

대법원 판례상 경영판단의 원칙에 관한 소고*

권 재 열

(경희대학교 법과대학 부교수)

【 초 록 】

대법원 판례상 경영판단의 원칙은 이사의 선관주의의무를 구체화한 것으로서 그 의무의 내용이나 그 의무의 위반여부에 대한 심사기준으로서 기능한다. 동 원칙의 인정근거는 회사의 업무집행과 관련하여 이사에게 광범위한 재량을 허용하되 이사가 회사경영에 있어서 위험을 수반한 혁신적인 행동을 할 것을 조장하는 데에 있다.

대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 미국법상의 경영판단의 원칙과 동일하거나 유사한 점이 상당수 존재한다. 그러나 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 이사의 경영판단에 대하여 반복시키기 어려운 정도의 추정력을 인정하지 않고 있을 뿐만 아니라 법원의 사후심사를 억제하지 않고 있으므로 미국법상의 경영판단의 원칙과는 그 본질에 있어서는 양상을 전혀 달리 하고 있다. 또한 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 이사가 법령을 위반한 경우에는 미국의 경우보다 보호대상이 되는 범위가 협소하다. 이에 우리 대법원 판례상 경영판단의 원칙은 결과책임의 배제를 위해 그 요건으로서 충분한 정보를 바탕으로 절차에 따라 이사의 독립적이고 합리적인 의사결정과정과 내용을 요구하고 있는 것에 지나지 않으므로 미국의 경영판단의 원칙과는 별개의 독특한 원칙으로 이해하여야 한다.

주제어 : 경영판단의 원칙 / 결과책임 / 사후책임 / 선관주의의무 / 충실의무 / 이사의 법령 위반 / 사법심사

【 차 례 】

I. 서 론

II. 대법원 판례상 경영판단의 원칙의 취지와 내용

1. 개 관
2. 경영판단의 원칙의 인정취지
3. 경영판단의 원칙의 주요체계 및 내용
4. 입증책임
5. 손해배상액의 제한가능
6. 요약 및 정리

III. 대법원 판례상 경영판단의 원칙의 특징: 미국법과의 비교를 통해

1. 미국법상 경영판단의 원칙과의 동일 또는 유사한 점
2. 미국법상 경영판단의 원칙과 구별되는 점

IV. 결 론

I. 서론

주식회사의 이사는 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행에 관해 다종다양한 결정에 참여한다(상법 제393조 제1항). 이사는 그 결정을 함에 있어서 선량한 관리자의 주의를 다하여야 한다(민법 제681조, 상법 제382조 제2항). 그러나 기업에서의 경영판단 자체에 모험과 위험이 수반되는 경우가 허다하다. 그러므로 이사가 회사를 둘러싼 사회·경제환경상 장애의 변화를 완전 또는 정확하게 예측할 것을 기대할 수 없다. 이 때문에 이사의 결정 내지 판단이 결과적으로는 성공하지 못하여 회사가 손해를 입었다고 해서 그러한 결정을 한 이사가 선관주의의무를 위반한 것으로 풀이하야 그 손해에 대한 배상책임을 부담시킨다면 회사의 업무집행에 있어서 이사의 행동을 위축시켜 회사의 발전에 장애를 초래할 수 있다.

따라서 그러한 경우에도 이사의 업무집행에 관계된 경영판단이 그의 업무집행 본연의 취지에 맞게 신중하게 이루어졌고 그 판단의 내용이 부적절하지 않다면 이사에게 선관주의의무 위반의 책임을 묻지 않는 것이 바람직하다. 이에 대법원은 이미 판례상 다른 직업군에서의 주의의무부담자에 대하여 인정되고 있는 사후책임(ex post facto liability) 내지 결과책임(Erfolgshaftung)의 배제원칙을 이사에게 까지 확장하여 적용하고 있다.¹⁾ 더 나아가 대법원은 이러한 결과책임배제의 원칙을 “경영판단의 원칙”으로 명명하면서 일정한 요건하에 주식회사의 이사에게 그의 행위에 대한 사후적 관점에서의 책임부과를 사법적으로 부정하고 있다.²⁾

우리나라에서 경영판단의 원칙은 1990년대 후반기에 처음으로 관련 하급심 판례가 나온 이래 지금까지 수차례의 대법원 판결을 통해 정립되어 가는 과정에 있다.³⁾ 2000년대에 들어와서는 경영판단의 원칙이 비록 상법에 규정되지는 않았지만 이사의 행위준칙으로 명정하려는 움직임도 있었다.⁴⁾ 최근에는 경영판단의 원칙과 관련하여 형법학자들의 관심도 증폭되고 있다.⁵⁾

이사의 경영판단에 대한 결과책임의 배제는 우리나라만의 현상은 아니다. 이는 이사의 경영판단에 대한 주의를 내용상 정도의 차이는 있을지언정 거의 세계적으로 공통된 사항이다.⁶⁾ 이사의 경영판단에 대하여 결과책임을 부인하는 외국의 대표적인 제도로는 우리나라에서 경영판단의 원칙으로 번역되는 미국의 business judgment rule⁷⁾이 있다. 미국의 경영판단의 원칙은 본래 판례에 의하여 형성·발전되어오다가⁸⁾ 최근에는 이를 성문법으로 수용한 州도 생겨나고 있다.⁹⁾

그러나 동일한 용어가 사용된다고 해서 제도의 내용마저 동일한 것은 아니다.¹⁰⁾ 법체계가 매우 유사한 국가의 법제를 연구할 때에도 매우 유의하여야 한다고 하는 판국에¹¹⁾ 미국과는 법체계와 하부적인 법제도가 매우 다른 우리나라에서 사용되는 법률용어가 동일하다고 해서 그 내용과 기능이 반드시 동일한 것은 아니다. 따라서 미국과 우리나라의 경영판단의 원칙을 편견없이 분석하여 그 세부적인 차이를 분명히 밝힐 필요가 있다. 이에 본고에서는 대법원 판례상 경영판단의 원칙의 취지와 내용 등을 살펴 본 후 미국법과의 비교법적 측면에서 우리 경영판단의 원칙의 특징을 살펴보고자 한다. 다만, 미국법상 경영판단의 원칙에 관해서는 이미 상당한 양의 연구가 축적되어 있으므로 이에 대한 자세한 논의는 가급적 피하기로 한다.¹²⁾

II. 대법원 판례상 경영판단의 원칙의 취지와 내용

1. 개관

이사는 통상적 능력과 식견을 가진 전문직의 기업인이며 회사경영의 주체로서 회사의 규모

및 종류, 담당업무의 내용 등에 따라 객관적·합리적으로 인정되는 고도의 신중한 주의로서 의사를 결정하고 업무를 집행하여야 하는 의무를 부담한다.13) 이를 위해서는 경영판단에 관련된 적절하고도 충분한 의견, 보고, 설명 등을 듣거나 받고 자료를 수집하여야 하며, 그 수집된 정보에 입각하여 사실조사와 검토를 행하여 사실관계를 인식하고, 그 인식을 바탕으로 하여 경영판단의 내용을 결정하여야 한다. 만약에 이와 같은 의무를 위반한 경우에는 임무해태로 인한 손해배상책임을 부담한다(상법 제399조).

경영판단의 원칙의 적용여부는 주로 주주가 이사를 상대로 회사를 위하여 그의 책임을 추궁하기 위해 대표소송을 제기한 경우에 문제된다.14) 대법원 판례의 법리에 따르면 이 경우 이사의 행위가 경영판단의 원칙의 기준을 충족한다면 그는 선관주의의무를 이행한 것으로 되어 회사에 대하여 아무런 책임을 부담하지 않는다. 말하자면, 대법원 판례상 경영판단의 원칙은 이사의 경영판단에 대한 폭 넓은 재량권을 인정하고, 이사의 과실에 의한 선관주의 의무위반여부를 결정함에 있어서 경영판단의 특수성을 고려하여야 한다는 뜻을 내포하고 있다. 이 때문에 경영판단의 원칙이 실정법의 체계에서 규정되고 있는 과실책임의 원칙을 수정하는 것으로는 볼 수 없다.

2. 경영판단의 원칙의 인정취지

대법원 판례는 경영판단이 일종의 모험거래(Risikogescht)적인 성격을 가지고 있으므로 단순히 결과가 처음에 의도한 것과 달리 나왔다는 사실만으로 이사의 주의의무 해태를 인정할 수 없다는 입장을 취하고 있다.15) 이처럼 대법원이 선관주의의무를 준수한 이사의 행위에 대해서는 결과책임을 부정하는 등의 방법으로 경영판단의 원칙을 인정하는 주된 이유는 이사에게 회사의 업무집행과 관련하여 광범위한 재량권 부여를 전제로 하면서도 이사가 회사경영에 있어서 위험이 따르더라도 혁신적인 행동을 할 것을 고무시키자는 데 있다.16) 요컨대, 이사가 경영상의 판단을 잘못하였다고 해서 무조건적으로 그 임무를 해태한 것으로 되지는 않는다. 이에는 종국적으로 이사의 경영판단의 실패로 인한 위험은 이사를 선임하여 회사경영을 위임한 주주가 인수하여야 한다는 의미가 반영되어 있다.

3. 경영판단의 원칙의 주요체계 및 내용

(1) 법령위반시 적용배제

1) 적용배제의 의의

이사의 행위가 법령에 위반한 경우에는 그 행위 자체가 회사에 대한 채무불이행이 된다. 상법 제399조 제1항의 법령위반은 임무해태를 추정가능하게 하는 전형적인 경우이다.17) 이에 대법원은 그로 인하여 회사에 손해가 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없으므로 그러한 법령위반행위에 대해서는 당초부터 경영판단의 원칙의 적용을 배제하는 입장을 취하고 있다.18)

말하자면, 대법원은 법령위반을 임무해태, 즉 선관주의의무의 위반으로부터 근원적으로 차별화하여 법령위반의 요건은 나름대로의 독자적인 성격을 가지는 것으로 보고 있다.19) 다만, 여기서 “특별한 사정이 없는 한”이라는 조건을 달고 있는 것은 경영판단의 원칙을 적용받을 수 있는 경우는 아닐지라도 기타의 책임감경사유에 의한 책임감경이 가능하다는 것을 염두에 둔 것으로 보인다.20)

2) “법령”의 의미

이사의 임무해태가 추정될 법령위반행위에서의 법령의 범위를 제한하지 않는다면 이사의 책임이 부당하게 넓게 인정될 위험이 있다. 이에 대법원은 상법 제399조 제1항에서의 “법령”이라 함은 “일반적인 의미에서의 법령, 즉 법률과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총

리령, 부령 등”을 의미하고,21) 구체적으로는 “이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정”을 뜻하는 것으로 실시하고 있다.22) 그리하여 예컨대, 상법상 자기주식의 취득금지규정(제341조, 제622조, 제625조 제2호)을 비롯하여23) 뇌물공여를 금지하는 형법규정과24) 구 보험업법상 보험계약자 또는 피보험업자에 대한 특별이익의 제공 금지규정은 그 위반에 대하여 경영판단의 원칙의 적용이 배제되는 법령에 해당한다.25) 이와는 달리 종합금융회사 업무운용지침,26) 외화자금거래취급요령, 외국환업무·외국환 은행 신설 및 대외환거래계약체결 인가공문, 외국환관리규정, 종합금융회사 내부의 심사관리규정 등은 상법 제399조 제1항의 법령에 포함되지 않는다. 그러므로 설령 이사가 이들 규정을 위반하더라도 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 있어 그 결과 선량한 관리자의 주의의무위반으로 인한 임무해태가 인정되지 않을 수도 있다.27)

(2) 선관주의의무의 요소로서의 지위

1) 선관주의의무와의 관계

상법상 이사의 선관주의의무의 이행여부를 판단함에 있어서는 어떤 유형의 이사를 그 의무의 주체로 할 것인지를 비롯하여 주의를 기울여야 하는 대상과 그 방법 등이 적법 내지 적절하여야 한지를 가늠하여야 한다. 이와 관련하여 대법원은 일관되게 통상의 이사 내지 통상의 기업인을 기준으로 삼아 이사가 선관주의의무를 다하였는지의 여부를 판단하고 있다.28)

대법원 판결에 따르면 통상의 이사가 경영판단을 “그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 …… 한 것이라면 그 의사결정과정(밀줄-필자)에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것”으로 보고 있다.29) 이 판결을 언뜻 살펴본다면 법원은 의사결정과정의 합리성이면 그 결정의 내용도 합리적일 개연성이 높다는 점을 고려하여, 경영판단의 전제가 된 사실의 인식이나 의사결정과정만을 심사하고 경영판단의 내용에 관해서는 심사하지 않겠다는 것으로 읽힌다.30)

그러나 대법원은 다른 판결에서는 “통상의 합리적인 금융기관의 임원이 그 당시의 상황에서 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 직무를 수행하였고 그 의사결정과정 및 내용(밀줄-필자)이 현저하게 불합리하지 않다면, 그 임원의 행위는 경영판단의 허용되는 재량범위 내에 있다고” 판시하고 있어, 기존의 기준을 충족함은 물론이고 의사결정의 내용까지 합리적이어야 한다.31) 이처럼 대법원 판례상의 판시사항이 변경된 이유는 필요한 정보를 수집하고 충분히 검토·고려하여 의사결정을 하였다고 하더라도 그 의사결정의 내용이 반드시 합리적일 것이라고는 보장할 수 없다는 점을 고려한 까닭으로 보인다.32) 이상과 같은 이사의 경영판단에 대한 사법심사의 기준은 행정법상 재량행위의 사법심사에 관한 대법원 판례의 태도와 일맥상통하는 부분이 있다.33) 즉, 대법원은 이사의 경영판단을 그 요건중심으로 심사한 결과 재량권이 일탈 또는 남용되지 않았으면 주의의무위반이 없다는 입장이다. 어쨌든 대법원은 이사의 선관주의의무위반 여부를 판단함에 있어서 경영판단의 원칙의 요건을 충분히 감안하여야 한다는 것을 제시하고 있는데, 이는 결국 경영판단의 원칙이 이사의 선관주의의무의 하나의 요소이자 그 의무를 구체화한 것으로 풀이하여야 한다.34) 따라서 경영판단의 원칙을 이사의 선관주의의무위반으로 인한 책임을 감면하기 위한 제도로 풀이하는 것은 곤란하다.35)

2) 경영판단의 원칙의 적용요건

대법원은 경영판단을 심사함에 있어서 경영판단에 대한 준비의 영역과 판단의 영역을 구별하고 있다. 먼저 준비(preparedness)의 영역에서는 일반적인 주의의무의 요건과 큰 차이가 없다. 대법원 판례상 경영판단의 원칙에서 “그 상황에서” 내지 “그 당시의 상황에서”라는 요건에는 이사의 경영판단을 사후의 안목(hindsight)에서 비난할 수 없다는 취지(36)와 이사의 선관주의의무위반을 판단함에 있어서 대상 회사의 경영판단환경의 개별성을 고려한 상황적합성을 인정하여야 한다는 뜻이 포함되어 있다. 또한 합당한 정보와 적합한 절차의 요건도 충족하여야 한다. 이렇게 융통성을 보장한 요건들은 선관주의의무의 내용을 일률적으로 단정하기 어렵다는 것을 전제로 하고 있다. 그리하여 개별적인 사안이 처한 구체적인 상황에서 합리적으로 요구되는 정보와 이사회 결의 등 적절한 절차를 감안하여야만 당해 거래의 통념에 상응하게 기울여야 할 주의의 정도(degree)를 가늠할 수 있다.³⁷⁾ 따라서 “관계회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서 ... 단순히 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대하에 일반적으로 (밀줄-필자) 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다”³⁸⁾라는 대법원의 판결은 지극히 타당하다.

그 다음으로 판단의 영역에서는 그러한 경영판단이 회사를 위한 최선의 선택이라는 것을 확신할 수 있어야 한다는 기준과 의사결정과정 및 내용이 현저하게 불합리하지 않아야 한다는 기준이 제시되어 있다. 이를 나누어서 살펴보면 첫째, “회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라”의 요건은 회사와 이사간의 이해충돌이 있어서는 안된다는 취지를 바탕으로 그러한 이해충돌의 회피는 선관주의의무의 준수에 직접적으로 연관되어 있다는 의미가 반영되어 있다.³⁹⁾ 따라서 이해관계있는 이사의 의사결정에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.

둘째, 의사결정과정 및 내용이 현저하게 불합리하지 않아야 한다는 기준은 이사가 경영판단을 함에 있어서 광범위한 재량권을 가진다는 것을 의미한다. 대법원은 금융기관의 이사의 경우 그가 대출에 관련하여 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 “그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야” 한다고 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 이는 회사기회의 성공여부가 불투명한 상황에서도 이사는 매우 다종다양한 사항들을 종합적으로 고려하여 판단하여야만 주의의무위반을 이행한 것으로 된다는 것을 뜻한다.⁴¹⁾

(3) 사법심사⁴²⁾의 존재

대법원은 문제가 된 이사의 행위에 대하여 결과책임을 물리자는 입장을 취하지는 않지만 그래도 경영판단에 이르게 된 과정이나 판단내용까지 심사한 후에서야 경영판단의 원칙의 적용여부를 판단한다.⁴³⁾ 말하자면, 사법부는 이사의 문제된 행위가 일단 법령에 위반된다고 판단한 경우에는 경영판단의 원칙의 적용을 배제하지만, 그 나머지 경우에는 이사의 경영판단의 절차, 의사결정과정 및 내용을 따져서 그 행위가 경영판단의 재량범위내에 속하는지의 여부를 심사한다. 물론 이와 같은 심사를 함에 있어서 법원은 경영판단의 내용보다는 절차적인 측면에 좀 더 비중을 두고 있는 것으로 보인다.

이상과 같이 이사의 경영판단도 사법심사의 대상으로 하고 있는 것은 의사와 같은 다른 전문직업인의 행위에 대해서도 사법심사를 하고 있는 현실이 반영된 것으로 미루어 짐작한다. 만약에 의사의 의료행위에 대하여는 사법심사를 하면서도 이사의 경영판단에 대해 사법

심사를 배제한다면, 이는 마치 이사에게 일종의 특권을 부여하는 것과 차이가 없다는 점이 고려되었을 것으로 생각한다.

4. 입증책임

이사의 손해배상책임을 주장하는 자는 이사가 법령이나 정관에 위반한 사실 또는 선량한 관리자로서의 주의의무에 위반하는 등 그 임무해태의 사실 및 손해의 발생사실, 임무해태와 손해의 인과관계 등을 구체적으로 주장·입증하여야 한다.44) 이사가 손해배상책임을 면하기 위해서는 자신에게 귀책사유가 없음을 주장·입증하여야 한다.45)

5. 손해배상액의 제한가능

대법원 판례는 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체계의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다”고 판시하고 있다.46)

원칙적으로 이사는 주의의무위반과 상당한 인과관계가 있는 모든 손해에 대하여 손해배상책임을 부담하여야 한다(민법 제393조 제1항). 그럼에도 불구하고 이와 같이 이사의 손해배상액을 제한가능하게 한 것은 인간의 오류가능성(fallibility)을 감안하여 이사의 모험적인 경영판단에 대한 결과책임을 제한하려는 취지도 일부 반영되어 있는 것으로 보인다.47) 이 경우 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율의 결정은 사실심의 전권사항이다.48)

6. 요약 및 정리

상법은 이사의 주의의무에 대해 위임관계에서의 수입자의 주의의무에 관한 민법의 규정을 준용한다고만 규정하고 있어 이사의 주의의무위반여부가 어떻게 심사·판단되는지에 대해서는 명확하지 않은 형편이었다. 말하자면, 단순히 이사가 선량한 관리자의 주의로 회사의 업무를 집행하여야 한다는 규범은 너무 막연한 감이 있었다. 그러나 대법원 판례상 경영판단의 원칙은 주의의무의 내용이나 주의의무위반여부의 심사에 필요한 좀 더 명백한 기준을 제공하고 있다.

위에서 소개한 대법원의 경영판단의 원칙을 간단히 요약하면 첫째, 결과책임을 배제함으로써 의사결정상의 위험에 대한 이사의 태도를 변화시킨다. 즉, 경영판단의 원칙은 이사로 하여금 결과적으로 성공과 실패의 가능성이 공존하는 의사결정과 업무집행을 행하도록 하는 유인을 부여한다. 둘째, 이사가 충분한 정보를 취득하고 합리적인 근거에 기인하여 경영판단을 행하고 법령위반이 없는 경우에 한하여 경영판단의 원칙상 기준을 충족한다. 대법원 판례상 경영판단의 원칙을 그림으로 나타내면 다음과 같다.

Ⅲ. 대법원 판례상 경영판단의 원칙의 특징: 미국법과의 비교를 통해

1. 미국법상 경영판단의 원칙과의 동일 또는 유사한 점

대법원 판례상 경영판단의 원칙에 의하면 이사는 고도의 신중성에 의한 주의로서 신뢰할 수 있는 충분한 정보에 입각하여 조사와 검토를 수행하여 합리적으로 사실인식을 하고, 의사결정절차를 밟으며, 또한 그 절차를 통해 도출한 합리적인 내용으로 경영판단을 하여야 한다. 이사의 경영판단으로 인해 그의 주의의무위반여부가 문제되는 경우 법원은 이사의 경영판단에 대한 재량권을 존중하면서도 의사결정의 과정과 내용에 대해서는 실질적인 심사를 한다. 이러한 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 미국의 경영판단의 원칙과 비교할 때 동일하거

나 상당히 유사한 점들이 존재한다.49) 그 예를 들어 보면 첫째, 우리나라와 미국이 경영판단의 원칙을 인정하는 기본적인 배경에는 회사경영에는 항상 모험과 그것에 수반되는 일정한 위험이 존재하기 때문에 이사의 위험회피(risk-averse)적 유인을 방지하는 것이 오히려 주주에게 이익이 된다는 공통된 인식이 있다.50)

둘째, 대법원 판례는 이사의 경영판단에서 허용되는 재량권의 일탈 또는 남용의 여부를 통상의 이사를 기준으로 하는데, 이는 미국에서 불법행위법의 영향으로 전통적으로 적용되고 있는 이사의 주의의무위반의 기준인과 동일하다.51)

셋째, 우리 대법원은 이사의 법령위반행위에 대해서는 경영판단의 원칙의 적용이 배제되는 한편 재량권의 일탈이 있는 경우는 경영판단의 원칙의 요건을 갖추지 못하여 주의의무위반으로 된다. 미국의 경우에도 이사가 직접 법령을 위반한 경우52)와 회사가 법령을 위반한 경우53)에 이사의 고의 또는 중과실이 있다면 경영판단의 원칙이 적용되지 않아 이사의 의무위반이 성립한다. 미국법에서는 이사의 재량권남용행위가 문제시되는 경우가 희소하긴 하지만54) 어쨌든 그러한 행위에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는 것은 분명하다.55) 또한 우리나라와 미국에서 이사가 충분한 정보에 기하여 회사의 최선의 이익을 위한 내린 의사결정인 경우에 각각 경영판단의 원칙이 적용된다는 점도 매우 유사하다.56)

넷째, 대법원 판례상 경영판단의 원칙을 이사의 선관주의의무의 하나의 요소로 파악할 수 있다는 점도 미국과 동일하다.57) 이사의 경영판단이 과연 경영판단의 원칙의 보호를 받을 수 있는지의 여부를 가늠함에 있어서 이사가 충분한 정보를 바탕으로 의사결정을 한 것인지를 평가한다는 점도 양국이 동일하다. 미국의 경우에는 이사가 자신의 경영판단을 위한 절차적인 요건을 충족한 후 그것이 회사의 최선의 이익과 합치된다고 상당하게(rationally) 믿은 경우에는 경영판단의 원칙에 의해 보호받는데, 미국법상의 “상당하게”는 우리 대법원 판례상의 “신의성실에 따라” 내지 “현저하게 불합리하지 않다면”에 상응한다.58)

끝으로 대법원은 이사의 손해배상액을 제한할 수 있다는 입장을 취하고 있는데, 미국의 경우에는 입법적으로 손해배상책임의 제한을 명문화하는 경향도 있다.59)

그러나 이상과 같은 동일 내지 유사한 점이 있음에도 불구하고 여전히 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 중요한 부분에 있어서 미국의 경영판단의 원칙과는 구별되고 있다. 이하에서 이를 간단히 살펴보기로 한다.

2. 미국법상 경영판단의 원칙과 구별되는 점

(1) 이사의 경과실이 있는 법령위반의 경우 적용배제

미국법의 경우 고의(knowing and culpable)나 그에 가까운 정도의 중과실에 의한 위법행위에 대해서는 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받을 수 없다.60) 이는 미국에서 이사의 주의의무이행여부를 판단함에 있어서 중과실(gross negligence)기준을 채택하고 있는 것에 기인한다.

우리나라의 경우 상법 제399조의 이사의 회사에 대한 책임은 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임과는 달리 이사의 “악의 또는 중대한 과실”이라는 귀책사유를 명시하지 않고 있어 손해배상의 일반기준인 과실책임의 원칙이 적용될 수밖에 없으며, 게다가 법령을 위반한 행위는 대개 고의·과실이 있을 것이므로 실제로는 이사가 법령을 위반하면 과실이 추정된다.61) 따라서 우리나라의 경우 만약 이사가 경과실에 의하여 법령을 위반하였다면 경영판단의 원칙의 적용이 원천적으로 배제될 수밖에 없다. 물론 이사의 임무해태에 따른 손해배상액의 산정에 있어서 그러한 경과실이 고려될 수 있는 여지는 있지만, 여하간 우리나라의 경우는 미국의 경우보다 경영판단의 원칙이 적용될 수 대상범위가 협소하다.

(2) 입증책임 재분배의 부존재

미국의 경영판단의 원칙은 대개 “경영판단을 함에 있어서, 충분한 정보를 바탕으로 선의로 그리고 회사의 최선의 이익으로 된다는 진실한 믿음속에서 경영상의 판단을 하였을 것이라는 추정(presumption)”으로 정의된다.⁶²⁾ 재량권 남용이 없는 경우 법원은 그 경영판단을 존중한다. 그러한 추정을 번복시키는 데 필요한 사실을 입증할 책임은 원고가 부담한다.⁶³⁾ 미국법상 민사소송에서 추정의 번복을 위해서는 일반적으로 “증거의 우월”(preponderance of the evidence)이라는 입증방법이 적용된다.⁶⁴⁾ 그러나 경영판단의 원칙을 번복하는 데 필요한 증거우월의 기준을 충족하려면 동 기준이 여타의 민사소송에서 요구하는 증거보다 더 높은 강도의 증거를 제출하여야 하므로⁶⁵⁾ 그 입증책임은 원고측에게는 심각한 부담(heavy burden)으로 작용한다.⁶⁶⁾ 다른 비유적인 표현을 빌리자면, 경영판단의 원칙에 따른 추정을 깨트리는 것은 그리스 신화의 주인공이자 가장 힘이 센 헤라클레스 정도는 되어야 가능한 일(near-Herculean task)이다.⁶⁷⁾ 요컨대, 경영판단의 원칙의 본질은 이와 같은 “추정”에 있기 때문에 만약 주주가 이러한 추정을 번복시킬만한 입증을 하지 못한 경우에는 법원은 소송을 종결시키게 되므로 결과적으로 이사는 책임을 면제받게 된다.⁶⁸⁾ 이처럼 미국의 경영판단의 원칙은 상당한 정도로 절차법적인 기능이 강하다는 특징이 있다.

우리나라의 경우 이사의 책임을 추궁하기 위한 주주대표소송에서 원고인 주주가 이사의 주의의무위반을 입증하여야 한다. 이 과정에서 미국법상 경영판단의 원칙에서 인정되고 있는 추정력은 존재하지 않는다. 이에 원고는 통상적인 손해배상소송에서 요구되는 정도의 입증할 책임만을 부담하면 된다. 이사의 주의의무위반은 이사의 과실이 입증된 것을 전제로 하므로 일단 주의의무위반이 성립되었다면 현실적으로 이사가 자신의 무과실을 입증하여 책임을 면하기란 용이하지 않을 것이다.⁶⁹⁾ 이상과 같이 우리 대법원의 판례는 미국법상 경영판단의 원칙의 본질적인 요소인 추정력의 인정에 관해 입장을 달리하고 있으므로 양자는 그 성격이 판이하게 다를 수밖에 없다.⁷⁰⁾

(3) 사법부의 사후심사

미국법상 경영판단의 원칙의 근거로서 법원이 경영상의 판단에 관한 전문적인 경험이나 지식이 부족하여 이사의 경영판단을 사후적인 심사로 대체할 수 없다는 점을 들기도 한다.⁷¹⁾ 즉, 심사능력도 없는 판사에 의하여 경영판단을 사후판단하는 것은 중국에는 투자자의 이익에 반하게 된다는 것이다.⁷²⁾ 예컨대 *Minstar Acquiring Corp. v. AMF Inc.* 사건⁷³⁾에서 법원은 노골적으로 경영판단의 원칙의 성격을 사법자제의 원칙(rule of judicial restraint)으로 규정하고 있다.⁷⁴⁾

이에 반하여 대법원 판례상 경영판단의 원칙에 따르면 법원은 이사의 경영판단상 재량권을 존중하면서도 이사의 주의의무위반여부를 판단하기 위하여 그러한 의사결정까지에 이르는 과정과 실질적인 판단내용까지 심사를 한다.⁷⁵⁾ 물론 우리 대법원의 경영판단의 원칙은 경영판단의 내용보다는 그 절차적인 과정에 대한 심사에 좀 더 많은 비중을 두고 있는 것으로 보이기는 한다. 그러나 어쨌든 간에 대법원 판례상 경영판단의 원칙은 경영판단의 내용까지도 심사의 대상으로 삼고 있다는 점에서 미국의 그것과는 근본적인 시각을 달리하고 있다.

IV. 결 론

대법원 판례상 경영판단의 원칙은 이사의 선관주의의무를 구체화한 것으로서 그 의무의 내용이나 그 의무위반여부에 대한 심사기준으로서 기능한다. 동 원칙의 인정근거는 회사의 업무집행과 관련하여 이사에게 광범위한 재량을 허용하되 이사가 회사경영에 있어서 위험을 수반한 혁신적인 행동을 할 것을 조장하는 데에 있다. 다만, 대법원은 경영판단의 원칙상의

기준을 충족하기 위해서는 이사가 충분한 정보를 취득하고 합리적인 절차를 밟아서 경영판단을 행하되 그 의사결정과정 및 내용에 이사의 법령위반, 충실의무위반 및 중과실이 없어야 한다고 천명하고 있다.

대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 미국법상의 경영판단의 원칙과 동일하거나 유사한 점이 상당수 존재한다. 예컨대, 통상의 이사를 기준으로 중과실유무로 주의의무위반을 판단하고 이사의 법령위반 및 재량권남용에 대해서는 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받지 못한다는 점과 손해배상액의 사후적인 제한이 가능하다는 점 등이 바로 그것이다.

그러나 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 이사의 경영판단에 대하여 번복시키기 어려운 정도의 추정력을 인정하지 않고 있을 뿐만 아니라 법원의 사후심사를 억제하지 않고 있으므로 미국법상의 경영판단의 원칙과는 그 본질에 있어서는 양상을 전혀 달리하고 있다.⁷⁶⁾ 또한 대법원 판례상의 경영판단의 원칙은 이사가 법령을 위반한 경우에는 미국의 경우보다 보호대상이 되는 범위가 협소하다. 이에 우리 대법원 판례상 경영판단의 원칙은 결과책임의 배제를 위해 그 요건으로서 충분한 정보를 바탕으로 절차에 따라 이사의 독립적이고 합리적인 의사결정과정과 내용을 요구하는 것에 지나지 않으므로 미국의 경영판단의 원칙과는 별개의 독특한 원칙으로 이해하는 것이 바람직하다.⁷⁷⁾

꺾 참고문헌

강희주, “주식회사의 이사의 책임에 관한 판례의 법리,” 『증권법연구』, 제8권 제2호(한국증권법학회, 2007).

권기범, 『현대회사법론』, 제2판(삼지원, 2005).

김건식, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단원칙,” 『민사판례연구』, XXVI(박영사, 2004).

김기섭, “법인대표의 경영상의 판단과 업무상 배임죄,” 『판례연구』, 제18집(서울지방변호사회, 2005).

김택주, “경영판단의 원칙의 적용요건(대법원 2005.7.15. 선고 2004다34929 판결),” 『기업법연구』, 제20권 제1호(한국기업법학회, 2006).

민영성, “거증책임과 법률상의 추정,” 『고시연구』, 통권 제366호(고시연구사, 2004).

박찬주, “경영판단과 위험선포적 의사결정,” 『인권과 정의』, 2006년 5월호(대한변호사협회, 2006).

박대현, “차입매수(Leveraged Buyout)에 있어서의 이사의 신인의무,” 『인권과 정의』, Vol.369(대한변호사협회, 2007).

석종현, “경영판단에 대한 사법적 심사의 한계,” 『토지공법연구』, 제15집(한국토지공법학회, 2002).

송인방, “경영판단원칙의 상법에의 도입가부에 관한 검토,” 『기업법연구』, 제5집(한국기업법학회, 2005).

송중준, “경영판단 원칙과 그 수용상의 과제,” 『인권과 정의』, Vol.364(대한변호사협회, 2006).

오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토,” 『기업법연구』, 제20권 제1호(한국기업법학회, 2006).

이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단,” 『형사판례연구』, 13(박영사, 2005).

이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰,” 『BFL』, 제19호(서울대학교 금융법센터, 2006).

이철송, 『회사법강의』, 제15판(박영사, 2008).

이철송, “이사의 책임에 관한 몇 가지 이론,” 『BFL』, 제4호(서울대학교 금융법센터, 2004).

이태종, “제일은행 경영진에 대한 주주대표소송,” 『BFL』, 제2호(서울대학교 금융법센터, 2003).

정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단의 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰,” 『상사법연구』, 제21권 제2호(한국상사법학회, 2002).

정호열·이영철·박임출, 『이사의 손해배상책임과 제한에 관한 연구』, 상장협 연구보고서 2003-1(한국상장회사협의회, 2003).

조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙,” 『형사법연구』, 제19권 제1호(한국형사법학회, 2007).

최문희, 『이사의 손해배상책임의 제한』(경인문화사, 2007).

최준선, 『회사법』, 제3판(삼영사, 2007).

허덕희, “이사의 법령위반행위에 대한 책임,” 『상사법연구』, 제22권 제1호(한국상사법학회, 2003).

홍석범, “경영판단의 원칙의 수용과 그 한계,” 『인권과 정의』, 2006년 12월호(대한변호사협회, 2006).

杉本泰治, 『法律의 翻譯-アメリカ法と日本語の危険な關係-』(勁草書房, 1997).

1 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Restatement and Recommendations (1994).

R. Franklin Balotti & James J. Hanks, Jr., Rejudging the Business Judgment Rule, 48 Business Lawyer 1337(1993).

1 Dennis J. Block, Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors (5th ed. 1998).

Caroline Bradley, Transatlantic Misunderstandings: Corporate Law and Societies, 53 University of Miami Law Review 269(1999).

Stuart R. Cohn, Demise of the Director’s Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule, 62 Texas Law Review 591(1983).

Geoffrey C. Hazard, Jr. & Michele Taruffo, American Civil Procedure (1993).

Kevin D. Hughes, Hostages’ Rights: The Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity, 26 Columbia Journal of Law and Social Problems 555(1993).

Harry G. Hutchison, Presumptive Business Judgment, Substantive Good Faith, Litigation Control: Vindicating the Socioeconomic Meaning of Harhen v. Brown, 26 Journal of Corporation Law 285(2001).

Robert N. Leavall, Corporate Social-Reform, the Business Judgment Rule and Other

Considerations, 20 Georgia Law Review 565(1986)

Henry G. Manne, Our Two Corporation System: Law and Economics, 53 Virginia Law Review 259(1967).

Johneth Chongseo Park & Doo-Ah Lee, The Business Judgment Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform, Journal of Korean Law, Vol. 3, No. 2, at 15(2003).

David Rosenberg, Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule, 32 Journal of Corporation Law 301(2007).

David S. Ruder, Duty of Loyalty A Law Professor's Status Report, 40 Business Lawyer 1383(1985).

D. Gordon Smith, The Shareholder Primacy Norm, 23 Journal of Corporation Law 277(1998).

Fred W. Triem, Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgment Rule, 24 Alaska Law Review 23(2007).

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 9, No. 1, 2008

Some Thoughts on the Business Judgment Rule in the Korean Supreme Court Cases

Jae Yeol Kwon

ABSTRACT

Since late 1990s, the Korean Supreme Court has applied the business judgment rule to cases of which the issue is whether directors breached their duty of care. Korean version of the business judgment rule is mainly designated to avoid putting ex post facto liability upon directors. The primary purpose of the rule is to prevent directors from taking risk-adverse attitudes to corporate decisions in order to stimulate entrepreneurial innovation. The rule functions as a criterion for directors' good performance of the duty of care. Also, it permits directors to enjoy a wide range of discretionary power in making business decisions. However, they should make business judgments on an informed basis.

The rule appeared in the Korean Supreme Court cases is quite different from its U.S. version, in that the Korean Judiciary does not recognize a presumption that directors acted independently with due care and thus second-guesses directors' business decisions, while the U.S. rule is regarded as a presumption of sound business decisions that is very difficult for the plaintiff to overcome. In short, the Korean version of the business judgment rule should be understood as an element

of a sui generis system of a director's duty of care.

Key words : business judgment rule, ex post facto liability, duty of care, duty of loyalty, violation of law

* 한국증권법학회 제137회 정기세미나에서 본고를 바탕으로 한 저자의 발제에 대하여 소중한 토론을 해 주신 최승재 변호사님에게 감사의 말씀을 드립니다.

1) 예컨대, 의사의 진료행위에 대한 결과책임의 배제는 판례법상 확립된 기준이다. 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결; 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결; 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결; 대법원 1996.6.25. 선고 94다13046 판결 참조.

2) 예컨대, 대법원 2002.6.14. 선고 2001다52407 판결 참조.

3) 송중준, “경영판단 원칙과 그 수용상의 과제,” 『인권과 정의』, Vol.364(대한변호사협회, 2006), 18면.

4) 한국증권거래소와 한국상장회사협의회가 주축이 되어 구성된 사외이사제도개선 및 사외이사직무수행기준제정위원회는 2000년 11월 사외이사 직무수행기준을 제정하여 공포하였다. 동 기준의 §6.6에서는 “이사는 합리적인 판단에 의거한 결정과 직무수행에 관해서는 사후적인 결과에 대하여 책임을 지지 아니 한다”는 식으로 경영판단의 원칙을 명시적으로 규정하고 있다.

5) 예컨대, 김기섭, “법인대표의 경영상의 판단과 업무상 배임죄,” 『판례연구』, 제18집(서울지방변호사회, 2005); 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단,” 『형사판례연구』, 13(박영사, 2005); 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙,” 『형사법연구』, 제19권 제1호(한국형사법학회, 2007) 등이 있다.

6) 권기범, 『현대회사법론』, 제2판(삼지원, 2005), 654-657면; 김건식, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단원칙,” 『민사판례연구』 X XVI(박영사, 2004), 419면.

7) 미국법률협회(American Law Institute: ALI)의 “회사지배구조의 원칙-분석과 권고”(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)는 “경영판단 원칙의 기본적인 정책기반은 회사법은 위험부담, 기술혁신 및 그 외의 창조적인 기업가 활동을 고무시키기 위하여 충분한 정보를 바탕으로 한 경영판단(사후의 결과가 판단의 옳고 그름의 증명여하와는 상관없이)을 장려하고 동시에 광범위한 보호를 부여하여야 한다는 점에 있다”고 서술하고 있다. 1 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Restatement and Recommendations, Introductory Note to Part IV at 135(1994)[이하 저자를 “ALI”로 인용함].

8) 미국법상 경영판단의 원칙은 1829년의 Percy v. Millaudon 사건에서 처음 등장한 이래 지금까지 계속하여 수정과 발전을 거듭하고 있다. 8 Mart.(n.s.) 68(La.1829). 이 사건에서 루이지애나 주대법원은 이사는 선의의 실수(honest mistake)에 대해서는 책임을 부담하지 않는다고 실시한 바 있다. Id., at 77-78; D. Gordon Smith, The Shareholder Primacy Norm, 23 Journal of Corporation Law 277, 309(1998).

9) 미국에서 경영판단의 원칙을 성문법으로 규정한 대표적인 州로서는 캘리포니아가 있다(California Corporations Code §7231(c)). 물론 알래스카 처럼 동 원칙의 성문법화에 동조하지 않는 州도 역시 존재한다. Fred W. Triem, Judicial Schizophrenia in Corporate

Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgment Rule, 24 Alaska Law Review 23, 26(2007).

10) 일본에서도 이러한 현상을 비판하는 문헌이 있다. 杉本泰治, 『法律의 翻譯—アメリカ法と日本語の危険な關係—』(勁草書房, 1997), 2-3, 140頁 참조.

11) Caroline Bradley, Transatlantic Misunderstandings: Corporate Law and Societies, 53 University of Miami Law Review 269, 270(1999).

12) 미국법상의 경영판단의 원칙에 관한 대표적인 논의로서는 정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단의 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰,” 『상사법연구』, 제21권 제2호(한국상사법학회, 2002)가 있다.

13) 이철송, 『회사법강의』, 제15판(박영사, 2008), 594면.

14) 홍석범, 앞의 논문, 33-34면. 대법원 판결 중에는 제3자에 대한 이사의 손해배상책임과 관련하여 경영판단의 원칙을 적용한 것으로 읽힐 수 있는 것도 있으나(대법원 2002.10.2. 선고 2001다78942 판결), 이를 일반화하기가 어렵다는 점에서 논의에서 제외한다. 정호열·이영철·박임출, 『이사의 손해배상책임과 제한에 관한 연구』 상장협 연구보고서 2003-1(한국상장회사협의회, 2003), 78면 참조.

15) 대법원은 이사의 경영판단이 문제된 초기의 사건에서 “대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라(밀줄-필자), 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없는 것”으로 판시하고 있다(대법원 1996.12.23. 선고 96다30465, 30472 판결). 같은 취지의 판결은 2008년 3월 현재 상당한 정도로 축적되어 있다. 예컨대, 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결에서 “금융기관인 주식회사의 이사가 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 할지라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 대표이사 또는 이사의 판단이 선관주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없음”을 밝히고 있다. 이밖에도 대법원 2002.6.14. 선고 2001다52407 판결; 대법원 2002.11.22. 선고 2001다16265 판결; 대법원 2003.4.11. 선고 2002다61378 판결; 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2004.8.20. 선고 2004다19524 판결; 대법원 2005.1.14. 선고 2004다8951 판결; 대법원 2005.1.14. 선고 2004다34349 판결; 대법원 2005.5.27. 선고 2004다8128 판결; 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결 등이 있다.

16) 대법원은 “주식회사의 이사는 회사를 둘러싼 복잡하고 유동적인 여러 상황 아래에서 그 임무를 수행하기 위하여 전문적인 지식과 경험에 기초하여 여러 가지 사정들을 고려하여 경영상의 판단을 하여야 하고, 이와 같은 이사의 경영상 판단에는 그 성질상 폭넓은 재량이 인정되어야 하는 것이므로, 이사의 어떠한 판단이 결과적으로 회사에 대하여 손해를 초래하였다고 하더라도 그것만으로 곧바로 이사에게 선관주의의무 위반이 있었다고 단정할 수는 없는 것이고, 이사에 의한 직무수행이나 경영판단의 특수성을 충분히 배려하고 가혹한 책임의 위협에 의하여 회사경영을 부당하게 위축시키지 않도록 하는 한편 이사가 적당한 견제를 받도록 하여 이사에게 경영자로서의 합리적인 재량을 확보할 수 있도록 구체적인 사안에서 회사의 규모, 사업내용, 문제가 된 거래나 사업계획의 내용과 필요성, 당해 이사의 지식경험과 담당업무, 당해 사업계획 등에 관여한 정도 그밖에 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하

여 이사에게 선관주의의무 위반이 있는지 여부를 개별적·구체적으로 판단하여야 한다”고 실시하고 있다(대법원 2005.5.27. 선고 2004다8128 판결). 이사의 배임죄와 관련하여 이와 동일한 취지를 판시한 판결도 있다. 예컨대, 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결 참조. 하급심 판례 중에는 오래전부터 이와 같은 취지로 판시한 것이 상당수 존재하고 있다. 예컨대, “회사의 이사가 정관 소정의 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단할 재량권을 가지고 있고, 또한 기업의 경영은 다소의 모험과 이에 수반되는 위험성이 필수적으로 수반되는 것이므로, 이사가 업무를 집행함에 있어 기업인으로서 요구되는 합리적인 선택 범위 내에서 판단하고 성실히 업무를 집행하면, 그의 행동이 결과적으로 회사에 손해를 입게 하였다고 할지라도 이사에게 주의의무를 위반하였다고 해서 책임을 물을 수는 없는 것이다”(서울지법 1998.7.24. 선고 97가합39907 판결). 이밖에도 대구지법 2000.5.30. 선고 99가합13533 판결; 서울고법 2002.11.14. 선고 2001나59417 판결; 제주지법 2003.2.27. 선고 2002가합225 판결 등이 있다.

17) “경영판단의 원칙,” 『인권과 정의』, 2006년 12월호(대한변호사협회, 2006), 45면(장상균 발언부분).

18) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651, 41668 판결; 대법원 2007.12.13. 선고 2007다60080 판결.

19) “경영판단의 원칙,” 『인권과 정의』, 2006년 12월호(대한변호사협회, 2006), 45면(장상균 발언부분).

20) 이철송, 앞의 책, 616면 주 2).

21) 대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651, 41668 판결.

22) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2007.9.20. 선고 2007다25865 판결. 대법원이 구체적으로 경영판단의 원칙을 제시하기 이전의 시점에서부터 상법 제399조 제1항에서의 “법령”의 범위와 관련하여 다양한 견해가 제시되었다. 예컨대, “법령”을 회사나 주주의 이익을 보호하거나 공공질서에 관계된 법령으로 한정하자는 견해가 제시된 바 있다. 송인방, “경영판단원칙의 상법에의 도입가부에 관한 검토,” 『기업법연구』, 제5집(한국기업법학회, 2005), 388면. 이에 관한 자세한 사항은 허덕희, “이사의 법령위반행위에 대한 책임,” 『상사법연구』, 제22권 제1호(한국상사법학회, 2003), 378면 참조.

23) 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33609 판결; 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33685 판결.

24) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결.

25) 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결.

26) 대법원 2004.9.24. 선고 2004다3796 판결; 대법원 2005.1.14. 선고 2004다34349 판결.

27) 대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651, 41668 판결.

28) 예컨대, 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결.

29) 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결. 대법원은 의사의 주의의무와 관련하여 “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다”고 판시하고 있다(대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결). 대법원 판례상경영판단의 원칙은 의사의 진료행위에 있

어서의 선택적 재량을 인정하는 것과 그 표현상 유사한 점이 있다.

30) 이는 경영판단의 원칙을 “경영상의 결점에 대해서 일정한 절차적 요건을 갖출 경우에 법원이 그 내용에 대해서 판단하지 않는다는 것을 의미한다”고 정의하는 입장과 매우 유사하다. 김택주, “경영판단의 원칙의 적용요건 (대법원 2005.7.15. 선고 2004다34929 판결),” 『기업법연구』, 제20권 제1호(한국기업법학회, 2006), 62면.

31) 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33685 판결. 이는 경영판단을 과정과 내용으로 나누어 과정의 면에서는 합리적인 정도의 정보수집, 조사, 검토 등의 여부를 따지고 내용면에서는 이사로서의 통상의 능력과 식견을 갖는 자를 기준으로 그 판단이 합리적이었는지의 여부를 분별하자는 입장과 일부 유사한 측면이 있다. 송인방, 앞의 논문, 392면.

32) 이와 유사한 취지의 평가는 김건식, 앞의 논문, 427-428면에서도 찾아 볼 수 있다.

33) 재량행위 내지 자유재량행위는 “행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다”(대법원 2001.2.9. 선고 98두17593 판결).

34) 구회근, 앞의 논문, 135면; 김건식, 앞의 논문, 427면; 홍석범, “경영판단의 원칙의 수용과 그 한계,” 『인권과 정의』, 2006년 12월호(대한변호사협회, 2006), 40면.

35) 대법원은 경영판단의 원칙과 관련된 몇몇 사건에서 “이사가 임무를 수행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무위반으로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에도(밀줄-필자), 통상의 합리적인 금융기관의 임원이 그 당시의 상황에서 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 직무를 수행하였고 그 의사결정과정 및 내용이 현저하게 불합리하지 않다면, 그 임원의 행위는 경영판단의 허용되는 재량범위 내에 있다고 할 것이나, ...이사가 법령에 위반한 행위에 대하여는 원칙적으로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다고 할 것이다”라고 판시하고 있다(대법원 2007.7.26. 선고 2006다33685 판결). 이와 유사하게 판시한 판례로는 예컨대, 대법원 2005.7.15. 선고 2004다34929 판결; 대법원 2005.10. 28. 선고 2003다69638 판결 등이 있다. 이들 대법원 판례의 주요내용을 도식화하면 다음과 같다.

이 때문에 경영판단의 원칙은 이사가 선관주의의무위반을 한 경우에 적용될 수 있다는 것을 전제로 한다고 풀이하거나 “경영판단에 본질적이지 아니하는 주의의무나 충실의무의 위반이 있더라도 그러한 의무위반은 손해배상책임의 근거가 될 수 없음을 시사한 것”이라는 견해가 있다. 강희주, “주식회사의 이사의 책임에 관한 판례의 법리,” 『증권법연구』, 제8권 제2호(한국증권법학회, 2007), 400면; 박찬주, “경영판단과 위험선포적 의사결정,” 『인권과 정의』, 2006년 5월호(대한변호사협회, 2006), 130, 153면. 그러나 대법원은 하나의 판결문에서 위의 같은 내용으로 설시를 하면서도 동시에 경영판단의 원칙을 선관주의의무의 요소로 서술한 경우(예컨대, 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결)도 있는데, 이러한 일관성의 결여는 대법원이 경영판단의 원칙을 제대로 파악하지 못한 탓에 기인하는 것으로 보여진다. 하여간 이미 사법심사를 통해 선관주의의무위반을 확인한 이후에 다시 경영판단의 원칙으로 심사하여 손해배상책임의 면제여부를 결정하는 것은 적어도 사법경제(judicial economy)의 측면에서 비효율적 것은 분명하므로 위의 대법원 판례들을 수긍하기 어렵다.

36) 오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토,” 『기업법연구』, 제20권 제1호(한국기업법학회, 2006), 31면.

- 37) 이태중, “제일은행 경영진에 대한 주주대표소송,” 『BFL』, 제2호(서울대학교 금융법센터, 2003), 108면.
- 38) 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결.
- 39) 김건식, 앞의 논문, 427면.
- 40) 대법원 2006.7.6. 선고 2004다8272 판결.
- 41) 김건식, 앞의 논문, 415면; 박찬주, 앞의 논문, 153면 참조.
- 42) 여기서 굳이 “사법심사”라고 표현한 것은 미국에서 이사의 경영판단에 대한 법원의 사후판단의 배제는 마치 통치행위(political question)가 사법심사(judicial review)의 대상으로부터 배제된다는 사실에 비견할 수 있다는 점에 근거한다. Kevin D. Hughes, Hostages’ Rights: The Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity, 26 Columbia Journal of Law and Social Problems 555, 568 n.75(1993). 참고로 국내에서 경영판단에 대한 법원의 사후판단을 사법심사라는 용어로 표현한 문헌으로 석종현, “경영판단에 대한 사법적 심사의 한계,” 『토지공법연구』, 제15집(한국토지공법학회, 2002) 등이 있다.
- 43) 구회근, 앞의 논문, 135면.
- 44) 대법원 2005.1.14. 선고 2004다34349 판결 참조.
- 45) 대법원 1996.12.23. 선고 96다30465,30472 판결; 대법원 2004.8.20. 선고 2004다19524 판결.
- 46) 대법원 2004.12.10. 선고 2002다60467, 60474 판결; 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2007.10.11. 선고 2007다34746 판결.
- 47) 박찬주, 앞의 논문, 135면; 이철송, “이사의 책임에 관한 몇 가지 이론,” 『BFL』, 제4호(서울대학교 금융법센터, 2004), 92면.
- 48) 대법원 2007.11.30. 선고 2006다19603 판결.
- 49) 참고로 ALI의 “회사지배구조의 원칙-분석과 권고” §4.01의 이사와 임원의 주의의무와 경영판단의 원칙을 살펴보면 다음과 같다. §4.01(a)는 “이사나 임원은 회사에 대하여 성실하게, 회사의 최선의 이익에 합치하는 것으로 합리적으로 믿는 방법으로, 또한 통상의 신중한 자가 동일한 지위나 유사한 상황에서 합리적으로 기대되는 주의를 취하여 이사 또는 임원의 직무를 수행하는 의무를 부담한다”라고 규정하고 있다. 한편 §4.01(c)에 따르면 성실하게 경영판단을 한 이사나 임원은 경영판단의 대상에 대하여 이해관계가 없고, 경영판단의 대상과 관련하여 그 상황에서 적절하다고 합리적으로(reasonably) 믿을 정도로 충분한 정보를 가지고 있어야 하며, 그 경영판단이 회사의 최선의 이익과 합치된다고 상당하게(rationally) 믿을 수 있는 경우 경영판단의 원칙이 적용되어 이사의 주의의무를 이행한 것으로 된다. 이처럼 미국에서 이사의 행위가 동 원칙에 의하여 보호를 받기 위해서는 경영상의 결정(business decision)이 있어야 하며; 이해관계가 없고(disinterestedness) 독립적이어야 하며(independence); 상당한 주의(due care)로서; 선의(good faith)이 되; 재량권 남용이 없어야 한다(no abuse of discretion). 1 Dennis J. Block, Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors, 39(5th ed. 1998).
- 50) Air Line Pilots Association v. UAL Corp., 717 F.Supp. 575, 582(N.D. Ill. 1989).
- 51) 미국의 경우 일찍이 뉴욕 주법원은 Hun v. Cary 사건에서 이사는 통상의 신중한 자(ordinarily prudent person)가 자기의 개인적 업무를 수행함에 있어서 사용하는 정도의 주

의를 가지고 의무를 이행하여야 한다고 판시하였다(82 N.Y. 65(1880)). 통상의 이사(ordinary director)를 주의의무의 부담주체의 기준으로 언급한 판결로는 *Speer v. Dighton Grain, Inc.*, 229 Kan. 272, 624 P.2d 952(1981) 등이 있다.

52) *Abrams v. Allen*, 297 N.Y. 52, 74 N.E.2d 305(1947).

53) *Miller v. American Telephone & Telegraph Co.*, 507 F.2d 759(3d Cir. 1974).

54) 1 Block, *Barton & Radin*, supra note 49, at 84. 이러한 경우가 최소한 것은 실제로는 매우 심각한 정도의 재량권남용행위에 대해서만 경영판단의 원칙이 적용되지 않기 때문이다. *Warsaw v. Calhoun*, 221 A.2d 487, 492-493(Del. 1966); David Rosenberg, *Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule*, 32 *Journal of Corporation Law* 301, 304(2007).

55) *Cramer v. General Tel. & Elecs. Corp.*, 582 F.2d 259, 275(3d Cir. 1978).

56) 김택주, 앞의 논문, 62면.

57) *Moran v. Household International*, 490 A.2d 1059, 1074(Del. Ch.), aff'd 500 A.2d 1346(Del. 1983); Stuart R. Cohn, *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule*, 62 *Texas Law Review* 591, 603(1983). 더 나아가 경영판단의 원칙을 미국법상 이사의 주의의무의 일부로 보는 견해도 있다. 이에 관하여 David S. Ruder, *Duty of Loyalty A Law Professor's Status Report*, 40 *Business Lawyer* 1383, 1385(1985) 참조바람.

58) 이와 같은 미국법상 상당성의 요건을 충족시키지 못하는 경영판단의 예로서는 확실한 설명이 불가능한 결정이나 무모한(reckless)행동 등을 들 수 있다. 1 ALI, supra note 7, at 179~181.

59) 최문희, 『이사의 손해배상책임의 제한』(경인문화사, 2007), 165-196면.

60) *Di Tomasso v. Loverro*, 250 App.Div. 206, 209, 293 N.Y.S. 912, 916-917(1937); Harry G. Hutchison, *Presumptive Business Judgment, Substantive Good Faith, Litigation Control: Vindicating the Socioeconomic Meaning of Harhen v. Brown*, 26 *Journal of Corporation Law* 285, 337(2001).

61) 이철송, 앞의 책, 611면; 최준선, 『회사법』, 제3판(삼영사, 2007), 477면.

62) *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812(Del.1984).

63) Id.

64) 영미법상 민사소송과 형사소송에서의 증명의 정도를 도표로 나타내면 다음과 같다.

65) R. Franklin Balotti & James J. Hanks, Jr., *Rejudging the Business Judgment Rule*, 48 *Business Lawyer* 1337, 1348(1993); Johneth Chongseo Park & Doo-Ah Lee, *The Business Judgment Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform*, *Journal of Korean Law*, Vol. 3, No. 2, at 15, 31(2003).

66) *Lewis v. S.L. & E., Inc.*, 629 F.2d 764, 768(2d Cir. 1980).

67) *In re Tower Air, Inc.*, 416 F.3d 229, 238(3d Cir. 2005). 이 판결은 미국법에서 경영판단의 원칙에 의한 추정을 원고 주주가 번복시키는 방법에 관하여 자세히 실시하고 있다.

68) 박태현, “차입매수(Leveraged Buyout)에 있어서의 이사의 신인의무,” 『인권과 정의』, Vol.369(대한변호사협회, 2007), 221면.

- 69) 김건식, 앞의 논문, 418면.
- 70) 이철송, 앞의 책, 614면; 최준선, 앞의 책, 505면. 한편, “경영판단의 법칙과 관련하여 “추정”을 논의하는 것은 배심제도가 존재하지 아니하는 우리나라에서는 의미가 없다”는 견해가 있다. 박찬주, 앞의 논문, 146면. 그러나 이 견해는 수용하기 곤란하다. 왜냐하면 미국 회사법의 어머니같은 법원(the Mother Court of corporate law)으로 인정되고 있는 델라웨어 주법원은 보통법(common law)과 대비되는 형평법(equity)사건을 다루는 형평법법원(Court of Chancery)을 설치·운영하고 있으며, 동 법원에서는 배심제 없이 회사관련 사건을 처리하고 있기 때문이다. 이처럼 배심제는 보통법상의 제도에 지나지 않는다. Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc., 908 F.2d 1338, 1343(7th Cir. 1990); Geoffrey C. Hazard, Jr. & Michele Taruffo, American Civil Procedure 128(1993).
- 71) Mills v. Esmark, 544 F.Supp. 1275, 1282 n.3(N.D. Ill. 1982); Robert N. Leavall, Corporate Social-Reform, the Business Judgment Rule and Other Considerations, 20 Georgia Law Review 565, 603(1986); Henry G. Manne, Our Two Corporation System: Law and Economics, 53 Virginia Law Review 259, 270(1967).
- 72) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959, 967(Del.Ch. 1996).
- 73) 621 F.Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1985).
- 74) Id. at 1259.
- 75) 구회근, 앞의 논문, 135면.
- 76) 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰,” 『BFL』, 제19호(서울대학교 금융법센터, 2006), 51면.
- 77) 이철송, 앞의 책, 615면.