



은행법학회 정기연구발표회

규정위반의 부당대출로 인한 손해배상 책임의 성립에 관하여

박 환 일*

- I. 일정치 않은 손해발생의 현실화 시기
- II. 사실관계의 분석
- III. 대법원 판례의 검토
- IV. 위법행위와 손해발생의 인과관계
- V. 합리적인 판단기준의 모색

I. 일정치 않은 손해발생의 현실화 시기

얼마 전 은행에 봉직하던 지인이 업무를 처리하다가 은행에 끼친 손해로 인하여 거액의 손해배상청구 소송을 당하였다는 소식을 들었다. 수십 년간 다닌 직장으로부터 소송을 당한 본인의 심정도 착잡하겠지만, 손해를 입은 은행 측으로서도 기강을 바로세우기 위해 묵과할 수만은 없는 일이라고 생각되었다.

IMF 외환위기 이후 금융기관들은 임직원들에 대한 내부통제기준을 엄격히 하고 법을 고쳐가면서까지 준법감시를 강화하고 있다. 종전에는 부정대출을 해주거나 예금을 빼돌리는 ‘경상’급 사고가 자주 일어났으나, 근자에는 베어링 은행, 페레그린 증권회사와 같이 파생상품거래를 잘못하여 오랜 전통의 금융회사마저 뿌리째 넘어가는 ‘중상’ 내지 ‘사망’ 사고가 빈발하기 때문이다. 그 결과 금융회사와 고객, 임직원이 관련된 일련의 소송사태가 벌어지기 일췌인데 구체적인 사건의 해결은 그리 간단치 않은 실정이다.

* 경희대학교 법학전문대학원 부교수, 경희법학연구소 연구위원, 법학박사.

2010년 11월 12일 서울 삼성동 소재 금융연수원에서 열린 사단법인 은행법학회의 제12회 정기연구발표회¹⁾에서 대법원 재판연구관인 김건식 박사가 발표한 논문은 바로 이 문제를 정면으로 다루고 있다. 금융기관의 임직원이 주의의무를 위반하거나 직무상 임무에 위배하여 업무를 수행한 결과 금융기관에 손실을 입힌 경우에는 채무불이행책임 또는 불법행위책임이 성립한다. 이러한 채무불이행책임 또는 불법행위책임의 성립과 관련하여 손해액을 확정하여야 책임을 물을 수 있는데 대법원 판례를 보면 손해액의 확정시기가 제각각이라는 것이다.

김 재판연구관이 조사한 대법원판례를 보면, 손해의 현실적 발생 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 하는 것이지만, 대출로 인한 손해의 경우 구체적 사안에 따라 손해발생의 현실화 시점을 다음과 같이 달리 파악하고 있다.

- ① 부당대출 당시 채무자가 무자력 등으로 향후 변제가능성이 없고 제공된 담보가치가 없다면 대출 당시
- ② 부당대출시 제공된 담보가 있는 경우 대출 당시 객관적인 담보가치의 평가가 있고 담보가치가 일정액으로 변동가능성이 거의 없다면 대출 당시
- ③ 부당대출 당시 담보가치의 평가가 어려운 경우에는 최종적으로 담보가치가 현실화 된 때, 즉 담보권실행에 따른 배당 또는 담보권을 포함한 채권의 매각 시점
- ④ 부당대출 당시 담보평가가 어렵고 변론종결시까지 담보가치가 현실화되지 않았다면 최종변론 당시, 즉 객관적으로 담보가치를 평가하였을 때

이와 같이 원고나 법원의 사정에 따라 손해발생이 현실화된 시점을 달리 하는 것은 그 평가 시점에 따라 손해액이 달라지게 마련이므로 피고에 대한 ‘페어플레이’ 정신에 반하는 것이라 할 수 있다. 발표자도 밝힌 바이지만, IMF 외환위기, 미국발 글로벌 금융위기와 같은 상황에서 급격한 경제여건의 변동에 따른 담보가치 평가가 더욱 어려워질 수 있다. 피고의 권익을 보호하기 위해서라도 손해액의 산정과 관련하여 심도있는 논의가 학계와 실무계에서 이루어져야 한다는 데 공감하고 발표자의 논문을 소개하면서 문제점과 대안적인 해결방안을 검토해 보고자 한다.

1) 같은 날 은행법학회와 한국금융연수원이 공동으로 실시한 제2회 대학(원)생 금융법 논문 공모전의 시상식이 열렸다. 최우수상은 “전화금융사기(Voice Phishing) 지급인 보호를 위한 금융법적 개선안 검토”를 쓴 성균관대학교 법학전문대학원의 김수희 · 한영찬 팀이 수상했다.

II. 사실관계의 분석

발표자는 금융기관 임직원의 부당대출과 관련하여 통일적인 주의의무 기준설정이 어렵다고 전제하고 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 손해가 현실적으로 발생하여야 함을 지적하였다. 단순한 손해발생의 가능성만으로는 민사상 손해를 인정할 수 없기 때문이다.²⁾ 결국 부당대출로 인한 손해배상채권의 성립시점은 손해의 현실화 시점인 바, 대출행위의 주의의무 위반의 평가와 아울러 어떤 특정의 시점, 예컨대 대출시 등으로 일반화할 수는 없으며 주의의무 위반에 따른 위법행위의 태양, 담보물의 제공여부와 종류, 담보권 행사방법 및 회수조치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다³⁾고 했다.

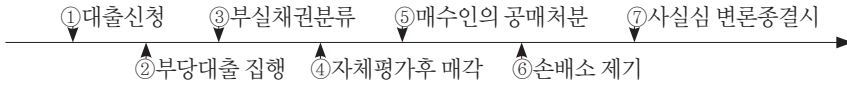
발표자는 다음과 같은 가상의 사례를 예로 들었다.

- ① 1999년 A은행의 지점장B는 C건설로부터 150억원 대출 신청을 받은 후 대출을 해주기로 작정하고 A은행 기업금융부에 대출승인을 신청하였으나 심사 결과 부정적인 회신을 받았다.
- ② B는 A은행의 내부규정을 위반하고 편법으로 지점장 전결로 대출할 수 있는 내규에 의거하여 150억원을 부당대출하였다. 당시 담보부동산은 주택건설사업계획 승인을 획득하지 않은 상태였으나, 승인을 받았다는 조건하에 감정평가를 실시하여 담보를 취득하였다.
- ③ 2000년 C건설은 거래정치처분을 받았고, 금융감독원은 국내은행들에게 부실채권정리계획을 수립하여 이행실적을 보고할 것을 지시했다. A은행은 이 사건 담보대출채권을 부실채권으로 분류하여 국제경쟁입찰의 방식으로 매각하였다.
- ④ 매각 당시 A은행은 재무자문사로부터 채권의 평가액이 140억원이라는 감정이 나오자 입찰예정자들에게 대상 채권액이 140억원이라고 고지했다. 그러나 전체 채권의 매각가를 높이기 위해 우량채권, 불량채권을 나누지 않고 양자를 골고루 섞어 여러 개의 풀(pool)로 구성한 결과 당해 채권은 최종적으로 130억원에 매각되었다.
- ⑤ 그 후 형질변경에 따른 주택건설사업계획의 승인이 이루어지고 채권매수자는 담보부동산을 160억원에 공매로 처분하였다.
- ⑥ A은행은 B를 상대로 손해배상 청구소송을 제기하였다.

2) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다29948 판결. 이러한 재산상 손해는 다수설과 판례의 태도인 차액설에 의거, 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이다.

3) 여기서 손해의 현실화 시점이란 최종적인 손해액수 산정의 확정 전 단계로서의 시점일 수도 있지만(발생을 거쳐 확정된다고 볼 수도 있음), 손해의 현실화 시점에 손해배상채권이 성립하는 측면으로, 현실화 시점은 손해배상채권 청구요건의 측면으로 이해하고, 손해액 내지 손해액의 평가 측면과는 구별되는 개념으로 이해할 수 있다.

(그림) A은행의 손해발생이 현실화된 시점은 언제?



이 사건에서 원고는 [이자를 도외시한다면] 150억원의 대출채권을 130억원에 매각하였는데 나중에 160억원을 받을 수 있었던 것으로 밝혀졌다. 원고는 얼마에 해당하는 손해발생이 현실화되었다고 보고 피고를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는가.⁴⁾

발표자는 금융기관 임직원의 부당대출과 관련한 책임규정 또는 근거만으로는 의당 어떠한 행위에 곧바로 어떤 책임이 발생한다는 단일한, 획일화된 판단 기준의 도출이 어렵다고 말했다. 또한 관련 책임규정을 위반한 대출이라 할지라도 손해가 발생하지 않는 경우에 법적책임을 지울 수 있는지도 문제가 될 수 있다고 했다. 특히 부당대출과 관련한 책임과 권한이 있는 임원은 경영판단의 원칙(business judgment rule)을 주장하는 경우가 많다.

이에 대한 대법원 판례를 보면 “금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다”고 하였다.⁵⁾

또한 형법 제355조 제2항 배임죄 및 제356조 업무상 배임죄의 성립과 관련하여 객관적 성립

4) 발표자는 금융기관 임직원의 부당대출 시 손해배상책임과 관련한 쟁점으로는 부당대출 책임의 성립 여부, 손해가 객관적으로 명확하게 현실화된 시점의 판단, 손해액이 미확정인 기간 동안에 손해배상 청구의 가능성 여부 및 경제상황의 급변으로 인적·물적 담보의 가치가 급락 또는 급등한 경우 어떻게 평가할 것인지에 관한 다양한 쟁점이 제기될 수 있다고 말한 다음 금융기관 임직원의 부당대출 책임의 성립요건과 관련하여 검토를 하였다.

5) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

요건인 임무에 위배하는 행위 및 주관적 성립요건으로서 배임의 고의에 대한 기준과 요건은 아직도 많은 논의가 진행되고 있다.⁶⁾ 적어도 금융기관 임직원이 내외의 관련규정과 선관주의 의무를 충실히 준수하여 대출을 하였다면, 담보가치의 예측치 못한 변동이 발생하였다 하더라도 금융기관 내부의 책임은 별론으로 하고 채무불이행 또는 불법행위책임의 성립을 인정할 수 없을 것이다.

IMF 사태 직후 해당 금융기관의 입장에서는 경기가 언제 회복될지 불투명한 가운데[영업 라인] 직원들의 기강을 세우기 위해 사건을 파헤쳐야 하지만[인사 라인], BIS 비율을 충족한다는 전제 하에 대손처리를 해야 하는[재무관리 라인] 매우 복잡한 문제를 안고 있었다.

III. 대법원 판례의 검토

발표자가 유형별로 소개한 대법원 판례는 다음과 같다(밑줄은 발표자가 표시).

1. 현실적 손해의 발생에 대한 일반적 기준(대판 92다29948, 2000다53038)

불법행위나 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것으로 상대방에게 그 채무액의 배상을 구하기 위하여는 그 채무의 부담이 현실적·확정적이어야 하며, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 하는 것이다.

2. 대출 당시 또는 채권회수에 문제가 있는 때(대판 2008다72882)

동일인 대출한도를 넘어 대출이 이루어졌더라도 그 회수가 확실하기만 하다면 새마을금고의 자본이나 자금운용에 이익을 가져올 뿐만 아니라 동일인에 대한 편중 대출을 규제함으로써 새마을금고의 재정 부실화를 방지할 수 있다는 것도 따지고 보면 동일인 대출한도 초과대출을 규제하는 데 따른 부수적, 반사적 효과에 불과하다는 점에 비추어 보면, 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 손해가 생겼다고 볼 수는 없고, 동일인 대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 재무

6) 대표적인 대법원 판례를 들어 보면, “피고인 자신의 개인적 이익을 취하거나 타인으로 하여금 재산상 이익을 취하게 할 의도가 있었다고 볼 사정이 없다면, 단순히 회사에 손해가 발생하였다는 결과만으로 피고인에게 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 배임의 고의를 묻기는 어렵다.” (대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도2786 판결).

상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 손해가 발생하였다고 볼 수 있을 것이다.

3. 담보가치의 과다산정에 따라 과다대출이 발생한 경우 과다대출 부분에 대하여 대출 즉시 손해 발생 (대판 2006다21880)

차주들이 주장하는 금액 및 자신의 주관적인 경험과 판단만을 근거로 하여 임의로 구입가격과 시장가격을 검품확인서에 기재하고 이에 터잡아 대출가능금액을 산정함으로써, 이와 같이 원고를 위하여 객관적이고 공정하게 검품업무를 수행하여야 할 의무를 위반하였고, 그로 말미암아 원고는 이 사건 차주들에 대하여 대출하지 않았을 돈을 대출하거나 그 대출금 채권에 상당한 담보를 확보하지 못하는 손해를 입게 되었으며, 또한 담보물의 가치에 대한 피고 회사의 과대평가로 인하여 원고가 과다한 대출을 하였을 때에는 대출 즉시 원고에게 과다대출 부분만큼의 손해가 발생하므로, 대출 후에 비로소 발생한 담보물의 가격하락, 경기침체로 인한 일반적인 부실채권증가 등의 사유를 내세워 피고 회사가 면책될 수 있는 것은 아니라고 판단하였다.

4. 실질적 가액정산 시, 즉 이행기 후의 처분 시(대판 2005다65579)

금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출을 해 준 후 구 금융기관 부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률(2001. 12. 31. 법률 제6561호로 개정되기 전의 것) 제4조에서 정한 바에 따라 부실채권을 신속하게 정리하기 위하여 회사에 대한 대출금채권을 한국자산관리공사에게 양도하고 그 대출금채권의 실질적 가액에 관한 정산을 거쳐 대가를 지급받은 경우, 부실대출로 인한 금융기관의 손해는 그 양도대가에 의하여 회수되지 아니하는 대출금채권액으로 확정된다.

IV. 위법행위와 손해발생의 인과관계

발표자는 위의 사례에서 B가 현업 부점장에게 요구되는 주의 의무를 위반하였다고 판단했다. 그 이유는 A은행이 자체 내규에서 담보취득에 앞서 담보부동산의 감정평가를 위해 감정평가회사로부터 부동산조사분석 의뢰서를 작성하도록 하고 있는 점, 담보취득 시에도 진위, 적

정성 여부를 확인·보고하도록 한 내규가 있음에도 B가 이를 이행하지 않은 점, 또한 B는 대출 당시 제출한 담보가치평가가 택지화를 전제로 한 것이어서 택지조성 사업이 제대로 이행되지 않을 경우 담보가치가 현저히 하락할 가능성이 있다는 것을 알고 있었던 점, A은행의 기업금융부에서 대출승인을 거절하였음에도 다른 담보를 확보하지 않았다는 점에서 그러했다. B에게 어느 정도 경영판단의 재량이 부여될 수 있으나 내규를 어기고 본점의 대출 불승인에도 대출을 함으로써 A은행에 손해를 끼친 점이 인정되었다.

그렇다면 손해가 현실화된 시기는 언제인가. 만일 ②의 대출 당시에 담보부동산에 대한 객관적인 평가가 가능하고 그 당시에 대출금 환수가 불가능하다고 객관적으로 인정된다면 그때 손해가 현실화되었다고 볼 수 있지만 앞의 사례에는 해당되지 않는다. ④의 매각 당시 재무자문사의 채권평가액은 내부적인 의견이므로 이를 객관적 가치평가로 보기에는 어려움이 있다. 결국 현실적으로 손해가 발생하는 시점은 ⑤의 실질적인 채권매각시점이라 할 수 있다.

문제는 발생한 손해를 B의 책임으로 돌리기 위해서는 B의 채무불이행 책임 또는 위법행위와 발생한 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하는 바, B로서는 채권매각 당시 채권의 실질가치 평가가 적정하였는지, 우량채권과 불량채권을 구분하지 않은 매각방법으로 제대로 대가를 받을 수 있었는지 등을 문제 삼을 수 있다.⁷⁾ 또한 B는 책임액을 줄이기 위해 담보가치가 변동하고 있음을 들어 담보가치의 증가가 예상됨에도 채권을 서둘러 매각하는 바람에 손해가 커졌다고 주장할 수도 있을 것이다.

요컨대 부당대출에 따른 손해가 현실화되었을 때 A은행의 손해배상채권이 성립된다고 본다면 시간적으로 담보가치가 변동하는 경우에 있어서, 대출 시점, 원고의 담보물 매각 전 자체 평가 시점, 담보물의 매각 당시 또는 변론종결시점 등으로 손해의 현실화 시점이 달라질 수 있다. 발표자는 과연 그 시점의 평가액이 실제적 정의에 부합하는 손해액인지 아니면 손해발생 현실화 시점의 액수에 인플레이, 디플레이 등 여러 가지 변동요소를 고려하는 절차가 필요한 것인지에 대해서도 문제를 제기하였다.

앞의 사례에서 담보물을 처분하였다면 처분시에, 사실심 변론종결시까지 담보물을 처분하지 못하였다면 변론종결시를 손해의 현실화 시점으로 본다. 만약 처분가능 시점과 실제 처분 시점의 담보가치에 상당한 변동이 있는 경우라면 두 시점의 차이를 고려하는 것이 실질적인 손해액 판단에 접근할 것이다. 발표자는, 아직 국내에서는 문제가 된 적이 없지만, 손해가 현실화된 시기 전과 후에 담보가치가 급락, 급등하였다면 이러한 변동까지 고려하여 평가하는 것이 실제적 정의 관념에 부합할 것이라고 말했다.⁸⁾

7) 만일 매각가격의 적정성을 부정한다면 변론주의 원칙상 어느 일방이 산정한 액수의 주장을 적정가로 채택하여야 할 터인데 오히려 이러한 산정액수가 자의적일 수 있다.

8) 발표자는 손해발생시기의 담보가치평가 외에 원고나 피고가 손해액의 평가를 추가로 주장한다 하더라도 법원에서 이러한 주장을 받아들일지는 의문이라고 말했다. 그 인정 여부는 사실판단의 문제가 개입될 수 있기 때문이라는 것이다. 발표자는 손해액의 평가와 관련하여 아이디어를 제공한 경북대 최승재 교수에게 사의를 표하

V. 합리적인 판단기준의 모색

김건식 재판연구관의 발표가 끝나고 플로어에서는 다양한 의견이 개진되었다. 손해의 발생이 확실시되는 대출시점을 기준으로 해야 한다는 견해와 경제여건이 급변하는 시기에 담보가치의 상승으로 원고가 손해를 입지 않았음에도 피고가 손해배상책임을 지는 것은 '실질적 정의'(substantial justice)에 반한다는 주장도 나왔다. 결국 대법원 판례에 나타난 바와 같이 손해의 현실적 발생여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 하므로 구체적인 사안에 따라 현실화 시점을 달리 파악해야 한다는 결론에 도달하였다. 마치 숲속에서 길을 잃고 헤맨 것처럼 한참 논의를 하고 나니 다시 원점으로 되돌아간 형국이었다.

그러나 당사자간의 '페어플레이'도 중요하다는 생각이 들었다. 앞의 사례에서도 볼 수 있듯이 피고는 담보를 잡고 대출해주었으므로 담보목적물을 제값을 받고 처분하였더라면, 비록 A은행에 150억원 대손을 안겼더라도 160억원을 받고 팔 수도 있었으니 은행에 손실은 없는 셈이다. 여러 가지 대안 중에서 은행이 담보목적물을 130억원에 처분한 것을 기준으로 20억원 상당의 손실을 입었다고 하는 것도 너무 은행 입장만 두둔하는 것이라 할 수 있다. 은행측 재무자문사가 담보목적물을 140억원으로 평가한 것도 공의 면에서 논란의 여지가 있다. 그렇다고 재판부가 피고의 부담으로 새로 평가를 할 수는 없는 노릇이다.

이상의 논의를 지켜보면서 '실질적 정의'의 관점에 비추어 다음 세 가지 기준을 가지고 판단(three-standard test)을 하면 누구나 수긍할 수 있을 것이라는 생각이 들었다.

첫째는 금융기관 내부의 기강확립 기준(discipline standard)이다. 원고의 입장에서 관련규정을 위반하여 업무를 처리한 결과 원고에 손해를 끼친 임직원을 내버려둘 수 없을 것이다. 피고가 규정이나 절차에 위반하여 부당대출을 한 시점에서 손해발생을 확인할 수 있으므로 일단 그 시점의 손해액이 손해배상청구액이 될 것이다.

둘째, 피고에게 유리한 가치변동(positive change standard)이 있는 때에는 최대한 피고에게 유리한 시점을 기준으로 할 필요가 있다. 앞의 사례처럼 부동산을 담보목적물로 하였거나 유가증권에 투자한 경우가 이에 해당한다. 그렇다면 대체로 사실심 변론종결시가 손해발생을 확인하는 시점이 될 것이다.

셋째로 피고 명의로 된 재산이 별로 없어 손해회복(recovery standard)의 가망이 거의 없다면 비용을 들이지 않고 손해액을 용이하게 산정할 수 있는 시점을 기준으로 해야 한다. 앞의 사례에서 피고 명의로 된 재산이 거의 없어 원고가 회수할 수 있는 금액이 '영' 또는 '영'에 가깝다면 굳이 비용을 들여 재평가를 할 필요 없고 재판부에서 인정하는 객관적이고 합리적인 방법으로 산정하면 된다.

그렇다면 앞의 사례에서 A은행의 손해배상청구권은 일단 B의 부당대출이 이루어졌을 때의

고 손해액 평가에 관한 연구 결과를 기대한다고 덧붙였다.

150억원을 기준으로 담보물 평가액을 공제하여 산정할 수 있다. 그러나 담보물의 가치가 평가 시기와 방법에 따라 130억원, 140억원, 160억원으로 달라지므로, 피고에게 가장 유리한 시점인 사실심 변론종결시에 재판부가 파악할 수 있는 금액을 고려하여야 한다. 앞의 사례에서는 사실심 변론종결시에 이미 담보목적물이 해당 대출채권과 함께 160억원에 공매처분된 것을 알 수 있으므로 담보목적물에서 회수할 수 있는 가액을 160억원으로 보아 [중간의 발생이자와 소송비용을 무시한다면] 원고의 손해는 없었다고 할 수 있다. 이 경우 재판부로서는 담보목적물의 가치를 새로 평가할 필요가 없다. 왜냐하면 소송의 목적인 원고가 얼마나 손해를 입었느냐 판단하는 것이 중요하므로 A은행이 부실채권으로 분류하여 처분하고 받은 130억원을 부당 대출금액 150억원에서 공제한 20억원이 손해액이라 할 수 있다.

요컨대 앞의 사례에서 원고인 A은행이 부당대출임을 알고 B를 징계함과 아울러 기강확립 차원에서 그로부터 손실을 회복하려고 한 때(부당대출시 또는 손해배상청구의 소제기 시점)의 손해액에서 사실심 변론종결시까지 원고가 입었다고 주장하는 손해액이 줄어들 가능성(경제여건의 변동으로 피고가 이익을 볼 수도 있는 사정을 감안)을 고려하여야 한다. 그리고 재판부의 관점에서 그러한 손해액 변동의 가능성에 원고와 피고 누구의 책임이나 기여가 있었는지를 가리고, 필요하다면 가치평가를 새로 하여,⁹⁾ 객관적으로 타당한 손해액을 결정하는 것이 순서일 것이다.

이 경우 피고인 B가 원고은행에 배상하여야 할 금액은 일단 부당대출액 150억원에서 원고의 처분가액 130억원을 공제한 20억원에서 출발하되, 공매 방식으로 개별매각을 하였더라면 더 받을 수도 있었던 점을 고려하여 재판부는 손해액 '0원'까지도 선언할 수 있다고 하겠다.

9) 피고 명의로 된 재산이 거의 없다면 새로 비용을 들여가며 가치평가를 할 필요는 없다고 본다.