

〈논문〉

은행의 지배구조와 은행 이사의 법률적 책임* - 상법 제401조의 해석을 중심으로 -

金 和 鎭**

요 약

주식회사의 이사가 회사에 대해 부담하는 주의의무는 회사의 업종이나 규모에 따라 차별적이어야 한다는 상법의 해석은 은행 이사의 법률적 책임을 상정하면 가장 잘 이해된다. 은행은 공공적 기능을 수행하고 리스크의 인수를 사업의 핵심으로 하므로 은행 이사는 일반 회사의 이사에 비해 높은 주의의무를 부담한다. 여기서 은행 이사의 리스크관리의무를 해석으로 인정할 수 있다. 상법 제401조에 의해 이사가 제3자에게 부담하는 책임의 발생은 그 기준의 모호성 때문에 상법의 해석에서 가장 어려운 문제들 중 하나로 남아있다. 상법 제401조의 해석에 은행 이사가 리스크관리의무를 부담한다는 점을 대입해 보면 은행 이사가 제3자에게 법률적 책임을 지게 되는 기준이 명확히 설정될 수 있다. 은행 이사가 은행으로 하여금 제3자와 위험성이 높은 계약을 체결하게 하거나 제3자와의 계약을 위반하게 하는 방식으로 업무를 집행함으로써 은행에 리스크가 발생하였다면 그 이사의 행위는 은행에 단기적인 이익을 발생시켰다 해도 이사의 임무해태에 해당한다.

주제어 : 기업지배구조, M&A, 리스크, 은행, 선관의무, 이사, 제3자에 대한 책임

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술연구비의 보조를 받았다. 이 논문에 귀중한 코멘트를 해 주신 심사위원님들께 감사드린다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

I. 머리말

은행은 주식회사 형태의 사기업이지만 일반 사기업들과는 다른 여러 가지 특성을 가지는 회사다. 은행은 예금자들의 예금을 수취하고, 각국 경제에서 가장 비중이 큰 금융기관이기 때문에 큰 시스템 리스크를 발생시킨다. 은행은 예금보험제도 등을 통해 자본비용이 낮은 상태에서 사업을 영위하지만 수익은 주주와 임직원들에게 귀속되고 부실해지면 고객과 납세자가 손실을 부담한다.¹⁾ 이로부터 은행의 소유지배구조에는 일반 주식회사의 그것과는 다른 일련의 고려 요소들이 반영된다. 즉, 은행은 주주 외의 여러 이해관계자들을 배려한 지배구조를 갖추어야 할 필요가 상대적으로 큰 회사다. 은행법은 그 제1조에서 동법은 “금융기관의 건전한 운영을 도모하고 자금중개기능의 효율성을 제고하며 예금자를 보호하고 신용질서를 유지함으로써 금융시장의 안정과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정한다. 어떤 다른 산업에서도 시장의 안정과 국민경제의 발전을 위해 법률과 정부가 소속 회사의 지배구조나 경영에 개입하지 않는다. 마찬가지로 이유에서 은행 경영자들의 의무와 법률적 책임도 특별히 다루어져야 할 필요가 발생한다. 특히, 은행은 다양한 금융상품을 통해 다수의 제3자와 거래하기 때문에 은행 이사의 회사 외의 제3자에 대한 책임이 일반 회사 이사들의 제3자에 대한 책임과는 차별적으로 평가되어야 한다.

이 논문은 은행의 지배구조와 은행 이사의 법률적 책임이 일반 회사의 지배구조와 이사의 법률적 책임과 달리 다루어져야 하는 이론적 기초를 발견하기 위한 것이다. 그 핵심은 글로벌 금융위기 이후 특히 강력하게 부각되기 시작한 리스크(위험)라는 개념과 리스크관리다.²⁾ 이는 은행의 지배구조와 은행 이사의 법률적 책임이 일반 기업은 물론이고 보험회사, 금융투자회사 등 다른 종류의 금융기관 지배구조, 이사의 법률적 책임과 차별되어야 이유도 설명해 줄 것이다. 또, 이 논문은 그러한 이

1) 이것이 2010년 7월에 제정된 미국의 금융규제개혁법(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) 내에 들어 있는 볼커-룰(Volcker-Rule)의 기본적인 철학이다. 2010년 1월 21일 백악관에서 약 8분에 걸쳐 발표된 오바마 대통령의 성명에 들어 있다. 상세한 것은, 김화진, “글로벌 금융위기와 금융산업의 구조재편: 금융산업의 역사와 발전전략,” **서울대학교 법학** 제51권 제3호(2010) 125 참조. 볼커-룰의 국제적 의미에 대하여는, Hwa-Jin Kim, *Universal Banking Revisited : Regulation of Financial Institutions in the United States and Europe After the Global Financial Crisis* (Working Paper, 2010).

2) Risk Management and the Board of Directors (Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, November 2008) 참조.

론적 기초가 우리 상법의 가장 이해하기 어려운 규정들 중 하나인 상법 제401조를 해설하는 데 어떻게 활용될 수 있는지도 보일 것이다. 주식회사 이사의 제3자에 대한 책임을 규정하는 상법 제401조는 은행 이사의 법률적 책임을 소재로 하면 가장 잘 이해될 수 있다. 아울러, 이 논문에서는 이사의 제3자에 대한 책임 문제가 발생할 수 있는 가장 흔한 사례인 주주간 계약 내지 합작투자계약을 은행이 위반한 경우에 대해 별도로 논의한다. 합작투자계약은 계약법과 단체법인 회사법의 경계선상에 위치하는 성질을 가지며 은행이 합작당사자인 경우 특별히 생각해 보아야 할 법률적 문제가 발생한다.

II. 은행 이사의 의무와 법률적 책임³⁾

1. 은행 이사의 법률적 책임

1997년 외환위기 후에 발생했던 제일은행사건에서 대법원은 은행의 이사는 일반 회사의 이사보다 상대적으로 더 엄격한 선관의무를 부담한다고 판결한 바 있다.⁴⁾

-
- 3) 주식회사 이사의 법률적 책임에 관한 방대한 비교법적 연구가 있다. Bernard Black *et al.*, “Legal Liability of Directors and Company Officials Part 2: Court Procedures, Indemnification and Insurance, and Administrative and Criminal Liability,” 2008 *Columbia Business Law Review* 1; Bernard Black *et al.*, “Legal Liability of Directors and Company Officials Part 1: Substantive Grounds for Liability,” 2007 *Columbia Business Law Review* 614. 특히 사외이사의 법률적 책임에 관하여는, Brian Cheffins & Bernard Black, “Outside Director Liability Across Countries,” 84 *Texas Law Review* 1385 (2006) 참조.
- 4) 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결 : “금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에, 은행의 그러한 업무의 집행에 임하는 이사는 일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞은 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다 할 것이고, 따라서 금융기관의 이사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.” 이 판례를 포함하여 일반적으로, Hwa-Jin Kim, “Directors’ Duties and Liabilities in Corporate Control and Restructuring Transactions : Recent Developments in Korea,” 2006 *Oxford University Comparative Law Forum* 2 참조.

주식회사 이사의 주의의무는 회사의 업종이나 규모에 따라 그 정도를 달리해야 한다는 학설과⁵⁾ 맥을 같이 한다. 이 판결은 은행 이사의 임무수행에 필요한 여러 가지 요건을 제시하고 있는데 결과책임을 인정한 것처럼 보이기도 한다. 은행 이사가 엄격한 책임을 부담한다 함은 경영판단 원칙의 적용이 좀 더 보수적으로 이루어질 것이라는 의미도 된다. 그러나 제일은행사건 판결은 은행의 거래 상대방인 대기업이 도산한 사건 판결이므로 자주 접할 수 있는 내용의 판결은 아니라 할 것이다.⁶⁾ 은행이든 일반기업이든 회사가 정상적으로 운영되고 있는 상황에서는 주주들이 회사를 대신하여 제기하는 주주대표소송이 발생할 가능성은 높지 않다. 주주대표소송이 발생해서 원고가 승소하더라도 주주대표소송의 속성이 피고 이사의 회사에 대한 손해배상이므로 이른바 손해의 공평부담의 원칙에 의해 손해배상액수가 감액되기도 한다.⁷⁾ 외환위기, 경제위기 같은 대단히 특별한 상황이 아니면 은행이 도산위기에 처하는 일은 없을 것이고 따라서 상법 제399조에 의해 은행 이사의 회사에 대한 법률적 책임이 문제될 수 있는 경우는 별로 많지 않다. 다만, 은행이 M&A거래의 일방이 되었을 때 주식을 포함한 자산 매각의 가격에 이의를 제기하는 주주가 이사의 법률적 책임을 추궁하려는 경우는 있을 것이다. 또, 정부가 보유하고 있는 구주의 매각이 아니라 은행이 신주를 발행하여 민영화를 한다면 그와 유사한 주가가치평가 문제가 발생할 수 있다.

반면, 상법 제401조에 의한 은행 이사의 제3자에 대한 책임은 은행의 경영상태와

5) 이철송, **회사법강의** 제18판(박영사, 2010), 618 참조.

6) 제일은행 사건 판결에 대해 상세한 것은, 김용재, **은행법원론**(박영사, 2010), 225-248; 이태중, “제일은행 경영진에 대한 주주대표소송,” **BFL** 제2호 (2003) 85 참조.

7) 서울지법 남부지원 2006년 8월 17일 판결 : “회사는 그 사업의 성격과 규모, 사업의 시행경위, 이사의 업무내용과 회사의 배려 정도, 이사의 임무위반의 태양, 이사의 회사에 대한 공헌도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 이사에 대하여 손해배상을 구하는 것이 상당하다 할 것이다. ... 피고 강○○, 성○○, 조○○, 이○○, 장○○은 개인적인 이해관계가 없었던 점(특히 피고 이○○, 장○○은 사외이사로서 아무런 직접적인 이해관계도 없어 보인다), 피고들은 당시 엘지화학의 경영진으로서 엘지화학의 이윤창출에 많은 기여를 한 점 등을 종합하여 보면, 손해의 공평부담의 원칙상 피고들의 손해배상책임 중 ... 피고 강○○, 성○○, 조○○은 약 10%인 6,000,000,000원, 피고 이○○, 장○○은 약 5%인 3,000,000,000원으로 각 제한함이 상당하다 할 것이다.” 이 사건에 대하여는, 김주영, “LG그룹 주주대표소송,” 이석태/한인섭 편, **한국의 공익인권소송**(경인문화사, 2010), 817 참조. 여기서 법원이 사외이사들을 특별히 취급한 것이 인상적이다. 미국에서도 사외이사들의 책임은 전반적으로 무겁지 않은 것으로 나타난다. Bernard Black, Brian Cheffins & Michael Klausner, “Outside Director Liability,” 58 *Stanford Law Review* 1055 (2006) 참조.

무관하게 문제될 수 있다. 은행은 금융기관을 비롯하여 무수히 많은 제3자와 계약을 체결하며 그 계약은 은행이 당사자이지만 이사가 결정하여 체결하고 이행하는데, 다양한 이유에서 제3자가 손해를 입었다고 주장하면서 은행에 대한 채무불이행책임 외에 이사에게 손해배상 책임을 물을 가능성이 있다. 실제로 이사에게 손해배상 책임을 묻는 것은 별론으로 하고 그 가능성만으로 계약의 이행 등을 촉구할 수 있을 것이다. 물론, 이 또한 발생 가능성이 그다지 높지는 않을 것이다. 은행이 계약의 상대방이 손해를 입을 정도의 계약위반을 하고 그에 대해 은행 이사가 책임을 추궁 당할 수 있는 상황은 흔치 않을 것이다. 이 문제는 은행의 경영권에 변화가 발생하는 과정이나 그 후에 일어날 가능성이 가장 높다. 예컨대, 은행이 신규 투자자를 유치하기 위해 신주나 전환사채를 발행하기로 하는 계약을 체결하였으나 그 후 은행의 경영권을 확보한 새 주주의 전략에 의해 해당 계약을 위반하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 새 주주가 등장하였기 때문이 아니라 은행경영의 내부적인 사정이 변화하거나 지배구조의 변동으로 새로 등장한 경영진이 구 경영진과 다른 판단을 함으로써 그러한 일이 발생할 수도 있을 것이다.⁸⁾ 이 또한 발생 가능성이 대단히 높지는 않을 것이다. 그러나 이 문제는 그 발생 가능성을 떠나서, 이사의 제3자에 대한 책임의 범리를 이해하는 데 중요한 단서를 제공해 준다.

2. 이사의 제3자에 대한 책임

회사의 이사가 제3자에게 책임을 지는 경우로서 가장 이해하기 어려운 대목이 회사의 채무불이행으로부터 제3자가 입은 손해를 회사의 이사가 배상하게 될 수

⁸⁾ M&A의 맥락에서 일정한 기업가치 평가에 근거하여 회사가 합병이나 주식양수도 등을 위한 계약을 제3자와 체결하였는데 더 좋은 조건을 제시하는 경쟁자가 출현한 경우 기존 계약을 위반하는 것이 이사의 선관의무를 다하는 것인지가 문제된다. 1985년의 트랜스 유니언(Trans Union) 사건[Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985)] 판결에서 미국 델라웨어 주 대법원은 주식회사의 이사의 의무는 특정 계약을 체결하는 시점을 기준으로 그 이행여부를 평가 받아야 하는 것이며, 이사의 주의의무는 사정의 변경이 발생하였다고 해서 기존 계약의 이행을 포기하거나 주주들에게 주식을 매도할 상대방에 대한 권고를 바꾸는 것을 포함하지는 않는다고 하였는데 이는 후속 사건 판결에서도 확인된 바 있다[Gorwin v. deTrey, 16 Delaware Journal of Corporate Law 267 (Del. 1989)]. 그 후, 판례의 조류가 다소 변화되어 파라마운트 사건에서는 M&A 계약 내의 no-shop 조항이 무효라는 판결도 내려졌으나[김화진, **기업지배구조와 기업금융**(박영사, 2009), 674 참조] 이는 미국법이기에 때문에 우리에게선 선택의 문제로 볼 수 있다. 또, 이사가 제3자와의 계약을 파기할 수 있는지의 문제와 그를 불가능하게 하는 계약의 조항이 무효라는 것은 차이가 미묘하지만 다른 문제다.

있다는 것이다. 이 책임은 불법행위책임이 아닌 상법이 인정하는 특별한 책임인 것으로 널리 이해된다.⁹⁾ 상법은 왜 이런 규정을 두었을까? 이 규정은 다른 나라의 회사법에서는 찾아 볼 수 없다. 흔히 이 규정이 법인격부인론과 같은 기능을 수행함을 지적한다.¹⁰⁾ 회사의 지배주주인 이사가 회사를 통해 제3자에게 손해를 입혔으나 회사가 도산하거나 자력이 부족한 상태가 되면 제3자는 회사로부터는 손해를 구제받을 수 없다. 그 경우 이 규정에 의해 이사 개인에게 책임을 묻는다면 마치 법인격부인에 의해 주주에게 책임을 묻는 것과 같은 효과가 발생할 것이다. 그러나 일반론으로는 다음과 같은 설명이 가능할 것이다.

이사의 행동은 직접 그 법률적 효과를 발생시키지 않고 회사의 행위를 통해 실현된다. 반대편에서 보면, 법인인 회사는 이사를 통해 행동하며 스스로 행동할 수 없다. 법인은 자체 의사를 가지지 못하므로 법인의 행동은 언제나 이사의 의사를 반영하는 것이다. 선의로 회사가 제3자와 체결한 계약도 이사의 의사가 변경되거나 회사 내부의 사정이 변경됨을 통해 위반될 수 있다. 이 위반은 이사가 소유구조의 변동에 따라 달리 의사를 형성할 수밖에 없거나, 아니면 전혀 다른 이사가 기존의 이사를 대체함으로써 발생한다. 회사의 제3자와의 계약상 의무 불이행을 채무불이행책임의 부과로만 다루는 경우에는 이러한 사정을 통해 나타나는 이사의 행동을 제어하기가 어렵다. 이는 회사가 아니라 이사 개인에게 책임을 묻는 상법의 이사의 제3자에 대한 책임 규정을 통해 보다 효과적으로 통제될 수 있는 것이다. 예컨대, 회사의 이사가 회사를 위해 선의로 체결한 계약을 회사 소유구조의 변동, 즉, 새로운 대주주의 등장으로 인해 교체된 새 이사가 파기하는 경우(특히 이사는 적대적 M&A 등으로 전혀 다른 배경과 생각, 이해관계를 가진 이사로 교체될 수 있다) 회사에 계약위반에 대한 책임만 묻는다면 회사를 믿고 회사와 거래한 제3자의 보호가 소홀해 질 수 있다. 회사가 제3자와 체결하는 계약에는 물품의 매매와 같은 사안에 관한 계약뿐 아니라 주식과 전환사채의 발행과 같이 지배구조에 영향을 미치는 계약도 있다. 회사의 이사는 지금과는 다른 상황에서 과거의 다른 이사가 한 결정을 번복하는 데 큰 장애를 느끼지 않을 수 있으며 더구나 그로 인한 책임을 자신이 아닌 회사가 진다면 더욱 그러할 것이다. 상법은 제401조를 통해 회사의 위법한 행위를 초래한 이사 개인에게 책임을 물음으로써 소유지배구조가 변함에 따라 변화할 수도 있는 회사의 행동에 예측가능성을 높이고 거래의 안전을

9) 최기원, **신회사법론** 제13대정판(박영사, 2009), 689; 이철송, 위의 책, 632 참조.

10) 최기원, 위의 책, 687; 이철송, 위의 책, 635-636 참조.

확보할 수 있게 한다.¹¹⁾

3. 이사의 제3자에 대한 책임 법리

상법 제401조 적용 상의 가장 어려운 문제는 이사가 책임을 지는 이유가 이사가 제3자가 아닌 회사에 대한 선관의무를 위반했기 때문이라는 데 있다. 회사에 이익이 되는 계약을 체결하고 이를 위반하여 회사에 손해가 발생하고 제3자도 손해를 입은 경우라면 이사의 책임을 인정하는 데 큰 어려움이 없을 것이다. 이사가 개인적인 이익을 취하기 위해 회사가 제3자와의 계약을 위반하게 하고 그로 인해 제3자가 손해를 입은 경우도 같다. 그러나 계약의 위반으로 회사가 손해를 입은 바 없고, 심지어 단기적인 이익을 얻은 경우에 제3자에 대한 이사의 책임을 인정하기 위한 이사의 회사에 대한 선관의무 위반의 발견은 쉽지 않다. 대개의 경우 이사가 계약의 위반을 결정하는 것은 그렇게 하는 것이 회사에 이익이 되기 때문인데, 그로써 회사는 채무불이행 책임을 지게 된다. 그에 더하여 이사의 개인적인 책임을 인정하기 위해서는 어떤 요건이 충족되어야 하는가?

우선, 회사에 이익이 되기만 하면 무슨 행동이든 선관의무를 위반한 것이 아니라고 결론 내릴 수는 없다. 가장 좋은 사례가 법령을 위반하는 범죄행위다. 회사의 이사가 업무를 집행함에 있어서 공무원에게 뇌물을 공여하거나, 기타 범죄행위를 감행하여 사업적 목적을 달성하는 경우가 있는데 이는 회사에 단기적인 경제적 이익을 가져다 줄 수 있지만 이론의 여지없는 회사에 대한 채무불이행에 해당한다.¹²⁾ 판례는 해당 이사는 경영판단 원칙의 보호를 받을 수 없음을 분명히 하고 있다.¹³⁾ 회사가 회계분식을 하고 그 결과물로 금융기관으로부터 대출을 받는 경우에도 회사의 이사가 법령에 위반한 행위를 한 것이므로 회사에 대한 선관의무 위반을 인정할 수 있고, 후일 금융기관에 대해 회사의 대출계약 위반이 발생하면 금융기관이 이사에 대해 상법 제401조에 대한 손해배상책임을 물을 수 있다.¹⁴⁾ 반면, 범죄행위가 아니면 회사에 이익이 되는 모든 행위가 이사의 임무해태에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다. 그렇게 본다면 상법 제399조와 제401조의 입법 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 범죄행위가 아니더라도 회사에 이익을 가져다주는 이사의 행위

11) 김화진, **상법입문**(박영사, 2010), 175-176.

12) 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33609 판결.

13) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결.

14) 대법원 2008.1.18. 선고 2005다65579 판결.

가 임무해태에 해당하는 행위일 수 있는데 어떤 유형의 행위가 그에 해당하는지를 판단해야 할 것이다. 단순히 채무불이행을 결정하고 그를 집행하는 행위와 범죄행위에 준하여 임무해태가 될 수 있는 행위의 경계를 어떤 이론적 기준에 의해 확정할 것인가?

판례는 회사의 대표이사가 부동산의 매도인에게 부동산 매매대금을 변제하기 위해 해당 부동산을 매도인이 담보로 제공하게 하여 회사가 은행으로부터 대출을 받았으나 대출금을 부동산 매매대금의 변제에 전액 사용하지 않고 대출금을 상환하지도 않아 결국 매도인이 손해를 입은 사건에서 매수인 회사 대표이사의 상법 제401조에 의한 매도인에 대한 책임을 인정할 여지가 충분히 있다고 하면서 대출금을 매매잔금으로 매도인에게 지급할 의사가 없었으면서도 그 의사가 있는 것처럼 매도인을 속인 회사 대표이사의 행동을 비난하였다. 그러나 여기서 판례는 해당 이사의 책임을 인정하기 위해서는 이사가 대출금을 지급하지 않은 이유, 그 돈을 사용한 용도 및 사용이유, 대출금을 상환하지 않은 이유 등을 자세히 심리해야 한다고 하고 있다.¹⁵⁾ 이는 원심이 대표이사가 회사 이사의 지위가 아닌 개인의 지위에서 해당 부동산을 매수하거나 담보제공 및 대출에 관한 약정을 하거나 대출금 일부를 개인적으로 착복하였다고 볼 수 없다고 판결했기 때문이다.¹⁶⁾ 즉, 대표이사가 개인적인 용도에 대출금을 사용했다면 이는 상법 제401조에 의한 책임을 물을 수 있을 것으로 본 것이다. 이사가 회사를 통해 받은 대출금을 개인적인 용도에 사용하였다면 그 이사의 행위는 회사에 대한 선관의무 위반이 됨에 의문의 여지가 없을 것이다.

그렇다면 명백한 위법성이 드러나지 않는 사안은 어떻게 볼 것인가? 판례는 판단 기준의 발견이 쉽지 않음을 알려준다. 판례는 통상의 거래행위로 인해 회사가 부담하는 채무를 이행할 능력이 있었음에도 불구하고 단순히 그 이행을 지체하여 상대방에게 손해를 끼치는 행동은 이사의 임무해태라고 할 수 없으나, 회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능할 것을 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행불능이 된 경우는 이사의 임무해태가 있었다고 한다.¹⁷⁾ 즉, 여기서

15) 대법원 2002.3.29. 선고 2000다47316 판결.

16) 서울고법 2000.7.18. 선고 2000나6379 판결.

17) 대법원 1985.11.12. 선고 84다카2491 판결 : 이 판결은 회사가 광업권의 양도인으로부터 광업권의 인수를 지체하고 있던 중 사고가 발생하여 양도인이 피해보상과 복구를 하는 손해를 입은 사건에 대한 판결이다. 양수인 회사의 대표이사는 회사가 입을 손해를 우려

는 계약의 이행이 불가능할 것을 예견했는가가 중요한 기준으로 등장한다. 계약의 이행이 불가능할 것을 예견하고 계약을 체결한 후 그를 불이행하는 행위는 ‘회사에 대한’ 선관의무 위반이라는 것이다. 통상의 거래행위로 인해 회사가 부담하는 채무를 이행할 능력이 있었음에도 불구하고 단순히 그 이행을 지체하여 상대방에게 손해를 끼치는 행위는 흔히 볼 수 있는 채무불이행의 모습이다. 이 때문에 이사가 개인적인 책임을 지게 할 법정책적인 이유는 없으며, 실제로 그렇게 한다면 아무도 회사의 이사가 되지 않으려 할 것이다. 판례의 태도는 이사가 회사를 이행할 수도 없는 계약의 당사자가 되게 하였다는, 따라서 계약을 이행하지 못하게 하고 회사와 계약을 체결한 제3자에게 회사가 손해를 입히게 하였다는 일종의 비난 가능성에서 이사의 회사에 대한 선관의무 위반을 찾는 듯하다. 그 경우 회사는 이사로 인해 사기적인 목적을 달성한 결과가 되는데 회사의 이사는 자신이 선관의무를 부담하는 회사가 사기적인 행동을 하게 할 수 없다. 이는 회사로 하여금 이사의 범죄행위로 이익을 얻게 하는 것을 비난함과 유사한 것이다. 같은 맥락에서, 이사가 상대방을 기망하여 거래를 하게 한 경우가 이에 해당한다고 해석되고 있다.¹⁸⁾ 따라서, 이 기준을 적용한다면 이사가 제3자에게 책임을 지게 되는 채무불이행은 해당 이사의 행동이 사기, 기망 등과 같이 사회통념에 비추어 대단히 부당한 것이어야 하며, 그에 해당하면 이사의 임무해태가 인정될 수 있을 것이다. 물론, 이렇게 새기더라도 사회통념에 비추어 대단히 부당한 행위가 어떤 행위인지는 일의적으로 규정할 수 없을 것이며 같은 유형의 행위라도 경우에 따라 다른 결론을 나오게 할 수 있을 것이다.

4. 은행 이사의 제3자에 대한 책임

이사의 제3자에 대한 책임 범리는 은행의 이사를 상징하는 경우 상대적으로 용이하게 이해될 수 있다. 전술한 바와 같이 판례는 은행이라는 사업의 특성을 반영하여 이사의 선관의무 강도를 상향조정하였다. 그렇다면, 이사의 제3자에 대한 책임을 인정하기 위한 이사의 회사에 대한 임무해태 여부 판단도 그에 상응하게 내려

하여 채무를 이행하지 않고 있었던 것이다. 대법원은 이와 같은 유형의 행위는 고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 볼 수 없다고 판결하였다. 그러나 유력한 학설은 이와 같은 행위는 임무해태로 볼 수 있고, 고의나 중과실 유무를 따져야 할 것이라고 한다. 이철송, 위의 책, 633 참조.

18) **주석상법 : 회사(III)**(한국사법행정학회, 2006), 290 참조.

져야 논리적이다. 즉, 위 판례가 대상으로 하고 있는 일반 회사 이사의 행동에 적용될 기준과는 다른 기준이 은행 이사의 행동에 적용되어야 할 것이고, 사회통념에 비추어 대단히 부당한 행위가 되는 행위도 일반 회사 이사에 대한 것과는 달리 보다 넓은 범위에서 인정되어야 할 것이다. 판례가 은행 이사에 대해 상대적으로 고강도의 의무를 지게 한 것은 은행이라는 사업의 특성을 반영한 법정정책 고려에 의한 것으로 보인다. 그렇다면 은행 이사가 높은 강도의 의무를 지도록 할 이유는 무엇인가? 은행이라는 사업의 어떤 특성이 은행이사로 하여금 일반 회사의 이사에 비해 높은 강도의 의무를 지게 하는가? 이에 대한 답은 이사가 제3자에 대한 책임을 지는 근거로서의 이사의 임무해태 판단 기준에도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 위 제일은행 사건 판례는 은행이 “금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치”에 있다는 점을 지적한다.

은행 이사가 은행이 제3자와의 계약을 위반하게 하는 것은 법령이나 정관의 위반이 아니므로 위법하지 않다고 생각될 수 있다. 그러나 모든 회사의 정관은 사업 목적을 포함하고 있으며 악의적인 대외적 의무의 위반은 회사의 사업목적 달성에 타격을 줄 정도로 회사의 신용을 해할 수 있고 주주와 임직원 등 이해관계자들의 회사에 대한 신뢰에 영향을 미칠 수 있다. 회사는 단순히 주주들의 재무적 이익만을 추구하기 위해 있는 것이 아니며 지속가능(sustainable)해야 하는¹⁹⁾ 사회적 존재라는 시각에서 본다면 이사의 그러한 행동은 주주들에게 이익이 되는 경우라 해도 회사와 이해관계자 전체에는 해가 되는 행동일 수 있다. 이 지속가능성은 은행을 필두로 한 금융기관들에게는 더 절실하게 요구되는 것이다.²⁰⁾ 은행은 시스템 리스크를 발생시키기 때문이다. 은행은 일반 기업과는 달리 정부의 엄격한 감독 하에 있고 이해관계자의 수가 많기 때문에 항상 언론의 관찰 하에 있다. 은행의 행동은

19) 지속가능성(sustainability) 개념은 복잡한 개념이며 다양한 영역에서 다양한 방향으로 사용되고 있으나 이 개념은 전세계적으로 사회변혁의 이념적 기초로 정착되고 있다. Andres R. Edwards, *The Sustainability Revolution: Portrait of a Paradigm Shift* (New Society Publishers, 2005) 참조. 회사의 경영과 관련하여는, Chris Laszlo, *The Sustainable Company: How to Create Lasting Value through Social and Environmental Performance* (Island Press, 2003) 참조. 회사와 이사의 관계는 이사가 민법 제681조에 의한 위임의 본지(本旨)에 따라 회사에 대해 선량한 관리자의 의무를 지는 관계이다. 회사와 이사 사이의 ‘위임의 본지’에 대해서는 다양한 해석이 있을 수 있겠으나, 이제 새로운 기업경영의 이념에 부합하도록, 종래 인정되어 온 ‘기업가치의 증대’에 더하여 ‘기업의 지속가능성 보전’을 추가할 수 있을 것이다.

20) 미국에서 다양한 법령에 의한 은행 이사의 의무에 대한 구체적인 해설은, Comptroller of the Currency, *Duties and Responsibilities of Directors* (1998) 참조.

세상에 쉽게 알려지며, 좋지 않은 사건을 통해 예금자 배이스를 상실할 수 있고 우량 거래선이 이탈할 가능성도 있는 것이다. 이는 경쟁이 심한 은행산업 내에서는 대단히 위험한 결과로 이어진다. 더구나, 일반적인 상품의 거래가 아니라 주식이나 전환사채의 발행 등 회사의 지배구조에 영향을 미치는 계약을 이사가 자의적으로 위반한다면 자본시장과 단기금융시장에서 회사가 누리는 신용은 파괴될 것이고 이는 추가적인 자금조달에 불리하게 작용하고, 나아가 비상시에 회사를 구제할 필요가 발생하면 결정적인 과거의 이력으로 작용할 것이다. 또, 이사가 위반한 계약의 상대방이 은행의 기존 주주라면 계약의 위반은 경영권 분쟁과 소송을 발생시키게 된다. 이는 바로 지배구조리스크를 현실화시키고 주가의 하락을 초래하여 은행의 기업가치를 잠식할 수 있다.

III. 은행 이사의 리스크관리 의무

은행 이사의 법률적 책임이 일반 회사의 이사의 법률적 책임과 달리 다루어져야 하는 이론적 기초는 리스크(위험) 개념과 리스크관리다. 은행의 지배구조도 이를 반영하는 형태로 정비되어야 한다. 은행의 지배구조는 은행의 리스크를 최소화 하는 리스크관리를 통해 은행의 기업가치를 높이고 시스템 리스크(systemic risk)를²¹⁾ 방지할 수 있는 형태로 정비되어야 하며,²²⁾ 은행 이사는 리스크관리의무를 충실히 이행하는 것이 그 선관의무의 이행이고 은행의 리스크를 증가시키는 이사의 행위는 임무해태로서 법률적 책임 발생의 기초가 된다. 이와 같은 이론적 기초 위에서 상술한 은행 이사의 제3자에 대한 책임도 논리적으로 설명될 수 있을 것이다.

1. 은행과 리스크

은행은 리스크 센터(risk center)로 불리며²³⁾ 리스크를 인수함으로써 수익을 창출

21) Steven L. Schwarcz, "Systemic Risk," 97 *Georgetown Law Journal* 193 (2008); George G. Kaufman, "Bank Failures, Systemic Risk, and Bank Regulation," 16 *Cato Journal* 17 (1996) 참조. 독일에서의 논의는, Daniel Zimmer & Florian Fuchs, "Die Bank in Krise und Insolvenz: Ansätze zur Minderung des systemischen Risikos," 39 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 597 (2010) 참조.

22) 일반적으로, Robert C. Clark, "The Soundness of Financial Intermediaries," 86 *Yale Law Journal* 1 (1976).

하는 사업이다.²⁴⁾ 리스크는 일반 회사들에게도 경영 상 대단히 중요한 개념이지만 은행을 비롯한 금융기관에게는 특히 중요하다.²⁵⁾ 은행의 이사회는 은행이 떠안고자 하는 리스크의 정도와 성격을 규정하는 전략을 수립하고 승인함으로써 리스크 허용 수준(risk tolerance level, risk appetite)을 결정한다. 금융감독당국은 금융기관의 리스크관리 기준을 각 금융기관이 영위하는 사업의 종류에 따라 부담하는 리스크의 차이를 고려하여 평가하고 있기도 하다.²⁶⁾ 우리나라 금융지주회사와 은행들은 이사회 내에 리스크관리위원회를 설치하고 있으며(설치비율 100%) 특히 사외이사들에 대해 리스크관리에 관한 연수를 큰 비중으로 실시하고 있다. 2008년의 한 조사에 의하면 우리나라 53개의 금융회사 중 리스크관리위원회를 설치하고 있는 회사의 수는 24개로 45.25%이 비중이었다.²⁷⁾

우리 상법은 아직 리스크(risk)라는 개념을 알지 못하지만 금융지주회사법이 리스크 개념을 ‘위험’이라는 개념으로 법제화하고 있다. 동법 제1조는 “이 법은 금융지주회사의 설립을 촉진하면서 금융회사의 대형화·겸업화에 따라 발생할 수 있

23) Philip Wood, *Law and Practice of International Finance* 333-334 (Sweet & Maxwell, 2008) 참조.

24) Comptroller of the Currency, *The Director's Book : The Role of a National Bank Director* 10-15 (1997); James W. Kolari & Benton E. Gup, *Commercial Banking: The Management of Risk* 3rd Ed (John Wiley & Sons, 2005); Henner Schierenbeck, *Ertragsorientiertes Bankmanagement II: Risikocontrolling und integrierte Rendite-/Risikosteuerung* (8. Aufl. Gabler Verlag, 2008). 은행은 예금자의 예금기간과 대출계약의 기간이 불일치 함을 사업의 기초로 하지만 이는 동시에 은행을 본질적인 리스크 인수 회사로 만든다. 또, 은행은 예금금리와 대출금리의 차이를 사업의 기초로 하지만 차입자의 채무불이행과 금리변동 위험에 바로 노출된다. 후자의 위험은 자본시장이 발달하고 예금자들이 대체적인 투자수단을 많이 가지게 되면서 더 상승하였다. Hanna Westman, *Corporate Governance in European Banks: Essays on Bank Ownership* 5 (Helsinki Hanken School of Economics, 2009). 또, Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, “Bank Failures, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control,” 88 *Columbia Law Review* 1153 (1988) 참조.

25) 2008년에 JP Morgan Chase에 인수된 미국 5대 투자은행 베어스틴즈의 CEO 그린버그는 회고록에서 ‘내 직업은 리스크를 계산하고 리스크를 관리하는 것’이라고 쓰고 있다. 그린버그는 리스크관리아 말로 투자은행의 장기적인 성공을 보장해 주는 것임을 일찌감치 깨달았다고 술회한다. Alan C. Greenberg, *The Rise and Fall of Bear Stearns* 1-3 (Simon & Schuster, 2010).

26) 1996-2001의 기간 동안 48개국, 279개 상장은행의 자료를 이용하여 분석한 결과, 동일한 규제가 개별은행의 기업지배구조에 따라 은행의 위험부담에 다른 효과를 미친다는 것을 보이는 연구로, Luc Laeven et al., “Bank Governance, Regulation and Risk Taking,” 93 *Journal of Financial Economics* 259 (2009) 참조.

27) 비금융회사의 경우 이 비율은 0.15%에 그친다. 박영석, 금융기관 지배구조의 현황과 개선방안(한국재무학회 2010 춘계정책심포지엄 발표문) 참조.

는 위험의 전이(轉移), 과도한 지배력 확장 등의 부작용을 방지하여 금융지주회사와 그 자회사 등의 건전한 경영을 도모하고 금융소비자, 그 밖의 이해관계인의 권익을 보호함으로써 금융산업의 경쟁력을 높이고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정한다. 또, 자본시장과금융투자업에관한법률(자본시장법)시행령도 제31조 제1항 제2호에서 내부통제관리의 맥락에서 ‘위험’이라는 용어를 쓰고 있다.²⁸⁾ 그 외, 은행업감독규정이 그 제30조와 제31조에서 은행이 종합적인 ‘리스크’ 관리체제를 구축하고 이사회를 정점으로 한 리스크관리 조직을 정비하도록 하고 있다.

최근에 제정된 금융지주회사의 그룹 내부통제기준 모범규준은 리스크 개념을 정면으로, 구체적으로 언급하고 있다. 이 모범규준 제2조 제1호는 그룹 내부통제기준을 “법령을 준수하고 위험관리를 통하여 금융기관인 자회사 등의 건전성을 유지하며 이해상충을 방지하는 등 금융소비자를 보호하기 위하여 금융지주회사 등의 임직원이 직무를 수행함에 있어서 준수해야 할 기준 및 절차”로 규정한다. 제7조는 ‘위험의 관리’라는 제목을 달고 있다. ① 금융지주회사 등은 자산운용 및 기타 업무수행에 대한 위험관리 정책 및 기준을 마련하고 원칙적으로 측정 가능한 모든 위험을 계량화하여 지속적으로 인식·평가하여야 한다. ② 금융지주회사 등은 새로이 발생하거나 기존의 통제되지 않은 위험을 관리할 수 있는 위험관리체제를 갖추어야 하며 위험관리체제의 적정성을 점검할 수 있는 시스템을 구축·운영하여야 한다. ③ 금융지주회사 등의 위험관리는 모든 업무영역에서 이루어져야 하고, 그 관리의 전문성 및 효율성이 요구되는 경우에는 위험관리 전담부서로 하여금 이를 담당하게 할 수 있다고 규정한다. 이 모범규준은 리스크관리가 위험관리라는 명칭을 통해 우리 법제에 본격적으로 도입되고 있는 과정에 있다고 보아도 좋을 증거이다. 또, 리스크관리 개념이 은행을 포함하는 금융그룹에 처음 적용된다는 점이 후술하는 은행 이사의 리스크관리의무를 해석으로 인정하는 데도 도움이 된다.

2. 리스크의 법률적 의미

우리 법이 리스크 내지 위험이라는 개념을 도입하고 있기는 하지만 위험의 법률적 정의는 내려져 있지 않다. 후술하는 바와 같이 독일은 주식법의 개정을 통해

²⁸⁾ 제31조(내부통제기준 등) ① 법 제28조제1항에 따른 내부통제기준...에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다... 2. 고유재산과 투자자재산의 운용이나 업무를 수행하는 과정에서 발생하는 위험의 관리지침에 관한 사항.

이사의 리스크관리의무를 도입하였는데, 따라서 독일에서는 위험의 법률적 정의에 대한 논의가 있다. 위험이라는 개념의 구성 요소를 어떻게 이해할 것인지에 대해 독일 학계에서는 다양한 의견이 있는 것으로 보인다. 그 중 주목할 만한 의견으로 들 수 있는 것은, 리스크를 회사 도산위험의 발생원인이 되거나 회사 도산위험을 현저히 증가시키는 사실로 이해하는 것이다. 이는 리스크 개념을 좁게 해석하는 견해에 속한다.²⁹⁾ 리스크 개념이 이사의 의무와 연계되어 있고 우리 법에는 아직 이사의 리스크관리의무가 명문으로 도입되어 있지 않기 때문에 이 견해는 우리에게 리스크를 넓은 범위에서 이해하는 견해보다는 더 참고할 가치가 있는 견해다. 물론, 이 견해에 의하더라도 회사 도산위험을 발생시키거나 현저히 증가시키는 사실은 대개 1회적일 수는 없는 것으로 해석된다. 따라서 리스크란 축적됨을 통해 회사 도산위험을 발생시키거나 현저히 증가시키는 일련의 사실들을 총체적으로 의미하며 회사를 위협하게 할 수 있는 잠재적 가능성, 발생 가능성에 대한 고도의 개연성 등을 그 요소로 한다.³⁰⁾

한편, 은행의 도산 위험을 현저하게 증가시키는 사실에는 은행이 정부로부터 구제금융을 받거나 다른 금융기관에 흡수되는 방식으로 유동성 위기를 해결할 수밖에 없게 되는 사실이 포함되어야 할 것이다. 우리 나라는 은행들은 2008년에 발생한 금융위기로 외화자금 조달이 봉쇄되어 2009년 3월에 총 65조원의 공적자금을 지원 받은 바 있는데 이는 1997년 외환위기, 2003년 카드사태에 이어 세번째로 은행에 대한 공적자금 지원이 이루어진 사례다.³¹⁾ 해당 은행에 큰 리스크가 발생한 것이며 은행 경영진의 리스크관리가 실패한 것이다.³²⁾

29) *Münchener Kommentar Aktiengesetz* 410 (2. Aufl., C.H. Beck, 2004) 참조. 반대로, 회사의 자산, 재무, 수익 등에 관해 본질적인 상황의 변화가 발생할 것이 우려되거나 회사의 계속적인 수익창출 능력에 위협이 발생하는 경우 회사에 리스크가 발생한 것으로 넓게 새기는 견해가 있다. 학설 대립에 관하여, Karsten Schmidt & Marcus Lutter Hrsg., *Aktiengesetz Kommentar* 1036 (Verlag Dr.OttoSchmidt, 2008) 참조.

30) Schmidt & Lutter, 위 주석서 참조. 또, Jochen Pampel & Dietmar Glage, “Unternehmensrisiken und Risiko-management,” in: Christoph E. Hauschka Hrsg., *Corporate Compliance* 81 (C. H. Beck, 2007) 참조.

31) “대한민국 은행 IMF 악몽 잇었나(下),” *조선일보*(2009년 12월 5일자).

32) 이는 글로벌 금융위기를 맞아 구제금융을 받거나 다른 금융기관에 인수된 미국의 금융기관들에서도 마찬가지다. Simon Johnson’s letter dated November 5, 2010 addressed to Members of the Financial Stability Oversight Council; Bernd Rudolph, “Die internationale Finanzkrise: Ursachen, Treiber, Veränderungsbedarf und Reformansätze,” 39 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1 (2010) 참조.

3. 은행의 지배구조와 리스크

가. 은행의 지배구조

우리나라 은행산업은 1997년의 외환위기를 기점으로 대대적인 전환을 경험하였다. 1997년 이전에는 ‘은행의 도산’이라는 개념은 현실성이 없는 것으로 인식되었으며 은행간 M&A도 외국에서나 일어나는 일로 여겨졌다. 즉, 은행은 그 지속가능성의 유지에 은행 측의 별다른 노력을 필요로 하지 않는 것으로 여겨졌다. 그러나 외환위기 후 IMF와 세계은행의 요구에 의해 진행된 금융산업 구조조정은 은행의 도산과 은행간 M&A가 우리나라에서도 현실일 수 있음을 보여주었다.³³⁾ 이른바 부실금융기관의 경영진은 민형사책임을 면할 수 없었으며 전술한 바와 같이 구 제 일은행의 이사들이 주주대표소송을 당하고 거액의 손해배상책임을 지는 일도 발생하였다. 은행의 지배구조와 은행 이사의 법률적 책임 문제는 일반회사의 지배구조 문제와 이사의 법률적 책임 문제와 큰 차이 없이 다루어지기 시작하였으며³⁴⁾ 이 논문에서 논하는 바와 같이 이제는 은행의 지배구조와 이사의 법률적 책임은 일반회사의 그것에 비해 더 높은 관심과 규율의 대상이 되어 있다. 은행의 지배구조리스크나 은행의 CEO리스크와 같은 용어들이 널리 사용되고 있다.³⁵⁾ 정부는 은행을 포함한 금융기관의 지배구조를 규율하기 위해 2011년 상반기에 특별법까지 제정하려 하고 있으며 이는 세계에서 유례를 찾아보기 어려운 입법이다.

은행의 지배구조 문제는 우리 나라에서뿐 아니라 서구 금융선진국들에서도 마찬가지로 어려운 과제로 인식되고 다루어지고 있다.³⁶⁾ 은행은 일반회사와는 달리

³³⁾ Hwa-Jin Kim, “Taking International Soft Law Seriously : Its Implications for Global Convergence in Corporate Governance,” 1 *Journal of Korean Law* 1, 11-33 (2001) 참조.

³⁴⁾ Hwa-Jin Kim, “Living with the IMF : A New Approach to Corporate Governance and Regulation of Financial Institutions in Korea,” 17 *Berkeley Journal of International Law* 61, 81-85 (1999) 참조.

³⁵⁾ 김상조, “은행 CEO리스크 제거의 해법,” **경향닷컴**(2010년 9월 13일자); “금융권 ‘CEO리스크’...지배구조 개선 시급,” **매일경제**(2010년 10월 10일자) 참조.

³⁶⁾ 예컨대, Daniel Ferreira *et al.*, *Boards of Banks* (Working Paper, 2010) 참조(41개국 740개 대형은행의 12,010명 이사 데이터를 사용한 이사회 구성과 사외이사 독립성 분석). 또, Hanna Westman, *The Role of Ownership Structure and Regulatory Environment in Bank Corporate Governance* (Working Paper, 2010); Olubunmi Faleye & Karthik Krishnan, *Risky Lending : Does Bank Corporate Governance Matter?* (Working Paper, 2010); James Fanto, *Paternalistic Regulation of Public Company Management : Lessons from Bank Regulation* (Working Paper, 2006); Pablo de Andres & Eleuterio Vallelado, “Corporate Governance in Banking : The Role of the Board of Directors,” 32 *Journal of Banking & Finance* 2570 (2008) 등 참조.

경제 전체에 미치는 과급효과가 큰 사업을 영위하기 때문이다. 또, 은행은 특별한 장비나 시설 등을 필요로 하지 않기 때문에 지식과 정보 선진국의 경우 쉽게 국제화할 수 있는 사업이다. 이 때문에 은행의 부정적 과급력은 국제적으로 발생한다. 특정 산업에 대한 규제가 가장 국제적인 차원에서 논의되고 집행되는 것이 금융산업, 은행업이다. 국제화된 이론과 데이터가 중요하게 취급된다. 지배구조도 마찬가지다. 예컨대 바젤위원회는 은행의 지배구조에 관한 가이드라인을 가지고 있기도 하다.³⁷⁾ 물론, 그렇다고 해서 글로벌 금융위기가 금융기관을 포함한 기업들의 지배구조에서 촉발되었다고 일의적으로 말할 수는 없다. 2008년 금융위기 과정에서 S&P 500으로부터 퇴출된 37개 회사의 지배구조를 분석한 연구에 의하면 기업지배구조 문제가 일반적으로 금융위기의 발생원인이 된 것으로는 볼 수 없다고 한다. 그러나 일부 금융기관의 이사회가 정상적으로 작동하지 않았고³⁸⁾ 경영자보수체계가 비정상적이었던 것은 분명하다고 한다.³⁹⁾ 특히, 경영자보수가 리스크를 추구하는 것을 장려하는 구조로 구성되어 있었다는 점이 많이 지적된다.⁴⁰⁾

37) Basel Committee on Banking Supervision, *Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations* (1999 & 2006). International Finance Corporation, *The 2006 BCBS Guidelines on Enhancing the Corporate Governance for Banking Organizations* (May 2006) 참조.

38) 은행의 이사회는 대리인 비용 발생 문제를 해결하기 위해서라기 보다는 금융시장의 안정이나 기타 정치적 목적 때문에 존재할 수도 있다는 것을 보이는 연구가 있다. J. R. Booth *et al.*, "Boards of Directors, Ownership, and Regulation," 26 *Journal of Banking and Finance* 1973 (2002) 참조.

39) Brian R. Cheffins, "Did Corporate Governance "Fail" During the 2008 Stock Market Meltdown? The Case of the S&P 500," 65 *Business Lawyer* 1 (2009) 참조. 또, David Erkens *et al.*, *Corporate Governance in the 2007-2008 Financial Crisis : Evidence from Financial Institutions Worldwide* (Working Paper, 2009) 참조(31개국 306개 금융기관 분석 : 기관투자자 소유 비중이 높을수록, 최고경영자 보상체계가 보너스에 치중될수록 리스크 감수 성향이 높았다고 보고함). 금융위기 중 은행의 경영성과와 지배구조의 관련성에 대해서는, Andrea Beltratti & Rene M. Stulz, *Why Did Some Banks Perform Better During the Credit Crisis? A Cross-Country Study of the Impact of Governance and Regulation* (Working Paper, 2009) 참조. 미국 금융규제개혁법의 기업지배구조 측면에 대하여는, Stephen M. Bainbridge, *Quack Federal Corporate Governance Round II* (Working Paper, 2010) 참조.

40) Lucian A. Bebchuk & Holger Spamann, "Regulating Bankers' Pay," 98 *Georgetown Law Journal* 247 (2009); Jeffrey N. Gordon, *Executive Compensation and Corporate Governance in Financial Firms: The Case for Convertible Equity-Based Pay* (Working Paper, 2010) 참조.

나. 은행의 CEO리스크

은행 지배구조의 핵심은 지배주주가 없는 은행의 최고경영자를 선출하는 방식의 선택에 있다. 이론상 은행도 주식회사이므로 주주총회가 선임한 이사들이 이사회에서 최고경영자를 선임해야 할 것이다. 그리고 여기서 이사회라 함은 현 경영진으로부터 독립성을 가지는 사외이사들이 다수를 차지하는 이사회가 되어야 할 것이다. 그러나 우리나라 은행의 최고경영자 선출 메커니즘은 이와 같은 원론으로부터 다소 벗어난 형태로 복잡한 역사를 거쳐 현재에 이른다. 은행법 제22조와 금융지주회사법 제40조는 은행 및 금융지주회사의 이사회와 사외이사후보추천위원회 구성원의 1/2 이상을 사외이사로 할 것을 규정한다. 은행법에 사외이사 제도가 처음 도입된 것은 1998년 1월의 은행법 개정에 의한 것이다. 당시 은행법 제22조에는 비상임이사(사외이사)를 전체 이사 수의 과반으로 하고, 비상임이사 후보는 주주대표가 70%, 이사회가 30%를 추천하도록 규정했고, 제24조에서는 은행장후보와 감사후보는 전원 비상임이사로 구성되는 추천위원회에서 추천하도록 규정하였다. 그러나 은행장후보추천위원회가 제 기능을 다 하지 못하고 정권에 가까운 인사를 선임하는데 이용된다는 비판이 나왔으며, 결국 은행장후보추천위원회의 구성은 법령으로 강제할 사안이 아니라는 취지에서 관련 규정은 2002년 4월 법 개정 시 삭제되었고, 이후 각 회사가 정관에서 자율적으로 정하게 되었다. 사외이사후보추천위원회 구성에서 주주대표의 참여비율을 법령으로 정함으로써 사실상 특정 주주에게 사외이사 지명권을 주는 규정 역시 회사법의 일반원리에 어긋난다는 이유에서 폐지되고 사외이사후보추천위원회 설치 의무와 사외이사의 최소비율만을 규정하는 현행의 규정으로 변경되었다.⁴¹⁾

최근 국내에서 발생한 은행 지배구조 문제 사례들은 은행의 지배구조리스크, 특히 CEO리스크를 부각시켰다. 이는 이른바 선진국형이기도 하고 다분히 과거회귀적이기도 하다. KB금융지주의 최고경영자 선출을 두고 사외이사 중심의 이사회가 지나치게 강한 영향력을 행사한 것이 문제가 된 점에서는 상당히 선진국형 문제이고, 그 문제가 정부의 직간접적인 개입으로 해결되어⁴²⁾ 이사회가 선출한 최고경영자 후보가 사퇴하고 새로운 최고경영자가 선출된 점에서는 과거회귀적 문제이다. 신한금융그룹에서 발생한 문제는 고전적인 문제이므로 은행 특유의 지배구조 문제

41) 경제개혁연대 논평(2009년 12월 8일자)에서 발췌.

42) 정부의 역할에 대해 일반적으로, 김화진, “기업의 소유지배구조와 정부의 역할,” **인권과 정의** 제408/409호(2010) 60/23 참조.

로 볼 수 없을 수도 있으나 ‘오너’경영지배로 특징지어지는 우리나라 기업들의 전반적인 소유지배구조와는 달리 소유분산형 지배구조를 가진 은행에서 최고경영자의 장기 재임으로 인해 과도한 내부 권력투쟁이 조장되어 발생한 문제였다고 보면⁴³⁾ 은행에 특유한 문제로 볼 소지도 크다. 이 사건들을 어떻게 보든, 해당 은행들의 평판이 하락하고 주가도 사건을 계기로 크게 하락하였기 때문에 이 사건들은 지배구조리스크, CEO리스크의 기업가치에 대한 파괴력을 보여주는 좋은 계기가 되었다. KB금융지주 사태를 계기로 2010년 1월에 은행 등 사외 이사모범규준이 만들어졌으며 신한금융그룹 사태는 정부가 추진해 온 금융회사지배구조개선법에 새로운 동력을 제공해 주었다.⁴⁴⁾

다. 은행 M&A와 지배구조 리스크

기업의 지배구조에 가장 급격하고 큰 폭의 변화를 발생시키는 계기가 M&A 임은 은행의 경우도 마찬가지다. 소유구조의 변화가 지배구조의 변화로 이어지고 경영진 및 임직원의 회사 내 위치, 보수, 복지수준 등이 M&A를 통해 바뀐다. 은행은 주로 수평적 결합을 통한 운영 시너지를 성취하기 위해 M&A를 추구하기 때문에 은행 M&A에는 대대적인 구조조정이 따르고 PMI (Post-Merger Integration)가 가장 어려운 과제로 등장하는 특징이 있다. 대표적인 사례로 주택은행과 국민은행의 합병을 들 수 있을 것이다. 그러나 최근 전 세계적으로 발생한 은행 M&A 중에는 1997년 우리나라 외환위기 과정에서 발생한 것과 같은 부실 은행의 구제를 위한 M&A가 다수를 차지한다.⁴⁵⁾ 은행의 M&A는 그 동기가 어디에 있든 간에 그 성패가 해당 은행의 가치와 지속가능성을 좌우하므로 은행이 노출될 수 있는 가장 큰 리스크를 발생시키는 사건이다.

우리나라에서는 근래에 들어 이른바 빅 बैं크, 내지 메가 बैं크론이 주목을 받고 있고 그에 대한 논의가 활발하다. 예컨대, 자산규모 기준으로 우리나라 최대의 금융기관인 우리금융지주가(285조원) 세계 최대의 금융기관인 스코틀랜드로열뱅크의

43) 김상조, 위의 칼럼 참조.

44) 이 법의 제정에 대한 우려의 의견도 많이 표출되고 있다. 특히 이 법이 각 금융기관별로 사업의 특성이 다르고 리스크에 대한 태도, 시스템 리스크에 대한 영향 등에 차이가 있음에도 불구하고 통합법적인 성격을 보이는 데 대한 비판이 있다. 안동현, “금융지배구조법에 대한 우려,” **머니투데이**(2010년 9월 29일자) 참조.

45) 1995년에서 2008년 사이의 기간에 전 세계적으로 1,833건의 은행간 M&A가 발생하였다. 이 중 466건이 국제적 M&A였다. G. Andrew Karolyi & Alvaro G. Taboada, *The Influence of Government in Cross-Border Bank Mergers* (Working Paper, March 2010) 36 참조.

약 1/15, 두 번째 금융기관인 KB금융지주가(262조원) 스위스 최대 은행인 UBS의 약 1/8 규모인데 이는 우리나라의 GDP가 영국의 약 2/5, 스위스의 약 2배임을 감안하면 정상적이지 못한 것이므로 우리도 대형 은행을 육성해야 한다는 생각에서 출발한다. 메가뱅크 문제에 대해서는 필자가 다른 곳에서 회의적인 의견을 피력한 바 있으므로⁴⁶⁾ 여기서는 그를 반복하지 않기로 한다. 그리고 운영 시너지를 창출하기 위한 메가뱅크 전략은 그 자체 여러 가지 문제를 안고 있음에 더하여, 정부가 이를 추진하려는 목적이 전략이나 정책에 기반하지 않고 예컨대 감세기조를 유지하기 위한 일회성 재정수입 확보나 우리금융지주, 산업은행 민영화의 기반 조성 등의 정치적인 성질의 것이라면 그는 바람직하지 못하다.⁴⁷⁾ 은행의 이사회는 M&A나 민영화에 있어서 은행에 가장 큰 리스크가 발생함을 감안하여 회사에 대한 고도의 주의의무를 이행하여야 한다.

은행간 M&A는 그 동기나 과정은 물론이고 성사 후에도 효율적인 지배구조의 뒷받침을 받지 못하면 소기의 목적을 달성하기 어렵다. 은행의 규모가 커질수록 후술하는 리스크관리가 어려워진다. 그리고 경제규모는 일정하데 은행의 규모가 커지게 되면 은행은 불가피하게 국제화 전략을 추진하게 되며 국제화는 은행을 더 큰 리스크에 노출되게 하고 고도로 세련된 리스크관리 시스템을 필요로 하게 하며 감독당국의 건전성감독이 그를 지원해주는 효과도 작아지게 된다. 이 문제는 부분적으로는 우수한 지배구조와 이사회的高效적인 운영을 통해 해결할 수 있을 것이다. 우수한 지배구조와 이사회는 뛰어난 리더십과 조화를 이루어 M&A의 목적인 시너지 창출을 통한 경쟁력 강화로 이어지게 된다. 이 요건이 충족되지 못하면 은행노동조합의 저항과 요구에 끌려 다니면서 M&A의 목적을 달성하지 못하고, 또 PMI가 실패하면 M&A가 없었던 것만 못한 상황을 맞을 수도 있다. 은행간 M&A에는 기획단계에서부터 이런 점들이 고려되어야 할 것이다.

4. 은행 이사의 리스크관리 의무

가. 해석론

자신이 금융기관일뿐 아니라 다른 금융기관들과 체결한 다수의 계약을 통해 시스템 리스크를 발생시키는 은행의 이사에게 이 리스크관리의무는 일반 회사 이사의 경우보다 더 강력한 이유로 부담지워져야 할 것이다. 은행업의 핵심이 리스크

46) 김화진, 위의 논문, 169-174.

47) 김상조, “한국금융, 관치에서 정치로,” **경향닷컴**(2010년 6월 22일자) 참조.

의 인수와 관리이므로 은행 이사의 선관의무로 리스크관리의무를 인정하지 않을 이유는 없으며 인정하지 않는다면 그는 은행 이사에게는 회사에 대한 선관의무가 존재하지 않는다고 보는 것과 마찬가지로 될 것이다. 상술한 바와 같이 은행업감독규정이 그 제30조와 제31조에서 은행이 종합적인 ‘리스크’ 관리체제를 구축하고 이사회를 정점으로 한 리스크관리조직을 정비하도록 하고 있는 것은 은행 이사의 리스크관리의무의 존재를 전제로 하는 것으로 새겨야 할 것이다. 또, 은행의 이사가 위험성이 높은 파생금융상품에 관한 계약을 체결하는 행위가 회사에 대한 임무해태에 해당하는 것으로 새기려면 은행 이사의 이러한 의무가 전제되어야 한다.

미국과 독일의 회사법은 주식회사 이사의 의무에 리스크관리 의무를 포함시킨다. 특히, 독일은 1998년에 주식법(Aktiengesetz)을 개정하여 이 의무를 명문의 규정으로 도입하였다. 독일 주식법 제91조 제2항은 “회사의 집행이사진은 내부감시 장치의 설치를 포함하여 회사의 존속에 대한 위험을 조기에 식별할 수 있는 적절한 조치를 취하여야 한다”고 규정한다.⁴⁸⁾ 또, 독일의 기업지배구조모범규준은 그 4.1.4조에서 상장법인의 “이사회는 기업의 적절한 리스크관리와 리스크통제에 유념하여야 한다”고 규정한다.⁴⁹⁾ 독일 은행법(Gesetz über das Kreditwesen - KWG)은 그 제25a조 제1항에서 은행조직은 은행이 위험인수능력을 지속적으로 유지하는데 필요한 적절하고도 효과적인 위험관리(Risikomanagement)를 포함해야 한다고 규정하면서 위험관리의 구성요소를 제시하고 있다.⁵⁰⁾ 또, 독일의 기업회계선진화법(BilMoG)은 상법(HGB) 및 주식법에 리스크관리시스템 개념을 도입하였다.⁵¹⁾

48) 이 조문의 원문은 다음과 같다: “Der Vorstand hat geeignete Massnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.” 따라서, 이 조문이 ‘Entwicklungen’을 규정하고 있을 뿐이며 ‘리스크(Risiken)’ 개념을 정면으로 언급하지는 않고 있다는 지적이 가능하다. 그러나 이사의 리스크관리 의무를 인정하는 데 있어서 해석상의 차이는 없는 것으로 보인다. Theodor Baums, Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht (House of Finance Policy Platform White Paper, 2010) 참조.

49) Henrik-Michael Ringleb et al., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex* 179-185 (3. Aufl., C.H.Beck, 2008) 참조.

50) Schmidt & Lutter, 위 주석서, 1032-1039; Holger Fleischer Hrsg., *Handbuch des Vorstandsrechts* § 19 (C.H.Beck, 2006); Werner Pauker, *Unternehmen-Risiko-Haftung : Die Funktion der Geschäftsleiterhaftung vor dem Hintergrund der Steuerung und Verteilung unternehmerische Risiken* (Nomos, 2008) 참조.

51) Michael Kort, “Risikomanagement nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz,” 39 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 440 (2010) 참조.

나. 내부통제

리스크관리는 회사 내부통제의 핵심이다.⁵²⁾ 따라서, 은행 이사의 리스크관리의 무는 내부통제 시스템의 구축을 통해 구체적으로 이행된다. 미국법은 효율적인 내부통제 시스템의 구축과 운영에 일정한 사법적 효과를 부여하고 있으므로⁵³⁾ 이사의 법률적 책임 문제가 리스크관리와 유기적으로 연결되어 있다.⁵⁴⁾ 또, 내부통제는 준법감시를 중요한 구성요소로 한다.⁵⁵⁾ 우리 법은 준법감시인의 임무를 내부통제 제도와 연계시키고 있다. 준법감시인은 “내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회 또는 감사에게 보고하는 자,”⁵⁶⁾ “내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준에 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회에 보고하는 자”로⁵⁷⁾ 정의된다.

한편, 글로벌 금융위기 이후 강화된 금융규제로 인해 세계 각국의 금융기관들은

52) 김화진, 위의 책(각주 8), 435-437 참조.

53) In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation, 698 A. 2d 959 (Del. 1996) : Stephen F. Funk, “In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation: Director Behavior, Shareholder Protection, and Corporate Legal Compliance,” 22 *Delaware Journal of Corporate Law* 311 (1997) 참조.

54) Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, 위의 메모 참조.

55) 정봉진, “이사의 준법감시의무위반책임에 관한 미국법 연구,” **인권과 정의**(2008/11) 69 참조.

56) 자본시장법 제28조 제2항. 준법감시인은 이사회 결의로 임명하고 금융위원회 통보하며(자본시장법 제28조 제3항, 제7항) 감사위원회 또는 감사에게 보고할 뿐 아니라(제2항) 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행한다(제5항). 독립적으로 직무를 수행하며(제6항) 임직원의 자료나 정보 제출의무가 있다(제8항). 직무수행과 관련된 사유로 인한 부당한 인사상의 불이익을 금지 당한다(제9항). 이사회, 이사회 내 위원회, 경영협의회 등 각종 회의에 참석하여 발언할 수 있으며 중요한 사항에 대하여는 직접 보고할 수 있다(금융지주회사의 그룹 내부통제기준 모범규준 제26조 제2항). 즉, 준법감시인은 주식회사의 이사에 상응하는 역할과 기능을 보유하는데 리스크관리의 중심적 위치에 있음과 회사 내 역할과 임무의 중요성 등에 대한 주위와 자체 인식의 변화가 필요하다. 이사에 상응하는 경영정보 접근권, 보직 및 인센티브가 필요하다. 감사제도가 없는 미국에서는 우리나라 감사의 업무를 주로 Chief Risk (Management) Officer가 수행한다. 준법감시인의 감사에 대한 법률상의 보고의무는 존치하더라도 준법감시인은 리스크관리를 핵심으로 하는 내부통제 최고 책임자이므로 통상적인 감사업무와는 그 업무를 차별화 해야 한다. 리스크관리 업무의 역동성과 예방적 기능에 비추어 사후적 조사와 통제를 위주로 하는 감사업무와 준법감시인의 업무는 분리되어야 할 것이다. 준법감시인의 업무는 경영진과 같이 경영일선에서 경영정보와 경영판단을 실시간으로 접하면서 리스크를 관리하는 것이며, 감사는 경영진의 경영판단 결과에 대해 사후적인 통제를 수행하는 것을 임무로 해야 한다.

57) 은행법 제23조의3 제2항.

법무실의 역할을 강화하고 기능을 정비하고 있다. 우선 새로 도입된 금융규제들이 발생시키는 복잡한 기술적 문제들을 정부 및 감독기관과 협의하여 풀어내야 한다. 둘째, 세계 각국의 새로운 금융규제는 금융기관 임직원들의 보수를 통제하고 새로운 세법상의 제도를 도입하고 있다. 이 또한 정부 당국과의 협의를 필요로 하고 소송에 의한 문제 해결을 불가피하게 할 것이다. 이 과정에서 법률전문가들의 위상이 높아지고 있으며 대형 금융기관들은 딜 전문 변호사 보다는 규제전문 변호사들을 새로 영입하거나 전면에 배치하고 있다. 크레디스위스는 수석변호사인 로너(Rohner)를 차기 회장으로 선정하기까지 했다. 로너의 차기 회장 선정은 주주들과 시장으로부터 긍정적으로 평가되었다.⁵⁸⁾

5. 리스크관리의무 위반과 은행 이사의 제3자에 대한 책임

은행 이사가 리스크관리의무와 그 위반으로 인한 법률적 책임을 진다고 새기면, 은행 이사가 일반 회사의 이사보다 회사에 대해 일반적으로 높은 강도의 선관의무를 부담한다는 판례와 은행 이사가 은행이 제3자와의 관계에서 부담하는 의무를 이행함에 있어서 일정한 경우 개인적인 책임을 지게 되는 이유가 보다 잘 설명될 수 있다. 리스크는 법령위반이나 채무불이행 등을 통해 발생할 것이 확실히 예견되는 구체적인 손해가 아니라 은행이 입을 수 있는 손해의 가능성을 일반적으로 표현하는 개념이다. 이에 관하여는 앞에서 독일법 상의 리스크 개념을 설명할 때 이미 언급하였다. 이는 예방의 대상이므로 은행 이사가 높은 주의의무를 부담하게 함으로써⁵⁹⁾ 제거될 수 있을 것이다.

은행 이사의 리스크관리의무 개념은 은행 이사의 제3자에 대한 책임 발생 인정 기준이 될 수 있다. 리스크관리의무는 주로 다른 이사나 임직원에게 대한 감시의무 차원에서 이해되지만 이사가 스스로의 행동으로 리스크를 발생시키는 것이 의무위반이 됨에는 이론의 여지가 없을 것이다. 상술한 바와 같이 회사에는 단기적 이익이 되는 계약의 불이행이 회사에 대한 이사의 선관의무위반을 구성한다고 판단할

58) "Credit Swiss Will Elevate Rohner," *Wall Street Journal Europe* (2009년 12월 11일자).

59) 그러나, 은행을 비롯한 금융기관 이사의 회사법적 책임을 엄격히 해석하는 문제와 금융규제법이 금융기관의 부실에 대해 금융기관 이사의 책임을 엄중하게 추궁하는 장치를 통해 금융기관의 건전성을 규제하는 문제는 양자가 추구하는 목표는 같지만 구별되어야 한다. 후자는 특히 1990년대 이후 미국에서 많이 사용되기 시작한 금융기관규제 방법이다. Howell E. Jackson, "The Expanding Obligations of Financial Holding Companies," 107 *Harvard Law Review* 507, 598-599 (1994) 참조.

기준이 여전히 충분히 명확하지 못하다고 생각된다면 이 기준을 통해 그를 해결할 수 있다. 리스크관리의무 기준을 이사가 은행이 부담하는 리스크를 증가시켰는가로 변환하여 보면 답이 보인다. 은행을 포함한 금융기관들이 수익의 극대화를 위해 대단히 위험한 파생금융상품계약을 외부와 체결하고 자본시장에 과도하게 진출한 리스크관리의 실패가 2008년 글로벌 금융위기 과정에서 많은 은행이 부실하게 된 원인이었다고 보면⁶⁰⁾ 은행에 단기적으로 이익을 발생시킬 것으로 믿고 한 이사의 업무집행도 선관의무 위반을 구성할 수 있다는 논리가 충분히 성립한다. 실제로 미국에서는 이와 같은 이유로 씨티그룹에서 주주대표소송이 발생하기도 했다.⁶¹⁾

은행 이사의 행위가 은행에 지배구조리스크나 다른 리스크를 발생시켰다면 이사가 해당 행동에 어떤 동기를 가지고 있었던가에 상관없이 임무해태로 인정될 수 있을 것이다. 은행이 제3자와 체결한 계약을 이사의 판단에 따라 위반하고 그를 통해 은행에 단기적인 이익이 발생하기는 하였으나 전반적으로, 또는 구체적으로 은행에 리스크가 증가하였다면 상법 제401조가 적용되는 데 필요한 이사의 회사에 대한 임무해태가 있었던 것으로 해석할 수 있다. 이 해석은 은행이라는 회사에 대해 전술한 상법 제401조의 입법취지가 최적으로 발현되게 해 준다.

6. 경영판단의 법칙 적용 가능성

은행 이사의 제3자에 대한 책임을 인정하는 경우, 은행 이사는 경영판단의 법칙을 원용할 수 있을까? 이 문제는 비단 은행 이사뿐 아니라 주식회사 이사 일반에 적용될 수 있는 문제다. 즉, 이사의 회사에 대한 임무해태가 있었기 때문에 이사가 제3자에게 책임을 져야 한다면 이사의 회사에 대한 책임에 있어서와 마찬가지로 경영판단의 법칙이 이사의 책임을 감면해 줄 수 있지 않을까? 이사가 회사의 제3자와의 계약을 체결하고, 해제하고, 위반하기로 하는 결정은 분명 경영판단이지만 그에 대한 답은 부정적으로 보아야 할 것이다. 경영판단의 법칙은 이사의 회사에 대한 선관의무위반으로 회사에 손해가 발생한 경우 그 적용이 논의될 수 있는 원칙인데,⁶²⁾ 이사는 제3자에 대해 선관의무를 부담하지 않고 경영판단의 잠재적 수

⁶⁰⁾ Stephen M. Bainbridge, "Caremark and Enterprise Risk Management," 34 *Journal of Corporation Law* 967 (2009) 참조.

⁶¹⁾ In re Citigroup Inc. Shareholders Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009) : Robert T. Miller, "The Board's Duty to Monitor Risk after Citigroup," 12 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 1153 (2010).

⁶²⁾ 김화진, 위의 책(각주 8), 349-368; Lynn A. Stout, "In Praise of Procedure : An

혜자인 회사가 아닌 제3자가 손해를 입었기 때문이다.

그러나 통설이 주장하는 바와 같이⁶³⁾ 상법 제401조의 손해에 주주가 입은 간접 손해를 포함시킨다면⁶⁴⁾ 문제는 좀 달라진다. 이사의 회사에 대한 선관의무는 주주에 대한 선관의무로 확대해석 될 수 있기 때문이다. 실제로 미국 회사법은 이사의 충실의무(duty of loyalty)가 회사와 주주에 대한 것이라고 본다.⁶⁵⁾ 이 경우, 주주가 회사에 발생한 손해로 인해 입은 간접손해에 대해 이사는 회사가 입은 손해와 관련하여 경영판단의 법칙을 원용할 수 있는 것과 마찬가지로 주주에 대해서도 경영판단의 법칙을 원용할 수 있을 것이다. 여기서는 선관의무 부담의 대상과 손해를 입은 자, 이사의 경영판단의 잠재적인 수혜자가 모두 일치한다.

IV. 합작투자계약과 은행 이사의 책임

1. 주주와 회사의 이해상충

회사는 법인의 지위에서 다른 법인이나 개인과 합작투자계약 내지 주주간 계약을 통해 다른 사업에 참여하기도 한다. 공동의 사업적 목적을 달성하기 위해 자금을 분담하여 투자한 주주들의 이해관계는 원칙적으로 일치하지만 경우에 따라서는 충돌하기도 한다.⁶⁶⁾ 특히, 법인인 주주는 이사를 통해 행동하고 이사는 법인인 주주의 이익을 최대한 실현해야 하는 선관의무를 지고 있기 때문에 다른 주주와 이해관계가 충돌하는 상황이 발생하면 주주간 계약상의 의무 준수보다는 자신의 회사의 이익을 우선해서 추구하게 될 것이다. 극단적인 경우, 이사는 회사가 당사자

Economic and Behavioral Defense of *Smith v. Van Gorkom* and the Business Judgment Rule,” 96 *Northwestern University Law Review* 675 (2002); Andrea Lohse, *Unternehmerisches Ermessen* (Mohr Siebeck, 2005) 참조.

63) 최기원, 위의 책, 694-695; 이철송, 위의 책, 634-635 참조.

64) 판례는 주주의 간접손해를 포함시키지 않는다: 대법원 1993.1.26. 선고 91다36093 판결. 또, 이주홍, “최근 중요 회사법 판례 동향,” *인권과 정의*(2004. 2) 15, 32-33 참조.

65) William T. Allen, Reinier Kraakman & Guhan Subramanian, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization* 2nd Ed. 294-299 (Wolters Kluwer, 2007); Ava G. Yaskiel, *To Whom are Directors’ Fiduciary Duties Owed?* (Ogilvy Renault Toronto Memo, 2008) (미국과 달리, 이사의 의무는 엄격히 회사에 대한 의무로 한정된다는 캐나다대법원 판례 소개) 참조.

66) 합작투자의 경쟁법적 의미에 대하여는, Bong-Eui Lee, “Legal Status of Joint Ventures under Korean Competition Law,” 8 *Journal of Korean Law* 433 (2009) 참조.

인 주주간 계약을 위반해서라도 회사의 이익을 보전하려고 시도할 것이다. 그를 통해 상대방 주주가 손해를 입는 경우 상대방 주주는 주주간 계약의 위반에 대해 회사에 손해배상을 청구하는 동시에 해당 이사에게도 상법 제401조에 의한 개인적인 책임을 묻고자 할 것이다. 이 때 이사는 자신의 회사에 대한 선관의무 위반이 없었음을 이유로 책임을 부인할 수 있는가? 그리고, 이 문제의 답을 찾음에 있어서 주주간 계약의 위반을 회사가 제3자와 체결한 물건의 매매계약이나 주식 또는 전환사채의 발행계약의 위반과는 다르게 취급할 수 있는 법률적인 근거가 있는가?

이 문제는 법인 주주가 합작투자 회사의 경영권을 보유하고 있는 경우 더 심각한 형태로 나타난다. 법인 주주는 이사의 겸임 등을 통해 합작투자 회사의 경영정보를 보유하고 있으며 겸임이나 합작투자 회사 경영자들을 통해 회사의 경영상태를 변화시킬 수 있는 힘을 가지고 있다. 회사의 경영상태가 악화되면 그로 인해 발생하는 손해를 회피하기 위해 다른 주주에게 손해가 되는 내용으로 합작투자 회사의 행동을 조절할 수 있을 것이다. 회사의 경영상태가 악화되는 경우가 아니라도 법인 주주는 다른 주주로부터 부를 편취할 수 있는 데, 미국에서 소수주주의 축출이 발생하는 전형적인 사례들이 그에 해당한다. 회사의 경영권을 보유하고 있는 주주는 경영정보를 활용하여 회사의 명목적인 가치가 가장 낮아졌을 때 가장 저비용으로 다른 주주들을 회사에서 축출하고 단독 주주가 되어 후일 회복된 가치를 독점한다. 소수주주를 축출하기 위해 현금합병을 활용하기도 하는데 어느 경우에도 합작투자 회사의 주가가 가급적 낮아지도록 할 유인이 있다. 이 과정에서 법인 주주의 이사가 주주간 계약이 통상적으로 규정하고 있는 협의의무, 통지의무 등을 위반한 경우, 그것이 자신의 회사에는 이익으로 연결되었다는 이유에서 선관의무 위반이 없고, 따라서 상법 제401조가 발동될 수 없다고 주장할 수 있는가? 이를 예컨대 매도하기로 한 물건의 가격이 비정상적으로 높아져서 매매계약을 위반하고 매도인에게는 손해배상을 한 후 다른 매수인에게 다시 매도하는 행동에 적용되는 것과 같은 기준으로 평가할 수 있을까?

2. 합작회사 주주간의 회사법 상 의무

회사의 주주는 회사의 가치로부터 발생하는 경제적 이익에 대한 비례적 이익을 가진다. 그러나 주주가 그러한 이익을 스스로 평가함에는 시간적 요소가 개입된다. 경제적 이익의 실현에 대해 각 주주마다 시간적인 감각이 다르고 각 주주가 처한 상황에 따라 특정 시점에서의 이익 평가가 달라질 수 있다. 즉, 주주는 일정한 기

대이익을 가진다. 주주는 회사 사업의 추세와 경영진에 대한 신뢰 등이 복합적으로 작용하는 미래에 대한 신뢰이익을 가지며 그에 일정한 방식으로 기여하기도 하는데 특정 시점에서 그를 강제로 차단당한다면 계량화 할 수는 없지만 분명 일정한 이익을 상실하게 되는 것이다. 또, 특정 주주는 저평가된 회사에 여러 가지 기회비용을 지불하면서 주주로서 남아 있을 수 있는데 그는 장기적으로 회사의 평가가 제자리를 찾은 것이라는 확신에 의한 것일 수 있다.⁶⁷⁾ 이 주주를 예컨대 소수주주 축출 메커니즘을 사용하여 강제로 회사에서 축출하게 되면 아무리 공정한 가액, 나아가 상당한 프리미엄을 지불하더라도 해당 주주는 주관적인 경제적 가치를 박탈당한다고 생각하게 된다.⁶⁸⁾ 미국의 판례는 이 점을 배려해서 특정 회사에 주주로서 남아있고자 하는 주주의 희망이 법률적으로 보호할 가치가 있는 정당한 이익이라고 보기도 한다.⁶⁹⁾ 주주가 가지는 이러한 이익을 회사의 경영권을 가지고 있는 지배주주가 박탈하는 데 대해 회사법은 개입해야 한다. 소수주주 축출에 관해 미국에서 방대한 판례법이 형성되어 있는 것도 이런 이유에서다. 물론, 지배주주도 주주이기 때문에 모든 주주에게 부여되는 권리, 즉, 자신이 보유한 주식의 경제적 가치가 최대한 실현되는 방향으로 의결권을 행사하거나 기타 주주권을 행사할 권리가 있다. 따라서 여기서는 미국의 판례가 발달시킨 총체적 공정성(entire fairness) 기준을⁷⁰⁾ 차용할 수 있을 것이다. 즉, 예컨대 다수주주가 소수주주의 주식을 매수함에 있어서는 가격뿐 아니라 절차를 포함한 거래 전체가 공정해야 하며 다수주주인 회사의 이사가 이를 위반하는 경우 그는 회사에 대한 임무해태를 구성할 수 있다.

더 나아가, 일반적으로 또는 합작회사 주주 상호간에 회사법 상의 충실의무가 존재하는 것으로 인정할 수 있을 것이다. 주주간 충실의무는 독일 회사법에서도 잘 확립된 법리이다.⁷¹⁾ 주주간 충실의무의 법리적 기초로 언제나 언급되는 것은 독일민법의 신의성실 원칙이다.⁷²⁾ 미국 회사법은 주주간 충실의무 인정에서 한 발 더 나아가서, 주주구성이 단순하고 통상 지배주주가 회사를 경영하는 폐쇄회사

67) 김화진, “소수주식의 강제매수제도,” **서울대학교 법학** 제50권 제1호(2009) 321, 327.

68) Robert Clark, *Corporate Law* 505-506 (Little, Brown & Company, 1986).

69) Singer v. Magnavox, 380 A.2d 969, 977-978 (Del. 1977); Clark, 위의 책, 506 참조.

70) *Tanzer v. International General Industries, Inc.*, 379 A.2d 1221 (Del. 1977) 참조.

71) Susanne Wimmer-Leonhardt, *Konzernhaftungsrecht* 157-294 (Mohr Siebeck, 2004) 참조.

72) 예컨대, Joachim Henricks, “Treuepflichten im Aktienrecht,” 195 *Archiv für die civilistische Praxis* 221 (1995).

(Close Corporation) 주주들간에는 조합(partnership) 구성원들간의 그것에 유사한 충실의무가 있음을 인정한다.⁷³⁾ 국내의 많은 학자들도 주식회사 지배주주의 소수주주에 대한 충실의무를 해석론으로 인정하자고 하거나 입법론으로 지지하고 있으며⁷⁴⁾ 고등법원 판결 중에는 그를 지지하는 것으로 보이는 것이 있다.⁷⁵⁾ 또, 상법개정안이 포함하고 있는 소수주식의 강제매수제도는 회사법 상의 제도로서는 드물게 주주들간의 직접적인 관계를 규율한다. 이는 우리 상법이 이제 지배주주의 소수주주에 대한 충실의무를 입법으로 도입할 시기가 성숙했다는 증거이다.

주식회사의 주주들간에 충실의무를 인정함에 있어서 일반적으로 아무런 연계점이 없는 주주들간 보다는 합작투자계약, 주주간계약 등을 통해 계약상의 의무를 부담하고 있는 주주들 중 일방이 회사를 경영하는 경우 주주간의 관계에 그를 적용할 이익이 크다. 이 경우는 다수주주가 지배주식을 매각하거나 권리남용을 구성할 수 있는 형태로 주주총회에서 의결권을 행사하는 것과는 달리 주주간에 직접적인 연결점이 있다. 그리고 합작투자계약이나 주주간계약이 어떤 문언으로든 회사법 상 주주간 충실의무의 내용과 같은 의무를 규정하고 있다면 바로 그 지점이 주주들간 계약 상 의무가 회사법 상의 의무로 전이될 수 있는 가장 좋은 계기가 될

73) Hollis v. Hill, 232 F. 3d 460 (5th Cir. 2000) 참조. 이 문제는 미국 회사법에서는 오래 전부터 논의되어 온 주제이다. 예컨대, William L. Cary, "How Illinois Corporations May Enjoy Partnership Advantages : Planning for the Closely Held Firm," 48 *Northwestern University Law Review* 427 (1953); Brent Nicholson, "The Fiduciary Duty of Close Corporation Shareholders : A Call for Legislation," 30 *American Business Law Journal* 513 (1992) (폐쇄회사를 "incorporated partnership"으로 부르기도 한다고 함) 참조.

74) 최기원, 위의 책, 290-297; 이철송, 위의 책, 248 참조.

75) 서울고등법원 1999.5.19. 선고 99라103 결정: "주주의 의결권은... 원칙적으로 주주 개인의 자유로운 의사에 기한 행사가 보장되어야 할 것이나, 주주의 의결권 역시 권리의 일종인 이상 신의에 따라 성실하게 행사하여야 될 것이고, 또한 그 의결권은 주식회사라고 하는 단체의 구성원인 주주에 대하여 그 구성원인 자격에 기하여 인정되는 것이기 때문에 그 행사에는 단체의 구성원에게 인정되는 일정한 단체적 제약이 내재하여 있다 할 것이다. 더구나 중요한 의안에 관하여 반대하여 의안을 부결시킬 수 있는, 이른바 거부권을 가진 3분의 1 주주권을 행사하는 경우에는 그러한 의안에 관한 의사결정에 있어 지배주주와 유사한 지위에 있다 할 것이므로 그에 따라 의결권을 회사의 이익을 위하여 행사하여야 할 높은 충실의무를 부담한다고 하여야 할 것이다... 주주의 의결권이 회사의 구성원인 주주로서의 이해관계에 관계없이 오로지 개인적인 이익추구만을 위하여 행사되고, 그러한 의결권 행사로 인하여 회사 및 다른 주주들에게 손해가 발생할 것이 명백한 경우에만 그러한 의결권 행사는 권리남용에 해당하는 것으로서 사후에 그 효력이 부인될 수 있고, 그러한 의결권의 행사가 명백히 예견되는 경우에는 제한적으로 미리 그 행사를 금지할 수도 있다 할 것이다."

것이다. 우리 상법의 해석은 주주간 계약의 채권적 효력과 회사법의 단체법적 효력을 엄격히 분리하는 태도를 취하고 있으며 이는 회사가 계약의 당사자로 참여한 경우에도 마찬가지이다.⁷⁶⁾ 그러나 의결권위임계약이나 주식양도제한약정과 같이 주주간 계약의 효력을 회사에 발생시키는 것이 기술적으로 사실상 불가능한 계약이나 주주간 계약의 경제적 이해관계를 조정하는 것을 주 목적으로 하는 계약의 경우와는 달리 합작투자계약의 당사자가 회사의 가치를 보전하고 회사의 경영이 최적으로 이루어지는 데 협력하기로 하고 다수주주가 그에 관한 일차적인 부담을 지기로 하는 약정은 특히 합작회사가 회사의 경영을 직접 담당할 대표이사 등을 통해 계약당사자가 된 경우 단순히 주주간에 채권적 효력만 발생하는 데 그치는 것으로 해석할 이유가 없으며 법정책적으로도 그는 바람직하지 못한 선택이다. 그렇다면 그 충실의무를 위반하게 하는 회사의 이사는 회사에 대한 선관의무를 다하지 못한 것이고 제3자인 다른 주주가 입은 손해에 대한 배상책임을 지게 될 수 있을 것이다.

3. 합작투자계약의 위반과 은행 이사의 책임

은행이 합작투자나 주주간 계약의 당사자이고 합작투자 회사의 경영권을 가지고 있는 경우는 조금 다른 각도에서 이 문제를 보아야 할 것이다. 상술한 바와 같이 은행 이사는 리스크관리의무를 부담하며 은행의 경영에 있어서 자신의 은행이 시스템리스크를 발생시키지 않도록 임무를 수행하여야 한다. 특히, 은행이 투자하고 경영권을 보유하는 회사는 특별한 경우가 아니라면 다른 종류의 금융기관이다. 즉, 그 자체 시스템리스크를 발생시킬 수 있는 회사인 것이다. 그 회사의 경영은 주주로서의 이익을 극대화한다는 한 가지 목적에 의해 이루어질 수는 없다. 전술한 바와 같이 은행은 국가적인 안전망의 보호 하에 있기 때문에 주주 외의 이해관계자도 배려하는 경영을 해야 할 의무를 지는 회사다. 만일 이기적인 동기에 의해, 즉, 은행의 이익을 극대화하고 그를 통해 은행 주주의 이익을 극대화하기 위해 이사가 합작투자 대상인 금융기관의 경영과정을 왜곡하거나 그 금융기관의 경영상태를 양호하게 하는 데 같은 이해관계를 가진 다른 주주를 의도적으로 배제하고 기망하여 일시적으로 금융기관의 상태를 악화시키는 등의 방법을 사용한다면 그는 자신의 은행에 리스크를 증가시키고 시스템리스크를 발생시키는 행동이기 때문에 자신의 은행에 대한 임무해태가 된다. 그렇다면 상대방 주주는 손해를 입는 경우 다른 요

76) 대법원 2000.9.26. 선고 99다48429 판결.

건은 별론으로 하고 은행 이사의 임무해태가 있었다고 주장할 수 있을 것이다.

또, 우리나라에서는 금융기관에 대한 인허가, M&A 등 금융감독의 전반에서 금융기관 대주주의 적격성이 대단히 중요한 평가 항목이다. 예컨대 자본시장법 제12조 제2항은 금융투자업의 인가에 있어서 대주주가 충분한 출자능력 뿐 아니라 건전한 재무상태 및 사회적 신용을 갖출 것을 요구하며 동법 제23조는 금융투자업자의 대주주 변경은 금융위원회의 승인을 받게 한다. 금융기관의 대주주가 금융산업의 발전이나 금융시장의 질서유지에 부적격으로 평가될만한 법령위반이나 기타 부정적 평판이 있는 경우 해당 금융기관의 성장은 기대하기 어렵게 된다. 은행법은 은행의 대주주가 회사인 경우 부채가 자산을 초과하는 등의 재무구조 부실화로 인해 은행의 경영건전성을 해할 가능성을 우려하고 있기도 하다.⁷⁷⁾ 따라서, 이사가 자신의 은행을 위해 다른 금융기관의 경영을 왜곡시키는 행동을 하는 것은 자신의 은행에 대한 심각한 임무해태를 구성하는 것이다. 주식회사의 주주는 상법 제331조의 주주유한책임의 원칙에 의해, 투자한 회사를 어떤 비용을 지불하고라도 지속시킬 의무를 부담하지는 않는다. 그러나 금융기관의 경영을 책임지고 있는 대주주는 금융기관의 특성 때문에 단순히 재무적 판단만에 의해 투자한 회사의 존속여부를 결정해서는 안 될 것이고 더구나 그 결정이 다른 주주들과 체결한 합작투자계약상의 합작회사 지원의무를 위반하는 내용이라면 - 합작투자계약은 통상 합작회사의 경영을 담당하는 최대주주가 유동성 지원을 포함하여 합작회사를 최선을 다해 지원해야 한다는 약정을 포함한다. 그런 유형의 약정이 포함되어 있지 않은 합작투자계약의 체결은 소수주주가 회사인 경우 그 이사의 임무해태가 될 것이다. - 그는 결정을 내린 이사의 임무해태에 해당하며, 금융당국과의 관계는 별론으로 하고 고의나 중과실이 있었다면 해당 이사는 합작투자계약의 당사자인 소수주주에 대한 회사법 상의 책임을 지게 될 것이다.

V. 맺는 말

이 논문에서는 리스크의 인수를 핵심으로 하는 은행의 특성에 비추어 은행 지배

77) 은행법 제35조의5 제2항 참조. 은행법은 대주주의 은행에 대한 부당한 영향력 행사를 금지한다(제35조의4). 대주주에 대한 신용공여 한도도 규정되어 있으며(제35조의2) 대주주가 발행한 주식의 취득한도도 규정한다(제35조의3).

구조의 구축과 은행 이사의 책임에 리스크와 리스크관리를 새로운 요소로 도입할 것을 제안하였다. 이 논문에서는 은행 이사에게 리스크관리의무가 있음을 해석으로 인정할 수 있다고 보았는데 궁극적으로는 우리 상법이 독일 주식법의 전례를 따라서 위험이라는 개념을 도입하고 이사의 위험관리의무를 인정하는 형태로 개정되어야 할 것이다. 또, 상법 개정 이전에라도 금융지주회사법이나 은행법의 개정을 통해 금융기관에 이를 먼저 시행할 수 있을 것이다. 사외이사제도가 은행법으로 은행에서 가장 먼저 도입되어서 증권거래소 상장규정과 구 증권거래법으로 상장회사에, 상법으로 모든 회사에 확산된 바 있는 것처럼 이사의 위험관리의무도 유사한 과정을 거쳐 정착되게 할 수 있을 것이다.

이 논문에서는 은행 이사의 제3자에 대한 책임 문제에 있어서 이사의 행동이 명백히 위법한 행위가 아니었음에도 회사에 대한 선관의무 위반을 인정하는 기준으로 리스크를 제안하였다. 평범한 계약위반이라 해도 그 결과 은행에 리스크가 증가하였고 그를 알았거나 중대한 과실로 알지 못했다면 이사의 임무해태로 보아야 할 것이다. 은행이 직면하는 리스크는 경영권에 변동이 발생하거나 M&A가 진행되는 동안에는 증가할 것이므로 그와 관련한 은행 이사의 의무는 더 엄격히 설정되어야 한다. 그리고 합작투자계약을 포함하여 회사의 지배구조나 자본구조에 영향을 미치는 제3자와의 계약은 일반적인 성질의 계약보다 은행을 높은 리스크에 노출되게 할 가능성이 있으므로 그에 대한 이사의 행동을 제어하기 위해 그 위반을 이사 개인의 법률적 책임 장치를 통해 제재해야 할 정책적 필요가 있다. 개별 은행의 리스크 증가는 시스템 리스크를 발생시키기 때문에 은행 이사의 책임 법리가 시스템 리스크 발생의 방지에 기여할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김화진, **기업지배구조와 기업금융** (박영사, 2009).
- _____, “글로벌 금융위기와 금융산업의 구조재편 : 금융산업의 역사와 발전전략,” **서울대학교 법학** 제51권 제3호 125 (2010).
- _____, “소수주식의 강제매수제도,” **서울대학교 법학** 제50권 제1호 321 (2009).
- 박영석, 금융기관 지배구조의 현황과 개선방안(한국재무학회 2010 춘계정책심포지엄 발표문).
- 이철송, **회사법강의** 제18판 (박영사, 2010).
- 최기원, **신회사법론** 제13대정판 (박영사, 2009).
- 주석상법: 회사(III)** (한국사법행정학회, 2006).
- William T. Allen, Reinier Kraakman & Guhan Subramanian, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization* 2nd Ed. (Wolters Kluwer, 2007).
- Stephen M. Bainbridge, “Caremark and Enterprise Risk Management,” 34 *Journal of Corporation Law* 967 (2009).
- Lucian A. Bebchuk & Holger Spamann, “Regulating Bankers’ Pay,” 98 *Georgetown Law Journal* 247 (2009).
- Robert C. Clark, “The Soundness of Financial Intermediaries,” 86 *Yale Law Journal* 1 (1976).
- Comptroller of the Currency, *The Director’s Book: The Role of a National Bank Director* (1997).
- _____, *Duties and Responsibilities of Directors* (1998).
- Christoph E. Hauschka Hrsg., *Corporate Compliance* (C.H.Beck, 2007).
- Howell E. Jackson, “The Expanding Obligations of Financial Holding Companies,” 107 *Harvard Law Review* 507 (1994).
- George G. Kaufman, “Bank Failures, Systemic Risk, and Bank Regulation,” 16 *Cato Journal* 17 (1996).
- Hwa-Jin Kim, “Taking International Soft Law Seriously: Its Implications for Global Convergence in Corporate Governance,” 1 *Journal of Korean Law* 1 (2001).
- _____, “Living with the IMF : A New Approach to Corporate Governance and Regulation of Financial Institutions in Korea,” 17 *Berkeley Journal of*

International Law 61 (1999).

James W. Kolari & Benton E. Gup, *Commercial Banking : The Management of Risk* 3rd Ed. (John Wiley & Sons, 2005).

Andrea Lohse, *Unternehmerisches Ermessen* (Mohr Siebeck, 2005).

Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, "Bank Failures, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control," 88 *Columbia Law Review* 1153 (1988).

Robert T. Miller, "The Board's Duty to Monitor Risk after Citigroup," 12 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 1153 (2010).

Henrik-Michael Ringleb *et al.*, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex* (3. Aufl., C.H.Beck, 2008).

Karsten Schmidt & Marcus Lutter Hrsg., *Aktiengesetz Kommentar* (Verlag Dr. OttoSchmidt, 2008).

Steven L. Schwarcz, "Systemic Risk," 97 *Georgetown Law Journal* 193 (2008).

<Abstract>

Corporate Governance of Banks and Bank Director Liability

Hwa-Jin Kim*

The level of director's fiduciary duty owed to the corporation very much depends upon the size and business area of the corporation. The rule can be best understood in terms of the bank director liability. Banks are required to contribute to the stability of the financial markets and to the development of the national economy. This is the reason that the Korean Supreme Court once ruled that bank directors must fulfill their fiduciary duties with utmost (enhanced) care. This Article argues that such fiduciary duties include the duty to properly manage risks. This Article suggests that violating the duty to manage risks bank director can be held liable also to third parties, partners to a joint venture project included, under Article 401 of the Korean Commercial Code. The bank director may breach the fiduciary duty to the bank even when the director acted in the short-term interest of the bank if the act exposed the bank to higher enterprise risk and caused the bank being responsible for the increase of the systemic risk.

This Article argues that Article 401 of the Korean Commercial Code shall be interpreted by the following theory: It is possible that a director has intentionally breached a corporation's contract with a third party rather by considering the interest of the firm. In such a case, whether it should be deemed as the director's neglect of duty towards the corporation is not easy to answer at a glance. That is because it may be viewed as a breach of neither laws and regulations nor the articles of incorporation. Nevertheless, articles of incorporation of any company contain business objectives. A breach of external obligations in bad faith may undermine the company's reputation and credit so as to deal a blow in achieving the company's

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

business objectives while affecting the reliance on the company placed by its interested parties such as its shareholders, officers and employees. From the perspective that a company does not exist solely for the purpose of seeking financial interests of its shareholders, but is a social being that should be sustainable, such an act of a director may cause harm to the company as well as to all of its interested parties even though it is in the interest of shareholders. Moreover, if a director arbitrarily breaches a contract, that can influence the corporate governance of the company, such as issuance of stocks or debentures, and not a general transaction of goods, such breach will ruin the company's credit in the capital market and work unfavorably to the efforts of securing additional funding. Furthermore, it will remain as a bad record in case it is necessary to save the company in emergency situations.

Key words: Corporate Governance, M&A, Risk, Bank, Fiduciary Duty, Director, Liability to Third Parties