

다중대표소송제도의 방향성

-미국과 일본의 이론적 근거에 대한 논의를 바탕으로-

Directions of Multiple Derivative Suit

-Based on the Theoretical Basis at the U.S. and Japan-

고 일 훈*

Ko, Il-Hoon

목 차

- | | |
|-------------------------------------|-----------------|
| I. 서론 | IV. 다중대표소송의 방향성 |
| II. 다중대표소송 관련 2016년 상법
개정안의 주요내용 | V. 결론 |
| III. 미국과 일본의 논의 및 입법례 | |

최근 법제사법위원회는 엄격한 요건들로 규정된 일본의 다중대표소송을 차용하여 국내 도입의 세부내용을 검토 중인 것으로 알려졌다. 그러나 일본의 제도를 그대로 차용해서 도입하게 된다면 제도가 제 기능을 하지 못할 가능성이 높다. 실제로 일본에서도 2014년 처음으로 다중대표소송제도를 도입한 이후 현재까지 소가 단 한건도 제기된 바 없다.

한편 제도 도입 이후 일본에서는 대표소송과 다중대표소송이 가지는 손해회복 기능에 초점을 맞추던 기존의 관점에서 벗어나, 이사 등 경영진의 위법행위방지 기능에 주목하여 제도를 이해하려는 논의가 이루어지고 있다. 손해회복의 관점에서 바라본 대표소송제도는 사실상 이사 개인의 자력은 한정되어 있고, 이들이 한 배상은 자회사에게 돌아가는 것이기 때문에 모회사나 모회사의 주주는 간접적으로 밖에 손해의 회복을 받을 수 없어 큰 이점이 없다. 뿐만 아니라, 모회사 주주가 현실적으로 받은 손해는 간접적인 손해이기 때문에 이를 입증하기도 쉽지 않다. 이로 인해 손해회복을 위해 소를 제기하려는 모회사의 주주는 많지 않았다. 하지만 이사의 위법행위를 시정하는 기능과 소를 제기 당할지도 모른다는 두

투고일 : 2017. 8. 31. / 심사외뢰일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 동경대 대학원 법학정치학연구과 외국인연구생, 변호사

International Research Students, Graduate School for Law and Politics, The University of Tokyo, Attorney at Law(Korean bar)

려움으로 인하여 이사 등의 경영진이 스스로 위법행위를 억제하게 된다는 위법행위방지 기능에 초점을 맞추어 다중대표소송제도를 설계한다면 제도는 더욱더 의미를 가지게 될 것이다. 이러한 위법행위방지 기능이 제대로 기능하기 위해서는 이사 등 경영진이 현실적으로 소제기를 당할 수 있다는 인식을 가지고 있어야 한다. 이러한 현실적인 소제기 가능성을 확보하기 위해서는 제도의 적용범위를 폭 넓게 규정하여야 한다.

우리 역시 이러한 위법행위 억제기능에 초점을 맞추어, 현실적 소제기 가능성을 가질 수 있도록 제도의 적용범위를 폭 넓게 규정하여야 한다. 그러기 위해서는 구체적으로 다음과 같은 방향으로 입법되어야 한다고 생각된다. ① 형식적인 기준으로는 다양한 회사의 지배 구조를 모두 규율할 수는 없다.

따라서 결과적으로 다중대표소송이 적용되는 범위는 모회사가 자회사를 실질적으로 지배하는 경우에 한하여 인정하여야 할 것이다. ② 자회사 규모에 따른 제한을 두는 것은 제도의 실효성을 저해할 뿐만 아니라, 제도회피를 위해 기업지배구조를 자의적으로 왜곡시킬 우려가 있다는 점에서 바람직하지 않다. ③ 장기적으로 다중대표소송과 대표소송은 모두 단독주권으로 규정되는 것이 옳다고 생각한다. 대표소송이든 다중대표소송이든 모두 회사의 권리를 실현하기 위해 제기하는 것이므로 주주가 회사에 대해 갖는 영향력의 크기에 관계없이 행사할 수 있다고 해야 옳다. ④ 사전제소절차와 관련하여서는 일본에서와 같이 다중대표소송을 모회사의 주주가 자회사의 실체법상의 청구권을 직접 대위하는 것으로 이해하여, 모회사의 주주가 자회사에 직접 이사 등에 대해 손해배상청구권을 행사할 것을 청구하는 방향으로 규정되어야 할 것이다. 이렇게 다중대표소송의 구조를 이해하면 좀 더 간명하게 절차를 규정할 수 있다. 마지막으로 ⑤ 모회사에 손해가 발생하지 않은 경우에는 모회사 주주에게 제소권한을 인정하여서는 안 될 것이다. 이러한 경우에는 모회사 주주가 자회사 이사의 책임 추궁에 대한 어떠한 이해관계도 없기 때문이다.

[주제어] 다중대표소송, 이중대표소송, 대표소송, 위법행위방지 기능, 상법개정안

I. 서론

다중대표소송이란 모회사¹⁾ 또는 지배회사²⁾의 주주가 자회사 혹은 손자회사의 이사

1) 모회사란 어느 회사가 다른 회사에 대하여 자본참가(주식 또는 지분의 보유) 또는 계약·임원파견 등에 의하여 지배하는 경우 그 모회사를 말한다. 상법상 어느 회사가 다른 회사의 발행 주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가지는 경우에 전자를 모회사, 후자를 자회사로 하고, 또 모회사와 자회사 쌍방이 가지는 주식의 합계나 자회사가 단독으로 가지는 주식의 수가 다른 회사의 발행 주식총수의 100분의 50을 초과하는 경우, 그 다른 회사도 모회사의 자회사로 본다(상법 제342조의2). 이는 모회사와 상호간의 주식취득제한의 기준을 명확하게 하기 위한 것이다. 산업연구원, 출자총액제한제도 폐지 이후의 대안 연구, 산업통상자원부 연구용역보고서, 2006, 99쪽.

2) 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2 제2호는 회사의 지배·종속의 관계에 관하여 정하고 있다. 즉, 동법(同法) 시행령 제1조의3 제1항은 주식회사가 당해 사업연도말 현재 다른 주식회사의 무의결권주식을

등 경영진의 책임을 추궁하기 위하여 회사를 대신하여 제기하는 대표소송을 의미한다.³⁾ 즉 모회사가 투자한 자회사의 경영진이 내부자거래, 분식회계, 주가조작, 허위공시 등 불법·부정행위를 하여 자회사뿐만 아니라 모회사, 모회사의 소수주주에게까지 손해를 입힌 경우에 모회사의 주주가 그 책임을 물을 수 있도록 하는 제도이다.

현행법상 자회사의 이사가 위법행위를 하였을 시 그 책임을 추궁하는 방법으로는 ① 자회사가 직접 이사에 대해 손해배상 책임을 추궁하는 방법 ② 자회사의 소수주주가 대표소송을 제기하는 방법 ③ 모회사가 자회사의 주주로서 대표소송을 제기하는 방법이 있다. 하지만 ①의 경우 동료의식을 가진 동료임원 간에 책임추궁이 호도될 수도 있고, 책임추궁을 지연하여 시효완성이나 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능해질 수도 있다. 이와 같은 경우를 방지하기 위하여 ②에서처럼 소수주주가 대표소송을 제기할 수도 있지만, 모회사가 자회사의 주식을 99%⁴⁾를 초과하여 보유하고 있는 경우에는 모회사 이외에 달리 대표소송을 제기할 수 있는 자가 존재하지 않게 된다. ③의 경우에는 모회사가 ①의 경우와 마찬가지로의 이유, 모회사의 이사가 위법행위에 함께 연루되어 있는 경우, 자회사의 관리감독부실에 대한 책임회피 등을 이유로 대표소송을 제기하지 않을 가능성이 있다. 그렇게 되면 위법행위를 한 이사의 책임을 추궁하고, 위법행위로 인해 생긴 손실을 회복할 수 있는 방법이 현행법상 존재하지 않는다. 따라서 이를 방지하기 위하여 대표소송의 원고적격을 모회사의 주주에게까지 확장시켜 이들이 대표소송을 제기할 수 있도록 할 필요가 있다.

지난 십수년간 다중대표소송의 도입을 둘러싸고 활발한 논의들이 이루어졌었다. 대표소송의 원고적격을 모회사의 주주에게까지 확장 해석하여 해석론으로 다중대표소송을

제외한 발행주식총수의, (i) 100분의 50을 초과하여 소유한 경우 또는, (ii) 100분의 30을 초과하여 소유하면서 당해 다른 주식회사의 최대주주인 경우 또는, (iii) 위 (i)과 (ii)의 경우에 해당하는 지배회사와 종속회사(종속회사의 종속회사를 포함한다)가 합하거나, 종속회사와 종속회사가 합하여 다른 주식회사의 발행주식총수의 100분의 30을 초과하여 소유하면서 당해 다른 주식회사의 최대주주인 경우, 그 주식회사를 ‘지배회사(herrschende Gesellschaft)’라 하고, 그 다른 주식회사를 ‘종속회사(abhängige Gesellschaft)’라고 한다. 최준선, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 433쪽.

3) 구체적으로는 모회사의 주주가 자회사를 위하여 제기하는 대표소송을 이중대표소송(double derivative suit), 모회사의 주주가 손회사를 위하여 제기하는 대표소송은 3중 대표소송(triple derivative suit)이라 한다. 또한 두개의 회사가 지배·종속관계에 있거나 또는 여러 회사가 두 단계 이상에 걸쳐 계속적으로 지배·종속관계에 있는 경우에 모회사의 주주가 종속회사를 위하여 제기하는 대표소송을 통틀어 다중대표소송(multiple derivative suit)이라고 한다. 최완진, “이중대표소송제도에 관한 법적 고찰”, 경영법률 제18권 제2호, 한국경영법률학회, 2008, 257쪽.

4) 우리 상법상 인정되는 주주대표소송은 발행주식총수의 1% 이상을 소유하여야 제기할 수 있다(상법 제403조 제1항).

인정해야한다는 도입논의⁵⁾를 시작으로 다양한 논의들이 있었고, 2003년 11월에는 국제통화기금(IMF)에 의해 기업지배구조개선을 위한 방안으로서 다중대표소송제도의 도입을 권고받기도 하였다. 이후 이중대표소송을 제기한 주주의 원고적격을 부정한 대법원 판결⁶⁾이 나오고부터는 본격적으로 입법이 제안되기 시작하여, 현재까지 법무부에서 2건, 국회에서 13건의 총 15건의 다중대표소송 관련 입법발의가 행해져 왔다. 특히 2016년 시작된 현행 제20대 국회에서는 다중대표소송과 관련하여서만 총 4건의 상법개정안이 발의되었는데, 이는 경제민주화를 위한 핵심공약사업으로 다중대표소송제도의 도입을 들고 있는 문재인 정권으로 교체됨과 맞물려 제도 도입의 귀추가 주목되고 있는 상황이다.

법제사법위원회는 일본법을 차용해 모회사가 자회사의 지분 100%를 보유하고, 자회사의 총 자산이 모회사 총 자산의 20% 이상인 경우에만 다중대표소송제도를 도입하는 안을 논의한 것으로 알려졌다. 아울러 소송 남용을 방지하기 위해 모회사의 손해가 발생하지 않거나 부정한 이익을 도모하는 경우엔 소송을 금지키로 하는 방안도 검토 중인 것으로 알려졌다.⁷⁾ 이러한 국회의 논의방향을 바탕으로 미루어 짐작해보면 우리보다 앞서 명문으로 규정한 일본의 제도와 같은 방향으로 입법될 가능성이 높아 보인다. 그러나 일본의 제도를 그대로 차용해서 도입하게 된다면 제도가 제 기능을 하지 못할 가능성이 높다. 실제로 일본에서도 2014년 처음으로 다중대표소송제도를 도입한 이후 현재까지 단 한건도 제도가 이용된 적이 없다.

한편 제도 도입 이후 일본에서는 대표소송과 다중대표소송이 가지는 손해회복 기능에 초점을 맞추는 기존의 관점에서 벗어나, 이사 등 경영진의 위법행위방지 기능에 주목하여 제도를 이해하려는 논의가 이루어지고 있다. 손해회복의 관점에서 바라본 대표소송

5) 이와 관련하여 정동윤, “주주의 대표소송 실무상의 문제점을 중심으로 하여”, 사법논집 제2집, 법원행정처, 1972; 이태중, “미국회사법상의 이중대표소송”, 재판연구실무 제2권, 수원지방법원, 1997; 김대연, “지배·종속회사에서의 대표소송”, 상사법연구 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000; 김동석, “주주의 대표소송과 중복 대표소송”, 경영법률 제10집, 한국경영법률학회, 2000; 김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대”, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002 등이 있다.

6) “어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다”고 하며, 다중대표소송을 현행 상법의 해석상 인정하는 것은 불가능하다는 취지로 판시하고 있다. 보다 구체적으로는 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결 참조.

7) <http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/02/27/2017022702746.html#csidxc61626a65dcb62a3ab1584650c712f>, 검색일 : 2017.8.20.

제도는 사실상 이사 개인의 자력은 한정되어 있고, 이들이 한 배상은 자회사에게 돌아가는 것이기 때문에, 모회사나 모회사의 주주는 간접적으로 밖에 손해의 회복을 받을 수 없어 큰 이점이 없다. 뿐만 아니라, 모회사 주주가 현실적으로 받은 손해는 간접적인 손해이기 때문에 이를 구체적으로 입증하기도 쉽지 않다. 이로 인해 현실적으로 손해회복을 위해 소를 제기하려는 모회사의 주주는 많지 않았고, 제도의 실효성이 없었다. 그러나 이사의 위법행위를 시정하는 기능과 소를 제기 당할지도 모른다는 두려움으로 인하여 이사 등의 경영진이 스스로 위법행위를 억제하게 된다는 위법행위방지 기능에 초점을 맞추어 다중대표소송제도를 설계한다면 제도는 더욱더 의미를 가지게 된다. 한편 위법행위방지 기능이 제대로 기능하기 위해서는 이사 등 경영진이 현실적으로 소제기를 당할 수 있다는 인식을 가지고 있어야 한다. 이러한 현실적인 소 제기 가능성을 확보하기 위해서는 제도를 좀 더 폭 넓게 규정하여야 한다.

이와 같은 인식의 변화는 우리가 다중대표소송제도를 도입하려는 지금의 시점에 많은 시사점이 있다고 생각한다. 한편 이러한 일본의 인식변화는 미국의 델라웨어주 최고재판소가 *Lambrecht v. O'Neal* 판결⁸⁾에서 다중대표소송의 이론적 근거에 대하여 새롭게 해석한 것을 바탕으로 하고 있다. 이에 본고에서는 미국과 일본에서의 입법례와 다중대표소송제도의 이론적 근거에 대한 인식변화에 대해 살펴보고자 한다. 그리고 이러한 내용을 바탕으로 학계와 입법 실무에서 가장 많은 논의가 이루어지고 있다고 보이는 ① 다중대표소송의 인정범위로서 모회사의 관계설정 및 자회사 규모에 따른 제한 문제 ② 제소권을 소수주주권으로 규정할지의 문제 ③ 제소 전 절차 및 소각하사유로서 모회사의 직접손해발생이 필요한지의 문제를 중점적으로 검토하여 우리나라에서의 도입 방향을 제시해보고자 한다. 한편 이에 앞서 비교법적 검토를 위하여 2016년 20대 국회에 발의된 다중대표소송제도 관련 상법개정안에서 규정하고 있는 위의 ①~③에 관한 내용을 먼저 살펴보고자 하겠다.

II. 다중대표소송 관련 2016년 상법 개정안의 주요내용

이하에서는 다중대표소송 관련 2016년 상법개정안의 주요내용에 대하여 서술하되, 논의에 필요한 부분은 자세히 설명하도록 하고, 이 외의 내용들은 표로 간략히 설명하도록 한다.

8) *Lambrecht V. O'Neal*, 3 A.3d 277(Del.2010).

1. 김종인 의원안(2016년 7월 4일, 의안번호 제2000645호)

김종인 의원안에서는 소제기 요건으로 자회사 지분의 50%를 초과하여 소유하고 있는 모회사의 발행주식 총수의 1% 이상을 보유한(상장기업의 경우 0.01%이상을 6개월 전부터 보유)주주가 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하고 있다(안 제406조의2 제1항)⁹⁾.

한편 대표소송과 다중대표소송 모두에 주주의 소송참가와 소송고지에 대해서도 규정하고 있다. 즉 ① 회사에 의하여 소가 제기된 경우, ② 주주가 회사에 대해 제소청구를 한 후 30일이 경과하여 소를 직접 제기한 경우(상법 제403조 제3항) ③ 위 기간의 경과로 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있다고 인정되는 경우에 주주가 직접 소를 제기한 경우(동조 제4항) 회사는 이를 주주에게 통지하거나 공고하여야 하고, 소제기 요건을 갖춘 주주는 위 소송에 참가할 수 있다(안 제404조 제3항 및 제406조의2 제2항). 대표소송의 경우 일부 소수주주에 의해 제기된 소송의 반사적 효력이 다른 주주에게 미친다. 그러나 현행법상 다른 주주들이 일부 소수주주들과 다른 이해관계를 가지더라도, 위 소송에 참가할 방법이 없다. 현행법상 회사의 소송참가는 인정하고 있지만, 다른 주주들의 소송참가는 인정하지 않기 때문이다. 한편 일부 소수 주주의 대표소송 계속 중 다른 소수 주주가 제기한 별도의 대표소송은 동일한 청구로서 소송경제나 판결의 모순·저축을 방지하기 위한 중복소제기금지의 원칙에 저촉된다.¹⁰⁾ 따라서 별소를 제기할 수도 없다. 이렇게 되면 회사가 이사에 대해 책임을 추궁하는 소송을 제기하고, 이를 주주들에게 알리지 않고 일부의 주주들과 통모하여 화해를 해버리는 등의 문제가 발생하더라도 다른 주주들로서는 그러한 결과를 받아들일 수밖에 없기 때문에 소송참가와 소송고지를 규정한 것이다.¹¹⁾

9) 개정안의 경우 ‘안’이라고 표기하고, 상법 현행규정을 표기하는 경우에는 ‘상법’을 병기하도록 한다.

10) 장재형, “법정소송담당과 중복소제기 금지의 통일적 법리”, 법학연구 제19권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 339쪽.

11) 2006년 인프라넷 사건의 경우에도, 회사가 이사에 대해 책임을 추궁하는 소송을 제기한 후 회사와 이사 간에 조정이 성립하여, 이후에 제소한 주주의 대표소송이 각하되는 일이 있었다. 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013, 18쪽.

2. 채이배 의원안(2016년 8월 8일, 의안번호 제2001463호)

채이배 의원안의 경우 소제기 요건으로 다른 회사의 발행주식총수의 30%를 초과하는 주식을 가진 회사(이하 “지배출자회사”라 한다)의 발행주식 총수의 1% 이상을 보유한 주주(상장회사의 경우 0.001% 이상을 6개월 전부터 보유)가 그 다른 회사(이하 “피출자회사”라 한다)에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구 할 수 있도록 하고 있다(안 제406조의2 제1항 및 제542조의6 제6항, 상법 제403조 제1항). 다른 개정안들과 달리 상장회사의 경우 제소권자의 지분보유요건을 0.001%로 대폭 완화하고 있다. 그리고 피출자회사가 다른 회사의 지배출자회사인 경우 그 다른 회사는 제1항의 피출자회사로 본다고 규정하고 있는 바, 이는 제소범위를 손자회사에까지 확장하여 명문으로 다중대표소송의 인정을 명확히 한 것으로 풀이할 수 있다(안 제406조의2 제2항).

3. 노회찬 의원안(2016년 9월 2일, 의안번호 제2002091호)

노회찬 의원안은 다른 의원안들이 자회사 지분보유요건을 형식적인 기준으로 규정하고 있는 것과는 달리 실질적인 기준도 함께 도입하고 있다는 점 및 제소권을 단독주주권으로 하고 있다는 점이 특징적이다. 구체적으로는 특정회사의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 회사(이하 “지배회사”라 한다)의 주식을 6개월 이상 보유한 주주는 그 지배회사의 영향력을 받는 회사(이하 “피지배회사”라 한다)에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하고 있다. 여기서 말하는 “지배회사의 영향을 받는 경우”란 (a) 지배회사가 피지배회사의 발행주식총수의 30% 이상을 초과하여 보유하는 경우 혹은 (b) 지배회사 및 피지배회사가 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률” 제2조 제2호의 기업집단에 소속되어 지배회사가 대통령령이 정하는 바에 따라 사실상 피지배회사의 사업내용을 지배할 경우를 의미한다(안 제406조의2 제1항 이하). 한편, 노회찬 의원안에서는 ① 6개월 전부터 계속하여 해당 회사의 주식을 보유한 주주 ② 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 해당 회사의 노동조합 ③ 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 해당 회사 근로자의 과반수를 대표하는 자(이하 “근로자대표”라 한다)에게도 대표소송의 원고적격을 인정하며, 다중대표소송의 원고적격과 차이를 두고 있다. 이는 지배회사의 노동조합과 근로자대표는 지배회사의 주주만큼 피지배회사에 대한 이해관계를 갖고 있지 않다는 점에서 차이를 두고 있는

것으로 미루어 짐작된다.

한편 주주가 위와 같은 소를 제기한 경우, 법원은 이사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있도록 하고 있고, 이 경우 이사가 위의 제소청구가 악의임을 소명하여야 한다(동조 제4항 및 상법 제176조 제3항·제4항). 또한 이사의 과실에 대한 증명책임을 전환하여, 부실경영을 저지른 이사가 스스로 경영판단원칙을 준수했다는 증명책임을 지도록 하고 있다(안 제401조 제1항).

4. 이종결 의원안(2016년 11월 3일, 의안번호 제2003254호)

이종결 의원안은 기본적으로 김종인 의원안과 동일한 내용을 담고 있으나, 제소권자에게 회계장부열람권 및 업무 및 재산상태 검사청구권을 추가로 인정하고 있다.

〈20대 국회 상법 개정안 비교표〉

	김종인 의원안	채이배 의원안	노회찬 의원안	이종결 의원안
회계장부열람권	x	지배출자회사 발행 주식총수의 3% 이 상 보유 주주 청구 가(可)	지배회사 발행주식 총수의 3% 이상 보 유 주주 청구 가(可)	모회사 발행주식총 수의 3% 이상 보유 주주 청구 가(可)
업무·재산상태검사권	x	x	x	① 회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반 한 중대한 사실이 있 음을 의심할 사유 ② 비상장회사 : 발 행주식 총수의 100 분의 3이상에 해당 하는 주식을 가진 주 주 청구 가(可) 상장회사 : 6개월 전 부터 계속하여 상장 회사 발행주식 총수 의 1천분의 15 이상 에 해당하는 주식을 가진 주주 청구 가 (可)
주주의 소송참가·소송 고지	o	x	x	o
기타			*담보제공명령 *이사의 책임에 대해 입증책임 전환	

12) 제소효력의 유지와 관련하여서는 별도의 규정을 두지 않았다. 이는 대표소송의 제소요건이 단독주주권화

다중대표소송이 인정되는 모회사의 관계		모회사가 자회사 지분의 50% 초과 보유하는 경우	출자회사가 피출자회사 지분의 30% 초과 보유하는 경우	① 지배회사가 피지배회사의 지분의 30% 초과 보유 or ② 지배회사 및 피지배회사가 공정거래법 상의 동일한 기업 집단에 소속되어 지배회사가 피지배회사의 사업내용을 사실상 지배할 경우	모회사가 자회사 지분의 50% 초과 보유하는 경우
제소권자	비상장	모회사 발행주식총수의 1% 이상을 보유한 주주	지배출자회사 발행주식총수의 1% 이상을 보유한 주주	6개월 전부터 지배회사의 주식을 보유한 주주(단독주주권) * 대표소송의 경우, 노동조합 및 근로자 대표에게도 인정	모회사 발행주식총수의 1% 이상을 보유한 주주
	상장	모회사 발행주식총수의 0.01% 이상을 6개월 전부터 보유한 주주	지배출자회사 발행주식총수의 0.001% 이상을 6개월 전부터 보유한 주주		모회사 발행주식총수의 0.01% 이상을 6개월 전부터 보유한 주주
제소효력 유지		① 제소 후 제소주주의 지분감소(1% 미만, 상장회사의 경우 0.01% 미만), (주식을 보유하지 않게 된 경우 제외) ② 제소 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전, 합병)으로 인한 주주자격 상실 ③ 제소 후 모회사의 지분감소(50% 미만, 모회사관계의 이탈)	① 제소 후 제소주주의 지분감소(1% 미만, 상장회사의 경우 0.001% 미만), (주식을 보유하지 않게 된 경우 제외) ② 제소 후 지배출자회사의 피출자회사에 대한 주식이 감소된 경우	x ¹²⁾	① 제소 후 제소주주의 지분감소(1% 미만, 상장회사의 경우 0.01% 미만), (주식을 보유하지 않게 된 경우 제외) ② 제소 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전, 합병)으로 인한 주주자격 상실 ③ 제소 후 모회사의 지분감소(50% 미만, 모회사관계의 이탈)

III. 미국과 일본의 논의 및 입법례

1. 미국의 다중대표소송제도

1.1 이론적 근거

미국 다중대표소송의 이론적 근거로서 ① 법인격부인이론(Piercing the Corporate Veil) ② 공동지배이론(Common Control) ③ 신인관계이론(신탁관계론)(Double Fiduciary Theory) ④ 대리이론(Agency Theory) ⑤ 특정이행이론 ⑥ 손해회복기능과 위법행위억제

됨에 따른 것으로 판단된다. 제소효력을 유지하기 위해서는 제소 후 최소한 1주라도 보유해야하기 때문이다.

기능을 증시하는 이론(Compensation and deterrence theory) 등이 주로 거론된다.¹³⁾ 이렇듯 이중대표소송을 인정하는 법적근거는 매우 다양한데, 이는 미국 판례가 특정 이론에 얽매이지 않고, 각 사건 마다 구체적 형평성을 꾀하려 하고 있기 때문이다.¹⁴⁾

1.1.1 법인격부인이론(Piercing the Corporate Veil)

지배회사와 종속회사의 법인격이 별개의 법인으로 볼 수 없을 정도로 형해화 되어 있는 경우 혹은 사기나 위법행위를 하기 위하여 법인격이 이용되는 경우, 양 회사를 단일한 회사로 보아 다중대표소송을 인정할 수 있다는 이론이다.¹⁵⁾

1913년의 *Martin v. D. B. Martin Co.* 판결¹⁶⁾에서는 이러한 이론을 바탕으로 법원은 지배회사와 종속회사의 법인격이 다르더라도 법인격을 부인할 수 있을 정도로 일체관계가 형성되어 있는 경우에만 지배회사의 주주부호의 필요성이 인정되는 범위 내에서 이중대표소송이 인정된다고 판시하였다. 1987년의 *Brown v. Tenney* 판결¹⁷⁾에서는 법인격을 부인하기 위한 요건으로, ① 이해관계와 소유가 통합되어 있고, ② 회사의 소유자를 별도의 인격으로 볼 수 없어야 하며, ③ 종속회사가 독립된 법인격을 가진 회사로 존속하게 된다면 사기나 부정행위가 계속될 가능성이 있어야 하고, ④ 지배회사와 종속회사의 자본의 불충분과 자산으로 혼동, 회사형태의 형해화, 양 회사 간의 이사나 임원이 겸임하고 있어야 한다는 등의 요건을 제시하였다.¹⁸⁾

1.1.2 동일지배이론(Common Control)

지배회사와 종속회사 양자를 동일한 이사 등 경영진이 지배하고 있는 경우 그러한 동일 지배 사실을 근거로 하여 다중대표소송을 인정할 수 있다는 이론이다. 지배회사와 종속회사 양 쪽 모두를 지배하고 있기 때문에 지배회사의 대표소송도, 종속회사의 손해배상청구도 기대할 수 없기 때문이다. 이러한 경우 모회사의 주주가 자회사의 손해에 대해 간접적이기는 하지만, 이해관계를 가진 유일한 자이기 때문에 이들에게 원고적격을 인정한다.¹⁹⁾대

13) 강선희, “이중대표소송에 대한 법적 고찰”, BFL 제7호, 서울대학교금융법센터, 2004, 111-122쪽; 김대규, “지배 회사 주주의 이중대표소송”, 증권법연구 제5권 제2호, 한국증권법학회, 2004, 128-131쪽; 藤田真樹, “多重代表訴訟制度を巡る問題-親会社少数株主の機”, 彦根論叢, 第402号, 2014, 9-11頁。

14) 최준선, 앞의 논문, 443쪽.

15) David Locascio, “The Dilemma of the Double Derivative Suit”, 83 *Nw. U. L. Rev.*, 1989, p.744.

16) *Martin v. D.B. Martin Co.*, 10 Del. Ch. 211, 88 A. 612, 102 A. 373 (1913)

17) *Brown v. Tenney*, 155 Ill. App. 3d 605, 508 N.E.2d 347 (1987).

18) 최준선, 앞의 논문, 444쪽.

표적인 판례로는 *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.*²⁰⁾판결이 있다.

1.1.3 신인관계이론(Fiducially Theory)

회사는 주주에 대해 신임의무를 부담하고 종속회사는 지배회사에 대해 신임의무를 부담하기 때문에, 지배회사가 수임자로서 그 권리를 행사하지 않을 경우, 이를 강제하기 위하여 지배회사의 주주에게 다중대표소송을 인정할 수 있다는 이론이다.²¹⁾ 대표적인 판례로는 *Goldstein v. Groesbeck*²²⁾판결 등이 있다.

1.1.4 특정이행이론(Specific Performance Theory)

특정이행이론에 의하면 지배회사는 종속회사에 대한 지배권을 가지기 때문에, 지배회사의 주주에 대하여 자회사의 부정행위를 바로 잡을 의무를 진다는 이론이다.²³⁾ 따라서 지배회사의 주주는 이러한 의무의 이행을 강제시키기 위하여 다중대표소송을 제기할 수 있는 권리를 가진다.

1.1.5 보상과 억제이론(Compensation and Deterrence Theory)

보상과 억제이론에 의하면 대표소송은 이사 등에 대한 책임 추궁을 통해 회사가 입은 손해를 회복할 수 있도록 하는 손해회복기능과 회사의 이사 등은 그러한 소를 제기 당할 수 있다는 인식을 가지게 되어 스스로 위법행위를 억제하는 기능을 가지기 때문에 인정된다고 한다. 그리고 다중대표소송은 대표소송의 확장적인 개념으로 대표소송과 같이 이러한 기능을 기대할 수 있기 때문에 다중대표소송 역시 당연히 인정해야 한다고 한다.²⁴⁾

한편 손해회복기능과 관련하여서는 ① 손해의 회복은 결국 피해를 받은 종속회사에 대해 행해지기 때문에 불완전하기는 하지만, 전체의 주주와 채권자가 그와 같은 피해회복에 의해 간접적으로라도 이익을 향수하게 된다는 점 ② 손해회복기능의 불완전성은 다중대표소송 고유의 문제가 아니라 대표소송에서도 생기는 문제이기 때문에, 다중대표소송의 경우에도 손해배상기능을 인정할 수 있다고 한다.²⁵⁾

19) Locascio, *supra* note 15, pp. 746-747.

20) *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.*, 96 F.2d 148, 151 (2d Cir. 1938).

21) Locascio, *supra* note 15, p.751. 422, 425(2d Cir.1944).

22) *Goldstein v. Groesbeck*, 142 F.2d 422, 425 (2d Cir. 1944).

23) Ballantine, *On Corporations*, Rev. ed, (Challaghan and Company, 1946), p. 350.

24) Locascio, *supra* note 15, pp.754-755.

또한 다중대표소송의 위법행위의 억제기능은 대표소송의 경우 이상으로 중요한 역할을 하게 될 것이라고 한다.²⁶⁾ 그 이유로 ① 공개회사에서는 위임장권유 전쟁이나 적대적 매수 등의 주식시장의 규율을 통해 이사 등 경영자의 행위가 감시될 수 있지만, 비공개회사가 많은 종속회사의 이사 등 경영진은 이러한 시장의 감시로부터 상대적으로 자유롭다는 점, ② 미국의 법원은 이사 등 경영자에 대한 주주의 사적인 이익을 목적으로 하는 소송을 제한하고 있어, 종속회사의 남용에 대한 현실적인 감시는 다중대표소송에 의할 수밖에 없다는 점, ③ 다중대표소송이 없는 경우, 회사 법인격의 층을 한층 더 추가함에 따라 대표소송을 당할 가능성이 낮아지게 될 것이기에, 많은 회사들이 종속회사를 통해 모든 위법한 사업 활동을 행할 수도 있다는 점을 들고 있다.²⁷⁾

한편, 다중대표소송에 의해 과도한 억제효과가 생겨날 수 있다는 비판이 있을 수 있지만, 경영판단의 원칙에 의해 주위의무위반에 의한 소송으로부터 경영진이 보호될 수 있고, 의사결정의 위축현상도 방지될 수 있다고 한다.²⁸⁾

1.2 요건

1.2.1 모자회사의 관계

미국에서는 모자회사관계에 대한 요건이 일정하게 나타나고 있지는 않다. 기본적으로는 지배회사가 종속회사에 사실적인 지배(*de facto controlling*)를 행사하고 있는 경우에 한해 다중대표소송을 인정하는 판례가 많다.²⁹⁾ 형식적인 기준으로는 사건별로 특색이 있어 어떤 경우에는 지배회사의 종속회사에 대한 지분율이 50%에 못 미치는 경우도 있고,³⁰⁾ 경우에 따라서는 완전모자회사관계가 나타나기도 한다.³¹⁾ 최근 들어서는 압도적으로 완전모자회사관계가 빈번히 등장하고 있다.³²⁾

25) *Ibid.*, pp.755-757.

26) *Ibid.*, p.756.

27) *Ibid.*, pp.756-758.

28) *Ibid.*, p.758.

29) 손영화, “다중대표소송제도 도입에 관한 쟁점사항 검토”, 경제법연구 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013, 25쪽.

30) *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co., Chapman v. International Merchantile Marine Company et al.* 96 f. 2d 148.

31) *Sternberg v. O'neal*[1988] 550 A.2d 1105 (Del. 1988); *Vlasband v. Rales* [1992] 971 F.2d 1034 등.

32) 김정호, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 상사법연구 제33권 제4호, 한국상사법학회, 2015, 13-14쪽.

1.2.2 제소권자

제소권자에 대한 요건으로는 다중대표소송 및 주주대표소송 모두 단독주주권으로 주식 1주만 보유하여도 소제기가 가능하다. 또한 우선주의 주주를 비롯한 명부상의 주주, 전환사채권자와 더불어서 지배회사의 주주가 종속회사의 실질적인 소유자라면 이중대표소송의 원고적격을 가진다고 볼 수 있다.³³⁾

그리고 연방민사소송규칙 제23.1조는 대표소송의 제기권을 단독주주권으로 하되, 회사의 권리를 행사함에 있어서 “주주들을 공정하고 적절하게 대표할 것”(fair and adequate representation)이라는 대표적절성(代表適切性)의 요건을 선행적으로 충족할 것을 요구하고 있다.³⁴⁾ 실제 대표소송에 참가하지 않은 주주에게 판결의 효력을 미치게 하는 것을 정당화하기 위한 요건으로서 주주대표소송의 남용을 방지하는 기능까지 함께 가지고 있다.³⁵⁾

한편 주식을 가진 주주라고 하더라도, 이사의 위법행위 시점 당시의 주주 혹은 그러한 주주로부터 법의 작용(operation of law)³⁶⁾에 의하여 주식을 양수한 자로 제소권자를 한정 짓는 주식동시소유의 원칙의 제한을 받는다.³⁷⁾ 이러한 원칙은 대표소송 뿐만 아니라, 이중대표소송의 경우에도 적용된다. 즉 지배회사의 주주는 종속회사를 소유한 지배회사의 주주일 뿐 종속회사의 주주가 아니기 때문에, 동시소유 요건을 충족하지 못하여 원고적격을 가지지 못한다. 하지만, 예외적으로 ① 원고가 자신이 주식을 매입하기 전부터 이사가 위법행위를 저지르고 있었고, 매입 이후에도 그러한 위법행위가 계속되고 있는 경우(계속적인 위법행위), ② 주식의 교환·이전, 합병 등을 통해 종속회사의 주주가 지배회사의 주주가 되는 등의 경우³⁸⁾에는 원고적격을 상실하지 않는다고 한다.³⁹⁾

33) 최준선, 앞의 논문, 446-447쪽

34) 권재열, “대표소송의 개선과 다중대표소송의 도입을 위한 2016년 상법개정안의 검토 -델라웨어주의 관련 법제 및 판례 동향과의 비교를 중심으로-”, 경영법률 제27권 제7호, 한국경영법률학회, 2016, 141쪽.

35) Dismissing Derivative Actions in the Federal Courts for Failure to Allege Demand Futility: Choosing a Standard of Appellate Review - Abuse of Discretion or De Novo, 64 Emory Law Journal 201, 244-245(2014). 권재열, 위의 논문, 141쪽 재인용.

36) 이는 당사자의 의사에 상관없이 법에 의해서 권리나 의무가 발생하는 것을 의미한다.

37) 권재열, 앞의 논문, 140쪽.

38) 1985년의 캘리포니아주 항소법원의 Gaillard v. Natomas Co. 판결에서는 이사의 위법행위시는 물론이고 대표소송을 제기할 시점에서도 자회사의 주주였다는 점에서 주식동시소유의 요건을 충족하였으며, 소 제기 이후에 이루어진 주식교환은 당해 주주의 자발적 의사에 의한 것이 아니며, 주식교환 후에도 지배회사의 주식을 계속 소유하고 있다는 점, 자회사가 소송의 필요적 당사자라는 점을 근거로 들며 이러한 예외를 인정하고 있다. 173 Cal. App. 3d 410(1985). 최준선, 앞의 논문, 448쪽에서 재인용.

39) 최준선, 위의 논문, 447-448쪽.

또한 주주는 이사의 위법행위가 있을 당시의 주주(주식동시소유의 원칙)가 소제기 시 뿐만 아니라 판결 시까지 주식을 계속 소유하고 있어야 한다는 주식계속소유의 원칙의 제한을 받는다. 델라웨어 주법은 주식동시소유원칙 외에도 주식계속소유의 원칙을 명문으로 규정하고 있지만, 일부 법원에서는 회사의 합병으로 인하여 원고가 자신의 주식을 자의에 반하여 포기하여야만 하였을 경우 주식계속소유의 원칙을 요구하지 아니한다.⁴⁰⁾

1.2.3 제소 절차

미국의 경우 주주가 다중대표소송을 제기하기 전에는 반드시 회사에 해당 이사를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하여야 한다는 사전제소청구요건(demand requirement, demand rule)이 요구된다. 즉 지배회사의 주주는 종속회사의 이사가 선관주의의무 위반이나 충실의무, 신인의무 등을 위반함으로써 자회사에 손해가 발생하였고 그 결과 모회사가 손해를 입었다면, 우선 지배회사의 주주는 1차적으로 지배회사 및 종속회사에게 종속회사의 이사를 상대로 제소할 것을 청구하고 그 청구가 부당하게 거절된 경우에 한하여 지배회사의 주주에 의한 이중대표소송을 제기할 수 있다. 하지만, 부정행위자가 지배회사와 종속회사를 모두 지배하고 있는 경우와 같이 이사회에 대한 제소청구가 무익(futile)한 것일 때에는 이사회에 대한 제소청구가 면제될 수 있다고 보고 있다.⁴¹⁾

2. 일본의 다중대표소송제도

2.1 이론적 근거

다중대표소송의 인정 근거는 ‘회사법 개정안 중간시안에 관한 보충설명’에서 이를 잘 설명하고 있다. 즉 ‘회사법 개정안 중간시안에 관한 보충설명’ 중 다중대표소송제도의 창설 이유를 살펴보면, “현행법의 주주대표소송제도는 이사 등이 위법행위를 하여 회사에 대해 손해배상책임을 지는 경우, 다른 동료 임원들과 해당 이사 등과의 친밀한 관계, 동료의식 등의 이유로 회사가 이사 등의 책임을 추궁하는 것을 기대하기 어려운 경우가 많다. 이는 회사 혹은 주주의 이익에 반할 우려가 있기 때문에 주주가 직접 이사 등의 책임을 추궁하기 위하여 대표소송을 제기할 수 있도록 하여 주식회사 혹은 주주들의

40) 최준선, 위의 논문, 449쪽.

41) 최준선, 위의 논문, 449-450쪽.

이익회복을 꾀하기 위한 것”이라 하고 있다. 그리고 “제도의 취지에는 이와 같은 손해회복기능 뿐만 아니라, 이사 등의 임무해태를 방지하는 기능(위법행위억제 기능)이 있기에, 다중대표소송의 제도 창설의 당부에는 손해회복기능과 위법행위억제 기능의 실효성 확보라는 관점에서 검토함이 유익할 것”이라고 서술하고 있다.⁴²⁾

위와 같은 관점은 미국의 보상과 억제이론의 태도를 계승한 것으로 평가된다.⁴³⁾ 대표소송이 긍정되는 이유는 주주에 대한 손해회복 기능과 이사 등에 대한 위법행위 억제기능이 있기 때문인데, 다중대표소송은 대표소송이 확장되어 인정되는 것으로, 대표소송과 마찬가지로 손해회복기능과 위법행위 방지기능이 기대되기 때문에 다중대표소송을 인정해야만 한다는 것이다. 그리고 주주대표소송의 근거조항인 현행 일본회사법 제847조에 “최종완전모자회사 등의 주주에 의한 특정책임추궁의 소”라는 명칭으로 제847조의 3을 추가하는 형태로 조문을 배치한 것과도 이론적 정합성이 있다고 한다.⁴⁴⁾

2.2 이론적 근거에 대한 새로운 견해

일본에서는 대표소송이 가지는 손해회복 기능과 위법행위의 억제기능의 관계에 대해서는 전통적으로 손해가 발생하지 않으면, 처음부터 손해배상청구권 자체가 인정되지 않기 때문에, 손해의 회복이 주요한 목적이고 위법행위 억제는 부차적인 효과일 뿐이라고 설명해왔다.⁴⁵⁾ 하지만 최근 일본에서는 현실적으로는 대표소송의 제기는 손해를 회복하기보다는 위법행위를 억제하기 위한 목적이 더욱 크다고 지적되고 있다. 이러한 견해에 의하면 대표소송제기에 의해 축적되는 판례를 통하여 임원 등의 의무나 책임에 관한 법규범을 형성하게 되는 기능도 있다고 한다.⁴⁶⁾ 구체적인 내용을 설명하자면 아래와 같다.

대규모 회사의 경우, 이사의 부정행위에 의해 회사에 손해가 발생하는 금액이 이사의 자력에 비해 큰 경우가 많고, 이사는 대부분 종업원 출신자로, 보수도 유럽과 미국 각국에 비해서도 낮은 수준이기 때문에 실제로 최종적으로 회수되는 금액은 크지 않다.⁴⁷⁾ 또한

42) 法務省民事局参事官室, 会社法制見直しに関する中間試案の補足説明, 法務省, 2011, 28頁.

43) 藤田真樹, 前掲 論文, 14頁.

44) 藤田真樹, 上掲 論文, 14頁.

45) 河本一郎ほか, “[座談会]株主代表訴訟”, 民商法雑誌 110卷 2号, 1994, 199頁; 高田裕成ほか, “[座談会]株主代表訴訟の手続法上の問題点”, 民商法雑誌 115卷 6号, 1997, 819頁; 株主代表訴訟制度研究会, “株主代表訴訟に関する自民党の商法等正試案骨子に対する意見”, 商事法務 1471号, 1997, 7頁.

46) 高橋陽一, 多重代表訴訟制度のあり方—必要性和制度設計, 商事法務, 2015, 149-150頁.

47) 飯田秀総, “取締役の監視義務の損害賠償責任による動機付けの問題点”, 民商法雑誌 146卷 1号, 2012, 34頁.

다수의 주주가 존재하는 대규모회사의 경우 1주당 손해회수액은 극히 적고, 원고 주주가 손해회복을 목적으로 대표소송을 제기하는 일도 많지 않기 때문에 손해회복기능이 가지는 의미는 크지 않다.⁴⁸⁾

이와는 대조적으로 위법행위억제 기능이 가지는 의미는 매우 크다. 대표소송의 위법행위억제 기능을 통해서 기업 경영의 투명성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 부정행위가 억제되어 발생하지 않는 손해만큼의 이익이 생기게 된다.⁴⁹⁾ 그리고 이러한 이익은 주주, 회사채권자, 나아가서는 종업원의 이익에도 영향을 미칠 것이고, 회사의 위법행위가 억제되고 있다는 신뢰가 사회 전체적으로 생긴다면 투자나 거래가 더욱 활성화 될 것이다.

이러한 위법행위억제 기능이 제대로 발휘되기 위해서는 현실적인 소제가 가능성이 필요하다. 즉 위법행위가 있는 경우에 항상 대표소송이 제기될 필요는 없지만, 소를 제기당할 수 있다는 현실적인 가능성이 있다는 사실을 회사의 이사 등이 경영진이 인식하게 되어야 한다.⁵⁰⁾ 회사의 이사 등이 소제기를 당할지도 모른다는 인식이 있으면, 스스로 위법행위를 억제하려 할 것이기 때문이다.

또한, 이러한 소송이 반복되면 반복될수록 판례가 쌓여 일종의 판례법이 형성될 것이고, 조문상의 애매한 문언의 해석이 명확하게 됨에 따라, 법적으로 허용되는 행위의 범위가 명확하게 될 것이다.⁵¹⁾ 이러한 상태가 된다면 경영행위의 예측가능성이 생겨 경영의 위축현상이 상당부분 방지될 것이다.

한편 일본의 다중대표소송제도는 전술한 대표소송의 두 가지 기능 중 손해회복기능을 중요한 목적으로 하고, 위법행위 억제를 부차적인 것으로서 제도설계가 행해졌다고 평가되고 있다.⁵²⁾ 하지만 이는 위에서 설명한 바와 같이 대표소송은 손해회복기능보다 위법행위의 억제기능을 중시하여 설계가 행해졌다는 최근의 회사법이론과 모순된다.⁵³⁾ 따라서 다중대표소송 역시 대표소송과 마찬가지로 위법행위의 억제기능을 더욱 중시하여, 제도가 더 넓은 범위에 걸쳐 적용되는 방향으로 제도설계가 이루어져야 한다고 한다.⁵⁴⁾

48) 高橋陽一, 上掲書, 150-152頁。

49) 高橋陽一, 上掲書, 154-155頁。

50) 高橋陽一, 上掲書, 156頁。

51) 高橋陽一, 上掲書, 159頁。

52) 藤田真樹, 前掲論文, 14頁。

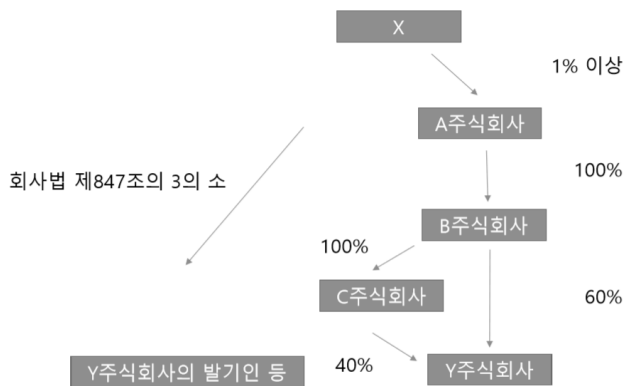
53) 高田ほか, 前掲論文, 819頁; 阿部一正ほか, “条解・会社法の研究11-取締役6”, 別冊商事法務248号, 2002, 16頁。

54) 藤田真樹, 前掲論文, 15頁。

2.3 요건

2.3.1 제소 요건⁵⁵⁾

6개월 전부터 계속하여 주식회사의 최종완전모회사 등⁵⁶⁾의 의결권 총수의 100분의 1이상을 의결권을 보유하거나 발행주식총수(자기주식을 제외함)의 100분의 1이상의 주식을 보유하고 있는 주주가 제기할 수 있다(일본 회사법 제847조의3). 예를 들어, 아래 그림과 같은 경우 A주식회사는 Y주식회사의 최종완전모회사 등이기 때문에, 6개월 전부터 계속하여 그 발행주식 또는 의결권의 1% 이상을 가지고 있는 주주 X는 Y주식회사를 위하여 다중대표소송을 제기할 수 있다(각 요건은 정관에 의해 낮출 수 있고, 비공개회사의 경우 6개월 이상 계속보유요건은 요구되지 않는다) (동조 제3항 및 제6항). B주식회사는 Y주식회사의 완전모회사이지만, 최종완전모회사가 아니기 때문에 B주식회사의 주주(A주식회사)는 다중대표소송을 제기할 수 없다.⁵⁷⁾



〈그림 III-1〉 최종완전모회사 주주에 의한 다중대표소송 제기의 예⁵⁸⁾

55) 일본의 경우 다중대표소송과 관련하여 완전모회사 등의 주주에 의한 특정책임 추궁의 소(일본 회사법 제847조의3) 이외에도 구(旧)주주에 의한 책임추궁 등의 소(동법 제847조 제1항)가 존재한다. 이는 주식교환, 주식 이전 또는 당해 회사가 소멸회사가 되는 흡수합병을 행한 경우에 인정되는 것으로 우리 상법 개정안들에도 이와 유사한 규정들이 존재하지만 논의의 범위에서는 제외하도록 한다.

56) 어느 회사의 주식을 100%보유하고 있는 회사(완전모회사)로, 그 회사 위에 100% 주식을 보유하고 있는 회사가 없는 경우를 의미한다. 즉 완전모회사관계의 정점에 있는 회사를 의미한다.

57) 田中亘, 会社法, 東京大学出版会, 2016, 345-346頁.

58) 田中亘, 前掲書, 346頁.

위와 같이 제소권을 가진 최종완전모회사의 주주는 중요한 완전 자회사의 이사 등의 책임에 대해 다중대표소송을 제기할 수 있다. 여기서 말하는 중요한 완전자회사란 당해 완전자회사 주식의 장부가액이 최종완전자회사 등의 자산총액의 5분의 1을 초과하는 경우의 회사를 의미한다(동법 제847조의3 제1항 및 제4항, 동법 규칙 제218조의6). 그리고 이사 등이라 함은 발기인, 설립시의 이사, 설립시의 감사, 이사, 회계참여, 감사, 외부감사인, 청산인을 의미한다(동법 제847조 제1항).

2.3.2 제소 절차

대표소송(동법 제847조)에서와 같이 다중대표소송 역시 이를 제기하려는 자는 원칙적으로 먼저 자회사에 대해 제소청구를 행하고(동법 제847조의2 제1항·제847조의3 제1항), 60일 내에 주식회사가 소송을 제기하지 않는 경우에 대표소송을 제기할 수 있다(동법 제847조의2 제6항·제847조의3 제7항). 예외적으로 위 기간 내에 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 경우에는 즉시 소를 제기할 수 있도록 하고 있다(제847조의2 제8항·제847조의3 제9항).

한편, 남소방지 규정으로 ① 당해 소가 당해주주 혹은 제3자의 부정한 이익을 꾀하거나 당해 주식회사 혹은 당해 최종완전모회사 등에 손해를 가할 목적으로 하는 경우(동법 제847조의2 제1항·제847조의3 제1항 제1호) ② 당해 특정책임의 원인이 된 사실에 의해 당해 완전모회사 등에 손해가 발생하지 않은 경우에는 소를 제기할 수 없다(제847조의3 제1항 제2호). 여기서 완전모회사 등에 손해가 발생하지 않은 경우란 모자회사간 혹은 계열회사 간에 거래관계에 있는 경우와 같이 자회사의 손해가 모회사에 간접손해가 되더라도, 그 만큼 이익이 직접적 혹은 간접적으로 모회사에게 생기는 경우를 말한다.

이외에도 다중대표소송의 절차에 대해서는 대표소송의 규정이 그대로 적용된다(동법 제847조의4 내지 제853조).

IV. 다중대표소송의 방향성

1. 다중대표소송의 적용 범위

1.1 모회사와 종속회사의 관계설정

다중대표소송의 도입에 있어 가장 먼저, 모회사와 종속회사의 관계를 어떻게 설정할 것인지에 대해 검토가 필요하다. 전술한 바와 같이 미국의 경우 모회사가 종속회사에 사실적인 지배(de facto controlling)를 행사하고 있는 경우에 한해 다중대표소송을 인정하는 판례가 많다. 일본의 경우에는 최종완전모자회사의 경우에만 다중대표소송을 인정하고 있다. 한편 현재 우리 국회에 계류되어 있는 상법 개정안들은 형식적인 기준으로 30%~50%의 모회사가 자회사의 지분을 보유하고 있거나, 모회사가 실질적으로 종속회사의 사업내용을 지배하는 경우에 다중대표소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 입법례들을 종합해보면 결국, 다중대표소송이 인정되는 모회사와 종속회사의 관계를 설정하기 위해서는 ① 완전모자회사관계에 한해 인정하는 방안 ② 형식적인 지분보유 요건을 통해 설정하는 방안 ③ 실질적인 요건 즉 사실적인 지배가 있는 경우에 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

하지만 전술하였듯이 일본에서 제도가 제대로 기능을 하지 못하고 있는 상황과 이에 대해 다중대표소송제도의 위법행위의 억제기능 중시하여 적용범위를 넓혀야 한다는 일본에서의 논의를 고려해 본다면, 완전모자회사관계에 한해 다중대표소송을 인정하는 것은 지양해야 한다. 위법행위 억제기능이 제대로 발휘되기 위해서는 제소의 ‘현실적인 가능성’이 필요한데, 완전모자회사관계에 한하는 것으로 규정된다면 제도의 적용범위가 너무 좁아 다중대표소송이 가지는 위법행위억제 기능이 제대로 발휘 되지 못할 가능성이 높기 때문이다. 일본이 완전모자회사관계에 한해 다중대표소송을 제기할 수 있도록 한 이유는 대표소송의 소제기권은 단독주주권으로 규정되어 있어, 자회사에 1명이라도 주주가 존재한다면 그 주주가 대표소송을 제기할 수 있기 때문이었다.⁵⁹⁾ 하지만 현실적으로 그 1명이 소를 제기할 확률은 다른 주주가 여러 명 있는 경우에 비해 높다고 보기 힘들다. 주주는 제소의무를 지지 않기에 합리적 무관심에 의해 제소하지 않는 경우가 더욱 많기 때문이다. 주주가 자회사의 이사와 친분이 있는 자일 경우에는 그러한 가능성

59) 法務省民事局參事官室, 前掲報告書, 29頁.

은 더욱 높아진다. 우리나라의 경우에는 대표소송제기권이 소수주주권으로 설정되어 있어, 대표소송의 제소권을 단독주주권으로 하고 있는 미국과 일본의 경우와 달리 일부 기관투자자나, 시민운동에 의해 결집되는 경우를 제외하고는 더욱더 제기되는 경우가 없을 것이다. 뿐만 아니라 모회사가 자회사의 지분을 99%초과 100%미만으로 소유하고 있는 경우에는 자회사의 주주들이 대표소송을 제기할 수 없다는 문제도 있다. 모회사가 자의적으로 관계자에게 자회사 주식을 보유 시켜 제도를 무력화시킬 가능성도 배제할 수 없다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

한편 완전모자회사관계가 필요하다는 측에서 다음과 같은 비판들이 있다.

첫째, 완전모자회사관계로 다중대표소송의 적용범위를 한정하지 않는다면 판결의 효력 범위 등 소송법상의 문제가 발생할 수 있다는 지적이 있다.⁶²⁾ 대표소송과 다중대표소송의 판결의 효력은 반사적 효력을 가진다. 그런데 다중대표소송의 경우 소송물이 ① 자회사 자신이 가지는 자회사 이사 등에 대한 손해배상 청구권인지 ② 모회사가 자회사의 주주로서 가지는 자회사의 이사 등에 대한 (대표소송을 통한) 손해배상 청구권인지에 따라 모회사의 다른 주주에게까지 판결의 반사적 효력이 미칠지, 모회사 이외의 자회사 주주에게도 그러한 효력이 미칠지 달라질 수 있다. 완전모자회사관계가 아닌 경우라면 모회사 이외의 자회사 주주에게까지 효력이 미치게 되는데, 이는 모회사의 주주와 자회사의 주주는 서로 다른 이해관계를 가질 수 있기 때문에 완전모자회사 관계에 한하여 인정해야 한다는 것이다. 한편 일본의 경우 일반적으로 다중대표소송의 소송물은 ①의 경우로 이해되고 있고, 이에 따라 모회사의 주주가 자회사가 가지는 이사에 대한 손해배상 청구권을 직접 대위행사 하는 것으로 이해되고 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 따라서 자회사의 다른 주주에게도 판결의 반사적 효력이 미치게 된다. 하지만 그러한 경우라고 하더라도 대표소송과 마찬가지로 자회사 주주에게 소송참가나 재심의 기회 등의 절차적인 보장을 마련한다면 대표소송의 경우와 비교하더라도 특별히 불리하다고 볼 수는 없다.⁶⁵⁾

60) 손영화, 앞의 논문, 25쪽.

61) 이에 대해서는 모회사 및 그의 관계자가 자회사의 주식 전부를 보유하고 있는 경우에 까지 다중대표소송을 인정하여 해결할 수 있다는 견해도 있다. 志村直子, “二段階(多段階)代表訴訟”, 商事法務1909号, 2010, 28頁. 하지만 이를 입증하기는 현실상 어려울 것이다.

62) 志村, 上掲論文, 28-29頁.

63) 高橋陽一, 前掲書, 263頁.

64) 일본의 다중대표소송은 원칙적으로 먼저 자회사에 대해 제소청구를 행하도록 규정하고 있다는 점에서(동법 제847조의2 제1항·제847조의3 제1항), 모회사의 대표소송제기권의 대위행사가 아닌 자회사의 손해배상청구권을 직접 대위행사 하는 것으로 평가되고 있다.

둘째, 완전모자회사관계가 아닌 경우, 모회사의 주주는 자회사 주주에 비해 자회사에 대한 경제적인 관련성이 없기 때문에 형평상의 문제가 생길 수 있다는 비판도 있다.⁶⁶⁾ 모자회사 주주가 가지고 있는 지분은 자회사 주주가 가지고 있는 지분에 비해 자회사에 대한 관계에서 희석되어 있고, 모회사의 자회사에 대한 지분비율이 낮아지면 낮아질수록 더욱더 희석되어 경제적 관련성이 작아지게 된다. 이렇게 실질적으로 더 적은 지분을 가져 경제적 관련성이 작음에도 종속회사의 경영진을 상대로 대표소송을 제기할 수 있어 형평상의 문제를 초래할 수 있다는 문제점이 생길 수 있다는 것이다. 그러나 근본적으로 대표소송의 경우에도 정의구현의 관점에서 다수의 주주가 결집되어 시민운동으로서 소를 제기하는 경우처럼 원고주주의 경제적 이해관계가 희박한 경우도 많다. 또한 전술한 바와 같이 대표소송을 제기하는 이유는 손해회복이 주목적이 아니라 위법행위에 대한 시정 및 예방에 있다고 보아야하고, 위법행위가 이미 발생한 경우에는 영향력의 정도와 관계없이 모든 주주가 이해관계를 가진다고 보아야 한다는 점에서 경제적 관련성이 기준이 되어서는 안 된다. 또한 다중대표소송의 경우 궁극적으로는 자회사의 손해가 회복되는 것이어서 자회사의 주주들이 얻게 되는 이익이 모회사의 주주들이 얻게되는 이익보다 더 크다는 점, 다중대표소송의 경우에도 소송참가나 재심 등을 도입하여 자회사의 주주들도 소송에 참가할 수 있다는 점을 고려한다면 결정적으로 형평상의 문제가 있다고 보기 어렵다.

형식적인 지분보유요건을 선택하는 경우 모회사가 자회사의 지분을 어느 정도 보유할 때 다중대표소송을 인정해야 할지 문제가 될 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리 상법개정안들은 30% 혹은 50%로 설정하고 있다. 하지만 근본적으로 이러한 형식적인 비율로 적용범위를 규정하게 된다면 적은 수의 지분으로 실질적으로 회사를 지배하는 순환출자를 통한 기업지배구조가 많은 우리나라의 현실에서 제도의 실효성이 있을지 의문이 있다. 위법행위의 억제기능이 발휘되기 위해서는 현실적 제소가능성이 있어야 하고, 그러한 제소가능성은 최대한 많은 범위에서 인식 되어야 할 것이기 때문에 제도의 실효성은 매우 중요한 문제이다. 한편, 적어도 다중대표소송이 적용되기 위해서는 그 전제로써 모회사와 자회사 사이에 ‘지배관계’가 필요⁶⁷⁾한데, 30%로 설정할 경우, 어느

65) 高橋陽一, 前掲書, 263頁.

66) 박신호, “이중대표소송제도 도입의 문제점”, CEO REPORT, 전국경제인연합회, 2006, 10쪽.

67) 미국의 경우 양자 회사 사이에 지배관계가 존재하지 않는다는 이유로 다중대표소송을 인정하지 않았던 판례로는 *Pessin v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 181 A.D.2d 66, 72(N.Y. App. Div. 1992). 한편, 지배관계가 존재하지 않는 경우에도 다중대표소송을 허용한 사례가 있지만, 이는 피고가 모회사 쌍방 모두를 지배하고 있는

정도 실효성을 확보할 수 있겠지만, 반드시 그러한 지배관계가 있다고 볼 수는 없다. 50%로 설정할 경우에는 모회사가 자회사 이사의 과반수를 선임할 수 있다는 점에서 지배관계가 있다고 평가할 수 있으나, 위에서 말한 순환출자를 통해 기업을 지배하는 경우를 규율할 수 없다. 이와 같은 내용들을 고려해본다면 결국 형식적인 기준으로는 다양한 회사의 지배구조를 모두 규율할 수는 없다.

따라서 다중대표소송이 적용되는 범위는 실질적으로 회사를 지배하는 경우에 한하여 인정하여야 할 것이다. 이러한 점에서 노회찬 의원안이 좋은 예시를 들어주었다고 생각된다. 하지만 사실상 지배의 개념에 관하여는 법원의 판단에 의한 판례의 발전을 기대해야 할 것이기에, 우선은 명확한 형식적인 요건에 의해 시행한 후 사회변화에 맞춰 실질적인 기준으로 나아가는 것도 하나의 방안이 될 것으로 보인다.⁶⁸⁾

1.2 자회사의 규모에 따른 제한

일본의 경우 중요한 완전 자회사에 한해 다중대표소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 중요한 완전자회사의 이사 등은 당해 기업 집단 전체에 있어서 최종완전모회사 등의 임원 등과 필적하는 지위에 있을 가능성이 높기 때문에, 다중대표소송의 대상으로 한 것이다. 한편으로는, 중요성이 떨어지는 회사의 이사 등은 실질적으로 모회사의 사업부분의 장(長)인 종업원에 상당하는 지위에 지나지 않는 경우가 많고, 그러한 자에게까지 다중대표소송에 의한 책임추궁을 인정하는 것은 이사 등에 대해서만 소를 제기할 수 있도록 한 현행 대표소송 제도와 균형을 갖추지 못하기 때문이기도 하다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾ 하지만 회사의 규모에 따라 일률적으로 모회사의 종업원에 해당하는 지위로 볼 수 있는지는 의문이다. 자산규모가 작은 회사일지라도 기업집단 전체에서 중요한 역할을 하는 경우는 충분히 있을 수 있고, 이사로서 권한을 가지고 있는 이상 그 권한을 남용할 경우 회사에 손해를 줄 수 있다는 점에서 달라지는 점은 없다. 또한 규모가 작은 회사라고

경우였다. West v. West. 825 F. Supp. 1033 (N.D.Ga. 1992).

68) 손영화, 앞의 논문, 27쪽; 김재범, “이중대표소송제도의 도입-상법에 대한 정합성 여부”, 상사법연구 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007, 50쪽.

69) 法務省民事局参事官室・前掲報告書, 40頁.

70) 이에 대해 규모가 작은 자회사의 경우에는 모회사 주주에게 주는 영향이 크지 않기 때문에 다중대표소송의 범위에서 제외한 것으로 해석하는 견해도 있다. 자회사의 규모요건은 책임원인사실발생일에만 존재하면 되고 제소청구시점이나 제소시점에는 요구되지 않는다는 점을 고려하면 모회사 주주가 받는 영향의 정도에 의해 제한이 이루어졌다고 해석해야한다고 한다. 藤田友敬, “親会社株主の保護”, JURIST 1472号, 2014, 34頁.

할지라도 완전자회사인 경우, 그 회사의 이사의 제소해태 가능성이 없다고 볼 수 없는 점, 그러한 제소해태로 완전자회사의 채권자 등 이해관계인의 이익이 침해될 수 있다는 점에서 다중대표소송의 범위에서 제외되어야 할 근거로는 부족하다고 생각된다. 또한 규모에 따른 제한이 있을 경우, 기업들은 다중대표소송의 대상이 되지 않기 위하여 자회사의 규모를 자의적으로 조정하게 될 것이고, 이에 따라 기업지배구조의 왜곡이 생길 가능성도 있다. 따라서 자회사의 규모에 따라 적용대상의 범위를 한정하는 것은 바람직하지 않다고 생각된다.

2. 제소자격

대표소송과 다중대표소송 모두를 단독주주권화 하고 있는 노회찬 의원안을 제외하고는 다른 의원안들은 비상장회사의 경우 모회사의 발행주식 총수의 1%, 상장회사의 경우 0.01%(채의배 의원안은 0.001%)를 소유하고 있는 주주에게 다중대표소송 제기권을 인정하고 있다. 한편, 노회찬 의원안은 상장·비상장 구분 없이 6개월 이상 주식보유요건을 규정하고 있고, 다른 의원안들은 상장회사의 경우에만 6개월 이상 주식보유요건을 규정하고 있다.

6개월 이상 주식보유요건은 남소방지를 위하여 미국의 주식동시소유요건(행위시보유요건)과 유사하게 남소방지의 역할을 할 것으로 기대되어 규정한 것으로 판단된다. 이는 현행 대표소송 규정도 상장회사의 경우 6개월 이상 주식보유요건을 규정하고 있다는 점에서 다중대표소송의 경우에도 이러한 요건을 규정한 것은 현행법과의 정합성 측면에서 타당하다.⁷¹⁾

하지만 현행 다중대표소송의 경우에도 현행 대표소송과 동일하게 비상장회사의 경우에는 1%(상장회사의 경우에는 0.01% 혹은 0.001%)로 설정하고 있다는 점은 모회사의 주주는 자회사의 주주에 비해 간접적인 이해관계를 갖기에 형평성 측면에서 타당하지 못하고, 남소의 위험이 있다는 비판이 있을 수 있다. 일본이 대표소송을 단독주주권으로 다중대표소송을 소수주주권으로 규정한 것은 이와 같은 이유에서였다.⁷²⁾ 하지만 우리의

71) 한편, 노회찬 의원안은 대표소송과 관련한 규정도 함께 개정하여 단독주주권화 함과 동시에 비상장·상장 구분 없이 6개월 이상 보유요건을 두고 있어 정합성 측면에서 문제는 없다.

72) 法制審議會会社法制部会, 第23回會議事録, 13頁. 한편 이에 대하여 회사에 대해 가지는 영향력 혹은 경제적 관련성의 차이에 따라 다중대표소송을 소수주주권으로 규정한 것은 이론적인 근거가 빈약하고, 모회사의 주주가 특별히 남용적인 소송을 더 제기 할 것이라고 보기는 어렵다는 비판도 유력하다. 藤田友敬, 前掲論文.

경우 다음과 같은 이유에서 일본에서와 같이 대표소송보다 다중대표소송의 경우에 더 높은 비율의 주식보유요건을 요구할 필요는 없다고 생각한다.

첫째, 남소의 문제와 관련하여 소수주주권으로 규정한 우리의 대표소송 제소실태를 살펴보면 최초로 대표소송이 제기된 1997년 제일은행 사건부터 2013년 12월까지 약 70건의 소송이 제기⁷³⁾되었는데 연간 평균 3-4건에 불과한 실정이다. 이러한 상황에서 다중대표소송의 도입으로 갑자기 남용적인 소제기가 이루어질 것이라고는 생각하기 어렵다. 뿐만 아니라 대표소송을 제기하는 주주의 악의⁷⁴⁾를 소명하는 경우에는 주주에게 상당한 담보를 청구할 수 있고(상법 제403조 제7항, 제176조 제3항 및 제4항), 주주대표소송에서 승소한 경우에도 주주는 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지출을 청구할 수 있을 뿐(동법 제405조 제1항) 승소 이익은 회사에 귀속된다는 점에서 남소방지 수단도 충분하다.⁷⁵⁾한편, 일본의 경우 당해주주 혹은 제3자의 부정한 이익을 꾀하거나 당해 주식회사 혹은 당해 최종완전모회사 등에 손해를 가할 목적으로 하는 경우(동법 제847조의2 제1항·제847조의3 제1항 제1호)에는 소를 제기할 수 없도록 하고 있다. 우리도 이와 같이 이사를 해하는 경우뿐만 아니라 주주 혹은 제3자의 부정한 이익을 꾀하거나, 당해 회사 또는 모회사에게 손해를 가할 목적이 있는 경우까지 ‘악의’가 있는 것으로 해석⁷⁶⁾하여 담보를 제공할 수 있도록 한다면 남소에 대한 방지가 좀 더 강화될 수 있을 것이다.

둘째, 형평성의 문제와 관련하여서는 대표소송과 다중대표소송 모두 소수주주권으로 규정해야 하는지에 대해서 근본적인 의문이 있다. 대표소송이든 다중대표소송이든 모두 회사의 권리를 실현하기 위해 제기하는 것이므로 주주가 회사에 대해 갖는 영향력의 크기에 관계없이 행사할 수 있다고 해야 옳다.⁷⁷⁾ 또한 대표소송이든 다중대표소송이든 회사의 권리 실현을 통해 주주의 손해를 ‘간접적’으로 회복하게 된다는 점에서 근본적으

34頁; 高橋陽一, 前掲書, 272-273頁。

73) 황현영, 앞의 논문, 10쪽.

74) 여기서 말하는 악의란 피고인이 이사를 해할 것을 알고 제소함을 뜻한다. 이철송, 회사법 강의 제24판, 박영사, 2016, 313쪽.

75) 손영화, “미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 한국법정책학회, 2005, 21쪽.

76) 일본에서처럼 소제기를 원시적으로 불가능하게 하기 보단, 담보제공의무를 부과하도록 해석하는 편이 더 효율적이라고 생각된다. 현실적으로 소제기 시점보다 소송의 수행과정에서 부정한 목적이나 손해의 내용이 좀 더 명확하게 판명될 수 있기 때문이다.

77) 이철송, 앞의 책, 312쪽.

로 같다. 따라서 자회사의 주주와 모회사의 주주를 달리 취급할 이유가 없다.

이상과 같은 점들을 고려한다면 다중대표소송과 대표소송의 현실적인 제소가능성을 높여 위법행위 방지기능을 발휘하기 위해서는 모두 단독주주권화 됨이 바람직할 것이다. 하지만 경제적 현실에 대한 인식과 제도 도입 초기라는 점을 고려한다면, 다중대표소송은 소수주주권으로 보충적인 역할을 하되, 적어도 대표소송⁷⁸⁾의 경우에는 단독주주권으로 설정하여 위법행위방지 기능이 활성화 되어야 한다.

3. 제소 절차

3.1 제소 전 절차

대표소송을 제기하려면 먼저 회사에 대하여 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 회사에 청구하여야 한다(상법 제403조 제1항 및 제2항). 위에서 검토한 다중대표소송 관련 상법개정안에서는 대표소송의 사전제소청구 규정을 준용하여 다중대표소송에서도 사전제소청구를 규정하고 있다. 다만 다중대표소송의 경우에는 모회사와 자회사 중 어느 회사의 이사회에 제소청구를 하여야 할지가 문제가 된다.

이에 대하여 모회사의 주주는 먼저 모회사에 대하여 제소를 청구하고, 거절된 경우에 자회사에 대하여 제소청구를 한 후, 그 청구가 모두 거절된 경우에 이중대표소송을 제기할 수 있다는 견해⁷⁹⁾가 있다. 이는 이중대표소송은 ‘모회사의 주주가 모회사의 대표소송 제기권을 대위하고, 자회사의 주주인 모회사는 자회사를 대위하여 소송을 제기하는 것(이중의 대위)라는 미국의 전통적인 태도⁸⁰⁾에 입각한 것으로 보인다. 반면에 일본의 제도는 완전모회사의 주주는 자회사에 대하여 제소를 청구하여야 하며, 자회사가 청구일로부터 60일 내에 소를 제기하지 않는 때에는 당해 청구를 한 주주가 다중대표소송을

78) 대표소송의 단독주주권화를 주장하는 견해로는 이철승, “소수주주권의 실효성 검토”, 상장협 제35호, 한국상장회사협의회, 1997, 24쪽; 박영길, “주주의 대표소송”, 기업환경의 변화와 상사법-순조찬교수 고회기념논문집, 삼성출판사, 1993, 290쪽; 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1997, 245-250쪽; 김대연, “주식의 포괄적 교환 및 이전과 대표소송”, 상장협 제46호, 한국상장회사협의회, 2002, 165쪽; 노혁준, “회사소송제도의 개선을 위한 연구-법무부연구용역보고서”, 서울대학교 법학연구소, 2012, 120쪽; 손영화, 앞의 논문, 29쪽 등이 있다.

79) 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 상사판례연구 제19집 제4권, 한국상사판례학회, 2006, 145쪽; 김대연, 앞의 논문, 467-468쪽; 최준선, 앞의 논문, 457쪽.

80) 高橋陽一, 前掲書, 81頁.

제기할 수 있다고 규정하여 자회사에 직접 청구하도록 하고 있다. 이는 델라웨어주 최고 재판소가 *Lambrecht v. O'Neal* 판결에서 이중대표소송은 ‘모회사 주주가 모회사의 자회사에 대한 지배권을 모회사를 대신하여 행사하여 제기하는 소송’이라고 하며 새롭게 이론을 정립함에 따라 일본에서도 새롭게 논의들이 이루어진 결과이다.⁸¹⁾ 그 결과 일본에서는 미국의 경우와는 조금 다르게, 이중대표소송은 ‘모회사의 주주가 자회사에 속하는 실체법상의 청구권을 직접적으로 대위행사 하는 것’이라는 인식 하에, 대표소송의 절차요건을 이중으로 부과하지 않고 모회사의 주주가 자회사에 속하는 실체법상의 청구권(이사에 대한 손해배상청구권)을 직접적으로 대위 행사할 수 있도록 절차요건을 완화하였다.⁸²⁾

위와 같은 일본의 이론은 미국의 사전제소청구요건에 비해 간명하고, 절차의 신속성을 보장할 수 있다는 점에서 우리에게도 많은 시사점이 있다고 생각한다. 따라서 우리의 다중대표소송의 사전제소청구 요건도 모회사의 주주가 자회사에 직접 청구하는 것으로 새겨야 할 것이다.

3.2 모회사의 직접손해발생 요건

일본의 경우, 모회사에 직접적인 손해가 발생하지 않은 경우에는 다중대표소송을 제기할 수 없고, 이는 모자회사가 거래관계에 있는 등을 상정하여 도입된 규정이라는 것에 대해서는 전술하였다. 하지만 이에 대해 일본에서도 다중대표소송이 자회사의 손해를 전보하고 자회사의 이익을 보호하기 위한 제도라면, 모회사에 직접적인 손해가 발생할 것이 그 요건이 되어서는 안 된다는 지적이 있다.⁸³⁾ 제도의 목적은 자회사의 손해를 전보하기 위함인데, 모회사가 손해를 입지 않더라도 자회사에 손해가 발생하였고, 모회사 또는 자회사에 의한 책임추궁을 기대할 수 없는 상황이라면 다중대표소송을 제기할 수 있어야 하기 때문이다. 대표소송에서도 원고주주 자신이 손해를 입을 것이 요건으로 되어있지 않다는 점을 고려한다면 타당한 지적이라고 생각된다.⁸⁴⁾ 하지만 현실적으로 모회사에 손해가 발생하지 않았음에도 자회사를 위해 모회사의 주주가 다중대

81) 高橋陽一, 上掲書, 281頁。

82) 高橋陽一, 上掲書, 283頁。

83) 伊藤靖史, “会社法制の見直しに関する中間試案について—親子会社関係”, 大証金融商品取引法研究会, 2012, 17-18頁。

84) 法制審議會会社法制部会, 第11回会議議事録, 21-22頁。

표소송을 제기하는 경우가 많지는 않을 것으로 사료된다. 뿐만 아니라 모회사에 손해가 발생하지 않은 경우에는 모회사 주주는 자회사 이사의 책임 추궁에 대한 어떠한 이해관계도 가지고 있지 않기 때문에 그러한 경우에까지 제소권한을 인정하여서는 안 된다.⁸⁵⁾ 예를 들어 자회사가 모회사에 대해 아무런 대가를 받지도 않고 회사의 중요한 자산을 양도한 경우를 생각해보자. 이러한 경우에 이익을 받은 모회사의 주주가 자회사의 이사에 대해 다중대표소송을 제기할 수 있다고 본다면 모순적인 결과가 될 것이다. 다중대표소송을 제기할 수 있으려면 직접적이든, 간접적이든 혹은 희박한 경제적 관련성이든, 적어도 일정한 이해관계를 가지고, 손실이 있을 필요가 있다. 위법행위방지 기능을 위해 적용범위를 넓혀야 한다고 하더라도, 아무런 이해관계가 없는 자에게까지 소를 인정해야한다고는 해석되어서는 안 된다. 따라서 우리의 경우에도 일본의 다중대표소송과 같이 모회사에 직접 손해가 발생한 경우에 한해 다중대표소송을 인정하여야 할 것이다.

V. 결론

지금까지 미국에서의 논의와 일본에서의 새로운 이론적 인식을 바탕으로 하여, 다중대표소송의 방향성에 대하여 살펴보았다. 대표소송과 다중대표소송을 이해하는 다양한 이론적인 인식이 존재하지만, 일본에서는 제도가 실효성을 가지고 순기능을 발휘하기 위해서 이들이 가지는 위법행위의 시정기능과 억제기능에 주목하는 견해들이 늘고 있다. 이러한 인식을 바탕으로 완전모자회사관계 요건의 완화에 대한 논의부터 다중대표소송의 단독주주권화에 대한 논의까지 다양한 논의를 해나가고 있다. 이러한 논의들을 바탕으로 일본은 현재의 다중대표소송제도가 기능을 못하고 있다는 점에서 장기적으로는 더욱더 요건을 완화하는 방향으로 개선해나갈 것이라고 생각된다.

이러한 일본의 움직임은 우리에게도 많은 시사점을 준다. 우리 역시 일본에서와 같은 실패사례를 되풀이 하지 않기 위해서는 현행 일본의 제도를 그대로 답습해서는 안 된다. 최근의 일본의 논의처럼 우리 역시 제도가 가진 위법행위방지 기능에 좀 더 주목하여 제도를 좀 더 넓은 범위에 걸쳐 적용될 수 있도록 해야 한다. 제도를 도입함에 있어서 단순히 회사와 주주의 손해를 회복하기 위한 기능에만 주목하여, 위법행위방지 기능을 부수적인 효과 정도로만 제도를 이해하게 된다면 사실상 제도의 존재 의의는 그리 크지

85) 法務省民事局參事官室, 前掲報告書, 39頁。

않게 될 것이다. 한편 모회사와 자회사 사이의 이해가 상반된 거래를 행한 경우를 생각해 본다면, 다중대표소송을 제기하기 위해서는 적어도 직접적이든, 간접적이든 혹은 희박한 경제적 관련성이든, 일정한 이해관계를 가지고 손실이 있을 필요가 있다. 위법행위방지 기능을 제도의 주요한 목적으로 두어 적용범위를 넓힌다고 하더라도, 이를 무제한적으로 넓히는 과오를 범해서도 안 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 산업연구원, 출자총액제한제도 폐지 이후의 대안 연구, 산업통상자원부 연구용역보고서, 2006.
- 이철송, 회사법 강의 제24판, 박영사, 2016.
- 法務省民事局参事官室, 会社法制見直しに関する中間試案の補足説明, 法務省, 2011.
- 高橋陽一, 多重代表訴訟制度のあり方-必要性和制度設計-, 商事法務, 2015.
- 田中亘, 会社法, 東京大学出版会, 2016, 345-346頁.
- Ballantine, *On Corporations*, Rev. ed, Callaghan and Company, 1946.

2. 학술지

- 강선희, “이중대표소송에 대한 법적 고찰”, BFL 제7호, 서울대학교금융법센터, 2004, 109-117쪽.
- 권재열, “대표소송의 개선과 다중대표소송의 도입을 위한 2016년 상법개정안의 검토 -델라웨어주의 관련 법제 및 판례 동향과의 비교를 중심으로-”, 경영법률 제27권 제7호, 한국경영법률학회, 2016, 135-165쪽.
- 김대연, “지배·종속회사에서의 대표소송”, 상사법연구 제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000, 441-472쪽.
- _____, “주식의 포괄적 교환 및 이전과 대표소송”, 상장협 제46호, 한국상장회사협의회, 2002, 156-173쪽.
- 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송”, 경영법률 제10집, 한국경영법률학회, 2000, 381-398쪽.
- 김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대”, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002, 151-182쪽.
- 김재범, “이중대표소송제도의 도입-상법에 대한 정합성 여부”, 상사법연구 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007, 27-68쪽.
- 김정호, “다중대표소송의 발전방향에 관한 연구”, 상사법연구 제33권 제4호, 한국상사법

- 학회, 2015, 9-55쪽.
- 박신호, “이중대표소송제도 도입의 문제점”, CEO REPORT, 전국경제인연합회, 2006, 1-16쪽.
- 손영화, “미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구”, 법과 정책연구 제5집 제1호, 한국법정책학회, 2005, 89-119쪽.
- _____, “다중대표소송제도 도입에 관한 쟁점사항 검토”, 경제법연구 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013, 3-41쪽.
- 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 상사판례연구 제19집 제4권, 한국상사판례학회, 2006, 121-153쪽.
- 장재형, “법정소송담당과 중복소제기 금지의 통일적 법리”, 법학연구 제19권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 321-356쪽.
- 최완진, “이중대표소송제도에 관한 법적 고찰”, 경영법률 제18권 제2호, 한국경영법률학회, 2008, 255-274쪽.
- 최준선, “이중대표소송제도의 입법론에 대한 검토”, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 433-464쪽.
- 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013, 9-31쪽.
- 伊藤靖史, “会社法制の見直しに関する中間試案について一親子会社関係”, 大証金融商品取引法研究会, 2012.
- 藤田友敬, “親会社株主の保護”, ジュリスト1472号, 2014.
- 志村直子, “二段階(多段階)代表訴訟”, 商事法務1909号, 2010.
- 飯田秀総, “取締役の監視義務の損害賠償責任による動機付けの問題点”, 民商法雑誌 146巻1号, 2012.
- 藤田真樹, “多重代表訴訟制度を巡る問題-親会社少数株主の機能”, 彦根論叢402号, 2014.
- 河本一郎ほか, “[座談会]株主代表訴訟”, 民商法雑誌 110巻 2号, 1994.
- 阿部一正ほか, “条解・会社法の研究11-取締役(6)”, 別冊商事法務248号, 2002.
- 高田裕成ほか, “[座談会]株主代表訴訟の手続法上の問題点”, 民商法雑誌115巻6号, 1997.
- 株主代表訴訟制度研究会, “株主代表訴訟に関する自民党の商法等正試案骨子に対する意見”, 商事法務1471号, 1997.
- David W. Locascio, “The Dilemma of the Double Derivative Suit”, Northwestern University

Law Review, Volume 83, Issue 3, 1989, pp. 729-1079.

3. 학위논문

이태중, “주주의 대표소송에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1997.

4. 신문기사

<http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/02/27/2017022702746.html#csidxc61626a65dcbb62a3ab1584650c712f>, 검색일 : 2017.8.20.

[Abstract]

Directions of Multiple Derivative Suit

—Based on the Theoretical Basis at the U.S. and Japan—

Ko, Il-Hoon*.

Recently, the Legislation and Judiciary Committee is considering introduction of the Multiple Derivative Suit that requires stringent requirements as in Japan. However, if we imitate the Japanese system as it is, the system will not work. In fact, since the introduction of the Multiple Derivative Suit in Japan for the first time in 2014, there was no single lawsuit.

In the meantime, after the introduction of the Multiple Derivative Suit, there has been a debate to understand the Multiple Derivative Suit by focusing on prevention of illegal activities by board of directors(the function that the board of directors prevents illegal activities) from the viewpoint that focuses on the damage recovery function of Multiple Derivative Suit in Japan. If we focus on the damage recovery function of The Multiple Derivative Suit, there are many problems that the board of directors' individual self-sufficiency is limited, and since the compensation is to the subsidiary company, the shareholder of the parent company or parent company can only be indirectly recovered. In addition, it is not easy to prove the damages received by the parent company's shareholders, because it is indirect damages. As a result, there will not be many shareholders of the parent company to raise a suit for recovery. And then, the system will not be effective. However, if The Multiple Derivative Suit is designed with a focus on prevention of illegal activities by board of directors, it will have meaning. In order for prevention of illegal activities by board of directors work properly, board of directors should have a realization that they are capable of being punished. To achieve this realistic potential, the institution should be defined more broadly.

We should also focus more on the function that prevention of illegal activities by board of directors and define the system more broadly to expand the effectiveness of the Multiple Derivative Suit. The following suggestions are presented for this purpose;

* International Research Students, Graduate School for Law and Politics, The University of Tokyo, Attorney at Law(Korean bar)

- ① We should recognize the Multiple Derivative Suit when there is a De facto Control.
We can not simply regulate various corporate governance with stock holdings.
- ② Limiting the size of subsidiaries is undesirable because it may hinder the effectiveness of the system and distort the corporate governance structure arbitrarily in order to avoid the system.
- ③ In the long term, It is desirable that all of the multiple derivative suit and derivative suit should be defined as a sole shareholder's rights. It should be said that either multiple derivative suit or derivative suit are all brought in order to realize the rights of the company, so they can exercise regardless of the size of the shareholders' influence on the company.
- ④ In relation to the pre-petition proceedings, as in Japan, it should be understood that multiple derivative suit is that the shareholders of the parent company raise on behalf of the subsidiary. That is a way to sue more simply and clearly.
- ⑤ If the damage does not occur to the parent company it should not be recognized the standing to sue for the shareholders of the parent company. In this case, the shareholder of the parent company has no interest in pursuing the responsibility of the subsidiary director.

[Key Words] Stockholders' derivative actions, Multiple derivative suit, regulations and rules, Subsidiary corporations, board of director

