

주주대표소송의 민사소송법적 쟁점

Issues on the Shareholder's Derivative Suit from the Perspective of the Civil Procedure Act

권재열*
Kwon, Jae Yeol

목차

- | | |
|------------------------|-----------------------------|
| I. 머리말 | IV. 주주대표소송에서의 원고주주의 집행채권자적격 |
| II. 주주대표소송에서의 손해담보제공제도 | V. 맺음말 |
| III. 주주대표소송에서의 소송승계 | |

주주대표소송은 상법과 민사소송법의 분야에 두루 걸쳐 있는 범영역이다. 한국의 민사소송법은 대체로 일본법을 통하여 독일법의 체계를 계수한 것인 반면에 상법상 주주대표소송은 미국의 제도를 수용한 것이다. 이들 제도가 그 연혁적인 면에서 차이가 있기는 하지만 주주대표소송을 민사소송법상의 법리로 설명하려는 노력이 필요하다. 이에 본고는 상법과 민사소송법의 관계를 고려한 통섭적 시각에서 손해담보제공, 소송승계 및 강제집행을 중심으로 논의하였다. 이러한 논의의 결과는 다음과 같다. 첫째, 주주대표소송에서의 담보제공제도는 민사소송법상 소송비용의 담보제공제도에 비하여 담보되는 대상이 더 넓기는 하지만 민사소송법상의 준용규정에 의하여 주주대표소송에서의 담보제공에 필요한 여러 요건은 어쩔 수 없이 민사소송법적인 입장에서 해석하여야 한다. 둘째, 당초 주주대표소송을 제기한 주주가 사망하거나 소멸한 경우에는 그 대표소송은 종료하여야 하지만, 승계인이 원하는 경우에는 소를 계속할 수 있는 기회를 보장할 수 있어야 한다. 또한 대표소송을 제기한 주주가 자신이 소유한 주식을 모두 양도하는 경우 그 주식의 양수인이 상법상 지주요건을 갖춘다면 참가승계가 가능하다고 보아야 한다. 셋째, 민사집행법은 주주대표소송에 관하여 집행절차를 정하지 않고 있지만 원고주주가 승소한 주주대표소송임에도 불

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2020.47.3>

투고일: 2020. 9. 9. / 심사완료일: 2020. 9. 23. / 게재확정일: 2020. 10. 14.

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Kyung Hee University Law School

구하고 그의 집행채권자로서의 적격을 부정한다면 주주대표소송을 제도적으로 인정한 취지가 몰각되므로 주주대표소송의 주주는 집행채권자가 될 수 있다.

[주제어] 주주대표소송, 민사소송법, 담보제공제도, 소송승계, 집행채권자적격

I. 머리말

1962년 제정상법은 의용상법시대의 주주총회 중심주의에서 벗어나 이사회 중심주의로 주식회사의 지배구조를 변경하였다. 그 결과 이사가 이사회의 구성원으로서 강화된 직무권한을 가지게 됨에 따라 그 직무권한의 남용을 방지하고, 만약에 그 남용이 있다면 그로 인한 회사의 손해를 구제하기 위한 차원에서 다양한 제도를 도입하였다. 그러한 제도 중의 하나가 바로 주주대표소송이다.

사실 이사의 위법행위가 있는 경우 회사가 그 책임을 제대로 추궁한다면 주주가 나서서 회사를 대위하여 소송을 제기할 필요가 없다. 회사라고 해도 실질적으로는 이사회 또는 대표이사에 의하여 지배되는 까닭에 회사에 대한 책임을 야기하는 행위를 한 이사와 그 이외의 이사 사이의 친밀한 관계로 인하여 사실상 그 책임 추궁이 이루어지지 않아 회사 또는 주주 전체의 이익을 해칠 우려가 있다. 이에 상법은 미국법을 모델로 하여 회사라는 조직의 구성원인 주주가 회사를 대위(代位)하여 회사를 위하여 이사의 회사에 대한 책임을 추궁할 수 있는 소송, 즉 주주대표소송을 제기하는 것을 인정하고 있다.¹⁾

주주대표소송이 상법전 속에 신설된 이후에도 오랜 기간 좀처럼 활용되지 않다가 1996년 말 상장법인에서 대표소송의 제기를 위한 원고적격의 요건을 완화한 이후로 대표소송이 제기되기 시작하였다.²⁾ 2020년 10월 현재 주주대표소송의 누적된 제기빈도는 증가하고 있는 것으로 알려져 있다.³⁾ 이같이 주주대표소송의 건수가 증가하면서 상법학계에서는 주주대표소송을 대상으로 한 연구가 활발해짐에 따라 그 결과물도 저서와 논문의 형태로 상당한 수 축적되어 있다. 그러나 주주대표소송은 상법과 민사소송법

1) 임흥근, 한국 상법전 50년사, 법문사, 2013, 124-125쪽.

2) 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013, 10쪽.

3) 2013년부터 15년까지 상호출자제한기업집단에서 총 7건의 대표소송이 제기된 바 있다. 공정거래위원회, “[보도자료] 2017년 상호출자제한 기업집단 지배구조 현황 공개”, (2017. 12. 27.자 배포), 17쪽.

의 분야에 두루 걸쳐 있는 범영역이다 보니 민사소송법적인 시각에서의 연구는 여전히 미진한 상황이다. 이에 본고는 이사를 상대로 주주대표소송을 제기하는 것을 전제로 하여 상법과 민사소송법의 관계를 고려한 통섭적 시각에서 손해담보제공, 소송승계 및 강제집행을 중심으로 논의하고자 한다.

II. 주주대표소송에서의 손해담보제공제도

1. 논의대상

상법은 애초 주주대표소송제도를 미국으로부터 계수하면서 그 남용을 우려하여 몇 가지 방지책을 함께 신설한 바 있다. 그러한 방지책으로 상법은 ① 대표소송을 제기할 권한을 소수주주에게 인정하며, ② 제소 후에도 원고는 1주 이상의 주식을 계속하여 보유하여야 하며, ③ 원고주주의 악의가 소명되는 경우 법원의 담보제공 명령을 내릴 수 있으며, ④ 주주가 패소한 경우 주주는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담할 수 있다는 것 등을 규정한다. 여기서는 주주대표소송에 대한 여러 가지 남용방지책 중에서 손해담보제공제도에 관하여 그 의의 및 요건에 관하여 살펴보고자 한다.

2. 의의

2.1 상법규정의 취지

상법은 1% 주식을 가진 소수주주가 이사의 책임을 추궁하는 대표소송을 제기할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다(제403조 제1항). 그러나 주주대표소송이 기업의 지배 구조에서 순기능을 보인다고 하더라도 원고주주가 기회주의적 입장에서 제소하였다면 피고이사 스스로가 자신을 보호하기 위하여 적극적으로 응소할 수 있는 길을 터주는 것이 바람직하다. 이에 상법은 주주가 대표소송을 제기한 경우에 피고이사가 원고주주가 악의로 소제기를 하였다는 것을 소명(Glaubhaftmachung)하고 주주에게 상당한 담보를 제공할 것을 법원에 청구할 수 있고, 법원은 이에 따라 상당한 담보의 제공을 원고주주에게 명할 수 있다고 규정하고 있다(제403조 제5항, 제176조 제3항·제4항). 이처럼 담보제

공이라는 제도를 둔 목적은 위협소송 또는 착취소송의 방지를 통하여 회사를 보호하려는 데 있으며, 직접적으로는 피고인 이사가 원고주주에 대하여 가질 수 있는 손해배상청구권을 담보하는 기능을 한다.⁴⁾ 그러므로 당연히 피고이사가 담보권자로 된다.⁵⁾

2.2 담보제공제도의 연혁

미국에서는 1929년 대공황을 겪으면서 급격히 증가한 주주대표소송을 중단시키기 위해서 경제계가 대책마련을 주문하였다. 이에 1944년 뉴욕주는 위협소송 또는 착취소송(strike suit)의 방지를 통하여 회사를 보호하려는 목적으로 소송비용의 담보를 요구하는 것을 내용으로 하는 제도를 미국 최초로 입법하였다. 뉴욕주 회사법은 대표소송을 제기한 주주가 소유한 주식의 양이 발행주식총수의 5% 미만이거나 소유주식의 시가가 5만 달러를 초과하지 않는 경우에는 회사의 청구에 의하여 담보를 제공하여야 한다는 규정을 두고 있다.⁶⁾ 그 후 워싱턴주⁷⁾를 비롯한 여러 주가 뉴욕주의 경우를 모델로 하여 담보제공제도를 수용하였다.⁸⁾ 1949년 캘리포니아주⁹⁾가 소송비용담보설정을 법원의 판단에 맡기는 취지의 담보제공제도를 법률에 둔 이후로 테네시주¹⁰⁾와 텍사스주¹¹⁾도 캘리포니아주를 모델로 하여 담보제공제도를 도입하였다.

미국 회사법상 담보제공제도의 유형은 1944년 뉴욕주 회사법형(型)과 1949년 캘리포니아주 회사법형(型)으로 나누어진다. 전자는 지분비율과 주식의 시가 등의 요건을 갖추지 못한 소수주주가 대표소송을 제기할 경우, 회사에 의한 청구가 있으면 법원은 심리없이 일률적으로 원고에게 담보제공 의무를 부과하는 방식이다. 이에 반하여 후자는 피고의 담보제공신청이 근거가 있다면 피고의 신청에 대해 법원은 그 재량하에 담보제공을 명하는 방식이다.¹²⁾

4) 임재연, *회사법II 개정7판*, 박영사, 2020, 597쪽.

5) 김효정, “주주대표소송에 관한 연구-국내 및 국제소송상의 쟁점을 중심으로”, 연세대학교대학원 법학박사학위논문, 2017, 147쪽.

6) N.Y. Bus. Corp. Law §627.

7) Wash. Rev. Code Ann. § 23A.08.460.

8) Ralph C. Ferrara, Kevin T. Abikoff & Laura L. Gansler, *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board* §1.03(2005).

9) 1949년 캘리포니아주는 담보제공제도를 Cal. Corp. Code §834에 규정하였으나, 현행 캘리포니아주 회사법은 Cal. Corp. Code §800(c), (d), (e), (f)에 담보제공제도를 마련하고 있다.

10) 현행 Tenn. Code Ann. §48.718 참조.

11) 현행 Tex. Bus. Corp. Act Ann. art. 5.14 참조.

일본은 1950년 상법개정에서 종래 주주총회 중심주의에서 이사회 중심주의로 지배구조를 변경하였고, 1951년 상법개정에서 캘리포니아주 회사법을 모델로 하여 담보제공제도를 도입하였다.¹³⁾ 한국의 제정상법은 일본이 1951년 상법을 계수함에 따라 담보제공제도가 현행 상법에 편입되어 있다.¹⁴⁾

2.3 민사소송법상 소송비용의 담보제공제도와의 비교

현행법상 소송에 들어가는 비용은 패소한 당사자가 부담한다(민사소송법 제98조). 그러나 원고측이 소송에서 이겼지만 소송이 단시간에 종료되지 않음에 따라 패소한 측의 재산만으로 소송비용을 회수하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이처럼 소송에서 원고가 이유없이 소를 제기한 결과 패소판결이 났음에도 불구하고 비용을 회수하지 못한다면 소송을 당한 피고로서는 피소된 것만으로도 억울한데 소송비용까지 부담해야 하는 상황에 놓일 수 있다. 소송비용액 상환청구권의 이행을 확보하기 위해서 피고는 법원에 소송비용담보제공신청을 할 수 있다. 이에 민사소송법은 “원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때 또는 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우에 피고의 신청이 있으면 법원은 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 한다”고 정하고 있다(제117조 제1항).

상법상 주주대표소송에서 소를 제기한 주주가 패소한 때에 그가 악의인 경우에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임을 부담한다(상법 제405조 제2항). 따라서 상법상 담보제공제도는 악의에 의한 소제기로 인하여 피고측에 야기하거나 야기될 손해에 대한 배상을 담보하는 것을 목적으로 한다. 이러한 손해에는 소송비용¹⁵⁾ 뿐만 아니라 제소로

12) Henry W. Ballantine, “Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California’s New Security for Expenses Act Sound Regulation?”, 37 *California Law Review* 399, 399-410(1949). 이에 반하여 소송비용의 담보는 그 고유한 목적과는 달리 현실적으로는 대표소송의 남용방지에 중요한 역할을 하지 못하고 있다고 보는 입법례도 있다. 예컨대, 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)과 델라웨어주는 소송비용의 담보의무를 법적으로 요구하지 않고 있다.

13) 山田泰弘, 株主代表訴訟の法理—生成と展開—, 信山社, 2000, 125頁.

14) 대표소송에서의 담보제공제도 이외에도 상법 제377조는 주주총회결의취소소송 제소주주의 담보제공의무를 규정하고 있다. 일본의 1899년 개정상법은 독일의 1884년 상법 제190조 제a항 제3호를 모델로 하여 의무를 부과하고 있다. 山田泰弘, 前掲書, 124頁. 그 후 한국 상법이 일본법을 계수하다 보니 현행 상법에 잔존하고 있다. 이처럼 상법 제377조는 그 연혁상 대표소송에서의 담보제공제도와는 거리가 멀다.

15) 피고측이 지출한 소송비용을 계산함에 있어서 민사소송 등 인지규칙(제18조의2)에 따라 인지대의 산정기준이

인하여 회사의 평판이나 신용도가 하락하여 회사의 매출이 감소하거나 자금조달이 곤란하게 된 결과 떠안게 되거나 이미 떠안은 손해가 이에 속한다.¹⁶⁾ 따라서 소송비용의 회수를 원활하게 하는 것을 주된 목표로 하는 민사소송법상의 담보제공제도 보다 담보되는 대상이 더 넓다는 점이 특징이다.¹⁷⁾

기타 민사소송법상 담보제공의 방법 및 취소에 관한 절차는 상법상 담보제공제도에도 준용된다(민사소송법 제127조). 따라서 원고가 담보제공명령을 받고도 이에 응하지 않으면 법원은 변론없이 판결로 소를 각하할 수 있다(민사소송법 제124조).

3. 요건

3.1 피고의 청구

담보제공을 청구한 피고는 원고가 담보를 제공할 때까지 소송에 응하지 않을 수 있다(민사소송법 제127조·제119조). 여기서 소송에 응하지 않는다는 것은 담보제공청구에 대한 심리를 제외한 나머지 심리에 대해서는 전혀 응하지 않는다는 것을 뜻한다. 그러므로 피고는 본안에 대한 변론이나 변론준비기일에서의 진술을 거부할 수 있다.¹⁸⁾ 법원은 피고의 청구가 있고 원고의 악의가 소명되면 회사가 입을 손해액에 대한 담보제공을 명하게 된다. 청구권자는 피고에 한(限)한다.¹⁹⁾ 항소심에서 패소한 피고가 상고를 제기함에 따라 승소한 원고가 피상고인으로 되었다고 하여 원고에게 담보제공청구권이 인정되는 것은 아니다.²⁰⁾ 법원이 피고인 이사의 신청이 없는데도 불구하고 스스로의 판단으로 담보의 제공을 명할 수는 없다. 민사소송법상 소송비용담보신청의 시기를 정하고 있는 규정(제118조)²¹⁾이 상법상 담보제공제도에 준용되지 않기 때문에(민사소송법 제

되는 1억원을 소송물의 가액으로 보아야 한다(대법원 2009. 6. 25. 자 2008마1930 결정).

16) 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구-사문화와 남소의 방지를 위한 절차를 중심으로”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 1997. 226쪽.

17) 일반 민사소송의 경우는 민사소송법에 따라 소송비용의 담보액은 피고가 각 심급에서 지출할 비용의 총액을 표준으로 하여 정하여야 한다(민사소송법 제120조 제2항). 이와 같은 담보액 산정산식은 주주대표소송의 경우에는 적용되지 않는다. 그 이유는 민사소송법 제127조가 동법 제120조 제2항을 준용하지 않고 있기 때문이다.

18) 김효정, 앞의 논문, 156-157쪽.

19) 대법원 2012. 9. 13. 자 2012카허15 결정 참조.

20) 대법원 2017. 9. 14. 자 2017카담507 결정 참조.

21) 민사소송법에 따라 피고가 소송비용의 담보를 신청하기 위해서는 신청서에 예상되는 변호사비용을 기재한

127조) 담보제공의 청구시기에 관해서는 소송의 어떠한 단계에서도 할 수 있으며, 시기적인 제한은 없다. 따라서 피고는 본안 전에서든 실질적 심리가 시작된 후이든 간에 담보제공청구를 할 수 있다.

대법원은 민사소송법에 따른 소송비용의 담보제공과 관련하여 “상소심에서의 소송비용 담보제공 신청은 담보제공의 원인이 이미 제1심 또는 항소심에서 발생되어 있었음에도 신청인이 과실 없이 담보제공을 신청할 수 없었거나 상소심에서 새로이 담보제공의 원인이 발생한 경우에 한하여 가능하다”고 판시하고 있다.²²⁾ 이러한 판시는 상법상 담보제공제도의 취지를 고려할 때 주주대표소송에서 피고측의 담보제공청구에도 동일하게 적용된다.

3.2 악의의 소명

법원이 원고에 대하여 상당한 담보를 제공할 것을 명하기 위해서는 원고의 악의를 소명하여야 한다. 여기서 ‘악의’의 개념은 피고인 이사를 해한다는 것을 알면서 제소하는 것을 의미한다. 가해의사의 유무는 문제되지 않는다.²³⁾ 일본의 법원에서 인정한 ‘악의’의 개념을 참조하여 살피기로 한다. 먼저 1994년 나고야지방법재판소의 결정에 따르면 ‘악의’에 해당하기 위해서는 피고가 회사에 대해 부담하여야 하는 책임이 없다는 것을 알면서도 전적으로 피고를 해하려는 의도로서 소를 제기하여야 한다.²⁴⁾ 1997년 오사카고등법원은 “피고의 책임에 사실적, 법률적 근거가 없는 것을 알면서도, 또는 주주대표소송의 제도취지를 일탈하여 부당한 목적을 가지고 피고를 해하는 것을 알면서도 소를 제기한 경우를 말한다”고 결정한 바 있다.²⁵⁾

여기서 ‘소명’(疏明)이라 함은 법관이 어느 사실의 존재가 일응 확실하다는 심증을 가지게 하는 상태 또는 그러한 상태에 이르도록 하는 증거를 제출하는 당사자의 노력을 의미하며, 반드시 법관으로 하여금 확신을 가지게 하지 않아도 된다.²⁶⁾ 민사소송법에 따르면 소명은 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여야 한다(제299조 제1항). 이처럼 소명

서류를 첨부하여 본안에 관한 변론이나 변론준비절차에서 진술을 하기 전의 단계에서 수소법원에 제출하여야 한다.

22) 대법원 2017. 4. 21. 자 2017마63 결정.

23) 이철송, 회사법강의 제28판, 박영사, 2020, 842쪽.

24)名古屋地方裁判所 1994年 1月 26日 決定 判例時報 第1492号 139頁.

25) 大阪高等裁判所 1997年 11月 18日 決定 判例時報 第1628号 133頁.

26) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제7판, 법문사, 2019, 514쪽.

에 의한다는 것은 “법원의 심증정도를 경감하여 사건을 신속히 처리함에 목적이 있으므로 소명방법에는 그 종류에 제한이 없고, 다만 즉시 조사할 수 있는 것에 한하도록 되어”²⁷⁾ 있다는 점에서 증명과는 다르다.

3.3 법원의 명령

피고의 담보제공신청이 있다고 하더라도 법원이 반드시 변론기일 또는 당사자 쌍방에게 참여할 수 있는 심문기일을 정하여야 할 의무를 부담하지는 않는다. 그러나 당사자 쌍방에 대한 심문을 통해 담보제공신청의 이유유무, 담보액 및 담보제공기간 등을 심리할 수 있다.²⁸⁾ 법원은 피고의 담보제공청구가 이유가 없다고 판단하는 경우 그 청구를 기각하는 결정을 한다. 피고의 담보제공청구가 이유가 있어 인용된다면 법원은 담보제공의 결정을 하여 원고에 대하여 담보제공을 명하여야 한다. 법원은 제공할 담보의 금액과 담보를 제공하여야 하는 기간을 정하여야 한다.

법원은 재량으로 제공할 담보의 금액과 기간을 결정하지만 그 금액의 규모와 그 제공기간은 담보제공제도의 운용과 관련하여 매우 중요한 의미를 지닌다. 담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 지급을 보증하겠다는 위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로 한다. 예외적으로 당사자들 사이에 특별한 약정이 있으면 그에 따른다(민사소송법 제127조·제122조). 이처럼 당사자들 사이에 특별한 약정이 없는 한 담보제공을 명하는 법원은 담보제공의 방법을 민사소송법 규정의 범위 내에서 재량에 따라 선택할 수 있다.²⁹⁾

담보를 제공하여야 할 기간 이내에 원고가 이를 제공하지 아니하는 때에는 법원은 변론없이 판결로 소를 각하할 수 있다는 점(민사소송법 제124조)에 비추어 보면 고액의 담보를 제공할 것을 명하거나 너무 짧은 기간을 담보제공기간으로 정하는 것은 그 금액을 융통하거나 그 기간을 준수하는 데 대한 어려움으로 인하여 사실상 담보제공의 단계에서 주주대표소송을 각하하는 것과 유사한 결과를 초래한다.³⁰⁾ 말하자면, 고액의 담보를 제공하도록 하는 것은 위협소송뿐만 아니라 법원에서 다룰만한 가치가 있는 소송까지도 함께 억제하는 역효과를 낼 수 있는 것이다.³¹⁾ 특히 주주가 대표소송에서 승소하더

27) 대법원 1967. 5. 2. 선고 67다267 판결.

28) 김효정, 앞의 논문, 153쪽.

29) 대법원 2018. 6. 1. 자 2018마5162 결정.

30) 오세빈, “주주대표소송의 실무상 문제점에 관한 연구”, 한양대학교대학원 법학박사학위논문, 2016, 97쪽.

라도 그 손해배상을 받는 주체는 회사이다 보니 사실상 주주가 대표소송을 주도하는 것을 기대하기 어렵다. 반대로 담보액이 너무 과소하다면 대표소송의 남용을 억제하기 위하여 마련된 담보제공제도의 취지가 무색하게 된다.³²⁾ 이와 같은 취지에서 미국의 경우 뉴욕주법을 모델로 삼아 소송비용의 담보제공에 관한 요건을 명문화하였던 모범사업회사법(Model Business Corporation Act: MBCA)도 1984년 개정에서 이를 삭제하였다.³³⁾ 미국법조협회(American Law Institute)의 “회사지배구조의 원칙: 분석과 권고”(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)도 MBCA와 동일한 입장을 취하고 있다.³⁴⁾

법원이 원고에 대하여 담보제공명령을 한 경우 피고는 원고가 담보를 제공할 때까지 응소를 거절할 수 있다(민사소송법 제127조·제124조). 원고가 법원의 담보제공명령에 따라 담보를 제공한 때에는 피고는 담보로 제공한 담보물에 대하여 질권자와 동일한 권리를 갖는다(민사소송법 제123조).

III. 주주대표소송에서의 소송승계

1. 소송승계의 취지와 유형

1.1 취지

민사소송은 그 소를 제기하여 종결될 때까지 상당한 시간이 소요되므로, 그러한 기간

31) Harald Baum & Dan W. Puchniak, “The Derivative Action: An Economic, Historical and Practice-Oriented Approach”, in *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach* 1, 58(Dan W. Puchniak, Harald Baum & Michael Ewing-Chow eds., 2012). 예컨대, 뉴욕주의 담보제공제도는 부자(富者)들을 위한 법이라는 비판을 받기도 하였다. George D. Hornstein, “The Death Knell of Stockholders’ Derivative Suits in New York”, 32 *California Law Review* 123, 143(1944).

32) 김효정, 앞의 논문, 155쪽.

33) 1 Model Bus. Corp. Act Ann. 719(3d ed. 1985).

34) 2 American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, §7.04(c) & Comment at 90(1994). 미국법조협회의 회사지배구조의 원칙이 이러한 입장을 취한 이유로서는 소송비용의 담보제공의 무는 위협소송은 물론이고 법원에서 다들만한 가치가 있는 소송까지도 함께 억제하는 역효과가 있다는 점, 소송비용담보제공의무로 인하여 대주주와 소수주주가 불공정하게 차별된다는 점, 현실적으로 다른 주주들을 규합하여 5% 이상의 주식을 확보함으로써 이러한 담보제공의무를 우회할 수 있다는 점 등이 알려져 있다(*Id.* §7.04 Comment at 90-91).

동안에 당사자가 사망하거나 소송물(소송의 대상)의 양도 등으로 소의 계속 중에 당사자가 바뀌는 경우가 있다. 이 경우 권리관계의 변동에 따라 당사자를 변경(교체)하는 절차가 필요한데, 이 같은 절차를 ‘소송승계’라 한다. 이와 같이 소송승계는 소송절차가 당사자 또는 소송물과 관련하여 일정한 사유로 인하여 중단된 경우에 그러한 중단된 상태를 해소하여 그간의 절차를 계속 내지 재개하는 것을 의미한다.

민사소송법상 소송승계를 인정하는 것은 대체적으로 다음과 같은 근거를 바탕으로 한다고 알려져 있다. 첫째, 소송물에 관한 권리관계가 기존의 당사자에서 제3자에게 이전된 경우에 당사자적격을 상실한 기존의 당사자로 하여금 소송을 진행하도록 하더라도 그에게는 소송을 성실하게 수행할 유인이 존재하지 않으며 더 나아가 법원이 내린 판결의 결과를 귀속시킨다고 하더라도 분쟁이 실질적으로 해결되는 것은 아니다. 둘째, 만약에 당사자적격을 취득한 자(승계인)가 전혀 새로운 소송을 제기하여야 한다면 그때까지의 심리가 모두 무시되는 결과를 낳기 때문에 소송경제에 반하는 문제점이 노정된다.³⁵⁾ 예컨대, 소송의 어느 일방 당사자의 사정으로 인하여 다른 상대방을 출석시켜 다시 심리를 하는 등 기존의 절차를 반복한다는 것은 다른 상대방에게 불편을 초래하여 비효율적이다. 이 때문에 당사자가 변경된다고 하더라도 기존 당사자의 소송상의 기득권을 인정하여 기존의 소송을 승계하는 것을 제도적으로 인정하고 있다. 승계인은 기존 당사자의 소송상의 지위나 그간의 소송진행의 상태가 자신에게 유리한지 여부에 상관없이 승계할 수 있는 것이다. 그리하여 승계인은 종전의 변론·증거조사의 결과를 승계하고 시효중단·기간준수의 효력을 그대로 승계하게 되며(민사소송법 제81조), 만약 기존의 당사자가 일정한 시기를 도과한 후에 주장할 수 없었던 공격방법 혹은 방어방법은 승계인도 역시 주장할 수 없다.

1.2 유형

민사소송법상 소송승계는 다시 당연승계와 특정승계로 나누어진다. 전자는 소의 계속 중에 실체법상의 지위의 변동으로 인해 당사자적격이 제3자에게 이전되는 경우를 말한다. 민사소송법은 당연승계를 정의하는 규정을 두지 않고 있다. 후자는 소송물이 양도되는 바람에 새로운 주체가 신청하거나 그에 대한 상대방의 요청에 의하여 이루어지는 소송승계를 의미한다.³⁶⁾

35) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 1091쪽.

특정승계는 누가 승계를 신청하는지에 따라 참가승계와 인수승계로 다시 분류할 수 있다. 승계인이 당사자의 지위를 계승하기 위하여 독립당사자참가방식으로 자발적으로 소송에 참가하는 경우를 참가승계라고 일컬으며, 민사소송법 제81조에 규정되어 있다. 다른 당사자가 승계인에 대하여 당사자로서 지위를 인수하여 줄 것을 요청하여 상대방을 비자발적으로 소송에 참가시키는 것을 인수승계라 하며, 그 근거규정은 민사소송법 제82조이다.

2. 주주대표소송에서의 소송승계 관련 쟁점

2.1 당연승계(포괄승계) 관련

2.1.1 쟁점

민사소송법이 정하고 있는 당연승계의 원인 중에서 주식회사의 범주에서 이에 관련되는 대표적인 경우로는 다음의 3가지를 들 수 있다. 첫째, 당사자가 사망하는 경우이다(민사소송법 제233조 제1항). 이 경우 상속인, 수증자, 유언집행자, 상속재산관리인 등이 소송을 승계한다. 다만, 상속인이 상속을 포기하거나(민사소송법 제233조 제2항) 소송물인 권리가 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 될 수 없다면 소송절차는 종료한다. 둘째, 당사자인 법인의 합병에 의하여 소멸되는 경우이다(민사소송법 제234조). 합병에 의하여 회사가 소멸하면 신설합병에서는 신설된 법인이 승계인이 되며 흡수합병에서는 존속하는 법인이 승계인이 된다. 법인이 합병이 아닌 다른 사유로 해산된 경우에는 청산법인으로 남는 까닭에 소송이 중단되지 않는다. 셋째, 소송담당자가 자격을 상실하는 경우가 있다. 예컨대, 파산관재인(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제359조), 유언집행자(민법 제1101조), 해난구조료를 청구하는 선장(상법 제894조) 등과 같이 일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람이 그 자격을 잃거나 죽은 때에는 소송절차가 중단되므로 새롭게 자격을 취득한 사함이 소송절차를 승계한다(민사소송법 제237조 제1항).³⁷⁾ 이에 주식회사에 관련된 사항이 주주대표소송에 그대로 적용될 수 있을지를 살펴보아야 한다.

36) 위의 책, 1090-1091쪽.

37) 강수미, “소송계속 중 당사자의 사망에 따른 소송관계 -판례를 중심으로-”, 저스티스 통권 제174호, 한국법학원, 2019, 87쪽.

2.1.2 민사소송법 제237조 제1항의 적용가부

민사소송법 제237조 제1항은 소송담당자의 자격상실이 있는 경우 법률상 당사자의 교체가 당연하게 일어나는 것으로 규정하고 있다. 이러한 당연승계가 이루어지기 위해서는 피상속인이 일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 권리주체인 타인을 위하여 당사자 적격을 가진 경우이어야 하는데, 과연 대표소송을 제기한 주주가 이러한 소송담당자인지가 문제된다. 그러나 주주대표소송은 채권자대위권과 같이 타인을 위하여 소송을 한다는 점에서 제3자의 소송담당의 성격을 지니지만 자기의 권리에 근거하여 제기하는 대표소송적인 성격을 함께 가지고 있어 주주의 사망은 소송의 중단사유에 해당하지 않는다고 보아야 한다.³⁸⁾ 참고로 일본의 예를 살펴보자면, 한국의 민사소송법 제237조 제1항에 상당하는 규정은 일본 민사소송법 제124조 제1항 제5호에서 찾을 수 있다.³⁹⁾ 일본에서는 민사소송법 제124조 제1항 제5호가 대표소송에는 적용되지 않는다는 것이 통설적인 입장으로 소개되고 있다.⁴⁰⁾

2.1.3 민사소송법 제233조 및 제234조의 적용가부

민사소송을 제기한 피상속인이 사망할 경우 포괄승계에 의하여 상속인에 의한 소송승계가 법률상 당연히 발생하지만, 현실적으로 상속인이 실제로 기존의 소송절차를 추행(追行)할 것인가가 분명하지 않는 까닭에 소송절차는 일단 중단된다.⁴¹⁾ 그 후 이같이 중단된 소송절차를 다시 시작하여 상속인이 소송절차를 계속 유지하는 것을 소송승계라 하는데, 이 경우에 승계의 대상은 ‘소송절차’이지 ‘소송’ 자체가 아니다. 말하자면, 피상속인으로부터 포괄승계하는 상속인은 피상속인이 제기한 소송에서의 권리도 상속하므로 상속인이 상속포기를 하지 않는 한 상속인은 소송의 새로운 당사자의 지위를 가지게 된다. 법인이 합병으로 소멸하는 것은 자연인이 사망하는 것에 비견되는 경우이다.

이미 대표소송을 제기한 당사자 혹은 회사가 사망 내지 소멸함에 따라 상속인 내지 존속회사는 당연히 새로운 소송당사자가 되는가? 이에 관하여 학자들의 견해는 다음과 같이 3가지 입장으로 나누어진다. 첫째, 대표소송 제기권은 주주의 일신전속적인 성격을

38) 김효정, 앞의 논문, 62쪽; 송옥렬, 상법강의 제10판, 홍문사, 2020, 1104쪽.

39) 일본 민사소송법 제124조 제1항 제5호에 따르면 일정 자격을 가진 자로 자기의 이름으로 타인을 위해 소송당사자가 된 자의 사망, 기타의 사유에 의한 자격 상실이 있으면 소송절차는 중단된다. 이 경우 동일한 자격을 가진 자가 소송절차를 수계한다.

40) 古川朋子, “株式移転と株主代表訴訟の原告適格”, 早稲田法学, 79卷 2号, 早稲田大学法学会, 2004. 238頁.

41) 강수미, 앞의 논문, 87쪽.

가진 공익권이라는 점에서 주주가 사망하거나 소멸한다고 하더라도 원고의 지위가 당연 승계되는 것은 아니라는 주장(부정설)이 있다.⁴²⁾ 둘째, 주주대표소송에 관련된 상법규정이 특별히 민사소송법 제233조와 제234조를 배제하지 않는 한 기존 당사자의 권리의무를 포괄승계한 상속인 혹은 존속회사가 당연승계한다는 입장(긍정설)도 견지되고 있다.⁴³⁾ 셋째, 원고의 소유주식은 대표소송을 제기하기 위한 자격요건에 지나지 않는 까닭에 소송목적인 권리의무에 속한다고 볼 수 없어 당연승계는 허용되지 않지만 소송경제상 자기의사에 따라 소송승계신청을 하여 소를 수행할 수 있는 것으로 풀이하는 견해(절충설)도 있다.⁴⁴⁾

생각건대, 이상의 견해 중에서 주주대표소송이 권리주체인 원고주주에 긴밀하게 관련되어 있다는 점에서 당연승계를 부정하는 것을 원칙으로 하되 소송승계의 취지를 감안하여 상속인의 의사에 따라 소송승계신청을 할 수 있는 길을 열어놓은 절충설이 타당하다. 말하자면, 당초 제소한 주주가 사망하거나 소멸한 경우에는 그 대표소송은 종료하여야 하지만, 승계인이 원하는 경우에는 소를 계속할 수 있는 기회를 보장할 수 있는 것으로 풀이하여야 한다. 그 이유를 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 상법에 따르면 주주가 대표소송을 제기한 경우에 피고측에서 원고주주의 악의를 소명한 경우 법원은 상당한 담보의 제공을 원고주주에게 명할 수 있다(제403조 제5항, 제176조 제3항·제4항). 기존 주주가 악의로 제소한 것을 이유로 하여 법원에 담보를 제공한 후에 기존 주주가 사망한 경우를 가정할 때 그 상속인이 당연승계를 하게 되면 여전히 담보제공의 상태가 계속 유지되는 상황에 놓이게 된다. 이는 결과적으로 승계인(상속인)의 악의를 의제하는 것으로 되는 모순에 봉착하게 된다. 소송승계가 사법경제(judicial economy)적인 측면에 터잡은 제도이기는 하지만 승계인의 악의를 의제하는 효과를 부여하는 것에 공감하기는 곤란하다. 이밖에, 상법은 주주대표소송에서 패소한 주주가 악의인 경우에는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다는 규정을 두고 있다(제405조 제2항). 만약 악의로서 소를 제기한 기존 당사자가 사망함에 따라 상속인이 소를 승계하여 소를 수행하였으나 끝내 패소한 경우에 그 승계인(상속인)에게 손해배상책임을 물린다면 자기책임의 원칙에 반한다는 비난을 받게 된다. 그러므로 당초 제소한 주주의 악의가 소명되어 그가 담보를 제공하였다는 것과 주주가 악의인 까닭에 패소한

42) 류시창, 회사법, 법문사, 2017, 395쪽.

43) 김효정, 앞의 논문, 52쪽; 송옥렬, 앞의 책, 1104쪽.

44) 오세빈, 앞의 학위논문, 72쪽.

경우 손해배상책임을 부담할 가능성이 있다는 것을 충분히 감안하여 소의 추행을 포기할 수 있는 기회를 보장하는 것이 바람직하다.⁴⁵⁾ 물론 승계인이 이러한 사실을 충분히 인지한 상황에서 소를 승계하는 것을 막을 필요가 없다. 따라서 주주대표소송의 경우에는 기존 주주가 사망하거나 소멸하는 경우에 상속인 또는 존속하는 회사의 의사에 소를 승계할지 여부를 맡겨놓는 것이 필요하다.

2.2 특정승계 관련

2.2.1 쟁점

대표소송을 제기한 주주가 자신이 소유한 주식을 모두 양도한다면 그는 당사자 적격을 상실하여 당초의 대표소송은 각하된다. 이 경우 기존의 주주로부터 주식을 양수한 자(양수인)가 소송절차를 승계할 수 있는지를 살펴보고자 한다. 다만, 양수인이 참가승계를 하지 않아 원고적격의 흠결로 부적법각하될 운명에 처한 대표소송에서 소송상대방인 피고측에서 양수인으로 하여금 인수승계할 것을 요청하는 것은 현실성이 없으므로 논의에서 제외한다.

2.2.2 민사소송법 제81조의 적용가부

양수인이 기존 주주가 제기한 대표소송을 승계할 수 있는지에 관하여 학자들의 견해는 나누어진다. 먼저 대표소송제기권이 주주의 공익권에 속하므로 양수인이 기존 소송에 참가할 수 없다는 견해(부정설)가 있다.⁴⁶⁾ 이와는 반대로 소송물의 양도에 의한 승계는 소송목적인 권리·의무의 전부 또는 일부의 승계를 의미하며, 이에는 소송물인 권리관계의 양도는 물론이고 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리이전까지 포함하므로⁴⁷⁾ 양수인이 주주명부에 등재한 후에 기존 소송에 참가승계할 수 있다는 견해(긍정설)⁴⁸⁾이 제시되어 있다.

생각건대, 상법상 주식양도의 자유가 중요한 원칙으로 자리잡고 있다는 점에 비추어

45) 극단적으로는 상속인이 소의 당연승계를 피하기 위해서는 상속을 포기하는 도리밖에 없는데, 이는 목적에 대한 수단의 비례성에 반하여 수용하기 어렵다.

46) 이철송, 앞의 책, 840쪽; 최준선, 회사법 제15판, 삼영사, 2020, 581쪽.

47) 대법원은 “소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리이전을 널리 포함하는 것”으로 판시하고 있다(대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다 42786 판결).

48) 김효정, 앞의 논문, 65쪽; 임재연, 앞의 책, 587-588쪽.

보면 당사자간의 특약에 의하여 따로 정하지 않는 한 주식양도 자체에 여러 가지 조건을 부가하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다. 양도인이 주식을 처분하는 것 자체에 양수인으로 하여금 소송을 승계시킬 목적이 반드시 들어있는 것으로 풀이할 수 없다. 설령 소송경제나 당사자의 공평유지의 관점⁴⁹⁾에서는 소송물인 실체법상의 권리가 최종적으로 귀속하는 주체인 양수인에게 소송승계를 강제할 당위성이 있을지라도 양수인은 주식을 양수할 뿐 그에게 주주대표소송의 소송추행을 맡을 의사가 있는 것으로 의제할 수 없다는 것이다. 이처럼 양수인이 당연히 소를 승계할 의무를 부담하지는 않지만, 그렇다고 해서 굳이 기존의 소를 각하하고 양수인에게 새로운 소만을 제기할 수 있도록 하는 것은 소송경제적인 측면에서 비효율적이다. 따라서 양수인이 상법상 지주율 요건을 갖춘다면 참가승계가 가능하다고 보아야 한다. 다만, 상장회사 특례상 주식보유기간의 요건은 기존의 원고(양도인)에게 적용될 뿐이어서 양수인의 참가승계 가부를 결정하는데에는 영향을 미치지 못한다.⁵⁰⁾ 때문에 양수인이 대표소송의 제기에 필요한 지주율을 갖춘 경우에는 당초 소송을 제기한 원고의 악의가 소명됨으로 인하여 담보가 제공되었는지의 여부 및 장래 패소할 경우 원고의 악의로 인한 손해배상책임의 부담가능성 등을 고려하여 참가승계를 할 것인지를 판단하여야 할 것이다. 이와 관련하여 신주발행무효의 소에서 양수인의 소송승계를 인정한 대법원 판례⁵¹⁾도 주주대표소송에서 양수인의 소송승계가 가능하다는 것을 뒷받침하는 자료로서 유용하다.

IV. 주주대표소송에서의 원고주주의 집행채권자적격

1. 논의대상

실체법상 권리 의무의 귀속 주체가 아닌 자가 자기 명의로 소를 진행하는 것을 ‘제3자의 소송 담당’(Prozeßstandschaft)이라고 하는데, 주주대표소송이 이에 속하는 전형적인 경우이다. 위에서 언급한 것처럼 주주대표소송에서 원고주주는 회사의 대표기관적 지위

49) 여기서 ‘공평유지’라 함은 원고인 주주가 적격을 상실하여 소송이 종료하는 경우에 소송상대방인 피고가 반사적 이익을 누리게 되는 것을 방지하기 위해서는 양수인에 의한 소송승계가 요구된다는 것을 의미한다.

50) 김건식/노혁준/천경훈, 회사법 제4판, 박영사, 2020, 501쪽 주 1).

51) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결.

에서 소를 수행하지만, 회사의 대표자로서 소송을 수행하는 것은 아니어서 법적 성질상 승소의 이익은 회사에 귀속된다.

주주대표소송은 본디 주주가 원고주주가 회사에 사전제소청구를 하였음에도 불구하고 회사가 이사에 대한 제소를 거부한 결과 주주가 나서서 회사를 위하여 이사의 책임을 구하는 수단으로서 대표소송을 제기하는 것이다. 그러나 주주대표소송에서 판결의 기판력과 집행력이 회사에 확장된다. 원고주주가 승소한 주주대표소송의 판결문에 주주가 원고로, 상대방인 이사가 피고로 각 표시되지만 주문에서는 “피고는 소의 甲 주식회사에 게 금 〇〇〇원을 지급하라”는 형태로 패소한 피고가 회사에게 급부할 것을 명한다. 즉, 원고주주가 주주대표소송의 당사자이기는 하지만 판결주문의 급부명령은 제3자인 회사를 위하여 발하여지는 까닭에 소송담당자와 급부수령권자가 동일하지 않다는 특이한 구조를 형성한다.⁵²⁾

주주대표소송이 제기되었다는 것은 이사의 책임을 추궁하는 것과 관련하여 애당초 회사와 원고주주가 입장을 달리하는 것을 의미하는 만큼 회사가 원고주주의 승소판결에 따라 강제집행을 신청할 것을 기대하기 어려운 경우도 많을 것이다. 이 때문에 원고주주가 승소판결을 통해 강제집행을 할 수 있는지가 주주대표소송제의 실효성 자체도 좌우할 수 있는 중요한 문제로 관심을 끌고 있다.

2. 학설과 판례의 동향

2.1 논의의 범위

주주대표소송에서 주주의 청구를 인용하는 판결이 확정되어 승소주주가 강제집행을 신청한 경우에 법원이 그러한 신청을 인정할 것인지의 문제, 즉 승소주주가 집행채권자가 될 수 있는지가 문제에 대하여 심층적으로 논의한 연구가 여럿 존재한다. 이들 연구를 살펴보면 원고주주의 집행신청을 긍정하는 견해와 이를 부정하는 견해로 나뉜다. 대법원 판례는 긍정설의 입장에 서 있다. 아래에서는 학설과 판례를 개괄적으로 살펴보기로 한다.

52) 이덕기, “주주대표소송의 승소판결에 의한 강제집행절차”, 민사집행법연구 제7권, 한국민사집행법학회, 2011, 110-111쪽.

2.2 학설

2.2.1 긍정설

국내에서 주주가 집행권자가 될 수 있다는 견해가 주류를 이루고 있지만, 그 근거에 관해서는 의견을 달리한다. 먼저 강제집행은 집행권원에 표시된 당사자를 위하여 집행하는 것이 원칙이므로 주주대표소송의 원고로서 판결문에 표시된 주주가 자기를 위해 집행문을 교부받아 집행채권자로서의 적격을 가질 수 있다는 견해⁵³⁾가 제시되어 있다. 즉, 주주대표소송에서는 채무명의에 표시된 변제수령권자가 실질적 당사자인 경우이므로 회사는 집행당사자가 아니라는 것이다. 특히 집행력의 주관적 범위를 규정하고 있는 민사집행법 제25조는 집행권원에 표시된 당사자에게 집행력이 미친다는 것은 물론이고 그 이외의 자에게도 집행력이 미치는 경우까지 규정하고 있으므로 원고주주에게 집행채권자로서의 지위가 인정된다는 것이다. 다만, 이 경우에 변제수령의 절차에 대해서는 민사집행법상 전혀 단서가 없는 까닭에 아래에서 살펴보는 제3자의 집행담당의 법리를 적용한다는 것이다.⁵⁴⁾

다음으로, 제3자 소송담당이 허용되는 이상 실제법상 권리 의무의 귀속주체가 아닌자가 집행당사자로서 집행절차를 담당하는 ‘제3자의 집행담당’(Vollstreckungsstandschaft)이 가능하다는 견해⁵⁵⁾가 있다. 주주대표소송이 주주의 제3자 소송담당의 유형에 속하는 만큼 실제법상의 권리의무의 귀속주체가 아닌 주주가 자기 자신의 이름으로 강제집행을 할 적격이 부정될 수 없다는 것이다. 또한 민사집행법 제25조 제1항이 제3자 소송담당의 경우 제3자가 갖는 소송수행권이 집행력을 떠받치는 관리처분권까지 포함된 것을 선언하고 있다는 것을 이유로 들기도 한다.

마지막으로, 주주의 소송담당을 허용하면서도 소송수행의 결과인 집행신청을 스스로 할 수 없게 된다면 소송만 존재하고 집행이 없는 사태를 초래하여 대표소송의 실효성이 추락하는 문제가 발생하므로 주주의 집행채권자로서의 적격을 인정하여야 한다는 견해⁵⁶⁾도 존재한다. 즉, 주주대표소송이 인정되는 한 그 취지를 살리기 위해서는 강제집행

53) 김효정, 앞의 논문, 323-326쪽; 최성호, “주주대표소송판결의 집행절차에 관한 연구”, 한양법학 제20권 제3집, 한양법학회, 2009, 240쪽.

54) 이 같은 입장의 변종으로서 일본에는 금전집행준용설이 있다. 이는 주주가 금전채권의 집행을 자기이름으로 자기를 위해서 집행을 할 수 있지만, 금전집행의 규정을 준용하여 압류 및 환가를 실시하고 매득금은 주주가 아닌 회사에 교부해야 한다는 것을 내용으로 한다. 霜島甲一, “株主代表訴訟における強制執行の可否・方法”, JURIST, 第1062号, 有斐閣, 1995, 76頁 이하.

55) 이시윤, 신민사집행법 제8개정판, 박영사, 2020, 71쪽; 이덕기, 앞의 논문, 116-117쪽.

제도도 그 취지에 맞게 운용하여야 한다는 것이다.

2.2.2 부정설

국내에는 주주의 집행채권자 자격을 부정하는 견해가 소수설로서 존재한다. 주주대표 소송의 경우에는 주주에게 특별하게 소송수행권만을 부여한 것이므로 법률의 명백한 규정이 없는 상태에서 급부수령권의 주체가 아닌 주주가 판결의 당사자이며 그에게 기판력이 미친다는 이유만으로 그에게 집행채권자 자격을 인정할 수는 없다는 것이다.⁵⁷⁾ 이는 민사집행법상 명문의 규정이 없이 주주가 집행당사자로 강제집행을 신청할 수는 없다는 주장으로 요약된다. 일본의 경우에는 부정설을 뒷받침하는 더 많은 논거가 알려져 있다. 즉, 판결주문에서 당사자는 회사와 이사이므로 채무명의로 표시된 집행채권의 주체는 회사라는 점, 설령 대표주주를 집행채권자라 해도 그에게 배당수령자격은 인정되지 않는다는 점, 회사가 승소판결을 방치하는 경우 새롭게 대표이사의 책임이 발생하므로 그에 대해 대표소송을 제기하는 것도 역시 가능한 까닭에 설령 대표주주에게 집행채권자 자격을 인정하지 않더라도 주주대표소송제도의 실효성이 손상될 우려가 없다는 것 등이 제시되어 있다.⁵⁸⁾

2.3 판례

원고주주가 회사의 대표이사를 상대로 하여 주주대표소송으로 손해배상청구소송을 제기하여 승소한 결과 피고로 하여금 회사에 손해배상금을 지급하라는 판결이 선고되고 확정된 사건에서 법원은 위 확정판결의 원고로서 이를 집행권원으로 하여 채무자를 상대로 채권압류 및 전부명령신청을 할 수 있는 집행채권자 자격이 있다고 판단하였다. 이처럼 법원은 주주대표소송의 원고가 받은 확정판결의 집행력은 확정판결의 당사자인 그 원고와 다른 주주에게 모두에게 미치므로, 주주대표소송의 주주는 집행채권자가 될

56) 김상수, “판례평석: 주주대표소송과 강제집행 -대법원 2014. 2. 19. 자 2013마2316 결정-”, 법과 기업 연구 제5권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 2015, 176쪽; 천경훈, “2014년 회사법 판례회고”, BFL 제69호, 서울대학교 금융법센터, 2015, 82쪽; 최영덕, “주주대표소송상 화해와 강제집행에 대한 소고”, 법학연구 제19권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2008, 127쪽.

57) 이정준, “주주대표소송의 승소판결에 의한 강제집행”, 민사집행법연구 제7권, 한국민사집행법학회, 2011, 72쪽.

58) 伊藤眞, “株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題”, 東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 2, 東京大学法科大学院, 2007, 139-140頁.

수 있다는 입장이다.⁵⁹⁾

3. 검토

주주대표소송에서 승소한 원고주주에게 집행채권자적격을 인정할 것인지 여부에 관하여 학설이 나누어지는 것은 민사집행법에서 주주대표소송에 관하여 집행절차를 마련하지 않은 데에서 기인한다. 그러나 법률에 명문의 규정이 없다는 이유만으로 승소한 주주대표소송임에도 불구하고 주주의 집행채권자로서의 적격을 부정하는 경우에는 이 소송을 제도적으로 인정한 취지가 몰각된다. 또한 원고주주에게 집행채권자적격을 부정하더라도 회사가 권리실현을 위한 수단을 취하지 않거나 부적절한 수단을 취하는 경우에는 새로이 대표소송을 제기할 수 있으므로 주주대표소송의 기능을 약화시키지 않는다는 것이 부정설의 근거이기는 하지만, 주주대표소송을 제기하는 것 자체가 복잡한 절차를 거쳐야 한다는 점에서 새로운 소를 제기하는 것을 쉽게 기대하기 어렵다는 한계가 있다. 게다가 만약 대표이사가 강제집행을 하지 않을 뿐만 아니라 다시 직접소송을 제기하지 않는다면 주주가 그 결과에 대한 강제집행을 하지 못하게 되는 것과 다를 바 없어 이는 주주가 소송만 제기하고 집행이 없는 악순환이 무한반복될 여지도 있다. 이러한 점에서 주주에게 원고적격성과 아울러 집행적격성을 함께 부여될 필요가 있는데, 다행히 전자는 상법에 의하여 명문으로 규정되어 있으며 후자는 판례에 의하여 인정되고 있는 것이다.

V. 맺음말

한국의 민사소송법은 대체로 일본법을 통하여 독일법의 체계를 계수한 것인 반면에 상법상 주주대표소송은 미국의 제도를 수용한 것이다. 이들 제도가 그 연혁적인 면에서 차이가 있음에도 불구하고 주주대표소송을 민사소송법과 연계해서 살펴보려는 노력은 실정법상의 정합성에 비추어 민사소송법상의 법리로서는 주주대표소송을 설명할 수 없거나 주주대표소송이 민사소송법의 체계 내에 안착하지 못하는 경우가 있어 더욱 절실하다. 본고는 상법에 규정한 주주대표소송제도에 관련하여 제기되는 몇몇 쟁점을 민사소송법적인 시각에서 분석하였다. 분석결과를 간단히 정리하면 아래와 같다.

59) 대법원 2014. 2. 19. 자 2013마2316 결정.

첫째, 주주대표소송에서의 담보제공제도는 민사소송법상 소송비용의 담보제공제도에 비하여 담보되는 대상이 더 넓다는 점에서 양자는 구별된다. 그러나 민사소송법상 담보제공의 방법 및 취소에 관한 절차는 상법상 담보제공제도에도 준용되는 까닭에 주주대표소송에서의 담보제공에 관한 요건을 해석함에 있어서 민사소송법에 많이 의지할 수밖에 없다.

둘째, 당초 주주대표소송을 제기한 주주가 사망하거나 소멸한 경우에는 그 대표소송은 종료하여야 하지만, 승계인이 원하는 경우에는 소를 계속할 수 있는 기회를 보장할 수 있어야 한다. 또한 대표소송을 제기한 주주가 자신이 소유한 주식을 모두 양도하는 경우 그 주식의 양수인이 상법상 지주요건을 갖춘다면 경우에는 참가승계가 가능하다고 보아야 한다.

셋째, 민사집행법은 주주대표소송에 관하여 집행절차를 마련하지 않고 있지만 원고주주가 주주대표소송에서 승소하였음에도 불구하고 그의 집행채권자로서의 적격을 부정한다면 주주대표소송을 인정하는 취지마저 몰각되므로 주주대표소송의 주주가 집행채권자가 될 수 있다고 보아야 한다.

참고문헌

1. 단행본

김건식/노혁준/천경훈, 회사법 제4판, 박영사, 2020.

류시창, 회사법, 법문사, 2017.

송옥렬, 상법강의 제10판, 홍문사, 2020.

이시윤, 신민사집행법 제8개정판, 박영사, 2020.

이철송, 회사법강의 제28판, 박영사, 2020.

임재연, 회사법Ⅱ 개정7판, 박영사, 2020.

임홍근, 한국 상법전 50년사, 법문사, 2013.

정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제7판, 법문사, 2019.

최준선, 회사법 제15판, 삼영사, 2020.

山田泰弘, 株主代表訴訟の法理－生成と展開－, 信山社, 2000.

Ralph C. Ferrara, Kevin T. Abikoff & Laura L. Gansler, *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board* (2005).

2. 학술지

강수미, “소송계속 중 당사자의 사망에 따른 소송관계 -판례를 중심으로-”, 저스티스 통권 제174호, 한국법학원, 2019, 79-113쪽.

김상수, “판례평석: 주주대표소송과 강제집행-대법원 2014. 2. 19. 자 2013마2316 결정”, 법과 기업 연구 제5권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 2015, 167-182쪽.

이덕기, “주주대표소송의 승소판결에 의한 강제집행절차”, 민사집행법연구 제7권, 한국민사집행법학회, 2011, 106-134쪽.

이정준, “주주대표소송의 승소판결에 의한 강제집행”, 민사집행법연구 제7권, 한국민사집행법학회, 2011, 48-105쪽.

천경훈, “2014년 회사법 판례회고”, BFL 제69호, 서울대학교 금융법센터, 2015, 65-91쪽.

최성호, “주주대표소송판결의 집행절차에 관한 연구”, 한양법학 제27집, 한양법학회, 2009, 235-251쪽.

최영덕, “주주대표소송상 화해와 강제집행에 대한 소고”, 법학연구 제19권 제2호, 충남대

학교 법학연구소, 2008, 103-134쪽.

황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적과제”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013, 9-31쪽.

古川朋子, “株式移転と株主代表訴訟の原告適格”, 早稲田法学 79卷 2号, 早稲田大学法学会, 2004, 233-244頁.

霜島甲一, “株主代表訴訟における強制執行の可否・方法”, ジュリスト 第1062号, 有斐閣, 1995, 76-83頁.

伊藤眞, “株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題”, 東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 2, 東京大学法科大学院, 2007.

Henry W. Ballantine, “Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California’s New Security for Expenses Act Sound Regulation?”, *37 California Law Review* 399(1949), pp. 399-418.

Harald Baum & Dan W. Puchniak, “The Derivative Action: An Economic, Historical and Practice-Oriented Approach”, in *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach* (Dan W. Puchniak, Harald Baum & Michael Ewing-Chow eds., 2012), pp. 1-89.

George D. Hornstein, “The Death Knell of Stockholders’ Derivative Suits in New York”, *32 California Law Review* 123(1944), pp. 123-145.

3. 학위논문

김효정, “주주대표소송에 관한 연구 -국내 및 국제소송상의 쟁점을 중심으로-”, 연세대학교대학원 법학박사학위논문, 2017.

오세빈, “주주대표소송의 실무상 문제점에 관한 연구”, 한양대학교대학원 법학박사학위논문, 2016.

이태중, “주주의 대표소송에 관한 연구 -사문화와 남소의 방지를 위한 절차를 중심으로-”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1997.

[Abstract]

Issues on the Shareholder's Derivative Suit from the Perspective of the Civil Procedure Act

Kwon, Jae Yeol*

The shareholder's derivative suit (hereinafter as "the suit") is a legal domain that spans the fields of the Commercial Act and the Civil Procedure Act. The Korean Civil Procedure Act was modelled after the system of German law through Japanese law, whereas the suit under the Commercial Act accepted the U.S. system. Although these acts differ in terms of their history, efforts are needed to explain the suit from a perspective of the Civil Procedure Act. Accordingly, this paper discussed the security for damages, succession of a lawsuit, and standing of a party to compulsory execution from a consolidation perspective considering the relationship between the Commercial Act and the Civil Procedure Act.

The results of this discussion are as follows. First, while the coverage of the security for damages in the suit is wider than that of the security for litigation costs under the Civil Procedure Act, due to the applicable provisions of the Civil Procedure Act, some requirements necessary for the security for damages in the suit must be interpreted from the standpoint of the Civil Procedure Act. Second, if the shareholder who originally filed the suit dies or dissolves, the suit must be terminated, but if the successor wishes, an opportunity to continue the lawsuit must be guaranteed. In addition, if a shareholder who filed the suit transfers all of the shares he owns, it should be considered that the succession by participation is possible if the transferee of the shares meets the requirements for standing to sue under the Commercial Act. Third, although the Civil Execution Act does not stipulate the execution procedure for the shareholders' representative lawsuit, in the event that the plaintiff is not allowed to have a standing as a party to a compulsory execution despite the he wins the suit, the purpose of the suit is neglected. Therefore, the plaintiff of the lawsuit can be a

* Professor, Kyung Hee University Law School

party to a compulsory execution.

[Key Words] Shareholder's Derivative Suit, Civil Procedure Act, Security for Damages, Succession of a Lawsuit, Standing of a Party to Compulsory Execution