creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000266336

2017년 8월
박사학위 논문

상법상 다중대표소송제도의 도입에 관한 연구

조선대학교 대학원

법 학 과

김 형 호

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법상 다중대표소송제도의 도입에 관한 연구

A Study on the adoption of Multiple Derivative Action on korean commercial Act

2017년 8월 25일

조선대학교 대학원

법 학 과

김 형 호

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법상 다중대표소송제도의 도입에 관한 연구

A Study on the adoption of Multiple Derivative Action on korean commercial Act

지도교수 김 재 형

이 논문을 법학 박사학위신청 논문으로 제출함

2017년 4월

조선대학교 대학원

법 학 과

김 형 호

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김형호의 박사학위논문을 인준함

위원장 조선대학교 교 수 서 성 호 (인)

위 원 목포대학교 교 수 이 성 남 (인)

위 원 조선대학교 교 수 권 상 로 (인)

위 원 조선대학교 교 수 이 창 재 (인)

위 원 조선대학교 교 수 김 재 형 (인)

2017년 6월

조선대학교 대학원

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【목 차】

ABSTRACT ····· VI

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 3

제2장 다중대표소송의 일반적 고찰 ····· 6

제1절 주주대표소송의 의의와 한계 ····· 6

1. 주주대표소송의 의의 ····· 6
2. 주주대표소송의 한계 ····· 9

제2절 다중대표소송의 의의 ····· 12

1. 다중대표소송의 필요성 ····· 12
2. 다중대표소송의 개념 ····· 19
3. 다중대표소송에 대한 찬성과 반대이론 ····· 20
4. 다중대표소송의 국내 판례 ····· 24

제3절 다중대표소송의 법리 ····· 27

1. 공동지배이론 ····· 27
2. 보상·억제이론 ····· 28
3. 법인격부인이론 ····· 30
4. 제한적인정이론 ····· 31
5. 신임관계이론 ····· 32

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 다중대표소송의 비교법적 논의 ····· 34

제1절 미국 ····· 34

1. 다중대표소송의 의의 및 요건 ····· 35
2. 입법상의 다중대표소송 ····· 37
3. 판례 ····· 40

제2절 일본 ····· 43

1. 독점금지법의 등장 ····· 43
2. 다중대표소송제도의 도입과 핵심내용 ····· 45
3. 찬성·반대이론 ····· 50

제3절 그 외 국가 ····· 55

1. 영국 ····· 55
2. 프랑스 ····· 57
3. 홍콩 ····· 59
4. 독일 ····· 60
5. 캐나다 ····· 62
6. 뉴질랜드 ····· 64

제4장 다중대표소송의 입법화 방안 ····· 66

제1절 최근 상법개정안의 개요 ····· 66

1. 법무부 2013년 상법개정안 ····· 66
2. 2016년 김종인의원·채이배의원 대표발의 안 비교 ····· 69
3. 2016년 9월 2일 상법 일부개정법률안 (노회찬의원 대표발의) ····· 70
4. 2016년 11월·2017년 2월 상법 일부개정안 ····· 74

제2절 당사자적격 ····· 76

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 원고적격 ····· 76
2. 피고적격 ····· 79
제3절 소송절차 ····· 80
1, 제소 전 절차 ····· 80
2, 관할법원 및 소의 제기 ····· 83
3. 소송의 참가 및 소송고지 ····· 83
4. 소송의 취하, 청구포기·화해 등의 금지 ····· 87
제4절 판결의 효력 ····· 88
1, 원고 승소 ····· 88
2. 원고 패소 ····· 90
제5절 회사의 인정범위 ····· 90
1. 인정범위에 관한 종래의 견해 ····· 91
2. 인정범위에 관한 통계분석 ····· 94
3. 잠재적 지배·종속회사와 실질적 지배·종속회사에 대해 인정 ····· 103
제6절 남소방지 방안 ····· 105
1. 담보의 제공 ····· 105
2. 소수주주권 ····· 106
3. 재심의 허용 ····· 107
4. 경영판단의 원칙 및 특별소송위원회 도입 ····· 108

제5장 결 론 ····· 110

참고문헌 ····· 113

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【표 목차】

<표 1> 집단별 순환출자 변동내역 ····· 14
<표 2> 2013년 법무부 개정안 및 경제개혁연대 의견안 ····· 66
<표 3> 김종인·채이배의원 개정안 주요 내용 ····· 69
<표 4> 노회찬의원 개정안 주요 내용 ····· 72
<표 5> 이종걸·오신환의원 개정안 주요내용 ····· 74
<표 6> 제소주주의 권리의무 조항 ····· 89
<표 7> 분석대상 기업집단 현황 ····· 95
<표 8> 다중대표소송 대상회사 ····· 96
<표 9> 출자지분율에 따른 분석효과 ····· 98
<표 10> 기업별 계열사 수와 출자지분율에 따른 분석효과 ····· 98
<표 11> 대기업집단의 내부지분율 ····· 100
<표 12> 전체 집단(65개)의 소유지분구조 현황 ····· 101

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【그림 목차】

<그림 1> 지주회사 수 변동 추이 ····· 16

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【ABSTRACT】

A Study on the adoption of Multiple Derivative Action on korean commercial Act

Kim, Hyung-Ho
Advisor : prof. Kim, Jae-Hyeong, Ph.D.
Department of law,
Graduate School of chosun University

Because of the Park Geun-hye and Choi Soon-sil gate, the voice of the Chaebol reforms were increased, one such example is the introduction of a Multiple Derivative Suits.

Before the confirming the Multiple Derivative Suits, see the Shareholder Derivative Suits, the current Shareholder Derivative Suits under the commercial law has the limitations in our business group. This leads to the necessity of Multiple Derivative Suits due to problems of the circular fund structure, securing of responsibility for management of directors, strengthening of holding company, review of the transparency of management structure and the gap between real-ownership and management.

The multiple derivative suits mean a lawsuit for the calling to account to the directors of the subsidiary company who did illegal act on behalf of the subsidiary company. Through such measures, the shareholders can recover the losses, and pursuing the private interests of the controlling shareholder controlling the subsidiary management. Like this, it is the restraint device. Following the specificity of the Korean corporate structure, the multiple derivative suits can be applied to both circular shareholding and holding company, also it can be the measure to protect minority shareholders.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

However, still there are pros and cons theory about the multiple derivative suits, I standing for the pros. About the legal theory, there are co-domination, compensation and restraint, denial of corporation, limited recognition, and trust relationship theory. Etc.

About the multiple derivative suits, major foreign countries can confirm by written law or legal precedent. The United States has been recognized in legal precedents for more than a century, and the starting point is Brown v. Tenney judgment. Japan has been in force since April 2015, and lawsuits are permitted only in relationship of complete Mother and Son Company. Britain and France have not been legislated, but they have been granted the multiple derivative suits by legal precedent. Hong Kong has allowed the multiple derivative suits from 2014 to today, Germany is allowed by starting the ITT case. In Canada and New Zealand, about the multiple derivative suits, the law court decide the permission of the sue with the similar case. There is a need to provide a rational solution that matches the structure of the domestic enterprise by referring to foreign legislation.

In Korea, about the multiple derivative suits in 2003, the Supreme Court in 2004 over the ruling this and finally it was stopped. However, the revision of the Ministry of Justice in 2013 and the revision of the National Assembly by 2016 and until now have been submitted to the National Assembly including the details of the multiple derivative suits. Therefore, we made comparisons and analyze of submitted amendments and made in-depth confirmation of the actual legislation such as the standing to sue, defendant, procedure of litigation, and effect of judgment.

However, if multiple derivative suits are introduced based on recent statistical studies, about the scope of the company with the standing to sue, based on data from the Fair Trade Commission's corporate stake in 2016, the statistics on the number of companies classified as 100%, 50%, and 30% are quantified.

In addition, the following comments are made on the outbreak of lawsuits that are the most worrisome among the opposing opinions of the multiple derivative suits. And about the minority shareholder right, refers to the sole shareholder rights of the United States and adopt this, so it can set the holding period and the standard of the stock. It is a method to prove malice of plaintiff by defendant director with apply the shareholder derivative suits through provision of security and give the regular security to plaintiff

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

shareholders, and give the defense right to defendant director. The acceptance of the retrial is the opinion that the retrial of the multiple derivative suits is needed by interest between company and director. And next, it is the opinion that applying the principles of management judgment, even if a company suffers a loss, if the judgment of the director satisfies the sincerity and rationality, set the limit of the director's responsibility and assists the manager in exercising the ability. Finally, it is correct to support the multiple derivative suits by securing the independence of the management by the introduction of special litigation committee.

Legislation of the multiple derivative suits is the system of the corporate structure and minority shareholder, so about its application, the practical and potential application in application is needed. The contents of this legislation will protect the interests of the subsidiary shareholders and further damage to the parent company and it will be a good way to transparency of the management of the directors and restoration of the enterprise.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

최근 박근혜-최순실 게이트[1]로 재벌개혁의 목소리가 높아진 가운데 한 때 추진되었다가 중단된 상법 관련 경제민주화법[2]이 다시 화두로 떠오르고 있다.[3] 그 중에 하나가 다중대표소송[4] 제도의 도입이다.

그동안 기업집단 내에 있는 비상장 계열사들이 총수일가의 부의 증식이나 지배권 확대 수단으로 악용[5]되고 있다는 비판이 제기되면서 2000년대 초반부터 다중대표소송제도를 도입할 필요가 있다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다.[6]

---

1) 최순실 게이트, 박근혜 게이트 또는 박근혜-최순실 게이트라고 불리우는 이 사태는 최순실이 박근혜 정부의 국정에 개입했다는 것과 미르재단·K스포츠재단의 설립에 관여하여 그 재단을 사유화한 사건, 최순실의 딸 정유라가 특혜를 받은 사건 등을 포함하는 사건이다. '박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률'에 의거하는 공식 명칭은 '박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건'이다.

2) 최근 거론되고 있는 상법과 관련한 경제민주화법의 내용은 집중투표제도 의무화, 사외이사 선임제한, 감사위원 분리선출, 대표소송제도 개편, 전자투표제도의 단계적 의무화, 자기주식 처분 제한, 보수위원회 설치 및 부당보수 지급 제한, 합병 등 유지청구권 제도 도입 등이다.

3) 최근 거론되고 있는 상법과 관련한 경제민주화법의 내용은 집중투표제도 의무화, 사외이사 선임제한, 감사위원 분리선출, 대표소송제도 개편, 전자투표제도의 단계적 의무화, 자기주식 처분 제한, 보수위원회 설치 및 부당보수 지급 제한, 합병 등 유지청구권 제도 도입 등이다.

4) 여기에서의 다중대표소송은 이중, 삼중, 사중 대표소송을 모두 포함하는 개념이다. 편의상 타 자료에 '이중대표소송'이라는 용어도 여기서는 '다중대표소송'이라는 용어로 사용하고자 한다.

5) 1996년 삼성그룹의 비상장 계열사인 삼성에버랜드(주)의 전환사채 저가 배정, 1999년 삼성그룹의 비상장 계열사인 삼성SDS(주) 신주인수권부사채 저가 배정, 2008년부터 현대그룹 비상장 계열사인 현대글로비스(주)에 대한 현대차그룹의 일감몰아주기, 2008년부터 2012년까지 SK그룹 비상장 계열사인 SK C&C(주)에 대한 계열사 일감몰아주기, 2002년 SK그룹 비상장 계열사인 SK해운(주)의 비자금조성 및 정치자금 제공, 2006년 신세계그룹의 비상장 계열사인 광주신세계(주)의 저가 주식발행, 그 외 공정거래위원회가 발표한 대기업집단의 비상장 계열사인 삼성카드(주)·삼성캐피탈(주)·SK건설(주)·LG칼텍스정유(주) 등을 통한 2000년 이후 부당내부거래 사건 12건(12건의 총 부당지원금액은 약 1108억원, 과징금은 311억원), 그리고 2015년 롯데그룹의 비상장 계열사인 호텔롯데(주) 롯데면세점의 미르재단 불법지원, 2016년 SK그룹 비상장 계열사인 SK종합화학(주)의 K스포츠재단 불법지원 등 그룹 내의 비상장 계열사를 통한 불법행위 사례는 수없이 많은 실정이다.

6) 다중대표소송에 관해서는 1998년에 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '독점규제법'이라 함)상 지주회사의 해금 이후 그 대응책으로서 다중대표소송에 대한 논의가 일부 있었다가 2003년 다중대표소송을 허용한 하급심 판결(서울지방법원 2002. 1. 31.선고 98가합112403판결)과 이를 부인한 2004년 대법원 판결(대법원 2004. 9. 23선고 2003다49221판결)을 계기로 다중

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다중대표소송은 종속회사의 이사가 법령 또는 정관을 위반하거나 이사로서의 책임을 다하지 않아 지배회사에 손해를 발생시켰을 때 지배회사의 주주가 종속회사의 이사를 상대로 제기하는 대표소송을 말한다. 이는 해당 기업이 이사에 대한 책임추궁을 게을리 할 경우 주주가 회사를 대신하여 이사의 책임을 추궁하는 대표소송의 확장된 개념이다.

미국은 다중대표소송제도에 관하여 판례를 통하여 인정하며 명문화된 규정은 존재하지 않는다. 일본은 2012년 회사법 개정으로 완전모자회사에서만 다중대표소송제도를 인정하고 있으며, 우리나라는 경제민주화법을 화두로 다중대표소송제도의 논의가 있으며, 이전의 2003년 고등법원의 판결에서 다중대표소송을 인정하였지만, 2004년 대법원에서 현행법상의 체계를 들어 다중대표소송의 인정을 부인한 바 있다.

기업집단 내의 비상장 계열사의 이사 등을 통해 임무 위배 행위가 행해질 경우 우리나라 기업집단의 역학구조상 비상장 계열사의 주주에 의해 대표소송이 제기될 가능성은 매우 희박하다. 따라서 비상장 계열사와 그 지분을 가지고 있는 다른 계열사가 피해를 구제받기 위해서는 그 다른 계열사의 주주에게 다중대표소송을 허용해주어야 할 것이다.[7)]

본 논문에서는 주주대표소송을 선행으로 확인하고, 다중대표소송제도의 미국과

대표소송제도를 도입해야 한다는 주장이 활발히 전개되었다. 입법적으로는 2006년 법무부의 상법 개정안, 2013년 김영주 의원 대표발의안 및 이명수의원 대표발의안, 2013년 법무부 상법개정안, 2014년 홍재형 의원 대표발의안 및 이상민 의원 대표발의안, 2015년 우윤근 의원 대표발의안, 2016년 서기호 의원 대표발의안을 시작으로 김종인 의원 대표발의안과 채이배 의원 그리고 노회찬 의원 대표발의안 및 이종걸 의원 대표발의안 등 많은 의원들이 도입을 주장하였다. 그러나 재계의 조직적인 반대와 박근혜 정권의 정경유착으로 인해 그 많은 도입 시도는 번번히 무산되고 말았다.

7) 다중대표소송을 반대하는 입장에서는 다른 구제수단이 충분히 존재하기 때문에 다중대표소송은 불필요하다고 주장한다. 즉, 상법상으로 자회사 이사의 선관주의 의무 위반 행위에 대한 책임추궁은 모회사 주주의 대표소송으로 가능하다고 한다. 그 외 부당내부거래는 독점규제및공정거래에관한법률상 부당내부거래 규정, 이사의 횡령·배임 등의 불법행위는 형법 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률상 업무상 횡령죄·배임죄 규정, 이사와 회사와의 거래는 상법상 이사의 자기거래 승인규정 및 자본시장법상의 공시규정, 이익의 부당제공의 경우에는 세법상 증여의제·추징 규정 등 기존제도로 규제가 가능하다고 한다. 그러나 다중대표소송만큼 효과적이지 못하다. 하급심에서도 '다중대표소송을 허용하지 않으면 지배회사 및 종속회사에 대한 경영권을 모두 지배하고 있는 경영진이 종속회사를 통하여 부정행위를 함으로써 책임을 회피하는 수단으로 이용할 위험이 존재하는 등의 부작용이 발생하는 난점을 극복하기 어렵다'고 밝힌 바 있다(서울고등법원 2003. 8. 22, 선고 2002나13736판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

일본의 판례와 입법을 확인하고, 최근까지 국회에 상정되었던 상법개정(안)을 확인한다. 또한 다중대표소송의 당사자적격과 인정범위에 관한 우리나라의 기업에서의 적용의 실제 가능성에 관한 통계의 분석, 소송의 절차, 판결시의 효력 등에 관하여 고찰을 하여 다중대표소송제도의 가장 큰 우려로 제기되는 남소의 방지 방안까지의 내용을 살펴보기로 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구를 위하여 선행연구로 앞서 2016년 공정거래위원회 기업집단포털의 기업기분도 분석으로 발표한 2017년 김재형·김형호, 다중대표소송의 인정범위에 관한 고찰[法學論叢, (Vol.24 No.1)]에 관한 원고적격의 회사의 범위의 통계와 고찰, 그 이외의 다중대표소송에 필요한 일부의 논의로 시작되어진 박사논문이다.

기업구조가 경제외환위기 변화가 시작되어 규제의 완화와 기업의 경영구조의 변화와 더불어 제도적인 변화로 기인한 문제점에 대하여 모두 대응이 어려운 실정이기 때문에 주주보호 및 경영활동에 대한 관리·감독과 경제정의 실현 등의 제도적 개선이 요구되고 있는 상황이다. 본 연구는 다중대표소송제도에 관한 것으로 지배·종속관계에 있는 회사의 지배회사주주가 종속회사의 불법행위에 대하여 직접 대표소송을 제기 가능하도록 하는 것으로, 소송을 제기하여 소수주주와 지배회사의 이익보전 및 보호의 관점에서의 제도라 할 수 있는 제도이다.

다중대표소송제도의 도입은 2000년대에 이르러 경제민주화 법에서 논의되기 시작하였는데 2013년 법무부에서는 상법 개정(안)을 내 놓으며 여기에 다중대표소송제도를 기재하였기에 이른다. 또한 2013년 이후로 현재에 이르기까지 다수의 국회의원들의 개정(안)에 동참하여 의견을 제시하고 있기에 법무부 개정(안)에서 시작하여 현재의 논의까지의 내용이 우리 상법에 도입될 수 있는 적절성, 타당성, 필요성의 요인들을 살펴보고 이상적으로 경제적인 접목과 입법이 될지에 관하여 검토하는 것이 최종 목표이다.

본 연구의 결론을 위하여 선행되어야 하는 것은 다중대표소송제도가 주주대표

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소송에서 기인하는 것이기에 기본적인 의의와 한계를 숙지하고 도입의 필요성에 검토를 할 것이다. 그리고 현행상법에서의 주주대표소송가 활용이 이루어지며, 문제점이 어떠한 것이 있는지, 또한 이를 착안하여 다중대표소송의 개선방안과 개정(안)에 이르며, 도입되었을 경우의 운영의 모습을 예측하여 볼 것이다.

현재 시행하고 있는 주주대표소송은 상법 제403조로 미국의 법제를 참고하여 도입된 것이기에 다중대표소송제도 또한 미국의 선행적인 이론과 성립, 운영현황 등을 고찰하여 법리적 타당성과 운영의 요건 등을 정립하여야 할 것이다. 그리고 일본의 경우에서 우리와 유사한 법체계를 지니는 점이 있고 다중대표소송제도의 도입이 먼저 확립되었기에 입법적 측면에서의 도입과정의 법제화의 내용을 확인할 가치가 있다고 생각된다. 나아가 본 연구에서는 다중대표소송제도를 국가별로 시대적 변화에 어떠한 방법으로 활용 되는지에 대한 검토를 할 것이다. 이러한 검토를 전체로 다중대표소송제도에 관한 논의와 2013년 법무부 개정안 이후의 현재(2017년)에 이르기까지의 각 견해의 타당성을 바탕으로 내용의 적정성을 검토하고 개선방안을 제시할 것이며, 우리의 기업구조를 감안하여 다중대표소송제도가 최종적으로 입법 되었을 때의 모습과 순환출자와 지주회사일 때의 현 상황에 대한 실제적인 자료의 통계조사를 통하여 방안을 제시할 것이다.

위에 기재한 목적을 바탕으로 본 논문에서 연구 순서를 다음과 같이 한다.

제1장에서 본 연구의 목적 및 범위와 방법을 명시한다.

제2장에서 다중대표소송제도의 도입을 위하여 선행적으로 주주대표소송의 의의와 우리나라의 기업구조에서의 한계를 확인하고, 다중대표소송의 필요성 및 의의와 관련판례를 확인하며, 국내의 견해로 찬성과 반대의 논의, 법리적인 부분에 대한 내용을 소개하고 검토한다.

제3장에서는 다중대표소송제도의 도입에 대한 외국의 입법례를 검토하며, 이론적 정립의 기초로 미국과 일본의 다중대표소송제도에 관하여 도입형태와 도입이 이루어지기의 과정을 살펴본 후 그 외의 외국의 국가들에서의 사례들을 검토한다.

제4장에서는 2013년 법무부와 현재에 이르기까지의 6개의 개정(안)에 관한 것을 시사하고, 다중대표소송제도에서의 내용을 적용범위와 요건, 절차적인 내용의

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

확인을 통하여, 도입의 적절성과 운영 시 주의 할 사항들을 검토하여 개선방안과 남소방지의 방법까지의 주장을 할 것이다.

제5장에서는 이상에서의 내용들을 바탕으로 하여 정리된 의견에 대한 결론의 주장을 하도록 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 다중대표소송의 일반적 고찰

제1절 주주대표소송의 의의와 한계

다중대표소송은 기본적으로 주주대표소송에서 시작되었다고 볼 수 있다. 본래 하나의 법인을 상대로 발생되는 소송 즉, 일개 법인내에서 집행임원, 이사 또는 감사 등 경영진의 불법행위에 대하여 진행되는 소송의 형태가 기업집단의 모자회사간 소송의 형태로 진행되는 것을 말한다. 그러므로 이하 본 연구진행에 있어서는 먼저 주주대표소송에 관해 살펴보는 것으로부터 시작되어야 할 것으로 생각한다.

우리나라에서는 주주대표소송이 처음 제기된 1997년부터 2012년에 이르기까지 그 소송건수는 총 58건으로 나타나고 있는데,[8] 그 중 상장회사에 대한 주주대표소송은 모두 28건 이였으며, 비상장회사의 경우는 30건으로 확인되고 있다. 이를 다시 유형별로 파악하면 경영권 분쟁이 19건으로 가장 많으며, 주주 1인이 제기한 사건은 11건, 다수의 소액주주가 제기한 사건은 9건, 소액주주와 시민단체가 연계한 사건은 8건으로 확인되고 있다. 이렇듯 우리나라에서의 대표소송은 비상장회사의 경우가 주류를 이루고 있으므로 주주대표소송이 의도하는 본연의 목적인 대기업 및 상장회사에서의 대주주 및 경영진에 대한 견제 수단으로서의 소액주주에 대한 역할과 기대하는 바는 아직 먼 것으로 판단될 수밖에 없다.

1. 주주대표소송의 의의

상법은 이사에 대하여 광범위한 업무집행의 권한을 부여하고 있다. 즉, 이사는 업무를 집행함에 있어서 신중함과 적정성을 기하기 위해 이사회의 결의를 거치도록 하고 있고, 또한 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 한 경우는 당해 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책

8) 강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”, ERRI 경제개혁리포트 2013-8호, 3면 이하 인용.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

임을 부담시키고 있으며, 그러한 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 책임을 부담하는 것으로 되어 있다. 이 경우 결의에 참가한 이사로서 이의를 제기한 사항이 의사록에 기재되어 있지 아니하는 경우에는 그 이사도 그 결의에 찬성한 것으로 추정하게 된다(상법399조 회사에 대한 책임). 이처럼 상법에서는 회사에 대한 이사의 책임을 명문화하면서도 그 업무집행에 대한 견제와 감독의 수단으로서의 이사의 책임에 대한 주의적 엄격성을 요구하고 있는 한편, 주주의 지위도 강화하는 형식의 법제를 취하고 있다. 즉, 주주의 지위강화라는 것은 이사의 책임에 관해 회사가 자발적인 책임추궁의 소를 제기하는 것이 이사와 회사 간의 이해관계로 보았을 때 기대하기 어렵고(회사의 제소해태가능성을 말함), 따라서 이사의 책임에 대한 억제책의 하나로 소수주주가 직접 소송을 제기 할 수 있는 길을 마련함과 더불어 소수주주의 지위강화 차원으로 주주대표소송을 인정하게 된 것이다.

주주대표소송은 영미법의 형평법상의 판례에서 발단하여 미국의 회사법상의 대표소송 또는 대위소송으로 정착하게 되었는데, 이는 회사의 제소해태가능성[9]에 대하여 주주로 하여금 직접 소를 제기할 수 있는 권한을 부여한 것이다.

이러한 미국의 법제를 받아들인 우리 상법은 제403조(주주대표소송에 관하여 명시)[10], 제404조(대표소송과 소송참가, 소송고지에 관하여 명시)[11] 및 제405조(제

---

9) "회사가 이사를 상대로 이해관계에 놓여있다는 것이 소송을 회사입장에서 자발적으로 제기하기 어렵다"는 이론

10) 상법 제403조(주주의 대표소송) ①발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. <개정 1998.12.28.>
②제1항의 청구는 그 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. <개정 1998.12.28.>
③회사가 전항의 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제1항의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.
④제3항의 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 전항의 규정에 불구하고 제1항의 주주는 즉시 소를 제기할 수 있다. <개정 1998.12.28.>
⑤제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(發行株式을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다. <신설 1998.12.28.>
⑥회사가 제1항의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다. <신설 1998.12.28., 2011.4.14.>
⑦제176조제3항, 제4항과 제186조의 규정은 본조의 소에 준용한다.

11) 제404조(대표소송과 소송참가, 소송고지) ①회사는 전조제3항과 제4항의 소송에 참가할 수

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소주주의 권리의무에 관하여 명시)[12] 등 3개 조문으로 법제화하였다. 그 내용을 구체적으로 살펴보면, 먼저 발행주식의 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 것을 회사에 청구할 수 있는 것으로 되어 있는데, 이는 소송의 남발을 억제하고자 하는 것으로써 이에는 주주의 소송에 관한 별도의 자격은 요하지 않는 것으로 풀이된다. 그리고 소의 청구는 그 이유를 기재한 서면으로 하되, 청구를 받은 날로부터 30일 이내 회사가 소를 제기하지 아니하면 주주가 직접 소를 제기하여야 할 것이나 혹여 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생될 염려가 있을 시에는 주주는 즉시 소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 이는 이사의 불법행위의 시기를 알게 되거나 그 행위의 진행이 긴박한 경우에 회사와 이사의 이해관계를 생각하여 소가 제기되지 않거나 증거인멸과 같은 행위가 일어날 것에 대한 대비책으로 마련된 내용으로 확인된다. 이 경우 소를 제기한 주주가 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 주식이 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향을 미치지 아니한다. 또한 본 소송은 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소에 대한 취하 및 청구의 포기, 인락, 화해를 할 수 없고, 소를 제기한 주주는 회사에 지체없이 소송고지를 할 의무가 있으며, 소송으로 인하여 지출한 비용에 해당하는 금액의 지급을 회사에 청구 할 수 있고, 이 경우 청구된 소송비용에 대하여 회사는 이사 또는 감사에 구상권을 행사할 수 있으며, 소를 제기한 주주가 패소한 경우에도 악의가 아닌 경우에는 주주는 회사에 대하여 배상 할 책임이 없다.

이어서 주주대표소송의 구체적 기능을 보면, 첫째로는 이사의 의무위반행위로 인한 회사의 손해를 회복하여 주주전체의 이익보호의 기능이 있다는 것과, 주주대표소송으로 인하여 이사의 업무수행이 건전해질 수 있으며 그 결과로 인해 회사의 건전한 운용이 기대될 수 있는 것이다.[13]

있다.
②전조 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주는 소를 제기한 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다.

12) 제405조(제소주주의 권리의무) ①제403조제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다. <개정 1962.12.12., 2001.7.24.>
②제403조제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 패소한 때에는 악의인 경우 외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

둘째로는 이사의 우발적인 위법행위에 대하여 사후적으로 시정함과 동시에 현존하는 회사의 경영상 문제를 정상화 할 수 있다는 것과, 이사 등에게 경고의 의미를 전달하고 이사의 임무해태예방 및 업무수행에 신중함을 기하도록 한다는 것이다.[14)]

셋째로는 소송에 관한 대리관계형성의 대리비용을 감소시키는 것이다. 이는 전문가인 변호사에게 소송수행을 맡기고 주주가 직접 구제조치를 행하는 경우에 발생되는 비용을 절감함으로써 전체적인 소송비용의 감소를 가져온다는 것을 의미한다.[15)]

마지막으로 공익적 성격을 가진다는 것인데, 이는 기업 경영자에 대한 견제와 감시기능을 회사 내부에서만이 갖추는 것이 아니고 외부의 소수주주에 의한 주주대표소송의 제기를 통해 기업의 불법행위를 시정할 수 있게 된다는 것을 의미하는 것이다.[16)]

이 밖에도 주주대표소송은 신주 인수를 불공정한 가액으로 한 경우(상법 제424조의 2) 및 회사가 스스로 소를 제기하지 않을 것으로 예측되는 발기인, 업무집행지시자, 감사, 감사위원회, 청산인 등에 대해서도 주주가 직접 책임추궁을 할 수 있고(상법 제324조, 제401조의 21항, 제415조, 제415조의26항, 제542조 2항), 주주의 주권 행사에 관하여 이익을 공여 받은 자(상법 제467조의 2)에 대해서도 회사의 권리 실행을 위해 제기 가능하며, 내부자거래로 인한 이익을 취한 경우에도 제기할 수 있다(증권거래법 제188조 제3항).[17)]

2. 주주대표소송의 한계

주주대표소송은 1998년 소주주주권 행사 요건의 완화조치와 더불어 소송의 제기요건이 5%에서 1%로 완화되었고,[18)] 동시에 소제기 시의 인지액의 부담에 대해

13) 김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대”,「외법논집(제13집)」한국외국어대학교, 159면(2002).
14) 이철송,「회사법강의」박영사, 368면(2005).
15) 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구” 서울대학교 박사학위논문, 15-16면(1997).
16) 양동석.박진호, “경영판단원칙과 주주대표소송”,「통일문제연구」, 조선대통일문제연구소, 154면(2001).
17) 배도, “다중대표소송의 도입에 관한 연구” 숭실대학교 박사학위논문, 26면(2005).
18) 서성호,「최신기업법강론」무역경영사, 329면(2015).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서도 경감조치가 이루어졌다.[19] 이처럼 급격하게 변화되는 경제적환경과 입법화 속에서 경영자의 판단은 위험을 수반할 수밖에 없게 되고, 경영자는 자기의 잘못된 판단에 의해 회사가 손해를 입게 되는 경우에 소수주주에 의한 주주대표소송의 당사자가 된다는 우려를 갖게 됨에 따라 경영자 스스로 현실에 안주하여 회사의 경쟁력은 자연히 약화될 수밖에 없게 된다. 따라서 이는 오히려 주주대표소송으로 인해 주주들의 손해로 되돌아오게 하는 결과를 가져오게 되는 것이다. 그리고 기업구조 및 경영의 개선문제가 소송으로 이어지는 경우는 극히 드물어 한해 평균 4내지 5건으로 그 소송건수 또한 미비한 상황이다. 이는 이사의 불법행위, 즉 의무위반행위가 확실하지 않다면 소송을 제기하여도 실익이 없다는 것에 기인된다. 한편, 주주대표소송은 주주나 회사에는 이익으로 작용될 수는 있지만, 경영자로서는 경영으로 인한 주주대표소송제기의 대상이 된다는 위험부담을 떠안게 되기 때문에 이사가 되는 것 또한 꺼려할 수 있게 된다. 그리고 국내 주주들의 법감정이 민감하다는 문제점도 있는데, 이는 한 번의 소제기가 발생하게 되면 부도덕한 회사 또는 경영자로 낙인찍혀 회사의 이미지조차 실추되어 그 자체가 회사에도 직접적인 피해로 나타날 수 있다는 생각이 그러하다.

다음으로는 주주대표소송의 사안이 이사의 위법행위에 기인된 것임에도 불구하고 실질적으로 회사에 손해가 발생되지 않았음에도 그 위법함만을 들어 소송을 제기하는 경우, 및 이사의 행위는 적법하였지만 그것이 회사의 경영과 이익에는 반하는 경우 등이 있다. 이런 경우에 주주대표소송을 허용하게 된다면 회사는 결과적으로 혼란이 야기되어 위협소송[20]의 문제가 제기될 수 있다. 이는 화해에 의한 원고

---

19) 2014. 7. 1. 개정, 2014. 10. 1. 시행 민사소송 등 인지규칙 제18조의2(위 민사소송 등 인지규칙의 개정 전에는 주주대표소송의 소송목적의 값은 5,000만 100원이었다). 따라서 인지액은 일반적으로 455,000원이다(민사소송 등 인지법 제2조 제1항에 의하면, 소송목적의 값이 1억 원 이상 10억 원 미만인 경우에는 소송목적의 값 x 10,000분의 40 + 55,000원이다). 다만 전자소송으로 진행하는 경우에는 409,500원이다(「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」제8조에 따라 등록사용자로서 전산정보처리시스템을 이용한 민사소송 등의 진행에 동의한 사람이 전자문서로 제출하는 소장에는 민사소송 등 인지법 제2조에 따른 인지액의 10분의 9에 해당하는 인지를 붙여야 한다(민사소송 등 인지규칙 제16조 1항)).

20) 위협소송이라 함은 "회사가 이사의 의무위반행위로 인하여 손실을 회복하는데 목적이 있는 것이 아닌, 방해효과(nuisance value)를 목적으로 피고이사로부터 소를 취하하는 대가의 목표가 되는 소송을 말한다." WilliamM. Lafferty & W. Leighton Lord Ⅲ, Toward a Relaxed Summary Judgement Standard for the Delaware Court of Chancery: A New Weapon against "Strike" Suits, 15 Delaware Journal of Corporate Law 921, 924-928(1990).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

측 소송대리인만이 이익을 얻게 되는 현상을 낳게 한다. 따라서 미국의 경우는 특별소송위원회(speciallitigation committee)를 이해관계 없는 이사로 구성원하게 하여 회사의 손해와 이사의 책임을 평가하고, 회사의 이익이 결여된다고 판단되면 소를 제기한 원고의 제소청구를 거절하거나 법원에 소의 각하를 신청할 수 있게 하고 있다.[21)]

현행 우리의 상법상 주주대표소송은 기업집단이라는 형태에 적용하기 곤란하다는 문제를 가지고 있다. 즉, 이러한 기업집단은 실질적인 소유와 경영이 분리되어 있지 않고, 기업집단전체를 소유주가 통제하는 구조로 되어 있기 때문에 하나의 회사처럼 운영되는 문제점을 가진다. 독립된 법인격인 개별회사가 기업집단의 경제적 단일체라는 이름하에 갈등이 유발되며, 지배회사는 종속회사에 영향력을 행사하게 되고, 이는 종속회사 및 주주, 채권자의 이익을 해칠 가능성이 높다는 문제점을 안고 있다.

사실상 종속회사의 이사는 대주주에 의해 선임되고 통제된다는 점에 있어서 한국 기업집단의 모순점으로 지적되고 있는데, 이는 종속회사의 독립적인 직무권한을 근거로 지배회사의 불법행위의 지시를 거부할 수도 있는 것이지만, 거부할 수 없는 것이 실상이다. 대주주로부터 자유롭지 못한 종속회사 이사가 지배회사의 경영자로부터 불법한 지시를 받아 업무를 수행함으로서 발생되는 손해는 종속회사의 손해가 되어 결과적으로 주주대표소송의 원인이 되기도 한다. 그러나 현재 기업집단의 지분의 전부를 소유한 지배회사의 대주주의 경우는 종속회사에 소를 제기하지 않기 때문에 경제적인 단일화로 지배회사와 종속회사의 이익적인 면에 있어서도 피해가 발생되는 문제점을 낳고 있는 것으로 볼 수 있다. 또한 대주주가 종속회사를 동원하여 대주주 자신의 이익을 충당하거나, 불법행위를 하거나, 책임의 면탈목적으로 종속회사를 동원하여 거래하는 행위 등에 대한 모든 책임에 관하여 회피를 가속화시킬 수도 있다. 이처럼 주주대표소송만으로는 한계점이 분명히 존재한다.

---

21) 김병연, “미국법상 주주대표소송에 있어서 특별소송위원회에 관한 소고”,「현대기업구조의 재편과 상사법」정문사, 688면(1998).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2절 다중대표소송의 의의

1. 다중대표소송의 필요성

가. 순환출자구조의 폐해와 규율

우리나라에서 다중대표소송제도의 도입이 필요한 이유는 기업지배구조 특성에 기인한다. 대기업을 비롯한 한국의 적지 않은 기업들이 계열사간 순환출자를 통해 복잡하게 얽혀 있으며, 지배주주는 가공의 자본을 유용하여 매우 적은 지분만으로 전체 계열사를 지배하고 있다. 순환출자 구조하에서 지배주주는 가공자본을 통하여 사적이익 등을 추구하는 경우가 많은데, 지배주주의 지시로 임무위반행위를 한 계열사 이사를 상대로 지배주주가 직접 책임을 추궁한다는 것은 현실적으로 불가능할 것이다.

이하에서는 공정거래위원회에서 조사하고 국회 정무위원회에 보고한 내용의 일부를 살펴보기로 한다. 동 보고서에 의하면 순환출자 고리수의 수는 2013년 4월 1일 97,658개에서 2015년 12월31일 94개로 변동이 되었고, 순환출자 보유 집단수는 같은 기간 15개에서 8개로 나타나 있다. 그러나 아직은 공정거래위원회에서 정한 65개의 그룹 중 8개에 해당하는 기업이 남아있다는 점을 볼 때, 순환출자의 구조적인 문제점에 대해서 아직은 규율의 목적이 달성되지 못하는 현실을 보여주고 있는 것으로 풀이해 볼 수 있겠다. 또한 공정거래 위원회에서는 순환출자를 금지하려는 차원에서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 제9조의 2(순환출자의 금지)를[22] 법제하기에 이르렀다. 이는 총수(일가)가 순환출자를 통하여 적은 지분만

22) 제9조의2(순환출자의 금지) ① 삭제 <2017.4.18.>
② 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 순환출자를 형성하는 계열출자를 하여서는 아니 된다. 상호출자제한기업집단 소속 회사 중 순환출자 관계에 있는 계열회사의 계열출자대상회사에 대한 추가적인 계열출자[계열출자회사가 「상법」 제418조제1항에 따른 신주배정 또는 제462조의2제1항에 따른 주식배당(이하 "신주배정등"이라 한다)에 따라 취득 또는 소유한 주식 중에서 신주배정등이 있기 전 자신의 지분율 범위의 주식, 순환출자회사집단에 속하는 계열회사 간 합병에 의한 계열출자는 제외한다] 또한 같다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016.3.18., 2017.4.18.>

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로 전체계열사를 지배함으로써 소유지배구조의 왜곡, 부실계열사의 지원, 책임의 회피 등에 활용하는 폐해를 차단할 목적으로 도입하게된 것이다. 이러한 폐해는 기업 간의 순환출자 또는 지주회사의 구조에서의 소유관계를 형성하는 경우 모두에서 나타날 수 있는 폐해라 할 수 있겠으나, 그 폐해가 순환출자 구조아래에서는 더욱 명확하게 나타나기 때문에 그보다도 순환출자 폐해의 사후적 규율수단의 하나로서 다중대표소송제도 도입의 검토가 필요하다고 본다.

---

1. 회사의 합병ㆍ분할, 주식의 포괄적 교환ㆍ이전 또는 영업전부의 양수
2. 담보권의 실행 또는 대물변제의 수령
3. 계열출자회사가 신주배정등에 의하여 취득 또는 소유한 주식 중에서 다른 주주의 실권 등에 의하여 신주배정등이 있기 전 자신의 지분율 범위를 초과하여 취득 또는 소유한 계열출자대상회사의 주식이 있는 경우
4.「기업구조조정 촉진법」제9조제1항에 따라 부실징후기업의 관리절차를 개시한 회사에 대하여 같은 법 제24조제2항에 따라 금융채권자협의회가 의결하여 동일인(친족을 포함한다)의 재산출연 또는 부실징후기업의 주주인 계열출자회사의 유상증자 참여(채권의 출자전환을 포함한다)를 결정한 경우
5.「기업구조조정 촉진법」제2조제2호의 금융채권자가 같은 법 제2조제7호에 따른 부실징후기업과 기업개선계획의 이행을 위한 약정을 체결하고 금융채권자협의회의 의결로 동일인(친족을 포함한다)의 재산출연 또는 부실징후기업의 주주인 계열출자회사의 유상증자 참여(채권의 출자전환을 포함한다)를 결정한 경우
③ 제2항 단서에 따라 계열출자를 한 회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간 내에 취득 또는 소유한 해당 주식(제2항제3호부터 제5호까지의 규정에 따른 경우는 신주배정등의 결정, 재산출연 또는 유상증자 결정이 있기 전 지분율 초과분을 말한다)을 처분하여야 한다. 다만, 순환출자회사집단에 속한 다른 회사 중 하나가 취득 또는 소유하고 있는 계열출자대상회사의 주식을 처분하여 제2항의 계열출자에 의하여 형성 또는 강화된 순환출자가 해소된 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 제2항제1호 또는 제2호에 따라 계열출자를 한 회사는 해당 주식을 취득 또는 소유한 날부터 6개월
2. 제2항제3호에 따라 계열출자를 한 회사는 해당 주식을 취득 또는 소유한 날부터 1년
3. 제2항제4호 또는 제5호에 따라 계열출자를 한 회사는 해당 주식을 취득 또는 소유한 날부터 3년 [본조신설 2014.1.24.]

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

<표 1> 집단별 순환출자 변동내역

(단위: 개)

구분	삼성	현대자동차	롯데	현대중공업	한진	케이티	금호아시아나	동부	대림	현대	현대백화점	영풍	한라	현대산업개발	한솔	동양	합계
13.4.1	2,555	7	95,033	1	3	0	1	6	1	5	3	11	1	4	10	17	97,658
14.7.24	14	6	417	1	8	2	1	0	1	9	3	7	1	4	9		483
15.4.1	10	6	416	1	1	0	0	0	1	0	3	7	1	4	9	-	459
15.6.30	10	6	416	1	0	0	0	0	1	0	3	7	0	4	9	-	457
15.12.31	7	4	67	1	0	0	0	0	1	0	3	7	0	4	0	-	94
증감	(2,548)	(3)	(94,966)	(0)	(3)	(0)	(1)	(6)	(0)	(5)	(0)	(4)	(1)	(0)	(10)	(17)	(97,564)

*자료출처 : 공정거래위원회 기업집단포털내[23)]

나. 이사의 경영에 대한 책임 추궁의 확보

현행 상법은 이사에 대해서 책임 추궁을 실효적으로 행사하기 어려운 구조를 가지고 있다. 즉, 기업집단[24)]내에서 종속회사 이사의 임무해태 또는 과실로 인하여

23) 기업집단정보포털[OPNI], [순환출자금지제도>집단별 순환출자변동내역]
http://groupopni.ftc.go.kr/ogroup/index.jsp

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회사에 손해가 발생하더라도 당해 이사는 회사와 지배주주 간에 긴밀한 이해관계에 놓여 있기 때문에 이사의 책임에 대한 사실적 추궁은 불가하다. 따라서 다중대표소송이 회사의 실질적 결정권을 행사하는 부분에 대한 보충적 역할을 할 것으로 생각을 한다.

이사의 경영에 대해서는 이사의 충실의 의무가 수반된다. 상법 제399조는[25] 회사에 대한 손해배상을 청구함으로써 이사의 책임을 추궁할 수 있다. 이의 적용을 위해서는 이사의 사익추구와 임무해태와 같은 불법행위가 전제되어야 하는 경우이다. 그러나 회사의 경영자인 이사는 지배주주에 의해 선임되므로 사실상 지배주주와의 인적관계에 놓여있는 경우가 대다수이며, 따라서 지배주주는 회사의 의사결정에 실질적 경영권에 영향력을 미치게 된다. 결국 회사(지배주주)가 이사에 대해 회사의 경영상의 문제를 주장하기는 쉽지 않고, 그 책임 추궁에도 소홀해 질 수밖에 없는 것이다.[26]

그리고 상법 제403조는 소수주주에 의한 주주대표소송에 관하여 법제하고 있는데, 지배주주에 의하여 경영진이 선임되는 현실 속에서 종속회사의 경우는 물론이고 지배회사의 경우에 있어서도 소수주주에 의한 지배회사 또는 종속회사 경영진을 견제할 수단이 필요한 실정이다. 종속회사의 대표이사는 지배회사의 지배주주 또는 경영진에 의하여 선임될 가능성이 높으며, 지배회사는 지배주주에 의하여 선임된다. 따라서 특수한 인적관계에서의 이사의 불법행위와 사익추구행위에 대한 확실한 책임 추궁의 확보를 위해서도 다중대표소송제도의 도입은 필요할 것으로 본다.

현실적으로 기업지배구조 관계를 구체적으로 살펴보면, 2016년 4월 공정거래위원회에서 발표한 기업지분도를 분석한 결과에서는 지주회사의 자회사에 대한 지배적 소유지분이 100%인 곳은 350개로 집계되었다. 이는 비상장 계열사 1274개 중 26.4%로 이 경우는 소수주주가 전무한 완전자회사에 해당한다. 따라서 소수주주가

---

24) 순환출자 및 지주회사의 구조의 기업의 지배·종속의 관계에 놓인 모든 기업을 뜻한다.

25) 제399조(회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. <개정 2011.4.14.>
②전항의 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 전항의 책임이 있다.
③전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

26) 이철송,「회사법강의 제20판」박영사, 788면(2012).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

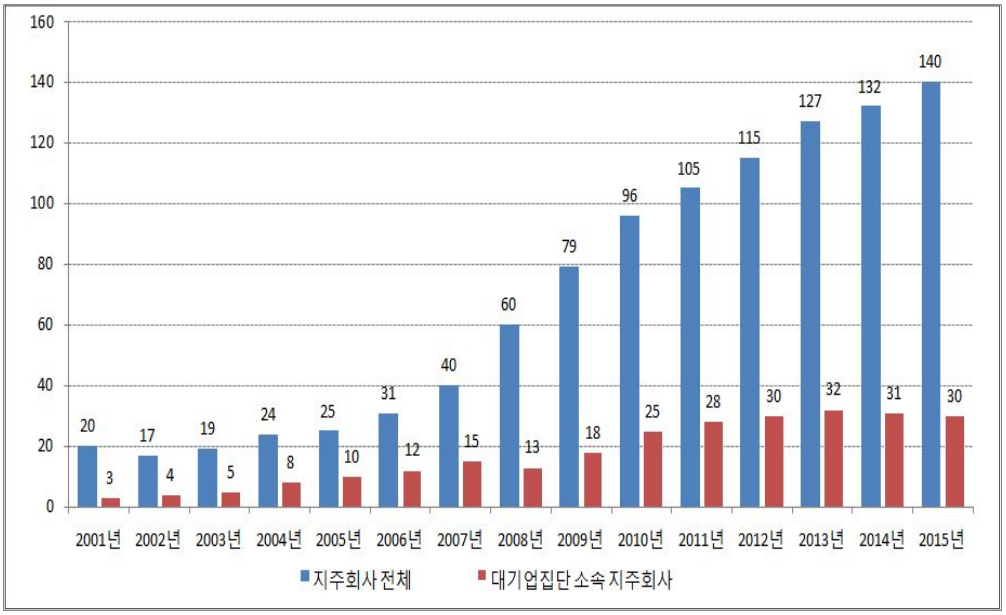
존재하지 않는 회사에서 이사의 경영에 대한 책임추궁을 확실히 확보하기 위해서는 지배회사 주주의 견제가 가능한 다중대표소송제도 도입의 필요성이 부각된다.

다. 지주회사의 강화

공정거래위원회의 지주회사에 관한 현황 분석에서는[27] 2015년 9월말 기준 지주회사의 수는 140개사(일반 130개사, 금융 10개사)로 전년(132개사)보다 8개 증가하였다(일반지주 13개 증가, 금융지주 5개 감소). 이는 1998년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 개정 및 2000년 금융지주회사법의 제정, 2001년 개정상법에서 주식의 포괄적 교환과 이전의 입법으로 인한 지주회사의 설립 및 지주회사로의 전환을 수월하게 만든 결과이다. 이러한 결과는 다음의 그래프에서 확인할 수 있다.

<그림 1> 지주회사 수 변동 추이

(단위 : 개)



*기업집단 포털내 지주회사에 관한 현황분석 2016.09

27) 기업집단정보포털[OPNI], [알림정보, 보도자료, 「2015.12.13. 2015년 대기업집단 지배구조현황 정보공개」] http://groupopni.ftc.go.kr/ogroup/index.jsp

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이러한 변화에 최근 공정거래위원회는 2014년 7월25일 신규순환출자금지제도를 도입하면서 순환출자회사가 지주회사 형태로 변형될 것을 권장하고 있다. 지주회사제도의 도입은 지배주주의 직접보유지분의 다과로 인한 소유와 의결권의 괴리 정도를 낮추어 지배구조의 투명성을 확보할 수 있는 제도로써, 지주회사구조에 대한 활성화는 해가지남에 따라 상기 그래프와 같이 증가추이에 놓여 있다. 그러나 반면에 종속회사에 대한 주주들의 권한은 약화되는 문제가 발생하게 되었다. 이는 실질적으로 사업을 수행하는 종속회사에 대한 지주회사 주주들이 종속회사의 이사에 대하여 직접적 책임추궁을 제기하는 법적 권리가 없기에 종속회사의 경영에 대한 감시가 되지 않는 불합리함이 발생한다.[28] 이러한 상황에 비추어보면 다중대표소송제도의 도입은 지주회사 또는 지배회사의 주주보호차원에서 종속회사의 경영진에 대한 책임추궁을 가능하게 하는 것이 됨으로 종속회사와 지주회사의 경영과 사업진행에 있어서 견제의 수단으로 작용될 수 있음이다.

라. 실소유와 경영의 괴리해결

기업에 대한 지배, 즉 소유와 경영이라는 관계에서 책임에 관한 문제에 있어서는 괴리가 있다. 이것은 지배주주는 대주주로 경영에 있어서 이사의 결정에 깊이 관여하게 되는 것이 사실이지만, 그 결과에 대한 책임만은 대주주는 주주유한책임과 관련되어 그 책임을 부담하지 아니하고 오직 경영의 일선에 선 이사만이 책임을 부담하게 된다. 여기서 소유와 경영의 분리는 법률적인 위임관계에서의 부작용으로 인식되어 경영자입장에서는 대리인 문제로 대두시킨다. 즉, 대리인으로서의 전문경영자인 이사가 경영에 대한 모든 책임을 지고 대리권에 수여자인 주주는 그 책임으로부터 자유롭게 된다는 것 자체가 오히려 문제가 된다는 것이다. 한편 오랜 기간 경영에 참여하고 있는 주주이면서 이사의 지위를 겸하는 경우는 주주이면서도 회사에 관련된 정보에 정통하게 되어 전문경영인으로써 활동하게 됨으로 회사의 전문성은 강화되기 마련이다. 다만, 이러한 경우에 다른 주주들의 역할은 회사

28) 이창기, “다중대표소송제도의 도입방안에 대한 소고”, 「기업법연구(제27권 제2호)」 한국기업법학회, 222면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 정보로부터 멀어지게 되고, 그 정보의 불균형은 기타 주주의 경영에 대한 감시·감독기능을 저해하는 요소로 작용하게 된다. 이와 같은 소유와 경영의 분리에 관한 문제를 경영을 하는 이사가 악용하고, 주주와 이사의 이익충돌의 문제를 발생시키는 원인이 되기도 한다.[29]

그러나 위와 같은 상황에 있어서도 이사의 위법행위에 대한 감시권의 강화를 위한 하나의 방안으로 제도화 된 것이 주주대표소송이기는 하지만, 현재와 같은 기업집단, 즉 지주회사 또는 순환출자구조의 기업에서 종속회사에 대한 경영으로 인한 지배회사의 이해관계인 간의 충돌과 이사의 불법행위에 대한 문제해결을 위해서는 다중대표소송이 필요하다. 이는 경영 감시권의 확보를 기반으로 경영과 소유의 분리에 따른 괴리의 해결책이 될 수도 있으리라 본다.

마. 지배구조의 투명성의 재고

지배주주는 소수주주의 견제대상이 되고, 지배주주와 이사의 경영실천에 대한 견제수단으로써, 또한 지배구조의 투명성을 재고시킨다는 차원으로써 다중대표소송의 도입은 필요하다고 본다. 기업의 규모가 확장되면 회사의 지배구조는 이해관계인들에 의하여 그 권한과 역할이 적정하게 배분되어야 한다. 그리고 지배주주와 경영자의 지배권 남용에 대한 감시와 견제가 가능한 방향으로 구성되어야 하는데, 현실은 지배주주와 지배회사 이사의 이해관계로 인해 종속회사의 지배구조가 폐쇄성이 띄고 있다.

이러한 현상은 대주주인 지배회사가 종속된 회사들에 대한 이사의 선임에 깊이 관여하게 되고, 지배회사의 소수주주도 종속회사와 깊은 이해관계를 가지고 있지만, 실질적인 종속회사의 손해로부터 이어지는 지배회사의 손해라는 구조에 대해 거리가 생기기 마련이다. 따라서 실질적으로 지배회사의 경영상 의사결정이 이루어지게 되고, 그 영향을 받는 종속회사는 자사의 주주와 지배회사 이사와의 관계에서 소유와 경영의 분리가 발생되지 아니하여 기업집단의 개별 운영에 문제가 발생한다. 이는 한편으로 지배구조의 폐쇄성 및 자본다수결제도의 남용과 관련하여 주주총회의 결의에 영향을 미치기도 한다.[30]

29) 정재진, “다중대표소송에 관한 법적 고찰” 한국외국어대학교 석사학위논문, 2011. 17면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

따라서 소수주주가 다중대표소송을 통하여 소를 제기하도록 허용하는 것이 대주주인 경영진에 대한 견제적인 역할을 할 수 있도록 돕는 것이 되고, 지배주주에 의해 폐쇄적으로 운영되던 회사의 지배구조를 완화하여 회사 경영에도 적극적으로 참여하도록 유도하며, 경영권 감시와 견제 기능을 수행 할 수 있게 하는 것이라고 볼 수 있겠다.[31]

2. 다중대표소송의 개념

앞에서 주주대표소송의 의의와 다중대표소송의 필요성에 대해서 고찰하한 바와 같이 다중대표소송은 주주대표소송으로부터 시작된다.

회사와 주주는 분리되어 개별의 독립된 인격체로서의 실체를 지니며, 회사의 기관구성원으로서의 주주는 회사를 위하여 직접권리 행사를 하는 것은 아니다.[32] 그러나 이사의 위법행위에 대한 책임추궁이 회사에서 지연되는 경우와 시효의 완성, 이사의 고의적인 무자력화로 인하여 회사가 권리실현이 불가능하다면 회사와 주주의 이익을 해치게 되기 때문에, 주주대표소송을 통하여 소수주주가 회사를 대신하여 이사의 책임추궁의 소를 제기하도록 하는 것이다.[33] 그리고 이로부터 기업의 지배구조를 기반으로 확대적용된 것이 다중대표소송이라고 할 수 있다. 미국 판례는 “지배회사의 주주가 종속회사로 인하여 발생되는 손실회복의 소송”으로 정의하기도 한다.

즉, 기업집단 내에서 지배·종속회사 관계에 있는 지배회사의 주주가 종속회사로 인하여 발생되는 부정행위와 이사의 임무해태 등의 사유로 인한 손해발생에 관하여 지배회사의 주주들이 소송을 제기하는 것을 말하는데, 여기서 말하는 지배회사는 자회사 또는 손회사로 이어지는 일련의 소송(이중·삼중대표소송)을 일컫는다. 지배·종속관계에 놓인 종속회사가 다른 회사의 주식을 전부 또는 일부를 소유하여 지

30) 장윤제, “多重代表訴訟制度의 導入方案에 관한 硏究” 한양대학교 석사학위논문, 2015, 21면.
31) 박정국, “다중대표소송에 관한 연구” 부산대학교 박사학위논문, 2010, 21-28면.
32) 권성안, “주주대표소송에 관한 연구” 고려대학교 석사학위논문, 2001, 4면.
33) 정승화, “주주대표소송의 활성화를 위한 소고”「상사판례연구(제26권 제2호)」, 한국상사판례학회, 36면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

배회사가 되는 경우는 삼중대표소송의 대상이 되는데, 이때에 가장아래 놓인 종속회사의 이사의 부정행위에 대하여 손해배상을 청구하는 소까지 통칭하여 다중대표소송이라 한다. 이는 지분소유에 의한 지배·종속관계의 회사집단이 종속회사의 경영진의 위법행위로 인한 손해에 대한 청구를 지배회사의 주주가 행사하는 소라고 볼 수 있으며,[34] 다중대표소송을 허용하게 하는 주된 목적은 지배회사에서 주주의 권리실현으로 발생되는 손해의 보전과 이익을 보장하려는 것에 있다. 또한 지배회사가 종속회사의 관계에 있어서 주주가 되고, 따라서 지배회사도 종속회사의 이사의 문제에 대하여 다중대표소송을 제기하는 것이 가능하며, 이 경우 지배회사의 대주주 이외의 다른 주주가 있다면 그 주주도 대표소송을 제기할 권한이 있음은 물론이다.

다중대표소송제도는 종속회사 내에서 권리구제를 실현하지 않거나 종속회사의 다른 주주가 주주대표소송을 제기하지 않는 문제가 발생하게 되면 지배회사의 주주가 직접 종속회사의 부정행위의 시정을 요할 수 있으므로 권리회복을 하게 되는 기회제공의 제도적 목적도 있다고 볼 수 있다.[35]

3. 다중대표소송에 대한 찬성과 반대이론

가. 긍정론

다중대표소송을 긍정하는 견해에 있어서 첫째로, 손해전보와 부정행위 억제 수단의 정책적 입장에서 필요성이 있다는 것이다. 대표소송은 손해가 발생되었을 때 회사의 손해를 회복하기 위한 것으로 주주가 직접적인 이익을 받지 않는다고 하여도 소송에 승소하여 판결금액이 회사로 들어오게 되면 그만큼 회사가치가 올라가게 되어 주주의 이익으로 나타나게 되는 것이다. 그리고 대표소송은 주주가 판결을 받는 역할만 제한적으로 수행하는 것으로 주가의 상승 및 위법하게 유출된 회사의 손해액으로 인한 회사의 손해에 대한 보전행위라 할 수 있다.[36] 이처럼 다중대표

34) 이창기, 전게 논문 221면.
35) 김재훈, “다중대표소송에 관한 법적고찰”, 「한국비즈니스리뷰(제6권 제2호)」 조선대학교 지식경영연구원, 83-84면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소송의 경우도 지배회사의 지배주주의 영향력 행사가 종속회사에 가해지는 것을 차단하여 종속회사의 손해 발생에 대해서 지배회사 및 지배회사 주주의 간접손해를 전보하는 것이 본 다중대표소송제도의 취지라 할 수 있다.

둘째, 지배구조의 투명성제고의 수단이 된다는 것이다. 이는 지배·종속회사에서 종속회사의 소수주주에게 원고적격의 자격을 부여하여 형해화 되는 소수주주의 이익을 보호하게 되기 때문이다. 주주와 이사 간 소송에서 회사가 당사자가 아니게 되고, 소송 자체가 회사에 부담으로 작용되는 것이 아니며, 절차상 회사에 소송의 사실고지만이 남을 뿐이다. 또한 회사의 지배구조가 아닌 영업비밀 등의 소송에 필요한 증거 신청이 되는 것이 다중대표소송의 결과가 되지 않는 다는 점, 법원의 경우 관련이 없는 증거 신청에 관하여는 영업비밀 등을 채택하지 않는 점, 지배구조의 투명성과 관련하여 설명함으로써 다중대표소송을 지지하는 견해이다.

셋째, 다중대표소송은 대표소송제도가 이사 등의 위법행위에 대한 책임 추궁의 제도이기 때문에 지배·종속회사에서 종속회사의 위법행위에 대하여 모든 책임 추궁이 가능하게 하기 위한 제도일 뿐이고, 다중대표소송에서도 문제시 되는 남소에 대한 우려는 대표소송의 남소방지 규정이 그대로 적용된다고 보기에 남소의 여지가 특별히 문제된다고 볼 수는 없다.

넷째, 이는 반대의견에 대한 반론이다. 직접적인 손해는 지배회사가 아닌 종속회사이기에 지배회사의 간적손해액에 대한 평가가 어렵다거나, 종속회사의 주식을 100%소유가 아닌 분산 소유된 방식이라면 지배회사들에 의한 각각의 소가 제기될 위험은 소의 대표성이 종속회사의 불법행위에 관한 것이라면 통합된다는 등의 반론이 있지만, 이점 손해액에 대한 평가액보다는 종속회사의 보존이 지배회사의 간접손해라는 부분이 아닌 보존조치가 된다는 것과 소송의 다분화는 결국 재판의 피고적격의 사유가 있기에 문제시 되지 않는다고 주장한다.

다섯째, 별개의 법인격에 다중대표소송을 허용하면 지배회사의 주주가 종속회사의 경영에 간섭하게 되는 문제가 발생하게 된다는 비판적 견해에 대해서 다중대표소송은 현재 적용되는 주주대표소송의 원고적격사유를 종속회사에 확장하는 의미를 가지는 것이고, 또한 이는 지배회사의 주주가 종속회사의 주주이기 때문에 이미

36) 서울경제, 사외칼럼, 다중대표소송제도 도입-찬성, 2016, 07, 21, 기사참조.
http://www.sedaily.com/NewsView/1KYYASLML8

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

권한행사가 가능함을 내포하고 있는 것이라고 주장한다.[37)]

여섯째, 다중대표소송은 현재 공정거래위원회에서 추진한 순환출자의 개선에 따르는 지주회사로 소유구조 개편에 가장 적합한 제도가 될 수 있다는 것이다. 이는 공정거래위원회의 2015년 자료를 바탕으로 지주회사가 140여 개가 되어, 다중대표소송제도의 도입이 아니면 법적인 측면에서의 방관에 해당하는 결과가 된다는 것이다.

마지막으로는 미국의 1987년 Brown v. Tenney, 508 N. E. 2d 347(Ⅲ. App. 1 Dist. 1987) 사건의 내용을 통하여 볼 때 법인격부인의 요건과 이해관계가 통합되는 면이 있다는 것과, 제한적으로 허용되고 있는 것, 일본은 주식이전 및 주식교환으로 인한 주주자격상실의 경우에 다중대표소송을 제기하는 내용이 긍정론을 뒷받침하고 있다는 것들을 주장한다.

나. 부정론

첫째, 독립된 법인격이라는 견해이다. 지배회사와 종속회사는 각기 다른 법인격을 가지는데, 지배회사의 주주가 종속회사의 이사에게 책임을 묻는 소를 제기하는 것은 하나의 법인격으로 보는 것이라고 하여 독립된 법인격에 부인하는 결과라고 한다. 또한 다중대표소송을 허용하면 이사의 불법행위에 관하여 소제기의 적용범위가 넓고, 동시 다발적인 소송의 제기는 남소의 위험이 있다고 본다.[38)]

둘째, 현행상법은 다중대표소송을 인정하지 않는다. 공정거래법과 달리 상법은 회사의 지배·종속관계의 기업조직을 인정하지 않고 독립된 인격으로 본다는 견해이다. 이는 2004년 대법원 판결에서도 확인 할 수 있다.[39)] 다른 국가들과의 비교에서도 독일, 캐나다, 홍콩, 영국등은 법원의 허가 내지 승인이 있어야만 제기 가능하며, 미국의 경우 판례법에서 인정되나 이사의 부정행위가 발생한 시점에 지배·종속관계이고, 주식을 계속 보유해야 하며, 회사가 사전에 제소청구를 거절한 경우에

37) 서울경제, 사외칼럼, 다중대표소송제도 도입-찬성, 2016, 07, 21, 기사참조. http://www.sedaily.com/NewsView/1KYYASLML8
38) 권재열, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”「성균관법학(제18권제3호)」, 성균관대학교 비교법연구소, 461면(2004).
39) 대법원 2004. 9. 23. 선고, 2003다49221 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

만 인정한다. 또한 미국은 90일간의 대기기간과 특별위원회와 같은 절차를 거쳐서, 경영판단의 원칙이 적용된다. 일본의 경우는 지배회사에 손해가 발생한 경우에 한하여만 인정하며, 60일의 대기기간 및 담보제공명령으로 원고의 소 취하의 경향이 많다.[40] 그리고 현행법에는 동시보유요건이 존재하지 않고, 주식의 계속보유요건만 완화되고 있는 실정이다. 또한 대기기간은 30일이며, 이를 준수하지 않고 소를 제기한 경우는 시일경과로 인한 부준수의 하자는 치유되어진다는 판례의 입장이 있는데,[41] 이는 주주대표소송의 남소의 억제기능이 실무적으로 작용하지 않는다고 볼 수 있다. 또한, 소가 발생하면 이사가 피고로 소송에 참가를 허용하는 규정이 없는 현시점에서는 우선적으로 법의 정비가 전제되어야 한다는 다중대표소송에 대한 반대 의견이다.

셋째, 다중대표소송의 이론적 근거의 명확성을 부인하는 견해이다. 이는 지배·종속회사를 독립된 법인격으로 보고 종속회사의 이사의 불법행위와 더불어 손해보전 등의 이유는 다른 이론적 근거가 없다는 것이다. 또한 민사소송법상에서의 소의 당사자 적격의 범주를 벗어난다는 의견이 있다. 그러나 이에 대해서는 경영판단의 원칙이나 공동지배이론, 보상·억제이론과 같은 이론들로 대체가능하다는 견해와 다중대표소송도 소의 당사자적격성에 문제없다는 의견이 표출되어 있는데, 이에 대해서는 추후 살펴보기로 하도록 하겠다.

넷째, 지배·종속회사 관계에서 지배주주가 100%의 주식을 보유하지 않는다는 것을 전제로 남은 소수주주가 소를 제기 할 수 있다는 점 및 종속회사의 이해관계자가 지배회사의 주주를 포함한 기타 이해관계인에게 직접적 영향을 행사 할 수 없다는 것을 들어 반대하는 견해이다.

마지막으로 다중대표소송을 도입하게 되어 소가 제기되는 경우에는 종속회사의 경영악화를 가져올 수 있다는 견해이다. 이는 현실적으로 소가 제기되면 이사의 불법행위로 인한 기업이미지의 악화와 경영상의 문제로 인해 주주에게 오히려 손해가 된다는 의견이다. 또한, 현행 대표소송의 전례를 보면 시민단체의 보상적 소가주를 이룬다는 사실도 고려해 보아야 한다는 견해이다. 이처럼 다중대표소송제도도

---

40) 서울경제, 사외칼럼, 다중대표소송제도 도입 - 반대, 2016, 07, 21, 기사참조.
http://www.sedaily.com/NewsView/1KYYB9EAF5
41) 대법원 2002.3.15 선고, 2000다9086 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

입에 반대하는 견해에서는 경영판단의 원칙의 명문화에 관한 논의도 동시에 주장되는 경향을 보인다.

4. 다중대표소송의 국내 판례

앞에서 살펴본 바와 같이 다중대표소송은 주주대표소송에서 파급된 것이다. 이는 상법 제403조에서 정한 주주대표소송에서의 주주가 이사를 상대로 소를 제기하는 것인데, 다음에서 살펴보는 판례는 지주회사의 주주가 종속회사에 소송을 제기하게 된 경우 해당된다. 이는 다중대표소송 그 자체라 할 수 있는데, 현행 우리상법의 규정에서는 법원은 상법 제403조의 규정만으로 판단할 수 밖에 없는 구조이다.

사건의 내용을 보면, 원고가 발행주식총수 73,000주 중 21,350주로 29.24%를 소유한 주주로 종속회사의 주식을 80.55%를 보유하고 있고, 피고는 종속회사의 대표이사로 재직하면서 회사의 보증금 및 임대료에 대하여 횡령함에 따라 소가 제기된 사건이다. 원고는 피고의 대표이사 재직시절 저지른 위법한 행위로 회사에 끼친 손해를 배상 할 것을 주장한 사건이다.

이 사건에서 서울고등법원은 최초로 다중대표소송제도를 허용하는 판단을 내렸지만, 이후 대법원에서의 판단은 원고적격의 부재를 들어 원심을 파기송치 하였다. 이 두 판결에서는 주주대표소송과 다중대표소송을 분리하여 판시하는 경향을 보이고 있는데, 이하에서는 이를 구체적으로 살펴보고자 한다.

가. 고등법원 판결[42)]

본 판결에서는 H사 주주 정모씨가 H회사의 종속 회사인 S사 대표이사 김모씨의 회사를 상대로 횡령과 관련된 불법행위에 대한 손해배상을 청구한 것에 대해 “손해금 5억 7천여만원을 지급하라”는 일부승소판결을 내렸는데, 판시를 보면 상법 제403조를 근거로 한 대표소송제기 가능한 주주를 “회사인 주주의 주주”라는 지배회사 주주를 포함하여 확대해석하는 방법으로 원고적격을 인정하여 다중대표

42) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소송을 정식으로 받아들였다는 점에서 중점이 있는 것이다.

판시에서는 "… 어느 한 회사가 다른 회사의 주식 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 모자회사의 지배 종속관계에 있을 때, 종속회사가 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입은 경우 지배회사의 주주가 종속회사를 위하여 종속회사의 이사 등을 상대로 직접 대표소송을 제기하는 이중대표소송을 허용할 것인가에 관하여, 우리 상법 제403조가 대표소송을 제기할 수 있는 자를 '발행주식 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주'로 한정하고 있어 그 '주주'의 개념에 '회사인 주주의 주주', 즉 지배회사의 주주까지 포함되는지와 관련하여 논란의 여지가 있다…"라고 하여 처음으로 다중대표소송과 관련된 문제성을 인정하였다.

또한, 판시에서는 "…주주대표소송을 제기하기 위하여서는 부정행위 당시에 그 회사의 주주이어야 한다는 '주식 동시소유의 원칙'에 반한다거나, 지배회사의 주주는 지배회사 이사회에 종속회사의 주주로서 주주대표소송을 제기하라는 제소청구를 할 수 있고, 지배회사의 이사회가 이를 거절하는 경우 지배회사 이사를 상대로 그들이 지배회사의 종속회사에 대한 투자지분을 보호하는 조치를 취하지 않는 것에 대한 책임을 물을 수 있다는 이유로 다중대표소송은 불필요하다는 견해도 있…"다는 것을 인정하고, 동시에"…지배회사 이사회에 대한 제소청구 또는 지배회사 이사를 상대로 한 대표소송만으로는 ①종속회사 이사의 부정행위로 인한 지배회사의 간접적인 손해액을 평가하기 어렵고, ②종속회사의 주식을 여러 회사가 나누어 소유하고 있는 경우 각 지배회사마다 대표소송이 제기되는 결과를 초래할 수 있으며, ③다중대표소송을 허용하지 않으면 지배회사 및 종속회사에 대한 경영권을 모두 지배하고 있는 경영진이 종속회사를 통하여 부정행위를 함으로써 책임을 회피하는 수단으로 이용할 위험이 존재하는 등의 부작용이 발생하는 난점을 극복하기 어렵다. 반면, 종속회사의 경영진이나 주주들이 여러 가지 이유로 이사들이 종속회사에 대한부정행위를 시정하지 못하는 경우가 있을 수 있는…" 점을 내세워 다중대표소송제도의 필요성에 대해 언급을 하였다.

그리고 동 판시에서는 "…다중대표소송을 인정함으로써 종속회사 이사들의 부정행위를 억제할 수 있는 효과를 기대할 수 있고,종속회사의 손해는 종국적으로 지배회사 주주의 손해로 귀속되므로 다중대표소송을 통하여 종속회사의 손해를 회복함으로써 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 기대

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

할 수도…” 있는 점을 지적하여 다중대표소송의 긍정적인 요소를 인정하면서, 다중대표소송의 필요성을 이야기함과 동시에 상법해석에서의 주주대표소송의 원고적격을 확대하여 다중대표소송을 인정할 수 있다고 보았다.

생각하면 본 판결은 현실적인 다중대표소송제도의 필요성에 관하여는 종속회사의 손해회복이 간접적으로 지배회사와 지배회사 주주의 손해를 경감한다는 것과 종속회사 이사들의 부정행위 방지의 억제효과를 현실적으로 인정하여 한국의 기업지배구조에 대한 실상을 반영한 것이라고 볼 수 있다. 다만, 미국 판례에서와 달리 다중대표소송제도를 부인하는 근거가 다른 대체수단과 위법행위 당시에 종속회사의 주주로 보지 않는 점에 우리의 법제 현실을 반영하고 있는 것으로 풀이된다. 한편으로 생각하면 본 판결문에서는 주식을 여러 회사가 가지고 있는 종속회사에 관한 내용에서의 각각의 지배회사의 대표소송에 관하여 우려를 표하고 있어서 이 점 적절하지 않은 것으로 생각된다.

나. 대법원 판결[43)]

대법원판결에서는 다음과 같은 취지로 판시하여 상기한 서울고등법원 원심판결을 파기 송부하였다. 즉, “…상법 제403조 제1항, 제3항은 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있고, 회사가 이 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 위 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 이 규정은 상법 제415조에 의하여 감사에 준용되는 바, 어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다 고 할 것이어서, 소외 3 회사의 주주의 지위에서 소외 1 회사의 대

43) 대법원 2004. 9. 23. 선고, 2003다49221 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

표이사인 피고 1에 대하여 책임 추궁을 구하는 원고의 이 부분 소는 원고 적격이 흠결되었다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 이중대표소송이 가능함을 전제로 원고 적격을 인정하였으니, 이 부분에 관한 원심판결에는 주주의 대표소송에 있어서의 원고 적격에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 더 나아가 본안에 관하여 판단할 필요 없이 그대로 유지될 수 없다 할 것이다. …" 판시하였다.

이처럼 주주대표소송에 관한 규정의 해석에 엄격성을 부여한다면 다중대표소송의 허용은 인정되지 않는 것은 당연하다. 그러나 이는 지배·종속회사의 이해관계가 존재하는 것은 인정되지만 독립된 법인격을 가진 회사이기에 원고의 지위(지배회사의 주주)의 적격을 부정한다는 것이어서 문제시 된다는 것이다.

대법원도 인정한 사실적 관계에서는 지배·종속회사의 이해관계가 존재하고, 종속회사 이사의 불법행위로 인해 지배·종속회사와 지배회사의 주주에게로 손해를 미치게 되는 일이 발생한다. 따라서 지배회사의 손해를 간접적으로 입증하는 것은 매우 어려운 일이기 때문에, 종속회사의 이사를 상대로 하는 다중대표소송을 적용해야 함은 마땅하다. 특히 지배회사가 종속회사의 지분을 100%소유한 경우에는 대표소송을 제기하여 이사의 부정행위의 책임을 물을 이가 없기 때문에 경우에는 다중대표소송의 인정이 더욱 필요하다. 더 나아가 지배·종속회사에서 완전종속회사의 경우는 법률적, 경제적 독립된 법인격이라는 것을 배제하여 다중대표소송의 원고적격을 인정하여야 된다고 본다.

제3절 다중대표소송의 법리

1. 공동지배이론

공동지배이론은 동일인지배이론(common control theory)으로 불리우며, 이사의 불법행위 또는 임무해태의 경우가 지배·종속회사에서 지배회사의 이사가 영향력을 행사하는 경우라고 한다면, 지배회사의 주주는 종속회사의 이사에게 책임을 묻는 다중대표소송을 제기할 수 있다는 이론이다.[44] 미국의 경우는 다중대표소송이

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

손실회복의 수단으로 생각하는데, 판례에서는 다음과 같이 설명을 한다. 즉, "… 소송의 청구는 다중대표소송의 성격을 가지는바 재판부는 다중대표소송으로 책임져야 할 이들이 종속회사와 지배회사의 지배력 아래 놓여있는 점을 들어 다중대표소송을 불가할 이유가 없다 …" 고 하여 지배·종속회사의 지배력에 의한 회사의 손실을 공동지배이론으로 보고 판시하였다.[45]

이 이론에 대해서 다음과 같은 비판이 제기되는데, 첫째는 지배·종속회사의 지배권이 동일인에게 있지 않더라도 지배·종속회사의 인적관계에서 오는 긴밀성을 판단할 근거가 없다는 것이다. 둘째는 회사의 지배력에 관한 판단 근거이다. 회사에서의 지배관계는 지배·종속 회사에 겸직하는 이사나 임원의 수와 주식 소유의 비율, 위법행위를 저지른 이사나 임원의 지위등과 같은 객관적 기준과 지배·종속회사의 이사회에 미치는 영향력에 대한 주관적 기준에 의하게 되는데, 이러한 것들의 객관적인 판단기준 또는 근거가 명확하지 않고, 위법행위를 한 이사의 영향력에 관한 주관적인 판단기준도 법원이 회사내부의 모든 상황과 지배구조까지 조사를 해야 하기 때문에 법원에 과도한 부담까지 주게 되는 것이라 주장한다. 마지막으로 다중대표소송을 제기하는 조건에 있어서도 미국의 경우는 단독주주권을 요건으로 보면서, 주주대표소송을 제기하는 시기에 지분율을 요구하지 않지만, 다중대표소송의 경우는 일정지분율을 보유를 조건으로 하고 있기 때문에 형평성문제가 있는 것이다.[46]

2. 보상·억제이론

지배회사의 주주에게는 보상을 제공하고, 종속회사의 부정행위자에 대해서는 행위에 대한 억제효과를 준다면 그 정책적 목적달성을 위한 다른 근거를 제시할 필요도 없이 다중대표소송을 허용하는 방법이 타당하다는 견해이다.[47] 이 이론은 결

44) Saltzman v. Birrell, 78 F. Supp. 778 (S.D.N.Y. 1948); Kaufmann v. Wolfson, 132 F. Supp. 733(S.D.N.Y/ 1955); West v. West, 825 F. Supp. 1033, 1055(N.D.Ga. 1992).
45) United States Lines, Inc. v. United States Lines Co., 96 F. 2d 148, 151(2d Cir. 1938);Salzman v. Birrell, 78 F. Supp. 778(S.D.N.Y. 1948).
46) 박정국, "다중대표소송에 관한 연구 -입법을 위한 구체적 방법론을 중심으로-" 부산대학교 박사학위논문, 46면(2010).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

국 다중대표소송은 정책적 이유에서 인정해야 한다는 이론적 근거를 제시하고 있는 것이다.

이러한 보상·억제이론은 다중대표소송의 기능에서 확인되어진다. 이사의 경영에 대한 책임 추궁의 확보라는 측면에서 이사의 임무해태를 억제하고, 종속회사 이사의 부정행위를 미연에 방지하는 심리적 억제효과를 발휘하게 되므로, 지배회사의 주주들에게는 종속회사에서 발생될 손해가 오히려 이익으로 보상받게 된다는 논리이다.

한편, 미국의 판례 중에서는[48] 법원이 어떤 이론도 인용하지 않더라도 정책적인 이유만으로 다중대표소송을 인정해야 한다고 판시한 사례가 있다. 우리나라의 하급심 판례에서도 이와 같은 보상·억제이론에 입각하여 판시한바가 있다. 즉,"… 종속회사의 경영진이나 주주들이 여러 가지 이유로 이사들의 종속회사에 대한 부정행위를 시정하지 못하는 경우가 있을 수 있는 바, 이러한 경우 다중대표소송을 인정함으로써 종속회사 이사들의 부정행위를 억제할 수 있는 효과를 기대할 수 있고 종속회사의 손해는 종국적으로 지배회사 주주의 손해로 귀속되므로 다중대표소송을 통하여 종속회사의 손해를 회복함으로써 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 기대할 수 있다. …" 고 판시하였다.[49]

다만, 이 경우는 다중대표소송이 허용됨을 주주대표소송의 목적범위에서 찾고 있는데, 이는 법리적 근거로서의 설득력이 부족하고, 법정책적 성격이 강하다는 점에서 비판이 제기되기도 한다.[50]

---

47) Coffee & Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, 81 COLUM. L. REV. 261 (1981) at 302-309; Locascio, "Comment : The Dilemma of the Double Derivative Suit", Nw. U. L. Rev. p.743(1989).

48) Brown v. Tenney, 155 Ill. App. 3d 605 (1987).

49) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 판결

50) 이점, 많은 법학자들은 다중대표소송을 인정해야 하는 정책적인 이유로써 손해배상을 통한 구제수단과 불법행위의 억제효과를 꼽는다. 이러한 정책적인 이유로 인해 다중대표소송이 보다 더 광범위하게 인정되어야 한다는 것이 이들 법학자들의 견해이다. 만약에 다중대표소송을 인정하지 않는다면 지배회사의 피해구제 수단이 없어 결국 모회사의 주주가 간접적으로 피해를 보게 된다는 것이다. 다중대표소송을 인정하지 않는 법원의 경우에도 비록 정책적인 측면에서는 이를 인정하여야 할 필요성에 수긍하면서도 법리적인 이론이 정립되지 않았기 때문에 다중대표소송을 인정하지 않는 경우도 있다. 다중대표소송을 광범위하게 인정하여야 하는 또 하나의 이유가 바로 종속회사 이사들의 불법행위를 억제할 수 있기 때문이라는 것이 이들 법학자들의 논거이다. 특히 종속회사가 상장되어 있지 않은 경우 주식시장을 통한 규제

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 법인격부인이론

법인격부인이론이란 지배·종속회사 간의 경우 종속회사의 독립된 법인격을 부인하여 두 회사를 하나의 법인격으로 보는 견해이다. 이는 두 회사를 하나의 실체로 보아 다중대표소송의 정당성을 인정하는 견해라 하겠는데, 우리나라에서도 상법상 해석으로 법인격부인의 법리에 따라 다중대표소송을 제기할 수 있다는 입장의 견해가 다수 제기되고 있다.[51)]

그러나 법인격부인론의 경우는 다중대표소송이 법인격부인론을 예외적인 경우에만 적용되어야 하는 법리이기 때문에 적용이 매우 제한적일 수밖에 없다는 비판

가 가능하지 않기 때문에 이러한 경우 다중대표소송을 광범위하게 인정하여야 한다고 주장한다. 이들은 모회사의 주주들은 상장되지 않은 종속회사에 대한 공개되지 않은 정보로 인해 마땅한 통제 수단이 없고 모회사의 사업보고서나 재무제표 등에도 종속회사의 활동에 대한 자세한 내용이 나오지 않는 것이 일반적이기 때문에 다중대표소송만이 거의 유일한 주주에 의한 종속회사의 통제수단으로써의 역할을 한다고 주장한다. 대부분 계열사를 통해 행해지는 부당 거래(self-dealing)를 방지하고 주주에게 해가 되는 거래를 통제하는 것이 다중대표소송을 인정해야 하는 정책적인 이유라는 논거다. 이러한 주장은 특히 계열회사를 많이 거느리고 있는 한국의 실정에 비추어 본다면 더욱 많은 시사점이 있다고 하겠다.(이지수, “다중대표소송에 관한 미국에서의 법적 논거”,「기업지배구조연구(vol.13)」, 6-8면(2004)).

51) 이점, 다중대표소송에 대해서는 이를 입법으로 해결하는 것보다는 해석론으로써 해결하여야 할 사안이라고 생각한다. 즉, 상법의 해석상 예외적으로 다중대표소송이 인정되어야 한다고 본다. 특히 법인격이 무시될 수 있는 경우와, 동일 인격에 의하여 지배회사와 종속회사가 지배되는 경우 등에는 다중대표소송이 인정되어야 할 것이다. 나아가 지주회사, 주식의 포괄적 교환 및 이전의 경우 주주의 동일성이 인정되므로 인정하여야 할 것이며, 합병의 경우 합병 전의 회사의 주주는 합병 후의 회사에 대하여 소를 제기할 수도 있다고 보아야 한다. 즉, 법인격부인론이 조문이 없어도 판례에서 이미 인정되고 있는 것처럼, 다중대표소송도 판례를 통하여 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 해석론상 상법 제403조의 대표소송 제소권자인 ‘주주’의 개념을 ‘전체 주주의 이익을 고려할 대표성이 있는 주주’로 이해한다면 해석론상으로도 다중대표소송을 인정할 수 있다고 본다[최준선, “다중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”,「성균관법학제(18권제3호)」,462면(2006)]; 법인격부인에 근거하는 다중대표소송은 그 본질이 단순 대표소송과 동일하다는 점에서 상법의 해석론으로도 충분히 가능하다고 해야 한다[정병석, "이중 대표소송의 허용 가능성 -대법원 2004.9.23. 선고 2003다49221 판결-",「기업법연구(제19권제1호)」, 366면(2005).]; 예외적으로 법인격부인의 요건이 갖추어진 경우에는 해석론으로 다중대표소송을 허용할 수 있을 것이다. 즉 현행법의 해석으로는 법인격부인의 요건이 갖추어진 예외적인 경우에만 다중대표소송이 인정된다고 할 것이다. 다만 입법론상 다중대표소송을 허용해야 할 것인지 여부는 별도의 검토를 요하는 문제이고 이 문제를 검토하기 위해서는 다중대표소송의 허용여부 및 그 근거에 관한 논의가 선행되어야 할 것이다[유진희, “다중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”,「상사판례연구(제19집제4권)」, 132면(2006)].

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 받는다.[52] 또한 소송을 제기하는 주주에게 주어지는 입증책임의 부담, 법인격부인론에만 의존하는 구제수단이 한정되기 때문에 회사의 입장에서는 악용할 여지가 있는 점이 있다.[53] 그리고 종속회사의 법인격을 부인하게 되면, 다중대표소송이 단순대표소송이 되기에 별도로 다중대표소송제도를 인정할 필요가 없다는 점이 단점으로 지적된다.[54] 미국의 경우는 다중대표소송이 단순대표소송으로 되기에 근거법리로 법인격부인이론의 견해를 찾아보기 어렵다.[55]

예외로 법인격부인이론을 적용한 판례로, 1987년 Brown v. Tenney 사건의 판결에서는 다중대표소송을 인정하지 않은 경우 형평성에 어긋나는 결과를 초래한다면 다중대표소송을 인정하여야 한다고 판시하면서, 이사의 책임회피를 위한 방법으로 법인격을 무시하고 다중대표소송을 인정하여야 한다고 하였다. 이 사례에서 판단의 기준이 제시되는데, 구체적 요건으로 첫째, 소유와 이해관계가 경합되고, 둘째 회사의 소유자를 독립된 인격으로 볼 수 없고, 셋째, 종속회사에서의 사기 및 부정행위의 계속가능성이 독립된 법인격의 회사로 존속되어야 하는 점, 넷째 종속회사의 형해화 및 자본의 불충분과 자산의 혼동, 마지막으로는 지배·종속회사간의 이사나 임원의 겸임 등의 구체적 요건이 요구된다고 한다.[56] 법인격부인이론 자체는 예외적 이론으로 법원은 지배·종속회사를 독립된 법인격으로 존중하기 때문에 위와 같이 법인격을 부인하기 위해서 엄격한 요건 충족이 필요하게 되는 것이다.

4. 제한적인정이론

지배·종속회사의 관계에서 지배회사가 부정행위를 저지른 종속회사 이사에 대하여 책임추궁이 어려운 경우에 한하여 예외적으로 지배회사의 주주에게 다중대표소

52) David W. Locascio, “The Dilemma of the Double Derivative Suit”, 83 Nw. U. L. Rev. 745(1989).
53) 이지수, “다중대표소송(Double Derivative Suit)에 관한 미국에서의 법적 논거” http://www.cgcg.or.kr/?lang=ko&mm=sub3&sm=2&mode=list&page=8&field=&value
54) 김대연, “지배·종속회사에서의 대표소송”, 「상사법연구」 제19권 제2호(2000), 464면; 유진희, 앞의 논문, 135면.
55) 박정국, 전게 논문. 43면.
56) 김재형·최장현, “다중대표소송의 인정근거 - Brown v. Tenney, 155 Ill. App. 3d 605 = Bases for Recognition of Double Derivative Suit”, 「상사판례연구 제15권」, 한국상사판례학회, 276면(2003).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

송을 제기 할 수 있도록 인정해야 한다는 견해이다. 제한적인정이론의 주요 논의점은 주식의 포괄적 교환 및 이전의 문제이다. 주식의 포괄적 교환 및 이전은 지배구조의 개선에 관한 것이지만, 주주의 의사에 반하여 이루어지고, 또한 이는 이사에 대하여 책임추궁을 방해하는 방법이 되기 때문에 다중대표소송제도를 통해서 제한할 필요가 있다는 견해이다.

이러한, 제한적인정이론에 대한 비판적 견해에 대해, 제한적으로 지배회사의 주주에게 다중대표소송을 인정하자는 견해이기 때문에 제한적이라는 부분에 관해서, 이사의 임무해태 행위나, 위법행위에 관한 문제의 확정과 기준의 범위를 정하는 것이 불명확하다는 문제점이 제기되는 것이라 한다.[57]

5. 신임관계이론

신인관계이론은 지배회사는 회사의 주주에게 있어 신임의무를 부담하며, 지배회사에 관하여 신임의무를 가지는 관계로 이를 기초하여 지배·종속회사는 두개의 신임관계가 형성된다고 보는 견해이다. 이는 종속회사가 지배회사의 수임자로써 의무를 위반하게 되면, 지배회사는 신임관계를 근거로 종속회사에 책임을 강제하기 위하여 다중대표소송이 인정된다는 견해이다.[58]

이 견해를 비판하는 입장에서는 첫째, 미국의 대표소송은 회사가 명목상 피고가 되지만, 실질적으로 판결효력을 얻는 원고의 지위가 신인관계이론을 적용하게 된다면, 피제소자는 주주에게 책임을 추궁당하는 피고이자 종속회사와의 신임관계로 인한 책임을 추궁 받는 원고가 되는 모순이 생긴다는 것이다.[59] 둘째, 지배회사의 신

57) 박정국, “다중대표소송에 관한 연구 : 입법을 위한 구체적 방법론을 중심으로” 숭실대학교 박사학위논문, 2006, 130면.

58) Goldstein v. Groesbeck, 142 F. 2d 422, 425 (2nd Cir., 1944) 판결에서 재판부는 “주주의 대표소송은 그 본질에 있어서 신인계약상의 수익자가 제기하는 소에 불과하다. 신인관계상 수익자는 채무자가 채무불이행 상태에 있을 때 그 이행을 강제할 수 있다. 이중표소송이란 그러한 지에 있는 수익자가 이번에는 채무자의 지위에서 그 의무를 이행하지 않을 때 그 이행을 강제하는 수단에 불과하다. 미국연방민사소송규칙상 이러한 소제기의 가능성을 금지하는 성문규정은 존재하지 않는다.” 라고 다중대표소송을 신인관계이론을 들어 허용하였다.(김정호, “이중대표소송에 대한 연구”, 「경영법률(제17권 제1-1호)」 한국경영법률학회, 238면(2006). 재인용)

59) 염미경, “이중대표소송의 도입에 관한 고찰”, 「비교사법」 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 160면(2006).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

탁의무 위반으로 발생되는 행위에 대한 소송을 지배회사가 직접 제기하거나 종속회사의 주주가 직접 제기한다면 두개의 소송이 하나의 신탁의무 위반에 해당하기 때문에 대표소송의 취지인 단일한 소에 의한 분쟁해결이라는 본래 취지에 반한하게 된다는 것이다.

셋째, 영미법에서 발전되어 온 대표소송제도의 경우, 원래의 대표소송제도에서 소수주주가 행사 가능한 권한이 회사내부의 조직구성과 질서적인 측면에서의 정당성 또는 법적 근거를 찾는 것이다

. 그러나 이는 지배회사의 경영진의 의사에 반하게 되는 것이고, 이를 개선하기 위한 제도가 대표소송이라고 하는데, 이러한 관점에서 보면 신인관계이론은 지지기반이 약하여 다중대표소송의 정당화가 어렵고 한다.[60]

60) 김정호, 전게논문, 253면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 다중대표소송의 비교법적 논의

다중대표소송의 논의의 실질적인 국내의 고찰 이전에 세계 각국의 입법례에 대하여 고찰을 확인해 본다. 우선적으로 미국의 다중대표소송을 확인해 볼 수 있다. 미국은 판례를 근거로 이론이 형성되어 왔으며, 법리적인 근거도 판례에 힘입어 성립되어 온 국가이다. 다만, 국내의 도입을 위하여 미국의 이러한 다중대표소송에 대한 내용을 확인을 한 후, 이러한 논의를 바탕으로 일본 및 기타의 국가에서 동 제도를 어떻게 받아들이고 또한 논의하고 있는지에 대하여 살펴보는 것이 중요하다 할 것이다.

이에 본 제3장에서는 다중대표소송제도의 국제적 동향을 살핌에 있어서, 이 제도의 근거와 이론의 바탕이 되고 있는 미국의 대표소송제도를 먼저 살피고, 이후 일본 및 영국등의 제도를 살펴보도록 한다. 일본의 경우는 근래에 제한적으로 다중대표소송제를 시행하고 있는 것으로 파악된다. 그러나 현재의 미국의 경우는 다중대표소송제의 일부 부작용이 있음을 감안하여, 일부 주에서만 판례상 엄격한 요건을 정하여 하에 인정하고 있는 것이며, 법률로 인정하지만 역시 엄격한 기준을 갖추고 인정하는 추세의 영국, 캐나다 등에 대한 입법적 고찰을 할 것이다.

제1절 미국

미국의 대표소송은 주주의 원고적격에 관하여 비교적 가벼운 요건을 제시하면서도 동시에 여기에 대하여 확고한 원칙을 제시하고 있다. 즉 그 적격사유에 있어 단독주주권으로서 1주만 보유하는 때에도 대표소송을 제기할 수 있도록 하여 소제기의 요건은 가볍게 하는 동시에, 이사의 행위에 대하여 문제를 제기할 당시는 물론 대표소송을 제기할 때까지도 주주의 지위를 유지하도록 하여 제소를 목적으로 주식을 취득하는 행위를 원천적으로 저지함으로서 이른바 동시보유의 원칙과 계속보유의 요건을 함께 요구하고 있다.[61] 이러한 소제기의 요건을 갖춘 때에야 비로서 주주는 대표소송을 제기할 수 있게 된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 다중대표소송의 의의 및 요건

가. 다중대표소송의 의의

미국은 주주의 대표소송의 바탕을 신탁으로 회사경영을 주주가 이사에게 신탁한 것으로 간주하는데, 다중대표소송에 관해서 판례에서 이론을 정립해 나아가고 있다.

다중대표소송은 비교적 일반적인 개념으로 이를 세분화 하면 다중대표소송, 삼중대표소송으로 분류하여 볼 수 있다. 지배회사의 주주는 특정의 위법행위로 기인한 손해를 종속회에 발생시킨 경우에 종속회사가 보유하고 있는 대표소송권을 대위하여 행사할 수 있는데 이를 일반적으로 다중대표소송이라 하고, 지배회사가 종속회사의 종속회사(모회사와 손자회사의 관계)대하여 보유한 대표소송권을 모회사의 주주가 대위하여 행사하는 것을 일반적으로 삼중대표소송이라 한다.

그리고 이러한 다중대표소송과 삼중대표소송을 포함하여 주식보유에 의해 지배 혹은 종속관계가 계속적으로 연결되는 경우 대표소송의 관계 또한 연속되는 것으로 볼 수 있는데 이를 다중대표소송으로 일반화 할 수 있게 되는 것이다. 이러한 다중대표소송은 그 목적이 회사에 발생한 손실의 회복이라는 점에는 이론의 여지가 없으나, 모회사의 이사가 자회사를 관리를 하기 보다는 손실이 발생한 자회사에 대한 기관구성원의 소송을 모회사의 주주가 자회사의 회복을 위하여 직접 제기할 수 있게 해 놓았다는 점이 그 특징이라 할 수 있다.[62]

미국의 다중대표소송을 최초의 인정하였다고 볼 수 있는 판결은 문헌마다 다른 것으로 확인되는데 결과적으로 다음의 3가지의 사건을 주로 이야기 한다. Dodge v. Woolsey사건,[63] Martinv. D,B .MartinCo.사건,[64] Hawes v. Cityof Oakland사건[65]이 있으며, 후에 다중대표소송의 인정까지 이르지 못한 사건도 존

61) Cox/Hazen/O'Neal, Corporations, Aspen L& B, 1997, 424.면.
62) General Rubber Co. v. Benedict(215 N. Y. 18, 109 N. E. 96(1915).
63) Dodge v. Woolsey, 59 U. S.(18 How.) 331(1856).
64) Martin v. D,B. Martin Co., 88 A, 612(1913).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

재한다.[66] 1950년도까지 판례법상으로 다중대표소송이 확립되어 왔다.

나. 다중대표소송의 요건

첫째로, 판례법상 모회사 및 자회사 둘 모두에 대한 제소청구의 거절이 필요하다. 이러한 요건은 델라웨어주에서 Lambrecht사건 판결로[67] 확립되었다. 이는 완전자회사에 속한 청구권에 제기된 다중대표소송을 완전모회사인 모회사에서 제소청구의 이익이 없는 무익성을 증명하거나 델라웨어 일반회사법 제231조의 요건[68]을 충족한다면 무방하다고 해석하고 있다.

두 번째 문제인 동시보유의 요건은 연방민사소송규칙 제23.1조나 각주의 법원규칙에서 규정되어져 있다. 동시보유의 요건은 다중대표소송에 있어서는 주식의 포괄적 교환이나 합병에 의하여 동시보유의 요건 또는 보다 엄밀히 말하면 계속소유의 요건을 만족하여야 하는가의 문제이다. 델라웨어주에서 ① 주식교환이나 합병(델아웨어주에서는 역삼각합병)의 전에 제기되어 있던 대표소송이 그대로 유지될 것인지에 관한 문제가 있었고,② 주식교환이나 합병을 한 후에 원래 자회사 주주(소송제기시의 모회사 주주)가 자회사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는가의 두 가지 문제가 있다.①에서는 델라웨어주와 그 이외의 주에서 대표소송을 유지하는 것을 인정하는 요건의 엄격함이 다르다. 델라웨어주에서는 1984년 Lewis v. Anderson기준이 지배적이다.[69]

원칙적으로 대표소송의 유지는 인정하지 않고 예외적으로 두 가지의 경우에서만 유지를 인정하는 것이다. 첫 번째의 예외는 합병자체가 사기라고 하는 것을 소송원인으로 하여 제기한 경우이다. 이것은 합병자체가 원고의 대표소송에 있어서 원고적격을 박탈할 목적으로만 행하여 진 경우를 가리킨다. 두 번째의 예외는 합병이 실제에서는 재편에 지나지 않고 원고의 주식소유에 영향을 미치지 않는 경우이

65) Hawes v. City of Oakland, 104 U. S. 450(1881).
66) Brown v. Tenney, 508 N. E. 2d 347, 350(Ill. App. 1 Dist, 1987)
67) Lambrecht v. O'Neal, 3. A. 3d 277, 287-293(Del. 2010).
68) 델라웨어주 일반회사법 형평법원규칙 제231조 (a)항 후단은「소장에서 원고가 자신이 바라는 행위를 이사회 또는 그에 상당하는 기관에 행사시키려는 노력을 한 때는 그 뜻을, 당해 행위를 하게 할 수 없었을 때에는 그 이유를 구체적으로 주장」하도록 규정하고 있다.
69) Lewis v. Anderson, 477 A 2d 1040(Del. 1984).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 예를 들면, 반 트러스트법위반의 동의판결에 따라서 회사가 둘로 분할되고, 양쪽의 회사의 주주로 된 것과 같은 경우가 이에 해당한다. 다른 한편 델라웨어주 이외의 주는 델라웨어주 보다는 완화된 소송의 유지를 인정하는 경향이 있다.[70] 예를 들면, 캘리포니아주 공소법원의 Gaillard판결[71]에서는 원고가 자신의 의사로 소송의 계속 중에 주식을 양도(교환)한 것은 아니고 주식의 소유관계는 계속하고 있다는 것을 이유로 대표소송의 유지를 인정하였다.

2. 입법상의 다중대표소송

다중대표소송은 미국에서 성문법에서는 직접적으로 명시하는 규정은 없으나 관련법규정이 전무한 것은 아니다. 통일된 규정이 없어 다중대표소송에 적용이 용이하지는 않지만, 각 주의 회사법 및 모범회사법(RMBCA)[72]등 에서 대표소송에 관하여 규정하고 있다.[73][74] 이에 대하여 주주대표소송과 관련하여 확인한다.

관련 입법 내용은 1984년 (Revised Model Business Corporation Act; RMBCA)에서 "주주대표소송을 단독주주권으로 부정행위가 발생될 당시에 주주가 주식을 이미 소유하는 경우에 제기 할 수 있다"고 RMBCA §7.41[75]에 적시하고 있

70) ALI, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE : ANALYSIS & RECOMMENDATIONS(1994), Comment d, to &7.02(a), pp. 38-39. Reporter's Note 4.

71) Gaollard v. Natomas. Co., 173 Cal. App. 3d 410, 219 Cal. Rpt. 74(Cal. App. 1st Dist, 1985).

72) 메사추세추 연방법원 참조 - https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/

73) 박정국, 전게논문, "이중대표소송에 관한 연구", 36-38면(2010).

74) "회사 경영자에게 유리한 입법으로 지정되는 것이 델라웨어주회사법이다. 현재 대기업 다수가 델라웨어주회사법에 의하여 설립되었기 때문에 회사법의 경우 델라웨어주회사법이 가장 중요한 위치를 차지한다"고 한다. ; (박정국, 상게논문, 36면. 각주 재인용)
Delaware State Code, GENERAL CORPORATION LAW, Subchapter XIII. Suits Against Corporations, Directors, Officers or Stockholders ; § 327 Stockholder's derivative action; allegation of stock ownership. ; In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which such stockholder complains or that such stockholder's stock thereafter devolved upon such stockholder by operation of law. <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc13/index.shtml>

75) Section 7.41. STANDING
A shareholder may not commence or maintain a derivative proceeding unless the shareholder:

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 또한 동법 §7.40(2)[76]에서는 주주를 주식의 이익을 받는 소유자도 포함되는 것으로 명시하여, 대표소송제기권을 실질인 주식의 소유자에게 인정한다. 이는 다중대표소송과 관련하여 실질적인 주식의 소유가 지배회사의 주주로 해석하여 소송에 대한 원고적격이라 볼 수 있다.

이외의 개정모범사업회사법(RMBCA)에서의 다중대표소송을 준용할 만한 주주대표소송의 관련 규정으로는 아래와 같이 확인가능하다.

제소 전 청구요건에 대하여 서면 요청이 이루어진 날로 90일이 경과하거나 그러한 요구를 거부할지에 대한 결정이 가능하며, 만약 제소 전 청구에 대하여 회사가 회복 불가능한 손해의 발생시는 지체없이 제소가 가능하다(RMBCA §7.42).[77] 또한, 독립 이사의 정족수를 경우 이사회 회의에 참석하는 사외 이사의 과반수 투표로 특별소송위원회를 구성하며,해임과 그에 관련한 절차를 적시하고 있으며(RMBCA §7.44((a),(b)(c))[78], 화해와 소의 종결은 법원의 승인이 없을 경우에 할

---

(1) was a shareholder of the corporation at the time of the act or omission complained of or became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time; and
(2) fairly and adequately represents the interests of the corporation in enforcing the right of the corporation.

76) Section 7.40. SUBDIVISION DEFINITIONS
In this SUBDIVISION the following words shall have the following meanings unless the context requires otherwise:
''Derivative proceeding'', a civil suit in the right of a domestic corporation or, to the extent provided in section 7.47, in the right of a foreign corporation.
''Shareholder'' includes a beneficial owner whose shares are held in a voting trust or held by a nominee on the beneficial owner's behalf.

77) Section 7.42. DEMAND
No shareholder may commence a derivative proceeding until:
(1) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action; and
(2) 90 days have elapsed from the date the demand was made, or, if the decision whether to reject such demand has been duly submitted to a vote of the shareholders, not including the holders of those shares referred to in section 7.44(b)(3), within 60 days from the date when demand was made, 120 days have elapsed from the date the demand was made, unless in either case the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of such 90?day or 120?day period.

78) Section 7.44. DISMISSAL
(a) A derivative proceeding commenced after rejection of a demand shall be dismissed by the court on motion by the corporation if the court finds that

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수 없다고 하여, 법원의 종결 또는 합의가 회사주주 및 이해관계에 실질적으로 영향을 미칠 것으로 판결되면 주주에게 통지해야하는 고지가 있으며(RMBCA §7.45)[79],소송비용과 관련한 비용에 관하여는 소송 절차의 진행이 종료되면 법원은 원고 또는 피고에게 변호사의 비용을 포함한 모든 비용을 지불하도록 명할 수 있다(RMBCA §7.46)[80].

---

either: (1) 1 of the groups specified in subsections (b)(1) or (f) has determined in good faith after conducting a reasonable inquiry upon which its conclusions are based that the maintenance of the derivative proceeding is not in the best interests of the corporation; or (2) shareholders specified in subsection (b)(3) have determined that the maintenance of the derivative proceeding is not in the best interests of the corporation.
(b) Unless a panel is appointed pursuant to subsection (f), the determination in subsection (a) shall be made by:
(1) a majority vote of independent directors present at a meeting of the board of directors if the independent directors constitute a quorum;
(2) a majority vote of a committee consisting of 2 or more independent directors appointed by majority vote of independent directors present at a meeting of the board of directors, whether or not the independent directors constituted a quorum; or
(3) the vote of the holders of a majority of the outstanding shares entitled to vote, not including shares owned by or voted under the control of a shareholder or related person who has or had a beneficial financial interest in the act or omission complained of or other interest therein that would reasonably be expected to exert an influence on that shareholder's or related person's judgment if called upon to vote in the determination.
(c) None of the following shall by itself cause a director to be considered not independent for the purposes of this section:
(1) the nomination or election of the director by a person who is a defendant in the derivative proceeding or against whom action is demanded;
(2) the naming of the director as a defendant in the derivative proceeding or as a person against whom action is demanded; or
(3) the approval by the director of the act being challenged in the derivative proceeding or demand if the act resulted in no personal benefit to the director.

79) Section 7.45. DISCONTINUANCE OR SETTLEMENT
A derivative proceeding may not be discontinued or settled without the court's approval. If the court determines that a proposed discontinuance or settlement will substantially affect the interests of the corporation's shareholders or a class of shareholders, the court shall direct that notice to be given to the shareholders affected.

80) Section 7.46. PAYMENT OF EXPENSES
On termination of the derivative proceeding the court may:
(1) order the corporation to pay the plaintiff's reasonable expenses, including counsel fees, incurred in the proceeding if it finds that the proceeding has

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

앞선 내용은 미국이 주법에서의 다중대표소송에 관하여 입법이 되어 있지는 않지만, 주법에서의 주주대표소송의 내용을 준용하여 다중대표소송을 적용하고 있는 것을 확인 할 수 있었다. 다만, 성문법이 아닌 판례법으로의 다중대표소송이 적용되고 있다는 특징에 대하여 다음의 판례에서 고찰해 보도록 한다.

3. 판례

다중대표소송에 있어서 미국은 반대하는 판례도 있지만, 오늘날은 일반적으로 다양한 법리로 인정되고 있는 것으로 파악된다. 판례에 있어서는 1930년 이전의 생성기, 1930년부터 1970년대의 정립기, 1980년도 이후의 정립기로 구분한다. 이는 생성기의 경우에 다중대표소송을 지배회사의 주주의 제소청구가 받아들여질 경우 소송을 제기할 권한을 획득하는 것으로 보며, 1930년부터 1970년대의 판결에서는 당사자적격과 소송의 요건 등이 다중대표소송으로 절차가 확립되며 민사상 절차적가 함께 논의되기에 이른다. 끝으로 정립기는 1980년도 이후로 주식교환이라는 것으로 대표소송제기 후에 당해 주주의 지속적인 투자를 하고 있다는 근거로 다중대표소송을 인정하는 판례가 등장한다.

가. 다중대표소송의 생성기

다중대표소송은 1930년대까지만 해도 정의와 형평의 관념에서는 인정되었으나, 이를 뒷받침해줄 수 있는 법적절차가 미비한 시기였다. 그럼에도 이시기에 다중대표소송의 주요판례로 1913년의 Martin v. D. B. martin 사건[81]을 들 수 있는데, 이는 델라웨어주 형평법원에서 내린 판결로 그 내용은 지배회사와 종속회사의 법인격이 다르다고 하여도 법인격을 부인할 수 있는 경우에 한하여 종속회사는 지배

---

resulted in a substantial benefit to the corporation; or
(2) order the plaintiff to pay any defendant's reasonable expenses, including counsel fees, incurred in defending the proceeding if it finds that the proceeding was commenced or maintained without reasonable cause or for an improper purpose.

81) Martin v. D. B. Martin Co., 10 Del. Ch. 211, 88 A. 612, 1913.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회사의 주주에 의해 실질적으로 구제를 받을 수 있어야 하며, 이러한 경우 다중대표소송을 인정할 수 있다는 취지였다. 즉, 지배회사가 종속회사의 주식 전부를 소유하고, 동일한 사업을 공동으로 실시하고 있으며, 지배회사가 종속회사를 위해서 자금을 조달하는 것은 물론, 이사나 임원이 양사에서 겸임하며, 종속회사가 지배회사의 사업도구로서 되어 있는 경우에는, 지배회사 주주의 권리를 보호하는 동시에 종속회사의 위법행위에 대한 시정을 위한 목적에서 종속회사를 지배회사의 대리인 혹은 동일한 것으로 취급하는 것이 가능하기 때문에 지배회사 주주의 제소권한을 인정하여 주자는 것이었다.[82]

다음으로 1917년에는 뉴욕지방법원 항소부의 Holmes v. Camp 사건이다.[83] 이 사건에서 뉴욕지방법원 항소부는 오직 정의가 제대로 작동되기 위해서는 지배회사의 주주가 그 이익을 위해서 종속회사를 대신하여 대표소송을 제기할 수 있어야 한다고 판시하였다.[84]

그러나 이상의 판례들은 다중대표소송에서 지배회사 주주는 지배회사 혹은 종속회사 중 어느 쪽에 제소청구를 하여야 하는지에 대해서라거나 또는 지배회사 혹은 종속회사 중에 소송당사자로 결정되어야 하는지의 사항에 대해서 일관성이 결여된 판단을 함으로서 다중대표소송을 인정하여야 하는 당위성을 제시하기는 하였으나, 이것들을 절차적으로 뒷받침해주기 위해서 원고적격을 제시하지는 못하였다.

나. 다중대표소송의 정립기

1938년 제2연방순회항소법원의 United States Lines v. United States Lines Co.사건에서[85] 손해를 발생 한 회사와 주주가 손해를 발생을 유발한 이사에 의해 지배되는 사실이 있다면 다중대표소송이 정당화 된다고 판시한다.[86] 판결은 동일인지배이론이라는 최초판결로 확인이 되어 지배이사가 다중대표소송의 피

82) 김정호, “다중대표소송에 대한 연구”, 「경영법률」 제17집 제1호, 한국경영법률학회, 2006, 224-225면.
83) Holmes v. Camp, 180 A.D. 409, 167 N.Y.S. 840, 1917.
84) 권재열, 다중대표소송관련 국제적인동향과 그 시사점, 한국법제연구원, 28면(2013).
85) United States Lines, Inc. v. United States Lines Co., 96 F.2d 148, 2d Cir. 1938.
86) 권재열, 전게서, 30면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고가 되어 계속적 지배를 하게 된다는 이론의 확립이였다. 이 사건 이후 다중대표소송을 제기하기 전 지배회사의 주주가 지배회사와 종속회사 각각에 제소할 것을 요구하는 판례가 나타나게 된다. 1941년 Birch v. Mc Colgan 사건이[87] 그러하다. 이 사건에서 캘리포니아주 연방지법은 지배회사 및 종속회사에 모두 시정조치를 취하도록 청구하고, 이것이 부당하게 거절된 경우에 지배회사 주주가 다중대표소송을 제기하는 것을 인정하였다.

이후 다양한 민사소송절차에 관한 논의가 부수적으로 제기되기 시작하였는데 1971년 In re Penn Central Securities Litigation 사건에서[88] 펜실베니아주 연방지방법원은 다중대표소송에서 종속회사는 당해회사가 입은 손해에 대한 청구소송에서 필수적인 당사자의 위치를 가지고 있기 때문에 당연히 소송에 참가할 수 있다고 판시하였다.

이처럼 이 시기에도 절차적 요건의 구비보다는 법인격부인론을 근거로 한 다중대표소송을 인정한 판례가 완전히 사라진 것은 아니다. 허나, 주주의 제소는 지배회사의 주주가 종속회사의 주주로 제소청구권을 행사하고 그 청구가 지배·종속회사에 수용되지 않는 경우 청구권 획득이라는 것에서 다중대표소송의 제소 권한의 정립이 이루어지기에 이른다.

다. 다중대표소송의 성숙기

다중대표소송의 판례가 정립이 성숙기에 이르는데, 1985년 Gaillard v. Natomas Co사건[89]에서 법원은 소송이 제기된 이후에 완전모자회사와의 주식교환으로 주주의 지위가 제소당시에 획득된 것이라면 주식동시보유요건으로 보고 이때의 주식교환이 회사의 행위에 기인한 것이므로 제소주주의 제소권에 대한 상실을 인정하지 않았다.

1992년 Blasband v. Rales사건에서는[90]이 사건에서 법원은 단순대표소송을 제

87) Birch v. McColgan, 39 F. Supp. 358 (SD Cal. 1941)
88) In re Penn Central Securities Litigation, 335 F supp. 1026, E.D.Pa. 1971.
89) Gaillard v. Natomas Co., 173 Cal. App. 3d 413, 219 Cal. Rptr. 74, Cal. App. 1 Dist. 1985.
90) Blasband v. Rales 971 F. 2d 1034, 3d Cir. 1992.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기한 후에 당해 회사가 합병되어 원고가 지배회사 주주로 되었다 하더라도 당해 주주는 지배회사의 주식을 보유하고 있으므로 원고적격을 유지할 수 있다고 판시하였다.[91] 또한 지배회사의 주주가 종속회사의 채무자에 대한 채권지불청구를 위해 제기한 다중대표소송에 의해서 시효가 중단되는 문제를 다룬 사건도 있었다.[92]

2010년 델라웨어주 최고법원의 판결은[93] 다중대표소송에서의 원고의 제소요건에 대하여 원인이 되는 다중대표소송과 후발적 다중대표소송의 개념에 대한 판시를 하였다. 원인이 되는 경우는 이사의 위법행위 시점에 이미 지배·종속관계가 확고하게 형성된 것으로 본다. 후발적인 제소에 대해서는 이사들이 위법이 행해진 시기에 원고가 종속회사의 주주였지만, 추후 종속회사의 주주의 권한이 상실되고 지배회사의 주주로 변경되는 경우에 회사의 사유에 기인하여 다중대표소송을 제기하는 경우이다. 법원은 후발적인 제소에 대하여 두 가지를 인정하는데 합병·인수에 따른 회사의 상황에 종속회사로 다중대표소송의 제소가 가능하다고 하는데, 이에 대하여 주식계속보유와 동시보유의 원칙이 충족되어야 한다고 하였다. 이는 모회사에 대하여 이사의 위법행위에 대한 책임 추궁을 제소시에만 주주자격의 원고적격을 유지하면 된다는 판결이다.

제2절 일본

1. 독점금지법의 등장

일본에서의 다중대표소송에 관한 논의는 시기적으로 매우 짧은 역사를 가지고 있다. 1997년 우리나라의 공정거래법에 해당하는 「사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률」개정으로 그때까지 원칙적으로 금지하고 있던 순수지주회사제도를 허용하고(독점금지법 제9조), 1999년 상법개정으로 완전자회사관계를 창설하기 위한 주식이전제도를 도입하면서부터 지주회사와 종속회사 사이에 지금까지 발생하

91) 배도, 전게논문, 43-49면.
92) Roadside Stations, Inc v. 7 HBF, LTD., 904 S. W. 2d 927, 931 (Tex. App. Fort worth 1995).
93) Lambrecht v. O'Neal, 3 A. 3d 277, Del. 2010

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지 않았던 다양한 문제가 발생할 여지가 생기게 되었다. 즉, 모회사의 주주가 자회사나 손회사를 대신하여 자회사나 손회사의 손해배상청구권을 행사하거나 또는 자회사나 손회사의 이사의 부정행위에 대한 책임을 추궁하는 소송이 발생할 수 있다는 우려가 제기되던 것이다.[94]

위 독점금지법 개정이전에 있어서는 모회사는 주된 사업을 영위하고 자회사는 보조적 또는 부수적 업무를 행하는 회사에 불과하기 때문에 모회사 주주가 모회사의 경영을 감시 감독해야만 자회사의 손해를 막을 수 있었다. 따라서 모자회사 간에 다중대표소송을 할 만한일이 예측되지 않는 구조였기 때문에 이에 대한 논의는 많지가 않았던 것이었다.[95] 일각에서는, 동법의 개정이전에는 주로 자회사의 채권자 및 소수주주가 모회사의 지배행위로 손해를 입은 경우 모회사 또는 모회사 이사에게 손해배상청구를 할 수 있는지에 대한 논의가 있었을 부분이나 이러한 논의로는 충분하지 않았던 것이었다.

1997년 독점금지법의 개정으로 실질적인 지주회사제도가 인정되어 모회사만이 주된 사업을 행하는 것이 아니라 자회사에서도 영위할 수 있게 됨으로 인하여 자회사가 지주회사의 실체로 등장하게 된 것이다. 따라서 자회사의 경영성과에 의해 모회사의 손익이 결정 되는 구조로 되었다. 그리하여 자회사를 소유한 모회사는 자회사의 주식이 중요자산으로 형성되며, 자회사 이사의 부정행위로 발생되는 손해에 대한 모회사의 피해의 가능성이 커졌다 할 것이다. 이에 위험을 피하고 손해를 방지할 방안으로 모회사에 다중대표소송의 필요성으로 시작된 것이다. 도입 초기의 다중대표소송에 관한 주장으로 순수지주회사의 허용함으로 발생되는 주주권 축소의 문제를 해소하기 위한 방안으로 제기되었다. 주주권에 관한 이러한 문제가 과거의 독점금지법에서는 지배회사 주주의 감독·감시의 기능으로 손해방지가 가능하였으나, 1999년 독점금지법의 개정으로 인하여 주주권의 소멸 혹은 약화가 진행되었다.

이에 법무부 민사참사관실은 '모자회사법제 등에 관한 문제점'이라는 제목으로 다중대표소송을 포함한 자회사의 회사법상의 소송을 모회사 주주가 제기할 수 있

94) 山田泰弘, "結合企業と代表訴訟"(2),「高崎經濟大學論集(第45卷 第3號)」, 高崎經濟大學,, 247面(2002).
95) 前田雅弘, "持株會社", 「商事法務(1466號)」商事法務研究會, 26面(1997).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는지에 관해 의견조회를 구하게 되었는데 입법의 필요성을 인정하다는 견해가 다수[96]를 차지하였고 반대하는 의견도 적지만은 않았다.[97] 그러나 결국 다수의원들의 반대에는 막혀 입법화하는데 실패하였다. 실패의 이유로는 모회사 이사들에 대해 모회사 주주가 자회사 관리에 대한 책임을 묻는 주주대표소송으로도 충분하다는 주장의 설득력을 얻었기 때문으로 확인된다.[98] 이는 현실을 반영하자는 개혁론자보다 법적안정을 추구하는 보수론자가 다수를 점유한 때문인 것으로 이해된다.

2. 다중대표소송제도의 도입과 핵심내용

2010년 4월부터 일본 법제심의회의 회사법제부회의에서 회사법제의 개선에 관한 논의가 이어져다. 결국 회사법제의 개선에 대한 중간시안으로 2011년 12월「회사법의 수정에 관한 강안」이 공표기에 이른다, 이 내용으로 다중대표소송제도 도입을 모자회사에 관한 규율의 하나로 제안되었다. 이러한 도입은 미국의 판례법상 인정되고 있는 다중대표소송이 모회사 주주의 보호수단이라는 점을 받아 들인 것이다. 하지만 문제로 모회사 이사의 임무해태 또는 의무로 인한 책임 등과 주주의 주권의 취소에 관한 지적이 있으나, 사실상 기업지배구조에 대한 강화와 함께 회사법제의 개선에 중요사항인 모자회사의 기업결합법제의 핵심사항이 주된 내용이다.[99]

다중대표소송을 제기할 수 있는 자는 최종완전모회사의 주주이고, 대상 자회사는 기업집단내에서 중요한 위치를 차지하는 자회사에 한정되어 인정하는 것으로 되어 있다. 제소청구의 대상인 자회사와 최종완전모회사와의 완전모자관계는 제소청구시점에서 존재할 필요가 있게 된다. 즉, 최종완전모회사의 주주만이 다중대표소송을 제기할 수 있도록 하고 있는데, 이것은 자회사에 소수주주가 존재하는 경우에는 당해 소수주주에게 자회사의 이사 등의 책임추궁을 위임할 수 있으므로 완전모자관계가 있는 경우에 한하여 다중대표소송을 인정해야 한다는 지적에 따른 것

96) 山田泰弘, "結合企業と代表訴訟"(2)「高崎經濟大學論集(第45卷第3號)」, 高崎經濟大學, 248면(2002).
97) 배 도, “다중대표소송의 도입에 관한 연구” 숭실대학교 박사학위논문, 2005, 27-28면.
98) 최준선, “다중대표소송제도의 입법론에 대한 검토(성균관법학(제18권)”, 453면(2006).
99) 강영기, “다중대표소송제도에 관한 검토” 고려대 회사법 센터 제1회 학술발표연구회 자료집, 8면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이다.[100] 또한 최종완전모회사의 주주로 한정한 것은 완전모회사가 다층적으로 존재하는 경우에 그 최상위에 있는 주식회사인 완전모회사의 주주에게 다중대표소송의 원고적격을 인정하는 것을 명확히 한다는 취지인 것이었다.

제소 후 최종완전모회사가 아니게 된 경우에는 어떻게 처리할 지가 문제가 되는데, 우선 최종완전모회사의 최종성이 상실되는 경우, 즉 상위의 새로운 완전모회사가 생긴 경우에는 그 새로운 완전모회사가 최종완전모회사가 되고 이미 제소청구를 하고 있던 주주는 자연히 최종완전모회사의 주주로서 지위가 계속되므로 원고적격을 잃지 않는다고 해석하는 것이 옳은 것으로 보았다.[101] 다른 한편으로 최종완전모회사의 완전모회사성이 상실되는 경우, 즉 제소청구 후에 해당자회사에 소수주주가 생긴 경우에는 이 소수주주에 의한 통상의 주주대표소송의 제소청구가 가능하게 되기 때문에 다중대표소송제도의 취지인 제소해태방지의 필요성이 어느 정도 낮아 지게 된다고 할 수 있다.[102] 완전자회사에 손해가 생긴 경우라도 모회사에 손해가 생기지 않은 경우에는 모회사주주는 자회사 이사 등의 책임추궁에 이해관계를 갖지 않게 되기 때문에 당해 자회사의 손해에 관하여 모회사 주주는 다중대표소송을 제기할 수 없는 것으로 설계 되었다.

가. 소송적격문제

원고적격에 관하여는 법제심의회에서는 모회사의 주주와의 관계는 자회사와 간접적인 관계에 있는 것이기 때문에 다중대표소송의 제기권을 소수주주권으로 해야 한다고 하였다.[103] 이렇게 대표소송은 단독주주권인데 비하여 다중대표소송은 소수주주권으로 설계 한 이유는 다중대표소송으로 인한 남소를 방지하기 위함에 있었다. 다중대표소송의 당사자는 완전자회사이고, 완전자회사에 대하여는 모회사가 발행주식총수를 전부 소유하고 있는 완전자회사 및 간접적 소유의 완전자회사를 모

100) 法務省民事局叅事官室, “會社法制の見直しに關する中間試案の補足說明”「商事法務(No. 1952)」, 2011. 12. 20, 39면.
101) 法務省民事局叅事官室, “會社法制の見直しに關する中間試案の補足說明”「商事法務(No. 1952)」, 2011.12.20, 38面.
102) 法務省民事局叅事官室, 前揭補充說明書 38面.
103) 岩原神作, “會社法制の見直しに關する要綱案の解說(Ⅲ)”「商事法務(No. 1977)」, 2012.9.25, 面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

두 포함한다. 더불어 모회사가 다층구조에 의해 간접적인 지배일 경우에는 중간에 존재하는 주식회사인 다른 완전자회사에는 한하지 않다고 하였다. 경우에 따라서는 자회사의 이사가 모회사로부터 인사 발령에 의해 전출 된 경우나 모회사 종업원이 겸임하는 경우가 다수 존재하여 다중대표소송을 도입하면 실질적으로 종업원에 대한 대표소송의 제기를 인정하는 결과를 초래하게 된다. 따라서 다중대표소송을 도입하는 경우 자회사 임원이나 실질적으로는 종업원인 경우에는 그 종업원을 대표소송으로 하는 것은 피고에게 과대한 부담을 주게 되지 않을지를 검토해야 할 것이므로 중요한 완전자회사의 이사 등의 책임에 한하여 다중대표소송의 당사자로 할 수 있도록 하였다.[104)]

한편, 중요성의 기준에 관하여는 명확성에 입각해야 할 필요가 있으므로 이른바 간이조직재편이나 간이사업양도의 규율(회사법 제467조 제1항 제2호, 제784조 제3항 등)을 참고해서 주식회사의 이사 등의 책임원인인 사실이 발생된 일에 있어서 모회사가 보유하고있는 자회사 주식의 장부가액이 모회사 총자산의 5분의 1에 해당하는 자회사 기준으로 다중대표소송의 대상으로 정하였다.

이에 대해서 반대론자의 일각에서는 다중대표소송제도의 도입에는 반대하지만 만일 도입한다고 하면 노동자 보호의 관점에서 최종완전모회사와 겸임하는 자회사 이사만을 피고로 하여 허용하여야 한다는 견해도 표출 되었다.[105)]

(1) 원고적격

일본의 현행 회사법에서는 다중대표소송을 제기가 가능한 자는 최종완전모회사의 주주로 한정한다. 여기서 “최종완전모회사”란, 자회사의 주식 전부를 직접적으로 또는 완전자회사 등을 통하여 간접적으로 보유하고 있는 최상위의 주식회사를 말한다(일본회사법제847조의3 제2항). 이는 자회사의 주식을 다른 이가 일부라도 보유하는 경우는 요건에 불충분이 되며, 요건은 모든 청구시점에서 충족되어야 한다. 또한 일본 회사법에 의하여 설립된 주식회사 및 해외회사는 최종완전모회사에

104) 法務省民事局叅事官室, “會社法制の見直しに關する中間試案の補足說明”,「商事法務(No. 1952)」2011.12.20, 40面.

105) 21世紀政策研究所,「多重代表訴訟についての研究報告-米.仏の實地調査を踏まえて-」, 21世紀政策研究所 報告書, 103面(2012)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해당하지 않는다. 주주는 총주주의 의결권의 100분의 1 이상 또는 발행주식 총수의 100분의 1 이상의 주식을 보유한 주주이다(일본회사법 제847조의3 제1항). 그러나 이보다 낮은 비율에 대하여 정관으로 정하는 것이 가능하다.

원고적격을 소수주주권으로 하는 것에 대하여는 최종 논의까지 논란이 있었으나, 모회사 주주가 자회사에 개입하는 것을 정책적으로 인정해야 할 수 밖에 없다는 이유에서 모회사 가치에 큰 이해를 가지는 주주에 한정하는 것과 남소의 방지를 위해 소수주주권으로 확정하게 된 것이다.[106)]

최종완전모회사가 공개회사일 경우에는 주식계속보유요건의 6개월을 충족해야 한다. 즉 100분의 1 이상의 의결권 또는 주식을 6개월 전부터 계속하여 보유하여야 하는 것을 말하는데 이는 우리법상 상장회사의 특례와 유사하여, 다중대표소송 제도의 도입에 있어서 참고 될 사항으로 생각된다.

(2) 피고적격

일본의 개정 회사법상 제소의 대상자로는 발기인, 설립시의 이사, 설립시의 감사, 이사, 회계참여, 감사, 집행임원, 회계감사인 또는 청산인 등이다(일본회사법 제847조의3, 제423조). 다중대표소송의 대상의 피고적격자가 속해 있는 완전자회사의 당해 자회사 이사 등의 책임의 원인이 발생한 날을 기준으로 최종완전모회사가 보유하는 완전자회사의 주식의 장부가액이 최종완전모회사 총자산액의 5분의 1을 초과하는 경우로 제한된다. 이는 중요성이 낮은 자회사를 다중대표소송의 대상에서 제외하는 취지의 반영이라 볼 수 있다. 그리고 최종완전모회사가 주식내지는 지분을 전부 가진 경우의 법인만이 아니라 이것을 간접적으로 소유한 법인도 포함한다. 따라서 이중대표소송만이 아닌 다중대표소송도 가능하다는 해석이 된다.

나. 소송절차

제소 청구에 있어 최종완전모회사의 주주는 자회사에 대한 소송일 경우에는 모

106) 土岐薫, “日本における多重代表訴訟と会社法理論”「ビジネス& アカウンティングレビュー」,24面(2014).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회사에 대하여 제소를 청구할 필요가 없다.

최종완전모회사의 주주가 다중대표소송을 제기하기 위하여는 완전자회사가 그 청구를 받은 일로부터 60일 이내에 소를 제기하지 않을 경우 직접 소제기가 가능하도록 하고 있다. 다만 기간의 경과가 완전자회사의 손해가 회복할 수 없는 우려가 있는 경우에는 최종완전모회사 주주는 당해 자회사를 위해 즉시 다중대표소송을 제기할 수가 있다(일본회사법 제847조).

다중대표소송의 대상이 되는 중요한 자회사의 이사 등의 책임을 추궁하는 소의 경우 통모에 의한 소송을 방지하기 위하여 당해 자회사의 최종완전자회사의 주주도 공동소송인으로서 또는 당사자의 일방을 보조하기 위하여 당해 소송에 참가할 있다(회사법849조).[107]

또한 이러한 소송참가의 기회에 대한 확보를 위하여 다중대표소송을 제기한 최종완전모회사의 주주로부터 소송에 참여한 자회사에 대한 소송고지, 당해 소송고지를 받거나 혹은 이사 등의 책임을 추궁하는 소제기를 하게 된 자회사로부터 최종완전모회사에 대하여 통지하며, 최종완전모회사에 의한 당해 통지를 받은 주주에 대한 통지 혹은 공고를 하도록 한다. 그리고 자회사 또는 자회사의 주주도 공동소송참가 또는 보조참가로 당해 다중대표소송에 참가할 수 있는데 반해 다층구조에 해당하는 경우는 다중대표소송의 당사자인 완전자회사의 주주가 아닌 지배회사의 중간에 해당하는 다른 완전자회사의 다중대표소송 참가를 허용하지 않는다. 이는 다중대표소송제도를 복잡함의 과도함을 야기하기 때문에 제한한 것으로 풀이된다.

다. 자회사 이사의 책임 면제

다중대표소송이 제기된 완전자회사 이사는 책임을 면제하기 받기 위해서는 당해 완전자회사의 총주주의 동의 및 당해 최종완전모회사의 총주주의 동의가 있을 경우에 대해서 면제 가능하다. 이는 다중대표소송제도를 도입한 경우에 현행(일본회사법 제424조)법을 적용하여 자회사 총주주의 동의가 당해 모회사에 의하여 결정되는 경우는 다중대표소송제도의 도입의 취지의 퇴색하는 것으로 위의 내용과 같이 결정한 것이라 생각된다.

107) 정윤천, 이중대표소송에 관한 법적 연구, 인하대학교 석사학위논문, 79면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그리고 이사 등의 책임의 일부면제에 관한 회사법 제425조에 관하여도 위와 동일한 취지에 따라서 별도 규정을 두는 것으로 하고 있다. 한편 담합소송의 방지를 위하여 당해 자회사의 최종 완전모회사의 주주도 공동소송인으로서 또는 당사자의 일방을 보조하기 위하여 당해 소에 관계하는 소송에 참가할 수 있도록 하고 있는데 이점 또한 같은 취지에서 입법된 것으로 보아야 할 것이다(동법 849조).[108]

3. 찬성·반대이론

가. 긍정론

일본에서 다중대표소송에 찬성하는 입장은 기본적으로 현행 법제에 의한 자회사 이사의 책임추궁은 어려운 것으로 보고 있다. 따라서 자회사의 경영에 대한 감독기능의 강화를 위한 차원에서 다중대표소송의 역할이 중요하다고 보고 법제화를 추진, 주장하고 있는 것으로 보인다.[109]

1) 해석에 의한 다중대표송의 인정

첫째, 주주의 의미를 확대해석하여 모회사 주주에게 다중대표소송의 원고적격을 인정하자는 견해가 있다. 과거 일본의 상법은 주주명부상에서의 주주의 원고적격을 인정하던 이유가 주주의 확정의 난항이 있었기 때문인데 이는 회사에 대한 청구가 제소 전에 있고, 소송고지를 제소 후 진행함으로 충분히 해결 가능한 것으로 본다. 이러한 견해는 주주명부와 관계없이 주주의 원고적격을 인정하여 6개월 이상 보유한 실질적주주에게 다중대표소송의 제소를 인정하는 것으로 본다. 투자신탁의 구입자 또는 연금재단의 수익자가 다중대표소송을 제기가능 한지에 대한 문제는 미국의 판결에서 보듯 투자자와 명부상의 주주의 계약으로 보아 각각의 사안으로 판단한다고 본다.

---

108) 정윤천, 전게논문, 80면(2013).
109) 손영화, '다중대표소송의 도입에 관한 쟁점사항 검토', 「경제법연구(제12권 제2호)」 49면(2013).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

둘째, 회사범위를 확대 해석하여 자회사를 포함한다는 견해이다. 이 견해는 경제적으로 단일화된 모자관계의 회사의 이사가 실질적으로 복수임원이라는 것을 근거로 하여 회사의 범위에 대한 확대로 다중대표소송을 사실상 인정해야 한다고 주장한다. 이런경우는 앞서 제시한 투자자(연금재단의 수익자 또는 투자신탁의 구입자)에 대한 다중대표소송의 원고적격에 대한 인정여부의 문제가 발생하지 않는다.

2) 입법적 다중대표소송의 인정 필요성

다중대표소송을 허용하지 않는 이유를 법 규정으로 보고 입법론적인 해결을 취하려는 입장이다.[110] 이는 다중대표소송이 입법적인 측면에서 주주의 보호와 회사에 가해지는 손해에 대하여 주주대표소송에 의존하지 않고, 완전모자회사와 모회사, 자회사의 관계에 있어서 입법이 되어야 함을 주장한다.

3) 다중대표소송제도를 긍정하는 법리적 근거

가) 예외적 인정이론

상기 이론은 주주가 본인의 의사를 수반하여 주식 교환 또는 이전하게 된 경우는 스스로 회사와의 이해관계를 멀리하는 행위로 원고적격을 상실하게 되지만 적법하게 진행된 대표표송에서의 자신의 의사가 아닌 회사에 의한 주식의 교환 또는 이전의 행위의 경우는 주주의 자격을 원고 자격에 대한 상실을 예외적으로 인정하여 다중대표소송을 제기할 수 있다는 것으로 보는 견해이다. 그러나 이에 대하여는 단순히 주식의 교환 및 이전의 경우에만 다중대표소송을 인정한다면 기업결합으로 발생하는 다수의 문제점들에 대한 방치로 실효성의 확보 저하된다는 비판이 국내에 제기되다.[111]

견해에 대한 사안은 일본회사법 제851조에서의 주식의 교환 및 이전, 회사의 합병에 의해서 원고적격에 상실이 된 경우는 이중대표소송을 인정하는 방법으로 간

110) 김재훈, 전게논문, 91면.; 손영화, 상게논문, 49면.
111) 박정국, 전게 논문, 82면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

접적 이중대표소송을 인정하고 있는 해결방안의 법제화라는 점에서의 설득력을 얻는다.

나) 주주권 축소이론

일본의 경우 1997년에 독점금지법의 개정으로 그때까지 원칙으로 금지된 순수지주회사를 허용하게 되었다. 하지만 지주회사에 관리·감독만 가능한 주주는 순수지주회사의 자회사에 대하여는 관리·감독의 조사권의 허용이 없었다. 그리고 1999년의 상법 개정으로 완전모자회사의 창설은 주식이전제도에 관하여 주주권 축소의 우려에 대한 방안으로 다중대표소송의 허용이 제시되었다.[112] 그렇지만 이 견해는 지배회사에서의 주주의 실질적인 경영활동을 영위하는 종속회사에 대하여는 조사권을 가질 수 없는 법제여서 주주권의 축소의 문제가 발생되고 이 상황에 종속회사 이사의 부정행위에 대하여 지배회사가 책임추궁 해태의 가능성이 높기때문에 다중대표소송을 도입하여 책임추궁이 가능하도록 하여야 한다는 주장이 있게 되었다. 반면에 지주회사에 대하여 제소해태 가능성만으로 이중 또는 다중대표소송을 인정하자는 논리는 법리적인 근거의 빈약함이라고 보아 비판이 있다.[113]

다) 재산적 일체관계론

이 이론은 순수지주회사와 완전자회사는 경제적 동일체로서 이익을 공유하므로 순수지주회사의 주주는 사실상 자회사의 주주의 자격을 가지고 있어서 자회사의 이사 등 당사자에 대하여 직접 다중대표소송을 제기할 수 있다는 견해이다. 이 견해에서는 순수지주회사의 경우 이익의 원천이 오로지 자회사의 사업에 있기 때문에 지배회사의 주주로서 지배회사의 사업활동에 개입하는 정도로 자회사의 활동에 대하여도 개입할 수 있다고 본다. 그러나 이러한 주장에 대해서는 자회사 주식에 대한 모회사 주주의 실질적 소유권 개념에 의할 경우 굳이 사업지주회사 주주를 배제하고 순수지주회사의 주주에 국한해서 다중대표소송을 인정해야 할 이유가 없

112) 전삼현, 전게논문 305면.
113) 박정국, 전게 박사논문 84-85면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다는 비판을 받기도 한다.[114] 그리고 이 견해에 대해서는 순수지주회사와 완전자회사의 경우에만 적용되어 양 회사가 지배·종속관계에 있고 동시에 자회사가 실질적으로 모회사의 일부로 인정될 정도로 재산적 일체관계를 이루고 있는 경우에도 이중대표소송을 인정할 필요가 있으므로 사실상 지배.종속관계에 있는 회사의 보호에 흠결을 지니고 있다는 국내 논문의 지적도 제기되고 있다.[115]

라) 복위임관계이론

상기 이론은 주주와 지배회사를 실질적인 위임관계로 보고 종속회사의 감독 및 경영진 선임을 지배회사가 지배회사 주주로부터 권리에 대한 위임으로 이루어진 것이기 때문에 모회사 주주와 자회사이사가 복위의 관계에 있다고 설명한다. 그리고 법인의 존재는 위임관계를 이어주는 역할일 뿐이며 지배회사에서의 종속회사 주식은 지배회사의 주된 자산을 형성하고 종속회사의 수임받은 범위의 권리를 이사가 가진 경우 지배회사 주주는 위임인으로 자회사의 경영진은 복수임인이라는 것이다. 따라서 지배회사 주주는 복수임인인 종속회사 이사의 의무위반을 이유로 당연히 다중대표소송을 제기 할 수 있다는 견해이다.

이에 관한 일본의 통설은 이사가 회사의 수임자 역할이지 주주의 수임자가 아닌 것이라고 하는 문제의 비판을 가하고 있다. 또한 일본법제 아래 법인의 존재에 대해 추상적인 매개체로 보는 것이 법리적인 무리로 보고 비판을 제기하며, 지배회사의 통제가 완전한 경우에 종속회사의 이사의 독립성을 인정하지 않는 상황을 보면 복위임 관계의 성립이 부정되어 다중대표소송을 제기가 불가능하다는 비판이 있다.[116]

114) 김대규, “支配會社株主의 二重代表訴訟”, 「증권법연구(제5권 제2호)」 한국증권법학회, 132-133면(2004).
115) 김재훈, 전게 박사논문, 2014. 39면
116) 김재훈, 전게 박사논문 32면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 부정론

다중대표소송의 도입을 반대하는 의견 주류는 지배회사의 주주가 지배회사 이사의 임무해태에 대한 책임을 추궁하는 주주대표소송만으로 지배회사의 주주는 충분히 보호가능하다고 보고 있다는 견해이다. 1998년에 공개된 통상산업성(현경제산업성)상법연구에서는 의견서인「친자회사법제 등에 한 문제」에서는 "지배회사의 주주는 종속회사의 관리, 감독을 포함하여 지배회사의 사업체에 대하여 지배회사의 이사에 위임한 것이므로, 만약에 이사가 그 임무를 해태하여 종속회사에 대하여 회사법상 소송을 제기하지 않는 경우에는 그 자체가 선관주의의무위반을 구성하므로 당해 지배회사의 이사의 책임을 추궁하는 것으로 충분하다"고 의견을 제시하였다.[117]

위의 의견과 같은 맥락에서 일본에서는 반대이론을 펼치는 엄격해석이론이 있다. 이 이론은 대표소송의 제기는 법문의 내용에 입각하여 보유주식을 발행한 회사에 관하여만 하기 때문에 법인격이 상이한 종속회사의 이사에 대하여는 지배회사가 대표소송의 제기를 하지 못한다는 주장을 한다. 다만, 이전의 법문을 충실한 것이 2005년 제정회사법이후에 원고적격의 확대 및 주식의 교환 또는 이전의 입법으로 인하여 엄격해석론의 주장을 유지하기 어렵다는 비판이 있다.[118]

최근에 제기된 다중대표소송제도에 대한 부정적 입장으로 일본의 경제산업성이 내놓은 의견이 있는데 이를 정리하면 이하에서와 같이 3가지로 정리된다. 첫째는, 원고적격을 설정에 있어 모회사의 주주요건에 대한 사항의 결정이 어렵다고 하는 입장이다. 이는 완전자회사가 아니면 자회사의 소수주주의 지위로 책임추궁의 권한을 부여받게 되는 것으로 자회사의 소수주주의 권리침해가 발생한다는 입장이다. 둘째는, 다중대표소송의 제기의 상황에 대한 설정이 어렵다는 것이다. 이러한 입장의 예시로 자회사의 손해가 발생이 모회사에게는 손해가 아닌 이익의 발생의 경우 등을 제시하고 있다. 셋째는, 종래에 다중대표소송에 노출되지 않던 자회사에게 소송을 허용하게 된다면 기업경영에 위축을 가져온다는 입장이다.[119]

---

117) 山田泰弘, "結合業と代表訴訟(1)" 「高崎經濟大學論集(第45卷第2號)」(高崎經濟大學, 76面(2002).
118) 김재훈, 전게 박사논문, 38-39면.
119) 손영화, 전게 논문, 49면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3절 그 외 국가

1. 영국

영국은 성문법이 아닌 판례법으로 다중대표소송을 인정하는 국가이다. 먼저 주주대표소송은 회사법상 주주와 회사에 있어 형성의 자유가 허용범위가 넓다. 이는 1985년 회사법에서는 회사와 주주에 있어서 강행규정의 법률관계로 하고 있는 것이 거의 없으며, 표준정관도 단지 임의적인 모범규정이다. 오히려 판례에 의해서 형성되어진 원칙은 주주의 소제기권을 인정하지 않는다. 이런 입장의 선도적 판례는 Foss v, Harbottle판결[120]이다. 판결에서 법원의 두 가지의 원칙적의 입장이 있다. 첫째 회사에 대하여 위법행위가 발생시 주주 개인이 아닌 회사가 소송을 제기해야 하며,[121] 둘째 내부경영의 원칙으로(Internal Management Rule) 법원이 회사 안에서의 다수주주가 회사의 권리를 주장하지 않는 입장일 때, 다수의 결의를 원칙적으로 취소가 불가능하다고 하였으며, 소수주주나 나아가 법원도 이에 기속되는 것으로 판시하였다.[122] 이러한 법원의 입장은 개인 주주 및 개별 사원의 제소의 가능성에 여부를 크게 제한한 것으로 뒤에 다룰 캐나다, 뉴질랜드는 물론 앞서 논의 한 단독주주권을 인정하는 미국과도 차이가 있다.

판례 이 후 영국의 회사법의 발전에서 이러한 원칙은 명시적으로 원칙성에 대하여 예외를 인정하여 가는 것으로 완화된다. Foss v. Harbottle의 판례의 원칙이 대표소송에서 제한되는 경우로 이른바 “소수자에 대한 사기”를 들 수 있다. 주주는 불법행위자가 회사를 지배하고 그 결과 주주의 소제기를 방해한다는 것과 소수자에 대한 사기수법을 입증하는 경우 대표소송을 제기할 수 있다.[123]

영국에서는 다중대표소송의 개념을 19세기 후반부터 인지하고 입법화를 검토. 시도했으나 아직 도입하지는 못하고 있다. 1997년 법률위원회(The Law

120) Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461.
121) Burland v Earle (1902) AC 83 at 93에서 Davey판사가 처음 언급하였다.
122) MacDougall v Gardiner (1875) 1 Ch 13 at 25에서 Nellish J판사가 처음 언급하였다.
123) Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell(2003), at 453.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Commission)는 주주의 권리에 관한 법률을 검토하고 개선하는 연구를 하고, 이에 관한 자문보고서를 1996년[124]에, 그리고 보고서를 1997년[125]에 각각 발표하였다. 자문보고서에 따르면 캐나다는 캐나다 회사법에 의해 다중대표소송을 허용하고 있고 뉴질랜드는 다중대표소송을 입법화하였다고 한다. 자문보고서는 입법화에 대한 입장 표명을 유보 하였으나 보고서의 응답자의 과반수가 입법화에 동의하였음에도 불구하고 입법은 무산되었다.

이후 영국의 통상산업부는 1998년 3월부터 연구팀을 구성하여 회사법 현대화를 추진하기 위하여 다중대표소송제도를 회사법개정안에 포함시키는 것을 다시 제안하였다. 그러나 법률위원회는 다시 이를 거부하였다. 거부이유로는 동 법제화가 도움이 되거나 실용적이라고 판단되지 않고, 그러한 경우는 극히 드물 것이며, 관련 규칙이 복잡하면서도 인지가능한 모든 상황을 망라하기 어려울 것이라는 점을 들고 있다. 또한 도입논의는 계속 있었으나 영국의 2006년도 개정 회사법(The Companies Act 2006)에서도 도입되지 못하였다.[126] 다만, UPMS v FGL & Others 사건[127]에서는 2006년 회사법 개정이전의 영국 보통법 하에서 다중대표소송이 인정되었는지의 여부와 만약에 인정되었다면 다중대표소송을 허가하여야 하는지가 문제되었다. 이 사건에서 UPMS와 FG의 이사인 B는 각각 50%의 지분으로 유한책임조합을 설립하였고, 이 유한책임조합은 FG의 지분의 100%를 소유하였다. 그리고 FG에 대한 B의 잠재적 회사 기회 유용에 대해 UPMS의 주주가 대표소송을 제기하였다. 이 사건에서 잉글랜드와 웨일즈 서울고등법원의 형평법부는 영국의 회가 명시적으로 회사에 관련된 보통법상의 모든 대표소송을 명시적으로 폐기한 적이 없다는 의견을 개진하였다. 따라서 영국 보통법하에서 다중대표소송은 여전히 활용가능한 제도라는 점을 분명히 하고, FGL의 모든 주식을 보유한 유한책임조합(Limited Liability Prtnership)의 주주인 UPMS가 사업기회를 유용한 FGL의 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 것을 허용하였다.[128]

---

124) The Law Commission, Shareholder Remedies: A Consultation Paper(Law Commssion Consultation Paper No, 142, Stationery Office), 1996.
125) The Law Commission, Shareholder Remedies: A Consultation Paper(Law Commssion Report No, 246, Cm3769, Stationery Office), 1997.
126) Arad Reisberg, Oxford, Derivative Actions and Corporate Governance: Theory and Operation, Oxford University Press, 2007, at 202-203.
127) UPMS v FGL & Others, EWHC 348 (Ch), [2013] All ER (D) 313 (Feb).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다른 다중대표소송과 유사한 효과로는 불공정 침해에 대한 법원의 구제명령이다. 법원의 재량으로 다음에 해당하는 것에 대하여 구제명령을 하는데(회사법 제994조 제1항), 이는 회사의 경영이 주주 전체 또는 일부에 불공정한 이익의 침해가 발생하는 경우에 해당한다. 또한 회사의 경영의 불공정이 발생하거나 발생가능할 경우이다. 이는 다중대표소송의 소송의 취지와 비슷한 경우에 해당한다고 생각된다.

2. 프랑스

프랑스에서는 우리나라의 주주대표소송제도와 유사한 제도를 갖고 있다. 프랑스 상법상 회사소권의 개별적 행사제도(action ut singuli)가 그것이다(프랑스 상법 L 225-252조). 이는 주주가 회사의 소권을 행사하는 것을 말한다. 회사소권이란 문자 그대로 회사가 이사에 대하여 가지는 소송권을 의미하는데, 19세기 후반부터 판례에 의하여 주주가 회사소권을 행사하여 이사의 책임을 추궁하는 것이 인정되었고(회사소권의 개별적 행사)[129]1966년에 명문화되었다.[130] 회사소권의 개별적 행사에 의하여 주주가 승소한 경우 그 이익은 회사에 귀속된다.[131]

프랑스법은 다중대표소송제도를 정하는 명문 규정은 가지고 있지 않다. 다만, 모회사 주주가 부대사소(付帯私訴 : 어떤 자의 행위가 형사상 범죄를 구성하는 동시에 피해자에 대한 손해배상 책임도 발생하는 경우에 피해자가 공소에 부대하여 민사상 손해배상청구 소송을 제기하는 제도(프랑스 형사소송법 3조)의 형태로, 자회사의 재산을 남용한 회사재산 남용죄의 피고인에 대하여 손해배상을 청구한 사례가 있다. 이사가 회사에 손해를 주는 범죄행위를 행한 경우 '범죄에 의해 직접 발생한 손해를 스스로 입은 자'는 회사이기 때문에 본래는 주주는 이사에 손해배상을 청구하는 부대사소의 원고적격이 없다.[132] 원래 회사가 그 대표자를 통해 회사

128) 권재열, "2013년 상법상 다중대표소송 도입안에 관한 비교법적 검토",「증권법연구(제14권 제2호)」48면(2013); 106면.
129) 古川朋子, "フランスにおける会社訴権の個人的行使制度の展開ー\株主の会社訴権行使権限を中心としてー\",「早稲田法学会誌」第51巻(2001), 338面, 348~349面.
130) Section 244 of Act n° 66-537 of July 24, 1966, in Code des Sociétés, Dalloz, 1999.
131) Paul Didier, Droit Commercial, l'Entreprise en Société (1997), pp. 283-291.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소권을 행사하면 회사에 발생한 손해의 회복이라는 목적이 달성되므로 주주가 회사소권을 행사할 여지가 생기지 않는 것이다 그러나 회사기관이 회사소권의 행사를 해태하는 경우 등이 존재하므로 실제로는 주주에 의한 회사소권의 제기가 인정되고 있다.[133)]

최근 다중대표소송과 관련되어 있는 프랑스 판결이 있다. 우선, 1996년 판결에서 대법원은 부대사소 신청인이 주장하는 상황이 주장된 손해의 존재와 추궁되는 범죄와의 직접적인 관계가 있을 수 있다고 인정하는 것이 가능한 경우에는 예심에 있어서 부대사소의 신청은 수리된다는 취지를 논하였다. 이 판결에 대해서는 그룹개념의 인정에 따라 자회사에서 이루어진 회사재산 남용을 이유로 모회사의 주주가 부대사소를 제기할 권리를 인정한 것으로 평가하는 견해가 있다. 즉, 그룹이라는 개념이 완전한 소권을 허용 내지 정당화하는 경우 이와 같은 그룹개념은 적어도 제1단계의 자회사 중에서 이루어진 남용을 문제로 하는 경우제소를 허용할 수 있다는 것이다. 2000년 판결은 모회사 주주에 의한 자회사 이사의 회사에 대한 책임추궁을 인정한 것이라고는 보기 어렵다. 왜냐하면, 손해배상책임을 추궁 받은 Y5는 원고가 주주로 있는 회사(A사)의 업무집행자이며, 이 사건은 모회사 주주가 모회사 이사의 책임을 추궁한 사례로 정리할 수 있기 때문이다. 그러나 이 판결문에서 Y5를 그룹 전체의 리더(dirigeant)였다고 묘사하는 것도 보인다. 다만, 이 판결은 모회사(A사)가 배상받아야 하는 손해에 그 100% 자회사가 손해를 입는 것에 의하여 모회사에 발생하는 손해를 포함하는 것으로 의미가 있다고 할 것이다. 2001년 판결에 대해서는 이를 다중대표소송에 유사하다고 하는 견해가 있다. 또한 이 판결을 모회사의 소수주주가 자회사의 업무집행자에 대해서 그 책임을 추궁할 수 있음을 확인한 판결이라고 보는 견해도 있다. 그러나 2001년 판결도 결국은 모회사 주주의 배상명령청구를 불수리하고 있다. 따라서 2001년 판결을 다중대표소송을 인정한 선례로는 보기 힘들다. 그러나 향후 프랑스 법원이 다중대표소송을 긍정할 가능성이 과거에 비하여 높아졌다고 평가하는 것은 가능할 것이다.

---

132) B. Bouloc, Procédure pénal, 22e éd. p. 213, no 238 (2010); 清水円香, “第二編 フランスにおける多重代表訴訟に関する議論”, 葉玉匡美, 「多重代表訴訟についての研究報告 -米・仏の実地調{査を踏まえて-」, 21世紀政策研究所, 2012, 26面.
133) 古川明子, 전게 논문, 346~347面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 홍콩

영국의 영향을 받은 홍콩은 보통법계 국가이다. 다중대표소송은 2005년 회사조례에서 처음으로 도입되었으며, 회사조례는 제168BC조에 대표소송을 회사의 사원이 제기할 수 있도록 규정하였다. 또한, 영국법과 같이 법원의 허가가 있으면 대표소송을 제기가능하며, 동 규정이 다중대표소송의 제기여부에 관한 규정은 없지만, 보통법에 따른 다중대표소송을 제기가능 하는지에 대한 논란이 있었다.[134] 이러한 홍콩의 논란의 상황에 미국을 제외한 보통법국가로서 처음 다중대표소송을 인정한 Waddington Limited v. Chan Chun Hoo Thomas and Others 사건[135]의 판결이 나왔다. 원고주주는 모회사의 주식을 6.5%보유한 소주주주였으며, 모회사의 자회사는 두 개의 완전자회사를 보유하고 있었다. 원고주주가 손회사를 대신하여 대표소송의 제기 여부에 관한 문제 있었는데, 홍콩 최상급법원인 종심법원이 회사를 불법행위자가 지배하는 경우 대표소송을 허용하지 않는다면 잠재적 부당성을 들어 보통법에 따라 다중대표소송을 전원 인정하였다. 또한, 판결에서 다중대표소송의 제기는 성문법에서의 대표소송과 달리 보통법상에서 인정되었기 때문에 법원의 허가를 요 하지 않는다고 판시하였다. 더불어 법원이 성문법과 보통법의 공존이라는 점에 법 개정을 권고하기 까지 이른다.

홍콩은 2012년 7월 입법회[136]에서 회사법을 전면적으로 개정한다. 회사법 개정은 2012년 8월에 게재되었으며, 2014년 시행을 하였다.[137] 현행 회사조례법에서는 732조[138]에 위법행위와 관련하여 제733조에 의거하여 회사를 대신하여 소송을 제

---

134) 권재열, 전게서, 65면.
135) Waddington Limited v. Chan Chun Hoo Thomas & Ors [2008] HKCU 1381.
136) Legislative council 홍콩의 입법기관이다.
137) Linklaters Business Services, Twenty Five Essrntial Things to Know about the New companies Ordinance 1, 1(2012).
138) Member of company or of associated company may bring or intervene in proceedings
(1) If misconduct is committed against a company, a member of the company or of an associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, bring proceedings in respect of the misconduct before the court on behalf of the company.
(2) If, because of misconduct committed against the company, a company fails to bring proceedings in respect of any matter, a member of the company or of an

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기할 수 있으며, 다중대표소송에 관하여 명시하고 있다. 여기에 연계회사라 함은, 자회사, 지주회사, 지주회사의 자회사 등의 의미를 부여하고 있다. 홍콩은 성문법상 2014년 이후부터 현재까지 다중대표소송을 허용하고 있다.

4. 독일

영미법계의 보통법 국가의 다중대표소송을 고찰했다면, 대륙법계 국가의 대표는 독일이라 할 수 있다. 독일은 유렵지역에서도 기업결합 형태가 제도적으로 많은 발전이 된 국가라고 할 수 있다. 미국과 영국등에서 19세기부터 회사법상 대표소송 및 대위소송의 비중이 커진 반면, 독일에서는 거의 등장하지 않았다.

독일은 주식회사의 비중이 높지 않으며 경영지배구조의 특성상 감사회가 이사들을 감시하는 특성에 기인하여 대표소송에 관해 소극적이다. 다만, 제소강제권을 두어 1884년 소수주주들이 이사의 임무해태를 회사로 하여금 책임소송을 제가하도록

---

associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, bring proceedings in respect of the matter before the court on behalf of the company.
(3) If, because of misconduct committed against the company, a company fails to diligently continue, discontinue or defend proceedings, a member of the company or of an associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, intervene in the proceedings before the court for the purpose of continuing, discontinuing or defending those proceedings on behalf of the company.
(4) The cause of action in relation to the proceedings under subsection (1) or (2) is vested in the company. Any of those proceedings must be brought in the name of, and the relief (if any) must be sought on behalf of, the company.
(5) The right to continue, discontinue or defend any proceedings intervened in under subsection (3) is vested in, and the relief (if any) must be sought on behalf of, the company.
(6) Subject to section 736, this Division does not affect any common law right of a member of a company, or a member of an associated company of a company, to bring proceedings on behalf of the company, or intervene in any proceedings to which the company is a party.
(7) This section does not prevent a member of a company, or of an associated company of a company, from bringing proceedings in respect of the company, or intervening in any proceedings to which the company is a party, on the member's own behalf in respect of any personal right.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

강제하도록 하였다. 이후 1965년에 영미식 대표소송을 도입한 독일주식법은 콘체른에서만 예외적인 허용을 하기에 이른다.[139][140] 이러한 도입은 자회사의 모회사에 대한 청구권을 자회사의 주주만이 행사하게 하는 것으로 다중대표소송과는 다른 것이다.[141][142] 제소강제권은 소수주주가 10%이상의 요건을 지니며, 이는 지분율 달성에 어려움이 있으며, 주식회사의 내부 비리를 시정할 수단이 되지 못한다는 의견 또한 제시되었다. 이로 인하여 1998년에는 제소강제권의 지분율을 5%로 변경하는 콘트라법의 변화가 있었다.

독일은 2005년 결국 「기업의 성실성 및 취소권의 현대화를 위한 법률」(Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts: UMAG)이 제정되기에 이른다. 이는 영미식 대표소송을 기반으로 하여 명문화 된 것으로, 남소의 우려로 인해 단독주주권이 아닌 소수주주권으로 1%의 지분율 또는 보유주식의 시장가액이 10만 유로를 초과하는 것이 소제기요건이다(주식법 제148조 제1항). 다만, 사전심사제도를 도입해 법원의 허가가 있는 경우에만 제소가 가능한 영연방국가들의 특색을 가지며,[143] 법원이 합리성이 없다는 경우는 소를 각하

---

139) "독일의 콘체른 법이란 독일 주식법에 들어있는 50여개의 조항(제15-22조, 제291조-337조 등)과 이에 관련된 판례법을 말한다. 이 법은 독일 주식법 중 특히 결합기업에 관련한 부분으로 소수주주로서 외부주주를 가진 자회사에서 발생하는 특수한 문제를 처리하기 위한 가장 포괄적인 입법이다"; (황근수, "독일·일본·미국에서 지주회사에 관한 고찰", 「상사판례연구」 제21집 제2권, 한국상사판례학회, 2008, 236면 - 박정국, "이중대표소송에 관한연구 :입법을 위한 구체적방법론을 중심으로", 97면. 각주에서 재인용)

140) 독일 주식법18조(콘체른과 콘체른 기업) ① 하나의 지배기업과 1개 또는 수개의 종속기업이 기업지배의 통일적 지휘하에 총괄되는 경우에 그 기업들은 콘체른을 형성하며 각 기업들은 콘체른 기업이다. 기업들 사이에 지배계약(제291조)이 존대하거나 기업들 중에 하나의 기업이 다른 기업에 편입되어 있는 경우에 그 기업들은 콘체른을 형성하는 것으로 추정된다. ② 하나의 기업이 다른 기업에 종속됨 없이 법류상 독립된 기업들이 통일적 지휘하에 총괄되는 경우에도 콘체른을 형성하며 각 기업은 콘체른 기업이다.

141) 독일 주식법제309조 (지배기업 법정대표자의 책임) ④ 회사의 배상청구권은 각 주주도행사할 수 있다. 다만 주주는 회사에 대한 급여만을 청구할 수 있다.

142) "지배계약이 존재하는 경우처럼 이 경우에도 종속회사의 청구권은 개별 주주에 의해서도 행사될 수 있다.....이 경우 개별 주주는 단지 회사에의 이행만을 요구할 수 있고 자신에게 이행을 청구할 수는 없다."(정대근, "독일주식법상 사실상콘체른에서의 책임구조", 「법학연구」 제51권 제1호 (통권 제63호), 부산대학교 법학연구소, 2010, 634면, 재인용)

143) 개정된 주식법에 따르면 회사 자본의 1%에 상당하는 의결권있는 주식을 보유하거나 보유주식의 시장가격이 10만 유로에 상당하는 주식을 보유하는 주주는 회사를 대표해 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소송의 제기할 수 있다(주식법 제148조 제1 항); (권재열, 다중대표소송관련 국제적인동향과 그 시사점 , 글로벌 법제와 정책연구, 한국법제연구원, 2013, 49면.)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하기도 한다.[144)]

법원으로 제소주주는 제소허가를 얻기 위해서는 다음과 같은 4가지의 입증을 요한다. ① 제소가 다른 회사의 이익보다 우위에 있다는 것, ② 이사의 불법행위가 회사에 손해를 야기한 사실, ③ 이사의 의무위반행위 발생 이전부터 주주가 주식을 보유 할 것, ④ 회사에 제소를 청구했으나 일정 기간 내에 회사가 제소를 하지 않은 경우를 증명하여야 한다. 요건의 주장 내지 입증의 부담으로 인하여 소송으로 이어지는 경우는 적다.

앞서 살펴본 바와 같이 대표소송의 활용도는 적으며, 다중대표소송의 규정도 없지만 관련한 판례는 있다. 1976년 사건으로 BGHZ 65, 15("ITT" 사건)이다. 미국의 ITT사가 콘체른의 최정상에 위치하고 중간지주회사가 독일법에 따라 설립되었으며 그 회사의 소수주주가 증손회사의 모회사에 대한 손해배상청구권을 삼중대표소송의 형태로 행사하였다.[145)] 이는 ITT사와 증손회사의 경영자문계약에서의 과다한 경영자문료를 모회사가 요구한 것으로 콘체른의 수직구조로 인하여 계약의 효력 무효로 증손회사에 대한 반환청구가 수행되지 않아 ITT자회사의 소수주주가 다중대표소송을 제기한 사례이다. 즉, 콘체른 구조상 자회사가 손자회사의 모회사를 상대로 소수주주의 손해배상청구권에 대한 대위 행사로 콘체른대위소권의 인정이 다중대표소송을 허용한 것이다. 이 사건을 통해 독일 독일법원이 다중대표소송으로 국제콘체른에서 발생되는 갈등문제에 대한 하나의 방안을 제시한 것으로 볼 수 있다.[146)]

5. 캐나다[147)]

영국연방국가에 속하는 캐나다의 공개기업은 회사법과 증권법에 따라 규제된다. 또한 캐나다의 기업은 연방사업회사법[148)]및 주·준주법에 준거하여 설립된다. 연방사업회사법(CBCA[149)])은 캐나다의 각 주의 회사법에 영향을 미치며, 영국 판례법에

144) 권재열, 전게서, 2013, 49면.
145) 김종영, "다중대표소송제도의 도입에 따른 쟁점사항에 관한 연구" 인하대학교 석사학위논문, 2015, 85면.
146) 김정호, 전게 논문, 2013, 237면.
147) 캐나다 법무부 사이트 참조 - http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/
148) Canada Business Corporations Act : CBCA
149) 이하 연방사업회사법에 대하여는 CBCA로 약칭한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서는 예외적이거나, 한시적으로 제한하여 인정하던 주주대표소송에 관하여 1970년대 도입하였고, 제소권자에 대하여 폭 넓게 인정하고 있다.[150]

CBCA는 제239조[151]에 이중대표소송에 대하여 언급하고 있다. 원고가 대표소송을 제기하기 위하여, 회사와 자회사를 대신하여 소를 제기하거나, 회사가 이러한 소송을 중단하는 목적의 소송제기에 참여할 수 있도록 했다. 이는 동법 제239조의 (1)의 내용이며, (2)에서는 원고인 소를 제기하는 주주는 회사의 이사에게 (1)의 내용으로 법원에 제소할 것을 최소 14일 이전에는 고지하여야 하며, 그렇지 않을 시는 회사 또는 자회사의 이사가 소제기를 하지 않거나, 소송을 중단하려 할 경우에 법원의 명령으로 이를 생략할 수 있다. 또한 제소자는 신의 성실하여야 하고, 회사와 자회사의 이익을 위해야 한다.[152]

또한, 동법 제240조에서는 법원이 제소허가권한이 있으며, 원고변경을 명령할 수 있으며, 회사로부터 주주의 소송비용 상환을 구하는 것에 결정권을 가지고 있다.[153] 이는 캐나다 법원의 강력한 소송에 대한 영향아래, 다중대표소송을 적정하

---

150) 권재열, 상게서, 42면

151) CBCA 239 (1) Subject to subsection (2), a complainant may apply to a court for leave to bring an action in the name and on behalf of a corporation or any of its subsidiaries, or intervene in an action to which any such body corporate is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the body corporate.
Marginal note:Conditions precedent
(2) No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (1) unless the court is satisfied that
(a) the complainant has given notice to the directors of the corporation or its subsidiary of the complainant's intention to apply to the court under subsection (1) not less than fourteen days before bringing the application, or as otherwise ordered by the court, if the directors of the corporation or its subsidiary do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;
(b) the complainant is acting in good faith; and
(c) it appears to be in the interests of the corporation or its subsidiary that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.

152) JG Macintosh, "The Oppression Remedy: Personal or Derivative"(1991)

153) 240 In connection with an action brought or intervened in under section 239, the court may at any time make any order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,
(a) an order authorizing the complainant or any other person to control the conduct of the action;
(b) an order giving directions for the conduct of the action;
(c) an order directing that any amount adjudged payable by a defendant in the

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

게 운용하려는 판단으로 평가된다. 실제 판결에서도 원고가 되기 위해서 회사의 운영에 관하여 직접적 재산의 이익이 있는 이로 한정하며, 추가적으로 소송이 회사를 위하는 내용을 법원이 신뢰할 수 있도록 입증하여야 한다는 입장을 제시한다.[154] 그렇기에 캐나다법에서는 절차상의 제약을 들어 실제 소송으로 제기되는 경우가 극히 희소하다고 평가된다.

6. 뉴질랜드[155]

뉴질랜드는 자국에서 발행한 'Company Law Reform and Restatement'NZLC R9(1989)의 보고서에서 보상·억제이론으로 다중대표소송이 도입되어야 하는 이론적 견해를 밝혔다. 뉴질랜드는 1993년 9월 28일 회사법에서 다음과 같이 다중대표소송을 법제화 하였다. 회사법 165조[156]에서는 165조 (1)의 (a)

---

action shall be paid, in whole or in part, directly to former and present security holders of the corporation or its subsidiary instead of to the corporation or its subsidiary; and

(d) an order requiring the corporation or its subsidiary to pay reasonable legal fees incurred by the complainant in connection with the action.

154) Re Daon Development Corp. (1984), 10 D.L.R. (4th) 216(I consider the history of derivative actions and the wording of the section requires that the category be composed of those persons who have a direct financial interest in how the company is being managed).

155) 뉴질랜드 온라인 법률 참고 - http://www.legislation.govt.nz/

156) 165 Derivative actions

(1) Subject to subsection (3), the court may, on the application of a shareholder or director of a company, grant leave to that shareholder or director to—

(a) bring proceedings in the name and on behalf of the company or any related company; or

(b) intervene in proceedings to which the company or any related company is a party for the purpose of continuing, defending, or discontinuing the proceedings on behalf of the company or related company, as the case may be.

(2) Without limiting subsection (1), in determining whether to grant leave under that subsection, the court shall have regard to—

(a) the likelihood of the proceedings succeeding:

(b) the costs of the proceedings in relation to the relief likely to be obtained:

(c) any action already taken by the company or related company to obtain relief:

(d) the interests of the company or related company in the proceedings being commenced, continued, defended, or discontinued, as the case may be.

(3) Leave to bring proceedings or intervene in proceedings may be granted under

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에서 회사 또는 그와 관련된 회사를 대신하여 소송절차를 진행할 수 있으며, 회사 또는 회사가 제기한 소를 중단하기 위한 목적으로 개입할 수 있다고 한다. 동법 (2)에서는 진행된 소에 관하여는 법원이 여러 요인들을 감안하여 소를 대표소송으로 결정한다. 여기서 말하는 요인들에 대하여는 회사 또는 관련회사가 이미 구제행위를 한 경우 및 소속 절차에서 회사의 이익에 시작과 지속이나 방어수단이 작용한 경우 등의 요인을 말한다. 동법 (3)과 (4)에서는 원고에 대하여 제시되는 신청서와 진행에 관하여는 원고, 즉 소수주주가 아닌 회사에 한 것으로 간주하며, 회사의 소제기 의사가 없음을 법원이 확인한다. 또한, 다중대표소송의 인정여부는 회사법상 명문규정을 두어 다중대표소송의 원고적격을 인정했다. 다만, 캐나다법과 마찬가지로 다중대표소송을 제기하는 것에 관하여는 법원이 허가한 경우에만 소를 계속 할 수 있다는 점에서 법원의 허가가 필요하다는 점이 특징이다.

---

subsection (1), only if the court is satisfied that either—
(a) the company or related company does not intend to bring, diligently continue or defend, or discontinue the proceedings, as the case may be; or
(b) it is in the interests of the company or related company that the conduct of the proceedings should not be left to the directors or to the determination of the shareholders as a whole.
(4) Notice of the application must be served on the company or related company.
(5) The company or related company—
(a) may appear and be heard; and
(b) must inform the court, whether or not it intends to bring, continue, defend, or discontinue the proceedings, as the case may be.
(6) Except as provided in this section, a shareholder is not entitled to bring or intervene in any proceedings in the name of, or on behalf of, a company or a related company.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 다중대표소송의 입법화 방안

제1절 최근 상법개정안의 개요

1. 법무부 2013년 상법개정안

다중대표소송제도의 도입의 대한 의견이 한창 대립되는 중에 법무부는 2013년 7월 17일 '기업지배구조 개선'을 위한 상법 일부개정법률안에 대해 입법예고를 하였다.

다만, 법무부의 입법예고안이 발표된 이후, 2013년 8월 28일 대통령과 재벌총수 오찬을 가지면서 상법개정안에 대한 우려를 표명하는 재계의 요구를 수용하여 입법화 논의가 사실상 중단되고 실종되었다.[157] 그렇다면, 상법개정안의 내용 중 다중대표소송제도의 내용은 어떠했는지, 경제개혁연대의 입법예고에 대한 의견과 함께 법무부의 입법예고안을 아래의 표에서 확인해 보고 분석해보기로 한다.

<표 2> 2013년 법무부 개정안 및 경제개혁연대 의견안

개 정 안	경제개혁연대 수정안[158]
제406조의2(다중대표소송) ① 모회사의 발행주식총수의 100분의1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.	제406조의2(다중대표소송) ①다른 회사(이하 "피출자회사"라 한다)의 주식을 보유하고 지배적 영향력을 행사하는 회사(이하 "지배출자회사"라 한다)의 주주가 피출자회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 경우 제403조 내지 제406조를 준용한다. 이때, 다음

157) 참여연대 보도자료, 2015.08.27.- http://www.peoplepower21.org/index.php?mid=Economy&document_srl=1356654&listStyle=list

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

개 정 안	경제개혁연대 수정안[158]
	각호의 경우를 지배적 영향력을 행사하는 것으로 추정한다. 1. 피출자회사의 발행주식 총수의 100분의 30을 초과하여 보유하는 경우 2. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조의 제2호가 규정한 기업집단에 소속된 회사인 경우
② 제176조제3항 및 제4항, 제403조제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조까지의 규정은 본조의 소에 준용한다.	② 피출자회사가 다른 회사의 지배출자회사인 경우 그 다른 회사는 제1항의 피출자회사로 본다.
③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 모회사의 자회사에 대한 보유주식이 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다.	③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 지배출자회사의 피출자회사에 대한 주식을 전부 매각한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다.
④ 본조의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.	④ <좌동>
제466조(주주의 회계장부열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.	제466조 (주주의 회계장부열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회사를 상대로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

개 정 안	경제개혁연대 수정안[158]
	다. 위의 회사는 제406조의2에 정한 피출자회사를 포함한다.
② 회사는 제1항의 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다.	② <좌동>
제542조의6(소수주주권) ① ~ ⑤ (현행과 같음)	제542조의6(소수주주권) ① ~ ⑤ <좌동>
⑥ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조 및 제406조의2(각 제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.	⑥ <좌동>
⑦·⑧ (현행과 같음)	⑦·⑧ <좌동>

158) 2013년 8월 당시 경제개혁연대(소장: 김상조, 한성대 교수)는 기업지배구조 개선을 위한 「상법」개정안에 대한 의견서를 법무부에 제출하였다. 이는 2013년 7월 17일 법무부가 입법예고한 상법 일부개정법률안에 관한 것이었다. 이에 본 논문에서 법무부의 상법개정안과 함께 비교해서 표시해보았다.(http://www.ser.or.kr/sub.html?sub=policy&pn=press&m=list 참조).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 2016년 김종인의원[159]·채이배의원[160] 대표발의 안 비교

2016년 7월 4일 더불어민주당 김종인 의원 등 122인이 기업지배구조 개선을 위한 상법 개정안을 발의하였고, 동년 8월 8일에는 국민의당 채이배 의원 등 20인이 상법개정안을 발의했다.[161] 김종인의원안과 채이배의원안을 비교해보면 몇 가지 측면에서 차이가 있다. 채이배의원안의 경우 상장회사의 경우 현행 상법보다 원고의 지주비율을 보다 완화하였다. 또 채이배의원안의 경우 다중장부열람권을 인정하고 있다.

<표 3 >김종인·채이배의원 개정안 주요 내용

내용	김종인 의원 대표발의안	채이배 의원 대표발의안
주주대표소송 제기요건 완화	-	상장회사의 경우 필요 지분율 요건을 0.01%에서 0.001%로 완화
다중대표소송 도입	제406조의2(다중대표소송) ① 모회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제176조제3항·제4항, 제403조 제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조의 규정은 본조의 소에 준용한다.	제406조의2(다중대표소송) 제406조의2(다중대표소송)① 다른 회사의 발행주식총수의 100분의 30을 초과하는 주식을 가진 회사(이하 “지배출자회사”라 한다)의 주주가 그 다른 회사(이하 “피출자회사”라 한다)에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 경우 제403조부터 제406조까지를 준용한다. ② 피출자회사가 다른 회사의 지

159) 상법 일부개정법률안(김종인의원 등 122인) 제안일 : 2016.07.04, 의결일.
160) 상법 일부개정법률안(채이배의원 등 20인) 제안일 : 2016.08.08, 의결일.
161) 국회의안정보시스템 검색결과

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

	③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 모회사의 자회사에 대한 보유주식이 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. ④ 본조의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.	배출자회사인 경우 그 다른 회사는 제1항의 피출자회사로 본다. ③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 지배출자회사의 피출자회사에 대한 주식이 감소된 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. ④ 본조의 소는 피출자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.
다중장부열람권 도입	-	제466조제1항 중 "會計의"를 "회사를 상대로 會計의"로 하고, 같은 항에 후단을 다음과 같이 신설한다. 위의 회사는 제406조의2에 정한 피출자회사를 포함한다

그리고 특히 채이배의원안[162]의 경우 김종인의원안[163]과 달리 다중대표소송이 적용될 회사의 범위를 30% 초과 지분을 보유한 경우로 확대하였다. 다수의 상법개정안이 다중대표소송의 인정범위를 모자회사의 경우로 제한하자는 것임에 반해, 채이배의원안의 경우 그 인정범위를 보다 확대하였다는 측면에서 진일보한 개정안이라 할 수 있다.

3. 2016년 9월 2일 상법 일부개정법률안 (노회찬의원 대표발의)

162) 피출자회사의 지분 30% 이상을 보유한 지배출자회사의 주주가 피출자회사의 이사에 대한 책임추궁의 소를 청구할 수 있도록 하는 다중대표소송제를 도입하고, 회계장부열람권의 허용대상 범위를 피출자회사로까지 확대함(안 제406조의2 신설 및 안 제466조, 제542조의6). 상장회사의 대표소송 및 다중대표소송의 소제기의 경우 6개월간 10만분의 1이상의 지분을 보유한 주주로 그 요건을 완화함(안 제542조의6).

163) 다중대표소송을 도입하여 모회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하 였다(안 제406조의2 신설 및 제542조의6제6항).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

노회찬의원 대표발의안의 개정안의 취지는 현행 상법에 다중대표소송에 관한 규정을 두고 있지 않고, 판례에서도 해석상 독립된 법인격으로 보고 있으며, 도입되어진 지주회사에서 주주의 지위가 허구화되고, 자회사의 손해가 모회사의 손해가 되는 점을 들어 이중대표소송은 물론이고, 다중대표소송까지도 지배종속관계와 함께 도입되어야 한다고 하였다.

다중대표소송에서의 다른 내용은 추후 확인하지만, 회계장부열람권에 관하여는 간략히 기술하면, 첫째, 소수주주(발행주식 총수의 3/100)[164]의 권리로서만, 둘째, 이유를 붙인 서면으로 청구할 수 있으며,[165] 셋째, 주주의 열람.등사 청구가 부당함을 증명한 경우에는 회사가 이를 거부할 수 있도록 규정하여 일정한 제한을 두고 있다.

회사의 회계장부와 서류에 대하여 열람·등사청구를 무제한적으로 허용하면, 회사영업에 지장을 초래하거나, 회사의 영업비밀의 외부 유출 우려가 발생하며, 주주가 열람·등사를 통한 회계정보의 부당한 방법으로 이용할 가능성도 있다.[166] 이러한 회계장부열람권은 주주가 회사의 소유자라는 사실 및 주주와 현 경영진 간 대리관계의 존재라는 사고에 근거하여 부여된 것으로 주주의 지위에서 받는 공익권적 성질을 가지므로 주주가 아닌 지위에서 인정되는 것은 불합리하다고 볼 수 있다. 지배회사 주주의 피지배회사의 회계장부열람권을 명문으로 도입하는 것은 별개의 법인격을 가진 피지배회사의 독립성을 침해하며, 개별 회사단위의 독자성을 인

164) 상장회사의 경우에는 6월 전부터 계속하여 그 회사의 발행주식 총수의 10,000분의 10(최근 사업연도 말 자본금이 1,000억원 이상인 법인의 경우에는 10,000분의 5) 이상에 해당하는 주식을 보유한 소수주주가 이 권리를 행사할 수 있음(「상법」 제542조의6 제4항, 「상법 시행령」 제11조).

165) 회계의 장부와 서류를 열람 또는 등사시키는 것은 회계운영상 중대한 일이므로 그 절차를 신중하게 함과 동시에 상대방인 회사에게 열람 및 등사에 응하여야 할 의무의 존부 또는 열람 및 등사를 허용하지 않으면 안 될 회계의 장부 및 서류의 범위 등의 판단을 손쉽게 하기 위하여 그 이유는 구체적으로 기재하여야 한다(대법원 1999.12.21.자 선고 99다137 판결).

166) 「상법」 제391조의3 제3항, 제466조 제1항에서 규정하고 있는 주주의 이사회의 의사록 또는 회계의 장부와 서류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는바, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지 여부는 그 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권의 행사가 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 할 것이다(대법원 2004.12.24.자 2003마1575 결정).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정하는 회사법 체계에 부합하지 아니하는 것으로 볼 여지가 있다. 대법원 판례[167]에서는 모회사 주주에게 자회사 회계장부열람권을 허용하고 있으므로 굳이 자회사가 아닌 피지배회사 주주의 회계장부열람권을 명문으로 입법화할 필요가 있는지 검토할 필요가 있다. 또한 이미 우리 상법은 제412조의5를 통해 모회사 감사에게 자회사 조사권을 규정하고 있는바 이를 통해 자회사 이사의 경영활동을 감독.감사할 수 있으며, 모회사 주주는 모회사 감사에게 대표소송 제기 등을 통해 자회사에 대한 조사 등에 대한 영향력 행사가 가능한 점도 출자회사의 피출자회사에 대한 회계장부열람권의 필요성과 함께 고려할 필요가 있다.

<표 4> 노회찬의원대표발의 개정안 주요 내용

현 행	개 정 안
<신 설>	제406조의2(다중대표소송) ① 특정 회사의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 회사(이하 "지배회사"라 한다)의 주식을 6개월 이상 보유한 주주는 그 지배회사의 영향력을 받는 회사(이하 "피지배회사"라 한다)에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. 이 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 지배적 영향력이 있는 것으로 본다. 1. 지배회사가 피지배회사의 발행주식 총수의 100분의 30을 초과하여 보유하

167) 대법원 2001. 10. 26.자 선고, 99다58051 판결: 상법 제466조 제1항에서 정하고 있는 소수주주의 열람등사청구권의 대상이 되는 '회계의 장부 및 서류'에는 소수주주가 열람등사를 구하는 이유와 실질적으로 관련이 있는 회계장부와 그 근거자료가 되는 회계서류를 가리키는 것으로서, 그것이 회계서류인 경우에는 그 작성명의인이 반드시 열람.등사제공의무를 부담하는 회사로 국한되어야 하거나, 원본에 국한되는 것은 아니며, 열람.등사제공의무를 부담하는 회사의 출자 또는 투자로 성립한 자회사의 회계장부라 할지라도 그것이 모자관계에 있는 모회사에 보관되어 있고, 또한 모회사의 회계 상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요한 경우에는 모회사의 회계서류로서 모회사 소수주주의 열람.등사청구의 대상이 될 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

	는 경우 2. 지배회사 및 피지배회사가 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조제2호의 기업집단에 소속되어 지배회사가 대통령령이 정하는 바에 따라 사실상 피지배회사의 사업내용을 지배할 경우 ② 제1항의 소를 제기한 지배회사의 주주는 이유를 붙인 서면으로 피지배회사의 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. ③ 제2항의 청구에 관하여는 제466조를 준용한다. ④ 제176조제3항·제4항, 제403조제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조의 규정은 제1항의 소에 준용한다. ⑤ 제1항의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.
제466조(주주의 회계장부열람권) ①발행주식의 총수의 100分의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 請求할 수 있다. <후단 신설>	제466조(주주의 회계장부열람권) ① ----------회사를 상대로 회계의 ----------. 위의 회사는 제406조의2에 정한 피지배회사를 포함한다.
② (생 략)	② (현행과 같음)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

4. 2016년 11월·2017년 2월 상법 일부개정안

마지막으로 최근까지 2개의 발의안을 보면, 이종걸의원의 대표발의안은 2016년 11월 3일에 발의된 내용이며, 오신환의원의 대표발의안은 2017년 2월 14일에 발의된 내용이다. 두 개의 개정안에는 큰 차이가 없고 다만, 상법 제542조의6(소수주주권) 제6항의 "6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 403조 및 제403조의2(제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다."의 내용이 다중대표소송을 포함하면서 소수주주권을 보장하게 추가된 내용이다. 두 개의 개정안에 대하여는 아래의 표로 확인해본다.

<표 5> 이종걸·오신환의원 개정안 주요내용

이종걸의원 대표발의 개정안	오신환의원 대표발의 개정안
제406조의2(다중대표소송) ① 모회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제176조제3항·제4항, 제403조제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조의 규정은 본조의 소에 준용한다. ③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 모회사의 자회사에 대한 보유주식이 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소	제406조의2(다중대표소송) ① 모회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제176조제3항·제4항, 제403조제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조의 규정은 본조의 소에 준용한다. ③ 제1항의 소의 제기를 청구한 후 모회사의 자회사에 대한 보유주식이 발

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. ④ 제1항의 주주는 자회사의 회계장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 이 경우 제466조를 준용한다. ⑤ 제1항의 주주는 자회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있을 때에는 자회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있다. 이 경우 제467조를 준용한다. ⑥ 이 조에 따른 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.	행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. ④ 본조의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. 제542조의6(소수주주권) ①~⑤(현행과 같음) ⑥ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 403조 및 제406조의2(제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다. ⑦·⑧ (현행과 같음)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2절 당사자적격

당사자적격에 있어서 다중대표소송의 논쟁이 가장 많은 부분이다. 원고적격과 피고적격, 주식의 보유시점과 보유기간, 무의결권 주주의 포함여부와 같은 당사자적격에 해당하는 부분에 대하여 고찰하기로 한다.

지배·종속회사에서의 발행주식 보유관계에 따른 다중대표소송의 인정범위에 관하여 조사된 내용을 바탕으로 서술하며, 여기 기재되는 내용은 2013년 법무부 및 2016,2017년 발의된 내용을 토대로 확인하며, 2016년 4월 공정거래위원회의 기업집단포탈에[168] 선정된 기업집단의 지분도를 분석하여 작성된 것으로 다중대표소송의 적용에 관하여 고찰한다.

1. 원고적격

가. 주주의 지주비율

다중대표소송의 개정안들은 공통적으로 제406조의2 제1항에서 “발행주식총수의 100분의1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구 할 수 있다”를 요건으로 하고 있다. 다만 2013년 법무부의 개정안 상법 542조의6 제6항에서는 “6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조 및 제406조의2(각 제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.”라고 하여 상장회사의 경우 그 지분요건을 주주대표소송과 똑같이 정하고 있다.

---

168) 기업집단포탈 OPNI - http://groupopni.ftc.go.kr/ogroup/index.jsp
대규모기업집단 정보공개시스템 OPNI는 출자총액제한제도 등 사전규제를 축소하는 대신 사후규제 및 시장감시기능을 강화하는 방향으로 대규모기업집단시책을 추진하기로 함에 따라 시장감시기반 확충방안의 하나로‘ 구축된 시스템이다.
OPNI 시스템을 통해 공개되는 정보는 상호출자제한기업집단, 채무보증제한기업집단 및 지주회사의 소속회사 등 각 기업에서 제출한 소속 회사현황, 주주현황, 출자현황,채무보증현황, 지주회사현황 등의 각종 현황 자료이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이와 관련해서 2016년 9월 2일의 노회찬의원안 제406조의2에서는 그 지분요건을 “특정 회사의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 회사(이하 “지배회사”라 한다)의 주식을 6개월 이상 보유한 주주는 그 지배회사의 영향력을 받는 회사(이하 “피지배회사”라 한다)에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.“라고 하여 다중대표소송을 제기할 수 있는 지분요건을 소수주주권으로 하지 않고 단독주주권으로 주장하고 있다. 한편 오신환의원은 우리나라의 기업 실정은 1만분의 1이상의 발행주식을 보유하는 것이 극히 어려운 현실이기 때문에 그 요건을 보다 완화해야한다는 견해를 피력하고 있다.[169]

나. 주식의 보유시점과 기간

2013년 법무부의 개정안과 2016년부터 현재까지 발의된 개정안 모두 상법 제403조의 제5항[170]을 준용한다. 결국 소를 제기하는 당시에 주식을 보유하고 있으면 제소의 효력에는 영향이 없다. 주주가 제기하는 종속회사의 이사에 대한 책임의 소송은 원고, 즉 주주에게 직접적이지 않아도 회사를 대신하는 대위소송으로 인정하게 되면, 주식보유요건에 대한 엄격한 인정이 필요하다. 또한, 소송의 제기 순서는, 지배회사 주주가 종속회사에 소를 제기하는 것은 종속회사의 이사에게 직접적인 소송 제기 이전에 하는 것으로 본다.

만약, 지배회사의 발행주식총수의 1%에 미달하는 주식 보유 주주가 종속회사에 제소를 청구하였는데, 종속회사의 제소기간이 경과하여 다중대표소송을 제기하지 않고 주주가 직접 소를 제기 한 후, 제소에 대한 법원의 각하 판결이 이루어지기 전 주식을 1%을 취득하거나 다른 주주의 소송참가에 기인하여 1%이상의 주식을 소유하는 경우에는 다른 결과의 논의 여지가 있다. 지배회사 주주의 지주비율로 본다면 제소요건의 하자가 치유됨에 따라 법원이 소를 각하하지 못하지만, 지주비율

169) 소수주주권으로 요건을 특별법의 수준으로 완화하자는 견해와 단독주주권으로 하고 남소에 대한 개별적 대처를 하자는 견해, 주주대표소송의 남용방지 수단이 법원의 재량기각, 담보제공명령, 손해배상등이 있기에 단독주주권으로 전환하자는 견해 등이 있다.(이창기, 전게논문, 237면.)

170) 제403조(주주의 대표소송)⑤제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(發行株式을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

만을 제소청구요건으로 한다면 법원은 제소에 대한 각하를 한다. 이러한 사항에 대하여 판례[171]는 "주주들이 주주대표소송의 사실심 변론 종결시까지 대표소송상의 원고 주주요건을 유지하지 못하여 종국적으로 소가 각하되는 운명에 있다고 할지라도 회사인 원고 공동소송참가인의 참가시점에서는 원고 주주들이 적법한 원고적격을 가지고 있었다고 할 것이어서 회사인 원고 공동소송참가인의 참가는 적법하다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고 주주들의 주주대표소송이 확정적으로 각하되기 전에는 여전히 그 소송계속 상태가 유지되고 있는 것이어서, 그 각하판결 선고 이전에 회사가 원고 공동소송 참가를 신청하였다면 그 참가 당시 피참가 소송의 계속이 없다거나 그로 인하여 참가가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다."라고 지주비율을 제소요건으로 해석하는 판시가 있다. 다만, 법원의 해석은 원고적격에 해당하지 아니한 자가 소송을 진행하고 사실심판이 있기 전 소송의 요건을 갖추어 소를 진행한다는 점이 남소의 우려로 비춰질 수 있기에 지주비율을 소의 청구요건으로 보아 주식의 보유시점과 기간에 대한 우려를 해결하는 것이 적법하다.

또한 미국과 일본의 주식계속소유의 원칙이 완화되어 국내에 적용되어 있는데, 여기서의 주식계속소유의 원칙은 "소송이 제기되어 판결이 있기까지 주식을 계속 소유해야 하는 원칙으로 주주가 본의에 의하지 아니한 유지불가의 경우만을 예외로 한다."는 것이다.

다. 무의결권 주주의 적격 여부

전게 개정안의 내용을 확인하면, 무의결권 주주에 대한 규정은 제시되어 있지 않다. 다중대표소송은 주주가 회사를 대신하여 회사에 발생되는 손해의 보전으로 주주에게 돌아가는 직접적 이익이 아니기에 무의결권의 주주에 대하여도 형식적 주주로 소송의 권한을 인정하여야 하며, 의결권제한 및 주주의 유책 여부에 상관없이 원고적격을 인정하여야 할 것이다. 이러함은 주주에게 있어 귀책성이 있거나, 주주에게 의결권이 없다하여 소송의 권한을 부인하면 주주에 의해 회사의 손해가 유발되는 결과가 초래될 여지가 있다. 상법은 주주의 자격을 형식적으로 보아, 명의개서가 되지 않은 주식취득에 대하여는 자격수여적 효력을 인정하지 않는 점이

171) 대법원 2002. 3. 15. 200다9086 판결

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

무의결권 주주에게도 소송의 원고적격이 합당하다고 볼 수 있다.[172]

2. 피고적격

다중대표소송의 입법안의 내용은 현행상법 제403조의 주주대표소송과 함께 고찰할 필요가 있다. 다중대표소송에서의 피고는 지배·종속관계에서 종속회사의 책임 있는 이사가 대상이 된다. 현행상법은 이사제도에서 사외이사와 사내이사의 구분이 없고, 이사의 책임도 원인이나 차별이 없다. 따라서 다중대표소송에 있어서의 책임부담은 이사와 사외이사도 포함이 된다.[173] 이사의 재임 중에 임무해태 또는 위법행위로 인한 회사의 손해 발생 또한 퇴임이후에도 소송을 제기하여 책임 추궁이 가능하다.

다중대표소송의 개정안들의 내용은 상법 제403조의 규정을 준용하는데, 403조에 관하여는 제401조의2의 업무집행지시자 등의 책임[174]에서 이사, 즉 피고의 자격을 확인해 볼 수 있고, 발기인[175], 감사[176], 청산인[177] 등에게도 다중대표소송에 의한 책임 추궁이 가능하다 보는 것이 일반적이다.

---

172) 김상규, "주주의 대표소송에 관한 소고",「법학논총」제25권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 180-181면.

173) 이철송, "이사의 경영책임과 주주의 소송 -문제점과 대안을 중심으로-", 「상장」 제287호, 한국상장회사협의회, 1998, 14면.

174) 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.
1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자
②제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

175) 제324조(발기인의 책임면제, 주주의 대표소송) 제400조와 제403조 내지 제406조의 규정은 발기인에 준용한다.

176) 제415조(준용규정) 제382조제2항, 제382조의4, 제385조, 제386조, 제388조, 제400조, 제401조와 제403조 내지 제407조의 규정은 감사에 준용한다.

177) 제542조(준용규정) ①제245조, 제252조 내지 제255조, 제259조, 제260조와 제264조의 규정은 주식회사에 준용한다.
②제362조, 제363조의2, 제366조, 제367조, 제373조, 제376조, 제377조, 제382조제2항, 제386조, 제388조 내지 제394조, 제396조, 제398조 내지 제408조, 제411조 내지 제413조, 제414조제3항, 제449조제3항, 제450조와 제466조의 규정은 청산인에 준용한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3절 소송절차

1, 제소 전 절차

가. 제소의 청구

제소의 청구는 상법 제403조[178] 제1항에서 “발행주식의 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다”고 하였으며, 제2항에서는 “제1항의 청구는 그 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다.”고 되어있다. 이는 주주대표소송에서의 제소의 청구이며, 회사와 이사의 소송에서는 회사의 대표가 감사가 되기에 제소청구를 감사에게 하게 된다. 다만, 감사위원회가 설치된 경우에는 감사위원회가 제소청구를 한다.[179] 제소청구를 받게 되면 회사는 30일내에 소를 제기하지 않거나, 30일이 경과하여 회복할 수 없는 손해의 발생 시 제소청구와 관계없이 주주는 즉시 소를 제기 할 수 있게 된다.

---

178) 제403조(주주의 대표소송) ①발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. <개정 1998.12.28.>
②제1항의 청구는 그 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. <개정 1998.12.28.>
③ 회사가 전항의 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제1항의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.
④ 제3항의 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 전항의 규정에 불구하고 제1항의 주주는 즉시 소를 제기할 수 있다. <개정 1998.12.28.>
⑤ 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(發行株式을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다. <신설 1998.12.28.>
⑥ 회사가 제1항의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다. <신설 1998.12.28., 2011.4.14.>
⑦ 제176조제3항, 제4항과 제186조의 규정은 본조의 소에 준용한다.

179) 제394조(이사와 회사간의 소에 관한 대표) ①회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 감사는 그 소에 관하여 회사를 대표한다. 회사가 제403조제1항의 청구를 받음에 있어서도 같다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다중대표소송은 2013년 법무부개정안에서도 406조의2 제1항에서 현행 상법 제403조 제1항과 동일하게 제소의 청구권자에 대하여 명시되어 있다. 다만, 2015년 노회찬의원대표발의 개정안에서의 “지배회사 및 피지배회사가「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」제2조제2호의 기업집단에 소속되어 지배회사가 대통령령이 정하는 바에 따라 사실상 피지배회사의 사업내용을 지배할 경우”를 생각해 볼 수 있다. 이는 한국의 기업구조의 실정에 맞춘 제소요건이라고 생각된다.

주주대표소송에서는 상법 제401조의2의[180] 업무집행지시자 등의 책임으로 업무집행지시자를 이사로 보는데, 다중대표소송에서도 동법 제401조의2를 준용하여 상법상 주주대표소송에 책임이 있는 자[181]에 대한 제소청구 대상으로 인정되어야 할 것이다. 이는 현재 상정된 개정안의 내용들에는 없는 부분으로 추가되어야 할 것이다.

나. 회계장부열람권

다중대표소송은 지배·종속관계 혹은 모자회사에서의 종속회사 및 자회사의 정보에 접근이 어렵기에 실효성 확보가 필요하기에 인정된 제도이다. 회계장부열람권은 2016년 채이배·노회찬의원의 대표발의안에서는 회계장부열람권에 대하여 피출자회사로 칭하여 다중대표소송을 적극 반영한 반면 이종걸의원의 대표발의안에서는 상법 제466조[182]를 준용하게 하였다. 발행주식 총수의 100분의 3이상을 가진 소수주주에게 회계장부열람권을 부여한다. 다만, 판례[183]는 자회사에 대하여 다음과 같이

---

180) 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.
1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자
②제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다

181) 발기인, 감사, 청산인등(상법 제324조,415조,542조의제2항)

182) 제466조(주주의 회계장부열람권) ①발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
②회사는 제1항의 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다.

183) 대법원 2001.10.26. 선고 99다58051 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판시하였다. “상법 제466조 제1항에서 정하고 있는 소수주주의 열람.등사청구의 대상이 되는 ‘회계의 장부 및 서류’에는 소수주주가 열람.등사를 구하는 이유와 실질적으로 관련이 있는 회계장부와 그 근거자료가 되는 회계서류를 가리키는 것으로서, 그것이 회계서류인 경우에는 그 작성명의인이 반드시 열람.등사제공의무를 부담하는 회사로 국한되어야 하거나, 원본에 국한되는 것은 아니며, 열람.등사제공의무를 부담하는 회사의 출자 또는 투자로 성립한 자회사의 회계장부라 할지라도 그것이 모자관계에 있는 모회사에 보관되어 있고, 또한 모회사의 회계 상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요한 경우에는 모회사의 회계서류로서 모회사 소수주주의 열람.등사청구의 대상이 될 수 있다.”라고 하여 제한적인 입장을 보인다.

미국은 단독주주권으로 회계장부열람청구권을 부여한다. 법원의 개시명령으로 권리가 실현되어지며, 이는 약식절차에 의한다. 이에 회사들은 회사의 기밀을 포함한다는 이유로 제시거부의 전략을 사용하며, 델라웨어주, 캘리포니아주, 오클라호마주가 모회사의 주주에게 자회사의 회계장부열람권을 규정하고 있다.[184] 델라웨어주의 회사법은 1967년 개정되어 단독주주권의 행사와 회계장부열람청구권에 대한 권리실현을 신속한 절차로 제공한다. 주주들은 정관, 주주명부와 이사회 의사록과 같은 기초서류에 대한 열람권을 가지며, 추가적 정보의 요청은 정당성을 입증하여야 하는데 이를 ‘실체가 없지 않은’입증책임을 부담한다.[185]

다중대표소송에 있어서는 회계장부에 대한 열람만이 아닌 주주총회와 이사회의 의사록에 대한 부분, 그 외에 소에 필요한 자료의 열람의 규정이 보충되어야 할 것이다. 이는 소송에 필요한 정당한 청구의 범위의 설정이 필요하며, 회사의 입장에서는 회사 기밀에 관한 부분의 보안적 측면에 관한 입법적인 조치가 수반되는 것을 바랄 것이다.

184) 김순석, “결합기업의 회사법상 쟁점에 대한 검토”, 「상사법연구(제32권 제1호)」 한국상사법학회, 70면(2013).
185) 손영화. 전게 논문, 2013, 31면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 관할법원 및 소의 제기

다중대표소송에서의 관할법원에 관하여는 앞서 살펴본, 2013년 개정안 406조의 2의 제4항에 명시되어있다. “자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. “로 이처럼 2016년도와 2017년도의 의원들의 개정안의[186] 내용도 이와 유사하나, 채이배의원 대표발의안의 경우는 모자관계가 아닌 피출자회사의 본점소재지로 자회사가 아닌 피출자회사라는 점에서의 차이만 있으며, 의미상의 관할법원에 대한 의견은 같다고 볼 수 있다. 다만, 회사가 소를 제기하지 아니한 경우 주주가 대표하여 소를 제기하게 되는데, 이때 법률적인 면에서의 획일화를 위하여, 위의 소송의 원고의 확대해석으로 관할법원은 본점소재지의 관할법원이 된다고 본다.

소의 제기에 관하여는 위에서 살펴본 개정안의 내용들에 모두 포함된 상법 제403조의 제2항부터 제6항까지의 규정을 본조의 소에 준용한다는 규정으로 보아, 소의 청구의 이유가 서면으로 기재하여 회사가 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제시하지 않거나, 기한이 경과되어 회복할 수 없는 손해가 우려될 경우 즉시 소를 제기하는 것에는 다른 의견이 없어 보인다. 다만, 다른 개정안에서는 다중대표소송의 경우를 모자관계에서의 자회사에 한정시키고 있지만, 채이배의원안에서는 피출자회사이기만 하면 삼중대표소송, 사중대표소송까지 모두 인정하고 있다. 다만, 소에 관련된 주주들의 경우는 소송이 제기된 것에 대한 정보의 전달에 관한 30일의 시일은 너무 촉박해서 기간의 연장이 필요할 것으로 판단된다.

3. 소송의 참가 및 소송고지

법무부의 다중대표소송에 관한 개정안 및 위에서 살펴 본 개정안들 모두 소송의 참가 및 고지는 모두 현행상법 제404조[187]의 규정을 준용한다. 이는 주주대표소송의 소송참가와 소송고지에 대한 규정이지만, 다중대표소송을 주주대표소송의

186) 김종인, 노회찬, 이종걸, 오신환 4인의 대표발의 개정안을 칭한다.
187) 제404조(대표소송과 소송참가, 소송고지) ①회사는 전조제3항과 제4항의 소송에 참가할 수 있다.
② 전조 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주는 소를 제기한 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

준용 규정을 따르도록 한 것이다.

상법 제404조 제1항은 회사가 다중대표소송이 제기되면 소송에 참가하는 기회를 보장하기 위한 소송고지 제도로 동법 제404조 제2항에서는 주주가 소를 제기한 후에는 지체 없이 회사에 소송을 고지하여 회사가 소송에 참가할 기회를 보장하는 것이다. 이는 일반고지의 형식이 아닌 법률상의 의무를 수반한다고 할 수 있다. 또한 소를 제기한 주주가 회사에 고지를 하지 않은 경우에는 손해배상책임이 발생하고, 회사는 고지 유무를 떠나 주주가 제기한 다중대표소송에 참가가 가능하다.

가. 원고측 소송참가

다중대표소송제도의 소송참가에 관하여 앞선 개정안들이 공통적으로 주주대표소송의 규정을 준용한다. 소송을 제기한 원고인 지배회사의 주주는 물론이며, 상법 제404조 제1항에서는 "회사는 전조 제3항과 제4항의 소송에 참가할 수 있다."라고, 회사의 소송참가를 허용하고 있다. 이때의 회사의 소송참가는 종속회사의 이사가 피고가 되고, 실질적인 회사의 이사에 대한 책임추궁의 소이기에 종속회사가 참가 하는 것이 된다.

이사와 회사간의 소에 관한 대표는 상법 제394조에 "회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 감사는 그 소에 관하여 회사를 대표한다. 회사가 제403조제1항의 청구를 받음에 있어서도 같다. 제415조의2의 규정에 의한 감사위원회의 위원이 소의 당사자인 경우에는 감사위원회 또는 이사는 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다." 라고 규정하여, 이사에 대한 책임추궁의 소인 주주대표소송은 결국 감사에게 소를 제기하는 주주가 제소청구를 하여야 하며, 소송의 참가 또한 감사에 의해 결정된다.

허나, 이사가 이사직을 떠난 경우 소송의 목적인 권리관계를 이사가 재직하는 중에 발생한 사유에 기인한 것이라도 회사가 이사였던 자의 자격에 대한 제소가 아니기에 특별한 사정에 기인하지 아니하면 감사가 아닌 대표이사가 회사를 대표하게되고 소송참가의 대표자가 된다. 다중대표소송 또한 상기와 동일하게 적용되어, 종속회사의 감사가 원고측 대표가 되며, 종속회사의 피고인 이사가 재직중 사유로 해임된 경우 대표이사가 원고측 대표자가 된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다만, 개정안들의 내용이 주주대표소송의 내용을 준용하기에 회사의 소송참가의 법적형태[188]가 무엇인지에 대한 견해가 나뉘어져 있다.

(1) 소송참가의 법적형태

가) 공동소송참가

이 견해는 판례의 입장을 통하여 살펴 볼 수 있다. 판례는[189] "주주의 대표소송에 있어서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경제가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과, 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려한 입법 취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제234조[190]에 반하는 것도 아니다."라고 판시하였다. 또한 회사의 소송참가를 민사소송법 제83조[191]라는 견해로 원고인 주주가 회사의 권리를 대신하는 소를 제기하는 것이기에 본래의 권리주체가 회사라고 보는 견해이다. 즉 대표소송이 회사의 기판력에 영향을 미치며, 회사는 당사자적격을 지니며, 또한 주주와 이사간의 담합소송방지를 위한 소송상의 지위가 필요하기에 공동소송참가의 타당함을 말한다.[192] 이 견해는 주주대표소송의 대위소송과 대표소송

188) 문승현, "주주대표소송에 대한 회사의 소송참가의 법적 성질 - ",「CHONBUK LAW JOURNAL(제3권 제1호)」, 34면(2012).
189) 대법 2002. 3. 15. 선고2000다9086 판결
190) 제234조(법인의 합병으로 말미암은 중단) 당사자인 법인이 합병에 의하여 소멸된 때에 소송절차는 중단된다. 이 경우 합병에 의하여 설립된 법인 또는 합병한 뒤의 존속법인이 소송절차를 수계하여야 한다.
191) 제83조(공동소송참가) ①소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3자는 공동소송인으로 소송에 참가할 수 있다.
②제1항의 경우에는 제72조의 규정을 준용한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 절충적인 입장으로 회사가 소를 제기한 주주의 소송수행과 소송에 필요한 자료의 수집을 돕는 것이 마땅하기에 독립적 지위를 인정해야 한다는 점이 있다.

나) 공동소송적 보조참가

법률상의 이해관계만이 존재하기에 재판의 효력이 제3자에게 발생하는 것으로 보아 보조적 참가로 보는 견해이다. 이는 공동소송참가와는 다르다. 당사자 적격이 없는 것으로 보아 판결효력을 받는 제3자라고 보며, 법원이 법령의 해석에 의해 결정하는 것이다. 이는 회사가 소송의 당사자가 아닌 것으로 보아 소송물에 대한 처분권 및 청구의 확장 및 감축을 하지 못한다.[193] 먼저 제기된 소송이 추후 제기된 소송과 중복소송이 되는 것이 공동소송참가로 제기하여도 마찬가지가 되며, 주주의 소송 판결효력이 회사로 확정된다는 것이 공동소송참가가 아닌 보조참가로 보아야 한다는 견해이다.

다) 독립당사자참가

회사가 독자적으로 소송에 참가한다는 견해이다. 이는 주주가 소를 제기하여 이사에게 청구하는 것과, 회사가 이사에게 청구하는 것, 주주와 이사 및 이사회의 이해관계의 대립이 있다는 것으로 보아 회사가 독자적으로 소송에 참가한다는 것이다.[194] 이는 회사가 원고와 피고측 양측에 공동참가가 가능하며, 주주와 이사에 대한 회사의 이해관계가 어느 한쪽에 일치되는 것이 잘못 되었다 한다.

나. 피고측 소송참가

앞서 살펴본 개정안에서는 다중대표소송에서의 소송참가는 주주대표소송의 규정을 준용하고 있다. 2013년 법무부의 개정안에서의 제406조의2 제3항에서 현행

192) 문승현, 전게 논문, 37-39면.
193) 문승현, 상게 논문, 36면.
194) .문승현, “주주대표소송에 대한 회사의 소송참가의 법적 성질”, (CHONBUK LAW JOURNAL 제3권 제1호), 전북대학교 법학전문대학원 학술지 편집위원회, 37-39면(2012)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제404조를 준용하게 하고 있다. 이는 회사의 소송참가를 원고측에만 국한한 것이다. 즉, 회사가 피고 이사측을 고려하지 않은 것이라고 본다. 회사의 소송참가는 소송중인 원고인 주주를 돕거나, 이사와 주주의 담합소송을 방지하는 것에 목적을 둔다. 회사는 의사결정과 경영상태의 적법함과 합리성을 근거로 이사측에 소송참가하는 것에 대하여 문제가 대두된다. 이는 이사의 법적행위를 주주가 회사의 손해로 판단하거나, 회사의 장기적인 관점의 이익 판단일 수 있다는 것이다.

회사가 피고측에 참가하는 경우는 이해관계가 소송의 결과로 확인되기에 공동소송적 보조참가의 소송참가로 보는 견해와 회사가 이사에게 권리를 행사함에 주주가 대위행사를 하게 되면, 회사가 피고측에 보조참가하는 것이 피고측 이사에 대한 지지가 되므로 소송구조상 논리모순이라는 견해가 있다.[195] 그러나 재판의 심리의 충실과, 이사와 회사의 이해관계의 일치의 경우 회사의 보조참가는 인정될 수 있다. 이렇듯 다중대표소송에서 주주대표소송에서와 같이 피고측에 대하여 소송참가를 법리적으로 인정 할 수 있다.

4. 소송의 취하, 청구포기·화해 등의 금지

일반적으로 소송은 법원의 종국판결의 확정으로 종료되어진다. 앞서 고찰한 모든 개정안의 내용에서는 소송의 포기·취하·화해 등의 금지에 관해서 현행 상법 제403조의 제6항에서 “회사가 제1항의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기··화해를 할 수 없다”라고 하여 법원의 허가를 요하고 있다. 이러한 규정은 소송의 원고인 주주와 피고인 이사가 통모하여 배상책임의 간소화를 하여 소송종료를 하게되어 회사의 손해를 보전하지 못하게 하는 행위를 막자는 취지이다. 또한 임의적 소송을 종결하는 행위는 소송의 남소의 가능성을 높이며, 소제기에 따른 책임감의 약화에 대한 규정이다.

195) 장윤제, “다중대표소송제도의 도입 방안에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2015, 88-89면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4절 판결의 효력

1. 원고 승소

가. 이사의 손해배상

다중대표소송에서 원고의 승소판결이 내려지면 종속회사의 피고인 이사는 판결을 받은 권리주체인 종속회사에 손해를 전보한다. 이는 지배회사의 주주가 당사자가 아닌 종속회사를 위한 제3자의 소송역할의 소이다. 주주대표소송을 보면, 다수설인 대위소송설에 의한 것으로 권리의 대위행사에 지나지 않는다. 즉, 민사소송법 제218조의 적용으로 판결효력은 종속회사에 미친다고 할 수 있다.

이사의 손해배상은 종속회사의 책임추궁의 결과이며, 경영 건전성의 확보와 다른 이사의 불법행위에 대한 예방으로 볼 수 있다. 또한 현재 개정안에 있는 다중대표소송의 내용은 주주대표소송을 기반으로 입법이 진행되는 점에 비추어, 손해를 대위하는 회복의 대위소송이라 할 수 있다. 따라서 원고인 주주는 직접적 손해의 배상은 받지 못한다.

나. 소송비용의 청구

앞선 개정안들의 공통적인 사항으로 소송비용의 청구에 관하여는 현행 상법 제405조의 제소주주의 권리의무를 담고 있다. 소송비용의 청구에 있어서는 아래와 같이 확인할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제405조(제소주주의 권리의무) ①제403조제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다. ②제403조제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 패소한 때에는 악의인 경우외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다

다만, 소송비용의 지급에 있어서 회사에서 지급한다고 되어 있기에, 다중대표소송은 청구 대상이 지배·종속회사 중에 어느 회사로 할 것인가가 문제이다. 소송을 제기한 원고는 지배회사의 주주이지만, 소송대위설에 따르면 종속회사를 대위한다고 볼 수 있기에 종속회사에 대한 소송비용청구가 합리적이라 생각된다. 또한 종속회사는 이사에게 손해에 대한 구상권에 대한 청구가 가능하다.

여기서의 소송비용에는 원고 주주의 소송비용, 소송에 따른 지출비용을 종속회사에 청구할 수 있는데, 일반적으로 변호사보수로 해석한다. 판례[196]에서는 이를 민법 제739조[197]로 해석하여 유익비상환의무를 회사에게 부여하여 소송의 제기를 용이하게 하였다. 이는 제도의 실효성 확보의 규정으로 본다. 다만, 소송을 제기한 소수주주의 정신적, 시간적 비용에 관하여는 미국의 주주의 추가수당을 인정하는 점을 착안하여 소송에 따르는 일련의 비용을 소송비용에 청구하는 것도 고려해 볼 수 있다.

196) 서울중앙지법 2008. 6. 20. 2007가합43745 판결.

197) 제739조(관리자의 비용상환청구권) ① 관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.
② 관리자가 본인을 위하여 필요 또는 유익한 채무를 부담한 때에는 제688조제2항의 규정을 준용한다.
③ 관리자가 본인의 의사에 반하여 관리한 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 전2항의 규정을 준용한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 원고 패소

다중대표소송의 개정안들의 내용은 현행 상법 제405조를 기반으로 원고 패소에 관하여 작성되어 있다. 원칙적으로 주주는 대표소송에서 패소하여도 손해배상책임을 지지 않는다. 이는 소송의 패소비용의 위험부담을 줄여 대표소송에서의 제도적 활성화의 위한 것이다. 그렇지만, 주주가 악의인 경우에는 주주는 회사에 손해배상책임을 지도록 하였다. 여기서 악의는 회사에 위해를 목적으로 소송을 제기하는 것으로, 승소의 가능성이 없거나, 불성실한 소송의 진행 또한 악의에 속한다.

다중대표소송도 상기와 같이 지배회사의 주주가 지배·종속회사에 위해를 가할 목적으로 소를 제기하는 경우 상법 제405조를 준용하여야 한다. 다만, 위해의 목적이 지배회사인지 종속회사인지, 또한 어느 회사에 손해배상책임을 지게 할 것인지에 문제가 있다. 다만, 다중대표소송은 지배회사의 주주가 종속회사의 이사를 상대로 소를 제기하는 취지이므로 종속회사가 손해의 대상이라고 보아야 할 것이다.

제5절 회사의 인정범위[198)]

다중대표소송의 도입은 2013년 법무부개정안과 전게 의원들의 개정안[199)]에서 살펴보면 모자관계의 회사와 출자·피출자회사, 지배·종속회사로 규정해 놓았다.

법무부의 개정안은 다중대표소송이 개정안 406조의2에서 다중대표소송이라고 명명하고, 동법 제1항에서 모회사라고 하여 이중대표소송만 가능한지, 삼중·사중이상의 다중대표소송이 가능한지에 대한 구체적인 기재가 없다. 입법이 되어 결국 소송이 진행되면 모회사와 손자회사의 소송에 대한 결정을 판례에서 다중대표소송으로 확장을 필요하다. 현재 다중대표소송의 도입에 대한 논의가 계속 이루어지는 상

---

198) 김재형·김형호, “다중대표소송의 인정범위에 관한 고찰”, [法學論叢, (Vol.24 No.1)]. 2017 [Ⅲ. 인정범위에 관한 견해와 통계분석 재인용].
개제한 다중대표소송에서의 세부적인 원고적격의 범위에서의 회사의 범위에 관하여 수록한 것으로, 본 박사논문을 위한 초석 연구로 공정거래위원회에서 발표한 2016년 4월의 65개 기업집단의 기업지분도의 다해독을 통하여 만들어진 통계자료라 할 것이다.
본 문에서는 앞선 연구의 자료를 바탕으로 인정범위에 대한 자료를 재인용하였다.

199) 2016년 2017년 제4장 제1절 개정안의 내용을 칭한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

황에 입법전의 명확한 성문입법화가 필요할 것이다.

2016년 9월의 노회찬의원대표발의안을 보면 지배·종속회사로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조의 제2호」[200]를 빌려 기업집단에 소속되어 지배회사가 대통령령이 정하는 바에 따라 사실상 피지배회사의 사업내용을 지배하는 회사를 말한다.

1. 인정범위에 관한 종래의 견해

인정범위와 관련하여 우리나라에서는 그동안 모자회사관계 또는 출자·피출자회사의 형식으로 주식보유율을 기준으로 논의가 이루어져왔으며, 최근 2016년과 2017년의 개정안들에서 확인하듯 견해의 축척은 이루어졌다.

즉, ① 모회사가 자회사의 주식을 100% 소유한 경우 모회사의 주주에게 다중대표소송을 인정하자는 견해, ② 50% 초과하여 소유한 경우 모회사의 주주에게 다중대표소송을 인정하자는 견해, ③ 다중대표소송 도입의 취지를 제대로 살리기 위해서는 지분요건을 30%초과로 완화시켜야 한다는 견해, ④ 사실상의 지배·종속관계에 있는 모든 경우로 확대하자는 견해로 분류하여 차례로 살펴보기로 한다.[201]

가. 완전모자회사에 한해 인정하는 견해

우리의 상법은 해석상으로 완전모자회사에 대해서 다중대표소송을 인정할 수 있다는 견해가 있었다.[202][203] 완전모자회사에 대해서는 모회사 외에는 달리 주주가

---

200) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다
2. "기업집단"이라 함은 동일인이 다음 각목의 구분에 따라 대통령령이 정하는 기준에 의하여 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사의 집단을 말한다.
가. 동일인이 회사인 경우 그 동일인과 그 동일인이 지배하는 하나이상의 회사의 집단
나. 동일인이 회사가 아닌 경우 그 동일인이 지배하는 2이상의 회사의 집단

201) 김재형·김형호, 전게서, 376면(2017).

202) 최준선, 「회사법」(삼영사, 2011), 507면.

203) 이에 대해서 우리의 성문법체계에서 법정되어 있는 대표소송의 제소자격을 해석에 의해 확장하는 것은 타당하지 않다는 입장이 있다[이철송, 「회사법강의」(박영사, 2009), 667면]; 지배회사와 종속회사가 경제적으로 단일체라고 하더라도 양자를 별개의 법인격을 가진 독립

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

없고 만일 자회사의 경영이 실패하게 되면 모회사와 모회사의 주주에게 큰 피해를 줄 수 있기 때문에 상법상 명문의 규정은 없어도 마치 법인격부인론이 판례를 통해 인정되고 있듯이 상법의 해석상 다중대표소송을 인정해야 한다는 것이다.[204]

입법을 통한 도입은 완전모자관계에서만 인정하자는 입장이 있다.[205] 다음 견해를 주장하는 입법례적인 논거로는 미국 델라웨어주와 홍콩, 영국, 일본[206]의 입법을 경과에 대한 사항이 제시되기도 한다.[207] 완전모자관계가 아니면 모자회사의 소수주주간의 이익충돌을 원인으로 완전 모자회사의 경우만을 다중대표소송을 인정해야한다는 주장을 제기하기도 한다.[208]

나. 50% 초과하는 모자회사에 대해 인정하자는 견해

상법상의 모자관계에 있는 회사에 한정하여 인정해야 한다는 견해로서 다수설에 속한다.[209] 이 견해는 법무부의 2006년 및 2013년 상법개정안, 2013년 이명수 의원 대표발의 상법개정안, 2013년 김영주 의원 대표발의 상법개정안, 2016년 김종인 의원 대표발의 상법개정안, 2016년 이종걸 의원 대표발의 상법개정안등에서도 제기되었다. 대체로 상법상의 모자회사에서 다중대표소송을 인정하는 것이 현행 법체계에 비추어 볼 때 적합하다는 견해이다.[210] 다만, 국회의원들의 개정(안)에서의 지배·종속회사와 모자회사, 출자·피출자회사라는 명칭의 통합이 필요하다는 소견을 제시한다.

적인 회사이므로 다중대표소송을 인정해서는 안된다는 입장이 있다[정준우, “”주주대표소송의 원고적격에 관한 쟁점사항의 검토“, 「기업법연구」 제19권 제2호(2005), 138면].

204) 김재형·김형호, 전게서, 376면(2017).

205) 권재열, “2013년 상법상 다중대표소송 도입안에 관한 비교법적 검토”「증권법연구(제14권 제2호)」108면(2013); 김지환, “대표소송제도의 현황과 과제”「상장협연구(제68호)」123면(2013). 김재형·김형호, 전게서, 376면(2017)에서 재인용.

206) 일본 개정회사법(2014.6.20 가결) 제847조의 3에서 다중대표소송을 법제화하였는데 ① 100% 완전자회사로서, ②완전모회사가 보유한 완전자회사 주식의 장부가액이 완전모회사 총 자산액의 5분의 1을 초과하는 중요한 완전자회사에 한하며, ③6개월 전부터 계속하여 1% 이상의 주식을 소유한 주주에게만 청구권이 인정되고 있다.

207) 미국의 델라웨어주를 비롯하여 영국과 홍콩의 판례에 따르면, 완전모회사의 주주가 완전자회사 혹은 그의 완전자회사(손회사)의 이사를 상대로 하는 다중대표소송만을 인정하는 것이 전부이다(권재열, 전게 논문, 107면).

208) 김지환, 전게 논문, 123면; 권재열, 상게 논문, 110면.

209) 정동윤,「회사법」, 법문사, 2001 외 다수

210) 김재형·김형호, 전게서, 377면(2017)에서 재인용.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 30% 초과 지배·종속 회사간에 인정하자는 견해

각종 상법개정안에 제시된 50% 초과의 모자회사만으로는 범위가 좁아 30% 초과까지 범위의 확대로 다중대표소송의 실효성을 확보하자는 견해이다.[211)]

실제 대규모기업집단들을 50% 초과의 견해로 적용가능 여부를 조사하였더니 다중대표소송의 대상숫자가 609개 회사로 다중대표소송이 가능한 회사 1,304 개 중 46.7%로 절반에 미치지 않아 인정범위의 폭이 좁다고 할 수 있고, 30% 초과의 견해로 다중대표소송을 허용한다면 총 1,035개(79.4%)의 다중대표소송 대상이 확정되어 대부분의 비상장 계열사가 외부주주의 견제가 확인된다. 다만, 30% 초과의 견해는 여전히 20%에 달하는 비상장 계열사 269개를 외부주주의 견제에서 벗어나 있는 문제점이 존재하지만 다중대표소송 제도 도입 취지의 충분한 실현을 기대 가능하다.[212)]

라. 사실상 지배·종속회사에 대해 인정하자는 견해

인정범위에 대해 출자지분율과 관계없이 실질적으로 지배·종속 관계가 있다면 적용 회사가 다중대표소송을 제기하자는 견해이다.[213)]

다중대표소송 허용의 이론적인 근거로 지배·종속관계의 회사들이 공동의 지배하에 정형화되어 하나의 기업집단으로 결합된다는 것에서 찾고, 다중대표소송이 허용되는 범위를 실질적인 지배 . 종속관계에 있는 회사로 확대하자는 것이다.[214)] 지배·종속관계가 인정될 수 있는 가장 전형적인 경우가 50% 초과 지분을 보유하고 있는 경우이지만 구체적 사정에 따라서는, 예를 들어 종속회사의 주식이 널리 분산되어 있는 경우 또는 지배회사와 종속회사에 임원지위를 겸임하고 있는 자가 있는 경우에는 50% 미만의 지분을 보유한 상태에서도 지배·종속관계가 인정될 수 있다는 것이다.[215)216)]

---

211) 채의배 의원 발의안(발의연월일 : 2016. 8. 8); 노회찬 의원 발의안(발의연월일 : 2016. 9. 2).
212) 김재형·김형호, 전게서, 377면(2017)에서 재인용
213) 유진희, 상게 논문, 143-144면; 김대연, 전게 지배.종속회사, 444-445면; 손영화, “모회사 주주의 대표소송과 이사의 경영판단”「상사판례연구(17집)」, 41면(2004).
214) 김재형·김형호, 전게서, 378면(2017)에서 재인용

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 인정범위에 관한 통계분석[217)]

2016년 4월 공정거래위원회에서 지정한 65개 기업집단의 기업지분도를 가지고 지배회사가 종속회사의 주식을 100% 보유, 50%를 초과하여 보유, 30%를 초과하여 보유한 경우로 나누어 구체적으로 몇 개의 비상장 계열사가 다중대표소송의 대상이 될 수 있는지와 기업진단의 내부지분율의을 확인하여 전반적인 공정거래위원회가 지정한 기업집단에서의 다중대표소송제도의 올바른 도입을 위한 통계적인 분석을 하여 올바른 표본에 대한 제기를 하도록 한다.[218)]

가. 분석대상

분석대상은 기업집단 내에 존재하는 비상장 계열사들이 실질적 지배주주인 총수일가의 부의 증식 및 지배권 확대 수단이 되는 비판을 받아온 상호출자제한 기업집단을 표본으로 삼았다. 2016년 4월 현재 공정거래위원회가 상호출자제한 기업집단(65개, 이하 “대기업집단”)은 아래 <표 1>과 같이 총65개이며, 소속계열회사는 1,736개이다.[219)]

215) 유진희, 상게 논문, 144면.
216) 미국법률가협회(ALI)는 '지배회사가 피해를 입은 종속회사에 대하여 적어도 사실상 지배적 이익(de facto controlling interest)을 보유하고 있는 경우에 한하여 인정하고 있다[ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations(PCG) Reporter's Note 1 to §7.02].
217) 김재형·김형호, 전게서, 378-386면(2017)에서 재인용
218) 이 분석은 2013년 ERRI 경제개혁연구소가 작성한 ‘주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안’에 있는 ‘다중대표소송의 실효성 분석’이라는 보고서를 참고하였고 몇 가지 조건을 달리하여 2016년 12월말 기준으로 분석해본 것이다.
219) 공정거래위원회, “2016년 대기업집단 주식소유현황 보고서”(2016. 7).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

<표 7> 분석대상 기업집단 현황

(단위 : 개)

구 분	대기업 집단명	계열사수
총수 있는 집단(45개)	삼성, 현대자동차, 에스케이, 엘지, 롯데, 지에스, 한화, 현대중공업, 한진, 두산, 신세계, 씨제이, 부영, 엘에스, 대림, 금호아시아나, 현대백화점, 현대, 오씨아이, 효성, 미래에셋, 영풍, 하림, 케이씨씨, 한국타이어, 코오롱, 교보생명보험, 한국투자금융, 동부, 한라, 동국제강, 한진중공업, 세아, 중흥건설, 이랜드, 태광, 태영, 아모레퍼시픽, 현대산업개발, 셀트리온, 하이트진로, 삼천리, 한솔, 금호석유화학, 카카오	1,496
총수 없는 민간집단(8개)	포스코, 농협, 케이티, 대우조선해양, 에쓰-오일, 대우건설, 케이티앤지, 한국지엠	174
공기업집단(12개)	한국전력공사, 한국토지주택공사, 한국도로공사, 한국가스공사, 에스에이치공사, 한국수자원공사, 한국철도공사, 한국석유공사, 인천도시공사, 서울메트로, 서울특별시도시철도공사, 부산항만공사	66
계(65개)		1,736

이중 공기업집단 12개와 상장 계열사가 없거나, 상장회사가 존재하나 1개 있는 경우로서 그 상장사가 최하위계열사이거나 그 상장사가 가지고 있는 비상장사가 사모투자전문회사인 경우는 제외하고[220], 47개 기업집단 소속 계열사 1,514개를 대상으로 분석하였다. 이중 아래 <표 2>와 같이 240개 회사가 상장 계열사이며, 비상장 계열사는 1,274개이다. 이 비상장 계열사 1,274개를 다중대표소송의 대상으로 보았다.

220) 교보생명보험, 이랜드, 한국지엠, 부영, 중흥건설 등

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

<표 8> 다중대표소송 대상회사

(단위 : 개)

기업집단	계열회사	상장회사	비상장회사	다중대표소송가능 모집단
47	1,514	240	1,274	1,274

나. 분석방법

먼저, 대기업집단 소속 계열사의 출자지분에 근거하여 100% 보유안, 50% 초과 보유안, 30% 초과 보유안으로 나누어 다중대표소송의 대상이 될 수 있는 비상장 계열사의 지분구조를 다음과 같이 9가지 경우로 분류하였다.

(1) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 직접 100% 지분을 보유한 경우
(2) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 직접 50% 초과 지분을 보유한 경우
(3) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 직접 30% 초과 지분을 보유한 경우
(4) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 100% 지분으로 3단계의 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 100% 지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 100% 지분을 보유한 경우
(5) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 50% 초과 지분으로 3단계의 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 50% 초과지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 50% 초과 지분을 보유한 경우
(6) 상장 계열사가 비상장 계열사에 대하여 30% 초과 지분으로 3단계의 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 30% 초

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

과지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 30% 초과 지분을 보유한 경우

(7) 상장 계열사가 직접 100% 지분으로 4단계의 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 100% 지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 100% 지분을 보유하고, C비상장 계열사가 D비상장 계열사에 대하여 100% 지분을 보유하고 한 경우

(8) 상장 계열사가 직접 50% 초과 지분으로 4단계 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 50% 초과 지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 50% 초과 지분을 보유하고, C비상장 계열사가 D비상장 계열사에 대하여 50% 초과 지분을 보유하고 한 경우

(9) 상장 계열사가 직접 30% 초과 지분으로 4단계 출자단계를 거쳐 보유한 경우. 예를 들어, A상장 계열사가 B비상장 계열사에 대하여 30% 초과 지분을 보유하고, B비상장 계열사가 C비상장 계열사에 대하여 30% 초과 지분을 보유하고, C비상장 계열사가 D비상장 계열사에 대하여 30% 초과 지분을 보유한 경우

한편, 두 개 이상의 상장 계열사가 비상장 계열사 지분을 보유한 경우는 출자지분율이 큰 회사만을 기준으로 하였고, 상장 계열사가 상장 계열사를 보유한 경우는 현실적으로 다중대표소송이 제기될 수 있으나, 해당 상장 계열사의 주주가 직접 대표소송을 제기할 수 있으므로 다중대표소송 대상에서 제외하였다.[221)]

221) 김재형·김형호, 전게서, 381면(2017)에서 재인용

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 분석결과

<표 9> 출자지분율에 따른 분석효과

	다중대표소송가능 모집단	100%보유	50%초과보유	30%초과보유
합계(개)	1,274	350	796	1,000
비중(%)	100.0	26.4	61.0	77.1

위의 <표 3>과 같이 47개의 대기업집단의 비상장 계열사 수는 1,274개이다. 이들에 대하여 100% 보유에 대하여만 다중대표소송을 허용할 경우는 350개의 비상장 계열사만이 해당하고 이는 비상장 계열사 전체의 26.4%에만 해당한다. 두 번째로 50% 초과 보유의 경우는 796개 회사로 다중대표소송이 가능한 회사 1,274 개 중 61%에 해당된다. 세 번째로 30% 초과 보유의 경우 204개의 비상장 계열사가 추가로 다중대표소송의 대상이 되어 총 1,000개(77.1%)가 된다. 구체적인 기업별 분석결과는 아래 <표 4>와 같다.

<표 10> 기업별 계열사 수와 출자지분율에 따른 분석효과

	계열사 수	상장 계열사	비상장 계열사	100% 보유(비율)	50% 초과보유(비율)	30% 초과보유(비율)
금호석유화학	10	1	9	0(0.0)	6(66.7)	8(88.9)
금호아시아나	24	3	21	6(28.6)	9(42.9)	9(42.9)
대림	28	4	24	4(41.7)	10(41.7)	21(87.5)
대우건설	16	1	15	7(46.7)	12(80.0)	15(100)
대우조선해양	14	1	13	0(0.0)	8(61.5)	13(100)
동국제강	15	3	12	1(8.3)	9(75.0)	12(100)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

동부	25	5	20	7(35.0)	10(50.0)	12(60.0)
두산	25	6	19	7(36.8)	15(78.9)	16(84.2)
롯데	93	9	84	5(6.0)	26(31.0)	46(54.8)
미래에셋	28	3	25	1(4.0)	3(12.0)	3(12.0)
삼성	59	15	44	18(40.9)	34(77.3)	41(93.2)
삼천리	16	1	15	2(13.3)	7(46.7)	8(53.3)
세아	22	4	18	6(33.3)	13(72.2)	13(72.2)
셀트리온	8	2	6	1(16.7)	1(16.7)	1(16.7)
신세계	34	7	27	8(29.6)	19(70.4)	25(92.6)
씨제이	62	9	53	14(26.4)	38(71.7)	49(92.5)
아모레퍼시픽	12	2	10	5(50.0)	10(100)	10(100)
에스케이	86	16	70	36(51.4)	57(81.4)	68(97.1)
에쓰오일	2	1	1	0(0.0)	0(0.0)	1(100)
엘에스	45	6	39	15(38.5)	35(89.7)	35(89.7)
엘지	67	12	55	25(45.5)	46(83.6)	51(92.7)
영풍	23	6	17	4(23.5)	6(35.3)	13(76.5)
오씨아이	22	6	16	5(31.3)	7(43.8)	12(75.0)
지에스	69	6	63	10(15.9)	32(50.8)	47(74.6)
카카오	45	2	43	20(46.5)	33(76.7)	38(88.4)
케이씨씨	7	3	4	0(0.0)	1(25.0)	1(25.0)
케이티	40	9	31	9(29.0)	28(90.3)	28(90.3)
케이티앤지	10	2	8	5(62.5)	7(87.5)	8(100)
코오롱	43	6	37	6(16.2)	28(75.7)	31(83.8)
태광	26	3	23	0(0.0)	7(30.4)	8(34.8)
태영	43	4	39	7(17.9)	16(41.0)	37(94.9)
포스코	45	7	38	6(15.8)	29(76.3)	35(92.1)
하림	58	6	52	10(19.2)	24(46.2)	29(55.8)
하이트진로	13	2	11	9(81.8)	10(90.9)	10(90.9)
한국타이어	14	3	11	2(18.2)	4(36.4)	5(45.5)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한국투자금융	24	1	23	6(26.1)	9(39.1)	9(39.1)
한라	22	3	19	11(57.9)	17(89.5)	19(100)
한솔	20	13	7	0(0.0)	6(85.7)	6(85.7)
한진	38	5	33	10(30.3)	22(66.7)	31(93.9)
한진중공업	9	3	6	1(16.7)	4(66.7)	5(83.3)
한화	57	7	50	13(26.0)	33(66.0)	40(80.0)
현대	21	3	18	4(22.2)	9(50.0)	11(61.1)
현대백화점	35	7	28	15(53.6)	23(82.1)	25(89.3)
현대산업개발	17	3	14	4(28.6)	11(78.6)	12(85.7)
현대자동차	51	11	40	6(15.0)	20(50.0)	31(77.5)
현대중공업	26	2	24	7(29.2)	18(75.0)	24(100)
효성	45	6	39	12(30.8)	24(61.5)	28(71.8)
합계	1514	240	1274	350(26.4)	796(61.0)	1000(77.1)

그런데 문제는 100% 보유안, 50% 초과 보유안, 30% 초과 보유안에서 다중대표소송의 대상이 되지 못하는 비상장 계열사들이 존재한다는 것이다. 이 중에서 출자지분율이 상대적으로 가장 낮은 30% 초과 보유안을 예로 들어보자. 여기서 제외된 비상장 계열사들은 30%도 되지 못한 낮은 출자지분율 때문에 그 대상에서 제외되었는데, 그렇다면 그 제외된 비상장 계열사들이 낮은 출자지분율로 인해 총수일가의 영향력까지 낮아졌다고 할 수 있을 것인가? 사실은 전혀 그렇지 않다는 것이다. 그것은 아래 <표 6>과 같이 높은 내부지분율이 말해주고 있다.[222)]

222) 총수일가에 해당하는 동일인 및 그 친족 지분율은 매우 낮다. 동일인 및 그 친족 지분율은 5.4%에 불과하다. 이 적은 지분을 가지고 계열사 전체를 관리하고 있다.

<표 12> 전체 집단(65개)의 소유지분구조 현황 (2016.4.1 기준, 단위: %)

구 분	동일인 및 친족			동일인 및 친족 이외			합계
	동일인	친족	소계	계열회사	기타*	소계	
2016년(65개)	4.6	0.8	5.4	23.3	1.2	24.5	29.9

* 기타 : 동일인.친족.계열회사를 제외한 동일인관련자. 즉, 임원. 비영리법인.자기주식의 합 (이하 동일)

공정거래위원회, “2016년 대기업집단 주식소유현황 보고서”(2016. 7)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

<표 11> 대기업집단의 내부지분율

	계열사수	상장 계열사	비상장 계열사	내부지분율	
				전체	비상장
금호석유화학	10	1	9	68.21	83.19
금호아시아나	24	3	21	27.09	72.54
대림	28	4	24	56.49	61.08
대우건설	16	1	15	8	55.33
대우조선해양	14	1	13	13.63	83.41
동국제강	15	3	12	46.69	68.48
동부	25	5	20	81.53	93.88
두산	25	6	19	5.77	5.59
롯데	93	9	84	64.12	67.74
미래에셋	28	3	25	13.22	13.22
삼성	59	15	44	52.7	83.68
삼천리	16	1	15	68.27	70.07
세아	22	4	18	70.27	71.93
셀트리온	8	2	6	42.39	79.49
신세계	34	7	27	87.94	92.17
씨제이	62	9	53	68.78	94.25
아모레퍼시픽	12	2	10	61.48	99.96
에스케이	86	16	70	58.7	89.72
에쓰오일	2	1	1	3.01	50
엘에스	45	6	39	81.44	87.7
엘지	67	12	55	9.61	8.48
영풍	23	6	17	69.29	88.12

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

오씨아이	22	6	16	50.86	79.36
지에스	69	6	63	65.46	71.5
카카오	45	2	43	56.12	90.22
케이씨씨	7	3	4	51.98	60.06
케이티	40	9	31	45.25	88.82
케이티앤지	10	2	8	46.59	93.49
코오롱	43	6	37	73.38	90.08
태광	26	3	23	83.53	85.82
태영	43	4	39	56.3	88.12
포스코	45	7	38	64.8	74.28
하림	58	6	52	57.17	99.08
하이트진로	13	2	11	64.25	99.99
한국타이어	14	3	11	60.25	96.55
한국투자금융	24	1	23	7.45	7.44
한라	22	3	19	94.66	98.46
한솔	20	13	7	42.53	90.93
한진	38	5	33	55.4	83.52
한진중공업	9	3	6	53.77	77.97
한화	57	7	50	60.33	84.45
현대	21	3	18	38.73	94.32
현대백화점	35	7	28	63.2	95.92
현대산업개발	17	3	14	73.14	88.38
현대자동차	51	11	40	51.69	76.82
현대중공업	26	2	24	77.95	81.71
효성	45	6	39	66.5	93.06
합계	1514	240	1274	53.62	76.82

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위의 표에서와 같이 상장 계열사와 비상장 계열사 전체에 대한 내부지분율은 평균 53.62%로서 절반이 넘고, 비상장 계열사만의 내부지분율은 평균 76.81%로서 매우 높게 나타나고 있다. 즉, 대기업집단에 속한 비상장 계열사는 총수일가의 철저한 영향력 하에 놓여 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 계열사 간의 출자지분율이라는 외관적인 기준에 의해 일정한 비상장 계열사를 다중대표소송 대상에서 제외시키는 것은 어떤 명분도 없고 납득하기 어려운 조치이다.[223] 따라서 대기업집단 내에 있는 비상장 계열사는 총수일가가 직접 보유하고 있는 비상장 계열사를 제외하고는 모두 다중대표소송의 대상에 포함시켜야 할 것이다.

3. 잠재적 지배·종속회사와 실질적 지배·종속회사에 대해 인정

앞서 다룬 통계에서 다중대표소송의 허용 근거를 전체 계열사들이 지배주주에 의하여 일사분란하게 기업집단이 결합되어 존재하는 단체성에 기인하여 원칙적으로 하면 계열사 간의 지배·종속관계를 외관적인 일정한 출자지분율의 다과로 정할 것이 아니라 총수일가의 내부지분율을 기준으로 상장 계열사와 비상장 계열사 간의 지배·종속관계를 정해서 다중대표소송을 적용여부를 판단하도록 해야 할 것이다.[224]

먼저, 총수일가 및 지배주주가 비상장 계열사에 관하여 내부지분율을 50% 초과하여 보유한 경우에는 비상장 계열사에 대하여 다소라도 보유한 상장 계열사를 지배회사로 보고 당해 비상장 계열사를 종속회사로 보는 것이다. 이는 두 계열사를 현재는 지배·종속관계의 회사로 보기 어렵지만 두 계열사는 언제든지 지배·종속관계로 형성될 수 있는 잠재성을 갖고 있기 때문이다.[225]

다음으로, 총수일가가 비상장 계열사에 대하여 내부지분율을 50% 이하로 보유한

---

223) 2006년 법무부의 상법 개정안에 따라 다중대표소송의 제소자격을 상법상의 모자회사 관계, 즉 50% 이상의 지분소유 관계에서 다루게 되면 재벌의 경우 그룹 전체 지배구조에서 핵심적 위치를 차지하는 주요 비상장 계열사는 총수일가의 개인 지분과 순환출자 등으로 인해 다중대표소송이 원천적으로 불가능하다.
http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_200610031651594516(2006-10-03)

224) 김재형·김형호, 전게서, 386면(2017)에서 재인용

225) 김재형·김형호, 전게서, 386면(2017)에서 재인용

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

경우에는 비상장 계열사와 상장 계열사의 관계가 실질적으로 지배·종속관계에 있을 때 지배회사의 주주에게 다중대표소송의 제기를 인정해야 할 것이다. 지배·종속관계의 여부를 결정하는 기준으로는 독점규제법 제7조제1항의 규정에 의거해서 공정거래위원회가 제정한 '기업결합 심사기준'에 있는 'Ⅳ. 지배관계 형성여부 판단기준'[226]을 참고하면 좋을 것이다.

---

226) Ⅳ. 지배관계 형성여부 판단기준

합병 또는 영업양수의 경우에는 당해 행위로 지배관계가 형성되나, 주식취득, 임원겸임 또는 회사신설의 경우에는 취득회사등이 피취득회사에 대해서 다음 1 내지 3에 규정한 사항을 고려하여 지배관계 형성여부를 판단한다.

1. 주식의 취득 또는 소유(이하 "주식소유"라 한다)의 경우

가. 취득회사등의 주식소유비율이 50/100 이상인 경우에는 지배관계가 형성된다. 취득회사등의 주식소유비율이 50/100 미만인 경우에는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 취득회사등이 피취득회사의 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우 지배관계가 형성된다.

(1) 각 주주의 주식소유비율, 주식분산도, 주주 상호간의 관계

(2) 피취득회사가 그 주요 원자재의 대부분을 취득회사 등으로부터 공급받고 있는지 여부

(3) 취득회사등과 피취득회사 간의 임원겸임관계

(4) 취득회사등과 피취득회사 간의 거래관계, 자금관계, 제휴관계 등의 유무

나. 취득회사 등에 의해 단독으로 지배관계가 형성되지는 않지만, 다른 자(피취득회사의 주식을 공동으로 취득하려는 자 또는 기존 주주)와 공동으로 피취득회사의 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에도 지배관계가 형성된 것으로 본다. 이 경우 다음과 같은 사항 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

(1) 주식 또는 의결권의 보유비율

(2) 임원의 지명권 보유여부

(3) 예산, 사업계획, 투자계획 및 기타 주요 의사결정에 대한 거부권 보유여부

(4) 의결권의 공동행사 약정 존재여부

(5) 사업수행에 필요한 주요 행정권한 보유여부

2. 임원의 겸임의 경우

가. 다음 사항을 종합적으로 고려하여 취득회사등이 피취득회사의 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우 지배관계가 형성되는 것으로 본다.

(1) 취득회사등의 임직원으로서 피취득회사의 임원지위를 겸임하고 있는 자(이하 "겸임자"라 한다)의 수가 피취득회사의 임원총수의 3분의 1이상인 경우

(2) 겸임자가 피취득회사의 대표이사 등 회사의 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 지위를 겸임하는 경우

나. 이외에도 주식소유에 대한 지배관계 판단기준이 적용가능한 경우에는 이를 준용한다.

3. 새로운 회사설립에의 참여의 경우

가. 새로운 회사 설립에의 참여 경우 참여회사 중 2 이상 회사의 신설회사에 대한 지배관계가 형성되어야 한다.

나. 기업결합 당사회사와 신설회사 간의 지배관계 형성여부는 주식소유에 대한 지배관계 판단기준을 준용한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제6절 남소방지 방안

남소의 방지는 다중대표소송의 도입을 반대하는 이들의 우려와 걱정에 대한 해안을 제시할 것이다. 이는 주주의 권리보호와 회사의 경영권에 대한 보호라는 두 가지의 고려사항이다. 주주의 권리보호에 너무 치우치게 되면, 회사의 경영에 방해를 초래 할 여지가 있고 회사의 경영권만을 생각하기에는 주주의 이익과 경제적인 위법의 문제에 대한 우려가 있다는 점에서 남소의 방지에 대한 억제책에 대하여는 좀 더 세밀한 접근으로 방안을 외국의 선례와 우리 기업환경에 대한 접근으로 논의를 시작할 것이다.

1. 담보의 제공

법무부의 상법개정안의 제406조의2 제2항에서 "제176조제3항 및 제4항, 제403조제2항부터 제6항까지, 제404조부터 제406조까지, 제407조 및 제408조까지의 규정은 본조의 소에 준용한다."라고 하였다. 여기서 상법 제176조의 3항에서는 "이해관계인이 제1항의 청구를 한 때에는 법원은 회사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다."고 적시되어 있으며, 또한 4항은 "회사가 전항의 청구를 함에는 이해관계인의 청구가 악의임을 소명하여야 한다."으로 담보제공이 피고이사에게 부여되는 방어권으로 소의 남소를 방지한다.

직접적인 기능으로는 피고가 원고에 대해 가지는 손해배상청구권이라 할 수 있다. 따라서 담보권자가 회사가 아닌 피고인 이사가 된다.[227] 다만, 담보제공의 청구시는 피고가 되는 이사가 소를 제기한 원고의 악의를 소명해야 하는데, 여기서 악의는 주주가 제기한 소가 이사 또는 회사를 해할 의사와 목적이 있는 것을 수반하지는 않는 견해가 일반적이다.

주주대표소송에서는 담보제공에 관하여 학설이 나뉘어 있다. 담보제공의무가 주주대표소송에 대하여 제약으로 작용하여 주주에게 불리하기에 폐지 또는 완화가

227) 통상의 회사법 내, 소송으로 제공되는 담보권자가 회사인 것과는 다르다.
(주주가 결의 취소, 결의무효 및 부존재확인, 신주발행무효의 소 등이 있다.(상법제377조.제388조,제430조의 내용))

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

필요하다는 견해, 주주대표소송의 남소방지의 분명한 목적이 존재하기 때문에 적절하다는 견해[228], 담보규정이 단독주주권으로 변경할 경우 실익이 존재한다는 견해[229] 등이 있다. 이는 다중대표소송도 앞선 견해들과 같은 입장이라 볼 수 있다.

담보제공의 의무는 피고 이사에게 소명의 기회부여인 점에서 의의가 있으며, 이사가 제시한 주주의 악의의 소명 판단을 법원이 하는 점에서 이사가 다중대표소송을 회피할 목적으로 악용될 여지가 적다고 사료된다.

담보제공의 목적이 남소방지로 악의를 가진 주주를 차단 가능하다는 점에서 지배·종속회사에서의 주주보호만을 목적으로 하는 비판에서 제외된다고 생각된다. 그러나 담보제공의 가액이 법원의 재량으로 정해지는 것을 고려하면, 원고의 악의에 대한 인정기준, 이사의 소명방법 및 담보액에 대한 결정의 합리적 기준이 필요하다. 이런 점에서 다중대표소송에서의 담보제공은 남소방지에 기여하며, 원고에게 있어서도 도움이 될 것이라 생각된다.

2. 소수주주권

소수주주권은 남소의 제도적 장치로 마련이 되어 있다. 다만, 다중대표소송에서의 소수주주권에 대한 입법적 기준의 변경을 요한다. 법무부의 개정(안)의 내용에는 없지만, 2016년 채이배의원 개정(안)에서는 “상장회사의 경우 필요 지분율 요건을 0.01%에서 0.001%로 완화”하여 주주대표소송 제기요건을 완화를 하는 반면, 오신환의원의 개정(안)에서는 제542조의6의 소수주주권으로 주식 계속보유원칙으로 적용을 6개월 전부터 1만분의 1이상의 보유를 요한다. 채이배의원의 개정(안)대로라면 소수주주권이 확대되어 단독주주권의 실현이 가능하며 남소의 우려가 있지만, 오신환의원의 개정(안)으로는 소수주주권의 강화로 이어진다.

현행 상법 제542조의6의 제6항은 “6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조(제324조, 제408조의9, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함

228) 손영화, 전게 미국법상 이중대표소송, 111면.
229) 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송(경영법률 제10집) 한국경영법률학회, 396면(2000).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다."로 명시되어 주식동시원칙을 요구하지 않는다. 이에 대해 미국과 그 외의 영연방 국가들과 같이 단독주주권 및 계속보유의 원칙이 적용되어 남소의 방지의 기능이 필요하다.

3. 재심의 허용

앞선, 법무부 및 개정안의 내용에서는 주주대표소송의 규정을 준용하게 되어있다. 준용 규정안에서의 재심 규정은 상법 제406조에서 제1항은 "제403조의 소가 제기된 경우에 원고와 피고의 공모로 인하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로써 판결을 하게 한 때에는 회사 또는 주주는 확정한 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다."로 명시되어 있으며, 제2항은 "전조의 규정은 전항의 소에 준용한다."라고 재심에 대하여 허용하고 있다.

재심 허용 목적은 소송참가와 함께 주주대표소송이 피고이사와 원고주주의 소송으로 인하여 회사의 권리가 발생하여 원고가 되지만, 회사가 이사의 행위에 대한 손해액을 감액하거나 원고주주의 패소를 이끌어 내는 것, 원고와 피고가 회사의 권리 침해를 유발하는 공모 등의 상황에 대한 남소 방지책이라 할 것이다. 공모는 법의 명문 규정으로 원고와 피고에게 공모라는 요건을 요구하기에 소송에 있어서 불성실한 소송의 진행의 경우는 재심에 대하여 허용하지 않는다는 문제점이 있다.[230] 또한 현행 상법에서는 주주대표소송에서의 특칙이기 때문에 회사가 직접적으로 이사의 불법행위에 대한 소송을 진행하는 경우에는 회사의 권리 침해발생이 있더라도 재심의 청구가 불가능하다.

공모가 회사와 이사의 이해관계로 주주대표소송이 있기 전 이사가 회사로 소송을 제기하게 함으로써 주주대표소송의 여지를 없애는 수단으로 사용될 수 있다. 이는 권리구제 수단으로의 우려로 불충분하다 생각된다. 이와 같은 주주대표소송의 사항은 다중대표소송에 있어서도 같은 문제에 직면한다. 지배회사와 종속회사의 이사의 이해관계에서의 공모가 발생될 경우 재심에 대하여 원고와 피고의 공모만을 제한적으로 허용하는 것이 아닌 부당한 침해에 대하여 모두 재심의 청구 사유가 되어야 한다는 것이 제도의 취지와 같은 목적이라 생각된다.

---

230) 이철송, 전게 회사법강의 제20판, 799면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

4. 경영판단의 원칙 및 특별소송위원회 도입

다중대표소송을 도입하기 되면, 이사에게 있어서의 책임에 대한 범위는 한층 강화되고, 소송에 피고로서의 위험에 노출되는 점의 우려로 경영 판단이 불가능할 가능성이 제기된다. 다만, 이사의 경영에 대한 판단이 성실함과 합리성에 기인한 선의적인 행위의 추정력을 지니게 됨이 번복되지 않는다면 법원의 개입에 의하여 소송은 각하될 것이다. 남소방지의 대책으로 경영판단의 원칙을 도입하여 합리적인 이사의 책임의 한계 설정하여 경영능력의 향상을 기대하기도 한다.[231)]

경영판단의 원칙을 다중대표소송에서 제소여부에 관한 결정을 담당하는지에 대한 문제 또한 발생하는데 이는 상법 제394조를 준용하여 이사를 대상으로 하는 소송에서 감사가 회사를 대신하여 결정권이 있다고 할 수 있다. 우리나라의 기업 현실에서 감사는 인적 이해관계가 있다는 점에서 결정권이 경영진에 있는 이사의 판단과 큰 차이가 없다. 감사는 전문성과 독립성이 결여 되어 있다는 것이 이사에 대한 책임추궁이 어려울 것이다.

따라서 외국의 경우의 경영판단의 원칙의 준용을 보면 미국은 임원에게 주의·충실의무를 분리하여 요건을 정하고 있다. 요건으로는 경영에 있어서 판단 대상에 대하여 이해관계의 부존재, 충분한 정보를 가지고 판단하여 대상과 관련한 상황의 적절성, 판단이 회사의 최선적 이익의 합치된다고 하는 경우를 의무 이행으로 보고 있다. 독일은 주식법 제93조제1항2[232)]에서 이사의 경영판단에 대한 주의의무를 적시했으며, 일본은 최고재판소 판결에서 업종에 대한 이해의 주의의무의 다름을 이사의 임무해태에 대한 위반으로 경영판단의 원칙을 들었다. 국내의 판결에서는 “그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신

231) 김재훈, 전게 박사논문, 110-111면.

232) § 93 (Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder)(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschätsfürung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschätsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernüftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.”

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영 판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며 … ”라고 표현하고 있다.[233)]

결국 다중대표소송에서의 이사의 경영판단의 합리적 경영판단의 판단여부를 위하여는 감사가 아닌 새로운 기관이 담당하는 것을 생각하며, 이를 위해 미국의 특별소송위원회와 같은 제도를 두어 제소 전에 실질적 심사를 하는 방안에 대한 의견을 제시한다.

특별소송위원회는 남소에 대한 방지가 되는 것에 대하여, 이사의 경영판단이 잘못되어 손해가 발생되었다고 하더라도 주주의 소송 제기 이전에 특별소송위원회의 심의를 걸쳐 소를 제기 하게 한다면 다중대표소송의 남소에 대한 충분한 억제책이 될 것으로 생각한다. 다만 소가 제기되기 전의 절차로 법제적 차원에서의 법원의 일부 참여를 요할 것이다. 특별소송위원회가 이사의 행위가 경영판단의 원칙에 위배되지 않는 손해가 전문적이고, 독립적이며, 법원의 이해관계인의 참여로 적법성을 띠게 된다면 남소에 대한 충분한 견제 수단이 된다고 생각된다.

233) 대법원 2002. 6. 14. 2001다52407.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 결 론

최근 재벌개혁의 목소리가 높아진 가운데 한 때 추진되었다가 중단된 상법 관련 경제민주화법이 다시 관심을 받고 있다. 그 중에 하나가 다중대표소송 제도의 도입이다. 다중대표소송의 도입과 관련하여 여러 가지 쟁점사항 중에서 몇 가지 핵심적인 사항들을 정리해보면 다음과 같다.

첫째, 당사자적격 중 원고적격과 관련해서 회사의 범위에 있어서 용어가 통일되어 있지 아니하다. 모자관계의 회사, 출자·피출자 회사, 지배·종속 회사 등 다양한 용어로 사용되고 있다. 이에 관해서는 지배·종속회사로 통일하는 것이 좋을 것으로 보인다. 이는 뒤에서 인정범위와 관련하여 자세히 언급하기로 한다.

둘째, 제소 전 절차로서 회계장부열람권을 지배회사의 주주에게 인정할 것인지 여부이다. 다중대표소송은 지배·종속관계 혹은 모자회사에서의 종속회사 및 자회사의 정보에 접근이 어렵기에 실효성 확보가 필요하다. 따라서 지배회사의 주주 중에서 발행주식 총수의 100분의 3이상을 가진 소수주주에게 회계장부열람권을 부여하는 것이 맞다고 본다.

셋째, 가장 큰 쟁점으로서 다중대표소송의 인정범위를 어디까지 인정해야 할 것인지가 문제이다. 다중대표소송의 인정범위와 관련하여 우리나라에서는 그동안 주로 지배회사의 출자지분율을 기준으로 논의가 이루어져왔다. 즉, ① 모회사가 자회사의 주식을 100% 소유한 경우 모회사의 주주에게 다중대표소송을 인정하자는 견해, ② 50% 초과하여 소유한 경우 모회사의 주주에게 다중대표소송을 인정하자는 견해, ③ 다중대표소송 도입의 취지를 제대로 살리기 위해서는 지분요건을 30%초과로 완화시켜야 한다는 견해, ④ 사실상의 지배•종속관계에 있는 모든 경우로 확대하자는 견해로 분류할 수 있다. 차례로 살펴보기로 한다. 원고적격과 관련하여 주주의 지주비율을 보면 다중대표소송소의 개정안들은 공통적으로 제406조의2 제1항에서“발행주식총수의 100분의1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구 할 수 있다”를 요건으로 한다. 그런데 우리나라의 경우 그 인정 근거는 미국과 달리 개별 회사라는 ‘개별성’에서 찾을 것이 아니라 원칙적으로 전체 계열사들이 총수일가의 지배하에 일사

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

분란하게 기업집단으로 결합되어 있다는 '단체성'에서 찾아야 한다. 그리하여 계열사 간의 지배·종속관계를 일정한 출자지분율의 다과로 정할 것이 아니라 총수일가의 내부지분율 50%를 기준으로 하여 이보다 내부지분율이 높으면 비상장 계열사의 지분을 다소라도 보유한 상장 계열사의 주주에게 다중대표소송을 인정해야 할 것이다. 이는 두 계열사를 현재는 지배·종속관계의 회사로 보기 어렵지만 두 계열사는 언제든지 지배·종속관계로 형성될 수 있는 잠재성을 갖고 있기 때문에 이러한 경우 상장계열사를 지배회사로 보고 비상장 계열사를 종속회사로 보자는 것이다. 그러나 내부지분율이 50% 이하일 경우에는 상장 계열사와 비상장 계열사 간의 지배·종속관계를 실질적으로 따져서 지배·종속관계가 성립되면 다중대표소송을 적용해야 할 것이다.

결국, 2013년부터 다중대표소송에 관한 개정(안)들에 있어서의 원고적격의 회사의 범위에 관한 문제는 실질적·잠재적인 지배종속의 관계로 보아 본문에서 언급된 실제 통계를 확인하여 지배·종속회사의 경우 비상장회사에 모두 적용되어야 한다는 것이 개인적 사견이다.

그동안 다중대표소송의 도입을 반대하는 측에서는 소송의 남용을 가장 우려한다. 다중대표소송으로 물을 수 있는 이사의 책임범위가 매우 넓고, 지배회사의 일정지분만 보유하면 종속회사들을 대상으로 동시다발적인 소송 제기가 가능하다는 것이다. 그러나 이사 등의 위법행위로 인하여 발생하는 책임을 추궁하는 제도가 대표소송이기 때문에 다중대표소송의 경우에도 종속회사 이사 등의 위법행위가 있는 이상 그로 인하여 발생하는 모든 책임을 추궁하는 것은 당연하다. 그리고 단순대표소송에 대하여 적용되는 남소방지 규정이 그대로 적용된다면 남소의 소지는 특별히 크다고 할 수 없을 것이다. 그동안 통계적으로 보더라도 한해 평균 4-5건의 주주대표소송이 제기되지 않은 점만 보더라도 남소우려의 주장은 기우에 지나지 않는다. 지배회사의 소수주주와 종속회사의 소수주주의 이익이 상호충돌 할 가능성도 거의 없다고 보아야 하며. 오히려 다중대표소송은 종속회사의 소수주주에게도 도움이 된다고 보아야 한다.[234)]

담보의 제공 및 소수주주권의 강화 특별소송위원회와 같은 다중대포소송의 남소에 대한 억제책으로 외국의 입법례와 비교하여 국내 기업에 대한 이해로 적용하게

234) 김대연, "주식의 포괄적 교환 및 이전과 대표소송", 「상장협(제46호)」 162면(2002).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

된다면 충분한 다중대표소송의 도입이 이사와 주주간의 견제가 되어 회사의 손해에 대한 보전과 이익에 대한 효과를 기대해 볼 수 있다.

더 나아가서 다중대표소송이 인정된다 하더라도 정당한 경영활동과 관련 있는 경영판단이라면 법원이 보호해줄 것이다. 다중대표소송을 통해 규제하려고 하는 행위는 이사의 충실의무에 위배되는 행위이지 결코 정당한 경영판단이 아닌 것이다. 다중대표소송을 인정함으로써 정당한 주주권을 확립하려는 것이지 결코 과도한 경영간섭을 하려는 것이 아닌 것이다. 다행히 우리나라 대법원에서는 2000년대 중반 이후부터 미국 판례법상 인정되는 경영판단의 원칙을 적용하는 경향을 보이면서 다수의 판례가 축적되고 있다.[235] 경영판단의 원칙을 계속 판례에 맡겨둘 것이 아니라 차제에 상법에 명분화하는 방안을 검토해볼 필요가 있다.

235) 서울중앙지방법원 2009. 1. 9. 선고 2006가합78171 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결, 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결, 대법원 2006. 7. 6. 선고 2004다8272 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다41651 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33685 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2004다68519 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다35787 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결 등.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【참고문헌】

Ⅰ.국내문헌

1. 단행본

김건식, 회사법연구Ⅰ , 도서출판소화. 2010.

김정호, 회사법 제3판 , 법문사, 2014.

류시창, 주식회사법 제2판 , 법문사, 2013.

서성호, 최신기업법강론, 무역경영사, 2015.

송옥렬, 상법강의 제4판, 홍문사, 2014.

이철송, 회사법강의 제20판, 박영사, 2012.

정동윤, 회사법, 법문사, 2001 외 다수

정찬형, 상법강의(상) 제17판 , 박영사, 2014,.

최준선, 회사법 제8판 , 삼영사, 2013.

홍복기외 7인, 회사법-사례와이론 제2판, 박영사, 2013.

권재열, 다중대표소송관련 국제적인동향과 그 시사점 , 글로벌 법제와 정책연구, 한국법제연구원, 2013.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 국내논문

강영기, “다중대표소송제도에 관한 검토”, 고려대 회사법 센터 제1회 학술발표연구회. 2013

강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”, ERRI 경제개혁리포트 2013-8호. 2013

권상로·한도율, “다중대표소송에 관한 입법론적 고찰",「,법과 정책연구」제14집 제2호, 2014.

권성안, “주주대표소송에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2001.

권재열, “2013년 상법상 다중대표소송 도입안에 관한 비교법적 검토”,「증권법연구」제14권 제2호, 2013.

_____, “보통법계 국가에서 주주대표소송 현황-미국을 제외한 기타국가를 중심으로”. 法學論叢, Vol.20 No.2, 2013.

_____, “二重代表訴訟의 許否에 대한 比較法的 檢討 - 서울고등법원 2003 .8. 22. 선고, 2002나13746 판결을 대상으로 하여 -” 比較私法, Vol.11 No.2, 2004.

_____, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”,「성균관법학」, 제18권제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2003.

김대규, “支配會社株主의 二重代表訴訟”,「증권법연구」 제5권 제2호, 한국증권법학회, 2004.

김대연, “주식의 포괄적 교환 및 이전과 대표소송”,「상장협」제46호, 2002.

_____, “지배·종속회사에서의 대표소송”,「상사법연구」제19권 제2호, 2000.

김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대”,「외법 논집」제13집, 한국외국어대학교, 2002.

김병연, “미국법상 주주대표소송에 있어서 특별소송위원회에 관한 소고”,「현대기업구조의 재편과 상사법」, 정문사, 1998.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김상규, “주주의 대표소송에 관한 소고”,「법학논총」제25권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2008.

김순석, “결합기업의 회사법상 쟁점에 대한 검토”, 「상사법연구」 제32권 제1호(한국상사법학회), 2013.

김영국, “위법·불공종한 전환사채의 발행과 다중대표소송”, 경북대「법학논고」제49집, 2015.

김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안”, 「ERRI 경제개혁리포트」 2013-10호, 2013.

김재형·김형호, “다중대표소송의 인정범위에 관한 고찰”, [法學論叢, (Vol.24 No.1)]. 2017

김재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거(Brown v. Tenney, 155 Ill. App. 3d 605)”, 「상사판례연구」제15권, 2003.

김재훈, “다중대표소송에 관한 법적고찰”, 「한국비즈니스리뷰」 제6권 제2호, 조선대학교 지식경영연구원, 2013.

_____, “주주대표소송에 관한연구 - 이중대표소송을 중심으로-”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2014.

김정호, “다중대표소송의 도입방안에 관한 연구”, 「경영법률」 제23권 제4호, 한국경영법률학회, 2013,.

_____, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구", 「상사법연구」. 제33권 제4호, 2015.

김주영, “우리나라 주주대표소송의 제소현황 및 판결경향에 관한 고찰”, 기업지배구조리뷰 2007.

김지환, “대표소송제도의 현황과 과제”, 「상장협연구」 제68호, 2013.

남현숙·최준선, “이중대표소송에 관한 델라웨어 최고법원 판결연구 : Lambrecht v. O'NEAL 3A.3d 277 Del. Supr. 2010", 「성균관법학」 제26권

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4호, 2014.

문승현, “주주대표소송에 대한 회사의 소송참가의 법적 성질-”,「CHONBUK LAW JOURNAL」제3권 제1호, 2012.

박신호, “이중대표소송제도 도입의 문제점”, 「CER 006-12」(전국경제인엽합회(CEO REPORT), 2006.

박정국, “다중대표소송에 관한 연구 : 입법을 위한 구체적 방법론을 중심으로”, 숭실대학교, 박사학위 논문, 2006.

_____, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론 - 소제기권자에 관한 논의를 중심으로-”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2013.

_____, “이중대표소송에 관한 연구 -입법을 위한 구체적 방법론을 중심으로-”부산대학교 대학원 박사학위논문, 2010.

배 도, “다중대표소송의 도입에 관한 연구”, 숭실대학교 박사학위논문, 2005.

손영화, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토", 「경제법연구」제12권 제2호, 2013.

_____, “모회사주주의 대표소송과 이사의 경영판단”,「상사판례연구」17집, 2004.

_____, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토", 「경제법연구」제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013.

안성포, “주주대표소송과 원고적격성”, 「비교사법」 제12권 제1호(한국비교사법학회, 2005).

안수현, “지배.종속회사와 주주대표소송”, 「고시계」 Vol. 50 No. 8(고시계사, 2005).

양동석.박진호, “경영판단원칙과 주주대표소송”,「통일문제연구」, 조선대통일문제연구소, 2001.

양만식, “상법상 다중대표소송제도의 도입에 관한 고찰", 「상사법연구」. 제32권 제2호, 2013.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

염미경, “이중대표소송의 도입에 관한 고찰”, 「비교사법」 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006.

유진희, “다중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 「상사판례연구」 제19집 제4권, 2006.

_____, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 「상사판례연구」 제19집 제4권, 2006.

이지수, “이중대표소송(Double Derivative Suit)에 관한 미국에서의 법적 논거”, 「기업지배구조연구」. vol.13, 2004. winter.

이창기, “다중대표소송제도의 도입방안에 대한 소고”, 「기업법연구」 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013.

이철송, “이사의 경영책임과 주주의 소송 -문제점과 대안을 중심으로-”, 「상장」 제287호, 한국상장회사협의회, 1998.

이태종, “미국 회사법상의 이중대표소송”, 「재판실무연구」 제2권, 수원지방법원, 1997.

_____, “주주의 대표소송에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.

이훈종, “다중대표소송의 입법화에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제13집 제3호, 2013.

_____,, “이중대표소송과 법인격부인에 관한 연구”, 「한양법학」제43집, 2013.

장윤제, “多重代表訴訟制度의 導入方案에 관한 硏究”, 한양대학교, 석사학위, 2015.

전삼현, “이중대표소송에 관한 소고”, 「경영법률」 제17권 제1-1호, 한국경영법률학회, 2006.

정대근, “독일주식법상 사실상콘체른에서의 책임구조”, 「법학연구」 제51권 제1호(통권 제63호), 부산대학교 법학연구소, 2010.

정병석, “이중 대표소송의 허용 가능성 -대법원 2004.9.23. 선고 2003다49221 판결-", 「기업법연구」 제19권 제1호 2005.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정승화, “주주대표소송의 활성화를 위한 소고”,「상사판례연구」제26권 제2호, 한국상사판례학회, 2013.

정윤천, 이중대표소송에 관한 법적 연구, 인하대학교 석사학위논문, 2013.

정재진, “다중대표소송에 관한 법적 고찰”, 한국외국어대학교 석사학위논문, 2011.

정준우, “주주대표소송의 원고적격에 관한 쟁점사항의 검토“, 「기업법연구」 제19권 제2호, 2005.

_____, “주주대표소송의 원고적격에 관한 쟁점사항의 검토“, 「기업법연구」제19권 제2호, 2005.

최정식, “상법상 이중대표소송 도입의 필요성에 대한 검토”, 「법학연구」제57집, 2015.

최준선, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”, 「성균관법학」 제18권 제3호, 2006,

_____, “주요국의 기업집단 소유지배구조에 대한 비교분석”, 「비교사법」제23권 제4호, 2016.

최진이, “지배회사 주주의 종속회사 이사 등에 대한 이중대표소송 허용에 관한 연구”,「기업법연구」. 제23권 제3호, 2009.

황근수, “독일·일본·미국에서 지주회사에 관한 고찰”, 「상사판례연구」 제21집 제2권, 한국상사판례학회, 2008.

3.판례 및 개정안

대법원 1999.12.21.자 선고 99다137 판결.

대법원 2001. 10. 26.자 선고, 99다58051 판결

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

대법원 2001.10.26. 선고 99다58051 판결.

대법원 2002. 3. 15. 200다9086 판결

대법원 2002.3.15 선고, 2000다9086 판결.

대법원 2004. 9. 23. 선고, 2003다49221

대법원 2004. 9. 23. 선고, 2003다49221 판결.

대법원 2004.12.24.자 2003마1575 결정).

서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 판결

서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 판결.

서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746,

서울중앙지법 2008. 6. 20. 2007가합43745 판결.

상법 일부개정법률안(김종인의원 등 122인) 제안일 : 2016년 07월 04일.

상법 일부개정법률안(채이배의원 등 20인) 제안일 : 2016년 08월 08일.

상법 일부개정법률안(노회찬의원 등 10인) 제안일 : 2016년 09월 02일.

상법 일부개정법률안(이종걸의원 등 10인) 제안일 : 2016년 11월 03일.

상법 일부개정법률안(오신환의원 등 10인) 제안일 : 2017년 02월 14일

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅱ. 해외문헌

ALI, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE : ANALYSIS & RECOMMENDATIONS(1994), 1994.

Arad Reisberg, Oxford, Derivative Actions and Corporate Governance: Theory and Operation, Oxford University Press, 2007.

B. Bouloc, Procédure pénal, 2010.

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

Baums, Theodor & Scott, Kenneth E., "Taking Shareholder Protection Seriously-Corporate Governance In The United States And Germany",53 American Journal of Comparative Law 31, 2005.

Boyle, A. J, Minority Shareholders' Remedies, Cambridge University Press, 2002.

Branson, Douglas M., "The Rule That Isn't a Rule-The Business Judgment Rule", 36 Valparaiso University Law Review 631, 2002.

Coffee & Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, L. 1981.

Coffee Jr., John C. & Schwartz, Donald E., "The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform", 81 Columbia Law Review 261, 1981.

Cox, James D., "Compensation, Deterrence and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures", 52 George Washington Law Review 74, 1984.

Cox/Hazen/O'Neal, Corporations, Aspen L& B, 1997.

David W. Locascio, "The Dilemma of the Double Derivative Suit", 1989.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Dawson, John P., “Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees From Funds”, 87 Harvard Law Review 1597, 1975.

Estes, Robert M., “Corporate Governance in the Courts”, 58(4) Harvard Business Review 51, 1980.

General Rubber Co. v. Benedict, 1915.

Goldstein v. Groesbeck, 1944.

Hansen, Charles, “The Duty of Care, the Business Judgement Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project,” 48 Bus. L. 1356, 1993.

Harvey, Christopher M., “Mergers and Double Derivative Actions: The New Frontier in Derivative Standing”, 38 Villanova Law Review 1194, 1993.

Haudek, William E., “The Settlement and Dismissal of Stockholders’ Action Part II: The Settlement”, 23 Southwestern Law Journal 765, 1969.

Jensen, Michael C. & Meckling, William H., “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership”, 3 Journal of Financial Economics 305, 1976.

Kossoff, Kenneth W., “Director Independence and Derivative Suit Settlements”, 1983 Duke Law Journal 645, 1983. Leavall, Robert N., “Corporate Social-Reform, the Business Judgment Rule and Other Consideration”, 20 Georgia Law Review 565, 1986.

Lambrecht v. O’Neal, Del. 2010.

Lewis v. Anderson, Del. 1984.

Locasio, David W., “Comment: The Dilemma of the Double Derivative Suit”, 83 Northwestern University Law Review 729, 1989.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Loewenstein, Mark J., “Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance”, 24 Delaware Journal of Corporate Law 1, 1999.

Manne, Henry G., “Our Two Corporation Systems; Law and Economics”, 53 Virginia Law Review 259, 1967.

Millani, Lisa M., “The Continuous Ownership Requirement: A Bar to Meritorious Shareholder Derivative Action?”, 43 Washington & Lee LawReview 1013, 1986.

Minnow, Nell, “Hollow Shareholder Suits Show Rottenness in Delaware Courts”, Legal Times, Vol. 25, Sept. 17, 1990

Paul Didier, Droit Commercial, l’Entreprise en Société, 1997.

Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 2003.

Rales v. Blasband, 634 A. 2d 927(Del. 1993), Lewis v. Ward, Del. 2004.

Section 244 of Act n° 66-537 of July 24, 1966, in Code des Sociétés, Dalloz, 1999.

The Law Commission, Shareholder Remedies: A Consultation Paper, 1996.

United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.Salzman v. Birrell, 1948

Untermeyer v. Valhi Inc., CSX Corp, United States District Court, S. D. New York, July 28, 1987.

Waddington Limited v. Chan Chun Hoo Thomas & Ors, 2008.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

<일 본>

21世紀政策研究所 報告書,「多重代表訴訟についての研究報告-米.仏の實地調査を踏まえて-」, 21世紀政策研究所 報告書, 2012. 1.

岡本仁志, “多重株主代表訴訟とは? 親会社株主が子会社役員を提訴するには”, 2011. 4. 2.

髙木康衣, “最近の判例における会計帳簿閲i覧請求の拒絶をめぐる問題”, 「九州国際大学法学論集」 第15巻 第3号(2009), 2009.

古川朋子, “フランスにおける会社訴権の個人的行使制度の展開ー株主の会社訴権行使権限を中心としてー”, 「早稲田法学会誌」 第51巻, 2001.

法務省民事局叅事官室, “會社法制の見直しに關する中間試案の補足說明”,「商事法務(No. 1952)」, 2011. 12. 20.

山田泰弘, "結合企業と代表訴訟"(2),「高崎經濟大學論集」第45卷 第3號, 高崎經濟大學, 2002.

山田泰弘, “結合企業と代表訴訟(1)”, 「高崎経済大学論集」 第45巻 第2号, 2002.

山田泰弘, “結合企業と代表訴訟(2.完)”, 「高崎経済大学論集」 第45巻 第3号, 2002.

山田泰弘, “結合業と代表訴訟(1),” 「高崎經濟大學論集」第45卷 第2號, 高崎經濟大學, 2002.

山田泰弘, “国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度ー特に株主代表訴訟の原告適格を巡ってー”,「立命館法学」 第314号, 2007.

山田泰弘, “親子会社·株式交換と多重的代表訴訟-アメリカ法における運用と正当化理論を参考にして-” 「名古屋大学法政論集」 第177号, 1999.

山田泰弘, “親子会社・株式交換と多重的代表訴訟(一)”, 「名古屋大学法政論集」 第177号, 1999.

森本滋, “純粹持株會社と會社法”, 「法律時報」 第47巻 第12号, 1995.

水島治, “純粋持株会社の保有株式の譲渡と事業譲渡”, 「立命館法学」 第309号,

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2006.

岩原神作, “會社法制の見直しに關する要綱案の解說(Ⅲ)”,「商事法務(No. 1977)」, 2012.9.25.

畠田公明, 「ユーポレート.ガバナンスにおける取締役の責任制度」, 法律文化社, 2002.

前田雅弘, “持株會社”, 「商事法務」 第1466号, 1997.

前田雅弘, “持株會社”, 「商事法務」1466號, 商事法務研究會, 1997.

竹田英秋, “会社法の改正に向けた動きについて(その1)” 「太陽ASG有限責任監査法人 Monthly Report」 Vol. 46, 2012. 11.

丸山秀平, 「株式会社法概論」, 中央経済社, 2003.

会社法制部会, “親子会社に関する規律に関する検討事項(1) - 親会社株主の保護に関する規律 -”, 2010. 8. 25.

横山淳, “会社法制見直しの企業集団への影響”, 「DIR(大和総研)」, 2012. 10. 31.

黒沼悅郎, “持株會社の法的諸問題(3)”, 「月刊 資本市場」 第120号, 1995.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅲ. web사이트

YTN뉴스 - ttp://www.ytn.co.kr/

경제개혁연대 - http://www.ser.or.kr/

기업집단포탈(OPNI) - http://groupopni.ftc.go.kr/ogroup/index.jsp

뉴질랜드 온라인 법률 - http://www.legislation.govt.nz/

델라웨어주정부 - http://www.delaware.gov

로앤비 - http://www.lawnb.com

메사추세추 연방법원 - https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/

서울경제 - http://www.sedaily.com/NewsView

세계법제정보센터 - http://world.moleg.go.kr

영국 법률위원회 - http://lawcommission.justice.gov.uk

위키디피아 - http://en.wikipedia.org/wiki

좋은지배구조연구소 - http://www.cgcg.or.kr/2016/

참여연대 - http://www.peoplepower21.org/

캐나다 법무부 - http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/

Collection @ chosun