실과 모델에 대한 탐색

- 상법개정이유는 지배구조의 목적을 경영효율성 및 경쟁력 강화를 통한 기업가치의 극대화에 두고 이를 위한 경영감시기능의 독립성·전문성, 경영자의 의무와 책임을 강조
- 대단히 포괄적이고 다양한 수단을 내포 (만병통치약?)
- 영미식 vs. 유럽식
- 우리의 지배구조가 세계의 지배구조의 모델이 될 수 없는가?

3.2 사외이사 관련 제도의 정비

Ⅲ. 우리나라에 있어서 지배구조의 개선과 사외이사 관련제도의 정비

■ 1998년·1999년 상법개정

- 1998년: 이사의 충실의무, 업무집행지시자의 책임제도의 도입, 소수주주권의 강화 등
- 1999년: 사외이사·감사위원회제도의 도입을 통한 기업경영의 투명성을 보장. 주주총회 및 이사회에의 운영방법 정비 등 기업지배구조를 대폭적으로 변화

■ 2011년 상법개정

- 집행임원제도의 도입, 회사의 사업기회유용금지, 이사의 자기거래 승인대상의 확대, 이사의 책임감경제도의 도입, 준법지원인제도를 도입
- 집행임원제도(executive officer system)의 도입으로 업무집행은 집행임원에게, 이사회는 중요한 전략적 의사결정과 업무집행에 대한 경영감독기능만을 담당하여, 업무집행과 경영감독을 제도적으로 분리
- 사외이사를 중심으로 한 이사회에의 감독기능을 제고시킴으로써 지배구조의 투명성과 경영의 효율성을 확보. 선진 각국의 경영구조가 달라도 회사의 업무집행기능과 업무감독기능을 분리하는 것은 오늘날 Corporate Governance의 세계적인 추세

4.1 1999년 상법개정과 지배구조개선의 방향

IV. 지배구조의 혼선

■ 이사회 중심주의의 강화

- 상법은 제정상법부터 이사회 중심주의를 취함
- 특히 1999년의 상법개정 이후에는 사외이사·감사위원회 제도를 도입하고, 감사위원회를 두는 경우에는 감사를 폐지하여(415조의2 1항) 이사회 중심주의를 더욱 강화
- 일반 이사의회의 위원회에 있어서 위원의 자격제한은 없으나 감사위원회는 사외이사가 3분의 2 이상으로 구성되어야 함(415조의2 2항)
- 자산총액이 2조원 이상인 상장회사에 있어서는 감사위원회를 의무적으로 설치(542조의11)
- 자본시장법상의 금융투자업자, 은행법상의 금융기관, 보험회사, 종합금융회사, 금융지주회사 등도 감사위원회를 의무적으로 설치.
- 2009년 5월 개정상법은 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 감사 선임을 회사가 자율적으로 선택할 수 있도록 함(409조 4항). 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 감사가 임의기관
- 1999년 이후 상법의 기본입장은 단계적으로 감사제도를 폐지하고 이사회 중심주의를 보다 강화하기 위한 것으로 볼 수 있음. 감사를 폐지하고 이사회 중심으로 가고자 하는 상법의 입장은 타당 (견해 대립)

4.2 지배구조의 혼선(감사기관 중복과 충돌)

IV. 지배구조의 혼선

■ 주식회사 監査機關의 복잡성

- 우리나라 주식회사의 지배구조는 이사회 중심주의를 취하고 있으면서도 법이 요구하는 경영조직이 복잡하여 기관상호간의 역할이 모호하고 책임관계도 불분명함
- 이사회, 감사, 상근감사, 감사위원회, 준법감시인, 준법지원인, 외부감사인 및 정부기관(금융감독원 등)에 의한 감독 등 감사기관이 지나치게 많고 복잡함
- 반면에 감사기관이 독립적·전문적으로 그 역할을 수행하여 신뢰할 만한 조직인가에 대하여는 의문이 많음. 이러한 백화점식 감사제도의 유형은 전 세계적으로 우리나라만이 갖는 매우 독특한 기업경영조직임
- 유사한 권한과 기능을 갖는 주식회사의 감사기관(監査機關)을 정비하는 것이 감사기관의 역할과 책임관계를 분명하게 하는 동시에 기업의 부담을 줄이고 효율적으로 운영하는 방안임
- 법 상의 경영조직이 그 역할을 제대로 수행하지 못하여 국제적으로 활동하고 있는 우리나라 상장기업의 신뢰성·투명성이 심각한 문제로 제기되는 상황 하에서는 세계적인 추세와 국제자본시장에 맞게 변화시키는 것을 반드시 고려하여야 함

4.3 2016년 상법개정안 감사위원 분리선출에서 나타난 문제

IV. 지배구조의 혼선

■ 제도의 일관성

- 현재의 규정에 의하면 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원회 위원을 선임(542조의12 2항)
- 2016년 소위 '경제민주화'를 위한 상법개정안에 따르면 일반이사와 감사위원인 이사를 분리하여 선출하고, 감사위원회 위원인 이사 선임에 있어서 의결권제한에 관한 3%률이 적용
- 자산규모 2조원 이상의 상장회사는 반드시 3명 이상의 감사위원회를 두어야 하므로 3%률이 적용된다면 결과적으로 이사선임에 있어서 대주주 등의 의결권이 제한되는 문제가 발생
- 재계는 투기자본에 의한 경영권 위협이 현실화될 수 있다고 주장하며 극렬히 반대
- 감사위원회 위원은 이사이므로 선임에 있어서 3%의 의결권제한을 적용한 것은 이사회중심주의를 채택한 상법의 입장과 배치. 비교법적으로도 전례가 없음
- 감사위원회의 위원의 독립성과 전문성이 의문시된다면 현행법과 같이 감사위원회의 위원의 자격제한을 통하여 해결하는 것이 타당

5.1 사외이사제도의 활용

V. 사외이사제도의 발전 방향

■ 최근 동향

- 기업지배구조는 소득불균형부터, 인권침해, 성차별, 환경보호 등 현대사회의 중요문제해결의 중심점이 되고 있음
- 이를 위한 이사회역의 역할을 강조하고 이사회적 적정한 구성과 사외이사제도를 활용
- 예컨대 근로자의 수 백배 이상에 달하는 경영자보수에 대한 주주의 동의(Say-on-Pay)와 독립(사외)이사 중심으로 구성된 보수위원회의 승인 요구 - Dodd-Frank Act
- 이사회 구성에 있어서 성차별(2013년 Fortune 500대 기업에서 여성 이사의 비율은 16.9%)을 시정하기 위한 각국의 지배구조개선 노력(노르웨이는 이사회에서 여성쿼터를 40% 이상으로 규정, 벨기에·프랑스·독일·이탈리아·네델란드 등도 유사). 미국은 쿼터를 강제하고 있지 않으나, 캘리포니아주 상원은 2016년까지 이사회에서 여성비율을 3분의 1 이상으로 할 것을 권고. SEC의 위임장 규칙에서는 이사회추천에 있어서 다양성(diversity)에 관한 회사 정책을 기술하도록 요구
- 2016년 유럽의회는 환경, 고용, 인권, 부패 및 이사회 구성원의 다양성 등 비재무적 정보를 경영보고서에 기술하도록 요구하는 지침을 제정

5.2 2016년 상법개정안에 있어서 사외이사제도의 활용

V. 사외이사제도의 발전 방향

■ 근로자의 경영참가

- 2016년 상법개정안은 사외이사후보추천 위원회 구성에 있어서 우리사주조합이 추천한 1인이 포함되어야 하며, 우리사주조합 또는 소액주주추천의 사외이사선임의무화를 규정
- 개정안의 제안이유인 '경제민주화를 통한 포용적 성장'의 내용을 가장 잘 나타내는 부분
- 재계의 강력한 반대로 수면 하에 들어갔지만 다른 시각에서 보면 언젠가는 다시 등장할 이슈
- 전술한 '대기업의 사회적 책임의 수행과 이사회 역할'의 관점에서 파악할 수 있음
- 현재 우리나라의 주식회사에 있어 대부분의 이사회는 기껏해야 지배주주를 중심으로 자문기관으로서의 역할에 머무르는 것이 대부분
- 기업의 사회적 책임 수행을 위한 이사회 역할을 기대하는 것은 사회적 공감대가 형성되어야 함
- 경영참가의 방식에 대한 영미형·유럽형의 검토

VI. 결론

■ 지배구조에 대한 평가

- 지배구조의 개선이 주주들에게 경제적 이익을 가져다 주었는가?
- 주주들에게 경제적 이익을 가져다 준 회사의 지배구조가 사회 전체의 이익을 극대화하였는가?
- 지배구조가 기업운영에 긍정적 효과를 주지만, 주주가치를 반드시 증가시킨다는 것에 대하여는 일치하지 않음
- 주식 분포의 편중으로 주주가치와 사회전체 이익의 증대는 비례하지 않음

■ 사외이사에 대한 평가

- 이사회에서 있어서 사외이사의 도입과 양적 증가가 계량적으로 주주 또는 회사에게 경제적 이익을 주었는가에 대한 경험적 증거는 불확실함
- 지배구조의 목적, 수단의 다양성, 복잡성을 고려하면 이를 개량적으로 평가할 수 없음
- 이사회에 있어서 절차적 정당성의 확보와 이해관계가 없는 사외이사들의 객관적·전문적·독립적인 결정·평가를 통한 내용적 타당성에 관한 합의 도출의 중요성
- 현재는 사외이사제도의 정착기

VI. 결론

■ Berle & Means의 예견

- “장래에는 회사(corporation)라는 전형화 된 경제적 조직이 국가와 동등하게 사회조직 중 가장 영향력 있는 형태로서 존재. 기업 관행이 점차 경제의 지도 원리의 역할을 하면서 회사법은 새로운 경제 국가의 헌법과 같이 될 것임”

■ 지배구조의 과제

- 우리나라의 지배구조 관련법제는 선진화 되었으나 운영실태를 보면 한국적인 폐습으로 제대로 작동하고 있지 않음
- 지배구조의 개선은 그 나라의 사회구조, 국민의식, 경제여건, 정치수준, 사회제도, 문화수준, 법의식 등과 연결되는 복합적인 성격을 갖고 있기 때문에 단기간에 개선되기 어려운 측면이 있음
- 회사법을 통한 지배구조의 변화를 통하여 사회 경제적 문제를 해결할 수 있다면 회사법은 사회 변혁의 큰 역할을 담당할 수 있음

감사합니다

1 일차

제 1 세션

이사책임 법리에 관한 우리나라의 최근 논의동향

발 표 자 : 송옥렬 교수(서울대)

사 회 자 : 최완진 교수(한국외대)

토론자1 : 이윤석 교수(제주대)

토론자2 : 심 영 교수(연세대)

이사책임 법리에 관한 우리나라의 최근 논의동향

송옥렬(서울대학교 법학전문대학원 교수)*

I. 서설

회사법을 널리 지배주주까지 포함하여 회사의 경영권을 행사하는 자의 사익추구 또는 대리 비용을 통제하는 체계로 이해한다면, 통제수단의 관점에서 회사법상의 제도를 구분할 수 있다. 각국의 회사법은 그 경영권을 행사하는 자를 이사로 보고, 이사에 대하여 일정한 법적 의무를 부과하고, 그 의무를 게을리 한 경우 책임을 묻는 방식으로 그 행위를 통제하여 왔다. 각국에서 이 문제를 해결하는 큰 그림은 추상적인 차원에서 보면 대동소이하지만, 구체적으로는 이사회 구조와 같은 법적 체계 또는 기업의 소유구조와 같은 현실적 여건에 따라 조금씩 차이가 있다. 그리고 이런 차이는 이론적인 논의에서도 조금씩 발견된다. 이 글은 이런 문제 의식에서 시도된 비교법적 연구의 일부이다. 이 연구에서는 각국의 이사책임의 논의동향을 비교하면서, 우리나라의 향후 제도의 운용이나 학술적 연구의 방향을 제시하고자 한다. 이 글은 그 가운데, 비교법적 관점에서 우리나라의 법제, 특히 2010년 이후의 학설과 판례의 발전 상황을 고찰하는 것을 목적으로 한다. 우선 다른 연구와 보조를 맞춘다는 점에서 이 글에서 배제한 사항을 설명하면 다음과 같다.

① 이 글은 현재 우리나라의 논의 현황을 정리한 것이고, 주된 내용은 2010년 이후의 학설과 판례에 국한한다. 특히 2010년 이후 주요 저널에 출간된 학술논문의 주장 내용을 전반적으로 검토하는 것을 목표로 한다. 시간적 제한은 비교연구의 실효성을 위해서 전체 연구의 설계 당시에 설정된 것이다. 주지하는 바와 같이, 우리나라의 이사책임에 관한 법리는 IMF 금융위기 이후 참여연대의 소액주주 운동에 힘입어 10여년간 급격하게 발전하였다. 이에 비하면 2010년 이후의 새로운 동향은 그렇게 주목할 만한 것이 많지 않지만, 반대로 생각하면 기초적인 법리는 모두 정비된 상황에서 새로운 쟁점이 등장하고 논의되는 상황이라고 볼 수 있다. ② 우리나라에서 이사의 책임은 법리와 현실이 아직 괴리가 크다. 이사의 책임을 묻는 대표소송이 활발하지 않기 때문이다. 비교법적으로 의미가 큰 부분이기도 하지만, 이 글은 이사책임의 법리에 주목한다. 따라서 어떻게 하면 대표소송을 활성화할 수 있는지와 같은 정책적 논의는 다루지 않는다. ③ 우리나라는 상법상 이사책임의 대체재로서 배임죄의 형사책임이 많이 활용되고 있다. 상법상 이사책임의 법리가 배임죄 판결에 의하여 형성되고 있는 실정이다. 이런 경향은 우리나라에 독특한 상황이기 때문에 비교법적 연구가 목적인 이 글에서는 다루지 않는다. ④ 이사의 제3자에 대한 책임 역시 우리나라와 일본만 가지고 있는 제도로서 비교법적 의의가 크지 않다. 이사의 회사에 대한 책임과 다른 법리를 형성하고 있기 때문에 이 글에

* 서울대학교 법학전문대학원 교수 (상법) / osong@snu.ac.kr

서는 굳이 포함시키지 않았다. ⑤ 마지막으로 이사의 의무는 원칙적으로 다루지 않는다. 다만 책임은 이사의 의무위반을 요건으로 하기 때문에 실제 이사의 책임추궁에 있어서 이사가 의무를 위반했는지가 핵심적인 쟁점인 경우가 많다. 경영판단원칙이 대표적이다. 학술적 논의에서도 경영판단원칙을 도입해야 한다는 것이 이사의 책임 경감의 관점에서 주장되기도 한다. 지배회사 이사의 의무도 마찬가지이다. 이런 점을 고려하여, 이 글에서는 이사의 의무는 다루지 않되, 다만 경영판단원칙 및 지배회사 이사의 의무에 대해서는 현재의 논의상황을 정리하기로 한다.

이 글은 주요 쟁점을 하나씩 독립적으로 서술하면서, 2010년 이후의 주요 논문들의 주장이나 분석을 담아내고자 하였다.¹⁾ 중요한 논의사항은 다음과 같다. ① 이사책임의 일반이론에 대해서 몇 가지 논의사항을 정리하고, 경영판단원칙의 도입이나 운영에 대한 논의를 중요하게 다루었다. ② 2011년 개정상법은 이사책임과 관련하여 책임제한 제도를 도입하였다. 이에 관한 주요 쟁점을 살펴본다. ③ 업무집행자의 책임에 관한 법리가 사실상 기능하지 못하는 식으로 만들어져 있으므로, 그 개선방안에 관한 논의를 살펴본다. ④ 책임추궁수단으로서 유지청구권과 대표소송의 절차적 쟁점에 대해서 간단히 살펴본다. ⑤ 마지막으로 우리나라 상법은 단일 기업을 전제로 이사의 책임을 묻고 있는데, 지주회사 또는 모회사의 이사가 자회사의 경영에 대해서 어떤 책임을 지는지에 관한 논의도 이 기회에 정리한다.

Ⅱ. 이사의 선관주의의무 위반과 경영판단원칙

1. 이사책임 일반론

(1) 법적 성격

제399조는 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 규정하고 있다. 먼저 이 책임의 법적 성격이 문제된다. 학설은 채무불이행책임이라는 견해²⁾와 가중된 법정책임이라는 견해³⁾가 대립하고 있으며, 판례는 채무불이행책임이라고 판시한 것이 있다.⁴⁾ 일반적으로 교과서나 논문에서 우리나라

1) 각종 교과서나 회사법대개, 주식상법 등과 같은 주석서를 제외하고도, 이사의 책임을 체계적으로 다룬 논문도 있다. 김지환, “이사의 책임에 관한 주요 쟁점과 법적 과제”, 비교사법 제20권 제3호 (2013); 고영미, “상법상 이사의 책임 논의의 최근 동향”, 기업법연구 제29권 제3호 (2015).

2) 정찬형, 상법강의(상) 제18판 (2015), 1009면; 최기원, 상법학신론(상) 제20판 (2014), 846면; 김건식·노혁준·천경훈, 회사법 제2판 (2016), 456면; 김홍기, 상법강의 (2015), 597면 (법정책임이라는 용어를 사용하지만 불법행위책임이 아니라는 의미인 것으로 파악됨); 윤영신, “법령위반행위에 대한 이사의 손해배상책임”, 민사판례연구 제33(上)권 (2011), 768면; 김지환, 전계논문 각주 1, 678-679면; 고영미, 전계논문 각주 1, 255면; 양만식, “이사의 임무태만책임의 법적 성질과 구조”, 기업법연구 제26권 제3호 (2012), 124면.

3) 정동윤, 상법(상) 제6판 (2012), 638-639면; 이철송, 회사법강의 제21판 (2013), 750면; 최준선, 회사법 제10판 (2015), 535면; 권기범, 현대회사법론 제5판 (2014), 828면 (다만 법정책임으로 보더라도 그 책임요건에 관한 채무불이행책임과 큰 차이가 없다고 설명함); 홍복기, 회사법강의 제4판 (2016), 511면; 김정호, 회사법 제4판 (2015), 521면.

4) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결; 대법원 1996. 4. 9. 선고 95다56316 판결; 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결.

라의 통설·판례는 채무불이행책임설을 취한다고 설명하고 있으나, 실제로는 법정책임설을 채택하는 상법 학자가 적지 않으며, 판례도 소멸시효를 10년으로 판단하는 과정에서 특별한 논증 없이 채무불이행책임이라고 언급한 것이어서, 사실 채무불이행책임설이 통설·판례라고 하는 것은 옳은 설명이라고 할 수 없다.

그러나 두 학설이 크게 다르다고 보이지는 않는다. 대부분의 설명을 보면, 결국 이사의 책임의 근거는 회사와의 위임관계에서 비롯된 선관주의의무에 있으므로(상법 제382조 제2항, 민법 제681조) 제399조에 채무불이행책임의 성격이 있다는 점은 의견의 일치를 보고 있으며, 나아가 제399조는 입증책임이 일반 채무불이행책임과 다르고, 이사의 유책행위에 찬성한 이사들도 연대 책임을 지는 등 가중된 책임을 지우고 있다는 점에도 의견이 일치한다. 제399조가 단순히 주의적인 규정에 그치지 않는다는 것이다. 이사의 임무해태의 과실에 대한 입증책임을 어떻게 설명하는지를 제외하고는 두 학설 사이에 차이가 나는 부분도 거의 없다. 따라서 법적 성질에 대한 학설대립은 크게 논의의 실익이 있는 것은 아니고, 같은 내용을 약간 다르게 표현한 것에 불과하다고 이해하는 편이 타당할 것이다.

(2) 책임원인과 입증책임

채무불이행책임설에 따르면 제399조의 책임이 성립하기 위해서는 고의 또는 과실에 의한 채무불이행이 있어야 한다. 이사가 위임관계에서 지는 선관주의의무의 위반이 그 전형적인 채무불이행이지만, 제399조는 여기에 법령 또는 정관의 위반을 추가하고 있다. 고의 또는 과실은 법문상 둘 모두에 걸리는 주관적 요건이다.

가. 법령 또는 정관의 위반

법령 또는 정관에 위반하는 것은 그 자체로 회사와의 위임계약의 채무불이행에 해당한다.⁵⁾ 다시 말해서, 법령 또는 정관에 위반하는 행위는 경영판단원칙으로 정당화될 수 없다는 것이다. “회사를 위한 법령위반”이란 존재할 수 없기 때문에, 법령위반은 그 자체로 위임의 본지에 반하는 행위가 된다. 이런 의미에서, 이사가 수임인으로서 지는 선관주의의무에 위반하는 것은 법령위반이 아니라 다음에서 설명하는 임무해태이다. 법령 또는 정관에 위반한 사실은 이사의 책임을 추궁하는 원고가 부담한다.

법령 또는 정관의 위반으로 인한 책임도 과실책임이다. 종전에는 명문의 규정이 없어 과실이 필요한지에 대해서 견해가 대립되어 있었고, 이 부분이 이사책임의 법적 성질을 논하는 중요한 실익이라고 설명하고 있었다. 그러나 2011년 개정으로 제399조 제1항에 과실책임이라는 것을 명문화하였다. 어떤 의사결정이나 행위가 법령 또는 정관에 위반되는지가 항상 분명한 것은 아니기 때문에, 아무리 주의를 기울였더라도 나중에 법령위반으로 판단될 수 있다. 이 경우 이사는 자신의 무과실을 입증함으로써 책임에서 벗어날 수 있다. 고의 또는 과실의 입증책임이 이사에 있다는 것인데, 채무불이행책임설에서는 채무불이행책임의 일반적인 입증책임의 분배라고

5) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결.

설명하면 그만이고, 법정책임설의 경우에도 이사가 법령 또는 정관의 내용을 이미 알고 있다고 추정하는 식으로 설명한다.⁶⁾ 이처럼 어느 입장을 취하든 결론은 달라지지 않는다.

나. 임무해태

우리나라에서 설명의 혼란이 발생하는 부분은 임무해태와 관련된 것이다. 이사는 회사와의 사이에 위임관계가 있으므로(상법 제382조 제2항), 수임인으로서의 선관주의의무를 부담한다(민법 제681조). 이사의 지위가 단순히 이사회 구성원이든 아니면 대표이사이든, 상근이사이든 아니면 비상근이사 또는 사외이사이든, 직무수행에 있어서 선관주의의무를 부담한다는 점에서는 차이가 없다. 어느 경우든 선관주의의무에 위반하였는지는 경영판단원칙에 의하여 판단하게 된다. 문제는 여기서 경영판단원칙과 이사의 과실이라는 두 요건이 사실상 서로 중첩된다는 것이다. 그 결과 과실의 존재에 대한 입증책임이 어디에 있는지 혼란이 발생한다.⁷⁾ 그리고 이것은 전통적으로 이사의 책임에 관한 일원설과 이원설의 대립과도 관련이 된다.

체계적으로는 경영판단원칙과 과실 판단 문제는 서로 차원이 다른 것으로 이해하여야 하고, 임무해태로 인한 책임도 법령 또는 정관위반으로 인한 책임과 동일한 구조라고 보아야 한다(일원설). 우선 책임원인으로서의 채무불이행은 선관주의의무 위반이다. 그러나 선관주의의무는 회사의 손해가 발생하지 않도록 담보해야 하는 “결과채무”가 아니라 회사의 이익을 위해서 필요한 조치를 취해야 하는 “수단채무”이므로⁸⁾ 단지 어떤 결과가 발생했다는 것만 가지고 바로 선관주의의무 위반, 즉 채무불이행이 되는 것은 아니다.⁹⁾ 이 부분이 결과 자체로 채무불이행이 되는 법령 또는 정관의 위반과 다르다. 여기서 어떤 조치가 회사의 이익에 적절했는지는 이사의 재량에 속하는 문제이고, 이를 구체화한 것이 바로 경영판단원칙이다. 이사가 경영판단원칙에서 요구되는 요건을 충족하면 선관주의의무를 다한 것이고, 따라서 채무불이행 자체가 성립하지 않는다. 채무불이행의 입증책임은 채무불이행책임의 원칙상 원고가 부담하는 것이므로, 이사의 결정이 경영판단에 해당하지 않는다는 점에 대한 입증책임도 원고가 부담한다고 보아야 한다. 그러나 이것은 어디까지나 선관주의의무 위반, 즉 채무불이행에 관한 것이지, 과실에 대한 입증책임이 아니다. 원고가 채무불이행에 대한 입증에 성공하면, 이사는 앞서 법령 위반의 경우와 마찬가지로 자신의 무과실을 입증함으로써 책임에서 벗어날 수 있다. 체계상으로는 과실의 입증책임은 피고인 이사에게 있다고 보아야 하는 것이다. 이렇게 이해하는 것이 제399조 제1항의 조문의 타당한 해석으로 보인다. 위에서 언급한 과실의 입증책임에 대한 혼

6) 임재연, 회사법 II 개정판 (2013), 439면; 이철송, 전계서 각주 3, 752면.

7) 원고에게 과실의 입증책임이 있다는 견해는, 김건식 등, 전계서 각주 2, 458면. 반대로 피고 이사에게 입증책임이 있다는 견해는, 권기범, 전계서 각주 3, 836면; 임재연, 전계서 각주 6, 440면; 장덕조, 회사법 제3판 (2017), 367면. 일부 교과서는 과실의 입증책임을 따로 논하지 않으면서 단순히 “임무해태의 입증책임은 원고에게 있다”는 설명에 그치고 있다. 이 부분이 과실의 입증책임까지를 포함한 설명인지는 그 문언으로는 확실하지 않다. 정동윤, 전계서 각주 3, 641면; 최준선, 전계서 각주 3, 536면; 홍복기, 전계서 각주 3, 515면, 이철송, 전계서 각주 3, 753면. 이에 대하여, 이런 혼란이 발생하는 이유를 정확하게 지적하면서, 불완전이행의 경우에는 채무불이행과 과실의 입증책임을 따로 논할 수 없다는 견해가 있다. 양만식, 전계논문 각주 2, 125면.

8) 김건식 등, 전계서 각주 2, 392면.

9) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결 등 다수.

란은 경영판단원칙과 이사의 과실이라는 부분을 서로 연계시켜서 생각한 결과로서, 제399조 제1항의 해석으로는 적절하지 않다.

다만 경영판단원칙에서 요구하는 사항들이 사실은 이사에게 과실이 없을 것을 요구하는 것과 마찬가지로 점도 고려할 필요가 있다. 현실적으로 이사의 선관주의의무 위반이라는 것이 이사의 과실에 대한 판단을 어느 정도 담고 있을 수밖에 없기 때문에,¹⁰⁾ 일단 선관주의의무 위반이 인정된 상황에서 이사가 무과실의 입증에 성공하기는 쉽지 않을 것이다.¹¹⁾ 이 측면을 강조하게 되면, 이사의 과실이 불분명하다면 과실만 입증되지 않은 것이 아니라 채무불이행까지도 입증되지 않은 것이기 때문에 그 불이익은 원고에게 귀속될 수밖에 없다. 그렇다면 이사의 과실에 대한 입증책임이 원고에게 있다는 설명도 그렇게 틀린 것은 아니다(이원설).

2. 경영판단원칙

(1) 의의

이사의 선관주의의무의 구체적인 내용은 경영판단원칙에 의하여 정해진다. 경영판단원칙이란 사후적으로 경영판단이 잘못되었다고 드러나더라도 의사결정 당시에 합리적이었다면 이사에게 책임을 물을 수 없다는 원칙을 말한다. 미래에 60%의 확률로 성공하고 40%의 확률로 실패하는 투자안을 놓고 여러 정보를 분석하여 합리적으로 판단한 결과 투자를 한 것이라면, 단순히 미래에 40%의 확률이 실현되었다고 하여 그 의사결정을 탓할 수 없다는 것이다. 선관주의의무가 “수단채무”라는 표현도 비슷한 맥락이다. 이런 원칙은 무슨 대단한 법원칙이 아니라 미래의 불확실성을 전제로 하는 의사결정을 법적으로 평가함에 있어서는 당연한 것이다. 그렇지 않다면 어떤 의사결정도 할 수 없기 때문이다.

사실 이런 의미로 경영판단원칙을 이해하면, 이사의 행위에 대한 판단기준으로서 이와 다른 기준을 채택하는 것은 거의 불가능하다. 우리나라 판례도 이사가 “필요한 정보를 합리적인 정도로 수집하여 충분히 검토를 한 다음 회사의 이익에 합당한 상당성 있는 판단을 하였다면” 회사에 대한 선관주의의무를 다한 것이라고 하거나,¹²⁾ 이사가 “그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위해서 신의성실에 따라 의사결정을 하였다면” 그 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선관주의의무 내지 충실의무를 다한 것이라는 원칙을 선언하고 있다.¹³⁾ 경영판단원칙의 구체적인 표현이라고 할 수 있다. 이를 두고 우리나라 판례도 경영판단원칙을 도입하였다는 것이 일반적인 견해이지만, 사실 도입하고 말고를 따질 것이 아니다. 다른 식의 판단기준은 거의 생각하기 어렵기 때문이다.

경영판단원칙은 이미 우리나라 회사법 초기부터 많은 논문이 발표되었고, 2010년 이후에는 특히 회사의 경영진에 대한 배임죄의 형사책임과 관련하여 다양한 논의가 전개되었다.¹⁴⁾ 경영판단

10) 김건식 등, 전게서 각주 2, 458면.

11) 양만식, 전게논문 각주 2, 135면 (“여기에서는 과실의 평가근거사실과 채무불이행의 사실이 중복되게 된다. . . 이사로서는 과실평가의 장애사실을 주장·입증할 여지는 남아 있지만, 원고가 선관주의의무에 관한 주장·입증에 성공한 후, 이를 번복할 구체적 사실을 적시하는 것은 실무적으로는 상당히 곤란하다 할 것이다.”).

12) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결.

13) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

원칙의 일반적인 내용이나 도입 문제에 대해서는 그 이전에 이미 많은 논문들이 발표되었기 때문에, 새로 경영판단원칙을 주제로 한 논문의 양은 그렇게 주목할 정도는 아니었다. 이하에서는 현재 우리나라에서 논의되는 경영판단원칙에 대한 몇 가지 특수한 쟁점을 살펴본다.

(2) 경영판단원칙의 도입 주장

경영판단원칙은 원래 미국 회사법에서 유래한 것으로 알려져 있다. 오래 전부터 우리나라 학계에서도 상법상 경영판단원칙을 인정해야 한다는 견해가 많이 제기되었다. 경영판단원칙을 법에서 정식화하는 방법은 다양하다. 예를 들어, 미국의 법률가협회(ALI) 준칙에서는, ① 이해관계가 없는(not interested) 이사가, ② 충분한 정보를 가지고(informed), ③ 성실하게(in good faith) 판단하여, ④ 회사의 이익에 부합된다고 합리적으로 믿었다면(rationally believe), 이사는 주의의무를 다한 것이라고 표현하고 있다.¹⁵⁾ 비슷하게 독일에서도 2005년에 “회사의 업무에 관한 이사의 결정이 적절한 정보에 근거하고 회사의 이익을 위해서 이루어진 것임이 합리적인 방법으로 인정된다면 임무의 해태로 보지 않는다”는 규정을 신설하여(독일 주식법 제93조 제1항 제2문), 경영판단원칙을 입법화하였다. 우리나라에서도 이런 식으로 경영판단원칙을 입법화해야 한다는 주장이 많은데, 이를 살펴보면 이미 도입되어 있지만 요건을 명확하게 해야 한다는 견해부터 시작하여, 경영판단원칙을 이사의 책임제한의 법리로 소개하면서 우리나라에도 도입해야 한다는 주장까지 보인다. 이러한 혼동은 경영판단원칙을 서로 다른 의미로 사용하고 있는 것에 기인한다.

우리나라 논의를 살펴보면 최소한 세 가지 형태의 경영판단원칙이 혼용되어 등장하는 것으로 보인다. ① 먼저 실체법적 원리로서의 경영판단원칙이다. 이것은 이사가 충분한 정보에 기초하여 합리적으로 내린 의사결정이라면 사후적인 관점에서 평가하여 책임을 물을 수 없다는 원칙이다. 위에서 설명한 바와 같이, 이는 너무나 당연한 내용으로서 어떤 법제도 이와 다른 원칙을 갖기는 힘들다. 이러한 의미의 경영판단원칙은 당연히 이사의 선관주의의무의 내용으로서 우리나라에서도 이미 인정되고 있으며, 판례도 이러한 의미의 경영판단원칙을 적용한 것은 많다. 이 경우 경영판단원칙의 도입은 요건을 분명하게 하는 의미가 있다. ② 다음은 소송법적 원리로서의 경영판단원칙이다. 이사의 경영판단은 충분한 정보에 기초하여 합리적으로 내려졌다는 추정을 받는다고 이해하는 것이다. 그 결과 원고가 이러한 추정을 깨는 사실을 입증해야 한다. 이는 결국 원고가 이사의 선관주의의무 위반을 입증해야 한다는 것을 의미한다. 앞서 자세하게 설명한 바와 같이, 임무해태는 우리나라에서도 이미 원고가 입증해야 하기 때문에, 이런 의미에서의 경영판단원칙은 정식화되지는 않았으나, 이미 도입되어 있다고 보아도 무방하다. ③ 마지막으로 미국에서의 경영판단원칙을 도입해야 한다는 주장도 있다. 미국에서는 이사에게 “중과실”이 없는 한 책임을 묻지 않는 형태로 경영판단원칙이 정립되어 있다. 그 결과 미국에서는 실제로 이사가 선관주의의무 위반으로 책임지는 경우는 거의 없다. 그런데 우리나라에서는 제399조 제1항

14) 이영철, “경영판단에 따른 이사의 법적 책임 여부에 대한 판단기준”, 경영법률 제25권 제4호 (2015); 한석훈, “경영판단행위의 형사규제: 경영판단원칙의 입법화 방안을 중심으로”, 상사법연구 제35권 제1호 (2016); 서정, “부실계열회사 지원에 대한 이사의 책임”, 상사법연구 제35권 제3호 (2016); 윤영신, “법령위반행위에 대한 이사의 손해배상책임”, 민사판례연구 제33(上)권 (2011).

15) ALI 원칙 §4.01(c).

이 단순한 과실책임으로 되어 있으므로 이러한 의미의 경영판단원칙은 해석상으로는 인정될 수 없다. 따라서 이런 의미의 경영판단원칙은 상법을 개정해야만 도입할 수 있다. 이 경우에 한하여 도입 논의가 의미를 가진다고 보아야 한다.

(3) 법령위반과 경영판단원칙

경영판단원칙의 흥미로운 쟁점으로 법령위반이 있다. 앞서 설명한 바와 같이, 법령위반은 그 자체로 선관주의의무가 되고, 경영판단원칙에 의한 정당화가 불가능하다. 경영판단원칙이란 사후적으로 실현된 결과를 가지고 행위 당시의 의사결정을 비난할 수 없다는 것인데, 법령위반이라는 것은 이미 행위 당시에 확실하였기 때문이다. 이런 법리는 확립된 판례이다. 예를 들어, 회사의 영업을 위해서 뇌물을 제공한 사안에서, 뇌물 공여와 같은 법령위반은 그 자체로 선관주의의무 위반이 되며 회사는 뇌물액 상당의 손해를 입었다고 보았으며,¹⁶⁾ 회사가 결손이 날 경우 해외공사의 계속 수행이 어렵다는 경영판단에 따라 분식회계를 하게 되었다는 항변에 대하여, 분식회계는 법령위반이므로 경영판단원칙이 적용될 수 없다는 것이 판례의 입장이다.¹⁷⁾ 법령위반으로 회사가 얻은 이익은 고려하지 않겠다는 것이다.

이 문제를 분석하기 위해서 간단한 사례를 생각해 보자. A 회사가 담합을 하게 되면 100% 확률로 100원의 독점이윤을 얻을 수 있다고 하자. 이 경우 A 회사가 이러한 담합으로 이익을 얻을 수 있는지는 담합이 적발될 확률과 그 경우 부과될 과징금의 액수에 달려있다. 이사회가 충분한 정보에 기초하여 판단한 결과 담합이 적발될 확률은 20% 정도이고, 그 경우 400원의 과징금이 부과될 것이 예상된다고 하자. 이러한 계산에 기초하여 이사회가 담합을 하기로 결정하였다면 회사는 기대손실 80원을 공제하고도 20원의 기대이익이 생기는 것이 아닐까? 그렇다면 사후적으로 회사가 공정거래법 위반의 책임을 지더라도 이것은 20% 확률로 기대되는 불운한 일이 실현된 것에 불과하고, 최소한 의사결정 당시 이사는 회사의 이익이라는 원칙에 입각하여 판단한 것으로 볼 여지가 있다.

법령위반에 대하여 경영판단원칙이 적용되지 않는다는 판례는 이러한 논리를 허용하지 않겠다는 의미이다. 그러나 그 근거를 제시하는 것은 쉽지 않다. ① 법령위반이 회사의 이익이 된다는 것은 규범적으로 법체계가 승인할 수 없다고 생각할 수 있다. 법령위반으로 얻은 이익은 정당화될 수 없다는 것이다. 미국 판례는 이를 “公序良俗(public policy)에 반한다”고 표현한다. 위와 같은 경영판단의 논리를 허용하게 되면 법령위반이 자주 일어나게 된다는 것이다. ② 법령위반과 회사가 얻은 이익 사이에 인과관계가 없다고 주장해 볼 수도 있으나, 인과관계는 분명하게 존재하는 것으로 보인다. ③ 법령위반으로 인한 비용은 단순히 과징금으로 국한되지 않고 회사의 이미지 또는 평판의 하락으로 인한 장기적인 손실도 포함되어야 하기 때문에, 실제로는 회사가 입는 손해는 더 크다는 논리도 가능하다. 그러나 이러한 생각 자체가 경영판단원칙에 기반하고 있다. 이러한 무형의 장기적인 손실까지 고려하여 회사에 이익이 된다고 하면 선관주의의무 위반이 아니라는 결론이 되기 때문이다. ④ 다소 기교적인 논리로는, 회사가 법령위반으로 과징

16) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결.

17) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

금을 받을 위험에 처한다면 항상 회사에 손해가 발생한다는 주장도 있다. 물론 위 계산에 따르면 그러한 위험에 처하도록 하는 것이 회사에 이익이 되지만, 실제로 공정거래법은 그 위반이 행위자에게 이익이 되지 못하도록 과징금이 설정되어 있을 것이라는 논리이다. 그렇지 않으면 모두 공정거래법을 위반할 것이기 때문이다. 결국 과징금이 400원이라면 최소한 적발확률은 25% 이상이라고 계산하였어야 한다는 것이다. 그렇다면 법령위반은 경영판단원칙으로 정당화될 수 없다. 그러나 공정거래법 위반으로 인한 기대이익이 회사마다 다르다면 위반의 기대이익이 기대비용보다 높은 회사가 있기 마련이다. 이 논리에 따르면, 이 경우 선관주의의무 위반이 아니라는 결론이 된다.

법령위반이 경영판단원칙의 대상이 되지 않는다는 것을 합리적으로 설명하기 대단히 어렵다. 우리나라에서는 아직 이 논의가 많지 않으나, 결국 처음의 논리로 돌아가 법체계의 자기모순을 피하기 위한 것이라거나, 법령위반을 억지하기 위한 정책적 목표에 의한 것이라고 설명하는 수밖에 없다. 이렇게 보면 법령위반으로 회사가 얻은 이익은 손익상계의 형태로도 고려될 수 없다고 할 것이다.

Ⅲ. 이사의 책임제한

1. 개관

(1) 의의 및 논의현황

제400조 제2항 이사의 책임제한은 2011년 개정상법에서 도입되었다. 보수를 기준으로 하여 일정한 금액으로 제한하는 방식이다. 이사가 과중한 책임을 염려한 나머지 위험에 대하여 소극적인 태도를 취하는 경향을 완화시키기 위한 것이다. 이사의 책임제한에 대한 필요성은 이미 오래 전부터 제기되어 왔고, 심지어 판례는 근거규정이 마땅하지 않음에도 불구하고 이른바 “손해분담의 공평”이라는 법리에 의하여 이사의 책임을 감경하고 있었다.¹⁸⁾ 2011년 개정상법은 이런 공감대하에서 이사의 책임을 연간 보수의 3배 또는 6배로 제한하는 입법을 하였다. 그러나 단순히 하나의 조문만 가지고는 실제로 어떻게 책임제한을 하는지가 분명하지 않았고, 이에 따라 실무상 혼선도 존재하였다. 그 결과 이 조문의 해석론을 둘러싼 다양한 연구가 이루어졌으며,¹⁹⁾ 2010년 이후 이사책임의 법리에 있어서는 가장 활발한 연구가 이루어진 쟁점이 아닌가 싶다. 추상적 법리보다는, 주로 운영절차에서 제기되는 다양한 실무적 쟁점이 논의가 되었는데, 이하에서는 주요 논의현황을 정리한다.

18) 대법원 2006. 12. 7. 2005다34766, 34773 판결; 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다87768 판결 등 다수.

19) 고재중, “이사의 책임제한제도에 대한 재검토”, 기업법연구 제31권 제1호 (2017); 김정호, “이사의 책임제한”, 고려법학 제74호 (2014); 최문희, “개정상법상 책임제한 조항의 해석론 및 바람직한 실무운용 방안”, 상사법연구 제31권 제2호 (2012); 양동석·박승남, “2011년 개정상법상의 이사의 의무와 손해배상책임”, 기업법연구 제26권 제1호 (2012); 박효준, “이사의 책임제한에 관한 상법개정안 검토”, 상사판례연구 제20집 제3권 (2007).

(2) 정관의 근거규정이 없는 경우

제400조 제2항은 “정관으로 정하는 바에 따라” 이사의 책임을 감경할 수 있도록 하고 있다. 따라서 정관에 책임감경에 대한 근거규정이 있어야 하고, 이런 정관이 없다면 제400조 제1항의 면제의 경우를 제외하고는 책임감경은 할 수 없다는 것이 자연스러운 해석이다. 물론 총주주의 동의로 책임을 면제할 수 있으므로, 총주주의 동의로 일부 감경하는 것도 제400조 제1항의 해석으로 가능하다고 할 것이다.

학설 가운데는 여기서 더 나아가, 정관의 규정이 없더라도 주주총회 특별결의로 이사의 책임을 감경할 수 있다고 하는 견해가 있다.²⁰⁾ 그러나 제400조 제2항의 절차를 따르지 않았다면 그에 의한 책임감경은 할 수 없다고 보는 것이 자연스러운 해석이다. 신주발행에서도 제3자배정의 정관이 없다면 제3자배정을 할 수 없다고 해석하는 것과 마찬가지로이다. 제400조 제2항에 따르지 않더라도 주주총회 특별결의로 이사의 책임을 감경할 수 있다면, 2011년 개정상법 이전에도 제400조 제1항의 유추적용으로 책임감경이 가능했다고 보아야 할 것인데, 그 이전에 이런 해석을 하는 경우는 찾기 어렵다. 따라서 정관규정은 책임감경을 위한 필요조건이라고 본다.

2. 책임제한의 절차

가. 정관만으로 바로 책임제한이 가능한지 여부

제400조 제2항의 해석과 관련하여 우선 문제가 되는 부분은, 정관에 근거규정만 두면 자동적으로 그에 따라 면제가 되는지 아니면 추가적으로 책임제한을 위한 의사결정 절차가 필요한지 하는 것이다. 전자를 사전적 책임제한이라고 하고, 후자를 사후적 책임제한이라고 부른다. 제400조 제2항에서 특별히 사후적으로 어떤 절차를 요구하고 있지 않음에도, 우리나라의 대부분의 견해는 사후적 책임제한이라는 견해를 취한다.²¹⁾ 사전적 책임제한설을 취하는 견해는 공간된 글에서는 찾을 수 없고, 다만 해석상으로는 불분명하므로 사전적 책임제한으로 운영되는 것도 허용된다는 변형된 사전적 책임제한설 정도가 일부 있을 따름이다.²²⁾ 책임제한이 자동적으로 작동하기 위해서는 정관의 규정만으로 요건이나 배제사유의 판단이 가능하도록 설계되어야 할 것인데, 그렇게 정관을 만들기는 쉽지 않다. 그렇다면 제400조 제2항은 정관으로 구체적인 책임제한 절차를 마련하라는 의미로 해석하는 것이 타당할 것이다. 우리나라의 견해는 이 방향으로 일치되어 있다고 보인다.

20) 김정호, 전계논문 각주 19, 428면; 고재중, 전계논문 각주 19, 94면.

21) 최문희, 전계논문 각주 19, 338-339면; 고재중, 전계논문 각주 19, 92면.

22) 김정호, 전계논문 각주 19, 437면.

나. 추가적인 절차

정관으로 절차를 정해야 한다면 어떤 추가적인 절차가 필요할 것인가? 이에 대해서는 제400조 제2항에 아무 언급이 없어서 가장 심하게 다투어지는 부분이다. 현재 유가증권시장 상장회사의 책임제한에 있어서는 주주총회 보통결의를 요하는 경우가 압도적으로 많은데, 그 이유는 “우연히” 상장회사협의회 표준정관이 그렇게 되어 있기 때문이다.²³⁾ 따라서 이것을 가지고 최소한 주주총회 보통결의는 필요하다고 주장할 수는 없다. 해석상 필연적인 결론은, 주주 전원의 동의로는 이사책임의 전부를 면제할 수 있으므로(제400조 제1항), 이보다 낮은 수준의 결정절차면 충분하다는 점이다.

이 문제에 관하여 우리나라의 학설은 심하게 나뉘어 있으며, 제400조 제1항에서 아무 절차를 특정하지 않은 이상 이사회가 결정하도록 정관을 두더라도 상관없다는 견해,²⁴⁾ 이사의 책임을 면제하는 것이므로 이사회가 결의로는 할 수 없고, 최소한 주주총회 보통결의로는 정해야 한다는 견해,²⁵⁾ 가장 엄격하게 주주총회 특별결의를 요하는 견해²⁶⁾ 등이 대립하고 있다. 첫 번째 견해가 다수를 차지하는 것으로 보이는데, 제400조 제2항의 문언에 충실한 해석이라고 생각한다. 현재 다수의 코스닥 회사에서는 정관의 근거규정에 따로 결정기관을 두고 있지 않거나 이사회가 결정할 수 있도록 하고 있는데, 다른 견해에 따르면 이런 규정들이 모두 무효가 된다는 것이다. 그런데 이를 무효로 만들 수 있는 근거 규정이 그렇게 명확하다고 생각되지 않는다. 물론 이사의 책임을 면제하면서 이사회가 그 결정권한을 가진다는 것이 다소 균형에 맞지 않아 보이지만, 최소한 상법의 해석으로는 어쩔 수 없는 것이 아닌가 한다.

3. 종래 책임제한 판례와의 관계

앞서 언급한 바와 같이, 이사책임의 법리가 기능하기 시작한 2000년대 초반부터 판례는 이른바 “손해분담의 공평”이라는 법리에 의하여 이사의 책임을 감경하고 있었다. 본래 확정된 손해배상액은 손익상계 또는 과실상계 기타 명문의 규정에 따르지 않고는 법원도 임의로 감액할 수 없는 것이지만, 판례는 이사의 책임액을 결정함에 있어서 손익상계 또는 과실상계에 의하지 않고 “손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어” 법원이 손해배상액을 적절하게 제한할 수 있다는 법리를 발전시켜 왔다. 최초의 판결은 삼성전자 대표소송 항소심이었는데,²⁷⁾ 회사의 손해를 600억원이라고 한 다음 손해분담의 공평에 근거하여 이사의 손해배상

23) 최문희, 전계논문 각주 19, 334면. 반면 코스닥협회 표준정관은 책임제한의 근거규정만 있을 뿐 따로 책임제한의 결정기관을 언급하지 않고 있어서, 다수의 코스닥시장 상장회사는 이를 따르고 있다. Id. 335면.

24) 권기범, 전계서 각주 3, 841면 (그러나 주주총회결의로 하는 것이 바람직하다고 함); 김건식 등, 전계서 각주 2, 464면 (정관에서 주주총회든 이사회든 자유롭게 정할 수 있음); 최문희, 전계논문 각주 19, 347면 (그러나 주주총회결의로 하는 것이 바람직하다고 함); 김정호, 전계논문 각주 19, 439면; 고재중, 전계논문 각주 19, 93면 (주주에게 이의를 제기할 수 있는 절차를 마련하는 등 추가적인 조치가 필요하며, 이를 갖추지 못하면 주주총회 보통결의로 해야 하고 함).

25) 임재연, 전계서 각주 6, 446면.

26) 장덕조, 전계서 각주 7, 370면; 이철송, 전계서 각주 3, 771면.

27) 서울고등법원 2003. 11. 20. 선고 2002나6595 판결.

책임을 그 20%인 120억원으로 결정하였다. 대법원도 이를 승인하였다.²⁸⁾ 이 법리가 법적 근거가 없다는 비판도 많지만, 손해분담의 공평에 근거한 책임제한의 법리는 법원에서 계속 확대 적용하면서 이제는 확고하게 자리를 잡은 상황이다.

그렇다면 2011년 상법개정으로 제400조 제2항이 신설된 다음에도 이 법리가 여전히 유효할 것인가 하는 문제가 있다. 주식의 양도를 제한하려면 오직 상법에서 정한 이사회 승인을 요하는 방식대로만 해야 한다는 법리와 마찬가지로, 이사의 책임을 제한하려면 오직 제400조 제2항에서 정하는 절차에 따라야 한다는 식의 법리가 가능한가 하는 점이다. 그렇게 본다면 손해분담의 공평에 근거한 책임제한의 법리는 더 이상 성립하지 않는 것이 된다. 그러나 이렇게 결론을 내리기는 쉽지 않아 보인다.²⁹⁾ 제400조 제2항이 이 법리를 수용한 것은 아니므로 양자는 서로 독립적으로 기능하는 법리라고 보아야 할 것이다.

IV. 업무집행관여자의 책임

1. 개관

(1) 논의의 현황

제401조의2는 IMF 금융위기의 한 원인이 기업집단의 선단식 경영에 있었다는 지적에 따라, 기업집단에서 사실상 중요한 의사결정을 내리는 지배주주에게 그 영향력에 상응하는 책임을 묻기 위해서 신설된 조문이다. 우리나라 기업집단에서는 지배주주가 사실상 회사의 의사결정을 좌우하는 영향력을 행사하는데, 지배주주가 직접 이사의 지위를 가지는 경우는 별로 없기 때문에 이사의 의무와 책임에 관한 규정이 적용될 여지가 없었던 것이다. 이처럼 제401조의2는 우리나라 기업지배구조에 있어서는 대단히 중요한 의미를 가지지만, 그 중요성에 비해서는 학술적인 연구도 활발하지 않아 보인다. 그 결과 제401조의2 책임의 논의수준은 제도가 처음 도입되었을 당시에서 크게 진전을 이루지 못하고 있다.

우선 2010년 이후의 연구를 보면, 이사책임의 다른 부분에 비하여 우리나라 제도를 다룬 논문이 적다는 것을 발견할 수 있다.³⁰⁾ 그 이전의 연구들은 주로 제401조의2가 제정된 직후에 논의가 집중되고 있으며, 주로 제도가 기원한 영국 및 독일의 제도 및 판례를 소개하고 있는 것이 많다. 특히 제401조의2의 구성요건은 주로 “영향력”, “지시”와 같은 추상적인 개념으로 이루어져 있는데, 이를 구체화시키는 연구는 아직까지도 잘 이루어지고 있지 않다. 그 부분적인 이유는 아직 각 구성요건에 대한 치밀한 포섭이 실무에서도 이루어지고 있지 못하기 때문이라고 생각한다. 예를 들어, 2016년까지 공간된 35개의 판례를 분석한 최근 논문에 의하면,³¹⁾ 판례는 크게

28) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결.

29) 김정호, 전계논문 각주 19, 427면.

30) 김재범, “표현이사의 제3자에 대한 책임 : 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결”, 법학논총 제30집 제2호 (2010); 조지현, “업무집행관여자의 책임에 관한 독일 주식법과 상법의 비교연구”, 금융법연구 제13권 제1호 (2016); 윤법렬·임재혁, “업무집행관여자의 책임”, 기업법연구 제31권 제1호 (2017).

31) 윤법렬·임재혁, 전계논문 각주 30, 286-289면.

세 가지 특징을 보인다. ① “영향력”의 행사를 판단함에 있어 “상당한 비율의 주식을 보유하고 있는지”를 우선적으로 고려한다. ② 표현이사를 인정함에 있어서는 직책의 명칭보다는 실제 어떤 업무를 담당하고 어떤 권한을 보유하고 있었는지를 중요하게 보고 있다. ③ 각 요건을 엄격하게 따지지 않고, 추상적·포괄적으로 판단하는 경향이 있으며, 그 결과 “상법 제401조의2 제1항”까지만 언급하고 제1호인지 아니면 제3호인지를 언급하지 않는다. 판례가 각 구성요건을 엄격하게 따지려고 하지 않는다는 것이다. 학계에서의 논의도 크게 다르지 않아서, 여전히 추상적인 수준에 머무르는 한계를 보인다.

(2) 책임의 법적 성질

제401조의2는 “사실상” 영향력을 행사하거나 업무를 집행하는 자에게 이사와 같은 책임을 물을 수 있도록 한 것이다. 이들은 이사가 아니기 때문에 회사와 위임관계에 있지 않고, 따라서 원래는 이사로서의 의무도 지지 않는다. 제401조의2가 제397조, 제397조의2, 제398조를 준용하고 있지 않은 것도 이런 이유에서이다. 의무가 없음에도 불구하고 책임을 인정한 것은 정책적 판단이지만, 이렇게 매끄럽지 않은 부분을 설명하기 위해서 法定責任說과 機關責任說의 이론적 대립이 있다.

업무집행관여자는 이사가 아니므로 의무가 있을 수 없다는 점을 강조하면 법정책임설로 귀결된다.³²⁾ 의무가 없기 때문에 업무집행관여자의 지시나 사실상의 업무집행은 임무해태나 의무위반이 아니다. 따라서 제399조를 준용함에 있어 그 임무해태 부분을 설명하기 어려운 문제가 있다. 법정책임설은 이에 대해서 업무집행관여자가 이사에게 “임무해태를 지시”한 것이 구성요건이라고 설명한다. 지시를 받은 이사의 업무집행이 임무해태가 되면 그것으로 업무집행관여자의 책임이 인정된다는 것이다. 반면 기관책임설은 제401조의2는 업무집행관여자를 이사로 의제한 것이라고 본다.³³⁾ 물론 업무집행지시자가 계속적으로 이사의 지위를 가진다는 의미는 아니고, 제399조 등 책임에 관한 규정을 적용함에 있어서만 이사로 의제한다는 것이다. 따라서 책임이 문제되는 한도에서는 이사로서의 선관주의의무와 충실의무를 부담하며, 업무집행지시자의 “지시” 자체나 표현이사의 “업무집행” 자체가 이런 의무에 위반되는지에 따라 업무집행관여자의 책임이 정해진다고 한다. 그러나 이런 학설의 차이는 제399조의 임무해태를 업무집행관여자에게 어떻게 적용할 것인가 하는 점인데, 이론적인 구성을 어떻게 할 것인가에 대한 차이에 불과하고 실제로 결론에 있어 차이를 가져오지는 않는다.

32) 권기범, 전게서 각주 3, 855면; 이철송, 전게서 각주 3, 784면; 홍복기, 전게서 각주 3, 533면; 임재연, 전게서 각주 6, 463면.

33) 정동윤, 전게서 각주 3, 649면; 최기원, 전게서 각주 2, 863면; 정찬형, 전게서 각주 2, 1028면; 최준선, 전게서 각주 3, 551면; 김정호, 전게서 각주 3, 540면.

2. 책임의 요건

(1) 업무집행지시자

가. 회사에 대한 영향력

제401조의2 제1호의 업무집행지시자는 회사에 대한 영향력을 가지고 있어야 한다. 여기서 “영향력”이란 “회사의 의사결정을 본인이 의도하는 방향으로 유도할 수 있는 힘” 정도로 설명할 수 있겠으나, 그렇게 풀어서 설명한다고 해서 보다 구체화되는 것은 아니다. 회사의 의사결정에 사실상 영향을 주는 힘은 대단히 다양하기 때문이다. 제401조의2 제1호는 그 힘의 근원을 제한하고 있지 않으나, 지배주식을 보유하는 것이 가장 전형적인 경우일 것이다.³⁴⁾ 그러나 지배주주가 주주총회에서 의결권의 행사를 통하여 영향력을 행사하는 것은 법이 예정하고 있는 정당한 주주권의 행사이므로, 이를 통하여 지배주주가 사익을 추구하더라도 업무집행지시자로서의 영향력을 행사한 것은 아니다.³⁵⁾ 지배주주가 주주총회를 통해서 사익을 추구하는 것은 다수결의 남용이나 지배주주의 충실의무 등과 같은 법리를 도입함으로써 가능한 것이고, 원래 제401조의2를 입법할 때도 이런 문제는 염두에 두지 않았다.

입법배경은 이처럼 지배주주를 통제하는 것이지만, 조문상으로는 그 주체가 지배주주로 한정되어 있지 않다. 따라서 주거래은행·노동조합·도급업체 등 다양한 형태의 영향력 행사주체를 생각할 수 있다. 심지어 정부나 감독당국도 문언상으로는 업무집행지시자에 포함될 수 있다. 그러나 이런 경우까지 제401조의2의 적용이 가능한지에 대해서는 부정하는 견해가 압도적으로 많다.³⁶⁾ 영향력의 개념을 너무 확대하게 되면 그 경계를 확정할 수 없어 오히려 제401조의2의 의미가 퇴색되거나 희화될 우려가 있다. 따라서 다수설이 타당하다. 다만 우리나라 기업집단의 순환출자 구조를 감안하여, 여기서 지배주주는 주식의 보유만으로 판단할 것이 아니라 사실상 회사를 지배하는 자도 포함된다고 보아야 한다.

나. 지시

업무집행지시자의 책임이 성립하기 위해서는 이사에게 업무집행을 지시해야 한다. 이 지시는 일정한 구속력을 가져야 하지만, 지배주주가 법적인 지시권한을 가지는 것은 아니므로, 여기서 구속력이라 함은 사실상 복종할 수밖에 없는 상황을 의미한다. 이렇게 본다면 지시와 영향력의 개념은 거의 차이가 없으며, 모두 사실상의 힘을 의미한다. 지시를 받는 자는 법문에서 이사로 규정하고 있으나, 회사의 업무집행을 담당하는 이상 이사에 한하지 않고 집행임원이나 부장·과장 등 상업사용인에 대한 지시도 포함한다. 지시는 책임발생의 요건사실이기 때문에, 그 입증책

34) 윤법렬·임재혁, 전계논문 각주 30, 298면.

35) 서울중앙지법 2012. 10. 5. 선고 2012가합1011 판결.

36) 장덕조, 전계서 각주 7, 378면; 김정호, 전계서 각주 3, 538면; 정동윤, 전계서 각주 3, 648면; 김건식 등, 전계서 각주 2, 473면; 최준선, 전계서 각주 3, 552면; 임재연, 전계서 각주 6, 461면; 홍복기, 전계서 각주 3, 532면; 권기범, 전계서 각주 3, 851면; 김재범, 전계논문 각주 __, 115면. 반대로 영향력의 범위를 널리 인정하는 견해는, 이철송, 전계서 각주 3, 781면.

입은 책임을 추궁하는 원고에게 있다.

그러나 사실상 지배주주의 지시를 입증하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 지배주주에게 법적인 지시권이 없는 이상, 그 지시가 법적 절차에 따라 이루어질 수도 없고, 지시와 관련된 메모나 서류가 남아있지 않기 때문이다. 그 결과 이 제도의 활용이 현저하게 저해되는 문제가 있다. 예를 들어, 제401조의2 제1호의 업무집행지시자는 자연인에 한하지 않고 법인인 지배회사도 포함하므로,³⁷⁾ 이론적으로는 종속회사의 채권자가 지배회사에게 이사의 제3자에 대한 책임을 추궁하는 방식으로 법인격부인의 대응법리로 활용될 수 있다. 그러나 실무상 지배회사가 업무집행지시자로 책임지기 위해서는 종속회사의 업무수행에 관하여 일상적인 보고가 이루어지는 등 구체적인 지시의 증거를 확보할 수 있어야 한다. 현실에서는 이런 입증은 거의 불가능하기 때문에 제401조의2가 법인격부인의 대응법리라는 설명은 단순히 교과서에만 존재하는 것에 그치고 있는 실정이다. 구체적으로 어떻게 이 지시 요건에 대한 입증을 완화할 것인지는 중요한 연구과제라고 하겠다.

(2) 표현이사

제3호의 표현이사가 성립하기 위해서는 “회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭”을 사용하여, “회사의 업무를 집행”해야 한다. 표현이사의 명칭은 제3호에서 열거하는 것에 한하지 않고 기획조정실장, 비서실장 등 업무집행권한이 있는 것으로 인정될 수 있는 명칭이면 충분하다. 그러나 실제로 어떤 내용의 업무집행 권한이 부여되어 있는지는 구체적으로 판단하여야 한다.³⁸⁾ 표현이사는 업무집행지시자와 달리 회사에 대한 영향력이 있을 필요가 없다. 표현이사에 관한 최초의 대법원 판결에서 피고는 자신은 단순한 하급책임자로서, 회계본부장인 전무로부터 분식회계를 지시받아 수행한 것에 불과하다고 항변하였으나, 법원은 표현이사는 그 명칭 자체에 이미 업무집행권이 드러나 있기 때문에 여기에 더하여 회사에 대한 영향력까지 갖출 것을 요하지 않는다고 판시하였다.³⁹⁾ 피고가 스스로 분식회계를 결정하여 지시하는 지위에 있지 않았음에도 책임을 인정한 것인데, 단순히 회계업무의 실무를 집행하는 것에 불과한 지위였다면 제3호의 책임을 지지 않는다고 보아야 한다.⁴⁰⁾ 이 사건에서는 피고가 중간관리자로서 실무자를 지휘·감독하는 지위에 있었다는 점이 중요한 판단기준이었던 것으로 보인다.

3. 책임의 내용

(1) 책임의 범위

업무집행관여자는 회사 및 제3자에 대하여 제399조, 제401조의 손해배상책임을 진다. 제1호에

37) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결. 이 부분은 독일의 영향력행사자의 책임과 비교하여 우리나라 제도의 중요한 특징이다. 조지현, 전계논문 각주 30, 250면.

38) 김재범, 전계논문 각주 30, 117면.

39) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결. 同旨: 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다6120 판결.

40) 김재범, 전계논문 각주 30, 123면.

해당하는 자는 “지시한 업무”에 관하여, 제2호 및 제3호에 해당하는 자는 “집행한 업무”에 관하여 이사에 준하는 손해배상책임을 지는 것이다. 제403조도 준용하고 있으므로 책임추궁의 수단은 대표소송이 된다. 그러나 제401조의2 제1항은 제397조, 제397조의2, 제398조 등을 준용하고 있지 않다. 따라서 업무집행관여자는 이들 규정에서 따로 열거되지 않는 한 경업, 회사기회의 이용 또는 회사와의 거래를 위해서 이사회에 승인을 얻을 필요가 없다. 그러나 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우의 손해배상책임까지 배제되는 것은 아니라는 것이 일반적인 해석이다. 손해배상책임은 제399조에 근거하여 부담하는 것이기 때문이다.

(2) 책임의 감면

업무집행관여자의 책임도 손해배상책임인 이상, 과실상계 또는 손익상계가 적용되는 것은 당연하고 손해분담의 공평에 근거한 책임제한도 적용된다. 그러나 제400조에 의한 책임의 전부 또는 일부의 감면이 가능한지에 대해서는 견해가 복잡하게 대립하고 있다. 이 문제는 제401조의2가 제400조를 준용하고 있지 않기 때문에 제기되는 것인데, 제400조의 성격에 대하여 서로 다른 이해와 얽혀 다음과 같이 복잡한 논의가 전개되고 있다. ① 먼저 제400조가 준용되지 않으므로 이사회 결의로 책임을 면제하는 것이 가능하다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 이렇게 결론이 나는 이유는, 이 견해는 이사에 대한 면책은 회사의 채권을 처분하는 행위로서 이사회의 권한으로 할 수 있다고 보기 때문이다. 따라서 제400조가 없더라도 이사의 책임을 감면하는 것은 가능하고, 제400조 제1항에서 총주주의 동의를 얻거나, 제2항에서 정관규정 등 절차를 요구하는 것은 책임의 감면을 더 어렵게 하는 조문이라는 것이다. ② 반대로 제400조가 준용되지 않기 때문에 이사회는 물론 주주 전원의 동의로도 이사의 책임을 면제할 수 없다는 견해가 있다.⁴²⁾ 이 견해는 제400조를 이사의 책임 감면에 대한 근거규정으로 본다. 따라서 제400조가 없으면 이사의 책임은 감면될 수 없다는 것이다. 제401조의2가 지배주주 등에게 엄격한 법적 책임을 부과하여 경영의 투명성을 제고하고자 한 제도임을 강조한다. ③ 두 견해와 다르게, 비록 제400조가 명시적으로 준용되지 않는더라도 이를 유추적용하여 이사의 책임을 감면할 수 있어야 한다는 견해가 있다.⁴³⁾ 이사의 책임은 감면할 수 있는데 원래 이사로서의 의무도 없는 자의 책임은 감면할 수 없다고 하면 비례에 어긋난다는 점, 집행임원에 대해서는 제408조의9에서 명시적으로 제400조를 준용하고 있다는 점 등을 감안하면, 제400조를 준용하지 않은 것이 어떤 정책적 판단의 결과는 아니라는 것이다.

업무집행관여자에 대해서 이사의 책임에 관한 틀을 적용하는 이상 책임감면에 관한 규정도 당연히 준용하는 것이 합리적이다. 이 규정의 준용을 어떤 이유에서 간과하였는지는 모르겠으나, 지배주주 등에게 엄격한 법적 책임을 부과하고자 면책을 인정하지 않은 것이라고 보는 것은 다소 지나친 설명으로 보인다. 손해배상청구권을 포기할 수 없다는 것도 일반적인 법리에 반한다. 이런 관점에서 마지막 견해가 가장 합리적인 설명이라고 생각된다.

41) 김건식 등, 전게서 각주 2, 476면.

42) 이철송, 전게서 각주 3, 784면; 홍복기, 전게서 각주 3, 533면; 권기범, 전게서 각주 3, 856면.

43) 임재연, 전게서 각주 6, 463면; 장덕조, 전게서 각주 7, 381면.

V. 유지청구와 대표소송의 절차적 쟁점

1. 유지청구

이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하려고 할 때 소수주주 등은 사전적으로 이사에 대해서 그 행위의 유지를 청구할 수 있다(상법 제402조). 사후적 대표소송만으로는 충분한 구제가 이루어지지 못할 경우에 이를 사전에 예방할 수 있도록 한 것이다. 그러나 유지청구가 있다고 하여 이사가 반드시 이에 따라야 할 의무가 생기는 것은 아니고, 이사는 어디까지나 선관주의의무에 입각하여 그 행위의 유지 여부를 결정하면 된다. 나아가 이사가 유지청구를 무시하고 한 제3자와의 거래행위의 효력에 대해서도 항상 유효하다는 것이 다수설의 입장이다.⁴⁴⁾ 따라서 유지청구는 가처분을 수반하지 않는 한 거의 실효성이 없다고 보아야 한다. 이를 반영해서인지는 몰라도, 유지청구는 상법학계에서도 거의 관심을 받지 못하고 있다.

실무상으로는 경영권분쟁 상황에서 유지청구권이 활용될 수 있는지 약간의 불확실성이 있다. 상법상 소수주주권의 요건⁴⁵⁾을 갖춘 대항세력이 기존의 지배주주의 업무집행에 대해서 미리 유지청구를 하고자 하는 경우이다. 제402조는 단순히 이사가 “법령 또는 정관에 위반한 행위”라고만 하고 있기 때문에, 이사의 선관주의의무 위반에 대해서도 유지청구가 가능한지의 문제가 있다. 유지청구는 사전적 구제수단이라는 점에서, 이를 이사의 일반적인 업무집행에 대해서까지 확대하면 주주가 이사의 일상적인 업무집행에 관여할 수 있다는 의미가 되어, 회사법의 기본적인 구조에 부합하지 않는 측면이 있다. 제402조의 “회사에 회복할 수 없는 손해”라는 요건으로 어느 정도는 통제할 수 있겠으나, 이는 극히 범위를 확정하기 힘든 불확정개념이라는 한계가 있다. 이런 관점에서 논쟁이 가능하기는 하지만, 우리나라의 다수설은 단순히 선관주의의무 위반을 민법 제681조 위반이라고 보아, 제402조의 “법령에 위반한 행위”에 포함시키고 있다.⁴⁶⁾ 유지청구가 대표소송의 사전적 형태라는 점을 강조하는 입장에서 다수설의 입장이 타당하다고 생각한다.

2. 대표소송

(1) 개관

대표소송은 회사법상 이사책임을 구현하기 위한 절차적 수단이다. 우리나라는 1997년 최초의 대표소송인 제일은행 사건을 시작으로 2000년대에 적지 않은 대표소송이 제기되었으나, 아직 총

44) 이철송, 전게서 각주 3, 790면; 정동윤, 전게서 각주 3, 652면; 김건식 등, 전게서 각주 2, 489면; 장덕조, 전게서 각주 7, 383면; 임재연, 전게서 각주 6, 466면; 권기범, 전게서 각주 3, 860-861면. 반대로 제3자가 유지청구의 행사에 대하여 선의인 경우라면 회사가 행위의 무효를 주장할 수 있다는 견해로는, 홍복기, 전게서 각주 3, 536면; 최준선, 전게서 각주 3, 557면.

45) 비상장회사는 발행주식총수의 1% 이상(제402조), 상장회사는 6개월 전부터 계속하여 0.05% 또는 자본금 1천억원 이상인 상장회사는 0.025% 이상을 보유하여야 한다(제542조의6 제5항, 상법시행령 제32조).

46) 김정호, 전게서 각주 3, 588면; 정동윤, 전게서 각주 3, 652면; 홍복기, 전게서 각주 3, 534면; 권기범, 전게서 각주 3, 858면; 김건식 등, 전게서 각주 2, 488면; 임재연, 전게서 각주 6, 465면. 반대로 임무해태는 유지청구의 대상이 될 수 없다는 견해로는, 이철송, 전게서 각주 3, 788면; 장덕조, 전게서 각주 7, 382면.

분하지 않다는 평가가 일반적이다. 일본에서도 1990년대 초반 인지대를 낮추는 개혁을 단행한 이후 많이 이용되고 있는데, 우리나라는 일본과 같이 인지대가 45만 5천원으로 대단히 낮은 수준임에도 여전히 대표소송은 활성화되고 있지 않다. 이에 따라 상법학계에서도 대표소송의 활성화를 주제로 여러 논문이 꾸준히 발표되어 왔다.⁴⁷⁾ 이 논문들에서 제시되는 방안 가운데, 대표소송을 현행 소수주주권에서 단독주주권으로 전환하자거나, 우리나라 기업집단 구조를 감안하여 다중대표소송을 도입하자거나, 미국식의 증거조사절차를 도입하자는 내용들은 거의 대부분 논문에서 단골로 등장하는 내용들이다. 이런 분위기 속에서 최근 국회에서도 이중대표소송의 도입이나 대표소송 절차의 개선에 관한 상법개정안이 제출되어 있는 상황이다.⁴⁸⁾ 이런 내용들은 본질적으로 정책적 판단이고, 이미 여러 기회에 논의가 이루어졌기 때문에 이 글에서는 검토를 생략하기로 한다. 대신 대표소송의 법리 또는 제도적 측면에 대해서 논의를 정리하고자 한다. 제도적 측면은 판례로 대부분 정비되어 있는 상황이다. 그러나 아직 일부 소송법적 쟁점에 대해서는 법리가 불명확한 부분을 지적하는 논문들이 최근 많이 등장하고 있고,⁴⁹⁾ 이 글에서는 이런 제도적 측면에 집중하여 살펴보기로 한다.

(2) 소제기 절차

소주주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 먼저 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 소의 제기를 청구해야 한다(상법 제403조 제1항, 제2항). 구체적으로는 회사의 감사 또는 감사위원회에 소제기청구를 해야 한다(제394조 제1항, 제415조의2 제7항). 회사에 대한 소제기청구를 하지 않고 바로 대표소송을 제기하였다면 제402조 제4항의 예외에 해당하지 않는 한 법원은 소를 각하해야 한다.⁵⁰⁾ 회사가 소제기 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않아야 주주가 대표소송을 제기할 수 있다(제403조 제3항).

이렇게 회사에 대한 소제기청구 및 30일의 대기기간은 남소를 방지하기 위한 것으로서, 우리나라 대표소송의 특징이기도 하다. 그러나 문제는 이 대기기간이 실제도 엄격하게 관철되지 못하고 있다는 것이다. 하급심이기는 하지만, 주주가 제소청구 없이 대표소송을 제기한 다음 제소

47) 2010년 이후에도, 정승화, “주주대표소송의 활성화를 위한 소고”, 상사판례연구 제26집 제2권 (2013); 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호 (2013); 박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론: 소제기권자에 관한 논의를 중심으로”, 홍익법학 제14권 제2호 (2013).

48) 2016년에 제안된 상법개정안만 하더라도, 다중대표소송에 대해서 모자회사 사이에서 도입하자는 김종인 의원안, 이종걸 의원안, 30% 출자를 기준으로 도입하자는 채이배 의원안, 지배종속관계에서 도입하자는 노회찬 의원안 등 모두 4개의 입법안이 제안되었고, 대표소송의 절차개선에 대해서도 회사의 부제소사유 설명의 무, 주식교환 등 사유가 있을 경우 원고적격의 유지를 내용으로 한 김종인 의원안, 이종걸 의원안, 근로자대표에게 대표소송 제기권을 부여한 노회찬 의원안, 상장회사의 경우 소수주주권 기준을 현행 0.01%에서 0.001%로 낮추자는 채이배 의원안 등 4개 입법안이 제출되었다.

49) 황현영, 전계논문 각주 47; 김지환, “주주대표소송에서의 이사의 책임: 대구고등법원 2012. 8. 22. 선고 2011나2372 판결”, 선진상사법률연구 제62호 (2013); 정준우, “주주대표소송의 제소요건에 관한 쟁점의 비판적 검토”, 법과 정책연구 제16집 제1호 (2016); 최문희, “합병, 주식교환, 주식이전 등 조직재편과 대표소송의 원고적격의 쟁점: 대법원 판례에 대한 비판적 고찰과 입법론적 제안”, 상사판례연구 제29집 제3권 (2016); 김미란, “주주대표소송상 주주의 화해에 관한 연구”, 홍익법학 제17권 제3호 (2016).

50) 정준우, 전계논문 각주 49, 280면; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결.

청구를 사후적으로 하거나,⁵¹⁾ 제소청구를 한 다음 30일을 기다리지 않고 대표소송을 제기한 경우⁵²⁾에도 30일의 기간이 경과한 경우 그 하자의 치유를 인정한 판결이 있다. 제소청구를 아예 하지 않았다면 각하를 면하기 어렵지만, 제소청구를 언젠가 한 이상 30일의 대기기간은 제약조건이 되지 못한다는 것이다. 대부분의 대표소송에서 대기기간을 준수하지 않더라도 하자가 치유되고 있기 때문에, 회사에 대한 제소청구는 사실상 대표소송의 제기를 회사에 사전통지하는 정도의 의미가 있다는 견해도 있다.⁵³⁾ 우리나라에서 아직 이 문제가 본격적으로 논의되고 있지는 않으나, 일부 교과서에서는 하자의 치유를 인정하는 견해가 발견된다.⁵⁴⁾ 그러나 논문에서는 이렇게 하자의 치유를 인정하게 되면 대기기간을 둔 취지가 몰각된다는 이유에서, 대기기간을 준수하지 않으면 소를 각하해야 한다는 견해가 유력하다.⁵⁵⁾

나아가 소제기청구 및 30일의 대기기간에 관한 규정을 근본적으로 재검토할 필요가 있다는 지적도 있다.⁵⁶⁾ 주주는 일단 회사에 회복할 수 없는 손해가 있다고 하면서(제402조 제4항 참조) 먼저 대표소송을 제기하고, 설사 그 예외사유가 인정되지 않더라도 위와 같이 하자의 치유가 인정되고 있기 때문이다. 이 제도가 대표소송의 남용을 막는 효과가 없다고 한다면 굳이 이 제도를 두어 불확실성을 높일 필요가 없을 것이다. 또한 현재 대표소송의 남용을 걱정할 단계가 아니라는 점에서, 이 제도를 폐지하고 단순한 소송고지(제404조 제2항)만 가지고 운영하는 것도 설득력이 있다. 그러나 반대로 30일의 대기기간이 회사에게 의사결정을 위한 충분한 시간을 부여한 것이 아니라고 본다면, 다른 입법례를 감안하여 대기기간을 보다 연장하고 현재보다 엄격한 법리를 적용하는 것도 가능한 대안이다. 어느 방향이든 현재와 같은 애매한 절차를 보다 명확하게 개선할 필요가 있어 보인다.

(3) 원고적격 문제

가. 주주의 판단

대표소송을 제기할 수 있는 소수주주에 대하여 비상장회사는 단순히 “주식을 가진 주주”라고 규정하고 있지만(상법 제403조 제1항), 상장회사의 경우에는 “주식을 보유한 자”라고 하면서(제542조의6 제6항)⁵⁷⁾ 주식을 소유한 자 이외에도, 주주권 행사에 관한 위임을 받은 자, 2명 이상 주주의 주주권을 공동으로 행사하는 자를 포함하고 있다(제542조의6 제8항). 따라서 현행 상법에서는 비상장회사와 상장회사에서 대표소송을 제기할 수 있는 원고적격에 차이가 있다. 현행 제도상으로는 명문의 규정이 있으므로 그대로 처리할 수밖에 없겠으나,⁵⁸⁾ 이렇게 다르게 한 것

51) 서울중앙지법 2006. 11. 20. 선고 2005가합97694 판결.

52) 서울지방법원 1998. 7. 24. 선고 97가합39907 판결.

53) 임재연, 전게서 각주 6, 482면.

54) 최준선, 전게서 각주 3, 560면; 정동윤, 전게서 각주 3, 657면.

55) 김지환, 전계논문 각주 49, 260면; 정준우, 전계논문 각주 49, 280면.

56) 정준우, 전계논문 각주 49, 282면.

57) 이런 표현은 대표소송만 그러한 것이 아니라, 제542조의6에서 정하는 모든 소수주주권이 그러하다. 2009년 자본시장법 통합과 함께 舊증권거래법상의 지배구조에 관한 특례규정을 상법으로 이관하면서 그대로 그 표현을 사용한 것이다.

에 특별한 취지가 있다고 생각되지는 않는다. 소송신탁이 금지된다거나 임의적 소송담당은 예외적으로 인정될 수 있다는 점에 비추면, 위임을 통하여 원고적격이 창설된다는 것은 부자연스럽다. 또한 대표소송의 제소요건은 수인이 공동으로 충족하여도 무방하므로 굳이 공동보유자까지 포함하여 원고적격을 정할 필요는 없다. 따라서 현행 조문을 어느 쪽으로 정리해야 한다면 비상장회사 조문으로 통일하는 것이 적절하다고 생각된다.⁵⁹⁾

다음으로 대표소송의 원고적격에서 최근 혼란이 발생한 부분은 누가 원고적격을 가지는 주주인가의 판단기준이다. 특별히 대표소송에만 적용되는 주주의 개념이 있는 것은 아니기 때문에, 누가 주주인지는 일반원칙에 따른다. 종래 판례는 주주의 확정에 관하여 실질설을 취하면서, 이를 그대로 대표소송의 원고적격의 판단에도 적용하여, 타인 명의로 주금을 납입한 경우 주주명부상 주주가 아닌 명의차용인이 원고적격을 가진다고 보았다.⁶⁰⁾ 회사에 대한 주주권의 행사가 아니기 때문에 명의주주를 기준으로 해야 할 이유가 없기 때문이라고 생각된다. 당시에 회사 를 둘러싼 단체법적 법률관계는 획일적으로 확정되어야 한다는 논거에서, 원고적격을 주주명부상 주주에게만 인정해야 한다는 견해가 있었으나,⁶¹⁾ 학계에서 본격적인 논의는 이루어지고 있지 않았다.⁶²⁾

그런데 최근 대법원은 전원합의체 판결로 명부상 주주에게 회사에 대한 주주권을 인정하는 것으로 법률관계를 단순화하였다.⁶³⁾ 이 판결의 대상은 주주총회결의 취소소송의 원고적격에 불과하였으나, 회사를 둘러싼 단체법적 법률관계의 획일적 확정이라는 이념하에, 주주권 행사에 관한 기준을 일의적으로 통일하고 그와 관련된 많은 판례를 변경하였다. 이 판결의 사정범위가 어디까지인지는 아직 상법학계에서 정설이 없는 것으로 보이는데, 특히 종래의 주주 확정에 관한 실질설을 형식설로 변경한 것으로 보아야 하는지는 의견이 나뉘고 있다. 이 글에서 자세히 다루기는 어렵지만, 이 판결은 어디까지나 주주권의 행사에만 국한된 것이고, 주식의 소유에 관한 법리를 변경한 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 대표소송에 있어서는 주주명부상의 주주가 아니라 실질주주가 원고적격을 가진다는 판례는 여전히 유지된다고 보는 것이 타당하다. 이론적으로도 이렇게 보는 것이 타당하다고 생각한다. 대표소송은 이사를 상대로 소를 제기하는 것이므로 회사에 대한 주주권의 행사라고 볼 수 없고, 누가 소를 제기하던 손해배상은 회사에 이루어지는 것이므로 단체법적 법률관계는 여전히 획일적으로 확정되기 때문이다. 회사의 손해를 전보해야 할 실질적인 이익은 실질주주에게 있음은 물론이다.

나. 조직법적 구조조정과 원고적격의 유지

대표소송을 제기한 다음 원고인 주주가 1주도 보유하지 않게 되면 원고적격을 상실한다(상법

58) 임재연, 전게서 각주 6, 473면 (비상장회사에도 상장회사와 같이 해석할 것을 주장함).

59) 同旨: 정준우, 전계논문 각주 49, 285면.

60) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결.

61) 정준우, 전계논문 각주 49, 286면.

62) 실질주주가 원고적격을 가진다는 견해는, 임재연, 전게서 각주 6, 476면; 반면 명의주주가 원고적격을 가진다는 견해는, 이철송, 전게서 각주 3, 795면. 그 이외의 교과서는 대부분 판례만 언급하는 정도에 그치고 있다.

63) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결.

제403조 제5항).⁶⁴⁾ 그런데 이렇게 주주의 자격을 상실하는 것이 자발적인 거래에 의한 것이 아니라, 합병이나 주식교환·주식이전과 같은 회사의 조직법적 구조조정인 경우 원고적격을 유지시킬 것인지가 문제가 된다. 예를 들어, A 회사의 주주 甲이 A 회사 이사 乙을 상대로 대표소송을 제기한 다음 A 회사가 B 회사에 흡수합병되면서 甲이 B 회사의 합병신주를 받거나 또는 주식교환·주식이전을 통하여 A 회사가 B 회사의 완전자회사가 된 경우 甲은 B 회사의 주주가 되므로 (더 이상 A 회사의 주주가 아니므로) 원고적격을 계속 유지할 수 없다. 이 경우 대표소송을 각하해야 하는지에 대해서 최근 논의가 많다. 판례는 주주총회결의 하자를 다투는 소에서 각하한 것이 있다.⁶⁵⁾

여기서 문제의 핵심은 원고인 주주가 더 이상 주주가 아니게 된 것이, 원고 주주의 자발적 선택이 아니라 합병이나 주식교환·주식이전과 같은 단체법적 의사결정에 기인하였다는 점이다. 주주의 제소 후에 소를 각하시키기 위한 목적으로 구조조정을 할 여지도 있다. 그리고 이런 구조조정은 어디까지나 법인격을 변경시키는 것에 불과하고 주주의 실질적인 이해관계는 달라지지 않을 수 있다는 점이다. 위 사안에서 A 회사의 손해는 여전히 B 회사로 이전되었고, 이와 관련된 甲의 경제적 이해관계도 달라진 것이 없다. 이런 관점에서, 이 문제를 다룬 연구에서는 대부분 원고적격을 상실시키는 것은 문제가 있다는 지적을 하고 있다.⁶⁶⁾ 그러나 동시에 일본의 2000년대 초반과 마찬가지로 현행법의 해석론으로는 이 문제를 극복할 수 없다는 것이 공통된 견해로서,⁶⁷⁾ 일본회사법 제851 제1항⁶⁸⁾과 같은 조문을 신설하는 것을 제안하고 있다. 2016년에 이런 상법개정안이 국회에 제출되기도 하였다.⁶⁹⁾

아직 이 문제를 해석론으로 해결하고자 하는 시도는 잘 보이지 않는다. 그것은 상법이 주주가 1주도 보유하지 않은 경우와 1주라도 보유한 경우를 명확하게 구분하고 있고, 합병이나 주식교환·주식이전의 경우는 주주가 1주도 보유하지 않은 경우임이 분명해 보이기 때문이다. 그러나 제소요건 미만으로 지분이 줄어든 것을 주주권의 量的 감축, 구조조정으로 직접 주주권을 행사하지 못하게 된 것을 質的 감축이라고 보아, 양자가 동등하게 평가될 수 있다는 논리도 생각해 볼 수 있을 것 같다. 원고의 지분이 제소조건 미만으로 되더라도 원고적격을 유지시키는 것은, 원래의 이해관계가 미미하게라도 유지된다면 대표소송을 인정하겠다는 취지로 이해하면, 구조조정의 경우에도 이해관계가 미미하게나마, 형태를 바꾸어, 존재한다고 말할 수 있다. 이것은 일

64) 同旨: 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결.

65) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결.

66) 정준우, 전계논문 각주 49, 293면; 황현영, 전계논문 각주 47, 17면; 최문희, 전계논문 각주 49, 266-269면.

67) 정준우, 전계논문 각주 49, 293면 (“제403조 제5항을 개정해야 한다”); 황현영, 전계논문 각주 47, 17면 (“제소의 효력에 영향이 없음을 명문화하여”); 최문희, 전계논문 각주 49, 275면 (“현행법과 대법원 판결 하에서는 . . . 원고적격을 상실한다고 볼 수밖에 없고, 다른 마땅한 구제방안도 없다”).

68) 일본회사법 제851조 ① 책임추궁 등의 소를 제기한 주주 . . . 가 그 소송계속 중에 주주가 아니게 된 경우에 있어서도 다음의 경우 그 자가 소송을 수행할 수 있다.

1. 그 자가 주식회사의 주식교환 또는 주식이전에 의하여 주식회사의 완전모회사 . . . 의 주식을 취득한 때
2. 그 자가, 당해 주식회사가 합병으로 소멸하는 회사가 되는 합병에 의하여, 합병으로 설립하는 주식회사 또는 합병후 존속회사는 주식회사 . . . 의 주식을 취득한 때

69) 김종인 의원안과 이종걸 의원안은 현행 상법 제403조 제5항의 제소의 효력에 영향이 없는 경우로서, “제3항과 제4항의 소를 제기한 주주가 제소 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전, 합병으로 주주의 자격을 상실한 경우”를 추가하고 있다.

단 제기된 대표소송을 전제로 주주의 이해관계가 약화되는 경우의 문제이므로, 처음부터 주주의 이해관계가 약한 상황인 다중대표소송과 논리적으로 연결되어야 할 필요는 없다. 물론 무리한 해석임은 분명하다.

다. 소송참가

일단 대표소송이 제기된 다음에는 이해관계자의 소송참가가 문제된다. 중복제소가 금지되기 때문이다. 이사에 대한 책임추궁의 소를 누가 제기했는지에 따라 다음과 같이 다양한 소송참가를 생각할 수 있다. ① 주주가 대표소송을 제기하고, 회사가 원고 주주에 참가하는 경우, ② 주주가 대표소송을 제기하고, 회사가 피고 이사에 참가하는 경우, ③ 주주가 대표소송을 제기하고, 다른 주주가 원고 주주에 참가하는 경우, ④ 회사가 책임추궁의 소를 제기하고, 다른 주주가 원고 회사에 참가하는 경우. 여기서 ③, ④의 경우에는 다른 주주가 피고 이사에 참가하지는 않을 것이므로, 가능한 경우는 이 네 가지로 국한된다.

이 가운데 상법에서 명문의 규정을 두고 있는 것은 ①의 경우뿐이다(상법 제404조 제1항). 그 법적 성질이 무엇인지에 대해서는 견해가 나뉘지만, 본래 대표소송으로 다루는 이익의 실질적 주체는 회사인데 원고 주주가 회사의 권리를 대위해서 행사하는 것에 불과하므로 공동소송참가라는 견해가 통설⁷⁰⁾·판례⁷¹⁾이다. 교과서 등에서는 공동소송적 보조참가라는 견해도 있다고 설명되고 있으나, 상법학계에서 그런 견해는 교과서나 논문의 형태로는 존재하지 않는 것으로 보인다. 공동소송참가란 결국 참가한 회사가 원고로서 소를 제기한 것과 같게 되므로, 원고 주주가 소를 취하하거나 각하되더라도 참가인을 당사자로 하여 소송이 계속된다.

문제는 ①을 제외한 다른 형태의 참가이다. 명문의 규정이 없기 때문에 참가한다면 민사소송법 절차에 따라 이루어지겠지만, 상법학계에서는 그 인정 여부가 문제되기도 한다. 우선 ② 주주가 대표소송을 제기하고, 회사가 피고 이사에 참가할 수 있는가의 문제부터 본다. 참가의 형태는 보조참가가 될 것이고, 일본에서는 명문의 규정으로 이를 인정하고 있다.⁷²⁾ 우리나라에서는 일부 긍정하는 견해도 있지만,⁷³⁾ 부정적인 견해가 압도적으로 다수설이다.⁷⁴⁾ 해석상으로는 물론이고, 입법론으로도 부정적이다. 회사가 주주의 제소를 이사 개인의 임무해태 문제가 아니라 회사에 대한 공격으로 생각하여 이사에 보조참가를 하기 때문이다. 이렇게 되면 참가 및 소송수행에 공정성을 기대하기 어렵다는 것이다. 이 문제는 일본회사법이 회사의 이사에 대한 보조참가를 인정하면서 불거진 것에 불과하고, 현실적으로 우리나라에서 그 필요성이 논의되고 있는 것은 아니다.

70) 이철송, 전게서 각주 3, 797면; 정동윤, 전게서 각주 3, 657면; 권기범, 전게서 각주 3, 865면; 홍복기, 전게서 각주 3, 542면; 임재연, 전게서 각주 6, 493면; 김건식 등, 전게서 각주 2, 483면; 최준선, 전게서 각주 3, 562면.

71) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.

72) 일본회사법 제849조 제1항. 다만 회사의 판단의 적정성을 담보하기 위하여 감사설치회사의 경우에는 감사의 동의를 필요하다. 江頭憲治郎, 株式會社法 제5판 (2014), 490-491면.

73) 김지환, 전게논문 각주 49, 262면.

74) 정준우, 전게논문 각주 49, 294면; 황현영, 전게논문 각주 47, 19면; 김건식 등, 전게서 각주 2, 483면; 이철송, 전게서 각주 3, 798면; 홍복기, 전게서 각주 3, 543면; 임재연, 전게서 각주 6, 495면.

다음으로 ③ 주주가 대표소송을 제기하거나, ④ 회사가 책임추궁의 소를 제기한 경우, 다른 주주들이 원고측에 참가할 수 있는지를 본다. 많은 주주들이 소송참가를 하게 되면 소송이 과도하게 지연될 우려가 있고, 법원에 부담을 줄 수 있다는 논거에서 부정하는 견해도 있으나,⁷⁵⁾ 다른 주주들의 참가를 굳이 막아야 할 이유는 없고, 대표소송 판결의 효력은 다른 주주에게도 사실상 영향이 미치므로 소송참가를 해석론으로 긍정하거나 입법론으로 지지하는 견해가 다수설이다.⁷⁶⁾ 이렇게 민사소송법에 의한 소송참가의 경우 참가인의 원고적격 여부가 참가형태에 결정적이다. 따라서 주주에 의한 대표소송이나 회사에 의한 책임추궁의 소가 일단 제기된 다음에는 다른 주주는 원고적격이 없다는 점, 대표소송의 기판력은 회사에만 미치고 주주에게는 미치지 않는다는 점을 감안한다면, 참가의 형태는 공동소송적 보조참가라고 보아야 할 것이다.⁷⁷⁾

Ⅵ. 지배종속관계에서 지배회사 이사의 의무와 책임

1. 문제의 제기

최근 유럽과 일본에서 기업집단의 법률관계가 많은 관심을 끌고 있으며,⁷⁸⁾ 이 가운데 종속회사에서 이루어진 의사결정 또는 업무집행과 관련하여 “지배회사의 이사가 지배회사에 어떤 책임을 지는지”에 관한 논의가 흥미를 끈다.⁷⁹⁾ 특히 우리나라는 이미 2000년대 전반부터 지주회사 체제로 전환되었고, 공정거래법상 규제로 인하여 순수지주회사만 허용되고 있기 때문에 현실적으로도 중요한 문제이다. 순수지주회사는 다른 사업을 수행하지 않기 때문에, 계열사를 지배·관리하면서 전체 그룹 차원의 의사결정을 하는 것이 주된 업무가 될 수밖에 없다. 지주회사가 계열사에 대해서 마치 같은 회사인 것처럼 그 일상적인 경영에까지 간섭하는 것은 아니지만, 그렇다고 해서 단순히 주주로서의 지위에 머무르고 있는 것도 아니다. 그렇다면 이처럼 계열사에 대해서 일정한 지배력을 행사하는 경우, 지주회사의 이사에게 어떤 의무와 책임이 인정되는지는 우리나라 현실에서 중요한 문제이다.

그러나 이 문제에 대하여 법적 논의는 아직 부족한 실정이다. 제도적으로도 그룹 단위에서

75) 정찬형, 전게서 각주 2, 1010면; 최준선, 전게서 각주 3, 562면.

76) 정준우, 전게논문 각주 49, 294면; 황현영, 전게논문 각주 47, 19면; 이철송, 전게서 각주 3, 797면; 권기범, 전게서 각주 3, 865면; 임재연, 전게서 각주 6, 495면.

77) 권기범, 전게서 각주 3, 865면; 임재연, 전게서 각주 6, 496면.

78) 유럽 모범회사법(European Model Company Act, EMCA) 2015년안도 제15장의 제목을 기업집단으로 수 개의 특칙을 마련하고 있으며, 일본에서도 지난 2014년 회사법 개정논의에서 지배종속관계에 있는 회사에 대한 특칙의 마련이 중요한 쟁점이었다. 다른 국가의 논의는 이 글의 범위를 벗어나므로 자세하게 소개하지는 않는다.

79) 종속회사에서의 의사결정 또는 업무집행과 관련하여, ① 지배회사 또는 지배회사 이사의 종속회사에 대한 책임은 상법 제401조의2 업무집행관여자 책임이 적용된다. 제401조의2의 책임주체는 회사도 포함하기 때문에 지배회사도 책임을 질 수 있다. ② 종속회사 이사의 종속회사에 대한 책임은 일반적인 이사책임의 범리의 문제이다. 다만 종속회사의 사실상의 지시에 따랐거나 전체 기업집단의 이익을 고려했다는 것이 항변으로 성립할 수 있는지가 추가적으로 문제될 따름이다. 현재의 법리는 항변사유가 안된다는 것이다.

이루어지는 의사결정에 대해서 지배회사 이사가 어떤 책임을 지는지는 상법상 아무 규정이 없다. 판례도 특별히 지주회사의 법률관계나 그룹경영의 특칙을 만들고 있지 못하다. 아직 본격적으로 분쟁이 발생하지 않았기 때문이기도 하지만, 법원의 태도가 100% 자회사에 대해서도 “별개의 법인격을 가졌다”는 점을 중시하고 있는 등⁸⁰⁾ 전통적인 법인격 중심의 틀에 갇혀 있기도 하다. 학계에서도 논의가 활발하지는 않아 보인다. 교과서 수준에서 이 문제를 언급하는 경우는 물론 거의 없으며,⁸¹⁾ 논문의 경우에도 독일, 미국, 일본 등의 법제에 대한 비교법적 연구나,⁸²⁾ 종속회사의 소수주주의 이익보호에 관한 문제를 다룬 연구⁸³⁾가 많다. 지주회사 이사의 책임에 대한 연구는 특히 2010년 이후에는 거의 찾기 어렵고,⁸⁴⁾ 일본의 후코오카 어시장 판결 이후 일본에서의 논의를 중심으로 한 연구가 발표된 것이 있다.⁸⁵⁾ 이하에서는 현재 논의의 현황을 정리하고 한다.

2. 지배회사 이사의 의무

(1) 종속회사 경영관리 의무가 있는가?

일반적으로 지배회사 또는 지주회사 이사의 업무로서, “계열사에 대한 관리감독”을 언급하는 경우가 많다. 예를 들어, 그 목적상 지주회사의 이사의 업무는 “그룹의 중·장기적인 경영정책의 결정, 그에 기초한 개개 자회사의 사업범위의 결정과 조정, 그룹의 자금계획과 자회사에 대한 분배, 자금계획에 기초한 그룹의 자금조달, 자회사의 임원 등 주요한 인사의 결정, 개개 자회사의 사업계획의 승인”을 의미한다고 하면서, 그 결정이 자회사에 적절하게 집행되고 있는지 감독하는 것까지 지주회사 이사의 업무라고 설명한다.⁸⁶⁾ 그러나 이런 설명은 현실에서의 관행을 묘사하는 것에 그치고, 엄밀한 법적 근거를 제시하였다고 보기에는 부족하다.

심지어 이에 대한 명시적인 규정을 두고 있는 경우에도 법적인 문제가 해결된 것은 아니다. 예를 들어, 금융지주회사법은 금융지주회사의 업무로서 명시적으로 자회사의 경영관리업무를

80) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결 (“모회사가 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사라 하더라도 양자는 법률적으로는 별개의 독립한 거래주체라 할 것이고, 부당지원행위의 객체를 정하고 있는 법 제23조 제1항 제7호에서 완전자회사를 지원객체에서 배제하는 명문의 규정이 없으므로 모회사와 완전자회사 사이의 지원행위로 법 제23조 제1항 제7호의 규율대상이 된다.”); 同대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결.

81) 예외적으로 이 문제를 언급한 교과서로는, 권기범, 전게서 각주 3, 581면; 김건식 등, 전게서 각주 2, 858-859면.

82) 김순석 “결합기업의 회사법적 쟁점에 대한 검토”, 상사법연구 제32권 제1호 (2013).

83) 천경훈, “기업집단법제에 관한 연구: 기업집단 소속회사의 손익판단을 중심으로”, 기업법연구 제29권 제3호 (2015).

84) 2010년 이전의 연구로는, 김현태·김학훈, “자회사에 대한 실효적 지배를 위한 법적 수단”, 지주회사와 법 (김건식·노혁준, 2005); 노혁준, “지주회사 관계에서 이사의 의무와 겸임이사”, 지주회사와 법 (김건식·노혁준, 2005); 서세원, “지주회사의 지휘권과 책임”, 기업법연구 제21권 제4호 (2007); 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 한양법학 제23집 (2008). 2010년 이후의 연구로는, 김지환, “기업집단에 있어서의 회사 기관의 권한과 책임”, 금융법연구 제11권 제3호 (2014).

85) 김영주, “자회사의 경영관리에 관한 모회사 이사의 책임: 일본 최고재판소 2014. 1. 30. 판결의 검토”, 기업법연구 제28권 제4호 (2014); 서성호·박미정, “모회사 이사의 자회사 경영감시의무 위반과 손해배상금·지연손해금의 법적 성질: 일본 福岡어시장 주주대표소송 사건의 검토를 중심으로”, 기업법연구 제29권 제1호 (2015).

86) 서세원, 전게논문 각주 84, 330면.

규정하고 있고(금융지주회사법 제15조), 여기서 경영관리업무란, 자회사의 사업목표의 부여 및 사업계획의 승인, 경영성과의 평가 및 보상의 결정, 경영지배구조의 결정, 업무와 재산상태에 대한 검사, 내부통제 및 위험관리업무 등을 말한다(동법 시행령 제11조 제1항 제1호). 여기까지만 보면 금융지주회사의 이사는 자회사의 경영관리를 할 의무가 있다고 할 수 있다. 문제는 자회사의 이사회도 역시 같은 업무를 담당하고 있다는 것이다. 예를 들어, 자회사인 금융회사의 이사회는 당해 금융회사의 경영목표 및 평가에 관한 사항을 결정하는데(금융회사의 지배구조에 관한 법률 제15조 제1항 제1호), 이는 위 지주회사 이사회의 권한과 중복된다. 따라서 현행 금융지주회사법 체계에서도 자회사의 경영관리에 관한 권한 및 의무가 어디에 어떻게 배분되어 있는지 알기 어렵다. 물론 이런 사정은 아무 규정도 두지 않는 비금융 지주회사 그룹에서는 더 심각하게 나타날 수 있다.

하급심이기는 하지만, 계열사에 대한 관리감독을 지주회사 이사로서의 선관주의의무로 보고 있지 않은 판례도 있다.⁸⁷⁾ 이 사건에서 A 회사는 B 회사의 99.75%를 보유하고 있었는데, B 회사가 보유하던 시가 750억원의 무보증사채를 200억원에 환매하여 막대한 손실을 입은 것이 문제가 되었다. A 회사 주주는 A 회사의 이사 甲에게 A 회사에 대한 손해배상을 청구하면서, 지배회사의 이사인 甲은 종속회사 이사의 위와 같은 행위를 저지하여야 한다고 하면서, 甲이 그 임무를 해태하였다고 주장하였다. 그러나 법원은 A 회사와 B 회사가 별개의 법인격을 가지고 있는 이상 (A 회사는 B 회사의 주주에 불과하므로) 甲이 종속회사 이사의 업무집행까지 감독할 의무가 있다고 볼 수 없다고 판시하였다. 기업집단을 염두에 두지 않는 우리나라 법원의 경향을 생각하면, 다시 이런 사건이 발생하더라도 법원은 여전히 A 회사 이사의 책임을 인정하는 것에 주저할 것으로 보인다.

(2) 자산가치의 극대화

지배회사 이사에게 자회사의 경영관리를 “지배회사에 대한” 의무로 인정하는 유력한 법리는 지배회사 이사에게 지배회사 자산가치를 극대화시킬 의무가 있다는 것이다. 이것은 현재 일본의 유력설이기도 하다. 일본은 2014년 선고된 후쿠오카(福岡)어시장 주주대표소송⁸⁸⁾ 사건을 계기로 다시 지배회사 이사의 의무와 책임에 대한 논의가 활발해졌지만, 이미 그 이전에도 그룹경영을 전제로 한 주장들이 자주 제시되었다. 특히 지배회사 이사에게 종속회사의 경영관리의무를 인정해야 한다는 것에는 거의 이견이 없다고 한다. 지배회사 이사는 종속회사의 경영을 관리감독할 의무가 있으며, 이 의무를 게을리 한 경우에는 지배회사에 대해서 손해배상 책임을 진다는 것이 2014년 회사법 개정논의에 참석했던 회사법 학자들의 공통된 생각이었던 것이다.⁸⁹⁾

87) 서울남부지방법원 2003. 9. 19. 선고 2003가합1749 판결.

88) 最高裁 2014. 1. 30. 판결, 判例時報 제2213호, 123면. 이 사건 제1심은 2011. 1. 26. 후쿠오카(福岡) 지방재판소, 제2심은 2012. 4. 13. 후쿠오카 고등재판소에서 선고하였으며, 구체적인 법리는 제1심에서만 제시되었고, 그 이후에는 특별한 논의 없이 승인되었다. 이 판결에 대해서는 일본에서도 수많은 평석이 간행되었는데, 그 평석 목록은, 김영주, 전제논문 각주 85, 85면의 각주 6 참조.

89) 塚本英巨, “平成26年改正會社法と親會社取締役の子會社監督責任”, 商事法務 제2054호 (2015), 28면.

일본에서는 그 근거로, 종래에는 회사법상 기업집단의 내부통제시스템을 구축할 의무에 관한 규정을 근거로 하거나, 지배회사가 회사법상 연결재무제표를 작성해야 할 의무가 있다는 것으로부터 연결대상인 자회사에 대한 관리감독의무를 도출하기도 하였으나, 최근 유력설은 지배회사 또는 지주회사의 경제적 가치의 극대화라는 측면에서 접근한다. “지배회사에 있어서 종속회사의 주식은 중요한 자산이기 때문에, 그 자산을 다양하게 활용하여 지배회사의 이익을 극대화하는 것은, 기계설비나 부동산 등 다른 중요한 자산을 활용하여 이익을 극대화해야 하는 것과 마찬가지로이다. 따라서 지배회사 이사는 종속회사에 대한 영향력을 활용하여 회사의 자산으로서의 종속회사 주식의 가치를 높이고 보전해야 할 의무가 있다”는 것이다.⁹⁰⁾

일본에서 지배종속관계를 전제로 지배회사 이사의 의무와 책임을 논하는 것과 달리, 우리나라에서는 아직 일반적인 모자회사 관계 또는 지배종속 관계에서 모회사 또는 지배회사 이사의 의무를 논하는 견해를 찾기 어렵다. 다만 지주회사의 경우, 지주회사의 주된 사업이 “주식의 소유를 통해 자회사의 사업내용을 지배하는 것”(공정거래법 제2조 제1의2)임에 주목하여, 자회사의 사업활동을 적절하고 관리함으로써 지주회사가 소유하고 있는 자회사 주식의 가치를 최대화하는 것은 지주회사 이사의 가장 중요한 임무가 된다는 설명이 있다.⁹¹⁾ 위에서 살펴본 일본의 유력설과 같은 논리이다. 특히 공정거래법상 지주회사의 경우에는 구체적으로 당해 법률에 규정에 근거하여 이 논리를 전개할 수 있다는 점에서 이론적 장점이 있다. 아직 우리나라에서는 이 논리 이외에는 다른 근거가 제시되고 있지 않다.

(3) 해결되지 않은 문제들

지주회사가 보유하는 자산가치의 극대화라는 논거가 설득력이 있기는 하지만, 이것만 가지고 지주회사 이사의 책임을 인정하다 보면 다음과 같은 세 가지 의문이 생긴다. 아직 이 문제는 우리나라에서 본격적으로 논의되지 않는 것으로 보인다.

첫째, 지주회사 그룹이 아닌 지배종속관계 또는 모자회사관계에서도 같은 논리에 의하여 지배회사 또는 모회사 이사의 책임을 인정할 수 있는가? 지주회사의 경우 논리의 전개가 용이했던 것은 공정거래법에서 “자회사의 사업내용을 지배”한다는 명문의 규정이 있기 때문이다. 그러나 그런 명문의 규정이 없더라도 지배종속관계 또는 모자회사관계에서는 종속회사 또는 자회사의 주식이 지배회사 또는 모회사의 전체 자산에서 중요한 부분을 차지할 것이므로, 논리의 기본구조에는 차이가 없다고 보아야 한다. 따라서 현재의 논리를 일반적인 지배종속관계 또는 모자회사관계로 확대하는 것은 크게 어렵지 않아 보인다.

둘째, 반대 방향으로도 생각할 수 있다. 지배종속관계에 이르지 않는 지분투자자의 경우에는 어떠한가? 다른 회사를 지배하는 것은 아니더라도, 여전히 회사의 중요한 자산으로서 다른 회사의 주식을 보유하는 경우가 많다. 이 경우에도 회사의 이사는 (그 다른 회사의 주식을 포함한) 자산가치의 극대화 의무를 부담하므로 그 다른 회사에 대해서 관리감독 의무를 부담하는가? 회사의 모든 지분투자에서 이런 의무가 수반된다고 하는 것은 어딘가 어색하다. 아마도

90) 船津浩司, *그룹經營の義務と責任* (2010), 158면.

91) 노혁준, *전개논문* 각주 84, 347면.

이런 관리감독 의무는 다른 회사에 대하여 “지배”가 이루어질 경우로 한정되어야 한다는 것이 직관적인 생각일 것이다. 그렇다면 위 논리도 자회사 주식을 “소유”하고 있거나 자회사 주식이 지주회사의 중요한 “자산”이기 때문에 지주회사 이사의 의무가 인정되는 것이 아니라, 지주회사가 자회사를 “지배”하고 있기 때문에 인정된다고 하는 것이 타당하다. “지주회사가 가지고 있는 지배권을 행사할 때” 그 행사가 지주회사의 자산가치를 극대화하는 방향으로 이루어지도록 하는 의무를 부담한다는 것이다. 이렇게 정식화한다면, 지배권이 없는 상황에서는 이런 의무가 아예 문제되지 않을 것이다.

셋째, 지주회사 또는 지배회사의 이사가 행사할 수 있는 “지주회사 또는 지배회사의 지배권”은 무엇인가? 문제는 단순한 지분소유만 가지고는 회사의 일상적인 의사결정이나 업무집행에 관여하거나 감독할 권한이 발생하지 않는다는 것이다. 지주회사라 하더라도 자회사의 이사를 선임한 다음에는 따로 감독할 수 있는 상법상 권한이 없다. 위 논리에서는 지주회사의 주주권을 적극적으로 활용할 수도 있고, 자회사 이사의 선임·해임권을 배경으로 하여 사실상의 영향력을 행사할 수도 있다고 하지만,⁹²⁾ 주주권을 적극적으로 활용한다는 것은 너무 당연한 것이고, 사실상의 영향력이란 어디까지나 관행에 의존하는 것이어서 자회사의 독립경영이 강조되는 상황에서는 법적으로 활용할 수 없다는 문제가 있다. 따라서 “지주회사가 가지고 있는 지배권”이라는 개념을 법적으로 명확하게 하지 않는 한, 현재의 논의는 지배회사 이사가 “어떻게” 의무를 이행할 수 있는지를 설명함에 있어 상당한 한계를 가지는 것으로 생각된다.

3. 지배회사 이사의 책임

지배회사 이사의 종속회사에 대한 관리감독 의무가 인정된다면, 그 의무를 게을리 한 경우 지주회사에 대해서 손해배상책임을 지는 것은 당연하다(상법 제399조). 이 문제는 일반적인 이사의 의무와 책임의 구조와 동일하다. 지배회사 이사는 소극적으로 관리감독을 하지 않아서 책임을 지기도 하지만, 적극적으로 종속회사에 대해서 위법하거나 잘못된 지시를 함으로써 종속회사에 손해가 발생한 경우에도 역시 같은 책임을 진다고 보아야 한다.⁹³⁾ 그것이 지배회사의 권한 범위에 포함된다면 종속회사에 대한 관리감독의무 위반에 문제가 없을 것이지만, 그것이 사실상의 영향력에 불과하여 지배회사의 권한이 아니었고 종속회사로서도 그 지시를 따라야 할 의무가 없었다면 그 책임관계가 분명하지는 않다. 그러나 지배회사 이사의 관여가 단순한 조언에 그치는 것이 아닌 이상, 그 관여로 인하여 종속회사의 의사결정에 실질적으로 영향이 미쳤다면 그런 사실행위에 기초해서도 지배회사 이사의 지배회사 및 종속회사에 대한 책임이 인정되어야 할 것이다.

92) Id. 350면.

93) 지배회사에 대해서는 지배회사의 이사로서 제399조에 의한 책임을 지는 것이고, 종속회사에 대해서는 제401조의2 업무집행지시자의 요건을 충족하게 되면 종속회사의 이사에 준하여 종속회사에 책임을 질 것으로 생각된다. 두 책임의 관계에 대해서도 연구가 요청된다.

VII. 결어

이 글에서는 경영판단원칙, 책임제한, 업무집행관여자의 책임, 유지청구와 대표소송, 지배회사 이사의 책임 등을 세부주제로 하여 이사책임의 법리에 관한 국내의 논의동향을 살펴보았다. 연구의 목적상 이사의 회사에 대한 책임으로 검토사항을 국한하였다. 어떤 쟁점은 오랫동안 논의되어 왔고, 어떤 쟁점은 2011년 상법개정으로 인하여 불거진 것이기도 하지만, 주로 2010년 이후 상법학계 연구의 정리를 통하여 논의의 현황을 정리해보고자 하였다. 계수법으로서의 특성상 우리 상법만의 독특한 법리를 찾기는 어렵겠지만, 이런 쟁점들을 다른 국가와 비교해 보면 우리나라 법리의 특징을 추가적으로 발견할 수 있을 것이다.

이 글은 비교법적 연구의 목적상 제도적인 검토에 집중하였으나, 현실의 문제도 간과할 수 없을 것이다. 무엇보다 현실에서 이사에 대한 책임추궁이 아직 활발하게 이루어지고 있지 않다는 점에서, 이런 논의가 자칫 교과서에만 존재하는 탁상공론에 머물 우려가 있음을 지적하지 않을 수 없다. 이런 문제를 극복하기 위해서 장기적으로는 물론 이사에 대한 책임추궁이 지금보다 더 활발하게 이루어져야 하겠지만, 단기적으로는 현재 법원이나 검찰, 기업실무에서 다루어지고 있는 다양한 구체적인 사건들이 일반 기업실무나 학계에서 충분히 공유되는 것도 중요한 역할을 할 수 있다. 사실 얼마 되지 않는 법적 분쟁이라도, 그 책임의 내용이나 이유가 기업실무에 잘 알려져 있으면 큰 역할을 할 수 있다. 이사들이 자신들의 의사결정으로 인하여 향후 책임을 질 가능성이 있다는 점을 인식하는 것만으로도 현재와 같은 이사회 모습은 많이 달라질 것이다. 최근 한진해운에 대한 대한항공의 자금지원을 두고 이사회에서 며칠에 걸쳐 치열한 논쟁이 있었다고 하는 언론보도⁹⁴⁾가 이를 잘 보여준다. 물론 이 사건에서도 이사들의 우려는 여전히 배임죄의 형사책임을 질 수 있다는 것이었지만, 책임에 대한 인식이 높아진다는 점에서는 고무적이다. 점차 민사책임에 대한 인식도 비슷하게 높아질 것을 기대한다.

[참고문헌]

권기범, 현대회사법론 제5판 (2014)

김건식·노혁준·천경훈, 회사법 제2판 (2016)

김정호, 회사법 제4판 (2015)

김홍기, 상법강의 (2015)

이철송, 회사법강의 제21판 (2013)

임재연, 회사법 II 개정판 (2013)

장덕조, 회사법 제3판 (2017)

정동윤, 상법(상) 제6판 (2012)

정찬형, 상법강의(상) 제18판 (2015)

94) <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2016092120074029340>. 한진해운 지원을 논의하기 위해서 대한항공 이사회가 다섯 차례나 소집되었다. 배임 논란이 그 이유였다.

최기원, 상법학신론(상) 제20판 (2014)

최준선, 회사법 제10판 (2015)

홍복기, 회사법강의 제4판 (2016)

고영미, “상법상 이사의 책임 논의의 최근 동향”, 기업법연구 제29권 제3호 (2015)

고재종, “이사의 책임제한제도에 대한 재검토”, 기업법연구 제31권 제1호 (2017)

김미란, “주주대표소송상 주주의 화해에 관한 연구”, 홍익법학 제17권 제3호 (2016)

김순석, “결합기업의 회사법적 쟁점에 관한 검토”, 상사법연구 제32권 제1호 (2013)

김영주, “자회사의 경영관리에 관한 모회사 이사의 책임: 일본 최고재판소 2014. 1. 30. 판결의 검토”, 기업법연구 제28권 제4호 (2014)

김재범, “표현이사의 제3자에 대한 책임 : 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결”, 법학논총 제30집 제2호 (2010)

김정호, “이사의 책임제한”, 고려법학 제74호 (2014)

김지환, “주주대표소송에서의 이사의 책임: 대구고등법원 2012. 8. 22. 선고 2011나2372 판결”, 선진상사법률연구 제62호 (2013)

_____, “이사의 책임에 관한 주요 쟁점과 법적 과제”, 비교사법 제20권 제3호 (2013)

_____, “기업집단에 있어서의 회사 기관의 권한과 책임”, 금융법연구 제11권 제3호 (2014)

김현태·김학훈, “자회사에 대한 실효적 지배를 위한 법적 수단”, 지주회사와 법 (김건식·노혁준, 2005)

노혁준, “지주회사 관계에서 이사의 의무와 겸임이사”, 지주회사와 법 (김건식·노혁준, 2005)

_____, “합병비율의 불공정성과 소수주주 보호: 유기적 제도설계를 향하여”, 경영법률 제26권 제2호 (2016)

박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론 : 소제기관자에 관한 논의를 중심으로”, 홍익법학 제14권 제2호 (2013)

박효준, “이사의 책임제한에 관한 상법개정안 검토”, 상사판례연구 제20집 제3권 (2007)

서 정, “부실계열회사 지원에 대한 이사의 책임”, 상사법연구 제35권 제3호 (2016)

서성호·박미정, “모회사 이사의 자회사 경영감시의무 위반과 손해배상금·지연손해금의 법적 성질: 일본 福岡여시장 주주대표소송 사건의 검토를 중심으로”, 기업법연구 제29권 제1호 (2015)

서세원, “지주회사의 지휘권과 책임”, 기업법연구 제21권 제4호 (2007)

양동석·박승남, “2011년 개정상법상의 이사의 의무와 손해배상책임”, 기업법연구 제26권 제1호 (2012)

양만식, “이사의 임무대만책임의 법적 성질과 구조”, 기업법연구 제26권 제3호 (2012)

윤법렬·임재혁, “업무집행관여자의 책임: 판례법리의 분석 및 개념 차용에 대한 비판을 중심으로”, 기업법연구 제31권 제1호 (2017)

윤영신, “법령위반행위에 대한 이사의 손해배상책임”, 민사판례연구 제33(上)권 (2011)

이영철, “경영판단에 따른 이사의 법적 책임 여부에 대한 판단기준”, 경영법률 제25권 제4호

(2015)

정승화, “주주대표소송의 활성화를 위한 소고”, 상사판례연구 제26집 제2권 (2013)

정준우, “주주대표소송의 제소요건에 관한 쟁점의 비판적 검토”, 법과 정책연구 제16집 제1호

(2016)

조지현, “업무집행관여자의 책임에 관한 독일 주식법과 상법의 비교연구”, 금융법연구 제13권 제1호 (2016)

천경훈, “기업집단법제에 관한 연구: 기업집단 소속회사의 손익판단을 중심으로”, 기업법연구 제29권 제3호 (2015)

최문희, “개정 상법상 책임제한 조항의 해석론 및 바람직한 실무운용 방안: 책임제한의 결정주체 및 소송, 화해와의 관계를 중심으로”, 상사법연구 제31권 제2호 (2012)

_____, “합병, 주식교환, 주식이전 등 조직재편과 대표소송의 원고적격의 쟁점: 대법원 판례에 대한 비판적 고찰과 입법론적 제안”, 상사판례연구 제29집 제3권 (2016)

한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법연구 제27권 제4호 (2009)

_____, “경영판단행위의 형사규제: 경영판단원칙의 입법화 방안을 중심으로”, 상사법연구 제35권 제1호 (2016)

황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호 (2013)

船津浩司, グループ經營の義務と責任 (2010)

江頭憲治郎, 株式會社法 제5판 (2014)

塚本英巨, “平成26年改正會社法と親會社取締役の子會社監督責任”, 商事法務 제2054호 (2015)

1 일차

제 2 세션

미국 델라웨어주 판례법상 합병과 관련한
이사책임 법리의 최근 동향
- *Corwin* 판례를 중심으로 -

발 표 자 : 윤승영 교수(한국외대)

사 회 자 : 김건식 교수(서울대)

토론자1 : 권재열 교수(경희대)

토론자2 : 최문희 교수(강원대)

미국 델라웨어주 판례법상 합병과 관련한 이사책임 법리의 최근 동향 - Corwin 판례를 중심으로 -

윤승영(한국외국어대학교 법학전문대학원 조교수)

I. 서언

일반적으로 M&A¹⁾ 상황에서 델라웨어 주에 등록된 회사들의 주주들이 피고인 이사들의 선관주의의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서는 반드시 이사들의 중과실을 입증해야만 한다. 그러나 대부분의 공개기업 이사들은 개인적인 책임을 면제 또는 제한하는 주회사법 §102(b)(7)²⁾의 혜택을 받고 있다. 물론 주회사법 §102(b)(7)은 이사의 충실의무 위반이나 선의가 아닌 의도적인 부정행위 또는 고의적인 법률위반 등의 경우에는 이사의 책임을 면제하거나 제한하지 않으나, 원고인 주주들이 이사들의 악의나 의도적인 부정행위들을 입증하기는 매우 어려운 것이 현실이다.

따라서 최근에는 원고측의 변호사들이 그들의 고객들을 위한 잠재적인 손해배상 청구의 대상을 sell-side의 재무자문사들(financial advisor)로 방향을 전환하였다.³⁾ 이미 많이 알려진 판례인 2014년의 *Rural Metro* 판결⁴⁾에서 델라웨어 주형평법원은 재무자문사가 *Rural Metro*의 주주들에게 7580만 달러를 배상하라고 판결하였다. 배상의 근거는 *Rural Metro*를 사모투자회사에 매각하는 과정에서 재무자문사가 *Rural Metro*의 이사들이 그들의 선관주의의무를 위반하는 것을 방조(aiding and abetting)했다는 이유였다. 재판부는 이사들과는 달리 재무자문사들은 델라웨어 주회사법 §102(b)(7)의 보호를 받지 않는다고 판시하였다. 따라서 원고들이 우선적으로 해당 기업의 이사들이 신인의무를 위반한 사실과 다음으로 재무자문사들이 그러한 위반을 방조했다는 사실을 입증하면, 재무자문사들은 엄청난 손해배상을 부담하게 되는 것이다.⁵⁾

2015년 10월 2일, *Corwin v. KKR Financial Holdings LLC*⁶⁾ (이하 ‘*Corwin*’ 판결) 판결에서 델라웨어 주대법원은 재무자문사들이 이러한 방조행위의 책임추궁에 대응할 수 있는 잠재적인

1) M&A는 사용하는 맥락에 따라서 기업인수, 기업매수, 기업인수합병 등으로 다양하게 번역될 수 있는데, 이 글에서는 일반적으로 ‘합병’이라는 용어를 사용하도록 하겠다.

2) 회사 또는 그 주주에 대하여 이사로서 부담하는 신인의무 위반으로 인한 금전적인 손해에 대하여 이사의 개인적인 책임을 면제 또는 제한하는 규정. 권재열, 『미국 회사법 - 델라웨어주』, 법무부 (2014) 17면.

3) Robert S. Reder, “Delaware Supreme Court Clarifies “Cleansing Effect” of Fully-Informed Stockholder Vote”, *Vand. L. Rev. En Banc* Vol. 69, 219, 220 (2016).

4) *In re Rural Metro Corp. Stockholders Litig.*, 88 A.3d 54 (Del. Ch. 2014).

5) Robert S. Reder, 전제 논문 220면.

6) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, 125 A. 3d 304 (Del. 2015).

우회로를 제공하였다. “*이해관계 없는 주주들이 충분한 정보를 바탕으로 강요 없이 승인한 합병에 대한 심사기준은 경영판단의 원칙이다*”라는 판시를 통해서 델라웨어 주대법원은 이사들의 선관주의의무 위반에 대한 사후구제방법을 제공하였다. 당연히 합병거래에서 이사들에게 자문을 제공하였던 재무자문사들도 방조행위와 관련한 책임이 자연스럽게 절연되며 반사이익을 얻게 되었다. 이후 *Corwin* 판결은 ‘*Corwin* 효과 (*Corwin Effect*)’ 또는 ‘치유효과 (*Cleansing Effect*)’로 인용되어 다수의 주형평법원 판례에 적용되고 큰 영향을 끼치며 하나의 법리로서 형성이 되었다.

II장에서는 *Corwin* 판결의 구체적인 내용을 살펴본 후, III장에서 *Corwin* 판례를 인용한 후속 판례를 통해서 *Corwin* 판결의 진화를 고찰해 보도록 하겠다. IV장에서는 이사의 충실의무와 관련하여 *Corwin* 원칙을 적용한 판례들을 살펴보고, V장에서는 *Corwin* 판결의 향후 영향력과 시사점을 검토해 보겠다. VI장에서는 *Corwin* 판결에 의해서 형성된 새로운 법리가 우리나라에 주는 시사점에 대해서 간략히 고찰해 보고자 한다.

II. *Corwin vs. KKR Financial Holdings* 판례

1. 델라웨어 주형평법원의 판결

이 사건은 KKR & Co. L.P. (이하“KKR”)이 KKR Financial Holdings LLC (이하 “KKR Holdings”)를 stock-for-stock 거래로 26억 달러에 인수한 것과 관련한 사안이다. 이 합병거래에서 합병비율은 KKR 0.51주 대 KKR Holdings 1주이고, 추가로 35%의 경영권 프리미엄을 주기로 합의하였다. 2013년 10월에 KKR이 합병 제안을 한 즉시, KKR Holdings는 KKR과의 합병 협상을 위해서 전문가의 조력을 받는 특별위위원회를 구성하였다. 이 특별위원회는 KKR과의 협상 과정을 통해서 당초에 KKR측이 제시한 합병가액보다 유리한 조건인 35%의 경영권 프리미엄을 받아낼 수 있었다. KKR은 2004년도에 KKR Holding와 맺은 경영합의에 따라서 임·직원 및 경영전반에 관하여 위탁 경영을 하고 있었다. KKR이 KKR Holdings의 경영전반에 대한 실질적인 권한을 행사하고 있음에도 불구하고, KKR Holdings의 의결권 있는 주식의 1% 미만을 보유하고 있었기 때문에 이사를 선임할 권리와 이사회 경영에 개입할 권한은 없었다.

원고들은 KKR이 위탁 경영계약으로 인해 KKR Holdings에 대하여 실질적으로 지배주주의 영향력을 행사하고 있었기 때문에 ‘entire fairness test’ (이하 완전한 공정성 심사)에 의하여 위의 합병거래가 심사되어야 한다고 주장하였다. 그러나 Delaware 주형평법원은 위 주장에 동의

7) 경영판단의 원칙에 대한 자세한 논의는 최완진, 『기업지배구조법』 지식출판원 (2016) 134면 이하; 권재열, 『회사법의 경제학』, 마인드맵 (2017) 237면 이하 참조.

하지 않았다.⁸⁾ 재판부는 ‘KKR이 계열사를 통하여 KKR Holdings의 일상적인 경영에 관여한 부분’은 인정하였지만, 이러한 상황만으로 델라웨어 주회사법에서 요구하는 핵심적인 사항인 ‘KKR의 KKR Holding 이사회에 대한 지배여부’를 단정 짓기는 어렵다고 판단하였다. 재판부는 경영이나 전략적인 판단을 제한할 수 있는 계약 관계가 있다고 해서 반드시 KKR에게 경영권을 넘겼다고 볼 수는 없다는 결론을 내렸다. 그 주요 논거는 합병에 대한 궁극적인 결정을 한 기관이 KKR이 아니라 바로 KKR Holdings의 이사회였다는 부분이다.

또한 원고들은 KKR Holdings 이사 중 한명이 과거 KKR과 사업상의 관계가 있었기 때문에 특정 이사의 독립성뿐만 아니라 다른 이사들의 독립성도 훼손될 수 있다는 주장을 하였으나, 재판부는 이 주장에도 동의하지 않았다. 마지막으로 1심 재판부는 ‘충분한 정보에 기한 주주들의 투표’(fully-informed stockholder vote)에 의해서 승인된 지배주주가 아닌 상대방과의 합병 계약에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용되어야 함을 분명히 하였다. 따라서 이해관계가 있거나 독립적이지 않은 과반의 이사회에 의해서 승인된 거래라고 하더라도, 이러한 합병계약은 회사의 자산이 훼손(waste)된 경우를 제외하고는 모든 공격으로부터 보호받을 수 있다고 판시하였다.

2. 델라웨어 주대법원의 판결

2.1 KKR이 지배주주에 해당하는 지에 대한 쟁점

대법원에서도 원고는 KKR이 KKR Holdings의 지배주주이기 때문에 해당 합병거래는 반드시 완전한 공정성 심사를 받아야 한다고 주장하였다. 원고는 첫째, KKR Holdings의 주된 사업이 KKR의 LBO에 대한 금융거래이고, 둘째 단순히 KKR 직원들이 파견된 수준이 아니라 KKR Holdings가 KKR 자회사로부터 반드시 계약해지 수수료를 지불해야만 종료되는 위탁경영계약을 하고 있다는 점을 그 이유로 제시하였다. 피고는 소의 기각을 주장하며 KKR이 KKR Holdings의 지배주주라는 주장의 적절한 논거를 제시하지 못했다는 1심 재판부의 판단은 매우 합리적이라는 점을 강조하였다. 무엇보다도 1심 재판부가 판결문에서 언급한 바와 같이 KKR은 KKR Holdings의 1% 미만을 소유하고 있었다는 점, 이사들을 선임할 권리가 없다는 점, 그리고 이사회의 결정에 거부권을 행사할 권한이 없다는 점을 역설하였다. 물론 원고가 언급한 예외적인 상황도 있었지만, KKR Holdings는 이사회가 독립적으로 운용하는 자산이 존재하고, 이사회의 결정에 의해 실질적인 경영이 이루어지고 있었다는 점을 내세우며 원고 측의 주장에 반론을 제기하였다.

대법원은 1심 재판부의 의견에 동의하며 “*강력한 의결권과 실제로 과반의 주식을 보유하지 않고도 이사회를 효율적으로 통제할 수 있는 실질적인 경영권의 조합*”(a combination of potent

8) *In re KKR Fin. Holdings LLC S'holder Litig.*, 101 A.3d 980 (Del. Ch. 2014).

voting power and management control such that the stockholder could be deemed to have effective control of the board without actually owning a majority of stock)을 확보하지 않은 소수주주는 지배주주로 간주할 수 없다고 실시하였다. 대법원은 이 부분에 대한 설명이 자세히 언급된 1심 재판부의 판결문을 인용하며,⁹⁾ KKR을 지배주주로 보아야 한다는 원고 측의 주장을 배척하였다.

2.2 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보와 강압적이지 않은 상황에서 승인한 합병거래의 심사기준

원고들은 설령 KKR이 지배주주가 아니라는 1심 재판부의 판단이 옳았다 하더라도, 피고 이사들에게 Revlon 원칙¹⁰⁾이 적용되지 않은 점은 분명한 오류라고 지적하였다.¹¹⁾ 그러나 재판부는 KKR Holdings의 정관에 면책조항이 있으며, 해당 합병은 독립적인 이사회와 충분한 정보를 바탕으로 강압적이지 않은 상황에서 이해관계 없는 주주들이 승인한 결정이었다는 부분을 원고들이 간관한 것이라고 설명하였다.¹²⁾ 이어서 이 사안에서의 중요한 쟁점은 Revlon 원칙이 적용되느냐의 여부가 아니라 ‘충분한 정보를 바탕으로 강압적이지 않은 상황에서 주주들이 승인한 결정의 효력’이라는 점을 강조하였다. Strine 대법관은 델라웨어 주의 판례들이¹³⁾ 일관적으로 충분한 정보를 바탕으로 강압적이지 않은 상황에서 이해관계 없는 주주들의 승인한 합병거래에 대해서는 완전한 공정성 기준에 의해서 심사하지 않음을 분명히 하였다.¹⁴⁾

원고들은 Gantler 판결¹⁵⁾을 인용하며 주주승인이 ‘추인효과’(ratifying effect)가 없음을 주장하였다. 이에 대하여 Strine 대법관은 1심 재판부의 견해에 동의를 표하며, Gantler 판결을 인용한 이전의 선례들은 특정한 법률용어인 ‘인준’(ratification)의 정의에 초점을 맞춘 매우 제한적인 쟁점이라고 판시하였다.¹⁶⁾ 즉, 완전한 공정성 심사를 필요하지 않는 ‘충분한 정보를 바탕

9) *In re KKR Fin. Holdings*, at 994.

10) *Revlon v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986)에 의하면 M&A의 어느 단계에 이르게 되면 회사의 이사회는 경영권 방어나 특정 파트너와의 거래를 단념하고 주주들의 이익을 극대화하기 위해 회사를 경매에 붙이듯이 최고의 가격으로 매각할 의무를 진다. 이러한 원칙은 적대적 M&A 사건과 우호적 M&A 사건에 동일하게 적용된다. 대등한 규모의 기업 간에 이루어지는 우호적인 합병을 포함하여, 모든 종류의 우호적인 기업거래에도 Revlon 원칙상의 가중된 의무가 언제나 예외 없이 이사들에게 적용되는지의 여부는 여전히 현재 진행형의 어려운 문제이다. 다만 이 글에서는 Revlon 원칙상의 가중된 심사 기준 (enhanced level of scrutiny)은 이사회가 주주이익의 극대화를 위하여 행동하였는지 여부에 대한 ‘높은 기준의 이사의 의무’를 의미하는 것임을 밝혀 두겠다. 김화진, 『기업지배구조와 기업금융』 박영사 (2012), 744면.

11) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, at 308.

12) *Id.* at 308

13) *In re Wheelabrator Techs., Inc. S'holders Litig.*, 663 A.2d 1194, 1200 (Del. Ch. 1995); *Harbor Fin. Partners v. Huizenga*, 751 A.2d 879, 890 (Del. Ch. 1999).

14) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, at 309.

15) 델라웨어 주 대법원은 Gantler 판결에서 추인 원칙(doctrine of ratification)은 오직 주주들의 승인을 필요로 하지 않는 경우에, 주주들이 명확히 승인을 한 전형적인 형태(classic form)에만 매우 제한적으로 적용되어야 한다고 판시하였다. *Gantler v. Stephens* 965 A.2d 695 (Del. 2009).

16) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, at 311.

으로 강용되지 않은 상황에서 주주들의 승인'에 대해서 어떠한 심사가 필요한지가 주요 쟁점인 사안에 대한 선례로 적합하지 않다는 것이다. 따라서 주주들의 승인이 회사법에서 요구되는 사항인 경우에도 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보를 근거로 강압적이지 않은 상황에서 판단을 했다면, 해당 합병거래는 완전한 공정성 심사가 아닌 경영판단의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

또한 원고들은 설령 대법원이 원고들이 주장하는 완전한 공정성 심사기준에 동의하지 않더라도, 자신들이 여전히 Unocal과 Revlon 원칙을 근거로 피고 이사들의 신인의무 위반에 대하여 책임을 제기할 수 있다고 주장하였다.¹⁷⁾ Strine 대법관은 다음 세 가지 이유를 근거로 원고들의 주장을 배척하였다. 첫째, Unocal과 Revlon 원칙은 중요한 M&A 계약이 성사되는 과정에서 계약이 완료되기 전에 주주들이 사용할 수 있는 '가처분적 구제'(injunctive relief)를 보장하기 위한 제도인 것을 분명히 하였다.¹⁸⁾ 따라서 M&A가 완료된 후에 손해배상을 구하는 소에서 원고들이 사용할 수 있는 무기라고 보기는 어렵다는 것이다.¹⁹⁾ 둘째, 그리고 가장 중요한 원인은 중요 정보가 주주들에게 제대로 공시되었는지 여부이다. 만약 주주들의 승인과정에 영향을 미칠 수 있는 이사들의 행위와 관련된 정보가 제대로 공시되지 않았다면 경영판단의 원칙이 적용되기는 힘들 것이라고 판시하였다. 이 판시를 하면서 Strine 대법관은 델라웨어 주의 여러 선례들을²⁰⁾ 인용하였다. 인용된 판례들의 공통적인 판시내용은 '이사회가 중요한 정보를 제대로 주주들에게 제공하지 않는다면, 주주들의 찬성은 추후승인의 효과를 줄 수 없다' 정도로 요약할 수 있겠다. Strine 대법관은 바로 이 부분이 선례와 해당 사안이 다르다는 점을 강조하였다. 즉, 이 사안에서는 KKR Holdings 이사들의 이해관계, KKR의 이해관계 및 합병협상 과정 등이 충분히 공개되었다는 것이다.²¹⁾ 셋째, Strine 대법관은 델라웨어 주 회사법리의 일관된 입장은 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보와 자유 의지에 따라서 그들 스스로의 경제적 이익을 위한 결정에 대해서 불명확한 판단과 사법적인 추측을 지양한다는 것을 분명히 하였다.²²⁾ 바로 이 부분이 경영판단원칙의 핵심적인 논거와 연결되는 부분이라고 설명하였다.²³⁾

3. Corwin 판결의 의의

앞서 살펴본 바와 같이, Corwin 판결에서 델라웨어 주대법원은 오랜 기간 판례에서 인정되어온 주주승인 원칙을 적용하였다. 그러나 비단 주주승인의 원칙뿐만 아니라 다른 다양한 요인이 Corwin 판결의 결론에 영향을 미쳤다. 첫째, 지난 수십 년간 급증했던 악의적인 주주관련 소송을 줄이기 위한 사법부의 결단이었다. 광범위하게 퍼진 M&A와 관련한 소송은 M&A

17) *Id.* at 312.

18) *Id.*

19) *Id.*

20) *Williams v. Geier*, 671 A.2d 1368, 1380-83 (Del. 1996); *In re Rural Metro Corp.*, 88 A.3d 54, 84 n.10 (Del. Ch. 2014).

21) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, at 312.

22) *Id.* at 313.

23) *Id.* at 314.

당사자들, 주주, 그리고 법원의 비용을 증가시켰다. 최근 델라웨어 주법원은 큰 의미가 없는 남소를 방지하기 위한 여러 조치들을 시행중이다.²⁴⁾ *Corwin* 판결로 인해서 앞으로 원고들이 합병 완료 후 손해배상청구 소송을 제기하는 것이 어렵게 될 가능성이 높아졌다. 피고들이 주주들의 승인을 근거로 서면답변 단계에서 원고들의 소를 기각해 줄 것을 요청할 것이기 때문이다.

둘째, 델라웨어 주법원은 공시를 통해서 주주들의 승인 결정을 할 때에 기업들이 보다 투명한 정보를 제공할 것을 요구할 것이다. 상장회사들에게 적용되는 연방증권거래규정 이외에 델라웨어 주회사법에서도 주주들이 합병승인 결정을 할 경우에 관련한 모든 중요 정보를 주주들에게 공개할 것을 요구할 것이다. *Corwin* 판결은 기업들이 충분한 공시를 이행하는 데 매우 강력한 유인을 제공하게 되었다.

셋째, 델라웨어 주대법원은 현대 자본시장에서 상장기업 주주구성의 현실을 직시하고 있는 것으로 판단된다. 근래 대다수의 미국 상장기업은 고도의 복잡하고 기술적인 계약이 자신들의 투자결과에 미칠 수 있는 영향을 스스로 평가할 수 있는 전문적인 기관투자자들이 주요 주주들이다. 따라서 상장기업의 주주들이 다양한 소액주주들로 구성되었던 30-40년 전과 비교했을 때 기업구조재편 과정에서 주주권 보호를 위한 사법심사의 필요성은 크게 반감되었다고 볼 수 있다. *Corwin* 판결에서도 델라웨어 주대법원은 아래와 같이 이러한 변화의 흐름을 지적하였다.

“이해관계당사자들인 주주들이 계약에 대해서 반대표를 행사하여 그들 스스로를 보호할 수 있는 경우까지도 사법심사제도를 활용하는 것은 소송에 따른 비용을 증가시키고 기업들의 모험정신을 억제하는 부작용이 주주들에게 가져다 줄 이익보다 오히려 클 수도 있다. 바로 이 부분이 법원이 경영자들보다 합리적인 판단을 내리기 어렵다는 의미에서 도출된 경영판단원칙의 핵심적인 논증과 맥이 닿아있는 지점이라고 볼 수 있겠다. 다시 말해서 보다 많은 정보에 기해서 공정한 결정을 한 이사들의 판단과 실제적인 경제적 이해관계가 있는 독립적인 주주들이 충분한 정보를 근거를 바탕으로 결정한 사안에 대해서 사후에 비판하는 것은 아무런 도움이 되지 않는다고 할 것이다.”²⁵⁾

다시 말해서, 기관투자자들은 합병계약을 스스로 검토할 능력과 유인이 있다는 것이다.

24) See *In re Trulia, Inc. S'holder Litig.*, CA 10020-CB (Del. Ch. Jan. 22, 2016) (이 판결에서 델라웨어 주형평법원은 오직 개시를 위한 소를 기각하였다).

25) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, at 313-314.

III. 델라웨어 주법원에서의 *Corwin* 원칙의 적용

1. *Corwin* 효과의 재확인: *In re Zale Corp. Stockholders Litigation*

Corwin 판결의 치유효과(cleansing effect)는 후속 판례인 *In re Zale Corp. Stockholders Litigation*(이하 *Zale I* 판결)²⁶에서 처음으로 그 영향력을 확인하였다. 델라웨어 주대법원에서 *Corwin* 판결이 확정되기 전에 Parsons 판사는 *Zale I* 판결에서, sell-side 재무자문사에 대한 방조책임 소송의 기각에 동의하지 않았다. 그러나 *Corwin* 판결 직후, *Zale II*²⁷ 판결에서 Parsons 판사는 *Zale I*에서 본인이 내린 판결을 뒤집고 새로운 판단을 내렸다. 두 번째 판결에서 Parsons 판사는 *Corwin* 판결의 결론을 존중하여 *Zale II* 판결에서 원고들이 대상회사 이사들의 선관주의의무 위반을 입증하지 못하였다는 새로운 결론을 내렸다. 따라서 sell-side 재무자문사들에 대한 방조책임에 대한 소도 기각하였다.

1.1 사실관계

이는 *Zale* 회사 주주들이 2014년 Signet Jewelers 사가 *Zale* 사를 주당 21달러에 합병한 것과 관련한 사안이다. Signet이 공식적인 합병 제안을 한 이후에, *Zale*의 이사회는 Merrill Lynch(이하 '메릴린치')를 재정자문사로 선임하였다. 메릴린치는 자문계약을 위한 설명과정에서 Signet과 과거 매우 제한적인 관계만 있었으며 이해상충의 우려는 없음을 밝히고, 이를 근거로 자문계약을 체결하게 되었다.²⁸

하지만 이런 설명에도 불구하고, 사실 메릴린치는 Signet과 잠재적인 이해상충의 우려를 가지고 있었다. *Zale*에 선임되기 이전에 메릴린치는 Signet에게 주당 17 달러에서 21 달러 사이의 가격으로 *Zale*을 인수할 것을 Signet에게 제안을 하였다.²⁹ 메릴린치의 이사인 Jeffery Rose는 Signet에게 합병 제안서를 제출하는 프로젝트와 *Zale*에게 합병 과정에서의 재정자문을 하는 두 업무 모두에서 책임 있는 위치에서 업무를 주관하였다. 메릴린치는 합병계약이 완료된 한 달 후인 2014년 3월 23일까지 Signet에게 *Zale*과의 합병을 제안하였다는 사실을 공개하지 않았다. 여기서 문제가 되는 부분은 애초 Signet에게 *Zale*과의 합병을 제안한 자료들이 본 합병거래를 위한 주주총회 안건을 준비하는 과정에서 동일하게 사용되었다는 점이다.

*Zale*의 주주들이 이러한 이유를 근거로 델라웨어 주형평법원에 합병거래의 중지를 요구하는

26) *In re Zale Corp. Stockholders Litig.*, No. CV 9388-VCP, 2015 WL 5853693 (Del. Ch. Oct. 1, 2015) (hereinafter "*Zale I*").

27) *In re Zale Corp. Stockholders Litig.*, No. CV 9388-VCP, 2015 WL 6551418 (Del. Ch. Oct. 29, 2015) (hereinafter "*Zale II*").

28) *Zale I*, at 3.

29) *Id.*

가처분을 제기하였다. 그러나 주형평법원은 주주들의 가처분 요구를 기각하였고, *Zale*의 53.1% 주주들이 2014년 5월에 합병에 찬성하는 결의를 함에 따라서 *Signet*은 *Zale*의 합병은 최종적으로 마무리되었다. 그 이후 원고들은 소를 변경하여 메릴린치가 피고 이사들의 신인의 무위반을 방조하였음을 주장하며 손해배상을 청구하였다.³⁰⁾ 특히, 원고들은 메릴린치가 *Zale*의 비공개정보에 접근할 수 있을 때 *Zale*과 관련한 실제적인 분석가를 *Signet*에게 제안하는 행위를 함으로써 합병단계에서 주주들의 이익을 최대화시킬 수 있는 이사회를 무력화시켰다고 주장하였다.³¹⁾

1.2 주형평법원의 판단

1.2.1 *Zale I*의 기준: Revlon 원칙상의 강화된 심사

Revlon 원칙의 강화된 정밀 조사(enhanced scrutiny)를 근거로 *Zale* 이사들의 행동을 판단할 결과, *Parsons* 판사는 피고 이사들이 충분한 정보를 근거로 행동하지 않았음을 합리적으로 인지할 수 있다고 판시하였다.³²⁾ *Parsons* 판사는 “채무자문사를 선임할 때 이사들이 이해상충 여부를 충분히 검토해야 하는 데 그렇게 하지 못한 것이 바로 신인의무 위반이다”라고 설명하였다.³³⁾ 첫 판결인 *Zale I*에서는 과반수 이상의 주주들이 합병을 결정한 것은 큰 도움이 되지 못하였다. *Parsons* 판사는 “합병 교부금의 대가가 대상회사의 주주들에게 현금으로 지급된 경우에는 비록 그 합병이 충분한 정보와 이해관계 없는 주주들의 과반수 이상에게 승인을 받았을 지라도, *Revlon*의 강화된 정밀조사 기준이 적용되어야 한다”고 설명하였다. 이와 더불어 *Parsons* 판사는 메릴린치의 방조행위 책임도 인정하였다. 그는 판결문에서 “메릴린치는 의도적으로 거래에 참여하여 이사들의 선관주의의무 위반을 방조하였다”고 실시하였다.³⁴⁾ 또한 *Rural Metro* 선례에 의하여도 메릴린치가 주회사법 §102(b)(7)의 보호를 받을 수 없음을 재확인하였다.

1.2.2 *Zale II*: 경영판단의 원칙

델라웨어 주형평법원에서 *Parsons* 판사가 *Zale I* 결정을 내린 바로 다음 날, 델라웨어 주대법원에서 *Corwin* 판결이 확정되었다. 이에 메릴린치는 대법원 판결을 근거로 1심에 대한 재심을 청구하였고, *Parsons* 판사는 이를 인용하였다.³⁵⁾ *Zale I* 판결에서 *Parsons* 판사는 *Zale* 주주들의 합병결정에서 충분한 정보가 제공되었는지 여부는 크게 중요한 사안은 아니라고 판시하

30) *Id.* at 7.

31) *Id.*

32) *Id.* at 19.

33) *Id.*

34) *Id.* at 22.

35) “나는 *Zale* 사례에서 이해관계 없는 과반수 주주들이 충분한 정보를 기반으로 승인한 치유효과(cleansing effect)에 관하여 법리적 오해를 하였다. 이러한 법리적인 오해는 중요하고도 결과에 영향을 미쳤다는 점을 부인할 수 없다. 왜냐하면, 피고인 이사들이 신인의무를 위반하였는지 여부를 검토하면서 경영판단의 원칙이 아닌 *Revlon* 원칙을 적용한 잘못을 하였기 때문이다.” *Zale II*, at 2.

였다.³⁶⁾ 그러나 Corwin 판결의 결론에 따르면 *Zale II* 판결에서 *Zale* 이사회에 행위를 판단하기 위하여 적용할 적절한 기준은 *Revlon* 원칙상의 강화된 정밀조사 기준이 아니라 경영판단의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

Corwin 판결에 의하여 변경된 심사기준은 동일 사안에 대한 Parsons 판사의 결론도 완전히 변화시켰다. 우선 메릴린치가 *Zale*을 자문함에 있어서 이해상충의 문제가 없다는 주장을 아무런 검증 없이 신뢰한 *Zale* 이사회가 신인의무를 위반하였다는 결론에는 변함이 없었다.³⁷⁾ 그러나 이 사안에서 중요 쟁점은 더 이상 이사회가 합리적으로 행동하였는지 여부가 아니라, 오히려 경영판단의 원칙상 이사회가 신인의무위반에 대한 책임을 묻기 위해서는 이사회에 중과실이 있어야 한다는 점을 명확히 하였다.³⁸⁾ Parsons 판사는 *Zale*의 이사회가 무모할 정도로 무관심하게 행동을 하였거나, 과도하게 재량권을 남용하지 않았다고 판단하였다.³⁹⁾ 이렇게 새로운 관점에서 Parsons 판사는 “*Zale*의 이사회가 메릴린치를 선임하는 과정에 중과실에 이르는 행위를 하였기 때문에 그들은 신인의무를 위반하였다”라고 판단할 수 있는 합리적인 근거를 찾을 수 없었다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 따라서 이사회가 신인의무위반에 대한 메릴린치의 방조행위 근거는 사라졌고, 메릴린치의 소 기각 요청은 승인되었다.

1.3 주대법원의 판단

2016년 5월 24일 델라웨어 주대법원은 (i) *Zale* 이사회에 행위를 판단하는 기준에 경영판단의 원칙을 적용하여야 하고, (ii) 메릴린치에 대한 방조행위의 소를 기각해야 한다는 Parsons 판사의 결론에 동의하였다.⁴¹⁾ 두 문단의 간결한 판결문에서 Strine 대법관은 충분한 정보를 근거로 강요받지 않은 주주 승인의 치유효과에 대해 보다 명확한 입장을 보여주었다.

앞서 설명한 바와 같이, 주형평법원에서는 우선적으로 이사회가 신인의무위반을 심사하기 위한 적절한 기준이 경영판단의 원칙임을 결정한 이후, 이사회에 행위에 중과실 여부가 있는지를 판단하였다. 그러나 대법원은 “주주승인이나 면책조항이 부재한 경우에도 독립적인 이사회가 신인의무위반에 대한 손해배상의 기준은 설령 경영권 변동에 대한 계약이라 할지라도 중과실이 분명하다”라고 설명하며 주형평법원의 논증방향에는 동의하지 않았다.⁴²⁾ 다시 말해서, 충분한 정보와 강압적이지 않은 상황에서 이해관계 없는 주주들이 합병계약을 승인한 이후에는 이사회가 중과실을 범했는지 여부는 승인결정의 심사기준을 변경하는 데 아무런 영향을 미치지 못한다는 것이다.⁴³⁾ 더 나아가 Strine 판사는 “주주들의 승인으로 경영판단의 원칙

36) *Zale I*, at 10.

37) *Zale II*, at 2.

38) *Id.* at 3.

39) *Id.* at 4.

40) *Id.* at 4.

41) *Singh v. Attenborough*, 137 A.3d 151 (Del. 2016)

42) *Id.*

43) *Id.*

이 발효되었을 때, 기각은 당연한 귀결이었다”고 분명한 입장을 밝혔다.⁴⁴⁾

2. 경영판단원칙의 적용범위: Volcano 주주대표소송

위에서 살펴본 *Corwin* 사례와 *Zale* 사례는 델라웨어 주회사법 §251(c)에 따른 1단계 합병이었다. 1단계 합병은 대상회사 이사들의 의결에 의하여 대상회사 주주들의 합병승인을 하는 절차를 따른다.⁴⁵⁾ 반면에, 인수회사가 대상회사의 지배주식을 공개매수 등에 의하여 취득한 후 대상회사를 인수회사에 합병시키는 형태의 2단계 합병에 있어서는, 대상회사의 이사들의 부가적인 행위나 나머지 주주들의 승인이 필요 없다.⁴⁶⁾ 그렇다면, 1단계 합병에서의 “치유효과”가 과연 2단계 합병에서도 여전히 유효한가? 델라웨어 주법원은 *Volcano* 주주대표소송에서 이 질문에 대한 답변을 명확히 해주었다.

2.1 사실관계⁴⁷⁾

*Volcano*는 관상동맥과 말초혈관 촬영 및 영상관련 세계적인 선도 기업이다. 2012년 외부자금을 조달하기 위해서 Goldman, Sachs & Co(이하 골드만삭스)와 J.P. Morgan Securities LLC(이하 JP 모간)를 주간사로 선임하여 전환사채를 발행하였다. 전환권 행사 후에 발생할 수 있는 주식의 희석화를 상쇄하기 위하여 주간사와 헤지 계약 협상에 들어갔다. 이 계약은 향후 *Volcano*의 매각과 관련하여 주간사에게 지급할 잠재적인 지불금과 함께 청산되는 것으로 하였다.

2년 후에 *Volcano* 이사회는 회사의 매각을 결정했고, 매각 대상을 물색하기 위하여 골드만삭스를 고용하였다. 골드만삭스는 *Volcano*를 대신하여 5군데의 잠재적인 전략적 인수자와 접촉하였지만 아무도 공식적인 제안을 하지 않았다. 그 후 얼마 지나지 않아 거대 네덜란드 기술 회사인 Koninklijke Philips, N.V. (이하 “Philips”)의 미국 소재 자회사가 합병을 위한 실사를 하는 8주 동안 독점적인 협상권을 갖는 조건으로 *Volcano*를 주당 24 달러에 인수하겠다는 구속력 없는 의사표시를 전달하였다. 당시 *Volcano*의 주가는 16.18 달러에 거래되고 있었다.

오랜 기간의 협상이 진행되는 동안 *Volcano*의 주가는 12.56 달러까지 하락하였고, 결국 Philips와 *Volcano*는 주당 18 달러에 바이아웃(buy-out)방식의 매각에 동의하였다. Philips의 인수는 델라웨어 주회사법 §251(h)에 의한 2단계 합병방식으로 설계되었다. 1단계의 공개매수에서 *Volcano*의 95%에 가까운 주주들이 응하였다. 2단계 합병은 공개매수의 마감과 동시에 완료되었다. 그 결과 이전에 체결된 헤지 약정이 자동 종료되어 골드만삭스에게 2460만 달러가 지급되었고, 이는 1700만 달러의 자문료와는 별도로 지급된 금액이다.

44) *Id.* at 152.

45) DEL. CODE ANN. tit. 8, § 251(c) (2016).

46) DEL. CODE ANN. tit. 8, § 251(h) (2016).

47) *In re Volcano Corp. Stockholder Litigation*, 143 A.3d 727 (Del. Ch. 2016).

합병이 완료된 후에 다수의 Volcano 주주들은 당초 Philips가 제시한 주당 24 달러가 아닌 주당 18 달러에 매각을 한 사실이 부당하다는 주장을 하며, 델라웨어 주형평법원에 Volcano 이사와 골드만삭스를 상대로 손해배상을 청구하였다. 원고들은 이사가들 “(i) 충분한 정보를 숙지하지 않은 상태로 합병을 승인하였고, (ii) 이사회 멤버들이 합병 결과로 얻게 될 특정 이익-예를 들어 CEO의 자문계약, 이사회 멤버들을 위한 스톡옵션의 조기 상환 등을 위해서 행동하였으며, (iii) 심각한 이해상충이 있었던 재무자문사의 흠결 있는 자문에 의존하였다”⁴⁸⁾는 점을 근거로 이사들의 선관주의의무 및 충성의무 위반을 주장하였다. 원고들은 골드만삭스가 헤지 약정의 청산에 따른 금전적인 이익과 관련해서만 이해상충의 우려가 있는 것이 아니라, Volcano의 이사회 및 주주들과의 이해상충 문제를 의도적으로 은폐하였다고 주장하며 이사회 의 신인의무위반을 방조한 행위 책임에 대하여 문제를 제기하였다. 피고들은 Corwin 판결과 Zale 판결을 인용하여, Volcano 주주들이 공개매수를 압도적으로 수용하여 합병을 승인하였음을 주된 논거로 내세우며 소의 기각을 주장하였다.⁴⁹⁾

2.2 델라웨어 주형평법원의 판결

Montgomery-Reeves 판사는 자신의 주된 임무가 해당 사안에 대한 적절한 검토 기준이 무엇인가를 판단하는 것이라고 설명하였다. 일반적으로 2단계 교부금 합병에서는 Revolin 원칙에 의한 강화된 정밀조사 기준이 적용되나, 피고인 Volcano의 이사와 골드만삭스는 Volcano의 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보와 어떠한 강요 없이 발행주식의 과반수를 공개매수를 수용하여 합병을 승인하였기 때문에 논박의 여지가 없이 경영판단의 원칙이 적용되어야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 원고들은 1단계에서 공개매수에 응한다는 주주들의 결정은 합병을 위한 주주승인과는 다르기 때문에, 이사들의 강화된 의무기준은 여전히 유효하다고 주장하였다.⁵⁰⁾ 이에 대하여 Montgomery-Reeves 판사는 아래와 같이 판시하였다.

“주회사법 §251(h)에 의한 2단계 합병방식에서 발행 주식의 과반수를 보유한 주주들이 충분한 정보와 강요되지 않은 상황에서 1단계 공개매수를 수용한 것은, Corwin 사례에서 충분한 정보와 강요되지 않는 과반수 주주들이 합병을 승인한 것과 동일한 치유효과를 가진다.”⁵¹⁾

위의 결론에 따라 경영판단의 원칙을 심사기준으로 결정한 후에, Montgomery-Reeves 판사는 Volcano 주주들이 충분한 정보를 파악한 상태에서 1단계 공개매수를 수용하였는지와 관련하여 Volcano 주주들에게 적정한 정보가 제공되었는지 여부를 고려하였다. 그러나 원고들이 이에 대한 문제를 제기하지 않았기 때문에 그녀는 적정한 정보가 주주들에게 제공된 것으로 간주하였고, 최종적으로 Volcano 이사에 대한 신인의무 위반에 대한 소를 기각하였다. 이사들

48) *Id.* at 745-746 (Del. Ch. 2016).

49) *Id.* at 746.

50) *Id.* at 747.

51) *Id.* at 749.

의 신인의무 위반이 없기 때문에 자연스럽게 골드만삭스의 방조행위도 함께 기각되었다.

그동안 델라웨어 주법원은 공개기업의 교부금 합병 등과 같이 합병구조(1단계 또는 2단계)에 상관없이 동일한 결과를 가지는 합병형식에 다른 심사기준을 적용할 지에 대하여 오랜 시간 고민을 거듭하여 왔다.⁵²⁾ 이와 관련하여, Volcano 판결에서 Montgomery-Reeves 판사는 주주승인의 ‘치유효과’가 쟁점이 되는 경우에는 두 가지 방식의 합병구조에 대한 사법 심사는 차이가 없음을 분명히 밝혔다는 점에서 의의가 있다.

2.3 주대법원의 판결

구두 변론 다음 날인 2017년 2월 9일에 델라웨어 주대법원은 “*형평법원의 판결에 언급된 것과 동일한 논거로*”¹심 판결의 결론을 확정하였다.⁵³⁾ 이 결정은 2015년 *Corwin* 판결에 대한 델라웨어 주법원의 계속되는 포괄적인 해석과 일치하며, 합병 완료 후에 문제를 제기하는 소송을 초기단계에서 기각하는 델라웨어 주법원의 일관된 연속성을 다시금 증명하고 있다. *Corwin* 판결에 따르면 충분한 정보에 의하여 강요되지 않은 상황에서 이해관계 없는 주주들이 승인을 한 합병거래의 경우에는 이사의 의무는 경영판단의 원칙이 그 심사기준이 되므로 합병 완료 후 손해배상과 관련하여 완전한 공정 기준이 적용되지 않는다. 하지만 당시에는 경영판단의 원칙을 적용하는 것이 ‘반박할 수 있는 추정’(rebuttable presumption)인지 아니면 ‘논박할 여지없이’(irrebuttable) 적용하는 것인지에 대해서는 다소 불분명하였다. Volcano 주형평법원의 판결 이후 *Corwin* 원칙을 적용한 두 번의 주형평법원 판결에서는 경영판단의 원칙을 논의의 여지없이 적용하는 것으로 판단하였다.⁵⁴⁾ Volcano 주대법원은 이러한 입장을 명확히 지지하고 있다. 이와 더불어 주형평법원에서 판시한 바와 같이, *Corwin* 판결에서의 ‘치유효과’가 2단계 합병에서도 1단계 합병에서와 마찬가지로 동일하게 적용되는 점도 분명히 확인하여 주었다.

IV. *Corwin* 판결의 치유효과와 이사의 충실의무(Duty of loyalty)

델라웨어 주대법원은 *Corwin* 판결에서 ‘충분한 정보를 가지고 강요없는 상황에서 이해관계 없는 주주들의 승인은 이사들의 특정한 신인의무 위반을 치유할 수 있다’는 새로운 법리를 제시해 주었다. 이 판례가 선고된 2015년 이후로 소위 ‘*Corwin* 효과’ 또는 ‘치유효과’와 관련한 논의는 앞에서 살펴본 바와 같이 다수의 주형평법원에서 인용되었고 보다 구체적인 내용으로 해석하는 노력이 계속되었다.⁵⁵⁾ *Corwin*의 치유효과가 적용되는 경우에는 주형평법원은

52) *In re Pure Res., Inc. Stockholders Litig.*, 808 A.2d 421 (Del. Ch. 2002); *In re Cox Commc'ns Stockholder Litig.*, 879 A.2d 604 (Del. Ch. 2005); and *In re CNX Gas Corp. Stockholders Litig.*, 4 A.3d 397 (Del. Ch. 2010).

53) *In re Volcano Corp. Stockholders Litig.*, No. 372, 2016 (Del. Feb. 9, 2017) (ORDER).

54) See *Larkin v. Shah*, C.A. No. 11053-VCA (Del. Ch. Aug. 25, 2016); *In re OM Group, Inc. Stockholders Litigation*, C.A. No. 11216-VCS (Del. Ch. Oct. 12, 2016).

논박의 여지가 없는 경영판단의 원칙을 적용하여 대상회의 이사들의 신인의무 위반을 이유로 합병완료 후에 대상회사 주주들이 제기한 손해배상 청구소송을 기각할 것이다.⁵⁶⁾

이렇듯 선관주의의무 위반에 대한 Corwin 원칙의 적용은 비교적 그 결론이 명확해 졌으나, 대상회사 주주들이 이사들의 충실의무 위반에 대한 소를 제기한 경우에 대해서는 주형평법원의 입장이 다소 모호하였다.⁵⁷⁾ *In City of Miami General Employees' and Sanitation Employees' Retirement Trust v. Comstock* 판결⁵⁸⁾에서 Bouchard 판사는 Corwin 판결에 따라 경영판단의 원칙을 적용하는 것과 같은 태도를 취하였다. 그러나 바로 다음 날 *Larkin v. Shah* 판결(이하 'Larkin')에서 Slight 판사는 “지배주주가 연관되어 완전히 공정한 심사기준이 필요한 합병은 주주들의 적절한 승인에도 치유될 수 없는 유일한 합병계약이다”라고 판시하였다.⁵⁹⁾

Larkin 재판부의 Corwin 원칙에 대한 해석을 정면으로 다룬 델라웨어 주대법원의 판결은 아직 나온 바 없다. 다만 2017년 1월에 판결된 주형평법원의 두 판례가 이 모호한 쟁점에 대한 해결책을 어느 정도 제시해 준 것으로 보인다.⁶⁰⁾ 두 판결은 충실의무의 세부적인 쟁점에 대한 Corwin 원칙의 적용과 관련하여 유익하고 의미 있는 지침을 제공해 주고 있다.

1. Solera 주주대표소송

1.1 사실관계⁶¹⁾

Solera의 창립자겸 CEO인 Aquila는 다수의 사모펀드들과 향후 비공개회사로 전환하는 계획에 대한 비공식적인 논의를 약 2년 동안 지속하였다. 협상 파트너 중 한 사모펀드(이하 “Party A”)가 Aquila와 그의 경영진이 합병 후에도 경영을 담당할 것을 보장하는 내용이 포함된 서면 의향서를 제출하였다. 이후 Solera의 이사회는 3명의 사외이사로 구성된 특별위원회를 만들어 이 제안에 대한 전략적인 검토를 시작하였다. 특별위원회는 독립적인 재무자문사와 법률자문사를 선임하였다. 위원회는 6개의 사모펀드와 5개의 전략자문 회사에 연락하였고, 경쟁

55) See, e.g., *Singh v. Attenborough*, 137 A.3d 151 (Del. 2016); *In re Om Group, Inc. Stockholders Litigation*, C.A. No. 11216-VCS, 2016 WL 5929951 (Del. Ch. Oct. 12, 2016).

56) *Corwin*, 125 A.3d at 308; *In re Volcano Corp. Stockholder Litig.*, 143 A.3d 727 (Del. Ch. 2016).

57) See Robert S. Reeder & Tiffany M. Burba, "Delaware Courts Diverge on Whether “Cleansing Effect” of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims", 70 VAND. L. REV. EN BANC 1 (2017).

58) *City of Miami Gen. Emps.' and Sanitation Emps.' Ret. Tr. v. Comstock*, C.A. No. 9980-CB, slip. op. (Del. Ch. Aug. 24, 2016) (aff'd by *City of Miami Gen. Emps.' and Sanitation Emps.' Retirement Tr. v. Comstock*, No. 482, 2016, 2017 WL 1093185 (Del. Mar. 23, 2017))[이하 “Comstock”].

59) *Larkin v. Shah*, C.A. No. 10918-VCS, 2016 WL 4485447 at 10 (Del. Ch. Aug. 25, 2016).

60) *In re Solera Holdings, Inc. Stockholder Litigation*, C.A. No. 11524-CB, 2017 WL 57839 (Del. Ch. Jan. 5, 2017); *In re Merge Healthcare Inc. Stockholders Litigation*, C.A. No. 11388-VCG, 2017 WL 395981 (Del. Ch. Jan. 30, 2017).

61) See *In re Solera*, at 1-6.

업체인 한 전략회사(이하 "Party B")는 제외하였다. Vista, Party A 그리고 다른 두 사모펀드도 서면 의향서를 제출하였다. 위원회는 잠재적인 재무 투자자에게 Vista와 Party A를 소개하였다. 최종적으로 Vista, Party A, 다른 사모펀드가 인수를 제안하였다. Solera로부터 재무적 투자자를 소개받은 Vista가 가장 고가의 인수액을 제시하였다. 매각 절차가 진행 중이라는 뉴스가 유출된 후에, Party B는 제안서 제출에 관심이 있다고 밝혔다. 이후 글로벌 자본시장의 침체로 입찰자들은 제안서의 가격을 하향 조정하였다. 특별위원회는 Vista에게 연락하여 적어도 예전에 제시했던 입찰가로 상향 조정해야 한다고 말했다. 그 후 입찰자들은 여러 번 제안서를 수정하였고, 결국 Vista가 최고 입찰가를 써냈다. 이사회는 주가와는 별도로 53%의 경영권 프리미엄을 제시한 Vista의 제안을 만장일치로 승인하였다.

합병계약서에는 아래와 같은 내용의 비 권유 약정이 포함되어 있었다:

- (i) Solera가 다른 입찰자의 자발적인 제안을 고려해 볼 수 있음
- (ii) Solera가 Party B와 28일간 협상할 수 있는 기간
- (iii) Solera가 보다 더 좋은 제안을 선택할 경우에 Solera가 Vista에게 지불할 수 있는 2단계의 해지 수수료
- (iv) Vista의 이익을 위한 72시간의 조정권(match right)

매각 절차가 진행되는 동안에 특별위원회는 새로운 유지계획과 보상계획의 시행을 논의하였다. 특별위원회는 이와 관련한 논의를 보상위원회에 위임하기로 결정하였다. 보상위원회는 3300만 달러를 Solera의 현 경영진에게 지급하는 내용의 유지계획안을 승인하였다. 이 중에서 1800만 달러는 Aquila에게 지급하는 금액이었다. 유지계획안에는 CFO와 법률 고문에 대한 대규모 지불금도 포함되어 있었으며 계약의 완료 시점에 지불을 해야 했다. 또한 보상위원회는 회사의 매각과 관련 없이 Aquila에게 1000만 달러의 특별 현금 보상을 지불하였다.

델라웨어 주형평법원이 Solera 주주들이 제기한 가치분 소송을 기각한 후에, Solera 주주들은 합병을 승인하였고, 합병은 2016년 3월 3일에 완료되었다. 그 이후에 원고들은 Solera의 전 이사들의 신인의무 위반을 이유로 집단 소송을 청구하기 위하여 소장을 변경하였다. 특별히 원고는 매각 절차와 관련하여 이사들이 (i) 부적절하게 Solera 경영진의 이익을 위한 결정을 하였고, (ii) 효율적인 특별위원회를 구성하지 못하였으며, (iii) 회사의 이익을 위한 최고가를 이끌어내지 못했고, (iv) 포괄적인 합병계약 보장에 동의하였고, (v) Solera의 주식 가치에 대한 중요 정보를 주주들에게 공개하지 않았다고 주장하였다. Bouchard 판사는 이러한 주장을 승인하지 않고, 피고 이사들의 기각 요청을 수용하였다.

1.2 Bouchard 판사의 판단

1.2.1 심사기준

우선 Bouchard 판사는 이사들의 행동에 적용할 수 있는 심사 기준을 다루었다. Bouchard 판사는 완전히 공정한 심사 기준이 적용될 여지는 없다고 판시하였다. 그 이유로 본 합병은 지배주주가 관련된 거래가 아니고, 원고들이 이사회 독립성 및 이해관계 여부에 대한 문제를 제기하지 않았음 확인하였다.⁶²⁾ 원고들은 Revlon 원칙 및 거기서 파생된 이사의 의무와 관련된 기준을 적용할 것을 주장하였으나 Bouchard 판사는 Corwin 판례를 인용하며 “Revlon 원칙은 합병완료 후에 제기된 손해배상 청구소송에서 이용할 수 있는 장치가 아님”을 재확인 하였다.⁶³⁾ 대신에 “완전히 공정한 심사기준이 적용되지 않는 합병거래가 충분한 정보와 더불어 강요되지 않은 상황에서 이해관계 없는 주주들의 승인을 받은 경우에는 경영판단의 원칙이 적용되어야 한다”는 Corwin의 판결과 “주주들이 승인으로 경영판단의 원칙이 발효되었을 때, 기각은 당연한 귀결이었다”⁶⁴⁾ Zale 판결을 인용하며 Solera 주주들이 합병 안전에 공개된 내용을 근거로 합병을 승인하였기 때문에, 자신의 주된 임무는 주주들의 승인이 충분한 정보를 바탕으로 이루어진 것인지 여부에 대한 판단이라고 설명하였다.

1.2.2 입증책임

입증책임과 관련하여 비록 충분한 정보를 근거로 합병 승인이 이루어졌다는 사실은 궁극적으로 피고가 입증하여야 하지만, 처음부터 공시가 부족했다는 것을 입증하는 것은 원고의 몫이라고 판시하였다.⁶⁴⁾ 제기된 사실관계를 검토한 결과, Bouchard 판사는 특별위원회 이해상충과 유지계획 및 특별현금보상의 목적 등 두 쟁점 모두에 대하여 이유 없다는 결론을 내렸다. 왜냐하면, Solera 주주들이 충분한 정보를 바탕으로 강요되지 않은 승인을 하였기 때문에 Corwin 판결에 따라 경영판단의 원칙을 적용해야 한다는 것이다. 이후 합병거래에 대한 문제 제기는 오직 회사자산의 훼손(waste)만을 근거로 할 수 있다고 설명하였다. 이 사안에서 원고들은 합병거래가 회사자산의 훼손에 이른다는 주장을 하지 않았기 때문에, 이 소는 반드시 기각되어야 한다고 판시하였다.

1.2.3 충실의무

비록 완전 공정 기준이 더 이상 쟁점이 될 수 없지만, Bouchard 판사는 Larkin 판례에서 Slight 판사의 논거를 이용하였다. 특별히 각주 28번에서 “지배주주와 연관되어 있어 완전한 공정성 심사를 거쳐야 하는 합병계약은 주주들의 적절한 승인절차에 의해서도 ‘치유’될 수는 없다”는 Larkin 판례를 직접 인용하며 직접적인 언급은 없었으나 Comstock 판결의 결론보다도

62) *Id.* at 6.

63) *Id.*

64) *Id.* at 7.

Larkin 판결에서의 *Slights* 판사의 분석이 더 설득력이 있음을 암시하였다. *Larkin*의 접근 방법이 *Comstock* 방식보다는 보다 엄격하고 주주친화적인 방향일 것이다.

2. *In re Merge Healthcare Inc.* 판결⁶⁵⁾

2.1 사실관계

*Merge Healthcare*의 다양한 종류 주식을 대표하는 원고들은 해당 기업이 IBM과 교부금합병을 하는 과정에서 *Merge Healthcare* 이사들이 신인의무를 위반하였다고 주장하였다. 합병은 32%의 경영권 프리미엄을 포함하여 대략 10억 달러에 이르는 규모였고, 합병은 해당 기업의 이사회 의장이자 사실상의 지배주주인 Michael Ferro와 직접적으로 관련이 없는 과반주주를 포함하여 77% 주주들의 의결로 승인이 되었다. 원고들은 Michael Ferro 의장이 간접적으로 보유한 26%의 회사 지분을 통해서 경영을 통제하고, 이사회 구성원들과도 오랜 기간 관계를 유지하고 있음을 주장하였다. 회사와의 자문계약에 따라서 만약 회사가 적어도 10억 달러에 매각될 경우 회사는 그에게 1500만 달러를 지불하여야 했으나, 협상과정에서 모든 보통주 주주들에게 IBM이 보다 높은 주당 인수가격을 지불하는 조건으로 이를 포기하기로 합의하였다.

2.2 주형평법원의 판단

Glasscock 판사는 원고들이 이사회 구성원들이 이해상충의 여지가 있기 때문에 완전 공정 심사기준이 적용되어야 한다는 주장에 대해서 “이 합병 결정은 충분한 정보와 강요되지 않은 이해관계 없는 주주들이 승인을 했기 때문에 경영판단의 원칙을 적용하여 치유되었다고 할 수 있고, 이런 상황에서는 완전히 공정한 심사를 할 여지가 없다”고 판시하였다.⁶⁶⁾ 또한 Glasscock 판사는 *Larkin* 판결의 *Slights* 판사의 “지배주주가 연관되어 완전히 공정한 심사기준이 필요한 합병은 주주들의 적절한 승인에도 치유될 수 없는 유일한 합병계약이다”라는 판시를 직접 인용하여, 단순히 지배주주 존재 자체만으로 완전 공정 심사기준을 적용할 수 없다는 델라웨어 주법원의 입장을 명확히 하였다.⁶⁷⁾

오히려 지배주주와 관련된 거래의 맥락에서 가장 주된 관심은 ‘강요’의 문제라고 언급하였다. 특별히 지배주주가 거래의 양쪽 모두에 개입하거나, 비록 한 당사자와만 관련이 있으나 이익 측면에서 주주들과 경쟁 관계에 있는 경우에는 ‘강요’가 본질적으로 내재하는 것으로 간주된다고 설명하였다.⁶⁸⁾ 흥미롭게도 Glasscock 판사는 지배주주와 관련된 거래에 강요가 본질적으로 내재하는지를 결정할 수 있는 기준-지배주주가 거래로부터 사익을 추구하는지 여부-를

65) *In re Merge Healthcare Inc.*, C.A. No. 11388-VCG, 2017 WL 395981(Del. Ch. Jan. 30, 2017)

66) *Id.* at 2.

67) *Id.* at 6.

68) *Id.* at 7.

제시해 주었다. 이 기준은 이사의 충실의무와 관련하여 자기거래에 초점을 맞춘 기준이라고 볼 수 있다. 이 기준을 Merge Healthcare를 IBM에 매각한 사례에 적용해 보면, Ferro의 이해관계는 다른 주주들과 완전히 일치하는 것으로 보이고, 이와 더불어 1500만 달러의 컨설팅 비용을 보다 높은 협상가격을 위해서 포기했다는 점을 비추어볼 때 이 부분은 더욱 명확하다고 Glasscock 판사는 판시하였다.⁶⁹⁾ 또한 Ferro의 현금유동화를 위한 욕심 때문에 이러한 이해상충의 문제가 발생하여다는 원고들의 주장에 대하여 Glasscock 판사는 원고들이 긴급한 현금 필요성을 요구하는 어떠한 ‘위기’나 ‘급매’를 제시하지 못했음을 이유로 원고들의 주장을 거부하였다.

Ferro의 지배주주와 관련된 문제를 해결하기 위한 논의에서 원고들은 Ferro가 1500만 달러의 컨설팅 비용을 마지못해 포기한 진정한 동기는 거래 협상단계에서 특별위원회 구성을 회피하기 위한 것이라는 주장을 하였고, 이와 관련된 자료를 요구하였으나 Glasscock 판사는 이 주장에 동의하지 않았다. 합병관련 자료에 공개된 내용을 살펴보면, 우선 이사회는 Ferro에 대한 컨설팅 비용 지급을 위하여 특별위원회 구성을 고려하였고, Ferro는 IBM이 모든 주주들을 위한 인수가를 높여주면 컨설팅 비용을 받지 않겠다는 제의를 분명히 하였기 때문에 위의 주장은 이유 없다고 판단하였다. 따라서 Glasscock 판사는 Ferro의 위와 같은 양보와 관련한 동기는 크게 중요하지 않다고 결론을 내렸다.⁷⁰⁾

2.3 소결

앞서 살펴 본 지배주주가 개입된 거래와 관련한 두 개의 델라웨어 주형평법원의 판례는 *Corwin* 원칙에 의한 이사의 보호가 소수주주에 대한 강요가 없는 경우에는 지배주주가 개입된 거래에도 확장되어 적용될 수 있음을 명확히 보여주었다. 이와 더불어 M&A 실무에서 법원이 본질적으로 강요가 내재되어있다고 판단할 리스크를 최소화하는 방향으로 거래를 구조화할 수 있는 판단이 중요하다는 점을 강조하였다. 합병거래를 진행함에 있어서 완전 공정 심사기준이 이사회에 의해 적용되지 않는다는 일차적인 논의를 더 이상 할 필요가 없다는 점이 보다 분명해 졌다. 따라서 합병거래 과정에서 지배주주가 사익을 추구하였다는 충분한 주장이 제기되지 않는 한 주형평법원은 바로 *Corwin* 원칙에 따른 검토에 착수할 것이다. 주형평법원이 해당 합병거래에 대한 주주들의 승인이 *Corwin* 원칙에 부합한다고 결정하면, 원고들이 제기한 손해배상 청구는 경영판단의 원칙에 의하여 기각될 것이다. 다만 예외적으로 원고들이 해당 합병거래가 회사 자산을 훼손하였다는 주장을 한 경우는 별도의 판단이 필요할 것이다.

69) *Id.* at 7-8.

70) *Id.* at 12-13.

V. *Corwin* 원칙의 영향력과 시사점

1. 계속되는 *Corwin* 효과

올해 3월에 결정된 주형평법원 판결에서 Laster 판사는 130억 달러 규모의 Columbia pipeline과 TransCanada Crop.의 합병거래에 대한 주주들의 집단소송에 대한 피고들의 기각요청을 받아들였다. 소송을 제기한 주주들은 Columbia Pipeline의 이사들과 특정 임원들이 회사를 분할시킨 후 분할된 회사의 경영권을 갖기 위한 자기거래성격의 합병거래를 진행함으로써 충실의무를 위반하였다고 주장하였다. Laster 판사는 (i) 주주들이 충분한 정보를 근거로 합병을 승인하였고, (ii) *Corwin* 원칙을 근거로 경영판단의 원칙을 적용하여, (iii) 소를 기각한다고 판시하였다.

이번 판례는 (i) 독립적이지 않거나 이해관계가 있는 이사들이 한 승인으로서, (ii) 델라웨어 주형평법원이 이사의 자기거래에 *Corwin* 판례를 적용하여 치유효과를 인정한 5번째 판결이다. 이번 Columbia Pipeline 사건은 이전까지의 사안들과 달리 보다 명확한 이해상충 쟁점들이 있었다. Laster 판사는 원고들이 주장한 이사들의 행위에 충실의무 위반이 있었음을 인정하였다. 그럼에도 불구하고, 법원은 이해상충의 우려가 있는 거래가 주주들의 승인에 의해서 치유된다는 *Corwin* 원칙에 의하여 원고들의 소송을 기각하였다.

하지만, *Saba Software*의 주주대표소송에서⁷¹⁾ Sllights 판사는 합병완료 후에 제기된 원고들의 소제기에 대하여 *Corwin* 원칙을 적용하지 않았다. 이 사건에서 원고들은 주주들이 충분한 정보를 제공받지 못하고 강요된 상황에서 합병거래를 승인하였다고 주장하였다. *Saba*사건에서 대상기업은 회계부정 사건에 휘말렸고 금융사기로 인한 SEC의 조사를 받았으며, 합병계약 직후에 증권등록이 SEC에 의해서 취소되었다. Sllights 판사는 주주총회 안전에 중요한 정보 누락으로 인하여 *Saba*의 주주들이 충분한 정보에 기하여 합병을 승인하지 못했기 때문에 *Corwin* 판결에 의한 치유효과의 이익을 받을 수 없다고 설명하였다. 더욱이 *Saba* 보통주식의 등록취소 인하여, 주주들의 의결이 델라웨어주 다른 회사들의 통상적인 사례보다 훨씬 더 급하게 이루어진 부분도 간과할 수 없는 사실이라고 판단하였다. 재판부는 인위적인 합병시점과 합병안전에서의 중요 사항의 누락 등을 고려해 볼 때에 등록이 취소되고 상황이 불가능한 주식을 보유한 주주들이 자유롭게 의결할 수 있는 기회가 박탈되고, 합병에 찬성할 수밖에 없는 상황이 강요된 것이라고 결정하였다.⁷²⁾

Saba 사건은 델라웨어 주형평법원이 *Corwin* 효과를 직접적으로 적용하지 않은 첫 판례이다.

71) *In re Saba Software, Inc. Stockholder Litigation*, Consol. C.A. No. 10697-VCS, (Del. Ch. Mar. 31, 2017).

72) 이 소송에서는 원고들이 악의에 관한 책임을 주장하지 않았기 때문에, 소송기각에 대하여 *Corwin* 원칙을 적용하는 부분에 대해서만 결정을 내렸다.

따라서 본 사안에서 Corwin 원칙을 거부한 것으로 오인할 수도 있으나, 사실은 이해관계 없는 주주들이 승인한 합병은 매우 예외적이고 터무니없는 상황에서만 Corwin 효과의 적용이 배제될 수 있음을 증명하는 사례라 볼 수 있겠다.

2. Corwin 원칙의 시사점

미국 M&A 실무에서는 합병거래에서 이사들이 신인의무를 제대로 이행하였는지 여부를 평가하는 델라웨어 주법원의 사법심사 기준을 매우 중요하게 생각한다. 적용되는 심사기준은 합병거래에 대한 사법심사 결과에 중요한 영향을 미치기 때문에, 유리한 심사기준을 확보하기 위한 방식으로 거래를 구조화하는 것이 미국 M&A 실무에서는 매우 중요한 부분이다.⁷³⁾

73) 아래 표는 최근 Corwin 원칙을 수용하고 있는 판례들을 포함하여, 델라웨어 주법원 M&A 관련 판례들을 공통적인 사실관계 중심으로 분류하고, 각 사실관계에 적용될 가능성이 높은 델라웨어 주법원의 사법심사 기준을 구분한 것이다.

[델라웨어 주법원의 합병에 대한 사법심사 기준]

번호	사실관계	사법심사 기준
1	충분히 독립적이고 이해관계 없는 이사회; 지배주주는 관련 없음	경영판단의 원칙
2	과반수 이상의 이사회 구성원이 독립적이고 이해관계가 없음; 지배주주는 관련 없음	경영판단의 원칙
3	독립적이고 이해관계 없는 이사회 구성원이 절반; 지배주주는 관련 없음	1. 완전 공정 심사 2. 경영판단의 원칙 a. 적절하게 운용되는 특별위원회의 승인 b. 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보를 바탕으로 강요없이 승인(Corwin 원칙)
4	과반수의 이사가 독립적이지 않거나 이해관계가 있음; 지배주주는 관련 없음	1. 완전 공정 심사 2. 경영판단의 원칙 a. 적절하게 운용되는 특별위원회의 승인 b. 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보를 바탕으로 강요없이 승인(Corwin 원칙)
5	이사회 모두가 독립적이지 않고, 이해관계가 있음; 지배주주는 관련 없음	1. 완전 공정 심사 2. 경영판단의 원칙: 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보를 바탕으로 강요없이 승인(Corwin 원칙)
6	이사회는 과반수는 독립적이고 이해관계가 없음; 지배주주와의 거래	1. 완전 공정 심사, 그러나 (a) 적절히 운용되는 특별위원회의, 또는 (b) 소수주주의 과반이 승인한 경우에는 입증책임이 원고에게로 전환 2. 경영판단의 원칙 (a) 적절하게 운용되는 특별위원회와 (b) 소수주주의 과반이 승인한 경우
7	과반수의 이사회가 독립적이지 않음; 지배주주와의 거래	1. 완전 공정심사, 그러나 (a) 적절히 운용되는 특별위원회의, 또는 (b) 소수주주의 과반이 승인한 경우에는 입증책임이 원고에게로 전환

Corwin 원칙을 인용한 주형평법원의 판례들을 검토해 본 결과, *Corwin* 원칙에 부합하는 주주들의 승인을 받은 합병거래에 대한 소송은 기각될 가능성이 매우 높을 것으로 예상된다. 따라서 *Corwin* 판결은 합병종결 후의 소송 비용을 줄이고 주주들이 완료된 합병에 대한 손해배상청구를 제기하는 전반적인 빈도를 감소시킬 것이다.

일부에서는 *Corwin* 판결 이후에 이를 적용하고 있는 다수의 주형평법원 판례들이 합병에 대한 주주들의 승인에 너무나 많이 의존하고 있고 합병거래에 대한 주주들의 소송으로 인해 발생하는 문제에 대해 과도하게 개입하고 있다는 우려를 제기하고 있다.⁷⁴⁾ 가령, 이사들의 신인의무위반에 대한 손해배상 청구를 제기하는 것이 매우 어렵기 때문에 이사들의 행동에 대한 견제기능과 사법감시의 가능성이 현저히 축소될 수 있다는 것이다. 또한 이사들의 책임을 추궁하는 소송 제기가 매우 어렵거나 쉽게 기각될 가능성이 높다는 사실을 이사들이 인지한다면, 그들이 회사와 주주들을 위하여 올바른 결정을 할 유인이 줄어들 가능성도 크다는 주장이다.⁷⁵⁾ 하지만 이러한 주장은 아직까지는 성급한 우려로 판단되며 위와 같은 이사들의 행동

		2. 경영판단의 원칙 (a) 적절하게 운용되는 특별위원회와 (b) 소수주주의 관반이 승인한 경우
8	지배주주가 있음; 과반의 이사회는 지배주주와 관련하여 독립적이고 이해관계가 없음; 지배주주가 거래 상대방이 아님; 지배주주가 다른 주주들과 동일한 대우를 받음	경영 판단의 원칙
9	지배주주가 있음; 과반의 이사회는 지배주주와 관련하여 독립적이지 않고 이해관계가 있음; 지배주주가 거래 상대방이 아님; 지배주주가 다른 주주들과 동일한 대우를 받음	경영 판단의 원칙
10	지배주주가 있음; 과반의 이사회는 지배주주와 관련하여 독립적이고 이해관계가 없음; 지배주주가 거래 상대방이 아님; 지배주주가 다른 주주들과 달리 특별한 대우를 받음	1. 완전 공정 심사, 그러나 (a) 적절히 운용되는 특별위원회의, 또는 (b) 소수주주의 과반이 승인한 경우에는 입증책임이 원고에게로 전환 2. 경영판단의 원칙 (a) 적절하게 운용되는 특별위원회와 (b) 소수주주의 관반이 승인한 경우
11	지배주주가 있음; 과반의 이사회는 지배주주와 관련하여 독립적이지 않고 이해관계가 있음; 지배주주가 거래 상대방이 아님; 지배주주가 다른 주주들과 달리 특별한 대우를 받음	1. 완전 공정 심사, 그러나 (a) 적절히 운용되는 특별위원회의, 또는 (b) 소수주주의 과반이 승인한 경우에는 입증책임이 원고에게로 전환 2. 경영판단의 원칙 (a) 적절하게 운용되는 특별위원회와 (b) 소수주주의 관반이 승인한 경우

Robert B. Little & Joseph A. Orien, "Determining the Likely Standard of Review Applicable to Board Decisions in Delaware M&A Transactions," as originally published on November 18, 2014 and updated on February 8, 2016. The Delaware Law Series, available at <https://corpgov.law.harvard.edu/the-delaware-law-series/>

74) See Gail Weinstein & Steven Epstein, "Uncertainty on the Application of Unocal to Corwin Transactions: Paramount Gold & Silver", Delaware law series, (2017 May) available at <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/05/03/uncertainty-on-the-application-of-unocal-to-corwin-transactions-paramount-gold-silver/>

은 경영판단의 원칙 기준에도 부합할 수 없는 행위라고 볼 수 있다.

상대적으로 검증되지 않은 쟁점은 ‘주주투표의 강요성’에 대한 부분이다. 원고들은 주주들의 승인이 강요되었다고 주장함으로써 Corwin의 치유효과를 부정할 수 있기 때문이다. 강화된 심사기준에 따르면 강제적이거나 배제적인 거래는 문제가 있는 거래로 간주된다. 강요성에 대한 쟁점은 ‘이사들이 제안의 경제적인 이익과는 무관한 이유로 주주들이 주식을 매매 또는 의결권을 행사하도록 유도하기 위하여 부당한 행위를 하였는지 여부’에 대한 검증을 하는 것이다. 강요와 관련하여 제기된 소송들을 살펴보면 이사들이 합병 해지 수수료가 매우 막대하기 때문에 합병에 찬성할 것을 주주들에게 종용하는 사례가 많았다. 이와 더불어 지배주주가 연관된 거래인 경우에는 소수주주들이 합병에 찬성하지 않은 경우에 이들에게 명시적 또는 묵시적으로 위협을 가하는 사례 등이 있었다. 주주들에게 강요적인 제안은 주주승인의 효과에 대한 의혹을 제기할 수 있는 매우 중요한 문제이고 Corwin 원칙을 회피할 수 있는 강력한 방법이 될 수 있기 때문에 원고들은 합병거래서 특정한 거래방식이 주주들에게 강압적이라는 방식의 주장을 제기할 가능성이 높을 것이다.

V. Corwin 판결이 우리 법에 주는 시사점

1. 합병거래에서 이사의 선관주의의무와 책임

상법상 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.⁷⁶⁾ 합병과정에서도 합병동의를 중요한 자산의 처분에 해당하기 때문에 이사는 처분이익을 극대화하는 방향으로 합병거래의 가격을 결정해야 할 선관주의의무를 부담한다.⁷⁷⁾ 이에 대하여 이사는 회사에 대한 관계에서만 선관주의의무를 지므로 합병당사회사의 이익을 중심으로 살펴보면 족하고, 그 회사의 주주들의 이익을 따로 고려해야 할 의무는 없다고 보는 견해⁷⁸⁾와 주주의 이익을 고려해야 할 주의의무를 부담한다는 견해⁷⁹⁾로 학설은 나뉘고 있다.⁸⁰⁾

75) See *Id.*

76) 상법 제399조 1항.

77) 송중준, "비상장법인 간 흡수합병에 대한 동의에 있어서 소멸회사의 주주인 회사의 이사의 주의의무와 책임 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결 -", 법조 최신판례분석 2016·8(Vol.718) 717면; “흡수합병 시 존속회사가 발행하는 합병신주를 소멸회사의 주주에게 배정·교부함에 있어서 적용할 합병비율을 정하는 것은 합병계약의 가장 중요한 내용이고, 만일 합병비율이 합병할 각 회사의 일방에게 불리하게 정해진 경우에는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실하게 되는 결과를 초래하므로, 비상장법인 간 흡수합병의 경우 소멸회사의 주주인 회사의 이사로서는 그 합병비율이 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정하여 졌는지를 판단하여 회사가 그 합병에 동의할 것인지를 결정하여야 한다.” 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결.

78) 송중준, 전제 논문, 717면

합병비율 등이 불공정하게 결정될 경우 합병의 무효원인이 되는 동시에 이사의 임무해태를 구성하기 때문에 이사는 손해배상책임을 진다.⁸¹⁾ 따라서 주주에게 손해라는 사실을 알았거나 충분히 알 수 있는 상황임에도 합리적 이유 없이 불리한 합병비율을 산정한 경우에는 이사가 손해배상책임을 부담하게 될 것이다.⁸²⁾ 다만 상법 제399조에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상책임에 있어서는 이사의 선관주의의무 위반으로 회사에 손해가 발생하였더라도 경영판단원칙의 요건을 갖추게 되면 면책이 인정된다.⁸³⁾ 경영판단원칙이 적용되기 위해서는 결과적으로 회사에 손해가 발생하였다 하더라도 이사가 상당한 주의를 다하여 알 수 있는 정보와 자료를 근거를 바탕으로 경영상의 판단이 이루어졌고, 이사의 경영판단과정에서 위법이나 불성실 또는 사익추구가 개입되지 않았다면 주의의무위반으로 판단하지 않는다.⁸⁴⁾

이른바 충북방송 판결에서 피고는 특수관계자 사이에서 이루어지는 합병거래에서 합병비율을 결정하기 위하여 양 당사회사의 주식가치 평가 등에 관하여 전문성을 가진 회계법인과 법무법인에게 자문을 구하였고, 국세청의 질의회신내용 등 필요한 자료를 검토한 이후에 법인세법에 따라 주식평가를 하고 이에 따라 합병비율을 산정하는 것은 합리적인 경영상의 판단이라고 주장하였다.⁸⁵⁾ 원심과 대법원도 법인세법의 규정을 토대로 합병비율을 정하는 것이 합병당사자 회사들 모두에게 실질적으로 이익이 된다는 경영상의 판단에서 비롯된 것으로 보인다는 취지의 판시를 하였다.⁸⁶⁾ 이는 합병비율 산정상의 주의의무위반이 인정되는 경우에도 경영판단의 원칙이 적용되어 주의의무위반에 따른 책임의 면제를 허용한다는 취지로 해석할 여지가 크다.⁸⁷⁾ 이러한 대법원의 입장은 *Corwin* 효과를 인정하고 있는 일련의 델라웨어 주법원의 판례와 유사한 결론이라고 판단된다.

2. 합병거래에서 이사의 충실의무와 책임

Corwin 효과를 적용한 다수의 델라웨어 주형평법원 판례는 이사의 충실의무와 관련하여 명확한 입장을 제시해 주었다. 단순히 지배주주가 연관된 합병거래라 하더라도 주주들이 *Corwin* 원칙에 의해서 승인을 한다면 경영판단의 원칙에 의해서 이사들의 책임은 면제될 수 있다는 것이다. 하지만 여기서 주지해야 할 부분은 지배주주가 거래의 양쪽 모두에 개입하거나, 비록 한 당사자와만 관련이 있으나 이익 측면에서 주주들과 경쟁 관계에 있는 경우에는 ‘강요’가 본질적으로 내재하는 것으로 간주되고 완전 공정 심사기준이 적용된다는 것이다.

79) 곽관훈, 합병시 법인주주의 이사에 요구되는 주의의무, 상사법연구 제35권 제2호 (2016), 245면.

80) 이 논의는 주식회사법학의 근본적 논의와도 연결되어 있는 매우 어려운 논의이다. 이에 대한 자세한 논의는 최문희, 주식회사의 법인격의 별개성 재론 - “에버랜드 판결”에 대한 비판적 고찰을 통하여, 한양법학 제28집 (2009) 참조.

81) 이철송, 회사법강의(제24판), 박영사(2016), 1087면

82) 곽관훈, 전계논문, 251면.

83) 2010. 1. 14. 선고2007다5787 판결; 2008. 7. 10. 선고2006다 39935 판결 등.

84) 송종준, 전계논문, 722면.

85) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결.

86) 송종준, 전계 논문, 722면.

87) 송종준, 위의 논문, 723면.

Corwin 원칙이 우리나라 법리에 수용된다는 가정 하에, 이사의 고의나 악의적인 행위가 공개되고 주주들의 승인을 받는다면 이러한 행위가 *Corwin*의 치유효과에 의해 면책될 수 있을까? 지나친 억측일 수도 있으나 이론적으로는 이사들의 고의나 중과실에도 불구하고, 주주들이 합병거래의 프리미엄을 수용할 수도 있기 때문이다. 델라웨어 주형평법원에서도 이 쟁점을 정면으로 다룬 판례는 없었다. 델라웨어주 이사의 충실의무와 관련한 판례는 주로 이사의 자기거래와 관련한 사인이었고, 고의나 중과실이 관련된 문제는 아니었다. 사건으로 이 쟁점이 크게 문제가 될 것으로 생각되지 않는다. 이사가 의도적으로 회사에 손해를 입혔다는 구체적이고 신뢰할만한 주장이 있는 사안에 대하여 재판부가 해당 사건에 대한 기각 명령을 내릴 가능성은 현저히 낮다고 판단된다.⁸⁸⁾ 이 점에 있어서는 델라웨어 주형평법원도 유사할 것이라고 생각된다.

우리나라 합병거래의 상당수는 계열회사 간에 이루어진 거래로서 기업집단 내 지배주주의 통일적인 업무지휘 하에 이루어지고 있고 당해 이사의 소멸회사 이사의 겸직 등을 고려할 때에 경영판단의 독립성이 결여될 가능성이 크다.⁸⁹⁾ 또한 기업집단 내 계열회사 간 합병에서 합병비율은 독립적인 협상으로 정해지기보다는 지배주주의 이익을 도모하는 방향으로 자의적으로 정해질 가능성이 높다.⁹⁰⁾ 따라서 이러한 형태의 합병거래에는 *Corwin* 판결의 ‘치유효과’가 적용될 가능성은 현저히 낮다고 판단된다. 다만 우리나라와 같이 기업집단 대주주와 비계열주주 사이에 이해상충과 정보에 관한 접근성의 불균형이 심각한 상황에서는 *Corwin* 판결 이후 델라웨어 주형평법원이 보여준 적극적인 판결태도, 합병거래 등에 있어서 자기거래의 의미와 이해상충의 위험성에 대한 세심하고도 명확한 기준 제시가 필요하다고 본다.⁹¹⁾

V. 맺음말

최근 델라웨어 주의 회사법 판례 중에서 가장 주목을 받는 쟁점은 *Corwin* 판례와 이를 적용하는 일련의 델라웨어 주형평법원의 판례들이다. 2015년에 델라웨어 주대법원은 *Corwin* 판결에서 이해관계 없는 주주들이 충분한 정보와 강요되지 않은 상황에서 승인한 합병은 *Revlon* 원칙의 강화된 정밀조사가 아닌 경영판단의 원칙에 의하여 심사를 한다고 판시하였다. 이후 2016년과 2017년 상반기까지 다수의 주형평법원 판례들이 *Corwin* 판례를 적용하여 유사한 결론의 판시를 하고 있다. 무엇보다도 델라웨어 주법원의 판사들은 *Corwin* 원칙에 의한 주주들의 승인에 대하여 논박의 여지없이 바로 경영판단의 원칙을 적용하고 있다. *Corwin* 원칙은 1단계 합병뿐만 아니라 2단계 합병에도 적용되었고, *Corwin* 원칙에 이사들의 책임이 면제

88) 김건식, 삼성물산 합병 사례를 통해 본 우리 기업지배구조의 과제 - 법, 제도, 문화 -, 서울대학교 금융법센터, <BFL> 74권호 85면 (2015).

89) 송종준, 전계 논문, 723면.

90) 송옥렬, 상법강의 (제6판), 박영사(2016), 1194면.

91) 이상훈, “삼상물산 합병을 통해 바라본 주주이익 보호의 문제점과 개선방향-에버랜드의 재립(再臨), 그 극복을 위한 제언-”, 「상사법연구」제34권 제3호(한국상사법학회,2015), 150면.

되는 경우에는 합병과정에서 이들의 행위를 방조한 재무자문사들의 책임도 자연스럽게 절연되고 있다. 이러한 *Corwin* 효과는 사안에 따라 다른 결론이 도출되기도 하였으나 최근의 판례들에서도 여전히 인정되고 있다. *Corwin* 판례와 이를 적용한 델라웨어 주형평법원의 판례의 핵심적인 내용을 정리하면 아래와 같다.

첫째, *Corwin* 판결로 인해서 앞으로 원고들이 합병 완료 후 손해배상청구 소송을 제기하는 것이 어렵게 될 가능성이 높아졌다. 피고들이 주주들의 승인을 근거로 서면답변 단계에서 원고들의 소를 취하해 줄 것을 요청할 것이기 때문이다. 이와 더불어 *Unocal*과 *Revlon* 원칙이 합병이 완료된 후에 손해배상을 구하는 소에서 원고들이 이용할 수 있는 무기가 될 수 없다는 점도 분명히 하였다.

둘째, 델라웨어 주법원은 공시를 통해서 주주들의 승인 결정을 할 때에 기업들이 보다 투명한 정보를 제공할 것을 요구할 것이다. 결과적으로 *Corwin* 판결은 기업들이 충분한 공시를 이행하는 데 매우 강력한 유인을 제공하게 되었다.

셋째, 델라웨어 주대법원은 주주권 보호를 위한 전통적인 사법심사의 기능의 일부를 전문적인 기관투자자 주주들의 몫으로 이양하였다. 상장기업의 주주들이 다양한 소액주주들로 구성되었던 30-40년 전과 비교했을 때, 기업구조재편 과정에서 주주권 보호를 위한 사법심사의 기능을 매우 중요하고 제한적인 부분에 집중하는 것으로 판단된다.

넷째, 델라웨어 주형평법원의 판례는 *Corwin* 효과에 의한 이사의 책임면제가 소수주주에 대한 강요가 없는 경우에는 지배주주가 개입된 거래에도 확장되어 적용될 수 있음을 명확히 보여주었다. 따라서 지배주주가 사익을 추구하였다는 충분한 주장이 뒷받침되지 않는 경우에 합병거래에 대한 주주들의 승인이 *Corwin* 원칙에 부합한다고 결정이 되면 원고들이 제기한 손해배상 청구는 경영판단의 원칙에 의하여 기각될 것이다. 다만 예외적으로 원고들이 해당 합병거래가 회사 자산을 훼손하였다는 주장을 한 경우는 별도의 판단이 필요할 것이다.

제 3 세션

이사의 회사에 대한 책임에 관한 독일의 최근 현황과 개정논의

발 표 자 : 정대익 교수(경북대)

사 회 자 : 이형규 교수(한양대)

토론자1 : 이영종 교수(가톨릭대)

토론자2 : 송양호 교수(전북대)

이사의 회사에 대한 책임에 관한 독일의 최근 현황과 개정논의

정대익(경북대학교 교수)

I. 서언

이사의 책임이라는 주제는 독일 회사법이 탄생한 이래 학문적 논의와 정치·사회적 담론에서 늘 핵심적 지위를 차지하여 왔고, 이사의 책임을 둘러싼 장기간의 논의 과정은 수많은 입법과 법원 판결, 수많은 법률문헌에 고스란히 그 흔적을 남기고 있다. 이 백년 테마(Jahrhundert Thema)가 언제까지 계속될지 예측하는 것은 불가능하고, 이사의 책임 문제는 제도과 인간의 문제가 혼합된 것이어서 회사와 인간이 존재하는 한 계속되리라 본다.¹⁾

2014년 Hannover에서 개최된 제70회 독일 법률가 대회(Deutscher Juristentag, 격년으로 개최됨)의 경제법 분과(Abteilung Wirtschaftsrecht)의 주제 중 하나가 “기관책임의 개선(Reform der Organhaftung?)”일 정도로 이사의 책임에 대한 논의는 독일 회사법의 최대 현안이 되고 있다. 이사의 책임이 다시 강력한 관심을 받게 된 배경에는 독일 주식법이 가지는 특성, 즉, 이사의 책임제한을 가능케 하는 법적 근거가 없어 이사는 무제한 책임을 지기 때문에 단순한 실수로 대규모 손해에 대한 배상책임을 질 위험이 상존하며, 주의의무 위반에 대한 입증책임을 이사가 부담하여야 하고, 이사에 대한 손해배상청구권의 포기나 화해 등이 매우 엄격한 요건 하에서만 가능하며, 임원배상책임보험을 통한 이사의 책임위험에 대한 보호도 이사의 의무적 자부담 부분 등으로 완벽하지 않고, 독일 연방대법원(BGH, 이하 연방대법원)이 보여주고 있는 이사의 책임에 대한 엄격한 입장 등이 자리 잡고 있다.

많은 문헌들이 주장하고 있듯이 이사의 책임 규정은 다음과 같은 기능을 가져야 한다고 본다. 첫 번째는 이사의 주의의무위반이나 불법행위 등으로 야기될 수 있는 회사(주주)의 손해를 효율적으로 방지하는 기능(예방적 기능)을 수행하여야 하며, 두 번째는 이사에 의해 회사(주주)가 입은 손해를 충분히 배상 받도록 하는 기능(보상적 기능)을 수행하여야 하며, 세 번째는 이사에 대한 과도한 통제(over-deterrence)를 피하여 합리적인 위험을 선택할 수 있는 유인동기를 이사에게 제공하는 기능을 수행하여야 한다(행위조정적 기능). 마지막으로 이 세 가지 기본적 기능에 더하여 2000년대 후반의 금융위기 이후 이사의 책임 규정은 법질서 보호라는 기능도 가지고 있다고 보는 시각도 있다.²⁾ 이사책임에 관한 이러한 기능들은 상호보완적

1) 어떤 학자는 shareholder value가 맹위를 떨친 90년대를 보고 회사법이 전세계적으로 단일한 모습으로 수렴한다고 보면서 매우 성급하게 “회사법 역사의 종언”이라는 썰 익은 목소리를 낸 적도 있다. 이러한 성급한 견해는 Hansmann/Kraakman, ”The End Of History For Corporate Law“, Discussion Paper No. 280, 3/2000, The Center for Law, Economics, and Business, Havard Law School.

2) 이러한 견해는 이사의 책임관련 규정은 회사의 재무적 이해보다 법령준수의무(duty of legality)를 우선할 것을 이사에게 의무로 부여하는 기능을 가지고 있다고 본다. 이러한 시각은 Grigolet, “Directors' Liability and Enforcement Mechanisms - General Structure and Key Issues - From the German Perspective (February 6,

이면서도 상호 배척적이기도 한 관계에 있기 때문에 어떤 기능을 어느 정도 강조하고, 어떠한 기능 조합이 가장 이상적인지에 관한 고민이 바로 현대 회사법의 핵심과제이다. 독일에서도 이사의 책임에 관한 논의는 이사 책임에 관한 규정이 가지고 있는 위와 같은 기능이 제대로 수행되고 있는지에 초점을 맞추고 있는데, 현재 논의의 주된 양대 흐름은 독일 주식법(AktG, 이하 주식법)상 이사가 부담하는 과도한 책임을 효율적으로 제한하는 방안과 그 대책점에 서 있는 이사에 대한 효율적인 책임추궁수단을 확보하는 방안이다. 이사의 책임 전반에 관한 독일의 현황과 개선 논의를 모두 다루기에는 지면상 한계가 있으므로, 이 글에서는 다음과 같이 의도적으로 주제를 한정하여 아래와 같은 순서대로 논의를 전개한다.

우선, 거대담론이지만 압축하여 주식법 전반을 관통하는 원리이자 입법과 사법 및 법해석의 방향에 영향을 기준 역할을 하는 이사에게 요구되는 행위 원칙을 알아본다(II). 독일 주식법 및 그 해석과 사법실무를 특징짓는 거대 프레임이기 때문에 누구라도 쉽게 눈을 감을 수 없다. 다음으로, 주식법상 이사의 회사에 대한 책임 구조라는 제목 하에 책임발생 요건, 책임 제한 여부, 책임추궁구조 등으로 나누어 논의하고(III), 독일에서 최근 현안이 되고 있는 책임 제한에 대한 논의를 알아 본 다음(IV), 마지막으로 이사의 책임과 관련하여 아이콘 같은 역할을 하는 주요 판례 3개를 간략히 검토해 본다(V). 결론은 발표한 글을 요약 정리하는 것으로 마무리 한다(VI).

이 글에서는 비교법적 논의는 생략하는 대신 독일 주식법상 이사의 책임을 조금 더 깊이 이해해 보려는 시도를 하였다. 특히 우리 상법과 다른 규정이나 다른 해석이 있는 부분 혹은 우리 학계나 실무가 관심을 기울이지 않고 있는 부분은 양적·질적으로 강조하여 서술하였다.

II. 이사의 행위 원칙

이사는 과연 어떤 행위 원칙(Verhaltensmaxime)에 따라 업무를 집행하여야 하는지에 관하여 독일 회사법은 오랜 기간 동안 기업(회사) 이익 원칙과³⁾ 주주 이익 원칙을 두고 논쟁을 계속

2016)", Fleischer/Kanda/Kim/Mülbert (eds.), German and Asian Perspectives on Company Law, Mohr Siebeck, 2016, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2728726>.

3) 기업의 이익(Unternehmensinteresse)과 회사의 이익(Gesellschaftsinteresse)은 혼용해서 사용되는 경우가 많으나 후자인 회사의 이익은 '영리목적'을 가진 회사라는 단체 자체만의 이익(Verbandsinteresse)'을 의미하는 좁은 개념인 반면에 전자는 영미법의 이해관계자 이익(stakeholder value)처럼 더 넓게 이해관계자를 포함하는 점에서 본 글에서는 기업의 이익이라고 표현한다. 기업(회사)의 이익이 어떤 내용이며 이사가 기업의 이익을 위해 행위 할 의무가 있는지 여부는 이사의 책임과 관련하여 매우 중요한 역할을 한다. 유럽에서는 국가마다 기업(회사)의 이익이라는 개념을 이해하는데 다소간의 편차가 있으나(양분하자면 주주중심적인 기업이익 개념과 덜 주주중심적인 기업이익 개념) 대부분의 국가가 이사의 행위 원칙으로 다양한 이해관계자(multiple constituencies)의 다원적 이익(pluralistic interests)을 포함하는 기업의 이익이라는 개념을 법전에 두고 있거나 판례가 인정하고 있다. 다만, 이태리, 아일랜드, 라트비아, 루마니아, 말타 등은 다원적 이익을 포함하는 기업의 이익이라는 개념을 인정하지 않고 주주우선주의(shareholder primacy)에 기초한 주주의 이익을 이사의 행위 원칙으로 본다. 영국은 회사법 제172조(Companies Act 2006)가 이사의 의무로 주주 전체의 이익을 위해 회사의 성공을 향한 노력할 의무(duty to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole)를 규정하고 있고, 주주의 이익을 고려하기 위해 순수한 주주 이익 원칙(pure shareholder value approach) 대신 소위 계몽된 주주 이익 원칙(enlightened shareholder value approach)을 채택하고 있다. 영국 회

하고 있으며, 영미 회사법의 영향을 받은 주주 이익 원칙(shareholder value principle)이 80년대 후반부터 20년간 지지자를 점점 확대하다가 2000년대 후반 금융위기로 인해 목소리가 위축된 경향이 보인다. 여전히 근본적으로 두 가지 시각이 대립하고 있으나 구체적인 문제에서 어느 원칙에 의하더라도 많은 경우 동일한 결론이 나오고 있어 양 원칙의 수렴현상도 어느 정도 보이고 있다. 이하에서는 주식법에 대한 이해를 위한 배경지식으로 필요하기 때문에 주식회사는 무엇을 위해 존재하는가? 다시 말하면 주식회사는 누구의 이익을 위해서 존재하고 이사는 누구의 이익을 위해 임무를 수행하여야 하는지에 대한 근본적인 시각의 대립을 소개한다.

1. 주주 이익 원칙: 다원적 이익이 포함된 기업 이익 원칙에 대한 비판론

다원적 이해가 포함된 기업의 이익이라는 이사의 행위원칙은 무엇보다도 그 내용상의 모호함으로 인해 비판을 받고 있다.⁴⁾ 주주의 이해(일원적 이해)라는 행위원칙은 본인-대리인 관계에서 볼 때 다원적 이해가 포함된 기업의 이해보다 경영성과에 대한 평가가 용이하여 이사의 재량범위를 좁힐 수 있기 때문에 이사에 대한 통제 비용이라는 면에서 현저한 장점이 있다. 반면에 다양한 이해관계자의 이익을 모두 고려하는 기업의 이익 원칙(독일식 이해관계자 이익 원칙, stake holder value principle of german version)은 분명한 목적을 제시할 수 없어 결과적으로 이사의 제한 없는 재량을 허용하게 된다. 수많은 주인을 섬겨야 하는 시종(侍從)은 결국 자유롭고 누구에게도 책임을 지지 않게 된다(too many master argument). 또한 다원적 이익을 함께 고려하여야 하는 기업의 이익이라는 원칙은 이사가 주주에게 불리한 방향으로 회사의 부를 분배하는 것도 허용하기 때문에 자본을 제공하는 주주는 이러한 점을 예견하고 더 높은 위험 프리미엄을 요구하게 되고 이는 회사의 자금조달비용증가로 이어지게 된다.

현행 주식법이 업무집행을 할 때 다원적 이익을 함께 고려야할 의무를 이사에 대해 명시적으로 강제하지 않고 있다는 점에서⁵⁾ 역시 비판을 받고 있다. 기업의 이익이라는 원칙은 특별히 권한이 부여되지 않고 전문성도 없는 이사로 하여금 공공의 이익까지 고려하도록 요구하고 있는데, 이러한 공공의 이익을 배려하는 정치적 고려나 분배 결정은 기업의 영역이 아니라 정치의 영역에서 결정할 일이다. 주주의 이익 이외에 공공의 이익을 함께 고려하여야 하는 의무를 부과할 경우 기업의 사회적 책임(CSR)이라는 명분하에 이사는 자신의 이익을 추구하는데 몰두하게 됨을 기부 사례에서 확인하게 된다(소위 취미 자선활동, pet charities).

주주의 이익이라는 원칙에 문제가 없는 것은 아니나 장기적으로 보면 기업(주식)의 가치를 높이는(수익성이 있는) 회사만이 시장에서 생존할 수 있고 다른 이해관계자의 이익도 더 잘

사법 제172(1)에 의하면 주주의 이익을 근로자의 이익 등 기타 이익보다 우선적으로 고려하여야 한다. 프랑스는 민법전(Code Civil) 제1848조에 회사의 이익(l'intérêt de la société)을 규정하고 있는데, 계약적 의미(conception contractuelle)의 기업의 이익은 주주의 이익과 일치하고 제도적 의미에서(conception institutionelle) 기업의 이익은 주주, 근로자, 채권자, 납품업자 등에게 공동된 이익을 의미하는 기업 자체의 이익이 있다고 본다. 회사의 이익(interests of the company)이란 개념 파악에 관한 유럽 28개국의 조사결과는 LSE Study, p.66-74.

4) Zöllner, "Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage", AG 2000, 146 f; Fleischer, "Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstands im Aktienrecht", AG 2001, 177.

5) Zöllner, "Unternehmensinnenrecht - Gibt es das?", AG 2003, 7 ff.

배려할 수 있으므로 최선의 선택(first best solution)을 알 수 없는 현실에서 주주의 이익이라는 이사의 행위 원칙(회사의 목표)이 최소한 차선의 선택(second best solution)임을 부인 할 수 없다. 주주 이외의 기타의 이해관계자의 이익을 회사가 어느 정도 배려할 의무가 있는지는 입법자의 결정영역에 속한다. 금융위기로 인하여 주주 이익 원칙에 대한 불신이 지속되고 있으나 금융위기는 오히려 역설적으로 주주 이익이라는 요구와 주주 이익의 실현 사이의 간극을 명백히 보여주는 사례이다. 회사 지배구조의 심각한 결함의 원인을 쉽게 주주 이익이라는 원칙에서 찾으려 안 되고 지배구조에 대한 입법적 혹은 감독법적 수정이 필요하다. 투하한 자본이 가지는 위험에 상응하는 이익을 요구하는 주주의 정당한 이해관계에 대해 이사는 눈을 감아서는 안 된다고 본다.⁶⁾

2. 기업 이익 원칙

독일에서는 비록 영미 회사법의 영향으로 주주 이익(shareholder value, shareholder primacy)을 이사의 행위원칙으로 보아야 한다는 목소리가 높아지고 있으나 기업의 이익을 이사의 행위원칙으로 보는 견해가 여전히 지배적이다.⁷⁾ 기업의 이익이라는 행위원칙에 의하면 주주의 이익이 유일하거나 혹은 현저히 우선하는 이사의 행위원칙은 아니다. 기업의 이익이라는 개념에는 주주의 이익 이외에도 고려되어야 하는 다원적 이익이 포함되어 있다고 본다. 기업의 이익이라는 개념에 포함된 다원적 이익 중 기업의 유지 및 장기적인 기업가치 상승이라는 이익은 특별히 중요한 역할을 한다. 다만 기업가치 상승은 좁은 의미의 주주 이익(소유권적 이익) 극대화 원칙과 구별된다.⁸⁾

기업의 이익을 위해 행위 할 이사의 의무는 주주가 가지는 회사에 대한 소유권적 이해 및 이익극대화라는 이해관계 이외에 회사법이나 기업집단에 관한 법(Konzernrecht), 공정거래법(Kartellrecht), 공동결정법 혹은 노동법 등이 고객, 채권자, 근로자 혹은 기타 회사와 이해관계를 맺고 있는 자의 이익을 직접 보호하지 않는 한 이들의 이익도 함께 배려할 의무(Verpflchtung zur Wahrung pluralistischer Interessen, 다원적 이익을 함께 배려할 의무)를 의미한다.⁹⁾ 기업이익 원칙에서는 이러한 다원적 이익을 고려할 때 특별한 선후관계는 없다고 보며 따라서 특정 이

6) 송옥렬, 상법강의, 제7판(2017), 1027-1028면은 주주이익 극대화를 이사의 의무로 보면서, 둘 이상의 본인을 섬기게 되는 경우 나타나는 무책임한 행위의 문제점, 잔여지분청구권자인 주주만이 회사 전체의 이익을 극대화할 인센티브가 있어서 이사는 주주 전체의 이익을 극대화할 의무가 있다고 보는 것이 사회적으로 더 효율적인 선택이며, 채권자는 계약이나 다른 규제를 통한 보호가 가능하고, 장기적인 주주이익 관점에서 파악하면 채권자나 근로자 등 다른 이해관계자의 이익도 대부분 포섭할 수 있으며, 상법(제400조 제1항)과 판례(자기거래에 대한 이사회 승인이 아니라 총주주의 동의가 있는 경우도 유효, 주주에 대한 신주의 저가발행은 임무위배가 아님)도 이사의 의무를 주주 전체의 이익과 연결 짓고 있음을 근거로 제시한다.

7) 독일 기업지배 모범규준(Deutsche Corporate Governance Kodex, DCGK) 서문에도 기업의 유지와 지속가능한 가치창출이라는 목표를 가진 “기업의 이익(Unternehmensinteresse)”이 이사의 행위 원칙임을 밝히고 있고 DGCK Nr. 4.1.1.은 이사는 지속가능한 가치창출이라는 목표를 가지고 기업의 이익, 즉 주주와 근로자, 기타 회사와 관계된 자의 이익을 고려하여 기업을 운영하여야 한다고 규정하고 있다.

8) Kort, “Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen”, AG 2012, 606-608.

9) Ringleb in Ringleb u.a., DCGK, 5. Aufl. 2014 Rn. 565.

익을 언제나 우선하거나 특정 이익을 언제나 후순위로 배려할 의무는 없고 비교형량에 기초한 다원적 이익의 배려 순서와 정도 및 방법은 이사의 재량에 속한다고 본다.

3. 기업 이익 원칙과 주주 이익 원칙의 수렴(convergence) 현상

비록 근본적 지향점에서 차이가 있지만 두 원칙은 구체적인 문제에서 많은 경우 수렴현상을 보이고 있다. 먼저 기업 이익 원칙은 다원적 이익을 함께 고려할 것을 요구하고 있으므로 업무 집행 시 주주 이익을 배제하거나 다른 이익에 비해서 후순위로 고려하여야 하는 원칙이 아니고, 다원적 이익을 비교형량하여 가능한 모든 이익을 “함께” 배려하고 주주 이익만이 배려 대상은 아님이 주장의 핵심 내용이다.

이러한 내용의 기업 이익 원칙은 주주 이익 원칙과 충돌하는 경우는 많지 않은 것으로 본다. 즉 다원적 이익을 형량한 결과 첫 번째, 어떤 특정이익이 현저히 중요한 경우에는 주주 이익에 반하는 결정을 하여야 하고, 두 번째, 반대로 이익 형량의 결과 주주의 이익이 현저히 중요한 경우에는 주주의 이익에 반하는 결정을 할 수 없다. 세 번째, 이익 형량의 결과 어떤 이익이 더 중요한 지 명백하지 않은 경우에는 이사는 재량을 발휘하여 주주의 이익을 위한 결정 혹은 기업의 이익에 포함되는 다른 이익을 더 중시한 결정을 할 수 있다.¹⁰⁾ 첫 번째, 두 번째의 경우는 주주 이익 원칙에 의하더라도 동일한 결과가 나올 것이고, 세 번째 경우 주주 이익 원칙은 언제나 주주 이익을 우선할 것을 요구하나 기업 이익 원칙에 의한 재량 허용 시와 실질적인 면에서 큰 차이가 나지 않는다. 이사가 주주의 이익에 반하는 결정을 내리고 그 결정에 대해 책임을 지지 않으려면 그러한 결정이 경영판단의 요건을 충족하여야 하기 때문이다.

기업 이익 원칙에서도 주주 이익은 특별히 중요한 지위를 차지하고 있음을 부인할 수 없고, 다른 이해관계자의 이익 보호나 고려가 법령에 의해서 이사(회사)의 의무로 규정된 것이 아닌 이상 이사에게 회사의 제반사정을 고려하여 그러한 이해관계자의 이익을 고려할 재량(Ermessensspielraum, margin of discretion)을 부여하는 것이지 구속적 의무로 강제하는 것은 아님을 인정하고 있다.¹¹⁾

10) Kort, AG 2012, 607 f.

11) 회사법에서 주주이익 개념은 장기적이고 무형적인 이익을 모두 고려하는 개념이며 이해관계자 모형(stakeholder theory)에서 나오는 기업의 사회적 책임은 주주이익 극대화를 기초로 한 틀로도 설명이 가능하며 사회적 책임은 이사의 행동지침이 될 수 없다는 견해(송옥렬, 전게서, 703-704면)도 이런 동조 혹은 수렴현상을 어느 정도 반영하는 듯하다. 이상훈, “삼성물산 합병을 통해 바라본 주주이익 보호의 문제점과 개선방향-에버랜드의 재림(再臨), 그 극복을 위한 제언.”, 『상사법연구』 제34권 제3호, 2015, 150-162면은 합병 등과 같은 자본거래의 경우 회사의 이익이라는 기준만으로는 불공정한 자본거래로 인한 주주의 비례적 이익 침해(주주간 부의 부당한 이전)를 막을 수 없으므로 주주의 전체적(비례적) 이익을 회사의 이익과 동일시하여(주주 이익을 회사의 이익에 포함하여) ‘이사의’ 회사(주주)에 대한 선관의무(충실의무) 위반 여부를 판단하여야 한다는 매우 설득력 있는 주장을 하고 있다. 후자의 견해는 주주가 마땅히 보호 받아야 할 정당한 이익(비례적 이익, proportionate interests)도 보호받지 못하는 현실에서 주주 이익을 뛰어 넘어 이해관계자 이익 보호를 운운하는 것은 사치라고 보는 입장이다. 이는 이사의 책임을 철저히 묻는 단계를 거치고 나서 이사의 책임 제한을 논의해야 하는데 책임을 엄격히 묻는 단계를 생략한 채 이사 책임 제한 논의에 집중하는 현상과 유사하다.

III. 2주식법상 이사의 회사에 대한 책임 체계¹²⁾

1. 이사의 회사에 대한 책임의 기본적 구조

1) 이사의 기본적 의무

이사의 회사에 대한 핵심의무로 대표적인 것으로 주의의무(Sorgfaltspflicht, duty of care), 충실의무(Treuepflicht, duty of loyalty), 법령준수의무(Legaltätspflicht, duty of legality)를 들 수 있다. 주의의무는 이하의 책임발생 요건에서 서술하기로 하고, 충실의무와 법령준수의무를 간단히 알아본다.

(1) 충실의무

주의의무와는 달리 주식법 제93조에 이사의 충실의무가 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 이사가 기관의 지위에서 ‘회사에 대해서’¹³⁾ 충실의무를 부담한다는 것은 이견 없이 인정되

- 12) Aufsichtsrat는 그 구성원인 이사가 주주총회에서 선·해임되고, Vorstand의 구성원인 이사를 선·해임할 권한과 그 업무집행에 대한 감독권한이 있으므로 많이 통용되는 감사회(복수의 감사로 구성된 회의체란 의미로 이해됨)란 표현 대신 감독이사회라 표시한다. 독일 학자들이 Aufsichtsrat를 supervisory board, Vorstand를 management board(경영이사회)로 번역해서 사용하는 점도 이러한 표현을 택한 이유이다. 감독이사회와 경영이사회로 이루어지는 독일 주식회사의 이원적 시스템(two tier system)은 집행임원제도를 도입한 경우 이사회-집행임원 구조와 거의 유사하다. 이 글에서는 또한 Aufsichtsratsmitglieder를 감독이사회 이사로 표현하고, Vorstand는 단순히 이사회로, Vorstandsmitglieder는 이사로 표현하며, 극히 예외적으로 구분의 필요성이 있는 경우 Vorstand를 경영이사회, Vorstandsmitglieder를 경영이사회 이사로 표현한다.
- 13) LSE, Study on Directors' Duties and Liability(이하 LSE Study), 2013 p. 55-63에 의하면 조사대상 유럽국가 28개국 모두 이사의 의무(주의의무, 충실의무)는 원칙적으로 ‘회사에 대한 것’으로 보고, 예외적인 경우 주주나 채권자 기타 관계자에 대해 이사가 직접 의무를 부담한다고 본다. 주주의 이익을 위해 행위 할 이사의 의무는 특히 영미법계 국가인 영국, 아일랜드, 사이프러스에서 특별한 요건 하에서 인정되는데 이사와 주주 혹은 채권자 사이에 특별한 사실적 관계(special factual relationship)가 존재하면 이사는 직접 주주 혹은 채권자에 대해 의무(주의의무, 충실의무)를 부담한다. 예컨대 영국 판례에 의하면 이사가 특정한 거래를 권유하기 위해 주주를 직접 접촉하거나 이사가 주식의 취득이나 처분과 관련하여 주주의 대리인으로 접촉한 경우 혹은 주주가 신뢰하는 공시를 하거나 정보를 제공한 경우 이러한 특별한 사실적 관계가 발생하여 이사는 주주에 대해 직접적으로 의무를 부담한다. *Peskin v Anderson* [2001] 1 BCLC 372, para. 33. 아일랜드 판례에 의하면 회사에 의해 대변되는 주주전체의 이익(collective interests)이 아니라 주주의 개인적 이익(interests of the shareholders qua shareholder are concerned)이 문제되는 경우 ‘특별한 사실적 관계’가 인정되어 이사는 주주에 대해서 직접 의무를 부담한다. *Crinde Investments v Wymes* 1998] 4 I.R. 567, [1998] 2 I.L.R.M. 275. 유럽 다수 국가에서 회사채권자의 이익을 우선적으로 배려할 의무는 도산이 임박한 경우(in the vicinity of insolvency, near-insolvent companies) 인정된다. 자세한 국가별 비교는 LSE Study, p.55-66. 우리 상법의 해석상 이사는 오직 회사와 위임관계에 있기 때문에 회사에 대해서만 의무를 부담하는 것으로 보는 것이 통설이며, 이사의 행위가 회사에는 아무런 영향이 없고 단지 주주 사이의 부의 이전만 가지고 오는 경우에는 상법 제399조의 ‘회사에 대한’ 손해배상책임이나 업무상배임죄가 성립하지 않는다고 보는 견해는 송옥렬, 전계서, 1026면. 이때 부당히 부를 빼앗긴 주주를 보호하는 수단으로 등장하는 것이 이사의 의무에 회사의 이익과 더불어 전체 주주의 비례적 이익도 보호할 의무가 포함된다는 주장이다. 이상훈, 전계논문.

고 있다. 이사의 충실의무는 타인의 재산을 관리하는 수탁자의 지위와 유사한 이사의 지위에서 이끌어 낸다.¹⁴⁾

충실의무는 독일 민법 제242조의 신의성실의무보다 더 넓은 의무인데, 회사의 이익과 관련된 사안에 있어서 오로지 회사의 이익만을 위해서 행위 하여야 하고, 이사 자신의 개인적 이익이나 타인의 이익을 추구하는 행위를 하지 않아야 하는 의무이다.¹⁵⁾ 충실의무와 관련된 경영상 결정에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용되지 않으므로 독일 주식법상 주의의무와 충실의무의 구별은 중요한 의미를 가진다.¹⁶⁾ 다만, 영미법과 같은 충실의무위반 시 이사가 손해배상책임에 더하여 이익반환의무(duty of disgorgement, 토출의무)를 부담하는 것은 아니다. 다만, 구체화된 충실의무인 경업금지의무나 회사기회 유용금지의무 위반 시 인정되는 개입권을 통해 이사로부터 이익을 반환받을 수 있다.

(2) 법령준수의무(Legalitätspflicht, duty of legality)¹⁷⁾

객관적인 주의의무에 속하는 의무 중 하나로서 법령을¹⁸⁾ 준수하고(Regeltreue) 회사와 그 임직원이 준법행위를 하도록 배려할 의무인 법령준수의무도 이견 없이 이사의 의무로 인정되고 있다. 회사에 이익이 되는 법령위반(소위 효율적 법령위반, Nützliche Regelverstöße, efficient breach of law) 이라도 이사의 주의의무 위반으로 보며,¹⁹⁾ 손해배상범위 산정 시 법령위반으로

14) 이사가 회사에 대해서 충실의무를 부담하나 주주에 대해서 직접 충실의무를 부담하는 것은 아니며 회사에 대한 충실의무 혹은 다원적 이익 중 주주의 이익도 포함된 기업의 이익을 위해 행위 할 이사의 의무를 통해 주주의 이익이 보호된다. 회사도 이사에 대해 충실의무를 부담하며, 감독이사회(감사회) 이사도(그 책임에 관하여 주식법 제93조가 준용됨, 주식법 제116조) (경영이사회) 이사와 마찬가지로 회사에 대한 충실의무를 부담한다. 특정요건이 충족된 경우 대주주와 소수주주의 회사에 대한 충실의무가 인정되고 있으며, 주주간 충실의무도 인정되고 있다. 독일에서 주주의 충실의무에 대해서는 정대익, "주주행동주의의 법적 한계", 「경영법률」 제27집 제2호(2017.1) 266면 각주 66)에 인용문헌 참조 요.

15) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016 AktG § 93 Rn. 9.

16) 경영판단의 원칙 적용에 있어서 이해상충이 관련되는 충실의무와 (충실의무와 주의의무를 포괄한 의미의 선관주의의무와는 다른) 좁은 의미의 주의의무를 구분하지 않고 있는 법원의 실무(주의의무와 충실의무를 구별하지 않고 있는 법원의 입장에서는 어쩌면 당연한 결론일 수 있음)를 지적하는 견해는 송옥렬, 전게서, 1031면.

17) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 7a. 우리나라에서도 상법 제382조의3, 제399조에 의해 당연히 인정되는 의무이다.

18) 형식적인 법률과 명령 이외에 정관이나 사규, 업무지침, 규칙, 조례 등 기타 규범을 모두 포함하는 넓은 개념이다. Spindler, "Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen", in: Festschrift für Canaris, 2007, Bd. II, S. 412; Fleischer, "Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern", ZIP 2005, 149. 우리 판례도 이사가 준수하여야 할 법령을 상법 이외에 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정으로 넓게 파악하고 있다(대법원 2005.10.28. 2003다69638 판결). 다만, 경영판단의 원칙의 적용 대상에 포함되지 않는 법령위반에서 법령이란 형식적인 법률과 법규명령만을 의미한다고 좁게 보고 있어서(대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651,41668 판결) 정관이나 회사내규 등 기타 규범 위반 시에는 경영판단의 원칙 적용 가능성을 열어두고 있다. 기타 규범위반 시 경영판단의 원칙 적용가능성이 있다고 보는 견해는 권재열, 전게논문, 247-248면. 이러한 판례의 입장에 대한 비판적 견해는 정대익, 「비교사법」 제23권 4호(통권75호, 2016.11), 1828면.

19) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 7a. 이철송, 전게서, 773면은 법령위반행위(위법행위)에 대해서 경영판단의 원칙은 적용되지 않지만 위법행위로 인해 회사가 얻은 혹은 얻을 이익이 있으면 손해배상책임을

회사가 얻은 이익은 손익상계의 대상이 되지 않는다. 법령준수의무에서 적정한 준법시스템(Compliance System) 구축·운영·관리·평가·개선 의무가 발생하며, 준법시스템 구축의무와 관련하여 독일 법원은 최근 매우 엄격한 잣대를 대기 시작하고 있다.²⁰⁾

2) 이사의 회사에 대한 책임의 법적 성질: 단체법적 법정책임

주식법 제93조 제2항에²¹⁾ 의해 주의의무 위반을 이유로 발생하는 이사의 회사에 대한 책임은 이사가 기관의 지위를 취득함으로써 법률 규정에 의해서 발생하는 법정책임으로 보는 것이 통설이다. 회사와 이사 사이의 임용계약(Anstellungsvertrag, employment contract)을 위반한 계약책임(채무불이행책임, 독일 민법 제280조 제1항)으로 보거나,²²⁾ 기관의 법정책임이란 성격과 임용계약에 대한 적극적 계약침해로 인한 계약책임(채무불이행책임)의 성격을 동시에 가지고 있는 것으로 보는 소수견해가²³⁾ 있으나, 단체법적 측면과 채권법적 측면을 구분하면서 주식법 제93조 제2항에 규정하고 있는 이사의 책임은 기관의 지위(Organstellung) 취득이라는 단체법적 원인에서 발생하는 법정책임으로 보는 견해가 통설로서 지지를 받고 있다.²⁴⁾

통설에 의하면 이사와 회사의 법률관계는 단체법적 측면(korporationsrechtliche Ebene)과 채권 계약적 측면(schuldvertragliche Ebene)이라는 두 가지 측면을 가지고 있는데,²⁵⁾ 기관의 지위를 취득하는 이사 선임은 단체법적 측면이고 이사의 지위를 취득한 후 회사와 맺는 임용계약은 채권 계약적 측면이다. 주식법 제93조에 따른 이사의 의무와 그 위반으로 인한 책임은 이사라는 기관의 지위를 취득함으로써 발생하는 것이지 임용계약에 기초해서 발생하는 것은 아니다.²⁶⁾

주식법 제93조는 독립적인 청구원인이며, 임용계약에 따른 이사의 책임을 배제하지는 않고(그러나 임용계약으로 주식법 제93조의 책임을 제한하거나 강화하는 것은 허용되지 않으며,

지지 않을 수 있다고 보는데, 이는 법령위반 시에도 손익상계를 인정하는 소위 효율적 법령위반(efficient breach of law)을 수용하는, 법질서의 가치체계를 해하는 위험한 견해이다. 법령위반으로 인한 이익은 규범적 판단에서는 고려될 수 없고, 손익상계를 하는 것은 법령위반이 경영판단원칙의 적용대상이 되지 않는다는 원칙과 모순된다는 견해는, 송옥렬, 「상법강의」, 제7판(2017), 1034면. 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결은 법령위반임에도 불구하고 회사가 얻은 무형의 이익을 고려하여 회사의 손해를 인정하지 않았다.

20) 준법시스템과 관련하여 매우 엄격한 요건을 요구하고 있는 대표적 판례는 LG München I, ZIP 2014, 570-Siemens/Neubürger. 자세한 사실관계와 판시 사항은 아래의 주요판례 참고.

21) 주식법 제93조는 동조 제2항 제3문을 제외하고는 감독이사회 이사(Aufsichtsratsmitglieder)의 책임에도 준용된다.

22) RGZ 63, 203, 211; BGHZ 41, 282, 287.

23) BGHZ 41, 282, 287; Cahn/Mertens in Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum AktG § 93 Rn. 3.

24) 대표적으로 BGH NJW 2013, 3637(유한회사에 관한 판례); Spindler/Stilz/Fleischer, 3. Aufl. 2015, AktG § 93 Rn. 178; Hüffer/Koch, 12. Aufl. 2016, AktG § 93 Rn. 36. 우리 판례와 통설이 상법 제399조에 규정된 이사의 회사에 대한 책임을 회사와의 위임계약 위반으로 인한 채무불이행책임으로 보는 것과 대비된다. 다만 이철송, 「회사법강의」 제25판(2017), 766면은 채무불이행책임도 아니고 불법행위책임도 아닌 특수한 책임으로 보고 있다.

25) 이렇게 보는 통설을 분리이론(Trennungstheorie)이라고 한다. BGHZ 89, 48, 52 = NJW 1984, 733; BGH NJW 2003, 351; MüKoAktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, AktG § 84 Rn. 10; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016 § 84 Rn. 2. 주식법 제84조 제1항 제1문, 제5문과 동조 제3항 제1문, 제5문은 이러한 분리를 전제로 한 규정이다.

26) 물론 임용계약에 주식법 제93조와 동일한 내용이 선언적으로 규정될 수 있고 또는 법령에 의해 허용되는 한에서는 주식법 제93조의 책임보다 경하거나 중한 이사의 책임을 규정할 수 있다.

주식법 제93조는 임용계약상 이사의 책임을 구체화하는 기능을 수행함), 이사의 책임의 법적 성격에 관한 견해의 차이에도 불구하고 주식법 제93조가 강행규정이라는데 대해서는 의견의 일치를 보이고 있다.²⁷⁾

3) 책임발생 요건

(1) 이사

① 이사의 책임에 관한 주식법 제93조 제2항은²⁸⁾ 이사의 직무대행자와 법원에 의해 선임된 임시이사에도 적용되며, 이사의 책임은 유효한 선임행위와 함께 시작되고 임기 만료 혹은 유효한 선임 철회로 종료한다.²⁹⁾ 책임이 발생한 이상 임기가 종료하거나 이사직에서 사임한 경우라도 동조가 적용된다(이사에게 불리한 입증책임의 전환에 관한 부분도 그대로 적용됨).³⁰⁾

② 하자 있는 선임행위에 의해 선임된 이사, 즉 선임 상 하자있는 이사(*fehlerhaft bestellte Vorstandsmitglieder*)가 회사를 위한 업무를 집행한 경우 동조가 적용 된다. 동조의 적용에 있어서 회사와 임용계약을 체결하였는지 여부는 묻지 않는다.³¹⁾

선임행위도 전혀 없이 사실상 이사(*faktisches Organ*)로 활동한 자에게도 주식법 제93조 제2항이 적용된다고 보는 것이 통설의 입장이다.³²⁾ 상당한 범위의 업무집행을 하고 중요한 결정에 지속적인 영향력을 행사하여야 하나 적법한 이사의 권한을 완전히 배제할 정도의 영향력을 행사할 것은 사실상 이사를 인정하기 위한 요건이 아니다. 다만, 이사의 지위와 필수적으로 연관이 있는 중요한 권한이 흠결되었다면 주식법 제93조 제2항이 적용되는 사실상 이사로 볼 수 없다.

사실상 이사로서 책임을 지기 위해서는 지속적인 영향력 행사가 있어야 하는 것이 원칙이나 예외적인 경우(예컨대 사실상 이사가 회사의 위기상황에서 구조조정사안에 대한 결정을 좌우한 경우) 영향력 행사가 지속적이지 않아도 무방하다.³³⁾

이사를 선임하는 기관인 감독이사회(*Aufsichtsrat*)가 사실상 이사의 업무집행에 대해 동의하였는지 여부는 묻지 않으며(대부분 묵시적 동의가 있음),³⁴⁾ 대외관계에서 활동을 하는 것도

27) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 11; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 3; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 2.

28) 주식법 제93조는 준용규정인 주식법 제116조와 주식법 제268조 제2항에 의해 감독이사회 이사 및 청산인에게도 각각 준용된다. 다만, 이어나 감독이사회 이사 혹은 청산인 보다 하위단계에 위치하는 회사의 직원이나 대주주, 은행 혹은 전문적 자문인에 대해서는 특별한 요건(사실상 이사 등)이 충족된 경우가 아니면 적용되지 않는다.

29) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 37; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 28.

30) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 37.

31) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 37; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 27. 우리 상법의 해석으로는 선임행위에 하자가 있는 이사에게는 상법 제399조(이사의 회사에 대한 책임)가 적용되지 않고, 상법 제401조의 2에 따른(구체적으로는 제3호) 책임이 발생할 수 있다고 본다. 이철송, 전게서, 778면.

32) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 38.

33) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 192; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 38.

요건이 아니어서 대내적 업무집행만 하여도 사실상 이사에 해당한다.³⁵⁾ 독일 연방대법원 (BGH)의 입장과 달리 통설은 법인도 사실상 이사가 될 수 있다고 본다.³⁶⁾

③ 형식적인 선임행위도 없었고 사실상 이사로서의 업무집행도 하지 않았으나 대외적으로 이사와 같은 외관을 유책하게 야기한 자는 이사의 외관을 가진 자(Vorstand kraft Rechtschein)의 행위에 대해 선의의 제3자에 대해서 일반적 법리(즉, 외관법리)에 의한 책임을 지나,³⁷⁾ 이사의 외관을 가진 자가 주식법상 사실상 이사로서의 책임은 부담하지 않는다.³⁸⁾

(2) 주의의무 위반(Sorgfaltspflichtverletzung, Pflichtverletzung)

가) 주의의무의 개념

주식법 제93조 제2항 제1문에 의해 이사는 성실하고 선량한 경영자로서의 주의의무(die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, care of diligent and conscientious manager)를 부담한다. 통설에 의하면 일반조항과 같은 주식법 제93조 제2항 제1문이 규정하고 있는 이와 같은 주의의무는 ‘객관적인’ 행위기준(Verhaltensstandard, 혹은 객관적 주의의무 objektive Sorgfaltspflicht)으로서의 의미와 정형화된(typisiert) ‘주관적’ 과실기준(Verschuldensmaßstab)으로서의 의미를 동시에 가지고 있다(이중적 기능).³⁹⁾

이사가 준수하여야 하는 객관적인 행위기준은 당해 이사의 구체적인 개별사정에 따라 달라지는 것은 아니고 성실하고 선량한 경영자에게 요구되는 행위기준을 의미한다. 구체적으로 이사가 이러한 객관적 행위기준(주의의무)을 위반하였는지 여부를 판단할 때 타인의 재산을 마치 수탁자처럼 관리하는 유사한 업종과 규모를 가진 회사의 이사가 어떻게 행위 했어야 하는지가 기준이 되며,⁴⁰⁾ 행위 당시를 기준으로(ex-ante) 하여 판단한다.⁴¹⁾

이러한 이사의 객관적 행위기준으로서의 주의의무에는 법령과 정관에 따라 회사를 적정하게 조직할 의무, 적정하게 회사를 운영할 의무, 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무, 법령(정관을 포함하여 내부 및 외부관계에 적용되는 모든 법령)을 준수할 의무 등이 포함된다.⁴²⁾ 기

34) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 38. 사실상 이사로 인정되기 위해서는 감독이사회가 사실상 이사의 행위에 대해 알고 그 행위를 승인할 것이 필요하다고 보는 견해는 Hölter, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014 § 93 Rn. 229.

35) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 191; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 39. 대외적 활동을 사실상 이사로 인정되기 위한 요건으로 보는 입장은 BGH NZG 2005, 755 ff.; Hölter, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014 § 93 Rn. 229.

36) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 193; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 38. 법인은 사실상 이사가 될 수 없다고 보는 견해는 BGHZ 150, 61, 68.

37) 이는 전직 이사나 표현 이사의 행위에 대해 독일 상법(HGB) 제15조 제1항(상업등기의 소극적 공시력), 제3항(부실등기의 효력) 및 일반적 외관법리에 의해 회사가 책임을 지는 것과는 구별하여야 한다.

38) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 199; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 230.

39) LSE Study, Executive Summary, ix-xi에 의하면 조사대상 유럽 28개 국가들은 이사의 주의의 기준(standard of care)과 관련하여 객관적/주관적 기준, 객관적 기준, 완화된 기준(reduced standard), 혹은 객관적/주관적 기준과 객관적 기준을 선택적으로 규정하는 등 차이가 있으며, 주의 기준의 개념상 유사성에도 불구하고 실제 그 적용에 있어서는 큰 차이가 있다고 분석하고 있다.

40) BGH NJW 1995, 1290; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 6; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 7.

41) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 7.

관적 지위에 근거한 이사의 충실의무에서 나오는 개별적 의무와 임용계약상 의무도 객관적 행위기준으로서의 주의의무에 포함된다.⁴³⁾

나) 주의의무 위반 유형

① 경영판단의 원칙과 관련된 주의의무 위반

경영판단의 원칙의 적용요건이 충족되지 않으면, 예컨대 충분하지 않은 정보에 기초해 내린 결정 혹은 이해상충 상태에서 내린 결정이라면 대부분 주의의무위반이 추단된다. 다만, 경영판단의 원칙의 적용요건이 충족되지 않는다고 이사에게 당연히(per se) 의무위반이 인정되는 것은 아니고 다시 의무위반이 적극적으로 인정되어야만 이사의 손해배상책임이 발생하는데, 주식법 제93조 제2항 제2문의 입증책임의 전환으로 인해 쉽게 위무 위반이 인정될 가능성이 높다.⁴⁴⁾

② 내부통제시스템과 관련된 주의의무 위반

이사는 회사의 영업목적이 적법한 방법으로 달성되도록 회사를 조직할 의무가 있는데, 회사 내부에 적정하게 기능하는 정보소통시스템 및 내부통제시스템을 구축하고 회사의 재무상태에 대한 지속적인 감독이 가능하게 하는 것이 바로 그러한 의무에 속한다. 이사 스스로 회사재산에서 뇌물을 제3자에게 제공한 경우 그것이 회사에 이익을 가져다주어도 법령준수의무를 위반한 것이고, 직원이 제3자에 뇌물을 제공한 것이 하자 있는 회사 내부 조직이나 감독 소홀에 기인한 것이라면 이사가 회사를 적정하게 조직할 의무를 위반한 것이 된다.⁴⁵⁾

③ 업무분장과 관련된 주의의무 위반

이사의 업무가 분장(delegation)되어 있는 경우에 소관업무가 아닌 이사의 감시의무가 달라지는 것은 아니다. 다만, 감시의무의 일환으로 일정한 조치를 취할 의무는 분장업무를 담당하는 이사의 의무위반에 대한 현저한 의심이 드는 경우에 인정된다. 의무를 위반한 이사의 분장 업무와 성격상 가까운 분장업무를 담당하는 이어나 이사회 의장이라도 강화된 감시의무가 발생하는 것은 아니다.⁴⁶⁾

42) 법문상 주의의무(Sorgfaltspflicht)로 표현되어 있지만 좁은 의미의 주의의무(duty of care)이외에 이사가 부담하는 모든 의무를 포함한다고 보아야 한다. 따라서 주식법 제93조 제2항의 이사의 주의의무를 넓은 의미의 주의의무 혹은 단순히 의무라고 표현하기도 한다. 우리 상법상 이사의 선관주의의무처럼 넓은 개념으로 보면 된다.

43) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 40.

44) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 40.

45) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 40.

46) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 42.

④ 회의체인 이사회결의와 관련된 주의의무 위반

법령 혹은 정관에 반하거나, 회사에 손해를 야기하는 혹은 정확한 검토 없이 경솔하게 결의가 이루어진 경우 이사회 다수결에 의해 자신의 반대의견이 채택되지 않은 이사는 그러한 결의가 집행되지 않도록 적절한 조치를 취할 의무를 부담한다. 즉, 이사는 이사회 내부에서 위와 같은 위법하거나 부당한 결의가 집행이 되지 않도록 새로운 결의안을 제안하거나 이의제기를 하여야 한다.

이사회 내부에서 이러한 조치가 실패하면 이사의 업무집행에 대한 감독권한을 가지고 있으며 중대한 사유가 있는 경우 이사를 해임할 수 있는 권한이 있는 감독이사회에 보고하여야 한다. 국가기관을 포함한 제3자에게 고지할 의무는 불고지 시 이사에겐 형사처벌의 위험이 있는 경우에만 부담한다. 따라서 영업비밀 보호의무가 법률적으로 완화되거나 이사에겐 형사처벌 위험이 있는 경우가 아니라면 이사는 감독기관에 대한 내부고발(whistle blowing) 의무를 부담하지 않는다.⁴⁷⁾

이사 간 신뢰에 기반한 업무집행에 악영향을 줄 수 있기 때문에 이사가 소송을 통하여 이사회 결의의 위법성에 대한 확인을 받을 의무는 없다고 본다(권한은 있다).⁴⁸⁾ 의도적으로 이사회에 불참한 것이 아니라 이사회 출석을 방해받아 위법한 결의에 영향을 미치지 못한 이사는 의무위반이란 요건이 충족되지 않아 책임이 발생하지 않는 것이 원칙이나, 결의를 검토하여 새로운 이사회 소집을 요구하거나 다른 이사에겐 이의제기할 의무가 있다. 회사의 이익을 위해 이사는 분명한 입장을 밝힐 의무가 있으므로 이사회결의 시 기권은 의무위반이 되어 이사의 책임을 발생시킬 수 있다. 이사회 불출석이나 이석(離席)을 통해 위법한 이사회 결의가 불가능한 상태를 만들어 낼 의무는 없으며 이사는 오히려 발언과 답변을 통해 자신의 입장을 적극적으로 주장할 의무가 있다.⁴⁹⁾

⑤ 절대적 주의의무 위반: 9가지 죽음의 罪(Todsünden, the so-called mortal sins) 조항

주식법 제93조 제3항에는 이사의 손해배상책임을 발생시키는 특별한 행위(자본유출행위)를 한정적으로 열거하고 있는데(9가지 행위 열거), 회사의 자본을 보호하기 위한 의무를 현저히 위반하는 것으로 평가되는 행위유형들을 규정하고 있다. 이들 행위는 경영상 결정으로 보지 않기 때문에 경영판단 원칙의 적용대상에 처음부터 배제된다.⁵⁰⁾

주식법의 규정에 반하여 이루어진 여러 행위 중 주주에 대한 자본 환급, 주주에 대한 이자지급 혹은 이익참가 허용, 자기주식의 인수나 취득 혹은 자기주식을 질권의 목적으로 취득하는 행위, 주금이 완납되기 전에 주권 발행, 회사재산을 배분하는 행위, 주식법 제92조를 위반하여 지급불능이나 채무초과 상태에서 이루어진 지급행위, 감사에 대한 보수지급, 신용공여, 조건부

47) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 166-169.

48) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 169; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 77 Rn. 35.

49) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 170; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 77 Rn. 30.

50) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 68.

자본증가의 경우에 정해진 목적 이외의 목적을 위하여 혹은 주금의 전액 납입 전에 신주인수권을 발행한 경우 등이다.

(3) 위법성

주의의무 위반이 있으면 일반적으로 위법성이 인정되기 때문에 위법성 요건은 특별한 역할을 하지는 않는다. 다만, 의무의 충돌(Pflichtenkollision)이나 위법성을 조각하는 긴급피난(Notstand) 상태에서 이루어진 이사의 행위는 의무 위반이 있어도 위법성이 조각되어 회사에 대한 손해배상책임이 발생하지 않는다.⁵¹⁾

(4) (주의의무 위반에 대한) 과실(Verschulden)

① 고의 혹은 과실로 성실하고 선량한 경영자로서의 주의의무를 위반한 경우에만 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 발생한다.⁵²⁾ 이사는 모든 과실(omnis culpa)에 대해서, 즉 경과실에 대해서도 책임을 져야하며, 이러한 과실기준은 강행규정이기 때문에 정관이나 임용계약을 통해 완화 혹은 배제하는 것은(예컨대 경과실에 대한 면책 혹은 중과실이나 고의에 대한 면책) 허용되지 않는다.⁵³⁾

② 정형화된 과실기준을 정하고 있는 주식법 제93조 제2항 제1문으로 인해서 이사는 자신의 임무를 수행하기 위해 객관적으로 필요한 능력과 지식을 가져야하며, 이러한 능력과 지식의 결여 자체는 바로 과실로 평가되며(인수과실, Übernahmeverschulden) 책임조각 사유가 될 수 없다.⁵⁴⁾

③ 이사가 준수하여야 하는 객관적 행위기준(객관적 주의의무)을 위반하면 의무위반이 되고, 의무위반이 있으면 의무위반에 대한 과실이 인정되지 않는 경우는 매우 예외적이기 때문에 이사의 과실기준은 의무위반에 비해 상대적으로 중요성이 적다. 의무위반이 있을 때 과실 여부를 추가적으로 검토하여야 하는 경우란 이사에게 법률의 착오가 있거나 이사가 전문가의 조언을 신뢰한 경우 등 매우 예외적인 경우에 한정된다. 특히 불확실한 법적 상황 하에서 전문가의 법률 조언을 신뢰하고 내린 이사의 결정이 사후적으로 위법한 것으로 밝혀진 경우에 책임이 조각되려면(과실이 조각되려면), 전문성과 독립성을 가진 전문가의 조언을 받아야 하

51) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 40.

52) 고의, 과실로 인한 책임이 인정되기 위해서는 당연히 당해이사의 책임능력과 의무이행에 대한 기대가능성을 전제로 한다.

53) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 32. 우리 상법도 독일과 마찬가지로 이사는 모든 과실에 대해 책임을 지는 것으로 하고 있다. 송옥렬, 전거서, 1030면은 경영판단의 원칙과 관련하여 이사에게 중과실이 없는 한 책임을 묻지 않는 것이 경영판단의 원칙에 대한 미국의 해석인데 이러한 해석은 우리나라에서는 상법 제399조 제1항에 의해 이사는 단순한 과실에 대해서도 책임을 지는 것이므로 인정되지 않는다고 본다.

54) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 43; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 32.

며, 조언을 제공하는데 필요한 회사관련 정보를 전문가에게 충분히 제공하여야 하고, 전문가가 제공한 조언에 대한 타당성 검토를 거쳐야 한다. 책임조각의 법적 근거를 다수설은 회피 불가능한 법률의 착오에서 찾고 있다.⁵⁵⁾

④ 이사의 종류를 묻지 않고 동일한 과실기준이 적용되므로, 명예직 이사의 경우 비영리사단법인에서는 고의나 중과실에 대해서만 책임을 지나(독일 민법 제31a조 제1항 제1문) 주식법 제93조 제2항에 따른 이사의 책임규정이 지니는 채권자보호기능으로 인해 주식회사의 경우 명예이사는 단순한 경과실에 대해서도 책임을 부담한다.

⑤ 이사는 자신의 과실에 대해서만 책임을 지고, 다른 이사는 이사 자신의 이행보조자나 피용자로서 업무를 집행하는 것이 아니라 회사의 기관으로서 다른 이사 자신의 고유한 의무를 이행하는 것이기 때문에 다른 이사의 과실에 대해서는 책임을 지지 않는다.⁵⁶⁾

다른 이사의 업무집행에 대한 감시의무를 소홀히 하거나 위법한 결의에 기초한 다른 이사의 업무집행에 참여한 경우에는 이사 자신이 과실로 인한 책임을 지나 이 경우 역시 이사 자신의 과실로 인해서 책임을 지는 것이지만 다른 이사의 과실에 대한 책임을 지는 것은 아니다. 이사가 아닌 회사의 이행보조자나 피용자의 지위에 있는 직원의 과실에 대해서도 이사는 책임을 지지 않는 것이 원칙이고, 직원의 선임·지시·감독상 과실이 있는 경우에는 자신의 과실에 해당하여 책임을 진다.⁵⁷⁾

⑥ 이사들의 공동과실이 있는 경우 이사는 연대책임을 부담하기 때문에 회사와의 내부관계에서 다른 이사의 과실(Mitverschulden)을 가지고 회사에 대항할 수 없고,⁵⁸⁾ 감독이사회 이사의 감독의무위반이 있는 경우 의무를 위반한 이사는 감독이사회 이사와 함께 회사에 대해서 연대책임을 지기 때문에 감독이사회 이사의 과실을 이유로 회사에 대항할 수 없다.⁵⁹⁾

(5) 회사의 손해

① 이사의 의무위반으로 인해 상당인과관계에 있는 회사의 손해가 발생하여야 한다.⁶⁰⁾ 발생한 손해뿐만 아니라 일실이익도 손해개념에 포함되나, 단순한 재산상 손해발생 위험야기는 손해개념에 포함되지 않고,⁶¹⁾ 理想的 불이익, 예컨대 평판손상은 재산적 가치로 평가되어 받

55) BGH NZG 2011, 1271 Rn. 18-ISION; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 32a; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 44 ff. BGH NZG 2011, 1271 Rn. 18-ISION 판결의 개요와 그 의미에 대해서는 아래의 ‘이사의 책임과 관련된 주요판례’ 참고.

56) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 207; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 33.

57) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 207; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 46.

58) BGH NJW 1983, 1856; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 210.

59) BGH NZG 2011, 1271 Rn. 20; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 210.

60) 손해인정과 관련해서는 차액설(Differenzhypothese)에 기초한 독일 민법 제249조 이하의 손해개념이 기준이 된다.

61) 독일형법 제266조의 배임죄(Untreue)에서는 재산상 손해발생위험 야기만으로 구성요건이 충족된다.

영될 수 있는 경우가 아니면 배상가능한 손해로 보지 않는다.⁶²⁾

② 감독의무위반이나 경쟁법위반으로 인해 회사에 부과되는 과징금이나 벌금 등도 회사의 손해로 평가되어 이사에 대해 배상청구가 가능하다고 본다.⁶³⁾ 특별예방 혹은 일반예방 목적 차원에서 단속법규나 형벌법규가 회사에 부과하는 과징금이나 벌금 등이라도 회사의 내부관계에서 이사에 대한 손해배상책임을 추궁하는 것이 가능한지 여부에 대해 영향을 미치지 않는다고 본다. 형법 스스로 벌금의 일신전속적인 성격을 부인하여 타인이 벌금을 상환해 주어도 형벌무효화죄(*Strafvereitelung*, 독일 형법 제258조)에 해당하지 않음을 밝히고 있고, 과징금이나 벌금 등을 통해 회사에 손해를 야기한 이사에 대해 손해배상책임을 물을 수 없다면 과징금이나 벌금 등의 상환청구에 의해 이사의 행위를 조정·통제할 수 있는 수단이 사라져 예방적 관점에서 보더라도 모순이라고 본다.⁶⁴⁾

③ 손해를 판단하는 기준은 ‘회사의 손해’이며, 회사의 재산상태 변동이 아닌 주주의 재산상태 변동은 손해 판단 시 고려되지 않기 때문에 이사의 의무위반으로 주주가 이익을 본 경우라도(특히 1인회사의 경우) 이들 사이의 손익상계는 허용되지 않는다.

4) 이사의 책임의 범위

(1) 무제한 책임

주식법 제93조에 의해 발생하는 이사의 책임은 정관이나 계약에 의해서 제한이 불가능한 무제한 책임이다. 즉 주식법에는 우리 상법 제400조 제2항과 같은 책임 제한 규정이 없다. 책임발생요건이 충족되고 독일 민법 제254조의 과실상계가 적용되지 않으면 손해가 극히 대규모이고 혹은 극히 경미한 과실로 인해 손해가 야기되었어도 이사는 발생한 손해 전액에 대해서 책임을 져야 한다(전부 아니면 전무 원칙, *Alles-oder-Nichts-Prinzip*).⁶⁵⁾ 이러한 책임법제 하

62) 대표적인 회사의 손해의 예로는 변제기 전에 채무조기상환으로 인한 이자손실, 상당한 반대급부 없이 회사 재산에 대한 담보설정, 숨은 이익배당으로 인한 조세부담, 이사의 행위에 대해서 회사가 책임을 져야함으로 인해 발생한 회사의 부담, 준법기준(컴플라이언스) 위반 시 거래상대방의 손해배상청구와 조달대상자에서 배제, 뇌물제공으로 인한 비용공제 불가나 뇌물에 기초해 체결된 계약의 청산, 이사의 의무위반을 조사하기 위한 내부조사절차(*internal investigation*)에서 발생한 비용 등을 들 수 있다.

63) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 213b.

64) BGHSt 37, 226; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 213b. 다만, 회사에 부과된 과징금이나 벌금 등이 징벌적 부분과 이익환수 부분으로 구성되어 있다면 손해상청구권 행사로 인한 부당이익 금지원칙상 징벌적 부분만 이사에 대해 손해배상청구가 가능하다. Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 213c.

65) Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, “Reform der Organhaftung?-Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen”, Bd. I, 2014(이하 Bachmann, 70. DJT) E 32. 반대로 몇몇 국가에서는 법률에 명문규정을 두어 손해가 대규모이거나 경미한 과실로 발생한 경우 책임을 제한할 수 있는 것으로 하고 있다. Sec. 1157 Companies Act 2016(Power of court to grant relief in certain cases), Art. 43, 44, 99 Obligationenrecht (Schweiz).

에서 이사의 책임이 너무 과도하여 생존을 위협받을 수 있으므로⁶⁶⁾ 현재 독일에서는 이사의 책임 제한 가능성을 주식법에 도입할 지 아니면 해석론에 의해 책임 제한을 이끌어 낼지 뜨거운 논의가 진행 중이고, 제70회 독일 법률가대회의 주제로 논의 된 바가 있다(자세한 논의는 아래의 책임 제한 논의 참조).

(2) 연대책임

다수의 이사가 주의의무를 위반하여 회사에 손해를 야기한 경우 이사는 연대하여 손해배상 책임을 부담한다(Gesamtschuld, several and joint liability, 주식법 제93조 제2항 제1문). 연대책임이 발생하기 위해서는 개별 이사에게 책임발생요건이 각각 충족되어야 하며, 다른 이사의 주의의무 위반으로 인한 책임이 귀속되는 것은 아니다. 이사들이 공동으로 주의의무를 위반하거나 권한범위에 속하는 특정 행위를 공동으로 하지 않아서 주의의무를 위반한 경우 혹은 업무분장 시 특정 이사는 자신의 분장업무와 관련된 주의의무를 위반하고 다른 이사는 자신의 분장업무에 속하지 않으나 그 특정이사의 주의의무 위반에 대한 감시의무를 소홀히 한 경우에는 개별 이사의 책임발생요건인 주의의무 위반이 각각 충족되어 연대책임이 발생한다.

5) 입증책임

(1) 입증책임 분배(입증책임 전환)

주식법 제93조 제2항 제3문에 의해 이사의 주의의무위반으로 판단되는 행위와 손해의 발생 및 범위, 이사의 행위와 손해 사이의 인과관계는 회사가 입증을 하여야 하고, 면책을 원하는 이사는 주의의무위반이 없거나 혹은 과실이 없음을 또는 주의의무위반이 없었어도 손해가 발생하였음을 입증하여야 한다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾⁶⁹⁾ 이러한 입증책임 전환은 퇴임하거나 사임한 이사에게도

66) 독일 주식법의 이사의 책임이 매우 가혹하다고 보는 견해는 대표적으로 Semler, "Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer AktiengesellschaftAG", AG 2005, 321.

67) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 221; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. § 93 Rn.53. Goette, "Zur Verteilung der Beweislast bei der Organhaftung", ZGR 1995, 672. 이러한 입증책임 전환은 이미 명문규정 없이 제국법원(RG)의 판결을 통해서 확립되었으며, 1937년 주식법은 제84조 제2항 제2문에 명문규정으로 도입하였고, 현재는 주식법 제93조 제2항 제3문에 규정되어 있다. 이사의 입증책임과 관련된 제국법원(RG)부터 연방대법원(BGH)까지 판례의 발전과정과 입법과정에 대해서는 Goette, "Zur Verteilung der Beweislast bei der Organhaftung", ZGR 1995, 648 ff. LSE, Study p. 98-100에 의하면 독일과 유사한 입증책임을 두고 있는(즉, 의무위반이 없음과 경영판단임을 입증할 책임을 이사에게 부과하는) 유럽 국가는 조사대상 28개국 중 13개국이고, 의무위반이 있음과 경영판단이 아님을 입증할 책임을 원고(회사나 주주, 채권자)에게 부과시키는 국가는 15개국이다. 다만, Bachmann, "Organhaftung in Europa - Die Ergebnisse der LSE-Studie 2013", ZIP 2013, 1948에 의하면 이러한 형식상 입증책임 분배원칙에 대해 흑백논리로 그 적정성에 대해 판단하는 것은 구체적인 법적 상황이 나라마다 미묘하게 다르기 때문에 타당하지 않다고 본다.

68) LSE, Study p. 98에 의하면 불법계 국가(프랑스, 벨기에, 룩셈부르크)의 경우 소송법상 수단채무(obligations of means, obligations de moyens)의 경우 손해배상책임을 묻는 원고가, 결과채무(obligations of result, obligations de résultat)의 경우 피고가 입증책임을 부담한다. 수단채무의 경우 채무자는 특정 채무의 이행을 위해 최선

그대로 적용된다.⁷⁰⁾ 경영판단의 원칙이 적용되면 의무위반이 부인되기 때문에 이사는 경영판단의 원칙의 적용요건의 충족여부에 대해서도 입증책임을 부담한다.⁷¹⁾

(2) 입증책임 전환 이유

① 이사는 자신의 결정이 이루어지게 된 구체적 사정이나 의무에 따른 업무결정이었음을 뒷받침해주는 요소를 책임을 묻는 회사보다는 더 잘 알 수 있는 지위에 있다고 본다. 또한 이사의 결정이 의무를 따른 것인지 여부는 어떠한 요소가 그러한 결정에 영향을 주었는지 판단할 수 있어야만 가능한데 외부의 주주나 채권자는 사실상 그러한 판단이 불가능하고 이사만 가능하기 때문에 이사에게 입증책임을 부담시키고 있다고 본다.⁷²⁾ 또한 이러한 입증책임

(best efforts)을 다할 의무만 부담하고 특정 결과를 달성할 의무를 부담하지 않는다. 결과채무의 경우 특정 결과의 달성이 채무의 일부여서 결과를 달성하지 못하면 계약상 혹은 법률상 의무위반이 된다. 회사를 경영하고 회사의 최선의 이익을 위해서 행위 할 이사의 의무는 통상 수단채무로 봄으로 원고(회사, 주주)가 이사에 과실이 있음을 입증하여야 한다. 이사의 수단채무 위반의 예로는 과도하게 위험하거나 무모한 투자, 감시의무 소홀, 회사가 이행할 수 없는 계약의 체결 등이다. 그러나 이사의 의무 중 회사관련 법령이나 정관을 준수할 의무는 결과채무이므로 이사가 법령이나 정관위반이 없음을 입증하여야 한다. 예컨대 이사회 불참은 회사법상 의무 위반, 즉 이사의 결과채무 위반이므로 이사는 자신의 이사회 불참에 정당한 이유가 있으며 하자 있는 이사회 결의에 자신의 불참이 어떠한 영향도 미치지 않았음을 입증하여야 한다.

69) 입증책임과 관련한 국내 학설을 보면, ① 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」, 제2판(2016), 457-458면은 이사가 위임관계에서 회사에 부담하는 채무는 결과채무가 아니어서(대법원 1996.12.23. 선고 96다30465, 30472) 책임을 주장하는 원고(회사)가 법령·정관 위반이나 임무해태(선관주의의무 위반)를 입증하여야 하나 과실 없음에 대한 입증책임은 채무불이행책임(하는 채무의 불완전 이행)의 원칙상 이사가 부담한다고 본다. 경영판단과 관련하여 역시 같은 내용의 입증책임분배를 말하는 견해는 권재열, “대법원 판례상 경영판단의 원칙에 관한 소고”, 「증권법연구」 제9권 제1호(2008), 251면. ② 권기범, 「현대회사법론」, 제4판(2012), 771면-772면은 이사의 채무가 주는 채무(결과채무)가 아니라 하는 채무(수단채무)여서 임무해태(불완전이행으로서의 채무불이행)라는 책임요건의 존부를 판단하기 위해서 객관적 책임요건과 주관적 책임요건이 분리되어서는 안 된다는 점에 착안하여 회사는 이사의 객관적 임무해태행위와 주관적 요건인 과실까지도 입증하여야 하나, 임무해태가 아닌 법령·정관 위반의 경우에는 이사의 과실이 추단되고, 재량이 인정되는 임무해태와 법령·정관위반을 동일시 할 수 없으므로 이사가 무과실의 입증책임을 진다고 본다. 이는 위에서 본바와 같이 불법계 국가(프랑스, 벨기에, 룩셈부르크)의 입증책임분배와 동일하다. LSE Study p. 98. ③ 송옥렬, 전게서 1061-1062면은, 단순한 결과만 가지고 임무해태라 판단할 수 없고 과실과 결합된 경우에만 임무해태가 되므로(임무해태와 과실은 서로 분리될 수 없으므로) 과실을 포함한 임무해태를 회사가 입증하여야 하며, 법령·정관 위반의 경우 회사가 그 위반 사실을 입증하여야 하고, 법령·정관위반을 입증하면 과실이 추정되므로 과실 없음에 대한 입증책임은 이사가 부담한다고 본다. ④ 이철송, 전게서 766면은 상법 제399조에 따른 이사의 책임은 단체법적 특성이 강하게 반영된 특수한 책임이라는 전제 하에 이사의 책임을 주장하는 자(회사)가 이사의 과실에 대한 입증책임까지 부담한다고 본다. 사건으로 법령·정관 위반도 임무해태의 한 유형이고, 객관적 주의의무위반인 임무해태행위(구성요건)와 주관적 주의의무위반(책임요소)인 과실은 개념상 명백히 구분되며, 법령·정관 위반이나 임무해태가 있으면 양자 모두 무과실을 입증하기 쉽지 않은 것이지만 어느 경우도 과실이 추정되는 것은 아니므로(특히 법령·정관 위반의 경우 무과실은 회피불가능한 법률의 착오나 의무의 충돌이 있는 경우와 같이 극히 좁은 범위에서는 인정됨) 양자를 구분하지 않고 채무불이행책임의 입증책임분배 원칙에 따라 법령·정관 위반이나 임무해태(주의의무위반) 사실은 회사가 입증하여야 하고, 과실 없음에 대한 입증책임은 이사가 부담한다고 통일적으로 이해하는 첫 번째 견해가 타당하다.

70) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 224; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 56.

71) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 222; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 54.

72) BGHZ 152, 280, 283; MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 220.

전환은 회사나 주주 혹은 회사의 채권자에게 이사에 대한 실현가능한 구상권을 확보해 주기 위한 것이며, 경영판단의 원칙의 적용에 의한 이사의 책임조각 가능성에 대한 균형추 역할을 한다고 본다.⁷³⁾

② 이러한 입증책임 전환에 대해, 이사에게 거의 불가능한, 의무위반이 없음에 대한 입증을 요구하여(악마의 증명, *probatio diabolica*, *devil's proof*) 이사의 책임은 사실상 결과책임과 마찬가지로, 경영판단의 원칙이 주는 특별한 면책효과를 뺏어버리는 결과를 초래하고, 문제가 되는 의무위반사실이 오래 전에 있었던 경우에는 입증은 더욱 불가능하고, 회사가 오히려 의무위반을 입증하기 더 용이한 지위에 있으므로 의무위반에 대한 입증책임을 회사에 부담시켜야 한다는 비판의 목소리가 작지 않다.⁷⁴⁾

③ 주식법 제93조 제2항 제2문에 따른 입증책임 전환은 이사에게 적지 않은 부담을 주고 있는 것은 사실이다. 독일에서 이사의 엄격한 책임은 실체법적 요건 때문이 아니라 바로 이 입증책임 전환 규정 때문이며, 실증적 연구에 의하면 하자 없는 이사의 행위라도 입증부족으로 인해 배상책임으로 이어질 수 있다는 것이 이사에게 가장 큰 압박감을 주는 것으로 나타나고 있다. 입증책임 전환은 특히 회사의 자료에 대한 접근권이 사라진 퇴임하거나 사임한 이사에게 너무 가혹한 것이라는 비판의 목소리가 높다.

④ 입증책임상 이사의 과도한 부담은 주의의무위반이 아님에 대한 입증 정도와 관련하여 일정수준의 설득력 있는 입증이 있으면 입증이 된 것으로 보고 회사에 대해 2차적인 반증 책임을 부담시키는 방식으로 입증책임 규정의 유연한 적용을 통해서 극복이 가능하고 본다. 회사의 관련서류에 대한 접근이 어려워 입증이 어려운 사임 혹은 퇴임한 이사에 대해서는 입증책임 전환에 관한 주식법 제93조 제2항 제2문을 현직이사에게만 적용시키는 축소해석이 아니라 회사의 관련서류에 대한 열람권을 보장하는 방법으로⁷⁵⁾ 해소하는 것이 바람직하다고 본다.⁷⁶⁾

73) Goette, "Zur Verteilung der Beweislast bei der Organhaftung", ZGR 1995, 672; Strohn, "Pflichtenmaßstab und Verschulden bei Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft", CCZ 2013, 117.

74) Paefgen, AG 2004, 256 ff; ders., NZG 2009, 891; v. Falkenhausen, NZG 2012, 651

75) 참고로 우리 상법상 이사회 의사록 열람·등사청구권(단독주주권, 상법 제391조의3 제3항, 4항), 주주총회 의사록 및 주주명부 열람·등사청구권(단독주주권, 채권자의 권리, 상법 제396조), 회계장부 열람·등사청구권(소수주주권, 상법 제466조), 재무제표 등의 열람·등사청구권(단독주주권, 채권자의 권리, 상법 제448조 제2항)은 모두 주주나 채권자에게만 인정되고 있다.

76) Bachmann, 70. DJT, E 37. 다만, 주식법 제93조 제2항 제2문의 입증책임규정을 삭제하거나(찬성47:반대24:기권12), 현직에 있는 이사에게만 적용하고(찬성45:반대23:기권16) 혹은 주식법 제93조 제2항 제2문은 퇴직(사임)한 이사에게는 회사의 정보에 대한 접근권을 보장하는 방식으로 보충되어야한다(찬성74:반대3:기권6)는 결의사항이 팔호처럼 다수의 지지를 받았다. 70. Deutschen Juristentag, Beschlüsse, Abteilung Wirtschaftsrecht (이하 70. DJT Beschlüsse), Ziff. 6.

2. 이사의 회사에 대한 책임 제한

1) 사전적 책임 제한

(1) 정관이나 임용계약에 의한 책임 제한

강행법규의 성격을 가진 주식법 제93조에 따른 이사의 책임을 정관이나 계약(임용계약)에 의해 사전에 면제하거나 제한하는 것(예컨대 중과실이 있는 경우에만 책임 인정)은 허용되지 않는다.⁷⁷⁾

(2) 사전적 주주총회 결의를 통한 책임조각

① 이사의 행위가 ‘주주총회의 적법한 결의에 기초한 경우에는’ 주식법 제93조 제2항의 요건이 충족되어도 이사의 책임이 발생하지 않는다(주식법 제93조 제4항 제1문).⁷⁸⁾ 세부적 요건을 보면, 첫째, 형식상 주주총회를 거친 결의가 있어야 하며 주주총회나 개별주주의 단순한 의사표시로는 충분하지 않고, 1인회사의 경우에도 1인주주의 동의만으로는 충분하지 않다고 본다.⁷⁹⁾ 둘째, 주주총회 결의는 적법하여야 한다. 즉, 무효이거나 취소된 주주총회 결의는 적법하지 않은 주주총회 결의에 해당한다. 다만, 무효사유가 있으나 하자가 치유된 경우(Heilungswirkung, 주식법 제242조) 혹은 취소사유가 있으나 제소기간(결의일 후 1월 내, 주식법 제246조)의 도과로 취소할 수 없는 경우는 적법한 주주총회 결의에 해당한다. 이사가 위법하게 소집한 주주총회에서 이루어진 결의도 적법한 결의가 아니다.⁸⁰⁾ 셋째, 이사의 행위는 주주총회 결의에 기초해서 이루어져야 하므로 주주총회 결의는 이사의 행위 이전에 있어야 하고, 주주총회 결의를 통한 사후추인은 허용되지 않는다. 다만, 이사가 주주총회 결의를 유보한 상태에서 자신의 행위를 한 경우도 주주총회 결의가 이사의 행위보다 앞 선 것으로 본다.⁸¹⁾

77) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 27-28; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 3; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 2; Habersack, "Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?-Kritische Bemerkungen zu Seibt, NZG 2015, 1097", NZG 2015, 1299. 정관이나 계약에 의해 이사의 책임을 강화하는 것(결과책임과 유사한 방향으로 강화하는 것)도 허용되지 않는다. 다만, 예외적으로 이사의 동의가 있으면 회사에 대한 이사의 손해배상책임의 시효(상장회사 10년, 비상장 회사 5년, 주식법 제93조 제6항)는 연장될 수 있다고 본다. Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 88.

78) 책임이 발생하지 않는 근거를 신의칙에서 찾는 견해는 Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 264; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 41. 주식법 제83조 제2항에 의해 이사는 주주총회 결의를 집행할 의무를 부담하기 때문에 의무를 이행한 이사에 대해 손해배상책임을 발생시킬 수는 없다고 보는 견해는 Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 72. 주식법 제93조 제4항 제2문은 주주총회 결의가 아닌 감독이사회 승인(결의)로는 이사의 책임을 조각시킬 수 없음을 명시적으로 규정하고 있다.

79) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. 41; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 72.

80) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 41-42; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 73.

81) Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 41; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 73.

② 형식상 적법한 주주총회 결의에 기초한 행위라도 이사가 주주총회 결의를 위법하게, 예컨대 주주총회에 부정확한 정보제공을 통해 스스로 이끌어 낸 경우에는 예외적으로 이사의 책임이 발생할 수 있다.⁸²⁾ 따라서 이사는 자신의 책임부담 위험을 줄이기 위해서 주주총회 준비 시 책임과 관련된 사항에 대해서는 특별한 주의를 기울여야 한다. 회사에 손해발생 개연성이 있음에도 불구하고 이사가 자신의 의무에 반해 주주총회 결의 취소나 무효의 소를 제기하지 않거나 혹은 지체하여 제기한 경우 역시 이사의 책임이 조각되지 않는다.⁸³⁾

③ 오직 주주총회 결의(단순다수결)에 기한 행위로 인해 회사에 손해를 야기한 경우에만 이사의 책임이 예외적으로 조각(면책)된다(주식법 제93조 제4항 제1문). 반면, 감독이사회(Aufsichtsrat)의 승인은 이사의 책임을 조각시키는 효력이 없다(주식법 제93조 제4항 제2문).

④ 회사로부터 변제를 받지 못한 회사 채권자가 회사에 손해를 중과실로 인해 발생시킨 이사에 대해 직접 책임을 추궁하는 경우(주식법 제93조 제5항 제1문, 2문) 이사의 행위가 주주총회 결의에 기해 이루어져도 회사채권자에 대해서는 책임조각의 효력이 발생하지 않는다(주식법 제93조 제5항 제3문).

2) 안전항(safe harbor)으로서 경영판단의 원칙

주식법 제93조 제1항 제2문은 소위 독일식 경영판단의 원칙을 규정하고 있는데,⁸⁴⁾ 연방대법원이 1997년 ARAG/Garmenbeck 판결⁸⁵⁾에서 정립한 원칙이 2005년 UMAG을 통해서 주식법에 명문규정으로 자리 잡게 되었다.⁸⁶⁾

82) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 274; MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 237; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 41; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 74.

83) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 274; MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 237; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 41; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 74.

84) LSE, Study p. 117에 의하면 조사대상 유럽국가 28개국 중 독일, 포르투갈, 루마니아, 크로아티아, 그리스 등 5개 국가가 명시적으로 법률에 경영판단의 원칙을 규정하고 있다.

85) BGHZ 135, 244, 253=NJW 1997, 1926.

86) UMAG은 '기업의 건전성 및 취소소송의 현대화에 관한 법(Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGBl. I S. 2802. vom 22. September 2005)'의 약칭이다. 따라서 주식법 제93조 제1항 제2문은 그간 판례나 학설에 의해 인정되던 경영판단의 원칙을 법규정에 의해 명백히 하는 선언적 의미를 지닌다고 본다. 경영판단의 원칙 도입 이유는 회사경영에 대한 이사의 과도한 위험회피 성향(주주의 이익이나 국민경제 전체의 이익에도 반함)을 완화시켜 도전적인 경영상 결정을 장려하고, 경영상 결정이 가지는 복잡하고 특별한 속성(미래에 관한 예측이라는 불확실성과 시간의 한계 속에서 내리는 결정)을 반영하며, 사후적으로 경영자가 아닌 법관이 경영상 결정의 당부에 대해 판단하는 경우 빠질 수 있는 과도한 책임추궁의 오류(사후편향 hindsight bias, second guess bias)를 방지하고, 주식법 제148조를 통한 주주의 이사에 대한 책임추궁 권한의 강화에 대한 균형차원이라고 한다. RegBegr. BT-Drs. 15/5092 S. 11; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 60; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 9-10. 경영판단의 요건이 충족되면 이사의 책임이 발생하지 아니하므로 넓은 의미에서 책임제한으로 볼 수 있다.

(1) 적용 요건

경영판단의 원칙이 적용되면 이사의 (주의)의무위반이 부인되어 책임이 발생하지 않는데,⁸⁷⁾ 경영상의 결정으로서 적정한 정보에 입각하여, 회사의 이익을 위한, 이해상충으로부터 자유로운, 선의에 따른 결정일 것이라는 요건을 모두 충족시켜야 경영판단으로 인정된다.

① 경영상 결정

경영판단의 원칙이 적용되기 위한 첫 번째 요건인 경영상 결정은 적극적으로 개념 정의하기가 용이하지 않는데 입법이유에 보면 미래관련성으로 인해서 사법심사가 가능한 평가가 아닌 사법심사가 어려운 예측에 의해서 특징 지워진다.⁸⁸⁾

경영상 결정은 대안 선택의 가능성 있는 상태에서 이사가 의식적으로 내린 결정이어야 하며, 법령과 정관 및 임용계약을 준수한 적법한 결정이어야 하고, 불확실성 하에서 내린, 미래와 관련된 결정이어야 한다.

따라서 법령이나 정관, 임용계약 혹은 주주총회 결의에 의해서 선택지가 1개밖에 없는 결정(구속적인 결정)은 이사에겐 재량여지가 없으므로 경영상 결정이 될 수 없다.⁸⁹⁾ 다만, 법령상의무를 이행하는 방식이 법령에 의해 미리 규정되어 있는 경우가 아니면 그 이행방식에 대한 결정은 경영상 결정에 해당한다. 충실의무에 대해서도 이사에겐 재량여지가 없으므로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다. 따라서 회사기회 유용이나 경영에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.

(2) 적정한 정보에 기초한 결정

결정 근거에 대한 신중한 검토가 없다면 보호할 가치가 있는 경영상 재량이 인정될 여지가

87) 경영판단의 원칙을 규정한 주석법 제93조 제1항 제2문의 법적 성격을 두고 책임발생의 구성요건(의무위반)을 조각한다고 보는 견해, 의무에 따른 행위라는 복명 불가능한 법률상 추정을 받게 한다는 견해, 이사의 주의의무를 구체화한 것이라는 견해가 대립하고 있으나 어느 견해에 의하든 경영판단의 원칙의 요건이 충족되면 이사의 책임이 발생하지 않는 결과는 동일하다.

88) RegBegr. BT-Drs. 15/5092 S. 11. 경영상 결정은 불확실성이라는 속성을 가지고 있거나 혹은 미래관련성과 예측에 근거한 결정이라는 요소를 가지거나 또는 기업경영을 위한 합목적성 관점에 따라 내린 결정이라는 속성을 가지고 있다고 보는 견해가 있다. Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 68; ; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 16.

89) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 67-69a; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 20-21; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 16-19. 법령위반에 대해 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다는 판례와 통설은 왜 적용이 안 되는지 그 이유는 밝히지 않고 결론만 말하고 있는데, 경영상판단은 재량을 필수적 요소로 하는 반면 법적판단은 재량의 여지가 없는 구속적 결정이기 때문에 경영판단의 원칙이 적용되지 않는 것으로 본다. 정대익, 전제논문(비교사법), 1827-1833면. 미국의 Miller v. American Telephone & Telegraph Co. 507 F.2d 759 (3rd Cir. 1974)도 법령위반에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다고 본다. 70. DJT Beschlüsse Ziff. 4에 의하면 불확실성 하에서 내린 법적 판단에도 경영판단의 원칙을 적용하자는 안건은 찬성29:반대41:기권12로 채택되지 않았다.

없기 때문에 이사가 걱정된 정보에 기초해 경영상 결정을 내릴 것이 요구된다. 따라서 경영상 결정을 내리는데 충분한 사실적 기초자료를 확보하여야 한다. 다만, 가능한 모든 자료를 확보할 필요는 없고 결정에 필요한 정도의 걱정된 수준의 자료로 충분하며, 걱정된 자료를 확보하였는지 여부는 경영상 결정 당시(ex-ante)를 기준으로 판단한다.⁹⁰⁾

(3) 회사의 이익을 위한 결정

경영상 결정은 회사의 존속·유지, 지속적인 수익증가 및 가치상승, 경쟁력 강화와 같은 회사의 이익(Wohl der Gesellschaft, 기업의 이익과 동일한 개념으로 다원적 이익이 포함됨)을 위한 것이어야 한다. 회사의 이익을 위한 결정인지 여부를 판단하는 시점은 결정 당시이다.⁹¹⁾ 경영상 결정과 결부된 위험을 ‘완전히 무책임하게’ 잘 못 평가하거나 경영상 요구되는 주의기준을 ‘현저히’ 위반한 결정은 허용된 재량을 넘어선 것으로 회사의 이익을 위한 결정이 아닌 것으로 본다.⁹²⁾ 이사의 정당한 결정이라도 회사의 이익을 위한 것인지와 관련하여 그 결정의 합리성 여부에 대한 검토(Rationality Test)도 필요한데 합리성 여부에 대한 평가는 비교적 관대하여 완전히 불합리한 결정이나 정당하지 못한 결정인 경우에만 재량을 넘어선 것으로 본다.⁹³⁾

(4) 이해상충으로부터 독립

명시적으로 규정되어 있지는 않지만 이사 자신의 특별한 이해관계나 제3자의 영향으로부터 독립된 결정이어야 한다. 이사가 자신의 이익을 위하거나 자신과 가까운 사람 혹은 가까운 회사의 이익을 위한 결정을 하는 경우 이해상충으로부터 독립적이지 않은 결정이다. 회사의 이익과 이사의 이익이 일치하는 예외적인 경우는 이해상충문제가 발생하지 않는다.⁹⁴⁾

이사가 자신의 이해상충관계를 공개한 후(공개 의무는 회사에 대한 충실의무에 근거해서 발생함) 이사회의 자문과정이나 결의 과정에 참여하지 않은 경우는 이사회의 결정에 특별이해관계가 영향을 미치지 아니하였으므로 다른 이사들은 경영판단의 원칙을 원용할 수 있다.⁹⁵⁾

반면에 이해상충관계를 공개한 이사가 이사회결정에 영향을 미친 경우에는 다른 이사들도

90) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 20.

91) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 74. 예컨대 장기 전망과 회사의 미래의 사업기회를 보았을 때 단기적으로 이익 추구를 포기하거나 비용을 인수하는 결정은 회사의 이익을 위한 결정으로 볼 수 있다. 경영판단의 원칙에 관한 우리 판례도 ‘회사의 이익’ 혹은 ‘회사의 최대 이익’이라는 기준을 제시하고 있다. 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결.

92) RegBegr. BT-Drs. 15/5092 S. 11; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 75.

93) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 75.

94) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 72; MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 60. 이사에 대한 로열티 보상(Gewinntantiemen)이나 Stock Option 부여 시 회사와 이사의 이익이 일치하는 것으로 본다. 김건식·노혁준·천경훈, 전게서 397-398면; 송옥렬, 전게서, 1031면은 이익충돌상황에서도 경영판단의 원칙을 적용하는 우리 판례의 태도를 비판적 시각으로 본다.

95) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 72a; MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 64; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 26.

경영판단의 원칙을 원용할 수 없다는 견해가 있으나⁹⁶⁾ 다른 이사들이 이해상충이 있는 이사의 주장을 주의 깊게 검토하고 비판적으로 조사할 의무를 이행하였다면 경영판단 원칙의 적용이 가능하다고 보아야 한다.⁹⁷⁾

이해상충관계에 있는 이사가 이를 공개하지 않은 상태에서 이사회 결정이 이루어진 경우(소위 이해상충이 전염된 경우) 다른 이사들은 경영판단의 원칙을 원용할 수 없다고 보는 것이 지배적인 견해이나⁹⁸⁾ 특별이해나 제3자의 영향을 받지 않은 결정이라고 합리적으로 신뢰할 수 있었던 경우라면 선의의 동료이사들은 경영판단의 원칙을 원용할 수 있다고 보아야 한다.⁹⁹⁾

이사 전원이 이해상충관계에 있어서 독립적인 결정을 내릴 수 없는 경우에도 감독이사회가 대신 경영상 결정을 할 권한을 취득하는 것은 아니다. 이 경우 이해상충관계를 중립화하기 위한 감독이사회 승인을 받아서 내린 결정이라면 이사들이 경영판단의 원칙을 원용할 수 있다고 보는 견해와¹⁰⁰⁾ 감독이사회 개입이 있어도 존재하는 이해상충관계가 해소되지 않으므로 이사들에 대해 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다는 견해가¹⁰¹⁾ 대립하고 있다.

(5) 선의

명문 규정은 없지만, 경영상 결정에 대한 이사의 선의(*Gutgläubigkeit, good faith*)도 경영판단의 원칙이 적용되기 위한 요건 중 하나이다. 이사가 자신의 결정의 정당성에 대해 신뢰를 하지 않은 경우 보호받을 가치도 없으므로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.¹⁰²⁾

(6) 입증책임

위에서 본 바와 같이 경영판단의 원칙의 적용요건(주식법 제93조 제1항 제2문)에 대한 입증책임은 이사에게 있다. 이는 경영자의 재량범위에 속하는 행위였음을 이사가 입증하도록 한 지금까지 연방대법원(BGH)의 판례의 입장이기도 하다. 이러한 입증책임의 전환으로 인한 부담 때문에 이사는 경영상 모든 결정에 대해서 완전하며 사후에 검토 가능한 문서화 작업을 하는 것이 매우 필요하다.¹⁰³⁾

96) Lutter, in: FS Canaris, 2007, Bd II, S. 249 f.

97) Hölter, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014 § 93 Rn. 38; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 72a 특히 법률이나 판례가 특별이해관계가 있는 이사에 대해 이사회 참석이나 이사회에서 결의를 금지하지 않는 한 이러한 해석이 필요하다고 본다. 다만, 다른 이사들은 자신들의 검토·문의 의무의 이행과 관련하여 높은 수준의 입증책임을 부담한다.

98) Lutter, a.a.O., S. 248 f.; Hölter, a.a.O. Rn. 38

99) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 72b; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 26. 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 객관적 기준(주의의무)·주관적 기준(과실)이 있고, 법규정은 개별이사에 대해 객관적·주관적 기준 충족 여하에 따라 경영판단의 원칙의 적용 여부를 판단하고 있기 때문이다.

100) Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 26.

101) MüKoAktG/Spindler, a.a.O. § 93 Rn. 65.

102) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 76; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 24.

103) Hölter, a.a.O. Rn. 36. 입증책임에 관한 자세한 것은 상술한 1.이사의 회사에 대한 책임의 기본적 구조 하

3) 사후적 책임 제한: 손해배상청구권의 포기 및 화해

이사에 대한 책임을 ‘추궁할’ ‘권한’은 감독이사회에 있으나(주식법 제112조), 이사에 대한 구체적인 손해배상청구권을 포기(Verzicht)하거나 화해(Vergleich)를 할 권한은 감독이사회가 가지고 있지 않다.

포기와 화해를 위해선 이사에 대한 손해배상청구권이 발생한 시점으로부터 3년이 경과하여야 하고, 주주총회의 결의(단순다수결)가 있어야 하며, 발행주식 총수의 10% 이상을 가진 주주의 서면에 의한 반대의사표시가 없어야만 허용된다(주식법 제93조 제4항 제3문).

중과실(고의)이 있는 이사에 대해서는 손해배상청구권의 포기나 화해가 있어도 회사 채권자가 이사의 책임을 추궁하는 것에 대해서는 아무런 영향을 미치지 못한다(주식법 제95조 제5항 제3문).

3. 이사에 대한 책임추궁(enforcement)권한: 3분화

1) 감독이사회의 책임추궁권한과 책임추궁의무

에서 논의한 5) 입증책임 부분 참조. 우리 상법의 해석으로는 원고(회사, 주주)가 경영판단요건 미충족(주의 의무위반)을 입증하여야 하고, 이사는 경영판단의 요건 미충족에 대해 과실이 없음을 입증하여야 한다. 같은 견해는 권재열, 전계논문, 251면. 독일에서 경영판단에 대한 이사의 입증책임은 이사의 판단은 경영판단으로 (강하게) 추정(presumption)되는 미국이나 경영판단의 요건 미충족에 대한 입증책임을 원고(회사, 주주)가 부담하는 한국과 극명하게 차이가 나는 부분이다. 경영판단과 관련하여 중과실에 대해서만 책임을 지는 미국 (Re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27, 52 (Del. 2006))과는 달리 모든 과실에 대해서(경과실에 대해서도) 책임을 지는 점은 한국과 동일하다. 충분한 정보에 기초해 합리적으로 내린 의사결정이라면 (선관)주의의무를 다한 것으로 책임을 물을 수 없도록 하는 실체법적 측면은 3개 국가가 동일하다고 볼 수 있다. 같은 시각은 송옥렬, 전계서, 1029-1030면. 경영판단임을 입증할 책임을 이사에게 부과하는 유럽 국가는 조사대상 28개국 중 13개국에 달한다(LSE Study p. 98-100). 송옥렬, 전계서, 1030면은 우리나라에서 미국과 마찬가지로 이사의 경영판단은 충분한 정보에 기초하여 합리적으로 내려졌다는 ‘추정을 받기 때문에’ 원고(회사)가 이러한 추정을 깨는 사실, 즉 경영판단의 원칙의 적용요건 흠결사실을 입증하여야 한다고 본다. 우리 판례가 경영판단의 원칙은 인정하나(대표적으로 대법원 2002.6.14. 선고 2001다52407 판결; 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결) 위와 같은 추정을 받는지에 대해서는 아직 직접 판시한 바 없는데, 추정 여부와는 관계없이 경영판단의 원칙의 적용요건 흠결은 (선관)주의의무위반(임무해태)에 해당하므로 위에서 본 입증책임분배에 관한 어떠한 견해에 의하더라도 원고(회사)가 그 입증책임을 부담한다. 이러한 입장과 궤를 같이 하는 견해는 김건식·노혁준·천경훈, 전계서 399면. 미국의 Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) 판결에서 시작된 경영판단의 원칙의 내용은 시간의 흐름에 따라 일부 변화하였지만 이사를 책임으로부터 효과적으로 보호하는 데는 3가지 요소가 핵심적인 역할을 하였다. 첫째, 경영판단이라는 추정을 반복하기 위해서 높은 수준의 요건(즉, 이사의 중과실에 대한 원고의 입증 요건)이 충족되어야 하고, 둘째, 입증책임 분배, 즉 원고(회사, 주주)에 대한 1차적인 입증책임 부여, 셋째, 경영판단이라는 추정이 반복되지 않으면 제한적인 사법심사만, 즉 경영판단에 대한 합리성 심사(rationality test)만 수행한 것을 들 수 있다. 이러한 경영판단의 원칙이 세계 각국에 그대로 혹은 일부 조정되어 수용되면서 현재는 정말 다양한, 수많은 경영판단의 원칙이 존재한다. LSE Study, p. 108-117.

(1) 감독이사회(Vorstand)의 책임추궁권리

경영이사회(Vorstand) 이사에 대한 손해배상책임 추구는 주식법 제111조 제1항, 제112조에 의해 우선 감독이사회(Vorstand)의 권한이다.¹⁰⁴⁾ 경영이사회 이사에 대한 손해배상책임 추구는 당해이사에 대한 손해배상청구권 존부와 행사가능성을 검토하여 책임추궁 여부를 스스로 결정하여야 하는 감독이사회(Vorstand)의 감시의무(주식법 제111조 제1항)에 속한 것이며, 주식법 제147조 제1항에 따른 주주총회결의에 기한 감독이사회(Vorstand)의 책임추궁의무와는 독립적인 의무이다 .

감독이사회(Vorstand)가 경영이사회(Vorstand) 이사에 대해 책임추궁을 할지 여부는 회사의 이익이라는 기준에 의해서 판단하는데, 좁은 범위의 재량만 인정된다.¹⁰⁵⁾ 즉, 연방대법원의 ARAG/Garmenbeck 판결¹⁰⁶⁾에 따라 소송의 위험을 분석하여 성공가능성이 있다는 판단이 서면 감독이사회(Vorstand)는 당해 이사에 대한 책임추궁의무가 있고, 소송수행이 회사의 이익에 반하는 아주 예외적인 경우에만 책임추궁을 하지 않을 수 있다.¹⁰⁷⁾ 즉, 보호되어야 하는 회사의 이익이 책임추궁으로 인한 이익보다 크거나 최소한 같은 중요성을 지니고 있어만 책임추궁을 하지 않을 수 있다.¹⁰⁸⁾

회사의 이익이라는 관점에서 책임추궁을 하지 않을 수 있는 사유로 들 수 있는 것은 회사의 영업활동에 대한 부정적 영향과 회사의 평판에 대한 부정적 영향¹⁰⁹⁾, 이사의 업무집행과 영업분위기(Betriebsklima)에 대한 악영향¹¹⁰⁾ 등을 들 수 있다. 법적 책임을 추궁하지 않으면 이사가 의무위반 사실을 조사하는데 협조적일 수 있다는 사정이나¹¹¹⁾ 이사나 이사의 가족 보호 등은 책임추궁을 하지 않는 이유가 될 수 없다.¹¹²⁾ 다만, 경미한 의무위반으로 발생한 회사의 손해가 크지 않으나 책임추궁의 결과가 이사에게는 지나치게 가혹한 경우는 책임추궁을 하지 않는 사유가 될 수 있다.¹¹³⁾

104) 상법 이사와 회사 간의 訴에 대해서만(재판상으로만) 감사 또는 감사위원회가 회사를 대표하지만(상법 제 394 제1항, 제415조의2 제7항), 주식법 제112조에 의하면 감독이사회는 경영이사회 이사에 대해서 재판상, 재판 외에서 회사를 대표한다. 반대로 주식법 제76조 제1항, 제78조에 의하여 감독이사회 이사에 대한 손해배상청구권의 행사 여부는 경영이사회(Vorstand)의 권한이다.

105) Habersack, "19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ - und viele Fragen offen", NZG, 2016, 321.

106) BGHZ 135, 244, 254 ff.=NJW 1997, 1926-ARAG/Garmenbeck. 이 판례에 대한 설명은 아래의 이사의 책임에 관한 주요판례 참고. ARAG/Garmenbeck 판결을 따른 판례는 BGH NZG 2014, 1058 Rn. 19. 이 판례에 대해서는 Meyer, "Die aktienrechtliche Organhaftung - Reform durch juristische Methodik oder gesetzgeberisches Handeln?", NZG 2014, 1208 ff.

107) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 291.

108) BGHZ 135, 244, 255 f. 70. DJT, Beschlüsse, Ziff. 11 a)에 의하면 감독이사회가 이사에 대한 책임추궁여부를 결정할 수 있는 더 넓은 재량을 부여하자는 안은 찬성8:반대:63:기권9로 부결되었으며, Ziff. 11 b)에 의하면 감독이사회가 이사에 대한 책임추궁안건을 주주총회에 회부할 수 있도록 허용하는 규정을 도입해야 한다는 안건은 찬성42:반대:30:기권8로 통과되었다.

109) Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 292.

110) BGHZ 135, 244, 255; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 292.

111) Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 292.

112) BGHZ 135, 244, 255 f.

113) BGHZ 135, 244, 256.

(2) 감독이사회에 책임추궁의무

주식법 제147조 제1항에 의해 주주총회가 경영이사회 이사의 책임을 추궁하기로 결의(단순 다수결, einfache Mehrheit)한 경우 감독이사회는 주주총회결의일로부터 6개월 이내에 당해이사 에 대한 책임추궁을 할 의무가 있다. 주주총회결의에 기한 책임추궁의무에 대해서는 감독이사회 스스로 책임추궁여부를 결정할 때와는 달리 감독이사회에 재량이 없다고 본다.¹¹⁴⁾

주주총회는 이사에 대한 손해배상책임을 추궁하기 위한 특별대리인을 선임할 수 있다(주식법 제147조 제2항 제1문). 발행주식총수(기본자본금)의 10%이상에 해당하는 지분을 가지거나 혹은 주식액면가액 100만 유로 이상의 지분을 가진 주주는 이사회나 감독이사회 혹은 주주총회 가 선임한 특별대리인이 아닌 다른 자를 특별대리인으로 선임해 줄 것을 법원에 청구할 수 있고, 법원은 청구가 손해배상책임 추궁 목적에 적합하다고 보는 경우 특별대리인을 선임하여야 한다(주식법 제147조 제2항 제2문). 선임된 특별대리인은 회사에 대해 소송비용과 기타 지출한 비용 및 보수를 청구할 수 있고, 기타 지출한 비용과 보수는 법원이 결정한다(주식법 제147조 제2항 제3문, 제5문, 제6문).¹¹⁵⁾

감독이사회가 이사에 대한 책임을 추궁할 의무를 이행하지 않는 경우 소수주주는 소송허가 절차를 거쳐(주식법 제148조) 주식법 제93조에 의해 발생한 이사의 책임을 묻는 訴(법정 소송 담당)를 직접 제기할 수 있다.

2) 소수주주의 책임추궁권리(독일식 주주대표소송)

개별주주는 원칙적으로 자신의 명의이던 회사의 명의이던 이사에 대해 ‘회사의 손해들’ 직접 배상청구 할 수 있는 권리는 없다.¹¹⁶⁾ 주식법 제148조 제1항 제1문에 기초해 발행주식총수(기본자본금)의 100분의 1 이상 지분을 보유하거나 주식가액 100,000유로 이상의 지분을 가진 소수주주는 자신의 명의로 이사를 상대로 한 직접적인 訴提起(독일 주주대표소송)를 위해 회사의 본점이 소재한 지방법원(Landgericht)의 허가를 구할 수 있다(소송허가절차, Klagezulassungsverfahren).¹¹⁷⁾

114) Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 293.

115) 특별대리인을 이용하면 소송수행 상의 어려움(전문성이나 시간문제)과 비용문제를 해결할 수 있는 장점이 있다.

116) 예외적으로 계약상 콘체른에 있어서는 종속회사의 주주가 지배회사의 대표이사에 대한 종속회사의 손해배상청구권과 종속회사의 이사에 대한 손해배상청구권을, 사실상 콘체른에 있어서는 종속회사가 가지는 지배회사와 지배회사의 이사에 대한 손해배상청구권과 지배회사의 이사에 대한 손해배상청구권을 종속회사를 위해(종속회사 앞으로) 직접 행사할 수 있는 경우가 있다(주식법 제309조 제4항, 제310조 제4항, 제317조 제4항, 제318조 제4항)

117) 이 규정도 2005년 UMAG에 의해 주주권을 강화하기 위해 도입되었으나 거의 기능을 하지 못하고 있다. Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 292. 제70회 독일 법률가 대회에서 제안된 주주대표소송에 대한 개선안도 대부분 부결되었다. Bachmann, 70. DJT, Beschlüsse, Ziff. 12.에 의하면 주주대표소송 제기를 위한 주식법 제148조 제1항 제1문의 소수주주요건 폐지는 찬성6:반대54:기권14, 소송허가절차 폐지는 찬성0:반대64:기권11, 주식법 제148조 제1항 제2문 제4호의 소송허가거절사유(회사의 중대한 이익에 반함) 폐지는 찬성3:반대64:기권7, 이사의 의무위반이나 회사의 손해발생 전 주식취득 요건 폐지는 찬성18:반대46:기권11, 회사

주식법 제148조 제1항 제2문 제1호에서 제4호에 규정된 다음과 같은 요건이 충족되면 법원은 소제기를 허가한다. 첫째, 주주나 혹은 상속 등 포괄승계의 경우 주주의 前者가 이사의 의무반이나 회사의 손해가 공시되었다면 공시로 인해 알았어야 할 시점(통상 공시 시점) 이전에 주식을 취득한 사실을 증명하여야 하고, 둘째, 상당한 기간을 정하여 회사에 대해 이사를 상대로 소를 제기할 것을 청구하였으나 회사가 응하지 않아야 하며, 셋째, 부정행위 혹은 법령과 정관의 중대한 위반으로 인해 회사에 손해가 발생하였음을 의심할 만한 사실이 존재하여야 하고, 넷째, 이사에 대해 손해배상청구권을 행사하는 것이 회사의 중요한 이익에 반하지 않을 것이라는 요건이 충족되어야 한다.¹¹⁸⁾ 소송허가 신청에 대한 확정력 있는 법원의 허가결정이 있으면 그 결정일로부터 3개월 이내에, 회사에 대해 상당한 기간 내에 소를 제기할 것을 요구하였으나 회사가 소를 제기하지 않은 경우 소수주주는 소송허가 결정을 한 법원에 직접 제소할 수 있다(주식법 제148조 제4항).

다만, 회사는 언제든지 스스로 소를 제기할 수 있으며(회사의 개입권) 회사가 소를 제기하면 계속 중인 소송허가절차 혹은 소수주주가 수행하고 있는 소송절차는 효력을 잃게 된다(주식법 제 148조 제3항).

3) 채권자의 책임추궁권리

(1) 입법취지

회사채권자는 주식법 제93조 제5항의 요건이 충족된 경우 자신의 명의로 이사에 대한 회사의 손해배상청구권을 행사 할 수 있다. 이 규정으로 인해 회사채권자는 통상의 절차(주식회사에 대한 집행권원 취득과 이사에 대한 회사의 손해배상청구권 압류 및 전부명령 등의 절차)보다 간편하게 자신의 채권의 변제를 받는 것이 가능하다. 채권자에게 보장된 이러한 권리는 채권자가 자신의 명의로 자신의 앞으로 이행할 것을 청구할 수 있는 점에서 회사를 위한 채권자의 소송담당이 아니라 이사에 대한 채권자의 고유한, 실제적 권리로 본다.

채권자는 주식법 제93조 제5항의 권리를 반드시 행사할 의무는 없고 권리만 있으므로 통상의 절차(회사에 대한 집행권원 취득과 강제집행)를 밟아서 자신의 채권을 행사하여도 무방하다.¹¹⁹⁾

의 개입권 폐지는 찬성20:반대41:기권16, 제소주주의 소송비용부담 위험 완화는 찬성25:반대39:기권13, 제소주주에게 배상액에 대한 일정비율 참가 보장 혹은 우호적인 소송비용 상환은 찬성0:반대71:기권6으로 부결되었고, 주식법 제148조 제1항 제2문 제3호 요건(부정행위 혹은 법령이나 정관 위반 사실) 완화만 유일하게 찬성27:반대26:기권20으로 가결되었다.

118) 3번째, 4번째 요건이 특히 엄격하다고 보는 견해가 많다.

119) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 294; Hölters, a.a.O. § 93 Rn. 322.

(2) 요건

① 회사에 대한 채권

채권자가 회사에 대한 금전채권 혹은 금전채권으로 전환 가능한 채권을 가지고 있어야 하고(입증책임은 채권자가 부담), 채권은 변제기가 도래하여야 한다. 채권의 취득원인이나 크기, 발생시점은 묻지 않으며, 채권의 취득 시 이사에 대한 회사의 손해배상청구권을 알았는지 여부도 묻지 않는다. 다른 요건인 회사의 이사에 대한 손해배상청구권보다 먼저 발생할 필요도 없다.¹²⁰⁾

② 회사로부터 변제를 받지 못할 것

채권자가 회사로부터 변제를 받지 못하여야 하는데, 강제집행의 불주효나 소제기는 요건이 아니고 회사가 객관적으로 지급 불가능한 상태이면 충분한데, 지급불가능에 대한 입증책임은 채권자가 부담한다. 지급능력이 있는 회사가 단순히 지급을 할 의사 없는 것으로는 충분하지 않다.¹²¹⁾

③ 이사에 대한 회사의 손해배상청구권

기관으로서 주의의무를 위반한 것을 이유로 회사가 이사에 대한 손해배상청구권을 취득하여야 한다. 기타의 사유로 취득한 회사의 이사에 대한 손해배상청구권은 주식법 제93조 제5항에 포함되지 않는다. 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이 발생하였음에 대한 입증책임은 채권자가 부담한다. 이사에 대한 손해배상청구권과 관련하여 회사가 포기했는지 여부 및 이사와 화해를 했는지 여부 혹은 책임 조각이 되는 주주총회 결의에 기한 이사의 행위라도 채권자의 이사에 대한 손해배상청구에는 영향을 미치지 않는다(주식법 제93조 제5항 제3문).¹²²⁾

④ 이사의 현저한 의무위반

이사가 주식법 제93조 제2항의 주의의무를 고의나 중과실로 위반하여야 하고, 주식법 제93조 제2항 제2문의 입증책임전환 규정이 적용되므로 고의나 중과실이 없음에 대해서는 이사가 입증책임을 진다. 특히 주식법 제93조 제3항의 9가지 행위로 인한 의무위반의 경우 중과실 여부를 묻지 않고 이사에 대한 손해배상청구가 가능하다.¹²³⁾

120) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 295; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 324.

121) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 296; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 326.

122) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 297; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 325.

123) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 298; Hölter, a.a.O. § 93 Rn. 327.

(3) 책임추궁권(손해배상청구권)의 행사

채권자는 회사가 아닌 자신에 대해서 손해배상책임을 이행할 것을 요구할 수 있고, 요구하여야 한다. 채권자는 자신의 채권액 범위에서만 이사에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 이사는 회사나 회사의 채권자 양자 누구에나 이행하는 것이 가능하고 누구에게라도 이행하면 변제의 효력이 발생한다.¹²⁴⁾

IV. 이사의 책임 제한에 관한 논의

위에서 본 바와 같이 주식법에는 이사의 책임 제한 규정이 없어서 이사는 발생한 회사의 손해 전부에 대한 책임을 부담하여야 하는데 이는 경우에 따라서 이사에게 과도한 부담이 될 수 있다. 따라서 최근에 독일에서 이사의 책임에 관한 개선논의는 과도한 책임부담으로 인해 생존의 위협을 받을 수 있는 이사의 책임을 제한하는 방법에 집중되고 있다.¹²⁵⁾ 2014년 개최된 제70회 독일법률가 대회에서 이 문제를 집중적으로 다루었는데, 전체적으로 보면 법률에 의한 주의의무 기준 완화를 통한 책임 제한과 법률에 형평성조항(Billigkeitsklausel)을 두어 책임을 제한하는 의견에 대해선 반대의 목소리가 높았고, 정관에 의한 책임 제한이 가능하도록 주식법에 근거규정을 마련하자는 의견에 대해서는 찬성 의견이 우세하였다.¹²⁶⁾

1) 법률규정 의한 주의의무 기준 완화를 통한 책임 제한

법률규정에 의해서(self executing provisions) 이사의 책임을 중과실로 완화하거나 혹은 경과실의 경우 이사의 책임을 배제하여야 한다는 의견이¹²⁷⁾ 있으나, 절대 다수의견은 이를 반대하고 있다.¹²⁸⁾ 이러한 의견은 독일 민법이 책임을 중과실로 완화하는 것은 무상활동이나 명예직 수행, 자선 활동, 폐쇄적인 인적회사의 사원 등 매우 제한적으로만 허용하고 있는 것에(독일 민법 제31a조, 제521조, 제599조, 제680조, 제690조, 제708조) 반하고, 노동법상 근로자의 책임 제한보다도(아래 논의 참조) 더 큰 책임제한의 특혜를 이사에게 부여하는 것이 되므로 중과실

124) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 299; Hölters, a.a.O. § 93 Rn. 328.

125) 이사에 대한 효과적인 책임추궁방법 보다는 상대적으로 이사의 책임 제한에 대한 논의가 더 집중적이고 강하다.

126) 책임제한을 위해 논의되는 다양한 방법에 대해서는 Bachmann, 70. DJT, E 56-E 66. 책임제한의 다양한 방법에 대한 70. DJT의 결의 결과는 70. DJT Beschlüsse, Ziff.1-8. 한국에서 이사의 책임 제한에 관한 대표적 연구는 최문희, 『이사의 손해배상책임의 제한』, 경인문화사, 2007.

127) Semler, "Überlegungen zur Praktikabilität der Organhaftungsvorschriften", in: Festschrift für Goette, 2011, S. 499.

128) 대표적으로 Fleischer, "Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda", ZIP 2014, 1311; Habersack, "Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung", ZHR 177 (2013), 803; Fleischer, "Haftungsfreistellung, Prozesskostensersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder - eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements", WM 2005, 914; Bachmann, 70. DJT E 29-30. 70. DJT Beschlüsse, Ziff.1 a)에 의하면 '법률에 의해' 이사의 책임을 중과실로 제한해서는 안 된다는 안전이 찬성81:반대0:기권4로 압도적인 지지를 받았고 '법률에 의해' 경과실의 경우 책임최고한도액을 제한해서는 안 된다는 안전도 찬성78:반대4:기권4로 채택되었다.

이 있는 경우로 이사의 책임을 제한하는(혹은 경과실의 경우 이사의 책임을 배제하는) ‘법률’은 허용할 수 없고 본다.

2) 근로자 책임제한 원칙의 적용에 의한 책임 제한

업무수행 상 회사에 야기한 손해에 대해서 고의와 중과실이 있는 경우 원칙적으로 전액배상책임, 보통의 과실(normale bzw. mittlere Fahrlässigkeit)이 있는 경우 비례배상책임을, 경과실이 있는 경우에는 원칙적으로 손해배상책임을 지지 않는 원칙(업무수행 상 부담하는 책임에 관한 원칙, Grundsätze über die Haftung bei betrieblicher Tätigkeit¹²⁹)은 근로자에게 적용된다. 노동법상 근로자를 위한 책임제한 원칙은 다음과 같은 이유에서 이사에게는 적용할 수 없다고 본다.¹³⁰ 근로자에게 적용되는 책임완화 법리는 영업장소의 조직과 근로여건에 대한 사용자 책임, 임금과 책임부담 위험 사이의 불균형, 사용자와 근로자의 동등하지 않은 협상력에 근거를 둔 것이다. 반면 이사는 자신의 업무집행 시 기업의 조직을 스스로 결정할 수 있고, 높은 책임부담 위험에 상응하는 높은 보수를 통해 위험 프리미엄을 받고 있고, 경영판단이 원칙과 임원배상책임보험(D&O Insurance)을 통해 책임과 관련한 기본적 보호를 받으며, 회사와 협상 시 대등한 지위를 가지고 있기 때문에 근로자 보호를 위한 책임제한 원칙을 적용하기 위한 기본적 전제가 충족되지 않고 있다.

3) 형평성 조항에 의한 책임 제한

근로자에 대한 책임제한 원칙이 준용되지 못하여 이사가 가혹한 배상책임을 지는 것을 방지하기 위해 이사의 책임제한을 직접적 목적으로 하는 특별규정을 두는 것은 바람직하지 않으므로 손해배상책임에 일반적으로 적용되는 일반조항 형태의 형평성 조항 혹은 가혹조항(Billigkeitsklausel, Härteklausel)을 두어 법원으로 하여금 이사의 제반 사정을 고려하여 분할 배상이나 채무이행의 유예 혹은 배상액을 수인 가능한 범위로 제한하는 것을 가능하게 하여야 한다고 주장하는 견해가 있다.¹³¹ 비록 외국의 입법례가 손해배상책임과 관련하여 이러한 형

129) 독일 연방노동법원이 BAG, Beschluß vom 27.9.1994 - GS 1/89에서 확립한 원칙이다. 보통의 과실이 있어 비례배상책임을 지는 경우와 중과실이 있어 전액배상책임을 지는 경우에도 다양한 형평성기준(Billigkeitsgesichtspunkt)에 따른 배상액 감액이 이루어진다(보통의 과실인 경우 일반적으로, 중과실의 경우 예외적으로 감액이 이루어짐).

130) BGHZ 89, 153, 159; Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 206; Hüffer/Koch, a.a.O. § 93 Rn. 51; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, a.a.O. § 93 Rn. 32; Schöne/Petersen, Sabrina, "Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder - quo vadis?", AG 2012, 700 ff. 근로자를 위한 책임제한 원칙을 준용하게 되면 경영판단의 원칙이나 임원배상책임보험에 의해 보호되지 않는 고의적인 의무 위반, 법령준수의무 위반 혹은 충실의무 위반의 경우에도 책임제한의 가능성을 열어주게 된다는 점과, 감독이사회에 의한 책임 추궁이 없거나 작은 범위의 손해배상책임 추궁만 있는 현실, 민사집행법상 강제집행 제한에 의한 보호, 극단적인 경우 도산법상의 면책제도(도산법 제286조)가 있다는 것도 근로자와 같은 책임제한을 인정할 필요가 없다는 논거로 제시된다.

131) Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, § 93 Rn. 37-46; Bachmann, 70. DJT, E 58.

평성 조항을 일반조항으로 두고 있지만 형평성에 근거한 재판(Billigkeitsjurisprudenz)이 가지는 법적 불안정, 형평성 조항과 강제집행법 및 파산법 규정 사이의 충돌문제, 이사의 책임과 관련하여 이러한 형평성 조항이 (민법에는 필요할지라도) 회사법에 필요한지에 대한 의문 등에 비추어 다수의 지지를 받지 못하고 있다. 형평성 조항이 도입되면 손해배상책임액을 결정할 법원의 적극적 역할이 불가피 한데 복잡한 이사의 경영상 결정에 대해서 적극적 판단과 역할이 가능하거나 바람직할지 의문으로 본다.¹³²⁾

4) 정관규정에 의한 책임 제한

(1) 정관규정에 의한 경과실 면책(중과실로 책임 제한)

외국의 입법례, 즉 유럽 연합의 일부 국가들과¹³³⁾ 델라웨어 회사법(DGCL) § 102(b)(7)을¹³⁴⁾ 비롯한 미국의 많은 주 회사법이 이사의 책임을 면제하거나 제한하는 정관규정을 허용하는 것을 모범으로 삼아 경과실에 대한 면책조항이나 고의나 중과실로 책임을 제한하는 정관규정을 허용하자는 의견이 제시되고 있다. 이러한 의견에 대해서는 경영판단의 원칙에 의해 이미 사실상 책임제한의 효과를 사실상 보고 있으므로(경과실에 대해서 사실상 책임 면제) 책임 제한을 하는 정관규정이 불필요하다는 비판이 제기되는데, 이사의 책임을 제한하는 기능을 하는 경영판단의 원칙이 있어도 여전히 법원의 사후편향(hindsight bias)을 완전히 배제할 수 없으므로 정관규정에 의한 고의나 중과실로 책임을 제한하는 것이 더 높은 법적 안정성을 제공할 수 있다는 점에서 이러한 비판은 타당하지 않다고 본다. 또한 이사를 위해 회사가 보험료를 부담하는 임원배상책임보험을 허용한다면 회사가 대안으로 이사를 위해 임원배상책임보험 계약을 체결한 것과 같은 효과가 있는 책임면제 조항을 선택하는 것을 금지할 수 없다고 본다.

132) 형평성조항을 민법(BGB) 제254a조나 주식법 제93조 제7항에 도입하자는 안건은 모두 다수의 반대의견으로 채택되지 않았다. 경영판단의 원칙이 바로 경영상 결정에 대해 이사의 결정을 존중하여 사법적 심사를 자제하는 원칙인데 이사의 책임 제한을 위해 형평성 조항을 두게 되면 반대로 법원의 적극적 역할이 필요하게 된다. 대법원 2004.12.10. 선고 2002다60467 판결; 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33609 판결은 제반사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 이사의 손해배상액을 제한할 수 있다고 본다. 이 판례는 독일의 형평성 조항을 통한 책임제한 주장과 유사하다. 다만, 2011년 상법 개정을 통해 이사의 책임을 완화해 주기 위해 도입된 상법 제400조 제2항에 따라 책임제한이 가능한 경우에도 손해분담의 공평이란 손해배상제도의 이념에 비추어 손해배상액을 제한할 수 있을지는 의문이다. 판례의 이러한 손해배상액 제한 기준에 대한 비판적 분석은 최문희, “이사의 손해배상책임 제한의 법리”, 『상사판례연구』 (VII), 박영사, 2007.

133) LSE Study, p. 172-184.

134) Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985)이 이사의 중과실에 대해 경영판단의 원칙 적용을 인정하지 않았는데 이로 인해 책임 부담 가능성 높아진 이사가 소극적 경영을 할 위험이 대두하여 이를 극복하기 위해 1986년 도입되었다.

(2) 정관규정에 의한 책임최고한도액 제한

정관에 의해 책임최고한도액 제한은 다음과 같은 이유로 인해 가장 많은 지지를 받고 있다.¹³⁵⁾ 첫째 모호한 기준에 의존하지 않고 이사의 생존을 위협하는 과도한 책임을 분명하게 배제할 수 있고, 둘째, 책임최고한도액이 투명하게 되면 이사의 지위를 인수하는데 동기부여가 되고 임원배상책임보험 체결도 용이하게 만든다. 셋째, 전액손해배상책임 원칙의 적용을 피할 수 있어 주된 책임이 있는 이사가 아니라 지불능력이 있는(보수가 많은) 이사가 더 많은 책임을 부담하게 되어(deep pocket phenomenon) 이사들 사이에 더 공정한 책임분담이 가능하다. 정관규정에 의한 책임최고한도액 제한에 대해서 이사책임 규정이 가지는 손해보전기능과 채권자보호기능을 도외시한다는 비판이 제기된다. 책임최고한도액이 적절한 수준으로 설정되거나 이렇게 설정된 책임이 보험에 의해 인수되면 손해보전이 실질적으로 가능하게 된다. 반면 현재와 같이 책임제한이 불가능하면 이사의 지불능력상 한계로 인해 전액손해배상책임은 종이상 책임으로 머물게 된다. 이사가 책임 전부를 면제 받는 것이 아니고, 책임제한으로 인해 감독이사회의 부담이 줄어 더 적극적인 책임추궁이 가능하므로 이사책임 규정이 가지는 예방기능도 유지가 가능하다고 본다.¹³⁶⁾

(3) 정관규정에 의한 책임 제한의 한계

외국의 입법례와 마찬가지로 정관규정에 의해 이사 책임을 제한하는 것을 법률이 허용하는 경우에도 충실의무 위반, 법령준수의무 위반, 채권자보호를 위반 의무 위반(예컨대 주식법 제93조 제3항 위반), 고의나 중과실로 인한 의무위반에 대해서는 책임 제한이 허용되지 않는다고 본다.¹³⁷⁾

135) Spindler, AG 2013, 895 f; Wagner, "Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung - Skizze eines Haftungsregimes", ZHR 178 (2014), 278.

136) Bachmann, 70. DJT E 63-64.

137) Spindler/Stilz/Fleischer, a.a.O. § 93 Rn. 9b. 반대로 충실의무 위반과 법령준수의무 위반, 중과실이 있는 경우, 채권자보호를 위한 의무(주식법 제93조 제3항) 위반에 대해서도 정관에 의한 책임제한 허용하자는 견해는 Bayer/Scholz, "Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung-Grundsatzüberlegung zum 70. DJT 2014", NZG 2014, 932.

V. 이사의 책임에 관한 주요 판례

1. BGHZ 135, 244=NJW 1997, 1926(ARAG/Garmenbeck 사건-이사에 대한 감독이사회의 책임추궁의무)¹³⁸⁾

1) 사건의 개요

독일에 소개한 ARAG의 자회사 중 하나인 네덜란드 자회사는 이사(동시에 ARAG의 재무이사)의 지시를 받고 아무런 담보(통상적으로 재보험회사의 지급담보)도 없이 스노우볼(snowball) 투자방식으로 영업을 하는 페이퍼 컴퍼니(mailbox company)인 영국계 Garmenbeck이라는 회사(Ltd)에 5천5백만 마르크를 대여하였는데 ARAG의 대표이사(Vorstandsvorsitzender) Dr. L과 다른 이사는 이러한 자금대여에는 직접 관여하지 않았다. 대여한 수천만 마르크는 Garmenbeck 회사의 파산 전에 회수되지 못하여 네덜란드 자회사는 이로 인해 심각한 자금압박을 받았고, 자금조달(은행으로부터 대출refinancing)이 어려워졌으며, Garmenbeck 회사로부터 대여자금이 회수되지 않아 채권자에 대한 채무도 변제할 수 없게 되었다. ARAG의 대표이사 Dr. L은 네덜란드 자회사의 채무변제를 담보하기 위해 네덜란드 자회사가 은행으로부터 빌린 자금의 상환을 담보하기 위한 재보험회사의 지급담보에 대해 ARAG 명의의 호의의견(comfort letter, Partronatserklärung)을 담보 방법으로 제공하였다.

Garmenbeck 회사의 파산으로 인하여 담보채무를 부담하게 된 ARAG와 그 자회사는 약 42만 마르크의 이자손실을 입었고, 네덜란드 자회사의 회수불가능한 금전대여행위로 인해 ARAG은 원고의 주장에 따르면 8천만 마르크 이상의 손해를 입게 되었다.

ARAG의 감독이사회(Aufsichtsrat) 소속 이사 2인(원고)은 대표이사 Dr. L을 해임하고 부실한 네덜란드 자회사 지원을 이유로 Dr. L에 대한 손해배상책임을 추궁을 할 것을 감독이사회에 요구하였으나, 감독이사회는 2차례의 결의를 통해 이를 거절하였다. 이에 위 감독이사회 이사 2인(원고)은 책임을 추궁하지 않기로 한 감독이사회 결의가 위법함을 이유로 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

2) 연방 대법원의 판결 요지

① 감독이사회는 이사회 업무집행을 감독하고 통제하여야 하는 자신의 임무에 기초해 이사에 대한 회사의 손해배상청구권의 존부 및 그 행사가능성을 심사할 의무가 있고, 행사 가능한 손해배상청구권이 존재한다고 판단되면 감독이사회는 이사에 대해 원칙적으로 손해배상책임을 추궁하여야 한다.

138) ARAG/Garmenbeck-Urteil(BGHZ 135, 244=NJW 1997, 1926).

② 손해배상책임추궁이 회사의 이익에 반하는 중대한 사유가 있고, 이러한 사유가 손해배상 책임을 추궁하여야 하는 이익보다 우위에 있거나 최소한 같은 가치를 지닌 경우에는 예외적으로 감독이사회는 손해배상책임을 추궁하지 않을 수 있다.

이사에 대한 손해배상책임추궁이 회사의 이익에 반하는 중대한 사유에 해당하는 것은 회사의 영업과 평판에 대한 부정적 영향, 이사회 업무수행에 대한 지장, 회사의 업무분위기 훼손 등을 들 수 있다.

반대로 회사에 공로가 있는 경영이사회 이사의 보호, 손해배상책임추궁으로 인해 경영이사회 이사와 그 가족에 대해 발생하는 결과와 같은 개인적 사정은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 손해배상책임을 추궁하지 않는 것을 정당화 해주는 회사의 이익을 위한 중대한 사유가 될 수 없다.

책임을 추궁하지 않는 것을 극히 예외적인 경우 정당화 해주는 이사의 개인적 사정은 예컨대 이사의 회사에 대한 의무위반행위가 중대하지 않고 또한 회사에 끼친 손해가 비교적 경미한데 책임을 추궁하면 이사에겐 심각한 부담을 주게 되는 경우를 들 수 있다.

3. ARAG/Garmenbeck 판결에 대한 평가

감독이사회는 이사의 책임을 추궁할 의무가 있는 것이 원칙이고, 예외적으로 회사의 이익에 반하는 중대한 사유가 있는 경우 책임추구를 하지 않을 수 있다는 판결의 근본취지에는 학자들이 압도적으로 동의를 하고 있다. 다만, 책임추구와 관련하여 원칙(구속적 결정)과 예외(재량적 결정)의 비중을 어느 정도로 할지를 두고 다양한 목소리가 나오고 있는데, 최소한 자동적인 책임추구의무는 인정할 수 없고 또한 책임추구여부에 대해 경영상 결정(business judgement)만큼의 광범위한 재량은 허용되지 않는다는 총의(consensus)는 학자들 사이에 형성되어 있다.

2. BGH NZG 2011, 1271(ISION 사건-법률자문에 대한 부당한 신뢰)¹³⁹⁾

1) 사건의 개요

복잡한 성격을 띤 현물출자가¹⁴⁰⁾ 법적으로 허용되지 않음에도 불구하고 허용된다는 자문을 받아 주식을 발행함으로써 주식의 인수가액 전액이 납입되지 않은 상태에서 주식을 발행한 결과가 되었고, 현물출자의 적법성과 관련하여 감독이사회(Aufsichtsrat) 이사가 파트너로 참가하고 있는 로펌으로부터 법률자문을 받았다는 것을 이유로 파산한 주식회사의 파산관재인이 당해회사의 이사들을 상대로 손해배상을 청구한 사건이다.

139) 법률자문의 신뢰로 인한 이사의 책임조각 문제를 다룬 논문은 정대익, “법률자문의 신뢰와 이사의 책임조각 가능성”, 『비교사법』 제23권 4호(통권75호, 2016.11), 1803 이하

140) 대주(貸株)방식으로 주식회사에 대여한 주식(자기주식)의 대여자(출자자)가 대주에 대한 반환청구권을 포기하는 방식으로 이루어진 현물출자.

2) 연방 대법원의 판결 요지

① 독일 연방대법원은 자문을 의뢰받은 로펌소속 변호사가 복잡한 성격을 띤 당해사건의 현물출자가 법적으로 허용되지 않음에도 불구하고 허용된다는 법적 자문을 하였는데 이로 인해 인정되는 당해변호사의 과실은 당해변호사가 이사들의 이행보조자가 아니고 자문을 의뢰한 회사의 의무를 이행하기 위한 회사의 이행보조자이기 때문에 이사들의 과실로는 귀속되지 않는다고 판시하였다.

② 다만, 법률자문에 대한 이사의 신뢰 보호와 관련해서 특정한 요건을 충족시켜야만 이사 자신의 고유한 과실이 없는 것으로 인정될 수 있다고 보았다. 회사의 상황을 충분히 설명하고 자문에 필요한 자료(문서)를 제공한 상태에서 독립성이 보장된, 관련문제에 전문성 있는 전문가의 자문을 받은 후 주의 깊게 자문결과에 대한 타당성 검토를 거쳐야만 이사의 과실이 없는 것으로 인정된다고 보았다.

③ 이 사건에서 독일 연방대법원은 이사의 과실을 인정하였는데, 첫째, 사안이 단순하지 않고 또한 사정이 급박하지 않았음에도 불구하고 로펌이 구두로 자문의견을 제공하였고, 둘째, 회사가 의도한 현물출자는 법적으로 허용되지 않는 거래라는 의견을 세무사가 사전에 피력하였기 때문에 로펌이 제시한 자문의견에 대해 특별히 비판적인 시각에서 자문의견에 대한 타당성 검토를 하여야 할 계기가 있었고, 셋째, 그럼에도 불구하고 이사는 자문의견에 관해 어떠한 타당성 검토를 하였는지 여부에 대한 주장을 하지 않았다는 것을 그 이유로 들었다.

3. 법률전문가의 자문을 신뢰한 경우 이사의 책임조각의 근거

독일 연방대법원은 전문가에 대한 자문에 대한 신뢰가 일정한 요건을 갖춘 경우 그 자문에 기초해서 이루어진 이사의 결정이 비록 사후에 적법하지 않은 것으로 판명되어도 내부관계에서 이사의 책임이 발생하지 않는다고 보는 이론적 근거를 회피불가능한 법률의 착오에서 찾고 있다. 즉, 독일 연방대법원이 제시한 전문가의 자문에 대한 신뢰 보호 요건이 충족된 경우 이사가 그 자문을 신뢰하고 내린 결정이 적법하지 않더라도(자문에 하자가 있어도) 이사는 회피불가능한 법률의 착오에 빠진 것이 되어 이사의 책임이 조각되는 것으로 본다.¹⁴¹⁾

141) Strohn, "Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?", ZHR 176 (2012), 138. 이사의 책임조각의 근거에 관해 재량판단의 여지가 있는 법적 판단의 경우 경영판단의 원칙이 적용될 수 있다고 보는 견해, 법적 판단은 구속적 결정이어서 재량의 여지가 있는 경영상 결정에 적용되는 경영판단의 원칙이 직접 적용될 수는 없고 유추적용 되어야 한다는 견해(경영판단의 원칙을 인정하는 이유를 법적 판단에도 적용할 수 있다는 견해), 회피불가능한 금지착오이론을 대외관계에서와는 달리 내부관계에서는 상대적으로 완화하여 적용하는 견해, 법적 판단에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않으므로 법적 판단에 대한 책임조각 가능성을 인정하기 위한 새로운 법률판단의 원칙(Legal Judgment Rule)의 정립에 의해 책임조각을 인정해야 한다는 견해로 나뉘고 있다. 모든 견해가 법률자문을 신뢰한 이사의 책임조각을 인정한다는 점에서는 공통적이다.

3. LG München I NZG 2014, 345(Siemens/Neubürger 사건—준법감시시스템 구축의무¹⁴²)

1) 사건의 개요

Siemens 주식회사(종업원 총수 약40만명)의 비밀계좌를 통해 조성한 비자금을 자문계약의 형식을 빌려 뇌물로 제공하였는데, 뇌물문제를 해결하기 위한 특별한 조치나 내부통제 시스템에 대한 점검 없이 Siemens 주식회사의 이사들에게 해외지사(나이지리아)에서 일어난 다수의 뇌물제공 사례와 해외지사의 허점이 많은 준법시스템에 대해서 보고만 있었다. München I 지방법원은 뇌물제공을 이유로 Siemens 주식회사에 대해 2억 1백만 유로의 과징금은 부과하였고, 뮌헨 검찰청은 3억 9천 5백만 유로의 과징금을 부과하였으며, Siemens 주식회사가 내부조사(internal investigation)를 미국의 로펌에 의뢰함으로써 인해 발생한 보수는 1천2백9십7만 유로에 달하였다. 그 이외에 District of Columbia의 양형기준에 의해 과징금 4억5천만 달러가 부과되었고, SEC는 과징금 3억5천만 달러를 부과하였다.

2008년 Siemens 주식회사의 감독이사회는 이사진에 대해서 준법의무 위반을 이유로 손해배상청구소송을 제기함과 동시에 화해안도 제안하였다. 이사 중 9명은 화해안에 동의하였고, 이사 중 한명(Neubürger라는 이름을 가진 이사로 1998년부터 2006년까지 이사로 재직하면서 Siemens 주식회사의 기업금융부서 책임자였는데 이 부서는 재무, 영업보고 및 법률업무를 관장 하였고 비밀계좌를 조성하였음)은 자신은 어떠한 의무위반도 없다고 주장하고 4백만 유로의 화해안도 거부하였다. 화해협상이 결렬되자 Siemens 주식회사는 화해를 거부한 前이사를 상대로 1천5백만 유로의 손해배상청구소송을 제기하였다. 손해배상청구액의 기초로 내부조사를 위해 미국 로펌에 지불한 보수 1천2백9십7만 유로와 나이지리아의 뇌물수령자에게 제공한 뇌물액 이백십오만 유로를 합산한 금액을 제시하였다. 지방법원 München I는 주식법 제93조 제2항에 근거해 손해배상청구액 전액을 인용하는 원고 승소 판결을 내렸다.

2. München I 지방법원의 판결요지

① 이사는 법령준수의무(Legalitätspflicht)에 기초해 기업을 뇌물제공과 같은 위법행위가 일어나지 않도록 조직하고 감시할 의무가 있다.

이러한 의무는 손해예방과 위험통제를 목적으로 한 준법조직을 구축한 경우 이행한 것으로 볼 수 있다. 구체적인 준법조직의 규모는 기업의 종류와 크기, 기업조직의 특성, 준수하여야 하는 규정, 지리적 위치, 과거의 의심사례 등에 달려있다.

142) 이 판례의 의미에 대해서는 Fleischer, "Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I", NZG 2014, 321 ff. 실질적인 결과에서는 큰 차이가 없지만 준법감시시스템 구축 의무를 위험관리시스템(내부통제시스템) 구축의무를 규정하고 있는 주식법 제91조 제2항에서 이끌어 내는 견해와 이사의 업무집행상 일반적 주의의무를 규정하고 있는 주식법 제76조 제1항 및 제93조 제1항에서 이끌어 내는 견해가 대립하고 있다. 이러한 입장 차이에 대해서는 Fleischer, NZG 2014, 322 f. DCGK Nr. 4.1.3에 준법감시시스템 구축의무가, Nr. 4.1.4.에는 위험관리와 위험통제의무가 규정되어 있다.

② 법령을 준수하여야 하는 준법의무와 기능하는 준법시스템 구축의무는 이사 전원의 책임에 속한다.

3. 판결의 의미

München I 지방법원은 이 판결에서 이사는 회사의 기관이라는 지위로 인해 대외관계에서 회사가 법적 주체로서 관련되는 모든 법규를 준수할 의무가 있음을 밝히고 있고, 대외관계에서 회사의 법령위반은 대내관계에서 이사의 회사에 대한 의무위반이 됨을 분명히 하고 있다. 외국의 법령도 당연히 준수하여야 하며, 부패가 일상화된 외국시장의 경우 뇌물제공을 통해서만 영업이 가능하다는 항변도 법령준수의무에서는 고려될 수 없다. 이사의 법령준수의무는 이사 자신만의 법령준수로 이행이 완료되는 것이 아니라 회사의 직원이 법령을 준수할 수 있는 적합한 조직적 대책을 강구하여야 한다.¹⁴³⁾

VII. 결론

이상에서 우리 상법의 이사의 회사에 대한 책임과 사뭇 유사하면서도 다른 점이 많은 독일 주식법상 이사의 회사에 대한 책임을 검토하였다. 검토의 결과 이사의 회사에 대한 책임과 관련하여 매우 특징적인 모습을 요약하면 다음과 같다.

1. 독일에서는 이사의 행위 원칙으로 여전히 다원적 이익을 함께 포함하고 있는 기업 이익 원칙이 절대 다수의 지지를 받고 있다.

2. 금융위기 이후 더욱 두드러지고 있는데 이사의 법령준수의무가 강조되고 있고, 특히 준법감시의무는 드라마틱한 Siemens/Neubürger 판결에서 이사의 핵심의무로 등장하였으며, 법령준수의무 위반에 대해서는 경영판단의 원칙을 적용하지 않고 있다. 법률전문가의 자문에 의존한 결정이 법령위반이 된 경우 회피불가능한 법률의 착오가 인정되어야만 이사의 책임이 발생하지 않는 것으로 보는 점에서(ISION 판결) 역시 법령위반에 대해서는 이사의 책임이 조각될 가능성은 매우 좁다.

3. 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 성격과 관련하여 이사가 단체법적 행위(선임행위)로 인해 취득한 기관의 지위에서 부담하는 법정책임으로 보는 견해가 통설이다.

4. 이사의 주의의무위반으로 판단되는 행위와 손해의 발생 및 범위, 이사의 행위와 손해 사이의 인관관계는 회사(주주)가 입증을 하여야 하고, 면책을 원하는 이사는 주의의무위반이 없

143) 이러한 의미를 부여하는 견해는 Fleischer, NZG 2014, 322-323. 정대익, 부패행위 방지를 위한 이사의 내부 통제시스템(위험관리시스템) 구축의무에 대해서는 “회사의 부패행위로 인한 민사법적 법률관계”, 「상사판례연구」 제26집 제3권(2013.9), 281면 이하 참조.

거나 혹은 과실이 없음을 또는 주의의무위반이 없었어도 손해가 발생하였음을 입증하여야 한다(입증책임의 전환).

5. 경영판단의 원칙을 주식법 제93조 제1항 제2문에 명문 규정으로 도입하였으나 이미 학설과 판례에 의해 인정되던 것을 선언적으로 규정한 것에 불과하다. 경영판단의 원칙의 적용 요건은 국제적으로 인정되는 요건과 거의 유사하다. 다만, 경영판단의 원칙의 적용요건이 충족되었음을 회사나 주주가 아닌 이사가 입증하여야 하는 점에서 이사에게 매우 부담이 되는 입증책임원칙을 가지고 있다.

6. 이사에 대한 책임 제한이 허용되지 않으므로 이사의 책임을 현행 주식법상 이사의 책임보다 유리하게, 즉 사전에 책임을 중과실로 제한하거나 혹은 경과실의 경우 면책하는 정관이나 계약은 무효이다. 사후적으로 손해배상청구권을 포기하거나 손해배상책임에 대해서 화해를 하는 것도 엄격한 요건으로 인해 쉽지 않다. 유일하게 이사의 책임이 조각되는 것은 주주총회의 적법한 승인을 얻어서 행위 한 경우에 한한다.

7. 책임발생 요건 중 객관적 주의의무를 매우 넓게 파악하고 있어서 주의의무위반이 쉽게 인정되고, 단순한 경과실에 대해서도 이사의 책임이 인정되며, 주식법상 책임 제한 가능성도 차단되어 있으며, 이사에 대해 입증책임이 전환되어 있어 이사의 책임이 너무 가혹하다고 주장하는 목소리가 힘을 얻고 있다. 이는 최근 이사의 책임에 관한 논의가 책임 제한에 중점을 두고 있는 모습에서 잘 나타나고 있다.

8. 회사에 대한 이사의 책임을 추궁할 권한은 감독이사회, 소수주주(주주대표소송), 채권자로 3분화되어 있는데, 핵심적 역할은 감독이사회가 수행한다. 감독이사회는 이사의 회사에 대한 책임이 발생하면 원칙적으로 책임을 추궁할 의무가 있으며, 예외적으로 손해배상책임추궁이 회사의 이익에 반하는 중대한 사유가 있는 경우에는 손해배상책임을 추궁하지 않을 수 있다(ARAG/Garmenbeck 판결).

다른 나라의 법제를 이해하고 좋은 점을 받아들이기 까지는 매우 신중한 접근이 필요하다. 어떤 법제의 탄생에는 겉보기와는 달리 무수히 많은 요인들이 영향을 미치는데 국외자의 시각에서 파악할 수 있는 요인은 한계가 있을 수밖에 없고, 법제에 영향을 미치는 미묘한 요소는 많은 경우 역사적, 문화적, 사회적 혹은 정치적 모습으로 나타나기 때문에 쉽게 파악이 되지 않을 수 있다. 1861년 보통독일상법전(ADHG)에 최초의 포괄적인 법적 근거를 마련한 독일 주식회사는 수많은 변화에도 불구하고 이원적 지배구조, 공동결정, 기업의 이익이라는 다원적 이익 보호 원칙 등 독특한 요소를 여전히 유지하고 있는데 이런 독특한 요소가 입법, 법실무나 법해석 등에 적지 않은 영향을 미치고 있음을 부인할 수 없다. 또 하나 외국의 법제를 검토할 때 주의할 사항은 종이위의 법(law on paper)과 실제 작동하는 법(law in action)과의 차이를 발견하여야 한다는 점이다. 많은 화려한 법 규정이 실제 가동되지 못하고 종이위에서만 명색을 유지하는 경우가 많다.¹⁴⁴⁾

위와 같은 사정을 알게 되면 다른 나라의 법률을 이식(legal transplant)하는 것이 매우 위험하고 어려운 과제를 누구도 부인할 수 없다.

독일 주식법상 이사의 회사에 대한 책임내용 대한 검토를 마치고 필자가 내린 결론은 최소한 이사에게는 당근과 채찍, 신뢰와 통제 모두 필요하다는 사실이며, 어디에 무게중심을 둘지는 고도의 Policy Mix 문제라는 점이다.¹⁴⁵⁾

144) 2005년 UMAG에 의해 도입된 주주대표소송은 거의 기능을 하지 못하고 있음. 2014년 제70회 독일 법률가 대회에서 어느 학자가 단상에 올라 “Die Vorstandshaftung in Deutschland ist hart, aber sehr selten(독일에서 이사의 책임은 매우 가혹하다. 그러나 책임을 지는 경우는 매우 적다)”이라고 소리 친 사실이 오래 동안 기억된다. Law on Paper와 Law in Action의 간극을 잘 보여 주는 표현이다.

145) 글을 마치며 한 가지 제안을 하고자 한다. 독일 법률가 대회처럼 한국 상사법학계도 최소한 2년마다 주요 입법사항에 대한 상사법학자 전체의 의견을 묻는 과정을 밝아 주기적으로 상법개정작업을 위한 주체적 역할을 수행하였으면 한다.

1 일차

제 4 세션

이사책임 법리에 관한 일본의 최근 논의 동향
- 이사의 회사에 대한 책임을 중심으로 -

발 표 자 : 권종호 교수(건국대)

사 회 자 : 정완용 교수(경희대)

토론자1 : 양만식 교수(단국대)

토론자2 : 이승환 교수(대구대)

이사책임 법리에 관한 일본의 최근 논의 동향

- 이사의 회사에 대한 책임을 중심으로 -

권종호(건국대학교 법전원 교수)

I. 서설

이사의 책임에 관해 일본은 우리나라와 마찬가지로 크게 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누고 있다.

먼저 회사에 대한 책임으로는 (설립시 이사의 책임 제외) ①임무해태책임(제423조 1항), ②이익공여책임(제120조 제4항), ③현물출자재산의 가액보전책임(제213조), ④가장납입책임(제213조의2), ⑤신주예약권행사시의 현물출자재산의 가액보전책임(제286조), ⑥신주예약권발행시 가장납입책임(제286조의3), ⑦잉여금처분에 관한 분배가능액규제위반에 관한 책임(제462조 제1항), ⑧주식매수청권행사와 관련하여 분배가능액규제위반에 관한 책임(제464조), ⑨잉여금처분에 관한 결손전보책임(제465조)이 있다.

그리고 제3자에 대한 책임으로는 제3자에 대한 임무해태의 책임(제429조 제1항), 제3자에 대한 허위기재책임(제429조 제2항)이 있다. 그 외에도 금융상품거래법에 기한 유가증권보고서의 허위기재 책임 등 이사는 회사법 이외에도 다양한 법령에 근거하여 각종 책임을 진다.

여기서는 회사법에서 규정하고 있는 이사의 책임 중 회사에 대한 책임을 중심으로 검토하기로 하고, 본문에 들어가기 전에 이사의 회사에 대한 책임에 관한 회사법 제423조에 관해 개관하고, 이사책임의 기본원칙인 과실책임주의에 관해 간단히 언급하기로 한다.

1. 일본 회사법 제423조

일본의 경우 이사의 회사에 대한 책임에 관해서는 일본회사법 제423조 제1항에서 감사, 집행임원 등 다른 임원과 함께 규정하고 있는데, 동 조항에 의하면 이사가 그 임무를 게을리 한 때에는 회사에 대해 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다. 이른바 이사의 “임무해태책임”이다.

일본의 이사의 회사에 대한 책임은 이 임무해태책임을 원칙으로 하고(제423조 제1항), 영업거래 및 이익상반거래에 대해서는 손해액추정 및 임무해태추정에 관한 특칙을 두고 있다(동조 제2항·제3항, 제428조). 이 규정은 2005년 신회사법 제정으로 마련된 것으로서 그 전에는 구상법 제266조 제1항에서 이사의 회사에 대한 책임에 관해 규정하고 있었다. 동 조항에서는 이사의 책임원인으로 5개를 규정하고 있었는데, ①위법배당·위법중간배당(1호), ②이익공여(2호), ③이사에 대한 금전대부(제3호), ④이익상반거래(제4호), ⑤법령·정관위반행위(5호)가 그것이다. 신회사법의 임무해태책임은 이사의 책임원인 중 ⑤의 법령·정관위반행위에 의한 손해배

상책임을 승계한 것으로 보는 것이 일반적인 시각이다.¹⁾

그리고 위의 ①~④를 원인으로 하는 이사의 책임은 무과실책임이었는데, 신회사법에서는 과실책임주의를 원칙으로 함에 따라 삭제되었다. 다만 신회사법에서는 위에서 본 바와 같이 이사의 회사에 대한 책임에 관해 많은 개별 규정을 두고 있는데, 이런 규정들은 기본적으로 구상법 제266조 제1항에서 규정하고 있던 ①~④에 대응하는 규정이라고 할 수 있다.²⁾

신회사법에서는 이처럼 이사의 회사에 대한 책임을 임무해태 책임으로 일원화하였는데, 이것은 선관주의의무·충실의무를 정한 회사법의 일반규정에 위반하는 경우는 물론, 그 이외의 구체적인 개별 법령(형법, 공정거래법 등)에 위반하는 경우도 임무해태에 해당하는 것을 전제로 한 것이고, 책임의 대상이 되는 행위의 범위를 실질적으로 변경한 것을 의미한 것은 아니다.³⁾

2. 과실책임 원칙

이사의 회사에 대한 손해배상책임제도의 기능과 관련해서는 ①회사의 손해회복을 목적으로 하는 것인지(손해전보기능), ②이사가 임무를 해태하는 것을 방지하는 것을 목적으로 하는지(임무해태 억지기능) 논란이 있는데,⁴⁾ 일본의 경우는 우리나라와 마찬가지로 전통적으로 복수의 이사가 책임이 있는 경우 부진정연대채무성을 강조하는⁵⁾ 등 ①의 손해전보기능을 중시하는 경향이 강하다. 그러나 ①의 기능을 중시하게 되면 무과실책임주의로 흐르기 쉽고, 그 결과 양질의 우수한 인재를 경영자로 확보하는데 어려움이 있기 때문에 ②의 기능에 무게를 두어야 할 것이라는 견해가 유력하였다. 신회사법에서는 이러한 주장을 수용하여 이사의 책임에 대해 종래의 무과실책임주의에서 과실책임주의 중심으로 전환하게 된다.

즉, 구상법에서는 자본충실을 위한 인수·납입담보책임(구상법 제192조 제1항·제2항, 제280조의13 제1항) 및 재산부족액전보책임(제192조의2 제1항, 제280조의13의2 제1항·제2항, 상법특례법 제21조의24 제1항~제3항), 자본유지를 위한 위법배당에 대한 책임(제266조 제1항 제1호) 및 이익상충거래 등에 대한 책임(제266조 제1항 제1호~제4호, 상법특례법 제21조의20 제1항) 등 이사가 회사에 대해 무과실책임을 지는 경우가 적지 않았다. 그러나 무과실책임은 이사의 임무해태억지에는 기여하지 못하면서 이사에게 과중한 책임을 부담시킨다는 비판이 많았고, 이를 수용하여 현행 지명위원회등설치회사의 경우에는 2002년 상법개정 시에 그 이외의 회사의 경우에는 2005년 신회사법 제정시 무과실책임은 대폭적으로 삭제되었다.⁶⁾

현행 신회사법상 무과실책임은 모집설립시의 재산부족액전보책임(제103조 제1항), 자기를 위해 한 이익상반거래에 관한 책임(제428조 제1항) 및 주주에 대해 이익공여를 한 이사책임(제120조 제4항)뿐이다.⁷⁾

1) 神田秀樹, 「会社法」 (第17版・2015) 254면.

2) 長島・大野・常松法律事務所編, 「アドバンス新会社法」 (第2版・2006) 445면.

3) 長島・大野・常松編, 상계서, 447면.

4) 江頭憲治郎, 「株式会社法」 (第6版・2015) 461면.

5) 이사가 회사에 대해 손해배상책임을 지는 경우 다른 이사도 당해 손해를 배상할 책임이 있을 때에는 연대책임을 진다(제430조).

6) 회사법 시행전의 행위에 기한 이사의 책임에 관해서는 여전히 종전의 규정에 따른다(회사법정비법 제78조)

특히 과실책임원칙과 관련하여 주목할 만한 것은 신회사법에서 법령·정관 위반행위나 임무해태와 같이 이사의 책임을 발생시키는 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때 찬성한 이사회도 해당행위를 한 것으로 간주하는 구상법상의 규정(구상법 제266조 제2항)을 삭제한 점이다. 이사는 자기가 직접 행한 행위에 대해서만 책임을 짐을 분명히 하기 위해서이다⁸⁾. 따라서 이사회 결의에 단순히 찬성하거나 결의에 불참한 이사의 경우에는 임무해태(과실)가 없었음을 입증함으로써 책임을 면할 수 있다. 물론 결의에 기하여 직접 위법행위를 한 이사는 사안에 따라 과실유무에 관계없이 책임을 진다.

II. 임무해태책임

1. 법적 성질

이사는 회사와의 관계에서는 위임에 관한 규정이 준용되므로(제330조) 이사가 임무해태로 회사에 손해를 끼치게 되면 회사에 대해 위임계약상의 채무불이행(불완전이행)에 의한 손해배상책임을 지게 될 터이다(일본 민법 제415조). 그런데 회사법에서는 이와는 별도로 이사의 손해배상책임에 관해 규정을 두고 있다(제423조 제1항). 그 이유는 이사의 임무가 계약으로만 정해지는 것이 아니라 당사자의 의사와는 무관하게 법률에 의해서도 정해지기 때문에 이사가 법률상의 임무를 위반한 경우에도 손해배상책임을 묻기 위해서라는 것이다⁹⁾.

그리하여 회사법상의 이사의 임무해태책임(제423조 제1항)은 이사가 그 임무를 게을리 하여 회사에게 손해를 끼친 것에 의해 발생하는 채무불이행책임이지만 법에 의해 그 내용이 가중된 특수한 책임이라고 보는 것이 통설·판례¹⁰⁾이다.¹¹⁾ 그 결과 소멸시효에 관해서는 상사채권에 관한 상법 제522조(5년)가 아니라 민법 제167조 제1항(10년)이 적용되고¹²⁾, 지연이자에 관해서도 상사법정이율(상법 제514조)이 아니라 민사법정이율(연5부·민법 제404조)이 적용된다.¹³⁾ 그리고 이사의 회사에 대한 손해배상채무는 기한의 정함이 없는 채무이고 이행청구를

7) 江頭憲治郎, 「株式会社法」 (第6版・2015) 462면.

8) 大野・常松編, 전거서, 446면.

9) 相澤哲・石井裕介, “株式總會以外の機関(下)” 「商事法務」第1745号 23면.

10) 近藤光男, 「最新株式会社法」 (第7版・2014) 327면; 最判 2008. 1. 28 民集62卷1号123면. 특히 최고재판소 2014. 1. 30일 판결은 구상법 제266조 제1항 제5호에 기한 이사의 배상책임에 관한 것이기는 하지만, 동 책임은 상법에 의해 그 내용이 가중된 특수한 책임이고 상행위에 의해 발생한 채무 또는 그것에 준하는 것으로 해석할 수 없으며, 따라서 이사가 회사에 대해 배상하여야 할 손해배상금에 관한 지연손해금의 이율은 민법 소정의 5부로 함이 상당하다고 한다(最判 2014. 1. 30은 判例時報2213号123면)

11) 일반불법행위책임의 요건을 충족할 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담하게 된다. 제423조에 기한 손해배상책임과 일반불법행위에 의한 손해배상책임이 경합할 경우 통상은 입증책임의 부담으로 인하여 원고가 일반불법행위책임을 선택할 가능성은 매우 낮지만 불법행위의 경우 제척기간이 20년인데 반해 채무불이행책임이나 회사법상의 책임의 소멸시효기간은 10년이므로 이러한 책임이 시효에 의해 소멸한 때에는 불법행위를 이유로 책임을 추궁할 개연성은 충분히 있다(中村直人編, 「取締役・執行役ハンドブック」 (第2版・2015) 427면)

12) 最判 2008. 1. 28 民集 62권 1호 128면.

13) 最判 2014. 1. 30 判例時報 第2213号 123면.

받은 때에 지체에 빠진다.¹⁴⁾

2. 성립요건

임무해태책임의 법적 성질에 관해 위에서 본 바와 같이 채무불이행책임으로서 회사법이 인정한 특수한 법정책임으로 보므로 책임의 성립요건도 채무불이행책임과 동일한 것으로 보는 것이 일반적이다.

이에 의하면 이사의 임무해태책임이 성립하기 위해서는 ①이사의 임무해태, 즉 이사가 채무의 본지에 따라 이행을 하지 않았을 것, ②이사의 귀책사유, 즉 고유 또는 과실이 있을 것, ③ 회사에 손해 발생, ④이사의 임무해태와 회사의 손해 간에 상당한 인과관계가 있을 것이 필요하다.

이사의 임무는 선관주의의무(제330조, 일본민법 제644조)를 다하여 직무를 수행하는 것이고, 따라서 ①의 임무해태는 이사가 그 직무를 수행함에 있어서 선관주의의무를 다하지 않은 것을 말한다. ②의 귀책사유는 조문(제423조)상에는 명시되어 있지 않지만 임무해태책임은 이사의 회사에 대한 채무불이행책임으로 보기 때문에 요건의 하나로 하고 있다.

채무불이행에 관한 입증책임분배에 관한 전통적인 견해에 의하면 이러한 요건 중①, ③, ④ 요건은 이사의 책임을 추궁하는 자(회사 또는 주주대표소송의 원고주주)가 주장·입증하여야 하며, 이에 대해 이사는 ②요건의 부존재, 즉 귀책사유(고의 또는 과실)가 없음을 주장·입증함으로써 책임을 면하게 된다.¹⁵⁾

다만 입증책임과 관련해서 일본에서는 이사가 ①법령을 위반한 경우와 ②그 이외의 일반 선관주의의무를 위반한 경우로 나누어, 이사의 책임성립 요건을 달리 보려는 경향이 있다.

(1) 선관주의의무 위반 경우의 요건

이사가 일반 선관주의의무를 위반한 경우 이사의 책임요건과 관련해서는 ①의 임무해태 요건이 필요하다는 데에는 이론이 없으나 ②의 귀책사유가 요건이 될 수 있는지에 관해서는 학설의 대립이 있다.

먼저 일원설(一元說)인데, 이사의 책임을 추궁하는 데에는 임무해태의 요건만으로 충분하고 귀책사유는 요건으로 할 필요가 없다는 입장이다.

이사의 채무는 사업의 성공이나 이익의 증가와 같은 어떤 결과를 실현하여야 하는 것(결과채무)이 아니라 선량한 관리자로서 주의의무를 다하여 직무를 수행하는 것(수단채무)이고, 또한 귀책사유요건인 과실은 결과발생을 예견·방지하여야 하는 구체적인 행위의무의 위반(객관적 과실)을 의미하는 것이므로 ①의 임무해태요건인 “이사가 그 직무를 수행함에 있어서 선관주의의무를 다하지 않았다”는 것과 ②의 귀책사유요건인 “과실이 있는 것” 즉 선관주의의무를 다하지 않은 것은 실질상 거의 중첩하게 되는데, 바로 그 점에서 이사의 책임을 추궁하는

14) 最判 2014. 1. 30 判例時報 第2213号 123면.

15) 最判 2000. 7. 7 民集 54권 6호 1767면(野村証券損失填補事件). 참고로 동 판결은 제423조 제1항의 전신이 구 상법 제266조 제1항 제5호에 관한 판결이다.

자가 임무해태의 요건을 입증하는데 성공하면 이사 측에서 귀책사유의 부존재를 입증할 여지는 거의 없게 된다는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 임무해태를 입증하면 그것만으로 충분하므로 굳이 귀책사유를 요건으로 요구할 이유가 없다는 것이다.

이에 대해 이원설은 입법당국자가 취하는 설로서 ①의 임무해태는 위법성의 요건이고, ②의 과실은 귀책성의 요건으로서 양 요건은 실질상도 다르다는 입장을 취하고 있다.¹⁷⁾ 현재 다수설은 일원설이고¹⁸⁾, 판례도 일원설을 취하는 추세라고 한다.¹⁹⁾

(2) 법령위반 경우의 요건

이에 반해 법령²⁰⁾을 위반한 경우의 이사의 책임과 관련해서는 ①임무해태의 요건뿐만 아니라 ②귀책사유의 요건도 필요하다는 입장이 다수설이다.

학설은 ①법령위반은 그 자체만으로 임무해태가 되고, 따라서 이사가 책임을 면하려면 귀책사유의 부존재, 즉 고의·과실이 없었다는 점을 입증하여야 비로소 책임을 면할 수 있다는 견해(이원설)와 ②법령위반 그 자체만으로는 임무해태가 아니고 법령위반이 선관주의의무위반으로 평가되어야 비로소 임무해태가 된다는 견해(일원설)가 대립하고 있다.

양설의 차이는 이사가 법령위반을 인식할 수 없었던 사정은 ①이원설에서는 귀책사유(과실)가 없음을 나타내는 사정으로서 이사가 주장·입증하여야 하는데 반해, ②일원설에서는 이사의 선관주의의무위반을 나타내는 사정으로서 오히려 이사의 책임을 추궁하는 측에서 이사가 과실로 법령위반을 인식하지 못하였음을 주장·입증하여야 한다.²¹⁾

이원설에 대해서는 법령에는 다양한 종류·내용의 것이 있고 그 위반을 일률적으로 임무해태라고 하는 것은 의문이라고 하는 견해도 있지만, 이사에게는 특히 법령을 준수할 의무가 있

16) 江頭교수는 일원론의 입장에서 다음과 같이 언급하고 있다. 이사의 채무는 사업의 성공이나 이익의 증가와 같은 어떤 결과를 실현하여야 하는 것(결과채무)이 아니라 선량한 관리자로서 주의의무를 다하여 직무를 수행하는 것(수단채무)이다. 따라서 이사가 채무의 본지에 따라 이행을 하지 않았다는 입증(임무해태의 입증)은 동시에 선관주의의무 위반이 있었다는 증명이고, 그 결과 임무해태의 입증에 성공하면 통상은 이사가 무과실을 입증할 여지는 없다. 다만 이사와 회사 간의 이익상충거래와 같이 이해대립의 사실이나 이사가 공익을 보호하는 법령을 위반한 사실 등을 원고가 입증한 경우에는 이사의 주의의무위반이 추정되고, 따라서 이사측이 상당한 주의를 다한 것(과실이 없음)을 증명할 필요는 있을 수 있다(江頭, 전게서, 466면).

17) 長島·大野·常松編, 전게서, 446면.

18) 이상에 대해 이사의 회사에 대한 채무의 내용을 어떻게 구성할 것인지와 입증책임을 어떻게 분배할 것인지는 별개의 문제이고, 따라서 전자에 대해서는 일원설을 취하면서 후자의 경우에는 귀책사유에 관계없는 사실은 책임을 추궁하는 측에서 입증책임을 지고, 귀책사유에 관계하는 사실에 대해서는 책임을 추궁당하는 이사 측에서 그 부존재에 관해 입증책임을 진다는 견해도 있다. 학설에 관한 상세는 吉原和志, “取締役等の会社に対する責任の範囲と性格” 「会社法の争点」 (浜田道代·岩原新作編·2009) 154면.

19) 神田, 전게서, 256면.

20) 구상법 제266조 제1항 5호에서는 전술한 바와 같이 “법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 때”를 이사의 책임 원인으로 규정하고 있었다. 동호에서 말하는 법령의 범위를 둘러싸고 ①회사·주주의 이익보호를 위한 구체적인 규정에 한정되는지(한정설), ② 아니면 ①뿐만 아니라 공익보호를 목적으로 하는 규정(형법, 공정거래법 등)을 포함한 모든 법령이 포함되는지(비한정설)에 관해 학설의 다툼이 있었다. 이에 대해 판례는 상법 그 이외의 법령 중에서 회사를 대상으로 하고 있고 회사가 그 업무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 모든 규정이 포함된다고 판시하여(전게 野村証券損失填補事件) 통설인 비한정설을 취한 바가 있다.

21) 田中亘, 「会社法」 (2016) 273면.

기 때문에(제355조) 이사가 법령을 위반하면 곧바로 이사로서의 임무를 해태한 것으로 해석될 수 있는 점, 이사가 행위당시에 법령위반의 위험을 어느 정도 인식하고 있었는지 등 이사의 주의의무위반의 판단에 관한 사정은 오로지 이사의 관여영역 내에 있는 점 및 구상법의 판례는 이원설을 취하고 있고²²⁾, 신회사법이 입증책임의 소재를 이사에게 유리하게 변경할 취지로 제정되었다는 사정이 발견되지 않는 점 등을 들어 이원설이 타당하다는 견해가 다수이다.²³⁾

다만 어느 설을 취하더라도 ①행위 시에 법령위반사실을 선관주의의무를 다하였더라도 인식할 수 없었던 경우나 ②정당방위·긴급피난 혹은 법령준수의 기대가능성이 현저하게 결여된 경우에는 이사의 책임을 물을 수 없다는 데에는 이론이 없다.²⁴⁾

3. 임무해태책임에 대한 특칙

전술한 바와 같이 이사의 회사에 대한 손해배상책임에 관한 회사법 제423조는 임무해태 책임을 기본으로 하고(제1항), 경업거래 및 이익상반거래에 대해서는 손해추정 및 임무해태추정에 관한 특칙을 두고 있다(제2항·제3항).

(1) 경업금지의무 위반의 경우

이사가 자기 또는 제3자를 위하여 회사의 사업부류에 속하는 거래(경업거래)를 하려면 이사회(이사회비설치회사의 경우에는 주주총회)에서 당해 거래에 관해 중요한 사실을 공시하고 그 승인을 받아야 한다(제356조 제1항 제1호, 제365조 제1항). 그러나 이것에 위반하여 경업거래가 행해진 경우에는 당해 거래에 의해 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 회사가 입은 손해로 추정된다(제423조 제2항). 경업거래로 인해 회사가 입은 손해를 입증하는 것의 어려움²⁵⁾을 해소함으로써 경업금지의무의 위반을 방지하려는 취지이다.

이 손해추정규정의 도입과 관련하여 특히 주목할 만한 것은 동제도의 도입 전에 구상법에서 경업금지의무위반 시 회사에게 인정하고 있던 개입권제도(구상법 제264조 제3항)를 폐지하였다는 점이다. 손해추정규정의 도입으로 회사는 개입권을 행사한 것과 동일한 효과를 얻을 수 있으므로 굳이 개입권을 존치시킬 이유가 없어졌기 때문이다.

그리고 경업금지의무위반으로 인한 이사의 손해배상책임은 총주주의 동의가 없으면 면제할 수 없다(제424조). 다만 일부면제의 경우에는 총주주의 동의가 없어도 가능하다(제425조~제427조).

(2) 이익상반거래의 경우

①이사가 자기 또는 제3자를 위하여 회사와 거래를 하려고 하는 때, 또는 ②회사가 이사의

22) 最判 2000. 7. 7 民集 54권 6호 1767면(野村証券損失填補事件).

23) 田中, 전게서, 273면. 近藤, 전게논문, 326면.

24) 吉原, 전게논문, 155면.

25) 이사가 경업거래를 하지 않았더라면 회사가 그 거래를 했을 거라는 것을 증명하는 것은 쉽지 않을 것이다.

채무를 보증하는 등 이사 이외의 자와의 사이에서 회사와 이사 간의 이해가 상충하는 거래를 하려고 하는 때에는 이사회(이사회비설치회사의 경우에는 주주총회)에서 당해 거래에 관해 중요한 사실을 공시하고 그 승인을 받아야 한다(제356조 제1항 제2호·제3호, 제365조 제1항). ①은 직접거래, ②는 간접거래, 그리고 ①과 ②를 합쳐 이익상반거래라고 하는데, 이익상반거래에 대한 규제는 이사가 회사를 희생으로 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 것을 방지하는데 목적이 있다.

그런데 이익상반거래에 의해 회사에 손해가 발생한 경우에는 ①직접 거래의 상대방인 이사(자기를 위하여 회사와 거래를 한 이사) 혹은 제3자를 위하여 회사와 거래한 이사, 간접거래에서 회사와 이익이 상충하는 이사(제423조 제3항 제1호), ②회사를 대표하여 당해거래를 하는 것을 결정한 이사(동조항 제2호) 및 ③당해거래에 관한 이사회 승인결의에 찬성한 이사(동조항 제3호)는 그 임무를 해태한 것으로 추정된다(제423조 제3항, 제369조 제5항 참조).²⁶⁾ ③에서 알 수 있듯이 이사회 승인이 있더라도(이사회 승인이 없었던 경우도 마찬가지) 임무해태는 추정된다. 독립당사자거래가 아닌 거래의 위험성에 비추어 관계이사에게 특히 신중한 판단을 요구하는 취지이다.²⁷⁾

②·③의 이사 및 ①의 이사 중 직접거래의 상대방이 아닌 이사는 임무해태가 없음(회사의 손해발생에 과실이 없음)을 입증하여 책임을 면할 수 있다. 그러나 ①의 이사 중 직접거래의 상대방인 이사, 즉 자기를 위하여 회사와 거래를 한 이사의 경우에는 임무를 해태한 것이 자신의 귀책사유에 의한 것이 아니라는 것(귀책사유의 부존재)을 입증하여도 책임을 면할 수 없다. 즉 무과실책임이다(제428조 제1항).

이익상반거래에 관한 신회사법의 태도는 이익상반거래를 한 이사의 책임에 관해 이사회 승인 유무에 관계없이 자기를 위하여 회사와 직접 이익상반거래를 한 이사를 제외하고 과실책임으로 하면서 입증책임을 전환한 것이다. 이는 구상법에서 이익상반거래가 이사회 승인을 얻지 않고 이루어진 경우에는 법령·정관위반으로서(구상법 제266조 제1항 제5호) 과실책임을, 이사회 승인을 얻고 이루어진 경우에는 이익상반거래로서(동조항 제4호) 무과실책임을 각각 인정하던 것을 변경한 것이다.²⁸⁾

이익상반거래의 경우에는 회사이익을 희생으로 이사가 사익을 추구할 위험이 있지만 한편으로는 다수의 그룹회사가 하나의 기업집단을 형성하고 있는 경우에는 그룹 간 이익상반거래에 해당하는 거래를 하는 것이 경영판단으로서 합리적인 때도 있기 때문에 과실책임주의를 원칙으로 함으로써 회사에 손해가 발생한 경우에도 임무해태(과실)의 부존재를 입증하여 책임을 면할 수 있도록 한 것이다.

이익상반거래로 인한 이사의 손해배상책임은 총주주의 동의가 있어야만 면제가 가능하다(제424조). 다만 일부면제는 총주주의 동의가 없어도 가능하나, 자기를 위해 이익상반거래를 한 이사의 경우에는 그러하지 아니하다. 즉 일부면제가 허용되지 않는다(제428조 제2항).²⁹⁾

26) 다만 감사등위원회설치회사에서 감사등위원회가 승인한 경우에는 그러하지 아니하다(임무해태로 추정되지 않는다)(제423조 제4항).

27) 江頭, 전거서, 468면.

28) 長島·大野·常松編, 전거서, 448면.

29) 참고로 임무해태의 효과에 관해 언급하면, 회사법 제423조 제1항의 요건을 충족하게 되면 이사는 회사에 대

4. 주주의 권리행사에 관한 이익공여자 책임

이사의 회사에 대한 책임에 관해서는 위에서 언급한 것 이외에도 회사법은 많은 개별 규정을 두고 있다. 여기서는 회사법이 예외적으로 인정하고 있는 무과실책임의 적용대상자가 있는 “주주의 권리행사에 관한 이익공여자 책임”에 관해 언급한다.³⁰⁾

회사는 누구에 대해서도 주주의 권리행사(의결권행사에 한하지 않음)에 관해 회사 또는 자회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여하여서는 아니 된다(제120조 제1항). 회사가 이것에 위반하여 이익공여를 한 때에는 해당 이익공여에 관여한 이사³¹⁾는 공여한 이익의 가액에 상당하는 금액을 연대하여 회사에 배상하여야 한다(제120조 제4항).³²⁾ 다만 해당 이익공여에 관여한 이사는 자기가 그 직무를 수행하는 것에 관해 주의를 게을리 하지 않았음을 증명하면 배상책임을 면할 수 있다. 그러나 이익공여를 직접 한 이사는 직무를 수행함에 있어서 주의를 게을리 하지 않았음을 증명하더라도 책임을 면할 수 없다(제120조 제4항 단서). 즉 무과실책임을 진다. 이 책임은 총주주의 동의가 있는 경우에 한해 면제할 수 있으며(제120조 제5항), 일부 면제는 인정되지 않는다.

참고로 구상법에서는 주주의 권리행사와 관련하여 위법한 이익공여가 이루어진 경우 관련 이사에 대해 예외 없이 무과실의 변제책임을 부과하고 있었다(구상법 제266조 제1항 제2호, 상법특례법 제21조의20 제1항). 이것을 신회사법에서는 직접 이익공여를 한 이사를 제외

해 임무해태로 인해 회사가 입은 손해를 배상하여야 한다. 그리고 회사에 발생한 손해에 관해 복수의 이사가 임무해태의 책임이 있는 경우에는 연대하여 손해를 배상하여야 한다(제430조). 다만 이는 유책 이사 모두가 손해 전부에 관해 책임을 진다는 것을 의미하는 것은 아니다. 판례는 손해에 대한 각 이사의 기여도에 따라 책임액을 감액하는 것을 인정하고 있다(大阪高判2006. 6. 9 判時 1979호 115면). 연대채무를 지는 이사간의 손해분담비율은 공동불법행위의 경우(일민 제719조)와 마찬가지로 이사의 과실비율에 따라 정해지며, 이사가 회사에 대해 임무해태책임을 이행한 경우 부담비율에 따라 다른 이사에 대해 구상권을 취득한다(일민 제422조).

30) 전술한 바와 같이 신회사법상 무과실책임은 3경우, 즉 ①모집설립시의 재산부족액전보책임(제103조 제1항), ②자기를 위해 한 이익상반거래에 관한 책임(제428조 제1항), ③주주권행사에 대해 이익을 공여한 자에 대한 책임뿐이다. 이 중 ②에 관해서는 앞에서 언급하였고, ③에 관해서는 여기서 언급하므로 ①에 관하여 간단히 언급한다. 설립시에 현물출자 또는 재산인수를 하는 경우에는 검사역의 조사를 받아야 함이 원칙이지만(제33조), 가액이 소액인 등 일정한 요건을 충족한 때(동조 제10항 각호)에는 검사역의 조사를 생략할 수 있다. 다만 이 경우 현물출자재산의 객관적인 가액이 정관에 기재 또는 기록된 가액보다 현저하게 부족한 때는 발기인 또는 설립시이사는 부족액을 회사에 납부하여야 한다(부족액전보책임. 제52조 제1항). 그런데 이 책임은 발기설립의 경우에는 직무를 수행함에 있어서 주의를 게을리 하지 않았음, 즉 임무해태(과실)가 없음을 입증하면 면할 수 있지만(동조 제2항 제2호), 모집설립의 경우에는 임무해태가 없었음을 입증하더라도 책임을 면할 수 없다(제103조 제1항). 모집설립 시 주식인수인 보호를 위하여 특별히 무과실책임을 부과한 것이다.

31) 이익공여에 관여한 이사는 이익공여에 관한 직무를 수행한 이사, 이익공여가 이사회(주주총회) 결의에 의한 때에는 해당결의에 찬성한 이사, 해당의안을 이사회(주주총회)에서 제안한 이사, 주주총회에서 해당이익공여에 관한 사항을 설명한 이사 등을 말한다(회사법시행규칙 제21조 참조).

32) 해당 이사에게는 형사벌도 부과되며(제970조 제1항), 정을 알고 이익공여를 받거나 또는 요구한 자도 동일하다(동조 제2항-제3항). 다만 회사 이외의 자가 총회의 의결권행사에 관해 다른 주주에게 금전을 교부하는 등 이익을 공여하더라도 부정청탁이 아닌 한 죄가 되지 않는다(제986조 1항 1호-2항). 미국의 주회사법은 누가 하든 불문하고 주주의 의결권행사에 관한 이익공여(vote-selling)를 원칙적으로 위법이라고 하는 주가 많지만(뉴욕주회사법 제609조 (e) 등), 일본법은 주주상호간에 행해진 것에 대해서는 원칙적으로 위법성을 인정하지 않는다. 부정청탁의 의의에 관해서는 最決 1969. 10. 16. 刑集23권10호 1359면 참조(江頭,전게서, 351면).

하고 과실책임으로 변경한 것이다.

Ⅲ. 이사책임관련 쟁점사항

여기서는 이사의 책임과 관련하여 우리나라에서 주로 쟁점이 되고 있는 사항 중에서 일본과의 비교연구가 중요한 의미를 가질 수 있는 사항을 중심으로 검토하기로 한다.

1. 경영판단의 원칙

이사는 그 직무를 수행함에 있어서 선관주의의무를 다하여야 하며(제223조, 민법 제644조) 이를 게을리 하여 회사에 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(제423조 제1항). 이사에게 선관주의의무위반에 대한 책임을 묻는 것은 이사에게 신중하게 업무를 집행하도록 하는 효과가 있지만, 한편으로는 엄격한 책임에 대한 두려움으로 경영을 위축시킬 수도 있다. 원래 기업경영에는 항상 위험이 따르고 모험적인 판단이 불가피하다. 또한 판사는 경영의 전문가가 아니기 때문에 불확실한 상황 속에서 이루어지는 경영판단에 대해 그 당부를 판단하기에는 한계가 있을 수밖에 없다.

이러한 이유로 미국에서는 일정한 요건 하에 법원이 이사의 판단을 존중하는 “경영판단원칙”(business judgement rule)이 판례법의 법리로서 일찍부터 발전해 왔다. 일본에서도 이사의 합리적인 경영판단에 대해서는 존중하여야 할 것이라는 주장이 많고 법원도 기본적으로는 이 입장을 취하고 있다. 그러나 일본에서 언급되고 있는 경영판단원칙이 과연 미국식의 경영판단원칙인지에 관해서는 논란이 있다.

(1) 미국과의 차이

일본에서 이해하는 미국의 경영판단원칙은 “이사가 성실하게 경영판단을 한 경우 판단사항에 관해 이사와 회사 간에 이해상충이 없고 판단과정에 불합리가 없으면 법원은 판단내용의 합리성에 관해 심사를 하지 않고 이사의 경영판단을 존중한다”는 것이다.³³⁾ 즉 경영판단원칙이 적용되는 상황에서는 사법심사의 대상은 경영판단의 과정이며, 따라서 이사의 경영판단이 회사와 이해상충이 없는 상황에서 합리적인 절차에 따라 회사의 이익을 위하여 성실하게 이

33) 江頭, 전계서, 466면; 近藤, 전계서, 166면. 물론 미국의 경우 법원이 경영판단의 내용에 관해 전혀 심사를 하지 않는 것은 아니다. 즉 미국법원은 경영판단의 과정에 관해서는 합리성기준(standard of reasonability)에 따라 판단하고 이 기준을 충족하면 경영판단의 내용에 관하여 위 기준보다 훨씬 완화된 상당성기준(standard of rationality)에 따라 판단을 한다(中村編, 전계서, 434면). 따라서 이사의 경영판단이 이 상당성을 결하면 경영판단원칙은 적용되지 않고 이사는 책임을 면할 수 없다(구회근집필, “이사의 책임” 『주식회사법대계Ⅱ』 (2013)777면). 그러나 상당성기준은 매우 완화되어 있고 특히 이사의 경영판단에는 회사의 최대이익을 위하여 충분한 정보에 기하여 성실히 판단을 한 것으로 추정되는 이른바 추정(presumption)원칙이 작동하기 때문에 판단과정에만 문제가 없으면 경영판단원칙이 적용되므로 그런 점에서 보면 판단 내용에 대해서는 법원은 심사를 하지 않는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

투어지게 되면 경영판단의 내용에 상관없이 해당 판단은 존중된다는 것이다.

이에 반해 일본의 경우에는 경영판단원칙이라는 용어는 학설상 혹은 하급심판례 중에는 쉽게 찾아 볼 수 있지만, 그 의미는 “경영상의 판단에는 넓은 재량이 인정되어야 할 것이고, 결과로서 회사에 손해가 발생하였다 하여 안이하게 이사의 책임을 인정해서는 아니된다”는 정도로 인식되고 있고³⁴⁾, 미국처럼 경영판단에 대해 법원의 개입(사법심사)을 배제하기 위한 법리로 인식되고 있는 것은 아니다.³⁵⁾

종래부터 경영판단의 선관주의의무위반 여부를 심사함에 있어서는 판단의 과정과 내용면으로 나누어 과정에 대해서는 내용보다 엄격한 심시기준을 적용하여야 할 것이라는 견해가 유력하게 주장되어 왔고,³⁶⁾ 하급심판례 중에는 경영판단에 관해 과정과 내용으로 나누어 심사를 하는 경우가 많다. 이에 의하면 대체로 이사의 경영판단에 재량권이 인정되기 위해서는 다음의 2가지 요건을 충족하여야 한다.

(i) 첫째, 경영판단 과정상의 요건인데, 당해상황에서 경영판단의 전제가 되는 사실인식에 부주의가 없을 것. 즉 경영판단을 위하여 필요한 정보의 수집·조사·검토 등이 충분히 이루어질 것이 필요하다.

(ii) 둘째, 경영판단의 내용상의 요건으로서 위의 사실인식에 기한 의사결정의 추론과정과 내용이 현저하게 불합리하지 않을 것. 즉 경영판단의 내용이 그 이유를 포함하여 그 상황과 이사에게 요구되는 능력수준에 비추어 판단이 합리적으로 이루어졌을 것이 필요하다.

이처럼 일본의 경우에는 경영판단에 이사의 재량이 인정되기 위해서는 경영판단의 과정뿐만 아니라 내용에 있어서도 일정한 요건을 충족하여야 한다.³⁷⁾ 과정과 내용상의 요건을 충족해야 비로소 법원은 이사의 판단에 폭넓은 재량권을 인정한다.³⁸⁾ 즉 일본은 경영판단의 과정

34) 田中亘, “經營判斷と取締役の責任—アパマンショップHD株主代表訴訟事件” 「ジュリスト」第1442号 (2012) 102면. 일본의 경영판단원칙은 “이사에게는 경영판단에 관해 넓은 재량권이 인정되고 있고, 경영판단의 과정에 부주의가 없고 판단내용에 현저한 불합리가 없으면 결과적으로 회사에 손해를 끼쳤더라도 법적 책임을 지지 않는다”는 원칙이라는 견해(柴田賢太郎, “經營判斷原則” 「ビジネス法務」(2014. 9) 27면)도 이러한 인식과 맥락을 같이 한다.

35) 일본에서도 이사는 회사를 위하여 성실하게 경영판단을 하는 것을 전제로 하므로 이사가 자기나 제3자의 이익을 도모하는 등 충실의무위반의 경우에는 경영판단의 원칙은 적용되지 않는다고 본다. 또한 구체적인 개별 법령을 위반한 경우나 이사가 적극적으로 경영판단을 하지 않은 경우에도 경영판단원칙은 적용되지 않는 것으로 보는데, 그 이유는 이사는 법령준수의무가 있으며 법령위반여부는 법원의 판단에 익숙한 분야이고, 경영판단이 없으면 존중해야 주어야 할 대상이 없기 때문이다이라는 것이다(近藤光男, “經營判斷の原則” 「会社法の争点」 157면). 다만 여기서 말하는 경영판단원칙이란 미국식의 경영판단원칙이라기 보다는 경영판단에 대한 이사의 재량권이 인정되기 위한 요건에 가깝다.

36) 吉原和志, “取締役の經營判斷と株主代表訴訟” 「株主代表訴訟大系(新版)」 (小林秀之·近藤光男編) 78면, 96~97면.

37) 경영판단원칙과 관련하여 자주 인용되고 있는 하급심판결인 東京高判2008. 10. 29(金融·商事判例1304号28면)에서는 “이사로서의 선관주의의무위반 여부는 경영판단의 특징에 비추어 보면 그 판단의 전제가 된 사실의 조사 및 검토에 있어서 특히 부주의한 점이 없고 그 의사결정 과정 및 내용에 있어서 해당 업계의 통상적인 경영자의 경영판단으로서 특히 불합리 또는 부적절한 점이 없었는지를 기준으로 경영자로서의 재량범위를 일탈했는지를 판단하는 것이 상당하다”고 판시하고 있는데, 近藤교수는 이 판결을 예로 하여 “법원이 경영판단에 있어서 그 의사결정의 과정뿐만 아니라 내용에 관해서도 합리성기준으로 심사하는 것이 최근의 판례의 태도이다”고 한다(近藤, 전제논문, 157면)

38) 경영판단에 이사의 재량권을 인정한 판례에 관해서는 江頭, 전제서, 464면 참조.

은 물론이고 경영판단의 내용에 대해서도 사법심사의 대상으로 하고 있고,³⁹⁾ 바로 이 점에서 경영판단의 내용에 관해서는 사법심사의 대상에서 실질적으로 배제하고 있는 미국과 차이가 있다.⁴⁰⁾ 그리하여 일본의 경영판단원칙에 대해서는 이사의 선관주의의무위반이라는 규범적 요건의 판단기준에 지나지 않는다는 견해가 유력하다.⁴¹⁾

(2) 일본의 경영판단원칙의 특징

일본에서 경영판단원칙은 이처럼 선관주의의무위반의 판단기준으로 이해되고 있지만, 판단기준의 핵심적 요소를 이루는 요건은 판례에 따라 미묘한 차이가 있다. 종래의 판례에서는 ① 판단의 전제가 된 사실인식에 부주의는 없었는지, 그리고 ②판단의 내용에 현저한 불합리는 없었는지의 2가지가 선관주의의무위반의 판단기준에 있어서 중심적인 요소이었다. 그리고 판단의 전제가 되었던 사실인식의 잘못과 판단내용의 잘못을 비교하여 후자, 즉 판단내용에 대해서만 ‘특히’ ‘현저하게’ ‘명백하게’와 같은 상대적으로 완화된 기준으로 선관주의의무위반 여부를 판단해 왔다. 말하자면 의사결정의 내용에 ‘다소’ 불합리가 있어도 그 정도로는 선관주의의무위반을 구성하지 않는다는 것이고, 그런 의미에서 이사의 경영판단은 존중되어 왔다고 할 수 있다.⁴²⁾

그런데 최근 사업재편을 위한 자회사주식 취득이라는 특정의 경영판단에 특화된 사안이기 는 하지만 최고재판소는 “의사결정의 과정, 내용에 현저하게 불합리한 점이 없는 한 이사로서의 선관주의의무를 위반한 것은 아니다”라고 판시한 바가 있는데,⁴³⁾ 이는 과정과 내용으로 나누어 과정면을 내용면보다 엄격히 심사해 왔던 종전의 판례방식과는 다른 것으로, 과정과 내용을 하나로 묶어 ‘현저하게 불합리’라는 단일 기준으로 판단한 것이다.

이 판결에 대해서는 과정과 내용의 쌍방에 대해 “현저하게 불합리”라는 완화된 단일기준으로 이사의 경영판단을 심사한 것은 적절하고 향후 경영판단의 사례는 이 기준에 따라 심사하는 것이 적절할 것이라는 주장도 있지만⁴⁴⁾, 이 판결에서는 그 어디에도 경영판단원칙이라는 표현을 사용하고 있지 않다. 이사의 경영판단에 관한 최고재판소판결에는 은행이사의 대출판단에 관해 선관주의의무위반을 인정한 판례 정도가 있을 뿐이고,⁴⁵⁾ 본 판결을 포함하여 이사

39) 森田章, “取締役・執行役の善管注意義務と忠実義務” 「会社法の争点」(전게서)139면. 우리나라의 경우에도 법원은 경영판단에 이르게 된 과정이나 실질적인 판단내용에 대해서까지 구체적으로 심사하는 것으로 이해하고 있는 견해가 많다(상세는 구회근, 전게서, 779면 참조. 예를 들면 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다 80521판결). 그리고 우리나라 대법원의 경영판단에 대한 심사기준은 “경영판단 과정에 관해서는 합리적인지 여부를 기준으로 하고, 그 내용에 관해서는 현저한 불합리는 없는지를 기준으로 하는 것으로 정착되었다고 보아도 좋다”는 견해가 있는데(장철익, “이사의 주의의무와 경영판단원칙” 「민사판례연구」 제33-1권(2011)810면), 이 견해에 의하면 본문에서 언급한 바와 같이 우리나라 판례의 태도는 기본적으로 일본의 태도와 같다고 할 수 있다.

40) 大杉謙一, “役員の責任—経営判断原則の意義とその射程” 「株式会社法大系」(江頭憲治郎編·2013) 309면.

41) 中村編, 전게서, 435면.

42) 中村編, 전게서, 435면.

43) 最一判 2010. 7. 15. 判例時報2091号90면.

44) 그 이유는 과정면과 내용면을 구별하여 다른 심사기준을 적용하는 것은 현실적으로는 실행이 곤란하기 때문이라는 것이다. 상세는 田中, 전게평석, 103면.

45) 最判2008. 1. 28. 判例時報1997号143면.

의 경영판단이 어떠한 기준아래 심사되어야 할 것인지를 일반적으로 실시하는 것은 없다.⁴⁶⁾ 그리고 경영판단원칙이라는 용어를 사용한 경우도 은행이사의 대출에 관해 배임죄의 성립을 인정한 형사사건⁴⁷⁾이 유일하다. 그런 점에서 적어도 최고재판소 수준에서는 경영판단원칙에 관한 개념은 물론이고 이사의 경영판단에 재량권을 인정한 기준으로서 일반 원칙이 확립된 것도 아닌 듯하다.

어떻든 일본에서 경영판단원칙은 미국과는 달리 선관주의의무위반여부의 판단기준으로 이해되기 때문에 그 적용범위는 매우 넓다. 즉 미국의 경영판단원칙은 주로 이사의 회사에 대한 책임에 관하여 발전해 왔지만 일본에서는 이사의 위법행위유지청구(제360조, 제385조), 이사해임의 소(제854조 제1항 제1호) 등에 있어서 법령위반여부에 대한 해석에도 적용된다.⁴⁸⁾ 경영판단원칙을 개인적인 손해배상책임의 위험으로부터 이사를 보호하는 법리로 이해하는 경우에는 쉽게 설명이 되지 않는 부분이다. 또한 이사의 제3자에 대한 책임의 경우(제429조)에도 일본에서는 임무해태를 요건으로 하고 있기 때문에⁴⁹⁾ 경영판단원칙이 적용된다고 보는 것이 일반적이다. 물론 제3자에게 직접 손해를 끼친 사례에 이사의 회사에 대한 책임(제423조)과 동일하게 경영판단을 존중하는 것이 타당한지에 관해서는 논란이 있다.⁵⁰⁾

2. 자회사감독에 관한 모회사이사의 책임

모회사이사는 자회사의 업무집행에 대해 감독할 의무가 있는지에 관해서는 종래 이를 부정하는 견해가 다수였다. 판례도 기본적으로 같은 입장이었다.⁵¹⁾

그러나 최근에는 모회사이사의 자회사감독의무를 긍정하는 견해가 유력한데, 그 이유는 자회사의 기업가치 훼손을 방지하는 것이 모회사에게도 이익이 되고, 특히 기업집단의 경우 모회사에 의한 자회사 통제가 제대로 이루어지지 않을 위험이 있기 때문이라는 것이다.⁵²⁾

그런데 모회사이사의 자회사감독의무와 관련하여 특히 주목할 만한 것은 2104년 회사법개정과 관련하여 법무성에 의해 발표된 중간시안이다. 동 시안에서는 다중대표소송제도를 신설하는 대신에 모회사의 이사(회)에게 자회사이사의 업무집행에 대해 감독의무를 부과하는 안을 제시한 적이 있다(중간시안 제2부 제1-1·B안의 주ア). 그러나 동제도의 도입에 대해 경제계를

46) 田中, 전계평석, 102면.

47) 最決2009. 11. 9. 刑集63卷9号1117면.

48) 예를 들면 東京地決 2004. 6. 23 金融商事判例1213号61면. 近藤, 전계논문, 157면.

49) 이사는 직무수행에 관하여 악의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 그것으로 인해 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다(제429조 제1항).

50) 近藤, 전계논문, 157면.

51) 미국의 손자회사에서 발생한 법령위반행위에 관해 모회사이사의 책임이 문제된 사안에서 “모회사와 자회사(손자회사포함)는 별개의 독립법인이고 모회사의 이사는 특단의 사정이 없는 한 자회사에 발생한 손해로 인하여 모회사에 손해가 발생하였더라도 그 사실만으로 임무해태의 책임을 지는 것은 아니다. 다만 모회사와 자회사간의 특수한 자본관계를 고려하면 모회사이사가 자회사를 지시를 하는 등 실질적으로 자회사의 의사결정을 지배한 것으로 평가할 수 있는 경우로서 모회사이사의 지시가 모회사에 대한 선관주의의무위반이나 법령에 위반하는 때에는 모회사이사는 모회사에 발생한 손해에 대해 배상책임이 있다고”고 판시한 바가 있다(東京地判2001. 1. 25 資料版商事法務203号 186). 해당사건에서는 피고이사의 책임은 부정되었다.

52) 中村編, 전계서, 459면. 참고로

중심으로 그룹경영을 위축시킨다는 반대의견이 강했고 또한 다중대표소송제도가 신설되었기 때문에 결국에는 입법에는 이르지 못했다.

그러나 동시안과 함께 2014년 회사법개정에서 종래 회사법시행규칙에서 대회사의 이사회에 게 부과하고 있던 ‘기업집단의 업무적정성을 확보하기 위한 체제(기업집단의 내부통제시스템) 정비에 관한 결정의무⁵³⁾를 회사법 본체에서 규정함으로써 현재는 종래처럼 모회사이사의 자회사감독의무를 부정하기에는 어렵게 되었다는 것이 중론이다.⁵⁴⁾

그리고 최근 판례에서도 재고증가로 거액의 손실을 입고 경영파탄에 빠진 자회사에 대해 계속 자금을 제공함으로써 모회사에 손실을 입힌 모회사이사에 대해 선관주의의무위반여부가 다투어진 사안에서, 법원은 모회사이사에게는 자회사의 재고증가 원인을 석명하기 위하여 구체적이고 상세한 조사를 할 의무가 있음에도 구체적인 대책을 강구하지 않음으로써 자회사 및 모회사의 손해를 확대시킨 점을 고려하면 상기 조사의무를 게을리 한 점에 충실의무 및 선관주의의무 위반이 인정된다고 판시하고 있고,⁵⁵⁾ 이 논조는 공소심에서도 그대로 유지되고 있으며,⁵⁶⁾ 상고심에서도 모회사이사의 책임에 관해서는 공소심의 판단을 전제로 판단을 하고 있다.⁵⁷⁾

물론 동 사안에서는 모회사의 이사가 자회사의 비상근임원(이사 및 감사)을 겸하고 있고,⁵⁸⁾ 모회사가 자회사의 거래상대방이기도 하다는 점에서 순수한 의미에서의 자회사에 대한 모회사이사의 감독의무가 문제가 된 사안은 아니지만 그래도 모회사이사가 자회사감독에 소홀히 할 경우에는 책임을 질 수 있다는 점을 시사한 점은 유의할 필요가 있다.

3. 주주에 대한 이사의 선관주의의무⁵⁹⁾

이사는 회사에 대해 주의의무와 충실의무를 부담한다. 그러나 주주에 대해 이러한 의무를 부담하는지에 관해서는 명문규정이 없다. 그런데 주가결정청구소송에서 방론이지만 추상적으로 주주에 대한 선관주의의무를 인정 한 판례(이른바 산스타MBO주가결정사건)가 있다.

또한 2014년 회사법개정에서 도입된 특별지배주주의 주식매도청구제도도 기본적으로 주주

53) 회사법은 대회사(제2조 제6호) 및 지명위원회등설치회사의 경우 이사회(이사회비설치회사의 경우에는 이사가 법령·정관준수에 관한 내부통제시스템과 함께 기업집단의 업무 적정성을 확보하기 위한 내부통제시스템의 정비에 관한 결정을 할 것을 명시적으로 의무화하고 있다(제348조 제3항 제4호·제4항, 제362조 제4항 제6호·제5항). 다만 이사회는 내부통제의 목표설정이나 그를 위한 조직의 설치 등 내부통제시스템의 대강을 결정하면 족하고, 구체적인 체제의 정비에 관해서는 각 이사에게 위임할 수 있다(田中,전게서, 266면).

54) 岩原神作발언, “座談会改正会社法の意義と今後の課題(下)” 「商事法務」(2014) 5면.

55) 福岡地判2011. 1. 26. 金融商事判例1367号41면.

56) 福岡高判2012. 4. 13. 金融商事判例1399号24면.

57) 最判2014. 1. 30. 判例時報2213号123면.

58) 본판결에 대한 평석을 통해 小塚교수는 모회사이익과 자회사이익, 나아가서는 양자를 포함하여 기업집단(그룹) 전체의 이익이 반드시 일치하는 것은 아니기 때문에 모회사와 자회사의 이사를 겸하는 자가 어느 이익을 기준으로 행동하여야 할 것인지는 매우 어려운 문제이고, 특히 기업집단은 형태나 기능이 다양하기 때문에 겸임이사의 행동기준을 일률적으로 논할 수는 없는 것이고, 따라서 기업집단 내에 모회사와 자회사 각각에 기대되는 역할에 따라 판단하여야 할 것이라고 한다(小塚莊一郎, “経営破綻した子会社の救済による親会社取締役の責任—福岡魚市場株主代表訴訟最高裁判決” 「ビジネス法務」(2414. 9) 66면).

59) 이 부분은 추후 보완할 예정이다

에 대한 이사의 주의의무를 전제로 한 제도라는 시각이 있다. 동 제도는 특별지배주주(90%이상의 주식을 소유한 자)가 소수주주를 축출하는 것을 인정하는 제도인데(제179조 제1항), 기본적으로 특별지배주주와 다른 소수주주 간에 소수주주의 의사에 관계없이 주식매매계약을 성립시키는 제도이다. 그 때문에 회사법은 주식매도청구가 적정하게 이루어지고 있는지를 확인하기 위하여 회사에 대해 주식평가가 적정한지, 주식매입대금의 지급이 확실한지 등에 관해 검증한 후에 승인을 하도록 하고 있다(제179조의2, 제179조의3). 이와 관련하여 이사가 주식평가가 부적당하고 특별지배주주가 주식매입대금을 지급하지 않을 가능성에 관해 알거나 알 수 있었음에도 주식매도청구를 승인한 경우에는 그로 인하여 소수주주가 입은 손해에 대해 배상책임을 지게 되는데, 그 근거는 소수주주에 대한 선관주의의무위반이 될 수밖에 없기 때문이라는 것이다.⁶⁰⁾

4. 주주대표소송제도

주주대표소송은 이사의 회사에 대한 책임을 주주가 회사에 대신하여 추궁할 수 있는 제도이다. 그러나 유감스럽게도 우리나라에서는 주주대표소송제도가 제기능을 하지 못하고 있다. 여기서는 이른바 경제민주화관련법안에서 주주대표소송과 관련하여 제안한 내용을 소재로 일본의 제도에 관해 살펴보기로 한다.

주주대표소송에 관해 개정안은 부제소이유통지제도의 도입, 제소자격유지제도, 제소사실통지·공고제도, 소송참가제도의 신설을 제안하고 있다.

즉 ①회사가 제소청구를 받고도 소송을 제기하지 않는 경우 그 이유를 주주에게 통지하도록 회사에 의무를 부여하고(부제소이유통지제도), ②주주가 대표소송 제기 후 합병 등으로 주주의 자격을 상실한 경우에도 대표소송의 효력을 인정하며(제소자격유지제도), ③대표소송이 제기된 경우 회사는 지체 없이 이를 주주에게 통지하거나 공고하도록 하고(제소사실통지·공고제도), ④회사 이외에 다른 주주들도 대표소송에 참가할 수 있도록(소송참가제도) 대표소송제도를 개선하자는 것이다(김종인 의원안 제403조 및 제404조). 이러한 제도들은 다음에서 보는 바와 같이 일본에서 도입하고 있는 것들이다.

(1) 소송참가제도

소송참가제이란 부당한 소송 진행의 방지, 즉 이른바 봐주기 소송 또는 이사에게 부당하게 유리한 소송상의 화해·소 취하를 방지하기 위하여 회사가 제기한 소송에서는 주주가, 주주가 제기한 소송에서는 회사 또는 다른 주주가 원고 측에 공동소송인으로서 참가할 수 있는 제도를 말한다(제849조 제1항). 참가기회를 제공하기 위하여 주주가 소송을 제기한 때에는 지체 없이 회사에 대해 고지하여야 하고(동조 제3항), 회사가 고지를 받은 때 혹은 스스로 소송을 제기한 때에는 지체 없이 그 사실을 주주에게 통지하여야 한다(동조 제4항).⁶¹⁾ 그리고 주주가

60) 中西和幸, “会社法改正で変わる役員の責任” 「ビジネス法務」(2014. 9) 17면.

61) 이 통지제도에 대해 재계는 소제기 사실의 통지만으로 이사는 실제 책임의 유무에 상관없이 막대한 경영상 부담이 발생하여 합의에 대한 유인이 증가하게 될 것이라고 하는데(상장회사협의회, “상법 일부개정법률 의

제소한 경우에는 이사에 대해 책임이 없다고 판단한 회사는 이사 측에 보조참가를 할 수 있다. 다만 이 경우에는 감사(감사위원) 전원의 동의를 얻어야 한다(동조 제2항).

이 소송참가제도에 대해 재계는 불필요한 분쟁을 촉발하고 소송남용을 우려하고 있으나 동의하기 어렵다. 이사의 책임을 추궁하기 위한 소송이 원고가 주주라고 해서 아니면 회사라고 해서 반드시 합리적이고 타당하게 수행된다는 보장이 없다. 그리하여 회사가 제기한 소송에는 주주가, 주주가 제기한 소송에는 회사나 다른 주주가 공동으로 참가할 수 있도록 한 것이 바로 소송참가제도이고, 그 목적은 소송이 부당하게 진행되는 것을 방지하기 위한 것이다.⁶²⁾ 그런 점에서 이 제도의 도입을 주저할 이유는 없다고 본다. 참고로 일본은 우리나라와 달리 주주대표소송은 단독주주권이다(제847조 제1항 본문). 즉 남용의 우려가 있다면 우리나라보다 훨씬 더하다. 그럼에도 소송참가제도를 도입하고 있음에 유의할 필요가 있다.

(2) 부제소이유 통지제도

주주는 회사에 대해 서면 기타 법무성령에서 정하는 방법에 따라 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 것을 청구할 수 있고, 회사는 그 청구일로부터 60일 이내에 소를 제기하지 않은 때에는 그 주주는 회사를 위하여 소송, 즉 주주대표소송을 제기할 수 있다(제847조 제1항 내지 제3항). 회사는 위 기간 내에 제소하지 않는 경우 청구를 한 주주 또는 청구대상인 이사로부터 청구를 받은 때에는 그 청구자에 대해 지체 없이 제소하지 않은 이유를 서면 기타 법무성령으로 정하는 방법에 따라 통지를 하여야 한다(동법 847조 제4항).

이 제도에 대해 재계는 주주의 대표소송 제소청구를 받고 소송제기 여부를 판단하는 것은 기본적으로는 이사의 경영판단에 해당하는 사항이고, 따라서 그 이유를 통지하라는 것은 이사의 경영판단 내용을 공개하는 것으로 과도한 경영 개입에 해당할 우려가 있다고 하나⁶³⁾ 이 역시 동의하기 어렵다. 부제소이유 통지제도는 회사가 소송을 제기하지 않은 이유를 설명함으로써 주주가 직접 소송을 제기할 필요가 있는지를 판단할 수 있게 하기 위한 제도이다. 주주가 나름의 근거를 제시하여 회사로 하여금 소송을 제기하도록 청구를 하였는데, 회사가 이를 무시하고 소송을 제기하지 않았다면 그 이유를 설명하여야 하는 것은 상식이고 회사에게 먼저 소송기회를 주고 있는 제도 하에서는 제도 작동의 전제가 되는 것이다. 이사의 책임에 관한 소송자료는 대부분 회사가 보유하고 있을 터이므로 분쟁의 적절한 해결을 위해서는 회사가 충실한 조사를 하는 것이 무엇보다 중요하다. 부제소 이유가 원고나 피고 측에 의해 법원에 제출되면 회사의 대처방법이 법원의 심증형성에 영향을 미칠 가능성이 있기 때문에 이 제도는 회사가 제소이유의 타당성에 관해 충실한 조사를 하도록 하는데 기여할 것이라는 견해⁶⁴⁾는 왜 일본에서 동 제도를 도입하였는지 그 이유를 잘 설명해 주고 있다고 생각한다.

안발의안에 대한 의견 - 김종인 의원 대표발의, 의안번호 제2000645호-(2016. 8.) 4면) 동의하기 어렵다.

62) 神田, 전계서, 270면.

63) 상장회사협의회, “상법 일부개정법률 의안발의안에 대한 의견 - 김종인 의원 대표발의, 의안번호 제2000645호 -”(2016. 8.) 4면.

64) 江頭, 전계서, 490면.

(3) 제소자격유지제도

대표소송 계속 중에 원고가 주식매각 등을 통해 주주의 자격을 상실하게 되면 원고적격을 상실하고 대표소송은 각하되는 것이 원칙이다. 그러나 다음의 경우에는 주주는 원고로서의 자격을 상실하지 않고 계속하여 소송을 수행할 수 있다. ①당해 회사가 완전자회사가 되는 주식교환 또는 주식이전에 의해 원고가 당해 주식회사의 완전모회사의 주주가 된 때, ②당해 주식회사가 소멸회사가 되는 합병으로 인하여 원고가 신설회사, 존속회사 혹은 그 완전모회사의 주주가 된 경우에는 원고적격은 그대로 유지된다(제851조 제1항).⁶⁵⁾ 이러한 경우에는 원고는 완전모회사 또는 신설회사·존속회사의 주주로서 계속하여 주주대표소송의 결과에 대해 이해관계가 있을 뿐만 아니라 소의 각하에 의해 지금까지의 소송활동이 수포로 돌아가도록 하는 것은 타당하지 않기 때문이다.⁶⁶⁾

제소주주가 주식의 매각을 통해 자발적으로 주주의 자격을 상실한 경우에는 원고적격을 계속하여 인정하는 것은 주주대표소송의 성질(승소하더라도 그 효과는 주주주가 아니라 회사에 귀속)상 바람직하지 않다. 그러나 비자발적으로 해당회사의 주주의 지위를 상실하였으나 존속회사나 신설회사 등의 주주로서 계속적으로 대표소송의 결과에 이해관계를 가지고 있는 상황이라면 원고적격을 유지하도록 함이 타당하다. 만일 이를 인정하지 않으면 합병이나 주식교환·이전 등을 통해 회사는 간단히 주주대표소송제도를 무력화시킬 수 있게 된다.⁶⁷⁾

VI. 결론

65) 주주대표소송에 공동소송참가하고 있는 주주의 경우에도 동일하다. 그리고 완전모회사 또는 신설회사·존속회사가 또다시 주식교환·주식이전·합병을 한 경우에도 제851조 제1항이 준용된다(동조 제2항, 제3항).

66) 田中, 전게서) 340면.

67) 참고로 일본의 제소자격유지제도는 2005년 회사법개정전의 구상법 하에서의 판례의 입장, 즉 주식이전에 의해 원고가 주주의 자격을 상실한 경우에는 주주대표소송의 당사자적격을 상실한다는 판결(東京地判平成13·3·29判時1748-171 등)을 변경한 것이다.

2 일차

제 1 세션

정기선사(定期船社)의 기업회생절차 관련 법적 쟁점 - 한진해운 사태를 중심으로 -

발 표 자 : 김인현 교수(고려대)

사 회 자 : 정용상 교수(동국대)

토론자1 : 윤희선 변호사(김앤장 법률사무소)

토론자2 : 김남성 변호사(법무법인 세종)

정기선사(定期船社)의 기업회생절차 관련 법적 쟁점* - 한진해운 사태를 중심으로 -

김인현(고려대학교 법학전문대학원 교수)**

I. 서론

한진해운은 세계 7위의 컨테이너 선사였으나, 재정상태가 좋지 않아 기업회생절차를 신청하게 되었다. 서울중앙지법 파산부는 신청 하루만인 2016.9.1. 회생절차개시결정을 내렸다(2016 회합 100211). 그 후 한진해운의 선박들은 파나마, 싱가포르, 중국 등에서 가압류 혹은 압류가 되었다. 또한 미국 등지에서는 하역회사가 밀린 하역비의 지급을 요구하면서 하역작업이 지연되었다.

한진해운은 운송을 위한 기업이다. 운송중에서도 해상운송을 목적으로하므로 운송의 수단으로서 선박이 필요하다. 한진해운 자신이 소유하는 선박도 있지만, 다른 선사들로부터 용선한 선박도 있다. 한진해운이 소유한 선박은 은행의 차금을 통하여 건조되었기 때문에 원금상환과 이자를 받지 못한 금융권도 피해를 보았다. 또한 용선된 선박의 소유자도 용선료를 받지 못하여 피해를 보았다. 한진해운은 운송인으로서 화주와 운송계약을 체결하고 있었기 때문에 회생절차개시로 인하여 운송의무를 제대로 이행하지 못하여 화주에게 손해배상책임을 부담하게 되었다. 운송과 관련된 손해배상채권은 회생채권이 되고 화주들은 정상적으로 손해배상을 받지 못하는 상태에 이르렀다.

용선을 해준 선주사나 금융회사들도 피해를 입었다. 한진해운에 서비스를 제공한 도선사나 예선업자들도 마찬가지이다. 또한 얼라이언스 관계에 있던 양명해운, 에버그린 해운 등과 운송계약을 체결한 화주들의 운송물이 한진해운의 선박에 실린 경우 그 화주들도 피해를 입게 되었다. 기타 하역회사 등도 하역료를 받지 못하였다. 선원, 선박연료유공급자, 도선 및 예선 서비스 제공자 등도 피해를 보았다.

이러한 한진해운에 대한 채권은 모두 회생절차에서 처리되기 때문에 도산법상의 효과와 함께 우리 법제도가 가지는 단점에 대하여 검토하고 이들을 보호하기 위한 수단들을 강구할 필요가 있다.

한진해운 사태는 정기선사 전체에 대한 신용하락으로 이어졌다. 정기선운항은 정시성(定時性)이 중요한데, 한진해운이 약속한 장소와 시간에 운송물을 배달하지 못하는 일이 발생하였고 이로 인해 한국의 정기선사들에 대한 신뢰가 무너지게 되었다. 정시성이 깨어지지 않도록

* 필자는 이 발표문의 작성에 도움을 준 강동화 김&장 전문위원(전 한진해운 법무실 차장)에게 감사의 뜻을 전합니다.

** 선장/법학박사, 한국해법학회 회장, 고려대 해상법연구센터 소장, captainihkim@korea.ac.kr

얼라이언스 내부적으로나 각국의 국내법에서 보호 장치를 마련할 필요성도 제기되었다.

본고에서는 한진해운 물류대란에서 손해배상의 문제, 이것의 회생절차에서의 효과, 관련 당사자들의 보호수단, 나아가 정시성확보를 위한 법적 장치의 마련에 대하여 차례로 논하고자 한다.¹⁾



1) 한진해운이 2016.8.31. 회생절차개시를 신청한 이래로 여러 차례에 걸친 세미나 및 좌담회가 국내외에서 개최되었다. (i) 한국해법학회의 주최로 2016.9.7. 해운빌딩에서 "한진해운물류대란 긴급좌담회"를 개최하였다. 좌장으로 김인현 교수, 김창준 변호사(법무법인 세경, 한국보험법학회장), 이종민 사장(인터오션, 삼호해운 관리인), 권성원 변호사(법률사무소 여산)가 토론자로 나섰다. (ii) 고려대 해상법연구센터 주최로 제2회 한진해운물류대란 법적 쟁점 긴급좌담회가 2016.10.11. 고려대 CJ 법학관에서 개최되었다. 김인현 교수가 좌장을 맡고 한민 교수(이화여자대학교), 권성원 변호사(법률사무소 여산) 그리고 최세련 교수(명지대, 한국해법학회 상무이사)가 토론을 맡았다. (iii) 2016.11.25. 한국해법학회 주최 2016년 가을 철 학술발표회에서 한진해운 사태에 대한 발표회(발표-김창준변호사, 김인현 교수)를 개최하였다. (iv) 2016.11.12. 제9차 동아시아 해상법 포럼에서 정병석 변호사가 "한진해운 회생절차 소개"라는 제목의 특강을 개최하였다. (v) 서울에서 2017.2.23. INSOL 세미나가 개최되어 한국, 싱가포르, 홍콩, 호주 등의 참가자들이 한진해운사태에 대한 의견을 개진하였다. (vi) 2017.2.24. 홍콩대 법대에서 개최된 공개강좌에서 김인현 교수는 "Hanjin Shipping Rehabilitation and its Legal Implication"라는 제목의 강연을 하였다.

II. 회생절차내에서의 해상기업의 채무의 처리

1. 회생절차의 의의

기업의 회생절차는 채무상태가 악화된 기업을 회생시킬 목적을 가진다. 이는 상법의 이념의 하나인 “기업의 유지생성”과 맥을 같이한다.²⁾ 기업회생절차는 기업이 회생절차개시 신청을 하면 채권자들은 채무자의 재산에 대한 강제집행을 하지 못하도록 하여 채무자로 하여금 영업을 계속하면서 채무는 회생계획에 따라 점차 변제하도록 하여 기업의 회생을 도모한다.³⁾

관리인이 지정되고 채권자들로 하여금 채권을 신고하게 하여 채권단이 만들어진다. 회생계획안에 의하여 동결된 채무의 변제방법이 정하게 된다. 한편, 법원이 지정한 조사인은 계속기업가치와 청산가치를 비교하여 기업의 회생계속가치가 청산가치보다 큰 경우에는 회생하게 하지만, 청산가치가 크게 되면 결국 파산절차를 밟게 한다.

2. 채권의 분류

회생절차안에서 채권자들이 채무자에 대하여 가지는 채권은 3가지로 분류된다.

(1) 회생채권

아무런 담보가 붙어있지 않은 채권이다. 변제될 때 가장 불리한 채권이다. 화주의 운송인(채무자)에 대한 손해배상채권, 회생절차개시전 선박소유자의 용선자(채무자)에 대한 용선료채권(채무자 회생법 제118조 제1호), 회생절차개시후 조기반선에 기한 손해배상채권(동법 제118조 제3호)과 같은 것이 대표적이다.⁴⁾ 통상 회생절차에서 부정기선사의 경우 70%는 출자전환을 하고 30% 이내로 변제받는 것으로 알려졌다.⁵⁾

채무자 회생법 제118조(회생채권)

다음 각호의 청구권은 회생채권으로 한다.

1. 채무자에 대하여 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권
2. 회생절차개시 후의 이자

2) 국부의 창출이나 고용의 측면에서 긍정적인 기능을 하기 때문에 상법은 기업의 생성을 촉진하고 유지함을 이념의 하나로 한다. 이철송, 상법총칙 상행위(법문사, 2016), 18면.

3) 도산제도의 목적은 첫째, 모든 채권자에게 채무자 재산을 안분배당하여 혼란과 불평등을 막기위함에 있고 둘째, 채무자의 경제적 재건을 도모하는 데 필요하다고 한다. 김주학, 기업도산법 제2판(법문사, 2012), 5면

4) 동지 김찬영, “회생절차 하에서 정기용선계약상 조기반선에 관한 연구”, 한국해법학회지 제36권 제1호(2014.4.), 146면.

5) 삼선로직스에서는 현금 34%, 대한해운의 경우 현금 37%가 10년에 걸쳐서 상환하는 것으로 회생계획이 잡혔다. 정병석, 2013년 해상법실무강좌(고려대학교 해상법연구센터), 2013.2.1., 61면.

3. 회생절차개시 후의 불이행으로 인한 손해배상금 및 위약금
4. 회생절차참가의 비용

채무자 회생법 제131조(회생채권의 변제금지)

회생채권에 관하여는 회생절차가 개시된 후에는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생계획에 규정된 바에 따르지 아니하고는 변제하거나 변제받는 등 이를 소멸하게 하는 행위(면제를 제외한다)를 하지 못한다(생략)

(2) 회생담보채권

채권이 담보로서 보강된 채권이다. 변제될 때 회생채권보다 더 보호받게 된다. 선박우선특권을 발생시키는 도선사의 도선료채권, 금융회사의 선박소유자에 대한 대금채권으로서 선박에 저당권이 붙은 경우 등이다.

채무자회생법 제141조(회생담보권자의 권리)

① 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 회생담보권으로 한다. 다만, 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상이나 위약금의 청구권에 관하여는 회생절차개시결정 전날까지 생긴 것에 한한다.6)

② 제126조 내지 제131조 및 제139조의 규정은 회생담보권에 관하여 준용한다.

③ 회생담보권자는 그가 가진 회생담보권으로 회생절차에 참가할 수 있다.

④ 회생담보권자는 그 채권액 중 담보권의 목적의 가액(선순위의 담보권이 있는 때에는 그 담보권으로 담보된 채권액을 담보권의 목적의 가액으로부터 공제한 금액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 초과하는 부분에 관하여는 회생채권자로서 회생절차에 참가할 수 있다.

⑤ 회생담보권자는 그 담보권의 목적의 가액에 비례하여 의결권을 가진다. 다만, 피담보채권액이 담보권의 목적의 가액보다 적은 때에는 그 피담보채권액에 비례하여 의결권을 가진다.

⑥ 제133조제2항 및 제134조 내지 제138조의 규정은 회생담보권자의 의결권에 관하여 준용한다.

6) 회생담보권이란 (i) 회생채권 또는 (ii) 회생절차개시 전의 원인에 기하여 생긴 채무자 이외의 자에 대한 재산상의 청구권이어야 한다. (i)은 채무자가 담보권설정자이고 (ii)는 채무자가 타인의 채무를 위하여 물상보증인이 된 경우를 말한다. 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(박영사, 2014), 422면.

(3) 공익채권

회생채권자의 모두의 이익을 위하여 사용되는 채권을 말한다. 이는 수시로 지출이 가능한 채권이다(동법 제180조). 회생절차개시 후 채무자가 영업을 계속하는 경우에 발생하는 용선료·선박연료유 공급채권 등이다.⁷⁾ 파산절차에서 재단채권에 대응된다.

채무자 회생법 제179조(공익채권이 되는 청구권)

- ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 청구권은 공익채권으로 한다.
2. 회생절차 개시후의 채무자의 업무 및 재산의 관리와 처분에 관한 비용청구권

채무자 회생법 제180조 (공익채권의 변제)

- ① 공익채권은 회생절차에 의하지 아니하고 수시로 변제한다.
- ② 공익채권은 회생채권과 회생담보권에 우선하여 변제한다.

3. 해운기업의 기업회생절차 사례

2008년 리먼 브라더스 사태이후 해운경기는 급격히 나빠져서 운임지수 BDI가 2008.6. 11,000 하던 것이 2008.12. 633으로 하락하였다. 급기야 법정관리에 들어가는 해운회사들이 많이 나타나게 되었다. 삼선로직스⁸⁾, 대우로지스틱스⁹⁾, TPC 코리아¹⁰⁾가 2009년 법정관리에 들어갔다.

이어서 해운업계 부정기선사 1-2위를 달리던 대한해운이 2011년,¹¹⁾ 그리고 STX 팬오션이 2013년 차례로 법정관리에 들어갔다.¹²⁾

참고로 STX 팬오션의 조사보고서에 따르면, 갇아야 할 채권은 6조 2900억원인데 (i) 회생채권은 3조 5900억원(상거래채무, 금융기관채무, 회사채등)이고, (ii) 공익채권은 2조 6400억원이

7) 회생절차개시 결정후 관리인이 용선계약을 해지할 때까지 발생한 용선료채권에 대하여 하급심은 이를 비용청구권으로 보아 공익채권이라고 판시한 바있다(서울중앙지방법원 2009.12.2.선고 2009가합60300판결, 서울고등법원 2010.7.28.선고 2010나13208판결). 동지 김찬영, 전개논문, 148면.

8) 삼선해운에서 출발한 삼선 로직스는 2009.2. 기업회생 개시 신청을 하여 2011.4. 회생계획을 조기졸업하게 되었다. 2015.3. 완전 자본잠식 상태가 되어 2015.7. 법정관리신청을 다시 하게 되었고, 2016.8 SM그룹의 대한해운에 인수되었다.

9) 대우 로지스틱스는 2009.7.3. 회생절차개시신청을 하여 7.23. 개시결정이 법원으로부터 내려졌다. 2011.6.8. 회생절차가 종결되었다.

10) TPC 코리아는 2009.7.16. 법정관리신청을 하였다. 2009년 2월에 회생절차를 신청한 삼선로직스에 450억원의 채권은 동결되고 자신이 부담하는 채무는 변제하여야하는 입장이라서 재무상태가 나빠져서 연쇄적으로 법정관리에 들어가게 되었다. <http://www.haesainfo.com/news/articleView.html?idxno=5944>. TPC 코리아는 결국 파산되었다.

11) 대한해운은 2011.1.25. 회생절차개시신청을 하였고, SM 그룹이 대한해운을 인수하면서 2013.11.8. 법정관리를 조기에 종결하였다.

12) 2013.6.7. 회생절차개시신청을 하였고, 6.17. 개시결정이 내려졌다. 8.23. 제출된 한영회계법인의 조사보고서에 의하면 계속기업가치(1조 3900억원)가 청산가치(6800억원)보다 7100억원이 더 높은 것을 나타냈다. 2015.7.30. 회생절차를 종결하고 하림그룹에 편입되어 팬오션으로 새롭게 출발하였다.

며, (iii) 회생담보채권은 520억원이었다.¹³⁾

4. 한진해운의 경우

(1) 회생절차의 신청과 개시

년간 매출액 7조-8조원대의 한진해운은 세계 7위의 정기선사였지만, 장기해운불황을 이기지 못하고 2016년 8월 31일 회생절차개시신청을 하게 되었다. 서울중앙지방법원 제6판산부는 같은 날 포괄적 금지명령을 내리고, 이례적으로 다음 날인 9.1. 회생절차개시 결정을 내렸다. 이 결정에 의하면, (i) 채무자에 대하여 회생절차를 개시한다 (ii) 관리인으로 당시 한진해운의 사장이었던 석태수씨가 지명되었다. (iii) 회생계획안의 제출기간을 2016.11.25.까지로 하였다.

(2) 청산가치와 계속기업가치

재산실사보고를 한 삼일회계법인에 의하면 청산가치는 1조 8000억원인데,¹⁴⁾ 계속기업가치는 추정 불가능하다고 보았다(사업계획기준 9천억원). 주요사업 및 자산매각에 따른 계속기업유지가 불가능하여 계속기업가치 추정이 불가능하다는 것이 주된 이유였다.¹⁵⁾ 2016.11.21. 한진해운의 미주노선의 영업 매각 계약을 체결한 바있고 이것이 반영된 결과이다.

청산가치 1조 8000억원은 (i) 현금성 자산등 3,975억원(현금 및 현금성 자산 888억원, 단기금융상품 268억원, 매출채권 2,819억원), (ii) 기타자산(장기대여금 440억원, 투자주식 308억원, 유형자산 638억원, 투자부동산 375억원), (iii) 신탁자산 601억원, (iv) 국취부 선체용선 선박 1조 1,159억원로 구성되었다.

(3) 파산절차

한진해운은 2017.2.17.파산선고를 받고 2017.3.6. 상장폐지가 되었다. 2017.6.1.한진해운 파산관재인이 작성한 보고서에 의하면 파산 채무자의 자산은 3,077억원이지만, 신고된 파산채권은 12조 3,894원이고 확인된 재단(공익)채권은 1,636억원이다. 여기에 유동적인 운송료 등이 559억원이 있다. 회생절차에서 회생채권 및 공익채권은 파산절차에서는 각각 파산채권 및 재단체

13) 회생채권에 대하여는 원금의 70%는 출자전환을 하고, 30%는 10년에 걸쳐서 분할 변제를 하는데, 2014, 2015는 각각 1%씩, 2016-2020까지는 5%, 2021-2023까지는 25%, 25%, 23% 변제한다. 회생담보권에 대하여는 2016년까지 30%, 30%, 40%를 변제하는 계획을 세웠다. 서울경제 2013.8.25.

14) 2017.2.23.개최된 INSOL 서울 세미나에서 삼일회계법인 손병구 상무의 발표자료에 따랐다.

15) 삼일회계법인은 계속기업가치 하락의 원인으로는 (i) 법정관리 신청후 하역비, 용선료등 미지급으로 인한 선박 압류위험에 노출되어 물류대란 발생함, (ii) 영업위험이 증가됨: 해운동맹퇴출, 화주 및 선주로부터 신용의 하락, 터미널 하역비 미지급으로 인한 터미널 이용 제한등 향후 영업재개 불확실성 증가함. (iii) 재무위험증가: 하역지연으로 인한 화주들의 손해배상, 선박 계약해지에 따른 선주들의 손해배상 등으로 인한 회생채권 및 공익채무증가를 들고 있다.

권이 된다. 채무자의 자산은 재단채권에 먼저 변제되고 남은 것은 파산채권에 변제된다. 현재 파산채권자는 자신의 채권의 1%만을 수령할 것으로 보인다.¹⁶⁾

III. 한진해운 사태 관련 피해자

1. 선박소유자

(1) 의의

선박소유자는 선박을 한진해운에게 용선하여준 임대인의 지위에 있다. 선박소유자가 선체용선을 하여준 경우에는 선원은 선체용선자인 한진해운이 공급하므로 사용자책임을 선체용선자가 부담하지만, 정기용선을 준 경우에는 선원을 공급하는 선박소유자가 사용자로서 책임을 부담하게 된다.

한진해운은 회생개시당시인 2016.9.1.기준으로 총 196척을 운항하고 있었는데, 이 중에서 정기용선을 한 선박이 135척이었다. 국적취득조건부 선체용선(BBCHP)을 한 선박이 55척, 단순 선체용선(Simple BBC)한 선박이 1척이고 실제로 직접 소유한 선박은 5척이었다.

(2) 선박소유자의 용선료채권의 발생

용선계약하에서 한진해운은 용선자로서 용선료를 지급할 의무가 있고 선박소유자는 선박을 용선자가 사용할 수 있도록 제공할 의무가 있다. 한진해운이 회생절차에 들어가기 전에도 용선료 미수금이 있을 것이고, 회생절차개시가 되면 비용의 지급이 중단되거나 제한될 수 있다. 이렇게 되면 선박소유자는 미수금에 대한 청구권을 가지게 된다.¹⁷⁾

(3) 회생절차에서의 처리

회생절차개시를 시작 직후 이들 용선한 선박의 처리가 문제되었다. 용선한 선박을 규율하는 용선계약은 미이행 쌍무계약에 해당하므로 관리인이 해지를 하거나 이행을 선택할 수 있다(채무자회생및파산에관한법률 제119조; 이하 채무자회생법).¹⁸⁾ 관리인은 모든 용선계약에 대해

16) 2017년 6월 1일자 파산관재인 김진한의 “제1회 파산관재인의 보고서”, 10면.

17) 회생절차에 들어간 정기선사의 용선계약관련 준거법과 관련하여 손해배상책임이 있는지의 여부는 당사자가 약정한 영국법등이 될 것이지만, 채권의 행사방법은 한국의 채무자회생법이 적용될 것이다. 동지 김찬영, 전계논문, 144면.

18) 채무자회생법 제119조(쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택)

① 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을

여 해지를 하였다. 이에 선박은 선박소유자에게 반선되게 되었다. 다만, 하역을 하지 못한 선박에 대한 반선은 법원이 허락하지 않아서 하역작업이 종료된 다음에야 비로소 해지가 되게 되었다. 회생절차개시부터 용선계약해지에 이르는 기간 동안 발생한 선박소유자가 한진해운에 대하여 가지는 용선료채권은 공익채권으로 된다.¹⁹⁾한편, 용선계약을 해지하고 조기에 반선하게 되면 손해배상책임을 용선자가 부담하게 되는 데, 이 손해배상채권은 채무자회생법 제118조 제3호의 “회생절차개시 후의 불이행으로 인한 손해배상금”에 해당하여 단순한 회생채권이 된다.²⁰⁾

파산관재인 보고서에 의하면 선박소유자의 단순용선료채권은 399억원이고, 국취부 선체용선의 용선료채권은 505억원이다. 이는 총 904억원으로 확인된 재단(공익)채권 1,636억원의 60%를 점할 정도로 큰 비중을 차지한다.

〈한진해운 선박보유현황 및 반선〉

	2016.9.1. 회생개시 전	2016.10.10. 현재
사선, BBCHP, BBC	컨테이너 36척, 벌크 25척 총 61척	컨테이너 23척, 벌크10척 총 33척
정기용선 선박	컨테이너 97척, 벌크38척	대부분 반선되고 컨12척

2016.10.10.현재 비정상 운항 37척(9척 가압류, 28척 공해상 대기/우회)

한편, 선박소유자는 채무자인 한진해운이 발생시킨 선박우선특권에 대하여 책임을 부담하게 된다. 예컨대, 한진해운이 선체용선자로서 도선사를 고용하여 도선료채권이 발생한 경우, 도선사는 그 선박에 대한 임의경매신청이 가능하다. 이 선박은 채무자회생법에 의하여도 강제집행이 금지되는 경우도 아니다. 그러므로, 채무자회생절차 밖에서 도선사들은 도선서비스가 제공된 그 선박에 대한 임의경매신청이 가능하다. 이로 인하여 선박이 압류되면 선박소유자로서는 담보를 제공하고 선박을 해방해 올 수 밖에 없다. 정상적인 절차였다면 선박소유자는 선체용선자인 한진해운에게 구상을 하게 될 것이지만, 회생절차가 개시되면 그 채권은 단순한 회생채권으로 처리된다. 이러한 한도에서 선박소유자는 피해자가 된다.²¹⁾

청구할 수 있다.

19) 동지, 김찬영, 전계논문, 148면.

20) 동지, 김찬영, 전계논문, 145면.

21) 선박에 대한 용선계약이 해지된 다음 선박을 회수해간 선박투자회사(실질소유자)는 이러한 어려움을 겪었다.

2. 양밍 등 얼라이언스 선사

(1) 얼라이언스(Alliance)의 의의

여러 정기선사들이 모여서 공동으로 영업을 하는 약정을 체결하는 것을 얼라이언스라고 한다.²²⁾ 각 선사들은 컨테이너 선박의 공간을 빌리는 슬롯 용선(slot charter 혹은 space charter)을 하는 것이 대표적인 방법이다.²³⁾ 중국의 COSCO, 일본의 K-Line, 대만의 Yang Ming 및 Evergreen은 한진해운과 CKYHE라는 얼라이언스를 구성하고 운항중이었다.²⁴⁾

얼라이언스 내의 정기선사 사이에는 다른 선사의 화물이 자신의 선박에 실려서 운항되는 결과가 된다. 예컨대, A선사와 B선사가 선복교환협정을 체결한 상태라면, A선사와 운송계약을 체결한 화주의 운송물이 B선사에 실려서 운송될 수 있다. A선사의 선하증권이 발행되기 때문에 운송인으로서 채무불이행책임을 자는 A선사이지 B선사는 아니다. 그러나, B선사는 불법행위책임을 부담할 여지는 있다.²⁵⁾



22) 얼라이언스는 해운동맹(conférence)과 달리 운임에 대한 담합을 하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 해운동맹에 대한 논의는 정진욱, “해운동맹관련 국제적 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향연구”, 한국해법학회지 제33권제2호(2011.11.), 233-235면을 참고바람.

23) 슬롯 용선에 대한 구체적인 내용은 김인현, “슬롯 용선의 법률관계에 대한 고찰”, 한국해법학회지 제25권 제1호(2003.4.), 57면 이하를 참고바람.

24) 2007년부터는 2M, The Alliance, The Ocean으로 대형화될 예정이다.

25) 이러한 선복교환에 의한 운송은 계약운송인-실제운송인의 경우와 다르다. 복합운송주선인이 계약운송인이 되는 경우에 자신이 다시 화주가 되어 실제운송인과 운송계약을 체결하게 된다. 여기에는 두 개의 운송계약이 존재한다. 그러나, 선복교환의 경우에는 운송인은 한 사람으로서 선복을 빌린 A선사만이 운송인이다. B선사가 다시 Master 선하증권을 발행하는 것도 아니다.

(2) 손해배상의 문제

한진해운과 얼라이언스 관계에 있는 선사와는 두가지 서로 다른 상황이 발생한다. 첫째는 한진해운이 운송인인 화물이 얼라이언스 선사의 선박에 실린 경우이다. 두 번째는 얼라이언스 선사의 화물이 한진해운에 실린 경우이다. 첫 번째의 경우는 특단의 사정이 없는 한 다른 얼라이언스 선사의 선박은 법정관리에 들어가지 않았기 때문에 비록 한진해운이 운송인인 경우라고 하더라도 순조롭게 하역작업이 진행되게 된다.

두 번째의 경우는 다른 얼라이언스 선사의 화물이 한진해운의 선박에 실려있기 때문에 한진해운의 회생절차개시신청은 이들에게 바로 영향을 미쳐서 적재 화물이 제대로 양륙되지 못하는 위험이 있다. 이 경우 계약관계에 있는 얼라이언스의 다른 선사가 직접 손해배상책임을 화주에게 부담하여야한다. 손해를 배상한 얼라이언스 선사들은 한진해운에게 구상권을 행사하게 된다. 선복교환의 법적 성질에 따라서 제척기간이 정하여질 것이다. 항해용선의 일종으로 볼 수 있기 때문에,²⁶⁾ 한국상법이 준거법이 되는 경우 제척기간은 2년이다.

한진해운의 컨테이너 박스가 얼라이언스 선사에 실린 경우 그 빈 박스를 보관함으로써 얼라이언스 선사에서 비용이 발생하게 될 것으로 보인다.

(3) 회생절차에서의 처리

선복교환 협정시 각 정기선사의 상대방 선사에 대한 손해배상채권(구상채권)은 어떠한 담보가 설정된 것이 아니기 때문에 이는 회생담보권으로 볼 수는 없고, 회생절차개시 신청전의 원인으로 발생한 채권이기 때문에 단순한 회생채권이 될 것이다. 그러나, 개시신청 이후에 발생한 것이라면 공익채권이 될 것이다. 결국 회생절차 및 파산절차에서는 아주 제한적으로 구상을 받을 것으로 보인다. 다만, 얼라이언스사들은 한진해운에 대하여 가지고 있던 자신의 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장할 것으로 보인다.

3. 송하인, 수하인, 선하증권 소지인 등 화주

(1) 의의

운송인인 한진해운은 화주와 운송계약을 체결한다. 화주에는 송하인(수출자)과 수하인이 있다.²⁷⁾²⁸⁾ 송하인(shipper)은 운송계약의 당사자로서 운송인의 상대방이다. 수하인은 양륙항에서 운송물을 수령할 자격이 있는 자이다. 선하증권이 발행된 경우에는 그 소지인이 운송물인도 청구권을 가지고, 운송인은 선하증권 소지인에게 운송물을 인도할 의무가 있다(상법 제795조).²⁹⁾

26) 김인현, 전제 “슬로트 용선”, 75면.

27) 개품운송에서 계약의 당사자인 운송인과 송하인은 용선계약하에서는 각각 선박소유자와 용선자로 변경되어 불린다(상법 제795조, 제827조).

28) CIF조건일 때에는 송하인이, FOB조건일 때에는 수하인이 운송인의 상대방(shipper)으로 운송계약을 체결하게 된다.

(2) 손해배상의 문제

운송물을 지정된 시간에 인도할 의무가 있는 운송인이 지연을 하게 되면 화주는 지연으로 인한 손해를 청구할 권리가 있다(상법 제795조).³⁰⁾ 상법이 정한 손해배상은 멸실, 훼손 및 지연손해이다. 지연손해에는 지연으로 인하여 발생한 물적 손해와 경제적 손실이나 불가동 손실로 나누어볼 수 있다. 인도지연에 따른 손해 중에서 물적 손해(냉동화물 자체의 손해)가 배상됨에는 의문의 여지가 없다. 그러나, 화주들이 입게 된 순경제적 손실이나 불가동 손실 등을 한진해운으로 부터 배상받을 수 있을지가 문제된다.

이러한 예로는 (i) 송하인(수출자)이 수하인(수입자)에게 약정된 일자에 운송물을 인도하지 못하여 수하인이 손해를 입고 그로부터 손해배상청구를 받은 경우 (ii) (i)의 경우를 피하기 위하여 송하인이 항공으로 동일한 상품을 송부함으로써 발생한 비용 혹은 손해³¹⁾ (iii) 수하인 혹은 선하증권소지인이 입항한 한진해운의 선박에 하역비용을 직접 지급한 경우 등이 있다.

운송계약하에서도 당사자의 약정이 우선 적용되게 된다. 한진해운 발행 선하증권약관에 지연손해는 배상하지 않는다고 약정하고 있다.³²⁾³³⁾ 또한 운송인의 손해배상은 정액배상주의이기 때문에 도착지의 가격으로 제한되는데,³⁴⁾ 지연의 경우에 손해란 어떤 것이 되는지 논란이 있다.³⁵⁾ 상법에서의 지연손해는 연착에 따른 가격의 하락이 있는 경우만이 배상된다.³⁶⁾

영미법이 준거법인 경우에도 직접적으로 물적인 손해가 발생하지 않은 경우는 배상의 범위가 무한이 되는 염려가 있어서 이를 좁혀서 경제적 손실에 대하여는 배상하지 않는 경향이 있다.³⁷⁾

29) 재판관할은 운송인의 주된 영업소, 운송물의 수령지 혹은 양륙항에서 선하증권 소지인의 선택에 의하여 정하여진다(제3조 b항).

30) 상법 제795조(운송물에 관한 주의의무)

① 운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

31) 이에 대하여 권성원 변호사는 제2회 좌담회에서 “대체운송을 실시할지 여부는 화주의 필요와 요구에 의하여 결정되는 것이므로, 이런 비용은 상당인과관계 있는 손해라고 인정하기 어려우므로 손해배상액에 포함될 수 없다고 할 것이다. 그러나, 화주와 계속적인 거래 관계에 있는 포워드로서는 대체운송비용의 지급요구를 외면하기가 쉽지 않다”고 견해를 피력한 바있다.

32) 한진해운 선하증권 약관 제15조 Damages (b) In no event shall the carrier be responsible for consequential damages, for lost profits, for non-compensatory damages, for exemplary damages, or for damages of any kind arising from delay, loss of market, depreciation or damages payable by the Merchant to any third party.

33) 지연손해를 배상하지 않는다는 약정이 유효한지가 문제되는데, 화주를 불리하게 하므로 상법 제799조에 위반하여 무효일 가능성도 있다.

34) 상법 제137조(손해배상의 액)

① 운송물이 전부 멸실 또는 연착된 경우의 손해배상액은 인도한 날의 도착지의 가격에 의한다.

35) 우리 민법상 특별손해는 채무자인 한진해운이 그러한 존재를 알거나 알았을 경우에만 가능하므로 한진해운이 특별손해의 존재를 알았다는 점을 입증하기가 어렵기 때문에 배상이 어렵다고 보인다.

36) 지연의 경우 인도할 날의 가격이 실제인도일의 가격보다 높은 경우에 그 차액이 배상액이 된다. 주석 상법 상중 상행위법(2)(한국사법행정학회, 2003), 286면.

37) 한진해운의 선하증권에 의하면 준거법은 다양하게 정하여 지는 데, 미국법이 준거법이 되는 경우도 있

화주들은 적하보험에 가입하지만, 신약관(ICC, A)에서는 운송인의 파산이나 재정상의 어려움은 보험자의 면책사유로 규정되어있으므로 화주들이 지연손해에 대하여 보상받기 어려웠다.³⁸⁾³⁹⁾

(3) 운송인의 책임제한

운송인은 손해배상책임을 부담하는 경우에도 자신을 보호하는 여러 가지 수단이 있다. 운송인은 포장당 책임제한권(package limitation)이 있다(포장당 667.67SDR<약 100만원> 혹은 2SDR/Kg 중에서 화주에게 유리하게 적용됨)(상법 제797조).

선박의 총톤수에 따른 총체적 책임제한(global limitation)의 주장도 가능하다(상법 제769조, 770조). 지연으로 인한 손해도 책임제한의 대상이 된다. 5000TEU 선박은 총톤수가 약 5만톤으로 책임제한액이 110억원 정도로 계산된다. 그렇지만 이러한 책임제한도 운송인이나 선박소유자의 고의로 인한 손해 혹은 무모한 행위로 인한 손해라면 책임제한을 할 수 없다(상법 제769조).

(4) 회생절차에서의 처리

운송인의 손해배상채무는 회생채권에 지나지 않는다. 한진해운은 운송계약을 해지하였고,⁴⁰⁾ 화주들은 자신의 비용으로 양륙을 하여 운송물을 회수하여 갔다. 이러한 손해가 손해배상채권인지 아니면 사무관리에 의한 비용인지가 다투어졌다. 만약 손해배상채권이라면 회생채권에 지나지 않지만, 사무관리에 의한 비용이라면 공익채권이 되기 때문에 화주측에 유리하다.⁴¹⁾

다. 선하증권의 소지인등의 주된 영업소가 미국인 경우 뉴욕주법에 의하고, 다른 지역의 경우 영국법이 준거법이 된다(제3조). J. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 2010, p. 355

38) 협회적하 신약관(ICC)(A)에서는 보험자의 면책사유의 하나로서 제4.6.항에 “loss damage or expense arising from insolvency or financial default of the owners managers charterers or operators of the vessel라고 하여, ‘선박의 소유자, 관리인, 용선자 혹은 운항자의 파산 또는 채무상 채무불이행으로 발생한 손해’를 규정하고 있다. 권성원 변호사는 2016.10.11. 고려대에서 개최된 제2회 좌담회에서 “한진해운의 회생절차 개시는 약관상의 insolvency or financial default에 해당하므로, 피보험자인 화주가 화물의 소유권을 박탈당하거나 항해를 완료하기 위하여 자신이 지출한 하역비, 다른 선박에 재선적하는 환적비용, 이후 목적지까지 항해를 완성하는데 소요되는 계반비용 등에 대해서 보험자는 면책된다”는 견해를 피력한 바있다.

39) 그러나, 구약관 All Risks 조건 하에서 운송인 등의 파산으로 인해 피보험자가 화물이 멸실(소유권의 상실)하거나 손상되는 경우, 또한 환적 및 계반비용(forwarding charges)이 발생하는 경우, 보험자의 보험금 지급책임이 성립할 수 있다. 구약관 하에서는 신약관 제12조의 forwarding charges clause가 존재하지 않았음. 따라서 위의 비용은 손해방지비용(sue & labour costs)에 포함시킨다. 그런데, 파산으로 단순히 지연손해가 발생한 경우는 보상되는 손해가 아니고 운송물 자체에 손해가 발생하거나, 계반비용의 발생하였을 때에는 보험금 지급책임이 성립할 수 있다.

40) 정기선운항에서는 운임은 모두 선급하므로 이러한 해지가 가능하다. 부정기선에서는 운임을 후불로 하는 경우가 많으므로 양륙작업을 하기 전에 운송계약을 해지하기가 어렵다.

41) 채무자 회생법 제179조 제6호 “사무관리 또는 부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권”에 해당한다.

이 채권이 어디에 속하는 지는 아직 다툼이 있다. 파산관재인이 말하는 운반비 559억중에 포함되는 것으로 보인다.

4. 복합운송주선인, NVOCC 등 계약운송인

(1) 계약운송인의 의의

정기선 운송에서 운송계약은 두가지 형태로 이루어진다.

(i) 송하인과 복합운송주선인이 먼저 운송계약을 체결한 다음⁴²⁾, 복합운송주선인이 다시 원양항해를 하는 실제운송인과 제2의 운송계약을 체결하게 된다. 복합운송주선인을 제1운송인(계약운송인), 실제운송인을 제2운송인이라고 부른다. 제1운송인이 발행하는 선하증권은 House 선하증권, 제2운송인이 발행하는 선하증권을 Master 선하증권이라고 한다.⁴³⁾

(ii) 다른 하나는 송하인이 한진해운과 바로 운송계약을 체결하는 것이다. 이러한 경우는 선하증권은 한 가지 종류만 발행된다.

(2) 계약운송인의 책임

운송이 지연된 (ii)의 경우 화주는 정기선사인 한진해운에 직접 손해배상청구를 하게 된다.

(i)의 경우 화주는 자신과 운송계약관계에 있는 복합운송주선인(계약운송인)에게 먼저 청구를 하거나 실제운송인에게 불법행위청구를 할 수 있다. 화주는 회생절차에 들어간 한진해운보다는 계약운송인에게 채무불이행 책임을 묻게 될 것이다. 계약운송인인 복합운송주선인은 손해배상을 한 다음 실제운송인인 한진해운에게 구상청구를 하게 된다. 이 경우 복합운송주선인은 자신이 배상한 전액을 한진해운으로부터 회수하지 못하는 어려움에 처한다.

(3) 계약운송인의 보호수단

복합운송주선인은 운송인이기 때문에 상법과 운송계약상 의무와 책임을 부담하면서 동시에 책임제한 등 권리도 향유한다. 복합운송주선인은 한진해운에 대하여 상계적상에 있는 채권이 있다면 상계가 가능하다.

복합운송주선인이 보험에 가입한 경우에 책임보험자로부터 보험금을 수령하여 자신의 손해

42) 운송주선인이 순수한 주선인으로 활동하는 경우도 있다. 송하인-운송주선인-계약운송인-실제운송인으로 이어지거나, 송하인-운송주선인-운송인으로 이어지는 경우도 있다. 송하인과 운송주선인 사이에는 운송주선계약이 존재하고, 운송주선인은 운송인과 운송계약을 체결하게 되는데 이 경우 운송주선인은 송하인이다. 어느 경우이나 송하인은 운송인에게 직접 채무불이행에 기한 손해배상청구를 할 수 없다. 다만, 불법행위에 기한 손해배상청구는 가능하다.

43) Nego에 사용되는 선하증권은 House 선하증권이다. 이에 대한 자세한 논의는 김인현, “실무에서 나타나는 다양한 선하증권과 그 대용물”, 국제거래법연구 제22권 제1호(2013.8), 259면 이하; 김인현, 해상법연구(법문사, 2015), 435면을 참고바람.

를 줄여나갈 수 있다.⁴⁴⁾

(4) 회생절차에서의 처리

복합운송주선인등 계약운송인은 회생절차의 개시를 신청한 채무자가 아니고, 채무자인 실제 운송인인 한진해운에 대하여 구상채권자로서 채권신고를 할 수 있다. 한진해운에 대한 이 채권은 단순한 회생채권에 지나지 않는다.

5. 하역회사

(1) 의의

한진해운은 운송인으로서 운송계약을 이행하여야하는 의무와 책임이 있다(상법 제795조). 운송인의 의무의 하나로서 양륙의무가 있다. 개품운송에 있어 양륙작업은 선박소유자가 행하는데 통상 운송인은 육상의 전문하역회사에게 양륙작업에 대한 일을 위탁하게 된다.⁴⁵⁾ 하역회사는 운송인의 이행보조자의 지위에 있게 된다.⁴⁶⁾ 이행보조자의 과실로 인한 사고는 채무자인 운송인이 책임을 부담한다(상법 제795조).⁴⁷⁾

(2) 손해배상의 문제

개품운송에서 하역의무를 부담하는 자는 운송인이다.⁴⁸⁾ 운송인은 하역회사와 하역용역서비스 계약을 체결하게 된다. 하역비는 선금으로 주기도하고 후금으로 하기도 한다.⁴⁹⁾ 한진해운이 지급하지 않은 하역비에 대하여는 하역회사는 채권자의 지위에서 한진해운에 대하여 채권을 가지게 된다.

44) 계약운송인인 운송주선인은 인수한 운송 중에 발생하는 손해(멸실, 훼손, 지연)로 인해 배상책임을 부담하는 경우를 대비하여, 등록요건으로 국제화물운송업자배상책임보험(화물배상책임보험)을 체결하도록 되어있다. 적하보험과는 달리, 화물배상책임보험에서는 지연으로 인한 배상책임도 담보하므로, 화주의 지연손해를 위 보험으로 담보할 수 있다. 그러나, 보험가입금액이 1억원에 지나지 않는다는 점이 문제이다.

45) 부정기선에서는 통상 FIO약정이 체결된다. 하역작업을 용선자가 자신의 책임과 비용으로 처리한다는 약정이다. 이에 대하여는 문광명, “FIO특약과 선상도-대법원 2004.10.15.선고 2004다2137판결평석”, 한국해법학회지 제29권 제1호(2007.4.), 83면. 김인현 박영준, ”선하증권상 FIO특약의 개념과 효력“, 상사판례연구 제24권 제3호(2011.9.), 249면 이하를 참조바람.

46) 독립계약자(independent contractor)로도 불린다. 창고업자도 마찬가지이다.

47) 민법 제391조에 의하면 “채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다”고 하므로, 상법 제795조와 동일한 취지이다.

48) 부정기선 운항에서는 FIO약정을 통하여 하역작업 자체에 대한 의무를 부담하는 자가 용선자가 된다.

49) 실무적으로는 하역 작업후 2-3개월 이내에 지급하는 약정을 체결하는 것이 보통이라고 한다. 그렇다면 하역회사들이 한진해운에 대하여 가지는 하역비채권은 그 선박에 실린 화물에서 발생한 것이 아닌 것이 된다.



하역회사는 자신들이 점유하고 있는 한진해운의 컨테이너박스를 유치할 수도 있다. 유치권과 관련하여서는 상사유치권(상법 제58조) 혹은 민사유치권(민법 제320조)을 행사할 수 있다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 또한 해상운송인의 유치권도 행사가능하다(제807조 제2항). 수하인이 운송물을 수령한 때에 운임, 부수비용을 지급하지 않으면 운송인은 운송물을 인도하지 않고 이를 유치할 수 있다. 피담보채권과 운송물과의 견련관계를 요하고, 운송물은 채무자소유인지 불문한다는 점에서 민사유치권과 같고 상사유치권과 다르다.

(i) 이미 발생한 채권을 가지고 운임이 발생하지 않은 자신이 점유하는 한진해운의 다른 컨테이너를 유치할 수 있는지 (ii) 한진해운이 임차한 컨테이너도 유치할 수 있는지 (iii) 한진해운에 실린 양명해운의 컨테이너에도 유치권의 행사가 가능한지 문제된다.

(i)의 경우 민사유치권은 행사할 수 없지만, 상사유치권은 행사가 가능하다. (ii) 민사유치권의 경우 채권이 발생한 그 물건에 대한 유치가 가능하지만, 상사유치권의 경우 채무자의 소유이어야만 하므로 불가하다고 보아야한다. (iii)의 경우 한진해운에서 하역작업을 의뢰한 경우 한진해운이 채무자이기는 하지만, 한진해운의 컨테이너박스가 아니므로 상사유치권은 불가하다. 그러나, 비록 양명해운의 컨테이너이기는 하지만 이로 인하여 채권이 발생한 것이므로 민사유치권의 행사는 가능하다.

50) 상법 제58조는 상사유치권에 대하여 “상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다”고 정한다. 민사유치권과 달리 피담보채권과 물건사이에 견련성이 필요 없지만, 반드시 채무자의 소유의 물건에만 상사유치권의 행사가 가능하다.

51) 민법 제320조 제1항은 민사유치권에 대하여 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다”고 정한다. 피담보채권과 물건사이에 견련성이 필요하지만, 반드시 채무자의 소유의 물건이 아니어도 유치권이 성립한다.

(3) 회생절차에서의 처리

기 지급받아야 할 밀린 하역비는 일반 채권으로서 회생절차에서는 회생채권으로서 당초부터 일부만 수령이 가능하다.

회생절차 개시결정 이후에 발생하는 하역비는 공익채권으로서 수시로 관리인으로부터 수령하게 된다. 하역회사가 전액을 지급하지 않으면 하역을 하지 않겠다고 하는 경우 압류금지명령(stay order)으로도 처리하지 못하므로, 한진해운으로서는 전액을 지급하거나 보증을 하는 수 밖에 없다.

6. 도선사

(1) 도선사의 의의

도선사는 선박이 항구에 입항하거나 출항할 때 안전하게 부두에 접안 및 이안을 도와주는 전문가이다. 현재 우리나라에는 약 250명의 도선사가 있다. 도선사들은 선박소유자 혹은 선장과 도선계약을 체결하게 된다.⁵²⁾

(2) 손해배상의 문제

한진해운에게 도선 서비스를 제공한 도선사들은 한진해운에 대하여 도선료채권을 가진다. 한진해운이 선박소유자, 선체용선자 및 정기용선자인 경우에 한진해운은 도선사와 도선계약을 체결하게 된다. 이 경우 도선료채권의 채무자는 한진해운이 된다.⁵³⁾

도선료채권은 한국법상 선박우선특권에 해당한다(상법 제777조).

상법 제777조 (선박우선특권있는 채권)

① 다음의 채권을 가진 자는 선박·그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선특권이 있다.

1. 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비

2. 선원과 그 밖의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권

3. 해난구조로 인한 선박에 대한 구조료 채권과 공동해손의 분담에 대한 채권

4. 선박의 충돌과 그 밖의 항해사고로 인한 손해, 항해시설 항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명·신체에 대한 손해의 배상채권

② 제1항의 우선특권을 가진 선박채권자는 이 법과 그 밖의 법률의 규정에 따라 제1항의 재산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다. 이 경우 성질에 반하지 아니하는 한 민법의 저장권에 관한 규정을 준용한다.

52) 도선제도는 도선법에 의하여 규율된다.

53) 용선계약상 용선자가 도선사를 공급할 의무와 권리가 있다. 1993년 NYPE 제7조.

따라서 도선사는 도선한 선박에 대하여 임의경매를 신청할 수 있다. 선박우선특권의 행사 대상이 된 선박이 파나마에 등록된 경우라면 국제사법 제60조에 따라 준거법은 파나마법이 된다. 파나마법에 의하여도 도선료채권은 선박우선특권이 발생한다.⁵⁴⁾

도선료가 제공된 선박이 국취부 선체용선의 경우라도 우리나라 법에서는 그 선박에 대한 임의경매신청이 가능하다(상법 제850조 제2항).⁵⁵⁾ 정기용선자가 도선료채권의 채무자인 경우 선박우선특권이 발생할 것인지는 상법에 규정이 없어서 다툼이 있다.⁵⁶⁾

한진해운이 선체용선자로서 도선료채권을 발생시킨 경우 당해 선박이 소유자에게 반환되거나, 선박이 새로운 소유자에게로 매각되어도 여전히 채권자는 선박우선특권의 행사가 가능하다.⁵⁷⁾ 다만, 그 채권이 생긴 날부터 1년 이내에 실행하지 않으면 소멸한다(상법 786조).

(3) 도선사의 보호제도

도선법은 선박소유자와 선장에게 도선료를 지급할 의무를 부과하고 있다(도선법 제21조).⁵⁸⁾ 선체용선자인 한진해운이 도선료채권을 발생시킨 경우 도선사들은 선체용선된 선박에 대하여 상법 제777조 이하의 선박우선특권의 행사가 가능하면서 동시에 법정채무자인 선박소유자 및 선장에게 도선료청구가 가능하게 된다. 즉, 한국법에 따르면 선체용선된 선박의 경우 도선료 지급 채무자는 (i) 선체용선자 (ii) 선박소유자 및 (iii) 선장이 된다.

선체용선된 선박은 채무자회생법 제58조의 강제집행의 금지대상에 해당되지도 않으므로 도선사들은 1년 내의 기간내에서는 임의경매신청도 가능하다.

(4) 회생절차에서의 처리

기 발생한 도선료채권은 선박우선특권이 붙은 채권이므로 회생담보권이 되어 회생채권자보다 더 보호받게 된다. 회생절차개시결정 이후에 발생하는 채권은 공익채권이 되어 수시 변제되므로 회생담보권보다 우월한 지위에 있다.

한진해운이 소유한 선박에서 도선료채권이 발생한 경우 채권자인 도선사는 채무자회생법 제58조에 의하여 강제집행을 할 수 없다. 그런데, 선체용선을 한 선박의 용선자인 한진해운에

54) 2014년 파나마 해상법 제244조 제11호.

55) 상법 제850조(선체용선과 제3자에 대한 법률관계)

① 선체용선자가 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있다.

② 제1항의 경우에 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권은 선박소유자에 대하여도 그 효력이 있다. 다만, 우선특권자가 그 이용의 계약에 반함을 안 때에는 그러하지 아니하다.

56) 1993년 선박우선특권 및 저당권 국제조약은 용선자가 발생시킨 채권은 선박우선특권이 발생하지 않는 것으로 한다(제6조).

57) 상법 제785조(우선특권의 추급권)

선박채권자의 우선특권은 그 선박소유권의 이전으로 인하여 영향을 받지 아니한다.

58) 도선법 제21조 제2항과 3항에서 정하고 있다.

② 도선사는 도선을 한 경우에는 선장이나 선박소유자에게 도선료의 지급을 청구할 수 있다.

③ 제2항에 따라 도선료의 지급을 청구받은 선장이나 선박소유자는 지체 없이 도선료를 지급하여야 한다

게 도선료채권을 가지는 도선사는 회생절차와 무관하게 선박에 대한 임의경매신청이 가능하다. 이는 용선계약이 해지되어 선박이 선박소유자에게 반환된 경우에도 마찬가지이다. 매각된 경우 매수인도 이에 구속된다.

7. 항만공사 및 부두운영회사

(1) 항만공사 및 부두운영회사의 의의

항만공사는 항만공사법에 의하여 설립된 공기업으로서 부두의 설치 및 항만시설을 효율적으로 운영하는 기능을 한다.⁵⁹⁾ 입항하는 선박은 항만공사에 대하여 항구사용료 및 항만사용료에 대한 채무자의 입장에 서게 된다. 항만공사는 부두 사용료에 대한 채권자가 된다.⁶⁰⁾ 선박이 선체용선 및 정기용선이 된 경우에도 선박을 운항하는 이들이 채무자가 된다. 즉, 한진해운이 자신의 선박으로 운항하는 경우는 물론 선체용선자 및 정기용선자인 경우에도 항만사용료 관련 채무자가 된다.

부두운영회사(Global Terminal Operator; GTO)는 항만공사로부터 부두를 임차하는 임차인의 지위에 있다.⁶¹⁾ 자신들은 입항하는 정기선에 대하여 부두를 사용하게 하여 수입을 올리게 된다.⁶²⁾ 경우에 따라서는 하역작업도 직접하여 정기선사에 대하여 채권자의 지위에 있게 된다. 이들은 한진해운에 대하여 하역비등을 수령할 자격이 있다.

(2) 채권채무관계

항만공사는 한진해운에 대하여 항비채권을 가진다. 한국법상 항비는 선박우선특권이 발생하는 채권이다(상법 제777조 제1항 1호).

부두운영회사가 가지는 항만터미널 사용료는 한국법상 선박우선특권이 발생하는 채권은 아니다.

(3) 항만공사 및 부두운영회사의 보호

운송인은 비용을 지급할 의무를 부담하는 경우이므로 책임제한 등은 적용되지 않는다. 항만공사 및 부두운영회사는 채무자의 선박에 대하여 더 이상 입항을 거부할 수 있기 때문에 유

59) 우리나라는 부산항만공사(BPA), 인천항만공사(IPA), 울산항만공사(UPA), 여수광양항만공사(YPA) 그리고 경기평택항만공사가 있다. 이들의 설립 및 운용에 대한 법률로는 항만공사법이 있다. 제21조에 의하면 항만공사는 국가가 관리하는 시설물을 임대할 수 있다.

60) 이와 관련된 판결로는 서울지방법원 2010.5.20.선고 2008가단449855; 대법원 2013.10.24.선고 2011다 13838판결.

61) 우리나라 부산 자성대터미널의 한국허치슨터미널(주), 신선대부두의 씨제이대한통운부산컨테이너터미널(주), 인천(선광) 등에 수개의 부두운영회사가 있다.

62) 세계적인 항만운영회사(global maritime terminal operator)로는 싱가포르의 PSA, 아랍 에미레이트의 DP World, 그리고 홍콩의 허치슨(Hutchison Port)이 있다.

리한 지위에 있다. 사용료채권에 대하여 채무자에 대한 가압류가 가능할 것이다.

(4) 회생절차에서의 처리

회생절차가 개시되기 전에 발생한 항비채권은 선박우선특권에 해당하므로 한진해운에 대하여 항만공사는 회생담보채권자가 된다. 개시결정 이후에는 공익채권이 되어 보호된다.

부두운영회사가 가지는 사용료는 선박우선특권 제777조 제1호의 “항해에 관하여 선박에 과한 제세금”에 해당 되지 않고 일반 회생채권이 된다.

8. 선박연료유 공급업자(bunker supplier)

(1) 선박연료유 공급업자의 의의

선박은 운항을 위하여 추진력이 필요하고 선박연료유(bunker)가 공급되어야 한다. 선박연료유는 선박을 운항하는 자가 공급하는 것이다. 그래서, 선박이 선체용선이 된 경우에는 선체용선자가, 정기용선이 된 경우에는 정기용선자가 연료유 공급의 주체가 되는 것이지 선박소유자가 항상 공급의 주체가 되는 것은 아니다.⁶³⁾

선박소유자 등과 선박연료유공급계약을 체결한 자에 대하여 선박소유자가 책임을 부담할 뿐이지 공급계약자의 하청을 받은 현지의 공급자에 대하여 대금지급의무를 선박소유자가 부담하는 것은 아니다.⁶⁴⁾

(2) 손해배상의 문제

선박연료유를 공급한 공급업자는 선박소유자, 선체용선자 및 정기용선자로서 한진해운에게 연료유채권을 가진다.

한국법하에서는 선박연료유 공급자는 더 이상 선박우선특권을 가지지 않는다.⁶⁵⁾ 선박연료유를 공급받았다면, 한진해운은 채무자로서 선박연료유 공급자에게 책임을 부담한다. 따라서, 공급자는 한진해운의 채권자로서 한진해운 소유 재산에 대하여 가압류가 가능하지만, 회생절차가 개시되면 채무자 회생법 제58조에 의하여 그 행사가 불가능하다.

그런데, 만약 선박의 선적이 파나마의 경우 선박연료비 채권은 선박우선특권이 인정되므로, 공급자는 선박우선특권의 행사가 가능하다. 국취부선체용선이라고 하여도 아직 채무자인 한진해운의 소유선박이 아니므로 채무자회생법 제58조의 강제집행금지의 대상이 아니라는 것이 한국법원의 입장이다.

63) 용선계약의 내용이 그러하다. 1993년 NYPE 제7조에 의하면 선박연료유는 용선자가 공급하여야 할 사항이다.

64) 이러한 예는 우리나라 판례에도 나온다. 대전지방법원 서산지원 2016.1.8. 2015타기 180호 결정, 고려대 해상법연구센터 Maritime News Update 제19호(2017.5.13.발행)에 나와있다.

65) 1991년 상법개정시 그 채권이 삭제되었다.

(3) 회생절차에서

회생절차개시전의 선박연료유 대금 채권은 상법상 선박우선특권이 발생하는 채권이 아니고 회생채권에 지나지 않는다. 다만, 파나마 등과 같이 선박연료유 대금채권이 선박우선특권을 발생시키는 경우는 회생담보권이 된다. 회생절차개시 후에 공급된 연료유 대금 채권은 공익채권이 된다.

2016년 채무자회생법의 개정으로 회생절차개시 20일전에 공급된 필수품은 공익채권으로 하므로,⁶⁶⁾ 비록 회생절차개시 이전의 연료유공급대금도 선박우선특권이 아니라고 하여도 공익채권에 포함되어 보호되게 되었다.

9. 선박금융회사

(1) 선박금융회사의 의의

선박금융회사는 선박회사에게 선박에 대한 건조자금 혹은 구입자금을 대여한다.⁶⁷⁾ 선박금융을 이용하게 되면 선박금융회사는 해외에 특수목적회사(SPC)를 설치하여 이 SPC가 선박의 명목상 소유자가 되도록 한다. 선박회사는 SPC로부터 선박을 선채용선하여 운항하여 선채용선자의 지위에 서게 된다. 용선기간이 종료되면 선채용선자가 소유권을 취득하는 형태의 국적취득조건부 선채용선계약이 체결되기도 한다.

(2) 손해배상의 문제

한진해운의 사선이라고 불리는 선박은 총 61척인데 그 중 55척은 국취부선채용선이었다.⁶⁸⁾ 이의 법적 성질은 금융리스라고 한다. 이에 의하면 형식상으로는 한진해운이 SPC로부터 선박을 용선하는 것이지만, 실제로는 용선자인 한진해운이 선박을 연불로 매입하게 되는 데 매입자금을 금융회사로부터 빌리는 데, 금융회사가 금융채권을 확실히 회수하기 위하여 해외에 SPC를 세워 이 회사가 선박에 대한 소유권을 가지는 것으로 하고 자신은 실제소유자인 용선자의 저당권자의 지위에 선다는 것이다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾

66) 채무자회생법 제117조 제8조의 2에 의하면 “회생절차개시신청 전 20일 이내에 채무자가 계속적이고 정상적인 영업활동으로 공급받은 물건에 대한 대금청구권”이 공익채권의 대상이 되는데 선박연료유 비용채권은 이에 해당되게 된다.

67) 현재 우리나라에는 영리목적 금융회사와 국책금융회사로 나누어볼 수 있다. 선박투자회사의 법률관계에 대하여는 김인현, “선박투자회사 선박의 운항관련 책임주체와 그 채권자보호”, 상사법연구 제35권 제4호(2016), 103면 이하가 있다.

68) 소유권유보부 매매라고 볼 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 김인현, “국적취득조건부 선채용선의 법률관계”, 한국해법학회지 제39권 제1호(2017.5.), 7면 이하를 참고바람.

69) 김창준, “한진해운의 도산법적 쟁점”, 한국해법학회지 제39권 제1호(2017.5.), 61면.

70) 도산해지조항이 국취부선채용선계약에 들어있는 경우도 있다. 도산해지조항(Ipso Facto Clause)란 계약의 당사자들 사이에 채무자의 재산상태가 장래 악화될 때를 대비하여 당사자 일방에게 지급정지나 파

(3) 회생절차

회생절차내에서 한진해운과 금융회사와의 법적 지위가 문제된다.⁷¹⁾ 만약 국취부 선채용선의 법적 성질을 금융리스라고 본다면, 이 경우 금융회사는 한진해운에 대한 리스료채권에 대하여 선박에 저당권을 가지는 것이므로 리스료채권은 회생담보권을 가지는 것으로 보아야한다.⁷²⁾ 이러한 법리에 따르면, 사실상 선박의 소유권을 가지는 자는 용선자가 된다. 따라서 채무자인 한진해운의 소유의 재산이므로 채무자회생법 제58조에 따라 강제집행이 불가하게 된다. 이 때 금융회사가 선박을 회수하여 가지 못하는 것은 물론이다.⁷³⁾

한진해운 사태에서 법원은 국취부 선채용선은 여전히 소유권은 해외의 SPC에게 있다고 보았다.⁷⁴⁾ 이는 국취부선채용선의 법적 성질을 일반금융리스와 달리 본 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 한진해운사태에서 실무상 국취부선채용선계약은 채무자회생법 제119조 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택에 해당한다고 보아,⁷⁶⁾ 한진해운의 관리인이 해지를 선택하였고,⁷⁷⁾ 금융회사는 선박을 회수하여 갈 수 있게 되었다.⁷⁸⁾

산, 회생절차의 신청등의 사실이 발생하면 상대방에게 계약의 해제 혹은 해지권이 발생하는 것으로 정하거나 또는 계약이 당연 해제 혹은 해지되는 것을 내용으로하는 특약이다. 채무자는 사용수익하던 계약목적물의 사용수익권을 상실하지만, 상대방은 환취권을 행사하여 계약목적물을 회수할 수 있게 되어 채무자회생에 부정적인 영향을 준다. 전계 회생사건실무, 381면. 이 조항은 유효성이 다투어지는데, 서울지방법원 파산부는 쌍방미이행 쌍무계약에 관하여 그 효력을 인정하면 회생절차개시 이전에 항상 해지권이 발생하여 법이 관리인에게 계약에 관하여 이행 또는 해제(해지)의 선택권을 부여한 의미가 몰각되므로 효력을 부정하는 의견을 제시하고 있다. 전계서, 382면; 도산해지조항에 대한 자세한 논의는 한민, “미이행쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향”, 선진상사법률연구 통권 제53호(2011.1.), 57면 이하가 있다.

- 71) 선박투자회사를 이용한 선박의 경우 한진해운이 용선자가 된 경우 선박투자회사법상 “선박운항회사”에 해당하게 된다. 이에 대한 법률관계는 전계 김인현 선박투자회사 선박, 116면 이하를 참고하기 바람.
- 72) 서울고등법원 2000.6.17.선고 2000나14622판결; 김창준, 상계논문, 54면; 동지 이정원, “소유권취득조건부 선채용선계약의 법적 성질과 관련된 몇가지 문제에 대한 고찰”, 부산대학교 법학연구 제53권 제2호(2012.5.), 182면.
- 73) 김창준, 상계논문, 54면.
- 74) 창원지방법원 2017.2.23.자 2016라308결정.
- 75) 서울중앙지방법원 파산부는 금융리스계약상 리스물건의 소유권이 리스회사에 유보되어있는데 리스회사에 환취권을 인정할 것인지에 대하여, 리스물건의 소유권유보가 실질적으로 리스채권에 대한 담보적 기능을 하고있으므로, 회생절차내에서는 리스회사에 대한 환취권을 인정하는 대신 회생담보권으로 취급하는 것이 좋다고 한다. 전계 회생가건실무(상), 429면.
- 76) 그러나, 서울중앙지방법원 파산부에서는 금융리스에 대하여는 제119조가 적용되지 않는다는 입장이다. 즉, 임대차의 경우에는 일정 기간동안의 임대목적물 사용과 그 차임지급의무가 대가관계에 있으므로 법 제119조가 적용되지만, 금융리스에는 리스료는 리스물건의 사용대가라기 보다는 대금을 분할지급하는 것으로 금융계약에 의하여 발생하는 것으로 보아야하므로 법 제119조가 적용되지 않는다고 본다. 전계 회생사건실무(상), 429면. 서울고등법원 2000.6.27.선고2000나14622판결.
- 77) 만약 관리인이 이행을 선택하면 개시이후에 발생하는 용선료등은 공익채권이 된다.
- 78) 국취부 선채용선의 경우 용선기간의 만료전에 채무자의 사정으로 선박을 해지하게 되면, 규정손실금(stipulated loss value)를 용선자가 선박소유자에게 지급하여야 한다. 상법 제168조의5 제1항과 유사하다. “리스이용자의 귀책사유로 리스계약을 해지하는 경우 리스업자는 잔존리스료 상당액의 일시지급 또는 금융리스물건의 반환을 청구할 수 있다”. 이정원, 전계논문, 173면.

10. 컨테이너 리스회사

(1) 의의

컨테이너는 정기선사에서 운송물을 적입하여 운송하도록 하는 운송용기로서,⁷⁹⁾ 한진해운과 같은 정기선사에서 컨테이너는 매우 중요하다. 정기선운항에서 운송인은 운송을 위하여 화주들에게 컨테이너를 제공하여야 한다. 모든 컨테이너를 운송인이 소유할 수는 없고 임대하여 운용하는 경우도 많다.

한진해운의 경우에도 사용하는 컨테이너 중에서 20만개는 한진해운이 소유하는 것이었지만 임차하여 사용하던 컨테이너도 30만개가 되었다. 이 경우 운송인인 한진해운은 운송을 위하여 자신이 임차한 컨테이너에 송하인의 운송물을 적재하여 운송하고 있는 셈이 된다. ⁸⁰⁾

(2) 손해배상의 문제

(i) 컨테이너와 관련하여 운송인인 한진해운은 컨테이너 사용료를 리스회사에게 지급할 의무가 있다. 또한 사용기간이 만료되면 이를 반납할 의무도 있다.

(ii) 한진해운과 송하인 및 수하인과의 관계에서 수하인은 운송물을 수령한 다음 일정기간 안에 운송인에게 빈 컨테이너를 반납하여 줄 의무를 부담한다. 반납 지체가 되면 지체료가 수하인에게 부과되는데 이는 한진해운으로서는 채권에 해당하게 된다.⁸¹⁾

(iii) 한진해운에 의하여 양밍 등의 컨테이너가 적재되어 운송된 경우 회생절차의 개시로 컨테이너가 제 시간에 소유자에게 반납되지 않을 경우 그 컨테이너의 소유자가 한진해운에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.

(i)의 경우 리스회사는 임차인인 한진해운에 대하여 임대차계약위반으로 인한 손해배상청구권을 가진다. 그는 한진해운의 재산 등에 대하여 가압류가 가능할 것이지만, 이는 채무자회생법에 의하여 금지되어 있다. (iii)의 경우도 동일하다.⁸²⁾

(3) 회생절차

컨테이너 리스계약을 체결한 운송인은 회생절차가 개시되면 관리인은 이를 미이행쌍무계약으로 보아 이행을 하거나 계약을 해지할 수 있다. 이행을 선택하면 컨테이너 리스사용료는 공익채권이 된다. 해지하면 미지급 사용료와 손해배상청구권은 회생채권이 될 것이다.

79) 길이가 20피트인 것과 40피트인 것이 있다. 1TEU는 20피트짜리 컨테이너 한 개를 말한다. 1개의 가격이 300만원 정도이므로 20만개를 소유하면 6,000억원의 자산가치가 된다.

80) 자세한 내용은 김인현, “21세기 전반기 해운환경의 변화에 따른 해상법의 제문제”, 상사법연구 제35권 제2호(2016.8.), 110면을 참고바람.

81) 김인현, 전제 21세기, 111면.

82) 손해를 입은 화주들이 운송인의 컨테이너를 유치하고 있을 수 있다. 운송인인 한진해운이 수령해갈 여력이 없기 때문에 외국의 항구의 부두에 쌓여있을 수 있다.

11. 선원

(1) 의의

선원이란 현장에서 선박을 직접 운항하는 선장이하 해원을 말한다. 선박을 선박소유자가 직접 운항하는 경우는 선박소유자가 선장 및 선원을 직접 선임감독한다. 선체용선의 경우에는 선체용선자가 선장 및 선원에 대한 선임감독권이 있다(상법 제847조). 정기용선의 경우 선박소유자가 선임한 선장 및 선원이 선박을 운항하게 된다(상법 제842조).⁸³⁾

(2) 손해배상의 문제

따라서 한진해운이 직접운항하거나 선체용선이 된 선박에 승선하는 선원에게 급료를 지급하여야 할 사람은 한진해운이다. 그러나 정기용선에 승선하는 선원에 대하여 까지 급료를 지급할 의무는 없다.

한진해운의 선원들이 급료를 받지 못하게 되면 피해를 보게 된다. 이 때 선원들이 행사할 수 있는 강력한 무기가 바로 선박우선특권이다. 급료채권이 발생한 바로 그 선박에 대하여 우선특권을 행사하여 임의경매를 하면 된다(상법 제777조). 어느 나라이건 막론하고 선원의 임금채권에 대하여는 선박우선특권이 발생한다.

(3) 회생절차

선원의 급료는 대부분의 국가에서 선박우선특권을 인정한다.⁸⁴⁾ 그러므로, 회생절차개시전의 선원의 급료채권은 회생담보채권이 되고, 개시후의 선원의 급료채권은 공익채권이 된다.⁸⁵⁾

선원의 송환과 관련하여 비용은 선박소유자(혹은 선체용선자)가 강제로 보험에 가입할 사항이다(선원법 제38조, 제40조). 선박소유자가 선원에 대한 송환의무를 다하지 않은 경우 선원의 요청에 따라 해양수산부 장관이 선원을 송환하고 비용은 선박소유자에게 구상할 수 있다(선원법 제42조).

83) 정기용선 표준계약서인 1996년 NYPE 제6조에 의하면 정기용선의 경우 선박소유자가 선원을 공급하고 급료를 지급할 의무를 부담한다.

84) 한국 상법 제777조 제1항 2호, 중국 해상법 제22조 제1호, 일본 상법 제842조 제 7호가 그러하다. 일본의 경우가 선원의 임금채권의 보호정도가 가장 낮고 중국이 가장 높다.

85) 실제 한진해운은 선원의 임금은 모두 지급하여 회생절차에서 문제되는 것은 없었다. 그런데, 용선계약이 해지되어 더 이상 한진해운의 선원들이 승선할 이유가 없는 경우에도 선박소유자측에서 선원교대를 해주지 않아 선원들이 불편을 겪은 사례가 많았다. 이 경우에 누가 선원에 대한 임금을 지급하여야 하는지가 문제되었다.

12. 보험자

(1) 의의

해상기업은 선박운항과 관련한 위험을 담보하기 위하여 선박보험(선체보험)과 선주상호책임보험(P&I보험)에 가입한다.

선박이 선체용선이 된 경우에 선박보험계약과 P&I 보험계약을 체결하는 자는 선체용선자이지 선박소유자가 아니다. 용선계약에 따라 선체용선자가 그러한 의무를 부담한다.⁸⁶⁾ 한진해운이 선체용선자의 지위에 있는 선박에 대하여도 한진해운이 보험계약자로서 보험료를 납부할 채무자가 된다.

(2) 채권 채무관계

보험료가 밀린 경우 보험자는 채무자인 한진해운에 대하여 보험료지급청구권을 가진다. 밀린 보험료는 선체용선자가 납부하지 않으면 보험계약이 종료되어 만약 선박이 침몰한다던지 선박이 유류오염사고를 일으키는 경우 보험금 지급을 받지 못하게 된다. 회생절차에서 청산이 보이는 선체용선자는 보험료를 납부하지 않을 가능성이 높다. 이러한 경우에는 선박소유자가 직접 보험료를 납부하여 보험을 살려두어야 한다.⁸⁷⁾

(3) 회생절차

P&I 보험 약관에는 “회생 및 파산에 관한 법에 따른 절차를 시작한 때”의 사유가 있을 때에는 보험계약은 종료되지만 조합의 동의가 있으면 그렇지 않다고 한다(Korea P&I 약관 제11조 제1항 단서). 회생절차 신청시 한진해운에서 위 단서 조항을 이용해 유예를 요청한 경우 보험계약은 유효하지만, 해지된 경우에도 청색증명서 발급시 보험계약종료일로부터 개월간 보험자가 유류오염등의 책임을 부담한다고 하여 그 기간동안 문제는 없었다.

밀린 보험료에 대하여 보험자는 한진해운에 대하여 회생채권자가 되지만, 회생절차개시 이후 한진해운이 지불하여야 할 보험료에 관한 채권은 공익채권이 된다.

86) 선체용선표준계약서 Barecon 89 제12조.

87) 등록선박소유자는 유류오염손해배상책임과 난파물제거 책임을 부담하므로 선주상호책임보험(P&I보험)에 가입을 유지할 필요가 있다. 문병일 Korea P&I 전무는 2016.11.2. 머린머니 세미나에서 선체용선선박이 법정관리로 선박금융회사에게 반선된 경우 선박보험에만 가입하는 것으로는 부족하므로 선주상호책임보험에 반드시 가입할 필요성을 강조한 바 있다.

IV. 국제도산의 문제와 압류금지명령

1. 문제의 제기

한국에서 회생절차가 개시된 경우 외국의 채권자들은 한국의 회생절차의 효력에 영향을 받는지 그렇지 않다면 채무자는 여전히 외국에서 새로운 회생절차를 신청하여야 하는지 의문이 제기된다.

국제사회는 오랫동안 속지주의의 입장에서 다른 국가에서 시작된 회생절차의 효력을 인정하지 않았다.⁸⁸⁾ 그러나, 이러한 결과는 한 국가에서 회생절차가 개시되어 채무자의 소유인 선박에 대한 강제집행이 불가하게 된 경우에도 외국에서는 여전히 이것이 가능하여 그 채무자가 목적으로 하던 회생이 전혀 효과가 없게 되는 것이다. 이에 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)에서는 보편주의를 채택하여 외국에서의 회생절차의 개시효력은 다른 국가에서도 효력이 있도록 제안하고 있다. 위의 예에서 채무자의 소유인 선박은 그 국가에서도 선박은 압류가 금지되는 효과가 있게 되어 회생에 도움이 되게 된다.⁸⁹⁾

2. UNCITRAL

운시트랄에서는 1997년 이러한 국제도산 모델법(Model Law on Cross-border Insolvency)을 만들었지만, 이는 조약의 형태가 아니라 가이드라인에 해당하는 모델법에 지나지 않은 것으로 모든 국가가 이에 구속되는 것은 아니다. 현재 영국, 일본, 미국, 한국, 캐나다, 싱가포르 등이 모델법 국가가 되었다. 파나마, 이태리, 독일, 인도, 네덜란드, 중국 등은 모델법 국가가 아니고 여전히 속지주의의 원칙을 취하고 있다.⁹⁰⁾

3. 우리나라의 경우

우리나라도 속지주의를 택하다가 2006년 채무자 회생법 제정시 운시트랄 모델법을 받아들여 제5편 제628조 이하에 국제도산편을 신설하면서, 보편주의를 취하게 되었다. 2011년 삼선로직스 사건과 대우 로지스틱스 사건에서 우리나라 회생절차의 효력이 외국에서 인정된 획기적인 사건으로 인정된다.⁹¹⁾

88) 속지주의란 어떤 국가에서의 도산의 효력은 채무자의 국내재산에만 영향을 미치고 외국에서의 도산절차는 국내에는 미치지 않는 것을 말한다. 이에 반하여 보편주의란 채무자의 재산의 소재와 무관하게 채권자가 누구인지 불문하고 동일한 채무자에 대한 도산절차는 전세계적으로 같은 절차와 기준으로 일관되어야 한다는 견해이다. 오수근 외 3인, 도산법, 새로문화, 2011, 337면.

89) 홍콩의 법원도 이와 같은 취지의 입장(수정된 보편주의 modified universalism)이라는 설명으로는, Anselmo Reyes, *Cross-border insolvency and shipping companies*, [2016] LLCLQ, p. 519.

90) 따라서, 2016.11.3. 한진 차이나호가 터미널(부두) 사용료 미납을 이유로 상해에서 가압류되었다.

91) 임치용, “국제도산사건의 실무상 문제”, BFL 제53호(2012.5.). 그런데, 이보다 앞서 2009.3. 서울중앙지방법원의 삼선 로직스 회생절차개시결정(2008회합24)에 대하여 호주, 영국, 싱가포르, 미국 및 벨기에

우리나라는 외국의 회생절차개시의 결정에 대한 효력도 인정해주고 있다(법 제631조 및 635조).

4. 한진사태의 경우

우리나라 채무자 회생법 제58조에 의하면 채무자의 재산은 강제집행이 불가하다. 보편주의 하에서라면 이 규정이 외국에서도 유효하여야 한다(운시트랄 모델법 제21조).

해운사태의 경우 영국, 일본 그리고 미국은 법률의 규정에 의하여 압류금지명령(stay order)이 내려졌고,⁹²⁾ 반면 싱가포르의 법률의 규정이 없이 법원의 결정에 의하여 압류금지명령이 내려졌다.⁹³⁾ 그런데, 우리나라에서는 소유하고 있는 선박에 대한 강제집행만 허용되지 않음에도 불구하고, 2016.9.14. 싱가포르 법원의 경우 선체용선된 선박은 물론 정기용선된 선박에 대하여도 압류금지명령이 내려졌다. 이것은 모법이 되는 한국법원의 효력보다도 더 넓게 허용한 것으로 논란의 여지가 있다.⁹⁴⁾

V. 관련 당사자 보호수단의 강구

1. 채무자 보호수단

(1) 채무자회생법 제58조의 개정

한진해운은 영업을 하여 채권자의 채무를 갚아 나가야할 처지였다. 창원지방법원은 2016.10.17. 국취부나용선은 여전히 소유권이 외국의 SPC가 가지기 때문에 이는 채무자회생법 제58조(채무자의 재산에 대한 강제집행을 못함)상의 한진해운의 재산이 아니라고 판시하였다. 따라서 임의경매를 위한 압류가 가능하게 되었다.⁹⁵⁾

에서 법원이 한국에서의 개시결정의 효력을 인정하였다. 법률신문 2009.8.12.

92) 일본에서는 2016.9.5., 영국에서는 2016.9.6. 압류금지 명령이 내려졌다. 미국에서는 2016.9.9. 임시적 압류금지명령이 내려졌다.

93) 싱가포르의 선박압류금지명령의 범위와 관련하여서는 김인현, “한진해운 회생절차상 선박압류금지명령(stay order)의 범위”, 상사판례연구, 제30집제1권, 129면 이하를 참고바람.

94) 이에 대한 비판적 견해로는 김창준, 전제논문, 71면. 미국에서도 한진해운이 소유하는 선박과 용선선박 및 관리선박에 대하여도 강제집행이 불허되었다. In re: Hanjin Shipping Co., Ltd, 미국파산법원 뉴저지 지방법원(2016.9.9.). 호주법원도 한진해운이 점유하거나 관리하고있는 선박이나 화물, 컨테이너 혹은 선박연료유에 대하여도 강제집행은 할 수 없다고 결정하였다. 호주연방법원 Tai-Soo Suk v. Hanjin(2016.11.23.). Scott Butler, Hanjin Shipping Recognition Proceeding, 2017.1.17. McCullough Robertson 홈페이지에서 확인함(<http://mcrbacktoblack.blogspot.kr>).

95) 채무자회생법 제58조(다른 절차의 중지등)

① 회생절차개시결정이 있는 때에는 다음 각호의 행위를 할 수 없다.
파산 또는 회생절차개시의 신청

이렇게 되면 한진해운은 영업을 하지 못하게 된다. 사선 61척 중에서 55척이 국취부나용선이기 때문이다. 한편, 판례법 국가인 미국과 싱가포르의 경우 소유선박 뿐만 아니라 정기용선된 선박은 물론이고 국취부나용선도 압류금지대상으로 하고 있다. 채무자회생법의 채무자의 재산이라는 문구에 집착할 것이 아니라 채무자회생법의 입법목적이 회생절차에 들어간 채무자의 영업을 지속하게 하는 것이므로 넓은 해석이 필요하다. 선박우선평권을 가진 채권자는 회생절차 안에서 회생담보권자로 보호되므로 이러한 해석이 지나치게 채권자에게 부당하지도 않다.

향후 대처방안으로 아래와 같은 것이 있다. (i) 채무자 회생법 제58조의 채무자의 재산에 “국적취득조건부 선체용선(나용선)”을 포함시키는 개정작업을 하고, (ii) 개정전이라도 회생절차개시결정문에 “신청인의 국취부선체용선된 선박도 압류금지대상임”이라는 내용을 넣도록 한다.⁹⁶⁾

(2) 압류금지 명령 신청에 대한 준비

한진해운 등 정기선사가 보호되려면 압류금지명령이 필요하다. 회생절차에 들어가는 정기선사는 미리 압류금지명령을 준비하여야 한다. 압류금지명령(stay order)은 “운시트랄 국제도산 모델법”을 국내법으로 채택하거나 그렇지 않더라도 판결로서 외국의 법원에서 진행 중인 도산절차의 효력을 인정하여 채무자의 재산에 대한 강제집행이 금지되는 명령을 외국법원이 내리는 것을 말한다.⁹⁷⁾

앞에서 본 바와 같이 미국, 영국, 일본은 모델법을 국내법으로 받아들여 이를 인정한다. 싱가포르와 독일은 판례로 인정한다. 파나마, 중국, 이태리, 인도, 인도네시아, 네덜란드는 이를 인정하지 않는다. 신청과 결정까지는 시간이 걸리기 때문에 회생절차신청의 염려가 있는 선사는 미리 압류금지명령에 대한 스터디를 준비하고 있어야 한다.⁹⁸⁾

2. 양륙 등 마지막 항차의 운송물의 처리수단의 확보

(1) 이유

마지막 항차(회생절차에 들어간 항해에 운송물이 실려있는 경우)의 운송물은 공적인 의미를 가진다. 한진해운 사태에서 본 바와 같이 운송물이 항구에서 처리되지 않는 경우 수하인과 매

회생채권 또는 회생담보권에 기한 강제집행등

96) 김인현, 전제논문(상사판례연구), 158면.

97) 운시트랄 모델법 제21조

외국 절차를 승인할 때에는 법원의 외국 대표자의 요구에 따라 다음의 구조조치를 부여할 수 있다.

① 제20조에 의하여 중지되지 아니한 범위내에서 채무자의 자산 등에 관한 개별 소송 절차의 개시 또는 진행의 중지 ② 자산에 대한 집행의 중지

98) 싱가포르 등은 판례(SGHC 2016.9.14.판결)에 따르면 우리 채무자회생법이 외국채권자도 내국인과 동일하게 취급하는 법제도를 가지는 한 유효하다고 보기 때문에 우리 채무자회생법도 국제적인 기준에 맞출 필요가 있다.

수인등의 손해가 크게 발생하였다. 그러므로, 이는 단순한 채무자인 정기선사 1인의 채무불이행책임으로 종료될 사안이 아니다. 그렇기 때문에 마지막 항차와 관련된 운송물을 제대로 수하인의 수중에 이동시킬 수 있도록 하는 장치가 마련되어야 한다.⁹⁹⁾

(2) 하역비지급을 위한 보장제도

현재 국내에서 논의되고 있는 제도는 마지막 항차의 하역비지급을 위한 보장제도를 정기선사가 갖추도록 하는 것이다. 회생절차에 들어가면 현재 선박에 적재된 운송물의 하역비 지급을 운송인이 담보하는 보장계약을 갖추도록 강제화된다. 그 구체화 방안은 여러 가지가 있다.

영리보험으로 이를 구성하는 방안으로 아래와 같은 방법들이 있다.

(i) 책임보험으로 이룬 구성을 하면 운송인이 보험계약자이면서 피보험자가 된다. 하역회사는 제3자로서 보험자에게 직접 청구할 권리가 주어진다(상법 제724조 제2항). 하역회사는 운송인 및 보험자 중 누구에게나 청구가 가능하다.

(ii) 이행보증보험으로 하면 운송인이 보험계약자이지만 피보험자는 하역회사가 된다. 하역비를 지급받지 못하면 하역회사는 피보험자로서 보험자로부터 보험금을 수령할 권리가 있게 된다.

(iii) 공제로 구성하는 방안으로서, 우선 우리나라 정기선사들이 공제를 만들어 일정금액을 납부하도록 하여 공제에서 당해 하역비지급을 하도록 하게 된다. 선주상호책임보험(P&I)와 같은 상호보험도 유사한 구조이다. 보험자와 보험계약자가 동일한 점에서 영리보험과 다르다.

(iv) 기금을 조성하여 기금운영자에게 직접청구를 할수 있는 규정을 두는 방안이다. 보험이나 공제의 경우에 보험의 법리에 따라서 피보험자의 중과실의 경우에 보험자가 면책되는 어려움을 극복할 수 있다. 기금제도는 이미 선원법 제56조에 “선원임금채권보장기금제도”가 운영되고 있으므로 참고가 된다.

한국에 입항하거나 출항하는 정기선사에 대하여 이런 보장계약을 강제로 체결하도록 하여 실행을 보장한다.

그런데, 이러한 제도를 한국의 해운법에 추가하여 실행하는 경우, 우리나라에서 발생하는 회생절차의 문제는 해결될 수 있지만, 미국에서 하역작업비의 미지급으로 하역회사가 지급을 거부하는 경우 우리 해운법을 적용할 수 있는지가 문제된다.¹⁰⁰⁾ 국제적인 성격을 가지기 때문에 국제조약을 만들어서 정기선의 마지막항차 하역비를 보장하면, 정기선의 정시성이 크게 보장되어 화주로부터 신뢰를 얻게 될 것이다.

99) 이에 대하여는 김인현, “정기선하역비 보장 기금제도 필요하다”, 한국경제 2017.2.26.을 참고바람.

100) (i) 책임보험으로 이룬 구성을 하면, 미국의 하역회사와 한국의 정기선사 사이에 하역작업계약을 체결할 시 한국법을 준거법으로 하면 하역회사는 상법 제724조 제2항의 직접청구권을 행사할 수 있게 된다. (ii) 공제로 구성하면, 해운법에 하역회사에게 직접청구권을 인정하는 규정을 두면 외국의 하역회사들이 공제기구에 직접청구권을 행사할 수 있게 된다.

3. 화주보호수단으로서 보험제도의 확충

(1) 문제의 소재

화주는 채권신고를 기한 내에 하여 회생절차에게 변제를 받아야한다. 화주의 채권은 회생채권이 될 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

한진해운이 책임보험이나 이행보증보험에 가입되어있다면, 화주는 보험자에게 화주는 직접 청구가 가능하다(상법 제724조 제2항).¹⁰²⁾ 이 때 운송인이 포장당 책임제한이 가능하거나 회생절차에 들어가면 회생절차에서 회생계획안에 따른 변제금액에 대하여만 책임을 부담하게 될 것이므로 효과는 제한적이다.

(2) 복합운송주선인에 대한 채권확보

복합운송주선인은 계약운송인으로서 손해배상책임을 부담한다. 그렇지만, 그는 회생절차를 신청한 채무자가 아니므로 일반 집행절차에서 채권자의 가압류 혹은 강제집행의 대상이 된다. 복합운송주선인의 재산에 대하여 가압류가 가능하다.

(3) 화주 및 운송인의 보험제도 가입

화주는 자신을 위한 적하보험에 가입하여야 하는데, 적하보험 중에서도 회생절차개시나 파산 등에도 보험금이 지급되는 약관에 가입할 필요가 있다.¹⁰³⁾

화주에게 손해를 배상하여야 하는 운송인에게 그 책임을 확실히 보장하는 책임보험에 강제로 가입시킬 필요가 있는지 검토가 필요하다. 정기선사들은 대부분 P&I보험에 가입하고 있고 이 보험은 책임보험의 성질을 가지고 운송물 손상에 의한 손해배상책임도 담보범위이다. 그러므로 화주는 P&I 보험자에게 직접 보험금 청구가 가능한 한도에서 보호된다(상법 제724조 제2항). 그렇지만, 이 보험은 임의보험이고 중과실의 경우에도 보험자가 면책되므로, 강제로 보험에 가입하여 화주를 더 보호할 필요성이 있다.

복합 운송주선인(국제물류주선업자)의 경우는 등록요건으로 1억까지 보증보험의 가입이 필요하다(물류정책기본법 제43조 제4항 및 시행령 제30조의2). 이는 이행보증보험의 성격을 가진다. 이행보증보험에서는 화주가 피보험자가 되어 보험금을 수령할 자격이 주어진다.¹⁰⁴⁾ 그

101) 회생절차개시 결정 후에 발생한 채권이므로 공익채권이라는 주장을 펼 수도 있겠지만 대체적으로 손해의 원인은 회생절차 개시 전에 발생한 것으로 보아 이를 회생채권으로 보는 것으로 보인다.

102) 상법 제724조(보험자와 제3자와의 관계)

② 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다.

103) 적하보험에 가입하고 있으면 지리한 소송이나 회생절차와 무관하게 먼저 보험금을 수령하여 사업을 지속할 수 있는 장점이 있다.

104) 혹은 1억원의 화물영업배상보험의 가입도 가능하다(시행령 제30조의 2)

보상최고금액이 너무 낮기 때문에 이를 인상할 필요성이 있다.

(4) 선박우선평권의 행사

우리나라 법에 의하면 화주의 손해배상채권은 일반 회생채권에 지나지 않는다. 도선료채권을 가지는 도선사, 항비채권을 가지는 항만당국, 선원임금채권을 가지는 선원들은 회생절차에서 회생담보채권을 가진다. 화주는 이들에 비하여 회생절차에서 불리한 지위에 놓이게 된다. 그러므로, 이들을 보호하기 위하여 1991년 개정전의 상법의 입장과 같이 운송물의 손해에 대하여도 선박우선평권을 인정해주는 것이 좋다.¹⁰⁵⁾

VI. 결론

정기선사의 회생절차개시는 여러 관련 당사자들에게 불측의 손해를 야기하게 된다. 채무자가 되는 정기선사가 선박을 용선하여 운항하고 있으므로 정기선사에게 선박을 임대하여 준 선박소유자가 가장 큰 피해자가 된다. 이외에도 얼라이언스의 회원사, 수하인등 화주, 선박연료유공급자등 서비스 제공자, 선박금융회사 등이 피해를 보게 된다.

채무자회생법은 채무자인 정기선사를 회생시키는 것에 목적이 있으므로 이러한 채권자의 권리가 제한되게 되어 회생목적에 종속된다. 또한 채무자의 재산을 효율적으로 안분배당하는 것도 중요하다. 이러한 두 목적을 동시에 달성하기 위하여 우리 채무자회생법은 채무자인 정기선사에 대한 채권을 회생채권, 회생담보채권 그리고 공익채권으로 분류하여 공익채권은 수시로 변제가 가능하게 하여 채무자의 회생에 이바지하고자하면서도 회생담보권자도 회생채권자보다 보호하고 있다.

이번 한진해운사태에서 발생한 여러채권 중에서 화주측의 지연손해는 일반적으로 배상이 되지 않기 때문에 화주보호에 미흡함이 발견되었다. 선박연료유 공급과 같이 외국적 요소가 있는 경우에 우리나라 법은 선적국법을 적용하기 때문에 우리 선적(船籍)의 경우와 파나마 선적인 경우 전자의 경우는 회생담보권을 갖지 못하지만 후자의 경우는 가지게 되어 서로 보호가 다른 점도 노정되었다.

국취부 선채용선의 법적성질은 해상법상으로는 임대차이지만, 선박금융과 도산법에서는 금융리스이다. 일반금융리스라고 한다면, 금융회사는 선박에 대하여 담보권을 가지고 용선자인 한진해운은 실질상 소유권을 가지는 것으로 보아야하지만, 창원지방법원은 소유권은 여전히 파나마의 SPC에 있다고 보아 채무자회생법 제58조의 적용을 부정하여 선박우선평권에 기한 선박임의경매가 가능하다고 판시한 바있다. 채권자는 선박에 대한 강제집행이 가능하였기 때문에 정기선사의 회생에 부정적인 영향을 주었다. 국취부선채용선의 비중이 높은 우리나라 현

105) 파나마와 일본에서는 화주의 손해배상채권이 선박우선평권에 해당한다. 그러므로, 회생절차에 들어간 경우에도 운송물을 운송한 선박의 선적에 따라 파나마와 일본이라면 화주는 선박우선평권을 가지므로 회생담보채권자가 되고, 한국선적인 경우는 일반회생채권자가 되어 덜 보호받는 결과가 된다.

실과 외국의 동향을 반영하여 채무자회생법 제58조를 개정하여 국취부선체용선 선박에 대하여는 강제집행이 불가하도록 해야한다.

채무자인 정기선사는 회생절차에 들어가면서 회피가 가능한 지연손해 등이 발생하지 않도록 미리 압류금지명령(stay order)을 받을 준비를 하고 하역비 지급 등에 대한 준비도 하여 채무발생을 최소화해야한다. 한진해운 사태에서는 이러한 준비의 미비로 회생절차 개시이후에 화주와의 관계가 악화되어 회생자체가 불가능하게 된 점은 큰 아쉬움이다.

정기선 해운 전체로 보아서는 한 정기선사의 법정관리에 무관하게 운송의 정시성은 담보되도록 하는 법적 절차를 가져야할 것으로 본다. 화주를 보호하기 위하여 하역비지급담보 기금 제도를 운영하고, 계약운송인의 이행보증보험이나 책임보험 금액 1억원을 대폭 인상하여야한다. 선박우선특권제도도 채권자가 균형있게 보호되고 취급되도록 개정할 필요성이 있다.

〈참고문헌〉

김인현, 해상법 (법문사, 2015)

김주학, 기업도산법 제2판 (법문사, 2012)

이재복, 적해보험약관론 (보험연수원, 1995)

이재복, 선박보험약관론 (보험연수원, 1999)

이철송, 상법총칙 상행위 (박영사, 2016)

오수근 외 3인, 도산법 (새로문화, 2011)

정우영외 2인, 해양금융의 이해와 실무(한국금융연수원, 2012)

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(박영사, 2014)

김인현, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 한국해법학회지 제39권 제1호
(2017.5.)

김인현, “선박투자회사 선박의 운항관련 책임주체와 그 채권자보호”, 상사법연구 제35권 제4호(2016)

김인현, “슬로트 용선의 법률관계에 대한 고찰”, 한국해법학회지 제25권 제1호
(2003.4.)

김인현 박영준, ”선하증권상 FIO특약의 개념과 효력“, 상사판례연구 제24권 제3호(2011.9.)

김찬영, “회생절차 하에서 정기용선계약상 조기반선에 관한 연구”, 한국해법학회지 제36권 제1호(2014.4.)

김창준, “한진해운의 도산법적 쟁점”, 한국해법학회지 제39권 제1호(2017.5.)

문광명, “FIO특약과 선상도-대법원 2004.10.15.선고 2004다2137판결평석-”, 한국해법학회지 제29권 제1호(2007.4.)

이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇가지 문제에 대한 고찰”, 부산대학교 법학연구 제53권 제2호(2012.5.)

Ⅰ 2017년 (사)한국상사법학회 하계학술대회 / 상사법 논의의 현재와 미래 : 비교법적 조망

임치용, “국제도산사건의 실무상 문제”, BFL 제53호(2012.5.)

정진욱, “해운동맹관련 국제적 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향연구”, 한국해법학회
지 제33권제2호(2011.11.)

한민, “미이행쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향”, 선진상사법률연구 통권 제53호
(2011.1.),

Anselmo Reyes, *Cross-border insolvency and shipping companies*, [2016] LLCLQ

2 일차

제 2 세션

선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향

발 표 자 : 정 대 교수(한국해양대)

사 회 자 : 김효신 교수(경북대)

토론자1 : 한 민 교수(이화여대)

토론자2 : 박준선 교수(제주대)

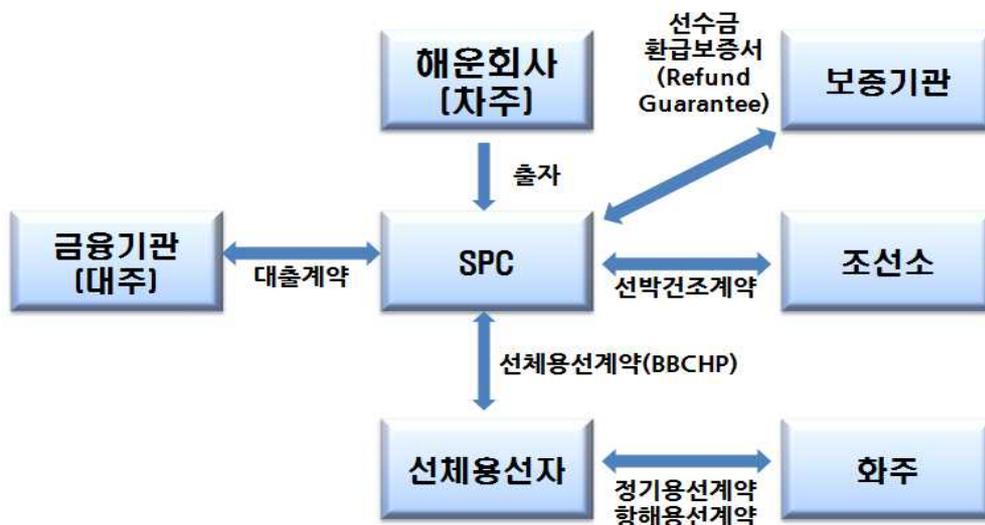
선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향*

정 대(법학박사, 국립 한국해양대학교 국제대학 해사법학부 교수)

I. 서론

선박금융(ship finance)¹⁾이란 선박건조계약, 선체용선계약 등과 같은 선박거래와 관련하여 선박의 자산가치 및 선박으로부터 발생하는 미래수익을 담보로 이루어지는 자금의 유통이라고 할 수 있다.²⁾ 특히 신조선에 관한 선박금융의 기본적 거래구조는 아래와 같이 설명할 수 있다[그림 1 참조].

[그림 1] 신조선 선박금융의 거래 구조도



첫째, 해운시장에서의 선박의 수요와 해운회사의 장래의 영업전망 등을 고려하여 선박의 건조에 관한 경영판단을 한 해운회사는 조선회사와 선박건조계약의 협상을 진행한다.

둘째, 선박건조계약에 관한 여러 조건에 대한 합의를 한 후, 해운회사는 조선회사와 선박건조계약³⁾

* 본 논문은 2017년 한국상사법학회 하계학술대회 발표용으로 작성된 것으로 미완성의 원고임을 밝혀둔다.

1) 선박금융자금을 제공하거나 주선하는 주된 금융기관으로는 상업은행(commercial bank), 투자은행(investment bank), 리스회사(leasing company) 등을 들 수 있다. Martin Stopford, Maritime Economics, Second Edition, London: Routledge, 1997, p. 204; 선박금융을 자금조달의 방법에 따라 구분하면, ① 대상 선박을 소유하는 해운회사 자체의 신용력에 기초한 기업금융(Corporate Finance), ② 대상 선박의 자산가치에 기초한 자산담보부금융(Asset-Based Finance), ③ 대상 선박의 운항이익에 기초한 프로젝트 파이낸스(Project Finance)로 구분할 수 있다. 森田 果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治朗·落合誠一 編 「海法大系」, 商事法務, 2003, 138-139面.
2) 정대, “선박금융의 법적 구조에 관한 연구”, 「법과 정책」, 제18집 제2호, 제주대 법과정책연구소, 2012, 551면.
3) 선박건조계약(shipbuilding contract)은 조선소와 특수목적법인(SPC)간에 체결되며, 그 주요 내용은 선박의 건조,

을 체결한다. 그리고 조선소는 보증기관(즉 금융회사)로부터 선수금환급보증서(Refund Guarantee; RG)를 발급받아 해운회사에 제공한다.

셋째, 해운회사는 대주단과의 협상⁴⁾을 통해 주요 금융조건에 대하여 합의를 하게 되는데, 이 때 해운회사는 편의치적국⁵⁾에 특수목적법인(Special Purpose Company; SPC)⁶⁾을 설립하고, 선박건조계약 및 선수금환급보증서(RG)상의 발주자의 지위를 특수목적법인으로 이전한다.

넷째, 특수목적법인(SPC)은 대주단과 대출계약을 체결하게 되고, 선체용선자와 선체용선계약⁷⁾을 체결한다. 특수목적법인(SPC)은 선체용선료의 수입을 재원으로 하여 대출원리금을 상환하게 된다.⁸⁾

이하 본 논문에서는 국내외의 선박금융의 동향을 개관한 후(II), 선박금융을 둘러싸고 발생한 법적 쟁점을 최근 대법원의 판결을 중심으로 분석해 보고자 한다(III). 특히 중소 조선회사의 도산을 둘러싸고 선수금환급보증의 문제와 함께 수출보증보험의 문제가 크게 부각되고 있다는 점에 주목할 가치가 있다고 본다. 마지막으로 한진해운 사태의 발생과 함께 위기에 처하게 된 우리나라의 해운업 및 조선업의 불황에 대처하기 위한 정부의 정책에 대한 비판적 평가와 함께 그 정책적 대안을 제시해 보고자 한다(IV).

선박건조가액 및 선박건조대금의 지급방법, 건조기간, 선박건조에 대한 감독방법, 불가항력 사유, 계약해지사유, 분쟁해결방법 등이다. 특히 선박건조대금은 선박인도시에 일시에 지급되는 경우는 거의 없고, 선박건조의 진행 단계에 따라 통상 5회에 걸쳐 나누어 지급되는 것이 통상이다. 예를 들면, 계약체결(Contract) 직후 20%, 강재절단(Steel Cutting)시 20%, 용골거치(Keel Laying)시 20%, 진수(Launching)시 20%, 인도(Delivery)시 20% 등 5회에 걸쳐 지급하는 형식을 취하게 된다. 정우영, “선박금융의 실무 소개”, 「BFL」 제19호, 서울대금융법센터, 2006, 94면.

- 4) 선박금융협상은 해운회사가 자금조달을 요청하는 제안서를 은행에 제출하면서 시작된다. 은행이 대출가능여부에 대한 1차적인 판단을 하면, 해운회사와 대출협상을 위해 필요한 대출조건명세서(Term Sheet)를 작성하게 된다. 대출조건명세서는 은행과 차주 사이에 이루어지는 대출조건을 협상하는데 기본이 되는 서류이다. 대출조건명세서에는 선박의 종류, 계약금액, 관련 당사자의 정의, 대출금액, 대출기간, 이자율, 수수료, 대출금의 상환방법 및 채권보전방법 등에 관한 내용이 담겨져 있다. 이기환·오학균·신주선·이재민, 개정판 「선박금융원론」, 두남, 2016, 254-265면.
- 5) 현대 해운업계에서는 국제적 선박등록의 방식으로 편의치적을 활용하는 것이 일반적이다. 예컨대 선박보유상위 10개국의 편의치적의 비율은 70%에 이를 정도이다. 편의치적이란 선박운영경비, 세금절감, 저임금의 선원 고용 등의 편의를 목적으로 등록에 따른 수입을 목적으로 하는 제3국에 선적을 두는 제도를 말한다. 우보연, “편의치적선에 대한 법적 규제와 대응에 관한 고찰”, 「외법논집」 제34권 제1호(한국외대 법학연구소, 2010), 373면; 선진국의 해운회사는 선원의 고임금과 엄격한 노동기준 때문에 외국선적(foreign flag)을 선택하게 된다고 한다. See Jan Hoffmann, Ricardo J. Sanchez & Wayne K. Talley, “Determinants of Vessel Flag”, Kevin Cullinane ed., Shipping Economics, Elsevier, 2005, p. 205.
- 6) 본래 특수목적법인(SPC)은 금융대상사업의 수익(revenue)을 기초로 하여 금융을 제공하는 프로젝트 파이낸스의 경우 그 실질 운영자의 다른 수익(revenue) 및 위험(risk)과 혼재되는 것을 회피할 목적으로 설립되는 것이 일반적이다. 선박금융의 구조와 관련하여 특수목적법인(SPC)이 많이 이용되는 이유는 선박의 소유와 운영을 분리하는 해운업의 오랜 전통 때문이다. 즉 해운업은 위험기업으로 선박의 소유에 따른 위험이 해운회사의 기타 자산에까지 확산되는 것을 방지할 목적으로 특수목적법인(SPC)이 설립된다. 이러한 이유로 1선박 1선주(SPC)의 원칙은 해운업계의 확고한 전통이라고 할 수 있다. 정우영, 전계논문, 92-93면.
- 7) 선체용선계약은 ① 용선계약이 종료된 후에 용선자가 선박을 매수 또는 인수할 권리를 갖는 국적취득조건부 또는 소유권취득조건부 선체용선계약(Bareboat Charter Hire Purchase; BBCHP)(상 제848조 제2항 전단)과 ② 그렇지 않은 단순선체용선계약(Bareboat Charter; BBC)(상 제847조 제1항)으로 구분할 수가 있다. 선체용선계약의 표준서식으로는 발틱국제해사위원회(Baltic and International Maritime Council; BIMCO)에서 작성한 Barecon 2001(BIMCO STANDARD BAREBOAT CHARTER CODE NAME: BARECON 2001)이 사용되고 있다.
- 8) 김도경, “선박금융과 국내선사의 도산”, 「선진상사법률연구」 제55호, 법무부, 2011, 84-85면.

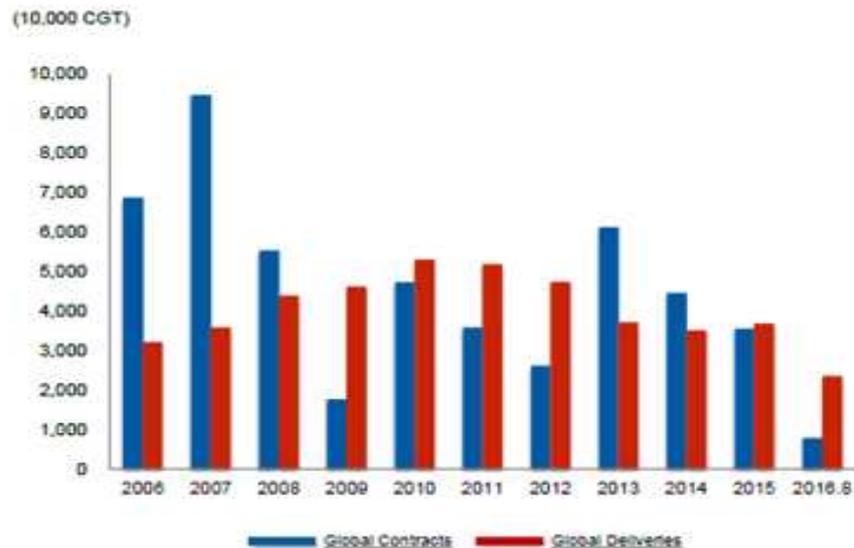
II. 선박금융의 동향

1. 국제 동향

1.1. 조선업의 동향

2008년 글로벌 금융위기 이후, 세계적인 경기침체와 상품 가격의 영향으로 선박건조계약의 체결 건수는 급속히 감소하고 있는 추세에 있다고 할 수 있다.⁹⁾

[그림 2] 조선업 동향

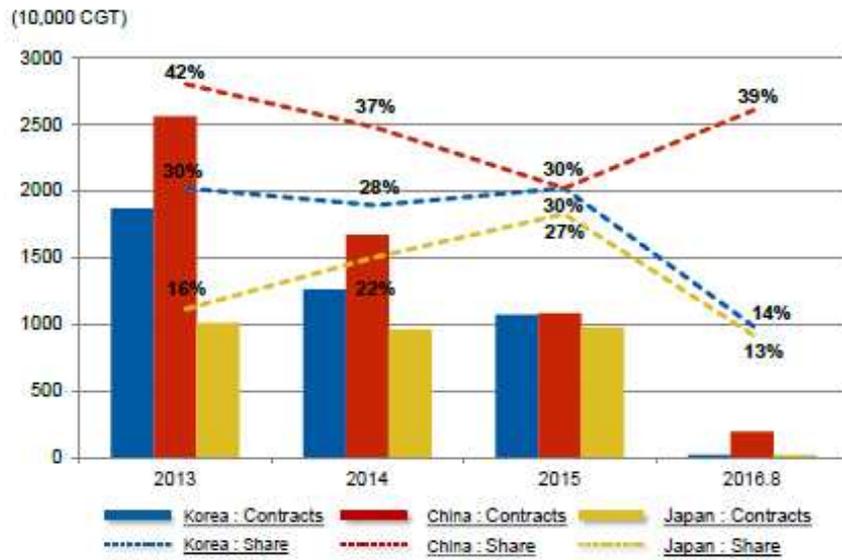


세계 조선업의 시장점유율(market share)을 보면 중국 정부의 지원과 일본 엔화의 약세의 흐름 속에서 중국의 시장점유율이 상승하고 있는 추세에 있고, 2016년 기준으로 39%정도에 이르고 있다. 우리나라의 경우 상대적으로 시장점유율이 하락하고 있는 추세에 있는데, 2016년 기준으로 14%를 차지하고 있다. 다만 조선업의 장기적 전망의 관점에서 우리나라의 조선업은 여전히 경쟁력이 있다고 평가할 수 있다.¹⁰⁾

9) WonHyup Kwon(Korea Eximbank), Encouraging Mutual Growth of Korean Shipping and Shipbuilding Industries, Marine Money 10th Annual Korea Ship Finance Forum, Busan, 2016.11.2., p. 5.

10) Id., p. 5.

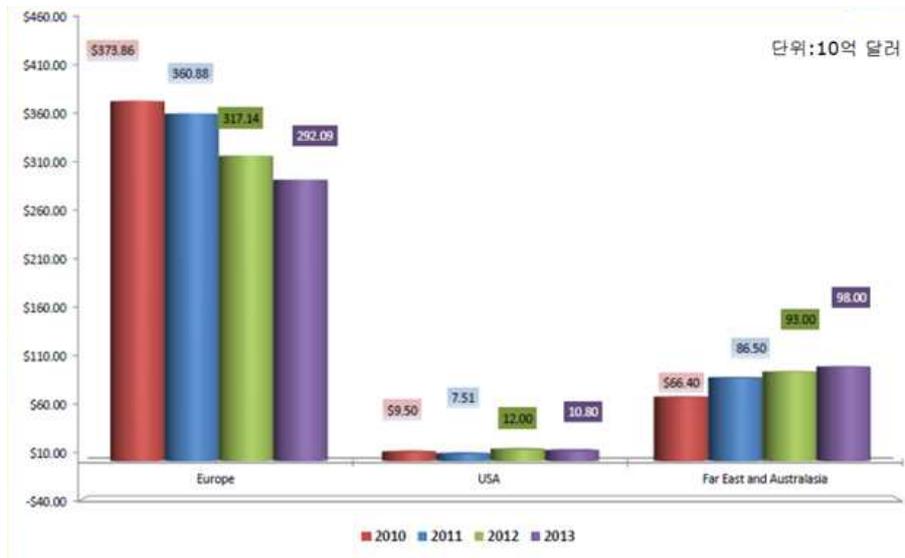
[그림 3] 조선업의 시장점유율



1.2. 선박금융의 동향

2013년 기준으로 보면, 유럽의 금융기관이 해운기업에 대한 대출을 가장 많이 하고 있음을 알 수 있는데, 이로 인해 상대적으로 유럽의 해운기업은 금융상의 혜택을 많이 보고 있다고 평가할 수 있다. 최근 극동아시아 지역에서의 해운기업 대출의 비중이 증가하고 있는 추세에 있다고 볼 수 있다. 이에 반해 미국의 경우는 상대적으로 해운기업에 대한 대출이 많지는 않다고 평가할 수 있다.

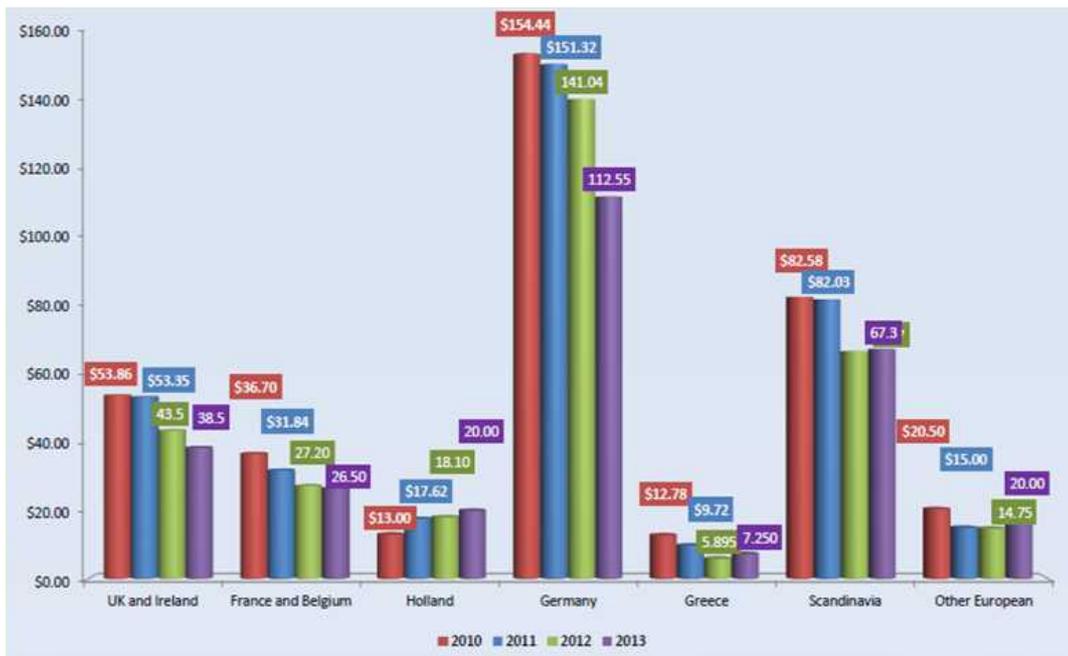
[그림 4] 선박금융의 규모



(자료: Petrofin Bank Research, 2013)

특히 유럽의 선박금융의 동향을 보면, 해운업이 발달한 독일이 상대적으로 많은 선박금융을 제공하고 있음을 알 수 있다. 다음으로 스칸디나비아반도의 스웨덴, 노르웨이 및 덴마크가 많은 선박금융을 제공하고 있다고 평가할 수 있다.

[그림 5] 유럽의 선박금융의 규모

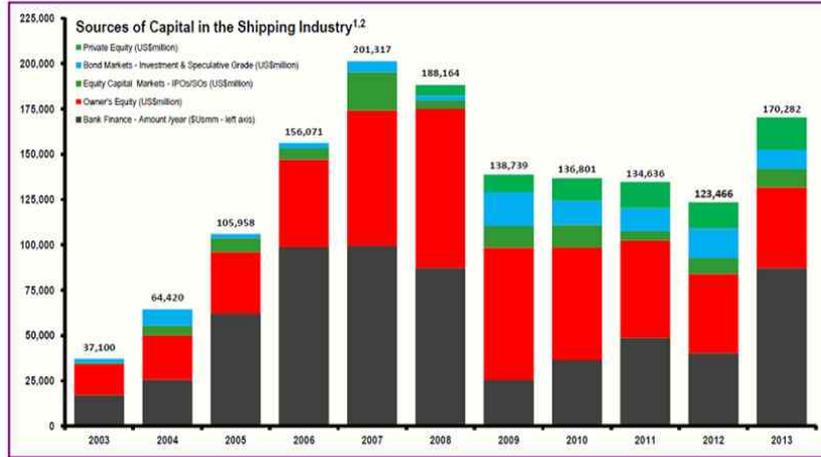


(자료: Petrofin Bank Research, 2013)

금융수단별 선박금융의 조달 비중을 보면, 여전히 은행이 선박금융의 핵심적 역할을 하고 있음을 알 수 있다. 그런데 2008년 글로벌 금융위기 이후 은행의 비중이 축소되면서 자본시장을 통한 선박금융조달이 증가하고 있는 추세라고 할 수 있다. 바젤Ⅲ와 유동성 제약으로 인해 은행의 영업환경이 좋지 않았기 때문이다.¹¹⁾ 그럼에도 불구하고 2013년 기준으로는 은행은 여전히 선박금융에 있어서 가장 높은 비중을 차지하고 있는 선박금융의 원천이라고 평가할 수 있다.

11) Brandon Kim(KDB Bank), Current Ship Finance in Korea-Challenge and Opportunities-, Marine Money 10th Annual Korea Ship Finance Forum, Busan, 2016.11.2., p. 7.

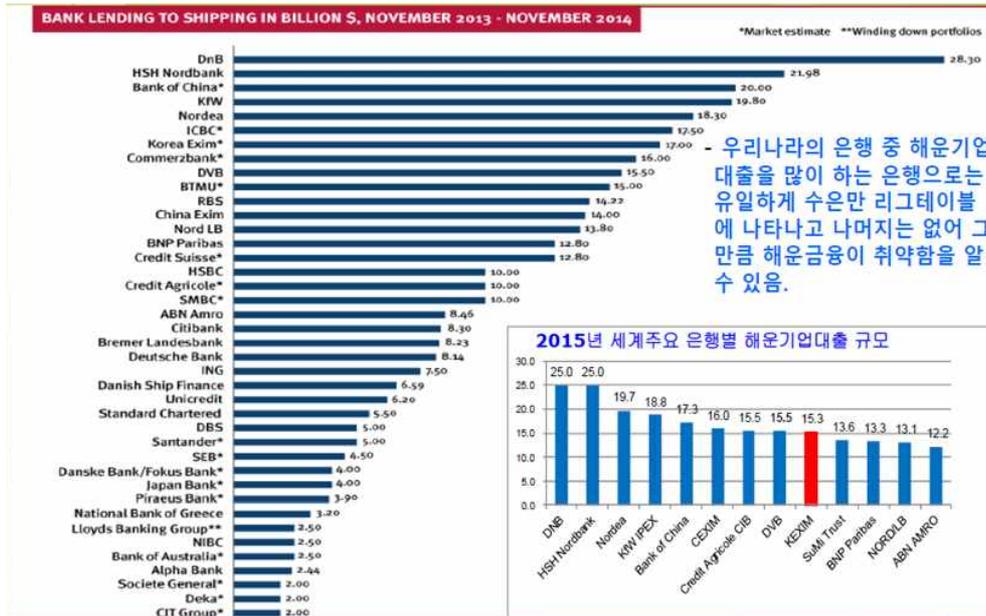
[그림 6] 세계 선박금융시장의 자원별 추이



자료: Dealogic; Thomson Reuters; IPOs/SOs/Bonds Prospectus [Nomokos(2014)]에서 재인용

2015년 기준으로 세계주요 금융기관의 해운기업 대출 현황을 보면, 우리나라의 경우 한국수출입은행만이 유일하게 순위에 올라있음을 알 수 있다.

[그림 7] 세계 주요 금융기관의 해운기업 대출현황(2014년 11월 말 및 2015년 기준)

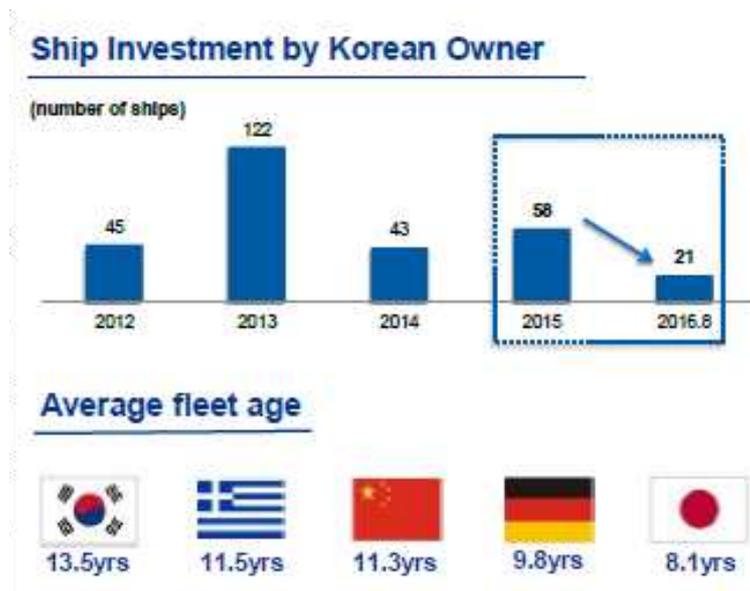


2. 국내 동향

2.1. 은행

국내 선박금융에 있어서 시중은행의 총대출금액은 2014년 12월 기준으로 0.2%에 불과할 정도로 축소되고 있는 추세에 있다. 시중은행은 해운업 및 조선업에 대한 대출을 축소하고 있다.¹²⁾ 특히 해운업은 유동성 부족에 시달리고 있는데, 해운회사는 재무상태의 악화, 즉 부채비율이 상승하여 새로운 선박건조를 위한 금융조달능력을 상실하고 있다.¹³⁾ 이로 인해 선박소유자의 선박에 대한 투자는 크게 감소하고 있다.¹⁴⁾

[그림 8] 선박소유자의 선박에 대한 투자



선박금융시장을 주도하고 있는 것은 국책은행과 수출신용기관(Export Credit Agencies; ECAs)이라고 할 수 있다. 즉 한국산업은행, 한국수출입은행 및 한국무역보험공사가 선박금융에 있어서 핵심적인 역할을 수행하고 있다. 수출신용기관(ECAs)은 주로 외국 선주에 집중하고 있다.¹⁵⁾ 외국계 은행은 한 국가스공사(KOGAS), 글로비스(Glovis) 등과 같은 우량 고객을 대상으로 하는 선박금융에 선별적으로 참여하는 경향이 있다.¹⁶⁾

12) Id., p. 8.

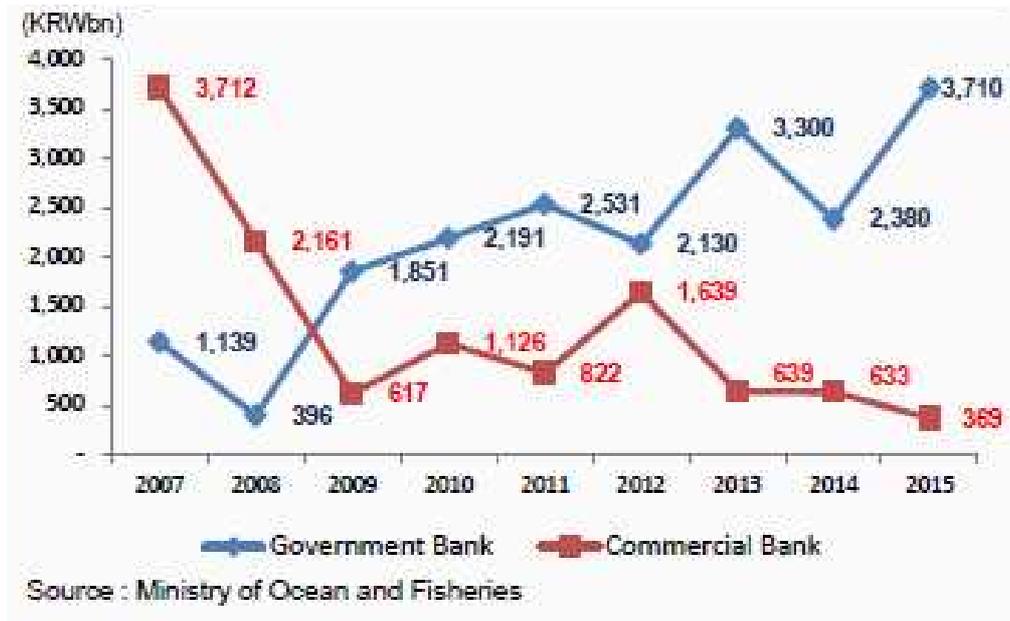
13) WonHyup Kwon(Korea Eximbank), supra note 9, p. 6.

14) Id., p. 6.

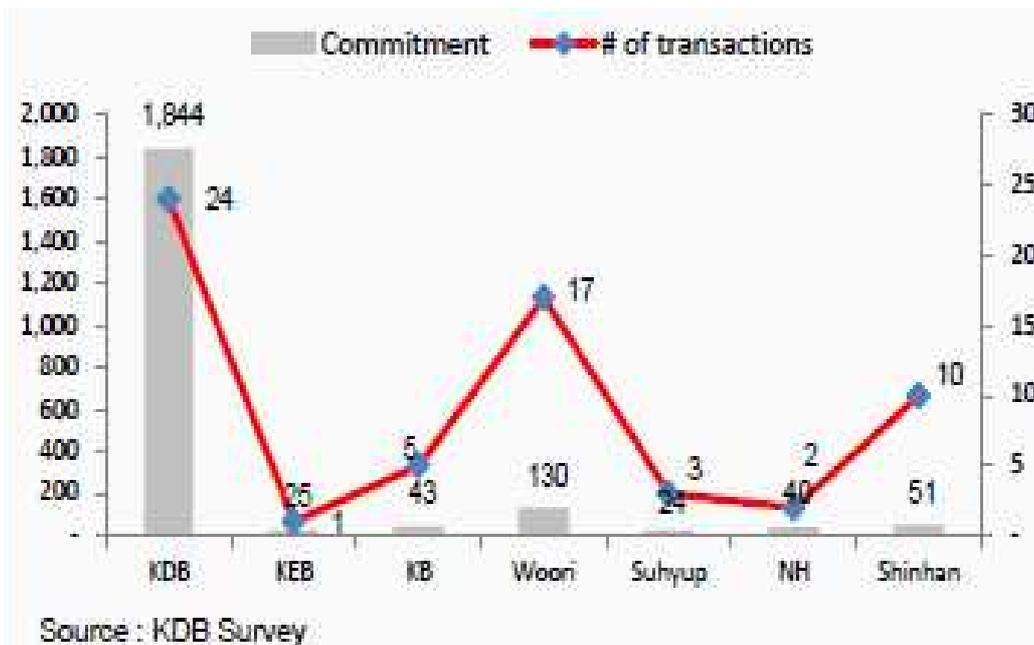
15) Brandon Kim(KDB Bank), supra note 11, p. 8.

16) Id., p. 8.

[그림 9] 국책은행과 시중은행의 선박금융의 규모



[그림 10] 은행의 선박금융(2014년 기준)



우리나라의 주요 국책금융기관의 선박금융 제공 규모는 약 59조원에 이른다[표 1참조].¹⁷⁾

17) 이기환 · 오학균 · 신주선 · 이재민, 전게서, 40-41면.

[표 1] 주요 국책금융기관의 선박금융 제공 규모

(단위: 조 원)

	한국수출입은행	한국산업은행	한국무역보험공사	한국정책금융공사	합계
규모	29.1	7.6	18.7	3.8	59.2

*2013년 말 대출잔액 기준(한국수출입은행 내부자료, 2014)

2.2. 선박펀드

선박금융의 보충적 재원으로는 선박펀드가 있다. 한국산업은행, 한국수출입은행, 한국자산관리공사(KAMCO) 등과 같은 국책금융기관 주도의 선박펀드 프로그램이 운영되고 있다.¹⁸⁾

또한, 선박투자회사법에 따른 선박투자회사제도가 있다. 독일의 KG 및 노르웨이의 K/S제도를 모델로 하여 2002년 도입된 선박투자회사제도는 자본시장을 통해 민간의 자금을 조달하여 선박금융에 제공하기 위한 목적으로 도입되었다.¹⁹⁾ 현재 선박펀드시장에서 활동하는 선박운용회사는 5개사가 있다.²⁰⁾

[표 2] 선박운용회사 현황

운용회사	설립일	자본금	주요주주
(주)한국선박금융	2003.3	85억	대우조선해양, STX조선, 한국산업은행
(주)KSF선박금융	2004.2	84.7억	한국수출입은행, 삼성생명, 현대중공업
(주)세계로선박금융	2005.3	80억	창명해운, 삼성물산, 미래에셋증권
(주)국제선박투자 운용	2005.4	50억	극동티엘에스, 동진산업
(주)캠코선박운용	2009.6	70억	한국자산관리공사

(자료: 해양수산부, 2015년 9월 현재)

이 가운데 캠코선박운용을 제외한 4개 민간선박운용회사가 조성한 선박펀드의 규모를 보면, 선가 기준으로는 9조 6천 6백억원에 이르고 있으며, 128개 선박펀드를 통해 확보한 선박의 수는 203척에 이르고 있다.²¹⁾

[표 3] 선박투자회사 연도별 인가 현황(민간 펀드, 선가 기준)

구분	합계	2004-6	2007-9	2010-12	2013-15
펀드 수	128	48	22	23	35
펀드 규모(억원)	96,658	25,670	18,967	26,373	25,648

(자료: 해양수산부, 2015년 9월 현재)

4개 민간선박운용회사가 2015년 9월 현재 운영 중인 선박투자회사는 총 86개사이다.²²⁾

18) Brandon Kim(KDB Bank), supra note 11, p. 8.

19) 이기환 · 오학균 · 신주선 · 이재민, 전계서, 383-384면.

20) 상계서, 387-388면.

21) 상계서, 388면.

[표 4] 민간선박용회사별 선박투자회사 운영 현황

구분	계	KSF선박 금융	한국선박 금융	세계로선박금 융	국제선박 투자금융
펀드 수	86	43	17	16	10

(자료: 해양수산부, 2015년 9월 현재, 청산회사 제외)

Ⅲ. 선박금융상의 최근 법적 쟁점

1. 선수금환급보증의 법적 문제

1.1. 선수금환급보증의 의의

국제거래에 있어서 독립적 은행보증(first demand bank guarantee, independent bank guarantee)²³⁾은 수익자가 보증의 요건이나 서류에 관한 조건에 따라 서면에 의해서 지급을 요구하거나 보증에서 요구되는 서류를 제시하여 지급을 요구하는 경우에 은행이나 그 밖의 금융기관 또는 보증인이 수익자에게 일정한 금액을 일정한 기간 내에 지급하도록 하는 독립적인 약속이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 이와 관련하여 대법원은 독립적 은행보증이란 주채무자(보증의뢰인)와 채권자(수익자) 사이의 원인관계와는 독립되어 그 원인관계에 기한 사유로서는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 보증인의 무조건적인 지급의무가 발생하는 것이라고 판시하고 있다.²⁵⁾

이러한 독립적 은행보증의 일종으로서 선수금환급보증은 선박건조계약에 있어서 건조자(보증의뢰인, 매도인)의 요청으로 금융기관(보증인)이 발주자(수익자, 매수인)에 대해 선수금의 지급약속을 보증한 것이라고 할 수 있다. 따라서 보증인으로서 금융기관은 발주자에게 선수금환급보증서를 발행하게 된다. 즉 선수금환급보증서는 금융기관이 건조자의 요청에 따라 발주자에게 발행하여 교부하는 증서로서 선박건조계약상 발주자가 어떠한 이유로든지 건조자로부터 선수금²⁶⁾을 반환받아야 할 사유가 발생한 경우에 금융기관이 선수금의 환급을 약속한 증서라고 할 수 있다.²⁷⁾

22) 상계서, 388면.

23) 독립적 은행보증은 은행보증(bank guarantee), 독립적 보증(independent guarantee), 요구불 보증(demand guarantee) 등으로 불리기도 하는데, 주로 은행이 보증업무를 한다는 점에서 독립적 은행보증이라고 한다. 독립적 은행 보증이 국제거래에 있어서 본격적으로 등장한 것은 1960년대이지만, 널리 이용되기 시작한 것은 1970년대부터이다. 즉 1970년대 중동의 산유국들이 대규모의 석유판매대금을 바탕으로 도로, 항만, 병원 등의 건설과 같은 각종의 프로젝트를 발주하였는데, 이때부터 독립적 은행보증이 널리 활용되기 시작하였다. 최준선, 제8판 「국제거래법」, 삼영사, 2013, 354면; 독립적 은행보증의 유형으로는 입찰보증(tender guarantee, bid bond), 이행보증(performance guarantee, performance bond), 선수금환급보증(advance payment guarantee, repayment bond), 유보금보증(retention guarantee), 하자담보보증(maintenance or warranty guarantee) 등이 있다. 이기수 신창섭, 제6판 「국제거래법」, 세창출판사, 2015, 456면; 서원재, 제4판 「국제거래법」, 법문사, 2006, 360면.

24) 이기수 신창섭, 상계서, 449면.

25) 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결.

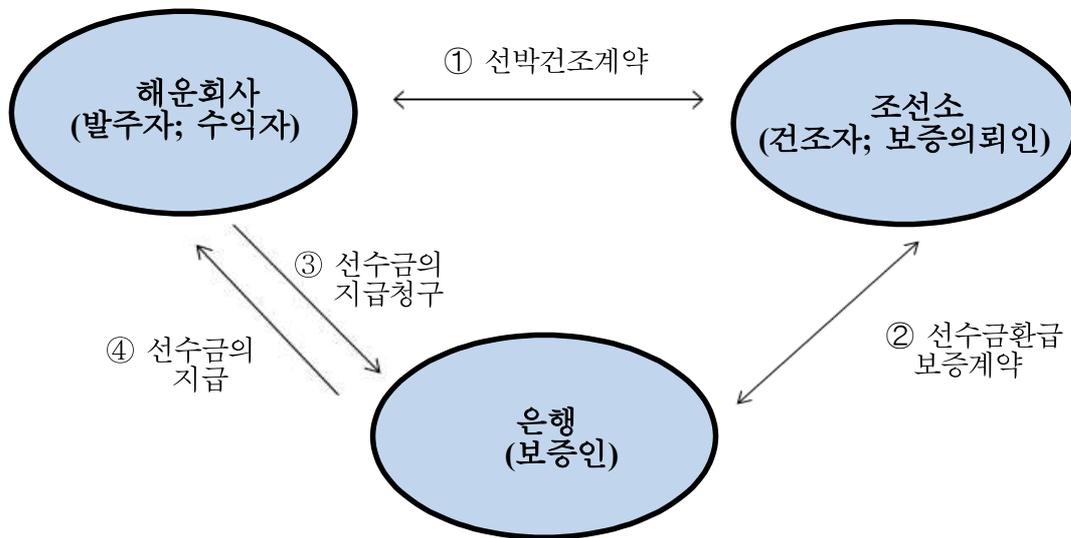
26) 선박건조계약상 선박의 인도 전에 발주자가 조선소에 지급하는 선박건조대금을 선지급금이라고 하는데, 이를 조선소의 입장에서 보면 선수금이 된다. 서영화, “선박건조계약과 관련한 몇 가지 법률문제들”, 「한국해법학회지」, 제32권 제1호, 한국해법학회, 2010, 49면.

27) 서영화, 상계논문, 49면.

일반적으로 금융기관이 발행하는 선수금환급보증서는 발주자가 선박건조대금으로서 분할하여 지급할 금액 중 인도대금을 제외한 나머지 금액 전액과 이에 대한 일정한 이자의 지급을 약속하며, 건조자가 취득하여야 할 선수금환급보증서의 초안을 선박건조계약에 첨부하는 것이 실무라고 할 수 있다. 금융기관이 선수금환급보증서를 발행하는 경우에는 신용장 양식(advance payment standby letter of credit)으로 발행하기도 한다.²⁸⁾

1.2. 선수금환급보증의 법률관계

[그림 11] 선수금환급보증의 법률관계



1.2.1. 보증의뢰인과 보증은행의 관계

보증의뢰인인 건조자와 보증인인 은행의 관계는 민법상의 위임계약에 해당한다고 할 수 있다. 선수금환급보증의 사안은 아니지만, 독립적 은행보증에 관한 사건에서 대법원은 보증의뢰인과 보증인 사이의 은행보증서의 발행을 위한 보증의뢰계약은 그 보증에 따른 사무처리를 내용으로 하는 민법상의 위임계약에 해당한다고 판시하였다.²⁹⁾ 따라서 보증인은 그 수임인으로서 상대방인 보증의뢰인의 당해 보증서에 관한 이익을 보호하여야 할 의무를 부담한다. 특히 보증인은 수익자의 보증금 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 보증의뢰인에 대한 관계에 있어서 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약상의 의무를 부담하게 되는데, 이러한 경우 보증의뢰인은 보증인에 대한 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증하여 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 갖는다.³⁰⁾

28) 서영화, 상계논문, 49면.

29) 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결.

30) 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결.

1.2.2. 보증의뢰인과 수익자의 관계

보증의뢰인인 건조자와 수익자인 발주자는 기본계약인 선박건조계약의 당사자 관계에 있다고 할 수 있다. 선박건조계약상 건조자는 발주자에게 선수금환급보증을 제공할 의무를 부담하고 있기는 하지만, 선수금환급보증에 있어서 건조자와 발주자는 직접적인 법률관계를 갖지는 않는다고 할 수 있다.³¹⁾

1.2.3. 보증은행과 수익자의 관계

선수금환급보증에 있어서 보증은행은 건조자의 발주자에 대한 선수금환급채무를 보증하는 것이 아니라 주채무자로서 선박건조계약상 발주자인 수익자에게 지급하여야 할 선수금을 환급할 의무를 부담하게 된다. 다시 말하면 비록 선수금환급보증서의 명칭에 보증이라는 용어를 쓰고 있지만, 그 내용상 보증은행의 의무는 보증책임이 아니라 선수금환급보증서에 의하여 창설된 주채무자로서 부담하는 채무라고 할 수 있다. 이러한 측면에서 선수금환급보증서는 신용장과 일치하는 성격을 갖는다고 할 수 있다.³²⁾

따라서 보증은행이 선수금환급보증을 제공하면, 수익자는 선수금환급보증상의 권리를 행사할 수 있게 된다. 즉 수익자는 선수금환급보증서가 요구하고 있는 서류를 갖추어 선수금의 지급을 청구할 수 있다.³³⁾

선수금환급보증의 수익자는 발주자가 되는 것이 일반적이지만, 원활한 선박금융을 위해 금융을 제공하는 대주(lender)를 수익자로 정하거나 선수금환급보증서를 그 대주에게 양도하기도 한다. 이러한 경우 대주도 선수금환급보증상의 권리를 행사할 수 있게 되며, 선수금환급보증의 양도를 위해 선수금환급보증서에 양도가능(assignable)이라고 명시한다.³⁴⁾

1.3. 선수금환급보증과 독립추상성의 원칙

1.3.1. 독립추상성의 원칙의 의의

독립적 은행보증은 원인관계와 관련된 수익자의 이익을 보호하기 위한 것이지만 추상적인 지급약속이라는 점에서 원인관계로부터 독립되어 있다.³⁵⁾ 따라서 독립적 은행보증의 일종인 선수금환급보증은 기본계약(underlying contract)인 선박건조계약과 독립적이며, 일반 보증과는 달리 원칙적으로 부종성이나 보충성이 없다. 따라서 수익자의 선수금환급청구가 있으면 보증은행은 선수금환급보증서상의 지급조건의 충족 여부만을 기준으로 선수금의 지급 여부를 결정하게 된다.³⁶⁾

31) 김상만, “선박수출거래에서 환급보증의 특성과 문제점에 대한 연구”, 「서울대학교 법학」, 제52권 제3호, 서울대 법학연구소, 2011, 460-461면.

32) 서영화, 전계논문, 50-51면.

33) 김상만, 전계논문, 461면.

34) 김상만, 상계논문, 461면.

35) 서헌제, 전게서, 354면; 독립성이란 독립적 은행보증서가 원인거래에 기초하여 발행되지만 독립적 은행보증을 중심으로 한 당사자 간의 법률관계는 그러한 원인거래에 영향을 받지 않는 별개의 거래라는 것을 말한다. 김선국, “독립적 은행보증의 법리”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008, 310면.

36) 김상만, 전계논문, 457면.

이와 관련하여 대법원은 “주채무자(보증의뢰인)와 채권자(수익자) 사이의 원인관계와는 독립되어 그 원인관계에 기한 사유로서는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 보증인의 무조건적인 지급의무가 발생하게 되는 이른바 독립적 은행보증(first demand bank guarantee)이라고 할 것이고, 따라서 이러한 은행보증의 보증인으로서의 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에 있어서 채무불이행책임을 부담하게 되는지의 여부를 불문하고 그 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있다고 할 것이며, 이 점에서 이 은행보증은 수익자와 보증의뢰인과의 원인관계와는 단절된 추상성 내지 무인성을 가진다”고 판시하고 있다.³⁷⁾

한편, 선수금환급보증에 있어서 보증은행이 수익자로부터 선수금의 지급청구를 받게 되는 경우 보증은행은 서류심사에 의해서만 선수금의 지급 여부를 판단하게 되는데, 이러한 원칙을 추상성의 원칙이라고 한다.³⁸⁾ 선수금환급보증의 내용에 따라 선수금의 지급청구의 조건으로 일정한 증빙서류의 제출을 요구하는 경우도 있고, 수익자의 절대적 판단에 따라 선수금의 지급청구를 하면 무조건적으로 지급해야 하는 경우도 있다. 보증은행의 서류심사는 제시된 서류가 문면상 선수금환급보증의 조건과 일치하는지의 여부만을 판단하며, 서류가 실질적으로 진정한 것인지 또는 선박건조계약에 따른 의무를 이행하지 않았는지의 여부 등을 조사할 의무는 없다.³⁹⁾

1.3.2. 독립추상성의 원칙의 예외

독립적 은행보증의 독립추상성의 원칙에도 불구하고 수익자의 부당한 지급청구에 대해서는 보증은행이 보증금의 지급을 거절할 수가 있다.⁴⁰⁾ 대부분의 국가에서는 독립적 은행보증의 독립추상성을 존중하면서도 수익자의 “명백히 불공정한(manifestly unfair)” 지급청구에 한해서 보증은행의 지급거절을 인정하고 있다. 지급거절의 사유로는 첫째 보증조건의 불이행을 들 수 있다. 예를 들면, 지급개시일 이전의 지급청구 또는 유효 기일 이후의 지급청구 등을 들 수 있다. 둘째, 명백한 사기(manifest fraud)를 들 수 있다. 예를 들면, 수익자의 명백한 사기가 있고 보증은행이 이러한 사실을 알았을 경우에는 보증금의 지급을 거절할 수 있다.⁴¹⁾ 이와 관련하여 대법원⁴²⁾은 수익자의 보증금 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때 보증은행은 보증금의 지급을 거절할 수 있다고 판시하고 있다.⁴³⁾

37) 한국외환은행이 수급인인 건설회사의 보증의뢰에 따라 도급인인 사우디아라비아 왕국 보건설을 수익자로 하여 발행한 지급보증서를 둘러싼 법적 분쟁을 다룬 사건이었다. 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결.

38) 추상성(abstraction)이란 독립적 은행보증거래가 서류에 의한 거래이므로 거래의 당사자들은 서류에 의해서만 당사자들의 권리 및 의무 요건의 충족여부를 판단하여야 한다는 것을 의미한다. 김선국, 전계논문, 309면.

39) 김상만, 전계논문, 457-458면.

40) 독립추상성의 예외 사유에 관한 미국, 영국 및 독일의 판례의 입장에 대한 상세한 설명은 김선국, 전계논문, 312-319면.

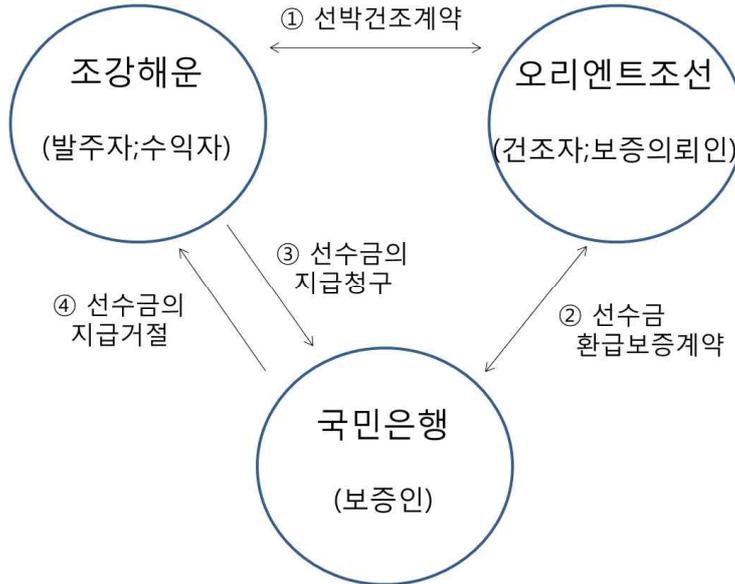
41) 서헌제, 전계서, 367면.

42) 한국외환은행이 수급인인 건설회사의 보증의뢰에 따라 도급인인 사우디아라비아 왕국 보건설을 수익자로 하여 발행한 지급보증서를 둘러싼 법적 분쟁을 다룬 사건이었다. 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결.

43) 윤진수, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 범리”, 「법조」, 제692권, 법조협회, 2014, 59면; 김인현, “독립적 보증으로서의 선수금 환급보증과 권리남용”, 「국제거래법연구」, 제24집 제2호, 국제거래법학회, 2015, 161면.

1.4. 대법원 판결의 분석

[그림 12] 사실관계



1.4.1. 사실관계

이 사건 원고들은 파나마 공화국 법률에 따라 설립된 회사로서 선박의 소유를 목적으로 하는 회사⁴⁴⁾이고, 조강해운 주식회사(이하 “조강해운”이라 한다)는 원고들의 모회사이며, 피고는 대한민국 은행법에 따라 설립된 은행인 국민은행 주식회사이다. 피고 보조참가인인 주식회사 오리엔트조선(이하 “오리엔트조선”이라 한다)은 선박건조회사로서 2012년 3월 22일 회생절차개시결정(부산지방법원 2012회합3호)⁴⁵⁾을 받았다.

조강해운은 2007년 8월 9일 오리엔트조선과 사이에 선체번호 OSN-1006호(이하 “1006호 선박”이라 한다) 및 OSN-1009호(이하 “1009호 선박”이라고 한다)에 대하여 대금을 각 미화 34,200,000달러로 하는 선박건조계약을 체결하였다. 선박건조계약서는 각 선박마다 개별적으로 작성되었으나 선박인도기한(1006호 선박의 경우 2009년 8월말, 1009호 선박의 경우 2010년 5월말)을 제외하고는 내용이 동일하였다. 선박건조계약서의 주요 내용은 아래의 표와 같다.

44) 원고는 퍼시픽 캐리어 시핑 에스 에이(Pacific Carrier Shipping S. A.)와 아틀란틱 캐리어 시핑 에스 에이(Atlantic Carrier Shipping S. A.)였다.

45) 오리엔트조선은 2010년 8월 9일 부산지방법원 2010회합11호로 회생개시결정을 받았으나 2012년 1월 27일 회생절차가 폐지되었다가 다시 같은 법원 2012회합3호로 회생개시결정을 받고 2012년 7월 25일 회생계획인가결정을 받았다.

Article X. 건조대금지급

2. 지급조건

선박건조대금은 계약의 효력이 유지되는 한 아래와 같은 방법으로 지급한다 ;

(a) 1차 선수금

매수인은 선박건조대금의 20%에 해당하는 금액인 미화 6,840,000달러를 건조자로부터 본 조 제8항이 규정하고 있는 선수금환급보증서를 수령한 후, 2007. 9. 20. 전까지 지급한다.

(b) 2차 선수금

매수인은 선박건조대금의 20%에 해당하는 금액인 미화 6,840,000달러를 건조자로부터 강제 절단(steel cutting) 공정완료 통지를 받은 날로부터 5 영업일 이내에 지급한다. 다만, 2차 선수금에 대한 지급요청은 2008. 6.말 전까지는 할 수 없다.

(c) 3차 선수금

매수인은 선박건조대금의 20%에 해당하는 금액인 미화 6,840,000달러를 건조자로부터 용골 거치(keel laying) 공정완료 통지를 받은 날로부터 5 영업일 이내에 지급한다.

(d) 4차 선수금

매수인은 선박건조대금의 20%에 해당하는 금액인 미화 6,840,000달러를 건조자로부터 진수 (launching) 수행 통지를 받은 날로부터 5 영업일 이내에 지급한다.

(e) 5차 선수금

매수인은 선박건조대금의 20%에 해당하는 금액인 미화 6,840,000달러에서 이 사건 계약서 제3조 및 제5조에 따라 선박의 인도 이전에 발생한 계약의 변경 또는 수정으로 인해 증감된 금액 을 선박 인도(delivery)와 동시에 건조자에게 지급한다.

(중략)

건조자와 매수자는, 건조자와 매수인 사이의 어떠한 분쟁이나 불일치를 이유로 하여 이 조 항에 따른 모든 지급을 지체하거나 유보할 수 없음에 합의한다. 어떠한 분쟁이 있으면 이는 이하 제13조의 중재조항에 따라 해결되어야 한다.

5. 건조자의 선수금환급의무

매수인이 선박의 인도에 앞서 건조자에게 지급한 금원은 건조자에게 지급한 선수금으로 본 다. 이 사건 계약상 조건에 의거하여 매수인이 선박의 인수를 거절하거나, 제11조에 따라 건조자가 이 사건 계약을 해제 또는 취소하는 경우를 제외하고, 만일 매수인이 이 사건 계약을 종료, 취소 또는 해제할 수 있도록 허용하고 있는 이 사건 계약상 어느 조항에 따라 매수인이 해제, 취소, 종 료하면, 건조자는 매수인이 기지급한 선수금을, 미화로, 인도 전에 지급한 금원 전액 및 그에 대한 이자를 합산한 금원을 매수인의 거절의사표시를 수령한 날로부터 7 은행 영업일 내에 즉시 매수인 에게 환급한다.(밑줄은 필자의 강조표시) (중략) 환급시 이자율은 각 선수금을 지급받은 날의 다음 날부터 계좌이체 등을 통한 환급이 이루어지는 날까지 연 7%의 비율로 한다.

Article XI. 채무자의 채무불이행

1. 채무불이행의 정의

채무자는 다음의 각 경우에 이 사건 계약의 채무불이행에 해당한다.

(a) 1, 2, 3차 및 4차 선수금 중 어떤 것이라도 해당 선수금의 각 지급기일 내에 건조자에게 지급되지 아니할 경우.(밑줄은 필자의 강조 표시)

2. 선박 인도전 매수인의 채무불이행의 효과

만약 매수인이 이 사건 계약상 의무 위반으로 상기 채무불이행에 해당할 경우,

(a) 그러한 채무불이행이 계속되는 실제 기간 동안 선박의 인도일이 자동으로 연장된다.

(d) 건조자가 매수인의 채무불이행을 통지한 날로부터 7일이 경과할 동안 매수인의 채무불이행이 계속될 경우, 건조자는 그 선택에 따라 서면으로 건조계약을 해제할 수 있다.(밑줄은 필자의 강조 표시)

(e) 상기에서와 같이 매수인의 채무불이행에 따라 건조자가 건조계약을 해제하였을 경우, 건조자는 매수인으로부터 지급받은 선수금을 보유하며, 매수인의 채무불이행 및 그에 따른 건조계약의 해제로 인하여 건조자가 입은 손실 및 손해의 전보에 충당할 수 있고, 동시에 선박을 공매 또는 사적매매의 방법으로 처분할 수 있는 권리를 갖는다.

이러한 선박건조계약에 따라 오리엔트조선은 피고에게 선수금환급보증을 의뢰하였고, 피고는 2007년 9월 20일 수익자를 조강해운으로 하는 선수금환급보증서(Letter of Guarantee 또는 Refund Guarantee)⁴⁶⁾를 발급하였다. 이 선수금환급보증서의 주요 내용은 다음과 같다.

피고는 이로써 조강해운을 수익자로 하여, 오리엔트조선을 위하여, 이 사건 각 선박을 건조하는 것을 내용으로 하여 매수인과 건조자간에 2007년 8월 9일 체결된 선박건조계약에 의거하여 당 은행의 취소불가능한 보증서를 개설한다.

만약, 이 사건 계약의 조건과 관련하여, 매수인이 선박의 인도 이전에 건조자에게 지급한 선수금의 환급을 청구할 수 있게 되는 경우, 우리는 취소불가능하고 무조건적으로(아래에서 적시한 조건들을 제외하고는) 처음 서면요구를 한 날로부터 30일 이내에 매수인에게 그 반환을 보증한다.(밑줄은 필자의 강조 표시)

(중략)

본 보증서는 매수인이 계약 제10조에 의거하여 건조자에게 환급청구를 하였다는 점 및 건조자가 환급하지 못하였다는 점을 내용으로 하는 매수인의 단순한 서면진술서에 기하여 지급이 가능하다.(밑줄은 필자의 강조 표시)

(중략)

위에서 언급한 조항에도 불구하고, 상기 건조자에 대한 선수금반환청구일로부터 30일 내에, 당 은행이 귀사의 건조계약해제 혹은 그에 따른 선수금환급청구가 다투어 지고 이 계약에 따른 중재 절차에 회부되었다는 서면확인서가 첨부된 통지서를 귀사 또는 건조자로부터 수령한 경우, 당 은행은 이 보증하에서 그와 같은 중재절차에서 내려진 중재판정에 의거 귀사가 건조자에게 지급받도록 판정받은 금액을 귀사로부터 그와 같이 판정된 금액의 지급요청 및 중재판정문 사본을 수령하는 즉시 지급한다.

(중략)

본 보증서는 개설일로부터 건조자가 매수인에게 계약이 정하고 있는 바에 따라 선박을 인도하는 시점까지 양도가능하고 유효하다.

본 보증서는 대한민국 법의 적용을 받고, 해석되며, 하기 서명인은 대한민국의 법원을 비전속적인 재판관할로 한다.(밑줄은 필자의 강조 표시)

본 보증서는 개설은행의 확인 하에 양도된다.

46) 본 선수금환급보증 사건의 준거법은 선수금환급보증서의 문면상 대한민국 법이었고, 대한민국의 법원을 비전속적인 재판관할로 하고 있었다.

조강해운은 선수금환급보증서 발급 이후인 2007년 9월 27일 오리엔트조선에게 각 선박에 대한 1차 선수금 각 6,840,000달러를 지급하였다. 그리고 2007년 11월 19일 조강해운, 오리엔트조선과 원고들은 1006호 선박에 대한 선박건조계약의 매수인 지위를 원고 퍼시픽 캐리어 시핑 에스 에이(이하 “원고 퍼시픽”이라 한다)로, 1009호 선박에 대한 선박건조계약의 매수인 지위를 원고 아틀란틱 캐리어 시핑 에스 에이(이하 “원고 아틀란틱”이라 한다)로 각 변경하는 계약을 체결하였다. 그 이후 원고 퍼시픽은 2008년 7월 30일 오리엔트조선에게 1006호 선박에 대한 2차 선수금 6,840,000달러를 지급하였다.

그런데 원고들은 2011년 8월 26일 오리엔트조선에게 “오리엔트조선의 채무불이행을 이유로 선박건조계약을 해제하므로 이미 지급한 선수금을 환급하라”고 요구하였다. 이러한 요구에 대해 오리엔트조선은 선수금을 반환하지 않았다. 결국 원고들은 2011년 11월 25일 피고를 상대로 선수금환급보증서에 기한 선수금환급보증금의 지급을 청구하는 소송을 제기하였다.

이 소송에서 원고들은 선수금환급보증서는 독립적 은행보증에 해당하고, 선수금환급보증서에 정한 요건에 따라 선수금의 환급을 청구한 이상 피고는 선수금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

이러한 원고들의 주장에 대해 피고 및 피고 보조참가인은 선수금환급보증서는 독립적 은행보증에 해당하지 않고, 원고들의 주장처럼 독립적 은행보증이라고 하더라도 원고들의 선수금환급청구는 그 요건을 충족하지 못하였다고 주장하였다. 더 나아가 피고 및 피고 보조참가인은 이 사건상의 선박건조계약이 원고들의 채무불이행을 이유로 오리엔트조선에 의해 이미 해제되었기 때문에 원고들은 오리엔트조선에 대하여 선수금반환을 청구할 권리가 없음이 명백함에도 불구하고 선수금환급보증서에 기한 권리를 행사하는 것은 권리남용에 해당한다고 주장하였다.

1.4.2. 소송의 경과

1.4.2.1. 제1심 판결

서울중앙지방법원 제22민사부는 “독립적 은행보증의 경우에도 신의성실의 원칙 내지 권리남용금지의 원칙의 적용까지 배제되는 것은 결코 아니라고 할 것이므로 수익자가 실제에 있어서는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있지 못함에도 불구하고 위와 같은 은행보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것임이 객관적으로 명백할 때에는 이는 권리남용의 경우에 해당하여 허용될 수 없는 것이고, 이와 같은 경우에는 보증인으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 할 것이다”고 판시하였다.

이러한 판단기준을 근거로 서울중앙지방법원 제22민사부는 오리엔트조선이 선박건조계약을 적법하게 해제한 이상 원고들이 오리엔트조선에 대하여 선수금환급을 구할 권리가 없음이 객관적으로 명백하다고 판시하면서 원고들이 이러한 사정을 잘 알면서도 선수금환급보증서의 독립추상성을 근거로 선수금보증금의 지급을 구하는 것은 권리남용에 해당한다고 판시하였다.⁴⁷⁾

1.4.2.2. 항소심 판결

항소심인 서울고등법원⁴⁸⁾은 오리엔트조선이 선박건조계약을 적법하게 해제하였기 때문에 원고들이

47) 서울중앙지방법원 제22민사부 2012.9.28. 선고, 2011가합124948 판결(선수금환급보증금).

48) 서울고등법원 제19 민사부 2013.11.29. 선고, 2012나90216 판결(선수금환급보증금).

오리엔트조선에 대하여 선수금환급을 청구할 권리가 없다고 판단한 제1심의를 판결을 인용하면서 원고들의 항소를 모두 기각하였다. 이에 불복한 이 사건 원고들이 대법원에 상고하였다.

1.4.3. 대법원의 판결요지

은행이 보증을 하면서 보증금 지급조건과 일치하는 청구서 및 보증서에서 명시적으로 요구하고 있는 서류가 제시되는 경우에는 그 보증이 기초하고 있는 계약이나 이행제공의 조건과 상관없이 그에 의하여 어떠한 구속도 받지 않고 즉시 수익자가 청구하는 보증금을 지급하겠다고 약정하였다면, 이는 주채무에 대한 관계에서 부종성을 지니는 통상의 보증이 아니라, 주채무자인 보증의뢰인과 채권자인 수익자 사이의 원인관계와는 독립되어 원인관계에 기한 사유로는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 은행의 무조건적인 지급의무가 발생하게 되는 이른바 독립적 은행보증이다. 이러한 독립적 은행보증의 보증인으로서 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에서 채무불이행책임을 부담하게 되는지를 불문하고 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있으며, 이 점에서 독립적 은행보증에서는 수익자와 보증의뢰인 사이의 원인관계와는 단절되는 추상성 및 무인성이 있다. 다만 독립적 은행보증의 경우에도 신의성실 원칙이나 권리남용금지 원칙의 적용까지 완전히 배제되는 것은 아니므로, 수익자가 실제로는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있지 못함에도 불구하고 은행보증의 추상성과 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것이 객관적으로 명백할 때에는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없고(밑줄은 필자의 강조 표시). 이와 같은 경우에는 보증인으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있으나, 원인관계와 단절된 추상성 및 무인성이라는 독립적 은행보증의 본질적 특성을 고려하면, 수익자가 보증금을 청구할 당시 보증의뢰인에게 아무런 권리가 없음이 객관적으로 명백하여 수익자의 형식적인 법적 지위의 남용이 별다른 의심 없이 인정될 수 있는 경우가 아닌 한 권리남용을 쉽게 인정하여서는 아니 된다(대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결 참조).⁴⁹⁾(밑줄은 필자의 강조 표시).

1.4.4. 판결의 의의

대법원은 선수금환급보증상의 수익자의 권리남용의 인정 여부에 대한 판단과 관련하여 다음과 같은 취지로 판시하였다.⁵⁰⁾ 첫째, 선수금환급보증의 독립추상성에도 불구하고 신의성실의 원칙 내지 권리남용금지의 원칙이 적용된다.

둘째, 수익자의 보증금의 청구가 권리남용에 해당하여 보증은행이 그 지급을 거절할 수 있는 경우는 수익자가 보증금을 청구할 당시 보증의뢰인에게 아무런 권리가 없음이 객관적으로 명백하여 수익자의 형식적인 법적 지위의 남용이 별다른 의심 없이 인정될 수 있는 경우라고 할 수 있다.

셋째, 수익자의 권리남용의 객관적 명백성의 판단은 사실심 변론종결 당시까지 수집된 모든 증거에 의해서가 아니라 보증은행이 보증금 청구를 받을 당시 이미 입수하였거나 지체 없이 입수할 수 있는 증거에 의해서 판단되어야 한다.

49) 대법원은 원심 판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송하였다. 대법원 2015.7.9. 선고 2014다6442 판결.

50) 대법원 2015.7.9. 선고, 2014다6442 판결. 이 판결에 대한 상세한 분석은 정대, “선수금환급보증과 권리남용의 판단기준”, 「국제거래와 법(Dong-A Journal of International Business Transactions Law)」, 제15권, 동아대 법학연구소, 2016.

1.5. 소결

조강해운 대 국민은행 사건 판결에서 대법원은 선수금환급보증의 독립추상성은 절대적인 것은 아니라는 점과 선수금환급보증의 독립추상성에도 불구하고 사법상의 대원칙인 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지의 원칙이 적용될 수 있다는 점을 재확인했다고 평가할 수 있다.

다만 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지의 원칙이 적용된다고 하더라도 독립추상성이라는 독립적 은행보증의 본질적 특성을 고려하면 수익자의 보증금 청구가 권리남용에 해당하는지의 여부는 가능하면 엄격하게 해석할 필요성이 있다는 것이 대법원의 입장이라고 할 수 있다.

2. 수출보증보험의 법적 문제

2.1. 수출보증보험제도의 개관

수출보증보험이란 수출거래에 수반되는 여러 가지 위험에 대비하는 보험제도로써 수출업자, 생산자 또는 수출자금을 대출해 준 금융기관이 입게 되는 불의의 손실을 보상함으로써 수출의 진행을 원활하게 하기 위한 비영리 정책보험이라고 할 수 있다.⁵¹⁾ 즉 수출보증보험은 무역보험법에 의해 한국무역보험공사가 운용하는 정책보험이라고 할 수 있다.⁵²⁾

주로 거래의 수출계약, 해외건설공사계약시에는 수입업자나 발주자들이 공신력이 있는 은행의 보증서를 요구하는 경우가 많다. 은행이 보증서를 발급한 경우, 수출업자나 해외건설업자들이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 보증서를 발급한 은행이 수입업자나 발주자들에게 보증금을 지급해야 한다. 따라서 은행은 확실한 담보가 없으면 보증서를 발급하지 않게 된다.⁵³⁾ 이러한 의미에서 수출보증보험은 금융기관으로 하여금 수출업자나 해외건설업체 등을 위하여 보증서를 쉽게 발급할 수 있도록 은행의 보증채무 부담에 따른 위험을 담보하는 기능을 한다고 할 수 있다.⁵⁴⁾

다시 말하면 금융기관이 수출거래와 관련하여 수출보증서를 발행한 후, 수입자로부터 보증채무의 이행청구를 받아 이를 이행함으로써 입게 되는 손실을 보상받기 위해 수출보증보험제도를 이용하게 된다.⁵⁵⁾ 결국 수출보증보험제도는 수출보증서를 발행한 금융기관이 보증수익자(수입자)로부터 보증채무의 이행청구(bond calling)를 받아 대지급하는 경우에 입게 되는 손실을 보상함으로써 수출자가 금융기관으로부터 수출보증서를 용이하게 발급받을 수 있게 하는 수출지원제도이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

2.2. 수출보증보험계약의 의의

상법상 보증보험계약이란 채무의 이행을 담보하기 위하여, 채무자인 보험계약자가 채권자를 피보험자로 하여 계약상의 채무불이행, 또는 법령상의 의무불이행으로 채권자에게 손해를 입힐 경우, 보험

51) 오원석·박광서, 「무역보험」 (삼영사, 2015), 392면.

52) 김상만, “수출거래에서 수출보증보험(금융기관용)의 법적 성격 및 보험금청구에 대한 고찰”, 「이화여자대학교 법학논집」, 제17권 제4호(이화여대 법학연구소, 2013.6), 145-146면.

53) 구종순, 「무역실무」 개정판 (박영사, 2004), 448면.

54) 구종순, 상계서, 448면.

55) 오원석·박광서, 전계서, 392면.

56) 오원석·박광서, 상계서, 392면.

자가 그 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 보험이다.⁵⁷⁾ 상법은 “보증보험계약의 보험자는 보험계약자가 피보험자에게 계약상의 채무불이행 또는 법령상의 의무불이행으로 입힌 손해를 보상할 책임이 있다”(상법 제726조의5)고 규정하고 있다.

이러한 보증보험은 채무자(보험계약자)의 채무불이행으로 인한 채권자(피보험자)의 손해의 배상을 보증한다는 보증의 성격과 이러한 보증이 보험이라는 제도에 의하여 이루어진다는 보험의 성격을 동시에 가지고 있다.⁵⁸⁾ 따라서 보증보험계약에는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 민법의 규정을 준용하게 된다(상법 제726조의7).

수출보증보험계약은 두 가지 유형이 있다. 첫째, 수출자용 수출보증보험계약이 있다. 수출자용 수출보증보험계약은 한국무역보험공사(보험자)가 보험계약자(수출업자)의 요청에 따라 수출보증을 실시한 피보험자(금융기관)가 입게 되는 손실을 보상하는 보험계약이라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 수출자용 수출보증보험은 타인을 위한 보험이라고 할 수 있다.⁶⁰⁾

둘째, 금융기관용 수출보증보험계약이 있다. 금융기관용 수출보증보험계약은 한국무역보험공사(보험자)가 보험계약자(금융기관)의 수출보증에서 발생하는 손실을 보상하는 보험계약이라고 할 수 있다.⁶¹⁾ 금융기관용 수출보증보험계약은 자기를 위한 보험이라고 할 수 있다.⁶²⁾ 그런데 상법상의 보증보험계약은 타인을 위한 보험의 성격을 갖고 있기 때문에 보험계약의 당사자는 보험자, 피보험자 및 보험계약자 등 세 당사자로 구성된다. 따라서 보증보험계약의 쌍무계약적 특징상 보험계약자와 피보험자는 동일인이 될 수 없고,⁶³⁾ 보험계약자는 보험금청구권을 취득할 수 없다.⁶⁴⁾ 이러한 의미에서 보험계약자와 피보험자가 동일인이 되는 금융기관용 수출보증보험계약은 상법상의 보증보험계약과는 구별이 된다고 할 수 있다.

한국무역보험공사가 운용하는 수출보증보험약관에 대해서는 약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관규제법”이라고 한다)상의 특칙이 적용된다. 약관규제법에 의하면 국제적으로 통용되는 약관이나 그 밖에 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령으로 정하는 경우에는 약관규제법 제7조부터 제14조까지의 규정⁶⁵⁾을 적용하는 것을 조항별·업종별로 제한할 수가 있는데(약관규제법 제15조), 무역보험법상의 무역보험(약관규제법 시행령 제3조)이 이에 해당한다.

57) 최준선, 「보험·해상·항공운송법」 제9판 (삼영사, 2015), 326면.

58) 최준선, 상계서, 327면.

59) 한국무역보험공사 홈페이지상의 수출자용 수출보증보험약관 제1조.

60) 김상만, 전계 각주 52, 149면 각주 27.

61) 한국무역보험공사 홈페이지상의 금융기관용 수출보증보험약관 제1조.

62) 김상만, 전계 각주 52, 147면.

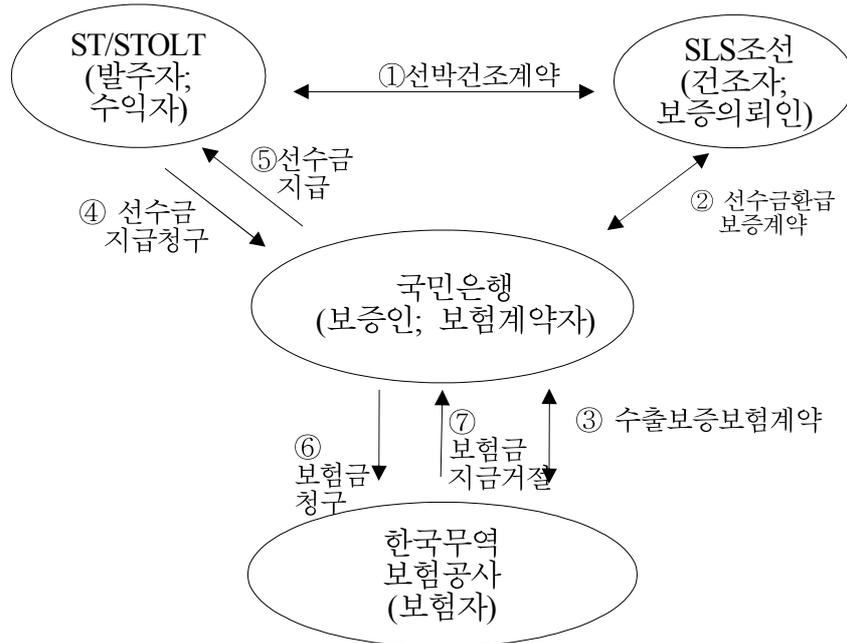
63) 최준선, 전계 각주 57, 331면.

64) 장덕조, 「보험법」, 제2판 (법문사, 2015), 421면.

65) 약관규제법 제7조(면책조항의 금지), 제8조(손해배상액의 예정), 제9조(계약의 해제·해지), 제10조(채무의 이행), 제11조(고객의 권익 보호), 제12조(의사표시의 의제), 제13조(대리인의 책임 가중), 제14조(소송 제기 금지 등).

2.3. 대법원 판결의 분석

[그림 13] 대상판결 사건의 법률관계



2.3.1. 사실관계

2.3.1.1. SLS조선 주식회사와 선박발주자들 사이의 선박건조계약

SLS조선 주식회사(2011년 5월 31일 ‘주식회사 신아에스비’로 상호가 변경되었다. 이하 상호 변경 전후를 통틀어 ‘SLS조선’이라 한다)는 2006년 12월 7일 싱가포르의 에스티 씽핑 앤드 트랜스포트 피티이 엘티디(ST SHIPPING AND TRANSPORT PTE LTD, 이하 ‘ST’라 한다)와 사이에, SLS조선이 S512호, S513호 각 선박을 건조하여 ST에 인도하기로 하는 내용의 선박건조계약을 체결하였다.

SLS조선은 2007년 4월 10일 네덜란드의 슈톨트 니렌 트랜스포테이션 그룹 비 브이(STOLT-NIELEN TRANSPORTATION GROUP B.V, 이하 ‘STOLT’라 한다)와 사이에, SLS조선이 S516호, S517호 각 선박을 건조하여 STOLT에 인도하기로 하는 내용의 선박건조계약을 체결하였다(이하 ST와 STOLT를 ‘선박발주자들’이라 하고, S512호, S513호, S516호, S517호 각 선박을 합하여 ‘이 사건 각 선박’이라 하며, 위와 같이 SLS조선이 이 사건 각 선박에 관하여 선박발주자들과 체결한 각 선박건조계약을 통틀어 ‘이 사건 각 선박건조계약’이라 한다).⁶⁶⁾

2.3.1.2. 원고와 SLS조선 사이의 선수금 환급보증계약 및 근보증계약 체결

원고는 2008년 2월 14일경 SLS조선과 사이에 원고가 이 사건 각 선박건조계약과 관련하여 SLS조선이 선박발주자들에게 부담하게 되는 선수금 환급의무를 보증하는 내용의 선수금 환급보증계약을

66) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

체결하고, 선박발주자들을 수익자로 한 환급보증서(Refund Guarantee, 이하 ‘RG’라 하고, 이 사건 각 선박건조계약과 관련하여 발급된 RG를 ‘이 사건 RG’라 한다)를 발급하였다.

SLS조선의 계열사인 SLS중공업 주식회사(이하 ‘SLS중공업’이라 한다)와 이국철은 2008년 2월 14일 경 원고와 사이에 SLS조선이 위 선수금 환급보증계약과 관련하여 지는 모든 채무를 일정 금액의 한도 내에서 연대보증하는 근보증계약을 체결하였다.⁶⁷⁾

2.3.1.3 원고와 피고 사이의 수출보증보험계약 체결

원고는 2008년 2월 14일경 피고와 사이에, 원고가 선박발주자들로부터 이 사건 RG에 따른 보증채무의 이행을 청구받아 보증채무를 이행함으로써 입은 손실을 피고가 보상하기로 하는 수출보증보험계약(이하 ‘이 사건 각 수출보증보험계약’이라 한다)을 체결하고, 보증종류를 선수금 환급보증, 보험기간을 각 RG 발행일로부터 당해 선박의 실제 인도일, 보증금액과 보험가액을 아래 [표 5]의 ‘보증금액/보험가액’란, 부보율을 아래 [표 5]의 ‘부보율’란 기재와 같이 정하였다.

[표 5] 보증금액/보험가액

선박	선박건조계약 체결일	선박발주자	보증금액/보험가액 (\$)	보험금액(\$)	부보율
S512	2006. 12. 7.	ST	30,770,280.00	15,385,140.00	50%
S513	2006. 12. 7.	ST	31,057,560.00	15,528,780.00	50%
S516	2007. 4. 10.	STOLT	58,658,961.11	55,726,013.04	95%
S517	2007. 4. 10.	STOLT	59,214,313.88	56,253,598.16	95%

이 사건 각 수출보증보험계약에 적용되는 일반약관(이하 ‘일반약관’이라 한다)과 특별약정(이하 ‘특별약정’이라 한다)의 주요 내용은 다음과 같다.⁶⁸⁾

[일반약관]

제3조(보상하는 손실) 피고는 원고가 수출보증상대방으로부터 보증채무의 이행을 청구받아 그 보증조건에 따라 보증채무를 이행함으로써 입은 손실을 이 약관이 정하는 바에 따라 보상해드립니다.

제7조(면책) 피고는 원고, 보험금수취인 또는 이들의 대리인이나 피사용인의 고의 또는 중대한 과실로 인해 발생한 손실에 대해서는 보상할 책임을 지지 않습니다.

제8조(보험금의 지급거절 등) ① 피고는 다음 각 호의 경우에는 당해 보험금의 전부 또는 일부를 지급하지 않거나, 이미 지급한 당해 보험금의 전부 또는 일부를 반환시키거나, 당해 보험계약을 해지할 수 있습니다.

1. 원고, 보험금수취인 또는 이들의 대리인이나 피사용인의 과실로 손실이 발생한 경우
3. 원고가 제10조, 제11조, 제15조, 제16조 제1항 및 제24조의 의무이행을 태만히 함으로 인하여

67) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

68) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

발생한 손실

제10조(손실방지·경감의무) ① 원고는 보험관계가 성립된 수출보증에 대해 이 보험에 들지 않은 다른 수출보증에 기울이는 것과 같은 주의를 가지고 보증에 관한 권리의 보전에 노력해야 하며, 손실을 방지 또는 경감하기 위해 모든 합리적인 조치를 취해야 합니다.

제15조(지시에 따를 의무) 피고는 손실의 방지·경감이나 채권회수 등을 위해 필요한 지시를 원고에게 할 수 있으며, 원고는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 피고의 이러한 지시에 따라야 합니다.

[특별약정]

2. 원고는 SLS조선의 대주주인 SLS중공업(주)와 SLS그룹의 경영지배자인 이국철을 본건 부보대상 선수금 환급보증서의 연대보증인으로 입보시킨다.

3. 원고는 선수금 환급보증서 발급대상 선박과 관련하여 선수금에 대하여 에스크로 계좌(Escrow Account)를 설정하고, 호선별 원가투입계획에 의거 관련 증빙 수령 후 SLS조선에 지급한다.

2.3.1.4. 선수금 입금 및 지급

원고는 선박발주자들의 이 사건 각 선박에 관한 선수금의 지급을 위하여 에스크로 계좌(이하 ‘이 사건 에스크로 계좌’라 한다)를 설정하였다. 원고는 이 사건 에스크로 계좌를 이 사건 각 선박별로 외화계좌 1개, 원화계좌 3개로 관리하였고, 선박발주자들은 이 사건 에스크로 계좌 중 외화계좌에 아래 [표 6]의 ‘입금일’란 기재 각 일시에 ‘입금액’란 기재 각 돈을 선수금으로 입금하였다.

원고는 SLS조선으로부터 선수금 인출 요청을 받고, 선수금을 이 사건 에스크로 계좌에서 전액 인출하여 SLS조선에 지급하였는데, 선수금 중 일부는 SLS조선으로부터 원가투입계획서만 제출받고 지급하였다.

한편, 피고는 2008년 3월 21일 주식회사 우리은행(이하 ‘우리은행’이라 한다)에게 다음과 같은 내용의 공문(이하 ‘이 사건 공문’이라 한다)을 발송하였다.⁶⁹⁾

SLS조선 관련 발급하여 드린 수출보증보험증권 특별약정의 “호선별 원가투입계획에 의한 관련 증빙 수령”에서, 관련 증빙이란 **원가투입계획서**, 세금계산서, 거래명세서, 계약서, 입금표 등 선수금이 당해 선박건조를 위해서 사용되었다는 것을 증빙할 수 있는 자료를 의미합니다.

원가투입계획서에 의거 선수금을 SLS조선에 지급하신 경우에는 사후적으로 세금계산서 등과 같은 구체적 증빙을 징구하여야 합니다. 끝.

2.3.1.5. 선수금의 환급

SLS조선은 2009년 12월 9일 기업개선작업절차에 들어갔고, ST가 SLS조선의 채무불이행을 이유로

69) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

선박건조계약을 해제하거나, 2010년 4월 30일 채권금융기관협의회가 SLS조선과의 경영정상화계획 이행약정을 체결하여 이 사건 각 선박의 건조를 포기함에 따라, 선박발주자들은 원고에게 선수금 환급 의무의 이행을 청구하였다.

이에 원고는 ST에 S512호, S513호 선박에 관하여, STOLT에 S516호, S517호 선박에 관하여 각 아래 [표 6]의 ‘지급일’란 기재 일시에 ‘지급액’란 기재 선수금 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급하였고, 위 각 지급액에 이 사건 각 수출보증보험의 부보율을 곱한 금액을 일반약관이 정하는 환율에 따라 우리 돈으로 환산한 액수는 아래 [표 6]의 ‘손실액’란 기재와 같다(원 미만 버림, 이하 같음).⁷⁰⁾

[표 6] 지급일, 지급액, 부보율 및 손실액

선박	입금일	입금액(\$)	지급일	지급액(원)	부보율	손실액(원)
S512	2008. 2. 20.	19,440,000	2010. 2. 26.	30,183,243,597	50%	15,091,621,798
	2008. 2. 25.	4,860,000				
	합계	24,300,000				
S513	2008. 2. 20.	19,440,000	2010. 5. 27.	32,100,442,831	50%	16,050,221,415
	2008. 3. 5.	4,860,000				
	합계	24,300,000				
S516	2008. 2. 19.	16,899,995	2010. 9. 10.	45,981,601,001	95%	43,846,672,091
	2008. 9. 3.	16,899,995	2010. 9. 27.	172,790,674		
	합계	33,799,990		46,154,391,675		
S517	2008. 2. 19.	16,899,995	2010. 9. 10.	45,981,601,001	95%	43,846,672,091
	2008. 9. 3.	16,899,995	2010. 9. 27.	172,790,674		
	합계	33,799,990		46,154,391,675		

2.3.1.6. 원고의 보험금 지급 청구 및 피고의 지급거절

원고는 이 사건 각 선박 중 ① S512호에 관하여 2010년 5월 13일에, ② S513호에 관하여 2010년 7월 26일에, ③ S516호 및 S517호에 관하여 2010년 11월 30일에 피고에게 위 [표 6]의 ‘손실액’란 기재 각 금액에 대한 보험금의 지급을 청구하였다.

이에 대하여 피고는 아래 ① 내지 ③과 같은 이유로 원고에 대하여 아래 [표 7]의 ‘지급거절금액’란 기재와 같은 돈에 대하여 보험금 지급을 거절하고, 원고에게 [표 7]의 ‘지급금액’란 기재와 같은 돈을 보험금으로 지급하였다.

70) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

[표 7] 지급금액 및 지급거절금액

선박	지급금액(원)	지급거절금액(원)			
		가)특별약정 제3조 위반	나)부가가치세 포함	다)특별약정 제2조 위반	지급거절금액 합계
S512	14,227,627,426	242,336,841	621,657,531		863,994,372
S513	14,967,706,418	256,570,855	825,944,142		1,082,514,997
S516	25,437,815,865	17,504,777,841	904,078,385		18,408,856,226
S517	23,573,303,707	18,412,831,375	860,537,009	1,000,000,000	20,273,368,384
합계	78,206,453,416	36,416,516,912	3,212,217,067	1,000,000,000	40,628,733,979

원고는 특별약정 제3조를 위반하여 SLS조선으로부터 관련 증빙을 수령하지 않고 선수금을 인출·지급하였다. 세부적인 내역은 [표 8]의 기재와 같다.

[표 8] 원고의 특별약정 제3조 위반 세부 내역

선박	지급일 ⁷¹⁾	내역	SLS조선 제출자료	금액(원)	부보율	지급거절금액 (원)
S512	2008. 2. 21.	강판구매	받을어음수탁서 등	451,848,421	50%	225,924,211
	2008. 6. 17.	결산이자	-	14,621,167		7,310,584
	2008. 6. 24.	결산이자	-	254,461		127,231
	2008. 9. 이후		원가투입계획서	17,949,633		8,974,817
	합계					484,673,682
S513	2008. 6. 17.	결산이자	-	20,332,429	50%	10,166,215
	2008. 6. 23.	결산이자	-	360,454		180,227
	2008. 9. 이후		원가투입계획서	492,448,827		246,224,414
	합계					513,141,710
S516	2008. 9. 이후		원가투입계획서		95%	17,504,777,841
S517	2008. 9. 이후		원가투입계획서		95%	18,412,831,375

원고는 SLS조선에 부가가치세 부분을 공제하여 선수금을 인출·지급하거나, 실령 부가가치세가 포함된 선수금을 인출·지급하여 주었더라도 사후적으로 SLS조선에 환급된 부가가치세를 에스스로 계좌에 환수시켜야 한다. 그런데 원고는 SLS조선에 부가가치세 부분을 포함하여 선수금을 인출·지급하였고, 사후적으로 위 부가가치세를 환수하지도 않았다.

71) 원고가 SLS조선에 ‘금액’란 기재의 돈을 선수금으로 지급한 날.

원고는 특별약정 제2조에 위반하여 SLS중공업 및 이국철과 이 사건 각 선박의 선수금 환급보증계약에 관한 연대보증계약을 체결하면서 ‘기타 은행과 협약을 체결하여 보증서를 발급하는 기관’이 보증한 것과 관련된 SLS조선의 채무를 피보증채무의 범위에서 제외하였다. 이로 인하여 피고는 SLS중공업 및 이국철을 상대로 보험자대위권을 행사할 수 없게 되었다.⁷²⁾

2.3.2. 소송의 경과

2.3.2.1. 서울중앙지방법원

서울중앙지방법원은 원고의 특별약정 제3조 위반 여부와 관련하여 원고의 과실을 인정한 후, 다음과 같이 판결하였다. 즉 “피고는 원고에게 22,420,475,523원 및 그 중 742,825,951원에 대하여는 2010. 5. 14.부터, 954,229,569원에 대하여는 2010. 7. 27.부터, 19,723,420,001원에 대하여는 2010. 12. 1.부터 각 2013. 7. 19.까지는 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.”⁷³⁾ 그리고 원고의 나머지 청구는 기각하였다.⁷⁴⁾

2.3.2.2. 서울고등법원

서울고등법원은 원고가 원가투입계획서만을 근거로 선수금을 인출·지급한 과실은 대형 금융기관으로서 지켜야 할 주의의무를 현저히 위반한 결과로서 일반약관 제7조의 면책사유인 중대한 과실에 해당하거나 피고가 일반약관 제8조 제1항 제1호에 의하여 보험금 전부의 지급을 거절할 수 있는 정도의 과실에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

이에 따라 서울고등법원은 제1심판결을 다음과 같이 변경하였다. 즉 “피고는 원고에게 3,505,494,671원 및 그 중 814,935,135원에 대하여는 2010. 7. 14.부터, 825,944,142원에 대하여는 2010. 9. 27.부터, 1,864,615,394원에 대하여는 2011. 1. 31.부터 각 2014. 10. 13.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.” 그리고 원고의 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구를 모두 기각하였다.⁷⁵⁾

2.3.3. 대법원의 판결요지

대법원은 원고의 상고를 기각하였다. 대법원은 원고의 다섯 가지 상고이유에 대하여 실시하였는데, 그 중에서 이 사건의 가장 큰 쟁점이 되었던 세 가지 사유에 대해 실시한 내용은 다음과 같다.

2.3.3.1. 상고이유 제3점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고가 이 사건 공문 등을 통하여 원가투입계획서만으로 선수

72) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

73) 제1심에서 원고의 청구취지는 “피고는 원고에게 41,162,936,043원 및 그 중 1,398,196,436원에 대하여 2010. 5. 14.부터, 1,082,514,997원에 대하여 2010. 7. 27.부터, 38,682,224,610원에 대하여 2010. 12. 1.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.”는 것이었다.

74) 서울중앙지방법원 2013.7.19. 선고 2012가합544945 판결.

75) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

금을 지급하는 것을 허용하는 방침을 정하였다거나 이를 원고에게 알렸다는 원고의 주장을 배척하고, 원고가 SLS조선 주식회사로부터 다른 증빙자료 없이 원가투입계획서만을 제출받고 선수금을 지급한 행위는 이 사건 수출보증보험계약 특별약정 제3조에 위반된다고 판단하였다.(밑줄은 필자의 강조 표시).

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 약관 또는 계약 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 없다. 그리고 이러한 원심의 판단에는 이 사건 공문이 약관해석의 원칙과 보험제도의 위험부담원리의 측면에서 달리 해석되어야 한다는 원고의 주장을 배척하는 취지가 포함되어 있으므로, 원심판결에 판단누락의 잘못도 없다.⁷⁶⁾

2.3.3.2. 상고이유 제4점에 대하여

원심은, 원고가 원가투입계획서만 제출받고 선수금을 지급한 행위가 특별약정 제3조 위반에 해당된다고 하더라도 이러한 원고의 과실을 보험금 전부의 지급을 거절할 수 있는 중과실로 평가할 수는 없으므로, 피고는 원고의 과실 정도에 따라 보험금 일부의 지급을 거절할 수 있을 뿐이라는 원고의 주장에 대하여, 원고가 특별약정 제3조에 위반하여 원가투입계획서만을 제출받고 선수금을 지급한 행위는 대형 금융기관으로서 지켜야 할 주의의무를 현저히 위반한 것으로서 이 사건 수출보증보험계약 일반약관 제7조에서 피고의 면책사유로 규정한 중대한 과실에 해당하거나, 일반약관 제8조 제1항 제1호에 따라 보험금 전부의 지급을 거절할 수 있는 정도의 과실에 해당한다고 판단하여 이를 배척하였다.(밑줄은 필자의 강조 표시).

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 중과실과 입증책임에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.⁷⁷⁾

2.3.3.3. 상고이유 제5점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고가 원고에게 원가투입계획서만을 제출받고 선수금을 지급하는 경우 수출보증보험금을 지급받지 못할 수 있다는 점을 고지하지 않음으로써 신의칙상 보호의무를 위반하였음을 전제로 원고에 대하여 일반불법행위책임 또는 사용자책임을 부담한다는 원고의 주장을 배척하였다.(밑줄은 필자의 강조 표시).

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 신의칙상 설명의무에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반할 잘못이 없다.⁷⁸⁾

2.3.4. 대법원 판결의 비판적 평가

2.3.4.1. 문제의 소재

이 사건 판결의 핵심 쟁점은 금융기관용 수출보증보험약관의 특별약정 제3조의 위반여부라고 할

76) 대법원 2015.10.29. 선고 2014다231101 판결.

77) 대법원 2015.10.29. 선고 2014다231101 판결.

78) 대법원 2015.10.29. 선고 2014다231101 판결.

수 있다. 특별약정 제3조는 “원고는 선수금 환급보증서 발급대상 선박과 관련하여 선수금에 대하여 에스크로 계좌(Escrow Account)를 설정하고, 호선별 원가투입계획에 의거 관련 증빙 수령 후 SLS조선에 지급한다.”고 규정하고 있다.

그런데 문제는 원고가 SLS조선으로부터 원가투입계획서만을 제출받은 후, 선수금을 SLS조선에 지급하였다는 점이다.

2.3.4.2. 특별약정 제3조의 도입 취지와 기대효과

서울고등법원의 판결에 의하면, “이 사건 각 수출보증보험계약의 내용과 목적, 일반적인 ‘에스크로’의 의미(특정물을 제3자에게 기탁하고 일정한 조건이 충족된 경우에 상대방에게 교부할 것을 약속하는 조건부양도) 등에 비추어 볼 때, 특별약정 제3조는 원고로 하여금 선수금에 관한 자금집행을 호선별 원가투입계획에 의한 ‘관련 증빙’의 제출이라는 요건으로 통제하도록 함으로써 해당 선박의 공정률을 확보하여 선박의 완성 및 인도를 도모하고, 궁극적으로는 선박 인도 불능 시 보증채무 이행에 따른 원고의 손실과 보험금 지급에 따른 피고의 손실 발생 위험을 방지 또는 감소시키기 위한 것이다.”⁷⁹⁾

2.3.4.3. 비판적 평가

첫째, 이 사건 발생의 근본적 원인에 관한 문제를 지적하지 않을 수 없다. 왜 원고는 신용상태가 열악하여 정상적으로는 선수금환급보증을 받을 수 없는 SLS조선에 선수금환급보증서를 발행하였는가 하는 점이다. 그것은 다름 아닌 피고의 중소 조선회사 지원정책 때문이었다고 할 수 있다. 사실 원고의 입장에서는 경영이 악화되어 재무상태가 좋지 않은 중소 조선회사에 대해 무리하게 선수금환급보증을 해야 할 아무런 유인이 없었다고 할 수 있다. 결국 피고의 중소 조선회사에 대한 지원정책이 없었다고 하면, 원고는 중소 조선회사에 대한 선수금환급보증을 하지 않았을 것이다. 이러한 전후 사정에 대한 대법원의 고려가 필요했다고 본다.

둘째, 금융기관용 수출보증보험약관의 특별약정 제3조는 중요한 조항이라고 하지 않을 수 없다. 보험자로서 피고는 보험약관의 설명의무를 부담한다고 할 수 있다. 피고는 이 특별약정 제3조에 대해 보험계약자인 원고에게 충분히 설명을 했어야 한다고 생각된다. 다시 말하면 원고가 특별약정 제3조를 이행하지 않으면 보험금을 지급받을 수 없다는 내용을 상세하게 설명할 필요가 있었다. 이에 더하여 “관련 증빙”의 의미에 대해서도 보다 구체적으로 설명이 되었어야 한다. 예를 들면, “원가투입계획서와 함께 세금계산서, 거래명세서, 입금표 등을 수령하여야만 한다”고 표현할 수도 있었을 것이다. 결과적으로 피고가 원고에 통지한 “이 사건 공문”은 혼란만을 가중시켰다고 할 수 있다. 중소 조선회사의 다급한 자금사정을 고려함과 아울러 피고의 중소 조선회사 지원정책을 고려하면, 특별약정 제3조와 이 사건 공문에도 불구하고 원고는 순수한 의도로 또는 과실로 원가투입계획서만을 수령하고 선수금을 지급하여도 무방하다고 판단했을 수 있다. 더 나아가 원고로서는 SLS조선의 기업구조조정과 선박 건조의 포기를 예상할 수 있는 위치에 있었다고 보기도 어렵다고 생각된다.

79) 서울고등법원 2014.10.13. 선고 2013나2017672판결.

셋째, 보험약관의 해석원칙과 관련하여 보험약관의 작성자 불이익의 원칙의 적용 여부에 대한 검토가 필요하다고 본다. 보험약관의 내용이 명확하지 않은 경우에는 보험자에게 불리하게, 보험계약자에게 유리하게 해석하여야 한다는 원칙에 비추어 보면, 특별약정 제3조는 보험자인 피고에게는 불리하게 해석되고, 보험계약자인 원고에게 유리하게 해석되어야 한다고 볼 수 있다. 처음부터 피고가 특별약정 제3조의 관련 증빙의 의미를 보다 구체적으로 기재하고, 만약 특별약정 제3조를 위반할 경우 보험금의 지급이 되지 않는다는 취지로 특별약정 제3조를 규정했다면 이처럼 법적 분쟁이 발생하고 소송으로 비화되지는 않았을 것이기 때문이다.⁸⁰⁾

2.3.5. 소결

한국무역보험공사의 수출보증보험제도는 국내 기업의 수출진흥을 지원하기 위한 목적으로 운용되고 있는 비영리 정책보험이라고 할 수 있다. 따라서 수출보증보험제도는 대단히 중요한 수출지원정책의 하나라고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 대법원은 이 사건 판결과 관련하여 한국무역보험공사의 수출보증보험제도가 근본적으로 수출지원정책의 일환으로 운용되는 것이라는 점을 충분히 고려하지 않은 측면이 있다고 생각된다. 나아가 금융기관용 수출보증보험약관상의 특별약정을 작성한 한국무역보험공사의 책임을 너무 쉽게 간과한 것은 아닌가 하는 생각을 하게 된다. 이러한 점을 종합적으로 고려하면 대법원의 판결은 지나치게 한국무역보험공사의 입장에 경도된 것처럼 보인다. 적어도 한국무역보험공사의 과실을 어느 정도 인정하는 것이 합리적인 판단이지 않았을까 하는 생각을 한다.

이 사건에 대한 대법원 판결은 향후 중소 조선사의 선박수주와 이와 관련한 선박금융의 활성화에도 악영향을 줄 우려가 있다고 생각된다. 시중은행의 경우 한국무역보험공사의 수출보증보험제도에도 불구하고 중소 조선회사에 대한 선수금환급보증을 꺼리게 될 가능성이 높기 때문이다. 이러한 현상은 국내 선박금융의 활성화에도 부정적 영향을 미칠 수 있다고 생각된다.

이 사건에 대한 대법원 판결과 관련하여 덧붙여 말하면, 선수금환급보증서를 발행하는 보증은행의 경우 선수금환급보증계약을 둘러싼 법적 리스크(legal risk)를 효과적으로 관리할 수 있는 시스템을 구축할 필요가 있다고 생각된다.⁸¹⁾

80) 동일한 취지의 평가 정대, “선박금융상의 수출보증보험계약에 관한 연구”, 「무역통상학회지」, 제16권 제4호, 한국무역통상학회, 2016, 119-120면; 정대, “선박금융상의 선수금환급보증과 수출보증보험제도에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제15권 2호, 한국경제법학회, 2016, 137-138면.

81) 동일한 취지의 평가 정대, “선박금융상의 수출보증보험계약에 관한 연구”, 「무역통상학회지」, 제16권 제4호, 한국무역통상학회, 2016, 120-121면; 정대, “선박금융상의 선수금환급보증과 수출보증보험제도에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제15권 2호, 한국경제법학회, 2016, 138면.

IV. 선박금융의 활성화를 위한 정책적 대안

1. 해운산업경쟁력 강화방안과 해운업 금융지원프로그램

1.1. 해운산업경쟁력 강화방안의 주요 내용

1.1.1. 서설

한진해운에 대한 회생절차 개시 이후, 정부는 2016년 10월 31일 유일호 경제부총리 주재로 ‘제6차 산업경쟁력 강화 관계장관회의’를 개최하고, 「해운산업 경쟁력 강화 방안」을 확정하였다.⁸²⁾

1.1.2. 경쟁력 있는 선박 확보 지원의 확대

원가 절감 및 고효율 선박 확보를 통한 선대 경쟁력 강화를 위해 ① 신규 선박발주 지원체계를 확충하고, ② 원가 절감 및 재무개선을 위한 금융 지원을 확대하고, ③ 해운·조선 상생 생태계를 구축하며, ④ 세계 지원을 통한 선박확보 기반 구축 방안을 마련하였다.

①을 위해 ‘선박 신조 지원프로그램’ 규모를 당초 12억불에서 24억불로 2배로 늘렸으며, 지원 대상도 초대형·고효율 컨테이너선에서 벌크선, 탱커선까지 확대하였다. 또한, 민간선박펀드 활성화를 위해 사모펀드의 판매사 경유 의무를 면제하는 등 규제를 개선하고, 한국해양보증보험의 역할 강화를 위해 적격담보 인정기관을 확대하며, 중소선사를 위한 신규보증상품 개발도 추진하기로 하였다.

②를 위해 자본금 1조원 규모의 ‘(가칭)한국선박회사’를 설립하여 선사 소유의 선박을 시가로 인수하고, 장부가와 시가의 차이는 유상증자 등을 활용하여 자본을 공급할 계획을 수립하였다. 이와 함께 캠프선박펀드의 중고선 매입 규모를 당초 1조원에서 2019년까지 1.9조원으로 확대하고, 기존 ‘글로벌 해양펀드’를 개편하여 선사들의 항만터미널 매입 등 국내외 인프라 투자도 지원하기로 결정하였다.

③을 위해 민간이 주도하는 ‘해운·조선 협력네트워크’를 신설하여 조선소-선사 간의 수요·공급에 대한 정보를 공유할 수 있도록 하였다.

④를 위해 기존 국제선박등록제도 및 제주 선박등록특구 제도에 대한 재산세, 지방세 감면 혜택 일몰도 연장하였다.

1.1.3. 화물확보 및 인력수급 기반의 마련

선사의 자생력 강화를 위해 ① 안정적인 화물확보 기반을 확대하고, ② 선원 및 해운 전문인력 등 인력수급 기반을 확충할 예정이다.⁸³⁾

82) 해양수산부, “글로벌 경쟁력 확보를 통해 「세계 해운강국」으로 제도약”을 위한 방향 제시 - 해운산업 경쟁력 강화 방안 발표 -(보도참고자료), 2016.10.31.

83) ①을 위해 선주협회와 무역협회 주관으로 「선·화주 경쟁력강화 협의체」를 구성하고, 합리적 운임과 운송 서비스 품질 개선을 보장하는 상생협약을 체결할 예정이다. ②를 위해 해양대 승선학과 정원을 확대하고, 구조조정 과정에서 퇴직하는 선원의 재취업을 위해 교육프로그램을 강화하기로 하였다. 이와 함께, 해운 금융, 법률, 해운중개업 및 선박관리업 등 각 업종별 전문 인력의 양성도 확대할 계획이다.

1.1.4. 해운산업 리스크 관리체계의 구축

해운경기 변동에 따른 리스크 확대를 방지하기 위해 ① 해운기업의 경영 상황에 대한 모니터링 체계를 강화하고, ② 운임시장 리스크 관리를 위한 안전장치를 확충하였다.⁸⁴⁾

1.1.5. 항만경쟁력 강화를 통한 시너지 극대화

국적 선대규모 감소에 따른 국내 항만의 위축 우려에 따라 ① 환적물동량 유치 및 서비스 효율화와 ② 물류거점 확보 및 항만환경 개선도 적극 추진해 나갈 예정이다.⁸⁵⁾

1.2. 해운업 금융지원 프로그램

1.2.1. 서설

정부는 2017년 3월 3일 경제부총리 주제로 “제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의”를 개최하여, 「해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후계획」과 「기업활력법 시행현황 및 향후계획」을 논의하였다. 특히 해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후계획의 내용은 다음과 같다.⁸⁶⁾

1.2.2. 한국선박해양의 설립

정부는 높은 자본비용을 유발하는 고비용 사선을 시장가로 인수하여, 선사에 채용선함으로써 선사들의 원가 경쟁력을 제고할 목적으로 한국선박해양의 설립을 추진하였다. 한국선박해양은 초기 자본금 1조원 규모의 주식회사 형태로 설립한 후, 투자 실적 및 수요를 고려하여 점진적으로 확대할 계획을 세우고 있다.⁸⁷⁾

1.2.3. 선박 신조 프로그램 운영의 본격화

2016년 12월 30일, 선박 신조 프로그램 운영의 구체화를 위한 관계 정책금융기관(산은·수은·캠코·산은 캐피탈 등) 간 MOU를 체결하였다. 선박 신조 지원프로그램의 실효성 확보를 위하여 지원 규모를 12억 달러(1.3조원)에서 24억 달러(2.6조원)로 2배 확대하였다. 또한, 그 지원대상도 초대형·고효율 컨테이너선 신조 뿐만 아니라 벌크·탱커 등 신조까지 확대하였다.⁸⁸⁾

84) ①을 위해 선사별 업황자료 신고를 의무화하고, 신용위험을 평가할 때 신용공여액 50억원 이상 기업에 대해서는 세부평가를 추진할 예정이다. ②를 위해 기존 운임공표제를 내실화하여 시장의 부당행위를 감시하고, 아시아 중심의 운임지수를 개발하는 등 해운거래 지원체계도 강화해 나갈 예정이다.

85) ①을 위해 인센티브를 확대하고, 마케팅 등을 통해 신규 물량을 창출하도록 하였다. 국내 항만배후단지에 입주한 글로벌 물류·제조 기업에 대해서는 부지 무상제공 등 파격적인 혜택을 제공하기로 하였다. 또한, 터미널 운영사가 항만 하역장비를 대형화·자동화 할 경우, 소요 자금의 이자비용 일부를 항만공사가 지원하는 등 항만서비스의 효율화도 추진할 예정이다. ②를 위해 항만공사가 선사 및 터미널 운영사의 터미널 운영권 유지·확보를 지원하고, 물류기업과 공동으로 해외 물류 거점 진출도 적극 추진해나갈 예정이다. 이와 함께, 부산항, 인천항의 항로를 확장하고, 수심을 증설하여 항만 입출항 여건도 지속적으로 개선해 나갈 계획이다.

86) 해양수산부, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개최(보도자료), 2017.3.3.

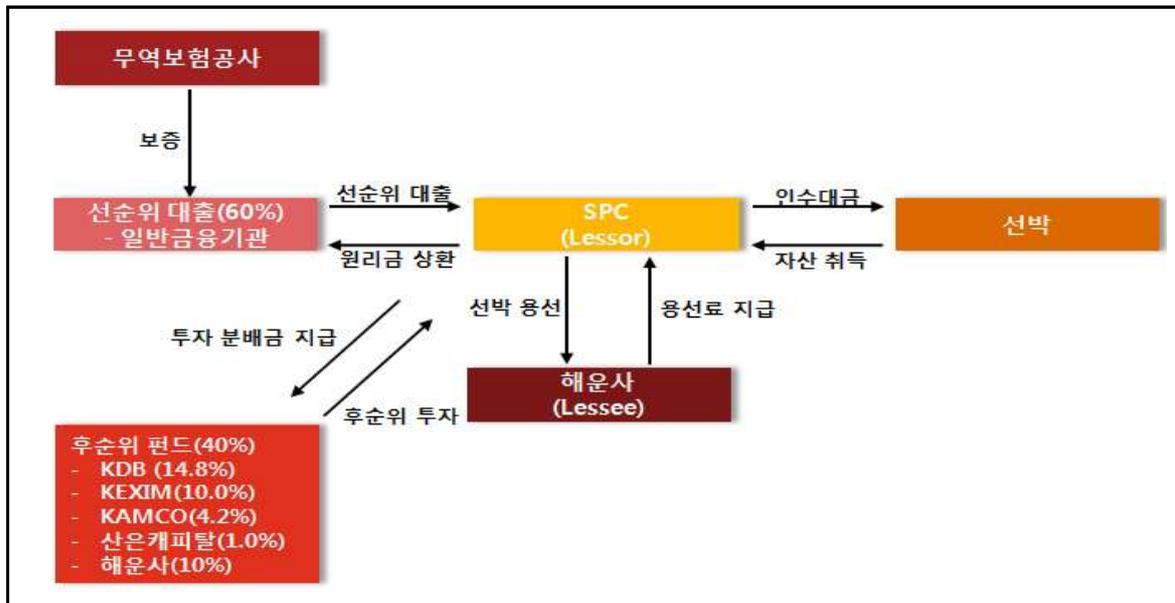
87) 해양수산부, “해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후 계획”, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개최(보도자료의 별첨자료2), 2017.3.3.

88) 해양수산부, “해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후 계획”, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개

[표 9] 투자자별 참여 금액

		24억불(전체금액)	
선순위		14.4억불(60%)	
후순위	9.6억불 (40%)	산업은행	3.55억불(14.8%)
		수출입은행	2.40억불(10.0%)
		캠코	1.00억불(4.2%)
		산은 캐피탈	0.25억불(1.0%)
		해운사	2.40억불(10.0%)

[그림 14] 투자 구조도



1.2.4. 수은 글로벌 해양펀드 지원

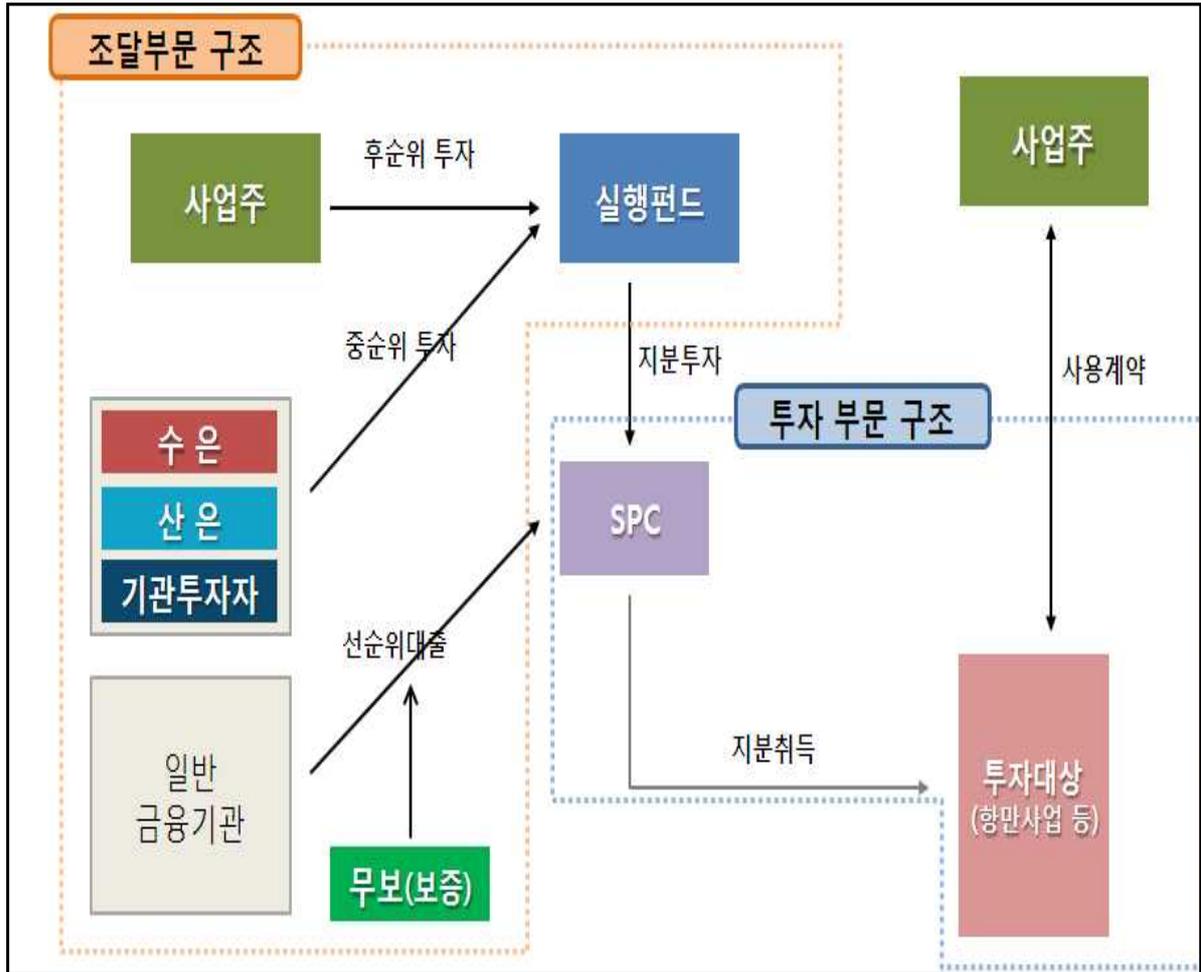
정부는 해양금융·투자산업을 글로벌화·선진화함으로써 해양관련 산업(해운업·항만업·해양자원업)을 육성할 목적으로 수은 글로벌 해양펀드의 조성을 추진하였다. 구체적으로는 수은 주도의 펀드를 조성 IMM PEF가 보유(IMM : 50% - 1, (주)한진 : 50% + 1)하고 있는 부산 신항만 한진터미널(HJNC)의 지분 인수를 추진하고 있다.

수은 글로벌 해양펀드의 투자영역은 항만 터미널 등 해양인프라, 해양물류 및 해양자원으로 하고, 그 성격은 수은 등 정책금융기관이 주도하고 기관투자자가 동참하도록 유도하며, 그 규모는 2017년 3천억원, 2020년까지 1조원 펀드로 조성할 계획이다. 단 수은은 수은법시행령에 따라 25% 이내로 참여할 계획이다.⁸⁹⁾

최(보도자료의 별첨자료2), 2017.3.3.

89) 해양수산부, “해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후 계획”, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개최(보도자료의 별첨자료2), 2017.3.3.

[그림 15] 글로벌 해양펀드 구조도



1.2.5. 캠프코 선박펀드의 확대

정부는 중소해운사의 재무구조를 개선하고 유동성 지원을 강화한 캠프코 선박펀드를 확대할 계획이다. 즉 캠프코(50%)와 민간(50%)이 매년 2,000억원씩(2015년 ~ 2019년) 지원예정이었던 선박펀드를 2017년부터 매년 5,000억원으로 확대하여 2019년까지 1.9조원으로 확대할 예정이다.⁹⁰⁾

[표 10] S&LB 추진 실적

구분	민간투자	캠프코 선박펀드
조성액	1,826억원	2,282억원
‘15년 : 2,013억원	904억원	1,109억원
‘16년 : 2,095억원	922억원	1,173억원
계	총 4,108억원(선박 18척, 해운사 11개)	

90) 해양수산부, “해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후 계획”, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개최(보도자료의 별첨자료2), 2017.3.3.

첫째, (주)한국해양보증보험⁹²⁾은 한국산업은행과 한국수출입은행의 공동출자로 설립되어 운영되고 있지만, 민간 해운선사의 투자를 사실상 받지 못하고 있을 뿐만 아니라 초기 자본금 600억원에서 2016년말 현재 2,565억원으로 증가했음에도 불구하고 그 규모가 충분하지 못하여 장기적으로 해운업계를 지원하는데 어려움을 겪을 것으로 보인다. 또한, 해운선사가 금융회사로부터 자금을 차입하고자 할 경우 보증보험을 통해 지원하는 방식인데, 금융회사의 입장에서는 이 보증보험이 적격 담보로서 기능하지 않는다는 문제점이 있다.

둘째, 정부는 (주)한국선박해양⁹³⁾을 단기적으로는 원양선사의 경쟁력 강화를 지원하고, 장기적으로는 한국형 선주 기업으로 발전시킬 계획을 갖고 있다. 즉 한국선박해양이 전문성과 경쟁력을 갖춰 선사들에게 안정적으로 선박을 제공하는 Tonnage Bank로서 역할을 수행할 것을 기대하고 있다. 예를 들면, 해운선사에 대해 선박에 대한 S&LB를 추진하고, 선박 신조 프로그램 등을 활용한 선박 발주 및 용선 사업을 계획하고 있다.

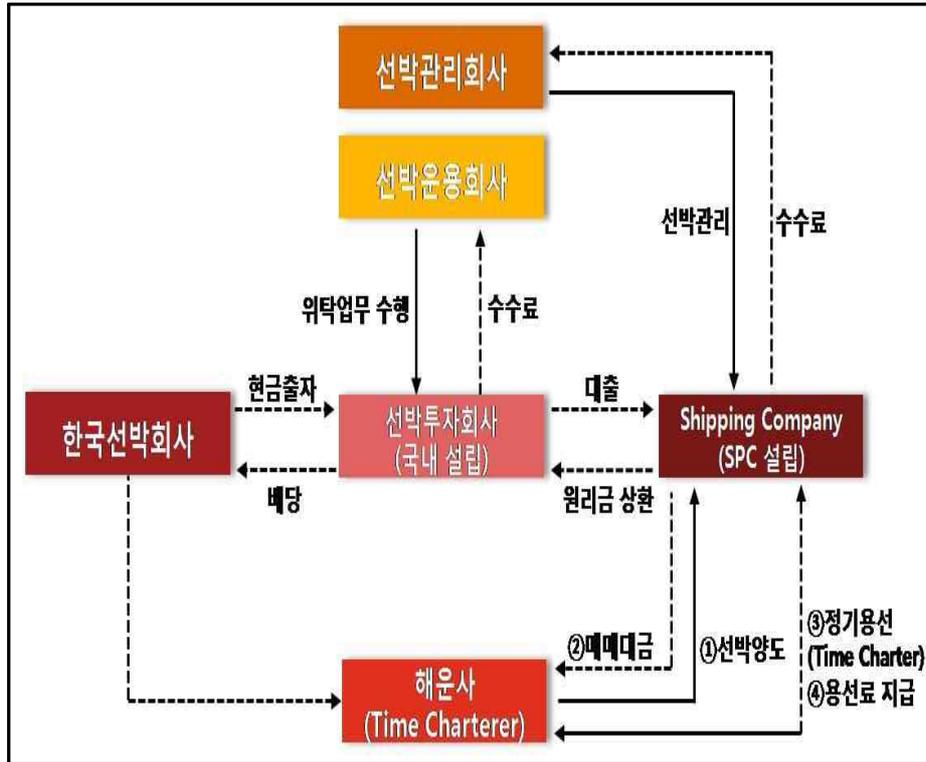
(주)한국선박해양은 한국산업은행, 한국수출입은행, 캠코 등 공적 금융기관들이 출자하여 설립한 주식회사로서 공공적인 성격이 강한 회사라고 할 수 있다. 그런데 한국선박해양은 현대상선을 대상으로 3월초 자본확충(7,043억원=유상증자 1,043억원+영구CB 6,000억원)을 완료하고, 4,600TEU 6척과 8,600TEU 4척 등 총 10척에 대한 S&LB를 5월 완료할 것을 목표로 추진하고 있다.⁹⁴⁾ 한국선박해양이 마치 특정 해운회사를 지원할 목적으로 운영을 하는 듯한 인상을 주는 것은 큰 문제점이라고 할 수 있다.

92) (주)한국해양보증보험(Korea Maritime Guarantee Insurance Co.)은 2014년 12월 국내 해운사의 선박 건조 및 매입 사업과 그 밖의 경기민감 산업 등을 대상으로 채무보증을 제공하여 관련 산업의 건전한 발전을 촉진하기 위해 설립되었고, 보험업법에 근거하여 금융위원회의 인가를 받아 설립된 보증보험회사이다. (주)한국해양보증보험의 설립 자본금은 600억원으로 한국산업은행과 한국수출입은행이 공동으로 출자하였다. (주)한국해양보증보험은 2015년 8월 창립기념식을 갖고 공식적인 출범을 하였다.

93) (주)한국선박해양이 2017년 4월 26일 부산 국제금융센터(BIFC)에서 창립기념식을 거행함과 동시에 국적선사의 글로벌 경쟁력 강화를 선도해 나갈 회사의 비전을 선포했다. 한국선박해양은 2016년 10월 정부의 해운산업 경쟁력 강화 방안발표 이후 국적선사들의 원가절감 및 재무개선 지원을 위해 산업은행, 수출입은행, 자산관리공사가 출자하여 2017년 1월 설립되었으며, 3월 초 현대상선과 선박매매 양해각서 및 자본확충 계약을 체결하며 국적선사 지원을 개시하였다. 한국선박해양, 한국선박해양, 창립 기념식 및 비전선포식 개최-국적선사의 글로벌 경쟁력 강화 지원방향 제시(보도자료), 2017.4.26.

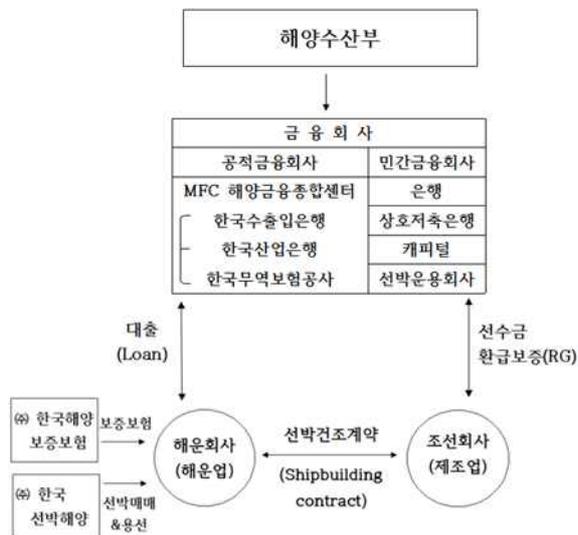
94) 해양수산부, “해운업 금융지원 프로그램 추진현황 및 향후 계획”, 제10차 산업경쟁력 강화 관계장관회의 개최(보도자료의 별첨자료2), 2017.3.3.

[그림 18] 한국선박해양의 구조도



요컨대 한국해양보증보험과 한국선박해양은 각각 고유의 역할과 기능을 수행하도록 제도적으로 설계되어 있지만, 진지한 정책적 고민의 산물이라고 하기 보다는 정부가 당면한 해운위기에 임시방편적 대응을 하기위한 정책의 결과물이라고 본다. 자본금의 규모가 많지 않은 문제점이 있고, 설립 목적의 관점에서는 중복적인 역할과 기능을 하고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 보면 두 회사의 기능의 통합을 모색해 볼 필요성이 있다고 본다.

[그림 19] 현재의 선박금융의 구조도



2.2. 한국선박해양금융공사의 설립 필요성

2.2.1. 과거의 선박금융관련 법안

2.2.1.1. 한국선박금융공사 법안

2012년 7월, 한국선박금융공사 법안이 국회에 제출되었다. 우리나라 해운·조선업의 국제 경쟁력 제고가 시급한 상황이라는 문제의식 아래에서 선박금융공사를 통한 선박금융 활성화가 필요하다는 점을 입법의 필요성으로 들었다.⁹⁵⁾

동법안의 주요 내용으로는 첫째, 한국선박금융공사의 설립 및 자본금(안 제1조·제5조 및 부칙 제2조)⁹⁶⁾, 둘째 한국선박금융공사 업무⁹⁷⁾의 포괄적 위탁 및 공사의 조직·지배구조의 특성(안 제9조·제12조·제17조, 부칙 제1조 및 제3조), 셋째 한국선박금융공사의 주요 업무에 관한 사항(안 제20조부터 제25조까지) 등이 규정되었다.

2.2.1.2. 한국해양금융공사 법안

2013년 3월, 한국해양금융공사 법안이 국회에 제출되었다. 우리나라의 해양산업에 대한 금융지원을 전담하고, 해운업 및 조선업에 대한 금융지원을 통한 국제경쟁력 유지와 성장을 뒷받침할 목적으로 법안이 제안되었다.⁹⁸⁾

동법안의 주요 내용으로는 첫째, 한국해양금융공사의 설립 및 자본금(안 제1조 및 제5조)⁹⁹⁾, 둘째 한국해양금융공사의 사무소에 관한 사항(안 제4조), 셋째 한국해양금융공사의 업무(안 제22조)¹⁰⁰⁾, 넷

95) 한국선박금융공사법안(이진복의원 대표발의), 의안번호 552, 2012.7.6.

96) 한국선박금융공사는 정부가 전액 출자하는 자본금 2조원의 법인으로 설립하되, 최초 자본금은 한국정책금융공사에서 출자하는 자본금으로 하며, 정부가 이를 출자한 것으로 봄으로써 별도의 정부 재정 지출은 수반되지 않도록 하였다.

97) 동법안 제20조 제2항의 내용은 다음과 같다.

「제20조(업무의 범위) ② 공사는 제1항의 자금 공급을 위하여 다음 각 호의 업무를 한다.

1. 선박 관련 대출업무
2. 선박 관련 보증업무(선수금 환급보증 업무를 포함한다)
3. 선박 관련 채권의 매입 및 중개업무
4. 선박 관련 투자업무
5. 정부, 한국은행, 그 밖의 금융기관 등으로부터의 차입. 다만, 공사가 정부로부터 차입하여 생긴 채무의 변제 순위는 공사가 업무상 부담하는 다른 채무의 변제 순위보다 후순위로 한다.
6. 정부가 위탁하는 업무
7. 선박금융제도의 연구·조사
8. 제1호부터 제7호까지의 업무의 부대 업무
9. 그 밖에 제1조의 목적 달성에 필요하다고 인정하여 금융위원회가 승인한 업무」.

98) 한국해양금융공사법안(김정훈의원 대표발의), 의안번호 3958, 2013.3.5.

99) 한국해양금융공사는 정부가 전액 출자하는 자본금 3조원의 법인으로 설립한다.

100) 동법안 제22조 제2항의 내용은 다음과 같다.

「제22조(업무) ② 공사는 제1항의 자금 공급을 위하여 다음 각 호의 업무를 한다.

1. 자금의 대출

제 해양금융채권의 발행한도(안 제25조) 등이 규정되었다.

2.2.2. 한국선박해양금융공사의 설립 필요성

2012년 발의되었던 한국선박금융공사법안과 2013년 발의되었던 해양금융공사법안은 공사가 설립될 경우 수출보조금 협정위반으로 세계무역기구(WTO)에 제소 당할 가능성이 높고, 이 경우 국제통상마찰이 야기되어 공사의 운영이 어려워 질 수 있다는 정부의 강한 반대로 인하여 그 설립이 무산되었다.¹⁰¹⁾ 그럼에도 불구하고 만약 2012년 또는 2013년 공사가 설립되어 운영되었다고 가정하면 해운업계가 현재와 같은 위기상황으로까지 내몰리지는 않았을 수도 있었을 것이라고 생각된다.

따라서 이번 기회에 가칭 한국선박해양금융공사를 설립할 수 있도록 법안을 만들어 제출하는 것이 중요하다고 생각된다. 한국선박해양금융공사는 (주)한국해양보증보험과 (주)한국선박해양의 기능을 통합적으로 수행하여야 하며, 해운업 및 조선업을 지원하기에 충분한 자본금을 갖출 필요성이 있다. 만약 한국선박해양금융공사의 설립이 법적인 제약으로 어렵다고 하면, 기존의 (주)한국해양보증보험과 (주)한국선박해양을 신설합병함으로써 (주)한국선박해양금융회사를 설립하는 방안도 모색할 수 있을 것이라고 본다.

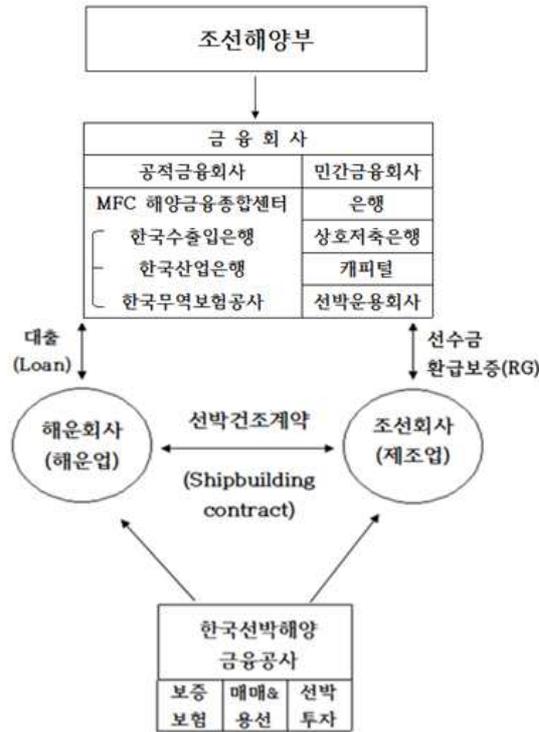
이와 함께, 정부 기구의 개편도 진지하게 검토해 볼 필요성이 있다고 생각한다. 선박금융의 관점에서 보면, 해운업과 조선업은 유기적으로 상호 밀접하게 관련되어 있다고 생각된다. 이 문제를 해결하기 위해 해운업과 조선업의 주무관청을 조선해양부를 신설함으로써 일원화하는 방안도 정부의 혁신 차원에서 고려해 볼 필요성이 있다고 생각된다.

요컨대 정책적 대안으로서의 한국선박해양금융공사는 [그림 20]에서 볼 수 있는 바와 같은 역할과 기능을 수행하여야 한다고 본다.

-
2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제4조 제1항에 따른 증권(이하 “증권”이라 한다) 투자
 3. 채무의 보증
 4. 신용위험의 유동화(流動化)
 5. 정부, 한국은행, 그 밖의 금융기관 등으로부터의 차입. 다만, 공사가 정부로부터 차입하여 생긴 채무의 변제 순위는 공사가 업무상 부담하는 다른 채무의 변제 순위보다 후순위로 한다.
 6. 외국자본의 차입
 7. 해양금융채권과 그 밖의 증권 및 채무증서의 발행
 8. 제1항 각 호와 관련된 자금공급에 관한 조사·연구 및 국내외 관련기관과의 교류·협력
 9. 정부가 위탁하는 업무
 10. 제1호부터 제9호까지의 업무의 부대업무
 11. 그 밖에 제1조의 목적 달성에 필요하다고 인정하여 금융위원회가 승인한 업무」.

101) 이기환·오학균·신주선·이재민, 전게서, 434면.

[그림 20] 미래의 선박금융의 구조도



V. 결론

2008년 글로벌 금융위기 이후, 해운업과 조선업의 경기침체가 지속되고 있는 상황에 처해 있다. 이러한 경기침체의 영향으로 선박금융 역시 활성화되고 있지 않다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 정책금융기관 중심의 선박금융은 지속적으로 이루어지고 있다고 할 수 있다. 문제는 시중은행이 선박금융의 제공을 기피하고 있는 현실을 어떻게 개선할 수 있을 것인지에 있다고 본다.

선박금융과 관련하여 법적으로 크게 문제가 된 것은 선수금환급보증을 둘러싼 문제라고 할 수 있다. 그 주된 원인은 보증의뢰인인 중소 조선회사의 도산에 있었다고 할 수 있다. 선수금환급보증을 하는 보증은행의 입장에서는 중소 조선회사의 경영상황과 재무상태에 대한 보다 치밀한 평가를 함과 아울러 법률 리스크에 보다 많은 신경을 써야 할 필요가 있다고 본다.

선수금환급보증과 관련한 수출보증보험제도는 중소 조선회사의 지원을 위한 유용한 정책적 수단인데, 이에 대한 운용은 탄력적으로 이루어져야 할 필요가 있다고 생각된다. 수출보증보험제도의 운용에 대한 한국무역보험공사의 보다 정치한 관리가 요구된다고 생각된다.

우리나라를 대표하는 국적 선사이면서 동시에 세계적인 해운회사였던 한진해운의 파산은 우리 경제에 큰 충격을 던져 주었다. 한진해운의 파산의 주된 원인은 한진해운 경영진의 경영판단의 잘못에 있다고 하지 않을 수 없다. 특히 장기간 고액의 용선료를 지급하는 BBCHP를 통한 선박의 운용이 경영실적의 악화에 치명적인 영향을 주었다고 할 수 있다. 물론 세계 해운경기의 침체라고 하는 환경적

요인도 무시할 수 없는 이유의 하나일 것이다.

그러나 한진해운 사태가 악화되는 동안 보여준 정부의 대응책도 미흡했다고 생각된다. 가장 먼저 생각되는 것은 한국선박금융공사의 설립 무산을 들 수 있다. 나아가 해운업에 대한 정부의 정책도 효과적이지 못했다고 평가할 수 있다. 이와 관련한 선박금융정책도 충분하지 않았다고 생각된다.

결론적으로 현재의 해운업과 조선업이 직면한 위기 상황을 타개하고 새로이 도약의 발판을 마련하기 위한 정책적 출발점으로 한국선박해양금융공사의 설립 방안을 진지하게 검토하고 적극적으로 추진할 필요가 있다고 생각된다. 더 나아가 정부 조직의 개편을 통해 조선해양부를 신설하는 방안도 논의해 볼 가치가 있다고 생각된다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 서헌제, 제4판 「국제거래법」, 법문사, 2006.
이기수·신창섭, 제6판 「국제거래법」, 세창출판사, 2015.
이기환·오학균·신주선·이재민, 개정판 「선박금융원론」, 두남, 2016.
최준선, 제8판 「국제거래법」, 삼영사, 2013.

2. 논문

- 김도경, “선박금융과 국내선사의 도산”, 「선진상사법률연구」 제55호, 법무부, 2011.
김상만, “선박수출거래에서 환급보증의 특성과 문제점에 대한 연구”, 「서울대학교 법학」, 제52권 제3호, 서울대 법학연구소, 2011.
김선국, “독립적 은행보증의 법리”, 「재산법연구」, 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.
김인유, “건조중인 선박에 관한 법률관계”, 「한국해법학회지」, 제32권 제1호, 한국해법학회, 2010.
김인현, “독립적 보증으로서의 선수금 환급보증과 권리남용”, 「국제거래법연구」, 제24집 제2호, 국제거래법학회, 2015.
김창준, “선박건조계약에 있어서 선수금환급보증서의 법률관계-2011~2012 영국 판례를 중심으로-”, 김인현 편집대표 「선박건조·금융법연구1」, 법문사, 2016.
서영화, “선박건조계약과 관련한 몇 가지 법률문제들”, 「한국해법학회지」 제32권 제1호, 한국해법학회, 2010.
오원석·허해관, “선박수출 관련 선수금 환급보증 사례연구- Rainy Sky SA v. Kookmin Bank 사건-”, 「국제상학」, 제27권 제3호, 한국국제상학회, 2012.
우보연, “편의치적선에 대한 법적 규제와 대응에 관한 고찰”, 「외법논집」 제34권 제1호, 한국외대법학연구소, 2010.
윤진수, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 법리”, 「법조」, 제692권, 법조협회, 2014.

- 정 대, “선박금융상의 수출보증보험계약에 관한 연구”, 「무역통상학회지」, 제16권 제4호, 한국무역통상학회, 2016.
- , “선박금융상의 선수금환급보증과 수출보증보험제도에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제15권 2호, 한국경제법학회, 2016.
- , “선수금환급보증과 권리남용의 판단기준”, 「국제거래와 법(Dong-A Journal of International Business Transactions Law)」, 제15권, 동아대 법학연구소, 2016.
- , “선박금융의 법적 구조상의 BBCHP의 법적 성질에 관한 연구”, 「국제거래와 법(Dong-A Journal of International Business Transactions Law)」, 제13권, 동아대 법학연구소, 2015.
- , “선박금융의 법적 구조에 관한 연구”, 「법과 정책」, 제18집 제2호, 제주대 법과 정책연구소, 2012.
- 정우영, “선박금융의 실무 소개”, 「BFL」 제19호, 서울대금융법센터, 2006.
- WonHyup Kwon(Korea Eximbank), Encouraging Mutual Growth of Korean Shipping and Shipbuilding Industries, Marine Money 10th Annual Korea Ship Finance Forum, Busan, 2016.11.2.
- Brandon Kim(KDB Bank), Current Ship Finance in Korea-Challenge and Opportunities-, Marine Money 10th Annual Korea Ship Finance Forum, Busan, 2016.11.2.

II. 외국문헌

- 森田 果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治朗·落合誠一 編 「海法大系」, 商事法務, 2003.
- Jan Hoffmann, Ricardo J. Sanchez & Wayne K. Talley, “Determinants of Vessel Flag”, Kevin Cullinane ed., *Shipping Economics*, Elsevier, 2005.
- Martin Stopford, *Maritime Economics*, Second Edition, London: Routledge, 1997.

제 3 세션

금융회사 자본재편에 있어서의 금융파생계약의 법적 지위

발 표 자 : 고영미 교수(송실대)

사 회 자 : 고동원 교수(성균관대)

토론자1 : 정순섭 교수(서울대)

토론자2 : 최지웅 변호사(한국예탁결제원)

금융회사 자본재편에 있어서의 금융파생계약의 법적 지위*

고영미(숭실대학교 국제법무학과 조교수)**

I. 서론

1. 국제기준 정리 제도의 국내 도입

글로벌 금융위기 이후, 각국은 “회생·정리체계의 개선 필요성”을 공감하였고, 2010년, “시스템적으로 중요한 금융회사(Systemically Important Financial Institutions, the “SIFIs”)의 회생·정리 계획안(Recovery and Resolution Plan, the “RRP”) 작성제도를 도입하기로 합의하였다.

2012년에는 D-SIB을 대상으로 하는 규제체계 최종안이 확정되었는데, 이 체계는 국내 대형 금융회사의 부실 또는 도산으로 인해 국내 금융 시스템과 실물경제가 받게 될 충격을 완화하기 위한 것이다. 우리나라의 경우, 국내적인 시스템 리스크의 방지, 공적 자금의 절감, 또한 도덕적 해이의 방지 등을 목적으로 바젤 III의 도입 등 금융회사의 건전성 요건을 강화하였고, 이어, 채권자손실부담제도를 포함한 국제적인 수준의 회생·정리 제도의 도입을 위한 논의를 진행해 왔다.

지난 2015년, 금융위원회는 국제 기준의 회생·정리 제도의 도입을 위한 기본 방향을 확정하였고, 현재 “금융산업의 구조 개선에 관한 법률”의 개정 등을 포함한 구체적인 방안을 현재 논의 중이다(금융위, 2016). 우리나라는 이러한 제도를 도입함으로써, 국제적 신뢰를 확보하고 금융회사의 부실과 관련한 문제들을 해소하여 국내 금융시스템의 안정성을 제고할 수 있다.

효과적인 정리 체계는 ‘정해진 순서에 따라 주주 및 무담보 채권자들이 손실을 흡수’하도록 하고, ‘위험의 전이가 최소 수준에 그치도록 관리’하며, ‘공적자금의 지출을 억제하는 방식’으로 설계되어야 한다. 특히, 베일인 규정에 기초하여 상각 또는 주식으로의 전환 조치를 실행하는 경우, 정리체계 내에서 채권자평등의 원칙, 법적 우선순위, 해당 채권의 순위 등 일반 도산법상의 원칙이 존중되어야 한다.

2. 채권자손실분담제도(베일인)의 도입

베일인은 규제 자본의 재편을 이용한 손실흡수방식으로 무담보채권의 상각 및 그것의 주식으로의 전환 등을 통하여 부실한 금융회사의 손실을 분담시킬 수 있는 정리당국의 권한을 말한다.

* 본 논문은 필자가 제출한(2016년 12월) 금융위원회 용역보고서 「국제 기준에 따른 금융회사 회생·정리제도 도입방안 검토」의 일부를 기초로 작성되었다.

** 숭실대학교 국제법무학과 조교수, J.S.D(Tel: 02-820-0486, E-mail: koya21c@hotmail.com)

주주 또는 채권자에 의한 손실흡수를 가능하게 한다는 점에서 배일인은 일반 통합도산법의 절차에 따른 구조조정이나 채무조정 등과 유사한 기능을 수행한다. 또한, 배일인을 통하여 금융회사의 생존가능성이 회복된다는 점에서 배일인은 통합도산법에 따른 기업회생과 유사한 목적을 가진다.

논문은 채권자손실분담제도로서의 정리절차 내 배일인(Bail-in within Resolution, 이하 “배일인”) 제도의 한국 내 도입과 관련한 법적 문제점들을 분석하고 그러한 문제점들을 해소하기 위한 방안을 수립할 목적으로 작성되었다. 특히 배일인의 적용, 적용의 면제 또는 차등적 적용 등의 대상이 되는 채권들의 구체화와 관련 타당성을 포함하고 있다.

3. 금융계약 조기종결권의 일시정지제도의 도입

지난 2007-2009년 글로벌 금융위기 사례를 통해 “시스템적으로 중요(too- important-to-fail)하거나 다른 금융회사들과 상호연계성이 높다(too-interconnected- to-fail)면 그 규모가 크지 않더라도 금융시스템 전체를 위협할 수 있다는 것”을 경험하였다.

그러한 금융시스템 위협과 관련하여, 장외(“OTC”) 파생상품과 환매 협약을 포함한 적격성을 갖춘 금융 계약들이 금융위기 동안 어떠한 역할을 수행했는지가 큰 관심을 받아왔다. 특히, 신용부도스왑(“CDSs”)과 부채담보부증권(“CDOs”)가 이러한 협약을 위한 증권에 게시된 담보물에 대한 상대방의 채무불이행과 투자금인출채도(debt run)을 촉발시킴으로써 금융 붕괴 과정에서 가장 두드러진 역할을 한 것으로 판단된다. 파생상품은 국제 금융에서 여전히 중요한 금융상품이지만 금융 위기의 원인 중 하나로 거론되고 있다. 특히, 신용 파생상품은 금융위기 동안 금융기관 및 비금융기관들에 의한 레버리지의 과잉 축적을 허용하고, 결국 공적자금에 의한 배일아웃에 이르게 한 가장 주된 원인으로 작용하였다.

시스템적으로 중요한 글로벌은행(G-SIBs)의 경우, 특히 장외파생상품거래가 상당한 비중을 차지하는 것이 일반적이다. FSB의 핵심원칙(Key Attributes)은 G-SIBs에 대한 정리당국의 정리절차 개시 혹은 정리권한 행사를 G-SIBs 장외파생상품거래 상대방이 계약의 조기종결권 행사사유로 이용할 수 없도록 요구하고 있다. 한국의 정리 당국은 장외파생상품거래 등을 대상으로 조기종결권의 일시중지제도를 도입하기로 결정하였다. 그러한 개정은 신용 위험 분석과 회생·정리계획안의 작성에 있어서의 효율성을 증가시키고, 또한, 시스템 위협을 완화시킬 것이다.

금융계약 조기종결 일시정지(Temporary stay)제도는 회생·정리과정에서 파생금융거래, RP거래 등의 계약상대방의 조기 거래 종결권 행사로 시장불안이 가중되지 않도록 조기 종결권의 행사를 일시적으로 정지시키는 제도이다. 금융위원회는 이 제도를 통하여 필요시 계약상의 중도 종료·정산 등의 권리를 일정기간 정지 하도록 명령하는 권한을 보유하게 된다.

‘일시중지제도’의 도입은 그러한 위험성과 구제금융을 위한 공적자금의 투입을 방지하기 위함이다. 또한 이 제도를 통해 대량조기종결사태와 같은 위험을 차단하여 금융시스템의 안정을 도모하고, 은행들이 파산 전의 파생상품과 같은 자산을 다른 정리금융기관(가교은행)으로 옮겨 파산으로 인한 영향을 최소화하는 것이 가능할 것으로 기대된다.

4. 장외파생상품 중앙청산소의 쟁점

표준제정 및 금융안정성 제고를 목적으로 하는 국제결제은행(BIS)에서 운영되는 독립적인 기구인 금융안정위(이하 FSB, Financial Stability Board)에서는 2011년 10월 총회에서 금융기관의 효과적인 정리 제도를 위한 핵심 준칙을 채택하였으며, 2011년 11월 G20 정상회담(Cannes Summit)에서 이러한 핵심 준칙(이하 KA: Key Attributes)을 지지하였다.

FSB의 KA에서 정의한 시스템적으로 중요한 금융기관의 범위는 1) 금융지주회사 2) 금융그룹의 비규제 운영기업 3) 외국금융기관의 지점 및 4) 금융시장 인프라(FMI)로 정의 된다.¹⁾ 각각의 금융기관은 하나의 관할지역(single Jurisdiction) 또는 국경간(Cross-border)에 걸쳐 다양한 금융계약으로 연결되어 있으며, 이는 시스템적으로 중요한 금융기관의 생존이 어려워질 때(point of non-viability) 다양한 금융계약 등을 통해서 여러 관할지역으로 파급 되는 경로를 갖는다.

2014년 10월 FSB는 2011년 채택된 KA가 상이한 법제도, 시장환경 및 섹터(보험, 금융시장 인프라(FMI)²⁾ 등)등을 고려하여, 관할지역간(Cross Jurisdiction)의 효과적이고 일관성 있는 실행을 도모하기 위하여 추가적인 가이드라인을 채택하였다. 동 가이드라인에서 보험회사, FMI 및 정리단계에서 고객자산 보호에 대한 KA의 적용 방안을 부연하였다.

이는 기존의 G-SIBs(Globally Systemically Important Banks) 중심의 정리 절차(Resolution Procedure)에서 동일하게(Equivalently) 중요한 부분을 차지하는 금융기관으로 대상을 확대한 결과이며, 국경간(Cross-border)에 효력 발휘를 위한 정리당국(Resolution Authorities)간의 협력과 법률제도(Statutory)의 적용가능성이 한층 더 중요한 사항으로 관심을 이동 시켰다.

FMI는 주로 자신의 참여자들을 구속하는 규칙과 절차를 보유하고 그로 인해 FMI를 금융 쇼크로부터 회복될 수 있는 협약을 수립하는 것이 가능하다는 점에서 다른 금융기관과 다르다. 예를 들면, PFMI는 CCP에게 적립금으로 해결되지 못한 손실들을 할당할 수 있는 원칙과 절차를 마련하도록 요구한다. FMI가 다른 기관에 의하여 정리되는 사태까지 이르는 쉽지 않지만, 그러한 가능성이 전혀 없는 것은 아니다. FMI가 금융시장에서 필수적인 기능을 제공하는 것을 고려할 때 공적자금의 투입과 청산의 선택지 외에 효과적인 정리제도가 적용될 수 있어야 한다.

1) FSB KA 1

2) 금융시장인프라(FMI: Financial Market Infrastructure)는 금융기관이 참여하는-운영자를 포함하는- 지급(Payment), 유가증권(Securities), 파생상품(Derivatives) 및 기타 금융거래(Financial Transaction)를 결제하고, 청산하고, 보관하는 목적으로 사용되는 다자간 시스템(Multilateral system)으로 정의된다. 따라서 지급결제 시스템(payment system), 중앙증권예탁(Central Securities Depositories), 증권결제시스템(Securities Settlement System), 중앙청산소(Central Counterparties) 및 거래보관소(Trade Repositories)를 포함한다. (Source: SPSS-IOSCO Principles for Financial Market Infrastructures -Apr 2012)

Ⅱ. 베일인 대상 채권의 도입 및 법적 타당성³⁾

1. 베일인을 위한 법적 체계 수립의 기본 원칙

EC의 베일인 제안서(Directorate-General for Internal Market and Services)에는 별도의 토론 문에서 제도설계를 위한 고려 사항으로 채권 우선순위의 존중, 법적 확실성의 보장, 청산가치의 보장, 금융안정성 유지, 잠재적 비용의 제한, 자금구성의 유지를 위한 충분한 베일인 대상채권의 확보 등을 제시하였다(DG Internal Market, 2011).

베일인(bail-in)의 법체계는 특히 ‘예금에 대한 취급’, ‘파생상품에 대한 취급’, ‘담보채권에 대한 취급’ 등에 관한 내용을 반드시 포함하여야 한다. 또한, 채권의 그러나, 정리 수단의 효율을 높이고 손실흡수로부터의 회피를 방지하기 위해서 베일인 대상 채권이 넓게 설정될 필요가 있으나, 베일인 적격성과 범위를 정하는 기준은 명확하고 엄밀하게 규정되어야 한다. 기본적으로는 베일인 대상 채권에 포함되는 채권이라도 신용시장의 적절한 기능 보장, 금융 안정성의 유지, 그리고, 영업의 지속성 등을 위하여 꼭 필요한 경우 베일인의 적용을 면할 수 있다. 또한, 짧은 만기의 채권들 중 회사가 회생 불능 상태에 근접할수록 변동성이 매우 커지는 채권들은 베일인 조치의 대상에서 제외되어야 한다. 다른 단기 채권들은 베일인 대상에 포함될 수 있으나, 채권의 우선순위에 따라 장기 채권들이 이들 보다 먼저 손실을 흡수하게 된다.

2. 베일인 대상채권의 구체화

기본적으로 베일인의 대상이 되는 무담보 자본원은 보통주, 우선주, 무담보 채권 및 유사 채권, 그리고 하이브리드 채권상품 등을 포함한다. BRRD는 정리절차 내에서의 베일인 조치의 대상이 될 수 있는 채권의 범위뿐 아니라 채권을 주식으로 전환시키거나 상각시킬 수 있는 권한의 적용 순서를 구체적으로 정하고 있다. 이 순서에 따르면, CRR에 따라 정의된 자본 상품이 다른 부채들보다 우선적으로 손실을 흡수하게 된다(ECB, 2015).

베일인 대상이 될 수 있는 부채증권들은 ECB에 의하여 재융자 추가대출 작업을 통해 은행으로부터 금전을 차용할 경우 담보로 인정될 수 있다고 간주된다(BaFin, 2014).

베일인을 통한 자본재투입과 관련하여 통합도산법과 마찬가지로 실질적이고 재량적 판단에 기초한 채권자 평등의 원칙이 수정(오수근, 2008)될 필요가 있다. 또한, 기관 예금과 단기 편당 등은 등급 분류에 좀 더 신중할 필요가 있다.

3. 베일인 대상채권의 범위와 관련한 쟁점

(1) 예금에 대한 취급

미국은 예금자우선보호제도를 채택하여 예금자들이 다른 일반채권자들보다 우선적으로 보호된다.

3) 보다 상세한 내용이 수록된 논문: 고영미, “국제 기준의 채권자손실분담제도의 한국 내 입법 방안: 베일인 대상 채권의 구체화 및 법적 타당성을 중심으로” 2017년, 3월 31일, 금융연구, 한국금융연구원·한국금융학회

영국의 경우, 부보예금기관들의 예금 대부분은 배일인 권한 범위에서 제외되지만, 비보호예금은 모두 배일인의 대상이 된다.⁴⁾ EU의 경우, BRRD에 따르면, 보장 대상 예금이 배일인 조치 대상에서 제외되지만, 배일인 제도의 효율성을 뒷받침하기 위하여 단일화된 예금보장기구(DGS)가 보장액의 한도까지 다른 모든 채권자들과 동등하게 취급되어 손실을 흡수하도록 규정했다.

한국은 예금자우선보호제도가 도입되어 있지 않으므로, 배일인이 도입되는 경우, 예금자의 보호 및 금융안정성의 유지와 채권자평등의 원칙 사이의 조화를 모색하는 방안이 강구될 필요가 있다. 또한, 미국의 예금자우선보호제도의 취지와 EU의 예금자 보호 제도의 최근 변화를 통해 볼 때, 해당 제도의 한국 내 도입이 신중히 검토될 필요가 있다.

(2) 파생상품에 대한 취급

배일인에 대한 법적 체계는 파생상품과 관련된 채무에 대한 배일인 조치 가능성에 관한 논의를 원칙적으로 포함하여야 한다. 그러나, 다른 유형의 채권들에 비하여 파생상품계약과 관련된 채무에 대한 배일인 조치의 적용을 법률로 규정하는 것은 쉽지 않고, 그 규정은 또한 금융 안정성 차원에서 문제가 제기될 수 있다. 반면, 배일인 조치의 대상이 될 수 있는 금융회사의 부채들 중 중요한 일부를 제외하는 것은 배일인 조치의 효율성을 심하게 손상시킬 수 있다(DG Internal Market, 2011).⁵⁾

(3) 담보채권에 대한 취급

담보물의 총 가치가 총 부채를 완전히 감당할 수 없는 경우에 담보채권은 배일인 대상에서 완전히 제외되기 힘들다. 그럼에도 불구하고, 국내법상 우선권을 부여하는 국가의 경우, 담보채권은 배일인의 대상 범위에서 제외된다.⁶⁾

(4) 배일인 대상 채권의 순위

장기무담보채권상품을 보유하고 있는 채권자들은, 일반 도산절차에 있어서 동일한 순서를 가지지만, 배일인에 있어 선순위 손실흡수자의 지위에 놓이게 되고, 그들은 도산절차에 있어서보다 더 큰 손실을 부담하게 될 것이다(Ingo Wallenborn, 2016).

원칙적으로, 배일인은 보통 구조조정 절차에서 전액을 지급받지 못하는 모든 채권을 대상으로 이루어져야 한다. 이러한 측면에서, 잠재적으로 채권상각수단의 대상이 될 수 있는 모든 부채들이 국내 통합도산법상의 우선순위에 따라 상각되어야 할지, 또는, 배일인의 경우 그러한 순위가 변경될 수 있는지가 쟁점으로 떠오를 수 있다.

4) 영국 은행법 (2009년) section 48B (4)와 (8), 그리고 48C 참조.

5) 순차적 방식의 배일인에서 장기 파생상품과 중앙청산소(CCPs)에서 청산되는 파생상품은 구별되어야 한다. 전자로 인한 권리는 장기 채권으로 취급되는 반면, 후자로부터의 권리는 만기와 관계없이 단기채권으로 취급되어야 한다. CCPs를 통하여 청산되지 아니하는 파생상품들로 인한 권리의 만기를 기준으로 배일인의 대상 자격이 결정된다. 장기와 단기의 기준은 만기 1년이다. 본래의 만기가 1년 미만 만기를 가진 파생상품으로 인한 권리는 단기 채권에 해당되어 배일인 대상에서 제외된다(DG Internal Market, 2011).

6) Directive 2014/59/EU(BRRD) 40(3).

EC 제안서는 새로운 순위의 채권(Tier 3 채권)을 도입하고 있는데, 그것은 규제자본과 후순위채권(Tier 2 채권)보다는 상위에 위치하고 다른 선순위 무담보 부채들보다 후순위이다. 따라서 배일인이 실행될 경우, 기존 선순위 채권보다 먼저 손실을 흡수한다. 그러므로, 이러한 채권상품들은 운용부채, 파생상품, 그리고 예금과 같은 무담보 부채보다 우선적으로 배일인된다.

[표 1] 파산절차의 경우 채권자 변제 순위

1. 별채권
2. 재단채권(별채권부 재단채권 → 파산법 제38조 1 내지 7호, 10호 소정 재단채권 → 기타 재단채권)
3. 파산채권(우선적 파산채권 → 일반 파산채권 → 후순위 파산채권)

[표 2] 정리절차에서의 채권의 우선순위

1. 부보예금
2. 선순위 무담보 채권(기타)
3. 선순위 무담보 채권(배일인 대상 적격)
4. 후순위 채권 상품
5. 주식

[표 3] BRRD의 배일인 대상 채권 순위

정리 수단	채권 순위
배일인	담보부 상품/세금/임금 등
	보호 예금(10만 유로 이하): 예금보증제도
	중소기업 및 개인의 예금
정리절차	비보호 선순위 채권(비보호 예금 포함)
	후순위 채권
조기 개입 자본 상품의 상각	Tier 2
	Tier 1

[표 4] 배일인에서의 손실 흡수 순위

규제자본	Tier1 보통주	전체가 손실 흡수
규제자본	추가적 Tier 1	계속기업 손실흡수 및 부실화된 기업 손실 흡수
규제자본	Tier2	부실화된 기업 손실 흡수(계속기업 손실 흡수도 가능)
비규제자본	기타 후순위채 상품	부실화된 기업 손실 흡수
부채	선순위무담보채권(비부보 예금)	부실화된 기업 손실 흡수(정리당국의 권한으로 제외될 수 있음)
부채	우대/담보/부보/제외 채권들	제외/손실 비흡수

4. BRRD의 베일인 대상 채권 관련 규정(37-57)

(1) 개관

BRRD는 37부터 50d까지의 규정에서 베일인 수단, 기금과 베일인 가능 채권의 최소필요조건, 베일인 수단의 실행, 다양한 부수 규정들에 관한 기본 원칙들을 기술하고 있다.

(2) 베일인 대상 채권 및 베일인 제외 채권

베일인 대상 채권을 법규적으로 구체화하는 방식은 positive 서술 방식과 negative 서술 방식이 있다. EU의 경우, BRRD 44에서 베일인의 범위로부터 제외되는 부채들을 명시적으로 규정한다. 이들 부채에 해당하지 않는 모든 부채는 베일인 조치의 대상이 될 수 있다. 또한, BRRD 44(3)은 추가적인 베일인 제외 채권 및 사유를 규정하고 있다.

[표 5] 기본적인 베일인 제외 채권

<p>BRRD는 다음 채권들을 제외한 모든 채권들을 기본적으로 베일인 대상 채권으로 규정한다:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 예금보증제도를 통하여 부보되는 예금 및 예금보증증권에 대한 출연금 • 담보부 채권(커버드 본드 포함) • 의뢰의 자산 또는 금전의 보유로 인하여 발생하는 채권 • 그룹 내부에서의 영업을 제외한 은행간 영업으로 인한 7일 미만 만기의 부채 • 종업원, 조세 행정, 중요한 상거래 채권자 등에 대한 채권 7)

[표 6] 추가적인(선택 가능한) 베일인 제외 채권 및 사유

<p>BRRD는, 또한, 추가적인(선택 가능한) 베일인 제외 채권을 규정하고 있다:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 합리적인 기간 내에 베일인 조치가 불가능한 채권들 • 중요한 기능 및 핵심 영업을 지속을 위하여 필요한 채권들 • 전염이 자연인, 중소기업 또는 금융시장의 기능 등으로 광범위하게 확산되는 것을 방지하기 위한 목적 • 베일인 조치를 실행시키지 않는 경우보다 다른 채권자들에게 더욱 심화된 가치 몰락을 초래하는 것을 방지하기 위한 목적

[표 7] EU 금융회사들의 채권 순위 비교

BRRD(2014/59/EU)	European Commission Proposal	ECB Proposal
Secured Liabilities and Insured Deposits	Secured Liabilities and Insured Deposits	Secured Liabilities and Insured Deposits
Other Privileged Deposits	Other Privileged Deposits	Other Privileged Deposits
Junior Deposits	Junior Deposits	Junior Deposits
Preferred Senior Long Term Debt	Preferred Senior Term Debt	Preferred Senior Long Term Debt
	Senior non-preferred Long-Term Debt	Senior non-preferred Long-Term Debt
Dated Subordinated Debt	Dated Subordinated Debt	Dated Subordinated Debt
Junior Subordinated Debt	Junior Subordinated Debt	Junior Subordinated Debt
Preference Shares	Preference Shares	Preference Shares

Source: Moody's.

7) 상세설명: BRRD: Contractual Recognition of Bail-in and Resolution Stays, 22 February 2016, Sherman&Sterling

(3) 베일인 조치의 적용 순서(자본상품 vs. 채권상품)

채권상각수단은, 금융회사가 정리 개시를 위한 발동요건을 충족시키는 경우, 정리당국에게 모든 주식을 상각시킬 수 있고, 후순위 채권을 상각시키거나 주식으로의 전환시킬 수 있는 실정법상의 권한을 부여하여 행사할 수 있도록 하는 장치이다. BRRD는 정리 절차 내에서의 채무를 전환시키거나 상각시킬 수 있는 권한 행사의 구체적인 적용 순서를 규정한다.⁸⁾

(4) 베일인 대상채권의 최저필요한도(MREL)의 규제 방식

일부 부채들이 베일인 대상 채권에서 제외된다는 것을 고려할 때, 만일 금융회사가 대부분의 채권을 베일인 조치의 대상이 되지 않는 채권으로 분류해 놓은 경우, 베일인 조치의 실효성이 손상될 것이다. 이에 대해, 2015년, 유럽은행감독청(EBA)은 자기 자본과 베일인대상채권의 최저한도를 결정하기 위한 준거치에 관한 최종기술표준(MREL)을 발표하였다. EBA의 목표는 은행이 부실화되는 경우, 해당 은행이 손실을 흡수하기에 충분한 부채를 확보하도록 하는 것이다. MREL을 통해서는 베일인을 포함한 정리수단들이 효과적으로 적용될 수 있고, 결국, 납세자가 아닌 주주 및 채권자가 자본 확충을 부담하게 된다.

Ⅲ 일부 채권의 베일인 제외 시 법적 타당성 검토

1. 베일인 대상채권과 베일인 제외 채권 및 사유

(1) 개관

기술한 바와 같이, EU의 BRRD 44(2)는 베일인의 범위로부터 제외되는 부채들을 명시적으로 규정한다. 이들 부채에 해당하지 않는 모든 부채는 베일인 조치의 대상이 될 수 있다(BRRD 44(1)). 더 나아가, BRRD 44(3)은 추가적인 베일인 제외 채권 및 사유를 규정하고 있다. 이러한 사유는 합리적인 기간 내에 베일인 조치가 불가능한 채권들, 중요한 기능 및 핵심 영업의 지속을 위하여 필요한 채권들, 전염이 자연인, 중소기업 또는 금융시장의 기능 등으로 광범위하게 확산되는 것을 방지하기 위한 목적, 베일인 조치를 실행시키지 않는 경우보다 다른 채권자들에게 더욱 심화된 가치 몰락을 초래하는 것을 방지하기 위한 목적 등이다.

8) 기술한 바와 같이, 이러한 순서는 CRR에서 규정한 정의에 기초하는데, 자본 상품이 다른 채무보다 우선적으로 손실을 흡수한다. 또한, BRRD는 회생불가능 시점에서의 채권의 전환 및 상각에 관하여 이와 유사한 규정을 두고 있다.

(2) 채권의 성질에 따른 예외적 취급(BRRD 44(1))

1) 서설

BRRD 44(1)에서 명시적으로 제외하는 채권들은 예금보증제도를 통하여 부보되는 예금 및 예금 보증증권에 대한 출연금, 담보부 채권, 의외의 자산 또는 금전의 보유로 인하여 발생하는 채권, 그룹 내부에서의 영업을 제외한 은행간 영업으로 인한 7일 미만 만기의 부채, 그리고, 종업원, 조세 행정, 중요한 상거래 채권자 등에 대한 채권 등이다.

채권 자체의 특성으로 인한 예외적인 취급과 배일인제도의 목적을 중심으로 한 기타 정당화 사유들로 다른 채권 예외적인 취급이 가능하며, 그 결과로서 대상 채권의 배일인 적격성 및 대상채권의 우선순위가 수정 혹은 변경될 수도 있는 것이다.

2) 담보부 채권

배일인 실무에서 가장 유용한 것은 담보부 채권에 대한 예외에 관한 것이다. EBA의 기술표준 초안에 의하면, 거의 대부분의 담보채권의 경우에는 담보가치가 부족하기 때문에 무담보채권이 될 가능성이 크다. 그러므로, 담보채권으로서 면제자격을 갖추기 위해서는 채권이 발생하는 순간부터 완전히 보증되어야 할 필요가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 규제요건이 지속적으로 충족될 수 있는 정도의 완전한 담보물로 보증되어야만 한다.

3) 상거래 채권자(Commercial Creditors)

기술한 바와 같이, 개정된 우리나라의 통합도산법⁹⁾은 상거래채권자들에 대한 보호의 강화에 관련된 규정들이 포함되어 있다. 금융회사의 상거래채권은 금융회사의 운영에 있어 일상적인 기능에 중요한 상품이나 서비스와 관련된 상거래 채권자에 대한 부채등을 의미한다.

4) 그룹 내부에서의 영업을 제외한 은행 간 영업으로 인한 7일 미만 만기의 부채와 만기가 7일 이내인 지급결제 부채

Directive 2014/59/EU(BRRD)의 [BRRD 44(2)(e)] 후단에서 말하는 본래의 만기가 7일 미만인 다른 금융회사의 은행보증금들이 부채로 취급될 수 있다는 내용의 의미가 명확하지 않다. 해당 예외는 은행 사이의 영업으로 인한 만기 7일 미만의 부채에 한정되는 것으로 제한하여 해석하는 것이 바람직하다. 7일 이내의 잔여 만기 부채로, 지침 98/26/EC에 의하여 지정된 시스템 운영자 또는 시스템에 상환의무가 있는 자 또는 참가자의 시스템 참여로 발생하는 부채를 의미한다.

5) 신탁재산의 보유로 인하여 발생하는 채권

신탁에 있어서 말하는 도산 절연이란, 위탁자가 수탁자에게 신탁한 재산에 대해서 신탁의 수익자가 위탁자 혹은 수탁자의 도산절차에 구속되지 아니하고 신탁재산에 대한 권리를 행사할 수 있다는 것을 가리킨다. 다만, 신탁법상의 신탁관계가 설정되면, 신탁재산은 위탁자 혹은 수탁자의 도산으로

9) 2016년 5월 29일에 일부가 개정되고, 2016년 8월 30일에 시행에 들어갔다.

부터 절연되지만, 신탁법상의 신탁이 아니고 명의신탁인 경우에는 신탁법에 따른 도산 절연의 적용은 받을 수가 없는 것이다(한민·박종현, 2006).

6) 종업원, 조세 행정, 중요한 상거래 채권자 등에 대한 채권

회생절차의 개시 당시에 채무자의 재산상에 존재하고 있는 우선특권은 회생담보권으로 인정되는데, 우선특권은 정책상의 고려에 의해서 특별히 보호해야 할 필요성이 인정되는 채권에 관하여, 개별법에서 각각의 경우에 대해 채무자의 재산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리가 인정된다.

먼저, 기업이 채무초과로 인하여 지불불능 상태가 되어 도산하는 경우에, 근로기준법에 따라 근로자의 임금채권이 다른 채권에 우선하여 변제될 수 있다.

공익채권은 회생절차에 의하지 아니하고 수시로 변제된다. 또한, 정리채권이나 정리담보채권에 우선하여 변제를 받을 수 있다(통합도산법 209(2)). 정리절차가 파산절차로 이행하게 되는 경우에는 공익채권이 파산법상의 재단채권이 되며(통합도산법 473, 475), 회생절차로 이행하게 되는 경우에는 회생절차에 의하지 아니하고 수시변제 된다. 즉, 회생채권이나 회생담보권에 우선하여 변제된다.

상법(상법 468)에서는 주식회사의 사용인에 대한 우선변제와 관련하여 신원 보증금의 반환을 받을 채권 기타 회사의 사용인 간의 고용관계로 인한 채권이 있는 자는 회사의 총재산에 대하여 우선변제를 받을 수 있다.

(3) BRRD의 추가적 배일인 제외사유 (BRRD 44(3))

1) 서설

BRRD는 추가적인 배일인의 제외사유로서, 합리적인 기간 내에 배일인의 조치가 불가능한 채권들, 중요한 기능 및 핵심 영업의 지속을 위하여 필요한 채권들, 상황의 전파가 자연인, 중소기업 또는 금융시장의 기능 등으로 광범위하게 확산되는 것을 방지하기 위한 목적, 배일인 조치를 실행시키지 않은 경우에 비하여 다른 채권자들에게 더욱 심화된 가치의 몰락을 초래하는 상황을 방지하기 위한 목적 등에 대하여 규정한다.

2) 금산법에 따른 불평등한 감자명령

금융위원회가 부실금융회사에 대하여 특정 주주가 소유한 주식을 특정 비율로 병합하는 방법을 통하여 자본을 감소시키도록 명령하는 경우에, 금융위원회는 [금산법 12(3)]에 의거하여 부실화된 금융회사로 하여금 정부 등이 소유하고 있는 주식을 보다 더 우호적이 조건이나 방식으로 소각하거나 또는 병합하도록 명령할 수 있다.

대한민국 [헌법 11(1)]에 따른 평등은 형식적인 평등이 아니고, 실질적인 평등을 의미한다. 그러므로 합리적인 이유가 있는 경우에는 불평등한 대우가 허용된다. 즉, 법에서 명시적으로 금지하고 있는 범위에 속하는 경우에는 엄격한 기준이 적용되는 반면에, 그와 다른 경우에는 완화된 기준을 적용한다.

(4) 베일인의 계약상 승인(BRRD(2014/59/EU) 55)

BRRD는 55(3)에서 EU 기업 및 기타 규제 범위 내의 기관들에게 non-EU 법을 준거법으로 하는 계약의 내용에 베일인에 대한 승인 조항을 포함하도록 요구했다. EU의 베일인 조치는 유럽경제공동체 내에서 자동으로 유효한 반면, 공동체 밖에서는 효력이 불확실하다. BRRD 55(3)은 그러한 간격을 제거하여 베일인 조치의 효력이 국경 없이 적용되도록 하기 위한 목적으로 규정되었다.

2. 독일의 입법 태도

독일의 경우, 법률안에서 제안된 규제적 채권 후순위화(Statutory subordination)가 독일 기본법, 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of European Union), 그리고, 유럽 인권협약 제 1추가의정서에서 보장하고 있는 재산권 보호와 조화를 이루는지의 여부가 문제로 부상하였다.

채권자의 권리가 일반적으로 재산권에 대해 보호받지만, 베일인의 경우 공적 기관에 의한 개입에 의해 계속적으로 진행되는 절차를 포함하고 있고, 이는 헌법상 원칙에 따르는 경우, 엄격한 의미에서의 소급적용이라고 볼 수 없다. 오히려, 그러한 지속적 절차에 대한 개입은 판례법에 따르는 경우, 허용되는 것이 일반적이다.

3. 예금자보호와 베일인

(1) 예금보험제도, 도덕적 해이, 그리고 예금자보호의 필요성

금융회사가 영업정지나 파산 등으로 고객의 예금을 지급하지 못하게 될 경우, 예금보험기관이 금융기관을 대신하여 정해진 원칙에 따라 예금을 지급하는 제도를 예금보험제도라 한다.¹⁰⁾ 이는 기본적인 목적 이외에도 예금자들에게 예금보험과 정부 보증을 통하여, 은행의 실패한 예금 채무에 대한 지급이 이루어질 것이라는 신뢰를 제공하기 때문에, 대부분의 은행이 예금인출 사태 등에 직면하는 것을 피할 수 있도록 해 주는 장점이 있는 반면, 몇 가지 부작용들을 수반할 가능성도 있다.

그 중 가장 두드러진 것은 주식 보유자와 채권 보유자 사이의 갈등이다. 채권자들은, 주주들과 달리, 기업이 잠재적 고 수익을 위해 고 위험을 추구하는 것을 선호하지 않는다. 이렇듯, 기업의 주체와 대리인 사이에 이해관계의 상충 문제가 발생하게 되는데, 대리인 관계는 도덕적 해이 또는 역선택 등의 대리인 문제를 발생시키고, 그러한 문제를 해결하는 데 드는 비용이 대리인 비용(Agency cost)이다.

시스템상 중요한 은행은 연쇄적 비유동성과, 도산의 도관 역할을 하여 시스템 리스크를 발생시킬 수 있다. 한국의 경우, 금융기관이 파산 등으로 예금을 지급할 수 없는 경우, 예금의 지급을 보장함으로써 예금자를 보호하고 금융제도의 안전성을 유지하는 예금자보호법(1995년 12월 국회통과)에 따라 예금보험공사를 설립하였다.

현행법상, 한국은 예금자우선보호제도를 도입하지 않았기 때문에, 은행 예금은 한국예금자보호법에

10) http://www.kdic.or.kr/protect/new_index.jsp.

따라 은행의 정리절차에서 다른 상위 무담보 채권자들과 동등한 순위를 가진다. 반면, 미국의 경우, 예금자우선보호제도가 다른 선순위 무담보 채권자들을 예금 채권자의 후순위에 놓이게 함으로써 본래의 채권 순위를 변경시킨다. 이러한 제도는 연방 예금보험제도의 대상이 되는 예금보다 더 넓은 범위의 예금을 보호한다.

(2) 예금에 대한 배일인 적용여부

예금에 대한 배일인 조치의 내용은 국가마다 차이를 보이는데, 이는 근본적으로 각국의 예금보장제도의 범위가 동일하지 않은데서 비롯된다고 볼 수 있다.

미국은 예금자우선보호제도를 채택하여 예금자들이 다른 일반채권자들보다 우선적으로 보호된다. 이는 예금기관에 대한 배일인 조치가 별다른 실효성을 갖지 못하게 되는 원인이 되기도 한다.

영국의 경우, 부보예금기관 들의 예금 대부분은 배일인 권한 범위에서 제외되지만, 비보호예금(uninsured deposits)은 모두 배일인의 대상이 된다.¹¹⁾ 영국은 EU를 완전히 탈퇴하게 되는 2019년 3월 19일까지는 EU 회원국으로서 EU 법을 준수하여야 하며, 이후에도 EEA의 구성국으로서 EU 법의 적용을 받을 수 있다.

EU의 경우, BRRD에 따르면, 보장 대상 예금이 배일인 조치 대상에서 제외되지만, 배일인 제도의 효율성을 뒷받침하기 위하여 단일화 된 예금보장기구(Deposit Guarantee Schemes, the “DGS”)가 보장액의 한도까지 다른 모든 채권자들과 동등하게(안분 비율로) 취급되어 손실을 흡수하도록 규정한다. 한편, 유럽중앙은행(European Central Bank, the “ECB”)은 최근 DGS의 보장 범위를 유럽 내 금융회사의 모든 예금으로 확대하여 모든 예금채권자들이 일반채권자보다 우선적인 보호를 받아야 한다고 제안하였다(2017년 3월 9일).

한국은 예금자우선보호제도가 도입되어 있지 않고, 예금우선보호조항에 대한 위헌 판결이 내려진 사실이 있기 때문에,¹²⁾ 배일인이 도입되는 경우, 예금자의 보호 및 금융안정성의 유지와 채권자평등의 원칙 사이의 조화를 모색하는 방안이 강구될 필요가 있다. 파산절차와 금융회사 정리절차는 목적이 다르고 시스템 상 중요한 금융회사는 일반 금융회사보다 금융안정성에 미치는 영향이 크기 때문에, 과거의 판례가 변경될 가능성도 없지 않다. 또한, 미국의 예금자우선보호제도의 취지와 EU의 예금자보호 제도의 최근의 변화를 통하여 볼 때, 해당 제도의 한국 내 도입이 신중히 검토될 필요가 있다.

4. 배일인 절차에 있어서의 금융파생채권의 지위

배일인 체계의 관점에서 보면, 금융회사는 주식(equity), 배일인 적격을 가진 부채(무담보 채권 등), 그리고, 배일인 제외 부채(부보 예금 등)을 보유한다. 배일인 개념은 기본적으로 금융회사의 모든 채권자들의 자본재편에 기여할 수 있어야 한다는 생각에서 출발한다.¹³⁾ 그러나, 그것은 모든

11) 영국 은행법(2009년) section 48B (4)와 (8), 그리고 48C 참조.

12) 구 상호신용금고법 제37조의 2에 대한 헌법재판소의 위헌 결정(2003헌가14·15(병합)), 2006년 11월 30일.

13) Elin Eliasson, Emil Jansson and Thomas Jansson, “The bail-in tool from a Swedish perspective”, sveriges riksbank economic review, February 2014

유형의 부채들에 대하여 배일인 수단을 적용할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 왜냐하면, 채권들 중 일부는 상각 또는 전환시키기에 시스템상 매우 중요하거나 복잡하기 때문이다. BRRD에 따르면, 담보 채권, 원래의 만기가 7일 미만인 은행 간 예금, 그리고, 종업원에 대한 채무 및 지급준비중인 채권들(account payable)과 같은 특정한 일부 등급의 부채들은 배일인 대상에서 제외되기 때문에, 상각되거나 주식으로 전환되지 않는다.

일부 등급의 부채들이 배일인 대상에서 제외되기 때문에, 묵시적 정부보증을 위한 가치 손상을 최소화하기 위하여 금융회사들은 그러한 채권 상품들을 발행할 유인을 가지게 된다. 이것은 금융회사에 요구되는 최소 필요 한도 때문에, 금융회사는 무담보 채권을 발행하거나, 또는 자산의 제한(encumbrance of asset)¹⁴⁾의 상위 한도를 정하도록 강요당할 것이다.

순차적 방식의 배일인에서 만기가 긴 장기 파생상품과 중앙청산소(CCPs)를 통하여 청산되는 파생상품은 구별되어야 한다. 만기가 긴 전자로 인한 권리는 장기 채권으로 취급되어야 하는 반면, 청산소를 통하여 청산되는 파생상품으로부터의 권리는 만기와 관계없이 단기 채권으로 취급되어야 한다. 이것은 파생상품 시장의 투명성과 리스크 관리를 증진시키기 위한 방법으로 CCPs를 장려하는 최근의 정책 동향을 반영하는 차원에서 바람직하다.¹⁵⁾

CCPs를 통하여 청산되지 아니하는 파생상품들로 인한 권리는 그들의 만기를 기준으로 배일인의 대상 적격이 결정된다. 본래의 만기가 1년을 초과하는 파생상품으로 인한 권리는 장기 채권에 해당되어 배일인의 대상에 포함되고, 1년 미만 만기를 가진 파생상품으로 인한 권리는 단기 채권에 해당되어 배일인 대상에서 제외된다.¹⁶⁾

V. 일시정지제도

1. 서설

지난 2007-2009년 글로벌 금융위기 사례를 통해 “시스템적으로 중요(too- important-to-fail)하거나 다른 금융회사들과 상호연계성이 높다(too-interconnected- to-fail)면 그 규모가 크지 않더라도 금융시스템 전체를 위협할 수 있다는 것”을 경험하였다.

그러한 금융시스템 위협과 관련하여, 장외(“OTC”) 파생상품과 환매 협약을 포함한 적격성을 갖춘 금융 계약들이 금융위기 동안 어떠한 역할을 수행했는지가 큰 관심을 받아왔다. 특히, 신용부도스왑(“CDSs”)과 부채담보부증권(“CDOs”)가 이러한 협약을 위한 증권에 게시된 담보물에 대한 상대방의 채무불이행과 투자금인출쇄도(debt run)을 촉발시킴으로써 금융 붕괴 과정에서 가장 두드러진 역할을 한 것으로 판단된다. 파생상품은 국제 금융에서 여전히 중요한 금융상품이지만 금융 위기의 원인 중 하나로 거론되고 있다. 특히, 신용 파생상품은 금융위기 동안 금융기관 및 비금융기관들에 의한 레버리지의 과잉 축적을 허용하고, 결국 공적자금에 의한 배일아웃에 이르게 한 가장 주된 원인으로 작용하였다.

14) 어떤 재산(property)에 관하여 그 재산의 소유자 이외의 타인이 가지는 각종 권리나 이익을 총칭하는 용어이다

15) Id. at 10

16) Id.

시스템적으로 중요한 글로벌은행(G-SIBs)의 경우, 특히 장외파생상품거래가 상당한 비중을 차지하는 것이 일반적이다. FSB의 핵심원칙(Key Attributes)은 G-SIBs에 대한 정리당국의 정리절차 개시 혹은 정리권한 행사를 G-SIBs 장외파생상품거래 상대방이 계약의 조기종결권 행사사유로 이용할 수 없도록 요구하고 있다. 한국의 정리 당국은 장외파생상품거래 등을 대상으로 조기종결권의 일시중지제도를 도입하기로 결정하였다. 그러한 개정은 신용 위험 분석과 회생·정리계획안의 작성에 있어서의 효율성을 증가시키고, 또한, 시스템 위험을 완화시킬 것이다.

‘일시중지제도’의 도입은 그러한 위험성과 구제금융을 위한 공적자금의 투입을 방지하기 위한 것이다. 또한 이 제도를 통해 대량조기종결사태와 같은 위험을 차단하여 금융시스템의 안정을 도모하고, 은행들이 파산 전의 파생상품과 같은 자산을 다른 정리금융기관(가교은행)으로 옮겨 파산으로 인한 영향을 최소화하는 것이 가능할 것으로 기대된다.

금융계약 조기종결 일시정지(Temporary stay)제도는 회생·정리과정에서 파생금융거래, RP거래 등의 계약상대방의 조기 거래 종결권 행사로 시장불안이 가중되지 않도록 조기 종결권의 행사를 일시적으로 정지시키는 제도이다. 각국의 정리당국은 이 제도를 통하여 필요시 계약상의 중도 종료·정산 등의 권리를 일정기간 정지 하도록 명령하는 권한을 보유하게 된다.

금융위원회는 관계기관 및 금융·법률 분야 전문가들과 회생·정리제도의 원활한 개선을 위한 논의를 진행하여 지난 2015년 10월 30일 회생·정리 계획 작성의무 부과, 채권자 손실분담(Bail-in) 명령 등 회생·정리 제도의 도입을 위한 기본 방향을 확정하였다. 주요 도입 내용은 “회생·정리계획안(Recovery and Resolution Plan)¹⁷⁾의 작성”, “채권자 손실분담제도(Bail-in) 도입”, “금융계약 조기종결(Early Termination)의 일시정지(Temporary Stay) 제도 도입”등이다. 이러한 개정사항들은 FSB의 “효율적인 정리를 위한 핵심사항들(KAs)”에 기초하고 있다. 우리나라는 이러한 세 가지 사항을 도입함으로써, G20 합의사항 이행을 통한 국제적 신뢰를 확보하고 금융회사의 부실화 문제 발생 시 국내 금융시스템의 안정성을 제고할 수 있다. 위 세 가지 사항들은 주요 미도입 국가들의 입법동향을 주시하면서, 은행을 포함한 이해관계자들의 의견을 폭넓게 수렴하여 “금융산업의 구조 개선에 관한 법률”의 개정을 통해 도입하는 등 구체적인 방안을 현재 논의 중이다.

17) 미국은 회생계획안(Recovery Plans)과 유사한 기능을 하는 Living Wills(리빙 윌, 사전유언장) 을 도입하기로 결정하였고 이는 도드-프랑크 법 Title I에 규정되어 있다. 미국의 계획안은 특별한 부실을 가정하고 이에 대한 계획된 반응을 설명하도록 요구되지만, 상세한 내용은 외부에 공개하지 않아도 된다. 대략적인 전략을 보여주는 요약 부분만이 FRB에 의해 공표된다. 리빙윌을 지지하는 자들은 네 가지의 이점을 강조한다. 첫째, “리빙윌은 좀 더 나은 금융시스템을 만드는 것에 기여한다(즉, 충격으로부터의 회복력이 좋은 시스템을 말하는데, 그러한 시스템 하에서의 은행은 “파산시키지 못할 정도로 거대하거나 상호연계성이 너무 높지 않다”. 둘째, 국제적 기업에게 사전에 잘 구성되고 유지되는 회생 안을 고안하도록 하는 절차를 요구하는 것이다. 셋째, 리빙 윌은 기관들로 하여금 도드-프랑크 법 또는 파산 법원을 통한 구조조정을 좀 더 용이하게 평가하도록 하여 Lehman 사례와 같은 사태를 피할 수 있도록 도와준다. 실제로, Lehman은 사전 계획이 존재했다면 최소한 7천오백만 달러의 파산비용을 절약할 수 있었다. 넷째, SIFIs에게 Living Wills을 고안하는 것을 의무화하는 것은 금융기관을 단순화하여 규제기관의 감시를 용이하게 하는 효과가 있다.(참조: Richard J. Herring, "Wind-Down Plans as an Alternative to Bailouts", Briefing Paper #15, 2009, PEW Economic Policy Group), 참조: 고영미, “글로벌 금융기관의 정리원칙의 국내적도입: 금산법의 개정을 중심으로” 241 쪽의 주 1), 「상사법연구」 제35권제3호, 2016년 11월, 한국상사법학회

2. 조기종결권의 일시정지제도의 논의 배경 및 전개 과정

(1) 금융계약의 부채구조 및 금융채권의 특성

1) 금융회사의 부채구조

기업이 도산 상태에 가까워질수록 기업의 채권자들의 힘이 점점 더 강해지는 것은 기업 지배구조의 일반적인 원칙이라 할 수 있다¹⁸⁾. 그러나 금융회사의 경우는 강력한 채권자들이 존재하지 않기 때문에, 일반 기업의 경우와 다르다. 특히 은행의 채권자들은 폭넓게 분산되어 있고, 그들은 대개 대부업에 종사하고 있지 않다. 그들은 또한 지배구조에 영향력을 행사할 만한 어떠한 협약(covenants)을 보유하지 않는 것이 일반적이다. 파생상품 채권자들은 덜 분산되어 있는 편이고 대개는 전문 투자자들이다. 그러나, 그들은 일반적으로 담보 채권자들이고 도산절차에서 우대를 받기 때문에, 그러한 지배력을 행사할 유인이 거의 없다. 지배구조의 이러한 공백에 개입하는 것은 금융회사의 감독 당국이고 그들은 일정한 조건 하에서 금융기관에 대한 지배력을 행사하게 된다.¹⁹⁾ 감독 당국들은 기업이 쇠퇴하는 경우 더욱 적극적으로 개입하고 금융회사의 자본 상태에 따라 “적기시정조치”를 단계적으로 행사한다.

2) 금융채권의 특성

금융채권은 예금, 파생상품, 보험 상품들, 그리고 리포 등 금융 회사들의 영업과 관련하여서만 발생할 수 있다. 기업 부채 또는 기업간 신용 등은 금융채권에 해당되지 않고, 금융회사의 부채 또는 기업간 신용 또한 금융채권이 아니다. 따라서, 금융채권의 정의는 두 가지 측면에서 이루어질 수 있고, 그 중 한 가지는 도산절차 내에서 특별한 의미가 있다. 즉, 금융채권은 도산절차에 의해 가치가 손상될 수 있는 채권을 의미한다고 말할 수 있다.

도산은 금융채권을 손상시키고 파산은 가치를 파괴하지만, 가치 파괴가 파산의 불가피한 특성은 아니다. 이상적인 도산 절차는 채권을 신속하고 원활하게 손상시킬 수 있어야 하고 담보에 해를 입히지 않아야 한다. 그러나, 파산은 아주 잘 진행된다고 하더라도 이상적인 절차라 할 수 없다. 다만, 금융채권들은 도산과정에서도 가치를 상실할 수 있고 그것의 가치는 현재의 순 가치로 측정된 것보다 낮아지게 된다. 따라서, 바람직한 도산 제도는 이러한 채권들을 보호하여 그들이 제공할 수 있는 유동성 또는 리스크의 전가 기능을 유지할 수 있게 한다.

이러한 결과의 대가는 다른 채권들이 치르게 된다. 즉, 금융채권이 제공하는 기능을 가지지 못한 다른 일반 채권들은 금융회사의 수익원에 지나지 않는 것이다. 그러한 수익원을 손상시키는 비용은 금융채권을 손상시키는 비용보다 낮기 때문에, 금융채권이 도산절차에서 우대를 받게 되는 것이다. 이러한 우대는 채권의 순위에 영향을 미치고 때로는 일시적이다²⁰⁾.

18) Oliver Hart, “Firms, Contracts, and Financial Structure”, 1995, 참조: Nicola Gennaioli and Stefano Rossi, “Bankruptcy, Creditor Protection and Debt Contracts”,

19) Joseph H. Sommer, “Why Bail-In? And How!” at 215, FRBNY Economic Policy Review, December 2014

20) Joseph H. Sommer, “Why Bail-In? And How!” at 2095, FRBNY Economic Policy Review, December 2014

(2) 일시정지 제도의 전개과정

표준제정 및 금융안정성 제고를 목적으로 하는 국제결제은행(BIS)에서 운영되는 독립적인 기구인 금융안정위(이하 FSB, Financial Stability Board)에서는 2011년 10월 총회에서 금융기관의 효과적인 정리 제도를 위한 핵심 준칙을 채택하였으며, 2011년 11월 G20 정상회담(Cannes Summit)에서 이러한 핵심 준칙(이하 KA: Key Attributes)을 지지하였다.

2008년 금융위기에서 대형 금융기관의 파산에 따른 공적자금(Taxpayer's money)의 투입과 정리 절차의 복잡성에 따른 경제적 손실의 심각성을 인지하여, 각국은 대마불사(Too-big-to-fail)의 도덕적 해이(Moral Hazard)를 줄이고, 공적자금의 투입을 최소화하며, 질서 있는(Orderly) 금융기관의 회생 정리 계획(RRP: Recovery and Resolution Plan)를 마련하기 위한 기본 원칙으로서 FSB의 12항목으로 구성된 KA를 채택한 것이다.

1992년 또는 2002년 버전의 ISDA 표준약정(Master Agreement)뿐 아니라 그 밖의 다른 금융계약과 관련하여 배일인이 “도산을 기초로 한 채무불이행” 상황을 일체 유발하지 않도록 할 필요가 있다. 그러한 회피가 없다면, 기관의 파생상품 계약은 종료되어 프랜차이즈 가치²¹⁾의 막대한 손실과 배일인이 행해지는 기업의 부채 확장을 막을 수 없을 것이다.²²⁾ 이러한 적격 금융계약상의 기한이익상실 및 조기종료 등이 한 금융회사의 스트레스가 다른 기관에 전파되도록 하는 추가적 경로로 작용할 수 있기 때문이다.

입법 또는 규제를 통하여, 또는 ISDA 약정서의 변경을 통하여서도 계약상의 기한이익상실 및 조기종료 등은 방지될 수 있다. 예를 들면, 특정 금융회사가 계약상의 당사자, 신용 공여자, 그리고/또는 법률에 따른 주식 및 재산 이전 상품을 지정하여 배일인이 그에 따른 채무불이행 사태의 발생 여부를 결정함에 있어 배일인이 무시될 수 있다고 계약상 특정하는 것을 허용하는 배일인 입법이 가능하다.²³⁾

2014년 10월 FSB는 2011년 채택된 KA가 상이한 법제도, 시장환경 및 섹터(보험, 금융시장 인프라(FMI)²⁴⁾ 등)등을 고려하여, 관할지역간(Cross Jurisdiction)의 효과적이고 일관성 있는 실행을 도모하기 위하여 추가적인 가이드라인을 채택하였다. 동 가이드라인에서 보험회사, FMI 및 정리단계에서 고객자산 보호에 대한 KA의 적용 방안을 부연하였다.

이는 기존의 G-SIBs(Globally Systemically Important Banks) 중심의 정리 절차(Resolution Procedure)에서 동일하게(Equivalently) 중요한 부분을 차지하는 금융기관으로 대상을 확대한 결과이며,

21) 프랜차이즈 가치는 기업이 영업을 계속할 경우 발생하는 현재와 미래 기대 이윤의 현재 가치로 정의될 수 있다.

22) 계약의 기한이익의 상실 및 조기종료로 인한 미결제채무의 발생으로 인하여 기업의 부채액이 증가한다는 의미이다.

23) UK Banking Act 2009(Restriction of Special Bail-in Provision, Etc.) Order 2014 §4: 2014년 12월 17일 입법, 2015년 1월 1일 발효. 참조: Harriet Baldwin & Make Lancaster가 작성한 조문 해설서(explanatory note)

24) 금융시장인프라(FMI: Financial Market Infrastructure)는 금융기관이 참여하는-운영자를 포함하는- (Payment), 유가증권(Securities), 파생상품(Derivatives) 및 기타 금융거래(Financial Transaction)를 결제하고, 청산하고, 보관하는 목적으로 사용되는 다자간 시스템(Multilateral system)으로 정의된다. 따라서 지급결제 시스템(payment system), 중앙증권예탁(Central Securities Depositories), 증권결제시스템(Securities Settlement System), 중앙청산소(Central Counterparties) 및 거래보관소(Trade Repositories)를 포함한다. (Source: SPSS-IOSCO Principles for Financial Market Infrastructures -Apr 2012)

국경간(Cross-border)에 효력 발휘를 위한 정리당국(Resolution Authorities)간의 협력과 법률제도 (Statutory)의 적용가능성이 한층 더 중요한 사항으로 관심을 이동 시켰다.

(3) 일시정지의 근거

일시정지에 대한 근거는 FSB의 KA의 3.2 일반적인 정리권한하의 (x)²⁵⁾ 및 (xi)²⁶⁾에서 정의되고 있으며, KA 4.3 및 Annex IV²⁷⁾에서 구체적인 가이드라인이 제시되고 있다. KA에 의거하여 관할지역 별로 일시정지를 반영한 법제화 추진이 진행되었으며 FSB 24회원국중 EU, 미국, 영국 등을 포함하여 13개 국가가 도입이 되었다.²⁸⁾

예를 들면 EU는 BRRD(Bank Recovery and Resolution Directive, 2014/59/EU)에서 조기개입 (Early Intervention) 및 정리절차개시(Resolution in place)에도 불구하고 계약의 종료, 정지, 변경, 네팅 및 상계(Setoff)등이 조기개입 및 정리절차 개시만을 이유로 실행될 수 없음을 규정하고 있다. 동 규정은 조기개입 또는 정리절차 개시 대상기관 및 동기관이 보증 또는 지원하는 자회사와의 계약 상대방, 교차부도조항(Cross-default)을 포함한 그룹내 기관의 계약 등에도 적용된다.²⁹⁾

이러한 내용을 기반으로 하여 EU는 정리절차 이전(Pre-resolution) 또는 회생불능시점이전 (before non-viability point)에 유동성 평가를 위하여 5일간의 지불유예(5-day moratorium)등을 반영하는 수정법안을 입법 중이며, 이는 2019년부터 발효될 예정이다.³⁰⁾지불유예(Moratorium)는 정리절차 이전 또는 생존불가능 시점이 아닌 금융회사의 금융안정성이 급격히 악화되는 시점에 유동성을 파악하기 위하여 일시적으로 지급 등의 정지를 의미한다. 동 권한의 행사는 정리 당국이 외에 감독당국(Competent Authority)등에 의하여 실행이 가능하며, 금융안정성이 급격한 악화는 다음과 같은 사항 등을 포함한다. (유동성의 악화, 급격한 레버리지의 증가, 무수익 자산의 증가, 익스포져의 집중 및 자기자본의 요구자본+일정수준(1.5%등)이하로의 하락 등을 포함한다)

일시 정지는 각 국가에서 법제화 및 이에 따른 정리 당국의 정리권한 행사로 이어질 수 있으나 관할국가(Jurisdiction)를 벗어난 상대방과의 계약관계에서 조기개입 또는 정리절차의 실행에 따른 계약 상대방에게 효력은 여전히 문제가 될 수 있다. 이러한 문제는 국가 간 또는 정리당국간의 상호 인정(Mutual Recognition)등을 통해 해결되어야 하나, 법제도의 정비 및 조화로운 조정이 어려운 점을 감안할 때 계약적인 방법(Contractual)을 통해 불확실성을 해소할 수 있다. 대표적인 방법이 대출 계약 또는 장외파생상품의 계약에서 일방의 정리당국의 정리권한 행사에 따른 조기개입 또는 정리절차 개시의 경우 일시정지등의 조건 등을 반영하는 방법이다.

25) (x) Temporarily stay the exercise of early termination rights that may otherwise be triggered upon entry of a firm into resolution or in connection with the use of resolution powers (see Key Attribute 4.3 and Annex IV);

26) (xi) Impose a moratorium with a suspension of payments to unsecured creditors and customers (except for payments and property transfers to central counterparties (CCPs) and those entered into the payment, clearing and settlements systems) and a stay on creditor actions to attach assets or otherwise collect money or property from the firm, while protecting the enforcement of eligible netting and collateral agreements; and

27) Temporary stay on early termination rights, Oct 2011

28) 5th report to the G20 on progress in resolution (FSB, 18 Aug 2016)

29) Article 68 of BRRD

30) Beyond Bail-in: EU proposals on Moratorium and Creditor Hierachy (12 Dec 2016, Cleary Gottlieb)

ISDA(International Swaps and Derivatives Association, Inc)는 2014년부터 일시정지를 스왑(Swap)부터 반영하기 시작하였으며, 2016년 ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol (ISDA JMP)를 통해 국경간 정지 조건의 반영을 용이하게 하고 있다.

마지막으로, 정리당국은 정리단계의 금융시장인프라에 대한 지급유예(모라토리움)의 부과를 1)금융시장인프라가 제공하는 핵심기능인 지급, 결제 및 인도등의 흐름에 영향을 미치거나 2) 금융시장인프라의 지속적인 기능수행을 해칠 수 있다고 판단되는 경우를 제외하고 실행할 수 있다.³¹⁾ 또한 금융시장인프라에 대한 정리당국의 정리절차 개시 사유로 인하여 금융시장인프라 참여자 또는 금융시장인프라의 상대방의 조기 종결권 등의 행사를 유발하지 않는다고 규정하고 있다.³²⁾

3. 일시정지제도의 국제적 도입 현황

(1) FSB의 일시정지제도와 채권자손실흡수제도(Bail-in)

1) FSB의 일시정지제도

일시정지는 FSB KA의 3번째 항목인 정리권한(Resolution Power)중 일반적인 정리권한(General resolution power)의 (x) 항목으로 정리권한의 사용과 관련하여 대상 회사의 정리개시만을 이유로 하여 조기 종결권을 정리개시대상 회사의 상대방이 행사할 경우, 동 조기종결권 행사를 일시 정지 할 수 있다고 명시하고 있으며, FSB회원국은 이를 각국의 법체계에 맞게 제도화 하도록 하고 있다.

일시 정지는 대상 회사의 정리개시(Entry into Resolution)에 따른 조치인 반면, FSB KA의 3번째 항목인 정리권한(Resolution Power)중 일반적인 정리권한의 (xi)항목은 조기개입(Early Intervention)으로 모라토리움(Moratorium)의 부과를 정의하고 있다. 모라토리움은 무담보 채권자(Unsecured creditors) 및 고객(Customers)에 대한 지급 정지(suspension of payment)³³⁾와 채권자의 행위 제한³⁴⁾ 등을 포함하고 있다.

조기종결권에 대한 일시정지(Temporary Stay on Early Termination Rights)³⁵⁾ 목적은 금융계약(Financial Contracts)이 법령이나 규제 조건이 없고, 표준적인 시장 문서화 방법을 준용하였을 경우, 기한이익의 상실, 종료 및 기타 정산권한(이하 “조기종결권 Early Termination Right”)은 정리절차의 개시나 정리권한의 사용과 관련한 결정에 의하여 유발될 수 있는데, 시스템적으로 중요한 금융기관(SIFI, Systematically Importance Financial Institution)의 경우, 정리절차 개시 등에 따른 이유로 조기 종결권이 행사 될 경우에는 대량의 금융계약의 종료가 무분별하게 실행됨에 따라 금융시장의 불안성이 초래될 수 있으며 계속기업(Going Concern)관점에서 정리수단을 실행함에 장애 요소로 부각 될 수 있다.

31) II-Annex 1: Resolution of Financial Market Infrastructure(FMIs) and FMI Participants (4.17)

32) II-Annex 1: Resolution of Financial Market Infrastructure(FMIs) and FMI Participants (5.1)

33) CCP에 대한 지급, 재산이체와 지급, 청산, 결제시스템과 체결된 지급, 재산이체를 제외함

34) 자산에 대한 압류나 회사의 재산이나 현금에 대한 추심등의 채권자 행동

35) I-Annex 5, Excerpt from Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions

이에 따라 KA 4번째 항목에서는 적절한 안전장치(Safeguards)하에서, 정리절차의 개시 또는 정리권한(Resolution Power)의 행사는 조기종결권을 유발하지 아니하며, 정리절차에 있는 회사가 상대방(Counterparty)에 대하여 계약상 실질적인 채무에 대하여 지속적으로 의무를 행사하고 있는 한 -지급/인도 의무실행, 담보제공 등-상대방으로 하여금 계약상의 기한이익의 상실(Contractual Acceleration)이나 조기상환(Early Termination)을 행사하지 못하게 하고 있다.

위에서 언급한 조기종결권에 대한 제약들은 담보계약(Collateralization Agreement)이나 네팅(netting)에서 상대방의 권리에 영향을 주지 못한다. 또한 FMI에 대한 지급 또는 인도의무에 대하여도 관여하지 않는다. 만일 정리 중에 있는 회사가 증거금, 담보 또는 금융 계약, FMI참여자 또는 회원으로서 결제의무를 이행하지 못할 경우, 회사의 상대방 또는 FMI는 즉시 조기종결권을 행사할 수 있다. 다만, 상대방과 FMI는 정리절차의 개시 또는 정리권한의 행사에 따른 이유만으로 계약을 종료하거나 정산할 수 없다. 만일, 정리중 회사 또는 정리당국이 금융계약에서 발생하는 증거금 또는 담보, 결제의무를 실행하지 못하였을 경우, 조기종결권 행사를 막을 수는 없다.

조기종결권 행사의 일시정지(Conditions for a temporary stay)는 다음과 같은 조건하에서 실행이 가능하다. 1) 일시정지는 정리권한의 사용과 관련된 또는 정리절차 개시의 사유만으로 발생하는 조기종결권에 대하여만 적용된다. (대상회사의 지배구조의 변경 또는 그러한 결과로 발생하는 비즈니스 등을 포함한다). 2) 일시정지 시간은 엄격하게 제한된다. (예를 들면, 2영업일 이상을 넘지 말아야 한다). 3) 정리 당국(Resolution Authority)은 새로운 기관(New Entity)에 대하여 특정 상대방과의 해당되는 모든 거래만을 이전할 수 있으며, 개별 계약 건만을 대상으로 이전할 수는 없다(no Cherry-Picking Rule). 4) 제3자 또는 가교기관(bridge Institution)에 이전된 계약에 대하여, 인수받는 기관은 인도한 때부터 계약과 관련된 권리 의무를 모두 승계 받는다. 5) 상대방의 조기종결권한은 정리 대상회사의 부도사유 등에 대하여 지속 보유되며, 정리절차의 개시 또는 정리권한의 행사에 따른 일시정지와 관련 없이 남아있다. 6) 금융 계약의 이전에 따라 조기종결권한은 인수기관이 인수 이후 부도 등의 사유에 따라 발생 수반된다. 7) 거래 상대방은 정리대상 회사의 일시정지 기간이 만료되거나, 정리당국의 통지에 따라 해당계약이 이전되지 않았다고 통지 받은 날 중 빠른 시점에서 조기 종결권을 행사할 수 있다. 8) 일시정지기간 종료이후, 가교기관(Bridge Institution)이나 우량회사(Sound Firm) 또는 공적기관(Public Entity)로 이전되지 않는 금융계약에 대하여 조기 종결권이 행사 될 수 있다.

일시정지 오퍼레이션(Operation)은 다음과 같이 실행된다. 1) 일시정지는 금융당국의 재량권이거나 자동적(Automatic)으로 실행될 수 있다. 2) 정리계획(Resolution Plan)절차와 정리 가능성 평가(Resolvability Assessment)의 일환으로 당국(Authorities)은 해당 회사의 거래상대방과 FMI의 조기종결권에 대한 일시정지(Temporary Stay)의 시사점을 고려하여야 한다.³⁶⁾

2) 베일인과 일시정지

정리당국 주도의 금융기관 정리 절차는 도산(Insolvency)의 상황에서 기업의 회생(Reorganization) 또는 청산(Liquidation)으로 진행되는 사법부 주도의 절차에 대비하여, 행정부의

36) See I-Annex 3.4.8; I-Annex 4.4.1

주도로 1) 금융기관(Financial Institutions)등에 국한하며, 2) 도산의 가능성이 높아질 수 있음을 정리당국의 판단에 기반하여 정리 권한의 행사가 가능하며 3) 미리 정해진 계획(RRP)에 의거하여 손실흡수(Loss Absorption)와 자본재편(Recapitalization)을 진행하는 차이가 있다.

이 과정에서 정리당국의 정리권한 등의 행사가 금융기관 및 FMI에 기존에 존재하는 또는 향후 체결할 금융계약에 대하여 조기 종결권(Early Termination)의 일시정지(Temporarily Stay)를 통하여, 정리대상 금융기관 또는 FMI가 핵심적인 기능을 지속적으로 수행할 수 있도록 함으로써 금융안정성이 확보와 질서 있는 정리의 실행을 할 수 있다.

베일인 조항은 단기 금융 협정, 파생상품 계약, 그리고 다른 금융 계약들과 관련하여 조기에 종료하는 권리들에 관한 사항을 규정하여야 한다. 이러한 권리들을 통하여 금융거래 상대방은 계약 상대방인 SIFIs가 정리절차에 들어가자마자 계약을 종료시킬 수 있기 때문이다.

신설법인 또는 가교은행으로 계약 이전 등 다른 정리 수단과 마찬가지로 베일인 권한행사는 금융계약상 계약 조기종결(early termination), 종결권한 행사를 허용하는 부도 사건이 아니기 때문에 계약 조기종결 및 종결권한 행사가 일시 종료되어야 한다.

FSB 권고안에 따르면, 각국의 베일인 조항 제도는 베일인 권한이 어떠한 경우라도 이행불능(default)을 유발하지 않도록 하거나, 위 권리들의 행사와 관련하여 일시정지(temporary stay)제도를 포함하는 규정을 포함하여야 한다.³⁷⁾

(2) EU의 일시정지제도: BRRD(EU/2014/59)를 중심으로

현행 BRRD(2014/59/EU)는 납세자가 아닌 주주들 및 채권자들에 의해 손실이 우선적으로 부담되는 것을 보장하기 위하여, EU 정리당국에게 베일인 조치뿐 아니라 정리절차에 놓여 있는 금융회사의 대상부채를 중지, 수정, 이전, 또는 변경까지도 가능하게 하는 상당한 권한을 부여하고 있다.

BRRD 68조에 따라, 계약에 따른 실질적 의무가 지속적으로 이행 가능하다면, 금융기관의 상대방은 조기 개입 또는 정리 조치가 이루어졌다는 사실 만에 기초하여 종료, 유예, 변경, 네팅 또는 상계 등의 권리를 행사하는 것을 금지한다. 해당 회사가 보증하거나 지원하는 종속회사의 상대방과 체결된 계약 또는 교차 부도 조항을 포함하는 그룹 내 기업들 사이의 계약 등에도 이러한 금지가 적용된다.

BRRD는 지불 유예 수단이 정리 절차 내의 채권 상품 및 기타 대상 채권(부채)들에 대하여 적용 가능하다고 규정하고 있다. 특히, 제63조 (j)는 EU의 정리당국에게 정리의 대상인 금융회사에 의해 발행된 “채권 상품 및 다른 대상 부채들의 만기를 수정하거나 변경 할 수 있는 권한 또는 그러한 상품 및 다른 대상 채권들에 대한 이자액이나 이자의 지급 날짜를 수정할 수 있는 권한을 행사할 수 있고 정리 당국은 이를 위하여 일시적으로 지불을 유예시킬 수 있다” 고 규정하고 있다. 유예에는 시간적인 제한이 없다.

BRRD는 또한 EU 정리당국에게 “정리 정지(resolution stays)”를 적용 할 수 있는 권한을 부여하고 있는데, 즉, 최대 2 사업일 동안 1) 정리 대상 금융회사의 지불 및 인도 의무 2) 회사의 상

37) Id., at 5-6.

대방에 의한 선취특권의 실행, 그리고 3) 금융회사가(특정한 경우 그것의 종속회사가) 특정한 예외 상황의 일방 당사자인 경우 상대방에 의한 계약 종료권의 행사 등을 유예 시킬 수 있다.

현재 감독 또는 조기 개입 수준에서(예를 들면, 회생불가능 시점 또는 정리대상으로의 지정 이전에) 국가 간 조화로운 지불유예 수단(Moratorium)이 현재로서는 존재하지 않는다는 평가에 따라 위원회는 은행의 상태를 평가하기 위하여 단기간 유동성을 동결시킬 수 있도록 BRRD 제27조와 제29조에서 지불유예 권한(예를 들어, EU의 규제당국에 의해 “지불 또는 인도 의무를 유예시킬 수 있는” 권한)을 도입하고 있으며, 이러한 정리권한의 행사는 일시정지와 마찬가지로 조기종결권 등의 행사를 유발하지 않는다.³⁸⁾

(3) 미국 및 영국의 일시정지

SIBs의 적격 금융계약에 대한 제약(Restrictions on qualified Financial Contracts of Systematically Important Banking Organizations) 적용범위(Scope)는 미국의 G-SIBs와 미국소재 G-SIBs의 자회사 및 전 세계 관계회사를 그 적용 대상으로 한다. 적용대상 계약(Contracts)은 모든 적격금융계약(Qualified Financial Contracts)을 대상으로 하며, 증권 대차거래(Security Lending & Borrowing), 환매조건부 매매(Repo), 파생 계약뿐만 아니라 그러한 계약의 보증까지도 포함한다.

미국의 경우 2개의 부분을 포함하고 있으며 1) 대상기관(covered entities)의 대상 적격금융계약(Covered Qualified Financial Contracts)은 명시적으로 FDIA(Federal Deposit Insurance Act)³⁹⁾ 및 OLA(Orderly Liquidation Authority)⁴⁰⁾하 정지 및 계약이전(Stay and transfers)의 적용가능성을 인정하는 것과 2) 대상 적격 금융계약은 관계회사의 지급불능(Affiliate Insolvency)과 연동된 크로스 디폴트 조항을 포함하지 않을 수 있다는 부분이다. 동 법(Rule)은 2016년 말까지 결론을 완성하고, 2018년 1분기부터 실행하는 것을 목표로 하고 있다.

영국의 경우, 제 3국법 관할의 금융계약의 계약적 정지(Contractual Stays in Financial contracts governed by 3rd country law PS25/15)부분에서 대상기관 범위는 BRRD에서 정한 PRA⁴¹⁾ 허가 은행, PRA지정 투자은행(브로커), 저축대부조합(Building Societies) 및 적격 모회사와 위 기관들의 자회사들(신용기관, 투자은행 및 금융기관 등)로 규정하고 있으며, 대상 계약(Scope of Contracts)은 ISDA 2015 Universal Resolution Protocol보다 넓은 범위 및 EEA(European Economic Area)이외 지역의 법 관할 금융계약 대상기관은 non-EEA법 적용 상대방과 금융계약을 체결할 수 있으나, 이 경우 상대방은 UK SRR(Special Resolution Regime)하의 정지 조건(Stay Provisions)과 UK법에서 부여된 것과 동일한 종료 조건 또는 유가증권 이익권에 적용을 받는 것에 동의하여야 한다. (동 법에 준하지 않는 거래를 UK회사들은 금지되고 있다)⁴²⁾

38) Beyond Bail-in: EU proposals on Moratorium and Creditor Hierachy (12 Dec 2016, Cleary Gottlieb)

39) <https://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/1000-100.html>

40) <https://www.fdic.gov/regulations/laws/federal/2011/11finaljuly15.pdf> (Federal Deposit Insurance Corporation 12 CFR Part 380, Certain Orderly Liquidation Authority Provisions under Title II of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)

41) 영국 금융감독청(The Prudential Regulation Authority, the "PRA")는 2012년 금융서비스법(Financial Service Act of 2012)에 따라 영란은행의 일부로서 창설되어, 약 1,700개 상당의 은행, 저축부대조합, 신용조합, 보험회사, 그리고, 주요 투자기업들에 대한 건전성 규제 및 감독을 담당하고 있다.

(4) ISDA의 정리 정지 규약(Resolution Stay Protocols)

ISDA에서 정리(Resolution)와 관련된 정지(Stay) 조항의 반영은 3차례의 규약(Protocols)에서 반영되고 업데이트 되고 있다.

ISDA 2014 Resolution Stay Protocol (Original Protocol)은 2014년 10월에 발표되었으며, 이후 ISDA 2015 Universal Resolution Stay Protocol (ISDA 2015 Universal Protocol)이 2015년 11월 발표되었으며, ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol (ISDA JMP)가 2016년 5월 발표되었다. 2015 Universal Protocol⁴³⁾은 2014년 원시 규약(Original Protocol⁴⁴⁾)에 비하여 정지(Stay)조항 대상의 기관, 적용 범위 등이 확대되었다⁴⁵⁾.

어떤 기관이던지 ISDA 2015 Universal Protocol을 사용할 수 있으나, 자금운용자(buyside)에서는 ISDA 2015보다는 ISDA JMP이 더 바람직하다고 볼 수 있는데 그 이유로는 ISDA JMP도 ISDA 2015가 의도하는 SIFI의 질서정연한 정리(Resolution)과정을 충분히 반영하고 있으며, 무엇보다 국제적으로 다른 관할지역(Jurisdictions)간의 정지 컴플라이언스(Stay Compliance)를 용이하게 하고 있기 때문이다.⁴⁶⁾

(5) 금융시장 인프라(FMI)에 대한 일시정지

FSB의 KA에서는 FMI(Financial Market Infrastructure, the "FMI")의 정리절차 개시 또는 정리권한의 행사는 그 자체로 FMI 참여자나 FMI의 상대방에게 기한이익상실 또는 조기종결권한의 행사를 유발하지 않는다. 다만, FMI가 담보의 이체 등 지급 인도 의무를 실행하지 못하였을 경우 그러한 권리를 행사할 수 있으며 이 경우 법률에서 정한 손실분배 권한의 행사 또는 FMI의 규정에 의한 증거금 또는 담보물에 대한 손실분배신청에 적용 받게 된다.

그럼에도 불구하고 기한이익상실 또는 조기종결권한이 정리절차의 개시 또는 정리권한의 행사에 따라 제기되었을 경우, 정리당국(Resolution Authority)은 그러한 권한을 일시정지(Stay Temporarily)할 수 있다. FMI 참여자와 기한이익상실 또는 조기종결권과 관련 있는 상대방의 행사에 대한 일시정지 부과를 고려 할 때, 정리당국은 금융시장에 대한 영향을 고려함과 동시에 FMI 또는 FMI연계기관의 안전하고 질서 있는 운영을 고려하여야 한다.

42) <http://www.bankofengland.co.uk/prd/Documents/publications/ps/2015/ps2515app1.pdf>

43) 원시 규약(Original Protocol)은 G-18개 기관간의 스왑 계약에만 적용되었으며, 환매조건부계약(Repurchase Agreements) 또는 유가증권 대차계약(Securities Lending & Borrowing)등 증권금융거래(Security Financing Transaction)은 적용되지 않았다. 따라서 2015 Universal Protocol에서는 적용대상 기관이 G-18에서 3개의 G-SIBs가 추가되었으며, 잠재적인 추가대상 기관으로 기타 G-SIBs들이 포함되었다. 아울러 증권금융거래계약이 적용계약으로 추가되었으며, 부속 규약(Attachment Protocol)가 추가되었다.

44) 2015년 1.1일 발표된 원시 규약은 단기적인 정지 메커니즘을 활용하여 정리 또는 구조개편에 해당하는 G-18개 기관간의 스왑 계약을 유지하는데 일조하기 위한 목적이었으며, 스왑 계약(Swap Contract)만을 대상으로 하였다.

45) <http://www.sidley.com/news/11-19-2015-derivatives-update>

46) <https://www2.isda.org/functional-areas/protocol-management/protocol/24>

4. 조기 종결 일시정지제도의 국내 도입 방안

(1) 일시정지 도입 이유

FSB의 KA에서 정의한 시스템적으로 중요한 금융기관의 범위는 1) 금융지주회사 2) 금융그룹의 비규제 운영기업 3) 외국금융기관의 지점 및 4) 금융시장 인프라(FMI)로 정의 된다.⁴⁷⁾ 각각의 금융기관은 하나의 관할지역(single Jurisdiction) 또는 국경간(Cross-border)에 걸쳐 다양한 금융계약으로 연결되어 있으며, 이는 시스템적으로 중요한 금융기관의 생존이 어려워질 때(point of non-viability) 다양한 금융계약 등을 통해서 여러 관할지역으로 파급 되는 경로를 갖는다.

정리당국의 정리권한(Resolution Power)을 행사함에 있어서 투명성(Transparency) 와 명확성(Clear)이 기반이 되어야 하며, 이는 법률적(Statutory)인 규정과 이를 보완하는 계약적인(Contractual) 보완이 수반되어야 한다. 법률적인 규정은 국가간의 상호 호환가능성에 입각하여 금융기관의 질서 있는(Orderly)의 효율성을 추구 할 수 있어야 한다. 그럼에도 국가간의 입법의 속도와 기존 체계와의 차이를 고려할 때 계약적인 방법을 통해 그 갭을 해소하는 방법이 효과적일 수 있다.

금융기관의 회생정리계획(RRP)은 기존의 사법부 중심의 도산(Insolvency)보다, 먼저 기업의 생존 가능성을 탐지하고 조치를 취하는 과정(Early Intervention 및 Resolution)을 다루고 있으며, 이에 따라 도산(Insolvency)의 과정에 기반을 둔 금융계약 등에 적용되는 법률 등의 명확하고 투명한 정의가 필요하다. 조기개입, 모라토리움(정리절차 이전의 몇 일간의 지불 및 인도 유예) 및 정리절차 개시 등의 사유에 따른 조기종결권 등의 일시정지(Temporary Stay)의 규정화와 대상 금융상품 계약(담보부금융계약, 장외파생상품, 대출계약등) 및 FMI에 대한 포괄적 정의가 필요하다.

이러한 명확하고 투명한 정의는 정리당국의 1) 효과적인 정리수단으로 역할을 수행하며 2) 계약 당사자에게 계약 문구의 해석의 불확실성을 줄여주며 3) 국경간 정리당국의 원활한 협력의 증진 및 4) 계약문구의 표준화에 따른 비용의 절감을 계약 상대방에게 제공하여 줄 수 있을 것이다.

(2) 각국의 일시정지 도입 현황

핵심원칙(Key Attributes)에서 규정하는 조건의 조기 종결권 행사에 대한 일시정지 부과에 대한 법규적 조건을 갖춘 국가(Jurisdictions)는 2013년 테마 리뷰시점의 4개국에서 2016년 7월기준 13개 국가로 증가 하였다.(표5 참조) 이러한 진전의 주된 이유는 BRRD(Bank Recovery and Resolution Directive)의 실행 결과이며, 이로서 정리 과정 중에 일시정지 조건을 구비한 국가는 G-SIB 본국 지역이 주를 이루고 있다. 이러한 모든 경우에 일시정지 조항은 정리당국(Resolution Authority)에 의하여 법원의 관여 없이 실행 될 수 있다.

47) FSB KA 1

[표 1] 일시정지 도입 현황

구분	북아메리카	유럽	아시아 등
도입(13)	미국, 캐나다, 멕시코	프랑스, 독일, 이탈리아, 네덜란드, 스페인, 스위스 및 영국	호주, 일본, 홍콩
미도입(11)		러시아, 터키	아르헨티나, 브라질, 중국, 인도, 인도네시아, 한국, 사우디아라비아, 남아프리카공화국

일시 정지에 대한 체계는 각 국가별로 몇가지 측면에서 다른 점을 보였으나 핵심원칙에 명시한 내용의 범위내에 해당하였다. 해당되는 계약의 종류들로는 1) 정리중인 은행과의 어떤 종류의 계약⁴⁸⁾ 2) 특정 종류의 금융계약(Financial Contracts)⁴⁹⁾ 또는 3) 금융시스템과 조기종결권과 관련 계약들(일본)을 들 수 있다. 일시 정지가 적용되는 계약들로서는 조기종결권(Early Termination Rights), 기한이익상실(Acceleration), 일괄정산(Close-out and Netting Rights)이었다. 다만 교차부도 조항은 3개의 국가-캐나다, 일본, 스위스-에서만 적용되었으며, 7개 국가에서는 제한된 환경에서만 적용되었다. ⁵⁰⁾⁵¹⁾

일시정지의 지속기간도 상이하였다. 대부분의 경우 일시정지의 기간은 1일⁵²⁾ 또는 2 영업일⁵³⁾로 제한되었으나, 일본의 경우 총리가 경우에 따라(Case-by-Case) 로 적용할 수 있다. 대부분의 경우 일시정지제도는 상대방의 안전장치에 대한 명시적인 조건을 포함하고 있으며(핵심원칙 I-Annex 5), 주요 예시로서는 네팅 대상의 분할 금지⁵⁴⁾, 인도 및 지급의무의 불이행시 조기종결권의 보유⁵⁵⁾ 등이 그것이다.

(3) 일시정지 도입 방안

기업의 도산(Insolvency) 이전에 정리당국이 1) 조기개입 및 2) 정리절차 개시 등의 정리권한을 법규적으로 명시하여, 법률적인 위험을 제거한다. 동 사유가 금융계약 등에 조기 종료를 유발하지 않으며, 그럼에도 조기개입 및 정리절차 개시 기관(동 기관이 보증하거나, 동 기관의 자회사 또는 교차부도 조항을 지닌 그룹사 등을 포함한다)의 상대방에 대하여 일시 정지를 최대 2영업

48) EU 회원 국가들(BRRD와 합치되게), Switzerland

49) 캐나다, 멕시코, 그리고, 미국은 적격 금융계약에 국한하여 중지 제도(stay regime)를 적용한다.

50) Second Thematic Review on Resolution Regimes-Peer Review Report March-2016, FSB

51) FSB회원 국가(Jurisdictions)는 총 24개국과 유럽연합임(www.fsb.org)

52) 캐나다, 6개의 EU 회원국, 미국

53) 멕시코, 스위스

54) 캐나다, 6개의 EU 회원국, 스위스, 그리고 미국에서 이것은 명백히 금지된다. 멕시코와 일본에는 명시적인 법규상 제한이 존재하지 아니한다.

55) 캐나다, 6개의 EU 회원국, 일본 그리고 스위스에서는, 중지 기간 동안 그러한 권리들이 행사될 수 있다. 멕시코에서는 중지 기간 전후에만 행사할 수 있고, 미국에서는 도드-프랑크법의 Title II 따른 상대방으로서의 청산기관들에 의하여 그러한 권리가 행사될 수 있고, 그렇지 않은 경우, 중지기간이 종료한 뒤 행사될 수 있다.

일을 한도⁵⁶⁾로 할 수 있는 정리 권한을 부가한다.

법규정의 준비와 더불어 국경간 계약에서 본국(Home)의 정리권한의 효과적인 실행을 계약적(Contractual)인 방법을 통해 구현할 수 있도록 금융계약(대출, 담보부 계약 등) 및 장외파생상품 계약에 정리절차 및 정리절차 이전의 개입 등에 대하여 일시정지의 내용을 반영할 수 있도록 유도하는 것도 필요하다.

장외파생상품의 경우 통합도산법상 120조의 특례규정과의 명확한 구분을 위하여, 정리절차개시 및 이전의 조기개입이 해당기업의 개별계약에 대한 명시적인 채무 불이행 등이 없는 한 조기종결권 발동 사항이 아님을 계약적(Contractual)인 방법으로 기술하는 것도 방법일 것이다.

5. 금융회사의 부실정리와 지불유예정지(Moratorium Stay)

(1) 서설

2016년 11월 23일 유럽연합 집행위원회(EU Commission)는 현재의 BRRD(2014/59/EU)의 개정입법안을 발표하였다. 이 제안은 프랑스, 독일, 이탈리아 등을 포함한 EU의 일부 회원국들이 최근 제정한 법률을 토대로 지난 2016년 12월 9일 프랑스가 제정된 “Sapin 2” 법과 밀접하게 정렬되어 있다. 개정안은 ① 새로운 정리절차 전 지불유예 수단(moratorium tool)의 도입과 ② 부실정리 절차에 있어서의 채권자 순위의 변경 등을 포함하고 있다.

EU 제안 안은 조기 개입 시 이용될 수 있는 5일 동안의 유예(‘지불유예’) 수단을 도입한다. 즉, 금융회사가 생존불가능 상태가 되기 이전, 또는, 정리 대상으로 지정되기 이전에 규제당국은 지불유예 정지를 선언할 수 있다.

(2) 지불유예 정지(Moratorium Stay)의 내용 및 기능

지불유예 정지는 채권자들에게 상환하는 절차의 개시를 허용하기 위하여 채권자들이 그들의 권리에 대한 강제조치를 개시할 수 있는 가능성을 유예시킨다. 유럽 거의 대부분의 지역에서 도산절차가 개시되는 시점에서 모든 채권자들의 권리에 대하여 자동정지(automatic stay)가 적용된다. 각 지역의 정지들 간에는 기간상의 차이가 존재한다. 예를 들어 스페인의 경우, 담보채권자들에게 대하여는 1년 동안만 정지가 지속되고 무담보 채권자들에게 대하여는 도산절차가 진행되는 기간 동안 정지된다. 스페인의 지불유예는 법원에 의해 평가된 영업 관련 자산에만 적용되고 ‘금융 담보물’에는 적용되지 않는다. 이러한 시간적 제한은 이태리의 채권자 회의 절차에도 적용된다. 도산(또는 부실)의 선언 이전에 스페인의 채무자가 채권자들과의 합의를 위한 일시적 절차를 개시해야 하는 3개월의 기간 동안 이러한 정지가 적용된다. 이러한 일시적 절차는 대부분의 유럽국가에서 이용 가능한데, 프랑스의 경우 18개월까지 지속될 수 있다. 독일의 경우, 이러한 일시적 절차는 도산 절차 개시 전 3개월 동안, 그리고, 도산 선언 후에는 도산절차의 진행 기간 동안 이용 가능하다. 스페인과 달리, 프랑스의 경우, 담보 채권도 시간적 제한 없이 청산절차

56) 일시정지의 발표방법 및 2영업일 종료시점까지 발표함

가 진행되는 동안 이러한 정지의 적용을 받는다.

부실 이전에는(조기 구조조정 단계에서는) 정지 제도를 이용하기 위하여 EU의 개입이 필요할 수 있으나, 도산 절차 내에서는 자동정지의 이용이 널리 채택되어 있기 때문에 특별히 개입할 필요가 없을 것이다.

VI. 장외파생상품 중앙청산소를 둘러싼 법적 쟁점

I. 중앙청산소의 도입 필요성

주지하는 바와 같이, 금융거래는 계약체결, 청산, 그리고, 결제를 통해 진행된다. 즉, 금융거래계약의 체결 후 청산 절차를 통하여 자금의 지급지시나 증권의 이체 지시가 내려지고 참가자 간의 차액이 정산되어 최종적인 결제액(결제를 위한 최종 포지션)이 확정된다.⁵⁷⁾

청산소는 금융위기에 대한 규제적 대응의 핵심적 요소로 자리매김해 왔다. 전세계 여러 나라들이 표준화된 스왑 거래들에 대한 의무적 청산을 도입함에 따라 청산되지 못한 거래들의 양이 상당히 감소하였다. 의무적 청산은 수 조 달러가 다시 유통될 수 있도록 하기 때문에, 그리고 규제를 받는 청산소에 의해 보증되기 때문에, 스왑 시장에 대한 상당한 개입으로 작용한다. 정책수립자들은 시스템 리스크의 감소에 기여한다는 이유로 그러한 개입을 정당화해 왔다. 학자들은 이러한 주장에 대하여 청산이 시스템리스크를 악화시킨다며 거세게 반박해 왔다.⁵⁸⁾ 따라서, 청산소가 시스템 리스크를 증가시키는 것인지에 대한 평가 체계의 개발이 필요해 보인다.

비록 청산소가 금융 인프라의 중요한 부분이고 그들의 실패가 일단의 금융회사들과 실물 경제를 손실에 노출시킬 수 있지만, 그것만으로는 청산소가 상대방의 부도로 인하여 시장참여자들이 입을 손실을 완충시켜 주는 역할을 한다고 설명하기 부족하다. 다만, 청산소가 상대방의 부도(default)에 따른 심각한 손실에 대한 노출을 충분히 감소시킨다면, 궁극적으로 시스템 리스크에 대한 충격이 존재하더라도 감내할 필요가 있을 수 있다.

파생상품의 거래가 더욱 안전하게 이루어지도록 하고, 거래상대방이 부실화가 금융 시스템 내로 전이되는 것을 방지하기 위하여, G20는 표준화된 장외파생상품 계약이 중앙청산소를 통하여 청산되어야 한다는 것에 합의하였다(2009년).

우리나라의 경우 2013년 3월 5일 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 중앙청산기구인 금융투자상품거래청산회사의 설립근거를 마련하여 국회의 승인을 받았다. 2013년 9월 11일, 한국거래소는 금융위원회로부터 금융투자상품의 거래 및 청산회사로 인가를 받아 현재 국내 유일의 장외파생상품 중앙청산기구의 역할을 하고 있고, 2014년 6월 30일부터 장외파생상품거래 중 원화이자율스왑거래(IRS)에 대한 의무청산을 개시하였다. 이후 시장 상황 등을 감안하여 자율청산 대상을 단계적으로 확대하기로 하였다.

57) 김인섭, “글로벌 금융위기 이후 CCP에 대한 국제논의동향과 시사점” 4쪽, 2012년 10월, 한국 금융연구원

58) Ilya Beylin, "A Reassessment of the Clearing Mandate: How the Clearing Mandate Affects Swap Trading Behavior and the Consequences for Systemic Risk" at 1145, Rutgers University Law Review, Spring 2016

즉, 한국거래소는 우리나라 유가증권시장, 코스닥시장, 코넥스시장 및 파생상품시장의 중앙거래당사자(CCP)로서 각 시장의 증권 및 파생상품 거래에 따른 매매확인, 채무인수, 회원사간 수수할 증권과 대금의 차감(netting) 및 결제지시 등 장내 회원사간 매매체결 및 청산기관의 역할을 수행한다.

해외 청산소가 우리나라에 본격적으로 진출하는 경우 금리스왑청산업무를 독점하는 우리나라의 중앙청산소의 경영이 타격을 입을 수 있다.

그러나, 복수의 중앙청산소 설립으로 서비스의 제공이 다양화되는 경우, 우리나라 금융회사들의 편의성이 증대되고 우리의 금융 시장에 대한 매력도가 증가할 수 있다.

원래의 거래당사자의 지위를 대체하여 모든 참가자들에 대하여 CCP가 거래당사자가 되는 주된 방식은 갱개(novation)과 공개청약(open offer)이 있다.⁵⁹⁾

2. 중앙청산소의 기능과 역할

기술한 바와 같이, 중앙청산소(central counterparty, the “CCP”)는 모든 판매자들에 대한 매수인으로서, 또한, 모든 매수자들에 대한 매수인으로서 역할을 수행함으로써, 특정한 금융 계약들에 대한 디폴트 위험을 낮추어 주는 금융 시장 내의 기관(시설)이다. 중앙청산소는 참가자들이 자금, 증권, 그리고 파생상품거래와 관련한 지급 또는 이체지시를 교환하기로 합의한 중앙기구를 의미하고, 거대 규모의 금융거래가 안전하고 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 금융시스템의 도관으로서의 역할을 담당한다.⁶⁰⁾

중앙청산소를 통한 청산 의무는 파생상품과 관련한 G20 개혁 안과 도드-프랑크 개혁안의 핵심 의제이다. 위기 동안에 주목을 받은 양자 거대 파생상품 익스포저에 불안을 느낀 정책 수립자들은 개별 기업과 가정의 리스크가 건설하게 관리되고 양호하게 규제되는 청산소로 이전될 수 있는 방안을 모색하였다. 중앙청산소를 통한 청산의 가장 큰 장점은 이러한 정리가 거대 금융 회사들의 상호간 익스포저를 제한하고 이를 안전한 중앙청산소들에 대한 익스포저로 대체한다는 것이다. 또한 투명성의 강화, 균일한 증거금 및 규율의 도입, 손실의 공유화, 시장 참여자들간의 상호 감시 필요성의 제한 등이 중앙청산소를 통한 청산을 통하여 실현될 수 있다. 한 청산소 회원이 채무불이행(default) 상태에 이른 경우, 중앙청산소가 적절히 기능하고 있다면, 부실화가 진행되고 있는 기업의 고객들은 새로운 거래상대방들 쪽으로 용이하게 이동시킬 수 있다. 더 나아가, 중앙청산소는 다른 회원들에 대한 지급의 지체 없이 부실화된 회원의 일부 고객들에게 대하여 신속한 지급이 이루어지도록 하는 중요한 역할을 수행한다.

3. 중앙청산소의 잠재적 문제점과 해결 방안

일반적으로 청산소는 의결을 통하여 지배구조에 대한 완전한 지배권을 행사할 수 있는 회원들에 의하여 밀접하고 보유되는 사기업의 형태로, 또는 주식이 증권거래소를 통하여 공개적

59) 위 논문 4쪽

60) 김인섭(2012) 5쪽

으로 거래되는 기업(공개 기업) 중 하나에 해당된다. 어느 경우라도, 내부 정책상 비회원은 청산소의 서비스에 대한 접근이 제한된다. 다만, 중개기관으로서 비회원을 대상으로 그러한 서비스를 제공하는 것에 회원이 동의하고 비회원을 대리하여 거래를 수행하는 경우에 한하여 비회원 기업은 청산소를 통한 청산 또는 지급결제 서비스를 제공받을 수 있다.⁶¹⁾

청산소에 대한 의결권을 통해 지배권을 행사할 수 있는 대규모 딜러들 중 다수는 규제자본 요건을 준수해야 하는 금융회사들이다. 이러한 회원들은 그들의 청산소의 증거금 계좌 내에 보유해야 할 담보액을 줄일 수 있는 정책의 채택을 독려하거나 증거금 계좌 내의 담보에 대한 과대평가되는 것에 대한 중대한 유인을 갖는다. 만일 증거금 및 담보 정책이 비효과적인 경우, 회원이 부도를 초래한 경우 손실을 메울 수 있을 만큼의 충분한 자금이 존재하지 않을 것이다.⁶²⁾

청산소는 거래를 위한 중심 허브로서의 역할을 통하여 리스크를 감소시킨다. 각각의 거래 당사자는 청산소의 작동실패에 대한 리스크만을 부담하며 이는 거래 상대방의 채무 불이행에 대한 리스크보다 훨씬 경미하다. 이러한 이유로 각국 정부는 대부분의 파생상품거래가 청산소를 통하여 이루어지도록 요구하기 시작하였다. 그러한 청산소 요건은 부실의 도미노 현상으로 인하여 초래되는 시스템리스크를 감소시키기 위하여 고안되었다. 그러나 그러한 청산소 요건은 문제의 소지를 안고 있다. 즉, 파생상품거래가 소수의 청산소 또는 중앙청산소로 집중되는 경우 시스템 리스크가 증가할 수 있는 것이다.

중앙청산소(central counterparty, the “CCP”)는 모든 판매자들에 대한 매수인으로서, 또한, 모든 매수자들에 대한 매수인으로서 역할을 수행함으로써, 특정한 금융 계약들에 대한 디폴트 위험을 낮추어 주는 금융 시장 내의 기관(시설)이다. 따라서, 특정 참가자가 채무불이행(default)를 초래한 경우라도 여전히 다른 참가자들에 대한 결제를 이행할 의무를 부담한다. 실패의 위험이 있는 경우, CCP는 파산 또는 행정상의 실패 정리 절차와 같은 일반적인 도산절차에 놓일 수밖에 없다. CCP의 대차대조표는 은행, 브로커-딜러, 그리고 보험 회사들과 같은 다른 유형의 주요 SIFIs들의 그것과 매우 다르다.

우선 한국의 중앙청산소(CCP)를 위한 회생 및 정리제도와 관련한 핵심 요소들을 검토 분석한다. 이를 통해, CCP를 위한 도산 및 실패 정리 제도에 대한 최적의 방법을 도출하고자 한다. 연구자는 손실의 할당, 청산 서비스의 지속을 제공할 수 있을지 그리고 어떻게 그것을 제공할 수 있는지에 집중하고자 한다. CCPs가 실패하는 경우 다른 SIFIs의 실패의 해결을 위해 고안된 정리절차를 적용할 수 있겠으나, 계약에 기초한 CCP의 디폴트 관리 절차의 어느 시점부터 실패 정리 절차를 우선 적용시켜야 하는 지이다.

요약하자면, CCP에 대한 회생(Recovery), 특히, CCP의 결제이행 재원을 모두 소진하였을 경우 처리방안의 수립과 처리 방안의 국내 법률로의 도입 방안 등이 마련될 필요가 있다.

61) Kristin N. Johnson, "Clearing Governance: Moving Beyond Cosmetic Reform" at 696-697, Brooklyn Law Review, Winter 2012

62) Id.

VII 결론

1990년대의 아시아 금융 위기 동안, 실패를 경험했던 한국의 은행 및 금융 중계 기관들의 대부분은 금산법을 통해 성공적으로 정리되었거나, 합병, 영업이전, 또는 계약이전의 방식으로 좀 더 건강한 다른 국내 금융기관이나 외국 금융기관에 넘겨졌다. 이러한 정리절차에 소요되었던 시간은 수개월에서 수년이었다. 많은 경험에도 불구하고 정리절차에 있어서의 신속성과 일관성의 문제는 아직도 해결되어야 할 숙제로 남아있다.

설립 이후 거의 개정이 이루어지 않은 금산법의 규정들은 좀 더 명확하고 구체화될 필요가 있다. 이는 정리 당국의 권한이 자의적으로 행사되거나, 과도하게 행사되는 것을 방지해 줄 것이다. 또한, 국내 소재 외국 은행 지점에 대한 정리절차가 국내 은행의 경우와 동일하게 취급될 것인지가 여전히 불명확하여, 일반 파산법의 법리가 적용될 여지가 많아 명확한 정리가 필요한 부분이다. 또한, 절차 개시와 진행을 금융감독기관의 결정에 과도하게 의지하기 보다는, 비상시와 평상시 그리고 금융기관의 규모 및 특성에 따라 절차진행 요건과 내용이 탄력적으로 운영될 수 있도록 하는 제도 개선이 필요하다고 생각한다.

본 논문은 글로벌 금융위기 이후 새롭게 제기된 정리수단들에 관한 내용을 소개하였다. 투자자에 의한 손실흡수제도와 관련하여, 국제 표준에 크게 벗어나지 않으면서도, 우리의 실정에 맞는 수위의 제도를 잘 정착시켜야 할 것이다. 필요한 경우, FSB가 규정한 Peer Group Review를 적극적으로 활용하는 것이 필요하리라 본다. 또한, 부실단계에서의 조건부 증권과 최근 국내 도입 논의가 개시된 배일인 제도에 관련한 확정되는 내용 등을 포함한 정리절차 내의 손실흡수 수단들은, 향후 상법 뿐 아니라 금산법 내에 구체적으로 명시되어야 할 것이다. 또한 일정한 규모의 G-SIFs(Global SIFs)와 D-SIFs(Domestic SIFs)에게 의무적으로 부과되는 금융기관의 회생 및 정리 방안에 국제적 표준이 허용하는 한도 안에서 우리 금융시장의 실정과 정부의 입장이 충분히 고려되고 주장될 수 있도록 하여야 할 것이다.

명백하고 질서 정연한 법적 체계는 배일인 실행을 위한 필수적 전제임을 강조하고 싶다. 또한, 금융기관의 이해관계자들이 보유하는 사적 권리와 금융 안정성의 보존을 위한 공공 정책적 이익 사이의 적절한 조화를 고려한 배일인 제도가 정립되어야 한다.

기술한 바와 같이, 한국의 정리 당국은 장외파생상품거래 등을 대상으로 조기종결권의 일시중지제도를 도입하기로 결정하였다. 그러한 개정은 신용 위험 분석과 회생·정리계획안의 작성에 있어서의 효율성을 증가시키고, 또한, 시스템 위험을 완화시킬 것이다.

또한, ‘일시중지제도’의 도입은 그러한 위험성과 구제금융을 위한 공적자금의 투입을 방지하기 위함이다. 또한 이 제도를 통해 대량조기종결사태와 같은 위험을 차단하여 금융시스템의 안정을 도모하고, 은행들이 파산 전의 파생상품과 같은 자산을 다른 정리금융기관(가교은행)으로 옮겨 파산으로 인한 영향을 최소화하는 것이 가능할 것으로 기대된다.

끝으로, 파생상품 산업과 관련하여, 대부분의 장외파생상품을 중앙청산소로 이전시켜 청산시킬 것을 의무화하는 내용의 공적 정책의 실행은 지난 수 동안 매우 진전되었다. 결과적으로 규모가 더 큰 중앙청산소는 FMI의 더욱 핵심적인 구성요소이고 절대 다수의 국제적 OTC 파생상품 거래 흐름과 리스크 포지션이 집중하는 주요 중심지로서 부상하고 있다. 따라서, 중앙청산

소를 생존불가능시점에 도달하도록 하는 리스크를 최소화하는 것에 각별한 주의를 기울여야 하고, 그러한 생존 불가능 시점에서 공적 자급에 의존하지 않고 취해질 수 있는 조치가 강구되어야 한다.

BCBS 안은 바젤 III에 따라 새롭게 변경된 자본 구조에 맞추어 장기에 걸쳐 순차적인 이전이 이루어질 수 있다는 바램으로 작성되었다는 것을 유념하여야 한다. 우리가 최근 목격한 아일랜드 사태나 키프로스 사태처럼 은행 위기와 국가 위기의 구별이 어려울 경우, 단기간 동안 은행과 정부에 가해지는 좀 더 즉각적인 압력 때문에, 금융당국에 의한 결정이 최적의 것이 되지 못할 수 있다. 우리는, 향후 발생할 수 있는 은행 실패에 대비하여, 정리절차 내에서 즉각적인 압박을 극복할 수 있는 단기적 방안과 장기적 차원의 방안을 함께 연구해야 할 것이다

2 일차

제 4 세션

중대사유에 의한 보험계약의 해지

- 세계 유일의 일본 보험법 입법사례를 중심으로 -

발 표 자 : 김선정 교수(동국대)

사 회 자 : 안강현 교수(연세대)

토론자1 : 김홍기 교수(연세대)

토론자2 : 황현영 박사(입법조사처)

중대사유에 의한 보험계약의 해지*

- 세계 유일의 일본 보험법 입법사례를 중심으로 -

김선정(동국대학교 법과대학 교수)

I. 서론

보험계약, 특히 인보험계약은 계약기간이 상당히 장기인 경우가 많아서 계속적 계약으로 분류된다. 한편 보험계약 체결의 핵심이유라 할 수 있는 보험자의 보험금지급의무는 확정급부라기 보다는 일종의 기대권으로서¹⁾ 보험기간 중 발생한 우연한 사고에 따라 지급되는 사행계약이다.²⁾ 그 점에서 보험계약은 당사자 간에 강한 선의성이 요구되는 최대선의계약이다.³⁾ 따라서 보험계약은 당사자간의 신뢰관계가 계약의 대전제이며 보험계약의 종결에 이르기 까지 양당사자는 상대방에 대한 신뢰를 저버리지 않도록 행동하여야 한다. 만일 상대방의 신뢰를 헛되이 하는 행위가 있을 때에는 계약관계로부터 이탈 할 수 있어야 한다. 보험계약자는 보험계약을 임의해지하여 계약관계에서 벗어날 수 있으나(상법 제649조), 보험자가 보험계약으로부터 벗어나는 계약의 무효, 해제, 해지, 취소 사유는 법정되어 있어 임의로 계약관계에서 벗어나기는 어렵다. 여기서 보험계약자측이 신뢰에 반하는 행위를 하는 경우에 보험자가 최고없이 장래에 향하여 계약을 해지할⁴⁾ 수 있는 방안을 마련하는 것이 필요하다. 상법에 이에 관한 규정이 따로 없더라도 민법의 일반규정이나 법원리에 의하여 계약관계를 벗어날 수도 있겠으나 별도의 해석이나 적용여부를 일일이 판정하여야 하는 문제가 남는다. 법적 안정성, 보험자의 편의성, 보험계약자의 피해방지를 위하여 일정한 유형을 법정하여 두는 것이 필요하다.

이와 같은 문제를 해결하는 방법은 나라에 따라 다르다. 독일의 경우 이른바 특별해약권이라는 이론을 약관에 수용하여 해결하고 있다. 일본은 2008년 보험법에서 이 문제를 입법적으로 해결하였다. 일본의 입법사례를 중심으로 한국에서의 입법 필요성과 입법내용에 대하여 검토하고자 한다.

* 이 논문은 아직 완성되지 않았습니다. 학회지 게재 후 참조해 주시기 바랍니다.

1) 기대권이라는 개념을 인정할지에 대하여는 입장이 다르나 이에 대한 논의는 다음 기회에 미룬다.

2) 사행계약이 보험사고의 우연성을 의미하는 것인지에 대하여는 논의가 있으나 적어도 보험계약 체결시에 보험사고의 발생여부가 불확실하다는 의미에서 사행계약성을 의심하는 견해는 없어 보인다.

3) 상법에 보험계약의 최대선의성에 관한 규정을 신설하는 문제를 떠나 보험계약의 속성이자 보험법의 추구할 바라는 점에 의문이 없다.

4) 일본에서는 “장래에 향하여 해제”라는 표현을 사용한다.

Ⅱ. 중대사유해제의 기능

중대사유에 의한 해제는 보험제도의 건전성을 유지하는데 그 목적이 있다. 새삼스럽게 중대사유에 의한 계약해제 등을 인정할 필요성이 있는지를 판단하기 위하여 현행법상 보험계약이 보험계약자측에 책임있는 사유로 보험자가 인수하기 어려운 상황인 때에 보험계약을 무효로 하거나 취소할 수 있는 경우를 본다.

1. 고지의무 위반

고지의무 위반의 효과로서 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다(제651조, 제655조). 그런데 이 해지권행사는 여러 가지 조각사유가 존재한다. 특히 해지권행사기간은 짧으며, 표준약관에서는 이를 더욱 단축하고 있다. 이에 대응하기 위하여 고지의무 위반이 고지의무자의 사기 또는 보험자의 착오와 병존하는 경우에 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하는 외에 민법상의 사기 또는 착오에 의하여 보험계약의 효력을 다룰 수 있는지 문제이다. 이에 대하여 민법의 적용을 배제하는 입장도 있으나 착오와 사기를 구별하고 있고 판례는 민·상법의 중복적용을 인정하고 있다.⁵⁾ 다수설과 판례에 따르면 보험자는 고지의무 위반이 사기로 행하여진 때에는 민법 제110조를 근거로 그 보험계약을 취소할 수 있다. 학설과 판례의 태도가 이러하다면 중대사유에 의한 해제를 인정할 필요성은 없는 것인가?

이 문제에 대하여 보험계약자 등이 사기나 해의에 의하여 고지의무를 위반한 경우는 그렇지 아니한 경우와 구분하여 제651조 본문의 제척기간을 연장할 필요가 있다는 의견이⁶⁾ 있다. 보험자가 고지의무 위반사실을 안날로 부터 1월 또는 계약이 성립한 날로부터 3년이라는 것은 제척기간이어서 이 기간경과 후에는 고지의무 위반을 다룰 수 없게 되어 제651조 본문은 불가쟁조항이다.⁷⁾ 제척기간을 두는 이유는 그 법률관계를 속히 확정하려는 데 있다. 그러나 보험계약자 등에게 심각한 도덕적 해이가 있는 경우에도 무조건 법률관계의 조속한 확정만 재촉한다는 것은 옳지 않다. 따라서 대리진사에 의하여 인수심사를 통과하거나 제3자를 살해하여 이를 피보험자의 사망사고로 위장하여 노리는 피보험자 바뀌치기 등의 행위는 사기로 다루어야 할 것이다. 이들의 보험금취득을 봉쇄하여 선량한 보험계약자를 보호하고 위험단체의 건전성을 유지하는 일이 제척기간을 준수하여 법률관계를 조기에 확정하여 개별 보험계약자를 보호하는 일보다 중요하다고 생각한다. 물론 법률에 의하여 사기무효조항을 두는 경우, 보험계약자측에 대한 비난가능성이 높은 경우에 한하여 해당조항이 원용될 것인데, 비난가능성의 정도에 대한 판단은 추상적이고 상대적인 것이므로 약관조항의 자의적인 적용 가능성이 전무하다고는 할 수 없다. 그러나 이는 사기무효의 요건을 법정하고 법적용을 엄격하게 함으로써 어느 정도 해소될 수 있는 문제이다.

사기무효조항을 신설하는 것은 보험계약자의 사기행위를 방지하고 보험단체를 보호하는데

5) 최근 판결로서 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결

6) 장덕조, 「보험법」 [제3판], 법문사, 2016, 137면 각주 114).

7) 양승규, 「보험법」 [제5판], 삼성사, 2004, 125면.

필요한 것인 동시에 보험자의 광범위한 사기무효주장을 구체적 사항으로 제한하여 보험계약자측을 보호한다는 의미도 있다.

미국의 경우 보험계약자 보호를 위하여 대부분의 보험증권에는 불가쟁조항(*incontestable clause*)을 두고 있으며 다수 주에서는 이 조항을 두도록 법에서 강제한다.⁸⁾ 미국에서는 이와 같은 사기항변으로서 우리와 같이 고지의무위반시의 보험계약 해지와 사기무효주장을 병행하는 방식이 아니라 일정기간 경과후에는 보험금지급책임의 존부를 다룰 수 없는 불가쟁조항과 그럼에도 불구하고 일정한 사유가 있는 예외적인 경우에는 사기항변을 통하여 보험금지급을 거절할 수 있는 일원적 해결방식을 택하고 있다. 사기항변으로 대표적인 것이 바로 사칭사기항변(*impostor defense*)이다. 사칭사기항변과 같은 명백한 보험금지급거절사유가 있음에도 불구하고 출소제한이라는 법형식으로 존재하는 불가쟁조항 때문에 지급을 거절할 수 없다면 보험자의 보험금지급을 강제하게 되고 보험금사기를 촉진하게 될 위험이 커진다. 미국법원은 1930년대에 이미 피보험자 바꿔치기 행위에 대하여는 불가쟁기간 경과 후에도 보험자가 보험금지급을 거절할 수 있는 항변사유로 인정하는 판결을 일부 내려왔는데,⁹⁾ 이는 피보험자 바꿔치기와 같은 경우에는 보험계약의 당사자 간에 보험계약이 성립하였다고 보기 어렵기 때문이다. 1993. 9. 24. 플로리다 남부연방지방법원 판결은¹⁰⁾ 보험계약청약시 피보험자 바꿔치기를 행하였을 경우 불가쟁조항의 거의 유일한 예외가 된다는 논리를 확립한 대표적인 사례이지만 불가쟁조항은 보험계약자 보호를 위한 공서(*public policy*)라는 점을 기본전제로 하였다. 불가쟁조항으로 인하여 고지의무 위반의 효과를 주장하는데 크게 제한을 받는 미국의 보험자들이 대응하는 방법은 사칭사기항변 외에 최초발병이론(*pre-existing condition clause*)이¹¹⁾ 있다.

그런데 이들은 모두 보험계약 체결시의 보험계약자측의 사정과 관련된 것이다. 사칭사기가 보험사고발생시점에 행하여졌다면 이는 불가쟁조항에 대한 항변문제가 아니라 중대사유해당성이 문제될 수 있다. 따라서 사기항변과 계약전발병부담보, 고지의무 위반의 효과로서 민법 중복적용 여부와 상관없이 중도해지사유에 대한 논의가 필요하다.

2. 위험의 변경증가

일본에서는 중대사유의 발생을 위험의 현저한 변경증가 문제로 보는 견해도 있다.¹²⁾ 과거 상법에서는 보험계약자 또는 피보험자의 귀책사유에 의해 위험이 증가한 것을 주관적 위험증가(제656조)라고 하고, 귀책사유에 의함이 없이 위험이 증가한 것을 객관적 위험증가(제657조)

8) Robert E. Keeton and Alan I. Widiss, *Insurance Law*, West Publishing Co., 1988, p.687; Cardozo판사의 표현대로 불가쟁조항은 보험수익자에게 엄청난 가치를 지닌 조항이다. Harry P. Kamen and William J. Toppeta, *The life Insurance Law of New York*, John Wiley & Sons, 1991, p.295.

9) 가장 빈번히 인용되는 것은 James Strawbridge v. New York Insurance Company, 504F.Supp.824(D.C.N.J.1980). 사건이다.

10) Vincent Fioretti v. Massachusetts General Life Insurance Company, 892 F.Supp.1495-1496(D.C., S.D.Fla, 1993).

11) 특약조항에서 “보험기간 중에 질병으로 인하여 입원 또는 통원치료를 받은 경우”를 보험금지급사유로 정한 것이 계약전발병 부담보조항에 관한 것인지가 다투어진 대법원 2013. 7. 26. 선고 2011다70794 판결. 이에 대한 논의는 김선정, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보”, 「상사판례연구」 제27집 제4권, 2014, 153~184면.

12) 福田弥夫・古笛恵子, 「逐條解説改正保険法」, ぎょうせい, 2008, 90頁

라고 구별하여 전자의 경우는 보험계약은 무효인 것으로 하고 후자의 경우에는 보험자가 계약을 해제할 수 있도록 하였었다. 그러나 보험계약자 등의 귀책사유의 유무를 묻지 않고 보험료 증액 등에 의하여 위험을 인수시켜 계약의 존속이 가능하다면 보험계약을 곧바로 실효시킬 필요는 없다. 이와 같은 관점에서 보험법(제29조 등)은 보험료증액에 위한 인수계속을 허용하였다. 이와 같이 취급하는 것이 보험계약자는 물론 보험자에게도 유익할 것이고 실무상으로도 위험증가의 일정사유에 대하여 통지의무를 과하고 보험계약자 등이 고의·중과실로 지체없이 통지하지 아니한 경우에 한하여 해제를 인정하는 것이 통례였다는 이유에서이다. 결국 현행법에서는 보험료를 변경하여 계약을 계속하여 인수하는 것이 가능한 때에는 보험자 또는 피보험자가 고의 또는 중과실로 통지의무에 위반한 경우에 한하여 보험자의 해제권을 인정하였다. 만일 보험료를 올려 보험계약을 계속하기 곤란하여 인수불가능한 경우에는 ① 당해 위험증가에 관계있는 알릴사항에 대하여 그 내용에 변경이 생긴 때에는 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에게 지체없이 그 뜻을 통지하여야 할 의무를 당해 보험계약에서 정하고 있고, ② 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 지체없이 위 통지를 하지 아니한 때에 한하여 보험자는 당해 보험계약을 해제할 수 있다(제29조 제1항). 보험법에서는 구상법의 ‘위험의 현저한 변경증가’라고 규정하고 있는데 이 개념은 다소 불명확하고 ‘현저한’이 일시적인 위험변경증가를 배제한다는 의미인지도 논란이 되었다.¹³⁾ 보험법은 위험의 변경증가라는 표현 대신 ‘알려야 할 사항에 대한 위험이 높아져서 보험계약에서 정한 보험료가 당해 계산의 기초로 산출되는 보험료에 부족한 상태’로 정의하고 위험 ‘변경’은 결국 ‘증가’와 동의어이므로 변경이라는 표현을 삭제하였다. ‘위험증가에 의한 해제’조항은 편면적 강행규정이므로 보험료에 영향이 없는 상황을 통지하도록 하고 통지의무위반을 이유로 계약을 해제한다는 취지의 약관규정을 두던가 보험계약자 등에게 경과실이 있는 정도에 불과한 때에도 계약을 해제할 수 있도록 하거나, 보험계약자 또는 피보험자 이외의 자에게 통지하도록 하고 그의 의무위반을 이유로 해제하도록 하는 것은 허용되지 아니한다. 우리나라에서도 위험변경증가에 관한 상법 제652조와 제652조가 다소 불명확하고, 판결문은 명확한 구별 없이 두 조항을 사용하기도 하며, 특히 보험계약자 등이 제653조에 해당하는 경우 보험자는 차라리 제659조를 원용하려는 것이 실무상 흔한 일인 점 등을 고려할 때 해당조항의 정비가 필요하다.

3. 보험금의 사기적 청구¹⁴⁾

각국의 입법대응을 보면 보험계약의 모랄리스크 중 이 부분에 대한 대응에 집중하는 것을 볼 수 있다. 보험계약 체결시의 고지의무와 수미상관을 이루는 것이고 결국 보험범죄의 대다수는 보험금을 겨냥한 것이기 때문에 당연한 것이다. 그러나 사기적 청구의 양상도 다양하지만 전체적으로 보아 당사간의 신뢰관계를 깨는 행위에 대하여는 종합적인 대응이 강구되어야

13) 예컨대 보험가입 후 비로소 오토바이를 타기 시작하였다면 현저한 위험증가가 되겠지만 약관은 “계속사용하는 경우에”한하여 통지하도록 하고 있어서 약관의 ‘계속사용’만이 상법의 ‘현저한’ 위험변경증가에 해당하는지 여부가 논란이 된다. 박지현, “위험변경증가의 통지와 계약해지-상해보험계약 후 알릴 의무를 중심으로-”, 『제61회 보험관례연구회자료집』, 한국보험법학회, 2017, 1~23면.

14) 松田眞治, “保険金詐欺請求への法的制裁”, 『生命保険論集』No.193, 2015, 225~256頁.

한다. 그와 같이 보험계약의 여러 단계에서 진행될 수 있는 다양한 문제들에 대비하는 방법으로 일본에서 법제화된 중대사유에 의한 보험계약의 해제문제를 살피고자 한다.

Ⅲ. 일본에서의 법제화

1. 법제화의 경위

(1) 학설 및 판례시대

가. 학설의 대두

일본 민법이나 상법에 계속적 계약에 관한 명문규정은 따로 없다. 그러나 계속적 계약에 있어서 당사자가 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있도록 허용하는 규정은 다수 있다.

일본 민법 제628조 본문조항,¹⁵⁾ 제651조 제2항,¹⁶⁾ 제678조 제2항,¹⁷⁾ 상법 제30조 제2항,¹⁸⁾ 제540조 제2항¹⁹⁾ 등이 그 예인데 이들 규정을 유추하거나 일반법리를 근거로 삼아 보험자에 의한 보험계약의 해제를 인정하는 학설과 판결이 등장하였다.

최초의 학설은 1980년에 中村변호사가 일본법상 특별해약권을 인정하자고 제안함으로써 논의가 시작되었는데, 계속적 계약에 있어서는 부득이한 사유가 있는 경우에 최고없이 곧바로 해제권을 행사할 수 있다는 것을 근거로 보험계약에서 특별해약권을 인정할 수 있는지가 쟁점이었다.²⁰⁾

초기에 이 해제권은 특별해약권이라는 명칭으로 통용되었다. ‘특별’이라는 표현은 이 해약권은 최고를 요하지 않으며 해약기간을 필요로 하지 않는다는 점 때문인 것으로 추측된다.

그런데 실제로 일본법상 계속적계약관계를 해소하는 ‘부득이한 사유’는 독일법상의 ‘중대사유’라는 표현에서 연유한다고 한다.²¹⁾

15) 우리 민법 “제661조(부득이한 사유와 해지권) 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유있는 때에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다.”와 동일.

16) 우리 민법 “제689조(위임의 상호해지의 자유) ② 당사자 일방이 부득이한 사유없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다.”에 상당.

17) 우리 민법 “제716조(임의탈퇴) ② 조합의 존속기간을 정한 때에도 조합원은 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있다.”와 동일.

18) 우리 상법의 대리상에 관한 조항 중 “제92조(계약의 해지) ①당사자가 계약의 존속기간을 약정하지 아니한 때에는 각 당사자는 2월전에 예고하고 계약을 해지할 수 있다”에 “부득이한 사유가 있는 때에는”을 추가.

19) 우리 상법의 익명조합에 관한 조항 중 “제83조(계약의 해지) ②조합의 존속기간의 약정의 유무에 불구하고 부득이한 사정이 있는 때에는 각 당사자는 언제든지 계약을 해지할 수 있다.”와 동일.

20) 일본법상 특별해약권을 인정할 것을 제안한 최초의 논문으로는 中村敏夫, “生命保險・疾病保險における保險者の特別解約權”, 『保險學雜誌』第491号, 1980, 73~97頁. 일본에서의 학문적 논의과정에서 이 주제에 가장 천착한 것은 中西교수가 아닌가 생각된다. 中西正明, “故意の事故招致と保險者の解約權-特別解約權を中心として”, 『所報』, 生命保險文化研究所, 1983, 1頁以下 등 中西正明 교수의 「傷害保險契約の法理」, 有斐閣, 1992.에 수록된 3편의 논문; .

21) 中西正明, “保險者の特別解約權再論”, 『傷害保險契約の法理』, 有斐閣, 1992, 362頁.

나. 판례의 등장

판례는 오래 전에 계속적 계약인 임대차에 있어서 당사자의 신뢰관계를 파괴하여 계약을 계속하기 어려운 불신행위가 있는 때에 상대방은 임대차계약을 최고없이 장래에 향하여 해제할 수 있다고 한 판결이²²⁾ 중도해지의 가능성을 보이는 판결로 인용되었다. 그러다가 생명보험계약에서 오늘날의 중대사유해제의 원형이라고 할 특별해약권을 인정 한 첫 판결은 1985년 처음 나왔다.²³⁾

위 사건은 3건의 보험계약을 체결한 보험계약자겸 피보험자인 자가 사업부진으로 다액의 채무를 지고 있던 상황에서 보험금을 사취할 의도로 다른 사람을 폭행한 후 의식불명인 상태의 타인에게 자신의 옷을 입혀 자동차운전석에 태운 후 자동차를 바다에 빠트리려 타인을 살해하였으나 수일 후에 범행이 발각되자 자신은 철로에 투신하여 자살하였는데, 그 후 보험수익자가 보험자에 대하여 피보험자 사망을 이유로 보험금을 청구한 사건이다. 이에 대하여 보험자는 이른바 특별해약권에 의한 해약을 주장하며 보험금지급을 거절하였다. 당시 일본 상법은 보험계약자나 보험수익자의 고의사고에 대하여는 보험자가 면책하는 것으로 규정되어 있었고(제641조, 제680조, 제829조), 약관에서도 이를 면책사유로 규정하고 있었다. 위 사건과 같이 보험사고가 발생한 것으로 가장하기 위하여 보험계약과 무관한 제3자를 살해하였다고 하여도 실제로 보험사고가 발생한 것은 아니기 때문에 보험자에게 보험금지급책임이 없는 것은 당연하다. 그러나 그 경우 보험자는 보험금지급을 거절하는 것으로 그치고 그 계약을 여전히 유지하여야 하는지가 문제되었다. 본래 손해보험계약에서의 보험의 목적의 멸실이나 인보험(생명보험, 상해보험, 질병보험)에서 피보험자의 사망은 보험계약의 종료로 귀결되지만 만일 보험계약자가 생존한다면 보험계약은 당연히 종료하지는 않는다. 따라서 그 후 진정한 피보험자에게 보험사고가 발생한 경우에 보험금을 지급하여야 하는 것이다. 그러나 당사자 간에 신뢰관계가 깨진 경우에 장차 보험금을 지급하여야 할 경우에 대비하기 위하여 보험계약을 유지하여야 한다는 것은 보험자의 정서상으로도 불편한 일이다. 그러나 정서상 이유로 보험계약을 소멸시킬 수는 없는 일이므로 보험자의 일방적 의사표시에 의하여 보험계약을 종료시킬 수 있는 법적 근거를 찾게 된 것이다. 위에서 약간 언급한 바와 같이 당사자간에 신뢰관계가 전제되는 계속적 계약관계에서 계약당사자 일방의 신뢰파괴 행위가 있어 신의칙상 계약관계의 유지를 기대할 수 없는 때에는 상대방은 즉시 해약할 수 있는 법원칙이 존재한다고 보고 이를 차용하자는 것이 초기 이론이었다. 보험계약의 계속계약성에 더하여 사행계약성, 선의계약성을 더하면 해약은 정당화된다는 것이다.

위 사건에서 보험자는 ① 공서양속 위반으로 보험계약 무효, ② 위협의 현저한 변경증가에 의한 보험계약의 실효, ③ 중대사유에 의한 특별해약, ④ 권리남용 내지 신의칙 위반을 이유로 한 면책 등을 내세워 보험금지급을 거절하였다. 이 가운데 특별해약권에 대하여 보험자는 생명보험계약은 계속적 계약으로 사행계약이라는 성질에 기한 선의계약성이 특히 요청되므로 민법 제628조, 651조, 678조 규정 또는 임대차계약에서의 신뢰관계 파괴를 이유로 한 최고없

22) 최고재판소 1952. 4. 25. 민集 6卷 4号 451頁.

23) 오사카지방법재판소 1985. 8. 30. 선고 判時1183号 153頁.

는 해제라는 판례이론의 취지를 유추하여 당사자 간에 계약의 계속을 기대할 수 없는 사유가 있는 때에는 특별해약권이 인정된다고 주장하였다. 보험계약자 겸 피보험장의 행위는 부득이한 사유라는 것이다. 법원은 보험계약상 당사자간의 신뢰유지는 법적 의무이며 이 사건 보험계약자의 살인행위는 신뢰관계유지라는 채무의 불이행에 해당하는 것이므로 이를 이유로 최고없이 보험계약을 장래에 향하여 해제할 수 있다고 판시하였다. 이 판결의 특색은 특별해약권을 인정하는 이유로 보험계약의 선의계약성, 사행계약상을 지적하는 점과 신뢰관계파괴는 신의칙상 의무 위반행위는 상대방에 대한 채무불이행에 해당한다고 지적한 점이다. 이 판결에 대하여 임대차계약과 같이 계속적 계약관계에서 요구되는 신뢰관계의 파괴를 지적하면 되는 것이고 굳이 보험계약의 사행계약성을 내세울 필요가 없다는 지적과 신의칙 위반을 보험계약자의 채무불이행으로 설명한 부분에 대하여 보험자의 특별해약권이 결국 채무불이행을 이유로 한 해약권이라는 것이 되어 어색하다는 지적이 있었다.²⁴⁾

1985년 판결 이후 중대사유에 의한 해제를 인정하는 하급심판결은 있었지만, 중대사유에 의한 해제권을 인정한 최고재판소판례는 없었다. 그러나 이 법리는 판례로도 확립되었다는 평가를 받아왔다.

(2) 약관시대

생명보험약관에는 그동안의 학설, 일부판례를 수용하여 중대사유해제를 규정하였다. 이와 같은 약관조항은 의료보장보험개인형 및 질병보험관계특약에서는 1987년 4월부터, 주계약인 생명보험계약약관에서는 1988년 4월부터 채택되었다. 처음에 중대사유해제조항을 도입한 이유는 기존의 의료상품에 대하여 상품 특성상 중복가입을 배제할 필요성 때문이라고 한다. 따라서 보험법의 도입동기와는 차이가 있었다.²⁵⁾ 그러나 중대사유해제조항은 그 이후 급속히 확산되어 약관의 공통조항처럼 되었다.

(3) 법률시대

100여년의 법개정이라고 일컫는 2007년 보험법은 상법 보험편을 분리시켜 독립된 단행법전으로 하면서 중대사유에 의한 해제를 법정하였다.²⁶⁾ 위에서 본바와 같이 법제화 이전에도 생명보험약관에서 그동안의 학설, 일부판례를 수용하여 중대사유해제를 규정하였다. 그럼에도 불구하고 이를 굳이 입법화한 것은 점증하는 도덕적 위험에 직면하여 보험의 건정성을 유지하고자 하는 강한 의지라고 이해된다. 한편 자동차보험과 상해보험약관에서도 보험자해제권을 규정하고 있었는데 이는 이미 발생한 사고의 면책까지 규정한 것은 아니어서 일반적인 중대사유해제와는 다르다.

중대사유해제는 보험자만 행사할 수 있기 때문에 이 제도의 법제화는 보험자보호 또는 보

24) 中西正明, 前掲論文, 366頁.

25) 日本生命保險 生命保險研究會, 「生命保險の法務と實務」, 第3版, 金融財政事情研究會, 2016, 311頁.

26) 이에 대하여는 김선정, “일본의 보험법개정과 시사점-총론과 공통규정을 중심으로-”, 「상사법연구」 제28권 4호, 2010, 9면 이하.

협제도의 건전성 보장에 1차 목적이 있다. 그러나 한편으로 법제화는 해제권행사의 요건과 효과를 명확하게 규정함으로써 보험자가 해제권을 남용하여 보험계약자 등의 지위를 불안정하게 하는 것을 막는 의미도 있다.²⁷⁾

손해보험계약의 장에서는 보험계약자 등의 보험금부정취득목적에 의한 고의사고 조치(제1호 사유), 보험금부 청구사기(제2호 사유), 기타 포괄조항의 행위(제3호 사유)를 규정하고 보험자는 이와 같은 사유가 있는 경우에는 손해보험계약을 해제할 수 있다고 규정한다(제30조). 보험금부를 행하도록 하게 할 목적으로 손해가 생기게 하거나 보험금부에 대하여 사기를 행하는 등 보험제도를 악용하여 보험금부를 얻는 행위는 공서양속에 반하여 무효이다(일본 민법 제90조). 보험법은 신의칙을 기초로 민법과 상법규정의 취지로부터 계속적 급부계약에 있어서 신뢰관계 파괴 이론에 따라 최고없이 해제할 수 있도록 인정하였다. 규정방식을 보면 일본 보험법은 제1편 총칙에서는 2개조항만 두고 있을 뿐이고, 제2장 손해보험, 제3장 생명보험, 제4장 상해질병정액보험으로 나누어 규정한 뒤 제5장에서 소멸시효와 보험자의 파산에 관하여 각 1개조항을 두는 형식으로 구성되어 있다.

2. 법제의 내용

가. 해제사유

(가) 보험금부정취득목적의 사고조치(제30조 제1호, 제57조 제1호, 제86조 제1호)

보험법은 보험금취득목적으로 고의사고를 일으킨 경우, 보험계약을 해제할 수 있는 것으로 명시하였다. 그동안에도 보험계약자 등이 고의로 손해를 발생시킨 경우 보험자는 당연히 면책하여 왔다.²⁸⁾ 그러나 계약해제권은 신설조항을 통하여 확보된다. 고의사고면책은 고의사고가 현실로 발생한 경우에 한하여 보험자가 면책하지만 본호는 비록 살인이 미수에 그친 경우라도 더 이상 계약을 존속시키는 것은 곤란하기 때문에 해제를 인정하는 것이다. 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자가 직접 보험금을 취득하려는 경우뿐만 아니라 제3자에게 보험금을 취득하게 하려는 경우도 이에 포함한다.

피보험자가 자살한 경우에 의문이 있으나 제1호 사유에 해당하지 아니하는 것으로 새긴다.²⁹⁾ 피보험자의 자살(미수 포함)은 본래 고의사고로서 보험자면책사유이다(제51조 제1호). 면책의 근거는 자살은 사행계약인 생명보험계약에 요구되는 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 생명보험계약이 부당한 목적에 이용되는 것을 막기 위한 것이다.³⁰⁾ 그런데 약관은 보험가

27) 保險毎日新聞社, 「新保險法ハンドブック」, 同新聞社, 2008, 67頁.

28) 보험계약자 또는 보험수익자가 피보험자를 고의로 살해한 경우에 보험자면책을 규정하는 보험법 제51조 제2호, 제3호. 우리상법 제659조 제1항, 제732조의2.

29) 福田弥夫·古笛恵子, 前掲書, 171頁.

30) 따라서 우리나라 약관에도 반영되어 있듯이 과실에 의한 사망, 의사무능력자나 심한 정신장애상태에서의 자살(自死)은 여기의 자살에 포함하지 않는다. 그러나 타인에게 의뢰하여 자신을 살해하게 하는 촉탁살인은 포함하며 타인을 개입시킨다는 점에서 순전한 자살보다 비난가능성이 더 크다. 山下友信·米山高生, 「保險法解説」, 有斐閣, 2010, 430頁.

입시로부터 일정기간 경과후의 자살에 대하여는 유족보호 등을 이유로 보험금을 지급하는 것으로 하는 경우가 많다. 판례에 따르면 비록 자살에 관하여 범죄행위가 개입되고 당해 자살에 대하여 보험금을 지급하는 것이 공서양속에 반하는 등의 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고는 당해 자살의 동기, 목적이 보험금 취득에 있음이 인정되는 때에도 면책의 대상이 아니라고 해석하는 것이 상당하다는 입장에 있다.³¹⁾ 이와 같이 보험금 취득을 목적으로 한 자살도 면책기간 경과 후에는 면책이 아니라고 새기면서 자살을 중대사유에 해당하는 것으로 보는 것인 모순된다는 이유로 일본 생명보험업계 실무업계에서는 자살을 중대사유로 보지 않고 있다.³²⁾

피보험자가 자살하게 되면 당연히 보험계약은 소멸하는 것이고, 피보험자가 자살을 시도하였으나 미수에 그쳐 보험계약을 유지하기 어려운 사태가 발생하는 것은 전형적인 사안으로 상정하기는 어렵다는 것도 불포함의 논거이다. 따라서 피보험자가 보험계약자 또는 보험수익자인 경우에도 자살미수는 보험계약을 해제할 중대한 사유가 아니라고 새긴다.³³⁾

(나) 피보험자의 사기에 의한 보험금청구(제30조 제2호, 제57조 제2호, 제86조 제2호)

사기에 의한 보험금청구는 실로 다양한 방법으로 자행된다. 보험자를 착오에 빠트리거나 보험금을 지급받을 의사로 보험자를 기망하면 해제사유에 해당하며 현실적으로 보험금을 지급받아야 하는 것은 아니다. 사기를 행하고자 한 경우도 해제사유에 포함한 것은 그와 같은 사기행위가 미수에 그친 경우에도 해제사유로 하기 위한 것이다.

한편 보험계약자 등은 보험사고 발생시에 이를 통지할 의무가 있는데(제14조), 부실신고를 한 경우에 어떤 법적 취급을 할지가 문제된다. 보험약관 중에는 부실신고가 행하여진 때에는 보험자가 면책한다고 정한 것이 있다. 이와 같은 약관조항이 중대사유해제조항이 편면적 강행규정이라는 이유로 당연히 무효로 되는 것은 아니고 신의칙상 허용되지 아니하는 목적으로 행한 부실신고에 대하여 보험자면책을 규정하는 것은 인정된다고³⁴⁾ 한다.

(다) 기타 사유(제30조 제3호, 제57조 제3호, 제86조 제3호)

위의 ①, ②에 제기된 사유외에 보험자의 보험계약자 또는 피보험자에 대한 신뢰를 손상하고 당해 보험계약을 존속하기 곤란한 중대사유의 발생에 대응하도록 하였다.

위의 ①과 ②는 구체적 사유이지만 보험자와 보험계약자 사이에 일어날 수 있는 신뢰파괴행위는 다양하기 때문에 구체적 사유에 포함되지 아니하는 사유에 대하여도 해제가능성을 열어둔 포괄조항이다. 예컨대 여러 건의 보험계약을 체결하여 중복보험상태가 된 경우를 들 수 있다.³⁵⁾ 다만 이 조항으로 인하여 법적 안정성을 저해하고 보험계약자 보호에 소홀해 질 소지

31) 최고재판소 2004. 3. 25. 民集58卷3号753頁. 김선정, “생명보험약관상 자살면책기간경과후의 자살 -최근 일본 판례의 동향을 중심으로-”, 「보험학회지」 제69집, 2004, 190~197면.

32) 日本生命保險 生命保險研究會, 前掲書, 313頁.

33) 福田弥夫·古笛惠子, 前掲書, 171頁.

34) 山下友信 外, 「保險法」[第3版補訂版], 有斐閣, 2016, 162頁.

가 있다. 따라서 다만 중복보험계약이라고 하여 무조건 해제할 수 있는 것은 아니고 위 ①, ②에 필적할만한 상황이라는 것이 확인되는 경우에 한하여 해제할 수 있다.³⁶⁾ 따라서 단순히 보험계약이 여러 건이라는 것만으로 계약을 해제할 수 있는 것은 아니고 보험계약자측의 경제여건상 명백히 과도한 보험계약을 체결하여 거액의 보험금을 노리고 있다는 점이 엿보인다면³⁷⁾ 본 호에 해당할 것이다. 그러나 실손보상이 아닌 정액보험의 인보험계약에 있어서는 다른 보험계약의 체결여부를 묻지 않는 경우가 많은 만큼 다수보험계약이라고 하여 무조건 해제대상이 되지 않는다는 점이다.

이 포괄조항의 적용이 가능하지를 가늠하기 위하여 앞서 소개한 중대사유해제의 첫 판결인 1985년 오사카지방법재판소 판결을 상기할 수 있을 것이다. 동 판결에서 법원은 보험계약자 등에게 강도의 불신행위가 있을 것, 보험계약이 사행계약의 성질을 지니기 때문에 신의칙상 보험자에게 계약의 유지를 기대할 수 없는 상황이 존재할 것을 특별해약권 인정의 요건으로 제시한 바 있다. 이는 당시 보험계약자 겸 피보험자의 타인살해행위, 범행발각을 결정적 이유로 한 자살 등 일련의 행위가 보험자의 법정면책사유를 규정한 당시 일본 상법 제680조에 ‘필적할만한’ 상황이라는 것이다.³⁸⁾ 법원은 비록 보험계약자 겸 피보험자가 자살했지만 자살행위가 타인살해의 반공익성, 신의칙 위반성을 상쇄하지는 못한다고 판시하였다. 그러나 보험금을 노려 타인을 살해하였다면 이미 보험계약의 당사자에게 요구되는 신뢰관계는 파괴된 것이며 이로서 충분하다고 할 것이다. 굳이 보험계약자 겸 피보험자인 자의 자살행위를 고려할 필요가 없이 해제권을 인정할 수 있으므로 ‘필적할만한’ 상황을 너무 어렵게 볼 필요는 없을 것이다.

(라) 반사회적 세력배제조항(폭력단배제조례)

일본정부는 2007. 6. 「기업의 반사회적 세력에 의한 피해를 방지하기 위한 지침」을 시달하였다. 이에 따라 각 도도부현에서는 폭력단의 영향력을 배제할 목적으로 폭력단배제조례를 신설하였다. 이는 반사회적 세력에게 자금유입이 이루어지지 않도록 차단하는 조치이다. 특히 금융업, 부동산업, 건설업 등의 업계단체에서는 이에 대응하여 계약조항에 폭력단배제조항을 삽입하기에 이르렀다. 금융청 보험감독지침에도 보험회사가 폭력단체 등 반사회적 세력과의 관계를 차단하기 위한 조직적 대응을 요구하고 있으며 계약서 및 각종 약관에 철저히 폭력단배제조항을 갖추도록 하고 있다. 현재 일본의 보험회사들은 중대사유해제조항 중에 이 해제사유를 추가하고 있다.³⁹⁾ 종래의 중대사유가 보험자와 보험계약자 간에 발생하는 것이었던데

35) 福田弥夫·古笛惠子, 前掲書, 97頁.

36) 중의원법무위원회는 중대사유에 의한 해제에 대하여 보험자가 해제권을 남용하지 않도록 해제사유를 명확하게 하는 등 약관의 작성, 인가 등에 있어서 본법의 취지를 10분 유의할 것을 부대결의(2008. 4. 25)하였다. 참의원법무위원회는 중대사유에 의한 해제 중 제30조 제3호, 제57조 제3호 및 제86조 제3호에 관하여는 보험금불지급의 구실로 남용된 실태가 있는 것을 근거로 그 적용에 있어서는 제30호 제1호 또는 제2호에 필적할만한 것이어야 하고 보험자가 중대한 사유를 알거나 안 후에 해제가 합리적 기간 내에 행하여지도록 정부는 보험자를 적절히 지도·감독할 것을 부대결의(2008. 5. 29) 하였다.

37) 大阪地判 1985. 8. 30 判時1183号 153頁.

38) 中西正明, 前掲 “再論”, 369頁.

비하면 이 해제사유는 반사회적 세력의 속성 및 그 관계성을 이유로 해제하도록 하는 것이어서 신뢰관계 파괴는 문제되지 않고 해제권행사의 요건도 아니다.⁴⁰⁾

문제는 폭력단배제조항의 효과도 중대사유해제가 예정하고 있는 범위 내의 것이어야 하며 편면적 강행규정이 적용되는가 하는 점인데, 도덕적 위험 사안 등 보험제도의 건전성을 해하는 행위를 배제할 목적을 지닌 중대사유해제는 그 취지가 폭력배제조항의 목적과 합치한다는 이유로 이를 긍정하는 것이 일본 실무계의 입장인 것으로 이해된다.^{41) 42)}

나. 보험계약에 따른 적용제한

위에서 본 바와 같이 중대사유에 의한 계약해제는 손해보험계약의 장에서 규정한 바를 기본으로 하여, 생명보험의 장과 상해질병정액보험의 장에서 비슷한 내용을 반복 규정하고 있다. 손해보험 및 상해질병정액보험에 관하여는 3가지 중대사유 모두가 ‘당해’ 보험계약을 해제하는 사유가 된다고 밝히고 있다. 이에 비하여 생명보험에서는 2호의 해제사유 및 3호의 해제사유만 당해 생명보험계약을 해제할 수 있다고 규정한다. 이는 고의로 인한 보험사고 초치는 보험계약자 또는 보험수익자가 보험자에게 보험금부를 행할 것을 목적으로 하여 고의로 피보험자를 사망하게 하거나 사망하게 하려고 한 것에 한하여 해제할 수 있도록 하고 있다(제57조 제1호). 이에 비하여 보험수익자가 당해 생명보험계약에 기하여 보험금부청구를 사기로 행하거나 행하려 한 경우와 포괄조항에 해당하는 경우에는 당해 사망보험계약에 한하지 않고 해제할 수 있다(제57조 제2호). 여기서 ‘당해 보험계약’이란 중대사유가 발생한 보험계약 그 자체만을 의미한다는 것은 문언상 명백하다. 그런데 손해보험계약 및 상해질병정액보험에서는 ‘당해’보험계약에 한하여 해제하도록 제한하면서 생명보험계약 일부에서는 이와 같은 제한을 두지 않고 있는 이유는 다른 보험과 달리 생명보험계약에서는 동일한 보험계약자가 가입하고 있는 다수의 계약도 해제할 필요성이 인정된다는 점 때문이다. 예컨대 보험자가 자동차보험가입자로서 고의사고를 낸 피보험자가 화재보험에 가입하였다고 하여 화재보험까지 해제할 수는 없는 일이다. 그러나 동일한 보험계약자가 다수의 생명보험에 가입하고 있는 때에는 특정된 해당계약에서 중대사유가 발생한 때에도 이를 다른 생명보험계약에서 악용할 가능성이 있기 때문에 해제를 반드시 ‘당해’계약에 한정하여 허용할 필요는 없다는 것이다.⁴³⁾

한편 중대사유해제의 경우 보험자가 해제할 수 있는 보험계약에서 보험자의 범위를 확정하는 문제가 있다. 예컨대 생명보험계약의 보험계약자인 법인 대표가 선박보험금을 사취할 목적으로 선박을 고의로 침몰시킨 후 자살한 사안에서 법원은 당해 생명보험계약의 보험자와 체결한 다른 보험계약, 그 밖의 보험자와 체결한 다른 보험계약인지를 묻지 않을뿐만 아니라 보험의 종류에도 구애받지 않고 중대사유를 이유로 해제할 수 있다고 판결한 바 있다.⁴⁴⁾ 그러나

39) 상세한 것은 潘阿憲, 前掲論文, 21頁.

40) 上掲論文, 24~26頁.

41) 日本生命保險 生命保險研究會, 前掲書, 316~317頁.

42) 약관에 폭력단배제조항을 두지 않은 구약관경우에도 중대사유에 의한 해제가 가능하다는 입장으로 藤本和也, “暴力團排除條項と保險契約”, 「保險學雜誌」 第621号, 2013. 109頁.

43) 潘阿憲, “生命保險契約と重大事由解除”, 「生命保險論集」 No.192, 2015, 3頁.

이는 보험자에게 지나치게 폭넓은 해제권을 부여하는 부당한 확대해석이라고 보는 견해가⁴⁵⁾ 옳아 보인다.

한편 보험자를 공통으로 하는 서로 다른 계약 또는 보험자를 달리하는 다른 계약에 있어서 해제사유에 해당하는 행위가 있는 경우에는 사안에 따라 제3호의 해제사유에 해당하는데, 손해보험의 중대사유해제에 있어서는 당해 손해보험계약에만 한정되나 생명보험계약에서는 그와 같이 한정되지 않는다.⁴⁶⁾ 다른 보험계약도 보험금액의 합계액이 현저히 다액이어서 보험제도의 목적에 반하는 사태에 이른 때에는 제3호에 해당할 수 있다.

한편 입안담당자의 해설에 따르면 손해보험계약에서 보험사고가 발생하고 당해 손해보험계약의 피보험자가 보험금부청구를 과대하게 하여 사기에 해당하게 된 경우 중대사유에 의한 해제가 가능한데(제30조 제2호), 면책의 대상이 되는 것은 중대사유가 생긴 이후에 생긴 보험사고에 한정하기 때문에 그 전에 발생한 보험사고 자체에 관하여는 특단의 사정이 없는 한 보험자가 보상책임을 져야 한다. 이는 제30조 2호와 제31조 제2항 3호가 모두 편면적 강행규정이어서 동조항의 문언해석으로서 당연하다.

이와 같은 문제는 손해에 대한 부실신고가 이루어진 경우에도 생길 수 있다. 자동차보험계약 약관에서 피보험자가 고의로 행한 사고피해의 부실고지에 대하여는 보험자가 보험금을 지급하지 않는다고 규정한 사안에서 법원은 부실신고에 대하여 그 부분뿐만 아니라 보험금 전액에 대한 보험자의 면책을 긍정하였다.⁴⁷⁾ 부실신고는 사고신고의 일부에 그치지만 부실신고로 인하여 전체로서 보험자에 의한 보험사고 실태파악이 곤란하고 손해산정에 오인을 초래할 가능성이 높다는 것이 판결의 이유였다. 이와 같은 약관상의 부실신고면책조항은 보험법의 중대사유해제조항과 모순되는 것이라는 지적에 대하여 법원은 중대사유해제의 범리와 보험금지급과정에서의 부청구에 대한 제재법리는 배반적인 것이 아니라 병존하는 것이라고 새겼다.⁴⁸⁾

이 입장이 다수설이라고 하기는 어렵지만 상당히 유력한 입장이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 이는 해제는 보험자를 보험계약으로부터 해방시키는 것이 주된 목적인 범리인만큼 보험계약자 등에 대하여 여러 가지 제재수단이 병존할 수 있다는 점을 강조하고 있다. 그러나 중대사유요건에 해당하는 이상 그 편면적 강행규정으로서의 제약을 받아야 하는 것이 당연하므로 만일 약관에서 중대사유해제의 요건 및 효과에 준하여 사기적 청구에 관하여 아예 면책하는 것으로 규정되어 있다면 그 요건은 2단의 고의를 입증하여야 하는 본래의 사기의 요건보다도 보험자

44) 도쿄지방법재판소 2002. 6. 21. 판결. LLI/DB판례비서등재.

45) 潘阿憲, 前掲論文, 8~9頁.

46) 또한 생명보험계약을 체결한 때에 주계약으로 사망금부등을 약정하고 특약형태로 상해·질병금부를 약정한 경우, 계약법상으로는 1건의 보험계약이라면 전체로서 계약을 해제할 수 있다. 2건이상의 계약에 있어서도 1건의 계약에 대하여 각호의 해제사유가 존재한다면 다른 계약에 대하여는 제3호에 해당하게 된다. 양로보험계약이 사망보험계약의 한 부분으로서 제1호 사유에 해당하는 행위가 있는 경우, 계약을 전체로서 해제할 수 있다고 새긴다. 福田弥夫·古笛惠子, 前掲書, 172頁.

47) 오사카지방법재판소 2008. 12. 20. 판결 交民 40卷6号 1694頁.

48) 福原紀彦, “損害の不實申告による保険者の免責”, 「保険法判例百選」, 有斐閣, 2010, 34~35頁; 遠山優治, “重大事由解除の效力と保険者の免責について”, 「保険學雜誌」 第606号, 2009, 111~117頁; 原弘明, “損害保険ににわける事故内容の不實申告について”, 「保険學雜誌」 第610号, 2010, 153~166頁.

49) 村田敏一, “新保険法の總論的課題について”, 「保険學雜誌」 第608号, 2010, 20頁.

에게 유리하게 되는 것이어서 그 약관을 무효로 보아야 한다고 한다. 후자의 입장이 옳은 것으로 보인다. 이와 같은 해석이 중대사유해제로 보험자가 해제권을 남용할 수는 없다는 견제가 될 것이다.

다. 해제기간

제30조 등에 의한 해제를 인정하는 경우, 사안의 성질 및 취지를 볼 때 해제에 기간제한을 두어 보험계약자 또는 피보험자를 보호하는 것은 적절하지 않다. 그러므로 제척기간을 규정하지 않았다. 다만 최고에 의한 해제권의 소멸에 관한 규정(민법 제547조) 외에 소멸시효의 적용은 있다. 부칙에 따라 보험법 시행일 전 체결된 보험계약에 대하여도 중대사유가 있는 경우 해제가 가능하다.

라. 해제의 효과

본래의 의미의 해제는 해제시점 이후의 보험계약관계를 소멸시키며 해제의 효력은 원칙적으로 장래에 향하여 효력이 생긴다. 그렇다면 해지 이전에 발생한 손해에 대하여는 보험계약에 기하여 보험금을 지급할 의무가 생긴다. 그러나 중대사유에 의한 해제에서는 해제는 실제로 보험사고가 발생한 후에 행하여지지만 보험금지급책임은 중대사유가 발생한 때로부터 면책되어야 해제의 실익이 있다. 여기서 보험법은 중대사유발생시부터 계약해제시까지 사이에 발생한 보험사고에 대하여도 보험자는 면책되는 것으로 하였다(제30조·제59조·제88조). 그 결과 보험자가 해제권을 행사한 때에는 보험자는 중대사유가 생긴 이후에 발생한 보험사고에 관하여 보험금부를 행할 책임이 없다. 보험법 입법 이전에는 중대사유에 의한 해제의 효과를 보험계약체결시까지로 하자는 의견도 유력하였으나 보험법은 위와 같이 정리하였다.⁵⁰⁾

그리고 계약해제시까지의 기간에 상당한 보험료에 대하여는 보험계약자에게 책임을 묻는 의미에서 보험료를 반환하지 않는다.⁵¹⁾

중대사유에 의한 해제규정은 편면적 강행규정이다(제33조 제1항, 제65조 제2호, 제94조 제2호). 따라서 중대사유해제규정에 반하는 특약으로서 보험계약자 등에게 불리한 것을 정한 약관의 해당조항은 무효이다. 중대사유에 의한 해제에는 고지의무 위반의 경우와 같은 해제권행사의 제척기간, 인과관계 요건 등은 없다. 신뢰관계를 파괴한 보험계약자를 보호할 필요는 없기 때문이다. 일본 실무에서는 중대사유해제는 고지의무 위반시의 해제와 마찬가지로 내용증명우편으로 송부한다고 한다.

50) 山本爲三郎, “約款規定にいう「保険契約を繼續することを期待しえない事由の意義」, 「保険法判例百選」, 有斐閣, 2010, 184~185頁.

51) 保険毎日新聞社, 前掲書, 68頁.

IV. 시사점

우리나라의 경우 보험범죄가 크게 증가하고 있다. 이는 무고한 피해자의 인명과 재산에 손실을 초래하고 보험단체에 속한 선량한 보험계약자에게 경제적 부담을 전가할 뿐만 아니라 건전한 사회적 기풍을 해치는 등 유무형의 사회적 손실을 키우고 있다. 보험범죄는 고의사고, 허위사고, 고지의무 위반, 사고당사자 교체 및 내용 조작, 피해과장, 허위진단, 대리진사, 허위 입원, 사기적 청구 등 예측이 불가능할 정도의 수법이 동원되고 있다. 필자가 보는 각종 통계로서는 보험범죄가 감소할 조짐은 없다. 최근 건강심사평가원은 자동차보험 피해자의 부적절한 입원사례가 줄었다고 발표하였지만 부당입원은 횡수, 입원주기, 증상, 치료, 선택진료 등 다양한 방법의 사기행위가 이루어지고 있으며 많은 병·의원들이 공모하는 터라 이를 단순히 입원환자수와 입원일자만 갖고 판단할 수는 없다. 또 최근특수지역 중사자들의 부추김에 의한 과다청구도 심각한 상황이다. 이에 대한 법적 대응으로는 형법과 2016. 9. 30.시행에 들어간 보험사기방지법이 있으나 의료, 통신, 건강과 질병 등 이른바 민감정보를 침해하지 않으면서 보험범죄를 대응하는 것은 쉽지 않다. 보험사기방지법은 우여곡절 끝에 법제화에는 이르렀는데, 이에 대한 부작용을 우려하는 견해도 없지 않지만 그 실효성이 의문시되며⁵²⁾ 법개정이 시급한 처지이다. 이와 같은 상황에서 최근 보험회사 직원들이 피보험자의 장애상태를 파악하기 위하여 피보험자 몰래 찍은 영상자료의 민사소송상 증거능력을 인정하는 판결이⁵³⁾ 나와 주목을 끌기도 하였다.

사행계약이며 계속적 계약인 보험계약에서 도덕적 위험을 배제하고 보험제도의 건전한 발전을 도모하는데 있어서 형사법적 대응은 한계가 있다. 법규정도 미흡하거나 법집행 또는 많은 한계를 지니고 있다. 법원의 판결도 관대하다는 느낌을 준다.⁵⁴⁾

지금과 같은 모럴리스크가 다양하게 급증하는 상황에 대처하기 위해서는 민사법적 대응이 아주 중요하다. 이와 같은 점에서 2007년 법무부 상법개정시안은 제652조의2를 신설하여 【사기에 의한 계약】을 두고자 하였다. 당시 시안의 내용은 보험계약의 당사자 또는 피보험자의 사기로 인하여 체결된 보험계약은 무효로 하고, 이 경우에 보험자는 그 사실을 안때까지의 보험료를 청구할 수 있되 인보험계약에서 보험수익자를 위하여 적립한 금액은 보험계약자에게 지급하도록 하는 내용이었다. 이 조항은 사실 1991년 보험법 개정시 제안되었던 것인데 보험자에 의하여 악용될 가능성이 우려된다는 이유로 마루어졌던 것이 다 시안에 포함되었으나 역시 입법화되지 않았다. 2007년 개정시안시 주목되던 또 한가지 조항은 제657조의2 【사기에 의한 보험금청구】를 신설하자는 것이었다. 그 내용은 중대사유에 의한 해제와 일부 중복된다. 그러나 이 조항 역시 반대에 부딪혔다. 영국이나 미국의 경우 사기적 청구에 대하여는 보험계약을 전면 무효화하는 등 매우 엄격하게 다루고 있다. 일본의 중대사유해제조항을 보더라도 법무부의 위 시안이 특히 가혹한 입법례라고 하기는 어렵다.

52) 오병두, “「보험사기방지특별법」상 보험사기에 대한 검토”, 「보험산업의 신뢰도 제고를 위한 법적 쟁점」, 한국보험학회, 2016, 89~116면.

53) 대구고법 2017. 4. 12. 선고 2016나22753 판결(본소), 2016나22760 (반소) 판결

54) 조효민, 「보험사기판례정리집」, 금융감독원 2016, 1~602면.

한편 본고는 보험자의 해제청구에 한정하여 보았으나 보험자의 해제권을 발생시키는 중대사유나 신뢰관계의 훼손이 있는 경우에, 일본 보험법은 피보험자에 의한 해제청구를 인정하고 있다. 보험자에게 중대사유로 인한 해제권을 인정하는 취지와 정신으로 돌아가 보면, 우리나라에서도 타인의 사망보험계약에서 피보험자가 보험계약체결시에 피보험자로 됨에 동의하였다고 하여도 후에 신뢰관계가 깨지거나 보험계약자와 피보험자 간의 친족관계 종료 등 동의의 기초가 된 사정에 변경이 생긴 때에는 당해 계약으로부터 이탈 할 수 있도록 허용하여야 할 것이다. 우리나라에서 보험자의 중대사유해제와 같은 취지의 법개정이 이루어진다면 이 부분에 대한 개정도 함께 이루어지는 것이 좋을 것이다. 우리 대법원도 피보험자가 동의할 때 기초로 삼았던 사정에 중대한 변경이 있는 경우, 피보험자가 동의할 때 기초로 삼은 사정에 중대한 변경이 있는 경우, 피보험자가 동의를 철회할 수 있는 경우, 피보험자가 동의를 철회할 수 있는지를 다른 사건에서 피보험자는 일정한 사정이 있는 경우에는 서면동의를 ‘일방적으로’ 철회할 수 있다고 하여 종래의 다수설과 다른 판결을⁵⁵⁾ 내린바 있다.

필자는 보험계약에서의 모랄리스크 문제는 민·형사법적 대응을 병행하되 많은 사람이 전과자가 되는 사법의 형사화보다는 민사법적 해결을 우선시하여야 하는 것이 바람직하다고 본다. 중대사유에 의한 해제제도는 오히려 보험자의 해지권남용을 막을 제도적 장치로 기능할 수 있다는 점에서 부정적으로만 볼 일이 아니다.

〈참고문헌〉

금융감독원 보험조사국, 「보험범죄형사판례집」 2014.

김선정, “생명보험약관상 자살면책기간경과후의 자살 -최근 일본 판례의 동향을 중심으로 -”, 「보험학회지」 제69집, 2004.

_____, “법무부상법개정안재론”, 「비교법연구」, 제9권제1호. 2008.

_____, “일본의 보험법개정과 시사점-총론과 공통규정을 중심으로-”, 「상사법연구」 제 28권 4호, 2010,

_____, “피보험자 서면동의 철회 입법에 관한 검토”, 「경영법률」 제24권 제2호, 2014.

_____, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보”, 「상사판례연구」 제27집 제4권, 2014.

_____, “보험금부정취득 목적의 판정기준에 관한 연구”, 「판례평석집」, 경영판례연구회, 2014.

박지현, “위험변경증가의 통지와 계약해지-상해보험계약 후 알릴 의무를 중심으로-”, 「제61회 보험판례연구회자료집」, 한국보험법학회, 2017.

법무부, 「상법보험편 개정시안공청회」, 2007.

55) 회사임원으로 재직 중 회사를 보험계약자겸 보험수익자로 하는 사망보험계약에 피보험로 되는 것에 동의하였던 자들이 퇴직 후 동의철회를 인정해달라며 피보험자지위부존재확인을 청구한 사건에서 대법원은 동의철회를 인정하였다(2013. 11. 14. 선고 2011다101520 판결). 이 판결은 종래의 다수설과 다를 뿐만 아니라 보험기간 중에는 ‘언제나’ 동의철회를 인정하는 생명보험표준약관(제6조)의 철회조건과도 다르다. 상세한 것은 김선정, “피보험자 서면동의 철회 입법에 관한 검토”, 「경영법률」 제24권 제2호, 2014, 403~441頁.

- 오병두, “「보험사기방지특별법」 상 보험사기에 대한 검토”, 「보험산업의 신뢰도 제고를 위한 법적 쟁점」, 한국보험학회, 2016.
- 양승규, 「보험법」 [제5판], 삼영사, 2004.
- 장덕조, 「보험법」 [제3판], 법문사, 2016.
- 조효민, 「보험사기관례정리집」, 금융감독원 2016.
- 宮根宏一, “モラルリスクの對する法的對應手段の要件等の研究”, 「保險學雜誌」 第602号, 2008.
- 藤本和也, “暴力團排除條項と保險契約”, 「保險學雜誌」 第621号, 2013.
- 潘阿憲, “生命保險契約と重大事由解除”, 「生命保險論集」 No.192, 2015.
- 濱口善紀, “重大事由による解除”, 「保險事例研究會レポート」 第278号, 2014.
- 保險毎日新聞社, 「新保險法ハハンドブック」, 同新聞社, 2008.
- 福原紀彦, “損害の不實申告による保險者の免責”, 「保險法判例百選」, 有斐閣, 2010.
- 福田弥夫・古笛恵子, 「逐條解説改正保險法」, ぎょうせい, 2008.
- 福田弥夫, “詐欺行爲による保險金請求と保險者の重大事由解除”, 「保險學雜誌」 第519号, 2005.
- 山本爲三郎, “約款規定にいう「保險契約を繼續することを期待しえない事由の意義」, 「保險法判例百選」, 有斐閣, 2010.
- 山下友信・米山高生, 「保險法解説」, 有斐閣, 2010.
- 山下友信 外, 「保險法」 [第3版補訂版], 有斐閣, 2016.
- 西嶋梅治・長谷川仁彦, 「生命・傷害保險にかかわるモラル・リスク判例集」, 生命保險文化 研究所, 2000.
- 榑素寬, “保險法における重大事由解除“, 中西正明先生 喜壽記念論文集 「保險法改正 の論点」, 法律文化社. 2009.
- 松田眞治, “保險金詐欺請求への法的制裁”, 「生命保險論集」 No.193, 2015.
- 李鳴, “生命保險契約の重大事由解除に關する一考察”, 「法學研究」 Vol.89 No.1, 2016.
- 日本生命保險 生命保險研究會, 「生命保險の法務と實務」, 第3版, 金融財政事情研究會, 2016.
- 遠山優治, “重大事由解除の效力と保險者の免責について”, 「保險學雜誌」 第606号, 2009.
- 原弘明, “損害保險ににおける事故内容の不實申告について”, 「保險學雜誌」 第610号, 2010.
- 王學士, “保險金の詐欺的請求の規律に關する”, 「生命保險論集」 No.197, 2016.
- 田口誠, “重大事由による解除”, 甘利公人・山本哲生, 「保險法と論点と展望」, 商事法務, 2009.
- 中西正明, “故意の事故招致と保險者の解約權-特別解約權を中心として-”, 「所報」, 生命保險文化研究所, 1983.
- 中西正明, 「傷害保險契約の法理」, 有斐閣, 1992.
- 中村敏夫, “生命保險・疾病保險における保險者の特別解約權”, 「保險學雜誌」 第491号, 1980.
- 村田敏一, “新保險法の總論的課題について”, 「保險學雜誌」 第608号, 2010.
- Harry P. Kamen and William J. Toppeta, *The life Insurance Law of New York*, John Wiley & Sons, 1991.
- Robert E. Keeton and Alan I. Widiss, *Insurance Law*, West Publishing Co., 1988.