

다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점

권재열



글로벌 법제전략 연구 13-22-②-1

글로벌 법제와 정책연구

기업

다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점

권재열

다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점

International Trend of the Multiple
Derivative Suit and Its Implications

연구자 : 권재열 (경희대학교 법학전문대학원)
Kwon, Jae Yeol

2013. 6. 30.



요약문

I. 배경 및 목적

□ 연구의 배경

- 다중대표소송이란 지배·종속관계에 있는 회사들에서 지배회사의 주주는 “당해 주주가 소유하는 주식을 발행한 회사”가 아닌 회사, 즉 종속회사의 이사의 책임을 추궁하기 위하여 제기하는 소송을 의미함
- 국내에서는 다중대표소송의 제소적격에 관한 논의가 채 성숙되기도 전인 서울고등법원은 2003년 8월 이중대표소송을 인정하는 판결을 내렸으나 대법원에서는 이를 파기함
- 2013년 현재 재벌개혁의 수단으로서 이미 폐지된 출자총액제한 제도의 부활을 주장하는 한편 만약 이 제도가 부활되지 않는 경우 다중대표소송을 도입하여야 한다는 주장이 다시 제기되고 있음
- 2013년 2월 하순에 출범한 박근혜 정부는 대통령 선거 당시 소수주주 보호차원에서 다중대표소송의 도입을 공약으로 제시한 바 있으며, 정부를 비롯하여 국회차원에서 다중대표소송의 도입에 관한 논의를 본격적으로 진행하고 있음
- 2013년 3월과 4월 다중대표소송의 도입을 내용으로 하는 상법 일부개정법률안들이 국회에 제출된 바 있으며, 2013년 7월에는 법무부가 다중대표소송을 도입하려는 상법개정안을 입법예고한

바 있음

□ 연구의 목적

- 다중대표소송이 국내에서는 지속적으로 주요 현안으로 가시화되고 있고 동시에 그 도입을 추진하고 있는 상황에서 다른 국가에서 다중대표소송이 어떻게 운영되는지를 살펴보는 것은 당연히 선행적으로 요구되는 사항임
- 정부차원에서의 다중대표소송의 신설과 관련하여 각국의 동향을 살펴보고 그 시사점을 모색할 필요가 있음
- 이에 다수 국가를 대상으로 다중대표소송의 허부에 관한 성문법상의 입법례와 실제 운영된 경험사례를 살펴보고, 결론적으로 외국의 입법동향이 우리에게 던지는 시사점을 제시하기로 함

II. 주요 내용

1. 북아메리카, 유럽, 아프리카, 오세아니아, 아시아에 소재한 국가들 중에서 대표적인 국가를 선정하여 그들 국가에서의 다중대표소송의 입법례와 실질적인 운영현황 개관
2. 다중대표소송은 세계적으로 공통된 기준이 없다보니 각국의 입법례가 다양한 모습을 취하고 있음
3. 미국은 오랜 기간 다중대표소송을 인정해온 대표적인 국가이며, 일본은 최근 들어 제한적인 범위 내에서 다중대표소송을 도입하려는 노력을 입법적으로 경주하고 있음
4. 영국의 회사법으로부터 영향을 받은 보통법국가들은 영국법을 모델로 하여 대표소송제도를 시행하고 있음

5. 2007년 홍콩 종심법원(香港 終審法院)이 다중대표소송의 제기를 허가한 이후부터 영국법원도 긍정적인 입장을 나타내는 것으로 보임
6. 유럽의 주요국가인 독일과 프랑스는 주주가 회사의 소권(訴權)을 대신 행사하는 것에 관하여 소극적인 입장을 견지하고 있음
7. 이와 같이 국제적인 경향은 다중대표소송을 성문법적으로 도입하여 운용하는 경향이 두드러짐
8. 다만, 실제 운용에 있어서는 매우 엄격한 기준을 적용하기 때문에 실례가 많지 않음

Ⅲ. 기대효과

- 다중대표소송의 국제적 동향에 대한 이해 제고
- 다중대표소송의 이론적·실무적 정보로서의 기능
- 다중대표소송의 도입에 대한 합리적 혹은 비판적 근거 제공

▶ 주제어 : 다중대표소송, 소수주주, 법인격부인론, 제소청구요건, 지배·종속회사

Abstract

I . Background and Objectives

Background of Research

- A “multiple derivative suit” is defined as a suit which a shareholder of a controlling corporation brings against a director of subsidiary corporation.
- In August 2003, the Seoul High Court decided that a double derivative suit is permitted under the current Commercial Code, but in 2004, the Supreme Court of Korea overruled the above decision.
- As of 2013, there are hot debates on whether the multiple derivative suit should be introduced into Korean Commercial Code as a means of revamping the Chaebol.
- The Park government regards the multiple derivative suit as a device of both recovering shareholders' loss and of deterring wrongdoings by corporate insiders, and tries to codify the multiple derivative suit.
- Several revised bills and draft proposals of amendment to the Code to introduce the multiple derivative suit are submitted into the National Assembly or made public.

Purpose

- The purpose of this Study is to look at how the law of the multiple derivative suit is implemented and applied in the real life in many countries such as U.S., Canada, England, Germany, France, South Africa, Nigeria, Australia, New Zealand, Japan, China, Hong Kong, Singapore, and Israel.

II. Main Contents

1. The multiple derivative suit in Korea captures the attention of politicians, legal scholars, and businessmen and presents a controversial topic for reforming the existing corporate governance of the conglomerates.
2. Many countries have a law of the multiple derivative suit in various forms and thus there is not a well-formulated form of it.
3. Some countries such as England, Canada, and Australia provide some kinds of statutory hurdle to prevent the abuse of filling the suit, because there might be conflicts between the interests of shareholders of parent and subsidiary corporations.
4. The multiple derivative suit which has its historic roots in the United States had not been found in countries outside of the U.S.A. until 2007 when a multiple derivative suit was permitted by the highest court of Hong Kong.

5. The Study implies that the multiple derivative suit would be statutorily incorporated into the Korean Commercial Code to go with the stream of the times and also there should be efforts to minimize the possibility of abusing the right of commencing the suit.

III. Expected Effect

- To contribute to find the concept of multiple derivative suit
 - To provide theoretical and practical information regarding the definition and scope of multiple derivative suit
 - To assist the government to make national policies regarding multiple derivative suit
- 👉 **Keywords:** multiple derivative suit, piercing the corporate veil, minority shareholder, demand requirement, controlling and subsidiary corporations

목 차

요약문	5
Abstract	9
제 1 장 서 론	15
제 1 절 연구의 목적	15
제 2 절 연구의 방법과 범위	19
제 2 장 다중대표소송의 국제적 동향	21
제 1 절 서 언	21
제 2 절 북아메리카 국가의 입법례와 운영현황	21
1. 미 국	21
2. 캐나다	42
제 3 절 유럽국가의 입법례와 운영현황	45
1. 영 국	45
2. 독 일	49
3. 프랑스	50
제 4 절 아프리카 국가의 입법례와 운영현황	52
1. 남아프리카 공화국	52
2. 나이지리아	54
제 5 절 오세아니아 국가의 입법례와 운영현황	55
1. 호 주	55

2. 뉴질랜드	57
제 6 절 아시아 국가의 입법례와 운영현황	58
1. 일 본	58
2. 중 국	64
3. 홍 콩	65
4. 싱가포르	67
5. 이스라엘	68
제 3 장 국제적 동향의 시사점	71
참고문헌	73

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

주식회사에서의 소유와 경영의 분리로 인하여 상법상 이사는 회사로부터 위임의 관계에 있지만, 이사가 주주의 뜻에 반하여 이사가 행동할 가능성이 존재하므로, 그가 스스로 맡은 바의 책무를 성실하게 수행하도록 하는 법적 구조를 만들 필요성이 있다. 그러한 법적 구조의 일환으로서 상법은 이사에게 의무를 부과하고 있으며, 만약 의무를 위반한 경우에는 소수주주는 대표소송을 제기할 수 있다. 이에 대표소송은 회사가 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 소의 제기를 해태하는 경우에 소수주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소송(상법 제403조)으로 정의된다.¹⁾

지배회사는 종속회사의 법인주주로서 종속회사를 위하여 주주대표소송을 제기할 수 있음은 당연하다. 만약 종속회사 이사의 의무위반에 대하여 책임추궁을 하여야 하는데도 불구하고, 지배회사가 그 책임추궁을 게을리 하거나 지배회사의 주주가 지배회사에 대하여 법인주주로서 책임추궁을 할 것을 요청하였지만 종속회사에 대하여 직접 주주대표소송을 제기하지 않은 경우 지배회사의 주주가 종속회사의 이사를 상대로 대표소송을 제기할 수 있는지가 문제된다.

우리나라의 경우 1990년대 후반부터 주주대표소송의 원고적격의 확대에 관한 논의가 시작되었다. 본래 상법 제403조상의 대표소송은 문자 그대로 “주주가 소유하는 주식을 발행한 회사”의 이사에 대한 책임을 당해 주주가 추궁하는 것을 법적으로 인정하는 데 그 목적이 있

1) 주주대표소송은 발기인, 집행임원, 감사 및 청산인의 책임(상법 제324조, 제408조의9, 제415조, 제542조 2항) 및 불공정한 가격으로 신주를 인수한 자의 책임(상법 제424의 2), 그리고 주주권의 행사와 관련하여 이익을 공여받은 자의 책임(상법 제467의 2)을 추궁하는 데에도 준용된다.

다.2) 2000년을 넘어서면서 상법과 경제법학자들은 지배·종속관계에 있는 회사들에서 지배회사³⁾의 주주는 “당해 주주가 소유하는 주식을 발행한 회사”가 아닌 회사, 즉 종속회사⁴⁾의 이사의 책임을 추궁할 수 있는지, 이를테면 “다중대표소송”(multiple derivative suit)을 인정할 수 있는지에 관하여 논의가 제기되었다.⁵⁾

다중대표소송이 활발하게 이용되고 있는 미국의 경우 그 대표적인 유형으로서 이중대표소송(double derivative suit)을 비롯하여 삼중대표소송(triple derivative suit), 사중대표소송(quaduple derivative suit) 등이 있다.⁶⁾ 구체적으로 살펴보면, Gaillard v. Natomas Co. 사건에 따르면 “‘이중대표소송’이란 지주회사 내지 모회사의 주주가 그 회사를 대신하여 자회사를 위해 소의 원인(cause of action)을 강제하기 위해 제기하는 소송으로 정의된다. 지주회사 내지 모회사는 자회사가 가지는 소의 원인에 대한 파생적 권리를 가진다는 점에서 사실상 주주는 자회사를 위하여 대표소송을 유지하게 되는 것이다”⁷⁾라고 판시한 바 있다. 이밖에 미국에서는 삼중대표소송, 즉 이른바 손회사(second-tier subsidiary)를 위하여 제기하는 대표소송도 발견되기도 한다. 삼중대표소송의 예로서는 Fischer v. CF&I Steel Corp. 사건⁸⁾과 Kaufman v. Wolfson 사건⁹⁾ 등이 있다. 심지어는 미국에서는 사중대표소송¹⁰⁾도 제

2) 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송,” 『경영법률』 제10집(한국경영법률학회, 2000), 382면.

3) 이하에서 “지배회사”의 개념에는 상법 제342조의 2 제1항에 규정한 모회사를 비롯하여 모회사의 대표적인 형태인 지주회사까지 포함한다.

4) 이하에서 “종속회사”의 개념에는 상법 제342조의 2 제1항에 규정한 자회사를 포함한다.

5) 이중대표소송의 인정여부에 관한 논의는 우리나라에서는 1990년대 후반 무렵부터 간헐적으로 제기되었다.

6) Sternberg v. O'Neil, 550 A.2d 1105, 1107 n.1(1988).

7) 173 Cal. App. 3d 410, 419, n.7(1985).

8) 599 F. Supp. 340(S.D.N.Y. 1984).

9) Kaufman v. Wolfson, 132 F. Supp. 733(S.D.N.Y. 1955).

10) Carlton Investments v. TLC Beatrice Int'l Holdings, Inc., Del. Ch., C.A. No. 13950,

기된 적도 있었다. 요약하자면, 이처럼 주주가 자신이 보유하는 주식을 발행한 회사 이외의 자회사 내지 손회사 등의 이사를 상대로 제기하는 대표소송을 총괄하여 다중대표소송 내지 중복대표소송(multiple derivative suit)이라 한다.¹¹⁾ 따라서 이중대표소송은 다중대표소송의 가장 단순한 유형이다. 최근에는 미국 이외의 국가에도 대표소송을 도입하려는 움직임이 본격화되고 있다.¹²⁾

국내에서는 다중대표소송의 제소적격에 관한 논의가 채 성숙되지도 전¹³⁾에 서울고등법원은 2003년 8월 이중대표소송을 인정하는 판결을 내렸으나¹⁴⁾ 대법원에서는 이를 파기한 바 있다.¹⁵⁾ 한편, 2003년 11월 국제통화기금(IMF)이 우리 정부와의 연례협약에서 기업지배구조개선을 위한 방안으로 다중대표소송제의 도입을 권고하기도 하였고,¹⁶⁾ 그 이후에 이를 도입하는 상법개정안이 여러차례 국회에 제출되기도 하였지만,¹⁷⁾ 2012년 4월부터 시행되고 있는 개정상법에는 최종적으로 채택되지 않았다.

그러나 2013년 현재 재벌개혁의 수단으로서 이미 폐지된 출자총액 제한제도의 부활을 주장하는 한편 만약 이 제도가 부활되지 않는 경우 다중대표소송을 도입하여야 한다는 주장이 다시 제기 되고 있

mem. op. (1996).

11) Judith S. Suelzle, *Trust Beneficiary Standing in Shareholder Derivative Actions*, 39 *Stanford Law Review* 267, 285 n.119(1986).

12) Mathias M. Siems, *Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon* 3(Working Paper, 2010)(<http://ssrn.com/abstract=1699353>).

13) 김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대,” 『외법논집』 제13집(한국의국어대학교, 2002), 182면.

14) 서울고등법원 2003.8.22. 선고, 2002나13746 판결.

15) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결.

16) 『동아일보』(2003년 11월 24일자), B3면.

17) 2009년 이후 상법상 이중대표소송제도의 도입을 발의한 것으로는 대표적으로는 이상민 의원안과 홍재형 의원안이 있었다. 국회 법제사법위원회 [진정구 전문위원 소관], 『법률안 검토보고 모음집(II) 2009.2.~2010.12.』(법제사법위원회, 2011), 699면 이하.

다.¹⁸⁾ 2013년 2월 하순에 출범한 박근혜 정부는 대통령 선거 당시 소수주주 보호차원에서 다중대표소송의 도입을 공약으로 제시한 바 있으며, 정부를 비롯하여 국회차원에서 다중대표소송의 도입에 관한 논의를 본격적으로 진행하고 있다. 2013년 3월과 4월 다중대표소송의 도입을 내용으로 하는 상법일부개정법률안¹⁹⁾이 국회에 제출된 바 있으며, 2013년 7월에는 법무부가 다중대표소송의 도입을 내용으로 하는 상법개정안을 입법예고한 바 있다.²⁰⁾

이처럼 다중대표소송이 국내에서는 지속적으로 주요 현안으로 가시화되고 있고 동시에 그 도입을 추진하고 있는 상황에서 다른 국가에서 다중대표소송이 어떻게 운영되는지를 살펴보는 것은 당연히 선행적으로 요구되는 사항이다. 따라서 정부차원에서의 다중대표소송의 신설과 관련하여 각국의 동향을 살펴보고 그 시사점을 모색할 필요가 있다. 이에 본고에서는 다수 국가를 대상으로 다중대표소송의 허부에 관한 성문법상의 입법례와 실제 운영된 경험사례를 살펴보고, 결론적으로 외국의 입법동향이 우리에게 던지는 시사점을 간추려 보기로 한다.²¹⁾ 이상과 같이 이중대표소송이 다중대표소송의 1 유형이기 때문에 문맥상 또는 논리전개를 위해 “이중대표소송”과 “다중대표소송”의 용어를 혼용하기로 한다. 다중대표소송과의 구별을 목적으로 전형적인 대표소송을 단순대표소송(single derivative suit)으로 칭하기로 한다.

18) 이견록, “출자총액제한제도의 재도입 논의와 쟁점,” 『이슈와 논점』 제378호(국회 입법조사처, 2012).

19) 예컨대, 2013년 3월 25일과 4월 5일 국회에 발의된 이명수 의원이 대표로 발의한 「상법 일부개정법률안」(의안번호: 4246)과 김영주 의원이 대표발의한 「상법 일부개정법률안」(의안번호: 4397)이 있다.

20) 참고적으로, 법무부는 다중대표소송을 도입하는 것을 내용으로 하는 지배구조에 관련된 상법개정안을 2013년 7월 17일 입법예고(법무부공고 제2013-162호)한 바 있다.

21) 각국의 입법례와 운영현황, 특히 미국과 일본의 경우를 논함에 있어서 저자가 과거 발표한 바 있는 “이중대표소송의 허부에 대한 비교법적 검토,” 『비교사법』 제11권 2호(한국비교사법학회, 2004)에 크게 의존하였다.

제 2 절 연구의 방법과 범위

다중대표소송의 인정여부에 대해서도 각국의 입장은 일치되지 않고 있다. 다중대표소송을 정당화하기 위한 법리적 근거에 관해서는 아직까지 정립된 견해가 없다. 본 연구에서는 다중대표소송이 운영되고 있는 세계 주요국가의 동향을 살펴본 후 우리나라에 대한 시사점을 간단히 정리하고자 한다. 이를 위하여 제2장에서는 북아메리카, 유럽, 아프리카, 오세아니아, 아시아에 소재한 국가들 중에서 대표적인 국가를 선정하여 그들 국가에서의 다중대표소송의 입법례와 실질적인 운영현황을 개관한다. 사실 다수의 국가에서 다중대표소송을 성문법적으로 도입하더라도 제대로 활용 또는 이용되지 않을 수도 있는 만큼 이하에서는 각국의 다중대표소송이 단순히 법전상의 상태(*law in books*)에서 머무르고 있는지, 아니면 현실적으로 적용되고 있는 법(*law in action*)인지의 여부를 주로 살펴보고자 한다.²²⁾ 제3장에서는 이상의 논의가 우리나라의 다중대표소송 도입에 관련된 입법에 시사하는 점을 간단히 제시하기로 한다.

22) 이 경우 *law in books*와 *law in action*의 개념은 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *American Law Review* 12(1910)에서 차용한 것이다..

제 2 장 다중대표소송의 국제적 동향

제 1 절 서 언

다중대표소송은 세계적으로 공통된 기준이 없다보니 각국의 입법례가 다양한 모습을 취하고 있다. 미국은 오랜 기간 다중대표소송을 인정해온 대표적인 국가이며, 일본은 최근 들어 제한적인 범위 내에서 다중대표소송을 도입하려는 입법적인 노력을 경주하고 있다. 영국의 회사법으로부터 영향을 받은 보통법국가들은 영국법을 모델로 하여 대표소송제도를 시행하고 있다. 그러나 2007년 홍콩 중심법원(香港終審法院)이 다중대표소송의 제기를 허가한 이후부터 영국법원도 긍정적인 입장을 나타내는 것으로 보인다. 유럽의 주요국가인 독일과 프랑스는 주주가 회사의 소권(訴權)을 대신 행사하는 것에 관하여 소극적인 입장을 견지하고 있다. 중국도 다중대표소송을 인정하지 않고 있다. 이하에서는 다중대표소송을 둘러싼 세계 각국의 입법례와 운영현황을 개관하기로 한다.

제 2 절 북아메리카 국가의 입법례와 운영현황

1. 미 국

(1) 개 관

오늘날 미국에서는 상당한 기간 동안 이중대표소송을 인정하는 판례와 그렇지 않은 판례가 공존하였다. 전자는 지주회사 체제에서 단지 법인격이 별도로 존재한다는 사실이 위법행위를 시정하자는 데 장애가 되는 것을 매우 우려함과 동시에 자회사에서 발생한 손해가 최종적으로 모회사 주주의 부담이 된다는 점을 고려하여 다중대표소송을 인정하고 있으며, 후자의 입장에서는 지배회사의 주주가 종속회사

의 주식을 직접적으로 소유하고 있지 않으므로 인정할 수 없다는 것이다. 이중대표소송을 인정하는 판례에서도 그 인정근거에 관해서는 견해가 일치되지 않았다. 말하자면, 지배회사 주주가 종속회사 이사의 책임을 추궁하는 대표소송이 가능하다는 근거에 관해서는 다양한 이론구성이 제시되어 있는 실정이다. 특히 이중대표소송의 요건과 관련하여 ① 제소주주가 지배회사와 종속회사 쌍방에 제소청구를 행할 필요가 있는지의 여부 및 지배회사와 종속회사가 동시에 다중대표소송의 당사자가 되는지와 ② 주식동시소유의 요건과 계속소유의 요건이 적용되는지가 문제되었다.²³⁾

이하에서는 미국에서 이중대표소송에 관한 동향을 판례의 흐름을 통해 먼저 살펴 본 후 입법례를 정리하고자 한다.²⁴⁾

(2) 다중대표소송의 연혁

(가) 대표소송의 기원

주주의 대표소송은 본래 신탁(trust)이라는 개념을 바탕으로 하였다.²⁵⁾ 즉, 주주는 자신의 최고의 이익을 위하여 회사를 경영하도록 이사에게 회사경영권을 신탁한 것으로 간주되었다. 미국에서 대표소송을 인정한 초기의 판례에서도 마찬가지로 이사와 주주간의 신탁관계에 초점을 두고 사건을 풀어나갔다.²⁶⁾

대표소송의 존재를 확인한 초기판례중의 하나인 1832년의 *Robinson v. Smith* 사건²⁷⁾에서 뉴욕주법원은 회사의 자본을 유용(流用)한 이사에

23) 山田泰弘, 『株主代表訴訟の法理—生成と展開—』(信山社, 2000), 264頁.

24) 다중대표소송에 관한 미국법의 동향에 관한 논의는 주로 山田泰弘, 前掲書, 263-272, 281-282頁에 근거하였다.

25) Bert S. Prunty, Jr., *The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation*, 32 *New York University Law Review* 980, 991-992(1957).

26) Deborah A. DeMott, *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice* §1.05(1987).

27) 3 *Paigh Ch.* 222(N.Y. 1832).

대한 3인의 소수주주가 제기한 소송을 인정하였다. 이와 유사한 취지의 연방판례로는 1855년의 *Dodge v. Woolsey*²⁸⁾이 있다. 동 사건에서 1인의 주주는 주세부과(州稅賦課)를 위헌이라고 주장을 하였지만 이사는 주세납부에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다. 연방대법원은 이사가 주주가 주장한 바대로 주세부과가 위헌이라고 생각했음에도 불구하고 주세를 납부한 것은 주주에 대한 경영상의 약속(*managerial promise*)을 저버린 것으로 판시하면서 연방대법원은 주주의 대표소송을 인정하였다.²⁹⁾

대표소송이 점차 발전함에 따라 법원은 대표소송의 중요한 요소로 회사가 피해당사자라는 인식을 갖게 되었다. 또한 법원은 회사가 입은 피해에 대한 제소권은 주주에 속하는 것이 아니라 회사에 속하는 것으로 인정하였다.³⁰⁾ 그리하여 대표소송은 회사의 손실을 전보하기 위하여 주주가 대신 제소하는 형식으로 자리 잡게 되었다.³¹⁾

(나) 다중대표소송의 연혁

미국의 경우 초기의 주회사법(州會社法)은 회사는 다른 회사의 사원이 되는 것을 금하였다. 그러므로 당연히 회사가 다른 주식회사의 주식을 소유할 수 없는 것으로 이해되었다. 이러한 주식소유금지를 우회적으로 회피하기 위한 방법으로서 미국에서는 트러스트(*trust*)를 통한 기업결합이 이용되었다.³²⁾ 이러한 상황에서도 거의 모든 주의 정부가 특권으로 철도회사에 한하여 다른 회사의 주식을 소유하는 것을 인정하였다.³³⁾ 1889년 뉴저지주 회사법은 회사가 다른 회사의 주식을

28) 59 U.S.(18 How.) 331(1855).

29) *Dodge*, 59 U.S. at 345.

30) DeMott, *supra* note 26, at §1.04.

31) George D. Hornstein, *The Shareholder's Derivative Suit in the United States*, 1967 *Journal of Business Law* 282, 285(1967).

32) Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* 80(1992).

소유하는 것을 명문으로 인정하였으며 그 후 각 주의 제정법도 뉴저지주 회사법과 같은 내용을 규정하게 되었다.³⁴⁾ 그러나 1890년 셔먼법(Sherman Act)이 제정되어 트러스트에 의한 기업결합이 금지되면서 지주회사가 일반적인 기업결합의 수단으로서 등장하게 되었다.³⁵⁾

미국에서 중복대표소송의 연혁적 기원은 1879년 *Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railroad Co.* 사건³⁶⁾으로 거슬러 올라간다. 동 사건에서는 지배회사가 지방자치단체로부터 종속회사의 주식을 취득하였지만, 해당 주식양도는 주법에 의해 무효로 판시하였다. 따라서 지배회사는 해당 지방자치단체의 이름으로 종속회사의 주식을 소유할 수밖에 없었다. 다만, 지배회사와 종속회사간에 형평법상의 주식소유 관계를 바탕으로 지배회사 주주가 종속회사의 손해에 대한 회복을 인정하였다.³⁷⁾

(3) 성문법의 동향

미국법에서 대표소송의 제기권은 종래부터 주주명부에 기명된 주주는 물론이고 주식의 실질적 소유자(equitable owner of corporate shares)에게도 부여되고 있다. 그 이유는 배당청구권이나 의결권과 달리 주주대표소송의 경우에는 주주자격의 여부를 엄격하게 확정할 필요가 없어 실질적인 주식소유관계를 가지고 있는 자의 제기권을 배제할 이유가 없다는 보기 때문이다. 예컨대, 주식을 양도받았지만 아직 주주

33) *Id.*, at 88. 이밖에 Alfred D. Chandler, Jr., *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business* 122-143(1977) 참조.

34) Horwitz, *supra* note 32, at 83.

35) 김동훈, 앞의 논문, 172면.

36) 21 Kan. 365, Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Court of the State Kansas 270(1879). 이 사건은 지방자치단체가 소유한 철도회사 A사의 주식이 철도회사 B사에 양도된 후에, B사의 주주 X가 A사 이사의 책임을 추궁한 것이다.

37) 조동관, “회사기회의 법리와 이중대표소송에 관한 미국의 관례,” 『법조』 통권 제 608호(법조협회, 2007), 292면; 山田泰弘, 前掲書, 259-260頁.

명부상의 명의변경을 하지 않은 주주, 주식의 수유자, 주식을 신탁재산으로 한 경우의 수익자 및 주식의 질권자 등에게 대표소송의 제기가 인정되고 있다.³⁸⁾

1969년 모범사업회사법(Model Business Corporation Act)³⁹⁾(이하 “모범법”으로 줄임) 제7.40조는 명부상의 주주(record owner) 또는 법의 작용(operation of law)에 의해 명부상의 주주로부터 주식을 양도 받은 자만을 한정하여 대표소송 제기권을 인정하였다. 그러나 이른바 증권업자명의(street name)에 의한 주식소유 내지 명목상 주식소유의 빈도가 증가하면서 동법의 1984년 개정에서 주식의 수익적 소유자(beneficial owner)에게도 대표소송 제기권을 인정하는 것으로 바뀌었다.⁴⁰⁾ 이를 모델로 하여 다수의 주가 명문으로 수익적 소유자가 대표소송의 제기권을 가지는 것으로 규정하고 있다.⁴¹⁾ 이처럼 모범법과 주법은 대표소송 제기권을 주식의 실질적 소유자에게 인정하고 있으며 또한 법원이 주식교환 전후에 소송을 제기한 지배회사 주주를 실질적 소유자로 판단하고 있다는 점에서 미국법상 다중대표소송은 성문법에 충돌될 우려가 없다.⁴²⁾

38) 이에 관한 구체적인 입법동향에 관한 논의는 山田泰弘, 前掲書, 281頁.

39) 미국변호사협회는 1933년 일리노이주 회사법을 모델로 하여 작성한 모범사업회사법(이하 “모범법”으로 줄임)을 1950년에 정식으로 공포하였으며, 동법은 오늘날에 이르기까지 수차례의 수정과 개정이 있었다. 이처럼 모범법은 각주에서 선발된 위원들에 의하여 주가 회사법을 제정 또는 개정할 때의 모범으로 삼기 위하여 제정한 것이다. 모범법은 문자 그대로 각주의 회사법의 모범(model)으로서 제시된 법전일 뿐 강제력이 있는 규범은 아니다. 다만, 모범법은 각 주의 보통법(common law)의 우수한 점을 요약·정리하고 있으며, 또한 주회사법의 운용 및 개정에 관하여 중요한 지침서로서의 역할을 하고 있는 것은 틀림없다. 권재열, “미국 회사법의 최근 개정동향—모범사업회사법과 델라웨어주 일반회사법을 중심으로—,” 『법조』 통권 제548호(법조협회, 2002), 7면.

40) 1 American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated §7.40 official comment 1.a(3d ed. 1985).

41) Edward Brodsky & M. Patricia Adamski, Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties and Liabilities §9:03(1993).

42) 山田泰弘, 前掲書, 281頁.

게다가 미국법률협회(American Law Institute: ALI)의 「회사지배구조의 원칙 : 분석과 권고」⁴³⁾(이하 “원칙”으로 줄임) 제7.02조의 주석은 지배회사가 종속회사에 대하여 적어도 사실상의(de facto) 지배로 인한 이익을 향유하고 있는 경우에 한하여 이중대표소송을 인정하는 관행이 생겨나고 있는 것으로 보고 있다.⁴⁴⁾ 또한 ALI의 원칙 제7.02조 (a)(2)는 대표소송을 제기한 주주는 원칙적으로 판결시점까지 계속하여 주식을 소유하여야 하지만, 계속적으로 지분증권을 소유하지 못한 것이 소지인의 본의에 의하지 않은 회사의 행위에 대한 결과였고, 동시에 (A) 대표소송이 주주의 지위를 종료시킨 회사의 행위에 앞서 제기되었거나 또는 (B) 해당 주주가 소송을 제기할 수 있는 기타의 자보다도 주주의 이익을 적절히 대표할 수 있다고 법원이 판단한 경우는 예외적 대표소송의 원고적격을 가진다고 규정하고 있다. 이는 ALI가 주식동시소유의 요건을 완화하기는 하지만, 지배회사 주주에 의한 종속회사 이사에 대한 대표소송은 원칙적이기보다는 예외적인 시각에서 인정한다는 것을 보여준다.

43) ALI는 실무가와 법학자들로 1923년에 설립된 독자적인 단체로서 법재록(Restatement of the Law)과 같은 업적을 남기고 있다. 동협회는 1978년부터 회사지배구조(corporate governance)에 관한 문제를 다루기 위한 프로젝트를 담당하였다. ALI는 1982년에 “회사지배구조의 원칙”(Principles of Corporate Governance)의 첫 번째 임시 초안(tentative draft)을 작성한 후 오랜 기간 동안에 걸친 지속적인 토론과 개정작업 끝에 마침내 1994년에 “원칙”을 두 권의 책으로 출간함으로써 동 프로젝트를 완결지었다. 동 프로젝트의 전제는 자유기업체제의 도구인 회사의 효율성을 보존하고 증진하는 것이었다. 동 프로젝트의 결과인 “원칙”은 법적인 구속력은 없지만 주법상의 차이를 줄이고 법원에 대한 주요한 지침이 되는 것을 목표로 하였다. 이에 따라 법원은 “원칙”의 임시초안이 나올 때 부터 관심을 표명하여 판결에 참고(legal reference)하고 있으므로 미국회사법의 발전에 - 크건 작건 간에 - 영향을 미칠 것으로 생각한다. 권재열, “미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구 요건 - 최근의 동향을 중심으로 -,” 「상사법연구」 제16권 제1호(한국상사법학회, 1997), 140-141면.

44) 2 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Pt. VII §7.02 Comment 41(1994)[이하 저자의 명칭을 “ALI”로 줄임].

(4) 판례의 동향

(가) 이중대표소송의 절차확정과 관련한 판례의 전개

1) 시기의 구분

이중대표소송의 절차확정과 관련한 판례법의 전개는 다음과 같은 3가지 단계로 나눌 수 있다. 제1단계는 1938년 *United States Lines v. United States Lines Co.* 사건이 있기 이전까지의 시기이다. 이 시기에서는 이중대표소송은 지배·종속회사 간에 지배관계가 존재하는 것을 바탕으로 양 회사의 법인격을 부인하여 하나의 회사로 보거나 또는 지배회사 주주에 의한 구제가 종속회사의 위법을 시정하고 손해를 회복하기 위한 유일한 수단인 점을 근거로 하여 인정되었다.

제2단계는 1938년 *United States Lines v. United States Lines Co.* 사건으로부터 이중대표소송이 보다 명확하게 된 1950년대까지의 시기이다. 이 시기에는 법인격부인론을 바탕으로 하여 다중대표소송을 인정하는 판례가 완전히 사라진 것은 아니었다. 그러나 *United States Lines* 사건에서는 법인격 부인을 정당화할 수 있을 정도로 손해가 발생한 회사와 그 주식을 보유한 회사와의 사이에 지배관계가 없었다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서 법원은 양사를 지배하는 자가 공통이라는 점을 근거로 하여 이중대표소송을 인정하였다. 이 사건을 계기로 하여 이중대표소송의 성질, 즉 양사에의 제소청구가 어떠한 의미를 가지고 있는 것인가, 손해가 발생한 회사와 그 주식을 보유한 회사와의 사이에 지배관계가 존재하는 것을 요건으로 하는 의미는 무엇인가 등이 문제로 대두되었다.

제3단계는 이중대표소송이 정립되어 가면서 그에 관한 논의가 기타의 소송절차까지로 확대된 1960년 이후의 시기이다. 제3단계에서는 이중대표소송을 인정하면서도 시효 등 부수적인 문제를 논의의 대상

으로 삼고 있다.⁴⁵⁾

2) 이중대표소송의 생성기: ~1930년대까지

이 시기에는 이중대표소송을 정의와 형평의 관념에서 인정하고 있지만 그것을 뒷받침할 법적 절차는 구비되지 못하였다. 이 시기에 이중대표소송의 주요 판례로서는 다음의 것이 있다.

먼저 1913년 *Martin v. D. B. Martin Co.* 사건⁴⁶⁾에서 델라웨어주 형평법원은 지배회사와 종속회사의 법인격이 다르다고 하여도 법인격을 부인할 수 있는 경우에 한하여 지배회사 주주에 의하여 실질적으로 구제를 받을 수 있어야 하며, 그러한 범위내에서 이중대표소송을 인정할 수 있다는 취지의 판결을 내렸다. 즉, 지배회사가 종속회사의 주식 전부를 소유하고, 동일한 사업을 공동으로 실시하고, 지배회사가 종속회사를 위해서 자금을 조달하고, 이사나 임원이 양사에서 겸임하고 있고, 종속회사가 지배회사의 사업 도구로 되어 있는 경우에는, 지배회사 주주의 권리보호 및 종속회사의 위법행위에 대한 시정을 위해서는 종속회사를 지배회사의 대리인으로 취급하거나 양사를 동일한 것으로 취급하는 것이 가능하기 때문에 지배회사 주주의 제소권한을 인정하였다. ⁴⁷⁾

그 다음으로 1917년 뉴욕지방법원 항소부의 *Holmes v. Camp* 사건⁴⁸⁾이 있다. 동 사건에서 뉴욕지방법원 항소부는 오직 정의가 제대로 작동되기 위해서는(solely to set the machinery of justice in motion) 지배회사 주주가 종속회사에 대신하여 그 이익을 위해서 대표소송(representative action)을 제기할 수 있어야 한다고 판시하였다.

45) 山田泰弘, 前掲書, 265-266頁.

46) 10 Del Ch. 211, 88 A. 612(1913).

47) 이 사건에 관한 사실관계를 비롯한 자세한 설명은 김정호, “이중대표소송에 대한 연구,” 『경영법률』 제17집 제1호(상권)(한국경영법률학회, 2006), 224-225면 참조.

48) 180 A.D. 409; 167 N.Y.S. 840(1917).

위의 판례를 검토할 경우 이 시기의 판결은 ① 형식상 법인격이 별개로 존재한다고 하더라도 실질적으로 하나의 기업처럼 운영되어 종속회사에 발생한 손해가 지배회사 주주에게도 손해를 야기하는 경우 및 ② 지배회사 주주에게 그 손해배상청구소송을 인정하지 않으면 여타의 구제수단이 존재하지 않으므로 위법행위를 시정할 수 없어 손해를 방지하는 결과가 될 수 있다는 것을 근거로 하여 지배회사 주주에 의한 다중대표소송의 제기를 인정해야 한다고 하였다.⁴⁹⁾

그러나 이상의 판례는 이중대표소송을 인정하여야 하는 당위성을 제시하기는 하였지만 절차적으로 그것을 뒷받침하지는 못하였다. 예컨대, 이중대표소송에서 지배회사 주주는 지배회사 및(또는) 종속회사 중에 양쪽 모두 또는 어느 한쪽에 제소청구를 하여야 하는지의 사항과 지배회사 또는 종속회사의 어느 쪽이 소송당사자가 되어야 하는지의 사항에 대해 일관성을 유지하지는 못하였다. 예컨대, *Martin* 사건에서는 종속회사가 소송당사자로 되어 있지 않았지만 *Holmes* 사건에서는 지배회사가 소송당사자로 되어 있었다.

그 후의 1922년 *Busch v. Mary A. Riddle Co.* 사건⁵⁰⁾에서 델라웨어 주 연방지방법원은 *Holmes* 사건은 대표소송에 대한 당사자요건에 대한 예외적인 사건으로 보았다. 동 법원은 위법행위의 시정을 위해 지배회사 주주에게 종속회사의 문제에 대해 제소권한을 인정하기 위해서는, 손해가 발생한 회사의 주식을 소유한 지배회사가 소송당사자여야 하기 때문에 지배회사 주주의 제소권한은 인정할 수 없다고 판시하였다. 한편, 1932년 *Schneider v. Greater M. & S. Circuit* 사건⁵¹⁾에서 뉴욕주 지방법원은 이중대표소송에서 지배회사는 명목적인 당사자에 불과하므로 설령 소송당사자로 되어 있지 않아도 별 문제가 없다고

49) 山田泰弘, 前掲書, 266頁.

50) 283 F. 443(D.C. Del. 1922).

51) 144 Misc. 534, 259 NY S319(1932).

판단하여 당 사건에서 지배회사가 소송 당사자로서의 적격은 완전하지 않음에도 불구하고 지배회사 주주에게 제소권한을 인정하였다.

3) 이중대표소송의 정립기: 1938년 United States Lines 사건부터 1950년대까지

1938년 United States Lines v. United States Lines Co. 사건⁵²⁾에서 제 2 연방순회항소법원은 손해를 입은 회사와 그 주주인 회사가 만약 손해를 야기한 자에 의해 지배되고 있다면 다중대표소송이 정당화된다고 판시하였다.⁵³⁾ 이 사건 이후 이중대표소송을 제기하기 위해서는 지배회사의 주주가 지배회사와 종속회사의 쌍방에 제소청구할 것을 요구하는 판례가 나타났다. 예컨대, 1941년 Birch v. McColgan 사건⁵⁴⁾에서 캘리포니아주 연방지방법원은 지배회사 및 종속회사에 시정조치를 취하도록 청구하고, 그것이 부당하게 거절된 경우에 한하여 지배회사 주주가 이중대표소송을 제기하는 것을 인정하였다. 1942년 Wachsman v. Tobacco Products Corp. 사건⁵⁵⁾에서도 제3 순회연방항소법원은 종속회사의 자산관리를 위해서 지배회사 주주의 대표소송제기권을 인정하지만, 동 사건에서는 원고 지배회사 주주는 종속회사의 이사회에 대하여 제소청구를 하지 않았기 때문에 이중대표소송의 제기를 인정할 수 없다고 판시하였다.

1944년 Goldstein v. Groesbeck 사건⁵⁶⁾에서 제2 연방순회항소법원은 이중대표소송이란 지배회사가 종속회사에 대해 가지고 있는 신인관계

52) 96 F. 2d 148(2d Cir. 1938).

53) 이 사건에 관한 자세한 설명은 김정호, 앞의 논문, 232-235면 참조. 그 밖에 손해가 발생한 회사와 그 주식을 소유한 회사 간에 지배관계가 없어도, 해당 2개의 회사가 불법행위자에 의해서 지배되고 있는 것을 근거로, 다중대표소송을 인정한 판례로서는 Kaufman v. Wolfson, 132 F. Supp. 733(S.D.N.Y. 1955)이 있다. 이 사건에 관한 자세한 설명은 조동관, 앞의 논문, 298-299면 참조.

54) 39F. Supp. 358(S.D. Cal. 1941).

55) 42 F. Supp. 174(N. J. 1941), affirmed in 129 F. 2d 815(3d Cir. 1942).

56) 142 F. 2d 422(2nd cir. 1944).

상의 권리행사를 하지 않는 경우에 지배회사에 대신하여 지배회사의 수익자인 지배회사 주주가 그 권리를 행사하는 것으로 정의하고 있다. 즉, 종속회사와 지배회사의 주주사이에는 이중의 신임관계가 형성되는 것으로 파악하였다. 그러면서 동 법원은 이중대표소송을 위해서는 지배회사 주주가 지배회사 및 종속회사에 제소청구를 하여야 한다고 판시하였다.⁵⁷⁾

이상과 같이 이 시기에도 절차적 요건의 구비보다는 법인격부인을 근거로 한 이중대표소송을 인정한 판례가 완전히 사라진 것은 아니었지만,⁵⁸⁾ 지배회사 주주가 먼저 지배회사에 대하여 종속회사의 주주로서의 권한을 행사할 것을 청구하고 마찬가지로 종속회사에 대해서도 제소청구를 하여 그 제소청구가 받아들여지지 않는 경우에 지배회사 주주는 종속회사의 이사에 대하여 이중대표소송을 제소할 권한을 획득하는 것으로 입장이 정립되었다.⁵⁹⁾

4) 이중대표소송의 성숙기: 1960년 이후

이중대표소송의 절차가 정립되어 가면서부터 다양한 민사소송절차적인 논의가 부수적으로 제기되었다. 예컨대, 1971년 *In re Penn Central Securities Litigation* 사건⁶⁰⁾에서 펜실베이니아주 연방지방법원은 이중대표소송에서 종속회사는 당해 회사가 입은 손해에 대한 청구부분에 있어서 필수적인 당사자라는 점에서 소송참가를 할 수 있다고 판시하였다.

57) 이 사건에 관한 자세한 설명은 김정호, 앞의 논문, 239-242면 참조.

58) 이 시기에 법인격부인론을 바탕으로 이중대표소송을 인정한 판례의 일례로서는 *Piccard v. Sperry Corp.*, 30 F. Supp. 171(S.D.N.Y. 1939)이 있다.

59) 이러한 입장은 그 후 계속적으로 지지되고 있다. 예컨대, *Fischer v. CF&I Steel Corp.* 599 F. Supp. 340(S.D.N. Y. 1984) 참조.

60) 335 F. Supp. 1026(E. D. Pa. 1971).

1987년 *Brown v. Tenney* 사건⁶¹⁾에서 일리노이주 항소법원은 일리노이주에는 이중대표소송의 선례가 없음에도 불구하고 형평의 관점에서 그 소송을 인정하여야 한다고 판시하였다.⁶²⁾ 한편, *Untermeyer v. Valhi, Inc.* 사건⁶³⁾에서 뉴욕주 연방지방법원은 지배회사의 주주가 종속회사의 주식을 소유하지 않는 경우에는 이중대표소송의 원고적격을 가질 수 없다고 판시하였다.⁶⁴⁾ 이밖에 지배회사 주주가 종속회사의 채무자에 대한 채권지불청구를 위해 제기한 이중대표소송에 의해서 시효가 중단되는 가라는 문제를 다룬 사건도 있었다.⁶⁵⁾

(나) 주식동시소유 및 계속소유의 요건에 관련한 판례

주식의 교환으로 인하여 모회사 및 자회사가 성립하는 경우 이중대표소송의 원고적격을 인정함에 있어 주식동시소유의 요건(*contemporaneous share ownership requirement*) 및 계속보유의 요건(*continuing ownership requirement*)을 충족하여야 하는지가 문제된다. 이를 2가지로 나누어 고찰하기로 한다.

먼저 어느 회사(A)에서 위법행위로 인해 손해가 발생한 이후에 다른 회사(B)와 주식교환이 이루어져서 당해 회사(A)가 다른 회사(B)의 종속회사(C)로 된 경우를 가정하여 보자. 위법행위가 발생한 당시 주주였던 자가 자신이 소유하고 있던 주식이 다수결에 의하여 교환할 수밖에 없었다면 그는 자연스럽게 지배회사(B)의 주주가 된다. 다음으로는 어느 회사(D)의 이사에 대한 대표소송을 진행하고 있는 동안에

61) 508 N. E.2d 347(Ill. App. 1 Dist. 1987).

62) 이 사건에 관한 자세한 설명은 조동관, 앞의 논문, 295면 참조. 동 법원은 이중대표소송에 관한 그간에 나온 연방법원과 다른 주의 판례를 부수적인 법원(法源)으로 삼아 이중대표소송을 인정하였다. 김재형/최장현, 앞의 논문, 262-263면.

63) 665 F. Supp. 297(S.D.N.Y. 1987).

64) 이 사건에 대하여 자세한 것은 김정호, 앞의 논문, 229-231면; 이태중, “미국 회사법상의 이중대표소송,” 『재판실무연구』 제2권(수원지방법원, 1997), 499면 참조.

65) *Roadside Stations, Inc v. 7 HBF, LTD.*, 904 S. W. 2d 927, 931(Tex. App. Fort worth 1995).

제3의 회사(E)와 주식의 포괄적 교환이 이루어지는 경우를 가정할 수 있다. 이 때 당해 회사(D)는 제3의 회사(E)의 완전모회사로 그리고 제 3의 회사가 완전자회사로 되었다면 당해 회사(D)의 주주였던 자는 완전모회사(E)의 주주로 된다. 첫째의 경우에는 주식동시소유의 요건을 충족시키지 못하지만 당해 주주가 이중대표소송의 원고적격을 가질 수 있는지가 문제되며, 두 번째 경우에는 주주가 대표소송에서 계속 보유의 요건을 충족시키지 못함에 따라 원고적격을 상실하게 되는지가 문제된다.⁶⁶⁾

대표소송이 제기되기 전에 이루어진 주식교환이 이중대표소송의 원고적격에 어떠한 영향을 미치는지를 다룬 주요한 판례로서 1982년 *Schreiber v. Carney* 사건⁶⁷⁾이 있다. 동 사건에서 델라웨어주 고등법원은 ① 주식교환에 의해 지배회사(B)의 주주가 되었다는 점에서 주식교환으로 종속회사(C)로 편입된 회사(A)의 주주가 더 이상 아닌 까닭에 주식동시소유의 요건을 충족시키지 못하며, 그 결과 엄밀하게는 이중대표소송의 원고적격을 가질 수 없지만, ② 이와 같은 요건은 단지 소송제기를 위해서 주식을 매입하는 것과 그러한 주식매입전에 제소하는 것을 방지하려는데 그 취지가 있다는 점을 고려하여 만약에 당해 주주가 투자를 계속하고 있다면 주식의 실질적 소유자(equitable owner)로서 제소권한이 인정되며, 또한 ③ 계속하여 지배회사의 주주이므로 주식의 실질적 소유자라고 인정할 수 있어 원고적격이 있으며, ④ 종속회사로 편입된 회사(A)와 종속회사(C)는 실질상 동일체라고 판시하였다.

그 다음으로 대표소송 제기 후의 주식교환이 이루어진 경우 제소주주의 제소권이 상실되는지를 다룬 판례로서는 1985년 *Gaillard v.*

66) 山田泰弘, 前掲書, 275-276頁.

67) 447 A. 2d 17, 22(Del. Ch. 1982).

Natomas Co. 사건⁶⁸⁾이 있다. 동 사건에서는 어느 회사(D)의 주주가 다른 회사(E)의 완전자회사로 되기 직전에 대표소송을 제기한 것으로서 그 주주가 완전모회사의 주주가 된 이후에도 원고적격을 유지할 수 있는가가 문제되었다. 동 사건에서 캘리포니아주 항소법원은 ① 당해 주주가 이사의 위법행위시는 물론이고 자신이 대표소송을 제기할 때 어느 회사(D)의 주주였다는 점에서 당해 대표소송이 요구하는 주식동시소유의 요건을 충족하였으며, ② 그 후 이루어진 주식교환은 당해 주주의 “자발적 의사로” 소송계속 중에 주식을 양도(교환)한 것이 아니라는 점, ③ 주식교환 후에도 지배회사의 주식을 계속 소유하고 있다는 점, ④ 지배회사가 소송의 필수적인 당사자(indispensable party)라는 점을 근거로 하여 당해 주주는 형평법상의 주식소유자로서 제소권한을 소유하고 있다고 판시하였다. 1992년 Blasband v. Rales 사건⁶⁹⁾에서도 제3 연방순회항소법원은 주주대표소송 제기 후에 합병되어 지배회사의 주주가 된다고 하더라도 그 주주가 지배회사의 주식을 보유하고 있다는 점에서 계속하여 그 소송에 대해 재산적 이해관계가 있는 까닭에 원고적격을 유지한다고 판시하였다.⁷⁰⁾

이처럼 미국의 판례는 대표소송제기 이전에 주식교환이 실행된 경우에는 당해 주주가 투자를 계속하고 있는 것을 근거로 하여 주식교환 전의 회사와 주식교환후의 회사를 실질적으로 동일체로 보거나 제소주주가 실질적인 주식소유자로 보아 이중대표소송을 인정하고 있다.⁷¹⁾ 대표소송이 제기된 후에 주식교환이 이루어진 판례에서는 새롭게 설립된 지배회사가 해당대표소송에 관여할 기회가 실질적으로 보장되어 있으면 원고적격을 인정하는 것으로 판시하고 있다.⁷²⁾

68) 173 Cal. App. 3d 413, 219 Cal. Rptr. 74(Cal. App. 1 Dist. 1985).

69) 971 F. 2d 1034(3d Cir. 1992).

70) 이 사건에 관한 자세한 설명은 조동관, 앞의 논문, 300-301면 참조.

71) Christopher M. Harvey, *Mergers and Double Derivative Actions: The New Frontier in Derivative Standing*, 38 Villanova Law Review 1194, 1218(1993).

72) 山田泰弘, 前掲書, 276-279頁.

(다) 검토 및 요약

1) 이중대표소송의 실체적 정당화 근거

미국의 판례를 살펴 볼 때 이중대표소송을 정당화하는 근거로서는 주로 형평성이나 정의의 관념에 의지하고 있다. 이들을 정리하면 다음과 같다.⁷³⁾ 먼저 이중대표소송의 인정근거로서 신인관계론(fiduciary theory)을 제시하기도 한다.⁷⁴⁾ 예컨대, Goldstein 사건에서 보는 바와 같이 지배회사의 주주와 종속회사간의 관계는 종속회사와 지배회사와의 관계 및 지배회사 주주와 지배회사의 관계로 이루어져 있으므로 결국 종속회사와는 지배회사의 주주사이에는 이중의 신인관계가 형성된다는 것이다. 즉, 지배회사는 당해 회사의 주주에 대해 신인의무를 부담하고 종속회사는 지배회사에 대해 신인의무를 부담하므로 종속회사가 지배회사의 수탁자로서 행위를 하여야 하는 의무를 위반한 것에 대해 책임을 강제하기 위하여 이중대표소송을 인정한다는 것이다.⁷⁵⁾ 이에 대해서는 지배회사가 신인의무를 위반한 경우 그 회사의 주주는 지배회사에 대하여 직접적으로 책임을 추궁할 수 있음에도 불구하고

73) 이중대표소송의 인정 및 그 이론적 근거에 관한 미국문헌은 그다지 많지 않다. 판례를 평석한 소수의 문헌이 존재할 뿐 이중대표소송을 체계적으로 자료를 발견하기 어렵다. 미국에서의 이중대표소송의 이론적 근거를 정리한 문헌으로는 Painter 교수와 Locascio의 문헌이 거의 전부라고 할 수 있다. 이들이 각자 정리한 이중대표소송이 인정되는가의 여부에 관하여 학설은 주로 미국법의 특성상 판례에서 법원이 이중대표소송의 인정 내지 부정과 관련하여 제시한 논거들을 추출한 것에 지나지 않는다. David W. Locascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 *Northwestern University Law Review* 729(1989); William H. Painter, *Double Derivative Suits and Other Remedies With Regard to Damaged Subsidiaries*, 36 *Indiana Law Journal* 143(1961).

74) 신인관계론의 범주에 속하는 것으로 특정이행이론(specific performance theory)이 있다. 특정이행이론에 관해서는 안수현, “이중대표소송과 원고적격-대법원 2004. 9.23. 선고 2003다49221 판결 공 2004.11.1.(213), 1702-,” 「상사판례연구」 VI권 (박영사, 2006), 111면; Locascio, *id.* at 753 참조.

75) *Id.* at 751.

간접적인 효과가 있는 대표소송을 제기하는 것을 설명하기 힘들며, 또한 이 이론에 의하면 종속회사의 이사의 의무위반이 있는 경우에도 지배회사를 비롯하여 지배회사의 주주가 개별적으로 직접 소권을 가지므로 소송이 증가하게 될 우려가 있다는 비판이 있다.⁷⁶⁾

둘째, 미국의 법원이 법인격부인론에 근거하여 이중대표소송을 정당화한 경우도 있다. 즉, Martin 사건에서 보는 바와 같이 지배·종속회사가 사실상 일체화하여 하나의 기업(one entity)으로 취급한다면 이중대표소송은 실질적으로 보통의 대표소송과 다르 없다는 견해이다.⁷⁷⁾ 그러나 본래 법인격부인론은 엄격하면서도 다양한 요건을 충족하여야만 인정되는 매우 예외적인 인정되는 이론이라는 점에서 동 이론에 바탕을 두어 이중대표소송을 인정하는 것은 이중대표소송의 허용하지 않는 것과 동일한 결과를 초래할 것이라는 비판이 제기될 수 있다.⁷⁸⁾

76) *Id.* at 751-752. 한편, 지배회사가 종속회사와의 신인관계상 가지고 있는 권리를 행사하지 않은 경우에 지배회사와 신인관계에 있는 지배회사 주주가 그 권리의 행사를 하는 것은 왜 가능한지에 대해서는 견해가 다시 2가지로 나누어진다. 이에 대해서는 이중대표소송을 ① 지배회사 주주가 지배회사 이사에 대해 청구하는 소송과 ② 지배회사 주주가 종속회사 이사에 대해 제기하는 개인소송을 종합한 것이라고 설명하는 견해가 있다. 종속회사에 손해가 발생하여 지배회사의 지분가치가 감소하고 있는데, 지배회사가 종속회사 주주로서 가지고 있는 대표소송 제기권을 행사하지 않은 경우에는, 지배회사 주주가 종속회사 이사에 대한 직접적인 손해배상청구소송과 지배회사 이사에 대해 대표소송의 제기를 요구하는 소송을 모두 제기할 수 있다. 말하자면, 종속회사의 손해에 대해 이중으로 손해를 회복하는 것을 피하여야 하는 현실적인 요청 때문에 이중대표소송이 인정되었다고 설명하고 있다. 이밖에도 지배회사 이사는 지배회사의 자산관리를 하기 위해서 종속회사를 적정하게 감독·운영할 의무가 있다는 것을 근거로 하는 견해가 있다. 이 견해는 지배회사(이사회)가 부당하게 제소청구를 거절한다면 그 거절 자체가 신인의무위반이 되며, 지배회사의 자산인 종속회사 자산의 유출(지분가치의 하락)을 회복하기 위해서 지배회사 주주는 지배회사가 가지고 있는 소권을 이용할 수 있다고 보며, 이를 이중대표소송의 근거로 삼고 있다. 山田泰弘, 前掲書, 274頁.

77) 이중대표소송의 이론적 근거를 법인격부인론으로 부터 직접 혹은 간접적으로 찾는 것으로서는 이밖에 *Schneider v. Greater M. & S. Circuit, Inc.*, 144 Misc. 534, 541, 259 N. Y. Supp. 319, 328 (Sup. Ct. 1932); *Sabre v. United Traction & Electric Co.*, 225 Fed. 601 (D.R.I. 1915) 사건 등이 있다.

78) *Locascio, supra note 73.* at 745; *Painter, supra note 73,* at 147-148.

세 번째는 이중대표소송의 정당화 근거로서 종속회사를 지배회사의 “단순한 대리인”(mere agent) 혹은 “도구”(instrumentality)로 간주하는 이론을 제시하기도 한다. 말하자면, 종속회사는 지배회사의 과업(課業)을 수행하는 데 필요한 일종의 대리인 혹은 도구에 지나지 않기 때문에 이중대표소송을 인정할 수 있다는 것이다.⁷⁹⁾ 그러나 법인격부인론의 근거를 도구이론에서 찾는 경향이 있음을 고려한다면⁸⁰⁾ 이 논거는 법인격부인론의 범주 내에 포함될 수 있다.

넷째, 동일지배론(common control theory)에 근거하여 이중대표소송을 정당화하기도 한다. 예컨대, United States Lines 사건에서 보는 바와 같이 동일한 이사 내지 경영진에 의하여 지배회사와 종속회사가 지배되고 있는 경우에는 이중대표소송을 인정하자는 것이다. 그러나 이 견해에 대해서는 어느 정도의 지분율을 가져야만 다른 기업을 지배하는 상태에 있다고 판단할 수 있는지에 관한 기준을 설정하기 어렵다는 문제에 직면해 있다.⁸¹⁾⁸²⁾

2) 이중대표소송의 절차적 정당화 근거

미국판례는 대표소송의 제기 이전에 주식교환이 이루어진 경우 Schreiber 사건에서처럼 지배회사의 주주는 현실의 주식교환에 관계없이 손해발생시 부터 손해가 발생한 회사의 주식의 형평법상의 소유자라는 논리에 따라 주식동시소유요건을 간접적으로 충족시키는 것으로 이론구성을 하고 있다. 제소 후에 주식교환이 이루어진 경우에 제소 주주의 원고적격을 유지할 수 있는지와 관련하여, Gaillard 사건과

79) Locascio, *id.* at 752-753; Painter, *id.* at 149.

80) Adolf L. Berle, Jr., *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Columbia Law Review 343, 348 (1947).

81) Locascio, *supra* note 73. at 748-749; Painter, *supra* note 73, at 150-155.

82) 미국에서도 다중대표소송을 부정하는 논거도 소수이지만 존재한다. 그 구체적인 논거로서 대체수단존재설, 주식동시소유의 원칙 위배설 등이 소개되어 있다. 김정호, 앞의 논문, 254-258면; 안수현, 앞의 논문, 112-113면.

Blasband 사건에서처럼 주식교환 후에 지배회사의 주식을 계속소유하고 있으며 지배회사가 소송에 계속하여 참가하고 있다면 형평법상 주식소유자로 인정되어 계속보유의 요건을 충족한다는 논리를 펴고 있다.⁸³⁾ 이는 미국의 주법이 주식의 실질소유자도 대표소송의 원고적격을 가진다는 규정에 영향을 받은 것으로 보인다.⁸⁴⁾

3) 제소청구요건의 유지근거

United States Lines 사건 등에서 판시한 바와 같이 이중대표소송이 인정되기 위해서는 지배회사주주는 지배회사와 종속회사에 대해 제소청구를 하여야 한다.⁸⁵⁾ 이처럼 미국 법원은 원칙적으로 이중대표소송을 인정함에 있어서도 이중대표소송에서도 단순대표소송과 마찬가지로 제소청구요건을 충족할 것을 요구하고 있다.⁸⁶⁾ 그 근거는 다음과 같다.

현재 미국법상 주주의 대표소송은 회사지배구조에 있어서 중요한 수단중의 하나이다.⁸⁷⁾ 머리말에서 언급한 바처럼 대표소송은 이사의 의무위반행위에 대한 손해배상책임을 부담하게 하고 장래 그러한 무

83) 山田泰弘, 前掲書, 280頁.

84) 이에 관하여는 제2절 1, (3) 참조.

85) 제소청구의 방법은 원고 주주가 먼저 지배회사의 이사회에 제소청구를 하고 만약에 그 청구가 거부되면 손해를 직접 입은 종속회사의 이사회에 대하여 청구하여야 한다. 권병민, “지배·종속관계에 있는 회사의 주주대표소송—미국회사법을 중심으로—,” 『사회과학연구』 제7집(광주대학교, 1997), 132면.

86) 예컨대, 주식동시소유의 요건 및 계속보유의 요건의 충족여부가 문제가 된 Schreiber 사건, Gaillard 사건과 Blasband 사건에서도 제소청구요건은 당연히 요구되었다. Mark G. Graham, *Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates, Inc. v. Coss*, 25 Iowa Journal of Corporation Law 631, 850-651(2000).

87) 이에 관하여는 Deborah A. DeMott, *Down the Rabbit-Hole and into the Nineties: Issues of Accountability in the Wake of Eighties-Style Transactions in Control*, 61 George Washington Law Review 1130, 1133-1134(1993); Bevis Longstreth, *Changes in Managerial Control and Stock Ownership*, New York Law Journal, Oct. 19, 1989, at 5 참조.

위반행위가 발생하는 것을 억제하는 효과가 있다. 하지만 모든 대표소송이 이사의 손해배상책임을 부담하게 하고 장래의 의무위반행위를 억제하는 효과를 가졌다고 볼 수 없다. 이상적(理想的)으로는 이사의 의무위반행위의 책임을 추궁하고 장래의 유사하거나 동일한 행위의 재발을 억제하게 할 수 있는 경우에는 대표소송을 제기하고 그러하지 않는 대표소송은 제기하지 않아야 한다.

현실은 이상(理想)과는 다르다. 현실에서 대표소송은 주로 원고측 변호사의 인센티브에 의하여 제기된다. 회사법상의 주주의 대표소송은 회사를 위하여(on behalf of the corporation) 주주가 제기하고 수행하는 제도이기 때문에 원고와 피고, 그리고 원고측의 변호사에게 각각 독특한 금전적 인센티브를 가질 수 있다. 주주대표소송의 구조적 측면에서 볼 때, 소송원인(cause of action)이 회사의 것이라는 사실에 기초하여 대표소송에서 승리하는 경우 그 소송의 결과로서 발생한 손해의 회복은 당연히 회사에 귀속되며 실제 소송을 수행하는 주주는 자신의 노력에 대한 대가를 소송으로부터 직접 받을 수 없다.

반면에 원고측 변호사는 대표소송의 제기에 관하여 특별한 인센티브를 가질 수 있다.⁸⁸⁾ 즉, 변호사는 대표소송에서 승소하거나 소송의 양당사자가 화해⁸⁹⁾(settlement)하는 경우에는 변호사비용을 포함하여 원고가 소송에 투입한 비용을 회사로부터 받아 낼 수 있다.⁹⁰⁾ 또한

88) John C. Coffee, Jr. & Donald E. Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Columbia Law Review 261, 316(1981).

89) 화해를 하고자 하는 인센티브를 줄이기 위하여 화해에 대하여 법원의 승인을 요구하는 주도 있다. 법원의 승인은 본안으로 다룰만한 가치가 없는(meritless) 소송을 방지하는데 도움이 된다. George W. Dent, Jr., *The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?*, 75 Northwestern Law Review 96, 138(1980).

90) 대표소송에서는 원고주주보다 원고측 변호사가 소송의 실질적 수행자가 된다. DeMott, *supra* note 26, §1.01. 이에 관하여 In re Sears Shareholders Litig., Nos. 88 CH 10009, 10010 & 10314 (Ill. Cir. Ct. Cook Co. Oct. 25, 1991)사건의 경우를 예로써 살펴보자. 이 사건에서 원고는 피고가 개인으로서 소송의 대상이 될 만한 의무

소송의 양당사자가 화해를 하는 경우 회사가 대신해서 이사의 화해금 (indemnification)을 배상하는 것을 허용하는 주도 있다.⁹¹⁾ 심지어 소송의 양당사자의 비용을 회사가 모두 다 지불하여야 하는 식으로 사건이 종결될 수도 있다.

이상과 같은 대표소송의 구조를 이용하여 회사로부터 단지 변호사 비용을 받아내는 것을 목적으로 하는 이른바 위협소송이 대표소송제도의 발전과 함께 많이 나타나게 되었다. 다시 말하자면, 원고측 변호사가 소송을 통하여 자신의 보수를 받아낼 가능성이 있다면 설령 바람직하지 않을 지라도 대표소송을 제기하려고 하는 경향이 나타나게 된 것이다.

위협소송으로 인하여 발생하는 비용은 회사의 자산을 잠식하는 결과를 낳게 되며 이는 궁극적으로 주주의 부(shareholder wealth)를 감소시키게 된다. 그러므로 바람직하지 않는 소송으로부터 이사를 보호하여야 할 필요성이 대두되었다. 각주의 법원과 입법부는 바람직하지 않는 대표소송을 유익한 대표소송으로부터 걸러내기(screening)위하여 대표소송의 제소권에 관하여 몇 가지 제약을 가하였다. 이러한 제약 중 대표적이라 할 수 있는 것이 바로 대표소송의 타당성을 결정하는

위반행위를 하지 않았고 Sears사의 행위는 동사와 동사의 주주의 최선의 이익에 합치된다는 선의의 믿음속에 행하여졌다고 결론을 내린 후에 화해로 종결된 사건임에도 불구하고 변호사의 비용으로 280만불을 지불하였다. Dennis J. Block et al., *Derivative Litigation: Current Law Versus The American Law Institute*, 48 Business Lawyer 1443, 1483 n.221(1993).

91) 예를 들면 미네소타주, 사우스 다코다주, 테네시주, 버몬트주, 와이오밍주 등이 이러한 규정을 두고 있다. 이에 관하여는 Minn. Stat. Ann. §302A. 521; S.D. Codified Laws Ann. §47-2-58.2(1); Tenn. Code Ann. §48-15-502; Vt. Stat. Ann. tit. 11 §1852(15); Wyo. Stat. §17-16-805 참조. 인다애나주는 판결에 의하든 화해에 의하든 이사의 배상액에 대하여 회사가 대신 지불하는 것을 허용하고 있다. Ind. Code Ann. §23-1-37. 그러나 나머지 대부분의 주에서는 이사가 위법한 행위를 한 것으로 판명될 경우에는 이사의 화해금을 회사가 대신 물어주는 것을 금하고 있다. 특히, 델라웨어주는 이사의 충실의무(duty of loyalty)위반, 성실(good faith)하지 못한 행위 또는 다른 위법행위로 인한 책임을 회사의 정관에서 제한하는 것을 허용하지 않는다. Del. Code tit. 8 §102(b)(7).

제소청구요건이다.

주주대표소송의 일반론에서 본 바와 같이 법률상 주주대표소송의 전단계(前段階)로서 제소청구요건에 따라 주주는 이사회에 대하여 회사를 위하여 이사를 상대로 소송을 제기하여 줄 것을 청구하여야 한다.⁹²⁾ 이는 정식제소전 회사 내의 모든 구제수단을 소진⁹³⁾(exhaustion of intracorporate remedies)하여야 하기 때문이다. 제소의 여부에 관한 결정은 전통적으로 이사회가 담당한다. 이사회는 주주의 청구가 과연 법원에서 다룰만한 가치가 있는가의 평가와 아울러 그 청구가 회사의 최선의 이익에 부합하는 가를 결정하여야 한다.⁹⁴⁾ 이러한 결정은 주로 피고가 될 이사의 문제행위를 적정하게 하거나 화해를 조장하여 소송의 필요성을 줄이거나, 청구요구를 받은 소송을 제기하거나, 사안이 된 문제에 적극적으로 관여하지 않고 원고로 하여금 대표소송을 진행시키거나, 아니면 청구된 소송이 회사의 최상의 이익이 아니기 때문에 받아들이지 않는다는 형태를 띠게 된다.

이사회에 대하여 제소청구를 요구하는 것은 제소를 하느냐 마느냐의 문제는 본래 이사의 경영판단의 범위 내에 들어가기 때문이다. 대표소송은 원칙적으로 회사에 귀속되기 때문에 제소의 여부에 관한 결정은 회사를 운영하고 있는 이사의 뜻에 일단 맡겨야 한다는 것이 근본적인 생각이다.⁹⁵⁾ 이밖에 제소청구요건은 다른 대안(代案)이 있는 경우에는 법원이 회사의 내부사정에 참견하지 못하도록 하는 기능을

92) Note, *Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit*, 73 Harvard Law Review 746, 748(1960).

93) 이는 “원칙” §7.03의 표제어(表題語)이기도 하다. 2 ALL, *supra* note 44, §7.03.

94) Michael P. Dooley & E. Norman Veasey, *The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware and the Current ALI Proposals Compared*, 44 Business Lawyer 503, 504(1989).

95) Note, *The Demand and Standing Requirement in Stockholder Derivative Actions*, 44 University of Chicago Law Review 168, 171(1976)[이하 “Demand Requirement”로 인용함]. 회사의 최선의 이익을 평가함에 있어서는 이사는 주주보다 더 나은 위치를 점한다. Dent, *supra* note 89, at 136.

한다.⁹⁶⁾ 이사회가 주주의 뜻에 동의하여 소(訴)의 제기를 적절하게 행하는 경우에는 주주는 당연히 대표소송을 제기할 수 없다. 요컨대, 이중대표소송에서도 지배회사의 주주에 대해 제소청구요건을 요구하는 것은 단순대표소송과 마찬가지로 주주의 대표소송은 원칙적으로 회사 내의 모든 구제수단이 소진이 된 후에 제기되며 설령 정식으로 소송이 제기된다고 하더라도 법원이 이사회나 특별소송위원회의 판단을 존중하기 때문에 원칙적으로 보충적인 제도라는 것을 다시 확인하고 있다.

2. 캐나다

캐나다는 영연방에 속하는 북아메리카의 국가로서, 공개기업은 회사법 및 증권법에 따라 규제되고 있다. 캐나다 기업은 캐나다 연방사업회사법(Canada Business Corporations Act: CBCA) 또는 유사한 주법·준주법에 준거하여 설립된다. 증권규제는 10주(province) 및 3 준주(territory)의 정부의 책임이며, 각주에는 입법 기관과 증권감독기관이 있다. 캐나다의 회사법제의 모범으로서 기능하고 각 주(州)의 회사법에 지대한 영향을 미치고 있는 CBCA는 영국 판례법에 따라 예외적이면서 제한적으로 인정되고 있는 주주대표소송을 1970년대에 명문으로도 도입하였으며, 주주대표소송의 제소권자를 매우 넓게 인정하고 있다.

CBCA 제238조에서는 주주대표소송의 제소권자를 주주명부상의 현재 주주를 비롯하여 과거의 주주 및 현재와 과거의 수익적 소유자까지 인정하고 있다. 명문상으로는 채권자처럼 법원이 적정하다고 인정하는 사람에게까지 제소를 허용하고 있다.⁹⁷⁾ CBCA 제239조는 모회사

96) Note, *Demand Requirement*, *supra* note 95, at 171.

97) CBCA, s. 238. In this Part, “action” means an action under this Act; “complainant” means (a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates, (b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,

의 주주가 모회사 혹은 그 자회사를 위하여 자신의 명의로 제소할 수 있도록 법원에 허가(leave)를 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁹⁸⁾ 이처럼 캐나다법은 제소권자를 광범위하게 인정하는 대신에 대표소송이 회사의 최선의 이익에 부합하는지에 관한 판단을 포함하여 제소여부에 관하여 법원의 허가를 받을 것을 전제로 하고 있다.⁹⁹⁾ 이와 같이 캐나다의 경우에는 법원이 제소허가권한을 가지고 있고, 원고의 변경(교체)을 명할 수도 있음은 물론이고 소송비용에 대해 회사로부터 주주가 상환을 구하는데 대한 결정권도 가지고 있다.¹⁰⁰⁾

(c) the Director, or (d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

98) CBCA s. 239. (1) Subject to subsection (2), a complainant may apply to a court for leave to bring an action in the name and on behalf of a corporation or any of its subsidiaries, or intervene in an action to which any such body corporate is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the body corporate.

99) CBCA s. 239. (2) No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (1) unless the court is satisfied that

(a) the complainant has given notice to the directors of the corporation or its subsidiary of the complainant's intention to apply to the court under subsection (1) not less than fourteen days before bringing the application, or as otherwise ordered by the court, if the directors of the corporation or its subsidiary do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;

(b) the complainant is acting in good faith; and

(c) it appears to be in the interests of the corporation or its subsidiary that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.

100) CBCA s. 240. In connection with an action brought or intervened in under section 239, the court may at any time make any order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) an order authorizing the complainant or any other person to control the conduct of the action;

(b) an order giving directions for the conduct of the action;

(c) an order directing that any amount adjudged payable by a defendant in the action shall be paid, in whole or in part, directly to former and present security holders of the corporation or its subsidiary instead of to the corporation or its subsidiary; and

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

요컨대, 캐나다법에서는 법원이 적절한 대표소송을 선별하는 권한을 가지는 방향으로 대표소송제도를 설계한 것이다. 따라서 CBCA는 법원의 강력한 소송 지휘아래, 주주대표소송을 적정하게 운용하려고 하는 입장을 취하고 있는 것으로 평가된다.

실제 판결에서 법원도 CBCA상의 주주대표소송의 취지를 고려할 때 동 소송의 원고가 되기 위해서는 회사가 어떻게 운영되는지에 관하여 직접적인 재산적 이익이 있는 자로 한정하고 있으며,¹⁰¹⁾ 추가적으로 원고주주가 자신이 제기하고자 하는 대표소송이 회사를 위하여 한다는 것을 법원이 충분히 믿을 수 있도록 입증하여야 한다는 입장을 제시하고 있다.¹⁰²⁾ 이처럼 캐나다법에서는 원고 주주가 법원으로부터 제소허가를 받고 그 소송비용을 상환받는 등의 절차상 많이 제약이 있어 실제 주주대표소송이 제기되는 경우는 매우 희소하다.¹⁰³⁾ 이 때문에 캐나다의 주주대표소송은 그 존재의의가 희박화(稀薄化)되고 있다고 평가받기도 한다.¹⁰⁴⁾

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

102) *Barrett v Duckett* [1995] 1 B.C.L.C. 243.

103) Steven Donley & Nigel P. Kent, *Directors and Officers Liability: A Review of Exposures and Coverages Available under D&O Policies* 4(2008).

104) 山田泰弘, "國際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度—特に株主代表訴訟の原告適格を巡って—," 『立命館法学』 314号(立命館大學, 2007), 125頁 注 17).

제 3 절 유럽국가의 입법례와 운영현황

1. 영 국

(1) 관례법상 대표소송

영국의 경우 1843년 Foss v. Harbottle 사건¹⁰⁵⁾을 회사의 손해회복은 회사 스스로가 하여야 한다는 원칙이 확립되었다. 즉, 동 사건에서 피고 이사들의 행위로 인한 손해는 원고 주주에 대한 것이 아니라 회사에 대한 것이므로 주주가 소송을 제기하는 것은 인정되지 않으므로 회사가 소송을 제기하여야 한다는 입장이 정립된 것이다. 이 때문에 이사의 의무 위반 책임 추궁은 당연히 회사(이사)가 제소를 결정하여야만 하였다. 이러한 원칙을 원고적격의 원칙(proper plaintiff principle)이라 한다.

이밖에 동 사건에서 내부운영의 원칙(internal management principle)도 형성되었다. 내부운영의 원칙은 회사운영과정에서 내부적인 규정이 지켜지지 않은 경우에 대해 적용된다. 구체적으로는 단순한 내부규정을 준수하지 않는 것(internal irregularity)이 회사 구성원의 다수에 의해 지지되고 있다면 법원은 개별 주주나 소수파의 청구가 있더라도 개입하지 않는다는 입장을 의미한다. 따라서 Foss 사건에서 법원은 내부규정에 위반되는 운영문제와 관련해서 그것이 사후적으로 회사 스스로에 의하여 내부기관의 조율에 따라 치유될 수 있으므로 소권(訴權)을 개별 구성원, 특히 소수의 반대주주에게는 인정하지 않는다는 취지를 실시한 것이다. 이와 같이 영국의 법원은 가급적이면 회사의 경영정책에는 적극적으로 개입하지 않으려는 경향이 있다.¹⁰⁶⁾

105) 2 Hara 461, 67 Eng. Rep. 189 (Ch. 1843).

106) David Kershaw, The Rule in Foss v Harbottle is Dead; Long Live the Rule in Foss v Harbottle, (LSE Law, Society and Economy Working Papers 5/2013, 2013), at

다만, 다음의 4가지 경우에 한하여 위의 원칙의 예외로서 주주가 책임을 추궁하는 것이 인정되었다. 첫째, 위법한 당해 거래가 회사의 목적 이외의 행위 인데 당해 거래에 대해 주주 총회의 특별 결의 또는 이에 준하는 것에 의해 승인 또는 승인이 없는 경우이다. 다만, 이 경우에는 영국은 1989년 회사법 개정¹⁰⁷⁾에 따라 정관 소정의 목적위반행위는 주주총회의 특별 결의로 추인할 수 있게 되었다. 둘째, 위법한 행위에 소수주주에 대한 사기(fraud on minority)가 포함된 경우이다. 셋째, 부정행위자에 의해 회사가 지배되고 있는 것이 판명되는 경우이다. 넷째, 주주들의 개인적인 권리(personal right)가 침해된 경우이다. 이와 같은 예외적인 경우에 해당하여야만 주주가 대표소송의 형식에 따라 이사책임을 추궁할 수 있는 것으로 인정되었다.¹⁰⁷⁾

(2) 성문법상 대표소송

(가) 2006년 회사법

영국에서는 한 때 회사법개정안에서 이중대표소송의 인정여부를 성문법상 검토할 것을 고려한 적도 있으나 영국의 법률위원회(Law Commission)는 다중대표소송의 법제화를 거부하였다.¹⁰⁸⁾ 그 이후 영국의회는 2006년 11월 회사법개혁 법안을 통과시켜 2008년 10월부터 회사법(Companies Act 2006)으로 시행된 성문법에 정식으로 대표소송을 인정하고 있다.¹⁰⁹⁾ 동법은 Foss 원칙을 폐기하고 제260조 이하에서 대

5-9.

107) 이에 관한 자세한 논의는 노혁준, 「주요국가의 기업규제 개혁법제에 관한 비교법적 연구(III)-영국-」, 비교법제연구 08-02(한국법제연구원, 2008), 72-73면 참조.

108) Law Commission, “shareholder Remedies”(Law Com No 246) (1997), para. 6.110; Department of Trade and Industry, Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework, A consultation document from the Company Law Review Steering Group 4.133 n.172(March 2000).

109) 오성근, “주주대표소송에 관한 소고-상법과 영국의 회사법제와의 비교를 중심으로-,” 「상사법연구」 제29권 제2호(한국상사법학회, 2010), 253면.

표소송의 절차와 요건에 관하여 규정을 마련하고 있지만, 캐나다와 호주, 뉴질랜드와 마찬가지로 법원의 허가가 있어야만 대표소송이 가능하다.¹¹⁰⁾ 그러나 영국은 캐나다 등의 국가의 회사법과는 달리 2013년 1월까지 다중대표소송의 허가가 직접적으로 문제가 된 적은 없었다.¹¹¹⁾

한편, 영국에는 불공정 침해(unfair prejudice)에 대한 법원의 구제명령(회사법 제994조 제1항)을 통해 이종대표소송과 유사한 효과를 거둘 수 있다. 불공정 침해에 대한 법원의 구제명령은 다음 요건 중 어느 하나에 해당하면 내릴 수 있다. 첫째, 회사의 업무가 주주 전체 또는 (신청한 주주 자신을 포함하여) 일부 주주의 이익을 불공정하게 침해하는 방식으로 집행되었거나 둘째, 회사의 실제 또는 예정되어있는 작위 또는 부작위로 인하여 불공정하거나 불공정할 수 있어야 한다. 위의 첫 번째 요건 중 어느 2 회사가 지배·종속 관계에있는 경우에는 어느 한 회사(자회사)의 업무행위가 다른 회사(모회사)의 “회사업무”에 관한 행위에 해당한다. 따라서 자회사의 행위로 인하여 따라 모회사가 영향을 받는 경우 모회사 주주를 보호하는 수단으로도 구제명령이 이용될 수 있다.¹¹²⁾

또한 회사의 업무를 감독하는 일반적인 회사조사제도(company investigation)도 모회사의 주주를 보호하는 수단으로 기능할 수 있다.

110) CA 261 Application for permission to continue derivative claim

(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it.

111) 소의 구조적인 시각에서 살펴 보면 다중대표소송의 범주에 포함되지만, 이종대표소송이 허가되어야 하는지에 관한 사항을 문제삼지 않은 사건은 소수이기는 하지만 존재한다. 그러한 소송의 예로서 Wallersteiner v. Moir (No. 2) [1975] 1QB 373 CA; Halle v. Trax [2000] BCC 1020; Trumann Investment Group v. Societe General SA [2002] EWHC 2621; Airey v Cordell [2006] EWHC 2728 등이 있다. 이상과 같은 여러 사건들로 인하여 이종대표소송은 회사법에 따른 대표소송의 영역 이외에서 인정되는지의 여부와 관련한 논의가 있었다. Peter Hayden, Added Protection (<http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/added-protection>)(2013.5.20. 방문)

112) 河村尚志, “イギリスにおける親会社株主保護,” 森本滋編 著 「企業結合法の総合的研究」(商事法務、2009), 286頁.

회사조사제도는 주주와 채권자 등 일반대중의 신청에 따라 국무장관 (Secretary of State)의 주도하에 회사외부에서 이루어지는 공적인 회사 감독방식이다. 회사조사제도는 큰 범주로 살펴 볼 때 다양한 정보수집을 통해 회사의 업무에 부당성이 인정되는 경우 국무장관은 회사청산을 신청할 수 있으며, 심지어는 이사자격의 박탈을 신청할 수도 있다.

이밖에 국무장관이 회사명의로 민사소송을 제기하거나 불공정 침해행위에 대한 구제명령신청(회사법 제995조) 등도 가능하다.

(나) Universal Project Management Services Ltd. v Fort Gilkicker Ltd. & Others¹¹³⁾

이 사건에서는 2006년 회사법 개정 이전에 영국의 보통법하에서 다중대표소송이 인정되었는지의 여부와 만약에 인정되었다면 다중대표소송을 허가하여야 하는지가 문제되었다. 이 사건에서 잉글랜드와 웨일즈 고등법원의 형평법부(England and Wales High Court (Chancery Division))의 Briggs 판사는 영국의회가 명시적으로 회사에 관련된 보통법상의 모든 대표소송을 명시적으로 폐기한 적이 없다는 의견을 개진하였다. 따라서 영국 보통법하에서 이중대표소송은 여전히 활용가능한 제도라는 점을 분명히 하고, Fort Gilkicker Ltd.(FGL)의 모든 주식을 보유한 유한책임조합(Limited Liability Partnership)의 주주인 Universal Project Management Services Ltd.가 사업기회를 유용한 FGL의 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 것을 허용하였다.

이 사건은 영국에서 다중대표소송을 명시적으로 허가한 최초의 경우에 해당하며, 결과적으로는 대표소송의 원고적격을 확대한 것으로 평가할 수 있다. 특히 동 법원은 영국과 같은 보통법적 전통을 가진 홍콩¹¹⁴⁾에서 다중대표소송이 인정되었다는 사실을 매우 중요한 논거로

113) EWHC 348 (Ch), [2013] All ER (D) 313 (Feb).

114) Waddington Ltd. v. Chan Chun Hoo Thomas & Others [2008] (FACV No. 15 of 2007).

제시하고 있다.

2. 독 일

독일에서는 2005년 7월 8일 「기업의 성실성 및 취소권의 현대화를 위한 법률」(die Gesetzes zur Unternehmensintegritat und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG))이 제정됨으로 인하여 주식법(Aktiengesetz)이 개정되었다. 개정된 주식법에 따르면 회사 자본의 1%에 상당하는 의결권있는 주식을 보유하거나 혹은 보유주식의 시장가격이 10만 유로에 상당하는 주식을 보유하는 주주는 회사를 대표해 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소송의 제기할 수 있다(주식법 제148조 제1항). 제소주주는 제소에 앞서 법원에 대하여 제소의 허가를 신청하여야 한다. 법원은 그러한 소의 합리성을 평가하는 권한을 가진다. 만약에 법원이 합리성이 없다고 판단하는 경우에는 그 소를 각하하기도 한다.

제소주주가 법원으로부터 제소허가를 얻기 위해서는 다음의 4가지 요건을 입증하지 하여야 한다. 즉, ① 주주는 제소의 원인이 된 이사의 의무위반행위가 발생하기 이전부터 주식을 보유할 것, ② 회사에 일정한 기간 내에 제소를 청구하였지만 회사가 그 기간 내에 제소를 하지 않을 것, ③ 주주가 해당 이사의 불성실한 행위 또는 중대한 법령 또는 정관위반의 행위가 회사에 손해를 야기한 사실, ④ 해당 제소 보다 우월하는 회사 이익(overriding interests of the company)이 존재하지 않는다는 사실을 주장 내지 증명해야 한다. 이상의 4가지 요건의 충족되어야만 해당 주주는 이사의 책임추궁소송을 제기하는 것이 인정된다.¹¹⁵⁾ 그러나 이상의 요건을 주장 내지 입증하여야 하는 것

115) Aktiengesetz § 148 Klagezulassungsverfahren

(1) Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100 000 Euro erreichen,

은 막중한 부담으로 작용할 뿐만 아니라 제소를 위한 소유주식의 요건이 높기 때문에 주주가 이사의 책임추궁소송을 제기하기가 용이하지 않다. 이 때문에 실제로 독일에서 대표소송의 사례는 거의 찾아보기 어렵다. 오히려, 남용가능성을 우려하여 이를 제지할 필요성이 강조되고 있는 형편이다.¹¹⁶⁾ 같은 맥락에서 이중대표소송은 인정되지 않는다.

3. 프랑스

프랑스서 주주가 이사의 회사에 대한 책임을 추궁할 수 있는 방법으로는 다음의 3가지가 있다.

첫째, 상법이 정하는 회사소권의 개별적 행사제도가 있다. 이사가 주식회사에 적용되는 법령 또는 정관의 위반 또는 업무집행상 과실 (faute)¹¹⁷⁾이 있는 경우 회사 또는 제3자에 대해서 책임을 부담한다(상법 제L225-251조 제1항). 회사가 손해를 입은 경우에는 해당 회사는

können die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Das Gericht läßt die Klage zu, wenn

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,
2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben,
3. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, und
4. der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.

116) 葉玉匡美, 「会社法制のあり方に関する研究報告—ドイツにおける会社法制の運用実態と比較して—」(2世紀政策研究所, 2011), 45頁(葉玉匡美/安原和臣 담당부분).

117) faute란 고의, 해태(négligence) 또는 경솔(imprudence)하여 계약상의 의무 또는 타인에게 손해를 일으키게 하지 않은 의무에 반하는 태도를 의미하는 프랑스법 특유의 개념이라 한다.

회사소권(action sociale)을 행사하여 소송에 있어서 이사의 책임을 추궁할 수 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 회사를 대표해 회사소권을 행사하는 자가 다른 이사이므로, 사실상 동료인 이사에 대해 책임을 추궁하는 것을 기대하기가 어렵다. 이에 프랑스에서는 19세기 후반부터 판례에 있어서 주주가 회사소권을 행사하고, 이사의 책임을 추궁하는 것을 인정하고 있다. 이를 회사소권의 개별적 행사(action sociale ut singuli)라 하며, 1966년에 법률로 명문화하였다.

현행상법 제L225-252조에서 “주주는 스스로 피해를 입은 손해의 배상을 청구하는 소권 이외에 개별적으로 제L225-120조에서 규정한 요건을 충족하는 사단(association)에 의하거나 또는 국무원(Conseil d'État)의 정령(décret)에 따라 정해진 조건을 갖춘 집단의 구성원인 경우에는 이사에 대해 책임을 추궁하는 회사소권을 행사할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 우리나라의 주주대표소송제도와 유사하다.

두 번째로, 민법의 일반 규정에 기초하는 방법이다. 민법 제1843-5조는 “1인 또는 복수의 사원은 자신이 입은 손해의 배상을 요구하는 소권 이외에 업무집행자(gérant)에 대해 그 책임을 추궁하는 회사소권(l'action sociale)을 행사할 수 있다. 청구자는 회사·조합(société)이 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다. 책임이 인정되는 경우 회사에 손해배상을 하여야 한다”고 규정하고 있다.

마지막으로 형사소송법상 형사절차에 따라 이사의 책임을 소추하는 것이다. 형사소송법에 따라 이사의 책임을 추궁하는 경우에는 피해자인 회사는 형사소송에 부대하여 이사의 민사책임을 추궁하는 제소, 즉 이른바 부대사소(附帶私訴)를 제기할 수 있다(형사소송법 제2조). 주주가 회사를 위해서 부대사소를 제기하는 것이 인정된다.¹¹⁹⁾

118) 이를 회사소권의 포괄적 행사(action sociale ut universi)라 한다.

119) 葉玉匡美, 「多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の現地調査を踏まえて—」(21世紀政策研究所, 2012), 21-26頁(清水円香 담당부분).

현실적으로 모회사 주주가 회사소권의 개별적 행사를 통해 자회사 이사의 책임을 추궁하는 것이 인정된 것 사례는 존재 하지 않는다. 이 때문에 프랑스에서는 이중대표소송이 인정되지 않는 것으로 평가 되고 있다.¹²⁰⁾

제 4 절 아프리카 국가의 입법례와 운영현황

1. 남아프리카 공화국

남아프리카 공화국(남아공)은 2008년 글로벌 스탠다드에 뒤처지지 않는 회사법을 마련할 목적으로 1973년의 회사법(Companies Act)을 전면적으로 개정하였다. 1973년 회사법은 37년의 시행기간 동안 약 42 차례에 개정되다 보니 내용이 불명확하거나 규정상 모순되는 경우가 발견되었다. 이에 2008년 회사법은 국제사회의 급변하는 동향에 순응 하기 위하여 구회사법을 대폭 개정한 것으로서 2011년 5월 1일부터 시행되고 있다.

영국회사법의 영향을 받은 남아공의 회사법¹²¹⁾은 영국과 마찬가지로 회사를 위한 소(訴)는 회사만이 제기할 수 있다는 기존의 입장을 v 폐기하였다.¹²²⁾ 남아공 회사법 제165조는 회사 스스로가 회사를 위해 소송을 제기할 수 있는 회사 이외의 자(者)의 보통법상 권리는 폐기되었고, 주주로 등록되거나 특수관계회사(related company)의 주주로 등록된 자는 대표소송을 제기할 수 있는 것으로 인정하고 있다.¹²³⁾ 다른

120) 上掲書, 58-60頁(葉玉匡美/内林尚久 담당부분).

121) Kurt A. Goehre, *Is the Demand Requirement Obsolete? How the United Kingdom Modernized Its Shareholder Derivative Procedure and What the United States Can Learn from It*, 28 Wisconsin International Law Journal 140, 169(2010).

122) KPMG, *The Companies Act 71 of 2008*, at 21(2008).

123) Companies Act 2008 §165 (1) Any right at common law of a person other than a company to bring or prosecute any legal proceedings on behalf of that company is abolished, and the rights in this section are in substitution for any such abolished right.

국가에 비하여 특이한 점은 주주 이외에도 이사, 집행임원, 노동조합도 제소권자로 규정하고 있다는 점이다. 법원은 선의로(bona fide) 그리고 회사의 최선의 이익을 위한 경우에는 소제기를 허가하는 권한을 가지고 있다.¹²⁴⁾ 아무튼 남아공 회사법상 지주회사와 그 자회사가 상호 특수관계회사에 해당되므로,¹²⁵⁾ 지배회사의 주주가 종속회사의 이사를 상대로 하는 소송이 가능하다. 따라서 남아공에서는 이중대표소송이 성문법적으로 인정되고 있는 것이다.

남아공에서는 2008년 회사법 시행이후 2011년 6월 법원은 개정회사법에 따른 주주대표소송을 최초로 허가한 바 있다. 즉, Durban 고등법원은 Mouritzen v. Greystones Enterprises (Pty) Ltd. 사건¹²⁶⁾에서 공동이사제를 채택한 회사의 어느 이사가 신용카드를 남용하여 회사에 손해를 야기한 행위에 대하여 동 회사의 다른 공동이사 1인이 제기한 대표소송을 허가하였다. 이처럼 2013년 5월 현재까지 남아공에서는 주주가가 제기한 대표소송 혹은 다중대표소송은 제기된 바 없다.

(2) A person may serve a demand upon a company to commence or continue legal proceedings, or take related steps, to protect the legal interests of the company if the person-

(a) is a shareholder or a person entitled to be registered as a shareholder, of the company or of a related company;

(b) is a director or prescribed officer of the company or of a related company;

(c) is a registered trade union that represents employees of the company, or another representative of employees of the company; or

(d) has been granted leave of the court to do so, which may be granted only if the court is satisfied that it is necessary or expedient to do so to protect a legal right of that other person.

124) Companies Act 2008 §165(5).

125) Companies Act 2008 Definitions 1. “related”, when used in respect of two persons, means persons who are connected to one another in any manner contemplated in section 2(1)(a) to (c).

“person” includes a juristic person.

126) (10442/2011) [2012] ZAKZDHC 34; 2012 (5) SA 74 (KZD) (8 June 2012) .

2. 나이지리아

나이지리아의 2004년 회사관계법(Companies and Allied Matters Act 2004)은 제303조 이하에서 대표소송을 인정하고 있다. 즉, 대표소송을 제기하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 경영권을 가진 이사를 상대로 하되, 그 전제로서 부정행위에 대한 어떠한 조치를 취하지 않아야 한다. 둘째, 대표소송 허가신청권자는 이사가 아무런 조치를 취하지 않는다면 법원에 대하여 제소허가신청을 할 것이라는 의사를 밝히는 취지를 합리적으로 통지하여야 한다. 셋째, 대표소송 허가신청권자는 선의이며, 소를 제기하는 것이 회사의 최선의 이익에 부합하는 것으로 되어야 한다.¹²⁷⁾ 제소허가신청권자의 범위는 주주를 비롯하여 수익적 소유자 및 이사까지 포함한다.¹²⁸⁾ 따라서 모회사의

127) Companies and Allied Matters Act §303. (1) Subject to the provisions of subsection (2) of this section, an applicant may apply to the court for leave to bring an action in the name or on behalf of a company, or to intervene in an action to which the company is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the company.

(2) No action may be brought and no intervention may be made under subsection (1) of this section, unless the court is satisfied that -

(a) the wrongdoers are the directors who are in control, and will not take necessary action;

(b) the applicant has given reasonable notice to the directors of the company of his intention to apply to the court under subsection (1) of this section if the directors of the company do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;

(c) the applicant is acting in good faith; and

(d) it appears to be in the best interest of the company that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.

128) Companies and Allied Matters Act §309. In sections 303 to 308 of this Act “applicant” means -

(a) a registered holder or a beneficial owner and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a company;

(b) a director or an officer or a former director or officer of a company;

(c) the Commission; or

(d) any other person who in the discretion of the court, is a proper person to make an application under section 303 of this Act.

주주는 일반적으로 수익적 소유자에 포함되므로 나이지리아의 경우에도 다중대표소송은 인정된다.

2010년 1월 나이지리아 대법원은 하급심법원이 주주의 대표소송을 허가한 것의 적법여부를 다룬 사건이 있는 것¹²⁹⁾ 이외에는 다중대표소송이 제기된 경우는 아직 없다.

제 5 절 오세아니아 국가의 입법례와 운영현황

1. 호 주

호주는 캐나다 법을 모델로 하여 주주대표소송을 입법화한 국가이다. 구체적으로는 1982년 온타리오주 사업회사법(Ontario Business Corporations Act, 1982)을 모델로 하여 주주대표소송을 도입하여 2000년부터 시행하고 있다.¹³⁰⁾

2001년 호주 회사법(Corporations Act: CA) 제236조는 자회사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는 자에는 모회사의 주주도 포함되지만, 법원으로부터 제소허가를 받아야만 정식 제소가 가능하다.¹³¹⁾ 법원은 CA 제237조(2) (a) 부터 (e)까지 명시된 다음의 요건을 충족하는 경우

129) Agip (Nigeria) Ltd v. Agip Petroleum International & Others, (2010) LPELR-SC.351/2002.

130) Melissa Hofmann, *The Statutory Derivative Action in Australia: An Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada and Singapore* 11(2005)(<http://epublications.bond.edu.au/cgej/13>).

131) CA s. 236 (1) A person may bring proceedings on behalf of a company, or intervene in any proceedings to which the company is a party for the purpose of taking responsibility on behalf of the company for those proceedings, or for a particular step in those proceedings (for example, compromising or settling them), if:

(a) the person is:

(i) a member, former member, or person entitled to be registered as a member, of the company or of a related body corporate; or

(ii) an officer or former officer of the company; and

(b) the person is acting with leave granted under section 237.

에는 제소를 허가하여야 한다. 즉, 회사가 스스로 소송을 제기할 가능성이 없거나 절차에 대해 책임이 있는 경우이며, 제소자가 선의이고 회사의 최선의 이익에 부합하여야 한다. 만약에 법원에 제소허가를 신청한 경우 그 신청일로부터 최소 14일전에 신청인은 회사에게 법원에 대한 허가신청의사 및 신청사유를 서면으로 통지하였는지의 여부 또는 그러한 통지요건을 충족하지 않더라도 법원이 허가하는 것이 타당한지의 여부를 심리하여야 한다.¹³²⁾

호주에서 이중대표소송을 다룬 사건으로서 알려져 있는 것을 찾아보기가 쉽지 않다. 지금까지 알려져 있는 사건으로는 2002년 *Goozee v Graphic World Group Holdings Pty Ltd.*¹³³⁾이 거의 유일하다. 동 사건은 지주회사의 주주가 자회사의 이사를 상대로 대표소송을 제기하고자 법원에 허가를 신청하였으나 법원은 기각하였다. 기각의 사유로서 이중대표소송을 제기하기 위해서는 필요한 다음의 사항을 제대로 입증을 하지 못하였다는 것을 들고 있다. 즉, ① 자회사의 업무가 매우 억압되게 집행되었으며(the affairs of the subsidiary have been conducted oppressively) ② 신청인이 선의이며 ③ 제소상대방 회사의 최선의 이익에 부합한다는 점을 충분히 입증하지 못하였다는 것이다.

132) CA s.327 (2) The Court must grant the application if it is satisfied that:

(a) it is probable that the company will not itself bring the proceedings, or properly take responsibility for them, or for the steps in them; and

(b) the applicant is acting in good faith; and

(c) it is in the best interests of the company that the applicant be granted leave; and

(d) if the applicant is applying for leave to bring proceedings--there is a serious question to be tried; and

(e) either:

(i) at least 14 days before making the application, the applicant gave written notice to the company of the intention to apply for leave and of the reasons for applying; or

(ii) it is appropriate to grant leave even though subparagraph (i) is not satisfied.

133) (2002) 42 ACSR 534.

2. 뉴질랜드

뉴질랜드의 1993년 회사법(Companies Act 1993)은 제165조에서 이중대표소송을 인정하고 있다. 다만, 모회사의 주주가 자회사의 이사를 상대로 하는 이중대표소송을 제기하기 위해서는 캐나다와 호주와 마찬가지로 법원에 대하여 제소허가를 신청하고, 그 신청에 대하여 법원이 허가한 경우에만 소를 계속할 수 있다.¹³⁴⁾ 그러나 대체적으로 회사법상 주주대표소송의 원고적격과 관련하여 뉴질랜드 법원은 캐나다 법원보다 더 엄격한 입장을 견지하고 있다.¹³⁵⁾ 이 때문에 2013년 현재까지 이중대표소송을 인정한 것으로 알려진 판례는 존재하지 않는다.

134) CA s.165 (1) Subject to subsection (3), the court may, on the application of a shareholder or director of a company, grant leave to that shareholder or director to—

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

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

(3) Leave to bring proceedings or intervene in proceedings may be granted under subsection (1), only if the court is satisfied that either—

(a) the company or related company does not intend to bring, diligently continue or defend, or discontinue the proceedings, as the case may be; or

(b) it is in the interests of the company or related company that the conduct of the proceedings should not be left to the directors or to the determination of the shareholders as a whole.

135) Lynne Taylor, *The Derivative Action in the Companies Act 1993*, 7 Canterbury Law Review 314 (1999).

제 6 절 아시아 국가의 입법례와 운영현황

1. 일 본

(1) 관례의 동향

(가) 개 관

일본에서는 단독주주도 이사의 책임을 추궁하는 소송을 제기할 수 있다. 일본의 구상법상 주주대표소송제도는 이사의 의무위반에 대한 억제효과를 법적으로 담보한다는 목적을 충분히 완수하고 있으며, 다른 외국과 비교하여도 손색이 없다는 점에서 소송경제상으로도 우수한 제도라고 평가받고 있다. 게다가 담보제공제도를 운용하여 주주권의 행사를 부당하게 제한하지 않고서도 주주대표소송제기권의 부당한 이용을 방지하는 것도 성공하였다.¹³⁶⁾

한편, 우리나라의 공정거래법에 해당하는 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)이 1997년 개정에서 그때까지 원칙적으로 금지했던 순수지주회사를 해금하였다. 이에 따라 순수지주회사와 종속회사와의 관계를 둘러싸고 다양한 문제가 제시되었다. 이중대표소송 내지 다중대표소송을 인정할 것인가의 여부도 그러한 문제중에 하나로 떠올랐다.¹³⁷⁾ 그러던 중 2001년에는 이중대표소송의 인정여부문제를 직접적으로 다룬 지방법원의 판례가 처음으로 나왔다.¹³⁸⁾ 이하에서는 이중대표소송의 인정여부에 관한 현재까지의 알려져 있는 유일한 판례와 입법동향을 검토하고자 한다.

136) 山田泰弘, 前掲書, 245頁.

137) 上掲書, 247頁.

138) 山田泰弘, “結合企業と代表訴訟(1),” 『高崎經濟大學論集』 第45卷 第2號(高崎經濟大學, 2002), 69頁.

(나) 판례의 내용

동경지방법원 2001년의 판례의 내용은 다음과 같다.¹³⁹⁾ N은행(日本興業銀行)의 주주였던 X 등 2명(원고)은 1999년 동 은행의 이사·감사 등 86명(이하 “Y 등”이라함)을 피고로 하여 주주대표소송을 제기하였다. X 등은 86명의 피고가 자신의 의무를 위반하였다는 것을 이유로 N은행이 입은 손해에 대해 Y 등이 배상책임이 있다고 주장하였다. 그러던 중 N은행은 富士銀行, 第一勸業銀行과 공동으로 주식이전의 방법에 따라 2000년 9월 「주식회사 미즈호 홀딩스」(이하 “M사”로 줄임)를 설립하였다. 이로 인하여 N은행은 M회사의 완전자회사가 되었다. 그 결과 X 등은 M사의 주주가 됨으로써 N은행의 주주라는 지위를 상실하였다. 이에 피고 Y 등은 원고 X 등이 2000년 9월에 M사가 설립되어진 날에 N은행의 주주라는 지위를 상실했기 때문에 주주대표소송의 원고적격을 상실하였다고 주장하고 소송의 기각을 주장하였다.

동경지방법원은 일본 구상법 제267조 제1항이 주주대표소송을 제기할 수 있는 자를 “6개월 전부터 계속 주식을 소유하고 있는 주주”로 규정하고 있는 것은 주주대표소송의 원고적격을 결정하는 것이며, 여기서 “주주”란 문맥상으로는 피고인 이사가 속한 회사의 주주라고 해석하고 있다고 판시하였다. 또한 동 법원은 상법 제267조 제1항의 법률적 문맥에 반하여 원고의 당사자 적격의 유지를 인정한다고 해석해야 할 특별한 이유도 없다고 판시하면서 본 사건의 소송은 부적법하므로 기각하였다.¹⁴⁰⁾

139) 東京地法 2001年 3月 29日 判決.

140) 이 판례는 일본에서 주주대표소송에 있어서 원고의 주주자격상실에 관한 사건으로도 알려져 있다. 三浦州夫, “株主代表訴訟における原告の株主資格の喪失と訴訟承繼について,” 『會社法・金融取引法の理論と實務—河合伸一判事退官・古稀記念—』(商事法務, 2002), 88頁.

(다) 검토

일본의 경우 주주의 대표소송제기권은 주주에게 인정된 공익권의 일종으로서 그 성격은 회사에 의한 이사의 책임추궁을 주주가 대신하여 행한다는 점과 회사의 이사에 대한 소권을 주주가 대신하여 행한다는 점, 그리고 주주에 의한 회사의 업무집행에 대한 감독시정권의 행사라는 점을 복합적으로 가지고 있는 것으로 해석되었다.¹⁴¹⁾

일본의 구상법은 우리 상법 제542조의6 제6항과 마찬가지로 6개월 전부터 계속 주식을 소유하고 있는 주주에게 주주대표소송의 원고적격을 부여하고 있다(일본 구상법 제267조 1항).¹⁴²⁾ 이러한 보유기간의 기산점은 주식을 취득한 날이 아니라, 회사에 대한 관계에서 주주라는 것을 대항할 수 있는 날, 예컨대, 기명주주인 경우에는 주주명부에 주주로서 기재된 날을 기준으로 한다. 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소송을 제기하는데 주주를 청구한 날로부터 역산하여 6개월간 계속 주주였던 점이 필요하다. 만약에 원고가 제소한 이후 구두변론 종결전에 소유주식 전부를 매각하거나 다른 방법으로 주주권을 이전하였다면 원고적격을 상실하므로 법원은 소를 기각하여야 한다.¹⁴³⁾ 요컨대, 동경지방법원은 이러한 일본 구상법의 규정을 충실하게 해석한 것으로 보인다.

(2) 입법동향

(가) 기존의 논의

일본 구 상법은 대표소송제기권을 단독주주권으로 하되 6개월 전부터 계속 주식을 소유하고 있는 주주에게 원고적격을 부여하였다(일본

141) 田邊光政, “株式移轉により完全親會社の株主となった者と子會社取締役に對する代表訴訟の原告適格,” 『現代ビジネス判例—企業行動の新指針—』 『現代ビジネス判例』 編輯委員會 編 (法律文化社, 2003), 128頁.

142) 현행 일본 회사법 제847조 제1항.

143) 相澤光江 外 3人, 『理論と實戰 株主代表訴訟』(清文社, 1994), 11頁.

상법 제267조 제1항). 그러나 우리나라의 독점규제법에 해당하는 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律)이 1997년 개정에서 그때까지 원칙적으로 금지했던 순수지주회사를 해금하였다. 이에 따라 순수지주회사와 종속회사와의 관계를 둘러싸고 다양한 문제가 제기되었다. 이중대표 소송 내지 다중대표소송을 인정할 것인가의 여부도 그러한 문제중의 하나로 떠올랐다.¹⁴⁴⁾

이와 관련하여 法務省 民事參事官室은 1998년 7월 8일부로 시행한 의견조치 「친자회사법제 등에 관한 문제점」(親子會社法制等に關する問題點)의 제1편 제2항 2(3)에서 다중대표소송을 포함한 자회사에 관련된 회사법상의 소송을 지배회사 주주가 제기할 수 있는가라는 문제에 대해 의견을 구하였다. 다중대표소송의 입법화에 적극적인 의견이 다수를 차지하였고, 소극적인 의견도 적지 않았다.¹⁴⁵⁾

이 의견을 바탕으로 법무장관의 자문기관인 法制審議會商法部會가 발표한 「상법 등의 일부를 개정하는 법률안 요강안」(商法等の一部を改正する法律案要綱案)을 작성하였으며, 이 안에 입각하여 국회에서 1999년과 2001년에 다중대표소송을 입법화하려 시도하였으나 실패하였다. 결국 일본국회에서 다중대표소송이 입법화되지 못한 것은 일본에서는 지배회사의 주주가 지배회사의 이사에 대해 책임을 추궁하는 대표소송만으로 지배회사의 주주는 충분히 보호될 수 있는 것으로 보았기 때문이다.¹⁴⁶⁾

144) 山田泰弘, 前掲書, 247頁.

145) 上掲書, 248頁.

146) 1998년에 공개된 通商産業省 「現經濟産業省」 商法研究會는 「친자회사법제 등에 관한 문제점」(親子會社法制等に關する問題點)에서 “지배회사의 주주는 종속회사의 관리·감독을 포함하여 지배회사의 사업전체에 대하여 지배회사의 이사에 위임한 것이므로, 만약에 이사가 그 임무를 해태하여 종속회사에 관하여 회사법상 소송을 제기하지 않는 경우에는 그 자체가 선관주의의무위반을 구성하므로 당해 지배회사의 이사의 책임을 추궁하는 것으로 충분하다”는 의견을 제시한 바 있다. 山田泰弘, 前掲論文, 76頁.

한편, 동경지방법원의 판례와 마찬가지로 기존에는 원고가 주주대표 소송을 제기한 후 주식교환으로 주주의 지위를 상실한 경우에는 기각하여야 한다는 것이 일본에서의 일반적인 견해였다.¹⁴⁷⁾ 이에 이를 입법적으로 해결하는 것이 최선이라 판단하여, 일본은 회사법제의 현대화를 목표로 2005년 제정되어 2006년부터 시행된 일본의 회사법은 주식교환 등의 경우에 원고적격이 계속 유지되는 쪽으로 규정을 마련하였다. 이를 구체적으로 살펴보면, 회사법 제851조 제1항에 의하여 책임추급 등의 소를 제기한 주주는 그 소송의 계속중에 주주의 지위를 더 이상 유지하지 못하게 된 경우에도, 그 주주가 당해 회사의 주식교환 또는 주식이전에 의해 당해 회사의 완전모회사의 주식을 취득한 때와 당해 회사가 합병에 의해 소멸하는 회사로 되는 합병에 의해 합병으로 설립하는 회사 또는 합병 후 존속하는 회사 또는 그 완전모회사의 주식을 취득한 때에는 계속하여 소송을 수행할 수 있다. 이상의 규정은 소송계속 중에 주주가 당해 회사의 완전모회사의 주주가 아니게 된 때와 합병에 의해 설립하는 회사 또는 합병 후 존속하는 회사 또는 그 완전모회사의 주주가 아니게 된 때에도 준용된다(일본 회사법 제851조 제2항·제3항)¹⁴⁸⁾

(나) 최근의 입법움직임

1) 2011년 중간시안

1999년과 2001년 이중대표소송의 입법시도 이후에도 학계에서는 이중대표소송의 도입여부에 대하여 다양한 논의가 전개되었다.¹⁴⁹⁾ 그러

147) 元木伸, 「株式交換・移轉制度の逐條解説」(中央經濟社, 2000), 25頁; 三浦州夫. 前掲論文, 94頁.

148) 이에 관한 자세한 논의는 이창렬, “일본의 새로운 회사법에서의 주주대표소송 -2005년도 개정내용과 관련 학설 및 판례를 중심으로-,” 「재판자료 : 외국사법연수 논집(28)」 제116집(법원도서관, 2008), 714-717면 참조.

149) 그러한 문헌으로는 志村直子, “二段階(多段階)代表訴訟,” 「商事法務」, 1909号(2010), 23頁 이하 등이 있다.

다가 法務省의 法制審議會会社法制部會는 2011년 11월 16일 회사법의 개정을 목표로 하는 “회사법제의 재검토에 관한 중간시안회(제1차안)”을 공표하였다. 이번 회사법제의 재검토와 관련하여 기업지배구조의 본연의 자세, 모회사에 관한 규범 등이 논의되었으며 후자의 일환으로서 모회사 주주의 보호차원에서 다중대표소송의 도입여부에 관한 안을 2가지로 제시하였다. A안에 따르면 다중대표소송을 인정하되 원고를 100% 모회사의 주주로 한정하는 한편, 주식의 계속보유요건을 두어서 제소청구 6개월 전부터 계속적 보유하는 경우에 한한다. 이밖에 모회사 총주식 의결권의 100분의 1 이상의 주식 보유를 하는 소수 주주에게 인정할 것인지와 모회사의 공동의 이익이 되지 않는 것이 분명하게 인정되는 경우에 모회사주주의 제소 청구를 인정하지 않을 것인지도 검토하기로 한다.

이에 반하여 B안은 다중대표소송의 제도를 도입하지 않는 것으로 한다. 다만, 모회사 주주의 보호의 관점에서부터 모회사에 관한 규제를 재검토하는 것과 관련하여 예컨대, 다음과 같은 사항을 설계할 것인지를 더 검토하기로 하였다. 즉, 모회사의 이사회가 그 직무로서 자회사의 이사의 직무집행에 대해 감독을 실시하는 취지의 명문의 규정을 마련하는 것으로 하거나 자회사의 이사 등의 책임의 원인이 되는 사실에 의해서 모회사에 손해가 생겼을 경우 모회사가 해당 책임을 추궁하기 위한 필요한 조치를 취하지 않을 때에는 모회사의 이사는 그 임무를 게을리한 것이라고 추정하는 것으로 하는 등에 관해서는 더 많은 검토를 하기로 한다는 것이다.¹⁵⁰⁾

2) 2012년 최종안

중간시안은 각계의 의견수렴(public comment)과 추가 논의를 거쳐 최종적으로 다중대표소송을 도입하기로 하되, 완전모회사의 주주가

150) 法務省民事局參事官室, 「会社法制の見直しに関する中間試案」(2011), 10-13頁.

완전자회사가 입은 손해에 한정하기로 하였다. 즉, 다중대표소송의 청구권자는 자회사의 완전모회사의 주주이면서 총 의결권의 100분의 1 이상 또는 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 가진 주주에 한한다. 다만, 모든 완전자회사가 아니라 책임발생의 원인사실이 발생할 당시 주식의 장부가액 기준으로 모회사 총자산의 5분의 1을 초과하는 중요한 자회사에 대해서만 다중대표소송을 제기할 수 있다. 완전모회사가 공개회사인 경우에는 6개월 이상 주식을 계속하여 소유하고 있는 자이어야 한다. 다만, 예외적으로 청구원인이 되는 사실에 의하여 당해 모회사에 손해가 발생하지 않는 경우, 당해 소송이 당해 주주 또는 제3자의 부정한 이익을 도모하는 경우, 또는 대상 자회사에게 손해를 가하고자 하는 목적이 있는 경우에는 다중대표소송을 제기할 수 없다. 이러한 요건을 충족한다고 하더라도 그 원인 사실 발생시에 완전모회사가 소유한 당해 자회사의 주식의 장부가액이 그 모회사 총 자산액의 5분의 1을 초과하는 자회사에 한하여 그 이사 등의 책임을 추궁할 수 있다. 제소전 절차로서 완전모회사의 주주는 자회사에 대하여 제소를 청구하여야 한다. 자회사가 동 청구일로부터 60일내에 소를 제기하지 않는 때에는 당해 청구를 한 주주가 다중대표소송을 제기할 수 있는 것이다.

2. 중 국

2005년 중국 회사법은 제150조에서 이사 또는 감사역, 고급관리직원은 법령 및 정관위반으로 인한 손해에 대하여 책임을 부담한다고 규정하고 있으며, 그 책임추궁을 위하여 주주대표소송제도를 마련하고 있다(제152조). 주주대표소송의 원고적격은 주식회사의 주주가 대표소송을 제기하는 경우 단독으로 또는 그 외의 주주와 합계로 회사의 발행 주식수의 1%이상의 주식을 보유함과 동시에 그 보유기간이 180일

이상인 주주이어야 한다.¹⁵¹⁾ 그러나 이중대표소송은 제기할 수 없다.¹⁵²⁾

3. 홍콩

(1) Waddington Ltd. v. Chan Chun Hoo Thomas and Others¹⁵³⁾

홍콩은 2005년 대표소송을 회사조례¹⁵⁴⁾(Companies Ordinance)에 처음으로 도입되었다. 2005년 회사조례 제168BC조에 회사의 사원(member)이 대표소송을 제기할 수 있는 것으로 규정한 바 있었다. 구체적으로는 영국법과 마찬가지로 법원의 허가(leave)가 있는 경우에 대표소송을 제기할 수 있도록 하였다. 하지만 동 규정이 다중대표소송을 인정하는지에 관해서는 전혀 규정한 바 없었지만, 보통법에 따라 다중대표소송을 제기할 수 있는지에 관해서는 논란이 있었다. 그런 상황에서 미국 이외의 보통법국가로서는 처음으로 다중대표소송을 인정한 판결이 나왔다. Waddington Limited v. Chan Chun Hoo Thomas and Others 사건이 바로 그 것이다.

이 사건의 주요 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. Waddington Ltd.는 Playmates Holdings Limited의 주식을 6.5%를 보유한 소수주주이다. Playmates Holdings Limited는 완전자회사로서 Playmates International Limited을 두고 있었으며, Playmates International Limited는 Profit Point Limited와 Autoestate Properties Limited를 각각 완전자회사로 두고 있었

151) 宣偉華, “中国における株主代表!訴訟の現状及び問題点(アジア株主代表訴訟セミナー~変革期を迎えた株主代表訴訟の沿革と実情~参考資料), 『ICD NEWS』 第36号 (法務省法務総合研究所国際協力部, 2008), 55頁.

152) Xiao Huang, Shareholders Revolt: The Statutory Derivative Action in China, CLPE RESEARCH PAPER 49/2009, VOL. 05 NO. 09(2009), at 19.

153) Waddington Ltd. v. Chan Chun Hoo Thomas & Ors [2008] HKCU 1381.

154) Company Ordinance는 홍콩의 회사법으로서 홍콩에 설립된 회사의 운영에 대하여 전반적인 사항에 대하여 규정하고 있다.

다. 이 사건에서는 Waddington Limited가 Playmates Holdings Limited의 손자회사인 Profit Point Limited와 Autoestate Properties Limited가 입은 손해에 대하여 두 회사를 위해 대표소송을 제기할 수 있는지의 여부가 문제되었다. 홍콩의 최상급법원인 종심법원(終審法院)은 불법행위자가 지배하고 이는 회사의 경우 대표소송을 허용하지 않는다면 잠재적인 부당성(potential injustice)이 발생할 수 있다고 판단하여 보통법에 따른 다중대표소송을 만장일치로 인정하였다. 더 나아가 성문법상의 대표소송과는 달리 다중대표소송은 보통법상 인정될 수 있기 때문에 원고가 일응의 사건(prima facie case)임을 증명하는 것으로 충분하므로 굳이 법원으로부터 허가를 받을 필요가 없다고 판시하였다. 또한 동 법원은 성문법상 대표소송과 보통법상의 대표소송이 공존하다 보니 양자가 혼동되고 기준이 복잡하다는 이유로 법개정을 권고하였다.

(2) 2012년 회사조례

2012년 7월 홍콩의 입법기관인 입법회(Legislative Council)는 회사법을 거의 전면적으로 개정하였다.¹⁵⁵⁾ 동 회사법은 2012년 8월 관보에 게재되었으며, 2014년 시행을 예정하고 있다.¹⁵⁶⁾ 동 회사법은 회사 혹은 연계회사(associated company)의 사원은 법원의 허가를 받으면 대표소송을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다.¹⁵⁷⁾ 여기서 연계회사는

155) Ord. No. 28 of 2012.

156) Linklaters Business Services, Twenty Five Essential Things to Know about the New Companies Ordinance 1, 1(2012).

157) Companies Ordinance 732 Member of company or of associated company may bring or intervene in proceedings

(1) If misconduct is committed against a company, a member of the company or of an associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, bring proceedings in respect of the misconduct before the court on behalf of the company.

(2) If, because of misconduct committed against the company, a company fails to bring proceedings in respect of any matter, a member of the company or of an

법인단체(body corporate)¹⁵⁸의 자회사 혹은 지주회사 또는 지주회사의 자회사를 의미하고 있어,¹⁵⁹ 결과적으로는 개정 회사조례에 의하여 홍콩에서는 2014년 이후에는 다중대표소송은 성문법상으로 허용되게 되었다.

4. 싱가포르

영연방국가인 싱가포르는 1993년 회사법에서 성문법상의 제도로서 주주대표소송을 도입하였다. 싱가포르에서도 캐나다법과 마찬가지로 법원의 허가가 있어야만 주주대표소송을 제기할 수 있다. 다만, 법원이 제소가 적절하다고 판단하는 경우에는 주주 이외의 자에 대해서도 주주대표소송을 허가할 수 있다.¹⁶⁰ 2013년 5월 현재까지 이중대표소

associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, bring proceedings in respect of the matter before the court on behalf of the company.

(3) If, because of misconduct committed against the company, a company fails to diligently continue, discontinue or defend proceedings, a member of the company or of an associated company of the company may, with the leave of the Court granted under section 733, intervene in the proceedings before the court for the purpose of continuing, discontinuing or defending those proceedings on behalf of the company.

158) 법인단체에는 홍콩영역 내외에 설립된 모든 회사가 이에 해당한다. Companies Ordinance 2 Interpretation; body corporate (法人團體)－

(a) includes－

(i) a company; and

(ii) a company incorporated outside Hong Kong; but

(b) excludes a corporation sole;

159) Companies Ordinance 2 Interpretation; associated company (有聯繫公司), in relation to a body corporate, means -

(a) a subsidiary of the body corporate;

(b) a holding company of the body corporate; or

(c) a subsidiary of such a holding company;

160) CA 216A. - (1) In this section and section 216B -

“company” means a company other than a company that is listed on the securities exchange in Singapore;

“complainant” means -

(a) any member of a company;

송을 인정한 예는 발견되지 않으며, 성문법적으로 이중대표소송을 도입할 움직임도 노정되어 있지 않다.¹⁶¹⁾

5. 이스라엘

이스라엘의 회사법제는 기본적으로 영국회사법을 모델로 하여 제정되었다. 특히 이스라엘 회사법상 대표소송제도는 영국의 보통법적 전통을 많이 승계한 것으로 평가받고 있다.¹⁶²⁾ 이스라엘 회사법도 대표소송을 회사의 소송원인을 바탕으로 하여 회사를 위하여 원고가 제기하는 소송으로 정의하고 있다.¹⁶³⁾ 대표소송의 제기권자는 회사의 주주 및 이사이며, 영국회사법과 마찬가지로 대표소송을 제기하기 위해서는 법원의 승인(approval)을 받아야 한다.¹⁶⁴⁾ 이스라엘의 경우에는 시작단계에서 법원이 대표소송에 대하여 승인을 거절하는 경우가 많은 까닭에 대표소송이 본안까지 간 경우가 매우 희소한 것이 특색이다.¹⁶⁵⁾ 그러나 최근인 2011년 Tel-Aviv-Jaffa 소재 지방법원의 경제분과

(b) the Minister, in the case of a declared company under Part IX; or

(c) any other person who, in the discretion of the Court, is a proper person to make an application under this section.

(2) Subject to subsection (3), a complainant may apply to the Court for leave to bring an action in the name and on behalf of the company or intervene in an action to which the company is a party for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the company.

161) 싱가포르의 재무성(Ministry of Finance)은 싱가포르에 설립된 상장기업이면 그 기업이 어느 국가에서 상장되었는지의 여부에 불구하고 성문법상 대표소송을 인정하는 방향으로 확대적용하겠다는 내용의 개정안을 수용한다는 등의 개선노력을 밝히고 있지만, 이중대표소송의 인정여부에 관해서는 전혀 언급이 없다. Ministry of Finance Review of the Singapore Companies Act: Ministry of Finance's Responses to the Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act 36-37(2012).

162) Arad Reisberg, *Promoting the Use of Derivative Action*, 24 *Company Lawyer* 250, 250 (2003).

163) Companies Law § 1. "derivative action" - action filed by a plaintiff on behalf of a company based on the company's cause of action.

164) Companies Law §§ 194, 197.

165) Yael T. Ben-Zion, *The Political Dynamics of Corporate Legislation: Lessons from*

(Economics Department at the District Court in Tel-Aviv-Jaffa)가 Jonathan Ben-Ami v. Mivtachim Holdings Ltd. 사건¹⁶⁶⁾에서 이종대표소송을 인정한 것으로 알려져 있다.¹⁶⁷⁾

Israel, 11 Fordham Journal of Corporate and Financial Law 185, 320(2006).

166) TA 21785-02-11 [2011]. 이 사건에 대한 자세한 사항에 관해서는 국내에서 입수할 수 없어 내용을 검토할 기회를 가지지 못한 아쉬움이 남는다.

167) Arad Reisberg, *Access to Justice or Justice Not Accessed: Is There a Case for Public Funding of Derivative Suits?* 37 Brooklyn Journal of International Law 1022, 1061 n. 175(2012).

제 3 장 국제적 동향의 시사점

다중대표소송제도는 종주국이라 할 수 있는 미국을 비롯하여 다양한 국가에서 성문법적으로 도입한 상태이다. 프랑스, 독일, 중국 등에서는 아직 도입되지 않고 있다. 이처럼 다중대표소송은 주로 미국을 비롯한 보통법 국가에서 입법적으로 마련된 제도이며, 보통법 국가에서도 최근 들어 입법적으로 이를 수용하거나 실제 판례가 출현하고 있다. 이러한 국제적인 동향이 시사하는 점을 정리하면 아래와 같다.

첫째, 복수의 기업으로 구성된 그룹을 전체적으로 보아 하나의 회사로 간주하는 것은 법형식적인 측면에서 회사의 법인격을 부인하는 결과를 초래한다. 미국과 영국, 기타 보통법 국가 이외의 국가에서는 모회사 등과 같은 기업그룹을 단일한 회사로 인식하는 경향이 두드러지지 않는 것으로 판단된다. 만약에 다중대표소송이 인정되어 기업그룹 전체를 한 회사로 간주한 경우에는 그 만큼 기업을 하는 자의 입장으로서는 선택 가능한 기업지배구조 형태의 폭이 좁아지게 된다. 왜냐하면 예컨대, 현실적으로는 자회사의 이사는 다중대표소송의 피고가 될 수 있다는 점을 고려하여 모회사의 지휘나 감독을 거부할 우려도 발생하기 때문이다.

둘째, 자회사의 소수주주가 존재하는 경우 모회사의 주주가 자회사에 대하여 행사할 수 영향력은 상대적으로 약할 수밖에 없다. 특히 다중대표소송은 법논리적으로 살펴 볼 때 자회사가 아니라 모회사의 이익을 위하여 권한을 행사하는 것이다. 이 때문에 자회사에 소수주주가 있는 경우 다중대표소송을 제기하는 것은 모회사주주와 자회사의 소수주주간의 이해충돌을 야기할 수 있다. 이에 캐나다를 비롯하여 호주, 뉴질랜드 등의 국가에서 법원이 이중대표소송의 제기가 회사의 이익에 부합하는지에 관하여 엄격한 입증을 요구하고 있는 것으로 보인다.

셋째, 미국의 경우에는 경영판단의 원칙이 확립되어 있기 때문에 다중대표소송이 제기되더라도 이익의 충돌로 인한 충실의무 위반 등의 행위를 하지 않는 한 이사가 실질적으로 회사에 대하여 손해배상책임을 부담할 경우를 상상하기가 곤란하다. 하지만 그 이외의 국가에서는 경영판단의 원칙이 제대로 정립되지 않고 있는 상황이어서 남소가 있을 가능성이 매우 크다. 특히 다중대표소송의 구조적 측면에서 소송에서 승리하더라도 그 소송의 결과로서 얻는 손해의 회복은 당연히 회사에 귀속되며 실제 소송을 수행하는 주주는 자신의 노력에 대한 대가를 소송으로부터 직접 받을 수 없다. 이러한 대표소송의 현실을 고려하면 대표소송은 주로 원고측 변호사의 인센티브에 의하여 제소되는 경향이 있다. 이에 캐나다를 비롯한 여러 국가에서는 남소를 우려하여 법원이 매우 예외적인 경우에 한하여 대표소송의 계속을 허가하고 있거나 허가할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

[국내 참고서적]

- 국회 법제사법위원회 [진정구 전문위원 소관], 「법률안 검토보고 모음집(Ⅱ) 2009.2.~2010.12.」(법제사법위원회, 2011).
- 노혁준, 「주요국가의 기업규제 개혁법제에 관한 비교법적 연구(Ⅲ)-영국-」 비교법제연구 08-02(한국법제연구원, 2008).

[국내 참고논문]

- 권병민, “지배·종속관계에 있는 회사의 주주대표소송 - 미국회사법을 중심으로 -,” 「사회과학연구」 제7집(광주대학교, 1997).
- 권재열, “미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요건 - 최근의 동향을 중심으로 -,” 「상사법연구」 제16권 제1호(한국상사법학회, 1997),
- 권재열, “미국 회사법의 최근 개정동향—모범사업회사법과 델라웨어 주 일반회사법을 중심으로—,” 「법조」 통권 제548호(법조협회, 2002).
- 권재열, “이중대표소송의 허부에 대한 비교법적 검토,” 「비교사법」 제11권 2호(한국비교사법학회, 2004).
- 김대연, “지배·종속회사에서의 대표소송,” 「상사법연구」 제19권 제2호(한국상사법학회, 2000).
- 김대연, “주식의 포괄적 교환 및 이전과 대표소송,” 「상장협」 제46호(한국상장회사협의회, 2002),

참 고 문 헌

- 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송,” 『경영법률』 제10집(한국경영법률학회, 2000).
- 김동훈, “다중대표소송에 대한 고찰,” 『21세기 한국상사법의 진로-내동우홍구박사 정년퇴임기념논문집』(내동우홍구박사정년퇴임기념논문집 간행위원회, 2002).
- 김동훈, “주주대표소송의 이용범위 확대,” 『외법논집』 제13집(한국의국어대학교, 2002).
- 김재형/최장현, “이중대표소송의 인정근거,” 『상사판례연구』 제15집(한국상사판례학회, 2003).
- 김정호, “이중대표소송에 대한 연구,” 『경영법률』 제17집 제1호(상권)(한국경영법률학회, 2006).
- 안수현, “이중대표소송과 원고적격-대법원 2004. 9.23. 선고 2003다49221 판결 공 2004.11.1.(213), 1702-,” 『상사판례연구』 VI권(박영사, 2006).
- 여하운, 『미국 회사법상의 이중대표소송(Double Derivative Suit)에 관한 연구』(서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 2003).
- 이건목, “출자총액제한제도의 재도입 논의와 쟁점,” 『이슈와 논점』 제378호(국회입법조사처, 2012).
- 이태중, “미국 회사법상의 이중대표소송,” 『재판실무연구』 제2권(수원지방법원, 1997).
- 이창렬, “일본의 새로운 회사법에서의 주주대표소송-2005년도 개정 내용과 관련 학설 및 판례를 중심으로-,” 『재판자료 : 외국사법연수논문집(28)』 제116집(법원도서관, 2008).
- 조동관, “회사기회의 법리와 이중대표소송에 관한 미국의 판례,” 『

법조」 통권 제608호(법조협회, 2007).

허덕희, “미국회사법상 주주의 중복대표소송에 관한 연구,” 『학술논문집』 제46집(건국대학교 대학원, 1998).

[외국 참고서적]

American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated (3d ed. 1985).

American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994).

Department of Trade and Industry, Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework, A consultation document from the Company Law Review Steering Group (March 2000).

Edward Brodsky & M. Patricia Adamski, Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties and Liabilities (1993).

Alfred D. Chandler, Jr., The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business (1977).

Deborah A. DeMott, Shareholder Derivative Actions: Law and Practice (1987).

Steven Donley & Nigel P. Kent, Directors and Officers Liability: A Review of Exposures and Coverages Available under D&O Policies (2008).

Melissa Hofmann, The Statutory Derivative Action in Australia: An

참 고 문 헌

Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada and Singapore (2005).

Morton J. Horwitz, The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy (1992).

Xiao Huang, Shareholders Revolt: The Statutory Derivative Action in China, CLPE RESEARCH PAPER 49/2009, VOL. 05 NO. 09(2009).

David Kershaw, The Rule in Foss v Harbottle is Dead; Long Live the Rule in Foss v Harbottle, (LSE Law, Society and Economy Working Papers 5/2013, 2013).

Ministry of Finance Review of the Singapore Companies Act: Ministry of Finance's Responses to the Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act (2012).

Mathias M. Siems, Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon (Working Paper, 2010).

法務省民事局参事官室, 「会社法制の見直しに関する中間試案」(2011.12.).

山田泰弘, 「株主代表訴訟の法理—生成と展開—」(信山社, 2000).

葉玉匡美, 「会社法制のあり方に関する研究報告—ドイツにおける会社法制の運用実態と比較して—」(21世紀政策研究所, 2011).

葉玉匡美, 「多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の現地調査を踏まえて—」(21世紀政策研究所, 2012).

元木伸, 「株式交換・移轉制度の逐條解説」(中央経済社, 2000).

[외국 참고논문]

Adolf L. Berle, Jr., *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Columbia Law Review 343(1947).

Dennis J. Block et al., *Derivative Litigation: Current Law Versus The American Law Institute*, 48 Business Lawyer 1443(1993).

Deborah A. DeMott, *Down the Rabbit-Hole and into the Nineties: Issues of Accountability in the Wake of Eighties-Style Transactions in Control*, 61 George Washington Law Review 1130(1993).

George W. Dent, Jr., *The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?*, 75 Northwestern Law Review 96(1980).

Michael P. Dooley & E. Norman Veasey, *The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware and the Current ALI Proposals Compared*, 44 Business Lawyer 503(1989).

Yael T. Ben-Zion, *The Political Dynamics of Corporate Legislation: Lessons from Israel*, 11 Fordham Journal of Corporate and Financial Law 185(2006).

Kurt A. Goehre, *Is the Demand Requirement Obsolete? How the United Kingdom Modernized Its Shareholder Derivative Procedure and What the United States Can Learn from It*, 28 Wisconsin International Law Journal 140(2010).

Mark G. Graham, *Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and*

참 고 문 헌

- Demand Requirements: Professional Management Associates, Inc. v. Coss*, 25 Iowa Journal of Corporation Law 631(2000).
- Christopher M. Harvey, *Mergers and Double Derivative Actions: The New Frontier in Derivative Standing*, 38 Villanova Law Review 1194(1993).
- George D. Hornstein, *The Shareholder's Derivative Suit in the United States*, 1967 Journal of Business Law 282(1967).
- David W. Locascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 Northwestern University Law Review 729(1989).
- Bevis Longstreth, *Changes in Managerial Control and Stock Ownership*, New York Law Journal, Oct. 19, 1989.
- Note, *Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit*, 73 Harvard Law Review 746(1960).
- Note, *The Demand and Standing Requirement in Stockholder Derivative Actions*, 44 University of Chicago Law Review 168(1976).
- William H. Painter, *Double Derivative Suits and Other Remedies With Regard to Damaged Subsidiaries*, 36 Indiana Law Journal 143(1961).
- Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 American Law Review 12(1910).
- Bert S. Prunty, Jr., *The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation*, 32 New York University Law Review 980(1957).
- Arad Reisberg, *Promoting the Use of Derivative Action*, 24 Company Lawyer 250(2003).

Arad Reisberg, *Access to Justice or Justice Not Accessed: Is There a Case for Public Funding of Derivative Suits?* 37 *Brooklyn Journal of International Law* 1022(2012).

Judith S. Suelzle, *Trust Beneficiary Standing in Shareholder Derivative Actions*, 39 *Stanford Law Review* 267(1986).

Lynne Taylor, *The Derivative Action in the Companies Act 1993*, 7 *Canterbury Law Review* 314 (1999).

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

山田泰弘, “国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度—特に株主代表訴訟の原告適格を巡って—,” 『立命館法学』 314号(立命館大学, 2007).

三浦州夫, “株主代表訴訟における原告の株主資格の喪失と訴訟承継について,” 『会社法・金融取引法の理論と実務—河合伸一判事退官・古稀記念—』(商事法務, 2002).

宣偉華, “中国における株主代表訴訟の現状及び問題点(アジア株主代表訴訟セミナー—変革期を迎えた株主代表訴訟の沿革と実情—参考資料),” 『ICD NEWS』 第36号(法務省法務総合研究所国際協力部, 2008).

田邊光政, “株式移転により完全親会社の株主となった者と子会社取締役に対する代表訴訟の原告適格,” 『現代ビジネス判例—企業行動の新指針—』 『現代ビジネス判例』 編輯委員会 編(法律文化社, 2003).

志谷匡史, “親子会社と取締役の責任,” 『株主代表訴訟大系』 小林秀之/

참 고 문 헌

近藤光男 編(弘文堂, 1996).

志村直子, “二段階 (多段階) 代表訴訟,” 「商事法務」 1909号(2010).

河村尚志, “イギリスにおける親会社株主保護,” 森本滋編 著 「企業結合
合法の総合的研究」 (商事法務、2009).