

국제대출거래에서 주간사의 신인의무에 관한 연구*

박 찬 동**

[目 次]

I. 서 론	III. 한국법에서 주간사 신인의무의 해석가능성
II. 국제대출거래에서 주간사의 신인의무	1. 서설
1. 주간사의 역할	2. 주간사의 선관주의의무
2. 국제대출거래 당사자의 관계	3. 주간사의 정보제공의무
3. 주간사 신인의무의 법적 분석	4. 소결
4. 소결	IV. 결 론

I. 서 론

국제금융시장에서 한국 주식시장 규모는 세계 12위 수준으로 거래량은 아시아에서 4번째 수준이다.¹⁾ 그러나 다수의 해외투자자 및 투자은행은 한국 투자시 걸림돌로 외환시장을 지적한다. 왜냐하면 한국 외환시장의 규모가 다른 선진시장과 비교하여 작기 때문이다.²⁾ 이러한 문제는 원화의 국제화 노력으로 해결이 가능한데, 적극적인 해외투자유치뿐 아니라 국내 금융기관의 적극적인 해외 진출도 필요하다. 그러나 아직까지 국내금융기관 특히 국내 은행의 해외진출 실적은 매우 저조하다.³⁾

[논문접수일: 2014. 10. 31. / 심사개시일: 2014. 12. 02. / 게재확정일: 2014. 12. 24.]

* 본고는 2014년 9월 12일 개최된 국제거래법학회 추계학술대회에서 발표한 내용의 일부를 보완해 정리한 것이다.

** 고려대학교 강사, 법학박사

- 1) 2013년 이후 외국인 채권자금도 채권시장에 지속적으로 유입되고 있다. 김형우, “국제금융시장에서의 한국 금융시장 위상 점검”, 『Issue Analysis』(2014. 6. 26.), 3면. 국제금융센터 홈페이지 <<https://www.kcif.or.kr>>.
- 2) 원화는 선진시장으로 평가되는 G10통화에 포함되지 못하고 있다. 그러나 원화의 국제화로 한국 금융시장 규모의 확대와 투자자본의 장기화로 안정적인 금융시장의 운영이 가능해 질 것으로 전망된다. 상계자료, 8면; 국제거래의 통화위험으로 계약체결시 통화선도거래나 통화선물거래를 이용한다. 이기수·신창섭, 국제거래법 제5판, 세창출판사, 2013, 336면.
- 3) 2013년 6월말 기준 국내 금융회사의 해외진출 건수는 363건이고 은행의 해외진출은 146건이며 증권사와 보험사가 각각 89건과 81건이다. 그러나 대한상공회의소의 설문조사에 따르면 해외 진출한 국내 금융회사의 2012년 전체수익 대비 해외부문 수익 비중이 3% 미만이라고 답한 금융회사가 약 70%로 집계되었다. “국내 금융회사의 해외진출 현황”, 『자본시장 Weekly』 2013-32호 (2013. 8. 13~8. 19), 1-3면; 2013년 9월말 기준 국내은행은 33개국에서 해외영업점을 운영 중

이처럼 국내 은행의 국제화가 미미한 이유로 그동안 관치금융 논란에서도 자주 지적됐듯이 불필요한 가격 규제나 그림자 규제를 들 수 있다.⁴⁾ 왜냐하면 배당을 얼마나 지급할 것인지, 투자를 어떻게 할 것인지 등의 경영판단을 감독당국의 눈치를 봐야 하는 상황에서 원활한 해외진출을 기대할 수 없기 때문이다.⁵⁾ 그러나 무엇보다 국내은행의 해외진출이 미약한 이유로 외국금융시장이나 국제금융시장에 대한 이해가 부족하다는 점을 들 수 있다. 왜냐하면 적극적인 해외진출을 위해서는 외국의 금융관련 법제에 대한 이해가 반드시 필요하기 때문이다.⁶⁾ 이에 본고에서는 국내은행의 해외 진출시 반드시 알아야 하는 영미의 신인의무에 관하여 연구하였다.

국제금융시장에서 실무적으로 금융거래의 준거법은 영국법이나 미국 뉴욕주법이 주로 선택된다. 영국법이나 뉴욕주법이 속한 영미법은 판례를 중요한 법원으로 이용하므로 관련 판례를 함께 검토하였다.

국제대출거래에서 차주는 대규모 기업이나 금융기관 등 민간 기업과 외국 정부나 국제금융기구 등 공공기관이다. 이러한 차주는 한 은행이 대출할 수 있는 금전보다 큰 규모의 대출이 필요한 경우가 있다. 이러한 경우에 차주는 국제금융시장⁷⁾에서 대주단대출(syndicated loan)⁸⁾을 이용한다.⁹⁾ 대주단대출은 두 개 이상의 대주가 함께 참여하여 단일대출서류에 기초하여 공통된 조건으로 자금을 제공하는 복수은행대출약정(multi-bank loan arrangement)이다.¹⁰⁾ 복수의 금융기관이 대주단을 구성하므로 차주와 대주단 사이에서 조율하는 역할을 담당하는 금융기관이 필요하다. 이러한 역할을 담당하는 은행을 ‘주간사은행(lead manager bank),’ ‘주선은행’ 또는 ‘주간사(arranger)’라고 한다(이하 ‘주간사’).¹¹⁾ 일부 경우에 주간사가 다른 금융기관과 함께 간사단을 구성하여 주간사 업무를 분담하기도 한다. 그러나 본고

이며, 국내은행 해외영업점의 2013년 상반기 당기순이익은 전변 동기 대비 14.5% 감소하여 282.7백만 달러였다. 구정환, “국내은행의 해외진출 전략에 있어서의 시사점”, 「주간 금융브리프」 제23권 13호 (2014.3.29.~4.4.), 3-9면.

- 4) 박종원, “금융 선진화를 위한 금융 규제 개혁의 바람직한 방향”, 「금융」Vol. 724 (2014.07.), 11면. 전국은행연합회 홈페이지 <http://banker.kfb.or.kr/section.php?idx=28&PublishDate=201407&sub_idx=562>.
- 5) 상계논문.
- 6) 우리나라 금융기관이 해외에 진출하는 경우에 외국의 국채를 매입하는 소극적인 투자방식도 검토할 수 있으나, 해외의 차주에게 직접 용자하는 등 적극적인 투자방식의 확대 없이는 해외진출의 활성화가 어렵다.
- 7) 유로시장이라고도 한다.
- 8) 이미현·최승훈, “국제금융계약에서의 이자조항”, 「BFL」 제35호 (2009.5), 9면은 신디케이트론을 ‘대주단대출’로 사용한다.
- 9) 대규모 국제대출거래에서는 통상 20-30개의 은행이 대주로 참여한다. Agasha Mugasha, *The Law of Multi-Bank Financing: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market* (Oxford: Oxford Univ., 2007), at 130.
- 10) 개별 대주는 차주와 별개의 계약을 체결하지만 편의상 동일한 계약서를 사용한다고 설명한다. *Id.*, at 22.
- 11) 일본 대출시장에서 과거 외국은행이나 시중은행이 주간사였으나, 최근에 신용금고 등 중소 금융기관 및 농협 등 정부금융기관도 대주단대출의 주간사로 참여한다. 木下正俊, シンジケートローン市場の拡大と課題, 広島法科大学院論集 第9号 (2013年), 10面.

에서는 주간사가 단독으로 간사단을 구성하는 경우로 한정하여 검토하기로 한다.

영미법계를 중심으로 국제대출거래에서 주간사가 ‘신인의무(fiduciary duty)’를 부담하는 ‘수임자(fiduciary)’로 볼 수 있는지에 관하여 법원과 학자들 사이에 논란이 있다. 또한 국제대출거래에서 주간사의 신인의무를 인정하는 경우에 차주에 대한 의무와 어떻게 조화되어야 하는지의 문제도 발생한다.

이러한 문제를 알아보기 위하여 영미와 일본의 판례 및 학설을 검토한다. 이 논문은 네 부분으로 구성된다. 첫 번째는 문제의 제기와 연구의 범위를 정한다. 두 번째는 국제대출거래에서 주간사의 역할에 관하여 알아본 뒤 영미에서 주간사의 신인의무를 어떻게 취급하는지 알아본다. 세 번째는 국제대출거래에서 주간사의 신인의무를 한국법에서 어떻게 해석할 수 있는지에 관하여 우리나라와 일본의 학설 및 판례를 함께 알아본다. 마지막으로 결론에서 이를 요약하여 정리한다.

II. 국제대출거래에서 주간사의 신인의무

1. 주간사의 역할

국제금융시장에서 주간사는 금융기관¹²⁾에 국제대출의 참여를 권유한다. 이를 위해 차주와 함께 대출설명서(information memorandum)¹³⁾를 준비하고 대출계약의 조건을 협의한다. 국제대출계약이 체결된 뒤에 주간사의 업무는 종료되며 대리은행이 주간사의 업무를 담당한다.¹⁴⁾

가. 위임장의 수령

국제대출을 희망하는 차주는 통상적으로 은행관계에 있는 대형은행을 접촉하여 대출 금액, 금리, 만기 등에 대해 협의한다. 국제대출의 기본 조건에 대한 합의가 끝나면 차주는 주간사에 합의된 대출조건에 따른 대주단의 구성을 위탁하며 국제대출의 주선을 위한 ‘위임장(mandate letter)’¹⁵⁾을 수여한다.

12) 최근에 금융규제의 완화로 국제대출거래에 투자은행, 연기금, 특수목적기구와 같은 비은행금융기관도 은행대출시장에 활발히 참여한다. Richard Wight, Warren Cooke and Richard Grady, *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide* (New York: MacGraw Hill, 2009), at 2.

13) 국제대출거래에서 주간사가 잠재적인 대주에게 참여를 권유하기 위하여 제공된 대출조건서의 정보를 상세히 설명하는데, 대출과 관련된 정치·경제 정보와 차주의 재무상황 정보를 포함한다. 각종 문헌은 ‘대출설명서,’ ‘정보안내서,’ ‘기채취지서,’ ‘투자안내서,’ ‘차관안내서,’ ‘사업설명서’로 언급한다.

14) 대리은행은 차주와 대주 사이에 대출 원리금의 지급과 자금과 정보교환의 통로역할을 담당한다.

15) ‘기채의뢰서’라고도 한다.

나. 대출설명서의 준비

위임장을 수령한 주간사는 차주와 함께 차주의 재무 상황 등 비교적 상세한 차주의 신용 정보가 기재된 대출설명서를 준비한다. 대출설명서는 공개적으로 구할 수 없는 정보를 포함한다. 여기에는 대출의 목적, 대출의 상세조건, 차주의 사업개요, 경영진의 구성, 과거 재무자료와 이에 기초한 미래 재무 전망 등 차주의 신용과 관련된 사실과 견해를 함께 기재한다.¹⁶⁾ 차주의 회계사, 변호사, 경영자문인, 신용평가사, 감정평가사 등 전문가는 차주의 대출설명서 준비에 협조한다.¹⁷⁾ 주간사는 대출설명서의 편집 작업을 담당한다. 이미 차주와 은행거래관계를 형성한 경우가 대부분이므로 일부 정보는 주간사가 차주에게 직접 제공한다.

그러나 대출설명서는 차주를 문건의 유일한 작성자로 표시한다. 또한 대출설명서는 주간사가 문건의 작성자가 아니며 대출설명서의 내용에 대한 어떠한 책임도 부담하지 아니한다는 점을 표시한다. 그럼에도 불구하고 주간사는 실무적으로 참가권유 금융기관에 대출설명서를 직접 배포하고 이에 관한 질문에 대응한다. 이에 따라 대출설명서의 내용에 허위나 부정확한 정보가 포함된 경우에 대주에 대한 책임에서 자유롭지 못하다.¹⁸⁾

다. 대출참여의 권유

주간사는 차주와 협의한 대출조건이 기재된 ‘대출기본조건서(term sheet)’¹⁹⁾를 팩스, 우편, 또는 전자우편을 이용하여 금융기관에 대출참여 권유활동을 개시한다. 이때 주간사는 대주단대출에 관심을 표명한 금융기관에 대출설명서를 배포한다. 대출설명서는 차주에 관한 민감한 내부정보를 포함하므로, 참여권유 금융기관은 통상적으로 대출설명서를 수령하기 전에 ‘비밀유지약정서(letter of confidentiality)’에 서명한다.²⁰⁾

대주는 대출설명서에 포함된 차주의 신용 정보 및 상세한 계약 조건을 바탕으로 참여 여부를 검토한다. 대주는 필요한 경우에 주간사를 통하여 차주의 추가 정보 및 대출조건 변경 등을 요구한다. 대주는 참여 여부의 검토 결과를 주간사에게 통지한다. 참여를 결정한 대주는 그 취지를 표시하며 참가표명에 참가희망 액수와 참가 조건 등을 기재한다.²¹⁾

주간사는 참여를 표명한 대주와 차주 사이에서 계약서 작성에 관하여 협의한다. 주간사는 대주의 문의사항에 대하여 자체적으로 답할 수 있는 내용은 스스로 답하기도 한다. 그러나 일정한 범위를 넘어서는 민감한 내용은 차주에게 문의사항을 전달한다. 이러한 협의 과정에서 대출조건의 수정도 함께 이루어진다.²²⁾ 어느 정도의 합의가 이루어진 후에 국제

16) Mugasha, *supra* note 9, at 132-133.

17) 이에 따라 대출설명서에 포함된 정보에 허위표시가 포함된 경우에 이러한 전문가도 대주로부터 부실표시로 제소될 가능성이 있다. *Id.*, at 134-138.

18) 주간사는 국제대출거래의 대주에 대하여 부실표시책임을 부담한다. 이에 관하여 자세한 설명은 박찬동, “국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구 -영미 판례법을 중심으로-”, 「고려대학교 박사학위 논문」(2013. 12.), 215-230면 참조.

19) ‘조건제안서’라고도 한다. 한민, “신디케이트 대출에 관한 법적 검토”, 「이화여자대학교 법학논집」 제16권 제4호(2012. 6.), 210면; ‘융자기본조건서’라고도 한다. 木下正俊, 전제논문(주 11), 14면.

20) Mugasha, *supra* note 9, at 131.

21) 木下正俊, 전제논문(주 11), 15면.

대출계약서 초안이 작성된다. 차주 및 대주는 국제대출계약서 초안을 승인한 후에 최종 대출계약서에 서명한다.²³⁾

라. 주간사 업무의 종료

주간사의 업무는 국제대출계약의 체결로 종료한다. 국제대출계약이 체결된 뒤에 주간사였던 은행이 통상적으로 대리은행이 된다. 대리은행은 대출거래의 운영과 관련하여 대주단을 위한 대리은행의 업무를 담당한다. 그러나 주간사가 항상 대리은행이 되는 것은 아닌 점에 유의하여야 한다.

2. 국제대출거래 당사자의 관계

국제대출의 조성과정에서 주간사와 차주 및 대주의 법적 관계에 관하여 알아본다.

가. 주간사와 차주의 관계

차주는 주간사에게 ‘위임장’을 수여함으로써 대주단의 구성을 위탁한다.²⁴⁾ 위임장에는 ‘인수(underwriting)방식’과 ‘최선노력(best efforts)방식’이 있다. 인수방식은 주간사가 일정한 대출액의 대주단대출의 구성을 약속하고 참가 금융기관의 신청금액이 약정된 대출금액에 미달하는 경우에 주간사가 부족한 대출금액을 대출할 의무를 부담하는 방식이다. 반면에 최선노력방식은 주간사가 국제대출의 대주단 구성을 위하여 합리적인 범위에서 최선의 노력을 기울일 의무만을 부담하는 방식이다. 주간사는 최선의 노력에도 불구하고 참여금융기관의 대출신청금액이 약정된 대출금액에 미달되는 경우에도 잔여 대출금액에 대한 대출의무를 부담하지 아니한다.

영미에서는 주간사와 차주의 관계를 대리관계로 취급한다.²⁵⁾ 이에 따라 주간사는 차주를 위하여 국제대출거래의 대주단을 구성하기 위하여 노력한다.

22) 대출조건의 협의과정에서 참가표명 금융기관이 참가표명을 철회하는 경우에 합리적인 이유가 필요하다. 대출설명서에 차주의 재무상황이나 기타 사항의 실질적인 변동이 있는 등의 사정 등의 합리적인 이유 없이 금융기관이 참가결정을 철회한 경우에 불법행위책임을 부담할 수 있다. 상계 논문, 16면(森下哲朗, シンジケート・ローンにおけるアレンジャー, エージェントの責任, 上智法学論集第51巻第2号 (2007年), 8面 재인용).

23) 주간사는 통상적으로 대주단의 일원으로 국제대출거래에 참여한다.

24) 일본에서 차주와 주간사의 관계는 위임관계로 본다. ‘일본론채권시장협회(Japan Syndication and Loan-trading Association: 이하 ‘JSLA’)' 행위규범 5(1); 일본은 2001년 1월에 JSLA가 설립되어 건전한 시장관행의 형성에 기여하고 있다. JSLA는 2001년 ‘리볼빙크레딧퍼실리티 계약서,’ 2003년 ‘탐론계약서,’ ‘JSLA 행위규범,’ 2007년 ‘JSLA 실무지침’ 등을 공표하였다; 木下正俊, 전계논문(주 11), 18면; 한민, 전계논문(주 19), 217-219면.

25) Charles Qu, *The Fiduciary Role of the Manager and the Agent in a Loan Syndicate*, 12 Bond Law Review 86, 92 (2000).

나. 주간사와 대주의 관계

주간사와 대주 간에는 아무런 계약 관계가 존재하지 아니한다. 주간사는 다른 금융기관에 국제대출의 참여를 권유하지만 원칙적으로 자기의 책임 하에서 참여여부를 결정한다.²⁶⁾ 그러나 이처럼 주간사와 대주 사이에 계약관계가 없음에도 불구하고 국제대출의 조성과정에서 대주가 손해를 입은 경우에 주간사의 책임을 인정할지 여부가 문제된다.

3. 주간사 신인의무의 법적 분석

가. 영미법상 신인관계

영미의 많은 법원과 학자들은 ‘신인관계(fiduciary relationship)’를 정의하기 위하여 노력하였다. 그러나 신인관계는 아직까지 확정적인 개념으로 정의되지 못하고 있다.²⁷⁾ 단지 일부 학자와 판례를 중심으로 신인의무에 관한 일반적인 성질만을 언급한다.

이를 구체적으로 보면 신인의무를 수임자의 지위에 있는 자가 오로지 상대방의 이익을 위하여 노력하고, 자신의 이익이나 제삼자의 이익이 수임자의 행위에 영향을 주지 아니하는 법적 의무로 설명한다.²⁸⁾ 또는 수임자를 신뢰관계를 유발하는 상황에서 특정한 사안에 관하여 상대방을 위하여 행위하거나 인수한 자로 설명한다.²⁹⁾ 이러한 신인의무는 다양한 상황에서 다양한 모습을 가지는데, 상대방은 수임자를 감시하기 어렵기 때문에 법적으로 관계의 균형을 유지시켜야 한다고 설명한다.³⁰⁾

이처럼 신인관계를 정의하기 어려운 이유는 아마도 신인관계가 인정되는 많은 사정(circumstances)이 있기 때문이다.³¹⁾ 대부분 영미의 판례와 제정법은 신인관계를 정의하지 아니하고 신인의무가 인정되는 일부 유형만을 언급한다.³²⁾

26) JSLA 행위규범은 계약 당사자가 스스로 내용을 충분히 확인한 뒤에 주간사에 의존하지 아니하고 자신의 책임 하에 당해 계약을 체결하는 ‘자기책임의 원칙’을 규정한다(동 규범 4 II ①).

27) Joshua Getzler, Duty of Care, in Peter Birks & Arianna Pretto (eds.), *Breach of Trust* (Oxford: Hart Pub., 2002), at 41; *Manassas Travel, Inc. v. Worldspan, L.P.*, No. 2:07-CV-701- TC, 2008 U.S. Dist. LEXIS 35217 (D. Utah Apr. 30, 2008); *First Sec. Bank of Utah v. Banberry Dev. Corp.*, 786 P.2d 1326, 1333 (Utah 1989).

28) *Id.*

29) *Bristol and West Building Society v Mothew* [1996] EWCA Civ 553, [1998] Ch 1 (24 July 1996).

30) *Id.*

31) *Manassas Travel, Inc. v. Worldspan, L.P.*, No. 2:07-CV-701-TC, 2008 U.S. Dist. LEXIS 35217 (D. Utah Apr. 30, 2008); *First Sec. Bank of Utah v. Banberry Dev. Corp.*, 786 P.2d 1326, 1333 (Utah 1989).

32) Tamar Frankel, *Fiduciary Law* (Oxford University Press, 2011), at 1; 미국의 「1940년 투자회사법」§ 80a-35(b)는 “등록 투자회사의 투자자문업자는 투자회사가 투자자문업자나 관련자에 대한 보상이나 지급에 관하여 수임자 의무가 있다”고 규정하며 「1974년 종업원퇴직연금보장법」(Employee Retirement Income Security Act of 1975) §1002(21)은 연금계획과 관련된 수임자의 정의를 내린다. 미국법률협회(American Law Institute)의 제2차 대리법 리스테이트먼트와 제3차 신탁법 리스테이트먼트는 수임자의 한 유형인 대리인과 수탁자를 정의하며, 미국통일주법위원회의 「통일신탁법」(Uniform Trust Code)은 수임자의 한 유형인 수탁자를 정의한다.

나. 수임자의 종류

신인관계가 정의되기 어려운 개념이라는 사실에도 불구하고 신인의무를 부담하는 수임자가 두 종류로 구분된다는 점에 이견은 없어 보인다.³³⁾ 첫 번째 종류는 ‘지위에 기초한 수임자(status based fiduciaries)’이며 두 번째 종류는 ‘사실에 기초한 수임자(fact based fiduciaries)’이다.

(1) 지위에 기초한 수임자

지위에 기초한 수임자는 법적으로 당연히 신인의무를 부담하는 자를 말한다. 전통적으로 지위에 기초한 수임자는 수탁자와 수익자, 이사와 회사, 의뢰인과 변호사, 대리인과 본인을 말한다.³⁴⁾

(2) 사실에 기초한 수임자

사실에 기초한 수임자는 일정한 요소를 충족하는 사실관계에서 인정된다. 예를 들어 통상적으로 신인의무가 인정되지 아니하는 당사자 사이에서 신인의무가 인정되는 경우를 말한다. 그러나 이러한 신인관계는 사전에 예측하기 어려운 문제가 있다. 왜냐하면 사실에 기초한 수임자를 판단하기 위한 ‘신뢰와 신임(trust and confidence),’ ‘인수(undertaking),’ ‘취약성(vulnerability)’과 같은 일부 기준만이 인정되기 때문이다.³⁵⁾

(가) 신뢰와 신임

신인의무는 18세기 후반에 악용될 여지가 높은 ‘신뢰와 신임관계(relation of trust and confidence)’³⁶⁾에서 형평법원(Court of Chancery)이 처음으로 인정하였다.³⁷⁾ 텍사스 주법원

33) Qu, *supra* note 25, at 87.

34) *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation* (1984) 156 CLR 41 at 68 per Gibbs CJ and 96 per Mason J.; *Hodgkinson v Simms* [1994] 3 SCR 377, (1994) 117 DLR (4th) 161, 176; *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14, 28, 61 per La Forest J.

35) Qu, *supra* note 25, at 86-90; 캐나다 대법원은 사실에 기초한 신인의무를 판단할 때 요소로 다음을 언급하였다. ① 수임자는 재량이나 권한을 행사할 수 있는 범위가 있다. ② 수임자는 수익자의 법적 또는 실질적 이익에 영향을 주기 위하여 권한이나 재량을 일방적으로 행사할 수 있다. ③ 상대방은 재량이나 권한을 가지는 수임자에 대하여 저항력이 없거나 수임자의 처분에 좌우된다. *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd.* (1989) 61 DLR (4th) 14, 27, 63 (SCC).

36) 영국 법학자들은 과거 ‘confidence’와 ‘trust’를 신뢰의 의미로 사용하였으나, ‘trust’가 신탁법 분야로 독자적으로 발전하였다고 한다. 따라서 ‘trust’라는 용어는 ‘재산의 신탁’을 의미하며 ‘trust and confidence’로 사용된 경우에 신뢰를 의미하고 ‘fiduciary’가 ‘trust’를 대체하였다고 설명한다. 이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법, 금융법의 충실의무를 중심으로”, 『홍익법학』 제12권 제1호(2011), 34-35면.

37) 신인의무에 관한 법원칙은 형평법에서 기원한다. 어떤 사람이 다른 사람을 신임하고 신뢰된 사람이 이러한 신뢰를 악용한 많은 경우에 보통법원이 해결방법을 제시하지 못하였으나 형평법원은 이를 형평법으로 구제하였다. 형평법이 발전됨에 따라 많은 사건에서 구체적인 법규가 광범위한 법원칙에 기초한 형평법원 판사의 재량 행사를 보완하였다. L. S. Sealy, *Fiduciary Relationships*,

은 신인관계에서 필요한 신뢰의 정도는 상당히 높아야 한다고 판시했다.³⁸⁾ 단순히 주관적인 신뢰는 ‘대등한 지위의 거래(arm’s length dealing)’를 신뢰와 신임관계로 전환하지 못하기 때문이다.³⁹⁾ 따라서 통상적으로 대등한 지위의 거래인 상거래에서는 신뢰와 신임관계가 부정되어 거래당사자간에 신인의무가 인정되지 아니한다. 그러나 호주대법원(Australian High Court)은 이러한 신뢰와 신임기준이 신인관계가 인정되기 위하여 반드시 필요한 요건이 아니라고 언급하였다.⁴⁰⁾

(나) 인수

호주 대법원 *Hospital Products* 판례⁴¹⁾의 Mason 판사는 ‘인수이론(undertaking theory)’을 주장하였다. 이에 따르면 수임자는 상대방의 이익에 영향을 미칠 수 있는 재량이나 권한을 상대방을 위하여 행사하기로 합의하는 것이다. 이러한 인수 기준은 신인관계의 성립에 관한 표지가 될 수 있다. 수임자가 사무를 인수함으로써 상대방은 수임자의 신인의무를 기대할 수 있는 권리가 인정되기 때문이다.⁴²⁾ 이에 따라 수임자도 상대방이 자신을 ‘의지(reliance)’한다는 수임자의 인식이 있어야 한다.⁴³⁾

그러나 모든 신인관계에서 인수행위가 있는 것은 아니다. 예를 들어 미국 *Brophy v. Cities Service Co.* 사건⁴⁴⁾에서 회사의 이사인 임원의 비서가 내부정보를 이용하여 부당이득을 취득하였다. 비서는 회사에서 주식시장의 가격을 높이기 위해 충분한 양의 주식을 공개시장에서 매수할 계획이라는 정보를 알게 되었다. 통상 비서와 같은 피용자는 수임자로 취급되지 아니한다. 왜냐하면 고용주는 피용자에게 업무와 관련하여 충분한 재량을 인정하지 아니하고 미비한 권한만을 인정하기 때문이다. 그러나 이 사건에서 비서는 피용자라는 지위에도 불구하고 수임자로 인정되었다.⁴⁵⁾ 비서는 명시적인 인수행위가 없었더라도 자신의 지위를 이용하여 정보를 취득하였기 때문에 수임자로 인정되었다.⁴⁶⁾ 업무 중 취득한 정보를 이용한 주식거래는 회사의 신뢰와 신임에 반하는 행위이기 때문이다.

(다) 취약성

신인관계는 수임자의 상대방에게 위협을 유발하며,⁴⁷⁾ 상대방은 수임자 지위의 남용에 취

1962 Cambridge L.J. 69, 71-72 (1962).

38) *Schlumberger Tech. Corp. v. Swanson*, 959 S.W.2d 171, 176-77 (Tex. 1997).

39) *Id.*, at 177.

40) *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation* (1984) 156 CLR 41 at 31 per Gibbs CJ.

41) *Id.*, at 68 per Mason J.

42) Qu, *supra* note 25, at 88.

43) Cheryl Goss Weiss, *A Review of the Historic Foundations of Broker-Dealer Liability for Breach of Fiduciary Duty*, 23 J. Corp. L. 65, 69-70 (1997).

44) 70 A.2d 5, 7 (Del. Ch. 1949).

45) Frankel, *supra* note 32, at 9.

46) *Id.*

47) *Id.*, at 25-26.

약하다.⁴⁸⁾ 수임자는 업무를 수행하기 위하여 상대방의 사전 승인을 받을 필요 없이 행위할 재량이 필요하다.⁴⁹⁾ 신인관계에서 수임자는 다양한 방식으로 위탁된 재산이나 권한을 유용할 수 있으며, 부주의하게 업무를 수행하거나, 상대방의 지시를 따르지 아니할 위험이 발생한다.⁵⁰⁾ 신임자의 지시가 구체적이지 않으면 앎을수록, 수임자는 더 큰 재량을 가지고 업무를 수행하며, 상대방의 위험은 더욱 높아지게 된다.⁵¹⁾

신인의무에 관한 캐나다 대법원의 선도적 판례인 *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* 사건⁵²⁾에서 상대방이 수임자에게 취약하다는 점을 확인시켜주었다. 이러한 기준은 호주의 *Hospital Products* 사건⁵³⁾에서 Dawson 대법관의 지지도 받았는데, “모든 신인의무의 사건이 기초하는 개념은 상대방을 의지하므로 상대방이 양심에 따라 행위하도록 형평법상의 보호받아야 하는 일방 당사자의 불리한 위치 또는 취약성이 그러한 관계의 성질에 내재한다”고 언급하였다.

그러나 이러한 ‘취약성’은 반드시 ‘취약한’ 당사자가 재무적으로 취약하거나 ‘전문성(sophistication)’이 부족할 필요는 없다.⁵⁴⁾ 단지 일방당사자가 수임자를 의지하는 불리한 위치에서 수임자에게 취약한 경우에 취약성이 인정되기 때문이다.⁵⁵⁾ 이러한 취약성 기준도 다른 기준과 마찬가지로 모든 신인관계에서 반드시 필요한 요건이 아니라는 점에 유의하여야 한다.⁵⁶⁾

(3) 정리

영미 법원이 신인의무를 인정하는 경우는 첫 번째 전통적인 수임자이며 두 번째 사실에 기초하여 수임자가 되는 경우이다. 그러나 위에서 언급한 기준은 신인관계의 표지일 뿐이다. 따라서 이러한 기준 중에서 어떠한 기준도 신인관계에 필수적인 요건이 아니며 신인관계를 확인시켜주는 요소로 취급된다.⁵⁷⁾

여기서 유의할 점은 이러한 신인의무가 상거래 당사자 사이에서도 인정된다는 점이다. 결국 ‘전문적인 당사자(sophisticated parties)’가 서로 대등한 지위에서 거래하는 경우에 신인관계가 성립되지 아니한다는 추정만이 인정될 뿐이다.⁵⁸⁾ 따라서 국제대출거래에서 대주

48) *Id.*

49) *Id.*

50) *Id.*

51) *Id.*

52) (1989) 61 DLR (4th) 14 at 27 (per La Forest J and at 62-3 (per Sopinka J); *Frame v Smith* 사건에서 캐나다 대법원의 Wilson 판사가 처음으로 제시했다. (1987) 42 DLR (4th) 81 at 99.

53) (1984) 156 CLR 41 at 55 per Dawson J.

54) Qu, *supra* note 25, at 89.

55) Frankel, *supra* note 32, at 10.

56) Qu, *supra* note 25 at 89; *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14 at 39 per La Forest J.

57) Qu, *id.*, at 89-90.

58) *Hospital Products Ltd v United State Surgical Corp* (1984) 58 ALJR 587 (HC).

가 주간사를 상대로 신인의무를 주장할 수 있다. 이러한 경우에 대주는 영미 법원에서 주간사의 신인의무를 인정받기 위하여 높은 수준의 입증책임을 부담한다.

다. 주간사의 신인의무

국제대출거래에서 주간사가 대주에 대하여 신인의무를 부담하는지 여부는 영미에서 논쟁의 대상이다. 이러한 문제는 신인의무라는 법적 개념의 불확실성의 문제로 취급되기보다 국제대출거래와 관련된 금융기관이 신인의무가 적용되는 범위 밖에 있다고 추정되어야 하는지의 문제로 취급된다. 왜냐하면 이러한 종류의 거래에 참여하는 금융기관은 일응 전문적인 당사자로서 상사거래에 참여한 것이기 때문이다.⁵⁹⁾

대출의 참여를 권유하는 과정에서 주간사는 차주의 대리인으로 행위한다. 그럼에도 불구하고 주간사를 대주의 수임자로 인정할 수 있는지가 문제된다. 왜냐하면 주간사는 대주의 법적 또는 실질적 이익에 영향을 줄 수 있는 위치에 있기 때문이다. 예를 들어 주간사는 대출설명서와 같은 ‘개시서류(disclosure documents)’를 준비하는 과정에서 알게 된 차주에 관한 부정적인 정보를 대주에게 개시하지 아니하기로 결정할 수 있기 때문이다. 또한 대출계약을 교섭하는 과정에서 주간사는 대주단의 구성원 자격으로 차주를 상대로 협상하기 때문이다. 이에 따라 주간사는 대출조건이나 국제대출계약서의 내용에 영향을 줄 수 있다. 이처럼 국제대출의 조성과정에서 차주와 대주에 대하여 이중적 지위에서 업무를 담당하는 주간사가 대주에 대하여 신인의무를 부담하는가의 복잡한 문제가 발생한다.

(1) 학설

(가) 제1설

제1설은 국제대출거래의 참여 금융기관의 모집과정에서 차주의 대리인이었던 주간사가 참여은행의 대리인으로 전환한다는 입장이다.⁶⁰⁾ 주간사는 참여 금융기관을 모집하는 과정에서 차주의 대리인으로서 행위하지만, 차주와 대출조건에 관한 협상을 시작하는 순간에 대주의 대리인의 자격으로 대출조건에 관하여 차주와 협상한다는 것이다. 이에 따라 국제대출거래에서 주간사는 대주단의 일부로서 다른 대주의 대리인 지위에서 신인의무를 부담

59) 우리나라 「은행법」 제1조는 “은행의 건전한 운영을 도모하고 자금증개기능의 효율성을 높이며 예금자를 보호하고 신용질서를 유지함으로써 금융시장의 안정과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정한다. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제9조 제5항은 전문투자자를 “금융투자상품에 관한 전문성 구비 여부, 소유자산규모 등에 비추어 투자에 따른 위험감수능력이 있는 투자자”로 규정한다. 또한 동 법 제1호부터 제4호에서 국가, 한국은행, 대통령령으로 정하는 금융기관, 주권상장법인인 경우에 전문투자자로 취급한다. 우리나라 은행과 외국은행의 경우에 대통령령으로 정하는 금융기관에 해당되어 전문투자자이다(시행령 제10조 제2항). 그러나 동 법은 금융투자상품에 대하여 일반투자자인지 전문투자자인지 여부를 정한다는 점에 유의하여야 한다.

60) J. Lehan, *The Role of Managing and Agents Banks: Duties, Liabilities, Disclaimer Clauses*, International Law Review 235 (1982) as cited in Gavin Skene, *Syndicated Loans: Arranger and Participant Bank Fiduciary Theory*, 20 Journal of International Banking Law and Regulation 269, 275-276 (2005); Qu, *supra* note 25, at 97.

한다고 주장한다.⁶¹⁾

(나) 제2설

제2설은 ‘위임장(mandate letter)’에서 약정된 바에 따라 주간사는 차주의 대리인 자격으로 차주를 위하여 행위한다는 입장이다.⁶²⁾ 대출설명서와 같은 개시서류의 준비과정에서 주간사를 대주에게 신인의무를 부담하는 수임자로 취급하는 것은 주간사의 차주에 대한 의무와 주간사의 대주에 대한 의무를 충돌시키는 상황을 만든다는 것이다. 따라서 대리인의 지위에서 주간사는 차주에게 신인의무를 부담하지 대주에게 신인의무를 부담하지 아니한다는 주장이다.⁶³⁾

(다) 제3설

이 견해는 주간사가 대주단의 구성과 관련하여 차주의 대리인으로서 행위하지만, 대출계약의 교섭과정에서 차주나 대주를 위한 대리인으로서 행위한다기보다는 자신의 이익을 위하여 행위한다는 입장으로 영미에서 다수설이다.⁶⁴⁾ 대주가 대출조건의 교섭과정에서 이익을 얻거나 손실만을 입는 경우에도 이는 주간사와 본질적으로 관계가 없는 문제라고 주장한다. 이에 따라 대출계약의 교섭과정에서 주간사는 누구의 대리인이나 수임자도 아니라고 주장한다.

이러한 근거로 대주는 차주의 신용 관련 정보를 직접 확인할 수 있는 전문적인 금융기관이며, 전문적인 당사자 사이의 ‘대등한 지위의 거래(arm's length transaction)’는 신뢰와 신임의 요소를 충족시키지 못한다는 것이다.⁶⁵⁾ 대주단대출 전담부서를 두는 전문적인 당사자인 대주를 보호하기 위하여 법원이 신인의무를 인정하는 것이 아니라고 주장한다.

또한 계약체결 전 정보공개와 관련하여 신인의무를 인정하는 경우에 주간사가 피할 수 없는 상황을 만든다고 주장한다.⁶⁶⁾ 대부분 차주가 주간사의 은행고객인데 주간사가 대주의 수임자가 되어 차주의 정보를 참여은행에게 개시하는 경우에 은행의 비밀유지의무위반으로 책임을 부담할 수 있다고 우려한다.

(라) 평가

저자는 제1설에 동의한다. 그 이유는 제2설에서 주장되는 바와 같이 주간사가 국제대출

61) *Id.*

62) J. O'Sullivan, *The Role of Managers and Agents in Syndicated Loans*, JBFLP 162, 174 (1992) as cited in Qu, *supra* note 25, at 53.

63) *Id.*

64) Skene, *supra* note 60, at 277-279; 한민, 전제논문(주 19), 222면; 주간사의 신인의무 부정설이 일본의 다수설이다. 大西邦弘, シンジケートローンにおけるアレンドャーの参加金融機関に対する情報「提供」義務(取引法研究会レポート), 法律時報85卷11号(通卷1065号)(2013年 10月), 102面.

65) Mugasha, *supra* note 9, at 157-165; 금융시장에서 영업하는 전문적인 당사자는 계약에서 자신의 책임과 위험을 결정할 수 있어야 하며 법원은 이들에게 추가적인 의무를 부과하지 아니하여야 한다고 판시하였다. *IFE Fund SA v Goldman Sachs International* [2006] EWHC 2887 (Comm).

66) Skene, *supra* note 60, at 278.

의 대주단의 구성을 대리하는 점에 동의하지만, 차주만을 위하여 대출설명서를 준비하지 아니하기 때문이다.⁶⁷⁾ 국제대출거래에 참여한 대부분의 대주는 주간사의 대출설명서 준비를 신뢰하여 차주에 대한 자체적인 실사를 수행하지 아니한다. 왜냐하면 주간사가 대출설명서를 준비하며 실사 기회를 갖기 때문이다.

차주는 통상적으로 주간사의 고객이며 은행관계에 있기 때문에 주간사는 국제대출관련 취약점을 대부분 알고 있다. 또한 주간사는 대출설명서를 준비하는 과정에서 전문가인 세무사, 변호사와 협력한다. 그러나 대주는 자신의 비용을 감당할 정도의 수수료를 받지 못하기 때문에 주간사와 같은 수준으로 실사를 할 수 없다. 이에 따라 대주의 ‘위험분석(risk assessment)’은 주간사를 통해 전달받은 정보를 기초로 이루어지며, 이러한 정보에 오류가 있는 경우에 대주는 손해를 피할 수 없다. 이러한 이유로 대출설명서의 준비와 관련하여 *UBAF* 사건의 법원은 주간사의 신인의무를 인정하였다.⁶⁸⁾

제3절과 관련하여 첫째, 차주가 외국정부인 경우에 관련 정보는 대부분 공개적으로 취득할 수 있다. 그러나 여기서 우리가 다루는 내용은 외국정부가 차주인 경우뿐 아니라 일반 기업이나 금융기관 등 민간 기업이 차주인 경우도 포함한다. 예를 들어 *UBAF* 사건에서 쟁점이 된 민간 기업의 담보제공에 관한 정보는 공개적으로 얻을 수 없다. 이러한 경우에 대주는 주간사를 통하지 아니하고 정보에 접근할 수 없다.⁶⁹⁾

둘째, 제3절은 대등한 지위에서 거래한다고 가정한다. 이러한 경우에 신인관계에서 필수적인 신뢰와 신임 요소가 없기 때문에 신인의무를 인정할 수 없다고 주장한다. 그러나 *Hospital Products* 사건에서 Gibbs 판사는 신뢰와 신임이 신인관계의 성립에 중국적인 요건이 아니라는 점을 지적하였다.⁷⁰⁾ 이는 단순히 대등한 지위에서 거래하는 이유만으로 신인관계가 부정되지 아니한다는 사실을 의미한다. 왜냐하면 인수 또는 취약성의 요소의 존재도 신인관계 성립의 표지로 인정될 수 있기 때문이다.

셋째, 주간사의 차주에 대한 비밀유지의무에 기한 책임과 관련하여 은행이 고객에게 부담하는 비밀유지의무는 절대적이지 아니다.⁷¹⁾ 은행의 고객에 대한 비밀유지의무를 정한 중요한 판례인 영국의 *Tournier* 사건⁷²⁾에서 지적한 바와 같이 은행은 ① 정보의 개시가 법에서 강제되는 경우, ② 공중에 개시할 의무가 있는 경우, ③ 은행의 이익을 위하여 개시가 필요한 경우, ④ 개시가 고객의 명시적 또는 묵시적 동의로 이루어지는 경우에 고객의 정보를 개시할 수 있기 때문이다.⁷³⁾ 따라서 주간사는 은행관계에 있는 차주에 대한 비밀유지

67) Qu, *supra* note 25, at 92-93.

68) *UBAF Ltd v European American Banking Corporation* [1984] 2 WLR 508.

69) *Id.*

70) (1984) 156 CLR 41 at 69.

71) Qu, *supra* note 25, at 95-96.

72) *Tournier v National Provincial Union Bank of England* [1924] 1 KB 461 at 473. 이 사건은 은행의 고객이 은행을 상대로 비밀유지의무의 위반으로 손해배상을 청구한 사건이었다. 영국 항소법원은 은행과 고객 사이의 계약에 은행이 고객정보를 제삼자에게 누설하지 아니한다는 묵시적인 조건이 포함되는데, 이를 위반한 경우에 은행이 책임을 부담한다고 판시하였다.

73) *Id.*

의무를 위반하지 아니하고 대주에게 차주에 관한 정보를 개시할 수 있다.⁷⁴⁾

(2) 판례의 입장

(가) 영국

UBAF Ltd. v. European American Banking Corporation 사건⁷⁵⁾에서 주간사는 원고의 대출참여를 권유하였다. 차주는 재정적으로 건실하며 수익을 내는 회사라고 언급하였다. 이러한 과정에서 주간사는 참여은행에게 차주의 재무상황과 대출의 목적에 관한 허위표시를 포함한 대출설명서를 제공하였다. 대출이 실행된 뒤 차주는 차입금을 상환하지 못하였고 원고는 피고가 기망과 부실표시로 대출을 권유하였다고 제소하였다.⁷⁶⁾

법원은 신인의무를 직접적으로 판단하지 아니하였으나 주간사가 차주와 상당한 기간 동안 은행관계를 맺고 있었다는 사실에 주목하였다. 법원이 대출관계에서 신인의무를 인정하지 아니하는 다수설을 따랐다면 법원은 전문적인 상거래 당사자들 사이에서 신인관계를 인정하지 아니하였을 것이다. 그러나 이 사건에서 영국 법원은 주간사가 대주의 수임자 지위에서 행위하였다고 판결하였다. 그 이유는 피고가 원고의 자금을 수령하였으며, 대주를 대리하여 대출의 담보를 준비하고 보유하였기 때문이라고 판시하였다. 이 판례를 통하여 주간사가 차주의 대리인인 동시에 대주에게 신인의무를 부담할 수 있다는 점을 확인할 수 있다.

(나) 호주

호주의 판례인 *Natwest Australia Bank Ltd. v. Tricontinental Corporation Ltd.* 사건⁷⁷⁾에서 주간사인 Tricontinental은 대출설명서에서 차주가 별건의 대출에서 차주 자회사 대출의 보증을 제공하였다는 사실을 알고 있었음에도 불구하고 이를 대주들에게 개시하지 아니하였다. 법원은 대출설명서와 관련한 정보제공의무의 위반으로 주간사의 책임을 인정하였다.

(다) 미국

In re Colocotronis Tanker Securities Litigation 사건에서⁷⁸⁾ 대주는 주간사가 제공한 정보 중에서 일부는 허위로 일부는 누락된 채 다른 은행의 참여를 유인하였다고 주장하였다. 이 사건은 소송외 합의로 종결되었으나 주간사에 대한 신인의무위반과 부실표시가 청구원인으로 인정될 수 있음을 확인시켜주었다.

74) 캐나다의 *CIBC v Syani* 사건에서 법원은 은행이 사기 또는 부실표시로 인하여 제삼자가 손해를 입을 위험이 있는 경우에 고객의 정보를 개시할 수 있다고 판시하였다. [1994] 2 WWR 260 (BC CA).

75) [1984] 2 WLR 508.

76) 그러나 본 사건은 주간사와 대주 간의 관계에 관한 심리가 아니었다. 제소기한(limitation of period)과 역외송달에 관한 문제의 항소사건이었다. 법원은 이러한 두 은행 간의 관계에 관하여 부수적 의견을 제시하였다.

77) Unreported, Supreme Court of Victoria, BC9300770, 2493-of 1990.

78) 420 F. Supp. 998 (S.D.N.Y. 1976).

Standard Invest Ltd v. Canadian Imperial Bank of Commerce 사건⁷⁹⁾에서 대주는 적대적 인수인에게 대주의 다른 부서에서 인수대상회사의 업무를 담당하고 있다는 사실을 개시하지 아니하였다. 또한 대주의 이사는 인수대상회사의 방어를 돕기 위하여 인수대상회사의 지분도 취득하였다. 법원은 대주의 고객인 적대적 인수인이 대주의 자문을 신뢰하였다는 이유로 신인관계를 인정하였다.

미국연방 제9항소법원은 주간사와 대주 사이에 신인의무를 긍정하는 입장을 취하였다. 그러나 3년 뒤 같은 법원의 다른 판례에서 신인의무를 부정하는 입장을 취하였다. 우선 신인의무를 긍정한 *Women's Federal Savings and Loan Association v. Nevada National Bank* 사건⁸⁰⁾을 보면 ‘대출참가계약(loan participation agreement)’에서 원고인 대주는 피고인 주간사를 대출의 관리와 이자지급에 관한 수탁자로 지정하였다. 피고는 원고에 대하여 지급될 자금을 분리할 의무가 있었으며 차주의 재무상황에 급격한 변화를 합리적으로 신속하게 보고할 의무가 있었다. 주간사와 대주의 관계는 전문적인 당사자 간의 상사관계였으나 법원은 피고의 신인의무위반을 인정하였다.

신인의무를 부정한 *First Citizens Federal Savings and Loan Association v. Worthen Bank and Trust Co* 사건⁸¹⁾에서 원고는 대출참가계약의 해제를 청구하는 소를 제기하였다. 법원은 대등한 지위에서 거래하는 전문적인 당사자 사이의 전형적인 상사관계라고 언급하였다. 법원은 상사관계인 대출관계에서는 일반적으로 신인의무가 인정되지 아니한다고 판시하였다.

라. 국제대출거래에서 신인의무의 제한

국제대출거래에서 주간사의 신인의무가 인정되면 관련된 대출과 별개로 차주와 별개의 은행관계를 가질 수 없으며 차주에 관한 모든 정보를 개시하여야 한다.⁸²⁾ 또한 수임자는 자신의 지위에서 취득한 정보를 유용할 수 없다.⁸³⁾ 그러나 국제대출거래에서 주간사는 이러한 결과를 원하지 아니한다.⁸⁴⁾ 이에 따라 주간사는 신인의무를 제한하기 위한 다양한 면책조항을 이용한다.

(1) 면책조항

면책조항은 계약 당사자의 책임을 제한하거나 면책하려는 목적에서 계약에 포함된다. 예

79) (1985) 22 DLR (4th) 410.

80) 811 F 2d 1255 (9th Cir 1987).

81) 919 F 2d 510 (9th Cir 1990).

82) *Attorney-General v Blake* [1997] Ch 439, 454; 그러나 이러한 의무를 모든 수임자가 부담하는 것은 아니다. *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 AC 145, 206 per Browne-Wilkinson LJ.

83) *Id.*

84) 국제대출거래에서 대주가 주간사를 상대로 신인의무위반으로 제소하여 승소하면, 형평법상 구제수단이 인정된다. 예를 들어 주간사로부터 손해배상을 받을 수 있으며, 제소기한제한법(limitation of actions legislation)의 적용도 받지 아니한다. Skene, *supra* note 60, at 271-272.

를 들어 면책조항은 주간사가 어떠한 허위표시에 대하여 책임을 부담하지 아니한다는 진술과 같이 직접적일 수 있다.⁸⁵⁾ 또한 각각의 은행은 차주에 관하여 주간사가 제공한 정보에 의지하지 아니한다고 보장하는 경우와 같이 간접적일 수 있다.⁸⁶⁾ 대출설명서는 주간사가 문건의 작성자가 아니며 대출설명서의 내용에 대한 어떠한 책임도 부담하지 아니한다는 점을 표시한다. 또는 대출설명서의 정보가 허위이거나 오도 시킬 수 있는 정보가 있더라도 이는 전적으로 차주의 책임이라는 문구도 기재한다.

또한 국제대출계약은 주간사의 신인의무를 직접적으로 배제하기도 한다. 예를 들어 국제대출계약은 주간사가 명시적으로 규정된 경우를 제외하고 차주나 대주에게 법적 의무를 부담하지 아니한다고 규정한다.⁸⁷⁾ 국제대출계약에서 주간사가 어떠한 자의 수입자도 아님을 명백히 한다.⁸⁸⁾ 구체적으로 주간사는 차주의 구성원으로부터 예금을 수령하고, 대출을 하며 일반적으로 모든 종류의 은행업 또는 기타 영업을 할 수 있음도 규정한다.⁸⁹⁾

물론 이러한 면책조항은 공정한 경우도 있으며 공정하지 아니한 경우도 있다. 이에 따라 영미의 판례법과 제정법은 이러한 조항을 실효시키거나 효력을 제한한다.⁹⁰⁾

(2) 영국 제정법

영국에서 면책조항은 「1977년 불공정계약조항법」(Unfair Contract Terms Act 1977: 이하 ‘UCTA’)의 적용을 받는다. 법원은 면책조항을 실효시키거나 면책조항이 계약위반에 대한 책임을 비합리적으로 면책하는 경우에 ‘합리성기준(test of reasonableness)’을 적용하여 전면적으로 실효시키거나 일부 효력을 제한한다. 또한 동 법은 입증책임도 전환시켰다. 면책조항의 효력을 주장하는 자는 면책조항이 계약이 체결할 당시에 합리적이었다는 점에 관하여 입증하여야 한다.

동 법은 계약의 일방 당사자가 표준조항이라고 간주하고 관행적으로 계약한 경우에 적용된다.⁹¹⁾ 또한 당사자가 계약을 교섭한 경우에도 적용된다.⁹²⁾ 그러나 이러한 교섭이 실질적

85) 주요 대출시장협회로는 유럽, 중동, 아프리카에서 사용하는 표준 국제대출계약서를 제공하는 영국에 소재한 대출시장협회(Loan Market Association: 이하 ‘LMA,’ LMA 홈페이지 <<https://www.lma.eu.com>>), 북미에서 사용하는 표준 국제대출계약서를 제공하는 미국에 소재한 대출신디케이트거래협회(Loan Syndication and Trading Association: 이하 ‘LSTA,’ LSTA 홈페이지 <<https://www.lsta.org>>), 홍콩에 소재한 아시아태평양대출시장협회(Asia Pacific Loan Market Association: 홈페이지 <<https://www.alpma.com>>), 일본론채권시장협회(Japan Syndication and Loan-trading Association: 홈페이지 <<https://www.jsla.org>>)가 있다. LMA Recommended Form, cl. 26.8(a).

86) LMA Recommended Form, cl. 26.14; 국제대출거래에서 주간사는 자신의 책임을 피하기 위하여 대주를 실사에 참여시키기도 한다. 그러나 이러한 경우에도 주간사가 참여은행에게 제공한 정보가 부정확한 경우에 주간사를 완전히 면책시키지 아니한다.

87) LMA Recommended Form, cl. 26.3.

88) LMA Recommended Form, cl. 26.4.

89) LMA Recommended Form, cl. 26.5.

90) 특히 일방 당사자의 교섭력이 상대적으로 우월한 경우에서 그러하다.

91) *Chester Grosvenor Hotel Co Ltd v Alfred McAlpine Management Ltd* (1991) 56 Build LR 115.

92) *St Albans City and District Council v International Computers Ltd* [1996] 4 All ER 481.

이며 표준조항에 대한 변경인 경우에 동 법은 적용되지 아니할 가능성이 높다.⁹³⁾

(3) 관련 판례

(가) 영국

Sumitomo Bank Ltd v Banque Bruxelles Lambert SA 사건⁹⁴⁾에서 법원은 주간사의 책임을 면책시키는 면책조항의 효력을 인정하지 아니하였다. 법원은 주간사의 책임을 면책시키기에는 충분히 구체적이지 아니하다고 판시하였다. 또한 *United Pan-European Communications NV v Deutsche Bank AG* 사건⁹⁵⁾에서 주간사에 대한 원고의 소송에서 법원은 주간사의 면책조항을 인정하지 아니하였다. 그 이유는 법원이 계약상 면책조항보다 사법적 정의를 우선시해야 한다고 판단하였기 때문이다.

그러나 *Scandinavian Trading Tanker Co AB v Flota Petrolera Ecuatoriana* 사건⁹⁶⁾에서 Goff 판사는 영국 법원은 항상 계약의 확실성을 선호한다고 언급하였다. “상사거래에서 가장 중요한 것은 어떠한 특정한 사건이 발생하여 당사계약에 따른 당사자의 개별적인 권리에 영향을 미치는 경우에 계약당사자가 자신이 서 있는 곳을 알아야 한다는 점이다”고 판시하였다.

또한 *IFE Fund SA v Goldman Sachs International* 사건⁹⁷⁾에서 법원은 금융시장에서 대출설명서에서 주간사 면책조항의 효력을 인정하였다. 이 사건에서 영국 법원은 UCTA를 적용하지 아니하였다. 그 논거는 국제대출거래와 같은 전문적인 금융거래에서 모든 사항은 당사자들이 자신의 개별적인 책임을 결정하며 당사자의 판단이 존중되어야 한다고 판시하였다. 영국 법원은 대출관련 사건을 전문적인 당사자 간의 거래로 취급하며 법률전문가인 변호사가 작성한 계약서를 인정하지 아니하고 불법행위 책임을 인정하지 아니한다고 판시하였다.

(나) 미국

Chemical Bank v Security Pacific Bank 사건⁹⁸⁾에서 법원은 대리은행이 수임자이며 특정한 의무의 이행에서 과실이 있었다고 판결하였다. 그러나 법원은 대리은행의 책임을 인정되지 아니하였다. 그 이유는 법원이 중과실이나 고의의 위법행위를 제외한 모든 책임을 면책하는 조항의 효력을 인정하였기 때문이다.

93) *The Flamar Pride* [1990] 1 Lloyd's Rep 434.

94) [1997] 1 Lloyd's Rep 487 (QB).

95) [2000] BCLC 461 (Ch).

96) [1983] QB 529, 540; *Hamburg Houtimport BW v Agrosin Private Ltd* [2004] 1 AC 715, 738 (HL); *Jindal Iron and Steel Co v Islamic solidarity Shipping Co Jordan Inc* [2005] 1 WLR 1363, 1370 (HL).

97) [2006] EWHC 2887 (Comm), [2007] 1 Lloyd's Rep 264 (HC).

98) 20 F 3d 375 (9th Cir 1994).

4. 소결

영미 법원은 통상적으로 대출거래에서 대주인 은행의 신인의무를 인정하지 아니한다.⁹⁹⁾ 이는 서로 대등한 지위에서 거래하였다고 판단하기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 이처럼 모든 당사자가 ‘전문적인 당사자’이며 대등한 지위에서 계약을 체결한 경우에 통상적으로 신인의무는 인정되지 아니한다.¹⁰¹⁾ 그러나 법원은 신인관계를 서면상 명백히 설정하는 경우에 신인의무를 인정한다. 또한 일정한 상황에서 신인의무가 인정될 수 있다.

국제대출거래에서 대규모 자본을 가진 은행에서 소규모 자본을 가진 은행에게 대규모 대주단대출에 참가하도록 권유하는 경우를 상정하자. 소규모 은행이 신규거래에 참여하여 업무영역을 넓히고자 하는 이유로 경험이 없는 국제대출거래에 참여할 수 있다. 이러한 경우에 소규모 은행과 대규모 은행이 서로 대등한 지위에서 같은 수준의 협상력으로 거래한다고 말할 수 없다. 따라서 은행의 전문성으로 인하여 상대방을 신뢰와 신임하지 아니하였다는 주장은 설득력이 약하다. 실질적으로 모든 대주가 같은 수준의 경제력과 경험을 가지지 아니하기 때문이다. 대주가 금융자문업자의 역할을 담당하여 특정 금융상품을 차주에게 권유한 경우에 신인의무가 인정될 가능성이 더욱 높아진다.¹⁰²⁾

주간사의 책임을 인정한 *In re Colocotronis Tanker Securities Litigation* 사건¹⁰³⁾ 이후로 주간사는 대출설명서에서 제공되는 정보에 관하여 더욱 신중해졌다. 국제대출계약에서 주간사는 대출설명서에 주간사의 책임을 면책하는 조항을 포함시킨다. 또한 국제대출계약에도 주간사의 신인의무를 계약에서 배제하는 조항을 포함시킨다. 이러한 경우에 영미 법원은 당사거래에서 전문적인 당사자들이 스스로 위험의 분배를 결정하였다고 판단한다. 이에 따라 영국과 미국을 중심으로 계약의 내용에 따라 신인관계를 정할 수 있다는 원칙이 법적으로 정립되었다.¹⁰⁴⁾

생각건대 국제대출거래에서 주간사와 대주가 별도의 면책약정을 체결하지 아니하는 경우에 주간사의 대주에 대한 신인의무를 인정하여야 한다. 그러나 국제대출계약에서 주간사의 대주에 대한 신인의무를 면책조항을 통하여 주간사의 신인의무를 배제하거나 제한한 경우에는 이러한 면책조항의 효력을 인정하여야 한다. 왜냐하면 국제대출계약에 서명한 대주는 전문적인 당사자로서 스스로 면책조항의 효력을 인식하며 계약상 위험분배에 합의하였기 때문이다. 이러한 경우에 주간사의 고의나 중과실을 제외하고 신인의무를 인정할 근거는 빈약해 보인다.

99) William Blair (ed.), *Banks, Liability and Risk*, 3rd ed. (London: Lloyd's of London Press, 2001), at 40.

100) *Clark Boyce v Mouatt* [1994] 1AC 428 (HL).

101) *FSLIC v. Atkinson-Smith* 729 F. Supp. 1130. at 1133 (ND Tex 1989); *Royal Bank of Canada v. FDIC* 733 F. Supp. 1091, at 1098 (1990).

102) Blair, *supra* note 99, at 40.

103) 420 F. Supp. 998 (S.D.N.Y. 1976).

104) *Henderson v Merratt Syndicates* [1994] 3 WLR 761; *Kelly v Cooper* [1993] AC 205 (PC).

이에 따라 국제대출계약의 준거법으로 선택되는 영국과 뉴욕주에서는 주간사의 신인의무 위반으로 제소하는 경우에 승소 가능성이 낮다. 첫째, 실무적으로 주간사와 신인관계를 입증하기 어렵다. 영미 법원은 대출거래에서 통상적으로 대주인 은행에게 신인의무를 인정하지 아니하므로 대주는 높은 입증책임을 부담하기 때문이다. 둘째, 국제대출계약서는 통상적으로 주간사의 책임을 제한하거나 면책하는 조항을 포함하므로 계약 당사자인 대주는 이러한 조항에 구속되어 계약상 스스로 포기한 권리를 법원에서 인정받기 어렵기 때문이다. 왜냐하면 영미 법원은 이러한 계약상 면책조항에 대하여 계약당사자의 필요에 의한 위험분배의 자유를 폭넓게 인정하기 때문이다.

Ⅲ. 한국법에서 주간사 신인의무의 해석가능성

1. 서설

과거 우리나라 대법원은 2001. 12. 24. 선고 2001다30469 판결에서 국제대출계약에서 준거법이 영국법이었음에도 불구하고 소송 당사자가 영국법에 관한 자료를 제출하지 아니하여 내용의 확인이 불가능한 경우에 영국법과 한국법이 일반적인 법해석의 기준에서 서로 다르지 아니하다고 판단하였다. 이에 따라 국제대출계약에 한국법을 적용하였다. 그러나 이제 우리나라는 2001년 7월 「국제사법」의 전면적인 개정으로 법원이 외국법을 직권으로 조사하여 적용하여야 한다(동 법 제5조).¹⁰⁵⁾ 따라서 국제대출계약에서 준거법이 외국법이더라도 법정지가 한국인 경우에 외국의 실체법에 대해서도 관심을 가질 필요가 있다. 또한 국제금융시장에 진출하여 은행이 한국법을 준거법으로 지정한 국제대출계약을 체결하는 경우도 있다. 이러한 경우에 외국의 대주가 주간사인 우리나라 은행에 대하여 신인의무의 위반으로 책임을 물을 수 있는지도 검토할 필요가 있다.¹⁰⁶⁾

그런데 대륙법계에 속한 한국법에서 국제대출거래의 주간사에 영미법의 신인의무를 인정할 직접적인 법적 근거는 찾기 어렵다.¹⁰⁷⁾ 이와 유사하게 「자본시장과 금융투자업에 관한

105) 이를 ‘직권탐지주의’라고 한다. 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013, 124-136면; 신창섭, 국제사법 제2판, 세창출판사, 2011, 117면.

106) 국제대출거래의 국제사법적 논점에 관해서는 별도의 논문에서 정리하기로 한다.

107) 그러나 영미법의 신인의무는 우리나라 금융관련법이나 회사법에 반영되었다고 평가된다. 예를 들어 우리나라 투자자보호제도는 영미법의 신인의무를 근거로 한다고 알려졌다. 이채진, “금융투자업자의 신인의무에 대한 소고 -미국에서의 논의를 중심으로-”, 「상사판례연구」 제23집 제4권(2010), 44면; 또한 「상법」 제382조의3에서 이사의 충실의무는 영미법계의 신인의무 개념이 반영되었다는 견해가 있다. 장근영, “영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위”, 「비교사법」 제15권 1호(통권 40호)(2008), 269면; 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신뢰의무”, 「상사법연구」 제24권 제3호(2005), 76면; 이에 반해 충실의무와 관련한 「상법」 제382조의3이 선관의무를 구체적으로 부연한 설명에 불과하다는 견해도 있다. 임중호, “이사의 충실의무론”, 「비교사법」 제6권 제2호(1999.12.), 595면.

법률」에서 유가증권 투자안내서의 허위표시로 인수인과 발행회사를 처벌한다(동 법 제125조 1항). 또한 금융투자상품의 매매 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관한 부실표시 등을 폭넓게 금지한다(동 법 제178조 제1항 제2호). 그러나 대출은 동 법의 적용을 받는 유가증권이나 금융투자상품이 아니므로 국제대출거래의 주간사에 대하여 동 법을 적용하기는 어려워 보인다.

이에 따라 아래에서는 영미법상 주간사의 신인의무를 특별한 관계에서 발생하는 의무로 보아 민법상 위임관계에서 요구되는 선관주의의무로 취급할 수 있는지를 검토한다. 또한 영미에서 주간사의 신인의무와 관련한 판례를 보면 주로 주간사의 대주에 대한 정보제공의무와 관련된다. 따라서 국제대출거래에서 준거법이 한국법인 경우에 주간사의 정보제공의무를 인정할 수 있는지를 논의한다.

2. 주간사의 선관주의의무

우리 「민법」상 위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙하는 계약이다(동 법 제680조). 이러한 위임의 목적은 사무처리의 위탁에 있으며 수임인은 일정한 재량에 의하여 사무를 처리한다.¹⁰⁸⁾ 따라서 위임인과 수임인 사이에 일종의 신임관계가 성립한다. 「민법」상 위임의 보수는 무상이 원칙이나 상법상 위임에는 보수 청구권이 인정된다(동 법 제61조). 또한 위임은 사무처리와 관련하여 제3자와의 관계에서 대리권의 수여를 수반한다고 해석된다.¹⁰⁹⁾

이러한 수임인은 어느 정도의 자유재량의 권한을 가지며 위임인의 지시에만 의지하지 아니하고 사무를 그 목적에 좇아서 가장 합리적으로 처리하여야 한다.¹¹⁰⁾ 위임에 있어서 위임인과 수임인간에 신뢰관계는 이러한 사정에서 발생한다. 따라서 위임인이나 수임인이 상대방을 신뢰할 수 없을 때에는 위임계약을 언제든지 해지할 수 있다(「민법」 제689조). 이러한 당사자간의 신뢰관계의 절대성에서 위임인은 수임인에게 위임사무를 신중히 처리할 것을 요구하며 수임인의 선관주의의무가 인정된다.¹¹¹⁾

가. 차주에 대한 선관주의의무

국제대출거래에서 차주는 주간사에 합의된 대출조건에 따른 대주단의 구성을 위탁하며 국제대출의 주선을 위한 위임장을 수여한다. 이는 민법상 사무의 처리를 위한 위임계약으로 볼 수 있다. 이에 따라 주간사는 차주의 수임인으로서 대주단 구성 및 대출계약 체결의

108) 박준서(편집대표), 「주석민법 채권각칙(4)」(정현수 집필), 한국사법행정학회, 1999, 367면(이하 ‘주석민법’).

109) 한편 위임은 수임인이 위임인의 사무를 처리하는 것을 내용으로 하는 계약인데 반해 대리권의 수여는 대리인이 본인에게 직접 효과를 발생시키는 권한을 수여하는 본인의 단독행위라고 한다. 김준호, 「채권법」 제5판, 법문사, 2014, 709면; 상계서, 385면.

110) 주석민법, 371면.

111) 상계서, 371-372면.

성사에 관하여 선관주의의무가 인정된다.¹¹²⁾

(1) 선관주의의무

「민법」상 수임인의 선량한 관리자의 주의의무는 신뢰관계에서 특히 기대되는 성실한 수임인이 갖는 주의의무를 말한다. 이는 수임인의 기본적인 의무이다.¹¹³⁾ 그러나 위임사무의 각 분야에서 고도의 직업적 분화나 각종 학문이나 연구의 진보에 따라 주의의무의 전문적 고도화로 선관주의의무를 일반적으로 단장하는 것은 불가능에 가깝다.¹¹⁴⁾ 수임인인 주간사는 이러한 선관주의의무와 함께 기타의 부수적 의무도 부담한다.

(2) 충실의무

주간사는 위임관계에서 위임인의 신뢰를 바탕으로 하므로 수임인인 주간사는 위임사무의 구체적 처리에 관하여 충실의무를 부담한다.¹¹⁵⁾ 위임사무의 처리 중에 수임인이 알게 된 사실에 대하여 수임인은 비밀을 유지할 의무가 인정된다. 또한 이러한 충실의무의 위반으로 위임인에게 손해를 유발한 경우에 수임인이 배상책임을 부담한다.¹¹⁶⁾

(3) 보고의무

수임인의 선관주의의무에서 수임인의 보고의무가 인정된다.¹¹⁷⁾ 위임인의 청구가 있는 경우에 사무의 처리현황을 보고하고 위임이 종료한 경우에 보고하여야 한다(「민법」 제683조). 통상적으로 위임인은 수임인이 선관주의를 다하여 사무처리가 잘 되고 있는지 여부를 확인하고자 한다. 이러한 보고를 통하여 사무처리 중에 위임인은 수임인에게 청구하여 보고받은 사무처리의 현황을 파악하여 적절한 조치를 취할 수 있다. 또한 위임사무의 처리종료 후에도 보고를 받을 권리가 인정된다. 별도의 위임인의 청구가 없더라도 위임인의 이익을 위하여 필요하다면 수임인은 위임인의 청구를 기다리지 아니하고 보고하여야 한다.¹¹⁸⁾

나. 대주에 대한 선관주의의무

국제대출계약에서 주간사가 대주에 대하여 영미법상 신인의무가 인정될 수 있다는 점은 앞에서 확인하였다. 그런데 영미법상 신인의무를 주간사의 대주에 대한 선관주의의무로 해석할 수 있는지를 알아본다.

「민법」에서 위임은 당사자간의 의사의 합치만으로 성립하며 어떠한 방식도 요하지 아니

112) 한민, 전제논문(주 19), 217면.

113) 박윤직, 「채권각론[민법강의IV]」 제6판, 박영사, 2003, 275-277면.

114) 주석민법, 388면.

115) 상계서, 390면.

116) 상계서.

117) 상계서, 410면.

118) 상계서, 411면.

하는 낙성·불요식의 계약이다. 이러한 위임계약은 명시 또는 묵시의 의사표시로 성립한다. 이처럼 「민법」상 위임계약이 성립하기 위하여 위임자와 수임자의 위임계약의 체결에 관한 명시적이거나 묵시적인 의사표시를 요구한다.

그런데 명시적인 의사표시에 의한 위임계약의 성립 여부는 의사표시의 해석을 통하여 쉽게 확인된다. 그러나 묵시의 의사표시에 의한 위임계약의 성립 여부가 문제된다.¹¹⁹⁾ 또한 국제대출거래에서 주간사와 대주 사이에 통상적으로 별도의 약정으로 사무의 처리를 위탁하는 계약을 체결하지 아니한다. 따라서 주간사의 대주에 대한 계약상 의무 내지 그 부수 의무는 인정하기 어렵다. 이를 종합할 때 주간사가 대주에 대하여 지게 되는 책임은 불법 행위책임이 될 것으로 생각한다.¹²⁰⁾

또한 주간사와 대주간에 개별적인 약정을 통하여 위임계약을 체결하는 경우에도 보고의무를 계약에서 약정하지 아니한 이상 정보제공의무를 인정받기 어렵다. 우리 대법원은 대리은행과 대주간에 선관주의의무에 관한 2012.2.23. 선고 2010다83700 판결에서 “복수의 참여은행이 신디케이트를 구성하여 채무자에게 자금을 융자하는 신디케이트드론 거래에서, 참여은행으로부터 신디케이트드론과 관련된 행정 및 관리사무의 처리를 위탁받아 참여은행을 대리하게 되는 대리은행은 위탁받은 사무에 관하여 참여은행과 위임관계에 있다. 이 경우 구체적인 위임사무의 범위는 신디케이트드론 계약의 대리조항에 의하여 정해지지만, 참여은행과 대리은행은 모두 상호 대등한 지위에서 계약조건의 교섭을 할 수 있는 전문적 지식을 가진 거래주체라는 점에서 원칙적으로 대리은행은 대리조항에 의하여 명시적으로 위임된 사무의 범위 내에서 위임 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 하고, 명시적으로 위임받은 사무 이외의 사항에 대하여는 이를 처리하여야 할 의무를 부담한다고 할 수 없다”고 판결하였다.

이 사건은 국내대출계약의 대리은행을 상대로 대주인 참여은행이 차주에 관한 정보를 알리지 아니하였다며 손해배상을 청구한 사건이었다. 이 사건의 판결을 통하여 주간사와 대주 사이에 별도의 약정을 체결하지 아니한 이상, 전문적 지식을 가진 거래주체 사이의 관계를 제한적으로 해석하는 한국 법원의 입장이 확인된다. 이처럼 영미법상 신인관계에 기한 신인의무와 한국법상 위임관계에 기한 선관주의의무는 유사하지만 그 내용이 동일하지 아니하다.

3. 주간사의 정보제공의무

국제대출거래에서 주간사가 다른 금융기관에 국제대출의 참여를 권유할 때, 차입인의 재무 상황 등을 기재한 대출설명서를 교부하며 참여 금융기관에 차주의 정보를 제공한다. 그

119) 묵시적인 의사표시에 의한 위임계약의 성립을 긍정한 판례로는 대판 1970. 10. 30. 70다1177, 대판 1982. 9. 28. 82다카177, 대판 1991. 5. 24. 90다14415이고 부정판례로는 대판 1994. 2. 22. 93다4472가 있다.

120) 한민, 전제논문(주 19), 219면.

런데 이러한 정보에 허위나 사실이 아닌 정보가 포함된 경우에 주간사는 참여 대주에 대해 대출설명서에 추가 정보나 당초에 제공한 정보의 정정 정보를 제공할 의무를 부담하는지 여부가 문제된다.

주간사가 이러한 정보제공의무를 부담한다면 ① 법적 근거, ② 정보제공의무에 따라 제공할 정보의 범위, ③ 주간사의 차주에 대한 비밀유지의무와 관계는 어떠한지의 문제가 발생한다. 이하에서 이러한 문제에 대하여 차례로 알아본다.

가. 정보제공의무의 법적 근거

일반적으로 「민법」에서 인정되는 정보제공의무는 계약체결과정에서 신의칙상 의무로 인정된다. 예를 들어 계약의 일방 당사자가 소비자이거나 계약당사자 사이에 정보비대칭이 존재하는 일부 부동산거래에서 인정된다.¹²¹⁾ 그러나 국제대출거래의 주간사와 대주 사이에는 아무런 계약관계가 없다. 그럼에도 불구하고 주간사의 대주에 대한 정보제공의무를 인정할 수 있는지에 관하여 견해가 나누어진다.

(1) 학설

(가) 긍정설

주간사를 통하여 전달받은 정보에 오류가 있거나 중요한 정보를 알기 어렵다.¹²²⁾ 은닉되어 있는 경우에 이러한 정보를 대주는 알기 어렵기 때문에 이러한 정보를 주간사가 제공하여야 한다고 주장한다.¹²³⁾ 금융기관이 스스로 정보를 수집 할 수 없는 경우도 있으며, 이러한 정보가 참가 결정에 중요한 영향을 미치는 중요한 정보인 경우에 주간사의 정보제공의무가 인정되어야 한다는 입장이다.¹²⁴⁾

(나) 부정설

국제대출거래의 참여를 권유받은 금융기관은 원칙적으로 대출참여의 권유에 응할지 여부의 판단을 스스로 수집한 정보를 기초하여 자기의 책임 하에 내려야 한다고 주장한다. 이에 따라 주간사가 대출설명서의 기재나 대출계약 내용의 부실로 주간사를 상대로 책임을 물을 수 없다고 주장한다.¹²⁵⁾ 전문업자인 금융기관은 금융관련 법에서 설명의무가 인정되는 소비자가 아니므로 정보제공의무가 인정되지 아니하여야 한다고 주장한다.¹²⁶⁾

121) 大西邦弘, 전제논문(주 64), 101-102면; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결.

122) 상계논문, 97-102면.

123) 木下正俊, 전제논문(주 11), 28-29면.

124) 상계논문.

125) 한민, 전제논문(주 19), 219-220면.

126) 森下哲朗, アレンジャー, エージェントの法的責任(2), ジュリスト No1369 (2008年 12月 15日), 92면.

(다) 평가

주간사의 정보제공의무를 긍정하는 입장이 타당하다고 생각한다. 대주인 금융기관이 스스로 정보를 수집할 수 없는 능력이 없거나 이러한 정보에 대한 접근성이 없는 경우에 이러한 정보를 가지고 있는 주간사에 의존한다. 따라서 주간사가 차주로부터 대출주선의 위임을 받은 경우에 주간사를 독립당사자인 중개인으로 취급하여 일정한 사실행위만을 할 의무를 부담시키는 것은 부당하다고 생각한다. 또한 대주는 대주단의 구성원으로서 다른 대주를 위하여 차주를 상대로 교섭하며 대출설명서를 준비한다. 이에 따라 다른 대주도 별도의 실사 없이 주간사를 신뢰하여 주간사로부터 제공받은 개시서류에 기초하여 대출의 참여 결정을 내리기 때문이다. 한편 일본의 JSLA 행위 규범도 대출설명서의 허위 기재 사실을 알면서도 이를 개시하지 아니하고 대주에게 배포한 경우에 주간사의 불법행위로 손해배상책임의 가능성을 지적한다(동 규범 5(2)).

(2) 판례의 입장

국제대출거래에서 주간사는 대주와 직접적인 계약관계에 있지 아니하며 주간사와 참여 금융기관인 대주 사이에 통상적으로 별도의 계약관계를 체결하지 아니한다. 이에 따라 국제대출거래에서 참여은행인 대주가 주간사로부터 잘못된 정보를 수령함으로써 정보제공자의 불법행위에 기한 손해배상청구를 주장할 수 있는지가 문제된다.

비교적 최근에 은행의 부실표시책임에 관하여 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다20405 판결에서 은행인 금융기관이 고객의 요구에 따라 회계법인이 조회한 은행조회서에 대하여 회신하는 경우에 해당 내용에 관하여 정확하고도 충분한 신용정보를 제공할 의무를 인정하였다. 고객이 아닌 제삼자인 회계법인과 은행 사이에 정확하고 충분한 신용정보를 제공할 주의의무를 인정하여 과실에 의한 불법행위에 따른 손해배상책임을 인정하였다.

또한 은행에 대하여 사기에 의한 부실표시책임을 인정한 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다38355에서 고의나 과실로 금융거래확인서의 내용을 허위로 기재한 경우에 그 자체로 위법한 행위로 판단하였다. 이러한 금융거래확인서의 발급으로 제삼자에게 손해가 발생할 수 있음이 예견 가능하므로 금융기관의 손해배상책임을 인정하였다.

이러한 판례를 통하여 은행이 고의나 과실로 은행조회서의 내용을 허위로 기재하거나 중요사항의 기재를 누락한 경우에 위법한 행위로 인정되어 일반불법행위에 기한 손해배상책임을 한국 법원이 인정함 점에 그 의미가 있다.¹²⁷⁾

최근 일본에서도 차주에 대한 부정적인 정보를 주간사가 인식하고 있었음에도 불구하고 이를 대주단대출에 참여한 금융기관에 개시하지 아니하여 제소한 사건이 있었다. 이 사건에서 나고야 고등법원은 주간사가 중요정보를 참여금융기관에 제공해야 할 신의칙상 의무를 인정하였다.¹²⁸⁾ 주간사가 이를 고의로 해태하는 경우, 또는 중대한 과실로 참가은행기관

127) 김용재, “은행의 과실에 의한 부실기재책임에 관한 연구 - 미국의 Restatement of Torts와 판례법을 기초로 -”, 『안암법학』 통권 제34호 (2011. 1.), 698면.

128) 2011년 4월 14일 名古屋高裁判決, 金融・商事判例 No. 136.

의 판단을 오도시키는 경우에는 불법행위책임을 부담한다는 판단이었다. 2012년 일본 대법원도 신의칙상 대주단대출의 조성과 실행하기 전에 정보를 제공할 주의의무를 인정하였다.¹²⁹⁾

일본 대법원의 보충의견에서 이러한 정보는 회사의 신용도에 대한 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 원래 차주가 대주에게 개시하여야 한다고 판시하였다. 별건 대출에 관여하지 아니한 대주가 정보를 스스로 아는 것은 통상적으로 예상할 수 없다는 것이다. 또한 주간사와 대주 사이에는 계약관계가 존재하지 아니하지만 주간사의 입장에서 상대방에 대하여 제공이 요구되는 범위 내에서는 성실하게 정보를 개시할 신의칙상의 의무를 부담하다고 판시하였다.¹³⁰⁾

나. 제공해야 할 정보의 범위

주간사가 권유대상 금융기관에 제공해야 할 정보의 범위¹³¹⁾에 대하여 첫째는 당초 정보의 정정 정보이다. 권유를 받은 금융기관은 우선 이들의 당초 정보를 바탕으로 참석 여부를 검토하게 되는 것부터 그 내용에 잘못이 있는 경우에는 지체 없이 정정 정보가 제공되는 것은 당연하다.

둘째는 대주단대출의 참여 여부의 판단에 영향을 미친다고 생각되는 정보로써 ‘중요 정보’를 들 수 있다. 이에 관하여 우리나라 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결은 “부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다 ……(중략) 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 원고들로서는 기망을 이유로 분양계약을 취소하고 분양대금의 반환을 구할 수도 있고 분양계약의 취소를 원하지 않을 경우 그로 인한 손해배상만을 청구할 수도 있다”고 판시함으로써, 중요 정보 제공의무를 이행하지 않은 것은 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 보았다.¹³²⁾

일본 대법원도 대출설명서에서 제공된 결산자료의 정확성에 관하여 주거래은행이 의혹을 가지고 전문가에게 재무조사를 받도록 한 사실은 대주단대출에 참가를 권유받은 금융기관이 참가를 결정하는 데 중요한 정보로 인정하였다.¹³³⁾ 금융기관의 참여여부 판단에 중대한 영향을 미치는 사실을 은닉하는 경우에 주간사는 차주의 정보제공의무위반에 가담하여 공동불법행위책임을 부담한다고 판시하였다.¹³⁴⁾

셋째는 주간사가 수입한 업무를 하는 과정에서 입수한 정보이다. 주간사는 차주와 주거

129) 2012년 11월 27일 最高裁 第三小法廷判決, 金融法務事情 No. 195.

130) 2012년 11월 27일 最高裁 第三小法廷判決, 金融法務事情 No. 195.

131) 木下正俊, 전계논문(주 11), 30-32면.

132) 김용재, 전계논문(주 127), 123면.

133) 2012년 11월 27일 最高裁 第三小法廷判決, 金融法務事情 No. 195.

134) 2012년 11월 27일 最高裁 第三小法廷判決, 金融法務事情 No. 195.

래은행관계인 경우가 많다. 차주와 별도의 대출 등 은행거래관계를 갖고 있는 경우도 있다. 이러한 경우에 이들 별건 거래에서 입수한 정보에 대해 원칙으로서 대상이 되어야 한다.¹³⁵⁾ 일본 대법원도 보충 의견에서 주간사가 업무 수행 과정에서 얻은 정보 중에서 상대방이 참여를 판단하는 데에 영향을 미친다고 인정되는 중요한 정보를 대주에게 개시하여야 한다고 판결하였다.

다. 차주에 대한 은행의 비밀유지의무와의 관계

주간사는 차주와의 거래에서 취득한 정보를 정당한 이유 없이 제삼자에게 누설해서는 안 된다는 은행의 비밀유지의무를 부담한다. 이에 따라 참여 금융기관에 대한 정보제공이 은행의 비밀유지의무에 위반되지 않느냐가 문제가 된다. 통상적인 국제대출에서 권유대상 금융기관의 정보제공 요청에 대해 주간사는 차입인의 승낙을 얻고 이에 응할 것으로 생각되는데, 차주의 승낙을 얻지 아니하고 정보를 제공하는 것이 허용될 경우가 있는지가 문제가 된다.

이 점에 관해서 나고야 고등법원은 주간사가 부담하는 비밀유지의무는 대주의 참가여부를 결정하는데 필요한 정보에 관하여 적용되지 아니하며 반대로 제공할 적극적인 의무가 있다고 판시하였다.¹³⁶⁾ 왜냐하면 차주는 은행에서 대출을 얻기 위한 심사과정에서 부정적인 정보를 은닉할 수 없다고 보기 때문이다. 또한 대주단의 구성을 의뢰할 때 차주는 대주에게 주간사가 정보를 제공하도록 묵시적으로 또는 관습상 용인한다고 해석하였다.¹³⁷⁾

생각건대 이와 같이 정보제공의무가 무제한적으로 인정되는 것은 적절하지 아니하다고 생각한다. 왜냐하면 주간사인 은행이 내부적으로 ‘정보차단장치(Chinese wall)’를 설치한 경우에 다른 부서의 업무과정에서 취득한 정보까지 정보제공의무의 범위를 확대시킬 수 없기 때문이다. 이를 허용한다면 정보차단장치를 설치한 목적이 형해화 될 우려가 높아지기 때문이다. 이러한 경우에 은행의 비밀유지의무 위반 가능성은 높아진다.¹³⁸⁾

4. 소결

국제대출거래의 주간사에 대하여 정보제공의무를 인정할지 여부가 문제된다. 그 중에서 중심적인 논점은 대주에 대한 주간사의 책임을 어떻게 보느냐는 것이다. 특히 주간사는 대주와 아무런 계약 관계를 맺지 아니하므로 이러한 관계에서 의무를 인정할 수 있는지가 문제된다. 우리나라에서 대주가 주간사로부터 수령한 정보에 허위가 있는 경우에 정보제공자인 주간사와 정보수령자인 참여은행 사이에 정보제공자의 일반불법행위책임을 검토할 수 있다.

135) 木下正俊, 전제논문(주 11), 31-32面.

136) 2011년 4월 14일 名古屋高裁判決, 金融・商事判例 No. 136.

137) 2011년 4월 14일 名古屋高裁判決, 金融・商事判例 No. 136.

138) Blair, *supra* note 99, at 41-42.

최근 판례에서 일본 일심법원은 다수설인 주간사의 신인의무부정설을 따랐다. 전문업자인 금융기관 사이에 신뢰를 부인하고 주간사를 독립당사자로 인정하여 주간사의 신인의무를 부정하였다.¹³⁹⁾ 그러나 일본 고등법원과 대법원은 JSLA의 행위규범을 상관습으로 보아 주간사의 정보제공의무를 인정하였다.¹⁴⁰⁾ 이는 일본에서 이미 2001년 ‘일본론채권시장협회(Japan Syndication and Loan-trading Association)’를 설립하고 각종 대주단대출 표준대출 계약서 및 행위규범을 공표하는 실무를 반영한 것으로 보인다.¹⁴¹⁾

한편 국제대출계약의 당사자들이 주간사가 제공한 정보에 대해 책임을 제한하거나 면책하는 면책조항이 불공정한 경우에 약관규제법의 적용을 받을 수 있다. 그러나 동 법 제15조 및 시행령 제3조는 국제적으로 통용되는 금융업에 대하여 면책조항을 실효시키는 제7조의 적용을 배제한다. 또한 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결은 약관의 내용통제에 관한 제6조도 적용되지 아니한다고 보았다. 결국 국제금융업의 약관에 대하여 「약관규제법」에 따른 통제는 어려워 보인다.¹⁴²⁾ 이에 따라 국제대출계약에 면책조항을 포함시키는 경우에 고의 또는 중과실로 정보제공의무를 다하지 아니하는 경우를 제외하고는 면책조항의 효력이 인정될 것으로 생각한다.¹⁴³⁾

IV. 결 론

국제대출거래에서 주간사가 대주에게 신인의무를 부담하는 여부는 논란의 대상이다. 이러한 이유로 국제금융시장에서는 실무적으로 다양한 면책조항을 국제대출거래의 대출설명서나 국제대출계약에 포함시켜 주간사의 신인의무를 제한한다. 이러한 영미법의 신인의무는 한국법상 주간사의 정보제공의무로 볼 수 있으며 이를 위반하는 경우에 불법행위책임으로 취급할 수 있다. 또한 국제대출계약서에 주간사의 면책조항을 포함시키는 경우에 주간사의 고의나 중과실로 정보제공의무를 다하지 아니하는 경우를 제외하고는 한국법상 주간사의 책임의 면책이 가능하다고 생각한다.

과거 일본은 은행을 중심으로 ‘상대형 간접금융’에 집중한 금융시스템을 유지하였으나 2000년대에 들어서 정책적으로 ‘시장형 간접금융’의 발전을 장려하였다.¹⁴⁴⁾ 또한 일본은 2001년 대주단대출 관련 협회인 JSLA를 설립하여 대주단대출 관련 각종 표준계약서 및 행위규범을 공표하고 있다. 이러한 노력으로 일본에서 대주단대출 시장은 2000년대에 들어

139) 2010年 3月 26日 名古屋地裁判決, 金融・商事判例 No.134.

140) 山中利晃, シンジケート・ローンにおけるアレレンジャーの注意義務, ジュリスト No1468 (2014年 6月), 108面.

141) 생각건대 일본과 달리 아직까지 관련 규범이 부족한 우리나라에서 한국 법원이 주간사의 정보 제공의무를 인정할 법적 근거는 빈약해 보인다.

142) 석광현, 전계서(주 105), 348면 참조.

143) 한민, 전계논문(주 19), 219면.

144) 金融審議會, “中期的に展望した我が国金融システムの将来ビジョン” (2002年 9月 30日). 일본 금융감독원 홈페이지 <http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryoku/f-20020930-2b.pdf>.

급속히 성장하였다.¹⁴⁵⁾ 앞으로 우리나라도 대주단대출에 대한 실무와 학계의 관심으로 국제금융시장에서 대주단대출뿐 아니라 국내금융시장에서 대주단대출의 활성화를 기대해본다.

◇ 주제어 ◇

국제대출거래, 주간사, 신인의무, 수임자, 신인관계, 대주단대출, 비밀유지의무, 정보제공의무, 불법행위

145) 2012년 말 일본의 대주단대출의 잔액은 약 61조 엔이다. 이는 2004년 말 기준 25조 엔에서 8년간 2.4배 이상 증가한 수치이다. 전체 은행 대출 잔액 대비 대주단대출 잔액은 2004년 말 6.2%에서 2012년 말 14%로 크게 증가하였다. 木下正俊, 전제논문(주 11), 10-11面.

◆ 참 고 문 헌 ◆

I. 국내문헌

1. 단행본

- 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013.
 신창섭, 국제사법 제2판, 세창출판사, 2011.
 이기수 · _____, 국제거래법 제5판, 세창출판사, 2013.
 정찬형, 상법강의 제16판, 박영사, 2013.

2. 논문 및 기타자료

- 구정환, “국내은행의 해외진출 전략에 있어서의 시사점”, 『주간 금융브리프』 제23권 13호(2014.3.29.~4.4.).
 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신뢰의무”, 『상사법연구』 제24권 제3호(2005).
 김용재, “은행의 과실에 의한 부실기재책임에 관한 연구 - 미국의 Restatement of Torts와 판례법을 기초로 -”, 『안암법학』 통권 제34호 (2011. 1.).
 김형석, “은행의 정보제공책임”, 『민사판례연구』 제32권(2009).
 김형우, “국제금융시장에서의 한국 금융시장 위상 점검”, 『Issue Analysis』 (2014. 6. 26.).
 박종원, “금융 선진화를 위한 금융 규제 개혁의 바람직한 방향”, 『금융』 Vol. 724 (2014.07.).
 박찬동, “국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구 -영미 판례법을 중심으로-”, 고려대학교 박사학위 논문 (2013. 12.).
 이미현 · 최승훈, “국제금융계약에서의 이자조항”, 『BFL』 제35호 (2009.5).
 이증기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법, 금융법의 충실의무를 중심으로”, 『홍익법학』 제12권 제1호 (2011).
 이채진, “금융투자업자의 신인의무에 대한 소고 -미국에서의 논의를 중심으로-”, 『상사판례연구』 제23집 제4권(2010).
 임중호, “이사의 충실의무론”, 『비교사법』 제6권 제2호(1999.12.).
 장근영, “영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위”, 『비교사법』 제15권 1호(통권 40호)(2008).
 한민, “신디케이트 대출에 관한 법적 검토”, 『이화여자대학교 법학논집』 제16권 제4호 (2012. 6.).
 “국내 금융회사의 해외진출 현황”, 『자본시장 Weekly』 2013-32호(2013. 8. 13~8. 19).

II. 외국문헌

1. 단행본

- Birks, Peter & Arianna Pretto (eds.), *Breach of Trust* (Oxford: Hart Pub., 2002).
 Blair, William (ed.), *Banks, Liability and Risk*, 3rd ed. (London: Lloyd's of London Press, 2001).
 Frankel, Tamar, *Fiduciary Law* (Oxford University Press, 2011).
 Mugasha, Agasha, *The Law of Multi-Bank Financing: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market*

(Oxford: Oxford Univ., 2007).

Wight, Richard, Warren Cooke and Richard Grady, *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide* (New York: MacGraw Hill, 2009).

2. 논문 및 기타자료

Lehane, J., *The Role of Managing and Agents Banks: Duties, Liabilities, Disclaimer Clauses*, International Law Review 235 (1982).

Mugasha, Agasha, *International Financial Law: Is the Law Really "International" and Is It "Law" Anyway?*, 26 BFLR-CAN 381 (2011).

O'Sullivan, J., *The Role of Managers and Agents in Syndicated Loans* JBFLP 162, 174 (1992).

Qu, Charles, *The Fiduciary Role of the Manager and the Agent in a Loan Syndicate*, 12 Bond Law Review 86 (2000).

Sealy, L. S., *Fiduciary Relationships*, 1962 Cambridge L.J. 69 (1962).

Skene, Gavin, *Syndicated Loans: Arranger and Participant Bank Fiduciary Theory*, 20 Journal of International Banking Law and Regulation 269 (2005).

Weiss, Cheryl Goss, *A Review of the Historic Foundations of Broker-Dealer Liability for Breach of Fiduciary Duty*, 23 J. Corp. L. 65 (1997).

金融審議會, “中期的に展望した我が国金融システムの将来ビジョン” (2002年 9月 30日).

大西邦弘, シンジケートローンにおけるアレncyヤーの参加金融機関に対する情報「提供」義務(取引法研究会レポート), 法律時報85卷11号(通卷1065号)(2013年 10月).

木下正俊, シンジケートローン市場の拡大と課題, 広島法科大学院論集 第9号 (2013年).

森下哲朗, アレンジャー, エージェントの法的責任(2), ジュリスト No1369 (2008年 12月 15日).

_____, シンジケート・ローンにおけるアレncyヤー, エージェントの責任, 上智法学論集第51卷第2号 (2007年).

山中利晃, シンジケート・ローンにおけるアレncyヤーの注意義務, ジュリスト No1468 (2014年 6月).

〈Abstract〉

A Study on the Fiduciary Duty of the Arranger in an International Loan Syndicate

Chan-Dong Park

In an international syndicated loan arrangement, whether the arranger is to be treated as a fiduciary of the syndicate has been a vexed issue for courts and academic commentators. Much judicial academic effort has been extended on searching for a definitive fiduciary principle. However, the notion of fiduciary relationship still remains undissolved.

In an international syndicated loan, lenders are all sophisticated financial institutions. Accordingly, it has been argued that there is no trust and confidence in arm's length transaction and there is no existence of fiduciary relationship between the arranger and participant banks. However, the writer is inclined to the view that the arranger owes the fiduciary duty to participant banks. Usually, each lender should have made its own inquiries and conducted its own due diligence about the borrower. In a syndicate arrangement, however, the participant is not afforded this opportunity to the same extent since fees do not cover his expenses. His only assumption is that the arranger has done his job. In *UBAF Ltd. v. European American Banking Corporation*, the arranger was held as the fiduciary of the participant banks regarding the preparation of information memorandum.

In the event that such relationship exists, the arranger can not have a bank relationship with the borrower and must make disclosure of information regarding the borrower acquired in the service in favor of participant banks. Accordingly, a prudent arranger may mitigate the risk of an adverse construction that the arranger is a fiduciary of participant banks through the utilization of an appropriate contractual disclaimer.

Under Korean law, there is no law which states the fiduciary duty. However, the fiduciary duty can be regarded as the duty to inform in good faith of the Civil Code. The arranger is subject to potential tort liability for misrepresentations or alleged omissions in connection with the solicitation. In 2012, the Japanese Supreme Court held that the arranger owes the duty to inform to participant banks in the loan syndicate.

◇ KEY WORDS ◇

International Loan Syndicate, Arranger, Fiduciary Duty, Fiduciary, Fiduciary Relationship, Syndicated Loan, Confidentiality, Duty to Inform, Tort