creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 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

[UCI]I804:24011-200000233171

2006年 2月
博士學位論文

株主代表訴訟과 理事의 責任에 關한 研究

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

李 相 銀

株主代表訴訟과
理事의 責任에 關한 硏究

A Study on the Derivative Suits
and the Directors Liabilities

2006年 2月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

李 相 銀

株主代表訴訟과
理事의 責任에 關한 硏究

指導敎授 : 梁 東 錫

이 論文을 法學의 博士學位申請論文으로 提出함

2005年 10月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

李 相 銀

李相銀의 博士學位 論文을 認准함

委員長 成均館大學校 名譽敎授 印

委 員 淸州大學校 敎 授 印

委 員 朝鮮大學校 敎 授 印

委 員 朝鮮大學校 敎 授 印

委 員 朝鮮大學校 敎 授 印

2005年 11月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

目　　次

ABSTRACT ····· iv

제*1*장 序 論 ····· ***1***

제1절 硏究의 目的 ····· 1

제2절 硏究의 範圍 및 方法 ····· 4

제*2*장 株主代表訴訟制度의 成立과 構造 ····· ***6***

제1절 代表訴訟制度의 成立 ····· 6

제2절 우리 會社法上 代表訴訟制度 ····· 8

1. 代表訴訟의 意義 ····· 8
2. 代表訴訟의 性質 ····· 8
3. 代表訴訟의 機能 ····· 9
4. 代表訴訟의 提起要件 ····· 11
5. 訴의 當事者 ····· 16
6. 代表訴訟의 節次 ····· 18
7. 代表訴訟判決의 效力 ····· 29
8. 再審 ····· 31
9. 提訴株主의 權利義務 ····· 32

제3절 代表訴訟의 構造 ····· 35

1. 債權者代位說 ····· 36
2. 構成員說 ····· 36

3. 受益說 ····· 37
4. 集團訴訟說 ····· 38
5. 小結 ····· 39
제4절 代表訴訟의 機能 ····· 40
1. 企業經營의 健全性 確保 ····· 40
2. 代理費用의 節減 ····· 41
3. 損害回復과 違法行爲 抑制 ····· 42
4. 企業의 社會的 責任의 確保 ····· 44

제3장 代表訴訟에 따른 理事의 責任 ····· 45

제1절 代表訴訟의 活性化 ····· 45
1. 株主의 消極性 ····· 45
2. 提訴權者 ····· 46
3. 擔保提供 ····· 48
4. 情報蒐集과 立證責任 ····· 49
5. 原告와 被告의 適格 ····· 51
6. 原告株主의 經濟的 不利益 防止 ····· 52
7. 代表訴訟의 濫用 ····· 54
제2절 理事의 會社에 대한 責任 ····· 56
1. 經營構造와 理事責任 ····· 56
2. 會社에 대한 損害賠償責任 ····· 57
3. 責任의 獨立性과 共同行爲者의 責任形態 ····· 62
4. 責任의 擴張과 範圍 ····· 63
5. 理事의 責任의 免除 ····· 64
6. 責任의 時效와 特則 ····· 65

제3절 理事의 注意義務와 經營判斷의 原則 ····· 65
1. 美國法上 理事의 注意義務 ····· 65
2. 美國法上 經營判斷의 原則 ····· 69
제4절 理事의 責任輕減 ····· 79
1. 民事責任 恐怖로 부터 해방 ····· 79
2. 日本 2001年 改正商法 ····· 84

제4장 會社의 被告理事측에 補助參加 ····· *87*

제1절 訴訟參加의 論點 ····· 87
1. 補助參加의 意義 ····· 87
2. 補助參加 否定說 ····· 89
3. 補助參加 肯定說 ····· 90
4. 日本 最高裁一小法廷 2001年 30日 決定의 시사점 ····· 91
제2절 代表訴訟에 있어서 監事의 役割 ····· 93
1. 株主에 의한 提訴請求 以前의 役割 ····· 93
2. 株主에 의한 提訴請求 以後의 役割 ····· 95
3. 株主가 代表訴訟을 提起한 境遇 ····· 96

제5장 結 論 ····· *98*

參 考 文 獻 ····· *103*

ABSTRACT

A Study on the Derivative Suits and the Directors Liabilities

By Lee, Sang Eun
Advisor : Prof. Yang, Dong Suk, Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

The shareholder's derivative suit can be defined as the suit that the shareholders file against directors of the corporation in case the corporation does not seek liability of directors who committed wrong doings. The management of corporation has been entrusted to directors, professional manager, as the scale of the corporation is getting bigger and the number of shareholders became large. It causes to separate the ownership of the corporation from the management. The corporation is mainly governed by board of directors and shareholders participation to corporate business becomes weaker. In reality, shareholders have difficulty to direct and monitor directors' corporate activities. Even though minority shareholders who cannot control the decision of shareholder's meeting vote in the shareholder meeting, it is impossible for them to have their intent be adopted as the decision of the corporation. Therefore, minority shareholders become powerless since they have only formal right of decisions.

As the participation of the shareholders become unrealistic and shareholders' power to control the corporation weaker, the right of shareholders is shrink and the right of the directors becomes expanded. Also directors' breach of duty of

loyalty and duty of care, and the abuse of directors' rights have caused damages to the corporation. Therefore, it becomes necessary to prevent this phenomena.

Shareholder's derivative suits has developed from the necessity to protect shareholders by recovering and preventing damages of the corporation. Also they became the mechanism to have board of directors operate the corporation reasonably and faithfully by letting board of directors to comply with their obligation. Shareholder's derivative suit enables minority shareholder to monitor board of directors in judicial terms in case controlling shareholder cause damages to the corporation.

However, there are some negative aspects of aspects of shareholder's derivative suit. The discouragement of board of directors in business activities owing to the pressure of liability, the abuse of shareholder's derivative suit in order to pursue personal interest give harm to the corporation. Therefore, shareholder's derivative suit must be operated in balanced and harmonized manner between minority shareholders' right to control directors' right to manage the corporation.

In recent, we discussed how to enhance the role of directors and the board of directors. As the result, it was generalized that shareholders derivative suit against directors. The suit can be instituted by shareholders when the corporation does not sue against directors who did illegalities and injuries on corporation. This suit has been adopted in Korean Commercial Law since 1962 in order to protect corporate profits from damages caused by directors. nevertheless, before 1998, there was no case that derivative suit was instituted. So that, Korean Commercial Law was revised to activate the suit. After that, with the first case of Che-il Bank, a lots of famous derivative suit were instituted against directors. We expect the suit will be very popular in Korea.

But in this situation, we have to worry about several problems. Especially, because of heavy burden of directors liabilities, most of corporations are very hard to find out a capable and proper candidate to be a director, and in managerial activities, directors have a tendency to escape a positive management in stead of expecting big earns. To solve these problems, I discussed on the activation of derivative suit and the reduction of directors liabilities in this study.

The first chapter introduces the object, method and scope of the study. The second chapter analyzes theoretical background of the shareholder's derivative suit, its function and objective. The third chapter covers on the activation of derivative suit and the reduction of directors liabilities. The forth chapter analyzes whether the corporation participate in the suit to help defendant directors. The fifth chapter is a conclusion.

제1장 序 論

제1절 硏究의 目的

주주대표소송은 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 것을 주주에게 인정하는 제도이다(§403). 원래 이사의 회사에 대한 책임은 회사가 추궁하여야 할 것이지만, 회사를 대표하는 임원 상호간의 특수한 관계 때문에 특정 이사에게 책임추궁을 하는 것은 기대하기가 어렵다. 책임추궁이 부당하게 지연되면 시효의 완성 또는 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능하게 될 수도 있게 된다. 그래서 주주에게 회사의 기관적 지위를 인정하고 회사를 대신하여 이사의 회사에 대한 책임을 추궁할 수 있도록 하는 것이 주주대표소송제도이다.[1)]

우리 상법은 제정당시 미국법, 일본법 등을 본 받아 주주대표소송제도를 두고 있었으나, IMF 경제위기 이전에는 활용도 남용도 거의 없었고 전문가를 제외하면 대표소송제도의 존재조차도 충분히 인식되지 않았었다. 그러나 1997년 IMF 경제위기 이후에 Corporate Governance를 활발하게 논의하기 시작하면서 대표소송을 통한 회사의 손해구제에 관심을 갖기 시작하였고, 1998년 상법개정 및 1997년 및 1999년 증권거래법개정(증거§191조의 13 ①)을 통하여 법제를 정비하였다. 종래에는 대표소송의 제소요건이 너무 엄격하여 제소사례가 없었기 때문에 소수주주의 요건을 완화하여 대표소송의 활성화를 도모하려는 취지였다.[2)]

그 결과 시민단체인 참여연대가 주도하여 제일은행 임원진에게 한보철강부실대출관련 책임을 묻는 사건(서울지법 1998. 7. 24판결, 97가합39907)이 효시가 되어, 1997년 10월 동방페레그린증권 전현직 임직원들에게 200억원 배상청구를 한 사례, 1998년 10월 삼성전자 전현직 이사 11명을 상대로 한 3천43억원 손해배상청구, 1999년 4월 한국전기통신공사 소액주주들이 국가를 상대로 한 4천 796억원 배상청구 등의 사례가 있었으며, 그 외에도 크고 작은 대표소송사례가 지속적으로 나타나고 있다.[3)]

---

1) 이철송,「회사법강의」(박영사, 2004), 629면; 최기원,「신회사법론」(박영사, 2001), 639면; 양동석, "기업의 지배구조개선을 위한 주주의 대표소송",「상사법연구」제19권 2호 (2000.10), 413면.

2) 이철송, 상게서, 631면.

종래와 같이 지배주주와 그 영향력 아래 있는 이사들이 회사의 경영을 전담하는 상황에서 주주의 대표소송은 이사들의 업무해태를 예방하고 업무집행에 대한 의사결정을 신중히 하도록 하는 최후의 담보가 될 수 있었다. 대표소송은 부당한 기업경영으로부터 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 방책이기 때문에 기업경영의 건전성을 확보하기 위한 기능을 수행하고 있다고 생각된다.[4] 그러나 기업의 지배구조를 개선하고 기업경영의 건전성을 확보하기 위한 방책은 주주대표소송만으로 한정되는 것은 아니다. 그 외에도 회사 내부의 각종 감시제도, 회사외부의 주식시장, M&A시장, 행정적 규제와 감독 등 다양한 제도가 설치되어 있다.

이 중 주주의 대표소송은 이사의 위법행위를 억제하는 기능과 회사에 손해가 발생한 경우 이를 회복하는 기능을 가장 효과적으로 수행하는 제도라 할 수 있다. 본래 이사의 의무위반행위로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우 회사를 대신하여 주주가 대표소송을 제기하여 회사의 손해를 회복함으로써 주주 전체의 이익을 도모한다는 것이 대표소송의 기능이라고 할 것이다. 대표소송에 의한 위법행위 억제기능이라는 것은 대표소송이 제도화 되어 있고 대표소송의 제기가 활발해지면 이사의 경영활동이 건전해 지고, 이것이 주주와 회사뿐만 아니라 경제사회 전체의 이익으로 연결될 수 있다는 것이다. 이 억제기능은 이사의 위법행위가 있는 한 어느 정도 원고주주의 독선적·남용적 소송제기를 인정하게 될 수도 있을 것이다.[5] 최근들어 어느 회사든지 이사의 책임을 추궁하는 대표소송이 제기될 가능성이 높아졌기 때문에 이사들은 이에 휘말리지 않기 위하여 전에 볼 수 없었던 신중한 경영활동을 한다.[6] 그러나 대표소송이 활발해지고 이사에게 거액의 책임을 지게 하는 판결이 속출하게 되었으므로 주주의 대표소송을 염려하는 소리나, 남용이라고까지 할 수 없을 지라도 주주대표소송에 의하여 경영자의 경영행동이 위축되고 있다는

---

3) 양동석, 전게논문, 412-413면.

4) 양동석, 전게논문, 412-413면.

5) 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구” (박사학위논문, 서울대 대학원, 1997), 15면.

6) 종래에는 이사 및 경영담담자들이 대표소송을 두려워하지 않고 지배주주의 영향력 아래서 경영활동을 해왔으나, 이제는 경영활동이 위법하거나 정관에 위반하지 않도록 신중을 기하는 현상이 나타나고 있다. 오히려 경영활동의 위축을 걱정할 정도이다.

비판의 소리가 높아가고 있는 실정이다.[7]

주주대표소송의 활성화로 인하여 기업경영의 건전화를 도모할 수 있지만, 다른 한편으로는 책임추궁의 공포 때문에 이사후보자로서 우수한 인재를 발굴하기가 쉽지 않고 경영행동의 위축을 초래할 수 있는 것이 사실이다. 대표소송이 제기될 경우에 이사는 소송에서 승소하기 위하여 정신적·육체적 노력을 다해야 하고 방어비용까지 부담해야 한다면 경영위축은 당연히 예상되는 것이다.[8] 이사는 책임추궁의 공포에서 벗어나 위축되지 않고 대담한 경영을 하여야만 회사뿐만 아니라 사회적 이익을 향상시킬 수 있는 경우가 종종 있을 것이다. 따라서 상법은 대표소송을 활성화 하기 위한 방안을 마련하면서도 이사의 책임을 완화해야 하는 이율배반적 제도설립과 정착을 고려하지 않으면 안된다 .

이사의 책임을 완화하기 위한 방책으로서는 미국의 소송위원회와 같이 경영판단으로 주주대표소송을 종료시키는 제도나, 임원배상책임보험제도를 둘 수 있을 것이다. 또한 미국의 여러 주에서 인정하고 있는 바와 같이 이사의 책임을 사전에 제한 또는 면제할 수 있는 규정을 두거나, 영국 및 독일에서와 같이 일정한 제한아래 주주총회의 보통결의로써 이사에 대한 손해배상청구권을 포기 또는 화해하는 것도 고려할 수 있을 것이다.[9] 이에 대하여 일본은 2001년 12월에 상법을 개정하고, 1993년 상법개정을 통하여 주주대표소송이 제기되기 쉽게 된 이후 논의되어 왔던 여러 가지 문제를 입법적으로 해결하였다.[10]

본 논문은 기업의 지배구조개선과 관련하여 주주대표소송의 활성화를 도모하는 반면, 이사의 경영행동을 위축시키지 않기 위하여 이사의 책임을 경감할 수 있는 방안으로서 개정 일본법을 중점적으로 검토하고 주주대표소송에 있어서 개선점을 제시하는 것에 중점을 두고자 한다.

---

7) 이철송, “韓國における代表訴訟と企業支配構造”(한·일법학회자료, 2002), 12면; 양동석, 전게논문, 437-438면.

8) 北村雅史, “諸外國の會社法における取締役の責任と代表訴訟について”, 「別冊商事法務」173号(1995), 127面.

9) 北村雅史, 上揭論文, 117面.

10) 近藤光男, “取締役の責任輕減と株主代表訴訟”, 「企業會計」2002 Vol.54 No.3, 25面以下.

그리고 주주대표소송과 이사의 주의의무 및 미국법상의 경영판단원칙을 연계하여 고찰하고, 경영판단원칙을 수용하여 이사의 책임을 경감할 수 있는가에 대하여 연구하고자 한다.

또한 본 논문에서는 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 주주의 대표소송에 있어서 회사가 피고이사측에 보조참가를 할 수 있는가에 대하여 학설 및 외국의 판례 등을 검토하고자 한다. 종래 회사는 원고인 주주에게만 소송참가를 허용하는 것을 전제로 하고 있었으며, 소송참가 여부도 완전히 회사의 재량에 맡겨진 문제였다. 그러나 주주가 제기한 소송의 결과는 회사의 사회적·경제적 신용에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 회사로서는 이사의 책임을 묻는 대표소송의 승소보다는 오히려 이사의 승소를 도와야 할 필요도 강하게 요구될 수 있다. 그리고 회사가 이러한 판단을 하기 위해서는 감사의 역할이 매우 중시되므로 대표소송에 있어서 감사의 역할을 재조명해 보고자 한다.

제2절 硏究의 範圍 및 方法

본 연구는 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하기 위한 수단과, 대표소송을 통하여 이사에게 추궁할 수 있는 회사의 손해, 즉 이사의 책임을 연구하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 목적으로 수행된 것이다. 따라서 한편으로는 주주대표소송을 활성화 할 수 있는 방안 및 회사의 이익보호를 위한 방안을 추구하면서 다른 한편으로는 소송이 남용되어 오히려 회사의 손해를 초래할 수 있다는 전제아래 수행된 연구이다.

본 논문 제1장은 서론이며, 본장의 제1절은 대표소송의 활성화와 이사의 책임을 연구해야 할 필요성에 관한 연구목적을, 제2절은 연구의 범위 및 방법을 기술한다.

제2장에서는 미국법상 대표소송의 성립에 관한 고찰을 하고, 우리 상법상 대표소송에 관한 규정과 지금까지 유명무실했던 원인을 규명하며, 대표소송의 본질 및 기능에 대하여 여러 학설들을 개관한다.

제3장에서는 대표소송의 대상이 되고 있는 이사의 의무와 책임에 관한 이론적 고찰을 하고, 대표소송의 활성화와 이사의 책임강화 측면에서 일반적 연구를 하며, 이사의 책임강화를 위한 제도보완, 대표소송 활성화를 위한 제도방안 이후에 나타난 이사의 경영활동 위축을 방지하기 위하여 이사의 책임을 경감할 수 있는 측면에 관해서 이론적 연구를 진행한다. 특히 미국법상의 경영판단원칙의 도입과 2001년 일본개정상법에 제도화된 이사의 책임경감에 관하여 연구한다.

제4장에서는 대표소송이 제기된 경우에 회사가 피고이사측에 보조참가 할 수 있는 경우와, 감사의 역할에 대하여 논의하고자 하며, 제5장 결론에서는 본 연구를 정리한다.

본 연구는 우리나라의 종래의 이론적 연구 및 판례와, 일본의 연구 및 판례, 미국의 연구 및 판례를 자료로 하는 문헌연구이다.

제2장 代表訴訟制度의 成立과 構造

제1절 株主代表訴訟制度

주주대표소송제도는 영미에서 형평법상의 판례로 발전되어 온 것이다. 초기의 판례는 신탁원리의 유사성을 이용하여 회사의 업무집행자는 수탁자, 주주는 수익자로서 받아들이고 있다. 수익자인 주주는 수탁자의 신인의무위반에 대하여 자기에게 속하는 권리로써 전체 주주를 대표하여 소송을 제기하는 것으로 이해하였다. 이러한 시각에서 주주의 대표소송은 직접소송(direct suit)이고 집단소송(class action)이었다.

그러나 이사의 책임추궁 수단으로서 이용되어 왔던 이 소송이 회사외부의 제3자가 회사에 대하여 지는 채무의 추궁에까지 이용되기 시작하자 이사가 주주에 대하여 부담하는 의무의 이행을 구하는 소송이라는 이해로써는 주주대표소송을 충분히 설명할 수 없게 되었다. 왜냐하면 사외의 제3자를 피고로 한 경우 피고를 신탁법상의 수탁자로 파악하는 것은 곤란하기 때문이다.[11] 그래서 주주가 갖는 권리를 파생적·간접적으로 행사한다는 구성을 하게 되었고, 직접소송과는 구별하게 되었다. 그리고 주주가 소를 제기한다는 것을 전제로 하여 이사에 대한 제소청구를 하게 하고, 경영진에 의하여 제소청구의 거절이 있게 되면 이사의 신탁의무위반으로서 주주제소권의 근거로 삼았다.

제정법상으로는 1938년 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure) 제23조에서 집단소송에 대하여 규정하고, 주주대표소송을 포함하고 있었다. 동조는 주주대표소송의 제기에 있어서 행위시 주주일 것과 제소청구사실을 소장에 기재할 것을 요구하였다. 그러나 주주의 대표소송은 집단소송과 다른 구조라는 비판과 동일조문에 규정하는 것에 대하여 의문이 제기되자 1966년 개정법은 대표소송을 동법 제23.1조로 이전하고 집단소송에 관한 제23조와 구별하게 되었다.[12] 개정작업에

11) 최기원, 전게서, 639면.

참가하여 중요한 역할을 하였던 Kaplan교수는 주주대표소송을 집단소송과 구별하여 규정한 이유를 다음과 같이 설명하고 있다.[13] 첫째, 주주대표소송은 다수의 존재를 요구하지 않고 둘째, 회사에 대한 소송제기의 요구 등 특별한 요건을 필요로 하기 때문에 집단소송과는 일치하지 않는다. 그러나 다수의 주주가 있는 주주대표소송은 집단소송과 유사하고, 대표의 적절성・소송운영 등의 문제는 공통된다.

1966년 연방민사소송규칙 제23.1조의 내용은 다음과 같다. 주주에 의한 대표소송 : 회사 또는 법인격 없는 사단이 본래 주장해야 할 권리행사를 해태한 경우, 1인 또는 그 이상의 주주나 구성원이 제기한 대표소송에 있어서 소장은 진실의 선서를 필요로 하고 다음 사항을 기재하여야 한다. 원고가 그 소송대상인 처분시에 주주나 구성원이었는가, 또는 원고의 주식이나 지분이 그 처분시에 법적효과로서 원고에게 귀속했던 것, 그 소송이 연방법원 재판관할권을 얻기 위하여 통모된 것이 아닐 것, 소장은 원고가 이사 또는 그에 준하는 자에 대하여 필요하면 다른 주주나 구성원에 대하여 제소청구를 한 노력을, 또한 그것이 실패하면 그 이유를, 그리고 노력을 하지 않았다면 그 이유를 특히 기재하여야 한다. 원고가 회사나 사단의 권리행사에 관하여 유사한 지위에 있는 주주 또는 구성원의 이익을 공정하고 적절하게 대표하지 못한다고 판단되면 대표소송이 유지될 수 없다. 소송은 법원의 허가 없이 취하나 화해를 할 수 없으며, 취하나 화해의 신청이 있으면 이에 대하여 법원이 지정하는 방법으로 주주나 구성원에게 통지하여야 한다.[14]

회사법 분야에서도 미국의 법률협회(ALI)의 코퍼레이트 가버넌스의 원리 : 분석과 권고(Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations) 제7.01조는 직접소송과 대표소송을 명확히 구별하고 있다. 동조의 코멘트에 의하면, 회사의 자산을 고갈시켜 간접적으로만 주주를 해하는 위법한 행위는 주로 회사에 대한 손해이기 때문에 대표소송적이라고 볼 수 있고, 반대로 주주의 정당한 권리를 부정하거나 침해하는 것과 같이 회사의 침해와 명백히 구별되는 위법행위는 직접

12) 小林秀之・近藤光男, 「株主代表訴訟大系」(弘文堂, 1996), 149面.

13) Kaplan, Continuing Work of the Civil Committee : 1966 Amendment of the Federal Rules of Civil Procedure, 81 Harv. L. Rev. 357, 387(1967).

14) 현행 연방민사소송규칙 제23.1조의 최초의 2문은 1938년 동규칙 제23조(b)항과 거의 같고, 마지막 2문은 신설한 것이지만, 구23조(c)항을 받아들인 것이다.

소송의 대상이라고 할 것이다.[15]

제2절 우리 會社法上 株主代表訴訟制度

1. 株主代表訴訟의 意義

대표소송이란 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리 한 경우 주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위해 제기하는 소이다. 주주의 대표소송은 이사 외에도 발기인·업무집행지시자·감사·청산인 등의 책임을 추궁하기 위하여도 제기할 수 있고(§324, §401의 2①, §415, §415의2 ⑥, §542②), 불공정한 가액으로 신주를 인수한 자(§424의2), 주주권의 행사와 관련하여 이익을 공여받은 자(§467의2)에 대한 회사의 권리를 실현하기 위하여도 제기할 수 있다. 그리고 내부자거래로 인한 이익을 추궁하기 위해서도 제기할 수 있다(증거§188③).

이사의 책임추궁을 위한 소제기는 본래 회사의 권리로서, 회사를 대표하는 자가 수행해야 할 일이나, 동료 임원간에 책임추궁이 태만히 될 수도 있고 책임추궁이 부당하게 지연될 때에는 시효완성이나 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능해질 수도 있으므로 상법은 회사의 권리실현을 확보하기 위하여 영미법을 본받아 주주의 대표소송제도를 두고 있다.[16]

2. 株主代表訴訟의 性質

원래 주주는 회사재산에 대하여 일반적·추상적인 이해를 가질 뿐이므로, 회사의 대외적 권리에 대하여 직접 또는 대위하여 소송을 제기할 지위에 있지 않다.[17] 대

15) 土田 亮, “株主權としての株主代表訴訟”, 「上智法學論集」第41卷 2号, 122-123面.

16) 이철송, 전게서, 636면.

표소송은 직접소송에 대한 예외로서, 회사의 채무자가 이사라는 특수한 관계로 인해 회사의 권리구제가 소홀해질 염려가 있으므로 특히 인정되는 것이다.

대표소송을 제기한 주주는 회사의 대표기관으로서 회사의 권리를 주장하는 것이다. 그리하여 판결의 효과는 소송을 제기한 주주가 아닌 회사에 직접 귀속되고 그 반사적 효과로서 다른 주주들도 대표소송을 제기한 것과 같은 효과를 누린다. 대표소송은 주주의 개별적인 이익을 위한 것이 아니고 회사의 이익을 위한 것이고 나아가 회사의 주주 전체의 이익을 위한 것이므로 그 소제기권은 주주의 공익권의 일종이다.

3. 株主代表訴訟의 機能

제도적인 의미에서 이사의 적정한 임무수행을 직접적으로 담보하는 것은 이사의 손해배상책임제도이며(§399), 손해배상제도가 이 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 이사의 임무해태가 있을 경우 회사가 즉각 책임을 추궁해야 한다. 그러나 현실적으로는 회사의 권리행사가 임원 상호간의 복잡한 관계로 인하여 소홀한 탓에 주주의 대표소송이 이를 대신하여 이사의 책임추궁의 실효성을 확보하는 것이다. 그리고 보면 지배주주와 그 영향하의 이사들이 경영을 전단하는 현실적인 회사권력구조하에서 대표소송은 책임성·효율성을 보장하며 회사운영의 건전성을 확보하는 최후의 담보가 되는 동시에 이사들의 임무해태를 예방하며, 나아가 이사들이 업무집행을 함에 있어 신중을 기하고 판단의 질을 높이도록 촉구하는 기능을 한다.[18]

우리나라에서는 과거 대표소송의 제소자격이 발행주식 총수의 100분의 5 이상으로 하는 소수주주권이었으므로 제소요건이 너무 엄격하여[19] 대표소송의 사례를 거

17) 大判 2001. 2. 28 판결, 2000마7839: 주주가 주주총회결의에 관한 부존재확인의 소를 제기하면서 이를 피보전권리로 하는 가처분이 허용되는 경우라 하더라도, 주주총회에서 이루어진 결의 자체의 집행 또는 효력정지를 구할 수 있을 뿐이고 회사와 제3자의 별도의 거래행위에 직접 개입하여 이를 금지할 권리는 갖지 못한다(동지 : 大判 1978. 4. 25 판결, 78다90; 大判 1979. 2. 13 판결, 78다1117).

18) 이철송, 전게서, 638면.

19) 1998년 상법개정 이전에는 대표소송제기권을 포함하여 소수주주권이 일반적으로 발행주식 총수의 100

의 볼 수 없었다. 그러나 1996년 말의 개정 증권거래법에서 상장법인의 대표소송을 위한 소액주주의 요건을 크게 완화하고, 이에 이어 1998년 개정상법에서도 소수주주의 요건을 발행주식 총수의 100분의 1 이상으로 대폭 완화함에 따라 대표소송의 이용이 크게 활성화 되었다.[20]

미국에서는 대표소송이 매우 활발하지만 주주가 직접 자기의 권리를 주장하는 소송에 비하면 그 빈도는 훨씬 낮다. 이는 대표소송이 많은 시간과 비용을 요구하는데 비해, 주주에게 직접 이익을 주는 것은 아니기 때문에 그만큼 제소의 실익이 크지 않을 것이다. 그리고 실제 대표소송에 의해 회사의 권리가 회복되는 효과도 기대이하이다. 대부분의 대표소송이 이사가 주주의 변호사비용을 물어주는 정도에서 화해로 끝나기 때문이다. 그러므로 대표소송의 존재가치는 이사의 위법·부당한 행위를 예방하는 효과가 크다고 생각된다.

일본에서는 제소요건·소송비용·배상범위 확대 등 여러 가지 면에서 대표소송의 제기가 우리보다 용이하기도 하지만 최근 대표소송의 건수가 상당히 증가하고 금액도 거액화 하는 경향이 있다. 가령 1992년에는 총 31건이던 것이 1993년에는 84건이 제기되었으며, 1994년에 일본항공(JAL) 이사 2인을 상대로 한 대표소송을 활성화할 목적에서 대표소송의 소송물의 가액을 95만엔으로 간주하고 소송비용(인지대)을 8,200엔으로 정액화 하고 주주가 대표소송에서 승소한 경우 비용보상의 범위를 확대하였으므로 앞으로는 더욱 제소가 활발해질 것이라 한다(일상§267④, §268의2 ①). 우리나라나 일본의 경우 대표소송제도의 개정 후 대부분의 기업에서는 각종의 결정사안에 관해 기록을 강화하고 법률고문의 활용도를 높이는 등 경영판단이 신중해졌다는 분석이 있는데, 이 역시 대표소송의 예방적 기능을 증명하는 예라 할 수 있다.[21]

분의 5 이상을 가진 주주에게만 주어졌다.

20) 1997년 초 한보철강(주)의 도산으로 이 회사에 거액의 대출을 하였던 제일은행도 도산사태에 직면하게 되었다. 이에 같은 해 6월 시민단체인 참여연대가 무분별한 대출을 한 은행장 등 4인의 이사의 책임을 묻는 대표소송을 제기하여 각 이사에게 400억원의 손해배상을 명하는 판결을 얻어냈다(서울地法 1998. 7. 24 선고 97가합39907 판결). 이는 우리나라 최초의 대표소송으로, 이를 계기로 다수의 대표소송이 잇따랐다.

21) 양동석, “대표소송의 활성화와 이사의 책임경감” 「비교사법」 제9권 4호(2002.12), 433면.

4. 株主代表訴訟의 提起要件

(1) 理事의 責任

대표소송은 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하기 위한 소송이므로 이사의 제3자에 대한 책임(§401)을 추궁하기 위해서나 주주 자신의 손실회복을 위하여는 제기할 수 있는 것이 아니다.

책임추궁의 범위에 관해 상법 제399조(법령·정관위반 또는 임무해태로 인한 책임)에 의한 책임과 제428조(신주발행시 이사의 인수담보책임)에 의한 책임을 추궁하기 위해서만 대표소송을 제기할 수 있다는 견해[22]도 있으나 통설은 널리 회사와 이사간의 거래상의 채무이행의 청구에 관해서까지 대표소송을 제기할 수 있다고 본다.[23] 대표소송은 원래 이사의 행위로 인한 회사의 손실이 동료임원의 비호 아래 방치되는 것을 막기 위한 제도인데, 대표소송의 허용범위를 전자의 견해와 같이 제한하는 것은 제도의 취지에 반한다 할 수 있으므로 이사의 회사에 대한 어떠한 책임이든 대표소송으로 추궁할 수 있다고 보아야 할 것이다.

이사의 지위에 있는 동안에 발생한 모든 책임에 대해 대표소송이 가능하며, 일단 발생한 책임은 이사가 퇴임하더라도 시효가 완성되지 않는 한 추궁할 수 있다. 또 이사가 취임 전에 부담한 채무에 대해서도 취임 후에 회사가 권리행사를 게을리 할 수가 있으므로 대표소송의 대상이 된다고 할 것이다.[24]

(2) 株主의 訴提起 請求 및 會社의 懈怠

소수주주는 먼저 대표소송을 제기하기 전에 이유를 기재한 서면으로 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 청구할 수 있다(§403①,②). 이 청구

---

22) 강위두, 「회사법」(형설출판사, 2000), 578면.

23) 이철송, 전게서, 639면.

24) 이범찬·최준선, 「상법개론」(삼영사, 2001), 702면; 정동윤, 「회사법」(법문사, 2001), 467면 등.

는 주주의 권리인 동시에 대표소송제기의 요건이기도 하다. 이사에 대한 책임추궁이 원래는 회사의 권리이므로 회사가 이사를 상대로 하는 소송은 감사(감사위원회를 두는 경우에는 감사위원회)가 대표하므로 청구는 감사에게 하여야 한다(§394①).

이사가 이 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 아니한 때에는 소수주주는 직접 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(§403③). 회사가 소액주주의 청구에 의하여 소를 제기하는 경우에는 감사가 회사를 대표한다(§394). 그러므로 주주가 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하지 않고 대표소송을 제기한 경우에는 회사가 제소사실을 안 후 30일이 경과하여도 제소전 절차의 흠결은 치유되지 않는다. 다만 회사가 소송에 참가한 경우에는 예외이다. 그러나 이 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 회사에 대해 청구하지 아니하고, 또 청구를 했더라도 30일을 기다릴 필요 없이 즉시 소를 제기할 수 있다(§403④). 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있다는 것은 곧 시효가 완성한다든지, 이사가 재산을 은닉하거나 재산을 처분하려 하는 등 법률상 또는 사실상 이사에 대한 책임추궁이 불가능 또는 무익해질 염려가 있는 경우를 의미한다.

(3) 美國法上의 提訴請求要件

미국에서는 주주가 대표소송을 제기하려면 원고적격요건 뿐만 아니라 절차적 요건도 구비하도록 오구하고 있다. 따라서 주주대표소송을 제기하는 자격 있는 주주는 법원에 바로 제소할 수 있는 것이 아니라 먼저 당해 회사의 이사회에 서면으로 제소청구(written demand)를 하여야 하고, 이 제소청구가 이사회에서 거부된 경우 이사회의 제소거부결정의 부당함이 인정되어야만 주주대표소송의 제기가 이루어지게 된다. 이러한 제소청구요건(demand on the board)은 현재 연방민사소송규칙(Federal of Civil Procedure §23.1) 뿐만 아니라 대부분 주의 민사소송규칙[25]이나 법원절차법[26]으로 명문화 되었다.

---

25) Cal. Corp. Code, §800; N.Y. Bus. Corp. Law, §626.

① 提訴請求要件의 目的

제소청구요건은 주주대표소송의 남용으로부터 이사들을 보호하는 기능과 회사의 손실회복을 목적으로 하지 않고 원고와 그 변호사에게 유리한 화해로 종결짓기 위해 제기되는 위협소송 발생을 억제하는 기능을 하게 되었다. 즉 원고측 변호사가 바람직하지 않을 지라도 주주대표소송을 제기하여 회사로부터 단지 변호사비용을 받아낼 목적으로 제기하는 소송, 이른바 위협소송 또는 사취소송(strike suit)을 억제할 목적으로 제소청구요건을 둔 것이다.

제소청구요건에 따라 주주대표소송의 전단계로서 주주는 회사가 이사를 상대로 소송을 제기하여 줄 것을 이사회에 서면으로 청구하도록 한 목적은 다음과 같다.[27]

첫째, 회사가 당사자가 되는 소송의 제소여부에 관한 결정은 미국에서 전통적으로 이사회가 담당하도록 되어 있다. 즉, 회사의 의사결정은 다수주주나 다수주주가 선임한 이사들로 구성되는 이사회가 하는 것이 주식회사의 근본원리라는 것이다. 그러므로 주주대표소송은 원칙적으로 회사에 귀속되고 주주대표소송의 제기는 회사로서는 중대한 문제이므로 당연히 이사회의 경영판단사항에 속하게 되고 이사회가 그 결정을 하여야 한다는 생각이다. 연방최고법원은 1991년 Kamen v. Kemper Financial services, Inc. 사건[28]에서 이러한 취지의 판결을 하였다. 즉, 제소청구를 우선 이사회에 하도록 함으로써 이사회가 주주대표소송제기에 대한 합리적인 경영판단의 기회를 가지고 제소여부에 대한 결정을 하는 것은 당연하다고 하였다. 연방제2순회구항소법원도 회사의 주주대표소송 제소여부는 이사회의 경영판단사항이며, 모든 주의 회사법상 제소결정을 포함하여 회사경영에 대한 책임을 이사회가 진다고 판결하였다.[29]

둘째, 이사회에 대해 먼저 제소청구를 하도록 함으로써 회사로 하여금 대표소송 제기에 따른 여러 가지 대책을 세울 시간적 여유를 줄 수 있게 된다.[30]

---

26) 델라웨어주 형평법원규칙(Court of Chancery Rules) §23.1.

27) 최성호, “주주대표소송 절차에 관한 연구”(박사학위논문, 동국대 대학원, 2004), 106면.

28) 464 U.S. 523(1984).

29) 유사한 판례로 Levine v. Smith, 591 A. 2d 194, 200(Del. 1991).

30) Cramer v. General Tel. & Elecs. Corp., 582 F. 2d 259, 3d 275(Cir. 1978), cert. denied, 439

셋째, 주주로 하여금 법에 호소하기 전에 회사내부에서 대표소송제기의 원인을 제거할 수 있도록 하거나, 회사내부의 통제장치에 의해 주주의 요구를 들어주는 수단을 모두 사용한 다음 소송을 제기하는 것이 바람직하다는 것이다. 또한 제소청구요건은 다른 대안이 있는 경우에는 법원이 회사의 내부사정에 참견하지 못하도록 한다는 점이다.

② 提訴請求要件의 審査

제소청구요건에 따라 주주는 이사회에 주주대표소송의 제기를 청구하면 이사회는 주주의 청구에 대해 소송제기여부를 검토하게 된다. 그러나 현실적으로 주주의 청구에 대한 이사회결정의 타당성에 대해서는 긍정적인 답이 나오기 어렵다. 왜냐하면 이사회의 구성원들이 이사들의 개인적인 이해를 회사의 이해보다 더 중요하게 생각한다는 점이 이사회의 결정에 큰 영향을 미치기 때문이다.

이러한 상황을 감안하여 미국의 법조계는 판례와 법률에 의하여 이를 제어할 방법을 발달시켜 왔다.

델라웨어주에서도 주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 이사회에 제소를 청구하도록 요구하고 있다.[31] 만일 주주가 이사회에 사전신청을 하지 않고 바로 법원에 주주대표소송을 제기한 경우 이사회는 제소청구요건의 결여를 이유로 신청법원에 소의 각하를 신청할 수 있다. 이 경우 법원은 소각하 결정을 내리게 된다. 하지만 이사회의 부정행위 은폐를 방지하기 위하여 일정한 경우에는 이사회에 제소청구를 하지 않고 직접 법원에 주주대표소송을 제기할 수 있도록 하는 소위 「제소청구면제사유」를 인정하고 있다. 이 경우에는 이사회의 반대에도 불구하고 법원은 제소를 인정할 수 있다. 한편 델라웨어주 대법원은 ①이사들이 이해관계가 없고 독립한 지위에 있다는 사실과, ②경영판단원칙에 의한 보호에 대하여 합리적인 의심이 있다는 사실에 대한 입증책임이 원고에게 있고 원고가 이를 입증하지 못하는 한 이사회의 결의가 부정행위에 해당함을 청구원인으로 하는 소송에 있어서도 이사회에

U.S., 1129(1979).

31) 델라웨어주 형평법원규칙(Court of Chancery Rules) §23.1.

대한 제소청구가 요구된다고 판시하면서, 피고로부터 선임된 이사들이 연임을 보장받기 위하여 피고에게 부당하게 과다한 보수를 지급하기로 결의한 경우, 이사회의 결의절차가 적절하기 않았을 때[32] 또는 이사회의 결의가 불합리한 것일 때[33] 등의 경우에 제소청구를 면제하고 있다.

다만 이러한 제소청구 면제사유에 해당할 지라도 소위 "특별소송위원회(special litigation committee)"를 설치하여 주주의 제소요구를 검토케 한 후 이에 기하여 직접 소각하 신청을 하거나 또는 특별소송위원회로 하여금 법원에 소의 각하신청을 하게 할 수 있다.

법원은 특별소송위원회의 소각하 신청이 있으면 이를 존중하여 소를 각하할 수도 있고 이를 무시하고 소송을 진행할 수도 있다. 미국법원은 소각하 신청의 심사에 있어서 경영판단의 원칙을 기준으로 각하여부를 판단하고 있다. 즉, 이사의 책임이 경영판단원칙의 적용으로 부정될 수도 있는 한편, 동 원칙이 적용되지 않는다고 판단될 때에는 이사의 책임이 인정되어 소송계속을 인정하게 된다. 결국 주주대표소송상 소각하 신청의 심사에 있어서 경영판단원칙은 중요한 기준이 되는 것이다.

델라웨어주 대법원의 태도와는 달리 뉴욕주의 판례는 대표소송결과 승소 가능한 범위와 소송비용을 비교하여 소송의 진행이 회사에게 최선의 이익이라는 소송위원회의 검토의견을 경영판단원칙에 의하여 강하게 보호하는 입장이다.[34]

그리고 뉴욕주 법원의 판례는 델라웨어주의 법원이 요구하는 바와 같은 특정성도 요구하지 않는다.[35] 다만 일부 판례는 모든 사건에 있어서 제소청구가 요구되는 경우에도 소송위원회의 경영판단에 대하여 독립성, 성실성 및 조사과정의 합리성

---

32) Smith v. Lewis, 473 A. 2d 805(Del. 1984).

33) 특별소송위원회는 주주대표소송이 증가함에 따라 이들 소송을 억제하고 이사들을 보호하기 위하여 1970년대 중반에 등장한 제도이다. 특별소송위원회는 당해 피고이사와 이해관계가 없는 독립적인 사외이사로 구성되고 동 위원회는 그 판단에 있어 변호사 등 전문가의 도움을 받아 조사를 한다. 조사결과 그 소송이 회사의 최선의 이익이 되지 않는다고 판단하는 경우 법원은 특별소송위원회가 사법심사를 한 것으로 간주하고 경영판단원칙을 적용하여 그 위원회의 결정을 이유로 원고의 주주대표소송을 각하할 수 있다.

34) Auerbach v. Bennett, 393 N.E. 2d 994, 1002-03(N.Y. 1979).

35) Barr v. Wackman, 329 N.E. 2d 180(N.Y. 1975).

여부 뿐만 아니라 의견의 당부를 법원이 독자적으로 판단하여야 하고 문제된 거래가 회사에 공정하고 합리적이었다는 사실에 대한 입증책임이 피고에게 있다고 판시하기도 한다.[36]

미국법률협회(ALI)에 의한 1998년에 개정된 모범회사법(MBCA) 제7.42조는 모든 경우에 제소하려는 자는 반드시 이사회에 제소요구를 하도록 하였는데, 이것이 "일반제소청구요건(universal demand requirement)"이다. 다만 주주가 제소요구를 하고 이사회의 응답을 기다리는 동안 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 예외이다.[37] 그리고 ALI는 "기업지배구조의 원칙 : 분석과 권고(Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendation)" 제7.03조 이하를 통해 주주대표소송에 대하여 여러 가지 절차와 대응방법을 마련하여 주주대표소송의 수행을 어렵게 함으로써 이사회에 유리한 입장을 견지하고 있다. 동 원칙 제7.03조는 원칙적으로 모든 경우에 주주는 소송을 제기하기 전에 이사회에 대하여 제소를 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 ALI는 동 원칙에서 일반제소청구요건을 규정함으로써 제소는 궁극적으로 이사회의 권리라는 원칙을 재확인한 것으로 보인다.[38]

5. 訴의 當事者

(1) 提訴權者

대표소송은 그 남용의 폐단을 막기 위하여 발행주식 총수의 100분의 1 이상의 주식을 가진 주주, 즉 소수주주에 한하여 제소할 수 있다(§403①). 대표소송은 회사의 구성원인 주주에게 인정한 것으로서 주주총회 결의와 관련이 없으므로 100분의

36) Alford v. Show, 358 S.E. 2d 323(N.C. 1987).

37) 플로리다, 조지아, 미시간 등 7개주가 일반적 제소요구를 입법에 도입하였다.

38) 최성호, 전게 박사학위논문, 111면.

1의 주식에 의결권 없는 주식도 포함됨은 유지청구의 경우와 같으며, 제소주주에 관해 이와 같은 제한을 둔 이유는 남소를 방지하기 위한 것이다. 그러나 상장법인의 경우에는 주주의 광범위한 분산이나 대규모 자본에 비하면 소유비율이 낮은 주주도 대표소송을 제기할 수 있도록 제소자격을 발행주식 총수의 1만분의 1 이상을 가진 주주로 완화하였다(증거§191의 13①). 상법상의 요건주식 수(100분의 1 이상)는 소제기 시점에서 보유하면 되지만, 상장법인의 경우에는 요건주식(1만분의 1)을 제소 전에 6월간 계속 보유해야 한다(증거§191의 13①). 이에 비하여 영국·미국·일본 등에서는 단독주주권으로 하고 있다.

제소 당시에 소수주주의 요건을 구비한 이상 제소 후에는 지주수가 100분의 1 이하로 감소하여도 무방하며(상§403⑤), 1주라도 보유하고 있으면 제소의 효력은 유지된다.[39] 그러나 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 당사자적격이 없으므로 소를 각하하여야 한다. 다만 다른 주주 또는 회사가 이미 공동소송참가를 한 경우에는 그 참가인에 의해 소송은 계속된다. 판례는 주주인 원고가 제소요건을 결하여 각하판결이 선고되기 이전에 회사가 공동소송참가를 하는 것은 적법하다고 한다.[40] 대표소송제기권은 공익권이므로 원고인 주주가 주식을 양도하더라도 양수인이 소송에 참가 또는 인수하는 것은 아니다.

회사에 파산이 선고된 경우에는 파산관재인이 당사자적격을 가지므로(파산§152) 주주가 대표소송을 제기하지 못하며,[41] 파산절차가 진행 중인 경우에도 그 적용이 없고 주주가 파산관재인에게 제소청구(이사·감사의 책임추궁을 위한 제소)를 하였는데 파산관재인이 이를 거부하였다고 하더라도 주주는 이사·감사의 책임을 추궁하는 대표소송을 제기할 수 없다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 파산절차에 있어서 회사의 재산을 관리·처분하는 권리는 파산관재인에게 속하며, 이사·감사에 대한 책임추궁의 소에 있어서도 제소여부는 파산관재인의 판단에 위임되었다고 해석해야 하기 때문이다.

---

39) 최기원, 전게서, 9332면.

40) 大判 2002. 3. 15 판결, 2000다9086.

41) 大判 2002. 7. 12 판결, 2001다2617.

(2) 被告

대표소송의 피고는 회사에 대해 책임이 있는 이사 또는 이사였던 자이다. 그리고 감사, 발기인, 청산인도 피고가 될 수 있으며, 불공정한 가액의 신주인수인, 회사로부터 이익공여를 받은 자 등도 피고가 될 수 있다.

6. 株主代表訴訟 節次

(1) 管轄

대표소송은 회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다(§403⑦). 따라서 본래 회사가 직접 제기할 경우의 관할은 무시된다. 대표소송에 관해서는 제소권자가 제한되어 있고 전속관할이 있으나, 회사가 할 소송을 주주가 대신한다는 것뿐이고 이로 인해 소가 형성의 소로 변하는 것은 아니며, 소의 성질은 본래 회사가 이사에 대해 제기할 수 있는 이행의 소 그대로이다.[42]

(2) 告知와 參加

주주가 대표소송을 제기한 때에는 지체 없이 회사에 대하여 소송의 고지를 하여야 한다(§404②). 일반적으로 소송고지는 고지자의 자유이나 대표소송의 고지는 회사의 소송참가를 위해서 법상의 의무로 규정하고 있다. 주주가 고지를 하지 아니한 경우 주주는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다.[43] 불고지의 경우 판결의 효력에는 영향이 없다는 견해도 있으나,[44] 회사가 실제의 당사자란 점을 생각한다면 판결

---

42) 이철송, 전게서, 639면.

43) 방순원, 「민사소송법」(상)(한국사법행정학회, 1989), 163면; 이시윤, 「민사소송법」(박영사, 2002), 204면; 송상현, 「민사소송법개론」(상)(박영사, 2004), 167면.

44) 방순원, 상게서, 163면; 송상현, 상게서, 167면.

의 효력이 회사에 미치지 않는다고 보는 것이 옳다.[45]

회사는 주주의 대표소송에 참가할 수 있다(§404①). 참가의 성격에 관하여 견해의 대립이 있다. 이에 관하여 공동소송적 보조참가로 보는 설도 있으나, 대표소송은 제3자소송담당의 형태로서 회사가 기판력을 받으며 당사자적격을 가지고 또한 회사가 재심을 청구할 수 있는 점을 보면 공동소송참가(민소§83)라고 봄이 타당하다.[46] 회사의 소송참가에 관하여 종래에는 회사가 원고주주를 위하여 참가하는 것만을 전제로 논의해 왔으나, 반대로 회사가 피고인 이사·감사를 위하여 참가할 수 있는 경우도 있다. 이에 관하여 별도의 항목에서 다시 고찰하기로 한다.

(3) 株主의 擔保提供

① 意義와 機能

피고인 이사가 대표소송을 제기하는 주주의 악의를 소명하여 청구할 때에는 법원은 주주에게 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(§403⑦). 주주의 악의란 피고인 이사를 해할 것을 알고 제소함을 의미한다. 담보제공은 피고인 이사가 원고인 주주에 대하여 갖게 될 손해배상청구권의 담보를 위한 것이므로 담보권자는 피고인 이사·감사 등이다.

주주대표소송의 급증이 회사 내지 다른 주주들과의 이익과는 관계없는 자기의 개인적인 이익을 위하여 또는 대표소송을 매개로 하여 회사 또는 피고이사로부터 부당한 이익을 얻고자 하는 경우에 있어서 수백억원을 배상하라는 주주대표소송의 결과에 직면하게 되는 피고이사가 취할 수 있는 유력한 대응책이 원고의 위와 같은 남소를 방지하기 위한 담보제공신청제도라 할 것이다.

담보제공신청에 대해서는 주주의 대표소송제기의 권리와 남소로부터의 이사의 적절한 보호라는 두개의 요청을 적절히 조정하는 안전판으로서 중요한 역할을 수

---

45) 이시윤, 상게서, 204면; 이철송, 전게서, 641면; 판례는 채권자대위소송에서 고지 등에 의해 채무자가 소송계속의 사실을 알게 하지 않는 한 채무자에게 기판력이 미치지 않는다고 한다(大判 1975. 5. 13 전원합의체판결, 74다1664).

46) 大判 2002. 3.15 판결, 2000다9086; 최기원, 전게서, 934-935면.

행해야 하는 기대가 담겨져 있다. 그러나 우리나라에 있어서 주주대표소송의 담보제공신청은 원고적격을 단독주주가 아닌 소수주주로 한정하고 있으며, 소의 제기 전에 회사에 제소절차를 거치게 하고 있을 뿐만 아니라 원고의 소제기 자체가 고의나 과실에 의하여 피고의 권리를 침해한 것으로 되는 경우에 있어서 피고에 대하여 불법행위책임을 지게하고, 나아가 악의인 경우에는 회사에 대해서까지 손해배상을 부담하도록 되어 있는 상황이다. 그럼에도 불구하고 원고의 남소를 방지하고자 하는 제도로서 담보제공신청제도를 유지할 필요가 있는지 의문이다.[47]

주주대표소송의 담보제공제도에는 이사가 원고주주에 대하여 갖는 손해배상청구의 이행을 담보함과 아울러 회사를 괴롭히는 등 대표소송이 남용되는 것을 방지한다는 두 가지 목적이 있는데, 남소방지라는 후자의 기능이 보다 더 중요시 된다.[48]

미국에서는 1944년 뉴욕주 의회에서 소수주주에 의한 대표소송의 남소방지책으로 원고에게 피고의 장래 소송비용을 위한 담보제공을 요구하는 법률을 입법화 하였다. 이 담보제공제도는 1944년에 주상업회의소 상사소송특별위원회(a committee of the New York Chamber of Commerce)가 발표한 Wood Report에 근거하고 있다. 동 보고서는 1932년부터 1942년에 이르기까지 뉴욕 및 퀸즈 지역의 주법원 및 뉴욕남부지구 연방지방법원에 제기된 1,266건의 주주대표소송을 분석하여 남소 및 비용의 문제에 대하여 위 대표소송 중 8% 정도만이 회사에 금전적 배상에 있었던 사실에 따라 주주대표소송이 소수지분을 가진 주주가 자기에게는 실익이 없으면서

---

47) 최성호, 전게논문, 119면.

48) 이태종, 전게논문, 201면; 강대섭, “대표소송의 제소자격과 담보제공”, 「안암법학」제4집(1996), 661면; 中村直人, “株主代表訴訟における擔保提供の意義”「商事法務」1340号(1993. 12), 16面. 한편 김대연, “주주대표소송에서의 담보제공명령제도”, 「상사법연구」제21권 2호(2002), 382면에 의하면 상법 제403조 제7항의 담보제공제도는 법문의 형태는 피고이사의 손해배상청구권을 담보하기 위한 규정으로 되어 있다. 그러나 우리나라에 담보제공명령제도를 도입한 주된 배경은 주주대표소송의 남용으로부터 이사 내지 회사의 이익을 보호하기 위한 것임을 부인할 수 없는 것도 사실이다. 따라서 주주대표소송의 담보제공제도는 직접적으로는 피고이사의 손해배상청구권을 담보하기 위한 것이지만 간접적으로는 주주대표소송의 남용을 방지하는 역할을 담당하는 것으로 보아야 한다. 즉 담보제공명령제도에 있어서 악의의 의미는 그 입법취지를 어느 한 쪽에 두어 획일적으로 정할 수 있는 것은 아니다. 주주대표소송의 담보제공제도는 다른 회사법상의 담보제공제도와는 달리 피고로 되는 자가 회사가 아니고 이사라는 점, 법문의 형태와 입법배경이 다소 다르게 해석될 수 있다는 점 그리고 이 제도의 운영 여하에 따라 대표소송의 활성화에 중대한 장애로 될 수 있다는 점에 비추어 여러 사정을 감안한 후에 신중하게 해석하여야 한다고 한다.

회사를 괴롭히기 위하여 소를 제기하는 위협소송(strike suits)으로 남용되었다는 결과였다.[49]

② 擔保提供節次

주주대표소송이 제기된 경우 피고이사가 대표소송의 제기 자체가 원고주주의 악의로 인한 것임을 소명한 때에는 법원은 원고주주에게 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(§403⑦, §176③,④). 이 담보제공명령제도는 민사소송법 제127조에서 말하는 "다른 법률에 의한 소제기에 관한 담보제공"에 해당한다. 그리하여 법원은 담보의 제공을 명하는 결정을 함에 있어서 담보액과 담보제공의 기간을 정해야 하고(민소§120①), 또 담보제공의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(민소§121). 그리고 담보제공을 신청한 이사는 원고가 담보를 제공할 때까지는 응소를 거부할 수 있고(민소§119), 원고주주가 소정의 기간 내에 담보를 제공하지 않을 때에는 법원은 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다(민소§124).

주주대표소송은 이사 등의 책임추궁을 위하여 제기되는 소송이므로 이사 개인을 피고로 하는 소송이지 회사를 피고로 하는 소송이 아니다. 피고는 대표소송에 있어서 손해발생과 그에 대한 책임에 관하여 특별한 규정이 없기때문에 일반원칙에 따른 불법행위에 의한 손해배상청구권을 피담보채권으로 하여 담보제공신청을 하는 것이라 할 것이다.

법원은 피고 이사의 청구에 의해서만 담보의 제공을 명할 수 있다. 이 청구는 법원에 대한 의사의 진술이고 소송법상 법원에 신청으로서 서면 또는 구두로서 할 수 있다(민소§161①). 이는 소송의 어떠한 상태에서도 가능하다 할 것이므로 소송의 어느 심급에서나 담보의 제공을 청구할 수 있다.

피고이사가 담보의 제공을 신청한 때에는 응소, 즉 본안에 관한 심리를 거부할 수 있다(민소§127, §119). 담보의 신청에 대하여는 법원은 결정으로 응답하게 되지만 법원이 신청을 정당하다고 인정하여 담보제공결정(민소§127, §120)을 한 때에는 원고가 소정액의 담보를 제공할 때까지 또는 법원이 신청을 각하하는 결정을 한

49) Robert charles Clark, 「Corporate Law」(Little Brown and Company, 1986), pp.653-654.

때에는 그 결정이 확정될 때까지 피고는 응소를 거부할 수 있다. 담보의 신청이 각하된 경우에는 각하결정에 대하여 즉시항고 할 수 있다(민소§127, §121).

원고 또는 그 보조참가인의 상대방으로부터 담보제공의 신청이 있으면 법원은 준비절차나 구술변론 개시의 전후를 불문하고 언제나 결정으로 재판한다. 구술변론 없이 심리를 종결할 수도 있을 것이나, 사안에 따라서는 심문절차를 열어 신청이유의 유무, 담보액을 정하기 위한 증거조사 등을 할 수도 있을 것이다.

법원이 심리한 후 피고의 신청이 이유가 없는 경우에는 그 신청을 각하하여야 하고, 이에 반하여 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 원고에게 담보액과 담보제공기간을 명확히 하여 담보제공을 명하여야 한다.

담보액은 주주대표소송의 제기에 의하여 발생할 모든 소송비용을 포함한 손해배상을 표준으로 하여 법원의 자유재량에 의하여 정하지만, 그 액수가 과소하여 담보하기에 부족할 경우에는 피고의 이익을 박탈하는 경우가 됨으로 불복신청을 인정하는 것이 타당하다.[50] 실제로는 피고회사의 경제규모, 원고의 악의의 소명의 정도 등을 감안하여 담보액을 결정해야 하고 그 경우에도 원고의 권리행사를 부당하게 제한하는 일이 없어야 한다. 그리고 타방 소제기에 의하여 피고가 입어야 할 손해의 액 및 태양을 배려하면서 신중하게 담보액을 결정할 수밖에 없다는 추상적이고 막연한 기준을 제시할 수 있을 뿐이다.[51]

담보청구에 관한 판결에 대하여는 즉시항고 할 수 있다(민소§117, §121). 따라서 담보의 청구를 각하하는 결정에 대하여 피고 이사는 즉시항고를 하는 것이 가능하고 또 담보를 제공할 것을 명하는 결정에 대하여 원고는 즉시항고를 하는 것이 가능할 것이다. 다만 담보액에 관한 불복은 그것이 법원의 자유재량이지만 그 액이 현저하게 부적당한 경우에는 위법한 것으로 즉시항고 할 수 있다고 해석하여야 한다.

③ 擔保提供 要件으로서 「惡意」와 「疎明」

50) 김홍규, 「민사소송법」(삼영사, 2002), 863면.

51) 최성호, 전게 박사학위논문, 130면.

주주가 이사를 상대로 대표소송을 제기한 경우 피고이사는 원고주주의 소제기가 악의로 인한 것임을 소명하여 담보제공을 청구할 수 있다(§403⑦, §176③,④). 회사소송상의 담보제공제도는 회사를 피고로 하는 경우에 있어서는 원고가 회사를 해할 의도를 갖고 있거나 회사를 곤경에 빠뜨리게 하는 등 부당한 목적으로 소송을 제기하는 것을 방지하기 위한 것이라고 하는데 이설이 없는 듯 하다. 주주대표소송에 있어서 담보제공의 요건인 "악의"의 해석에 관해서도 추상적인 형태에서 학설의 대립이 있을 뿐이다.

주주대표소송에 있어서 담보제공의 규정은 회사 황폐화를 방지할 목적이었지만 직접적으로는 피고이사가 원고주주에 대하여 가질 수 있는 손해배상청구권을 담보하는 것이다. 종래의 통설은 "악의"를 원고주주가 피고이사를 해할 것을 알고 있다는 것이라고 한다(악의설).[52] 한편 소수설은 부당하게 피고이사를 해할 의사를 요구하고 있다(해의설).[53] 이 외의 유력설로서 피고이사가 회사에 대하여 책임을 부담해야 할 이유가 없다는 것을 알면서 또한 일부러 이사에게 손해를 주기 위해 소를 제기하고 있는 것을 "악의"로 한다는 견해도 있다(악의해의포함설).[54]

피고이사는 원고에게 담보제공을 청구하기 위해서는 원고주주의 악의에 대하여 소명을 하여야 한다. 소명은 증명에 비하여 한 단계 낮은 개연성, 즉 대개 그럴 것이라는 추측 정도의 심증을 얻게 하는 입증행위 또는 그로 인하여 법원이 얻은 심증의 상태를 말한다.[55] 일부에서는 개연성이 높은 악의의 소명을 필요로 하고 위법성이 명백한 경우에만 담보제공을 인정해야 한다고 주장한다. 그러나 담보명령제도를 운용함에 있어 항상 개연성이 높은 악의의 소명을 요구한다면 담보제공제도의 존재의의를 상실시킬 가능성이 있고 또 문언해석의 면에서도 적절하다고 할 수 없으므로 일응 확실하다는 추측이면 충분하다고 보아야 한다.

즉, 원고주주가 개인적인 불만 등에 의하여 제소한 경우에는 그 불만의 원인이

---

52) 上谷淸, "會社法上の訴と擔保提供", 「實務民事訴訟講座」第5卷(日本評論社, 1969), 153面.

53) 田中誠二, 「三全訂 會社法講論(上)」(勁草書房, 1993), 705面.

54) 小林秀之, "株主代表訴訟における擔保提供と原告の惡意" 「自由と正義」47卷 10号(1996. 10), 113面.

55) 최성호, 전게 박사학위논문, 144면.

된 사정을 설명하고, 원고가 총회꾼으로 항상 그러한 행위를 하고 있는 경우에는 다른 회사에 금품을 요구하였는지, 기타 회사나 이사 등과 접촉하여온 경위 등을 설명하면 될 것이다.

"악의"의 의미에 관하여 악의설을 취하는 경우에는 우선 객관적으로 이사에게 책임이 없다는 것을 소명하고, 다시 이것을 원고가 알고 있었다는 것을 소명할 필요가 있다. '이사에게 책임이 없다는 것'은 대표소송에서 이사의 책임문제는 소송의 가장 큰 쟁점인데 복잡한 사실관계와 그 경위를 소명하고 이에 관하여 경영판단원칙까지 적용하여 소송의 초기단계에서 결론을 내어 법원에 이를 소명하기란 쉬운 일이 아니다. '원고가 이를 알고 있었다는 것'은 가해의사와 같이 소송에 이를 경위 등의 간접사실에 의할 수밖에 없을 것이나, 특별히 유형화 된 것이 없기 때문에 구체적인 경우에 따라 소명할 수밖에 없을 것이다. 결국 객관적인 사실에 의하여 원고가 이를 알았을 것이라고 인정되면 소명이 된 것으로 볼 수 있다.

(4) 訴의 取下, 請求의 抛棄·和解 등

제소주주는 소송물에 관해 처분권이 없으므로 법원의 허가가 없으면 취하·포기·화해 등을 할 수 없다(§403⑥). 법문에서는 청구의 인락도 없다고 규정하나, 청구의 인락은 이사가 하는 것이므로 금할 이유가 없다고 할 수 있다.[56]

주주가 소를 제기한 경우에는 다른 주주나 회사는 당해 이사에 대하여 별도의 소를 제기할 수 없고, 재판 외에서 이사에 대한 권리를 면제·포기·화해할 수 없다.

이와 같이 대표소송을 제기한 주주의 소의 취하, 청구의 포기·인락, 화해에 법원의 허가라는 제한을 둔 것은 제소주주가 회사 및 주주전체의 대표자이며 수탁자적 지위를 반영한 입법이라고 볼 수 있다.

이 규정이 대표소송에 있어서 화해의 가능성을 열어 두어야 한다는 실질적 필요성과 화해를 허용함에서 예상되는 문제점을 고려하여 법원의 허가라는 제한을 통

56) 이철송, 전게서, 642면.

하여 화해의 길을 열어 주는 동시에 화해가 초래할 수 있는 폐해를 방지하려는 구도를 취하고 있는 것은 바람직한 것이다. 그러나 대표소송을 제기한 주주가 소송상 화해를 할 수 있는가에 관한 종래의 논의를 살펴봄으로서 종래의 학설들의 논지를 통해서 화해제도의 긍정적 면과 부정적 면을 조명해 보고, 대표소송에 있어서 화해에 관한 법원의 허가제도 및 이 제도의 모태라 할 수 있는 미국의 경험을 살펴보고자 한다.

① 美國에 있어서 和解

대표소송이 합리적인 화해에 의하여 종결되는 것은 소송이 장시간 계속되는 것을 비교적 짧은 시간 내에 해결함으로써 비용과 시간을 절약하고 소송수행을 위한 인력낭비를 줄이는 등 회사에 유익한 효과를 가져오는 장점이 있다. 그러나 주주대표소송의 대위소송성과 대표소송성을 고려할 때 당사자인 원고주주와 피고이사만의 단순한 합의만으로 화해를 인정한다면 회사에 손해를 끼치는 경우가 발생한다. 즉 대표소송의 피고인 이사측과 원고주주가 회사나 주주에게 불리한 화해를 담합에 의해서 성립시킴으로써 회사에 손해를 끼치는 경우가 있을 뿐 아니라 원고측 변호사측에서도 보수를 위해서 회사나 주주에게 불리한 화해를 성립시키는 경우가 있다.

미국모범사업회사법은 1982년 개정에 의해 법원에 의한 화해의 승인에 관해서 어떠한 변경도 하고 있지 않다(§7.45).[57] 법원은 대표소송의 화해의 승인 여부를 판단하는 재량권을 행사함에 있어서 화해에 의해 회사가 받은 손해가 얼마나 회복될 수 있는가, 화해를 하지 않고 원고주주의 승소의 가능성이 있는가, 피고의 지급능력이 있는가를 고려한다. 대표소송의 당사자는 화해가 회사에 있어 최선의 이익이 되는 것에 대하여 입증책임을 부담해야 한다.

***a.* 원고, 피고 간의 합의에 의한 대표소송의 화해**

미국법률협회의 “기업지배구조의 원칙 : 분석과 권고” 제7.14조는 대표소송을 원

57) The Committee on Corporate Laws, "Changes in the Model Business Corporation Act-Amendments Pertaining to Derivative Proceeding", 45 The Bus. Law. 1241, 1235(May, 1990).

고와 피고간의 합의로 화해하는 경우를 규정한 것으로 법원의 승인을 요구할 경우 그 승인기준의 규정에 의하여 화해의 영향을 받는 주주에게 이의를 신청할 수 있는 기회를 제공한다. 원고주주와 원고측 변호사간의 이익충돌에 의해 변호사에게 유리하고 주주에게 불리한 화해가 될 가능성 때문에 주주의 이익이 해쳐지는 것을 방지하기 위한 것이다. 원고와 피고 간에 합의로 대표소송에 있어서 화해를 하는 것은 법원의 승인이 필요하다(동조ⓐ). 법원은 화해의 승인을 하는데 있어서 사전에 화해의 영향을 받는 주주에 대해서 원칙적으로 통지하도록 한다(동조ⓒ). 연방민사소송규칙에서도 같은 형태의 대표소송의 화해와 소의 취하에 있어서 법원의 승인을 요구하고 있다.[58]

대표소송에 있어서 화해에 의하여 영향을 받는 주주는 심리기일에 참여할 기회가 있고 만일 화해에 대하여 이의가 있다면 그 심리기일에 불복을 신청할 합리적인 기회가 주어져 있다. 그리고 법원은 충분한 이유가 있다면 화해에 이르게 된 경위, 이의청구의 내용, 이사회가 화해내용을 동의함에 있어서 독립적이고 선의로 하였는지 등에 대하여 증거개시정차에 의한 사실조사를 허용할 수 있다(동조ⓒ).

법원은 원고승소의 가능성과 화해안을 비교형량 한 후에 승인을 결정함에 있어서 회사의 충분한 이익이 있고 화해가 공서에도 합치하는 경우에는 신청된 화해를 승인한다(동조ⓑ). 본조는 원고승소의 가능성과 화해안의 비교를 가장 중시하는 판결의 입장을 따르고 있다. 법원은 화해액과 승소에 의한 회복액의 가능성을 합리적으로 비교할 수 있도록 사실을 명확하게 하여야 한다. 이러한 비교를 함에 있어 충분한 자료가 없는 경우에는 승인을 거절하는 것으로 해석하고 있다.

***b.* 원고의 동의 없는 대표소송의 화해**

동 원칙 제7.15조는 피고와 회사 간의 화해에 법원의 승인을 요구함과 동시에 그 승인의 기준에 대해서 규정한다. 피고와 회사간의 부당한 화해를 방지함과 동시에 피고와 회사 간에 이루어진 화해에 기판력을 부여하고 또한 화해에 관여한 이사가 책임을 추궁당할 가능성을 최소한으로 하는 것이 본조의 목적이다.

본조의 대상은 주주의 동의 없이 회사와 피고 간에 이루어진 화해로, 회사가 피

58) Federal Rules of Civil Procedure §23.1.

고의 책임을 면제하는 경우에도 동 규정에 따른다. 원고주주가 화해의 당사자가 되는 경우에는 본조의 대상이 아니고 제7.14조가 적용된다. 또한 본조는 대표소송이 제기되기 전에 이루어진 화해에는 적용되지 않으며, 소의 제기 전 화해는 공정거래의무의 문제이기에 법원의 승인을 필요로 하지 않는다.

대표소송의 제기 이후에 회사가 취할 수 있는 선택은 소송에 반대하여 각하를 구하는 것, 회사 스스로 소송을 수행하는 것, 방관하여 원고에게 소송수행을 당하는 것, 피고와 화해를 하는 것 등이 있다.

본조는 대표소송의 제기 후 회사와 피고간의 화해에 대하여 법원의 승인을 요구한다(동조ⓐ). 이러한 요구는 원고가 불합리할 정도로 적대적인 경우와 소송의 계속이 회사에 불이익으로 되는 경우에 의미가 있다. 화해에 대한 법원의 승인을 받음으로써 화해의 유효성을 확보함과 동시에 화해안을 승인한 이사의 책임을 추궁하는 소송이 제기될 가능성을 가능한 한 줄일 수 있다. 본조에 의해서 법원의 승인을 얻은 화해는 제7.14조에 따라 승인받은 화해와 같은 정도로 피고에 있어서 유효한 적극적 항변으로 된다는 취지가 규정되어 있다(동조ⓑ). 본조에 위반하여 성립한 화해는 유효한 항변이 되지 않는다.

***c.* 대표소송에 있어서 회복*(recovery)*의 처리**

제7.16조는 주주에게 안분비례적인 회복이 인정되는 특별한 상황이 있는 경우(§7.18ⓔ)를 제외하고 대표소송에 있어서 회복은 오로지 회사에 귀속하지 않으면 안된다는 원칙을 정한다. 대표소송의 화해 또는 소송의 취하의 결과로써 회사 또는 피고로부터 비용의 상환을 포함한 재산 또는 금전을 수령할 수 있는 것은 법원이 명하는 바에 따라서 또는 법원이 승인한 화해에 따라서 이를 수령하는 경우에 한한다. 그 외의 방법으로 수령한 재산 또는 금전이 있는 경우에는 이를 회사에 반환해야 한다. 본조가 정한 원칙은 판례[59]상 이미 확립된 것이고 제정법에 규정을 둔 주도 있다.[60]

---

59) Mokhiber ex rel. Ford Motor Co. v. Cohn, 608 F. Supp. 616(S.D.N.Y. 1985).

60) N.Y. Bus. Corp. Law §626(e); Wis. Bus. Corp. Law §180.403(3).

② 株主의 和解權限

원고주주는 회사가 이사에 대하여 갖는 권리를 행사하는 대위소송이며 다른 주주전체를 대표하여 소송을 제기하는 의미에서 대표소송이라고 한다. 그리고 소송법적으로는 제소청구 주주에게 소송수행권을 부여한 제3자 소송담당의 한 경우이고 원고주주가 본래의 권리귀속 주체인 회사를 대신하여 소송을 수행하는 지위에 있는 것으로 전통적으로 이해되어 왔다. 그 때문에 주주에 대한 판결의 기판력은 회사에 미치고 그 반사적 효력으로서 다른 주주를 구속한다. 이를 전제로 하면, 주주대표소송제도에서 회사는 소외 제3자이지만 실질적인 이익귀속주체(권리귀속주체)가 된다. 그리고 주주의 입장에서는 첫째, 회사의 이사에 대한 손해배상청구권에 관한 소송수행권을 갖게 되지만 그 실제권의 주체는 회사가 되고, 둘째, 주주가 받은 판결의 효력(기판력・집행권)은 권리귀속주체인 회사에게 확장된다(민소§204③). 그 결과 권리귀속주체와 소송수행권자의 분열현상이 나타나게 된다.[61]

우리상법 제403조 제6항은 "제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취소, 청구의 포기・인락, 화해를 할 수 없다"는 규정을 두고 있다. 대표소송에서의 화해가 갖는 위험은 일반적인 소송에서의 화해와 달리 회사의 이익이 어느 당사자에 의해서도 충분히 대변되지 못한다는 점이다. 이러한 화해가 원고주주와 피고이사 사이에 개인 이익을 취하기 위해 공모하여 이루어지고, 특히 비행을 저지른 이사가 자신의 비행을 은폐하기 위하여 하는 화해에 다시 회사재산을 사용함으로써 거듭 회사에 손실을 입히는 이중의 부정이득행위가 큰 문제로 대두됨에 이르러서는 회사의 이익을 관리해줄 화해의 감시자가 절실히 요구되는데, 이 역할을 법원이 감당해주는 것은 매우 바람직한 일이 아닐 수 없다.

③ 和解의 具體的 節次

소송을 미연에 방지하기 위해 회사와 대표소송의 대상이 될 수 있는 이사 사이에서 성립된 화해는 당연히 이사의 책임의 면제에 해당하고 총주주의 동의를 요한다고 생각되어 진다. 회사와 이사간의 소송에 있어서 감사가 회사를 대표하지만 이

61) 최성호, 전게 박사학위논문, 182면.

감사의 권한에는 이사에 대한 소송제기의 결정권이 포함되고 이에 따라 감사에게는 소송제기의 전단계에서 유책의 이사에 대하여 이행청구를 하는 권한도 부여되어 있는 것이라고 한다면 더 나아가 감사에게 화해를 성립시킬 권한도 있다고 생각해야 할 것이다.

대표소송 계속 중에 원고주주와 이사와의 재판 외의 화해는 소의 취하라는 형태로 나타난다. 소의 취하에 대해서 학설은 권리의 처분에 해당하지 않기 때문에 자유롭게 행하는 것이 가능하다는 것이 대부분이었다.[62] 소송이 취하되었다고 하더라도 다른 주주는 대표소송을 제기하는 것이 가능하다는 것을 이유로 한다. 이와 달리 원고 이외의 주주에 대해서 화해의 효력을 미친다고 생각한다면 소송의 화해에 의해 행하는 것이 타당하다.

한편 상법 제403조 제6항은 대표소송의 계속 중 법원의 허가를 받아 이를 취하할 수 있도록 입법화 되었기에 그 취하 가능성 여부에 대한 논의는 실익이 없다 할 것이나, 취하에 있어서 법원의 허가기준이 무엇인가에 대해서는 앞으로 연구과제라 할 것이다.

회사와 이사가 재판 외에서 화해하고자 하여도 상법 제400조의 총주주의 동의가 필요하기 때문에 원고주주가 동의하지 않는 한 불가능하다. 마땅히 이러한 사태를 방지하는 것에 제도의 취지가 있는 것이다.

7. 代表訴訟判決의 效力

주주대표소송에 있어서 판결의 효력에 대해 주주대표소송을 법정소송담당의 하나로 해석하고 회사는 민사소송법 제204조 제3항에서 말하는 “타인”에 해당하기 때문에 판결의 효력은 승소와 패소를 불문하고 당연히 회사에게 확장된다고 해석해왔다. 또한 원고 이외의 주주에 대한 판결의 효력은 당연히 확장되거나 회사가 판결의 효력을 받은 것의 반사적 효과로서 영향을 받는 것은 당연한 것으로 해석되

62) 이태종, 전게논문, 218-223면.

고 있다.

그러나 현행 상법은 주주대표소송제기의 요건으로서 회사에 대한 사전제소청구를 요구하며(§403①). 재심도 사해적인 소송인 경우에만 인정됨을(§406) 생각하면 통설적 견해와 같이 당연히 회사 및 다른 주주에게 판결효력이 확장된다고 해석하는 것은 절차보장과의 관계에서 문제가 발생할 수 있다.

판결효력의 확장도 주주사이에서는 이해의 대립이 반드시 없는 것은 아니라는 것을 생각한다면 다른 주주소송의 경우와 같이 공고를 강제하고 이러한 절차보장을 판결효력의 확장 근거로 하여야 한다는 견해가 주장되기에 이르렀다.

(1) 會社에 대한 效力

대표소송을 제기한 소수주주는 소를 제기한 후 지체 없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다(§404②). 소송의 고지라 함은 소송의 계속 중 당사자로부터 그 소송에 참가할 수 있는 제3자에 대해서 소송계속의 사실을 법정방식에 따라 통지하는 것(민소§77)을 말한다. 피고지는 소송에 참가해서 자기의 이익을 지킬 기회를 부여받는데 고지자는 피고지자의 원조를 기대할 수 있고 자기가 패소했을 경우에 피고지자에게 참가적 효력을 미치게 하여 후일 이의를 제기하지 못하게 할 수 있다.

소송고지는 피고지자에게 참가해야 할 의무를 발생하게 하는 것이 아니라 참가의 기회를 부여하는데 지나지 않는다. 참가여부는 피고지자의 자유이다. 참가적 효력은 참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행한 이상 자기의 책임범위 내에서는 그 결과에 대해 피참가인과 책임을 분담해야만 한다고 하는 공평의 관념에 의거해서 참가인은 피참가인과의 사이에서 패소판결의 부당성을 뒤에 주장하지 못하는 구속력이다.

(2) 다른 株主에 대한 效力

기판력이 제3자에게 직접 미치지 않아도 당사자가 기판력에 구속 받고 있는 것이 당사자와 특수관계에 있는 제3자에게 유리 또는 불리익에 영향을 미치게 하는 경우가 있는데 이를 판결의 반사효(반사적 효력)이라 한다.

생각건대, 반사적 효력이라는 예로 설명되는 채권자와 주채무자 간의 주채무청구 소송에서 주채무가 존재하지 않는다는 이유로 주채무자가 승소한 판결은 보증인에 대한 채권자의 청구에 있어 작용을 미치는 것은 부인할 수 없는 바, 이러한 관계를 반사적 효력이라고 하여 기판력과는 다른 판결의 또 다른 효력으로 인정할 수 있다 할 것이다. 우리 상법에는 명문상의 규정이 없어 논란이 있으나[63] 대표소송의 판결은 원고 이외의 다른 주주에게도 반사적 효력에 의하여 미치기 때문에 다른 주주에게 대표소송을 고지하거나 공고하는 규정을 두어 입법적인 해결이 요청된다 할 것이다.

8. 再審

대표소송에서 원고와 피고가 공모하여 소의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로서 판결을 하게 한 때에는 회사 또는 주주는 확정된 종국판결(청구의 포기, 화해 포함)에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다(§406). 재심의 소의 원고인 주주는 소수주주권이 있는 주주에 한하지 않는다.

대표소송은 타인(주주와 이사)간의 소송에 의해 회사의 권리가 확정되는 제도이므로(민소§218③) 원고와 피고간의 결탁으로 인해 회사의 권리가 침해될 수도 있는데, 재심제도는 이와 같은 경우에 회사의 권리를 회복하기 위한 제도이다.

원고와 피고의 공모로 회사의 권리를 사해할 목적으로 판결하게 하였을 것이 요구된다. 부당하게 청구의 액수를 줄인다든지, 고의적으로 원고의 패소로 이끄는 경우가 이에 해당할 것이다. 원고와 피고의 공모를 요구하므로 원고의 단순한 불성실로 회사의 권리가 침해된 경우에는 재심사유가 될 수 없다. 이는 회사의 권리구제

63) 이태종, 전게논문, 217-218면.

수단으로는 매우 불충분하므로 대표소송이 제기되면 감사는 회사를 대표하여 참가하고(§394후단) 적극적으로 권리주장을 해야 할 것이며, 이를 게을리 한 경우에는 감사의 임무해태로 보아야 할 것이다.[64]

회사 또는 주주는 재심을 청구할 수 있다, 주주에는 제한이 없으므로 소수주주가 아니라도 무방하며 재심청구 당시의 주주이면 족하다.

상법상 재심은 대표소송에 한하여 허용된다. 그러므로 여타의 소송, 예컨대 회사가 직접 이사를 상대로 제기한 소송에서는 비록 사해적 수단으로 회사의 권리침해가 있더라도 재심을 청구할 수 없다.

일본상법은 이사의 책임을 추궁하는 소에 관하여는 회사가 직접 소송을 제기하였더라도 주주가 재심청구를 할 수 있도록 하고 있다(일상§268의3①). 회사가 직접 이사의 책임을 추궁한다고 하더라도 실제 소송수행자에 의한 공모의 가능성이 있기 때문이다. 회사법상의 소는 모두 실제 소송수행자에 의한 공모의 가능성이 있음을 지적하고, 모든 회사법상의 소에 대표소송에 관한 재심제도를 유추적용 할 필요가 있다는 견해도 있다.[65]

9. 提訴株主의 權利義務

(1) 勝訴株主의 費用請求權

대표소송 또는 재심의 소에서 원고인 소수주주가 승소한 때에는 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다(§405①전단, §406②). 2001년 개정상법에서 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액을 청구할 수 있도록 하였으며, 개정 전에는 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이 금액의 범위에 대해서는 해석상의 다툼

64) 이철송, 전게서, 643면.

65) 정찬형, 「상법강의 (上)」(박영사, 2000), 643면.

이 있다. 일부 학설은 민사소송법상 변호사비용은 소송비용에 포함되지 않으므로 이를 회사에 부담시키기 위한 것으로 보고 변호사보수를 뜻하는 것으로 해석한다.[66] 그런데 변호사보수는 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 당연히 소송비용으로 취급하므로(민소§109①) 위와 같이 해석한다면 상법 제405조 제1항은 무의미해진다. 대표소송으로 인한 주주의 비용지출은 회사의 이익을 위하여 지출한 것이므로 소송비용·변호시비용에 국한할 것이 아니고 회사가 직접 소송을 제기하였더라면 지출되었을 모든 유형의 비용을 포함하는 것이 타당하다 할 것이다.[67] 증권거래법에서는 상장법인 또는 협회등록법인 등의 대표소송에 관해 소수주주가 승소한 경우에도 회사에 대하여 소송비용 기타 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있는 규정을 두고 있다(증거§191의13 ⑥, 은행§17⑤, 보험§25⑤, §65).

회사가 주주에게 소송비용을 지급하면 피고였던 이사를 상대로 청구권을 갖는다(§405①후단).

한편 근래에는 회사의 사업 및 재산의 규모가 커졌으므로 통상의 재산권의 소와 같은 방법으로 소송가액을 계산한다면 대표소송의 소송가액이 거액이 될 수 밖에 없다. 주주가 대표소송을 제기하려면 일단 소송비용을 지출해야 하므로 이는 대표소송을 억제하는 요인이 된다. 그래서 민사소송 등 인지법에서는 제소주주의 부담을 덜어주기 위해 대표소송은 소송가액을 알 수 없는 소송으로 보아 청구금액에 관계 없이 소송가액을 5천만 100원으로 보고 인지대를 23만원으로 계산한다(동법§2④, 동규칙§15①, §18의 2).

(2) 敗訴株主의 責任

대표소송에서 주주가 패소하였더라도 그가 악의인 경우 외에는 과실이 있더라도 원칙적으로 회사에 대하여 손해배상책임을 지지 아니한다(§405②). 대표소송을 제기하는 주주에게 무거운 위험부담을 주는 것은 대표소송 제기의 동기를 위축시킬

66) 강위두, 전게서, 582면; 정찬형, 상게서, 644면.

67) 이철송, 상게서, 643면; 서헌제, 「사례중심체계 회사법」(법문사, 2000), 443면.

것이기 때문이다. 그러나 주주가 악의인 경우에는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다. 악의란 회사를 해할 것을 알고 부적당한 소송을 수행한 경우를 말하므로 승산 없는 소송임을 알고 제기한 경우는 물론이고, 불성실하게 소송을 수행하여 패소하게 한 경우에도 손해배상책임이 있다고 보아야 할 것이다.[68]

(3) 罰則

대표소송에 관하여 부당한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속한 경우에는 벌칙이 적용된다(§631①2호,②).

68) 이철송, 전게서, 644면.

제3절 株主代表訴訟의 構造

우리나라에서의 주주대표소송제도는 미국의 제도를 계수한 것이고, 원고주주는 회사가 이사에 대하여 갖는 권리를 행사하는 대위소송이며, 다른 주주전체를 대표하여 소송을 제기하는 의미에서 대표소송이라 한다.[69] 그리고 소송법적으로는 제3자의 소송담당의 한 경우이고, 원고주주가 본래의 권리귀속 주체인 회사를 대신하여 소송을 수행하는 지위에 있는 것으로 본다.[70] 그 때문에 주주에 대한 판결의 기판력은 회사에 미치고 그 반사적 효력으로서 다른 주주를 구속한다.

주주대표소송에 있어서 주주나 회사가 갖는 권리의 성질이나 그 권리의 유래에 관한 논의가 대표소송의 구조론이다. 권리의 성질에 관해서는 종래부터 대위소송성과 대표소송성이 논의되어 왔다. 대위소송성과 대표소송성의 관계에 대해서는 어느 쪽에 중점을 둘 것인가 하는 논의로서 통설적 견해에 의하면 주주대표소송은 대위소송성과 대표소송성을 모두 갖는 것으로 보고 있다. 실체법적인 측면에서는 주주가 행사하려는 권리의 내용에 관한 문제를 좌우하는 것이라고 할 수 없다.[71] 그러나 소송법적 측면에서는 원고주주를 소송담당자로 볼 것인지 고유의 적격을 갖는다고 볼 것인지 하는 문제가 있다. 이에 대하여 대표소송의 입장에서는 소송담당이라고 보게 되며, 대위소송성의 입장에서는 주주가 주주자격에 의하여 이사에 대하여 직접소송을 제기한다고 보게 된다.[72]

한편 주주가 갖는 권리의 유래는 주주가 대표소송을 제기할 수 있는 근거를 실체법상에서 찾고자 하는 것이다. 회사는 권리의무의 귀속주체가 될 수 있기 때문에 회사가 이사에 대하여 권리를 갖는 것은 명백하지만 주주는 어떤 근거에 의하여

---

69) 최기원, 전게서, 946면; 정찬형, 전게서, 838면; 정동윤, 전게서, 465-466면; 이범찬 · 최준선, 전게서, 673면.

70) 이범찬 · 최준선, 상게서, 672면; 정찬형, 상게서, 839면, 최기원, 상게서, 946-947면, 정동윤, 상게서, 466면.

71) 土田 亮, 前揭論文, 139面 註22 參照.

72) 小林秀之 · 近藤光男, 前揭書, 144面.

회사에 대하여 제소청구권을 행사할 수 있고 나아가서 소송제기권이나 수행권을 가질 수 있는지 규명할 필요가 있다. 물론 주주의 보호나 권한강화를 위하여 입법정책적으로 부여한 권한이라고 해석할 수도 있겠지만 이것은 충분한 설득력이 없다. 이하에서는 주주가 권리를 행사할 수 있는 근거에 관한 주요학설을 정리하고자 한다.

1. 債權者代位說

일본의 松田二郎박사는 주식채권설의 입장에서 회사가 이사에 대하여 손해배상청구권을 행사하지 않는 경우에는 민법상의 채권자대위에 의하여 주주는 회사를 대위하여 이사에 대한 직접청구권을 행사할 수 있다고 하였다.[73]

그러나 주주가 회사에 대하여 갖는 이익배당청구권을 근거로 채권자대위권의 회사법적 변용이지만 추상적인 기대권에 불과한 이익배당청구권을 피담보채권으로 하여 이사의 회사에 대한 책임을 추구할 수 있다고 해석하는 것은 곤란하다.[74]

2. 構成員說

竹內昭夫교수는 주주대표소송제도가 미국에서 법인 및 권리능력 없는 사단 일반에 대하여 인정되고, 일본에서도 주식회사뿐만 아니라 유한회사, 상호회사, 각종 협동조합 등이 동 제도를 인정하고 있는 것을 들었다. 이를 각종 단체의 구성원이 모두 채권자이고, 채권보전을 위하여 단체에 속하는 권리를 행사할 수 있다고 본다는 것은 명백한 무리라고 하였다. 그리고 대표소소송의 근거를 단체구성원인 지위에서 구하고, 단체의 구성원은 단체의 권리를 이사가 행사하지 않을 때 단체를 대위하여

73) 松田二郎, 「株式會社の基礎理論」(岩波書店, 1942), 534面.

74) 土田 亮, 前揭論文, 136面.

그 권리를 행사할 수 있다고 보았다. 즉, 단체의 구성원은 단체에 대하여 건전한 운영을 구하는 권리를 갖고, 그 일환으로서 이사가 행사를 해태할 수 있는 단체의 권리에 대하여 그 행사를 구할 수 있으며, 그럼에도 불구하고 단체가 그 권리를 행사하지 않을 때 단체를 위하여 스스로 권리를 행사할 수 있다는 것이다.

그러나 단체의 구성원이기 때문에 이사가 단체에 대하여 지는 책임에 관하여 구성원이 이사를 직접 제소할 수 있다는 해석에는 무리가 있다. 단체의 구성원에게 공익권을 인정하고 감독시정권을 부여하며, 이사가 단체에 손해를 가한 경우 구성원이 이사의 책임을 추궁할 어떤 수단을 가져야 한다는 것은 확실하다. 그러나 이사에 대한 소송은 단체의 업무집행자인 이사가 행하여야 할 것이다. 다만 업무집행자가 다른 이사의 책임을 추궁하는 경우에는 이를 해태할 염려가 있으므로 단체 구성원이 이사의 책임을 직접 추궁할 권한을 갖는다고 해석할 수 있을 것이다. 그렇다고 하더라도 단체이론에서 보면 그것은 다수결원리에 따라야 할 것이지 단체 구성원이기 때문에 단독 또는 소수주주가 이사의 책임을 추궁할 수 있다는 결론을 도출하기는 어렵다.[75]

3. 受益說

池田辰夫교수는 단체의 구성원인 지위를 주주대표소송의 근거로 하는 견해에 의문을 제기하고, 주주의 소권이 확립되는 근거를 주주의 수익자적 지위와 제소청구에 대한 회사의 부당한 거절에서 구한다.[76] 주주의 제소청구에 대한 회사의 거절이 실체법상의 지위에서 보아 부당성을 갖게 되면 수권이 의제되고 주주가 대표적격을 취득하게 된다.[77] 그리고 주주의 제소청구에 회사가 따르지 않는 경우에는 회사의 행위는 당연히 부당성을 갖고 회사에 의무위반이 발생하며, 그 결과 주주가 스

75) 東京地判, 1995. 3. 6,「金法」1145号 62面; 神戸地判, 1995. 10. 4, 「判例時報」1569号 89面 : 민법상의 사단법인에 대하여 상법상의 대표소송제도를 유추적용할 수 없다고 하였다.

76) 池田辰夫, “株主の代表訴訟の法構造” 「阪大法學」149 · 150号, 261面.

77) 池田辰夫, “多數當事者紛爭におはる代表適格についての覺え書”,「可法硏究所論集」59号(1977), 222面.

스로 소송을 제기할 수 있게 한다.

수익자설은 주주의 권한을 회사에 대한 제소청구권과 소송제기권의 2단계로 구분하여 고찰한다. 그리고 회사에 대한 제소청구권은 주주가 수익자적 지위에 있다는 것에서 근거를 구한다. 그러나 이사는 본래 회사에 대하여 의무를 부담하는 것이지 개개의 주주에 대하여 의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 주주가 수익자적 지위에 있다는 것은 이사가 회사에 대하여 손해를 배상하는 경우 주주가 실질적인 이익의 귀속주체가 된다는 의미라고 볼 수 있다. 그렇다면 실질적 이익의 귀속주체라는 점에서 주주의 제소청구권이 인정될 수 있는지 의문이며, 실제로 주주와 거의 동일한 지위에 있는 합자회사의 유한책임사원이 업무집행사원에 대하여 주주대표소송과 같은 소를 제기할 수 있다고 해석하기에는 곤란한 점이 있다.[78]

4. 集團訴訟說

小林秀之교수는 전술한 池田辰夫교수와 같이 미국법의 연혁을 검토한 후, 미국에서도 종래 주주대표소송이 집단소송으로 파악되어 있던 것에 착안하여 대위소송적 성격을 강조할 필요가 없다고 한다.[79] 그리고 종래의 학설이 전제로 한 법정소송담당적 파악은 과오가 있다고 하고 오히려 대표소송성 즉, 일종의 class action성을 중시해야 한다고 보았다. 또한 1993년 일본상법의 개정에 의하여 수수료가 8,200엔이 된 것에서도 주주대표소송제도는 주주에 의한 일종의 class action적 구성이라고 해석할 수 있게 되었다고 한다.[80]

이는 소송법상의 문제로서 소송담당적인 파악을 비판하고 주주가 고유의 자격에서 소송을 행하는 것을 강조하여 회사의 지위와 주주의 지위의 독립성을 도출하였다. 그러나 원고주주의 지위를 소송담당이라고 하더라도 같은 결론에 이를 수 있다

78) 土田 亮, 前揭論文, 137面.

79) 小林秀之 · 近藤光男, 前揭書, 149面.

80) 小林秀之, 「株主代表訴訟」(日本評論社, 1996), 310面.

는 지적도 있고, 소송담당적인 이해를 부정해야 할 근거가 없다는 비판도 있다.

5. 小結

이상과 같은 주주대표소송의 주요한 구조론은 주주가 이사에 대하여 제소할 수 있는 근거를 충분히 제시하지 못한다. 즉, 주주의 채권자적 지위, 단체 구성원적 지위, 수익자적 지위 어느 것도 주주의 이사에 대한 소권을 충분히 설명하지 못한다. 특히 합자회사와 같이 주주와 비슷한 실체법상의 지위를 갖는 자가 존재할 경우에도 주주대표소송제도가 인정되지 않는 한편, 주식회사와는 유사점이 없는 단체에도 이 제도가 법정되어 있는 경우도 존재할 수 있다. 이는 결국 우리나라에서는 미국과 같이 형평법상의 판례에 의하여 각종 단체에 일반적으로 인정되는 제도라고 이해할 수 없음을 의미하는 것이다.

따라서 주주가 회사에 대하여 제소청구를 할 수 있는 것은 소수파주주의 보호를 위하여 다수결원리가 변경될 수 있기 때문이고, 의사결정기관의 결정에 대한 이의권으로서의 성질을 갖기 때문이다.[81] 그럼으로써 회사가 소를 제기하지 않는다는 판단을 내린 경우에 청구를 한 주주가 무조건 소송을 제기할 수 있고, 주식회사와 유한회사의 경우에만 대표소송을 인정하는 설명이 가능하다고 본다. 주주의 소송제기·수행권의 근거에 관해서는 회사내부의 권한분배의 문제로서 회사의 기관이 특수한 관계에 있지 않고 적절한 소송을 수행한다면 반드시 주주에게 소송제기·수행권을 부여할 필요성이 없을 것이다. 회사와 이사간의 소에 관하여 회사를 대표하여야 할 감사의 독립성에 관하여 의문이 지속적으로 제기되고 있는 상황에서는 주주에게 소송제기권과 수행권을 부여하는 현행 제도가 타당할 것이다.[82]

---

81) 土田 亮, “株主權としての株主代表訴訟(二)”, 「上智法學論集」第41卷 3号, 229-230面.

82) 土田 亮, 上揭論文, 231-232面.

제4절 株主代表訴訟의 機能

1. 企業經營의 健全性 確保

부당한 기업경영으로부터 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 방책으로서 회사 내의 감시·감독체제 정비, 주식시장의 반응, 주식매입선택권제도(stock option), 주주의 의결권, 행정적 규제와 감독, 경영권 탈취의 위협, 거래처·소비자 등의 대응, 노조활동 등이 있다. 이러한 여러 제도와 함께 주주대표소송은 부당한 기업경영으로부터 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 방책으로서[83] 기업경영의 건전성 확보기능을 담당하고 있다. 이들 하나하나가 그것만으로써 경영체크기능을 충분히 수행할 수 있는 것이 아니고 각자의 기능에는 일정한 한계가 있다.[84] 즉, 회사 내의 감시·감독체제에는 다액의 비용이 들 수 있는 것도 있으므로 비효율적인 한계가 있고, 주식시장은 부당한 경영이 지속되어야만 반영될 수 있으므로 단발적인 거래나 이사의 일회적 충실의무위반은 반영될 수 없는 한계가 있다. 그리고 주주의 의결권은 위임장 쟁탈전 등을 통한 다수주주의 협력을 필요로 하기 때문에 대중주주화한 현대 기업에 있어서는 매우 복잡하고 큰 비용이 필요하게 되어 효율성에 의문이 있다.

그러나 주주대표소송은 기업경영의 적절성에 대하여 법원의 체크가 들어오는 것(이는 이사의 행위규범으로서 판례법을 형성한다), 주주가 단독으로 또는 소수주주가 회사나 전체주주의 이익을 보호할 수 있는 효과를 가져 오는 것,[85] 그리고 단발적인 이사의 부정행위에도 대처할 수 있다는 장점이 있다.[86]

대표소송의 한계 및 문제점으로서는 첫째, 이사의 의무위반이 되는 특정행위를

---

83) 김건식, "주주대표소송의 활성화 관련된 몇가지 문제점", 「서울대법학」 제37권 2호(1996. 6), 164면.

84) 小林秀之·近藤光男, 前揭書, 9-10面.

85) Scott, Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project, 35 Stan. L. Rev. 927, 940(1980).

86) Cox, Compensation, Deterrence and Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures, 52 Geo. Wash. L. Rev. 745(1984).

명확히 할 수 없는 경우 예컨대 경영자가 장기간에 걸쳐 경영을 태만히 하는 경우에는 유효하게 작동할 수 없다는 한계가 있다. 둘째, 대표소송이 활발해지면 경영자는 책임추궁의 공포 때문에 이익이 예상되어도 위험이 큰 사업은 삼가 하게 되어 경영을 위축시킨다. 또한 유능한 인재가 이사의 지위에 취임하고자 하는 후보부족 현상을 초래하게 할 수 있다. 셋째, 주주대표소송이 실제로는 회사의 이익을 저해하는 경우도 있다. 예컨대 주주대표소송에서 문제 삼고 있는 이사의 행위가 적법한 경우, 이사의 행위가 위법하지만 회사에 손해가 없는 경우, 이사의 행위가 위법하고 회사에도 손해가 없지만 소송을 하는 것이 회사의 이익에 객관적으로 반하는 경우 등이 해당된다.[87] 특히 회사를 혼란하게 하는 소송(strike suit)이 횡행하고 결과적으로 화해에 의하여 원고측의 변호사만이 이익을 얻을 수 있는 사태를 야기할 염려가 있다.[88]

첫번째의 한계에 대해서는 앞으로 지속적인 연구를 하여야 할 것이고, 두번째의 문제는 이사의 경영판단을 존중하는 판례의 발전과 임원배상책임보험, 책임제한·면제제도의 성숙에 의하여 해결할 수 있을 것이다. 그리고 세번째의 문제는 회사에 이익이 있는 소송인가 여부를 선별할 수 있는 제도를 마련하여야 할 것이다. 미국에서는 이해관계가 없는 이사를 주요 구성원으로 하는 특별소송위원회(Litigation Committee)가 이사의 책임추궁이 종합적으로 보아 회사의 최선의 이익이 되지 않기 때문에 주주의 제소청구를 거절하거나 대표소송의 각하를 신청한 경우 법원은 위원회의 판단을 존중한다는 제도가 있다.[89]

2. 代理費用*(agency cost)*의 節減

미국의 대기업에서 경영자지배(management control)가 정착됨으로서 소수의 지

87) 권병민, “주주대표소송에 관한 연구(박사학위논문, 전주대대학원, 1998), 23-24면.

88) 小林秀之・近藤光男, 上揭書, 10面.

89) 小林秀之・近藤光男, 上揭書, 11面; 권병민, 전게논문, 28면.

분만으로 지배가 가능하게 되었다. 기업에서 소유와 지배의 분리현상은 대규모 자금조달이 쉽고 투자위험을 분산시킬 수 있으며 경영효율을 극대화 할 수 있기 때문에 미국뿐만 아니라 세계 각국의 현대기업에서 지배구조의 특성을 이루고 있다.

그러나 이러한 장점이 있는 반면, 경영자는 주주의 이익보다 자신의 이익을 중시하게 되고 그 결과 주주와 경영자 사이에 이해충돌이 발생하게 된다. 이러한 문제는 주주와 경영자의 경영정보 불균형이 심할수록 발생하기 쉽다. 경영자를 주주의 대리인 관계로 파악하고 주주와 경영자간의 문제를 해결하는 비용인 대리인 비용(agency cost)[90]도 그에 따라 높아지게 된다.[91]

주주대표소송제도는 주주에 의하여 경영자를 감시·감독할 수 있는 유용한 제도이다. 이는 투명한 회계제도, 정보공시제도, 주식매입선택권제도, 기업지배권시장의 활성화, 이사회의 활성화, 소수주주권의 활성화와 함께 대리인 비용(경영자를 감시·감독하는데 필요한 비용)을 낮출 수 있다.

3. 損害回復과 違法行爲 抑制

주주의 대표소송은 손해회복 기능과 위법행위 억제기능을 갖는다. 이사의 의무위반행위에 의하여 회사에 손해가 발생한 때 그 배상을 구하여 이사의 책임을 추궁하는 것이 대표소송이므로 회사의 손해를 전보하여 주주전체의 이익을 회복하는 것에서 대표소송제도의 본래의 기능이 인정된다. 그러나 이사의 위무위반행위에 의하여 회사가 손해를 입었지만 대표소송을 통하여 전보될 액보다 회사의 손실이 더 큰 경우에는 대표소송이 수행되어서는 안된다.[92] 미국에서는 이에 대하여 특별소송위원회를 두어 대처하고 있다. 이 경우에도 사회적으로 보아 추궁되어져야 할 이사의 위법행위가 회사의 손익평가에 의하여 추궁될 수 없게 된다는 문제가 있다.

---

90) 이태종, 전게논문, 15면; Jensen & Mechling, Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3. J. Fin. Econ. 305(1970).

91) 김석연, “경영자지배와 주주대표소송의 역할”,「한국법학원보」제80호(1998. 11), 16면.

92) 小林秀之·近藤光男, 前揭書, 10-11面.

대표소송의 위법행위 억제기능이라는 것은 대표소송이 있기 때문에 이사의 경영이 건전해질 수 있고, 이것이 주주뿐만 아니라 경제사회 전체의 이익으로 연결될 수 있다는 것이다. 이 억제기능에 의하면 이사에게 위법행위가 있는 한 어느 정도 원고주주의 독선적·남용적 소송제기를 인정할 수 있게 된다.[93]

이상과 같이 주주대표소송의 손해회복기능과 위법행위 억제기능은 상호 대립하는 면이 있고, 양자의 균형과 조화를 통해서 본 제도의 적절한 운용은 가능하게 될 것이다. 주주에 의한 책임추궁의 소가 회사의 이익에 반하는 경우 특별소송위원회가 주주의 제소청구를 거부하거나 법원에 대표소송의 각하를 신청할 수 있고, 법원은 이 경우 위원회의 판단을 존중하는 것은 회사와 전체주주의 이익을 회복시키는 기능에 중점을 둔 것이다. 그러나 최근 우리 사회에서 주주대표소송의 사회적 의미가 강조되어 이사의 의무위반행위에 대한 책임추궁이 회사의 손익계산에 좌우되게 할 수 없는 것이므로 위법행위 억제기능으로 중점이 이동하였다고 본다.[94]

어떻든 손해회복기능과 위법행위 억제기능을 조화하기 위한 일례로서 ALI의 분석과 권고에서는 이사회 또는 특별소송위원회가 주주대표소송의 각하를 청구하는 경우에는 다음과 같이 처리할 것을 제언하고 있다. ①피고의 행위가 주의의무위반이라는 것에서 청구의 중점이 있고 또는 피고의 행위가 경영판단의 원칙에 의하여 심사될 때 이사회 또는 위원회의 판단이 경영판단의 요건을 충족하지 못하는 경우를 제외하고 법원은 대표소송을 각하하여야 한다. ②피고의 행위가 공정거래의무위반 또는 악의나 유책한(Knowing Culpable) 법의 위반이 될 때는 법원은 각하를 신청하는 이사회·위원회의 판단이 합리적인가 여부에 대하여 실질적 심사를 한 후 각하여부를 결정한다. ③각하가 피고에게 사기 등에 의한 부당한 이익을 유지하게 할 때는 법원은 대표소송을 각하할 수 없다는 것이다. 즉 단순한 경영실패 등 위반행위에 대해서는 사회적 악성이 없는 한 회사의 비용과 이익을 감안하여 대표소송을 각하하려는 이사회·위원회의 판단을 존중하고(손해회복기능 중시), 이사가 개인적 이익을 도모하는 등 비난의 정도가 큰 위반행위에 대해서는 법원이 신중하게

93) 권병민, 전게논문, 26면; 이태종, 전게논문, 15면.

94) 김건식, 전게논문, 167-168면 : 그 실례로서 일본통산산업성 산업정책국 사업자금과, 주주대표소송의 현상과 과제(1995) 등이 있다.

각하의 판단을 하여야 한다. 그리고 이사의 행위가 사회적으로 강하게 비난되어져야 할 경우에는 주주의 대표소송이 각하될 수 없다(억제기능 중시).[95]

4. 企業의 社會的 責任의 確保

오늘날 우리의 경제조직에서 주식회사는 매우 중요한 역할을 담당하고 있다. 즉, 종래와 같은 생산활동의 전개, 이윤추구, 생산성 향상 등의 역할 외에도 대기업이 사회적 기관으로 등장하여 사회복지 문제에도 적극 참여하는 역할을 하게 되었다. 따라서 현대의 주식회사는 일종의 공공기관이며, 이의 유지와 건전한 경영은 국가·사회적인 큰 관심사이다. 또한 국민 개개인의 생활영역에 있어서도 대기업의 활동은 큰 영향력을 발휘하기 때문에 국민적 관심사가 되었다.

그러나 최근 들어 기업이 자신만의 이윤추구와 독선적 경영 및 정경유착이라는 특수한 상황에 의하여 각종 반사회적 이윤추구의 주체가 되어 있다. 그 결과 기업은 탈세, 밀수, 주가조작, 부실공사, 산업공해, 상호보증의 주범이 되고 있고 소수주주의 억압, 노동자, 채권자, 소비자를 무시하는 기관으로 전락하게 되었다. 그리고 세계의 어느 나라에서도 찾아볼 수 없는 기업형 대형부조리와 사고를 내고 급기야 IMF 외환위기를 초래하게 되었다.

기업의 건전한 발전은 사회발전의 기초적 과제이며 기업의 경영자는 회사내부자에 대한 사적책임뿐만 아니라 사회일반에 대한 공익적 책임까지 지지 않으면 안된다.[96] 따라서 기업경영자에 대한 견제·감시기능을 회사의 기관이나 노동조합 등에게만 기대할 수 없게 되고 주주대표소송을 두어 회사의 위법 부당한 행위를 시정하게 한다. 소수주주가 회사의 내부적 구성원이면서 사회의 일원이라는 시민의 관점에서 주주대표소송제도를 활용하는 것은 회사뿐만 아니라 건전한 국민경제발전과 회사의 사회적 책임수행에 공헌하게 될 것이다. 특히 최근의 시민운동형 주주대표소송은 이를 나타내는 실례이다.

95) 小林秀之·近藤光男, 前揭書, 11-12面.

96) 권병민, 전게 박사학위논문, 29-30면.

제3장 代表訴訟에 따른 理事의 責任

제1절 代表訴訟 活性化

종래 우리 상법은 미국법의 제도를 도입하여 주주대표소송에 관한 규정을 두고 있었지만 실제로는 거의 활용되지 않고 있었다. 1997년 이후 IMF 상황을 벗어나기 위한 노력으로써 1998년 상법을 개정할 때 대표소송에 관한 규정도 제소요건의 완화를 위한 방향으로 개정이 되었다. 또한 1998년 증권거래법을 개정하여 대표소송을 활성화하기 위해서 노력하였다. 종래 우리나라의 대표소송제도는 형식적인 규정일 뿐 주주가 실질적으로 활용할 수 없어서 소의 제기를 단념하게 하였다. 그러나 우리 경제가 발전함에 따라 회사의 규모도 확대되고 회사지배구조의 건전한 확립을 위하여 주주는 적극적으로 경영진을 감독하고 회사와 주주의 이익을 위하여 대표소송을 활용해야 할 필요성이 증대되었다.

이하에서는 우리나라에서 주주대표소송이 잘 이용되지 못하였던 문제점을 찾아서 분석·검토하고, 본 제도가 활성화 될 수 있는 방안 및 남용방지대책을 모색하는 논의의 출발점으로 삼고자 한다.

1. 株主의 消極性

현대 기업사회에 있어서 소유와 경영이 분리되고, 소유는 대중주주화 하는 경향이 뚜렷이 나타나게 되었다. 주주는 당연히 이사의 경영을 감시·감독하여야 할 것이나 소액주주들의 무력감, 경영에 대한 정보부족, 전문성 부족, 과다한 비용의 필요성 때문에 이사의 회사경영에 대한 감시·감독활동이 소극적이었다.

특히 주주들은 회사에 대하여 유한책임만을 부담하며, 대표소송에서 승소한 경우에도 이익은 회사에 귀속하므로 대규모 공개회사의 소수주주가 소송을 통하여 얻게 되는 이익은 지극히 미미하다.[97] 또한 주주들은 회사의 경영에 직접 또는 간접

으로 참여하는 것보다는 유동성확보를 중요시 한다. 따라서 회사에 문제가 발생하면 주주들은 대표소송을 제기하여 적극적으로 이사들의 책임을 추궁하기 보다는 자기의 주식을 매도하여 문제를 처리하고자 한다.[98] 그리고 주주들은 자신이 소송을 수행하지 않고 다른 주주들이 소송을 제기하여 승소한 경우 손해회복으로부터 비례적 배분을 받고자 한다. 승소의 결과는 소송에 참여한 주주뿐만 아니라 참여하지 않은 주주에게도 지주율에 따라 배분되기 때문이다. 이러한 이유들 때문에 소유와 경영이 확실히 분리되어 있는 회사에서 이사가 의무를 위반하여 파탄에 이른 경우에도 소수주주들은 많은 시간·노력·비용을 필요로 하는 적극적 감시·감독을 하지 않으려고 한다.[99]

2. 提訴權者

우리 상법은 대표소송의 무질서한 남용의 폐단을 방지하기 위하여 제소권자의 자격을 소수주주권으로 하고 있다. 즉, 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주만이 제소할 수 있다(상§403①). 제소권자인 주주에는 무의결권주식을 가진 주주도 포함된다. 그리고 제소주주의 보유주식이 제소 후 발행주식 총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우에도(1주 이상만 소유하면) 제소의 효력에는 영향이 없다(동조⑤).

1998년에 개정된 증권거래법에 의하면 6월 전부터 계속하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식 총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 대표소송을 제기할 수 있다(증거§191의 13①). 주

97) 권병민, 전게논문, 198면 주556) 재인용 : 1994년 Wood보고서에 의하면 Winkelman N. General Motors Corp. 사건에서 승소로 인하여 주주가 얻은 이익은 8센트에 불과하였다(Franklin S. Wood. Survey and Report Regarding stockholders' Derivative Suit 49-50(1994).

98) James E. Heard, Institutional Investors and Corporate Governance : The U.S. Perspective, in International corporate Governance 245, 251(Joseph C. F. Lufkin & David Gallagher eds., 1990).

99) Henry N. Butler, Contractual Theory of the Corporation, Geo., Mason. U. L. Rev., Summer, 1989, 107.

권상장법인 또는 협회등록법인의 임·직원, 주요주주가 그 법인의 주권 등을 매수한 후 6월 이내에 매도하거나 그 법인의 주권 등을 매도한 후 6월 이내에 매수하여 이익을 얻은 경우에는 당해 법인은 그 이익을 그 법인에게 제공할 것을 청구할 수 있다(증거§188②). 당해 법인의 주주 또는 증권선물위원회는 그 법인에 대하여 전술한 규정에 의한 청구를 하도록 요구할 수 있으며, 당해 법인이 그 요구를 받은 날부터 2월 내에 그 청구를 하지 아니하는 때는 그 주주 또는 위원회는 당해 법인을 대위하여 청구할 수 있다(증거 동조③).

개정전 우리 상법에 의하면 발행주식 총수의 100분의 5이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 주주대표소송을 제기할 수 있도록 하였다. 우리나라 상장법인의 자본규모·주식분포도 등을 감안해 볼 때 발행주식 총수의 100분의 5이상이라는 소수주주권은 지배주주와 경영자를 견제하는 수단으로 활용될 가능성은 거의 없었다.[100]

이에 비하여 미국에서의 대표소송제기권은 단독주주권이다. 다만 미국 여러 주의 회사법은 문제가 되는 이사의 행위가 행하여진 때부터 계속하여 주주일 것 또는 행위시 주주였던 자로부터 법의 작용(상속 등)에 의하여 주식을 취득할 것을 대표소송제기의 자격요건으로 한다.[101] 이는 현재의 제소목적의 주식취득을 저지하는 기능을 하고 있다. 그리고 일본상법에서도 대표소송은 모든 주주가 제기할 수 있는 단독주주권으로 하고 있으며, 그 남용을 방지하기 위하여 6개월 전부터 계속 주주인 자에게만 자격을 인정하고 있다(일상§267①).

전술한 바와 같이 우리나라에서는 남용의 폐단을 방지하기 위하여 소수주주권으로 하였으나, 제도의 도입이후 그 활용이 전무하였고, 최근 들어 회사의 건전성, 투명성, 책임성 확보를 통한 기업의 지배구조개선의 측면에서 논의한다면 대표소송의 활성화를 위하여 제기요건을 단독주주권으로 하여야 할 것이다. 대표소송제기권을 소수주주권으로 하는 것은 대표소송을 이용하기 어렵게 하는 것이고, 대표소송의 기업경영에 대한 감독시정기능을 유명무실하게 할 수 있기 때문이다.[102] 다만 대표

100) 이철송, 전게서, 279-280면.

101) Delaware General Corporation Law §327 : Revised Model Business Corporation Act §7.40(a) : ALI분석과 권고 §7.02(a)(1)(2).

소송을 남용하는 경우에는 원고주주에게 담보를 제공하게 하는 등 개별적이고 구체적인 남용억제책을 강구하여야 할 것이다. 어떻든 이와 같은 상황에서는 대표소송에 거는 기대와는 달리 소수주주권의 행사가 쉽지 않을 뿐만 아니라 담보제공권 등의 제한을 이중으로 두고 있다면 대표소송의 활성화를 기대하기는 어려울 것이다.[103]

3. 擔保提供

소수주주권자가 대표소송을 제기한 경우에 피고인 이사는 주주가 악의임을 소명하고 주주로 하여금 상당한 담보를 제공할 것을 명하도록 법원에 청구할 수 있다(상§403⑦, §176③④). 악의란 원고인 주주가 피고인 이사를 해할 의사를 의미하는 것이며, 제공된 담보에 대한 담보권자는 회사가 아니라 피고인 이사가 된다.[104] 주주에게 담보제공의무를 부담시키는 것은 남소를 방지하기 위한 까닭이다.

미국에서는 일정한 지주수에 미달하거나 소유주식의 시가가 일정한 금액에 미치지 못하는 주주가 원고인 경우에만 회사의 청구가 있으면 담보제공의무를 진다. 즉, 뉴욕사업회사법은 동일종류 주식의 발행된 주식총수 5% 미만 또는 시가 5만달러 미만의 주식을 가지는 주주가 대표소송을 제기하는 경우에는 회사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공하도록 한다.[105] 이 제도는 대중주주의 대표소송제기권을 저해한다는 비판도 있지만,[106] 원고주주가 연방법원의 관할을 선택하면 이 제도의 적용은 면제되므로 남용방지 효과는 크지 않다. 담보제공제도를 정하고 있는 주법에서도 원고의 지주요건은 부과되지 않고, 대신에 당해소송이 회사·주주에게 이익을 부여할 여지가 없는 것이나 피고이사가 문제되는 거래에 관여하고 있지 않다는

102) 小林秀之·近藤光男, 前揭書, 28面.

103) 권병민, 전게논문, 208-209면.

104) 최기원, 전게서, 642면.

105) New York Business Corporation Law §627.

106) 小林秀之·近藤光男, 上揭書, 17面.

입증에 따라 법원이 원고에게 담보제공명령을 내릴 수도 있다.[107]

일본에서는 최근 원고주주에게 담보제공을 명하는 사건이 증가하고 있다. 피고이사가 원고주주의 소송제기가 악의임을 소명한 때 법원은 원고에게 상당한 담보제공을 명할 수 있다(일상§267⑤⑥). 담보제공제도가 대표소송의 남용사례나 남용적 사례에 대하여 유효하게 대처하고 있다.[108] 이 제도가 어느 범위까지 적용될 수 있는가 하는 문제는 원고주주의 악의의 의미를 어떻게 해석할 것인가에 의할 것이지만 최근 악의의 요건을 광의로 해석하는 경향이 있다.[109]

이와 같이 미국과 일본에서는 단독주주가 주주대표소송을 제기할 수 있기 때문에 그 남용을 방지하기 위하여 원고주주에게 담보제공을 요구하고 있다. 이에 비하여 우리나라에서는 발행주식 총수의 100분의 1 이상의 소수주주권으로써만 소송제기가 가능하고, 소수주주권의 형성이 어려움에도 불구하고 담보제공에 관한 규정을 두고 대표소송제기를 제한하는 것은 최근의 대표소송을 활성화 하고 기업의 지배구조를 개선하려는 노력과는 일치되지 않는다. 피고이사측에서는 담보제공신청을 대표소송의 중요한 방어방법으로 이용하여 대표소송을 억제하는 결과를 가져올 것이다. 특히 대표소송을 통한 청구금액은 거액이기 때문에 담보금액도 원고주주에게는 부담스러울 것이다. 다만 실무에서는 담보제공을 위하여 지급보증위탁계약을 체결하고 서류만을 제출하도록 하고 있어서 원고주주에게 큰 부담이 되지 않는다고 할지라도 시간과 비용의 낭비는 여전히 부담스러울 것이다.[110] 따라서 대표소송제도의 활성화를 위해서는 원고주주의 담보제공의 부담을 경감할 수 있는 획기적인 방안의 연구가 필요할 것이다.

4. 情報蒐集과 立證責任

107) California General Corporation Law §800.

108) 名右屋地決, 1995. 7. 28 중부전력사건은 원고가 반원전운동의 일환으로 단순한 사회적 목적을 달성할 것을 기도하였던 것 및 피고이사의 행위가 위법하다는 원고의 주장은 그 자체의 부당성, 입증가능성 등을 종합적으로 판단하여 담보제공을 명하였다.

109) 名右屋高決, 1995. 3. 8. 東海銀行事件抗告審決定, 判例時報 1531号 , 134面.

110) 법원행정처, 「법원실무제요 민법」(上)(1996), 469면.

주주가 전문경영인인 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 대표소송을 제기하기 위해서는 회사경영에 관한 정보가 필요하지만, 일반주주들은 전문적 회사경영에 대하여 지식이 없고 이사의 책임을 추궁할 수 있는 경영정보를 수집하기가 어렵다. 또한 이사의 책임을 추궁할 수 있는 소송에 있어서 입증책임의 전환에 관한 규정이 없기 때문에 원고인 소수주주가 일반원칙에 따라 이사의 책임과 손해를 입증하여야 한다. 그러나 전술한 바와 같이 경영정보를 일반주주가 수집한다는 것은 어려운 일이므로 그것을 입증한다는 것도 역시 어려운 일이다.

대표소송을 활성화하기 위해서는 일반주주가 경영정보를 쉽게 수집할 수 있도록 해야 하고 소송법상 증명책임의 전환을 연구해야 할 것이다. 현행 상법상 주주가 회사의 경영에 관한 정보를 얻을 수 있는 방법은 제466조 1항에 의하여 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있는 것이다. 그리고 정기총회 회일의 1주간 전부터 재무제표, 영업보고서, 감사보고서를 본점과 지점에 비치하도록 되어 있으므로 이를 통하여서만 정보수집이 가능하다.

그러나 소수주주권의 형성조차 어려운 우리의 현실정과 전문가에 의하여 작성·비치된 서류만으로써 이사의 책임을 추궁할 수 있는 경영정보를 수집한다는 것은 거의 불가능한 일이다. 주주는 확실한 증거 없이는 대표소송을 제기할 수 없을 것이다. 따라서 주주가 이사의 책임이 발생할 수 있는 영역과 회사와 이사 사이에 이익이 상반되는 상황에 대하여 정보를 보다 쉽게 수집할 수 있도록 할 방법이 연구되어야 한다.

우리 상법 제466조 1항은 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 회계장부 및 서류의 열람권은 대표소송을 제기하고 수행하는데 없어서는 안 될 중요한 부분이다. 따라서 회계장부 및 서류의 열람청구권도 대표소송을 제기할 수 있는 소수주주 요건인 발행주식 총수의 100분의 1로 하여 완화하거나 단독주주권으로 해야 할 필요가 있다.[111] 소수주주의 회계장부 및 서류

111) 安井綾, “株主の帳簿・書類閲覧權-持株要件についての立法論”, 「法學教室」190号(1996. 7), 18面.

의 열람청구에 대하여 회사는 그 청구의 부당함을 증명하고 거절할 수 있다(상§466②). 그리고 증권거래법에 의하면 6월 전부터 계속되는 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식 총수의 1000분의 10 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 전술한 상법 제466조와 같은 소수주주권을 행사할 수 있다(증거§191의 13).

소수주주는 회계장부 및 서류의 열람만으로 대표소송의 제기 또는 수행이 어려울 경우에는 검사인의 선임을 통하여 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있을 것이다. 즉, 상법 제467조는 회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 때에는 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 검사인의 선임청구도 대표소송제기를 위하여 필요한 제도이므로 대표소송제기 요건과 동일하게 발행주식 총수의 100분의 1로 완화하여야 할 것이다.[112]

5. 原告와 被告의 適格

상법상 원고가 될 수 있는 주주는 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주이며, 의결권 없는 주식을 가진 주주도 제소권자가 될 수 있다. 제소 후 보유주식이 100분의 1 미만으로 감소하는 경우에는 1주라도 보유하고 있으면 제소의 효력에 영향을 미치지 않는다.[113] 상장법인의 경우에는 6월 전부터 계속하여 발행주식 총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유하는 때에는 대표소송을 제기할 수 있다(증거§191의 13①).

피고는 이사 또는 재임 중의 행위에 의하여 책임 있는 퇴임이사가 될 것이나 상법은 감사, 발기인, 청산인, 업무집행지사자, 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자, 회사로부터 이익의 공여를 받은 자 등에 대하여도 대표소송을 인정하고 있다(상

112) 양동석, 전게 기업의 지배구조 개선을 위한 주주대표소송, 431-432면.

113) 최기원, 전게서, 640면.

§415, §324, §542, §401의 2②, §467의 2④ 등).

일본에서는 모든 주주가 대표소송을 제기할 수 있는 단독주주권으로 하고 있으며, 그 남용을 방지하기 위하여 6월 전부터 계속하여 주주일 것을 정하고 있다(일상§267①). 이에 비하여 미국에서는 문제가 되는 이사의 행위시부터 계속하여 주주일 것이 요구되고(행위시소유원칙), 제소주주는 같은 상태에 있는 주주들의 이익을 공정하고 적절하게 대표할 수 있을 것을 필요로 한다(적절대표요건).

우리 상법과 증권거래법도 남용적인 대표소송에 대처하기 위하여 행위시소유원칙과 적절대표요건을 원고주주에게 과할 필요가 있을 것이나 현재와 같이 반드시 소수주주권으로 해야 할 것인가 하는 점에는 의문이 있다.[114] 또한 상법 제401조의 2에서는 업무집행지시자 등에게도 대표소송의 피고가 될 수 있음을 규정하고 있으나, 지배주주 또는 지배회사의 전횡으로부터 회사의 손해를 방지하기 위해서는 지배주주의 책임을 추궁할 수 있도록 명문규정을 두어야 할 것이다.[115]

6. 原告株主의 經濟的 不利益 防止

대표소송을 수행한 결과 원고주주가 승소한 경우에는 승소로 인한 이익은 회사에 귀속하고 그 이익은 다른 모든 주주와 동일하게 지주율에 따라 간접적으로 얻게 될 뿐이다. 그러나 원고주주가 패소할 경우에는 소송비용 및 소송으로 인한 비용전액을 부담하여야 하므로 주주가 패소의 위험을 부담하면서 대표소송을 제기하기는 어려운 실정이다. 이러한 부담 외에도 시간과 노력을 제공하여 승소한 원고주주와 소송에 관여하지 않은 주주를 동일하게 취급하는 것은 균형이 맞지 않다. 따라서 회사는 승소로 인하여 얻게 되는 이익의 일정비율을 원고주주에게 분배할 수 있게 하여[116] 주주가 대표소송을 제기할 수 있도록 권장하는 것이 바람직하다.

---

114) 小林秀之・近藤光男, 前揭書, 27-28面.

115) 양동석, 전게 기업의 지배구조 개선을 위한 주주대표소송, 433면.

116) 近藤光男, “株主代表訴訟制度の會社法上問題點”, 「ジュリスト」1012号(1992), 71面.

우리 소송제도에서는 패소당사자가 소송비용을 부담하기 때문에 승소한 원고주주는 패소한 이사에게 소송비용을 청구할 수 있을 것이다. 그리고 회사에 대하여 소송비용 외에 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다(상§405①). 이는 승소한다고 하더라도 소송으로 인한 모든 비용을 지급받지 못하는 경우가 있다는 의미로서, 원고주주의 경제적 부담을 인정하는 것이고 결국 주주로 하여금 대표소송을 기피하게 하는 사유가 될 수 있다. 따라서 승소한 주주는 소송으로 인한 모든 비용을 회사에 청구할 수 있도록 하는 것이 타당하다.[117] 따라서 소송비용 외의 소송으로 인한 비용에는 변호사비용 외에도 원고주주가 지출한 교통비, 사실관계의 조사비용, 법무사 등에 대한 서기료, 자료수집비, 원고주주의 시간과 노력에 대한 보상 등도 포함되어야 할 것이다.

일본은 1993년 상법을 개정하면서 대표소송에 관한 소송비용을 일률적으로 8,200엔으로 하였으며, 승소주주가 승소를 위하여 지출한 비용중 상당액의 지급을 회사에 청구할 수 있도록 하였다(일상§267④). 즉, 소송비용은 소송목적의 가액에 따라 산출되지만 재산권상의 청구가 아닌 청구에 관계되는 소에서는 일본의 민사소송비용 등에 관한 법률에 의하여 8,200엔이 된다(일민소비용§4②). 그리고 개정상법은 승소주주에게 변호사 보수 중 상당액을 회사에 청구할 수 있는 것으로 하였으며, 승소주주가 지출한 소송수행에 필요한 비용에서 소송비용이 아닌 것의 상당액을 회사에 청구할 수 있도록 하였다.(일상§268의 2).

1993년 일본의 개정상법은 주주대표소송에 있어서 주주의 비용부담을 개선한 것이지만 그것이 계기가 되어 주주대표소송이 현저하게 증가되었고 청구금액이 고액화 되었으며, 사회적 부정의 시정이나 기업의 사회적 책임의 추궁을 위하여 대표소송을 이용하는 시민운동형의 사건도 나타나게 되었다.[118] 그리고 상법개정이 기업경영에 미치는 영향으로서 경영판단에 이르는 과정에서 이사회나 상무회에서의 보고의 상세화, 논의의 활발화, 법무담당부문의 법적체크의 상세화, 고문변호사의 활용증가, 감사활동의 활발화 등의 변화가 있고 이사회의 경영판단이 신중하게 된다

117) 이태종, 전게논문, 257면; 권병민, 전게논문, 215면.

118) 小林秀之・近藤光男, 上揭書, 23-24面.

는 보고가 있다.[119]

7. 代表訴訟의 濫用

주주대표소송제도의 본질은 전술한 바와 같이 회사가 이사의 책임을 추궁해야 할 경우임에도 불구하고 임원간의 특수한 관계 때문에 회사가 책임추궁을 해태하는 때에 주주가 회사를 대신하여 이사의 책임을 추궁하게 하고 주주의 제소에 의하여 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 실현하는 것이다. 그러나 현행제도에 의하면 회사가 이사의 책임을 추궁할 필요가 없는 경우에도 주주는 회사를 위하여 제소할 수 있고, 제도의 본질과 취지에서 벗어난 소송이 제기될 수도 있다. 즉, 원고주주가 부당한 개인적 목적으로 대표소송을 제기한 경우와 부당한 제소목적은 없지만 회사로서는 이사의 책임추궁을 하지 않는다는 판단이 이유가 있는 경우가 있다. 전자를 대표소송의 남용이라 하고 후자를 부적절한 대표소송이라 할 수 있다. 또 이들과는 별도의 시각에서 시민운동형 대표소송도 있다.

(1) 代表訴訟의 濫用

대표소송이 남용되는 예로서는 회사로부터 금전갈취 등 부당한 개인적 이익을 획득할 의도나 회사 내지 이사에 대한 부당한 손해를 끼칠 목적으로 대표소송을 악용하는 경우이다. 또한 개인적인 주의·주장이나 정치적·사회적 목적을 달성하려는 의도 또는 책임추궁의 근거나 증거가 없음에도 불구하고 제소하는 경우이다.[120]

---

119) 日本通商産業者産業政策局産業資金課編, 「株主代表訴訟の現況と課題」(別冊商事法務 173号)(1995), 18面.

120) 東京高判, 1989. 7. 3(金判 826号), 3面 : 주주가 한편으로는 회사의 권리실현을 도모함과 동시에 또 한편으로는 소송제기로써 자기명성을 올리려고 한다고 해도 그것만으로써 주주대표소송제기가 권리남용이라고 할 수 없다.

(2) 부적절한 代表訴訟

형식적으로는 이사의 책임이 인정되지만 실질적으로 보아 회사의 손해가 경미하고 이사행위의 위법성 정도가 낮기 때문에 주주대표소송을 제기하여 얻을 수 있는 이익보다도 회사의 명예·신용의 실추나 피고이사의 응소부담, 사기저하 등이 염려되는 경우에 대표소송을 제기하는 것이다.[121] 그것은 회사가 추궁하지 않을 이사의 책임을 주주가 추궁하는 것으로서 주주대표소송에 기대되는 기능의 한계를 넘는 것이다.[122]

미국에서는 이해관계가 없는 이사로 구성되는 이사회 또는 특별소송위원회가 주주의 청구에 따라 제소를 할 것인가 여부에 관하여 판단을 내린 경우, 그 판단은 경영판단의 원칙에 의하여 법원이 존중하므로 부적절한 대표소송은 저지될 수 있다. 또한 이사회나 특별소송위원회는 이미 제기된 대표소송의 각하를 법원에 신청할 수 있으며 이것도 역시 법원에 의하여 존중된다. 미국에서는 상당수의 사외이사가 이사회나 특별소송위원회에서 활동하기 때문에 인정될 수 있는 것이다.

그러나 우리나라의 실정에서는 이사의 책임추궁에 관한 회사측의 판단이 있더라도 주주의 제소청구 후 30일이 경과하면 주주대표소송을 저지할 수 있는 방법이 없다. 따라서 사외이사제도의 성공적 정착과 함께 회사의 판단을 존중하는 재판관행의 발전을 기대하여야 할 것이다.

종래 대표소송에 의하여 추궁할 수 있는 이사의 책임범위에 관하여 상법 제399조의 회사에 대한 손해배상책임과 상법 제428조의 자본충실책임으로 한정시키는 설[123]도 있으나, 다수설은 회사의 이익과 관련되는 한 모든 채무를 포함한다고 본다.[124] 부적절한 대표소송을 예방하고 남소를 막기 위해서는 소수설의 견해가 의미가 있고,비교법적으로도 영국에서와 같이 대표소송을 제기할 수 있는 경우를 일정한 행위로 한정하는 것을 고려할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라의 경우에는 아

---

121) 日本通商産業者産業政策局産業資金課編, 上揭書, 9面.

122) 近藤光男, “株主代表訴訟とコーポレート·ガバナソス”, 「企業會計」46卷 2号(1994), 38面.

123) 정찬형, 전게서, 769면; 강위두, 전게서, 578면.

124) 최기원, 전게서, 642면; 손주찬, 전게서, 864면; 이철송, 전게서, 628면 등.

직 대표소송의 남소를 걱정할 정도가 아니고 오히려 회사의 지배구조개선과 관련하여 대표소송의 활성화 방안을 강구하여야 하므로 다수설의 입장이 타당하다고 본다.

(3) 市民運動形 代表訴訟

시민운동형 대표소송은 본래 대표소송의 취지에서 벗어난 것으로서 회사의 손해회복이나 위법행위의 억제를 목적으로 하는 것이 아니다. 이는 사회적 부정의 시정이나 기업의 사회적 책임의 추궁 등을 위하여 대표소송을 한 수단으로 이용하는 경우이다. 대표소송에 의하여 이것을 시정하는 것은 기업경영의 건전성 확보에 기여하는 것으로서 회사나 주주의 이익과 관련되므로 이를 저지할 필요가 없을 것이다.[125]

제*2*절 理事의 會社에 대한 責任

1. 經營構造와 理事責任

이사의 책임이란 넓게는 자본충실책임(§428) 및 제3자에 대한 책임을 포함하지만 이하에서는 이사가 직무수행과 관련하여 회사에 손해를 가하였을 때 주주대표소송의 전제가 되는 회사에 대한 손해배상책임으로 한정하기로 한다.

상법은 유한책임제도 아래서 주주와 회사채권자를 공평하게 보호할 수 있는 합리적인 경영구조원리로서 소유와 경영의 분리를 원칙으로 하여 이사들에게 포괄적인 경영권을 부여하고 있다. 이러한 경영구조의 합목적적인 가동은 구체적인 제도적 장치에 의해 담보되어야 한다. 이사가 임무를 적절히 수행하지 못할 때 재선임을 하지 않거나, 그 지위에서 해임하는 것도 간접적으로 이사의 적정한 임무수행을

125) 小林秀之・近藤光男, 前揭書, 26-27面.

담보하는 것이라고 할 수 있다.[126]

그러나 이러한 제도만으로는 이사의 적정한 임무수행을 실효적으로 유도하지 못할 뿐 아니라, 회사에 발생한 손해의 전보수단이 되지 못한다. 이사의 적정한 임무수행과 회사재산의 유지를 위한 실효적인 수단은 회사의 재산을 관리·경영하는 이사에게 그에 상응하는 재산적 책임을 부여하는 것이라 할 수 있다. 그리하여 상법은 이사가 임무를 게을리 한 경우 그로 인해 회사가 입은 손해를 배상하게 하는데 이 책임은 이사의 부적정한 경영에 의해 생긴 이해관계인들의 손실을 전보하는 동시에 나아가 이사의 주의를 긴장시킴으로써 소유와 경영의 분리 하에서 이사에게 두고 있는 이해관계인들의 신뢰를 보호하는 기능을 한다.

특히 우리나라에서는 모든 회사에 거의 예외 없이 지배주주가 존재하는데, 지배주주는 사실상 이사선임권을 배경으로 하여 이사의 업무집행을 자신의 사익을 위한 방향으로 유도하는 예가 많았다. 따라서 상법은 지배주주의 영향력에 의하여 회사운영이 왜곡되는 것을 막기 위하여 법정의 이사가 아닌 자로서 업무집행에 직·간접으로 관여한 자를 이사로 보고(사실상의 이사), 이들의 책임을 묻는 제도를 두고 있다. 즉 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사들에게 업무집행을 지시하거나 이사의 이름으로 직접 회사의 업무를 집행한 자는 이사와 마찬가지로 회사 또는 제3자에 대하여 손해배상책임을 지며, 대표소송의 상대방이 되도록 1998년 개정상법에서 제401조의 2를 신설하였다.

2. 會社에 대한 損害賠償責任

(1) 意義

이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다(§399①). 주주는 이사의 손해배상

126) 이철송, 전게서, 595면.

책임을 추궁하기 위하여 대표소송을 제기할 수 있다.

이사가 회사에 대해 선관의무(§382②)와 충실의무(§382의 3)를 부담하므로 회사에 손해를 가하였을 경우, 우선 민법상의 일반원칙에 따라 위임계약의 불이행으로 인한 손해배상책임을 지거나 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다. 이와 별도로 상법이 이사의 책임을 규정한 것은 이사 지위의 특수성을 감안하여 민법상의 채무불이행책임이나 불법행위책임과는 다른 특수한 책임을 인정한 것으로 볼 수 있다.[127] 이에 반하여 판례[128]는 제399조가 정하는 이사의 책임은 위임계약의 불이행으로 인한 책임이라고 보고 있다. 그러나 이사의 책임을 주장하는 자가 이사의 과실에 관해 입증책임을 지는 점, 이사의 유책행위에 찬성한 이사들이 연대책임을 지는 점(§399②), 이사회의 의사록에 이의를 제기한 기재가 없는 이사는 찬성한 것으로 추정하여 연대책임을 지게 하는 점(§399③)은 위임계약으로 설명할 수 없다. 또 이 설을 취하는 학자 중 일부는 이사의 법령위반책임을 무과실책임이라 하는데 위임계약에서 무과실책임이 생겨날 수도 없다.[129]

상법상 이사의 책임을 위임계약의 불이행책임과 비교해 볼 때 보다 엄격하게 규정한 것으로 상법상의 책임이 발생하는 한 따로 위임계약의 불이행책임을 물을 실익은 없다. 그러나 불법행위책임은 이사의 지위를 전제로 하지 않은 상태에서도 발생할 수 있고, 그 손해전보의 방법에 있어서 금전손해뿐만 아니라 원상회복(민§764)도 인정된다는 점에서 상법상의 책임과 경합을 인정할 실익이 있다.

(2) 責任의 原因

상법 제399조 제1항에서는 책임의 발생원인을 「법령·정관의 위반」과 「임무해태」로 나누어 규정하고 있다.

---

127) 정동윤, 전게서, 466면; 정찬형, 전게서, 619면.

128) 大判, 1985. 6. 25 판결, 84다카1954 : 주식회사의 이사 또는 감사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 일반불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 그 소멸시효기간은 일반채무의 경우와 같이 10년이라고 보아야 할 것이다.

129) 이철송, 전게서, 596면.

① 法令 또는 定款의 違反

이사가 법령 또는 정관에 위반한 경우란 개별적·구체적인 법령 또는 정관의 규정에 위반한 행위를 하였을 경우를 말한다. 법령·정관에 위반한 행위도 넓게는 임무해태에 속하나, 주의의무 위반의 도가 현저하므로 따로 구분된다고 할 수 있다. 주의의무의 일반규정(민§681)에 위반하는 것은 임무해태에 속한다고 할 것이다.

이사가 어떤 자격에서 한 것인지에 따라 법령·정관에 위반한 행위의 유형은 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 이사가 단독으로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 경우로 이사회의 승인 없이 경업피지의무를 위반하거나(§397①), 자기거래를 한 경우(§398전단) 등을 들 수 있다. 둘째, 이사들이 이사회에서 법령 또는 정관에 위반한 결의를 한 경우로 발행예정주식 수를 초과하는 위법한 신주발행을 결의한 경우, 법정준비금을 적립하지 않고 이익잉여금처분계산서를 주주총회에 제출하는 경우 또는 법정한도를 넘은 사채발행을 결의한 경우(§470) 등을 들 수 있다. 마지막으로 대표이사가 법령 또는 정관에 위반하여 업무집행 또는 대표행위를 한 경우로 자기주식을 취득하거나(§341) 주주의 출자의무의 상계를 허용하는 것(§334)과 같이 위법한 내용의 업무집행을 한 경우, 정관상의 제한을 위반하여 업무집행을 한 경우, 필요한 주주총회의 결의나 이사회의 결의 없이 업무집행을 하거나 공동대표가 단독으로 대표하는 것(§389②)과 같이 법률 또는 정관상의 절차를 거치지 않고 업무집행을 한 경우, 대표권을 남용한 경우 등이 이에 해당한다.

이사가 이상의 어느 자격에서 하든 법령 또는 정관에 위반하여 회사에 손해를 끼치게 되면 손해배상책임이 발생한다.

이사의 법령 또는 정관에 위반하는 행위에 과실이 요구되는가 즉, 과실책임인가 무과실책임인가에 대해서 학설이 나뉘어 진다. 첫째, 이사가 법령 또는 정관에 위반하여 부담하는 손해배상책임을 무과실책임이라 보는 견해가 있다.[130] 그 이유는 개별적·구체적인 법령·정관규정에 위반한다는 것 자체가 과실이라는 생각이다. 일본의 해석론을 본받은 것이다. 그러나 상법 제399조에 의한 이사의 책임은 일반원칙에 대한 특칙이므로 과실책임이라고 보아야 할 것이다. 예컨대 법원의 법령해

130) 손주찬, 전게서, 850면; 최기원, 전게서, 636면 등 다수.

석이 달라져서 과거의 해석에 따른 이사의 행위가 결과적으로 법령에 위반하게 된 경우와 같이 과실 없이 법령·정관에 위반하는 경우도 있을 수 있다. 또 세법 등 행정규범 중에는 행정관청이 정책적인 이유에서 이와 상치되는 내용으로 행정을 하는 예가 허다한데, 이사가 이를 좇아 회사의 업무처리를 했다고 해서 책임을 물을 수는 없다.[131]

상법은 발기인의 인수·납입담보책임(§321), 이사의 인수담보책임(§428)과 같이 몇 가지 무과실책임의 예를 명문으로 규정하고 있다. 이러한 무과실책임은 기업유지 및 이를 위한 자본충실이라는 물적회사로서의 본질적 목적이나 책임발생원인상의 특수성에 있다고 보기 어려우며, 명문의 규정이 없는 한 이사라 하여 손해배상책임의 일반원칙인 과실책임의 원칙을 벗어날 불가피성을 인정할 이유는 없으므로 이 역시 과실책임이라고 보아야 한다.[132]

그러나 법령 또는 정관에 위반하는 행위는 대부분 고의·과실에 기인하므로 법령·정관에 위반한 행위를 한 이사는 무과실의 입증책임을 진다고 해석한다.

② 任務懈怠

이사가 임무를 해태한 경우란 직무수행과 관련하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 게을리 함으로써 회사에 손해를 가하거나 손해를 방지하지 못한 경우를 말하는 것으로 이는 명백한 과실책임이다.[133]

임무해태는 널리 선량한 관리자의 주의(§681)를 게을리 하는 것이므로 법령이나 정관의 개별규정에 반하지 않더라도 흔히 있을 수 있다. 예컨대 이사가 이사회의 승인 없이 자기거래(§398)를 하였다면 법령에 위반한 행위가 되는데, 승인을 얻고

---

131) 이철송, 상게서, 597면; 정찬형, 전게서, 620면.

132) 이기수, 전게서, 414면; 이범찬·최준선, 전게서, 69면; 정동윤, 전게서, 448면; 정찬형, 전게서, 620면 등; 서울高法 1980. 8. 18 판결, 79나821.

133) 大判 1996. 12. 23 판결, 96다30465·30472 : 단기금융업자인 증권회사가 신용대출을 함에 있어, …주식회사가 대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없다.

거래하였으나 거래가 불공정하여 회사에 손해가 생겼다면 법령이나 정관에 위반한 것은 아니지만 임무해태에는 해당한다.

임무해태는 회사의 업무집행을 하는 과정에서 생겨나므로 대표이사와 업무담당이사의 행위에 있어 특히 빈번하게 일어난다. 그러나 이사의 주의의무는 작위의 업무집행에 관해서만 요구되는 것이 아니고 회사에 손해를 가하는 행위를 하지 아니할 부작위의무 또는 손해를 방지할 의무도 포함하므로 임무해태의 범위는 매우 넓다. 예컨대 평이사가 업무담당이사의 위법행위에 대해 상당한 사유가 있음에도 불구하고 감시의무를 다하지 않은 것이나, 이사의 감독미비로 지배인이 회사의 재산을 낭비한 경우도 임무해태라 할 수 있다. 또한 이사의 조사불충분으로 대차대조표를 잘못 작성하여 부당하게 이익배당을 한 경우,[134] 이사회가 채권을 회수할 수 있는 조치를 취함이 없이 만연히 채권을 포기하고 이를 위한 저당권설정등기까지 말소한 경우[135] 등도 임무해태라고 할 수 있다.

이사가 기울여야 할 주의는 영리단체의 경영관리자로서의 주의이므로 통상인의 그것보다는 그 정도가 높다. 또한 이사의 주의의무는 회사의 업종·규모 등 제반 여건에 따라 그 정도를 달리 이해해야 한다. 이사가 베푸는 주의는 직·간접으로 회사의 비용을 유발하는데, 그 비용은 이사의 주의로 인해 회사가 얻는 보상과 적정한 비례를 유지해야 하기 때문이다.

주식회사는 영리를 위한 단체이고 이사는 그 영리성을 실현하기 위해 임용된 자이므로 그의 주의는 단지 업무의 적법성에 그치지 않고 합리성·효율성에 까지 미친다. 그러므로 이사의 주의의무는 이사의 업무의 미숙이나 무능도 비난한다.[136]

업무집행의 적법성은 행위시에 판단되지만 효율성은 상당한 시간이 경과한 후에 판단되는 경우가 많다. 비효율성은 사후적이고 관리불가능한 변수에 의해 결정되어지는 것이므로 이를 임무해태라고 한다면 이사에게 관리불가능한 책임을 부여하는 문제가 있다. 그러므로 이사의 책임의 한계를 설정하기 위해 소위 경영판단의 법칙이 요구된다. 영미법에서는 경영판단에 속하는 사항은 행위시에 이사의 위법·불성

134) 日大判 1908. 5. 4(民輯 14, 532); 정찬형, 전게서, 620면.

135) 大判 1965. 1. 26, 64다1324.

136) Clark, Robert., Corporate Law, Little, Brown and Company(Boston, 1986), p. 125.

실·이익추구 등이 기재되지 않는 한 주의의무위반이 되지 않는다. 경영판단원칙이란 이사 또는 임원이 성실하게 그리고 자신의 독자적이고 합리적인 판단에 의해 회사에 최선의 이익이라고 생각되는 방법으로 임무를 수행한다면, 법원은 그 판단의 잘못을 탓할 수 없다는 이론이다. 요컨대 정직한 실수(honest mistakes)는 비난하지 않는다는 원리인 것이다.[137] 상법상의 임무해태의 해석에 있어서도 같은 원칙이 적용되어야 할 것이다.[138] 그러나 그 판단 자체는 영리회사의 관리자에 부합하는 이론적인 원리에 따라 신중하고 숙지된 상태에서 이루어진 것이어야 한다. 따라서 경솔·무지한 상태에서 판단이 이루어졌다면 경영판단원칙이 적용될 수 없을 것이다.

임무해태의 사실, 회사의 손해, 임무해태와 손해의 인과관계는 이사의 책임을 주장하는 자가 입증하여야 한다. 이는 제399조의 책임을 채무불이행책임으로 볼 수 없는 이유 중의 하나이다.

3. 責任의 獨立性과 共同行爲者의 責任形態

이사의 직무수행이 주주총회나 이사회의 결의에 의하여 행해지는 경우가 많지만, 주주총회나 이사회의 결의에 의해 행해졌다고 해서 이사의 임무해태가 정당화되거나 책임이 조각될 수는 없다. 이사들이 주주총회 또는 이사회의 결의를 준수해야 할 의무를 지는 것은 당연하지만, 그 결의내용이 법령·정관에 위반하거나 특히 불공정·부당하여 회사채권자나 주주들의 이익을 해칠 경우에도 이를 준수해야 할 것이며, 이를 준수한다면 이사는 책임을 면할 수 있는지 의문이다. 이사는 각자가 회사와 위임관계에 있으며, 법률상 독자적인 권한과 의무를 부여받고 있다. 그러므로 이사는 회사의 이익의 범위 내에서 주주총회와 이사회의 결의에 따라 직무를 수행해야 하는 것이다. 따라서 이사의 행위가 위법하고 불공정한 것이라면 주주총

137) Clark, *op.cit.,* p. 124.

138) 大判 2002. 6. 14, 2001다52407.

회나 이사회의 결의에 따랐더라도 손해배상책임을 면할 수 없을 것이다.[139]

법령·정관에 위반한 행위 또는 임무해태가 수인의 이사에 의하여 이루어진 경우에는 연대책임을 지며(§399①), 감사도 책임질 경우에는 이사와 연대책임을 진다(§414③). 이 연대책임은 부진정연대책임으로, 성질상 이사들간에 부담부분이란 것이 있을 수 없기 때문이다.

4. 責任의 擴張과 範圍

법령·정관에 위반한 행위 또는 임무해태가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 연대하여 책임을 진다(§399②). 이사의 의결권행사 자체도 주의의무가 미치는 직무수행이기 때문이다. 예컨대 이사회의 결의로 위법한 신주발행을 하였다면 그 결의에 찬성한 이사는 모두 연대책임을 지게 되는 것이다.

결의에 찬성한 이사가 책임을 지는 것은 결의사항 자체가 법령·정관에 위반하거나 임무해태로 볼 수 있는 경우에 한한다. 결의사항 자체는 그러한 흠이 없으나 이사가 집행과정에서 법령·정관에 위반하거나 임무해태를 한 경우에는 결의에 찬성한 이사에게 책임을 물을 수 없을 것이다.

결의에 참가한 이사로서 이의를 제기한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정된다(§399③). 찬반사실에 대한 입증책임을 이사에게 전가시키기 위한 것으로, 이사는 결의에 참가하지 아니한 사실 또는 반대한 사실을 입증하여 책임을 면할 수 있다.

증권회사의 이사·감사가 임무해태로 인하여 제3자에 대해 책임을 지는 경우에는 최대주주도 연대하여 책임을 진다(증거§58①). 다만 이사 또는 감사의 임무해태가 최대주주의 요구 또는 동의에 의한 것이 아님을 증명할 때에는 최대주주가 책임지지 아니한다(증거§58①단서).

회사는 계속기업이므로 이사의 임무해태를 원인으로 다단계의 손해가 연속될 수

139) 大判 1989. 10. 13, 89도1012; 大判 2000. 11. 24, 99도822; 서울지법 2000. 11. 21, 2000가합57165.

있으나 법률적 책임을 무한히 연장할 수는 없다. 그러므로 손해배상의 일반원칙에 따라 법령·정관위반 또는 임무해태와 상당인과관계가 있는 손해에 한하여 책임을 진다고 할 것이다(민§393).

5. 理事의 責任의 免除

이사의 손해배상책임은 의결권 없는 주식을 포함하여 총주주의 동의가 없으면 면제하지 못한다(§400). 총주주의 동의란 주주총회의 결의를 뜻하는 것이 아니므로 주주 각자로부터 개별적으로 동의를 얻어도 무방하다. 1인 회사의 경우 그 주주의 동의로 책임을 면제할 수 있음은 물론이고, 동의의 방식은 묵시적으로도 가능하다.[140] 다수결의 예외로 총주주의 동의를 요구하는 것은 이사에 대한 손해배상청구권은 모든 주주가 지분적 이익을 갖는 회사의 기발생한 재산권이므로 성질상 다수결로 포기할 수 있는 이익이 될 수 없기 때문이다.[141] 그러나 총주주의 동의를 얻는다고 해도 입법론적으로 문제가 있다. 1인주식회사 또는 가족회사가 대부분인 비공개회사의 경우 총주주의 동의는 쉽게 얻어질 수 있고, 이는 사실상 회사운영을 좌우하는 지배주주가 자기의 책임을 면제하는 것이고, 불법행위책임을 면제하려면 일반 채무면제(민§506)의 절차를 밟아야 한다.[142] 어느 하나의 책임을 묻는 소의 제기는 다른 책임의 시효를 중단하는 효력이 없다.[143]

예외적으로 정기주주총회에서 재무제표를 승인한 때에는 이사·감사의 부정행위가 있는 경우를 제외하고는 2년 내에 다른 결의가 없으면 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다(§450). 따라서 이 경우에는 보통결의로 이사·감사의 책임을 면제하는 샘이 된다.

---

140) 大判 2002. 6. 14 판결, 2002다11441.

141) 이철송, 전게서, 604면.

142) 大判 1989. 1. 31 판결, 87누760.

143) 大判 2002. 6. 14 판결, 2002다11441.

6. 責任의 時效와 特則

이사의 책임을 법정책임을 보든 위임계약의 불이행책임으로 보든 간에 채권의 일반시효(민§162①)가 적용되어 10년의 소멸시효에 걸린다.

제399조는 이사가 회사에 대해 지는 손해배상책임에 관한 일반원칙을 규정한 것이므로 상법은 이외에 특수한 행위로 인한 책임에 관해 특칙을 두고 있다. 이익소각에 관한 책임(§343의2⑥), 중간배당에 관한 책임(§462의3④)은 책임의 요건과 입증책임에 관해 제399조에 대한 특칙을 둔 예라 할 수 있다.

제*3*절 理事의 注意義務와 經營判斷의 原則

1. 美國法上 理事의 注意義務

미국법상 이사 및 임원의 주의의무를 분석하기 위해서는 이사와 임원이 수행할 권한을 검토하여야 한다. 종래 미국에서 회사에 관하여 일반적으로 수용된 법적 모델은 이사회가 회사의 업무를 실행하며 경영방침을 결정하고, 임원이 이사회의 대리인으로서 행동하여 그 결정을 실행하는 것이었다. 그리고 주주가 이사회의 구성원인 이사를 선임하고 회사의 중요사항을 결정하는 것이었다. 그러나 최근에는 이러한 모델이 미국의 경영현실을 반영하지 못한다. 이사회나 위원회는 충분한 시간을 내어 회의를 개최하지 못하고, 회의의 준비에도 많은 시간을 할애하지 못하는 실정이다. 그리고 경영정책의 결정에 있어서도 파트타임으로 직무를 수행하는 사외이사가 많은 회사에서는 곤란함이 많다. 관련정보를 충분히 검토하는 것은 중요한 의사결정에 있어서 반드시 필요하겠지만 이사회에 제출된 정보의 질·양 및 그 내용은 회사의 경영진에 위임된다. 즉 회사의 업무를 운영하고 경영정책을 결정하는 것은 이사회가 아니고 경영진이다.[144)]

(1) 注意義務 基準

미국에서 회사제도의 발전과 더불어 판례를 통하여 이사의 주의의무에 관한 다양한 기준이 제시되었다.[145] 의무라는 개념은 잠재적으로 동적이어서 실생활에 따라 다르게 이해될 수 있기 때문이다.[146] 그러나 현재는 이들 기준은 대체적으로 「유사한 상황」 기준으로 통일되어 제정법 및 판결의 지침이 되고 있다.[147] 즉, 연방대법원은 "은행이사는 통상 신중하고 근면한 자가 유사한 상황에서 행사하여야 하는 정도"의 주의를 부담한다고 판시하였다.[148] 이 사건은 은행이사에 관한 것이지만 이것이 제시한 주의의무기준은 은행이 아닌 일반회사의 이사에게 부과되는 주의의무기준으로 활용되었다.

1984년 개정모범회사법(RMBCA) 제8.30조 (a)항에서 이사는 ①선의로 ②동일한 지위에 있는 통상의 정도로 사려 깊은 자가 유사한 상황 아래서 행사하는 정도의 주의로써 ③회사의 최선의 이익이 된다고 합리적으로 믿는 방법으로 회사업무를 수행하여야 할 의무를 부담한다고 규정하고 있다.

미국법률협회(ALI)의 원칙은 제4.01조 (a)항에서 이사나 임원은 성실하게 회사의 최선의 이익에 합치된다고 합리적으로 믿는 방법으로, 그리고 통상의 신중한 자가 유사한 지위와 상황에서 행사할 것으로 합리적으로 기대되는 주의로써 그 직무를 수행할 의무를 회사에 대하여 부담한다고 규정하고 있다.

이와 같이 이사의 주의의무에 관한 규정은 유사한 상황기준 입장에서 회사의 종류・규모・성격 등에 따라 주의의 정도를 다르게 부과할 수 있도록 하고 있다.

---

144) 神崎克郎, "注意義務及び經營判斷の法則",「コーポレート ・ ガバナソス」(日本證券經濟硏究所, 1995), 158-159面.

145) George W. Dent, Jr., The Revolution in Corporate Governance, the Monitoring Board, and the Director's Duty of Care, 61 Boston University Law Review 623, 645(1981).

146) 이에 관하여는 American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Restatement and Recommendations, Reporter's Note to §4.01(a) at 157(1994).

147) 박영길, "미국 회사법상의 이사의 의무와 책임", 회명 박길준교수 화갑기념논문집 「기업구조의 재편과 상사법(Ⅰ)」(정문사, 1998), 645면.

148) 박길준・권재열, "미국법상 은행이사의 주의의무", 석영 안동섭교수 화갑기념 「상거래법의 이론과 실제」(세창출판사, 1995), 920면.

(2) 注意義務 內容

이사의 주의의무를 규정하는 구체적인 의무로서는 회사경영에 대한 감시·감독의무, 정보에 대한 조사의무, 이사회가 처리해야 할 사항에 관한 의사결정의무 등이 있다.[149]

이사가 회사의 경영활동을 합리적으로 감시하고, 감시를 위한 절차나 방법으로서 이사회에 제출된 정보에 정통하기 위하여 합리적 수단을 강구할 의무이다. 이 의무는 ALI원칙 제3.02조 (a)항, 제4.01조 (a)항에 반영되어 있다.

전형적인 감시의무는 직접 관찰하거나 또는 회사의 경영활동에 관한 중요한 정보가 이사회나 신뢰할 수 있는 제3자인 전문가에게 제출되는 정보 시스템을 구축하고 그 적절함에 대한 심사를 하는 것이다.[150] 감시의무는 이사가 회사의 모든 행동에 관한 정보를 입수할 것을 요구하지 않는다. 실제로 그것은 실행불가능하다. 어떤 활동에 관한 정보입수는 많은 비용을 필요로 할 것이므로 바람직하지도 않으며, 과다한 부담은 이사의 중요정보 이해를 방해하게 될 것이다. 따라서 사태의 중요성과 범위, 사태에 관한 위임의 합리성 및 시기적 중요성 등에 관하여 이사가 판단할 때에 어떤 사항에 대하여 전혀 또는 거의 주의를 하지 않았더라도 감시의무에 위반한 것은 아닐 것이다.[151]

이사의 판단은 어떤 사항을 이사회의 의제로 할 것인가에 관하여 일반적인 기준을 설정하고 특정한 형태의 감시체제를 구축하여야 할 것이다. 예컨대 이사회는 관련정보를 정리하고 위험도를 평가한 후 신중한 결정을 해야 한다. 보다 일반적인 경우로서 이사회에 의하여 특정 활동을 감시해야 하는가 또는 어떤 방법으로 감시해야 하는가의 신중한 결정이 경영판단원칙의 조건을 충족한 경우, 그 결정이 합리적이지 못하더라도 이사회는 감시의무위반으로 인한 책임을 지지 않을 것이다.

주의의무는 조사의무라고 종종 불려지기도 하는 것으로서, 관심이 높아진 정보에 대하여 합리적인 조사를 하는 의무이다. 이 의무는 ALI원칙 제4.01조 (a)항 (1)호에

149) 권재열, "경영판단의 원칙", 「비교사법」 제6권 1호(1999), 17면; 박영길, 전게논문, 17면.

150) 권재열, 상게논문, 17면.

151) 神崎克郎, 前揭論文, 159面.

반영되어 있다. 동조 (a)항에서 규정하는 의무는 제반상황에서 합리적인 이사 또는 임원이 필요하다고 생각되는 경우에 조사를 하거나 또는 조사를 하게 할 의무를 포함하고 있다. 조사의 정도는 이사 또는 임원이 필요하다고 합리적으로 판단한 것이다. 조사의무는 감시의무를 통하여 입수한 정보를 계기로 발생할 수도 있지만, 이사나 임원이 기타의 방법으로 입수하거나 우연히 얻은 정보로부터 발생될 수도 있다.

주의의무의 마지막 요소로서, 의사결정 권한을 행사함에 있어서의 주의에 관한 것이다. 의사결정에 있어서는 절차적 측면과 실체적 측면이 있다. 절차적 측면은 의사결정과정, 즉 이사 또는 임원이 결정을 하기 전에 정보를 입수하는 과정에 관한 의무이다. 실체적 측면은 결정 자체의 질에 관한 것이다.

절차적 측면은 이사 또는 임원이 의사결정과정에서 합리적인 주의를 다해야 한다는 일반원칙을 기초로 한다. 구체적으로 이사는 결정을 하기 전에 문제행위에 관하여 잘 알아두기 위하여 합리적 주의를 다할 필요가 있고, 적절하게 알아야 한다. 즉, 결정의 규모, 결정까지 이용가능한 시간적 여유, 필요비용 및 부하의 분석 등에 대한 신뢰의 정도, 기타 고려해야 할 요인을 결정한다. 그러나 조사는 철저할 것을 요구하지 않는다. 경영상의 결정은 때로는 실기하지 않기 위하여 수시간 내에 결정을 해야 하는 등 조급하게 할 필요도 있고, 거래의 경제적 결과에 관한 위험뿐만 아니라 거래에 들어가기 전에 모든 관련시설을 입수하지 못하는 위험도 각오해야 하기 때문이다.

결정의 질에 관한 실체적 측면은 특별한 보호원칙인 경영판단원칙에 기초하고 있다. 경영판단원칙은 5개 부분으로 되어있는데, 그 중 4개는 적용조건에 관한 것이다.[152]

첫째, 경영판단원칙은 경영판단이라는 결정이 있는 경우에만 적용되는 것이다. 따라서 이사가 문제의 행위에 관하여 합리적으로 사항을 잘 모르거나 아무런 결정을 하지 않은 경우에는 이 원칙에 의하여 보호받을 수 없게 된다.

둘째, 경영판단원칙은 선의여야 한다. 따라서 결정이 위법하다는 것을 알고 행한

152) 神崎克郎, 前揭論文, 162面; 강희갑, “경영판단원칙에 관한 미국법의 최근동향”, 「상사법연구」제15권 2호(1996), 124-131면.

것이어서는 안된다.

셋째, 경영판단원칙은 이사 또는 임원이 재산적 이해관계를 갖지 않은 사항에 관한 결정에 대해서만 적용된다.

넷째, 이사 또는 임원의 의사결정을 규율하는 원칙의 절차적 측면이 충족되어 있어야 한다. 즉 이사 또는 임원이 결정에 관하여 합리적으로 잘 알고 있는 경우에만 적용된다.

2. 美國法上 經營判斷의 原則

(1) 意義

경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)이란 이사가 경영상의 판단을 함에 있어 회사의 능력범위 내이고 또한 이사의 권한범위 내에서 성실하고 상당한 주의를 다하여 독립적인 결정을 한 경우에 법원은 그러한 경영상의 판단에 개입하지 않거나 이사의 판단을 법원의 판단으로 대체시키는 원칙을 말한다. 따라서 이 원칙은 회사경영이 이사회의 전권사항이고 법원이 이에 대한 간섭을 신중하게 하기 위한 것이라고 생각되며, 결국 경영상의 판단에 대한 사법심사에 있어서 그 범위상의 한계를 긋는 것이라 할 수 있다.

경영판단의 원칙은 19세기 초부터 미국에서 판례법을 통하여 발전된 것이다. 이 원칙은[153] 이사의 경영판단이 회사에 손해를 끼쳤다고 해도, 당해 판단이 성실성과 합리성을 충족한 경우에는 법원이 그 당부에 대하여 사후적으로 개입하여 주의의무위반이라고 이사에게 책임을 직접 물을 수 없다는 법리이다.[154] 이사의 충실의무

153) 吉原和志, "取締役の經營判斷と株主の代表訴訟", 小林秀之 等, 前揭書, 60面; 경영판단의 법칙이라고 부르기도 하지만, 법칙이라는 말은 언제, 어디서나 일정한 요건을 갖추면 반드시 성립하는 보편적 관계라는 어감이 있다. 미국의 독자적 상황에서 정책적 이유 때문에 인정되어 온 법리임을 고려하여 경영판단의 법칙이라는 용어는 쓰지 않고 경영판단의 원칙이라고 해야 한다.

154) R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, The Delaware Law of Corporations and Business Organizations, Text, Forms, Law §4.6 (2d ed. 1997).

의 엄격화와 주의의무의 완화에 대한 요구에서 이사의 책임을 절감하기 위한 법리로서 생성·발전된 것이다.

19세기에는 자유방임주의의 이념이 팽배하여 개인의 기업적 성취와 활동의 자유를 방임하고 간섭하지 않는 것이 당시의 경제사회 그리고 정치적 이념의 기초가 되었다. 이것은 사법부에도 영향을 미치게 되었으며, 당시의 사회와 법원은 개인의 기업가정신과 모험심이야말로 자유롭고 경쟁력 있는 경제사회의 발전의 원동력이라고 생각하였다. 그 결과 이사에게는 광범위한 재량권이 부여되고 법원은 경영자의 행동을 견제하는 것에 대하여 신중하여야 된다고 하게 되었다. 즉 경영판단이 결과적으로 잘못되었다 하더라도 법률상 책임이라는 부담으로부터 벗어나게 할 필요성이 대두되었다. 경영판단 원칙의 생성·발전에는 이와 같은 사회적·경제적 배경이 있는 것이다.[155]

19세기 말 대부분의 주가 이사의 의무에 관한 규정을 제정회사법에 명문화한 후에도 법원은 이 원칙을 계속 적용해 왔다. 그러나 법원에 따라 그 표현이나 적용방법도 다양하여 정확한 정의나 기능 및 주의의무와의 관계에 대하여 미국에서도 의견이 일치되지 못한 실정이다. 우리나라나 일본에서도 경영판단원칙에 대한 관심과 기대가 고조되고 있으나 미국의 경영판단에 대한 정확한 이해가 어렵기 때문에 도입여부에 대한 논란은 상당한 혼란을 야기할 수 있다고 본다.

우리 상법상 이사의 위법행위나 경영 실패에 대하여 이사의 회사에 대한 책임이 추궁될 수 있는 경우는 상법 제399조가 직접적인 근거규정이다. 특히 이사의 경영판단 실패에 대하여 이사로서의 주의의무 내지 충실의무에 위반된다고 하여 책임을 추궁할 경우, 경영판단원칙은 어떤 의의와 기능을 갖는 것이며, 주의의무와 경영판단원칙은 어떤 관계를 갖는 것인지 규명할 필요가 있다. 그리고 우리나라와 미국의 제도나 경영상황의 차이를 극복하며 미국의 논의가 우리나라에 영향을 미칠 수 있는 것들에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

---

155) 권재열, 전게논문, 20-21면; Lawrence M. Friedman / 안경환 역, 「미국법 역사」(대한교과서 주식회사, 1988), 201면·649면; 近藤光男, 「經營判斷と取締役の責任-經營判斷の法則適用の檢討」(中央經濟史, 1994), 19-20面.

(2) 美國法律協會 原則

경영판단원칙은 전술한 바와 같이 판례법을 통하여 생성·발전되어 온 법리로서 그 정의도 통일적으로 확립된 것이 아니다. 따라서 모범회사법(MBCA)도 경영판단원칙을 명문화 하지 못하고 판례법의 발전에 맡기고 있다.[156] 그러나 전술한 미국법률협회(ALI)가 채택한 "코퍼레이트 가버넌스의 원리 : 분석과 권고" 제4편 「주의의무와 경영판단의 원칙」에서 정식화를 시도하고 있어서 판례·학설 등에 큰 영향을 미칠 것으로 보인다.

그리고 경영판단원칙에 관한 ALI의 원칙 제4.01조(c)항에서는 ①경영판단의 대상에 이해관계를 갖지 않을 것 ②경영판단의 대상에 관하여 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있을 것 ③경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치한다고 상당하게 믿었던 것이라는 요건을 충족한 때에는 성실하게 경영판단을 행한 이사 또는 임원은 동조의 의무를 이행한 것이라고 하고 있다.

법원에서 이 원칙을 적용하여 이사의 책임을 부정하게 된 이유로는 크게 두가지를 들 수 있다. 첫째, 이사가 성실하게 주의를 다하여 행동한 경우에는 설령 그것이 잘못되었다 하더라도 이사의 책임을 면하게 하여 그들에게 기업가적 모험심을 유지시켜주는 것이고, 둘째, 이사의 경영판단에 대하여 법원이 직접 개입하는 것은 바람직하지 않다는 것이다.

이처럼 경영판단원칙을 적용하여 이사를 보호함으로서 회사경영에 적합한 유능한 인재, 특히 사외이사를 확보할 수 있게 되고 이는 곧 회사뿐만 아니라 모든 주주에게도 도움이 된다. 그러나 미국에서도 경영판단원칙에 대하여 1970년대에 들어서면서부터 적대적 기업매수에 대한 방어조치나 주주대표소송의 종료 등에 이 원칙의 적용여부를 둘러싸고 활발한 논쟁이 전개되고 있다.

미국에서는 이사의 신임의무(fiduciary duty)를 주의의무와 충실의무로 나누고 있으므로 위의 요건①은 이사 또는 임원의 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)의 할당요건이다.[157] 충실의무 위반에 대해서는 거래의 공정성에 관한

156) Model Business Corporation Act Annotated, Official Comment to Section 8. 30 at 8-167(3rd ed. 1994).

입증책임을 피고인 이사에게 부담하게 하고 엄격한 심사를 받게 하는 반면, 주의의무 위반에 대해서는 경영판단의 원칙을 적용하고 이사에게 재량권을 부여한다.[158] 그리고 위의 요건②는 경영판단의 과정 내지 절차에 관하여 합리적이라는 기준을 설정하고, 요건③은 경영판단의 내용에 대하여 상당함이라는 기준을 정하고 있다.

(3) 經營判斷原則의 根據

우리나라에서 최근에 발표된 경영판단원칙에 관한 연구에 의하면 그 근거에 관하여 다양한 설명을 하고 있다. 그러나 일반적으로 들 수 있는 주된 근거들을 예시하자면 다음과 같다.

첫째, 경영판단의 원칙은 기본적으로 경영에 관한 결정에는 위험이 수반된다는 사실을 전제로 하고, 이사에게 사법적인 사후심사에 대한 우려 없이 역동적이고 효과적인 경영정책수립에 필요한 재량권을 부여하기 위하여 인정되는 것이다.[159] 이사도 인간이기 때문에 완벽할 수 없으므로 이사가 성실하게 상당한 주의로 행동하였음에도 불구하고 손해가 발생한 경우에는 이사에게 책임을 물을 수 없다는 견해이다.[160] 생각건대 기업경영에는 항상 위험이 따르는 것이고 위험을 무릅쓰지 않고는 기업의 성공이나 성장을 기대할 수는 없는 것이므로, 이사를 엄격한 책임아래 두는 것은 이사의 행동을 위축시키고 적극적인 회사경영을 저해할 수 있다고 본다.[161]

둘째, 경영판단원칙을 인정하는 이유는 법원이 경영상의 판단에 관한 전문적인 경험이나 지식이 부족하여 이사의 경영판단을 사후적인 심사로 대체할 수 없기 때문이다.[162] 만일 법원이 이사의 경영판단에 대하여 사후적 심사(Second guess)를

---

157) 吉原和志, 前揭論文, 54-55面; ALI원칙에서는 충실의무라는 말을 쓰지 않고 있으나 종래 충실의무에 관한 것에 대응하여 공정거래의무(Duty of Fair Dealing)라고 하고 있다.

158) 吉原和志, 上揭論文, 55面.

159) 이영봉, “경영판단법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법무」 19권 1호(2000), 44면 주10) 참조.

160) 권재열, 전게논문, 22면; S. Samuel Arsht, The Business Judgement Rule Revisited, 8 Hofstra Law Rev.95(1980).

161) 吉原和志, 前揭論文, 59面.

하게 된다면 자칫 법원의 경영판단으로 이사의 경영판단을 대신하는 결과를 가져올 수도 있다. 이 근거에 의할 경우, 법원이 전문적인 지식이나 경험을 가지고 있지 않다든가 사후의 사정에 따라 판단할 염려가 있다는 것은 회사의 경영영역에 한정되는 것은 아니다. 의사, 공인회계사, 기타 농업·공업·환경 등 전문 직업인의 책임과 비교하면 회사의 이사에게만 경영판단원칙을 적용해야 할 근거로서는 미약하기 때문이다.[163]

셋째, 만일 주주들이 이사회의 결정에 대하여 사법적 심사를 요구할 수 있는 권한을 부여받게 되면, 회사는 경영에 대한 결정권한을 이사회로부터 주주들에게 넘겨주는 부당한 결과를 초래하기 때문에 주주들에 의한 지나친 경영간섭 내지 경영권 침해로부터 이사를 보호하려는 취지가 경영판단의 원칙의 저변에 깔려 있다는 견해이다.[164] 경영판단원칙은 이사로 하여금 위험의 인수를 고무시키는 기능이 있기 때문에 이를 채택함으로써 유능한 인물을 이사로 영입할 수 있게 하고 남소예방의 효과가 있다고 본다.

넷째, 주주는 이사를 선임하고 회사의 경영을 이사에게 위임하게 되면 경영판단의 실패에서 올 수 있는 위험을 부담해야 한다는 입장이 있다.[165] 이 견해를 강조하게 되면 고도의 의료행위에 위험이 따른다고 하여 의사와의 관계에서 환자가 당연히 위험을 인수한 것이라고 볼 수 있게 되므로, 이사에게 경영판단원칙을 인정하는 것이 타당한가 하는 본질에 관한 의문이 생길 수 있다.[166]

(4) 經營判斷原則의 機能

경영판단원칙이 이사의 경영판단 결과로서 회사에 손해가 발생했다고 하더라도

---

162) 권재열, 상게논문, 21면 주82).

163) 吉原和志, 前揭論文, 59-60面; 권재열, 상게논문, 21-22면.

164) 이영봉, 전게논문, 45면.

165) 戶塚登, “經營判斷の法則”(一),「阪大法學」 126号(1983), 13-15面; 吉原和志, 前揭論文, 56-60面.

166) 近藤光男, “商法226條の3第1項に基づく取締役の責任と經營判斷の原則”,「民商法雜誌」88卷 5号(1983), 577面.

이사가 주의의무를 다했다면 책임이 발생하지 않는다는 것만을 의미할 뿐이라면 우리나라에 이 원칙을 도입할 것인가에 대하여 논의할 특별한 이유가 없을 것이다. 왜냐하면 우리나라의 선관주의의무로써도 당연히 인정될 수 있는 것이기 때문이다. 그러나 ALI가 주의의무와는 별도의 조항으로써 경영판단의 원칙을 정하고 있기 때문에 동 원칙이 갖는 독자적 기능을 고찰할 필요가 있다.

① 理事의 注意義務輕減機能

경영판단원칙의 수용가능성에 관한 최근 연구의 대부분은 동 원칙이 이사의 주의의무를 경감하는 것이라고 이해하는 것이 많고, 입법화를 요구하는 주장도 그러한 이유에 근거하고 있다. 그러나 ALI의 원칙에 의하면 이러한 이해에 의문이 생기게 된다.

ALI의 원칙에 의하면 요건②는 경영판단의 과정에 합리성이 있을 것을 요구하고, 요건③은 경영판단의 내용에 있어서 상당성의 존재를 요구란다. 이와 같이 경영판단의 과정은 합리성(reasonability)의 기준에 의하여 규율되지만, 이 요건을 충족하면 보다 느슨한 내용상의 상당성(rationality)의 기준에 의해서만 심사되며 폭넓은 범위 내에서 허용될 수 있을 것이다. 따라서 이사의 책임을 추궁하려는 주주에 의하여 합리성 요건을 충족하지 못한 것이 증면되면 ALI원칙 제4.01조 (a)항의 주의의무기준에 따라 심사될 것이다. 그리고 내용상 상당성 요건이 충족되지 못한 것으로 입증되면 동시에 동조 (a)항의 주의의무 기준에도 미치지 못한 것이 될 것이다.[167]

회사의 경영은 개성적인 것이고 동일한 정도의 능력을 갖는 기업인이 동일한 상황에서 동일한 경영판단을 한다고는 단언할 수 없기 때문에 이사 및 임원에게는 광범위한 재량을 인정할 필요가 있다. 그러나 다른 사람에 대하여 이와 같은 이유 때문에 이렇게 행동한다는 조리 있는 설명을 할 수 있을 정도는 요구하는 것이 당연할 것이다. 따라서 요건③의 성실함을 충족하지 못하는 경우로서는 조리 있는 설명이 불가능한 경정이나 무모한 행동을 들 수 있을 것이다. 또한 회사에 불리한 결

167) 양동석 · 박진호, “경영판단원칙과 주주대표소송”, 「통일문제연구」 14집(2001), 145면.

과밖에 초래될 수 없을 것이 명백한 거래를 한 경우에는 이에 해당할 것이다.

경영판단의 원칙과 주의의무와의 관계에 대하여 ALI원칙의 수석보고자인 Melivin A. Eisenberg교수는, 주의의무는 행동기준(standard of conduct)이므로 이사가 어떤 행동을 해야 할 것인가를 나타내는 기준이며, 주의의무 자체는 경영판단원칙에 의해서 완화되는 것이 아니라고 한다. 이에 대하여 경영판단 원칙은 심사기준(standard of review)이므로 법원이 이사의 행동을 평가할 때 이용하는 기준이라고 한다.[168] 이는 주의의무가 행동기준이고 심사기준이기도 하다는 상황과 비교하여 심사기준이 완화되고 있음을 보여주는 것이며, 주의의무와 경영판단의 원칙을 이론상 모순 없이 설명할 수 있게 된다.

델라웨어주 등에서는 이사는 중과실에 대해서만 책임을 지도록 하고 있다. 유명한 사건인 Smith v. Van Gorkon판례[169]에서, 법원은 이사회가 충분한 정보를 얻은 후 경영판단에 도달하였는가 여부를 결정함에 있어서 적당한 기준은 중과실이라고 하였다. 이는 통상의 과실(negligence) 기준보다 책임을 완화하는 것이지만, 법원이 그와 같이 정식화했기 때문이고, 경영판단원칙을 도입하는 것이 반드시 중과실을 책임요건으로 하는 것과는 연계되지 않는다. 중과실을 책임요건으로 함에는 너무 완화한다든가 중과실이라는 기준이 애매하고 경영실무의 복잡성을 고려하여 이사에게 일정한 재량의 촉을 부여하는 것이라면 중과실 기준을 이용할 필요가 없다는 비판이 있다.

② 免責的 機能

경영판단의 원칙이 적용되면 경영판단에 따른 이사 또는 임원의 개인적 책임으로부터 이사를 보호하는, 즉 이사를 면책시키는 효과가 발생한다. 이는 경영판단원칙이 본질적 기능이라고 할 수 있으며, 동 원칙을 안전항(safe habor) 또는 책임으

168) Melvin A. Eisenberg, The Divergence of Standards of Conduct and Standard of Review in Corporate Law, 62 Fordham L. Rew. 437(1993); Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations(7th ed. 1975), p.604.

169) 488 A. 2d 858(Del. 1985). Trans Union Case라고도 함. 동 판결은 부당하게 낮은 가격으로 회사매각을 승인했다고 하여 이사의 의무위반을 인정한 것이 아니고, 제안된 매각가격이 어떻게 산정된 것인가 또는 회사의 기업가치가 어느 정도인가에 대하여 충분한 정보 없이 매각승인을 하였다고 -경영판단 과정에 초점을 맞추어- 이사의 의무위반이 있다고 하였다.

로부터 피난처(shield against liability)라고 비유하는 이유이다.

경영판단의 원칙은 이사에 의하여 이루어진 경영판단에 대한 존중 내지는 이에 대한 사법적 개입의 억제를 근간으로 하여 발전되어 온 것이다. 따라서 일정한 요건 아래서는 실질심사가 행하여지기 전에 소를 각하하는 법리로서의 기능을 하고 있다.[170] 그러나 경영판단에 의하여 취해진 어떤 거래나 행위가 중대하고 명백한 재량권의 남용이거나 중대한 과실이 있는 경우조차 법원이 그 경영판단의 내용의 타당성을 심사할 수 없는 것은 아니다.[171]

③ 推定機能

경영판단의 원칙은 이사에게 그들이 경영판단을 하는 과정에서 충분한 정보에 의하여 선의로 회사의 최상의 이익에 합치한다는 정직한 신뢰 위에서 행동하였다는 추정을 부여하여 왔다. 따라서 반대의 증명이 없는 한 이사의 경영판단은 성실하게 이루어진 것으로 추정되며, 원고인 주주는 이러한 추정을 깨뜨리기 위해서는 무거운 입증책임을 부담하게 된다.[172] 결국 경영판단의 원칙은 이 추정적 효과에 의하여 입증책임의 전환을 가져오게 된다.

그러나 ALI원칙의 시도에서는 경영판단원칙에 대하여 추정이라는 용어는 부정확하고 또한 오해를 초래하기 쉬운 것이므로 이 말의 사용을 피하고 있다.[173] 그리고 입증책임에 대해서는 별도의 조항을 두고, 이사의 책임을 추궁하고자 하는 측이 당해 행위에 대하여 경영판단원칙이 구비되어 있지 않는 것 및 주의의무 위반이 있는 것을 증명하도록 하고 있다(제4.01조 (d)항). 따라서 ALI의 이해에 의하면 경영판단원칙은 추정 내지 입증책임의 분배의 기능을 그 본질로 하는 것이 아니라고 할 수 있다.[174]

---

170) 川浜 昇, “美國におはる經營判斷原則の檢討(一)”, 「法務論叢」114卷2号(1983), 87-89面.

171) 이영봉, 전게논문, 54-55면.

172) 元木 伸, “取締役の責任と經營判斷の原則”, 「法曹時報」48卷 7号(1996), 1494-1495面.

173) ALI, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations(1994), Comment to §4.01(d) at 187.

174) 吉原和志, 前掲論文, 56面.

본래 입증책임의 일반원칙 아래서도 이사의 책임을 추궁하기 위해서는 원고가 입증책임을 져야 하기 때문에 경영판단원칙을 거론할 필요까지도 없을 것이다. 우리나라에서 이사의 회사에 대한 책임요건 및 입증책임을 명백히 하지 않고 경영판단원칙의 추정적 효력을 전제로 하는 논의를 한다면 성급한 결론이 될지도 모른다.

(5) 經營判斷原則의 適用制限

① 閉鎖會社

경영판단의 원칙은 소유와 경영의 분리라는 대규모의 공개회사를 전제로 하는 것이기 때문에 소요와 경영이 분리되지 않은 소규모·폐쇄회사에 대해서는 이 원칙을 공개회사와 동일하게 적용할 수 없을 것이다.[175]

생각건대, 1인회사이거나 극소수의 주주들로 구성된 회사로서 주주들이 모두 이사의 지위를 겸하고 있는 상황에서는 이사들이 경영판단을 잘못하여 회사에 손해를 야기하더라도 그것이 바로 주주의 개인적 손해가 되기 때문에 법원이 간섭하지 않고 이사의 경영판단은 합리성·성실성을 갖게 될 것이다. 그러나 대주주와 소수주주 간에 경영상의 불화, 이익배당, 소수주주의 축출 등 분쟁이 발생할 경우 법원에 의한 경영판단원칙의 적용은 오히려 소수주주의 보호를 간과하게 될 것이다. 따라서 폐쇄회사의 경우에는 특정한 소수주주를 억압하는 형태로 운영되기 쉽기 때문에 법원이 소수주주를 보호하기 위하여 이사의 경영판단에 적극적으로 개입할 필요성이 강하게 요구된다.[176]

소규모의 폐쇄회사는 그 업무가 한정적이고 사후심사가 용이하며 경영판단도 단순하기 때문에 개입하기가 어렵지 않을 것이다.[177] 따라서 미국의 법원은 이러한 소규모·폐쇄회사의 특수한 상황을 고려하여 기존의 경영판단원칙을 제한적으로 적용하며 이사의 고도의 재량권을 제한하는 등 소수주주보호를 위하여 노력하고

---

175) 권재열, 전게논문, 25면; 홍복기, “미국회사법에 있어서 이사책임의 구제제도”, 「법률연구」 제4집(연세대 법률문제연구소, 1986), 245-246면.

176) O'Neal, Close Corporations : Law and Practice, Clark Boardman Callaghan, p.25(2d ed. 1971).

177) 권재열, 상게논문, 25면; 홍복기, 상게논문, 248면.

있다.

② 敵對的 *M&A*에 대한 防禦行爲

적대적 기업인수(hostile takeover)라 함은 인수대상회사의 의사에 반하여 그 회사를 인수·합병하는 것이다. 적대적 기업인수가 이루어지면 대상회사의 경영진은 교체되므로 당연히 대상회사의 이사 등 경영진은 이를 저지하기 위하여 방어행위를 하게 된다. 이러한 이사의 방어행위에 대하여도 경영판단원칙을 적용할 것인가의 문제가 제기될 수 있다.

이에 대하여 적대적 기업인수가 대상회사와 주주에게 해가 된다고 판단될 경우 이사의 방어행위는 통상적인 경영행위의 범위에 속하게 될 것이므로 당연히 경영판단원칙이 적용된다. 그러나 이사가 자신의 지위를 지키기 위하여 회사와 주주의 이익에 반하는 방어행위를 한다면 이사의 충실의무 위반행위가 되기 때문에 경영판단의 원칙은 적용될 수 없을 것이다.[178]

이러한 문제를 해결하기 위하여 주요목적기준(primary purpose test)[179], 비례성기준(proportionality test),[180] 중간적기준(intermediate standard)[181] 등이 제시되었다. 이상의 기준 중에서 비례성기준이 인수대상회사의 이사회의 방어행위에 대하여 가장 유력하고 가장 널리 채택되고 있다. 비례성기준은 이사가 방어행위를 하기 위해서는 회사의 정책과 효율성에 대하여 위험이 존재한다고 믿을 합리적인 근거가 있어야 하고 또한 그 방어행위의 정도가 기업인수에 의해 나타난 위협에 대하여 합리적이어야 한다는 것이다. 따라서 적대적 기업인수에 대한 이사의 방어행위에는 이사의 경영판단을 존중하는 기존의 경영판단원칙이 상당히 수정 또는 제한되어 적용되고 있다.[182]

---

178) 이영봉, 전게논문, 26면.

179) 송종준, "미국법상 기업매수의 방어와 이사의 책임", 해암이범찬교수 화갑기념논문집 「상사법의 기본문제」 (삼영사, 1993), 617면.

180) 박재연, 「증권규제법」(박영사, 1995), 518-521면.

181) 박재연, 상게서, 528-531면.

182) 이영봉, 상게논문, 26-27면.

제4절 理事의 責任輕減

앞에서 대표소송을 활성화할 수 있는 여러 가지 방안을 논의하였으나, 대표소송이 활성화되면 이에 따르는 폐단도 올 수 있기 때문에 대처하지 않으면 안 된다. 즉 이사회는 사외이사를 포함하는 회의체로서 전문적 지식이나 독립성 보장 등을 통하여 회사의 업무집행의사를 결정하고 업무집행에 대한 감독권을 행사할 수 있는 권한을 갖게 되겠지만 한편으로는 책임이 강조되고 소송에 연루될 수 있는 가능성도 커지게 된다. 이사의 책임이 강화되는 것은 능력 있는 인물을 이사로 추대하는 것을 어렵게 할 뿐만 아니라 이사의 경영행동을 위축시키게 할 것이다. 회사의 경영은 전문가적 입장에서 장기적이고 적극적으로 고려되어야 한다는 점에서 오히려 더 큰 문제를 유발할 수 있게 될 것이다.[183]

이사의 책임을 경감하고 남용되는 대표소송에 휘말리지 않게 하기 위해서는 미국법 상의 경영판단원칙의 수용, 이사책임보험의 활성화, 남용적인 대표소송의 억제 등의 여러 가지 방안이 있겠으나 본 절에서는 2001년 일본의 개정상법 중 이사의 책임을 완화하는 방안을 검토하여 보고자 한다.

1. 民事責任 恐怖로부터 해방

(1) 해방의 必要性

주의의무에 대한 책임제한은 주주대표소송이 회사업무의 분별 있는 경영을 촉진시키는 것에 대하여 효과를 감소시킬 것임은 부정할 수 없다. 그러나 이 결론 자체가 상대적으로는 중요성을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 이와 같은 무제한 책임의 공포가 회사 임원에게 그 의사결정에 있어서 과도하게 위험 회피적 행동을 하게 되고 그 때문에 사회의 불경제를 초래할 가능성이 존재하기 때문이다. 주주대표

183) 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」(한국기업법학회, 2001), 83-84면.

소송은 이사의 주의의무의 강제에 대한 순수한 공헌도, 독립이사제도, 회사지배권 시장, 동료의 압력 및 공적개시라는 대체적인 요인에 의거하고 있다. 미국에서 큰 영향력을 갖는 ALI의 코퍼레이트·가버넌스에 대한 제언인 제7.19조는 이사의 책임제한제도를 채용하고 있다. 이 배후에 있는 정책판단은 경영결정의 질을 확보시킨다는 목적에 대하여 소송보다 회사의 책임성 기타의 요인에 의하여 큰 신뢰를 두어야 하는 것에서, 주주대표소송의 폐해제거를 목적으로 하여 이사의 책임제한제도의 채용에 결단을 내린 것이다.[184]

이와 같이 이사의 주의의무 위반에 대한 책임을 제한하는 견해는 미국의 판례에서는 전적으로 논의하지 않았던 것 같다. 다만 델라웨어주 회사의 주주는 계약주체로서 기본정관으로 공서 등에 반하지 않는 경우에 Common Law와 다른 원칙을 정할 수 있다고 하는 취지의 판례는 존재하고 있었다. 그러나 이것만으로는 판례법상의 근거라고 할 수 없고, 판례법상의 근거를 구한다면 유사한 상황에서 책임제한을 인정하는 신탁법의 Restatement 2.d나 대리법의 Restatement 2.d 등을 들 수 있을 것이다.[185]

(2) 델라웨어주 회사법 제*102*조*(b)(7)*의 보급

미국에서 정관 등으로 이사의 책임제한을 인정하는 델라웨어주법의 규정과 동일한 법규정이 여러 주법에 나타난 것에 관하여 아이젠버그 교수는 다음과 같은 지적을 하고 있다. 즉, 미국에서 이사의 주의의무 정도가 최근 10년 사이에 상당히 상승했다고 할 수 있다. 오늘날 이사는 스스로의 책임에 의하여 더욱 주의 깊게 되고, 무능한 CEO를 교체시키고 회사의 구조에 대한 관심이 증대하여, 의제설정이나 회사전략에 대하여 적극적이게 되었다. 상당히 확실히 하고 있는 것은 이사의 민사책임의 공포가 증대한 것이 아니라는 것이다. 확실히 ALI의 코퍼레이트·가버넌스

---

184) ALI, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations Vol.Ⅱ 242(1994).

185) 森田 章, “取締役の注意義務違反の責任制限”, 「同志社法學」第55卷 7号(同志社大學校, 2004), 79面.

원리에서는 이사의 주의의무에 관하여 합리적 기준은 아니지만 합목적적 기준으로 책임을 심사하게 되었고 경영판단원칙의 적용을 받기 위한 조건을 명백히 하였다. 그러나 다른 한편에서는 이사의 회사 등에 대한 주의의무위반의 책임을 면제하는 델라웨어주의 제102조 (b)항 (7)호를 전형으로 하는 책임제한 입법이 보급되었다. 이들 책임제한 규정에는 예외가 정해져 있으므로 이들을 감안해도 민사책임의 공포는 상당히 저하되었다. 그 때문에 이사의 주의의 정도가 상승한 것이다.[186]

(3) 理事의 會社에 대한 民事責任의 制限 根據

① 회사법은 계약법이다*(자유합의 가능)*

미국에서는 소송사회의 폐해가 현저하고, 이것이 회사법에도 영향을 미치고 있으며, 많은 주법에서 1986년 이후 이사의 주의의무위반의 책임에 방패를 부여하는 법규정의 입법화가 행하여졌다. 최초의 델라웨어주 회사법 제102조 (b) (7)이 입법되었으며, 주된 내용은 주주들로 하여금 기본정관의 변경으로써 Common Law 상의 주의의무책임을 면제 및 경감할 것을 인정하려는 것이다. 이 견해는 회사법을 계약의 일종으로 보는 것으로서 학계에서 중요성이 증가하고 있는 회사법관-회사법의 정관에 의한 대체를 인정하는 규정은 계약모델에 지나지 않고 주주는 자유롭게 이것을 변경할 수 있으므로 Common Law와 다른 정관규정을 채용할 수 있다는 것이다.[187]

② 충실의무 위반의 책임과 불균형 시정

ALI의 Tentative Draft No.7에서는 이사의 책임제한을 정하는 현재의 7.19조의 전신인 7.17조가 제안되었다. 그 제안이유는 다음과 같다.

즉, 「현행법상 회사의 이사 또는 임원은 주의의무에 위반하였다고 인정된 경우, 회사의 경제적 중요도에 따라 예측할 수 없는 책임을 질 가능성이 있다. 이와 같은

186) 森田 章, 前揭論文, 79面.

187) 森田 章, “取締役の義務と責任”, 「日本私法學會シソポジウム資料」(2005. 10), 5面.

책임이 인정되는 것은 드문 경우이지만 다음과 같은 방치할 수 없는 문제가 있다. 즉, 주의의무 위반에 의한 책임배상액이 충실의무위반이라는 의도적 위반의 경우에 통상적으로 반환의무를 지는 것과 비교하면 보다 고액이 되는 것이다. 이와 같은 손해배상 책임의 가능성은 역효과를 발생시키게 된다. 오늘날 이사·임원 책임보험이 입수되기 어려운 것과 중복되어, 이 같은 민사책임의 공포는 직책의 부담이 그에 걸맞는 보수를 초과하게 되고, 독립이사에게 임무제공을 할 의사를 없애게 한다. 나아가서 이와 같은 책임의 공포가 회사임원에게 그 의사결정에 있어서 과도하게 리스크 회피적 행동을 하게 만들고, 그 때문에 주주를 해치고 효율성을 감소시킨다.

경영판단 원칙은 이사회의 방파제로서 기능을 하는 것이지만, 근면하고 분별 있는 이사조차도 필요로 하는 주의의무 기준에 충분히 대응한 경우에도, 사실을 전혀 달리 인정하는 것이 있을 수 있다는 두려움을 가질 수 있다.

최근의 책임보험 업계의 문제의 각성에서, 사람은 스스로의 행위가 초래한 전손해에 대하여 통상은 책임을 진다고 하는 전통적인 원칙이 경제적 책임의 최고한도를 정하자는 정책적 판단과 충돌하고 있다.

전통적인 전부책임원칙은 제한을 인정하지 않는다. 한편, 주주는 자기들의 회사에 적용될 규칙을 정하는 것은 자유롭게 해야 한다는 견해가 전 n책임(충실의무 위반을 포함하는 책임)을 배제하는 것을 정당화시키게 된다. 그러나 7.17조는 이를 양극단간의 입장을 채용하였다. 4.01조에서 정한 행위규범을 위반하여도 7.17조 (a)(1)~(4)에서 정한 유책성에 충족되지 않은 경우는, 그 손해배상액은 피고가 회사와 갖는 경제적 관계와 불균형이 아닌 금액으로 제한될 수 있다고 하였다.

여기에서 논의의 특징은 델라웨어 주법이 책임의 전부면제를 인정하는 것에 대하여 책임경감 밖에 인정하지 않았다는 것이다.

③ 주의의무 위반의 책임제한의 근거 및 이유

ALI는 책임제한의 제안근거 이유로서 다음의 것들을 들고 있다. 첫째, 무엇보다 기본적인 것으로서 공정성이 최고한도의 근거가 된다. 왜냐하면 민사책임이 추궁되

는 경우의 책임액은 최고한도액의 적용이 없으면 피고의 유책성과 회사에 업무를 제공하는 것에 기대되는 경제적 이익을 비교하여 과도한 것이 될 수 있기 때문이다. 둘째, 경제논리는 최고한도액은 이사가 부당하게 리스크 회피적 행동을 하게 하는 압력을 감소시키는 것이다. 셋째, 주의의무는 그 위반이 가혹한 것이 아니라면 법원에 의하여 그 이행이 보다 잘 요구될 것이다. 넷째, 이와 같은 책임제한은 책임보험의 코스트를 내리게 되고, 이것을 적극적 근거로 들 수 있다.

④ 주주의 손해액 산정의 곤란

ALI는 피해구제라는 관점에서 다음과 같이 논의하고 있다. 즉, 주주대표소송과의 관계에서 책임의 최고한도액을 정하면 구제액 가운데 원고주주의 변호사 비용이 지급되므로 변호사가 소송을 제기하는 인센티브가 감소되는 것은 좋아하지 않을 수 있다. 이것을 주주대표소송에 의한 보상목적을 소홀히 할 수 있다. 그러나 주주대표소송이 주의의무 위반을 제기하는 것과, 피해자의 보상이 법의 주된 목적인 불법행위에 대한 소송과는 유사한 것으로 해서는 안된다. 확실한 차이가 있기 때문이다. 첫째로 대표소송에서는 피해자의 보상목적은 얻기 어렵고, 긴급성도 결핍되어 있다. 한 원인으로서, 진정한 경제적 손실의 현실적 부담자를 특정 하는 것이 곤란하다는 것이다. 또한 주주는 실제로 상이한 포트폴리오를 갖는 것이 종종 있고, 전형적인 불법행위의 피해자와 같이 동일한 재해에 놓이게 되는 것은 아니다. 둘째로 사외이사는 스스로가(의사, 변호사 등이 과오에 대하여 제소되는 것과 같이) 독립한 기업가가 아니고, 회사 업무에의 파트타임 참가자이고 일반적으로 온당한 경제적 이익을 넘는 코스트가 허락되지 않은 지위에 있는 자이다. 셋째, 이사로서 임무를 제공하려는 인센티브를 냉각시키는 것 또한 이사의 과대한 책임으로부터 보호하기 위하여 상당히 보호적인 사법판단에 의하여 주의의무를 무효 시키는 것은 부주의를 억지시키기 위하여 얻어져야 할 이익을 초과하는 것이 되었다고 한다.[188]

또한 델라웨어주의 규정과의 차이로서, ALI는 책임면제는 인정하지 않고, 책임제한을 인정하는 것이 강조되고 있다. 그것은 주의의무 본래의 목적을 상실하지 않게

188) 森田 章, 前揭 取締役の義務と責任, 6面.

하기 위한 것이다. 또한 흥미 있는 것은 사후면책이 인정되지 않는 것을 설명하고 있다. 그 이유는 회사 스스로 피해를 입은 것으로부터 책임을 면책하는 것과 피해의 손해액을 사전에 정해두는 규정과의 사이에는 기본적인 차이가 있고, 후자와 공서(公序)와의 관계에서는 충돌이 경미하다고 지적하고 있다. 법원에서 판결이 내려지므로 경감한다는 것에 대해서는 법원의 권위를 무시하는 것이라고 지적되고 있다.

2. 日本 *2001*年 改正商法

(1) 株主總會 決議에 의한 免除

일본상법 제266조 제1항 5호는 이사의 법령·정관에 위반하는 행위에 대한 책임을 규정하고 있다. 개정 전에 있어서는 총 주주의 동의가 없으면 면책할 수 없었기 때문에 실제로는 이용이 불가능하였으나, 개정에 의하여 이사가 직무를 행함에 있어서 선의이고 중과실이 없는 경우에는 주주총회의 특별결의에 의하여 경감할 수 있도록 하였다(동조⑤, ⑦). 이것은 회사 외부와의 관계가 아니고 이사와 회사간에 논해야 할 책임문제이므로 주식회사에 있어서 자본다수결의 원칙에 따라 총회의 판단으로 배상액을 제한할 수 있다고 이해되는 것이다.[189]

주주총회가 적절한 판단을 내릴 수 있도록 하기 위해서 이사는 ⓐ책임의 원인이 되는 사실 및 배상책임을 져야 할 액 ⓑ산정한 면제의 한도액 및 그 산정의 근거 ⓒ책임을 면제해야 할 이유 및 면제액을 개시하여야 한다(§266⑧). 그리고 주주총회의 형해화 때문에 중과실의 의혹이 승인되지 않도록 하기 위하여 책임면제에 관한 의안을 총회에 제출함에 있어서는 감사의 동의를 얻도록 규정하고 있다(동조⑨). 다만 이런 종류의 의안이 주주제한으로서 제출될 때에는 감사의 동의는 필요하지 않다고 본다.[190]

---

189) 近藤光男, 前揭 取締役の責任輕減と株主代表訴訟, 346面.

이사의 책임한도액의 기준은 1년간 보수액의 4배로 하며, 당해 이사가 대표이사인 경우에는 6년 분으로 하여 책임을 엄격화 하고, 당해 이사가 사외이사인 경우에는 2년 분으로 하여 책임을 경감하고 있다(동조⑰,⑱). 또한 이러한 처리를 명백히 하기 위하여 재임 중 어느 영업 년도의 보수를 기준으로 할 것인가, 스톡옵션 및 사용인 겸무이사의 경우 사용인분 보수의 처리 등에 대하여도 정함을 두고 있다(§266⑦). 다만 이사의 책임보험에 의하여 이 책임한도액의 대부분이 전보되어버리게 되면 억지적 기능이 해쳐질 가능성이 있을 것이다. 따라서 본 조항에 의한 책임경감이 채택되는 경우에는 보험의 전보액을 크게 줄이도록 보험계약의 내용을 개선해야 한다는 주장이 있다.[191]

(2) 定款規定에 의한 免除

개정법은 위의 주주총회결의에 의한 면제 외에 정관에 의하여 이사회 결의로써 면제를 인정하고 있다. 대상은 법령・정관위반에 관한 이사의 책임이고, 요건 및 한도액에 관해서는 총회결의에 의한 면제와 같지만, 미리 정관으로 면제를 규정해 놓고 이사회 결의로써 면제하는 점이 다르다. 따라서 이 내용의 정관규정이 한번 설치되면 다음은 이사회의 판단에 위임되어 버리므로 이 제도의 위험이 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 제도가 도입되는 이유는 현실적으로 당해 이사의 중과실이 없다고 하여 의안을 제출하고 총회의 특별결의를 얻는 것이 쉽지 않다고 생각되기 때문이다.[192]

이와 같은 위험 때문에 회사는 그 이사의 직무수행상황 기타의 사정을 감안하여 특히 필요가 있다고 인정될 때에 한하여 면제결의를 할 수 있도록 하고 있다(동조⑫). 원칙적으로 사외이사에 대한 면제의 필요가 있을 때 이용될 것이다.[193] 그리고

---

190) 岩原紳作, “株主代表訴訟”, 「ジュリスト」1206号, 128面.

191) 近藤光男, 上掲 取締役の責任輕減と株主代表訴訟, 348面.

192) 近藤光男, 前掲 取締役の責任輕減と株主代表訴訟, 348-349面.

193) 岩原紳作, 前掲論文, 129面: 사전면책제도는 사외이사에 한하여 이용될 것이라고 함.

정관을 변경하여 이와 같은 정함을 두는 의안을 주주총회에 제출하는 경우 및 이 정관규정에 의하여 책임면제에 관한 의안을 이사회에 제출하는 경우에는 감사의 동의를 얻도록 하고 있다(동조⑬, ⑨전단).

정관의 정함에 의하여 이사회가 책임면제의 결의를 한 때에는 주주의 이익에 반하는 부당한 결과를 방지하기 위하여 이사는 지체 없이 다음과 같은 조치를 하여야 한다(동조⑭). ⓐ책임의 원인이 될 사실 및 배상책임을 져야 할 액 ⓑ책임을 면제해야 할 이유 및 면제액 ⓒ배상책임을 져야 할 액에서 책임한도액(동조⑫1·2호)을 공제한 액 및 그 근거 ⓓ면제에 대한 이의신청 등을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다(⑭전단). 이에 따라 총 주주의 의결권의 100분의 3이상을 갖는 주주가 이의를 제기한 때에는 회사는 정관의 정함에 따라 면제할 수 없게 된다(동조⑮).

(3) 定款의 정함에 의한 損害賠償責任의 限定契約 *(*社外理事에 한 함*)*

회사는 정관으로써 사외이사와의 사이에 그가 이사로서 법령·정관에 위반하여 회사에 대하여 손해를 가한 경우에 직무수행에 있어서 선의이고 중대한 과실이 없는 때는 정관으로 정한 범위에 있어서 미리 정한 액과 보수액 등의 2년 분과의 어느 쪽이든 높은 액을 한도로 배상책임을 질 뜻의 계약을 할 수 있도록 정할 수 있다(동조⑲). 다만 사외이사가 그 회사 또는 자회사의 이사나 지배인 기타 사용인이 된 때에는 그 효력을 상실한다(동조⑳). 그리고 사외이사의 법령·정관위반행위를 안 때에는 이사는 그 후 최초로 소집되는 주주총회에서 책임의 원인 되는 사실, 배상책임을 져야 할 액, 산정의 근거 및 내용 등을 개시하여야 한다(동조22항).

제4장 會社의 被告理事側에 補助參加

제1절 訴訟參加의 論點

1. 補助參加의 意益

대표소송에 있어서 회사측이 어떤 대응을 할 것인가에 대하여 현행법 아래서는 완전히 회사의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 회사로서는 어떤 대응도 하지 않고 원고주주와 피고이사 사이에서 소위 개인적인 소송이라고 생각하여 방치해 둘 수 없는 문제이다. 왜냐하면 주주가 제기한 대표소송의 결과는 회사의 사회적·경제적 신용에 큰 영향을 미치기 때문이다.[194]

따라서 회사는 주주의 대표소송에 적극적으로 참가를 할 것인지의 여부나, 원고·피고의 어느 쪽에 참가를 하는 것이 회사의 이익에 부합되는 것인지의 판단을 내려야 한다. 회사의 내부에서 이러한 판단을 내려야 할 회사의 기관은 감사 또는 감사위원회이다.[195] 주주의 대표소송에 있어서 감사는 회사를 대표하여 이러한 판단을 내려야 할 중요한 위치에 있게 되며, 새롭게 감사제도의 의의를 논의해야 할 필요성이 제기되는 문제이기도 하다.

본장에서는 우선 회사가 피고이사 측에 보조참가 할 수 있는지에 관한 종래의 학설을 검토한다. 보조참가는 당사자 이외의 자가 소송에 참가하여 당사자 일방을 보조하는 소송활동을 함으로써 피참가인이 승소할 수 있도록 돕고, 피참가인이 패소함으로써 보조참가인이 사법상 또는 공법상의 법적지위 또는 법적 이익에 불이익을 받지 않도록 하는 것을 목적으로 하는 것이다. 따라서 보조참가는 소송결과에 대하여 이해관

194) 西山芳喜, "株主代表訴訟における監査役の役割",「21世紀の企業法制」 酒巻先生古稀記念,(商事法務, 2003), 560面.

195) 西山芳喜, 上掲論文, 560面; 우리 상법 제394조 1항에서는 회사와 이사간의 소송에 있어서는 감사가 회사를 대표하도록 되어있으므로, 회사가 주주에 의하여 제소청구를 받은 경우에는 감사가 회사를 대표한다.

계를 갖는 경우에 인정 된다.[196] 그리하여 참가이익이 있는가 없는가 하는 판단은 판결에 있어서 「무엇에 관한 판단」이 보조참가인의 「어떠한 이해관계」에 어떻게 영향을 미치는가 하는 관점으로 나누어 검토할 수 있다.

판결에 있어서 무엇에 관한 판결이 이해관계에 영향을 미치는가 하는 문제에 대해서는 학설이 분기한다. 즉, 판결주문에서 판단된 소송물인 권리관계의 존부만이 해당되고, 판결이유 중의 판단에 이해관계가 있는 것만으로는 불충분하다는 소송물 한정설이 종래의 통설적 입장이었다.[197] 예컨대, 공동피해자와 같이 동일한 사실상의 원인에 기인하여 당사자의 한쪽과 같은 법률상의 지위에 있는 사람은 공동소송인은 될 수 있겠지만, 다른 피해자의 소송결과에 대하여 법률상의 이해관계가 없으므로 보조참가를 할 수 없다. 이에 대하여 판결에는 소송물인 권리 또는 법률관계뿐만 아니라 판결이유중의 판단에 관하여 법률상 이해관계가 인정되는 경우에도 보조참가를 인정해야 한다는 소송물 비한정설이 최근 유력하게 주장되어 왔다.[198] 이 점을 명백히 하는 판례는 아직 없는 것으로 보이지만, 공동불법행위자 중의 한 사람과 피해자와의 소송에 다른 공동불법행위자가 보조참가 할 수 있다는 판례가 있다.[199]

또한 판결이 어떠한 이해관계에 어떻게 영향을 미치는가에 대해서는 사실상의 이해관계로써는 충분하지 못하고 법률상의 이해관계일 것이 요구되어 진다. 법률상의 이해관계이면 재산상의 것이든지 신분상의 것이든지를 불문하며, 사법상의 것이든지 공법상의 것이든지 불문한다는 것이 판례·학설상 일치된 의견이다(소송물과의 실체적 조건관계설). 그 영향의 정도에 대해서도 법률상 이해관계가 있다고 하기 위해서는 판결이 참가인의 실체권에 직접 영향을 미쳐야 하는 것은 아니고[200] 그 지위의 결정에 참고할 수 있는 사실상의 영향이 있으면 된다고 본다. 이와 같이 이해관계는 법률

196) 김홍규,「민사소송법」(삼영사, 2004), 712-714면.

197) 방순원, 전게서, 207면; 이시윤, 전게서, 635면; 정동윤,「민사소송법」(법문사, 1999), 913면.

198) 강현중,「민사소송법」(박영사, 2002), 216면; 新堂辛司,「新民事訴訟法」(弘文堂, 1999), 692面.

199) 大判 1999. 7. 9 판결, 99다12796.

200) 김홍규, 전게서, 713면 : 참가인에게 본안판결의 기판력이 미치는 경우일 필요가 없다. 예컨대 ① 참가인의 피참가인에 대한 권리의무의 존부가 논리상 소송물인 권리 또는 법률관계의 존부에 달여 있을 경우, ② 참가인의 피참가인에 대한 법률상의 지위를 판단하는 데 소송물에 관한 판단이 전제가 되는 경우, ③ 간통을 원인으로 하는 이혼소송에 있어서 간통의 상대방으로 된 사람의 경우가 이에 속한다.

상의 것이라야 하며, 감정적·경제적 이해만으로는 참가의 이유가 될 수 없다.[201] 그러나 보조참가에 대하여 당사자로부터 이의신청이 없는 경우에는 보조참가인이 소송결과에 관한 법률상의 이해관계의 존부는 조사되지 않으므로 참가의 이익이 없더라도 보조참가는 할 수 있다. 또 소송결과로 인한 법률상의 이해관계를 지키기 위하여 다른 소송법상의 수단이 있는 경우에도 보조참가의 이익이 부정되는 것은 아니다. 예컨대 독립당사자참가나 공동소송참가가 가능한 경우에도 그것에 의하지 아니하고 보조참가를 할 수 있다.[202]

2. 補助參加 否定說

보조참가를 허용하기 위해서는 보조참가인과 피참가인이 공통의 이해관계를 가질 것이 요구된다. 그러나 주주대표소소송에 있어서 소송물은 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이므로 피고이사가 승소하면 회사는 불이익을 받고, 반대로 피고이사가 패소하면 회사에 이익이 되는 관계에 있다. 그러므로 소송물인 권리관계에 대하여 회사에게는 공통되는 법률상의 이해관계가 없기 때문에 회사는 피고이사측에 보조참가 할 수 없다는 견해이다.[203]

또한 상법은 주주의 대표소송에 관하여 대표소송의 제소청구시 뿐만 아니라 회사의 의사결정에 있어서 이사회, 대표이사, 감사의 판단을 주주의 판단보다 존중하지 않는 태도이다. 그러므로 회사의 판단으로 피고이사에게 보조참가 하는 것은 허용될 수 없고, 제소주주의 소송수행을 저해하는 행위는 불가하다고 본다.

그 외에도 회사의 피고이사측에 보조참가 하는 것을 인정할 수 없는 이유로서는 회사가 피고이사의 변호사 비용을 부담하게 될 위험이 있는 것, 회사의 고문변호사가 피고측의 소송대리인이 되는 것은 이익충돌이 될 수 있다는 것, 회사가 피고에게만

---

201) 大判 1997. 12. 26 판결, 96다51714.

202) 新堂辛司, 前揭書, 693面.

203) 山下友信, “取締役の責任・代表訴訟と監査役”,「商事法務」No.1336号, 15面.

유리한 소송(증거)자료를 제공하게 될 위험이 있는 것 등을 들 수 있다.

3. 補助參加 肯定說

회사의 보조참가를 긍정하는 견해에 의하면 보조참가의 이익에 관하여 소송물에 한정하지 않고 판결이유중의 판단을 포함하는 것으로 해석한다.[204] 법률상의 이해관계로서 ①행정청의 검사, 업무정지, 해산명령 등 공법상의 감독처분을 받을 가능성이 있는 것, ②회사의 계속적인 업무방침에 영향을 주는 것, ③피고이사가 패소하면 중요한 거래처로부터 거래중지가 통고될 염려가 있는 것, ④경영판단에 속하는 일에 대하여 주주대표소송이 제기되고, 피고이사가 패소하면 그 후 경영판단에 위축적 효과가 발생하고 또는 회사의 이미지에 치명적인 타격을 받을 염려가 있는 것, ⑤원고가 승소하면 회사가 원고주주에 대해 변호사비용 등의 상환의무를 부담하게 되는 것, ⑥회사의 의사결정의 적법성 자체가 회사의 법률상의 지위라는 입장에서, 회사에 대한 책임의 근거로서 주장되고 있는 피고이사의 행위가 당해 이사의 독자적인 판단에 의한 것이 아니고 회사의사결정의 결과로서 이루어지고 있는 경우에는 소송의 쟁점으로서 판단을 받게 될 것이므로, 회사의 의사결정의 적부의 판단이 회사의 업무운영에 직접 중대한 영향을 줄 경우에는 현 경영진이 회사를 대표하여 다툴 기회를 주지 않으면 절차보장을 결하게 되는 것 등이 들어지고 있다.

또한 주주대표소송에서는 원고가 주주 전체의 권리를 행사하고 있다는 대표소송이 인정되어야 할 것이고, 회사가 피고 이사에게 보조참가 하더라도 자기의 권리를 행사하는 소송의 기각을 구하고 있는 것은 아니므로 보조참가를 인정하더라도 모순되지 않는다고 한다.[205]

---

204) 伊藤眞, “補助參加の理由再考”,「民訴」41号 23面; 中島弘雅, “株主代表訴訟における會社の補助參加”, 「ジュリスト」1097号, 90面.

205) 일본 경제계나 자민당에서도 보조참가를 인정해야 한다고 제언하였다(자민당 법무부회 상법소위원회 코퍼레이트 가버넌스에 관한 상법개정시안 골자, 1997년 9월 8일); 경제단체연합회 코퍼레이트 가버넌스 특별위원회, 「코퍼레이트 가버넌스 형태에 관한 긴급제언(1997년 9월 10일)」.

4. 日本 最高裁一小法廷 *2001*年 *1*月 *30*日 決定의 시사점

(1) 본 건의 사안

의료품의 제조판매를 목적으로 하는 A주식회사에서 창업자의 아들이고 임원이며 주주인 X가 현재의 이사 Y 등을 상대로 주주대표소송을 제기하였다. 이 대표소송에서는 Y 등이 이사로서의 충실의무에 위반하여 분식결산을 한 결과, 법인세 등을 과대지급하고 주주에게 위법배당을 함으로써 A회사에 손해를 입혔다고 주장하였다. 그리고 A회사는 이사회의 의사결정의 위법이 문제가 된 것을 이유로 피고이사측에 보조참가할 것을 법원에 신청하였으나, 원고 X가 이에 대하여 이의를 제기하였다.

제1심은[206] A회사의 신청을 각하하고, 원심도[207] A회사의 항고를 기각하였다. 그 주된 이유는, 보조참가는 본래 피참가인의 승소판결에 의하여 보조참가인이 이익을 받을 경우에 참가가 허가되어야 하므로, 본건에서는 보조참가인이 불이익을 받는 것이나, Y 등에 대한 A회사의 손해배상청구권을 소송물로 하는 판결주문의 판단에 대하여 A회사와 Y 등과의 이해가 상반되는 관계이고, 민사소송의 구조에 반하는 것이므로 A회사는 「소송결과에 대하여 이해관계를 갖는 제3자」가 아니라고 다수설적 입장에서 판단하였기 때문이다. 그리고 A회사는 허가항고를 하였다.[208] 이에 대하여 최고법원은 원결정을 파기하고「이사회의 의사결정이 위법이라고 하여 이사에 대하여 제기된 주주대표소송에서 주식회사는 특단의 사유가 없는 한 이사를 보조하기 위하여 소송에 참가하는 것이 허용된다」고 하여 A 회사의 보조참가를 허가하였다.[209]

(2) 본 決定의 시사점

206) 名古屋地決 平成 12年(2000年) 2月 18日 金判 1100号 39面.

207) 名古屋高決 平成 12年(2000年) 4月 4日 金判 1100号 34面.

208) 본건에서는 법령해석의 통일을 도모하기 위하여 일본민사소송법 제337조에 의하여 원심인 나고야 고등법원이 최고법원에의 항고를 허가하였다.

209) 본 결정에 관하여 일본에서는 많은 논의가 있었음(青竹正一, “株主代表訴訟における會社の被告側への補助參加(上)(下)”,「判評」510号(判時1749号), 12面; 同, 511号(判時1752号), 10面; 西山芳喜, 前揭論文, 68面, 注 18參照.

주주대표소송에서 회사(이사회)의 의사결정의 위법이 논의된다면 회사로서는 무관심하게 방관할 수는 없는 일이다. 왜냐하면 의사결정의 위법을 원인으로 하여 회사의 이사에 대한 손해배상청구가 인정된다면 회사의 사법상 또는 공법상의 법적지위내지 이익에 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 따라서 회사는 의사결정이 적법했다고 주장하는 피고이사측에 보조참가 할 수가 있는 것이며, 본 결정은 최근 학설에 따라 회사의 피고이사측에의 보조참가를 인정한 것이다.[210]

그러나 절차법상 회사의 피고이사측에 보조참가를 인정하더라도 회사법상의 분쟁이 곧 해결되는 것은 아니다. 왜냐하면 회사의 보조참가행위는 변호사 비용 등 피고이사의 응소부담을 지원할 취지가 있을 수 있으므로 회사를 대표하는 자는 선관의무 내지 충실의무에 위반할 염려가 있기 때문이다. 그러므로 회사의 의사결정의 위법이 판단되는 경우에는 회사가 피고이사측에 보조참가 할 것인가 여부는 항상 회사법상의 쟁점이 될 수 있을 것이다.[211] 그러나 본 결정은 회사가 이사를 보조하기 위한 소송에 언제든지 자유롭게 보조참가 할 수 있다는 원칙을 선언하는 것은 아니고, 어디까지나 절차법상의 한 원칙에 지나지 않는 것이다.[212] 회사법상의 논리로서는 회사는 특단의 사정이 없는 한 원고주주측에의 참가가 인정되어야 할 것이기 때문이다.

일본의 개정상법에 의하면 회사의 피고이사측에 보조참가를 하기 위해서는 감사의 동의를 얻을 것을 요건으로 하고, 감사가 수인이 있는 경우에는 각 감사의 동의를 요한다는 뜻의 규정이 있다(일상 §268⑧, §266⑨). 피고이사측에 보조참가를 하기 위해서는 회사에 손해를 끼칠 염려가 있기 때문에 이사회의 결의를 요한다고 보지만, 이사회의 결의 외에도 감사의 동의를 필요로 한다고 규정하고 있다. 이사회의 결의는 원고주주의 주장내지 이익과 비교하여 설명할 수 있는 필요성 · 합리성을 가져야 할 것이고, 새로운 책임문제의 발생을 예방하기 위하여 이사로서의 선관주의의무 내지 충실의무에 위반할 염려가 없다고 판단될 정도의 공정성내지 적정성을 가져야 할 것이다. 그리고 그 공정성 내지 적정성은 감사에 의하여 확보되어져야 할 것이다.

---

210) 新堂辛司, “株主代表訴訟の被告役員への會社の補助參加”, 自正 47卷 12号 114面.

211) 岩原紳作, “株主代表訴訟の構造と會社の被告側への訴訟參加”, 竹內昭夫編「特別商法講義」(有斐閣, 平成 7年), 235面.

212) 西山芳喜, 前揭論文, 550面.

원래 회사의 기관구성상 이사(대표이사, 이사회)는 업무집행기관으로서 경영판단을 할 수 있지만, 감사는 이사의 직무집행을 감시하기 위하여 주주에 의하여 선임된 기관이다. 따라서 감사의 회사대표권은 이사의 책임을 추궁하는 측면에 한정되는 것이며, 근본적으로 주주와 대립하는 입장에서 설 수도 없는 것이다. 당연히 주주대표소송에서 감사는 피고이사측에 보조참가 할 결정권을 갖지 않는다. 그 결과 감사와 이사간에 의견대립이 있고[213], 심할 경우에는 회사가 원고와 피고측으로 분리되어 보조참가하는 사태가 발생할 수도 있겠지만, 궁극적으로는 주주의 판단에 맡겨져야 할 문제일 것이다.

회사에 의한 피고 이사측에 보조참가는 당연히 한정적인 것이어야 한다. 특히 판결이유 중에 이사회의 의사결정의 위법유무가 쟁점이 되는 국면에서만 보조참가가 허용되어야 할 것이고, 그 외의 쟁점에서는 피고 이사측을 위한 소송행위는 허용될 수 없는 것이다.[214]

제2절 代表訴訟에 있어서 監事의 役割

1. 株主에 의한 提訴請求以前의 役割

이사의 의무위반에 대한 책임문제에 대하여 감사는 이사의 직무집행을 계속적으로 감시하고, 사전에 시정을 구할 수 있다. 이사의 직무집행을 감사하는 임무는 계속적으로 수행되어야 하는 것이며, 이를 확보하기 위하여 감사에게는 보고요구 및 조사권(상§412 ②), 유지 청구권(상§402), 총회 소집청구권(상§412의 ③), 자회사의 조사권(상§412의 ④), 주주총회에 조사・보고의무(상§413)등이 인정되어 있다.

이사의 책임이 의문시 되는 사태가 발생할 경우에는 감사는 이를 조사하여, 책임을

213) 그 때문에 감사가 회사를 대표하여 보조참가를 결정해야 한다는 견해도 있다(山田泰弘,「株主代表訴訟の法理」(信山社, 平成 12年), 78面.

214) 西山芳喜, 前揭論文, 567面.

추궁해야 할 것이다. 이사의 책임을 추궁하는 것은 이사회도 이사의 직무를 감독하는 기관이기 때문에 이사의 임무에도 속하는 것이지만[215] 이것은 재판외의 방법에 해당하는 것이고, 이사의 책임을 소송에 의하여 청구하는 경우에는 감사의 권한에 속하는 문제이다. 따라서 감사는 이사의 책임을 추궁함에 있어서 소송을 제기할 필요가 있는지, 회사의 신용 등에 악영향을 미칠 수 있는지, 승소가 가능한지 등의 각종요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다. 그러나 감사의 이러한 판단에는 이사의 책임을 물을 경우에 적용되는 경영판단의 원칙은 적용될 여지가 없다.[216]

위의 입장에서 고려해 보면 이사의 책임이 법률상 인정된다고 하여 반드시 소를 제기하여 이사의 책임을 추궁하여야 하는 것은 아니라고 생각된다. 그러나 이사의 책임이 확실하고 그것이 중대한 경우에는 소송을 제기하는 것이 감사의 의무라고 보아야 할 것이다.[217]

감사가 소송을 제기하여 이사의 책임을 추궁하기 이전에 이미 재판외의 방법으로 이사의 책임을 묻게 될 것이지만, 이 단계에서 감사는 책임을 질 이사와 화해하는 방법으로 이 건을 마무리할 수 있겠는가 하는 문제가 있다. 예컨대 1억원의 손해배상청구권이 확실한 경우에 5천만원으로 감사와 이사가 화해하여 이 건을 처리한다면 회사는 그 차액만큼 손해를 입게 되기 때문이다. 원래 감사에게 화해할 수 있는 권한이 있는지에 대하여 명확하지 않지만, 만약 화해할 수 있는 권한을 감사에게 인정한다면 이사의 책임면제는 총주주의 동의에 의한다는 상법규정(상§400)에 위반될 수 있을 것이다.

그러나 청구권이 애매하여, 이사의 책임을 간단하게 판단할 수 없는 경우에는 감사는 이사와 화해할 수 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 일반적인 법적분쟁에서는 청구권의 유무, 청구금액의 범위가 쉽게 판단될 수 있는 것이 아니며, 소송결과가 불확실하기 때문에 감사는 각종요소를 종합적으로 고려하여 화해할 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만 감사의 화해에는 이사의 책임면제 효과를 초래할 수 있으므로 이를 방지할 수 있는 범위 내에서 허용될 수 있다고 볼 것이다.

---

215) 山下友信, 前揭論文, 11面.

216) 山下友信, 上揭論文, 12面.

217) 山下友信, 上揭論文, 12面.

2. 株主에 의한 提訴請求 以後의 役割

주주는 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하고(상§403 ① ②), 회사가 그 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에만 당해주주는 회사를 위하여 대표소송을 제기할 수 있다(동조 ③). 회사와 이사간의 소송에 있어서 회사를 대표하는 자는 감사이므로(상§394 ①) 소제기 청구의 구체적인 상대방은 감사이며, 당해주주는 감사의 제소여부판단을 기다려야 한다. 따라서 제소청구를 받은 감사는 제소여부를 결정할 권한을 갖게 된다. 감사는 제소청구를 받고 30일내에 소를 제기할 것인가의 여부를 결정함에 있어서 필요한 모든 조사를 해야 할 것이며, 사실관계 조사뿐만 아니라 법률문제에 관해서도 변호사의 의견을 듣는 등의 조사를 해야 할 것이다. 그러나 30일내에 반드시 어떤 결론을 내려야 할 의무가 있다고 볼 수는 없으므로, 조사를 했으나 결론이 나오지 않은 경우에는 감사로서의 의무를 위반했다고 할 수 없을 것이다.[218] 감사가 제소청구를 받은 후, 제소와는 별도의 수단으로 당해 이사의 회사에 대한 손해배상의 교섭을 할 수도 있을 것이다. 다만 감사는 이사에 대하여 회사에 대한 채무이행의 청구권을 행사할 권한을 갖는다고 볼 수 없기 때문에 제소를 전제로 하는 교섭을 할 수 있다고 본다. 또한 청구주주를 설득하여 제소를 단념시킬 수도 있을 것이지만, 이것은 당해 이사에게 책임을 물어야 할 경우에는 불가능한 것이고 책임을 물어서는 안된다는 판단을 한 경우에 행할 수 있는 것이다. 그러나 감사가 주주의 제소를 저지할 법률상의 근거는 없으므로 효과를 기대할 수 없지만, 감사가 스스로의 의견을 주주에 대하여 명백히 할 기회로서는 의의가 있을 것이다.[219]

감사에 갈음하여 감사위원회를 설치한 경우에는 (상§415의 2 ①), 동 위원회가 위에서 검토한 감사의 임무를 수행할 것이다. 감사위원회는 위원 전원이 신중하게 협의하고, 의견을 교환할 수 있을 것이며, 회사를 대표할 자, 소송수행방법 등을 결정할 것

---

218) 법률문제에 대해서는 전문가인 변호사의 의견을 듣는 것이 바람직할 것이며, 유책하다고 판단되는 경우에는 감사는 회사를 대표하여 소송을 제기할 것이고, 이 단계에서 화해 등이 가능할 것인가에 대해서는 전항에서 검토한 바와 같다.

219) 西山芳喜, 前揭論文, 561面.

이지만, 주주의 소송행위를 배제하는 결의는 할 수 없다고 본다.[220]

3. 株主가 代表訴訟을 提起한 境遇

주주가 대표소송을 제기하게 되면, 회사는 대표소송에 참가할 수 있다. 원고주주는 소송을 제기하면 지체 없이 회사에 대하여 소송고지를 하여야 한다. 회사가 소송에 참가하는 것은 원고주주와 피고이사가 공모하여 소송을 종결시키거나, 부당한 화해 등이 이루어지지 않도록 하기 위해서이다. 그리고 대표소송의 판결의 효력이 회사에 대하여 미치기 때문에 절차적 정당성을 확보하고[221] 회사의 참가기회를 확보하기 위해서 주주로 하여금 제소 후 지체 없이 회사에 통지하게 한 것이다.

이와 같은 취지에서 생각해 보면, 감사는 원고주주의 부당 또는 불충분한 소송수행으로 회사의 손해배상청구권이 침해되는 것을 방지하기 위하여 일응 소송에 참가해 두는 것이 바람직할 것이다. 또한 소송수행 중 새로운 증거 등이 나왔을 때 실기하지 않도록 하기 위하여 대표소송 진행과정을 충분히 파악하고 있어야 할 것이다. 소송에 참가한 후에도 소송을 어떻게 진행할 것인지, 화해를 할 것인지 등에 대해서도 계속 검토해야 할 것이다.

감사의 판단으로 피고이사에게 책임이 없는 경우에도 감사는 피고이사를 돕는 소송활동은 할 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 감사의 임무는 이사의 직무집행을 감사하는 것에 지나지 않기 때문이다. 따라서 특단의 사유가 없는 한, 회사에 의한 주주대표소송에의 참가는 원고주주측에 참가를 의미한다. 그러나 절차법상의 논리로서는 회사가 피고이사측에 보조참가 하는 것이 이론상 불가능한 것은 아니다. 물론 소송법상으로도 보조참가의 필요 내지 이익이 있다는 것이 원고주주의 주장 내지 이익에 비하여 동등 이상의 설명가능한 필요성이나 합리성이 인정되어야 할 것이다.[222] 회사가

---

220) 今井宏・伊藤智文, “株主代表訴訟と監査役”,「月刊 監査役」 320号, 21面.

221) 山下友信, 前揭論文, 14面; 西山芳喜, 前揭論文, 562面.

222) 北択正啓,「會社法」(青林書院, 2002), 446面: 원고주주는 회사를 위하여 소를 제기하기 때문에 판결의 효력은 제소주주에게가 아니라 당연히 회사에 미친다. 원고주주가 승소한 경우에는 이익을 받게 되

피고 이사측에 보조참가 할 수 있다고 해도, 이것은 회사와 이사간의 소송이 아니므로 감사가 회사를 대표하는 것이 아니라 대표이사가 회사를 대표하게 될 것이다.[223] 회사의 피고이사에 대한 손해배상청구권을 소송물이라고 보는 대표소송에 있어서 피고이사가 패소하는 것이 회사의 이익이라면 회사가 피고이사측에 보조참가 하는 것은 인정될 수 없을 것이다. 왜냐하면 권리의 귀속자인 회사가 자신의 권리가 없다고 주장하며 피고측에 서는 것은 논리적 모순이기 때문이다.[224]

다만 회사로서는 대표소송에서 피고이사가 패소하는 것은 회사의 신용에 큰 영향을 미칠 수 있으며, 대표소송이 남용될 수도 있으므로 피고이사의 방어활동을 고려할 수 있는 어떤 방안이 필요하게 될 것이다.

는 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다(§40 ①). 원고주주가 패소한 때에는 악의인 경우 외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다(동조②). 그 의미에서 주주대표소송의 구조를 법정소송담당의 일종이라고 한다.

223) 中村直人, “改正された代表訴訟制度と實務の對應 ”「企業會計」45卷 10号, 41面.

224) 山下友信, 前掲論文, 15面.

제5장 結 論

오늘날 기업의 지배구조개선을 논의하는 것은 기업경영의 건전성, 효율성, 책임성, 투명성을 확보하여 회사의 이해관계자들의 이익을 공정하고 타당하게 조정하는 것이며, 국민경제의 발전과 우리 기업의 경쟁력 강화에 기여하는 것이다. 기업의 지배구조개선을 위하여 논의할 수 있는 부분은 매우 다양하지만 본 논문에서 고찰한 주주의 대표소송은 주주가 회사기관의 입장에 서서 경영의 감독시정기능을 행하는 것이다. 특히 1998년 상법개정과 IMF 외환위기 이후 우리 사회에서는 주주대표소송에 관한 관심이 증가되고 실제로 소송제기가 고조되고 있는 실정이다. 주주대표소송제도의 본질은 회사가 이사의 책임을 추궁해야 할 경우에도 불구하고 이사들 간의 특수한 관계 때문에 회사가 책임추궁을 태만히 하는 때 주주가 회사를 대신하여 이사에게 책임을 추궁하고 주주의 제소에 의하여 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 실현하는 것이다. 주주가 회사에 대하여 제소청구를 할 수 있는 근거는 의사결정기관에 대한 이의권으로서의 성질에서 구할 수 있으며, 주주의 소송제기 및 수행권의 근거는 회사기관 간의 특수한 관계 때문에 이사의 책임을 묻는 소송이 회사기관에 의하여 제기·수행될 가능성이 없기 때문이다.

부당한 기업경영으로부터 회사와 주주의 이익을 보호할 수 있는 방책으로서는 여러 제도가 논의될 수 있으나, 주주대표소송은 기업경영의 건전성을 확보하고 경영자의 행동을 감시 감독할 수 있는 비용절감기능, 손해회복과 위법행위 억제기능 및 기업의 사회적 책임의 확보기능을 하게 된다. 최근 들어 기업은 자신만의 이윤추구와 독선적 경영 및 정경유착이라는 특수한 상황에 의하여 각종 반사회적 이윤추구의 주체가 되어 있다. 기업의 건전한 경영과 발전은 사회발전의 기초적 과제이며 기업의 내부에 대한 사적책임과 사회일반에 대한 공익적 책임까지 지지 않으면 안된다. 따라서 주주가 경영자를 감시감독하고 책임을 묻는 것은 당연하며, 시민의 관점에서 시민운동형 대표소송이 제기되는 것도 인정될 수 있을 것이다.

종래 우리나라의 대표소송제도는 형식적인 규정일 뿐 실질적으로 활용되지 못하였으나, 우리 경제의 발전, 회사규모의 확대, 회사지배구조의 개선 등을 이유로 대

표소송을 활용해야 할 필요성이 증대되고 있다. 향후 주주대표소송을 활성화하기 위해서는 종래 소액주주들의 무력감, 정보부족, 전문성 부족, 과다한 비용부담 문제를 해결해야 할 것이다. 그리고 대중주주화 한 현재의 상황에서 제소권자를 소수주주권으로 하고 있기 때문에 미국이나 일본의 경우처럼 단독주주권으로 할 필요가 있다. 또한 제소주주에게 담보제공의무를 부여하는 것은 남소방지를 위한 제도이지만, 우리나라에서는 제소권을 소수주주권으로 이미 제한하고 있기 때문에 담보제공의무까지 이중적 제한을 할 필요가 없다. 따라서 제소요건이나 담보제공의무를 완화함으로써 대표소송 활성화를 모색해야 할 것이다.

또한 일반주주는 대표소송을 제기할 수 있는 정보수집도 곤란하고, 소송수행에 있어서도 입증책임을 부담해야 한다. 그러므로 경영정보 수집을 쉽게 하기 위하여 회계장부와 서류열람을 청구할 수 있는 요건완화가 필요하며, 검사인 선임을 청구할 수 있는 요건도 완화하여야 할 것이다. 원고주주는 승소로 인한 직접적 이익도 없으며, 상당한 비용도 부담하게 되므로 회사가 이러한 비용을 부담하게 되어야 대표소송의 활성화를 기대할 수 있게 된다.

그러나 이사의 책임을 강화하는 입장에서 주주의 대표소송제도의 활성화를 도모하면서도 이사에게 가혹한 책임을 인정하게 되면 회사경영을 위축시키게 되고 적절한 인재를 이사로 초청하기가 쉽지 않을 것임을 염려하지 않을 수 없다. 따라서 미국법상 인정되어 온 경영판단의 원칙의 도입에 관한 논의를 하지 않을 수 없다.

ALI원칙 제4.01조 (c)항은 ①경영판단의 대상에 이해관계를 갖지 않을 것 ②경영판단의 대상에 관하여 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있을 것 ③경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치한다고 상당하게 믿었던 것이라는 요건을 충족한 때 성실하게 경영판단을 한 이사 또는 임원은 동조의 의무를 이행한 것이라고 한다. 경영판단원칙을 적용하면 이사의 주의의무를 경감하여 이사를 보호하는 효과를 가져오는 것이다. 경영판단의 원칙은 반대의 증명이 없는 한 성실하게 이루어진 것으로 추정되므로 원고는 이러한 추정을 번복하기 위하여 무거운 입증책임과 비용을 부담해야 한다.

이러한 미국법상의 경영판단원칙을 우리나라에 도입할 수 있겠는가에 대하여 최

근 주주행동주의의 강화와 함께 관심이 고조되고 있는 실정이며, 찬반논의가 활발하게 진행되고 있다. 다수의 학자들이 미국과 같은 논의와 근거를 들어 직접적 또는 간접적 도입을 주장하고 있으며, 몇몇 학자들은 중요한 의미를 갖는 논거를 들어 아직은 시기상조라고 하거나 도입을 반대하고 있다. 그리고 전술한 제일은행 대표소송사건 외에도 경영판단원칙에 대하여 대구지법 99가합13533(2000. 5. 30), 서울고법 95나47758(1997, 5, 9), 서울고법 99나54143(2000. 10.13) 판결에서 동 원칙을 책임판단의 기준으로 하고 있다.

그러나 우리가 중요시해야 할 점은 전술한 바와 같이 한편으로는 이사의 책임성 강조이고 다른 한편으로는 가혹한 책임의 위협으로부터 벗어나 경영행위가 위축되지 않도록 해야 한다는 점이다. 따라서 현시점에서는 경영판단원칙의 도입문제의 논의보다 우리 상법상 이사의 주의의무와 회사에 대한 책임요건과의 관계를 검토해야 할 것이다. 그리고 사업의 규모나 내용·방법에 따라 달라질 수 있는 주의의무기준 또는 심사방법을 설정해 나가야 할 것이다.

경영판단원칙을 명문으로 도입하지 않더라도 중요한 해석론으로 인정하게 될 것이고, 법원이 이사의 주의의무위반을 심사하는 기준으로서 동 원칙을 활용할 수 있을 것이다.

이사의 책임을 완화할 수 있는 방안으로서는 여러 가지 제도가 있겠지만 본 연구에서는 미국판례법상의 경영판단원칙의 수용과 2001년 일본개정상법에 의한 이사의 책임한도액에 관하여 고찰하였다. 두 제도 모두 우리 법계에 그대로 수용하기는 약간의 문제가 없는 것은 아니지만 우리도 이사의 책임을 경감하기 위해 시급히 연구를 진행해야 할 부분이라고 생각한다.

주주가 이사의 책임을 추궁하는 대표소송에 있어서 회사가 피고이사측에 보조참가할 수 있는가에 대하여 학설 및 일본의 판례와 입법례를 검토하였고, 대표소송과 관련하여 감사의 임무를 고찰하였다.

보조참가는 당사자 이외의 자가 소송에 참가하여 당사자 일방을 보조하는 소송활동을 함으로써 피참가인이 승소할 수 있도록 돕고, 참가인이 사법상 또는 공법상의 법적지위 또는 법적이익에 불이익을 받지 않도록 하는 것을 목적으로 하는 제도이다.

종래 대표소송에 있어서 회사가 원고주주에게 보조참가 하는 것은 일반적으로 인정되고 있었으나 회사가 피고이사측에 보조참가 할 수 있는가에 대해서는 부정설과 긍정설이 대립하고 있었다. 그러나 2001년 일본최고 재판소 소법정의 결정에 의하면, 주주대표 소송에서 이사회의 의사결정의 위법이 논의된다면 회사의 사법상 또는 공법상의 법적지위내지 이익에 영향을 미칠 수 있기 때문에 회사는 피고이사측에 보조참가 할 수 있다고 하였다. 그러나 본 결정은 회사가 이사를 보조하는 소송에 언제든지 자유롭게 보조참가 할 수 있다는 원칙을 선언하는 것이 아니고, 절차법상의 한 원칙이라고 보아야 할 것이다. 회사법상의 논리로서는 회사는 특단의 사정이 없는 한 원고주주측에의 참가가 인정되어야 할 것이기 때문이다.

일본의 개정상법에 의하면(일상§268 ⑧, §266 ⑨), 회사가 피고이사측에 보조참가하기 위해서는 회사에 손해를 끼칠 염려가 있기 때문에 이사회의 결의 외에도 감사의 동의를 필요로 한다고 규정하고 있다. 이사회의 결의는 원고주주의 주장과 비교하여 설명가능한 필요성, 합리성이 인정되어야 하고, 새로운 책임발생을 예방하기 위하여 이사로서의 선관주의의무, 충실의무에 위반하지 않을 정도의 공정성내지 적정성을 갖추어야 할 것이다. 그리고 이와 같은 공정성내지 적정성은 감사에 의하여 확보되어져야 한다.

감사는 이사의 직무집행을 계속적으로 감시하고 사전에 시정을 구할 수 있으며, 이사의 책임이 의문시되는 사태가 발생할 경우에는 이를 조사하여 재판외의 방법이나 또는 소송을 제기하여 책임을 추궁하여야 한다. 그러나 이사의 책임이 명백하고 중대한 경우에는 소송을 제기하는 것이 감사의 의무라고 생각되며, 이사의 책임면제는 총주주의 동의에 의해서만 가능하기 때문에 감사는 이 경우에 책임 있는 이사와 화해하여 사건을 종결시킬 수 없다고 해야 할 것이다.

주주가 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구한 경우, 감사는 30일내에 제소할 것인가를 결정해야 하고, 필요한 사실상 또는 법률상의 모든 조사를 해야 할 것이다. 주주가 대표소송을 제기한 경우에는 원고주주와 피고이사가 공모하여 소송을 종결시키거나 부당한 화해 등이 이루어지지 않도록 하기 위해서 회사는 소송에 참가할 수 있다. 소송에 참가한 후에도 소송 진행 상황을 계속 검토하고 추이를

관찰해야 하는 것은 감사의 당연한 임무일 것이다. 그러나 감사의 판단으로 피고이사에게 책임이 없는 경우, 피고이사를 돕는 소송활동을 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

이와 같은 논리에 의하여 우리 상법 제 404조를 개정할 필요가 있다고 본다. 즉 동조 제 3항을 신설하여, 회사는 주주가 제기한 대표소송에 있어서 피고이사측에 보조참가 할 수 있도록 하고, 이를 위하여 각 감사 또는 감사위원회가 설치된 회사는 감사위원회의 동의를 받도록 규정할 필요가 있다. 그리고 감사의 권한과 의무의 내용 중에도 대표소송을 대비하여 적극적인 활동을 할 수 있는 내용을 더욱 연구하여 상법에 명문규정을 둘 필요가 있다고 생각한다.

參 考 文 獻

< 國 內 文 獻 >

강위두, 「회사법」, 형설출판사, 2000.

강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2002.

김홍규, 「민사소송법」, 삼영사, 2002.

박재연, 「증권규제법」, 박영사, 1995.

방순원, 「민사소송법」(상), 한국사법행정학회, 1989.

법원행정처, 「법원실무제요 민법」(上), 1996.

서헌제, 「사례중심체계 회사법」, 법문사, 2000.

송상현, 「민사소송법개론」(상), 박영사, 2004.

이범찬・최준선,「상법개론」, 삼영사, 2001.

이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2002.

이철송,「회사법강의」, 박영사, 2004.

정동윤,「회사법」, 법문사, 2001.

정동윤,「민사소송법」, 법문사, 1999.

정찬형, 「상법강의 (上)」, 박영사, 2000.

최기원,「신회사법론」, 박영사, 2001.

강대섭, "대표소송의 제소자격과 담보제공", 「안암법학」,제4집, 1996.

강희갑, "경영판단원칙에 관한 미국법의 최근동향", 「상사법연구」제15권 2호, 1996.

권병민, "주주대표소송에 관한 연구, 박사학위논문, 전주대대학원, 1998.

권재열, "경영판단의 원칙", 「비교사법」제6권 1호, 1999.

김건식, “주주대표소송의 활성화 관련된 몇 가지 문제점”, 「서울대법학」 제37권 2호, 1996. 6.

김대연, “주주대표소송에서의 담보제공명령제도”, 「상사법연구」 제21권 2호, 2002.

김석연, “경영자지배와 주주대표소송의 역할”,「한국법학원보」 제80호, 1998. 11.

박길준・권재열, “미국법상 은행이사의 주의의무”, 석영 안동섭교수 화갑기념 「상거래법의 이론과 실제」, 세창출판사, 1995.

박영길, “미국 회사법상의 이사의 의무와 책임”, 회명 박길준교수 화갑기념논문집 「기업구조의 재편과 상사법(Ⅰ)」, 정문사, 1998.

송종준, “미국법상 기업매수의 방어와 이사의 책임”, 해암 이범찬교수 화갑기념논문집 「상사법의 기본문제」, 양동석, “대표소송의 활성화와 이사의 책임경감”, 「비교사법」 제9권 4호, 2002.12.

양동석, “기업의 지배구조개선을 위한 주주의 대표소송”,「상사법연구」 제19권 2호, 2000.10.

양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」, 2001.

양동석・박진호, “경영판단원칙과 주주대표소송”, 「통일문제연구」 14집, 2001.

이영봉, “경영판단법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법무」 19권 1호, 2000.

이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대 대학원, 1997.

이철송, “韓國における代表訴訟と企業支配構造”, 한・일법학회자료, 2002.

최성호, “주주대표소송절차에 관한 연구”, 박사학위논문, 동국대 대학원, 2004.

홍복기, “미국회사법에 있어서 이사책임의 구제제도”, 「법률연구」 제4집, 연세대 법률문제연구소, 1986.

< 國 外 文 獻 >

近藤光男, 「經營判斷と取締役の責任-經營判斷の法則適用の檢討」, 中央經濟史, 1994.

北擇正啓,「會社法」, 青林書院, 2002.

山田泰弘,「株主代表訴訟の法理」, 信山社, 2000.

森田 章,“取締役の義務と責任”, 「日本私法學會シソポジウム資料」, 2005.

———,“取締役の注意義務違反の責任制限”, 「同志社法學」第55卷 7号, 同志社大學校, 2004.

小林秀之・近藤光男, 「株主代表訴訟大系」, 弘文堂, 1996.

小林秀之, 「株主代表訴訟」, 日本評論社, 1996.

松田二郎, 「株式會社の基礎理論」, 岩波書店, 1942.

新堂辛司,「新民事訴訟法」, 弘文堂, 1999.

日本通商産業者産業政策局産業資金課編, 「株主代表訴訟の現況と課題」, 別冊商事法務 173号, 1995.

近藤光男,“取締役の責任輕減と株主代表訴訟”, 「企業會計」, Vol.54 No.3, 2002.

近藤光男,“商法226條の3第1項に基づく取締役の責任と經營判斷の原則”,「民商法雜誌」88卷 5号, 1983.

近藤光男,“株主代表訴訟制度の會社法上問題點”, 「ジュリスト」1012号, 1992.

今井宏・伊藤智文,“株主代表訴訟と監査役”,「月刊 監査役」 320号.

吉原和志,“取締役の經營判斷と株主の代表訴訟”, 小林秀之 ・ 近藤光男, 「株主代表訴訟大系」, 弘文堂, 1996.

北村雅史,“諸外國の會社法における取締役の責任と代表訴訟について”, 「別冊商事法務」173号, 1995.

山下友信,“取締役の責任・代表訴訟と監査役”,「商事法務」No.1336号.

上谷清,“會社法上の訴と擔保提供”, 「實務民事訴訟講座」第5卷, 日本評論社, 1969.

西山芳喜,“株主代表訴訟における監査役の役割”,「21世紀の企業法制」 酒巻先生古稀記念, 商事法務, 2003.

小林秀之,“株主代表訴訟における擔保提供と原告の惡意” 「自由と正義」47巻 10号, 1996.

神崎克郎,“注意義務及び經營判斷の法則”,「コ-ポレ-ト ・ ガバナソス」, 日本證券經濟研究所, 1995.

新堂辛司,“株主代表訴訟の被告役員への會社の補助參加”, 自正 47巻 12号.

神田秀,“株主代表訴訟に關する理論的側面”, 「ジュリスト」1038号, 1994. 8.

安井綾, “株主の帳簿・書類閲覧券-持株要件についての立法論”, 「法學教室」190号, 1996. 7.

岩原紳作,“株主代表訴訟”, 「ジュリスト」1206号.

岩原紳作,“株主代表訴訟の構造と會社の被告側への訴訟參加”, 竹内昭夫編「特別商法講義」.有斐閣, 1995.

元木 伸,“取締役の責任と經營判斷の原則”, 「法曹時報」48巻 7号, 1996.

伊藤眞,“補助參加の理由再考”,「民訴」41号.

田中誠二, 「三全訂 會社法講論(上)」, 勁草書房, 1993.

中島弘雅,“株主代表訴訟における會社の補助參加”,「ジュリスト」1097号.

中村直人,“改正された代表訴訟制度と實務の對應”, 「企業會計」45巻 10号.

,“株主代表訴訟における擔保提供の意義”「商事法務」1340号, 1993.

池田辰夫,“株主の代表訴訟の法構造” 「阪大法學」149・150号.

池田辰夫,“多數當事者紛爭におはる代表適格についての覺え書”,「可法研究所論集」59号, 1977.

川浜 昇,“美國におはる經營判斷原則の檢討(一)”, 「法務論叢」114巻2号, 1983.

青竹正一,“株主代表訴訟における會社の被告側への補助參加(上)(下)”,「判評」510号(判時1749号), 511号(判時1752号.

土田 亮,“株主權としての株主代表訴訟”(1),(2), 「上智法學論集」第41巻 2号, 3号.

戸塚登,“經營判斷の法則”(一),「阪大法學」 126号, 1983.

Lawrence M. Friedman / 안경환 역, 「미국법 역사」, 대한교과서 주식회사, 1988.

Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, 7th ed. 1975.

Clark, Rebert., Corporate Law, Little, Brown and Company, 1986.

Cox, Compensation, Deterrence and Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures, 52 Geo. Wash. L. Rev. 745, 1984.

Duty of Care, 61 Boston University Law Review, 1981.

Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, The Delaware Law of Corporations and Business Organizations.

George W. Dent, Jr., The Revolution in Corporate Governance, the Monitoring Board, and the Director's R. Henry N. Butler, Contractual Theory of the Corporation, Geo., Mason. U. L. Rev., Summer, 1989.

James E. Heard, Institutional Investors and Corporate Governance : The U.S. Perspective, in International corporate Governance 245, 251, Joseph C. F. Lufkin & David Gallagher eds., 1990.

Jensen & Mechling, Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3. J. Fin. Econ. 305. 1970.

Melvin A. Eisenberg, The Divergence of Standards of Conduct and Standard of Review in Corporate Law, 62 Fordham L. Rew. 437, 1993.

O'Neal, Close Corporations : Law and Practice, Clark Boardman Callaghan, 2d ed. 1971.

Scott, Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project, 35 Stan. L. Rev. 927, 940, 1980.