

국제적 기업결합과 대표소송·다중대표소송

- 해외 자회사 이사를 상대로 한 다중대표소송에 관한 試論을 곁하여 - (*)

고려대학교 법학전문대학원 교수 김 태진

I. 주제 선정의 배경 및 문제 제기

회사와 주주는 국경을 넘나들면서 활동할 수 있다.

기업활동 뿐 아니라 국제적인 기업결합과 함께 글로벌 투자자라는 용어가 이제는 낯설지 않다. 이처럼 자본주의가 발전함에 따라 기업집중 현상은 발생할 수 밖에 없으므로 회사법은 기업집단과 개별 기업 사이의 이해상충이라는 문제를 합리적으로 해결하기 위하여 노력해야 한다.¹⁾ 이러한 기업집단의 문제는 지배회사와 종속회사 그리고 관련된 회사들의 지배주주와 소수주주 또는 주주들과 채권자 사이에 발생하는 이익충돌의 문제라 할 수 있다.²⁾ 비록 우리 상법에는 기업집단에 관하여 완비된 법체계가 마련되어 있지는 않지만, 기업집단을 규율하는 법규정이 전혀 없는 것은 아니다.³⁾ 특히 2020년 12월 29일 상법개정을 통해 다중대표소송제도는 기업집단 내에 모회사 주주 보호수단으로서 중요한 의미를 갖는다.

그러나 국경으로 구분되는 여러 나라들 역시 각기 고유한 법체계와 그에 따른 질서를 가지고 있는 이상 국제적 기업결합의 경우에도 개별 국가들의 입법, 행정, 사법에 관한 관할을 존중하면서 그 국가들의 법에 따라야 한다. 또한 국제화 시대인 만큼 당사자 중 일방이 외국 기업이거나 외국인인 경우, 즉 국제적인 민사분쟁 역시 점차 늘어나고 있다.

필자는 이전에 국제적 기업결합의 일환으로서 회사를 중심으로 한 법률관계에 국제적인 요소가 개입하는 경우를, (i) 국내 모회사와 해외 자회사(또는 해외 모회사와 국내 자회사)와 같이 이미 형성된 국제적 기업결합 내지는 기업조직을 전제로 한 경우와 (ii) 국제적인 기업결합관계를 형성하고자 하는 경우로 구분한 바 있다.⁴⁾⁵⁾

(*) 2024년 2월 6일 한국경영법률학회 동계학술대회 주제발표문을 토대로 수정가필함

1) 유진희, “서독 주식법상의 결합기업”, 경영법률 제1권, 한국경영법률학회 (1986), 227면.

2) 江頭憲治郎, 『結合企業法の立法と解釈』, 有斐閣 (1995), 6 - 7頁.

3) 기업집단에 적용되는 상법 규정에 관하여는 예컨대, 김태진, “다중대표소송(상법 제406조의2)의 이해”, 기업법연구 제35권 제3호 (통권 제86호), (사)기업법학회 (2021), 77-78면.

4) 김태진, “회사의 국제적인 조직변경 - 외국 회사가 관련된 경우를 중심으로-”, BFL 제42권, 서울대학교 금융법센터 (2010), 20-32면.

5) 이 중에서 (ii) 국제적인 기업결합관계를 형성하고자 하는 경우로서 EU의 국제 합병(Cross-border Merger)에 대한 관련 연구로는, 예컨대 김태진, “국제 합병 (Cross-border Merger) 논의를 위한 비교법적 검토 - SEVIC Systems AG 사건을 중심으로 -”, 선진상사법률 제54호, 법무부 (2011), 김태진, “국제적인 합병 체제를 위한 고찰: SEVIC Systems AG 사건 이후 유럽연합 사법재판소(ECJ) 판결 분석”, 법학논총 제31집 제2호, 한양대학교 법학연구소 (2014), 377-400면 등.

외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에서는 법적용법 (또는 간접규범)을 정하는 저촉법(또는 국제사법: Private International Law)의 측면과 이에 대비되는 실질법의 측면이 모두 문제된다. 여기서의 실질법이란 저촉법에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 지칭하며, 상법(회사법)은 실질법에 속한다.⁶⁾

특히 국제적 기업결합 혹은 기업집단에서 당사자 중 일방이 외국인이거나 외국의 회사인 국제적인 주주대표소송 및 다중대표소송 분쟁과 관련하여서는 그 분쟁의 해결을 위해 실질법인 회사법의 내용을 검토하기 이전에 국제재판관할의 유무와 더불어 준거법이 어느 나라 법인지가 매우 중요할 수 있다.⁷⁾ (본고에서는 대표소송 및 다중대표소송에 관한 실제법적인 내용은 검토범위에서 제외한다.)

이하 현행 국제사법하에서 국제재판관할과 준거법에 관하여 총론적으로 개괄한 다음, 각 유형별로 검토하기로 한다.

II. 총론적 검토: 국제재판관할과 준거법 결정

1. 국제 민사분쟁과 국제재판관할과 준거법 결정의 의의

국제적 요소가 있는 사안에서 권리침해가 발생하여 민사분쟁이 발생한 경우 본안 심사를 받기 이전에 국제재판관할과 준거법 결정이 가장 중요한 쟁점으로 등장한다. 이를 규율하는 것은 국제사법이라 할 것인데, 국제사법은 법적용을 위한 관할규칙이고 또 그에 따라 특정 국가의 법질서를 적용하는 결과로 이어지므로, 본래 비교의 성격보다 오히려 선택의 성격을 갖는다고 할 수 있다.⁸⁾ 그리고 법률관계로부터 출발하여 각 법률관계의 본거(Sitz)를 탐구함으로써 준거법을 결정하는 사비니의 방법론⁹⁾은 국제재판관할과도 매우 밀접한 관계에 있다.

국제재판관할의 문제는 어느 국가의 법원이 그 문제를 판단할 것인가에 대한 것이고, 준거법의 문제는 어느 국가의 법률을 적용하여 결론을 내릴 것인가에 대한 것이므로 양자는 분명히 구별된다. 예컨대 어떤 사안에 대해 ‘한국의 법원’ 이 - 국제재판관할의 문제-, ‘외국의 법률’ - 준거법의 문제-을 적용하여 판단하여야만 하는 경우도 발생할 수 있다. 또 한국 법원에 소가 제기된 경우 한국 법원은 국제적인 사건에 대하여 직접관할을 가지는지를 심리하여 관할이 없는 때에는 소를 부적법각하해야 한다.¹⁰⁾

현행 국제사법은 2022년 개정을 통해 프랑스법계와 스위스, 영미법계처럼 2022년 개정된 국제사법에서는 협의의 국제사법(준거법의 결정원칙을 정한 법규의 총체¹¹⁾)

6) 로앤비 온주편집위원회편, 「온주 국제사법 주석서」, 1면

https://academy-next-law-nb-com.oca.korea.ac.kr/Info/ContentView?sid=1001001236_0_0

7) 상법의 주주대표소송과 다중대표소송에 관한 국내, 외의 다수의 선행연구 문헌은 소개를 생략한다.

8) 비교법개론 원론 상 - 사법의 영역에 있어서 - (1974), 10면

9) 석광현, 국제재판관할법: 2022년 개정 국제사법 해설, 박영사 (2022), 22면.

10) 석광현, 앞의 책(주 9), 15면.

뿐만 아니라 국제재판관할에 관한 내용까지 추가하였다.¹²⁾ 그리하여 국제사법이 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할과 준거법을 정함을 목적으로 하는 법임을 선언하였다.(제1조). 그리고 국제사법은 국제재판관할에 관한 일반원칙을 다음과 같이 규정하고 있다(제2조).

제2조(일반원칙) ① 대한민국 법원(이하 “법원”이라 한다)은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단할 때에 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 꾀한다는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

② 이 법이나 그 밖의 대한민국 법령 또는 조약에 국제재판관할에 관한 규정이 없는 경우 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

현행 국제사법은 2022년 전면개정을 통해 민사, 상사는 물론 가사와 비송사건에 관하여 국제재판관할규칙을 대폭 도입함으로써 보다 정비된 국제재판관할규칙과 준거법 규칙을 갖추게 되었다.¹³⁾(첨부 1의 표 참조).

국제재판관할은 피고의 주소지, 영업소 소재지, 의무이행지, 재산소재지, 불법행위지 등을 관할하는 법원에 인정될 수 있다. 또 소비자 및 근로자의 경우 특별관할이 인정될 수 있고 합의관할, 변론관할에 의해서도 국제재판관할이 인정될 수 있다.

따라서 현행 국제사법 기타 한국 법령 또는 조약에 국제재판관할에 관한 규정이 있는 범위 내에서는 민사소송법 등 국내법의 토지관할규칙은 국제재판관할규칙의 정립에 원칙적으로 영향을 주지 않으며 상호 독립적인 관계에 놓이게 된 반면, 그러한 규정이 없는 범위에서는 국제재판관할규칙을 정립함에 있어서 국내법의 토지관할규칙은 여전히 참작할 대상이 된다(국제사법 제2조제2항).¹⁴⁾

2. 국제재판관할의 유무의 판단

(1) 판단기준: 실질적 관련성 기준과 국제사법 제2조의 일반원칙

국제재판관할은 본래 조약으로 국제적인 통일기준을 마련하는 것이 가장 바람직할 것이나, 현재 국제적으로 통일된 원칙이 존재하지 않으므로 각국이 독자적으로 국제재판관할규칙을 정하고 있다.¹⁵⁾

11) 대체로 다양한 연결대상에 대하여 연결소 또는 연결점을 매개로 준거법을 지정하는 구조를 취한다. 온주편집위원회 온주 국제사법, 제1조 2면.

12) 그러나 외국재판의 승인 및 집행에 대하여는 포함하지 않고 있어 영미보다는 범위가 좁다고 할 수 있다. 온주 주석서 제1조에 대한 2면 참조.

13) 석광현, 앞의 책 (주 9), 17면.

14) *Id.*, 34면.

15) *Id.*, 15면.

국제재판관할 유무를 정하는 문제는 구체적인 사안에 있어서 어느 국가의 법원에
 게 국제재판관할이 있는지를 결정한다는 의미이고 총론적으로 일반화하여 서술하지
 만, 구체적으로 국제재판관할이 있는지는 어떤 법적 분쟁이 사건화되어 어느 국가
 의 법원에 소가 제기되어야 비로소 판단받을 수 있다. 당해 법원이 조약이나 이에
 준하는 국제적으로 승인된 일반법원칙 혹은 소속 국가의 법령을 근거로 해서 그 법
 원에게 국제재판관할권이 있는지를 판단하게 된다(소송요건이며 직권조사사항이다).

국제재판관할 결정의 기준에 관하여는 종래 역추지설, 관할배분설(조리설), 수정역
 추지설(특별사정설) 등이 있고, 판례는 조리설의 입장을 취하면서 수정역추지설에
 근접한 입장¹⁶⁾을 취해오던 중, 2001년 개정된 국제사법(구 국제사법) 시행 이후에는
 국제사법 제2조를 근거로 ‘실질적 관련성’ 기준을 적용하여 국제재판관할을 판단
 하였다.¹⁷⁾

이처럼 구 국제사법은 국제재판관할의 결정기준으로 구법하 제2조에 따른 실질적
 관련성의 원칙을 규정하고 있을 뿐, 개별적인 사안에서는 구체적인 국제재판관할의
 존부를 판단하는 데에 어려움이 있었다.¹⁸⁾ 이에 법무부는 국제사법을 개정하여 보
 다 정치한 국제재판관할 규칙을 두고자 2018년 국제사법 전부개정법률안을 마련하
 였고 2022년 국제사법이 국제재판관할에 관한 규칙을 대폭 담으면서 전면개정된 것
 이다.

구 국제사법 제2조에 의하면 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실
 질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할을 가지는데 여기서의 ‘실질적 관련’ 이라
 함은 한국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또
 는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻하고, 이를 판단할 때에는 당사자의 공
 평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인
 원칙에 따라야 한다(필자: 강조 추가).¹⁹⁾ 해당 사안에서 외국적 요소가 있는 연결점

16) 원칙적으로는 국내 민사소송법의 토지관할에 관한 규정을 참작하되 이 기준에 의해 우리나라에서 재
 판함이 심히 부당한 "특단의 사정"이 있을 때에는 조리설의 기준을 따른다는 입장이다.

17) 판례의 입장을 이른바 4단계 구조설로 설명하기도 한다(석광현, 앞의 책, 40면 참조) - 1단계 (조약
 이나 일반적으로 승인된 국제법상 원칙, 성문법규 부존재), 2단계 (국제재판관할의 기본이념에 따라
 조리에 의해 결정), 3단계 (민사소송법의 토지관할규정 참조하여 한국 법원의 국제재판관할 긍정), 4
 단계 (3단계의 경우 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우 한국 법원은 국제재판관할 없음)

18) 구 국제사법 제2조는 국제법에서 말하는 국가관할권(state jurisdiction) 중 재판관할권(jurisdiction
 to adjudicate)의 문제이다: 석광현, 앞의 책, 5면

19) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결. 이 사안은 중국국적인 갑(중국에서 사채업에 종사하
 다가 대한민국에서 영업을 하려고 입국한 사람)이 과거 중국에서 을 등에게 빌려준 대여금의 반환을
 구하는 소를 대한민국 법원에 제기한 사안이다. 을 등은 중국 국적의 부부로 중국에서 부동산개발사
 업을 영위하다가 대한민국에 거주지를 마련한 사람들이며 을 등이 대한민국에 있는 부동산과 차량을
 구입하여 소유·사용하고, 위 소 제기 당시 대한민국에 생활의 근거를 두고 자녀를 양육하면서 취득한
 부동산에서 실제로 거주해 온 사실 등과 갑도 위 소 제기 무렵 대한민국에 입국하여 변론 당시까지
 상당한 기간을 대한민국에서 거주하면서 향후 대한민국에서 영업활동을 수행할 계획을 가지고 있는
 사실 등을 종합하면 갑과 을 등이 모두 위 소 제기 당시 대한민국에 실질적인 생활 기반을 형성하였
 다고 볼 수 있는 점, 을 등은 중국을 떠난 뒤 대한민국에 생활 기반을 마련하고 재산을 취득하였으
 로 갑이 자신들을 상대로 대한민국 법원에 위 소를 제기할 것을 예상하지 못했다고 보기 어렵고, 을
 등이 대한민국에 부동산과 차량 등 재산을 소유하고 있어 갑이 이를 가압류한 상황에서 청구의 실효
 성 있는 집행을 위해서 대한민국 법원에 소를 제기할 실익이 있는 점, 중국 국적인 갑이 중국 국적인
 을 등을 상대로 스스로 대한민국 법원에 재판을 받겠다는 의사를 명백히 표시하여 재판을 청구하고

이 있다고 하여 바로 실질적 관련성이 인정되는 것은 아니고 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 기초한 구체적인 판단이 필요하다는 의미이다. 또한 대법원에 의하면 민사소송법의 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용하나, 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용하여야 하는 경우가 있음도 지적하고 있고 이는 대법원의 주된 흐름으로 자리잡았다고 평가된다.²⁰⁾ (참고로 일본 최고재판소의 국제재판관할에 관한 입장은 각주 참조.²¹⁾)

“구 국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.” 라고 정하여 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로 국내법의 관할 규정을 제시한다. 따라서 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.

민사소송법 제3조 본문은 “사람의 보통재판적은 그의 주소에 따라 정한다.” 라고 정한다. 따라서 당사자의 생활 근거가 되는 곳, 즉 생활관계의 중심적 장소가 토지관할권의 가장 일반적·보편적 발생근거라고 할 수 있다.

민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.” 라고 정하고 있는데, 원고에게 피고의 주소지 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이다. 국제재판관할에서도 피고의 주소지는 생활관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소이다.²²⁾”

있고, 을 등도 대한민국에서 소송대리인을 선임하여 응소하였으며, 상당한 기간 대한민국 법원에서 본안에 관한 실질적인 변론과 심리가 이루어졌는데, 위 사건의 요증사실은 대부분 계약서나 계약외체 내역 등의 서증을 통해 증명이 가능하고 반드시 중국 현지에 대한 조사가 필요하다고 보기 어렵고, 대한민국에서 소송을 하는 것이 을 등에게 현저히 불리하다고 볼 수 없는 반면, 위 사건에 관하여 대한민국 법원의 국제재판관할을 부인하여 중국 법원에서 다시 심리해야 한다면 소송경제에 심각하게 반하는 결과가 초래되는 점, 위 사건에 관한 법률관계의 준거법이 중국법이라 하더라도 국제재판관할과 준거법은 서로 다른 이념에 의해 지배되는 것이므로 그러한 사정만으로 위 소와 대한민국 법원의 실질적 관련성을 부정할 수는 없는 점 등에 비추어 위 소는 대한민국과 실질적 관련성이 있으므로 대한민국 법원이 국제재판관할권을 가진다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례이다.

20) 석광현, 앞의 책, 46면; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결(재산법상 사건), 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결 (이혼과 재산분할사건) 등.

21) 「どのような場合に我が国の国際裁判管轄を肯定すべきかについては、国際的に承認された一般的な準則が存在せず、国際慣習法の成熟も十分ではないため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である…。そして、我が国の民訴法の規定する裁判籍のいずれかが我が国内にあるときは、原則として、我が国の裁判所に提起された訴訟事件につき、被告を我が国の裁判権に服させるのが相当であるが、我が国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情があると認められる場合には、我が国の国際裁判管轄を否定すべきである (最判平成9年11月11日民集51巻10号4055頁)。 이는 일본 최고재판소의 1981년 10월 16일 말레이시아 항공 사건 판결(民集35卷7号1224頁) 판결에 따른 것으로서 특히 ‘특단의 사정’이라는 법리에 대해서는 명확성을 결여하여 당사자들의 예측가능성을 해한다는 비판이 있었다. 현재 일본 민사소송법 개정을 통해 제1편 제2장 제1절에 ‘일본의 재판소의 관할권’이라는 표제하에 제3조의2 내지 제3조의12를 두고 있다.

“국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 민사소송법 제11조는 ‘대한민국에 주소가 없는 사람 또는 주소를 알 수 없는 사람에 대하여 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.’ 라고 정한다. 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있다. 이와 같이 피고의 재산이 대한민국에 있다면 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있다. 그러나 그 재산이 우연히 대한민국에 있는 경우까지 무조건 국제재판관할권을 인정하는 것은 피고에게 현저한 불이익이 발생할 수 있다. 따라서 원고의 청구가 피고의 재산과 직접적인 관련이 없는 경우에는 그 재산이 대한민국에 있게 된 경위, 재산의 가액, 원고의 권리구제 필요성과 판결의 실효성 등을 고려하여 국제재판관할권을 판단해야 한다.

예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다. 피고가 대한민국에서 생활 기반을 가지고 있거나 재산을 취득하여 경제활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다.”

이후 대법원은 위 내용을 보다 상세히 하고 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙을 보다 구체적으로 밝히고 있는바, “당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 **개인적인 이익**뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 **법원이나 국가의 이익**도 함께 고려하여야 하고, 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있는지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다” 고 판시하였다(필자: 강조 추가).²³⁾

대법원은 위 사건을 통해 현행 국제사법 제2조 제2항에 관하여, “(본 조항은) 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.” 라고 정

22) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결.

23) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결. 이 사안은 갑 중국 회사 등이 을 주식회사가 중국법에 따라 설립한 병 중국 회사와 물품공급계약을 체결하고 병 회사에 물품을 공급한 후 물품대금 일부를 지급받지 못하자, 을 회사를 상대로 병 회사의 미지급 물품대금 채무에 대하여 연대책임을 부담하여야 한다고 주장하며 대한민국 법원에 물품대금의 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 을 회사의 보통재판적지인 주된 사무소의 소재지가 대한민국에 있고, 을 회사가 대한민국에서 영업활동을 하고 있으므로 위 소송을 수행하는 데 중국 법원보다 대한민국 법원이 불리하다고 볼 수 없는 점, 갑 회사 등이 소송 수행과 관련하여 지리상·언어상 불이익을 감수하면서 스스로 대한민국 법원에서 재판을 받겠다는 의사를 표시하고 있으므로, 갑 회사 등의 이러한 의사 또한 존중되어야 하는 점, 병 회사의 1인 주주인 을 회사로서는 병 회사가 물품대금 채무를 제대로 이행하지 않을 경우 을 회사의 주된 사무소가 있는 대한민국 법원에 병 회사의 물품대금 채무와 관련한 소가 제기될 수 있다는 점을 예측하지 못하였다고 보기 어려운 점, 을 회사의 재산이 대한민국에 있으므로 갑 회사 등이 승소할 경우 당사자의 권리구제나 재판의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할을 인정하는 것이 재판의 적정과 신속 이념에 부합하는 점, 위 사건에 적용될 준거법이 중국법이라고 하더라도 국제재판관할권과 준거법은 서로 다른 이념에 따라 지배되는 것이므로 그러한 사정만으로 위 소와 대한민국 법원 사이의 실질적 관련성을 부정할 수는 없는 점 등에 비추어 위 소는 대한민국과 실질적 관련이 있다고 보기 충분한데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례이다.

하면서, 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로는 국내법의 관할 규정을 제시한다고 밝혔다. 이처럼 여전히 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준으로 보는 듯 하지만, 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있음을 판시하였다.

이처럼 국제사법은 국제재판관할 결정의 일반원칙인 ‘실질적 관련성’ 기준을 구체화하고 일반관할 및 사무소·영업소 소재지 등의 특별관할, 반소·합의·변론·전속관할 등 국제재판관할에 관한 총칙 규정을 신설하였고, 채권, 지식재산권, 친족, 상속, 해상 등 유형별 사건에 관한 국제재판관할규정을 도입하였다.²⁴⁾

관련해서, 현행 국제사법 제2조의 일반원칙에 따라 판단한다는 의미가 반드시 제1항을 활용하여 원고가 한국인(혹은 한국기업)이라면 무조건 한국과 실질적 관련성이 있다고 보아야 한다는 의미는 아닐 것이다. 이는 원고관할(원고법정지)을 인정하는 것이 되어 일반관할을 정하고 있는 국제사법 제3조 및 민사소송법 제2조에 규정된 ‘피고관할원칙’에 반하는 부당한 결과를 초래할 우려가 있다.²⁵⁾

그러므로 현행 국제사법에 따른 국제재판관할규칙을 따르는 것이 1차적 판단기준이고 한국의 국제재판관할이 부정되는 연결대상(법률관계)에 관한 한 한국법원이 국제사법 제2조의 실질적 관련만을 근거로 관할을 인정해서는 아니된다.²⁶⁾ 국제재판관할규칙을 적용하기 위하여, 준거법을 결정하는 국면만큼 중요한 것은 아니지만 국제재판관할의 유무를 판단하는 국면에서도 여전히 성질결정과 연결점(종래에는 ‘관할원인’ 혹은 ‘관할근거’라고 하나 국제재판관할에서의 ‘연결점’이라고도 한다)이 문제된다.²⁷⁾

물론 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다.

다만 지리, 언어, 통신의 편의, 법률의 적용과 해석 등의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 인정해서는 안 된다.²⁸⁾ 그리고 이는 외국법원의 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

한편 각국이 자국법에 따라 관할을 인정하여 판결을 내리게 되면 자국의 판결을 타국이 승인할 것인가의 문제가 뒤따라온다. 재판은 재판국의 사법권의 행사로서 주권적 행위이므로 원칙적으로 재판국 영토 내에서만 효력이 있고, 재판국이 아닌 다른 국가의 영토 내에서 효력을 가지기 위해서는 그 다른 국가가 가입한 조약 또는 그 다른 국가의 법이 규정한 승인 및 집행의 요건을 구비하여야 한다.²⁹⁾

24) 전병서, 강의 민사소송법 (제4판), 박영사 (2023), 197면

25) 석광현, 앞의 책 (주 9), 66면.

26) *Id.*, 67면. 그러한 사안에서는 가사 한국의 국제재판관할을 인정하더라도 대체로 외국에 대체법정지가 있고 아마도 그 곳에서 재판하는 것이 더 적절하다는 예외적인 사정이 명백히 존재할 가능성이 있으므로 법원으로는 관할권을 행사하지 말아야 한다(국제사법 제12조).

27) 석광현, 앞의 책, 17-18면.

28) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결.

29) 김효정·장지용, “외국재판의 승인과 집행에 관한 연구”의 요약보고서, 사법정책연구원(2020), 2면.

외국법원이 한국 법원의 판결을 명백히 승인하지 않는다면 특히 준거법인 외국법인 사건에서는 한국 법원의 관할을 인정할 수 없다는 견해도 성립할 수 있다. 민사소송법 제217조 제1항 제1호는 외국재판의 승인요건으로서 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의원칙상 그 외국법원의 국제재판관할이 인정될 것을 요구하고 있는데 이러한 간접관할의 구비 여부는 한국의 법원이 재판을 한다면 적용할 직접관할의 원칙에 따라 판단하게 된다.

(2) 전속적 국제재판관할 합의

한편 당사자들 사이에 한국 법원의 관할을 배제하고 특정 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제관할합의를 할 수도 있다.

대법원은, 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위하여는, ① 당해 사건이 한국 법원의 전속관할에 속하지 않고, ② 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 것 외에, ③ 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되는바, 소극적 요건으로서 ④ 전속적인 관할합의가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 그 관할합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하는 점에서 무효이므로 전속적인 관할합의가 여기에 해당하지 않을 것 등의 요건을 요구한다.³⁰⁾

위 요건 중 전속적 국제재판관할합의에 의하여 지정된 법원과 해당 사건 사이에는 ‘합리적 관련성’이 있어야 한다는 요건³¹⁾과 관련해서는, 당사자들이 중립적인 제3국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의를 한 경우 합리적 관련성 요건이 충족되지 않았다는 이유로 위 합의의 효력을 부정하게 되면 법적 안정성 및 당사자의 예측가능성이 중대하게 훼손되는 결과를 초래하므로 향후 합리적 관련성의 요건을 폐기하자는 견해도 있다.³²⁾

관련하여 2023년 대법원은, <구 국제사법의 적용을 받는 사안>이기는 하나, 구글서비스 이용자인 원고들이 피고 구글 엘엘씨(변경전 상호: 구글 인코퍼레이티드 - Google Inc., 이하 구글), 구글코리아를 상대로 개인정보·서비스 이용내역 제3자 제공 현황의 공개 및 공개거부에 대하여 위자료 명목으로 손해배상을 청구한 사건에서, ‘대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제재판관할의 합의가 유효하기 위해서는, 해당 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고 지정된 외국법원이 그 외국법상 해당 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에 해당 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되고, 그와 같은 전속적인 관할합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하지 않는 한 그 관할합의는 유효하다(대법

30) 전병서, 앞의 책, 212면

31) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결 등.

32) 김효정 외 1인, 위 보고서, 7면. 참고로 2018년 국제사법 전부개정법률안과 헤이그관할합의협약 등에서는 ‘합리적 관련성’ 요건을 요구하지 않는다.

원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결 등 참조)’는 기존 입장을 재확인하였다.³³⁾

이 사건에서는 구글의 온라인 서비스를 이용하는 소비자가 구글과 사이에 체결한 온라인 서비스계약의 내용 중에 전속적 국제재판관할합의가 포함되어 있었다.

원심인 서울고등법원은, 구글이 소비자의 구글서비스 이용과정에서 취득한 고객의 개인정보 처리에 관하여 다투고 있는 이 사건 분쟁은 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 않으며 전속적 재판관할 합의에 따라 관할법원으로 지정된 ‘미국 캘리포니아주 산타클라라 카운티 연방 또는 주법원’이 미국 캘리포니아주 민사소송법(Code of Civil Procedure) 제395.5조에 따라 위 분쟁에 대해 관할권을 가지며, 구글의 본사 소재지, 구글 서비스 제작, 운영의 주요부분이 이루어지고 있는 장소 등을 고려했을 때 미국법원이 이 사건 분쟁과 합리적인 관련성을 가지고, 국내이용자들이 위 미국 법원에 소를 제기하기에 시간, 비용 등이 상당히 소요된다는 사정만으로 이 사건 전속적 재판관할합의가 현저하게 불합리하거나 불공정하여 공서에 반하는 것으로 볼 수는 없다고 보았다.³⁴⁾ 대법원 역시 원심을 수긍하여 전속적 국제재판관할합의의 유효성을 인정하였다.

그러나 이 사건에서, 대법원은 소비자계약에 관한 국제재판관할의 특칙의 목적과 취지(상거소지국에서 확인할 수 있는 상대방의 광고 등에 이끌려 그 국가에서 계약 체결에 필요한 행위를 하게 된 수동적 소비자가 가지는 상거소지국의 소비자보호규정 적용에 대한 합리적 기대를 보호하면서, 외국법원 등에 소를 제기하는 데 어려움이 있는 소비자의 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 것)를 근거로 구 국제사법 제27조를 소비자에게 불리하게 해석하는 데에는 신중해야 한다는 점 역시 지적하고 있다³⁵⁾.

그러므로 대법원은 소비자계약에 관해서는 당사자 사이에 국제재판관할합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 분쟁이 구체적으로 발생하기 이전에 이루어진 것이고 그 내용도 부가적 관할합의가 아니라 전속적인 관할합의에 해당한다면 그러한 합의는 소비자계약에 대해서는 효력이 없다고 보아야 하고 소비자는 구 국제사법 제27조제4항에 따라 그 상거소지국 법원에 상대방에 대한 소를 제기할 수 있다고 보아, 한국 법원의 국제재판관할을 인정하였다. 이하 관련 원문을 인용한다.

“(...) 상대방이 소비자의 나이, 성별, 위치, 행동 패턴 등에 관한 정보를 활용하는 등으로 수익을 창출하고 있는 경우에는 그 소비자가 계약상 상대방에게 직접 지급하는 사용료 등 대가가 없다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사유만으로 구 국제사법 제27조 제1항 제1호에 따른 소비자계약에서 제외할 수 없다.

2) 한편 소비자계약의 당사자도 서면에 의하여 국제재판관할에 관한 합의를 할 수는 있으나, 이러한 합의는 분쟁이 발생한 후에 체결되거나(구 국제사법 제27조 제6항 단서 제

33) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2017다219232 판결.

34) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2015나2065729 판결.

35) 정확히는 구 국제사법 제27조 제4항(소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약으로서 제1항 각호에 해당하는 소비자계약이 체결된 경우, 소비자가 그의 상거소가 있는 국가(이하 ‘상거소지국’이라 한다)에서도 상대방에 대하여 위 소비자계약에 관한 소를 제기할 수 있다)를 지칭한다.

1호), 분쟁이 발생하기 전에 체결된 경우는 구 국제사법 제27조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 때에만 유효하다(같은 단서 제2호). 이는 분쟁이 구체적으로 발생한 후 소비자가 그 의미나 결과를 정확히 파악한 상태에서 국제재판관할에 관한 합의를 하도록 하고 그 이전에는 소비자에게 유리한 부가적 재판관할합의를 허용함으로써, 구 국제사법이 소비자에게 부여하는 보호가 당사자 간의 재판관할합의로 쉽게 박탈되지 않도록 그 합의의 효력을 제한한 것이다. 따라서 당사자 간에 국제재판관할합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 분쟁이 구체적으로 발생하기 전에 이루어진 것이고 그 내용도 부가적 관할합의가 아니라 전속적 관할합의에 해당한다면, 그와 같은 합의는 소비자계약에 대해서는 효력이 없다고 보아야 하므로, 소비자는 그와 같은 재판관할합의에도 불구하고 구 국제사법 제27조 제4항에 따라 그 상거소지국 법원에 상대방에 대한 소를 제기할 수 있다.³⁶⁾”

3. 준거법의 결정

(1) 실질법 검토 이전에 이루어져야 하는 준거법 결정의 문제

주주가 외국인이라 하더라도 국내 회사와 관련된 국제적인 법률문제에서는 막바로 상법에 의한 규제를 고려하여 조직법적으로 바로 접근하는 견해가 대체로 유력하다.³⁷⁾

그러나 엄밀히 본다면 국제적 요소가 있는 법률관계인 이상 논리적으로는 국제사법적(저촉법적)인 관점에서 반드시 저촉법상의 준거법을 결정하는 문제가 선행되어야 하고,³⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 과연 국내 법원에 국제재판관할이 인정되는 경우인지도 함께 검토해야 한다.

따라서 주주가 외국인이라 하여도 한국에서 설립된 한국의 회사라는 이유로 우리 상법(회사법)을 적용한다고 하더라도 사고의 논리적 전개상 한국 법원에 국제재판관할이 있음과 더불어 준거법으로 한국법이 결정된 과정이 생략되어 표면상 실질법인 상법이 적용되는 모습만 나타난 것으로 이해해야 한다.

(2) 회사의 속인법

자본의 국제적 이동과 기업활동의 글로벌화를 강조하면서 회사의 국적 자체가 무

36) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2017다219232 판결. 그러나 원고 중 일부는 직업활동의 목적으로 구글서비스이용계약을 체결하였으므로 이 원고들은 구 국제사법 제27조에서 보호하는 소비자계약에 해당하지 않는다고 보고 전속적 국제재판관할 합의가 유효한 이상 이 원고들이 제기한 소는 전속적 국제재판관할합의를 위반한 것이어서 부적법하다고 판단하였다.

37) 예컨대, '자회사의 모회사주식취득을 금하는 이유는 모회사에 대해 자기주식취득과 같은 효과가 있기 때문이다. 그러므로 국내회사와 외국자회사가 모회사주식을 취득하는 것은 본조의 적용대상이나, 반대로 국내의 자회사가 외국의 모회사주식을 취득하는 것은 본조의 적용 밖이라고 해석해야 한다' {이철송, 회사법강의(제18판), 박영사, 2010, 329면}는 내용은 규제의 취지에서 직접 조직법적으로 접근한 입장이라고 할 수 있다.

38) 김태진, 앞의 논문(주 4), 20-21면.

의미하다고 볼 여지도 있지만, 법적으로는 각각 관련된 법률의 목적과 맥락에 비추어 여전히 기업(회사)의 국적을 준별할 필요가 있다. 그리고 국제회사법적 관점에서는 회사의 속인법을 정해야 한다.

그렇다고 하여 어느 기업에 관련된 복잡다기한 여러 요소를 종합적으로 고려한다면 법적 안정성과 명확성을 갖춘 기준을 도출하기 어렵기 때문에,³⁹⁾ 회사의 속인법의 기준으로는 주로 설립준거법설과 본점소재지법설(혹은 본거지법설)이 유력하다.

현행 국제사법은 원칙적으로 설립준거법설을 채택하되(국제사법 제30조), 내국 거래의 불안정을 예방하기 위하여 한국법을 적용할 수 있는 예외(외국에서 설립된 법인 등이 한국에 주된 사무소가 있거나 한국에서 주된 사업을 하는 경우에는 한국법에 따른다)를 두고 있다.

한편 회사의 속인법이 결정되더라도 그 속인법을 회사를 중심으로 한 법률관계에서 어디까지 적용할 것인지, 그 적용범위에 관하여 국제사법은 어떠한 규정도 두고 있지 않아 이 부분은 해석에 맡겨져 있다.

대체로 회사의 권리능력의 유무와 범위, 회사의 설립과 소멸, 조직과 내부관계, 행위능력 등 설립부터 소멸까지의 모든 사항(회사의 채권자에 대한 사원의 개인적인 책임 유무까지를 포함)을 회사의 속인법으로 규율하여야 한다고 보는 입장이 일반적이다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

다만 회사의 속인법은 회사의 내부사항 즉 조직법상의 문제⁴²⁾로 명확하게 한정하는 것이 더 타당하다고 생각한다.⁴³⁾ 예컨대, 외국회사의 대표자가 권한을 남용하거나 혹은 대표권이 없는 자가 자격을 사칭하여 제3자와 거래하여 당해 거래의 효력 유무가 대표권의 유무 혹은 범위와 관련된 사안에서 그 외국회사의 책임이 속인법(설립준거법)인 외국법에 따라서만 오로지 판단된다고 한다면, 거래 상대방인 국내 기업은 상법에 의한 보호를 받을 수 없어 불측의 손해를 입게 될 것이다. 따라서 그 때에는 회사의 속인법이 아니라, 당해 거래에 관한 준거법 즉, 합의된 준거법이 있다면 그에 따라서, 준거법에 관한 합의가 없다면 계약의 준거법에 관한 원칙을 고려하여 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법(이 경우 한국법이 선택될 가능성이 크다)을 적용하는 것이 거래 실질상 제3자 보호에 더 충실하다고 생각된다. 그러므

39) 석광현, “쿠팡은 한국 회사인가 -쿠팡의 뉴욕증시 상장을 계기로 본 국제회사법-”, 법률신문 2021년 2월 25일자 기사의 이하 내용 참조: 기업의 국적 결정에 관하여는 다양한 견해가 있는데, 흔히 ① 설립준거법, ② 주된 사무소소재지법, ③ 정관상 본점 소재지, ④경영의 중심지, ⑤ 주주의 국적(예컨대 손정의 회장의 소프트뱅크가 투자한 회사에 대해 일본을 기준으로 삼는 것임), ⑥ 경영자와 근로자를 포함한 구성원들의 국적, ⑦ 공장소재지, ⑧ 기술, 인력, 자금 등 기업의 핵심자원 소재지, ⑨ 납세지, ⑩ 기업문화와 풍토를 비롯한 경영메카니즘의 성향 등이 기준이 된다고 하나, 이런 식의 두루뭉실한 기준은 대중의 애국심 등 감성에 호소할 지 모르나, 법적으로는 의미가 없다.

40) 석광현, 앞의 논문, 201면, 같은 취지로 김연·박정기·김인유, 국제사법(제2판), 법문사, 2006, 419면, 김건식 외 2인, 앞의 책, 998면 등.

41) 한편 현행 국제사법으로의 개정시 속인법의 적용범위에 관하여는 굳이 규정을 두지 않더라도 학설에 의하여 해결할 수 있을 것이라는 이유로 명시적인 규정을 두지 않았다; 석광현, 앞의 논문, 205면 등

42) 법인의 내부 사항으로는, 법인의 기관 구성 및 권한, 법인과 사원간의 관계, 사원 상호간의 관계를 들 수 있는데, 특정인이 회사의 대표이사로서 적법하게 선임되어 있는지, 그 권한의 범위는 어디까지인지 등의 문제는 전부 법인의 내부사항으로서 속인법에 의하게 된다.

43) 石黒一憲, 國際私法 第2版, 新世社, 2007., 381면

로 회사의 법률관계 중 거래상대방이 존재하는 경우에는 해당 거래의 성격에 따라 판단하여야 한다. 물론 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 반드시 적용되어야 하는 한국의 강행규정은 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용되지만(국제사법 제20조), 계약관계에서 제3자 보호를 규정한 내용이 이 조항에서 언급된, ‘준거법과 무관하게 적용되어야 하는 한국의 강행규정’에 해당할지는 의문이다.

한편 주주대표소송의 경우 원래는 회사가 갖는 이사에 대한 권리이지만 주주가 제3자의 소송담당으로서 회사의 권리를 행사하여 소송을 제기하는 것을 의미하며, 다중대표소송은 모회사의 주주가 제3자의 소송담당으로서 자회사의 이사에 대한 권리를 행사하는 것이다. 따라서 앞서 본 바와 같이 임원에 대하여 회사가 책임을 추궁하는 측면과 회사를 위하여 주주가 소를 제기하는 측면이 있고, 전자는 회사 내부의 관계이고, 후자는 소송절차에 관한 부분이다.

III. 주주대표소송 · 다중대표소송에 관한 국제회사법적 검토

1. 국제적 요소의 개입 정도에 따른 유형 구별의 필요성

국내(내국)회사와 외국회사를 구별하는 기준으로서 설립준거법설 (incorporation principle)⁴⁴⁾과 본거지법설(real seat criteria)⁴⁵⁾을 들 수 있는바, 국내의 통설이자 국제사법의 입장은 설립준거법설을 채택하였으므로 이하 이 글에서도 외국회사는 외국의 법률에 의하여 설립된 회사를, 내국회사는 국내의 법률에 의해 설립된 회사를 지칭한다.⁴⁶⁾ 설립준거법설은 회사가 설립시 준거한 법을 회사의 속인법으로 보는 것이므로 법적 안정성 면에서 장점이 있고, 본거지법설은 회사의 본거지(본점소재지)를 중시한다는 점에서 실질에 부합하는 면이 있다.⁴⁷⁾

2001년 개정 전 구 섭외사법 제29조에서는 ‘상사회사의 행위능력’이라는 표제 하에 ‘상사회사의 행위능력은 그 영업소 소재지법에 의한다’ 라고 규정한 것 이외에는 달리 국제회사법에 관한 규정을 두지 아니하였으나, 그 후 2001년 7월 1일자로 섭외사법을 ‘국제사법’으로 명칭을 바꾸고 전면개정하면서, 일반적인 법인 및 단체에 관한 조항(구 국제사법 제16조)을 신설하면서 ‘법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 의한다.’고 정하였고,⁴⁸⁾ 같은 조 단서에 ‘다만 외국에서 설립된 법인 또

44) 영국, 네덜란드, 덴마크, 핀란드, 스웨덴 및 유럽재판소(ECJ)는 설립준거법설을 따르고 있다: 권기범, 현대회사법론, 삼영사(2021), 122면에서 재인용.

45) 독일, 프랑스 등 대륙법계 국가들은 전통적으로는 본점소재지법을 따랐으나, 최근 독일의 학설 및 판례는 EU회원국 내에서 설립된 회사의 경우 설립준거법설로 입장을 바꾸었다: 권기범, 앞의 책, 122면에서 재인용.

46) 이철송, 회사법강의(제21판), 박영사(2023), 92, 1235면, 권기범, 앞의 책, 122면 등.

47) 김건식, 노혁준, 천경훈, 회사법 (제7판), 박영사 (2023), 998면.

48) 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설, 지산 (2001), 110-114면 및 석광현, “국제회사법의 몇 가지 문제점 - 국제거래 실무상의 주요논점을 중심으로: 개정 국제사법의 소개를 포함하여”, 국제사법과 국

는 단체가 대한민국에 주된 사무소가 있거나 대한민국에서 주된 사업을 하는 경우에는 대한민국 법에 의한다' 고 규정함으로써 국내법의 적용을 회피할 목적으로 외국에서 회사를 설립하게 되면 한국에서 설립된 회사와 동일하게 취급된다(즉 한국 법이 적용된다)는 점을 명확히 하였다.

2022년 국제사법이 개정되면서 구 국제사법 제16조는 현행 국제사법 제30조로 이동하였다(위 조문의 내용은 동일하되, 단서 부분의 말미만 '...(대한민국 법)에 따른다' 로 자구수정되어 있다).⁴⁹⁾ 회사에 관한 준거법을 규정한 조문은 위 조항이 유일하다.

현행 상법의 회사편(제3편)에서는 국제적 기업관계를 염두에 두고서 제6장(제614조 내지 제621조)에서 외국회사에 관한 별도의 규정을 두고 있는바, 여기서의 외국회사란 한국 내에서 영업하는 외국회사 그 자체만을 전제로 하고 있다는 특징이 있다.

이처럼 법률관계의 국제적인 요소를 판단함에 있어서는 먼저 한국 회사의 문제인지, 외국 회사의 문제인지를 구별하는 데에서 출발하지만, 주주대표소송에서는 주주가 한국 국적인지 외국 국적인지, 또 대표소송을 제기할 법원이 국내인지, 외국인지도 함께 따져볼 필요가 있다. 왜냐하면 주주대표소송의 요건을 살펴보기 위해서는 법원에 제소하는 것을 당연히 전제하면서 당사자격, 제소전 청구요건 등을 규정하고 있으므로 주주대표소송을 제소할 법원을 국내 법원으로만 한정하여서는 충분한 논의가 될 수 없다. 따라서 한국 법원에 제기하는 경우인지, 외국 법원에 제기하는 경우인지까지도 포함해서 검토해야 한다.

그렇다면 분쟁 당사자 (특히 원고)와 대상 회사, 법원을 조합할 경우 총 8가지의 경우의 수(회사, 주주, 법원 등 3요소에 대하여 각각의 경우를 대비시킬 경우 2의 세제곱에 해당한다: 2³)를 생각해 볼 수 있다. 일반적인 주식회사의 경우 이사, 감사 등 임원을 선임할 때에 이들의 국적에 따른 제한은 달리 없으므로 얼마든지 외국인을 이사, 감사 등 임원으로 선임할 수 있다.⁵⁰⁾ 다만 이사, 감사 등 임원의 국적을 논의를 단순하게 하기 위해 고려요소에서 제외한다.

이 중에서 ① 한국 회사의 한국 주주들이 한국 법원에서 제기하는 주주대표소송은 순수한 국내 사건이고,⁵¹⁾ 또 ② 외국 회사의 외국인 주주들이 외국 법원에서 제기

제소송 제2권, 박영사 (2002), 204면 등.

49) 2001년 시행된 국제사법을 개정하여 정치한 국제재판관할규칙을 두고자 2014년경부터 2015년 12월 31일까지 국제사법 개정위원회가 구성되어 총 19차에 걸친 회의를 하였으나 결국 개정안을 채택하지 못하였고, 이어서 2017년 1월경 다시 4명의 위원을 중심으로 1년간 작업하여 국제사법 전부개정법률안을 성안하여 2018년 1월 19일 입법예고, 같은해 2월 27일 공청회를 거쳐 개정안을 확정된 후 2018년 11월 23일 국회에 제출하였으나 20대 국회 임기종료로 폐기되었다가 다시 2020년 8월 7일 21대 국회에 제출되고 2021년 12월 9일 국회 본회의를 통과하였다. 그 후 2022년 1월 4일 법률 제 18670호로 공포에 공포되어 2022년 7월 5일 발효되었다. 상세한 논의는, 석광현, 앞의 책 (주 9), 3-4면 참조.

50) 다만 선임시 필요한 서류 및 절차는 내국인과 다소 다르다. 이사, 감사 및 집행임원의 성명 및 주민등록번호(생년월일)가 등기사항이므로(상법 제317조 제2항 8호), 이러한 사항을 증명할 수 있는 관청의 서면과 더불어 취임승낙의사를 담보할 수 있는 서면이 필요하다(인감제도가 없는 국가의 국적자라면 서명을 하고 그 승낙서와 여권사본을 공증받아 아포스티유를 발급받거나 영사확인 필요하다).

51) 주주가 한국 국적이고 해당 회사는 한국에서 설립된 회사인 경우라면 순수한 국내사건이므로 국제사법이 적용되지 않는다는 견해가 다수설로 보이나, 이러한 입장에 대해 순수한 국내 사건에서도 국제

하는 주주대표소송 역시 순수한 외국 사건이므로 일단 논의에서는 제외하기로 한다 (물론 논란은 있을 수 있다⁵²⁾).

또 ③ 한국 회사의 한국 주주들이 외국 법원에서 주주대표소송을 제기하는 경우와 ④ 외국회사의 외국인 주주들이 한국 법원에서 주주대표소송을 제기하는 경우 모두 비현실적이거나 실현될 가능성이 매우 낮아보이므로 논의에서 제외해도 무방할 것이다.

그렇다면 현실에서 주로 문제될 만한 4가지 기본 유형을 다음과 같이 도출할 수 있고, 여기에 다중대표소송의 경우는 모회사와 자회사가 한국회사인지, 외국회사인지를 추가한다(외국회사와 외국법원은 동일한 국가로 가정).

<p>〈국제적 주주대표소송의 유형〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 한국회사(A) - 외국인주주 - 한국법원(1)에 소를 제기하는 경우 (편의상 A-1 유형) ● 한국회사(A) - 외국인주주 - 외국법원(2)에 소를 제기하는 경우 (편의상 A-2 유형) ● 외국회사(B) - 한국인주주 - 한국법원(1)에 소를 제기하는 경우 (편의상 B-1 유형) ● 외국회사(B) - 한국인주주 - 외국법원(2)에 소를 제기하는 경우 (편의상 B-2 유형) <p>〈국제적 다중대표소송의 유형〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 한국모회사(A) - 해외자회사(b) - 한국법원(1) (편의상 A-b-1 유형) ● 외국모회사(B) - 한국자회사(a) - 외국법원(2) (편의상 B-a-2 유형) <p>(*A, B의 경우 주주의 국적에 따른 구분은 이미 위 주주대표소송 논의에 포함되므로 생략)</p>
--

2. 주주대표소송과 국제재판관할

사법을 적용한다는 법원칙이 인식되지 않을 뿐이지 부존재하는 것은 아니라는 비판도 있다): 이호정, 국제사법, 경문사(1981), 2면; 윤진수/장준혁, 주해상속법 제2권, 박영사, 2019, 1282면(장준혁 집필 부분); 이상은 온주 제1조, 5면에서 재인용.

52) 순수한 국내사건(당사자들이 한국 법인이거나 한국에 거주하는 자연인이고 선택된 법원 외에 당사자들과 분쟁에 관계된 그 밖의 모든 요소들이 한국에만 관련된 경우)에서 외국법원을 위한 관할합의가 허용되는지에 대해서는 견해 대립이 있다. 우선 논란이 있는 부분은 ① 외국적 요소를 인정할지에 관한 부분이다. 대체로 외국적 요소가 없는 사건이라면 외국법의 지정 또는 외국법원의 지정만으로는 외국적 요소의 존재를 인정하지 않는 경향이 있으나, 국제사법 제45조 제4항("모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 적용이 배제되지 아니한다.")을 근거로 외국법 지정만으로도 외국적 요소를 긍정할 수 있다는 유력한 견해도 있다. ② 다음으로는, ①의 논의에서 순수한 국내사건으로 보는 견해에 의하더라도, 과연 국제사법 제8조(합의관할)의 적용여부가 문제되는바, 이 점과 관련해서 ③ 국제사법 제1조에서는 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계가 적용대상임을 밝히고 있으므로 순수한 국내사건에는 본 법이 적용되지 않는다는 부정설과 ④ 준거법의 맥락에서도 순수한 국내사건에 국제사법이 적용된다고 보고 마찬가지로 순수한 국내사건에서 당사자들이 외국법원을 관할법원으로 합의하는 것을 허용하더라도 당연히 공서위반이 되는 것은 아니며 외국법원을 위한 관할합의는 유효하다고 보는 긍정설이 있다. 그 밖에 약관에 의한 외국법원 관할합의는 무효이나 약관이 아닌 경우에는 논리적으로는 가능하다는 입장도 있다(단, 가능하더라도 정책적으로 바람직하지는 않다; 석광현, "외국법제로의 과도한 도피와 국제사법적 사고의 빈곤", 법률신문 제3926호 (2011. 4. 11.), 13면 참조); 이상의 논의는 석광현, 앞의 책 (주 9), 112-115면에서 축약하여 재인용.

(1) 주주대표소송의 의의

대표소송은 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리할 경우 주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위하여 제기하는 소이다. 대표소송에 관한 상법 제403조는 이사 외에도 발기인, 업무집행관여자, 집행임원, 감사, 청산인 등의 책임을 추궁하기 위하여도 제기할 수 있으며, 불공정한 가액으로 신주를 인수한 자(상법 제424조의2), 주주권의 행사와 관련하여 이익을 공여받은 자(상법 제467조의2)에 대한 회사의 권리를 실현하기 위해서도 제기할 수 있다.⁵³⁾

이와 유사하게 자본시장법상 단기매매차익으로 인한 이득을 추궁하기 위해서도 제기할 수 있는 제도⁵⁴⁾가 있고 본질은 주주대표소송과 같지만, 이는 회사의 이사 이외에도 상대방의 범위를 확대하고 있고 주주대표소송보다 역사가 더 깊은 제도이므로 주주대표소송과 동일하게 취급되지는 않는다(따라서 다중대표소송은 이 경우 준용되지 않는다).⁵⁵⁾

그런데 이사에게 손해배상책임을 청구할 수 있는 권리는 본디 회사의 권리이므로 회사를 대표하는 자(대표이사 혹은 일정한 경우에는 감사)가 수행해야 하는 것이 원칙이나, 상대방이 이사와의 개인적 친분 혹은 이사회 구성원 혹은 동료임원이라는 이유로 책임추궁을 지연하거나, 아예 하지 않을 우려가 있고, 그러한 사이에 시효완성이나 혹은 이사의 고의적인 무자력화로 인하여 회사의 권리실현이 불가능해질 수 있으므로 상법은 주주에게 일정한 요건 하에 회사를 대신하여(위하여) 이사를 상대로 책임을 추궁할 수 있도록 마련한 제도이다.⁵⁶⁾ 대표소송과 다중대표소송 모두 제3자의 소송담당으로 보고 회사의 권리를 행사할 수 있는 당사자적격의 문제로 보고 있다. 그러나 당사자적격에 관한 문제는 소송절차의 문제이기도 하지만 주주라는 지위에 기반하여 인정되는 것이므로 주주의 권리에 관한 실체법(실질법)과도 관련된다.

(2) (주주)대표소송의 특수성을 고려한 국제재판관할

국제사법 제3조 제3항에 의하면 법인의 경우 민사소송법 제5조 제1항이 정한 주된 사무소(또는 영업소)만이 아니라 정관상의 본거지나 경영의 중심지가 대한민국에 있

53) 이철송, 앞의 책, 833-834면.

54) 주권상장법인의 임원, 직원 또는 주요주주가 주식 등 금융투자상품을 매수한 후 6개월 이내 매도하거나 이를 매도한 후 6개월 이내에 매수하여 이익을 얻은 경우 해당 주권상장법인이 그 임직원 또는 주요주주에게 그 이익을 회사로 반환할 것을 청구할 수 있는데(자본시장법 제172조 ①), 해당 법인의 주주는 그 법인으로 하여금 동조 제1항에 따른 단기매매차익을 얻은 자에게 단기매매차익의 반환청구를 요구할 수 있으며 그 법인이 그 요구를 받은 날부터 2개월 이내에 그 청구를 하지 아니하는 경우에는 그 주주는 그 법인을 대위하여 그 청구를 할 수 있다(자본시장법 제172조 제2항).

55) 김태진, “다중대표소송(상법 제406조의2)의 이해”, 기업법연구 제35권 제3호 (통권 제86호), (사)한국기업법학회(2021), 93면.

56) 다수 주주의 권리가 침해되어 이들을 대표하여 이사의 책임을 추궁하는 경우라면 일종의 집단소송의 형태가 되어야 한다.

는 법인 또는 대한민국 법에 따라 설립된 법인에 대한 소에 관하여 한국 법원에 국제재판관할이 있음을 규정하고 있다.

법인의 경우 ‘주된 사무소(또는 영업소)’는 사실상의 주된 사무소(영업소)를 의미하여, ‘정관상의 본거지’ 즉 정관에 기재된 본점소재지와 대비되는 개념이다. 또한 ‘경영의 중심지’는 주된 집행부를 지칭하는 말로서 법인 등의 경영가 통제의 중심으로서 의사결정이 이루어지는 장소(예컨대 이사회 개최지)를 의미한다.⁵⁷⁾ 이와 같이 ‘설립준거지’를 포함하여 연결점이 무려 4개나 된 데에는 브뤼셀 I Recast(제63조 제1항), 예비초안(제3조 제2항)과 관할합의협약(제4조 제2항) 등을 참조하여 반영하였기 때문이다.⁵⁸⁾

따라서 대표소송의 경우에는 이러한 4종류의 연결점을 우선 국제재판관할의 관할 근거로 고려할 수 있으며 관할의 경합이 발생한 경우 법원으로서서는 재판관할권 불행사에 관한 국제사법 제12조를 활용할 수도 있다.⁵⁹⁾

그런데 대표소송의 경우 회사에 대하여 이사가 책임을 진다는 실체적 요건 이외에, 한국의 회사법은 발행주식총수의 100분의 1 이상을 가진 소수주주(상장회사의 경우 1만분의 1 이상을 6월 이상 보유한 주주)는 대표소송을 제기하기 전에 먼저 이유를 기재한 서면으로 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 청구하도록 하는 사전제소청구절차를 거칠 것을 요한다. 이는 강행규정으로서 사전청구 없이 소수주주가 소를 제기한 경우에는 그러한 소는 부적법각하된다. 더불어 피고는 회사에 대하여 책임이 있는 이사 또는 이사이었던 자이며 회사를 명목상 피고로 삼지 않는다.

그 뿐 아니라 대표소송의 경우에는 피고관할이 아니라, 회사의 본점소재지 지방법원의 관할에 전속한다는 전속관할에 관한 규정이 있다(상법 제403조 제7항에 의하여 준용되는 제186조). 다중대표소송의 경우에는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다(상법 제406조의2 제5항). 원래 회사가 이사에 대해 제기할 수 있는 이행의 소이지만, 이러한 관할은 무시된다.⁶⁰⁾

또 대표소송의 실질적 당사자는 회사이지만 회사의 참가가 허용되며(상법 제404조 제1항), 주주가 대표소송을 제기한 때에는 지체없이 회사에 대하여 소송의 고지를 하여야 한다는 소송고지제도를 두고 있다(상법 제404조 제2항). 일반적인 소송고지는 고지자의 재량에 달려 있으나 대표소송에서의 소송고지는 상법상 의무사항이

57) 석광현, 앞의 책(주 9), 71면.

58) 석광현, 앞의 책(주 9), 71면.

59) 국제사법 제12조(국제재판관할권의 불행사) ① 이 법에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우에도 법원이 국제재판관할권을 행사하기에 부적절하고 국제재판관할이 있는 외국법원이 분쟁을 해결하기에 더 적절하다는 예외적인 사정이 명백히 존재할 때에는 피고의 신청에 의하여 법원은 본안에 관한 최초의 변론기일 또는 변론준비기일까지 소송절차를 결정으로 중지하거나 소를 각하할 수 있다. 다만, 당사자가 합의한 국제재판관할이 법원에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 본문의 경우 법원은 소송절차를 중지하거나 소를 각하하기 전에 원고에게 진술할 기회를 주어야 한다.

③ 당사자는 제1항에 따른 법원의 중지 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다

60) 이철송, 앞의 책, 839면.

며 주주가 소송고지를 하지 않은 경우 그 판결의 효력이 회사에 대해 미치지 않는다고 보고 있다.

이사가 대표소송을 제기하는 주주의 악의를 소명하여 청구할 때에는 법원은 주주에게 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(상법 제403조 제7항; 제176조 제3항, 4항). 또한 일단 제소되면 당사자는 법원의 허가가 없으면 소의 취하, 청구의 포기·인락, 화해 등을 할 수 없다(상법 제403조 제6항).

대표소송에서 원, 피고가 결탁하여 회사의 권리를 침해하는 방향으로 소송을 종결시키지 못하도록 원고와 피고가 공모하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로 판결을 하게 한 때에는 회사 또는 주주는 확정된 종국판결에 대해 재심의 소를 제기할 수 있다(상법 제406조).

또한 대표소송 또는 재심의 소에서 주주가 승소한 때에는 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다(상법 제405조 제1항). 대표소송을 제기한 주주가 패소한 때에는 악의인 경우 외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다(같은 조 제2항). 이와 같이 주주대표소송은 회사가 이사에 대하여 손해배상책임을 청구할 수 있는 권리와 같이 일반적인 실체법상 권리가 아니라 소송절차와 관련해서 일정한 요건을 구비해야 하며 이에 수반되는 부수적인 법적 절차에 관한 규율을 두고 있다는 특수성이 있다.

앞서 본 것처럼 원고가 될 주주에게는 별도로 요구되는 제소요건과 절차적 요건이 추가되어 있고, 소송고지, 소송참가, 소소이용, 재심절차 등 일반민사소송과 다른 예외규정들이 존재한다.

그렇다면 대표소송을 제기하기 위하여 일정한 요건과 법적 절차를 요구한다는 특수성과 함께 대표소송이 회사와 전체 주주의 이익을 위한 소수주주권으로서 일종의 공익권(共益權)이라는 점, 무엇보다도 원래 회사가 이사에 대해 제기할 수 있는 이행의 소의 경우 피고 관할이지만 대표소송의 경우 회사의 본점소재지 지방법원의 관할에 전속한다는 전속관할규정을 고려할 때 회사가 속한 국가가 전속적인 국제재판관할을 갖는다고 해석함이 타당하다.⁶¹⁾

국제사법 제10조에 의하면 대한민국 법령에 따라 설립된 법인의 설립무효, 해산 또는 그 기관의 결의의 유효 또는 무효에 관한 소는 대한민국 법원에만 제기할 수 있다는 전속관할에 관한 정함을 두고 있다. 이사의 회사에 대한 책임(상법 제399조)은 이사가 직접 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에도 발생하지만, 이러한 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 동일한 책임을 부담한다(같은 조 제2항). 따라서 회사의 기관인 이사회 결의에 대한 유, 무효를 다투는 소에 관하여 전속관할을 정한 취지에 비추어, 주주대표소송의 경우에도 이에 준하여 전속관할로 인정함이 타당하다.

61) 같은 견해로, 이연주, “민사소송에 있어서 외국인의 법적 지위”, 법학연구 통권 제49집, 전북대학교 법학연구소 (2016.), 184-185면; 이승규·이승환·장문일, “2020년 개정 상법의 분석 I : 다중대표소송과 소수주주권”, BFL 제106호, 서울대학교 금융법센터(2021), 18면에서 재인용.

이와 달리 국제사법 제2조에서 정한 국제재판관할권 유무에 관한 실질적 관련성 유무를 판단하여 합리적으로 판단해야 한다는 종래의 대법원 판결⁶²⁾을 인용하면서 대표소송이 제기된 구체적인 사안의 사실관계 및 문제되는 법률관계의 성질에 따라 국내 법원에 국제재판관할권이 있는지 결론이 달라지게 된다는 견해⁶³⁾도 있으나, 이는 2022년 국제사법 개정 전에 제시된 견해인데다가, 절차법적으로 법적 안정성이 중시되는 국제재판관할의 문제를 사례별 접근방식 (case-by-case approach)으로 파악하는 당사자들의 예측가능성을 저해하고 법적 안정성을 해치므로 적절하지 않다고 본다.

(3) 소결

그러므로 전속관할규정을 둔 상법의 취지와 목적을 고려할 때 사람에 대한 일반관할의 관할근거인 일상거소(habitual residence)는 국제재판관할의 유무를 판단할 때 고려대상이 될 수 없다고 본다. 이와 같이 전속관할임을 명시한 법령의 근거가 있으므로, 국제사법 제2조에 따라 실질적 관련성 기준이 적용될 여지는 거의 없을 것이다.

국제재판관할의 원칙적인 연결점(관할근거)으로는 상법의 전속관할 규정에 비추어 회사의 본점소재지가 속한 국가가 국제재판관할권을 가진다고 보아야 한다.

참고로 영국의 오래된 커먼로 원칙 중 깁스 룰 (Gibbs Rule)⁶⁴⁾이 있다. 도산절차에 관한 것이기는 하지만, 영국 커먼로상의 깁스 룰에 따르면 (도산절차는 권리의 존부를 결정하는 것이 아니라 그의 집단적 집행을 정하는 절차라는 점을 근거로) 영국 법에 근거한 권리·의무는 외국의 도산절차에서 채권자 동의없이 채무조정될 수 없고 영국의 도산절차에 의하여만 변경될 수 있다는 것으로서, 준거법이 재판관할을 결정한다는 영국의 위 깁스 룰은 여전히 유효한 선례로 보인다(2018년 *Bakhshiyeva v Sberbank of Russia* 사건에서 인용되었다).⁶⁵⁾ 물론 영국이 EU회원국 지위를 유지하는 동안에 EU의 도산규칙에 따른 도산절차에 대해서는 깁스 룰이 적용될 여지가 없었으나, EU에서 탈퇴한 마당에 영국 법원이 새로운 규칙을 만들지 않는 한은 위 깁스룰은 여전히 적용될 수 밖에 없을 것이다(홍콩의 경우도 여전히 깁스룰이 적용되고 있으나, 최근에 싱가포르에서는 깁스룰을 거부하였다고 한다⁶⁶⁾).

도산절차에 관한 것이기는 하나, 주주대표소송의 경우에도 절차적 색채가 강하므로 준거법이 국제재판관할을 결정한다는 원칙과 결론에 있어서 차이는 없다.

62) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결.

63) 이승규 외 2인, 앞의 논문, 18-19면.

64) *Antony Gibbs & Sons v Société Industrielle et Commerciale des Métaux* [1890] 25 QBD 399. 다만 이 사건 이후 이 판결의 소개한 문헌으로 김영석, “국제도산에서 도산절차와 도산관련재판의 승인 및 집행에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문 (2022. 2.), 114면 이하 참조; 석광현, 개정법, 27면에서 재인용.

65) Bettle, William, *English Court of Appeal Upholds “The Gibbs Rule”*, Insights (Feb. 2019), available at <https://www.jonesday.com/en/insights/2019/02/english-court-of-appeal-upholds-the-gibbs-rule>

66) *Id.* (Pacific Andes Resource Development case 참조)

3. 다중대표소송과 국제재판관할

(1) 해외 자회사에 대한 상법(회사법)의 자체 분석이 유용한가?

해외 자회사 논의와 관련해서 빼놓을 수 없는 것이 바로 상법 제406조의2에서 규정한 자회사 범위가 어디까지인지에 대한 논의이다.⁶⁷⁾

왜냐하면 상법은 다중대표소송에서는 모회사의 개념을 따로 정하고 있지 않고 제342조의2를 통해 유일하게 모회사와 자회사의 개념을 정의하고 있는바, 상법상 어느 회사가 다른 회사의 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유할 때 그 주식을 소유하는 회사를 모회사, 소유의 대상이 된 주식발행회사를 자회사로 한다. 그런데 이러한 직접적인 모회사 관계에 보태서, 상법 제342조의2 제3항에서는 모회사의 자회사로 의제되는, 이른바 ‘의제자회사’에 대한 규정도 마련하고 있어 문제가 발생하고 있다. 즉 다른 회사의 발행주식 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 (i) 모회사 및 자회사가 가지고 있는 경우 또는 (ii) 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사를 이 법, 다시 말하면 상법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다는 뜻인데, 여기서의 ‘자회사’ 범위에 다시 ‘의제자회사’를 포함시킬 것인가가 핵심이다.

만약 포함시키게 되면 의제자회사가 손자회사를 넘어서서 더 아래 단계까지 무한대로 확대될 수 있다.

그러나 상법 제342조의2는 상호주의 자기주식성으로 인하여 실질을 따져볼 필요가 있으므로 그러한 확대론도 타당성을 갖지만 다중대표소송에서는 이와 같은 해석론까지 차용하는 것은 부적절하다. 상법 제342조의2는 자본충실을 저해하는 자본의 공동화현상을 막기 위하여 도입된 것이므로 자본충실의 실질을 중시하여 의제자회사를 확대하자는 논의였다. 반면에 다중대표소송은 소송법적인 요소도 고려해야 하므로 명확성과 법적 안정성이 중요하고, 소송경제상으로도 법이 명문으로 허용한 범위까지만 허용해야 한다고 본다(의제자회사의 범위를 무한히 확대하는 견해에 의하면 의제자회사의 범위에 손자회사를 넘어서서 아래 단계로 무한대로 확대되는데다, 이러한 자회사 지위에 놓이게 되는 회사 입장에서도 어느 단계의 모회사가 다중대표소송을 제기할지 전혀 예측할 수 없어 법적으로 불안정한 상태에 놓이게 된다).

결론적으로 상법 제342조의2에서 모회사 개념은 차용하되, 의제자회사는 무한대로 확대될 수 없다고 본다.

관련하여 일부 문헌에 의하면 해외 자회사를 둔 경우 국제적 다중대표소송의 문제를 실질법인 상법의 다중대표소송 적용범위에 관한 해석 문제로 설명하기도 한다.

예컨대, 상법상 다중대표소송(제406조의2)과 관련한 ‘자회사’의 범위에 국내 모회사의 해외 자회사(해당 국가의 법률에 따라 설립된 해외법인)가 포함되는지에 대해, 다음과 같이 서술하고 있다:⁶⁸⁾

67) 상세한 논의는 김태진, 앞의 논문(주 54), 100-107면 참조. 여기에서는 간략히만 언급하기로 한다.

“회사에 대한 적용 법령(준거법)의 결정에 관하여 국제사법 제16조는 법인은 그 설립의 준거법에 의한다고 규정하고 있으므로, 관할 합의 등의 특별한 사정이 없는 한 다중대표소송에 있어서 모회사의 속인법이라고 할 수 있는 대한민국의 상법과 해당 해외 자회사가 소재한 국가의 법률이 적용되어야 할 것으로 보인다.

따라서 원고가 주주로 있는 국내 모회사의 속인법과 피고가 이사 등으로 있는 자회사의 속인법이 모두 다중대표소송을 인정하는 경우에만 인정될 것으로 보이며, 보다 정확한 해석 등은 법원의 판단이나 유권해석이 필요함.”

그러나 외국에서 설립된 해외 자회사는 여기의 자회사에는 포함될 수 없다.⁶⁹⁾ 이 문제는 상법상 자회사의 범위에 해외 자회사가 포함되는지의 문제로 볼 수도 있겠지만, 국제적 요소가 있는 저촉법적 사안이므로 먼저 국제사법의 관점에서 국제재판관할과 준거법부터 먼저 검토하여 결정해야 한다.

과거에 법무부는 상법 제342조의2에서의 ‘자회사’에는 국내회사뿐 아니라 외국에서 설립된 회사도 포함된다는 입장을 밝힌 바 있지만⁷⁰⁾ 법무부의 위 유권해석만으로는 다중대표소송에 관한 제406조의2에 대해서까지 동일하게 해외 자회사가 여기에 포함된다는 입장이 곧 법무부의 유권해석이라고 비약시켜 볼 수는 없다.

(2) 다중대표소송과 국제재판관할의 판단기준

다중대표소송의 경우 예컨대 국내 모회사 주주가 해외 자회사의 이사를 상대로 다중대표소송을 국내 법원에 제기하는 경우를 생각해 볼 수 있다<(예) A-b-1 유형>.

이에 대해, 소송을 제기한 원고가 국내 모회사 주주라는 점, 국내 모회사와 해외 자회사 사이의 업무가 국내에서 이루어지는 점 등에 비추어 해외 자회사의 주주가 직접 대표소송을 제기한 경우에 비추어 국내 법원의 재판관할권이 인정될 가능성이 더 높다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 그러나 필자는 이 견해에 반대한다.

원고 주주가 내국인이라는 이유로 국제재판관할을 항상 인정한다면 원고관할(forum actoris: 원고법정지)을 인정하는 결과가 되어 개정법 제3조와 민사소송법 제2조에 정한 ‘피고관할원칙’에 반하는 부당한 결과를 초래하며, 국제사법 제2조 제1항이 과도하게 활용될 우려가 있다. 국제사법에서의 국제재판관할은 통상의 경우에는 피고 보호에 주안점이 있는데다, 대표소송의 경우에는 상법이 원래 이행의

68) 한국상장회사협의회, “상법상 다중대표소송의 자회사 범위에 해외법인의 포함여부”, Quaterly 실무 상담사례 - 2021년 3분기- Vol. 84, 한국상장회사협의회(2021), 15면.

69) 김태진, 앞의 논문(주 54), 86면. 반면에 우리 상법의 해석상 해외 자회사도 포함된다는 견해로는, 김정호, 회사법(제7판), 법문사(2021), 585면. 다중대표소송에서의 자회사 범위에는 외국회사를 일반적으로 그 대상에서 제외하는 것은 타당하지 않다는 견해로는 이승규 외 2인, 앞의 논문, 18면(주 40에서 설명하고 있음).

70) 법무부, 상사법무과, 2019. 5. 27.자 민원질의응답·답변 원문 참조.

71) 이승규 외 2인, 앞의 논문, 19면. 한국상장회사협의회체의 실무상담사례에서도 이와 유사하게 기재되어 있다.

소에 있어서 피고관할원칙이 아니라 회사의 본점소재지를 전속관할로 하고 있는 점과도 배치된다.

따라서 다중대표소송에 관하여 우리 상법 제406조의2 제5항에서는 명확하게, ‘(...)자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다’고 규정하고 있다. 또한 앞서 본 바와 같이 국제사법상 전속관할에 관한 규정(국제사법 제10조 제1항 제2호)의 취지도 고려할 필요가 있다.

한편 금번 국제사법 개정논의시 국제사법에서 규정할 국제재판관할규칙이 우리 법원이 국제재판관할을 갖는 경우만을 규정할지, 아니면 조약에서처럼 중립적으로 규정할 지가 문제되자 개정위원회는 원칙적으로 한국 법원이 국제재판관할을 가지는 경우만을 두기로 결정하였다. 이와 같이 일면적 규정방식을 채택하였으나 여전히 외국법원에 대하여도 동일한 관할규칙을 적용한다고 이해된다(실질은 양면적 규정방식이다).⁷²⁾ 따라서 외국법원이 전속관할을 가지는 경우 직접관할의 관점에서 한국 법원의 국제재판관할은 부정한다.

이러한 내용을 종합하면 다중대표소송의 경우에는 자회사의 본점이 속한 외국법원이 전속적인 국제재판관할을 갖는다고 해석해야 한다. 모회사의 본점이 속한 국가와 자회사의 본점이 속한 국가가 다르더라도 다중대표소송과 주주대표소송의 특성상 자회사의 본점이 속한 외국법원에 전속관할을 인정하는 것이 타당하다.

4. 준거법의 결정

(1) 대표소송의 준거법

주주의 대표소송제기 권한은 주주라는 지위에 기하여 주주의 권리로서 인정되는 것이고, 이사 책임추궁의 실효성을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 일용 실제법의 문제이고, 대표소송의 허용성과 대표소송을 제기하기 위한 주주의 자격과 제소요건은 해당 회사의 속인법에 따라야 할 것이다.⁷³⁾

회사의 속인법의 적용범위를 제한하는 규정은 없으므로 대체로 법인의 조직과 내부관계, 기관과 구성원의 권리와 의무 등 회사의 내부관계에 관하여는 회사의 속인법을 준거법으로 보아야 할 것이다. 상법 제399조에 따라 회사가 이사에 대하여 갖는 손해배상청구권은 ‘기관과 구성원의 권리와 의무’에 포함된다고 이해된다.⁷⁴⁾

다만 최근 이러한 일률적인 회사내부관계를 규율하는, 이른바 ‘속인법 단일도그

72) 석광현, 앞의 책 (주 9), 55면.

73) 석광현, “국제소송의 외국인당사자에 관한 몇 가지 문제점”, 변호사 제36집 (2006. 1.), 295-296면; 이승규 외 2인, 앞의 논문, 19면에서 재인용.

74) 상법 제401조가 정한 주식회사 이사의 제3자에 대한 책임 등도 법인의 기관이 법인 또는 구성원을 상대로 단체법적 규정에 기하여 부담하는 책임의 요건과 효과이므로 법인의 속인법에 의하여 규율된다고 보는 입장도 있다(이필복, “법인과 단체의 실체적, 절차적 준거법” 국제사법연구 제25권 제2호 (2019. 12.), 110면; 이승규 외 2인, 앞의 논문, 20면에서 재인용. 그러나 상법 제401조의 법적 성격을 불법행위책임특칙 혹은 특수불법행위로 보는 입장에 따른다면, 반드시 위의 견해처럼 법인의 속인법에 의하여야 한다고 보는 보기는 어렵다.

마’를 재검토할 필요가 있다는 지적⁷⁵⁾에 대해서도 추후 검토가 필요할 것이다.

회사의 속인법은 그 설립의 준거법에 따르는 것이 원칙이므로(국제사법 제30조 제1항), 준거법은 어느 회사의 임원에 대한 대표소송이 제기될 경우 그 회사가 설립된 국가의 법률에 의하여 결정될 것이다. 다만 외국에서 설립된 해외 자회사라 하여도 대한민국에 주된 사무소가 있거나 대한민국에서 주된 사업을 하는 경우에는 대한민국 법에 따르는 것이므로(같은 조 제2항), 이 경우에는 회사의 속인법인 한국법이 준거법이 될 수 있고, 그 결과 상법의 다중대표소송이 적용될 여지가 있다.

(2) 다중대표소송과 준거법의 결정

국제적인 기업조직이라는 구조 안에서 모회사의 속인법과 자회사의 속인법이 다를 경우 언제 자회사의 속인법에 의할지, 또 언제 모회사의 속인법에 의할지를 구분하는 문제는 매우 중요하면서도 어려운 일이다.

먼저 자회사 주주 및 채권자의 이익을 보호한다는 측면이 요구되는 법률관계에서는 자회사의 속인법에 의하여야 준거법을 결정해야 하므로 예컨대 자회사 주주 및 채권자의 이익을 보호하는 예로서 독일의 1965년 주식법 제291조 이하의 종속기업과 지배기업 간의 기업결합에 관한 규제내용의 국면에서는 자회사의 속인법에 의하여 처리하여야 한다.⁷⁶⁾

반면에, 자회사에 의한 모회사주식취득의 문제나 모회사의 감사가 자회사의 이사, 지배인 또는 기타 사용인을 겸하지 못하는 문제와 같이 모회사 주주의 이익이나 모회사의 자본충실 혹은 모회사가 자회사에 대하여 갖는 통제권을 보호하는 경우에는 원칙적으로 모회사의 속인법에 따라야 할 것이다.⁷⁷⁾

또한 모회사 또는 자회사의 속인법과는 별도로 해당 법률관계와 관련이 있는 우리 상법의 규정들이 절대적 강행규정성을 갖는지 여부도 문제될 수 있는바, 상법의 강행규정성에 대하여는 여러가지 입장이 있는 만큼 외국회사가 개입된 국제적 법률관계에서 반드시 관철되어야 하는 절대적 강행규정인지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있다.

한편 다중대표소송과 관련해서는, 다음과 같은 학설이 있다.

① 모회사의 속인법에 의하여야 한다는 견해, ② 자회사의 속인법에 의하여야 한다는 견해, ③ 모회사와 자회사의 속인법이 분할적용되어야 한다는 견해(주주대표소송의 연속선상에서 파악하는 입장으로서, 일반적인 대표소송처럼 자회사 속인법에 의하여 주주에게 제소권한이 인정되는 경우에 그 주주인 모회사의 제소권한이 인정되고, 그 경우 모회사의 제소권한을 누가 실제로 행사할 수 있는가의 문제에 대해서

75) 原田央=サマンタ・タン 「株主代表訴訟に関する国際私法上の諸問題-国際会社法基礎理論再検討の準備作業を兼ねて」 商事法務 No. 2211 (2019. 10. 5.), 51-53頁. 그러나 각국마다 주주대표소송 및 다중대표소송의 요건을 달리 규정하고 있는 현실 및 소송절차가 수반되어야 한다는 점 등을 고려할 때 실현가능한 논의인지는 의문이다(사건).

76) 김태진, 앞의 논문(주 4), 3면.

77) *Id.*, 4-5면

는 모회사 속인법에 의한다는 입장이다) 등이 있다.⁷⁸⁾

‘모회사와 자회사의 권리에 관한 준거법에서 다중대표소송을 허용해야 가능하다’는 입장 역시 위 ③설(모회사, 자회사 분할적용설)을 뜻한다.⁷⁹⁾

물론 다중대표소송제도를 도입한 취지를 모회사의 주주보호 측면으로 이해한다면 ①설(모회사 속인법)이, 다중대표소송의 경우에도 본래 이는 자회사가 자회사 이사에 대하여 갖는 청구권이므로 자회사 보호 측면으로 이해한다면 ②설(자회사 속인법)이 각각 타당해보인다.

그러나 자회사의 임원에 대한 책임추궁권한을 바탕으로 하고 이는 자회사의 문제이므로 자회사 설립준거법이 다중대표소송을 인정하지 않는다면 다중대표소송은 불가능하다고 해석해야 할 것이다.

다중대표소송의 제소요건은 소송절차상 문제이면서 동시에 실제법인 회사법의 해석과도 관련되므로, 모회사 주주 보호 및 자회사 보호를 모두 고려하여 ③설이 가장 합리적인 입장이라 생각된다.

다만 실제판단에 있어서 이사의 임무위배 혹은 부적절한 행위가 형사처벌의 대상이거나 행정제재의 대상인 경우가 있을 수 있다. 만약 해외자회사의 임원에 대해서도 형사책임이나 행정벌 등의 역외적용이 가능하다면 그러한 처벌이나 행정상 제재 조치와의 정합성을 고려하여야 할 것이다. 현행 국제사법은 준거법의 범위에 있어서 외국 공법 부적용원칙을 배척하고 있다(국제사법 제19조).

참고로 영국 법원은 revenue rule 이라고 하여, 외국법의 형법, 세법 기타 공법에 의한 집행을 허용하지 않는다는 원칙이 있다. 따라서 외국 공법의 적용이 외국 공법의 직접적, 간접적 집행에 해당하는 경우에는 영국 법원이 이를 적용할 수 없으나, 사인 간 계약에 관한 소에서 문제된 계약의 효력이 외국 공법 규정에 달려 있는 경우, 영국 법원은 그 외국 공법에 효력을 부여할 수 있다(외국 공법의 승인).⁸⁰⁾ 다시 말하면, 외국 공법에 기한 규제(행정적, 형사적 규제)가 직접 적용된다는 의미가 아니라, 구체적인 사건에서 외국적 요소를 가진 사법적 법률관계에 미치는 영향을 고려한다는 의미이다.⁸¹⁾

(3) 회사법의 입법의도 또는 규정의 형식에 근거한 해석론

상법전 내의 상거래 관련 내용과는 달리, 회사법은 단순히 사적 자치가 적용되는 사법(私法)의 영역에만 오롯이 머문다고 하기에는 다소 이질적인 요소들이 많다. 조직법적 특성을 고려한 강행규정도 상당히 있으며, 주주대표소송처럼 소송사건이나 법원의 허가를 구하는 비송사건 등 절차법적인 요소와 더불어 회사의 청산 및 해산

78) 학설 상황에 대한 상세한 논의는 原田 央 「多重代表訴訟に関する国際私法上の諸問題—国際会社法基礎理論再検討の準備作業を兼ねて」 商事法務 No.2211 (2019. 10. 5.), 63 - 64頁.

79) 김태진, 앞의 논문(주 54), 86면.

80) 온주 국제사법 주석서 제19조, 3면.

81) 최흥섭, 한국 국제사법-법적용법을 중심으로, 한국학술정보, 2019, 208면: 온주 제19조 5면에서 재 인용.

절차, 나아가 과료나 형사처벌 등 이질적인 요소가 혼재되어 있다.

따라서 앞에서 살펴본 바와 같이 국제사법의 관점에서 국제재판관할이나 준거법 결정 등을 검토하였으나 이는 어디까지는 사법의 영역에서의 작업이라 할 것이다. 공법(公法)은 각국의 국가적 이익이 걸려 있으므로 자국의 공법을 어느 범위까지 적용할 것인가가 문제되지만 동시에 다른 외국국가 입장에서도 자국의 이익이 관련된다고 판단하면 그 외국의 법을 동시에 적용하는 경우도 있다(국적, 조세, 형사범죄 등). 따라서 회사법의 경우 순수한 사적 영역에 대한 법이라고는 보기 어렵고, 어느 정도 국가적 이익을 반영하고 있으므로 회사법의 개별 규정이 의도한 바가 국제적 요소(섭외사건)를 포함한 사안에도 적용될 것임을 의도한 것인지를 기준으로 판단하는 것이 바람직하다는 견해⁸²⁾도 경청해 볼 만 하다.

일본 회사법은 ‘회사’와 구별하여 ‘외국회사’에 대해 별도의 정의규정을 두고 있고(일본 회사법 제2조 제2호), 자회사와 모회사의 범위에 각각 외국회사가 포함된다는 점을 명시하고 있기는 하나(동법 제2조 제3, 4호, 회사법 시행규칙 제2조 제2항제2호, 제3조 제1, 2항), 다중대표소송을 입법함에 있어서는 ‘주식회사’라고 구분하여 용어를 사용하였다. 주식회사의 범위에는 외국회사가 배제된다.

물론 일본의 회사법 내용 중에는 국제적 적용범위를 정한 예가 있기는 하나,⁸³⁾ 적어도 다중대표소송제도만큼은 완전모회사 및 자회사가 일본회사임을 전제로 도입한 제도라고 보아도 무방할 것이다. 따라서 이러한 한도 내에서는 해외 자회사에 대한 적용여부를 논의하기는 어려울 것으로 생각된다.

한국의 경우에도 다중대표소송에 관한 입법과정을 담은 회의록을 보더라도 해외 자회사를 거론한 내용은 발견할 수가 없었다. 따라서 다중대표소송제도를 도입하게 된 입법의 의도에는 이러한 국제적 요소가 있는 경우는 고려대상이 아니었음을 짐작할 수 있다.

한편 홍콩의 경우는 홍콩 내에서 사업을 행하는 회사의 상당 수가 외국에서 설립된 회사이므로 대표소송제도를 입법화하는 과정에서 이러한 홍콩의 특수한 사정을 감안하여 대표소송의 적용범위는 홍콩 내에 영업소(place of business)를 두고 있는 외국회사에게도 미친다는 점을 분명히 밝히고 있다.⁸⁴⁾

따라서 법률의 형식상 국내회사에만 적용할 의도로 입법된 제도인지, 아니면 외국 회사에도 적용할 의도를 명시한 것인지를 기준 역시 고려되어야 한다고 본다.

5. 유형별 검토

82) 道垣内正人, 「國際の多重代表訴訟」 WESTLAW (2012. 9.),

상세한 내용은 <https://www.westlawjapan.com/column/2012/120918/>

83) 일본의 경우 ‘사채’는 일본 회사법 규정에 의하여 발행되는 것이라고 정의하고 있다(일본 회사법 제2조 제23호). 따라서 일본회사를 채무자로 하더라도 외국법을 준거법으로 하여 발행되는 유가증권에 의한 차입은 회사법상 사채가 아니므로 사채관리회사의 설치의무에 관한 규정(일본 회사법 제702조 이하)은 적용되지 않는다고 본다.

84) Hong Kong Companies Ordinance s 722 (1). <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap622>
“§722.Interpretation

(1)In this Part company (公司) includes a non-Hong Kong company.”

(1) 국제재판관할이 인정되고 제소 이후 후속 절차가 이루어질 수 있는 사례

우선, [A-1 유형] [한국회사(A) - 외국인주주 - 한국법원(1)]의 경우에는 한국법원에 전속적 국제재판관할이 인정되고 또 A회사의 속인법인 한국법, 즉 한국의 상법(회사법) 제403조 이하의 규정에 따라 원고인 외국인 주주가 주주대표소송의 요건 등을 전부 갖추었는지를 살펴본 다음, 본안전요건을 모두 갖추었다면 본안에 대한 심리가 이루어질 수 있다.

위 [A-1 유형]은 이미 주위에서 흔하게 접할 수 있는 사례이다. 그리고 한국 법원에서 상법상 대표소송에 관한 규정을 적용하여 처리하는 데에 아무 이견이 없다.

이처럼 외국인이 한국 회사의 주주로 등장한 지는 이미 오래되었고 산업체별 외국인직접투자 뿐 아니라 금융시장에서의 투자도 매우 활발한 편이다. 금융감독원의 자료에 의하면 2023년 12월 기준 외국인투자등록자 수는 기관 95명, 개인 19명이고, 외국인소유주식수는 114억5,943만3천주 (상장주식대비 18.4%; 시가총액으로 보면 상장주식대비 32.8%)로 파악된다.⁸⁵⁾

특히 가장 최근에 주목을 받은 사건으로는, 2024년 1월 10일 싱가포르계 행동주의 펀드인 플래시라이트파트너스("FCP")가 KT&G의 감사위원회 위원장 앞으로 전현직 이사들(사외이사 포함)을 상대로 1조원대의 손해배상책임을 추궁하는 소를 제기하여 줄 것을 요청하였고 회사가 이를 거부시 주주대표소송을 제기할 것임을 밝힌 사안을 들 수 있다.⁸⁶⁾ 상법 제403조에 따라 회사가 30일내에(즉 2024년 2월 10일까지) 이사들을 상대로 책임추궁의 소를 제기하지 아니한 때에는 주주인 FCP는 직접 위 이사들을 상대로 주주대표소송을 제기할 수 있다.

다음으로 [B-2 유형] [외국회사(B) - 한국인주주 - 외국법원(2)]의 경우에는 외국법원에 전속적 국제재판관할이 인정되므로 B회사의 속인법인 외국법에 따라 대표소송의 요건을 구비하였는지를 심사하여 이후 절차가 진행될 것이다.

참고로 국내 투자자가 글로벌투자자로 등장하게 된 것은 1996년 일반투자자의 해외증권 투자한도 폐지를 통해 해외주식투자가 완전 자유화된 시점 이후로, 지금은 세계를 무대로 활동하고 있다.⁸⁷⁾ 특히 글로벌 금융위기 시점을 전후로 하여 신흥국

85) 금융감독원 금융통계 내 외국인주식투자. (<https://fisis.fss.or.kr/fss/fsiview/indexw.html>)

86) FCP의 제소청구서에 따르면 KT&G의 전현직 사내이사 및 사외이사들은 회사로 하여금 2001년부터 자사주를 조금씩 매입하게 한 뒤, 위 자사주를 이사회 결의만 거쳐 전현직 임직원들이 속한 재단/기금에 무상증여하게 하였고 그 결과 위 재단/기금이 KT&G의 최대주주(2023년 3분기말 기준 9.6% 소유)가 되었는데 이와 같이 자사주를 편법으로 경영진의 경영권유지에 이용하였고 사외이사들이 감시 의무를 게을리하여 회사에 손해를 끼쳤다는 점을 들고 있다. 이상은, 박동휘·하현형, "행동주의펀드, KT&G 사외이사에 '1조 소송'", 한국경제신문(2024. 1. 22.자) 기사 참조. <https://www.hankyung.com/article/2024012223671>

87) 2018년말 기준 국내투자자가 보유하고 있는 해외주식투자 잔액은 약 2,615억달러로 글로벌 금융위기 이전 최대치(2007년) 대비 약 1.5배 증가하였다. 국내 해외주식 투자주체 중 가장 큰 손은 바로 한국투자공사, 국민연금 등 주요 연기금을 포함한 일반정부 부문인바, 일반정부의 해외주식투자 잔액은 약 1,643억달러로 국내투자자의 해외주식투자 총액의 약 63%에 달한다(그리고 일반정부의 해외주식투자 총액 중 약 80% 를 국민연금이 보유하고 있다). 그 밖에 기타 금융기관 역시 해외주식투자

중심에서 선진국 중심의 포트폴리오로 전환되는 추세를 보이는데, 현재 국내 투자자가 가장 많이 보유하고 있는 해외 주식은 미국 주식(47.1%)이며, 이어서 중국(7.1%), 일본(5.7%), 영국(5.4%), 프랑스(2.6%) 등의 순이고, 상위 10개 투자대상국(앞의 5개국 + 독일, 호주, 스위스, 캐나다, 네덜란드)에 대한 투자비중이 약 76%에 달한다(물론 베트남 등 일부 신흥국 기업의 주식에 대해서도 국내 투자자 중 일부는 투자하고 있다.⁸⁸⁾ 대체로 투자자들은 모국투자에 편향되는 성향을 보이지만, 그럼에도 불구하고 국내 투자자가 외국회사의 주주인 사례는 전혀 특이한 일이 아니게 되었다. 오히려 최근 국내 주식시장이 부진하자 국내 투자자들의 자금은 더 빠른 속도로 해외 시장으로 향하고 있다.⁸⁹⁾

외국회사에 대한 한국인 투자자가 증가하는 추세임을 고려할 때 아마도 이러한 유형의 국제적 대표소송 역시 향후에는 증가할 것으로 예상된다.

(2) 국제재판관할의 흠결로 인한 부적법각하되는 사례

우선 [B-1 유형] [외국회사(B) - 한국인주주 - 한국법원(1)]의 경우에 대해서는 가상의 사례를 한번 생각해 보자. 한국인 ‘동학개미’ 투자자인 이모씨(李某氏)가 미국 회사인 테슬라의 주식 9주를 보유하고 있던 중 테슬라의 슈퍼스타 CEO인 일론 머스크의 일탈행위로 회사에 손해를 끼쳤음을 들어 주주대표소송을 제기하는 것을 고려하고 있다고 해보자.⁹⁰⁾ 이모씨가 이 사건을 미국 법원에 소제기하여 그 설립지

성장세를 주도하고 있다: 김한수, “국내투자자의 지역별 해외주식투자 현황 및 특성분석”, 이슈보고서 20-02호, 자본시장연구원 (2020), 2-4면. 아래 표 역시 동보고서 3면과 4면에서 인용.



88) 김한수, 앞의 보고서, 10면.

89) 2024년 1월 30일 금융투자협회 공시에 따르면 1월 26일 기준 투자자예탁금은 49조694억원으로 집계되었는데, 이는 1월 2일 59조4949억원에 비해 17.5%(10조 4255억원) 줄어든 금액이다. 또한 2022년 1월 28일 기준 투자자예탁금(70조3447억원)에 비해서도 많이 감소하였다. 그 대신 2024년 1월 한 달 간 미국 주식 상위 50 종목의 순매수 규모는 13억6119만달러(한화 약 1조8192억원)였고, 일본 주식 상위 50 종목의 순매수 규모는 1억665만달러(약 1425억원)으로 집계되었다. 최근 홍콩을 제치고 상위 증시권에 진입한 인도 증시에도 1월 19일 현재 약 420억원의 국내 개인투자자들의 자금이 유입된 것으로 파악되었다: 전지윤, “‘동학개미’ 해외 원정 행렬...‘자금떨물’에 국내 증시 맥 못 춰” 시장경제뉴스(2024. 1. 30.) 기사

<https://www.meconomynews.com/news/articleView.html?idxno=87310>

90) 김아사, “머스크, 테슬라 9주 가진 소액주주에 졌다...74조원 토할 판”, 조선경제신문(2024. 1. 31. 자) 기사를 참조한 가상의 사례이다: 위 기사에 따르면, 미국 델라웨어주 법원은 2024. 1. 30. 일론

법인 델라웨어주법의 적용을 받는 경우라면 간단하게 [B-2 유형]으로 해결되지만, 만약 이모씨가 한국에서 한국법에 따라 소송을 수행하기를 희망한다면, 이모씨의 희망대로 한국 상법 제403조에 의하여 판단받을 수 있을까?

위 가상의 사례의 경우 한국법원이 과연 이 사건에 대해 국제적 재판관할이 있을 지부터 검토해야 하는바, 아쉽지만 외국법원에 전속적 국제재판관할이 인정되고 한국법원은 국제적 재판관할이 없으므로 한국법원에서 한국인 주주가 대표소송을 제기한 경우에는 국제재판관할권의 흠결로 인하여 해당 소는 부적법각하되어야 한다고 본다. 자국기업 혹은 자국인을 보호해야 한다는 신념으로 인하여 법리를 왜곡하여 국제재판관할 배분의 이념에 반하는 결론을 내리는 것은 바람직하지 않다(과거에 국내 판결 중 일부에 대해 이러한 점을 들어 비판한 견해가 있다.⁹¹⁾)

바로 **[A-2 유형]** [한국회사(A) - 외국인주주 - 외국법원(2)] 이 위 사안과 정반대 사안이다. 한국회사에 투자한 외국인 주주들이 외국법원에서 한국회사의 이사를 상대로 주주대표소송을 제기할 수 있을까?

A회사의 본점소재지가 속한 국가인 한국법원에 전속적 국제재판관할이 있으므로, 외국법원에서 외국인주주가 대표소송을 제기한 경우에는 국제재판관할권의 흠결로 인하여 해당 소는 부적법각하되어야 할 것으로 본다.

(3) 다중대표소송의 사례

다중대표소송 중에서 **[A-b-1 유형]** [한국모회사(A) - 해외자회사(b) - 한국법원(1)] 은 해외 자회사가 속한 외국법원이 전속적 국제재판관할을 갖는다고 보아야 하므로, 한국법원에 제기된 다중대표소송은 국제재판관할의 흠결로 부적법각하되어야 할 것이다. 이러한 결론이 타당한 이유는 다중대표소송을 허용하고 있는 법제와 허용하지 않는 법제가 존재하고 또 다중대표소송을 허용할 경우에도 절차 및 요건이 각국마다 다른 현실을 감안할 때 자회사의 본점이 속한 외국법원에서 다중대표소송

머스크 테슬라 CEO(최고경영자)가 회사로부터 받은 560억달러(약 74조원) 규모의 스톡옵션 실적 보상안을 취소하라는 판결을 내렸다. 머스크가 CEO로서 테슬라를 전기차 업체 글로벌 1위에 올려놓은 공이 있지만, 보상 금액이 과도한 데다 이를 승인한 이사회에 대하여 머스크가 부당하게 영향력을 행사했다는 점을 이유로 “테슬라 이사회의 머스크에 대한 보상 계획은 공정하지 못해 무효”라고 판시하였다. 법원은 “수퍼스타 CEO인 머스크는 이사회와 끈끈한 유대관계를 통해 보상 계획 승인 과정을 주도했고, 이사회는 보상안 규모에 대한 적정성을 따지지 않았다”고 보았다.

이 판결이 확정되면 테슬라 이사회는 머스크가 CEO로서 회사가 성장하는 데 기여를 했는지 재평가해 보상안을 다시 정해야 한다.

지난 2018년 테슬라 이사회는 머스크가 월급과 보너스를 받지 않는 대신 회사 매출, 시가총액 등 실적 목표 달성에 따라 최대 1억1000만주의 스톡옵션을 받는 보상안을 가결했다. 당시 600억달러(약 80조원)가량이던 테슬라 시가총액이 6500억달러(약 867조원)를 넘어야 하는 등 까다로운 조건이 붙었는데, 테슬라 주가가 급등하면서 머스크에 대한 보상액은 560억달러에 이르렀다. 그러나 2022년 머스크가 트위터(현 엑스) 인수 자금 마련을 위해 테슬라 주식을 대거 팔면서 주가가 하락하자 주주들 사이에서 머스크 보상액이 과도하다는 불만이 제기되었고, 테슬라 주식 9주를 가진 한 소액주주가 “테슬라 지분 22%를 가진 머스크가 이사회에 압력을 가해 유례없이 거대한 보상안 승인을 유도했다”면서 스톡옵션 부과 취소 소송을 제기한 것이다.

<https://www.chosun.com/economy/auto/2024/01/31/ZCWK44MU4FBABF3MPVKACGJ40Q/>

91) 석광현, 앞의 논문, 69면.

의 요건 등을 그 법정지법(설립준거지법과 결과적으로 동일할 것으로 생각된다)에 따라 판단할 수 밖에 없기 때문이다.

준거법의 측면을 보면 b회사의 속인법이 다중대표소송에 대해 적용되며, A회사의 주주들에게 A회사의 주주 지위를 인정할 수 있는지의 문제는 A회사의 속인법으로 판단하면 될 것이다.

한편, [B-a-2 유형] [외국모회사(B) - 한국자회사(a) - 외국법원(2)]의 경우에도 한국 법원이 a회사의 이사를 상대로 B회사의 주주들이 제기한 다중대표소송에 관한 전속적 국제재판관할이 인정된다. 다중대표소송에 관한 한국법을 준거법으로 하되, 마찬가지로 B회사의 주주에게 주주 지위를 인정할지의 문제는 B회사의 속인법에 의하여 판단하면 된다.

6. 소결

대표소송에 있어서 전속관할을 부정하면서 연결근거가 있는 모든 국가에게 국제재판관할을 인정하자고 유연하게 해석하는 입장이 있을 수 있다. 이는 어찌 보면 ‘보편주의(universalism)’에 근거한 입장일지 모르겠다.

그러나 당사자에게는 당해 법률관계에 적용될 준거법을 정하는 문제는 그러한 인류애적 관점(명분)보다는 실리적인 측면이 더 클지 모르겠다. 어느 국가의 재판관할에 복종할지, 또 어느 국가의 법이 준거법이 되느냐의 문제는 어찌면 당사자가 당해 국가의 법원과 법원의 판결에 대하여 어느 정도로 신뢰하는지에 달려있는지 모르겠다. 판결의 내용 및 절차 면에서 공정성(impartiality)이나 영리성(commerciality), 적법절차(due process)에 대한 당사자들의 합리적인 기대를 존중하되, 국내법 질서를 무시하는 것을 정당화하는 데에 사용될 수 없다는 한계⁹²⁾ 안에서 합리적인 해석론을 전개해야 한다.

IV. 맺음말

국경 너머 세계를 꿈꾼다. 큰 기업일수록. 이는 투자자도 마찬가지이다.

회사가 세계를 무대로 기업활동을 확대하기 위해서는 거점이 될 외국에서 사업파트너와 함께 전략적으로 합작투자회사를 설립하거나, 아니면 직접 자회사를 설립하여 사업을 영위할 수도 있고, 그 경우 외국에서 설립된 국내 회사의 자회사가 그 나라의 유망한 기업을 인수하는 등 국제적인 M&A를 하는 경우도 종종 본다. 그 결과 ‘○○그룹’으로 불리우는 국내의 여러 대규모 기업집단에는 해외 자회사와 계열사 등이 존재한다.

그러하다면 본고에서 다루고자 하는 국제적 기업결합, 기업집단과 주주대표소송, 다중대표소송의 문제에 대하여 좀더 관심을 기울일 필요가 있다. .이상.

92) 도산절차의 맥락에서 이러한 취지를 밝힌 판결로, Rubin v Eurofinance SA [2012] UKSC 46.

<2022년 개정된 국제사법 중 국제재판관할에 관한 법조항>

(전체: 1조~96조)

No	법조문	제목
제1장 총칙 제2절 국제재판관할		
1	제2조	일반원칙
2	제3조	일반관할
3	제4조	사무소·영업소 소재지 등의 특별관할
4	제5조	재산소재지의 특별관할
5	제6조	관련사건의 관할
6	제7조	반소관할
7	제8조	합의관할
8	제9조	변론관할
9	제10조	진속관할
10	제11조	국제적 소송경합
11	제12조	국제재판관할권의 불행사
12	제13조	적용 제외
13	제14조	보전처분의 관할
14	제15조	비송사건의 관할
제2장 사람 제1절 국제재판관할		
15	제24조	실종신고 등 사건의 특별관할
16	제25조	사원 등에 대한 소의 특별관할
제5장 지식재산권 제1절 국제재판관할		
17	제38조	지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할
18	제39조	지식재산권 계약 침해에 관한 소의 특별관할
제6장 채권 제1절 국제재판관할		
19	제41조	계약에 관한 소의 특별관할
20	제42조	소비자계약의 관할
21	제43조	근로계약의 관할
22	제44조	불법행위에 관한 소의 특별관할
제7장 친족 제1절 국제재판관할		
23	제56조	혼인관계에 관한 사건의 특별관할
24	제57조	친생자관계에 관한 사건의 특별관할
25	제58조	입양관계에 관한 사건의 특별관할
26	제59조	부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할
27	제60조	부양에 관한 사건의 관할
28	제61조	후견에 관한 사건의 특별관할
29	제62조	가사조정사건의 관할
제8장 상속 제1절 국제재판관할		
30	제76조	상속 및 유언에 관한 사건의 관할
제9장 어음·수표 제1절 국제재판관할		
31	제79조	어음·수표에 관한 소의 특별관할
제10장 해상 제1절 국제재판관할		
32	제89조	선박소유자등의 책임제한사건의 관할
33	제90조	선박 또는 항해에 관한 소의 특별관할
34	제91조	공동해손에 관한 소의 특별관할
35	제92조	선박충돌에 관한 소의 특별관할
36	제93조	해난구조에 관한 소의 특별관할