

Abstract

Korea judiciary ranked very low in 2015 OECD judiciary trustworthiness survey. Cases of individual judge misconducts involving financial gains and the recent case of the Supreme Court relating to it discussing cases and judgments thereof with the executive branch of the government and giving instructions to lower court judges relating to ongoing cases have now and then been subjects of media reports and social criticisms, and regulations have been introduced to prevent such judicial misconduct. Such regulations have had some mitigating effect but seemingly aimed at preventing specific symptoms, such approach may not easily provide the needed basic reforms in the judiciary. This paper reviews certain basic elements of the U.S. judiciary, case record including opinions being public record, reasoned judicial opinions, and judicial rules of conduct more as tools for building up trustworthiness and less as tools for punishment of misconduct, that are fundamental to creating and maintaining its trustworthiness.

국내 사법부에 대한 신뢰도가 OECD 국가 중 하위에 속한다. 몇 법관들의 개인적 이익을 위한 비리 및 최근 대법원이 행정부와 개별 소송의 판단과정과 판결에 대하여 사전 논의를 하고 조율이 있었다거나, 개별 법관의 소송에 대한 제 3 법관의 입장이 전단되었다는 등의 제도적 비리 등에 대한 사회적 비판은 오랫동안 이어져 왔고, 그에 대한 여러 사법부의 신뢰도 향상을 목표로 하는 사건선임제한, 윤리규정 강화 등의 제도 개선안들이 도입되었다. 그러한 개선안들의 효과도 있었다고 보여지기도 하나, 문제로 인식된 개별 유형의 비리 행위를 규제하는 듯한 접근방식으로도 보여지며, 사법부 신뢰도 개선의 근본적 해결책이 될 수 있을지에 대한 확신을 하기가 어려워 보인다. 미국 사법부 체재 중, 사법부 신뢰의 기반이라고 할 수 있는 소송자료 및 판결문의 공개, 판결문의 형식 개선과 법관의 윤리규정을 징계의 수단 보다는 사법부 신뢰개선의 관점에서 관리하는 방안을 검토한다.

목차

1. Introduction	2
2. 과거/현재 사법부비리 및 대응.....	3
a. 사법부비리.....	3
b. 사법부 개선안.....	10
3. 사법부의 내부 개선으로 사회의 신뢰도 향상.....	12
a. 법관의 소득 조정 필요성?.....	12
b. 법관의 업무 조정.....	13
c. 판결문	15
d. 법관의 윤리규정	31
4. 결론	47

Attachment: Smith v. Van Gorkom (텔라웨어주 대법원 1985) 판례 (번역본).....	50
---	----

Introduction

2015 년 OECD 의 자료에 의하면, 우리나라 국민의 27% 만이 사법부를 신뢰하며, 이는 OECD 42 개국 가운데 39 위에 해당하고, OECD 국가 평균수치인 54%의 절반에 해당한다.¹ 그 이후 국민의 사법부 신뢰도는 향상되지 않았을 가능성이 높다. 특히 2017 년 2 월 이후 언론에 보도되기 시작한 대법원 사법농단 의혹 사건으로 인하여 사법부에 대한 국민들의 신뢰가 더욱 흔들리고 있을 가능성이 높다. 그러나 사법부의 구성원인 법관 본인들은 이러한 사회적 신뢰 상실 사실을 제대로 인지하고 있지 않고 있어 보인다.

안정적이고 높은 국력을 위해서는 국민들의 든든한 준법의식이 필수적이며, 그러한 준법의식은 사법부에 대한 신뢰가 없이는 불가능하다. 사법부 신뢰는 법관의 신뢰와 직접적으로 연결되어 있다. 전관예우라는 관행이 사법부의 이러한 신뢰 문제의 중심에 있다고 오랫동안 지적을 받아왔고, 여러 사법부의 신뢰도 개선 안에 전관예우를 근절하는 방안들이 제시되어 있다. 이러한 방안에는 법관들의 퇴임전 근무법원의 사건 수입금지, 윤리규정 강화, 평생법관² 등 여러 안이 포함되어 있고, 실행된 방안들이 어느정도 효과를 보고 있다고도 할 수 있다. 그러나 이러한 외부적 방안들이 법관 비리를 차단하는 단기적 효력은 있으나, 그러한 외부적 방안만으로 사법부 비리를 근본적으로 해결하기는 어려움이 많다. 사법부 신뢰의 개선은 사법부 내부의 인식 변화가 필요하며, 그를 위해서는 사법부의 자체적 개선노력과 제도개선이 필요해 보인다. 그러한 자체적 개선이 성공하려면, 소송 과정 및 결과에 대한 투명성을 향상하고, 즉 소송 과정과 판결문을 포함한 자료를 공개하고, 소송을 관장하는 법관에

¹ OECD Government at a Glance 2015, 파이낸셜 뉴스, “한국 사법부 신뢰도 27%.. OECD 최저 수준,” 2015.7.16, <http://www.fnnews.com/print/201507061630171724>. 2018.6. 국내 여론조사 전문기관인 리얼미터의 조사결과에 의하면 국민의 63.9%가 사법부의 판결을 불신하고 있다. 연합뉴스, “사법부 판결 ... 불신 63.9% vs 신뢰 27.6% [리얼미터],” 2018.06.04. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180604030500001>, 2019.6.25. 마지막 접속.

² 예전 법관은 사법고시에 합격한 후, 연수원에서 교육을 받은 뒤, 법관으로 임명되어, 사법부 조직내에서 생활하면서, 법관으로서의 성공에는 승진이 중요한 위치에 있었다. 따라서 이론적으로는 각 법관이 독립된 판단체로 각 소송을 결정하여야 하지만, 현실적으로는 조직생활에도 적응하여야 하는 부담이 있었다. 평생법관 개선안은 이러한 조직문화의 영향력 범위를 축소하는 효과가 있을 수 있다. 또한 법관 임명 조건에 일정의 법조인 경력을 요구하여, 각 법관이 독립된 판단을 실제로 행사할 수 있도록 하는 개선안이 있다. 이러한 제도 개선안이 정착하려면, 법관에 대한 사회적 신뢰도가 향상되고 사회의 존중을 받고 법관도 본인들에 대한 자부심과 사회지위 (social status)의 만족도가 높아야 할 것이다. 결국 제도개선과 신뢰도 및 사회적 존중 향상은 병행되어 개선되어야 하며, 단기에 정착하지는 어려울 것이다.

대한 윤리규정을 투명화하고 강화하여야 한다. 사법부의 신뢰는 각 소송의 판결이 공평하고 정확하여야 하는데, 판결문을 포함한 소송자료가 공개되지 않아 일반인들이 쉽게 접할 수 있지 않다면, 사법부 신뢰에 대한 사회적 판단 가능성이 차단되고, 법관들도 자신들에 대한 사회적 비판을 근거있는 비판이라고 받아들이지 않을 수 있다. 법관에 대한 윤리규정을 법관의 징계 수단이라는 관점에 중점을 두지 말고, 사법부의 신뢰 개선과 유지를 목적으로 하는 관점에 더 많은 무게를 둔다면, 윤리규정의 강화 및 시효기간 등에 대한 논쟁이 좀더 생산적으로 집행될 수 있을 것이다.

1. 과거/현재 사법부비리 및 대응

a. 사법부비리

사법부 비리 사건들의 공통점은 담당 법관이 개별 사건을 진행하면서, 공개되거나 공평한 절차를 통하지 않고 제 3자의 의견 또는 요청에 영향을 받아 객관적이지 않은 판단을 하는 것이다. 통상적으로 가장 많은 비리형태³는 상사 법관이 퇴임후 변호사로 전환하여 법원 소송이 진행 중인 사건에 대하여 직접 또는 간접적으로 요청을 하여 담당 법관이 객관적이지 않은 판단을 하게 하는 전관예우의 경우⁴이다. 또는

³ 2014 년 발표된 법관과 검사의 징계 및 제재관련 자료에 대한 논문에서, 청렴성과 관련된 행위 ((A) 담당 사건관련 금품 수수; (B) 다른 법관·검사 담당 사건에 관한 알선·청탁 관련 금품수수 및 (C) 개별 사건과 관련 없는 금품수수)의 통계를 보면, 1995~2013 년 기간 중, 청렴성에 대한 법관 징계사례는 7 건이 있었으나, (A)행위에 대한 징계사례는 없었으나, 비공식제재사례에는 청렴성에 관련된 사례가 총 10 건이 있었고, 그 중 6 건이 (A)행위 사례다. 검사의 경우, 2007~2014 년 동안 공식 징계사례는 총 10 건이며, 그 중 (A)행위는 3 건이다. 비공식제재사례는 1995~2013 년 동안 총 28 건이며, 그 중 (A)행위는 4 건이다. 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. 표 1~4 참조.

⁴ 조관행 부장판사 사건, 서울대 법대를 1979 년 졸업하고 1980 년에 사법시험에 합격, 1982 년 법관으로 줄곧 ‘엘리트 코스’를 밟아온 판사로, 1990 년 법조브로커 김홍수씨를 만나고, 관계를 유지하다, 1999 년부터 잦은 만남을 갖고 친분관계를 유지하였음. [연합뉴스, 2006.8.8. “엘리트에서 ‘비리판사’로 추락한 조관행씨” & namu.wiki/w/판사]

조관행은 2006.8.4., “검찰의 7 번째 소환 조사를 받고 ... 사표를 내고 법복을 벗었다.” [연합뉴스]

1 심에서 실형, 2 심에서 집행유예, 대법원이 확정; 2010 년 다른 7 명의 비리법조인들(...)과 함께 8.15 특별사면을 받아, 현재 모 법무법인에서 변호사로 일하고 있다.” [namu.wiki/w/판사]

서울중앙지방법원 2006.12.22 선고 2006 고합 931 판결[2 심, 서울고등법원 2007.12.28. 선고 2007 노 109 판결; 대법원 2008.6.26 선고 2008 도 05 판결]에서 (1) 2001.12~2002.1. 사이에, 일산 부동산 가처분 사건에서 김홍수의 요청을 받고 사건에 개입하여 처리하였고, 김홍수로부터 500 만원을 제공받음이 인정되었으나, 피고가 김홍수에게 제공한 추가 1,000 만원은 수려한 증거가 없다고 기각하였음, [2 심은 김홍수와 의뢰인이 500 만원 봉투를 전달한 장소에 일치한 증언을 하지 않았다는 것, 김홍수가 전달한 봉투가 의뢰인이 전달한 봉투와 같다는 증거가 없어, 조판사에 전달한 금액에 대한 정확한 증거가 없음을 들어 무죄로 판단함] (2) 2002.2., 김홍수가 카드깡으로 구속된 제 3 자의 보석석방을 요청하고, 그가 석방된 이후, 조판사가 김홍수를 방문하고, 요청자를 보자고하자, 김홍수가 1,000 만원 상당의

전관예우의 일부이기도 한 현관예우의 경우가 있다. 퇴임한 법관 또는 제 3 자가 현직 법관에게 일차 요청하면, 그 법관이 관련 사건의 진행 법관에게 요청하는 경우⁵를 의미한다. 현재 양승태 전대법원장 및 몇 대법관과 판사에 대한 재판이 진행 중인 사법농단의 경우는 피고들이 현직 법관시절 관련 재판에 대한 직접적 이해관계가 없으면서도 상고법원의 설립을 위한 입법에 대한 로비를 위하여 관련 재판사건에 대한 영향력을 행사한 경우⁶로, 사법농단에 가입된 양승태 대법원장이나 다른 법관들이 관련 소송에 직접적인 개인이익관계가 없는 것이 통상적인 현관예우 경우와 다르다고 할 수 있으나, 제 3 의 법관이 담당하는 사건에 개입하여 담당법관의 판단에 영향을 주었다는 점에서는 통상적인 현관예우와 동일하다.

가구를 구입하여 선물한 사실이 인정되었으나, 추가 3,000 만원의 카펫을 제공한 것은 인정되지 않았음, [2 심은 김홍수가 조판사에게] 여러 차례에 걸쳐 김홍수에게서 식사와 술대접, 용돈 등의 향을 받았으나, 그 액수는 통상적인 식사비와 술값수준에 불과하였다”고 하여 그 부분에 대한 무죄를 인정함] (3) 2002.4., 성남여관의 영업정지처분사건의 요청을 받고 김홍수는 1,000 만원을 제공하였다고 하였으나, 500 만원 이하의 가액불상만 인정됨, [2 심은 김홍수가 조판사에게 전달한 금액에 대한 증거가 없고, 조판사가 정하여 의뢰인이 선임한 변호사에 대하여 증언을 하지 않았다고 무죄 인정] (4) 2003.12. ~ 2004.1., 양평골프장사건의 청탁에 대하여 의뢰인이 청탁언급없이 진행중인 사건에 대한 자료를 보여주고 몇 자문을 받은 후 300 만원을 제공한 것에 대하여 청탁이 아닌 단순 법률자문이라고만 인정하여 사건의 기간[의뢰인이 조판사에게 100 만원과 200 만원을 전달할때 사건에 요청을 언급하지 않아, 청탁의 대가성이 인정되지 않는다고 함] (5) 2002.3. ~ 2005.4.16., 김홍수는 기타 10 번에 걸쳐 2,200 만원을 제공하였다고 주장하고, 조판행은 그중 6 번, 1,400 만원을 받음을 시인하였으나, 대가성 증거가 부족하여 형사법상의 무죄로 인정됨 - 1 심은 “법관으로 24 년 성실하게 근무하여 온 점, 사임과 법관으로 쌓아왔던 명예마저 송두리째 잃게 된 점을 감안하여” 1 년 징역을 선고함

⁵ 박준, “이른바 현관예우·관선변호 현상에 대한 법적 고찰,” 서울대하교 법학, 제 52 권 제 2 호, 2011 년 6 월 1-46. 관선변호·현관예우. “재조·법원·검찰 내에서 동료 또는 선후배 법관·검사가 사건을 담당하는 다른 법관·검사에게 청탁하는 것을 (의뢰인의 관점에서) 속칭 관선변호라 불려왔다. 이렇게 청탁하는 행동이 용인되는 현상(실제 그 청탁대로 사건이 처리 되었는지 연부는 묻지 않음)은 법원·검찰 내부의 관점에서 보면 ‘현관예우’라고 부를 수 있다.” [2-3]

2 검사 & 판사 비리 사건. “2010 년 세창 그랜저 검사 사건과 스폰서 검사 사건 등 세인의 주목을 받는 사건들이 발생하였다. 그랜저 검사 사건은 잘 아는 고소인으로부터 고소사건을 잘 처리해달라는 부탁을 받고 그 사건을 담당할 후배검사에게 청탁하고 고소인으로부터 그랜저 승용차와 금품을 수령한 사건이다. 스폰서 검사 사건은 건설업자가 전·현직 검사 다수에게 25 년에 걸쳐 금품과 향응을 제공했다고 보도된 사건이고, 향응을 받은 일부 검사가 그 건설업자에 관한 사건을 담당할 검사에게 사건처리에 관하여 청탁하였음이 드러났다. 법원에서는 2005 년 부장판사가 후배판사에게 청탁하였다가 구두경고를 받은 사건이 발생했고, 2006 년 법조브로커 김홍수 사건과 관련하여 고법부장판사가 다른 판사에게 청탁하였음이 드러나 대법원장이 대국민 사과까지 하였는데, 이번에는 검찰에서 내부적인 청탁이 잘 드러나는 사건이 발생한 것이다.” [2]

사례 1: 서울고등법원 2007.12.28. 선고 2007 노 109 판결 (대법원 2008.6.26. 선고 2008 도 505 판결로 상고기각) - 조부장판사, 법조 브로커 김홍수 사건.

사례 2: 법무부공고 2010-118 호 (2017.7.13.판보 제 17297 호) 및 서울행정법원 2011.1.31.선고 2010 구합 37087 판결 - 스폰서검사 사건, 검사장 박○○.

⁶ http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11646329.

https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%96%91%EC%8A%B9%ED%83%9C_%EC%82%AC%EB%B2%95%EB%86%8D%EB%8B%A8_%EC%9D%98%ED%98%B9 참조. 2019.06.13. 마지막 접속.

전관예우의 시작은 많은 법관들이 사임하고, 곳 근무처에서 변호사로 개업을 하면서이다. 통계를 보면, 이런 퇴임 법관들이 변호사로 개업직후 1년간의 수임사건수와 승소율이 상당히 높다.⁷ 변호사들을 포함한 사회에서는 전관예우가 존재하고 실제로 재판결과에 영향을 미친다고 보는 시간이 높는데 비하여 현역에 있는 법관들은 전관예우의 존재를 부인하고 있어 보인다.⁸

전관예우가 의심되는 법관비리 사건이 사회의 문제⁹로 전개되면, 퇴임법관의 변호사개업 또는 사건수임을 금지하는 안¹⁰이 제시되고, 법관, 검사들의 반대로 체결되지 않았던 경우도 있으나, 현재에는 관련법관은 퇴임전 근무하던 관할기관에서

⁷ 참여연대, 사법감시센터, “법관 및 검사출신 법률가의 퇴직 후 변호사개업 실태조사결과,” 2004.9.23. 사법감시 통권 21 호.. “2000 년부터 현재까지의 법관 퇴직자 319 명 중 14 명을 제외한 305 명이 변호사 개업을 했다고 한다. [] 특히 이들 개업자 중 퇴직 당시 최종근무지 관할구역에서 개업한 경우가 90%에 이를 정도로 높다고 한다.” “90 년 이후 퇴직한 47 명의 대법관과 헌법재판소 재판관 중 46 명이 모두 한 결같이 변호사 사무실을 개업하거나 로펌 등에 영입되어 변호사활동을 하고 있다는 사실이 확인되었다.” “99 년 이후에 퇴직한 대법관 14 명 중 9 명이 대형 로펌에 소속되어 있고 5 명만이 개인법률사무소를 열었다는 통계가 이를 방증한다.” “로펌은 이들 고위법관 퇴직자들에게 ‘고문’ 등의 직함을 주며 높은 대우를 해준다.” [2]

전관예우. “이런 이유로 이런 퇴임변호사들이 변호사 개업 직후 1 년의 승소율이 상당히 높으며, 따라서, 그 시기에 많은 수임사건들이 이들에게 몰려 고액의 수임료를 모으게 된다. 이것이 바로 전관예우다.” [3] “그러나, 문제는 이 분들의 승소율이나 사건수임율이 높은 정도가 너무 지나치다는 데 있다. 또한, 그런 현상이 6 개월이나 1 년이 지나면 언제 그랬냐는 듯이 사라진다는 데 있다. 독일인의 소송대리 능력이 6 개월이나 1 년이 지났다고 크게 바뀌거나 했다는 것인가.” [4]

⁸ 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지 - 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17 권 제 4 호 91-134 (2011.12.) “이용훈 전대법관은 ‘100%라고는 할 수 없지만 99%는 전관예우가 없다고 생각한다’고 하면서 ‘요즘은 “전관예우”가 아니라 “전관박대”라고 주장했다고 보고되고 있다. 하지만, 위와 같은 통계치는 그러한 부재증명 자체가 신뢰할 수 없는 것으로 배제한다. 이런 통계치가 말하는 것은 전관예우가 없음을 입증하는 것이 아니라 그것이 오히려 완화되고 있거나 혹은 드러나지 않게끔 변형되고 있음을 드러내어 보이고 있다고 보는 것이 정확한 해석일 것이다.” [101-102]

서보혁, “법조비리 근절방안 모색 - 전관예우 방지를 중심으로,” 경의법학 제 51 권 제 4 호 (2016.12) 233-260. 국민의 불신. “사법체계에 대한 우리 국민들의 불신은 매우 크다. 그런데 그 불신의 기저에는 다른 선진국에서는 찾아볼 수 없는 우리나라 사법영역의 특이한 부패관행인 전관예우가 자리 잡고 있다. ... 서울지방변호사회가 2014 년 7 월 실시한 회원들의 설문조사에 따르면 응답한 변호사 1,101 명 중 89.5%가 전관예우가 실제 존재한다고 응답했다. 그리고 법원·검찰 출신 변호사 176 명 중 64.7%가 전관예우의 관행이 존재한다고 응답하였다. 또 응답자의 80%는 앞으로도 전관예우는 없어지지 않을 것으로 전망하였다.” [234-235]

⁹ 박준, “이른바 현관예우·관선변호 현상에 대한 법적 고찰,” 서울대할고 법학, 제 52 권 제 2 호, 2011 년 6 월 1-46. 사법제도에 대한 신뢰 훼손. “피청탁자가 청탁에 응하는 재판·수사를 하지 않는다고 하더라도 법관·검사가 청탁하는 것이 용인된다면 재판·수사의 공정성에 대한 의혹을 불러일켜 결국 사법에 대한 불신을 초래할 수 있다는 점에서 역시 문제가 있다.” [15]

¹⁰ 서보혁, “법조비리 근절방안 모색 - 전관예우 방지를 중심으로,” 경의법학 제 51 권 제 4 호 (2016.12) 233-260. 과거 노력 미비. “법조계는 의정부 법조비리 사건과 대전 법조비리 사건 등 대형 비리사건이 터져 나올 때 자정을 약속했지만 달라진 것이 별로 없다. [¶] 전관예우 해결을 위한 그 동안의 노력 중 대표적인 두 가지를 언급하면 ‘법조윤리협의회’의 설치 및 전관의 수임제한을 위한 변호사법개정안(소위 ‘전관예우금지법’, 2011.5.17)를 들 수 있다.” [236]

진행하는 사건을 퇴임후 1년간 변호사로 수임할 수 없게되어 있으나¹¹, 전관예우는 아직도 존재하는 것으로 보인다.^{12,13,14}

부정적 사회관점과 관심에도 불구하고 전관예우가 지속되는 것은 전관예우
비리행위에 대하여 실제로 집행되는 징계나 처벌 수위가 낮기 때문일 수도 있다.
판사는 임기 동안 비리행위에 대한 정직·감봉의 징계가 가능하나, 해임은 탄핵 또는
금고이상의 형의 선고로만 가능하다. 비리행위에 대한 징계의 경우 3년 또는 5년의
시효기간이, 형사법상 특정범죄가중처벌 또는 알선수재죄의 경우 5년 내지 10년의
시효기간이 적용되어, 비리행위에 대한 처벌기간이 상당한 듯 보일 수도 있으나,
징계는 법관의 위치를 유지하는 동안만 가능하고, 형사법상으로는 비리행위와 관련

¹¹ 변호사법 제 31 조제 3 항. “법관, 검사, 장기복무 군법무관, 그 밖의 공무원 직에 있다가 퇴직(재판연구원, 사법연수생과 병역의무를 이행하기 위하여 군인·공익법무관 등으로 근무한 자는 제외한다)하여 변호사 개업을 한 자(이하 “공직퇴임변호사”라 한다)는 퇴직 전 1년부터 퇴직한 때까지 근무한 법원, 검찰청, 군사법원, 금융위원회, 공정거래위원회, 경찰관서 등 국가기관(대법원, 고등법원, 지방법원 및 지방법원 지원과 그에 대응하여 설치된 「검찰청법」 제 3 조제 1 항 및 제 2 항의 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청, 지방검찰청 지청은 각각 동일한 국가기관으로 본다)이 처리하는 사건을 퇴직한 날부터 1년 동안 수임할 수 없다.”

¹² 조권형, “‘몰래변론’ 징계변호사 과반이 검사 출신... 판사출신은 ‘연고 선전’ 징계과반,” 서울경제, 2019.05.23. <https://www.sedaily.com/NewsView/1VJ955GIVT>.

¹³ 이국운, “한국 사회에서 법조계 전관예우의 원인과 대책,” 서울법학 제 25 권 제 2 호, 1-39, 2017.8.31. “그동안 한국 사회는 이 문제에 대하여 전관변호사의 영업 제한에 초점을 맞춘 미시적 접근을 시도해 왔다. 예컨대 1007 년에 도입된 전관변호사의 수임사건 처리결과 및 내역 보고 의무화, 2011 년의 변호사법 제 31 조 제 3 항으로 도입된 이른바 전관예우방지법-전과 변호사의 퇴임 전 기관 취업 사건에 대한 1 년간 수임 금지, 2014 년의 공직자윤리법상 퇴직공직자의 취업제한 및 행위제한 간화 등이 대표적이다. □ 그러나 결론부터 말해서 미시적 영업제한은 대형 로펌이 전관예우의 새로운 주역이 된 현실에 별다른 효과를 가지기 어렵다.” [26]

¹⁴ 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지 - 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17 권 제 4 호 91-134 (2011.12.) “시민사회는 ‘사법도 서비스다’라는 명제를 내세우며 시민이 주체가 되는 법치의 실천을 추구하였던 것이다. [1] 하지만, 그 결과는 그리 만족스럽지 못 했다. 이사법권력을 독점하는 강력한 법조집단이 존재하기 때문이다. 시민사회는 정치권력으로부터 법치를 확보함에는 어느 정도 성공하였으되, 이 과정에서 과거 정치 권력의 보조자이자 수혜자였던 법조집단이 거대한 권력집단으로 변형되는 것은 제대로 견제하지 못 하였던 것이다. 이들은 개혁에 정하거나, 경우에 따라서는 사법개혁의 논의과정을 장악하고 그 방향을 왜곡하기조차 하였다.” [93]

“퇴직한 판사·검사를 상대로 하는 전관예우의 관행을 해소하고자 하는 시도가 가장 집약적으로 나타나는 것이 바로 퇴직후 일정기간동안 직전에 근무하던 법원·검찰청에 계속중인 형사사건을 수임하지 못 하도록 하는 제도를 설계하는 것이다. □ 하지만, 이러한 개선안은 번번이 법무부나 법원측의 반대에 부딪혀 좌절되고 말았다. □ 헌법재판소는 이 사건의 개업지제한규정의 목적이 ‘판사나 검사등으로 근무하던 공무원이 그 근무지에서 변호사로 개업함으로써 생길 수 있는 정실개업의 위험을 배제하고, 공무원 직무의 공정성에 대한 신뢰확보에 있음’을 인정[... 하였지만], 그러한 목적을 달성하기 위하여 ‘변호사로 개업하거나 하는 판사나 검사등의 개업지를 제한함으로써 개업을 막겠다는 것은 중견판사 및 검사의 확보라는 목적에 비추어 적절하거나 합리적인 방법이라 할 수 없다’고 하였다.” [115-116]

사건의 직접적 연관성을 입증하여야 하는 어려움이 있으며, 과거에는 처벌/징계 절차 과정 중 사임을 받아주는 경우도 상당히 있었던 것으로 보인다.¹⁵

법관 비리에 대한 공식적 처벌이 부족하였다고 할 수 있지만, 사법부에 대한 국민의 신뢰 개선에는 사법부의 독립과 정당성이 기초가 된다는 것에 대한 사회 공감대는 일직부터 형성되어있었고 지속되는 사법비리에 대한 논의 및 대응안¹⁶에는 사법부의 독립성 확보¹⁷ 및 정당성 향상¹⁸이 빠지지 않는 쟁점이다.

¹⁵ 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면 - 형사법인 “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제 3 조의 알선수재죄가 성립하기 위하여는 알선할 사항이 공무원의 직무에 속하는 사항이고, 금품 등 수수의 명목이 그 사항의 알선에 관련된 것임이 어느 정도 구체적으로 나타나야” [631] 하며, “‘단지 금품 등을 공여하는 자가 ... 그로부터 어떤 도움을 받을 수 있다거나 ... 정동의 막연한 기대감 속에 금품 등을 교부하고, 금품 등을 수수하는 자 역시 공여자가 그러한 기대감을 가지고 금품 등을 교부하는 것이라고 짐작하면서 이를 수수하여다’는 정도의 사정만으로는 알선수재죄가 성립한다고 볼 수 없[다]”는 대법원의 판례가 있지만, “알선수재죄가 성립하지 않는다고 하더라도 이러한 금품수수는 법관·검사의 청렴성을 히치고 사법에 대한 신뢰를 추락시키는 행위로 취급하여야 할 것이다.” [631]

¹⁶ 한상희, “사법개혁, 좌절과 개혁의 역사,” 민주 제 5 회, 특집 사법개혁, 개혁을 위한 길 찾기, 41-63 [김영삼의 1995 년 1 월 세계화추진위원회를 설치 ‘법률서비스 및 법조인 양성제도의 세계화 방안’ 및 ‘이에 1999 년 5 월 대통령직속기관으로 ‘사법개혁추진위원회’ (이하 사개추위)를 구성하고 사법개혁 의제들을 본격적으로 논의하기 시작하였다. 여기서는 공정하고 신속한 권리구제, 법률서비스의 질적 향상, 법조의 합리화·전문화·현대화, 법조인 양성 제도의 개선, 법조비리 근절, 세계화 조류에의 대응 등 6 대 과제(25 개 세부주제)가 제시되었고, 같은 해 12 월까지 총 32 회의 전체 회의와 10 회의 소위원회 회의, 그리고 법조인 양성 제도 및 법학 교육, 법조비리 근절 방안과 법률서비스의 질적 향상 관련 2 회의 공청회가 개최되었다.” [48]

¹⁷ 김도현, “사법개혁과 법관인사제도 - 정당한 사법권력의 창출을 위하여,” 민주법학 제 29 소 (2005) 69-96. “지금까지 사법부 개혁, 특히 법관인사제도 개혁을 논의할 때면 통상 개혁의 기본이념으로 ‘사법권 독립’이 거론되어 왔다. 판사는 우선 소송당사자들로부터 독립적이어야 하며(다사자로부터의 분리), 단체와의 관계나 혹은 다른 판사와의 관계에서 독립적이어야 하며(개인적 자율), 정부의 다른 부서나 이익단체 또는 여론으로부터 독립적이어야 한다(정치적 중립). 따라서 사법권의 독립은 법원의 독립과 법관의 독립으로 나누어지고, 후자인 법관의 독립은 다시 법관의 신분보장에 관한 신분상의 독립(인적 독립)과 법관의 직무상의 독립에 관한 재판상 독립(물적 독립)으로 나누어 논의된다.” [70-71]

¹⁸ 김도현, “사법개혁과 법관인사제도 - 정당한 사법권력의 창출을 위하여,” 민주법학 (2005), “결론부터 말하면 사법권 독립은 자체로서 궁극적 이념이기 때문이 아니라 시민들로부터 정당성(legitimacy)을 획득하기 위한 하나의 제도적 장치의 때문에 필요하다고 본다.” “국가권력의 한 축을 구성하는 사법권력도 그 권력기반을 정당성 획득에 둘 수밖에 없으며 끊임없이 시민의 신뢰와 승인을 이끄러내기 위해서 노력한다. 그런데 사법권력의 정당성은 입법부나 행정부와는 달리 민주주의적 다수결에 의지할 수 없다.” [71] “재판이란 중립적인 판사가 당사자들과 의사소통하면서 설득하는 과정이라고 할 수 있으며, 판결의 정당성은 권력적 결정에서 나오는 것이 아니라 그 설득력에서 나온다.” “사법권 독립은 정당성 확보를 위한 수단적 장치에 지나지 않는다.” [72]

i. 국내 법관의 윤리규정

법관의 윤리규정으로서는 공직자윤리법의 시행령인 법관 윤리강령과 법관징계법이 있다. 윤리강령은 법관에게 “사법권의 독립을 지켜” 나갈의무¹⁹, “명예를 존중하고 품위를 유지”할 의무²⁰, “공정성과 청렴성을 의심받을 행동을 하지” 않을 의무²¹, “재판의 공정성에 관한 의심을 초래하거나 직무수행에 지장을 줄 염려가 있는 경우에는, 금전대차등 경제적 거래행위를 하지 아니하며 증여 기타 경제적 이익을 받지” 않을 의무²²를 부과하고 있다. 법관징계법은 “직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우”²³와 “[법관] 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우”²⁴에만 징계가 가능²⁵하다고 한다.

엘리트 부장판사 비리 사건으로 유명해진 조관행 부장판사는 1994 년경부터 친분을 유지하던 법조브로커 김홍수로부터 2002 년~2005 년사이에 요청을 받고 여러 사건에 개입하였으며, 수입가구, 카펫 및 금품을 제공받았다고 2006 년 기소되었다. 당시 법관징계법상의 징계 사유의 시효기간은 2 년으로²⁶, 4 가지 주요 사건으로 언급된

¹⁹ 법관윤리강령 제 1 조, 시행 2006.5.25.

²⁰ 법관윤리강령 제 2 조.

²¹ 법관윤리강령 제 3 조 제 1 항.

²² 법관윤리강령 제 6 조.

²³ 법관징계법 제 2 조 제 1 항. 법관의 직무상 의무에 윤리강령상의 의무가 포함되어, 윤리강령을 위반하면, 법관징계법을 자동으로 위반하는 것이라고 해석이 가능하여 보인다. 단, 징계법 상 “직무를 게을리한 경우”와 윤리강령 제 4 조 제 1 항의 “직무[의] 성실하게 수행”하여야 하는 의무와 동조 제 2 항의 “신속하고 능률적으로 재판을 진행”할 의무와 중복되지 않는 부분이 있는지는 명시적인 언급이 없다.

²⁴ 법관징계법 제 2 조 제 2 항. 윤리강령의 “품위 유지”의무와 징계법에서의 “품위”가 동일하여 보이나, 징계법상의 “법원의 위신을 떨어”뜨리지 않을 의무와 “품위” 유지의 의무의 차이에 대한 추가 설명 자료도 없다.

²⁵ 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면.

“법관징계법은 ① 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우 또는 ② 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우를 징계사유로 삼고 있다(동법 제 2 조). 즉 법관은 직무상의 의무를 이행하여야 할 뿐 아니라 품위를 유지하여야 하고 법원의 위신을 지켜야 한다.” [615] [검사 또한 유사한 의무가 있음]

“또한 헌법재판소는 ‘법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우’라는 문안은 ‘법관이 주권자인 국민으로부터 수입받은 사법권을 행사함에 손색이 없는 인품에 어울리지 않는 행위를 하거나 법원의 위엄을 훼손하는 행위를 함으로써 법원 및 법관에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨릴 우려가 있는 경우’로 해석할 수 있다고 보고 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였[다] (헌법재판소 2012.2.23. 선고 2009 헌바 34 결정).

²⁶ 법관 징계사유의 시효기간은 2006.10.27.에 3 년으로, 2009 년.11.2.에 금품 및 향응 수수, 공금의 횡령 유용의 경우에는 5 년으로 연장되었다.

일산부동산 가처분 사건, 부천 카드깡 사건, 성남여관 영업정지처분 사건과 양평골프장 사건의 경우, 각 비리행위가 2004. 상반기 이전에 완료되어 징계 시효가 완성되었다고 할 수 있으나, 검찰은 조판사가 2005 년 상반기에도 1,300 만원을 지급받았다고 기소하였고, 조판사는 이중 600 만원을 받았다고 시인하였다.²⁷ 2005 년 받은 금품에 대해서는 검찰로부터 수사결과 내용을 통보받은 시점을 포함하여 관련 형사 1 심 판결날까지 그 징계 시효가 남아있었으나, 법원은 조 판사 및 조 판사와 같이 김홍수로부터 향응을 제공받았다고 검찰이 확인한 4 명의 부장판사에 대한 징계 절차를 시작하지 않았다. 조 판사의 경우, 대법원의 사표 권유를 거절하고 비리 의혹을 전면 부인하다, 사전 구속영장 청구를 앞둔 2006 년 8 월 4 일 검찰의 7 번째 소환 조사를 받고 사표를 제출하고 법원은 사표를 수리하여²⁸, 결국 조 판사는 징계를 받지 않았다.²⁹ 법원은 다른 부장판사들의 징계문제에 대하여 조 판사의 1 심 재판이 완료될때까지 지켜 보겠다고 징계를 미루다가³⁰, 1 심판결이 난 1 달 정도 이후인 2007.1.28. 징계시효가 완성되어 징계하기 어렵다고 발표하였다.³¹ 조 판사 및 동료 판사들의 비리사건의 금품수령이 형사법상의 알선수재인지의 여부와 상관없이 대법원은 금품수령 및 제 3 의 재판에 개입행위가 법관의 품위를 손상시키는 행위인지, 법원의 위신을 떨어뜨렸는지, 사법권의 독립을 위협하였는지, 재판의 공정성에 관한 의심을

²⁷ 조판행 부장판사 사건, 서울중앙지방법원 2006.12.22 선고 2006 고합 931 판결 (특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(알선수재)).

²⁸ 의원면직으로 형사처벌이나 징계처분을 회피하는 것을 방지하기 위하여 「법관의 의원면직 제한에 관한 예규」가 2006.10.2. 제정되고 2006.10.4. 부터 시행되고 있다. 조판사는 관련 예규가 제정되기 전에 사임하였다. 의원면직에 관한 예규는 징계위원회에 징계청구되거나 수사기관에서 비위와 관련하여 수자증임을 통보받은 때 또는 법원 내부 감사부서에서 비위와 관련하여 조사중인 경우에는 의원면직을 허용하지 못하게 하고 있으나, 법관의 직을 유지하는 것이 사법에 대한 공공의 신뢰를 심히 해친다고 판단되는 경우에는 의원면직을 허용할 수 있다. 결과적으로 중대한 비리로 인하여 법관의 직을 유지하는 것조차 사법부의 신뢰에 해가 되는 경우에는 사임이 허용되고, 징계가 결정되면 발생하는 불이익을 받지 않을 수 있게 되는 결과가 발생할 수도 있다. 대법원은 조직폭력배 출신 기업가로부터 해외 골프여행 접대를 받았던 사실이 2007 년 드러난 판사의 사표를 수리하면서 징계시효(2 년)이 지나 징계할 수 없었음을 설명하였으나, 예규에 의한 수사가 진행중이었던지는 언급하지 않았다. 한겨레, “조폭출신 기업가와 골프친 판사 사표”, 2007.02.08,

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/189558.html, 2019.6.20. 마지막 접속.

²⁹ 연합뉴스, <엘리트에서 ‘비리판사’로 추락한 조판행씨>, 2006.8.8.

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/147501.html, 2019.6.19. 마지막 접속.

³⁰ KBS News, <비리 판사 징계 ‘제 식구 감싸기’> 2007.01.05.

<http://mn.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=1279243>, 2019.6.19. 마지막 접속.

³¹ 충북인뉴스, <‘법조비리판사’ 4 명 징계않기로>, 2007.1.29.,

<http://www.cbnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=33336> 2019.6.19. 마지막 접속.

초래하였는지 등의 윤리강력과 법관징계법상의 의무를 위반하였는지를 판단하였어야 할 것이고, 상대적으로 짧았던 징계사유의 시효기간이 도달하기 전에 필요한 징계조사 및 절차를 시작하였어야 적절하였다고 보여진다³². 조판사는 1심에서 1년 실형 선고를 받았으나, 2심에서 집행유예를 선고받고, 대법원이 이를 2008.6. 확정하였고, 2010년 8.15. 특별사면을 받아 변호사로 활동을 하고 있다. 결국 시대의 유명한 법관비리사건인 조판행 판사사건으로 조판사는 사임과 2년간 전과자로서의 생활을 하였으나, 그 이후 변호사로서 활동을 할 수 있었고, 다른 4명의 부장판사는 어떠한 처벌을 받지 않고 사건이 종결되었으나, 사법부의 신뢰에는 큰 타격을 남겼다고 할 수 있다.

b. 사법부 개선안

사법제도개선 또는 개혁에 대한 사회적 논의는 최소한 민주화 이후 1990년대부터 지속되어 왔다.³³ 그동안 논의되었던 법관 윤리 개선안으로는 전관들의 개업금지³⁴, 전관들의 대리제한, 평생법관/지역법관³⁵, 법관들의 권한 제한, 피해자 권한 확장³⁶, 판결 및 법관 조직 개편/승진개념 배척^{37,38}, 소송관련 자료 공개³⁹, 수임 공개, 법조인

³² 형사사건과 상관없이 징계절차를 병행하여 진행하거나, 징계의 시효를 중단한다는 당사자의 합의를 전제로 징계절차를 중단하는 제도를 마련하여야 할 것으로 보인다.

³³ 사법제도개혁추진위원회, “사법 선진화를 위한 개혁,” 2006.12.22, 25-29 쪽.

³⁴ 천진호, “형사사법시스템에 있어 법조윤리 확립 방안,” 형사법연구 제 26호 특집호 (2006년 겨울) 805-828.

³⁵ 서보혁, “법조비리 근절방안 모색 – 전관예우 방지를 중심으로,” 경의법학 제 51권 제 4호 (2016.12) 233-260. 평생법관·검사제. “전관예우를 근절하기 위한 보다 근본적인 개혁방안은 전관의 배출을 차단하는 것이다.” [240]

미국 법관들은 연방법원과 주립법원 1심, 항소심, 대법원 모두의 법관들은 임기가 정해져 있거나 평생직이다. 1심법원에서 항소심법관 또는 대법원 법관으로 관련법원장이나 대법원장의 인사권 행사로 인하여 승진한다는 개념이 없다. 한 법원의 법관이 상위 법원의 법관으로 되기 위해서는 다른 비법관 후보자와 동일한 과정을 거쳐 임명된다. 물론 1심 또는 항소심 법관이 상위 법원의 법관으로 임명되기 위한 정치적 또는 법관의 업무 이행과정에 어떠한 특별한 노력을 한다고도 할 수 있지만, 국내의 경우같이 법원장 또는 대법원장의 지시에 복종하는 가능성이 현저히 낮다고 할 수 있다. 국내의 법관제도 상 승진 개념이 없어지기 전에는 회사의 조직문화와 비슷한 이러한 인사관련 문제를 없애기는 어려움이 있을 것으로 보인다.

³⁶ 천진호, “형사사법시스템에 있어 법조윤리 확립 방안,” 형사법연구 제 26호 특집호 (2006년 겨울) 805-828, [825].

³⁷ 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지 – 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17권 제 4호 91-134 (2011.12.) “전관예우의 가장 큰 부분은 퇴직한 법관이 변호사개업을 하고는 직전에 근무하던 법원에 변호인 혹은 대리인으로 되돌아온다는 점에 존재한다. 그렇다면 그 관행의 극복방안은 퇴직법관을 만들지 않으면 된다는 가장 간단한 명제에 이를 수 있다. 즉, 한번 법관으로 임용되면 가능한 한 일생을 법관으로 보내고 정년퇴임하도록 함으로써 ‘전관’자체를 희소하게

일원화⁴⁰ 및 법관자격조건 상향 조정⁴¹, 및 법관 확장 (법관 업무 부담 조정)⁴² 등이 있다. 그 중 전관들의 수임제한⁴³, 소송관련 자료 공개⁴⁴, 지역법관⁴⁵, 법관자격조건 상향 조정⁴⁶ 등 일부 내용이 실시되고 있기는 하나, 대법원의 사법농단 사건이 보여주듯이 외국에서는 상상하기 어려운 규모의 사법비리 사건이 아직도 종종 국내 언론에 보도되고 있다는 것은 결국 사법개혁의 노력에 대한 성과가 아직은 보족함을 보여주고 있다.

만들고자 하는 안이다. [] 물론 이를 위해서는 전세계적으로 유례가 드문 법관계충제는 없애야 하며, 특히 발탁승진이라는 비판이 가해지고 있는 고법부장판사라는 직위 자체도 없애야 한다. 즉, (대법관을 제오한) 모든 법관은 동등자로서 단지 그 근무지만 달리 하는 것일 뿐인 체계를 만들 필요가 있다는 것이다.” [123]

³⁸ 김도현, “사법개혁과 법관인사제도 – 정당한 사법권력의 창출을 위하여,” 민주법학 제 29 소 (2005) 69-96.

³⁹ 천진호, “형사사법시스템에 있어 법조윤리 확립 방안,” 형사법연구 제 26 호 특집호 (2006년 겨울) 805-828. [817]

⁴⁰ 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지 – 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17 권 제 4 호 91-134 (2011.12.) “이와 함께 법조일원화[를] 실시하는 것은 법관-변호사의 관계를 역전시킨다는 점에서 의미를 가진다. [] 법조일원화를 시행하게 되면 중견의 변호사가 법관으로 재판을 주재하는 구조로 되는 만큼 전관-즉, 중견이자 선배 법률가인 변호사-에 대한 ‘예우’의 규범적·현실적 필요성 자체가 없어질 수 있다. 위의 두 표에서 법조일원화의 도입이 전관예우를 비롯한 법조비리를 해소하는데 도움이 된다는 응답이 높은 것도 바로 이때문이다.” [123-124]

⁴¹ 김도현, “사법개혁과 법관인사제도 – 정당한 사법권력의 창출을 위하여,” 민주법학 제 29 소 (2005) 69-96. “2004 년 말, 대법원 산하에서 일 년 남짓 활동해오던 사법개혁위원회가 ‘사법개혁을 위한 건의문’이라는 제목의 초종보고서를 제출하였다. ... 그런데 사법개혁위원회 보고서와 그에 따른 사법개혁추진위원회의 논의과정에서 상대적으로 소홀히 다루거나 거의 언급되지 않은 개혁주제가 있으니, 그것은 법조인 수의 문제와 법원내부의 조직구조의 문제이다.” [69] “하지만 사법개혁위원회는 정당성 창출의 이념보다 버치주의 확립의 이념을 우선시하였던 듯하다. ... 사법개혁위원회의 건의문이 개략적인 제안 하나하나는 대체로 훌륭한 것들이지만 알맹이가 빠져있는 느낌을 주는 것은 이러한 이념의 도치와 무관하지 않을 것이다.” [73-74]

⁴² 김도현, “사법개혁과 법관인사제도 – 정당한 사법권력의 창출을 위하여,” 민주법학 제 29 소 (2005) 69-96.

⁴³ 퇴임 전 1 년동안 근무한 국가기관이 처리하는 사건을 퇴임 후 1 년동안 수임할 수 없다. 변호사법 제 31 조 제 3 항 (2011.5.17. 신설).

⁴⁴ 형사소송법 제 59 조의 3 은 2014.1.1. 이후 확정된 사건의 판결문과 증거목록을 공개하고, 민사소송법 제 163 조의 2 는 2015.1.1. 이후 확정된 사건의 판결문을 공개한다. 법원은 2019.1.1.부터 인터넷을 통한 통합검색서비스를 제공한다고 한다. <http://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/guide/index.html>.

⁴⁵ 지역법관제도는 2004 년 실시되었다가 2014 년 폐지되었다. 김명수 대법원장이 2018.4.에 그와 유사한 관역법관제도를 다시 제안하여 전국법관회의를 통과하였다. http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180410_0000277847.

⁴⁶ 법관은 법조인 경력 10 년 이상(2026 년 이후; 2021 년까지는 5 년 이상; 2022--2025 년까지는 7 년 이상)이어야 한다. 법원조직법 제 42 조 제 2 항 및 부칙 제 2 조 (2011.7.18. 수정, 2013.1.1. 시행)

2. 사법부의 내부 개선으로 사회의 신뢰도 향상

2016 년 한국고용정보원이 621 개 직업종사자 19,127 명을 대상으로 실시한 재직자조사에 의하면 직업만족도 제 1 위는 판사였다. “판사는 세부 영역 중 사회적평판 2 위, 직업지속성 8 위, 급여만족도 4 위, 수행직무만족도 4 위 등에서 골고루 높은 순위를 차지했다.”⁴⁷ 판사들의 직업만족도 조사결과는 국민의 27% 만이 사법부를 신뢰한다는 2015 년 OECD 조사결과⁴⁸와 대조적이다. 판사들의 자체적 평가와 국민들의 판사에 대한 평가에 상당한 차이가 있어 보인다. 결국 이러한 평가의 차이는 사법개혁 특히 사법부의 윤리기준 개혁이 쉽지 않을 것임을 내시하고 있다고 할 수 있다.

아래에서는 국내 법관의 윤리기준과 미국 법관의 윤리기준의 차이점 몇가지를 지적하고자 한다.

a. 법관의 소득 조정 필요성?

한국과 미국 법관의 공통점은 법관의 소득이 대규모 법무법인소속 변호사들의 소득에 비교하여 낮다는 것이다. 국내 법관의 연봉은 2019 년 현재 법관 1 호봉 3,730 만원, 17 호봉 9,800 만원이고, 대법관 9,800 만원, 대법원장 13,000 만원 수준이다. 김&장 법무법인 1 년차 변호사의 연봉은 약 15,000 만원 수준이며, 다른 대형로펌은 약 13,000~14,000 만원이라고 보도되고 있다.⁴⁹ 대법원장과 대형로펌 1 년차 변호사의 연봉이 비슷한 수준이다. 미국 연방법원 대법원장의 연봉은 약 31,500 만원, 대법관은 약 30,100 만원, 항소심판사는 약 26,000 만원, 1 심 판사는 14,500 만원이다.⁵⁰ 뉴욕시 등의 대형로펌 1 년차 변호사의 2018 년 연봉은 약 22,093 만원이었다.⁵¹ 국내

⁴⁷ 법률저널, “대한민국 직업만족도 최고 직업 ‘판사’,” 2017.03.30.

<http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=43912>, 2019.06.25. 마지막 접속.

⁴⁸ 위 각주 1 참조.

⁴⁹ 시사저널, “[김앤장 공화국②] 김앤장 3 년차 변호사 K 씨의 하루,” 2018.11.9.,

<http://www.sisapress.com/news/articleView.html?idxno=178531> 2019.6.26. 마지막 접속.

⁵⁰ 2019.6.26. 환율 1,162.79 원/달러를 근거로 전환한 대법원장, 대법관, 항소심 판사, 1 심판사의 연봉 \$270,700, \$258,900, \$223,700 과 \$210,900 이다. <https://www.fjc.gov/history/judges/judicial-salaries-supreme-court-justices>.

⁵¹ 미 연방법원 판사들의 연봉의 경우와 같은 환율을 적용하여 전환한 수치다. 연봉은 \$190,000 이다. 로펌의 실적에 따라 연말에 지급하는 보너스는 포함되지 않은 연봉수치다. <https://abovethelaw.com/2019/05/70-percent-of-biglaw-firms-are-not-on-board-with-190k-for-first-year-associates/>.

대형로펌의 1년차 변호사의 연봉은 대법원장 연봉수준이고, 미국의 경우, 약 70%에 해당한다. 국내 대형로펌 1년차 변호사의 연봉이 미국 대형로펌 1년차 변호사의 연봉보다 상대적으로 좀더 높은 수준(또는 반대로 국내 변호사 연봉에 비교한 판사의 연봉이 미국보다 낮은 수준)이나 판사와 변호사의 상대적 봉급차이에 대한 근본적 차이가 있다고 하기는 어려울 것으로 판단된다. 미국 주법원 판사들의 연봉은 연방법원 판사들의 연봉과 동일하거나 조금 낮게 측정되어 있다.

판사의 봉급을 일반직장인의 봉급과 비교하면, 미국 연방판사는 평균 일반직장인 연봉의 약 4.4 배에서 5.6 배이며, 국내 판사는 서울 직장인 평균연봉의 1.33 배에서 4.6 배 수준으로, 한국과 미국 판사들의 연봉이 각 사회의 중상층 수준의 연봉이라고 할 수 있다.⁵²

b. 법관의 업무 조정

대부분의 미국 판결문은 관련 사건의 사실관계와 관련 법리 및 사실관계와 법리의 관계에 대한 세부적인 내용이 포함되어 있다. 대부분의 국내 판결문은 그에 비교하여

⁵² US avg net compensation (wages, tips, and the like) subject to Federal income taxes is \$48,251.57 in 2017 [<https://www.ssa.gov/OACT/COLA/central.html>]; Fed dist j, \$205,100, \$210,900, in 2017 & 2019; Cir J, \$217,600, \$223,700; Assoc Justice, \$251,800, \$258,900; Chief Justice, \$263,300, \$270,700. [<https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-compensation>]

As of 1/1/18, Gen-Jur Court judges in Cal & NY, \$200,042, \$194,000, Appellate, \$228,918, \$205,400, Highest Ct, \$244,179, \$215,700. For all States, Gen Jur, \$118,384-\$208,000, avg of \$155,113, Appellate, \$124,616-\$228,918, avg \$166,263, Assoc Just, \$131,174-\$244,179, avg \$172,026, Chief, \$133,174-\$256,059, avg \$178,049. [“Survey of Judicial Salaries, by National Center for State Courts, Jan 2018, V. 43, N. 1, at <https://www.ncsc.org/~media/Microsites/Files/Judicial%20Salaries/2018-Judicial-Salaries.ashx>]

Big Law salaries, as of Nov 2018 is \$190,000, \$200,000, \$220,000, \$255,000, \$280,000 w/ bonuses for 2nd yr on, \$15,000, \$25,000, \$50,000, \$65,000, \$80,000, Kathryn Rubino, “Biglaw Firm Announces Bonuses – And Updates Their Salary Scale,” Above the Law, Nov 28, 2018, <https://abovethelaw.com/2018/11/biglaw-firm-announces-bonuses-and-updates-their-salary-scale/>.

Congressmen (Representative & Senator) salary is \$174,000 in 2019 [<https://www.conginst.org/2019/02/21/how-much-do-members-of-congress-get-paid-2/>, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/senate_salaries.htm]

국내 대형로펌 변호사 초봉은 세후 800-900 만원에서 1.5 억/연 [<https://gginfo.tistory.com/520>]

2018.12.31. 기준으로, 일반판사는 3,047,900-7,944,600 원/월, 대법관은 7,956,300 원/월, 대법원장은 11,233,300 원/월 [<https://0muwon.com/entry/2018%EB%85%84%EB%8F%84-%EB%8C%80%EB%B2%95%EC%9B%90%EC%9E%A5-%EB%8C%80%EB%B2%95%EA%B4%80-%ED%8C%90%EC%82%AC%EC%9D%98-%EB%B4%89%EA%B8%89%ED%91%9C-%EB%B0%8F-%EC%8B%A4%EC%A0%9C-%EC%A7%80%EA%B8%89%EC%95%A1>]

서울직장인 평균월급은 223 만원 연합뉴스, 2018.4.18., [<https://www.yna.co.kr/view/AKR20180418081400002>]

우리나라 근로자의 평균연봉은 약 3500 만원 한계레, 2018.11.18. [http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/870681.html]

사실관계, 법리 및 사실과 법리의 관례에 대한 내용이 간략하게만 기재되어 있어, 판결문을 이해하거나 또는 다른 사건이나 상황의 판단에 참고 하기 쉽지 않은 것이 사실이다. 판결문을 좀더 미국식으로 개선하자는 안이 법관의 업무 부담을 늘릴 가능성이 높아 현실적으로 부담이 될 수 있다는 관점이 많다. 미국과 국내 판사 모두 업무부담이 많은 것은 사실이나, 상대적으로 국내 판사의 업무 부담이 미국판사들보다 월등히 높다거나 그 반대인지는 판단하기가 어려워 보인다.

미국과 국내 판사들이 매년 판결하여야 하는 사건수는 상당히 많다. 많은 사건 각각의 관련 자료를 정성껏 읽고 필요한 추가 조사를 하고 정확하고 공평한 판결과 사건의 사실관계 및 관련된 법리에 대한 설득력 있는 판결문까지 쓰기가 가능한지 의심이 갈 정도이다. 미국의 경우, 연방 항소법원이 2018 년 사건 사실관계와 관련 법을 정리한 의견이나 판결문을 발행하고 종료한 사건은 30,035 건이고, 이중 현직 항소심 판사가 참여한 건은 약 71.3% (약 21,415 건)이었다. 2019 년에 174 명의 항소심 판사가 현직에 있는데, 각 사건을 3 명의 판사가 같이 참석하고 그 중 1 판사가 판결문을 작성한다. 2018 년과 2019 년에 같은 판사들이 현직에 있었다면, 각 판사는 2018 년에 평균 약 123 개의 서면의견 또는 판결문을 작성하였다고 할 수 있다.⁵³ 이는 1 년 365 일을 쉬지 않고 일한다고 하여도 약 3 일마다 1 개의 의견을 작성하여야 하는 수준으로, 초인각적인 노동력이 요구되는 수준이다. 미 서부 연방항소심법원 판사였던 Kozinsky 판사에 의하면, 각 판사들은 4 명의 clerk (법대 졸업생)의 도움을 받아 판결과정에 도움을 받는다고 하였다. 대부분의 판사들이 clerk 가 작성한 초안의견을 근거로 일부 수정하여 본인의 의견으로 발표한다고 하였다. 또한 서부 연방항소심법원에는 약

⁵³ Cases terminated (on the merits) in 2018 at Circuit Courts are 31,408; terminated on procedural grounds, 16,756 (out of 49,276 new cases, and 38,232 pending cases); written, reasoned (“only those opinions and orders that expound on the law as applied to the facts of each case and that detail the judicial reasons upon which the judgment is based”) opinions & orders issued were 30,035 (about 0.96 per merit terminated case). Of the cases terminated on the merits (after oral hearing or submission on briefs), active circuit judges participated in 71.3% of the cases; resident senior circuit judges in 24.6%; visiting judges in 4.2% (total of 95,863 participations).

District court saw 358,563 filings; 363,558 terminated with 442,044 pending.

<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/federal-judicial-caseload-statistics-2018> by the Administrative Office of the U.S. Courts.

Authorized judgeships: 9 Sup Ct; 179 Circuit Ct; 673 Dist Ct. at

<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/allauth.pdf> Some vacancies, as of 6/6/2019, 138 positions (5 court of appeals, 118 district courts 15 at Ct of international trade & federal claims) are vacant w/ 67 nominees pending. <https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-vacancies/current-judicial-vacancies> ==> each active circuit court judge participated in about 400 terminated cases in 2018 (on avg wrote about 133 reasoned opinion/order); each district court judge presided over 2,345 terminated cases in 2018.

70 명의 변호가가 스태프변호사로 고용되어 있으며, 스태프변호사들이 약 40%의 사건에 대한 일차 검토를 하고 법원의 판결입장을 정리하여 판사들에게 보고한다고 하였다. 중요하지 않은 일반 사건 중 상당건은 이러한 스태프변호사들의 보고내용이 그대로 책정된다고 하였다.⁵⁴ 따라서 미 연방항소심법원 판사들의 실질적 업무 부담은 위 언급된 평균 123 사건 판결문보다 상당히 낮을 것으로 보여진다.

국내 대법원 사법연감에 따르면 판사 1 인당 연간 사건 처리건수는, 2014년에는 609 건이었다. 2017년 사법연감에 의하면, 고등법원은 본안 36,676 건을 고등법원 판사 343 명이 처리하여, 각 판사당 약 107 건을 처리하였다. 국내에서도 미국의 법대졸업생 clerk 시스템을 도입하여 2018년 100 명의 재판연구원을 임명하여 사건 진행에 보조 업무를 지원하게 하고 있으나, 각 법원에 임명된 연구원은 법원장의 지휘하에 업무를 이행하고 개별 판사의 지시를 받고 지원하는 미국의 시스템과 그 성격이 달라 보이며, 개별 사건의 초안의견 작성 등 개별 판사와의 1:1 신뢰관계하의 업무 진행방식이 아닌 것으로 보인다.⁵⁵

c. 판결문

미국법원의 판결문은 관련 사건의 사실배경내용, 관련 법리 및 사실내용을 관련 법리에 적용하는 논리 등이 상대적으로 자세하게 기재되어 있다.^{56, 57, 58} 이는 법원의

⁵⁴ Alex Kozinski, "The Real Issues of Judicial Ethics," 32 Hofstra Law Review 1095, 1098-1099 (2004).

⁵⁵ "대법원 사법연감에 따르면 판사 1 인당 연간 사건 처리 건수는 2012년 593 건, 2013년 599 건, 2014년 609 건으로 매년 증가 추세에 있다. 특히, 서울중앙지법의 판사 1 명당 2017년 사건 처리 건수는 1233.9 건에 달하고 있다." 시사매거진, "채이배 의원, '조정절차 활성화 등을 통한 법원업무부담 경감방안' 정책토론회," 2019.3.23., <http://www.sisam2580.com/news/articleView.html?idxno=201143>
2018 사법연감에 의하면, 2017년 지방법원의 접수된 소송건은 6,608,759 건 (민사 4,782,706, 형사 159,005 건은 4,941,711 건; 민사의 1 심 본안은 1,349,782 건이며, 소액이 774,440 건, 합의와 단독은 243,267 건; 항소심의 본안은 122,732 건), 고등법원은 71,949 건 (본안 36,676 건), 대법원 62,075 건 (본안, 46,412 건) [제 5 장, 통계, 제 1 절 사건의 개황, 표 1 전체사건 법원별 총괄 - 접수, 545 쪽]
대법원장 1 명, 대법관 13 명 (14 명); 고등법원, 법원장 7 명, 부장판사 107 명, 고등법원 판사 173 명, 판사 56 명 (343 명); 지방법원, 법원장 28 명, 고등법원 부장판사 1 명, 부장판사 915 명, 판사 1,491 명 (2,435 명) <http://www.scourt.go.kr/judiciary/member/judge/index.html>.

재판연구원에 대한 자료는 <https://lawclerk.scourt.go.kr/appresearch/main.jsp> 참조.

⁵⁶ Paul D. Carrington & Roger C. Cramton, "Judicial Independence in Excess: Reviving the Judicial Duty of the Supreme Court," 94 Cornell L.Rev. 587 (2009). "in the eighteenth century, [] appellate judges did not write opinions of the court proclaiming the law but orally expressed their reactions to legal arguments and thereby acknowledged what they perceived to be the preexisting law. They left it to a reporter and his readers to derive any legal principles that they might have expressed in their diverse and unrehearsed utterances, a system Tennyson depicted as 'a lawless science,' a 'codeless myriad of precedent,' and a mere 'wilderness of single instances.'" [593-594]

판결문을 통하여 사회의 사법 신뢰⁵⁹를 취득할 수 있으며, 그를 위해서 판결문은 판결에 대한 논리가 명백하고⁶⁰, 법에 대한 지도력 (guidance)^{61,62}, 설득력 (persuasion)⁶³, 책임 (accountability)⁶⁴, 정당성 (legitimacy)^{65,66} 및 정직성 (candor)⁶⁷ 을 제공하여야

⁵⁷ Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin & Lisa Solomon, “Ethical Judicial Opinion Writing,” 21 Geo. J. Legal Ethics 237 (Spring 2008). “In the English system, and in most common-law systems, oral argument is the dominant form of advocacy, the only written item is a short ‘notice of appeal’ giving one- or two-sentence synopsis of the issue to be argued, and judgments are rendered orally at the end of the proceeding.” [3] “The shift to a writing-centered system is evident in Marbury v. Madison. The Supreme Court held that ‘[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule.’ ... For judges, [] Marbury requires judges to give reasoned opinions, not merely judgments, in cases that call for explanation.” [3]

⁵⁸ Max Radin, “The Requirement of Written Opinions,” 18 Calif. L. Rev. 486 (1930), California Constitution requires that all decisions of the Supreme Court be in writing and the grounds of the decision shall be stated. New York does not, and the author argues that NY model is better as it allows the Court to be selective about its thoroughness in opinion writing.

⁵⁹ Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin & Lisa Solomon, “Ethical Judicial Opinion Writing,” 21 Geo. J. Legal Ethics 237 (Spring 2008). “Writing judicial opinions essentially serves four functions. First, ‘opinions are written to tell the parties why the winner won and the loser lost.’ [] Second, written opinions ‘constrain arbitrariness.’ [] A written opinion also assures the public that the decision is the product of reasoned judgment and thoughtful analysis, rather than an arbitrary exercise of judicial authority. Third, written opinions ensure correctness. [] Fourth, written opinions are the common law.” [4]

⁶⁰ “an array of functions that opinions should serve. They include (1) providing guidance to participants in the legal process, (2) persuading their audience of judges, other officials, and citizens that the court has arrived at the proper answer, (3) constraining judicial arbitrariness, and (4) legitimating appropriate exercises in judicial creativity.” Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 86 (1994).

⁶¹ Guidance. “Lawyers and judges need to know the scope of the holding and the purposes behind it in order to determine whether and how it may bear on other, arguably analogous disputes, and whether it foreshadows expansion or retrenchment of existing principles. A full opinion gives lawyers and judges the nuance and texture they need in order to predict the future course of the law.” Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 86 (1994).

⁶² Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin & Lisa Solomon, “Ethical Judicial Opinion Writing,” 21 Geo. J. Legal Ethics 237 (Spring 2008). “From a narrow perspective, a litigant will see from reading the opinion how the judge reached a decision. From a broad perspective, the public witnesses its rights defined, and to some extent its rights created or altered, in judicial opinions.” [2]

⁶³ Persuasion. Lawyers, judges, academics, legislatures and the public at large need be persuaded of the rightness of the reasoning of the opinion. “without opinions containing persuasive reasons, we risk losing shared purpose and community involvement and fostering widespread cynicism about legal institutions, if not outright disrespect for the law.” Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 88 (1994).

⁶⁴ Judicial Accountability. “One role of the reasoned opinion is to constrain the potentially misguided or destructive exercise of judicial power, for arbitrary or merely incorrect decisions are less likely to survive review by higher courts if the judge must expose his reasoning to scrutiny.” Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 88-89 (1994).

⁶⁵ Legitimacy. “Most cases that reach appellate courts, however, require an extension of basic principles, an examination of the ruling’s place within the existing fabric of the law, and a justification for the approach chosen. In this way judges demonstrate that they are not merely enacting their own views into law, but are operating within the narrowly circumscribed boundaries of the judicial function – a function that is different in kind from the work of the other branches – and therefore not usurping powers not delegated to them.” Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 90 (1994).

⁶⁶ “The judiciary’s power comes from its words alone – judges command no army and control no purse. In a democracy, judges have legitimacy only when their words deserve respect, and their words deserve respect only

한다는 논리에서 출발한다. 사건 당사자와 사건 참여 변호사 뿐만 아니라, 그 이외의 다른 법조인과 일반인들이 이해할 수 있는 판결문이 되려면⁶⁸, 사건 판결의 근거가 되는 사실관계의 정리와 설명, 법리 및 사실관계에서 출발하는 법리를 적용하는 추론이 판결문에 포함되어야 한다. 대법원 아래 법원의 판결문은 그 사건이 상위 법원에 항소/상고되면 상위법원의 심의 및 판결의 근거가 되는 상위법원의 소송자료가 되기 때문에 판결문 내용이 충실하여야 하고⁶⁹, 대법원/헌법재판소의 판결문은 특히 하위 법원과 사회가 미래의 적용되는 법치사회의 규정을 이해하는 근거가 되기 때문에 그 모두 위 판결문의 역할에 충실하여야 한다.⁷⁰

i. 국내 판결문과 미국 판결문의 비교

법원의 판결문은 다양한 형식으로 작성되기 때문에, 국내 또는 미국 판결문 전체를 하나의 잣대로 비교할 수는 없다. 그러나 대부분의 국내 판결문과 미국 판결문들에

when those who utter them are ethical.” Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin & Lisa Solomon, “Ethical Judicial Opinion Writing,” 21 Geo. J. Legal Ethics 237, 237 (Spring 2008).

⁶⁷ Candor. Judges must give their real reasons behind their decisions, for falsity will be found out, sooner or later, and will detract from the respect and authority of the judiciary. Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81, 91-92 (1994)..

⁶⁸ 미국 법원은 특별한 경우를 제외하고는 공개 소송을 원칙으로 하고 있으며, 공개 소송의 판결문뿐만 아니라 소송과 관련하여 법원에 제출된 모든 자료를 공개하고 있다. 연방법에 이에 대한 구체적인 규정은 없으나, 대법원은 common law 상의 국민의 알 권리라고 인정하여 법원의 통재권을 인정하면서, 원칙적으로는 공개 소송과 공개 자료의 원칙을 주장하고 있다. 소송 자료는 물론 당사자들의 성명도 그대로 공개된다. In re Oliver, 333 U.S.; 257, 266 (1948), Craig v. Harney, 331 U.S. 367, 373 (1947), Nixon v. Warner Communications, Inc., 435 U.S. 589, 597 (1978).

⁶⁹ Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin & Lisa Solomon, “Ethical Judicial Opinion Writing,” 21 Geo. J. Legal Ethics 237 (Spring 2008). “An appellate opinion should recount the trial judge’s findings so that the opinion’s reasoning can be put in context. Few things will frustrate a trial judge more than an appellate reversal that either does not recount the trial findings of fact or which distorts the trial facts. Trial and appellate opinions should also ciste the record when referring to important facts. Because facts are central to opinions, presenting facts honestly is vital to an opinion’s outcome and ensures that the public understands the rout considered the case objectively.” [23-24]

⁷⁰ 미국과 같이 판결문에 관련 사실배경, 법리 및 그 사실에 법리적용 추론 등을 전개하려면 판결문이 길어지는 것은 당연하다. 그러나 미국에서도 판결문이 지속적으로 늘어나고 있어 판결문이 오히려 이해하기 어렵고 불필요한 내용이 추가되고 있다는 비판이 있다. 미국 대법원의 구성 이후 첫 20 년 동안의 판결문들의 평균길이는 약 760 단어에서, 1998-2008 년에는 약 4,250 단어로 꾸준히 늘어났다. Ryan C. Black & James F. Spriggs II, “An Empirical Analysis of the Length of U.S. Supreme Court Opinions,” 45 Houston L.R. 621, 630-638 (2008); Debra Cassens Weiss, “U.S. Supreme Court Sets Record for Longest Opinions Ever,” ABA Journal, Nov 19, 2010 (1950 년대에 약 2,000 단어였던 대법원 판결문이 2009 년도에는 4,751 단어였다). 20 세기초 이전에 몇 주에서는 판결문 자체로 관련된 법리 및 사실관계와 추론을 이해할 수 있게 작성되어야 한다는 내용을 입법화하기도 하였으나 이는 삼권분리 원칙을 위반하여 위헌이라는 판결도 있었고 결국 캘리포니아주는 대법원의 서면 판결문 발행의무를 헌법에 포함하기도 하였다. 1911 년 한 학술지에 이미 판결문에 불필요한 내용이 포함되어 판결문의 길이가 불필요하게 길어지고 있다는 의견이 제시되기도 하였다. Francis A. Leach, “The Length of Judicial Opinions,” 21 The Yale L. J. 141 (Dec., 1911).

몇가지 공통된 점을 가지고 있다. 판결문 앞부분에는 관련 사건의 관련 사실관계가 요약되어 있는데, 일단 국내 판결문과 미국 판결문에는 사실관계 부분에 상당한 차이가 있어 보인다. 국내 판결문에서는 사건 당사자들이 어떠한 목적으로 관련된 행위를 하였고, 그로 인한 어떠한 결과가 발생하였는지, 관련 법규의 각 요건들을 충족시켰는지 등을 이해하기가 어려운 경우가 자주 있다.⁷¹ 그에 비하여 미국 판결문⁷²은 사건 당사자 및 관계자들의 행동, 동기 및 그를 이해하기에 필요한 상황 내용 등이 상대적으로 자세하게 포함되어 있다. 미국의 판결문의 사실관계 부분은 마치 하나의 스토리를 말해주는 듯한 느낌을 주는 경우가 많다.

사실관계 정리 이후, 관련 법규를 적용하는 논의 부분이 있는데, 국내 판결문은 법규 또는 대법원의 판례에서 명시한 법규의 원칙을 인용하면서 관련 사실내용을 나열하나, 법리 각 요건에 사실내용을 적용하는 세부적 논리는 생략하는 경우가 대부분이다. 이는 불란서 법원의 판결문과 유사한 면이 있어 보인다.⁷³ 불란서 판결문은 그 길이가

⁷¹ [판결문 및 법원 자료를 원칙적으로 공개자료로 인정하는 미국체제와 개인자료로 보는 시각의 국제체제의 차이도 한 목을 하고 있다. 채벌 총수들의 비리사건 등 언론에 널리 보도된 사건의 경우에도 익명처리를 하여 판결문을 이해하기 어렵게 하는 경우가 있다.]

⁷² 연방법원에 적용되는 민사소송절차규정 (Federal Rules of Civil Procedure) 제 52 조에 법원이 배심원없이 사실관계를 검토하고 판단하는 경우, 법원은 판결문에 판단에 근거가 되는 사실 내용을 구체적으로 판단하고, 그에 적용되는 법에 대한 판단 내용을 분리하여 별도로 설명하게 되어 있다 (In an action tried on the facts without a jury or with an advisory jury, the court must find the facts specially and state its conclusions of law separately. The findings and conclusions may be stated on the record after the close of the evidence or may appear in an opinion or a memorandum of decision filed by the court. Judgment must be entered under Rule 58.” Rule 52(a)(1), Federal Rules of Civil Procedure. 주 법원에서도 위 연방법원의 규정을 법 또는 판례로 의무화하고 있다.

⁷³ Michael Wells, “French and American Judicial Opinions,” 19 Yale J. of Int’l L. 81 (1994). French Opinions. “French opinions differ significantly from the American model, both in style and in structure. Rather than a reasoned and candid essay, an opinion in the highest courts is a terse and opaque summary of the outcome and the reasons for it. The differences are not merely stylistic. They reflect a fundamental difference in the way French and American judges conceive of the judicial decision. ... French judges begin from a radically different premise. In their view, the role of the opinion is to apply settled law to the facts, or rather, to create the appearance that the court is merely applying law to fact. French judges treat application as a matter of mere deductive logic.” [92] “Accordingly, they incorporate the reasons for their holdings into the sentence by subordinate clauses beginning with ‘whereas,’ as in Jand’heur. By limiting the opinion to a single carefully constructed sentence, French judges hope to avoid ambiguity. Although the elements of the court’s reasoning may be hard to sort out on the first reading, rules of grammar assure that all of the clauses are linked into a coherent deductive argument. Everything in the sentence must be either part of the result or its justification.” [95]

French Courts Make Laws as the US. “Apart from the four Code provisions noted earlier [providing for negligence and parent liability], virtually all of French tort law is based on judicial decisions and academic writing. Courts also have made significant contributions to the development of private law [] of contracts. Indeed, ‘it would be hard to find a single article of the Civil Code to which there have not been added depths of meaning and major restrictions and extensions that could not have been foreseen in 1804.’ [¶] French public law is even more a product of judicial action.” [99-100]

짧고, 논리에 대한 설명이 간략하다고 한다. 이와 대조적으로 미국 판결문에서는 판단과정에 적용되는 각 법리에 대한 요건, 적용되는 사실 내용, 상충되는 주장에 대한 평가, 판례 해석 등 판단 논리과정에 대한 세부적인 설명이 포함되는 경우가 많다.

특히 국내 항소심과 대법원 판결문에서 1 심 또는 항소심 법원이 인정한 사실관계를 뒤엎는 경우에 그러한 판단 기준에 대한 원칙과 적용과정에 대한 논의가 상대적으로 세부적이지 않아 1 심 또는 항소심의 판단에 어떠한 오해 또는 하자가 있었는지를 가름하기가 어려운 경우도 자주 있다.

결과적으로 국내 판결문은 그 자체만으로는 관련 사건을 이해하기 어려운 경우가 상당히 있고 더욱이 향후 발생할 수 있는 다른 사건들에 대한 법원의 판단을 합리적으로 예측하기가 어려울 수 있다. 재판이 완료되고 시간이 흐르면, 그 판단에 대한 평가, 즉 사법부의 신뢰는 전적으로 판결문에 의거하여 결정된다고 할 수 있는 상황에서, 국내 판결문은 그 기능을 제대로 이행하지 못하고 있다고 보여진다.

국내판결문과 미국판결문의 유형을 정의하기에 어려움이 있어, 지배주주와 이사들의 책임에 대한 민사소송 건 중 대법원의 판결문이 있는 국내사건 1 건과 미국사건 1 건을 임의로 선택하여 판결문의 내용을 비교한다. 국내 사건은 2005 년 (주)한화가 보유하고 있던 한화에스앤씨의 지분을 김승연회장의 장남 김동관에게 양도한 것에 대한 경제개혁연대의 소액주주 파생소송건이고 미국 사건은 1981 년 Trans Union Corporation 을 Jay A. Pritzker 가 새로 설립한 New T Company 에게 매각하는 과정에 Trans Union 이사들이 주의의무를 위반하였다고 소액주주들이 제기한 파생소송건이다.

(1) 국내사건: 한화에스앤씨 지분 매각건.

(주)한화는 1994 년 한화그룹 계열사의 정보통신서비스, 시스템관리, 시스템통합등의 업무를 위한 내부조직을 운영하다, 2001 년에 이를 분사하여 한화에스앤씨를 설립하였다. 한화에스앤씨는 김승연회장이 100% 투자하여 설립하였다가, 한화가 66.7%를 인수하여 한화의 자회사로 존재하였다. 2004 년에는 사업실적이 악화되고 부채비율이 높아지고 자본잠식 상태에 처하게 되었다. 한화그룹의 김승연회장은

Confused Lower Courts. “Because the Court makes no effort to reconcile the sweeping language of its motifs with arguably conflicting propositions applied in other cases, lower courts are left with nothing to rely on except the Court’s bare holdings in their search for guidance on how the high court will decide future cases.” [101]

2005.4.29. 보유하고 있던 한화에스앤씨 지분을 차남과 삼남에게 주당 5,100 원에 증여하고, 한화는 보유하고 있던 한화에스앤씨 지분을 김승연회장의 장남에게 2005.6.17. 동일한 가격에 양도하였다. 한화에스앤씨는 2005 년 상반기부터 실적이 급속하게 개선되었다.⁷⁴

(a) 한화 1 심 판결

1 심 법원⁷⁵은 (1) 한화에스앤씨의 정보통신 사업은 한화의 주요사업인 군수품 제조·판매와 밀접한 관계가 있다고 볼 여지가 없어 한화의 영업부류에 속하는 거래 또는 사업기회로 인정할 수 없고, (2) 한화에스앤씨 지분의 매수자이며 수익자가 김승연회장의 장남 김동관이고 매입자금도 김동관이 지급한 이상 상법에서 규제하는 김승연회장의 자기거래에 해당하지 않으며, (3) 한화그룹의 경영기획실이 삼일회계법인을 고용하고, 보수적으로 평가하여 달라고 지시한 사실, 삼일회계법인이 구체적인 근거없이 일차 평가금액을 수정한 사실, 평가의 근거가 되는 몇가지 수치가 적절하지 않았다는 사실 및 삼일회계법인의 최종보고서가 이사회 결의날 이후 발행되었다는 사실을 인정하고 삼일회계법인의 평가금액을 신뢰할 수 없다고 판단하여, 연관된 형사사건 법원에서 인정된 평가금액과 제 3 전문가들이 제시한

⁷⁴ 한화에스앤씨는 [지속적인 사업결과 개선과 합병을 보여주며, 2017 년 ...를 흡수합병하고 현재 한화...의 사명으로 존재하며, 한화그룹의 지주회사 역할을 하고 있다? 확인]

⁷⁵ 서울중앙지방법원 2013.10.31. 선고 2010 가합 40873 판결. 2005.6. 한화에스앤씨 지분매각 시점의 관련 내용은 아래와 같다.

2005.4.29. 김승연회장은 보유하고 있던 한화에스앤씨 지분을 차남 김동원과 삼남 김동선에게 주당 5,100 원으로 산정하여 증여하였다. (액면가 5,000 원)

2005.5.12. 한화에스앤씨는 한화에 유상증자를 요청하였다.

2005.5.17. 한화는 유상증자 요청을 거부하였다.

2005.6.10. 현금흐름할인법에 의하여 2005.5.31. 기준으로 한화엔스앤씨 주당가치를 4,614 원으로 평가하고 본일 작성된 것으로 기재된 삼일회계법인의 평가보고서가 발행되었다.

2005.6.15. 금호종합금융은 한화에스앤씨의 할인어음 한도 증액 요청을 거부하였다.

2005.6.17. 한화 이사회는 보유하는 한화에스앤씨의 지분을 김승연회장의 장남 김동관에게 주당 5,100 원에 매각하기로 결의하였다. 결의안에는 결의날 매각계약을 체결하고 당일 매각대금전액을 수령한다고 명시되어 있었다.

2005.6.24. 한화에스앤씨는 100% 유상증자 (60 만주, 주당 5,000 원)를 시행하였다

한화에스앤씨는 그 이후 여러 한화계열사의 인수합병 등을 포함하여 경영실적이 대폭 개선되어, 2007.12.14. 주당 발행가를 33,727 원으로 하여 유상증자를 단행하였고, 2009 년경에는 매출액 3,600 억원, 영업이익 220 억원 규모로 성장하여 국내 IT 서비스 기업 중 9 위를 차지하였다.

한화 김승연회장 및 이사들을 상대로 2010 년 한화에스앤씨의 지분 매각이 김승연회장이 한화의 사업기회 유용행위이며, 자기거래에 해당하고, 이사의 주의의무를 위반하였다고 소송이 제기되었다.

평가금액을 근거로 한화에스앤씨의 주식을 27,517 원으로 판단하였고, 한화의 손실을 약 90 억원으로 인정하고 김승연 회장은 이러한 사실을 인지하고 있었을 것이라고 추정하여 이사로서의 선관주의의무를 위반하였다고 판단하여 김승연회장에게 배상을 지시하였으며, (4) 한화의 다른 이사들은 외부전문기관의 한화에스앤씨의 평가의견과 경영기획실의 보고에 의존하여 결의한 상황에서 추가 정보확인 또는 검토가 필요하다고 판단할 만한 정황이 없었음으로 이사로서의 주의의무를 이행하였다고 판단하여 손해배상의무가 없다고 판결하였다.

(i) 경업금지 및 사업기회

1 심법원은 한화의 한화에스앤씨 지분 매각 과정에 대한 주요 사실관계를 구체적으로 요약하여 소개하였다. 법원은 한화의 한화에스앤씨 지분 매각이 단순한 경영실적이 좋지 않은 상대적으로 미비한 규모의 자산을 매각하는 건이 아니라 김승연 회장이 한화 그룹의 경영권을 장남인 김동관에게 승계하기 위한 기획된 계획의 일부로 이행되었다는 사실도 인지하였다. 그러나 법원은 위 사업기회 유용과 자기거래의 판단과정에는 이러한 사실을 검토하지 않고 한화에스앤씨 지분 매각이 단순 자산 매각 거래라는 관점에서 위 법적 판단을 하였다. 그러나 대법원은 이미 1980 년대부터 구 상법 제 398 조에서의 자기거래의 범위를 관련된 이사와 회사의 이해상충여부를 근거로 판단하고 있었으며⁷⁶, 본건 1 심법원이 한화에스앤씨 지분 매각 행위가 김승연 회장의 한화그룹 경영권 승계 계획에 의한 행위임을 인정한 이상, 김승연회장과 한화사이에 이해상충 우려가 있음을 인정하였어야 하고, 한화가 자회사인 한화에스앤씨를 통하여 정보통신 사업을 이행하고 있었다는 사실도 인정하여 자기거래와 경업금지 규정의 적용여부를 그 관점에서 검토하였으면, 판결의 설득력이 좀더 증가하였을 것이라고 보여진다.

1 심법원은 한화에스앤씨의 사업분야인 정보통신사업이 한화의 주사업과 연관이 없기 때문에 한화에스앤씨 지분 매각이 한화의 경업 또는 사업기회가 아니라고 판단하였으나, 한화가 정보통신사업을 직접 이행하다가 자회사를 설립하고 그를 통하여 동일한 사업을 이행하고 있었고, 한화 정관에 정보통신업이 목적사업의 일부로

⁷⁶ 본건이 대법원에 상고되자 대법원은 1980 년대와 1990 년대의 대법원 판례를 인용하며 한화에스앤씨 지분매각이 김승연회장의 자기거래이라고 판단하였다. 대법원 2017.9.12. 선고 2015 다 70044 판결. 대법원 1996.5.28. 선고 95 다 12101, 12118 판결, 대법원 1984.12.11. 선고 84 다카 1591 판결 참조.

등기되어 있었고, 관련 상법 규정에는 “회사의 영업부류”라고만 명시되어 있을 뿐, 그를 ‘회사 주요사업의 영업부류’라고 해석하는 근거나 논리가 없이 판단하여 설득력이 부족하여 보인다.

한화에스앤씨 지분 매각이 사업기회인지에 대하여도 법원은 한화에스앤씨의 정보통신사업이 한화의 사업과 “밀접한 관계”에 있지 않아 사업기회가 아니라고 판단하였는데, 관련 상법 규정⁷⁷에서 언급한 “회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회”라고 하는 사업기회는 회사가 수행하지 않고 있는 제 3의 사업기회의 투자결정과정을 전제로 하는 조항으로, 이미 수행하고 있는 사업의 매각이 사업기회 또는 자산의 유용인지의 판단에 매각 대상 사업이 그 이외의 사업과 밀접한 관계에 있는지를 의도하는 것이 아닌 것은 명백하여, 법원의 이러한 판단논리의 설득력이 부족하여 보인다.

(ii) 주의의무 (및 자기거래)

1 심법원은 한화 이사들의 주의의무 위반여부를 판단하면서 김승연회장과 그 외의 이사들에 대한 판단을 분리하였다. 김승연회장의 경우, 경영기획실이 김승연회장의 업무를 지원하고 지시를 받는다는 사실을 근거로 한화에스앤씨 지분 매각이 김승연회장의 경영권 승계 계획의 일부⁷⁸라는 관점에서 매각의 기획부터 이행까지 경영기획실이 추진하였고, 결국 김승연회장을 대리하였다고 판단하여 한화의 이익을 위한 주의의무를 위반하였다고 판단하였다.

김승연회장 외의 이사들에 대해서 법원은 이사들이 한화에스앤씨 지분 매수자가 김승연회장의 장남이라는 사실과 매각자체가 경영권 승계의 계획된 일부라는 사실을 인자하였다고 판단하여, 이사들의 주의의무 기준이 강화된다고 인정하면서도 이사들이 경영기획실의 보고내용을 신뢰하고 의존하여 삼일회계법인이 매각 자산의

⁷⁷ 상법 제 397 조의 2 (회사의 기회 및 자산의 유용금지). 2011.4.14. 신설된 조항이나, 법원은 이 조항이 법원의 판례등에 확인된 법리를 기초로 신설되었기 때문에, 본 조항을 적용하였다.

⁷⁸ 한화에스앤씨 지분 매각이 경영권 승계 계획의 일부라는 사실은 연관된 형사사건에서도 인정되었고 1심 법원도 에스앤씨의 자산이 한화자산의 0.1%밖에 지나지 않는 등을 근거로 인정한 관계이다. 본 건 이외에도 김승연 회장의 가족 및 친척들과 한화그룹의 2005년 즈음의 거래와 부실계열사 부당지원 등에 대한 배임죄 등의 형사소송이 2011년 제기되었고, 2014년 유죄가 확정되었다. 서울서부지방법원 2012.8.6. 선고 2011 고합 25, 74 (병합), 서울고등법원 2013.4.15 선고 2012 노 2794, 대법원 2013.9.26 선고 2013 도 5214 판결, 서울고등법원 2014.2.11. 선고 2013 노 2949.

가치평가의견을 제시하였다는 사실에 의존하여 매각을 결의한 것으로 주의의무를 준수하였다고 판결하였다.⁷⁹ 법원은 매각이 특수관계인간의 거래인 것을 인지하여 주의의무의 기준이 강화되었다고 인정하면서도, 이사들이 대법원 판례에서 언급된 “충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 의사를 결정”하였다고 판단한 사실관계나 논리는 언급하지 않았다. 법원은 일상적인 자산의 매각 결의에 대하여, 이사들의 “충분한 정보의 수집·분석”과 “정당한 절차”에 대한 어떠한 기준도 언급하지 않았다. 한화가 제 3자로부터 자산을 매수하거나 제 3자에게 매각하는 경우, 경영진의 보고에 대한 검토 과정, 결의이후 매수/매각에 대한 추가 절차 이행 등, 전문가의 보고서 확인 여부 등에 대한 언급이 없어 본 건의 이사결의 및 매각 절차가 일상적인지 또는 특이한 내용이 있는지 등에 대한 판단이 어렵다.⁸⁰ 특히 회장의 장남과의 거래에서 회사 경영진의 의견과 경영진이 고용한 전문가의 의견만 보고 받은 것이 “충분한 정보의 수집과 분석”인지, 회의에서 결의하고 동일한 날짜로 거래를 완료하는 것이 적절한 절차인지 강화된 주의의무가 무엇인지 등의 판단기준이 언급되지 않았으며, 법원은 결론적으로 주의의무 충족이라고 판단하였다. 주의의무 이행여부의 판단기준은 일반인들이 자기 재산의 투자 등에 대한 주의를 기준으로 하고 있는데, 본 건의 한화 이사들의 결의 과정이 과연 일반인들이 자기 재산 처분 과정에 인정하는 정당한 절차인지, 판결기준에 대한 설득력 역시 부족하여 보인다.

⁷⁹ 미국법은 이사들이 경영판단 과정에 선의로 회사 임직원들의 보고서를 신뢰할 수 있다고 인정하고 있으나, 보고서 자체에 대한 문제점이 있거나 보고서를 신뢰할 수 없는 상황에서는 그를 예외로 취급한다. 본 한화 건과 같이 경영지원실이 김승연회장의 사적인 이익을 위하여 개인적 지시를 받고 업무를 이행하는 기관이라는 사실을 인지하고, 또한 관련 한화에스엔씨 지분 매각이 김승연회장의 경영권 세습을 위한 거래임을 인지하고 있었다는 정황을 법원이 인정한 이상, 이사들이 그 경영지원실의 보고서나 업무가 주주들의 이익을 위하는 관점에서 작성된 보고서이고 이행된 업무였다고 신뢰함이 이사로서의 주의의무를 제대로 이행하였다고 간주하기는 어렵다고 보여진다.

⁸⁰ 물론 법원은 사건 당사자들이 제시하는 사실관계만으로 사건을 이해하여야 함으로, 판결문에 포함된 사실관계 내용이 부족한 것은 사건 당사자들, 특히 원고가 그 이상의 사실관계를 입증하지 못하였다고 할 수도 있다. 이는 국내 소송법상 사건 당사자들이 상대방이 보유하고 있는 관련 사실내용을 충분히 접할 수 없기 때문이라고도 할 수 있다. 미국 소송에서는 각 당사자는 상대방이 보유하고 있는 사건과 관련된 자료를 강제로 요구할 수 있는 권한이 보장되어 소송과정에 밝혀지는 사실관계 내용이 국내에 비교하여 풍부하다.

(b) 한화 향소심 판결⁸¹

향소심은 위 1심 판결문의 사업기회유용, 자기거래 및 김승연회장을 제외한 이사들의 주의의무 위반여부에 대한 판결내용을 거의 그대로 인용하고 동의하였다.

향소심법원은 자기거래 금지 위반여부에 대하여, 한화에스앤씨 지분 매수자가 김승연회장이 아닌 그의 장남 김동관이며, 거래의 수해자가 김동관이기 때문에 본 거래가 상법상 자기거래가 아니라고 판단하였다. 설상 자기거래에 해당한다고 하면, 이해관계에 있는 이사는 “이사회에 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 구 상법 제 398 조 전문이 규정하는 이사회 승인이 있다고 할 수는 없다”는 대법원의 판례를 인용하면서, 한화에스앤씨 지분 매수자가 김승연회장의 장남임을 공개한 이후 이사회가 승인을 하였기 때문에, 해당 거래는 상법상 이사회 승인을 받은 거래라고 하였다. 법원은 자기거래에 대하여 관련 이해관계의 이사가 공개하여야 하는 중요한 내용은 단순히 이해관계가 있다는 사실만으로 제한하여 해석하였다. 자기거래의 목적, 예측하는 이익 및 예측되는 회사의 손실 등에 대한 어떠한 거래에 관련된 이해관계 이사만이 알고 있는 내용의 공개 의무가 없다는 판단으로 보여진다.

김승연회장의 주의의무 위반에 대해서는 1심법원과 달리 경영기획실이 주도하여 한화에스앤씨의 가치평가를 근거없이 저가평가하도록 한 사실을 인정하지 않고, 김승연회장도 다른 이사들과 동일한 입장에 있으며 모두 주의의무를 위반하지 않았다고 판단하였다. 향소심법원은 1심법원이 김승연회장과 그 외의 이사들의 주의의무위반여부를 분리하여 판단한 것을 거부하고 모든 이사들을 동일하게 판단한 것에 대한 법적 근거를 언급을 하지 않았다. 향소심법원은 1심법원이 김승연회장에게 경영기획실의 행위에 대한 책임을 부과하는 판단에 대하여 별다른 논의없이 삼일회계법인과 다른 여러 전문가들의 한화에스앤씨 가치 평가 업무 방식 및 의견을 세부적으로 비교하고 분석하고 삼일회계법인의 가치평가에 일부 오류가 있는 것은

⁸¹ 서울고등법원 2015.11.6. 선고 2013 나 72031.

사실이나, 평가금액이 적절 범위에 포함된다고 판단하였다. 김승연 회장이 주의의무를 위반하였는지, 위반하였지만 한화에 손해가 발행하지 않은 것인지가 명확하지 않아 보인다.

항소심의 사실관계 및 법리 논리는 1 심판결문에 지적된 비판내용이 동일하게 적용된다. 추가적으로 1 심이 인정한 사실관계를 배재하는 경우에 1 심법원의 판단에 어떠한 오류 또는 오해가 있는지를 구체적으로 지적하지 않아 그러한 부분의 판결문의 투명성이 부족하여 보인다. 특히 1 심법원은 삼일회계법인의 평가과정에 오류가 있어 그로 인하여 평가결과를 신뢰할 수 없다고 하였는데, 항소심법원은 그 입장에 대한 오류나 오해가 무엇인지 언급하지 않고 있다.⁸²

(c) 한화 대법원 판결

대법원은⁸³ 항소심법원이 해당거래가 자기거래가 아니라고 한 판단이 적절하지 않다고 판단하였다. 그러나, 자기거래라고 하여도 매수자가 김승연회장의 장남이라는 사실과 매각의 주요조건이 공개되었고 주식가치평가업무가 외부 회계법인에 의하여 이행되었다는 사실이 보고된 이후 결의하였기 때문에 적절한 이사회의 승인이 있었다고 판단하였다.

이사들의 주의의무 이행여부에 대해서는 이사들이 “충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 의사를 결정함으로써 ... 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는

⁸² 미법원의 경우, 상위법원이 하위법원의 판단을 검토하면서 적용하는 기준으로 *arbitrary and capricious* (임의적이고 예측불허적), *substantial evidence* (상당한 증거), *clearly erroneous* (명백한 오류), *de novo* (새로운), *abuse of discretion* (결정권 남용) 등이 있다. *Arbitrary and capricious*, *substantial evidence* 와 *clearly erroneous* 기준은 하위법원의 사실판단에 대한 검토에 적용되고, *de novo* 는 법규 판단에 대한 검토, *abuse of discretion* 은 재량권에 의한 판단의 검토에 적용한다. *Arbitrary and capricious* 기준은 행정기관이 미 행정절차법상 사실관계의 결정을 검토하면서 적용하는데 행정기관이 적절한 근거없이 또는 관련 정황의 검토없이 판단하였으면, 그를 기각하는 기준으로 행정기관의 판단을 거의 그대로 인정하게 되는 경우가 많다. *Barnes v. U.S. Dept. of Transp.*, 655 F.3d 1124, 1132 (9th Cir., 2011). *Substantial evidence* 기준은 배심원의 판단 또는 행정기관의 판단에 대한 상위법원의 검토기준으로 관련 판단을 뒷받침하는 증거가 있으면, 그 판단을 그대로 인정하게 된다. *Howard v. Barnhardt*, 341 F.3d 1006, 1011 (9th Cir., 2003). *Clearly erroneous* 기준은 하위 법원의 사실 판단이 명백한 오류였다는 상위 법원의 판단이 있으면 하위법원의 판단을 기각하게 된다. 상위 법원이 하위 법원의 판단과 단순히 동의하지 않는다고 하여도 하위법원의 판단에 명백한 오류가 있었다는 것을 확인하지 않으면, 하위법원의 판단을 인정한다. 상위 법원이 하위법원의 법에 대한 판단을 검토하면서는 하위법원의 판단을 접어두고 (*no deference*) 새로 판단하듯이 검토하고 판단한다. *Ragland Inv. Co. v. Commissioner*, 435 F.2d 118 (6th Cir. 1970). *Abuse of discretion* 은 하위법원의 재량에 의한 판단에 명백한 오류가 있는 경우에 상위법원이 그를 기각하는 기준이다. *Rabkin v. Oregon Health Science University*, 350 F.3d 967, 977 (9th Cir., 2003).

⁸³ 대법원 2017.9.12. 선고 2015 다 70044 판결.

한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것”이라고 주의의무나 충실의무를 위반하지 않았다고 판단하였다. 이사회가 구체적으로 어느 수준의 독립된 정보를 수집하고 검토하여야 하는지, 자기거래의 이해관계 이사가 수집한 정보, 검토한 의견과, 고용한 외부전문가의 의견의 보고만 의존하여 결의하는 것이 충분한 정보의 수집·분석의무, 정당한 절차의 의사결정이라고 하는 판단이 일반인들에게 설득력이 있는지 등의 의문을 지우기에는 부족해 보인다.⁸⁴

(2) 미국 사건: *Smith v. Van Gorkom* 건⁸⁵

(a) 사실관계⁸⁶

아래 본 건의 사실관계 요약 내용은 대법원 판결문의 사실관계 부분에서 요약해온 내용이다.

Trans Union은 철도차량 임대업이 주사업인 상장회사로, 매년 수익불의 잉여현금이 발생하였으나, 법인세법상 소득이 늘어나는 투자세액공제보다 작아 투자세액공제를 충분히 활용하지 못하는 문제를 경험하고 있었으며, 그로 인하여 회사의 주식이 잉여현금대비 주식시장에서 저평가되어 있었다. 미 국회는 1970년대 후반에 미사용된 투자세액공제를 현금으로 환급하는 법안을 검토하고 있었고 Trans Union 및 다른 자본집약업체 (capital intensive firms)는 그 법안의 채택을 위하여 로비를 하였으나, 국회는 결국 법안은 통과되지 않았다. Trans Union은 1960대부터 다른 작은 규모의 회사들을 인수하는 등 소득을 늘리려고 노력하였으나, 회사의 1980년 5년 사업보고서에 의하면 1980년~1985년사이의 예상되는 잉여현금은 약 1.95억불로

⁸⁴ 국내 법원들은 이사의 의무에 주의의무와 충실의무가 별도로 존재함은 형식적으로 인정하나, 그 의무를 별도로 정의하거나 이행여부의 판단에 구분하지 않고 있다. 주의의무는 충분한 정보를 수집하여 그를 근거로 한 경영판단이었는지가 그 원칙으로 한화의 사내이사와 사외이사들에게 그들이 업무상 알고 있는 그룹내 정보의 차이를 근거로 차이있는 주의의무를 정의하고 적용하여야 할 것이다. 충실의무는 이사들이 김승연회장과 독립된 위치에 있는지를 검토하고 실제로 이사들이 본건의 거래가 김승연회장의 경영권 승계를 목적으로 기획된 거래이라는 사실을 인지하고 있는 이상, 본 건의 거래에 김승연회장의 이해가 개입되어 있다는 사실을 인지하였어야 하고, 그에 따를 정당성 기준을 적용하여 경영판단을 하였어야 한다. 미국법에서는 이러한 이해상충의 거래의 경우, 이해관계가 없는 이사들이 독립된 절차에 의거하여 독립된 검토를 이행하고, 거래를 승인하여야 하며, 이건을 제시하는 주주가 있는 경우, 법원은 독립된 기준에 의거하여 거래가 근본적으로 소액주주와 회사에 정당하였는지를 다시 판단하게 된다. 이사의 충실의무에 대하여 “이사와 지배주주의 수탁자의무와 경영판단의 원칙,” 양명석, <https://ssrn.com/abstract=2924306> (2017) 참조.

⁸⁵ 델라웨어주 대법의 판결문을 Google로 번역하고 편집하여 첨부하였다.

⁸⁶ 델라웨어주 대법원의 판결문에 사실관계 정리 부분 (제 I 장)의 내용을 요약하였음. *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 864-870 (Del., 1985).

주식이 저평가되어 있는 상황을 개선하기 어렵다고 하였다. 보고서에 의하면 수년동안의 잉여현금은 회사의 경영에 사용될 계획이어서 잉여현금의 사용에 대한 결정이 급하지는 않다고 하였다.

Trans Union 의 CFO 인 Donald Romans 는 1980.9.5. 제 3 회사가 Trans Union 을 인수 할 가능성의 대응안으로 LBO 인수에 대한 간략한 검토를 하고 주당 \$50 ~ \$60 가격이 가능하여 보이지만 그 가격이 적절한 매각 가격이나 100% 매각경우의 적정가격인지에 대한 의견은 아니라고 대표이사인 Van Gorkom 에게 보고하였다.

Van Gorkom 은 Trans Union 에서 24 년동안 근무하였고 은퇴를 2 년 남겨두고 있었다. Van Gorkom 은 사적으로 친분이 있는 회사인수전문가(corporate takeover specialist) Jay A. Pritzker 에게 만남을 요청하여, 1980.9.13. Pritzker 를 만났다. Van Gorkom 은 회사의 controller 에게 비밀을 지시하며 주당 \$55, 매수대금의 71% 차입금 및 5 년 이하의 차입금 반환 조건의 LBO 인수 가능성에 대한 보고서 작성을 지시하였다. Van Gorkom 은 Pritzker 에게 controller 의 보고서 내용을 논의하면서 주당 \$55 의 가격에 Trans Union 의 잉여현금으로 차입금을 반환할 수 있다고 Trans Union 의 인수를 제안하였다.

이후 Pritzker 는 Van Gorkom 과 그와 같이 회사의 매각안을 준비하였던 2 임원과 컨설턴트와 9.16.과 9.17. 만나 인수에 대해 논의를 하였고, 1980.9.18. Van Gorkom 과 다시 만난 자리에서 Trans Union 을 주당 \$55 에 인수 합병하는 안을 제안하였다.

Pritzker 는 Trans Union 의 신주 1 백만주를 9.19. 종가보다 \$0.75 높은 \$38 에 인수하는 조건도 같이 제시하였다. Pritzker 는 Trans Union 이사회가 9.21.까지 인수합병안에 대한 결정을 하여야 한다고 제안하였다.

Van Gorkom 은 9.19.에 그 다음날 오전 11 시 임원회의와 12 시 이사회의를 소집하였다. Van Gorkom 과 Pritzker 협상에 함께 참여한 COO 와 controller 외 다른 임원과 이사들에게는 회의의 안건을 통보하지 않았다. 회사 매각 내용을 보고받은 임원들은 부정적 반응을 보였다. 특히 CFO Romans 는 양도가격이 저평가 되어있고 Pritzker 에게 1 백만주를 시가에 매각하는 것은 제 3 자의 매입가능성을 차단하는 효과가 있을 것이라고 주장하였다. Van Gorkom 은 이사회에서 Pritzker 와의 협상과정과 신주매각, 매입자금 충당, 및 매입자금이 충당된 이후 90 일간 Trans Union 이 제 3 자의

매입제안을 수령하고 검토할 수 있는 기간 등의 매입제안 조건 등을 설명하였으나 매도가격은 본인이 제시한 사실을 언급하지 않았고, \$55 매도가격이 적절한 가격인지에 대한 주주의 결정을 받아야 한다고 주장하였다. 이사회에 참석한 외부변호사는 회계전문가의 적정가격의견을 받아야 할 법적의무가 없으며 이사회에서 Pritzker 제의를 승인하지 않으면 주주소송이 제기될 수도 있다고 자문하였다. CFO Romans 은 이사회에서 본인은 협상과정에 참여하지 않았고, 매각 제의 사실을 당일까지 알지 못하였으며, 위 언급한 그의 보고서는 회사가치를 평가한 것이 아니고 LBO 인수가격에 대한 간략한 검토였으며 \$55 매도가격은 적절한 가격 범위의 최저가 수준이라고 보고하였다.

전체 이사 10 명 중 9 명이 참석한 9.20. 이사회는 회사의 매각에 대한 어떠한 서면보고나 매각계약서의 검토없이 단순히 Van Gorkom, 외부변호사, CFO Romans 의 구두보고를 근거로 약 2 시간 동안의 회의이후 매각안을 만장일치로 결의하였고, Van Gorkom 은 당일 저녁 Chicago 오페라 공영장에서 계약서를 읽지 않은채 체결하였다.

회사의 매각결정이 발표되고 Trans Union 의 여러 임원들이 사임할 움직임이 보이자, Van Gorkom 은 Pritzker 와 매각 계약의 조건을 수정하기로 합의하고, 10.8. 이사회를 개최하여 수정계약안을 결의하였다. 그러나, Van Gorkom 과 다른 이사들은 다시 한번 수정계약서를 보지 않은 상태에서 결의를 하였고, Van Gorkom 은 이사회 결의 2 일 후, 수정계약서를 검토하지 않고 체결하였다. Pritzker 가 준비하고 체결된 수정계약서에는 Van Gorkom 이 이사회에 보고한 수정내용과 다른, Trans Union 에게 불리한 내용이 포함되어 있었다.

Trans Union 이사회는 10.8. 회의에서 투자자문사 Salomon Brothers 를 고용하기로 결정하고, Salomon Brothers 는 10.21.부터 다음 해 1.21.까지 제 3 의 매입자를 찾아 보았으나, KKR 과 GE Credit 만 관심을 표현하였으나 그들도 Pritzker 의 인수합병계약이 존재하는 과정에서 매수협상이 불리하다고 판단하고 인수에 참여하지 않아 결국 제 3 의 매입자를 찾는데 실패하였다.

Trans Union 은 소액주주들은 12.19.에 Pritzker 의 매입에 대한 소송을 제기하였다.

Trans Union 은 81.1.21. 매각과 관련하여 대리행사권유장 (proxy statement)를 미 SEC 에 제출하고 주주에게 통보하였고, 81.1.26.에 이사회를 개최하여 Pritzker 와의 매각거래를

다시 승인 결의하고 1.21. proxy 에 추가 내용을 정리한 보안 (supplement) proxy 을 1.27. 발행하였다.

Trans Union 의 주주들은 2.10. 개최된 임시주주총회의에서 69.9%가 찬성, 7.25%가 반대, 22.85%가 투표에 참여하지 않아 거래를 승인하였다.

(b) 1 심법원 (Chancery Court)

1 심 법원은 1982.7.6.자의 공표되지 않은 서신의견(unreported letter opinion)⁸⁷으로 (1) Trans Union 의 이사회는 적절한 정보의 수집과 검토를 통하여 매각거래를 결의하여 경영판단의 원칙이 적용되며, (2) 주주들의 승인은 적절한 정보를 제공받고 이루어졌으므로 법원은 그 결과를 존중하여야 한다고 판단하여 피고 승리 판결을 결정하였다.⁸⁸

(c) 대법원

대법원은 (1) Trans Union 이사회가 1980.9.20. Pritzker 의 인수제안을 승인하는 결의한 결정은 적절한 검토를 거치지 않은 경영판단이었고, (2) 그 이후 합병계약을 수정하거나 다른 행동으로 9.20. 결의 부족한 점을 치유(cure)하지 못하였고, (3) 이사는 매각에 대한 주주승인을 취하기 전에 매각과 관련된 모든 중요한 사실을 공개하지 않아 주주에게 완벽하게 공평하지 못하였다고 판단하여, 1 심법원의 판결을 뒤엎고 1 심법원에게 피고 이사들에게 손해배상 책임을 인정하는 판결을 지시하였다.

대법원은 1 심법원의 2 개 판결내용을 각각 분석하며, 1 심판단의 오류를 확인하고, 파기의 판단을 설명하였다. 1 심법원의 첫째 판단, 즉 Trans Union 이사들의 매각 결정과 행위가 경영판단의 원칙의 적용범위에 포함된다는 판단에 대해서, 대법원은 1 심법원이 그를 위하여 이사회의 9.20 부터 81.1.26.까지의 행위가 전반적으로 충분한 정보의 수집과 검토를 근거로 하고 있다고 판단하였음을 인지하였다. 그러한 총체적인 판단을 위해서 1 심법원이 1 개의 구체적인 판단과 2 개의 묵시적인 판단을 하였다고 언급하며⁸⁹, 그 3 가지 판단의 각 판단에 대한 사건 기록에 명시된 사실관계를

⁸⁷ 1 심법원의 의견서는 공표되지 않아 그 내용을 확인할 수 없었다.

⁸⁸ Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del., 1985).

⁸⁹ 대법원은 1 심법원이 다음 3 가지 판단을 하였다고 하였다: (1) Trans Union 이사회는 9.20., 10.8. 및 81.1.26. 각 이사회일의날 Pritzker 의 매입제안을 거절할 수 있었고, (2) Pritzker 와의 매수계약을

검토하여 1 심법원의 판단이 적절하지 않았다고 판단하였다.^{90,91} 대법원은 1 심법원의 판결에 필요하였던 세부적인 판단과정에 관련 사실내용을 적용하고 법적 판단에 어떠한 오류가 있었는지를 일일이 설명하며, Trans Union 이사들의 경영판단이 충분한 정보의 수집없이, 중과실에 의한 주의의무를 위반하였기 때문에 경영판단의 원칙을 적용할 수 없음을 설명하였다. 대법원의 판결문에는 관련사건의 사실관계에 대한 세부적 내용, 법원의 의견과 분석과정을 이해하기에 필요한 모든 사실내용이 세부적으로 정리되어 있고, 1 심법원의 오류라고 판단하는 근거 및 분석 과정이

81.1.26.에야 법적효력이 있었으며, (3) Pritzker 제안보다 유리한 제 3 자의 제의를 market test 기간동안 받을 수 있었으며, Trans Union 은 그러한 제 3 자의 제의를 선택할 권한이 있었다. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 871. 대법원은 1 심법원이 9.20. 이사회 결의에 대하여 충분한 정보 수집과 검토가 없이 결의를 한 것은 중과실 또는 심한 태만한 행위로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다고 판단하였다. 또한 10.8.과 81.1.26. 이사회의 동일한 형태의 정보 수집과 검토과정에 허점이 있어, 9.20.의 중과실로 인한 결의 행위를 치유할 수 없다고 판단하였다. 1 심 법원이 9.20., 10.8.과 81.1.26. 이사회 각각에 대한 중과실 여부를 판단하지 않았기 때문에 대법원은 각각 이슈에 대하여 새로운 검토를 이행하고 중과실 여부에 대한 판단을 하였다.

1 심법원의 매각계약의 법적효력이 81.1.26.에야 발생하였다는 묵시적 판단에 대해서, 대법원은 9.20. 체결한 계약 및 10.10. 체결한 계약 모두 법적효력이 있기 때문에, 1 심법원의 묵시적 판단에 대한 아무런 법리 논리가 없는 이상, 1 심의 이러한 묵시적 판단을 파기하였다.

Trans Union 이 81.1.26. 주주에게 발송한 보안 proxy 에 첫 proxy 에 포함되지 않았던 사실, 즉 Pritzker 와의 협상과정에 Van Gorkom 외 이사들이 참여하지 않았다는 사실, \$55 매각가격이 Van Gorkom 의 제안이었다는 사실, 이사회가 회사가치에 대한 외부전문가의 의견을 받아 왔었다는 사실, CFO Romans 가 \$55 이 적절한 가격이 아니라는 의견을 제시한 사실 및 적정가격에 대한 검토를 하지 않았다는 사실,을 추가로 공개하였으나, 대법원은 추가로 공개한 내용이 실제로는 이사들이 9.20. 이사회의 결의전 매각에 대하여 알거나 충분한 정보의 수집과 검토 이후 알았어야 하는 사실들로, 그 사실의 공개만으로는 주주에대한 완벽한 정직(complete candor)한 공개가 아니라고 판단하고, 완벽한 정직한 공개의 의무 이행에 대한 입증 부담은 이사에 있으며, 피고 이사들이 이를 이행하지 못하였다고 판단하여 주총의 결과가 이사회의 오판을 주인할 수 없음으로 위 1 심법원의 추단적(conclusory) 판단을 파기하였다.

⁹⁰ 미국 항소법원은 사실관계에 대한 1 심법원의 판단을 파기하려면 그 사실관계 판단이 명확한 오류기준을 적용한다. (“Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, and the reviewing court must give due regard to the trial court’s opportunity to judge the witnesses’ credibility.” Rule 52(a)(6), Federal Rules of Civil Procedure) “명확한 오류”란 사건 기록에 그러한 1 심법원의 판단을 뒷받침할 수 있어도, 항소법원이 사건 사실 증거를 전반적으로 검토하였을 때 항소심법원이 1 심법원의 판단이 오판이었다는 구체적이고 강경한 확신이 있을 경우라고 한다. 1 심법원에서의 사실관계 판단이 배심원 (또는 행정기관)의 판단인 경우에는 사실 증거를 근거로 그러한 판단이 가능하면(substantial evidence rule) 항소법원은 그 판단을 그대로 인정한다.

항소법원은 1 심법원의 법에 대한 판단에 대해서는 처음부터 다시 검토한다 (de novo).

사실과 법의 이슈가 섞인 경우에는 대부분 법 이슈만 있는 경우와 같이 de novo 검토를 하나, 사실관련 이슈가 지배적인 경우에는 명확한 오류기준을 적용한다.

⁹¹ Smith v. Van Gorkom 은 전원합의체 소송으로 대법관들이 최소의 대다수로 판단되었다 (3-2). 이후 대법원의 결정에 대한 비판 의견들도 있었으나, 본 판례는 아직도 유효하다.

세부적으로 설명되어 있어, 위 한화 건의 항소법원과 대법원의 판결문과의 차이를 쉽게 볼 수 있다. 대법원의 판결문 번역본을 본 페이지에 첨부한다.

d. 법관의 윤리규정

이 섹션에서는 미국 법관의 윤리규정을 요약 소개하고 특히 국내 윤리규정과 그 적용사례를 비교한다.

i. Sources of 법관의 윤리규정 – 미국

미국 법관의 가장 근본적인 윤리규정은 헌법의 due process 조항에서 나온다. 법원은 국민들의 due process 권한의 가장 근본적인 권한이 공정한 재판이며, 이는 각 소송에 대하여 관련 법관이 소송과 관련된 어떠한 이익 또는 편견이 없어야 한다고 해석하였다.⁹²

연방법관은 연방법에 의거하여 항소심법관 본인이 판단한 소송에 대한 항소심을 받을 수 없으며⁹³, 사건 당사자가 1 심법관에 대하여 편견이 있다고 기피신청을 하면, 그 신청은 다른 1 심법관이 검토하고 판단하여야 한다⁹⁴. 또한 대법관을 포함한 연방법원의 모든 법관은 (a) 그의 공평성이 합리적으로 의문될 수 있을 때에는 회피하여야 하며, (b) 당사자 또는 분쟁의 대상인 사실관계에 대하여 개인적으로 알고 있거나, 관련 사건에 변호사로 개입되었거나, 본인 또는 그의 가족이 사건 또는

⁹² 연방정부는 헌법의 5th Amendment 에 의하여, 주정부는 14th Amendment 에 의하여 due process 의 적용을 받는다. Caperton v. AT Massey Coal Co., Inc., 556 U.S. 868 (June 8, 2009). “It is axiomatic that ‘[a] fair trial in a fair tribunal is a basic requirement of due process.’” [876] In Tumey v. Ohio, 273 U.S. 510 (1927), “the Court stated that ‘matters of kinship, personal bias, state policy, remoteness of interest, would seem generally to be matters merely of legislative discretion.’ The Tumey court concluded the Due Process Clause incorporated the common-law rule that a judge must recuse himself when he has ‘a direct, personal, substantial, pecuniary interest’ in a case.” “As new problems have emerged that were not discussed at common law, however, the Court has identified additional instances which, as an objective matter, require recusal. These are circumstances ‘in which experience teaches that the probability of actual bias on the part of the judge or decisionmaker is too high to be constitutionally tolerable.’ [] The first involved the emergence of local tribunals where a judge had a financial interest in the outcome of a case, although the interest was less than what would have been considered personal or direct at common law.” [876-877] “The second instance requiring recusal that was not discussed at common law emerged in the criminal contempt context, where a judge had no pecuniary interest in the case but was challenged because of a conflict arising from his participation in an earlier proceeding.” [880]

“Due process requires an objective inquiry into whether the contributor’s influence on the election under all the circumstances ‘would offer a possible temptation to the average ... judge to ... lead him not to hold the balance nice, clear and true.’” [885]

“The Due Process Clause demarks only the outer boundaries of judicial disqualifications.” [889]
[A bit of background story re Caperton case]

⁹³ 28 U.S.C. 47.

⁹⁴ 27 U.S.C. 144.

당사자와 재무관계에 있거나, 본인 또는 그의 배우자와 그들의 친척⁹⁵이 사건의 당사자 또는 임원, 이사, 수탁자이거나 변호사인 경우 등에도 회피하여야 한다.⁹⁶

연방법원의 행정을 위하여 설립된 Judicial Conference 는 연방법원의 법관의 윤리규정(Code of Conduct)을 채택하였다. 이 규정은 대법관을 제외한 연방법관에게 적용된다.

각 주법원의 법관에 적용되는 윤리규정은 주에서 관련 법을 통하여 채택되었다. 미 변호사협회 (ABA)는 법관의 윤리규정에 대한 규정을 채택하였고, 대부분의 주정부들은 그를 그대로 또는 일부를 수정하여 채택하였다.⁹⁷

ii. Judicial independence & judicial ethics

사법부 독립의 기반이 되는 미국 법관의 윤리규정은 (1) 부적절한 행위 (impropriety) 및 부적절하게 보일 수 있는 행위(appearance of impropriety)의 금지 (2) 일방적(ex parte) 커뮤니케이션과 부적절한 선물의 금지, (3) 정치활동 제한, (4) 부적절한 특정 대인관계 제한 및 (5) 특정 사건에서 기피 등에 중점을 두고 있다.^{98,99} 사실 ex parte 커뮤니케이션,

⁹⁵ 친척이란 본인, 배우자 및 그들의 증조부모, 증손자/손녀의 자식, 형제의 손자/손녀, 종조부, 종조모, 사촌을 포함한다. 28 U.S.C. 455(d)(2).

⁹⁶ 28 U.S.C. 455.

⁹⁷ 미국에서 판사들이 변호사자격이나 교육을 받아야만 한다는 법규는 없으나, 실제로는 거의 모든 판·검사들이 변호사자격증을 보유하고 있다. 판사로 재임하는 기간에도 변호사 윤리규정이 적용된다. 단, 미 변호사 협회 (American Bar Association)의 변호사 윤리집행규정 (Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement) 제 6 조에 의하면 판사들은 재임기간 동안 변호사 윤리규정을 위반하였더라도 변호사협회가 징계절차를 시작할 수 없다고 명시하고 있다. 그러나, 법관의 퇴임이후에는 법관 재임시의 행위에 대한 변호사 윤리규정을 적용하여 징계할 수 있으며, 재임기간 중 법관의 행위에 대한 윤리징계과정에 변호사 협회는 변호사 윤리규정 위반에 대한 징계를 제안할 수 있다.

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/lawyer_ethics_regulation/model_rules_for_lawyer_disciplinary_enforcement/rule_6/

⁹⁸ Vincent R. Johnson, "The Ethical Foundations of American Judicial Independence," 29 Fordham Urban L.J. 1007 (2002) "The principles of judicial ethics which [1] prohibit ex parte communications and improper gifts, [2] limit political activities of judges, [3] require judges to avoid certain problematic relationships, and [4] mandate recusal from cases involving closely connected persons make a major contribution toward the independence of the American judiciary." [1027]

⁹⁹ 연방 항소법원의 한 판사는 법관의 윤리에 대한 논의에서 별로 언급이 되지 않지만 중요한 이슈로 (1) 업무 증가로 인하여 중요하지 않은 사건을 중요하게 다루지 않는 현황과 (2) 판사의 업무보조 변호사들이 판사의 업무를 이행하는 상황 등에 대한 문제를 제기하였다. Alex Kozinski, "The Real Issues of Judicial Ethics," 32 Hofstra L.R. 1095, Summer 2004. (1) Work load & import & unimportant cases. "An important part of the judicial function thus consists of allocating one's time between the big and small cases.... but the risk that small and seemingly unimportant cases will be given insufficient attention is ever-present." "But how close a look any one judge takes in a particular case is strictly a matter of judge's own conscience. It's one of the embedded ethical issues that no one ever talks about." [1098] (2) Staff attorney's work. Much of

부적절한 선물, 노골적인 정치활동 등의 행위는 부적절하거나 부적절하게 보일 수 있는 행동으로 위 (1)이 나머지 (2) ~ (5)을 모두 포함한다고도 할 수 있으나, 연방법원의 윤리규정, ABA의 법관 윤리규정 및 각 주법원의 윤리규정에는 부적절하거나 부적절하게 보일 수 있는 행위를 금지하는 조항이 별도로 명시되어 있다. 또한 법관이 위 (2) ~ (5)의 규제를 위반하는 경우, 구체적 규정의 위반과 부적절 또는 부적절하게 보일 수 있는 행위 금지의 위반을 함께 징계의 사유로 인정하고 있다.

iii. Appearance – on objective standard¹⁰⁰

부적절하게 보일 수 있다는 것은 reasonable person(합리적인 사람)이 관련된 모든 사실을 알면서 법관의 정직 (honesty), 도덕성 (integrity), 공정성 (impartiality), 기질 (temperament), 또는 법관으로서의 적합성 (fitness)을 의심(impaired)할 수 있는 경우를 의미한다.¹⁰¹ Reasonable person 기준의 중요성은 각 법관 개인의 입장에서 문제 행위를 저지르는 순간 절대적인 순수한 의도만을 근거로 한 행위라 하여도, 객관적인 사회기준에 위배되는 행위는 윤리규정을 위반하며 징계의 대상이 될 수 있다는 점이다. 부적절 및 부적절한 행위로¹⁰² 보일수 있는 행위의 금지 규정은 법관이 법원내 뿐만 아니라 일반 개인생활에도 적용된다. 법관의 기피 기준은 법관의 공정성을 의심받을 수 있는 경우이나 부적절 금지 규정은 그 보다 적용범위가 넓다.¹⁰³

the 9th Circuit cases are decided based on staff attorneys' review, cursorily confirmed by judges without independent review. (3) 13 other big&small issues.

¹⁰⁰ Cynthia Gray, "Avoiding the Appearance of Impropriety: With Great Power Comes Great Responsibility," 28 U. Ark. Little Rock L. Rev. 63 (2005). Appearance Standard. "In addition, the code of judicial conduct provides in Canon 2 that 'a judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all of the judge's activities,' defining an 'appearance of impropriety' in commentary as conduct that 'would create in reasonable minds a perception that the judge's ability to carry out judicial responsibilities with integrity, impartiality and competence is impaired.' The reasonable person standard is also present in code sections requiring a judge to disqualify himself or herself from a case when the judge's 'impartiality might reasonably be questioned,' and requiring a judge to conduct all extra-judicial activities so that they do not 'cast reasonable doubt on the judge's capacity to act impartially as a judge.'" [64-65]

¹⁰¹ Canon 2, (A Judge Should Avoid Impropriety and the Appearance of Impropriety in all Activities), Commentary 2A, Code of Conduct for United States Judges (Mar 12, 2019). 동일한 문구가 ABA의 모델법관윤리규정에도 포함되어 있다. Canon 1, Rule 1.2 (Promoting Confidence in the Judiciary), Comment [5], ABA Model Code of Judicial Conduct (Aug 10, 2010).

¹⁰² ABA Model Code는 "부적절"을 법규, 법원규정 또는 모델코드의 규정의 위반 및 법관의 독립성, 도덕성, 공정성을 손상시키는 행위를 의미한다고 정의한다. Proposed Revised ABA Model Code of Judicial Conduct As of October 31, 2006, at 18 (October 31, 2006).

¹⁰³ Ronald D. Rotunda, "Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code," 34 Hofstra L.R. 1337 (2006). "because the duty of the judge to avoid an appearance of impropriety is a separate rule, its invocation is not limited to charges requiring disqualification." [1341]

부적절하게 보일 수 있는 행위의 금지에 대한 논쟁은 끊이지 않고 있다. ABA가 2006년에 Model Rules (1990)을 수정하면서 부적절하게 보일 수 있는 행위의 금지 조항을 삭제하는 안을 검토하였으나, 결국은 기존 조항을 유지하기로 결정하였다. 부적절하게 보일 수 있는 행위의 경계선이 정확하지 않고 유동적일 수 있다는 비판과 더불어, 경계선상의 사건들에 대한 사회적 관심으로 실제로 중요한 사건 및 이슈에 대한 관심을 잃을 수 있다는 비판적 의견도 있다.¹⁰⁴

Unspoken communication as improper: 부적절하게 보일 수 있는 행동에는 부적절하게 인지될 수 있는 언급뿐만 아니라 암시적인 메세지, 보디랭귀지 (body language) 등도 포함되며, 상황에 필요없는 법관 직위를 언급하는 등의 행위도 포함된다. 법원의 업무와 상관이 없는 상황에 법원의 공식편지지(official letterhead)를 이용하는 경우도 부적절한 행위로 인정될 수 있다.¹⁰⁵

Appointment of a relative as mediator: 법관의 가족, 친척, 개인 친구들을 소송 당사자들에게 공개하지 않고 소송과 관련된 전문가 등으로 선임하는 행위도 법관의 부적절하거나 부적절하게 보일 수 있는 행위에 속한다. 네바다주 가족법관이 한 이혼소송에서 미성년자의 모친이 뉴멕시코주에 거주하고 있어 법관의 사촌을 중재자로 선임하면서 당사자들에게 중재자가 법관의 친척이라는 사실을 공개하지 않았다. 이에 대해 네바다주 대법원은 법원이 선임하는 중재자는 법원의 임시

¹⁰⁴ Alex Kozinski, “The Real Issues of Judicial Ethics,” 32 Hofstra L.R. 1095, Summer 2004. . “My problem with the appearance of impropriety standard isn’t so much that it’s bad on its own terms, though I think it probably is. Rather, the standard promotes the wrong idea – that in order to keep judges from acting unethically, ethical rules must prevent judges from *appearing* to act unethically. It also seems to suggest the converse: that is judges appear to be acting ethically, they probably are. Nothing could be further from the truth. A judge can appear to act ethically and still betray his responsibility in essential respects, and in ways that no one will ever know about. Increasing the number of rules and prohibitions – making sure that judges don’t attend conferences at swank resorts with plush golf courses – will do absolutely nothing to increase judicial responsibility where it counts.” [1105]

¹⁰⁵ Cynthia Gray, “Avoiding the Appearance of Impropriety: With Great Power Comes Great Responsibility,” 28 U. Ark. Little Rock L. Rev. 63 (2005). “This application of the appearance standard reflect the reasonable person’s understanding that much of human communication is unspoken, between-the-lines, with winks and nods, and depends on what goes without saying. Gratuitous references to the judicial office, for example, have been held to impliedly but obviously and inappropriately invoke the prestige of the office even absent an express request for favorable treatment.” [68]

“Moreover, in the context of legal proceedings, an attempt to influence is inherent in even a simple inquiry from a judge to an individual such as a police officer, prosecutor, or other judge who is aware of the inquirer’s judicial status. Any communication from a judge in that situation may be perceived as ‘backed by the power and prestige of judicial office’ and constitute an implied request for a favor.” [69]

Use of official letterhead in businesses that judges are involved in as individual or non-judge are taken to be improper use of the office prestige. [72]

officer 이며, 법관이 친척을 중재자로 임명하는 것 자체가 법관을 해임할 수 있는 윤리규정 위반이라고 판단하였다.¹⁰⁶ 법관의 사촌이었던 중재자의 자격 및 중재자로서의 역할에 어떠한 문제가 없었고, 법관의 사촌이 법관이 알고 있던 뉴멕시코주의 유일한 중재자였다는 사실이 법관의 윤리규정 위반사실 판단에 영향을 주지 않았다.

Financial interest in the outcome: 헌법에서 보장하는 due process 와도 연관이 있는 법관은 소송의 결과와 본인의 이익에 연관이 있는 경우, 관련 소송에서 회피하여야 하며, 그를 위반하는 경우, 회피의무와 부적절한 행위 금지 규정을 위반하게 된다. 과거 헌법상의 due process 는 소송과 법관의 이익에 직접적인 이해관계가 있는 경우에만 적용되었으나, 근래에는 소송의 당사자에 지분을 보유하고 있는 등의 재정적 관계도 회피 사유로 인정되고 있다. 급하게 법원이 결정이 필요하다고 판단하여 사건 당사자의 지분을 보유한 법관이 결정한 경우에도 법관은 회피 사유 및 부적절 행위 금지 조항을 위반한 것으로 판단된다.¹⁰⁷ 연방법원은 법관이 사건 당사자의 주식 1 주만이라도 보유하고 있으면, 그 당사자의 사건에서 의무적으로 회피함을 요구하고 있다. 그러나 ABA Model Rule 은 미미한 수준의 재정적 관계는 무시할 수 있다고 명시하고 있다. 연방법원의 이러한 규정이 현실적이지 않을 뿐만 아니라 법관의 윤리규정의 가치를 손상시킬 수 있다는 비판을 받기도 한다.¹⁰⁸

Personal relationship improper: 개인 친분이 있거나 이성관계가 있는 등 법관의 공평성을 의심할 수 있는 관계가 있으면, 법관에게 관련 사건에서의 회피의무가 있다. 법관과

¹⁰⁶ In re Fine, 13 P.3d 400 (Nev, 2000). A family court judge appointed her cousin as mediator in one case without disclosing the familial relationship to the parties. In spite of the fact that the cousin was the only mediator known to the judge in the relevant area, the Commission found that the cousin was appointed in part due to the family relationship, thus suffices to show clear and convincing evidence of finding favoritism and nepotism. [411]

¹⁰⁷ Huffman v. Arkansas Judicial Disc. & Disability Comm., 42 S.W. 3d 386 (Mar 22, 2001). Judge Huffman, a judge at Benton County Chancery Court, was in court on Sept 15, 1999, when only one other judge was present but was presiding in a trial and not available for taking on new matters, received an ex parte petition for a TRO against a union from Walmart. Huffman and his wife owned about 12,000 shares of Walmart, worth about \$700,000. In two previous cases involving Walmart, Huffman disclosed his financial interest to the parties and on request recused himself. Finding no other judge available and feeling that the TRO petition required immediate attention, Huffman reviewed and granted the petition. The Commission found his action to be in violation of Canons 2A and 3E(1) of the Arkansas Code of Judicial Conduct.

¹⁰⁸ Alex Kozinski, "The Real Issues of Judicial Ethics," 32 Hofstra L.R. 1095, Summer 2004. Argues that disclosure of stock ownership and having to recuse from cases where the company is a party – is simply not applicable as having just a small investment has no effect on his judgment. [1105]

이성관계가 있었던 변호사의 사건을 판단한 법관은, 실제로 사건에서 판결이 변호사의 의뢰인에게 불리하였다고 하여도, 사건을 판단한 사실만으로 회피의무 및 부적절 행위 금지 의무를 위반한 것으로 판단되었다.¹⁰⁹

Gifts are improper: 연방법관은 법관의 업무이행과 이해관계에 있는 자의 선물을 요구하거나 받을 수 없으며, ABA Model Rule 은 관련법규를 위반하는 선물 및 reasonable person 이 선물의 수령이 법관의 독립성, 도덕성 또는 공정성에 영향을 줄 수 있다고 생각할 수 있는 선물의 수령을 금지하고 있다.^{110,111} 특정 선물이 특정 업무에 연결되어야 하는 대가성 여부와 상관없이 선물수령 자체만으로 부당한 행위가 인정된다. 요청법관은 수령한 선물을 정기적으로 보고하여야 하며, 보고 내용은 일반인들에게 공개된다. 펜실베이니아주 법관들이 특정 노조로부터 \$300 ~ \$500 의 선물을 받은 사실이 확인되어 법관직을 상실하였다. 관련 법관들은 선물을 수령하고 그 사실을 법원에 보고하였고, 수령당시 노조나 노조원들이 개입된 소송건은 없었으나, 펜실베이니아 대법원은 노조의 선물은 당연히 미래의 법관들과의 호의적인 관계의 유지 및 판단을 위한 것임을 인정하고 관련 법관의 해임을 판단하였다.¹¹² 법원은 특히

¹⁰⁹ Cynthia Gray, “Avoiding the Appearance of Impropriety: With Great Power Comes Great Responsibility,” 28 U. Ark. Little Rock L. Rev. 63 (2005). “Similarly, the New York Commission concluded that a judge’s impartiality was suspect when he presided over ten cases in which mentally disabled, institutionalized patients were represented by an attorney with whom he had a romantic relationship even though in each case his decision was contrary to the attorney’s position.” [In re DiBlasi, Dtermination (N.Y. State Comm’n on Jud. Conduct Nov 19, 2001) [n. 71, 78]

“When a judge presides over a case involving a close friend, an appearance of partiality arises without any evidence of actual special treatment or even the expectation of special treatment.” [79]

¹¹⁰ Leslie W. Abramson, “Canon 2 of the Code of Judicial Conduct,” 79 Marq. L. Rev. 949 (1996). “Courts that have thoughtfully considered the framework for an appearance of impropriety analysis have applied a totality of the circumstances approach and deemed the following issues necessary for resolution: 1) the historical context for the gift, e.g., was the donor in a special position to influence the judge; 2) the judge’s view of the disputed facts, e.g., was the judge aware of any improper motive by the donor; and 3) the judge’s reputation as an ethical and respected jurist. Based on these inquiries, a court will determine whether a reasonable person would conclude that a violation of Canon 2 had occurred. In other words, after considering all the circumstances, would a reasonable person’s perception be one of suspicion.” [957]

¹¹¹ Vincent R. Johnson, “The Ethical Foundations of American Judicial Independence,” 29 Fordham Urban L.J. 1007 (2002) “The danger posed by gifts and similar benefits is actually two fold. First, there is the risk that a decision will be made by a judge who has been improperly influenced by a gift. Second, even if the judge has not been improperly influenced, there is a risk that the public will perceive a lack of impartiality.” [1018]

¹¹² In re Cunningham, 517 Pa 417, 538 A.2d 473 (Pa 1988) (1) Judge receiving a one time give of \$500 from a local roofers union and disclosing the gift in the annual financial disclosure statement, (2) a judge receiving \$300 and distributing it to other employees of the court were removed from the bench. “If the jurists knew or should have known that the ‘gift’ was being offered to curry favor with him or her in the performance of their judicial responsibilities, and the acceptance of such ‘gifts’ would constitute a prohibited activity under section 17(c), without regard to the provision of the Code,” [428] “In this context, it should be noted that the fact that

선물 제공자가 법관의 호의적인 판단을 목적으로 하는 등의 법관의 공평성을 파괴하는 행위의 경우에는 관련 선물의 금전적 가치와 상관없이 관련 규정의 위반이며 법관의 해임이 적절한 징계라고 판단하였다.

법관이 소송 당사자가 아니지만 산재보험법원 소속 법관이 소송에 연관될 수 있는 변호사와 보험사 소속 의사와 점심을 같이 하면서 그들이 점심값을 지급하는 것을 받아들인 것도 부당한 선물의 수령이며 부적절하게 보일 수 있는 행위라고 판단된 사건도 있다.¹¹³ 법원은 관련 법관의 소송기록을 검토하여 법관의 부당한 판단사례를 발견하지 못하였으나, 실제 부적절한 판단이 없다고 하여도 이는 부적절하고 부적절하게 보일 수 있는 윤리규정 위반행위라고 판단하였다. 국내 법관윤리강령의 선물에 관련된 조항이 특정 소송건과 관련된 경우에만 적용될 수 있다는 해석이 가능하다는 주장이 있는데, 이는 미국의 선물금지 윤리규정의 적용사례와 비교되는 내용이다.¹¹⁴

the value of the ‘fee, emolument or perquisite’ may appear de minimis is of no significance if it was given and received to influence the judicial officer in the performance of his or her judicial responsibilities.”[430]

¹¹³ In re D’Auria, 67 N.J. 22, 334 A.2d 332 (N.J. 1975) D’Auria sitting as judge in a Division of Workers’ Compensation, had over a 16 month period had lunch with attorneys and doctors and others appearing in the Compensation Court, with the lunch paid for by the others. Appearance & receiving gifts of lunch from those who have business with the court is inherently wrong. “It has a subtle, corruptive effect, no matter how much a particular judge may feel that he is above improper influence.” [24-25]

¹¹⁴박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. - “법관윤리강령은 ‘재판의 공정성에 관한 의심을 초래하거나 직무수행에 지장을 줄 염려가 있는 경우’에는, 금전대차 등 경제적 거래행위를 하지 아니하며 증여 기타 경제적 이익을 받지 않도록 규정하고 있[다]. ... 윤리강령이 사용하는 공정성 또는 직무수행을 구체적인 사건 또는 직무에 관한 것을 의미하는 것으로 본다면 구체적인 사건과 관련없는 금품 수수행위는 규율의 대상이 되지 않게된다. 특정한 사건과 관련없이 제공되는 금품·향응을 수수하는 법관·검사가 자기 합리화를 하는 데 이용할 수 있도록 되어 있다. ... 사회상규상 허용되는 일부 제한적인 경우를 제외하고는, 법관·검사의 금품·향응 수수는 언제나 직무의 공정성에 영향을 주거나 영향을 줄 것이라는 의혹을 야기할 수 있다는 점을 윤리강령에 반영할 필요가 있다.” [653]

“법관윤리강령은 법관이 다른 법관 담당사건에 관하여 청탁하는 행위에 대한 명시적인 조항을 두고 있지 않다. 단지, 타인의 법적 분쟁에 관여하지 아니하며, 다른 법관의 재판에 영향을 미치는 행동을 하지 않을 의무(제 5 조 제 2 항)를 규정하고 있을 뿐이다. ... 또한 「법관 및 법원공무원 행동강령」은 ‘자기 또는 타인의 부당한 이익을 위하여 다른 공무원의 공정한 직무수행을 해치는 알선·청탁’등을 금하고 있어서(제 10 조), ‘부당한 이익’을 추구하는 경우가 아닌 한 알선·청탁이 허용되는 것처럼 되어 있다. 법관이 다른 법관에게 하는 청탁은 ‘기록을 잘 살피보아 달라’는 것이라고 하더라도 항상 그것은 사건관계자의 의뢰를 받아서 하는 것이고 사건담당법관에게 영향을 주고자 하는 의도가 아니라고 하기 어렵다. ... 대법원공직자윤리위원회 권고의견 제 1 호(2006.11.15.)로 법관이 타인의 부탁을 받고 검찰·경찰·다른 법관에게 자신의 신분·직위를 이용한 청탁을 하거나 영향력을 행사하는 행위를 해서는 안 되고 그러한 행위로 의심받을 만한 행위도 피하여야 한다고 권고한 것은 매우 타당하다.” [659]

법관이 소송이 완료된 이후 소송 당사자로부터 선물을 수령하는 경우에도 법관의 공평성에 의심을 가지게 할 수 있다고 하여 부적절한 행위로 인정되고 윤리규정을 위반하는 행위라고 판단되었다.¹¹⁵

iv. Ex parte 연락/접촉 차단

국내에서 보도된 법관 비리사건에는 비리 법관이 제 3의 법관에게 담당사건에 대한 요청을 하는 경우가 많이 있다. 국내 법관윤리강령은 법관은 “다른 법관의 재판에 영향을 미치는 행동을 하지 않을 의무”를 규정하고 있는데, 여러 법관비리사건에서 관련 법관은 단수히 논쟁거리가 있으니 자료를 자세히 검토하여야 할 것 같다는 등의 언급을 통하여 요청의사를 전달하였고, 문제가 제기되면, 그의 언급내용은 사건담당 법관의 사건 판단에 영향을 주지 않는 수준의 내용이라고 주장을 한다.¹¹⁶ 그러나 미국에서는 사건 법관이 자발적으로 본인이 담당하지 않는 사건소송에 대하여 그 사건 담당법관에게 연락을 취하거나 접촉하는 행위 자체가 윤리규정의 위반으로 인정되고 있다. 단, 담당 법관이 자발적으로 제 3의 법관에 연락하여 법률에 대한 자문을 요청하는 형태의 연락은 허용된다.¹¹⁷ 한 판사가 피고의 변호사가 법원에서 인용한 판례의 담당 판사를 연락하여 그 판례사건에 적용된 법리에 대한 논의를 하고 그를

¹¹⁵ Adams v. Comm. On Jud Perf, 10 Cal 4th 866, 897 P.2d 544 (Ca 1995). (1) After judgment for damages was entered, but pending appeal, for claims of cost & attorney’s fees, the judge called the plaintiff, a car dealer, to ask for a used car, took delivery before finalizing the price or paying, later paying for a lower than market price (the transaction and the price were found to be improper), (2) after the case had been concluded, the judge called the dealer and sought a used car for his daughter, took delivery upon 1/2 payment, and later sought the actual price and paid 1/4 (the rest 1/4 being paid by the lawyer of the dealer) (the transaction was found to be improper), (3) after the case, the dealer sent a sweater of \$150 value to the judge, the judge accepted the gift and disclosed it in his financial disclosure stmt, (found to be improper to have accepted the gift), (4) judge attended a celebration dinner for the case by the lawyer (found to be improper attendance) – the judge was removed

¹¹⁶ Miss. Com’n. On Jud. Perf. V. Dodds, 680 So. 2d 180 (Miss. 1996). “For a judge to merely listen to another person involved in pending litigation is a violation of Canon 3A(4).” The judge’s “contention that he did not possess any bad motives and engaged in the practice in order to accord fairness to the litigant does not make [his] practice any less violative of this Court’s holdings in Gunn and Chinn.” [198]

¹¹⁷ “A judge may consult with court staff and court officials whose functions are to aid the judge in carrying out the judge’s adjudicative responsibilities, or with other judges, provided the judge makes reasonable efforts to avoid receiving factual information that is not part of the record, and does not abrogate the responsibility personally to decide the matter.” “A judge may consult with other judges on pending matters, but must avoid ex parte discussions of a case with judges who have previously been disqualified from hearing the matter.” Rule 2.9(A)(3) & Comment [5], ABA Model Code of Judicial Conduct, “A judge may consult with other judges or with court personnel whose function is to aid the judge in carrying out adjudicative responsibilities.” Comment 3A(4), Canon 3(4), Code of Conduct for United States Judges.

참고하여 판단한 것이 *ex parte* 커뮤니케이션을 금지하는 윤리규정을 위반하지 않았다고 캘리포니아주 항소법원이 판단하였다.¹¹⁸

근본적으로 한 사건의 담당 법관은 당사자들로부터만 사건에 관련된 정보를 받아야 한다. 사건 당사자들 외의 제 3 자로부터 사건에 대한 정보를 수령하는 것은 공정한 소송에 대한 불안감과 의심을 도발할 수 있기 때문에 윤리규정에서 금지하고 있다.¹¹⁹ 미 아리조나주 대법원은 판사로 임명되기 전 변호사로 활동 중, 피고인을 대리하여 담당 검사가 없는 자리에 사건에 대한 정보를 제공을 사건 담당 판사에게 제공하려고 한 행위에 대하여 판사의 징계를 인정하였다.¹²⁰ 파트타임 판사¹²¹가 대리하는 클라이언트가 다른 법원에서 건축규정 위반에 대하여 고발되고 소송을 받고 있는 사실을 인지하고, 담당 판사에 연락한 행위에 대하여 징계를 받았고, 연락을 받은 판사는 연락자체로 공정성에 의심을 받을 수 있다고 판단하여 사건에서 회피하였다.¹²² 법관의 이러한 *ex parte communication* 은 관련 소송의 한 당사자의 이익 또는 불이익을 목적으로 하는지¹²³ 또는 부당한 목적이 있었는지¹²⁴ 여부와 상관없이 금지된다. 한

¹¹⁸ *People v. Hernandez*, 160 Cal.App.3d 725 (1984). At a sentencing hearing, defendant's counsel referenced a precedent with which the presiding judge was not familiar; the judge, after the hearing, called the judge of the precedent and discussed the holdings of that case; at the next hearing, the presiding judge disclosed in open court the fact and nature of his call to the other judge, held that the precedent did not stand for the position claimed by the counsel and made a ruling. On appeal, the court held that such discussion of the law did not violate Canon 3A(4) – citing its commentary that “It does not preclude a judge from consulting with other judges, or with court personnel whose function is to aid the judge in carrying out his adjudicative responsibilities.” [739] See Andrew L. Kaufman, “Judicial Ethics: The Less-Often Asked Questions,” 64 Wash. L. Rev. 851, 857 (1989). There Kaufman, a judge, states that “an appellate judge discussing a case with less than the entire panel of appellate judges” would be entirely proper. [858]

¹¹⁹ Vincent R. Johnson, “The Ethical Foundations of American Judicial Independence,” 29 Fordham Urban L.J. 1007 (2002) *Ex parte Communication*. “The rules ban not merely private communications between a judge and a litigant or the litigant's lawyer. They also prohibit a wide range of undisclosed communications between a judge and any other person about the merits of a case.” [1015] “It is difficult to overstate the importance of the rules against *ex parte* communication.” [1016]

¹²⁰ *Matter of Riley*, 142 Ariz. 604, 691 P.2d 695 (Ariz. 1984) Judge Riley, before elected to the post, as deputy county attorney, made *ex parte* statement to the presiding judge in a case regarding a defendant about to be sentenced, was reprimanded, among other misdeeds, as a judge.

¹²¹ 일반 법원의 판사들은 변호사 또는 법관으로서의 업무의 공정성을 침해할 수 있는 다른 업에 종사할 수 없으나, municipal 법원, magistrate 법원, city 법원 등 이라고 하는 제한된 사법권한이 법원 (제한된 규모의 민사소송과 경범죄 형사건만 판단하는 법원)으로 일부 지역에서는 파트타임 법관을 고용하고 있다.

¹²² *Matter of Santini*, 126 N.J. 291 (N.J. 1991) A part time municipal judge, maintaining private practice, found his client subject to building code violation enforcement in a neighboring county, called the clerk and the presiding judge – the presiding judge recused from the case, the municipal judge was reprimanded publicly.

¹²³ *Matter of Larsen*, 532 Pa 326 (Pa 1992). A Supreme Court justice learned of a tip from an anonymous source regarding a possible bankruptcy fraud, visited and orally informed the presiding judge in the case. Such notice was improper *ex parte* communication, a public reprimand was given to the Supreme Court justice.

소송과 직접적인 관련이 없는 한 당사자에 관련된 정보를 담당판사에게 전달한 제 3의 판사가 징계된 판례도 있다.

한 소송사건이 사회적 관심 대상이 되어 변호사들이 관련 법관의 승인없이 관할 법원에 의견서면을 제출하는 것도 변호사의 윤리규정이 금지하는 *ex parte communication* 이라고 간주될 수 있으며, 그러한 서면을 제출받은 법원은 그를 검토하지 않아야 한다.¹²⁵

v. Recusal¹²⁶

법관의 기피 규정은 법관의 판단이 공평하여야 하며, *reasonable person* 이 그의 공평하지 않을 수 있다는 의심을 하는 상황이 발생하지 않아야 한다는 원칙¹²⁷에서 출발한다. 따라서, 법관이나 법관의 가족이 소송사건의 결과에 대한 금전적 이해관계에 있거나, 법관이 분쟁에 대한 개인적 정보나 당사자들과의 개인적 관계 또는 편견이 있는 경우, 법관은 회피하거나 기피하여야 한다.¹²⁸ 항소심 법관은 본인이

¹²⁴ Miss. Com'n on Jud. Perf. V. Brown, 761 So. 2d. 182 (Miss, 2000). Judge Brown made several calls to the arresting officer and the presiding judge on his son's dui case. "Notwithstanding Judge Brown's denials of misconduct, his admission that he contacted these officials with regard to his son's DUI irrefutably supports a finding of misconduct." [184] The court cited another case to the same result: "The committee that heard the judge's case found that the judge was aware that his telephone call, whether made innocently or not, would result in preferential treatment of his brother. Thus, the court held, regardless of whether the judge's intentions were innocent, 'the appearance that Judge Snow intervenend to obtain favorable treatment from the police for this brother plainly undermines public confidence in the integrity and impartiality of the judiciary.'" [185] [citing *In re Snow's Case*, 140 N.H. 618, 674 A.2d 573 (1996)]

¹²⁵ Stephen L. Wasby, "The Code of Judicial Conduct and Lawyers' Ethics: A Little Case Study," 28 Just. Sys. J. 448 (2007). 9th circuit's judgment, perhaps new, relating to Truth in Lending law, that banks had to disclose acceleration fees and any interest refund, drove some lawyers to write to the court and to individual judges about the need to review the judgment – the judges were concerned that such letters amounted to *ex parte* communication with judges on pending litigation case, thus contrary to lawyer's ethics rules.

¹²⁶ Nevada Commission on Ethics v. Carrigan, 564 U.S. 117 (June 13, 2011). Recusal law regarding congress is not violative of the 1st Amend, freedom of speech.

¹²⁷ Debra Lyn Bassett, "Recusal and the Supreme Court," 56 Hastings L.J. 657 (2005). "Avoiding the appearance of impropriety requires a judge to withdraw from a case when the judge's impartiality in a matter might reasonably be questioned." [658]

¹²⁸ Code of Conduct for United States Judges, Judicial Conference (last update 2019)
Canon 2C(1) "A judge shall disqualify himself or herself in a proceeding in which the judge's impartiality might reasonably be questioned, including but not limited to instances in which:

- i. The judge has a personal bias or prejudice ...
- ii. The judge served as a lawyer in the matter in controversy, or a lawyer with whom the judge previously practiced law served during such association as a lawyer ... or ... a material witness
- iii. The judge knows that the judge ... or the judge's spouse or minor child residing in the judge's household, has a financial interest in the subject matter ... or any other interest that could be affected by the outcome of the proceeding
- iv. The judge or the judge's spouse, or a person related to either within the third degree of relationship, or the spouse of such a person is:

항소대상 1 심판결에 개입된 경우에는 항소심에 참여할 수 없다. 단, 이 윤리규정은 연방 대법관들이 본인들에게는 의무조항으로 적용하지 않고 있으며, 대법관이 9 명뿐인 사실에 중점을 두어, 개별적으로 판단하여 적용하고 있다.¹²⁹ 사실 대법원의 가장 널리 알려진 판례 중 하나인 *Marbury v. Madison* 에서 대법원장인 Marshall 은 본인이 행정부의 국무장관(Secretary of State)으로 집행한 행위에 대한 사건임에도 회피에 대한 언급없이 소송에 참여하였고, 대법원의 판결문을 작성하였다.¹³⁰ 미 연방대법관들은 20 세기 초까지 매년 일부 기간을 지정된 항소법원에서 항소법관으로 항소심을 판단하여야 하였고, 일부 사건이 대법원으로 항소되면, 다시 대법원으로 관련 소송에 참여하였었다.¹³¹

(1) Recusal standard' - appearance

법관의 기피 기준이 최근 확장되는 추세이며 그 기준은 공평하지 않은 정황의 구체적인 사실에 제한되지 않고 reasonable person 이 공평성에 대한 의심을 하지 않아야 한다고 정황의 모양세에 무게를 두고 있다.

-
- (1) A party to the proceed, or an officer, director, or trustee of a party;
 - (2) Acting as a lawyer in the proceeding;
 - (3) Known by the judge to have an interest that could be substantially affected by the outcome of the proceeding; or

(4) To the judge's knowledge likely to be a material witness in the proceeding
 v. The judge has served in governmental employment ... participated as a judge, counsel, advisor, or material witness ... or has expressed an opinion concerning the merits of the particular case in controversy

¹²⁹ Debra Lyn Bassett, "Recusal and the Supreme Court," 56 Hastings L.J. 657 (2005). (1) 28 U.S.C. Sec 47 covers trial judges, (2) Sec 144, only to district court judges, (3) Sec 455, applies to all judges, including Supreme Court justices, but the Justices refuses to be bound by it, (4) Statement of Recusal Policy, signed by 7 justices in 1993. [671-672] The Court relies on the "duty to sit" doctrine, which was eliminated by the Congress in 1974 when it amended Sec 455 to apply to the Justices as well. The Supreme Court adopted Sec 455 to lower court judges and held "in the San Paulo State case, noting that section 455(a) 'requires judicial recusal "if a reasonable person, knowing all the circumstances, would expect that the judge would have actual knowledge" of his interest or bias in the case.'" [678] "Thus, the Supreme Court has made it clear that it has no intention of following the strict proscriptions of section 455, and instead believes that the Court's unique nature justifies a less-demanding recusal standard." [681]

¹³⁰ Michael Stokes Paulsen, "Marbury's Wrongness," 20 Constitutional Commentary 343, 2003. *Marbury v. Madison* is a milestone case that stands for the principle of judicial review of law for constitutionality – but Marshall should have disqualified himself and not sit on the case as he, as Secretary of State, failed to deliver the commission that resulted in the case. "a judge should not sit on a case in which the propriety or legal effect of his own acts or omission sin a different, non-judicial capacity, on precisely the same specific transaction at issue in the case, are themselves the basis for the legal claim, was just as sound a principle in 1803 as it is today.

¹³¹ 항소심 법관이 본인이 참여하였던 1 심 판결의 항소심에 참여할 수 없다는 연방법은 1940 년 설립된 법이다. 28 U.S.C. §47, Notes. Joshua Glick, "Comment: On the Road: The Supreme Court and the History of Circuit Riding," 24 Cardozo L. Rev. 1753 (Apr. 2003). "This was problematic because the justices sitting together as the Supreme Court heard on appeal the same cases that they had heard on the circuit bench. ... While the Court had informally adopted a practice by which justices would not adjudicate cases in which they had been involved below, it was sometimes necessary for all available justices to participate in order to have a quorum." [3]

One statement of bias may be sufficient: 소송과정에서 다른 문제가 발생하지 않았더라도 법관의 편견을 의심할 수 있는 한마디의 발언만으로도 reasonable person 이 법관의 편견을 의심할 수 있고, 따라서 기피사유가 인정된다고 판단한 캐나다법원 판례가 있다. 십대 흑인 남성이 경찰의 체포과정에 반항하였다고 소송에 넘겨진 건에서 판사가 본건은 아니지만, 유사한 소송건에서 경찰이 과대반응하고 허위진술한 경우가 있다고 언급하고 혐의를 기각하였다. 이에 대해 캐나다 연방 대법원은 관련 사건 소송과정에 법관의 편견을 보여주는 다른 어떠한 상황이 없었지만, 그 한번의 발언만으로도 법관의 공정성을 의심할 수 있다고 판단하였다.¹³²

그러나 연방대법원은 이러한 트렌드를 무시하는 듯, 기피기준에 대하여 본인들에게는 특별대우를 주장하고 있어 보인다. 대법관들은 공식적인 기피기준의 채택을 거부하고 각각이 개인적으로 기준을 정하고 판단할 수 있다고 주장하며 관련 연방법을 적용하지 않고 있다.¹³³ 각 대법관이 임의로 공정성을 의심할 수 있는 상황인지를 판단하는 기준이 아닌 reasonable person 의 관점에서 판단하여야 한다는 원칙을 무시하고, 본인이 공정할 수 있다고 판단하면 기피하지 않아도 된다는 주장의 설득력이 없어 보인다.¹³⁴ 200 년 Scalia 대법관이 당시 Cheney 부통령이 개입된 사건의 판결을 앞에 두고, Cheney 부통령과 같이 제 3 자가 무료로 제공한 오리사냥을 갔다 온 것이 사회적 논쟁이 되었으나, Scalia 대법관은 본인이 공정성을 상실하지 않았으며, 본인의 판단에는 공정성을 의심할 근거가 없다고 주장하였고, 다른 대법관들은 그를 그냥

¹³² R v. S (RD), 3 S.C.R. 484 (Canada Sup Ct, 1997). In a case of a 15 year old black boy for resisting arrest and assaulting the police, the judge commented that, though not the particular police, at times overreacted and did not testify truthfully, dismissed the case. The Court found no other evidence of bias in the trial, but the statement presented a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. “A reasonable apprehension of bias, if it arises, colours the entire trial proceedings and cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. The mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from the judge’s other words or conduct.” “Actual bias need not be established because it is usually impossible to determine whether the decision –maker approached the matter with a truly biased state of mind.” [486]

¹³³ Debra Lyn Bassett, “Recusal and the Supreme Court,” 56 Hastings L.J. 657 (2005). “Indeed, historically, the only basis for recusal was financial interest.” [663] “[A particularly] troubling thing about current recusal jurisprudence is the emphasis the Court places on financial ties, to the apparent exclusion of all other entanglements.” [665]

¹³⁴ Debra Lyn Bassett, “Recusal and the Supreme Court,” 56 Hastings L.J. 657 (2005). “The ‘I’m not biased’ approach to potential recusal situations implicates two concerns. First, and most importantly, the ‘I’m not biased’ approach completely misses the point of recusal standards. Neither the federal recusal statute nor the ethical codes, by their terms, require actual bias in fact, but instead require recusal when appearances might suggest bias to an outsider.” [669-670] “The second concern implicated by the ‘I am not biased’ approach is the reality that such insistence often, in fact, suggests exactly the opposite.” [669-671]

묵인하였다.^{135, 136} 이는 법관의 윤리규정에 대한 최종 판단을 법관에게 맡겨 두는 제도의 한계점을 보여주고 있다고 하겠다.

vi. 징계위원회의 기록 공개

연방항소심법원의 법원장(Chief Judge)는 개별법관에 대한 윤리규정 위반 고발 또는 비공식 채널로 윤리규정 위반 정황을 인지하면, 그에 대한 일차적인 조사를 하여야 한다. 일차적 조사 이후, 윤리규정 위반을 인정할 상당한 근거(probably cause)가 있다고 판단되면, 관련 법관을 접촉하여 비공식적으로 문제 해결안을 추구할 수 있다. 법원장이 적절한 비공식적 해결안에 합의할 수 없거나 또는 문제의 심각성 등을 고려하여 비공식적 해결안 추구 과정을 생략하는 것이 적절하다고 판단하면, 법원장은 윤리규정 위반 행위 내용에 대한 서면보고서를 작성하여야 하고 행위에 대한 추가 조사를 하여야 한다.¹³⁷ 법원장은 약식재판과 유사한 절차에 준하여 조사를 이행하되, 분쟁 이슈가 있으면, 그를 판단하지 않고 특별위원회에 판단을 의뢰하여야 한다. 법원장의 결정 또는 특별위원회의 판단은 서면 보고서 형태로 이루어 져야 하며, 항소법원 지역의 항소심 법관, 1 심 법관으로 구성된 Judicial Council 에 보고되어

¹³⁵ Lynne H. Rambo, “High Court Pretense, Lowe Court Candor: Judicial Impartiality After *Caperton v. Massey Coal Co.*,” 13 *Cardozo Pub Law, Policy & Ethics* 441 (2015). Supreme Court Refused to be Bound by 455. “Chief Justice Roberts has stated that the members of the Supreme Court do consider themselves governed by section 455, the federal disqualification statute, which requires recusal whenever their impartiality might reasonably be questioned. But when making that decision, the Chief Justice has said, the justices must also consider that no one can substitute for the, and so ‘if a Justice withdraws from a case, the Court must sit without its full membership.’ [] Finally, at the Supreme Court level, each judge herself or himself is the sole arbiter of disqualification questions. [] In the Chief Justice’s view, peer review ‘would create an undesirable situation in which the Court could affect the outcome of a case by selecting who among its Members may participate.’” [457] State Sup Cts Also Take on the Sup Ct, but Not Work Well. “As the egregiousness of the case shows, however, the constraints were no functioning properly, primarily because West Virginia and numerous other states had been allowing judges to decide individually, without any full court back-up, whether their impartiality might reasonably be questioned.” [475] Sup Ct Must Change. “With *Caperton* those judges accept an additional limitation that has been given constitutional dimension: that they conduct themselves in such a way that their impartiality cannot reasonably be questioned. But if the high Court itself cannot show some humility and rein itself in, the lower courts are unlikely to as well.” [495-496]

¹³⁶ Debra Lyn Bassett, “Recusal and the Supreme Court,” 56 *Hastings L.J.* 657 (2005). “‘On Dec. 15, [2003], the Supreme Court accepted the case [against *Cheney, V.P.*] and schedule it for hearing.’ On January 5, 2004, Justice Scalia went duck hunting with *Cheney* under circumstances that caused a loud – and sustained – outcry. In a written response to the *Los Angeles Times* after the hunting incident first attracted media attention, Justice Scalia denied any impropriety, stating, ‘I do not think my impartiality could reasonably be questioned.’ Justice Scalia’s decision to participate in the case was unreviewable.” [659-660]

¹³⁷ Rules 5 & 11, Ch. 3, Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings, Guide to Judiciary Policy, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/judicial_conduct_and_disability_rules_effective_march_12_2019_0.pdf.

최종결정된다. 법관 또는 고발자는 Council 의 결정에 이의를 제기할 수 있고, 이의 제기에 대한 결정은 Judicial Council 위 조직인 Judicial Conference 에서 검토하고 결정한다.

징계사건에 대한 법원장의 결정, Judicial Council 의 의견 및 그 내용에 참조된 자료 등은 모두 사건에 대한 항소권한이 없이 확정되면 공개되어야 한다.¹³⁸ 공개된

여러 주 법관의 징계 절차는 연방법원의 절차와 유사하다.¹³⁹ 연방법원 법관들은 헌법에 의하여 한번 임명되면 국회에서 impeachment 절차를 거쳐야만 해임이 가능하여, 주법원 법관들과 비교하여 징계절차가 제한적이며, 연방법관의 징계와 관련되어 공개된 자료도 제한적으로 보이며 공개된 자료를 접근하기가 쉽지 않다고 할 수 있어 보인다.¹⁴⁰ 그러나 주법원의 법관 윤리규정 감독기관의 징계의견서들은 법원의 일반 사건의 의견서와 유사하다. 사실관계에 대한 내용, 판단기준, 관련 법규 및 적용기준 등이 세부적으로 명시되어 있으며 관련 주정부 징계기관 온라인 사이트에서 쉽게 접촉할 수 있다.¹⁴¹

국내 법관 징계사건들 중 많은 비중이 비공개로 종료되고¹⁴², 사임으로 관련 사실내용이 충분히 공개되지 않고 있다는 비판의견이 있다¹⁴³. 미국 연방법원의

¹³⁸ Rule 24, Rules for Judicial-Conduct and Judicial Disability Proceedings.

¹³⁹ https://cjp.ca.gov/complaint_process/.

¹⁴⁰ 성추행 행위에 대하여 징계를 받은 텍사스주 연방 1 심법원 판사에 대한 Judicial Council 의 의견서는 관련 행위에 대한 내용이 간략하게만 언급되어 있다.

<http://media.graytvinc.com/documents/Judicial+Council+Order.pdf>. Smith 법관은 일부 고발 내용에 대하여 1 차 징계를 받고, 추가 조사를 받는 도중, 2016 년 은퇴를 선언하여 법원장이 조사를 중단 완료하였다. [http://www.ca5.uscourts.gov/docs/default-source/default-document-library/complaint-of-judicial-misconduct-against-u-s-district-judge-walter-s-smith-jr-\(september-29-2016-order\).pdf?sfvrsn=2](http://www.ca5.uscourts.gov/docs/default-source/default-document-library/complaint-of-judicial-misconduct-against-u-s-district-judge-walter-s-smith-jr-(september-29-2016-order).pdf?sfvrsn=2).

¹⁴¹ 예를 들어 캘리포니아주 Commission on Judicial Performance 의 의견서는 온라인으로 확인할 수 있다. https://cjp.ca.gov/decisions_by_type_of_discipline/.

¹⁴² 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. -

“법관징계법·검사징계법에 따른 징계절차를 거치지 않고 사직·전보·경고·주의 등 비공식적으로 제재를 받은 사례(이하 “비공식제재사례”라고 한다)가 상당히 많이 있는 것으로 알려지고 있다.” “2004 년부터 2009 년까지 비위로 문제가 된 검사는 총 98 명인데 이 가운데 25.5%인 25 명만 공식적인 징계를 받았고 54 명은 경고, 19 명은 주의를 받았다고 보도되었다. [경향신문 인용]

“법관·검사에 대해 비리·품위손상 등의 문제가 있는 경우 공식적인 징계절차를 거치지 않고 사표를 수리하거나 전보발령 등의 인사조치를 취하거나 경고조치를 취하여 비공식적으로 제재를 가하는 경우가 드물지 않다.” [667]

¹⁴³ 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. . “한편 형법상의 직무관성은 인정되지 않았으나 자신이 처리하는 사건과 관련하여 금품이나 향응을 받은

경우에도 징계 절차에 있는 법관들의 사임으로 징계 절차가 종료되는 경우가 많아 보인다.¹⁴⁴ 그와 대조적으로 주법원에서는 징계과정에 사임하는 경우에도 공식 징계 절차를 조기 종료하지 않고 완료하는 경우가 있다.

것으로 의심될 수 있는 외관을 갖춘 사례들이 여러 차례 발생하였는데 대부분 사직이나 전보 조치로 마무리되었다.” [629]

1. “1998년 법관이 중학교 동창생으로부터 보석신청사건을 선처해 달라는 부탁과 함께 200 만원을 받은 사안에 대하여 ‘법관의 품위를 현저히 손상시킨’ 것으로 판단해 사표 수리로 마무리하였다”
2. “2003년에는 피고인에 대한 영장실질심사 이후 변호사와 만나 골프를 치고 술을 마신 부장판사에 대하여 골프회동이 구속영장 기각과는 무관한 것으로 보아 전보 후 사표를 수리하는 것으로 처리하였다.”
3. “2004년에는 형사사건의 구속영장을 두 차례 기각한 법관이 피의자와 친분이 있는 변호사와 여러 차례 식사를 하여 지원으로 전보 조치하였고,”
4. “소송사건의 이해 당사자와 골프를 친 법원장과 부장판사에 대하여 법원장은 사직, 부장판사는 지방으로 전보 조치하는데 그쳤다.”
5. “2006년 지원에 근무하는 법관 3 명이 상호저축은행 대주주의 골프접대를 받았고 그중 2 인이 그 대주주가 소유한 아파트를 시세보다 싸게 임차하였으며 그중 1 인은 그 대주주의 구속적부심에 관여하는 등의 문제가 제기되었는데, 이들 법관 3 명에 대하여는 사표 수리로 처리되었다.”

¹⁴⁴ Charles Gardner Geyh, “Informal Methods of Judicial Discipline”, 142 University of Pennsylvania Law Review 243.” [1993] - “In the Ninty Circuit, for example, a complaint was filed with respect to a district judge’s handling of a status conference. The chief circuit judge dismissed the complaint. While the chief judge alluded to problems significant enough to merit corrective action, he concluded that the judge’s handling of the conference did not rise to the level of prejudice to judicial administration. [¶] In short, misconduct complained of may have to reach a certain magnitude before it will be deemed prejudicial to judicial administration. Misconduct falling short of that level must be handled, if at all, by other means.” [253] [but under § 352(a), the chief judge who conducts a limited inquiry, may, by written order, dismiss.] - “To the extent that formal complaints are neither filed by complainants nor identified by chief judges, the § 372(c) process is not trigged, and the conduct at issue must be addressed, if at all, by some other means.” [259] [§ 372 – now § 352 – is the formal disciplinary proceeding] “There is a general consensus among judges, legislators, and academics that informal action has been and remains the judiciary’s most common response to episodes of judicial misconduct.” [280]

“The chief judges investigate and address a wide range of misconduct, but responses to the questionnaire identify decision-making delay most frequently.” [281] Delay in adjudication is a major source of complaint & the article devotes a significant part of its pages to the topic.

“Also mentioned in a range of questionable behavior taking place in the courtroom: sleeping or appearing drunk on the bench; excessively abusing lawyers, parties, or witnesses; making inappropriate remarks, including but not limited to comment reflecting racism or gender bias. Extrajudicial misconduct is also addressed informally: sexually harassing staff or others; dating a juror; consorting with a defendant; living outside the judicial district; drinking excessively at lunch; being arrested for driving under the influence; and allegedly receiving an excessive teaching salary.” [281]

박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. -

“법관·검사에게 비리·품위손상 등의 문제가 있는 경우 공식적인 징계절차를 거치지 않고 사표를 수리하거나 전보발령 등의 인사조치를 취하거나 경고조치를 취하여 비공식적으로 제재를 가하는 경우가 드물지 않다.” [667]

vii. 징계시효 없애기

국내 법관의 징계에 대한 시효기간은 3년 또는 5년이다. 법관의 비리 사건의 상당수가 시효기간의 완료가 다가오거나 이미 완료된 상태에서 발견되고 언론에 보도되어 징계가 어려운 경우가 자주 있다.¹⁴⁵ 이는 법관의 징계에 대하여 시효기간을 인정하는 것은 사회적으로 법관의 징계를 일종의 처벌이라는 관점이 지배적인 것이라고 보여진다. 법관의 징계를 각 법관 개개인에 대한 처벌에 초점이 있는 것이 아니고 사법부의 신뢰도, 즉 사회 질서의 근거에 대한 조치라고 본다면, 징계에 대한 시효기간을 인정하지 않는 것이 바람직할 수 있다. 미국에서는 법관 및 변호사의 윤리규정에 대한 시효기간을 인정하지 않는다.¹⁴⁶ 물론, 먼 과거의 심각하지 않은 윤리규정의 위반 행위이후 모범적인 업무 이행의 경력이 있다면, 그에 대한 징계 수위가 낮아질 수 있다.

캘리포니아주는 법관의 현재 임기 전 6년 이후의 윤리규정 위반 행위에 대해서만 징계를 한다. 일반 법관의 임기는 6년, 대법관은 12년이다.¹⁴⁷ 국내의 징계의

¹⁴⁵ 박준, “법관·검사 징계사례에 관한 연구,” 서울대학교 법학, 제 55 권 2014 년 6 월, 613-694 면. - “그러나 담당 사건과 직접 관련성이 없거나 구체적인 청탁이 없는 금품수수 또는 접대를 받은 사례에 대하여 사표를 받거나 경고에 그친 경우도 다수 보도되었다. 이러한 조치에 그친 사례의 상당수는 징계시효가 도과하였기 때문인 것으로 보인다.” [632] “그러나 징계 시효가 도과하지 않았음에도 사표수리로 처리한 사례도 적지 있다.” [631-632]

“현행 법관징계법·검사징계법상 금품·향후수수 및 공금 횡령·유용은 5년, 기타의 경우에는 3년의 징계시효가 적용된다. 2009.11.2. 개정되기 전까지는 징계사유에 관계없이 3년, 2006.10.27. 개정 전까지는 2년의 징계시효가 적용되었다. [¶] 비공식제재 사례들을 보면 징계시효의 도과로 징계할 수 없었던 경우가 다수 발견된다.” [678]

¹⁴⁶ “Like the Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement, the Model Rules do not adopt any statute of limitations. The conduct of a judge, no matter when it has occurred, is always relevant to the question of fitness for office. The time between the commission of alleged misconduct and the initiation of a complaint based on the conduct is relevant to whether and to what extent discipline should be imposed, but is not relevant to limit the commission's power to investigate.” Preface to the ABA Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement, 1994,

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/model_rules_judicial_disciplinary_enforcement/preface/ accessed on 2019.5.31. This Model Rules accompanies the ABA Model Code of Judicial Conduct. [criminal charges are subject to their relevant statute of limitation, but for judicial disciplinary enforcement, an administrative action, no such is recommended under the ABA model rules]

¹⁴⁷ California Constitution Sec 18(d) holds, “except as provided in subdivision (f), the Commission on Judicial Performance may (1) retire a judge for disability that seriously interferes with the performance of the judge’s duties and is or is likely to become permanent, or (2) censure a judge or former judge or remove a judge for action occurring not more than 6 years prior to the commencement of the judge’s current term or of the former judge’s last term that constitutes willful misconduct in office, persistent failure or inability to perform the judge’s duties, habitual intemperance in the use of intoxicants or drugs, or conduct prejudicial to the administration of justice that brings the judicial office into disrepute, or (3) publicly or privately admonish a judge or former judge found to have engaged in an improper action or dereliction of duty. The commission may

시효기간에 비교하여 상당히 긴 편이다. 캘리포니아 외, 미시건 주에서 2016 년 법관의 징계사유에 대하여 시효기간을 고려하였으나¹⁴⁸, 반대 여론이 강하여 2019 년 제안을 철회하였다.¹⁴⁹

미 연방법원은 징계과정에 있는 법관이 사임하는 경우, 대부분 징계절차를 중단하는 것으로 보인다. 그러나, 주법원들은 관련 법관이 사임하는 경우에도 징계절차를 중단하지 않는 경우가 상당히 있어 보인다.¹⁵⁰

3. 결론

국민들의 사법부 신뢰도가 저조하다는 사실과 그를 개선하여야 한다는 사회적 인식은 오래된다. 이를 위하여 국회는 전관예우를 금지하는 법 개선 등을 통하여 사법부의 개선을 시도하여 왔으나, 애석하게도 사법부 내부에서는 이러한 비판적인 사회적 인식을 인지하지 못하고 있어 보인다.¹⁵¹ 전관예우를 금지하는 여러 방안에 의하여

also bar a former judge who has been censured from receiving an assignment, appointment, or reference of work from any California state court. Upon petition by the judge or former judge, the Supreme Court may, in its discretion, grant review of a determination by the commission to retire, remove, censure, admonish, or disqualify pursuant to subdivision (b) a judge or former judge. When the Supreme Court reviews a determination of the commission, it may make an independent review of the record. If the Supreme Court has not acted within 120 days after granting the petition, the decision of the commission shall be final.” [6 year + current term time limit does not apply to “admonish”]

Supreme Court justices and appeal court judges have 12 year terms. <https://www.courts.ca.gov/13069.htm>. Superior Court judges serve 6 year terms. https://www.courts.ca.gov/documents/California_Judicial_Branch.pdf at 3.

¹⁴⁸ <http://jtc.courts.mi.gov/docs/MCR9.200.MSCProposedRevisions.8-11-2016.pdf>. Michigan Court Rules 9.220(c) to be amended to “Except when the commission determines otherwise for good cause, any complaint filed more than three years after the grievant knew, or in the exercise of reasonable diligence should have known, of the existence of a violation of the Code of Judicial Conduct, shall be dismissed by the commission. When the last episode of an alleged pattern of recurring judicial misconduct arises within the three-year period, the commission may consider all prior acts or omissions related to such an alleged pattern of conduct.”

¹⁴⁹ https://courts.michigan.gov/Courts/MichiganSupremeCourt/rules/court-rules-admin-matters/Adopted/2015-14_2019-04-11_FormattedOrder_AmendtOf9.200.pdf. Michigan Supreme Court, by order ADM File No. 2015-14, dated 2019 Apr 11, rejected the proposed change to Rule 9.220(c) regarding 3 year statute of limitations.

¹⁵⁰ Miss. Comm. On Jud. Perf. V. Dodds, 680 So. 2d 180 (Miss. 1996). Dodds did not stand for the election in 1995, thus left the office in Jan, 1996 – one Justice, joined by another, dissented as the case being moot. The majority felt that the issues are of public interest enough and that one should not be able to avoid disciplinary action by resigning or running out his term. [note 1, 207]

¹⁵¹ 박준, “이른바 현관예우·관선변호 현상에 대한 법적 고찰,” 서울대할교 법학, 제 52 권 제 2 호, 2011 년 6 월 1-46. “청탁자가 다른 법관·검사에게 사건 처리에 대하여 청탁하는 것은, 기본적으로 자신이 금전적 이익을 추구하지 않는 한 어느 정도의 청탁은 하여도 무방하다는 의식에 기초하고 있다고 할 수 있다. ... 단순히 상급자로서 지시할 권한이 있다고 하여 청탁성 지시를 한다기보다는 이러한 청탁을 하여도 무방하다는 의식이 있기 때문에 사건관계인의 의로를 받아 하급자에게 지시한다고 볼 수 있다. [¶] 이러한 의식은 다음과 같이 분석하여 볼 수 있다. [¶] 첫째, 자신이 아는 사람에 대한 법적 조력 제공이

일부 효과가 있는 것으로 보이기도 하나, 근본적인 해결안으로는 사법부 자체의 개선이 필요하여 보인다. 특히 관련 법규의 개선 등 외부의 결정을 기다릴 필요없이 사법부 자체적으로 이행할 수 있는 조치들도 중요하여 보인다.

미국 사회에서 사법부가 차지하는 비중과 사회의 사법부 신뢰도는 국내의 상황과 대조적이다. 미국 제도를 세부적인 검토없이 도입하는 것은 바람직하지 않으나, 일부 제도들은 거의 그대로 도입할 수 있어 보여진다.

일단, 법관의 윤리규정 및 위반에 대한 징계를 각 법관 개인에 대한 처벌이라는 관점보다 사법부의 신뢰도 향상 및 민주사회의 기반을 다지는 사법부의 역할에 중점을 두고 법관의 윤리규정과 징계를 바라보는 것이 필요하다고 보여진다. 윤리규정이 구체적으로 명시된 행위를 규제하는 것보다는 좀더 넓게, 유연하게 바라보는 것도 필요하여 보인다. 윤리규정의 규제 대상을 구체적으로 명시된 행위뿐만 아니라, 합리적인 일반인이 보았을때 사법부의 공정성 및 신뢰도를 해칠 수 있다고 판단하는 행위도 규제대상으로 인정하는 것이 바람직하다.¹⁵²

무방 또는 필요하다고 생각하는데서 출발한다. [¶] 둘째, ‘기록을 잘 살펴보라’는 정도의 청탁은 사건을 담당 법관·검사의 공정한 판단을 해치지 않는 것이라고 정당화 한다. [¶] 셋째, 동류의식 내지는 선후배 관계에 기초하여 사건 담당 법관·검사를 청탁할 수 있는 상대방이라고 생각한다. [¶] 넷째, 법원·검찰의 조직상 상급자의 우월적 의식에 기초하여 하급자에게 청탁한다.” [19-20] “법관·검사가 다른 법관·검사에게 청탁하여도 무방한는 의식은, 청탁이 사법에 대한 신뢰에 어떠한 영향○르 줄 것인지에 대하여는 충분히 고려하지 않고, 청탁을 청탁자와 피청탁자 간의 문제로만 파악하도록 만든다. [¶] 위와 같은 청탁자의 의식을 가지고 있던 법관·검사는 사직·퇴임 후 변호사로 개업한 이후에도 재직 시의 동료·선후배에게 청탁하여도 무방하다는 의식을 계속 가지기 쉬울 것이다. 변호사 개업 후에는 오히려 의뢰인을 위한 변호사의 활동이라고 생각하여 재직 시의 동료·선후배에게 더 쉽게 청탁하려고 할 수 있다. [¶] 이러한 점에서 전관예우의 문제에 대하여도 현관예우·관선변호와 같은 맥락에서 문제점을 파악하여 해결책을 강구할 필요가 있다.” [20]

대안. “법관은 원칙적으로 다른 사람에게 특정 사건에 대한 법적인 조언·조력을 하지 못하도록 하고 본인이 담당한 사건이건 아니건 법원에 계류되었거나 곧 계류되리 것으로 예상되는 사건의 관계인임을 암련서 접촉하는 것은 감가도록 원칙을 정할 필요가 있다.” [26] [미국 ABA 코드 제 3.10 조 참조]

¹⁵² 박준, “이른바 현관예우·관선변호 현상에 대한 법적 고찰,” 서울대할교 법학, 제 52 권 제 2 호, 2011 년 6 월 1-46. Appearance. “법관은 재판관 내용상으로도 공정하게 하여야 할 뿐 아니라, 재판이 불공정하게 이루어질 수 있다는 의혹을 야기할 외관을 만들거나 외관 형성을 용인하여서는 안 된다.

현관예우·관선변호는 피청탁자의 재판·수사권 내지는 재판의 독립성을 훼손하였는가 여부의 관점에서 뿐만 아니라, 그러한 청탁이 이루어진다는 점 자체가 사법부의 재판 및 검찰의 수사에 대한 국민의 신뢰를 훼손한다는 관점에서 바라볼 필요가 있다.” [18]

법관이 본인이 담당하고 있지 않는 소송건에 대하여 담당법관에게 연락하는 것도 금지되는 제 3자와의 연락이라고 규정할 필요도 있어 보인다.¹⁵³

소송 및 소송의 기록물을 원칙적으로 공개하여 일반인 및 전문가들이 판결문, 법원에 제출된 자료, 징계 자료 등을 쉽게 접근할 수 있어야 하고,¹⁵⁴ 판결문 및 기타 법관의 의견서에 판단에 필요한 사실관계, 법리 및 법리의 적용 논리 등을 상세하게 기재하는 것이 사법부의 신뢰 향상에 중요할 것으로 보여진다.¹⁵⁵

¹⁵³ 박준, “이른바 현관예우·관선번호 현상에 대한 법적 고찰,” 서울대할고 법학, 제 52 권 제 2 호, 2011 년 6 월 1-46. 참견금지. “법관윤리강령은 법관의 청탁에 관한 명시적인 조항은 두고 있지 않다. 다만, 일반적인 조항으로서 법관은 타인의 법적 분쟁에 관여하지 아니하며, 다른 법관의 재판에 영향을 미치는 행동을 하지 않도록 하고 있다(제 5 조 제 1 항). 다른 법관이 담당하는 사건에 관한 청탁도 그 법관의 ‘재판에 영향을 미치지 않는 경우에는 청탁을 해도 무방하다’는 것으로 읽힐 수 있다. 대법원공직자윤리위원회 권고의견 제 1 호(2006.11.15.)는 법관은 타인의 부탁을 받고 검찰과 경찰 또는 다른 법관에게 자신의 신분 내지 직위를 이요한 청탁을 하거나 영향력을 행사하는 행위를 하여서는 안 되며, 그러한 행위로 의심받을 만한 행위도 피하여야 한다고 권고하여, 법관윤리강령 제 5 조 제 1 항 보다 더 넓게 법관의 다른 법관에 대한 청탁행위를 금하도록 권고한 것으로 보인다.” [35] “법관의 행동이 돈당하지 여부를 다른 법관의 재판에 ‘길제 영향을 미치는가 아닌가’의 기준만으로 판단할 것은 아니다. ... 실제 피청탁자가 청탁에 의하여 영향을 받았는지 여부와 상관없이 청탁자가 그러한 영향을 미칠 수 있다는 인상을 주는 것 자체가 사법작용에 대한 국민의 신뢰에 심각한 악영향을 주게 된다.” [36]

¹⁵⁴ 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지 - 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17 권 제 4 호 91-134 (2011.12.) “대법원에서 약속하고도 아직 제대로 시행되지 않고 있는 판결문공개는 이런 맥락에서 전관예우에 대한 사후적 통제장치를 마련한다.” [125]

¹⁵⁵ 하태영, “대법원 판결문에서 법문장 문제점과 개선방안,” 동아법학, 제 75 호 (2017.5.) 1-55. 판결문의 목적. “언어의 기능은 소통이다. 명확하고 간결해야 쉽게 이해된다. 특히 국가가 만드는 공문서는 그렇다. 국민을 설득하고, 소통하는 글이기 때문이다. 판결문을 읽고서 복잡하여 이해할 수 없다면, 판결문은 생명력을 잃은 것이다. 마치 광부가 갇도를 파 들어가듯 잡념을 버리고 정신을 집중하여 읽을 수 없는 문자이기 때문이다.” [2] 진정한 법률문화 혁신. “법률문장이 바뀌고, 판결문문장이 바뀌고, 공소장문장이 바뀌고, 변론요지서문장이 바뀌고, 변호사시험문장이 바뀌면, 대한민국 법률문화도 바뀐다. 나는 이것이 진정한 법률문화 혁신이라고 생각한다. 재판에서 설득과 소통은 법률문장에서 출발하고 완성된다. 국민참여재판과 일반재판을 비교하면 된다. 그 방향은 이미 나와 있다.” [47]

Smith v. Van Gorkom (델라웨어주 대법원 1985) 판례 (번역본)

Smith v Van Gorkom, 488 A. 2d 858 - Del : 대법원 1985

488 A.2d 858 (1985)

Alden SMITH 와 John W. Gosselin, 아래의 원고, Appellants,

v.

Jerome W. VAN GORKOM, Bruce S. Chelberg, William B. Johnson, Joseph B. Lanterman, Graham J. Morgan, Thomas P. O'Boyle, W. Allen Wallis, Sidney H. Bonser, William D. Browder, 델라웨어 법인 인 Trans Union Corporation, 델라웨어 법인 인 Marmon Group, 델라웨어 법인 GL Corporation, Delaware corporation 의 New T. Co., 피고 아래, Appellees.

델라웨어 대법원.

제출 : 1984 년 6 월 11 일.

결정 : 1985 년 1 월 29 일.

재검토(Reargument) 거부에 대한 의견 : 1985 년 3 월 14 일.

Prickett, Jones, Elliott, Kristol & Schnee, Wilmington 법무법인의 William Prickett (리드대변인) 및 James P. Dalle Pазze, 및 Shank, Irwin, Conant & Williamson, Dallas, Tex 법무법인의 Ivan Irwin, Jr. 및 Breck A. Ringle, 아래의 원고, 항소인위한 변호인.

Potter, Anderson & Corroon, Wilmington 법무법인의 Robert K. Payson (리드대변인)와 Peter M. Sieglaff, 아래 개인 피고인, 피항소인을 위한 변호인.

Morris, Nichols, Arsht & Tunnell, Wilmington 법무법인의 Lewis S. Black, Jr., A. Gilchrist Sparks (리드대변인)와 Richard G Allen, Trans Union, Marmon Group, GL Corp.,와 New T. Co. 아래 피고인, 피항소인을 위한 변호인.

HERRMANN, CJ, McNEILLY, HORSEY, MOORE 및 CHRISTIE, 대법관.

863 * 863 HORSEY, Justice (과반수 의견):

Chancery 법원의이 항소는 원래 Trans Union Corporation("Trans Union"또는 "the Company")을 피고 New T Company("New T" 피고의 Marmon Group, Inc. ("Marmon")의 전액 출자 자회사)에 현금화 합병을 철회하고자하는 피고 Trans Union 의 주주가 제기 한 집단 소송에 대한 것이다. 차선판결로 Trans Union 의 각 이사들과 864 * 864 New T 와 Marmon 의 소유주 인 Jay A. Pritzker 와 Robert A. Pritzker 에 대해 손해 배상을 청구 하였다. [1]

재판이 있는 후, 1 심법원은 1982 년 7 월 6 일자 비공개 서신의견을 통해 피고 이사의 승소 판결을 내렸다. [2] 심판은 다음 두 가지 결과에 근거했다. (1) 이사회가 적절한 정보에 근거(informed manner)하여 승인하였기 때문에 경영 판단의 원칙의 보호를받을 수 있으며; (2) 주주들이 합병을 승인하기 전에 이사회가 주주들에게 "공정하게 정보를 통보"하였기 때문에 합병을 승인하는 주주 투표를 인정하여야 한다. 원고는 항소하였다.

대법원 과반수 우리는 1 심법원의 두 판결이 모두 명백히 잘못되었다고 결론 내린다. 따라서 Weinberger v. UOP, Inc., Del.Supr., 457 A.2d 701 (1983) 에 따라 원고의 승소 및 피고 이사에게 원고가 보유하던 Trans Union 주식의 공정한 시가를 배상하라는 판결을 내리도록 1 심법원에 지시한다. [3]

우리는 다음과 같이 판결한다: (1) 1980 년 9 월 20 일 합병 제안을 승인하는 이사회는 결정은 적절한 정보를 근거로 하지 않았다. (2) 그 이후 합병 계약을 수정하고 기타 치유책을

취하는이사회는 노력은 법적 또는 사실적으로 효과가 없었다. (3) 이사회가 합병에 대한 주주의 승인을 확보하기 전에 그들이 알고 있거나 알고 있어야했던 모든 중요한 사실을 공개하지 않았다.

I.

이 사건의 판단은 상세한 사실 진술을 필요로 합니다. 다음 사실내용은 실질적으로 양방이 합의한 내용이다 : [4]

-A-

Trans Union 은 다양한 사업을 소유하는 상장된 지주 회사로, 철도 차량 임대 사업이 주요 수익 출처이었다. 본 사건에 관련된 기간 동안 회사는 매년 수익 달러의 현금 흐름을 확보하였다. 그러나 회사는 점점 더 많아지는 투자 세액 공제 (ITCs)를 상쇄하기에 충분한 과세 소득을 창출하는데 어려움을 겪었다. 가속 감가 상각비가 과세 소득을 줄여서 ITC 를 상쇄 하기 어려웠다. 회사는 사용 가능한 ITC 에 대한 이러한 상황에도 불구하고 가속 감가 상각을 선택하였는데 이는 철도 차량 임대 시장의 임대 가격이 이미 세금 절약을 감안하여 책정되었기 때문이었다.

1970 년대 후반, 다른 자본 집약적인 회사들과 함께, Trans Union 은 국회에서 사용하지 못한 ITC 를 현금으로 환급되도록 로비했다. 1980 년 여름, Trans Union 의 회장 겸 CEO 인 피고 Jerome W. Van Gorkom (865 * 865) 은 ITC 의 환불 가능성과 감가 상각을 더 가속화하기 위해 국회에서 증언하고 로비했습니다. 8 월말 경, Van Gorkom 은 국회가 환불 가능성 개념을 수용하거나 가속 감가 상각을 제한하지 않을 것이라고 확신하게 되었다.

1960 년대 후반부터 1970 년대까지 Trans Union 은 과세 소득을 늘리기 위해 중소기업 인수 프로그램을 추진했습니다. 1980 년 7 월 Trans Union 경영진은 회사의 5 개년 예측에 대한 연간 개정안을 준비했습니다. 이 보고서는 1980 년 7 월 이사회에 보고되었습니다. 이 보고서는 Trans Union 의 연간 소득 증가율이 약 20 % 일 것으로 예측했습니다. 이 보고서는 또한 Trans Union 이 1980 년과 1985 년 사이에 잉여 현금이 약 1 억 9,500 만 달러 정도이고 잉여 현금이 1982 년 부터 크게 증가할 것이라고 결론을 내렸다. 이 보고서는 ITC 상황을 "없애기 힘든문제"라고 언급하고 그문제로 임대 회사는 여전히 "세법상 이익이 없을 정도로 제한되어 보인다고 보고하였다." 이 보고서에는 1982 년에서 1985 년까지의 예상 자본잉여금의 4 가지 대체 용도가 나열되어 있습니다. (1) 주식 환매; (2) 배당 증가; (3) 주요 인수 프로그램 및 (4) 상기 3 가지의 조합. Trans Union 자체의 매각은 대안에 포함되지 않았다. 보고서는 전체적인 잉여자본금에도 불구하고 향후 수년 동안 모든 잉여 자본은 회사의 사업에서 소비 할 것이며 결론적으로 다음과 같이 결론지었습니다. "따라서 잉여자본금에 대한 대응책을 발전시킬 수있는 충분한 시간을 가지고있다"고 강조했다.

-B-

1980 년 8 월 27 일 Van Gorkom 은 Trans Union 의 고위 경영진과 만났습니다. Van Gorkom 은 세제 공제 문제에 대하여 워싱턴에서의 로비 활동과 계속된 인수 프로그램보다 좀더 영구적인 해결책을 찾기위한 노력에 대해 보도했다. 과세 소득이 많은 회사에 대한 Trans Union 판매를 포함하여 다양한 대안이 제안 및 논의되었다.

Trans Union 의 최고 재무 책임자 (CFO) 인 Donald Romans 는 자신의 부서가 "레버리지 매수 가능성에 대해 매우 간단한 작업을 수행했다"고 밝혔다. 이 작업은 Romans 가 경영진에 의한 차입 매수에 관한 미디어 기사를 보고 시작하였었다. 이 작업은 경영진이 참여하는 레버리지 매입에 회사이 사업에서 발생하는 잉여현금을 사용하는 "예비 연구"로 이 분석은 "회사의 현금 흐름이 어느정도의 높은 매매가격을 가능하게 하는지 여부를 파악하는 데있어 매우 간략하고 개략적 검토였다"고 Romans 는 언급하였다.

Van Gorkom 이 9 월 5 일 참석한 다른 고위 경영진 회의에서 Romans 는 다시 회사 인수 프로그램의 "가능한 전략적 대안"으로서 레버리지 매수라는 아이디어를 제기했습니다. Trans Union 의 사장 겸 최고 운영 책임자 (COO) 인 Bruce S. Chelberg 와 Romans 는 그회의를 위하여 이 문제에 대해 검토하였다. Romans 에 따르면 : 그들은 회사의 가격을 "검토하지 않았다." 그들은 단순히 주당 50 달러와 주당 60 달러의 가격이 당시의 회사의 개략적 현금 수치로 가능한지를 검토하였다. 그들의 "수치에 따르면 50 달러는 매우 쉽지만 60 달러는 상당히 어려울 것"이라고 지적했다. 이 검토는 회사 또는 주식의 100 %의 공정한 가격에 대한 검토가 아니었다. 이 검토는 단순히 레버리지 매수 과정에 발생하는 채무의 이자를 지급하기 위한 회사의 잉여 현금흐름 규모를 개략적으로 계산하였으며, 전문가의 자문을 받지 않았고 어떠한 결론에 도달하지 못했다.

이 회의에서 Van Gorkom 은 자신이 소유하는 75,000 주를 주당 55 달러에 기꺼이 매각하겠다고 말했다. 그러나 그는 경영진의 잠재적 인 이해 상충 문제를 이유로 경영진에 의한 레버리지 매수 가능성을 거부했다. Van Gorkom 은 공인 회계사 자격증과 변호사자격증을 보유하고 있으며, 24 년간 트랜스 연합 (EU)의 임원이었고 866 * 866, 17 년간 최고 경영자, 2 년간의 이사회 회장이었다. 이와 관련하여 주목할 상황은 그가 의무 퇴직나이인 65 세에 다가가고 있었다는 것이다.

9 월 5 일 회의 후 Van Gorkom 은 며칠 동안 회사 매각에 대하여 깊이 생각했다. 그는 Trans Union 의 매니저 겸 이사 및 다른 회사의 이사로 많은 인수거래에 참여했었다. 그는 인수 절차, 가치 평가 방법 및 협상에 대해 잘 알고있었고, Trans Union 이 비공개적 또는 공개적으로 구매자를 구해야하는지의 장단점을 개인적으로 고려했다.

Van Gorkom 은 잘 알려진 기업 인수 전문가이자 사회적 지인인 Jay A. Pritzker 를 만나기로 결정했다. 그러나 Trans Union 인수에 대한 Pritzker 의 관심을 확인하기보다는 Van Gorkom 은 회사의 매각 제안 가격과 매각을위한 자금 조달 방안을 제시하였다. Van Gorkom 은 이사회 나 고위 경영진 중 한명, Carl Peterson, Trans Union 's Controller 이외의 다른 컨설턴트없이 만남을 준비하였다. Van Gorkom 은 Peterson 에게 자신이 하고있는 일을 회사 내부 다른 임직원에게 알리지 말라고 지시하면서 그 이유를 알리지 않았고 Peterson 에게 주당 55 달러의 레버리지 매입의 실현 가능성을 검토하라고 지시하였다. 회사의 역사적인 주식 시장 가격과[5] Van Gorkom 의오랜 재직관계 외에는 회사의 본질적 주당 가치가 55 달러라는 어떠한 신뢰성 있는 증거가 없었다.

이와 같이 Van Gorkom 은 레버리지 매입 가능성에만 기초하여 55 달러를 선택하고 총 발행 주식 수에 곱하여 회사의 총가치를 6 억 9 천만 달러라고 계산하였다. Van Gorkom 은 Peterson 에게 6 억 9 천만 달러를 회사의 가치로, 구매자가 2 억 달러를 자본금으로 투자한다고 가정하라고 지시하였다. 이러한 가정을 바탕으로 Van Gorkom 은 피터슨에게 Trans Union 의 현금 흐름과 보스턴 컨설팅 그룹 ("BCG study")이 Trans Union 을 위해 수행 한 연구에서 확인 된 실적이 부진한 몇 사업부를 매각하여 매입후 5 년 또는 그 이전에 매입금의 부채부분을 반환할 수 있는지를 검토하라고 지시하였다. Peterson 은 약 5~8 천만달러의 부채가 매입 5 년후에 계속 남아 있을 것이라고 보고하였다. Van Gorkom 은 실망하였으나 Pritzker 를 만나기로 결정하였다.

Van Gorkom 은 1980 년 9 월 13 일 토요일에 Pritzker 의 집에서 그를 만나기로 확정하였다. Van Gorkom 은 Pritzker 에게의 프레젠테이션을 다음과 같이 시작했다: "당신을 위하여 내가 제안하는게, 현재 주가보다 상당한 프리미엄을 지급하고도 매각 차입금 거의 대부분을 처음 5 년 동안에 상환할 수 있다. 당신이 회사 매각시 55 달러를 지불 한다면, 매각 자금을 이렇게 조달할 수 있다고 생각한다."

Van Gorkom 은 Pritzker 와 그의 주당 55 달러 제안 가격에 기초한 계산을 검토했다. Pritzker 가 50 달러를 더 매력적인 인물이라고 언급 했음에도 불구하고 다른 가격은 언급되지 않았다.

그러나 Van Gorkom 은 55 달러가 최고의 매각가격이라는 것을 확신하기 위해 Trans Union 에게 더 유리한 제 3 자 제안을 받아 들일 권한을 유지하여야 한다고 말했다. Pritzker 는 1,500 만주의 Trans Union 주식을 시장 가격으로 구매하고 제 3 의 인수자에게 매각할 수 있어야만 자신의 조직이 "경매 경연 대회"의 "스토킹 마 (stalking horse)"역할을 할 것이라고 이견을 제시하였다. 이 점에 대해 더 논의한 후, Pritzker 는 Van Gorkom 에게 그가 더 확실한 입장을 줄 것이라고 말했다.

869 * 867 9 월 15 일 월요일, Pritzker 는 Van Gorkom 에게 55 달러 현금 합병 제안에 관심이 있었고 Trans Union 에 대한 더 많은 정보를 요구한다고 통보했다. Van Gorkom 은 Peterson, Chelberg 및 Boston Consulting Group 의 Trans Union 컨설턴트 인 Michael Carpenter 와 함께 Pritzker 와 개인적으로 만날 것에 동의했습니다. 회의는 9 월 16 일과 17 일에 개최되었다. Van Gorkom 은 "사건이 놀라운 속도로 움직이고 있다는 사실에 놀랐다."

9 월 18 일 목요일 Van Gorkom 은 Pritzker 와 다시 만났다. 당시 Van Gorkom 은 Pritzker 가 Van Gorkom 이 제시한 주당 55 달러의 현금 합병을 제안할 것을 알고있었다. Pritzker 는 그의 합병 및 인수 전문가 변호사에게 인수 합병 계약 작성을 지시했다. 55 달러의 가격에 대해서는 더 이상의 논의가 없었다. 그러나 Pritzker 에게 제공 될 Trans Union 의 주식수는 100 만주로 수정 합의되었다. 발행가는 9 월 19 일 시장 증가보다 75 센트 높은 \$38 로 합의되었다. Pritzker 는 Trans Union 이사회가 본인의 합병 제안에 대하여 3 일 이내에 결정하라고 요구하였다: Pritzker 는 Van Gorkom 에게 그 다음 주 월요일 주식시장의 개장 이전인 일요일 (9 월 21 일) 저녁까지 이사회 결정을 확인하여야 한다고 주장하였다. Pritzker 의 변호사는, Van Gorkom 변호사가 검토할 수 있게, 그와 논의할 수 있으면 논의하면서, 합병계약을 작성하라고 지시받았다.

9 월 19 일 금요일 Van Gorkom, Chelberg, Pritzker 는 Pritzker 가 Trans Union 을 구입하는 데 필요한 자금 조달과 관련하여 Trans Union 의 리드 뱅크와 협의했다. 은행은 거래 자금을 조달 할 은행 신디케이트를 구성 할 수 있다고 밝혔다. 같은 날 Van Gorkom 은 합병의 합법적 인 측면에 대해 Trans Union 에 조언을 제공하기 위해 James Brennan 변호사를 선임하였다. Van Gorkom 은 Trans Union 의 부사장이자 법무부서의 전책임자인 William Browder 또는 Trans Union 의 법무부서 책임자인 William Moore 와 상담하지 않았다.

9 월 19 일 금요일 Van Gorkom 은 다음날 정오 Trans Union 이사회의 특별 회의를 소집했다. 그는 또한 이사회 회의 이전 오전 11 시에 회사의 고위 경영진 회의를 소집했다. 회의 전, Chelberg 와 Peterson 을 제외한 아무에게도 회의의 목적을 말하지 않았다. Van Gorkom 은 Trans Union 의 투자 은행 Salomon Brothers 또는 그의 시카고 소속 파트너를 초청하지 않았다.

9 월 20 일 고위 경영진 회의 참석자 중 Chelberg 와 Peterson 만이 Pritzker 의 제안에 대한 사전 지식을 가지고있었다. Van Gorkom 은이 제안을 공개하고 조건을 설명했지만 제안 된 합병 계약서는 제출하지 않았다. Romans 는 그의 부서가 2 차 연구를 수행했다고 발표했다.이 연구는 레버리지 매수에 대해 Trans Union 주식의 가격 범위가 주당 55 달러에서 65 달러 사이 인 것을 보여 줬다. Van Gorkom 은이 보고서를 보지도 않았고 Romans 에게 이사회 회의에 제출할 것을 지시하지도 않았다.

Pritzker 제안에 대한 고위 경영진의 반응은 완전히 부정적이었다. Chelberg 와 Peterson 을 제외한 경영진 중 누구도 제안을지지하지 않았다. Romans 은 가격이 너무 낮다고 반대했고; [6] 그는 매각 시점에 대하여 비판적이었으며, Trans Union 주식을 낮은 가격에 구입하였던 주주에게 현금 거래는 세금 부담이 높을 가능성에 대한 검토가 필요하다고 제안하였다; 그는 Pritzker 에게 신주 100 만주를 시가에 매각하는 조건 및 제 3 자에게 매입제안 요청금지 조건과 제 3 제에게 내부정보 제공을 금지하는 조건이 제 3 자의 매입제안 가능성에 악영향을 줄 것이라고 하였다. 868 * 868 다른 입찰자에게, Romans 는 Pritzker 제안이 "lock-out"제안이며

실질적으로 제안이 아닌 확정된 합병 합의 수준이라고 주장했다. 그럼에도 불구하고 Van Gorkom 은 더 이상 지체하지 않고 예정대로 이사회 회의를 진행했습니다.

Trans Union Board 에서 5 명(Boners, O'Boyle, Browder, Chelberg, Van Gorkom)의 사내 이사와 5 명(Wallis, Johnson, Lanterman, Morgan 및 Reneker)의 사외 이사, 총 10 명의 이사로 구성되었다. 건강상의 문제로 참석하지 않은 O'Boyle 을 제외하고는 모든 이사들이 회의에 참석했다. 사외 이사 중 4 명은 기업 최고 경영자였고 1 명은 시카고 전 경영 대학원장이었습니다. 아무도 투자 은행가 또는 train 된 재무 분석가가 아니 었다. 이사회의 모든 구성원은 지속된 사업체의 관점에서 회사 및 운영에 대한 정보를 잘 알고 있었다. 그들은 최근 5 개년 전망에서보고 된 영업 및 수익 예상뿐만 아니라 회사의 현재 재무 상태를 잘 알고있었습니다. 이사들은 누적 투자세액공제와 가속 감가상각 문제에 대하여 정기적이고 세부적인 보고를 받았다.

Van Gorkom 은 20 분간의 구두 발표로 이사회의 특별 회의를 시작했습니다. 제안 된 합병 계약서 사본은 회의가 시작되기 전이나 회의 중에 검토하기에는 너무 늦게 전달되었습니다. [7] 그는 회사의 ITC 및 감가 상각 문제와이를 해결하기위한 노력들을 검토했습니다. 그는 Pritzker 와의 첫 만남과 그 회의 준비에 대한 그의 동기에 대해 논의했습니다. Van Gorkom 은 그러나 이사회에 그가 55 달러의 수치에 도달 한 방법론이나 Pritzker 와의 협상에서 55 달러의 가격을 본인이 먼저 제안한 사실을 공개하지 않았다.

Van Gorkom 은 Pritzker 제안 조건을 다음과 같이 설명했다: Pritzker 는 Trans Union 의 모든 발행 주식에 대해 현금으로 55 달러를 지불 할 예정이며, Trans Union 은 Pritzker 가 전액 출자한 자회사 New T Company 에게 흡수합병될 것이며; Trans Union 은 90 일 동안 경쟁 제안을 수령 할 수는 있지만 적극적으로 요청할 수는 없고; Trans Union 은 그 다음 날인 9 월 21 일 일요일 저녁까지 제안에 대한 결정을 하여야 하며; Trans Union 은 비공개 정보를 제 3 자에게 공개할 수 없으며; Pritzker 의 제안은 Pritzker 가 필요한 인수자금을 1980 년 10 월 10 일 이내에 확보할 수 있어야 유효하고; Pritzker 가 자금조달 조건을 충족하거나 해지하면, Trans Union 은 Pritzker 에게 Trans Union 신주 100 만주를 주당 \$38 에 매각하여야 한다.

Van Gorkom 은 Trans Union 을 90 일간의 "경매"로 시장을 테스트하면 55 달러 매각 가격이 가 공정한 가격임을 입증하는 방법이라고 주장하였다. 그는 자유 시장이 55 달러가 공정한 가격인지 여부를 판단 할 수있는 기회를 가질 것이라고 이사회에 말했다. Van Gorkom 은 이사회에서 주당 55 달러 매각 가격이 받을 수 있는 최고 가격인지의 관점이 아닌, 55 달러 가격이 주주들에게 선택을 하게 할 수 있는 하나의 공정한 가격이라는 관점에서 설명하였다. [8]

Brennan 변호사는 이사회가 Pritzker 제안을 받아들이지 않으면, 주주들이 소송을 제기할 가능성이 있고, 전문가들의 공정성 의견서가 없이 합병안을 승인할 수 있다는 자문하였다.

Romans 는 회사의 최고 재무 책임자로 이사회의에 참석했습니다. 그는 이사회에 Pritzker 와의 협상에 관여하지 않았으며 합병 제안서 에 대해 회의 아침 오전 까지 869 * 869 그에 대하여 아무것도 알지 못했다고 말했다; 그의 사전 검토는 주식의 공정한 가격이나 회사의 가치 평가를 다루지 않았다; 그는 그의 역할이 Pritzker 제안의 공정성 여부의 검토를 포함하지 않는다고 생각하였다; 그의 사무실에서 작성한 보고서는 "주식 가치가 무엇인지 말하기보다는 레버리지 매입 거래의 경우 가능한 가격을 검토하는 것"이었다고 보고하였다. Romans 는 다음과 같이 증언했다:

저는 이사회에 그 연구가 50 달러, 60 달러, 그 다음 55 달러, 65 달러 매각가격으로 가능하지 시뮬레이션을 돌였으며, 이는 제가 회사의 가치가 X 달러라고 결론내린것이 아닙니다. 그러나 그것은 가치평가의 한 방법 -- 그 결론을 위한 첫 걸음일뿐 입니다.

Romans 는 그의 의견으로는 55 달러가 "공정한 가격 범위"였지만 "범위의 시작 부분"이라고 이사회에 말했다.

Trans Union 의 사장인 Chelberg 는 Van Gorkom 의 프레젠테이션과 발표를 지지했다. 그는 "이사회 구성원에게 Pritzker 의 계약이나 제안에 대한 세부 사항에 관해 명확하게 전달됐는지를 확인하기 위해 참석했다"고 증언했다. 그는 Brennan 과의 토론에 참여하여 이 제안의 결의에 회사 가치 평가 의견이 필요하지 않냐고, 그는 이사회에서 "이 제안에 즉각적으로 행동 할 필요성"과 "55 달러의 타당성과 그것이 어떻게 입증 될지에 대하여" Van Gorkom 을 적극적으로 지지하였다고 증언했다.

9 월 20 일자 이사회 회의는 약 2 시간 지속되었다. Van Gorkom 의 구두 발표, Chelberg 의 지지 표명, Romans 의 구두 진술, Brennan 의 법률 자문 및 이사들의 회사 주식의 시장 내력에 대한 지식[9]만을 근거로, 이사들은 제안 된 합병 계약서를 승인했다. 그러나, 이사회는 승인 결의는 2 가지 추가 조건을 포함한 조건부 승인이었다고 추후 주장하였다: (1) Trans Union 이 시장 테스트 기간 동안 더 유리한 제 3 자 제안을 수락 할 권리를 유보 함; (2) Trans Union 은 제 3 자와 비공개 정보를 공유 할 수 있다는 조건. 이사회가 Pritzker 협약 발표 후 더 나은 제안을 수락 할 권한을 보유하고 있다고 주장하고 있지만 (그러나 이러한 내용은 회의록에 반영되지 않았다), 이사회가 적극적으로 제 3 의 합병제안을 요청할 권리를 유보하지 않았다는 점에는 이견이 없다.

이 합병 계약은 9 월 20 일 저녁 Van Gorkom 이 본인이 주최하는 시카고 오페라 개막을 축하하는 공식 사교 행사장에서 서명하였다. Van Gorkom 및 다른 어떤 이사도 합작계약을 읽지 않고 계약에 서명하고 Pritzker 에 전달하였다.

* * *

9 월 22 일 월요일, 회사는 Trans Union 이 Pritzker 지주 회사 인 Marmon Group, Inc. 의 계열사와 "최종적인"합병 계약을 체결했다는 보도 자료를 발표하였다. 공개 발표 후 10 일 이내에 합병에 대한 고위 경영진 간의 반대의견이 확산되었다. 주요 임원들의 사임을 차단하기 위하여, Van Gorkom 은 합병계약을 몇 조항 수정하기로 합의한 Pritzker 를 만났다. Pritzker 는 Van Gorkom 이 주요 임원들을 설득하여 임원들이 합병 완료 후 6 달 이상 이직하지 않는다는 조건으로 계약 수정에 합의하였다.

Van Gorkom 은 10 월 8 일 이사회를 재 소집하고 제안 된 개정안에 대한 – 수정계약을 보지 않은 상태에서 – 이사들의 승인을 확보했다. 이사회는 또한 "시장 테스트"기간 동안 Trans Union 에 대한 제 3 의 매입 제안을 물색하는 목적으로 Salomon Brothers, 투자 870 * 870 은행의 고용을 승인하였다.

그 다음날 인 10 월 9 일 Trans Union 은 다음 내용의 보도자료를 발표하였다: (1) Pritzker 가 Trans Union 과의 합병을 완결하는 데 필요한 자금을 확보하였다. (2) Pritzker 가 Trans Union 보통주 100 만 주를 주당 38 달러로 인수했다. (3) Trans Union 은 이제 다른 제안을 적극적으로 추구 할 수 있었으며 그 목적을 위해 Salomon Brothers 를 고용했다. 그리고 (4) 1981 년 2 월 1 일 이전에 더 유리한 제안이 접수되지 않을 경우, Trans Union 의 주주들은 Pritzker 제안에 대해 투표를 한다.

Pritzker 가 합의한 수정 합병계약안은 그 다음날인 10 월 10 일에서야 Van Gorkom 에게 전달되었다. 아래에서 설명되듯이, 수정 합병계약안은 Van Gorkom 이 10 월 8 일 이사회에서 보고한 개정안 내용과 상당히 다른 내용이 포함되었다; 수정계약안은 Trans Union 이 제 3 자와 좀더 유리한 조건의 계약 협상을하고 Pritzker 협약을 철회 할 수있는 능력에 심각한 제약을 가했다. 그럼에도 불구하고 Van Gorkom 은 그러한 수정 합병 계약안을 다른 이사와 더 이상 상의하지 않고 본인도 그러한 수정안 내용을 인지하지 않은 상태에서 수정합병계약에 서명하였다.

* * *

Salomon Brothers 의 10 월 21 일부터 1 월 21 일까지 3 개월 동안의 노력으로 General Electric Company 의 자회사 인 Trans Union - General Electric Credit Corporation ("GE Credit") 단 1 의 매수가능자를 찾았다. 그러나 GE Credit 은 Trans Union 이 Pritzker 와의 합병 계약을 먼저 철회하지 않는 한 Trans Union 에 대한 공식적인 제안을 제출하기를 거부하였다. Pritzker 가 계약의 철회를 거절하자, GE Credit 은 1 월 초에 Trans Union 과의 추가 논의를 종료하였다.

한편, 12 월 초, Trans Union 에 대한 공식 매수 제의를 제출한 유일한 다른 관심사 인 Kohlberg, Kravis, Roberts & Co. ("KKR") 투자 회사는 아래 상세히 설명 된 상황에서 제안을 철회하였다.

12 월 19 일 이 본 소송이 시작되었고 4 주 이내에 원고는 Van Gorkom, Chelberg 및 CFO Romans 를 포함하여 Trans Union 의 10 명의 이사 중 8 명의 사전 심사(deposition)을 완료하였다. 1 월 21 일, 2 월 10 일 주주 총회에 대한 경영진의 대리권권유자료(proxy statement)가 주주들에게 발송되었다. 1 월 26 일, Trans Union 이사회가 개최되어, 오랜 논의 끝에 Pritzker 합병을 진행하기로 결정했다. 이사회는 또한 보충대리권권유자료(supplement to proxy statement)를 "1 월 27 일경에" 발송할 것을 승인하였다. 본 보충 자료는 첫 대리권권유자료에 누락된 Pritzker 합병 계약과 관련된 모든 정보를 포함하였다고 주장되었다.

* * *

2 월 10 일, Trans Union 의 주주들은 Pritzker 합병 제안을 승인하였다. 발행 주식 중 69.9 %가 합병에 찬성 투표를 받았다; 7.25 %는 합병에 반대하였다. 22.85 %는 투표하지 않았다.

II.

우리는 9 월 20 일 이사회 회의에 경영판단의 원칙이 적용되는지 문제를 판단한다.

Chancery 법원은 본건 증거를 근거로 Pritzker 합병 제안에 대한 이사회 승인이 경영판단의 원칙의 보호 범위에 들었다고 판단하였다. 법원은 이사회가 Pritzker 제안을 1980 년 9 월 20 일, 10 월 8 일, 그리고 마지막으로 1981 년 1 월 26 일의 3 번의 이사회에서 충분한 시간과 주의를 기울여 검토 하였다고 판단하였다. 법원은 이사회가 4 개월 동안 인수 합병 제안서에 대한 충분한 정보를 수집하고 검토하여 경영판단을 하였다고 871 * 871 판단하였다. 법원은 다음과 같이 판결했다.

... Trans Union 주식의 시장 가치, Trans Union 이사회 구성원의 사업 통찰력, 주식의 시가대비 상당한 프리미엄을 제공하는 Pritzkers 매입가 및 제 3 매수자가 제공되는 합병 가격에 대한 궁극적 인 효과를 감안하면 Trans Union 의 이사회가 Trans Union 의 주주들에게 최선의 이익을 가져다 줄 것으로 믿어지는 행동 방침을 결정함에 있어 무모하거나 경솔하게 행동하지 않았음을 의미한다.

Chancery 법원은 다음 하나의 사실만 판단하였다: 즉, 1980 년 9 월 20 일부터 1981 년 1 월 26 일까지의 이사회 행동이 무모하거나 경솔하지 않았으며 충분한 근거가 있었다는 사실. 이 궁극적 인 결론은 세 가지 종속적인 판단, 하나는 구체적이고 두가지는 묵시적 판단이었다. 법원의 구체적 판단은 Trans Union 이사회에게 9 월 20 일뿐만 아니라 1980 년 10 월 8 일과 1981 년 1 월 26 일 "Pritzker 제안을 거절 할 자유"가 있었다는 것이었다. 법원의 묵시적이며 종속적 인 발견은 (1) 1 월 26 일까지 법적 구속력이있는 합의가 이루어지지 않았고 (2) 더 유리한 제안이 가능하였다면, 시장 테스트가 그것을 생산했을 것이고[10] Trans Union 은 Pritzker 와의 계약상 그와 같은 더 유리한 제안을 받아 들일 자유가 있었다. 그러나 법원은 이러한 판단의 근거가 되는 사실이나 법리를 제공하지 않았으며, 본 소송의 기록은 그와 반대의 결론을 강요한다.

1 심법원이 법정심리를 통하여 판단한 사실에 대한 항소심의 판단 기준은 [*Levitt v. Bouvier*, Del.Supr., 287 A.2d 671, 673 \(1972\)](#)에 명시되어 있다.

[이러한 항소심에서] 이 법원은 전체 기록을 검토하고 적절한 경우 사실에 대한 자체 조사 결과를 내릴 권한이 있다. 우리의 검토 권한을 행사할 때, 우리는 증거의 충분 함을 검토하고 아래 발견의 타당성을 테스트 할 의무가 있다. 그러나 우리는 1 심법원 판사의 판단이 기록에 충분히 뒷받침되고 질서 정연하고 논리적인 연역 과정의 산물이라면, 우리가 1 심법원의 판사였다면 그와 다른 판단을 하였더라도, 항소심 판사로서 검토하면서 1 심 판사의 판단을 받아 들인다. 아래의 발견이 명백히 틀렸을 때만, 그리고 정의의 수행이 그를 요구할때만 우리가 1 심 판사와 다른 판단을 할 수 있다.

그러한 기준과 관련 법리를 본 사건의 기록과 1 심 법원의 판단에 적용하여, 우리는 Trans Union 이사회가 무리하거나 경솔하지 않았다는 1 심 법원의 최종 판단이 본 사건 기록과 상충되며, 논리적이고 연역법적인 과정에 의한 판단이 아니었다고 결론지었다.

원고는 1 심 법원이 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 기초 조건인 "적절한주의와 신중함"이 충족되었는지를 판단하지 않고 이사회에 유리한 판결을 하였다고 주장한다. 원고는 재판 법원이 피고 "1980 년 9 월 20 일 이후 발생한 상황"에 근거하여 이사들이 충분한 정보를 수집하고 검토한 후 결의하였다고 주장한다. 피고인들은 재판 법원이 1980 년 9 월 20 일 이후 상황이나 이사들이 그 이후 취득한 정보를 근거로 판단하였다는 주장을 부인한다. 피고들은 주당 55 달러를 받겠다는 결정에 대해 다음과 같이 주장한다: (1) 그들은 "highly qualified" (2) 그들은 "well-informed" (3) 그들은 "제안"에 대해 한번이 아닌, 세번이나 심사숙고했다. 872 * 872 이 사실과 법원의 검토기준을 근거로 피고들은 1 심법원 판사의 판결을 확정하여야 한다고 주장한다. 우리는 동의할 수 없다.

델라웨어 법에 따르면 경영판단의 원칙은 회사의 사업과 업무는 이사회에 의하여 관리된다는 원칙 (회사법§ 141 (a)에 입법화되었음)에 따른 것이다.[11] *Pogostin v. Rice*, Del.Supr., 480 A.2d 619, 624 (1984) ; *Aronson v. Lewis*, Del.Supr., 473 A.2d 805, 811 (1984) ; *Zapata Corp. v. Maldonado*, Del.Supr., 430 A.2d 779, 782 (1981) . 경영업무를 수행함에있어 이사는 회사 및 주주에 대하여 확고한 수탁자의 의무를 이행해야 한다. *Loft, Inc. v. Guth*, Del.Ch., 2 A.2d 225 (1938), aff., Del.Supr., 5 A.2d 503 (1939). 경영판단의 원칙은 Delaware 이사에게 부여된 경영 권한의 완전하고 자유로운 행사를 보호하고 증진하기 위해 존재한다. *Zapata Corp. v. Maldonado*, supra at 782 . 그 원칙 자체는 "사업 결정을 내릴 때 기업의 이사가 충분한 정보에 근거하여 행동했으며 취해진 조치가 회사의 이익에 가장 합당하다는 정직한 믿음으로 행동했다고 추정한다." *Aronson*, supra at 812 . 따라서, 이사의 결정이 충분한 정보에 근거하지 않았다고 이견을 제시하는 자는 그 결정이 충분한 정보를 근거로 하였다는 가정을 반박해야한다. id.

경영 결정이 충분한 정보에 근거한 것인지 여부에 대한 판단은 이사들이 "경영 결정을하기 전에 적절한 노력으로 접근할 수 있는(reasonably available) 모든 중요한 정보를 수집하고 검토하였는지에 의하여 판단하게 된다. id.[12]

경영판단의 원칙에 따르면 "비논리적이거나 경솔한 (unadvised) 판단"을 한 이사에 대한 보호는 없다. *Mitchell 대 Highland-Western Glass*, Del.Ch., 167 A. 831, 833 (1933). 결정을 준비하기 위해 충분한 정보를 수집하여야 하는 이사의 의무는 그가 회사와 주주에 대한 수탁자의 의무에서 파생된다. *Lutz v. Boas*, Del.Ch., 171 A.2d 381 (1961) . *Weinberger v. UOP, Inc.* 참조; *Guth v. Loft*, supra. 이사는 회사의 업무를 관리하는 책임을지기 때문에 다른 사람을 대신하여 행동한다는 인식하에 그 의무를 이행해야한다. 그러한 의무는 불충실하거나 자기 거래를 용납하지 않는다. 그러나 수탁자의 의무 이행함은 단순한 불성실이나 사기의

결여이상을 요구한다. 타인의 금전적 이해를 대표하는 것은 이사에게 그러한 이해 관계를 능동적으로 보호하고 본 사건의 형태 및 상황에 대한 정보를 평가하는 데 비판적인 시각으로 업무를 이행할 의무를 부여한다. *Lutz v. Boas*, *supra*; *Guth v. Loft*, *supra* at 510 참조. *Donovan v. Cunningham*, 5 CIR, 1455 716 F.2d, 1467 (1983); *Doyle v. Union Insurance Company*, Neb.Sup., 277 NW2d 36 (1979); *Continental Securities Co. v. Belmont*, NY App., 99 NE 138, 141 (1912) 비교.

따라서 충분한 정보에 근거한 한 경영 판단을 수행하는 이사의 의무는 이사의 주의 의무에 있으며, 이는 충실 의무와 구별된다.(873 * 873). 본 건에는 사기, 불성실, 자기 거래 또는 그에 대한 증거에 대한 어떠한 주장도 없다. 따라서, 이사회는 선의로 경영 판단에 도달했다고 추정되며 *Allaun v. Consolidated Oil Co.*, Del. Ch., 147 A. 257 (1929) 및 이사의 의도는 본 건의 이슈들과 무관하다.

이사의 주의 의무 위반에 적용도는 판단 기준은 최근 이 법원에 의해 다시한번 정리되었다. *Aronson*, *supra* 에서 우리는 다음과 같이 언급하였다:

Delaware 사례는 여러 용어를 사용하여 이사의 주의의무 기준에 대하여 언급했으나, 우리의 경영판단의 원칙에 의한 이사의 책임은 중과실 기준을 전제로 한다. (각주 생략)

473 A.2d at 812 .

우리는 다시 그 판단을 확인한다. 우리는 중대한 과실 기준이 이사회의 경영 판단이 충분한 정보의 수집과 검토에 근거한 것인지의 적절한 판단기준이라고 생각한다. [13]

델라웨어 기업들의 합병과 관련하여, 이사 각각은 델라웨어 회사법 251(b)조에 의거하여 [14] 다른 동료 이사들과 함께 합병안을 승인할지 여부를 결정함에있어서 충분한 정보를 수집하고 검토하고 그를 주주에게 제시할 지를 판단하여야 한다. 합병의 결정에 대하여, 이사는 합병에 대한 검토 의무를 유기하고 모든 결정을 주주에게 넘길 수 없다. *Beard v. Elster*, Del.Sup., 160 A.2d 731, 737 (1960). 델라웨어 회사법 제 251(b)조의 요건을 충족하는 합병 계약만 제 251(c)에 의거하여 주주들에게 제출 될 수 있습니다. *Aronson v. Lewis*, *supra* at 811-13 를 일반적으로 참조; 또한 *Pogostin v. Rice*, *supra*, 참조.

Trans Union 이사들이 *Pritzker* 합병 제안을 승인하기로 투표함에있어 충분한 정보에 입각 한 경영 판단을 하였는지는 위의 그러한 기준에 의거하여 법리적 및 사실적인 테스트 되어야 한다.

III.

피고들은 주당 55 달러를 받고 *Trans Union* 을 매각하겠다는 결정이 충분한 정보에 입각한 경영 판단인지의 결정은 그들이 9 월 20 일에 알고 소집한 정보뿐만 아니라 그 이후 1981 년 2 월 주총의 승인이 있기 874 * 874 전 4 개월의 기간 동안 소집하고 알게된 정보를 함께 고려하여야 한다고 주장했다. 피고는 그렇게 9 월 20 일의 자신들 행동의 의미를 축소하고 *Pritzker* 제안을 받아들이겠다는 결정이 충분한 정보에 근거하였는지의 판단 기간을 늘리려고 노력한다. 따라서, 피고들은 1 심법원이 9 월 20 일부터 1981 년 1 월 26 일까지 이사들이 어떠한 노력을 하였고 이해하였는 지를 이사들이 충분한 정보를 근거로 경영판단을 하였는지의 판단에 고려한 것이 적절하였다고 주장한다. 우리는이 사후(post hoc) 방법에 동의하지 않는다.

이사들이 1980 년 9 월 20 일에 회사를 "매각"한다는 결정이 충분한 정보에 근거한 결정이었는지 여부는 그 결정 시점에 이사들이 적절한 노력으로 소집할 수 있고 *Pritzker* 합병 제안에 대한 경영결정에 관련된 정보만을 근거로 하여 판단되어야 한다. 이는 이사들이 그들의 기존 결정을, 충분한 정보에 근거하여 추가 결정과정을 통하여, 변경할 수 없다는 의미가 아니다. 우리가 말하는 것은 9 월 20 일 계약서의 조건에 따라 이사들이 회사 매각 동의에 대해 충분한 정보에 근거한 경영 판단이었는지 여부에 대한 질문은 사실 2 질문이라는 것이다. (A) 이사가 충분한 정보를 근거로 1980 년 9 월 20 일 경영 판단을 하였는지; 그리고 (B)

그렇지 않은 경우, 1980년 9월 20일 이후의 이사들의 행위로 9월 20일 판단의 하자를 치유하였지 이다. 우리는 9월 20일 판단이 충분한 정보에 근거하였는지를 검토한다.

-A-

사건 기록을 검토하여 우리는 이사회가 1980년 9월 20일 Pritzker 현금 합병 제안에 따라 주당 55 달러로 회사를 "매각"한다는 결의에서 충분한 정보에 입각한 경영판단이 아니었다고 결론을 내린다. 우리의 이유를 요약하면 다음과 같다:

이사들은 (1)는 회사의 강요된 "매각"과정과 매각 가격의 결정과정에 Van Gorkom 의 역할에 대하여 충분한 정보를 수집하지 않았다; (2) 회사의 본질적인 가치에 대해 충분한 정보를 수집하지 않았다; 그리고 (3) 이러한 상황을 고려할 때, 위기 또는 비상 사태의 긴급함없이, 사전통보 없이 개최된 회의에서 단 2 시간의 검토이후 회사의 "판매"를 승인한 것은 중대한 과실이였다.

언급 한 바와 같이, 이사회는 9월 20일 현금 아웃 합병의 승인을 주로 Van Gorkom 의 프리젠테이션에 근거하였다. Van Gorkom 과 Chelberg 를 제외한 이사들 중 누구도 회의의 목적이 Trans Union 의 현금 합병을 제안하는 것이라는 사전 지식이 없었다. 그 이사회에 Chelberg, Romans 및 Peterson 이외의 다른 고위 경영진이 참석하지 않았으며, Romans 와 Peterson 은 매각 제안을 회의 1 시간전에 알았을 뿐이다. 법무실장 Moore 와 전 법무실장 Browder 변호사는이 회의에 참석했지만, 회의의 목적과 계약서에 대하여 똑같이 알고 있지 않았다.

제안 된 거래에 관한 어떠한 문서가 없기 때문에 이사들은 Van Gorkom 의 20 분 구두 발표에 전적으로 의존해야했다. 서면으로 된 합병 조건에 대한 어떠한 요약 자료도 제시되지 않았다; 이사는 회사 매각가격인 주당 55 달러 적절성을 뒷받침하는 어떠한 문서도 제공받지 못했다; 이사회는 Van Gorkom 이 읽어 보지 않았고, 다른 이사 어느 누구도 읽지않은 계약에 대하여 Van Gorkom 의 프레젠테이션에만 의존하여야 하였다.

델아웨어 회사법 제§ 141(e)[15] 는 "이사들은 임원이 작성한 보고서에 대해 875 * 875 선의로 믿을 때 그에 대한 어떠한 책임을 지지 않는다고 보호한다." Michelson v. Duncan, Del.Ch., 386 A.2d 1144, 1156 (1978) ; 일부 확정, 다른 일부 기각, Del.Supr., 407 A.2d 211 (1979). Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co., Del.Supr., 188 A.2d 125, 130 (1963) 참조; Prince v. Bensinger, Del. Ch., 244 A.2d 89, 94 (1968) . "보고서"라는 용어는 넓게 해석되었고, 기업 임원이 비공식적인 사적인 조사 보고서도 포함된다고 하였다. Cheff v. Mathes, Del.Supr., 199A.2d, 548, 556 (1964). 그러나 Pritzker 제안과 관련하여 §141(e)에 정의 된 "보고서"가 9월 20일 이사회에 제출되었다는 증거는 없다, Van Gorkom 이 보지도 않은 합병 계약안에 대한 구두 보고나 Romans 의 레버리지 매각 가능성에 대한 간략 검토에 대한 구두 보고는 다음의 사유로 §141(e)의 "보고서"라고 할 수 없다: Van Gorkom 는 합병계약 주요내용에 대하여 알고 있는 않았기 때문에 그의 구두 보고는 본질이 부재하였다. Romans 의 진술은 회사의 본질가치에 대한 검토와 상관없었기 때문에 이사들이 고려하였던 이슈들과 무관하였다. §141(e)에 의한 보고서는 최소한 이사들이 검토하는 이슈와 연관성이 있어야 하고, 그 외로 맹목적이지 않은 선의의 의존이 가능하여야 한다.

정황을 전반적으로 감안하면 – 사안에 대한 사전 통보없이 서둘러 회의를 소집한 사실, 매각의 필요성에 대한 사전 검토없이 회사를 매각하겠다는 결정, Pritzker 의 시간적으로 강압적인 매각 조건, 완벽하게 서면 검토 자료없이 승인한 정황 – 이사들은 Van Gorkom 과 Romans 에게 일정 수준의 문의 조사를 이행할 의무가 있었고, 그를 이행하였다면, 그들이 결의에 의존하였다는 것이 부족하였다는 사실이 명백하였을 것이다.

피고들은 다음과 같은 요인들에 의거하여 이사회 결정이 충분한 정보에 근거한 것이라는 재판 법원의 판결을지지하였다: (1) Pritzker 의 공모 가격인 \$55 와 Trans Union 주식의 당시 시세인 \$38 사이의 프리미엄 또는 차이; (2) "시장 테스트"기간 동안 위원회가 더 유리한 제안을

수락 할 수 있도록 9 월 20 일에 제출 된 계약의 개정; (3) 이사회는 "내부"및 "외부"이사의 전반적 경험과 전문성 [17];그리고 (4) Pritzker 의 매각제안을 거부하면 이사들을 상대로 소송이 제기될 수 있다는 Brennan 의 법률 자문에 의존한 사실. 우리는 위 각각에 대하여 아래에서 논의한다.

(1)

상당한 프리미엄은 합병을 추천할 수 있는 한 가지 이유를 제공하지만, 회사 가치에 대한 다른 신뢰할 수 있는 정보가 없으면 프리미엄 사실만으로는 공모 가격의 공정성을 평가할 수 있는 적절한 근거가 될 수 없다. 여기서 프리미엄의 적절성에 대한 판단은 역사적으로 저평가된 Trans Union 시장 가격과 Pritzker 제안 금액을 비교 한 것이다. 역사적 시장 가격을 근거로 하여 프리미엄이 적절한 회사의 실제 가치 876 * 876 를 반영했다고 결론하는 것은 명백히 틀렸으며, 불합리하다는 것은 피고의 증거도 그를 입증하고 있다.

9 월 20 일 이전에 Van Gorkom 과 Trans Union 이사는 합병 전 7 년 동안 회사 영업 이익이 꾸준히 증가 했음에도 불구하고 시장이 Trans Union 주식의 가치를 지속적으로 과소 평가했다는 것을 알고있었다. 이사회는 Trans Union 이 이전에 언급 한 바와 같이 ITC 를 모두 사용하지 못하고 있어 저평가 되었음을 알고 있었다. Van Gorkom 은 시장 가격이 Trans Union 의 진정한 가치를 정확하게 반영하고 있다고 믿지 않는다고 증언했으며 이사 여러명은 일반적으로 대부분의 최고 경영자가 시장이 자사의 주식을 과소 평가한다고 생각한다고 증언했다. 그러나 9 월 20 일, 이사들은 회사 주식의 시가가 회사의 매각과정에서 적절한 프리미엄을 계산하는 목적상 회사의 실제 가치를 반영하고 있다고 믿었다고 보인다.

그러나 이사들은 Proxy Statement 에서 그러한 입장을 바꿨다. 그들은 Trans Union 의 수익 전망이 "뛰어 났지만" 그러한 사실이 미래 주가에 반영 될 가능성이 없다고 밝혔다. 과거 거래와 관련하여 이사회는 최근 몇 년 동안 보통주가 거래 한 가격이 회사의 "본질적"가치를 반영하지 않았다고 밝혔다. 그러나 회사의 "본질적"가치를 언급하면서, 이사들은 본질적 가치에 대한 어떠한 수치를 언급하지 않았다. 더욱이, 그들은 시가에 대비한 프리미엄에 대한 단순 반응과 구체화된 근거없이 회사 자산의 가치가 장부가보다 "현저히 높다"는 일반적인 의견외에는 이사들이 회사의 본질적 가치를 구체적으로 판단할 아무런 근거가 없다는 사실을 공개하지 않았다. 본인들이 인정한 사실만으로도 회사 주식의 시가에 의존하여 회사의 가치를 평가할 수 없다고 하였다. 그러나, 그와 동시에 그들은 9 월 20 일 결의과정에서 Trans Union 주식의 시가가 프리미엄의 적절함에 대한 판단에 근거가 될 수 있다고 가정하였음을 인정하였다.

당사자들은 상장된 주식의 시가가 전적으로 소액주주의 주식 가치를 평가함을 인정하고 있으며, 따라서 시장 가격은 주식 1 주의 가치만을 의미한다. 그럼에도 불구하고, 이사회는 9 월 20 일 Pritzker 가 제시 한 시가 대비 프리미엄의 적절성을 Trans Union 의 현재 및 과거 주가와 비교함으로써 평가했다. (866 쪽의 각주 5 참조)

사실, 9 월 20 일 현재, 이사회는 Trans Union 의 지속되는 사업체로서의 본질적인 가치에 대한 결정을 삼을 다른 정보가 없었다. 9 월 20 일 당시, 이사회는 Trans Union 의 기업 전체의 가치를 평가를 시도하지 않았고, 그 이전에 회사를 매각하거나 인수 합병에 동의 한 적이 없었다. 따라서 개별 사업의 가치를 반영하는 다른 유능하고 가치있는 평가 정보로 평가되지 않는 한 프리미엄의 적절성을 판단하기는 불가능하였다.

앞서 언급 한 사실과 상황에도 불구하고 9 월 20 일 또는 그 이후에 이사회는 주당 \$55 가격이 회사의 현금 매각 상황에서 정당한 가치인지의 검토나 서면보고서를 요청하지 않았다. Trans Union 의 주요 자산은 사업에서 발생하는 현금 흐름이었음에는 이견이 없었다. 그럼에도 불구하고, 이사회는 회사 자산의 매우 중요한 요소를 고려하여 평가 연구를 요구하지 않았다.

우리는 충분한 정보를 근거로 하는 경영 판단을 뒷받침하는데 외부 평가 연구가 필수적이라는 것을 의도하지 않으며, 또한 외부 독립된 투자 은행가의 정당한 가격 공식적인 의견을

법적으로 요구한다고 명시하지 않는다. 흔히, 기 존재하는 업체의 내부자들이 외부 전문가들 보다 회사의 평가에 관련된 정보를 수집하기에 더 유리한 위치에 있으며, 적절한 상황에서 그러한 이사들이 경영진의 가치 평가 보고서를 근거로 결정하는 경영판단에 대하여 완전히 보호받을 수 있다. 877 * 877 8 Del.C. § 141 (e). 참조 Cheff v. Mathes, supra.

본 사건의 기록에 의하면 이사회는 회사의 최고 재무 책임자 Romans 에게 회사의 가치 평가 또는 주당 55 달러의 매수 가격의 적절성에 대한 평가 연구를 지시하지 않았다. 우리 앞에 놓인 기록에 따르면, 이사회는 \$55 가 레버리지 매각 상황에서 "공정한 가격 범위"내에 있었다는 Romans 의 답 이상을 요구하지 않았다. 어느 이사도 Romans 로부터 그 이상의 정보를 요구하지 않았다. 어느 이사도 그에게 왜 \$55 가 그러한 가격 범위의 저가 인지 물어 보지 않았다. 어느 이사도 Romans 에게 그의 연구에 대한 자세한 내용, 그것이 시행 된 이유 또는 어느 정도 세부적인 검토이었는지에 관해 물어 보지 않았다. 어느 이사도 그 보고서를 요청하지 않았고, Trans Union 의 재무 부서가 Pritzker 가 제시한 36 시간 내[18]에 공정성 검토 수행 할 수 있는지 물어 보지 않았다.

이사회 또는 어느 한 이사가 Romans 에게 질의하였다면, 아마도 그는 그가 검토 한 내용이 거칠고 예비 적이라고 증언하면서 응답했을 것이다; 그 연구는 회사의 공정 가치를 결정하기위한 것이 아니라 구매자의 차입 필요성에 대한 일정한 가정하에 회사의 예상 현금 흐름으로 자금을 조달하는 레버리지 매입의 타당성을 평가하는 것이었다고 말했을 것이다. Romans 는 아마도 이사회에게 매각 시점이 부적절하고 매각가격이 부족하다는 그의 견해 이며 다른 고위 경영진의 견해를 전했다.

본 기록에 이하면 이사회는 사전에 회사가치에 대하여 어떠한 검토를 하지 않은 상황에서 주당 \$55 이 적절하다는 Van Gorkom 의 주장을 받아들였다. 그리하여 이사회는 Van Gorkom 이 Pritzker 에게 55 달러의 가격을 제안했으며 Van Gorkom 이 레버리지 매수의 타당성을 결정하기 위해 고안된 계산에 따라 55 달러의 수치에 도달했다는 사실을 발견하지 못하였다.[19] 현금 매각 합병에 대한 세금 부담 또는 Pritzker 에게 부여된 100 만 주 옵션에 대한 가격이 어떻게 계산되었는지에 대한 어떠한 질문도 하지 않았다.

우리는 이사회가 \$55 가 적절하거나 공정한 가격이라는 Van Gorkom 의 진술에 절대로 신뢰를 할 수 없다고 말하지 않는다. §141 (e)에 의거하면, 이사는 회사의 가치 및 적절한 가격에 대한 회장의 의견을 신뢰할 수 있으나, 그는 그러한 회장의 의견이 건전한 근거로 도달 한 경우로 제한된다. 여기서의 문제는 이사들이 합리적으로 이용할 수있는 모든 정보를 수집하고 그를 검토하였는지 여부이다. 그들이 그렇게 했다면 그들은 \$55 의 원천과 계산과정을 알았을 것이고 그렇다면 그 가격을 합리적으로 신뢰할 수 없었을 것이다.

내부 및 외부 이사 중 투자 은행가 또는 재무 분석가가 없었다. 그러나 이사회는 내부 경영진 (특히 Romans) 또는 Trans Union 의 내부 사정을 알고 있는 외부 투자자문사인 Salomon Brothers (이사들은 시카고 사무실 소속 M&A 전문가들을 알고 있었다)에게 제안의 적정성에 대한 추가 정보를 요청하기 위하여 그날 오후로 회의를 휴회하거나 또는 Pritzker 에게 일요일 저녁 마감 시간 연장을 요구하지 않았다. 878 * 878

따라서, 본 기록은 9 월 20 일 이사회가 회사 매각가격인 주당 55 달러의 공정성에 대한 충분한 정보에 근거한 경영판단을 할 수 있는 가치평가에 대한 충분한 정보를 가지고 있지 않았다는 결론이 불가피하다.[20]

(2)

이제, 우리는 이사회가 Pritzker 제안을 받아들이기로 한 9 월 20 일 결정이 궁극적으로 9 월 20 일 이후의 "시장 테스트"로 합리적이었다고 판단된다는 피고의 주장을 판단하여야 한다. 이와 관련하여 이사들은 2 파트의 논쟁을 제시한다: (a) "시장 테스트"를 조건부로 하여 9 월 20 일 Pritzker 제안을 수락하였가 때문에 9 월 20 일 결정이 충동적이거나 충분한 정보의 검토를 근거로 하지 않은 경영판단이었다고 할 수 없다는 주장과; (b) \$17 의 프리미엄이 적절하였다는

가장 신뢰성이 있는 증거는 그 이후 90 일에서 120 일 사이의 시장테스트의 결과이라는 주장이다. 피고인들은 암시적으로 "시장 테스트"로 인하여 이사회가 다른 형태의 적정가격에 대한 검토를 할 필요성이 없었다고 주장하고 있다.

그러나, 본 사건의 기록은 피고의 주장을 뒷받침하지 않는다. 기록에는 다음 결론을 뒷받침할 증거가 없다: (a) 합병계약이 실질적으로 개정되어 이사회가 Trans Union 을 경매에 내놓고 최고 입찰자에게 매각할 자유가 있었다거나; 또는 (b) 공개 경매가 사실상 허용 되었다. 이사회기록에 이러한 사실에 대한 아무런 언급이 없다. 실제로 본 사건의 기록은 이사들이 9 월 20 일 저녁에 체결 된 계약 조건을 고려할 때 시장 테스트가 성취 될 것으로 기대할 수 있는 합리적 근거가 전혀 없다는 결론을 강요하고있다. 우리는 당사자들 사이에 이견이 없이 인정한 다음 사실에 의존하여 판단한다:

원고들이 소송 전 뿐만아니라 소송 중에도 수차례 요구하였음에도 불구하고, 피고들은 9 월 20 일 체결되었다는 합병계약을 제시하지 않았다. 피고들은 합병계약을 제공하지 못하는 사실에 대한 합리적인 사유를 1 심법원과 본 법원에 밝히지 않았다. 의미있는 사실은 피고인들이나 그들의 변호인 모두가 이 중요한 문서를 제공하였다고 구체적인 확인을 하지 않았다는 것이다. 따라서, 법원은 9 월 20 일에 계약조건의 검토과정에 이사로서의 주의의무를 충분히 이행하였다는 피고들의 주장을 확인할 수 있는 가장 중요한 증거를 검토할 수 없었다.

Van Gorkom 은 제출 된 계약서에 Trans Union 에게 다음 90 일간 시장테스트를 허락하는 내용이 포함되었다고 말했다. 그러나 그는 계약에 의해 Trans Union 이 그러한 제 3 자 제안을 적극적으로 찾거나 이미 공개된 정보 외의 내부 정보를 제 3 자에게 제공하는 것을 금지하고 있음을 인정하였다. 9 월 20 일의 원래 합병계약이 Trans Union 에 경쟁 제안을 수령하는 것을 허용했는지 여부조차도 논쟁의 여지가 있다. 피고인이 정당한 사유없이 원래의 합병 계약서를 제출하지 않은 사실은 원래 계약내용이 피고들의 위 주장을 뒷받침하지 않는다고 논리적 추측을 허용한다. *Wilmington Trust Co. v. General Motors Corp.*, Del.Supr., 51 A.2d 584, 593 (1947) ; *II Wigmore on Evidence* 291 (3d ed. 1940). 강한 증거가 존재하거나 제출가능한 상황에서 강한 증거를 제출하지 않고 약한 증거만 제출하면, 강한 증거가 불리한 결론을 뒷받침한다는 결론이 합리적이라는 원칙이 인정된지 오래된다. *Interstate Circuit v. United States*, 306 US 879 * 879 208, 226, 59 S.Ct. 467, 474, 83 L.Ed. 610 (1939) ; *Deberry v. State*, Del.Supr., 457 A.2d 744, 754 (1983). Van Gorkom 은 합병 계약을 읽지 않았음을 인정하면서 회사법에 따라 이사들은 기 체결한 계약 약정에도 불구하고 더 유리한 제안을 수락 할 수있는 권리와 수탁 의무를 보유하고 있다고 이해한다고 밝혔다. (III 부 B (3), 55 쪽 참조).

피고 이사들은 계약에 두 가지 개정안을 포함할 것을 주장하여 "시장 테스트"가 가능하게 하였다고 주장했다: (1) Trans Union 이 더 나은 제안을 수락 할 권리를 부여; (2) 회사 내부 정보를 경쟁 입찰자에게 배포 할 권리를 Trans Union 에 유보하는 것. 그러나 피고들은 Trans Union 이 경쟁 제안을 찾아 요청할 수있도록 계약을 개정하려고하지 않는다고 인정했다.

Trans Union 의 사외 이사 몇 명은 기존 계약 상 "더 나은 거래가 있다면 우리는 그것을 승인할 권리가있다"는 이해를 근거로 기존 계약에 동의했다고 단호하게 주장했다. Johnson 이사는 그렇게 증언하면서 다음 증언을 추가하였다: "그 내용이 계약서에 포함되지 않았다면, 그는 경영진이 이사회 결의안을 제대로 이행하지 않았다는 증거이다. 단, 나는 이행 여부를 알 수 없다." 피고가 "열린 문을 열어 둔다"고 지적 할 수있는 계약의 유일한 조항은 다음과 같은 밑줄이 쳐져있는합병 계약서 2.03 조(a)이다.

이사회는 주주들에게 합병 계약서를 승인(주주 승인)하고 채택할 것을 권고하고 필요 승인을 얻기 위해 최선의 노력을 기울인다. GL 은 Trans Union 이사들이 특정 상황 하에서 그와 상충되는 수탁자의 의무를 지닐 수 있음을 인정한다.

분명히 이 문구는 앞에서 설명한 두 가지 "조건" 중 어느 하나도 포함한다고 해석하기 어렵다: 좀 더 유리한 제안을 받아 들일 수 있는 권한이나 내부 비공개 자료를 제 3자에게 공개할 수 있는 권한. 피고들이 이 계약 조항의 해석을 확인하기 위한 가장 적절한 증인으로 Trans Union의 외부 변호사인 James Brennan이었을 것이다. 피고인이 다른 설명없이 Brennan 변호사를 증인으로 다시 부르지 않은 것은 그의 증언이 그들에게 도움이 되지 않았을 것이라는 논리적 추측을 허용한다. 피고의 주장의 신빙성을 더욱 떨어뜨리는 더 중요한 사실은 이사회가 관련 조항을 계약에 반영된 것을 확인하기 위하여 회의를 중단하지 않고 확인하지 않은 상태에서 회의를 종료하였다는 것이다. 위에서 언급된 바와 같이, 이사회기록에는 이러한 주장을 뒷받침하는 내용이 전혀 없다. 위에서 언급된 "조건" 또는 Trans Union이 시장 테스트 권한을 유보하였다는 내용이 회의에서 작성되었던 노트나 Pritzker의 제안을 승인하는 회의 공식 결의안 및 회의록에 언급되지 않았다. 그날 저녁 시카고 서극 오페라단 개막을 위한 Van Gorkom이 호스트하는 파티에서 Van Gorkom은 그와 다른 이사들이 읽지 않은 계약을 그대로 체결했다.

피고들은 Trans Union 이사회가 Pritzker 제안을 공개하면 시장에서 Trans Union의 매각사실을 인지하게 되고 관심있는 제 3자들이 매입제안을 제시할 것을 이해하였기 때문에 합병계약에서 Trans Union이 경쟁 제안을 적극적으로 모집하는 것을 금지한 조항의 의미가 미비하다고 주장한다. 그러나 이사회가 승인없이 9월 22일에 발표된 보도 자료는 Trans Union이 Pritzkers와 확정적 "합병계약"을 맺었다고 하였으며, 보도 자료에는 Trans Union이 더 높은 오퍼를 받고 받아들이는 제한된 권리를 언급하지 않았다. 이 보도 자료에는 Pritzker는 언제든지 880 * 880의 100만 신주를 발표 시점 당시의 시가보다 75센트 높은 가격에 구매할 수 있는 옵션을 부여 받았음을 공개적으로 포함하였다.

따라서, 사외 이사 몇 명의 이사회에 대한 주장과 상관없이, 본 사건의 기록은 Trans Union의 이사회가 9월 20일 또는 그 직후에 이사회가 Pritzker 제안 승인이 (1) "시장 테스트"와 (2) 주주 총회 전에 더 유리한 조건의 제안이 있는 경우, Pritzker 계약을 철회하고 제 3자의 제안을 수락할 수 있는 권리를 유보하는 조건하에 승인되었다고 판단할 근거가 없다는 판단을 강요한다.

(3)

Pritzker 제안을 수락하기 위한 근거로 프리미엄과 시장 테스트에 대한 이사회가 잘못된 의존함은 이사들의 경험과 세련함 자체로도 이사들의 9월 20일 경영판단이 충분한 정보를 근거로 한 합리적인 심의의 결론에 이르기에는 충분하다는 피고의 나머지 주장을 훼손시킨다.[21] *Gimbel v. Signal Companies, Inc.*, Del. Ch., 316 A.2d 599 (1974), *curiam aff'd*, Del. Supr., 316 A.2d 619 (1974)와 비교. 그 사건에서 1심법원은 매각가격이 심각하게 부적절하다는 주장을 근거로 이사회가 100% 소유한 자회사의 주식 매각 이행을 임시로 금지하였다. 그 결정은 경영진이 이사회에 "합리적이고 합리적인 결정을 내릴 수 있는 기회"를 부여하지 못해 경영판단의 원칙이 뚫렸다는 판단을 근거로 한 것이다. 316 A.2d at 615. 그 법원은 이사회가 세련됨과 경험; 회사의 급한 현금부족 상황; 에너지 크라이시스로 인한 회사의 원유와 가스 자산 가치의 하락 가능성 등의 상황에도 불구하고 그러한 결과에 도달했다. 그 법원은 이사회가 경영 판단 능력을 나타내는 증거에도 불구하고 다음의 중과실의 증거들의 비중이 더 크다고 판단하였다: 그 경영진이 이사회에 통보하지 않고 자산 매각을 협의하여 이사회에 매각제안을 기습한 정황; 매수인은 이사회에 즉각적 매각결정을 강요하고자 한 정황; 이사회가 1.5일의 사전 통보만으로 소집된 사실; 사외이사들에게 회의의 목적을 사전통보하지 않은 사실; 약 2시간의 회의로 \$4억 800만의 자산의 매각을 결의한 사실; 이사회는 결의 시점의 원유와 가스 자산의 시장가격을 확인하지 않은 사실. Signal 사건과 본 사건의 유사 상황이 의미있어 보인다.

(4)

피고들은 Van Gorkom의 요청에 9월 20일 회의에 참석 한 James Brennan 변호사의 법률 자문에 의존했다고 반론에서 주장한다. 아쉽게도 Brennan은 자신의 사무소가 피고의 대변인으로 본 소송에 참여 했음에도 불구하고 증인으로 출두하지 않고 재판에서 증언하지 않았다. Brennan이 9월 20일에 한 조언에 대한 동시 작성된 증거는 없으며, 단지 소명의 이사들이 그 이후 소송과 관련되어 회의에서의 발언에 대한 증언만 있다. Brennan이 증언하지 않았고 Brennan의 자문내용이라는 풍문(hearsay)은 1심법원이 원고의 이의 제기를 기각하고 받아들여진 증거로 본 법원은 피고의 발론의 판단 목적만으로 고려합니다. 실제로 Brennan이 그러한 자문을 제공하였는지에 대해서는 판단하지 않는다.^{881 * 881} 우리는 오직 피고인의 이사회 이후 수 개월 또는 수 년이 지난 이후, 스스로를 책임을 회피하기 위한 주장의 설득력을 판단한다.

몇몇 피고는 Brennan이 Delaware 법이 Pritzker 제안에 따라 행동 할 수 있기 전에 공정성 의견이나 회사의 외부 평가가 필요 없다고 조언했다고 증언했다. 주어진다면, 그 자문은 맞았다. 그러나 그것만으로 문제를 끝내지 못한다. 이사들이 적절한 경영판단을 할 수 있는 회사의 본질적인 가치에 관한 충분한 정보를 보유하지 않은 경우, 그러한 자문은 무의미하며, 피고의 여러 실패 기록을 감안할 때, 이 주장에는 아무런 반론의 가치가 없다.[22]

우리는 Trans Union의 이사회가 9월 20일에 Pritzker 합병 제안서에 동의하는 과정이 충분한 정보를 고려한 합리적인 심의를 하지 않은 중대한 과실을 범하였다고 결론을 내린다; 우리는 또한 1심 법원이 이사회가 9월 20일 이후 그러한 초기 오류를 치유하였는지 여부를 결정하기 전에 9월 20일 결의에 대한 문제를 고려하지 못한 사실이 법리적 하자였다고 판단한다.

두 번째 주장은 이사회가 주당 55달러의 제안을 거절하면 소송이 제기 될 것이라는 변호사의 자문을 받았다는 것이다. 물론 이사들이 어려운 또는 민감한 문제에 직면했을 때 이사들이 어떠한 결정을 하던지와 관계없이 자주 이사들을 상대로 소송이 제기되는 것은 기업 생활의 오늘날의 현실이다. 그러나 이 상황에 대한 변호사의 단순한 인정만으로 이사회가 명백하게 충분한 정보가 없이 합리적인 심의없이 특정 결의로 몰림을 당하는 것을 정당화할 수 없다. 합병이나 공개 매수를 거부함으로써 소송이 발생할 수 있지만 Delaware 법은 경영판단의 원칙 범위 내에서 이행된 경영판단에 대해서 이사회가 궁극적인 책임을 지지 않음을 분명히 한다. *Pogostin v. Rice, supra*. 따라서 변호사가 소송의 가능성을 인정한 사실만으로 충분한 정보를 근거하는 합리적 심의가 아닌 결의를 정당화하는 법률 자문이나 다른 어떠한 합법적인 근거가 될 수 있다고 결론 내릴 수 없다.

우리는 Brennan의 주장이 사건의 반론에 어떠한 영향을 미치지 않는다고 결론을 내렸기 때문에, 재판에 나타나지 않고 증언하지 않은 것에 기인 한 불리한 추론은 필요하지 않는다.

-B-

이제 우리는 9월 20일 이후 이사회 결의들이 충분한 정보를 근거로 하여 중대한 과실을 범하지 않았는지와, 충분한 정보를 근거로 행동하였다면, 법적으로 9월 20일의 과실을 치유하였는지를 검토한다.

(1)

첫째, 10월 8일 이사회 회의에 관해서: 그 목적은 9월 20일 회의의 여파에서 발생했다: (1) Trans Union이 9월 22일 발표한 “Marmon Group, Inc.의 계열사와 합병 할 확정 계약을 체결했다”고 보도 자료; (2) 고위 경영진의 반란.

Trans Union의 보도 자료는 다음과 같이 발표하였다:

즉시 발표:

Chicago, Il. – Trans Union Corporation 은 오늘 Trans Union 주주들이 보유한 Trans Union 주식 1 주당 현금 55 달러를받을 거래로 Marmon Group, Inc.의 계열사와 합병할 최종 계약을 체결했다고 발표했다. Marmon Group, Inc.는 시카고의 Pritzker 가족에 의해 콘트롤하는 회사이다.

이번 합병은 12 월 또는 1 월 초에 882 * 882 로 예상되는 주주 특별 회의에서 Trans Union 주주들의 승인을 조건으로한다.

1980 년 10 월 10 일까지 구매자는 구매자가 만족할만한 자금 조달을 얻지 못하면 합병을 해지 할 수있는 권리를 갖지만, 그 이후에는 그러한 권리가 없다.

관련 거래에서 Trans Union 은 Trans Union 보통주 100 만개를 주당 38 달러의 현금 가격으로 구매자 지명인에게 판매하기로 합의하였다. 그러한 주식은 합병 자금 조달이 1980 년 10 월 10 일 이전에 이루어 졌거나 구매자가 합병 자금 조달 조건을 포기하기로 선택한 경우에만 발행된다. 또한 뉴욕 증권 거래소에 Trans Union 이 곧 등록하려고하는 상장 신청서에 따라 신주의 상장 승인을 요청할 것이다.

거래의 완료는 또한 최종 프록시 스테이트먼트를 작성하고 다양한 서류를 작성하고 정부 기관의 승인 또는 동의를 얻어야한다.

이 보도 자료는 이사회가 "시장 테스트"를 수행 할 권리와 주주 총회 이전에 더 나은 제안을받은 경우 Pritzker 협약에서 탈퇴 할 수있는 권리를 유보하였다는 주장에 대한 언급을하지 않았다. 피고들은 또한 Trans Union 이 대체 제안을 수락 할 권리를 보유하고 있음을 명시하는 후속 공시를하지 않았다고 인정한다.

Pritzker 합병에 대한 공개 발표는 Trans Union 의 고위 경영진에 대한 "대거 (en masse)"반란을 가져왔다. Trans Union 의 탱크차 사업부 (가장 수익성이 높은 부서)의 책임자는 Van Gorkom 에게 합병이 취소되지 않으면 15 명의 핵심 인원이 사임 할 것이라고 경고했다.

위원회를 다시 소집하는 대신 Van Gorkom 은 개인적으로 Pritzker 를 만났고 그에게 전개되는 상황을 알리고 조언을 구했다. Pritzker 경영진의 불만을 극복하기위한 다음과 같은 제안을했다: (1) Trans Union 이 좀 더 유리한 제안을 수령할 수 있을 뿐만 아니라 능동적으로 찾아 볼 수 있게 합의 계약서를 수정할 것과; (2) 주주 총회를 1 월초에서 1981 년 2 월 10 일로 연기하는 안. Pritzker 는 그의 대가로 합병완료후 최소한 6 개월 이상을 회사에 남아 있겠다는 고위경영진의 합의를 요구하였다.

Van Gorkom 은 고위 경영진에게 경영진이 사임하지 않는 다는 조건하에 Trans Union 이 1981 년 1 월까지 경쟁 제안을 찾을 권리를 부여하도록 합병 계약서가 개정 될 것이라고 통보하였다. 고위 경영진의 반란은 일시적으로 잠재워 졌고; Van Gorkom 은 10 월 8 일 Trans Union 이사회의 특별 회의를 소집했다.

따라서 10 월 8 일 이사회 회의의 주된 목적은 Pritzker 와 동의하는 방식으로 합병 계약을 수정하여 Trans Union 이 "시장 테스트"를 수행하도록 허용하는 것이 었다.[24] Van Gorkom 은 합의된 개정안이 회사에 1 월 31 일까지 더 유리한 경쟁 오퍼를 공개적으로 찾아 볼 수있는 권리를 부여하려는 의도라고 이해했다. Van Gorkom 은 아마도 개정안에 대하여 10 월 8 일에 Trans Union 's 이사들에 그러한 설명을 전달하였을 것이다. 간략한 세션에서, 이사회는 제안 된 수정안 883 * 883 에 대한 Van Gorkom 의 구두 설명을 근거로 승인하였으나, 수정된 합병계약은 10 월 10 일에야 작성되었다. 그러나 이사들은 개정안이 완성되기를 기다리지 않고, 수정계약서를 보지도 않은 상태에서 그를 승인하고 Van Gorkom 에게 수정 계약을 수령하면 그를 체결할 권한을 부여했다.[25]

따라서, 10월 8일 이사회가 Pritzker의 "제안"을 재고하기 위해 소집되었다는 것이라는 1심 법원의 판단은 분명히 잘못된 것이다. 더욱이, 수정계약 초안조차도 작성하지 않았던 상황에서 수정 계약을 승인한 결의의 결과는 수정 계약 내용을 아래에서 검토하여 보면 명백해 질 것이다.

다음 날인 10월 9일, 그리고 계약이 수정되기 전에, Pritzker는 제안된 시장 테스트 수정안을 무력화 하였다. 첫째, Pritzker는 Trans Union에게 인수 자금 조달을 위한 조치를 완료했으며 당사자들이 상호 확고한 구매 및 판매 약정에 구속되었음을 알렸다. 둘째, Pritzker는 Trans Union의 자사주 100만 주를 주당 38달러 (현재 시장 가격보다 75센트 높은 가격)에 구입할 수 있는 옵션을 행사를 발표하였다. Trans Union의 경영진은 같은 날, 다음 내용의 보조자료를 발표하였다: (1) Pritzker의 Trans Union 인수를 위한 모든 자금 준비가 완료되었고, (2) Pritzker가 Trans Union의 자사주 100만 주를 주당 38달러에 매입하였다는 사실.

10월 10일 다음 날 Pritzker는 9월 20일 합병 계약 수정안을 Trans Union에 전달했다. Van Gorkom은 수정 계약안이 이사회가 이전에 부여한 권한과 일치하는지 여부를 검토하지 않고 모든 서류를 검토없이 체결하였다. 이사회는 이 수정안은 12월 2일에서야 승인하였다. 이사들이 10월 10일 수정계약안을 언제라도 읽었음을 확인하는 기록은 없다[26]

10월 10일 수정 합병계약은 Trans Union에게 경쟁 제안을 요구할 권한을 부여했으나 개정안은 다른 더 중요한 내용이 포함되어 있었다. 가장 중요한 내용은 Trans Union이 Pritzker 합병 계약을 해지할 수 있는 제3자 "오퍼"의 정의에 있다. 10월 10일 개정안에 따르면 더 유리한 제안만으로 Trans Union의 철수가 허용되지 않았다. Trans Union은 1981년 2월 10일 이전에 Trans Union이 제3자와의 합병 (또는 자산 매각)을 완료했거나 주주 승인을 제외한 "최종적인" 합병을 체결한 경우에만 Pritzker Agreement를 해지하고 합병을 포기할 수 있었다. 또한, 1981년 2월 10일까지의 시장 시험 기간의 "연장"은 다른 수정안으로 그 효력이 제한되었다: Trans Union은 Pritzker 합병 제안서에 대한 예비 proxy statement를 1980년 12월 5일까지 제출하여야 하고, 그를 1981년 1월 5일까지 주주들에게 발송하도록 최고의 노력을 하여야 한다는 조항들이다. 따라서 시장 테스트 기간이 연장된게 아니고 실제로는 단축되었다. (각주 29번 886쪽 참조)

우리는 본 사건의 기록에 의하면 884 이사회의 10월 884 * 8848일 행위는 9월 20일과 동일한 하자를 내포하고 있다고 판단을 요구하고 있다고 결론을 내렸다. 이사회는 이사회가 Pritzker와의 합병계약을 승인하거나 의도하지 않은 형태로 수정되는 결과를 허용했다. 1심 법원은 10월 8-10일에 발생한 상황의 중요성과 그 상황과 이사들의 행동의 충분성에 대한 관련성에 대해 충분히 인정하지 않았다. 1심 법원의 서면 의견은 다음 사항을 무시하고 있다: 10월 10일 계약 수정안; 이사회가 수정계약 내용을 승인한 과정; 10월 9일 보도 자료와 10월 10일 개정안이 시장 테스트의 가능성에 미치는 영향; 그리고 주주들이 Pritzker 합병을 승인 할 것을 권고함에 있어 이사들의 시장 테스트 의존성에 대한 합리성에 관한 궁극적인 질문.

우리는 10월 8일 이사회가 중대하게 과실로 행동했다고 결론을 내리며: 이사들이 의존한 Van Gorkom의 구두 보고가 이사들이 합리적으로 신뢰할 수 있는 §141(e)에 의거한 "보고서"로 인정되지 않는다는 사실을 밝힌다. 또한, 수정한 계약은 Trans Union의 제3자 제안을 수락하는 경우에 부과되는 조건이 9월 20일 조건보다 더 부담스럽다. 10월 10일 이후, Trans Union은 제3자와의 확정적이며 자금조달 등의 조건이 없이 체결한 합병계약에 포함된 제3자의 더 유리한 제안만 수락할 수 있다.

10월 10일 수정계약과 10월 9일의 보도 자료는 Trans Union의 이사회를 Pritzker 협약에 묶는 결과를 주었다. Pritzker는 Trans Union의 이사회가 Pritzker 제안에 대한 proxy statement를 주주들에게 제출하여야 하는 시점보다 8주 전에 제3자 제안을 찾을 가능성을 차단하였다.

(2)

다음으로 9월 20일 이후의 이사회 행동의 "치유 효과"에 관해서 우리는 Van Gorkom의 KKR 제안에 대한 반응과 "시장 테스트"결과를보다 자세히 검토한다.

KKR 제안은 Pritzker 합병 계약에 이어 최초이자 유일한 제안이었다. 이 제안은 주로 Romans 및 기타 고위 간부가 Pritzker가 Trans Union을 인수하는 대안을 제안하려는 노력에서 비롯된 것이다. 9월 말, Romans 등은 Van Gorkom을 제외한 모든 경영진에 의한 레버리지 매수 가능성에 대해 KKR에 연락했다. 10월 초 KKR의 Henry R. Kravis는 Romans에게 Trans Union의 보통주를 KKR의 "100% 구매 제안"에 대한 서면 통지서를 보냈다.

그 후 12월 초까지 Romans와 경영진은 KKR과 협력하여 제안서를 준비했다. 그들은 Van Gorkom의 마지못한 듯한 동의를 받아 구매 제안을 추진하였다. 12월 2일 Kravis와 Romans는 Van Gorkom에게 Trans Union의 자산과 채무를 모두 인수하고 주당 60달러에 상당하는 현금을 지급하는 공식 서신 제안을 전달하였다. 이 제안은 6,500만 달러의 지분 및 융자 자금 조달을 조건으로 하였으며 Kravis는 그 중 80%를 이미 조달하였다고 통보하였다. KKR 편지는 매입 비용의 대출 부분에 대한 주요 은행들과의 논의를 언급했으며, KKR은 "2~3주 이내에 은행 파이낸싱 ***에 대한 확정 될 것"이라고 밝혔다. 구매 그룹은 Van Gorkom을 제외한 Trans Union의 고위 경영진과 캐나다 대기업이었다. Kravis는 그들이 Trans Union과 Pritzker 계약에 포함된 조건과 "실질적으로 동일한"조건의 "최종 합의"를 체결 할 의사가 있다고 밝혔다. 이 제안은 Trans Union의 이사회에 전달되었으며 그날 오후 예정된 이사회와의 회의가 요청되었다.

Van Gorkom의 KKR 제안에 대한 반응은 완전히 부정적이었다; 그는 885 * 885의 자금 조달 여건 때문에이 제안을 확고한 것으로 보지 않았다. Pritzker의 제안이 유사한 조건이었을 뿐만 아니라 이사회가 그를 신속하게 받아 들여 졌었던 사실이 지적 되었으나, 별 효과가 없었다. Van Gorkom은 제 3자 제안을 "차단할 수" 있다고 주장하며 KKR의 제안 사실을 발표하자는 Kravis의 요청을 거부했다.[27] Romans와 Kravis는 그들의 계획안이 Trans Union의 이사회에 그 오후 제시 될 것이라고 이해하고 떠났다.

수 시간 내에 그리고 예정된 이사회 회의 직전에 Kravis는 자신의 서신 제안을 철회했다. 그는 Trans Union의 철도 차량리스 운영 책임자 (Chief Officer)가 KKR 구매 그룹에서 탈퇴한다는 결정이 제안 철회의 갑작스런 결정의 배경이라고 설명했다. Van Gorkom은 Romans와 Kravis와 만난 직후 차량리스 운영 책임자와 그의 KKR 구매 그룹에 참여한 것에 대해 이야기했다. 그러나 Van Gorkom은 리스 운영 책임자의 변신에 대한 책임을 부인했다.

그날 오후반 이사회 회의에서 Van Gorkom은 KKR 제안을 이사에게 알리지 않았다. 왜냐하면 그는 "죽었다"고 생각했기 때문이다. Van Gorkom은 1월 20일까지 KKR에 다시 연락하지 않았다가 이 소송의 현실에 직면했을때 그는 협상을 재개하려고 했다. 그러나 KKR은 2월 10일 주주 총회가 임박했기 때문에 거절 했다.

Trans Union에 대한 GE Credit Corporation의 관심은 11월까지 구체화되지 못했으며, 1월 중순까지 서면 제안을하지 않았다. 그나마도 그 제안은 매수제안의 형태가 아니었다. 매수제안을 할 시간이 있었다면, GE Credit은 Pritzker가 제안한 주당 55달러 보다 주당 2달러에서 5달러를 제안 할 준비가 되어있었다. 그러나 GE Credit은 60~90일의 추가기간이 필요했고, Pritzker가 2월 10일 Trans Union의 주주 총회에 대한 "최종 기한"을 연장 한 것에 대해 양보하지 않으면 정식 제안을 제출할 수 없었다. 이전에 언급했듯이, Pritzker는 그러한 연장을 허용하지 않았고, GE 크레딧은 1월 21일 Trans Union과의 추가 협상을 종료했다. GE Credit은 Pritzker가 \$55 현금 매수 제안을 철회하지 않은 상태에서 Pritzker와 경매 입찰에 개입하지 않겠다는 등이 종료 결정의 사유라고 언급하였다.

Trans Union 이사들의 시장 테스트 및 타당성에 대한 신뢰의 합리성에 대한 1심 법원의 명시적인 판단이 없는 한, 우리는 본 사건의 기록에 기초하여 자체 판단을 할 수 있다. 본 기록에 대한 검토 결과, 1980년 10월 10일에 개정된 Pritzker와 Trans Union의 합병 계약의 조항 및 시간 제한하에서 자유롭거나 자유로운 시장 테스트로 Pritzker 제안의 적절성을 확인하는 것이 사실상 의미가 없다는 사실이 밝혀졌다.

(3)

마지막으로, 우리는 1981년 1월 26일 이사 회의를 검토한다. 피고 이사들은 그 이사회에서의 행동으로 Pritzker 합병을 승인함에 있어 충분한 정보에 입각한 경영판단이 아니었다는 주장을 반박할 수 있다고 주장한다. 피고인들은 1심 법원이 Trans Union의 이사들이 사실상 1월 26일에도 9월 20일과 동일하게 "Pritzker 제안을 거절할 수" 있었다는 판단이 정확하였다고 주장했다.

위 언급된 *Levitt v. Bouvier*에서 명시된 검토 기준을 적용하여, 우리는 1심 법원의 그러한 판단이 본 사건 기록에 의해 도출되지 않았으며, 논리적인 연역 과정의 결과로도 지지되지 않는다고 결론 내린다. 충분한 정보를 근거로 하지 않은 이사회 경영판단이 적절한 상황에 따라 추후 충분한 정보를 근거로 하는 경영판단으로 인정될 수 있다는 원칙을 인정하면서, *Muschel v. Western Union Corporation, Del. Ch., 310 886 * 886 A.2d 904 (1973)*, [28] 우리는 본 사건의 기록으로는 피고들이 이 원칙을 주장할 수 없다고 판단한다.

이사회 1월 26일 회의가 12월 중순 원고의 소송 제기 후 첫 회의이고, 2월 10일 주주총회 전 마지막 회의이었다. [29] 이사회 모든 구성원의 10명과 외부 변호사 3명이 참석하였다. 이 회의에서 합병과 관련된 다음 사실 등이 논의되었다:

- (a) 1980년 9월 20일 이전에 이사들이나 Chelberg와 Peterson을 제외한 고위 경영진이 Van Gorkom이 Pritzker와 합병 가능성에 대해 논의하였음을 알지 못하였다는 사실;
- (b) 주당 \$55는 Van Gorkom이 Pritzker에게 처음 제안하였다는 사실;
- (c) 이사회가 매각 가격에 대한 독립된 전문가의 공정성 의견을 요구하지 않은 사실;
- (d) 9월 20일 고위 경영진 회의에서 Romans와 몇몇 고위 경영진은 주당 \$55가 부적절하다는 우려와 더 높은 가격을 받을 수 있다는 의견을 제시하였던 사실;
- (e) Romans가 9월 20일 이사회에서 Romans의 사무실의 검토에 의하면 회사의 적정가치는 주당 \$55에서 \$65 사이이며, Pritzker가 제시한 주당 \$55의 제안이 불공정하다고 확정할 수는 없다고 자문한 사실.

피고들은 1월 26일 이사회 회의록을 Van Gorkom이 9월 13일에 협상을 시작한 후 "사건의 전체 순서"에 대한 "검토"로 규정한다. [30] 피고인은 또한 재판에서 여러 이사회 구성원의 887 * 887 회의록을 확인하는 증언에 의존합니다. [31] 이 증거에 근거하여, 피고들은 9월 20일 또는 10월 8일 회의에서 이사들이 적절한 경영판단을 하지 못한 부족한 정보들이 1월 26일에 모든 이사들에게 완전히 공개되었다고 주장한다. 따라서, Pritzker 합병을 "승인"한 1월 26일 이사회 결의는 충분한 정보에 근거하고 신중한 판단에 의한 것이었음이라는 결론이 불가피하다고 한다.

이 증거에 근거하여 피고는 (1) 피고의 합병에 대한 피고의 승인이 충분한 정보에 근거한 정당한 경영판단이었는지를 이사들이 이를 검토한 9월 20일부터 1월 26일까지의 4개월 기간을 전체적으로 검토하여야 한다는 1심 법원의 판단이 법리적으로 적절하였고; (2) 이 법원은 1월 26일 이사회 추가 심의 및 심의에 대한 광범위한 증거를 고려할 때 이사들의 조치가 무모하거나 즉각적이지 않았다는 1심 법원의 결론을 확인해야 한다.

우리는 동의 할 수 없다. 우리는 1심 법원이 1월 26일의 행위로 이사 피고들을 경영판단의 원칙의 보호 범위 내에서 가져 왔다는 판단이 사실관계 및 법리상 잘못되었다고 판단한다.

Johnson의 증언과 1월 26일 이사회 회의록은 현저하게 일치한다. 둘다 Pritzker 합병과 관련하여 1월 26일에 이사회가 취할 수 있는 결정의 근거는 법적문제이며, 이사회에게 다음 3 옵션이 가능하다고 생각하였다 (사전 심리를 통해 작성된 전체 기록을 검토 한 후 발견): (1) Pritzker 합병을 “계속하여 추천”; (2) " 888 * 888 주주에게 Pritzker 합병에 반대 투표를 권유; 또는 (3) 합병에 대한 입장을 취하고지 않고 "단순히 주주들에게 결정을 맡기는 방법."

우리는 1981년 1월 26일 이사회가 선택할 수 있다고 생각하였던 옵션에 대하여 이사회가 법리상으로 잘 못 판단하였다고 결론할 수 밖에 없다. Del.C. § 251(b)에 의거하여 옵션 (2)와 (3)은 불가능하거나 법적으로 가능하지 않았다. 이사회는 Pritzker 합병을 진행하면서 주주들에게 Pritzker 합병을 거부하라고 권장할 수 없었으며, 중립적인 입장을 취하면서 합병을 수락할지 거부할지에 대한 결정에 대한 이사회의 자문입장없이 주주에게 선택하게 할 수 없었다. §251(b)에 의거, 이사회는 다음 두 가지 옵션만 가졌다: (1) 주주들의 승인을 추천하면서 합병 및 주주 총회를 진행. 또는 (2) Pritzker와의 계약을 철회하고, 합병 승인을 철회하며, 제안된 주주 총회가 취소되었다는 사실을 주주들에게 알리는 것이었다. 이사회가 법적으로 가능 유일한 위 2 대안을 고려하였다는 증거는 없다.

그러나 두 번째 옵션은 분명히 상당한 위험을 수반 하였을 것이다. 이사들이 10월 10일 개정된 9월 20일 계약을 위반하였다는 Pritzker의 소송을 직면하게 되었을 것이다. 앞서 언급했듯이, 10월 10일 Pritzker와의 계약에서 해방 될 수 있는 유일한 방법은 회사를 제 3자에게 좀더 유리한 조건으로 매각하는 최종 계약을 체결하는 것이었다. 따라서 이사회가 "Pritzker 제안을 임의로 해지 할 수 있었다"는 1심 법원의 판단은 사실이 아니다. 실제로, 제 3자와 더 나은 계약을 협상하는 것 이외로 Pritzker 계약을 해지할 수 있는 방법은 Pritzker의 근본적인 위법행위를 입증하는 것이었다. 분명히, 이사회는 단순히 본인들의 충분하지 않은 정보를 근거로 한 경영판단의 하자를 근거로 임의로 Pritzker 계약에서 철회할 수 없었다. 참조 Wilmington Trust Company v. Culter, Del.Sup., 200 A.2d 441, 453 (1964), aff'g Pennsylvania Company v. Wilmington Trust Company, Del.Ch., 186 A.2d 751 (1962).

따라서, 1월 26일 이사들이 Pritzker의 "제안"을 거절할지 여부를 결정함에있어 충분한 정보에 근거한 경영판단을 하였다는 1심 법원의 결론은 근거가 없다.[32] 1심 법원의 결론은 기록에 의해 뒷받침되지 않는다; 법 §251(b) 및 계약법의 기본 원칙에도 위배된다; 그것은 논리적이고 추론적인 추론 과정의 산물이 아니다.

앞서 언급 한 바에 따라, 우리는 9월 이후의 행동으로 피고인들의 9월 20일의 결함을 치유하지 못했다고 판단한다. 따라서, 1심 법원이 피고들에게 경영판단의 원칙에 의한 혜택을 인정 한 것은 오판이었다.

IV.

Trans Union의 이사들의 행위에 대한 8 Del. 법 제 141(c)조하의 경영판단의 원칙을 개개인별로 또는 하나의 공동체로 적용할지는 피고들이 본 사건의 준비과정에 논의되지 않았다. 그로 인하여 다음 두 가지 기본 질문에 대한 보충 설명 및 두 번째 전원 심의회가 열렸었다: (a) 1명 또는 여러명의 이사가 신의 성실의 부재로 경영판단의 원칙의 보호를 받지 못했는지 여부. 및 (b) 외부 이사 중 1명 이상이 889 * 889 8 Del. 법 §141(e)에 의거하여 사내이사 및 이사회의 특별 자문 변호사 Brenna 이 제시한 보고서를 신뢰하고 신의 성실 원칙에 따라 행동하여 경영판단의 원칙의 보호를 받을 수 있는지.

당사자들의 답변과 재심의를 통하여 법원의 과반수는 다음과 같이 결론을 내렸다: (1) 사내이사와 사외이사 모든 피고 이사들이 통일 된 입장을 취하고 있기 때문에 우리는 모든

이사를 경영판단의 원칙에 의한 보호를받을 자격이 있는지에 관한 지에 대하여 동일체로 취급하여야 하며; (2) 이사회가 성실하게 행동했다고 추정하는 것을 포함하여 선의에 대한 고려는 이사들이 충분한 정보에 입각한 경영 판단을 행사했는지 여부와 무관하다. 같은 이유로, 우리는 변호인의 1 심법원의 판결을 확정하여야 한다는 *ad hominem* 주장을 거부해야한다; 1 심법원 판결의 파기는 개인적 이익이나 자기거래나 신의 성실의무 위반없는 피고들에게 충분한 정보가 없이 결의한 경영판단에 대하여 수백만달러의 배상 책임을 부과하는 결과를 초래하게 된다는 주장.

피고들의 사건 답변에서 피고들은 경영판단의 원칙을 본 사건에 적용하면서 선의와 "넓은 재량권"의 가정 범위를 너무 넓게 적용하여야 한다고 오판하였다.

원고가 독립적인 이사회의 경영판단 행사에 이의를 제기 한 사건이다. 이사들의 사기, 신의 성실 위배, 자기 거래에 대한 어떠한 혐의나 증거도 없다....

1 심법원이 정확하게 적용한 경영판단의 원칙은 이사에게 가치 평가 과정에 광범위한 재량권을 부여하고 정직한 의견 차이를위한 여지를 제공합니다. 승소하기 위해 원고는 합병 가격이 현저히 저 평가되어 그 자체로 사기로 인정될 수 있다는 어려운 입증 부담을 충족시켜야 한다. 원고는 그 부담을 충족시키지 못하였다.

그러나 원고는 주당 55 달러가 부적절한 가격이라고 주장하지 않았고, 1 심 법원도 그렇다고 판단하지 않았다. 즉, 판가의 적절성에 대한 이사회의 판단이 적절한 경영판단이었다는 가정은 (판가가 대폭 부적절하다는 증거가없는 경우) 그보다 근본적인 이슈인 이사들이 충분한 정보에 근거하여 내린 경영판단인지와는 관련이 없다. 비교 *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, Del.Supr., 280 A.2d 717 (1971). ; *Kelly v. Bell*, Del.Supr., 266 A.2d 878, 879 (1970) ; *Cole v. National Cash Credit Association*, Del.Ch., 156 A. 183 (1931) ; *Allaun v. Consolidated Oil Co.*, supra ; *Allen Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Co.*, Del.Ch., 120 A 486 (1923).

V.

피고들은 궁극적으로 2 월 10 일의 주주 투표로 면책을 받았다고 주장한다. 피고는 *Pritzker Merger Agreement* 를 압도적으로 승인 한 주주투표가 불충분한 정보를 근거로 합병 승인한 이사들의 책임을 명제하는 법적 효력이 있다고 주장했다.

당사자들은 합병을 승인함에있어 불 충분한 정보에 입각한 경영 판단에 도달하였다는 행위는 당연히 무효가 아니라 무효화 할 수 있다고 암묵적으로 동의하고 있다. 따라서 합병에 대한 충분한 정보를 제공받은 주주의 과반수 투표에 의한 합병 승인으로 이사회의 불충분한 정보에 의한 결의에도 불구하고 합병이 인정될 수 있다. Cf. *Michelson v. Duncan*, Del.Supr., 407 A.2d 211 (1979), part and rev'g part, Del.Ch., 386 A.2d 1144 (1978). 당사자 간의 의견 불일치는 (1) 이사회가 주주에게 모든 관련 중요 정보를 공개해야하는 부담과 (2) 이사회가 그 부담을 충족시키는 지 여부에 관한 증거의 충분성에 있다.

이 이슈에 대하여 1 심 법원은 "Trans Union 의 주주들에게 합병에 대한 정보를 공정하게 통보하였다고" 판단하였다. 법원은 890 * 890 추론을 제공하지 않았고 그에 대한 본 사건의 기록의 증거를 언급하지도 않았다.

원고는 1 심 법원이 회사의 합병에 대한 proxy statement 의 충분한 정보의 공개여부를 판단할때 "완전한" 정보 기준을 사용하지 않고 "적절한" 수준의 정보가 공개되었는지이 기준을 적용하였으며, 이는 법리적 오류였다고 주장한다. 원고는 또한 1 월 19 일자의 첫 proxy statement 와 1 월 26 일자의 보충 proxy statement 모두에 여러 가지 중요한 정보가 누락되어 있다고 주장하였다. 마지막으로, 원고는 경영진의 보충 proxy statement(1 월 27 일 또는 그

즈음에 우편으로 발송)가 Del.C. §251(c)항 또는 형평성 및 완전한 공평하고 공정한 공개의무 관점에서 시간적으로 너무 늦었다고 주장하였다.

피고는 법원이 법적 또는 형평법상의 오류를 범하지 않았다고 주장한다. 이사회에의 공시 의무 위반 여부에 대해, 피고들은 이사회에 요구되는 공시 기준에 대하여 재판과정에 이견이 없었다고 진술하였다; 그러나, 피고들은 합리적인 주주들이 합병을 승인할지 여부를 결정할 때 중요하다고 여겼을 "모든 관련된 사실"을 이사들이 공개해야 한다고 인정했다. 따라서 피고는 1심 법원이 회사의 주주가 경영진의 proxy statement를 통하여 적절한 정보를 받았다는 판단은 *Lynch v. Vickers Energy Corp.* Del.Supr., 383 A.2d 278 (1978)에 의한 완전한 공평하고 공정한 공개의무 기준을 충족하였다는 판단이라고 주장한다.

Delaware에서 정착된 규칙은 "충분한 정보를 가진 주주의 과반수가 이해상충관계가 있는 이사들의 행동을 승인하는 경우, 승인된 행동에 대한 공격은 실패하여야 한다"는 것이다. *Gerlach v. Gillam*, Del.Ch., 139 A.2d 591, 593 (1958). 주주들의 승인이 이사회 결의안을 비준할 수 있게 하는 주주들에게 제공된 정보가 충분한지 여부는 "경영진이 주주에게 제출한 proxy statement의 공정성과 완전성에 따라 결정된다." *Michelson v. Duncan*, supra at 220. 이 법원이 *Gottlieb v. Heyden Chemical Corp.*, Del Supr., 91 A.2d 57, 59 (1952)에서 언급하였듯이:

독립되고 완벽하게 관련 사실을 인지한 주주들의 승인은 전체 분위기를 새롭게하고 새로운 규정이 적용된다...

위 *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, supra에서, 이 법원은 기업의 이사들이 완전한 솔직한 분위기 속에서 문제가 되는 거래에 직접적으로 관련된 모든 사실을 공개하여야 하는 수탁자의 의무를 가지고 있다고 판단하였다. 우리는 "직접적으로 관련"되었다는 것을 합리적인 주주가 관련 주식을 매각하거나 보유할지를 결정하면서 그 판단에 중요하다고 생각하는 모든 정보를 의미한다고 정의했다. id. 281. Accord *Weinberger v. UOP, Inc.* supra; *Michelson v. Duncan*, supra; *Schreiber v. Pennzoil Corp.*, Del.Ch., 419 A.2d 952 (1980). 실제로 "직접적인 관계가 있음"은 중요한 사실을 의미한다.

이 표준을 우리 앞에 놓인 기록에 적용하면, Trans Union의 주주는 Pritzker 합병에 대한 모든 중요한 사실을 알지 못했으며 1심 법원의 그와 반대되는 판결은 명백히 잘못되었다. Proxy Statement에는 다음 주요 사실이 누락되었다.

(1) 저평가된 Trans Union의 주식시장 가격 이외에, 이사회는 주식의 본질적인 가치에 대한 적절한 정보가 없다는 사실은 주주들에게 중요한 사실이었다. *Weinberger*, supra at 709 (합병 가격 최고 \$24까지는 투자자 관점에서 좋은 투자기회라는 내부자의 보고서가 중요한 사실이라고 판단함); *Michelson*, supra at 224 (예측된 스톡 옵션 조건 및 의도는 중요한 사실이 아니라고 판단함); *Schreiber*, supra at 959 (경영수수료 \$65만 달러는 중요한 사실이라고 판단).

따라서, 이사회에게 평가 정보가 없었다는 사실이 공개되었어야 한다. 그러나 이사들은 Proxy Statement와 보충 Proxy Statement 891 * 891 그러한 정보가 없다는 사실을 은폐하였다. 9월 20일 회의에서 현저하게 알고 있지 않았었지만, 교묘한 문안을 통해 두 문서 모두 이사들이 회사의 본질적인 가치를 알고 있었다는 인상을 심어준다. 특히 Proxy Statement에는 다음 내용이 포함되어 있다:

이사회가 회사 자산의 본질 가치가 장부가보다 상당히 높을 것이라고 생각하지만 ... Trans Union과 같은 크고 복잡한 기업을 단시일내 청산하여 회사의 본질 가치를 실현하는 것은 기본적으로 가능하지 않다. 따라서, 합병 등의 기업 구조조정이 주주가 회사의 가치를 실현할 수 있는 유일한 실용적인 방법인 것처럼 보인다.

Proxy Statement에는 “이사들은 최근 몇 년 동안 회사의 보통주가 거래된 가격은 회사의 본질적 가치를 반영하지 못했다고 생각한다”는 추가 내용이 포함되었다. 이사회가 주주들에게 공개하지 못한 것은 이사회가 본질적 회사 가치에 대한 어떠한 검토를 하지 않았다는 사실; 이사회가 9월 20일 합병을 결의하기 전 또는 그 이후 10월 8일과 1월 26일 회의에서 본질적 회사 가치에 대한 논의조차도 하지 않았다는 사실들이다. Proxy Statement와 보충 Proxy Statement 모두에는 이사들이 매각가격의 시가대비한 프리미엄 규모와 가격/수익 비율이외에는 회사 사업전체의 정당한 가격을 판단할 수 있는 아무런 정보도 보유하고 있지 않다는 사실이 누락되어 있었다.

(2) 우리는 보완 Proxy Statement에 Romans의 보고서에 대한 내용이 허위이며 오해소지가 있다고 판단한다. 보완 Proxy Statement에는 다음과 같은 내용이 명시됐다:

1980년 9월 20일 Trans Union 이사회에서 Romans은 주당 55.00달러가 불공정한 가격이라고 말할 수는 없지만, 그가 준비한 보고서 초안에서 회사의 가치는 주당 \$55.00에서 \$65.00의 범위에 있다고 보고하였다.

이사회는 Romans가 그의 검토 계산은 “주식 가치를 말하는 것보다” 레버리지 매입 거래가 가능한” 가격을 확인하기 위한 것이기 때문에 “회사 가치가 X 달러라고 하는 것과 다른 의미”라고 보고한 내용이 누락되었다. 그 내용은 \$55 합병 가격의 공정성에 의문을 제기하는 효과가 있었기 때문에 합리적인 주주에게 중요한 사실이었을 것이다. 또한 피고들은 평가 정보가 없음을 누락하면서 여전히 “상당한 프리미엄”에 대해 반복적으로 언급했다.

(3) 우리는 “상당한”프리미엄에 대한 이사들의 언급이 주주들에게 오해를 줄 수 있다고 판단한다. 이사회는 주주들이 “상당한 프리미엄”을 받는다는 사실이 합병 지원의 주된 이유였다고 하였다. 그러나 이사들은 다른 가치 평가 기법으로 프리미엄의 적정성을 평가하지 않았다는 사실을 누락하여 저평가된 주식 시장 가격을 기초로한 프리미엄의 규모가 상당하다는 의견의 신뢰도를 의심스럽게 만들었다.

(4) 우리는 보완 Proxy Statement에 포함된 9월 20일 회의 이전의 특정 사건의 내용이 불완전하고 오해의 소지가 있다고 판단한다. Van Gorkom이 Pritzker에게 \$55의 매각가격을 제시했을뿐만 아니라 그 수치는 차입 매입 가능성을 목적으로 계산되었다는 사실은 합리적인 주주가 중요한 사실이라고 생각할 것임에는 이견이 있을 수 없다. 이사들은 Van Gorkom이 Pritzker에게 55달러의 가격을 제안했다고 공개하였다. 그러나 이사들은 Van Gorkom의 제안의 근거를 다음과 같이 기술하여 오해를 도발시켰다:

이러한 제안은, 최소한 부분적으로, Van Gorkom의 금융기관으로부터 매입자금 (약 2억 달러의 892 * 892 자본 투자금과 함께)을 정당화 할 수 있는 매입가격이라는 믿음에 근거한 것이다, ...

이사들은 1월 26일 이사회 전에 Van Gorkom이 55달러의 가격을 선택한 이유가 Pritzker가 그 가격으로 레버리지를 통하여 매각자금을 조달할 수 있을 뿐만 아니라, 융자금의 상당부분을 5년동안의 회사 현금흐름으로 반환할 수 있다는 사실이었음을 알고 있었으나 이를 공시하지 않았다.

(5) 1월 27일 이후에 발송된 보완 Proxy Statement에는 2월 10일 주총에서 표결하는 제안에 대한 첫 Proxy Statement에 포함되지 않았던 중요한 새로운 내용이 포함되어 있었다. 그 중 일부 내용은 이사들에게 1월 26일 새로 공개된 사실도 있었으나, 대부분의 내용은 1월 21일 이전에 이미 알려졌거나 알았어야 하는 내용들로 첫 Proxy Statement에 포함되지 않았었다. 그러나 주주들은 이러한 사실을 알지 못했다. 보완 Proxy Statement에 처음 공개된 “새로운”내용에는 다음과 같은 내용이 포함되었다:

- (a) 1980 년 9 월 20 일 이전에 Chelberg 와 Peterson 을 제외한 이사들이나 고위 경영진이 Van Gorkom 이 Pritzker 와 합병 가능성에 대해 논의했음을 알고 있지 않았다는 사실.
- (b) Van Gorkom 이 Pritzker 에게 주당 55 달러의 판매 가격을 제안했다는 사실.
- (c) 위원회가 독립적인 공정성 의견을 요청하지 않았다는 사실.
- (d) Romans 와 여러 고위 경영진이 9 월 20 일 고위 경영진 회의에서 주당 55 달러의 가격이 부적절하고 더 높은 가격을 얻어야 하여 가능하다고 언급 한 사실과;
- (e) Romans 가 9 월 20 일 이사회에 그와 그의 부서가 회사의 가치가 주당 55 달러에서 65 달러 사이에 있음을 나타내는 보고서를 준비했으며, Pritzker 가 제시 한 주당 55 달러가 불공정하다고 자문을 할 수 없다고 보고한 사실.

* * *

당사자들은 Del.C. §251(c)의 통보규정이 첫 Proxy Statement 또는 보완 Proxy Statement 발송일에 적용되는지에 이견이 있다.[33] 1 심 법원은 Trans Union 주주들에게 제공된 Proxy 자료가 ... 1981 년 2 월 10 일 주총의 결의 내용을 적절하게 제공하였다고 위 통보 이슈를 약식으로 결정하였다.

피고인은 §251(c)의 통지 의무는 주주가 합병을 고려하기 최소한 20 일 전에 합병을 고려하기위한 회의의 시간, 장소 및 목적에 대한 사실만 통보하는 것을 요구하는 것으로, 첫 Proxy Statement 가 회의 20 일 이상 전에 배포 되었기 때문에, 피고인은 1 심 법원의 판단이 법규의 올바른 해석이라며 1 심 법원의 판단을 확인할 것을 촉구했다. 이 이슈는 Chancery 법원 또는 이 법원이 아직 판단하지 않아보이며, 다른 관할권 법원의 판례도 제한적이다. 참조 Electronic Specialty Co. v. Int'l Controls Corp., 2d Cir., 409 F.2d 937, 944 (1969) (매수제안자가 기 발행하였던 허위진술 내용을 1968 년 9 월 16 일 보완 자료로 수정하고, 그와 같이 이행한 9 월 24 일까지 8 일간의 매수제안 취하제안으로 허위진술 내용을 치유하여, 추가 철회의 필요가 없다고 인정함); Nicholson File Co. v. HK Porter Co., D.R.I., 341 F.Supp. 508, 513-14 (1972), aff'd, 1st Cir., 482 F.2d 421 (1973) 893 * 893 (입찰 제안 철회 일로부터 7 일 이내에 주주에게 우편으로 중대한 허위 진술을 수정함을 인정함). Electronic 과 Nicholson 은 모두 Delaware 법이 아닌 연방정부의 증권법에서 발생한 사건이며, 본건과 사실관계에서 구분된다.

우리는 보완 proxy Statement 가 Lynch v. Vickers, supra 의 완전 공평한 정보 공개 의무를 위배하였기 때문에, 원고들의 §251(c)의 법규 해석 주장을 판단할 필요가 없다. 그러나, 특정 경우, 완전하고 솔직한 진술의 proxy statement 가 시간적 요건을 충족하지 못하면 §251(c)의 요건을 충족시키지 않을 수 있다는 우리의 의견을 언급하는 것이 적절하다고 판단된다.

본 사건의 경우, 보완 Proxy Statement 의 내용은 이사들이 이미 알고 있던 내용이나 적절한 질의를 하였으면 수월하게 확인할 수 있었던 내용들이다. 짧게 말하자면, 보완 Proxy Statement 에서 새로운 공시한 내용은 첫 Proxy Statement 를 발행하였던 시점에 이사들이 이미 알고 있었거나 알았어야 하는 내용들이었다. 피고 이사들은 기존 충분한 정보를 수집하고 공시하여야 하는 기존 의무를 위반하였던 것이다. 그들은 보완 Proxy Statement 에서 계속하여 솔직하지 못한 진술을 함으로서 그 실패를 더욱 악화시켰다. 여기에서 관련 이슈를 결정할 필요는 없지만, 우리는 적절한 경우에 이미 알고 있거나 쉽게 확인할 수 있는 사실의 완전히 성실하지만 늦은 공시는 이사들의 부당한 행위로 인정될 수 있다고 판단한다. Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., Del.Supr., 285 A.2d 437, 439 (1971).

주주의 승인으로 이사들의 행위를 추인하였다는 주장을 하는 피고들은 주주들의 그러한 승인이 충분한 정보를 근거로 내린 결과라는 것을 입증할 의무를 부담하고 있다. 본 사건의 기록에 의하면, 피고들은 그러한 부담을 충족시키지 못했음이 분명하다. Weinberger v. UOP, Inc., supra on 703 ; Michelson v. Duncan, supra.

위 전술 한 이유로 우리는 이사 피고들이 주식 보유자 승인 대상이었던 합병거래에 대해 알고 있었거나 알아야 했던 모든 중요한 공개하지 않음으로써 자신의 정직함에 대한 수탁자의 의무를 위반했다고 판단한다.

VI.

요약하자면: 우리는 Trans Union 이사들이 다음 수탁자의 의무를 위반하였다고 판단한다: (1) 이사들이 Pritzker 합병제안을 주주들에게 추천하기로 하는 결의에 필요하고 수집하기 어렵지 않은 모든 관련된 정보를 수집하지 않은 점과 (2) 합리적인 주주들이 Pritzker 제안의 수락을 판단하면서 중요하다고 할 수 있는 모든 중요한 정보를 공개하지 않은 점.

그러므로 우리는 1심 법원이 본 사건에서 이사 피고들에게 유리하게 경영판단의 원칙을 적용한 것이 파기하여야 할 오류를 범했다고 판단한다.

반송되면, 1심 법원은 1980년 9월 20일 시점 Trans Union의 본질적 가치에 근거하여 원고들의 주식의 공정 가치를 결정하기 위한 증거 심리를 실시해야 한다. 그러한 평가는 Weinberger v. UOP, Inc., supra at 712-715에 근거하여야 한다. 그 후, Trans Union의 공정 가치가 주당 55달러를 초과하는 범위로 손해 배상을 지시할 수 있다.

본 절차와 일관된 절차를 위해 파기하고 반송한다.

McNEILLY, 대법관, 소수의견:

대다수의 견해는 적대적인 배심원에게 옹호자의 종결 정리처럼 읽힌다. 그리고 나는 그걸 가볍게 말하지 않는다. 894 * 894 의견 전반에 걸쳐 부정적인 면만 강조되고 긍정적인 면에는 오직 립 서비스만 제공됐다. 내 생각에 Marvel (은퇴 한) 법관의 판결은 용인되었어야 한다. 1심 법관의 판결문은 건전한 연역 과정에 근거한 이성있는 결론의 산물이었으며 증거에 의해 분명하게 뒷받침되었고 이 항소에서 존중되어야 한다. 나는 대다수의 모든 증거에 대한 판단에 모두 반대하기 때문에, 나는 정중하게 반대합니다.

내가 길게 나의 반대의견을 제시하는 것은, 특히 지금의 늦은 시간에, 별로 큰 의미를 가지지 않을 것이다. 나 자신이 그렇게 하는 것을 자제하지만, 최소한 대다수 의견에서 가장 눈에 띄는 결점이라고 생각되는 것을 지적하여야 한다고 생각한다. 대다수는 Trans Union의 이사들이 Van Union과 Pritzker의 "빠른 셔플"의 희생자가 되었다고 말했다. 그것이 다수의 오판의 시작이다. 첫 번째이며 가장 중대한 오류는 Trans Union의 업무에 대한 이사의 지식과 경영판단의 원칙의 보호하에 이 상황에서 이사들이 취할 수 있었던 행동에 대한 대다수의 평가이다.

Trans Union의 이사회는 10명으로 구성되었으며, 그 중 5명은 "사내"이사였고 5명은 "사외"이사였다. "사내"이사는 Van Gorkom, Chelberg, Bonser, William B. Browder 법무담당 수석 부사장 및 Thomas P. O'Boyle 행정담당 수석 부사장이었다. 합병이 제안되었을 당시 사내 5명의 이사는 총 116년간 회사에 고용경력이 있었으며 68년간 이사로서의 경험을 가지고 있었다. "사외"이사는 A.W. Wallis, William B. Johnson, Joseph B. Lanterman, Graham J. Morgan 및 Robert W. Reneker였다. Wallis를 제외하고 이들은 Trans Union만큼 큰 Chicago에 기반을 둔 기업의 최고 경영자들이었다. 5명의 "사외" 이사들은 총 78년의 최고경영자의 경력을 가졌었고, 53년간 Trans Union 이사로서의 경험을 가지고 있었다.

사내 이사들의 Trans Union 의 사업에 대한 전문지식은 누구에게도 비교할 수 없다. 그러나 외부 이사들은 어떨까? Dr. Wallis 는 경제학자이자 수학 통계 학자이였으며, Yale University 의 경제학 교수이며 University of Chicago 경영 대학원장이자 University of Rochester 총장이었다. Dr. Wallis 는 1962 년부터 Trans Union 의 이사로 있었다. 그는 또한 Bausch & Lomb, Kodak, Metropolitan Life Insurance Company, Standard Oil 및 기타 회사의 이사이기도 하다.

William B. Johnson 은 University of Pennsylvania 법학 대학원 졸업생이고, 1966 년까지 Railway Express 의 사장, IC Industries Holding Company 의 회장 겸 최고 경영자이고, 1968 년부터 Trans Union 의 이사였다.

Joseph Lanterman, 공인 회계사,는 American Steel 의 사장 겸 최고경영자이고, American Harvester, Peleples Energy, Illinois Bell Telephone, Harris Bank 및 Trust Company, Kemper Insurance Company 의 이사이며, 4 년간 Trans Union 의 이사였다.

Graham Morgan 은 화학자이며, U.S. Gypsum 의 회장 겸 최고 경영자였으며, 본 사건의 Trans Union 거래 전 17 - 18 년 동안 31/32 건의 기업 인수에 참여했다.

Robert Reneker 는 University of Chicago 와 Harvard Business School 에서 공부하였다. 그는 Swift and Company 의 사장 겸 최고경영자이고, 1971 년부터 Trans Union 이사이며, U.S. Gypsum 과 Chicago Tribune 을 포함한 7 개 기업의 이사였다.

이러한 이사들은 쉽게 "빠른 셔플"에 속지 않는다. 나는이러한 이사들이 Trans Union 의 전체적 상황에대한 모든 정황을 충분히인지하지 않고 수백만 달러의 기업 거래에 동의하지 않았을 것이라고 주장한다. 물론, 이러한 895 * 895 비즈니스 통찰력, 관심 및 전문성을 갖춘 이사들도 실수를 할 수 있다. 그러나 나는 본 건이 그러한 경우라고 생각하지 않는다. 이사들은 Trans Union 의 100% 매각에 대한 급한 결정을 하는 것을 포함하여 Trans Union 의 모든 상황에 대하여 그들의 손바닥을 알듯이 잘 알고 있었다. 우리가 잊지 말아야 할 것은, 당시뿐만 아니라 현재도, 기업 세계는 "패스트 트랙"의 속도로 돌아가고 있다. 이들은 당시 그 세계의 필수적인 부분이었고, 모두 전문 직업인이었고 상징적인 허수아비가 아니었다.

이 법원의 대다수는 이사회 1980 년 9 월 20 일 합병 승인은 충분한 정보를 근거로 하는 경영판단이 아니었고, 그 이후 합병계약을 수정하려는 노력이 사실관계상 및 법적으로 성공적이지 못하였으며, 이사회는 주주에게 합병과 관련된 이사들이 알고 있었거나 알았어야 하는 모든 중요한 사실을 공개하여야 할 정직 의무를 위반하였다고 판단하였다. 나는 동의하지 않는다.

1980 년 9 월 20 일 회의 당시, 이사들은 Trans Union 과 회사의 전망에 대해 잘 알고있었다. 누적된 투자 세액 공제금 및 감가 상각 가속화로 인해 야기 된 문제는 이사회 회의에서 반복적으로 논의되었으며, 모든 이사는 그 문제를 철저히 이해하고 있었다. 또한 1980 년 7 월 이사회 회의에서 이사들은 Trans Union 의 새로 준비한 5 개년 예측을 검토했으며 1980 년 8 월 회의에서는 Van Gorkom 이 Boston Consulting Group 의 Trans Union 에 대한 포괄적 인 연구 결과를 발표했었다. 이 연구는 18 개월 동안 준비되었으며, 경쟁력, 수익성, 현금 유급, 현금 소비, 기술 역량 및 Trans Union 의 순이익 기여도에 대한 향후 전망 등 모든 Trans Union 자회사에 대한 상세한 분석으로 구성되었다.

9 월 20 일 회의에서 Van Gorkom 은 제안 된 거래의 모든 측면을 검토하고 이전에 고위 경영진에게 제시 한 Pritzker 제안에 대한 설명을 반복했다. Van Gorkom 의 Pritzker 제안에 대한 설명과 Brennan 의 합병 문서에 대한 설명을 듣고 이사들이 제안에 대해 논의했다. 이 토론에서 제안에 대한 두 가지 수정이 이루어져야한다고 이사들이 주장했다. 첫째, 잠재적인 경쟁 입찰자에게 Pritzker 에게 제공된 동일한 Trans Union 내부 정보를 제공하여야 한다. 둘째, 이사회가 더 나은 제안을 받아 들일 수 있고, 더 나은 제안이있을 경우 Pritzker 제안을 추천 할

필요가 없다는 사실을 반영하여 합병 문서가 수정되어야 한다는 조건이었다. 다음 문구가 합병계약에 추가되었다:

"본 계약 체결 후 30 일 이내에 TU는 합병 계약서의 승인 및 채택을 목적으로 주주 총회 (주주 총회)를 소집해야 한다. 이사회는 TU 주주들에게 합병 계약 (주주 승인)을 승인하고 채택할 것을 추천하며, 필요한 투표를 얻기 위해 최선의 노력을 다할 것이다; 단, GL 및 NTC는 TU 이사회가 특정 경우에 주주들에게 신탁자의 의무를 가질 수 있다." (강조 추가)

문구가 정확하게 묘사되지는 않았지만, 문구의 기본 의도는 이사들이 본인들이 가지고 있다고 가정 한 권리, 즉 그들이 더 좋다고 생각한 제안을 받아들이고 주주들에게 Pritzkers 제안을 추천하지 않는 권한을 좀더 구체화하는 것이었다. 회의가 끝내면서 제안 된 합병이 승인되었다.

1981 년 10 월 8 일에 열린 차기 회의에서, Pritzkers 의 동의를 받은 상태에서, 이사들은 합병 계약을 수정하여 Trans Union 이 더 높은 입찰 가격의 제 3 제안을 승인할 권한에 그러한 제안을 찾아 볼 수 있는 권리(단, Pritzkers 는 그러한 경우, Pritzkers 의 제안을 그러한 제 3 제안과 함께 주주총회에 제출하여야 한다는 조건을 제시하였다)를 확증하도록했다. 896 * 896 1981 년 10 월 10 일에 발효된 두 번째 수정안은 1981 년 2 월 10 일 이전에 제 3 자와의 합병을위한 합병, 자산 매각, 또는 Trans Union 주식의 구매 또는 교환에 대한 Pritzker 제안보다 Trans Union 의 주주들에게 더 유리하고, 주주 승인을 받고 그 완료에 대한 금지 명령이없는 조건의 최종 합의가있을 경우, Trans Union 이 Pritzker 와의 계약을 일방적으로 해지 할 수 있다고 규정했다.

10 월 8 일 Trans Union 이사회 결의에 따라, Trans Union 은 Salomon Brothers 투자 은행을 Pritzkers 의 제안보다 좋은 조건의 제안을 찾으라고 소용하였으며, Salomon Brothers 는 모든 수단을 동원하여 “시장에 Trans Union 에게 제시된 제안보다 유리한 제안이 있는지 찾아보라는 지시를 받았다.” 그러한 프로젝트를 수행함에있어서, Salomon Brothers 는 회사가받는 대가의 합당한 시장 가치의 0.375 에 해당하는 수수료뿐만 아니라 비용을 충당하기 위해 50 만 달러의 금액을 지급 받는다는 조건이었으며, Salomon Brothers 가 \$55.00 대신 \$56.00 의 매각가격 제안을 성사시키는 경우, Salomon Brothers 는 대략 \$265 만의 수수료와 비용을 받는 내용이였다.

Salomon Brothers 는 매각업무의 첫 번째 단계로서, Trans Union 의 재무 역사를 설명하고 회사의 사업을 자세하게 설명하고, Trans Union 의 운영 및 재무 전망을 설명하는 브로셔를 준비했습니다. Salomon Brothers 는 합병 파트너가 될 수 있다고 믿는 150 개 이상의 회사 목록을 준비했으며, 그 중 General Electric, Borg-Warner, Bendix 및 Genstar 4 개사는 합병에 약간의 관심을 보였으나, 아무도 Trans Union 에 대한 확고한 제안을하지 않았고 General Electric 만 지속적인 관심을 보였다.[1] 결국은 Pritzker 의 주당 55 달러를 능가하는 제안을 한 회사는 없었다.

1981 년 1 월 21 일, 합병에 대한 결의를 하여야 하는 1981 년 2 월 10 일 주주총회의에 대해 Trans Union 의 주주들에게 proxy statement 가 발송되었다. 1981 년 1 월 26 일, 이사회는 정기 회의를 개최하였다. 이 회의에서 본 합병건 및 본 소송건을 포함한 다른 모든 상황에 대한 논의를 하였다. 회의를 종결하기전에 이사회는 만장일치로 주주들에게 합병을 승인 할 것을 권고하기로 결의하였다. 또한, 이사회는 주주들에게 주식 회의 내용과 General Electric 이 제안을하지 않기로 결정했다는 사실을 보완 proxy statement 에 공개하는 안을 검토하고 승인했다. 1981 년 2 월 10 일 897 * 897 Trans Union 의 주주들은 통지에 따라 만났고 Pritzker 합병안에 투표한 지분의 89%가 찬성하는 압도적인 찬성표를 던졌다.

나는 대다수의 경영판단의 원칙에 대한 분석과 다툼이 없다. 그러나 그 원칙을 본 사건의 사실관계에 적용하는 내용이 틀린 것이다. 대다수가 세부적 조각들을 파곤 튀기듯이 증폭하여

해석한 것과 달리, 본 사건 전체를 검토한 결과, 나는 이사들이 충분한 정보를 근거로 경영판단을 하였으며, 그를 시장 테스트가 뒷받침하고 있다고 판단한다.

9월 20일 회의 시점에, Trans Union의 이사 10명은 Trans Union의 업무와 전망에 대해 많은 지식과 식견을 갖추고 있었다. 이사들은 세법에 의해 야기된 Trans Union이 직면한 역사적 문제를 예리하게 인식하고 있었다. 그들은이 문제들을 끝없이 논의하였었다. 사실, 9월 20일 회의 2개월 전에 이사회는 Boston Consulting Group이 수행한 회사에 대한 외부 조사와 경영진이 준비한 내부 5년 예측 보고서를 검토하고 논의했습니다. 9월 20일의 회의에서 이사들은 Van Gorkom의 Pritzker 제안 설명과 회사의 변호인인 James Brennan으로부터 법률 문서에 대한 설명을 들었다. 그 후, 이사회는 합병 계약에 특정 내용을 수정하도록 지시했다. 수정 지시된 내용은 이사회가 Pritzker의 제안보다 더 나은 제안을 받아들일 수 있음을 분명하게 하였다. 위의 사실은이사들이 합병을 승인하기 전에 결의에 관련된 충분한 정보를 수집하는 의무 이행과정에 중과실수준의 위반행위가 없었다는 것을 입증한다. 그와 반대로, 위 사실은 이사들이 합병을 승인하기 전, 최선의 노력으로 관련되고 확인이 가능한 충분한 정보를 수집하고 검토하였음을 보여주고 있다.

대다수는 Trans Union 주주들이 충분한 정보를 제공받지 않았으며, 이사들이 Lynch v. Vickers Energy Corp., Del. Supr. 383 A.2d 278 (1978) [Lynch]에 의한 완전한 정직의 수탁자 의무를 위반하였고, proxy 자료의 5개 영역이 불충분했다고 판단하였다.

여기서 또 다시 긍정적인 사실을 과소평가하고 부정적인 사실을 확대하는 또 다른 예이다. 대다수의 결론에 반론하는 것은 단순히 불필요한 장기간의 논의가 될 뿐이다. 그러나 간단히 말해서 proxy 자료는 무엇을 공개 했는가? Proxy 자료는 주주들에게 잠재적인 구매자에게 Trans Union의 1985년 수입이 약 1억 3,500만 달러로 증가할 수 있다는 내용을 포함한 미래의 예측자료가 포함되었다. 이는 Trans Union의 1979년 수입인 58,248,000달러의 거의 3배이며 proxy 자료에 포함된 이사들은 합리적으로 유리한 경제 및 금융 여건을 가장할 때 향후 이익 성장에 대한 당사의 전망이 우수하다고 믿는다는 내용을 뒷받침하고 있다. 이러한 내용은 주주들에게 회사의 미래 수입 성장율이 높을 가능성이 크며, 주식의 가치가 시장에서의 가치보다 높을 가능성을 알려주기에 충분한 내용이다.

전반적으로 본 사건의 기록을 검토 한 결과, 나는 proxy 자료가 Delaware 법에 준수하여 주주들에게 합병과 그와 관련된 상황에 대한 충분한 정보를 제공하였다고 판단한다.

대다수는 보완 Proxy Statement가 Delaware 법 §251(c)의 통지 요건을 준수하지 않았다고 제안하였다, 즉 합병을 고려하기위한 회의의 시간, 장소 및 목적에 대한 통보는 회의 날짜 20일 이상 전에 기록된 각 주주에게 보내야 한다. 이 사건에서 주총의 시간, 장소 및 목적이 기재된 첫 Proxy Statement는 1981년 1월 18일 발송되었다. 보완 Proxy Statement는 Trans Union의 898 * 898 주주들에게 1981년 1월 26일 회의에서 어떤 일이 있었는지, 그리고 General Electric이 제안을하지 않기로 결정했다는 내용을 통보하고자 1981년 1월 26일 발송되었다. 주주 총회는 1981년 2월 10일 보완 Proxy Statement가 발송된 후 15일만에 열렸다.

§251(c)는 단순히 회의 개최일, 장소 및 목적에 관한 통지가 회의 개최 최소 20일 전에 주어져야한다는 것을 요구한다. 이것은 1981년 1월 19일에 발송된 Proxy Statement에 의해 충족되었다. §251(c)의 어떠한 내용도 회의 전 20일 이내에 보완 proxy statement 통보를 금지하지 않고있다. 사실, 합리적인 주주가 투표를 결정하는 데 중요하다고 생각하는 추가 정보가 발견되면, 그 정보는 주주가 충분히 고려할 수 있는 시간을 제공하여 주주에게 공개되어야한다. 그러나 §251(c)의 그러한 추가 정보가 회의 개최 최소 20일 전에 공개되어야 한다고 명시하고 있지 않다. 그와 반대의 결론은 현재의 관행을 무시하고 새로 발생하는 상황에 대한 보완 proxy 자료 통보를 제한할 것이다. 내 의견으로는, 본 사건에서 15일 사전 통보는 주주들이 보완 proxy statement의 내용을 검토할 충분한 시간이었다.

CHRISTIE, Justice, dissenting :

나는 정중하게 반대한다.

Levitt v. Bouvier, Del. Supr., 287 A.2d 671, 673 (1972)의 검토 기준과 범위를 고려할 때, 나는 본 사건의 기록을 전반적으로 보면 피고인의 행동이 경영판단의 원칙의 보호 받아야 한다는 결론을 지지한다. Aronson v. Lewis, Del.Supr., 473 A.2d 805, 812 (1984) ; Pogostin v. Rice, Del.Supr. , 480A.2d 619, 627 (1984) . 나는 또한 본 사건의 기록이 피고들이 Lynch v. Vickers Energy Corp., Del.Supr., 383 A.2d 278 (1978)에 의해 요구된 완전한 솔직함 의무를 준수하였는 결론을 뒷받침한다고 판단한다. 이런 상황에서 나는 1심 법원의 판결을 지지한다.

ON MOTIONS FOR REARGUMENT (재심의 요청에 대한 결정)

이 법원의 판결 이후, 피고 이사 중 한 명인 Thomas P. O'Boyle 은 변호인의 변경을 원했고, 법원은 이를 수락하였다. 그 후, O'Boyle 을 제외한 개별 이사 피고들은 재심을 요청하였고, O'Boyle 의 새로운 변호인은 별도의 재심을 요청하였다. 원고는 피고의 요청에 응답했으며, 본 법원은 그 들을 검토하였다.

본 법원의 대다수는 두 요청에 아무런 가치를 발견하지 못했고 두 요청 모두 거부되어야 한다고 결론 지었다. 우리는 법원의 판결에 사실이나 법리에 대하여 재심을 필요로 하는 어떠한 오류가 있다고 설득되지 않는다.

그러나, 피고 O'Boyle 의 요청은 언급을 요구한다. O'Boyle 은 동료 이사들의 주장을 계속 같이 주장하고 있지만, 이제는 대안으로 자신이 동료 이사들과 다른 입장을 취할 수 있는 법적 근거가 존재하며 그의 동료 이사들의 행위 또는 누락 행위에 대한 연대책임이 없는 법적 논리가 있다고 주장한다. 구체적으로, O'Boyle 은 2 파트의 주장을 한다: (1) Trans Union 이사회 9월 20일과 10월 8일 회의에서 건강상의 문제로 결석하였기 때문에 그 회의에서의 다른 이사들의 수탁자 주의의무 위반에 대한 책임이 없다; 참조 Propp v. Sadacca, Del.Ch., 175 (1961) A.2d 33, 39, 다른 이유로 수정, Bennett v. Propp, Del.Supr., 187 A.2d 405 (1962); (2) 1981년 1월 26일자 이사회 회의 참석 및 참여는 그 회의에서의 이사들의 오류에 대한 본 법원의 세부적인 판단을 감안하면 위 (1)의 결론을 변동하지 않는다.

적시에 주장하지 않았기 때문에 우리는 피고인 O'Boyle 의 새로운 주장을 기각한다. 우리의 이유는 여러 가지이다. 하나, 1984년 3월 이 사건의 보충 브리핑과 관련하여 899 * 899, O'Boyle 을 포함하여 개인 피고들에게 그들 각각 또는 일부가 개별적으로 처리되어야 하는 사실적이나 법적인 이유를 제시 할 수 있는 특별 기회를 제공하였다. 그 후, 1984년 6월 11일 법원서 공판 중, 변호인들의 변론 시작 전, 법원과 개인 피고들의 변호인들 사이에 다음과 같은 회담이 열렸다.

변호인: 원고가 피해액 1억 달러 이상을 요구하는 9명의 개인 피고인을 대리하여 언급하겠습니다. 이것은 9명의 정직하고 경험이 풍부한 사업가가 다음과 같은 경우에 손해 배상을해야하는지가 본 사건의 궁극적인 이슈입니다...

Moore 대법관: Chelberg 와 Van Gorkom 은 다른 피고와 구별 되는가?

변호인: 안됩니다.

Moore 대법관: 아무 것도 없나?

변호인: 저는 없다고 생각합니다.

둘, 1985년 1월 29일자 본 법원의 의견에서 법원은 개인 피고인들이 통일된 반론을 제시한 것을 인정하고 전제로 하였다. 우리는 다음과 같이 판단했다:

재판과정 및 재심의 과정에서 당사자들의 답변은 법원의 대다수가 다음과 같은 결론을 내리게 하였다: (1) 사내이사와 사외이사 모두가 통일된 입장을 취하고 있기 때문에 우리는 모든 이사들을 경영판단의 원칙의 보호를 받을 자격이 있는지에 대한 판단에 동일체로 고려하여야 한다...

셋, O'Boyle은 1981년 1월 26일 이사회- 그가 완전히 참여한 -의 행동은 본 건의 거의 모든 사안을 결정 짓는다는 입장을 취했었다. 이제 O'Boyle은 1월 26일 회의의 그의 참여에 아무런 의미가 없다고 주장하고 있다. 또한 O'Boyle은 1980년 10월 8일자 이사회 개최전에 그 "회의에서 결의하는 모든 결정에 대한 동의"를 제공한 사실을 설명하지도 않는다.[*] 본 법원의 대다수는 O'Boyle의 입장 변화가 고려되기에는 너무 늦었다고 판단한다. 그는 분명히 그를 주장할 권리를 포기했다.

모든 피고인의 재심의 신청은 기각한다.

McNEILLY 및 CHRISTIE, 재판관, 반대 의견:

우리는 피고 O'Boyle에 대한 판결에 반대하지 않지만, 제기된 다른 문제에 대해서는 재심을 허용했을 것입니다.

[1] 원고인 Alden Smith는 원래 합병에 대한 금지가처분 판결을 원했으나, 1심 법원은 1981년 2월 3일, 오랜 discovery 과정 이후, 가처분 신청을 기각하였다. 1981년 2월 10일, 합병 제안은 Trans Union의 주주들에 의해 특별 회의에서 승인되었고 합병이 발효되었다. 그날짜에, 그 후 John W. Gosselin은 추가 원고로 개입이 허용되었고, Smith and Gosselin은 모든 관련 일자에 Trans Union 보통주를 보유한 피고인 이외의 모든 주주들로 구성된 클래스를 대표하는 원고로 인정되었다. 합병 당시 Smith는 Trans Union 주식 54,000주, Gosselin은 23,600주, Gosselin 가족은 20,000주를 소유했다.

[2] 재판 후에, 그리고 재판 법원의 결정 이전에, 당사자들은 Pritzker 개인 피고와 법인 피고들에 대한 소송을 포기하였다. 그러나 별도의 언급이 없는 한 "피고"는 Trans Union의 피고 이사들의 의미한다.

[3] 원고는 주주 10,537명 (총 주주 12,844명 중)과 주식 12,734,404주 (총 13,357,758주)를 대표한다고 당사자들이 인정하였다.

[4] 이 사실 개요와 일치하는 좀 더 세부적인 사실 내용이 본 판결문의 관련된 부분에 명시되어 있다.

[5] Trans Union의 보통주는 뉴욕 증권 거래소에 상장되었다. Trans Union의 주식은 1975년에서 1979년까지 5년 동안 최고 39.5달러와 최저 24.25달러의 범위 내에서 거래되었다. 9월 19일까지의 1981년 (합병 발표 직전 마지막 거래일)까지의 최고와 최저가 범위는 \$38¼ - \$29½이었다.

[6] Van Gorkom는 \$55 가격에 대한 Romans의 의견을 물었다. Romans는 "현금 판매에서 회사가 도출할 수 있는 가격, 특히 특정 자회사 및 독립 법인의 가치를 실현할 수 있는 가격과 관련하여, 너무 낮다고 생각한다"고 답했다.

[7] 합병 계약 조건에 관한 기록은 명확하지 않다. 피고들은 9월 20일 원래 이사회에 제출된 합병 계약은 원고의 요구에도 불구하고 제출된 적이 없다. 또한 이사들에게 투표하기 전에

합병 계약서를 검토 할 기회가 주어 졌는지도 분명하지 않다. 말할 수 있는 것은 Brennan 은 회의 중 그 계약안을 소지하고 있었다는 것이다.

[8] Van Gorkom 의 말: "진정한 결정"은 "주주에게 결정할 수 있도록 하는 것"이 "여러분이 오늘 결정할 모든 사항"이다.

[9] 1 심 법원은 55 달러 가격과 회사 주식의 시가 대비 한 프리미엄 관계를 다음과 같이 기술했다:

*** Trans Union 의 주주들에게 제공된 합병 가격은 Trans Union 주식 이 1980 년에 거래 한 고가 및 저가의 평균 대비 62 %의 프리미엄과 마지막 마감 가격보다 48 % 높은 프리미엄이고, Trans Union 이 지난 6 년 동안의 최고 거래 가격 대비 39 %의 프리미엄 이다.

[10] 우리는 법원의 궁극적 인 결론 (앞에서 언급 한)의 밑줄 친 부분을 참조: "그 Trans Union 의 주식의 시장 가치, Trans Union 이사들의 경영 통찰력, 시가대비 상당한 프리미엄이 포함된 Pritzkes 의 Trans Union 이사들이 무모하거나 부적절하게 행동하지 않았다고 ..."

[11] 8 Del.C. §141 은 관련 부분에서 다음을 제공한다.

(a)이 장에 따라 설립된 모든 법인의 사업 및 업무는 이 장 또는 정관에 달리 규정 된 경우를 제외하고는 이사회가 또는 이사회의 감독하에 경영되어야 한다. 정관에 그러한 조항이 있는 경우, 이 장에 의거하여 이사회에 부여되거나 부과 된 권한 및 의무는 정관에 명시된 범위 내에서 그러한 사람 또는 사람들이 행사하거나 수행해야 한다 .

[12] *Kaplan v. Centex Corporation., Del.Ch., (1971) 284 A.2d 119, 124* 에서 법원은 명확하게 언급하였다:

[경영판단의 원칙]을 적용하기 위해서는 당연히 충분한 정보를 근거로 하여 이사들이 관련 거래에 대한 경영 판단을 하였어야 한다. 그리고 원고가 주장 하듯이, 여기서의 어려움은 증거는 그것이 이루어 졌다는 것을 보여주지 못한다는 것이다. 재배치에 대한 이사회 -위원회 - 임원의 언급이 있었지만 이들 중 하나 또는 종합적으로 구체적 거래에 대한 경영판단 행위가 있었다는 것을 보여 주지 않는다.

[13] *Mitchell v. Highland-Western Glass, supra* 에서 법원이 이사회가 아둔하고 경솔한 판단하였다고 한 수준의 정보가 없이 행동하였는지를 질문한 경우와 비교하고, 167 A. at 833, 또한 *Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 aff'd per curiam Del. Supr., 316 A.2d 619 (1974)*에서도 1 심 판사가 Highland Western Glass 기준을 구체적으로 언급하며, "이슈를 법리관점에서 보면, Signal 이사들이 논리범위밖에서 무모하게 Burmah 의 가격 제안을 승인하였느냐"라고 정리하였다. Id.

[14] 8 Del.C. §251(b)는 관련 부분에서 다음과 같이 정한다.

(b) 합병 또는 통합을 희망하는 각 회사의 이사회 는 합병 또는 통합 합의서를 승인하는 결의안을 채택한다. 합의서에는 다음 사항이 기술되어야 한다: (1) 합병 또는 통합의 조건; (2) 그를 이행하는 방법; (3) 합병 또는 통합에 의해 생존하는 법인의 정관의 수정을 원하는 경우, 그러한 변경 내용, 또는 그러하지 아니한 경우, 생존 또는 합병/통합되는 법인의 정관이 생존하는 법인의 정관이 된다는 내용; (4) 각 구성 법인의 주식을 전환하는 방법; (5) 기타 바람직한 것으로 여겨지는 다른 세부 사항 또는 규정 그렇게 채택 된 합의서는 이 제 103 조에 의거하여 시행되어야 한다. 합병 또는 통합 합의서의 어느 조건이든 확인할 수 있는 외주 사실에 따라 효력이 발생하게 할 수 있다. (강조를 위해 밑줄 추가)

[14] 제 141(e)조는 관련 부분에서 다음과 같이 정한다.

이사는 자신의 임무 수행시 회사의 임원 또는 독립 공인에 의해 회사에 제출 된 회계 장부 또는 보고서에, 회계사 또는 이사회가 합리적인 주의를 기울여 선정 한 감정인에 의해,... 또는 회사의 다른 기록에 선의로 의존할 수 있으며 그로 인한 결과에 대해 완전히 보호되어야 한다.

[16] 주당 55 달러의 적절성에 대한 판단이 충분한 정보에 근거한 것이라는 피고의 주장을 뒷받침하기 위해 이사들은 BCG 조사와 5 개년 예측에 의존한다. 그러나 아무도 9 월 20 일 회의에서 이러한 보고서를 하나라도 언급하지 않았고; 이사들은 이러한 보고서는 회사의 가치 평가 연구가 아니라는 점을 인정하였다. 따라서 이 문서들은 이사들이 9 월 20 일 주당 55 달러가 회사의 공정한 가격이었는지에 대한 결의가 충분한 정보에 근거한 판단이었는지 여부에 대한 증거가 되지 않는다.

[17] 우리는 9 월 20 일 결의가, 그 당시 충분한 정보를 근거로 한 판단이 아니었다면, 10 월 8 일과 1 월 26 일에 계약서 검토과정에 치유되었는 주장에 대한 논의를 본 판결문 제 III 부로 보류한다.

[18] Romans 부서의 보고서는 Trans Union 의 보완 Proxy Statement 의 발송일과 1981 년 1 월 26 일 주주총회 전 이사회에서야 이사들에게 제공되었으며; 이미 지적한바와 같이, 본 사건의 기록에 포함되지 않았다.

[19] 9 월 20 일 현재, 이사회는 다음 사실을 알고 있지 않았다: Van Gorkom 이 \$55 가격을 독자적으로 결정하였으며, 임의로 Controller Peterson 에게 장래 구매자가 차입 매수를 위한 실현 가능한 구조를 창출하는 데 사용하라고 지시한 사실; Van Gorkom 은 회사의 가치 또는 주식의 100 %에 대한 주당 공정한 가격에 관해서 Trans Union 의 사내 또는 사외 이사의 조언, 정보 또는 지원을 논의하지 않은 사실; Van Gorkom 은 회사의 투자 은행가 또는 기타 재무 분석가와상의하지 않았다는 사실; Van Gorkom 이 Chelberg 를 제외한 회사의 임원 또는 이사와 상의하지 않았다는 사실; Van Gorkom 은 55 달러 가격의 부적절성에 대한 고위 경영진의 의견을 고의적으로 무시하였다는 사실.

[20] 적대적 매수 제안에 직면 한 다른 이사회가 취한 보다 신중하고 합리적인 접근법에 대해서는 [*Pogostin v. Rice, supra at 623-627* 를 참조.](#)

[21] Trans Union 의 5 명의 "사내"이사는 법률 및 회계 경력이 있으며, 회사의 116 년간의 근무 경력과 이사회에서의 68 년간의 경험을 가지고 있었다. Trans Union 의 5 명의 "사외"이사들은 주요 기업의 최고 경영자 4 명과 주요 경영 대학원장이자 대학 총장이었던 경제학자를 포함했다. "사외"이사들은 주요 기업의 최고 경영자로 78 년간의 경험을 쌓았으며 Trans Union 의 이사로 50 년간 축적 된 경험을 보유하고 있었다. 따라서 피고들은 이사회가 매수 제안의 사전 통고가 부족하고 심의가 짧았고 외부 투자은행으로부터 공정성 의견서를 요청하지 않고도 Trans Union 의 제안 된 "판매"에 대한 충분한 정보에 근거한 판단에 이르기엔 탁월한 자격이 있다고 주장한다.

[22] 그러나, 우리는 적절한 사실 정황에는, 이사들의 충분한 정보에 근거한 경영 판단의 일각으로 법률가의 자문에 의존할 수도 있다고 판단한다. 이것은 전적으로 임원, 특정 전문가 및 서적에 대한보고 및 회사 기록의 의존에 대한 8 Del.C §141(e)의 법정 보호 범위 외부에 있는 것이다.

[23] 아래에서 확인할 수 있듯이 우리는 두 번째 질문에 도달하지 못한다.

[24] 앞서 언급 한 바와 같이, 이사회는 시장 테스트를 포함하는 9 월 20 일 초안 계약을 수정했다고 잘못 생각했다.

10 월 8 일 회의의 2 차적 목적은 제 3 의 제안을 찾기 위하여 경영진을 보조할 투자 자문사 Salomon Brothers 를 고용하기 위해 Trans Union 이사회의 승인을 얻는 것이었다. 경영진이나

이사회는 Salomon Brothers 에게 Pritzker 의 \$55 현금 지급 합병 제안의 공정성에 대한 의견서를 제출하거나 Trans Union 의 가치를 평가하도록 요구하지 않았다.

10 월 8 일 회의에는 다른 목적이 있다는 기록이 없으며, 우리는 10 월 8 일 이사회 회의록 (회의록 포함)이나 회의 소집 통보가 이 사건의 방대한 기록의 일부가 아니라는 점도 주목한다.

[25] 우리는 이사들이 승인하는 모든 계약서나 법적 문서의 모든 단어를 읽어야 한다고 하지 않는다, 단, 본 건과 같은 혐의들에 대하여 성공적으로 대응하자면, 이사들이 본인들의 행위 내용을 알고, 그것이 실질적으로 이행되는 것을 확인하는 동시다발적 가 있도록 확인하는 것이 바람직하다. 그것을 지속적으로 이행하지 못한 것이 본 건의 이사회를 구제할 수 없는 과정에 빠트린 것이다.

[26] Trans Union 이사들이 10 월 10 일 수정안에 대한 절차적 또는 내용에 대한 이견을 제시하였거나, Van Gorkom 을 포함하여 아무도 그들의 의도와 반대되는 결과를 인지 – 너무 늦어 소용이 없을 때까지 – 하였다는 증거 기록이 없다.

[27] 이것은 Van Gorkom 이 Trans Union 이 Pritzker 의 제안을 수락 한 이후 9 월 22 일 보도 자료를 지지하는 것과 일치하지 않는다. Van Gorkom 은 보도 자료를 제 3 제안을 제한하지 않고 장려한다고 주장하였다.

[28] 피고는 *Muschel* 이 이사회가 사전 결정을 재고 할 수 있고이 사건과는 사실상 달리 구별 할 수 있음을 인정했다.

[29] 이것은 Pritzker 와의 9 월 20 일 협정에 따라 1 월 10 일에 개최 될 예정이었던 주주총회의 였고 나중에 10 월 8-10 일 수정 합의문에 2 월 10 일로 연기되었다. 우리는 1980 년 10 월 10“일자”로 체결된 “추가 계약의 수정계약”이라는 제목의 문서를 참조한다. “추가계약”제 A VI 장의 새로운 제 2.03(a)조에 따라 당사자들은 부분적으로, 다음과 같이 합의하였다:

“다음 조건을 충족하는 TU 의 다른 제안(즉, Trans Union 이 Pritzker 와의 합병계약 대신 수락할 수 있는 다른 제안)을 구하는 행위는 이 합병을 위한 추가 계약을 위반하지 않는다고 간주된다: (1) 본 계약에서 요구되는 모든 동의와 승인을 즉시 지체하지 않아야 한다. [그리고] 1980 년 12 월 5 일까지 Proxy Statement 초안을 증권감독원에 제출하면 본 계약을 준수하고 있다고 간주하며, 1981 년 1 월 5 일까지 Proxy Statement 를 주주들에게 발송하고, 임시 주주총회의를 1981 년 2 월 10 일 이전에 개최하고 최선의 노력을 이행하여야 하고 ...

* * * * *

합병 계약서보다 주주들에게 유리한 제안이나 제안이없는 한, 합병 계약서의 승인을 주주들에게 권고하는 것이 TU 이사회의 현재 의도이다.”

[30] Pritzker 합병에 대하여, 최근에 그를 방지하기 위하여 제기 된 주주의 소송 및 2 월 10 일로 임박한 주주 총회의 관련 부분과 관련하여, 우리는 의사록 전체를 공개한다:

이사회는 1981 년 2 월 10 일 GE 사의 자회사와 주당 \$55 현금 매수 합병안에 대한 임시 주주 총회를 위하여 1981 년 1 월 21 일에 주주들에게 보완 Proxy Statement 를 발송할 필요성에 대하여 검토하였다. 이사회는 1981 년 1 월 21 일에 주주들에게 발송할 보완 Proxy Statement 를 인쇄 한 후에 General Electric Company 가 회사를 인수하겠다는 제안을 하지 않았다고 결정한 사실 등을 지적했다. 또한 Delaware Chancery Court 에서 Alden Smith 가 제기 한 소송과 관련하여 취한 예비 심사와 관련하여 특정 사실이 제기되었다. 회의 전날 이사들에게 전달된 보완 Proxy Statement 의 인쇄소 인증본을 거모하고 논의한 후, 발의와 재청으로, 이사 각각의 표결에 따라, 다음 결의안이 만장일치로 채택되었다:

합의, 법인의 비서에게 이사회에 제출된 보완 Proxy Statement 의 형태로, 주주에게 발송하는 권한을 부여하고 지시하며, 변호인의 조언과 도움을 받아 필요하거나 바람직하거나 적절하다고 인정하는 바에 따라 Proxy Statement 를 수정 할 수 있다.

이사회는 1980년 9월 13일 첫 번째 본 법인의 회장과 Jay Pritzker 사이의 논의에서 시작하여 GE Corporation의 자회사와 \$55 현금 합병 제안과 발생한 모든 절차를 검토하고 논의했다. 모든 각각의 이사와 회의에 참석 한 변호사들이 이 토론에 참여했다. 이러한 검토 및 논의 이후, 변호사는 이사들에게 주총에 대한 다음 행동의 선택이 있다고 자문하였다: (a) 제안된 합병을 주주들에게 계속 추천하는 안, (b) 합병안의 거부를 주주들에게 추천하는 안, 또는 (c) 제안된 합병에 대한 어떠한 입장을 표명하지 않고, 주주들에게 결정하라고 하는 안. 추가 논의 후, 발의와 재청으로, 이사 각각의 표결에 따라, 이사들은 주주들에게 합병을 추천하기로 만장일치로 결의하였다.

[31] 특히, 피고는 이사 Johnson의 증언에 의존한다:

Q. 1981년 1월 26일에 Trans Union 이사회가 정기적으로 개최 되었습니까?

A. 예.

Q. 회의에서 논의 된 내용은 무엇입니까?

A. 이 거래와 관련된 모든 것.

19일에 proxy statement를 주주들에게 발송한 이후, General Electric이 구체적인 매수제안을 하지 않기로 결정하였다고 통보가 있었습니다. 주주들에게 그 사실을 통보해야겠다고 결론을 내렸고, 그를 위해서는 보완 proxy statement가 필요하였고, 그를 위해서는 이사회 결의가 필요하였고, 결국은 합병거래에 대한 과정과 합병에 대한 전반적인 검토가 이루어지게 되었습니다.

그 과정이 진행중이고, 보완 statement가 주주들에게 전달되는 상황에서, 나는 전반적인 상황에 대한 이사회 입장을 검토하는 것이 당연하다고 판단하였습니다. 그리고 모든 것이 조사되고 검토되었습니다. 변호사도 참석하였습니다. 그리고 변호사는 이사회가 Pritzker와의 거래를 권유 할 수 있고, 추천없이 주주들에게 제출하거나, 반대 할 것을 권유할 수 있다는 자문을 하였습니다.

이사회는 주주들에게 보완 statement를 발행하기로 결정하였습니다. 그것은 만장일치로 - 그 전에는 한 사람이 결석한 만장일치의 이사회 이었습니다 - Pritzker와의 계약을 추천하기로 결의하였습니다. 사실, 그 시점에서 다른 거래제안이 없었습니다. 그리고 사실, 다른 거래제안이 하나도 없었습니다. GE의 상황, KKR 및 기타 관련성에 대한 전체적인 검토가 있었습니다.

[32] 1심 법원이 경영판단의 원칙을 적용한 판단이 다른 다른 명시적 기준 및 증거 (즉, Trans Union의 주식의 시장 가치, 이사회 구성원의 비즈니스 통찰력, 시가대비 상당한 프리미엄, 시장 테스트를 통한 프리미엄의 적정성을 확인)에 대해, 우리는 이전에 그러한 증거의 부족을 논의하였다.

[33] 8 Del.C. §251(c)는 다음 관련 규정을 언급한다:

(c) 제(b)항에 의해 요구되는 합의서는 각 법인의 주주에게 관련 합의를 승인하는 정기 또는 임시 회의에 제출되어야 한다. 의결권과 무의결권 주주들에게 주주총회의의 시간, 장소 및 목적에 대한 통지를 회의 일정 최소 20일 이상 전에 주주명부에 기재된 주소로 발송해야 한다.

[1] 9월에 합병제안이 발표된 직후, Trans Union이 고위 경영진은 KKR과 연락하여 레버리지 매입 (leverage buyout) 계획에 참여할 가능성을 논의했다. 1980년 12월 2일 KKR은 Henry Kravis를 통하여 Trans Union주식을 주당 \$60.00에 매입하는 안을 제출하였다, Reichman 가족(Canada의 매우 부유한 가족)과의 협상과정의 어려움과 Jack Kruzenga의 레버리지 매입 참여에 대한 심적 변화의 사정으로 매입제안을 3시간 후에 철회하였다. Kruzenga는 Trans

Union의 고위 경영자이며 KKR의 매입이후 존재하는 회사의 최고운영자이며 사장이 되었을 후보자였다. Kruzenga는 Trans Union의 7개 자회사의 사장 겸 최고 운영 책임자(COO)였으며, 그가 사장이었던 7개 자회사는 Morgan Stanley의 Trans Union 본질적인 가치에 대한 광범위한 검토보고서에 의하면 Trans Union 가치의 가장 중요한 기반을 구성했다. 흥미로운 점은 시장 테스트 기간 동안 Salomon Brothers가 접촉한 150개 기업 중 어느 누구도 Trans Unified의 100% 시장 가치에 대한 독립적인 판단을 하기 위해 기업의 기록이나 시간 프레임에 대한 불평을 하지 않았다는 점이다.

[*] 우리는 결석한 이사의 이사회 개최 사전 통보 의무의 웨이버나 이사회 결의에 동의가 결석한 이사회 결의 행위의 승인으로 간주되는지에 대해서는 판단하지 않는다.