

대출자책임(Lender Liability)

—미국과 영국을 중심으로

심 영

(영남대학교 법과대학)

【초 록】

금융기관의 자산운용방안으로 가장 중요한 하나의 수단이 대출이다. 대출에는 항상 신용위험이 존재하여 금융기관은 신용위험을 감소시키기 위한 여러 가지 장치를 하게 된다. 이는 대출의 심사에서부터 담보권의 설정 및 기한이익의 상실, 대출금의 회수과정에서 차입자의 채무불이행시 손실을 최소화하고자 하는 것이다. 우리나라 금융기관의 경우에는 대출계약과 관련하여 차입자의 손해에 대한 책임에 대하여 실질적인 관심이 덜하여 왔다. 미국과 영국에서는 대출계약과 관련하여 대출자책임을 이미 인정하고 있으며, 특히 경제적 불황의 시기에 많은 대출자책임에 대한 소송에서 법원은 이를 더욱 인정하는 경향이 보인다. 뿐만 아니라 미국에서는 대출자에게 더욱 무거운 책임을 부과하는 경향까지 나타나고 있다. 우리나라의 경우에도 현재까지는 대출자책임에 대한 많은 사례는 발견할 수 없으나, 금융 자유화와 경쟁의 심화로 금융기관이 과거에 하지 않았던 행태의 대출을 하고 있으며 경제불황 등으로 인하여 특히 가계대출에 대한 부실이 쌓이고 있어 차입자가 대출자책임을 물을 가능성이 더욱 커져가고 있다.

대출자책임에 있어서 중요한 또 하나의 분야는 환경오염에 대한 책임이다. 현재 세계적인 추세는 환경오염에 대하여 그 오염유발자에 대한 무과실책임을 부과하는 것은 물론 환경오염시설에 대해 일정한 관련이 있는 자에게까지 책임을 부담시키는 경향을 가지고 있다. 이러한 환경오염에 대한 책임의 주요 입법과 그에 따른 구체적인 판결의 중요한 예가 미국의 CERCLA이며 또한 영국에서도 이와 비슷한 환경법을 구비하고 있다. 우리나라의 경우에도 환경오염에 대한 몇 가지 중요한 법률이 있고 그 중 토양환경보전법은 미국의 CERCLA의 영향을 받은 것으로 평가된다. 따라서 이러한 법률상 대출자의 책임에 대한 논의가 필요하고 그에 따른 금융기관의 대응이 필요하다고 할 것이다.

본 연구에서는 대출자책임 중에서 대출계약과 관련한 미국의 판례와 영국의 판례를 중심으로 살펴보고, 우리나라에서의 판례상의 동향을 살펴본다. 다음으로는 환경오염과 관련한 미국의 CERCLA상의 대출자의 책임을 분석하고 영국의 환경법상의 대출자의 책임을 분석한다. 그 후 우리나라의 중요한 환경관련법상 대출자책임을 소개하고자 한다.

주제어: 대출자책임(lender liability) / 성실의무(duty of good faith) / 대출계약 / CERCLA / 환경법

【차 례】

I. 서 론

II. 대출계약에 따른 책임

1. 미국에서의 성실의무위반으로 인한 대출자책임
2. 미국에서의 불법행위로 인한 대출자책임
3. 미국 판례법상 대출자책임에 대한 비판

4. 영국에서의 대출계약관련 대출자책임

5. 우리나라에서의 계약에 따른 대출자책임

III. 환경법상 대출자책임

1. 미국의 CERCLA의 내용

2. CERCLA에서의 대출자책임

3. 영국에서의 대출자의 환경관련 책임

4. 우리나라에서의 환경오염에 관한 대출자책임

IV. 결 론

십 영

(영남대학교 법과대학)

I. 서 론

금융기관은 자산의 운용방법으로 자금을 대출하게 된다. 은행의 경우에는 대출은 고유업무인 동시에 중요한 자산운용방법이다. 상호저축은행과 같은 은행 이외의 예금수취기관의 경우에도 대출이 중요한 자산운용방법인 것은 은행과 같다. 이 이외의 금융기관에서도 자산운용의 방법으로 대출이 이용되고 있다. 일반적으로 금융기관의 대출에 관한 관심은 차입자가 약정한 이자와 원금을 약정시기에 상환할 것인가이다. 따라서 금융기관은 대출에 대한 위험으로 차입자가 대출을 상환하지 못할 수 있다는 신용위험에 중심을 두게 된다. 이러한 이유로 금융기관은 신용위험을 감소 또는 통제하기 위하여 대출의 심사부터 대출이 상환되기까지 여러 가지의 장치를 마련한다. 그리고 차입자의 채무불이행이 예견되면 가능한 한 채무불이행을 막기 위한 여러 노력도 할 것이다. 그러나 신용위험이 구체화되어 차입자가 채무를 불이행하게 되면 금융기관은 원금과 약정했던 이자에서 담보권의 처분 등으로 회수할 수 있는 금액의 차액만큼은 손실을 입게 된다.

대출자의 손해범위는 원칙적으로 회수하지 못한 대출금의 원리금부분으로 한정될 것이다. 그러나 대출에 있어서 금융기관이 고려하여야 할 문제점은 신용위험뿐만 아니라, 금융기관에 대하여 일정한 경우 차입자가 손해배상청구를 할 수 있음은 미국과 영국에서는 이미 일반화되어 있다. 나아가 일정한 경우에는 법령에 의하여 대출자가 자신이 행한 대출에 기한 책임을 부담할 수도 있다. 이러한 책임을 대출자책임이라 칭할 수 있는데, 우리나라에서는 아직은 일반화되어 있지는 않다. 따라서 대출자책임에 대한 구체적인 사례가 많이 발생한 미국과 영국의 경우를 고찰하여 우리나라에 주는 시사점을 찾아보고자 한다.

미국과 영국에서 대출자책임(Lender liability)의 범위는 여러 법적 이론에 근거한 책임 모두를 포함하는 것으로 무척 넓게 해석될 수 있다. 이러한 광범위한 대출자책임의 범위를 좁게 해석한다면, 대출 및 대출의 종료와 관련한 책임, 채무자의 work-out이나 파산에 관련한 책임, 법령에 의한 책임(특히 환경입법에 의한 책임) 등을 포함시킬 수 있다. 본 연구에서는 이 중에서 대출자의 책임과 관련하여 가장 기본이 되는 대출계약에 관련한 책임과 현재 우리나라뿐만 아니라 세계 각국에서 많은 관심이 집중되고 있는 환경입법과 관련한 대출자의 책임을 중심으로 살피고자 한다. 계약과 관련한 대출자책임의 경우에는 미국과 영국에

서는 주로 판례에 의하여 형성되었는데, 미국의 경우에는 거의 모든 대출자책임에 관한 사건의 판례가 보고 되지만, 영국의 경우에는 대출자책임에 관한 사건이 항소심에 가는 경우가 많지 않아 판례로서 발표되는 경우가 많지 않다. 따라서 본 연구에서도 대출계약에 대한 대출자의 책임부분은 미국의 판례가 중심이 될 것이다.

II. 대출계약에 따른 책임

1. 미국에서의 성실의무위반(breach of duty of good faith and fair dealing)으로 인한 대출자책임

대출자의 성실의무위반은 대출자책임의 원인으로 미국에서 가장 많이 주장되고 있다. 이러한 성실의무위반은 대출신청단계에서부터 대출의 만기전 상환요구(기한이익의 상실; accelerating), 담보물의 처분(foreclosing on the collateral) 사이에 언제든지 발생할 수 있다. 이러한 성실의무에 대해서는 그 근거로는 보통법상¹⁾ 그리고 제정법상²⁾ 인정되고 있다. 다음에서는 미국에서 성실의무위반을 이유로 판례상 인정된 대출자책임을 유형별로 나누어 각 유형별로 대출자책임을 인정한 대표적 판례를 정리하고자 한다.

(1) 대출심사에서의 성실의무위반

일반적으로 차입을 하고자 하는 자가 대출자에 대하여 대출신청을 하면 대출자는 그 대출신청에 대하여 심사를 하고, 심사결과 대출여부와 대출을 실행할 때에는 대출액 및 이자율과 그 밖의 조건을 결정하고 이를 중심으로 차입자와 대출계약을 체결하게 된다. 그러나 미국의 판례는 이와 같이 대출심사과정에서도 대출자는 성실의무를 부담할 수 있다고 보며 다음의 Jacques v. First Nat. Bank of Maryland³⁾ 판결에서는 일정한 요건을 갖추는 경우에는 대출심사과정에서 이미 계약이 성립되었음을 인정하고 있다.

Jacques부부는 집 매수계약을 하고 계약금 \$10,000을 지불하였다. 계약은 Jacques부부의 대출을 조건으로 체결되었으나, 그 내용이 조악하여 Jacques부부는 대출을 받지 못한다 하여도 계약을 이행하여야 하는 것으로 생각하였다. Jacques부부는 매수계약서 사본과 함께 장기대출신청서를 제출하였다. 은행은 이에 대출심사를 위한 수수료와 현행 이자율을 알리고 이 이자율은 대출서류접수일로부터 90일간 유효함을 통지하였다. 은행은 위 대출서류의 접수증을 교부하면서 접수증이 대출의 승인을 뜻하는 것은 아니라는 문언을 접수증에 포함시켰다.⁴⁾ 대출심사과정에서 은행직원은 Jacques부부의 소득경력, 부채관계, 소득액수의 산정에서 실수를 하였다. 그 결과 은행은 신청금액보다 적은 금액으로 대출승인을 하였으며, Jacques부부는 계약을 이행하기 위하여 다른 은행에 대출신청을 하였고 피고은행에 비하여 약 2.5배에 해당하는 대출액을 약속받았다. 그러나 이미 이자율이 많이 상승하여 대출에 대한 이자율이 높게 되었다. 따라서 Jacques부부는 더 높은 이율로 개인적인 단기의 대출을 받아야 했다.⁵⁾ Jacques부부는 은행이 대출심사과정에서 과실(negligence)이 있음을 주장하였다. 피고은행은 원고와의 사이에 계약이 체결되지 않았으므로 피고은행은 원고에 대하여 과실로 인한 법적 책임이 없음을 주장하였다.⁶⁾ 그러나 법원은 피고은행이 대출심사 수수료를 받았음과 90일간의 대출이자율 약속을 이유로 피고은행의 주장을 받아들이지 않았다.⁷⁾ 따라서 법원은 피고은행과 원고 사이에 계약이 성립되었고 피고은행은 원고에 대하여 대출심사과정에서 상당한 주의의무(reasonable care)를 다하여야 한다고 판단하였다.⁸⁾

(2) 부실대출에 대한 책임

대출심사와 관련하여 많은 부분이 대출을 승인하지 않거나 위 사례와 같이 신청금액보다 적은 대출승인을 한 경우 대출자책임을 묻고 있으나 대출심사의 잘못으로 위험한 사업에 대한 대출자의 부실대출에 대한 책임을 주장하기도 한다.

Wagner v. Benson⁹)사건에서는 원고는 축산업에 투자하기 위하여 피고은행에 대출을 신청하였고, 대출이 승인되었다. 그러나 소고기 값의 폭락으로 인하여 원고는 파산을 하였다. 원고는 피고은행이 계약내용상 원고의 사업에 영향을 미치며 통제할 수 있으므로, 피고은행에 대하여 대출자로서 축산업이 위험한 사업이고 대출자가 경험이 없음을 알았음에도 불구하고 대출을 승인한 것에 과실이 있음을 주장하였다.¹⁰) 법원은 피고은행이 원고의 대출신청을 승인함에 있어 원고에 대한 주의의무(duty of care)가 없으므로 대출자책임을 인정하지 않았다.¹¹) 법원은 과실로 인한 대출자책임은 대출자가 일반적인 금전 대출자의 활동영역을 넘어서 대출대상사업에 “적극적 참여”(actively participates)의 경우에만 발생하는 것으로 판단하였다. 그러나 대출에 대한 담보의 이익을 보호하기 위하여 대출자가 대상사업에 대한 보통의 감독권한을 가지는 것은 적극적 참여라 할 수 없다고 법원은 판시하고 있다.¹²) 본 사안에서는 결론적으로는 대출자책임이 인정되지는 않았으나 법원의 견해에 따르면 대출자가 차입자의 사업에 적극적으로 참여하는 경우에는 대출승인을 함에 있어서 차입자의 위험을 알릴 의무가 있음을 밝히고 있다.

(3) 대출계약체결 협상시 성실의무

대출자가 대출신청을 승인한 후 체결할 대출계약의 기본내용이 담긴 대출의향서(commitment letter)를 교부하였다면, 대출계약을 체결할 의사로 이를 교부한 것이므로 대출자는 성실히 대출계약의 내용을 협의할 의무를 부담하는 것으로 본다.

999 v. C.I.T. Corp.¹³)사건에서는 원고회사는 다른 회사를 인수하기 위한 자금을 마련하고자 피고회사에 대출을 신청하였다. 피고회사는 대출조건이 적힌 편지를 원고회사에 보내면서 지역매출담당자(regional sales manager)가 손으로 “proposed financing”이라 적어서 보냈다. 편지에는 원고회사에 대하여 대출신청서와 25,000달러의 예금을 요구하였다. 원고회사는 25,000달러를 입금하였다. 대출계약의 협상단계에서 피고회사는 종전의 편지에는 없었던 기한전 상환에 대한 위약금 조건을 제시하였고 원고회사가 이를 거절하여 대출계약이 성립되지 않았다. 원고회사는 그 결과 다른 회사를 인수할 수 없었고 피고회사에 대하여 대출자책임을 묻게 되었다. 법원은 피고회사가 원고회사에 보낸 편지로 인하여 대출계약체결을 성실히 할 의무를 부담하는 것으로 인정하여 피고회사의 대출자책임을 인정하였다.

(4) 대출약정 위반

KMC Co., Inc. v. Irving Trust Company¹⁴)사건에서는 원고회사와 피고회사는 최고 350만달러를 한도로 하는 대출약정(한도거래계약)을 체결하였다. 대출자인 피고회사는 원고회사에 대한 대출을 담보하기 위한 방안으로 원고회사의 매출채권 및 재고품에 대하여 담보권을 설정하고, 원고회사의 물품판매대금입금을 피고회사만이 인출할 수 있는 계좌에 하도록 하였다. 이에 따라 피고회사는 대출약정한도 내에서 매출채권 및 재고품의 가치에 대한 일정비율에 해당하는 금액에 대하여는 대출을 실행하기로 약정하였다. 원고회사와 피고회사의 약정에 따르면 대출약정한도 내의 대출은 피고회사의 재량에 달려 있으며, 대출계약은 일람출급의 증서(demand note)에 의한 대출계약을 하였다. 그 후 피고회사는 원고회사의 80만달러의 추가대출신청을 하였다. 추가대출을 하게 되면 대출약정한도에 거의 도달하는 액수였다. 증거에 따르면 원고회사의 임원과 피고회사의 대출담당자 사이에 개인적인 마찰이 있었다. 피고회사는 아무런 사전통지 없이 원고회사의 추가대출신청을 거절하였다. 그러나 원고회사를 양수하기 원하는 회사로부터 원고회사에 대한 평가의 시간이 필요하다는 연락을 받고 피고회사는 대출상환을 며칠 미루는 것이 아무런 해가 되지 않음을 알고서도 여전히 대출을 거부하였다. 사후 후 피고회사는 원고회사에 70만달러를 대출하는 데 동의하였으나

원고회사는 파산하게 되었다.15) 원고회사는 피고회사에 대하여 대출자책임을 물어 소송을 제기하였다. 법원은 피고회사의 성실의무위반을 이유로 대출자책임을 인정하였다.16) UCC 상 일람출급증서에 대한 기한이익을 상실시켜 채무의 이행을 청구하는 경우에는 UCC 제 1-203조의 성실의무의 적용을 받지 않는다는 일반적 해석17)과는 달리 법원은 대출계약에 명시적인 사전통지의무조항이 없었음에도 불구하고 원고회사와 피고회사의 약정에는 UCC 상의 묵시적 성실의무를 포함하고 있다고 판단하였다.18) 즉, 피고회사는 원고회사의 대출 신청에 대하여 이를 거절하기 위해서는 사전통지가 필요하다고 보았다. 사전통지에 따라 차입자가 다른 곳으로부터 차입을 할 기회를 주어야 한다는 것이다.19) 또한 법원은 대출거절의 여부는 객관적인 기준(objective standards)에 따라 결정하여야 한다고 판단하였다. 즉, 본 사건에서는 분별 있는 은행원(any reasonable banker)이라면 원고은행은 충분한 담보를 가지고 있다고 판단할 것이라고 보았다.20)

2. 미국에서의 불법행위로 인한 대출자책임

일반적으로 대출계약과 관련해서는 성실의무위반을 원인으로 계약불이행으로 인한 손해배상 책임을 묻는 것이지만 때로는 이를 이유로 하여 불법행위책임을 묻기도 한다. 이러한 불법행위책임을 근거로는 과실(negligence), 사기(fraud), 허위진술(misrepresentation), 강박(duress), 부당간섭(interference) 등이 이유가 될 수 있다.

State National Bank of El Paso v. Farah Manufacturing Co.21)사건에서는 4개의 대출기관(3개의 은행과 보험회사)이 Farah Manufacturing Co(FMC)에게 대출계약을 변경하는 방안으로 2,200만달러를 대출하면서 대출계약에 은행의 이익에 반하는 경영진의 변경이 있는 경우 대출자는 대출상환을 요구할 수 있는 경영자교체조항(management change clause)을 신설하였다. 이 경영자교체조항의 신설 목적은 FMC의 종전 최고경영자(CEO)인 Farah를 경영에서 배제시키고자 하는 것이었다. 그 내용은 FMC가 경영자를 교체하는 것이 대출자의 이익에 반하는 것으로 2개 은행 이상이 판단하는 경우에는 그 경영자 교체는 채무불이행으로 되어 은행은 기한의 이익을 상실시켜 대출금의 반환을 요구할 수 있도록 하였다.22)

Farah가 다시 경영에 참여하기를 원했으나 은행은 FMC의 이사회에 대하여 Farah가 CEO가 될 경우 계약에 따라 기한의 이익을 상실시켜 조기상환을 요구할 것이며 그렇게 되면 회사는 파산할 것이라고 알렸다(이는 추후 사실이 아님이 밝혀졌다). 대신에 FMC의 이사회가 대출자인 은행의 이사로 있는 자를 CEO로 선임하도록 하였다. 뿐만 아니라 대출자는 FMC의 이사회에서 적극적인 활동을 하면서 대출의 조기상환을 암시함으로써 대출자가 원하는 자를 이사로 선임하도록 하였다. 새로이 이사가 된 자의 대부분이 대출자의 주주이거나 거래상대방이었다. FMC의 경영이 계속 나빠지므로 대출자는 컨설팅회사와 경매회사를 선임하여 FMC의 자산 일부를 경매에 붙여 대출금을 상환하도록 하였다. 최종적으로 Farah는 CEO로 취임하게 되고 회사의 경영을 개선시켰다.

그 후 FMC는 대출자에 대하여 사기(fraud), 강박(duress) 및 부당간섭(interference)으로 인한 책임을 묻게 된다.

(1) 사기(Fraud)

사기는 ① 중요한 진술이 있었고, ② 진술이 거짓일 것, ③ 진술인이 거짓임을 알았거나 중과실로 인하여 알지 못한 경우, ④ 상대방에 의하여 행위될 목적을 가지고, ⑤ 상대방이 신뢰하여, ⑥ 손해를 입은 경우 인정된다.23) Restatement (Second) of Torts 제527조는 하나의 진술이 두 가지로 해석될 수 있다고 진술인이 안 경우, 잘못된 뜻으로 해석하도록 목적하거나, 그 진술이 어떻게 해석될 것인가에 대하여 어떠한 믿음이나 기대도 없거나, 그

진술이 어떻게 해석될 것인가에 대하여 전혀 무관심(reckless indifference)한 경우 사기에 해당한다고 규정하고 있다.²⁴⁾

FMC사건에서도 Farah가 CEO로 재취임하고자 할 때 Farah의 재취임으로 인하여 경영자교체조항에 따른 채무불이행의 성립에 관하여 대출자간의 합의가 없는 상태에서 이사회에 대하여 경영자교체조항에 따라 채무불이행을 선언하고 채무를 조기상환할 것을 요구할 것이라고 이사회에 표명한 것에 대하여, 법원은 대출자가 거짓의 중요한 진술을 하였고, 대출자가 목적인 바대로 Farah와 다른 이사가 이에 따라 행위한 것으로 인정하였다. 즉, 대출자의 행위는 실행할 목적이었으나 그 후에 실행하지 아니한 것이 아니라 처음부터 실행할 의사가 없이 의도적으로 허위진술함으로써 차입자에게 손해를 끼친 경우에는 배상할 책임이 있다고 인정한 것이다.²⁵⁾

(2) 강박(Duress)

대출자책임과 관련하여 ‘경제적 강제’(Economic coercion, business coercion)는 일반적으로 강박에 해당하게 된다. 경제적 강박이란 강제적으로 파산, 신용등급의 하락 또는 사업이익의 손실을 감수하지 않으려고 원치 않은 행위를 하도록 한 경우 성립된다.²⁶⁾ 기한의 이익 상실조항과 같이 차입자가 채무이행을 할 수 없거나 채무이행을 하지 않을 것이라고 대출자가 믿는 경우 대출자는 채무액 전액에 대한 이행을 청구할 수 있음을 대출계약의 내용으로 할 수 있다. 이러한 내용을 가진 조항을 규정하면서 대출자에게 유리하도록 그 내용이 광범위하게 해석될 수 있도록 할 수 있다.

이러한 경우라 하더라도 대출자가 위 조항을 근거로 대출의 조기상환을 요구하는 경우, 법원은 대출자가 타당하고 성실한 믿음(reasonable and good-faith belief)을 가지고 조기상환을 요구하였는가를 판단한다.²⁷⁾ FMC사건에서도 법원은 대출계약상의 경영자교체조항에 따라 Farah가 CEO로 선임된다면 은행 등이 이를 이유로 적법하게 대출불이행을 선언하고 기한이익을 상실시킬 수 있으나, 대출자는 Farah 이외의 다른 자를 CEO로 선임하도록 강제함으로써(그렇지 않으면 경영자교체조항에 의거 회사를 파산시키겠다고 하여) 강박에 의하여 계약에 없는 새로운 의무를 FMC에 부과한 것이라 판단하였다.²⁸⁾

(3) 부당간섭(interference)

경영에 대한 부당간섭은 의도적으로 계약관계에 간섭하여 계약이행을 하지 못하도록 하는 것이다.²⁹⁾ FMC사건에서 법원은 대출자가 차입자의 경영에 부당한 간섭을 하였는가를 판단하면서 대출자는 자신의 법적 권리를 행사하거나 정당한 이익을 보호하기 위하여 행위할 수 있으나, 이러한 행위가 정당한 방법(fair play)으로 이루어졌는가를 판단하여야 한다고 하였다.³⁰⁾ 법원은 증거에 의하여 대출자가 FMC의 경영관계, 이사 및 임원의 선임 및 권리 보호에 부당한 간섭을 하였다고 판단하였다.

FMC는 자신의 사업이 적임의 이사와 임원에 의하여 회사에 대한 충실의무를 다하는 자를 통하여 영위할 권리가 있음에도 불구하고, 대출자는 자신이 원하는 자가 이사 및 임원으로 선임되도록 관여하였고, 이들의 경영판단의 미숙 및 경험의 부족과 회사에 대한 충성심의 부족으로 인하여 회사에 대해 손해를 입었다고 판단되었다. 즉, 대출자의 간섭은 의도적이었으며 정당성을 가지지 못했다는 것이다.³¹⁾

3. 미국 판례법상 대출자책임에 대한 비판

미국에서 대출계약과 관련하여 성실의무위반 또는 불법행위를 이유로 하여 대출자책임을 인정하는 것이 일반적이거나 이에 대한 비판이 전혀 없는 것은 아니다. 다음에서는 대출자책임에 대한 비판적인 이론을 소개하고 그에 따라 미국 판례상 대출자책임에 관한 중요한 판례

인 KMC사건과 FMC사건의 판결에 대한 비판을 살펴본다. 이는 미국의 판례와 같이 대출자의 책임을 폭넓게 인정할 것인가, 아니면 대출자책임범위에 대한 비판을 분석하여 대출자책임을 인정하는 경우에도 일정한 범위로 제한할 것인가에 대한 판단근거가 될 수 있다.

(1) 대출자책임에 대한 비판의 이론적 배경

모든 대출자는 대출에 대하여 신용위험에 직면하고 있다. 신용위험이란 채무자로부터 원금과 이자를 지급받지 못할 위험을 말한다. 이러한 신용위험은 모든 대출자에게 공통적으로 발생하기 때문에 신용위험을 감소하기 위한 방안으로 대출자는 위험관리시스템을 마련하게 된다. 이 중 가장 중요한 것은 위험의 평가부분이다.

대출신청자의 신용위험을 평가함에 있어서는 대출신청자의 과거의 신용, 현재의 재정상태 및 미래의 현금흐름 등 여러 가지를 고려할 것이다. 이러한 대출신청자에 관련한 여러 가지 객관적인 사항에 대한 고려 이외에 위험평가의 대상으로 하여야 하는 것은 대출 후 발생할 수 있는 외부적인 사건이다. 외부의 사건이란 원자재가격의 폭등과 같은 급격한 시장의 변화나 급격한 환율의 변화 등을 예로 들 수 있다. 이러한 외부적 사건은 채무불이행의 여부와 채무불이행시 대출금회수의 가능성 정도에 영향을 미치기 때문이다.

대출자가 신용위험을 평가하면서 반드시 고려하여야 할 또 하나의 중요한 사항은 대출 후의 차입자의 행위에 관한 것이다. 대출이 실행된 이후에 생긴 여러 가지 유인(incentive)으로 인하여 차입자는 대출자의 이익에 반하여 행위를 할 수 있다.³²⁾ 이러한 차입자의 대출자이익에 반하는 행위의 유형으로는 차입자가 주식회사인 경우 이익배당 등의 형태로 자산을 유출(asset withdrawal)시킴으로써 차입자의 담보를 감소시키거나, 과도한 위험에 투자를 하여(risky investment policy) 투자결과 많은 이익을 남기면 차입자의 이익이 되나 실패의 경우에는 대출자의 손실로 이어지는 경우, 더 많은 대출을 받거나 선순위대출을 받음으로써 현재 대출자의 대출가치를 감소(claim dilution)시키는 경우, 차입자가 유망한 부문에 대한 투자를 하지 않음으로써(저투자정책; underinvestment) 대출자의 상황에 대한 기대가능성을 감소시키는 등의 경우가 있다.³³⁾ 차입자의 위와 같은 행위는 결과적으로 채무불이행을 가져올 가능성을 높이며 채무불이행에 따른 대출자의 대출금회수가능성 정도를 낮추게 된다. 따라서 대출자는 이러한 위험을 항상 인식하고 이에 대한 평가를 하게 된다.

대출자는 자신이 마련한 대출심사기준에 따라 위험정도를 평가하여 과도한 신용위험을 가진 자에게는 대출을 거절할 것이고, 대출자가 용인할 정도의 신용위험을 가진 자에 대하여 대출을 할 것이다. 그러나 대출에 대한 신용위험이 전혀 없을 수는 없으므로 그 위험의 정도에 따라 여러 가지 장치를 하게 된다. 그 중 가장 보편적인 방법은 신용위험이 증가할수록 대출의 이자율을 높이는 방안이다.³⁴⁾ 대출 이후의 차입자의 대출자이익에 반하는 행위에 대한 위험에 대하여, 장래의 차입자가 이러한 행위를 할 가능성이 아주 높은 경우 대출자는 대출을 거절할 것이며, 대출을 결정할 경우라도 그 가능성이 높을수록 이에 대한 반대의 급부로 높은 이자율을 요구하게 될 것이다. 그러나 높은 이자율이 위험을 감소 또는 해소시키지는 못할 것이다. 왜냐하면 이자율은 차입자의 미래 행위를 기준으로 하고 있기는 하나 사실상 차입자의 과거 행위를 가지고 결정하는 것이므로 대출이 실행된 이후의 차입자의 행위를 구속하지는 못하기 때문이다. 따라서 대출자의 입장에서는 대출금회수가능성을 높일 수 있는 다른 장치를 원하게 된다. 이러한 장치로서는 감시장치와 구속장치가 있다. 감시장치로서는 정기적 또는 비정기적인 재정정보를 차입자가 대출자에게 제출하는 것이 하나의 예가 될 것이다. 구속장치로서는 인적·물적 담보의 설정이나 일정한 경우 대출과 관련하여 여러 가지 종류의 약정(covenant)을 설정하는 것이다.³⁵⁾ 차입자의 입장에서는 위와 같은 감

시장치와 구속장치를 수락하는 것이 일반적이다. 왜냐하면 대출자가 원하는 감시장치와 구속장치로 인하여 대출자에게는 그만큼 신용위험이 줄어들고 채무불이행의 경우에도 대출금 회수가 가능성이 높아져 차입자의 입장에서는 이러한 감시장치와 구속장치로 인하여 감시장치나 구속장치가 없었을 경우보다 유리한 조건(예: 낮은 이자율)으로 차입을 할 수 있기 때문이다.

감시장치 및 구속장치는 대출자에게는 신용위험의 감소와 대출금회수가 가능성의 증가라는 유익한 기능을, 차입자에게는 차입비용의 감소를 가져오나 문제점을 야기할 가능성을 가지고 있다. 그 중 가장 중요한 것은 감시장치와 구속장치를 이용한 대출자의 기회주의적 행위이다. 기회주의적 행위란 대출자가 기존의 대출계약보다 더 유리한 내용으로 대출계약을 변경하고 싶은 경우와 같이 차입자의 비용으로 자기의 이익을 도모하고자 하는 경우이다.

이러한 대출자의 기회주의적 행위의 가능성은 채무불이행으로 인한 손해배상의 가능성, 자신에 대한 평판(reputation)의 감소 가능성 및 차입자가 다른 대출자와 대출계약을 맺을 가능성 등으로 인하여 계약을 받기는 하나 대출자의 기회주의적 행위 가능성은 항상 존재한다.³⁶⁾ 따라서 대출계약과 관련한 감시장치 및 구속장치는 대출자의 입장에서는 신용위험을 감소시키는 하나의 장치이고 차입자의 입장에서는 이를 통하여 자신에게 유리한 조건으로 대출계약을 체결하는 것인 반면에 대출자가 감시장치 및 구속장치를 통하여 기회주의적 행위를 함으로써 차입자에게 불리한 결과를 가져올 수 있는 양면성을 가지고 있다. 이는 특히 차입자에게 유리한 조건을 부여하기 위해서 강력한 감시장치 및 구속장치를 두는 경우(예: 대출자의 임의적 판단으로 채무불이행을 선언하게 하는 조건 등)에 이와 비례하여 대출자에 대하여는 기회주의적 행위를 할 수 있는 가능성을 더욱 더 많이 부여하게 된다. 대출계약과 관련한 감시장치 및 구속장치에 관해서는 구체적인 사안에 따라 달리 결정하여야 할 것이다. 대부분의 경우 차입자의 부적절한 행위를 방지하기 위한 구속장치의 효용(이익)이 차입자의 기회주의적 행위 가능성으로 인한 비용보다 많다고 할 것이다.³⁷⁾

(2) 성실의무원칙에 대한 비판

대출자책임의 인정여부는 대출자가 당사자간의 계약의 내용에 따라 권리를 행사하였는가의 여부에 따라야 한다. 이것은 결국 계약내용의 해석에 따라야 한다는 것이다. 계약의 내용을 해석하여 당사자간의 권리·의무관계를 확정하기 위해서 그 계약 자체를 넘어 다른 근거를 이용하여야 하는지에 대해서는 의문이 있다. 특히 미국에서는 대출자의 책임을 신의성실의 원칙을 근거로 하는 경우가 많기 때문이다.

미국에서 성실의무의 근거는 보통법상 그리고 제정법상 인정되고 있다.³⁸⁾ 대출자의 책임과 관련하여 보통법상 인정되는 성실의무의 근거로서 가장 중요한 것은 Restatement (Second) of Contract 제205조의 성실의무이고, 제정법상 인정되는 성실의무의 근거로서 가장 중요한 것은 UCC 제1-203조를 모범으로 하는 각 주의 제정법이다. 문제는 보통법상 인정되는 성실의무와 제정법상 인정되는 성실의무의 내용을 명확히하여야만 대출자로서는 자신의 책임범위를 명확히 알고 이에 따라 행위할 수 있을 것이지만, UCC 제1-203조와 Restatement (Second) of Contracts 제205조에서 규정하고 있는 성실의무의 내용이 무엇을 뜻하는가에 대해서는 그 견해가 나뉘어 있다.³⁹⁾

제1설은 성실의무란 고의적인 부정직한 행위를 금지하기 위한 개념으로 이해한다.⁴⁰⁾ 이는 성실의무의 범위를 아주 좁게 해석하여 사실상 사기에 해당하는 정도까지에 이르는 위반행위를 성실의무위반으로 보게 된다. 제2설은 성실의무의 범위를 폭넓게 해석하여 성실의무는 공정성을 이루기 위한 목적을 가지고 있다고 본다. 이 견해에 따르면 성실의무의 정확

한 내용을 정하기는 더욱 불가능해져서 실제적으로는 독단적인 해석이 가능한 결과를 가져 오게 된다. 제3설은 제1설과 제2설의 절충적인 입장으로 성실의무란 기회주의적 행위의 금지를 뜻하는 것으로 해석한다.⁴¹⁾ 이 견해에 따르면 대출자는 계약내용에 따른 이익을 향유할 수는 있으나 본래 계약상 인정되지 않는 이익을 얻기 위한 구실로 계약의 조건을 이용할 수 없도록 하는 것이다. 예를 들어 계약상 차입자의 채무불이행가능성이 증가하는 경우 기한이익을 상실시키는 조항이 있는 경우, 대출자는 이러한 조항을 이용하여 사실상 채무불이행가능성이 증가하지 않았음에도 불구하고 차입자에게 강요하여 이자율을 높이는 것과 같은 행위는 할 수 없다. 이러한 절충적인 해석론도 사실상 무엇이 기회주의적 행위인지 여부를 판단하기 어렵다는 점을 가지고 있다.

성실의무위반을 근거로 대출자책임을 인정하는 것에 대한 비판을 하는 견해에 따르면 성실의무가 무엇인가에 대한 견해가 다수 존재하므로 객관적으로 성실의무의 내용을 확정시키지 못하면서 계약 이외에 새로운 내용으로 성실의무를 부과하는 것은 무리라는 것이다.

(3) KMC사건에 대한 비판⁴²⁾

KMC사건에서 법원이 대출자에게 목시적 사전통지의무를 부과한 이유는 대출계약의 내용을 문언 그대로 문리해석한다면, 차입자인 KMC의 존속여부는 오직 대출자의 결정에 의하기 때문이라는 것이다.⁴³⁾ 이러한 법원의 판단을 앞에서 기술한 대출자의 책임과 관련하여 감시 및 구속장치에 대한 이론적 배경을 가지고 이해하고자 하면 다음과 같은 추론이 가능하다. KMC는 대출을 받는 조건으로 대출자가 제시한 구속장치(bonding mechanism)를 수락한 것이다. 이러한 구속장치로서 첫째는 대출계약의 형식은 일람출급증서(demand note)로 하고, 둘째 대출약정한도 내의 대출실행여부는 대출자의 재량에 따라 결정되며, 셋째 담보권설정 및 물품판매대금 입금계좌의 출금권한을 대출자에게 이전한 것이다. 이러한 구속장치로 인하여 대출자의 기회적 행위가 가능하므로 이를 방지하기 위한 방안으로 대출자가 계약에 따른 대출을 하지 않기로 결정한 경우에는, 대출자에 대하여 목시적인 사전통지의무를 법원이 부과하였다고 이해할 수는 있다.

그러나 KMC사건의 판결이유를 위와 같이 해석한다 하더라도 몇 가지 문제점이 남아 있다. 첫째, 대출자가 대출계약에서 규정한 구속장치를 이용하여 진실로 기회주의적 행위를 한 것인가에 대한 의문이 있다. 대출자가 약정한 대출을 실행하였다고 하더라도 KMC의 존속여부는 여전히 불투명하였기 때문이다. 따라서 대출자는 구속장치를 이용하여 기존의 대출계약보다 더 유리한 조건의 대출계약으로 변경하고자 대출을 거절한 것이 아니고, 사실상 차입자의 파산이 우려되어 자신의 손해를 가능한 한 제한하고자 거절한 것이라고 볼 수 있는 것이다. 이러한 경우 대출자에게 계속적으로 대출을 실행할 것을 강제하게 되면 오히려 차입자는 대출자의 비용으로 부적절한 행위를 할 가능성이 많아지며, 이는 담보가 충분한 경우일지라도 차입자의 과도한 위협의 선택이 발생할 수 있다. 따라서 KMC사건에서의 대출자는 본래 이러한 위협을 방지를 위하여 구속장치로서의 약정을 한 것이고 이를 이용한 것으로 보아야 한다는 결론에 도달할 수 있다. 둘째, 대출자에 대한 목시적 사전통지의무의 부과는 대출자의 기회주의적 행위를 방지하기 위함이라고 할 수 있더라도 법원은 대출자와 차입자 사이에 사전통지의무를 계약상 부과하지 않은 것은 차입자의 기회주의적 행위 위험성을 방지하기 위함임을 간과한 것이다. 즉, 계약상 사전통지의무를 대출자에게 부과한다면 통지시부터 채무불이행으로 인한 기한이익의 상실 사이에 차입자는 계약에서 약정한 금액 전부에 대한 대출실행을 청구할 수도 있으며, 대출금은 차입자가 원하는 바대로 이용될 수 있다. 따라서 사전적 통지의무의 부과는 당사자 사이에 약속한 구속장치의 효용을 제거하는

결과를 가져온다. 결론적으로 대출자와 차입자 사이에서 대출자에게는 신용위험의 감소와 대출금회수가능성의 증가를 목적으로 하고 차입자에게는 차입비용의 감소를 목적으로 한 구속장치에 대하여 KMC 판결은 대출자의 기회주의적 행위라는 부작용에 너무 중점을 두어 당사자가 예정하지 아니한 새로운 의무를 대출자에 부과함으로써 대출자의 책임을 너무 폭넓게 인정하게 되었다는 비판을 받게 되는 것이다.

(4) FMC사건에 대한 비판⁴⁴⁾

FMC사건에서 대출자의 책임을 인정한 근거는 KMC사건에서와는 달리 경영자교체조항을 중심으로 하여 불법행위책임을 인정한 것이다. 이러한 판단에 대하여서도 경영자교체조항에 근거하여 계약상의 권리를 행사하겠다고 위협함으로써 대출자가 기회주의적 행위를 하였는가에 대해서는 의문이 있게 된다. 대출자가 과연 기존의 대출계약보다 더 유리한 내용으로 대출계약을 변경하기 위한 기회주의적 행위를 하였는가 아니면 대출자의 행위는 본래 경영자교체조항의 목적을 위한 것이었는가에 대하여 법원은 경영자교체조항을 이용하여 채무불이행을 선언하는 것과 채무불이행을 선언하겠다고 위협하는 것은 그 결론이 다르다고 설명한다. 법원은 FMC사건에서는 대출자가 채무불이행의 선언에 대한 최종적인 결정을 하지 않고 차입자에 대하여 위협을 하였다고 판단하고 있다. 그러나 대출자의 입장에서는 경영자교체조항에 따라 채무불이행을 선언하는 것은 매우 중요한 결정이 되므로 FMC가 최종적으로 경영자교체조항에 대한 위반이 있기 전까지는 대출자로서는 최종적인 결정을 할 수 없다. 결국 FMC는 경영자교체조항을 위반하지 않았으므로 대출자는 최종적인 결정을 할 필요가 없었다고 보여진다. 또한 계약상의 권리를 행사하지 않고(즉, 차입자가 계약조항을 위반할 때까지 기다리다 위반사항이 발생하면 채무불이행을 선언하는 것) 자신의 계약상의 권리를 가지고 차입자를 위협한 것은 대출자의 잘못이라고 법원은 판단한다. 그러나 이 점에서도 KMC사건의 판단이유에 따르면 차입자가 계약조항을 위반할 때까지 기다리고 있다가 그것을 이유로 채무불이행을 선언하면 사전통지의무를 위반한 것이 되어 대출자는 책임을 부담하고, 채무불이행 이전에 차입자에 대하여 경영자의 교체가 있으면 채무불이행의 선언이 있을 것이라는 점을 미리 통지하면 FMC에서와 같이 불법행위로 인한 책임을 부담하는 모순된 결과를 가져오게 된다.

이러한 점에서 대출자의 책임을 인정하기 위해서는 대출계약에 있어서의 구속장치(bonding mechanism)의 개념을 이해하고 이에 따라 대출자가 기회주의적인 행위를 하였는지의 여부에 따라 책임을 부담시켜야 한다는 것이다.

4. 영국에서의 대출계약관련 대출자책임

(1) 대출계약관계이전에 있어서의 대출자책임

대출자와 차입자간의 법률관계는 계약에 의하여 그 내용이 결정되게 된다.⁴⁵⁾ 따라서 대출자책임의 경우에는 일반적으로 대출자는 잠재적 차입자(potential borrower)에 대하여는 어떠한 책임도 없다는 것이 원칙이다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 원칙에는 다음과 같은 예외가 있다.

1) 과실에 의한 허위표시(negligent misstatement)

은행과 고객 사이 또는 은행의 고객이 아니더라도 은행이 조언을 할 수 있다고 믿은 것이 적절한 경우에 은행에 대해서 조언을 구하는 자 사이에는 불법행위상 의무를 부과할 수 있는 특별관계가 성립한다고 법원은 판시하고 있다. 따라서 대출자의 조언을 믿고 차입자가 차입을 하는 경우에 그 결과 차입자에게 손해가 발생하면 대출자는 이에 대한 책임이 있다. Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.사건⁴⁷⁾에서는 원고는 광고대행회사로 다른 회사(E Ltd.)와 광고계약을 체결하기 전에 E Ltd.의 신용을 조사하였다. 왜냐하면

광고계약을 체결하면 광고를 위하여 TV 또는 신문에 미리 광고의 예약을 하여야 하고, 만약 광고주가 광고비용을 지불하지 못하면 광고대행회사가 대신 광고비용을 지불해야 하는 책임을 부담하기 때문이었다. 원고는 자신의 거래은행을 통하여 E Ltd.의 거래은행(피고)에게 E Ltd.의 신용을 문의하였다. 피고는 E Ltd.의 신용이 적절하다고 통보하였으며, 통보와 함께 명시적으로 이러한 정보로 인한 책임이 없음을 밝혔다. 원고는 피고의 정보를 신뢰하고 E Ltd.와 광고대행계약을 체결하였다. 그러나 피고의 정보는 잘못된 것이었고, E Ltd.는 파산을 하여 원고가 손해를 입게 되었다. 법원은 본 사건에서와 같은 경우에는 은행과 원고 사이에 적절한 조언과 정확한 정보를 제공할 주의의무를 부과할 수 있는 특별한 관계가 성립되었다고 판단하였다. 또한 피고가 신용조회에 응하기로 한 경우에는 이것이 계약상 의무가 아니라 하더라도 신용조회에 과실이 있으면 손해배상책임이 있음을 밝혔다. 다만 법원은 이러한 은행의 책임이 있음에도 불구하고, 은행이 신용조회의 결과를 통보하면서 명시적으로 이에 대한 책임이 없음을 표시하였기 때문에 책임을 면한다고 판시하였다.

2) 위험한 대출의 조장(promoting risky loans)

차입자가 전문가가 아닌 경우, 대출자가 본래 위험한 대출을 조장(promote)하여 대출이 되었고, 그 후 차입자가 어려움에 처해 소송을 제기하면 법원은 차입자에 대해서 동정적이다. 이러한 경우 법원은 대출자에 대하여 차입자에게 충분한 설명의무를 다하지 못했음을 인정할 가능성이 높다.⁴⁸⁾ 이러한 가능성은 많은 경우 외국통화대출에서 나타난다. 차입자가 외국통화대출에 대한 위험 등을 잘 알지 못할 뿐만 아니라 대출자가 이러한 위험에 대한 충분한 설명을 하지 않은 경우이다.

3) 충실의무관계(fiduciary relationship)

대출자와 이미 금융기관(은행)-고객관계가 성립한 경우 영국의 은행법에서의 중요한 원칙에 은행은 고객에 대하여 숙련됨과 상당한 주위를 할 의무(duty of skill and reasonable care)를 부담한다. 대출자와 고객간에 충실의무관계가 이미 성립한 경우에는 대출자는 잠재적 차입자인 고객에 대하여 책임을 부담할 수 있다.

Lloyds Bank Ltd v. Bundy⁴⁹⁾사건에서는 피고와 그의 아들 소유의 회사가 모두 원고은행의 고객이었다. 피고의 경우에는 아주 오랜 기간 원고의 고객이었다. 위 회사의 당좌대월액수가 점차 증가하게 되어, 피고는 이 회사의 당좌대월에 대한 보증을 하게 되었다. 피고의 재산은 집과 농장뿐이었는데, 당좌대월에 대한 인적보증과 자신의 집을 담보물로 제공하였다. 담보설정액은 £7,500이었다. 위 회사의 상태는 계속 악화되어 피고 아들의 제안으로 은행직원(assistant manager)이 피고를 방문하였다. 이 직원은 피고에게 집에 대한 담보설정액을 £11,000로 증가시키지 않으면 은행은 더 이상 위 회사에 대한 대출을 유지할 수 없음을 알렸다. 그 당시 피고 집의 가치는 £10,000 정도였다. 피고는 아들을 위해 은행직원의 말에 따르기로 하였다. 이때 은행직원은 피고가 다른 곳으로부터 독립적인 조언을 얻을 것을 권고하지는 않았다. 피고가 담보설정액 증액에 관하여 자신의 조언을 믿고 있다고 은행직원 스스로 생각하였음을 은행직원이 증언하였다. 그 후 위 회사는 파산을 하였고, 이에 따라 은행은 피고의 집에 대한 담보권을 실행하여 이를 취득하였다.

법원은 이에 대하여 은행과 이미 고객관계가 성립한 경우에는 은행과 피고 사이에는 신뢰와 신용의 관계가 성립된다. 따라서 은행이 담보액을 증액하는 경우에도 충실의무를 준수하여야 하며, 의무를 준수하지 못하면 대출자로서의 책임을 부담한다고 판시하였다.

(2) 대출심사과정에 의한 대출자책임

일반적으로 대출자는 차입자와의 계약체결에 대한 과실이 인정되지는 않는다. 대출여부를

심사하는 과정에서는 대출자는 자신의 영업목적(신용위험의 회피 등)을 다하기 위해 차입자의 상환능력여부를 조사하는 등 합당한 노력을 다하여야 하나, 차입자에 대한 직접적인 주의의무는 없다고 할 것이다.

부동산을 담보로 하여 대출을 하는 경우에는 부동산의 가치평가에 대한 문제가 있다. 보통의 경우 대출자는 전문가인 부동산 감정평가회사에 담보대상 부동산 평가를 의뢰하고 그 평가액을 기준으로 대출을 결정하게 된다. 따라서 이 경우에도 대출자와 차입자간의 계약체결에 관한 과실이 인정되지는 않는다. 그러나 감정평가회사의 평가가 잘못된 경우, 특히 과대평가가 이루어진 경우, 이를 믿고 대출한 대출자의 손해에 대해서는 원칙적으로 과실이 있는 감정평가회사의 책임이 인정된다. 다음은 이러한 경우의 대표적인 사건을 소개한다.

Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co.사건50)은 대출자인 원고가 감정평가회사 및 원고의 부동산저당대출손해보험 보험자 등을 피고로 한 사건이다. 1989년 원고가 부동산저당대출을 하면서 부동산에 대한 평가를 감정평가회사에 의뢰했다. 감정평가회사는 대상 부동산을 £44,350,000로 평가하였다. 이에 원고는 £39,915,000를 대출하였다. 차입자가 파산하게 되어 대출자는 자신이 입은 손해액 £23,490,091를 보험회사(제1피고)에 청구하였다. 대출자는 감정평가회사가 과실로 부동산을 과대평가하여 이를 믿고 대출을 실행하였고, 만약 평가가 정확하였다면 대출을 실행하지 않았을 것이라고 주장하였다. 소송진행 중 보험회사와 원고는 손해액을 협의하여 £7,437,220으로 결정하였다. 1993년 보험회사가 감정평가회사에 자신이 지급한 금액의 지급을 청구하였다. 1심법원은 1989년 대상 부동산의 평가시 그 가치는 £27,500,000이었으며, 1993년 손해액산정기준일의 부동산 가치는 £20,000,000라고 판단하였다. 따라서 1심법원은 감정평가회사의 과실로 인한 원고의 손해를 인정하였다. 단, 부동산시장 침체로 인한 손해는 인정하지 않았다. 결론적으로 감정평가회사는 보험회사에 대하여 £5,371,320를 지급하도록 판결하였다. 항소법원은 대출자의 손해액을 산정하면서 부동산시장침체로 인한 손실을 포함시켰다. 그 이유로서 법원은 대출자가 감정평가회사가 적절한 평가를 하였으면 대출을 실행하지 않았을 것이나, 과대평가액을 믿고 대출을 하게 되었으며 일단 대출이 되면 부동산시장이 침체될 것을 예견할 수 있다 하더라도 채무자의 채무불이행 이전에는 그 부동산을 처분하지 못하므로 대출자는 이로 인한 손실을 감수할 수밖에 없기 때문이라는 것이다.

그러나 영국의 법원은 차입자의 담보물의 평가를 잘못된 감정평가사와 함께 은행이 기여과실(contributory negligence)이 있음을 인정한다. 차입자의 채무불이행시 담보물의 가치가 평가액에 미달하게 되면 은행은 채권액 전체를 상환받을 수 없게 된다. 이러한 경우 감정평가사에 대한 은행의 손해는 은행의 차입자에 대한 부족한 조사 또는 차입자의 상태에 대한 적절한 고려 없이 담보물에 대한 너무 높은 비율의 대출 등과 같은 과실로 인하여 과실상계가 될 수 있다.

Platform Homes Loan Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.사건51)에서는 대출자인 원고는 차입자에게 그의 집을 담보로 £1,050,000를 대출하였다. 차입자가 채무를 이행하지 못하여 담보물을 처분하였으나 그 처분가액이 £435,000밖에 되지 않았다. 대출자는 위 부동산에 대하여 독립된 2개의 감정평가회사의 평가를 근거로 대출하였다. 감정평가회사의 평가액은 £1,500,000였다. 따라서 대출자는 감정평가회사를 상대로 과실로 인한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 법원은 대출자가 부동산 평가액의 70%에 해당하는 대출을 한 것은 평가액에 비하여 과도한 대출이라고 판단하였다. 따라서 대출자는 기여과실이 있으므로 대출자의 손해액에서 20%를 과실상계하도록 하였다.

이에 따르면 대출자에게 일정한 책임을 인정하고는 있으나, 이러한 사건은 대출자가 차입자에 대한 의무가 있음을 밝힌 것은 아니다. 왜냐하면 기여과실의 중점은 타인의 이익에 대한 주의의무를 다하지 못했음을 나타내는 것이지 타인과의 관계에 있어서 주의의무를 다하지 못했다는 것은 아니기 때문이다.

(3) 대출계약이행상 대출자책임

대출계약은 계약의 내용에 따라 대출자와 차입자간의 권리의무관계가 결정된다. 영국의 경우 법원은 대출액의 증액의무나 대출거부에 대한 사전통지의무 등과 같은 대출계약에 나타나지 않는 내용의 의무는 인정하고 있지는 않다.⁵²⁾ Bank of Ireland v. AMCD (Property Holdings) Ltd.사건⁵³⁾에서 대출자인 원고는 건축업자인 피고와 아파트건축 및 분양을 목적으로 £1,400,000의 한도거래계약을 체결하였다. 대출기간은 12개월 이내로 할 것으로 하였으나, 채무의 이행은 일람출급의 형식으로 규정하였다. 원고는 담보물에 대한 평가 이전에 피고에게 £75,000를 대출하였다.

그러나 담보취득 이전의 대출실행은 은행의 절차를 위반한 것이어서, 은행은 이를 바로잡기 위하여 피고에게 대출액 £75,000와 약정한 대출심사비용 £7,000를 지급할 것을 청구하였다. 원고는 대출계약 내용상 피고 사이에 체결된 대출계약은 일람출급이므로 원고는 언제든지 대출의 상환을 청구할 수 있다고 주장하였다. 이에 대하여 피고는 원고가 피고에게 대출한 £75,000는 아직 담보물평가가 이루어지지 않아 피고의 필요에 따라 원고가 미리 지급한 선금이며, 계약상 대출금상환이 일람출급이라 하더라도 선금의 경우에는 그 성질상 달리 해석하여야 한다고 주장하였다. 법원은 이에 대하여 대출계약상 그 어디에도 대출금상환에 대하여 일람출급과 다른 정함이 없으므로 £75,000 역시 원고가 상환을 청구하면 피고는 그 이행을 하여야 한다고 판시하였다.

이러한 원칙을 가지고 있다 하더라도 그것이 물론 모든 계약의 경우에 대출자의 의무는 오직 서면계약서상 나타나는 것으로 한정된다는 것은 아니다. 계약의 일부내용은 구두에 의한 것일 수도 있으며, 대출자가 계약상 의무를 숙련됨과 상당한 주의의무를 가지고 이행하여야 하며, 대출자는 허위진술이나 과실 있는 제안을 하면 안 된다. 특히 숙련됨과 상당한 주의의무의 이행은 계약상 내용을 이행할 때 요구된다. 이러한 것은 구체적인 사안에 따라 다르게 된다. 대출자의 행위에 일관성이 없는 경우에는 대출자의 책임이 인정될 가능성이 많아진다. 특히 영국의 판례법상 인정되는 금반언의 원칙(estoppel)에 의하여 일정한 경우 대출자는 대출계약서상 명시적인 조항이 존재하는 경우에도 자신의 권리를 박탈당할 수 있다.⁵⁴⁾

대출계약의 종료와 관련하여 대출자는 계약상 의무를 다하여야 한다. 영국의 법원은 계약내용이 명확하지 않은 경우 사전통지 없이 대출의 종료를 하는 경우에는 대출자보다는 차입자에게 유리한 해석을 할 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 영국법원은 미국의 KMC사건에서와 같이 차입자에게 유리한 묵시적인 의무를 창출하지는 않는다. 따라서 영국에서는 대출자가 대출종료에 대한 권한을 가질 수 있으며 이는 계약상 정한 문언에 따라 행사할 수 있다. 차입자에 대하여 대출자가 대출을 종료한 후 상환을 할 수 있는 적절한 시간을 부여하여야 할 의무 정도는 법원이 인정하고 있으나, 이러한 적절한 시간도 차입자가 다른 곳으로부터 대출을 할 수 있는 시간을 의미하는 것은 아니고 차입자가 상환을 준비할 최소한의 시간을 의미한다. Bank of Baroda v. Panessar사건⁵⁶⁾에서는 피고가 소유·경영하는 회사가 은행을 수취인으로 하는 일람출급채무증서를 발행하였다. 대출계약상 채무를 이행하지 못하면 은행이 청산인을 선임할 권리를 약정하였다. 피고는 위 회사를 위하여 보증채무를 부담하였다. 회사가

당좌대월한도를 자주 초과하자 은행은 회사의 모든 채무에 대한 이행을 청구하였다(이때 구체적인 청구금액은 명확하게 밝히지 않았다). 회사가 청구에 응하지 않자 은행은 약 1시간 후에 청산인을 선임하였다. 청산인은 회사의 영업을 중지시키고 청산절차를 개시하였다. 그 후 은행은 보증인인 피고를 상대로 소송을 제기하였다. 피고는 채무이행청구시 구체적인 청구금액을 밝히지 않았음과, 은행이 회사에 대하여 대출상환금을 구할 수 있는 적절한 시간을 주지 않았음을 주장하였다. 법원은 이에 대하여 일람출급의 경우 구체적인 청구금액을 명시할 필요가 없으며, 채무이행청구에 대하여 수표의 전달이나 필요한 자금을 한 계좌에서 지급에 필요한 계좌로 송금하는 시간 정도는 차입자에게 허용하여야 하지만 자금을 차입할 시간을 허용하는 것은 아니라고 판시하였다.

5. 우리나라에서의 계약에 따른 대출자책임

우리나라에서는 대출자책임을 인정한 판례가 거의 없으며 단지 보증과 관련하여 대출자의 책임범위를 제한하는 판례가 있을 뿐이다. 일반적으로 우리나라에서 대출계약에 기한 대출자의 책임을 묻기 위한 근거로는 신의칙위반, 불법행위, 또는 설명의무위반을 들 수 있다. 이러한 주장에 대하여 대체적으로 대출자의 책임을 인정하지 않는 것이 법원의 태도이다.

대출과 관련하여 대출자의 책임을 인정한 것으로 볼 수 있는 판결로는 다음의 두 가지 정도를 예로 들 수 있다. 첫째 판결은 서울고법판결이다.⁵⁷⁾ 이 사건에서는 원고(차입자)와 피고은행 사이에 일반대출계약, 신용대출계약, 당좌계정약정 및 당좌계정차월약정이 있었다. 일반대출금에 대하여는 충분한 물적담보가 확보되었고, 신용대출에 대해서도 연대보증인이 있었다. 원고는 일시적인 자금부족으로 인하여 교환에 회부된 어음과 수표의 지급금액을 적시에 마련하지 못하였다. 그러나 피고은행이 교환결제자금의 입금처리를 부탁받고 이를 승낙한 바 있다면 원고와의 사이에 체결한 당좌계정약정 및 당좌계정차월약정에 따라 지급은행으로서 원고가 발행하여 피고은행에 교환 회부된 수표 및 어음에 대한 지급업무를 처리함에 있어서 선량한 관리자의 주의로써 가능한 한 부도발생을 피할 수 있도록 협력할 계약상의 의무가 있다고 하여, 피고은행의 대리인(지배인)과 그 이행보조자인 직원이 이 사건 수표 등의 결제자금으로 교부받은 돈을 입금조차 하지 않음으로써 그 의무를 태만히 한 잘못이 있다 할 것이고, 따라서 피고은행은 원고에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.

법원은 피고은행의 책임범위에 대하여서는 원고는 이 사건 거래정지처분으로 말미암아 시멘트대리점의 공급계약이 해지되었고, 이에 따라 적어도 당좌거래가 금지되는 2년간 대리점계약을 체결할 수 없게 됨으로써 그 기간 동안 대리점을 경영함으로써 얻을 수 있었던 수입을 상실하였다 할 것이고 원고의 위 기간 동안의 일실소득에 대하여 피고은행은 책임이 있다고 판시하였다. 또한 피고의 이 사건 부도처리로 인한 어음교환소의 거래정지처분으로 말미암아 원고가 2년간 당좌거래가 금지되고, 원고가 경영하는 사업상의 신용이 저하되었을 뿐 아니라, 위 부도처리를 계기로 연쇄부도가 발생하여 부정수표단속법위반죄로 구속되어 실형을 선고받는 등으로 위에서 인정한 재산상의 손해 이외에 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 명백하므로 피고는 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있다 할 것인바, 위 부도처리의 경위 및 결과, 원고의 연령, 생활정도, 가족상황, 당시의 사업규모 및 재산정도 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 종합한 위자료에 대한 책임이 있다고 판시하고 있다.

두 번째 판결은 주택할부금융약정을 체결한 금융기관이 그 약정상의 대출금지급을 중단하여 아파트 수분양자인 차입자가 분양대금을 납부하지 못함으로써 아파트 분양계약을 해제당한 경우, 대출자인 금융기관이 차입자에게 배상하여야 할 손해의 범위에 관한 대법원판결이

다.58) 본 판결에서는 채무불이행으로 인한 손해의 범위를 차입자가 아파트 분양대금의 미지급으로 인한 분양계약상의 위약금뿐만 아니라 차입자가 대출자에게 이미 지급한 대출금의 이자도 대출자의 채무이행을 믿고 지출한 비용의 일종으로서 통상적인 지출비용의 범위 내에 속하는 것이므로 대출자의 책임범위에 포함시키고 있다. 또한 특별한 사정이 없는 한 대출중단으로 인하여 차입자가 분양계약금 및 대출중도금의 이자지급금을 다른 용도로 이용하지 못함으로써 민사법정이율인 연 5푼의 이자 상당액의 통상손해가 발생하였다고 보아, 이를 대출자의 책임범위에 포함시키고 있다.

III. 환경법상 대출자책임

1. 미국의 CERCLA의 내용

(1) CERCLA의 입법배경

미국에서 환경오염에 대한 입법이 이루어진 배경은 다음과 같다. 뉴욕주 Niagara Fall에서 한 화학공장이 유해화학쓰레기를 약 10여년간 매립한 부지 위에 주택단지가 건설되었다. 그 후 유독화학물질이 매립지로부터 누출되기 시작하였으며, 주택단지 아래의 토양과 지하수의 오염으로 인하여 지역주민에게 질병이 발생하게 되었다. 이로 인하여 정부가 주민을 이주시키는 등 사회문제로 대두되었다. 이 사건을 Love Canal 사태라 한다. 1980년 미 의회는 이에 대한 대응책으로 Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act(CERCLA; 종합환경대응배상책임법)를 제정하였다.59)

(2) CERCLA의 입법목적

CERCLA의 입법목적은 유해물질이 자연으로 배출된 경우 이에 대한 책임, 보상, 정화 및 응급대응조치와 비활동성 유해폐기물처리장의 정화(clean-up)를 위함이다. CERCLA를 통하여 유해폐기물과 유해폐기물의 처리(disposal)문제에 대하여 첫째, 정부가 신속하고 효과적으로 대응할 수 있도록 하고, 둘째, 정화비용을 오염에 대하여 책임이 있는 자에게 부과시키기 위함이다.60) 위 첫째 목적을 달성하기 위하여 화학 및 석유사업에 대한 세금부과를 통하여 신탁기금(Superfund)을 조성하였다.

1986년 미 의회는 CERCLA의 집행을 보다 확고히 하기 위한 방안으로 The Superfund Amendments and Reauthorization Act(SARA)를 통과시켜 신탁기금의 액수를 증액하였고, 그 후에도 신탁기금에 대한 증액이 이루어졌다. CERCLA는 정화대상지역으로 지정된 지역에서 책임당사자가 밝혀지지 않거나 경제적 능력이 없는 경우 또는 정화책임소재에 관한 소송이 계속 중인 경우에 필요적 정화비용에 우선 충당하기 위해 신탁기금(Superfund)을 사용하게 된다.

(3) 책임당사자 및 책임의 내용

CERCLA에서 유해물질폐기시설에 대한 책임이 부과될 수 있는 당사자로서는 ① 유해물질폐기시설의 현재의 소유자(owners)와 운영자(operators), ② 유해물질폐기 당시에 시설의 소유자와 운영자, ③ 유해물질폐기의 주선자 및 ④ 유해물질폐기의 운반자이다.61) Environment Protection Agency(EPA; 환경청)가 잠재적인 유해물질폐기시설에 대한 문제를 제기하는 경우 이 시설에 대한 위 당사자는 잠재적 책임당사자(potential responsible parties; PRPs)가 된다.62) EPA는 ① 유해물질이 자연에 배출되거나 배출될 우려가 있어 공공의 건강과 환경에 급박하고 상당한 위험을 초래할 때에는 그러한 위험을 감소시키기 위한 필요한 명령을 발할 수 있고, 이 명령에 따르지 아니한 경우에는 최고 1일 25,000달러의 과태료를 부과하거나, ② 적절하고 신속한 대응이 가능하다고 판단될 때에는 유해물질의 제거작업 및 오염지역의 복구작업을 잠재적 책임당사자에게 이행하도록 하며, ③ 신탁기금

(Superfund)을 사용하여 스스로 정화작업을 한 후에 책임당사자로부터 비용을 환수할 수 있다.63)

(4) 오염시설정화비용의 환수

오염시설의 정화에 소요된 비용은 그 오염의 원인자로부터 환수하도록 하였다. 신탁기금은 화학 및 석유산업으로부터 각출하여 조성하였으나, CERCLA는 화학 및 석유산업에 대해서만 책임을 부과하지 않고 그 범위를 확장한 것이다.64)

잠재적 책임당사자는 오염물질의 배출에 대하여 어느 정도 원인을 제공했는가와 관계없이 무과실책임(strict liability)을 부담한다. 또한 이 책임은 연대책임이다. 따라서 오염유발에 대한 기여도에 관계없이 오염정화비용 전액에 대한 책임을 부담하는 것이다. 신탁기금을 이용하여 정부가 오염장소의 정화를 시작하면 잠재적 책임당사자는 정화작업이 완료될 때까지 법원에 어떠한 구제조치도 청구할 수 없다.65) 또한 잠재적 책임당사자는 배심원에 의한 재판을 받을 수 없으며, 재판에 있어서도 증거제출에 제한을 받게 된다. 법원도 정부가 제출한 행정기록상 독단적이며 원칙 없이(arbitrary and capricious) 조치가 취하여진 것이 아닌 이상은 책임을 인정하여야 한다.66)

잠재적 책임당사자가 오염시설정화비용에 대한 책임을 면하기 위해서는 손해가 ① 불가항력, ② 전쟁, ③ 오염을 예방하기 위하여 필요한 주의의무를 다했으나 자기와 관계없는 제3자의 작위 또는 부작위에 의하여 발생하였다는 것을 입증하여야 한다.67) 선의의 소유자(innocent landowner)를 보호하기 위하여 현재의 소유자가 토지를 인수하기 전에 유해물질로 토지가 이미 오염되어 있었고 현재 소유자는 토지의 오염사실을 알지 못하였고 알 만한 이유가 없다는 것을 입증하면 면책이 된다.68)

2. CERCLA에서의 대출자책임

(1) 법규정상 책임과 면책조항

CERCLA는 본래 오염물질을 발생시켰거나 이를 운반한 자에게 책임을 부과하기 위한 입법이다. 그러나 대출자의 책임에 관해서는 입법규정상 명확하지 않다. CERCLA는 오염시설의 현재의 소유자나 운영자에 대하여 그 책임을 부과하므로, 대출자가 오염된 시설을 담보권 실행으로 인하여 취득한 경우 문제가 된다.

CERCLA는 담보권채권자에 대한 면책조항을 규정하고 있다. 오염시설에 대한 경영에 참여하지 않고 오직 담보권을 위해 명의상의 소유자(indicia of ownership)인 자는 CERCLA상 소유자 또는 운영자에 포함되지 않는다.69) 그러나 이 규정 자체의 의미가 명확하지 않아 대출자가 채무자의 자산에 대하여 담보를 실행하고 법적 '소유자'가 된 경우에 책임을 부담하는 것인가, 또한 '운영자'의 범위와 관련하여 대출자의 어떠한 행위가 경영에 참여(participating in the management)하는 정도인가가 불명확하다.

(2) 소유자로서의 대출자책임

미국에서는 부동산담보거래에는 여러 가지 방식이 있다. 대출자가 직접 부동산에 대한 법적 소유권(legal title)을 갖거나, 차입자에게 그 법적 소유권을 남겨두거나, 또는 제3자에 신탁을 하게 된다. 어떠한 경우든 담보권자는 채무불이행된 채무의 상환을 위하여 채무자의 담보물에 대한 권리를 상실 foreclosure)시킬 수 있다. 일반적으로 제3자가 채무액과 비용의 합계액보다 많은 금액으로 담보물을 양수하지 않는 이상은 대출자가 담보물을 취득하게 된다.

CERCLA와 관련하여 대출자책임에 대한 최초의 중요한 판결은 United States v. Mirabile 판결이다.70) Mirabile사건에서 EPA는 이전 소유주인 Turco Coatings (Turco)가 초래한

오염장소를 정화하고 그 비용을 청구하면서, Turco가 오염장소에서의 운영을 그만둔 후 그 장소를 담보권 실행에 의하여 취득했던 금융기관인 American Bank and Trust Company(American Bank)에 대하여도 비용환수의 책임을 청구하였다. American Bank는 경매를 통하여 위 오염장소를 Mirabile에 처분할 때까지 약 4개월 정도 소유(held title to the property)하였다. American Bank는 이에 대하여 이와 같은 소유는 CERCLA상의 소유에 해당하지 않는다고 주장하였다. 법원은 American Bank가 담보권 실행에 따라 법적 명의(legal title)가 아닌 신탁상 명의(equitable title)⁷¹를 보유했던 것으로 보았고, American Bank가 담보권을 실행한 과정도 담보자산의 가치하락을 막기 위한 일반적인 절차였다고 판단하였다. 따라서 법원은 American Bank에는 CERCLA상 소유자로서의 책임이 없다고 판결하였다.

Mirabile사건과 대비되는 사건은 United States v. Maryland Bank & Trust이다.⁷² Maryland Bank & Trust(Maryland Bank)는 유해물질이 폐기된 부동산을 담보취득하였고, 그 채무자의 채무불이행으로 인하여 담보권을 실행하였다. 그 후 Maryland Bank는 경매에서 그 부동산을 취득하였다. 취득 후 1년이 지나 부동산이 오염되었음이 밝혀져 EPA가 이를 정화한 후 Maryland Bank에 그 비용의 상환을 청구하였다. Maryland Bank는 이에 대하여 자신은 Mirabile사건에서 마찬가지로 담보권에 따른 이익을 보전하기 위한 취득이었으므로 CERCLA상의 책임이 없다고 주장하였다. 법원은 Maryland Bank의 경우에 있어서는 담보권자로서 소유권을 4년 가까이 그리고 경매를 통한 취득 후 만 1년 동안 부동산에 대한 소유권을 가지고 있었던 점, EPA가 소송을 제기할 당시 소유권을 가지고 있었던 점(Mirabile사건에서 American Bank의 경우에는 제소당시 오염토지의 소유자가 아니었다)을 적시하면서, Maryland Bank의 경우에는 부동산을 경매에서 취득한 것이 담보권보전을 위한 것이 아니라, 투자에 대한 보호의 방안이었다고 판단하였다. 따라서 Maryland Bank는 대출자에 대한 책임의 면책조항에 해당하지 않아 책임이 있다고 판시하였다.⁷³

이러한 법원의 판단의 근본적인 이유는 만약 오염장소의 취득자가 된 대출자에 대하여 책임을 부과하지 않으면, EPA가 오염장소를 공적자금을 사용하여 오염장소를 정화하게 되고 대출자는 그 정화의 결과 오염이 제거되어 가격이 많이 상승한 부동산 등을 처분하게 되어 정화에 대한 아무런 비용의 부담이 없이 많은 이익을 남기게 된다는 것이다.⁷⁴

(3) 운영자로서의 대출자책임

CERCLA 제101조 20(A)⁷⁵는 담보권을 가진 대출자에 대하여 전반적인 면책을 인정하는 것은 아니다. 오염시설에 대한 담보권을 위해 명의상의 소유자(indicia of ownership)인 대출자라 하더라도 만약 그 오염시설에 대한 경영참여를 하였다면 CERCLA상 운영자에 포함되어 책임을 부담하게 된다.

Mirabile사건에서 American Bank의 경우에는 오염장소와 관련한 일상적인 경영(day-to-day management)에 참여하지 않았다고 판단하여 CERCLA상 운영자로서의 책임도 인정되지 않았지만 법원은 다른 피고였던 Mellon Bank National Association (Mellon)에 대하여는 Mellon이 Turco가 어려움에 처하게 되자 경영에 더욱 많이 참견을 하게 되었고 이는 운영자로서의 책임을 부담할 수 있다고 하였다.⁷⁶ 대출자가 운영자로의 책임을 부담하게 되는 기준에 대해서 Mirabile사건에서 법원은 대출자가 단순히 재정적인 결정에 참여한 것은 허용되어 운영자로서의 책임이 없고, 대출자에게 운영자로서의 책임을 부과하기 위해서는 대출자가 오염시설에 대하여 운영면에 있어서 일상의 참여를 하여야 한다고 판단하였다. 담보권을 가진 대출자의 경우에는 자신의 담보권에 대한 이익을 보호하기 위하여

대출자의 재정적인 일에 참여하게 된다. 따라서 오염시설에 대한 경영(management)에 어떠한 형태로 참여하게 되는 모든 경우에 책임을 인정하게 되면 대출자가 일상적인 업무를 수행하게 되어도 CERCLA상의 책임을 부담할 위험이 있으므로 오염시설의 운영에 참여한 경우에만 책임을 부담시켜야 한다는 것이다.

Mirabile사건에서 제시된 대출자의 오염시설로 인한 책임여부의 기준은 United States v. Fleet Factors사건(77)에서 변경되었다. Fleet Factors사건에서는 EPA가 CERCLA에서의 소유자와 운영자의 개념을 확대하고자 하였다. 이에 항소법원은 1심법원들의 소유자와 운영자에 대한 범위의 판단기준은 오염장소에 대한 담보권을 가진 대출자에 대한 면책을 너무 관대하게(too permissive) 인정하는 것이라고 하였다. 항소법원은 CERCLA의 입법목적을 달성하기 위해서는 불명확한 규정을 오염시설에 대한 정부의 대응으로 인하여 발생한 비용에 대한 책임을 부담시키는 방향으로 해석하여야 한다고 하였다.⁷⁸⁾ 따라서 법원은 대출자가 오염물질을 배출한 당시에 그 시설에 대한 경영자이었던지를 판단하면서, 경영에의 참여(participating in the management)와 운영자(operator)의 개념은 비슷한 것이기는 하나 일치하는 것은 아니라고 하였다.⁷⁹⁾ 이는 대출자의 책임에 대한 새로운 기준을 제시하면서 담보권을 가진 대출자는 운영자가 아닌 경우에도 CERCLA상의 책임을 질 수 있음을 밝힌 것이다.

법원은 담보권을 가진 대출자가 오직 오염시설의 운영에 대하여 참여하는 경우에만 책임을 부과하게 되면 이는 이미 운영자로서의 책임주체가 되므로 담보권을 가진 대출자의 책임에 대한 규정은 의미를 상실한다고 하였다. 따라서 경영에 참여하는 것과 운영자라는 것은 동일하지 않기 때문에 담보권을 가진 대출자는 운영자에 해당하지 않아도 재정적 경영(financial management)에 참여함으로써 위험물질처리에 관해서 회사에 영향을 줄 수 있는 능력(capacity)에 도달하면 책임을 부담할 수 있다고 판시하였다. 즉, 대출자의 책임을 인정하기 위해서는 대출자가 반드시 오염시설의 운영에 대한 일상의 참여라는 요건이 필요없다는 것이다.

또한 대출자가 유해물질과 관련한 경영상 결정에 반드시 참여하여야 한다는 것도 아니다.⁸⁰⁾ 이는 담보대출자의 면책여부는 대출자 행위의 동기가 무엇인가를 판단하여 결정하는 것이 아니라 오염시설에 대한 대출자가 한 관여의 성질 및 범위에 따라 결정되어야 한다는 것이다. 이러한 판결에 대한 논리적 근거는 대출자의 무관심하고 무책임한 차입자의 위험물질에 대한 행위가 담보권의 이익을 보호한다는 것만으로 면책을 허용하는 것은 의회가 CERCLA를 입법하면서 의도한 것이 아니라는 것이다. 결국 Fleet Factors 법원은 Mirabile 법원의 기준을 부정하고 담보권을 가진 대출자의 책임의 범위를 확장한 것이다. Fleet Factors 판결 이전에 대출자는 차입자의 일상의 경영에 참여하지 않는 한 CERCLA상의 책임에 대한 걱정 없이 차입자에 대하여 제한 없이 재정적 도움을 주거나 일정한 경영상의 조언을 할 수 있었다. 그러나 Fleet Factors 판결로 인하여 대출자는 대출에 대하여 신중한 행위를 할 필요가 발생하였다.

(4) EPA의 경영참여기준에 관한 규정

Fleet Factors 판결이 대출자의 책임범위를 너무 많이 확대한 것이라고 판단한 EPA는 1992년에 '경영에 참여'(participation in management)의 의미를 명확히하기 위해서 규정을 제정하였다.⁸¹⁾ 이에 따르면 대출자는 ① 부동산에 대한 담보권을 취득하기 전에 대상물에 대한 조사를 할 수 있고, ② 시설에 대한 지속적인 감시(monitor)를 할 수 있으며, ③ 대출자가 환경관련 법을 준수할 것을 요구할 수 있다. 대출자는 채무불이행의 위험시 경영진과

협상할(negotiate) 수 있다. 그리고 대출자는 ① 담보권의 실행 이전에 시설에 대한 경영의 참여가 없었고, ② 담보권실행 이후에 이를 양도하기 위한 진정한 노력이 있었다면 CERCLA상의 책임 없이 담보권을 실행할 수 있도록 하였다.

이 규정은 Fleet Factors 판결에 의한 대출자의 책임범위를 제한하기 위한 노력이었으나 1994년 Kelly v. Environmental Protection Agency 판결⁸²⁾에 의하여 폐지되게 된다. 법원은 EPA의 규정이 CERCLA의 위임이 없이 제정된 위법한 것이라고 하였다.

(5) The Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act of 1996

의회는 대출자의 CERCLA상의 책임범위를 한정하기 위하여 1996년 The Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act(ALDA)를 제정하였다. ALDA는 CERCLA의 정의규정인 section 101(20)에 새로운 조항(subsection E, F, G)을 추가하였다. ALDA는 Kelly 판결이 부정한 EPA의 규정을 명시적으로 인정하기 위한 목적으로 제정되었다. ‘경영에의 참가’의 의미는 실질적으로 오염시설의 경영이나 운영사무(operational affairs)에 참가한 경우이고, 오염시설의 운영에 단순히 영향을 미칠 능력이나 행사하지 않은 통제권리를 가진 것만으로는 이에 해당하지 않는다.⁸³⁾ 또한 대출자가 담보권실행으로 인하여 시설을 취득한 경우에도 취득 이전에 경영에 참가하지 않았고 취득 후 그 시설을 성실히 처분하고자 하였다면 CERCLA상의 소유자 또는 운영자에 포함되지 않도록 하였다.⁸⁴⁾ 또한 대출자는 차입자의 채무불이행의 위험이 있는 경우에는 차입자의 경영자와 대출조건의 재협상 및 재정적 조언을 할 수 있도록 하였다.

3. 영국에서의 대출자의 환경관련 책임

(1) 환경입법의 목적

영국의 새로운 환경책임규칙은 1995년 환경법(Environment Act 1995)의 입법으로 인한 환경보호법(Environment Protection Act 1990)의 일부 개정으로 시작된다. 1995년 환경법 제57조는 환경보호법에 26개 조항을 추가하여 IIA편(Part IIA)을 규정하여 오염된 토지와 연관된 수로(watercourses)에 대한 정화비용의 책임을 부과하기 위하여 조사, 감시 및 정화에 대한 규칙을 마련하였다. 이 규정은 Environment Act에 의한 Environment Agency가 설립되는 1996년 4월 1일 발효되었다.

1995년 환경법의 제정은 현재 오염이 방지되고 있는지의 여부에 관련없이 과거에 오염이 발생된 토지의 경우 그 오염의 정화를 주된 목적으로 하였다. 과거에 발생한 오염의 경우 현재 오염에 책임 있는 자가 존재하지 않아 누구를 책임의 주체로 할 것인가, 현재와 과거의 기준의 상이함으로 인하여 과거의 기준으로는 적법한 것이었으나 현재의 기준에서는 오염으로 인정되는 경우 이에 대한 책임을 부과하여야 하는가, 오염정화에 대한 정도와 비용의 책임주체는 누구인가 등에 대한 일정한 기준을 설정하고자 하였다.

(2) 책임주체

영국에서 환경오염에 대한 책임은 오염자배상의 원칙(polluter pays principle)에 입각하여 규정하고 있다.

① 오염을 야기(caused)했거나 고의로 허용한 경우(knowingly permitted)[Class A liability], 또는 ② 오염토지의 소유자(owner) 또는 점유자(occupier)인 경우[Class B liability]에는⁸⁵⁾ 중요한 손해(significant harm)에 대한 책임이 있다.⁸⁶⁾ 이는 영국 법원에서 이미 인정하고 있는 책임이다.⁸⁷⁾ 법원은 이와 같은 책임은 무과실책임(strict liability)이므로 과실(negligence)과 같은 주관적 요소는 고려하고 있지 않다.

(3) 책임의 절차 및 내용

토지오염에 대한 책임의 부과는 토지가 위치하고 있는 지역당국(local authority)의 토양오염여부를 위한 조사에서부터 시작된다. 지역당국은 토양오염을 발견하기 위하여 자신의 지역을 조사할 의무가 있다.88) 토양오염의 발견을 위하여 지역당국은 취약한 지역(vulnerable targets)에 대한 조사를 위한 계획(strategy)을 수립할 의무가 있으나, 실질적으로는 이러한 시스템적인 조사보다는 사실상의 문제점에 대한 신고에 의하여 조사가 시작되는 경우가 많다.89) 지역당국의 조사에 의하여 오염토양(contaminated land)으로 결정되면 오염의 제거를 위해 지역당국은 이 사실을 Environment Agency(England와 Wales의 경우, Scotland의 경우에는 Scottish Environment Protection Agency)와 토지의 소유자, 점유자 및 책임의 주체가 될 수 있는 자에게 통지하여야 한다.90) 오염의 제거에 대한 규제당국은 일반적인 경우에는 지역당국이며, 환경법이 정한 특수장소(special site)인 경우에는 Environment Agency가 담당한다.91)

환경법이 규정하고 있는 오염의 '교정'(remediation)은 광범위한 의미를 가지고 있다. 이는 오염의 방지, 최소화, 개선 및 손해의 완화(mitigate)를 위한 행위, 오염토지의 원상회복을 포함할 뿐만 아니라 오염토지 및 이에 영향을 받은 토지에 대한 상태의 확인과 일정한 오염의 교정행위가 행해지고 있는지에 대한 부정기적(from time to time)인 조사를 포함한다.92) 구체적인 사안에서 무엇이 적절한 오염제거방안인지는 규제당국(local authority or Environment Agency)이 관련 당사자들과 협의기간(consultation period)을 가져야 한다.93) 이 협의기간은 3개월이며 이 기간 동안에 규제당국은 오염교정에 대한 행위를 할 수 없다. 그러나 통제수로(controlled water)에 대한 심각한 손해나 심각한 오염의 위험이 급박한 경우에는 예외가 인정된다. 이 기간 동안 책임당사자의 결정과 오염에 대한 원인제공(contribution) 정도의 결정이 이루어진다.

협의기간이 도과하면 규제당국은 책임당사자로 인정된 자(appropriate person)에게 교정통지(remediation notice)를 하게 된다. 책임당사자의 책임의 범위에 대해서는 영국의회는 미국의 CERCLA에서와 같이 연대책임(joint and several liability)의 부과를 의도하지는 않았다. 따라서 오염책임당사자는 자신의 책임범위 내에서만 책임을 지도록 하고 있다.94) 책임분배는 Class A에 해당하는 자가 1인인 경우, 그가 환경오염으로 인한 모든 비용을 부담하여야 한다. 이 경우 Class B에 해당하는 자가 있는 경우에도 이들은 비용의 부담을 하지 않는다.95) Class A에 해당하는 자가 2인 이상인 경우 그리고 그들의 공동행위(common action)로 오염이 유발된 경우에는 같은 비율로 책임이 분배되며 Class B에 해당하는 자에게는 비용의 부담이 없다.96) Class A에 해당하는 자가 2인 이상이나 그들의 행위가 공동행위가 아닌 서로 관련된 행위(collective action)인 경우에는 각 책임당사자의 행위에 비례하여 비용의 부담을 계산하게 된다.97) Class A에 해당하는 자가 없는 경우에는 Class B에 해당하는 자가 오염에 대한 책임을 부담한다.98) Class B에 해당하는 자가 2인 이상인 경우에는 동일한 비율로 책임을 부담한다.99)

(4) 대출자의 Class A 책임과 제한

책임당사자를 결정하는 기준 중의 하나인 오염의 야기(causing)와 고의로 허용한 경우(knowingly permitted)가 무엇인가에 대한 정의는 법률에는 명확한 정의가 없고 법정 지침서(statutory guidance)인 정부의 Circular에서 이에 대한 규정을 하고 있다. 이 규정에 따르면 오염의 야기를 판단하는 기준으로 오염에 대한 '능동적인 운영(active operation) 또는 일련의 운영'을 요건으로 하고 있다.100) 오염을 고의로 허용한 경우의 기준으로 오염물질

이 토양에 존재하고 있고 그러한 오염물질의 존재를 방지할 수 있는 권한을 가진 경우를 제시하고 있다.101)

은행과 같은 대출자의 경우 차입자에 대한 통제의 정도에 따라 오염의 야기자 또는 고의로 허용한 자에 해당할 수 있다. 특히 대출자가 차입자가 오염행위를 하고 있다는 것을 알고, 이를 제지할 충분한 영향력이 있으면서도 제지하지 않은 경우에는 오염을 고의로 허용한 경우에 해당될 수 있다. 나아가 대출자가 권리의 행사로 인하여 차입자의 영업을 양수(take over)한 경우에는 오염을 야기한 책임도 부과될 수 있다. 이러한 대출자의 책임과 관련하여 환경법의 입법과정에서 환경부장관은 은행과 같은 대출자가 오염을 고의로 허용한 자에 해당하는지에 대한 의문에 ‘자금을 대출했다는 사실만으로는 오염을 고의로 허용한 것이라는 법원의 판결은 존재하지 않으며, 차입자의 환경에 대한 행위를 요구하는 약정과 관계없이 대출자가 오염의 발생 또는 연속을 방지할 권한을 갖지 않은 경우가 이에 해당하게 된다’고 답변함으로써 대출자의 환경책임을 제한하고자 하는 견해를 밝혔다.102) 이러한 입장은 정부의 Circular에 다시 언급함으로써 대출자의 책임제한을 명백히하고 있다.103)

정부의 법정 지침서에서는 대출자가 오염야기자 또는 고의로 허용한 자로서의 책임을 면하기 위한 기준(exclusion tests)을 제시하고 있다.104) 이 기준에 따르면 ① 대출(making a loan) 또는 할부(installment credit), 리스(leasing arrangement) 및 부동산 담보부 대출(mortgages)과 같은 형태의 신용제공 행위,105) ② 자금의 조력자(financial assistance) 또는 보험의 인수자(underwriter)로서의 행위,106) ③ 차입자에 대한 법적·재정적·공학적·과학적 또는 기술적 조언을 하는 행위107)에 해당하는 경우에는 대출자는 책임을 면하게 된다.

(5) 대출자의 Class B 책임

Class A에 해당하는 자(오염의 야기자 또는 고의로 허용한 자)가 없는 경우에는 Class B에 해당하는 자에게 오염의 책임을 묻게 된다.108) Class B의 책임자로서는 현재의 소유자 또는 점유자이다. 법규정상 소유자에는 점유하지 않은 부동산 담보부 대출자(mortgagee not in possession)는 포함되지 않는다.109) 따라서 담보권을 실행하지 않은 대출자는 보호가 된다. 법원은 소유자(owner in possession)의 의미를 실질적으로 물리적으로 점유(actual physical possession)한 경우라 해석하고 있다.110)

점유자(occupier)에 대한 정의는 법에서 하고 있지 않아 판례에 따라 결정하게 된다. 판례에서는 점유의 여부를 부동산에 대한 통제의 정도에 따라 결정한다.111) 일반적인 담보부 대출의 경우, 차입자의 채무불이행으로 인해 대출자가 담보를 요구하는 것만으로 환경책임을 부담하지는 않는다. 따라서 대출자는 담보물을 점유함이 없이 이를 처분할 수 있도록 하여야 한다. 그러나 대출자가 담보물을 점유할 권한이 있고 이를 실행한 경우에는 소유자 또는 점유자로서의 책임을 부담할 가능성이 있다.

4. 우리나라에서의 환경오염에 관한 대출자책임

(1) 우리나라의 환경오염에 대한 책임

우리나라에서 환경오염에 대한 책임을 규정하고 있는 주요 법률로서는 환경정책기본법, 토양환경보전법, 폐기물관리법, 해양오염방지법 및 수질환경보전법 등이 있다.

환경정책기본법은 사업장 등에서 발생하는 환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하도록 하고 있다.112) 이와 같은 책임은 무과실 책임이며, 사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 피해가 발생한 것인지 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대책임을 부담한다. 이러한 무과실·연대책임에 대하여 법은 아무런 면책조항을 규정하고 있지 않아 불가항력적 사유에 의한 환경오염에 대한

책임의 문제가 제기된다.113)

폐기물관리법에서는 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 폐기물이 법이 정한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리되는 경우에는 일정한 범위에 해당하는 자에 대하여 기간을 정하여 폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리방법의 변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있고, 이러한 조치명령을 받은 자가 그 조치명령을 이행하지 아니할 때에는 행정대집행법이 정하는 바에 따라 대집행하고 그 비용을 조치명령을 받은 자로부터 징수하게 하고 있다.114) 조치명령의 대상자로서는 폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자, 수탁자가 일정한 기준에 적합하게 폐기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지를 확인하지 아니하고 위탁한 자, 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자이다.

토양환경보전법은 미국의 CERCLA와 가장 유사한 입법으로 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하도록 하고 있다.115) 토양환경보전법에서 책임의 주체는 오염원인자로서 이에는 ① 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자, ② 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염유발시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자, ③ 토양오염유발시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 ① 및 ②에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자, ④ 민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가, 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염유발시설을 인수한 자이다. 다만, ③의 경우 토양오염유발시설을 양수한 자와 ④의 경우 토양오염유발시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 책임의 주체가 되지 않는다. 이러한 오염원인자의 피해배상책임 및 오염정화책임은 무과실책임이며 오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하도록 하고 있다.

본래 토양환경보전법은 책임주체인 오염원인자에 대한 면책사유에 관한 규정이 없었으나 2001년 개정법에 의하여 토양오염이 천재지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 면책되도록 하였다. 2001년 개정법은 또한 오염원인자의 범위에 대한 규정을 함으로써 그 책임대상자의 범위를 명확히하고자 하였다.

(2) 우리나라에서 대출자의 환경오염에 대한 책임

우리나라의 환경관계법은 대출자의 책임에 특별한 중점을 두고 있지는 않다. 그러나 미국과 영국의 경우를 살펴본 바와 같이 일정한 경우 대출자도 환경오염책임의 주체가 될 가능성이 있다. 특히 문제가 되는 것은 대출자가 담보권의 실행으로 인하여 차입자의 토양오염시설을 양수한 경우, 악의 또는 과실이 있다면 토양환경보전법상 책임주체가 될 수 있다는 점이다. 물론 대출자의 경우, 차입자의 시설을 양수함으로써 토양오염에 대한 책임을 면하기 위한 방안으로서 토양오염유발시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지를 양수하는 경우에 당해 시설이 설치된 부지 및 그 주변지역(토양오염의 우려가 있다고 인정되어 환경부령이 정하는 지역)에 대하여 토양관련전문기관으로부터 토양오염에 관한 평가(토양환경평가)를 받을 수 있다. 이 토양환경평가의 결과는 그 평가 당시의 토양오염의 정도를 나타내고 있는 것으로 추정하므로, 토양환경평가를 통해 해당토지가 오염되지 않았거나 오염상태가 우려수준이 아닌 것으로 나온 결과 해당토지를 양수하였다면 정화책임을 면하는 선의·무과실로 보아야 할 것이다.

그러나 이러한 토양환경평가가 항상 이용되는 것은 아니므로 대출자의 환경오염에 대한 책

임이 항상 면제될 수는 없다. 대출자의 환경책임에 관하여 기준이 될 만한 판례로서 폐기물 관리법에 의한 대출자의 책임에 대한 것이 있다.¹¹⁶⁾ 이 사건은 대출자인 은행이 차입자에게 대출을 하면서 차입자 소유의 공장용지 및 공장건물 등에 관하여 근저당권을 설정하고, 차입자가 부도가 나자 폐기물이 야적, 매립, 방치되어 있는 상태에서 공장용지를 경락받은 사안이다. 대출자인 은행은 이 사건 부동산에 폐기물이 존재하는 사실을 모르고 이를 경락 받았으므로 폐기물관리법상 조치명령의 대상자가 아니라고 주장하였다. 그러나 법원은 대출자가 사건 부동산에 폐기물이 야적, 매립되었다는 사실을 알면서 이를 경락받았다고 판단하였고, 나아가 차입자가 미지급한 종업원들의 퇴직금 및 임금의 지급을 위하여 공장 일부를 가동하였고 그 가동과 원료에 대한 관리부실로 폐기물이 추가로 발생하였기 때문에 폐기물의 직접배출자로서 책임이 있다고 판시하였다.

이 사건은 대출자가 차입자의 부동산 등을 담보권실행으로 인해 양수한 경우, 폐기물배출자나 오염원인자 등 직접적인 환경오염자로서의 책임을 물론 부담한다는 점과, 나아가 단순한 양수의 경우에도 환경오염에 대한 책임을 부담한다는 것을 명확히한 판례이다. 특히 위 판례의 중요성은 토양환경보전법에서도 이와 비슷한 사안에 대해서 대출자가 차입자의 토지 등을 양수하는 경우 선의·무과실이 아닌 경우 오염원인자로서 책임을 부담할 수 있음을 법원이 판시할 가능성을 보여준 점이다.

IV. 결 론

대출계약과 관련한 대출자책임에 대한 이론은 미국에서 1980년 중반에 중요한 이슈로 떠올랐으나 실질적으로는 보통법(common law)상 사기(fraud), 강박(duress), 신뢰위반(breach of good faith), 불법한 경영간섭(tortious interference with business relations), 대행(instrumentality), 본인·대리인관계(principal-agent) 및 충실의무위반(breach of fiduciary duty)을 이유로 하는 책임이 이미 인정되고 있었다.¹¹⁷⁾ 1980년대 중반에 캘리포니아 주에서 대출자책임에 대한 판결이 많이 등장하였는데, 이는 사실상 1980년대 중반의 캘리포니아 주에 있었던 농업분야의 불황과 관련이 깊다. 1980년대 후반에는 석유산업의 불황을 겪은 텍사스 주에서 많은 대출자책임에 대한 판결이 있었으며, 미국 북동부에서는 부동산시장의 불황에 따라 1990년대 초에 대출자책임에 관한 소송이 많아졌다. 이를 살펴볼 때 대출자책임에 대한 소송은 불황으로 인하여 차입자의 파산 등이 문제가 될 때 많이 발생하고 있다. 이는 차입자가 직접 자신의 손해에 대하여 대출자에게 배상을 청구하든지, 또는 차입자의 청산인(liquidator)이 채무자의 자산을 가능한 한 확장시키고자 대출자책임을 청구하는 경우가 많기 때문이다. 우리나라의 경우에는 1997년 경제위기 이후 많은 기업이 도산하였으므로, 이들이 대출자에 대한 책임을 청구할 수도 있었으나 실질적으로 이러한 사건이 많지는 않았다. 그 이유는 명확하지 않으나 법원이 대출자의 책임을 잘 인정하지 않는 것도 하나의 이유일 것이고 대출자의 책임에 대한 명확한 인식이 없었던 것도 그 이유가 아닐까 생각된다. 그러나 현재에는 1997년과는 다른 상황에 있다 할 것이다. 1997년 금융위기에는 주로 부실기업에 대한 대출이 문제되었으므로 대출자인 금융기관과 차입자인 기업간에는 그 경제적 능력의 차이점을 인정할 필요가 없었다. 현재 문제되고 있는 부실대출은 가계대출이 많은 문제점으로 등장하고 있다.¹¹⁸⁾ 따라서 대출자인 금융기관과 차입자인 일반 개인간에는 금융거래의 전문성 등 그 경제적 능력에 대한 차이점이 인정될 것이고 나아가 금융소비자보호의 요구도 참작될 가능성이 있다. 영국의 판례에서도 차입자가 전문가가 아닌 경우 법원은 차입자에게 동정적인 판결을 하는 경향이 있음은 우리에게도 좋은 시사점이라 할 것이다. 단지 대출자책임을 인정하는 경우에도 미국과 영국의 경우 조금 다른 경향을 가지고

있다. 즉, 미국의 경우가 영국의 경우보다 대출자책임을 더 폭넓게 인정하고 있다. 우리의 경우에도 대출자책임범위를 어느 정도로 하여야 할 것인가에 대한 고려가 필요하다. 특히 미국의 KMC 판결과 같이 계약상 의도하지 않은 일정한 묵시적 의무를 대출자에게 부과하여 대출자책임을 확대할 것인지를 생각하여야 한다. 이러한 대출자책임범위와 관련해서는 미국에서는 대출자책임에 대한 비판이 있고, 영국에서는 대출자에게 묵시적 의무를 부과하지 않는 등 일정한 한계가 있음을 염두에 두어야 할 것이다.

현재 우리나라뿐만 아니라 세계적으로 환경에 대한 관심이 높아지고 있다. 현재의 세계적인 추세는 환경오염원인자에 대한 무과실책임을 부과하고 있다. 또한 환경오염시설의 현재 소유자 및 점유자의 경우에도 책임당사자가 될 가능성이 존재한다. 대출자의 경우 차입자의 일정한 시설, 부동산 등에 담보권을 설정한 후 이러한 담보권의 실행으로 그 소유권을 취득하거나 점유한 경우 환경오염에 대한 책임을 부담할 가능성이 존재한다. 대출자와 관련하여서는 차입자의 환경에 대한 일정한 행위에 대하여 대출자에게 책임을 부과하는 것은 환경에 문제가 있는 사업에 대한 대출을 저지하여 보다 환경친화적인 개발에 대출을 하도록 하는 유인의 역할을 한다. 따라서 대출자에 대한 환경책임을 부과하는 방향으로 나아가고 있다.

이처럼 대출자는 계약에 기인하든지 또는 환경법에 의해서든지 일정한 경우 차입자의 손해 또는 환경정화비용을 배상할 책임을 부담할 수 있다. 우리나라 금융기관은 대출자책임을 최소화하기 위하여 미국과 영국에서 인정되고 있는 책임의 내용과 범위를 이해함으로써 이에 대비하는 시스템을 구축하는 계기로 삼아야 할 것이다. 특히 금융의 자유화와 경쟁의 심화로 금융기관(특히 은행)이 과거에는 건전성확보의 이유로 삼가던 대출관련 행위를 경쟁의 심화로 인하여 이를 허용함으로써 결과적으로 차입자간의 문제로 비화될 수 있는 문제점을 가지고 있다. 따라서 금융기관은 대출의 심사과정부터 대출계약체결, 담보권의 설정, 기한의 이익상실 등 대출계약관련 전반적으로 대출자책임을 부담할 가능성이 있는 곳을 파악하고 이를 회피 또는 방지하기 위한 지침 등을 마련할 필요가 있다.

궤 참고문헌

김홍균, “환경법상의 환경책임제도,” 『법조』 (2001. 1).

이종구, “대출자책임(Lender Liability)이론 연구,” 『상사법연구』, 제16권 제2호(1997).

Baena, S.L., “Emerging Theories of Lender Liability,” Florida Bar Journal(1987).

Corner, J.C., “Lender Liability: The Problem is Still with Us,” Banking Law Journal(1998).

Cranston, R., Principles of Banking Law(Oxford: Clarendon Press, 1997).

Ebke, W.F. and J.R. Griffin, “Lender Liability to Debtors: Toward a Conceptual Framework,” Southwestern Law Journal(1986).

Fischel, D.R., “The Economics of Lender Liability,” Yale Law Journal(1989).

Gillette, C.P., “Limitations on the Obligation of Good Faith,” 1981 Duke L. J. 619(1981).

Hawley, G.H., “Introduction to Lender Liability,” Alabama Lawyer(1987).

Lewis, R., “Contaminated Land: The New Regime of the Environment Act 1995,”

Journal of Planning & Environment Law(1995).

Marzulla, R.J. and B.G. Kappel, "Lender Liability under the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act," South Carolina Law Review(1990).

Muris, T.J., "Opportunistic Behavior and the Law of Contract," 65 Minn. L. Rev. 521(1981).

Nicholson, B. and T. Zuiderhoek, "The Lender Liability Dilemma: Feet Factors History and Aftermath," South Dakota Law Review(1993).

Nicolaides, C.M., "A Survey of Lender Liability in the United States," Journal of International Banking Law(1988).

Patterson, D.M., "Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code," Texas Law Review(1989).

Pryor, C.S., "Contractual Good Faith: Variations on the Theme of Expectations," Florida Bar Journal(1998).

Richardson, B.J., "Environmental Liability and Banks: Recent European Developments," Journal of International Banking Law(2002).

Sheh, L.J., "Lender liability and the Corporate Veil: An Analysis of Lenders as Shareholders Under CERCLA," Boston College Environmental Affairs Law Review(Spring 1998).

Tjio, H., "Duty of Care and Damages in Banking Cases," Journal of Business Law(1997).

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 4, No. 2, 2003

Lender Liability in US and UK

Young Shim

ABSTRACT

The development lender liability of financial institutions to their borrowers in US has increased much attention. Lending has been considered as relatively plain business. The financial institutions, such as banks, concentrated attention on credit risk. The lender liability developments, however, made the financial institutions to attention on the potential liabilities together with the credit risks.

One of very topical area of lender liability is environmental liability. This area is

increasing significance. Environmental laws, such as CERCLA in US and Environment Protection Act in UK, have exposed a broad range of lenders to liability for the cleanup of hazardous waste materials due to the environmental activities of their customers. In Korea, some environmental laws made it possible for environment liability to fall on the lenders.

This article present an analysis and evaluation of the lender liability in US and UK. Since the topic of lender liability is so broad, this article pick two topics in the area of lender liability. Chapter II examines cases which give the major grounds of lender liability claims in US and UK. Chapter III analyses the lender liability under the environment laws. Chapter IV proposes that Korean financial institutions need to pay attention on the possible lender liability and take a step to establish a system which reduces the potential liability significantly.

1) 미국의 계약법에 대한 보통법을 정리한 Restatement (Second) of Contracts는 Section 205에 'Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement'라고 규정하고 있다.

2) 성실의무에 대한 제정법으로는 Uniform Commercial Code를 모범으로 하는 각 주의 제정법을 들 수 있다. UCC section 1-203은 'Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement'라고 규정하고 있으며, section 1-201(19)에서 good faith를 'honesty in fact in the conduct or transaction concerned'라고 규정하고 있다. 또한 UCC section 1-208은 'a term providing that one party ... may accelerate payment or performance or require collateral or additional collateral "at will" or "when he deems himself insecure" ... shall be construed to mean ... only if he in good faith believes that the prospect of payment or performance is impaired'라고 규정하고 있다.

일정한 대출계약의 경우에는 UCC의 적용을 받지 않으나 미 법원은 이러한 경우에도 UCC의 성실의무를 유추적용하기도 한다. See, *Perdue v. Crocker National Bank*, 38 Cal. 3d 913(1985).

3) 515 A. 2d 756(Md. App., 1986).

4) *Id.*, at 757.

5) *Id.*

6) *Id.*, at 761.

7) *Id.*

8) *Id.*, at 762.

9) 101 Cal. App. 3d. 27(1980).

10) *Id.*, at 31-33.

11) *Id.*, at 35.

12) *Id.*

13) 776 F. 2d 866(9th Cir., 1985).

- 14) 757 F. 2d 752(6th Cir., 1985).
- 15) Id., at 754, 759.
- 16) Id., at 759-760.
- 17) See, *Centerre Bank v. Distributors, Inc.*, 705 S.W. 2d 42(Mo. Ct. App., 1985).
- 18) UCC §3-104(a) 참조.
- 19) 757 F. 2d 752, at 759.
- 20) Id., at 761-762.
- 21) 678 S.W. 2d 661(Tex. App., 1984).
- 22) The management change clause set forth in Section 6.1(g) of the February 14, 1977, loan agreement made it an event of default if there occurred: Any change in the office of President and Chief Executive Officer of Farah [Manufacturing Company, Inc.] or any other change in the executive management of Farah [Manufacturing Company, Inc.] which any two Banks shall consider, for any reason whatsoever, to be adverse to the interests of the Banks. See, Id., at 666.
- 23) 678 S.W. 2d 661, at 681.
- 24) A representation that a maker knows to be capable of two interpretations, one of which he knows to be false and the other true is fraudulent if it is made: (a) with the intention that it be understood in the sense in which it is false, or (b) without any belief or expectation as to how it will be understood, or (c) with reckless indifference as to how it will be understood.
- 25) 678 S.W. 2d 661, at 682.
- 26) 13 Williston on Contracts sec. 1617(3d ed., 1970).
- 27) 678 S.W. 2d 661, at 685.
- 28) Id., at 686.
- 29) Id., at 689.
- 30) Id., at 690.
- 31) Id.
- 32) See, generally, Smith & Warner, "On Financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants," 7 J. Fin. Econ. 117(1979).
- 33) Fischel, "The Economics of Lender Liability," 99 Yale L. J. 131(1989), at 134-135.
- 34) 물론 신용이 좋은 차입자일수록 차입을 할 수 있는 기회가 많아 시장에서의 대출이자율은 자연스럽게 감소하게 될 것이다.
- 35) FMC사건에서의 management change clause가 대출계약과 관련한 약정(covenant)의 중요한 예가 될 수 있다.
- 36) Fischel, at 138-139.
- 37) Id., at 140.
- 38) UCC상의 good faith와 lender liability 그리고 UCC 전체에 포함된 사상에 대하여는 D. M. Patterson, "Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code," 68 Tex. L. Rev. 169(1989) 참조.

- 39) Fischel, at 140.
- 40) See, C.P. Gillette, "Limitations on the Obligation of Good Faith," 1981 Duke L. J. 619(1981).
- 41) Muris, "Opportunistic Behavior and the Law of Contract," 65 Minn. L. Rev. 521(1981).
- 42) Fischel, at 142-144.
- 43) 757 F. 2d 752, at 759.
- 44) Fischel, at 144-146.
- 45) *Joachimson v. Swiss Bank Corpn*, [1921] 3 K.B. 110.
- 46) *Williams & Glyn? Bank Ltd. v. Barnes*, [1981] Com LR 205.
- 47) [1964] A.C. 465.
- 48) R. Cranston, *Principles of Banking Law*(Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 238.
- 49) [1975] Q.B. 326
- 50) [1995] 2 All ER 769.
- 51) [1996] EGCS 146.
- 52) *Williams & Glyn? Bank Ltd. v. Barnes*, [1981] Com. LR 205.
- 53) [2001] 2 All E.R. (Comm) 894.
- 54) *Lombard North Central plc. v. Stobart*, 2 Feb. 1990(CA).
- 55) *Crimphil Ltd. v. Barclays Bank plc.*, [1995] CLC 385(CA).
- 56) [1987] Ch. 335.
- 57) 서울고법 1995. 4. 11 판결, 93나24539.
- 58) 대법원 2002. 10. 25 선고, 2002다21769 판결.
- 59) See, B. Nicholson and T. Zuiderhoek, "The Lender Liability Dilemma: Fleet Factors History and Aftermath," 38 South Dakota L. Rev. 22(1993), at 23-25.
- 60) See, L.M. Barr, "CERCLA Made Simple: An Analysis of the Cases under the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980," 45 Bus. Law. 923, at 925(1990).
- 61) 42 U.S.C. §9607(a).
- 62) 42 U.S.C. §9607(a)(1)-(4)는 다음과 같이 규정하고 있다.
- (a) Covered persons; scope; recoverable costs and damages; interest rate; "comparable maturity" date
- Notwithstanding any other provision or rule of law, and subject only to the defenses set forth in subsection (b) of this section -
- (1) the owner and operator of a vessel or a facility,
- (2) any person who at the time of disposal of any hazardous substance owned or operated any facility at which such hazardous substances were disposed of,
- (3) any person who by contract, agreement, or otherwise arranged for disposal or treatment, or arranged with a transporter for transport for disposal or treatment, of hazardous substances owned or possessed by such person, by any other party or entity, at any facility or incineration vessel owned or operated by another party or entity and containing such hazardous substances, and

(4) any person who accepts or accepted any hazardous substances for transport to disposal or treatment facilities, incineration vessels or sites selected by such person, from which there is a release, or a threatened release which causes the incurrence of response costs, of a hazardous substance

63) 42 U.S.C. §§9604, 9606, 9607(a).

64) CERCLA에 의한 책임을 부담할 수 있는 자로서 다음과 같은 규정을 하고 있다.

The term 'person' means an individual, firm, corporation, association, partnership, consortium, joint venture, commercial entity, United States Government, State, municipality, commission, political subdivision of a State, or any interstate body. 42 U.S.C. §9601(21).

65) 42 U.S.C. §9613(h).

66) 42 U.S.C. §9613(j)(1), (2).

67) 42 U.S.C. §9607(b).

(b) Defenses

There shall be no liability under subsection (a) of this section for a person otherwise liable who can establish by a preponderance of the evidence that the release or threat of release of a hazardous substance and the damages resulting therefrom were caused solely by –

(1) an act of God;

(2) an act of war;

(3) an act or omission of a third party other than an employee or agent of the defendant, or than one whose act or omission occurs in connection with a contractual relationship, existing directly or indirectly, with the defendant(except where the sole contractual arrangement arises from a published tariff and acceptance for carriage by a common carrier by rail), if the defendant establishes by a preponderance of the evidence that

(a) he exercised due care with respect to the hazardous substance concerned, taking into consideration the characteristics of such hazardous substance, in light of all relevant facts and circumstances, and

(b) he took precautions against foreseeable acts or omissions of any such third party and the consequences that could foreseeably result from such acts or omissions; or

(4) any combination of the foregoing paragraphs.

68) 42 U.S.C. §9601(35).

69) 42 U.S.C. §9601(20)(A). Such term does not include a person, who, without participating in the management of a vessel or facility, holds indicia of ownership primarily to protect his security interest in the vessel or facility.

70) 15 Env'tl. L. Rep. 20994(E.D. Pa., 1985).

71) Equitable ownership은 신탁의 수익자에 대한 이익에 관한 것으로 수탁자의 법적 소유 (legal ownership)와 구별되는 것이다.

72) 632 F. Supp. 573(D. Md., 1986).

- 73) *Id.*, at 579.
- 74) *Id.*, at 580.
- 75) 42 U.S.C., §9601(20)(A).
- 76) 15 *Envtl. L. Rep.* at 20997.
- 77) 901 F. 2d 1550(11th Cir., 1990).
- 78) *Id.*, at 1557.
- 79) *Id.*
- 80) *Id.*, at 1558.
- 81) 40 C.F.R. §300.1100(1992).
- 82) 15 F. 3d 1100(D.C. Cir., 1994).
- 83) 42 U.S.C. §9601(20)(F).
- 84) 42 U.S.C. §9601(20)(E).
- 85) Environment Protection Act 1990, s. 78F(2).
- 86) Environment Protection Act 1990, s. 78A(2)(a).
- 87) See, *Alphacell v. Woodward*, [1972] A.C. 824.
- 88) Environment Protection Act 1990, s. 78B.
- 89) R. Lewis, "Contaminated Land: The New Regime of the Environment Act 1995," *Journal of Planning & Environment Law*(1995), p. 1092.
- 90) Environment Protection Act 1990, s. 78B(3).
- 91) Environment Protection Act 1990, ss. 78C(7) 이하, 78D(6), 및 78Q(4) 이하 참조.
- 92) Environment Protection Act 1990, s. 78A(7).
- 93) Environment Protection Act 1990, s. 78H.
- 94) Environment Protection Act 1990, s. 78F(7).
- 95) DETR Circ. 2/2000, clause D.99(a).
- 96) DETR Circ. 2/2000, clause D.99(b).
- 97) DETR Circ. 2/2000, clause D.100.
- 98) Environment Protection Act 1990, s. 78F(4).
- 99) DETR Circ. 2/2000, clause D.99(c).
- 100) DETR Circ. 2/2000, clause 9.9.

In the Government? view, the test of "causing" will require that the person concerned was involved in some active operation, or series of operations, to which the presence of the pollutant is attributable. Such involvement may also take the form of a failure to act in certain circumstances.

- 101) DETR Circ. 2/2000 clause 9.10.

The meaning of the term "knowingly permit" was considered during the debate on Lords?Consideration of Commons?Amendments to the then Environment Bill on 11 July 1995. The then Minister for the Environment, the Earl Ferrers, stated on behalf of the Government that:

"The test of "knowingly permitting" would require both knowledge that the substances in question were in, on or under the land and the possession of the power to prevent such a substance being there." (House of Lords Hansard [11 July 1995],

col 1497)

- 102) House of Lords Hansard [11 July 1995], col 1497.
- 103) DETR Circ. 2/2000 clause 9.11.
- 104) DETR Circ. 2/2000 Part 5.
- 105) DETR Circ. 2/2000 clause D.48(a)(ii).
- 106) DETR Circ. 2/2000 clause D.48(c).
- 107) DETR Circ. 2/2000 clause D.48(i).
- 108) Environment Protection Act, s. 78F(4).
- 109) Environment Protection Act, s. 78A(9).
- 110) Northern Rock Building Society v. Wood, 1990 S.L.T.(Sh Ct) 109.
- 111) Telfer v. Glasgow D.C., 1974 S.L.T.(Notes) 51.
- 112) 환경정책기본법 제31조.
- 113) 김홍균, “환경법상의 환경책임제도,” 『법조』 (2001. 1), 79-80면.
- 114) 폐기물관리법 제45조, 제46조.
- 115) 토양환경보전법 제23조.
- 116) 대법원 1997. 8. 22 선고, 95누17724 판결, 원심판례 대구고법 1995. 10. 27, 94구 5572 판결.
- 117) See, G. H. Hawley, “Introduction to Lender Liability,” Alabama Lawyer, July 1987, at 214.
- 118) 2003년 3/4분기 중 가계신용동향을 보면, 우리나라 가계부채는 440조원, 가구당 평균 부채 2,921만원이며, 신용불량자는 약 350만명이다. 한국은행 보도자료, 2003년 3/4분기 중 가계신용동향, 공보 2003-12-4호(2003. 12. 5).