

# 株主의 代表訴訟에 관한 研究

梁 碩 完\*

## 目 次

- I. 序 論
- II. 沿革과 比較法制
- III. 株主의 代表訴訟의 性格
- IV. 代表訴訟이 認定되는 理事의 責任範圍
- V. 當事者
- VI. 提訴前後의 節次와 訴訟參加
- VII. 訴訟의 終結
- VIII. 結論: 要約

## I. 序 論

株主는 法律的으로는 株式會社의 構成員이지만, 經濟的으로는 그 所有者이다.<sup>1)</sup> 그러나, 株式會社에 있어서는 그 所有者인 株主가 당연히 會社의 經營에 참여하는 것이 아니라, 會社의 經營은 獨立的 機關인 理事會에 맡겨져 있다. 여기서, 이른바 所有와 經營의 分離(divorcement of control from ownership, separation of ownership and management)에 따르는 理事의 강대한 權限의 濫用으로부터 如何히 株主의 權益을 保護할 것인가? 하는 課題가 대두된다. 이 문제를 해결하기 위한 制度中의 하나가 바로 株主의 代表訴訟이다.

株主의 代表訴訟은 株主가 자기의 이름으로 會社를 위하여 理事의 責任을 追窮하는 訴를 提起

\* 法政大學 法學科

1) Henn & Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, 3rd ed., 1983, p.491; Lattin, *The Law of Corporations*, 2nd ed., 1971, p.343.

할 수 있는 制度이다. 理事가 會社에 대하여 일정한 책임이 있는 경우에는, 株主는 法律的으로는 會社의 構成員에 지나지 아니하므로, 그 構成員과는 別個의 人格을 가진 實體인 會社가 代表機關을 통하여 회사이름으로 追窮하는 것이 원칙일 것이다. 그러나, 理事의 會社內에서의 특수한 지위때문에 會社가 理事에 대하여 책임을 추궁하는 것이 현실적으로 기대하기 곤란하거나 그 적절한 行使가 懈怠될 염려가 있는 때에는 이를 放置하게 되면 會社에 손실을 끼치고 會社의 所有者인 全株主의 손실로 돌아간다. 따라서 이를 방지하고자 株主에게 會社를 위하여 裁判上 行使할 수 있는 權限을 부여한 것이 이 제도인 것이다.

그런데 株式會社의 機關構造에 있어서 株主가 어떠한 지위를 차지하여야 하는가는 會社法上 매우 중요하고 심각한 문제로 되어 있다. 일찌기 Berle와 Means 教授는 株式會社의 所有와 經營이 分離되어 있는 현상에 注目하여 株主의 利益을 중심으로 하여 會社가 운영되어야 한다고 강조하였다.<sup>2)</sup> 그러나, 이러한 株主支配主義(shareholder democracy)에 反旗를 들고 나타난 經營者支配主義(managerialism)는 理事 등 經營者의 權限을 강화하고, 經營判斷의 法則(business judgement rule)을 더 철저히 존중할 것을 제의하고 있다.<sup>3)</sup>

이에 本 論文은 株式會社에 있어서의 支配權에 관한 미묘한 흐름 속에서, 代表訴訟을 통하여 株式會社의 所有者인 株主가 會社에 대하여 어떠한 法的地位(Rechtsstellung)에 있는가를 살펴보고, 株主의 代表訴訟이 인정되는 範圍, 當事者의 要件, 訴提起에 따른 節次의 進行과 終結에 있어서의 特則, 判決의 効力 등 여러가지 문제에 관하여 美國과 日本의 法制와 學說, 判例를 바탕으로 比較法的인 입장에서 考察하고자 한다. 더구나, 우리나라 商法은 代表訴訟에 관하여 불과 4條의 條文을 두고 있을 뿐인 데다, 英美法에서 由來하는 代表訴訟을 大陸法系인 우리나라 民事訴訟法上의 理論에 맞춰 어떻게 調和있는 解釋論的 體系를 講究할 것인가는 이 訴訟의 거의 모든 분야에서 檢討되어야 할 課題가 되고 있다.

## II. 沿革과 比較法制

### 1. 英美法系

株主의 代表訴訟은 원래 19世紀 初期로부터 英美에서 衡平法院의 判例에 의하여 발전해 온 것이다.

먼저, 英國에서는 18世紀 中葉에 衡平法院이 慈善을 목적으로 하는 公益法人의 理事에 의한 事

2) Berle & Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932, p.69.

3) Manning, Book Review, 67 Yale L.J. 1477, 1490(1958)

業運營上의 詐欺 및 任務懈怠를 이유로 하여 그 解任과 損害賠償을 인정한 判例에서, 理事는 信託關係의 受託者(trustee)로서의 성격을 띠고 있으므로 信託義務違反을 이유로 하는 責任追窮이 가능하다는 判旨를 보였다.<sup>4)</sup> 이 사건에서 公益法人에 적용된 法理는 모든 法人의 理事의 責任을 기초로 하는 것으로 이해되어, 19세기 초기부터는 會社의 주주가 全株主를 위하여 理事의 회사에 대한 책임을 추궁하고, 회사에 대한 賠償義務의 履行을 청구하는 사건으로 나타났다.<sup>5)</sup>

美國에서도 19세기 초기부터 株式會社의 理事와 各 株主間의 信託關係를 근거로 하여 주주에 의한 理事의 책임추궁의 訴가 衡平法에 의하여 인정되기에 이르렀다. 즉 주주는 理事와 各 株主間의 信託關係를 實體法上의 기초로 하여 理事의 책임을 추궁할 수 있다는 것이다. 더 나아가 原告株主가 자기와 같은 입장에 있는 全株主를 대표하여 訴를 제기하고 있다는 뜻에서 代表訴訟(representative suit) 또는 代表當事者訴訟(class action)의 한 경우에 해당한다. 代表訴訟이라는 명칭은 여기에서 由來한다.

株主가 派生的 또는 代位的으로(derivatively, vicariously) 회사에 속하는 權利를 행사한다는 관념은 주주에 대하여 信託關係가 서지 않는 會社外部의 第三者에 대하여도 이 형태에 의한 訴訟이 허용되기에 이르고, 또한 그 前提로서 회사의 독립된 人格의 관념이 확립된 뒤였다. 여기에서 비로소 代位訴訟(derivative suit)이라는 명칭이 생겨났다. 美國 聯邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure)이 1966年 改正에 의하여 그 때까지 1개의 條文中에 통합하여 규정하고 있던 class action과 株主의 代表訴訟을 別個條文으로 나누어 규정하게 된 것은 바로 이같은 「代位訴訟」이라고 하는 별도의 法律構成을 필요로 한 데서 기인한다.<sup>6)</sup>

英美에서 代表訴訟 또는 class action이라고 부르게 된 것은 이미 개개의 組合員에게 인정되는데 이르렀던 「自己 및 모든 組合員을 위하여」 代表訴訟 형식으로 提訴하는 권한을, 會社의 實體는 組合이라고 하는 思考에 기하여 法人인 회사에 代入하였다.<sup>7)</sup> 이리하여 개개의 株主의 代表訴訟의 起源은 組合에 溯及되고, 그 訴訟은 會社契約思想의 所産이라고 말할 수 있으며, 또한 株主를 위한 古典的 救濟手段이다.<sup>8)</sup>

## 2. 英美 이외의 法系

다음으로 英美 이외에 눈을 돌려 본다면 英美式의 代表訴訟과 類似한 제도가 존재하고 있는 데는 프랑스이다. 프랑스에서는 會社의 内部關係의 紛爭에 관한 訴訟은 會社訴權(actions

4) The Charitable Corporation v. Sutton, 2 Atk. 400 Eng. Rep. 642 (Ch. 1742); Prunty, The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation, 32 N.Y.U.L. Rev. 980, 981(1952)

5) Prunty, *ibid.*, at 982.

6) Fed. R. Civ. P. §23, 23·1

7) Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 15th. ed., 1933, p.252.

8) 北澤正啓, 「アメリカ會社法における株主の代表訴訟」, 法學協會雜誌 68卷 6號, p.661.

sociales)에 의한 것과 株主個人訴權(actions individuelles)에 의한 것으로 나누어지고, 前者는 원칙적으로 會社 自身에 의하여 행사되어야 하는 것으로 본다. 그러나, 會社가 會社訴權을 행사하지 않는 경우에는 이에 의하여 損害를 받는 株主는 스스로 單獨으로(ut singuli) 會社訴權을 행사할 수 있는 경우가 있다.<sup>9)</sup> 이는 이미 19세기 전반부터 오로지 判例를 통하여 인정돼 온 바이지만, 1966년의 新會社法은 理事에 대하여 會社가 가지는 損害賠償請求權을 주주 개인 또는 集團(group)이 스스로 訴求할 수 있다고 규정함으로써 종래의 判例法을 明文化하였다.<sup>10)</sup>

그런데, 獨逸에서는 이와 같은 代表訴訟에 相當하는 제도를 찾아 볼 수 없다. 1966年 獨逸株式法 改正에서도 舊法과 마찬가지로, 會社가 理事, 監事에 대하여 가지는 損害賠償請求權은 總會의 議決이 있는 경우, 또는 資本의 10分の 1이상의 少數株主의 요구가 있는 경우에는 행사되지 않으면 안된다고 규정하여 會社에 대한 訴訟提起請求權만을 인정하고 있을 뿐이다.<sup>11)</sup>

日本은 1948년의 證券去來法 第189條에서 美國의 證券去來法(Securities Exchange Act of 1934)을 모방하여 최초로 株主의 代表訴訟을 도입하였다. 이어서 1950年 商法改正에 의하여 株式會社에 관하여 留止請求와 함께, 6개월 이상 株式을 所有하고 있는 株主에 限하여 株主의 代表訴訟制度가 규정되었고, 이듬해 1951년에는 有限會社에 관하여 社員代表訴訟과 留止請求가 新設되는 등 오늘날에는 각종의 단체에 관하여 광범위하게 이 제도가 규정되는 데 이르고 있다.

우리나라는 1962년에 새 商法을 마련하면서 英美法上의 代表訴訟制度를 다소 變容하여 도입하였다. 즉 英美法上으로는 개개의 株主가 소유한 株式의 數에 관계없이 이 訴訟을 제기할 수 있으나, 우리 商法은 訴提起權을 發行株式總數의 100分の 5이상에 해당하는 株式을 소유한 株主 즉 少數株主로 제한하였고, 또 英美法에서는 회사 외부의 第三者에 대하여도 이 訴訟을 제기할 수 있으나, 우리나라에서는 會社의 機關인 理事를 상대로 하는 것만이 허용되고 있다(商法 第403條). 理事의 책임을 추궁하기 위한 代表訴訟에 관한 규정은 發起人, 監事, 清算人, 不公正한 價額으로 株式을 引受한 者 및 株主權의 行使와 관련하여 利益을 供與받은 者에 대한 책임의 추궁에도 準用된다(商法 第324條, 415條, 542條 2項, 424條의 2, 467條의 2). 그밖에 證券去來法에서도 株主의 代位請求를 규정하고 있으며(第188條 3項), 이는 訴訟에 의하지 않고 개개의 株主가 할 수 있다는 차이는 있으나, 그 立法趣旨은 代表訴訟과 다름이 없다.

9) Starr, Protection of Stockholders' Rights in the French Société Anonyme, 40 Tulane L. Rev. 57, 95 (1965); 山本桂一, 「フランスにおける會社訴權の株主による個人的行使について」, 法學協會雜誌 68卷 6號, p.593.

10) Lio du 24 juillet 1966, Art. 245.

11) Akt G §147

### Ⅲ. 株主의 代表訴訟의 性格

#### 1. 누구를 代表하는가?

代表訴訟을 제기하는 原告株主는 누구의 代表者로 볼 것인가? 株主의 代表者인가, 會社의 代表者인가에 관하여는 見解가 갈린다.

##### 가. 株主의 代表라는 立場

美國에서는 代表訴訟의 原告株主를 株主의 代表者라고 부르고 있고,<sup>12)</sup> 이를 구체적으로 말하면, 原告株主 자신 및 그와 같은 처지에 있는 全株主를 위하여 訴를 제기하고 있다고 하여 class action의 요건을 갖춘 것으로 보고 있다.<sup>13)</sup> 代表當事者訴訟(class action)이란 多數의 者가 동일한 訴權(cause of action)을 가지고 있는 경우, 그 모든 者가 別個로 訴訟을 제기하는 데서 생기는 동일한 訴訟의 重複을 피하거나, 하나의 訴訟에 있어서 權利가 주장되기 위하여 이에 관련된 모든 者가 原告로 나서는 實際上的 곤란을 없애려고 原告가 자기 및 그 集團에 속하는 다른 모든 者를 위하여 訴를 제기할 수 있도록 한 衡平法上的 訴訟이다.<sup>14)</sup> 이 경우에 原告株主는 물론 다른 株主들을 대표할 권한을 授權받고 있는 것은 아니므로 委任에 의한 株主의 代表者라고는 할 수 없다. 그렇다고 會社로부터 代表權限을 委任받고 있는 회사의 대표자는 더구나 아니다. 그래서 判例에서 株主의 代表訴訟을 representative suit라고 부른 경우에 representative의 의미는 會社의 代表者라는 뜻이 아니라, class로서의 株主의 代表者라는 뜻으로 새긴다.<sup>15)</sup>

##### 나. 會社의 代表라고 하는 立場

株主는 法律的으로는 會社의 構成員에 지나지 아니하고, 회사는 그 구성원과는 別個의 人格을 가진 實體로 인정되므로 株主의 代表訴訟에 있어서의 株主는 실질상 會社의 代表機關의 地位에 있다고 하는 견해가 있다.<sup>16)</sup> 그것은 法人에는 代表機關이라는 개념을 통상 사용하고, 회사의

12) McLaughlin, The Mystery of the Representative Suit, 26 Geo. L. J. 878 (1938)

13) Ibid., at 897

14) Pomerantz, New Developments in Class Actions—Has Their Death Knell Been Sounded?, 25 Bus. Law. 1259(1970)

15) McLaughlin, op.cit., at 900.

16) 鄭熙喆, 商法學(上), 博英社, 1990, p.500; 鄭東潤, 會社法(三訂版), 法文社, 1991, p.437; 崔基元, 第六增補版 會社法論, 博英社, 1991, p.665; 姜潤斗, 會社法[商法講義 II], 實雪出版社, 1990, p.581; 李炳泰, 全訂商法(上), 法元社, 1988, p.700; 北澤正啓, 新版 注釋 會社法(6), 1987, p.358.

권리는 대표기관을 통하여 行使하기 때문이라는 것이다. 요컨대, 株主의 代表訴訟은 주주가 대표기관의 지위에서 행하므로 말하자면 機關的 訴訟이고, 이는 곧 原告株主가 회사의 代表者라는 것을 뜻한다.<sup>17)</sup> 따라서 株主의 代表訴訟에서 나타나는 효과는 會社 자체가 提訴하는 경우와 전혀 같다고 한다.

생각컨대, 株主의 代表訴訟에 있어서의 주주는 회사의 대표자로서 訴訟을 수행하는 것은 아니라고 본다.<sup>18)</sup> 왜냐 하면, 會社는 주주가 제기한 代表訴訟에 訴訟參加할 수 있는 등 別個의 當事者로 보고 있기 때문이다.

## 2. 누구의 權利에 基하는가?

### 가. 株主의 權利에 基한다는 立場

株主의 代表訴訟은 주주 자신의 권리를 行使하는 節次라고 보는 입장에서는 그 根據를 沿革的으로 會社契約思想에 두고 있다. 會社契約思想에 의하면, 會社는 各株主와 회사가 설립목적의 수행을 위하여 회사재산을 保有해야 하는 것을 契約한 것이다. 따라서 各株主는 그 契約이 이행되어 회사재산이 設立目的을 위해서만 사용되고, 다른 목적을 위하여 사용되어서는 아니되는 것을 주장할 수 있는 個人的 權利를 가지고, 주주와 회사와의 관계는 또한 受益者와 受託者의 관계와 類似하고 會社資產의 權能踰越의 消費는 契約違反·信託違反으로 보아야 한다는 것이다.<sup>19)</sup> 따라서 原告株主가 자기를 포함한 全株主를 위하여 청구하는 class action의 형태로 행해지는 경우에도 형식적으로는 會社의 權利로서가 아니라 그 構成員의 權利를 주장하고 있다는 것이다.

### 나. 會社의 權利에 基한다는 立場

會社의 法人性에 기초를 둔다면, 株主의 代表訴訟은 그 구성원과는 別個의 實體인 회사의 권리에 기한 것으로 보게 된다. 여기서 株主의 代表訴訟 提起權은 會社의 권리로부터 派生된 것이라고 하여 派生訴訟 또는 代位訴訟의 성격을 가진다고 한다. 또한, 株式債權說과 債權者代位權을 결부시켜, 주주의 대표소송은 債權者代位權을 株式會社法的으로 變容시킨 것이라 할 수 있고, 따라서 주주는 회사에 대하여 株式인 債權을 가지는 것이며, 이 債權保全을 위하여 債務者인 회사에 속하는 권리를 행사할 수 있기 때문에 代表訴訟이라고 하기 보다는 「代位訴訟」이라고 해야 한다는 것이다.<sup>20)</sup> 이는 直接訴訟 또는 個人訴訟에 對立하는 개념이다.

17) 北澤正啓, op. cit. (註8), p.662.

18) 蔡利權, 商法講義(上), 博英社, 1990, p.609.

19) Ballantine, *On Corporations*, rev. ed., 1946, p.339.

20) 松田二郎, 株式會社の基礎理論 1942, p.534; 同, 株式會社法の理論, 1962, p.289; 同, 會社法概論, 1968, p.144.

#### 다. 直接訴訟과 代位訴訟

直接訴訟이란 原告가 자기가 가지는 權利를 행사하고 상대방의 자기에 대한 義務의 履行을 구하는 訴訟이다. 이에 대하여 代位訴訟은 原告가 다른 者에 代位하여 그 者의 權利를 행사하고, 그 者에 대한 의무의 이행을 구하는 소송이다. 주주의 입장에서 본다면 직접손해는 直接訴訟에 의하여, 간접손해는 代位訴訟에 의하여 回復할 수 있다는 것이다. 즉 特定한 株主가 어떤 不正行爲에 의하여 직접으로 損害를 받았을 때 그 주주는 自己의 權利에 基하여(in his own right) 個人訴訟(individual action)에 의하여 救濟를 청구할 수 있다.

그러나, 不正行爲가 회사에 대하여 이루어진 때에는 비록 그로 인하여 株價가 下落하고 配當이 減少되어 株主도 아울러 損害를 받더라도 주주는 그 損害에 대하여 자기의 個人的 權利에 基하여 提訴할 수는 없다고 한다.<sup>21)</sup> 또한, 株主와 會社는 별개의 人格을 가지는 存在인 이상, 개개의 주주가 당연히 회사를 대표하여 회사를 위하여 提訴할 權利를 가지는 것은 아니라는 것이다.<sup>22)</sup> 그러나, 會社 스스로가 原告로서 提訴해야 한다는 원칙을 관철할 때에는 회사를 위한 一切의 提訴를 회사의 經營陳에 一任하게 되는 결과, 不正行爲를 한 理事와 經營陳間에 어떤 緊密한 관계가 있을 경우에는 회사에 대한 그 不正行爲에 관해서는 經營陳側의 專橫에 束手無策일 수 밖에 없게 된다. 그리하여 회사에 대한 不正行爲에 관하여 개개의 株主가 會社의 權利에 基하여(in the right of the corporation), 會社를 위하여 訴訟을 제기할 수 있는 길을 마련하게 된 것이다.

代位訴訟은 法律形式的으로 보아 團體와 그 구성원이 별개의 權利主體라고 하는 態度를 전제로 하여 단체의 구성원이 任員이나 第三者를 상대로 하여 단체에 대한 給付를 구하는 訴訟이다. 요컨대, 단체의 權利를 代位하여 행사한다고 하는 法律形式的인 요건이 標識가 된다.

이에 반하여, 直接訴訟에 있어서는 原告株主가 자기 자신을 위하여 청구하는 경우가 보통이지만, 원고주주가 자기를 포함한 全株主를 위하여 청구하는 class action의 형태로 행해지는 경우에도 형식적으로는 團體의 權利로서가 아니라, 그 構成員의 權利를 주장하고 있는 것이다.

결국, 누구의 權利를 주장하는가의 差異가 있다. 생각컨대, 株主의 代表訴訟은 美國 衡平法院이 株主保護를 위하여 衡平의 견지에서 발전시킨 것이고, 따라서 주주가 회사의 運營을 監督是正하기 위하여 인정된 權利이다. 이와 같은 맥락에서 우리나라에서는 이를 株主權의 한 내용인 共益權으로 새기고 있다.<sup>23)</sup>

#### 라. 株主의 代表訴訟의 二重構造

21) 大判 1979.2.13, 78다 1117; 大判 1978.4.25, 78다 90; Ballantine, op. cit., p.334.

22) Foss v. Harbottle (1843), 2 Hare, 461, 67 E.R. 189, 62 R.R.185.

23) 李泰魯·李哲松, 第二全訂版 會社法講義, 博英社, 1991, p.589; 鄭東潤, op. cit., p.437; 姜潤斗, op.cit., p.581. 蔡利植, op.cit., p.609.

株主의 代表訴訟이 會社의 權利를 代位行使한다고 하는 構造를 취하는 경우, 그것은 株主들로부터 독립된 회사의 法人格이 인정되고 있기 때문이라지만, 가령 이 法人格을 抹消하고 생각한다면, 會社의 權利로서 처리되는 것은 全株主의 權利에 다름아니다. 株主가 회사의 권리를 代位行使하는 訴訟이라는 관념도 이를 經濟的, 實質的으로 파악한다면, 全株主를 代表하여 제기한 代表訴訟 또는 class action이다. 株主의 代表訴訟에 의하여 原告株主가 勝訴한 경우에는 全株主에게 그 利益이 돌아가는 대신에, 敗訴한 경우에는 全株主에게 그 不利益이 미치기 때문이다.

그러므로, 株主의 代表訴訟은 한편으로는 代位訴訟으로서의 形式을 가지고 있지만, 다른 한편으로는 全株主의 권리를 處分하는 訴訟으로서의 實質을 가지고 있다. 다시 말하면, 株主의 代表訴訟은 會社가 가지는 訴權과, 會社가 그 권리를 행사하지 않는 義務違反에 관하여 주주가 회사에 대하여 가지는 訴權과를 동시에 행사하는 二重의 性格(dual nature)을 가지는 節次라고 할 수 있다.<sup>24)</sup> 요컨대, 株主의 代表訴訟은 代位訴訟으로서의 構造와 代表訴訟으로서의 性格을 가지는 訴訟節次에 해당하고, 그 一面만을 강조하는 것은 이 訴訟의 構造와 性質을 바르게 파악한 것이라고 할 수 없다.<sup>25)</sup> 用語上으로도 이른바 代位訴訟 또는 代表訴訟(so-called derivative or representative suit)이라고 하는 것처럼 이 두가지를 같은 뜻으로 사용하기도 한다.<sup>26)</sup>

### 3. 누구를 위하여提起되는가?

#### 가. 會社(全株主)를 위하여

株主의 代表訴訟은 株主의 權利에 기한 것이든, 회사의 권리에 기한 것이든 간에 原告株主 자신뿐만 아니라 訴訟當事者가 아닌 全株主, 곧 會社를 위하여 제기되는 데 그 意義가 있다.

여기서도, 「株主의 代表訴訟」의 代表訴訟性和 代位訴訟性を 파악할 수 있다. 즉 株主의 權利에 기하여 代表訴訟을 제기하는 것으로 볼 경우에, 原告株主가 全株主를 위하여 權利를 행사한다고 하는 관념에 바탕을 둔다면, 代表訴訟 또는 class action으로서의 성격을 띠게 된다. 이와는 다른 視角에서, 株主가 그의 권리에 기하여 會社를 위하여 訴訟을 제기한다고 본다면 代位訴訟으로서의 성격을 갖는 것으로 풀이된다.

#### 나. 第三者의 訴訟擔當

그리하여, 우리나라에서는 株主의 代表訴訟은 비록 주주가 자기의 名義로 原告가 되고 理事를 被告로 하나, 「會社를 위하여」 訴訟을 제기하여 判決을 받을 資格과 權能이 인정되어 있는 것으로서 이른바 第三者의 訴訟擔當(Prozeßstandschaft des Dritten)에 속하는 것으로 새기고 있다.<sup>27)</sup>

24) Ballantine, op.cit., pp.343~344.

25) Ibid., pp.342~343.

26) Ibid., pp.333~334.

27) 鄭熙喆, op.cit., p.500; 鄭東潤, op. cit., p.437; 崔基元, op. cit., p.666; 姜渭斗, op. cit., p.581.

특히 商法 第403條 3項에서 株主는 會社를 위하여 訴를 제기한다고 明定한 것은 이를 가리키는 것으로 본다.<sup>28)</sup>

## IV. 代表訴訟이 認定되는 理事의 責任範圍

### 1. 理事의 責任을 追窮하는 代表訴訟

우리나라 商法은 株主의 代表訴訟에 관하여 少數株主가 「理事의 責任」을 追窮하는 訴로서 규정하고 있다(第403條). 問題는 本條 規定中에는 代表訴訟이 인정돼야 할 理事의 責任範圍에 관하여 아무런 說明的 文言이 없어서, 여기서 말하는 理事의 責任이 어느 範圍까지를 의미하느냐에 관하여 差異가 있다. 우리나라와 같은 規定을 두고 있는 日本에서도 동일한 問題가 제기되고 있다.

#### 가. 全債務說

株主의 代表訴訟은 理事가 會社에 대하여 부담하는 一切의 債務에 미친다고 하는 견해이다. 多數說의 입장이다.<sup>29)</sup> 그 주된 論據로서 法이 특히 代表訴訟을 규정한 취지는 會社와 理事間의 특수관계에 의하여 會社의 理事에 대한 提訴懈怠의 可能性이 많다는 데 있다. 이 提訴懈怠의 可能性은 理事가 會社에 대하여 부담하는 모든 債務에 관해서도 마찬가지로 적용될 수 있기 때문이라는 것이다.

그밖에도 부수적인 논거로서, 첫째는 만일 一切의 債務가 포함되지 않는다고 한다면, 예컨대 會社로부터 金錢貸與를 받은 理事가 辨濟를 懈怠한 경우에는 會社를 대표하여 그 貸與를 한 代表 理事와 그 대여에 찬성한 理事의 未辨濟額의 辨濟責任<sup>30)</sup>에 관해서는 代表訴訟이 인정되지 않는 結果가 되어 현저하게 均衡을 잃는다는 데 있다.<sup>31)</sup> 또한 둘째로는, 理事는 忠實義務를 부담하고, 그리하여 理事가 會社에 대하여 부담하는 契約上의 債務를 이행하지 않는다는 것은 忠實義務違反

28) 鄭熙喆, op.cit., p.500; 鄭東潤, op.cit., p.437; 崔基元, op.cit., p.666.

29) 徐敏珪, 第三全訂 商法講義(上卷), 法文社, 1990, p.399. 孫珠瓊, 全訂增補版 商法(上), 博英社, 1990, p.542; 李基秀, 會社法, 博英社, 1990, p.426; 梁承圭·朴吉俊, 改訂 商法要論, 三英社, 1991, p.340; 鄭東潤, op.cit., p.438; 崔基元, op.cit., p.667; 蔡利植, op.cit., p.610; 李泰魯·李哲松, op.cit., p.590; 李炳泰, op.cit., p.701; 石井照久, 會社法 上卷, 1967, p.359; 田中誠二, 再全訂 會社法詳論(上), 1982, p.666; 大隅健一郎·今井宏, 新版會社法論 中卷 I, 1983, p.248; 神崎克郎, 新版商法 II(會社法), 1984, p.203; 鈴木竹雄·竹內昭夫, 會社法(新版), 1987, p.275.

30) 日本 商法 第266條 1項 2號 參照

31) 大隅健一郎·今井宏, op.cit., p.249; 田中誠二, op.cit., p.667; 松田二郎, op.cit.(1968), p.138.

으로서의 理事의 責任에 해당한다는 데 있다.<sup>32)</sup>

#### 나. 責任限定說(또는 發生原因限定說)

株主의 代表訴訟에 의하여 追窮해야 할 理事의 責任은 商法 第399條의 損害賠償責任과 第428條의 資本充實責任에 限定된다고 하는 견해이다(日本의 경우는 商法 第266條와 第280條의 13에 해당한다). 少數說의 입장이다.<sup>33)</sup> 그 論據로서는 만일, 모든 債務에 관하여 代表訴訟을 인정한다면 代表訴訟의 範圍가 너무 넓어지리라는 우려에서, 그리고 代表訴訟制度의 立法趣旨은 全債務說에서 지적하고 있는 提訴懈怠可能性說로는 이를 모두 설명할 수 없다는 反論에서 비롯하고 있다. 왜냐하면, 代表訴訟을 규정하고 있는 商法 第403條上으로는 회사의 支配的 勢力을 占하여 經營陳을 장악하고 있는 大株主, 理事와 특수관계에 있는 支配株主는 法形式上으로는 理事가 아니므로 이들의 橫暴에 대하여는 代表訴訟을 제기할 수 없기 때문이다.

따라서 提訴懈怠可能性에 갈음하여, 그 發生原因에 있어서 重要한, 그래서 免除가 困難하거나(商法 第399條의 損害賠償責任), 不可能한(第428條의 資本充實責任) 책임에 限하여 代表訴訟의 確實한 實現을 期해야 한다는 주장이다.

이것과는 달리, 이른바 理事의 第三者的인 債務는 損害賠償責任이나 資本充實責任에 비하여 發生原因에 있어서 重要性이 적다. 또한, 그 免除는 株主總會나 理事會의 多數決로도 가능한 성질의 것이기 때문에 그 免除條件도 반드시 곤란하거나 불가능하지는 않다. 그 예로서는, 理事가 자기를 위하여 회사로부터 金錢을 借用하거나 또는 회사의 製品을 買受하여, 회사에 借用金債務 또는 賣買代金債務를 부담하고 있는 경우 등이다. 따라서 추궁되어야 할 理事의 책임범위 가운데 理事의 第三者的 債務를 제외하더라도 특별한 지장은 일어나지 않고, 이러한 점은 提訴懈怠可能性에 의하여 설명할 수 없다고 한다.<sup>34)</sup>

比較法的인 均衡을 考慮하여 責任限定說의 논거를 내세우는 견해도 있다. 즉 理事가 회사에 대하여 부담하는 一切의 債務에 관하여 代表訴訟을 인정하기 위해서는 美國法과 같이 회사 스스로 提訴하는가 아닌가에 관하여 裁量權을 인정하고 회사가 違法 不當하게 提訴하지 않는 경우에 限하여 이를 인정한다고 하는 立法上의 고려가 필요하다. 그런데 우리나라에서는 회사가 訴의 提起 여부를 결정할 裁量이 없고 반드시 訴를 제기하여야 한다는 것이 일반적인 해석이다.<sup>35)</sup> 이와 같은 法制下에서 多數說과 같이 一切의 債務를 포함시키는 것은 比較法的 均衡解釋上으로도 문제가

32) 田中誠二, op.cit., p.666.

33) 鄭熙喆, op.cit., p.499; 朴元善·李楨漢, 全訂 會社法, 修學社, 1983, p.317; 姜渭斗, op.cit., p.582; 北澤正啓, op.cit.(註16), pp.360~362; 服部榮三, 會社法通論(第三版), 1983, p.127; 佐伯直秀, 「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範圍」, 商法の争點(第二版), 1983, p.143.

34) 佐伯直秀, op.cit., p.144.

35) 鄭東潤, op.cit., p.440.

된다는 것이다.<sup>36)</sup>

#### 다. 責任範圍

요컨대, 全債務說의 근거인 提訴懈怠可能性의 입장에 선다면, 어떠한 債務에 관해서도 提訴懈怠의 可能性은 상존한다고 보게 되므로 代表訴訟에 의하여 추궁되는 理事의 責任範圍는 넓게 된다. 즉 理事의 회사에 대한 第三者的 債務 등도 포함되고, 특히 理事가 在任中에 부담한 債務뿐만 아니라, 이전부터 부담하고 있던 債務<sup>37)</sup>나 相續 또는 債務引受에 의하여 承繼한 債務<sup>38)</sup>에 관해서도 代表訴訟을 인정하게 된다.<sup>39)</sup> 이에 반하여, 責任限定說의 입장에서는 그 發生原因에 있어서 重要的, 따라서 免除가 곤란하거나 불가능한 責任에 限하게 되고, 理事의 在任中에 부담한 債務로 限定된다.<sup>40)</sup>

私見으로는 全債務說이 妥當하다고 본다. 그 이유는 多數 學者들이 주장해 온 提訴懈怠可能性 이외에, 특히 다음과 같은 論據를 바탕으로 한다.

### 2. 善管注意義務와 忠實義務

#### 가. 各 義務의 內容

理事가 代表訴訟에 의하여 회사에 대하여 책임을 지는 경우, 이를 善管注意義務違反의 경우와 忠實義務違反의 경우로 나누어 볼 수 있다.

英美法上으로는 理事는 注意義務(duty of care)와 忠實義務(fiduciary duty, duty of loyalty)를 부담한다.<sup>41)</sup> 日本에서는 최근에 商法上의 理事의 忠實義務는 英美法上의 忠實義務를 계수한 특수한 의무이고, 善管注意義務와는 별개의 異質의인 의무라고 풀이하는 견해가 비록 少數說의 입장이지만 有力하여지고 있다.<sup>42)</sup> 우리나라에서도 理事에게 忠實義務를 인정할 수 있다는 추세이고,<sup>43)</sup>

36) 北澤正啓, op.cit.(註16), pp.361~362.

37) 大隅健一郎·今井宏, op.cit., p.248.

38) 田中誠二, op.cit., p.666.

39) 徐燉珏, op.cit., p.381; 鄭東潤, op.cit., p.438; 李泰魯·李哲松, op.cit., p.590; 蔡利植, op.cit., p.610; 梁承圭·朴吉俊, op.cit., p.340.

40) 鄭熙喆, op.cit., p.499; 孫珠瓚, op.cit., p.542; .473; 服部榮三, op.cit., p.127.

41) Cary & Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations*, 5th ed., 1980, pp.518, 563; Vagts, *Basic Corporation Law, Materials, Cases, Text*, 2nd ed., 1979, pp.220, 237.

42) 田中誠二, op.cit., p.596; 北澤正啓, 會社法(新版), 1982, p.372; 加美和照, 新訂 會社法(第二版), 1985, p.214; 蓮井良憲·酒卷俊雄·志村治美, 講義 會社法, 1984, p.208.

43) 鄭熙喆, op.cit., p.486; 鄭東潤, op.cit., p.409; 李炳泰, op.cit., pp.665~666; 姜渭斗, 英美會社法の 繼受, 國際新聞社, 1980, p.84; 金敦昌, 「理事의 忠實義務와 競業禁止」, 會社法の 諸問題, 1982, pp.280 이하; 李炳泰, 「株式會社 理事의 地位와 會社에 대한 責任」, 1985年度 東國大法學博士學位論文, pp.64이하; 金文煥, 「理事의 會社에 대한 責任」, 無碍 徐燉珏 博士 華甲記念, 會社法の 現代的 課題, p.148.

大法院 判例도 최근에 이르러 理事의 忠實義務를 인정하기 시작하였다.<sup>44)</sup>

이들의 견해에 의하면, 善管注意義務는 理事가 職務의 執行에 있어서 기울여야 할 注意의 정도에 관한 것으로서, 理事가 회사를 위하여 직무를 집행하는, 機關關係의 側面에서 문제로 되는 의무에 반하여, 忠實義務는 理事가 그 地位를 이용하여 회사의 이익을 犧牲시키고 자기 또는 第三者의 利益을 꾀하여서는 아니된다는 의무로서, 理事가 그 지위를 이용하여 자기 또는 第三者의 이익을 위하여 行爲하는 個人關係의 側面에서 문제되는 의무이므로, 兩者는 기능을 달리한다고 한다. 그리하여 善管注意義務는 理事가 그 職務를 執行함에 있어서 보통 요구되는 정도의 注意와 機能을 다할 것을 요구하고 理事의 직무집행이 이 기준에 맞지 아니할 때에는 그 결과로 회사에 발생한 손해를 賠償할 책임이 있다. 이에 반하여 忠實義務는 理事가 그 地位를 이용하여 자기 또는 第三者를 위하여 회사의 이익을 희생시키는 것을 금지하고 理事와 회사 사이에 利益衝突의 위험이 있을 때에는 회사의 이익을 우선시킬 것을 요구한다.

따라서 忠實義務違反의 責任에는 善管注意義務違反의 책임에 원칙적으로 필요한 故意·過失이 필요하지 않고 또 忠實義務違反의 責任의 범위는 善管注意義務違反의 범위와는 달리 회사가 입은 손해의 배상에 그치지 않고 理事가 얻은 모든 이득의 회사에 대한 반환에 까지 미친다고 한다.<sup>45)</sup>

이처럼 理事에게 忠實義務를 인정하는 論據는 理事의 권한은 信託된 權限(power in trust)이고 理事는 회사와 주주에 대하여 信任的 法律關係(fiduciary relationship)에 서기 때문이라고 한다.<sup>46)</sup>

우리나라 商法上 理事의 忠實義務의 내용을 이루고 있는 것으로서는, 理事의 競業禁止(第397條) 및 理事와 會社間의 去來制限(第398條)을 먼저 들 수 있다.<sup>47)</sup>

#### 나. 忠實義務違反에 대한 重點追窮의 必要性

결국 代表訴訟이 인정되는 理事의 책임범위에서 論難이 되었던 理事의 第三者的 債務, 예컨대 理事가 자기를 위하여 회사로부터 金錢을 借用하거나 또는 회사의 製品을 買受하여, 회사에 대하여 借用金債務 또는 買買代金債務를 부담하는 경우 등은 理事와 會社間의 去來(商法 第398條)의 한 類型으로서 忠實義務의 내용에 속하는 것이다.

그런데, 代表訴訟에 의한 책임추궁으로 부터 理事를 보호해야 할 部分은 忠實義務違反에 있지 않고, 거의가 理事의 注意義務違反의 책임에 관한 것이다. 즉 經營判斷의 法則(business judgement rule)도 원칙적으로 理事의 利害相反의 事案에는 적용되지 않고, 理事의 同상의 責任保

44) 大判 1985.11.12, 84다카 2490, 法院公報 767號 18面.

45) 北澤正啓, op.cit.(註42), p.372.

46) Litwin(Rosemarin) v. Allen 25 N.Y.S. 2d, 667, 677~678(Sup.Ct. 1940)

47) 鄭東潤, op.cit., p.408, 그밖에 理事의 報酬決定을 理事會에 맡기지 않고 定款에 그 額을 정하지 아니한 때에는 株主總會의 決議로 정하도록 하고 있으며(商法 第388條), 나아가 證券去來法은 理事를 포함한 内部者에 의한 株式 등의 去來를 제한하고 있는데(第188條), 이러한 규정들은 英美法上의 理事의 忠實義務의 내용을 이루는 것들이다.

險도 忠實義務違反의 책임에 관해서는 填補되지 않는다.<sup>48)</sup>

오늘날에 와서는 株式會社의 經營이 複雜專門化하였기 때문에 理事會의 經營判斷의 適否를 事後的으로 審査하여 過失의 有無를 판단하는 것은 용이하지 않다. 그리하여 英美法上으로는 理事가 회사의 能力範圍內에서 또 그들의 權限內에서 合理的 根據에 의하여 어떠한 判斷을 내리고 이 판단에 따라 성실하게 行爲한 경우에는, 法院은 理事들의 이와 같은 판단에 干涉하지 아니하며, 이 판단에 따른 去來行爲를 留止 또는 取消하거나 그로부터 발생한 손해에 관하여 理事들에게 賠償責任을 지우지 아니한다는 原則(經營判斷의 法則 또는 事業判斷尊重의 法則)이 확립되어 있다.<sup>49)</sup> 우리나라에서도 회사의 經營활동은 經濟界의 變動이나 技術의 進歩에 따라 그 활동의 結果를 예측하기 매우 어려우므로 理事들의 經營上의 判斷에 過誤가 있었느냐의 여부를 判가됨함에 있어서 法院은 매우 신중하여야 할 것이고, 함부로 善管注意義務의 違反을 인정할 것은 아니라고 한다.<sup>50)</sup>

이것은 代表訴訟의 濫用으로부터 보호할 필요가 있는 것은 善管注意義務違反의 책임이라는 점을 나타내고 있다. 따라서 理事의 책임을 추궁하는 監視制度로서의 代表訴訟은 善管注意義務보다도 忠實義務 쪽에 더 중점이 두어져야 한다. 회사를 위하여 經營 一線에 나선 理事가 자신의 이익을 꾀하는 것도 아니고, 故意도 重過失도 아닌 단순한 經營上의 過失을 범한 데 지나지 않는 경우에, 그 理事에게 회사에 대하여 嚴格한 책임을 부담시켜야 하는 지는 의문이다.

오히려 忠實義務違反의 책임, 즉 理事가 회사의 이익을 희생시켜 자기의 이익을 도모하는 경우에는, 그 惡性을 문체삼아 株主가 代表訴訟을 제기하고 책임추궁을 容易하게 하도록 해야 한다. 理事가 忠實義務에 위반하여 자기의 이익을 꾀하고 있는 경우에는 당연히, 經營上의 過失과 같이 理事를 保護해야 할 配應은 필요없으므로 그에 상응한 책임을 물어야 하기 때문이다.

생각컨대, 代表訴訟에서 추궁되어야 할 理事의 責任範圍 가운데, 그 認定 與否가 문제되고 있는 이른바 理事의 第三者的 債務 등은 忠實義務에 속하는 것이라고 볼 수 있다. 그런데도, 責任限定說은 代表訴訟의 濫用防止라는 美名下에 정작 집중적으로 추궁하여야 할 責任을 代表訴訟에 의한 責任追窮範圍에서 제외시켜 버리는 결과를 낳고 있다. 오히려 責任限定說에서 責任追窮의 범위에 속하는 것으로 限定하고 있는 損害賠償責任(商法 第399條)이야말로 善管注意義務와 관련되는 책임으로서 代表訴訟의 濫用으로부터 보호할 필요가 있다고 思料된다.

48) 近藤光男, 「取締役의 責任とその救濟」, 法學協會雜誌 99卷 7號(1982), pp.124이하; 同, 99卷9號, pp.22 이하.

49) Henn & Alexander, op.cit., pp.661이하

50) 鄭東潤, op.cit., p.410; 李炳泰, op.cit.(註43의 論文), p.89.

## V. 當 事 者

### 1. 原告

#### 가. 少數株主權者

우리나라 商法은 前述한 바와 같이 美國과 日本에 있어서와는 달리 개개의 株主는 代表訴訟을 제기할 수 없고, 發行株式總數의 100分の 5이상에 해당하는 株式을 가진 少數株主權者(또는 少數株主)에 限하여 이를 제기할 수 있다(第403條 第1項). 이는 濫訴의 弊害를 방지하기 위한 것이라고 설명되고 있다.<sup>51), 52)</sup> 그러나, 비록 일정한 要件이상의 株式을 가지는 株主라 하더라도 妨害效果(nuisance value)를 노리고 被告理事로부터 訴를 取下하는 代價로 자기의 실제의 利害에 비하여 현저하게 많은 金額의 支給을 목적으로 하는 이른바 會社攪亂訴訟 또는 擄取訴訟(strike suit)을 제기할 위험이 없는 것은 아니다. 證券去來法은 內部者去來制限을 위반한 任職員 등의 책임을 추궁하는 代表訴訟은 모든 株主가 原告가 될 수 있도록 하고 있다(第188條 3項).

代表訴訟의 原告는 訴提起時는 물론 訴訟係屬을 통하여 發行株式總數의 100分の 5이상에 해당하는 株式을 소유한 株主이어야 한다. 株主인 이상 議決權없는 株式의 株主라도 代表訴訟을 제기할 수 있다.<sup>53)</sup> 왜냐 하면, 代表訴訟은 株主總會의 決議와는 관계없이 회사의 구성원이라는 자격에서 인정되기 때문이다.

發行株式의 100分の 5이상에 해당하는 株式을 소유하지 아니한 株主가 代表訴訟을 제기한 경우에는 當事者適格의 欠缺을 이유로 하여 그 訴를 却下하여야 할 것이다. 그러나, 이 訴를 却下하지 않고 있는 동안에 다른 株主가 이 訴訟에 參加하여, 참가주주와 原告株主의 株式의 합계가 發行株式總數의 100分の 5이상이 되었을 때는 이 瑕疵는 治癒되어 訴를 却下할 수 없다고 풀이한다.<sup>54)</sup> 株式讓渡에 의하여 株主의 地位를 상실하면 訴를 제기할 수 없게 되므로, 訴訟係屬中 原告가 그 株式의 전부 또는 일부를 讓渡하여 少數株主의 要件을 상실하게 되면 當事者適格을 잃게 되므로 訴는 不適法하여 却下를 免할 수 없게 된다.<sup>55)</sup>

51) 徐嫩珪, op.cit., p.399; 鄭熙喆, op.cit., p.498; 李基秀, op.cit., p.425.

52) 日本에서도 代表訴訟의 濫用을 막기 위하여 少數株主權者만이 訴를 제기할 수 있도록 하자는 견해도 있다(石井照久, op.cit., p.357).

53) 孫珠瓚, op.cit., p.542; 北澤正啓, 「株主의 代表訴訟과 差止權」, 株式會社法講座 第三卷, p.1150.

54) 鄭東潤, 「株主의 代表訴訟—實務上의 問題點을 中心으로 하여」, 司法論集 第2輯, p.342.

55) 孫珠瓚, op.cit., p.542; 石井照久, op.cit., p.360.

## 나. 株主名簿上의 株主의 要件

우리나라 商法上 記名株式을 취득하여 名義改書를 한 株主(第337條) 또는 無記名株式을 취득하여 그 株券을 會社에 供託한 株主(第358條)가 代表訴訟을 제기할 수 있는 株主의 要件을 충족함은 물론이다.

그러면, 記名株式을 취득하고 아직 名義改書節次를 밟지 아니하였거나 또는 無記名株式을 讓受하고 株券을 會社에 供託하지 아니한 株主는 어떻게 되는가?

美國에서는 원래 模範會社法(Model Business Corporation Act) 第49條가 理事의 不正行爲時에 株主名簿上(of record)의 株主에 해당하는 것을 要件으로 한다고 규정했지만 이에 따른 州는 적어서, 1984年의 全面改正에서는 이 요건을 삭제하고 있다. 그 이유로서는 理事의 不正行爲時에 실질상의 株主에 해당하는가가 중요한 것이지, 株主名簿上의 株主라고 하는 형식상의 의미는 證券會社 名義(street name)내지 機關投資家 名義에 의한 株式所有가 일반화하고 있는 오늘날에는 時代錯誤的인 것으로 퇴색했다는 것이다.<sup>56)</sup> 그래서 美國法律協會의 試案 第1에서는 實質上의 株主(beneficial holder)에게도 提訴資格을 인정하기로 하고 있다.<sup>57)</sup>

日本에서는 株主의 代表訴訟뿐만 아니라, 株主의 提訴資格에 관하여 일반적으로 株主名簿上의 株主를 要한다고 풀이되고 있다.<sup>58)</sup>

요컨대, 우리나라 商法 第337條와 358條의 규정은, 엄밀히 말하면, 株主가 회사에 대한 권리를 행사하기 위한 對抗要件이므로, 株主가 理事에 대한 책임을 추궁하는 代表訴訟의 경우, 즉 理事에 대한 權利行使인 경우에 있어서도 이와 같은 對抗要件이 요구되어야 하는가는 懷疑의이다. 그러나, 한편으로는 代表訴訟을 제기하려면 株主는 예외적인 경우를 제외하고는, 먼저 회사에 理事의 책임을 추궁할 訴의 提起를 요청하여야 하며, 이를 위해서는 그 株主는 회사에 대한 對抗要件을 구비해야 하는 것으로 풀이되고 있다.

생각컨대, 株主名簿에 등록되지 아니하거나, 供託하지 않는 實質株主에게 訴訟을 제기할 수 있게 하더라도 회사에게 부당한 부담을 지우는 것이 아니라면,<sup>59)</sup> 이와 같이 株式을 취득한 者가 辯論終結時까지 위 對抗要件을 구비하면 충분하고, 그 때까지도 이를 갖추지 못하면 當事者適格의 欠缺로서 訴를 却下해야 할 것이다.<sup>60)</sup> 왜냐 하면, 株主名簿가 閉鎖되어 對抗要件을 구비할 수 없거나, 회사에서 名義改書를 사실상 拒否하고 있는 동안에 代表訴訟을 제기하여야 할 急迫한 事정

56) Proposed Revisions of Model Business Corporation Act affecting Actions by Shareholders—A Report of Committee on Corporate Laws, 37 Bus. Law, 261, 262(1981)

57) ALI., T.D. No.1, at 263.

58) 竹内昭夫, 「株主의 代表訴訟」, 法學協會百周年記念論文集 第三卷, p.175.

59) Rosenthal v. Burry Biscuit Corp., 30 Del. Ch.299, 60 A.2d 106, 1948 參照.

60) 鄭東潤, op.cit. (註54), p.342.

이 있을지도 모르기 때문이다. 이 경우에 株式讓受人은 株主名簿上의 名義人일지라도 이미 提訴資格이 없게 됨은 물론이다.

#### 다. 責任發生當時 株式所有의 要件

美國法에서는 일반적으로 原告株主는 代表訴訟에서 문제가 된 理事의 責任發生當時(不正行爲가 이루어졌던 당시) 이미 株主이었거나, 또는 그 後에 法律의 規定에 의하여(예컨대, 相續) 株式을 취득한 것을 밝히지 않으면 안된다고 하는 原則(contemporaneous share ownership rule)이 채택되고 있다. 이 「責任發生當時 株式所有의 원칙」은 원래 市民權의 相違(diversity of citizenship)에 의하여 株主가 事件을 聯邦法院에 提訴할 목적으로 다른 州의 居住者에게 株式을 양도하는 慣行을 막기 위하여 聯邦最高法院이 課한 요건이지만,<sup>61)</sup> 오늘날에는 聯邦民事訴訟規則 23·1條가 明定하고 있는 外에 New York 州, California 州 등 중요한 州를 포함한 大多數의 州會社法도 이를 채택하고 있다.<sup>62)</sup> 이 원칙을 취한다면, 소송을 目的으로 하여 株式을 買受하는(purchased grievances) 事態나, 값싸게 株式을 매수한 후 代表訴訟에서 責任을 이행시켜 不當하게 利得하는 事態<sup>63)</sup>를 막을 수 있다는 것이다.

그러나, 이에 대한 非難도 제기된 바 있다.<sup>64)</sup> 즉, 株主의 代表訴訟에 있어서 주장되는 것은 회사의 訴權이기도 하고, 따라서 각 주주는 그 주장에 관하여 동일한 利害關係를 가져야 한다는 것이다. 또한, 이 원칙을 嚴格하게 적용하게 되면 理事의 不正行爲 事實에 관하여 善意로 株式을 讓受한 者에 대하여도 提訴資格을 否定하는 결과를 가져온다는 것이다. 그리하여 美國法律協會 試案 第1의 7·02條 (a)項에서는 原告適格의 요건의 하나로서 「原告는 그 소송에서 문제삼은 不正行爲에 관한 重要한 事實을 알고 있던 때보다 이전에, 그리고 그 事實이 일반에 公表된 때보다 이전에 株式을 취득한 者」로 규정하고 있다.

日本 商法 第267條 1項은 株主의 代表訴訟의 原告適格에 관하여 6개월 전부터 引受株式을 가진 株主라고 못박고 있다. 6개월 株式所有期間의 요건은 濫訴防止를 위하여 가해진 것이지만, 그러나 理事의 責任발생사실을 안 후에 訴訟을 제기하기 위하여 株式을 買受한 者일지라도 6개월을 기다리면 訴를 제기할 수 있게 되므로 濫訴防止에는 도움이 되지 않는다. 뿐만 아니라, 日本 商法 第267條 3項에서는 회사에 訴提起를 청구한 후, 30日後라야 비로소 原告株主가 스스로 訴를

61) Hawes v. Oakland, 104 US 450, 26 L. Ed. 287(1881)

62) Calif. Corporations Code §800(b)(1); Del. Gen. Corp. L. §327; Ill. Bus. Corp. Act §157, 45 a; Business Corp. L. of N.Y. §626(b); Ohio Rev. Code Ann. §2307, 311; Pa. Bus. Corp. L. §516; Wash. Rev. Code Ann. §23 A. 08. 460; Wis. Stat. Ann. §180. 405(1)(a); Henn & Alexander, op.cit., pp.1058 이하.

63) Home Fire Ins. Co., v. Barber, 67 Neb. 644, 93 N.W. 1024(1903)

64) Ballantine, op.cit., pp.352~353; Ballantine, Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far is California's New Security For Expenses' Act Sound Regulation? 37 Calif. L. Rev. 399, 413~416(1949)

제기할 수 있다고 하는 同條 2項의 例外로서 30日이라는 期間의 經過에 의하여 회사에 回復할 수 없는 손해를 생기게 할 우려가 있는 경우에는 30日의 經過를 기다리지 아니하고 訴를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데, 이와 같은 急迫한 경우에도 株式取得後 6개월 동안 待期하지 않으면 안된다는 것은, 모처럼 규정한 3項 但書條項의 의미를 상실하게 하여 버린다는 비판이 있다.<sup>65)</sup>

우리나라 商法の 解釋으로는 追窮되는 理事의 責任發生當時에 株主일 필요는 없다고 하고 있지만,<sup>66)</sup> 前述한 美國法律協會 試案의 立場을 참고하여야 할 것이다.

#### 라. 適切代表의 要件

少數株主權者이기만 하면, 누구나 代表訴訟을 제기할 수 있는가?

美國에서는 原告株主가 그와 동일한 상황에 있는 株主들을 公正하고 適切하게 (fairly and adequately) 代表하지 않는다고 인정되는 경우에는 訴訟을 수행할 수 없다고 규정하고 있다(聯邦民事訴訟規則 第23·1條). 判例는 이 適切性의 判斷基準으로서 消極的으로는 原告와 그가 代表하는 다른 株主의 利益이 서로 相反되지 않을 것이 필요하고, 積極的으로는 「原告가 그 代表訴訟을 어느 정도 精力의이고 良心的으로 수행하는가?」라는 요건을 들고 있다.<sup>67)</sup>

구체적으로 검토한다면 먼저, 訴訟提起의 動機가 提訴資格에 영향을 미치는가 하는 점이다. 代表訴訟을 제기할 目的으로 株式을 買受한 株主는 단지 그 이유만으로는 提訴의 資格을 否認당하지 아니한다.<sup>68)</sup> 즉 原告株主의 개인적인 동기의 當·不當은 일반적으로 문제가 되지 않는다. 그러나, 原告株主가 현저하게 利己의인 動機에서 전체의 이익에 反하는 目的을 위하여 訴訟을 수행하는 경우에는 그 株主를 전체의 公正한 代表者라고 할 수 없으므로, 原告株主의 동기를 문제삼지 않으면 안된다고 한다. 따라서 原告株主가 競爭會社의 꼭두각시로서 경쟁회사의 이익만을 위하여 제기하는 代表訴訟은 허용되지 않는다고 할 것이다.<sup>69)</sup>

다음으로, 原告株主가 理事의 不正行爲에 대한 參加, 同意, 認容, 追認<sup>70)</sup> 또는 提訴懈怠<sup>71)</sup>가 있던 경우에는 그 스스로 代表訴訟을 제기할 수 없게 된다. 문제는 이러한 株主로부터 그 情을 알면서 취득한 株式의 讓受人은 提訴資格이 否定되는가 하는 점이다. 株式의 讓受人은 讓渡人에 갈음하여 양도인과 같은 地位에 선다고 하는 이유에서 提訴資格을 否定하는 견해가 있으나<sup>72)</sup>, 이

65) 竹内昭夫, op.cit., p.173.

66) 徐煥珏, op.cit., p.400; 鄭熙喆, op.cit., p.498; 梁承圭·朴吉俊, op.cit., p.341.

67) Cohen v. Bloch, 507 F. Supp. 321, at 324(S.D.N.Y. 1980); Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, at 1312(W.D. Pa. 1981)

68) 北澤正啓, op.cit.(註8), p.676.

69) Ballantine, op.cit., p.361.

70) Lattin, op.cit., p.416.

71) Ballantine, op.cit., p.361.

72) 이를 有實株式의 法則(dirty stock rule or tainted share rule)이라고 한다.

는 株式의 流通性에 反하므로 株式讓受人의 缺格事由를 讓受時에 알지 못했던 경우에는 善意의 讓受株主에게 代表訴訟의 제기를 긍정해야 할 것이다.<sup>73)</sup>

그밖에도, 原告株主의 株式이 明示의인 規定에 違反하여 無効가 되는 경우에는 물론 訴提起의 資格이 부인된다.<sup>74)</sup>

## 2. 被告

代表訴訟의 被告는 理事 또는 理事이었던 者이다. 理事가 在任中에 任 責任에 관하여는 退任後라도 代表訴訟으로 그 追窮을 할 수 있다.<sup>75)</sup>

美國法은 會社를 名目上 被告(indispensable party)로 하고 있으며, 반드시 會社를 被告로 하여 提訴하지 않으면 却下를 免하지 못한다.<sup>76)</sup> 그 이유는 본래의 被告인 理事가 후일 회사에 의하여 재차 提訴당하는 것으로부터 보호한다는 취지와 勝訴의 경우에 회사가 반드시 損害賠償을 받는 것을 確保한다는 2가지 點에 있다.<sup>77)</sup> 그러나, 우리나라 商法은 會社를 被告로 하는 것을 要하지 않는다.

우리나라의 代表訴訟은 「理事의 責任을 追窮하는」 것이라고 규정하고 있으므로 會社外部의 第三者를 被告로 할 수는 없다는 점이 또한 美國法과 다르다.

# VI. 提訴前後의 節次와 訴訟參加

## 1. 訴 提起前의 節次

原告인 少數株主가 代表訴訟을 제기하기 위해서는 먼저 회사 자체에 의한 해결을 促求하여야 한다. 會社가 주된 利害關係者이기 때문이다.

美國에서는 이를 이른바 "demand rule"이라고 한다. 이 原則은 株主가 스스로 代表訴訟을 제기하는 前提要件으로서 會社內의 救濟手段을 모두 消盡해야(exhaustion of intra-corporate remedies) 하는 것을 要한다.<sup>78)</sup> 이것은 沿革的으로는 代表訴訟이 株主의 救濟와 經營陳의 不正을

73) Ballantine, op.cit., p.354; Lattin, op.cit., pp.423~424.

74) 北澤正啓, op.cit.(註8), p.677.

75) 徐燦珪, op.cit., p.399; 孫珠瓊, op.cit. p.542; 鄭東潤, op.cit.(註16), p.438; 李基秀, op.cit., p.426.

76) 이에 反하여 英國에서는 會社를 原告로 하고 있다(Note, Defences in Shareholders' Derivative Suit—Who May Raise Them, 66 Harv. L. Rev. 342, 348).

77) Henn, *Corporations*, 1962, p.580; Washington, *Stockholders' Derivative Suits: The Company's Role and A Suggestion*, 25 Cornell L.Q. 361, 362(1940)

78) Ballantine, op.cit., p.345; FRCP §23·1; N.Y.Bus. Corp. Law §626(c) 參照.

是正하기 위한 다른 수단이 없는 경우에 衡平法上의 최후의 救濟로서 인정된 것이라는 데 起因하고, 立法政策的으로는 代表訴訟의 濫用을 방지하고 會社의 권리는 理事가 행사한다는 正規의 體制를 존중하는 價値判斷에 基한 것이다. 그런데 본디 節次的 前提要件이었던 이 원칙은 다음에서 살펴보는 바와 같이 經營判斷의 法則이라는 實體的 要件으로 탈바꿈하고 있다.<sup>79)</sup>

## 2. 訴의 提起와 經營判斷의 法則

少數株主가 회사에 대하여 理事의 責任을 追窮할 訴의 제기를 청구하여 온 경우에는 監事가 회사를 代表하여 訴를 제기한다(商法 第394條 後段). 이 경우에 監事는 理事會의 決議 등 특별한 절차없이 당연히 회사를 대표한다.<sup>80)</sup>

美國法上으로는 代表訴訟을 提起하기 전에 訴提起의 청구를 받는 機關은 理事會 또는 그 訴訟委員會이다. 理事會가 어떤 事案에 관하여 會社의 利益을 위하여 가장 좋은 방법이라고 정직하게 믿고 그들의 裁量 및 判斷力을 공정하게 행사하여 어떤 結論을 얻으면, 그 裁量을 濫用하지 않는 限, 法院은 理事會에서 내린 判斷에 介入하지 아니하며, 理事들은 위 결정에 대하여 責任을 지지 아니한다. 이른바 經營判斷의 法則(business judgement rule)이라는 것이다.<sup>81)</sup> 이 원칙에 따라 理事會가 代表訴訟을 제기하지 아니하기로 결정하면, 株主는 理事들이 그들의 裁量을 濫用하였음을 立證하지 못하는 限, 그들의 決定에 따라야 한다.<sup>82)</sup>

日本法에서는 우리나라와 같이 監事가 회사를 대표하여 訴를 제기하고, 監事가 訴를 제기하지 않는 경우, 그 判斷의 當否에 관계없이 30日 經過後에 株主에게 代表訴訟의 제기를 인정함으로써, 이 要件이 理事의 經營權限을 보호하는 것에 重點을 두고 있지 않는 것으로 풀이하고 있다.<sup>83)</sup>

우리나라 商法上으로는, 少數株主가 監事에게 理事의 責任을 추궁할 訴의 제기를 청구하여 온 경우에 監事는 訴의 提起 여부를 결정할 裁量이 없고 반드시 訴를 제기하여야 한다는 것이 일반적인 해석이라고 한다.<sup>84)</sup> 그리하여 監事가 이 請求를 받은 날로부터 30日이내에 訴를 제기하지 아니하면, 少數株主는 그 때에 비로소 회사를 위하여 즉시 訴를 提起할 수 있다(商法 第403條 3項).

그런데, 私見으로는 이 경우에 會社가 理事를 상대로 하여 訴를 제기할 것인가의 여부를 監事가 單獨으로 決定할 수 있다고 본다.<sup>85)</sup> 왜냐 하면, 회사가 理事의 責任을 추궁하는 訴提起의 청

79) 竹内昭夫, op.cit., p.192.

80) 李泰魯·李哲松, op.cit., p.535.

81) Henn & Alexander, op.cit., pp.661 이하.

82) Ballantine, op.cit., pp.348~349; Henn & Alexander, op.cit., p.1070; Lasker v. Burks, 567 F. 2d 1208 (2d Cir. 1978), rev'd, 441 U.S.471 (1979)

83) 近藤光男, 「代表訴訟に關する一考察」, 現代企業法の展開(竹内昭夫先生遺歷記念), 1990, p.315.

84) 鄭東潤, op.cit.(註16), p.440.

85) 李泰魯·李哲松, op.cit., p.535; 鄭東潤, op.cit.(註16), p.451 參照.

구를 받은 날로부터 30日內에 訴를 제기하지 아니한 때에는 少數株主는 회사를 위하여 訴를 제기할 수 있다는 위 商法規定은 監事가 단지 訴의 提起 여부에 관한 결정을 함이 없이 30日을 경과한 경우만을 뜻한다고 보기에는 無理이기 때문이다. 여기서 문제는 監事가 少數株主의 청구를 받고 調査한 결과 理事의 책임은 인정되지만, 예컨대 그것이 會社의 信用을 해칠 염려가 있다든지, 또는 일반인이 그 사건에 관하여 非常한 관심을 가질지 모르므로, 회사의 이익을 위하여는 오히려 그 理事의 책임을 추궁하는 訴를 제기하지 않는 것이 좋겠다고 판단하여 결정을 내리면, 提訴請求를 한 少數株主가 이에 따라야 하는가에 관하여는 매우 懷疑의이며 더욱 檢討를 要한다고 볼 것이다.

다만, 30日의 期間이 경과함으로써 회사에 回復할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 때에는, 少數株主는 例外的으로 이 節次를 생략하고 바로 訴를 제기할 수 있다(商法 第403條 4項). 여기서 回復할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우라는 것은, 예컨대 理事가 財産을 은닉한 경우, 無資力으로 되는 경우, 會社의 債權이 時効에 걸리든가, 理事의 책임이 解除되리라고 예상되는 경우 등이다.<sup>86)</sup> 또한, 會社에 대한 청구가 無益할 것이 明白한 경우(예컨대, 監事가 문제된 責任事由에 관련되어 있는 경우)에도 30日의 경과를 기다리는 것은 불필요하다고 본다.<sup>87)</sup>

少數株主가 회사에 대하여 청구를 하였으나, 30日의 經過를 기다리지 아니하고 代表訴訟을 제기한 때에는 上述한 특별한 사유의 有無를 審理하고, 그러한 사정이 없는 때에는 회사에 청구한 날로부터 30日內에 한하여 이를 却下할 수 있다고 해야 한다. 왜냐 하면, 회사에 대한 請求日로부터 30日을 경과한 때에는 訴提起前의 節次에 관한 瑕疵는 治癒되는 것으로 보아야 하기 때문이다.<sup>88)</sup>

### 3. 訴訟參加

#### 가. 少數株主가 訴를 提起한 경우

會社는 少數株主가 제기한 訴訟에 參加할 수 있다. 代表訴訟을 제기한 株主는 訴의 提起後 지체없이 회사에 대하여 그 訴訟의 告知를 하여야 한다(商法 第404條 1,2項). 그 목적은 代表訴訟에 대한 회사의 訴訟參加를 용이하게 하기 위한 것이다. 商法에 明文의 규정은 없지만, 다른 株主도 이 訴訟에 參加할 수 있다고 풀이할 것이다. 日本 商法은 이와 같은 취지의 明文規定을 두고 있다(第268條 2項 參照).

會社 또는 다른 株主의 訴訟參加를 인정하는 이유는 商法 第406條의 再審의 訴와 함께 이른바 共謀訴訟의 弊害를 막기 위한 것이다. 뿐만아니라, 原告株主가 받은 判決의 効力은 後述할 바와

86) 崔基元, op.cit., p.667; 李泰魯·李哲松, op.cit., p.591; 姜潤斗, op.cit., p.583, 蔡利植, op.cit., p.611.

87) Ballantine, op.cit., p.347.

88) 鄭東潤, op.cit.(註16), p.440; 姜潤斗, op.cit., pp.583~584; 北澤正啓, op.cit.(註53), p.1152.

같이 會社와 다른 株主에게도 미치게 되기 때문이다.<sup>89)</sup>

會社 및 다른 株主의 訴訟參加의 性質에 관하여 多數說은 共同訴訟參加(民事訴訟法 第76條)라고 본다.<sup>90)</sup> 그 이유는 訴訟의 目的이 原告株主와 參加人 사이에 合一의로 確定되어야 하기 때문이다. 또한, 이와 같이 풀이함으로써 參加人이 本訴에 의한 청구의 범위를 확대할 수 있고, 原告가 訴를 取下하더라도 參加人 스스로 訴訟을 續行할 수 있으므로 共謀訴訟의 弊害를 방지한다는 본래의 취지에 適合하다는 데 있다.<sup>91)</sup> 이에 대하여, 株主의 代表訴訟을 代位訴訟이라고 규정짓고 있는 입장에서는 原告株主가 이미 회사의 권리를 代位行使하여 버린 이상, 다른 株主는 동일한 권리를 代位行使할 수 없으므로 이 參加는 共同訴訟的 補助參加로 풀이해야 한다고 설명한다.<sup>92)</sup> 또한, 訴訟參加없이도 당연히 原告株主가 얻은 判決의 効力이 會社 또는 다른 株主에게 미치는 점에 注目하여 獨立當事者參加로 새기는 견해도 있다.<sup>93)</sup>

私見으로는 會社의 訴訟參加는 多數說의 입장인 共同訴訟參加로 보는 것이 타당하다고 생각하나, 다른 株主의 訴訟參加는 이를 少數株主로서 參加하는 경우와, 그렇지 않은 경우로 나누어서 考察해야 한다고 본다. 즉 少數株主가 訴訟參加하는 경우에는 본래 代表訴訟의 當事者適格을 가지고 있기 때문에 共同訴訟參加라고 새겨도 무방하나, 그렇지 않은 株主의 訴訟參加는 當事者適格을 갖고 있지 못하므로 原告株主와 對等한 關係라고 할 수 없고 따라서 共同訴訟的 補助參加에 지나지 않는다고 思料된다. 이것은 곧 少數株主를 原告適格者로 제한한 본래의 취지와 부합하는 것이라고 본다.

#### 나. 會社가 스스로 訴를 提起한 경우

會社가 理事의 책임을 추궁하는 訴를 스스로 제기한 경우에도 明文의 規定은 없지만, 株主는 이에 參加할 수 있다고 할 것이다. 共謀訴訟의 弊害는 이 경우에도 여전하기 때문이다. 다만, 이 경우에는 株主는 이미 當事者適格을 상실하여 스스로 代表訴訟을 제기할 수 없으므로, 그 參加는 共同訴訟的 補助參加에 불과하다고 풀이된다.<sup>93-1)</sup> 그러나, 多數의 見解는 부당한 訴訟의 지연과 법원 부담의 가중, 그리고 再審의 訴에 의한 別訴의 구제수단이 있음을 이유로 하여 이를 부인하고 있다.<sup>93-2)</sup>

### 4. 訴訟의 公告·通知 問題

#### 가. 다른 會社法上的 訴와의 比較

우리나라 商法은 代表訴訟을 제기한 株主는 訴의 提起後 지체없이 會社에 대하여 그 訴訟의 告

89) 鄭熙喆, op.cit., p.500; 鄭東潤, op.cit.(註16), p.441; 崔基元, op.cit., p.669.; 李基秀, op.cit., p.427; 李炳泰, op.cit.(註16), p.704.

90) 우리나라는 通說의 입장이다((鄭東潤, op.cit.(註16), p.440; 蔡利權, op.cit., p.611 등 參照))

91) 竹内昭夫, op.cit., p.186; 鄭東潤, op.cit.(註54), p.353.

92) 松田二郎, op.cit.(1968), p.146.

93) 谷口安平, 「株主의 代表訴訟」, 實務民事訴訟法講座 5, p.107.

93-1) 鄭東潤, op.cit.(註16), p.441; 姜潤斗, op.cit., p.584.

93-2) 鄭熙喆, op.cit., p.501; 孫珠瓚, op.cit., p.543; 崔基元, op.cit., p.668.

知를 하여야 한다(商法 第404條 2項)고 하고 있으나, 株主들에 대한 代表訴訟의 公告는 행하여 지 않고 있다. 이는 會社設立無効의 訴, 株主總會 決議取消의 訴, 決議無効 및 不存在確認의 訴, 不當決議取消變更의 訴, 新株發行無効의 訴, 合併無効의 訴(商法 第328條 第2項, 376條 2項, 380條, 381條 2項, 430條, 530條) 등과 對照된다.

日本에서도 代表訴訟의 公告는 이루어지지 않고 있으며, 그 이유는 회사의 信用을 保持하기 위한 때문이라고 한다.<sup>94)</sup> 그러나, 다른 종류의 會社法上的 株主訴訟(日本 商法 第105, 247, 353, 280의 16, 416條 등)에 관해서는 公告가 요구되는 것과 비교하여 首尾一貫하지 아니하다는 지적도 있다.<sup>95)</sup>

美國法에서는 代表訴訟이 제기되고 있다는 사실을 다른 株主들에게 周知시키기 위하여 法院의 裁量에 따라 通知(notice)를 하여야 하고,<sup>96)</sup> 모든 株主에게 適正한 通知가 행하여졌을 때에만 다른 株主에게 既判力이 미치는 것으로 하고 있다.<sup>97)</sup> 또한, 前述한 바와 같이 會社를 名目上 當事者로서 訴訟에 관여하도록 함으로써 代表訴訟의 判決의 効力을 당연히 미치도록 하고 있다.<sup>98)</sup>

#### 나. 判決의 効力이 미치는 節次的 要件

생각컨대, 우리나라 法制下에서도 회사에 代表訴訟의 判決의 効力이 미치는 진정한 理由와 要件은 獨逸法式的 法定訴訟擔當과 判決効의 擴張理論에서만 찾을 것이 아니라, 原告株主의 會社에 대한 訴訟告知에서도 摸索되어야 한다고 본다. 이것은 본래 獨自의 利害를 가지는 主體를 判決의 効力에 의하여 구속하기 위해서는 當事者로서 소송에 관여하도록 하지 않으면 안된다고 하는 美國法의 기본적인 態度가 바람직하다는 데 起因한다.<sup>99)</sup> 일단, 訴訟의 존재를 알고서 放置한 者에게는 반드시 當事者로 되지 않을지언정, 그 訴訟의 判決의 効力을 미치게 하더라도 그의 利益을 無視하는 것이라고 볼 수는 없기 때문이다.<sup>100)</sup>

그럼에도 불구하고, 代表訴訟에 있어서 다른 株主들에게 獨自의 利害를 訴訟에 반영시킬 기회를 제공하지도 않은 채 判決의 効力을 미치게 하는 것은 不合理하다. 다른 株主들은 예컨대, 被告가 原告와 共謀하여 부당하게 防禦方法을 제출하지 않는 경우의 被告側을 방어할, 경우에 따라서는 原告株主와 正反對되는 獨自의 利害를 가질 수도 있기 때문이다.<sup>101)</sup> 따라서 判決効力의 확

94) 北澤正啓, op.cit.(註16), p.377.

95) 谷口安平, op.cit., p.107.

96) Advisory Committee's Note to Fed. R. Civ. P. Rule 23·1, 3A Moore, Federal Practice, 1967 Supp.64.

97) Henn, op.cit., p.596.

98) Earl v. Brewer, 248 App. Div. 314, 289 N.Y. Supp. 150, 153(1936)

99) Note, Independent Representation for Corporate Defendants in Derivative Suit, 74 Yale L.J. 524, 525(1965)

100) 谷口安平, op.cit., pp.106~107.

101) Lattin, op.cit., p.437.

장을 위해서는 訴訟의 公告와 通知를 하는 節次가 필요하고<sup>102)</sup>, 立法論으로서도 考慮되어야 할 것이다.

## Ⅵ. 訴訟의 終結

### 1. 判決의 効力

代表訴訟에 대하여 判決이 宣告되면 그 判決의 効力은 본래의 利益主體인 회사에 대하여 당연히 미친다(民事訴訟法 第204條 3項). 이것은 原告인 少數株主가 이른바 第三者의 訴訟擔當인 地位에서 會社를 위하여 訴를 제기한 것이기 때문이다. 따라서 그 관계는 債權者代位權에 의하여 債務者의 권리를 訴求하는 경우와 같은 類型에 속한다.<sup>103)</sup> 그리고 이 判決의 反射의 效果로서 다른 株主도 중복하여 동일한 주장을 할 수 없게 된다.<sup>104)</sup>

이와 같은 代表訴訟에 있어서의 會社에 대한 既判力과 다른 株主에 대한 反射의 効力은 原告株主가 勝訴한 경우 뿐만 아니라 敗訴한 경우에도 발생한다.

### 2. 訴의 取下, 和解 또는 請求의 拋棄와 認諾

#### 가. 株主의 意思에 의한 訴訟의 終了

위와 같이 代表訴訟에 있어서는 회사와 다른 株主의 利害가 관련되어 있으므로 이른바 當事者 處分權主義가 어느 정도 適用되는지 문제된다. 즉 訴의 取下, 和解 또는 請求의 拋棄나 認諾이 자유로운가 어떤가에 관하여는 견해가 갈라지고 있다.

處分權主義를 가장 制限하는 입장에서는 訴의 取下나 和解 또는 請求의 拋棄를 할 수 없다고 한다.<sup>105)</sup> 株主의 代表訴訟에 있어서 原告株主는 회사 내지 全株主의 代表者이고 受託者이기 때문이라고 한다.

이와는 달리 處分權主義를 가장 強調하는 입장에서는 訴의 取下는 물론 和解나 請求의 拋棄도 자유로이 할 수 있다고 한다.<sup>106)</sup> 이 입장은 訴의 取下나 和解, 請求의 拋棄에 의하여 우려되는

102) 李泰魯·李哲松, op.cit., p.592는 訴訟不告知의 경우에 判決의 効力이 會社에 미치지 않는다고 한다(反對: 蔡利植, op.cit., p.612); 谷口安平, op.cit., p.107.

103) 鄭熙喆, op.cit., p.500; 鄭東潤, op.cit.(註16), pp.437, 442; 崔基元, op.cit., p.666; 姜渭斗, op.cit., p.581.

104) 鄭熙喆, op.cit., p.500; 崔基元, op.cit., p.669; 梁承圭·朴吉俊, op.cit., p.342.

105) 孫珠瓊, op.cit., p.543; 李泰魯·李哲松, op.cit., p.592; 姜渭斗, op.cit. p.585; 李炳泰, op.cit.(註16), p.704; 松田二郎, op.cit.(1968), p.146; 伊澤孝平, 注解 新會社法, 1950, p.459.

106) 石井照久, op.cit., p.363; 北澤正啓, op.cit.(註53), p.1158.

共謀訴訟 등의 弊害는 회사나 다른 株主의 訴訟參加 또는 再審의 訴에 의하여 對處할 수 있고, 또 會社에 손해가 발생하면 이러한 行爲를 한 原告株主의 회사에 대한 損害賠償에 의하여 처리할 수 있다는 것을 바탕으로 설명되고 있다.

이 兩者의 중간 입장은 訴의 取下는 가능하나, 和解나 請求의 拋棄는 허용할 수 없다고 한다.<sup>107)</sup>

訴의 取下는 다시 訴를 제기하는 데 아무런 障礙가 되지 아니하므로 허용되나, 和解나 請求의 拋棄를 인정하면 確定判決과 동일한 効力이 있어서 株主의 의사에 의하여 회사의 권리를 處分하는 결과를 가져오므로 이를 인정할 수 없다는 論據이다.

생각컨대, 이 문제는 訴訟物의 處分과 관련짓는다면, 訴의 取下와 和解 및 請求의 拋棄를 구분하여 論하는 것이 事理에 맞다고 본다. 原告 株主는 全株主와 會社를 위하여 公正하고 適切하게 소송을 수행해야 하므로 恣意的일 수 있는 訴訟物의 處分行爲인 和解 또는 請求의 拋棄는 할 수 없다고 보아야 한다. 또한, 再審의 訴의 경우에는 原告와 被告의 共謀를 要하므로, 原告株主의 단순한 불성실로 會社의 권리가 침해된 경우에는 再審事由가 될 수 없고, 이점 회사의 權利救濟手段으로서는 매우 불충분하기 때문이다. 반면에 訴의 取下는 訴訟物의 處分과 관계없고, 原告株主를 무작정 끝까지 붙잡아 둔다는 것도 사실상 곤란한 경우가 있으므로 會社가 訴訟에 참가하지 않는 한 가능할 것이다. 다만, 終局判決 宣告後의 訴의 取下는 회사의 권리를 處分하는 효과를 가져오므로 허용할 수 없다.<sup>108)</sup>

그리고 被告理事가 原告의 請求를 認諾하는 데는 會社나 全株主의 權利의 處分과 無關하므로, 위의 어느 입장에서나 허용된다고 할 것이다.<sup>109)</sup>

美國에서는 訴의 取下·和解 또는 請求의 拋棄를 하는 데는 法院의 許可를 얻도록 하고, 그 허가를 함에 있어서는 다른 株主에게 通知를 하도록 규정하는 예가 많다.<sup>110)</sup>

#### 나. 會社에 의한 處分

먼저, 會社는 少數株主가 제기한 代表訴訟에 參加한 경우에 소송의 主導權을 행사할 수 있는가? 會社도 共同訴訟參加人이므로 當事者의인 地位를 가지고 一切의 攻撃防禦方法을 제출할 수 있다. 그러나, 그 성질상 不利한 行爲는 全員이 함께 하지 않으면 그 効力이 없으므로(民事訴訟法 第63條), 和解나 請求의 拋棄는 물론이고, 본래의 代表訴訟을 取下하는 行爲도 할 수 없을 것이다.<sup>111)</sup>

美國에서는 株主의 代表訴訟이 제기된 경우에 그 訴訟과 利害關係가 없는 中立的 理事는 訴의

107) 徐嫩珏, op.cit., p.400(다만, 取下문제는 언급되지 않음); 鄭東潤, op.cit.(註16), p.442; 蔡利植, op.cit., pp.611~612; 田中誠二, op.cit., p.668.

108) 竹內昭夫, op.cit., p.198.

109) 鄭東潤, op.cit.(註54), p.357.

110) Fed. R. Civ. P. §23·1; Henn & Alexander, op.cit., p.1099이하.

111) 鄭東潤, op.cit.(註54), p.354.

取下를 할 수 있다고 하고 있다.<sup>112)</sup>

다음으로, 株主가 代表訴訟을 제기한 경우에 會社가 裁判外에서 理事에 대한 權利에 관하여 免除, 拋棄, 和解 등의 處分을 할 수 있는가? 株主의 代表訴訟의 代位訴訟성에 비추어 보면, 第三者의 訴訟擔當의 한 경우로서 그 관계는 債權者代位權에 의하여 債務者의 權利를 행사하는 경우와 같음은 既述한 바이다. 따라서 債權者가 그 代位權에 基하여 債務者의 權利의 행사에 착수하고 이를 債務者에게 通知한 때에는, 債務者는 이후 그 권리에 관하여 代位行使를 방해하는 處分行爲를 하더라도 이를 가지고 債權者에게 對抗하지 못한다(民法 第405條 2項). 이와 같은 맥락에서 會社는 裁判外에서 理事에 대한 權利의 免除, 拋棄, 和解 등의 處分을 할 수 없다고 본다.<sup>113)</sup> 이는 提訴懈怠를 한 會社에 대하여 權利行使의 主導權을 주지 않는 점과 상통한다.

## VII. 結論：要約

이상으로 株主의 代表訴訟에 관하여 美國과 日本의 學說, 判例 그리고 立法例 등을 바탕으로 우리나라에서 理論적으로 제기될 수 있는 問題點들을 比較法的 考察을 中心으로 살펴 보았다.

먼저, 株主의 代表訴訟은 代位訴訟으로서의 構造와 代表訴訟으로서의 性格을 가지는 二重構造를 파악하는 데서부터 비롯하여야 한다. 前者에 着眼한다면 債權者 代位權으로서 第三者의 訴訟擔當과 상통하고, 後者에 착안한다면 代表當事者訴訟(class action)과 脈을 같이 한다. 이는 또한 英美法에서 由來하는 制度를 大陸法의 理論에 조화시켜 代表訴訟 전반에 걸친 法律關係를 풀어나가는 데 있어서의 解決의 실마리가 되고 있다.

둘째로, 株主의 代表訴訟에 의하여 追窮할 수 있는 理事의 책임범위는 理事가 회사에 부담하는 모든 責任에 미치는 것으로 보고, 나아가서 善管注意義務違反보다는 忠實義務違反의 責任에 중점을 두어야 한다는 理論을 展開하였다. 더우기 責任限定說에서 제외하고자 주장하는 이른바 借用金債務나 買賣代金支給債務 등 理事의 會社에 대한 第三者의 債務는 忠實義務에 속하는 것으로서 理事가 會社의 利益을 犧牲시켜 자기의 이익을 꾀하고자 하는 것이므로 오히려 그 惡性을 더욱 문제삼지 않을 수 없는 것이라는 데 注目하였다.

셋째로, 少數株主가 監事에게 理事의 責任을 追窮할 訴의 提起를 청구한 경우에 監事는 訴訟提起 여부를 단독으로 결정할 수 있다는 점을 喚氣시키고 우리나라에서도 美國과 같은 經營判斷의 適用可能性 여부를 摸索하려고 시도하였다. 그러나, 株主의 代表訴訟보다는 株主總會의 決議瑕疵를 다루는 訴訟으로서 紛爭解決의 수단으로 삼는 우리의 實情에서는 우선 企業紛爭의 實態에 관한 實證的 研究가 절실히 요청되고 있다.

112) Burks v. Lasker, 441 U.S. 471(1979).

113) 徐敏珏, op.cit., p.400; 孫珠瓚, op.cit., p.543; 鄭東潤, op.cit., p.442; 李炳泰, op.cit.(註16), p.704; 梁承圭·朴吉俊, op.cit., p.342; 松田二郎, op.cit.(1968), p.145; 田中誠二, op.cit., p.668.

넷째로, 少數株主權者만이 代表訴訟의 原告適格을 가지는 우리나라의 특성상, 그와 동일한 처지에 있는 다른 株主들을 公正하고 適切하게 代表하게 하는 基準設定에 부심하였다. 그리고 株主의 代表訴訟에 대한 訴訟參加의 문제에 관하여 少數株主로서 參加하는 경우에는 共同訴訟參加가 되나, 그렇지 아니한 株主들의 訴訟參加는 當事者適格을 갖지 못하므로 共同訴訟的 補助參加에 머물 수 밖에 없다는 점을 새롭게 제기하였다.

끝으로, 代表訴訟 提起에 따른 公告가 행하여지지 않는 점을 다른 會社法上的의 訴와 對照 分析하고, 判決의 効력이 미치게 하기 위해서는 어떠한 方法으로든지 訴訟에 參與할 수 있는 機會를 제공해야 할 節次上的의 필요성을 力說하였다.

이와 같은 맥락에서 所有와 經營의 分離現象에 따라 오로지 株價上昇과 利益配當에만 혈안이 되고 있는 오늘날 대다수 投資株主들의 관심을 會社經營에의 건전한 參與로 유도하고, 經營陳을 監視하는 法的 裝置인 株主의 代表訴訟을 效率的으로 機能하게 하기 위해서는 開示(discovery) 制度의 制度的 保障과 活性化가 무엇보다 요구되어지고 있다.

## Summary

## A Study on the Shareholder's So-called Derivative or Representative Suit

*Yang Seok-wan*

It is an almost necessary consequence of a wrong to a corporation, such as embezzlement of its funds, that the value of each shareholder's stock interest will be impaired. Each shareholder is in fact damaged by a wrong to the corporation, perhaps seriously. As a general rule, however, a shareholder is considered to have no direct, individual right of action for corporate wrongs which impair the value of his investment. Injuries to the corporation, as by negligence, mismanagement or fraud of its directors, are normally dealt with as wrongs to the whole group of shareholders in their corporate capacity, to be redressed in a suit by or on behalf of the corporation.

To permit shareholders to sue separately whenever the value of their shares is diminished by wrong to the corporation would conflict with the separate corporate entity, the prior rights of creditors and the duty of the management to sue for the protection of all concerned. It would produce wasteful multiplicity of suits. It would involve confusion in ascertaining the effect of partial recovery by an individual on the damages recoverable by the corporation for the same act. A single action by the corporation, or by a shareholder in a derivative suit suing in its behalf, will obtain redress for all the shareholders and will also protect the priorities of creditors who may be unable to collect their claims if corporate assets are recovered by the shareholders individually.

Various theories have been suggested to explain the ground upon which an individual shareholder may be allowed to sue on a corporate right of action. One theory does not go very far but merely explains the suit as an exceptional method of procedure in order to give a remedy for a corporate wrong affecting the shareholders indirectly which would otherwise escape redress, perhaps by the fraud of the wrongdoers themselves. Another theory is that "the right of the stockholder to sue exists because of special injury to him for which he is otherwise without redress." This idea that the plaintiff sues because of the special indirect damage to himself as a shareholder by the wrong to the corporation and

its assets is not an adequate explanation of the basis of the shareholder's suit. It is more commonly said that "the plaintiff does not sue in his own right, but in that of the corporation." Hence the terms "representative" or "derivative" suit.

A further theory, recognized by a number of courts, analyzes the shareholder's suit as in effect a combination of two causes of action, a proceeding having a dual nature. The individual shareholders may be regarded as having a right in equity to compel the assertion of a corporate right of action against the directors or other wrongdoers when the management wrongfully refuses to act. The proceeding may be regarded as a "propulsive" one, to compel in one proceeding the enforcement of the obligation owed by the corporation to the plaintiff and to all its shareholders, to assert its rights of action for their benefit. The corporation as beneficiary and the wrongdoers are joint as parties defendant in order that the corporate duty and right of action may be enforced for the benefit of all in one proceeding.