

## 支配會社株主의 二重代表訴訟

金 大 圭

(江南大學校 法學科 講師)

### 【초 록】

지배회사 주주의 이중대표소송(double derivative suit)이란, 예컨대 어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자간에 ‘지배와 종속의 관계’가 형성되어 있을 때 종속회사가 소속이사의 부정행위 등으로 인해 손해를 입은 경우 지배회사의 주주가 종속회사를 위해 종속회사의 이사 등을 상대로 직접 그 책임을 추궁할 수 있도록 하는 대표소송을 말한다. 이러한 이중대표소송은 종래의 주주대표소송의 한 유형으로서 미국의 판례에 인정되어 오던 것으로, 최근 우리나라에서도 기업결합의 확장으로 인해 종속회사 이사의 책임추궁이 실질적으로 차단되면서 입법론 또는 해석론으로 주주대표소송의 원고적격을 확대하자는 주장이 다수 제기되고 있다. 그러나 이중대표소송의 허용은 회사의 독립적 법인격을 전제하는 현행 상법구조와 충돌할 뿐만 아니라 지배회사의 이사에 대한 종래의 주주대표소송, 즉 단순대표소송(single derivative suit)만으로 종속회사에 대한 감시목적은 충분히 달성할 수 있기 때문에 이중대표소송의 허용이 불필요하다고 보는 견해도 존재한다.

이러한 상황에서 2003년 8월 이중대표소송을 허용하는 최초의 판결이 서울고등법원에서 선고된 바 있다. 그러나 대법원은 동 사안에 대해서 “지배회사의 주주는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다”고 하여 종속회사의 이사에 대한 지배회사 주주의 원고적격을 인정하지 않았다. 이에 본 논문은 지난 2003년 서울고등법원의 판결문에서 제기된 이중대표소송제와 관련된 법리문제를 중심으로 비교법적 관점에서 분석 검증하였다. 이를 바탕으로 서울고등법원의 판결내용을 평가하고 현행 회사법의 해석상 이중대표소송제도가 허용될 수 있는 것인지에 대해 견해를 밝히고 있다.

주제어: 주주대표소송 / 이중대표소송 / 다중대표소송 / 원고적격 / 지배회사 / 종속회사

### 【차 례】

- I. 序 論
- II. 高等法院 判例의 檢討
  1. 事實概要
  2. 判決의 要旨
  3. 判決의 法理的 問題
- III. 二重代表訴訟의 法理的 根據와 導入論
  1. 外國法の 動向
  2. 우리나라에서의 導入論과 法理的 根據
  3. 小 結
- IV. 支配會社株主의 當事者適格
  1. 外國法の 動向
  2. 우리나라 株主代表訴訟의 當事者 適格
  3. 小 結
- V. 事前提訴請求要件
  1. 美國法 및 判例에서의 事前提訴請求

2. 우리나라 商法에 따른 事前提訴請求

3. 서울고등법원 判決의 檢討

## VI. 結 論

### I. 序 論

지배회사 주주의 이중대표소송(double derivative suit)이란, 예컨대 어느 한 회사가 다른 회사의 주식 전부 또는 대부분을 소유하여 양자간에 ‘지배와 종속의 관계’<sup>1)</sup>가 형성되어 있을 때, 종속회사가 이사 등의 부정행위에 의해 손해를 입은 경우 지배회사의 주주가 종속회사를 위해 종속회사의 이사 등을 상대로 직접 그 책임을 추궁할 수 있는 대표소송을 말한다.<sup>2)</sup> 이러한 이중대표소송제도는 상법이 소수주주에게 인정하는 대표소송의 청구권을 지배회사의 주주에게까지 파생적으로 확장한다는 의미에서 논의된다고 볼 때, 종래의 주주대표소송의 한 유형으로 이해된다.<sup>3)</sup> 현행 상법상 주주대표소송은, 주주가 실질상 회사의 대표기관지위에 있다는 점에서 대표소송(representative suit)의 성격을 가짐과 동시에, 본래 회사가 가지는 권리를 주주가 代位하여 수행한다는 점에서 ‘대위소송’ 또는 ‘파생소송’(derivative suit)의 성질도 갖게 된다.<sup>4)</sup> 이에 대위소송 또는 파생소송으로서의 성격과 관련하여 주주대표소송을 제기할 수 있는 자의 범위를 입법론<sup>5)</sup> 차원에서 또는 해석론<sup>6)</sup> 차원에서 확대하자는 주장이 최근 다수 제기되었다. 이러한 주장의 핵심적 내용은 최근 지주회사에 관한 일련의 입법조치<sup>7)</sup>로 인해 지주회사의 설립 및 기존 사업회사가 지주회사로 전환하는 것이 용이하게 되었지만, 주주권의 간접화로 인해 종속회사의 경영자를 견제할 수 있는 회사법상의 장치<sup>8)</sup>들이 무력화되는 현상을 전제하여, 지주회사 또는 지배회사의 소수주주를 보호하는 차원에서 입법이나 해석에 의해 주주대표소송의 원고적격을 확대하여 이중대표소송 내지 중복대표소송을 허용하자는 것으로 파악된다.<sup>9)</sup> 반면에, 이중대표소송의 필요성에 대해 소극적인 견해들도 있다. 그 이유는 이중대표소송의 허용은 회사의 독립적인 법인격을 전제하는 현행 상법구조를 깨뜨릴 뿐 아니라 지배회사의 이사에 대한 종래의 주주대표소송, 즉 단순대표소송(single derivative suit)<sup>10)</sup>만으로 종속회사에 대한 감시목적은 충분히 이를 수 있기 때문에 이중대표소송의 허용이 불필요하다고 보기 때문이다.<sup>11)</sup>

이와 같이 이중대표소송의 허용여부와 관련하여 상법 제401조에 대한 해석상의 논란이 존재하는 가운데, 하급심 판결이지만 지난 2003년 8월 23일 이중대표소송을 인정하는 최초의 판결이 선고되었다.<sup>12)</sup> 동 판결은 이중대표소송과 관련하여 그 동안 축적되어 온 법리적 견해들을 개략적으로 정리하고 평가한 후, 이중대표소송의 허용으로 인한 이익이 많음을 근거로 원고의 청구를 인용하였다. 더욱이 동 판결이 선고된 이후, 지난 2003년 11월 국제통화기금(IMF)은 우리 정부와의 연례협약에서 최근 다수의 한국기업이 지주회사로 전환하고 있는 상황에서 기업지배구조개선의 방안으로서 다중대표소송제도(multiple derivative suit)<sup>13)</sup>의 도입을 권고한 바 있다.<sup>14)</sup> 게다가 2004년에 참여연대는 SK(주)가 최대주주인 SK해운(주)의 이사의 책임을 묻고자 두 회사 이사회에 각각 제소청구를 하였으나 받아들여지지 않자, 직접 모회사인 SK(주)의 주주를 모집하여 대표소송을 제기하겠다고 발표하였다.<sup>15)</sup> 이외에도 공정거래위원회는 대기업들의 지배구조 개선방안의 하나로서 지주회사 체제로의 전환유도를 권고하고 있다.<sup>16)</sup> 이에 따라 만약 대기업의 지배구조가 지주회사 중심으로 급속하게 전환될 경우, 종속회사의 경영상태는 지주회사의 주주의 중요한 관심사가 될 수밖에

없어서 종속회사의 이사 등에 대한 대표소송의 제도적 보장에 대한 주장이 강하게 일 것으로 예상된다.<sup>17)</sup> 이와 같이 이중대표소송제도에 관심이 높아지고 있음을 고려할 때, 관련된 법리적 난제들을 정리하는 것이 시급한 과제라 할 수 있다. 이에 본 논문은 지난 2003년 서울고등법원의 판결문에서 제기된 이중대표소송제도 관련 법리문제를 중심으로 비교법적 관점에서 분석 검증하려고 한다. 또한 이러한 분석과 검증을 바탕으로 서울고등법원의 판결 내용을 평가하고, 현행 회사법의 해석상 이중대표소송제도가 허용될 수 있는 것인지에 대해 견해를 밝히고자 한다.

## II. 高等法院 判例의 檢討

### 1. 事實概要

원고(X)는 H사(주식회사 화성)의 발행주식총수 73,000주 중 21,350주(29.24%)를 소유한 주주이다. H사는 본래 염전개발업을 목적으로 설립된 법인이나 소 제기 당시 소외 S사(주식회사 성담)가 발행한 주식총수 657,100주 중 529,300주(80.55%)를 소유한 지주회사일 뿐 특별히 영위하는 다른 사업이 없었다. 피고(Y)는 1991년 12월 18일부터 1997년 4월 16일까지 부동산 임대업을 주로 하는 소외 S사의 대표이사로 재직하였다. 또한 Y는 1990년 2월 13일부터 2000년 6월 29일까지 지배회사인 H사의 이사, 1996년 6월 12일부터 1997년 10월 13일까지는 대표이사로 재직하였다. 그러나 Y는 소외 S사의 대표이사로 재직하던 중에 보증금 및 임대료 5억 7천여만원을 회사에 입금하지 않고 횡령한 바 있다. 이에 X는 지배회사인 H사의 주주로서 종속회사인 소외 S사의 대표이사 Y의 위법한 행위로 회사에 끼친 손해를 배상할 것을 청구하였다.

### 2. 判決의 要旨

前述한 事案에 대하여 서울고등법원은 이중대표소송의 필요성을 긍정하여, 우리상법 제403조의 해석상 대표소송을 제기할 수 있는 주주의 개념에 '회사인 주주의 주주'인 지배회사의 주주를 포함한다고 해석하였다. 이에 따라 지배회사인 주주가 종속회사의 대표이사였던 자의 위법행위에 대해 종속회사를 위한 대표소송으로써 그 손해배상을 직접 청구할 수 있다고 하여 Y의 업무상 횡령에 대한 X의 손해배상청구를 인용하였다.

그러나 서울고등법원은 이중대표소송의 필요성을 긍정하기에 앞서 상법 제403조의 제1항에 따른 주주대표소송의 원고적격을 지배회사의 주주에게까지 확대하는 것에 대해 해석상 논란의 여지가 있음을 밝히고, 이중대표소송의 허용에 대한 소극적 견해를 크게 두 가지로 소개하였다. 첫째, 이중대표소송제도가 부정행위 발생 당시에 그 회사의 주주이어야 한다는 '주식동시소유의 원칙'(contemporaneous ownership rule)에 반한다는 주장과 둘째, 지배회사의 주주는 우선 지배회사의 이사회에 대해 종속회사의 주주로서 대표소송을 제기하라는 청구를 할 수 있으며, 만약 지배회사의 이사회가 이를 거절하는 경우에는 지배회사의 이사를 상대로 지배회사의 종속회사에 대한 투자분을 보호하기 위한 조치를 취하지 않았음을 이유로 책임추궁을 할 수 있으므로 이중대표소송이 불필요하다는 입장이었다. 이에 대해 동 법원은 지배회사의 이사회에 대한 제소청구 또는 단순대표소송(single derivative suit)만을 인정할 때의 난점을 세 가지로 예시하고 있다. 첫째, 종속회사 이사의 부정행위로 인한 지배회사의 간접적인 손해액을 평가하기 어렵다는 것과 둘째, 종속회사가 발행한 주식을 여러 회사가 나누어 소유하고 있는 경우 각각의 지배회사의 이사회에 대한 대표소송이 제기되는 결과를 초래할 가능성이 있으며 셋째, 이중대표소송을 허용하지 않을 경우 지배회사와 종속회사에 경영권을 모두 가지고 있는 경영진이 종속회사를 이용해 자신의 부정행위에 대한 책임회피수단으로 사용할 위험이 존재한다는 것이다. 반면에 이중대표소송을 허용하는 경우의

장점으로서는 첫째, 종속회사의 경영진이나 주주들이 여러 가지 이유로 이사들의 종속회사에 대한 부정행위를 시정하지 못할 경우에 이중대표소송의 허용은 종속회사의 이사들의 부정행위를 억제하는 효과가 있을 수 있으며 둘째, 이중대표소송의 허용으로 종속회사의 손해를 회복하여 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 가질 수 있다는 것이다. 그리하여 이중대표소송에 대해 불허할 경우의 난점과 허용했을 때의 장점을 比較衡量한 뒤, 결론적으로 현행 상법의 해석상 이중대표소송을 인정할 필요성을 긍정했다고 볼 수 있다.

### 3. 判決의 法理的 問題

이중대표소송의 허용에 대한 서울고등법원 판결문은 짧지만, 이중대표소송과 관련하여 다양한 법리적 문제들을 언급 내지 설명하고 있다. 먼저 주주대표소송을 인정하는 상법 제403조의 해석상 주주대표소송 원고적격을 확장하여 지배회사 주주에게도 인정할 수 있는지에 대해서 학설상의 논란이 있음을 언급하였다. 이는 지배회사 주주의 원고적격 및 제소절차와 관련한 문제들로서 주주의 '주식동시소유의 원칙'과 이사회에 대한 '사전제소청구'에 관해서인데, 판결은 이에 대해 독립적으로 다루지 않았다. 다만, 반대는거로서 동법의 해석상 이중대표소송을 인정해야 될 현실적 필요성을 크게 세 가지로 제시하였다. 또한 이중대표소송의 효과 내지 유효성의 근거로서 '억제와 보상'(deterrence & compensation)의 효과가 있음을 제시하였다.

이에 본 논문은 판례에서 제기된 법리적 문제들을 중심으로 다음에서 상세히 고찰해보고자 한다. 효율적인 논의를 위해 먼저 이중대표소송에 대한 법리적 근거들을 논의한 뒤에 이어서 상법의 해석상 주주대표소송을 제기하는 지배주주의 원고적격에 관해서 다루도록 하겠다. 또한 주주대표소송의 절차와 관련하여 사전제소청구요건의 준수여부에 대해 살펴본다.

## Ⅲ. 二重代表訴訟의 法理的 根據와 導入論

### 1. 外國法の 動向

#### (1) 美國 判例法上の 根據

미국의 판례에서 이중대표소송을 비롯한 중복대표소송을 최초로 인정한 것은 1879년 〈Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railway Co.〉 사건<sup>18</sup>이었다. 동 사건에서 캔자스주 대법원은 지배회사와 종속회사간에 衡平法上の 주식소유관계를 기초로 하여 지배회사 주주의 종속회사의 이사에 대한 손해회복청구를 인정하였다.<sup>19</sup> 그러나 오늘날과 같은 이중대표소송이 인정된 것은 20세기에 들어와서인데, 예컨대 1913년 델라웨어주 형평법원은 〈Martin v. D. B. Martin Co.〉 사건<sup>20</sup>에서 지배회사 주주에게 종속회사의 이사를 상대로 한 주주대표소송의 원고적격을 인정한 바 있다. 이후 1938년의 〈United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.〉 사건<sup>21</sup>에 대한 판결 이후 일련의 판결에서 이중대표소송제도가 확립되었으며, 1955년에는 〈Kaufman v. Wolfson〉 사건<sup>22</sup>에서 삼중대표소송(triple derivative suit)을 인정하게 되었다. 그 후 〈Brown v. Tenney〉 사건<sup>23</sup>을 비롯한 여러 사건에서 다양한 법리적 근거를 바탕으로 최근까지 지배와 종속의 관계에 있는 회사간에 폭넓게 이중대표소송을 인정하는 판례들이 다수를 형성하고 있다. 그러나 이중대표소송의 법리적 근거에 대해서 미국의 판례들은 사건에 따라 각각 상이한 근거 내지 복합적인 근거를 제시하고 있다. 예컨대, 일리노이주 대법원은 종래의 판례에서 인정되어 온 법리적 근거들로서 크게 법인격부인론, 동일지배론, 특정이행이론 내지 신탁이론, 대리이론, 억제와 보상이론 등의 근거를 예시하였지만, 어느 특정이론에 근거하여 판단하지 않고 예시한 이론들이 종합적으로 이중대표소송의 법리적 근거가 됨을 밝히고 있다.

### 1) 法人格否認論

법인격부인론은 지배회사와 종속회사의 법인격은 실질적으로 단일하다고 생각하고 이중대표소송을 정당화하는 이론이다. 예컨대 〈Brown v. Tenney〉 사건에서 일리노이주 대법원은 법인체의 실체를 보기 위해서 법인이라는 베일을 벗겨볼 필요가 있고, 그것이 위법행위에 대한 하나의 방패로 사용될 때 회사의 법적인 가면을 무시할 수 있다고 하면서 법인격부인론을 일부 언급하고 있다. 한편, 미국의 판례에서는 일반적으로 법인격을 부인함에 있어 두 가지 전제요건을 내세운다. 하나는 〈Martin v. D. B. Martin Co.〉 사건<sup>24)</sup>에서처럼 지배·종속회사의 이해관계와 소유권이 사실상 하나의 기업(one entity)처럼 통합되어 있어서 회사와 회사의 소유자가 별도의 법인격체로서 간주될 이유가 없어야 할 것과, 또 다른 하나는 분리 독립된 회사로 계속하여 존속한다면, 사기나 부정행위가 계속될 우려가 있을 것이다. 이러한 우려가 제기되는 상황으로서 예컨대 회사들의 자본이 불충분해지고, 자산이 혼동되고, 회사의 형태가 무시되고, 동일한 이사들이 각 회사의 이사나 임원을 겸임하는 것을 들 수 있다. 이러한 의미에서 진술한 〈Brown v. Tenney〉 사건에서 일리노이주 대법원은 자회사의 진정한 소유자는 지주회사가 아니고 원고를 포함한 지주회사의 주주들이라고 판시하였다.<sup>25)</sup> 그러나 법인격부인론은 극히 예외적인 경우에 인정되는 이론이라는 점에서 이중대표소송을 일반적으로 인정하는 근거로서 타당하지 않다는 비판을 받는다.<sup>26)</sup>

### 2) 同一支配論

동일지배론(common control theory)이란 동일한 이사 내지 경영진에 의해 지배회사와 종속회사가 지배되고 있는 경우에는 이중대표소송을 인정하자는 것이다. 예컨대 〈United State Lines v. United States Lines Co.〉 사건에서 제2연방순회항소법원은 손해를 입은 회사와 그 주주인 회사가 손해를 끼친 자에 의해 지배되고 있다 하여 다중대표소송을 정당화하였다. 그러나 이 견해는 이중대표소송을 허용할 때에 동일지배를 인정할 수 있는 객관적인 기준—예컨대 지주율 또는 지배적 영향력의 정도—을 설정하기 어렵다는 결정적 한계가 있다.<sup>27)</sup>

### 3) 信任關係論(特定履行理論)<sup>28)</sup>

1944년 〈Goldstein v. Groesbeck〉 사건<sup>29)</sup>에서 플로리다 항소법원은 지배회사의 주주와 종속회사간의 관계는 종속회사와 지배회사의 관계 및 지배회사와 주주의 관계와 같이 이중적으로 구성되어 있다고 보았다. 그러므로 종속회사와 지배회사의 주주 간에는 이른바 이중의 신임관계(fiduciary relation)가 형성된다는 것이다. 즉 지배회사는 당해 회사의 주주에 대해 신임의무를 부담하고 종속회사는 지배회사에 대해 신임의무를 부담하므로 종속회사가 지배회사의 수임자로서 행위해야 할 의무를 위반한 경우 그 책임을 강제하기 위해 이중대표소송을 인정한다는 것이다.<sup>30)</sup> 반면에 신임관계론은, 지배회사와 그 주주간에 위탁관계에 기초한 지배이사의 책임추궁의 가능성이 존재한다는 점과,<sup>31)</sup> 이중대표소송에서 지배회사는 중간자로 자회사에 대해서는 대표소송의 원고가 될 수 있는 반면에, 지배회사의 주주에 대해서는 피고가 되는 딜레마에 빠지게 된다는 점에서 비판을 받는다.<sup>32)</sup>

### 4) 抑制와 補償理論

이중대표소송을 인정함으로써 지배회사의 주주에 대한 보상과 자회사에서의 부정행위의 억제력을 가져올 수 있다는 주장이다. 이에 따르면 감시자가 적을수록 이사와 기타 임원들은 여러 가지 수단을 통해 책임을 회피할 가능성이 높아지는 반면에, 소를 제기하고자 하는 당사자가 많으면 많을수록 종속회사의 행위를 상대적으로 집중적으로 감독하여 부정행위를 찾아내고 이를 시정할 가능성이 비례하여 높아지기 때문에 결과적으로 부정행위의 억제기능이

높아질 것이라고 예상한다. 또한 보상이론에 의하면 직접 피해를 입은 종속회사의 주주이든, 또는 간접적인 피해가 예상되는 그 회사의 지배회사의 주주이든 이중대표소송을 통한 손해배상으로 인해 주주들이 간접적인 혜택을 받는다고 주장한다.

## (2) 日本의 二重代表訴訟 導入論과 法理的 根據

### 1) 二重代表訴訟 導入論

일본에서는 1997년, ‘私的獨占의 禁止 및 公正去來의 確保에 관한 法律’ 등의 개정으로 종래에 금지되었던 순수지주회사의 설립이 허용되었다.<sup>33)</sup> 이후 1999년 일본상법에 完全親子會社關係를 창설하기 위한 주식이전제도가 도입되었다(제364조 제1항, 제2항). 이를 전후하여 순수지주회사와 종속회사의 법률관계를 위주로 다양한 문제가 제기되었으며, 순수지주회사에서의 주주보호를 위해 이중대표소송 또는 다중대표소송제도를 인정할 것인가에 대해서 상이한 의견들이 개진되어 온 바 있다. 도입론의 배경은 사업지주회사가 아닌 순수지주회사에서는 주주권이 축소되며, 순수지주회사의 이익의 원천이 되는 자회사 대표이사의 부정행위의 억제가능성이 현저히 낮다는 데 있다.<sup>34)</sup> 그러므로 순수지주회사의 주주에게 자회사 대표이사의 책임추궁을 직접 할 수 있도록 대표소송 제기권을 인정해주자고 주장한다.<sup>35)</sup> 그러나 그 필요성을 긍정하더라도 대부분 입법론적 과제로 제시하며, 현행 일본상법 제267조의 해석으로 직접 인정될 수 있다는 견해<sup>36)</sup>는 소수에 그쳐왔다. 이에 日本 法務省은 이중대표소송 도입론을 바탕으로 1998년에 다중대표소송 등에 대한 의견조회를 실시하여 적극적인 의견이 다수를 차지하자 법무성의 발의로 1999년과 2001년에 다중대표소송을 입법화하려고 시도하였다. 그러나 다수의원들의 반대로 입법화에 성공하지 못하였다.<sup>37)</sup> 따라서 일본에서는 이중대표소송에 도입론이 더 이상 활발히 진행되지 못하고 있다. 다만, 일본상법에서 정하는 대표소송요건의 충족을 전제로 예외적 인정론이 주류를 이루고 있다.

### 2) 法理的 根據

#### (가) 財産的 一體關係論

순수지주회사와 완전자회사의 관계에서 재산적 일체관계에 있기 때문에 지배회사의 주주로서 지배회사의 사업활동에 개입하는 정도로 자회사의 활동에 대해서도 개입할 수 있다고 보는 견해이다.<sup>38)</sup> 왜냐하면 순수지주회사에서는 이익의 원천이 오로지 자회사의 사업활동에 있기 때문에 만약 지주회사의 주주가 자회사의 사업활동에 의해 자기의 출자분이 위험에 직면하게 되었을 경우에 자회사의 사업활동을 전혀 개입할 수 없다면 부당하므로 자회사의 이사에 대한 직접적인 책임추궁을 인정하자는 것이다. 특히 순수지주회사의 주주는 자회사의 설립이 자신이 투자한 지주회사의 투자에 기초하므로 자회사의 주식을 실질적으로 보유하고 있다는 것에 기초하여, 완전자회사의 이사에 대해 주주대표소송을 제기할 수 있다는 것이다.<sup>39)</sup> 그러나 이것은 자회사 주식에 대한 모회사의 주주가 갖는 실질적 소유권의 관념에 기초할 경우, 사업지주회사의 주주를 배제하고 굳이 순수지주회사의 주주에 국한해서 이중대표소송을 인정해야 할 이유가 없다는 지적을 받는다.

#### (나) 復委任關係論

지배회사가 대주주로서 종속회사의 경영진을 선임, 감독할 수 있는 것은 지배회사의 주주들로부터 그 권리를 위임받았기 때문에 기인하는바, 지배회사의 주주는 종속회사의 이사에 대해 실질적인 복위임관계에 있다고 보는 견해이다. 따라서 대표소송이 수임자의 위임자에 대한 의무위반을 근거로 그 책임을 추궁하는 수단이라는 법리를 복위임관계에도 적용할 수 있다고 보는 것이다.<sup>40)</sup> 그러나 복위임설은 회사는 독립적인 법인격체로서 수임자와 위임자의 관계만이 있을 뿐 이를 뛰어넘어 주주와 이사와의 관계를 법률상 위임으로 설정한다는 것은

현행 일본상법의 원칙에 맞지 않는다는 점에서 비판을 받는다.

## 2. 우리나라에서의 導入論과 法理的 根據

### (1) 우리나라에서의 導入論

우리나라에서는 일본보다 조금 늦은 1999년에 ‘공정거래법’의 개정으로 순수지주회사의 설립이 제한적으로 허용되었다. 이후 2000년 ‘금융지주회사법’의 제정으로 금융기관의 대형화 및 겸업화를 할 수 있는 제도적 기반이 마련되었다. 다만 현실적으로 법률에 따른 지주회사 설립의 요건이 엄격하고, 순수지주회사 설립의 절차가 복잡하며, 비용도 많이 소모되는 반면에 상응하는 세제혜택이 충분치 않아서 지주회사로 전환할 실익이 그리 많지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 2001년 상법개정에서 주식의 포괄적 교환과 이전에 관한 내용이 입법됨에 따라 기존의 회사가 순수지주회사(완전 모회사)로 전환하는 것이 훨씬 용이하게 되었고,<sup>41)</sup> 또한 지난 2003년부터 공정거래위원회가 기업지배구조 개선방안의 하나로서 지주회사 체제로의 전환을 유도<sup>42)</sup>하고 있는 상황이어서 순수지주회사 등에서의 소수주주 보호차원에서 이중대표소송의 도입에 대한 논의가 최근 활발히 이루어지고 있다.<sup>43)</sup>

최근까지 발표된 이중대표소송 내지 중복대표소송과 관련된 문헌들을 살펴보면, 이중대표소송제도의 필요성 내지 효용성에 대해서 적극적인 견해들이 상대적 다수인 것으로 판단된다. 물론 적극론 중에서도 주주대표소송의 당사자 범위를 확대하는 것에 대해서 해석론으로 또는 입법적으로 해결하자는 입장으로 갈리고 있다. 이와 반대로 이중대표소송의 효용성 자체에 대해서 소극적인 견해들도 상당수 존재한다.

#### 1) 積極論

이중대표소송의 효용성을 긍정하는 견해들은 도입필요성에 대해서—논자에 따라서 각기 중복적으로 제시되지만 임의적으로 분류해보면—지배회사의 소수주주 보호차원에서 접근하는 견해와 종속회사 경영진의 부정행위 시정가능성의 확보차원에서 도입이 필요하다는 견해, 이에 덧붙여 주주대표소송이 미국법의 계수의 결과인 만큼, 이중대표소송을 도입하는 데 무리가 없다는 견해 등으로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저, ‘지배회사소수주주보호론’은 기업집단 전체를 지배하는 지배회사의 지배주주에 대한 견제세력으로서 지배회사의 소수주주를 보호하기 위해서 이중대표소송을 인정하자고 한다.<sup>44)</sup> 이를 통해 지주회사를 정점으로 하는 기업집단 전체의 건전성을 확보할 수 있다고 본다. 다음으로 ‘부정행위시정가능성확보론’은, 지배회사 경영진과 종속회사 경영진의 밀접한 관계로 인해 종속회사 경영진의 부정행위 시정가능성이 현실적으로 차단되는 만큼, 대표소송이 갖는 이사의 부정행위를 억제할 수 있는 기능과 손해전보의 기능적 효과를 고려할 때, 종속회사의 이사에 대한 책임추궁을 할 수 있는 당사자적격을 확장하는 이중대표소송은 해당 종속회사 이사의 부정행위 시정가능성을 높인다는 점에서 바람직하므로 인정하자는 견해이다.<sup>45)</sup> 즉, 종속회사 이사의 부정행위를 억제하고 직접 또는 간접적으로 피해를 입은 주주들에 대한 보상을 위해서 이중대표소송을 인정해야 한다는 견해이다.

이밖에 ‘미국법계수론’은 기업현실 및 기업법제의 변화로 인한 이중대표소송을 인정할 필요성외에도 우리 상법이 미국관례법의 주주대표소송제도를 계수한 점을 고려할 때 미국관례에 의해 인정되어 온 이중대표소송을 동일한 근거에 의해 인정하자고 한다.<sup>46)</sup> 이러한 차원에서 대표소송 제기권을 단순대표소송 또는 이중대표소송을 불문하고 일괄적으로 단독주주권으로 할 것을 주장한다.

#### 2) 消極論

이중대표소송의 효용에 대해 소극적인 입장을 가진 견해들은 대체적으로 지배회사의 주주는

지배회사 이사회에 종속회사의 주주로서 대표소송을 제기하라는 제소청구를 할 수 있다고 한다. 또한 만약 지배회사의 이사회가 이를 거절하는 경우, 종속회사의 손실이 지배회사의 직접적인 손실로 이어지는 한, 지배회사의 지배회사 이사를 상대로 그들이 지배회사의 종속회사에 대한 투자분을 보호하는 조치를 취하지 않은 데 대한 책임을 물을 수 있어 간접적 감시기능을 할 수 있으므로 이중대표소송은 불필요하다고 주장한다.<sup>47)</sup> 따라서 현행법을 무리하게 해석하여 이중대표소송을 인정할 실익이 없다고 본다.<sup>48)</sup> 그러나 이 견해는 지주회사의 주주로서는 자회사 이사의 책임을 적절히 추궁하지 않았다는 것을 이유로 지주회사 이사의 책임을 추궁할 수 있다 하더라도 사실상 실효성 있는 책임추궁을 하기는 거의 불가능하다는 점에서 비판을 받을 수 있다. 왜냐하면, 지주회사의 주주는 지주회사의 이사가 임무를 해태하였음을 입증하기 위해 관련 증거를 수집해야 하지만, 이를 뒷받침해 줄 자회사의 이사회 의사록이나 재무제표 등 회계장부의 열람권이 현행법상 자회사의 주주나 채권자에게 한정되어 있어서 자회사의 경영상태를 충분히 파악하기가 어렵기 때문이다.<sup>49)</sup> 또한 종속회사의 손실에 대한 지배회사의 이사의 책임을 묻는 데 따르는 지배회사의 손해를 어떻게 산정할 것인가 하는 손해산정의 어려움, 지배회사가 여럿일 경우에 남소의 우려, 그리고 기타 주주와 채권자에 대한 권리침해가능성의 존재 등이 논리적 취약점으로 지적된다.<sup>50)</sup>

## (2) 法理的 根據

이중대표소송의 필요성 내지 효용에 대해 긍정하는 견해들의 법리적 근거는 대체로 이중대표소송의 허용에 관한 미국의 판례법에서의 근거들에 바탕을 두고 있다고 이해된다.

### 1) 制限的 認定論

지배회사 스스로가 종속회사의 이사의 부정행위에 대한 책임추궁을 하기 어려운 경우에 한해 예외적으로 지배회사의 주주에게 이중대표소송을 인정하자는 견해이다. 대신에 미국에서 처럼 위협소송이나 남소 등을 방지하기 위한 강화된 제소청구요건을 도입하자고 주장한다.<sup>51)</sup>

### 2) 信託理論

미국 판례법상의 특정이행이론 내지 신탁이론이 지배회사 주주의 직접소송의 근거가 될 뿐 아니라 동시에 자회사의 이사에 책임추궁을 위한 이중대표소송의 한 근거가 될 수 있다고 한다.<sup>52)</sup> 즉 지배회사 주주와 자회사 이사간의 이중의 위탁관계를 전제하여, 이중대표소송을 허용할 경우 후술하는 자회사의 이사에 대한 억제와 피해주주에 대한 보상의 효과를 가질 수 있다고 설명한다.

### 3) 同一支配論

동일한 지배자가 존재하는 복수의 기업관계에서, 기업집단의 건전성을 확보하기 위해서 형식적 지배종속관계가 성립하지 않는 경우에도 복수의 기업에 동일한 지배자가 있으면 이중대표소송을 인정하자고 한다.<sup>53)</sup>

## 3. 小 結

서울고등법원은 이중대표소송을 통해 첫째, 종속회사의 경영진이나 주주들이 여러 가지 이유로 이사들의 종속회사에 대한 부정행위를 시정하지 못할 경우에 이중대표소송의 허용은 종속회사 이사들의 부정행위를 억제하는 효과가 있을 수 있으며, 둘째 이중대표소송의 허용으로 종속회사의 손해를 회복하여 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 가질 수 있다고 하였다. 換言하면, 종속회사의 손해를 회복할 수 있는 전보효과와 종속회사 이사의 부정행위에 대한 억제효과를 얻을 수 있기 때문에 이중대표소송을 허용한다는 것이다. 이러한 판결은 앞서 설명한 억제와 보상이론에 근거하였다고 볼 수 있다.

이에 대해 억제와 보상의 효과를 근거로 종속회사의 이사에 대한 책임추궁을 할 수 있는 당사자적격을 확장한 서울고등법원의 판결이, 부정행위 시정가능성을 높였다는 점에서 타당하다는 지적이 있다.54) 반면에 이 판결에서 제시한 억제효과 손해전보효과만으로서 단순대표소송 외에 이중대표소송을 별도로 인정할 만한 충분한 근거가 될 수 없다는 비판도 있다. 즉, 불법행위에 대한 손해배상제도는 일반적으로 손해전보효과 위법행위 억제효과가 당연히 가지며, 종속회사의 손실에 대해서 지배회사의 이사에 대해 책임을 추궁하는 것만으로도 동일한 효과를 달성할 수 있다면 이중대표소송을 별도로 인정할 만한 합리적 근거를 찾기 어렵다는 주장이다.55)

생각건대, 주식회사제도에서는 다수결의 원칙이 핵심이고, 바로 이 점에서 소수자의 보호가 회사법의 주요한 과제라고 할 수 있다.56) 그런데 지주회사를 정점으로 하는 일단의 결합기업에서는 각 개별기업이 독립된 법인격을 전제하므로 주주권 간접화현상이 심화되어 소수주주의 권리가 구조적으로 취약성을 띠게 된다. 그러므로 우리나라가 지주회사의 금지를 풀고 기업구조개선책으로 지주회사의 설립과 전환을 촉진하기 위해서는 지주회사체제에서 약화될 수밖에 없는 지주회사 및 종속회사 소수주주의 주주권을 보완하는 장치들이 마련되어야 하는 것이 논리적인 귀결이라고 본다. 이러한 점이 지배회사 주주의 자회사의 이사에 대한 대표소송의 제기권한을 원론적으로 인정할 근거가 된다. 또한 대표소송이 위임의 법리상 본래 회사만이 갖는 이사책임 추궁권을 주주에게 파생적으로 확장하여 인정한 것이라는 점을 고려할 때, 종속회사의 사업활동에 대해 경제적·실체적으로 긴밀한 이해관계를 갖는 일정한 지배회사의 주주에게도 이를 재확장하여 인정하는 것은 주주대표소송제도의 취지에 부합하는 것이라고 볼 수 있다. 더욱이, 자체사업 활동을 갖지 않고 오로지 자회사의 사업활동에만 의존하는 순수지주회사의 경우에는 지주회사의 소수주주에게 자회사의 이사에 대한 대표소송의 제기권을 인정할 필요성이 더욱 높을 것이다. 따라서 최소한 경제적·실체적 일체관계가 뚜렷한 지주회사와 자회사의 관계에서는 지주회사의 소수주주에게 지배회사의 이사에 대한 책임추궁권뿐 아니라, 지배회사의 경영진과 결탁하여 또는 독자적으로 사적 이익을 추구하는 자회사의 경영자에게 위임의 법리를 확장하여서 우리 상법 제403조에 대한 대표소송 제기권을 인정할 당위성은 크다고 할 수 있다. 이밖에 현행 주식회사법의 체계상, 이사회에 권한이 집중되어 있는 만큼 상쇄적 장치로서의 지배회사 소수주주에게도 감시권한을 부여하는 것이, 균형의 논리에도 부합하기 때문이다. 이를 통해 직접적으로 자회사의 이사의 부정행위를 억제할 수 있고, 지배회사의 주주의 이익을 간접적으로 보전하는 효과도 있을 것이다. 이러한 점에서 서울고등법원이 이중대표소송의 인정근거를 억제와 보상이론에 의하여 설명한 것은 불충분하지만 일면 타당하다고 본다.

그러나 해석론으로 대표소송의 원고적격을 확장하는 것이 전혀 불가능하다고 볼 수 없다 하더라도, 일반적으로 이중대표소송을 인정하기에는 현행 상법상의 맹점이 많이 존재함을 지적하지 않을 수 없다. 무엇보다 지배회사와 종속의 관계에 대한 현행 상법상의 기준이 명확하지 않은 상태57)에서 지배와 종속에 대한 객관적인 기준을 설정하여 이중대표소송을 일반화하기에는 불충분하다. 만약 고등법원이 해석론으로 이중대표소송의 인정을 일반화하려 했다면 선형적으로 지배종속의 객관적인 기준을 제시했어야 했다. 그러나 이 점에 대해 판결문은 침묵하고 있다. 또한 지배회사 주주가 실질적으로 소송을 수행하기 위해선 회계장부 열람권(상법 제466조 제1항) 및 업무·재산상태 검사청구권(제467조 제1항), 지배회사 주주에 대한 자회사의 정보개시 등, 상법상 주주에게 인정되는 대표소송의 예비적 수단에 대한 행사범위가 자회사까지 확장되지 않는 한, 그 행사가능성은 매우 낮다고 볼 수밖에 없다.

현재 판례가 모회사가 보유한 자회사 관련 회계장부의 열람권을 인정한 바 있지만,58) 이것이 곧 자회사에 대한 지배회사 주주의 회계장부열람권을 인정한 것이라고 보기 어렵다.59) 이밖에 우리상법의 제정과정을 고려하면, 상법 제463조의 법문상 대표소송 개별 주식회사를 전제했음은 분명하다. 따라서 이중대표소송의 필요성을 백번 긍정하더라도 성문법주의를 취하는 우리 법제에서 판례법에 근거를 둔 이중대표소송을 해석론으로 확대하는 것이 法整合성에 반한 것은 아닌가에 대한 회의가 짙게 존재한다. 그러므로 지배회사의 소수주주 보호를 위해 이중대표소송의 필요성에 대해 수긍한다 할지라도, 이중대표소송제도에 대한 일반적 인정은 입법적으로 상법의 개정 또는 ‘(가칭)모자회사관계법’의 제정을 통해서 완결성을 가지고 실현하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이 점에서 해석론으로 당사자적격을 확장하려는 시도는 때 이른 것이라고 보지 않을 수 없다.

#### IV. 支配會社株主의 當事者適格

##### 1. 外國法の 動向

###### (1) 美國의 立法例와 判例

###### 1) 美國의 立法例

미국의 1969년 모범사업회사법(Model Business Corporation Act: MBCA) 제7.40조는 초기에 대표소송의 제기권자로 우선주를 보유한 주주를 비롯한 명부상의 주주 또는 법률에 의해 주식을 양도받은 자 등에 한정하였다. 하지만 증권거래업자 명의를 의한 주식소유 등과 같은 명목상의 주식소유가 증가하면서 주식의 수익적 소유자(beneficial owner), 즉 실질주주에 대해서도 대표소송 제기권을 점차 인정하게 되었다. 이를 바탕으로 현재 다수의 주체정법들은 의결권신탁증서(voting trust certificate)의 소지인과 같은 실질주주에게도 대표소송을 허용한다.60) 또한 일반적으로 사채권자의 대표소송권은 인정되지 않으나 전환사채를 가진 채권자에게는 대표소송의 제기권이 인정된다.61) 그러나 소수의 판례는 전환사채를 가진 채권자는 아직 주주가 아니므로 대표소송을 제기할 수 없다고 본다.62) 반면에 주식매수청구권 행사자는 비록 주주이지만 더 이상 실질적인 주주로 볼 수 없다 하여 대표소송 제기권을 제한한다. 그러므로 현행 개정모범사업회사법(RMBCA) 및 다수의 주체정법에 의하면, 우선주의 주주를 비롯한 명부상의 주주, 전환사채권자와 더불어서 지배회사의 주주가 종속회사의 실질적 소유자라면 이중대표소송의 원고적격을 가진다고 볼 수 있다. 이밖에 미국법조협회(American Law Institute)의 ‘회사지배구조의 원칙: 분석과 권고’(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) 제7.02조의 註釋은 지배회사가 종속회사에 대해서도 사실상 지배하여 이익을 향유하고 있는 경우에 이중대표소송을 인정하는 관행이 생겨나고 있다고 본다.

###### 2) 美國의 判例

미국의 판례는 이중대표소송의 당사자적격과 관련하여 원고가 실질적인 주주의 지위를 갖는 한 주식동시소유의 원칙과 주시계속보유의 원칙의 적용을 배제한다. 그리하여 예컨대, 1985년의 대표소송이 진행되고 도중에 회사가 다른 회사와 포괄적 주식교환을 하여 원고가 그 타회사의 주주가 되어 결과적으로 주식계속보유의 원칙을 충족시키지 못한 경우에도 대표소송 제기권이 인정되었다.

###### (2) 日本의 判例, 立法例 및 學說

###### 1) 日本의 判例

일본에서는 지난 2001년에 하급심이지만 이중대표소송의 허용과 관련한 최초의 판결이 있었다.63) 동 판결의 사실개요는 다음과 같다. N은행(日本興業銀行)의 주주였던 X 등 2명

(원고)은, 동 은행의 이사 및 감사 등 86명(이하 Y 등으로 함)을 피고로 하여, 첫째, 부실한 대출담보로 인해 회사가 입은 손해 97억엔 가량과 둘째, 당시 부실은행이었던 日本債權信用銀行의 170억엔 상당의 보통주식을 취득하여 결과적으로 N은행이 취득액에 상당한 손해를 입은 것에 대한 배상청구소송을 1999년에 제기하였다.<sup>64)</sup> 원고 등은 이와 같은 손해가 발생하는 과정에서 이사였던 Y 등이 선량한 관리자로서의 주의의무를 위반하였고 또한 감사로 있던 자는 이사 등의 위법행위를 방지할 의무를 해태하였다고 주장하였다. 그러나 訴가 진행되던 중, N은행은 富士銀行, 第一勸業銀行과 공동으로 주식이전의 방법으로 2000년 9월에 주식회사 '미즈호 홀딩스'(이하 'M회사'라 함)를 설립하였다. 이로 인해 N은행은 M회사의 완전자회사가 되었고, X 등은 M회사의 주주가 됨으로써 N은행 주주의 지위를 상실하였다. 이에 피고 Y 등은 원고 X 등이 M회사가 설립된 2000년 9월에 N은행 주주의 지위를 상실하였기 때문에 주주대표소송의 원고적격을 상실했음을 이유로 소의 각하를 청구하였다.

이 사건에 대해 동경지방법원은 “일본상법 제267조 제1항에서 주주대표소송을 제기할 수 있는 자로서 6개월 전부터 계속하여 주식을 보유한 주주로 정하고 있는 것은 주주대표소송의 원고적격을 결정하는 것이며, 여기서 주주란 文理的 解釋에 의해 피고인 이사가 속한 회사의 주주로 보아야 할 것”이라고 하였다. 따라서 “주식이전으로 인해 원고가 주주로서의 자격을 상실한 경우에 주주대표소송의 당사자적격을 유지한다고 볼 수 있는 특별한 규정이 없고 또한 법률의 문리에 반해 원고의 당사자적격을 유지할 수 있다고 해석할 만한 특단의 이유가 없다”고 하여 원고의 당사자적격을 부인하고 소를 각하하였다.

그러나 이 판례는 다수의 학자들로부터 상법의 규정을 과도하게 嚴格解釋하여 사안의 특질을 도외시하였다는 비판을 받았다.<sup>65)</sup> 즉, 1999년의 일본상법개정으로 주식이전제도가 도입됨에 따라 본 사안에서의 N은행 등이 주식이전의 방법으로 完全親會社가 되는 M회사를 설립하여 N은행의 주주가 M회사의 주주가 되도록 한바, 판결은 결과적으로 원고 X 등이 더 이상 N은행의 주주의 지위를 갖지 못하므로 일본상법 제267조에서 정하는 원고적격을 상실하였다 하여 소를 각하였지만 판결문 중 “법률의 문리에 반하여 원고의 당사자적격유지를 인용할 특단의 이유가 없다”고 언급한 부분을 미루어 볼 때, X 등이 소 제기 당시 정당한 원고적격을 유지한 채 주주대표소송을 청구하였고, 다만 소송계속 중에 주식이전이라는 회사의 일방적 행위에 의해 N은행 주주의 지위를 상실하였다는 특수한 사정을 간과하였다는 것이다. 즉, 원고가 자기의사에 의해 주식을 양도한 것이 아니고, 회사의 이전행위에 의해 주주의 지위를 상실한 것이다. 게다가 X 등은 N은행의 친회사인 M회사의 주주이므로 N은행에 대하여 계속하여 이해관계가 존재한다고 볼 수 있다. 그러므로 위 사안에서 이러한 특수한 사정은, 상법 제267조의 해석에서 고려해야 할 특단의 이유에 해당된다고 할 수 있다는 것이다. 그러므로 미국의 판례와<sup>66)</sup> 기타 제반사정을 고려할 때 동 사안은 일본상법 제267조의 해석상 이중대표소송이 예외적으로 인정될 수 있는 경우라는 것이다.<sup>67)</sup>

## 2) 日本의 立法例

현행 일본상법은 주주대표소송 제기권을 단독주주권으로 하되, 소 제기 6개월 전부터 주식을 계속 보유하고 있는 주주에게만 인정하고 있다(제267조 제1항). 기준일이 되는 것은 주식을 취득한 날이 아닌 회사에 대해 주주인 것을 대항할 수 있는 날인 주주명부 기재일이 된다(제206조 제1항). 그러므로 대표소송 청구일로부터 역산해서 6개월 동안 계속해서 주주였던 것이 필요하다. 상속이나 합병 등에 의한 포괄승계로 주식을 취득한 때에는 피승계인의 주식보유기간을 합산해서 6개월이면 충분하며, 또한 회사성립 후 6월을 경과하지 않은

경우에는 회사성립 후 계속해서 주주이면 충분하다고 해석한다.68) 이밖에 원고주주는 소 제기시점부터 소송기간 동안 계속해서 주식을 보유하고 있어야 하며(주식계속보유의 원칙), 만약 원고가 대표소송을 청구한 이후 구두변론 종결 전에 소유주식 전부를 매각하거나 다른 방법으로 주주권을 이전하였다면 원고적격을 상실하게 되고 소는 기각된다. 왜냐하면 보유 주식의 전부를 양도한 자는 당해회사와 아무런 이해관계를 갖지 않게 되며, 소의 이익을 상실하기 때문이다.

### 3) 日本의 學說

이중대표소송을 명시적으로 인정하는 법규정이 없는 일본에서는 단순대표소송의 원고적격을 규정한 일본상법 제267조를 엄격하게 해석할 때 이중대표소송의 인정이 전혀 불가능하다는 견해와, 이중대표소송의 일반적 인정은 어렵지만, 적법하게 대표소송을 계속하는 중에 타의에 의해 이루어진 원고지위를 상실할 때에는 예외적으로 원고적격을 인정하는 견해들이 다수를 이루고 있다고 보인다.

#### (가) 嚴格解釋論

엄격해석론은 전술한 동경지방법판소의 판결과 동일하게, 현행 일본상법 제267조 법문의 해석상, 주주는 자기가 보유한 주식의 발행회사의 이사에 대해서만 대표소송을 제기할 수 있을 뿐이며 법인격이 다른 자회사의 이사에 대해서 대표소송을 제기할 수 있는 원고적격을 갖추지 못한다는 입장이다. 또한 이 견해는 주식이전 등으로 인해 원고가 주주였던 종래의 회사가 완전자회사가 되고, 원고는 완전친회사의 주주가 되어 자회사 주주의 지위를 상실하게 되는 경우에도 마찬가지로 원고적격을 유지할 수 없다고 본다.69)

#### (나) 例外的 認定論

일본상법의 해석상, 이중대표소송을 모든 경우에 폭넓게 인정하기는 어려우나, 전술한 사안에서처럼 적법하게 대표소송을 계속하는 중에 원고의 의사와 무관하게 이루어진 주식이전으로 인해 원고가 주주의 지위를 상실하게 되는 경우에 예외적으로 원고적격을 유지할 수 있다고 해석하려는 입장이다. 이 견해에는 상당수 학자들이 찬동하고 있는바,70) 원고가 주식을 양도하는 경우에 회사와 이해관계를 더 이상 갖지 않기 때문에 원고적격을 상실하지만 주식이전 등 회사의 행위로 인해 주주의 의사에 반하여 강제적으로 제소 시점에서 보유했던 주주의 지위를 상실하는 경우에는 주주가 계속하여 종래에 주식을 보유했던 회사에 대해서 이해관계를 갖고 있는 한 예외적으로 원고적격을 상실하지 않는다고 본다.71)

#### (다) 擴大解釋論

전술한 재산적 일체관계론 및 복위임론 또는 순수지주회사의 소수주주보호론 등에 복합적으로 기초하여, 일부의 학자들이 소수적 견해로서 단순대표소송의 원고적격을 규정한 일본상법 제267조를 확대해석하여 이중대표소송을 인정하자고 주장한다.72)

## 2. 우리나라 株主代表訴訟의 當事者適格

### (1) 株主代表訴訟의 當事者適格要件

현재까지 우리나라에는 지주회사와 자회사간의 전반적인 법률관계를 규율하는 법률—예컨대 ‘母·子會社法’—은 존재하지 않는다. 그러므로 지주회사의 주주와 자회사의 이사간의 법률관계는 현행 관련 상법의 해석에 의존할 수밖에 없다. 현행 상법에 따르면 주주 대표소송의 원고가 되기 위해서는 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유하고 있어야 한다(제403조 제1항). 그러나 주권상장법인 또는 협회등록법인의 경우에는 해당회사의 주식을 6개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 가져야 하거나 주주권행사에 관한 위임장을 취득하거나 또는 2인 이상의 주주의 주주권의 공동행사

의 방법으로 주식을 보유한 자이어야 한다(증권거래법 191조의13 제1항, 동 시행령 제84조의20 제2항). 또한 금융기관(은행법 제17조 제1항), 종합금융회사(종합금융회사법 제5조의4 제1항), 일정규모 이상의 증권회사(증권거래법 제64조 제1항)와 보험사업자(보험업법 제25조 제1항, 제65조) 및 투자신탁회사(증권투자신탁업법 제14조의3 제1항)의 경우에는 대표소송을 제기할 수 있는 소수주주의 지분율이 10만분의 5 이상이어야 한다. 물론 지주율에는 의결권 없는 주식도 포함된다고 새긴다.<sup>73)</sup> 이처럼 대표소송 제기권을 소수주주권으로 하는 것은 원칙적으로 濫訴를 방지하기 위해서라고 볼 수 있다. 그러나 대표소송에 필요한 지주율은 ‘소제기’ 시점에서만 유지하면 된다. 그의 보유주식이 제소 후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. 물론 발행주식을 전혀 보유하지 않는 경우에는 그러하지 아니한다.<sup>74)</sup> 이런 점에서 우리 상법에서는 미국이나 일본에서와 같은 ‘주식계속소유의 원칙’(continuing ownership rule)이 인정되지 아니한다. 이는 대표소송의 제기를 쉽게 하고 또한 이러한 소를 가능한 유지시킴으로써 소수주주권을 강화하여 주주들의 효율적인 경영감시를 유도하고 또한 기업경영의 투명성을 보장하기 위함이다.<sup>75)</sup> 또한 우리나라 상법에서는 미국 및 일본과 달리 이사의 책임사유가 발생한 시기에 주주여야 한다는 이른바 ‘주식동시소유의 원칙’도 적용되지 않는다.

대표소송을 제기할 수 있는 자로서 주주명부에 있는 주주뿐 아니라 일정한 경우에는 실질주주도 포함된다. 예컨대 기명주식을 취득하고 주주명부에 名義改書를 한 주주(상법 제337조)와 무기명 주식을 취득하여 주권을 공탁한 주주(상법 제358조)에게도 대표소송 제기권이 인정된다. 하지만 名義改書나 주권을 공탁하지 않은 실질주주의 대표소송 제기권은 미국과 달리 우리나라에서는 일반적으로 부정된다.

## (2) 學 說

현재 우리나라의 학설은 상법 제403조를 가능한 엄격하게 해석하여 새로운 입법이 제정되지 않는 한, 현행 상법에 의해서는 인정될 수 없다고 보는 ‘엄격해석론’과 상법 제403조의 입법취지가 이사의 책임 추궁가능성의 현실적 확보를 위해 주주에게 파생적으로 인정되고 있는 권리인 만큼 이중대표소송이 지배종속회사간에 대표소송의 파생적 기능을 충족하는 한, 해석상 인정될 수 있다고 보는 ‘확대해석론’ 등으로 갈리고 있다.

### 1) 嚴格解釋論

엄격해석론을 취하는 견해들은 현행 상법 제403조는 대표소송을 제기할 수 있는 자, 즉 발행주식총수의 ‘100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주’의 개념을 ‘회사인 주주의 주주’, 즉 지배회사의 주주로 확대하는 것은 동 규정이 본래 단독회사를 염두에 둔 것이어서 입법취지에 어긋난다고 한다.<sup>76)</sup> 하지만 엄격해석론을 취하더라도 이중대표소송의 필요성을 긍정하여, 입법적으로 상법을 개정하거나 지주회사와 자회사간의 법률관계를 총체적으로 규정하는 ‘(가칭)모자회사법’을 제정하여 지배회사 주주의 이중대표소송을 허용할 것을 제안하는 견해도 있다.<sup>77)</sup>

### 2) 擴大解釋論

확대해석론은 주주대표소송이 본래 이사에 대해 회사가 가지는 책임추궁의 권리를 주주에게 까지 파생적으로 확대하여 인정되는 제도인 만큼 대표소송 제기권을 자회사에 대한 명백한 이해관계를 갖는 지배회사의 주주에게도 허용해야 한다는 논리에 기초하고 있다. 다만, 이 입장도 이중대표소송의 제소요건, 특히 당사자적격과 관련하여 단순대표소송에서의 지주율을 이중대표소송에서도 동일하게 적용해야 한다는 견해<sup>78)</sup>와 대표소송의 제기가능성을 실질적으로 보장하는 차원에서 입법론적으로 단독주주권화해야 한다는 견해<sup>79)</sup>로 나뉜다. 또

한, 이중대표소송을 인정하는 지배와 종속의 범위에 대해서는 견해가 갈린다. 일반적으로 지배와 종속의 관계를 결정하는 기준으로 지주율을 중심으로 한 형식적 기준과, 실질의결권의 확보여부를 중심으로 한 실질적 기준이 있다고 할 때, 종래의 상법상의 모회사관계 또는 순수지주회사에 국한하여 제한적으로 인정하자는 견해가 있으며,<sup>80)</sup> 반대로 공정거래법 등에서의 같은 실질적인 기업결합기준에 비추어 복수의 회사간에 사실적으로 지배와 종속의 관계가 존재하면 폭넓게 인정하자는 견해 등으로 나뉜다.<sup>81)</sup>

### 3. 小 結

이상에서 우리 상법은 미국 관례법상의 주주대표소송제도를 1962년 상법제정에서 계수하였지만 제소요건과 소송절차 등에서 다소 차이를 두었음을 알 수 있다. 무엇보다 미국과 일본의 경우 제소권을 단독주주권으로 하였지만 우리 상법은 제소권을 발행주식총수의 100의 5를 보유한 소수주주에게만 허용하는 소수주주권으로 하여 개별주주의 제소를 허용하지 않는 엄격한 입장을 취하였다. 이후, 상법개정을 통해 대표소송의 제기를 위한 지주율을 100분의 1로 완화하였으나 여전히 소수주주권으로 하고 있다. 또한 미국과 일본에서와 달리 우리 상법은 '주식계속소유의 원칙'을 정하고 있지 않다. 미국과 일본의 경우, 제소를 하려는 주주는 일정기간 동안 당해 회사의 주식을 보유할 것이 요구되는데, 상장법인을 제외하면 우리 상법에서는 그러한 제한을 일반적으로 두지 않고 있다. 마찬가지로 우리 상법에서는 미국 및 일본과 달리 이사의 책임사유가 발생한 시기에 주주여야 한다는 이른바 '주식동시소유의 원칙'도 적용되지 않는다.<sup>82)</sup> 이와 같이 우리 상법은 미국 관례법상의 주주대표소송제도를 도입하였지만, 법의 발전과정에서 주주대표소송의 제소요건은 각각 상이하게 발전해 왔다고 볼 수 있다. 그러나 서울고등법원의 판결에서는 미국과 일본에서의 주주대표소송과 일정한 차이를 가지고 발달해 온 우리 주주대표소송에 대한 연혁적 고찰이 미흡한 것으로 보인다. 그 대신, 종속회사 경영진의 위법행위의 시정을 위해 주주대표소송의 본래적인 파생적 기능의 확대에 일면적으로 주목한 것으로 추정된다. 생각건대, 이중대표소송의 필요성을 긍정하더라도, 보다 완결적인 판단을 위해서는 법정합성이라는 측면에서 주주대표소송의 원고적격을 확대적용하는 데에 무리가 없는지 등에 대한 신중한 판단이 전제되었어야 한다. 환언하면, 법제도 발달의 차이와 입법 방식의 차이를 고려하여 자칫 이중대표소송제도의 허용이 회사의 독립적 법인격을 인정하는 현행상법의 구성을 무너뜨릴 위험은 없는지에 대한 검토가 선행되었어야 한다. 이러한 점에서 서울고등법원의 판결은 불충분한 점이 있다.

요컨대, 우리 상법은 제정 당시 대표소송 제기권자로서 단독회사의 주주만을 전제하였음을 알 수 있다. 따라서 상법 제403조의 법문을 엄격하게 해석하는 한, 이중대표소송을 일반적으로 인정하기는 어렵다. 이와 같은 점은 'N은행사건'에 대한 일본 동경지방법판소의 법해석에서도 동일하게 살펴볼 수 있다. 하지만, 대표소송의 제기 후 원고주주의 의사에 반하여 발생한 주식의 이전 등으로 주주의 지위가 변경된 경우에는 예외적으로 대표소송의 원고적격을 유지하도록 하는 것이 타당하다. 왜냐하면, 지배구조의 개선목적으로 제정된 주식의 포괄적 교환 및 이전제도에 의해 대표소송의 원고적격을 박탈하는 수단으로서 소제기자의 의사에 반하여 현행법이 악용되어서는 안된다고 생각하기 때문이다.

## V. 事前提訴請求要件

### 1. 美國法 및 判例에서의 事前提訴請求

미국 대부분의 주체정법과 연방민사소송규칙(FRCPR) 제23.1조는 주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 사전에 이사회에 대한 서면에 의한 제소청구를 요건으로 규정하고 있다.<sup>83)</sup> 이러한 제소청구는 지배회사와 종속회사 모두에 이행되어야 한다. 즉, 지배회사 주주가 먼

저 지배회사에 대해 종속회사의 주주로서 권한을 행사할 것을 청구하고 또한 종속회사에 대해서도 이사의 책임을 추궁할 것을 청구해야 한다. 그러나 주주의 제소청구를 지배회사 및 종속회사의 이사회가 거부할지라도 이사회의 제소거부결정의 부당함이 인정되어야만 대표소송이 유지될 수 있다.<sup>84)</sup> 예컨대 1914년의 〈Birch v. McColgan〉 사건<sup>85)</sup>에서 캘리포니아 주 연방법원은 지배회사 및 종속회사에 시정조치를 취할 것을 청구한 뒤, 부당하게 거절되었을 경우에 한해서 이중대표소송을 인정하고 있다. 이밖에 1942년 〈Wachsman v. Tobacco Products Corp.〉 사건에서도 연방순회항소법원은 종속회사의 자산관리를 위해서 지배회사 주주에게도 대표소송 제기권을 인정할 수 있으나 사전제소청구권을 행사하지 않았음을 이유로 소를 각하한 바 있다. 이에 대해 개정모범사업회사법 제7.42조도 동일한 제소청구요건을 두고 있다. 이러한 제소청구요건을 설정한 취지는 원고가 이사회의 반대에도 불구하고 회사를 위해 대표소송을 제기할 수 있다면, 이사회는 회사의 주요업무를 결정할 수 있는 고유권한을 상실하는 결과가 되고 사소한 소송에도 이사와 기타 임원들이 필요 이상으로 부담을 느끼게 될 가능성이 있으므로 이사회 또는 소송위원회에 소송에 대해 미리 검토하고 그것이 회사를 위한 최선의 결과가 될 것인지에 대해 판단할 수 있는 기회를 주기 위한 것이다.<sup>86)</sup> 그러나 부정행위자가 지배회사 종속회사를 모두 지배하고 있는 경우에서처럼 이사회에 대한 제소청구가 무익(futile)한 것일 때에는 이사회에 대한 제소청구가 예외적으로 면제될 수 있다.<sup>87)</sup>

## 2. 우리나라 商法에 따른 事前提訴請求

우리 상법은 주주가 대표소송으로 이사의 책임을 직접 추궁하기에 앞서 회사에 대해 서면으로 소의 제기를 청구할 것을 요구하고 있다(제403조 제2항). 이에 따라 이사회가 제소여부를 결정하고, 만약 당해 이사를 제소하기로 한 경우, 회사를 대표하여 감사가 소를 제기하게 된다(상법 제394조). 만약 감사가 주주에 의한 제소청구를 받은 날로부터 30일 이내에 제소하지 않는 경우에는 제소를 청구하였던 소수주주는 직접 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 이러한 기간을 두는 것은 상법상의 주주대표소송이 회사의 의사결정에 대해 보충적 지위에 있음을 보여준다.<sup>88)</sup> 그러나 30일의 제소청구기간이 경과한 후에 소를 제기하게 될 경우, 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있다면 이러한 사전제소청구는 면제된다(상법 403조 제4항). 예컨대 이사가 회사의 재산을 은닉하거나 無資力이 되는 경우 또는 이사에 대한 회사의 채권이 시효로 소멸되거나 회사에 대한 이사의 책임이 해제될 경우에는 즉시 제소할 수 있다고 본다.<sup>89)</sup> 이렇게 상법이 제소청구대표소송에 앞서 사전제소청구절차를 요구하는 것은 무엇보다 회사가 대표소송의 주된 이해관계자이며, 또한 제소여부의 문제는 이사의 경영판단의 범위 내에 속하는 것으로서 제소청구를 통해 회사로 하여금 소송단계에 진입하기 전에 이사의 행동을 적절히 시정하도록 하거나 제소청구자와의 화해를 도모하여 소송의 필요성을 완화시켜 줄 수 있기 때문이다. 이밖에 사전제소청구절차를 통해 회사로 하여금 예상되는 남소 가능성으로부터 이사를 보호하고, 위협소송 또는 착취소송을 억제하는 기능을 가지는 것도 중요한 목적의 하나라고 말할 수 있다.<sup>90)</sup>

## 3. 서울고등법원 判決의 檢討

전술한 서울고등법원의 판결문은 상법 제403조에 대한 해석상, 단순대표소송에서 요구되는 원고적격을 확대하여 이중대표소송을 허용하였다. 그렇다면 이중대표소송에서도 상법의 동규정이 요구하는 제소절차를 준수할 것이 요구된다고 하겠다. 특히 사전제소청구를 요구하는 것이 주주대표소송이 회사의 의사형성기능에 대해 보충성을 가진다는 점을 고려할 때, 이중대표소송을 청구하기에 앞서 사전제소청구와 같은 절차를 밟을 필요가 있으며, 이를 준

수하지 않았을 때에 법원은 소를 각하하는 것이 법리적으로 타당하다.

그러나 동 법원은 제소청구절차에 대해서만 간단히 언급하고 있을 뿐, 실제로 원고가 지배 회사의 이사회에 대해 제소청구를 하였는지에 대해서는 심리하지 않았다. 판결문에 나타난 기초사실과 주문만을 살펴볼 때, 동 사건에서는 원고가 지배회사와 종속회사에 겸임하여 재직하였던 여러 명의 이사 및 감사를 상대로 단순대표소송과 이중대표소송을 병행하여 제기하고 있는바, 특히 이중대표소송을 제기한 부분은 항소심에서 추가적으로 청구하고 있음을 알 수 있다. 그럼에도 대표소송을 제기하기 앞서 절차적으로 요구되는 사전제소청구요건의 충족에 대해 심리가 없다는 것은 우리나라 회사법이 조직법으로서 절차적 정당성을 중요시하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 법리의 오해가 있다고 볼 수 있다.<sup>91)</sup>

## VI. 結 論

이상에서 서울고등법원의 판결에서 제시된 이중대표소송에 관한 법리적 문제점들을 중심으로 살펴보았다. 사안에 대하여 서울고등법원은 우리 상법에서 인정되는 주주대표소송을 지배와 종속의 관계에 있는 회사간에도 인정하였다. 이 판결은 법제도적으로 지주회사 설립 및 전환을 촉진하기 위한 제 법률들이 만들어지면서 상당수의 회사가 순수지주회사로의 전환을 하고 있는 현재 시점에서 이중대표소송을 허용한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 있다. 그러나 이중대표소송의 허용의 필요성을 인정하더라도 학계에서 이중대표소송허용에 대한 찬반논의가 팽팽한 균형을 이루고 있는 점과 지배종속의 관계에 있는 회사들의 주주에게 이중대표소송을 허용하더라도 어느 범위까지 지배와 종속의 관계를 볼 것인지에 대해서 기준이 명확하지 않은 점을 고려할 때, 동 판결은 때 이른 것이라고 볼 수 있다. 환언하면, 이중대표소송을 인정하기에 앞서 현행 상법의 沿革과 法整合性에 대한 고찰이 없이 대표소송의 파생적 기능 내지 효과에 대해서만 주목함으로써 본질적인 한계를 드러냈다고 할 수 있다. 나아가 이중대표소송의 일반적 필요성을 긍정하였으나, 지배와 종속의 관계에 대한 객관적인 기준을 제시하지 못한 것은 논리적 취약으로 지적된다. 또한 회사법이 절차적 정당성을 요구하는 기술적 측면이 강한 법이라는 점을 고려할 때, 동 판결이 원고가 상법 제 403조에서 요구하는 사전제소청구요건을 충족하였는지 여부에 대해 심리를 하지 않은 채, 이중대표소송을 허용한 점도 절차적 심리미흡이라 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 대표소송의 절차상 흠결만으로도 동 사건에서는 소를 각하하기에 충분한 것이었기 때문이다.

이밖에, 판결문에는 명시되지 않았지만 고등법원이 이중대표소송을 인정함에 있어서 지배회사의 종속회사에 대한 지주율 또는 양회사의 임원겸직이라는 기초사실에 단편적으로 의지한 것은 아니었는가 하는 의구심을 지울 수 없다. 만약 그렇다면, 동 판결은 극한적인 법인격 남용을 전제로 한 법인격부인론에 근거하여 주주대표소송의 당사자적격을 인정한 것에 불과할 뿐이며, 엄밀한 의미에서 이중대표소송을 허용한 것이 아닐 수 있다. 이러한 점에서 최근 대법원은 동 사안의 상고심 판결에서 “지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다”고 하여 지배회사 주주의 원고적격을 인정하지 않고 있다.<sup>92)</sup> 이 사안에서 대법원은 현행법상 회사의 법인격을 별도의 입법 내지 특단의 사정 없이는 부인할 수 없다는 점을 분명히 한 것으로 판단된다. 요컨대 이러한 모든 점을 고려할 때, 서울고등법원은 이중대표소송의 인정을 통해 그에 대한 사회적 관심을 환기시켰지만, 이중대표소송을 우리 상법에서 일반적으로 인정할 만한 충분한 법리적 근거와 절차적 기준을 제시하는 데까지 이르지 못하였다. 그렇기 때문에 동 판결은 동 사안의 상고심에서 법리오해를 지적받았

다고 생각된다. 따라서 이중대표소송의 허용문제는 그 당위성이 여전히 존재한다 하더라도 현행법상으로 해석상 인정이 어려우며, 입법정책적 과제로서 상법의 개정 내지 포괄적인 ‘모자회사관계법’ 등에서 완결적으로 입법된 이후에 허용되어야 할 것으로 사료된다.

#### 꺾 참고문헌

강위두, “한국상법에 있어서의 영미회사법의 계수에 관한 연구,” 동아대학교 대학원 법학박사학위논문, 1980.

權柄敏, “株主代表訴訟에 관한 研究,” 『社會科學研究』, 제5집, 광주대학교, 1995.

權柄敏, “支配從屬關係에 있는 會社의 株主代表訴訟—미국회사법을 중심으로—,” 『사회과학연구』, 제7집, 광주대학교, 1997.

權載烈, “二重代表訴訟의 許否에 대한 比較法的 檢討,” 『比較私法』, 第11卷 第2號, 韓國比較私法學會, 2004.

김대연, “支配·從屬會社에서의 代表訴訟,” 『商事法研究』, 제19권 제2호, 韓國商事法學會, 2000.

金大淵, “株式의 包括的 交換 및 移轉과 代表訴訟,” 『上場協』, 제46호, 韓國上場會社協議會, 2002.

金大淵, “母會社 株主의 子會社 會計帳簿閱覽權,” 『法曹』, 第561號, 法曹協會, 2003.

金東石, “주주의 대표소송과 중복대표소송,” 『經營法律』, 제10집, 한국경영법률학회, 2000.

김동훈, “株主代表訴訟의 利用範圍 擴大,” 『외법논집』, 제13집, 한국외국어대학교, 2002.

金汶在, “持株會社의 導入에 따른 會社法의 方向—支配와 責任을 中心으로—,” 『商事法研究』, 第18卷 第1號, 韓國商事法學會, 1999.

김재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거”(Brown v. Tenny, 155 III. App. 3d 605), 『商事判例研究』, 제15집, 韓國商事判例學會, 2003.

민형기, “주주의 대표소송,” 『회사법상의 제문제』, 재판자료 제38집, 법원도서관, 1987.

여하운, “미국 회사법상의 이중대표소송(Double Derivative Suit)에 관한 연구,” 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 2003.

李東原, 『持株會社』, 三訂版, 세창출판사, 2001.

李哲松, 『會社法講義』, 第9版, 博英社, 2002.

李太鐘, “미국회사법상의 二重代表訴訟,” 『재판실무연구』, 제2권, 수원지방법원, 1997.

林在淵, 『美國會社法』, 修訂版, 博英社, 2004.

鄭東潤, “株主의 代表訴訟—實務上의 問題點을 中心으로 하여—,” 『司法論集』, 제2집, 法院行政處, 1972.

鄭東潤, 『會社法』, 第7版, 法文社, 2001.

鄭燦亨, 『會社法講義』, 第3版, 博英社, 2004.

崔星根, 『持株會社의 解禁과 商法關聯制度에 관한 研究』, 연구보고99-01, 한국법제연구원, 1999.

黃根洙, “持株會社의 株主代表訴訟,” 『法律行政論叢』, 第22輯 第1號, 全南大學校 法律行政研究所, 2002.

許惠會, “美國會社法上 株主의 重複代表訴訟에 관한 研究,” 『학술논문집』, 제46집, 건국대학교 대학원, 1998.

Wolfgang Ziebler/李基秀(譯), “獨逸株式法上 結合企業에 관한 法과 그 發展,” 『商事法研究』, 제10집, 韓國商事法學會, 1992.

公正去來委員會(編), 公正去來白書, 2003.

近藤光男, “株主代表訴訟の現状と問題點,” 月刊 『民事法情報』 142號, 民事法情報センター, 1998.

山田泰弘, 『株主代表訴訟の法理 - 生成と展開』, 信山社, 2000.

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

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

白田田公明, “純粹持株會社と株主代表訴訟,” 『ジュリスト』, 1140號, 有斐閣, 1999.

特別座談會, “株式交換・株式移轉/制度の活用について,” 『ジュリスト』, 1140號, 有斐閣, 1999.

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

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

Blumberg, Philip I., The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Patent and Subsidiary Corporations, Little Brown & Co., 1983 & Supplement 1999.

Branson, M. Douglas, The Rule That isn't Rule-The Business Judgement Rule, 36, Valparaiso University Law Review 631, 2002.

Case Note, Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary, 64 Harvard Law Review 1313, 1951.

Case Note, Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit, 73 Harvard Law Review 746, 1960.

Locascio, David W., The Dilemma of the Double Derivative Suit, North Western University Law Review, Spring 1989.

Painter, Double Derivative Suits and Other remedies with Regard to Damaged Subsidiaries, 36 IND. L.J. 143, 156, 1961.

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 5, No. 2, 2004

Double Derivative Suit of Shareholders of Parent Corporation

Kim, Dae-Kyu

## ABSTRACT

Business combination in Korea is increasing more and more. Accordingly, a number of Korean corporations are composed of subsidiaries and subsidiaries of subsidiaries. In addition to this economical practice, it is permitted founding a holdings company after the amendment of the Korean Commercial Code(KCC) 2001. On this, the Seoul High Court in August 2003 decided for the first time that double derivative suit could be permitted under the current KCC, because it provides a method for corporation to assert legal rights and to deter directors wrongdoing of subsidiaries. However, the provision on this matter was originally designed to apply to single derivative suit. The KCC has the provision that a shareholder with at least one percent of the total outstanding shares may bring a derivative suit. For that reason, the Korean Supreme Court has interpreted strictly the KCC that double derivative suit is not permitted under existing law, because the rule of single derivative suit is not applicable to shareholder of parent corporation; the parents and subsidiaries corporation differs legal personality. In this means, the decision of the Seoul High Court and the theories permitting the double derivative suit should be here examined and analyzed critically. In conclusion, this article is purposed to demonstrate that double derivative suit is a legislation subject, because it is not enough to justify under the current Commercial Code. In my opinion, it could be permitted merely after the revise of KCC for multiple derivative suit or by the special legislation like that, Law of Parent-Subsidiary Corporation Relationship?

Key Word: double derivative suit, multiple derivative suit, parent corporation, subsidiary corporation, demand requirement.

1) 여기서 '지배와 종속의 관계'란 상법 제342조의2에서 규정하는 모회사와 자회사간의 관계를 포함하는 폭넓은 개념으로 사용한다.

2) 鄭燦亨, 『會社法講義』, 第3版(博英社, 2004), 654面; 林在淵, 『美國會社法』, 修訂版(博英社, 2004), 192面.

3) 이러한 주주대표소송제도는 본래 미국법상의 제도로서 1962년에 상법을 제정하면서 이를 도입하였다(상법 제403조). 당시 주주대표소송을 계수한 이유는 제정상법이 이사회에 강력한 권한을 부여하는 반면에 주주총회의 권한을 축소시키는 지배구조를 취하였기에 이를 상쇄하는 장치로서 주주가 회사의 운영에 관한 감독과 시정권한을 가지도록 할 필요성에서 비롯하였다. 왜냐하면 이사 등이 회사에 대해 부담하는 업무집행상 선량한 관리자로서의 주의의무와 충실의무에 위반하여 손해를 입혔을 경우, 이사와 회사간의 특수한 관계로 인해 회사가 책임추궁을 위한 제소결정을 할 실질적 가능성이 낮기 때문이다. 강위두, "한국상법에 있어서의 영미회사법의 계수에 관한 연구," 동아대학교 대학원 법학박사학위논문(1980), 102면.

4) 林在淵, 前掲書, 192面.

5) 李東原, 『持株會社』, 三訂版(세창출판사, 2001), 331면; 金汶在, “持株會社의 導入에 따른 會社法의 方向—支配와 責任을 中心으로—,” 『商事法研究』, 第18卷 第1號(韓國商事法學會, 1999), 103면.

6) 鄭東潤, “株主의 代表訴訟—實務上의 問題點을 中心으로 하여—,” 『司法論集』, 제2집(法院行政處, 1972); 李太鐘, “미국회사법상의 二重代表訴訟,” 『재판실무연구』, 제2권(수원지방법원, 1997); 김대연, “支配·從屬會社에서의 代表訴訟,” 『商事法研究』, 제19권 제2호(韓國商事法學會, 2000); 金東石, “주주의 代表소송과 중복대표소송,” 『經營法律』, 제10집(한국경영법률학회, 2000); 金大淵, “株式의 包括的 交換 및 移轉과 代表訴訟,” 『上場協』, 제46호(韓國上場會社協議會, 2002); 金동훈, “株主代表訴訟의 利用範圍 擴大,” 『외법논집』, 제13집(한국외국어대학교 외국학연구소, 2002); 黃根洙, “持株會社의 株主代表訴訟,” 『法律行政論叢』, 第22輯 第1號(全南大學校 法律行政研究所, 2002); 金재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거”(Brown v. Tenny, 155 III. App. 3d 605), 『商事判例研究』, 제15집(한국상사판례학회, 2003); 여하운, “미국 회사법상의 이중대표소송(Double Derivative Suit)에 관한 연구”(서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2003).

7) 1998년에 개정된 ‘독점규제및공정거래에관한법률’과 2000년 ‘금융지주회사법’이 제정, 2001년 개정상법에서 ‘주식의 포괄적 교환과 이전’에 관한 내용이 새로이 입법되었다.

8) 경영자에 대한 견제장치로서 종래에 회사법이 규정하는 ‘경영자의 선임과 해임’, ‘보수의 결정’, ‘경영성과보고의 수령’, ‘위법행위의 감독과 추궁’이라는 주주의 일정한 권리는 지주회사 주주권의 간접화로 인해 무력화된다. 李東原, 前揭書, 216면.

9) 기능적으로 주주대표소송은 주로 이사의 의무위반행위를 주요 대상으로 한다는 점에서, 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 지움과 동시에 이사의 의무위반행위가 반복되는 것을 억제(deterrence)할 수 있는 기능, 달리 말하면 성실한 경영을 하도록 유인하는 효과를 갖게 된다. 李哲松, 『會社法講義』, 第9版(博英社, 2002), 637면; 임재연, 전게서, 191면.

10) 이중대표소송과 구별하기 위해 종래의 주주대표소송을 단순대표소송(single derivative suit)으로 칭한다.

11) 崔星根, 『持株會社의 解禁과 商法關聯制度에 관한 研究』, 연구보고 99-01(한국법제연구원, 1999), 55면·66면; 權載烈, “二重代表訴訟의 許否에 대한 比較法的 檢討,” 『比較私法』, 第11卷 第2號(韓國比較私法學會, 2004), 443면 以下.

12) 서울고법 2003. 8. 22 선고 2002나13746 판결.

13) 주식보유에 의한 지배종속관계가 二重, 三重으로 중첩될 때에는 소송의 당사자적격도 그에 따라서 확대될 수 있다고 보았을 때, 이중대표소송 및 삼중대표소송 등을 포괄하는 개념으로서 多重代表訴訟制度라 한다. Hen/Alexander, Laws of Corporation, 3d ed.(West Publishing Co. 1983), p.1459; 김대연, 전게논문, 158면.

14) 동아일보, 2003년 11월 24일자, B3면.

15) 참여연대 경제개혁센터, 2004년 5월 13일자 보도자료; 이사회에 대한 제소청구에 대한 보도, 한겨레신문, 2004년 3월 25일.

16) 지주회사분석(1)—지주회사에 대한 일반적인 내용, 좋은기업지배구조연구소 이슈리포트, 2004년 1월 26일자, 1면. 출처: <http://www.cgcg.or.kr>.

17) 예컨대 지배회사의 주주에게 종속회사를 상대로 회계장부의 열람을 청구할 수 있도록 할 것을 보장하는 내용 등을 포함한 포괄적인 모자회사법의 제정을 촉구할 수 있다. 좋은기업지배구조연구소 이슈리포트, 2003년 9월 22일자, 2면. 출처: <http://www.cgcg.or.kr>.

- 18) Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railway Co., 21 Kan. 365, 404(1879).
- 19) 이 사건은 지방자치단체가 소유한 A철도회사의 주식이 B철도회사에 양도된 후에 B회사의 주주가 A철도회사의 이사의 책임을 추궁한 사건이다. 이에 대해 법원은 주식양도는 보통법상 무효이지만 A회사와 B회사간에 형평법상의 주식소유관계는 인정된다고 하여, 모회사 주주인 B가 자회사의 이사인 A의 위법행위를 이유로 A에 대한 손해배상청구를 인정하였다. 소의 이익이 공통적으로 존재하는 다수 당사자를 대표하여 제기하는 형평법(equity law)상의 대표소송(representative suit) 또는 집단소송(class action)으로서의 이중대표소송을 허용한 것으로 이해된다.
- 20) Martin v. D. B. Martin Co. 10 Del Ch. 211, 88 A. 612(1913).
- 21) United States Lines, Inc. v. United States Lines Co. 96 F. 2d 148(2d Cir. 1938).
- 22) Kaufman v. Wolfson, 132 F. Supp. 733, 735(S. D. N. Y. 1955).
- 23) Brown v. Tenney, 125 Ill.1 2d 348, 532 N. E. 2d 230(1988).
- 24) 10 Del Ch. 211, 88 A. 612(1913).
- 25) 125 Ill.1 2d 361.
- 26) Locascio, David W., The Dilemma of the Double Derivative Suit, North Western University Law Review, Spring 1989, at p. 745.
- 27) Locascio, supra note, at 748-749.
- 28) 特定履行理論은, 지주회사가 자회사에서 발생한 부정행위를 시정하기 위해 종속회사에 대한 지배권사용의 의무가 있으며, 이 의무의 특정이행을 촉구할 권리가 주주에게 있다고 본다. 신탁이론의 위탁자의 입장에서 재구성한 것일 뿐 내용적으로 동일하다는 비판이 있다. Painter, Double Derivative Suits and Other remedies with Regard to Damaged Subsidiaries, 36 IND, L. J. 143, 156(1961), at 146-147.
- 29) Goldstein v. Groesbeck, 142 F. 2d 422(2d Cir. 1944).
- 30) Locascio, supra note, at 751; Brown v. Tenny 사건에서 일리노이주 대법원도 이중의 신탁관계에 따른 주주대표소송의 법리를 인정하였다. 김재형·최장현, 전계논문, 271면.
- 31) Painter, supra note, at 146-147.
- 32) Locascio, supra note, at 751-752.
- 33) ‘私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律’に對し改正法律, 1997年 6月 18日 公布, 法律 第87號.
- 34) 田邊光正, “株式移轉により完全親會社の株主となつた者と子會社取締役にする代表訴訟の原告適格,” 現代ビジネス判例-企業行動の新指針- 現代ビジネス判例 編輯委員會(法律文化社, 2003), 132面.
- 35) 近藤光男, “株主代表訴訟の現状と問題點,” 月刊 『民事法情報』, 142號(民事法情報センター號, 1998), 7面. 그러나 이 견해가 일본상법 제267조의 해석론으로서 주장되는 것인지 또는 입법론으로 주장되는 것인지는 명확하지 않다.
- 36) 白田田公明, “純粹持株會社と株主代表訴訟,” 『ジュリスト』, 1140號(有斐閣, 1999), 19面. 白田田教授는 순수지주회사의 완전자회사에게 손해가 발생할 때에는 친회사의 주주에게 미국관례법상의 이중대표소송을 도입할 필요성이 매우 크기 때문에 해석론으로 인정이 가능하다고 한다. 또한 친회사의 자회사에 대한 지분율이 100% 미만일지라도 지배관계가 있고 자회사가 친회사의 일부로 인정될 수 있을 정도로 재산적 일체관계가 있을 경우에는

자회사의 이사에 대한 책임추궁이 어려울 경우에 한해 친회사 주주의 대표소송제기가 가능하다고 주장한다.

37) 山田泰弘, “結合企業と代表訴訟(1),” 高崎經濟大學論集 制45卷 制2號(高崎經濟大學, 2002), 76面.

38) 近藤光男, 前掲論文, 7面.

39) 白田田公明, 前掲論文, 19面.

40) 山田泰弘, 前掲書, 註(3), 309面 以下.

41) 2003년 5월 기준으로 公正去來委員會에 신고한 持株會社는 총 19個社이며, 이 중 金融持株會社가 4개, 一般持株會社가 15개이다. 2003년에만 풀무원, 농심홀딩스, 동원금융지주 등 4개사가 지주회사로 전환하였다. 19개 지주회사 중 상장 또는 코스닥 등록 지주회사는 LG, 우리금융지주 등 7개사이고, “상호출자, 채무보증제한 기업집단” 소속 지주회사는 LG, SK엔론, 농심홀딩스, 동원엔터프라이즈, 동원금융지주 등 5개사이다. 公正去來委員會(編), 公正去來白書, 2003, 254面 以下.

42) 순환출자보다 지주회사에 의한 기업집단 지배의 경우, 지배주주의 직접보유지분이 많아서 소유와 의결권의 괴리정도가 훨씬 낮다. 이런 점 때문에 우리나라에서 지주회사제도는 지배구조의 투명성을 확보하기 위한 수단으로 인식되고 있다. 公正去來委員會(編), 上掲書, 255面.

43) 기업의 입장에서도 지주회사체제는 지배주주의 상속세 등의 부담을 줄이면서 지배권을 이양할 수 있는 장점이 있다. 지주회사분석(1)—지주회사에 대한 일반적인 내용, 좋은기업 지배구조연구소 이슈리포트, 2004년 1월 26일자, 1면. 출처: <http://www.cgcg.or.kr>.

44) 소유와 경영이 분리된 회사에서는 경영자가 소유자 전체 또는 회사의 이익보다는 개인의 이익을 우선할 염려가 상존하게 되는데, 만약 사업부제에서 순수지주회사제로 바뀌어 그 권한이 자회사의 경영자에게 이양되면, 지주회사의 주주의 권리가 심각하게 간접화된다. 즉, 종래에 경영자를 견제할 수 있는 주주의 권리행사는 차단되고, 지주회사의 수익원천인 자회사의 주요영업자산의 양도에 대한 의결권 행사가 제약되므로, 주주권이 공허화된다. 그러므로 열악한 지주회사 지위를 보호하기 위해 지주회사의 주주가 자회사의 이사의 책임을 직접 물을 수 있는 입법의 필요성을 제기한다. 이동원, 전게서, 314면.

45) 이동원, 전게서, 312면 이하; 이태종, 전계논문, 510면; 金大淵, 前掲論文, 170面; 김재형·최장현, 전계논문, 280면.

46) 여하윤, 전계논문, 48면.

47) 권재열, 전계논문, 463면.

48) 즉, 모회사의 주주가 직접 자회사의 이사의 책임을 물을 수 있도록 하는 별도의 입법조치는 회사의 독립성과 이사의 업무집행의 안정성을 심히 훼손할 우려가 있으므로 바람직하지 않다고 한다. 최성근, 전계보고서, 55면.

49) 이동원, 전게서, 312면.

50) Locascio, supra note, at p. 735.

51) 정동윤, 전계논문, 365면; 이태종, 전계논문, 510면.

52) 김재형·최장현, 전계논문, 272면.

53) 김동훈, 전계논문, 182면. 특히 김동훈 교수는 이중대표소송 내지 다중대표소송이 필요성이 제기되는 것은 순수지주회사의 설립이 허용된 것을 제도적 배경으로 하기 때문에, 순수지주회사의 주주의 지위가 허구화할 우려를 막기 위한 차원에서 예외적으로 해석상 인정

하자는 주장을 펴고 있다.

54) 김재형·최장현, 전계논문, 280면.

55) 권재열, 전계논문, 470면.

56) 볼프강 켈너(Wolfgang Zöckner)는 독일 주식법의 주요한 역사적 발전의 특징은 개별 주식회사에서의 채권자보호 및 소수자보호를 확대하기 위한 판례와 학문의 지속적 노력에 있다고 지적하였다. 이러한 점이 독일을 비롯한 선진국(Industrieland)의 주식회사법들이 공통적으로 보여주고 있는 점이라고 한다. Wolfgang Zöckner/李基秀(譯), “獨逸株式法上 結合企業에 관한 法과 그 發展,” 『商事法研究』, 제10집(韓國商事法學會, 1992), 151면.

57) 일반적으로 ‘지배와 종속의 관계’를 결정하는 기준으로서 형식적으로 지주율을 택하는 경우와 지배적 영향력이라는 실질적 기준을 채택하는 경우가 있다. 현행 상법은 타회사 발행주식의 100분의 50을 초과하는 주식을 보유한 회사를 모회사라고 하고, 그 타회사를 자회사로 한다(상법 제342조의 2). 반면에 ‘주식회사의외부감사에관한법률’ 및 동법 시행령은 연결재무제표의 작성대상이 되는 회사의 범위에 관해 지주비율 및 기타 지배적 영향력을 기준으로 하여 지배와 종속의 관계를 정하고 있다. 또한 ‘독점규제및공정거래에관한법률’(이하 ‘공정거래법’으로 칭함)도 ‘기업집단’을 동일인이 대통령령이 정하는 기준에 의해 사실상 사업내용을 지배하는 회사의 집단으로 정의하고(공정거래법 제2조 제2호), 동 시행령 등에서 동일인이 사실상 사업내용을 지배하는 기준, 즉 지배와 종속의 관계에 대한 기준으로서 지주비율 및 기타 실질적 기준을 합하여 정하고 있다(시행령 제3조).

58) 大法院 2001. 10. 26 宣告 99다58051 判決, 判例公報, 第144號(2001), 2532面. 이에 대해서 金大淵, “母會社 株主의 子會社 會計帳簿閱覽權,” 『法曹』, 第561號(法曹協會, 2003), 167面 以下.

59) 金大淵, 上揭論文, 172面.

60) ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations(PCG) Reporter’s Note 1 to §7.02. 그러나 소수의 주체정법은 여전히 주주명부에 등재된 주주만이 대표소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. Wash. Bus. Corp. Act 23A.08.460. 임재연, 전계서, 195면.

61) 사채권자(Bondsholder)도 회사의 손실에 대해 직접적인 이해관계를 갖지만, 대표소송은 주주에게만 허용된다. Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, p. 936; 임재연, 전계서, 195면 재인용.

62) ALI PCG §7.02 (and Reporter’s Note).

63) 東京地裁 平成 13年 3月 29日 判決, 金判 1120號 53面.

64) 당시 N은행은 大藏省의 勸告에 따라서 日本債權信用銀行의 구제를 위해 동 은행의 보통주식 170억엔 상당을 취득하였는데 이후, 동 은행이 특별공적관리에 놓이게 되어서 주식가치를 상실하게 되었다.

65) 田邊光正, 前揭論文, 129-130面.

66) 이와 유사한 미국의 판례로서 <Gaillard v. Natomas Co.> 사건이 있다. 이 사안에서는 어느 회사가 타회사의 완전자회사가 되기 직전에 대표소송이 제기되었는데, 원고가 완전모회사의 주주가 된 이후에도 當事者適格을 유지할 수 있는지의 여부가 쟁점이었다. 이에 대해 캘리포니아주 항소법원은 첫째, 원고가 이사의 위법행위시는 물론이고 대표소송을 제기할 시점에서조차회사의 주주였다는 점에서 주식동시소유의 요건을 충족하였으며 둘째, 소 제기 이후에 이루어진 주식교환은 당해 주주의 자발적 의사에 의한 것이 아니며 셋째, 주식

교환 후에도 지배회사의 주식을 계속 소유하고 있다는 점 넷째, 자회사가 소송의 필요적 당사자(indispensable party)라는 점을 근거로 원고는 형평법상의 주식소유자로서 제소권한을 가진다고 판시하였다. Gaillard v. Natomas Co. 173 Cal. App. 3d 410(1985); 山田泰弘, 前掲書, 276-279面; 周劍龍, 東京地裁平13·3·29判例研究, 金判1127號, 66面.

67) 田邊光正, 前掲論文, 138面; 周劍龍, 東京地裁平13·3·29 判例研究, 金判1127號, 66面; 佐合美佳, 東京地裁平13·3·29 判例研究(名法 191號) 251面; 江頭憲治郎, 特別座談會“株式交換·株式移轉/制度の活用について,” ジュリ1168號(1999), 115面; 鳥山恭一, 東京地裁平13·3·29判例解説(法セ561號), 114面.

68) 田邊光正, 前掲論文, 129面.

69) 原田晃治, 特別座談會『株式交換·株式移轉/制度の活用について』ジュリ1168號(1999), 115面.

70) 江頭憲治郎, 特別座談會『株式交換·株式移轉/制度の活用について』ジュリ1168號(1999), 115面; 鳥山 恭一, 東京地裁平13·3·29判例解説(法セ561호), 114面; 周劍龍, 東京地裁平13·3·29 判例研究, 金判1127號, 66面; 佐合美佳, 東京地裁平13·3·29 判例研究(名法 191號), 251面.

71) 周劍龍, 東京地裁平13·3·29 判例研究, 金判1127號, 66面; 佐合美佳, 東京地裁平13·3·29 判例研究(名法 191號) 251面.

72) 近藤光男, 前掲論文, 7面 以下; 白田田公明, 前掲論文, 19面; 山田泰弘, 前掲書, 310面.

73) 정찬형, 전게서, 656면.

74) 정찬형, 전게서, 655면; 원고가 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 당사자적격이 없으므로 소를 각하해야 한다. 이철송, 전게서, 633면.

75) 이 점 때문에 대표소송 제기권이 사실상 단독주주권화되었다는 비판이 있다. 정동윤, 회사법, 468면; 정찬형, 전게서, 655면 주 3 재인용.

76) 우리나라 상법과 증권거래법은 연혁상 단순대표소송을 전제하여 제정되었으므로 상법 제403조에 의거한 대표소송을 제기할 수 있는 주주에는 지배회사의 주주가 포함되지 않는다고 단정한다. 권재열, 전게논문, 443면 이하.

77) 이동원, 전게서, 314면; 김문재, 전게논문, 103면; 부분적으로 이에 찬동하는 견해로서 김대연, “지배·종속회사,” 470면 이하.

78) 김재형·최장현, 전게논문, 280-281면.

79) 김대연, “지배종속회사,” 440면 이하; 김동석, 전게논문, 398면; 여하윤, 전게논문, 48면.

80) 정동윤, 전게서, 471면; 이태중, 전게논문, 510면; 김동훈, 전게논문.

81) 김대연, “지배종속회사,” 446면 이하; 김동석, 전게논문, 398면; 여하윤, 전게논문, 48면 이하.

82) 따라서 서울고등법원의 판결문에서 이중대표소송에 대한 소극적인 견해의 근거로서 언급된 ‘주식동시소유의 원칙’은 적절치 않은 것이었다.

83) 이러한 제소청구요건(demand requirement)은 19세기 후반 <Hawes v. City of Oakland> 사건에 대한 연방대법원의 판결에서 처음 확립되었으며, 이후 연방형평법규칙 제 94조를 거쳐서 연방민사소송규칙(FRPC) 제23.1조와 각 주의 민사소송규칙이나 법원절차법에 명문화되었다. Deborah A. DeMott, Demand in Derivative Actions: Problems of Interpretation and Function, 19 University of California, Davis Law Review 461, pp.

- 463-464, n.3(1986); 權載烈, 前掲論文, 459면 再引用.
- 84) 임재연, 전계서, 201면.
- 85) 39 F. Supp. 358(S.D. Cal. 1941).
- 86) 임재연, 전계서, 201면.
- 87) Case Note, Demand on Directors and Shareholders as a Prerequisite to a Derivative Suit, 73 Harvard Law Review 746, 1960, p. 941.
- 88) 권재열, 전계논문, 459면.
- 89) 정동윤, 전계논문, 348면.
- 90) Robert C. Clark, Corporate Law(1986), pp. 640-641.
- 91) 권재열, 전계논문, 462면.
- 92) 대판 2004. 9. 23, 2003다49221. 즉, 대법원은 상법 제403조 대표소송요건을 엄격해석하고 있다.