

주주대표소송의
변호사보수 부담에 관한 연구

2000. 12

연구자: 윤영신

한 국 법 제 연 구 원

목 차

제 1 장 서 론	5
제 2 장 미국법상 변호사보수 등 소송관련비용의 부담	9
제 1 절 회사의 보수부담의 근거	9
1. 공동자금이론(common fund doctrine)	9
2. 공동자금 이론의 확장 및 제한	13v
제 2 절 회사의 변호사보수 부담의 요건	16
1. 판결이나 화해의 요부	16
2. 주주의 제소 또는 청구와, 시정간의 인과관계	19
제 3 절 변호사보수액 산정 기준	20
1. 퍼센트 방식	21
2. lodestar 방식	22
3. 법원의 태도	25
4. 양방식에 대한 평가	26
제 3 장 현행법상 주주대표소송의 소송관련비용 부담	31
제 1 절 서 설	31
제 2 절 소송관련비용의 부담규정과 그 근거	32
1. 현행법상 소송관련비용 부담규정	32
2. 상법과 증권거래법의 차이	33
제 3 절 승소주주의 비용지급청구권의 특징	35
제 4 절 원고주주의 승소	36
1. 승 소	36
2. 확정판결의 필요성	36
3. 화 해	39

제 5 절 지급의 범위 및 액수	39
1. 변호사보수	40
2. 필요경비	49
제 6 절 소송관련비용 지급의 신속성 및 확실성	54
1. '원고주주'의 소송관련비용 지급의 신속성 및 확실성	54
2. '변호사'의 보수 지급의 신속성 및 확실성	56
제 4 장 소송관련비용 부담의 개선방안	59
제 1 절 상법개정안에 대한 검토	59
1. 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용	59
2. 상당한 금액의 제한 존치	60
3. 회사의 이사에 대한 구상권	60
제 2 절 제소인센티브의 보완	61
1. 승소주주 자신의 보수 인정 여부	62
2. 변호사에 대한 동기부여 여부	64
제 3 절 기타의 개선방안	64
1. 소송관련비용 상환청구 절차	64
2. 변호사보수의 확보	65
3. 주주대표소송 이외의 주주의 활동에 대한 비용부담	66
제 5 장 결 론	69
참고문헌	73

제1장 서론

주주대표소송은 주주가 회사를 위하여 이사에 대한 책임을 추궁하는 소이다. 주주대표소송은 회사가 입은 손해를 회복시키는 제도일 뿐 아니라, 이사가 주주대표소송의 제기에 대한 우려로 인하여 위법·부당행위를 억제하게 될 것이라는 의미에서 회사에 대한 경영감독의 기능이 기대되고 있는 제도이다. 이러한 주주대표소송은 우리 상법의 제정시부터 규정되어 있었으나, 법전 속에서만 존재하는 제도였을 뿐이었다. 지금까지 판결의 선고에까지 이른 것은 1997년 제일은행의 이사들을 상대로 시민단체가 주동이 되어 제소가 되었고, 1998년에 1심판결이 선고된 후¹⁾ 현재 2심에 계속되어 있는 건이 유일한 것으로 보이고, 동일한 시민단체의 주도로 삼성전자 및 대우에 대하여 소가 제기되어 1심에 계속중이다.

이처럼 주주대표소송이 본래 기대되고 있는 기능을 다하고 있지 못한 이유는 무엇일까? 그 원인은 여러 가지 측면에서 고찰할 수 있겠지만²⁾ 근본적으로는 주주대표소송의 경제적 이익의 구조가 원래 주주가 대표소송을 제기할 유인을 제공하고 있지 못하다는 것이 그 원인 중의 하나라고 할 수 있다. 일반적인 손해배상청구소송에서는 승소를 하면 그 이익은 원고에게 귀속되므로 원고는 비용을 부담하면서 소를 제기할 유인이 있다. 그러나 주주대표소송은 원고주주가 개인적으로 비용을 부담해서 승소판결을 얻는다고 하더라도, 그로 인한 이익은 원고주주 개인이 아니라 회사에 귀속하고 원고주주는 회사에 대한 지분비율에 따라 이익의 일부분만을 간접적으로 향유할 수 있을 뿐이다. 즉 자신의 비용과 노력으로

1) 1998.7.24 선고 서울지방법원 97가합 39907 판결.

2) 우리나라에서는 주주대표소송이 소수주주권이라는 점이 주주대표소송 활성화의 가장 큰 걸림돌 중의 하나라고 생각된다. 우리나라의 주주대표소송은 제소주주의 자격요건으로서 동시성의 원칙을 요구하고 있지 않으며, 원고주주의 제소를 이사회가 저지할 방법이 없다는 점에서는 오히려 미국보다 제소가 쉽게 이루어질 수 있다. 또한 일본은 주주대표소송이 단독주주권이라는 점을 제외하고는 소송의 대체적 구조가 거의 유사하다. 그런데도 불구하고 미국과 심지어 일본에서도 주주대표소송이 활발하게 제기되고 있지만, 우리나라에서는 그러하지 못하다는 점은 상당부분 소수주주권이라는 요건과 관련이 있다고 판단된다.

얻은 이익을 다른 주주들과 공유하게 된다. 그러므로 개인적으로 비용을 부담하면서도 소를 제기할 유인을 가지는 주주는 많지 않을 것이다. 예를 들자면 대표소송을 통하여 회사의 가치가 100만원이 증가하였고, 원고주주가 지급해야 하는 변호사 보수가 이의 20%인 20만원이라고 가정하자. 이 경우 원고주주는 회사의 가치증가분 100만원에 대하여 자신의 지분비율에 따른 이익만을 얻을 뿐이다. 원고주주의 지분율이 10%라고 한다면 원고주주의 이익액은 10만원인데 반하여 원고주주가 지급해야 할 변호사보수액은 20만원이므로 원고주주는 제소를 할 유인이 없다. 이와 같은 경우 주주대표소송은 회사의 가치를 100만원만큼 증가시켰기 때문에 분명히 총주주의 이익을 위해서는 주주대표소송이 제기되어야 하지만, 무임승차 문제(free rider)로 인하여 주주대표소송이 제기되지 못한 다는 것이다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 상법 제405조는 주주대표소송의 원고주주가 승소한 경우에는 변호사보수 등의 소송관련비용 중 상당한 금액의 지급을 회사에 대하여 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 규정을 통하여 주주가 주주대표소송을 제기할 유인을 보충하고자 하는 것이지만, 이는 기본적으로는 주주가 소송수행으로 인하여 손해를 보지 않도록 한다는 소극적인 배려에 지나지 않는다.³⁾

이러한 접근방법하에서도 여전히 주주의 대표소송제기의 경제적 동기는 충분하지 않다. 주주는 패소하면 모든 비용을 자신이 부담하여야 한다. 또한 승소한다고 하더라도 소송관련비용 전액의 상환을 받을 수 있다는 보장도 없다. 따라서 회사가 소송관련비용을 부담한다는 규정이 있는 경우에도 회사의 가치를 증가시키는 경우에 항상 주주대표소송이 제기되도록 확보할 수는 없다.

이와 같이 주주대표소송에 있어서 변호사보수를 포함한 소송관련비용의 부담 문제는 적절한 주주대표소송의 제기가 이루어지는데 있어서 매우 중요한 문제임에도 불구하고, 우리나라에서는 이 문제에 대한 논의가

3) 김건식, “주주대표소송의 활성화와 관련된 몇 가지 문제점—일본의 경험을 참고로 하여”, 『법학』 제37권2호 (1996.9) 181-182면.

거의 없다.⁴⁾ 따라서 이 보고서에서는 회사의 가치를 증가시키는 경우에는 주주대표소송이 제기되도록 하기 위해서는 변호사보수 등의 소송관련 비용의 부담제도를 어떻게 구성하는 것이 바람직한가에 대해 고찰하고자 한다. 2000년 12월에 입법예고된 상법개정안에서는 주주대표소송에서의 소송관련비용부담에 대해서도 약간의 수정을 가하고 있는바, 이러한 시점에서 더욱 이 문제에 대한 고찰이 필요하다고 생각된다.

이러한 목적하에서 제2장에서는 주주대표소송이 활발히 제기되고 있는 미국에서의 변호사보수 등의 부담에 대하여 고찰한 후, 제3장에서는 우리나라 현행법상의 변호사보수 등의 부담에 대하여 미국법 및 일본법을 참고로 한 해석을 함으로써 적절한 제소 인센티브의 제공방법을 모색하여 보고, 제4장에서는 상법개정안에 대한 검토와 아울러 해석론으로서 해결될 수 없는 문제점에 대하여 입법론적인 검토를 한다.

4) 주주대표소송에 관한 국내의 기존의 연구로는 박사학위논문으로서 권병민, 주주대표소송에 관한 연구, 전주대학교대학원 박사학위논문 (1999); 이태중, 주주의 대표소송에 관한 연구—사문화와 남소의 방지를 위한 절차를 중심으로, 서울대학교 대학원 박사학위논문 (1997)이 있고, 그 외 강희갑, “회사지배구조에 있어서의 주주의 대표소송—미국법을 중심으로”, 『비교사법』 제7집 (1997); 권재열, “미국의 주주대표소송 제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요건—최근의 동향을 중심으로”, 『상사법연구』 제16권1호 (1997); 김대연, “주주대표소송과 경영판단의 원칙”, 『상사법연구』 제17권3호 (1999); 김상수, “주주대표소송의 소송법적 문제점(상)”, 법률신문 제2695호 (1998. 5.21); 김상수, “주주대표소송의 소송법적 문제점(하)”, 법률신문 제2696호(1998.5.25); 김석연, “경영자지배와 주주대표소송의 역할”, 한국법학원보 제80호 (1998.11.12); 민형기, “주주의 대표소송”, 『회사법상의 제문제(하)』 재판자료 제38집 (1981); 양명조, “미국회사법상 대표소송의 남용규제”, 『현대 상사법의 제문제(설성 이윤영선생 정년기념)』 (1988); 양석완, “주주의 대표소송·대위소송”, 『신세기 회사법의 전개(우전이병태교수)』 (1996); 이대회, “회사지배구조에서의 책임규범으로서의 대표소송”, 『이십일세기 상사법의 전개 (荷郵 정동윤선생 화갑기념)』 (1999) 등이 있다.

제 1 장 서 론

제 2 장 미국법상 변호사보수 등 소송관련비용의 부담

우리나라의 주주대표소송제도와 미국의 주주대표소송제도는 기본적으로 제도의 취지는 동일하지만 그 요건에 있어서는 상당한 차이를 보이고 있다. 그러나 주주대표소송에서 원고주주가 승소한 경우에는 회사가 변호사보수 등의 소송관련비용을 부담한다는 점은 동일하다. 그렇다면 회사에 의한 비용부담은 어떠한 의미를 가지는 것인가? 이러한 소송관련비용부담은 우선 부당이득을 방지한다는 것에 의의가 있다. 그러나 중요한 것은 단순한 부당이득의 방지에 그치지 않고, 이러한 제도를 통하여 회사의 권리가 실행될 수 있도록 유인을 제공하는 측면이라고 할 수 있다. 미국은 이러한 목적을 달성하기 위하여 많은 문제점에도 불구하고 주주대표소송에서 변호사에게 경제적 동기를 부여함으로써 원고주주의 부족한 제소 인센티브를 보완하는 방법으로 이용하고 있다. 특히 미국에서는 이 문제가 변호사보수 부담을 중심으로 논의되고 있는데 이는 주주대표소송과 같은 유형의 소송에서는 우리나라의 관행과 달리 착수금과 같은 개념 없이 전면적인 성공보수(contingent fee) 방식에 의해 소송을 수행하고, 주주는 전혀 비용을 부담함이 없이 변호사가 자료의 복사비 등의 필요경비까지 부담하는 방식으로 소송이 이루어지는 경우가 많기 때문에 변호사보수와 필요경비를 분리해서 고찰하고 있지 않은 것으로 보인다.

제 1 절 회사의 보수부담의 근거

1. 공동자금이론(common fund doctrine)

(1) 변호사보수 각자 부담의 원칙

미국법상 일반적인 소송에 있어서는 다른 나라들과 달리 변호사보수 등 소송관련비용은 소송의 당사자가 각자 부담함이 원칙이다. 다만 일부 경우에는 성문법상 위와 같은 “미국식 규칙”(American Rule)에 대

해 예외를 인정하고 있다.⁵⁾

그러나 일정한 유형의 소송에서는 변호사보수 등 소송관련비용 각자 부담의 원칙을 관철한다면 바람직하지 못한 결과가 발생할 수 있다. 이 보고서에서 논하는 주주대표소송 같은 경우라든가 집단소송의 경우가 대표적인 예라고 할 수 있다. 주주대표소송으로 인한 이익은 회사에 귀속하고, 집단소송으로 인한 이익은 집단 전체에 귀속하게 된다. 이 경우 소송관련비용부담에 관한 미국식 규칙이 적용된다면 소를 제기한 원고주주는 회사의 주주로서 또는 집단의 구성원으로서 이익의 일부만을 누리면서 비용은 그가 혼자 부담하게 된다. 이러한 결과는 공평의 관념에도 어긋날 뿐 아니라, 이러한 비용을 부담하면서 소를 제기할 것을 기대하기 힘들다는 점에서 문제가 있다.

따라서 미국에서는 성문법상 명시적으로 소송관련비용 각자 부담에 대한 예외를 규정하기도 하고, 이러한 규정이 없는 경우에도 법원이 형평법상의 권한으로서 예외를 인정하고 있다. 여기서 비용이란 법원 절차의 비용뿐 아니라 회사의 이익을 확보하는데 필요한 조사비용이나 회계관련 비용까지 포함되고, 가장 비중을 많이 차지하는 것은 변호사의 보수이다.⁶⁾

(2) 공동자금이론의 성립

위에서 논한 이유 때문에 미국식 규칙에 대해서는 예외가 존재하는데 그 중 대표적인 논리가 19세기의 *Florida v. Greenough* 판결과⁷⁾ *Central Railroad & Banking Company of Georgia v. Pettus* 판결⁸⁾에서부터 형성된 공동자금이론이다. 원고가 자기와 제3자를 위하s

5) 미국에서의 변호사보수 각자 부담의 원칙에 대한 국내 연구로는 이규호, “미국에 있어서 변호사보수의 각자부담원칙에 대한 연구”, 『연세법학연구』 제5권2호 (1998) 참조.

6) Wright & Miller, 7C Fed. Prac. & Proc. Civ.2d s 1841 (이하 Wright & Miller, s 1841로 인용함).

7) 1881, 15 Otto (105 U.S.) 527, 26 L.Ed. 1157.(Wright & Miller, 10 Fed. Prac. & Proc. Civ.3d s 2675에서 재인용. 이하 Wright & Miller, s 2675로 인용함).

8) 1885, 5 S.Ct. 387, 113 U.S. 116, 28 L.Ed. 915 (Wright & Miller, s 2675에서 재인용)

여 소를 제기한 결과 공동의 자금을 유지 또는 회수한 경우에 원고는 승소의 이익을 받는 제3자에 대하여 변호사보수 등 소송관련비용의 부담을 요구할 수 있다는 이론이다.

Greenough 사건은 Florida Railroad Company가 발행한 회사채에 대한 담보로서 Florida주가 소유하고 있는 토지를 사채의 수탁회사에 양도하였는데 수탁회사가 그 토지를 명목적인 가액으로 매도하자, 철도회사의 사채를 대규모로 보유하고 있는 원고가 자신과 다른 사채권자를 위하여 매매를 취소하고 관리인을 선임할 것을 청구하는 소를 제기하여 승소한 사건이었다. 여기서 원고는 그의 변호사비용의 상환을 청구하였는바, 법원은 비용상환을 부정하는 것은 불공평할 뿐 아니라 자금으로부터 이익을 받을 자격이 있는 다른 당사자에게 부당한 이익을 제공하는 것이므로 그들이 비율적으로 비용을 부담하여야 한다고 하면서, 비용부담을 확보하는 가장 형평에 맞는 방법은 유지된 자금상에 청구권을 부여하는 것이라고 판시하였다.⁹⁾

동일한 원칙은 Pettus 판결에서도 적용되었는데, Greenough 판결에서 더 나아가 원고주주가 아니라 변호사가 직접적으로 자금상에 청구권을 가지는 것을 인정하였다. 즉, 변호사에게 소송을 의뢰한 원고와 합의한 보수 외에도, 소송으로 인하여 이익을 얻은 집단 구성원 전체와 관련한 보수의 청구를 인정한 것이다.

(3) 공동자금이론의 주주대표소송에의 적용

주주대표소송은 타인에게 이익을 부여하는 소송의 성질을 가지고, 회사는 배상금을 받음으로써 이익을 얻기 때문에, 넓은 의미에서의 부당이득을 방지하기 위하여 공동자금이론이 대표소송에 적용된다고 설명하고 있다.¹⁰⁾ 다만 주주대표소송에서는 소송에 의한 이익이 회사재산에 흡수

9) Wright & Miller, s 2675. 제3자에게 직접 개인적인 책임을 인정하는 것은 아니고 법원의 통제하에 있는 공동자금으로부터 자신의 변호사비용의 회복청구를 인정하는 것으로 구성된 것이다(山城崇夫, “弁護士費用の第三者(受益者)負擔について—コモン・ファンド理論の軌跡から考えたこと”, 『山口經濟學』第39卷 1・2号 (1990) 98면).

10) DeMott, Shareholder Derivative Actions Law & Practice §6:04.

되기 때문에 공동자금이 아니라 회사가 원고의 변호사보수를 부담하게 된다.¹¹⁾

(4) 변호사의 직접청구권

공동자금이론이 처음 인정된 Greenough 판결에서는 변호사에게 의뢰를 한 원고가 공동자금으로부터 변호사보수의 지급을 구하는 구조를 가지고 있다. 원고가 변호사에게 의뢰를 하면서 보수약정을 체결하고, 자신이 부담하는 변호사보수를 공동자금으로부터 지급할 것을 청구하는 것이었다. 원고의 비용을 전보한다는 의미를 가지는 것이라고 할 수 있고, 따라서 의뢰인과 변호사간의 계약에 의한 보수액이 제3자의 부담액의 상한이다.¹²⁾

그러나 Pettus 판결에서는 승소원고의 변호사가, 의뢰인으로부터 지급 받은 변호사보수와는 별도로 다른 수익자를 위하여 변호사가 일한 초과보수(extra fee)를 공동자금에 대하여 청구하는 것을 인정하였다. 의뢰를 한 수익자 외의 다른 수익자들과 변호사 사이에는 보수지급의 약정이 없었는데도 불구하고 변호사의 보수청구를 인정한 것이다. 현재 집단소송이나 주주대표소송에서 변호사가 오히려 소송의 주도권을 쥐고 전면 성공보수(contingent fee) 방식에 의해 소송을 수행하여 승소한 후 공동자금에서 보수를 청구할 수 있는 기틀이 마련된 것이다.¹³⁾ 변호사가 의뢰인으로부터 보수를 지급받기로 약정한 후 소송을 수행하는 것이 아니라, 변호사의 주도하에 보수의 약정 없이 일정한 자들을 위하여 소송을 수행하고 여기서 승소하면 변호사의 노력에 의하여 형성 또는 증가한 이익 즉, 공동자금으로부터 변호사가 직접 보수를 받는 구조가 되는 것이다.

11) 더군다나 주주대표소송에서의 변호사보수 등의 상환은 패소한 피고가 부담하는 것이 아니라 명목상으로 피고이기는 하지만 실제적으로 제3자인 회사가 부담하는 것이므로, 성문법상 소송관련 비용부담 전환 규정이 없는 때에는 패소자가 그 비용을 부담하지 않는다는 전통적인 '미국식 규칙'에도 어긋나는 것이 아니라는 점도 변호사보수 등 상환의 근거가 되고 있다(Wright & Miller, s 1841).

12) 山城崇夫, 위의 논문, 103-104면.

13) 山城崇夫, 위의 논문, 104면 참조.

원고주주의 상환청구이든 또는 변호사 자신의 직접적인 청구이든 변호사보수는 별소 또는 대표소송의 종국판결의 일부로서 재정된다. 변호사보수의 재정이 이루어지면 공동자금은 법원의 관리하에 있는 재산이기 때문에 원고 혹은 변호사는 그 재산(배상금등)상에 우선특권(lien)을 취득함으로써 보수의 지급이 확보된다.

2. 공동자금 이론의 확장 및 제한

초기의 판례는 공동자금을 회수하거나 유지하는 경우에만 변호사보수의 지급이 가능하다고 하였다.¹⁴⁾ 즉, 회사에 유형의 이익(tangible benefit)이 발생한 경우에 비용상환을 인정한 것이다. 판례에서 유형의 이익이 무엇인가에 대해 명확하게 정의하고 있지는 않지만, 대개 금전적 이익이 있는 경우에는 비용의 상환을 인정하였다.¹⁵⁾

(1) 공동이익(common benefit)

이러한 공동자금이론은 점차 확산되어 일부 법원에서는 회사가 실제로 배상금을 받았는가와 관계없이 소송의 결과 회사에 ‘실질적 이익’(substantial benefit)이 귀속된 경우에는 원고가 주주대표소송의 변호사보수 및 기타 비용의 지급을 받을 수 있다는 것을 명확하게 하였다. 따라서 불리한 계약의 취소와 같은 비금전적 이익만이 있는 경우에도 변호사보수 및 비용 상환의 근거로서 충분하다고 하였다.

우리나라에서는 주주대표소송이 이사의 손해배상책임을 추궁하는 경우에만 제기할 수 있는데 반하여, 미국에서는 이사뿐 아니라 회사가 청구권을 가지는 모든 자에 대하여 제소할 수 있고, 또한 그 내용도 금전적 손해배상청구뿐 아니라 시정조치를 요구하는 등까지 가능하기 때문에 이러한 확장이 논의될 여지가 있는 것이다.

14) Cox, Hazen & O'Neal, Corporation 445 (1997).

15) DeMott, *op.cit.* at §6:15.

실질적 이익의 개념에 대해 법원은 ‘실질적 이익’이란 “결과가 기술적인 것을 넘어서” “회사의 권리나 이익을 해치거나 또는 주주의 본질적인 권리의 향수나 보호에 영향을 미치는 남용(abuse)을 시정하거나 예방하는 결과를 달성하는 것”을 의미한다고 정의하였다.¹⁶⁾ 따라서 예를 들자면 주주총회를 연기하는 판결이나 화해, 판결이나 화해의 결과 추가로 통지를 하여야 하지만 통지로 인한 가치가 별로 없는 경우에는 실질적 이익이 있다고 할 수 없다고 하였다.¹⁷⁾ 반면 현재에 즉각적인 이익이 없다고 해도 장래에 남용의 발생을 방지하거나 남용으로부터 보호를 하는 경우에는 변호사보수의 상환을 인정할 수 있다. 따라서 전체 주주들에게 계속적으로 가치를 가지는 중요한 선례나 원칙을 확립하는 판결은, 주주들은 다양한 포트폴리오를 보유하고 있는바, 당해 판결이 다른 회사에 대해 미치는 영향으로 인하여 이익을 보기 때문에 변호사보수를 더 높게 인정할 수 있다.¹⁸⁾

비금전적 이익인 경우에도 ‘실질적 이익’이 될 수 있다는 것은 판례에서 확립되어 있다. 연방대법원은 증권거래법 제14조(e)항에 위반한 허위이고 오해를 유발하는 위임장설명서에 의해 합병이 이루어진 사건인 Mills v Electric Auto-Lite Co.¹⁹⁾에서 이 원칙을 승인하였다.

연방대법원은 회사에 발생한 이익을 금전적으로 평가하는 것은 불가능할지 모른다는 점을 인정하였다. 그럼에도 불구하고 소송으로 인하여 금전적 구제가 이루어지지 않았고 이루어지지도 않을 경우이고, 따라서 변호사보수를 상환할 수 있는 공동자금이 형성되지 않았다고 하더라도 이익발생(benefit conferred) 이론에 따른 변호사보수 등 비용상환을 인

16) Bosch v. Meeker Coop. Light & Power Assn., 257 Minn. 362, 366-67, 101 N.W.2d 423, 427 (1960).(DeMott, *op.cit.* at §6:15)) 이 사건은 이사의 선임과 부속정관 변경을 무효로 한 것인데, 법원은 이것에 의해 피고가 장래에 부당행위(misconduct)를 하는 것이 방지되었다고 보았다.

17) American Law Institute, 2 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations 208 (1994)(이하에서는 ALI 원칙이라고 인용함).

18) ALI 원칙, 208면.

19) 396 US 375 (1970) (DeMott, *op.cit.* at §6:15에서 재인용).

정하는 것이 금지되지는 않는다고 판시하였다. 법원은 개인주주의 이러한 유형의 행위가 “회사에 대한 치료제”이고 연방의 위임장권유규칙의 강제수단의 역할을 함으로써 모든 주주에게 이익이 된다는 논리로 비용상환을 정당화하였다.

(2) 공동자금 이론 확장에 대한 제한

공동자금이론은 위에서 살펴본 공동이익이론으로 확장되고, 이것을 넘어서 사설법무부장관이론으로까지 발전하여,²⁰⁾ 광범위하게 변호사보수 등 소송관련비용의 부담전환이 이루어지게 된다. 그러나 이러한 추세는 1975년 연방대법원이 사설법무부장관이론에 대한 제동을 검에 따라 제한을 받게 된다. 연방대법원이 사설법무부장관이론의 적용을 부인한 판례는 *Alyeska Pipeline Service Company v. Wilderness Society* 판결이다.²¹⁾ 이 사건에서는 환경단체가 알라스카의 파이프라인의 건설을 금지하기 위하여 소를 제기하였다. 환경단체는 항소법원에서 승소하자 변호사보수 및 비용의 지급을 청구하였는데, 항소법원은 형평법상의 권한에 기하여 피항소인이 사설법무부장관의 역할을 수행하였다는 이유로 청구를 인용하였으나 대법원에서는 이를 파기하였다. 대법원의 *White* 대법관은 변호사보수 재정의 역사를 살펴본 후 의회가 성문법상 공공정책의 수행을 돕기 위하여 변호사 보수의 지급을 하여야 한다고 규정하지 않은 이상 보수부담 전환을 할 권한이 없다고 판시하였다.

Alyeska 판결 자체는 사설법무부장관이론에 관련된 것이지만 다른 분야에서 법원이 변호사보수 부담 전환을 할 수 있는 재량권에 영향을 미

20) 사설 법무부장관이론은 공공의 이익을 실현하는 사설의 법무부장관이 원고의 변호사비용을 패소한 피고인 조직(국가를 포함)에게 부담시키고, 조직은 이를 제3자인 일반공중에게 확산전가한다는 것이다. 사인에게 제소 인센티브를 제공하여 공공의 이익을 실현한다는 것이다. 제3자인 국민과 소비자는 패소자가 부담한 원고의 변호사비용을 납세와 상품의 구매라는 간접적 방법으로 부담하게 된다.(山城崇夫, 위의 논문, 96-97면).

21) 421 U.S. 240 (1975) (Wright & Miller, s 2675에서 재인용).

쳤다. 주주대표소송 및 집단소송은 공동자금 사건이므로 Alyeska 판결에도 불구하고 변호사보수의 부담을 전환하는 것은 가능하지만, 공동이익을 근거로 변호사보수 부담 전환의 범위를 확장할 여지는 많이 줄어들게 되었다. 따라서 최근의 판결들은 이익을 금전적으로 평가할 필요성이거나, 적어도 제공된 법률 서비스의 가치와 이익과의 비교가 필요하다는 점을 강조하고 있다.²²⁾

제 2 절 회사의 변호사보수 부담의 요건

1. 판결이나 화해의 요부

주주대표소송에서 판결이 선고되거나 화해가 이루어진 경우에 회사에 의한 변호사보수의 지급이 인정된다는 점은 의문이 없다. 그런데 여기서 더 나아가 주주대표소송이 제기된 것이 아니고 주주개인의 소송이 제기된 경우라든가, 주주의 회사에 대한 소제기청구 또는 기타 요청에 의하여 이사가 책임을 지거나 기타 남용이 시정된 경우에도 회사가 주주의 변호사보수를 지급하여야 할 것인가는 문제가 된다.

(1) 주주대표소송 또는 집단소송의 제기가 비용상환의 전제인가?

법원에 의한 변호사보수의 재정은 주주대표소송이나 집단소송이 제기되어 판결이 선고되거나 화해로 종료한 경우가 대부분이지만, 일부 법원에서는 주주의 개인소송의 경우에도 실질적 이익의 원칙을 확장적용하여 변호사보수의 재정을 인정하고 있다. *Tandycrafts, Inc. v. Initio Partners* 판결이²³⁾ 주목할만한데, 사안은 다음과 같다. *Tandy Craft*

22) *Shlensky v. Dorsey*, 574 F.2d 131, 149 n.12 (3d Cir. 1978). 또한 *Wisberg v. Coastal States Gas Corp.*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) ¶98,716 (S.D.N.Y. 1982)에서는 화해가 회사에 가져오는 경제적 이익의 산정을 강조하면서 변호사보수 청구금액의 50%를 감액하였다 (ALI 원칙, 209면). 주주의 행위에 의해 산출된 '회사에 대한 치료제' 개념은 변호사보수재정의 논리로 너무 쉽게 남용될 가능성이 있다는 우려도 제기되었다 (ALI 원칙, 208면).

사 보통주의 9.9%를 가지고 있는 Initio Partners가 지주비율을 높이려고 하자, Tandy Craft사의 경영진이 이를 막기 위해 이사회 의 동의가 없는 기업인수제외에 대해서는 총주식의 80%의 동의를 얻도록 정관을 개정하고자 하는 위임장권유를 하였다. Initio Partners는, 이 위임장설명서에서 총주식의 20%를 경영진이 지배하고 있으므로 총주식의 80%의 동의를 얻도록 하는 것은 실질적으로 경영진에게 거부권을 부여하는 것이라는 점을 공시하지 않음으로써 오해를 유발하고 있다는 이유로 델라웨어주 형평법법원(Delaware Court of Chancery)에 주주총회 개최를 금지하는 명령을 신청하였다. 그러나 Tandy Craft사가 위의 사실을 공시한 보충위임장설명서를 다시 송부함으로써 Initio Partners의 금지명령이 기각당하였다. 그 후 Initio Partners는 변호사보수 재정신청을 하였는데, 법원은 Initio Partners의 행위가 회사의 주주에게 이익을 귀속시켰다는 이유로 변호사보수의 재정을 인정하였다. Tandy Craft사는 변호사보수의 재정은 주주대표소송과 집단소송에서만 인정된다는 이유로 상소를 하였으나, 델라웨어주 최고법원은 Initio Partners가 개인자격에서 제소를 하였더라도 변호사보수 및 비용의 재정이 가능함을 인정하였다.

(2) 어떠한 소도 제기되지 않은 경우도 비용상환이 인정되는가?

위의 경우는 집단소송이나 대표소송은 아니지만 개인소송이라도 소가 제기된 경우이다. 여기에서 더 나아가 실제로 소가 제기되지 않는 경우 주주의 행위로 인하여 회사에 이익이 귀속된 경우에도 소송관련비용의 상환을 청구할 수 있는가가 문제된다. 이에 대해서는 법원의 입장은 통일되어 있지 않다. 일부 법원은 “소송이 없으면 보수재정이 허용될 수 없다”(no suits, no fees)라는 원칙을 채택하고 있는 반면에,²⁴⁾ 일부에

23) 562 A.2d 1162 (Del. 1989). 이 사건의 내용은 Smith, *The Role of the Attorney in Protecting (And Impairing) Shareholder Interests: Incentives and Disincentives to Maximize Corporate Wealth*, 47 Duke L. J. 161 (1997)를 참고로 함.

24) DeMott, *op. cit.* at § 6:15 (1998 Cumulative Supplement).

서는 이러한 경우에도 변호사보수재정을 인정하고 있다.

소제기가 없는 상황에서 변호사 보수 재정이 인정되는 경우는 매우 드물다. 확립된 예는 34년도 증권거래소법 제16조(b)항에 의한 단기매매차익 반환의 경우이다. Dottenheim v. Emerson Electric Manufacturing Company판결에서²⁵⁾ 주주가 회사에 대하여 1934년 증권거래소법 위반사실에 대한 주의를 환기시킴으로써 결과적으로 회사가 내부자의 단기매매차익을 반환받을 수 있도록 되었는바, 주주의 이러한 행위에 있어서 합리적으로 부담한 비용의 상환청구가 인용되었다. Blau v. Rayette-Faberge, Inc.,에서도²⁶⁾ 주주가 변호사에게 위임하여 SEC에 제출된 공시서류를 조사하고, 그 결과 위반사실이 드러나자 주주대표소송의 제소청구를 하였는데, 회사가 당해 내부자를 제소하는 대신 당해 내부자가 단기매매차익을 반환하기로 하는 화해를 함으로써 주주대표소송이 제기되기에는 이르지 않게 되었다. 그럼에도 불구하고 제2항소법원은 이 상황에서 원고의 변호사는 회사가 손해를 회복함에 있어서 중요한 역할을 하였다고 하여, 변호사보수의 재정을 하였다. 그러나 법원은 이 판결은 회사가 주주의 행위가 없었더라면 회사가 스스로는 어떠한 행위도 하지 않았었을 상황에 한정되는 것임을 명백히 하였다.²⁷⁾

그러나 소제기 없는 경우 변호사보수 등의 재정이 인정되는 경우는 단기매매차익의 반환의 경우로 한정되지는 않고 확장될 가능성이 일부법원에서 인정되고 있다. Bird v. Lida, Inc.판결에서²⁸⁾ 델라웨어주법원은 주주의 요청에 따라 회사가 조치를 취함으로써 회사에 이익이 귀속된 경우에도 주주에 대한 변호사 보수 등의 비용의 재정이 인정될 가능성이 있음을 밝혔다. 사안은 다음과 같다. Lida사는 지배주주와 임대차계약을 체결하고 있었는데, 이는 회사에 불리한 조건이었다. Lida사의 주주인 Bird는 이에 불만을 가지고 변호사로 하여금 조사를 하도록 하여 이 정

25) D.C.N.Y.1948, 77 F.Supp. 306 (Wright & Miller, s 1841).

26) 389 F.2d 469 (2d Cir. 1968)(Clark, Corporate Law 661 (1986)에서 재인용).

27) Clark, *op.cit.* at 661 (1986).

28) 681 A.2d 399 (Del. Ch. 1996)(Smith, *op.cit.* at 169-176).

보를 이사회에 제공하면서 이사회를 조사할 것을 청구하였다. 이사회는 독립적인 특별위원회를 구성하여 조사한 결과 임대차계약을 다시 체결하여 Lida사는 68만달러를 절약할 수 있었다. 이에 Bird는 회사에 대하여 비용상환을 청구하였다.

이 사건에서 델라웨어주 형평법법원은 결론적으로는 비용상환신청을 기각하였지만, 기각의 이유는 “소송이 없으면 비용재정이 허용될 수 없다”(no suits, no fees)는 것이 아닌 다른 이유에 기하여 기각을 하였다. 오히려 Allen 판사는 “주주의 청구가 회사에 실제적 이익을 가져왔다면 소제기의 필요 없이 주주는 합리적인 조사비용의 지급을 받을 수 있다”고 판시함으로써 소제기가 비용재정의 요건이 아님을 명시하였다. 다만 모든 경우에 있어서 비용재정이 인정되는 것은 아니고 주주의 청구가 “근거가 있는 청구”(meritorious corporate claim)이어야 한다고 하였다. 여기서 근거가 있는 청구란 델라웨어주법에 따르면 원고가 사실을 증명하여 소송에서 승소할 합리적 가능성 있는 경우를 의미한다.²⁹⁾ 이 사건에서는 부당한 임대차계약은 Bird나 다른 공모주주가 주식을 취득하기 전에 체결되었기 때문에 Bird가 주주대표소송을 제기한다면 제소요건을 충족시키지 못하여 소각하가 될 것이기 때문에 “근거가 있는 청구”가 아니고 따라서 비용재정을 인정하지 않은 것이다.

2. 주주의 제소 또는 청구와, 시정간의 인과관계

앞에서 본 것처럼 주주의 제소가 변호사보수 등의 상환의 전제조건은 아니다. ALI원칙에서 ‘성공한’ 원고라는 용어를 사용하고 있는바, 여기서 성공이란 의미는 소를 제기하여 승소한 경우뿐 아니라 원고가 청구하는 구제를 피고가 받아들임으로써 소제기의 필요가 없어진 경우까지도 포함한다.³⁰⁾ 그러나 적어도 주주의 행위와 회사의 이익간에서는 인과관계가 존재하여야 한다. 예를 들자면 원고주주가 경영진의 의무위반을 이유로

29) Smith, *op.cit.* at 174.

30) ALI 원칙, 209면.

대표소송을 제기하였고, 이 소송이 계속되어 있는 중 이 사실을 모르는 감독당국이 동일한 위반을 발견하여 시정하도록 한 경우에는, 회사는 원고의 행위가 회사에 귀속된 이익의 근인(proximate cause)이 아니므로 소송관련비용의 상환을 받을 수 없다고 주장할 수 있다.³¹⁾

또한 회사에 이익이 있는 경우라고 할지라도 주로 일부주주집단에게 이익을 주는 경우, 또는 소송이 주주이자 변호사인 자에 의하여 제기된 경우에는 변호사보수의 재정이 인정되지 않는다.³²⁾ 주주가 피고와 원고 2인만으로 이루어진 경우에 대해서는 법원이 서로 다른 태도를 보이고 있다. 일부 법원은 이러한 소송은 오직 원고만이 이익을 보는 개인소송(personal action)이라는 이유로 비용상환을 부정하였는데 반하여³³⁾ 다른 법원에서는 이러한 경우에도 회사에 대한 이익뿐 아니라 부당한 행위(misconduct)의 억제효과와 이에 대한 구제를 강조하여 비용상환을 긍정하였다.³⁴⁾

제 3 절 변호사보수액 산정 기준

일반적인 손해배상청구소송에서는 소를 제기하기 전에 원고와 변호사 간에 보수에 관한 약정을 한다. 여기에는 여러 가지 방법이 있을 수 있지만, 승소시에 구제금액(recovery)의 일정 비율을 변호사에게 지급하기로 약정하는 방식이 일반적이다. 경비는 약정에 따라 변호사가 부담하기도 하고 원고가 지급하기도 한다. 그러나 주주대표소송이나 집단소송에서는 이와는 달리 변호사가 소제기의 가능성을 탐지한 후 소제기의 요

31) Clark, *op.cit.* at 661.

32) Wright & Miller, s 1841.

33) Baker v. Pratt, 176 Cal App 3d 370, 222 Cal Rptr 253 (1986); Gustafson v. Gustafson, 47 Wash App 272, 734 P2d 949 (1987), rev den 109 Wash 2d 1024 (1988)(DeMott, *op.cit.* at §6:13).

34) Glenn v. Hoteltron Systems, Inc., 74 NY2d 386, 547 NYS2d 816, 547 NE2d 71 (1989); DeFontaine v. Passalino, 584 N.E.2d 933 (Ill. App. Ct. 1991).(DeMott, *op.cit.* at §6:13).

건을 갖추기 위하여 주주나 집단소송에서의 집단을 특정한다.³⁵⁾ 그러므로 미리 보수를 약정하는 일이 없게 되고, 따라서 승소하면 법원에 의한 변호사보수의 산정이 필요하게 되는 것이다.

변호사보수액의 산정은 사실심법원의 재량판단 사항이다. 원고주주와 변호사간에 주주대표소송의 보수를 일정액으로 정하였거나 아니면 성공보수로서 받기로 하였건, 보수계약은 보통은 법원의 변호사보수액 산정에 영향을 미치지 않는다.³⁶⁾ 당사자들이 성공보수로서 약정한 액수를 전액 인정하여야 하는 것도 아니고, 그 반대로 약정액수를 초과하여 보수 재정을 할 수도 있다. 구체적으로 변호사보수를 어떻게 산정할 것인가에 대해서는 현재 통일된 기준이 존재하지 않는다. 크게 퍼센트방식과 lodestar 방식(길잡이별방식)의 두가지가 적용되고 있다.

1. 퍼센트 방식

1973년까지는 변호사보수액의 산정은 공동자금의 일정 비율을 지급하는 방식이었다. 비율의 결정은 사실심법원의 합리적 재량범위에 속하였다. 통계적으로 볼 때 전체 구제금액이 백만달러 미만인 경우는 20-30%, 구제금액이 그 이상인 경우는 15-20% 정도이다.³⁷⁾ 사실심 법관은 금액 산정의 근거를 밝히는 경우가 드물다고 한다.³⁸⁾

35) Lynk, *The Courts and the Plaintiffs Bar: Awarding the Attorney Fee in Class-Action Litigation*, 23 J. Legal Stud. 185, 187 (1994).

36) *Mardel Secs., Inc. v. Alexander Gazette Corp.*, D.C.Va.1967, 278 F.Supp. 1010, 1017 (Wright & Miller, s 1841에서 재인용).

37) Cole, *Counsel Fees in Stockholders' Derivative and Class Actions—Hornstein Revisited*, 6 U. Rich. L. Rev. 259 (1972) (ALI 원칙, 206면에서 재인용).

38) Hammond, *Stringent New Standards for Awards of Attorney's Fees*, 32 Bus. Law. 523, 524. (1977).

2. lodestar 방식

위와 같은 독단적인 재량권 행사에 대한 우려가 높아지자 1973년 Commerce Clearing House가 복잡한 소송의 지침(Manual for Complex Litigation)을 펴내어 집단소송에서 변호사보수 재정시 고려하여야 할 점을 제시하였다. 이 지침은 집단이 받은 이익과 관련하여 합리적인 보수만이 재정되어야 한다는 것을 기본적인 전제로 하면서, 보수의 상당성 판단을 전체 구제금액중 보수로서 지급할 액수의 비율을 정하는 것에 두는 것이 아니라, 시간과 노력, 보수지급결정이 공중의 이익 및 법원의 명성에 대해 미치는 영향을 기준으로 제시하였다.³⁹⁾

1973년 제3항소법원에서 위의 지침을 수용하여 보수액산정의 새로운 기준을 제시하였다. 흔히 lodestar 방식이라고 하는 것이다. 이 방식의 기본적인 발상은 변호사의 서비스의 가치에 비례하여 보수의 재정을 하는 것이라고 볼 수 있다. 이 방식의 골격은 원고의 변호사가 사건해결에 투입한 시간(time)에 시간당 보수(hourly rate)를 곱한 액수를 기본으로 한 후, 여기에 다른 여러 가지 요인을 고려하여 이 액수를 증감한다는 것이다.⁴⁰⁾ 여기서 투입시간에 시간당보수를 곱한 것을 lodestar라고 하고, 다른 요인들을 고려하여 정한 증감율을 배수(multiplier)라고 한다.

(1) 투입시간과 시간당보수

lodestar방식을 적용하는 경우에는 법원은 여러 가지 측면에서 재량권을 가지게 된다. 우선 변호사의 투입시간과 시간당보수를 정하여야 하고 배수도 결정하여야 한다. 우선 투입시간은 원고 변호사가 투입한 시간으로서 합리적이라고 판단되는 것이다. 원고주주의 변호사가 사건에 어느 정도의 시간을 투입하였는가는 원고주주와 변호사 측에서 입증하여

39) *Ibid* at 525.

40) 이 방식은 처음에는 집단소송에서 채택된 방식이었으나, 주주대표소송과 집단소송은 모두 대표소송(representative suit)의 성격을 가진다는 공통점을 가지고 있으므로 주주대표소송에서도 이용되고 있다(Cox, *op.cit.* at 447).

야 한다. 총 몇시간을 투입하였다는 막연한 주장으로는 불충분하고 증거 조사에 얼마, 변론에 얼마, 협상하는데 얼마의 시간이 투입되었고, 법무법인과 같은 경우 어떠한 지위에 있는 변호사가 투입되었는가 등 구체적으로 주장되어야 한다.⁴¹⁾ 또한 lodestar를 산정할 때 포함될 수 있는 시간의 범위에 대해서도 법원간에 의견이 일치하고 있지 않은데, 예를 들자면 일부 법원에서는 보수재정신청을 준비하는데 투입한 시간도 인정하는데 반하여 일부에서는 이를 인정하지 아니한다.⁴²⁾ 특히 공동자금사건에서는 보수재정신청을 준비하는데 투입한 시간은 공동자금 자체를 증가시키는 것은 아니므로 보수재정에서 인정될 수 없다고 한다.

일단 투입시간수가 결정되면 여기에 시간당 보수를 곱하여야 하는데, 이 부분도 빈번하게 다툼이 일어나는 부분이다. 당해 변호사가 통상적으로 책정하고 있는 시간당 보수를 기준으로 할 것인가 아니면 “동일한 능력을 가진 당해 지역의 변호사가 당해 사건과 같은 유형의 사건에서 시간당보수방식으로 수입료를 지급받기로 하는 경우 지급받았을 시간당 보수”⁴³⁾ 즉 시장가격(market rate)을 기준으로 상당성을 판단하여야 할 것인가가 문제이다. Blum v. Stenson 판결에서⁴⁴⁾ 42 U.S.C. §1988에 의해 규율되는 소송, 즉 민권(civil rights)관련 소송에서는 시장가격을 기준으로 함으로써 이 문제를 해결하였지만, 다른 상황에서도 이 원칙이 적용될지는 불분명하다.⁴⁵⁾

일반적으로 변호사의 시간당 보수는 시장가격에 의해 설정될 것이다. 변호사의 시간당 보수가 보통의 시장가격을 훨씬 상회하는 한도내에서는 변호사의 시간당 보수가 상당하지 않다(unreasonable)라는 결정이 정당화될 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 원고의 변호사가 소송이 계속된 지역의 변호

41) Hammond, *op.cit.* at 526.

42) Wright & Miller, 10 Fed. Prac. & Proc. Civ.3d s 2675.1 (이하 Wright & Miller, s 2675.1로 인용함).

43) City of Detroit v. Grinnell Corporation, 495 F.2d 448 (2d Cir. 1974).

44) 465 U.S. 886 (1984)(ALI 원칙, n.1 at 214에서 재인용).

45) ALI 원칙, n.3 at 216.

46) *Ibid* at 216.

사가 아니고 외부에서 왔고, 그 지역의 변호사 시간당보수가 외부에서 온 변호사의 시간당보수(또는 그 변호사가 활동하는 지역의 일반적인 시장가격)보다 낮은 경우에는 법원은 원고가 외부변호사에게 위임한 것이 합리적인가를 고려할 수 있다.⁴⁷⁾

(2) 기타 고려요소

이와 같이 lodestar가 결정되면 다른 요인들을 고려하여 그 액수의 조정이 이루어질 수 있다. 조정 여부는 일반적으로 법원의 재량에 속한다고 한다. 변호사보수액 산정에서 고려요소로서는 회사의 구제액, 사건에 투입된 시간, 사건이 얼마나 복잡하고, 난해하며 새로운 유형인가와 관련하여 요구되는 변호사의 능력, 사실관계 조사에 있어서 어려움의 정도, 상대방 변호사, 회계사, 다른 관련자의 능력, 변호사의 보수가 성공보수로 구성되는가 여부, 수입이 시간낭비로 될 위험, 비용, 이러한 소송으로 인하여 공중이 받게 되는 이익 등을 들 수 있다.⁴⁸⁾

변호사보수 부담 전환에 관한 성문법상의 규정이 있는 민권관련사건에서는 연방대법원은 위와 같은 요인들을 고려한 조정을 매우 예외적인 경우에만 인정하려는 태도를 보이고 있지만,⁴⁹⁾ 공동자금 사건에서는 대부

47) *Ibid.*

48) *Angoff v. Goldfine*, C.A.1st, 1959, 270 F.2d 185, 189 (Wright & Miller, s 1841).

49) *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886 (1984)에서 연방대법원은 민권관련사건에 관한 규정인 Title 42 §1988이 적용이 되는 사건에서 lodestar금액을 상향조정하는 것은 매우 예외적인 경우에만 허용될 수 있다고 판시하였다. 사건의 복잡성이나 사건이 새로운 유형이라는 점이나 변호사의 일반적 능력은 대개 시간당 보수를 책정하는데 반영되기 때문이다. 소송에 의한 발생한 결과(result obtained)에 따라 lodestar 금액을 상향조정하는 것도 아주 예외적인 경우에만 가능함을 밝히고 있다.(Wright & Miller, s 2675). *Blum* 사안에서의 연방대법원의 액수증감에 대한 한정적인 태도는 그 이후에도 계속 유지되었다. 민권관련 사건 뿐 아니라 성문법에 의하여 변호사보수부담이 전환되는 사건에서는 원고의 변호사가 사건을 성공보수 방식으로 수입하였기 때문에 패소할 경우 어떠한 보수도 받지 못하게 될 위험성은 lodestar 액수를 상향조정하는 근거가 될 수 없다고 판시하였다.(*Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air*, 483 U.S. 711

분의 연방항소법원은 이와는 달리 해석하고 있다.⁵⁰⁾ 특히 성공보수사건에서 패소할 위험성을 고려하여 lodestar 액수의 조정을 인정하는데, 이러한 조정이 없다면 패소시 변호사는 아무런 보수도 지급받지 못하게 되고, 승소시에도 자신이 투입한 노력에 따라서만 보수를 지급받게 되므로 변호사의 입장에서는 승소할 것이 확실한 경우만 성공보수방식으로 수임하게 될 것인바, 그 결과 제소가 필요한 경우에도 제소가 이루어지지 못하게 되는 점이 문제되기 때문에 변호사보수재정액의 상향조정이 필요하다는 것이다.

3. 법원의 태도

1973년이래 대부분의 주에서는 변호사보수 재정에 관하여 lodestar 방식을 채택하고 있지만, 주주대표소송과 같은 공동자금 사건에서는 퍼센트방식을 채택하는 예도 많다. 연방대법원은 Civil Rights Attorneys' Fees Awards Act (42 U.S.C. § 1988)의 해석에서는 퍼센트 방식은 적절하지 않고 lodestar 방식에 의하여 한다고 하였지만, 각주에서 공동자금 사건은 민권소송의 경우와는 다르다는 점을 밝힘으로써,⁵¹⁾ 공동자금이론에 기하는 주주대표소송에서는 퍼센트 방식이 적절하다는 것을 암시하고 있다.⁵²⁾ 이에 따라 일부 법원에서는 퍼센트 방식을 택하기도 하였지만, 통일된 기준이 적용되고 있지는 않다.

대다수의 연방항소법원은 공동자금사건에서는 연방지방법원이 각 사건마다 퍼센트방식이나 lodestar 방식 중 적절한 방식을 선택할 수 있다고 하고 있다. 그러나 제11항소법원과 District of Columbia 항소법원은 공동자금사건에서는 퍼센트방식이 적절한 변호사보수 산정방식이라고 하고 있고, 제2항소법원과 제5항소법원은 lodestar 방식만을 사용하고 있다.⁵³⁾

(1987)).

50) Wright & Miller, s 2675.1.

51) Blum v. Stenson, 465 U.S. 886 (1984).

52) ALI 원칙, n.1 at 214.

현실에 있어서는 양 기준은 어느 정도 접근하는 경향을 보이고 있다. 어떠한 방식을 적용할 것인가에 대해 재량권을 가지고 있는 연방지방법원에서조차 어떠한 방식을 택했건 변호사보수 재정액이 합리적이어야 한다는 것은 기본적인 요건이다. 따라서 퍼센트 방식을 택한 경우에도 법원은 보수재정액이 합리적인 것이 되도록 하기 위하여 lodestar 방식에서 이용되는 것과 동일한 요인에 대해 고려하는 것이 추천되고 있다. 그러나 이 경우 각 요소에 대해 어느 정도의 가중치를 두어야 할 것인가는 lodestar 방식을 택하였는가 아니면 퍼센트 방식을 택하였는가에 따라 차이가 날 수 있다.⁵⁴⁾ 한편 실제로 lodestar 방식을 사용하는 법원에서도 배수를 높게 인정함으로써 퍼센트 방식을 적용한 결과에서 크게 벗어나지 않는다는 실증적 연구결과도 있다.⁵⁵⁾

4. 양방식에 대한 평가

보수액 재정에 관한 양 기준 모두 완벽한 방법은 되지 못하고 각각 제 소인센티브를 왜곡하는 문제점을 가지고 있는 반면 합리적인 측면을 가지고 있다.

(1) lodestar방식에 대한 평가

lodestar 방식에서는 기본적으로 소송에 관하여 투여된 시간에 비례하여 보수액의 재정이 이루어진다. 따라서 변호사가 불필요하게 시간을 투여할 여지가 있고, 능력이 없어서 변호사가 많은 시간을 쓴 경우에 오히려 더 많은 보수를 받게 된다는 문제점이 있다. 또한 원고주주의 변호사 입장에서는 소송이 장기간 계속되면 더 많은 보수를 받을 수 있으므로 소송을 지연시킬 유인이 있다. 따라서 원고의 이익과는 관계없이 자

53) Wright,& Miller, s 2675.1.

54) Wright & Miller, s 2675.1.

55) Mowrey, *Attorney Fees in Securities Class Action and Derivative Suits*, 3 J. Corp. L. 267 (1978).

신의 이익을 위하여 합리적인 화해의 제의가 있어도 이를 수락하지 않을 우려가 있다. 그리고 이 방식하에서는 구제의 액수와 변호사의 보수액을 직접적으로 연관시키고 있지 않다. 이러한 후자의 요인이 회사에 비금전적 이익만이 귀속되는 유형의 대표소송 증가의 원인이라는 지적이 있다.⁵⁶⁾

더구나 lodestar 방식은 퍼센트 방식에 비하여 사실심법원의 부담을 증가시킨다는 문제점이 있다. lodestar 액수와 배수를 계산하는데 고려하여야 할 요인들의 범위가 넓기 때문이다. lodestar 방식에 대한 가장 의미 있는 비판은 실제로 이 방식을 만들어낸 제3항소법원에서 나왔는데, 제3항소법원의 1985년 ‘법원이 재정하는 변호사보수 작업팀 보고서’(Report of the Third Circuit Task Force Report)에서는 이 방식을 “보수재정신청을 준비하고 평가함에 있어서 부담스럽고 진을 빼는 현실을 무시하는 절차”라고 비판하였다. 작업팀은 모든 공동자금사건에서의 비용상환은 공동자금의 일정 비율로 결정될 것을 제시하였다. 작업팀은 이 방식에 의할 때 불필요하게 변호사가 시간을 증가시키는 유인을 제거하고 조기단계의 신속한 화해를 촉진하며, 변호사와 법원 양자에게 시간을 소모하는 서류작업을 감소시킬 수 있으며, 보수상환결정의 예측 가능성을 제공한다는 점을 강조하였다.⁵⁷⁾

반면 lodestar방식의 장점도 주목할만하다. 첫째, 이 방식은 집단소송이나 주주대표소송에서 변호사가 소송에 기여하는 정도에 비해 과도한 보수를 받는다거나 소송이 시기상조의 화해로 종료될 우려를 감소시킬 수 있다. 둘째, 배수를 lodestar와 분리시킴으로써 소송과 관련하여 소모한 시간을 시간당보수 외의 요인, 예를 들자면 위험이나 소송의 이익 등의 넓은 범위의 요인과 조응할 수 있도록 한다. 셋째, lodestar방식은 변호사로 하여금 당해 사건에 대해 어느 정도까지 계속해서 시간을 투입

56) Coffee, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative actions*, 86 Colum. L. Rev. 669, 720-728 (1986).

57) Court Awarded Attorney Fees: Report of the Third Circuit Task Force (1985), reprinted 108 F.R.D. 237 (1985) (Cox, *op.cit.* at 448에서 재인용).

하는 경우에 이익이 될 것인가를 산정하도록 한다.(marginal value of continuing to spend time on the case) 청구의 가치를 증가시키지 못하는데 시간을 투입하는 경우에는 보상을 받지 못할 상당한 위험이 있기 때문에 그러한 행위를 피하도록 한다는 이점이 있다.

(2) 퍼센트 방식에 대한 평가

퍼센트 방식에서는 변호사의 보수는 구제금액에 비례하여 인정되므로, lodestar방식 적용시의 문제점은 피할 수 있다. 그러나 이 방식도 그 자체의 약점이 있다. 이 방식 하에서는 원고주주의 최선이 이익이 아닌 경우에도 소송이 시기상조의 화해로 종료될 위험이 있다.⁵⁸⁾ 또한 금지명령이나 형평법상의 구제와 같이 이익을 계량화하기 힘든 비금전적인 구제가 이루어진 경우에는 적용이 쉽지 않다.⁵⁹⁾ 더 나아가 이러한 방식의 적용은 변호사에게 횡재를 가져올 수 있는바, 여기에 대한 일반국민의 법감정상 비판을 초래할 수 있고 이는 더 나아가 법에 대한 존경심 상실로 이어질 수 있다.⁶⁰⁾

(3) 미국법률가협회의 제안

미국 법률가협회(American Law Institute)는 1992년 발간한 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations에서는 회사지배구조에 관한 고찰을 하면서 주주대표소송에 관하여 의견을 제시하였다. ALI 원칙은 이와 같이 충돌하는 두 입장 중 어느 하나를 선택하지 않고, “어떠한 경우에도 변호사 보수는 원고가 회사를 위하여 획득한

58) 퍼센트 방식이 소송을 조기에 종료시키는 효과가 있는가에 대해서는 상반된 의견을 보이고 있다. Clermont and Curri van, *Improving on the Contingent Fee*, 63 Cornell L. Rev. 529 (1978)에서는 퍼센트 방식의 시기상조의 화해를 촉진시킨다고 하였지만, Trubek, Sarat, Gelstiner, Kritzer & Grossman, *The Costs of Ordinary Litigation*, 31 U.C.L.A. L. Rev. 72, 108-09 (1983)에서는 실증연구의 결과 시기상조의 화해를 뒷받침하는 증거가 없다고 결론짓고 있다.(ALI 원칙, 207면).

59) ALI원칙, 207면.

60) *Ibid.*

구제(비금전적 구제를 포함하여)의 가치의 합리적 비율을 넘어서는 안된다”라고 하여 양자를 조화시켰다.⁶¹⁾ 퍼센트 방식을 보수액의 상한으로 설정한 것이다. 이렇게 함으로써 lodestar 방식이 문제점 즉, 변호사가 기본적으로 투입시간에 따라 보수를 지급받기 때문에 소송을 지연시킬 유인이 있다는 점에 대한 부분적 해결책을 제공하고 있다.

61) ALI 원칙, §7.17.

제 3 장 현행법상 주주대표소송의 소송관련비용 부담

제3장 현행법상 주주대표소송의 소송관련비용 부담

제1절 서설

우리나라는 소송비용은 패소자가 부담하여야 한다는(민사소송법 제89조) 점에서 미국과는 차이가 있다. 그러나 여기서의 소송비용이란 당사자가 소송을 수행하는데 지출한 모든 비용을 말하는 것이 아니고 인지액 등 민사소송비용법에 의하여 인정되는 매우 한정된 범위의 것과, 변호사의 보수 중 변호사보수의소송비용산입에관한규칙에 따라 인정되는 일정액만이 포함된다(민사소송법 제99조의2). 그러나 이와 같은 소송비용은 전체 소송관련비용의 일부분에 지나기 않기 때문에, 우리나라에서도 역시 미국과 마찬가지로 주주대표소송에서 변호사 보수를 포함한 원고주주의 소송관련비용을 회사에 부담시킬 수 있도록 하고 있다.

그럼으로써 일단 원고주주가 제소를 하는데 있어서의 장애를 완화하는 기초를 제공하고 있기는 하지만, 그 해석에 있어서 명확하지 않은 부분도 존재하고, 이러한 규정으로 제소의 장애요인 완화가 충분히 될 수 있다고 볼 수 있을지에 대해서는 검토가 필요하다.

현재까지 우리나라에서는 주주대표소송이 시민운동의 일환으로서 제기되고 있을 뿐인데, 그 중 판결이 선고된 것은 제일은행의 이사에 대한 주주대표소송밖에 없고 그나마 현재 항소가 되어 판결이 확정되지 않았기 때문에 변호사보수 등 소송관련비용의 상환에 대한 구체적 사례는 집적되지 않은 상황이기 때문에 합리적인 해석의 기준을 마련하는 것은 중요한 의미를 갖는다.

이하에서는 현행법상 주주대표소송의 소송관련비용 부담규정의 해석에 대하여 살펴본다. 현재 우리나라에서는 주주대표소송의 다른 측면에 대한 연구는 어느 정도 존재하지만 변호사보수 등 소송관련비용부담에 관한 연구는 없으므로 일본의 해석과 미국의 해석을 참고하기로 한다. 특히 우리나라의 규정은 일본 상법의 규정과 기본적인 구조에 있어서는 동

일하므로 일본에서의 해석론은 상당부분 우리나라에서도 그대로 적용될 수 있는 것으로 보인다.

제 2 절 소송관련비용의 부담규정과 그 근거

1. 현행법상 소송관련비용 부담규정

현행 상법에서는 주주대표소송에서 “소를 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용외의 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다”(상법 제403조)고 규정하고 있고, 증권거래법에서는 그 범위를 더욱 확장하여 주권상장법인이나 협회등록법인의 경우에는 제소한 주주가 “승소한 때에는 회사에 대하여 소송비용 기타 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있다”(증권거래법 제191조의13 제5항)고 규정하였다.

일본에서도 소송비용은 패소자가 부담하여야 함은 우리나라와 마찬가지로 이다. 이 경우 소송비용이란 일본 민사소송비용등에관한법률 제2조에서 규정하고 있는 것으로 한정되는바, 소송수행에 소요된 모든 비용을 청구할 수 있는 것이 아님은 우리와 동일하다. 여기에 더하여 우리나라에서는 승소한 당사자의 변호사보수도 일부는 소송비용에 산입되는데 반하여 일본에서는 민사소송법상 변호사보수의 소송비용에의 산입 규정이 없기 때문에 변호사보수는 완전히 소송당사자가 각자 부담하여야 한다. 이러한 원칙에 대한 예외로서 일본 상법에서도 주주대표소송의 경우에는 승소한 주주는 소송관련비용의 상환을 회사에 청구할 수 있도록 하였다. 즉, 주주대표소송을 제기한 주주가 승소한 경우에는 “그 소송을 수행하는데 필요하다고 인정된 비용으로서 소송비용이 아닌 것을 지출한 때 또는 변호사에게 보수를 지급해야하는 때에는 주주는 회사에 대하여 그 비용의 액의 범위 내 또는 보수액의 범위 내에서 상당한 액의 지급을 청구할 수 있다”(일본상법 제268조의2제1항)고 규정하고 있다.

우리나라의 상법규정과는 변호사보수와 소송비용을 제외한 소송관련비용을 분리하여 규정하고 있다는 점을 제외하고는 대체로 그 기본적인 구조는 일치한다. 일본에서 변호사보수와 다른 소송관련비용을 분리하여 규정하고 있다는 차이점도, 일본에서는 변호사보수는 소송비용에 포함될 여지가 전혀 없는데 반하여 우리나라에서는 변호사보수의소송비용산입에 관한규칙에서 인정하는 범위 내에서는 소송비용에 포함된다는 점에서부터 소송의 실비액에 변호사보수도 포함된다고 해석할 수 있으므로 질적인 차이가 있는 것은 아니라고 할 수 있다.

그렇다면 우리나라와 일본 양국 모두에서 소송관련 비용상환은 첫째, '제소주주'가, 둘째, '승소'한 경우, 셋째, 소송으로 인한 비용 중 상법의 경우에는 상당한 금액의 지급청구를, 증권거래법의 경우에는 모든 비용을 회사에 대하여 지급청구 할 수 있다는 것으로 요약할 수 있다.

2. 상법과 증권거래법의 차이

상법상 주주대표소송에서 승소한 주주가 청구할 수 있는 것은 소송비용외의 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액이고, 증권거래법에 의하면 소송비용 기타 소송으로 인한 모든 비용이다. 여기서부터 양자의 비교가 필요하다.

첫째, 소송비용 즉, 민사소송비용법에 의하여 인정되는 소송비용과 변호사보수의소송비용산입에 관한 규칙에 의하여 소송비용에 산입되는 변호사보수액의 부담에 대해서는 상법과 증권거래법상 차이가 있다. 상법에서는 소송비용 '외의'라고 규정함으로써 소송비용은 패소한 이사가 부담하도록 하고 있는데 반하여, 증권거래법에서는 소송비용 '기타'라고 규정함으로써 소송비용도 회사에 상환청구할 수 있음을 명시하고 있다. 따라서 상장법인이나 협회등록법인의 주주대표소송에서 승소한 원고는 소송비용에 한해서는 패소한 이사와 회사 양자에 대하여 청구권을 가짐으로써 중첩적으로 보호된다. 2000년 11월에 입법예고된 상법개정안에서는 원고주주의 보호를 두텁게 하기 위하여 증권거래법과 마찬가지로 소

송비용도 회사가 부담할 것을 제안하고 있다(상법개정안 제405조).

둘째, 상법에서는 ‘실비액’을 회사가 부담하도록 하고 증권거래법에서는 ‘소송으로 인한 모든 비용’을 부담하도록 하고 있는바, 실비액이라고 하면 주주가 직접 소비한 경비만을 의미하는 느낌이 있기 때문에 양자에 질적인 차이가 있는 것이 아닌가 생각될 수 있다. 그러나 실비액을 이렇게 좁게 해석할 필요는 없을 것이다. 실제로 우리나라 문헌 중에서도 변호사보수를 가장 대표적인 실비액의 예로 들어서 설명하고 있다.⁶²⁾ 다만 상법상 실비액에 변호사에 대한 보수지급액이 포함되는지에 대하여 논란이 있으므로 증권거래법에서 그러한 논란의 여지를 없애기 위한 입법으로 이해된다고 한다.⁶³⁾ 따라서 양자의 용어 차이에도 불구하고 질적인 차이가 있는 것은 아니라고 생각된다. 현재 입법예고된 상법개정안에서는 실비액이 위와 같은 오해를 불러 일으킬 우려가 있으므로 실비액 대신 ‘소송으로 인하여 지출한 비용’이라고 규정하여 명확함을 기하였다.

셋째, 상법에 의하면 원고주주의 실비액 전부를 회사가 부담하는 것은 아니고, 그 중 상당한 금액에 대해서만 청구를 할 수 있다. 그러나 증권거래법에서는 이러한 제한없이 소송으로 인한 모든 비용의 상환을 청구할 수 있다. 이 규정은 승소한 주주가 보다 용이하게 비용상환을 받을 수 있도록 한 취지로 보인다.⁶⁴⁾ 그러나 이를 문언상으로만 보면 승소주주가 과도한 변호사보수를 지급한 경우에도 어떠한 제한도 없이 회사가 이를 부담해야 하고, 경비를 얼마나 방만하게 소비하였는가와 상관 없이 회사가 지급을 해야 한다는 해석이 가능한 것으로 보인다. 이러한 결과는 아무리 주주대표소송을 활성화하기 위한 것이라고 하여도 정당화될 수 없을 것이므로 이렇게 해석할 수는 없을 것이다.⁶⁵⁾ 적어도 公序에 의

62) 정찬형, 『제1개정판 상법학강의(상)』 (1999) 813면.

63) 김석연, 위의 논문, 25면.

64) 최기원, 『제10次大訂版 신회사법론』 (2000) 644면.

65) 미국에서도 변호사보수 등 소송관련비용 부담의 전환은 어떠한 제한도 없이 이루어지는 것은 아니고 법원의 재량에 따라 그 금액을 산정하도록 되어 있고, 예를 들어 당사자가 일정한 액수의 성공보수를 약정하였다고 하더라도 그 약정액을 인정하여야 하는 것은 아니다(앞의 제2장 제3절 참조).

한 제한은 받는다고 해석하고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 제한을 긍정한다고 해도 상법상의 주주대표소송의 경우보다는 비용인정의 범위가 넓어질 것이다.

제 3 절 승소주주의 비용지급청구권의 특징

우리나라의 주주대표소송에서 비용부담규정은 승소한 '주주'가 회사에 대하여 비용의 지급을 청구할 수 있다는 구조를 가지고 있고, 상법상 승소한 주주의 '실비액'이라는 용어를 사용하고 있는 점을 고려한다면 주주대표소송에서 승소한 주주가 지출한 비용의 전보를 받는다는 차원의 규정이라고 할 수 있다. 이를 미국의 경우와 대비시켜 보자면 원고주주의 공동자금에 대한 청구권을 인정한 Greenough 판결의 단계에 머물고 있다고 할 수 있을 것이다. 이 점에서 우리나라의 주주대표소송에 관한 비용부담규정은 미국의 주주대표소송의 비용부담의 경우와 근본적으로 차이가 있다.

미국에서는 소극적으로 제소주주에 대한 비용을 전보해 준다는 차원을 넘어서, 여러 가지 비난에도 불구하고 변호사의 이익추구동기에 의존하여 부족한 주주의 제소인센티브를 보완하고 있다. 전적인 성공보수계약에 따라 제소주주는 어떠한 비용도 지급하지 않고, 실제로 변호사가 모든 비용을 부담하여 소송을 진행해 나가는 경우가 많다. 따라서 변호사에게 인정되는 보수는 실비액이라는 개념과는 상관없이 소송으로 인하여 회사가 얻은 이익에 대한 참여를 인정된 것이라고 파악할 수 있고, 이는 변호사가 패소시 손해를 볼 위험을 부담한다는 것을 배경으로 하고 있다. 이러한 접근 방법은 물론 남용의 위험도 있지만 이를 허용하지 않는다면 결국 주주대표소송은 제기되기 어렵다는 현실을 인식한 것이다.

따라서 우리나라 현행법상 주주대표소송의 비용부담 규정을 해석할 때는 미국의 논의를 참조할 수 있지만, 이러한 근본적인 시각의 차이를 염두에 두어야 할 것이다.

66) 김석연, 위의 논문, 25면.

제 4 절 원고주주의 승소

1. 승 소

소송관련비용은 우선 원고주주가 승소한 경우에만 상환을 청구할 수 있다. 따라서 승소의 의미가 무엇인가가 문제된다. 일단 전면승소의 경우에는 당연히 상환청구권이 인정된다고 볼 수 있지만, 원고의 청구가 일부만 인용된 일부승소의 경우, 2인 이상의 이사에 대하여 소가 제기된 경우 일부이사에 대해서만 승소판결이 선고된 경우에는 어떻게 취급할 것인가가 문제된다. 이와 같은 경우에도 원고주주의 비용상환청구권은 인정되어야 할 것이다. 전면적인 승소이건 일부승소이건 회사에 이익이 귀속되었다는 점에서는 차이가 없기 때문이다.⁶⁷⁾

2. 확정판결의 필요성

다음으로 문제되는 것은 승소한 때 비용상환을 청구할 수 있다는 의미가 판결이 확정된 후를 가리키는 것인가 아니면 판결이 확정되기 전의 각 심급단계에서 청구할 수 있는 것인가이다. 일반적으로는 주주대표소송의 판결 확정 후에 행사할 수 있다고 해석하여 왔지만,⁶⁸⁾ 최근에는 이와 달리 판결이 확정되지 않은 상태에서 각 심급마다 소송관련비용상환청구권을 인정하여야 한다는 견해도 있다.⁶⁹⁾

67) 上柳克郎, 鴻 常夫, 竹内昭夫編, 『新版注釈会社法第2補卷』(1996), 38-39면(이하 上柳克郎外, 第2補卷으로 인용함); 石角完爾, “勝訴株主の費用請求權の範圍” 『法律のひとば』 第47巻8号 (1994) 19면; 민형기, 위의 논문, 199면.

68) 上柳克郎, 鴻 常夫, 竹内昭夫編, 『新版注釈会社法(6)』(1987) 380면 (이하 上柳克郎外, 新版注釋會社法으로 인용함); 上柳克郎外, 第2補卷, 38-39면; 久保利英明, 中村直人, 『株主代表訴訟と役員の責任』(1983) 56면; 遠藤直哉, 牧野 茂, 村田英行, “日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解”, 『商事法務』 No.1363 (1994.8.5) 61면; 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 『訴える側の株主代表訴訟—その論理と手続の実際』(1994) 117면.

69) 石角完爾, 위의 논문, 19-20면.

(1) 각심급마다 청구할 수 있다는 견해

제1심의 승소판결이 선고된 단계에서 비용 등의 상환청구권의 행사를 인정하여야 한다는 견해는 판결이 확정될 때까지는 너무 오랜 시간이 걸리므로 주주의 부담이 증가하여 제소가 지나치게 위축될 수 있다는 점을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 이 견해는 다음을 근거로 하고 있다. 첫째, 원고주주에 의한 변호사보수 지급은 관행상 착수금과 성공보수의 형태로 지급되는데, 성공보수는 각 심급마다 각각 결정되는 것이 보통이다. 따라서 판결이 확정되기 전에 소송관련비용상환청구권의 행사를 인정하여야 한다.⁷⁰⁾ 이렇게 해석하지 않으면 변호사는 대법원의 상고심이 종결될 때까지 장시간에 걸쳐 경제적 부담이 과도하게 된다. 둘째, 주주대표 소송의 조문상 ‘승소한 때’라고 규정하고 있을 뿐이지 승소판결이 ‘확정’된 경우라고 규정하고 있지 않으므로 조문을 문리해석하면 각 심급마다 청구할 수 있다는 해석이 가능하다.⁷¹⁾

이렇게 해석한다면 상급심에서 하급심의 판결이 파기되어 최종적으로 원고주주의 패소가 확정된 경우에는 원고주주가 수령한 소송관련비용을 부당이득으로 회사에 반환하여야 할 것인가의 문제가 발생한다. 이에 대해서도 첫째, 반환을 인정하면 결국은 판결확정시까지 소송관련비용 상환청구권의 행사를 주저하게 되어 원고주주측의 경제적 부담을 판결확정시까지 연장시키는 결과가 된다는 것과, 둘째, 원고주주와 변호사간의 보수지급계약에서는 대개 상급심에서 패한 경우에 하급심의 착수금, 성공보수를 반환한다는 약정은 없을 것이기 때문에 반환을 인정한다면 결국 주주가 스스로 부담을 할 수밖에 없으므로 주주의 부담이 가중된다는 것을 이유로, 제소주주가 악의가 아닌 한 부당이득으로서 반환할 필요는 없다고 해석해야 한다고 주장한다.⁷²⁾ 이렇게 생각한다면 제1심에서 승소하고 피고이사가 항소하였으나 항소심에서도 제소주주가 승소한 경우

70) 石角完爾, 위의 논문, 19면.

71) 石角完爾, 위의 논문, 20면.

72) 石角完爾, 위의 논문, 20면.

에는 항소심에서의 비용을 제1심에서의 비용과 별도로 청구할 수 있게 된다.⁷³⁾

(2) 확정판결이 필요하다는 견해

위와 같은 견해를 비판하면서 소송관련비용의 상환청구는 주주대표소송의 승소판결이 확정된 후에야 가능하다는 견해도 있다. 이 입장에서는 첫째, 승소판결의 확정이 불필요하다는 견해는 승소주주가 상급심에서 패소한 경우에 악의로 제소한 경우가 아닌 한 부당이득반환의무는 없다고 하지만 이는 근거가 없다. 소송비용의 재판은 각 심급에서 행해지는 것임에도 불구하고, 상소심에서 재판을 변경하는 경우에는 소송비용의 재판이 당연 실효하여 소송비용의 재판을 다시 할 필요가 있는 점에(민사소송법 제96조) 비추어 보아도 타당하지 않다. 둘째, 성공보수액을 각 심급마다 결정하는 관행이 있다고 하더라도, 이와 달리 정할 수도 있다. 셋째, 주주 및 변호사의 경제적 부담에 관해 심급마다 회사에 대하여 보수상환청구를 하여도 회사가 임의로 지급하지 않는 경우에는 보수상환청구를 반복할 수밖에 없으므로 반드시 원고측의 경제적 부담이 경감되는 것은 아니라는 점을 근거로 하고 있다.⁷⁴⁾

(3) 사 견

소송관련비용의 상환청구를 하기 위해서 판결확정시까지 기다려야 한다면 확실히 원고주주와 변호사측의 부담이 증가하여 제소가 위축될 우려가 다분하고, 이러한 점은 우리나라에서와 같이 주주대표소송이 활성화되지 않은 경우에는 더욱 심각한 문제라고 할 수 있다. 그러나 주주대표소송 제기의 적절한 인센티브 제공의 방법으로서 판결이 확정되기 전에 소송관련비용의 상환청구권을 인정한다는 것은 정책적인 측면에서 입법론으로서는 몰라도, 해석론으로서는 이러한 결론을 내리기가 힘들다고

73) 石角完爾, 위의 논문, 20면.

74) 金子広直, “株主代表訴訟における弁護士報酬の問題(二)”, 『民商法雑誌』 第113卷3号 (1995) 399면 (이하 金子広直, 辯護士報酬Ⅱ로 인용함).

생각된다. 상급심에서 원고주주의 승소판결이 파기된 경우에는 상환받은 금액의 반환문제가 발생하므로 법률관계가 복잡해진다는 것을 고려한다면 좀 더 신중하게 접근하는 것이 바람직하다고 생각한다.

3. 화 해

원고주주와 피고이사가 화해한 경우도 ‘승소한 때’에 해당하여 원고주주가 부담하는 소송관련비용을 회사에 상환청구 할 수 있는가가 문제된다. 이사의 회사에 대한 책임을 인정하여 배상금을 지급하여야 한다는 내용의 화해가 있으면 회사가 실질적으로 이익을 얻었다는 점에서는 승소판결을 받은 경우와 동일하므로 이 경우도 ‘승소한 때’에 해당된다고 생각할 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 견해는 미국에서도 당연한 것으로 취급되고 있다.

제 5 절 지급의 범위 및 액수

소송으로 인한 실비액(상법) 또는 소송으로 인한 모든 비용(증권거래법)에는 변호사보수뿐 아니라 각종 필요경비가 있지만, 중요한 부분을 차지하는 것은 변호사보수이다. 특히 우리나라에서는 현재 주주대표소송이 주주가 직접적으로 조사를 하여 이사의 책임을 추궁하기보다, 아직까지는 이사의 위법행위 등이 정부의 조사 등으로 밝혀진 이후에 제기되는 수준이기 때문에 변호사 보수 외의 필요경비는 그리 중요한 고려요소가 되고 있지 못하다. 또한 변호사보수와 필요경비는 제소인센티브에 미치는 영향에 차이가 있다. 필요경비는 순수히 제소주주의 비용을 전보한다는 의미를 가지고 있는데 반하여, 변호사보수는 제소주주의 측면에서는

75) 石角完爾, 위의 논문, 20면; 上柳克郎外, 第2補卷, 38-39면. 일본에서는 이 경우 회사가 원고주주와 피고이사가 제멋대로의 화해를 하였다는 것을 이유로 소송관련비용 상환청구권에 대하여 다투는 것이 가능한가에 대해서 논하면서, 회사가 소송참가를 하였다면 되었을 것이기 때문에 다투 수 없다고 해석하는 견해도 있다(石角完爾, 20면). 그러나 일본과 달리 우리나라에서 화해는 법원의 허가를 얻어야 하므로 이러한 문제는 발생하지 않는다고 할 수 있다.

위와 같은 의미를 가지지만, 변호사 자체의 인센티브에 영향을 미침으로써 주주대표소송의 활성화 및 남용의 변수가 될 수 있다. 따라서 이하에서는 소송으로 인한 실비액 또는 소송으로 인한 모든 비용의 상환범위를 변호사보수와 필요경비의 부분으로 나누어서 고찰한다.

1. 변호사보수

변호사보수의 상환금액을 어떻게 정할 것인가는 주주대표소송의 제소 인센티브와 직접적으로 관련이 있다는 점에 딜레마가 있다. 변호사보수 상환액이 과도하면 주주 및 회사와는 이해관계가 일치하지 않는 변호사가 주도하는 소송이 남용될 가능성이 있는데 반하여, 변호사보수상환액을 과소하게 인정한다면 주주로서는 승소가 거의 확실시되는 경우에만 제소할 유인이 있으므로 주주대표소송을 통한 경영감독이라는 역할이 미흡하게 된다. 여기에 바로 변호사보수상환범위 인정의 어려움이 있는 것이다. 이하에서는 이 점을 염두에 두면서 상당한 금액의 인정기준에 대하여 고찰한다.

(1) 미지급 변호사보수의 청구권

제405조에서는 “소송비용 외의 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는데, 여기서 실비액이라는 용어를 사용함으로써 원고주주가 변호사에게 직접 보수를 지급하지 않고 보수약정액을 회사에 청구하여 이를 지급받아 변호사에게 주는 것이 가능한가, 아니면 일단 원고주주가 보수를 지급한 후에야 회사에 대해 상환을 청구할 수 있을 것인가가 명확하지 않다. 이 문제는 원고주주와 변호사간에 성공보수약정에 따라 소송을 수행하여 승소한 경우에 발생하게 된다.

여기에 대해서 비용이라고 하는 것은 일단 지급이 이루어지고 난 후의 문제이지, 아직 지급되기 전에는 비용으로 계상될 수 없는 것이므로 제 405조가 적용되기 위해서는 일단 원고주주가 승소한 때 변호사에게 보

수를 지급한 후 회사로부터 상환을 받아야 하는 것으로 해석할 여지가 있다. 이 문제는 주권상장법인이나 협회등록법인에 대한 주주대표소송에 있어서도 마찬가지이다.

일본 93년 개정 전 상법에서는 대표소송을 제기한 주주가 승소한 경우에 “변호사에게 보수를 지급해야 하는(支拂すべき) 때는 주주는 회사에 대하여 그 보수액의 범위 내에서 상당한 액의 지급을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있었다. 이러한 규정하에서는 우리나라에서와 마찬가지로 일단 주주가 보수를 지급한 후 상환청구를 하여야 하는 것인가 하는 의문이 있을 수 있었다. 그러나 93년 상법개정에서는 위에서도 살펴본 바와 같이 필요경비에 관해서는 ‘지출한 때’(支出したる)라고 규정하면서, 변호사보수에 대해서는 ‘지급해야하는 때’(支拂すべき)라고 양자를 구별하여 규정함으로써, 변호사보수는 지급하고 난 사후에만 청구할 수 있는 것이 아니라는 해석을 도출해 낼 수 있도록 하고 있다.

승소한 주주가 변호사보수를 지급하지 않고 지급약속만을 하고 있는 경우에도 변호사보수상환청구권을 인정하는 경우는 제조주주와 변호사가 과도한 보수를 약정한 후 상환을 청구할 위험성이 더 커진다고 볼 수 있을 것이다. 승소한 주주가 일단 실제로 금전을 지급해야만 하는 경우에는 아무리 사후에 상환을 받는다고 하더라도 일시적으로 자금을 지출해야 하는 부담이 있으므로 부적절한 보수약정을 할 우려가 지급전에 보수청구권을 인정하는 경우보다는 약간은 덜하게 될 가능성이 있다. 그러나 상환액수는 상당한 금액으로 한정되고 여기에 대해 다툼이 있다면 뒤에서 살펴볼 것처럼 궁극적으로 법원이 판단하게 될 것이므로 지급전에 청구할 수 있다고 하여도 크게 무리는 없으리라고 판단된다. 이렇게 해석하는 것이 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙에서 소송비용에 산입되는 변호사보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 ‘지급할’ 보수액의 범위 내에서 일정액을 소송비용에 산입하고 있는 것과도 균형이 맞을 것이다.⁷⁶⁾

76) 물론 이 경우에는 산입되는 비용이 보수약정액과의 관계 없이 소송물가액의 일정비율로서 정하여지므로 남용의 우려가 없기는 하다.

(2) 상당한 금액

1) 상당한 금액으로의 한정 의미

변호사보수는 기본적으로 변호사와 제소주주간의 사적인 약정에 따라 정해진다. 따라서 변호사보수를 회사가 부담한다는 것과 사적 약정에 의하여 지급한 액수 전액을 부담시켜야 한다는 것은 별개의 문제이다. 당사자가 약정하여 지급한 금액 전액에 대한 무조건적인 상환을 인정한다면 제소주주와 변호사간에 과도한 보수약정을 한 후 지급을 청구할 위험이 있기 때문에 상법에서는 상당한 금액만을 지급하도록 하는 것이다.

이러한 한정은 과도한 비용상환청구를 방지하고자 하는 것인데, 다른 한편으로는 제소주주가 승소를 하는 경우에도 일부 비용은 스스로 부담할 수 있기 때문에 주주대표소송 제기를 기피할 우려가 있다. 따라서 여기서 상당한 금액이란 원고주주와 변호사가 불합리하게 고액의 보수계약을 하였어도 법원의 인정에 의하여 회사가 그 일부의 지급을 면할 수 있다는 소극적인 의미로 해석해야 할 것이라고 한다.⁷⁷⁾

2) 상당한 금액의 입증

승소주주의 변호사보수상환청구에 대하여 회사가 이의 없이 이를 지급한 경우에는 문제가 될 것이 없는데, 회사가 상당성을 다투는 경우에는 현행법 하에서는 결국 승소주주가 회사에 대하여 변호사보수상환청구소송을 제기하는 절차를 밟음으로써 법원의 판단을 받게 된다. 이 경우 상당성의 입증책임을 누가 부담하여야 할 것인가? 주주가 상당성의 입증을 하여야 할 것이라는 견해가 일반적이지만,⁷⁸⁾ 입증책임을 회사가 부담하여야 한다고 해석하는 견해도 있다.⁷⁹⁾

77) 竹内昭夫, “株主代表訴訟の活用と濫訴防止”, 『商事法務』 No.1329 (1993.8.5) 38면.

78) 上柳克郎外, 第2補卷, 38면; 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 114면.

79) 이태중, 위의 논문, 258면.

3) 상당한 금액의 기준

그렇다면 법원은 어떠한 기준에 입각하여 상당한 금액 여부를 판단하여야 할 것인가? 이와 같은 변호사보수액 산정의 기준은 앞에서 살펴본 바와 같이 미국에서도 확립된 기준이 없다.

변호사보수에 관해서는 과거에는 대한변호사협회의 규정으로서 『변호사보수기준에관한규칙』이 있었지만, 이것이 부당한 카르텔이라는 지적을 받아 폐지된 이후에는 보수지급방식 및 액수의 결정은 당사자의 자율에 맡겨져 있다. 이 규칙의 존재 당시에도 실무상 강제성을 가지고 있지는 못하였지만, 상당성 판단에서 일응의 기준은 될 수 있었을 것이다.⁸⁰⁾ 그러나 어떠한 규율도 없는 상황에서는 상당한 금액 판정의 지침이 될만한 것이 존재하지 않기 때문에 문제가 있다.

주주대표소송에 있어서 회사에 대한 변호사보수 상환청구의 경우는 아니지만, 일반적인 소송에서 의뢰인과 변호사간의 보수약정액이 상당한가에 대한 우리나라 대법원 판례에 따르면 변호사의 보수는 당사자가 자유롭게 약정할 수 있는 것이 원칙인데, 다만 그 보수액의 약정이 상당한 금액을 초과한 경우에는 신의성실 원칙에 반하여 무효라고 판시하면서 상당성 여부의 판단에서 고려할 사항으로서 사건 수입의 경위, 사건의 경과와 난이정도, 소송물가액, 승소로 인하여 당사자가 얻는 구체적 이익과 소속변호사회 보수규정 및 의뢰인과 변호사간의 관계, 기타 변론에 나타난 제반 사정을 참작하여 결정함이 상당하다고 판시하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 사항들은 주주대표소송에서 회사가 부담하여야 하는 변호사보수의 상당성을 판단함에 있어서도 참고가 될 수 있을 것이나 주주대표소송이라는 특수성으로 인하여 수정이 되어야 할 필요도 있을 것이다.⁸²⁾

80) 일본에서는 일본변호사연합회보수등기준규정에 따른 것은 상당성이 원칙적으로 입증되었다고 하는 견해가 있다(日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 115면).

81) 대법원 1995.12.5. 선고 94다50229 판결(공1996상, 187면); 대법원 1995.4.25. 선고 94다57626 판결(공1995, 1945면).

82) 실비액의 상당성 여부는 승소판결에 의하여 얻은 회사의 이익, 소송의 결과, 당해 비용의 승소에의 기여도 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다는 설명도 있다

여기에서 더 나아가 미국의 lodestar 방식에서 고려하는 요소들이 참고가 될 수 있을 것이다. 즉, 회사의 구제액(승소로 인하여 회사가 얻은 이익), 사건에 투입된 시간, 사건이 얼마나 복잡하고, 난해하며 새로운 유형인가와 관련하여 요구되는 변호사의 능력, 사실관계 조사에 있어서 어려움의 정도, 상대방 변호사, 회계사, 다른 관련자의 능력, 변호사의 보수가 성공보수로 구성되는가 여부, 수입이 시간낭비로 될 위험, 비용, 이러한 소송으로 인하여 공중이 받게 되는 이익 등을 생각해 볼 수 있지만,⁸³⁾ 우리나라 현실에서 이러한 요소들이 모두 고려될 수 있는 사항인지는 현행법의 해석상으로는 의문이 있다.

4) 구체적 검토

① 소송물가액

우선 고려요소 중의 하나로서 소송물가액을 들 수 있는데, 현재 주주대표소송은 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것으로 취급한다(민사소송등인지법 제2조4항, 민사소송등인지규칙 제15조1항). 따라서 소가는 1천만100원이다(민사소송등인지법 제2조4항). 그렇다면 회사가 부담해야 할 변호사보수액의 상당성을 판단할 때 고려요소로서 소송물가액이란 1천만100원을 의미하는 것인가가 문제된다. 민사소송등인지법에서 주주대표소송을 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것으로 규정한 이유는 두가지 측면에서 생각해 볼 수 있을 것이다. 이 규정의 취지상으로는 청구금액을 기준으로 소가를 산정하면 주주대표소송에서 청구금액이 거액인 경우에는 첩부하여야 할 인지액이 거액이 되어 주주대표소송의 제기가 사실상 불가능해진다는 점을 고려한 것이다. 그리고 이를 정당화하는 근거는 원고주주는 승소를 하여도 자신이 직접적

(민형기, 위의 논문, 199면).

83) 미국에서의 고려요소들은 각각의 판례에 따라 달리 인정하고 있어 통일된 기준은 아니다. 일흥증권주주대표소송변호단은 개개의 구체적 소송에 있어서 사건의 난이도, 경중, 절차의 복잡성, 소송의 진행경과, 승소판결에 의하여 회사가 얻은 이익 등 각종의 요소 등을 고려하여 결정하여야 하는데, 일반론으로서 어느 정도의 액이 상당한가를 설명하기는 어렵다고 하고 있다(日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 114면).

으로 경제적 이익을 받는 것은 아니고 회사에 경제적 이익이 귀속하게 되므로⁸⁴⁾ 소가를 산정할 수 없는 소로 볼 수 있다는 것이다.

주주대표소송에서 회사가 변호사보수를 부담하는 것은 대표소송에 의하여 회사가 이익을 얻기 때문이다. 따라서 변호사보수도 제소주주의 이익이 아니라 회사의 이익을 기준으로 하는 것이 타당하다.⁸⁵⁾ 대표소송을 소가산정의 관계에서 비재산권상의 청구로 한 것과 변호사보수를 정하는 방법은 상관이 없다고 봐야 한다.⁸⁶⁾

② 승소로 인하여 회사가 얻은 이익의 액수

상당한 금액 산정에서는 회사가 얻은 이익이 중요한 고려요소가 될 수 있을 것인데, 승소로 인하여 회사가 얻은 이익이란 이론상 주주대표소송의 판결에서 피고 이사가 지급을 명령받은 배상금액, 현실로 회사가 회수한 액, 회수가 예상되는 액 등 여러 가지 견해가 있을 수 있다.⁸⁷⁾ 이에 따라 상당한 금액의 판단에 대하여 다툼이 발생할 여지가 많다. 특히 이 문제는 주주대표소송의 청구금액이라든가 배상금액은 거액이지만 회수할 가능성은 많지 않은 경우 더 문제가 될 수 있을 것이다.⁸⁸⁾

우선 주주대표소송에서의 배상금액이 상당한 금액의 상한이어야 한다는 점에는 이론이 없을 것이라고 생각된다.⁸⁹⁾ 1992년 의뢰인과 변호사간의 변호사보수약정액이 신의성실원칙에 반하는가에 대한 판단에서 대법원은 피고에 대한 집행가능성이 희박하다는 사실 등의 실제 구제의 가능성도 고려한 것으로 보인다.⁹⁰⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때, 실제에서는

84) 물론 주주는 회사의 이익이 증가하면 회사에 대한 지분비율에 따라 이익을 받지만, 그 이익을 산정하는 것은 쉽지 않다.

85) 家近正直, “株主の代表訴訟”, 『ジュリスト』 No.1027 (1993.7.15) 20면.

86) 家近正直, 위의 논문, 20면.

87) 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 115면에서는 배상금의 범위 내에서 현실로 회수 가능한 액 및 예상액을 고려하여 상당성을 판단한다고 논하고 있다.

88) 제일은행 주주대표소송의 제1심판결에서는 제소주주가 전부 승소하여 제일은행 전·현직경영진 4인에 대하여 합계 400억원의 손해배상금 지급 판결이 선고되었는 바, 피고들이 그 정도의 재력이 있을 것이라고는 생각되지 않는다.

89) 金子広直, 弁護士報酬Ⅱ, 403면.

90) 대법원 1992.3.31 선고, 91다29804판결 (공1992, 1404면)에 의하면 11개월간

법원은 판결에 의해 지급을 명받은 액의 범위 내에서 현실로 회수할 수 있었던 액 및 회수가 예상되는 액을 고려하여 상당한 금액을 판단할 것으로 예상된다.⁹¹⁾⁹²⁾

③ 회사가 얻은 이익에 비금전적 이익이 고려될 수 있는가?

미국에서 변호사보수 재정시의 고려요소인 회사가 얻는 이익이란 금전적 이익뿐 아니라 비금전적 이익도 포함되는 것으로 해석되고 있다.⁹³⁾

소송이 진행되는 동안 9차례에 걸친 변론기일을 통하여 4회에 걸쳐서 준비서면을 제출하고 증인 2인을 소환하여 신문하는 등 소송을 수행한 결과 1심법원에서 피고 중 2인에게 각자 8천만원과 지연손해금, 그 중 1인에게 별도로 1억7천200만원과 지연손해금의 지급을 구하는 청구를 인용한 사건에서 착수금을 2000만원, 성공보수를 3000만원으로 약정한데 대하여, 성공보수는 1천100만원이 적절하고, 이를 초과하는 부분은 신의성실의 원칙에 반하여 무효라고 판시하고 있다. 이 판결에서 대법원은 상당한 금액의 여부는 소송이 특별히 복잡·중대하여 장기간이 소요되었다거나, 원고가 유난히 많은 정성을 들였는가, 대한변호사협회의 변호사보수기준에관한규칙 및 소송비용에 산입되는 변호사보수, 사건수임의 경위, 변호사의 변호의 적절성, 일부피고에 대해서는 의제자백으로 승소함, 청구가 인용된 피고는 소재불명이고 가압류해 놓은 재산도 없어서 집행가능성이 희박한데다가 부동산을 가압류해 놓았던 다른 피고 등에 대하여는 모두 패소하였다는 사실 등을 고려하였다.

91) 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 115면에서는 이론상으로는 판결에 의해 지급을 명령받은 액을 기준으로 산정하여야 할 것이지만, 실제로는 위와 같이 상당성을 판단할 것이라고 한다.

92) 이 문제에 관하여 일본에서는 착수금에 대해 주주대표소송의 변호사보수상환청구권의 성질과 관련하여 논하고 있는 견해가 있다(金子広直, 弁護士報酬Ⅱ, 404면. 이 견해는 주주대표소송에서 변호사보수 상환청구권을 사무관리에서 유익비상환청구권의 성격을 가지고 있다고 파악한다. 그렇다면 사무관리의 유익비청구는 사무관리의 결과 여부에 의하여 좌우되지 않으므로 실제로 회사가 배상금을 받았는가를 묻지 않는다고 해석할 수 있고, 따라서 청구금액을 기준으로 일본변호사협회의 보수규정에 따른 액을 착수금으로 지급하였다면 청구금액과 판결에 있어서의 배상금액에 차이가 난다고 하여도 착수금 전액을 회사에 대하여 청구할 수 있다고 해석한다. 또 이러한 원고주주와 변호사의 보수액에 관한 합의는 회사가 피고이사에 대하여 손해배상청구를 하는 경우에 회사와 변호사간의 합의와 동일한 내용이라는 점도 타당하다고 한다. 이렇게 함으로써 상당한 금액의 기준이 명확해짐에 따라 승소주주의 청구에 응하는 회사가 임의로 변호사보수를 지급할 것이 기대될 수 있다고 한다. 그러나 이 견해는 예를 들자면 청구금액을 기준으로 1000만원의 착수금을 지급하였는데, 배상금액은 100만원인 경우에도 회사가 변호사보수를 상환하여야 한다는 결론이 나올 수 있으므로 타당하지 않다고 생각한다.

93) 제2장 제1절 2. 참조.

이러한 결론은 우리나라의 주주대표소송의 구조상 허용될 수 있을 것인가? 우리나라의 주주대표소송은 미국과는 달리 이사의 손해배상책임만을 대상으로 하고 있기 때문에 이러한 해석은 허용되기 어려울 것이다.

④ 소송의 위험성의 고려

미국에서는 주주대표소송이 거의 전면적 성공보수방식에 의해 수행되므로 소송에서 패소하면 어떠한 보수도 받지 못하게 될 위험성도 변호사 보수 재정에서 고려될 수도 있다. 우리나라에서도 이 점이 고려요소가 될 수 있을 것인가?

일단 착수금을 지급하는 경우에 대해서는 변호사는 소송의 성패와 관계 없이 원고주주에 대해 일정액의 채권을 가지는 것이므로 소송의 위험성을 고려할 여지 자체가 없다. 한편 착수금을 지급하는 경우에도 성공보수방식을 병행하기도 하고 또한 현행법상 성공보수만으로 소송을 수행하는 것이 금지되는 것이 아니므로 이러한 방식에 의해 소송을 수행하는 경우에는 소송의 위험성이 상당한 금액 판단의 고려요소가 될 수 있을 것인가? 소송의 위험성을 고려한다는 것은 변호사가 주주대표소송의 실질적 이해관계자라는 것을 배경으로 하고 있는데, 성공보수 부분에 한해서는 변호사는 소송의 성패에 직접적 이해관계를 가진다. 따라서 성공보수 약정이 있는 부분에 한해서는 상당한 금액의 판단에서 소송의 위험성을 고려할 수 있을 것이다. 그 결과 상당한 금액이 관대하게 인정된다면 착수금을 받지 않고(또는 소액만 받고) 성공보수방식만으로 소송을 수행하고자 하는 변호사도 등장할 것이고, 그렇다면 원고주주는 비용부담에 대한 걱정 없이 제소를 할 수 있게 될 것이다.

⑤ 상당한 금액의 최고한도

미국에서는 변호사의 직접적 청구권이 인정되기 때문에 변호사와 의뢰를 한 원고간의 보수약정액이 얼마인가는 변호사에게 지급되어야 하는 보수재정액의 결정에 영향을 미치지 않는다. 법원은 재량에 의하여 보수액을 재정할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 원고주주의 비용을 보상한

다는 의미이기 때문에 변호사보수에 관련하여 상당한 금액이란 보수약정액을 초과할 수 없다.

5) 상당한 금액이 아니라고 판단된 경우에 보수약정의 효력

원고주주가 보수약정을 하였으나 법원에서 그 액수가 상당한 금액이 아니라고 결정한 경우 주주는 법원이 명한 금액과 약정액과의 차액을 스스로 지급해야 할 것인가? 일본에서는 법원이 명한 금액을 변호사에게 지급하면 족하다고 해석해야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있다고 하지만⁹⁴⁾ 근거를 밝히고 있지 않아 당부를 판단할 수가 없었다.

현재 대법원에서는 변호사보수에 대하여 다툼이 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 약정액을 지급하여야 하지만 제반사정을 고려하여 신의성실 원칙에 반한다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위를 초과한 보수약정은 그 초과부분에 한하여 무효라고 판시하고 있다. 이 원칙은 의뢰인과 변호사간의 보수약정에 관하여 직접적으로 상당성 여부를 판단하는데 반하여, 주주대표소송에서 변호사보수의 상당성 판단은 회사에게 부담시키는 것이 상당한가의 측면에서 따지는 것이므로 의뢰인과 변호사간의 관계에서 보수의 상당성을 따지는 것과는 직접적인 관련은 없다고 볼 수 있을 것이다. 그렇다면 의뢰인과 변호사간의 보수약정의 효력은 신의성실의 원칙에 입각하여 판단하여야 할 문제이다. 다만 이 경우 회사에 대한 상환청구가능 금액이 하나의 고려 요인은 될 수 있을 것이다.

(3) 제소주주 스스로가 변호사인 경우

제소주주 자신이 주주대표소송의 변호사인 경우에 스스로의 변호활동의 보수를 승소한 제소주주로서 회사에 청구할 수 있을 것인가? 이를 인정한다면 상법에서 인정하고 있지 않은 원고주주에 대한 보수를 인정하는 것이 되기 때문에 허용될 수 없다고 보아야 할 것이라는 견해가 있

94) 竹内昭夫, “株主代表訴訟制度”, 『ジュリスト』 No.1050 (1994.8.1-15) 159면.

다.⁹⁵⁾ 또한 미국에서는 집단소송의 경우에 집단의 대표적 구성원이자 집단의 변호사의 지위를 공유하는 것을 허용하지 않았다.⁹⁶⁾ 변호사로 보수에 대한 이익과 집단의 이익이 충돌하기 때문이다. 주주대표소송에서 원고주주가 변호사인 경우에는 자신의 변호사로서의 이익을 우선시할 위험이 있으므로 이 경우에는 보수청구권은 인정될 수 없다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 변호사가 원고주주가 되고 원고주주인 변호사가 알고 있는 다른 변호사에게 의뢰하여 변호활동을 행한 경우에는, 변호사자격을 가진 주주라는 것 또는 실질적으로 작업을 한 것은 변호사인 원고주주라는 이유 때문에 제3자인 변호사에 대한 보수를 부인할 수 없을 것이다.⁹⁷⁾

2. 필요경비

(1) 필요경비의 범위

변호사 보수 외에 소송으로 인한 실비액에는 여러 가지 필요경비가 포함될 수 있을 것이다.⁹⁸⁾ 제소주주가 지출한 비용이 상환을 받을 수 있는가는 결국 ‘소송으로 인한 비용’인가 여부에 달려 있다고 볼 수 있는바, 이는 일본에서 말하고 있는 소송을 수행하는 데 필요하다고 인정될 수 있는가와 동일한 의미라고 생각할 수 있을 것이다.

여기서 문제가 될 수 있는 것은 종래 일본의 해석론에서는 필요경비를 회사가 스스로 제소하였다면 필요했을 비용이라고 해석하는 견해가 있었

95) 石角完爾, 위의 논문, 26면.

96) *Lowenschuss v. Bluhdorn*, 613 F.2d 18 (CA2), cert. denied 449 U.S. 840 (1980)(DeMott, *op.cit.* §6:27에서 재인용).

97) 石角完爾, 위의 논문, 26면.

98) 일본에서는 개정 전에는 대표소송에서 원고주주가 승소한 경우에 변호사에게 보수를 지급한 때에는 회사에 대하여 그 보수액의 범위 내에서 상당한 액의 지급을 청구할 수 있다고만 규정하고 있었으므로 필요비용도 상환을 받을 수 있을 것인가가 불분명하였으나, 95년 상법개정에서 변호사보수 외에도 소송을 수행하는데 대하여 필요하다고 인정되는 비용으로서 소송비용이 아닌 것을 지출 한 때에는 회사에 대하여 그 비용의 액의 범위 내에서 상당한 액의 지급을 청구할 수 있음(일본상법 제268조의2 제1항)을 명시하였다. 그러나 우리 상법은 소송으로 인한 실비액이라고 규정하고 있기 때문에 필요비용이 포함된다고 해석하는데 무리가 없다고 생각한다.

다.⁹⁹⁾ 이러한 입장에서는 제소주주가 자료조사비용을 지급하였는데, 회사가 제소하는 경우라면 자료조사의 비용이 소요되지 않았을 경우라든가, 제소주주가 지방에서 거주하기 때문에 교통비가 소요된다든가 하는 경우에는 이러한 비용을 필요경비에 포함될 수 없다는 것으로 연결될 가능성이 있다. 그러나 이와 같이 해석하는 것은 제소주주에게 부담을 가중시켜 주주대표소송의 제기에 장애요소가 될 것이다. 이는 기본적으로 주주대표소송의 성격을 회사를 대위하여 회사의 소권을 행사하는 대위소송으로 볼 것인가 아니면 주주들을 대표하여 하는 집단소송 내지 대표소송의 성격을 가지는 것이냐에 대한 시각차이에 입각하고 있는 것이라고 볼 수 있는데,¹⁰⁰⁾ 주주대표소송은 양자의 성격을 모두 가지고 있다는 점에서 위와 같은 해석론을 택할 필요는 없다고 본다.

필요경비의 예로서는 피고의 책임에 관한 사실관계의 조사에 소요된 비용, 소송위임과 협의를 위한 변호사와의 통신에 소요된 비용, 변호사사무실에서의 왕복여비, 서류제출의 목적으로 법원에 출두한 왕복여비, 소송을 위해 위임한 사법서사에 대한 제비용,¹⁰¹⁾ 법률적 쟁점에 대하여 상법학자에게 감정을 청구한 때의 감정비용,¹⁰²⁾ 부동산이라든가 1주당 가액과 같이 사실관계에 대한 감정비용,¹⁰³⁾ 가처분이나 증거보전신청 등의 비용이 예가 될 수 있다. 그러나 이러한 비용을 지출한 경우 항상 필요비용으로 인정될 수 있는 것은 아니고, 결국 소송으로 인한 비용인가에 대한 판단이 필요하다. 이하에서는 필요비용 여부 판단에서 문제가 될 수 있는 경우에 대하여 간단히 살펴보기로 한다.

99) 北沢正啓, 『株式會社法研究』(1976) 311면 注1; 大隅健一郎, 今井広, 『新版會社法論中 I』(1983) 254면(上柳克郎外, 新版注釋會社法, 381면에서 재인용).

100) 주주대표소송의 성격에 대한 논의는 김건식, 위의 논문, 168-170면; 양석완, 위의 논문, 434-439면 참조.

101) 上柳克郎外, 第2補卷, 38면.

102) 座談會, “改善と今後の問題点”, 『商事法務』No.1329(1993.8.5) 30면 吉戒 발언.

103) 石角完爾, 위의 논문, 23면.

1) 가치분 신청시 보증금 및 신청인 패소의 경우

사실관계조사를 위하여 각종 장부 등의 열람청구를 하였는데 회사가 거부를 하여 가치분신청을 한 경우, 여기에 소요된 변호사비용과 보증금 등의 비용도 상환을 받을 수 있을 것인가가 문제된다. 가치분의 경우의 보증금은 납부한 원고에게 반환되는 것이 원칙이기 때문에 실비액이라고 볼 수 없다.¹⁰⁴⁾ 피신청인회사측에 대하여 가치분으로 입은 손해의 배상을 하여야 하는 경우에는 보증금이 이에 충당되지만, 그러한 경우에도 손해배상금은 주주대표소송의 필요비용이라고 볼 수 없다.¹⁰⁵⁾

가치분에서, 예를 들자면 기업비밀과 주주전체의 이익에 손해가 된다는 이유로 또는 보전의 필요성이 없다는 이유로 제소주주의 가치분신청이 기각된 경우는 그 비용의 상환을 회사에 청구할 수 있을 것인가? 결국은 소송을 행하는데 필요하다고 인정되는 비용인가의 여부에 달려 있게 되는데, 일률적으로 가치분 신청이 기각되었다는 것만으로 소송을 행하는데 필요하다고 인정되는 비용이 아니라고 결론지을 수는 없다고 생각한다. 주주대표소송을 수행하는데 불필요하다는 이유로 가치분신청에서 패소한 것이 아니기 때문이다. 원고주주로서 합리적으로 과실 없이 필요하다고 생각되는 가치분이었다면 가치분의 성부에 관계없이 비용청구권을 인정하여야 한다.¹⁰⁶⁾

2) 증거보전신청 각하의 경우

증거보전을 행하는 비용은 어떠한 것인가. 이 경우 주된 비용은 변호사보수이다. 증거보전결정이 내려지면 당연히 사실관계조사비용에 인정될 것이지만, 증거보전신청이 改竄, 은닉, 인멸의 우려가 없다는 이유로 각하된 경우라고 하더라도 소를 행하는데 필요한 비용이 아니라는 판단으로 직결되지는 않고, 주주에게 과실 없이 개찬, 은닉의 우려가 있다고

104) 石角完爾, 위의 논문, 22면.

105) 石角完爾, 위의 논문, 22면.

106) 石角完爾, 위의 논문, 22면.

판단하여 증거보전을 신청하였다면 필요비용이라고 할 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾

3) 주주대표소송제소요건을 충족시키기 위한 비용

우리나라에서는 미국이나 일본과 달리 주주대표소송제기권은 단독주주권이 아니다. 따라서 제소요건을 충족시키기 위해서는 일정 비율 이상의 주주를 모집하는 활동이 필요하다. 여기에 소요된 비용은 소송을 수행하는데 필요한 비용이라고 할 수 있을 것이다.

4) 회계장부열람청구를 위한 위임장 권유 비용

상법이나 증권거래법상 주주의 회계장부열람청구의 요건을 갖추지 못한 주주가 주주대표소송을 제기하는 경우가 발생할 수 있는데, 이 경우 제소주주가 회계장부열람청구권의 행사를 위하여 위임장의 제출을 권유하는 서류를 발송하여야 할 것이다. 그 권유장의 인쇄대금 및 권유장발송의 우편대금등도 필요비용에 포함된다고 볼 수 있을 것인가가 문제된다. 이를 부정한다면 회계장부열람청구의 요건을 갖추지 못한 주주는 실질적으로 주주대표소송을 위한 장부열람청구권을 행사할 수 없게 될 것인바, 이는 입법자의 의도는 아닐 것이다.¹⁰⁸⁾

5) 민사소송비용법상의 소송비용을 초과하는 비용

민사소송비용법에 소송비용으로 인정되는 것은 상법상으로는 회사에 대하여 상환을 청구할 수 없고 패소자가 부담하게 된다. 이 경우 민사소송비용법상 소송비용으로서 열거되어 있는 것 중 동법에서 정한 액 이상을 지급한 경우 초과액은 회사에 대하여 상환청구를 할 수 있을 것인가?

형식적으로 해석한다면 회사는 소송비용 외의 소송으로 인한 실비액의 부담하는 것이기 때문에, 본래 소송비용에 해당하는 것이라면 법정액이 저액이라도 그 이상 회사가 부담할 필요비용에는 해당되지 않는다고 할

107) 石角完爾, 위의 논문, 22면.

108) 石角完爾, 위의 논문, 22면.

수 있다. 그러나 원고주주가 변호사에게 의뢰한 것을 전제로 변호사보수의 청구를 인정하고 있는 취지로부터 보자면, 형식상 소송비용이 아닌 비용이라도 민사소송비용법의 정한 액이 저액인 경우에는 그것을 초과하는 액으로서 합리적인 범위 내라면 소송수행필요비용으로서 상환청구를 인정해야 할 것이다.¹⁰⁹⁾

(2) 상당한 금액

필요비용의 경우도 상당한 금액의 범위 내에서만 상환을 받을 수 있다. 복수의 원고주주가 중복하여 지출한 비용은 ‘상당한 액’은 아니라고 인정될 가능성이 있다. 예를 들자면 원고측 주주가 복수 존재하여 각각 독자적으로 동일항목의 조사비용을 지출한 경우 등도 이중으로는 인정되지 않을 것이다. 따라서 원고주주상호간에 연락을 밀접하게 할 필요가 있을 것이다. 물론 개개의 원고주주가 지출한 교통비 등은 당연히 개개로 인정되어야 할 것이다.¹¹⁰⁾

(3) 미지급 필요경비의 청구

필요경비의 경우에도 현실적으로 지급하기 전에 회사에 대하여 지급을 청구할 수 있을 것인가가 문제된다. 변호사보수의 경우와 마찬가지로 긍정되어야 할 것이다. 일본에서는 비용상환에 관한 조문에서 변호사보수에 관해서는 ‘지급해야 할 때’로 규정하여 현실의 지출을 요하지 않도록 하였는데 반하여, 필요경비에 대해서는 ‘지급한 때’라고 대비하여 규정한 것에서부터 필요경비는 현실적으로 지급한 것, 즉 이미 지급이 된 것을 요한다고 해석하고 있다.¹¹¹⁾ 변호사보수의 경우는 성공보수를 염두에 두고 이와 같이 달리 규정한 것으로 보인다. 그러나 성공보수 약정에 기하여 승소한 원고주주가 보수지급의무를 부담하던 또는 필요경비지급채무를 부담하던 모두 원고주주가 금전지급채무를 부담한다는 점에서는 동일

109) 家近正直, 위의 논문, 21면.

110) 石角完爾, 위의 논문, 24면.

111) 石角完爾, 24면.

하다. 그렇다면 양자를 구별할 필요가 있는지 의문이다. 주주대표소송에 있어서 비용부담에 관한 규정의 취지는 주주의 부담을 덜어주고자 하는 것임을 생각할 때 필요경비도 지급 전에 회사에 대하여 청구할 수 있다고 해석할 수 있을 것이다.

제 6 절 소송관련비용 지급의 신속성 및 확실성

주주대표소송에서 승소주주의 소송관련비용의 상환이 규정되어 있다고 하여도 실제 지급이 확보되지 않고 장기간이 소요된다면 이러한 비용부담전환규정의 취지는 많이 퇴색하게 된다. 소송관련비용 지급의 신속성 및 확실성을 보장하기 위한 방안의 강구가 필요하다. 이 문제에 직접적으로 영향을 받는 것은 주주이지만, 주주가 변호사에게 미리 지급을 하지 않은 경우에도 청구할 수 있다고 한다면¹¹²⁾ 실질적으로는 변호사의 이해관계에 영향을 줌으로써 제소인센티브와 밀접한 관계가 있게 된다.

1. ‘원고주주’의 소송관련비용 지급의 신속성 및 확실성

피고이사가 회사의 대주주라든가, 변호사보수의 상당성이 다투어지는 등의 이유로 회사가 주주의 변호사보수상환청구에 임의로 응하지 않는 경우에는 현행법상으로는 소송관련비용의 지급절차에 관한 규정이 없으므로 결국 회사에 대해 소송관련비용 상환청구소송을 제기하여 승소판결을 얻어 강제집행을 하여야 할 것이다. 그렇다면 실제로 제소주주가 지급을 받기 위해서는 주주대표소송에서 승소하고도 상당기간을 기다려야 한다. 따라서 이를 단축하기 위하여 주주대표소송과 제소주주의 소송관련비용상환청구의 병합을 생각해 볼 수 있다.¹¹³⁾

112) 앞의 제3장 제5절 1. (1) 참조.

113) 일본에서는 몇 가지 방안에 대해 검토가 이루어지고 있다. 우선 주주대표소송은 대위소송의 성질을 가지므로 승소주주의 회사에 대한 변호사보수상환청구권은 다른 채권자의 채권의 보존을 위한 공익비용으로서 회사의 총재산상에 우선특권을 취득한다는 해석(일본민법 제306조, 307조), 변호사의 보수상환청구권이 사무관리에 있어

병합의 가부를 판단하기 위해서 우선 두 소송은 원고는 동일하지만 피고가 이사와 회사로서 차이가 있으므로 주관적 병합의 요건을 갖추었는가를 살펴보아야 하는데, 소송관련비용 상환청구소송은 주주대표소송으로 인한 비용의 상환을 청구하는 것이므로 동일한 사실상, 법률상 원인에 기인하는 것으로 볼 수 있어(민사소송법 제61조) 주관적 병합의 요건을 구비하고 있다고 해석하는 것은 가능한 것으로 보인다. 일본에서도 양 소송은 모두 회사가 소를 제기하지 않았다는 동일한 사실에 기한 것이기 때문에, 소송절차가 현저히 복잡해지지 않는 한, 회사에 대한 변호사보수의 상환청구의 소를 주주대표소송에 병합하는 것을 인정할 수 있다고 한다는 견해가 있다.¹¹⁴⁾

다음으로 소송관련비용상환청구권은 주주대표소송의 승소판결이 확정된 후에만 행사할 수 있기 때문에 미리 소를 제기할 수 있어야 한다는 것이 병합여부를 검토하기 위한 전제이다. 일본에서는 이를 장래이행의 소로서 보고, 예를 들자면 피고 이사가 회사의 대주주라는 이유로 주주대표소송에 원고주주가 승소하여도 회사가 변호사보수의 지급에 응하지 않을 것이 명백한 경우에는 미리 소를 제기할 필요성이 있다고 해석하고 있다.¹¹⁵⁾

그러나 이러한 해석은 논리적으로는 약간 문제가 있다고 생각된다. 조건부청구권의 경우에는 적어도 기초관계의 원인은 성립되어 있어서 조건을 고려하지 아니하더라도 이행의무가 성립되어 있으므로 조건이 성취되면 그 효력이 발생하게 되어 있는 경우이어야 하는데,¹¹⁶⁾ 주주대표소송이 확정되기 전에는 상환해야 할 소송관련비용의 발생여부 및 범위를 확정할 수 없는 것이기 때문에 장래의 이행의 소로서 청구하는 것은 약간

서 유익비상환청구권의 성격을 가지므로 위임계약에 있어서 비용의 선급청구와 담보제공의 규정을 준용한다는 견해이다(일본민법 제702조제2항, 650조제2항)(金子広直, 弁護士報酬Ⅱ, 400-403면 참조). 그러나 우리나라와는 민법상의 규정이 차이가 나므로 이는 우리나라에서 검토할 여지는 없다.

114) 金子広直, 弁護士報酬Ⅱ, 401-402면.

115) 金子広直, 辯護士報酬Ⅱ, 401-402면.

116) 송상현, 『전정판 민사소송법』(1993) 306면.

의 무리가 있다고 생각된다.

이러한 논리적인 문제점 외에도 양자를 병합하여 심리하는 경우에는 주주대표소송이 소송관련비용의 상당성 판단에 대한 심리 때문에 지연될 우려가 있다. 또한 상급심에서 승소판결이 번복되는 경우에는 무익한 재판을 하게된다는 난점이 있다는 것 등을 고려한다면 양자의 병합의 인정은 무리가 있다고 생각한다.

2. '변호사'의 보수 지급의 신속성 및 확실성

(1) 변호사의 권리행사

제소주주가 변호사에게 보수를 지급한 후 회사에 대하여 그 상환을 청구하는 경우에는 문제가 없지만, 제소주주가 회사에 대하여 자신이 변호사보수를 지급하기 전에 먼저 상환청구를 하는 경우에는 회사의 상환금액은 변호사가 아니라 제소주주에게 지급되게 된다. 따라서 변호사의 제소주주에 대한 보수청구권의 확보가 문제된다. 미국에서는 이 문제는 변호사가 공동자금에 대하여 직접적인 청구권을 가지고 있다는 논리에 의하여 해결되지만, 우리나라에서는 이러한 해석을 할 수는 없다. 소송관련비용 지급청구를 할 수 있는 것은 승소한 주주로 명시되어 있기 때문이다.

이 경우 승소한 원고주주가 회사에 대한 보수상환청구권을 행사하지 않는 경우 변호사의 구제방법이 무엇인가에 대해 생각해 볼 필요가 있다. 우선 고려해 볼 수 있는 방법으로는 민법상 채권자대위권의 행사와 임의적 소송신탁이 있다. 민법상 채권자대위권에 의하는 경우에는 채무자, 즉, 원고주주가 무자력이 아닌 경우에는 변호사에게 대위권이 인정되지 않고, 원고주주가 무자력인 경우에도 대위를 위해서는 입증 필요하므로 충분한 대책이 되지 못한다.¹¹⁷⁾ 임의적 소송신탁의 경우는 현행법

117) 물론 승소주주가 무자력이 아닌 경우에는 변호사는 승소주주에게 약정에 따라 직접 보수를 청구하면 될 것이기 때문에 회사에 상환청구를 고려할 필요가 없다. 다만 승소주주가 무자력인 경우에는 채권자대위를 위해서는 여러 가지 입증이 필요하다는 점에서 불편함이 있다.

상 법령상의 근거가 없이는 허용되지 않는다고 하므로 법률에 근거가 없는 한 인정하기 곤란하다. 다만 학설상으로는 소송수탁자가 그 소송수행에 정당한 법률상의 이익을 갖는 경우 허용할 수 있다고 한다. 변호사의 경우 원고주주의 소송관련비용 상황에 관하여 자신의 보수청구권의 확보라는 정당한 법률상의 이익을 갖게 되므로 이러한 학설에 따른다면 임의적 소송신탁이 가능할 수 있다. 그러나 판례는 이를 인정하고 있지 않으므로 변호사보수약정시 변호사에게 상환청구권에 대한 소송수행권을 수여하는 계약을 체결할 수 있다는 근거조문이 없는 이상 소송신탁이 허용될 수 없을 것으로 보인다.

(2) 제소전화해의 이용

일본 サンライズ 사건은 다액의 주식투자에 의해 일본 サンライズ사에 손해를 준 3인의 이사에 대하여 주주가 대표소송을 제기하여 1심에서는 승소(약 2억9천5백만엔의 인용액)하였으나, 그 후 항소심에서 화해(1억3천만엔)한 사안이다. 이 사건은 주주대표소송에 있어서 화해와 관련하여 매우 흥미로운 여러 가지 문제점을 제기하고 있지만,¹¹⁸⁾ 여기에서 논하고 있는 부분과 관련하여서는 다음과 같은 화해가 이루어졌다. 피고의 지급의무는 회사에 대하여 부담하는 것임을 확인하였으나, 그 지급방법으로서는 ‘원고에 대하여’ ‘원고변호사의 소송대리인변호사의 예금계좌에 송금하여 지급한다’라고 정하였다. 이에 앞서 제소전 화해로서 원고주주의 변호사와 일본サンライズ사간에¹¹⁹⁾ 그때까지 부담한 실비 일체와 변호사보수를 화해금중에서 지급하는 계약을 체결하였다. 그 내용은 장래의 실비도 회사가 부담하고 변호사보수는 원칙적으로서 금후 취득하는 액의 10%로서 요하는 시간과 노력에 따라 증감을 협의한다는 것이었다. 그 후 제2심이 화해로 종료하게 되어 상고심까지 이르지 않게 되었기 때

118) 高橋宏志, “株主代表訴訟と訴訟上の和解—民事訴訟法學の觀點から、『商事法務』 No.1368 (1994.10.5); 遠藤直哉, 牧野 茂, 村田英行, “日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解”, 『商事法務』 No.1363 (1994.8.5) 등 참조.

119) 여기서 주주대표소송에서 제소당한 이사가 대표이사로서 회사를 대표하였다.

문에 그 시점에서 회사와 협의하여 착수금을 포함하여 변호사보수를 총 취득액의 약9%(1천2백만엔)으로 하는 감액을 하였다. 변호사보수는 원칙적으로 화해조서에는 기재가 되어 있지 않지만, 소송대리인변호사가 이를 수령하여 변호사보수·실비 등을 공제하고 잔금을 변호사가 회사에 대하여 지급하는 것으로 하였다. 이러한 구도에 따라 원고주주의 소송대리인인 변호사가 수령한 화해금에서 변호사보수와 실비를 공제한 액수를 변호사가 회사에 지급하고 있다. 이러한 방법을 통하여 변호사보수와 소송관련비용의 지급이 확보될 수 있을 것이다. 다만 이 방법은 회사와 원고주주간의 화해가 이루어졌으므로 가능한 것이다.

제 4 장 소송관련비용 부담의 개선방안

제 1 절 상법개정안에 대한 검토

1. 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용

현행상법에서는 승소주주는 소송비용 외의 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있는데 반하여, 2000년 11월 입법예고된 상법개정안에서는 ‘소송비용 및 기타 소송으로 인하여 지출한 비용중’ 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이는 두가지 의미를 가지고 있는데, 첫째, 현행상법하에서는 소송비용은 패소한 이사의 부담인데 반하여, 이 부분도 회사에 상환청구를 할 수 있도록 함으로써 승소원고를 중첩적으로 보호하는 것이다. 증권거래법과 마찬가지로의 규정을 한 것이다. 둘째, 실비액을 소송으로 인하여 지출한 비용으로 수정함으로써 변호사보수도 실비액의 범위에 포함되는가에 대한 논란의 여지를 없앤 것이다. 실비액이라는 개념에 변호사보수가 포함되는가에 대한 논란의 여지를 없앤다는 점에서뿐만 아니라 실비액이란 표현이 너무 비용측면에 치우친 표현이기 때문에 변호사보수나 필요경비의 상당성을 판단할 때 제약적으로 작용할 우려가 있다는 점에서도 개정안이 이를 수정한 것은 타당하다고 생각한다.

다만 개정안에서는 소송으로 인하여 ‘지출한’ 비용중이라고 규정하였는바, 현행법하에서는 승소주주가 변호사보수라든가 필요경비를 아직 지급하지 않고 있는 경우에도 비용상환을 받을 수 있다고 해석할 여지가 있지만,¹²⁰⁾ 상법개정안에 의하면 승소주주가 소송관련비용을 지급하기 전에는 상환을 청구할 수 없다고 해석해야 할 가능성이 더 높아졌다. 그러나 이 부분은 주주대표소송의 활성화에서는 실제적으로 큰 걸림돌이 될 수 있으므로, 미지급의 소송관련비용도 상환청구 할 수 있음을 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다.

120) 앞의 제3장 제5절 1.(1) 참조.

2. 상당한 금액의 제한 존치

증권거래법에 의하면 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데 반하여, 현행상법에서는 비용 중 '상당한 금액'의 지급을 청구할 수 있도록 제한을 하고 있다. 상법개정안에서도 이 부분에 대해서는 수정을 하고 있지 않다. 승소주주의 권리행사를 용이하게 함으로써 주주대표소송을 활성화한다는 차원에서는 증권거래법과 같은 접근방법을 택하는 것을 생각해 볼 수 있다. 그러나 증권거래법은 주주대표소송 활성화라는 측면만을 강조한 것으로서, 남용의 여지를 생각한다면 상당한 금액으로 한정하는 것이 타당하다고 생각한다. 미국에서도 변호사보수 등에 관해서는 법원에 의한 여과가 이루어지고 있다는 점이 참고가 될 수 있을 것이다. 다만, 이 경우 대표소송의 경제적 구조에 대한 이해를 바탕으로 상당한 금액의 인정에서 법원이 전향적인 자세가 필요하다.

3. 회사의 이사에 대한 구상권

상법개정안에서는 소송비용을 지급한 회사는 이사에 대하여 구상권이 있다고 규정하고 있다. 개정안에서 소송비용을 중첩적으로 회사가 부담하도록 하였기 때문에, 패소이사에 대하여 구상을 청구할 수 있도록 한 것으로 보인다. 문제는 여기에서 더 나아가 소송비용 외의 소송으로 인한 비용을 회사가 승소주주에게 지급한 경우 이사에 대해 구상을 할 수 있다고 보아야 할 것인가이다.

미국 ALI 원칙에서는 이사 등이 고의로 공정거래의무(duty of fair dealing)을 위반한 경우에는 회사가 주주대표소송에서 승소한 주주에게 지급하여야 하는 변호사보수 및 비용을 회사에 대하여 지급하여야 한다고 규정하고 있다(\$7.18). 다만 법원이 상황에 비추어 볼 때 변호사보수나 비용의 전부 또는 일부의 지급책임을 인정하는 것이 형평에 맞지 않는다고 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다. 이사 등이 단순한 주의의

무(duty of care)를 위반한 경우에까지 이사 등의 구상의무를 인정한 것은 아니다. 또한 주주대표소송이 화해로 종료한 경우에는 각 당사자의 책임 여부가 불분명하기 때문에 구상의무가 발생하지 않는 것으로 하고 있다. 이러한 구상의무는 미국에서는 고의로 회사에 대한 의무를 위반한 대리인은 회사가 이로 인해 부담하는 비용에 대해 구상의무가 있다는 일반원칙에 입각한 것이다.¹²¹⁾

그러나 이러한 입장이 타당한가는 의문이 있다. 이사가 회사가 승소주주에게 지급하는 소송관련비용의 구상의무를 부담한다고 해석하면, 이사의 책임범위가 회사가 소를 제기하였는가 아니면 주주대표소송에 의하여 책임이 추궁되는가에 따라 달라지게 된다. 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 소를 회사가 직접 제기하였다면 패소한 이사는 소송비용만을 부담하면 되기 때문이다. 회사가 승소주주에게 소송관련비용을 부담하는 것은 회사가 소를 제기하지 않았다는 점에 기인하는 것이지 패소이사의 의무위반과 직접적인 관련이 있는 것은 아니다. 따라서 소송비용의 범위를 넘어서 구상의무를 인정하지 않는 것이 타당할 것이다.

제 2 절 제소인센티브의 보완

지금까지 살펴본 우리나라 현행법상의 주주대표소송에서 소송관련비용의 부담은 기본적으로는 주주에게 소송수행으로 인하여 “손해”를 보지 않도록 한다는 소극적 차원의 것이다. 그러나 이러한 접근방법만으로는 회사의 가치를 증가시키는 대표소송이 제기되도록 하기에는 부족한 것이 현실이다. 제소의 인센티브는 제소를 통하여 이익을 얻을 수 있어야만 생겨나는데, 현재의 구조하에서는 주주에게는 위에서 살펴본 것처럼 이러한 이익이 크지 않다. 따라서 이러한 부족한 제소인센티브를 보완하기 위해서는 누군가가 결국 제소를 통하여 적극적 이익을 거둘 수 있도록 해 줄 필요가 있다.¹²²⁾ 미국에서는 이러한 현실을 인정하여 변호사가 주

121) ALI원칙, 231면.

122) 김건식, 위의 논문, 181-182면.

주대표소송을 통하여 경제적 이익을 거두는 것을 인정함으로써 주주대표소송의 활성화의 길을 택한 것이다. “변호사에 대한 보상의 수준이 실제로 주주가 제소할 수 있는 능력에 직접적으로 영향을 미치므로” 법원은 비용상환을 단순히 “제공된 노무에 대한 대가”가 아니라 “유인”으로서 보아야 하고, 비용상환을 남소를 유발하지 않으면서 “충분한” 제소가 이루어지도록 이용하여야 한다는 것이다.¹²³⁾

그렇다면 주주대표소송이 활성화되기 위해서는 경제적 동기를 부여하는 것이 필요한바, 이는 두가지 측면에서 접근할 수 있다. 원고주주에게 이러한 경제적 동기를 부여하는 방법과 원고주주의 변호사에게 부여하는 방법이다

1. 승소주주 자신의 보수 인정 여부

현행법상 소송으로 인한 실비액에 제소주주에 대한 보수까지 포함되고 해석하는 것은 무리가 있다.¹²⁴⁾ 그렇다면 입법론상 주주의 제소인센티브를 강화하기 위하여 회사가 얻은 손해배상의 일부를 원고가 된 주주에게 분배하는 방법도 생각할 수 있다. 이는 미국의 비례적 구제(pro rata recovery)이다. 그러나 미국에서 이것이 인정되는 것은 피고였던 이사가 회사의 주식의 대다수를 가지고 있어 결국 배상액의 거의 대부분을 이용할 수 있는 경우 등 매우 한정된 경우일 뿐이다.¹²⁵⁾ 일본에서는 93년 상법개정시 이에 대한 논의가 있었지만, 주주에게 보수청구권을 부여하면 대표소송의 활용촉진의 효과가 어느 정도 있을 것인가, 남소의 폐해를 초래하지는 않을 것인가 등의 문제 때문에 도입하지 않았다고 한다.¹²⁶⁾

우리나라에서는 IBRD의 지원하에 수행되고 있는 금융 및 기업구조조정 프로젝트의 일환으로서 법무부에 제출된 『국제경쟁력강화를 위한 새로운 천년에서의 한국의 기업지배구조』의 최종보고서 및 법개정권고안에

123) Milstein v. Werner, 58 FRD 544, 549 (SDNY 1973).

124) 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 117면.

125) ALI원칙, 232면.

126) 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 117면.

서는 “주주가 대표소송을 제기하여 수행하는 것에 대한 대가로 법원이 대표소송에서 승소한 주주에게 승소금액의 일부를 직접 지급하는 판결을 할 수 있도록 상법 제405조(기타 민사소송법상의 관련규정)를 개정하여야 한다”고 권고하고 있다.¹²⁷⁾ 그러나 2000년 상법개정안에서는 이 권고는 받아들이지 않고 있다.

승소한 제소주주에게 자신의 보수청구권을 인정하는 경우 가장 문제가 되는 것은 보수를 목적으로 한 남소의 우려가 있다는 것이다. 여기에 대해서, 주주가 대표소송에서 승소하는 경우에 보수청구권이 발생하기 때문에 보수청구권을 인정하는 것과 남소와는 직접적 관계는 없고, 승소주주에게 보수를 지급한다면 대표소송이 활성화 될 것이므로 정책적 관점에서 승소주주에게 보수청구권을 인정하는 것이 바람직하다는 견해도 있지만,¹²⁸⁾ 남소의 우려는 주주대표소송에서 승소를 한 경우에만 원고주주 자신의 보수청구권을 인정한다고 해도 여전히 존재한다. 즉, 주주대표소송이 회사의 가치를 증가시키는 것이 아닌 경우에도 소송이 장기간 계속됨에 따른 직접적, 간접적 비용을 생각하여 화해를 하는 경우가 충분히 있을 수 있기 때문이다. 그러나 현재와 같이 주주대표소송이 단독주주권이 아니라 소수주주권으로 되어 있는 상황에서는 이러한 남소는 어느 정도 방지가 될 수 있을 것이기 때문에, 주주대표소송의 활성화 차원에서 주주의 보수청구권을 인정할 필요가 있을 것이다.¹²⁹⁾

127) 보고서에서는 이 경우 법원은 재량권을 행사하여 소송이 가치 있는 것일 경우에만 이러한 지급판결을 내리고 또한 지급금액은 당해 주주가 소송에 기여한 가치를 반영하여 결정하여야 한다고 해설하고 있다.

128) 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 위의 책, 117면.

129) 그러나 주주대표소송을 단독주주권으로 규정하는 경우에 있어서는 다시 한번 생각해 볼 필요가 있다. 이러한 문제점은 변호사보수를 목적으로 변호사가 회사의 가치 증가와 관련없는 소를 주도하는 경우에 있어서도 나타날 수 있다. 그렇지만 우리나라와 같은 문화에서는 변호사는 엄격한 윤리규정의 적용을 받는 자로서의 심리적 억제를 어느 정도 기대할 수 있다는 점에서 원고주주 자신의 보수청구권이 인정되는 경우에 있어서의 남소 우려가 더 크다고 볼 여지가 있으므로 원고주주 자신의 보수청구권 인정에는 신중해야 한다고 판단된다.

2. 변호사에 대한 동기부여 여부

이 문제는 결국 변호사보수상환청구금액을 얼마나 많이 인정해 줄 것인가에 달려 있다. 지금까지 우리나라 사회의 분위기로 보아서는 변호사보수를 관대하게 인정하여 준다는데에 거부감이 있는 것으로 보인다. 이러한 법감정은 일반적인 소송에서는 존중되어야 할 필요가 있으나, 주주대표소송은 일반적인 소송과는 경제적 구조를 달리한다는 점을 염두에 두어야 한다. 경제적 동기 부여 없이는 주주대표소송의 활성화는 이루어질 수 없다. 따라서 상당한 금액의 인정에 있어서 소송의 위험성에 대한 고려 등 기존에는 변호사보수 산정에 있어서 고려 요소가 되고 있지 못하던 사항도 고려해야 할 것이다. 다만 원고주주에 대한 경제적 동기부여의 방법을 택하는 경우에 있어서도 변호사에 대한 동기부여를 동시에 인정해야 할 것인가에는 의문이 있다.

제 3 절 기타의 개선방안

1. 소송관련비용 상환청구 절차

(1) 절차의 신설여부

현행법하에서는 회사가 소송관련비용의 상당성에 대하여 다투는 경우에는 결국 승소주주가 회사에 대하여 별소를 제기하여야 한다. 여기에 대하여 간이한 상당액확정절차를 신설하여야 할 것인가를 입법론적 검토를 해 볼 수 있을 것이다. 우선 생각해 볼 수 있는 것은 주주대표소송의 소송관련비용확정을 비송사건으로 규정하는 방안이다.

손해배상액의 산정은 전형적인 소송사건에 속하지만 비송적 처리원칙을 주입할 필요가 있는 것이라고 한다.¹³⁰⁾ 손해가 생겼는지의 여부 그리

130) 송상현, “민사소송과 비송사건”, 『법학』 18권1호 (1977) 146면. 이 점에 관하여 독일민사소송법에서는 소송법상 명문의 규정을 두고 있으나(제287조) 이것이 계수과

고 특히 얼마만큼의 액으로 손해를 평가해야 할 것인가의 판단 중에는 과거사실의 모사적 인식보다 목적지향적 재량적판단의 범주에 속하는 요소가 존재하기 때문이다.¹³¹⁾ 이러한 측면은 주주대표소송의 소송관련비용의 상환청구의 상당한 금액 산정에서도 공통된다고 볼 수 있을 것이므로 비송사건으로 규정하는 것이 이론적으로 불가능한 것으로는 보이지 않는다.

(2) 소송관련비용상환청구 소의 관할규정 신설

소송관련비용 상환절차를 신설하는 것을 어렵다고 하더라도, 적어도 소송관련비용상환청구의 소의 관할을 주주대표소송의 관할법원으로 정하는 것을 고려할 필요가 있다. 소송관련비용 상환청구의 소에서는 회사가 지급해야할 변호사보수의 상당액의 판단이 문제가 될 터인데 이 문제에 대한 판단은 주주대표소송의 사실심리를 한 법원이 가장 적당하고 소송기록도 여기에 있기 때문이다. 따라서 이의 근거규정을 두는 것이 바람직하다.

2. 변호사보수의 확보

(1) 소송신탁의 근거조문 신설

주주대표소송에서 소송관련비용의 상환을 청구할 수 있는 것은 승소주주이다. 이 경우 승소주주가 회사에 대하여 상환을 청구하지 않는 경우에 대한 대책으로서는 앞에서 언급한 채권자대위권과 소송신탁의 두가지를 상정할 수 있는데, 채권자대위권의 경우에는 요건의 입증문제 때문에 충분한 대책이 될 수 없고, 소송신탁은 판례에 의하면 근거조문이 없는 이상 허용되지 않는다. 그렇다면 입법론상 변호사가 승소주주를 대신하여 회사에 대하여 소송관련비용상환청구 내지 이를 위한 소를 제기할 수 있는 근거를 규정하여야 할 것인가에 대한 검토가 필요하다.

정에서 일본과 한국의 민사소송법에서는 빠졌다고 한다.

131) 송상현, 위의논문, 147면.

우리나라에서는 주주대표소송의 제기가 소수주주권으로 되어 있기 때문에 다수의 소수주주들이 비용상환청구에 소극적인 경우에는 더욱 애로가 있으리라고 생각된다. 변호사가 주주대표소송을 수임하는 경우 소송관련비용 상환청구에 대한 위임장을 받는 경우에도 소송신탁금지규정에 위반될 우려가 있으므로 이를 허용하는 근거조문을 두는 것이 바람직하다고 생각한다.

(2) 변호사의 직접청구권 인정

변호사가 원고주주 대신 보수를 회사에 청구하는 것에서 더 나아가 변호사가 직접 회사에 대한 보수청구권을 갖도록 할 필요가 있는가? 변호사의 직접청구권이 없는 현행법하에서는 일단 주주와 변호사가 보수계약을 체결하는 것이 전제가 된다. 주주대표소송에서 제소주주가 승소하면 이 계약에 따라 주주가 이미 지급한 보수 또는 지급하여야 할 보수를 회사에 대하여 상환청구 할 수 있는 것이다. 이처럼 보수계약의 체결이 전제가 되는 경우에는 법원에서 약정보수액이 상당하지 않다고 판단한 경우 이를 주주가 개인적으로 부담하여야 한다는 해석의 가능성이 있고¹³²⁾ 이는 주주가 제소를 결정할 때 장애요인으로 작용할 수 있다. 주주대표소송에서 변호사보수의 실질적 이해관계자는 결국 변호사라고 할 수 있다. 그렇다면 이를 변호사와 회사간의 직접청구권으로 규정하는 편이 실질을 좀 더 반영하여 무리 없는 운용이 가능할 것으로 보인다는 점에서 나으리라고 생각한다.

3. 주주대표소송 이외의 주주의 활동에 대한 비용부담

현행상법상 명문으로 주주의 회사의 이익을 위한 행위에 대하여 비용의 지급을 규정한 것은 주주대표소송의 경우뿐이다. 그러나 위에서 살펴본 바에 의하면 미국에서는 주주대표소송이 제기되지 않은 경우에도 주주의 행위에 의하여 회사에 이익이 발생한 경우에는 그 주주에 대한 비

132) 앞의 제3장 제5절 1. (2) 5) 참조.

용상환을 인정하고 있다.

그렇다면 주주의 행위에 대한 비용상환을 인정하는 것을 반드시 주주 대표소송의 경우로 한정하여 규정할 필요가 있겠는가의 의문이 있다. 주주대표소송의 경우이건 아니면 다른 주주의 활동이건 결과적으로 당해 주주의 비용으로 회사의 가치가 증가하는 것은 동일하다는 측면에서는 이러한 비용상환 규정을 다른 경우에도 확장하는 것에 대한 검토가 필요하다.

주주의 행위에 대한 비용상환을 인정하는 경우에 문제는 주주의 행위에 의해 회사의 가치증가가 이루어졌는가가 명확하게 판단하기 어려운 경우가 많고 그러다 보면 결국 주주의 청구권 남용이 만연하게 될 것이라는 점이다. 그렇다면 비교적 객관적인 기준에 의해 판단이 가능한 경우, 예를 들자면 이사의 위법행위유지청구의 소를 제기하여 승소한 경우, 소수주주가 이사의 해임청구의 소에서 승소한 경우 등에 있어서는 주주 대표소송과 마찬가지로 소송관련비용의 상환에 대한 규정을 신설할 필요가 있다.¹³³⁾ 미국에서는 이러한 유형의 소송도 주주대표소송에 의하여 이루어지고 있다는 점도 규정 신설의 타당성을 뒷받침할 수 있다.

133) 近藤光男, “コーポレートガバナンスと株主の費用負担—株主權行使に伴うコスト” 『神戸法學雜誌』 49卷3号 (2000.1) 참조. 참고로 비용부담에 관한 명문의 규정이 없는 경우에도 해석상으로는 사무관리자의 비용상환청구권(민법 제739조)의 적용 여지가 있다고 해석할 여지가 있다(민형기, 위의 논문, 199면).

제 4 장 소송관련비용 부담의 개선방안

제5장 결론

이상에서 주주대표소송에 있어서 변호사보수 등의 소송관련비용 부담 법제가 주주의 제소인센티브에 어떠한 영향을 미치는가를 검토하고, 적절한 제소인센티브의 제공을 위해서는 현행 상법을 어떻게 해석해야 할 것이며, 현재 입법예고된 상법개정안에 대한 검토와 그 외에 입법론적으로 고려되어야 할 사항이 무엇인가에 대해 고찰하였다.

서론에서도 잠깐 언급한 것처럼 시민운동의 일환으로서 주주대표소송을 제기한다던가 또는 주주대표소송을 기화로 회사로부터 개인적 이익을 취득한다거나 회사내분에서 주주대표소송을 이용한다는 등의 목적을 제외하고 순수한 경제적 동기에서 주주가 주주대표소송을 제기할 유인이 있는 경우는 많지 않다. 이는 현재와 같이 승소한 원고주주가 회사에 대해 소송관련비용의 상환을 청구할 수 있다고 하는 경우에도 마찬가지이다.

일단 주주가 패소하면 모든 비용을 자신이 부담하여야 한다. 설령 승소한다고 하더라도 소송관련비용의 상환은 상당한 금액으로 한정되기 때문에 주주가 소송관련비용 전부를 상환받지 못할 가능성이 있다. 또한 주주 자신의 시간과 노력에 대해서는 현행법상 보상이 인정되는 것도 아니다. 그렇다면 주주는 주주대표소송을 통하여 증가하게 될 회사의 가치에¹³⁴⁾ 대한 자신의 비례적 이익이, 패소의 가능성, 소송관련비용 전액을 상환받지 못할 위험성, 자신의 시간과 노력의 비용을 고려한 총예상비용보다 많은 경우에만 주주대표소송을 제기할 유인이 있는데, 그러한 경우는 한정되어 있기 때문이다. 전체주주의 이익을 위해서는 회사의 가치가 증가하게 되는 경우에는 주주대표소송이 제기되는 것이 바람직하지만, 현재의 시스템하에서는 주주에게는 이러한 적절한 제소의 유인이 부족하다.

134) 여기서 회사의 가치증가란 회사가 손해배상을 통하여 손해를 회복하는 경우 뿐 아니라, 경영진이 대표소송의 제기를 우려하여 위법 또는 부적절한 행위를 하지 않게 되는 억제적 효과도 포함된다고 볼 수 있다.

부족한 주주의 제소인센티브를 보완하기 위한 방법으로 미국에서 이용되고 있는 것이 바로 변호사보수를 관대하게 인정함으로써 변호사의 경제적 동기에 의한 주주대표소송이 가능하도록 하는 방법이다. 이는 성공 보수방식을 전제로 함에 따라 소송의 승패에 변호사가 실질적으로 이해관계를 가지게 된다는 것을 정면으로 인정하면서, 이를 이용하여 주주의 부족한 제소 인센티브를 보충하고자 하는 것이라 할 수 있다. 물론 이러한 경우에는 변호사의 대리인비용(agency cost)의 문제가 발생한다. 즉 주주대표소송을 통하여 회사의 가치가 증가하는 경우에만 변호사보수가 지급되어야 할 것인데, 회사의 가치증가가 되지 않는 경우에도 제소를 하여 화해로 소송을 종결시킨다거나, 소송을 화해로 종료시키는 것이 회사의 이익에 합치하는데 변호사보수를 판결의 경우 더 많이 받을 수 있기 때문에 화해를 하지 않고 소송을 계속하거나, 반대로 판결의 경우가 회사에 더 많은 이익을 가져올 수 있음에도 불리한 조건으로 조기에 화해를 하는 등 주주·회사와 변호사의 이익이 일치하지 않기 때문에 주주대표소송이 왜곡되는 현상이 나타난다. 따라서 소송관련비용 부담의 문제의 검토에서는 회사의 가치를 증가시키는 주주대표소송만이 제기될 수 있도록 균형을 유지하는 것이 필요한데, 그 균형점이 어디인가를 찾아내는 것은 결코 쉬운 작업이 아니다.

이 보고서에는 부족한대로 현행 주주대표소송에 관한 법제를 기초로 이러한 균형점을 찾기 위한 노력을 하였다. 현재까지 우리나라에서 주주대표소송의 제기건수가 말해주는 것처럼 우리나라에서 주주의 대표소송은 회사의 경영감독이라는 기능을 다하지 못하였고, 이러한 측면에서 활성화에 대한 고려가 필요하다고 생각한다. 이를 위해서는 주주대표소송의 구조가 원래 주주가 대표소송을 제기할 유인을 제공하고 있지 못하다는 점에 착안하여, 주주 자신의 보수를 인정하든가 또는 변호사에 대한 보수를 관대하게 인정함으로써 주주대표소송 제기의 경제적 동기를 부여할 필요가 있을 것이다. 다음으로 현행법상의 주주대표소송제도를 보완하는 의미에서, 첫째, 원고주주가 아직 지급하지 않은 소송관련비용도 회

사에 대하여 상환을 청구할 수 있음을 명백하게 규정하여야 한다. 둘째, 소송관련비용상환에 대해 분쟁이 있는 경우 이를 민사소송절차가 아니라 좀 더 신속하고 간이하게 해결할 수 있는 절차신설에 대해 검토가 필요하다. 셋째, 기존의 민사소송절차를 이용하는 경우에도 소송관련비용상환 청구의 소의 관할을 주주대표소송을 심리한 법원에서 하도록 관할규정을 두어야 한다. 넷째, 변호사가 보수의 지급을 확보할 수 있도록 하는 방안을 마련하여야 한다는 결론을 내렸다. 다섯째, 주주의 행위에 의하여 회사의 가치가 증가하는 것은 주주대표소송에서 승소한 경우뿐만이 아니라는 인식하에서 주주대표소송 이외의 주주의 행위에 대해서도 비용을 보상하는 것에 대한 검토를 하였다.

제 5 장 결 론

참고문헌

《국내 단행본》

- 송상현, 『전정판 민사소송법』 (박영사, 1993)
이철송, 『제8판 회사법강의』 (박영사, 2000)
정찬형, 『제1개정판 상법강의(상)』 (박영사, 1999)
최기원, 『제10대정판 신회사법론』 (박영사, 2000)

《국내 논문》

- 강희갑, “회사지배구조에 있어서의 주주의 대표소송—미국법을 중심으로”, 『비교사법』 제7집 (1997)
권오승, “변호사의 성공보수” 『민사판례연구』 제16집 (민사판례연구회, 1994.5)
권병민, “주주대표소송에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 박사학위논문 (1999)
권재열, “미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요건—최근의 동향을 중심으로”, 『상사법연구』 제16권1호 (한국상사법학회, 1997)
김건식, “주주대표소송의 활성화와 관련된 몇가지 문제점—일본의 경험을 참고로 하여”, 『법학』 제37권2호 (서울대학교 법학연구소, 1996.9)
김대연, “주주대표소송과 경영판단의 원칙”, 『상사법연구』 제17권3호 (한국상사법학회, 1999)
김상수, “주주대표소송의 소송법적 문제점(상)”, 법률신문 제2695호(1998.5.21)

참고문헌

- 김상수, “주주대표소송의 소송법적 문제점(하)”, 법률신문 제2696호(1998. 5.25)
- 김석연, “경영자지배와 주주대표소송의 역할”, 한국법학원보 제80호 (1998.11.12)
- 민형기, “주주의 대표소송”, 『회사법상의 제문제(하)』(재판자료 제38집) (법원행정처, 1981)
- 송상현, “민사소송과 비송사건”, 『법학』 제18권1호 (서울대학교 법학연구소, 1977.6)
- 양명조, “미국회사법상 대표소송의 남용규제”, 『현대 상사법의 제문제(설 성 이윤영선생 정년기념)』(박영사, 1988)
- 양석완, “주주의 대표소송·대위소송”, 『신세기 회사법의 전개(雨田이병태교수 화갑기념)』(대전서적, 1996)
- 이규호, “미국에 있어서 변호사보수의 각자부담원칙에 대한 연구”, 『연세 법학연구』 제5권2호 (1998)
- 이대회, “회사지배구조에서의 책임규범으로서의 대표소송”, 『이십일세기 상사법의 전개 (荷邨 정동윤선생 화갑기념)』(법문사, 1999)
- 이태종, 주주의 대표소송에 관한 연구—사문화와 남소의 방지를 위한 절차를 중심으로, 서울대학교대학원 박사학위논문 (1997)

《구미단행본》

- American Law Institute, 2 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (American Law Institute Publishers, 1994)
- Clark, Corporate Law (Little, Brown and Company, 1986)
- Cox, Hazen & O’Neal, Corporation (Aspen Law & Publishing, 1997)

- DeMott, Shareholder Derivative Actions—Law and Practice (Clark Boardman Callaghan, 1994)
- DeMott, Shareholder Derivative Actions—Law and Practice 1998 Supplement (West Group, 1998)
- Solomon & Palmiter, Corporations—Examples and Explanations (Little, Brown and Company, 1999)
- Wright & Miller, Federal Practice and Procedure (Westlaw, FPP database)

《구미논문》

- Coffee, *The Unfaithful Champion: the Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*, 48 L. & Contemp. Prob. 5 (1985)
- Hammond, *Stringent New Standards For Awards of Attorney's Fees*, 32 Bus. Law. 523 (1977)
- Kraakman, Park & Shavell, *When Are Shareholder Suits in Shareholder Interests?*, 82 Georgetown L. J. 1733 (1994)
- Lynk, *The Courts And The Plaintiff's Bar: Awarding the Attorndy's Fee In Class-Action Litigation*, 23 J. Legal Stud. 185 (1994)
- Macey & Miller, *The Plaintiff's Attorney's Role in class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 Univ. of Chicago L. Rev. 1 (1991)
- Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation*, 7 J. of Law, Economics & Organization 55 (1991)

참고문헌

- Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stan. L. Rev. 927 (1983)
- Smith, *The Role of the Attorney in Protecting (And Impairing) Shareholder Interests: Incentives and Disincentives to Maximize Corporate Wealth*, 47 Duke L. J. 161 (1997)

《일본 단행본》

- 久保利英明, 中村直人, 『株主代表訴訟と役員責任』(商事法務研究会, 1983)
- 上柳克郎, 鴻 常夫, 竹内昭夫編, 『新版注 株式会社法(6)』(有斐閣, 1987)
- , 『新版注 株式会社法第2補巻』(有斐閣, 1996)
- 三輪芳朗, 神田秀樹, 柳川範之編, 『會社法の經濟學』(東京大學出版會, 1998)
- 小林秀之, 近藤光男編, 『株主代表訴訟大系』(弘文堂, 1996)
- 日興證券株主代表訴訟弁護団編著, 『訴える側の株主代表訴訟—その論理と手続の實際』(民事法研究會, 1994)

《일본 논문》

- 家近正直, “株主の代表訴訟”, 『ジュリスト』 No.1027 (1993.7.15)
- 高橋宏志, “株主代表訴訟と訴訟上の和解—民事訴訟法學の視點から”, 『商事法務』 No.1368 (1994.10.5)
- 近藤光男, “代表訴訟の關する一考察” 『現代企業法の展開(竹内昭夫先生還曆記念)』 (1990)
- 近藤光男, “コーポレートガバナンスと株主の費用負担—株主權の行使に伴うコスト”, 『神戸法學雜誌』 第49卷3号 (2000)

- 金子広直, “株主代表訴訟における弁護士報酬の問題(一)”, 『民商法雑誌』 第113巻2号 (1995)
- 金子広直, “株主代表訴訟における弁護士報酬の問題(二)”, 『民商法雑誌』 第113巻3号 (1995)
- 山城崇夫, “弁護士費用の第三者(受益者)負擔について—コモン・ファド理論の軌跡から考えたこと”, 『山口經濟學』 第39巻 2号 (1990)
- 石角完爾, “勝訴株主の費用請求權の範圍” 『法律のひとば』 第47巻8号 (1994)
- 遠藤直哉, 牧野 茂, 村田英行, “日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解”, 『商事法務』 No.1363 (1994.8.5)
- 中島弘雅, “株主代表訴訟制度—民事手続上の問題点”, 『ジュリスト』 No.1050 (1994.8.1-15)
- 竹内昭夫, “株主代表訴訟の活用と濫訴防止”, 『商事法務』 No.1329 (1993.8.5)

《기타 자료》

- Coudert Brothers, 법무법인 세종, International Development Law Institute, Bernard S. Black, 국제경쟁력 강화를 위한 새로운 천년에서의 한국의 기업지배구조 최종보고서 및 법개정 권고안 —금융 및 기업구조조정 지원 프로젝트 (2000.5.15)
- 商事法務研究會編, 『株主代表訴訟事例集』 (別冊商事法務 175) (1995)
- 座談會, “改善と今後の問題点” 『商事法務』 No.1329 (1993.8.5)
- 座談會, “株主代表訴訟”, 『民商法雑誌』 第110巻2号 (1994)