

# 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

1999. 12

수석연구원 정 윤 모  
선임연구원 손 영 락

한국증권연구원  
Korea Securities Research Institute

## 序 言

경영진과 대주주의 전횡으로 잘못된 기업운명을 소액주주들이 시정할 수 있는 수단중의 하나가 주주대표소송이다. 주주는 회사가 이어나 감사 등 경영진에 대한 책임추궁을 태만히 하는 경우에, 회사를 대신하여 직접 경영진의 책임을 추궁하는 소송을 제기할 수 있다. 이는 정실관계로 인하여 회사가 경영진의 책임을 제대로 묻지 않을 수 있으므로, 이로 인해 회사와 주주의 이익이 침해되는 것을 방지하기 위함이다.

최근 들어 기업의 주인이면서도 기업경영에서 소외되었던 소액주주들이 적극적으로 자신의 권익을 되찾으려는 움직임이 시민단체를 중심으로 나타나고 있다. 그 동안 대주주와 그 지배하에 있는 경영진의 일방적인 횡포 앞에 무기력하기만 하였던 주주들의 기업경영에 대한 관심과 권리의식이 높아지면서 주주들의 경영감시기능이 확대되고 있는 것이다.

주주대표소송의 활성화는 우리 기업경영에 많은 영향을 미칠 것이 분명하다. 먼저 기업경영의 건전성과 투명성이 높아질 것이다. 소액주주가 대표소송으로 지배주주와 경영자를 견제하므로 경영자들의 무책임한 행동이 사라지고, 경영자들이 업무집행을 신중히 하고 판단의 질도 높일 것이다. 또한 그 동안 제대로 대접받지 못하였던 소액주주들의 지위가 강화될 것이다. 이에 따라 기업들은 주주와의 관계개선을 위해 IR활동과 같은 주주우대 정책을 펴게 될 것이다. 한편, 부당한 제소로 인하여 피해를 입은 경영자를 보호해주고, 소송을 우려하여 경영자로 취업하지 않으려는 유능한 인사를 유치하기 위해 임원책임보험의 가입이 증가할 것이다.

이러한 주주대표소송의 활성화에 대해 경제계를 중심으로 그 남용을 우려하는 목소리가 높아지고 있는 것도 현실이다. 그러나, 아직까지는 소액주주활동이 초기 단계이고 그 동기도 각자의 지분만큼 결실을 공유

하자는 순수한 것이라고 보이므로 현단계에서 부작용에 대해 지나치게 우려하는 것은 적절하지 못하다고 생각한다. 또한 주주가 우선 자신의 비용으로 소를 제기하고 그 결과는 법원의 판결에 의하고 승소이익도 모두 회사에 귀속되는 대표소송제도의 성격상 그 남용의 소지는 크지 않다고 본다.

그 동안 사문화되다시피 한 주주대표소송제도가 새삼스럽게 각광받게 됨에 따라, 기존의 대주주 중심의 경영관행에 젖어있던 경영진들은 급작스러운 변화에 당혹해 할 수도 있을 것이다. 그렇지만, 소액주주들의 기업감시활동으로 기업경영의 건전성과 투명성이 제고되고, 이를 통하여 우리 기업들의 경쟁력이 강화된다면, 대표소송제도는 우리 기업들의 가치를 극대화하는 데 상당한 기여를 하리라 기대된다.

본 조사보고서는 미국과 일본의 주주대표소송제도의 현황과 그 실제 운용상황을 살펴보고자 하였다. 본 보고서가 우리 나라 주주대표소송의 제도 및 운영과 관련된 개선방안 마련에 도움이 되고, 나아가 자본시장에 참여하고 있는 일반 투자자들의 권익 보호와 자본시장의 저변 확대, 그리고 우리 기업들의 지배구조개선에 조금이나마 도움이 되었으면 하는 바램이다.

끝으로 본 보고서는 정윤모 수석연구원, 손영락 선임연구원의 노고에 의해 작성되었다. 이에 감사의 뜻을 표한다. 그리고 본 보고서에 제시된 내용과 의견은 전적으로 연구진의 개인의견이며 본 연구원의 공식견해는 아님을 밝힌다.

1999년 12월  
한국증권연구원  
원장 최 윤 열

# 목 차

---

---

I. 서 설 .....	3
II. 주주대표소송의 의의 .....	7
1. 개 념 .....	7
2. 기 능 .....	9
가. 순기능 .....	9
나. 역기능 .....	10
III. 미국의 주주대표소송제도 및 그 운용실태 .....	15
1. 제도의 개관 .....	15
가. 연 혁 .....	15
나. 주주대표소송의 절차 .....	16
2. 주주대표소송 제기시 관련제도 .....	17
가. 원고적격 .....	17
나. 제소청구요건 .....	21
다. 회사의 소송참가 .....	40
라. 담보제공제도 .....	41
3. 주주대표소송 제기후 관련제도 .....	43
가. 화 해 .....	43
나. 이사에 대한 보상 .....	45
다. 이사의 책임면책 .....	48
라. 임원배상책임보험 .....	50
4. 미국의 주주대표소송의 운용실태 .....	52
가. 주주대표소송의 이용현황 .....	52

나. 담보제공제도와 D&O 보험의 최근상황 .....	54
다. 주주대표소송과 기업지배구조 개선 .....	57

#### **IV. 일본의 주주대표소송 및 운용실태 .....61**

1. 제도의 개관 .....	61
가. 개념 .....	61
나. 연혁 .....	61
2. 주주대표소송 제기시 관련제도 .....	65
가. 원고적격 .....	65
나. 제소청구요건 .....	68
다. 회사의 소송참가 .....	68
라. 담보제공제도 .....	69
3. 주주대표소송 제기후 관련제도 .....	71
가. 화해 .....	71
나. 이사에 대한 보상 .....	73
다. 이사의 책임면책 .....	73
라. 임원책임배상보험 .....	74
4. 일본의 주주대표소송의 운용실태 .....	76
가. 1993년 상법개정 전후의 동향 .....	76
나. 최근의 주주대표소송 현황 .....	82
다. 자민당의 상법개정안요강 .....	86

#### **V. 시사점 .....97**

#### **참고문헌 .....103**

#### **부 록 (관련규정) .....105**

## 표 목 차

---

---

<표 IV-1> 주주대표소송 계속건수 .....	76
<표 IV-2> 1998년 현재 주요한 일본의 주주대표소송사건일람 ...	83
<표 IV-3> 각국의 주주대표소송제도 비교 .....	93
<표 V-1> 최근 3개년 임원배상책임보험 가입실적 .....	99



## 1. 서 설

---



## I. 서 설

지난 97년말에 시작된 IMF 경제위기는 우리에게 많은 변화를 요구하였다. 그것은 우리가 변화를 원하느냐 원하지 않느냐 라는 차원을 넘어서 우리 경제를 다시 회복시키기 위한 불가피한 선택이었다. 기존 체제에 대한 퇴영적 집착은 우리 경제의 지속적인 발전을 위한 비전을 제시하지 못하였으며, 당장의 생존마저 위협받게 만들었다. 그 동안 우리 경제는 그 안에 내재되었던 여러 가지 모순점들을 스스로의 힘으로 개선하려는 의지가 미약하였다. 우리 경제를 둘러싼 주변환경은 효율성, 투명성을 중심으로 끊임없이 변화하였는데 우리는 구태여 이러한 세계적인 변화추세를 외면하였던 것이다.

이에 대한 반성으로, 우리 경제의 효율성, 경쟁력을 강화하기 위한 여러 가지 제도의 도입과 개선이 이루어졌다. 특히, IMF 경제위기를 초래한 원인으로 우리 기업들의 독선적인 경영행태가 자주 지적되면서, 경제위기 극복을 위해서는 기업들의 경영을 투명하게 하여야 한다는 점에 대해 공감대가 형성되고 있다. 이는 그 동안 우리 기업들의 경영이 방만하였고 기업이 발표한 회계자료는 신뢰성이 낮았으며, 소액투자자들의 주주로서의 권익이 무시되었다는 등에 기인한다. 그리하여, 제도 개선의 기본방향은 기업경영을 투명하고 공정하게 하여 경영진을 비롯한 대주주의 횡포로부터 기업의 계속성을 유지하고 일반주주들을 보호하자는 데로 그 초점이 모아지고 있다. 이것이 바로 글로벌 스탠더드이기도 하였다.

이러한 기업의 경영투명성 제고방안의 하나로서 주주들의 경영감시 기능이 법적으로 강화되었는 바, 그 하나의 예가 바로 주주대표소송의 제기요건인 지주비율 완화로 나타났다.

주주대표소송제도는 상법 제정시부터 존재하고 있었으나, 그 동안 한

#### 4 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

번도 이용된 사례가 없는 그야말로 상법상의 장식적인 제도에 지나지 않았다. 그러나, 지난 1998년 7월 최초의 주주대표소송에 대한 판결<sup>1)</sup>이 내려지고, 주주의 경영감시기능이 강화되면서 향후 주주대표소송의 활성화가 기대된다.<sup>2)</sup>

이처럼 주주대표소송이 본격적으로 주목받기 시작하면서 주주대표소송의 기능을 강화하면서도 그로 인한 부작용을 방지할 수 있는 방안에 대한 논의가 증가하였다. 즉, 주주대표소송을 활용한 우리 기업들의 경영투명성 제고와 주주대표소송의 남용으로 인한 기업경영활동의 제약이라는, 상호 갈등하는 양 요소간의 조화가 주요한 문제로 대두되고 있다. 이러한 문제에 효과적으로 대비하기 위해서는, 주주대표소송제도를 우리보다 먼저 도입하여 활발하게 이용하고 있는 외국의 사례를 조사할 필요가 있다.

그러므로, 본 보고서에서는 미국과 일본의 주주대표소송 제도동향과 그 이용실태를 살펴봄으로써 우리 나라에의 시사점을 도출하고자 한다.

- 1) 제일은행의 소액주주들이 기업경영진의 부실한 의사결정으로 손해를 보았다며 이사 4명을 상대로 400억원의 손해배상을 요구한 국내 첫 주주대표소송에서 승리를 거두었다. 서울지법 민사합의17부는 1998년 4월 24일 참여민주사회시민연대가 소액주주들을 대표해 (주)한보철강 부실대출에 책임이 있는 이철수 전 제일은행장 등 임원 4명을 상대로 낸 손해배상청구소송에서 원고승소판결을 내렸다. 재판부는 "은행이사들은 기업의 신용회수가능성, 담보여부 등 여러 가지 상황을 잘 살펴서 대출여부를 결정해야 한다"라고 지적하고 "그렇지 않았다면 이사의 의무를 게을리한 것"이라고 판결의 기준을 밝혔다. 재판부는 "은행장 등은 한보철강의 재무구조가 부실하고 사업전망이 불투명하며 회수가능성이 없는데도 거액의 대출을 한 점이 인정된다"라고 판결이유를 설명했다. 재판부는 또 "제일은행이 한보철강에 대한 채권의 일부를 20% 할인한 가격에 성업공사에 매각해 발생한 손실금만도 현재 2,113억원에 달하고 앞으로도 채권회수가 불투명하다"라며 "손해액과 비교할 때 400억원 배상은 정당하다"고 덧붙였다.
- 2) 1999년 5월 31일에는 참여연대 주도로 대우그룹의 김우중 회장을 상대로 부당내부거래의 책임을 묻는 주주대표소송을 제기하였다.  
(<http://www.pspd.org/pec/daewoo.htm>).

## II. 주주대표소송의 의의

---

1. 개념
2. 기능



## II. 주주대표소송의 의의

### 1. 개념

주주대표소송(shareholder derivative suit)이란 회사에 속한 권리 내지 청구권을 회사가 주장하지 아니할 때, 회사에 대한 권리침해를 전보 내지 회복하기 위해서 1인 또는 소수의 주주가 회사를 대신하여 그 권리 내지 청구권을 주장하여 제기하는 소송을 말한다.

이 제도는 원래 미국에서 발달한 제도이므로 미국에 있어서의 주주대표소송의 개념을 살펴볼 필요가 있다. 미국 회사법상 주주가 회사를 상대로 제기하는 소송은 직접소송과 대위소송의 두 가지로 구분되는 데<sup>3)4)</sup>, 주주대표소송은 이 중 대위소송에 해당한다.

- 
- 3) 대위소송과 직접소송과의 가장 큰 차이점은 대체적으로 다섯 가지로 요약될 수 있다. 첫째, 피해자가 누구냐에 따른 차이점이다. 부정행위에 의해 회사가 손해를 입은 경우에는 주주가 대위소송을 제기하여야 하고, 회사가 아닌 주주가 손해를 입은 경우에는 주주가 직접소송을 제기하여야 한다. 따라서, 대위소송에서는 주주가 회사의 손해 또는 회사에 대한 의무위반을 입증하여야 승소할 수 있고, 직접소송에서는 주주가 이를 입증하지 않고도 승소할 수 있다. 둘째, 피해가 직접적이냐 간접적이냐에 따른 차이점이다. 직접적 피해는 회사의 손해를 말하고, 간접적 피해란 회사의 손해로 인해 주가가 하락함으로써 간접적으로 주주의 손해가 되는 것을 말한다. 회사가 손해를 입었기 때문에 주가가 하락하였다는 간접적 손해를 원인으로 하는 소송은 직접소송이 될 수 없다. 다만, 원고의 청구에 회사의 손해뿐만 아니라 주주개인의 권리가 침해되었다는 주장이 포함되는 경우에는 직접소송으로 할 수 있다. 셋째, 승소하는 경우 그 이익의 향유주체가 다르다는 차이점이 있다. 주주대표소송의 승소에 따른 이익은 전부 회사로 귀속하고, 원고주주는 소송의 소요비용을 상환받는 것 외에는 직접적인 금전적 이익이 없다. 회사의 손해를 원인으로 하는 소송에서 나온 이익이 주주에게 분배된다면, 이는 회사채권자에게 영향이 주기 때문에, 회사채권자의 보호를 위하여 승소이익은 원고주주가 아닌 회사에 귀속하여야 하는 것이다. 넷째,

## 8 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

주주대표소송은 주주가 회사의 피해를 구제하거나 회사에 대한 위법 행위를 방지하기 위하여, 주주개인이 아닌 회사의 이익을 위하여 제기하는 소송으로서 형평법에 의하여 유래된 것이다. 주주대표소송은 회사를 위하여 회사에게 이익을 귀속시키기 위한 소송이지만 회사도 명목상의 피고가 된다는 점에서 일본이나 우리의 주주대표소송과 다르다.

이사가 회사와의 거래로 인하여 부정하게 얻은 이익 또는 회사자산을 유용하여 얻은 이익을 회사에 반환할 것을 청구하는 소송, 부당하게 지급된 이익배당 또는 주식양도시 얻은 프리미엄을 회사에 반환하라는 소송 등은 이익이 회사에 귀속하므로 주주대표소송이다. 주주대표소송은

---

유형상 차이점이 있다. 대위소송은 ①내부자의 선관주의의무위반을 원인으로 제기하거나, ②자기거래, 과도한 비용지출, 회사기회의 침탈 등 충실의무위반을 원인으로 제기하는 소송 등이 나올 수 있고, 직접소송은 ①정당한 이익배당청구소송, ②M&A에 대한 부당한 방어행위를 원인으로 하는 소송, ③소수주주보호를 위한 구제를 청구하는 소송, ④주주의 회사장부에 대한 열람청구소송, ⑤주주의 의결권침탈방지를 위하여 의결권 회석을 목적으로 하는 합병의 무효를 주장하는 소송 등이 있다. 다섯째, 절차상 차이점이 있다. 직접소송의 제기에 있어서는 특별한 절차상의 규제가 없으나, 대위소송의 제기에 있어서는 ①원고가 책임발생당시의 주식소유자이어야 하고, ②대위소송을 제기하기에 앞서 이사회에 제소청구를 하여야 하는 사전절차를 거쳐야 한다. 또한, 피고의 신청에 의하여 소송비용에 대한 담보제공이 요구되기도 하고, 제소청구시 이사회 또는 특별소송위원회가 제소거부결정을 하기도 한다. 그런데, 제소청구를 거치지 않았거나 이러한 제소거부결정이 있는 경우에, 법원은 제소청구면제해당여부와 제소거부결정의 적부 및 당부에 대하여 판단한다.

일반적으로, 원고는 대위소송의 경우에는 소송비용담보제공 등 절차상의 규제가 많으므로 대위소송 보다는 직접소송을 제기하려고 한다. 대위소송은 대부분 중국판결에 이르지 않고 중도에 화해에 의하여 종결되는 예가 많은데, 화해에 있어서 가장 중요한 것은 원고변호사에 대한 보수의 범위이며 화해에 의한 종결은 법원의 허가를 얻어야 한다(임재연, “미국회사법,” 박영사, 1995, pp. 185~189 참조).

- 4) Federal Rules of Civil Procedures Rule(연방민사소송규칙) 23조는 집단소송을, 23.1조는 주주대표소송을 각각 규정하고 있다.

특히 자기거래, 회사기회의 침탈 등 충실의무위반사례에 대하여 주로 인정되는데, 이때 경영판단원칙(business judgment rule)과 충실의무(fiduciary duty)와의 조화가 문제된다.<sup>5)</sup>

## 2. 기 능

### 가. 순기능

#### 1) 이사 등의 부정행위로 발생한 손해의 효과적인 구제

회사에 대하여 충실의무, 선관주의의무를 부담하는 자가 이를 위반한 경우, 회사가 그에 대하여 소송을 제기하려면 이사회가 결의를 거쳐야 한다. 그러나, 소송의 상대방이 대개 이사 등 내부자인 경우가 많으므로 실제 이사회에서 이들을 상대로 소송을 제기하려는 결의가 이루어지기 어려운 것이 사실이다. 그러므로, 주주가 자기의 이름으로 회사를 위하여 부정행위자를 상대로 회사의 권리를 대위행사하는 주주대표소송제도를 인정할 필요가 있다.

주주대표소송의 피고가 내부자로 한정되어야 하는 것은 아니므로, 제3자라도 회사에 대하여 계약위반, 불법행위 등으로 인한 책임을 부담해야 한다면 이를 근거로 주주대표소송을 제기할 수 있지만, 실제로 이러

5) 이러한 주주대표소송과 유사한 개념으로서 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act)에 근거한 대위소송을 들 수 있다. 증권거래법에 근거한 대위소송 중, ①SEC Rule 10조 (b)항 5호 위반으로 인하여 회사가 손해를 입은 경우에 제기되는 소송은 전형적인 대위소송이고, ②증권거래법 16조 (b)항에 의한 소송도 일반적으로 대위소송으로 불리지만, 증권거래법 16조 (b)항에 기한 소송은 제정법상 규정된 소송(statutory action)으로서 진정한 대위소송과는 성격이 달라 일반적으로 대위소송에 적용되는 제한이 적용되지 않는다.

## 10 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

한 경우에 회사가 적극적으로 제3자를 상대로 소를 제기하므로 제3자를 피고로 하는 주주대표소송 사례는 발견하기 어렵다.

대위소송은 대개 내부자의 자기거래나 회사기회의 이용 등과 같이 충실의무위반을 원인으로 한다. 또한, 선관주의의무위반의 경우도, 예를 들어 이사회가 다른 회사의 주식취득을 결의하여 취득하였으나 이로 인하여 손해를 입은 경우에, 주주가 이사들을 상대로 이사회와 주식취득 결의시에 선관주의의무를 위반하였다고 주장하여 주주대표소송을 제기할 수 있다. 일반적으로 선관주의의무 위반을 원인으로 하는 주주대표소송에서는 원고가 승소하는 사례가 많지 않다.

### 2) 이사 등의 부정행위 예방

주주대표소송으로 부정행위를 한 이사 등은 상당한 범위의 손해를 배상하게 될 가능성이 있으므로, 주주대표소송은 내부자의 부정행위를 사전에 예방하는 기능을 수행하게 된다. 미국의 많은 판례에서는 주주대표소송의 이러한 예방적 기능을 특히 강조하고 있다.

### 3) 회사의 경제적 효용

회사로서는 주주대표소송으로 인한 경제적인 부담이 일단은 없다. 왜냐하면, 주주대표소송의 변호사비용은 대개 승소조건부이므로 주주가 승소한 경우 피고로부터 받은 이익에서 소송비용을 지급하기 때문이다.

## 나. 역기능

### 1) 소송의 남용

주주대표소송은 대부분 원고변호사가 먼저 소송의 대상을 물색한 후

승소조건부 보수약정(on a contingent fee basis)에 따라 명목상의 주주를 내세워 소송을 하는데, 승소시 얻은 이익은 회사에 귀속하고 원고주주는 단지 자신의 소유주식을 통하여 간접적으로만 승소이익을 얻게 되므로, 원고당사자보다는 원고변호사가 소송결과에 대하여 훨씬 이해관계가 크다. 원고와 원고의 변호사측이 승산 없는데도 화해로 소송을 종결할 목적으로 주주대표소송을 제기하는 예가 많은데, 이를 위협소송(strike suit)이라고 한다.

## 2) 경영자에 대한 부담

주주대표소송으로 인하여 회사의 경영진이 많은 시간과 노력을 기울여야 하는 문제가 있고, 이 때문에 내부자 및 그와 관련된 경영진은 소송의 장기화와 그로 인한 변호사비용의 증가, 업무에의 지장 등으로 소송중간에 화해를 하는 예가 많다. 나아가 경영진은 자신이 주주대표소송의 대상이 될 것이 우려하여 적극적인 업무수행을 회피함으로써 결국 주주의 피해로 되돌아온다는 비판도 있다.

주주대표소송의 이러한 역기능 때문에 주주대표소송을 인정하되 그 남용을 효과적으로 방지할 수 있는 방안의 강구에 주안점이 두어지고 있으며, 원고의 소송의 당부를 검토하기 위한 소송위원회의 역할이 점차 중요해지고 있다.



### Ⅲ. 미국의 주주대표소송제도 및 운영실태

---

1. 제도의 개관
2. 주주대표소송 제기시 관련제도
3. 주주대표소송 제기후 관련제도
4. 미국의 주주대표소송의 운영실태



### Ⅲ. 미국의 주주대표소송제도 및 그 운용실태

이하에서는 우선 주주대표소송이 활발히 운용되고 있는 미국의 경우를 살펴본다. 먼저 전체적인 제도의 모습을 살펴보고, 주주대표소송 제기시 관련 제도, 즉 주주대표소송 제기시에 요구되는 원고적격, 제소청구요건 등의 법률요건을 서술한다. 그 다음으로 주주대표소송 제기후 관련제도인 화해 등의 제도를 살펴보고 마지막으로 주주대표소송제도의 운영실태에 관해서 서술하기로 한다.

#### 1. 제도의 개관

##### 가. 연혁

주주대표소송제도는 영미법상의 형평법에서 기원한 것으로 19세기 초부터 판례법으로 형성되어 왔다.<sup>6)</sup> 즉, 이론상 인정되던 것을 판례에서 수차례 확인하여 판례법화된 것을 1882년에 연방형평법규칙(Federal Equity Rule) 94조로 입법화하여 시행하게 된 제도이다.

그런데, 연방형평법규칙에서는 주주대표소송과 집단소송(대표당사자소송)이 별개의 규정으로 되어 있었지만, 동 규칙을 이어받아 1938년에 제정된 연방민사소송규칙은 23조에서 집단소송(class action)과 주주대표소송을 동일한 조문에 규정하였다. 연방민사소송규칙 23조는 1966년까지 전혀 수정되지 않다가 1966년 집단소송과는 별개로 주주대표소송을 23.1조로 분리하였다.

입법화 이후, 1960년대까지 미국법원은 주주가 제기하는 주주대표소

---

6) 주주대표소송의 원형은 1848년의 Foss v. Harbottle 사건이다.

송에 대해 호의적인 태도를 보였으며, 주주의 이익보호에 상당한 중점을 두었다. 그런데, 1970년대에 들어와서는 주주대표소송에 대한 법원의 이러한 태도가 회의적으로 바뀌었다. 이는 의미없거나 근거없이 주주대표소송을 악용하는 사례가 빈발함에 따른 것이라 한다.

### 나. 주주대표소송의 절차

미국에서의 주주대표소송제도를 세부적으로 보기 전에 우선 간단하게나마 주주대표소송이 진행되는 과정을 살펴보기로 한다.

미국에서 주주대표소송을 법원에 제기하려면 우선 어느 법원에 제소하여야 하는가가 중요하다. 즉, 피고회사의 설립준거법이 적용되는 재판관할지의 법원을 정해야 한다. 미국은 현재 주소지법을 시행하고 있으므로 그 회사의 영업중심지의 주소를 파악하여 그 주소가 속하는 주의 법원에 제소하여야 한다. 현재 미국의 상위 500대 기업의 대부분은 Delaware주에 주소를 두고 있기 때문에 많은 주주대표소송이 Delaware주 법원에 제기되고 있는 형편이다.

하지만, 주주대표소송을 제기하기 위해서는 다음의 여러 가지 법률요건을 갖추어야 한다. 이는 뒤에서 자세히 서술하겠지만, 주목적은 주주대표소송의 폐단을 막기 위한 것이다.

먼저 소제기시 요건으로 첫째, 소송을 제기할 수 있으려면 당연히 그 회사의 주주이어야 한다. 둘째, 주주대표소송에서 문제가 된 이사의 부정행위가 이루어졌던 당시에 이미 주주일 것을 요구하는 이른바 행위시 주주이어야 한다(행위시주주의 원칙). 셋째, 제소하는 주주는 유사한 상황에 처한 주주를 공정하고 적절하게 대표할 수 있어야 한다(적절대표성 요건). 또한, 절차상의 요건으로서 주주가 법원에 바로 제소할 수 있는 것이 아니라, 우선 그 회사의 이사회에 회사가 주주대표소송을 제기하도

록 요구하여야 한다. 제소청구요구를 했는데도 불구하고 이사회가 거절하거나 급박한 경우 기타 요건을 갖추어 법원에 제소할 수 있다. 일단 법원에 제소하였더라도 피고가 원고에 대해 법원에 담보제공을 청구한 경우, 법원이 이를 승인하면 원고는 일정액의 담보를 제공하여야 소송을 유지할 수 있다. 주주대표소송은 대부분의 경우에 화해로 끝나고, 판결까지 가는 비율은 낮다.

## 2. 주주대표소송 제기시 관련제도

### 가. 원고적격

#### 1) 객관적 요건

미국의 연방소송법은 주주대표소송이 악용되는 것을 방지하기 위해 주주대표소송을 제기할 수 있는 자격, 즉 원고적격을 제한하고 있다. 대표소송의 원고는 이사의 위법행위시 전의 주주 또는 위법행위로 확정적으로 추정되기 전의 주주이어야 한다(Federal Rule of Civil Procedure 23.1조 (1)항). 이 원칙은 1882년 연방최고법원의 *Hawes v. Oakland* 판결에서 인정된 것<sup>7)</sup>을 입법화한 것이다. 거의 모든 주의 제정법과 판례가 주주대표소송의 순기능 강화를 위해 이 원칙을 인정하고 있다.

다만, 특이하게도 1976년 제정된 캘리포니아주 회사법은 다른 주법들과는 달리 위 원칙의 적용을 완화하는 규정을 두고 있다(800조 (b)항 (1)호).<sup>8)</sup> 즉, 이사의 부정행위시에 주주자격을 가지고 있지 아니한 주주일지라도 다음 요건을 충족하는 경우에는 주주대표소송을 제기할 수 있다

7) MBCA 7.41조 (1)항 ; 현재 대부분의 주회사법은 이 원칙을 성문화하고 있다.

8) 펜실베이니아 주회사법도 이와 같다(1516조).

록 하고 있다.

- ① 회사를 위해 제기된 주주대표소송에 개연성이 높은 증거가 있을 것(prima facia case)
- ② 다른 동일한 대표소송이 제기되지 않고 또한 제기될 가능성이 없을 것
- ③ 원고가 그 부정행위가 공개되기 전, 또는 원고가 이를 알기 전에 주식을 취득할 것
- ④ 대표소송이 제기되지 않을 경우, 피고가 고의에 의한 신인의무위반에서 생기는 이득을 얻을 가능성이 있을 것
- ⑤ 주주가 요구한 대표소송제기가 회사 또는 회사의 어떠한 주주에게도 부당이득을 생기게 하지 않을 것 등이다.

캘리포니아 주회사법상, 원고적격요건의 충족여부에 관한 판단은 법원이 한다. 이러한 규정을 두게된 것은 특히, 회사경영자의 부정행위를 알지 못한 채 주식을 취득한 자의 제소자격을 인정하지 않는 경우에 발생하는 불합리성을 시정하기 위해서이다.

이러한 캘리포니아 주회사법의 취지에 따르는 의견<sup>9)</sup>과 판례<sup>10)</sup>도 있으나, 전반적으로 보아 아직 판례의 태도는 행위시 주주의 원칙의 적용 완화에 반대하는 입장이다.

원고가 어느 정도의 주식을 소유해야 하는가에 관해서는 명문규정이 없으나, 1주만 소유하고 있어도 주주대표소송을 제기할 수 있다고 해석하는 것이 통설이다. 이는 우리의 경우 지주요건을 두고 있는 것과 비교된다.<sup>11)</sup>

---

9) ALI PCG 7.02조 (a)항 (1)호.

10) Pollitz v. Gould, 94 N.E. 1088(N.Y.1911).

11) 현재 상법의 경우 총발행주식의 1%이고, 증권거래법의 경우 종전 1%였으

일부 학자 중에는 주주대표소송의 남용방지를 위해서, 단독주주권을 5%의 소수주주권으로 할 것을 주장하기도 하지만, 다수주주에 의해 소수주주의 이익이 침해되는 것을 막기 위해 단독주주권으로 계속 두어야 한다는 주장이 강력하여 위의 주장이 실현될 전망은 없는 것으로 보인다. 실제 주주대표소송이 제기되는 현실을 보면, 위의 주장대로 소수주주권으로 제한하더라도 주주대표소송의 남용억제에는 별로 효과가 없다. 주주대표소송의 원고는 주주이지만 위에서 본 것처럼 주주대표소송은 변호사의 금전적 동기에 의해서 제기되는 경우가 많다. 그러므로, 소수주주권으로 제한하더라도 주주대표소송 전문변호사는 주요 기업의 경우, 항상 원고주주로 될 후보자를 준비하여 그로 하여금 많은 회사의 주식을 매입해 놓고 있고, 없더라도 자격을 갖춘 자를 찾아 이익분배특약의 소송원조에 의해 소송을 제기할 수 있기 때문이다.

## 2) 주관적 요건

주주대표소송을 제기하기 위해서는 위의 “행위시주주의 원칙” 뿐만 아니라, 주주대표소송의 원고의 대표성에 착안하여 원고적격의 “주관적 요건”을 미국의 회사법들은 요구하고 있다. 원고적격의 주관적 요건은 “적절 대표성의 요건”이라고도 하는바, 원고는 일반적으로 주주를 공정하고 적절히 대표하고 있어야 하고 (Federal Rule of Civil Procedure 23.1(2)),<sup>12)</sup> 대표소송의 제기에 필요한 자금을 충분히 보유하고 있어야 한다는 요건이다.

---

나 2차례의 개정을 통하여 0.01%로 낮아졌다. 참여연대 등 시민단체는 미국의 예를 들어 단독주주권으로 하여야 한다고 주장하고 있다.

12) 원문은 다음과 같다. “The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of the shareholders or members similarly situated in enforcing to rights of the corporation or association.”

이러한 주관적 요건을 요구하는 이유는 판결이 원고주주 이외의 주주에게 기판력(Res Judicata)를 미치게 하고<sup>13)</sup> 주주대표소송의 잠재적 남용을 방지하기 위한 것이다. 즉, 소송경제의 관점에서 동일사안에 대하여 다수의 소송제기를 방지하고 동일 사안에 관계되는 자의 권리구제를 일시에 하기 위해서이다.

원고주주가 공정하고 적절한 요건을 갖추었느냐에 대한 판단은 법원이 한다. 이러한 공정성과 적절성을 어떻게 판단하는가는 대단히 어려운 문제이므로, 미국법원은 원고적격에 관하여 case by case로 결정하고 있다. 이에 대한 판례를 살펴보면, 원고가 당해 회사의 경쟁자인 경우<sup>14)</sup>, 원고가 스스로 취득한 주식을 무효로 하기 위해서 제소하는 경우<sup>15)</sup>, 회사의 경영진에 대한 개인적 불만의 해소를 위해 제소하는 경우에, 이는 원고주주와 다른 주주간에 이익충돌이 생기므로 법원은 원고적격을 부인하면서 그 근거로 이러한 경우에는 원고의 경제적 이해관계가 회사 또는 주주에 대하여 일반적으로 적대적인 것이어서는 안된다는 것을 들고 있다. 다만, 이 요건은 대단히 특수한 경우에만 적용되고 있다.<sup>16)</sup>

그 외의 경우를 보면, 실질적인 원고가 변호사인 경우가 많으므로 그

13) Strickler, Protecting the Class ; The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation, 34 Depart law Rev. 73(1984)

집단소송에 대하여는 판결의 효력이 당사자가 아닌 자에게도 확장된다는 것을 명문화하고 있지만 주주대표소송에 대하여는 이에 관한 규정이 없다. 그러나 해석상 원칙적으로 주주대표소송에 있어 판결의 효력은 당사자가 아닌 모든 주주에 미친다고 한다.

14) Quirke v. St. Louis-San Francisco Railway Computer, 277 F. 2d 705, 708 (8th Cir. 1960); Robinson v. Computer Servicers, Inc., 75 F. R. D. 637, 641(N. D. Ala. 1976)

15) Barrett v. Southern Connecticut Gas Co., 374 A 2d 1051 (Conn. 1977)

16) 경쟁회사가 원고인 경우, 기업매수시 매수회사의 대주주가 원고인 경우, 회사에서 해고된 종업원이 악의에 의해 소송을 제기하는 경우, 이혼한 부인이 남편회사를 상대로 소송하는 경우 등.

다지 문제가 되지 않고, 오히려 변호사가 적절히 주주를 대리하고 있는지의 여부가 문제로 되고 있다.

## 나. 제소청구요건

### 1) 의 의

주주가 주주대표소송을 제기하려면 위의 원고적격요건 뿐만 아니라 절차적 요건도 구비하도록 요구하고 있다. 즉, 주주대표소송을 제기하는 자격있는 주주는 법원에 바로 제소할 수 있는 것이 아니라, 먼저 당해 회사의 이사회에 서면으로 제소청구(written demand)를 하여야 하고, 이 제소청구가 이사회에서 거부된 경우 이사회의 제소거부결정의 부당함이 인정되어야만 주주대표소송의 제기가 이루어지게 된다. 이를 “제소청구요건” (Demand on the board)이라 한다.

이러한 제소청구요건은 1881년 Hawes v. City of Oakland사건에서 처음으로 인정되었는데, 현재 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure 23.1조) 뿐만 아니라 대부분의 주의 민사소송규칙이나 법원절차법에 명문화<sup>17)</sup>되어 있다.

### 2) 제소청구요건의 기능

위에서 서술한 바와 같이 주주대표소송은 변호사들의 금전적 동기에 의하여 제기되는 경우가 많다. 그리하여, 원고측 변호사가 소송을 통하여 자신의 보수를 받아낼 가능성이 있다면 설령 바람직하지 않을지라도 주주대표소송을 제기하여 회사로부터 단지 변호사비용을 받아낼 목적으로 제기하는 소송, 이른바 위협소송 또는 사취소송(strike suit)이 주주대

17) 델라웨어주 형평법원규칙(Court of Chancery Rules) 23.1조.

표소송제도의 발전과 함께 많이 나타나게 되었다.

이러한 종류의 소송에 대한 방어비용지불 등으로 회사자산이 잠식하게 된다. 회사자산은 주주의 출자금으로 이루어지게 되므로 궁극적으로 주주의 재산을 감소시키는 결과가 된다. 그러므로, 이러한 위협소송을 사전에 제거함으로써 주주의 정당한 소송을 보호하면서도 이사 등 경영진을 보호할 필요성이 요구되었다. 이를 위해서 질차적 관점에서 제소청구요건을 두게 되었다. 즉, 제소청구요건은 주주대표소송의 남용으로부터 이사들을 보호하는 기능과 회사의 손실회복을 목적으로 하지 않고 원고와 그 변호사에게 유리한 화해로 종결짓기 위해 제기되는 위협소송 발생을 억제하는 기능을 하게 되었다.

제소청구요건에 따라 주주대표소송의 전단계로서 주주는 회사를 위하여 서면으로 회사가 이사를 상대로 소송을 제기하여 줄 것을 이사회에 청구하여야 한다. 그런데, 회사의 여러 기관 중에서 반드시 이사회에 제소청구하도록 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 회사가 당사자가 되는 소송의 제소여부에 관한 결정은 미국에서 전통적으로 이사회가 담당하도록 되어 있다. 즉, 회사의 의사결정은 다수주주나 다수주주가 선임한 이사들로 구성되는 이사회가 하는 것이 주식회사의 근본원리라는 것이다. 그러므로, 주주대표소송은 원칙적으로 회사에 귀속되고, 주주대표소송의 제기는 회사로서는 중대한 문제이므로 당연히 이사회의 경영판단사항에 속하게 되고 이사회가 그 결정을 하여야 한다는 생각이다.

연방최고법원은 1984년 *Daily Income Fund, Inc. v. Foxkris*<sup>18)</sup> 및 1991년 *Kamen v. Kemper Financial services, Inc.* 사건<sup>19)</sup>에서 이러한 취지의 판결을 하였다. 즉, 제소청구를 우선 이사회에 하도록 함으로써, 이

---

18) 464 u.s. 523. 1984

19) 111 s.ct. 1711. 1991

사회가 주주대표소송제기에 대한 합리적인 경영판단의 기회를 가지고 제소여부에 대한 결정을 하는 것은 당연하다고 하였다. 연방 제2순회구 공소법원도 회사의 주주대표소송 제소여부는 이사회에 경영판단사항이며, 모든 주의 회사법상 제소결정을 포함하여 회사경영에 대한 책임을 이사회가 진다고 판결하였다.<sup>20)</sup>

둘째, 이사회에 대해 먼저 제소청구를 하도록 함으로써, 회사로 하여금 대표소송제기에 따른 여러 가지 대책을 세울 시간적 여유를 줄 수 있게 된다.<sup>21)</sup>

셋째, 주주로 하여금 법에 호소하기 전에 회사내부에서 대표소송제기의 원인을 제거할 수 있도록 하거나, 회사내부의 통제장치에 의해 주주의 요구를 들어주는 수단을 모두 사용한 다음 소송을 제기하는 것이 바람직하다는 것이다. 또한, 제소청구요건은 다른 대안이 있는 경우에는 법원이 회사의 내부사정에 참견하지 못하도록 하는 기능을 발휘한다.

### 3) 제소청구요건의 심사

제소청구요건에 따라 주주는 이사회에 주주대표소송의 제기를 청구하게 된다. 이사회는 주주의 청구에 대해 소송제기여부를 검토하게 된다. 하지만, 현실적으로 주주의 청구에 대한 이사회결정의 타당성에 대해서는 긍정적인 답이 나오기 어렵다. 왜냐하면, 이사회는 주주대표소송을 제기하는 것이 타당함에도 불구하고 실제 같은 처지에 있는 동료이사에 대한 주주대표소송의 제기가 어렵고, 이를 가급적 꺼리거나 거절하게 되는 경우가 대부분이기 때문이다. 즉, 이사회에의 구성원들이 이사들의 개인적인 이해를 회사의 이해보다 더 중요하게 생각한다는 점이 이

20) 유사한 판례로 *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 200. Del. 1991 가 있음.

21) *Cramer v. General Tel. & Elecs. Corp.*, 582 F. 2d 259, 275(3d. Cir. 1978), cert. denied, 439 u.s. 1129. 1979.

사회의 결정에 큰 영향을 미치게 된다.

이러한 상황을 감안하여, 미국의 법조계는 판례와 법률에 의하여 이를 제어할 방법을 발달시켜 왔다. 이 문제에 대해서 미국의 법조의 태도는 대별하여 델라웨어주 대법원, 뉴욕주 대법원, 그리고 미국법률협회(ALI)의 입장으로 나눌 수 있으므로 이하에서 이러한 세 기관의 태도를 차례로 서술한다.

### (가) 델라웨어주 대법원의 입장

델라웨어주에서도 주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 이사회에 제소를 청구하도록 요구하고 있다.<sup>22)</sup> 만일 주주가 이사회에 사전신청을 하지 않고 바로 법원에 주주대표소송을 제기한 경우, 이사회는 제소청구 요건의 결여를 이유로 신청법원에 소의 각하를 신청할 수 있다. 이 경우, 법원은 소각하 결정을 내리게 된다. 하지만, 이사회에 부정행위은폐를 방지하기 위하여 일정한 경우<sup>23)</sup>에는 이사회에 제소청구를 하지 않고 직접 법원에 주주대표소송을 제기할 수 있도록 하는 소위 “제소청구면제사유”를 인정하고 있다. 이 경우에는 이사회에 반대에도 불구하고 법원은 제소를 인정할 수 있다.

다만, 이러한 제소청구면제사유에 해당할지라도 회사는 소위 “특별소송위원회”(special litigation committee)<sup>24)</sup>를 설치하여 주주의 제소요구

22) 델라웨어주 형평법 법원규칙(Court of Chancery Rules) 23.1조.

23) 예를 들면, ①주주로부터 부정행위 당사자로 지목된 이사들이 이사회에서 다수를 차지하고 있거나 실질적으로 이사회를 지배하고 있는 경우, ②이사회 구성원의 다수가 당해 거래에 금전적인 이해관계를 가지는 경우, ③회사가 부정행위에 대하여 명백히 사전에 제소하지 않겠다는 뜻을 밝힌 경우를 들 수 있다.

24) 특별소송위원회는 주주대표소송이 증가함에 따라 이들 소송을 억제하고 이사들을 보호하기 위하여 1970년대 중반에 등장한 제도이다. 특별소송위

를 검토케 한 후 이에 기하여 직접 소각하신청을 하거나 또는 특별소송 위원회로 하여금 법원에 소각하신청을 하게 할 수 있다.

법원은 특별소송위원회의 소각하신청이 있으면 이를 존중하여 소를 각하할 수도 있고 이를 무시하고 소송을 진행할 수도 있다. 그런데, 미국법원은 소각하신청의 심사에 있어서 소위 “경영판단의 원칙”(business judgment rule)을 기준으로 각하여부를 판단하고 있다. 즉, 이사의 책임이 경영판단의 원칙의 적용으로 부정될 수도 있고, 동 원칙이 적용되지 않는다고 판단될 때는 이사의 책임이 인정되어 소송계속을 인정하게 된다. 그러므로, 주주대표소송상 소각하신청의 심사에 있어서 경영판단의 원칙은 중요한 기준이 되는 것이다. 우선, 경영판단의 원칙에 대하여 간단히 언급한 후에 중요한 판례들을 보기로 한다.

#### ① 경영판단의 원칙

경영판단의 원칙이란, 이사가 경영자로서 전문지식을 갖고 회사를 위하여 성실하게 한 판단이 경제상황의 변화 등으로 인해 결과적으로 회사에 손해를 주었다 하더라도 이사는 회사에 대하여 책임을 지지 아니한다는 법리이다. 경영판단의 원칙은 19세기 중반경부터 이사의 충실의무의 엄격화와 주의의무의 완화에 대한 흐름속에서 이사의 책임을 완화하기 위한 법리로서 생성·발전된 것이다. 그러나, 경영판단의 원칙을 어떻게 구성할 것인가에 대해서는 학설이나 판례에서 다양한 주장이 있어 의견이 일치되지 않고 있다.

---

위원회는 당해 피고이사와 이해관계가 없는 독립적인 사외이사로 구성되고 동 위원회는 그 판단에 있어 변호사 등 전문가의 도움을 받아 조사를 한다. 조사결과 그 소송이 회사의 최선의 이익이 되지 않는다고 판단하는 경우, 법원은 특별소송위원회가 사법심사를 한 것으로 간주하고 경영판단의 원칙을 적용하여 그 위원회의 결정을 이유로 원고의 주주대표소송을 각하할 수 있다.

한편, 법률에서 이를 명문으로 규정한 경우는 없다. 다만, ALI원칙 4.01조 (c)항에서 “이사 또는 임원이 ①경영판단의 대상에 이해관계가 없고 ②경영판단의 대상에 관하여 당해 이사 또는 임원은 그 상황에서 적당하다고 판단할 정도로 충분한 정보를 갖고, 그리고 ③그 경영판단이 회사의 이익에 최대한 합치한다고 믿을만한 요건을 갖춘 경우, 성실하게 경영판단을 한 이사 또는 임원은 그 의무를 이행한 것으로 된다.” 고 규정하고 있다.

법원에서 이 원칙을 적용하여 이사의 책임을 부정하게 된 이유로는 크게 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 이사가 성실하게 주의를 다하여 행동한 경우에는, 설령 그것이 잘못되었다 하더라도 이사의 책임을 면하게 하여 그들에게 기업가적 모험심을 유지시켜주는 것이고, 둘째 이사의 경영판단에 대하여 법원이 직접 개입하는 것은 바람직하지 않다는 것이다.

이처럼 경영판단의 원칙을 적용하여 이사를 보호함으로써 회사경영에 적합한 유능한 인재, 특히 사외이사를 확보할 수 있게 되고 이는 곧 회사뿐만 아니라 모든 주주에게도 도움이 된다. 그러나, 미국에서도 “경영판단의 원칙”에 대하여 1970년대에 들어서면서부터 적대적 기업매수에 대한 방어조치나 주주대표소송의 종료 등에 이 원칙의 적용여부를 둘러싸고 활발한 논쟁이 전개되고 있다.

## ② Aronson 기준

주주대표소송 관련판례중 제일 먼저 살펴보아야 할 판례는 델라웨어 주 대법원이 판결한 Aronson사건<sup>25)</sup>이다. 이 사건에서 정리된 주주대표소송의 소각하 심사기준을 소위 “Aronson기준”이라 하는데, 이 사건의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

---

25) Aronson v. Lewis, 473 A. 2d 805 (Del. 1984)

Meyer Paking System사의 주주인 원고 Lewis는 Meyer사와 동사의 이사회 구성원 전원인 10인의 이사들을 상대로 소송을 제기하였다. 그런데, 동사의 설립자이며 이사이고, 또한 47%의 주식을 소유한 최고경영직행임원인 Fink가 피고인 이사전원을 임명하였다. 본 사건에서 원고는 피고 Meyer사와 Fink와의 거래, 즉 부당한 보수와 이익을 제공하는 고용계약과 경영자문계약을 문제삼았다. 원고는 회사에 손해를 입히는 Fink와의 거래를 Meyer사의 이사회가 승인한 데 대하여 손해회복을 청구하였다. 그런데, 원고는 제소청구요건에 따라 이사회에 먼저 청구하지 않고 법원에 바로 제소하였는데, 그 이유로서 이사회를 Fink가 실질적으로 지배하고 있기 때문에 제소청구를 해봐야 거절할 것이 분명하므로, 그러한 제소청구는 무익(futile)하기 때문이라고 주장하였다. 이에 대해, 이사회는 당연히 원고의 제소청구요건을 준수하지 않았다는 이유로 법원에 소송각하신청을 하였다.

본 사건에서 델라웨어 법원은 제소청구요건의 심사에 있어 경영판단의 원칙을 그 기준으로 삼았다. 하지만, 경영판단의 원칙이 모든 이사회의 결정에 대하여 자동적으로 적용되는 것이 아니라 “특정한 경우”에만 허용된다고 판단하였다. 여기서 특정한 경우란 다음의 조건을 만족하는 경우를 말한다.

- ① 이사회의 과반수가 문제된 거래에 이해관계가 없고 독립한 지위(disinterested and independent)에 있다는 사실
- ② 이사들이 합당한 경영판단(proper business judgment)에 의하여 결정을 하였다는 사실에 합리적 의문(resonable doubt)을 생기게 하는 구체적 사실을 원고가 적시하지 못하는 경우

만일 원고가 이러한 2가지 조건중 어느 하나라도 결여되어 있다는 사실을 입증하는 경우에는 경영판단원칙의 적용이 배제되므로 이사회에 의 제소청구가 면제된다고 하였다.

요컨대, 법원은 주주대표소송에 있어서 경영판단원칙의 적용은, 이사들이 경영판단을 할 때 ①상당한 주의(gross negligence)를 가지고 ②충분한 정보에 의하여(on an informed basis), ③선의로(in good faith) 당해 행위가 회사의 최선의 이익을 위해 한다는 성실한 신념을 가지고 행동했을 때만 적용되어 법원은 사법심사를 배제한다는 결론을 내렸다.

이러한 경영판단원칙과 이사의 주의의무(duty of care)의 관계에 관하여 판례는 상당관계가 있다고 판시하고 있다. 즉, 뉴욕주 최고법원은 Casey v. Woodruff 사건판결에서, 법원이 경영판단에 문제가 없다고 말한다면 그것은 사실상 주의의무를 다하였다는 뜻을 포함하고 있다고 하였다. 역으로, 주의의무위반을 이유로 하여 경영판단의 법칙에 의한 보호를 부정할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>26)</sup>

1991년 Levine v. Smith 사건에서는 위의 Aronson 기준을 재차 확인하였지만 실제 내용에서는 약간의 차이가 있다. 사실의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

GM(General Motors)사는 현금 및 GM사의 주식을 대가로 1984년 Perrot의 EDS사를 합병하였다. 그러나, 합병후에 양사의 임원과 사원들 간에 분쟁이 끊이지 않자, GM사의 경영진은 이를 방지하기 위해 Perrot의 지분을 매입하여 완전히 흡수하고자 하였다. 또한, GM사 이사회는 산하 위원회(사외이사로 구성)가 Perrot의 주식을 매입하고 그를 GM사의 경영에서 배제할 것과 GM사 경영진에 대한 비판을 삼갈 것 등을 내용으로 하는 계약을 권고하자, 동이사회는 이를 만장일치로 승인하였다.

그러자, GM사의 주주인 Levine은 GM사의 이사회와 Perrot사이의 거래 철회를 요청하는 제소청구를 이사회에 하였으나, 동 이사회는 이를 거절하였다. 이에 원고는 법원에 직접 주주대표소송을 제기하면서 GM사 이사

26) Van Gorkom 사건, Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc., 791 F. 2d 264, 2d Cir. 1986.

회의 결정에 대해 경영판단의 원칙을 적용해서는 안된다고 주장하였다.

이 사건에서 델라웨어주 대법원은 첫째, Aronson기준을 재확인하였다. 즉, 이사회 구성원의 과반수가 재산적 이익(financial interest)을 얻거나 독립성(independence)이 결여되거나 또는 상당한 주의(due care)를 하지 않는 경우에는 제소청구가 무익하게 되므로 제소청구요건이 면제된다고 보았다.

둘째, 소송절차를 종결시키는 이사회 결정은 경영판단의 원칙에 의하여 보호받는다고 보았다. 경영판단의 원칙의 적용배제를 위해서는 “당해 거래의 건전성”(soundness of the challenged transaction)에 대하여 “합리적인 의심”을 일으킬 수 있을 정도의 사실을 지적하여야 한다고 하였다.

셋째, 델라웨어주 대법원은 이 사건에서는 위의 Aronson기준과는 달리, 주주대표소송의 제소청구요건과 관련하여 제소청구거절(demand - refused situation)과 제소청구면제(demand-excused situation)를 구분하였다. 그리하여, 주주의 이사회에 대한 제소요구는 결과적으로 이사회 과반수가 이해관계가 없거나 독립성이 있다는 것을 묵시적으로 인정한 것이므로, 소송절차를 종결시키는 이사회 결정은 경영판단의 원칙에 의하여 보호를 받는다고 판시하였다.

이 판결이 있는 후, 주주들이 제소청구를 이사회에 신청하지 아니하고 바로 법원에 주주대표소송을 제기하는 경향이 증가하였다.

현재, 미국의 대부분의 주는 여전히 델라웨어주의 제소청구요건을 따르고 있다. 왜냐하면, 이사회 결정에 대한 제소청구거절에 대한 주주 구제의 심사나 제소청구 자체가 무익한 경우에, 이사회 결정에 대한 제소청구 심사나 기준은 같으나, ALI를 따르는 경우 시간과 비용이 많이 소요되므로 ALI의 원칙은 큰 호응을 얻지 못하였다. 1995년 현재 전체 주회사법의 약 15%만이 이에 따르고 있다.<sup>27)</sup>

### ③ Zapata 기준

위에 본 델라웨어주 대법원의 Levine판례 이후에는 동판례의 결정에 영향을 받아 원고가 이사회에 제소청구를 하는 경우, 주주는 이사회에 당사자능력을 인정된 것으로 되기 때문에, 원고는 이사회에 제소청구를 하지 않고서 “제소청구무익(demand futile)”이라는 이유로 직접 법원에 제소하게 되었다. 이에 대하여, 기업들은 이사회나 이해관계가 없는 이사로 구성되는 특별소송위원회를 설치하여 동 위원회로 하여금 주주의 주장을 검토하게 하였다. 그리하여, 피소이사가 제소청구면제나 제소청구거절에서 패소하더라도, 회사는 특별소송위원회의 소송종료판단에 근거하여 소각하신청을 할 수 있게 되었다.

특별소송위원회의 주주대표소송 취하청구에 관한 판단에 있어서 델라웨어주 법원은 소위 “Zapata사건”<sup>28)</sup>에서 그 판단에 관한 기준을 마련하였다. 사건의 개요는 다음과 같다.

1970년 Zapata사의 이사회는 이사 및 임원에게 1주당 12.15달러, 5회 분할행사할 수 있는 주식매입선택권을 부여하였다. 이 선택권의 행사일 바로 전에 Zapata사는 1주당 25달러로 230만주의 자사주 공개매수를 계획하면서 이사회가 뉴욕증권거래소에 공개매수사실의 공시를 연기해주도록 요청하고, 동시에 선택권의 행사일을 예정행사일보다 앞당겨 실시하였다. 이는 공개매수공시 전에 권리를 실행함으로써 고액매수에 의한 주가상승을 초래함으로써 다액의 연방소득세부과를 면해보고자 하는 의도에서였다. 하지만, 결과적으로 회사는 면세액만큼의 연방세액 감액을 얻지 못하였고 동일금액 정도의 손해를 입게 되었다. 이에 Zapata사의

27) 일반제소청구요건을 규정한 주로는 Fla. Stat. Ann. 607.07041(2); Ga. Code Ann. 14-2-742 ; Mich. Comp. Laws 450.1493a(a); Miss. Code Ann. 79-4-7.42; Mont. Code Ann. 35-1-543; Va. Code Ann. 13.1-672.1B; Wis. Stat. Ann. 180.0742 등이 있다.

28) Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A. 2d 779(Del. 1981).

주주는 주식매입선택권의 최종행사일을 변경한 것은 이사의 회사 및 주주에 대한 충실의무를 위반했을 뿐만 아니라, 1934년 증권거래법 제14조 a항을 위반한 것이라 주장하여, 이사인 Flynn 등을 피고로 하여 주주대표소송을 제기하였다. 원고는 이사들이 충분히 독립적이지 못하기 때문에 제소청구가 무익함(demand futile)을 주장하였다. 이에 대해, Zapata사의 이사회는 위의 이사회결정과 이해관계 없는 이사들을 구성원으로 하는 특별소송위원회를 구성하여 검토한 후에 법원에 대하여 소송각하를 신청하였다.

델라웨어 대법원은 이 사건에서 다음 두 가지 결정을 내렸다. 첫째, 이사회의 특별소송위원회의 권한위임은 가능하다. 둘째, 특별소송위원회는 주주대표소송의 각하청구를 할 권한이 있다. 이를 바탕으로 법원은 특별소송위원회의 소각하신청에 대한 판단을 하였던 바, 전술한 Aronson 기준과는 달리 제소청구요건의 심사에 있어서 경영판단원칙의 적용을 수정하여 소위 “2단계 기준” (two-step test)을 제시하였다.

1단계에서 법원은 특별소송위원회의 독립성, 특별소송위원회의 주주의 제소청구에 관한 조사의 성실성, 그 조사가 위원회의 결정의 합리적 근거가 되었는지 여부를 심사한다. 다만, 이러한 요소들의 존재에 대해서 법원은 당연히 추정되지 않는다고 판단하였다. 그러므로, 전술한 Aronson 기준에서는 원고인 주주가 이사회의 독립성의 결여 등을 제시해야 하는 입증책임이 있었으나, 특별소송위원회의 경우에는 입증책임이 전환되어 이사회가 위원회의 독립성 등을 입증하도록 하고 있다.

2단계는 위 1단계 조건이 충족된 경우에만 심사에 들어갈 수 있다. 2단계에서, 법원은 먼저 주주대표소송이 회사의 최선의 이익에 합치하는가를 판단한다. 이를 위해서 주주대표소송의 법적, 재정적, 상업적 및 윤리적 측면 등 주주대표소송에 관련된 제반요소를 감안하여 결정하게 된다. 그 다음에 법원은 법률문제 및 공익적 관점(matters of law and

public policy)에 대하여 특별한 고려를 하게 된다. 그런데, 2단계에서는 법원은 회사의 입장이나 이사회에 입장에서가 아니라 법원 스스로의 독자적인 경영판단(its own independent business judgment)을 하여야 한다고 한다.<sup>29)</sup> 왜냐하면, 특별소송위원회의 구성원인 독립적 이사로 할지라도 동료이사를 객관적으로 평가하는 것은 어려운 일이라고 보아, 그 이사의 결정도 심사를 받을 필요성이 존재하기 때문에 소송의 분안(merits of litigation)심사는 소송당사자가 아니라 법원이 하여야 하기 때문이라는 것이다.

코네티컷주법을 적용한 Joy v. North사건<sup>30)</sup>에서 연방 제2순회구 공소법원은 이러한 Zapata 판결의 취지를 채용하여 법원이 독자적으로 그 경영판단에 의해 각하신청의 적부를 판단한다고 하였다. 하지만, 델라웨어주와 같이 공익적 견지에서 검토는 하지 않고 오로지 당해 주주대표소송의 수행이 당해 회사의 경제적 이익에 합치하는지의 여부를 소송으로 취득이 기대되는 순회복액(net return), 주요한 인재를 소송계속으로 인한 일실에 의한 악영향, 공판심리가 세상에 알려짐으로 인한 회사의 일실이익 등에 비추어 판단한다는 입장을 취하였다.

#### (나) 뉴욕주 대법원의 입장

델라웨어주 대법원의 태도와는 달리 뉴욕주 대법원은 Auerbach 사건에서 사법심사를 특별소송위원회의 독립성, 특별소송위원회의 조사의 합당성 및 충분성에 한정시키고, 이사의 행위에 대해서는 법원의 심사대상이 되지 않는다고 하였다.<sup>31)</sup> 이 사건의 사실개요는 다음과 같다.

29) Kaplan v. Wyatt, 484 A. 2d 501(Del. Ch. 1984) ; Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A. 2d 779, 788-89(Del. 1981) 뿐만 아니라 연방 제2순회구 공소법원도 동일하다(Joy v. North, 692F.2d 880, 2d Cir. 1982).

30) 692 F. 2d 880(2d Cir. 1982).

31) Auerbach v. Bennett, 393 N.E. 2d 994, 1002-03, N.Y. 1979.

General Telephone & Electronics사의 주주인 Auerbach는 동사가 외국정치인에 대하여 약 1,100만 달러 이상을 정치자금으로 제공하였다면 서 수명의 이사 및 회계감사인에 대하여 주주대표소송을 제기하였다. 이에 동사는 이사회와 구성원인 3명의 사외이사들로 특별소송위원회를 구성하였다. 동 위원회는 이사회로부터 당해 주주대표소송에 관한 전권을 위임받았고, 특별소송위원회는 피고인 이사 누구도 개인적 이익을 얻은 일이 없으며, 주주대표소송이 회사 및 주주의 최선의 이익에 반한다는 결론을 내렸다. 이에 따라 이사회는 피고 이사들에 대한 소각하를 신청하였다.

뉴욕주 고등법원은 델라웨어주 대법원과 달리 심리대상을 특별위원회의 독립성과 조사의 신뢰성 및 적정성으로 한정하였다. 법원은 소각하 결정이 법률, 윤리, 사업, 선전, 재무 그리고 거의 대부분의 회사에서 문제해결을 위해 이용되고 있는 다른 모든 접근방법을 비교고찰하여 경영 판단불개입의 원칙의 범위 내에서 확실하게 받아들여지는 것이 아니면 안된다고 하였다. 그리하여, 특별소송위원회의 결정에 대하여 재차 사법적 심사(judicial inquiry)를 하는 것이 허용되지 않는다고 보았다. 이러한 입장에서는, 통상적으로 경영판단원칙의 적용을 우선 내리고 있으므로, 제소주주가 특별소송위원회의 독립성 및 신뢰성의 흠결 또는 조사 불비를 입증할 책임을 부담하게 된다.

법원은 다음 두 가지 쟁점에 관해 원고에게 증거공시를 요구하고 있다. 그 하나는 특별위원회가 독립적인지의 여부 또는 이해관계를 가지고 있는지의 여부이며, 다른 하나는 특별위원회의 조사의 충분성이다. 즉, 원고는 특별소송위원회의 위원이 이사회로부터 독립성이 없다는 것, 관련행위에 이해관계를 가지고 있다는 것, 조사나 심의과정에 있어 성실히 행동하지 않았다는 것 등 어느 하나를 입증하여야 한다고 하였다. 만일, 그 중 하나도 입증하지 못하면 특별소송위원회의 결정에 대하여 그 판

단내용을 심사할 수 없다고 하였다. 특별소송위원회가 이해관계가 없는 독립적인 자로 구성되고 특별소송위원회의 조사절차가 정당한 경우에는 특별소송위원회의 결정을 법원이 존중해야 한다는 것이다. 즉, 법원은 특별소송위원회의 독립성과 성실성에 대하여만 심사를 할 수 있을 뿐이며, 특별소송위원회에서 판단의 대상이 된 이사의 행위는 그 적정성뿐만 아니라 독립성이나 성실성에 대해서도 법원의 심사대상이 되지 않는다고 하였다.

#### (다) ALI의 입장

전술한 것처럼, 델라웨어주 대법원은 Levine사건에서 주주의 이사회에 대한 제소요구는 결과적으로 이사회에 과반수가 이해관계가 없거나 독립성이 있다는 것을 묵시적으로 인정한 것이므로, 소송절차를 종결시키는 이사회에 결정은 경영판단의 원칙에 의하여 보호를 받는다고 판시하였다. 이에 따라, 그 후에는 이사회에 신청하지 아니하고 바로 법원에 주주대표소송을 제기하는 경향이 증가하였다. 이는 소송경제의 원칙상 맞지 아니하여 이에 대한 비판이 일어났다.

이를 시정하기 위하여 1989년에 개정된 모범회사법(MBCA) 7.42조는 모든 경우에 제소하려는 자는 반드시 이사회에 제소요구를 하도록 하였는데, 이것이 “일반제소청구요건”(universal demand requirement)이다. 다만, 주주가 제소요구를 하고 이사회에 응답을 기다리는 동안 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 예외이다.<sup>32)</sup>

ALI<sup>33)</sup>는 모범회사법의 규정보다 제소청구요건을 강화하여 제소청구

32) 플로리다, 조지아, 미시간 등 7개주가 일반적 제소요구를 입법에 도입하였다.

33) ALI(전미법률가협회)는 법률실무진과 법학자들로 구성되어 1923년에 설립된 단체로서, Restatement of the Law처럼 입법과 법률개정분야에서 많은 업적을 거두고 있다. 동 협회는 1978년부터 기업지배구조(corporate governance)

의 각하를 용이하게 하였다. ALI는 「기업지배구조의 원칙 : 분석과 권고 (Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations)」(이하 “원칙”으로 약칭함) 7.03조 이하를 통해 주주대표소송에 대하여 여러 가지 절차와 대응방법을 마련하여 주주대표소송의 수행을 어렵게 함으로써 이사회에 유리한 입장을 견지하고 있다. “원칙” 7.03조는 원칙적으로 모든 경우에 주주는 소송을 제기하기 전에 이사회에 대하여 제소를 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 ALI는 “원칙”에서 일반제소청구요건을 규정함으로써 “제소는 궁극적으로 이사회에 대한 권리”라는 원칙을 다시 재확인한 것으로 보인다. “원칙”의 주요부분을 살펴보면 다음과 같다.

동 규정의 코멘트는 이사회구성원의 과반수가 문제된 거래에 관련이 있다하더라도 이사회는 여전히 주주의 제소청구의 상대방이 될 수 있다고 본다. 다만, 문제가 된 거래에 이사회구성원의 과반수가 이해관계가 있는 경우, 그 이사회는 이해관계 없는 이사들로 이사회 산하의 위원회를 구성하여 주주의 제소청구를 검토하게 할 수도 있다. 예외적으로, 이사회에 대한 청구가 회사에 회복불가능한 손해(irreparable injury)를 발생시킬 것이라고 원고가 입증하는 경우에만 제소청구가 면제된다.

만약, 이사회구성원 전원이 주주대표소송에 관련되어 있는 경우에도

---

에 관한 문제를 다루기 시작하여 그 결과를 1982년에 “기업지배구조원칙”(Principles of Corporate Governance)라는 제목으로 첫 번째 임시초안(tentative draft)을 내놓았고, 1994년에는 이를 완결한 “기업지배구조원칙”을 내놓았다. “기업지배구조원칙”은 법적 구속력은 없지만 미국 각 주의 법률상의 차이를 줄이고 사법부로 하여금 법률해석이나 재판판단의 주요한 지침으로 삼도록 하는 것을 목표로 하고 있다. 제소청구요건과 관련하여 ALI는 1992년에 델라웨어주 법원과는 다른 입장에서 제소청구요건을 규정한 “기업지배구조원칙”을 만들었다. 이처럼 델라웨어주 법원과 ALI의 태도가 다른 것은 주주대표소송을 바라보는 관점의 차이라고 할 수 있다.

이사회는 이사를 새로 선임한다든가 특별이사를 선임하여 위원회를 구성할 수도 있다. 위원회의 객관성 제고를 위하여, “원칙” 7.12조에 따라 특별소송위원회를 대신할 수 있는 “특별심사위원단”(special panel)의 구성원을 법원이 임명해주도록 법원에 요청할 수도 있다.

이사회가 주주의 제소청구를 거절하였다고 하여도 주주는 회사를 위하여 주주대표소송을 제기할 수 있다. 이 경우, 회사는 법원에 제소청구의 각하를 신청하게 된다. 이 때 “원칙” 7.04조에 의해, 원고인 주주는 다음 두 가지 요건을 모두 만족시켜야 한다. 그렇지 못한 경우에는 법원은 회사의 각하신청에 따라 주주대표소송을 각하할 수 있다.

첫째, “원칙” 7.04조 (a)항 (1)호에 의해 원고인 주주는, 소장에서 소송이 제기된 행위 또는 거래가 제4편(주의의무 및 경영판단의 원칙), 제5편(공정거래의무(duty of fair dealing)), 또는 제6편(지배거래 및 공개매수에 있어서 이사회 및 주주의 역할)에 해당하는 요건을 충족하지 않았을 것이라는 상당한 전망(significant prospect)을 생기게 하는 것 같은 사실을 상세하게 주장하여야 한다.

유의할 것은, ALI는 답변서에 관해 특별한 규정을 두고 있다는 것이다. 미국법의 일반원칙에 의하면 답변서는 관련된 청구나 항변을 기술하여 다른 소송당사자에게 통지하면 그만이다. 그러나, 주주대표소송의 경우에는 답변서에 자기의 주장을 정당화하는 특정사실을 상세하게 기재하도록 하였다. 이러한 특정성을 요구한 이유는 막연히 위법행위가 있었다는 주장만으로 소송을 제기하는 소위 “위협소송(Strike Suit)의 남용을 방지하는 데 있다고 보아진다.

둘째, “원칙” 7.04조 (a)항 (2)호에 의해 문제가 된 거래나 행위의 심사기준에 따라 다시 두 가지로 세분된다.

① 문제가 된 거래나 행위에 대해 경영판단의 원칙을 적용하여 심사하여야 하는 경우, 원고의 청구가 이사회의 과반수 이상의 이해관계가

없고 객관적인 판단을 할 수 있는 구성원들에 의해 제소청구가 거절되지 않았거나, 그 거절이 경영판단원칙을 충족시키지 못할 상당한 가능성이 발생할 사실을 원고가 구체적으로 소장에서 주장하지 못한다면 법원은 주주대표소송을 각하할 수 있다.

② 제4편, 제5편 혹은 제6편이 그 기초를 이루고 있는 거래 혹은 행위를 경영판단의 원칙을 적용하여 심사하여야 한다고 규정하고 있는 경우, 제소청구를 거절하였던 이해관계 없는 이사가 성실 및 정보의 요건(4.01조 (c)항 (2)호)을 충족하지 않던가, 혹은 이해관계 없는 이사가 제소청구의 거절이 회사의 최선의 이익에 적합한 합리적인 판단이 아닐 상당한 가능성이 발생할 것이라는 사실을 원고가 구체적으로 주장하지 못한다면, 법원은 회사의 신청에 따라 대표소송을 각하할 수 있다.

“원칙” 7.05조에 의하면, 이해관계 있는 이사들이 과반수를 차지하는 이사회도 주주대표소송에 관련한 권한을 이해관계없는 이사들로 구성된 위원회에 위임할 수 있도록 하고 있다. 이러한 특별소송위원회의 객관성확보를 위해서는 “원칙” 7.09조의 요건<sup>34)</sup>을 확보하도록 요구하고 있다.

이사회나 특별소송위원회의 결정이 “원칙” 7.09조의 요건을 충족하지 못한 경우에도, 법원은 각하신청을 기각하지는 않고 이사회 또는 위원회가 보정할 수 있는 기회를 주고 있다. 즉, “원칙” 7.09조(b)항은 법원이

34) “원칙” 7.09조에 따르면 대표소송에 대한 이사회 또는 위원회의 각하신청의 객관성을 확보하기 위하여 다음 네 가지를 요구하고 있다.

첫째, 이사회 또는 위원회가 이해관계가 없는 2인 이상의 이사들로 구성되어 객관적 판단을 할 수 있는 그룹으로서 역할을 하여야 하며 둘째, 이사회 또는 위원회는 합리적으로 필요하다고 생각한 경우 변호사나 다른 대리인의 도움을 얻어야 하며 셋째, 이사회 또는 위원회의 결정이 충분한 정보를 바탕으로 한 심사 및 평가에 기초하여야 하며 넷째, 이사회 또는 위원회가 대표소송의 각하를 청구할 때에는 법원의 심사를 위하여 보고서 또는 문서를 준비하고 법원에 제출하여야 한다.

이사회 또는 위원회에 대하여 그 절차를 보완하고 7.09조(a)항에 규정된 기준을 충족시키기 위한 추가보고서 또는 문서를 작성하고 제출하는 것을 허용하여야 한다고 규정하고 있다.

특별소송위원회가 주주대표소송의 각하를 신청한 경우, 법원의 심사 기준을 살펴보면 다음과 같다. “원칙” 7.10조는 주주대표소송 각하신청의 기준을 주의의무(duty of care)의 사례와 공정거래의무(duty of fair dealing)의 사례 두 가지 경우로 나누어 제시하고 있다.

첫째, 주의의무의 사례이다. 피고가 제4편(주의의무)에 규정된 의무를 위반하였다고 구체적으로 지적하고 있는 경우 또는 경영판단의 원칙에 의해 판단되어야 하는 경우라면 법원은 청구를 각하하여야 한다. 다만, 피고가 고의적이고 도덕적으로 비난받아 마땅한 행위에 의해 법률을 침해한 경우에는 각하하지 못한다. 또한 이사회나 위원회의 결의가 4.01조(c)항에 정하여진 경영판단원칙의 요건을 충족하지 않는다고 법원이 판단하는 경우에도 그러하다.

둘째, 공정거래의무의 사례이다. “원칙”의 제5편(공정거래의무)에서 규제되는 기타 사례, 또는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는 사례<sup>35)</sup>의 경우에, 법원은 제4편, 제5편 또는 제6편에 의해 적용되는 기준에 비추어 이사회 또는 위원회가 당해 상황에 있어서 충분히 정보를 얻고 있고, 동시에 소 각하가 회사의 최선의 이익에 합치한다고 합리적이고 신뢰가 있다고 간주케 하는 근거에 의해서 결정하였다고 법원이 판단한 경우에는 소송을 각하하여야 한다.

이러한 구분은 먼저 이사의 주의의무위반에 중점이 있는 경우에, 법원은 이사회에 의한 경영상의 결정이나 판단을 존중하여 즉, 이사의 업무상의 판단을 존중하여 원칙적으로 주주대표소송을 각하하도록 하고

---

35) 예컨대, 피고가 고의적이고 도덕적으로 비난받아 마땅한 행위에 의해 법률을 침해한 경우

있다. 다만, 예외적으로 법원이 당해 사건에서 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 없는 경우에는 주주대표소송을 각하할 수 없게 하도록 하고 있다. 이렇게 주주대표소송의 각하를 쉽게 한 것은 이사의 주의의무위반을 이유로 주주대표소송을 제기하기가 쉬우므로 이를 방지하기 위한 것이다. 반면에, 두 번째 기준은 첫 번째 기준보다 더 엄격하다. 두 번째의 경우는 이사와 회사와의 이해가 대립하고 있는 경우이기 때문에 이사는 회사의 이익을 희생해서 자기 또는 제3자의 이익을 추구할 개연성이 높다. 따라서, 이사회가 판단에 의해 주주대표소송의 각하를 실제적인 심사없이 법원이 인정하면 회사의 이익이 지켜지지 않을 우려가 많다.

그 동안의 사례를 볼 때, 주주대표소송의 기능은 불공정한 자기거래를 시정하는데 있으며, 현명치 않은 기업경영상의 결정을 시정하는데 있지 아니하다고 보고 있다. 또한, 주의의무보다는 공정거래의무를 강제하는 것이 더 효과적이라는 점에서는 학계의 다툼의 여지가 적다.

“원칙” 7.10조 (b)항은 주주대표소송의 각하로 인하여 피고가 중대한 부당이득(significant improper benefit)을 얻게 됨을 원고가 입증하는 경우, 법원은 주주대표소송을 각하해서는 안된다고 규정하고 있다. 예컨대, 경영판단의 원칙이 적용되는 사례에 있어서 법원은 이사회가 주주대표소송을 각하해야 한다고 판단한 경우에는 그 판단을 우선시키는 것이 원칙이지만, 법원의 불개입으로 인해 부당이득을 얻는 자가 생기는 경우에도 이사회가 판단에 맡겨도 좋은가 하는 문제가 있다. 또한, 부당한 이익을 얻은 피고가 이사회를 지배할 경우, 주주대표소송에 대한 이사회 조사의 타당성이나 객관성이 감소하게 되고 또한 피해가 반복될 가능성이 높게 된다.

그러므로, “원칙”은 한정적인 경우<sup>36)</sup>에 한하여 법원이 개입하여야

---

36) ①회사를 지배하는 자가 각하에 의해서 중대한 부당이득을 얻게 되는 경우  
 ②사기행위등 제5편에서 정하고 있는 가장 중요한 기준에 위반하는 행위에

한다는 입장을 취하고 있다. 예컨대, 주주대표소송을 각하하지 않고 계속 유지하는 것이 단기적으로는 회사에 불이익이 되더라도 주주대표소송을 계속함으로써 인하여 이사에 대한 예방적 효과가 나타나고, 이는 장기적으로 회사의 이익이 되고 공공의 신뢰도 구축할 수 있기 때문이다. 다만, 이 경우에도 주주대표소송을 계속 유지함으로써 발생하는 회사의 손해가 주주대표소송의 각하에 의해서 발생하는 공공이익의 손실을 명백히 초과한다고 판단하는 경우에는, 법원이 주주대표소송을 각하할 수 있도록 예외를 두고 있다.

#### 다. 회사의 소송참가

주주가 주주대표소송을 제기하는 경우에는, 원칙적으로 우선 이사회에 대하여 제소청구를 하여야 한다. 제소청구가 되면, 이해관계가 없는 이사에 의해 구성되는 이사회 또는 이사회의 지명에 의해 설치되는 제소청구 검토위원회(demand review committee)가 이사에 대하여 소를 제기하여야 하는지를 검토한다. 검토결과, 소송제기를 거부하는 결정을 하였음에도 불구하고 주주가 소송을 제기하였을 때에는, 법원에서 경영판단의 원칙의 적용이 문제로 된다. 이것이 인정되면, 소송은 그 시점에서 종료한다. 인정되지 않고 심리에 들어간 경우에는, 원칙적으로는 회사는 피고이사를 지원할 수 없다. 그러나, 실제로는 해당 이사의 명백한 부정행위가 없는 한, 회사는 이사를 적극적으로 지원하는 것이 현실이다.

그러나, 회사는 외면적으로는 중립을 유지하도록 하고 있다. 또한, 피고임원·이사에게는 변호사가 변호하지만, 주주대표소송에 있어서는 기존에 두고 있는 회사의 고문변호사와는 별도의 변호사를 고용하는 것이 실무관행이다. GE사의 경우, 주주대표소송에 있어 회사측 변호사, 피고

---

의한 부당한 이득이 각하에 의해서 발생한 경우

이사의 변호사 및 특별소송위원회의 변호사를 각각 두고 있다.

## 라. 담보제공제도

### 1) 개념

1980년대의 사법개혁으로 주주대표소송을 제기한 원고에게 피고의 신청에 의하여 변호사비용을 포함한 합리적인 소송비용의 담보를 명령할 수 있는 담보제공제도(security for expenses)의 도입이 많이 행해졌다.<sup>37)</sup> 현재 약 3분의 1에 해당하는 주의 회사법이 이를 명문화하고 있다.<sup>38)</sup>

이 제도를 도입하게 된 취지는 승소가능성 없이 단지 화해로 종결하려는 의도로 소를 제기하는 주주대표소송의 남용 내지 악용사례를 방지하기 위한 것이다.

### 2) 관련규정

담보제공의무제도를 처음 도입한 1944년 뉴욕주 사업회사법 627조에 의하면, 원고가 사외주식(outstanding shares)의 5% 이상, 또는 사외주식의 5% 이상을 표창하는 의결권신탁증서(voting trust certificate), 또는 주식의 수익권을 보유하거나 원고의 주식, 의결권신탁증서 및 수익권이 5만 달러의 공정가격을 가지는 경우를 제외하고, 그 권리에 의해 소송이 제기되는 회사는 중구판결전의 소송절차의 어느 단계에서도 원고에 대해 변호사보수를 포함한 상당한 비용에 관한 담보제공을 청

37) 담보제공제도의 도입은 1944년 뉴욕주회사법이 처음이다.

38) 이에 반해, Delaware주에서는 이 제도를 채용하지 않고 있다. 개정모범회사법은 총주식의 1% 또는 주가총액 2만5천 달러 미만인 경우에 담보제공의무를 규정한 개정전 모범회사법의 규정을 삭제하였다.

구할 수 있다고 규정하고 있다.

공동원고인 주주나 소송에 참가하는 주주의 소유주식은 담보제공면제 요건에 산입되나, 소제기후에 담보제공면제요건을 맞추기 위해 주식을 추가로 매수하는 경우에는 산입되지 않는다. 즉, 제소시를 기준으로 하여 판단하게 된다. 그러므로, 제소주주의 주식 등의 총액이 소송절차진행 중에 기준이하로 내려가는 경우에도 담보제공면제의 효력은 지속된다. 기존의 제소주주가 다른 주주에게 소송에 참여할 것을 권유하는 경우에는 증권거래법의 적용을 받아 SEC의 위임장경쟁규칙을 준수하여야 한다.

한편, 캘리포니아주에서는 소유주식수에 관계없이 소송이 회사 또는 주주에게 이익을 줄 상당한 가능성이 없다는 것과 피고이사가 문제된 거래에 관여하지 않았음을 입증한 경우에는 법원이 재량으로 원고에게 5만 달러를 한도로 담보제공을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만, 실제로 법원이 담보제공명령으로 내린 담보금액은 1만 달러 이하가 대부분을 차지하고 있다고 한다. 피고에 의한 원고의 담보제공의 청구는 소환장 송달후 30일 이내 또는 특별한 사정이 있는 경우에는 60일 이내에 하도록 하고 있다.

### 3) 학 설

이러한 담보제공의무의 법정화에 대해서, 학계에서는 과도한 담보제공 부담으로 인하여 정당한 소송의 제기를 어렵게 하며, 뉴욕주 회사법 규정에서처럼 대부분의 제정법이 소수주주에게만 담보제공의무를 요구하는 것은 지배주주와 소수주주를 차별하는 것이라는 격렬한 비판을 하고 있다. 또한, 후술하겠지만 실제로 담보제공제도가 의도한 목적인 주주대표소송증가의 억제에 실패하였다는 실증연구도 나오고 있다.

### 3. 주주대표소송 제기후 관련제도

#### 가. 화 해

##### 1) 개 념

전술한 것처럼, 주주대표소송은 종국판결까지 가는 경우보다도 소송 당사자간의 화해에 의해서 종료하는 경우가 많다.

화해는 소송을 단기간에 종료시켜서 비용과 당사자의 노력을 절감시키는 효과가 있기 때문에 소송당사자로서는 매우 경제적이다. 그러나, 원고와 피고간에 담합이 있는 경우에는 회사와 다른 주주의 이익이 침해될 가능성이 높다. 즉, 종국판결까지 갔다면 회사에 이익이 되었을 경우에도 원고와 피고의 결탁에 의한 화해로 인해 회사로서는 전혀 이익을 보는 일없이 회사가 화해금을 지급함으로써, 결국 회사로서 상당한 손해를 보게 되고 이는 곧 다른 주주들에게도 손해가 된다.

##### 2) 관련규정

이러한 원고주주와 피고간의 담합에 의한 화해의 성립을 방지하기 위하여, 연방민사소송규칙과 개정모범회사법은 주주대표소송의 화해는 법원의 허가를 얻어야만 하도록 규정하고 있다(연방민사소송규칙 23.1조 ; 모범회사법 7.45조). 이에 따라 많은 주의 관련법도 동일한 규정을 두고 있다.<sup>39)</sup>

##### 3) 효 력

화해는 ①주주에의 통지, ②청문회 개최, ③법원허가의 절차를 거쳐

39) 그 외에 기타 Arizona 등 13개주의 회사법에 규정을 두고 있다.

행해진다. 구체적으로 보면, 최초 화해의 합의가 당사자간에 서류로 작성되고 법원의 검토와 허가를 거쳐 주주에게 통지된다. 통지 후 60일 이내에 이에 대한 청문회를 열게 된다. 주주에의 통지비용은 화해금액에 포함시킬 수 있다.

법원이 화해안의 허가에 있어 고려하여야 하는 것은 ①판결결과 얻을 수 있는 잠재적 회복액과 최선의 회복액규모 ②승소가능성, ③소송비용과 기간, ④피고들이 화해안의 금액을 초과한 금액을 지불할 능력의 여부, ⑤변호사비용 등이다.

대부분의 주회사법은 회사의 주주들에게 화해안을 고지할 것을 요구하고 주주들이 이에 대해 참여하는 것을 허용하고 있다. 일부 주법원은 주주의 이익이 중요하게 영향을 받을 때만 고지를 요구하기도 한다.

법원의 허가를 얻은 화해는 통상 주주대표소송에 관한 법원의 최종 판결과 같은 효력을 가지고, 모든 주주에게 고지되었을 때에는 화해의 기판력(既判力)이 주주 전원을 구속하기 때문에 다른 주주에 대해서도 구속력을 가진다. 그러므로, 다른 주주는 동일한 사안을 가지고 다시 주주대표소송을 제기할 수 없게 된다.

그런데, 원고주주를 배제하고 회사와 피고간의 화해가 성립함으로써, 주주대표소송이 중지될 수 있는 가에 대한 문제가 있다. 이 문제에 관해서는 연방민사소송규칙이나 기타 주회사법상 명문규정이 없다. 이에 관한 Wolf 사건에 관한 판례<sup>40)</sup>가 있는데, 법원은 법원의 허가 없이도 화

40) Wolf v. Barkes 사건의 사실개요는 다음과 같다. 원고는 Curtis Publishing Company의 이사와 임원에 스톡옵션을 부여하고 회사의 수권주식수를 증가시키는 1963년의 주주총회결의 등이 무효라는 이유로 주주대표소송을 제기하였다. 무효의 근거로서 위임장설명서의 부실표시를 문제삼았다. 이에 대해 최종적으로 회사는 피고와 화해로서 이를 종결시켰다. 그리하여, 원고는 주주대표소송의 화해는 모든 주주들에게 고지를 하고 법원의 허가가 필요하다고 주장하였다. 이에 대해 공소법원은 다음과 같은 이유에서 공

해가 가능하다는 결론을 내리고 있다. 그러나, 이러한 화해는 원고를 구속하지는 못하므로 원고는 이에 대해 또 다른 주주대표소송을 제기할 수 있게 된다. 그래서, 회사나 피고가 이러한 화해의 방법은 꺼리고 있다. 그 후, Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp 사건<sup>41)</sup>에서 법원은 원고의 청구를 전면적으로 인정하고 당해 화해를 무효로 하였다.

### 나. 이사에 대한 보상

이사에 대한 보상이란, 회사의 이사가 그 지위에 의거하여 제소된 소송의 결과 부담하게 된 방어비용 등의 비용과 판결이나 화해 등에 의한 배상금을 회사가 일정한 조건하에 상환하여 주는 것을 말한다.

이처럼 이사에게 보상하게 된 것은 첫째, 선의의 이사가 주주의 부당한 책임추궁에 대응할 수 있도록 경제적 뒷받침을 하고, 둘째, 주주대표소송의 제소에 따른 심리적, 경제적 위협을 감소시켜 유능한 인재를 이사로 영입할 수 있도록 하며, 셋째 근거없는 주주대표소송의 발생을 억제시키기 위한 것이다. 그러나, 이러한 취지에 반하여 회사의 보상요건을 완화하게 되면 이사 등에 의한 부당행위 내지 불법행위의 조장, 즉 도덕적 위험(Moral Hazard)이 발생할 우려가 있어 적절한 간격을 둘 필

---

소인의 청구를 배척하였다. 첫째, 스톡옵션의 화해에 관해서 법원의 허가를 요구하는 연방민사소송규칙은 원고주주와 그 변호인이 화해에 의해 이득을 얻고, 회사가 어떠한 것도 얻을 수 없는 것을 방지하기 위한 것이다. 둘째, 회사가 당해 주주대표소송의 피고와 협의하여 회사에 속하는 소권을 포기함으로써 회사가 이익을 얻을 수 있는 유리한 화해의 성립은 주주대표소송제도와 모순하지 않는다. 셋째, 법원의 허가에 의해 스톡옵션의 화해를 정하고 있는 연방민사소송규칙은 회사와 피고간의 법원 밖에서의 화해를 방해하지 않는다. 넷째, 특정한 경우에 주주대표소송을 취급하는 법원은 형평법을 근거로 회사가 부당한 화해를 하는 것을 최종적으로 금지할 수 있다.

41) 625 F. 2d 49(2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 1029(1981).

요가 있다.

미국에서는 일반적으로 두 가지 유형의 보상규정이 인정되고 있다. 첫째, 강제적 보상(mandatory indemnification)은 일정한 기준을 충족한 이어나 임원에게 보상받을 권리를 부여하는 것이다. 둘째, 임의적 보상(permissive indemnification)은 일정한 요건하에 회사의 경영자에게 보상할 수 있는 권한을 회사에 부여하는 것을 말한다.

모범회사법 제8장의 보상에 관한 규정은 큰 영향력을 가지고 있으며, 약 42개주에서 그 규정을 모범으로 삼고 있다. 이사 등이 전면적 승소한 경우에는 이사 등이 부담한 합리적인 비용을 회사가 보상해주도록 하고 있다.<sup>42)</sup> 델라웨어주 및 뉴욕주에서, 이사가 강제적 보상을 받기 위해서는 복수의 청구원인 중 일부에 관해서만 승소한 경우에도 승소부분에 응하여 강제적 보상을 받을 수 있다. 또한, 승소에는 본안 청구권의 존부 판단에서 승소할 뿐만 아니라 절차상의 이유로 인한 승소도 포함한다. 주주대표소송에 있어서 패소 내지 패소와 다름없는 화해를 한 이사 등에 대하여 회사가 방어비용이나 책임금액을 보상하는 것을 어느 정도까지 인정할 것인가는 주에 따라 다르다.

판결 기타 사법판단에 의하여 회사에 대하여 책임이 있다고 한 패소 이사 등은 많은 주에서 임의적 보상의 대상에서 원칙적으로 제외된다. 델라웨어주에서는 이사가 판결 등의 사법판단에 의하지 않고 화해에 의하여 종결되더라도 회사에 대하여 유책으로 인정되는 경우, 이사가 소송 방어 내지 화해를 위하여 현실적·합리적으로 부담한 비용(변호사비용포함) 중 회사에 대하여 유책이라고 한 금액만큼은 판결에 의한 유책금액과 마찬가지로 임의적 보상은 일체 인정되지 않는다. 이는 판결이나 화해에 의해서 회사에 대한 배상책임이 인정된 이사가 회사로부터 그 배상금액의 보상을 받는 것은 이사 등으로부터 받은 배상금을 이사에게 그대

---

42) MBCA 8.52조.

로 반환하는 것이 되어 주주대표소송제도의 취지를 무색하게 하기 때문이다.

모범회사법도 델라웨어주와 같이 화해에 의한 회사에 대한 유채금액에 관해서는 일체 보상을 인정하지 않고, 화해로 종결되었지만 실질적으로 회사에 대하여 유채으로 된 경우에는 합리적 비용에 관하여 임의적 보상을 인정하고, 판결에 의해 회사에 대해 유채으로 된 경우에는 법원의 결정을 얻은 경우에 한하여 합리적 비용의 보상을 인정하고 있다.

이에 대하여 패소이사 등의 판결, 화해 등에 의한 회사에 대한 지급의무에 관해서도 보상해주는 주도 있다. 예컨대, 캘리포니아주나 뉴욕주에서는 법원결정이 있으면 화해에서 이사가 회사에 지급하게 된 유채금액에 관해서도 회사가 보상하는 것이 가능하다. 다만, 뉴욕주에서는 델라웨어주와는 달리 패소와 동일한 화해의 경우의 비용보상에 관해서도 회사가 보상하는 것이 가능하나 법원의 결정이 필요하다. 펜실베이니아주, 조지아주 등에서는 화해에 의해 회사에 대하여 지급의무를 질 금액에 관해서도 일정한 요건하에 회사에 의한 보상이 인정되고 있다.

임의적 보상은 그것이 인정되기 위한 요건인 행위기준을 충족하고 있다는 것을 이사회 등의 회사기관이 판단한 후에 비로소 인정된다. 즉, 보상은 당해 소송절차의 당사자가 아닌 이사들로 구성된 이사회 산하의 위원회, 주주 또는 독립법률고문의 서면에 의한 의견에 의하여 결정된다.

피고인 이사가 일정한 요건을 충족한 경우에는 강제적 보상과 임의적 보상을 받을 수 있지만, 대규모의 주주대표소송에 있어서는 회사에 의한 보상이 인정되기까지 장기간이 요하게 된다. 그래서, 많은 주에서는 이사들의 경제적 부담을 덜어주고자 주법으로 회사가 피고인 이사 등에 대한 방어비용의 선급을 인정하고 있다. 다만, 이사 등이 방어비용의 선급을 받기 위해서는, 장차 회사로부터 보상을 받을 권리가 없음이 종국적으로 결정된 경우 그 선급액을 반환한다는 취지의 약속을 하여야

한다. 그런데, 모범회사법 8.53조에서는 반환약속에 덧붙여서 다음 두 가지 요건을 선급요건으로 요구하고 있다. 첫째, 선급을 받는 자는 회사에 대하여 자기가 임의적 보상을 받는데 필요한 행위기준을 충족하고 있다는 선의의 확신에 대한 약속서를 제출할 것, 둘째 당해 결정자에게 결정 시점까지 알려져 있는 사실이 보상을 배제하는 것이 아니라는 결정이 행하여질 것 등이 그것이다.

소송비용 등의 보상(indemnification)에 관해서는, 대개 주의 회사법에 규정이 있다(Delaware 회사법 145조). 보상은 이사뿐만 아니라 임원도 대상이 된다. 이 보상은 이사가 성실하고 회사에 최선이 된다고 믿는 방법으로 행동한 경우에 적용된다. 회사는, “소송비용뿐만 아니라 판결, 벌금, 화해에 의해서 지불된 금액도 보상할 수가 있다.” GE사의 정관도, “법률이 허락하는 최대한까지, 어떤 손해배상청구에 대하여도 보상할 수 있다.” 따라서, 이 회사의 이사는 금전적으로는 아무 것도 걱정할 필요가 없다.

#### 다. 이사의 책임면책

Marmon사와 Trans Union사와의 합병(cash out merger)에 관한 1985년의 Smith v. Van Gorkom사건에 있어서의 델라웨어 대법원의 판결<sup>43)</sup>은, 동 합병안이 Trans Union사 내에서 충분한 검토가 없었으므로, 이사의 선관주의의무 위반을 인정하여 이사의 책임을 인정하였다.<sup>44)</sup>

이 판결이후, 미국의 D&O 보험의 보험료가 상승하여 회사가 아니고서는 보험을 살 수 있는 자가 없게 되었다. 그 결과, 사외이사에의 취임을 거부하는 사람이 증가하였다.

43) 488 A. 2d 858(Del. Supr. 1985).

44) 1985년, 사외이사를 포함하여 피고이사에 대하여 고액의 배상책임(2,350만 달러 중에서 1,000만 달러는 D&O 보험에서 조달되었다)을 부과하게 되었다.

그래서, 델라웨어주에서는 입법조치를 통해 정관변경에 의해 정관에 이사는 선관주의의무에 위반한 것만으로는 금전적인 책임을 지지 않는다는 취지의 규정을 한 경우에만 책임제한을 할 수 있도록 하였다(델라웨어 회사법 102조 (a)항 (7)호)<sup>45)</sup>. 이에 따라 포춘지 상위 500사의 대부분이 델라웨어주에 주소를 둔 회사이므로, 기업 대부분이 이러한 정관을 갖고 있다. 다만, 이사의 충실의무에 위반하는 행위에 근거한 책임이나 고의에 의한 책임, 이사가 부당한 이익을 얻는 거래에 근거한 책임 등에 관해서는, 책임의 사전면제 내지 제한은 인정되지 않고 있다.

하지만, 델라웨어주에서는 임원은 제외되므로 결국 사외이사만을 보호하는 결과로 된다. 이에 반해, 루이지애나주를 비롯한 몇몇 주에서는 임원에 관한 책임제한을 인정하고 있다.

책임제한은 이사의 회사 및 주주에 대한 개인책임의 면제를 인정할 뿐이며, 그 외 기타 유지(留止) 등의 청구로부터의 보호를 해주는 것은 아니다. 또한, 일반적으로 충실의무위반이나 부당한 개인적 이익의 취득, 고의에 의한 부당행위 등에 관한 책임제한은 인정하지 않는다.

뉴욕주에서도, 1987년에 위와 같은 법개정이 있어 GE사도 이에 따라 1988년 주주총회에서 정관변경을 하였다(Certification of Incorporation of General Electric Company, Section 6).

이사의 경영판단에 관한 손해배상책임은, 경영판단의 법칙에 의해서도 구제되지만, 판단에 필요한 정보를 수집하는 시간적 여유가 없는 경우(단순한 주의의무위반)에는 경영판단의 원칙이 기능하기 어렵다. 이러한 경우에는 면책조항이 적용된다.

---

45) 뿐만 아니라, 뉴욕주 등 여러 주에서도 이를 인정하는 법률개정의 계기를 만들었다.

## 라. 임원배상책임보험

### 1) 개념

임원배상책임보험(Directors' and Officers' Liability Insurance, 이하 D&O보험으로 약술함)은, 회사의 임원 및 이사가 그 업무에 관하여 행한 행위에 대하여 주주나 제3자로부터 손해배상청구소송이 제기되는 경우에 임원 및 이사가 입는 손해(소송비용과 법률상의 손해배상금)를 보상해주기 위한 책임보험이다. 즉, 회사의 이사 및 임원은 주주로부터 주주대표소송을 제기받는 경우 패소시 손해배상책임을 부담하게 된다든지, 혹은 승소한다고 해도 상당한 변호사비용 등의 금전적 손해를 부담하게 되므로 이를 회사가 보상해주기 위한 것이다.

### 2) 연혁

임원배상책임제도는 전술한 것처럼, 미국에서 회사가 이사 및 임원에 게 비용을 보상해주는 보상제도와 아울러 1940년대 초부터 Lloyd사에 의해 시작되었다. 그 후, 1960년대에 들어와서 회사임원에 대한 주주대표소송이 급증하여 그 방어비용이 고액화함에 따라, 이를 해결하기 위해 본격적인 임원배상책임보험의 개발과 도입이 활발하게 되었다.<sup>46)</sup>

현재, 버몬트주를 제외하고 모든 주의 회사법에서는 회사가 과거, 현재, 미래의 이사, 임원, 종업원, 다른 회사의 대리점인 자를 위하여 회사 임원배상책임보험에 가입할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다.

---

46) Joseph Jonston, "Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers", 33 Business Lawyer 1993(April, 1978), 1994.

### 3) 관련규정

거의 모든 주법에서 회사의 D&O보험의 구입을 명시적으로 인정하고 있다. 대부분의 회사의 부속정관(bylaws)도 D&O보험의 구입을 명시적으로 수권(授權)하고 있다. 델라웨어주 및 캘리포니아주의 회사법과 모범회사법은 회사가 당해 책임금액에 관하여 보상을 할 권한이 있는가 여부를 묻지않고 보험을 구입하고 유지할 권한을 가진다고 규정하고 있다.<sup>47)</sup>

그런데, 뉴욕주의 회사법<sup>48)</sup>은 회사가 구입하는 보험에 있어서 ①이사의 적극적이고 고의의 부정행위(active and deliberate dishonesty)가 당해 유책판결의 소송원인에 있어서 중요하였거나, 또는 이사가 적법하게 취득할 수 없는 경제적 이익 기타 이익을 개인적으로 실제로 취득하였다는 것을 당해 이사, 임원에 대한 유책판결이 입증하였을 때, 또는 ② 동주의 보험법상 보험의 대상이 되는 것이 금지되고 있는 위험에 관해서는 당해 이사, 임원에게 방어비용 이외에 어떠한 지급도 해서는 안된다고 규정하고 있다.

임원 및 이사의 소송비용은 소송의 승패여부에 관계없이 전보되지만, 임원 및 이사의 범죄행위에 기인하는 손해배상청구 및 법령위반을 임원·이사가 알면서 행한 행위에 기한 손해배상청구에 대하여는 보험금이 지불되지 않는다. 다만, 판례 중에는 법령의 기준을 충족시키지 못한 행위도 보험의 대상으로 한 경우가 있다.<sup>49)</sup>

47) Del. Gen. Corp. Law 145(g) ; Cal. Gen. Corp. Law 317(i) ; MBCA 8.57.

48) N. Y. Bus. Corp. Law 726(b).

49) Smith v. Van Gorkom (488 A. 2d 858, Del. Supr. 1985) 사건에서 현금교부합병(cash-out merger)제외에 대하여 이사회에서 회사매각을 결정하기에 앞서 이사들이 충분한 정보를 취득하는데 있어 중과실(gross negligence)이 있었다고 판시하였음에도 불구하고, 보험회사는 동사건의 화해금 2,350만 달러 중 1,000만 달러를 지급하였다.

D&O 보험에는 부주의나 비행역지의 견지에서 면책금액(피보험자부담부분)이 정해지는 것이 보통이며, 또한 대부분의 경우 축소전보비율(면책금액을 넘는 손해 중 보험금을 지급하는 비율)에 관해서만, 보험에 의한 전보를 하고 나머지는 이사등 피보험자가 부담하도록 정하고 있다. 많은 보험증권에서는 면책조항상 이사 등의 적극적이고도 고의의 부정행위가 당해 판결의 청구원인에 관하여 중요하였다는 종국판결이 있을 때 면책사유로 하고 있다. 실질적으로, 모든 주의 회사법이 회사의 임원 배상책임보험 구입을 인정하는 규정을 갖고 있다.

D&O보험은 대부분 기업이 보험료의 90%를 부담하고 나머지 10%는 이사, 임원이 부담하는 것으로 하고 있다. 이와 같이, 보험료를 부담하는 것은 D&O보험이 제정법이나 부속정관의 규정에 따라 이사를 보상할 회사의 의무이행을 담보하고 이사에게는 스스로를 보호하기 위한 것이라는 사실을 반영하는 것이다.

#### 4. 미국의 주주대표소송의 운용실태

##### 가. 주주대표소송의 이용현황

주주대표소송의 소송건수를 살펴보면, 정확한 통계가 없어서 자료마다 일정하지 않으나, 대략 매년 약 2,000건 내지 3,000건 정도의 주주대표소송이 제기되고 있다<sup>50)</sup>고 한다. 하지만, 그 중 제소 후 화해로 끝나는 경우가 많아서 판결까지 가는 경우는 많지 않다. Watson wyatt & Company의 조사에 의하면, 1986년~1995년까지 상장회사의 이사와 임원에 대하여 785건의 소송이 제기되었다.<sup>51)</sup>

50) 小林秀之/原强, 株主代表訴訟の法構造と機能(13), 판례시보 No. 1527. 1995. p.171.

51) 제소한 자가 누구냐에 따라 분류하면 그 비율은 다음과 같다.

· 주주 46% (반은 대표소송, 나머지는 class·action 등의 직접소송으로

주주대표소송의 제기원인별로 살펴보면, 1992년의 경우 총 341건중 기업인수합병에 관한 경우가 가장 많았고, 부적절공시를 문제삼은 것이 그 다음을 차지하였다(60건 이상). 나머지 원인으로서는 주식공모, 회사의 실적과 도산, 사업부문의 매각, 부정행위, 자사주구입, 재무보고의 결함, 배당, 투자와 차입에 대한 결정, 내부정보의 이용 등의 순서로 나타났다.

주주대표소송은 회사를 위하여 주주가 제기하고 승소할 경우 소송금액은 회사로 귀속된다. 그러므로, 소송당사자인 원고로서는 소송비용을 돌려 받는 것 외에는 직접적으로 얻는 금전적인 이익이 없다. 그런데도 불구하고, 위에서 본 것처럼 미국에서 주주대표소송이 활발히 일어나는 이유를 몇 가지 들어보면 다음과 같다.

첫째, 변호사에게서 찾아야 한다. 변호사는 대표소송에서 승소하거나 소송당사자가 화해하는 경우에는 원고의 소송비용(변호사비용 포함)을 회사로부터 받아낼 수 있으므로 일단은 주주대표소송의 제기를 원하게 된다. 즉, 주주대표소송은 실제로 변호사의 금전적 동기에 의해서 제기된다고 하여도 과언이 아니다.<sup>52)</sup> 적극적인 변호사들은 우선 각 기업의 동향을 파악하여 허점을 발견한다. 그 후, 미국법상 경영진의 불법행위시의 주주에게만 소송제기자격을 주므로 이러한 자격있는 자를 찾아내어 소송을 제기하도록 한다. 그리고, 이러한 주주대표소송들은 이익분배를 조건으로 하는 소송원조(champerty)에 의거하고 있다. 또한, 주주가 소송비용에 부담을 느끼지 않도록 성공보수제(contingent fee basis)<sup>53)</sup>에 의해 소송을 수입한다. 다만, 최근에는 소송의 남용으로 인한 폐해가 나

---

추정된다)  
 · 종업원 25%  
 · 고객 18%  
 · 경쟁기업 6%  
 · 기타(정부를 포함한다) 5%

52) Robert w. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell* 413(3rd ed. 1991).  
 53) 승소하는 때에 한하여 변호사보수를 청구하는 제도이다.

타남에 따라 법원에서 변호사보수에 관하여 지급액수를 결정하게 되었으며, 법원에서 통상 사용하는 방법은 변호사의 시간당 보수에 소요된 시간수를 곱하여 산출하는 시간급방식을 채택하게 되었다.

미국에서는 이러한 주주대표소송만을 전문으로 하는 변호사의 수도 상당히 많다.<sup>54)</sup> 이처럼 전문변호사가 많으므로 가령, 어떤 기업의 M&A 뉴스가 나오면 바로 다음날 주소지법원에 주주대표소송이 제기되는 경우도 흔한 것이 변호사가 많은 미국의 현실이다.

둘째, 소송비용에 대한 부담이 적다. 미국법상 일반적으로 원고에 의한 소송비용의 부담에 대해서는 소위 “American Rule” 이라고 하는 다음 세 가지 특징이 있다. ①소송제기비용이 소송가액에 관계없이 30불에서 100불 사이에 불과하다. ②소송당사자는 자신의 비용만을 부담하는 것이 원칙이므로 비록 패소하였다고 하더라도 피고측의 소송비용이나 변호사비용을 지불하지 않아도 된다. ③소송의 성공보수제도(contingent fees arrangement)가 존재한다.

#### 나. 담보제공제도와 D&O 보험의 최근상황

한편, 담보제공제도의 최근 상황을 살펴보면 다음과 같다. 담보제공 명령제도의 도입후 이에 대한 실제효과는 그렇게 크지 않다고 보고되고 있다.<sup>55)</sup> 이처럼 이 제도가 주주대표소송의 억제에 효과를 거두지 못하고 있는 것은 이 제도의 적용을 회피하는 방법이 다양하기 때문이다.

54) 일반적으로 원고변호사에게는 대표소송에서 회사가 취득하는 배상액의 일정비율이 보수로 지급되는데, 이 비율은 때로 30%를 넘는 경우도 있다 (Charles S. Barquist, “美國における株主代表訴訟,” 國際商事法務, 1994. Vol.22, No.5, p.445).

55) 실제로 뉴욕주의 경우 담보제공제도 도입 전에는 연간 50건이었던 것이 제도 도입직후 2건으로 격감하였으나, 그 후 10년 주기로 몇 백건이 다시 증가하게 되었다고 한다.

첫째, 위의 뉴욕회사법상의 담보제공규정의 면제를 위해서는 주식총수의 5%이상이어야 하므로, 다른 주주의 소송참가를 권유하게 된다. 이 경우에는 물론 SEC의 위임장규칙의 적용을 받는다.<sup>56)</sup> 원고주주가 다른 주주의 참가를 유도하기 위해서는 주주명부를 신청할 수 있게 되는데, 회사의 입장에서는 이를 피하는 경향이 있으므로 담보제공청구를 철회하거나 처음부터 신청하지 않는 경향이 있다. 둘째, 주회사법상의 청구원인에 의한 소송이 연방법원에 제기된 경우에는 주법원에 제기되었으면 적용되었을 주의 실체법이 적용되므로 담보제공의무도 적용되나, 연방증권법위반 (예컨대 SEC Rule 10조 b항 5호 위반)을 이유로 하여 연방법원에 제소하는 경우에는 주회사법상의 제한규정이 적용되지 않으므로 담보제공의무조항이 적용되지 않는다. 셋째, 소송담보의무는 주주대표소송에만 적용되고 직접소송인 집단소송을 하는 경우에는 적용되지 않으므로 담보제공규정의 적용이 없게 된다.

또한, 소송의 실패를 살펴보면, 캘리포니아주에서 주주대표소송을 전문으로 하는 변호사의 수입은 연간 1억 달러에 달하고 있다고 한다. 그러므로, 주주대표소송에 있어 5만 달러의 담보제공은 변호사로서는 그다지 큰 비용이 아니므로 business비용으로 처리하여 대납해주는 경우가 많다고 한다. 그리고, 소송의 담보제공을 전문으로 하는 용자회사도 성업중이어서 얼마든지 이를 이용할 수 있는 여건이 마련되어 있다.

이러한 이유로 담보제공의무의 법정화에 대한 학계의 격렬한 비판이 있었다고 한다. 그리하여, 미국모범회사법은 1982년 개정시 담보제공의무 부담규정을 삭제하게 되었고, 캘리포니아주 회사법도 이에 따르게 되었다.

한편, 주주대표소송등 증권소송분야의 소송남용과 직업적 집단소송 전문변호사에 의한 소송을 억제하기 위해 1995년 12월에 「사적증권소송 개혁법」(The Private Securities Litigation Reform Act of 1995)이 제정

56) Studebaker Corporation v. Gittlin, 360 F. 2d 692(2d Cir. 1966)

되었다. 이 법에서는 소위 safe harbor조항의 범위확대가 있었다.

임원배상책임보험에 관한 최근 상황을 살펴보면, 다음과 같다. 미국에서 임원배상책임보험이 일반화된 것은 1960년부터인데 그 후 소송건수가 증가함에 따라 급속히 보편화되었다. 그러나, 배상청구건수가 증가하고 손해액이 거액으로 되어 보험회사의 부담이 증가하였고, 이는 보험료상승으로 나타나 이를 부담할 수 있는 계약자가 줄어드는 악순환을 초래하였다. 그러나, 이후 다시 회복이 되어 1991년 조사에 따르면 조사대상기업의 약 80% 이상이 보험에 가입하고 있고, 자산 10억달러 이상인 기업에 있어서는 90%이상이 가입하고 있다고 한다. 또한, 1992년의 통계를 보면, 임원책임배상보험의 가입율이 응답회사 중 81%(1,090사/1,342사), 자산 10억 달러 이상의 회사에서는 약 91%에 달한다. 그래서, 미국에서는 기업체이사로 선출되면 가장 먼저 손해보험에 가입하는 것이 관례처럼 되어 있다.

사실, 보험은 변호사비용 때문에 필요하다. 보험회사는 승산의 유무를 떠나서 소송비용을 지불한다. 그 결과 재미를 보는 것은 화해금의 40%를 보수로 받는 원고변호사 뿐이다. 이러한 화해금의 대부분은 보험으로 조달되고 있다. 보험료는 해마다 상승하고 있는데 GE사의 경우 연간보험료는 404만 달러라고 한다.

일부에서는, 이사를 보호하기 위한 방법으로서 보험은 최선책이 아니라는 주장이 제기되고 있다. 화해와 보험이 있기 때문에 피고도 판결이 아니라, 화해로 해결하려고 하고 보험회사는 그에 응해서 보험료를 인상한다.

## 다. 주주대표소송과 기업지배구조 개선

미국에서 시작된 기업지배구조(corporate governance)에 관한 논의가 현재 전세계적인 이슈가 되고 있다. 기업지배구조에 관한 논의에서 기존의 기업지배구조를 개선하는 수단으로서 각광을 받는 것이 주주대표소송이다. 미국에서는 최근 다음 두 가지 문제에 대한 논의가 활발하다. 첫째, 실증적인 차원에서 주주대표소송이 과연 회사 내지 주주의 이익에 기여하고 있는가 하는 문제이고, 둘째 규범적 차원에서 어떻게 하면 주주대표소송을 보다 회사의 이익과 조화되는 방향으로 개선할 수 있을까 하는 문제이다.<sup>57)</sup>

한편, 주주대표소송의 남용에 대한 비난이 상당하다. 그러나, 우여곡절은 있지만, 주주대표소송이 일반적으로 이용되는 것은 상당히 이 제도의 필요성이 강하다고 인식되기 때문이다. 예를 들면 연방최고재판소는 *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*<sup>58)</sup> 사건에서 주주대표소송이 회사의 경영진에 대한 주요한 규제수단이라고 성격을 규명하고 있다. 게다가, 미국에서 주주대표소송은 회사지배, 종속관계하의 권력자인 지배주주(지배회사)에 의한 권한남용을 억제하는 유효한 수단으로 인식되고 있다.

우리가 여기서 잘못 인식할 수 있는 것은 최근 주주대표소송에 대한 학계의 제도개선요구나 ALI 등의 움직임이 주주대표소송에 대한 부정으로 잘못 인식될 수 있다는 것이다. 하지만, 이는 주주대표소송의 효용과 이점을 기본적으로는 긍정하면서 그 남용 내지 악용을 방지하기 위한 수단을 강구하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 또한, 주주대표소송의 실증적 효

57) 김건식, 「주주대표소송의 활성화와 관련된 몇 가지 문제점」, 법학 37권 2호, 서울대학교, 1996. p.168.

58) 337 u.s. 541, 548(1949).

58 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

과를 조사하여 주주대표소송의 효용성을 주장하는 학자들도 있다.<sup>59)</sup>

---

59) Jones, An Empirical Examination of the Resolution of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuit, 60 B. U. L. Rev. 5432(1980).

## **IV. 일본의 주주대표소송제도 및 운용실태**

---

1. 제도의 개관
2. 주주대표소송 제기시 관련제도
3. 주주대표소송 제기후 관련제도
4. 일본에서의 주주대표소송의 운용실태



## IV. 일본의 주주대표소송 및 운용실태

### 1. 제도의 개관

#### 가. 개념

일본 상법상 주주대표소송이라 함은, 회사가 이사 등의 회사에 대한 책임을 추궁하는 소의 제기를 게을리 하고 있는 경우에 주주가 회사를 위하여 이사 등의 회사에 대한 책임을 추궁하는 소송을 말한다. 일본 상법에 의하면 주주에 의한 주주대표소송은 이어나 감사의 회사에 대한 책임의 추궁(상법 267조, 280조 1항), 불공정가격에 의한 신주인수인에 대한 책임의 추궁(상법 280조의11), 주주권의 행사에 관한 공여이익의 반환의무의 이행청구(상법 294조의2) 등에 관하여 인정되고 있다.

#### 나. 연혁

일본의 주주대표소송제도는 주주지위를 강화하고 주주에 의한 이사의 업무집행에 대한 감독시정기능의 제고를 목적으로 미국 회사법상의 제도를 계수(繼受)하여 1950년 상법개정시에 도입하게 되었다(상법 제 267조).

그러나, 일단 도입은 하였지만 잘 활용된 것이 아니라 우리나라처럼 상법상의 장식적인 제도로 전락하였다. 즉, 제도도입의 취지와는 달리 그 활용도가 극히 낮았던 것이다. 통계를 살펴보면, 제도가 도입된 1950년부터 1989년까지 약 40년 동안 주주대표소송이 법원에 제기된 건수는 10건에 불과하였다. 이렇게 된 원인으로는 주주대표소송에 대한 사회의 전반적인 인식이 부족한 것과 우리나라처럼 소송에 친숙하지 않은 국민

의 법감정이 지적되고 있다.

하지만, 가장 대표적인 요인은 주주대표소송을 제소할 수 있는 자격을 가진 당해 회사의 주주가 자신의 이익을 위해 적극적으로 주주대표소송을 제기할만한 경제적 인센티브가 없다는 점이라고 많은 학자들이 지적하였다. 원래 주주대표소송은 일반소송과는 달리 소송을 제기하여 승소하더라도 제소자에게 그 승소이익이 돌아가는 것이 아니라 회사로 돌아가게 된다. 즉, 회사가 피소된 이사 등으로부터 손해배상금 등의 금전을 받게되어, 소송에 따른 이익은 직접 회사에 귀속된다. 그러므로, 주주는 직접적 이익은 없고 단지 소송의 결과에 의한 회사가치의 상승, 즉 당해 회사의 주가상승으로 인한 간접적인 이득을 얻는데 그치게 될 뿐이다.

또한, 주주가 소송을 쉽게 제기하기 위해서는 어느 정도 당해 회사의 정보를 용이하게 입수할 수 있어야 소송에서 유리한 주장을 할 수 있다. 그러나, 실제로 회사가 주주에게 그러한 정보를 쉽게 준다는 것은 현실적으로 기대하기 어렵다. 경제적 측면에서 보면, 주주대표소송을 제기하기 위해서는 일반소송처럼 소송인지대, 변호사비용 등 소송비용이 든다. 경우에 따라서는, 법원으로부터 담보제공명령을 받을 수도 있으며(상법 267조 4항), 승소하더라도 한정된 소송비용의 상환을 받을 수 있고, 승소할 경우 회사로부터 지급받는 금액의 범위에 포함되지 않는 조사비용 등을 모두 부담해야 한다. 이러한 소송비용을 모두 제소주주가 감당하므로, 일반주주에게 이러한 행위를 기대하는 것은 무리이다. 그러므로, 경제적·시간적인 측면에서는 일반주주가 소송을 제기할 동기가 전혀 없다.

그러므로, 이 제도를 악용하여 회사로부터 금전을 타내려는 전문적인 총회꾼이나, 공익을 위하여 적극적으로 회사의 기업지배구조를 변혁시키려는 적극적인 주주운동가가 아니고서는 주주대표소송을 제기할 주주는 없다고 하여도 과언이 아니다.

이러한 상황하에서도 주주대표소송의 활성화를 위해, 일본의 상법학자들은 법규의 해석으로 소송비용의 인하를 시도하려고 하였다. 즉, 소송비용 중 소송가액을 어떻게 보느냐에 따라 소송제기에 따른 소송인지대의 가격이 틀려지므로 소송가액의 정의를 다르게 보려는 시도가 나타났다. 이러한 움직임에 대해 기존의 학자들이나 법원의 태도가 모두 달라 학설상, 판례상 치열한 주장의 대립이 생기게 되었다. 즉, 주주의 청구가 법원에서 인용된 경우에 회사가 받은 이익, 즉 청구금액이 소송가액이라고 하는 청구권설과 청구가 인용된 경우에 주주전체가 받는 이익이 소송가액이지만 그 산정이 어렵기 때문에 비재산권적인 청구로서 “민사소송비용 등에 관한 법률” 4조 2항을 유추적용하여 소송가액을 95만엔으로 간주하여야 한다는 비재산권청구권설의 대립이 있었다.<sup>60)</sup> 이 문제에 대한 법원의 태도도 청구권설<sup>61)</sup>과 비재산권설<sup>62)</sup>로 나뉘어 판결을 내렸다.

그런데, 1980년대에 들어오면서 나타난 경제환경의 변화, 즉, 소위 일본경제의 버블붕괴에 따라 그 동안 노출되지 않았던 기업경영진의 부정 등 일본 기업들의 문제점들이 표면화되었다. 이에 따라, 기업경영진의 부정을 방지하기 위한 대책으로써 주주의 권리를 강화하여 회사경영진의 전횡을 방지하자는 요구가 높아졌다. 또한, 그 당시 발표된 조사자료에 따르면 일본상장기업의 주주자본이익률이 미국에 비해 현저히 낮다고 발표되었다. 이러한 불균형을 시정하는 하나의 수단으로서도 경영진에 대한 주주권의 강화가 요구되었다. 마침 1990년부터 시작된 미·일간의 무역불균형을 시정하기 위한 미·일구조문제협약이 있었는데, 여기서 미국은 일본에 대해 주주대표소송제도를 비롯한 여러 제도의 개선을 권고하였다.

60) 會社法, 加美和照, 勁草書房, 1998. P.288.

61) 東京地判 1992. 8. 11(일홍증권사건 제1심판결, 상사법무 101호 P.37 참조).

62) 東京高判 1993. 3. 30 (일홍증권사건 제2심판결, 상사법무 109호 P. 70 참조).

이러한 주변 환경변화에 따라, 일본도 기업관련법률에 대한 대대적인 검토를 거쳐 입법적인 해결을 추진하게 되었다. 그리하여, 1993년 상법을 개정하면서 주주대표소송 관련제도를 개선하게 되었다. 그 주요골자를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 주주대표소송의 소송가액 산정에 있어서 주주대표소송의 성질을 재산권상의 청구가 아닌 청구에 관계되는 소로 본다고 규정하였다.<sup>63)</sup> 이에 따라 소송신청수수료는 8,200엔으로 획일화되어,<sup>64)</sup> 종전과 달리 소제기시의 경제적 부담이 줄어들어 주주대표소송의 제기가 손쉽게 되었다.<sup>65)</sup> 둘째, 주주대표소송에 승소한 주주의 회사에 대한 비용상환청구권을 확대하였다. 즉, 변호사보수로 지급한 비용 중 일정범위까지 그 비용의 상환을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 그 소송수행에 있어서 필요하다고 인정되는 비용으로서 소송비용이 아닌 것을 지출한 때에는 그 비용범위중 상당한 금액을 지급할 수 있다고 규정하였다(상법 268조의2 1항). 이에 따라 주주의 주주대표소송 제기에 따른 비용부담이 크게 완화되었다.

개정전후의 일본 기업들을 보면, 전술한 것처럼 일본경제의 거품이 견힘에 따라 방만하고 태만히 기업을 운영한 실태가 드러났고, 이는 이사나 감사등 임원에 대한 억제제도가 충분히 기능을 발휘하지 못하였다는 지적이 있었다. 이에 따라 1993년 상법개정 이후에는 종전과는 달리 적극적으로 경영자의 책임을 묻는 주주대표소송의 증가가 뚜렷하게 나타나게 되었다.

63) 즉, 소송가액은 95만엔이 된다.

64) 상법 267조 4항, 민사소송비용 등에 관한 법률 4조 2항, 동법 별표 1.

65) 개정전 소가에 대한 다툼이 있었으나 동경고등재판소의 93년 판결은 소송가액을 95만엔, 이에 대응하는 수수료를 8,200엔으로 결정하였다.

## 2. 주주대표소송 제기시 관련제도

### 가. 원고적격

미국의 대부분의 주회사법은 원고주주가 되기 위한 요건, 원고적격으로서 ①행위시 주주요건, ②계속보유요건, ③적정대표요건 등 세 가지 요건을 요구하고 있지만, 일본의 회사법은 두 번째의 “계속보유요건”만을 규정하고 있다.

#### 1) 객관적 요건

미국에서 주주대표소송의 제기를 위해서 이사의 부정행위 당시에 주주일 것을 요구하는 행위시주주의 원칙을 요구하고 있지만, 일본상법은 6개월 전부터 계속해서 주주일 것을 요구하는 “계속보유요건”만 있을 뿐 행위시주주의 원칙은 요구하지 않고 있다. 그러므로, 이사의 부정행위가 종료된 후에 이러한 사실을 알고서, 주주대표소송을 제기하려고 주식을 취득하는 사례를 방지할 방법이 없게 된다. 즉, 이사에 대한 손해배상청구권이 10년의 시효로 소멸할 때까지 주주는 주주대표소송을 제기할 수 있는 결과가 된다.

실제 이러한 법의 허점을 이용한 예가 있는데, 이것이 바로 소위 “미쓰이(三井)광산사건”이다. 사실개요를 살펴보면 다음과 같다.

미쓰이광산은 자회사인 미쓰이시멘트를 합병하고자 하였으나, 26%의 주식을 갖고 있는 대주주인 도구리 도오루(戸栗亭)가 합병에 반대하였기 때문에 합병에 필요한 특별결의 정족수를 채울 수 없었다. 그래서 도오루의 주식을 취득하기로 하고 미쓰이광산의 자회사인 미이케(三池)개발로 하여금 1975년 12월 25일에 이를 매입케 했다. 82억엔에 매입한 미이케개발은 이를 35억엔의 손해를 보고 다른 자에게 매도하였다. 그후, 이

사실을 마스크를 통해 알게된 특정 주주가 1978년 3월 30일에 주주대표소송 제기에 필요한 주식 1,000주를 매입하였다. 그 후, 6개월이 지난 1978년 11월 8일에 미쓰이광산 임원 18명을 상대로 주주대표소송을 제기하였다. 피고인 임원들은 원고가 자신의 이름을 알리기 위한 목적으로 제소한 것이고, 문제가 된 주식거래는 자사주취득에 해당되지 않는다는 것과 자사주취득이라 해도 상법 201조의 범의에 반하지 않는다고 주장하였다.

그러나, 법원은 이를 확신할 수 없다는 이유로 원고일부승소판결을 내렸다. 이 판결이 내려진 후, 학계에서는 주주대표소송의 남용을 방지하기 위해서는 미국처럼 “행위시주주 원칙”(contemporaneous ownership rule)을 도입해야 한다는 주장이 제기되었다. 이러한 주장의 구체적 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 행위시주주의 원칙을 도입함으로써, 주주대표소송을 제기할 목적으로 주식을 취득하는 주주대표소송의 남용을 어느 정도 방지할 수 있다. 둘째, 이사의 위법행위에 의해 회사가 손해를 입은 사실이 분명하게된 후에 주식을 취득한 주주는 이미 하락한 주가의 주식을 취득하는 것으로 되기 때문에, 손해를 입은 것이라 할 수 없으므로 이러한 주주에게 주주대표소송의 제기권을 인정할 필요가 없다. 셋째, 비교법론적으로 미국에서는 주주대표소송의 남용방지를 위해 행위시주주의 원칙을 채용하고 있다. 그러므로, 입법적으로 이를 해결해야 한다는 주장을 피력하였다.<sup>66)</sup>

그러나, 이러한 주장에 대해서는 행위시주주의 원칙을 도입하더라도 미국의 경우처럼 자격을 갖춘 주주를 찾아 그 주주의 이름으로 제소하면 되기 때문에 주주대표소송의 남용방지효과는 그다지 크지 않고, 위 두 번째 경우 이사의 행위에 대한 공시가 불완전한 경우에는 이사의 위

66) 北川 清, 株主代表訴訟・理事の責任制度の現象と問題點, 商事法務, 1995. 7. 25., No 1396, p. 28.

법행위 후에 주식을 취득한 주주도 손해를 입었다고 할 수 있으므로 행위시주주의 원칙의 도입에 부정적인 견해도 있다.

## 2) 주관적 요건

일본 상법은 원고적격에 관한 주관적 요건을 일체 요구하지 않고 있다. 하지만, 이와 관련하여 학계에서는 여러 주장이 나오고 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 주주대표소송은 기관력으로 인해 소송결과가 다른 주주에게 영향을 주게 되므로, 미국에서 시행하고 있는 “적정대표요건” (fairly and adequate representation)을 도입해야 한다는 의견이 있다. 즉, 주주가 주주대표소송을 제기함으로써 제소주주 이외의 다수의 주주에게 영향을 미치게 된다. 예컨대, 주주대표소송을 남용하거나 부적절하게 제기함으로써 얻어지는 이익보다 비용(회사의 신용저하, 피고이사의 응소부담으로 인한 업무집행에의 악영향, 주가하락 등)이 큰 경우에는 원고주주의 주주대표소송에 의해 다수 주주의 이익이 희생된다. 또한, 원고주주가 소송수행을 잘못된 결과 위법한 행위를 한 이사에게 결과적으로 면제부를 주게 되는 일도 일어날 수 있는 것이다. 둘째, 현행 일본상법은 주주대표소송의 제기권을 단독주주권으로 하고 있지만, 주주대표소송의 남용방지를 위해 이를 소수주주권으로 하여 일정한 주식을 갖는 주주에게 원고적격을 인정해야 한다는 견해도 있다. 그 근거로서, 미국의 New York주나 New Jersey주에서 일정한 주식지주수 미만의 주주가 주주대표소송을 제기한 경우, 회사의 청구에 의해 원고주주의 담보제공의무를 인정하고 있는 점을 들고 있다. 그러나, 소수주주권으로 하게 되면 정당한 주주대표소송까지도 배제될 위험이 있다는 이유로 반대하는 의견이 더 많다.

## 나. 제소청구요건

주주가 먼저 회사에 대하여 적법한 청구를 하지 않는 경우에는 주주대표소송의 제소청구가 각하된다. 회사가 스스로 제소할 기회를 확보하기 위한 것이지만 소송남용의 방지를 위해서도 의미가 있다.

## 다. 회사의 소송참가

주주가 제기한 주주대표소송에 회사가 이사를 돕기 위해 참가하는 경우 소송법상 보조참가라는 이름으로 참여하게 된다. 최근, 회사의 참가가부의 문제를 놓고 학설은 대립되고 있다.

부정설은 주주대표소송의 소송물은 피고인 이사에 대한 회사의 손해배상청구권으로 본다. 그래서, 회사는 피고가 패소하면 이익을 얻게 되므로 회사가 피고측에 참가하는 것은 논리모순이라고 하고 있다. 이에 반해, 이사의 행위가 회사의 의사결정의 결과로서 행해지고 있는 경우에는 그 결과에 관한 소송수행의 책임을 회사도 분담하는 것이 공평하다는 입장에서 긍정하는 견해<sup>67)</sup>도 많다. 회사의 피고이사에의 소송지원에 관해서도 부정설이 있으나, 피고이사의 행위가 회사의 의사결정의 결과로서 행하여지고 있는 경우 그 의사결정의 적법성을 쟁점으로 하여 판단을 받으므로 회사가 피고이사를 소송지원할 이익이 인정되는 점, 충실한 심리의 확보를 위해서는 증거자료 입수의 측면에서 회사가 피고이사를 지원할 필요성이 인정되는 점에서 긍정적인 견해가 다수이다.

하지만, 판례는 이에 대해 태도가 일정하지 않다. 1995년 동경지방법원은 동경상은신용조합의 조합원주주대표소송에서 회사의 보조참가를

---

67) 吉野正三郎, “株主代表訴訟における會社の訴訟參加(下)”, 商事法務 1358호. 1994. p. 28.

인정하였다. 즉, 회사의 의사결정에 기하여 행해진 임원의 행위의 적부가 다투어진 경우, 참가인인 회사가 판결로 인하여 법적인 이익이 침해될 수 있으므로, 그 침해가 판결주문 중의 소송물에 관한 판단인가 판결이유 중의 쟁점에 관한 판단인가는 중요치 않다고 하였다. 그러므로, 회사가 피고를 보조해서 주장·입증할 기회가 있어야 한다고 하였다. 그러나, 1996년의 중부전력사건에서 나고야지방법원은 회사의 보조참가신청을 각하하였다. 즉, 판결주문중의 소송물인 권리 내지 법률관계의 존부 자체의 판단이 보조참가인의 법률상의 지위에 영향을 미치는 경우에 한하여 이해관계가 있다고 하였다.

#### 라. 담보제공제도

주주대표소송의 남용방지를 위해 주주대표소송이 제기된 경우에 피고인 이사가 원고주주의 소송제기가 “악의”에 기인한다고 주장하는 경우, 이 주장을 법원이 인정하면 원고주주에게 상당한 담보를 공탁하도록 하는 담보제공명령이 내려질 수 있다(상법 267조 5항·6항, 106조 2항). 법원이 정한 날짜까지 원고가 담보제공을 하지 않으면 소송이 각하되므로(민소법 114조), 이러한 담보제공명령제도는 주주의 소송제기에 상당한 영향을 줄 수 있게 된다.

그러므로, 담보제공명령이 내려질 수 있는 요건이 중요하다. 특히 원고의 “악의”가 무엇인가에 대해서 법원의 태도는 엇갈리고 있다. 1994년의 동해은행사건<sup>68)</sup>에서 법원은 담보제공명령을 내리기 위해서는, 원고가 회사에 대한 피고이사의 책임이 없다는 것을 알고 있다는 사실과 원고가 오로지 신청인을 해할 의도라는 사실에 대한 설명을 피고가 하여야 한다고 하여 요건을 엄격히 해석하였다.

---

68) 나고야지법 1994. 1. 26.

사실, 헤미노메(蛇の目)미싱공업 담보제공명령 신청사건<sup>69)</sup> 이전까지 실제로 담보제공명령이 내려진 적은 한번도 없었다. 그 이유는 첫째, 어느 정도의 악의의 증명이 필요한가, 또 실제 어느 정도의 담보제공금액이 내려질 수 있는지가 판례상 반드시 분명하지 않다. 둘째, 담보제공신청이 인정되지 않았을 때의 대외적인 이미지 등을 생각하면, 좀처럼 담보제공을 신청하기 어려울 것이므로 차라리 본안중 답변에서 권리남용을 주장하는 편이 무난하다고 생각하기 쉽기 때문이다.

하지만, 헤미노메 미싱공업사건에서 최초로 담보제공명령이 내려지게 되었다. 동사건 및 위 동해은행 담보제공명령 신청사건 항고심 결정<sup>70)</sup>에서는 ①청구원인의 중요한 부분에 주장의 부당한 점이 있고 청구가 용인될 가능성이 없는 경우, ②청구원인사실의 입증 가망성이 적다고 예측되는 상당한 이유가 있는 경우 ③피고의 항변이 설득력을 가져 원고의 청구가 기각될 개연성이 높은 경우 등 불법·부당한 목적에 근거한 소재기인 경우에는 담보제공을 명할 수 있다고 하여 요건을 완화하였다. 헤미노메 미싱공업사건의 경우 원고주주에게 무려 2억6천5백만엔에 달하는 담보제공을 명하였다.

이에 대해서는 먼저 주주대표소송의 남용방지와 주주대표소송에 의한 기업경영의 건전성확보와의 조화를 이룬 것으로서 타당하다는 견해도 있다. 하지만, 담보제공명령요건을 지나치게 완화하여 주주대표소송 제기 자체를 어렵게 하였다고 비판하는 의견도 있었다.

1997년 Midori十字사건에서는, 오사카고등법원이 악의의 요건을 한정적으로 해석하였다. 즉, 악의를 “제소주주가 주주대표소송에서 주장하는 권리가 사실적·법률적 근거를 결하고 있는 것을 알면서 굳이 소송을 제기하거나 또는 이를 계속하는 경우, 또는 피고이사 나아가서는 회사를

69) 東京地決 1994. 7. 22.

70) 나고야고법 1995. 3. 8.

해하고 개인적 이익을 추구하는 등 사회적 상당성이 없는 위법한 목적으로 굳이 주주대표소송을 제기하여 계속하는 경우”라고 해석하였다. 그리하여, 1심인 오사카지방법원의 담보제공명령을 취소하였고, 동년 11월에는 야마토은행사건에 대해 동 고등법원이 재차 담보제공결정을 취소함으로써 주주대표소송에 대한 방어방법으로서의 담보제공은 한계가 있게 되었다.

하지만, 현실적으로는 담보제공명령제도는 여전히 상당한 기능을 발휘하고 있다. 예를 들면, 동경미쓰비시은행사건에서는 1997년 9월에 동경고등법원에서 담보제공결정에 관한 특별항고가 각하되어, 동년 12월 18일에 소가 각하되었다. 미쓰비시상사사건에서도 1997년 10월에 담보제공결정에 관한 항고가 기각되어 동년 12월에 소가 각하되었다.

이후, “악의”의 개념정의, 부적절 소송에 대한 법원의 판단기준, 담보금액의 산정에 관하여 향후 검토가 필요하다는 주장이 많아지고 있다.

### 3. 주주대표소송 제기후 관련제도

#### 가. 화 해

일본상법은 주주대표소송에 있어서의 화해에 관하여 우리와 달리<sup>71)</sup> 규정을 두고 있지 아니하다. 1993년까지 주주대표소송 제소건수가 별로 없었기 때문에 실무적인 필요성이 요구되지 않아 논의가 거의 없었다. 그러나, 1993년 상법개정후 주주대표소송의 증가에 따라 이 문제에 관해 관심이 높아지고 있다.

71) 우리 상법도 종전에는 화해에 관한 언급이 없었으나, 1998년 12월에 상법을 개정하면서 화해에 관한 조항을 404조 6항에 신설하였다.

학설상, 화해는 자기권리의 처분이다. 하지만, 주주에게는 이사에 대한 손해배상청구권의 관리처분권이 없는 점, 엄격한 책임면제요건을 규정하고 있는 상법 266조 5항의 취지에서 볼 때, 제소주주의 화해에 대해 부정하는 견해가 일본학계의 전통적인 태도였다.

하지만, 최근에 소송상 화해는 신속·효과적인 분쟁해결에 이바지하는 것이고, 특히 주주대표소송이 적극적으로 이용되고 있는 현상황하에서는 그 필요성을 주장하는 적극적인 견해가 나타나고 있다.<sup>72)</sup> 그 근거로서 첫째, 일단 제소가 되면 판결확정시까지 무조건 소송을 진행해야 한다는 해석은 현실과의 괴리가 너무 크고, 둘째 파산관재인에 의한 화해의 예에서 보듯이 소송수행권을 갖는 데 불과한 자라 하여 반드시 화해할 수 없다고 해석할 것은 아니라고 한다.

화해에 관한 대표적인 판례로는 1994년의 일본산라이즈(サンライズ) 사건을 들 수 있는데<sup>73)</sup> 사실개요는 다음과 같다.

일본산라이즈사는 1988년 투자고문회사와 투자일임계약을 체결하여 주식투자를 하였다. 그 후, 주식시장불황으로 큰 손실이 발생하였고, 이를 감사가 발견하여 회사로 하여금 투자회사에 손해배상청구소송을 제기할 것과 이사들의 일부 금전적 부담을 제안하였으나 거부되었다. 이에 따라 1992년 1월 이사들을 상대로 차입금으로 주식투자를 한 것은 이사의 선관주의의무위반이라고 하여 주주대표소송이 제기되었다. 1심에서 원고승소판결이 났고, 2심에서는 양측 모두 소송의 장기화를 바라지 않음으로써 화해를 하였다. 화해액은 1억3천만엔으로 1심에서의 2억9천5백

72) 前田雅弘, “株主代表訴訟と和解”. 法學論叢 134권 5. 6호. 1994, p.259.

73) 최근의 화해사건으로는 1997년 10월 22일의 일본항공전자공업사건, 아지노모토사건, 노무라증권사건 등이 있다. 화해가 성립한 사건의 대부분은 이미 형사사건으로 제소되어 있고, 이사의 책임면제가능성이 없는 경우가 대부분이다. 노무라증권사건에서는 합계 3억8천만엔, 아지노모토사건에서는 1억2천만엔의 피고지불이 결정되었다.

만엔보다는 감액되었다.

최근에는, 화해에 대한 입법론적 검토로서 주주대표소송의 남용을 방지하기 위해, 미국처럼 화해에 있어서 법원의 후견적 관여의 신설과 이사의 채무면제에 있어서 전체 주주의 동의를 요하는 현행규정을 완화하자는 주장이 나오고 있다.

## 나. 이사에 대한 보상

주주대표소송에서 승소한 이사가 방어비용을 회사에 청구할 수 있는 가라는 문제에 관해서 학설상 논쟁이 있으나, 이사의 방어비용은 민법 650조 3항의 수입자가 위임사무를 처리하기 위해서 과실없이 받은 손해라 할 수 있다는 긍정설이 우세하다. 이 경우에, 피고이사는 회사에 대해 권리로서 보상을 청구할 수 있다.

## 다. 이사의 책임면책

일본 현행법상, 이사의 책임을 면제하기 위해서는, 총주주의 동의가 필요하다(상법 266조 5항). 하지만, 공개회사의 경우 총주주의 동의를 얻는 것은 거의 불가능하므로, 이사의 책임의 면제를 실질적으로는 부정하는 것을 의미한다. 그렇지만, 대기업관련 주주대표소송에서는 손해배상액이 고액으로 될 가능성이 많고, 전문경영인인 이사가 대다수인 상황에서는 고액의 손해배상액을 변제하기는 거의 불가능하여 이사에게 가혹한 결과가 된다.

또한, 형식적으로는 이사의 책임이 인정되지만, 실질적으로 회사의 손해가 경미하고 이사의 행위의 위법성 정도가 낮은 경우, 대부분의 주주가 이사의 책임을 손해배상 이외의 방법(해임·퇴임, 퇴직금의 감액

등)으로 처리하는 것이 적당하다고 생각할 것이다. 그러므로, 이사의 책임을 면제할 수 있다면 주주대표소송의 남용으로부터의 보호가 가능할 것이다.

비교법적으로 보면, 미국에서는 정관에 의한 이사의 책임의 사전면제 내지 제한이 인정되고 있다.<sup>74)</sup> 특히, 독일의 경우에는 이사의 책임을 주주총회의 보통결의로 면제할 수 있도록 하되, 다만 소수와 주주의 보호를 위하여 거부권을 부여하고 있다. 이를 근거로, 이사의 책임면제의 요건을 주주총회의 특별결의 내지 보통결의로 하자는 의견이 있다. 이는 이사에게 주의의무를 다할 만한 인센티브를 확보케 하여 도덕적 해이(moral hazard)를 막을 필요가 있다는 점에서 타당하다고 할 수 있다. 다만, 이 경우에는 다수와 주주의 이익을 대표하는 이사의 책임을 소수와 주주의 반대를 무릅쓰고 다수와 주주가 면제해주는, 다수결 남용에 의한 소수와 주주의 이익의 침해가능성을 고려하여야 할 것이다.

또한, 이러한 사후의 책임면제와 더불어 부정 내지 고의로 임무를 태만히 한 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 이사의 손해배상액에 상한(연간보수액의 2, 3배정도)을 두는 것이 합리적이라는 의견도 있다.

#### 라. 임원책임배상보험

임원배상책임보험(D&O보험)제도는 1990년에 처음으로 일본에 도입되었다. 도입 당시에는 주로 해외에서 일본기업 임원의 제소위험을 염두에 두었다. 도입 후 몇 년간은 미국에 자회사를 두고 있는 몇몇 기업에서만 미국에서의 주주대표소송제기를 대비하기 위하여 가입하였기 때문에 그다지 주목을 받지 못하였다. 하지만, 1993년 상법개정 이후 잇단

74) 미국법조협회(ALI)의 「기업지배구조의 원칙」도 정관에 의한 이사·임원의 책임제한에 1년분의 보수라고 하는 한도액을 마련하고 있다(ALI vol. 2편 7.19조).

주주대표소송제기로 인하여 이사를 보호하기 위한 수단으로서 주목을 받게 되었다. 이에 따라 기존의 미국실정에 따른 영문약관을 일본실정에 맞는 약관으로 변경하여 D&O보험을 판매하게 되었다.

새로운 보험약관은 임원이 패소한 경우 손해를 기본보상부분에서는 면책으로 하고, 특약으로 보상하기로 한 점에 특색이 있다. 즉, 이 보험은 임원이 제3자로부터 손해배상청구를 받은 경우에 지급하는 배상금뿐만 아니라 주주대표소송으로 임원이 회사에 대하여 지급하는 배상금도 담보하는 것이다. 그러므로, 이 보험의 보험료를 전액 회사가 부담하는 것은 회사에 대한 임원책임의 면제와 동일하게 되고, 임원의 충실의무위반에 저촉하므로 상법상 문제가 있다는 지적이 있었다. 그래서, 법무성의 의견을 참고로 하여 주주대표소송에서 임원이 패소한 경우의 회사에 대한 배상금이나 변호사비용을 기본약관에서는 보험자의 면책사항으로 하고, 특약에서 이를 담보하는 방식을 취하게 되었다고 한다. 이에 따라, 기본계약부분과 특약부분의 보험료가 명확히 구분되었고, 후자를 임원이 부담함으로써 위와 같은 지적에도 대처할 수 있는 계약방식이 가능하게 되었다.<sup>75)</sup> 그리고, 보험료에 대한 세무상의 취급에 관해서는 법개정에 의해 회사의 필요경비로서 손금산입이 가능하게 되고, 특약보험료에 관해서는 급여소득으로 취급하게 되었다고 한다.

그리고, 위의 약관은 임원을 이사, 감사 및 이들에 준하는 자라고 정의하고 있다. 또한, 보험회사는 전보책임이 있는 손해란, 피보험자가 회사의 임원으로서의 업무에 기인한 행위에 기인하여 피보험자에 대해서 손해배상청구를 함으로써 입는 손해라고 규정한다.

75) 현재 일본의 D&O보험약관은, “주주대표소송 패소시의 면책조항”을 두어 주주대표소송에서 이사가 패소한 경우를 보험자의 면책사유로 하는 대신, 이를 확장담보특약으로 담보하고 있다. 이 특약부분에 대한 보험료는 회사의 이사에게 개인 부담시키는 것으로 한다. 특약부분의 보험료는 일정치 않으나 대체로 전체보험료의 10% 정도라고 한다.

보험업계에서는 임원책임보험의 선불도 할 수 있도록 하고 있다. 소송비용의 선불이 인정되는 것은 보험회사가 「필요하다고 인정하였을 때」로 되어 있어 보험회사의 재량에 맡겨지고 있다(약관 13조 1항). 그래서, 어떠한 경우에 보험료의 선불이 인정되는지는 분명하지 않다.

#### 4. 일본의 주주대표소송의 운용실태

##### 가. 1993년 상법개정 전후의 동향

1993년의 주주대표소송의 소송수수료 인하로 대표되는 상법개정이 실제로 실무에 어느 정도 영향을 주었는지는 명확히 알 수 없지만, 소송건수에 대한 통계를 보면 어림짐작은 할 수 있다.

<표 IV-1> 주주대표소송 계속건수

(단위 : 건수)

연 도	1992	1993	1994	1995	1997	1998
건 수	31	84	145	174	219	240

위의 통계는 일본전체의 지방법원이나 고등법원에서의 소송계속건수를 나타내고 있다. 이를 살펴보면, 1992년 12월말 현재 31건에 불과하였으나, 개정후인 1993년 말에는 84건으로 증가하였고 1994년말 145건, 1995년에는 174건으로 대폭 증가하였다. 또한 1998년에는 219건, 1998년에는 240건으로 계속 증가하고 있다. 그러나, 1997년과 1998년의 통계자료에 있는 사건숫자에는 1993년부터 급증한 주주대표사건 중에서 아직

종료되지 않거나 판결이 내려지지 않은 사건도 포함되어 있기 때문에 약간의 허수가 있다. 그러므로, 최근에 와서는 그 증가비율이 높아졌다 기보다는 점차 일정한 비율로 안정되고 있다고 할 수 있다.

1993년 상법개정 이후 일본에서의 주주대표소송의 현황을 보면 다음과 같은 경향이 나타나고 있다. 첫째, 위에서 본 것처럼 제소건수가 증가하고 있다. 제소건수가 증가하는 요인을 찾아보면, ①일본경제의 버블기와 그 붕괴과정에서 여실히 나타난 회사들의 여러 사건들의 표면화 및 이에 관한 매스컴의 보도나 행정기관의 행정처분, 법원의 형사처분 증가, ②1993년의 주주대표소송에 관한 상법개정에 의하여 주주대표소송 소송비용이 일률적으로 8,200엔으로 정액화됨으로 인한 주주대표소송제기의 용이화, ④일본산라이즈사건에 있어서 원고승소의 판결이 내려진 것을 들 수 있다. 둘째, 주주대표소송의 청구금액이 고액화되고 있다. 청구금액으로서 수백억엔, 심지어는 천억엔이 넘는 손해배상을 청구하는 주주대표소송이 제기되게 되는 등, 청구금액이 고액화되고 있는 점을 지적할 수 있다. 이는 그 정도의 손해배상능력이 있다고 여겨지는 상법상의 대규모 회사에 대한 소송이 증가함에 따른 것으로 추정된다. 셋째, 대기업의 이사를 상대로 하는 소송이 증가하고 있다. 종전의 경향을 살펴보면, 주주대표소송이 중소회사에서의 내분에 의한 주도권싸움에서 기인하여 제기되는 것이 대부분이었다. 하지만, 최근에는 대기를 상대로 하는 제소건수가 늘고 있다. 이에 관한 통계자료를 보면, 1992년 10월 1일부터 1994년 9월 30일까지 2년 동안 동경지방법원의 접수건수 51건 중 상장기업의 이사를 피고로 하는 사건이 15건(약 30%)을 차지하고 있는 점에서 알 수 있다. 넷째, 시민운동형의 주주대표소송사건이 증가하고 있다. 즉, 주주대표소송을 통하여 기업의 사회적 책임을 묻는, 소위 시민운동형 사건이 증가하고 있다. 이는 기존의 기업지배구조개선에 따른 사회적 공감대의 형성에 따라, 적극적인 주주운동이 일어나고 있다는 점에서 기업을 둘러싼 환경이 변하고 있다는 증거이다.

1993년의 주주대표소송 개정후 주주대표소송이 증가함에 따라 다음과 같은 변화가 나타나고 있다.

첫째, 경영판단과정 및 절차에서 변화가 있다고 한다. 즉, 상법개정 이후 이사회나 상무회 등에서 기업의 정책결정에 대해 신중을 기하기 위해서 의안에 대한 논의를 한층 활성화하게 되었다고 한다. 또한, 법률적인 측면에서는 이사회결정에 관한 법적인 검토를 철저하게 하는 등의 변화가 보인다고 한다. 이는 상법개정으로 말미암아 기업경영의 건전성 확보 측면에서는 어느 정도 긍정적인 영향을 주고 있다고 할 수 있다. 특히, 이러한 경향은 은행 등 금융기관에서 현저하게 나타나고 있는데, 불량채권문제를 안고 있는 은행이나 손실보전을 해주어 문제된 증권회사에서는 상법개정후 연이은 주주대표소송의 충격이 크다고 한다.

둘째, 기업의 경영판단에 요하는 시간이나 비용에서 변화가 보인다고 한다. 즉, 상법개정후 주주로부터의 주주대표소송제기를 의식하여 이사회에서의 의사록 보전 등 경영판단의 근거자료를 갖추거나 경영판단에 대한 자문으로서 변호사의 검토를 거치는 등, 시간과 비용을 들이고 있다고 한다. 이처럼 경영판단에 대해 사전적으로 다각적인 검토를 거치므로 최종적인 경영판단과 실행에 이르기까지 시간이 걸린다는 지적이 있다. 이러한 경영판단과정에서의 변화에 대해, 경영판단의 건전성의 확보의 관점에서 바람직하다는 의견을 표명하는 기업이 많은 것으로 알려지고 있다.

셋째, 이사의 경영판단행태에 변화가 보인다고 한다. 즉, 상법개정후, 정책결정시에 주주대표소송을 의식함으로써 이사의 경영판단이 신중하게 되었다는 것이다. 이에 대해 종전과 달리 이사의 경영판단의 적정화가 이루어졌다는 평가가 많다. 이에 반해, 이사의 경영판단이 과도하게 신중하여 시간이 걸리고 그 판단결정에 위축을 느낀다는 우려도 지적되고 있다. 특히, 불량채권문제를 안고 있는 금융기관에서는, '자회사나 관련회사 지원', '신규사업의 전개', '실적악화거래처에 대한 지원'의

경우, 종전에는 손쉽게 하였으나 이제는 판단을 너무 신중하게 하는 경우도 일부 보이고 있다.

넷째, 보험시장에서도 영향이 있다고 한다. 즉, 1993년 상법개정에 따라 기업의 이사들을 보호하기 위한 D&O보험의 가입건수가 폭발적으로 증가하여 통계에 따르면 1994년 4월말 현재 400건을 넘고 있어 1993년에 비해 5배나 확대되었다고 한다.<sup>76)</sup> 하지만 이사가 항상 회사에 대한 손해배상의 책임을 우려하면서 회사경영에 임하게 되면 보수적인 경영 판단으로 기업의 활성화를 위축시킬 염려가 있고, 미국에서는 임원패소의 경우 손해를 전보하는 보험의 보험료를 회사가 부담할 수 있도록 하고 있으므로 이에 대해서는 개선을 요구하는 견해가 많다. 앙케이트 조사에 의하면, 조사에 참가한 기업의 대부분(94·1%)이 임원배상책임보험에 가입하고 있고, 가입기업 중 대부분(97·9%)이 주주대표소송담보특약에 가입하고 있다고 한다.<sup>77)</sup> 임원책임보험에서 전보되는 책임한도액은 상한선이 정해져 있는데, 그 금액은 평균 10억 엔 정도로 알려져 있다. 하지만, 이는 너무 낮은 액수라는 지적이 있어 향후 보험료상승과 함께 상승할 것으로 보인다.

다섯째, 주주대표소송의 적부판단과 관련하여 이사의 충실의무의 상법상 명문화가 논의되고 있다. 최근의 주주대표소송사건을 살펴보면 판결까지 간 건수는 그리 많지 않다. 판결이 내려진 사건도 임원의 책임의 유무에 관한 사항보다는 그 주변의 논점에 관한 판결이 많아지고 있다. 경영진의 경영판단에 대해 미국처럼 경영판단의 원칙을 아직까지는 법률이나 판례법상으로 명백히 도입하고 있지는 않으며, 상법상의 이사의 선관주의의무를 그 기준으로 삼고 있다.

임원의 책임유무에 관한 판례 중 1993년의 노무라증권사건은 경영판

76) 日本經濟新聞 1994년 5월 23일.

77) 北川 清, “株主代表訴訟・理事の責任制度の現象と問題點,” 商事法務, 1995. 7. 25., No. 1396.

단의 원칙을 최초로 적용한 사례로서 주목할 만하다. 이 사건의 개요는 다음과 같다.

노무라증권은 1989년 고객인 동경방송으로부터 영업특정금전신탁의 관리운용을 맡았는데, 1990년 2월경 이 신탁은 증권매매로 인하여 3억6천만엔의 손실을 입었다. 그리하여 노무라증권은 동년 3월에 동경방송을 비롯한 주요 고객들에게 약 161억엔 정도의 손실보전을 하기로 결정하고, 신주인수권증권매매를 통하여 약 3억6천만엔의 이익을 제공하였다. 1992년 원고는 노무라증권의 이사들을 상대로 1억엔의 손해배상을 청구하는 주주대표소송을 제기하였다. 원고는 근거로서 선관주의의무 위반, 증권거래법 위반, 독점금지법 위반 등을 주장하였으나, 동경지방법원은 독점금지법 위반만 인정하였다. 동 법원은 독점금지법 위반에 대해서도 이사들이 그 손실보전에 의하여 동경방송과 계속 거래가 유지되고 확대된다면, 장기적으로 보아 지출금액에 상당하는 이익이 회사에 발생할 것이라는 점을 고려하여 손실보전했다는 점에서 손해발생은 부정하였다. 즉, 이사가 그 권한범위 내에서 회사를 위하여 최선이라고 판단한 경우에는 기본적으로 그 판단을 존중하여 결과를 수용하여야 한다. 그럼으로써 이사를 위축시키지 않고 경영에 전념시킬 수 있으며, 그 결과 회사는 이익을 취득할 것을 기대할 수 있다고 하여 이사의 경영판단에 관하여 극히 광범위한 재량을 인정하였다.

위 판결에 관한 일부 비판적 견해는 다음과 같다. 판례에 따르면, 경영판단의 전제가 되는 사실인식에 관한 부주의한 잘못과 의사결정과정의 현저한 불합리성이 인정되지 않는 이상, 모든 것을 이사의 판단에 맡겨야 하며, 사후적으로 어떠한 행동을 해야 하는가의 판단을 해서는 안 된다고 한다. 하지만, 이에 의하면 이사는 충분한 주의를 기울였다는 입증할 필요가 없고, 원고측에 부주의한 잘못과 현저한 불합리의 입증책임이 과해지므로 불합리하다고 주장하고 있다.

하지만, 위 판결은 기존 판례에 비하여 훨씬 이사의 경영판단을 존중하는 방향에서 내린 판결로 평가된다. 특히 사실을 인식하는 데 있어 과실에 의한 잘못이 없고, 결정과정이 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 책임을 물을 수 없다고 한 것은 향후 판례에 커다란 영향을 미칠 것으로 보인다.

이와 유사한 판결로서 일본방송사건판결<sup>78)</sup>을 들 수 있다. 이 사건의 요점은 자회사인 후지TV가 자금조달을 위해 주식을 상장하는 데 있어서 모회사인 일본방송이 이를 용인하여 모회사의 지주비율을 50% 이하로 저하시킨 것이 모회사의 이사의 의무위반에 해당하는지 여부이다. 법원은 이사의 선관주의의무 위반은 없다고 판시하였다. 법원은 우선 자회사에 대한 과반수지배를 유지해야 할 일반적인 의무의 유무에 관해서, “기업결합 또는 그 해소 혹은 희석화는, ... 고도의 경영판단이라고 할 수 있지만, 지배주식을 고정적으로 유지해야 할 일반적 의무가 있는 것은 아니다.” 라고 하였다. 그리고, 경영판단의 원칙에 관해서 전술한 노무라 증권사건 판결의 태도를 취하였다. 그리고, 후지TV의 주권상장판단이 최선의 경영판단이었다고 인정하였다. 또한, 의사결정절차에 관해서도 「전임이사를 두어 각종 조사 및 후지TV의 담당자와의 정보의 교환 등을 하게 하고, 감사법인이나 변호사의 의견도 청취하고 증권회사나 부동산감정회사의 자문을 거침으로써, 후지TV의 상장 등에 관한 상황과악에 노력하였다고 인정되므로, 경영판단의 전제로서의 사실조사나 인식에 중요하고도 부주의한 잘못이 있었다고는 하기 어렵다」 고 하여 긍정하였다.

하지만, 후쿠오카 어시장사건에 대해서 후쿠오카 지방법원은 선관주의의무위반을 근거로 하여 원고승소판결을 내렸다.<sup>79)</sup>

78) 동경지판 1998. 9. 24.

79) 사안의 개요는 회사가 전임사장에 대하여 주식 등의 투자실패에 의한 손해배상을 청구한 것이다. 그 내용은 이사회가 승인한 운용자금범위를 대폭 상회하는 금액을 신용거래나 옵션 등의 고위험(high risk)상품에 투자

경영판단에 잘못이 있는 경우 이사의 선관주의의무위반 내지 충실의무위반으로서, 해당 이사는 손해배상책임을 지게 된다(상법 제266조 제1항 5호).

현재, 일본에서는 미국에서 생성·발전하여 온 경영판단의 원칙을 상법상 명문화하여 이사의 의무나 책임을 경감해야 한다는 견해도 있지만, 대다수의 학자들은, 경영판단의 원칙은 이사가 주의의무를 다할 것을 전제로 하여 경영판단의 결과로서 회사에 손해를 생기게 하였다 하더라도 그것만으로 이사가 책임져야하는 것은 아니라는 것을 확인하는데 그친다고 해석하고, 이러한 경우 명문화의 의의는 크지 않다라고 하여 명문화에 의문을 제기하고 있다.<sup>80)</sup>

#### 나. 최근의 주주대표소송 현황

1998년의 주주대표소송의 상황을 살펴보면, 일본 기업들은 주주대표소송이 기업에 부담을 준다는 이유로 기존 상법의 개정을 강하게 요구하고 있다. 그러나, 실무적으로는 이사의 위법행위추궁의 수단으로서 그 기능을 다하고 있다는 지적이 다수이다. 특히, 최근에 자주 발생하고 있는 이익공여사건에 대하여는 주주대표소송으로 제기되는 것이 거의 관례화되다시피 하고 있다.

또한, 1997년의 다카시마야 사건, 1998년의 노무라증권사건, 아지노모또사건, 일본항공전자공업사건<sup>81)</sup>에서 보듯이 최근의 주주대표소송은 원고의 주장을 인정한 화해로 종결되는 경우가 많아지고 있다.

---

하였고, 손실이 발생한 경우 이를 이사회에 보고도 하지 않는 등 전형적인 경영을 하였다.

80) 北川 清, 株主代表訴訟・理事の責任制度の現象と問題點, 商事法務, 1995. 7. 25., No 1396, p. 7.

81) 1심에서는 12억 엔의 지불명령이 내려졌으나, 2심인 동경고등법원에서 대폭감액된 뒤 화해가 성립하였다.

<표 IV-2> 1998년 현재 주요한 일본의 주주대표소송사건 일람

회사명	제소일	청구내용	재판경과
카다쿠라 공업(종료)	81.10.12	· 자기주식취득에 따른 7억3천만 엔의 손배청구	· 원고 소취하
노무라증 권(a)사건	91.3.9	· 손실전보에 의한 손실 1억엔의 손배청구	· 동경고법 참가청구기각 · 참가인 최고법원 상고
일흥증권	92.3.26	· 손실전보에 의한 손실 470억7 천5백만엔의 손배청구	· 동경지법 청구기각 · 동경고법(계속중)
동경도 관광기선	93.1.20	· 위법한 용자·채무보증에 의한 약 3억엔의 손배청구	· 동경지법 일부인정 · 동경고법 원판결변경 · 최고법원(계속중)
헤미노메 미싱공업 (a)사건	93.8.2	· 전 은행출신 이사에 대한 880 억엔의 손배청구	· 동경지법 담보제공결정 · 동경지법(계속중)
헤미노메 미싱공업 (b)사건	93.8.9	· 광진사의 채무를 대신하는데 따른 1,520억엔의 손배청구	· 동경지법(계속중) · 피고 1인에 대한 화해성립
노무라증 권(b)사건	93.10.19	· 외채 부정매매로 손실계상한 235억천백만엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
중부전력	94.4.26	· 원자력발전설계도에 위반한 지 출에 따른 62억엔의 손배청구 (담보제공과의 관계에서 2억엔 으로 감축)	· 나고야지법 담보제공결정, · 보조참가신청 각하 · 나고야지법 청구기각(상소)
나카무라 야(종료)	94.5.25	· 신주인수권채권 등 투자손실에 대한 45억8,149만엔의 손배청구	· 동경지법 담보제공결정 · 화해성립(동경지법)
大林組	94.6.28	· 담합에 의한 과징금, 증퇴 등에 따른 2억2,902만엔의 손배청구	· 오사카지법(계속중)
노무라증 권(c)사건	94.7.13	· 손실전보에 따른 16억엔 손배 청구	· 동경지법 청구기각 · 동경고법에 상소(계속중)
코스모 증권	94.7.15	· 698억6천5백만엔의 손배청구	· 오사카지법 담보제공 각하 · 오사카고법(계속중)
히로시마 건설	94.7.20	· 증퇴 내지 정치헌금에 따른 5 억엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)

84 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

회사명	제소일	청구내용	재판경과
伊豫은행	94.10.6	· 추가용자에 따른 38억7,760엔의 손배청구	· 松山지법 담보제공 각하 · 松山지법(계속중)
사이보	95.2.15	· 불공정한 제3자할당증자에 의한 83억9천8백만엔의 손배청구	· 동경고법 담보제공기각 · 동경고법 청구기각
대일본토목(확정)	95.11.9	· 콜프장개발관련 회수불능 채무 보증에 의한 64억5천5백만엔의 손배청구	· 나가사끼지법 담보제공결정
동경미쓰비시은행(확정)	95.11.24	· 위법한 대출채권의 포기에 의한 95억엔의 손배청구	· 동경지법 담보제공결정 · 소취하
다이와은행(a)사건	95.11.27	· 뉴욕지점의 위법거래에 의한 11억달러의 손배청구	· 오사까지법 담보제공 각하 · 오사까지법(계속중)
다이와은행(b)사건	96.5.8	· 뉴욕지점의 위법거래에 관련한 벌금으로 인한 3억5천만 달러의 손배청구	· 오사까고법 담보제공 각하 · 오사까지법(계속중)
미도리十字(a)사건	96.7.23	· HIV소송의 화해등에 의한 약 48억엔의 손배청구	· 오사까지법 담보제공 결정 · 오사까지법(계속중)
미도리十字(b)사건	96.8.9	· HIV소송의 화해등에 의한 240억엔의 손배청구	· 오사까지법(계속중)
일본방송	96.10.30	· 친회사의 지위를 상실케하는 자회사의 제3자 할당증자를 지지하지 못함에 따른 141억684만엔의 손배청구	· 동경지법 청구기각 · 동경고법에 항소(계속중)
미쓰비시상사(확정)	96.11.28	· 채무초과회사에 대한 손실지원분담금의 할당금계상에 따른 50억엔 손배청구	· 동경지법 담보제공결정 · 소취하
일본항공(b)사건	96.12.18	· 자회사의 리조트개발실패에 따른 22억6천만엔 손배청구	· 동경지법(계속중)
동경전력	97.3.6	· 전금에 대한 추징과세 6천만엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
일본전기	97.3.28	· 자회사에 대한 부당자금공여에 의한 3천4백만엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
住友상사	97.4.14	· 사원의 부정한 동지급거래에 의한 2천4억엔의 손배청구	· 오사까지법(계속중)

회사명	제소일	청 구 내 용	재판 경과
노무라증권(e)사건 (종료)	97.5.14	· 이익공여, 미국자회사의 채무보고서 허위기재에 의한 제재금 약 2억엔의 손배청구	· 소취하
아지노모또(종료)	97.7.15	· 총회권대책비로서 지출한 1억2천만엔의 손배청구	· 화해성립(동경지법)
제일권업은행	97.7.16	· 총회권에 대한 용자에 대해 22억엔 손배청구	· 동경지법(계속중)
노무라증권(f)사건 (종료)	97.7.31	· 총회권에의 주식거래 손실전보요구에 대한 현금공여에 따른 3억2천만엔의 손배청구	· 화해성립(동경지법)
노무라증권(g)사건	97.7.31	· 부동산투자채권의 부정판매에 의한 230억엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
노무라증권(h)사건 (종료)	97.8.7	· 총회권에의 위법한 지출 등에 의한 4억4천만엔의 손배청구	· 화해성립(동경지법)
노무라증권(i)사건 (종료)	97.9.24	· 총회권에의 위법한 지출 등에 의한 11억9천만엔의 손배청구	· 소취하
야마이찌증권 (a)사건	97.10.20	· 총회권에의 손실보전, 이익공여에 의한 4억2천만엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
동일본여객철도	98.3.24	· 부당노동행위 계쟁을 위해 지불한 변호사비용 9백만엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
케이힌(京浜)급행전철	98.6.23	· 그룹회사 경영의 호텔폐쇄에 따른 2백억엔의 손배청구	· 동경지법(계속중)
야쿠르트본사	98.8.6	· 파생상품거래에 의한 손실 650억엔 손배청구	· 동경지법(계속중)
야마이찌증권 (b)사건	98.10.5	· 위법배당에 대한 59억9천6백만엔 손배청구	· 동경지법(계속중)

출처 : 「商事法務」 1998. 11. 30., No. 1510.

## 다. 자민당의 상법개정안요강

최근 1999년 4월 15일에 자유민주당 정무조사회 법무부회 산하의 '상법에 관한 소위원회'가 「기업통치에 관한 상법 등의 개정안요강」을 발표하였다. 이 상법개정안요강이 주목받는 이유는 그 발안자가 다름아닌 정당이므로 입법화되기 쉽다는데 있다. 또한, 주주대표소송에 관한 그동안의 논의를 결집하고 있으므로 이를 살펴보는 것이 유익할 것이다.

그 전에 동위원회에서는 일본에서의 기업통치의 개선에 대해 검토를 하여, 1997년 9월 8일부로 「기업통치에 관한 상법 등 개정시안골자」를 공표하고, 각계의 의견을 수집하였다. 이들을 수집한 동 소위원회는, 1998년 6월 1일부로 「기업통치에 관한 상법 등의 개정안골자」를 일부 발표하고, 이번에 이를 개선한 사항을 요강으로서 공표하였다.

### 1) 요강의 내용

요강안 중 주주대표소송과 관련된 내용만을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 이사 등의 손해배상책임의 경감

둘째, 정관변경에 의한 이사 등의 손해배상책임의 경감

셋째, 주주대표소송에의 보조참가. ①회사는 이사를 피고로 하는 주주대표소송의 피고를 보조하기 위해서, 감사전원의 동의(상법특례법상의 대규모회사에 있어서는 감사의 전원일치에 의한 감사회의 동의)를 얻어, 그 소송에 참가할 수가 있다. ②감사를 피고로 하는 주주대표소송에 관해서도 같다.

넷째, 주주대표소송을 제기할 수 있는 자. 이사 또는 감사의 회사에 대한 책임의 원인으로 된 행위가 있는 것을 알고 주식을 취득한 주주(모든 것에 관하여 과실이 있는 경우를 포함한다)는, 주주대표소송을 제기

할 수 없다.

다섯째, 감사의 고려기간. 주주대표소송에 관하여 감사의 고려기간은 60일로 한다.

## 2) 요강안에 대한 논의

위와 같은 요강에 대해서 일본의 학계와 실무계에서는 상당한 논란이 벌어지고 있다. 이 요강은 대체적으로 유지되어 입법화될 가능성이 있다. 그러므로, 우리나라의 주주대표소송제도의 운용과 입법에 도움이 될 것으로 보여 이 요강을 둘러싼 일본 학계와 실무계의 논의를 살펴보는 것이 유익할 것 같아 아래에서 자세히 상술한다.

### (가) 이사의 손해배상책임의 사후적 제한

요강에서는 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 감사전원의 동의를 얻은 후에, 책임의 내용, 책임경감의 이유, 이사의 보수액을 주주총회의 소집통지에 기재하고, 주주총회의 특별결의<sup>82)</sup>를 통하여 이사보수의 2년분을 한도로 경감할 수 있도록 하고 있다. 단, 이사가 그 직무를 함에 있어 악의 또는 중대한 과실이 있었을 때 또는 이사의 책임의 원인으로 되는 행위가 범죄로 되는 때에는 그러하지 아니하다.

일본의 현행 상법 266조 5항은, 총주주의 동의가 없으면 이사의 회사에 대한 책임을 면제할 수 없다고 규정하고 있다. 그래서, 요강은 책임면제요건이 엄격한 상태에서, 이사에 대한 고액의 손해배상청구가 내려지는 것이 경영의 위축을 초래하므로 이를 완화해야 한다고 주장한다.

82) 일본 상법상 특별결의요건은 발행주식총수의 과반수에 해당하는 주식을 가진 주주의 출석과 그 의결권의 3분의 2이상에 해당하는 다수를 요구하고 있다(343조).

그 근거로서 두 가지를 들고 있다. 첫째, 회사로서는 여러 가지를 고려하여 이사의 책임을 경감하는 편이 장기적으로 회사의 이익에 적절하다고 합리적으로 판단할 수 있다. 둘째, 민법상 대리인의 본인에 대한 책임을 본인의 판단에 의해 면제하는 것이 유효한 것처럼, 회사가 이사의 책임을 면제할 수 있도록 하여야 한다.

이사의 책임에 대한 사후적 책임제한의 인정여부 및 절차에 관하여 각국의 입법을 보면 면책을 원칙적으로 인정하지 않은 영국 같은 나라도 있고,<sup>83)</sup> 독일과 같이 엄격한 요건하에 주주총회결의 (및 소수주주가 이의를 제기하지 않을 것)에 의해 책임의 포기 또는 화해를 인정하는 나라도 있지만<sup>84)</sup>, 스위스, 네덜란드, 덴마크, 스웨덴 등과 같이 법원의 재량으로 감액을 인정하는 나라가 많다.

이에 대해, 학계에서는 주주총회의 다수결에 의해 책임제한을 인정한다는 것은 소수와 주주의 의향을 무시하고 책임제한을 인정하는 것은 옳지 않다. 또한, 회사채권자의 이익을 해하면서 이를 인정할 수 없다<sup>85)</sup>고 비판하고 있다. 소수과주주의 보호를 위해서는 독일주식법처럼 소수과주주에게 거부권을 부여하거나<sup>86)</sup> 결의요건을 특별결의요건보다 더 가중하거나, 법원의 관여를 인정할 필요가 있다는 지적도 있다.

83) 1985 영국회사법 310조가 이를 규정하고 있음에도 불구하고, 실제 판례상으로는 일정한 책임제한이 요구되고 있는 것에 지나지 않는다고 해석한다 (P.L Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*(6th ed. 1997) p623).

84) 독일주식법(AktG) 93조 4항.

85) 1986년 5월에 법무성 민사국 참사관실이 공표한 “상법, 유한회사법 개정시안” II.11에서도 주주, 사원에 의한 이사의 책임면제는 회사의 채권자를 해할 수 없다 라고 되어 있다.

86) 독일주식법(AktG) 93조 4항.

### (나) 이사의 책임제한의 한도설정

요강은, 이사의 책임제한에 한도액을 마련하여, 이를 이사의 보수의 2년분으로 하고 있다.<sup>87)</sup> 이에 대해 학계에서는 한도액으로서 절대액을 상법에 규정하는 것은 법기술상 어렵고<sup>88)</sup>, 해당 이사의 임기중의 보수를 한도의 기준으로 하는 것은 단편적인 사고방식이라고 비판하고 있다. 또한, 「보수」라는 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 그 규모가 달라지므로 이를 명확히 해야 한다는 지적이다.

### (다) 사전적 책임제한

요강은, 미리 정관의 규정으로써, 이사회 결의에 의해 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 이사의 보수의 2년분을 한도로서 제한할 수가 있도록 하고 있다. 감사전원의 동의를 요건으로 하는 것, 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우 및 범죄행위의 예외 등은, 사후적 제한의 경우와 마찬가지로 다르다.

학계에서는 사전적·포괄적인 책임제한의 수권은 사후적 책임제한과는 의미하는 바가 크게 다르고, 매우 문제가 많다고 지적하고 있다. 구체적인 책임발생의 사정, 손해액의 크기 등을 알고나서 결의할 수 없기 때문에, 그와 같은 정관의 규정을 마련하는 시점에서, 주주가 정관규정이 장래 의미하는 바를 충분히 이해하여 정관변경의 결의를 하는 것(또는 원시정관의 작성)이 곤란하다는 것이다. 비교법적으로 보더라도 주요

87) 요강이 보수를 한도액의 기준으로 한 것은 ALI의 규정을 계수한 것으로, 2년분의 보수라고 한 것은 미국의 이사의 임기가 1년인 데 대하여 일본의 이사의 임기가 2년이기 때문인 것으로 추측된다.

88) 델라웨어주회사법은 책임지는 행위 또는 불법행위 직전 12개월 내에 회사로부터 받은 보수액과 10만달러 중 작은 쪽을 이사 또는 임원의 회사에 대한 손해배상액의 상한으로 하고 있다.

국에서 사전책임제한을 인정하고 있는 경우는 드물다.<sup>89)</sup> 미국의 대부분의 주회사법은 정관 등에 의한 사전적 임원책임의 제한은 인정하고 있지 않다.<sup>90)</sup> 미국의 주요한 주회사법이나 「원칙」에 있어서는, 정관규정에 의해 정해진 상한액에 의해 책임액이 자동적으로 감축되는 것으로 되어 있다.<sup>91)</sup>

### (라) 회사의 보조참가

요강은, 회사는 감사전원의 동의를 얻어 주주대표소송의 피고이사측에 보조참가할 수 있도록 하고 있다. 회사의 의사결정의 결과로서 행하여진 경우나, 소송이 회사(주주전체)에 이익으로 되지 않은 경우에는, 회사가 소송참가할 수 있다고 하고 있다. 이는 보조참가의 기회를 넓히기 위한 것이다.

보조참가에 대해 학설은 나뉜다. 긍정설은 의사결정의 적법성이라는 회사 자신의 조직법상의 법적 지위가 주주대표소송의 쟁점으로서 판단되는 경우, 보조참가의 이익으로 인정된다고 주장한다. 또한, 주주대표소송이 외관상 분명히 부당소송이나, 불법·부당한 목적으로 제소된 주주대표소송의 남용으로 보여지는 경우, 또는 회사가 경영위험으로서 인식해야 되는 주주대표소송에는 회사로서 피고측에 보조참가할 수 있다고 한다. 반면, 부정설은 회사가 보조참가하더라도 이는 피고이사과 동료관계에 있는 이사회 및 감사가 정하는 것이므로 보조참가의 가부에 관하

---

89) 독일의 주식법(AktG) 93조 4항이 정하는 사전 주주총회결의에 의한 면책도 일종의 사전면책이라고 할 수 있다. 그러나, 포괄적 면책이라고 말하기는 어렵다.

90) 델라웨어주회사법 102조 (b)항 (7)호, 매사추세츠 Rev. Stat. Ann. Tit. 13조 A항 등. 이에 대해 임원의 책임제한을 행하고 있는 주도 있지만, 그 수가 적다.

91) ALI 7.19조.

여 회사를 위해 독립적인 입장에서 공정한 판단을 할 수 없다고 한다. 또한, 이사회가 회사명의로 회사재산이나, 고문변호사, 증거자료·소송자료를 사용하여 이사의 회사에 대한 책임추궁소송에 피고측에 참가하는 것은 자손행위와 다름없어 논리적이지 못하고, 회사가 피고측에 보조참가하면 공평하게 제공되어야 하는, 회사가 갖고 있는 증거자료·소송자료가 피고측에게만 유리하게 법원에 제출되고, 대부분의 증거자료·소송자료를 쥐고 있는 회사는 원고의 요청에 협력을 잘 하지 않는 것이 통례이므로 원고주주측을 한층 더 불리하게 한다는 것이다. 또한, 긍정설의 두 번째 주장에 대해 그와 같은 부당소송·소송남용 등의 판단을 누가 어떻게 판단하여야 하는가가 여전히 남는 문제이고, 이사나 감사는 피고의 동료로서 공정한 판단을 할 수 있는가는 의문이라고 하고 있다.

법원은 회사의 소송보조참가를 인정하고 있다. 보조참가를 부정한 하급심판례도 존재하지만<sup>92)</sup>, 최근의 하급심판례의 대부분은 이를 인정하고 있다<sup>93)</sup>.

#### (마) 원고적격의 강화

요강은, 「이사 또는 감사의 회사에 대한 책임의 원인으로 되는 행위가 있는 것을 알고 주식을 취득한 주주(알지 못한 것에 과실이 있는 경우를 포함한다)는 주주대표소송을 제기할 수 없다」라고 하고 있다.<sup>94)</sup>

일부 견해는 현행 일본상법 267조 1항의 6개월 주식보유요건이 대신 폐지된다면 반대하지 않는다고 하고 있지만, 학계의 유력한 견해는 제소 주주의 주식취득 시점에서 가지는 제소자격을 제한하는 데 대해서 반대하고 있다. 즉, 회사의 손해전보라는 대표소송제도의 목적에서는 회사의

92) 나고야지결 1996. 3. 29.

93) 동경지결 1995. 11. 30.

94) 이것은 “원칙” 7.02조와 같이 주주의 주관적 요건을 요구하는 것이다.

현재 손해를 회복하여야 한다. 또한, 이론적으로는 현재의 주주가 제소할 수 있는 것이 자연스럽다. 그리고, 제소자격의 도입은 이를 시정할 수 있는 기회를 놓치는 결과가 될 지도 모르며, 위법행위를 한 이사보다 그것을 알고 주주가 된 사람이 나쁘다는 식으로 되어 본말이 전도된다. 특히, 주주가 책임의 원인으로 되는 행위를 알고 주주가 된 경우뿐만 아니라, 취득한 시점에서 알지 못한 것에 과실이 있는 경우까지도 요강에서 제소자격을 빼앗는 것은 지나치고, 원고주주의 주관적 사정은 담보제공명령을 판단할 때의 한 요소로서 취급하면 충분하다는 것이다. 또한, 행위시요건, 특히 제소주주의 주관적 요건을 도입하면, 그와 같은 요건의 인정에 시간이 걸릴 가능성이 있지만, 소송경제상 합리적이지 않고, 대표소송을 이용하기 어렵게 할 우려도 있다고 지적한다.

최근 몇 년 전부터, 일본의 경제계에는 기업경영의 건전성제고와 동시에 그 동안 낙후되었던 금융시스템의 선진화가 주요한 테마로 대두되고 있다. 주주대표소송은 기업경영의 건전성을 제고하기 위한 실효성있는 수단으로 정착되고 있으며 그 효과를 부정할 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. 즉, 상법 개정후 나타난 변화 중, 주주대표소송을 의식하여 경영판단자료를 갖추거나 변호사의 검토를 거치는 등 시간과 비용을 들이는 등 경영판단의 신중화현상은 원래 당연히 그랬어야 하는 행동이 이제야 비로소 나타나고 있는 것일 뿐이다. 일본의 기업경영진 중에는 경영판단의 건전성확보의 관점에서 바람직하다는 의견을 피력하는 사람이 많다.

따라서, 최근에 나타나고 있는 주주대표소송에 대한 개선논의가 주주대표소송에 대한 억제로 이해될 수도 있겠지만, 본질적으로 이는 주주대표소송제도의 법률적 미비점을 보완하려는 노력이라고 보아야 할 것이다. 학계에서는 종래와 달리 법률이론적 차원이 아닌 실무적, 실용적 차원에서 주주대표소송제도에 접근하고 있으며, 기업지배구조개선이나 금융시스템선진화라는 큰 틀에서 보면 최근의 논의는 주주대표소송의 억제경향은 아니기 때문이다.

&lt;표 IV-3&gt; 각국의 주주대표소송제도 비교

구 분	미 국	일 본	한 국
소송제기권의 법적성격	· 단독주주권	· 단독주주권	· 소수주주권
인지대	· 100 달러	· 8,200 엔	· 5만원
원고 적격	· 행위시주주원칙(○) · 계속보유요건(○) · 적정대표요건(○)	· 행위시주주원칙(×) · 계속보유요건(○) · 적정대표요건(×)	· 행위시주주원칙(×) · 계속보유요건(○) · 적정대표요건(×)
시 효	· 정관으로 설정가능	· 10년	· 10년
임원배상 책임보험	· 모든 주에서 보험료 의 회사부담 인정	· 보험료의 회사부담 에 대해서는 학설 대립	· 인정
이사의 책임의 면제·제한	· 44개주에서 이를 인 정하는 입법	· 총주주동의· 발행 주식총수의 3분의 2 이상의 다수	· 총주주의 동의
소제기전 절차	· 회사(이사회)에 청구	· 회사에 청구(감사에 대하여는 대표이 사)	· 회사에 청구(감사에 대하여는 대표이사)
청구의 검토기간	· 수개월	· 30일	· 30일
사전청구거절의 효과	· 이사회가 거절할 경 우, 예외적인 경우 외에는, 주주 제소불 가능	· 감사가 거절하여도 제소가능	· 감사가 거절하여도 제소가능
원고의 담보제공 요건	· 피고의 청구 · 30% 이상의 주회사 법이 채택	· 피고가 원고의 악 의를 소명하여 법 원에 청구	· 피고가 원고의 악 의를 소명하여 법 원에 청구
화 해	· 법원의 허가	-	· 법원의 허가



## V. 시사점

---



## V. 시사점

앞에서 살펴본 바와 같이 경영진과 대주주의 전횡으로 잘못된 기업 운영을 소액주주들이 시정할 수 있는 수단중의 하나가 주주대표소송이다. 주주는 회사가 이사회 감사 등 경영진에 대한 책임추궁을 태만히 하는 경우에, 회사를 대신하여 직접 경영진의 책임을 추궁하는 소송을 제기할 수 있다. 이는 정실관계로 인하여 회사가 경영진의 책임을 제대로 묻지 않을 수 있으므로, 이로 인해 회사와 주주의 이익이 침해되는 것을 방지하기 위하여 둔 제도이다.

대표소송을 제기하려면 먼저 주주가 회사에 대하여 경영자의 책임을 추궁하는 소를 제기하도록 청구하여야 한다. 회사가 청구를 받고도 소를 제기하지 아니하면, 주주가 직접 소송을 제기할 수 있다. 그러나, 남용방지를 위해 제소권자를 발행주식총수의 1% 이상, 상장법인의 경우에는 6개월 이상 계속하여 0.01% 이상을 가지고 있는 주주로 제한하고 있다. 주주가 승소하면 회사에 대해 소송비용을 청구할 수 있지만, 패소하면 그 자신이 모든 비용을 부담하여야 한다.

원래 주주대표소송은 미국에서 발전되어온 제도로서, 미국에서는 회사관계소송의 대부분이 주주대표소송이라 할 만큼 매우 유용한 경영감시수단으로 이용되고 있으며, 기업경영의 건전성을 확보하는데 기여하는 바가 크다. 일본도 1993년 상법개정으로 소송인지비용이 대폭 낮아지고 승소 주주에 대한 보호가 확대되면서, 대표소송제도가 활발하게 이용되고 있다. 이로 인하여 경영자들이 경영판단을 신중히 하고 각종 결정에 관한 기록을 강화하고 있다고 함은 이미 기술한 바이다.

우리나라에서도 최근 들어 기업의 주인이면서도 기업경영에서 소외되었던 소액주주들이 적극적으로 자신의 권리를 되찾으려는 움직임이 시민단체를 중심으로 나타나고 있다. 그 동안 대주주와 그 지배하에 있

는 경영진의 일방적인 횡포앞에 무기력하기만 하였던 주주들의 기업경영에 대한 관심과 권리의식이 높아지면서 주주들의 경영감시기능이 확대되고 있는 것이다.

이에 대해, 경제계를 중심으로 주주대표소송의 남용을 우려하는 목소리가 높아지고 있는 것도 현실이다. 그러나, 아직까지는 소액주주활동의 초기 단계이고 그 동기도 각자의 지분만큼 결실을 공유하자는 순수한 것이라고 보이므로 지금단계에서 부작용에 대하여 지나치게 우려하는 것은 적절하지 못하다고 생각한다. 물론 외국의 경우에, 최근 주주대표소송의 폐해를 방지하기 위한 대책마련에 고심하고 있는 것이 사실이다. 그러나, 이는 어디까지나 주주대표소송의 근본적인 기능을 긍정하면서, 다만 지나친 남용으로 초래되는 일부 부작용을 방지한다는 차원에서 접근하고 있음을 알아야 한다. 게다가, 미국 등의 경우에는 대표소송이 아니라도, 지배주주나 경영진의 횡포로부터 소액주주를 보호하기 위한 집단소송제도, 기관투자자, 대표소송의 단독주주권화, 주주의 권리의식 등과 같은 제반 여건이 잘 발달되어 있다는 점도 염두에 두어야 할 것이다.

앞으로는, 소액주주활동의 주체가 시민단체에서 주주로 바뀌어야 할 것이다. 왜냐하면, 우리의 기업지배구조를 선진화하기 위해서는 주주가 기업의 주인으로서 자신의 권익을 스스로의 힘으로 지킬 수 있는 단계로 발전하지 않으면 안되기 때문이다. 또한, 대표소송제기권을 행사할 수 있는 요건도 더욱 완화하고, 소액·다수의 피해자를 효과적으로 구제하기 위해 집단소송제도의 도입을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

주주대표소송의 활성화는 우리 기업경영에 많은 영향을 미칠 것이 분명하다. 무엇보다도 중요한 것은 기업경영의 건전성과 투명성이 높아진다는 점이다. 소액주주가 대표소송으로 지배주주와 경영자를 견제하므로 경영자들의 무책임한 행동이 사라지고 경영자들이 업무집행을 신중히 하고 판단의 질도 높일 것이다. 이 때, 경영자는 법률을 위반하지 않

는 동시에 충분한 논의를 거쳐서 적절한 경영판단을 내리는 것이 중요하다. 특히, 권리의식이 강한 외국인 주주를 가지고 있는 기업의 경우는 더욱더 의사결정에 신중을 기하게 될 것이다. 또한, 최근의 주주행동주의와 관련하여 그 동안 제대로 대접받지 못하였던 소액주주들, 특히 증권시장에 참여하고 있는 소액주주들의 지위가 상당히 강화될 것이다. 이에 따라, 기업들은 주주와의 관계개선을 위해 IR활동과 같은 주주우대 정책을 펴게 될 것이다.

한편, 부당한 제소로 인하여 피해를 입은 경영자의 피해를 보상해주고, 나아가 대표소송을 우려하여 경영자로 취업하지 않으려는 유능한 경영자를 유치하기 위해 임원책임보험(D&O Insurance)에의 가입이 증가하게 될 것이다. 이는 외국투자자의 지분확대에 따른 주주대표소송의 증가, 소액주주의 적극적인 주주운동의 확산, 사외이사제의 확대 등이 예상됨에 따라서 기업들이 임원배상책임보험에 가입하지 않을 수 없기 때문이다. 특히, 그 동안 경영에 대한 책임을 도외시하고 무소불위의 권한 행사로 인해 비난을 받아온 각 그룹 총수들이 개별기업의 이사로 등재되어 실질적인 경영책임을 지게 된 것도 보험가입을 서두르게 만든 한 요인이 되었다. 또 상장기업들에 대해 사외이사제도가 도입됨에 따라, 사외이사들이 임원배상책임보험에 가입해 줄 것을 요구하는 사례도 늘고 있다.

#### <표 V-1> 최근 3개년 임원배상책임보험 가입실적

(단위 : 건, 백만원)

1996		1997		1998	
건수	보험료	건수	보험료	건수	보험료
1	2	5	461	105	22,449

출처 : <http://users.unitel.co.kr/aigaiu/dno.htm>

그 동안 사문화된 주주대표소송제도가 새삼스럽게 주주의 권익을 보호하고 기업경영의 투명성을 제고하는 수단으로 각광받고 있다. 물론 남용을 우려하는 목소리도 있지만, 주주가 우선 자신의 비용으로 소를 제기하고 그 결과는 법원의 판결에 의하고 승소이익도 모두 회사에 귀속되는 대표소송제도의 성격상 남용의 소지는 크지 않다고 본다. 기존의 대주주 중심의 경영관행에 젖어있던 경영진들은 이러한 급작스러운 변화에 당혹해 할 수도 있을 것이다. 그렇지만, 소액주주들의 기업감시활동으로 기업경영의 건전성과 투명성이 제고되고, 이를 통하여 우리 기업들의 경쟁력이 강화된다면, 대표소송제도는 우리 기업들의 가치를 극대화하는데 상당한 기여를 하리라 기대된다.

## 참 고 문 헌

---



## 참고문헌

- 주영락, 「현대사회와 법의 발달」, 均齊 양승두교수 華甲기념논문집(II),  
홍문사, 1994.
- 증권감독원, 「미국의 주주대표소송」, 증권경제정보 95-1호, 1995
- 증권감독원, 「주주대표소송의 문제점과 과제」, 증권경제정보 95-4호,  
1995
- Oohashi Keizou · Christopher Robert Helm, 「IMF시대의 소액주주대표  
소송」, 행법사, 1998.
- 김건식, 「주주대표소송의 활성화와 관련된 몇 가지 문제점」, 법학 37권  
2호, 서울대학교, 1996.
- 강명현, 「한국의 소액주주권」, 한국개발연구원, 1999. 3.
- 정세희, 「주주의 대표소송제도에 관한 연구」, 1996. 동아대학교 동아논  
총 제33집
- 권재열, 「미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요  
건」 상사법연구, 제16권 제1호, 1997
- 임재연, 「미국회사법」, 박영사, 1995
- 加美和照, 「會社法」, 勁草書房, 1998.
- 吉野正三郎, “株主代表訴訟における會社の訴訟參加(下),” 商事法務,  
1358호. 1994.
- 北川 清, “株主代表訴訟・理事の責任制度の現象と問題點,” 商事法務,  
1995. 7. 25., No. 1396
- 前田雅弘, “株主代表訴訟と和解,” 法學論叢 134권 5. 6호. 1994.

中村直人, “株主代表訴訟の最近の状況,” 商事法務, 1998. 12. 15. No 1512

阿部一正, “美國において株主代表訴訟の實態調査報告,” 商事法務, 1997. 1. 25, No. 1446,

株主代表訴訟研究會, 「自民黨の“企業統治について商法等の改正案要綱”  
について 意見」, 商事法務, No. 1526, 1999. 5. 25

浜田道代, 「企業統治と監事役制度・代表訴訟・任員の責任軽減」, 商事法  
務, No. 1528, 1999. 6. 15

小林秀之/原強, “株主代表訴訟の法構造と機能(13),” 判例時報, No. 1527,  
1995.

Strickler, Protecting the Class ; The Search for the Adequate  
Representative in Class Action Litigation, 34 Depaul law Rev.  
73(1984)

Charles S. Barquist, “美國における株主代表訴訟,” 國際商事法務, 1994.  
Vol. 22

Branson, The American Law Institute Principles of Corporate  
Governance and the Derivative Action ; A View from the Other  
Side. 43 Wash. & Lee. L. Rev. spring 1985

P.L Davies, Gower’s Principles of Modern Company Law. 6th ed.  
1997.

## 부 록 (관련규정)

---

- I. 미국의 관련규정
- II. 일본의 관련규정
- III. 우리나라의 관련규정



## I. 미국의 관련규정

### 1. 연방민사소송규

#### 23.1조(주주에 의한 대표소송)

회사 또는 법인격 없는 사단이 본래 주장하여야 할 권리의 행사를 대만히 하는 경우에 1인 이상의 주주 또는 구성원이 제기한 주주대표소송에 있어서 소장(訴狀)은 진실의 선서를 요하며 다음 내용이 기재되어야 한다.

- ① 원고가 그 소구대상(訴求對象)이 되는 행위가 있던 때에 주주 또는 구성원이었거나 또는 원고의 주식 또는 지분이 그 행위시에 법적 효과로서 원고에게 귀속되었을 것
- ② 그 소송이 연방법원의 재판관할권을 얻기 위하여 통모된 것이 아닐 것. 또한 소장은 원고가 이사 또는 이에 준하는 자에 대하여 필요한 경우 다른 주주 또는 구성원에 대하여 제소청구한 노력을, 그리고 그것이 실패하였다면 그 이유를, 또는 노력을 하지 않았다면 그 이유를 구체적으로 기재하여야 한다. 주주대표소송은 원고가 회사나 법인격 없는 사단의 권리행사에 관하여 유사한 지위에 있는 주주 또는 구성원의 이익을 공정하고도 적절하게 대표하지 못한다고 생각되면 유지할 수 없다. 소송은 법원의 허가없이 취하 또는 화해할 수 없다.

신청된 취하 또는 화해에 대한 통지는 법원이 지시하는 방법에 따라 주주 또는 구성원에게 통지하여야 한다.

## 2. 개정 모범회사법(RMBCA)

### Section 7.40. Procedure in derivative proceedings

- (a) A person may not commence a proceeding in the right of a domestic or foreign corporation unless he was a shareholder of the corporation when the transaction complained of occurred or unless he became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time.
- (b) A complaint in a proceeding brought in the right of a corporation must be verified and allege with particularity the demand made, if any, to obtain action by the board of directors and either aver that the demand was refused or ignored or why he did not make the demand. Whether or not a demand for action was made, if the corporation commences an investigation of the changes made in the demand or complaint, the court may stay any proceeding until the investigation is completed.
- (c) A proceeding commenced under this section may not be discontinued or settled without the court's approval. If the court determines that a proposed discontinuance or settlement will substantially affect the interest of the corporation's shareholders or a class of shareholders, the court shall direct that notice be given the shareholders affected.
- (d) On termination of the proceeding the court may require the plaintiff to pay to the defendant's reasonable expense (including counsel fees) incurred in defending the proceeding if it finds

that the proceeding was commenced without reasonable cause.

- (e) For purposes of this section, “shareholder” includes a beneficial owner whose shares are held in a voting trust or held by a nominee on his behalf,

#### Section 7.41

A shareholder may not commence or maintain a derivative proceeding unless the shareholder :

- (1) was a shareholder of the corporation at the time of the act or omission complained of or became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time ; and
- (2) fairly and adequately represents the interests of the corporation in enforcing the right of corporation.

#### Section 7.42

No shareholder may commence a derivative proceeding until ;

- (1) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action ; and
- (2) 90 days have expired from the date the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90 day period.

Section 7.44

- (a) A derivative proceeding shall be dismissed by the court on motion by the corporation if one of the groups specified in subsection (b) or (f) has determined in good faith after conducting a reasonable inquiry upon which its conclusions are based that the maintenance of the derivative proceeding is not in the best interest of the corporation.
- (b) Unless a panel is appointed pursuant to subsection (f), the determination in subsection (a) shall be made by :
  - (1) a majority vote of a independent directors present at a meeting of the board of directors if the independent directors constitute a quorum; or
  - (2) a majority vote of a committee consisting of two or more independent directors appointed by the majority vote of independent directors present at a meeting of the board of directors, whether or not such independent directors constituted a quorum.
- (c) None of the following shall be by itself cause a director to be considered not independent for the purpose of this Section :
  - (1) the nomination or election of the director by Persons who are defendants in the derivative proceeding or against whom action is demanded ;
  - (2) the naming of the director as a defendant in the derivative proceeding or as a person against whom action is demanded ; or

- (3) the approval by the director of the act being challenged in the derivative proceeding or demand if the act resulted in no personal benefit to the director.
- (e) If a majority of the board of directors does not consist of independent directors at the time the determination is made, the corporation shall have the burden of proving that the requirements of subsection (a) have been met. If a majority of the board of directors consists of independent directors at the time the determination is made, the plaintiff shall have the burden of proving that the requirements of subsection (a) have not been met.
- (f) The court may appoint a panel of one or more independent persons upon motion by the corporation to make a determination whether the maintenance of the derivative proceeding is in the best interests of the corporation. In such case, the plaintiff shall have the burden of proving that the requirements of subsection (a) have not been met.

Section 7.46

On termination of the derivative proceeding the court may

- (2) order the plaintiff to pay any defendant's reasonable expenses (including counsel fee) incurred in defending the Proceeding if it finds that the proceeding was commenced or maintained without reasonable cause or for an improper purpose ;
- (3) order a party to pay an opposing party's reasonable expenses

(including counsel fees) incurred because of the filing of a pleading, motion or other paper, if it finds that the pleading, motion or other paper was not well grounded in fact, after reasonable inquiry, or warranted by existing law or a good faith argument for the extension, modification or reversal of existing law and was interposed for an improper purpose, such as to harass or to cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation.

### 3. ALI (기업지배구조의 원칙 : 분석과 권고)

#### 제VII편 구제

#### 제1장 대표소송

##### 제7.01조 직접소송과 대표소송과의 구별

- (a) 대표소송은 회사가 입은 손해를 회복하거나 또는 회사에 대한 의무를 이행시키기 위해 제7.02조(대표소송을 제기하고 유지하기 위한 원고자격)가 규정하는 바에 따라 소지인(제1.22조)에 의해 회사의 명의 또는 권리로써 제기될 수 있다. 소지인이 회사에 대한 손해 또는 의무위반을 주장함에 의해서만 승소할 수 있는 소송은 대표소송으로써 취급되어야 한다.
- (b) 직접소송은 소지인이 입은 손해를 회복하거나 또는 소지인에 대한 의무를 이행시키기 위하여 소지인의 명의 또는 권리로써 제기될 수 있다. 소지인이 회사에 대한 손해 또는 의무위반을 주장함이 없이 승소할 수 있는 소송은 소지인에 의해 개인자격으로 유지될 수 있다.

- (c) 거래가 직접적 청구와 대표적 청구의 양자를 발생케 한 경우에, 소지인은 직접소송 및 대표소송을 동시에 제기·유지할 수 있고, 동시에 어느 쪽인가의 소송의 유지, 화해 또는 각하(dismissal)에 관한 여하한 특별한 제한 또는 항변도 타방의 소송에 적용되어서는 안된다.
- (d) 폐쇄회사(제1.06조)의 경우에는 법원은 그렇게 함에 의해서 ①회사 또는 피고를 부당하게 다수의 소송에 휘말려들지 않도록 할 것, ②회사채권자의 이익을 실질적으로 해하지 않을 것, ③모든 이해관계자간에 있어서의 회복(recovery)의 공정한 분배를 저해하지 않는다고 판단하는 한, 그 재량으로써 대표적 청구를 하는 소송을 직접소송으로써 취급하고 대표소송에 대해서만 적용되는 제한 및 항변으로부터 이를 벗어나게 하는 동시에 개인에 대한 회복을 명할 수 있다.

제7.02조 대표소송의 제기 및 유지를 위한 원고적격

- (a) 지분증권(제1.20조)의 소지인(제1.22조)은 다음의 경우에는 대표소송을 제기하고 유지하기 위한 원고적격을 갖는다. 즉, 소지인이
  - (1) 지분증권을, (A) 위법이라고 주장되고 있는 행위에 관한 중요한 사실이 널리 공시되었든가, 소지인이 그것을 알든가 혹은 소지인에게 명확하게 전달되어진 때보다도 앞선 시점에서, 또는 (B) (A)에 쫓아 당해 증권을 취득하였던 전 소지인으로부터 법정이전에 의해 직접 혹은 간접으로 취득하고,
  - (2) 판결의 시점까지 지분증권을 계속해서 소지하고(다만, 계속해서 소지하지 않았던 것은 소지인이 동의하지 않았던 회사의 행위의 결과이며, 동시에 (A) 대표소송이 소지인의 지위를 중

114 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

료시키는 회사의 행위에 앞서서 제기되었든가, 또는 (B) 당해 소지인은 소송을 제기하는 다른 어떠한 소지인보다도 주주의 이익을 잘 대표할 수 있다고 법원이 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다),

(3) 제7.03조(회사내부의 구제방법의 고갈 : 시정요청 Rule)의 시정요청의 요건에 쫓든가 또는 그 규정에 의해 면제를 받고 동시에,

(4) 주주의 이익을 공정하고도 충분하게 대표할 수 있는 경우이다.

(b) 적시의 주장에 의해 지분증권의 소지인은 대표소송에의 참가를 허가받지 않으면 안된다. 다만, 참가자에 의해 대표되는 이익이 이미 공정하고도 충분하게 대표되고 있든가 또는 참가자가 주주의 이익을 공정하고도 충분하게 대표할 수 없다고 법원이 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.

(c) 회사의 이사(제1.13조)는 대표소송을 제기하고 유지하기 위한 원고적격을 갖는다. 다만, 이사가 주주의 이익을 공정하고도 충분하게 대표할 수 없다고 법원이 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제7.03조 회사내부의 구제방법의 고갈 : 시정요청 Rule

(a) 대표소송을 제기하기 전에 소지인(제1.22조) 또는 이사(제1.13조)는 회사의 이사회에 대해 소송을 제기하든가 또는 적절한 시정책을 취할 것을 서면에 의해 요구하여야 한다. 다만, 제7.03조(b)항에 의해 시정요청이 면제되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 시정요청은 거기에서 행하여진 각각의 청구를 입증하기 위해 의거하는 주요한 사실을 합리적인 명확성을 가지고 이사회에 통지하

여야 한다.

- (b) 이사회에 대한 시정요청은 원고가 그렇치 않았더라면 회사에 회복할 수 없는 손해가 생겼었을 것이라는 사실을 명확히 주장하는 경우에 있어서만 면제되어야 한다. 그 경우에는 소송제기 후 신속하게 시정요청이 이루어져야 한다.
- (c) 주주에 대한 시정요청이 요구되어서는 안된다.
- (d) 제7.03조(b)항이 규정하는 경우를 제외하고 법원은 제7.03조(a)항에 의해 요구된 시정요청에 대한 이사회 또는 그 위원회의 응답(response)에 앞서서, 제기되었던 대표소송을 각하하지 않으면 안된다. 다만, 이사회 또는 위원회가 합리적인 기간 내에 응답하지 않는 경우는 그러하지 아니하다.

제7.04조 대표소송에 있어서의 소답, 시정요청의 거절, 절차 및 비용  
대표소송에 적용되는 법적기준(the legal standards)은 다음의 사항을 규정하지 않으면 안된다. 즉,

(a) 상세함, 시정요청의 거절

- (1) 일반원칙 : 소장은, 만일 진실이라면, 소송이 제기되었던 행위 또는 거래는 회사가 원고에게 전달하였던 그 행위 또는 거래의 승인에 비추어보면, 제4편(주의의무 및 경영판단의 원칙) 또는 제5편(공정거래의무) 또는 제6편(지배거래 및 공개매수에 있어서 이사 및 주주의 역할)에 해당하는 규정을 충족하지 않았을 것이라는 상당한 전망을 생기게 하는 것과 같은 사실을 상세하게 주장하지 않으면 안된다.

(2) 시정요청의 거절 : 제7.03조에 쫓아 이사회에 대해 행하여진 시정요청을 회사가 거절하고, 그 거절시나 또는 거절 후에 회사가 다음의 사항을 기재한 서면에 의한 시정요청에의 회답, 즉 (A) 시정요청은 시정요청에 기재되는 동시에 그 기초를 이루고 있는 거래 또는 행위에 관해 이해관계가 없는 이사(제 1.23조)들에 의해 거절되었을 것 및 그와 같은 이사들은 이사회 전체의 과반수를 구성하고 동시에 집단으로 하여 그 상황에 있어 객관적인 판단을 할 수 없었던 사실을 기재하고, 또한 (B) 그와 같은 기재를 근거로 하게 하는 명확한 이유를 붙인 회답을 원고에게 교부하는 경우에는, 소장은 그것이 진실이라면 이하와 같은 전망을 상당하게 발생케 하는 것과 같은 사실을 또한 상세히 주장하여야 한다.

(A) 회답의 기재가 정확하지 않다. 또는,

(B) 제4편, 제5편 혹은 제6편이 그 기초를 이루고 있는 거래 혹은 행위는 경영판단의 원칙의 기준하에서 심리된다고 규정하고 있는 경우에는 그 거절이 제4.01조(c)에 규정되었던 경영판단의 원칙의 요건을 충족하고 있지 않았다. 또는,

(C) 제4편, 제5편 혹은 제6편이 그 기초를 이루고 있는 거래 혹은 행위는 경영판단의 원칙 기준하에서 심리된다고 규정하고 있는 경우에는 ①시정요청을 거절하였던 이해관계가 없는 이사가 경영판단의 원칙에 있어서의 성실 및 정보의 요건[제4.01조(c)항(2)호]을 충족하지 않든가 혹은, ② 이해관계가 없는 이사가 시정요건의 거절이 회사의 최선의 이익에 적합하다고는 합리적으로 판단할 수 없었다

소장에 이와 같은 상세한 사실을 충분히 기재하지 않았던 경우에는 피고에게는 증거공시(discovery)에 앞서서 소의 각하를 얻을 권리가 부여되어야 한다.

(b) 변호사의 증명: 각 당사자의 등록변호사(attorney of record)는 당사자를 위해 제출되어지는 모든 소답, 주장 및 기타의 서류에 서명하지 않으면 안되고, 동시에 그 서명은 ①변호사가 합리적인 조사 후에 얻은 지식, 정보 및 신념의 한도에서는 그 소첩, 주장 또는 기타의 서류가 사실에 잘 기초하고 있으며 동시에 현행법에 의해 또는 현행법의 확장, 수정 혹은 변경을 요구하는 선의의 논의에 의해서 근거하고 있다는 사실 및, ②그 소답, 주장 또는 기타의 서류가 곤혹케 하기 때문에, 또는 소송의 불필요한 지연 혹은 소송비용의 터무니없는 증가를 생기게 하기 때문이라고 하는 것과 같은 부당한 목적을 위해 반출되고 있는 것은 아니라는 것의 변호사의 증명이 있어야 한다.

(c) 비용의 담보 : 민사소송 일반에 적용되는 제정법 또는 관례법에 의해 수권 받은 경우를 제외하고 비용을 위한 증서, 인수 또는 기타의 담보는 요구되어서는 아니 된다.

(d) 비용의 부담 : 법원은 다음의 경우에는 당사자 또는 당사자의 변호사에 대해 합리적인 변호사의 보수 및 비용을 포함한 적당한 비용의 부담을 명할 수 있다.

(1) 여하한 시점에 있어서도 악의로, 또는 합리적인 이유 없이 특정한 구제의 청구 혹은 항변이 주장되거나 또는 소답, 주장, 증거공시의 요구 혹은 기타의 행위가 이루어지거나 혹은 받아들여졌다고 법원이 판단하는 경우. 또는,

- (2) 최종판결의 시점에서 모든 증거에 비추어, 그리고 실체법의 상황 및 경향의 양자를 고려해서 법원이 전체적으로 보면 악의로 혹은 불합리한 방법으로 제기되거나, 수행되거나 또는 방어되었다고 판단한 경우

제7.05조 대표소송에 관한 이사회 또는 위원회의 권한

- (a) 대표소송을 자기의 명의로 또는 자기의 권리로써 제기받은 회사의 이사회는 회사를 위해 이하의 행위를 할 적격을 갖는다.
  - (1) 원고가 제7.02조(대표소송을 제기하고 유지하기 위한 원고적격)에 정해진 원고적격을 갖지 않는다는 것, 또는 원고가 제7.03조(회사내부의 구제방법의 고갈 : 시정요청 Rule) 혹은 제7.04조(a)항, (b)항(대표소송에 있어서의 소답, 절차 및 비용)에서 정한 요건을 충족하고 있지 않음을 이유로 해서 소송의 각하를 주장하는 것. 또는 청구원인의 각하를 주장하거나 혹은 약식재판을 청구하는 것
  - (2) 제7.06조(대표소송을 정지시키는 법원의 권한)의 규정에 쫓아 증거공시를 포함한 소송의 정지를 주장하는 것
  - (3) 제7.07조~제7.12조(이사회, 이사회 산하의 위원회, 주주, 특별한 심사위원회에 의한 각하청구의 주장에 의거한 대표소송의 각하)의 규정에 쫓아 회사의 최선의 이익에 반한다고 하여 소송의 각하를 주장하는 것
  - (4) 회사의 이익에 실질적으로 영향을 미치는 留差(injunction) 기타 구제수단에 반대하는 것
  - (5) 회사의 권리로써 소송에서 승락을 한다든지 다투기도 하는 것

- (6) 제7.14조(원고, 피고간의 합의에 의한 대표소송의 화해)의 규정에 좇아서 이루어지는 원고와 피고간의 합의에 의한 화해, 소의 취하에 관하여 또는 제7.17조(원고측 변호사의 보수 및 소송비용)의 규정에 의거한 변호사 보수 기타 비용의 지불에 대해 의견을 진술하거나 반대하거나 또는 권장하는 것
- (7) 제7.15조(원고의 동의 없는 대표소송의 화해)의 규정에 좇아 원고의 동의 없이 화해를 하도록 요구하는 것

이상에 규정된 경우를 제외하고 회사가 타 피고의 입장에서 소송을 방어하거나 또는 타 피고를 위해 항변을 제출하는 것은 허용되지 않는다.

- (b) 대표소송을 자기의 명의로 또는 자기의 권리로써 제기받은 회사의 이사회는 이하의 행위를 할 수 있다
  - (1) 제7.05조 (a)항에 정하여진 행위를 하기 위한 권한을 이사에 의한 위원회에 위임하는 것 또는,
  - (2) 법원에 대하여 이사에 의한 위원회에 대신하는 특별한 심사위원을 선임하는 것 또는 제7.12조(특별한 심사위원 또는 특별위원)의 규정에 의거하여 이사에 의한 위원회 내에 특별한 위원을 선임하도록 청구할 수 있다.

#### 제7.06조 대표소송을 정지시키는 법원의 권한

특별한 사정이 없는 한, 법원은 회사의 주장이 있고 동시에 법원이 소송의 진행을 정지하는 것이 적당하다고 생각되는 상황에 있을 때

에는 제7.09조(대표소송 각하청구를 위한 절차)의 규정에 좇아 신중히 행하여지는 심사 및 평가가 합리적인 기간 내에 완료하기까지, 대표소송에 있어 원고의 증거공시 기타 절차를 정지하여야 한다. 마찬가지로의 요건으로 법원은 (a) 관련하는 소송에 대한 판단을 하기까지, 또는 (b) 정의의 요청에 의해 기타의 사유 혹은 진행이 끝날 때까지 증거공시 및 기타의 절차를 정지시킬 수 있다.

제7.07조 이사회 또는 위원회의 각하주장에 의한 대표소송의 각하 :  
일반적 규정

- (a) 대표소송의 관할을 갖는 법원은 이사회 또는 정당하게 위임받은 위원회로부터 소를 각하하는 것이 회사의 최선의 이익에 따르는 것이라고 주장된 경우에, 이하의 어느 요건을 충족한 경우에는 1인 또는 수인의 피고에 대한 소를 각하하여야 한다.
  - (1) 소가 이사(제1.13조), 상급집행임원(제1.33조), 회사지배자(제1.08조) 또는 이들의 관계자(제1.03조) 이외의 자(제1.28조)에 대한 것인 경우에, 주장을 하는 이사회 또는 위원회의 결의가 제 4.01조에 정한 경영판단의 원칙의 요건을 충족하고 있을 때,
  - (2) 소가 이사, 상급집행임원, 회사지배자 또는 이들 관계자에 대한 것인 경우에 있어서 제7.08조(이사회 또는 위원회가 하는 각하청구에 의거하는 이사, 상급집행임원, 회사지배자 또는 이들 관계자에 대한 대표소송의 각하)가 정하는 조건이 충족되어 있을 때, 또는
  - (3) 어떠한 당사자에 관련된 소송의 경우라도 주주가 제7.11조(주주의 행위에 의한 대표소송의 각하)에 규정하는 방법으로 소의 각하를 요청하는 결의를 하였던 때

- (b) 제7.08조 또는 제7.11조의 규정에 의해 회사가 어떠한 행위를 선택하고자 하더라도 회사는 청구원인 각하의 주장이나 약식재판의 청구 등에 의해 회사에 대해 인정되어지고 있는 여하한 주장을 할 자유를 갖는다

제7.08조 이사회 또는 위원회의 각하청구에 의한 이사, 상급집행임원, 회사지배자 또는 관계자에 대한 대표소송의 각하

법원은 이하의 모든 요건이 충족되어진 경우에는 제7.10조 (b)항(중요한 부당이득의 보유)의 규정에 의거해서 이사(제1.13조), 상급집행임원[제1.33조], 회사를 지배(제1.08조)하는 자(제1.28조) 또는 이들의 관계자(제1.03조)를 피고로 하는 대표소송을 각하하지 않으면 안된다.

- (a) 이사회 또는 이사회로부터 정당하게 위임받은 위원회가(시정요청에 응해서 또는 소송의 제기를 받아서), 대표소송이 회사의 최선의 이익에 반한다고 결의하여 소송의 각하를 청구하였을 것,
- (b) 소송을 심사하고 평가하기 위해 제7.09조(대표소송 각하청구를 위한 절차)에 정하여진 절차가 실질적으로 준수되었든가, 또는 당해 상황하에서 그 절차로부터 현저하게 이탈하는 것이 정당화되었을 것,
- (c) 이사회 또는 위원회의 결의가 제7.10조 (a)항(제7.08조에 의거해서 이사회 또는 위원회가 하는 대표소송의 각하청구의 주장에 관한 법원의 심사 기준)에 정하여진 심사기준을 충족하고 있을 것

제7.09조 대표소송 각하청구를 위한 절차

- (a) 제7.08조(이사회 또는 위원회가 하는 각하청구에 의거하는 이사,

상급집행임원, 회사지배자 또는 관계자에 대한 대표소송의 각하) 또는 제7.11조 (주주의 행위에 의한 대표소송의 각하)에 규정된 이사회 또는 위원회에 의한 대표소송의 심사 및 평가에는 이하의 절차기준이 적용된다.

- (1) 이사회 또는 위원회는 2인 이상의 자로 구성되지 않으면 안된다. 그 어느 구성원도 당해 소송에 이해관계(제1.23조)를 갖는 자이어서는 아니 된다. 또한, 이사회 또는 위원회는 당해 상황에 있어서 그룹으로써 객관적인 판단을 할 수 있는 자가 아니면 안된다.
  - (2) 이사회 또는 위원회는 그 선택에 관계된 변호사 및 이사회 또는 위원회가 필요하다고 합리적으로 생각하는 대리인에 의해서 보좌되어야 한다.
  - (3) 이사회 또는 위원회의 결의는 제7.10조 (a)항의 규정하에서 적용되는 기준을 충족하는 데에 충분한 정보를 얻어서 행하여지는 심사 및 평가에 의거하여야 한다.
  - (4) 이사회 또는 위원회는 대표소송의 각하를 청구하는 경우, 법원이 제7.10조(제7.08조에 의거하여 이사회 또는 위원회가 하는 대표소송의 각하청구의 주장에 관한 법원의 심사기준)의 규정에 의하여 요구되고 있는 심사를 행하는 데에 충분한 방식으로 결의내용을 기재한 보고서 또는 기타의 문서를 작성하여 법원에 제출하여야 한다.
- (b) 법원은 이사회 또는 위원회에서 이행되어진 절차가 제7.09조 (a)항에 정하여진 기준으로부터 현저하게 이탈하고 있다는 것을 이유로 하여 제7.08조 또는 제7.11조의 규정에 의한 각하의 주장을 허용하지 않은 때에는, 이사회 또는 위원회에 대해서 그 절차를 보충하고 동시에 제7.09조 (a)항에 정하여진 기준을 충족하도록 추가

보고서 또는 문서를 작성하는 것을 허가하여야 한다. 다만, 법원이 ①이사회 또는 위원회는 절차 및 보고서가 당해 상황에 있어 정당화된다고 성실하게 믿고 행동하지 않았던 것, ②불합리한 지체 또는 손해가 발생할 것 또는, ③그와 같은 추가적인 조치를 취해도 소송의 각하가 지지되었을 것이라고 하는 합리적인 가망성이 없다고 판단했던 경우는 그러하지 아니하다

제7.10조 제7.08조에 의하여 이사회 또는 위원회의 대표소송 각하청구주장에 관한 법원의 심사기준

- (a) 심사기준 : 제7.08조(이사회 또는 위원회가 하는 각하청구에 의거한 이사, 상급집행임원, 회사지배자 또는 관계자에 대한 대표소송의 각하)의 규정에 의해서 소가 각하되어야만 하는지의 여부를 결정함에 있어, 법원은 다음과 같은 심사기준을 적용하여야 한다.
  - (1) 청구의 중점이 피고가 법을 악의로 유책하게 침해한 바에 있는 것이 아니라 피고가 제4편(주의의무)에 정하여진 의무에 위반한 바에 있으며 또 그것이 구체적으로 지적되고 있는 경우, 또는 당해 거래나 행위가 제 5.03조, 제5.04조, 제5.05조, 제5.06조, 제5.08조, 제6.02조하에서 경영판단의 원칙에 의해 심사된 경우에는 법원은 청구를 각하하지 않으면 안 된다. 다만, 법원이 이사회나 위원회의 결의가 제4.01조(c)항에 정해져 있는 경영판단원칙의 요건을 충족하지 않았다고 헤아리는 경우에는 그러하지 아니하다.
  - (2) 제5편(공정거래의무) 혹은 제6편(지배거래 및 공개매수에 있어 이사 및 주주의 역할)에서 규제되는 기타의 사례, 또는 피고가 제4편에 위반해서 악의이고 유책하게 법에 위반했던 바에 청구의 중점이 있다고 되는 사례를 포함하는 경영판단의 원칙이

적용되지 않는 사례에 있어서, 법원은 제4편 및 제5편하에서 적용되는 기준에 비추어 이사회 또는 위원회가 당해 상황에 있어 충분히 정보를 얻고 있으며, 동시에 각하가 회사의 최선의 이익에 합치한다고 결의했던 것에 합리성이 있고, 게다가 신뢰할 수 있는 확실한 뒷받침이 있다고 간주케 하는 근거에 의거해서 결의하였다고 법원이 이해하는 경우에는 소송을 각하하여야 한다.

(3) (a)항 (1)호 및 (a)항 (2)호에 관계된 사례의 경우 법원은 실질적으로 심사하여 여하한 법적문제에 대해서도 판단을 할 수 있다.

(b) 현저하게 부당한 이득의 보유 : 법원은 이하의 경우에 있어서, 원고가 소송을 각하하는 것이 피고 또는 그 관계자(제1.03조)에게 현저하게 부당한 이득을 보유케 하는 것으로 된다는 사실을 입증한 경우에는 소송을 각하해서는 안된다.

(1) 피고가 단독으로 또는 동일한 거래로부터 생긴 현저하게 부당한 이득을 수령했던 것이 판명된 타인과 함께 회사의 지배(제 1.08조)를 갖고 있는 경우 또는,

(2) 이득이 이하와 같은 상황에서 취득된 경우

(A) 고의 또는 중대한 부실표시, 부작위 또는 기타의 사기행위의 결과로써 취득된 때 또는,

(B) 당해 이득에 관해 이해관계가 없는 이사(제1.15조)에 의한 사전의 승인 또는 필요로 되는 추인(이사 아닌 상급집행임원의 경우는 이해관계가 없는 상사에 의한 사전의 승인)이 없거나 또는 이해관계가 없는 주주 (제1.16조)의 승인 또는 추인이 없고, 동시에 제5.02조(회사와의 거래) 또는 제5.04조(이사 또는 상급

집행임원에 의한 회사의 재산, 중요한 회사의 비공개정보 또는 회사의 지위의 이용)의 규정에 위반해서 취득되었을 때.

다만, 법원은 이사회 또는 위원회에서 제기되어진 특정한 이유에 비추어 소송의 계속에 의해 회사가 손해를 입을 가망성이 있고, 그것이 소송의 각하가 부여하는 공공의 이익에의 바람직하지 않은 영향을 상회하는 것이 명백할 정도로, 결정적이라고 판단하는 경우는 그러하지 아니하다.

- (c) 사후의 사정 : 제7.10조 (a)항에 규정된 기준이 충족되어 있는지의 여부, 또는 제7.10조 (b)항 혹은 거기에 규정되었던 예외가 적용된 경우인지의 여부를 결정함에 관하여, 법원은 이사회 또는 위원회에 의해 명확히 된 (또는 그렇지 않다면 법원의 흥미를 끌었던)고려하에서, 당해 거래 또는 행위의 시점 또는 각하를 요구하는 이사회 또는 위원회의 주장의 시점 이후에 중요한 진전을 반영하는 고려를 할 수 있다.

#### 제7.11조 주주의 행위에 의한 대표소송의 각하

법원은 이하의 사실이 있다고 생각하는 경우에는 회사의 최선의 이익에 적합한 것으로 하여, 소송을 각하할 것을 요구하는 주주의 승인 결의에 의거하여 어떠한 피고에 대한 것일 지라도 대표소송을 각하하지 않으면 안된다.

- (a) 주주에 대해서 각하를 권장하는 결의가 이사회 또는 위원회로부터 정당하게 위임받은 위원회에 의해서 제7.09조 (a)항 (1)~(3)호(대표소송의 각하를 청구하는 절차)에 정하여진 절차에 실질적으로 적합한 심사와 평가를 거쳐 채택된 것, 다만, 이들 절차로부터 현저하게 일탈한 것이 당해 상황에서 정당화된 때는 그러하지 아니하다.

- (b) 대표소송 및 주주에 대해서 각하를 권장하는 이사회 결의에 관한 모든 중요한 사실(제1.25조)이 주주에게 공시된 것. 만일 원고가 청구한 경우에는 공시사항 중에 소송 및 이사회나 위원회의 결의에 관한 원고의 견해를 요약한 간단한 의견표명을 포함하고 있을 것
- (c) 각하가 회사재산의 낭비(제1.42조)에 해당하지 않을 것

제7.12조 특별 심사위원 또는 특별위원

- (a) 자기의 명의로 또는 자기의 권리로써 대표소송을 제기받은 회사, 또는 시정요청을 받은 회사에 의한 주장에 의거해서, 법원은 제 7.08조(이사회 또는 위원회가 하는 각하청구에 의거하는 이사, 상급 집행임원, 회사지배자 또는 관계자에 대한 대표소송의 각하) 또는 제7.11조(주주의 행위에 의한 대표소송의 각하)에 규정된 목적을 달성하기 위해 이사의 위원에 대신해서 심사위원이 될 1인 또는 복수의 인원을 선임할 수 있다. 이들은 그 누구도 그 소송에 이해관계(제1.23조)를 갖는다든지 회사의 상급집행임원(제1.33조)과 중요한 관계(제1.34조)를 갖는다든지 원고 또는 피고 공히 이에 유사한 관계를 가져서는 안된다. 선임된 심사위원은 제7.09조(대표소송 각하청구를 위한 절차)에 정하여진 절차에 쫓아서 심사와 평가를 행하고 동시에 소송을 종료시키는 제언에 관한 보고서 또는 문서를 작성하지 않으면 안된다. 작성되어진 보고서 또는 문서는 제7.08조, 제7.10조, 제7.11조, 제7.13조(제7.08조나 제7.11조에 의한 대표소송 각하의 주장을 위한 재판상의 절차)의 규정하에서 이사회 또는 이사회로부터 정당하게 위임받은 위원회의 보고서와 동일한 지위를 차지한다. 조사, 보고서 기타 문서에 관계된 비용은 법원이 특히 명령하는 경우를 제외하고는 회사가 부담하여야 한다.

- (b) 제7.12조 (a)항의 규정에 따라 심사위원을 선임하는 대신, 법원은 회사의 주장에 의거하여 회사의 이사 이외의 자로써 제7.12조 (a)항에 정하여진 자격을 갖고, 제7.05조 (b)항(1)호의 규정에 좇아 회사가 설치한 위원회에서 활동할 1인 또는 복수의 개인을 선임할 수 있다.

제7.13조 제7.08조 또는 제7.11조에 의한 대표소송각하의 주장을 위한 재판상의 절차

- (a) 보고서 기타 문서의 제출 : 제7.08조(이사회 또는 위원회가 하는 각하청구에 의거하는 이사, 상급집행임원, 회사지배자 또는 관계자에 대한 대표소송의 각하) 또는 제7.11조(주주의 행위에 의한 대표소송의 각하)의 규정에 기인하는 소송각하의 주장에 의거해서, 회사는 이사회 또는 위원회에 있어서의 절차나 결의 또는 주주에 의한 결의에 대해 명확히 한 보고서 또는 문서를 법원에 제출하여야 한다. 이 보고서 또는 문서의 사본은 회사로부터 제출되어진 확실한 증거서류와 함께 원고의 변호사에게 제출되어야 한다.
- (b) 보호명령 : 법원은 적절한 상황에 있는 때에는 이상의 서류에 관한 보호명령을 내릴 수 있다.
- (c) 증거공시 : 제7.06조(대표소송을 정지시키는 법원의 권한)의 규정에 좇아 원고가 제7.08조, 제7.10조, 제7.11조, 제7.12조(특별한 심사위원 또는 특별위원)에 정하여진 적용기준이 충족되었는지의 여부에 관해 중요한 문제가 존재한다는 주장을 하고, 동시에 원고가 부당한 장애 없이는 다른 방법에 의해서 그 정보를 입수할 수 없는 경우에는, 법원은 법원이 특정하는 논점에 관해 ①제7.08조, 제7.10조, 제7.11조 또는 제7.12조의 적용기준에 의거한 주장에 대한

결정을 내리는 데에 필요하다고 생각할 정도의, 그리고 ②주장에 대한 신속한 판단에 적합하다고 생각할 정도의 한정된 증거공시, 또는 한정된 증거로 된 청취를 명할 수 있다. 특별한 사정이 없는 한, 법원은 이것과 마찬가지로의 요건으로 회사 또는 피고로부터 제출되었던 약식재판을 요구하는 주장에 응해서, 원고가 요구하고 있는 증거공시를 다투어질 가능성이 있는 사실에만 제한하여야 한다. 이 증거공시의 결과에 관해서는 제7.13조 (b)항에 규정되어 있는 것과 같은 요건으로 보호명령을 받는 것이 허락된다.

- (d) 입증책임 : 원고가 주장에 대해 입증책임을 지는 것은 ①청구의 근거가 제4편(주의의무)에 정하여진 의무의 불이행을 포함하는 것을 이유로 하여 또는 당해 거래가 경영판단의 원칙에 의해 판단 될 것을 이유로 하여, 법적심사의 기준이 제7.10조 (a)항 (1)호의 규정하에서 결정된 제7.08조의 경우 또는, ②제7.07조 (a)항 (1)호 (제3자 및 하위의 회사임원에 대한 소송)의 경우이다.

회사는 당해 거래가 경영판단의 원칙 이외의 기준에 의해서 심사되기 위해, 심사의 기준이 제7.10조 (a)항 (2)호의 규정에 의거해서 결정되게 되는 제7.08조의 규정에 의한 주장에 관해 입증책임을 진다. 다만, 이하의 사실은 원고가 모든 사례에 있어 입증책임을 진다. ①피고의 행위가 악의이고 유책의 범위반인 것, ②이사회 또는 위원회가 그룹으로써 제7.09조 (a)항 (1)호의 규정에 의해 요구되고 있는 당해 상황에 있어 객관적 판단을 할 수 없는 것, ③소송을 각하하는 것이 제7.10조 (b)항에서 말하는 피고 또는 그 관계자(제1.03조)에게 현저하게 부당한 이익을 보유하게 하는 것.

회사는 또 제7.10조 (b)항의 규정하에서 소송의 계속에 의해 회사가 손해를 입을 가능성이 있고, 그것이 소송의 각하가 부여하는 공공의 이익에의 바람직하지 않은 영향을 상회하는 것이 명백할 정도로 결

정적이라는 것에 관해 입증책임을 진다. 제7.11조(주주의 행위에 의한 대표소송의 각하)의 규정에 의거하는 주장의 경우에 있어서 원고는 제7.11조(b)항, (c)항, (d)항의 규정에 관한 입증책임을 지고, 또한 회사는 제7.11조 (a)항의 규정에 관한 입증책임을 진다.

(e) 공시면제특권: 제7.13조(a)항의 규정에 쫓아 무언가의 견해가 법원에 제출된 때에는 이사회 또는 위원회가 수령했던 이에 관련된 법률의견서가 원고의 변호사에게 제출되어야 한다. 이것을 조건으로 하여, 소송 계쟁물에 관해서 이사회 또는 위원회와 변호사간에 이루어진 구술의 또는 문서에 의한 교환은 공시를 면할 특권적 성질을 잃고, 또한 변호사 업무의 성과로써의 성질을 갖는 문서, 비망록 또는 기타의 자료는 소송이 대표소송이라는 점을 이유로 하여, 또는 제7.13조의 규정에 쫓았던 보고서, 문서 기타 증거서면이 원고에 대해 제출되었기 때문에, 또는 법원에 제출되었기 때문에 공시면제특권이 포기되었던 것을 이유로 하여 증거공시를 받는 일은 없다.

#### 제7.14조 원고, 피고간의 합의에 의한 대표소송의 화해

- (a) 대표소송은 법원의 승인이 있는 경우를 제외하고 원고, 피고의 합의에 따라 화해하거나 또는 임의적인 소의 취하를 할 수는 없다.
- (b) 법원은 비교형량 하였던 회사의 이익이 승인의 충분한 이유로 되고, 화해 또는 기타의 조치가 공서(公序)에 합치하는 경우에는 신고가 있었던 화해 또는 기타의 조치를 승인하지 않으면 안된다. 법원은 신고가 있었던 화해의 심사시에, 금전적 요소 및 비금전적 요소를 포함하는 회사의 순이익(the net benefit)을 특히 중시하여야 한다.

- (c) 화해 또는 기타의 조치에 따라 주주의 이익이 실질적으로 영향을 받은 적이 없다고 법원이 인정하는 사정이 없는 경우에는, 법원에 의한 승인에 앞서 영향을 받는 주주에 대해 통지(실무상 가능한 범위에서 개별로 행할 것을 요한다)를 하고 심리의 기회를 부여하여야 한다. 그 심리에 이의가 있는 주주는 신고가 있었던 화해 또는 기타의 조치에 대하여 법원의 승인을 얻어 증인을 출두케 할 기회 및 증인에게 반대신문을 행할 기회를 포함해 불복신청을 할 합리적인 기회를 부여하여야 한다. 그리고, 법원은 충분한 이유가 제시된 경우에는 이에 의거하여 부당히 지연됨을 회피하는 데에 합치하는 합리적인 증거공시(discovery)를 인정할 수 있다.

제7.15조 원고의 동의가 없는 대표소송의 화해

- (a) 대표소송의 제기후, 이사회 또는 적법하게 권한을 위임받은 위원회는 원고의 동의 없이 법원의 동의를 얻어서 이사(제1.13조), 상급집행임원(제1.33조) 혹은 회사를 지배(제1.08조)하는 자(제1.28조) 또는 이들 자의 관계자(제1.03조)를 상대로 하여 당해 소송에 있어서 회사를 위해 주장되었던 여하한 청구에 대해서도 화해를 하거나 또는 책임을 면제할 수 있다. 법원은 이사회 또는 적법하게 권한을 위임받은 위원회가 회사를 위해 하는 주장에 대하여 다음의 요건이 충족되어 있다고 인정하는 경우에는 그 화해 또는 면제를 승인하여야 한다.
  - (1) 이사회 또는 적법하게 권한을 위임받은 위원회가 어떠한 경우에도 그 구성원이 당해 소송에 이해관계(제1.23조 (c)항)를 갖지 않고 적절하게 정보를 얻어서 심사, 평가를 행한 후에 신고가 있었던 화해를 하고, 동시에 제7.09조(대표소송 각하청구를 위한 절차)에 의거하여 이사회 또는 위원회가 하는 각하를 요

구하는 주장에 적용되는 요건에 실질적으로 합치하는 보고서 또는 기타의 서면을 법원에 제출할 것 또는 그 절차로부터의 중대한 일탈이 있었던 때에는 그것이 당해 상황에서 정당화 되었을 것

(2) 원고, 피고간의 화해의 경우에 영향을 받는 주주에 대해 부여 되어진 통지 및 심리의 기회에 적용되는 제7.14조(원고, 피고간의 합의에 의한 대표소송의 화해)의 규정이 실질적으로 준수될 것.

(3) 기록전체에 의거해서 비교형량하였던 회사의 이익이 승인의 충분한 이유로 되고 동시에 화해 또는 면제가 공서에 합치할 것. 법원은 신고가 있었던 화해심사시에 금전적 요소 및 비금전적 요소를 포함하는 회사의 순이익을 특히 중시하여야 한다.

(b) 제7.15조(a)항에 쫓아 이루어진 화해 또는 면제는 제7.14조에 쫓아 원고와의 사이에서 이루어져 승인된 화해와 동일한 정도로 당해 청구 및 책임에 관해 유효한 적극적 항변으로 된다.

(c) 법원은 이사회 또는 위원회로부터의 보고서 또는 기타의 서면에 추가하여, 대표소송이 각하되어야만 하는지의 여부를 고려하기 위해 선임된 심사위원에게 적용되는 제7.12조(특별한 심사위원 또는 특별위원회)의 절차를 실질적으로 쫓아서 절차에 의해 선임되었던 특별한 심사위원의 결정을 고려하고 동시에 이에 의거할 수 있다.

제7.16조 대표소송에 있어서의 회복의 처리

제7.18조 (e)항(비례적인 회복)소정의 특별한 상황이 있는 경우를 제외하고 대표소송에 있어서의 회복은 오직 회사에 귀속하여야 한다. 원고 또는 변호사가 회사의 명의 또는 권리로써 소를 제기하고(또는 소를 제기한다고 위협하고), 동시에 현실의 또는 위협된 대표소송의 화해 또는 소의 취하의 결과로써 회사 또는 피고로부터 재산 또는 금전(비용의 상황을 포함한 다)을 수령하는 경우에는 이를 회사에 반환하여야 한다. 다만, 당해 금전 또는 재산이 재판소가 명하는 바에 따라 또는 법원이 승인한 화해에 좇아서 수령된 경우에는 그러하지 아니하다

#### 제7.17조 원고측 변호사의 보수 및 소송비용

대표소송에 성공한 원고는 당해 소송의 관할 법원이 정하는 합리적인 변호사 보수 및 기타의 합리적인 소송비용에 대하여 회사로부터 상환 받을 권리를 갖는다. 그러나 어떠한 경우에도 변호사 보수의 금액은 원고가 회사를 위해 얻은 구제(비금전적 구제를 포함한다)가액의 합리적인 비율을 초과해서는 안된다.

## 제2장 의무위반에 대한 손해의 회복

#### 제7.18조 의무위반에 기인하는 손해의 회복: 일반원칙

(a) 제7.19조(일정한 주의의무 위반에 대한 손해배상액의 제한)에 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고, 제4편(주의의무), 제5편(공정거래의무) 또는 제6편(지배거래 및 공개매수에 있어서의 이사 및 주주의 역할)에서 정하여진 행위의 준칙에 위반한 피고는, 회사에 대하여(또는 직접소송이 제7.01조(직접소송과 대표소송의 구별)하

에 놓여진 범위에 있어서는 주주에 대해서) 위반이 법적원인으로 된 손해에 관하여 책임을 지고, 제5편에 정하여진 준칙에 대한 위반인 경우에는 형평법상의 원상회복을 하기 위한 필요한 범위에서 피고 또는 관계자(제1.03조)가 얻은 기타의 이득에 대해서도 책임을 진다.

- (b) 제4편, 제5편 또는 제6편에 정하여진 행위의 준칙의 위반은 원고가,
  - (1) 적용있는 준칙의 준수가 손해를 저지함에 관한 중요한 원인이었을 것 및,
  - (2) 침해의 가능성이 피고와 똑같은 지위에 있고 유사 상황에 놓여진 통상의 신중한 자에게 있어서 예견가능한 것이었을 것을 입증한 때에는 손해의 법적 원인으로 간주한다. 이 경우에 회사의 손해는 기타의 자의 행위 또는 부작위가 없었다라면 생기지 않았었을 것이라는 것은 책임에 대한 항변으로 되지 않는다.
- (c) 원고는 인과관계 및 제4편, 제5편 또는 제6편에 정하여진 행위의 준칙에 대한 피고의 위반의 결과로써 회사 또는 주주가 입은 손해액 또는 기타의 회복해야 할 금액의 증명책임을 진다. 법원은 피고에 대해서 그와 같은 책임에 관해 동일한 거래로부터 생겼던 것으로 피고가 입증할 수 있고 동시에 공서에 반하지 않는 때에는 회사에 대한 이익과 상계하는 것을 허락할 수 있다.
- (d) 제5편에 정하여진 행위준칙에 대한 악의의 위반에 의해 법적으로 생겼다고 간주되는 손해에는 대표소송에 있어서 승소원고의 변호사 보수 및 비용을 포함하여 위반의 결과로써 회사가 부담하였던 비용 및 지출을 포함하는 것으로 한다. 다만, 그와 같은 비용 및 지출의 일부 또는 전부를 포함하는 것이 당해 상황에서 형평에

맞지 않는다고 법원이 결정하는 범위내 에서는 그러하지 아니하다.

- (e) 대표소송에 대한 관할을 갖는 법원은 그와 같은 지불이 당해 상황에서 형평에 맞고 동시에 충분한 지불준비가 회사채권자에 대해 이루어진 때에는 배상금의 전부 또는 일부가 개개의 주주에 대해서 비례적으로 직접 지불되어지도록 명할 수 있다.

#### 제7.19조 일정한 주의의무위반에 대한 손해배상액의 제한

제정법에 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고 이사(제1.13조) 또는 임원(제1.27조)에 의한 제4편(주의의무 및 경영판단의 원칙)이 정하는 행위준칙의 불준수가,

- (1) 이사 또는 임원에 의한 악의인 동시에 유책한 범위반을 포함하고,
- (2) 이사 혹은 임원이 당해 행위 혹은 부작위가 회사에 대한 중대한 침해가 정당화되지 않는 위험을 발생시킨다는 것을 알고 있는 상황에서 이사 혹은 임원의 회사에 대한 의무를 의도적으로 무시하고 또는,
- (3) 피고의 회사에 대한 의무의 방치와 동등한 지속적이고도 허용되지 않는 양태의 태만으로 되는 경우의 어느 것도 아니며, 그리고 또 이사, 임원 또는 관계자(제1.03조)가 제5편(공정거래의무)하에서 부적당하였던 이익을 받고 있는 것이 아닌 때에는 그와 같은 위반에 대한 임원 또는 이사에 대한 손해배상액을 그 자의 회사로부터의 연차보수를 하회하지 않는 금액까지로 제한하는 기본정관의 정함은 유효하다 다만, 이 정함이 공시(제1.14조 (b)항)후에 이해관계가 없는 주주(제1.16조)의 결의에 의해 채택되고, 이사회 의 사전결의 없이 연차총회에 있어 하시라도 주주에 의해 삭제될

수 있으며 동시에 계쟁중의 소송 또는 채택에 앞서 생겼던 손해에 관해서 책임을 경감하는 것이 아닌 때에 한한다.

### 제3장 보상 및 보험

#### 제7.20조 보상 및 보험

(a) 통칙 : 하기 (b)항에서 정하는 제한하에서,

(1) 회사는 이사(제1.13조) 혹은 임원(제1.27조)이거나 또는 이었던 자에 대해서,

(A) 그 자가 회사의 이사 혹은 임원의 자격으로 혹은 회사의 요구에 의해 제3자를 위한 무언가의 자격으로 성실하게 행위하고, 혹은 기타의 성실한 행위에 종사하였던 경우에는 그 자가 그와 같이 행위하였다는 것 때문에 또는,

(B) 단지 그 자가 이사 혹은 임원이거나 이었다는 사실 때문에, 제기될 우려가 있고 또는 계쟁중의 또는 종료하였던 소송 기타의 공식, 비공식의 절차로써 민사, 형사, 행정 또는 조사상의 어느 것이든 이사 혹은 임원이 당사자이거나 또는 당사자로 될 수 있는 것이거나, 또는 그 절차에 관해 이사 혹은 임원의 출두가 의무지워지거나 혹은 기타의 자격으로 출두할 것을 의무지울 수 있는 것에 관해서 생긴 책임 및 합리적인 비용에 관해서 보상할 권한을 갖는다.

(2) 회사는 이사 또는 임원이거나 이었던 자가 (a)항 (1)호 소정의 절차에 관해서 그 자가 회사에 의해 보상받을 자격이 없다고 종국적으로 결정된 때에는, 그와 같은 비용을 반환하는 뜻의 이사 또는 임원에 의한 또는 이들 자를 위해 하는 약속의 수령과 교환으로 당해 절차의 최종적인 판단에 앞서 생겼던

비용을 지불할 권한을 갖는다.

- (3) 회사는 이사 또는 임원이거나 이었던 자에 대해 이하의 각 경우에는 (a)항 (1)호 소정의 절차에 관하여서 생겼던 책임 및 합리적인 비용을 보상할 의무를 진다

- (A) 이사 또는 임원이 당해 절차의 방어에 있어 본안 또는 기타에 대해 완전하게 성공했던 경우 또는,

- (B) 회사가 본조에 의해 허용되는 범위에서 그 정관 혹은 계약에 의해 이사 혹은 임원에게 보상하도록 의무를 지고 있는 경우

- (4) 회사는 이사 또는 임원이거나 이었던 자를 위해 (a)항 (1)호 소정의 절차에 관하여서 그 자에 대해 주장된 책임 또는 그 자에게 생겼던 비용에 대해 회사가 당해 책임 또는 비용에 대해 그 자에게 보상할 권한을 갖는지의 여부에 불문하고 보험을 구입할 권한을 갖는다.

(b) 보상 및 보험의 제한

- (1) 회사는 (a)항 (1)호 소정의 절차와 관련하여 이하의 각 경우에는 책임 및 합리적인 비용에 관해 이사 및 임원에게 보상할 권한을 갖지 아니하거나 또는 의무를 지지 않는다.

- (A) 보상이 요구되어지는 행위가 법의 악의이고도 유책한 위반에 직접 관계하고 혹은 이사 혹은 임원이 적법하게 얻을 자격이 없는 중대한 금전적인 이익을 얻은 경우 또는,

- (B) 보상이 명백하게 보상을 금지하는 정책을 취하는 제정법의 위반의 결과로써의 벌금, 민사벌 또는 이에 유사한 판결을 충족하기 위해 지불되었던 금액에 관한 경우의 그 범위 또는,

- (C) 보상이 절차의 화해에 있어서 지불되어졌던 금액에 관한 것인 동시에 행위가 명백하게 보상을 금하는 정책을 취하는 제정법의 위반에 직접 관계하는 경우 또는,
- (D) 보상이 ①회사에 의해 혹은 회사의 권리로 제기된 소송의 판결의 이행 혹은 화해를 위해 혹은, ②이사 혹은 임원이 (c)항 소정의 경우를 제외하고 회사에 대해 책임을 진다고 판단되었던 절차에 있어 생겼던 비용으로써 지불되어졌던 금액에 관계하는 경우의 그 범위

사법판단이 없는 때에는 (b)항(1)호의 적용은 이해관계가 없는 이사, 이해관계가 없는 주주 또는 독립한 변호사에 의해 결정된다. 다만, 그와 같이 하여 이루어졌던 결정이 이사 혹은 임원에게 불이익한 때에는 이사 또는 임원은 그것에 관한 새로운 법원의 결정을 요구할 원고적격을 갖는다.

- (2) 회사는 보험이 악의이고도 유책한 범위반에 직접 관계하거나, 또는 법적자격이 없는 피보험자에 의해 얻어진 중대한 금전적 이익에 관계하는 행위에 관한 책임에 대한 보호를 부여하는 것인 범위에서 있어서는 (a)항 (4)호에 쫓아 보험을 구입할 수 없다.

(c) 법원이 명하는 보상

- (1) 법원은 (a)항 (3)호 소정의 상황하에서는 보상의 지불을 명하는 것으로 하고, 그리고 또한 명하는 보상에 있어서는 이사 또는 임원에게 생겼던 합리적인 비용을 지불하도록 회사에 대하여 명하는 것으로 한다.
- (2) 법원은 보상이 모든 사정하에서 전부 또는 일부가 형평하다고 결정한 때에는, 회사에 의한 또는 회사의 권리로 제기된 소송

의 화해에 따라 지불되어진 금액(이사 또는 임원이 얻을 자격이 없는 중대한 금전적인 이익을 수령할 개연성이 있었다고 법원이 결정하는 소송의 화해에 있어 지불되어졌던 금액을 제외한다), 또는 (b)항 (1)호 (A) 혹은 (D)가 정하는 절차에 있어서의 보상을 명할 수가 있다

(d) 대표소송에 있어서 보상에 관한 주주에 대한 보고

회사가 이사 또는 임원에 대해 회사에 의한 또는 회사의 권리에 있어서의 절차와 관련해서 보상을 하고 또는 비용을 선불한 때에는 회사는 다음의 주주총회의 소집통지가 송부되어진 때 또는 그 전에 주주에 대해 보상 또는 선불에 관해 보고하여야 한다.

(e) 보상규정의 비배타성

(b)항 소정의 제한하에서 ①회사는 회사의 기준(제1.36조), 합의 또는 기타에 의한 보상 및 비용의 지불을 할 권한을 갖으며, 동시에 ②본조는 보상 또는 비용의 지불을 요구하는 이사 또는 임원이 갖는 기타의 권리를 배제하는 것으로는 간주되지 않는다.

(f) 법정승계인

본조에 의해 보상하거나 또는 비용을 지불할 권한 또는 의무는 책임을 추궁받을 수 있고, 또는 주장되고 있는 이사 또는 임원의 이익에 있어 집행인, 관리인, 수탁자 및 기타의 승계인에게도 미친다.

## II. 일본의 관련규정

### 1. 상 법

#### 제266조(회사에 대한 책임)

①다음의 경우에는 그 행위를 한 이사는 회사에 대하여 연대하여 제 1호에 해당하는 위법한 배당 또는 분배를 한 액, 제2호에 해당하는 공여한 이익의 가액, 제3호에 해당하는 아직 변제하지 아니한 액, 제4호 및 제5호에 해당하는 회사가 부담할 손해액에 대한 변제 또는 배상의 책임이 있다.

1. 제290조 제1항의 규정에 위반하는 이익의 배당에 관한 의안을 총회에 제출하거나 제293조의5 제3항의 규정에 위반하는 금전의 분배를 한 때
2. 제294조의2 제1항의 규정에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 때
3. 다른 이사에 대하여 금전의 대부를 한 때
4. 전조 제1항의 거래를 한 때
5. 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 때

②전항의 행위가 이사회 결의에 따라 이루어진 때에는 그 결의에 찬성한 이사는 그 행위를 한 것으로 본다.

③전항의 결의에 참가한 이사로서 의사록에 이의를 하지 아니한 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

④이사가 제264조 제1항의 규정에 위반하여 거래를 한 때는 그 거래로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익의 액은 제1항의 회사가 부담하는 손해액이라 추정한다. 단지 동조 제3항에서 정한

권리를 행사하는 때에는 그러하지 아니하다.

- ⑤ 제1항의 이사의 책임은 총주주의 동의가 있지 아니하면 이를 면제할 수 없다.
- ⑥ 제1항 제4호의 거래에 관한 이사의 책임은 전항의 규정에도 불구하고 발행주식총수의 3분의 2 이상의 다수로 이를 면제할 수 있다. 이 경우 이사는 주주총회에서 그 거래에 관한 중요한 사실을 개시하여야 한다.

#### **제267조(주주의 대표소송)**

- ① 6월전부터 계속하여 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구할 수 있다.
- ② 회사가 전항의 청구가 있는 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 아니한 때는 전항의 주주는 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.
- ③ 전항에서 정한 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는, 전2항의 규정에 불구하고 제1항의 주주는 즉시 전항의 소를 제기할 수 있다.
- ④ 전2항의 소는 소송의 목적가액 산정에 대하여는 재산권상의 청구에 관계없는 청구에 관련된 소로 본다.
- ⑤ 주주가 제2항 또는 제3항의 소를 제기한 때에는 법원은 피고의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다.
- ⑥ 제106조 제2항(악의의 소명)의 규정은 전항의 청구에 준용한다.

**제268조(관할, 소송참가, 소송의 고지)**

- ①이사의 책임을 추궁하는 소는 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.
- ②주주 또는 회사는 전항의 소송에 참가할 수 있다. 그러나 부당하게 소를 지연하거나 법원의 부담을 현저하게 크게 하는 때는 그러하지 아니하다.
- ③전조 제2항의 소를 제기한 주주는 소의 제기가 있을 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다.

**제268조의 2(변호사의 보수의 청구, 손해배상의 책임)**

- ①제267조 제2항 또는 제3항의 소를 제기한 주주가 승소한 경우 그 소송을 행함에 필요하다고 인정되는 비용에서 소송비용에 관계없는 것을 지출한 때 또는 변호사에게 보수를 지급하여야 하는 때에는, 주주는 회사에 대하여 그 비용금액의 범위내에서 또는 그 보수액의 범위 내에서 상당액의 지급을 청구할 수 있다.
- ②주주가 패소한 경우에는 악의가 있는 경우가 아니면 회사에 대하여 손해배상책임을 지지 아니한다.
- ③전2항의 규정은 전조 제2항의 규정에 의하여 소송에 참가한 주주에 이를 준용한다.

**제268조의 3(재심의 소)**

- ①제268조 제1항의 소의 제기된 경우, 원고 및 피고의 공모에 의하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로써 판결을 하게 한

때에는 회사 또는 주주는 확정판결에 대하여 재심의 소로써 불복의 신청을 할 수 있다.

②전조(제소주주의 권리, 의무)의 규정은 전항의 소에 준용한다.

## 2. 일본의 민사소송비용 등에 관한 법률

### 제2장 범원에 납부하여야 할 비용

#### 제1절 수수료

##### 제3조(신청수수료)

①별표 제1의 상란에 기재된 신청을 하는 경우에는 신청구분에 응하여 각각 동표의 하란에 기재된 가액의 수수료를 납부하여야 한다.

##### 제4조(소송목적가액 등)

①별표 제1에 있어서 수수료의 산출기초가 된 소송목적의 가액은 민사소송법 제22조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 산정한다.

②재산상의 청구가 아닌 청구에 관한 소에 대하여는 소송목적가액은 95만엔으로 본다.

### Ⅲ. 우리나라의 관련규정

#### 1. 상 법

##### 제399조(회사에 대한 책임)

- ①이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.
- ②전항의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 전항의 책임이 있다.
- ③전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

##### 제403조(주주의 대표소송)

- ①발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.
- ②전항의 청구는 그 사유를 기재한 서면으로 하여야 한다.
- ③회사가 전항의 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제1항의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다.
- ④전항의 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 제3항의 규정에 불구하고 제1항의 주주는 즉시 소를 제기할 수 있다.

- ⑤ 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식 총수의 100분의 1미만으로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다.
- ⑥ 제3항과 제4항의 소를 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락, 화해를 할 수 없다.
- ⑦ 제176조 제3항, 제4항과 제186조의 규정은 본조의 소에 준용한다.

**제404조(대표소송과 소송참가, 소송고지)**

- ① 회사는 전조 제3항과 제4항의 소송에 참가할 수 있다.
- ② 전조 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주는 소를 제기한 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다.

**제405조(제소주주의 권리의무)**

- ① 제403조 제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용 외의 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다.
- ② 제403조 제3항과 제4항의 규정에 의하여 소를 제기한 주주가 패소한 때에는 악의인 경우 외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다.

**제406조(대표소송과 제심의 소)**

- ① 제403조의 소가 제기된 경우에 원고와 피고의 공모로 인하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로써 판결을 하게 한 때에

는 회사 또는 주주는 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다.

②전조의 규정은 전항의 소에 준용한다.

## 2. 증권거래법

### 제191조의13(소수주주권의 행사)

①6월전부터 계속하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식총수의 1만분의 1이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제403조(상법 제324조, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다.

②6월전부터 계속하여 주권상장법인의 발행주식총수의 1만분의 50(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1만분의 25)이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제385조(상법 제415조에서 준용하는 경우를 포함한다), 제402조 및 제539조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다.

③6월전부터 계속하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식총수의 1천분의 10(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1천분의 5)이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제466조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다.

④6월전부터 계속하여 주권상장법인의 발행주식총수의 1천분의 30(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1천분의 15)이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제366조 및 제467조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 상법 제366조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 때에는 의결권있는 주

식을 기준으로 한다.

- ⑤ 제1항의 주주가 상법 제403조(상법 제324조, 제415조, 제424조의2, 제467조의2 및 제542조에서 준용하는 경우를 포함한다)에서 규정하는 소송을 제기하여 승소한 때에는 회사에 대하여 소송비용 기타 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있다.

### 3. 민사소송등 인지법

#### 제2조(소장)

- ① 소장(반소장 및 대법원에 제출하는 소장을 제외한다)에는 소송목적의 가액(이하 "소가"라 한다)에 따라 다음 각호의 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.
  1. 소가가 1천만원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 50을 곱하여 산출한 금액
  2. 소가가 1천만원 이상 1억원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 45를 곱하여 산출한 금액에 5천원을 가산한 금액
  3. 소가가 1억원 이상 10억원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 40을 곱하여 산출한 금액에 5만 5천원을 가산한 금액
  4. 소가가 10억원 이상인 경우에는 소가에 1만분의 35를 곱하여 산출한 금액에 55만 5천원을 가산한 금액
- ② 제1항의 규정에 의하여 산출된 인지액이 1천원 미만인 때에는 이를 1천원으로 하고, 1천원 이상의 경우에 100원 미만의 단수가 있는 때에는 그 단수는 이를 계산하지 아니한다.
- ③ 소가는 민사소송법 제23조제1항 및 제24조의 규정에 의하여 산정하되, 대법원규칙으로 소가산정기준을 정할 수 있다.

- ④재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 1천만 100원으로 한다.
- ⑤1개의 소로서 비재산권을 목적으로 하는 소송과 그 소송의 원인된 사실로부터 발생하는 재산권상의 소송을 병합한 때에는 다액인 소가에 의하여 인지를 붙인다.

## 4. 민사소송등 인지규칙

### 제2장 소가산정의 기준

#### 제1절 총칙

##### 제6조(소가산정의 원칙)

법 제2조제1항의 규정에 의한 소가는 원고가 청구취지로써 구하는 범위내에서 원고의 입장에서 보아 전부 승소할 경우에 직접 받게 될 경제적 이익을 객관적으로 평가하여 금액으로 정함을 원칙으로 한다.

##### 제7조(소가산정의 기준시)

소가는 소를 제기한 때(법률의 규정에 의하여 소의 제기가 의제되는 경우에는 그 소를 제기한 것으로 되는 때)를 기준으로 하여 산정한다.

#### 제3절 각종의 소의 소가산정

##### 제15조(회사등 관계소송등)

- ①주주의 대표소송, 이사의 위법행위유지청구의 소 및 회사에 대한

148 미·일의 주주대표소송제도 운영실태 및 그 시사점

신주발행유지청구의 소는 소가를 산출할 수 없는 소송으로 본다.

- ② 제1항에 규정된 것을 제외하고 상법의 규정에 의한 회사관계 소송은 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 본다.
- ③ 회사 이외의 단체에 관한 것으로서 제2항에 규정된 소에 준하는 소송은 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 본다.
- ④ 해고무효확인의 소는 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 본다.