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]I804:24011-200000266746

2018년 2월

석사학위 논문

주주대표소송에 관한 연구

조선대학교 대학원

법 학 과

김 보 미

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주주대표소송에 관한 연구

A Study on the shareholder derivative action

2018년 2월 23일

조선대학교 대학원

법 학 과

김 보 미

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주주대표소송에 관한 연구

A Study on the shareholder derivative action

지도교수 김 재 형

이 논문을 법학 석사학위신청 논문으로 제출함

2017년 10월

조선대학교 대학원

법 학 과

김 보 미

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김보미의 석사학위논문을 인준함

위원장 조선대학교 교 수 서성호 (인)

위 원 조선대학교 교 수 권상로 (인)

위 원 조선대학교 교 수 김재형 (인)

2017년 11월

조선대학교 대학원

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【목　　차】

ABSTRACT ·····

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 3

제2장 우리나라 주주대표소송제도의 개관 ····· 5

제1절 대표소송의 의의 ····· 5

1. 대표소송의 기본이념 ····· 5

2. 대표소송의 성격 ····· 6

3. 대표소송의 기능 ····· 7

제2절 대표소송의 제소요건과 소송절차 ····· 9

1. 대표소송의 당사자 ····· 9

2. 대표소송의 소송절차 ····· 12

3. 판결의 효과 ····· 14

제3절 대표소송의 현황 ····· 15

1. 소송의 현황 ····· 15

2. 주요 대표소송 판결 및 분석 ····· 17

3. 검토 ····· 23

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 외국의 주주대표소송제도 ····· 25

제1절 미국 ····· 26

1. 미국 주주대표소송의 연혁 ····· 26
2. 제소요건 ····· 28
3. 제소현황 ····· 31

제2절 일본 ····· 31

1. 일본 주주대표소송의 연혁 ····· 31
2. 제소요건 ····· 35
3. 제소현황 ····· 35

제3절 그 외 국가의 주주대표소송 ····· 36

1. 영국 ····· 36
2. 독일 ····· 39

제4장 주주대표소송의 문제에 대한 개선방안 ····· 43

제1절 주주대표소송의 문제점 ····· 43

1. 기업지배구조의 특성 ····· 43
2. 법원의 태도 ····· 45
3. 소액주주의 권리 및 한계 ····· 46

제2절 제도상 문제검토 및 개선방안 ····· 47

1. 단독주주권의 인정 ····· 47

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 다중대표소송의 도입 ····· 49
3. 상법상 주주의 소송참가 ····· 54
4. 소송비용의 실질적 상환 ····· 55

제5장 결 론 ····· 56

참고문헌 ····· 58

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【ABSTRACT】

A Study on the shareholder derivative action

Kim, Bo-mi
Advisor : prof. Kim, Jae-Hyeong, Ph.D.
Department of law,
Graduate School of Chosun University

A Shareholder Derivative action is a lawsuit filed by a minority shareholders for the purpose of asking the Director's responsibility for illegal act. However, because of the relationship between the company and the representative organization of the company or between the directors and the major shareholder, the company often overlooks the illegal act within groups. This eventually makes their interests of the company and shareholders reduce. So, commercial law regulate the right of minority shareholder who qualified.

In korea, 'A Shareholder derivative action' was made by commercial law in 1962, at that time, shareholder had to have a 5%'s total number of shares issued. by the way, in 1997, As Korea was funded from IMF, They noticed the need for restructuring of major company, enterprise company and financial institution and improving the corporate structure. So, renewaled commercial law regulated shareholder's total number of shares of issued as more than 1% in 1998. Consequently, Shareholder's condition of eligibility was easer than before. And April 2011, renewaled commercial law allowed shareholder who had total number of shares of issued as more than 0.01%

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

to initiate lawsuit in case a listed enterprise.

To protect the shareholder's right, renewaling of law has been improved steadily until a recent date. A former president, Park Geun-hye's government planed an economy policy which called 'Economic democratization law' and it had an intention of conglomerate reform. And One of it was derivative suit. In order to implement the policy, the Committee for Commercial Law Amendment was held in March 2013 and At June, The Ministry of Justice hosted a legislative hearing. And They heared Corporate's opinion. In the process, however, the government did not submit a bill to the National Assembly under the criticism that it would ruin the foundation of the corporation's structure.

However, the government's efforts did not stop. The core objective of the current Moon Jae-in government's economic law is improving corporate governance by strengthening shareholder rights. Through policies for minority shareholders, the government aims to establish financial soundness of the middle class and the poor and to clarify the soundness of the capital market by making corporate management transparent.

Among the actively promoted legislation, there is 'multiple representative suits', which have already been submitted three times. Multiple representative suit's application scope of law is wider than 'Shareholder Derivative action'. For example, if a director of a subsidiary did illegal act or neqglect their´s But itask, subsidiary company should raise the representative suit. f the company fails to act properly, parent company's share holder can raise a representative suit to recover enterprise's losses. parent company's qualified shareholder is the person who have 1%'s total number of shares issued.

About this, major company, enterprise company who should be immediately legally liable for this right oppose amendment of the law. Bacause it will grant a 1% shareholder of the parent corporation a right so that all institutional investors including foreign companies can intervene in management of most of the group companies. Futhermore, it will be difficult to defend the management rights from the hostile M&A threat of foreign

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

speculative capital. However, reformers such as NGOs and ruling parties are positively suggesting that the revision of the Commercial Law will improve corporate governance and enhance the transparency of management, thereby enhancing the competitivenes

In general, A large amount of indemnity is required for directors who have committed misconduct as a result of a typical lawsuit. Therefore, the representative action is advantageous in that minority shareholders can act as a powerful countermeasure to monitor directors' conduct and prevent fraud, thereby securing transparency in company management and enhancing competitiveness of the company . However, there is a possibility that negative consequences such as the fact that if a shareholder representative action against a director is used as a threatening suit or as a means to pursue personal interests. It can not be overlooked.

But in reality, corporate worries can be excessive. It is difficult for a minority shareholder to satisfy for filing a lawsuit's qualification, and the compensation paid by the director is attributed to the company, not the shareholder.

It is also unrealistic to argue that foreign dumping capital will sue representative litigation against domestic companies.

The shareholder representative suit is developed in the UK and has been widely used in the US and overseas. In the case of the United States, where the shareholder representative lawsuit is most active, the average number of complaints filed by shareholder representatives for the past 10 years has reached 233 since the first case of a multiple derivative suits in the case in 1987. In Japan, the number of lawsuits is rapidly increasing, and in June 2014, the renewaled Company Law allowed multiple derivative suits under certain conditions. On the other hand, in Korea, the use of law was very small. 58 cases have been ruled have been filed for 16 years from 1997 to 2012. (28 cases have been judged by the listed companies, 30 cases have been filed by the unlisted companies.)

In order to ensure that the representative lawsuits are consistent with the

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

purpose of introducing the representative lawsuits in such a trend, it is necessary to review the status of representative cases and judicial issues in Korea from the filing of the representative cases to the effect of the judgments, The purpose of this study is to find a way for the representative litigation system to function properly in the future through comparative studies such as anti - bribery measures.

In such a trend, In order to ensure that the representative lawsuits are consistent with the purpose of introducing the representative lawsuits. it is necessary to review the status of representative cases and judicial issues in Korea from the filing of the representative cases. The purpose of this study is to find a way for the representative litigation system to function properly in the future making a comparative studies through overseas' lawsuit and case.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서론

제1절 연구의 목적

주주대표소송(Derivative Suit, Derivative Action)이란 소수주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁을 목적으로 제기하는 소송제도를 말한다. 본래 회사와 이사 사이의 소송에 관하여 집행임원 비설치회사의 경우에는 상법 제394조, 제415조의2 제6항에 의하여 감사나 감사위원회가 소를 제기해야 하고, 집행임원 설치회사의 경우에는 상법 제408조의2 제3항 3호에 따라 이사회가 회사의 대표자를 선임하여 소를 제기하여야 한다. 그러나 이사와 회사의 대표기관과의 정실관계 또는 이사와 대주주와의 정실관계로 인하여 소제기가 실제적으로 잘 이루어지지 않는데, 이는 결국 회사와 주주의 이익을 해치게 되므로 일정한 자격요건을 갖춘 소수주주에게 소제기권을 부여하여 주게 된 것이다.

우리나라에서는 주주대표소송을 1962년 상법 제정시 제403조에 규정하였는데 당시에는 소제기권자를 발행주식 총수의 5%이상에 해당하는 주주로 규정하였다. 그러다 1997년에 IMF의 자금지원을 받은 것을 계기로 대기업, 특히 재벌기업과 금융기관의 구조조정 및 회사지배구조 선진화의 필요성이 제기되었다. 그리하여 1998년 상법 개정시에는 대표소송의 행사요건을 완화하여 발행주식 총수의 1% 이상에 해당하는 주주로 규정하였고(상법 제403조 제1항), 이후 2011년 4월 14일 개정된 상법에서는 상장법인의 경우 6개월간 계속해서 발행주식 총수의 0.01% 이상을 보유한 주주에게도 소제기권을 인정하였다. 일련의 지배구조 개편 과정으로는, 2007년 8월 3일 제정된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 “자본시장법”으로 칭함)은 구.증권거래법과 구.선물거래법 등 자본시장에 관한 제반 규제를 통합하여 금융투자업의 업무영역을 확대함과 동시에 투자자보호의 선진화를 도모하고 있다.[1)]

주주의 권리보호를 위해서 최근까지도 꾸준히 상법개정작업이 이루어져 오고 있는데, 박근혜 전 대통령의 재벌정책 중에는 일명 ‘경제민주화법’에 속하는 대표소송제도의 활성화가 포함되어 있었다. 정책의 실행을 위하여 2013년 3월에는 기업

1) 김건식·정순섭,「자본시장법(제2판)」박영사 (2010) 6-10면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지배구조 상법개정위원회가 개최되었고, 2013년 6월에는 법무부가 주관하여 입법공청회를 개최, 전경련, 상장사협의회 등 기업의 입장을 청취하였다. 그러나 여론수렴 과정에서 기업들로부터 주식회사의 근간을 흔드는 입법이라는 지탄을 받아 국회에 법안을 제출하지는 않았다.

그에 이어 현행 문재인 정부에서 추진하려는 경제분야 법무행정의 핵심은 주주권한강화를 통한 기업지배구조개선을 목적으로 소액주주 중심의 정책을 통해 중산, 서민층 재산 형성을 돕는 한편 기업경영의 투명성을 높여 자본시장의 건전성을 확보하려하는 것이다. 그러한 차원에서 적극적으로 추진하고 있는 법안 중 대표적으로는 다중대표소송(Multiple Derivative Suits)이 있는데, 이에 관한 법안은 벌써 세 차례나 국회에 제출됐다. 다중대표소송[2]은 주주대표소송에서 더 나아가 모자, 손자회사(이하 "손자회사"로 칭함)[3] 관계를 전제로 한다. 자회사의 이사 등 임원이 임무를 게을리하여 자회사에 손해를 끼쳤음에도 자회사의 대표이사나 모회사가 마땅한 조치를 하지 않는 경우 모회사의 1% 주주가 나서 소를 제기하는 것이다. 이에 대해 당장 법적용을 받아야 하는 기업들 및 경제계에서는 법 개정안대로라면 모회사의 1% 주주에게 소제기권을 부여하게 되어 외국계를 포함한 모든 기관투자가가 그룹 기업의 대부분에 경영 간섭을 할 수 있게 되므로 경영의 자율성을 침해하고, 외국 투기자본의 적대적 M&A위협으로부터 경영권을 방어하기 어렵게 될 것이라고 비판을 가하고 있다. 하지만 시민단체와 여당 등 개혁론자들은 상법 개정안으로 인하여 기업지배가 개선되고, 경영의 투명성이 강화되어 기업의 경쟁력이 높아지게 될 것이라고 긍정적인 의견을 내고 있다.

보통 대표소송의 결과로 부정행위를 한 이사 등에는 거액의 손해배상액이 요구된다. 따라서 대표소송은 소수주주들이 이사들의 직무집행행위를 감시하고 부정행위를 억제할 수 있는 강력한 견제도구로써 작용할 수 있고, 이로 인해 회사경영의 투명성을 확보하고 회사의 경쟁력을 높일 수 있게 된다는 장점을 가진다. 그러나, 기업의 입장에서 이사에 대한 주주대표소송이 위협소송으로 이용되거나 개인적인 이익을 추구하기 위한 방편으로 남용될 경우에 건전한 기업경영활동이 위축되어 오히려 회사의 이익을 저해할 수 있다는 점 등 부정적인 결과의 가능성을 간과할 수는 없는 일이다.

---

2) 일반적으로 모자회사 관계에서는 이중대표소송, 3중 이상의 관계(손자회사)에서는 다중대표소송이라고 칭한다.
3) 자회사와 모자관계를 갖는 그 자회사를 말함.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 실질적으로 소제기요건 등의 제도적인 문제와 이사가 배상한 손해배상금이 회사에 귀속되어 실질적으로 승소를 한 경우에도 주주에게 직접적인 소의 이익이 없다는 점, 외국의 투기자본이 국내기업을 상대로 다중대표소송을 제기할 것이라는 반대논리는 현실성이 그다지 없다는 점 등을 고려하면 위와 같은 기업의 우려는 지나친 것일 수 있다.

주주대표소송은 영국의 형평법제에서 발달하여 미국 등 해외에서 널리 이용되고 있다. 주주대표 소송이 가장 활성화 되어 있는 미국의 경우에는 1879년 판례에서 다중대표소송을 최초로 인정한 이래로 최근 10년간 주주대표소송의 평균 제소건수가 233건에 달한다. 일본의 경우도 대표소송 제소의 수가 급격히 증가하고 있고, 2014년 6월 회사법 개정을 통해 일정 요건하에서 다중대표소송을 인정하고 있다. 반면, 우리나라는 제도의 이용이 매우 미미하다 할 것인데, 대표소송이 처음 제기된 1997년 이래로 2012년까지 16여년간 내려진 판결은 58건[4]에 불과하다.

이와 같은 흐름상에서 대표소송이 상법에 도입된 취지에 부합할 수 있도록 대표소송의 소제기에서부터 판결의 효력에 이르기까지의 우리나라의 대표소송 현황 및 재판상 쟁점들을 검토하여 보고, 외국에서 실행되는 대표소송 및 남소방지책 등의 비교연구를 통하여 앞으로 대표소송제도가 실무상으로 적절하게 기능할 수 있는 방안을 모색하는 것을 목표로 연구해보고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

이 논문에서는 실무상 문제로 되는 주주대표소송의 법률문제를 다룸에 있어서 앞서 본 연구목적에 비추어 먼저 제소요건 및 당사자 적격 그리고 소송절차와 판결의 효력 등 대표소송제도에 관한 자세한 내용을 살펴 이와 관련된 문제를 차례로 검토하여 본다. 이어서 영국과 미국, 독일과 일본 등 외국 대표소송제도의 특성 및 발전과정을 살펴본다.

영국은 17세기 형평법원에서 대표소송을 가장 먼저 도입한 나라로서 2006년 개정회사법에서 이를 성문화하였고, 그 후 영국의 영향을 받은 미국에서는 판례 및 각 주의 성문법에서 대표소송을 인정하였다. 또한 독일과 일본 등 기타 나라들도 각 나라의 특성에 맞게 제소주주의 요건 등을 달리하여 대표소송을 발전시켰다.

4) 이 중, 상장회사에 대한 대표소송은 28건, 비상장회사에 대한 주주대표소송은 30건이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이와 같이 우리나라보다 동 제도를 먼저 도입하고 발전시켜온 각 나라들의 제도 특성을 우리 법제와 비교·검토하는 것은 우리나라 제도의 발전 방향을 모색하는데 큰 의의가 있다 할 것이다.

따라서 위와 같은 비교연구를 통해 현재 우리나라 대표소송이 가지는 제도적, 실무적 문제들을 지적하고, 주주와 회사 그리고 이사의 제3당사자가 대표소송을 통하여 이해관계가 조정되고, 기업의 건전성 유지와 이사 부정행위의 억제라는 소송의 기능이 공평하고 적정하게 달성될 수 있는 제도의 개선방안에 관하여 연구하고자 한다.

이를 구체적으로 서술하여 보면 제1장에서는 연구의 목적과 범위, 그리고 논문의 구성을 소개한다.

제2장에서는 대표소송이 인정되는 대표소송의 이론적 근거와 제소요건 및 소송절차등 대표소송의 전 과정을 서술하고, 실제로 우리나라에서 제기되었던 소송사건의 현황과 판결의 결과 등을 검토해 본다.

제3장에서는 각국의 입법례를 살펴본다. 대표적으로 대표소송이 가장 활성화 되고 있는 미국과 다중대표소송을 최근 도입한 일본, 최초로 대표소송이 발전된 영국과 독일의 제도 및 실태를 소개하고, 우리나라와의 차이점을 비교 연구한다.

제4장에서는 현재 우리나라 대표소송의 제도상, 실무상의 문제점을 검토하여 그에 대한 개선방향을 서술해 보고자 한다.

제5장에서는 앞서 살펴본 대표소송제도의 절차적 측면에 관한 외국의 법 제도와 우리나라 대표소송제도의 검토를 토대로 하여 앞으로 우리나라에서 건전한 주식회사의 지배구조를 확립하기 위하여 대표소송이 유효, 적절한 수단으로 기능할 수 있는 제도와 운영방향에 대한 전반적인 요약을 하는 것으로 마무리한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 우리나라 주주대표소송제도의 개관

제1절 대표소송의 의의

1. 대표소송의 기본이념

주주대표소송이란 주식회사의 이사[5]가 임무해태로 인하여 회사에 손해를 끼쳤음에도 불구하고 회사가 이에 대한 책임추궁을 게을리 할 경우에 일정한 자격을 갖춘 주주가 회사를 대신하여 법원에 그에 대한 손해배상을 청구하는 제도이다(상법 제403조).

주주총회에서 선임된 이사는 민법 제681조에 따라 선관의무를 부담하므로 임무해태로 인하여 회사에 손해를 끼친 때에는 채무불이행의 일반원칙(민법 제390조)에 따라 손해배상의 책임이 생긴다. 회사는 이사의 책임에 대하여 회사의 손해를 회복시킬 권리를 가지는데, 회사의 지배구조 특성상 동료 간 책임추궁을 기피하는 등 이사의 책임추궁에 소극적일 때에는 그 추궁이 지연될 경우에 소멸시효가 완성되거나, 이사의 고의적인 재산 도피 등의 이유로 권리실현이 불가능해질 수도 있다. 이는 결국 회사의 손해로 이어지게 되므로 이 때, 회사를 대신하여 주주가 이사를 상대로 대표소송을 제기하고 결과적으로 회사의 손해도 회복하고 전체 주주의 이익에도 기여할 수 있게 되는 것이다.[6] 주주대표소송은 현실적으로 회사가 자발적으로 이사를 상대로 제소할 것을 기대하기 어려운 경우에 주주에게 예외적으로 인정된 최후의 구제수단으로 볼 수 있다.[7]

또한 대표소송은 이사 또는 지배주주의 위법행위에 대한 감독수단으로서의 역할을 동시에 하고 있으므로 회사지배구조의 측면에서도 중요하게 다루어지고 있다.[8]

---

5) 이사 이외에도 감사(상법 제415조), 발기인(상법 제324조), 청산인(상법 제542조 제2항), 주주권 행사와 관련하여 이익을 공여받은 자(상법 제467조의2) 등에 대해서도 제기할 수 있다.
6) 미국법상으로는 단독주주가 이사의 책임추궁 외에도 회사가 갖는 모든 권리를 재판상 행사할 수 있다는 점이 우리나라 상법상의 대표소송과 다르다. 그리고 주주가 대표소송으로 이사의 책임을 추궁하는 경우에도 공모의 염려가 있으므로 부당한 소송을 방지하기 위하여 소송고지 및 재심에 관한 특칙을 두고 있다.
7) 김건식,「회사법」박영사 (2015) 473면.
8) 권기범,「現代會社法論(제5판)」삼영사 (2014) 862면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 대표소송의 성격

대표소송의 성격에 관하여는 여러 가지 견해로 나뉜다.

가장 대표적으로 주주대표소송이 갖는 법적 성질은 민사소송법상 '제3자의 소송담당', 구체적으로 법정소송담당의 한 경우인 '병행형 소송담당'이라고 보는 것이 우리나라와 일본의 다수설[9]이자 판례[10]의 입장이다. 제3자의 소송담당이란 권리관계의 주체 이외의 제3자가 소송수행권을 갖는 경우를 말한다. 그 중 법정소송담당은 권리관계의 주체인 사람의 의사에 관계없이 제3자가 법률의 규정에 의하여 소송수행권을 갖는 경우를 말한다. 따라서 주주대표소송의 경우에 주주가 회사의 대표자로서 소송을 수행하는 것은 아니고 타인이 회사의 이익을 위하여 제3자의 지위에서 이사를 상대로 소송을 수행하는 것이다. 그리고 원고 주주가 받은 판결의 효력은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다'고 규정하는 민사소송법 제218조 제3항에 따라 승소, 패소를 불문하고 회사에 미치게 된다.

실질적으로는 주주대표소송이 회사의 의사결정 기관을 신뢰하지 못하는 상황에서 일부 주주가 전체주주를 대표하여 이사를 상대로 제소하는 것을 인정하는 것이므로 대표소송을 대위소송성과 아울러 집단소송(class action)과 같은 성격을 겸유한다고 보기도 한다.[11] 다만 우리나라에서 이 설을 지지하는 학자는 없다.[12]

주주대표소송을 위 두가지 견해의 이중적 구조로 파악하여 회사를 중심으로 손해회복기능을 강조하면 대위소송설이 타당하지만, 이사에 대한 견제·억제기능을 강조하게 되면 대표소송적인 측면이 부각된다고 설명하여 겸유설을 취하는 견해도 있다.[13]

---

9) 정찬형, 「상법강의 상(제17판)」 박영사 (2014) 1021면. 송옥렬, 「상법강의」 홍문사 (2011) 969면.
10) 서울고등법원 2002. 9. 6. 선고 2002나9631판결.
11) 김건식, 「회사법」 박영사 (2015) 473면
12) 미국에서는 어느 한 주주가 전체 주주를 대표하여 소송을 제기하는 것으로 보아 'class action'으로 파악하였지만 그 후 회사로부터 파생된(derived from the corporation) 권리를 회사를 위하여 행사하는 것으로 보아 'derivative suit'라는 명칭이 일반적으로 사용되고 있다.
13) 高橋 均, 前揭書, 259-260면 참조, 오세빈, "주주대표소송의 실무상 문제점에 관한 연구" 한양대학교 대학원 (2016) 13면에서 재인용.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 대표소송의 기능

가. 기업경영의 건전성 확보

주주대표소송은 위법한 기업경영으로부터 회사 및 주주의 이익을 보호하기 위한 제도로서 소송이 제기된 회사의 이사들 뿐만 아니라 다른 회사의 경영진 또한 위법행위를 하지 못하도록 하는 예방적 기능을 갖는다. 이를 통해 기업의 건전성 확보와 기업의 사회적 책임을 이행하도록 하는 데에도 상당한 역할을 한다.

주주대표소송은 기업경영에 대하여 법원이 검토하고, 이사의 행위규범으로서 판례법을 형성하게 되는데 소수주주가 회사나 전체주주의 이익을 보호할 수 있는 효과를 가져오는 것, 그리고 단발적인 이사의 부정행위에도 대처할수 있다는 장점이 있다.

나. 기업 외적 요인에서의 건전성 확보

주주대표소송이 활성화됨에 따라 사회 조직원리에도 커다란 영향을 미친다. 사회의 운영원리를 자의와 부패를 조장할 수 있는 정경유착의 관료지배로부터 사회의 투명성과 객관성을 보장하는 법의 지배로 전환하게 만든다. 즉 일본의 경우 대표소송이 단지 주주이익의 보호수단에 그치는 것이 아니라 일본사회의 조직운영원리에도 커다란 영향을 미치고 있으며, 대표소송이 활성화됨에 따라 정부가 주주이익에 불리한 영향을 미칠 수 있는 결정을 기업에 강요하는 것이 한결 더 어려워졌다고 한다. 과거에는 법원의 법적 평가를 받지 못한 채 그대로 묻혀왔던 중요한 문제들이 이제는 대표소송으로 인하여 공개된 분쟁해결의 장인 법원에서 객관적인 법원칙에 의하여 결정되고 있다. 이러한 변화는 '관료의 지배에서 법의 지배에로'라고 요약할 수 있을지도 모른다.[14]

다. 위법행위 억제기능

주주대표소송은 소송이 제기된 회사의 이사들에게 향후 임무위배행위를 하지 못

14) 김영희, "주주대표소송의 현황과 과제"「ERRI 경제개혁리포트」경제개혁연구소 (2013) 9면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하도록 하는 효과뿐만 아니라, 사회적으로 다른 회사의 경영진에게 위법행위 및 권한남용행위를 못하도록 하는 일반적 예방효과가 매우 크다. 그런데 우리나라 법원처럼 이사의 책임을 매번 대폭 제한하는 판결이 반복된다면, 이사로서는 임무위배로부터 얻는 이익이 주주대표소송을 통하여 배상하게 되는 손해배상액보다 크게 되어 주주대표소송은 위법행위 억제기능을 가질 수 없게 된다.[15]

라. 대리비용[16]의 저감

우리나라 대기업은 주로 주식분산의 고도화 및 부재소유자의 증대에 따라 적은 지분으로도 회사와 그룹 전체를 지배할 수 있는 소유와 경영의 분리구조를 갖는다. 이러한 구조 하에서 이사는 사익추구 행위 혹은 위법행위를 하여 회사와 주주의 이익을 침해하는 사례가 많다. 따라서 주주대표소송은 주주에 의하여 경영자를 감시·감독할 수 있는 유용한 제도라고 할 수 있다. 대표소송은 대리비용을 감소시켜 주주의 이익을 극대화하고 회사가 계속하여 생존할 수 있도록 하는 회사법상의 제도 중 하나이다.

마. 손해회복

주주대표소송은 손해회복기능을 갖는다. 기업의 지배주주의 위법행위에 대하여 주주대표소송이 제기되지 않는 한 위법행위로 인한 손해의 회복이 이루어질 가능성이 희박하다. 기업의 오너가 아닌 이사들은 자신들의 지위보전을 위하여 이사선임권과 인사권을 가진 대주주의 위법행위에 대하여 적극적으로 책임추궁을 할 가능성이 사실상 없기 때문이다. 그런데 이사의 의무위반 행위에 의하여 회사에 손해가 발생한 때 그 배상을 구하여 이사의 책임을 추궁하는 것이 대표소송이므로 회사의 손해를 전보하여 주주전체의 이익이 회복된다는 점에서 대표소송제도의 본래의 기능이 인정된다.

---

15) 김영희, 위의 책, 7면.
16) 대리비용은 소유와 경영의 분리구조상 발생할 수 있는 사익추구행위 등을 억제하기 위하여 경영자를 감시 혹은 감독하는데 필요한 비용을 의미한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

바. 기업의 사회적 책임의 확보

소수주주가 회사의 내부적 구성원이면서 사회의 일원이라는 시민의 관점에서 주주대표소송제도를 활용하는 것은 회사뿐만 아니라 건전한 국민경제발전과 회사의 사회적 책임수행에 공헌하게 될 것이다. 특히 시민운동형 주주대표소송은 이를 나타내는 실례라 할 수 있다.

이와 같이 대표소송제도는 미시적 관점에서 보면 회사와 소수주주의 이익을 보호하는 수단에 지나지 않지만, 거시적 관점에서 보면 감시와 견제로 기업의 투명한 경영을 가능하게 하고 사회조직운영원리의 건전성을 확보하여 정경유착의 부패를 청산할 수 있는 도구로써 유용하게 쓰일 수 있는 제도이다.

실제로 제일은행의 소액주주들이 한보철강 부실대출과 관련하여 제일은행경영진에게 경영책임을 묻는 주주대표소송을 제기하여 승소함으로써, 오늘날 우리나라가 겪고 있는 커다란 사회적 갈등의 하나인 금융비리·부실기업 등의 문제해결을 위한 수단으로서의 가능성을 보여준 계기가 되기도 하였다.

제2절 대표소송의 제소요건과 소송절차

1. 대표소송의 당사자

가. 원고

우리나라에서는 주주대표소송의 소제기 요건을 단독주주권이 아닌 소수주주권으로 규정하고 있으며, 비상장회사와 상장회사의 제소요건도 다르게 규정하고 있다. 즉, 비상장회사의 경우에는 상법 제403조 제1항에서 발행주식총수의 1%이상의 주식을 가지는 주주는 회사에 대하여 주주대표소송을 제기할 수 있으나, 상장회사의 경우에는 첫째, 발행주식총수의 1만분의 1이상에 해당하는 주식을 보유할 것, 둘

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

째, 소제기 6개월 전부터 계속해서 주식을 보유할 것을 제소요건(상법 제542조의6 제6항)으로 하고 있다. 이처럼 우리나라 상법상 비상장회사와 상장회사의 주주대표소송의 제소요건이 상이하게 규정되어 있다.

위와 같이 상장회사와 비상상회사의 주주대표소송에 대한 제소요건을 다르게 규정하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 회사의 규모가 다르고, 둘째, 주주의 남소로부터 회사를 보호하기 위해서이다. 즉, 비상장회사는 대부분 규모가 작은 회사이기 때문에 발행주식총수의 100분의 1이상의 규정만으로도 주주대표소송의 도입취지를 살리면서 남소를 방지할 수 있지만, 상장회사는 대부분 대규모이기 때문에 상장회사의 경우에는 기업경영의 투명성제고와 소수주주의 권익보호를 위하여 제소요건을 완화하고, 남소방지를 위해 6개월 이상의 주식보유 조건을 추가한 것이다.

따라서 우리나라 주주대표소송의 제소요건을 미국이나 일본과 같이 단독주주권이 아닌 소수주주권으로 하는 것은 주주대표소송의 남용으로부터 이사와 회사를 보호하기 위한 의도가 강하다고 볼 수 있다. 이때의 소소주주권은 한명의 주주가 소제기요건에 상당하는 주식을 소유하는 경우 뿐만아니라, 다수의 주주가 주식수를 합산하여 그 요건을 만족할 때에도 소수주주권을 행사할 수 있다.

여러 주주들이 함께 소송을 제기하기 위하여는 그들이 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 보유주식을 합산하여 상법 또는 구.증권거래법이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달(발행주식 총수의 100분의 1미만으로 감소)하게 되어도 무방하다(제403조 제5항). 그러나 대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 된다. 따라서 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하더라도 요건불비로 인하여 소제기가 각하된다.[17]

17) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 피고

통설에 의하면 상법 제403조에서 주주대표소송의 대상이 되는 이사의 책임은 이사의 재임 중에 발생한 책임뿐만 아니라 퇴임 후에도 시효가 완성되지 않는 한 주주대표소송으로 그 책임을 추궁할 수 있다고 보기 때문에 우리 상법상 주주대표소송의 피고는 회사에 대하여 책임있는 이사 또는 이사였던 자이다. 퇴임한 이사에게도 책임을 추궁하는 이유는 책임있는 이사가 회사에 손해를 발생시키고도 퇴임을 통해 쉽게 면책을 받는 것을 방지하기 위해서이다. 대표소송의 대상이 되는 이사의 책임은 그 발생원인이 중요하여 면제가 불가능하거나 그 요건이 엄격한 책임, 즉 이사의 회사에 대한 손해배상책임(399조)과 자본납입책임(428조)에 제한된다는 견해가 있으나, 이사가 회사에 대하여 부담하는 모든 채무를 포함하고 따라서 거래상의 채무이행의 청구에 대해서도 대표소송이 인정된다고 본다.(다수설)[18] 왜나하면 후자의 경우에도 이사 사이이 인적관계로 인하여 회사가 이사에 대한 소를 제기할 가능성이 희박하기 때문이다.[19]

상법 제403조의 규정은 발기인(상법 제324조), 업무집행 지시자 등(상법 제401조의2 제1항), 감사(상법 제415조, 상법 제415조의2), 불공정한 가액으로 신주를 인수한자, 주주권의 행사와 관련하여 이익을 공여받은자(상법 제424조의2, 상법 제467조의2), 청산인(상법 제542조 2항) 등에 준용하여 적용된다.

통상의 소송에서는 대표이사가 회사를 대표하지만 회사와 이사 간의 소에 관해서는 상법 제394조 제1항에 의하여 감사가 회사를 대표한다. 그러나 퇴임한 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 경우에는 일반원칙에 따라 대표이사가 회사를 대표하므로 감사가 아닌 대표이사에게 제소청구를 하여야 한다.[20]

---

18) 이기수·최병규,「회사법(제10판,상법강의2)」박영사 (2015) 453면.
19) 다만 회사에 회복할 수 없는 손해(이사에 대한 손해배상청구권의 시효의 완성, 이사가 도피하거나 재산을 처분하려는 때 등)가 생길 염려가 없음에도 불구하고 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하지 아니한 채 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 즉시 회사를 위하여 소를 제기하였다면 그 소송은 각하되어야 한다.(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결.)
20) 대법원 2002. 3. 15. 선고, 2000다9086 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 대표소송의 소송절차

가. 주주의 제소

(1) 제소기간

대표소송의 제소기간에는 제한이 없으나 대표소송을 제기하기 위해서 주주는 먼저 회사에게 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하여야 한다(상법 제403조 제1항, 제2항). 그러나 회사가 이 청구를 받은 날로부터 30일 내에 이사에 대하여 소를 제기하지 않을 때에 비로소 소수주주는 대표소송을 제기시할 수 있다. 다만 30일이 경과함으로써 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생하게 되는 경우에는 즉시 대표소송을 제기할 수 있다(제403조 제4항). 회사에 소제기를 청구한 후 30일이 경과하지 않고 제기된 소는 각하사유가 될 수 있으나 소제기 후 제소요건을 심사하는 기간에 이미 30일이 지나면 하자가 치유된다. 소제기 후 회사가 소송에 참가한 경우에도 기간요건을 충족하지 않더라도 소를 각하할 수 없다.

이와 같이 대표소송을 제기하기 전에 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하게 한 것은 이사의 책임추궁을 원칙적으로 회사가 해야 한다는 점을 전제하였기 때문이다. 소수주주가 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구한 때에는 감사가 회사를 대표하여 소를 제기하여야 한다(상법 제394조).

(2) 대표소송의 소가

민사소송 등 인지법에 의하면 대표소송은 소가를 산출할 수 없는 소송으로 본다.[21] 또한 동법 제18조의2(소가를 산출할 수 없는 재산권상의 소 등)[22]에 따라 대표소송의 소가는 1억원[23] 이고, 인지대는 455,000원이다.[24] 이처럼 인지대가 저렴한 것은 대표소송이 회사의 이익을 위한 공익적 성격을 지니기 때문이다.

---

21) 민사소송 등 인지규칙 제15조 제1항,
22) 개정 2007.11.28, 2014.7.1
23) 민사소송 등 인지규칙 제18조의2.
24) 민사소송 등 인지법 제2조 제4항,

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 청구취지와 청구원인

청구취지는 “피고는 △△주식회사에 대하여 금 ○○원 및 위 금원에 관하여 20XX. X. X.부터 이 사건 소장 부본 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날 까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.”이다.

청구원인에는 원고적격을 기초짓는 사실, 원고가 회사에 대하여 서면으로 소제기를 청구한 사실, 청구 후 30일이 경과한 사실, 이사의 책임사유를 인정할 수 있는 원인사실 및 그로 인하여 손해가 발생한 사실, 손해의 범위를 기재한다.

이사의 책임은 대부분 이사의 회사에 대한 책임을 인정하는 명문규정인 상법 제399조에 근거하여 이루어질 가능성이 높다. 따라서 법령 또는 정관에 위반한 행위, 이사의 임무를 해태한 행위로 인하여 발생하는 손해의 전보가 소송의 주된 내용이 되고 이사 또한 경영판단의 원칙을 방어법리로 사용할 수 있다.

나. 고지와 참가

상법 제404조 제2항에 의하여 주주대표소송의 제소주주는 소를 제기한 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다. 소송고지를 함으로써 회사의 소송참가를 유도할 수 있으며, 한편 고지를 받은 회사에게 그 소송의 판결의 참가적 효력을 미치게 할 수 있다. 회사는 주주대표소송에 참가할 수 있다. 회사는 대표소송의 실질적인 이해관계자이므로 원고 주주의 소송수행을 견제 및 감시할 필요가 있기 때문이다. 또한 민사소송법 제259조, 제218조 제3항에 주주가 대표소송을 제기한 후에는 중복제소금지의 원칙을 고려하여 회사가 별도로 제소할 수는 없다.

실제로는 회사가 피고인 이사의 소송방어를 보호하고자 하는 경우가 많다. 회사가 주주의 제소를 이사 개인의 임무해태가 아닌 회사조직에 대한 공격으로 받아들이는 경우가 많기 때문이다. 그러나 회사의 이러한 판단은 피고에게 편파적일 가능성이 높게 되므로 이사에 대한 회사의 보조를 허용한다면 대표소송의 실효성이 크게 약화될 우려가 있다.[25)]

25) 김건식, 앞의책, 479면

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 담보제공명령

주주가 대표소송을 제기하면 이사는 그 대표소송의 제기에 대한 원고의 악의를 소명하고 담보제공의 명령을 청구할 수 있고, 이때 법원은 원고에게 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다.[26] 주주의 담보제공 신청제도는 주주대표소송의 남용을 방지하려는 목적으로 제소된 피고이사에게 인정된 방어방법이 될 수 있다. 악의라 함은 이사가 손해배상책임이 없음을 알면서도 제소하는 경우로 보는 것이 일반적이다. 따라서 단순히 승소가능성이 낮은 것만으로는 담보제공을 명할 수 없다. 담보액은 소가를 기준으로 산정한다.

라. 소의 취하, 청구의 포기·인낙, 화해

제소한 주주는 법원의 허가 없이는 소의 취하, 청구의 포기·인낙, 화해를 할 수 없다.[27] 이처럼 주주대표소송에 있어서 우리나라 민사소송법의 원칙인 처분권 주의를 인정하고 있지 않은 것은 주주대표소송을 포함하여 이사의 책임을 추궁하는 소송은 회사와 다른 주주와의 이해관계가 얽혀있으므로 주주의 일방적인 의사에 의하여 회사의 권리를 처분하는 것을 방지하려는 목적이 있다고 사료된다.

3. 판결의 효과

가. 제3자의 소송담당

주주대표소송은 소송물의 실질적 귀속주체가 아닌 제3자가 그 소송물에 관하여 당사자적격을 갖고 소송을 수행하는 예외적인 경우에 해당하여 법정소송담당 중 제3자의 소송담당에 속한다. 따라서 이러한 제3자에 대한 확정판결은 민사소송법 제218조 제3항에 따라 확정판결이 소송물의 실질적 귀속주체에 대해서도 효력이 있다. 따라서 승소판결은 물론 패소판결도 회사에 효력을 미친다. 승소판결의 경우 소송물인 손해배상청구권의 귀속주체는 회사이므로 손해배상액은 회사에 귀속한다.

26) 상법 제403조 제7항, 상법 제176조 제3항, 제4항
27) 상법 제406조 제6항.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 피고인 이사가 자발적으로 손해배상금을 지급하지 않는 경우에는 원고인 주주는 집행채권자가 될 수 있다.[28]

나. 승소주주의 비용청구권

이사의 손해배상금은 회사에 귀속한다. 따라서 승소주주는 회사에 대하여 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 여기서의 상당한 금액이란 구체적으로 약정보수액을 기준으로 하여, 개별적·구체적인 소송에 있어서 그 청구액, 당사자의 수, 사안의 난이도, 절차의 복잡성의 정도(변론기일의 횟수, 제출한 소송자료의 내용, 증거조사의 내용, 사건의 종료에 이르게 된 경위와 기간 등), 소제기 전에 취한 조치, 소송의 결과 회사가 얻은 이익 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그것이 변호사가 행한 소송수행의 대가로서 상당한가라는 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다고 하고 있다.[29]

다. 패소주주의 손해배상책임

일반적으로 제소자가 자신의 청구가 근거가 없다는 점을 알면서 또는 과실로 알지 못하고 제소한 경우에는 불법행위가 성립할 수 있다.[30] 그러나 상법은 대표소송에서 패소한 주주는 악의인 경우가 아닌 한 회사에 대해서 손해를 배상할 책임이 없다고 하여 책임요건을 완화하고 있다.[31]

제3절 우리나라 대표소송의 현황

1. 소송의 현황

가. 연혁

28) 대법원 2014. 2. 19. 선고 2013마2316 결정.
29) 서울중앙지방법원 2008. 6. 20. 선고 2007가합43745 판결.
30) 대법원 2002. 5. 31. 2001다64486 판결.
31) 김건식, 앞의책, 482면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리나라는 1962년 1월 20일 주주대표소송을 도입했다. 최초의 대표소송은 1997년 6월 참여연대가 구.제일은행의 소수주주 57명을 원고로 하여 구.제일은행의 전 행장 등 4인의 이사를 상대로 400억원의 손해배상을 청구하여 승소한 사건이었다.[32] 그 후로도 삼성전자 주식회사 등 대규모 상장기업을 상대로 한 대표소송이 이어졌으며, 2006년 2월 제일모직 주식회사의 소수주주 3명이 주식회사 삼성에버랜드의 전환사채 발행과 관련하여 제일모직의 이사들을 상대로 제기한 주주대표소송[33], 2008년 12월 경제개혁연대 및 소수주주 7명이 주식회사 신세계의 이사들을 상대로 제기한 600억원의 배상청구소송[34] 등이 제기되었다.

최근 들어서는 2010년 5월 경제개혁연대와 한화 소액주주 2명이 김승연 등 주식회사 한화 이사들을 상대로 한화S&C 주식 저가매각으로 인한 손실에 대해 894억원의 손해배상을 청구한 대표소송[35], 2014년 5월 서울중앙지방법원에 대우건설 전직 이사들 10명을 상대로 총 466억 6천만원의 손해배상을 청구하는 대표소송 등이 있다.

판결이 내려진 대표소송은 처음으로 대표소송이 제기된 1997년 이후로 2012년까지 총 58건으로 파악되고 있다.[36] 그 중에서 상장회사(상장폐지 2건 포함)에 대한 주주대표소송은 28건, 비상장회사에 대한 소송은 30건이다. 이 중 판결문을 통하여 원고의 지분현황을 구체적으로 파악할 수 있는 47건의 사례[37]를 원고 성격에 따른 유형별로 구분하면 경영권 분쟁사안이 19건, 주주 1인이 제소요건을 충족하여 소송을 진행한 것이 11건, 소액주주 다수가 진행한 것이 9건, 시민단체 및 소액주주가 연대하여 소송을 제기한 사례가 8건 등으로 나타났다.

---

32) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.
33) 대구고등법원 2012. 8. 22. 선고 2011나2372판결(확정), 원고들의 청구가 전부 또는 일부인용 되었다.
34) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결.
35) 2017. 9. 12. 대법원(제3부)은 경제개혁연대 등 소액주주들이 ㈜한화의 한화 S&C 지분 헐값매각 의혹 관련 김승연 회장 등 전·현직 이사들을 상대로 제기한 주주대표소송 상고심에서 원고 패소한 원심을 확정하였다.
36) 강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”「ERRI 경제개혁리포트 2013-8호」(2013) 84면.
37) 나머지 11건은 원고지분을 알 수 없거나 제소요건이 충족된 것을 전제로 소송이 진행된 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 주요 대표소송 판결 및 분석

가. 제일은행사건[38)]

(1) 사실관계

이 사건은 1997년 6얼 3일 참여연대가 주도하여 주주 52명이 제기한 주주대표소송으로, 한보철강과 아무런 여신(與信)관계가 없던 제일은행이 1993년 11월 4일, 한보철강이 요구한 97억3천만원에 이르는 사채지급보증을 시작으로 최종부도일인 1997년 1월 23일이 될 때까지 신용조사 및 물적담보의 설정을 하지 않은채 약 1조 853원에 이르는 여신을 제공한 사건이다. 한보철강은 제일은행이 처음으로 사채지급보증을 할 당시에 이미 재무구조가 열악하였고, 제일은행의 여신심사기준상 동기업에 대한 여신이 금지되는 상황이었음에도 불구하고 상임이사회에서 승인을 받아 여신을 제공하였다.

(2) 판결의 내용

1심법원인 서울지방법원은 “은행의 경영자는 그 대출여부를 결정함에 있어 회수 불능의 위험이 없는지를 객관적인 자료를 통하여 신중히 판단하여야 하고 만약 회수불능이 우려되면 이를 피해야 하며, 대출을 하더라도 확실한 담보를 취득하여 은행에 손해가 발생하는 일이 없도록 할 의무가 있다. 그러나 피고들은 여신제공결정을 저지하지 못하고 이사회 결의로 이를 승인함에 있어 찬성한 것은 은행이사로서의 임무를 해태한 것이므로, 피고들은 각자 위와 같은 행위로 인해 제일은행이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시하였다.

법원은 “이사는 회사에 대해 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 회사를 위하여 충실히 그의 의무를 집행할 의무를 부담하여 그의 선관주의의무 내지 충실의무에 위반하여 회사에 손해를 입힐 경우에는 회사가 입은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 회사는 이사가 정관 소정의 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있고, 또한 기업의 경영은 다소의 모험과 이에 수반되는 위험성이

38) 서울지방법원 1998. 7. 24. 선고, 97가합39907판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

필수적으로 수반되는 것이므로 이사가 업무를 집행함에 있어 기업인으로서 요구되는 합리적인 선택범위 내에서 판단하고 성실히 업무를 집행하였다면 그의 행동이 결과적으로 회사에 손해를 입게 하였다 할지라도 이사에게 주의의무를 위반하였다고 해서 책임을 물을 수 없다. 따라서 이사가 회사의 업무를 집행함에 있어 선관주의의무 내지 충실의무를 위반하였는지의 여부는 그의 기초가 되는 사실인정 및 의사결정과정에서 통상의 기업인으로서 간과할 수 없는 과오를 범하고, 그것이 대표이사 등에게 부여된 재량권의 범위를 일탈한 것인지 여부에 의하여 판단되어야 할 것이다."고 판시하였다.

(3) 판결의 분석

본 사건은 주주대표소송으로는 처음으로 판결이 선고된 사건이라는 의의를 가지며, 위와 같은 판결을 통해 은행 임직원이 자금을 대출함에 있어 선관주의의무를 다해야 한다는 점과 동시에 법원의 판시내용에도 드러나듯 이사의 주의의무가 경영판단의 원칙에 의하여 완화될 여지가 있다는 점을 알 수 있다.

나. 삼성전자사건[39)]

(1) 사실관계

1998년 10월 20일 참여연대는 22명의 소액주주를 확보하여 삼성전자의 이건희 대표이사를 비롯한 총 11명의 전직·현직 이사들을 상대로 3,512억원의 주주대표소송을 제기하였다. 이 소송의 쟁점은 ① 대통령에 대한 뇌물공여행위 ② 이천전기주식회사에 대한 출자 등에 관한 행위 ③ 삼성종합화학 주식회사 주식의 인수 및 매도행위 ④주식회사 중앙일보와의 내부거래행위 ⑤ 삼성물산 주식회사 및 삼성중공업 주식회사와의 내부거래행위의 5가지로 나누어 볼 수 있다. 1심법원(수원지방법원 2001. 12. 27. 선고, 98가합22553)은 ①,②,③사항에 관해서만 원고의 주장을 부분적으로 인용하여 손해배상판결을 하였다. 그러나 고등법원(서울고등법원 2003. 11. 20. 선고, 2002나6595 판결)에서는 ② 이천전기주식회사에 대한 출자 등에 관

39) 대법원 2005. 10. 28. 선고, 2003다69638판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 행위에 대해 원심을 취소하였고, 이 판결은 대법원에서 확정되었다.

피고들은 1997년 3월 14일 이사회를 통해 이천전기주식회사의 주식 583,630주(42.45%)를 인수하기로 결의하고, 같은 날 위 주식을 매입하였다. 그리고 1997년 4월 2일 이천전기 유상증자에서의 참여필요성에 대한 설명을 들은 후 이천전기의 신주 170여만 주의 인수결의를 하였고, 다음날인 4월 3일 실권주 230여만 주의 인수결의를 하여 이천전기의 신주 400만주를 인수하여 이천전기의 주식 총 85.27%를 소유하게 되었다.

한편 삼성전자가 이천전기를 인수한 이후, 외환위기가 도래함으로써 1998년 이천전기는 삼성그룹 계열구조조정업체로 선정되고 이천전기에 대하여 신용으로 대출을 한 금융기관들이 채권확보를 위하여 삼성전자에게 채무보증을 요구하자 삼성전자 이사회는 1998년 3월 26일 300억원, 27일에 1,170억원, 28일에 100억원 등 합계 1,579억원의 채무에 대하여 보증을 하기로 하는 결의를 하였다. 그러나 1998년 6월 이천전기가 회생불가기업으로 판정되어 퇴출대상기업으로 선정되자 삼성전자가 지급보증인으로서 채무를 변제하지 않으면 안될 사정에 이르렀고, 이에 1998년 7월부터 1998년 9월까지 총 1,709억원에 이르는 이천전기의 신주를 인수하기로 함으로써 출자를 하였는데, 1998년 9월 24일 이사회에서 해산결의를 하고, 9월 30일 주주총회를 개최하여 해산하게 되었다. 그 후 삼성전자는 1998년 12월 28일 이천전기의 소유주식 전부를 소외 A그룹에게 95억원에 매도하기에 이른다.

이에 원고들은 이천전기의 매입결의, 각 출자결의 및 각 지급보증절차에 찬성함으로써 지출하게 된 1,999억원 중 이천전기 주식의 매도로 회수된 95억원을 제외한 1904억원에 대하여 배상할 것을 주장하게된 것이다.[40]

(2) 판결의 내용

1심법원인 수원지방법원은 “인수결의 직전인 1997년 2월 28일 당시 이천전기의 차입금은 이미 1,394억 3,500만원에 이르렀을 뿐만 아니라 그 차입금의 규모가 장차 중대될 수 있는 사정을 충분히 예상할 수 있었으므로 이천전기의 인수가 삼성전자에게 줄 수 있는 이익과 위험성의 정도를 면밀히 검토하였어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이천전기를 위한 이사회에 참석한 피고들은 삼성전자에서 제출은

40) 최완진,「기업지배구조법 강의」한국외국어대학교 (2011) 222면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

‘중전사업 참여방안’이라는 자료만을 참조한 후 1시간 만에 삼성전자가 이천전기를 인수하기로 하는 결의를 하였다. 당시 제출된 자료에는 중전사업 인수의 필요성과 추진방법에 관하여는 기재되어 있었으나, 이천전기의 재무구조, 이천전기를 인수하는 것이 신규업체인수에 비하여 어느 정도의 이익이 있는지에 대한 근거, 경영정상화에 이르기까지의 경영비용, 인수에 따라 예상되는 위험성의 정도 등에 관하여는 전혀 다루지 않았다. 뿐만아니라 이사회의 개최에 앞서 이사들에게 이와 같은 제반사정에 대한 자료가 미리 배포되었음을 인정할 자료도 없다. 이와 같이 이천전기의 인수에 있어 이사들에 의하여 반드시 신중히 검토되어야 할 제반사정에 대하여 이사들이 사전검토를 하지 않았을 뿐아니라 개최된 이사회에서 그에 대한 자료를 제시받지도 아니한 채 1시간만에 이루어진 토의만으로 재무구조가 비정상적인 기업의 인수를 결정한 것은 이사들이 삼성전자의 이익을 위하여 충분한 정보에 기한 합리적인 통찰력을 다하여 적절한 판단을 하였다고 도저히 말할수 없다. 따라서 인수결의는 경영판단으로서 보호될 수 없다.”고 판단하였다.

그러나 서울고등법원은 “이사가 회사의 업무를 집행함에 있어 선관주의의무를 위반하였는지 여부는 그의 기초가 되는 사실인정 및 의사결정에서 통상의 기업인으로써 간과할 수 없는 과오를 범하고 그것이 자신에게 부여된 재량권의 범위를 일탈한 것인지 여부에 의하여 판단되어야 할 것이고, 그 재량권의 일탈 여부를 판단함에 있어서는 그 업무집행의 목적, 판단에 이르게 된 경위, 사적인 이해관계가 게재되어 있었는지 여부, 판단의 기초가 된 자료나 정보의 취득여부, 그 업무집행의 결과 등을 종합적으로 고려하여 당해 이사 개인에게 손해배상책임을 지우는 것이 합당한지 여부를 결정하여야 할 것이다.”고 하면서 1심법원의 판단을 취소하였고, 대법원은 상고를 기각함으로써 재판은 확정되었다.

(3) 판결의 분석

앞서 본 제일은행 사건에 이어 삼성전자 사건에서도 이천전기주식회사에 대한 출자행위에 관하여 경영판단의 원칙이 판결에 주요 쟁점이 되었다, 경영판단의 원칙(business judgement rule)이란 이사가 내린 경영상의 결정이 합리적인 근거가 있고, 회사에 이익이 될 것이라는 것을 정직하게 믿은 채로 독자적인 재량과 판단으로 결정을 내린 것이라면 법원은 이사의 행위를 금지·취소하거나 또는 결과적으로 발생한 손해에 대하여 이사에게 배상책임을 과하기 위하여 내부적 경영에 간섭

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하거나 이사의 판단에 갈음하여 스스로 판단할 수 없다는 것을 의미한다.[41] 삼성전자 사건에서 볼 수 있듯 같은 상황도 법원이 경영판단 원칙을 어떻게 적용하고 판단하느냐에 따라 재판의 결과는 달라질 수 있는데, 동 원칙이 이사의 경영상의 판단에 법원이 실체적인 심사를 할 경우 이사의 주의의무를 경감하거나 이사의 주의의무위반을 판단하는 하나의 기준 내지는 주의의무를 위반한 이사의 항변사유 또는 면책사유가 될 수 있음을 알 수 있다. 현재 상법상에는 경영판단의 원칙을 명문화하여 규정하고 있지는 않고, 판례에서 인정하고 있다.

다. 한화S&C 주식저가 매매사건[42]

(1) 사실관계

2010년 김상조 경제개혁연대 대표와 한화 소액주주 2명은 ㈜한화 김승연 회장과 전·현직 이사들에 대하여 주주대표소송을 제기하였다. 경제개혁연대 등은 2005년 한화 이사회가 ㈜한화가 보유하던 한화 S&C 주식 40만주 즉, 지분 약 66.7%를 김 회장의 장남인 김동관 한화큐셀 전무에게 전량 매각한 것에 대하여 “계열사 주식을 장남에게 싼 값에 팔아 회사에 600억원대의 손해를 끼쳤다”며 손해배상을 요구한 것이다. 당시 이사회가 책정한 한화 S&C의 주당 가치를 5,100원으로 책정하였으나 경제개혁연대 등은 주당 가치를 16만 488원으로 계산했다.

(2) 판결의 내용

1심에서는 김회장이 장남에게 주식을 매각하는 과정에서 자신이 지배하는 그룹 경영실을 통해 주식 가치를 저가로 평가할 것을 지시하거나 이를 인용했다며 소액주주들의 손을 들어주었다. 그리고 주식 적정주가를 주당 2만7,517원으로 책정하여 한화측에 89억 6680원을 배상하라고 판결하였다.

그러나 2심에서는 이사회가 주식매매에 관한 충분한 정보를 수집·분석하였고, 주식 가치에 대한 평가도 부당하다고 볼 수 없다고 하였으며 가령 이사들이 모두 주식매매에 찬성했고, 장남 김동관이 한화그룹 경영권을 승계하는 이익을 얻었다고

41) 홍복기,「회사법강의(제4판)」법문사 (2016) 463면.
42) 2017. 9. 12. 선고.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해도 아버지인 김승연 회장의 이익이라고 보기도 어렵다고 판단하여 1심 판단을 뒤집었다. 그러자 소액주주들은 상법에서는 아들 등 특수관계인에게 이득을 몰아준 것도 처벌하도록 돼 있다며 대법원에 상고하였다.

그러나 대법원의 판단도 2심과 같았다. 대법원에서도 주식에 대한 가치평가에 있어 일부 오류가 있었고 장남에게 이득을 몰아주는 결정을 한 것은 인정하지만, 충분히 정보를 수집하고 분석하는 등 정당한 절차를 거쳐 주식매매를 승인했다면 이사들은 충실의무를 이행한 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 따라서 이사로서의 임무해태 책임을 물을 수 없다하여 원고 패소를 선고한 원심을 확정하였다.

(3) 판결의 분석

7년간의 공방 끝에 가장 최근에 판결이 난 한화 S&C사건은 법인이 보유한 핵심 자회사의 지분을 총수일가의 자녀에게 넘겨주었다는 점에서 삼성의 에버랜드 사례[43]와 매우 유사하다. 일각에서는 재벌들이 이용하는 편법승계 방법을 법원이 사실상 용인하여 준 판결이라고 목소리를 높이고 있다.

실제로 향후 김동관 등이 한화그룹의 지배권을 강화할 수단[44]으로 인식되는 회사인 한화S&C는 주식의 저가매각문제, 일감몰아주기 및 회사기회유용 그리고 향후 합병 등을 통한 한화그룹에 대한 지배권 확대의 수단이 될 것이라는 문제가 있다.

이번 판결과 같이 이사회 승인이라는 형식적인 요건만을 법원이 주요 판단 기준으로 삼는다면 이번 판결의 결과가 향후 재벌의 편법 거래를 오히려 조장할 가능성이 있을 수 있다는 생각이다.

---

43) 삼성에버랜드 전환사채 저가 배정 사건(전환사채 편법 증여 사건)으로, 1996. 10. 30. 삼성에버랜드가 주당 8만 5천원 대인 전환사채를 주당 7,700원에 주주 우선으로 125만 4천여주(약 96억원, 자사 지분 62.5%)를 발행한 이후 이건희 회장 및 기존 법인주주들이 인수를 포기하여 결과적으로 삼성그룹 외아들 이재용에게 배정한 사건. 그 후 전환사채는 주식으로 전환하여 에버랜드의 최대 주주로 등극하였다.

44) 한화 S&C는 장남 김동관을 포함하여 김동관, 김동원 등 김회장의 세아들이 지분을 100% 소유하고 있다. 한화 S&C는 한화에너지의 지분 100%를, 한화에너지는 한화종합 화학 지분 39.16%를, 한화종합화학은 한화토탈, 한화큐셀코리아 지분을 각각 50%, 50.2%씩 보유하고 있다. 이와 같은 지배구조에서 한화 S&C는 한화그룹 승계구도의 핵심이라 할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 검토

주주대표소송이 활발히 제기되고 있는 외국과 달리 우리나라는 1962년 상법에 대표소송을 도입한 지 56년이 지났음에도 불구하고 그다지 활발하게 제기되고 있지 않는 현황이다. 가장 큰 이유로는 위에서 살펴본 바와 같이 소수주주가 1% 혹은 0.01%의 제소요건을 갖추기가 어렵다는 것과, 제소요건을 갖추더라도 소수주주라는 한계에서 가지는 이사의 위법행위에 대한 입증의 어려움, 경영진에 편향적인 법원의 보수적인 태도 등이 적극적인 대표소송을 막는 요인이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 주주대표소송은 재벌총수 일가의 사익추구행위 및 기업 오너들의 불법행위를 막는 최후의 수단으로서 작용하고 있음은 분명하다. 또한 몇 가지 소송은 대기업의 편법증여와 계열회사 지원 등의 사안으로부터 큰 금액의 배상판결을 이끌어 냄으로써 경제적인 성과 또한 거두었다고 평가할 수 있다. 따라서 대기업의 선단식 경영 및 지배주주가 막대한 영향력을 가지는 우리나라의 현실적인 경영구조상 기업운영의 투명성과 건전성을 위해서는 반드시 필요한 제도라고 할 수 있다.

반면 기업에게는 한 번 손해배상청구가 될 때마다 그 청구금액이 수백에서 수조원에 이르는 고액이어서 이에 대한 방어비용도 많이 들 수 있어 부담스러울 수 있으며 경영상 여러 분야에 걸쳐 이해관계가 복잡하게 얽혀있기 때문에 자칫 소송의 남발로 인하여 기업경영활동을 위축시킬 수 있다는 가능성을 배제할 수는 없는 입장이다.

따라서 주주대표소송 제도는 불법행위를 방지하고, 부정행위에 대한 효과적인 구제방법으로써 소수주주를 보호하면서도 경영의 자율성 보장을 위하여 균형과 조화를 이루며 유지되어야 할 필요성이 있다.

외국의 주주대표소송의 경우 우리나라와 비슷하면서도 다른 면을 가지고 있다. 저마다 각국의 경제상황과 회사의 운영방법, 지배형태 등의 특성에 따라 운영을 달리하고 있는데, 예를 들어 일본에서는 우리나라처럼 원고가 6개월간 주식을 소유할 것을 요건(일본회사법 제847조 제1항) 으로 하고 있다. 또한 독일에서는 독일주식법 제148조에 따라 제소주주의 요건을 자본금의 1% 혹은 10만유로의 지분액에 해당하는 주주로 규정하고 있다. 또한 미국에서는 우리나라와 달리 다중대표소송이 활발히 진행되고 있기도 하다. 따라서 우리의 입장에서는 정착단계에 있는 우리나

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라보다 오래전부터 활발히 운용하고 있는 외국의 입법례 등을 심도 있게 연구해 볼 필요성이 있다할 것이다.

이하에서는 우리나라에서 대표소송이 보다 활성화되어 도입취지에 걸맞게 그 역할을 다함과 아울러 효과적인 기업의 지배구조 장치로 기능할 수 있도록 제도적인 보완과 운영의 방법을 찾는데 주력하고자 한다. 이러한 작업을 위하여 외국의 입법례 및 선례, 우리나라의 판례들을 폭넓게 살피고 우리나라 제도가 가지고 있는 문제점등을 찾아나가는 방법으로 논의를 전개하고자 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 외국의 주주대표소송제도

우리나라에서 상법이 제정되기 이전에는 당시 대한민국헌법 제100조의 경과규정에 의하여 당시의 일본상법이 의용(依用)되었다. 일본에서는 1950년 상법개정 시에 주주대표소송제도가 처음으로 도입되었는 바, 1962년의 제정상법에 규정된 우리나라 대표소송제도는 위 일본상법 규정의 영향을 많이 받았다고 볼 수 있다.[45] 대표소송의 명칭도 일본상법상 '주주대표소송'으로 불리다가 현행 일본회사법에는 회사가 소를 제기하는 경우까지 포함하여 '책임추궁등의 소'로 규정되어 있다(일본회사법 제847조 제1항 본문).[46]

대표소송의 기원은 영국의 형평법에서 찾을 수 있다. 17세기 초 영국의 형평법원은 신탁법리에 기초하여 회사의 내부분쟁에 개입하였고, 주주가 이사의 회사에 대한 의무를 근거로 직접 소송을 할 수 있는 제도를 장착시켰다. 그 후 영국의 영향을 받은 미국은 주주대표소송을 회사제정법상의 제도로 도입하게 되었다.[47] 위 두 나라의 법은 17세기의 영국 형평법원에서 형성된 대표소송제도(representitive suits)를 각각 다르게 발전시켰다. representitive suits란 집단과 집단 이외의 제3자 사이의 분쟁을 해결하기 위하여 그 집단의 대표가 소송행위를 하고, 그 결과 집단의 구성원 전원에게 판결의 효력을 미치게 하는 것이었다. 그리고 실제로 이러한 재판에 관여하지 않은 집단의 구성원에게 판결의 효력이 미치게하기 위하여 대표소송의 요건으로서 구성원과 대표 당사자 사이에 '공통의 이익'이 존재하는 것을 전제로 하였다.[48] 이에 반하여 미국의 대표소송은 영국의 대표소송과는 다르게 이해되고 독자적인 절차로 발전되었는데, 미국법상 대표소송의 제기에 있어 구성원 전원의 '공통의 이익'이라는 요건을 필요로 하지 않고 원고나 피고의 이해대립을 대표하기에 충분하다고 인정되면 당사자 전원의 권리를 해하지 아니하는 한 구성원 전원의 동의가 없이도 대표소송의 제기를 인정하였다는 점이 특징적이다.

이하에서는 대표소송제도가 최초로 생성된 영국과 이를 발전시킨 미국의 소송제도 및 독일과 일본의 대표소송제도의 현황 및 특성을 검토함으로써 우리나라 대표

---

45) 이태종, "주주대표소송에 관한 연구" 서울대학교대학원 박사학위논문 (1997) 50-51면.
46) 神田秀樹,「會社法(제15판)」弘文堂 (2013) 245頁.
47) 오성근, "주주대표소송에 관한 소고-상법과 영국의 회사법제와의 비교를 중심으로-"「상사법연구 제29권 2호(통권 67호)」, 한국상사법학회 (2010) 248면.
48) 山田泰弘,「株主代表訴訟의 法理」信山社 (2000) 12-13頁.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소송제도의 발전 및 개선방안을 모색하는데 참고하고자 한다.

제1절 미국

1. 주주대표소송의 연혁

가. 주주대표소송의 발전과정

주주대표소송은 영국에서 기원하고 있지만, 미국에서 활발하게 이용되고 있다. 미국에서 주주대표소송은 본래 신탁(trust)이라는 개념을 바탕으로 하였기 때문에 주주는 자신의 이익을 위하여 이사에게 회사경영권을 신탁한 것으로 간주되었다. 따라서 당초에는 영국과 마찬가지로 원고주주가 모든 주주를 대표하여 이사가 주주에게 부담하고 있는 의무의 이행을 구하는 것이었다.

1917년의 Attorny General v. Utica Ins. Co 사건에서 Kent 대법관은 주주와 이사의 관계는 이사를 수탁자로 하는 신탁 관계가 있고 사기적 신탁의무위반이 발생하면 이사는 책임을 지는 것으로 판결함으로써 최초로 소수주주가 경영진에 대하여 소를 제기할 수 있는 길이 열리게 되었다. 이러한 이사와 주주의 신탁관계에 대한 사고방식이 확립된 주주대표소송의 존재를 확인할 수 있는 초기판례로 1832년의 Robinson V. Smith 사건[49]을 들 수 있다. 이 사건은 소수주주가 이사를 상대로 회사의 자본금을 유용한 것에 대하여 책임을 추궁한 사례이다. 뉴욕주 법원은 당시 이사와 주주관계를 규율하는 실체법으로서 확립된 신탁이론을 원용하여 주주는 신탁수익자이고 이사는 신탁자 내지 업무집행조합원의 성격을 가지므로, 이사와 주주관계를 일종의 신탁관계로 규정함으로써 주주의 이사에 대한 책임추궁을 인정하는 판결을 선고하였다. 또한 이 판결에 의하면 “회사의 이사에 대한 책임추궁이 거부된 경우에 주주는 회사를 피고로 하여 소를 제기할 수도 있고, 주주전원을 당사자로 하는 것이 불가능 할 만큼 주주가 다수인 경우에는 일부의 주주가 자기 및 다른 주주를 위하여 소를 제기할 수 있다.”고 판시하고 있다.

---

49) Robinson V. Smith, 3 page Ch. 222(N.Y. 1832).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 판결에 의해 이사와 각 주주 사이의 신탁관계를 실체법을 근거로 하여 주주가 신탁수익자의 입장에서 이사의 책임을 추궁하는 것이 인용되었다. 또한 회사가 다른 피고와 함께 당사자로 되는 필요적 당사자로 취급되었다. 이는 회사가 이중으로 소를 제기하는 것을 막기 위한 것으로서 주주의 제소권은 회사의 제소권과 병존하는 것으로 보고 있기 때문이다. 따라서 이 시기의 주주대표소송은 회사와 주주의 관계는 중요하지 않으며 어디까지나 주주는 신탁수익자의 입장에서 이사의 책임을 추궁하고 있는 것이며 회사의 권리로부터 파생된 것이 아니라고 보고 있기 때문에 원고 주주가 자기와 같은 입장에 있는 주주 전원을 대표하여 소송을 한다는 의미에서 대표소송 또는 집단소송이라고 할 수 있다.

나. 주주대표소송의 확립

미국에서 주주대표소송이 완전히 확립된 사건은 미국 연방대법원의 Hawes v. Oakland 사건이라 할 수 있다. 이 사건은 뉴욕주에 거주하는 원고가 캘리포니아주 오크랜드시에 있는 수도회사의 주주로 회사가 무료로 시에 물을 공급한 책임을 회사의 이사를 상대로 청구한 사건이다. 이 사건에서 법원은 “주주가 원래 회사의 권리에 속하는 것을 자기 자신의 이름으로 소송을 제기하고 수행하기 위해서는 자신이 회사내부에서 취할 수 있는 모든 구제조치를 취하였다는 사실을 입증하여야 하고, 주주는 회사의 이사회가 스스로 소를 제기할 수 있도록 노력을 기울여야 하며, 시간이 허용되면 주주총회에도 제기하여 구제조치를 강구하여야 한다. 만일 위와 같은 조치를 취하지 못하였을 때에는 그것이 불가능하였거나 그것을 요구하는 것이 불합리하다는 사실을 입증하여야 한다.”고 밝혀 주주대표소송의 제소 전 청구요건을 엄격하게 규제할 필요가 있음을 판시하였다.[50]

미국 판례법에서 유래한 이러한 원칙은 미국 연방형평법원규칙 제94조로 성문화되었고, 이는 곧 1912년 같은 규칙 제27조로 변경되었다. 그리고 이 내용은 1983년 미국 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Prodecure)에 제정될 때 제23조(b)항으로 규정되었다가 1966년 연방민사소송규칙 개정에 의하여 제 23조(b)항은 제23.1조가 되어 1966년부터 발효되었다. 이후 주주대표소송에 관한 연방민사소송규칙의 개정은 이루어지지 않고 있다. 따라서 Hawes v. Oakland 사건에서 판시한

50) Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450, 26 L. Ed. 827 (1882)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

원칙은 현재 미국 연방민사소송규칙에서 성문화되어 있기 때문에 각 주법도 주주대표소송에 관하여는 연방민사소송규칙을 기본으로 하여 유지되고 있다고 볼 수 있다.

2. 제소요건

미국에서 주주대표소송을 제기할 경우에는 당해 회사가 주소를 둔 법원에 제소해야 하므로 소제기권자는 해당 주회사법에 따라 달라진다. 다만 미국 주요상장기업들의 대부분은 Delaware주에 주소를 두고 있기 때문에 대부분의 주주대표소송이 Delaware주법원에 델라웨어 주회사법을 기준으로 규율되고 있다. 델라웨어 주회사법에 의하면 주주대표소송의 소제기권자는 단독주주권과 주식동시소유의 원칙 그리고 계속적 주식소유의 원칙을 일반적인 요건으로 하고 있다.[51] 이는 첫째, 주식을 단 1주라도 보유한 주주라야 하며, 둘째, 문제가 되는 이사의 행위가 행해진 때부터 계속주주이거나 또는 그 주주로부터 적법하게 주식을 양수한 주주라야 하며, 셋째, 제소시 뿐만 아니라 소송 중 내지 소송 종료시에도 주주라여야 한다는 것이다.

가. 단독주주권

미국에서는 대표소송제기에 필요한 최소 주식수를 제한하지 않고 있어 단 1주를 소유한 주주라도 대표소송을 제기할 수 있다.[52] Iowa, Massachusetts, Washington의 제정법에서는 주주명부에 등재된 주주만이 대표소송을 제기할 자격이 있다고 규정하고 있지만, 대부분의 제정법[53]과 판례[54]는 주주명부에 주주로 등재되어 있지 않아도 주주가 스스로를 실질적이고 적법한 주주라는 사실을 증명한다면 원고적격을 인정한다. 단, 주주명부에 등재된 주주라도 주식매수청구권을 행

51) douglas M. Branson, “The Rule That Isn’t a Rule - The Business Judgement Rule', 36 Valparaiso University Law Review 631, (2002)
52) 임재연「미국 기업법」박영사 (2009) 301면.
53) California Corporations Code §800(b)(1)에서는 “...a Shareholder, of record or beneficially ...”라고 규정한다.
54) Rosenthal v. Burry Biscuit Corp., 60 A2d 106 (Del, Ch. 1948), Delaware 주법원은 주주의 형평법상 이해관계의 유무에 의하여 원고적격을 판단한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사한 경우는 실질적인 주주로 볼 수 없어 대표소송을 제기할 수 없고, 주식매수선택권을 가진 자의 경우에 선택권을 행사하기 전에는 아직 주주가 아니므로 원고적격이 부인된다.[55]

나. 동시주식소유(contemporaneous ownership)의 원칙

동시주식소유 원칙이란 대표소송에서 문제삼고자 하는 부정행위가 일어났을 때 원고가 주식을 소유하고 있어야 하는 것을 말한다. 미국의 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Prodecure) 제23.1조 에서도 이와 같은 원칙을 규정하고 있으며 NYBCL[56]에서 이를 최초로 규정한 이후에 대부분 주의 제정법과 판례도 동 원칙을 채택하고 있다. 이는 양수인의 부정목적에 의한 주식취득 문제와 부당이득 문제를 고려한 원칙이다. 단, 부정행위의 미공개로 인하여 원고 주주가 문제된 부정행위를 모르고 주식을 매수한 경우나 유증, 무·유언상속 등과 같은 법률의 규정에 의하여 주식을 취득한 경우에는 동시주식소유요건의 예외가 적용되기도 한다.

다. 주식계속소유(continuing ownership)의 원칙

주식계속소유의 원칙이란 원고가 소제기 이후에도 주식을 계속 소유하고 있어야 하는 것을 말한다. 만약 원고가 대표소송을 계속하는 중에 주식을 전부 처분해버리는 경우에는 소가 각하된다.[57]

라. 사전 제소청구

연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Prodecure) 제23.1조에 따르면 원고주주는 소장에 이사 또는 그에 준하는 자에 대하여 다른 주주나 구성원에 대하여 제소청구를 한 노력을 기재하여야 하며, 이러한 제소청구가 불가능하였던 경우 혹은 그러한 노력을 하지 않았을 경우에는 그 이유를 기재하여야 한다고 규정한다.[58]

---

55) Simons v. Cogan, 549 A. 2d 300 (Del. 1988)
56) New York Business Corporation Law
57) Tenney v. Rosenthal, 160 N.E. 2d 463 (N.Y. 1959)
58) California Corporations Code §800 , New York Business Corporation Law §626(c) 에

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이를 이사회에 대한 사전제소청구(demand requirement)라고 한다. 제소청구는 서면으로 하는 것이 원칙이나 소장 초안을 이사회에 송부하거나 공식석상에서 구두로도 가능하다. 단, 단순한 시정요구는 제소청구로 인정되지 않는다.[59]

이는 보통 이사의 책임추궁은 회사내부의 문제로서 주주가 아닌 이사회의 통상권한으로 인정하여 이사회로 하여금 먼저 제소의 필요성에 관하여 검토할 기회를 주는 것이다. 따라서 이는 주주가 소송을 제기하기 전에 이사회에 먼저 제소청구를 하게 하여 회사 내에서 구제철차를 다 할 수 있게 하기 위함이고, 또한 재판을 통하지 않고 해결하게 됨으로써 소송비용의 절감의 효과도 누릴 수 있다. 주주는 제소 청구일로부터 일정 기간이 지나면 대표소송을 제기할 수 있는데, 이는 3주에서 2월, 8월 등 다양한 기간을 기준으로 하고 있다.

그런데 제소청구의 면제(demand excused)라고 하여 원고 주주가 이사회에 대하여 제소청구를 하지않고 대표소송을 제기할 수 있는 경우가 있다.[60] 보통 제소청구면제사유가 되는 경우는 사전제소청구가 무용(futile)일 때 인데, 과반수 이사가 문제된 부정행위에 대하여 이해관계가 있거나 직접적인 관계가 없더라도 정실관계로 인하여 이사회의 독립성이 인정되지 않을 때에 무용이라고 본다. 또한 회사가 부정행위에 대해 제소하지 않겠다는 의사를 명백히 밝힌 경우에도 제소청구가 면제된다.[61] 이 때 Delaware 주법원은 “무용성을 판단하는 기준으로 이사들이 이해관계가 없이 독립하였고 문제된 행위가 경영판단의 원칙의 소산이라는 점에 대하여 합리적 의심이 있는지에 따라 정당한 행사에 의하여 결정하여야 한다.”고 판시한 바 있다. New York 주 법원 역시 이사회 과반수가 당해 거래와 이해관계가 있거나, 이사회가 합리적이고 적절한 조사를 하기 위한 충분한 정보를 제공받지 못하였거나, 문제된 거래가 경영판단원칙의 소산으로 볼 수 없을 정도로 터무니 없었다는 점 등을 주주가 증명하여야 소면제가 무용한 것으로 인정된다고 보았다.

서도 같은 내용의 절차를 규정하고 있다.

59) Stadin v. Union Electric Co., 309 F. 2d 912 (8th Cir. 1962)

60) 주주가 제소청구면제사유를 주장하는 경우에도 이사회는 SLC로 하여금 사안을 검토하여 법원에 SLC의 결정을 제출할 수 있다. 이 때 법원은 SLC의 기각결정이 있을 경우에는 이를 받아들여 청구를 기각할 수도 있고 이를 무시하고 청구를 인용하여 소송을 진행할 수도 있다.

61) Nussvacher v. Continental Illinois National Bank & Trust Co. 사건은 무용성을 이유로 제소청구 면제를 인정한 대표적인 사건이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 제소현황

미국은 이사회제도가 잘 정착되어 있어 이사에 대한 실효적인 규제가 가능함에도 불구하고 주주대표소송이 활성화 되어있다. 미국에서는 전체 기업의 약 20% 정도가 적어도 한차례 이상 주주대표소송을 겪었으며 매년 2~3천여건의 대표소송이 제기되고 있음이 증명된다.[62] 구체적으로 살펴보면, 1982년에 1건, 1983년에 1건, 1984년에 5건, 1985년에 7건, 1986년에 12건, 1987년에 23건, 1988년에 19건, 1989년에 33건, 1990년에 42건, 1991에 20건, 1992년에 19건, 1993년에 20건, 1994년에 13건 등으로 1982년부터 1994년까지 174개 상장기업을 상대로 한 주주대표소송이 총 215건이 제기된 사실을 확인할 수 있다.[63] 1995년의 경우에는 소취하를 조건으로 지불한 화해금액만 16억 6천만 달러에 이른다.[64] 또한, 1996년부터 2006년까지 11년동안 총 187건의 주주대표소송이 제기된 것으로 보고되었다.[65] 이에 대하여 일각에서는 최근 미국의 주주대표소송이 과거에 비해 제기의 정도가 감소했다는 주장도 하고 있지만 2007년 5월을 기점으로 스톡옵션 백데이팅과 관련해서 무려 총 158개의 회사가 주주대표소송에 피소된 사실[66]에서 알 수 있듯이 미국에서 주주대표소송은 이사들의 불법행위에 대한 강력한 규제수단으로 그 역할을 다하고 있는 것으로 볼 수 있다.

제2절 일본

1. 주주대표소송의 연혁

일본에서는 1899년에 독일 상법을 바탕으로 본격적으로 상법이 시행되었다.

---

62) 박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론”「홍익법학 제14권 제 2호」홍익대학교 법학연구소 (2013) 446면.
63) 김주영, ”주주대표소송의 제소실태와 당사자적격완화의 필요성”「지배구조연구 제23호」좋은기업지배구조연구소 (2007) 36면.
64) 김대연, “주주대표소송에서의 화해”「상사판례연구 제8집」한국상사판례학회 (1997) 476면.
65) 김주영, 앞의 논문, 36면.
66) 경제개혁연대, “우리나라 주주대표소송의 현황 및 과제 -재계의 ‘남소우려’주장에 대한 실증적 비판-”「경제개혁리포트 2007-11호」(2007) 1면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1899년 제정된 일본 구.상법에는 주주가 이사에 대하여 제소청구를 할 수 있음이 규정되어 있었다. 구체적으로 살펴보면, 먼저 주주가 이사의 책임을 추궁하려는 경우에는 우선 회사에 대하여 소를 제기할 것을 청구하고 이에 관하여 주주총회에서 이 문제를 결의하는 절차를 취해야 했다. 주주총회에서 이사의 책임을 추궁하려는 결의가 이루어진 경우에 회사는 총회결의의 날로부터 1개월 이내에 이사에 대한 소를 제기하여야만 하고 소송 수행은 감사 또는 주주총회에서 선출된 자가 하도록 하였다. 반면 주주총회에서 이사에 대한 소제기의 청구가 부결이 된 경우에 자본의 10% 이상의 주식을 보유하는 소수주주가 주주총회가 종결된 날로부터 1개월 이내에 소를 제기하도록 감사에게 청구하고, 회사는 총회결의 또는 그 청구의 날로부터 1개월 이내에 소를 제기하여야 한다고 규정하였다.[67] 이 경우의 회사의 대표자는 감사 또는 제소청구를 한 주주가 지정한 자이다.[68] 또한, 소의 취하 또는 화해를 하는 경우에는 다시 주주총회에서 주주 의결권의 과반수의 동의를 그 요건으로 하였으며, 감사에게 소의 제기를 청구한 소수주주는 감사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 필요가 있었다.

그 후 1938년 개정된 상법에서는 주주총회 개최일의 3개월 전부터 계속해서 주식을 보유해야 하는 요건이 추가된 한편, 주주의 제소청구기간이 종전의 1개월 이내에서 3개월 이내로 완화되었다.[69] 또한 이사의 책임 그 자체를 주주총회의 특별결의가 있으면 면제할 수 있는 규정이 있었다.[70] 이러한 개정들은 주주가 이사의 책임을 추궁할 여지를 좁히는 것인데, 당초에는 독일법의 영향이 강하였으나 그 후의 개정에 의하여 독일법과는 기본적 방향이 다르게 되었다. 한편 일본의 현재의 주주대표소송과 비교하면 제소청구권이 자본의 10분의 1 이사의 주식을 보유하는 소수주주권이었던 점과 이사의 책임추궁을 할 수 있는 당사자는 회사에 한정되었던 점이 특색이었다고 말할 수 있다.

이처럼 1950년의 개정전 일본상법에서의 책임추궁제도는 주주가 이사의 책임을 추궁하기 위하여 직접 소송을 제기할 수 없고, 어디까지나 회사에게 제소청구를 하는 것에 그치는 것이기 때문에 회사소권을 대위행사하는 주주대표소송과는 거리가 멀었다. 또한 주주가 직접 이사의 책임을 추궁할 수 없고 주주가 회사에게 제소청

67) 1950년 개정전 일본상법 제268조 제1항, 제2항
68) 1950년 개정전 일본상법 제277조 제1항, 제2항
69) 1950년 개정전 일본상법 제248조.
70) 1950년 개정전 일본상법 제245조 제1항 4호.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

구를 하는 점과 제소청구의 요건이 소수주주권인 점은 독일의 제도와 마찬가지 이다. 다만 당시의 제도에서는 소수주주의 남용을 우려하여 주권의 공탁과 함께 감사로부터 담보청구를 받은 경우에는 그에 응할 필요가 있는 등 상당히 장벽이 높았고 이사회의 책임추궁이 실효를 거두는 경우는 거의 없었다.[71]

이 후 일본에서는 1950년에 근본적인 상법 개정[72]이 이루어졌다. 가장 큰 특징으로는 종래의 주주총회의 권한이 축소되고 이사의 기능이 중시되어 그 실효성이 확보되었다는 점과 함께 주주의 권한을 강화하기 위한 법률적인 제도의 마련이 되었다는 점이다.[73] 가장 대표적인 주주대표소송의 도입 외에도 개정상법 제272조에서는 단독주주에 의한 위법행위중지청구권, 개정상법 제293조의6에서는 소수주주에 의한 장부열람권 등을 명시하였다. 특히 제소요건으로 원고주주는 6개월 전부터 계속하여 주식을 소유한 자에 한하였고, 서면을 통하여 소의 제기를 청구할 수 있었다.[74] 또한 주주의 소제기 청구가 있음에도 불구하고 회사가 30일 이내로 이사에 대한 소제기를 하지 않은 경우에는 주주가 직접 소를 제기할 수 있는 것으로 하였다.[75] 또한 1950년 개정 이전에는 주주총회의 특별 결의로 이사의 책임을 면제할 수 있었으나, 개정 후에는 이러한 요건을 강화하여 총주주의 동의가 없으면 이사의 책임을 면제할 수 없는 것으로 하였다.[76] 이외에도 주주대표소송의 관할 및 다른 주주 또는 회사의 소송참가, 주주의 고지, 제소주주의 권리의무, 악의있는 패소주주의 배상책임, 재심의 소 등이 규정되었다.

그 후 1951년 일본 상법에서는 주주대표소송 도입 이후에 남소의 위험을 방지하기 위하여 피고이사가 원고주주가 악의에 의하여 제소하였다는 점을 소명하면 법원이 원고주주에게 담보제고신청을 명할 수 있도록 개정하였다.[77]

1993년의 상법 개정시에는 주주대표소송 규정의 일부 재검토를 실시하였다. 주로 주주의 경제적 부담을 경감시키기 위한 것들이었는데, 먼저 주주대표소송의 소가를 손해배상 청구액에 상관없이 95만엔으로, 인지대는 8,200엔으로 일률적으로

---

71) 中東正文, “昭和25年商法改正-GHQ文書から見た成立經緯の考察(2)”「中京法學 31卷 1号」(1996) 147面.
72) 1950년 5월 10일 법률 제167호 공포, 1951년 7월 1일 시행.
73) 高倉史人, “1950年 商法改正の意義と位置付けに關すゐ一考察一株主の權利·地位の强化を中心に一”「大版大學 6券 1号」國際公共政策研究 (2001) 94面
74) 1950년 개정 일본상법 제267조 제1항, 제275조의4.
75) 1950년 개정 일본상법 제267조 제2항.
76) 1950년 개정 일본상법 제266조 제4항.
77) 1951년 개정 일본상법 제267조 제4항, 제5항

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정하여 소송비용의 부담없이 소송을 제기할 수 있게 하였다.[78] 또한 소를 제기한 주주가 승소한 경우에 소송비용 중 상당한 금액을 회사에 청구[79]할 수 있도록 하였고 주주가 증거수집을 쉽게 할 수 있도록 회계장부열람청구권의 행사요건을 완화[80]하였다. 특히 1993년의 상법 개정은 주주대표소송이 활성화 될 수 있는 바탕이 됨으로써 이후 일본에서 주주대표소송의 제기건수는 급격히 증가되었다. 그러나 이와 같은 제소요건의 완화가 오히려 남소를 조장할 수 있다는 비판의 견해도 있었으며 당시 일본경제의 버블붕괴로 인하여 방만한 경영의 책임을 묻는 소송이 증가하고 그 청구금액 또한 거액화되어 주주대표소송은 주주의 보호를 위한 목적 그 이상으로 작용하여 일본의 회사경영방식의 근본을 뒤흔든 계기가 되었다는 견해도 있다.[81]

이에 2001년 상법 개정에서는 주주가 소를 제기하기 전 회사를 상대로 한 제소청구를 하였을 때 회사의 고려기간을 30일에서 60일로 연장하도록 하였다.[82] 또한 회사가 모르는 화해가 이루어지는 것을 방지하기 위하여 재판상의 화해제도에 관한 규정이 신설되었는데 원고주주와 피고이사가 화해하는 경우와 같이 회사가 그 소송상 화해당사자가 아닌 경우에는 법원은 회사에 화해내용을 통지하고 이의신청을 하도록 최고하여야 한다고 규정하였다.[83] 셋째로는 회사가 주주대표소송에서 피고 이사를 보조하기 위하여 소송에 참가하는 것은 당연히 허용되며 이때에는 감사의 동의를 얻도록 절차에 관한 규정을 마련하였다.[84]

그 이후 2005년에 일본은 주주대표소송제도에 관한 종래의 상법 개정이 불충분함에 따라 일본 회사법이 제정되는 계기로 주주대표소송에 관하여 대대적인 개정을 가했다. 현행 일본 회사법에서는 남소의 방지를 위해 제소금지사유에 대하여 규정 하고 있는데 일본에서는 책임추궁 등의 소가 당해 주주 또는 제3자의 부정한 이익을 도모하거나 당해 주식회사에 손해를 가하는 것을 목적으로 하는 경우를 주주대표소송을 제기할 수 없는 경우로 본다.[85] 또한 주주에게 소를 제기하지 않는 경우에는 부제소이유서를 서면으로 주주에게 통지할 것을 의무화하였다.[86] 또한

78) 1993년 개정 일본상법 제267조 제4항.
79) 1993년 개정 일본상법 제268조의2 제2항.
80) 1993년 개정 일본상법 제293조의6 제1항.
81) 이태종, “앞의 논문” 49면.
82) 2001년 개정 일본상법 제267조 제3항.
83) 2001년 개정 일본상법 제268조 제6항.
84) 2001년 개정 일본상법 제268조 제8항.
85) 일본 회사법 제847조 제1항.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주식교환, 주식이전 및 합병에 의하더라도 원고의 자격을 잃지 않는다는 원고 적격에 대한 상당부분의 개선을 내용으로 하고 있다.[87]

2. 제소요건

1950년 상법개정에서 주주대표소송을 도입한 일본은 일본회사법 제847조 제1항에서 주주대표소송 제기권을 단독주주권으로 하면서 소제기권자 요건으로 원고주주가 6개월 전부터 계속하여 주식을 보유할 것을 요하는 것으로 규정하였다. 여기서 6월이란 주주가 주식을 취득하여 주주명부에 개서한 날로부터 6월을 경과한 시점 내지 회사에 청구하는 날로부터 역산하여 6개월전인 시한을 의미한다.

그러나 상속 내지 합병과 같은 포괄적 승계에 의해 주식을 취득한 경우에는 피승계인의 보유기간을 통산하여 6월이면 족하고, 회사 성립후 6월을 경과하지 않은 회사의 경우에는 성립 후 계속하여 주주였다면 그 요건을 충족한 것으로 간주한다.[88] 또한 동법 제2조에 따라 주주가 회사에 대하여 제소청구를 할 경우, 내지 회사에 청구하지 않고 직접 제소하는 경우에는 제소시점부터 소송 중을 통하여 6월 전부터 계속 주식을 소유하여야 한다. 따라서 제소 후 주주가 주식의 전부를 양도하여 소 제기권을 상실한 경우에는 소가 각하된다.[89] 다만 동법 제849조 제1항에 따라 각하판결 전까지는 다른 주주가 소송에 참가하여 소제기권을 상실한 주주가 제기한 소송을 계속할 수 있다.[90]

3. 제소현황

일본은 1993년 개정상법에서 주주대표소송의 소송물 가액을 95만엔, 인지대를

86) 일본 회사법 제847조 제4항. 주식회사가 주주에 의한 대표소송의 제소청구를 받은 후 60일간의 고려기간 중에 소를 제기하지 않는다고 판단한 경우 주주 또는 이사등의 당사자로부터 청구가 있었던 때는 회사는 지체없이 제소하지 않는 이유를 통지하여야 한다.

87) 양만식, “최근 일본 회사법의 개정 동향-이사의 회사에 대한 책임과 주주대표소송의 개정을 중심으로”「기업법연구 제19권 제3호」한국기업법학회 (2005) 71면.

88) 北澤正啓,「會社法 第4版」靑林書院 (1994) 439面.

89) 周劍龍, “株式移轉にゐ株主地位の 喪失と原告適格維持可否”「金融·商事判例」經濟法令硏究會 (2001) 63面

90) 안성포, “주주대표소송과 원고적격성”「비교사법 제12권 제1호」한국비교사법학회 (2005) 476면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

8,200엔으로 정액화하였고 주주가 승소한 경우에 비용보상의 범위를 확대하는 등 원고주주의 경제적인 부담을 경감한 이후 제소가 급증하였다.[91] 구체적으로 살펴보면 연도별 소송개수가 1992년 31건, 1993년 83건, 1994년 145건, 1995년 174건, 1996년 219건, 1998년 240건, 1999년 286건 등으로 파악[92]되며 1993년 상법개정 이후에 주주대표소송의 제소가 꾸준하게 증가하였음을 알 수 있다. 이는 미국보다 훨씬 더 많은 수치이며 일본에서 주주대표소송이 얼마나 활발하게 제기되는지를 알 수 있는 부분이기도 하다.

제3절 그 외 국가의 주주대표소송

1. 영국

가. 주주대표소송의 기원

영국의 주주대표소송의 기원은 봉건시대로 거슬러 올라가 살펴볼 수 있다. 그 당시에는 영주와 임차인 간에 토지의 임대료나 임대차 계약에 관련한 문제가 빈번하였고, 이로 인한 갈등이 자주 발생하였다. 그러나 당시에는 임차인의 입지가 약하였기 때문에 불이익을 받는 경우가 대부분이었다. 그러자 임차인들간에 집단을 구성하고 그 대표가 영주와 교섭을 벌였으며, 교섭의 결과는 직접적으로 분쟁에 관련하지 않은 구성원에 대해서도 동일하게 적용되었다. 즉, 집단의 대표자가 집단의 이익을 위한 공통의 대표자로 간주되었기 때문에 이를 영국 주주대표소송의 기원으로 보고 있다.

이후 18세기에 집단의 이익을 대변하는 대표자가 소송을 제기할 때는 형평법원의 소송절차를 이용하였다. 초기 법원에서는 대표자가 집단의 이익을 대표한다는 증명을 위해 증명서 제출을 요구하였다. 그러나 산업혁명의 영향으로 갈수록 주식회사의 설립이 증가함에 따라 집단으로서의 주주의 수가 증가하였고, 주주간 상호

91) 박정국, “앞의 논문” 476면.
92) 김주영, “앞의 논문” 37면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

긴밀성이 희박하게 되어 주주의 대표가 주주집단 전체의 이익과 일치하는 것이 어려워졌다. 따라서 형평법원은 1722년 Chancy v. May 사건에서 소송대표자의 제소의 경우에 공통의 이익의 유무를 판단하기 위한 동의서 대신 소송원인으로 된 이익이 집단의 이익에 합치하는가에 대하여 법원 스스로 판단하게 되었다. 이후 이러한 형평법원의 판례에 따라 주주집단 가운데 주주 1인이 주주집단 구성원과 공통의 이익을 가진다는 것을 전제로 소를 제기하는 것이 인정되었다.

나. Foss v. Harbottle 사건

주주대표소송은 1828년 영국에서 처음으로 인용되었다. Hichens v. Congreve 사건에서 주주의 대표가 회사의 이사가 부정행위를 통하여 금전을 취득하였음을 이유로 이사의 회사에 대한 금전반환청구를 요청하였는데, 형평법원이 이를 인정한 것이다.

그 후, 1843년에 발생한 Foss v. Harbottle 사건[93]은 영국의 주주대표소송에 대하여 큰 영향을 미치게 된다. 이 사건은 공원의 조성 등을 위해 설립된 주식회사 "Victoria Park Company"의 주주 Richard Foss와 Edward Starkie Turton이 주주 전체를 대표하여 회사와의 위법한 토지의 전매거래나 담보설정을 한 이사들의 회사자금 사용에 대항하여 Thomas Harbottle을 포함한 5명의 회사 이사에게 손해배상청구를 제기한 사건이다. 이 사건에서 부대법관인 Wigram경은 이사들의 행위에 의한 손해는 회사에 대한 것이기 때문에 회사가 소송을 제기해야 하며, 회사에 사실상의 이사회가 존재하고 주주총회가 개최되고 있는 경우에는 주주총회에서 적절한 조치를 함으로써 회사가 손해배상을 받을 가능성이 있기 때문에 원고주주의 제소를 기각하였다.[94]

Foss v. Harbottle 사건 판결의 특징은 첫째, 회사의 손해를 회복시키려는 우선적 권리는 회사에 있다는 점(proper plaintiff rule), 둘째, 회사경영자의 업무집행에

93) Foss v. Harbottle, 2Hare 461, 67ER189 (1843)

94) "the proper plaintiff in an action in respect of a wrong alleged to be done to a company or association of persons is, prima facie, the company or association of persons itself… the matter relied on as constituting the cause of action shall be a cause of action properly belonging to the general body of corporators or members of the company or association as opposed to a cause of action which some individual member can assert in his own right.…" Foss v. Harbottle

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

대해서는 주주총회를 구성하는 다수 주주의 의사에 의하여 통제되기 때문에 법원이 개입해서는 안된다는 것("majority rule principle)이다. 따라서 이사의 위법행위에 의한 손해에 대하여 주주가 회사를 대위하여 회사소권을 적극적으로 행사할 수 없으며, 이사의 행위가 문제가 되더라도 주주총회에서 추인 될 수 있는 경우에는 주주는 이사의 책임을 추궁하기 위한 소의 제기를 할 수 없다.

이 원칙은 Foss 원칙으로 불리며 소수주주의 소제기를 억제함으로써 주주의 권한 자체를 축소시키는 효과가 있었으나, 이에 대한 반발로서 보통법상 몇 가지의 예외를 인정하였다. 다음의 네 가지 경우에 한하여 Foss원칙의 예외로서 주주의 책임추궁이 인정되었다.

첫째, 소가 제기된 행위가 회사의 권리능력 외의 경우에 해당되고, 당해 거래에 대해 주주총회의 특별결의 또는 이에 준하는 방법으로 승인이 요구되는 경우[95], 둘째, 주주인 구성원의 개인적 내지 사적권리가 침해된 경우, 셋째, 부정행위자에 의해 회사가 지배되고 있는 것이 판명된 경우, 넷째, 문제의 행위가 소수파에 대한 사기적 행위에 해당하는 경우[96]이다. 이와 같은 예외적인 경우에 해당하여야만 주주가 대표소송의 형식에 따라 이사의 책임을 추궁할 수 있는 것으로 인정되기 때문에 주주대표소송이 인용되는 경우는 한정적이라고 볼 수 있다.

다. 영국의 신회사법

2006년 11월 8일, 영국의회는 회사법 개혁법안을 통과시킴으로써 2008년 10월부터 회사법(Companies Act 2006)을 시행하였다.[97] 이로써 주주대표소송이 명문화 된 것이다. 영국 신회사법은 이전의 Foss 원칙을 폐기하였고, 동법 제 260조 내지 264조에서 주주대표소송의 절차와 요건 등의 규정을 구체적으로 마련하였다.

먼저 신회사법에서는 이사의 과실, 임무해태, 의무위반, 신탁위반 뿐만아니라 부작위에 의한 경우도 이사의 책임추궁 원인으로 삼았다.[98] 또한 주주가 소를 제기할 때에는 법원에 허가신청을 하여야 한다.[99] 법원은 제출된 신청서나 증거가 부

95) Edwards v. Halliwell, 2All ER 1064 (1950)
96) 관련판례로는 Atwool v Merryweather, LR5 EQ464n, per Page Wood VC(1867), Gambotto v WCP Limited 182 CLR 432 (1995)이 있다.
97) 이중기, “영국회사법상 이사의 의무, 의무위반에 대한 구제수단, 대표소송, 의무위반의 사전승인 -2006년 개정 회사법을 중심으로” 한국상사법학회 (2009) 9면.
98) 영국 신회사법 제260조(3)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적합할 경우에는 그 신청을 각하한다는 결정을 내릴 수 있다.[100] 각하되지 않은 경우에는 회사에게 증거제출을 지시할 수 있고 증거가 입수될 때 까지 소송절차를 연기할 수 있다.[101]

기각할 수 있는 기준은 다음과 같다. 첫째, 회사의 이익을 위하여 행동하는 자가 소의 수행을 구하지 않는 경우, 둘째, 소송원인으로 되는 행위가 발생하였는가에 관계없이 회사가 당해 행위를 승인 혹은 추인하고 있던 경우이다. 또한 주주에 대해서는 소송수행을 위하여 성실하게 행동하고 있는가, 회사의 이익에 기하여 행동하는 다른 자가의 소송참가 여부, 회사가 책임추궁을 하지 않는다는 결정 여부, 주주가 회사가 아닌 자기의 권리를 위하여 소를 제기하였는지의 여부등을 살핀다.[102] 넷째로 주주 또는 회사가 소송을 제기한 경우에 다른 주주가 제소의 허가를 얻는 경우의 기준은 제소자가 남용적 절차인 때, 제소자가 성실하게 소송을 수행할 수 없을 때, 다른 주주가 소송을 수행하는 것이 적절할 때이다.[103]

2. 독일

가. 주주대표소송의 발전과정

독일은 오랜 기간동안 대표소송을 인정하지 않아왔으나, 1998년에 이원제의 구조를 신뢰할 수 없다는 인식을 바탕으로 '기업통제 및 투명성법(KonTraG)'을 공포하였다. 이는 기업경영의 투명성을 높이고 경영감시의 기능을 향상시키기 위함을 목적으로, 기업의 지배구조를 획기적으로 변화시키는 계기를 마련하게 되었다.[104]

2004년 1월 28일 독일의 연방법무부는 "기업조직의 통합과 주주총회결의 취소소송의 현대화를 위한 법률"(이하 "UMAG"이라 함)의 보고초안을 공표하였고 연방내각은 이에 관한 정부안을 2004년 11월 17일 의결하였다.[105]

---

99) 영국 신회사법 제261조(1)
100) 영국 신회사법 제261조(2)
101) 영국 신회사법 제261조(3)
102) 영국 신회사법 제263조(4)
103) 영국 신회사법 제 264조
104) 안성포 "독일주식법 지속적인 개혁"「상사법연구 제22권 제1호」한국상사법학회 (2003) 286면.
105) 안성포 "독일의 회사법 개혁과 최근동향-2005년도UMAG에 의한 독일주식법의 개정을 중심으

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그 후 독일에서는 2005년 11월에 UMAG가 시행되었다. 독일의 UMAG에 있어서는 회사가 주주와 비교하여 이사의 책임추궁에 대한 우위성은 인정하면서, 주주가 이사의 책임을 추궁하는 전제조건을 완화하였으며, 주주가 직접 이사의 책임추궁을 할 수 있는 주주대표소송이 명문화 되었다. 이러한 UMAG의 이사의 책임추궁에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

첫째, 주주가 신문 등의 보도매체에 의하여 이사의 위법행위가 회사에 손해를 주었다는 의심을 갖게 된 경우에도 이사의 행위에 대한 정보를 얻기 위하여 특별검사를 청구할 수 있다. 또한 주주총회에서 특별검사역의 지명을 부결한 경우에 주주는 자본의 100분의 1 또는 지분총액 10만유로 이상의 소수주주군으로서 지명을 강제할 수 있게 하였다. 둘째, 독일에서는 주주가 직접 이사의 책임을 추궁하는 것은 인정되지 않았으며, 회사에 대하여 이사에의 손해배상을 제기하도록 하였으나, 자본의 100분의 1 또는 액면 10만 유로 이상의 주식을 소유하고 있는 주주는 자신의 명의로 회사의 손해배상청구권을 행사하는 허가를 법원에 신청할 수 있도록 규정하였다. 이때 법원은 UMAG 제48조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 제1호 내지 제4호의 허가요건을 모두 충족한 경우에 한하여 주주의 대표소송의 제도를 허가한다.[106]

제1호는 이사의 위법행위 공표 전에 주식을 취득하여야 한다. 따라서 주주가 이사의 위법행위 공표 이후에 주식을 취득한 경우는 이사의 책임을 추궁할 수 없기 때문에 주주의 주식 취득 시점이 문제로 되는 이사의 위법행위 또는 손해발생이 공표되어 사실을 안 시점보다 전에 주주가 주기을 취득하였다는 것은 당해 주주가 증명하여야 한다. 그리고 주주가 이사의 위법행위 시점에 이미 주식을 취득한 것을 입증하여 법원에 의하여 인용되어야 한다.

제2호는 “주주가 상당한 기한을 두고 회사에게 스스로 제소할 것을 구하였지만[107]회사가 제소하지 않았던 것을 주주가 증명하여야 한다”는 규정을 두고 있다. 이는 이사의 책임추궁은 최초로 회사가 하여야 한다는 전제에서 주주가 회사에게 제소를 촉구하는 사전적 절차를 밟아야 한다는 것이며 여기서의 “상당한 기한”은 2개월로 해석되고 있다.

로”「기업법연구 제19권 제3호」한국기업법학회 (2005) 85-86면.

106) 조지현, “독일 주식법상 지휘기관에 대한 주주의 책임추궁방안 연구 - 소송강제와 주주대표소송-”「법학논총 제31집 제3호」한림대학교 법학연구소 (2014) 156면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3호는 “충실의무위반 또는 중대한 법령이나 정관에 의하여 회사에 손해가 생긴 것을 의심해야 할 사실이 제시될 것”이라고 규정하고 있다. 따라서 경미한 법령이나 정관 위반은 면책된다고 볼 수 있다.

제4호는 “손해배상청구권의 행사가 회사의 이익의 장애가 되지 않을 것”이라는 규정으로 회사이 이익에 관한 것으로 회사의 이익에 반하는 것은 허가의 대상이 되지 않는다고 볼 수 있다. 이러한 주주에 의한 손해배상 청구소송 소제기의 허가신청은 당해 회사가 존재하는 지방법원이며, 소의 허가신청에 드는 비용에 관해서는 그 신청법원이 소를 허가한 경우에는 회사가 비용을 부담하지만, 허가가 기각된 경우에는 신청한 주주가 허가 절차의 비용을 부담한다(UMAG 제148조 제2항, 제6항). 법원에 의해 주주에 의한 손해배상 청구소송의 소제기가 허가되면 주주는 법원에 의한 제소인가의 송달을 받은 3개월 이내에 재차 상당한 기간을 설정하여 스스로 소송을 제기한다고 회사에 최고하였음에도 불구하고 회사가 제소하지 않았던 경우에 이사의 책임 추궁의 소를 법원에 제기할 수 있다.(UMAG 제142조 제4항)

주주대표소송의 허가 신청 및 절차가 종료된 후에는 지체 없이 절차종료의 형태, 합의사항, 회사 및 회사의 이익을 위하여 행위 한 제3자가 받은 급부 등을 회사공고지에 공고하여야 한다.(UMAG 제149조 제1항) 소송비용에 대해서는 주주대표소송을 제기한 후에 원고주주가 패소한 경우에는 원고주주가 소송에 관계된 모든 비용을 부담한다.

나. 경영관리기구

독일에서는 경영업무를 집행하는 이사로서 구성되는 이사회와 이사의 업무집해을 감독하는 감사회가 분리되어 있는 ‘이원제’인 것이 특색이다. 또한 감사회가 이사회의 구성원인 이사를 선임하고, 감사회의 구성원인 감사는 주주총회에서 선임되며, 이사와 감사가 겸임하는 것은 인정되지 않는다. 독일 주식회사제도에서 이사는 필요 상설기관이며, 1인의 이사도 가능하지만, 300만 유로 이상의 자본금 회사는 적어도 복수의 이사가 있어야 되며, 이때 정관으로 1인으로 규정하는 것은 가능하다.(독일 주식법 제76조 제2항) 복수의 이사인 경우에는 이사 전원이 회사의 업무를 이사의 자기 책임 하에 업무를 집행할 의무가 있으며, 이사는 성실한 업무책임자로서의 주의를 다해야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 이사에 대한 책임추궁

이사의 위법행위가 회사에 손해를 입힌 경우에 감사회가 회사를 대표하여 이사에 대한 손해배상책임을 추궁하는 소를 제기하지만, 독일에서 감사회가 이사에 대하여 책임추궁을 위한 소를 제기하는 것은 드물다.[108] 회사가 업무집행에 관하여 이사 및 감사에 대하여 가지는 손해배상청구권의 행사에 대하여 주주총회가 다수로써 결의한 때 또는 자본의 10분의 1에 달하는 소수주주의 청구가 있는 경우에는 손해배상 청구권을 행사하여야 한다.

이러한 조문은 주주총회 및 소수주주가 가지고 있는 회사가 이사들에 대하여 손해배상청구권을 행사하도록 하는 권리일 뿐 주주가 법원에 직접 제소청구를 하는 권리를 의미하는 것이 아니다. 따라서 법원에 대하여 주주가 직접 제소를 하는 주주대표소송과는 다르다. 이러한 이유로 1998년의 KonTraG에 의하여 손해배상청구권 행사의 실효성을 높이기 위해 다음과 같이 개정이 이루어 졌다. 첫째, 구독일주식법 상의 소수주주의 주식보유요건을 자본의 20분의 1 이상 또는 액면이 50만 유로 이상의 소수주주의 신청에 기하여 법원은 특별대리인을 선임하게 하였다.(개정 독일주식법 제147조 제3항 제1문) 또한 특별대리인은 소송성공의 가망이 있다고 판단되는 한 청구권의 행사를 하여야 하는 것으로 되었다. 하지만 KonTraG에 의한 개정이후에도 소수주주요건은 법원에 의한 특별대리인 제도에 관해서만 완화되었지만, 일반 주주가 이사의 책임추궁을 하기 위해서는 여전히 10분의 1에 달하는 의결권이 있어야만 한다.

108) 이사에 대한 책임추궁에 대하여 일본의 감사회나 미국의 감사위원회에서도 독일과 마찬가지이다. 하지만 독일의 경우 공동결정법이 적용에 의하여 노동자대표가 감사회에 있음에도 불구하고 이사의 책임추궁에 관하여 소극적인 것은 흥미롭다는 지적이 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 주주대표소송의 문제에 대한 개선방안

제1절 주주대표소송의 문제점

1997년의 최초의 주주대표소송 사례인 제일은행 사건부터 2012년 말까지 법원에 제기돼 판결이 내려진 주주대표소송은 총 58건이다. 한해 평균 약 3.6건으로, 가장 많은 소송이 제기된 2014년에는 7건이 최대치이다. 이러한 저조한 소제기 건수는 기업지배구조의 특성, 법원의 이사의 책임인정에 대한 소극적인 태도 및 무책임한 책임제한, 주주가 소송을 제기할만한 인센티브와 소송수행의 가능성, 용이성 등의 문제와 관련되어 있다고 판단된다.

1. 기업지배구조의 특성

한국기업은 중소기업이라도 단일 기업보다는 계열사를 거느린 기업집단구조가 많은데, 단일 기업이든 기업 집단이든 지배주주는 가족 등 특수관계인과 함께 기업집단 전체에 대하여는 매우 적은 지분을 가지고 있으면서 핵심계열사에 대해서만 지배지분을 취득하고 나머지 계열사에 대해서느ㄴ 계열사 간 순환출자 내지는 피라미드출자 구조를 통하여 기업집단 전체를 강력하게 지배하고 있는 경우가 대다수이다.

이러한 재벌의 지배구조 및 소유구조는 기업집단에 속한 계열회사들의 이사에 대한 책임추궁을 매우 어렵게 하는 이유가 된다. 예를 들어 계열회사 A에 대하여 지분을 보유하고 있는 법인주주인 다른 계열회사 B는 임무위배행위를 하여 계열회사 A에 손해를 끼친 A 회사의 이사에 대하여 책임추궁을 하게 될 경우, 문제의 이사가 계열회사 B 자신을 포함한 기업집단의 지배주주인 경우가 대부분이기 때문이다.

가. 주식회사의 지배구조의 실태와 문제점

우리나라의 대기업 및 재벌기업은 소유와 경영이 분리되지 못한 채 기업의 소유

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자인 대주주나 실질적 오너 즉, 회장이 최고경영자로서의 경영권을 행사하여 왔다. 그러나 IMF 이후 재벌기업의 구조조정과 지배구조개선이 추진된 결과 사외이사를 영입하여 이사회를 활성화 하고, 계열사를 처분하는 등 부채비율을 줄이기 위한 노력을 해오고 있다. 또한 계열사간의 상호채무보증을 대폭적으로 줄여가고 있다.[109] 그럼에도 불구하고 계열회사의 실질적인 지휘는 재벌오너들이 해오고 있고, 상법상의 경영감독기관인 이사회를 통제하여 기업경영을 독점하고 있는 실태이다.

최근에 정부가 재벌기업의 지배구조개선을 적극적으로 추진하고, 재벌 스스로 그 개혁을 표명하고 있음에도 개선실적은 뚜렷하지 못한 상황이다. 특히 재벌의 선단식 경영과 오너에 의한 전횡적 경영의 수단으로 이용되어 온 재벌그룹 계열사들의 상호출자와 기타의 내분지분율은 그다지 개선되지 못하고 있다. 지배주주인 재벌총수는 소액의 투자로서 계열사간의 상호출자 및 기타 관계자의 내부지분을 통해서 오히려 더 강한 그룹 지배력을 갖게 되었다.[110]

따라서 계열사간의 직·간접적 상호출자의 폐단을 제거하고 그룹총수에 의한 지배를 개선하기 위해서 이사회와 주주총회의 기능 정상화 및 주주대표소송의 활성화 등이 중요한 대책안이 될 수 있는 것이다.

나. 경영관리구조의 실태와 문제점

현행 상법상의 주식회사의 지배구조는 이사회로 하여금 업무집행 기능과 경영감독의 기능을 겸하게 하고 있다. 제도적, 실태적 문제를 쉽게 파악하기 위하여 미국의 제도와 비교하여 보면, 미국과 우리나라는 법제도상으로 주주권을 전제로 주주가 그 대리인인 경영자에게 회사의 경영을 맡기고 주주의 이익을 위하여 경영을 잘 하고있는지를 감독하는 이른바 대리구조를 취하고 있다.[111] 또한 이사회에 경영진의 경영의 효율성에 대한 감독과 경영위법성에 대한 감독을 하는 기능을 부여하고 있다.

---

109) 강희갑, “우리나라 주식회사의 지배구조와 경영 및 감독구조의 현황”「비교사법 제6권 1호」 한국비교사법학회 (1998) 425면.

110) 2014년 11월 삼성SDS가 상장한 첫날 이재용 삼성전자 부회장의 평가차익은 270배에 달했다. 1999년 삼성SDS가 230억원의 신주인수권부사채(BW)를 저가에 발행해 이재용 부회장 남매 등에 제3자 배정한 결과 확보한 지분이다. 삼성SDS의 신주인수권부사채 저가발행은 2009년 삼성특검 재판에서 불법행위로 확정됐다.

111) 강희갑 “우리나라 주식회사의 지배구조와 경영 및 감독구조의 현황”「비교사법 제6권 2호」 한국비교사법학회 (1998) 167면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 실태면에 있어서는 차이가 있는데, 미국은 이사회와 임원 등 경영진이 분리되어 있으며 이사회의 의사결정도 감독의 측면이 강한 의사결정이다. 즉, 오늘날 미국은 전통적인 주식회사 제정법상의 일원적 경영관리구조에서 벗어나 경영기능집단과 감독기능집단이 분리되어 있는 분리형 시스템으로 적용하고 있다. 따라서 효율적인 경영감독이 가능하다.

이에 반해 우리나라는 이사회와 경영진이 하나의 회사공동체로 이루어져 있고, 업무담당이사 상호간에도 수직관계가 있으며 본래적 의미의 사외감사도 드물어 사실상 회사내에서 경영진과 구별되지 않는 실정이다. 즉, 이사회도 본래의 의미를 잃고 대표이사 등 경영진의 명령을 받는 회의로 전락되고, 대표이사가 이사회 의장을 겸하기도 하는 등 실태면에서 비분리형이라고 볼 수 있다. 따라서 경영기능집단과 경영감독이 회사공동체 속에서 융합되어 있으므로 경영자의 위법행위를 감시할 수 없게 되고, 이사회의 올바른 기능이 상실된다는 구조적 문제점을 안고 있다..

2. 법원의 태도

우리나라 법원은 이사들의 책임 인정에 매우 인색하다. 특히 주의의무위반과 관련하여 법원은 소극적이다. 이는 법원의 소극적, 보수주의적 성향에서 비롯된 것으로서 피해자이지만 침묵하고 있는 다수의 주주들보다는 기업의 경영에 대하여 책임을 인정하게 될 경우 경영위축 등 경제에 미칠 파급효과 등을 고려한 것에서 비롯된 것으로 보인다.

그러나 우리나라 법원의 이러한 태도는 세계적으로 매우 부정적인 평가를 받고 있고, 이사들의 각종 불법행위에 대한 민·형사상 책임추궁을 제대로 하지 못한 결과 재발방지가 효과적으로 이루어지지 못하고 있어 각종 사익추구행위가 난무하고 있으므로 경제 발전에 오히려 심각한 걸림돌이 되는 것이다. 법원이 이러한 이사들의 불법행위와 기업범죄에 대하여 제대로 엄단하고 책임추궁을 하지 못한다면 결과적으로 법원이 은밀한 공범이 될 수도 있다는 점을 명심해야 할 것이다. 법원은 재판을 통하여 사법에 관한 권한을 행사할 수 있으나 한편 사법정의를 바로잡아야 할 의무도 있기 때문이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 소액주주의 권리 및 한계

가. 주주의 유한책임(limited liability)

주주대표소송은 승소한 경우에도 그 이익이 회사에 귀속되므로 소액주주가 얻게 되는 이익은 지극히 미미하다. 다만 원고는 주주대표소송을 제기함으로써 회사가 임원으로부터 배상금을 받거나 회사의 지배구조가 더욱 투명해지고, 책임경영을 하게 됨으로써 간접적으로 주가 상승이라는 혜택을 기대할 수 있을 뿐이다.[112)]

주주는 자신이 투자한 금액을 한도로 하여 회사에 대한 책임을 진다. 즉, 이사의 의무위반으로 인하여 회사가 파산에 이르게 된 경우라고 할지라도 주주들은 자신들의 소규모 투자액을 한도로 책임을 지게 되므로 큰 비용을 들여서 이사의 행위를 적극적으로 감시·감독하려고 하지 않는다. 이는 주주유한책임의 한계로 지적될 수 있을 것이다.

나. 주주의 유동성 확보 중시 경향

주주들은 회사경영에 직접적, 간접적인 참여보다는 유동성 확보를 더욱 중요시한다. 보통의 경우 주주들은 자신의 회사경영에 불만이 있으면 회사에 대한 영향력 행사를 통하여 적극적인 노력을 하기보다는 자신이 가지고 있는 주식을 매도할 수 있는 권리를 행사하려고 한다. 즉, 주주들은 시간과 금전을 투입하여 이사의 책임을 추궁하기 위한 대표소송을 제기하기 보다는 자신의 주식을 매도하려는 경향을 나타낸다. 여기에는 우리나라 국민들이 소송이나 법적인 분쟁을 제기하거나, 끝까지 따져 권리를 찾기보다는 손해를 감수하는 사회적 분위기도 배경이 될 수 있다.

다. 주주들의 소극적 성향

대표소송은 주주 중 1인 혹은 수인이 본인의 비용을 들어 소송을 제기하고, 승소판결이 확정되면 그 이익은 회사에 귀속된다. 즉, 결과적으로 소송으로 인한 이익이 전체주주에게 돌아간다는 점을 고려하면 제소주주에게 돌아가는 실질적인 이익

112) 김주영, “앞의 논문” 37면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 매우 미약하다고 할 수 있다. 따라서 주주들은 직접 원고가 되어 대표소송을 제기하려고 하기보다는 다른 주주들이 소를 제기하거나 소송수행을 담당하기 바라며, 승소한 경우에는 손해회복의 비례적 배분을 적극적으로 즐기려는 경향이 있다.[113] 한마디로 축약하면 주주들은 대표소송을 통한 손해배상의 결과를 타인의 비용으로 공유하고자 한다는 것이다. 그러나 이러한 요인은 대표소송을 제기하기 어렵게 만드는 장애요인이 될 수 있다는 것이 한계로 지적된다.

라. 사실관계 파악 및 입증의 어려움

일반투자자의 지위에 있는 대부분의 주주는 형사처벌이 이루어지거나, 공정거래위원회 등으로부터 제재가 이루어 지거나, 지위상 회사 내부사정을 잘 알 수 있는 경우가 아니면 회사 내부에 어떤 불법행위가 있었는지, 그로 인하여 얼마나의 손해가 발생하였는지 제대로 파악하기 어렵다. 따라서 입증자료가 확실하게 수집된 상황이 아니라면 사실상 주주대표소송을 제기할 엄두를 못 내는 것이 현실이다. 따라서 주주대표소송에서 정보수집 및 입증의 어려움은 제소요건 충족을 위한 지분의 확보보다 현실적으로 더 어려운 진입장벽으로 작용한다는 것이 한계로 작용된다.

제2절 제도상 문제검토 및 개선방안

1. 단독주주권의 인정

주주대표소송 제도에서 가장 중요하게 고려되어야 할 사항 중의 하나는 남소의 방지라고 할 수 있다. 실제로 미국에서는 대표소송에서 승소를 하거나 화해가 이루어질 경우 주어지는 변호사 보수가 거액이기 때문에 위협소송을 하는 경우가 많다. 그러나 우리나라의 대표소송은 회사에 대하여 제소청구를 먼저 해야 하고, 제소주주가 자신의 비용으로 소송을 진행한 후에 승소한 경우에 한하여 소송비용과 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 회사에 청구할 수 있다는 점, 주주가 대표소소을 제기한 후 이사가 악의를 소명한 경우 법원은 원고 주주에게

113) 무임승차문제, free rider problem

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상당한 담보제공을 명할수 있다는 점 등을 고려하면 남소의 위험성이 그리 크지 않다고 볼 수 있다. 게다가 우리나라는 남소방지를 위하여 상법에서 다음과 같이 주주의 소제기 요건으로 보유지분률과 의무보유기간을 규정하고 있다.

관련법	보유지분	의무보유기간
상법(비상장회사)	1%	없음
상법(상장회사 특례)	0.01%	6개월 이상
은행법, 보험업법	0.005%	6개월 이상
대형(자산 2조원이상) 금융투자업	0.005%	6개월 이상

그러나, 우리나라 기업의 소유구조에서는 지배주주와 가족 등 특수관계인들이 계열회사 사이의 출자 등을 통하여 기업과 그룹 전체를 지배하는 가족경영 구조가 대부분이고, 국민연금 등 기관투자자들은 주주권 행사에 매우 소극적이기 때문에 일반투자자들 입장에서 위와 같은 소수주주권의 요건을 충족하기란 매우 어렵다. 게다가 유가증권이나 코스닥 상장회사의 경우에는 주식수를 0.01%로 완화[114]하는 대신 6개월 간의 보유요건을 추가로 부과하고 있다. 그렇지만 발행주식 총수가 많고 그 금액이 매우 커서 소제기 요건인 0.01%를 충족하기 위해서 상당한 정도의 지분확보가 필요하다. 예를 들어 2017년 11월 기준 삼성전자의 시가총액은 약 357조 원인데, 주주대표소송을 제기하기 위해서는 발행주식 총수의 0.01%인 약 357억원에 해당하는 주주모집이 필요한 것이다. 이는 일반 소액주주의 입장에서 단독으로는 물론이고 다른 주주들과 연대하여도 충족하기 매우 어려운 금액이다.[115] 게다가 수백억원의 지분을 소유하여 주주대표소송을 목적으로 6개월간 지

114) 실제로 1997년에서 2012년 사이 이루어진 상장회사에 대한 주주대표소송(상장폐지된 2개의 회사를 포함하여 총 23건)에서의 원고 지분율 분포를 살펴보면, 지분율이 1% 미만인 경우가 14건으로 61%를 차지하였다. 만약 비상장회사와 같이 제소요건을 1%로 설정하였다면 위와 같은 소제기 건수도 절반 이하로 낮아질 수 있음을 예상할 수 있다.

115) 대표소송의 당사자적격을 완화하여야 한다는 주장을 제기하는 의견으로는 박정국, 앞의 논문,

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

속적으로 보유한 후 실제 소제기까지 하는 경우는 더욱 어렵다고 볼 수 있다. 실제로 상장회사의 경우 1997년에서 2012년 사이에 1% 미만의 원고지분으로 이루어진 주주대표소송 14건의 지분율을 살펴보면 9건(64.2%)이 제소요건인 0.01%의 지분을 겨우 충족하고 있다.

그러나 대표소송제도의 본래적 목적대로라면 대표소송은 회사의 권리를 실현하기 위하여 제기하는 것이므로 주주가 회사에 대하여 갖는 영향력의 크기에 관계없이 행사할 수 있다고 해야 옳을 것이다. 더욱이 보유주식의 수가 적을수록 남소 가능성이 높아지는지도 의문이다.

따라서 회사의 건전성, 투명성, 책임성 확보를 통한 기업의 지배구조개선 효과의 측면에서 대표소송의 제기요권을 단독주주권으로 하여야 옳다.[116] 대표소송 제기권을 소수주주권으로 하는 것은 대표소송을 이용하기 어렵게 하는 것이고, 대표소송의 기업경영에 대한 감독시정기능을 유명무실하게 할 것이다.

단독주주권이 어렵다면 독일과 같이 일정한 지분을 요구하되 일정한 요건을 신설하여 예컨대 0.0001% 또는 1억원 이상의 지분을 보유하는 경우 제소요건을 만족하였다고 보는 방법도 있을 수 있다. 혹은 현행법상 6개월 이상 보유하여야 하는 요건을 3개월로 완화하는 방법도 고려해 볼 만 하다.

주권상장법인 등의 경우 주주가 주식을 6개월간 계속하여 보유하도록 한 것은 남소를 방지하는 효과보다는 오히려 권리관계의 확정을 그 기간동안 지연시킴에 따라 당사자의 권리관계를 불안정한 상태에 두게 된다는 지적도 나와 있는 상황이다.[117]

2. 다중대표소송의 도입

가. 다중대표소송의 의의

이중대표소송이란 지배·종속 관계에 있는 회사에서 종속회사가 그 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기하지 않는 경우에 지배회사의 주주가 종속회사를 대표하여 종

451-453면, 김주영, “앞의 논문”, 36-37면을 참조.

116) 강희갑, “주주의 권리강화를 위한 회사지배구조의 개선‘「상사법연구 제19권 제3호」한국상사법학회 (2001) 43면.

117) 이태종, ‘앞의 논문“ 249면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

속회사의 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기하는 것을 말한다. 일반 대표소송은 당해 회사의 소수주주가 자기회사 이사 등 경영진의 책임을 묻는데 반하여 이중대표소송은 모회사 또는 지배회사의 소수주주가 자회사 또는 종속회사의 경영진을 상대로 그 책임을 추궁하는 소를 제기하는 것이다. 즉, 직접 자회사의 주식을 소유하지 않고서도 모회사의 주주가 자회사의 이사를 상대로 대표소송을 제기하여 책임추궁을 하는 경우이다.

본래 지배·종속 관계에 있는 회사에서 지배회사 이사는 지배회사에, 그리고 종속회사 이사는 종속회사에 각각 독립적인 직무권한을 가진다. 그러나 기업지배구조상 종속회사 내지 이사는 지배회사 대주주에 의한 부당한 명령을 거부하기가 현실적으로 힘들기 때문에 이로 인하여 손해가 발생할 경우 그 손해는 종속회사의 손해로 귀결되게 된다. 그런데 종속회사에 손해가 발생하면 결국 지배회사의 손해가 되어 다시 지배회사 주주의 손해로 이어진다. 이러한 문제를 효율적으로 해결할 수 있는 방안으로 다중대표소송이 제기되고 있으나, 우리나라에서는 대표소송 주주의 범위 확대를 판례[118]에서 명시적으로 부정하고 있다.

한편, 미국에서는 1879년 Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railway Co.사건에서 최초로 이중대표소송을 인정한 이래로 판례를 통해 인정되고 발전시켜오고 있고, 일본에서도 완전지주회사인 경우에 한하여 다중대표소송을 입법화 하고 있는 상황이다.

나. 관련 대법원 판결

이중대표소송을 인정하는 우리나라 최초의 판결은 2003년 8월 23일 서울고등법원에서 선고되었다.[119] 판결의 사안을 보면, 원고는 소외 A회사의 발행주식 총수의 29.24%의 주식을 소유한 주주인데, A회사는 소제기 당시 소외 B회사가 발행한 주식총수의 80.55%를 소유한 사실상의 지주회사일 뿐 달리 영위하는 다른 사업은 없었다. 피고는 소외 B회사의 대표이사로 재직하던 중 보증금 및 임대료 5억 7천여만원을 회사에 입금하지 않고 횡령하였다. 이에 원고는 소외 A회사의 주주로서 종속회사인 소외 B회사의 대표이사인 피고에 대하여 이중대표소송을 제기하였다.

이 사안에서 서울고등법원은 이중대표소송의 필요성을 긍정하여, 우리 상법 제

118) 법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221판결.
119) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

403조의 해석상 대표소송을 제기할 수 있는 주주의 개념에 지배회사의 주주를 포함한다고 해석하였다. 이에 따라 법원은 종속 회사의 대표이사였던 자의 위법행위에 대해 지배회사의 주주가 종속회사를 위한 대표소송을 제기하여 그 손해배상을 직접 청구할 수 있다고 판시하여 피고의 업무상 횡령에 대한 손해배상책임을 인정하였다.

그러나 대법원은 "종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주가 종속회사의 이사를 상대로 이른바 이중대표소송을 제기할 수 있는지 여부에 대하여 어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 상법상 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다."고 판시하여 원심의 판단을 파기하였다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221판결).

다. 지배회사와 종속회사의 의의

회사의 지배·종속의 관계는 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2 제2호에서 정하고 있다. 즉 동법 시행령 제1조의3 제1항은 주식회사가 당해 사업연도 말 현재 다른 주식회사의 무의결권 주식을 제외한 발행주식 총수의 ① 100분의 50을 초과하여 소유한 경우 또는 ② 100분의 30을 초과하여 소유하면서 당해 다른 주식회사의 최대주주인 경우 또는 ③ 위 ①과 ②의 경우에 해당하는 지배회사와 종속회사가 합하거나, 종속회사와 종속회사가 합하여 다른 주식회사의 발행주식 총수의 100분의 30을 초과하여 소유하면서 당해 다른 주식회사의 최대주주인 경우, 그 주식회사를 지배회사라고 하고, 그 다른 주식회사를 '종속회사'라고 정의한다.

라. 당사자적격의 문제

다중대표소송제도는 주주대표소송의 당사자적격을 당해회사의 주주에 한정하지 않고 당해회사를 지배하는 모회사의 주주에까지 확장시키는 것이 쟁점이 된다. 주

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주대표소송제도 자체가 어짜피 임원의 불법행위에 의하여 피해를 입은 회사가 임원을 상대로 제기할 책임추궁소송의 당사자적격을 원래 당사자인 회사로부터 그 소수주주에게까지 확장시킴으로써 소수주주를 보호하고 기업의 투명성, 책임성을 증진시키는 제도이다. 그렇다면 그 당사자적격을 회사의 소수주주에게 한정할 것인지 아니면 그 회사를 지배하는 모회사의 소수주주에게까지 확대할 것인지의 여부도 기존 주주대표소송의 당사자적격을 어느 범위까지 인정할 것인지에 관한 문제라고 볼 수 있다.

마. 다중대표소송의 허용 여부에 관한 학설

다중대표소송을 허용할 것인지 여부에 관하여, 상법 제403조를 엄격하게 해석하여 새로운 입법이 제정되지 않는 한 현행상법에 의하여는 인정할 수 없다고 보는 견해[120]와 상법 제403조의 입법취지가 이사의 책임 추궁가능성의 현실적 확보를 위하여 주주에게 파생적으로 인정되고 있는 권리이므로 다중대표소송이 지배·종속회사간에 대표소송의 파생적 기능을 충족하는 한 지배회사의 주주에게도 대표소송 제기권을 해석상 인정할 수 있다고 보는 견해로 갈리고 있다. 다만 그 중에서도 다중대표소송의 제소요건과 관련하여 단순대표소송에서의 지분율과 동일하게 적용하여야 한다는 견해[121]와 대표소송의 제기가능성을 실질적으로 보장하는 차원에서 입법론적으로 단독주주권화 해야한다는 견해[122]로 나뉜다. 또한 상법상의 모자관계 또는 순수지주회사에 국한하여 제한적으로 인정하자는 견해[123]와 공정거래법에서와 같은 실질적인 기업결합기준에 비추어 복수의 회사간에 사실적으로 지배와 종속의 관계가 존재하면 폭넓게 인정하자는 견해[124]가 있다.

바. 다중대표소송을 인정할 필요성

120) 김주영, “앞의 논문” 참조.
121) 김재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거”「상사판례연구 제 15집」한국상사판례학회 (2003) 280-281면.
122) 김대연, “지배·종속회사에서의 대표소송” 「상사법연구 제19권 제2호」 한국비교사법학회 (2004), 447면 이하.
123) 정동윤,「회사법」법문사 (2001) 471면.
124) 김대연, 앞의 “지배·종속회사에서의 대표소송”, 446면 이하.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

대법원 판결은 지배회사와 종속회사가 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이기 때문에 지배회사의 주주에게 원고적격을 부인한 것으로서 실정을 무시한 형식적 해석이라고 할 것이다.

미국의 많은 판례는 종속회사에 소수주주가 전혀없는 완전종속회사에서 다중대표소송을 인정하고 있는데, 그 이유는 완전 종속회사에서는 지배회사 이외에 다른 주주가 없기 때문에 지배회사만이 통상의 대표소송을 제기하여 종속회사 이사의 회사에 대한 책임을 추궁할 수 있으나, 실제로 지배회사가 대표소송을 제기하여 책임을 추궁할 가능성이 거의 없어 이들에 대한 책임추궁은 사각지대에 놓여있기 때문이다.

또한 다중대표소송은 지배회사의 소수주주가 종속회사를 위하여 대표소송을 제기하는 것이므로 이의 허용여부를 둘러싸고 지배회사의 소수주주와 종속회사의 소수주주의 이익이 상호 충돌할 가능성도 거의 없다. 따라서 완전종속회사의 경우에는 지배회사와 종속회사가 법률적으로 별개의 법인격체라는 것을 근거로 하여 지배회사 주주의 이중대표소송의 원고적격을 부정할 수는 없다고 보아야 한다.[125]

우리나라에서도 다중대표소송의 필요성 여부가 부각되는 것은 순수지주회사의 허용에 따라 지주회사 주주의 지위가 허구화 할 우려가 커진데서 비롯되기도 하였는데, 지주회사의 주주로서는 그 이익의 원천인 동시에 손실위험의 주요인이 되는 것은 바로 자회사의 사업활동이다. 그런데 상법상 주주는 지주회사에 대한 관리·감독은 할 수 있지만 실질적 사업활동의 주체인 자회사에 대하여는 직접적인 관리·감독을 할 수 없게 된다.

한편 비완전 자회사도 자회사 이사의 행위로 인하여 자회사에 손해가 발생한 경우에 상당한 손해가 모회사의 손해로 귀속된다. 무엇보다 우리나라의 경우 그룹 내 비상장계열사를 통한 지배주주의 사익추구 행위가 만연한 실정이나 이러한 책임을 추궁하는 것은 사실상 봉쇄되어 있다고 할 수 있다.

어떤 회사들간에 지배종속관계가 형성되면 지배회사의 주주는 종속회사에 대해 합법적 이익을 가지게 된다. 따라서 지배회사의 주주, 특히 소수주주의 이익을 보호하기 위하여 기업집단 전체를 지배하는 지배주주의 부당행위에 대항할 수 있는 힘을 제공한다는 점에서 지배회사 주주의 다중대표소송권을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

---

125) 안성포, “주주대표소송과 원고적격성”「기업소송연구」기업소송연구회 (2005) 246면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 상법상 주주의 소송참가

상법 제404조 제1항에 따라 회사는 주주의 대표소송에 참가할 수 있다. 다른 주주의 소송참가도 인정된다고 본다. 회사 또는 주주의 소송참가를 인정하고 있는 이유는 첫째, 회사를 위하여 제기된 주주의 대표소송에 관한 별소를 제기할 수 없고, 둘째, 대표소송이 원고주주와 피고 이사간의 금품 등의 수수에 따라 공모소송으로 되는 것을 방지할 수 있고, 셋째, 원고주주의 회사 경영에 관한 정보의 부족으로 인한 소송수행상의 어려움을 회사의 직접적인 소송참가를 통하여 해결할 수 있기 때문이다.

그러나 현실적으로는 회사의 소송참가는 주주의 회사에 대한 제소청구를 하지 않고 바로 대표소송을 제기하는 경우 이외에는 그다지 큰 의미가 없다. 왜냐하면 주주의 제소청구를 거부하여 제기된 대표소송에 회사의 소송참가를 다시 인정한다는 것은 현실성이 없기 때문이다.[126] 주주대표소송에 앞서거나 주주들의 청구에 의하여 회사가 이사를 상대로 소송을 제기하는 경우 주주들은 소송당사자가 아니므로 회사와 이사의 결탁을 차단할 수 없게 된다. 따라서 공정한 소송수행을 위하여 이해관계자인 주주에게 소송참가의 기회를 보장할 필요가 있다.[127] 회사는 공고 또는 고지제도를 이용하여 제소사실을 알게 하여 소송참가의 기회를 보장하고 그 기회를 이용하지 않는 주주에게도 판결의 효력을 주장할 수 있게 된다. 이 경우 소송참가의 법적성질은 주주에게 당사자적격이 없으므로 공동소송적 보조참가가 된다.

참고로 일본회사법에서는 회사만이 아니라 다른 주주의 참가도 허용하고 있다(일본회사법 제849조 제1항). 주주대표소송이 제기된 이후 다른 주주가 별개의 대표소송을 제기하는 것은 중복제소로서 허용되지 않는다고 보아야 하므로, 다른 주주에게도 소송참가를 할 수 있다고 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

한편, 소수주주가 소제기 청구를 하여 회사가 직접 이사를 상대로 소송을 제기하거나 그러한 절차 없이 회사가 직접 이사를 상대로 소송을 제기한 경우 소송에 참가한 원고 주주에게도 주주대표소송 규정을 준용하여 상법 제403조 제5항의 비용상환청구권을 인정하는 것이 제도의 활성화를 위하여 필요하다고 생각한다.

---

126) 홍복기 외7,「회사법(사례와 이론. 제2판)」(2013) 435면.
127) 임홍근,「회사법」법문사 (2001) 546면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

4. 소송비용의 실질적 상환

주주대표소송의 경우 그 특성상 손해배상액이 회사로 귀속되고, 간접적인 이익 이외에는 직접적으로 받는 이익이 없기 때문에 소를 제기하는 소액주주에게는 소송 진행을 위한 비용이 상당한 부담이 될 수 있다. 게다가 지금까지의 판결 결과를 보았을 때 주주대표소송의 승소확률이 그다지 높지는 않았다는 점과 소송이 상당한 기간에 걸쳐 진행된다는 점, 입증책임이 원고에게 있으나 지위상 이사의 불법행위에 대한 입증을 하기에 어려움이 많은 점 등은 더욱 더 원고의 제소에 제한이 되는 요소들이라고 할 수 있다. 지금껏 경제개혁연대나 참여연대와 공동으로 진행한 대표소송이 많은 이유도 대부분 위와 같은 제약들 때문이라고 볼 수 있다.

따라서 주주대표소송이 주주들의 제소동기를 적극적으로 장려하고, 효과적인 견제장치로 작용되기 위해서는 회사의 소송비용 전보제도가 필수적이라 할 것이다.

미국의 경우에는 대표소송의 결과 회사에 대한 금전적 구제가 이루어진 경우 형평법상의 원리에 의하여 다른 주주들의 이익을 위한 공동기금을 조성한 것으로 보아 원고 주주에게 그의 비용을 전보해준다는 공동기금이론(common fund doctrine)에 의하여 승소한 원고는 회사로부터 변호사 보수를 포함한 소송비용을 전보받는다.[128] 회사가 소송의 결과로 아무런 금전적 이익을 얻지 못하였더라도 비금전적 이익이라도 얻은 것이 있으면 실질적 이익을 얻은 것으로 보아 합리적인 범위 내에서 원고의 소송비용을 부담하여야 한다.[129]

우리나라는 대표소송에서 승소한 주주가 변호사 보수를 포함한 소송비용 전액을 보상받을 수 있도록 상법 제405조 제1항 규정[130]을 개정하여야 할 필요성이 있다.[131] 즉, 대표소송이 활성화 될 수 있도록 하기 위해서는 적어도 승소한 원고주주에게 소송으로 인한 비용을 넓게 인정하여야 한다. 현재 대표소송은 원고 주주가 승소하여도 직접이익을 얻는 것이 없고 오히려 많은 비용을 부담해야 하지만 제소주주가 승소한 때에는 소송으로 인한 모든 비용을 청구할 수 있도록 하는 것이 타당하다 할 것이다.

---

128) Fletcher v. A.J.Industiries Inc., 266 Cal.App.2d 313 (1968)
129) Pinto & Branson, op. cit., p.473
130) 제403조제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용중 '상당한 금액'의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다.
131) 양동석, "중소규모회사와 주주대표소송"「기업법연구 제6집」(2000) 433면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제 5장 결론

이상에서 주주대표소송의 연혁과 각국에서의 발전과정, 이용실태 및 우리상법상 대표소송의 당사자와 절차 등에 관하여 살펴보았다. 주주대표소송은 회사의 주주가 회사의 권리를 대신 행사하여 회사의 경영을 책임지고 있는 이사 등을 상대로 그들의 위법·부당한 행위로 인한 결과로 발생한 회사의 손해에 대한 배상을 청구하는 소송제도이다. 따라서 주주대표소송은 현행 상법체계에서 회사자본의 투자자인 주주가 회사경영에 직접 관여할 수 있는 예외적인 제도라고 할 수 있다.

그러나 경제규모가 커져감에 따라 대기업의 소유와 경영의 분리가 심화되는 점과 회사를 실제적으로 지배하는 대주주와 일반 소수주주들 간의 이해충돌이 자주 생길 수 있는 다는 점, 다수의 이해관계가 대립하는 회사의 지배구조는 더 이상 기업내부의 문제가 아닌 사회 전체의 문제로 확대될 수 있다는 점 등의 가능성도 배제할 수 없다.

1962년 제정된 상법에 최초로 대표소송에 관한 규정을 둔 이후 90년대 후반에 이르기까지 오랜 기간동안 주주대표소송이 제기된 적은 없었으므로, 대표소송에 대한 논의의 중심이 사문화 되어가는 것을 방지함과 동시에 활성화를 위한 대책을 강구하는데 집중된 것은 당연한 흐름이라고 할 수 있다. 우리나라에서 주주대표소송제도가 그다지 이용되지 않은 것은 기업경영의 폐쇄성과 관료와 재벌중심의 경제발전모델 등의 영향이 컸을것이라고 예상된다. 그리고 시민운동이나 사회단체의 감시자 역할 등이 제대로 기능하지 못하고 기업법이나 회사법 분야를 전문적으로 연구한 법률가가 많지 않았던 것도 그 원인의 하나라고 볼 수 있다.

우리나라에서는 1997년의 외환위기를 겪으면서 회사의 방만한 경영과 대주주의 전횡, 정경유착 등의 폐혜가 드러나고 이에 대한 비판여론과 시민단체의 활동이 활발해지면서 대표소송에 대한 관심도 높아졌다. 초기의 대표소송은 주로 형사처벌을 받은 경영책임자를 상대로 하거나 재벌의 편법상속, 증여를 둘러싼 소송이 주로 관심의 대상이었다. 그리고 그 후 현재에 이르기까지 대기업에서 중소기업에 이르기까지 주주들의 각종 이해관계를 둘러싼 분쟁이 다양하게 대표소송으로 제기되고 있음을 알 수 있다. 이러한 현상은 회사의 각종 공시, 공고의무가 강화되고, 회사지배구조가 독립된 이사회 및 감사위원에 의한 책임경영 및 감독체제를 갖추게 되면 회사의 경영활동이 투명하게 공개됨으로써 주주 특히 기관투자가 및 투자회사

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등의 권리행사의 감시역할이 증대되고, 지배주주 및 이사회의 책임추궁을 위한 소의 제기가 증가할 것으로 예상된다.

주주대표소송은 한편으로는 회사와 주주의 이익을 보호하는 수단이지만 다른 한편으로 경영자에게 위협적인 수단이 됨으로써 회사의 경영활동을 위축시키는 부정적인 측면도 가지고 있다. 그러므로 이 연구에서는 양 측면을 적절히 조화시켜 대표소송제도가 건전한 회사경영을 위한 유효적절한 소송제도로 정착되기 위한 제도적, 실무적인 방안을 제시하였다.

이 논문의 제2장에서 살펴본 바와 같이 주주대표소송이 발전하여 온 연혁이나 운영 실태와 기능 등은 유럽 및 미국, 일본 등 각 나라의 사회, 경제질서 등 특성에 따라 차이가 크다. 그리고 우리나라에서는 근래에 이르러 대표소송에 대한 관심이 높아지고 특히, 대기업 지배주주의 선단적 경영에 대한 견제장치로서 주목받고 있다. 아울러 우리나라 기업들의 경제규모가 커지고 주가의 변동에 민감한 해외 투자자의 수가 증가함에 따라 이사회의 책임경영과 회사가치의 증대를 요구하는 주주들의 요청이 경영에 대한 불신으로 표출되어 이사회와의 갈등과 충돌이 빈번해질 가능성이 있다. 특히 법률시장의 개방을 앞두고 있는 우리나라에서는 외국의 대형 법무법인들이 한국의 법률시장을 주시하고 있다는 점 등도 염두하여 외국인 투자자를 앞세운 주주대표소송의 사전적 예방과 함께 우리나라의 특성에 맞는 제도의 보완 및 대표소송제도의 합리적인 모델을 정립하기 위한 노력이 필요하다고 생각하는 바이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

권기범,「現代會社法論(제5판)」삼영사 (2014)
김건식,「회사법」박영사 (2015)
김건식·정순섭,「자본시장법(제2판)」박영사 (2010)
김건식,「미국증권법」홍문사 (1996)
정동윤,「회사법」법문사 (2001)
정찬형,「상법강의 상(제17판)」박영사 (2014)
송옥렬,「상법강의」홍문사 (2011)
이기수·최병규,「회사법(제10판, 상법강의2)」박영사 (2015)
이철송,「회사법강의(제20판)」박영사 (2012)
임재연 「미국 기업법」 박영사 (2009) 301면.
임홍근,「회사법」법문사 (2001)
최완진,「기업지배구조법 강의」한국외국어대학교 (2011)
홍복기,「회사법강의(제4판)」법문사 (2016)
홍복기외7,「회사법(사례와 이론, 제2판)」박영사 2013)

2. 연구논문

강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”「ERRI 경제개혁리포트 2013-10호」경제개혁연구소 (2013)
강희갑, “우리나라 주식회사의 지배구조와 경영 및 감독구조의 현황”「비교사법 제6권 1호」한국비교사법학회 (1998)
_____, “우리나라 주식회사의 지배구조와 경영 및 감독구조의 현황”「비교사법

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제6권 2호」한국비교사법학회 (1998)

강희갑, “주주의 권리강화를 위한 회사지배구조의 개선‘ 「상사법연구 제19권 제3호」 한국상사법학회 (2001)

경제개혁연대, “우리나라 주주대표소송의 현황 및 과제 -재계의 ‘남소우려’주장에 대한 실증적 비판-”「경제개혁리포트 2007-11호」(2007)

김대연, “주주대표소송에서의 화해”「상사판례연구 제8집」한국상사판례학회 (1997)

_____, “지배·종속회사에서의 대표소송”「상사법연구 제19권 제2호」한국비교사법학회 (2004)

김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”「ERRI 경제개혁리포트」경제개혁연구소 (2013)

김재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거”「상사판례연구 제15집」한국상사판례학회 (2003)

김주영, “주주대표소송의 제소실태와 당사자적격완화의 필요성”「지배구조연구 제23호」좋은기업지배구조연구소 (2007)

박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적연구” 이화여자대학교 대학원 박사학위논문 (2010)

박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론” 「홍익법학 제14권 제2호」홍익대학교 법학연구소 (2013)

안성포 “독일의 회사법 개혁과 최근동향-2005년도UMAG에 의한 독일주식법의 개정을 중심으로” 「기업법연구 제19권 제3호」 한국기업법학회 (2005) 85-86면.

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

안성포, “주주대표소송과 원고적격성”「기업소송연구」기업소송연구회 (2005)

안성포, “독일주식법 지속적인 개혁” 「상사법연구 제22권 제1호」 한국상사법학회 (2003)

양동석, “중소규모회사와 주주대표소송”「기업법연구 제6집」(2000)

양만식, “최근 일본 회사법의 개정 동향-이사의 회사에 대한 책임과 주주대표소송의 개정을 중심으로”「기업법연구 제19권 제3호」한국기업법학회

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2005)

오성근, “주주대표소송에 관한 소고-상법과 영국의 회사법제와의 비교를 중심으로-” 「상사법연구 제29권 2호(통권 67호)」한국상사법학회 (2010)

오세빈, “주주대표소송의 실무상 문제점에 관한 연구” 한양대학교 대학원 박사학위논문 (2016)

이중기, “영국회사법상 이사의 의무, 의무위반에 대한 구제수단, 대표소송, 의무위반의 사전승인-2006년 개정 회사법을 중심으로” 한국상사법학회 (2009)

이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구” 서울대학교대학원 박사학위논문 (1997)

이태종, “주주대표소송과 회사의 참가에 관한 법률적 문제”「재판실무연구 3권」수원지방법원 (2006)

임재연, “미국과 한국의 대표소송 비교 연구”「인권과 정의」대한변호사협회 (2008)

조지현, “독일 주식법상 지휘기관에 대한 주주의 책임추궁방안 연구 - 소송강제와 주주대표소송-” 「법학논총 제31집 제3호」 한림대학교 법학연구소 (2014)

Ⅱ. 국외문헌

北澤正啓,「會社法 第4版」靑林書院 (1994)

山田泰弘,「株主代表訴訟의 法理」信山社 (2000)

神田秀樹,「會社法(第15版), 弘文堂 (2013)

高倉史人, “1950年 商法改正の意義と位置付けに關する一考察一株主の權利·地位の强化を中心に一”「大版大學 6券 1号」國際公共政策硏究 (2001)

周劍龍, “株式移轉にゐ株主地位の 喪失と原告適格維持可否” 「金融·商事判例」經濟法令硏究會 (2001)

中東正文, “昭和25年商法改正-GHQ文書から見た成立經緯の考察(2)”「中京法學 31卷 1号」(1996)

douglas M. Branson, “The Rule That Isn’t a Rule - The Business Judgement Rule” 「36 Valparaiso University Law Review 631」 (2002)

Collection @ chosun