

2020년 개정 상법상 도입된 다중대표소송에 관한 검토*

김 신 영**

- I. 서론
- II. 다중대표소송의 도입 배경
- III. 다중대표소송의 요건 및 관련 쟁점
- IV. 평가 및 향후 과제-결론에 갈음하여

국문초록

기업 지배구조 개선 및 소수주주의 권익 보호라는 목적을 가지고 추진되던 상법 개정안이 2020년 12월 9일 국회 본회의를 통과하여 2020년 12월 29일부터 공포·시행되었다. 개정 상법의 주요 내용은 다중대표소송의 도입, 감사위원 분리선출, 감사 등 선임시 주주총회 결의요건의 완화, 배당기준일 관련 규정 개선, 소수주주권 행사 요건의 완화 등이 있다.

본고는 개정 상법의 내용 중 다중대표소송에 주목한다. 기업집단의 형태로 운영되는 기업 현실과는 달리 개별 회사를 전제로 한 규율에 집중하고 있는 상법이 기업집단 내 이해관계자들의 이익 보호를 목적으로 하는 다중대표소송을 도입하였기 때문이다.

이에 본고에서는 이제 막 도입된 제도가 효율적이고 실효적으로 운영될 수 있도록 각 요건을 소개하고, 요건별로 해석이 필요하거나 운영과정에서 더 보완되어야 할 부분들을 찾아내어 이에 대한 검토를 시도한다. 다중대표소송은 단순대표소송에서 원고적격을 모 회사 주주로 확대한 것이므로 원고적격과 관련하여 다양한 쟁점들을 다룬다. 이외에 대상 자회사에 대한 요건, 제소절차로서 소송법적 쟁점 등을 살펴본다.

* 본 논문은 서울대학교 법학전문대학원 학문후속세대양성센터의 연구지원을 받아 작성한 것이다.

** 한국법학원 연구위원/법학박사.

2020년 개정 상법상 다중대표소송의 도입은 기업집단 규율에 있어 새로운 변화를 가져올 신호탄이 될 것으로 기대된다. 종래 우리나라 기업집단의 고질적 문제로 지적되어 온 비상장자회사를 활용한 총수일가의 사익편취행위가 그동안 주로 행정적·형사적 제재를 통해 주로 해결이 되었다면, 다중대표소송의 도입으로 이제는 모회사 주주들에 의한 사후시정, 즉 민사적 제재도 가능하게 되었다. 더욱이 공법적 제재만으로는 회복될 수 없는 자회사의 손해를 직접 회복할 수 있는 방법이 마련되었다는 점에서 큰 의의가 있다.

또한 다중대표소송의 도입을 계기로 자회사, 더 나아가 기업집단 전체의 내부통제시스템 구축이 기업 운영의 중요한 과제로 떠오를 것으로 예상된다. 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축은 사전적으로는 자회사 이사의 위법행위를 미리 감지하여 손해 발생 위험을 방지할 수 있고, 사후적으로는 자회사 이사에 대한 감시의무 위반의 책임으로부터 벗어날 수 있게 된다는 점에서, 그 중요성이 강조된다.

다중대표소송이 적시에, 실효성 있게 활용되기 위해서는 모회사 주주의 자회사에 대한 정보수집권의 확보는 필수적이다. 그 대표적인 것이 다중회계장부열람권인데, 이번 상법 개정에서는 다중대표소송을 도입하면서도 다중회계장부열람권은 인정하고 있지 않다. 다중대표소송을 도입한 취지를 제대로 살릴 수 있도록 향후 다중회계장부열람권이 충분한 논의를 통해 제도화 될 수 있어야 한다.

다중대표소송의 도입을 계기로 상법의 관심이 모회사 주주뿐 아니라 기타 기업집단 내 이해관계자들의 이익을 어떻게 조화시킬지에 대한 것으로까지 이어지기를 기대해 본다.

• 핵심어 다중대표소송, 개정 상법, 모회사, 자회사, 기업집단

I. 서론

기업 지배구조 개선 및 소수주주의 권익 보호라는 목적을 가지고 추진되던 상법 개정안이 2020년 12월 9일 국회 본회의를 통과하여 2020년 12월 29일부터 공포·시행되었다. 개정 상법의 주요 내용은 다중대표소송의 도입, 감사위원 분리선출, 감사 등 선임시 주주총회 결의요건의 완화, 배당기준일 관련 규정 개선, 소수주주권 행사 요건의 완화 등이 있다. 개정된 사항들 모두 학계·경제계·정치계 등 각계에서 제도의 도입 내지 개선의 목소리가 꾸준히 있어오던 것들인데 이번 상법 개정을 통해 그 결실을 이루게 된 것이다(

“들”삭제). 물론 제도의 도입 내지 개선에 대하여 찬반 여부가 첨예하게 대립된 사항들도 많이 있지만, 개정이 된 이상 이제 그 제도를 개정의 취지에 맞게 제대로 운영하는 것이 우리에게 남겨진 과제일 것이다.

본고는 개정 상법의 내용 중 다중대표소송에 주목한다. 기업집단의 형태로 운영되는 기업 현실과는 달리 개별 회사를 전제로 한 규율에 집중하고 있는 상법에 대해서는 기업집단 차원에서 이루어지는 의사결정에 대해서 의무와 책임의 주체를 명확하게 정하지 못하고, 그로 인해 실질적인 이해관계자의 보호에 미흡하다는 비판이 계속 지적되어 왔는데,¹⁾ 이번 상법 개정으로 기업집단 내 이해관계자들의 이익 보호를 목적으로 하는 다중대표소송이 도입되었기 때문이다.

자회사의 가치는 모회사의 가치에 영향을 미치므로, 자회사 단계에서의 행위로 인하여 모회사에 손해가 발생한 경우, 모회사 주주 보호 장치를 마련해줄 필요가 있다. 그 방법으로는 먼저 자회사의 주주인 모회사의 이사들에게 일정한 권한과 의무를 부여하고 자회사에 대하여 시정을 위한 권리를 행사하도록 하는 방법들도 생각해 볼 수 있지만, 모회사 이사들이 의무의 이행을 게을리 하거나 모회사 주주의 이익과는 무관하게 행위함으로써 대리문제를 유발시킬 수 있는 상황에서는 모회사 주주를 보호하기 위한 다른 수단을 기대할 수 없으므로, 모회사 주주에게 직접 권리를 행사하게 할 필요가 있다.²⁾ 그러한 방법 중 하나가 다중대표소송인 것이다.

다중대표소송이 상법상 인정됨으로써 이제 다중대표소송을 인정할지 여부에 대한 논의를 할 필요는 없게 되었다. 다만, 다중대표소송은 이제 막 도입된 제도가기에 해석이 필요하거나 더 보완되어야 할 부분들은 존재한다. 제도가 효율적이고 실효적으로 운영될 수 있도록 가능한 한 합리적인 해석을 하고 보완이 필요한 부분들을 체크해 두어야 하는 시점이다. 이에 본고에서는 상법상 다중대표소송의 요건을 살펴보고, 각 요건별로 해석상 쟁점이 되는 부분이나 보완이 필요한 부분들에 관한 검토를 시도한 후, 나름의 평가와 향후 과제를 제시하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.

다중대표소송은 법인격을 넘나드는 회사법상의 실체법상 쟁점과 소송법상의 쟁점들이 매우 다양하게 있어 모든 부분을 심도 있게 다루기에는 한계가 있으므로,

1) 송옥렬/최문희, “기업집단에 대한 회사법적 규율의 국제적 동향 및 상법상 도입방안”, 2012년도 법무부 연구용역 과제보고서, 서울대학교 금융법센터, 2012, 1면; 천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, 『BFL』 제59호, 서울대학교 금융법센터, 2013, 6면.

2) 김신영, 『지배·종속회사에서의 주주 이익 보호에 관한 비교법적 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2017, 115-116면.

제도를 처음 시행하는 현 단계에서 반드시 깊고 넘어가야 할 부분에 초점을 맞추어 언급하는데 그치고, 그 외의 논의는 차후의 연구에 맡기기로 한다.

II. 다중대표소송의 도입 배경

1. 의의 및 도입 취지

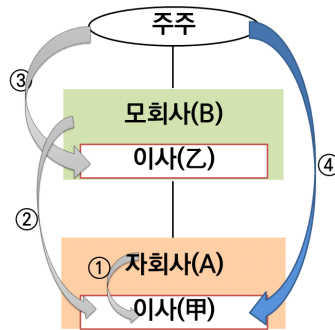
(1) 의의

자회사의 이사의 임무해태 등으로 자회사에 손해가 발생한 경우 모회사 주주가 직접 자회사 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 것을 이중대표소송, 모회사의 주주가 손자회사의 이사를 상대로 직접 대표소송을 제기하는 것을 삼중대표소송, 모회사의 주주가 증손회사의 이사를 상대로 직접 대표소송을 제기하는 것을 사중대표소송이라고 하는 등 모회사·자회사 관계가 다중적으로 존재하는 경우 상위 회사의 주주가 2단계 이상의 하위회사의 이사를 상대로 직접 대표소송을 제기하는 것을 통틀어 다중대표소송(Multiple Derivative Suit)이라고 한다.³⁾

(2) 도입 취지

기업집단에서는 자회사 이사의 위법행위로 자회사에 손해가 발생하고 이로 인해 모회사에 손실을 초래하는 경우가 생긴다. 예컨대, 아래 〈그림 1〉과 같이 모회사 B의 자회사 A의 이사 甲의 위법행위로 A회사에 손해가 발생하고 이로 인해 모회사인 B회사에도 손해가 발생하였다고 가정하여 보자. 이 경우 그 실질적인 손해가 모회사 주주들에게도 미치므로 모회사 주주들을 보호해야 할 현실적인 필요성이 생긴다.

3) Edward P. Welch et al., *Folk on the Delaware General Corporation Law*, Aspen Publishers, 2020, §327.5.3; 황근수, “다중대표소송의 제도적 수용과 실무적 적용방안에 관한 고찰”, 『법학논집』 제40권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2020, 151-152면; 천경훈, “다중대표소송 재론”, 『법학연구』 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018, 78면; 권재열, “다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점”, 한국법제연구원, 2013, 16-17면.



〈그림 1〉

그럼에도 불구하고 이러한 경우 종래 우리 상법상 모회사 주주들을 보호할 별다른 제도가 없었다. 물론 고려할 수 있는 방법이 아예 없는 것은 아니다. 먼저 〈그림 1〉 ①의 방법처럼 손해를 입은 자회사 A가 직접 이사 甲에 대해서 손해배상을 청구하여 A의 손해를 회복하는 방법을 생각해볼 수 있다. 그러나 상법은 회사가 이사를 상대로 소를 제기하는 경우 감사가 회사를 대표하도록 하고 있는데(상법 제394조 제1항), 이는 이사회나 대표이사가 동료 이사를 상대로 소를 제기하는 것은 기대하기 어렵기 때문이라는 점을 고려한 것이다. 그러나 A회사의 감사에 대해서도 동료인 이사 甲에 대해서 소를 제기할 것이라고 기대하기는 어려울 것이다.⁴⁾

그렇기에 상법 제403조는 주주의 대표소송을 인정한다. 따라서 회사의 1% 이상 주식을 보유한 주주(상장회사의 경우에는 6개월 전부터 0.01% 이상을 보유한 경우에도 가능)는 회사의 이사를 상대로 대표소송을 제기할 수 있기 때문에, ②의 방법처럼 A회사의 주주인 모회사 B가 A회사를 대위하여 대표소송을 제기하여 A회사의 손해를 회복하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그러나 자회사의 이사는 모회사의 의사결정에 따라 선임되는 것일 테고, 실제로는 모회사와 자회사의 이사들이 서로 겹임하고 있어 동일인인 경우도 많아서 모회사와 자회사의 역학관계를 고려할 때 모회사 B의 이사가 자회사 A의 이사에게 책임을 추궁하는 것을 기대하기는 어렵다. 물론 A회사의 소수주주들이 대표소송을 제기하는 방법이 있기는 하지만, 자회사에 외부주주가 존재하지 않는 경우, 즉 비상장자회사의 경우에는 모회사의 이사가 책임 추궁을 게을리 하면 모회사 주주를 보호할 다른 방도가 없게 된다. 우리나라의 경우 비상장자회사의 비율이 꽤 높은데다⁵⁾ 비상장자회사를 통한 위법행위가 비

4) 송옥렬, 『상법강의(제11판)』, 홍문사, 2021, 1104면; 김건식 외 2인, 『회사법(제5판)』, 박영사, 2021, 506면; 이철송, 『회사법강의(제29판)』, 박영사, 2021, 834면.

5) 예컨대 2020년 11월 기준 우리나라 자회사가 보유한 자회사의 수는 상장회사 203개, 비상장자회사 699개로 비상장자회사의 비중이 전체 자회사의 77%에 해당하고, 손자회사의 수는 상장손자회사 56개, 비상

일비재하게 이루어지고 있는데,⁶⁾ 이런 현실 속에서는 자회사 주주의 대표소송에 의한 자회사의 손해 회복은 기대하기 어렵게 된다.

다음으로 생각해 볼 수 있는 방안은 ③의 방법처럼 모회사 B의 주주가 모회사 이사 乙에 대하여 자회사의 관리에 관한 임무해태를 이유로 대표소송을 제기하는 것을 생각해 볼 수 있다. 그러나 모회사 이사에게 자회사의 업무를 감독할 권한과 의무가 있는지도 확실하지 않은 상황에서 乙의 임무해태를 인정하기는 쉽지 않기 때문에, 이 방법으로도 모회사 주주를 보호하기는 쉽지 않다.⁷⁾

그렇다면 이제 ④의 방법과 같이 모회사 주주가 자회사 이사를 상대로 자회사에 손해를 배상하라는 대표소송을 제기하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 이것이 바로 다중대표소송에 관한 문제이다.

2. 다중대표소송에 관한 종래 상법과 법원의 태도

(1) 상법의 태도

기본적으로 우리나라의 현행 상법체계는 법률관계를 독립한 법인격을 가진 개별 회사를 단위로 정하고 있다고 볼 수 있다.⁸⁾ 이러한 맥락에서 2020년 개정 전까지 상법은 개별 회사를 전제로 한 단순대표소송에 관한 규정만을 두고 있을 뿐(상법 제403조, 제542조의6), 모회사 주주가 자회사 이사에 대하여 책임을 추궁할 수 있는지, 즉 다중대표소송에 관해서는 언급이 없었다.

(2) 법원의 태도

모회사 주주의 자회사 이사에 대한 책임 추궁이 문제가 된 사안에서 다중대표소송의 허

장손자회사 934개로 비상장손자회사의 비중이 전체 손자회사의 94%에 달한다(공정거래위원회 기업집단국 지주회사과, 2020년 공정거래법상 지주회사 현황 분석결과, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 11. 10-11면).

6) 예를 들어, 1999년 비상장인 삼성 SDS의 신주인수권부사채 제3자 저가 배정 사건, 1996년 삼성그룹의 비상장 계열사인 삼성에버랜드(주)의 전환사채 제3자 저가 배정 사건, 2008년 비상장 계열사인 현대글로비스(주)에 대한 현대차그룹의 일감몰아주기 사건, 2006년 신세계그룹의 비상장 계열사인 광주신세계(주)의 저가 주식발행 사건 등은 모두 비상장자회사를 통해 이루어진 것들이다. 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, (사)한국경제법학회 2021년 춘계학술대회 자료집, 2021, 41면; 김재형/김형호, “다중대표소송의 인정범위에 관한 고찰”, 『법학논총』 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 366-367면;

7) 송옥렬, 앞의 책, 1110면

8) 김신영, 앞의 논문, 1면.

용 여부에 대하여 원심법원⁹⁾과 대법원¹⁰⁾의 판결이 대립한 바 있다. 자회사의 대표이사가 횡령으로 회사에 손해가 발생하자 모회사의 주주가 자회사의 대표이사에 대해서 대표소송을 제기한 사안에서 원심법원은 “모회사 이사회에 대한 제소청구 또는 모회사 이사를 상대로 한 대표소송만으로는 자회사 이사의 부정행위로 인한 모회사의 간접적인 손해를 막기 어렵고, 자회사의 경영진이나 주주들이 여러 가지 이유로 이사들의 자회사에 대한 부정행위를 시정하지 못하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우 이중대표소송을 인정함으로써 자회사 이사들의 부정행위를 억제할 수 있고, 간접적으로 모회사 및 모회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 기대할 수 있다”고 판시함으로써 이중대표소송을 허용하는 입장을 취하였다.¹¹⁾

반면 대법원은 “어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 지배·종속관계에 있고, 자회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 모회사와 자회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 자회사의 주주가 아닌 모회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 자회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다”고 판시함으로써 이중대표소송을 부정하는 입장을 취하였다.¹²⁾ 즉, 대법원은 법인격 독립의 원칙에 입각하여, 모회사와 자회사는 별개의 법인격을 가진 회사이므로 모회사 주주는 자회사의 주주가 아니기 때문에 자회사의 이사에 대해서 직접 책임을 추궁할 수 없음을 명백히 하였다.

심지어 법원은 원전모자회사관계에 있는 모회사와 자회사 사이에서도 법인격 독립의 원칙을 엄격하게 고수하고 있기에¹³⁾ 다중대표소송을 인정할 여지는 없었다.

3. 다중대표소송의 도입

위와 같이 종래 상법과 법원의 태도에 따르면, 법상 또는 그 해석상으로도 우리나라에서는 다중대표소송이 인정되기가 어려웠다는 것을 알 수 있다. 이는 결국 자회사 이사의

9) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고 2002나13726 판결.

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

11) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고 2002나13726 판결.

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

13) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결; 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결 등.

위법행위로 인해 그 결과 모회사 주주가 실질적인 손해를 입게 되더라도 모회사 주주를 보호할 방법이 없다는 것을 의미한다.

이에 위의 <그림 1> ①~④의 방법 중 가장 현실적인 모회사 주주 보호 방법으로서, 모회사 주주가 자회사 이사에 대하여 직접 책임을 추궁할 수 있도록 다중대표소송을 인정하여야 한다는 주장이 학계¹⁴⁾뿐만 아니라 정부, 국회 등에서 꾸준히 제기되었다. 그러나 다중대표소송의 도입에 반대하는 입장도 만만치 않았기에 2006년 처음 법무부가 다중대표소송 도입을 입법예고한 이후,¹⁵⁾ 정권이 바뀌고 국회 회기가 바뀔 때마다 다중대표소송 도입에 관한 상법 개정안이 수차례 국회에 제안되었지만¹⁶⁾ 계속 논쟁만 될 뿐 다중대표소송 도입이라는 결론에는 도달하지 못하였다.

마침내 2020년 12월 29일 법률 제17764호로 공포되어 시행된 개정 상법에서 제406조의 2, 제542조의 6 제7항이 신설됨으로써 다중대표소송이 법적인 제도로 인정되게 되었다.¹⁷⁾ 이로써 모회사 주주는 자회사 이사에 대하여 직접 책임을 추궁할 수 있게 되었다.

자회사의 손해는 실질적으로 모회사 주주에게 귀속된다는 점, 그 결과 모회사 주주는 자신의 이익을 위해 소를 제기할 인센티브가 있다는 점을 고려하면 모회사 주주에게 다중대표소송을 제기할 수 있도록 한 것은 바람직한 입법이라 생각된다.

다중대표소송에 관한 상법의 규정은 다음과 같다.

-
- 14) 천경훈, “다중대표소송 제론”, 91-95면; 정웅기, “대표소송의 주체”, 『법학연구』 제26권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2015, 166-169면; 손영화, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토”, 경제법연구 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013, 33-34면; 김재범, “이중대표소송제도의 도입-상법에 대한 정합성 여부”, 『상사법연구』 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007, 42면; 염미경, “이중대표소송의 도입에 관한 고찰”, 『비교사법』 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006, 497-498면; 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 『상사판례연구』 제19집 제4권, 한국상사판례학회, 2006, 147-148면; 정준우, “주주대표소송의 원고격에 관한 쟁점사항 검토”, 『기업법연구』 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005, 138면; 손영화, “모회사 주주의 대표소송과 이사의 경영판단”, 『상사판례연구』 제17집, 한국상사판례학회, 2004, 47면; “지배회사 주주의 법적 지위”, 상사판례연구 제14집, 한국상사판례학회, 2003, 68-71면; 김신영, 앞의 논문, 176-191면.
- 15) 법무부는 2006년 상법 일부개정안(2006.10.4. 법무부공고 제2006-106호), 2013년 상법 일부개정법률안(2013.7.17. 법무부공고 제2013-162호.), 2020년 상법 일부개정안(2020. 6. 11. 법무부공고 제2020-169호)에서 다중대표소송에 관한 규정을 마련하여 입법예고 한 바 있다.
- 16) 20대 국회에서는 김종인 의원(2016.07.04, 의안번호 2000645), 채이배 의원(2016.08.08, 의안번호 2001463), 노회찬 의원(2016.09.02, 의안번호 2002091), 이종걸 의원(2016.11.03, 의안번호 2003254), 오신환 의원(2017.02.14, 의안번호 2005633), 이훈 의원(2017.6.23, 의안번호 2007566), 윤상직 의원(2017.7.10, 의안번호 2007863)이 대표발의한 상법 일부개정법률안에도 다중대표소송에 관한 규정을 마련하여 제안하였다.. 21대 국회에서도 박용진 의원(2020. 6. 17. 의안번호 2100631), 김주영 의원(2020. 7. 6. 의안번호 2101466), 배진교 의원(2020. 9. 28. 의안번호 2104288), 박주민 의원(2020. 10. 6. 의안번호 214406) 등이 대표발의한 상법 일부개정법률안에도 다중대표소송에 관한 규정을 마련하여 제안하였다.
- 17) 법무부에서 2020년 6월 입법예고한 상법 일부개정안이 2020년 8월 국회에 제출되었고(2020.8. 31. 의안번호 2103355), 이 정부안과 21대 국회에 제출된 4개의 의원 입법안의 내용을 반영한 수정된 대안이 작성되어(2020. 12. 의안번호 216233), 2020년 12월 9일 국회 본회의를 통과하였다(국회사무처, 제382회 국회 국회 본회의회의록, 2020. 12. 9, 12-14면). 이로써 2020년 12월 29일 공포와 동시에 개정 상법이 시행되었다.

제406조의2(다중대표소송) ① 모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.
 ② 제1항의 주주는 자회사가 제1항의 청구를 받은 날부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 즉시 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.
 ③ 제1항 및 제2항의 소에 관하여는 제176조제3항·제4항, 제403조제2항, 같은 조 제4항부터 제6항까지 및 제404조부터 제406조까지의 규정을 준용한다.
 ④ 제1항의 청구를 한 후 모회사가 보유한 자회사의 주식의 100분의 50 이하로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제1항 및 제2항에 따른 제소의 효력에는 영향이 없다.
 ⑤ 제1항 및 제2항의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.

제542조의6(소수주주권) ⑦ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1만분의 50 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제406조의2(제324조, 제408조의9, 제415조 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.

III. 다중대표소송의 요건 및 관련 쟁점

1. 원고 적격

(1) 모회사의 자회사에 대한 지분요건

1) 모자회사 관계

다중대표소송은 법인격이 다른 회사의 이사에 대한 책임 추궁을 인정하는 것이므로, 모회사가 자회사에 대해 어느 정도 영향력을 미칠 때 모회사 주주의 자회사에 대한 권한을 인정할지가 중요하다.¹⁸⁾ 상법 개정 과정에서 완전모자관계에 한하여 인정할지,¹⁹⁾ 상법상 모자관계에 인정할지,²⁰⁾ 실질적 지배관계만 있으면 인정할지²¹⁾ 많은 논의가 있었으나, 상

18) 김신영, 앞의 논문, 185면.

19) 20대 국회에서는 다중대표소송이 도입된 후 그 범위를 넓히더라도 일단 완전지배종속관계에서만 다중대표소송이 인정되는 것으로 논의가 진행되었다(국회사무처, 제349회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 제1차 회의록, 2017. 2. 20, 41-42면). 김지환, “다중대표소송제도의 도입에 관한 검토”, 바람직한 기업지배구조 관련 상법개정 방안 한국경제연구원 세미나 자료집, 2013. 7, 59면.

20) 황근수, 앞의 논문, 162면; 천경훈, “다중대표소송 재론”, 98-99면.

21) 김대연, 앞의 논문, 69면; 손영화, 앞의 논문, 26면-27면은 실질적인 지배종속 기준을 채택하는 것이 바람직하지만, 현실을 고려하여 50%를 초과하는 지분을 기준에 의해 다중대표소송을 도입하되 향후 실질적 지배종속 기준으로 발전시켜 나갈 것을 제안한다. 21대 국회 배진교 의원 입법안, 20대 국회 노회찬 의원 입법안은 실질적 지배관계를 제안한 바 있다.

법은 모자회사관계에 한하여 다중대표소송을 인정하고 있다.

다른 회사 주식의 과반수를 소유하면 그 회사를 지배할 수 있다는 점, 현행 상법과의 정합성, 재계의 반발 등을 고려하여 절충적인 입장을 취한 것으로 보인다. 따라서 다중대표소송을 제기할 수 있는 자, 즉 원고는 모회사의 주주이다.

상법상 한 회사가 다른 회사 주식의 50%를 초과하여 보유하고 있는 때에 모자회사관계가 성립하므로, 다중대표소송이 인정되기 위해서는 모회사가 자회사 주식의 50%를 초과하여 보유하고 있어야 한다(상법 제342조의2).

주식의 보유는 제소청구시에만 50%를 초과하여 보유하고 있으면 되고, 제소청구 이후 50% 이하로 감소하더라도 제소의 효력에는 영향이 없다(상법 제406조의2 제4항). 이는 모회사 주주의 의사와 상관없이 모회사가 소송을 회피하기 위해 일방적으로 주식을 처분하여 모회사 주주의 원고적격을 상실시키는 것을 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다.²²⁾ 다만, 변론종결시까지 1주는 보유하고 있어야 한다. 또한 책임원인발생시에 모자회사관계일 필요도 없다.

요컨대, 모회사의 자회사에 대한 지분요건은 제소청구시에만 충족하면 되고, 책임원인발생시나 변론종결시에는 충족하지 않아도 되며, 다만 제소청구시부터 변론종결시까지 모회사는 자회사의 주식 1주는 보유하여야 한다.

2) 관련 쟁점

① 모자회사 이후의 단계에도 적용되는지 여부

다중대표소송이 모자회사관계에만 적용되는지 모자회사 이후의 단계에도 적용되는지가 문제된다. 신설된 상법 제406조의2는 “다중대표소송”이라는 조제목을 두면서도, 제1항에서 “모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다”고 규정하고 있어, i) 상법이 이중대표소송만을 인정하는 것인지, 아니면 조제목에 부합하게 다중대표소송도 인정하는 것인지 해석상 문제가 될 수 있다. 더 나아가 만약 다중대표소송을 인정한다면, ii) “다중”의 의미가 어느 단계까지를 의미하는 것인지도 쟁점이 된다. 즉, 후술하는 제342조의2 제3항의 해석상 삼중대표소송까지를 의미하는 것인지, 아니면 사중대표소송, 오중대표소송 등 무한히 확장될 수 있는지에 관한 것이다.

22) 이승규 외, “2020년 개정 상법의 분석 1: 다중대표소송과 소수주주권”, 『BFL』 제106호, 서울대학교 금융법센터, 2021, 10면; 심영, “2020년 개정 상법(회사법) 해석에 관한 소고”, 『법학연구』 제31권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 53면.

i) 상법이 이중대표소송만을 인정하는 것인지 다중대표소송을 인정하는지에 관해서는, 상법 제342조의2 제3항에서(“는”삭제) “다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사는 이 법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다.”고 하여 자회사의 자회사, 즉 손자회사도 자회사로 간주하는 규정을 두고 있다. 따라서 제406조의2는 “모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 손자회사에 대하여 손자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다”는 내용을 당연히 포함하는 것으로 보아야 하므로, 그러한 의미에서 상법은 다중대표소송을 인정하고 있고, 조제목도 다중대표소송이라고 한 것으로 판단된다.²³⁾

ii) “다중”의 의미가 어느 단계까지를 의미하는 것인지에 관해서는, 제342조의2 제3항의 해석을 어떻게 하는지에 따라 달라진다.

먼저, 제342조의2 제3항은 손자회사만을 자회사로 보는 것을 의미한다는 견해가 있다.²⁴⁾ 제342조의2에 위반할 경우 벌칙이 적용되고 주식취득이 무효가 되는 등 규제가 중대하므로 법문의 근거 없이 자회사의 범위를 넓히는 것을 바람직하지 않다는 것을 근거로 한다.²⁵⁾ 이 견해에 따르면 손자회사까지만 모자회사관계가 인정되는 것이므로 제406조의2는 삼중대표소송까지만 인정되게 된다.

한편, 제342조의2 제3항의 해석상 자회사의 범위는 손자회사의 자회사 또는 모회사·자회사·손자회사가 합하여 50%를 초과하여 보유하는 회사(중손회사) 및 그 이하의 단계에 있는 회사로까지 확대된다는 견해가 있다.²⁶⁾ 예컨대, A회사가 B회사의 60%를 보유하고, B회사가 C회사의 60%를 보유하고 있으면, C회사는 A회사의 자회사가 된다. 다시 C회사가 D회사를 60% 보유하고 있다면 이 경우에도 A회사의 자회사가 50%를 초과하여 보유하고 있는 것이므로 D회사도 A회사의 자회사가 되는 것이다. 이 견해에 따르면 모자회사 관계는 무한히 아래 단계로 확장될 수 있게 되어 사중, 오중다중대표소송도 가능하게 된다.

생각건대, 제342조의2 제3항의 문언상 후자의 견해처럼 자회사의 범위는 손자회사에 한하는 것이 아니라 아래 단계로 무한히 확대되는 것으로 해석된다. 따라서 손자회사 및 그

23) 김진식 외, 앞의 책, 517-518면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 41면; 이승규, 앞의 논문, 9면.

24) 이철송, 앞의 책, 431면; 정찬형, 『상법강의(상) 제23판』, 박영사, 2020, 792면.

25) 이철송, 앞의 책, 431면; 정찬형, 앞의 책, 792면.

26) 송옥렬, 앞의 책, 728면.; 최기원, 『신회사법론(제14판)』, 박영사, 2012, 368면; 김정호, “2020년 개정 상법상의 다중대표소송-해석론과 문제점-”, 고려법학 제100호, 고려대학교 법학연구원, 2021, 106면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 45면; 이승규 외, 앞의 논문, 9면.

이하의 회사에 대해서도, 상법에서 정한 자회사 내지 손자회사와 같은 지분 관계가 인정된다면 다중대표소송이 가능하다고 해석하는 것이 타당할 것으로 보인다.²⁷⁾

② 50%보다 적은 지분으로 실질적 지배관계를 형성하고 있는 경우의 문제

우리나라보다 앞서 회사법상 다중대표소송을 인정하고 있는 일본의 경우 완전모자회사 관계에 한하여 다중대표소송을 인정²⁸⁾하고 있는 것에 비하면 다중대표소송이 넓게 인정된다고 볼 수 있지만, 50% 초과라는 지분을 기준만을 채택할 경우, 50%보다 훨씬 적은 지분으로 실질적 지배관계를 형성하고 있는 우리나라 기업지배구조 현실상 다중대표소송제도의 실효성을 거둘 수 있을지 의문이다.

근본적인 해결 방향은 향후 상법상 모자회사 개념을 형식적인 지분을 기준과 실질적인 지배적 영향력 기준을 모두 채택하는 방식으로 개정하는 것이다.²⁹⁾ 예컨대, 모회사를 “자회사 의결권의 과반수를 보유하고 있거나 자회사의 경영을 지배(예: 이사임면권, 임원겸임 등)하는 회사”라고 정의하는 방식으로, 미국,³⁰⁾ 일본,³¹⁾ 독일³²⁾ 등 많은 나라에서 채택하고 있는 방식이기도 하다. 이처럼 모자회사 개념을 개정하면 개별 규정을 별도로 개정하지 않고도 상법에 실질적인 기업집단 개념을 들여올 수 있게 되고, 또한 다른 회사 주식의 과반수를 보유하지 않더라도 실질적 지배관계가 인정되는 경우에는 모회사관계가 성립되어 모회사 주주의 다중대표소송이 용이하게 될 것이다.

(2) 원고의 모회사 지분요건

1) 소수주주권

상법은 다중대표소송을 일정한 비율의 주식을 보유한 주주만이 소를 제기하도록 하는 소수주주권으로 하고 있다. 따라서 모회사 주주, 즉 원고는 모회사가 비상장회사인 경우에

27) 법무부 상사법무과, 개정 상법 관련 질의응답, 2020. 12. 1면; 송옥렬, 앞의 책, 1111면; 김정호, 앞의 논문, 106면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 45면-46면; 이승규 외, 앞의 논문, 9면.

28) 일본 회사법 제847조의3.

29) 김신영, 앞의 논문, 185-187면.

30) *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, No. 629, 2014, p. 4(Del. Oct. 2, 2015); *In re Zhongpin Inc. S'holders Litig.*, C.A. No. 7393-VCN, 2014 WL 6735457, pp. 7-9(Del. Ch. Nov. 26, 2014), *American Law Institute Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* §1.10(A).

31) 일본 회사법 제2조 제3호, 제4호.

32) 독일 주식법(Aktiengesetz) 제17조.

는 회사의 발행주식총수의 1% 이상, 모회사가 상장회사인 경우에는 회사의 발행주식총수의 0.5% 이상을 6개월 이상 보유하여야만 다중대표소송을 제기할 수 있다.

대표소송제기권을 소수주주권으로 하는 것은 주주대표소송의 남용을 방지하는 기능과 함께 실제로 대표소송에 참가하지 않은 주주에게 판결의 효력이 미치는 것을 정당화하는데 의의가 있다.³³⁾ 바꾸어 말하면, 대표소송제기권을 소수주주권으로 하여 남용 방지 기능과 주주 전체를 대표하는 기능을 할 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이는 단순대표소송뿐 아니라 다중대표소송에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 상법이 다중대표소송제기권을 소수주주권으로 하고 있는 것은 바람직하다.

원고는 제소시에 모회사 주식의 발행주식총수의 1% 이상을 보유하여야 한다. 주식의 보유는 제소시에만 1% 이상 보유하고 있으면 되고, 제소 이후 1% 미만으로 감소하더라도 제소의 효력에는 영향 없다(상법 제406조의2 제3항→제403조 제5항). 다만, 변론종결시까지 1주는 보유하고 있어야 한다(상법 제406조의2 제3항→제403조 제5항). 또한 책임원인 발생시에 주식을 보유하고 있을 필요도 없다.

요컨대, 원고의 모회사에 대한 지분요건은 제소시에만 충족하면 되고, 책임원인발생시나 변론종결시에는 충족하지 않아도 되며, 다만 제소청구시부터 변론종결시까지 원고는 모회사의 주식 1주는 보유하여야 한다.

2) 관련 쟁점

① 자회사 주주와의 형평의 문제

모회사 주주의 주식보유 비율과 관련하여서는 다음과 같은 문제가 있다. 먼저, 상법은 모회사가 비상장회사인 경우, 모회사의 발행주식총수의 1% 이상을 보유한 주주에게 다중대표소송권을 인정하고 있다. 그러나 모회사의 발행주식총수의 1% 이상이라는 기준에 의할 경우, 다음과 같은 문제가 발생한다. 가령 모회사가 자회사 주식의 60%를 보유하고 있다고 하자. 이 경우 모회사 주식을 1% 보유한 자는 자회사 주식을 0.6%를 보유한 것과 같다. 자회사의 소수주주가 자회사 이사의 책임을 추궁하기 위해서는 자회사 주식의 1%를 보유하고 있어야 함에 반해, 모회사의 주주에게는 자회사 주식의 0.6%에 해당하는 모회사의 주식만을 보유하더라도 자회사 이사에 대한 책임 추궁이 가능하도록 하는 것은 형평에

33) 정웅기, 앞의 논문, 158-159면; 권재열, “대표소송의 개선과 다중대표소송의 도입을 위한 2016년 개정안의 검토-델라웨어주의 관련 법제 및 판례 비교를 중심으로-”, 경영법률 제27집 제1호, 한국경영법률학회, 2016, 143면; 김신영, 앞의 논문 180-181면.

어긋난다.³⁴⁾ 따라서 다중대표소송을 제기할 수 있는 자는, 모회사가 비상장회사인 경우, “자회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 모회사의 주식을 가진 자”로 할 필요가 있었다.³⁵⁾ 향후 법 정비시 이에 대한 고려가 필요할 것으로 보인다.

② 모회사가 상장회사인 경우 모회사 주주의 주식보유 비율 문제

상법은 모회사가 상장회사인 경우 모회사 주주가 모회사의 주식을 6개월간 0.5% 이상 보유하여야만 다중대표소송을 인정하고 있다. 그런데 단순대표소송의 경우 상장회사 주주는 회사의 주식을 6개월간 0.01%만 보유하면 되는 것에 비해(상법 제542조의6 제6항), 다중대표소송의 경우에는 6개월간 0.5%를 보유하여야 하는 것으로 그 기준이 매우 높게 설정되어 있음을 알 수 있다.

원래 정부가 다중대표소송에 관한 상법 개정안을 제출할 당시에는 기준이 단순대표소송과 마찬가지로 0.01%로 설정되어 있었다.³⁶⁾ 그런데 국회 본회의 논의 과정에서 남소의 우려, 자회사 주주와의 형평 등을 고려하여 상향조정하였다고 한다.³⁷⁾

그러나 어떻게 0.01%에서 0.5%로 되었는지 그 기준이 매우 자의적일 뿐 아니라, 상장회사에서-특히 대형 상장회사에서- 발행주식총수의 0.5% 요건을 충족한다는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.³⁸⁾ 그렇다고 상법 제542조의6 제2항 내지 제5항과 같이 자본금이 1천억원 이상인 상장회사에 대해서 지분요건을 1/2로 낮춰주는 규정을 두고 있는 것도 아니다. 형평에 맞지 않는 높은 기준의 모회사 주주의 지분요건은 자칫 모회사의 주주들로 하여금 다중대표소송을 제기할 엄두조차 내지 못하도록 하여 제도의 실효성을 해할 우려가 있다.

따라서 향후 모회사가 상장회사인 경우 모회사 주주가 보유하여야 하는 주식 비율의 재검토가 필요하다. 이때에는 단순대표소송의 요건과의 조화, 앞서 언급한 자회사 주주와의 형평 등을 고려하여, 모회사가 상장회사인 경우, 다중대표소송을 제기할 수 있는 자는 “6개월 전부터 계속하여 자회사의 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 모회사의 주

34) 권재열, 2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토-다중대표소송제와 감사위원 분리선임제의 도입을 중심으로-, 『상사법연구』 제39권 제3호, 한국상사법학회, 2020, 7면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 44면; 김신영, 앞의 논문, 182면.

35) 김신영, 앞의 논문, 182면. 이 경우, 모회사가 자회사의 주식을 $x\%$ 보유하고 있다면, 모회사의 주식 $(1/x \times 100)\%$ 이상을 가진 주주는 다중대표소송을 제기할 수 있다.

36) 법무부가 제출한 상법 일부개정법률안(2020.8. 31. 의안번호 2103355) 제542조의6 제6항 참조.

37) 2020. 12. 16. 공정경제 3법 관계부처 합동 브리핑 중 법무부 차관 발언 부분, 관련 영상 <<https://www.youtube.com/watch?v=NsZ3W65aSQ>>; 국회사무처, 제82회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 제8차 회의록, 2020. 12. 7, 26-31면.

38) 극단적인 예를 들어보면, 2021년 3월 말 기준 삼성전자의 시가총액이 500조에 육박하고 있는데, 삼성전자 주주가 다중대표소송을 제기하려면 2.5조를 확보하여야 한다는 말이다.

식을 보유한 자”로 정하는 것이 합리적일 것이다.

③ 1%를 보유한 상장모회사 주주의 다중대표소송 제소 가능 여부

상장회사의 경우에도, 일반규정에 따라 발행주식총수 1%를 가지고 있는 경우 보유기간과 상관없이 다중대표소송의 제소가 가능한지 여부가 문제된다. 2020년 상법 개정 전에는 일반규정(상법 제406조의2 제1항 등)에 의해 부여된 권리와 상장회사 특례규정(상법 제542조의6 제7항 등)에 의한 권리를 선택적으로 적용할 수 있는지 여부에 대하여 명문의 규정이 없어 논란이 되어 왔는데, 2020년 상법 개정으로 선택적 적용이 가능한 것으로 입법적 해결이 이루어졌다.³⁹⁾ 따라서 상장회사의 경우 1%를 보유한 모회사 주주는 6개월 이상 주식을 보유하지 않더라도 자회사에 대하여 다중대표소송을 제기할 수 있다(상법 제542조의6 제10항).⁴⁰⁾

(3) 주식교환 등에 의한 조직재편 시 원고적격 인정 문제

1) 대표소송이 제기된 후 주식교환 등이 이루어진 경우

주식의 포괄적 교환⁴¹⁾·포괄적 이전⁴²⁾으로 인한 조직재편이 이루어지면 완전자회사(구 회사)의 주주였던 자는 완전모회사의 주식을 배정받음으로써 완전모회사(신회사)의 주주가 되고 구회사 주주의 지위를 상실하게 된다. 그런데 상법상 주주대표소송에서 주주는 변론종결시까지 당초 보유한 주식을 그대로 유지할 필요는 없더라도 1주 이상은 보유하여야 한다(제403조 제5항). 이는 주주가 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 대표소송을 수

39) 관계부처 합동, 공정경제 3법 주요내용 및 기대효과, 공정경제 3법 합동브리핑 자료, 2020. 12. 6면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 68면.

40) 법무부, 앞의 자료, 2면.

41) 제360조의2(주식의 포괄적 교환에 의한 완전모회사의 설립) ① 회사는 이 관의 규정에 의한 주식의 포괄적 교환에 의하여 다른 회사의 발행주식의 총수를 소유하는 회사(이하 “완전모회사”라 한다)가 될 수 있다. 이 경우 그 다른 회사를 “완전자회사”라 한다.

② 주식의 포괄적 교환(이하 이 관에서 “주식교환”이라 한다)에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주가 가지는 그 회사의 주식은 주식을 교환하는 날에 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 배정을 받거나 그 회사 자기주식의 이전을 받음으로써 그 회사의 주주가 된다.

42) 제360조의15(주식의 포괄적 이전에 의한 완전모회사의 설립) ① 회사는 이 관의 규정에 의한 주식의 포괄적 이전(이하 이 관에서 “주식이전”이라 한다)에 의하여 완전모회사를 설립하고 완전자회사가 될 수 있다.

② 주식이전에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주가 소유하는 그 회사의 주식은 주식이전에 의하여 설립하는 완전모회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 주식이전을 위하여 발행하는 주식의 배정을 받음으로써 그 완전모회사의 주주가 된다.

행할 인센티브가 없다고 보기 때문이다.⁴³⁾

그렇다면 대표소송을 제기한 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전이 이루어져 구회사의 주주가 완전모회사인 신회사의 주주가 됨으로써 구회사 주식을 1주도 보유하지 않게 된 경우 구회사의 주주로서 제기한 당해 소송의 원고적격은 유지되는지가 문제된다.⁴⁴⁾ 개정 상법에서는 이에 대한 언급을 하고 있지 않다.

외환은행 판결⁴⁵⁾에서 이러한 쟁점이 문제되었는데, 그 사실관계는 다음과 같다. 원고들은 외환은행의 주주들로서 2012. 7. 24. 외환은행의 업무집행지시자 내지 이사를 상대로 대표소송을 제기하였는데, 2013. 1. 28. 하나금융지주와 외환은행 사이에 하나금융지주를 제외한 외환은행의 주주들이 보유하는 외환은행의 주식을 모두 하나금융지주에 이전하고 외환은행의 주주들에게는 하나금융지주의 신주를 배정하거나 자기주식을 교부하기로 하는 주식의 포괄적 교환계약이 체결되었고, 2013. 4. 5. 하나금융지주와 외환은행이 주식교환을 완료함으로써 원고는 외환은행의 주주로서의 지위를 상실하고, 하나금융지주의 주주가 되었다.⁴⁶⁾

대표소송 제기 후 외환은행의 주식을 전혀 보유하지 않게 된 원고들이 원고적격을 여전히 유지하는지에 대하여, 대법원은 “대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고, 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 판시하였다.⁴⁷⁾ 즉, 원고들은 신회사인 하나금융지주의 주주이지 더 이상 구회사인 외환은행의 주주가 아니어서 원고적격을 상실하였고, 이는 비자발적으로 주주의 지위를 상실하였더라도 마찬가지라는 입장이다.⁴⁸⁾

43) 최문희, “합병, 주식교환, 주식이전 등 조직재편과 대표소송의 원고적격의 쟁점-대법원 판례에 대한 비판적 고찰과 입법론적 제언-”, 『상사판례연구』 제29집 제3권, 2016, 250면.

44) 이 문제는 사실 이미 제기된 단순대표소송의 원고적격이 유지되는지에 관한 것으로, 엄밀히 말하면 다중대표소송에 관한 문제는 아니다. 그러나 소의 원고적격이 유지되어 소송이 계속되는 경우에는 다중대표소송의 모습을 가지게 된다는 점에서, 과거 원고적격이 당연히 상실된다고 보았던 사안이라도 다중대표소송의 도입으로 다른 결론이 도출될 가능성이 있기에 논의의 실익이 있다. 김정호, “조직재편과 대표소송의 원고적격-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결의 평석을 겸하여-”, 법학연구 제29권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2019, 142면.

45) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결.

46) 사실관계는 서울중앙지방법원 2016. 12. 16. 선고 2012가합62849 판결의 기초사실 부분 참조.

47) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결.

48) 이후 선고된 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결(현대증권 판결)에서도 법원은 일관된 입장을 취하고 있다. 현대증권이 대주주인 케이비금융지주에게 자사주 전량을 염가로 매각한 것을 이유로 원고인 현대증권의 소수주주들이 현대증권 이사들을 상대로 대표소송을 제기하였는데, 소송 계속 중 케이비금융지주와 현대증권 사이의 주식교환계약에 따른 주식교환이 완료되어 케이비금융지주가 현대증권의 100% 주주가 되고 원고들은 현대증권의 주주의 지위를 상실하게 된 사안에서, 법원은 대표소송 제기 후 현대증

생각건대, i) 주주가 비자발적으로 구회사의 주식을 전부 상실한 경우는 ii) 주주가 자발적으로 주식을 전부 양도⁴⁹⁾하거나 주식의 가치가 영에 가까운 도산상태에 이르러 주식이 전부 무상소각되어 주식을 보유하지 않게 된 경우⁵⁰⁾와 본질적으로 차이가 있으므로 달리 보아야 할 필요가 있다.⁵¹⁾ 주주가 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에 상법이 대표소송의 원고적격을 부정하는 이유는 주주에게 대표소송을 수행할 인센티브가 없다고 보기 때문인데, 이것은 ii)에 해당하는 경우를 의미하는 것이고, i)의 경우는 달리 보아야 한다. 즉, 주주가 비자발적으로 구회사의 주식을 전부 상실하고 신회사의 주주가 된 상태라면 여전히 구회사의 손해를 회복하기 위해 소송을 계속할 인센티브는 있다고 할 것이다. 그러므로 이 경우에도 원고적격을 상실시키는 것은 불합리하다. 요컨대, 소송 계속 중 제소 주주가 자발적으로 주식을 전부 처분하여 주주의 지위가 상실된 경우와 소송 계속 중 주주의 의사와 상관없이 비자발적으로 주식이 처분된 경우의 취급을 같이하는 판례의 태도는 바람직하지 않다.

한편 최근 선고된 대법원 2021. 1. 14. 선고 2017다245279 판결에서는 대표소송 제기 후 회사의 흡수합병으로 원고가 소멸회사의 주주의 지위를 상실하고 존속회사의 주주의 지위를 가지게 된 경우에도 대표소송의 원고적격을 유지한다는 취지의 판단을 하고 있어서,⁵²⁾ “대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고, 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다”는 이전의 대법원 판결(외환은행 판결, 현대증권 판결)⁵³⁾

권의 주식을 전혀 보유하지 않게 된 원고들은 원고적격을 상실하였다고 판단하였다.

- 49) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결은 여러 주주가 함께 대표소송을 제기한 후 일부 주주가 주식을 자발적으로 처분하여 주식을 전혀 보유하지 않게 된 사안인데, 대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 되고, 이는 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 판단한 바 있다(이도경, “주식의 포괄적 교환과 주주총회결의의 하자를 다루는 소의 원고적격 및 확인의 이익-대상판결: 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결, 『BFL』 제81호”, 서울대학교 금융법센터, 2017, 119면).
- 50) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결의 원심법원에서 대표소송 계속 중 금융산업의 구조개선에 관한 법률에 따른 금융감독위원회의 자본금감소 명령에 따라 주주가 보유하던 주식이 모두 무상소각된 사안에서, 대표소송을 제기한 주주들의 원고적격이 상실되었다고 판단하였고, 대법원도 이를 전제로 판단한 바 있다(이도경, 앞의 논문, 118-119면; 최문희, 앞의 논문, 251-252면).
- 51) 최문희, 앞의 논문, 250-251면; 박정국, “자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실한 경우 주주대표소송의 원고적격 상실 여부-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결을 중심으로-”, 『상사판례연구』 제33집 제2권, 2020, 193-194면; 손창완, 앞의 논문, 328-331면.
- 52) 원심인 2심 소송 계속 중에 흡수합병이 이루어진 사안인데, 실제 원심과 대법원은 모두 원고적격에 관한 것은 별도로 문제 삼지 않고 원고적격이 유지된다는 전제하에 절차를 진행하였다.

들과의 관계가 문제된다.

2017다245279 판결은 합병이 있었던 사안인 반면 이전의 판결들은 모두 주식의 포괄적 교환이 있었던 사안인 것으로 미루어 보아, 대법원은 비자발적으로 주식이 처분되는 사유를 주식교환·주식이전의 경우와 합병의 경우로 나누어, 대표소송을 제기한 주주가 주식교환 등에 의해서 주주의 지위를 상실한 경우에는 원고적격을 부정하고, 합병에 의해서 주주의 지위를 상실한 경우에는 원고적격을 인정하고 있다고 할 수 있다.

그런데 이처럼 대법원이 합병이 이루어진 경우와 주식교환이 이루어진 경우를 달리 보는 이유는 무엇일까? 먼저 합병에 의해서 비자발적으로 주주의 지위를 상실한 경우 원고적격을 인정하는 이유는 합병으로 소멸회사 주주의 이해관계가 소멸되지 않고 존속회사에 포괄승계되었기 때문에 소멸회사의 주주는 존속회사의 주주로서 여전히 대표소송을 수행할 인센티브가 있으므로 원고적격이 상실되지 않는다고 판단한 것으로 보인다.⁵⁴⁾ 반면 주식의 포괄적 교환 등이 이루어진 경우에 있어서는 구회사인 완전자회사와 신회사인 완전모회사를 별개의 법인으로 보고 완전자회사와 완전모회사의 이해관계도 별개로 보는 대법원의 경직적인 태도가 깔려있다고 생각된다. 즉, 원고가 대표소송 제기 후 신회사의 주주가 되면 구회사의 이해관계가 아닌 신회사의 이해관계에 대해서만 영향을 받게 되므로, 구회사의 주주로서 이미 제기한 대표소송을 수행할 인센티브가 없다고 보는 것이다.

그러나 완전자회사와 완전모회사의 이해관계는 일치하는 것으로 완전자회사의 손해회복이 곧 완전모회사의 손해회복이 된다고 보아야 한다. 따라서 비록 신회사의 주주는 구회사에 대한 주식을 보유하지 않더라도 완전모회사인 신회사의 주식을 보유함으로써 구회사에 대한 대표소송의 결과에 여전히 영향을 받으므로 소를 유지할 인센티브가 있고, 또한 소를 유지할 수 없다면 위법행위를 한 구회사의 이사에 대한 책임추궁을 할 수 없게 되는 불합리가 있다는 점을 고려하면, 구회사 주주의 지위를 상실한 신회사 주주는 당해 대표소송의 원고적격을 유지할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 그러므로 비자발적 사유를 주식교환 등이 이루어진 경우와 합병이 이루어진 경우로 나누어 전자의 경우에는 이미 제기된 대표소송의 원고적격을 부정하고 있는 판례의 태도는 합리성을 결여하고 있다고 할 것이다.

대표소송 제기 후 주식교환 등에 의해 주주의 지위를 상실한 원고는 본인이 자발적으로

53) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결, 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결 등

54) 최문희, 앞의 논문, 259면; 노혁준, “주주 지위의 변동과 회사소송의 원고 적격”, 『기업법연구』 제30권 제4호, 한국기업법학회, 2016, 30면 참조.

55) 김신영, 앞의 논문, 184면; 최문희, 앞의 논문, 284면; 김정호, “조직재편과 대표소송의 원고적격-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결의 평석을 겸하여”, 142-143면; 박정국, 앞의 논문, 234-236면.

소송 계속 중 주식을 처분한 것이 아니라는 점, 완전모회사의 주식을 소유하고 있기 때문에 계속하여 그 소송에 대하여 여전히 재산적 이해관계를 가지고 있다는 점에서 원고적격이 상실되지 않는다고 보아야 한다.⁵⁶⁾ 특히 모회사 주주는 자회사의 손해회복에 대하여 실질적 이해관계를 가지는 자라는 점을 근거로 하여 다중대표소송을 인정하고 현 시점에서 더욱 그러하다. 결국 합병이든 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전이든 대표소송 제기 후 비자발적인 사유로 원고가 주주의 지위를 상실한 경우에는 해당 대표소송의 원고적격은 유지되어야 한다.

이에 관한 입법례를 살펴보면, 미국에서는 합병에 의한 경우든 주식교환 등에 의한 경우든 주주가 대표소송 제기 후 비자발적인 사유로 인하여 주주의 지위를 상실한 경우에도 원고가 소송을 계속할 실질적 이해관계가 있는 경우에는 주식계속소유 요건⁵⁷⁾을 완화해줘야 한다는 해석을 통해,⁵⁸⁾ 일본에서는 명문의 규정⁵⁹⁾을 통해,⁶⁰⁾ 대표소송 제기 후 비자발적으로 주주의 지위를 상실한 원고의 당해 소송에 대한 당사자적격을 유지시켜주고 있다.

우리나라에서도 이번 상법 개정 과정에서 이에 관한 논의가 없었던 것은 아니다. 21대 국회 박용진 의원안(안 제403조 제5항 제2호), 김주영 의원안(안 제403조 제5항), 박주민 의원안(안 제403조 제5항 제2호)에서는 상법에 다중대표소송 규정의 신설과 함께 제403조 단순 대표소송에 관한 규정에 “대표소송을 제기한 주주가 제소 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전, 합병 등의 사유로 주주의 자격을 상실한 경우에는 제소의 효력을 유지”하도록 하는 조항을 신설하도록 하는 내용도 포함하고 있었으나, 최종 개정 상법에는 반영되지 않았다.

그러나 해석상의 혼란을 막고 법적 명확성을 확실히 하기 위해서는 향후 대표소송을 제기한 주주가 제소 후 주식의 포괄적 교환·포괄적 이전, 합병 등의 사유로 비자발적으로 주주

56) 김신영, 앞의 논문, 159면.

57) 주식계속소유 요건(continuous ownership)이란 대표소송의 제소시점부터 소송의 계속 및 종료 시점까지 소송의 전 과정에서 해당 회사의 주주의 지위를 유지하여야 한다는 원칙이다(Edward P. Welch et al., op. cit., §327.3.4). Lewi23.1 327s v. Anderson, 477 A.2d 1040, 1046(Del. 1984); In re New Valley Derivative Litig., C.A. 17649-NC, slip op. at 8-10 (Del. Ch. June 28, 2004).

58) Lewis v. Anderson, 477 A.2d 1040, 1046 n.10(Del. 1984); Gaillard v. Antomas Co., 173 Cal. App. 3d 413(Cal. App. 1Dis. 1985). 미국의 입법례를 소개한 국내 문헌으로는 김신영, 앞의 논문, 159-160면; 박정국, 앞의 논문, 217-220면; 정상민, “대표소송의 원고적격과 소송상의 신의칙-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결 및 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결”, 『인권과 정의』 제401호, 대한변호사협회, 2020, 152-156면.

59) 일본 회사법 제851조 제1항은 대표소송을 제기한 주주 또는 그 소송에 참가한 주주가 소송계속 중 주주가 아니게 되더라도, ① 그 자가 주식교환이나 주식이전에 의하여 당해 회사의 완전모회사의 주식을 취득한 경우, 또는 ② 그 자가 당해 회사가 소멸회사가 되는 합병에 의해, 합병으로 설립되는 회사나 존속회사, 또는 그 완전모회사의 주식을 취득한 경우에는 소송을 계속 수행할 수 있다고 규정하고 있다.

60) 相澤哲 外, 新会社法の解説(10) 株式会社の計算等, 『商事法務』 제1746호, 2005, 218면.

의 자격을 상실한 경우에는 제소의 효력을 유지하도록 하는 조항을 신설하여야 할 것이다.

2) 대표소송이 제기되기 전 주식교환 등이 이루어진 경우

대표소송 제기 전 주식교환 등 조직재편에 의해 완전모회사(신회사)의 주주가 된 완전 자회사(구회사)의 주주는 구회사 이사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는지도 문제된다. 이는 실제 다중대표소송을 인정하는 효과를 가지게 되는데,⁶¹⁾ 이번 상법 개정에서는 다중 대표소송을 도입하면서도 이에 대한 언급은 하고 있지 않다. 위 문제의 사안을 다루고 있는 판례도 아직은 찾아보기 힘들다.

이에 관하여 미국에서는 판례의 해석을 통해 원고는 구회사 이사의 의무 위반 시점에는 구회사의 주식을 소유하고 있어야 하되, 제소시점에는 신회사의 주식을 소유하고 있으면 충분하며, 신회사가 의무 위반 시점에 구회사의 주식을 소유하고 있을 필요도 없다고 보고 있다.⁶²⁾ 조직재편으로 인해 비자발적으로 신회사의 주주가 된 자는 대표소송을 목적으로 주식을 매수한 자가 아닐뿐더러 주주의 소유관계에 실질적 변동이 없다는 점을 근거로 행위시주식소유 원칙⁶³⁾을 완화하여 신회사 주주의 원고적격을 인정하는 것이다.⁶⁴⁾

한편 일본에서는 2014년 다중대표소송에 관한 규정(일본 회사법 제847조의3)을 신설하면서 이에 관한 규정(일본 회사법 제847조의2)도 명문으로 신설하여 신회사 주주의 구회사의 이사에 대한 대표소송의 원고적격을 인정하고 있다.⁶⁵⁾ 일본 회사법 제847조의2에 따르면, 구회사의 주주가 주식교환, 주식이전, 삼각합병 등 조직재편으로 당해 회사의 지위를 상실하더라도 완전모회사인 신회사의 주식을 취득하여 소유하고 있으면 구회사의 이사를 상대로 조직재편 이전에 발생한 책임원인에 기하여 대표소송을 제기할 수 있다.

61) 김신영, 앞의 논문, 185면.

62) *Lambrecht v. O'Neal*, 3 A.3d 277(Del. 2010); *Schreiber v. Carney*, 447 A.2d 17, 22(Del. Ch. 1982).

63) 행위시주식소유 원칙(contemporaneous ownership)이란 대표소송의 제소권자는 책임원인 발생 당시에 이미 주식을 소유하고 있던 주주이어야 한다는 원칙이다. *CML V, LLC v. Bax*, 6 A.3d 238, 24(Del. Ch. 2010).

64) 김신영, 앞의 논문, 161면.

65) 일본 회사법은 이러한 대표소송을 제847조의2에서 구주주에 의한 책임추궁의 소라고 하면서 제847조의3의 다중대표소송(특정책임추궁의 소)과 별도로 규정하고 있다. 구주주에 의한 책임 추궁의 소는 구회사에 대해 가지고 있던 기존 주주의 지위가 완전모회사의 주주로 변경된 경우 자회사 이사에 대한 책임추궁을 하는 제도이고, 다중대표소송은 주주의 지위 변경이라는 사정없이 모회사 주주가 자회사 이사를 상대로 책임추궁을 하는 제도라는 점에서 차이가 있으므로, 그 요건에 있어 차이를 두고 있기는 하지만(加藤貴仁, “多重代表訴訟等の手続に関する諸問題-持株要件と損害要件を中心に-”, 『商事法務』 제2063호, 2015, 5-6면), 구주주에 의한 책임추궁의 소도 본질은 다중대표소송이다(畠田公明, 『企業グループの経営と取締役の法的責任』, 中央経済社, 2019, 214면).

주식교환·주식이전·합병 등 조직재편으로 인해 비자발적으로 구회사의 주식을 전부 상실한 신회사의 주주는 여전히 구회사의 손해회복에 대한 이해관계를 가지는 자이다. 따라서 다중대표소송을 인정하는 이상 신회사 주주에게 구회사 이사에 대한 대표소송권을 인정할 필요가 있다. 현행 상법이 다중대표소송을 도입하여 이를 인정하는 이상, 해석을 통해서도 조직재편으로 인해 비자발적으로 주식을 전부 상실한 주주에게 신회사 주주의 지위에 기해 구회사 이사의 책임을 추궁하는 대표소송의 원고적격을 인정할 수 있다고 본다. 다만 향후 일본과 같이 명문규정의 신설을 통해 이를 명확히 하는 것도 하나의 방법이라고 생각한다.

2. 대상 자회사 요건

(1) 자회사의 상장 여부

상법은 자회사의 상장 여부는 불문한다. 이에 대해서는 한국에서는 비상장자회사에서 발생하는 위법행위에 대한 모회사 주주의 보호가 주로 문제가 되므로, 대상 자회사를 비상장회사로 한정하여야 한다는 주장이 있다.⁶⁶⁾ 다중대표소송을 인정하는 중요한 근거는 자회사 이사에 대하여 책임을 추궁할 자회사의 소수주주가 존재하지 않는다는 점, 자회사에 소수주주가 존재하는 경우에도 다중대표소송을 인정하게 되면 제소를 원하지 아니하는 자회사 주주들의 의사보다 제소를 하고자 하는 모회사 주주의 의사를 우선시하는 결과가 되어 오히려 자회사 및 그 소수주주의 이익에 부합하지 않을 수 있다는 점을 이유로 든다.⁶⁷⁾ 물론 우리나라의 경우 기업집단에서 주로 비상장 자회사를 통한 위법행위가 문제되고 있는 현실이나 자회사가 비상장회사인 경우에 다중대표소송의 실익이 더 있는 것을 감안한다면 대상 자회사를 비상장회사로 한정하는 것도 일견 타당하다.

그러나 자회사가 상장회사이더라도 특수관계인들이 주주의 대다수를 차지하는 경우 등 자회사에 대표소송을 제기할 주주가 사실상 거의 없는 경우도 있을 수 있고, 설사 자회사 소수주주들이 원치 않았다고 하더라도 다중대표소송으로 자회사의 손해가 회복되면 결과적으로는 자회사 소수주주에게도 이익이 된다는 점, 오히려 자회사 소수주주들의 소극성 때문에 적시에 대표소송이 제기되지 않아서 자회사에 손해가 회복되지 못할 가능성을 더

66) 천경훈, “다중대표소송 재론”, 99면; 황근수, 앞의 논문, 164면.

67) 천경훈, “다중대표소송 재론”, 99면; 황근수, 앞의 논문, 164면.

우려해야한다는 점을 고려하면, 자회사가 상장회사인 경우에도 다중대표소송을 인정할 실익은 있다고 본다. 그러므로 대상 자회사는 상장·비상장을 불문하는 것이 바람직하고, 상법도 이러한 입장을 취하고 있다.

(2) 자회사의 중요성 요건 여부

상법은 자회사의 중요성 여부는 요건으로 하고 있지 않다. 즉, 자회사가 모회사에 미치는 중요성에 상관없이 모회사 주주의 권한을 인정하고 있다.

그런데 다중대표소송은 자회사 이사의 위법행위로 인해 모회사 주주들에게 실질적인 손해가 발생한 경우에 한정되어야 하므로, 모회사의 총자산 중 일정 비율 이상을 차지하는 중요한 자회사로 다중대표소송 대상 자회사를 한정하여야 한다는 주장이 있을 수 있다. 예컨대, 일본의 경우 완전자회사 주식의 장부가액이 최종완전모회사의 총자산액의 5분의 1을 초과하고 있는 경우에 한하여 모회사 주주가 다중대표소송을 제기할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(일본 회사법 제847조의3 제4항). 이는 중요성이 낮은 자회사를 다중대표소송의 대상에서 제외하겠다는 취지이다.

그런데 다중대표소송은 모회사 주주가 사전에 자회사의 의사결정에 관여하는 것과는 달리 사후에 자회사 이사의 위법행위를 시정하는 것일 뿐이고, 모회사에 중요한 자회사에서만 위법행위가 일어나는 것도 아니다⁶⁸⁾. 따라서 자회사의 중요성 요건은 모회사 주주가 소제기 시 판단할 사항이지 이를 법률상 요건으로 할 필요는 없다고 사료되고,⁶⁹⁾ 상법도 이러한 입장에서 자회사의 중요성 여부는 요건으로 하고 있지 않다.

3. 제소절차

다중대표소송은 단순대표소송의 원고적격을 모회사의 주주로 확대한 것으로 보기 때문에, 원고적격을 제외하고는 다른 사항들은 단순대표소송 규정을 준용함으로써 단순대표소송을 따르도록 하고 있다. 따라서 제소절차와 관련해서도 기본적으로 단순대표소송에 관한 절차에 의한다.

68) 김신영, 앞의 논문, 189면.

69) 황근수, 앞의 논문, 164면, 천경훈, “다중대표소송 재론”, 100면.

(1) 제소청구

단순대표소송과 마찬가지로 모회사 주주는 대표소송을 제기하기 전에 제소청구 절차를 거쳐야 한다. 이때 제소청구의 상대방은 자회사이다. 즉, 모회사 주주는 소 제기 전에 먼저 이유를 기재한 서면으로(상법 제406조의2 제3항→제403조 제2항) 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하여야 하고(제406조의2 제1항), 자회사가 제소청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니하는 때에 비로소 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(제406조의2 제2항). 실제 제소청구의 상대방은 자회사의 감사가 된다(제394조 제1항).

물론 30일의 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 30일을 기다리지 않고 즉시 소를 제기할 수 있다는 점도 단순대표소송에서와 같다(제406조의2 제3항→제403조 제4항). 여기서 손해가 생길 염려가 있는 경우라 함은 이사에 대한 손해배상청구권의 시효가 완성된다든지 이사가 도피하거나 재산을 처분하려는 때와 같이 이사에 대한 책임추궁이 불가능 또는 무익해질 염려가 있는 경우 등을 의미한다.⁷⁰⁾

(2) 기타 절차

1) 관할

모회사 주주의 청구로 자회사 이사에 대해 자회사가 제기하는 책임추궁의 소나 모회사 주주가 제기하는 다중대표소송은 모두 자회사의 본점소재지의 지방법원의 전속관할이다(제406조의2 제5항).

2) 모회사 주주의 담보제공

원고인 모회사 주주가 다중대표소송을 제기하는 경우 피고인 자회사의 이사는 원고의 악의를 소명하여 상당한 담보를 제공하도록 법원에 청구할 수 있다(제406조의2 제3항→제176조 제3항, 제4항). 이는 남소를 방지하기 위한 규정으로, 악의는 자회사 이사의 임무위반 등이 없었음을 안 경우를 말한다.⁷¹⁾ 단순히 승소 가능성이 낮다고 인식하는 것만으로는 악의라고 할 수 없다. 제공될 담보의 가액은 법원이 재량으로 정한다.⁷²⁾

70) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결.

71) 송옥렬, 앞의 책, 1112면.

3) 소의 취하·청구의 포기·인락·화해

단순대표소송에서와 마찬가지로 다중대표소송에서 실질적 당사자는 자회사이므로 소를 제기한 모회사 주주는 소송물에 대하여 처분권이 없다. 따라서 원고가 소를 제기한 이후에는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다(제406조의2 제3항→제403조 제6항).

4) 승소 주주의 비용청구권

다중대표소송을 제기한 모회사 주주가 승소한 경우 이사의 손해배상금은 자회사에 귀속하기 때문에, 그 반대급부로서 비용을 회사에 부담시키고, 주주의 비용부담을 최소화시킴으로써 원고의 제소를 촉진하기 위해서는 원고에게 적절한 인센티브를 제공할 필요가 있다.⁷³⁾ 따라서 모회사 주주가 승소하면 소송비용은 물론이고 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액을 자회사로부터 지급받을 수 있도록 하고 있다(제406조의2 제3항→제405조 제1항 제1문). 이 경우 자회사가 모회사 주주에게 지급한 비용 가운데 피고인 자회사 이사가 부담해야할 소송비용 부분에 대해서는 자회사가 피고에게 구상권을 가진다(제406조의2 제3항→제405조 제1항 제2문).

5) 소송참가

모회사 주주가 다중대표소송을 제기한 경우 회사는 이에 참가할 수 있다(제406조의2 제3항→제404조 제1항). 이때 “회사”는 자회사를 말한다. 다중대표소송은 모회사 주주가 자회사의 이사에 대한 권리를 제3자 소송담당의 형식으로 행사하는 것으로, 권리의 귀속주체이자 자신의 권리 보호를 위한 소송수행권한을 가진 정당한 당사자는 자회사이다.⁷⁴⁾ 즉, 원고인 모회사 주주가 소송수행을 제대로 하지 못하거나 피고인 자회사 이사와 공모하게 되면 다중대표소송의 당사자인 자회사의 이익이 침해될 우려가 있기 때문에, 자회사가 다중대표소송에 직접 참가할 수 있어야 한다.⁷⁵⁾ 따라서 상법 제406조의2 제3항, 제404조 제1항에 따라 다중대표소송에 참가할 수 있는 회사는 자회사라고 이해한다.

72) 송옥렬, 앞의 책, 1112면.

73) 송옥렬, 앞의 책, 1112-1113면; 김건식 외, 앞의 책, 514면.

74) 이승규 외, 앞의 논문, 14면.

75) 송옥렬 앞의 책, 1108-1109면.

소송참가를 보장하기 위해서 모회사 주주는 다중대표소송 제기 후 지체 없이 회사에 대하여 소송을 고지하여야 한다(제406조의2 제3항→제404조 제2항).

6) 재심의 소

다중대표소송을 제기한 모회사 주주가 이사와 공모하여 청구금액을 줄이거나 고의적으로 패소하는 등 회사의 권리를 침해한 경우에는 자회사 또는 주주는 확정판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다(제406조의2 제3항→제406조 제1항). 여기서 주주는 자회사의 주주, 즉 피고가 소속한 회사의 주주만을 의미한다고 보아야 할 것이다.⁷⁶⁾ 재심의 소를 제기할 수 있는 주체를 무한히 확장할 수는 없기 때문이다.

(3) 관련 쟁점

1) 모회사에 대하여 제소청구를 하여야 하는지 여부

미국에서는 모회사의 주주가 다중대표소송을 제기하기 위해서는 모회사와 자회사 쌍방에 대한 제소 청구와 쌍방의 거절이 있어야 한다.⁷⁷⁾ 이에 반해, 일본에서는 모회사의 주주는 자회사에 대해서만 제소청구를 하면 되고, 모회사에 대해서까지 제소청구를 할 필요는 없다(일본 회사법 제847조의2 제1항, 제7항).

그런데 다중대표소송의 본질은 모회사 내지 모회사 이사가 자회사 이사에 대한 책임추궁을 게을리 한 경우 모회사 주주가 모회사를 대신하여 모회사의 자회사에 대한 대표소송권을 자회사 이사에 대하여 행사하는 것이다.⁷⁸⁾ 즉, 다중대표소송은 자회사 이사에 대한 책임추궁은 자회사가 이를 게을리 할 경우 자회사의 주주인 모회사가 행사하여야 할 권리로써 먼저 업무를 담당하는 모회사 이사로 하여금 이를 행사하도록 하여야 하고, 모회사 이사가 이를 게을리 할 경우에만 모회사 주주가 직접 모회사의 대표소송권을 대신 행사할 수 있도록 해주는 제도이다.⁷⁹⁾ 그렇다면 자회사의 주주인 모회사가 자회사의 이사에 대하여 대표소송을 제기하지 않음에도 모회사의 주주가 모회사에는 제소청구를 하지 않고 자회사에만 제소청구하도록 하는 것은 주주의 직접소송이나 대표소송의 최후수단성을 무시

76) 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 47면.

77) *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, 934 (Del. 1993). Edward P. Welch et al., op. cit., §372.5.2.

78) 김신영, 앞의 논문, 189면.

79) 김신영, 앞의 논문, 115면 참조.

하는 것이며, 모회사 이사의 업무 권한을 근거 없이 침해하는 것이나 마찬가지로 된다.⁸⁰⁾ 따라서 다중대표소송 제도의 취지를 살리고, 남소 방지를 위해서는 미국처럼 모회사와 자회사 쌍방에 대한 제소 청구와 쌍방의 거절을 제소요건으로 하여야 한다.⁸¹⁾

그러나 개정 상법은 일본과 같이 자회사에 대해서만 제소청구를 하면 되는 것으로 제소 절차를 간소화하고 있어 아쉬움이 남는다.

2) 다른 주주의 소송 참가 가능 여부

모회사 주주에 의해 다중대표소송이 제기된 경우 자회사는 상법 제406조의2 제3항, 제404조 제1항에 따라 소송에 참가할 수 있는데, 그렇다면 모회사의 다른 주주나 자회사의 주주들도 소송참가를 할 수 있는 것인지가 쟁점이 된다.

이에 대해서는 실무례⁸²⁾ 및 제3자 소송담당의 대표적인 예인 채권자대위소송에 관한 대법원 판결⁸³⁾이 다른 주주의 공동소송참가를 인정하였다는 점을 들어 모회사의 다른 주주나 자회사의 주주의 소송참가를 긍정하는 견해가 있다.⁸⁴⁾ 이 견해에 따르면, 모회사의 다른 주주, 자회사의 주주 모두 모회사 주주가 제기한 다중대표소송에서 원고 공동소송참가인이 될 수 있다.

한편, 모회사의 다른 주주들의 소송참가는 인정되나, 자회사 주주들은 피고를 상대로 단순대표소송을 제기할 위치에 있는 사람들일뿐 다중대표소송을 제기할 위치에 있는 사람들은 아니기 때문에 자회사 주주들의 다중대표소송에의 참가는 허용되지 않는다는 입장이 있다.⁸⁵⁾ 이 견해에 따르면, 모회사의 다른 주주들만 다중대표소송에서 원고 공동소송참가

80) 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토-다중대표소송제와 감사위원 분리선임제의 도입을 중심으로-”, 『상사법연구』 제39권 제3호, 한국상사법학회, 2020, 8-9면; 황근수, 앞의 논문, 164-165면.

81) 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토-다중대표소송제와 감사위원 분리선임제의 도입을 중심으로-”, 8-9면; 황근수, 앞의 논문, 165면; 최정식, “상법상 이중대표소송 도입의 필요성에 대한 검토”, 『법학연구』 제57집, 한국법학회, 2015, 264면; 손영화, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토”, 『경제법연구』 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013, 29면.

82) 제일은행 대표소송 제1심에서 43명의 주주들이 제기한 대표소송에 14명의 주주들이 공동소송참가를 신청하였는데, 1심 법원은 공동소송참가가 적법하다는 전제하에 참가 중 주식을 모두 처분한 사람들의 참가신청만 각하하는 판결을 내렸다고 한다(서울지방법원 1998. 7. 24. 선고 97가합39907판결, 이승규 외, 앞의 논문, 14면).

83) 채권자대위소송이 계속 중일 때 다른 채권자가 공동소송참가신청을 할 수 있는지에 대하여 대법원은 “채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 ‘소송 목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우’에 해당하므로 그 참가신청은 적법하다.”고 하면서 이를 인정하였다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결).

84) 이승규 외, 앞의 논문, 14-15면.

85) 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 49-50면.

를 할 수 있고, 모회사를 포함한 자회사 주주들은 다중대표소송에 소송 참가를 할 수 없으며 단순대표소송을 제기하더라도 중복제소에 해당하여 그 소는 각하된다고 본다.⁸⁶⁾

그런데 위의 대법원 2013다30301, 30325 판결에 비추어 보면, 모회사의 다른 주주가 다중대표소송에 공동소송참가할 수 있는 것은 모회사 주주와 나머지 다른 주주들의 청구의 소송물이 ‘자회사 이사에 대한 손해배상청구권’으로 동일하여 “소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우”에 해당하기 때문이다. 그렇다면 모회사를 포함한 자회사의 주주가 단순대표소송을 제기하더라도 그 소송물은 ‘자회사 이사에 대한 손해배상청구권’으로 동일하므로 소송목적이 모회사 주주와 자회사 주주에게 합일적으로 확정되어야 하는 경우에 해당한다고 볼 수 있고, 또한 판결의 효력이 자회사 주주에게도 영향을 미친다는 점을 고려하면, 자회사의 주주들도 다중대표소송에 소송참가 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 생각된다.

또한 특히 모회사의 경우에는 정책적·전략적인 면에 있어서도 소송 참가를 인정하는 것이 필요하다. 모회사는 자회사의 지배주주로서 실질적으로 그 이사를 선임한 자이며 이사를 관리할 지위에 있기도 하므로, 상대적으로 피고 이사의 임무위배행위를 입증하기도 쉬운 위치에 있다. 다중대표소송의 원고인 모회사 주주의 입장에서는 모회사가 소송에 참가하는 것이 소송에서 유리할 수밖에 없다. 자회사에 손해배상금이 귀속되는 소송의 성격상 원고의 소제기에 대한 인센티브를 제공해줄 필요가 있는데, 모회사의 소송 참가는 효과적인 유인이 될 수 있다.⁸⁷⁾

3) 개정 상법 시행 전에 발생한 책임원인사실에 대해서도 다중대표소송이 가능한지 여부

개정 상법부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다”고만 규정하고 있을 뿐 다중대표소송 규정과 관련하여 모회사 주주가 자회사 이사에 대하여 책임 추궁의 소를 제기할 수 있는 시적 범위에 대하여 별도로 정하지 않고 있는 바, 개정 상법 시행 전에 이미 발생한 자회사 이사의 위법행위에 대해서도 모회사의 주주가 그 책임을 추궁할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대해서는 개정 상법의 입법 과정에서 특별히 논의되거나 문제가 되지는 않았던 것으로 보인다.

다중대표소송은 전술한 바와 같이 단순대표소송의 원고적격을 모회사 주주로 확대한 것

86) 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 49-50면.

87) 김정호, “2020년 개정 상법상의 다중대표소송 해석론과 문제점-”, 109면.

일 뿐 소송물은 여전히 자회사 이사의 자회사에 대한 손해배상청구권, 즉 자회사 이사와 자회사의 권리의무에 관한 다툼에 대한 것으로, 다중대표소송으로 새로운 권리의무가 창설되거나 기존의 권리의무가 변동되는 것은 아니다.⁸⁸⁾ 또한 과거 법 개정으로 대표소송의 원고격으로서 지주요건이 완화되는 입법이 이루어진 경우 법 개정 전에는 지주요건을 충족하지 못하였더라도 제소시점에 지주요건을 충족하였다면 법 개정 전에 이루어진 이사의 위법행위에 대해서도 대표소송을 제기할 수 있다는 재판례도 있다.⁸⁹⁾ 이에 비추어 보면, 개정 상법 부칙에서 달리 정하지 않는 이상 상법 시행 전에 이미 발생한 자회사 이사의 위법행위에 대해서도 다중대표소송이 가능하다고 보는 것이 타당하다고 볼 것이다.

IV. 평가 및 향후 과제-결론에 갈음하여

1. 기업집단 규율에 있어 새로운 변화

2020년 개정 상법상 다중대표소송의 도입은 기업집단 규율에 있어 새로운 변화를 가져올 신호탄이 될 것으로 기대된다. 종래 우리나라에서는 대기업집단의 비상장자회사를 활용한 총수일가와외의 부당한 내부거래 등 사익편취행위가 기업집단의 고질적 문제로 지적되어 왔다. 예컨대, 대기업집단의 총수 甲이 비상장자회사 이사에게 총수 甲의 아들 乙이 운영하는 회사에 일감을 몰아주도록 지시하는 경우가 전형적이다. 이러한 행위가 이루어진 경우 지금까지는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)상 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위(공정거래법 제23조의2)로서 시정조치(공정거래법 제24조), 과징금(공정거래법 제24조의2) 등 행정제재나 벌금(공정거래법 제66조) 등 형사제재 또는 형법상 업무상 배임죄(형법 제356조) 등을 통해 주로 해결이 되었다면, 이번 개정 상법에서 모회사 주주가 직접 자회사 이사를 상대로 소를 제기할 수 있도록 다중대표소송을 도입함으로써, 이제는 기업집단에 대하여 공법적 규제와 더불어 모회사 주주들에 의한 사후 시정도 가능하게 되었다.⁹⁰⁾ 즉, 기업집단 규율에 있어 공정거래법, 형법, 상법이 유기적으로 연계

88) 이승규 외, 앞의 논문, 11면; 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, 51면.

89) 1998. 5. 25. 법률 제5338호로 일부 개정된 구 증권거래법은 대표소송의 원고 지주요건을 0.05%에서 0.01%로 완화하였는데, 개정 당시 부칙에는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다”고만 규정하고 있었다. 이 구 증권거래법 개정 전에는 지주요건을 충족하지 못하였으나 법 개정으로 지주요건을 충족한 주주들이 법 개정 전에 이루어진 이사의 위법행위에 대해서 대표소송을 제기한 사안이다(수원지방법원 2001. 12. 27. 선고 98가합22553 판결(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결로 확정)).

되어 작용하고, 서로 보완될 수 있는 기틀이 마련되었다고 평가할 수 있다.⁹⁰⁾

더욱이 위의 사례에서 공법적 제재로써 과징금이나 벌금 등이 징수된다고 하더라도 그것은 국가에 귀속되는 것이기 때문에, 자회사의 손해는 여전히 회복되지 아니한 채로 남아 있게 된다는 문제가 있었다. 이제 다중대표소송이 도입됨으로써 공법적 제재만으로는 회복될 수 없는 자회사의 손해를 직접 회복할 수 있게 되어 그 문제를 해결할 수 있게 되었다. 그동안의 규제가 공법상 규제로써 일정한 행위를 억제하는 저지효과(deterrence effect)에만 초점이 맞추어져 있었다면 이제는 실제 소송을 통해 자회사의 손해를 직접 회복시키는 효과(compensation effect)도 누릴 수 있도록 하였다는 점에서 그 의의가 있다.

더 나아가 상법 자체만을 보더라도 지금까지 상법은 기업집단을 전제로 한 규율, 특히 기업집단 내에서의 이해관계자 보호에 대해서는 무관심했다고 해도 과언이 아니다. 다중대표소송의 도입은 자회사 또는 모회사 이사가 위법행위를 한 자회사 이사에 대한 소제기를 게을리 하거나 할 수 없는 경우 모회사 주주로 하여금 직접 대표소송권을 행사할 수 있게 함으로써, 실질적인 손해를 부담하기 때문에 자회사 이사에 대하여 소를 제기할 인센티브가 있는 모회사의 주주 보호에 상법이 관심을 가지게 되었다는 점, 이는 모회사 주주를 포함한 기업집단 내 이해관계자들의 이익을 어떻게 조절할지에 대한 관심으로 이어지는 계기가 될 수 있을 것이라는 점에서 제도 도입의 의미가 매우 크다고 할 수 있다.

2. 기업집단 전체의 내부통제시스템 구축 노력 기대

다중대표소송의 도입으로 모회사 이사가 자회사 이사의 임무해태 등을 문제 삼아 소를 제기할 경우 이 자체만으로도 자회사에는 큰 타격이 될 수 있다. 자회사는 회사 자체의 이미지 타격으로 인한 손해를 복구하는 것도 문제일 뿐 아니라 모회사의 주주→모회사(자회사의 주주)→자회사로 연쇄적으로 이어지는 자회사 이사의 감시의무 위반에 대한 비난과 책임 또한 감당해 내야한다. 이에 자회사, 더 나아가 기업집단 전체의 내부통제시스템 구축이 기업(집단)의 중요한 과제로 떠오를 것으로 보인다.

우리나라에서는 현재 금융회사의 지배구조에 관한 법률(이하 “금융사지배구조법”)⁹²⁾과

90) 관계부처 합동, 앞의 자료, 2020. 12. 3면.

91) 2020년 12월 상법의 개정과 함께 사익편취 규율대상의 확대, 지주회사 의무지분을 상향 등 기업집단 규제에 관한 공정거래법의 개정, 비지주 금융복합기업집단의 금융그룹 통합감독을 다루는 금융복합기업집단감독법(이하 “금융복합기업집단법”)의 제정이 함께 이루어짐으로써 기업집단에 관한 규율에 있어 연계성과 상호보완성을 더하고 있다(관계부처 합동, 앞의 자료, 1-11면 참조).

2020년 새로 제정된 금융복합기업집단법⁹³⁾에서 금융기업집단의 경우 기업집단 차원의 내부통제시스템을 구축할 수 있는 근거를 마련하고 있다.⁹⁴⁾ 그런데 금융기업집단 외에 일반 기업집단에 대해서는 기업집단 전체 차원의 내부통제시스템 구축에 관하여 어떠한 규율도 마련되어 있지 않은 상황이다.

생각건대, 금융기업집단이든 일반기업집단이든 회사의 운영과 의사결정이 기업집단 단위로 이루어지고, 기업집단 내 소속회사의 위험이 기업집단 전체에 미치는 것은 마찬가지이므로, 금융기업집단이든 일반기업집단이든 기업집단 전체 차원의 감독이 이루어져야 한다고 본다.

그리고 이러한 기업집단 전체의 감독에 관한 것은 회사법에 관한 기본법인 상법에 규정이 되어야 한다. 그 구체적인 방법은 상법에서 기업집단의 존재를 인정하고, 상법엔 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축의무에 관한 규정을 마련하는 것이다. 금융그룹이든 일반기업그룹이든 기업집단이라면 상법에 따라 기업집단 차원의 내부통제시스템을 구축하여 운용하도록 하고, 다만 금융그룹의 경우에는 시스템적 위험이라는 영향을 특별히 고려하여 위험관리 등에 관한 사항만을 금융그룹감독에 관한 특례규정으로 별도로 두는 방식을 취하는 것을 생각해 볼 수 있다.

일본의 경우 회사법에서 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축의무를 명문으로 정하고 있다. 일본 회사법 제362조 제4항 제6호에서 이를 규정하고 있는데, 이에 따르면 모회사 이사회는 “기업집단의 업무의 적정을 확보하기 위한 체제의 정비”, 즉, 기업집단의 내부통제시스템을 구축할 의무를 부담한다.⁹⁵⁾ 기업집단 차원에서 갖추어야 할 내부통제시스템의

92) 금융사지배구조법 제24조.

93) 금융복합기업집단법 제9조.

94) 다만 금융그룹이 기업집단 차원의 내부통제시스템을 구축할 의무를 부담하는지에 대해서는 금융사지배구조법과 금융복합기업집단법이 달리 정하고 있다. 금융지주회사의 내부통제시스템에 대해서 다루고 있는 금융사지배구조법은 금융지주회사에 내부통제시스템 구축의무를 부과하고 있는 것은 아니고, 금융지주회사가 금융회사인 자회사 등의 내부통제기준을 마련하는 경우 그 자회사 등은 내부통제기준을 마련하지 아니할 수 있다고 하여 기업집단 차원의 내부통제시스템을 구축할 의무까지는 부과하고 있지 않은 반면(금융사지배구조법 제24조 제2항), 비지주금융복합기업집단의 내부통제시스템에 대해서 다루고 있는 금융복합기업집단법에서는 금융복합기업집단에 대해서 기업집단차원의 내부통제시스템구축의무를 부과하고 있다(금융복합기업집단법 제9조).

95) 일본 회사법상 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축의무에 관한 상서는 河合正二, “法改正にみる親会社取締役の子会社監督責任と企業集団内部統制”, 金沢星稜大学論集 제48권 제2호, 2015, 7-12면; 弥永真生, 会社法の下での企業集団における内部統制, 商事法務 제2090호, 2016; 松本祥尚, 企業集団における内部統制概念の展開, 商事法務 제2091호, 2016; 町田祥弘, “企業集団における内部統制の整備と運用—実態—”, 商事法務 제2091호, 2016; 齊藤真紀, “企業集団内部統制”, 商事法務 제2063호, 2015; 中村直人 外, 『平成26年改正会社法対応 内部統制システム構築の実務』, 商事法務, 2015; 일본 회사법상 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축의무를 소개한 국내 문헌으로는 객관훈, “기업집단과 내부통제시스템-일본 회사법상 기업집단 내부통제시스템을 중심으로”, 『경제법연구』 제17권 제2호, 한국경제법학회, 2018, 6-19면; 박세화, “이사의 선관의무와 내부통제에 관한 회사법적 고찰-경영관단의 원칙의 적용 및 기업집단에 관한 논의를 중심으로-”,

구체적인 내용으로는 자회사 이사의 업무집행에 관한 사항을 모회사에 보고하도록 하는 시스템, 자회사 손실의 위험 관리에 관한 시스템, 기업집단 내 업무 분담 등 자회사 이사의 업무집행이 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 시스템, 자회사 이사의 업무집행이 법령이나 정관을 준수하고 있음을 확보하기 위한 시스템 등이 있다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾

기업집단 차원의 내부통제시스템을 구축할 경우 사전적으로는 자회사 이사의 위법행위를 미리 감지하여 자회사, 더 나아가 기업집단 전체의 손해 발생 위험을 방지할 수 있고, 사후적으로는 설사 자회사 이사의 위법행위로 인해 자회사 또는 기업집단 전체에 손해가 발생하더라도 기업집단 차원의 내부통제시스템을 제대로 갖추고 있었다는 것만으로도 자회사 이사에 대한 감시의무를 다 한 것으로 볼 수 있어 자회사나 모회사 등은 자회사 이사에 대한 감시의무 위반의 책임으로부터 벗어날 수 있게 된다는 점에서, 기업집단 차원의 내부통제시스템 구축에 대한 중요성이 강조된다. 다중대표소송의 도입을 계기로 기업집단 전체의 내부통제시스템 구축에 관한 논의가 더욱 활성화되고 풍성해지기를 기대해 본다.

3. 모회사 주주의 자회사에 관한 정보수집권 확보 필요

모회사 주주에게 자회사 이사에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는 권한을 인정한 경우, 모회사 주주는 자회사 이사가 어떠한 위법행위를 했는지에 대해 최소한의 정보는 알고 있어야 소를 제기하고 이를 입증할 수 있게 될 것이다. 따라서 다중대표소송이 적시에, 실효성 있게 활용되기 위해서는 모회사 주주의 자회사에 대한 정보수집권 확보는 필수적이다. 그 대표적인 것이 모회사 주주의 자회사에 대한 회계장부열람권, 즉 다중회계장부열람권이다.

상법 제466조 제1항, 제542조의6 제4항은 발행주식의 총수의 100분의 3(상장회사인 경우에는 6개월 전부터 계속하여 1만분의 50(대통령령으로 정하는 상장회사는 1만분의 25)) 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다고 규정하고 있지만, 이때의 열람청구의 주체는 당해 회사의

『법학연구』 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018, 62-64면; 육태우, “기업집단에서의 내부통제”, 『강원법학』 제59권, 강원대학교 비교법학연구소, 2020, 416-417면; 김신영, 앞의 논문, 69-74면.

96) 일본 회사법 시행규칙 제100조 제1항 제5호.

97) 또한 일본은 2019년 6월 경제산업성에서 「기업집단 지배구조 시스템에 관한 실무 지침(이하 그룹 가이드라인)」을 제정하여 그룹 전체의 내부통제시스템 구축에 관한 실무 지침을 제공하는 등 그룹 차원의 내부통제시스템 구축을 위한 꾸준한 관심과 노력을 기울이고 있다. 經濟産業省, グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針, 2019. 6. 28. 송옥렬, “계열사 경영과 지주회사 이사의 역할”, 『경제법연구』 제18권 제3호, 한국경제법학회, 2019, 20-22면.

주주를 의미하고, 모회사 주주가 자회사에 대하여 회계장부의 열람을 청구할 수 있는지에 대해서는 규정하고 있지 않다.⁹⁸⁾

판례도 모회사 주주의 자회사에 대한 회계장부열람권을 인정하고 있지 않다.⁹⁹⁾ 모회사가 주주가 모회사가 보관하던 자회사의 회계장부에 관한 열람을 청구한 사안에 이를 인정한 판결이 있기는 하지만,¹⁰⁰⁾ 이는 모회사가 회계장부를 보관하고 있다면 그 작성명의와 상관없이 “모회사의 회계장부”라고 보아 모회사 주주의 열람청구권을 인정한 것에 불과하다.¹⁰¹⁾

이번 상법 개정에서 다중대표소송을 도입하면서도 다중회계장부열람권은 도입하고 있지 않다. 물론 이에 대한 논의가 아예 없었던 것은 아니다. 21대 국회에서 제출된 의원 입법안 중에서도 배진교 의원 입법안에서는 다중대표소송의 실효성을 기하기 위해 다중대표소송을 제기한 주주에게 회계장부열람권을 부여하는 내용을 제안하고 있다.¹⁰²⁾ 그러나 최종적으로 국회에 제출된 상법 일부개정법률안(대안)에서는 그러한 내용이 포함되지 않았고, 따라서 국회 본회의에서도 이에 대한 언급 없이 다중대표소송에 대해서만 의결하였다.

한편 일본에서는 구 상법 시절인 1999년부터 모회사 주주에게 자회사 회계장부열람권을 인정해왔다. 현행 일본 회사법 제433조 제3항은 모회사 주식의 3% 이상을 보유하고 있는 주주는 법원의 허가를 얻어 자회사에 대하여 직접 회계장부 또는 이와 관련한 자료의 열람을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

모회사의 주주가 자회사의 경리 상황 등을 파악하기 위하여 직접 자회사의 회계장부를 열람하는 것은 자회사 이사의 경영활동을 감시·감독하고 다중대표소송권을 행사하기 위한 전제가 된다.¹⁰³⁾ 따라서 모회사 주주에게 다중대표소송을 인정한 이상 모회사 주주가 자회사 이사의 행위를 감시·탐지하고 소송에서 이를 입증할 수 있도록 자회사에 대한 정보수집권을 인정해 주어야 한다. 그러한 의미에서 다중대표소송을 제기한 모회사 주주에게 자회사의 회계 장부와 서류를 열람할 수 있는 권리인 다중회계장부열람권을 인정할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾

98) 김신영, 앞의 논문, 192면.

99) 서울지방법원 1996. 2. 23. 선고 96카합152 판결.

100) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다58051 판결.

101) 이러한 점에 비추어, 서울중앙지방법원 2017. 8.1.자 2017카합80692 결정, 서울중앙지방법원 2017. 11. 2.자 2017카합81017결정에서는 모회사 주주가 모회사에 대해 청구한 자회사 회계장부 열람에 대해 모회사가 “보관”하고 있다는 점에 대한 소명이 부족하다는 이유로 열람청구 신청을 부정하고 있다.

102) 배진교 의원 입법안 제406조의2제2항 신설 및 제466조제1항.

103) 김신영, 앞의 논문 206면.

104) 김정호, “2020년 개정 상법상의 다중대표소송-해석론과 문제점-”, 132-134면.

105) 다중회계장부열람권에 관해 다루고 있는 국내 문헌으로는 김지환, “다중회계장부열람청구권에 관한 소

이를 제도로 도입하기 위해서는 자회사의 영업비밀권과 모회사 주주의 정보수집권 사이의 충돌하는 이익의 조정, 권리행사 남용의 방지를 위한 방안들을 함께 고려하여야 함은 물론이다. 다중대표소송제도를 도입한 취지가 무색해지지 않고 실효성을 거둘 수 있도록 향후 다중회계장부열람권에 대한 충분한 논의를 통해 이를 제도화 할 수 있기를 기대해 본다.

▶ 논문투고일 : 2021. 04. 05, 논문심사일 : 2021. 04. 10, 게재확정일 : 2021. 04. 18.

고”, 『기업법연구』 제34권 제4호, 한국기업법학회, 2020, 37-60면; 김재형/최장현, “지배회사 주주의 종속회사 회계장부열람권-Weinstein Enterprises, Inc. v. George D. Orloff-”, 『법학논총』 제17집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 387-411면; 김대연, “지배·종속회사에 관한 연구(Ⅰ)-지배회사 주주의 종속회사 회계장부열람권을 중심으로-”, 『법학연구』 제43권 제1호, 부산대학교, 2002, 49-72면 참조.

■ 참고문헌

1, 국내자료

- 김건식 외 2인, 『회사법(제5판)』, 박영사, 2021.
- 송옥렬, 『상법강의(제11판)』, 홍문사, 2021.
- 이철송, 『회사법강의(제29판)』, 박영사, 2021.
- 정찬형, 『상법강의(상) 제23판』, 박영사, 2020.
- 최기원, 『신회사법론(제14판)』, 박영사, 2012.
- 곽관훈, “기업집단과 내부통제시스템-일본 회사법상 기업집단 내부통제시스템을 중심으로-”, 『경제법연구』 제17집 제2호, 한국경제법학회, 2018.
- 권재열, “2020년 상법 개정안의 주요 쟁점 검토-다중대표소송제와 감사위원 분리선임제의 도입을 중심으로-”, 『상사법연구』 제39권 제3호, 한국상사법학회, 2020.
- 권재열, “대표소송의 개선과 다중대표소송의 도입을 위한 2016년 개정안의 검토-텔라웨어주의 관련 법제 및 판례 비교를 중심으로-”, 『경영법률』 제27집 제1호, 한국경영법률학회, 2016.
- 권재열, “다중대표소송 관련 국제적인 동향과 그 시사점”, 한국법제연구원, 2013.
- 김대연, “지배·종속회사에 관한 연구(Ⅰ)-지배회사 주주의 종속회사 회계장부열람권을 중심으로-”, 『법학연구』 제43권 제1호, 부산대학교, 2002.
- 김신영, 『지배·종속회사에서의 주주 이익 보호에 관한 비교법적 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2017.
- 김재범, “이중대표소송제도의 도입 - 상법에 대한 정합성 여부”, 『상사법연구』 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007.
- 김재형/김형호, “다중대표소송의 인정범위에 관한 고찰”, 『법학논총』 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017.
- 김재형/최장현, “지배회사 주주의 종속회사 회계장부열람권-Weinstein Enterprises, Inc. v. George D. Orloff-”, 『법학논총』 제17집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2010.
- 김정호, “2020년 개정 상법상의 다중대표소송-해석론과 문제점-”, 『고려법학』 제100호, 고려대학교 법학연구원, 2021.
- 김정호, “조직재편과 대표소송의 원고적격-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결의 평석을 겸하여”, 법학연구 제29권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2019.
- 김지환, “다중회계장부열람청구권에 관한 소고”, 『기업법연구』 제34권 제4호, 한국기업법학회, 2020.
- 김지환, “다중대표소송제도의 도입에 관한 검토”, 바람직한 기업지배구조 관련 상법개정 방안 한국경제연구원 세미나 자료집, 2013. 7.여”, 법학연구 제29권 제4호, 연세대학교

- 법학연구원, 2019.
- 노혁준, “주주 지위의 변동과 회사소송의 원고 적격”, 『기업법연구』 제30권 제4호, 한국기업법학회, 2016.
- 박세화, “이사의 선관의무와 내부통제에 관한 회사법적 고찰-경영판단의 원칙의 적용 및 기업집단에 관한 논의를 중심으로-”, 『법학연구』 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018.
- 박정국, “자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실한 경우 주주대표소송의 원고적격 상실 여부-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결을 중심으로-”, 『상사판례연구』 제33집 제2권, 2020.
- 손영화, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토”, 『경제법연구』 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013.
- 손왕환, “회사소송에서 주주의 원고적격-회사소송에서 주주의 원고적격-”, 『상사법연구』 제38권 제2호, 한국상사법학회, 2019.
- 송옥렬, “계열사 경영과 지주회사 이사의 역할”, 『경제법연구』 제18권 제3호, 한국경제법학회, 2019.
- 송옥렬/최문희, “기업집단에 대한 회사법적 규율의 국제적 동향 및 상법상 도입방안”, 2012년도 법무부 연구용역 과제보고서, 서울대학교 금융법센터, 2012.
- 심영, “2020년 개정 상법(회사법) 해석에 관한 소고”, 『법학연구』 제31권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2021.
- 염미경, “이중대표소송의 도입에 관한 고찰”, 『비교사법』 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006.
- 유진희, “이중대표소송의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 『상사판례연구』 제19집 제4권, 한국상사판례학회, 2006.
- 육태우, “기업집단에서의 내부통제”, 『강원법학』 제59권, 강원대학교 비교법학연구소, 2020.
- 이도경, “주식의 포괄적 교환과 주주총회결의의 하자를 다투는 소의 원고적격 및 확인의 이익-대상판결: 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결-”, 『BFL』 제81호, 서울대학교 금융법센터, 2017.
- 이승규 외, “2020년 개정 상법의 분석 1: 다중대표소송과 소수주주권”, 『BFL』 제106호, 서울대학교 금융법센터, 2021.
- 정상민, “대표소송의 원고적격과 소송상의 신의칙-대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결 및 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결-”, 『인권과 정의』 제401호, 대한변호사협회, 2020.
- 정웅기, “대표소송의 주체”, 『법학연구』 제26권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2015.
- 정준우, “주주대표소송의 원고적격에 관한 쟁점사항 검토”, 『기업법연구』 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005.
- 천경훈, “2020년 개정상법의 주요 쟁점과 시사점”, (사)한국경제법학회 2021년 춘계학술대회

자료집, 2021.

천경훈, “다중대표소송 재론”, 『법학연구』 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018.

천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, 『BFL』 제59호, 서울대학교 금융법센터, 2013.

최문희, “합병, 주식교환, 주식이전 등 조직재편과 대표소송의 원고적격의 쟁점-대법원 판례에 대한 비판적 고찰과 입법론적 제안-”, 『상사판례연구』 제29집 제3권, 2016.

황근수, “다중대표소송의 제도적 수용과 실무적 적용방안에 관한 고찰”, 『법학논집』 제40권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2020.

공정거래위원회 기업집단국 지주회사과, 2020년 공정거래법상 지주회사 현황 분석결과, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 11.

관계부처 합동, 공정경제 3법 주요내용 및 기대효과, 공정경제 3법 합동브리핑 자료, 2020. 12.

국회사무처, 제382회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 제8차 회의록, 2020. 12. 7.

국회사무처, 제349회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 제1차 회의록, 2017. 2. 20.

법무부 상사법무과, 개정 상법 관련 질의응답, 2020. 12.

2. 외국어 문헌

河合正二, “法改正にみる親会社取締役の子会社監督責任と企業集団内部統制”, 金沢星稜大学論集 제48권 제2호, 2015.

相澤哲 外, 新会社法の解説(10) 株式会社の計算等, 『商事法務』 제1746호, 2005.

加藤貴仁, “多重代表訴訟等の手続に関する諸問題-持株要件と損害要件を中心に-”, 『商事法務』 제2063호, 2015.

畠田公明, 『企業グループの経営と取締役の法的責任』, 中央經濟社, 2019.

經濟産業省, グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針, 2019. 6. 28.

Welch, Edward P. et al, Folk on the Delaware General Corporation Law, Aspen Publishers, 2020.

■ Abstract

A Study on the Newly Stipulated Multiple Derivative Suit under the Revised Commercial Act in 2020

Shinyoung Kim*

The Commercial Act was amended on 29. 12. 2020. The major amendments are as follows. The revised Act introduced a multiple derivative suit. This is significant in that the Act stipulates the multiple derivative suit aimed at protecting the interests of shareholders of a parent company in the context of corporate groups.

This paper explains each requirement to ensure that the newly multiple derivative suit can operate efficiently and effectively in practice, and tries to review on what needs to be interpreted or supplemented for each requirement. Since the multiple derivative suit is an extension of the plaintiff's qualification to the shareholders of a parent company compared to the ordinary derivative suit, this paper deals with a variety of issues, especially those related to the plaintiff's qualification. In addition, the requirements for subsidiary and other procedural issues are examined.

The introduced multiple derivative suit under the Revised Commercial Act in 2020 signals a new change in regulations related to corporate groups. In other words, in addition to administrative and criminal sanctions, civil sanctions can be imposed on the providing unfair advantages to specially related persons through unlisted subsidiaries, a big problem for Korean corporate groups. Moreover, the multiple derivative suit is meaningful in that it is a way to directly recover losses of subsidiaries that cannot recovery through the administrative and criminal sanctions.

In addition, with the introduction of the multiple derivative suit, the establishment of an internal control system for subsidiaries and corporate groups as a whole is expected

* Senior Researcher, Korean Society of Law / Ph.D. in Law.

to be a major concern.

In order for the multiple derivative suit to be used in a timely and effective manner, the shareholders of the parent company should have the right to inspect the books and records on the subsidiary.

With this revision, I hope that Korean Commercial Act will be concerned about how to control the interests of not only the shareholders of the parent company but also other stakeholders within the corporate groups.