

法學博士 學位論文

少數株主保護制度에 관한 研究

-中國法の 改善方案을 中心으로-

A Study on the Protection of Minority Shareholders

指導教授 黃 鉦 源

2004年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科 姜 明 才

<目 次>

제 1 장	序 論	1
제 1 절	研究의 目的	1
제 2 절	研究의 範圍와 方法	4
제 2 장	少數株主保護制度의 概觀	7
제 1 절	少數株主權의 一般理論	8
I.	少數株主權과 單獨株主權	8
1.	少數株主權의 意義와 性質	8
2.	單獨株主權의 意義	10
3.	少數株主權의 機能	10
4.	少數株主權의 導入過程	12
II.	多數決原理의 限界	16
1.	固有權理論	16
2.	株主平等의 原則	17
제 2 절	少數株主保護의 必要性	21
I.	所有와 經營의 分離現象	21
II.	支配要件의 緩和傾向	22
III.	企業의 結合現象	23
IV.	株主總會의 形骸化	25
V.	少數株主의 地位와 權利保護의 重要性	28

제 3 장	現行韓國法上 少數株主保護制度	32
제 1 절	會社情報公示에 있어서의 少數株主保護	33
I.	各種의 閱覽·謄寫請求權	33
1.	理事會의 議事錄의 閱覽·謄寫請求權	33
2.	財務諸表의 閱覽·謄寫請求權	34
3.	會計帳簿閱覽·謄寫請求權	35
II.	檢査人의 選任請求權	39
1.	意義	39
2.	檢査人 選任請求	40
3.	株主總會召集命令	41
제 2 절	少數株主의 經營參與와 少數株主保護	42
I.	臨時株主總會召集請求權	42
1.	意義	42
2.	立法例	42
3.	株主總會의 召集要件	43
4.	株主總會의 召集節次	44
II.	株主提案權	45
1.	意義	45
2.	立法例	45
3.	株主提案權의 行使要件과 範圍	47
4.	提案權의 行使方法과 節次	49
5.	提案權行使의 效果	50
6.	株主提案의 不當拒絶	51
III.	累積投票制度	52
1.	意義	52
2.	單純投票制와의 比較	53

3. 立法例	54
4. 累積投票制度의 法的 性質	56
5. 累積投票의 要件 및 節次	57
IV. 株主의 議決權의 保障制度	58
1. 議決權의 代理行使	58
2. 委任狀勸誘制度	63
3. 書面投票制度	66
V. 新株發行과 少數株主保護	71
1. 新株發行과 株主의 關係	71
2. 株主의 新株引受權의 制限	72
3. 違法·不公正한 新株發行에 대한 救濟	75
VI. 株主總會決議의 瑕疵에 대한 救濟	79
1. 意義	79
2. 訴의 原因	80
3. 訴의 性質	82
4. 判決의 效力	84
제 3 절 理事 등 任員들에 대한 牽制策	85
I. 違法行爲留止請求權	85
1. 意義	85
2. 立法例	85
3. 留止請求權의 當事者	86
4. 留止請求權行使의 要件	87
5. 留止請求의 方法	89
6. 留止請求의 效果	89
II. 株主의 代表訴訟	90
1. 意義	90
2. 立法例	91
3. 代表訴訟의 性質	94

4. 代表訴訟의 當事者	96
5. 訴訟節次	96
6. 判決의 效果	98
Ⅲ. 理事解任請求權	99
1. 意義	99
2. 立法例	100
3. 理事解任의 訴의 要件	101
4. 理事解任 訴의 當事者	102
Ⅳ. 社外理事制度	104
1. 社外理事의 意義와 效用	104
2. 立法例	106
3. 社外理事의 法的地位	106
4. 社外理事의 資格과 人數	107
5. 社外理事의 選任과 解任	108
Ⅴ. 外部監査制度	108
1. 意義	108
2. 立法例	109
3. 對象企業	110
4. 監査人の 資格과 選任	111
5. 監査人の 權限과 義務	113
6. 監査人の 損害賠償責任	114
제 4 절 會社의 組織變更과 少數株主保護	116
Ⅰ. 會社의 合併과 分割	116
1. 會社의 合併	116
2. 會社의 分割	117
3. 會社合併 및 分割에 있어서의 少數株主保護의 必要性	118
Ⅱ. 株式買受請求權	119
1. 株式買受請求權의 意義 및 性質	119

2. 立法例	120
3. 株式買受請求權의 成立要件	121
4. 買受請求權의 行使節次	124
5. 株式買受請求權의 效果	128
6. 株式買受請求權의 制限	130
Ⅲ. 會社의 解散·整理節次와 少數株主保護	132
1. 會社의 解散判決請求權	132
2. 會社整理節次開始請求權	135
제 4 장 少數株主保護制度를 위한 改善方案	139
제 1 절 韓國商法의 改善方案	139
Ⅰ. 株主의 說明請求權	139
1. 說明請求權의 意義	139
2. 說明請求權의 根據 및 性格	140
3. 說明請求權과 會計帳簿閱覽請求權과의 關係	142
4. 立法例	142
5. 說明請求權의 當事者	146
6. 說明請求權의 行使範圍와 說明義務의 限界	148
7. 說明請求權侵害의 救濟	149
8. 改善方案	151
Ⅱ. 支配株主의 忠實義務	152
1. 意義	152
2. 立法例	155
3. 支配株主 忠實義務의 이론적 根據	158
4. 忠實義務의 內容과 忠實義務違反에 대한 規制	158
5. 改善方案	159

제 2 절	中國法の 關聯規定과 改善方案	159
I.	現行關聯法令의 問題點과 改善方案	159
1.	會社情報接近請求權	160
2.	臨時株主總會召集請求權	161
3.	株主提案權	163
4.	累積投票制度	165
5.	株主의 議決權代理行使	167
6.	外部監査制度	170
7.	社外理事制度	171
8.	株式買受請求權	178
9.	株主總會決議瑕疵에 대한 救濟	180
II.	會社法과 立法論的 改善方案	181
1.	理事解任請求權	181
2.	違法行爲留止請求權	182
3.	株主代表訴訟	183
4.	新株發行無效의 訴	185
5.	會社合併·分割無效의 訴	186
6.	會社解散判決請求權	188
제 5 장	結 論	191
參 考 文 獻		197
ABSTRACT		i

<표 차례>

<표 1> 商法上 少數株主權 行使要件('98년 개정 전후)	15
<표 2> 證券去來法上 少數株主權의 行使要件	15
<표 3> 商法 및 證券去來法上 少數株主權의 行使要件의 比較	16
<표 4> 각 訴의 比較	84

제 1 장 序 論

제 1 절 研究의 目的

現代社會에 있어서 株式會社는 거대한 資本과 풍부한 人的資源(專門經營者)을 바탕으로 사회전반에 중요한 影響力을 行使하고 있다. 즉 株式의 발행을 통해 社會의 遊休資金을 資本으로 結集시켜 投資者에게는 高收益을 보장하고, 勞動者에게는 就業의 場을 마련하여 주며, 消費者에게는 풍부한 상품과 서비스를 제공하고, 國家를 위해서는 豊足한 稅收의 源泉이 되고 있다. 株主는 株式會社의 기초가 되는 者로서, 법적으로는 會社의 構成員이고 경제적으로는 會社의 所有者이기 때문에 會社에 대하여 利益配當請求權, 利子配當請求權, 殘餘財產分配請求權 등 自益權과 株主總會召集請求權, 株主提案權, 代表訴訟提起請求權 등 광범위한 共益權을 가진다.

이론적으로는 會社의 실질적인 所有者인 株主들로 구성된 株主總會가 無制限의 權利를 行使할 수 있지만, 現代에 이르러 株式會社 규모의 大型화와 株式의 分散 및 會社經營의 複雜化·專門化·技術化에 따라 專門經營人에 대한 委託經營이 불가피하게 되었고, 이른바 所有와 經營의 分離現象이 나타나게 되었다. 또한 投資株主 내지 投機株主의 출현으로 會社의 경영에는 무관심한 株主가 있고, 資本多數決의 原則에 의하여 支配株主의 意思에 반대되는 少數株主¹⁾의 의견은 無視되는 현상이 빈번하면서 會社의 經營이나 監督에 의욕을 상실하는 少數株主가 많아지면서 株主總會의 形式化 내지는 形骸化現象이 나타나게 되었다.

그러나 支配株主나 經營者의 專橫으로부터 침해받는 少數株主의 利益에 대하여 특별한 保護가 요청되는 것은 權利本位主義와 經濟民主主義의 당연한 歸

1) 商法上の 少數株主는 單獨 또는 타인과 공동으로 일정한 株式數를 保有할 것을 요건으로 하여 1株를 가져도 權利를 行使할 수 있는 單獨株主와는 다른 概念이나, 본 論文에서는 廣義의 의미로 單獨株主를 포함한 概念으로 한다. 다만 單獨株主와의 차이를 설명함에 있어서의 少數株主는 狹義의 少數株主, 즉 一定株式의 保有가 필요한 株主를 指稱하는 것으로 한다.

結이라고 하겠다. 즉 少數株主의 利益을 保障하여야만 少數株主가 되는 것을 忌避하지 않게 되고, 따라서 遊休資金을 吸收하여 巨大資本을 結集한다는 株式會社制度의 본래의 趣旨를 살릴 수 있을 것이다. 결국 少數株主의 權利를 保護하는 것은 現代企業制度에 있어서 不可缺의 요소라 할 수 있다.

三權分立은 權利를 통해서야만 制約할 수 있다는 民主主義의 憲政思想은 株式會社 내부의 株主總會, 理事會, 監事會 등 制度의 수립에 큰 영향을 미쳤다. 그러나 現代의 會社制度는 株主總會中心主義에서 점차 理事會中心主義로 變化해 가는 모습을 보이고 있다.²⁾ 經營의 效率性を 높이기 위해 理事會에 權限을 強化하는 것은 당연하다고 하다고 할 수 있겠지만, 그렇다고 하여 株式會社에 있어서 株主의 所有者로서의 地位가 변하는 것은 아니며, 株式會社는 궁극적으로 會社의 利益增大를 통해 전체 株主에게 높은 收益을 안겨주기 위함이라는 目的이 변한 것도 아니다. 따라서 理事會나 專門經營人의 權利가 強化되었기 때문에 株主總會를 통해 이들에 대한 牽制와 監督이 強化되어야 할 필요성이 대두된다.

株式會社는 多數의 株主가 出資에 의해 結合된 것으로서 會社 內의 大株主와 少數株主, 普通株式을 保有한 株主와 特別株式을 保有한 株主, 企業家 株主와 投機株主사이에 利害衝突이 발생할 수 있을 뿐만 아니라 會社의 債權者 등 과도 衝突이 있을 수 있다. 이때 多數의 構成員을 가진 團體에서 만장일치에 의한 意思決定은 막대한 去來費用을 필요로 하기 때문에 신속한 판단을 要求하는 會社經營에 있어서 반드시 最善策인 制度라고는 할 수 없다. 따라서 團體의 합리적인 意思를 도출하기 위한 多數決의 原則을 인정할 수밖에 없다.³⁾ 그러나 多數決만으로 모든 결정을 合理化할 수 없기 때문에 少數株主의 保護는 多數決原理의 正當性의 근거라고 해도 좋을 것이다.⁴⁾ 이러한 理由에서 各國의 會社法에서는 모두 少數株主에 대한 特別保護規定 내지는 權利侵害時의 救濟에 관한 制度를 規定하고 있다. 그러나 少數株主에 대한 保護制度가 濫用될 경우에는 會社나 기타 株主에게 피해를 줄 우려가 있다. 따라서 본 논문

2) 雷興虎, 股份有限公司法律問題研究, 中國檢察出版社, 1997, 54-55面 參照.

3) 金星泰, “少數株主保護를 위한 現行制度의 問題點과 改善方向”, 「상장협」 제28호, 한국상장회사협의회, 1993, 137面.

4) 이상훈, “多數株主權 濫用に 대한 會社法上の 訴에 관한 研究”, 서울대학교박사학위논문, 1991, 6面.

서는 少數株主의 權利濫用을 효과적으로 牽制하면서 少數株主의 합리적 保護를 도모하고자 한다.

韓國商法은⁵⁾ 1998년 改正時 少數株主權의 行使要件을 緩和하거나 또는 새로 導入하여 少數株主權을 대폭 強化하였고, 1999년과 2001년의 商法 改正에서도 少數株主權에 관한 내용을 補完함으로써 少數株主保護制度가 정착되고 이론적으로도 整理가 된 상태이다. 그러나 中國은 會社制度를 導入한 歷史가 짧고,⁶⁾ 「中國公司法(會社法)」⁷⁾도 제정 된지 얼마 되지 않을 뿐만 아니라, 그 내용도 원칙적이고 少數株主에 대한 保護規定이 未備하여 解釋論으로도 한계가 있기 때문에 立法論적으로 補完이 시급하다. 또한 中國의 會社構造上 國有企業이 發起人으로 設立한 株式會社가 대부분이고 證券市場이 活性化되어 있지 않기 때문에 會社의 支配構造上 國家株와 法人株가 절대적인 優位를 점하고 있으며, 株券의 分布가 불합리하고 支配株主의 자본유용으로 少數株主 利益을 침해하는 사례는 상당히 심각한 상황이어서 大株主의 橫暴에 의한 少數株主 權利侵害問題가 다른 나라와 비교해 볼 때 훨씬 심각한 편이다. 또한 少數株主들이 법적 救濟手段을 통한 權利保護意識이 결여되어 있으며 市民團體의 企業에 대한 監視도 기대할 수 없다. 또한 少數株主들의 結集力도 약해 權利侵害에 대한 救濟方法이 더욱 시급히 요구되는 상황이다. 따라서 本 論文의 研究目的은 少數株主保護에 관한 합리적인 理論을 정립하고 中國會社法에서 少數株主保護에 대한 立法方案도 研究의 目的으로 하고자 한다.

5) 본 논문에서 國家名이 없이 “商法”, “證券去來法” 혹은 “商法上”이라고 표현한 것은 韓國商法과 韓國證券去來法을 가리킨다. 예컨대, 中國의 경우는 “中國會社法”으로 日本의 경우는 “日本商法”으로 표현한다.

6) 中國은 1949년 새 정부가 출범한 후 社會主義 計劃經濟政策을 실행하였기 때문에 會社는 존립의 기반이 없었고, 1978년 經濟改革을 기반으로, 1992년 改正憲法에서 市場經濟를 실행한다고 宣言한 후부터 會社가 본격적으로 정착, 발전하게 되었다(石少俠, 公司法(修訂版), 吉林人民出版社, 1996, 20-21面)..

7) 中國은 會社法을 「公司法」이라고 하는데, 본 논문에서는 中國會社法이라고 하기로 한다. 中國會社法은 1993년 12월 立法되어 1994년 7월 1일부터 施行되었고, 1999년 12월 一部의 개정이 있었다. 中國은 民商統一主義를 취하여 별도의 商法典이 없으므로, 會社法은 韓國과 같이 商法典에 편입된 것이 아니라 별도로 立法되어 있고, 會社法외에 「個人獨資企業法」, 「合夥企業法」, 「中外合資經營企業法」, 「中外合作經營企業法」, 「外資企業法」, 「公司登記管理條例」 등 有數의 會社關聯法規가 있다.

제 2 절 研究의 範圍와 方法

少數株主의 權利를 효과적으로 保護함과 동시에 少數株主權의 濫用으로 인한 弊端을 防止하기 위한 법적 장치를 完備하기 위해서는 먼저 少數株主權에 관한 理論的인 研究가 先行되어야 할 것이다. 따라서 本 論文에서는 少數株主權의 理論的인 기초인 株主平等의 原則과 固有權理論에 대하여도 研究의 範圍로 하고, 아울러 少數株主 保護에 관한 구체적인 法規定을 研究範圍로 한다.

少數株主 保護問題는 어느 한 制度나 어느 한 측면에서 論할 것이 아니라 거의 會社制度 전반에 散在해 있기 때문에 實體法的 保護뿐만 아니라 節次法的 保護도 필요하며, 그 내용도 광범위하다. 少數株主 保護에 관하여 韓國에서는 주로 상법의 會社編과 證券去來法, 會社整理節次法에 規定을 두고 있고, 中國에서는 會社法과 「證券去來法」 및 國務院에서 公布한 「株式發行과 去來管理 暫行條例(股票發行與交易管理暫行條例)」, 中國證券監督管理委員會⁸⁾(이하 “證券監督委員會”라 함)에서 제정한 「上場會社定款指針(上市公司章程指引, 이하 “定款指針”이라 함)」, 「上場會社株主總會規範意見(上市公司股東大會規範意見, 이하 “株主總會規範意見”이라 함)」, 「上場會社社外理事制度樹立에 관한 指導意見(關於上市公司建立獨立董事制度的指導意見, 이하 “社外理事指導意見”이라 함)」 등에 規定을 두고 있어 상기 내용도 本 論文의 研究範圍로 한다.

本 論文 各 章의 구체적인 내용은 다음과 같다.

제1장 序論에서는 本 논문 의 研究目的과 研究範圍 및 研究方法를 제시하였다.

제2장에서는 少數株主保護制度의 概觀으로서 少數株主保護의 必要性을 중심으로 설명하였다.

제1절에서 먼저 少數株主權의 概念과 이와 관련한 單獨株主權의 概念을 정

8) 中國은 1992년 10월 國務院證券委員會와 中國證券監督管理委員會를 설립하여, 前者는 中央政府가 證券市場에 대한 거시적 管理를 하는 주무기관으로, 後者는 證券委員會 산하의 監督執行機構로 하였다. 1997년 11월, 證券管理體制에 대한 개혁을 단행하여 中央銀行인 中國人民銀行에서 監督管理하던 證券經營機構를 中國證券監督管理委員會에 移讓하였고, 1998년 4월 中央政府의 機構改革案에 따라 國務院證券委員會와 中國證券監督管理委員會를 合併하여 部에 해당하는 國務院 直屬機關인 中國證券監督管理委員會를 두고 있다.

립하고, 韓國法에서의 導入過程을 중심으로 하여 商法上的의 少數株主權과 證券去來法上的의 少數株主權을 考察하였고, 少數株主權의 機能에 대하여는 이 制度가 가지는 順機能과 함께 制度의 惡用으로 인한 逆機能에 대하여도 함께 論議하여 보고자 한다. 그리고 少數株主保護制度의 理論的인 기초로 多數決의 限界點을 서술함에 있어서는 英美法에서 주장되고 있는 固有權理論과 株主平等의 原則을 再照明하기로 한다.

제2절에서는 少數株主保護의 必要性을 論하기 위해 會社의 支配構造의 변화추세, 즉 所有와 經營의 分離, 支配要件의 緩和傾向, 그리고 株主總會의 形骸化 現象을 살펴본 후 少數株主保護의 重要性에 대한 論議로서 結말을 맺는 것으로 한다.

제3장에서는 少數株主保護制度에 관한 研究로서 주로 韓國商法과 證券去來法에서 規定하고 있는 少數株主에 대한 保護規定을 研究對象으로 하고, 기타 다른 나라의 立法例를 살펴보면서 그 問題點과 改善案에 대하여 論述하였다.

제1절에서는 會社情報公示에 관한 少數株主保護制度로 財務諸表 및 理事會議事錄의 閱覽·謄寫請求權, 會計帳簿閱覽·謄寫請求權, 檢査人의 選任請求權, 說明請求權을 對象으로 하였다. 會社情報公示에 따른 情報接近權은 少數株主의 基本的인 權利이며 다른 權利를 行使할 수 있는 前提가 된다고 보아 이를 先行課題로 삼았다.

제2절에서는 少數株主의 經營參與에 관한 權利로서 臨時株主總會召集請求權, 株主提案權, 累積投票制, 議決權 代理行使, 書面投票制, 新株發行에 있어서의 少數株主保護 및 株主總會 決議의 瑕疵 및 그 救濟에 관하여 살펴보았다.

제3절에서는 理事 등 任員들에 대한 牽制策으로서 違法行爲留止請求權, 代表訴訟, 解任請求 및 外部監査制度, 社外理事制度에 대하여 論述하였는데, 이는 理事 등 경영진이 會社의 代理人으로서의 本분을 망각하고 故意 또는 重過失로 會社나 株主의 利益을 害한 경우의 救濟手段이라 할 수 있다.

제4절에서는 會社의 組織變更에서 少數株主保護에 관한 것으로, 會社의 合併과 分割의 경우에 少數株主保護問題, 그 중에서도 가장 중요한 權利인 株式買受請求權을 구체적으로 論述한 다음, 會社整理節次開始請求權과 會社의 解散判決請求權에 대하여 論述하였다. 會社의 合併과 分割 등은 會社의 基本構造의 變更이기 때문에 少數株主의 利益을 害할 우려가 크고, 이에 반대하는 株主에게는 株式買受請求權이나 또는 極端의 方法으로 會社의 解散이나 또는

整理節次의 開始를 請求할 수 있도록 함으로써 少數株主의 權利를 保護하고자 하는 趣旨이다.

제4장에서는 少數株主保護制度에 관한 立法論으로 두 가지 측면에서 논술하였다.

제1절에서는 韓國法에서 직접적인 規定은 없지만 立法論적으로 論議되고 있는 株主의 說明請求權과 支配株主의 忠實義務를 고찰하고, 問題點 및 韓國法에서의 導入方向을 제시하였다.

제2절에서는 中國法의 立法論으로 먼저 제3장에서 열거한 少數株主權을 중심으로 中國法에서의 少數株主의 保護制度에 관한 規定들을 살펴보고, 그 問題點 및 改善方向을 제시하였다. 그리고 中國法上 規定은 없지만 필요한 權利로서의 株主代表訴訟, 檢査人選任請求權, 理事解任請求權, 違法行爲留止請求權 등 도입방향을 제시하였다.

제5장에서는 지금까지의 연구결과를 바탕으로 少數株主保護에 있어서 韓國法과 中國法상의 問題點을 개괄하면서 法改正時 고려해야 할 事項과 立法方向을 제시하는 것으로 結論을 맺었다.

本 研究를 遂行함에 있어서 다음의 방법을 사용하였다.

첫째, 본 論文은 少數株主保護制度에 관한 내용을 정립하기 위하여 먼저 制度의 一般理論을 설명함과 동시에 法解釋의 방법을 사용하여 이론상 존재하는 多數決原理의 限界와 現行 株式會社의 運營에서 少數株主의 地位를 결부하여 制度의 必要性을 論證하였다.

둘째, 現행 少數株主保護制度에서 존재하는 문제점을 밝히고 立法論을 제시하기 위하여 韓國法의 規定을 위주로 美國, 英國, 日本 등 다른 나라의 立法例와 臺灣會社法에서의 規定과 中國法의 規定을 比較研究하면서, 中國實情에 알맞는 改善方案을 도출하고자 하였다. 물론 各國의 法文化와 經濟構造 및 會社의 支配構造가 서로 다르기 때문에 다른 나라의 法規定을 그대로 수용한다는 것은 無理일 수 있으나, 가능한 범위 내에서 합리적인 面을 수용하는 것이 바람직 할 것이다.

제 2 장 少數株主保護制度의 概觀

오늘날 資本主義社會의 企業形態 가운데 株式會社가 차지하는 비중은 절대적인 것으로서, 株式會社는 資本主義의 발달의 牽引車 役割을 담당해 왔다. 資本, 株式, 有限責任을 요소로 하는 전형적 物的 會社인 株式會社는 經濟社會의 不可缺한 制度이지만, 이와 아울러 問題點도 동시에 지니고 있다. 즉 株式會社는 多數의 社員이 자본적으로 결합하고 있기 때문에, 株主總會의 意思決定은 多數決原理에 의하게 된다(商法 제368조 1항). 그리고 多數株主는 스스로의 意思에 기하여 株主總會를 支配할 수 있고, 궁극적으로 會社를 支配하게 된다.⁹⁾ 따라서 大株主의 多數決原理 濫用의 被害로부터 少數株主를 효과적으로 保護하고자 하는 것이 少數株主保護制度의 基本理念이다.

商法上 株主保護制度는 일정한 持株要件을 갖추어야 行使할 수 있는 少數株主權과 단 一株의 株式만을 保有하여도 行使할 수 있는 單獨株主權으로 나누어지는데, 少數株主保護制度를 論함에 있어서 먼저 少數株主權과 單獨株主權에 관한 기초적인 理論을 명확히 할 필요가 있다. 한편 “權利는 濫用하지 못한다”는 法諺과 같이 少數株主의 權利濫用¹⁰⁾으로 인한 被害發生 可能性도 충분히 있기 때문에, 少數株主權의 逆機能에 대하여도 檢討한 다음, 少數株主에 대한 保護의 必要性을 살펴보는 것으로 제2장의 내용을 構成하기로 한다.

9) 多數派株主의 부당한 支配라고는 하지만, 그 엄밀한 定義를 내리기 쉽지 않다. 株式會社에 있어서 이른바 자본적 多數로서 그 실체는 一部 少數勢力, 즉 大株主, 支配株主 또는 法人大株主의 形態를 취하는 것이 보통이다(金星泰, “少數株主保護制度에 관한 研究”, 「경희법학」 제28권 제1호, 1993, 27面).

10) 資本多數決의 濫用은 通常은 大株主나 또는 多數派에 의한 濫用으로 論議되고 있다. 그러나 일면 單純多數決이 아닌 制限多數決, 즉 特別한 多數를 要件으로 하는 多數決에 있어서는 少數派의 反對에 의한 이른바 拒否權의 濫用도 생길 수 있다(清弘正子, “少數派による資本多數決の濫用と制裁-フランスにおける理論と判例-”(上), 「國際商事法務」 Vol.24, No.9(1996), 933面); 프랑스에서는 실제로 少數派에 의한 多數決의 濫用に 관한 判例가 있을 뿐만 아니라 學說에서도 多數派에 의한 多數決濫用과 같은 차원에서 논의되고 있다(清弘正子, “株主總會における多數決濫用とその理論”, 「國際商事法務」, Vol. 1.26, No.8(1998), 807面).

제 1 절 少數株主權의 一般理論

I. 少數株主權과 單獨株主權

1. 少數株主權의 意義와 性質

株式會社 少數株主가 被害를 보는 경우는 대체로 理事나 經營진이 會社의 定款이나 株主總會의 決議를 無視하고 會社에 대한 忠實義務를 다하지 아니하여 會社나 少數株主의 利益을 해하는 것과 支配權을 가진 大株主가 議決權을 濫用하여 少數株主의 權利를 害하는 경우로 나눌 수 있다.

英美會社法에서 통상 사용하는 (Majority shareholder)와 (Minority shareholder)에 대해 前者를 大株主 또는 多數派株主라 번역하고, 後者를 少額株主 또는 少數株主라 指稱하는 것으로 쓰이고 있다. 多數와 少數는 持分比率이 아닌 株主의 人員數를 指稱하는 것으로도 理解할 수 있기 때문에 엄밀히 말해서는 株式會社의 持分比率이 높은 大株主와 人員數는 많으나 持分比率이 낮은 少額株主라고 하는 것이 더욱 정확할 것이다.¹¹⁾¹²⁾ 흥미로운 것은 英美會社法의 관련 論文이나 著書中에서 少數株主의 概念에 대한 明確한 定義를 찾아보기 어렵고, 다만 少數株主에 대한 대응으로 支配株主(Controlling shareholders)의 概念이 쓰이고 있다. 그러나 이러한 支配株主도 절대적인 持分比率에 따

11) 그러나 현재까지의 韓國文獻에서는 거의 모두가 少數株主라 하고 있기 때문에 편의적인 방법으로 本 論文에서도 역시 少數株主라 하기로 한다.

12) “少數株主”와 “少額株主”는 相互混用이 가능한 概念으로서 엄밀히 말하면, 後者는 이른바 “支配株主(大株主)”에 대한 경제적이고 상대적인 성격이 강하며, 前者는 “多數株主”에 대한 회계학적 개념으로서 商法과 證券去來法에서 흔히 사용되고 있다(김준기, “少額株主權의 적극적인 活用に 관한 考察”, ‘少額株主運動’--企業監視의 새로운 試圖, 少額株主 權益運動에 관한 政策 討論會 프로시딩, 1997, 16面 각주 1). 「法人稅法施行令」(대통령령 제17826호)상의 少額株主는 株券上場法人이나 協會登錄法人이 발행한 株式總數 1%미만의 株式를 소유하면서 그 保有株式의 액면금액의 合計금액이 3억원에 미달하고 그 株式의 시가의 合計액이 100억원 미만임과 동시에 法人의 支配株主와 특수한 관계에 있지 아니한 株主(제87조 제2항, 제161조 제3항)로 定義하고 있다(權載熱, “少數株主權의 法理”, 「상사법연구」 제22권 제2호(통권 제38호), 한국상사법학회, 2003, 135面 각주 9에서 재인용).

라 分類하는 것이 아니라, 구체적인 사안별로 株主가 影響力이나 決定權을 行使할 수 있는가에 따라 정해진다.¹³⁾

따라서 大株主인가 아니면 특별한 保護가 필요한 少數株主인가는 會社의 규모, 株主人數, 株式의 분포 및 株主의 會社에 대한 影響力 등을 감안하여 판단하여야 할 것이다. 현실적으로 會社 持分構造의 차이와 株主間的 복잡한 相關關係, 會社가 처한 文化, 法律環境 등이 다르기 때문에 會社에 대하여 影響力을 行使할 수 있는 持分比率에도 차이가 있다.¹⁴⁾

少數株主權(Minderheitsrecht, right of minority shareholders)은 株主의 權利 가운데 會社發行株式總數의 일정비율 이상에 해당하는 株式을 가진 株主가 行使할 수 있는 權利로 單獨株主權과 대조되는 概念이다. 이 權利는 韓國商法이 理事會制度를 도입하여 理事會의 權限을 확대함으로써 株主總會의 權限을 축소하는데 대응하여 개별적 株主의 地位를 強化하는 한편, 그 行使의 濫用을 방지하기 위하여 일정 비율 이상의 株式所有를 權利行使의 要件으로 정한 것에서 비롯한다. 그 行使要件을 보면, 첫째, 法定比率의 株式을 保有하여야 하고, 둘째, 그 所定數의 株式은 1人이 保有하여야 하는 것은 아니며, 셋째, 發行株式總數의 計算에 있어서 會社가 保有하는 自己株式의 數는 算入되지 아니한다. 넷째, 法定比率의 株式保有가 訴 제기의 要件인 경우에는 그 訴의 제기시부터 判決이 확정될 때까지 계속 保有하여야 한다.¹⁵⁾

13) Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of corporation*, Horn books series, West publishing Co., 1983, p. 644.

14) 2001년 개정 전의 臺灣會社法 제179조 제1항에서는 “..... 株主가 發行株式總數의 3% 이상을 所持한 경우에는 定款으로 그 議決權을 制限하여야 한다”라고 規定하고 있었다. 이러한 規定의 趣旨는 大株主의 會社支配를 制限하기 위한 것이었으나, 2001년 會社法 改正時 이 원칙이 1株 1議決權의 원칙에 反하고 實用성이 없다는 판단하에 제1항 단서의 規定을 삭제하였다(柯芳枝, 公司法論(下), 三民書局, 2003, 238面). 中國의 「株式發行과交易管理暫行條例」의 上場會社에 관한 規定 중 法人이 직접 혹은 간접적으로 上場會社 發行株式의 5% 이상을 保有한 경우 關聯機關에 報告하고 이를 公告하여야 한다. 이는 上場會社의 경우 5% 이상의 株式을 保有하면 會社를 支配하거나 또는 會社에 중대한 影響력을 行使할 수 있다고 판단되었기 때문이다.

15) 裴炳日·朴仁鉉, “商法上 少數株主의 保護”, 「강릉대산경논총」 제6호, 1986, 170面.

2. 單獨株主權의 意義

單獨株主權(Einzelrecht)은 株主이면 그 保有株式 數에 관계없이 비록 一株를 가진 株主라도 行使할 수 있는 權利이다.

單獨株主權은 自益權인¹⁶⁾ 利益配當請求權(商法 제462조), 利子配當請求權(商法 제463조), 殘餘財産配當請求權(商法 제538조), 新株引受權(商法 제418조), 轉換株式의 轉換請求權(商法 제346조), 轉換社債引受權(商法 제513조), 株券交付請求權(商法 제355조), 名義改書請求權(商法 제337조), 準備金の 자본전입시의 新株配定請求權(商法 제461조), 決議反對株主의 株式買受請求權(商法 제374조의2, 제522조의3)등이 있고, 共益權 중에서도 株主總會의 議決權(商法 제369조 제1항), 株主總會의 決議取消의 訴權(商法 제376조 제1항), 會社設立의 無效의 訴權(商法 제328조), 新株發行留止請求權(商法 제424조), 新株發行無效의 訴權(商法 제429조)등이 이에 속한다.

3. 少數株主權의 機能

가. 順機能

(1) 資本多數에 의한 會社經營의 專橫防止의 機能

株式會社의 株主를 추상적인 出資者로서 인식할 때에는 經營者의 囂포를 방어할 충분한 집단적 힘을 가지고 있으나 少數派株主의 경우 그들의 權利를 통일적으로 行使하기는 쉽지가 않다. 少數株主權은 바로 이러한 점을 고려하여 개개 株主에게 인정되는 공익적 차원의 是正手段이라 할 수 있다. 원래 株式會社의 운영에 관한 지주를 이루는 논리는 多數決制度라고 할 수 있으며, 이 제도의 합리성은 意思決定이 항상 이루어지는 경우에 찾을 수 있다. 그러나 현실적으로 會社의 經營진이 會社의 支配株主나 多數派株主들 스스로 또는 이들의 영향력아래 있는 者들로 구성된다는 데서 문제가 발생한다. 會社의 經

16) 自益權이란 株主가 會社로부터 재산적 利益을 위하여 인정한 모든 개인적 權利를 말하고, 共益權이란 株主가 자기의 利益뿐만 아니라 會社의 利益을 위하여 行使하는 權利로서 會社에 있어서 그 발생이 예상되는 病廢的 現象의 豫防과 事後救濟를 위하여 인정한 權利를 말한다.

영진들은 經營專門人으로서의 판단에 따른 경영이 쉽지 않으며 支配株主나 大株主들의 영향을 받으며 또 이들의 違法 혹은 不當行爲가 支配株主나 大株主들의 비호하에 行해지거나 事後에 免責되는 경향이 심하다. 결국 少數派株主의 경우 資本多數決에 의한 결정이라는 미명하에 多數派株主가 얻은 비율만큼의 이익을 얻지 못하고, 심지어 손해를 감수하는 결과가 발생한다. 少數株主權은 위와 같은 불공평과 資本多數決에 의한 少數派株主의 保護를 위한 制度로서의 기능을 갖는다.

(2) 少數株主 保護의 機能

株主는 매 株式에 대해 하나의 議決權을 가지므로, 논리적으로 소액을 투자한 株主라 하더라도 株主가 議決權을 집약하여 자기들의 意思를 관철시킬 수 있다. 현실적으로 會社는 支配株主나 多數派株主들의 利己心에 의해 좌우되는 현상이 발생할 수밖에 없고, 이러한 違法 不當한 행위에 대해 少數派株主가 抵抗하며 是正을 요구할 수 있는 權利가 바로 少數株主權인 것이다. 法은 少數株主를 團體化하고 있는데, 이점에서 少數株主權制度는 單獨株主權의 行使를 억제하는 효능을 갖는다. 예컨대, 商法은 少數株主權의 行使要件을 發行株式總數의 100분의 1 또는 發行株式總數의 100분의 3미만을 소유한 株主의 權利行使를 간접적으로 制限하고 있다.¹⁷⁾

나. 逆機能

(1) 少數株主의 權利濫用으로 인한 侵害

少數株主가 개인적인 目的으로 少數株主權를 濫用하여 會社나 株主에게 被害를 줄 수 있다. 예컨대 會社情報接近權을 濫用하여 지극한 會社의 情報를 競爭關係에 있는 相對會社에 제공하여 개인적인 利得을 본다든지 아니면 投機에 惡用할 수 있고, 株主提案權을 濫用하여 會社의 수익증대와 관련이 없는 提案을 하거나 株主總會의 運營과 관련된 業務에 개입하여 會社의 건전한 經營을 沮害하고,¹⁸⁾ 違法行爲留止請求權이나 代表訴訟을 濫用하여 理事의 정상적인 業務執行이나 經營의욕을 떨어뜨리며 高收益이 따르는 고도의 위험사업

17) 김상규, “商法上 少數株主保護에 관한 研究”, 「비교사법」 제11호, 1999, 6面.

18) 전삼현, 會社法の 爭點, 자유기업센터, 1999, 150-151面.

을 회피하게 하거나 會社의 運營經費를 증가시키는 등 부작용이 따른다.

(2) 資本平等原則에 대한 侵害

株式會社는 자본의 結集體이므로 資本의 多少에 따라 議決權을 行使하고 수익과 위험을 부담하는 것이 原則이다. 少數株主權의 趣旨도 실질적인 資本平等의 原則을 구현하고자 하는 것이지 資本平等의 原則을 파괴하고 少數株主에 대한 原則외의 特別保護를 하고자 하는 것은 아니다. 따라서 少數株主權을 과잉보호할 경우에는 대다수 투자자의 利益을 沮害하여 大株主의 투자욕을 절감시키며 활발한 경제활동이 위축될 우려도 안고 있다.¹⁹⁾ 따라서 少數株主保護制度에 있어서 형식상의 資本平等과 실질적인 資本平等의 調和를 이루고 大株主와 少數株主의 利益을 적절하게 調整하는 지혜가 필요하다.

4. 少數株主權의 導入過程

가. 商法上的 少數株主權

韓國에서의 少數株主保護制度는 지금까지 여러 차례의 改正을 거쳐 補完되고 緩和되고 있는 추세이다.

株主의 權利行使 制限의 規定으로 일정한 株式 數나 所有株式比率 이상을 保有한 株主의 議決權을 定款으로 制限할 수 있도록 하였고, 監事의 選任을 공정하게 하기 위하여 議決權 없는 株式을 제외한 發行株式總數의 100분의 3을 초과하는 數의 株式을 가진 株主는 그 초과부분에 대하여 議決權行使를 制限하고 있으며, 이 제도의 死文化를 방지하기 위하여 이러한 비율은 定款으로도 緩和할 수 없도록 明文化하였다.

單獨株主權으로는 株主總會의 결의와 관련하여 決議無效의 확인을 청구하는 訴를 인정하고, 決議取消 또는 變更의 訴를 제기할 수 있도록 하였다. 新株發行과 관련하여서는 株主는 會社에 대하여 그 발행을 留止할 수 있으며 資本減少나 合併에 대해서와 같이 無效의 訴를 제기할 수 있도록 하였다.

1984년 개정 전의 少數株主權으로는 持株要件을 發行株式 總數의 100분의 5이상으로 하는 株主總會召集請求權,²⁰⁾ 留止請求權, 株主代表訴訟, 會計帳簿閱

19) 王亦平·馬強·王軼, 公司法理與購并運作, 人民法院出版社, 1999, 67面 參照.

覽請求權, 理事, 監事解任請求權, 業務·財産狀態의 檢査選任請求權 등이 있었고, 發行株式總數의 100분의 10이상을 要件으로 하는 解散判決請求權을 規定하고 있었다.

1984년 改正商法에서 發行株式總數의 100분의 5이상을 要件으로 하는 利益供與代表訴訟(商法 제467조의2)을 도입하였고, 1998년 改正商法에서 發行株式總數의 100분의 3이상을 要件으로 하는 株主提案權(商法 제191조의14), 累積投票請求權(商法 제382조의2)을 도입하면서 株主總會召集權, 理事·監事 및 清算人의 解任請求權, 會計帳簿閱覽請求權, 業務·財産狀態의 檢査請求權 등의 持株要件을 發行株式總數의 100분의 3으로 緩和하였으며, 株主代表訴訟, 留止請求權의 持株要件을 100분의 1로 緩和하였다.

1999년 改正商法에서 기타의 少數株主權利 保護制度로서 監査委員會制度和 社外理事制度를 도입하였으며, 議決權行使에 書面投票制를 도입하였다(商法 제368조의3). 그리고 2001년 改正商法에서는 株主가 株式買受請求權을 行使함에 있어 株式의 買受價額에 關하여 會社와 株式買受請求株主間에 합의가 이루어지지 않는 경우에, 바로 法院에 그 買受價額의 결정을 청구할 수 있게 하였다(商法 제374조의2 제4항 및 제5항). 또 株主의 新株引受權을 인정하고 일정한 조건 하에서 제3자에 대한 新株引受權도 인정하였다(商法 제418조).

나. 證券去來法上의 少數株主權

1997년 개정 證券去來法이 신설한 특례의 초점은 少數株主權의 要件에 관한 것으로, 당시 商法이 發行株式總數의 100분의 10 이상의 株式所有를 要件으로 하고 있는 會社解散請求權(商法 제520조 1항)을 제외하고는 發行株式總數의 100분의 5 이상의 소유를 要件으로 하고 있음에 대해, 證券去來法에서는 이 要件을 전체적으로 緩和하는 동시에 少數株主權의 종류별로 그 要件을 달리 規定하였다. 즉 理事와 監事に 대한 解任請求權(商法 제385조 2항, 제415조), 理事行爲의 留止請求權(商法 제402조), 株主代表訴訟(商法 제403조, 467조의2 제4항)은 發行株式總數의 1000분의 10 이상의 소유를 要件으로 하였고

20) 舊商法에서는 資本의 10분의 1 이상에 해당하는 株主는 會議의 目的이 되는 事項 및 召集의 사유를 記載한 書面을 理事에게 제출하여 總會의 召集을 청구할 수 있게 하였다.

(證券去來法 제191조의13 제1항), 會計帳簿閱覽權(商法 제466조), 會社의 業務·財產狀態의 檢査(商法 제467조), 清算人의 解任請求(商法 제539조 2항)는 發行株式總數의 1000분의 30이상을 소유할 것을 要件으로 하였으며(證券去來法 제191조의13 제2항), 株主總會召集請求權(商法 제366조)은 議決權 있는 發行株式總數의 1000분의 30을 要件으로 하였다(證券去來法 제191조 13 제2항). 다만 大統領令으로 定하는 法人에 限해서는 위 要件에서 다시 半으로 緩和하였다.

그 후 1998년 2월 24일과 1998년 5월 25일 두 차례의 改正에서는 다시 代表訴訟(商法 제403조, 제415조, 제424조의2, 제467조의2)의 경우 發行株式總數의 1000분의 5 이상으로, 留止請求制度(商法 제402조)는 發行株式總數의 10000분의 50 이상으로, 清算人의 解任請求要件(商法 제539조)을 發行株式總數의 10000분의 50이상으로 하였고, 다만 위 規定 가운데 發行株式總數의 10000분의 50과 1000분의 10 및 1000분의 30을 요하는 少數株主權은 大總統령이 定하는 法人의 경우에는 行使要件을 반으로 緩和하였다. 그리고 기업의 경영투명성 제고 및 少數株主의 權益을 보호하기 위하여 上場企業의 代表訴訟의 行使要件을 緩和하였는데, 行使要件의 持分比率을 기존의 發行株式總數의 10000분의 5 이상에서 發行株式總數의 10000분의 1 이상으로 緩和하였다.

상기의 少數株主權을 더욱 명확하게 설명한다면 아래의 표와 같다.

<표 1> 商法上 少數株主權 行使要件('98년 개정 전후)

年度 種類	1962년	1984년	1998년
株主總會召集請求權	발행주식총수의5% (237조, 366조)		3%(366조)
違法行爲留止請求權	5%(402조, 524조)		1%(402조, 542조)
株主代表訴訟	5%(324조, 403조, 415조, 542조)		1%(324조, 403조, 401조, 415조, 542조)
會計帳簿閱覽請求權	5%(466조)		3%(466조)
檢査人選任請求權	5%(467조)		3%(467조)
解散判決請求權	10%(520조)		
理事·監事·清算人解 任請求權	5%(385조, 415조)		3%(385조,415조, 539 조의2)
利益供與返還請求權		5%(467조의2)	
株主提案權			3%(363조, 증191조 의14)
累積投票請求權			3%(382조의2)

<표 2> 證券去來法上少數株主權의行使要件

年度 種類	1997년1월	1998년2월	1998년5월	2001년3월
違法行爲留止請求權	1천분의 10	1만분의 50	변동없음	10만분의 50
代表訴訟提起權	1천분의 10	변동없음	1만분의 1	변동없음
株主提案權	1천분의 10	변동없음	변동없음	변동없음
理事 및 監事解任請求權	1천분의 10	1만분의 50	변동없음	변동없음
株主總會召集請求權	1천분의 30	변동없음	변동없음	변동없음
會計帳簿閱覽請求權	1천분의 30	1천분의 10	변동없음	1만분의10
檢査人選任請求權	1천분의 30	변동없음	변동없음	변동없음
理事·監事·清算人解任權	1천분의 30	1만분의 50	변동없음	변동없음

注: 최근사업연도말 資本金이 1,000억 이상인 株券上場法人 또는 協會登錄法人의 경
우에는 株主代表訴訟提起權 외의 기타 持株比率要件은 다시 半減된다.

〈표 3〉 商法 및 證券去來法上 少數株主權의 行使要件의 比較

種 類 \ 年 度	商 法	證 券 去 來 法
株主代表訴訟	1백분의 1	1만분의 1
違法行爲留止請求權	1백분의 1	10만분의 50
利益供與返還請求權	1백분의 1	1만분의 1
理事·監事·清算人解任請求權	1백분의 3	1만분의 50
會計帳簿閱覽請求權	1백분의 3	1만분의 10
株主提案權	1백분의 3	1천분의 10
株主總會召集請求權	1백분의 3	1천분의 30
檢査人選任請求權	1백분의 3	1천분의 30
累積投票請求權	1백분의 3	없음
會社解散判決請求權	1백분의 10	없음
會社整理節次開始請求權 (회사정리법 제30조)	1백분의 10	없음

II. 多數決原理의 限界

1. 固有權理論

가. 固有權의 意義

固有權(Sonderrecht, *wohlerworbene Rechte*)이란 株主의 同意가 없이는 定款이나 株主總會, 그리고 理事會의 決議로도 박탈할 수 없는 權利를 말한다. 이것은 團體法의 통제에 대하여 投資者인 株主 개인의 利益의 독립된 존재를 인정한 權利이다. 또한 固有權은 保有株式의 數에 관계없이 인정되는 權利로서 다분히 人的要素를 내포하고 있는 權利하고 할 수 있다. 즉 株主의 本질적 利益과 직접적인 관련이 있는 중요한 權利가 여기에 속한다고 할 수 있다.²¹⁾

21) 孫珠瓚, 商法(上), 博英社, 2003, 619面; 崔基元, 商法學新論(上), 博英社, 2001, 692面.

固有權의 理論²²⁾은 株主平等의 原則 및 少數株主權과 함께 多數決 原則의 濫用을 방지하고 一般株主를 保護하는 기능을 가진다.²³⁾

나. 固有權의 範圍

어떠한 權利를 固有權으로 할 것인가에 대하여는 多數의 學說이 대립되고 있지만, 일반적으로 株主의 本질적 利益과의 관련여부에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것이다.

商法에는 직접적으로 固有權을 명시한 規定은 없다. 하지만 議決權, 株主總會決議의 取消權, 利益配當請求權, 殘餘財産分配請求權, 株券交付請求權, 名義改書請求權, 株式의 自由讓渡權, 總株主의 同意를 要하는 特殊決議事項에 대한 同意權(商法 제400조, 제604조)등이 固有權이라 할 수 있다(스위스 채무법 제646조 참조).²⁴⁾ 固有權의 문제는 오늘날에는 株主의 保護를 위한 상세한 規定을 據으로써 實定法에 의하여 해결되고 있기 때문에 그 論議의 實益이 적게 되었다.²⁵⁾

2. 株主平等의 原則

가. 意義 및 認定根據

세계 여러 國家의 會社法에서는 大株主들의 獨占經營을 방지하기 위하여 모두 株主平等의 原則을 規定하고 있다.

株主平等의 原則이란 各 株主는 株主의 地位에 기하여 가지는 權利, 義務

22) 현재 프랑스에서는 固有權理論을 個人權의 立場에서 언급하는 理論이 많아 新固有權理論이라고 할 수 있다. 또한 一部 學說에서는 固有權 또는 個人權이라 하며 兩者를 명확히 구분하지 않고 있다(淸弘正子, 前掲 “少數派による資本多數決の濫用と制裁-フランスにおける理論と判例-”(上), 937面). 固有權의 범위를 會社利益을 기준으로 고찰하는 柔軟化된 新固有權理論 自體가 多數決濫用의 理論으로 그 機能을 하고 있다고 생각할 수도 있다(淸弘正子, 前掲 “株主總會における多數決濫用とその理論”, 811面).

23) 姜渭斗, 會社法, 螢雪出版社, 2002, 269面.

24) 崔基元, 前掲書, 690面; 姜渭斗, 前掲書, 692면 참조.

25) 李泰魯·李哲松, 會社法, 博英社, 1998, 285面; 崔基元, 前掲書, 692面.

에 관하여 자기가 保有하는 株式의 數에 比例하여 平等的 待遇를 받는다는 것이다. 株主平等의 原則은 各 株式의 내용이 同一하므로 各 株式을 平等하게 취급하여야 한다는 것으로서 엄밀하게 보면 株式平等의 原則이라 할 수 있는데,²⁶⁾ 이것을 株式의 歸屬者인 株主의 立場에서 보아 株主平等의 原則이라 하는 것이다. 근대 시민법은 自由와 平等을 기저로 하며, 이것이 團體法上으로 발현된 것이 私的自治의 原則이고 多數決의 原理이다. 複數의 構成員으로 형성된 私的團體에 있어서 그 통일적 意思의 형성은 반드시 多數決의 原理에 의하여야 하며, 그 多數決의 原理는 構成員間의 平等을 기초로 한다.

株主平等의 原則은 多數決原則 또는 理事의 執行行爲에 대하여 限界를 주는 것이며, 株主는 이 原則에 따라서 다른 株主보다 특히 유리한 待遇를 받지 않는 동시에 불리한 待遇도 받지 않는 것이므로 이 原則은 株主의 最低權利의 보장이라고 할 수 있다.²⁷⁾ 즉 株主平等의 原則은 當事者의 地位平等, 社員平等의 原則이 株式會社에 구현된 것으로서²⁸⁾ 株式會社에 있어서 중요한 의미를 가지고 있다.

주주평등의 원칙에는 절대적 평등과 비례적 평등이 있는데, 절대적 평등이란 모든 株主에게 그 所有株式數에 상관없이 同等한 權利를 부여하는 의미에서 평등을 말하고, 비례적 평등이란 所有株式에 비례하여 權利를 부여하는 의미에서 평등을 말한다. 모든 株式은 각각 均等한 權利, 義務를 나타내므로 數個의 株式을 소유하고 있는 株主는 數個의 독립된 株主權을 重複的·複數적으로 갖는다.²⁹⁾

株主平等의 原則은 會社와 株主間에만 작용하는 原則이며, 强行法的 原則이기 때문에 이에 위반되는 定款의 規定, 株主總會 또는 理事會의 決議, 代表理事의 業務執行 등은 無效이지만, 해당 株主의 同意가 있으면 이에 制限을 가할 수 있다고 본다.³⁰⁾

人的會社에서는 業務執行에 관하여 人員數를 기준으로 하는 평등(商法 제 195조, 269조, 민법 제706조 1항)과 損益分擔에 관하여 出資額을 기준으로 하

26) 王貴國·劉瑞復, 中國公司法, 法律出版社, 1997, 118面.

27) 孫珠瓚, 前揭書, 614面.

28) 王 釗, “試析公司股東的法律地位及其對公司中國有資產產權歸屬的影響”, 「法律與實踐」, 1996年 第6期, 25面.

29) 李範燦·崔竣璿, 商法概論, 三英社, 2000, 276面.

30) 孫珠瓚, 前揭書, 616면 참조; 李範燦·崔竣璿, 前揭書, 277面.

는 평등(商法 제195조, 269조, 민법 제711조 1항)을 원칙으로 하지만, 物的會社에서는 出資를 기준으로 하는 평등을 채택하고 있다(商法 제195조, 575조, 580조). 그러므로 株式會社에 있어서 株主平等의 原則은 株主의 保有株式의 數를 기준으로 하는 자본적 평등을 의미한다.³¹⁾

株式會社에 있어서 株主는 株式을 통하여 純資本的으로만 會社에 參與할 뿐 株主 相互間에 人的信賴關係가 없고, 株主總會의 決議는 多數決 原理에 의하므로 大株主에 의한 多數決의 濫用이 생기기 쉬우며 授權資本制度의 채택으로 株主總會의 權限이 대폭 理事會에 집중되고 企業의 所有와 經營이 分離되는 추세에 있어 一般株主에 대하여 理事의 專橫의 피해가 생기기 쉽다. 따라서 株主平等의 原則은 大株主에 의한 多數決의 濫用에 대하여 少數株主를 保護하는 기능을 가지며 理事의 專橫에 대하여 一般株主를 保護하는 기능도 가진다.³²⁾ 韓國商法에서는 이 原則에 대한 明文의 規定은 없지만, 株式의 均等性(商法 제329조 3항), 議決權(商法 제369조 1항), 新株引受權(商法 제418조 1항), 利益配當請求權(商法 제464조)등에 관한 規定에서 間接적으로 이를 인정하고 있으며 學說도 이를 인정하고 있다.³³⁾

나. 株主平等原則의 例外

株主平等의 原則에 대한 例外는 그 强行法規的인 성격 때문에 법이 인정하는 경우에만 가능하며, 定款이나 株主總會 또는 理事會의 決議로 制限할 수 없다. 商法이 인정하는 例外로는 數種의 株式(商法 제344조),³⁴⁾ 償還株式(商法

31) 姜渭斗, 前掲書, 272面.

32) 美國의 模範會社法은 株式을 會社에 대한 所有지분을 分割한 單位라고 定義하고 있으며, 獨逸의 株式法 제53조에서는 株主는 동일한 조건하에서 平等하게 취급된다고 規定하여 株主平等의 原則을 明文으로 반영하고 있다.

33) 鄭東潤, 會社法, 法文社, 2000, 186面; 崔基元, 前掲 商法學新論(上), 2003, 621面; 孫珠瓚, 前掲書, 616面; 鄭燦亨, 商法講義(上), 博英社, 2003, 611面.

34) 中國法上 株式의 分類로 특이한 것은 株式의 不動한 保有者에 따른 분류, 즉 國家가 授權한 機構나 部門이 保有하고 있는 國家株(國家股), 法人이 保有한 法人株(法人股), 會社內部的 社員에게 發行한 內部社員株(內部職工股), 既存株主의 株式買受權 讓渡로 인하여 취득한 轉配股, 一般 投資者가 保有한 社會個人股 등이 있는데, 앞의 네 종류의 株式은 株式市場에서의 자유로운 양도가 制限되어 있다(藏峻, “股東權保護問題之研究”, http://www.dadaolaw.com/special_report/nianhui/text/article_024.htm) 또한 株式

제345조), 轉換株式(商法 제346조), 無議決權株式(商法 제370조), 議決權의 行使制限(商法 제368조 4항, 제409조 2항), 端株³⁵⁾의 처리(商法 제443조), 少數株主權(商法 제366조) 등이 있다. 그러나 例外에 해당하는 株式相互間에는 역시 株主平等의 原則이 適用된다.³⁶⁾

다. 株主平等 原則의 適用範圍

(1) 株主의 資格에 기한 法律關係

株主平等의 原則은 株主權의 行使나 株主의 義務의 履行과 같이 株主의 資格에 따른 法律關係에 適用되는 것이므로 株主의 資格을 가지는 者에 限하여 適用된다. 株主란 會社成立 전에는 株式引受人이고, 株主名簿作成 후에는 株主名簿에 記載된 株主이기 때문에 주주명부상의 名義株主가 실질상의 주주가 아니라도 무방하다.³⁷⁾

(2) 株主의 地位에 따른 法律關係

株主平等의 原則은 株主의 地位에 기한 모든 法律關係에 適用된다. 따라서 株主平等의 原則은 株主가 保有하는 株式의 내용인 權利, 즉 利益配當請求權(商法 제464조), 議決權(商法 제369조), 殘餘財産分配請求權(商法 제538조) 등에 대하여는 물론 株主의 地位에 기한 權利 부여의 경우, 즉 株主에게 新株引受權(商法 제418조 제1항), 轉換社債引受權(商法 제513조 제2항 5호, 제513조의2 제1항), 新株引受權附社債引受權(商法 제516조의2 제2항 7호)의 경우에도 適用된다.³⁸⁾

을 買受할 수 있는 貨幣와 上場한 證券去來所가 다름에 따라 人民幣(RMB)로 거래되는 A株式, 외화로 거래되는 B株式, 香港증권거래소에 상장한 H株式으로 나뉜다.

35) 株式의 數에 따라 新株配定을 하는 경우 1株미만의 端株가 생기는데, 그 처리에 관하여 規定의 없으므로 學說은 대립된다. 株主平等의 原則에서 보면 이 경우에 따로 株主를 모집하여 그 發行價額과 新株의 發行價額의 차이를 端株의 株主에게 分배하여야 하지만, 新株發行의 편의를 위하여 定款에 定함이 있으면 이에 의하고, 없는 경우에는 理事會가 그 처분을 결정할 수 있다고 본다(孫珠瓚, 前揭書, 869面).

36) 崔基元, 商法學新論(上), 博英社., 2001, 688面.

37) 孫珠瓚, 前揭書, 615面.

38) 姜渭斗, 前揭書, 274面.

라. 株主平等原則의 위반의 效果

株主平等의 原則은 會社法의 基本原則이고 强行法的 성질을 가진다. 따라서 商法에서 인정되는 例外的 경우 외에는 定款의 規定, 株主總會나 理事會의 決議 또는 代表理事의 業務執行에 의하여 株主平等의 原則에 위반하는 때에는 會社의 善意·惡意를 불문하고 無效라고 할 수 있다.

그러나 株主가 임의로 株主平等의 原則에 따르는 利益을 포기하고 不利益을 받는 것은 무방하다.³⁹⁾

제 2 절 少數株主保護의 必要性

I. 所有와 經營의 分離現象

個人企業에 있어서는 企業의 所有者가 單獨으로 企業을 經營하므로 企業의 所有와 經營이 일치한다. 共同企業에 있어서는 소규모의 企業形態인 合名會社에 있어서는 企業의 所有者인 社員이 당연히 會社의 企業經營을 담당하므로 企業의 所有와 經營이 일치한다.

株式會社는 社團法人이므로 독립적인 權利能力을 갖지만 自然人과는 달리 會社自體는 스스로 의사를 결정할 수 없기 때문에 自然人으로 구성되는 일정한 조직인 기관이 필요한 것이다. 株式會社의 법률상의 機關構成은 業務執行機關인 理事會, 意思決定機關인 株主總會, 監督機關인 監事(監查委員會)로 이루어져 있다.⁴⁰⁾ 株主는 株式會社의 構成員이지만 개개의 株主가 모두 會社의 經營에 참가하는 것은 불가능하다. 따라서 企業의 經營은 專門家인 理事에게

39) 判例는 株主總會에서 大株主와 小株主에게 差等配當을 하기로 한 決議는 大株主가 스스로 配當을 받고 權利를 포기하거나 讓渡하는 것과 마찬가지로 商法 제464조에 위반된다고 할 수 없다고 한다(大判, 80다 1263, 1980.8.26).

40) 株式會社機關의 “三分化”는 近代民主主義의 “三權分立”의 政治思想의 影響에 의한 것이라 할 수 있다(崔基元, 前掲書, 793面; 王繼軍, “股份有限公司累積投票制度研究”, 「中國法學」, 1998年 第5期, 4面).

맡겨 理事가 會社의 經營을 담당하게 됨으로써 企業의 專門性을 제고할 수 있는 利點이 있다. 이것이 바로 오늘의 株式會社에서의 이른바 “所有와 經營의 分離”현상이다.⁴¹⁾ 理事會는 會社의 業務執行 기타 株主總會의 權限外의 事項을 모두 결정하고 代表理事가 株主總會 및 理事會의 決議를 집행하고 會社를 대표한다(商法 제393조 1항, 제389조). 그리하여 株主總會의 形骸化와 더불어 理事會가 사실상의 經營權을 갖게 되었고,⁴²⁾ 오늘날 企業의 사실상의 支配權은 株主에서 經營者에게로 옮겨갔다고 해도 과언이 아니다.

所有와 經營의 分離는 商法の 직접적인 立法動機는 아니지만, 부수적으로 專門經營人에게 經營을 委任함으로써 經營의 효율을 기하고 나아가 株主들의 利潤動機를 보다 충족시킬 수 있는 효과를 갖는다.⁴³⁾

II. 支配要件의 緩和傾向

現代會社의 支配要件은 보편적으로 緩和되어가는 傾向을 보이고 있다. 會社支配의 가장 중요한 目的은 會社의 통상적인 經營權을 장악하는 것이므로, 법적 의미에서 會社支配란 株主總會에서 決議要件에 달하는 議決權을 확보함을 뜻한다.⁴⁴⁾ 여기서 100%의 議決權을 확보한다는 것은 불가능하지만 실질적으로 發行株式總數의 過半數를 소유하는 것이면 충분한 것이다. 그러나 株主總會에서 株式의 분산이나 委任狀勸誘 등의 원인으로 會社의 全株主가 출석한

41) 王保樹·石少俠等(法苑精萃編委會), 中國商法學精萃, 機械工業出版社, 2001, 186면 참조. 所有와 經營의 分離를 英格蘭-색슨(Anglo-Saxon)적 현상으로 보면서 전 세계적 지지를 받는 현상은 아니라고 한다. 즉 美國과 英國에서만 所有와 經營이 제대로 分離되어 群小株主가 존재하지만 대부분의 國家에서는 會社의 所有權은 어느 특정한 者에게 집중되어 있는 실정이다. Randall K. Morck, “Introduction”, in *Concentrated Corporate Ownership*(Randall K. Morck, ed., University of Chicago Press, August 2000); Eddy Wymeersch, “The Corporate Governance in Some European States”, in *Contemporary Issues in Corporate Governance*(D. D. Prentice & P. R. J. Hollands eds., Clarendon Press, July 1993). (權載熱, 前揭論文, 140면 각주 29에서 재인용).

42) 林義澤, “現代企業의 經營者支配 趨勢에 관한 研究”, 「울산대경영학연구논문집」 제2권 제2호, 1995, 27面.

43) 李哲松, 會社法講義, 博英社, 2003, 383面.

44) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 492面.

다는 것은 드문 일이며, 또 출석하더라도 議決權의 집단적 行使는 예상하기 어려우므로 실제로는 發行株式總數의 過半數에 달하지 않는 單純多數만 가지고 도 會社支配가 가능하게 된다.⁴⁵⁾

예를 들면, 普通決議方案에서 數의 多數로 결정하는 경우 51%를 意思決定 數로 하고 議決定足數는 그 51%의 過半數인 26%를 가지고 決議成立要件으로 하는 경우에 74%의 多數가 決議에서 반대하는 경우라도 會社의 意思는 결정되는 것이다. 특히 株券上場法人은 發行株式總數의 50%까지 無議決權株式을 발행할 수 있으므로(證券去來法 제191조), 이 경우에는 出席定足數가 發行株式 數의 26%가 되고 決議定足數는 14%면 족하다. 더욱이 白紙委任狀制度를 활용 하면 10%이하의 株式所有로도 會社支配가 가능하다.

現代社會에서는 株式이 광범위하게 分散되면서 株主總會에 참석할 實益이 없는 群小株主를 탄생시키므로 회사 지배에 필요한 議決權數가 실질적으로 緩和되고 있으며, 議決權의 委任을 효과적으로 勸誘하여 支配權者들의 議決權數를 확보하고 있다. 그 외에 대량의 株式取得禁止, 無議決權株式의 발행 등을 통하여 의결권을 확보하고 있다.⁴⁶⁾ 無議決權株式의 경우 支配株主의 經營權確保를 위해 株主總會시 議決權定足數에 算入되지 않으므로 議決權의 定足數의 數量面에서 要件이 緩和되는 것이다.

따라서 支配株主가 意思決定을 함에 있어서 利害衝突이 있거나 자신의 개인적 利益을 株主全體의 利益보다 우선적으로 생각할 경우에는 少數株主의 利益이 침해될 수 있는 것이다. 법률로서 少數者의 地位를 補強하지 않는다면 少數者는 각자가 保有한 持分에 비례하는 影響力을 상실하게 된다. 즉 少數株主의 保護는 株式會社에서의 多數決의 원리를 법 윤리적으로 보충하는 制度라 할 수 있다.⁴⁷⁾

Ⅲ. 企業의 結合現象

企業結合은 企業間의 資本的·人的·組織的인 결부를 통하여 企業活動을 單

45) 王保樹·楊繼, “論股份公司控制股東的義務與責任”, 「法學」, 2002年 第2期, 60面 參照.

46) 李哲松, 前揭書, 386面.

47) 林泓根, “商法上 少數株主保護制度에 관한 研究”, 「상장협」 제43호, 2001, 99面.

一的인 管理體系하에 統合시킴으로써 개별기업의 獨立性を 消滅시키는 企業間의 統合의 과정 또는 形態를 말한다.⁴⁸⁾ 이러한 企業結合의 膨창은 資本集中을 목표로 만들어진 株式會社의 본능적인 욕구로서 경제의 지속적인 발전과 함께 점차 大型化하고 있는 것이다.

企業結合이 법적으로 문제가 되는 것은 독립된 複數의 會社가 경제적으로 하나의 企業과 같이 단일적으로 運營되기에 個別會社의 法的 獨立성과 結合企業 전체의 경제적 單一性사이에 갈등관계가 형성되면 支配企業으로부터 從屬會社에 影響力을 行使하여 從屬會社·外部株主 및 債權者의 利益을 침해할 가능성이 많이 된다. 從屬會社에 있어서 少數株主의 保護問題는 子會社의 경우에만 있는 것이 아니라 母會社에 있어서도 제기될 수 있다. 現代 株式會社에 있어서 會社權限分配의 질서는 理事會에 포괄적인 權限을 주고 있기 때문에 母會社가 그 理事會의 決議로 재산의 실질적인 전부를 出資하여 子會社를 設立하거나, 母子會社의 結合體인 企業集團에 속하는 재산의 실질적 전부를 子會社에 귀속시켜서 실질적인 經營을 子會社를 중심으로 행하여 나간다면 母會社의 少數派株主는 多數派株主의 독단적인 經營으로 인하여 權利가 침해받게 되는 것이다.⁴⁹⁾

企業結合의 주요한 類型으로는 母子關係의 형성이나 合併, 그리고 相互株所有⁵⁰⁾ 등이 있다. 韓國에서 上場會社法人의 경우 일정한 수준 이상의 株式分散이 上場要件으로 되고 있어 上場法人을 子會社로 하는 母子關係의 발생은 어렵게 되어 있으나, 上場法人이 母會社가 되는 경우나 非上場法人間에서는 母子關係에 의한 企業結合을 많이 볼 수 있고 合併에 의한 결합도 보편적인 현상이다. 相互株所有現象에 있어서 日本의 정도에는 미치지 아니하나 法人株主化의 주종을 이루는 것은 대부분 財閥會社의 系列會社의 相互株 보유이다. 相互株에 의한 企業結合에서 會社를 支配하는 者는 經營者로서 會社의 保有株式을 가지고 議決權을 行使하므로 代表理事가 株主總會에서 서로의 連任에 協力함으로써 經營者支配를 실현하는 것이다.

48) 權五乘, 企業結合規制法論, 法文社, 1991, 75面 참조.

49) 宋種俊, “母會社의 少數派株主의 保護”, 「고시계」 제12호(통권430호), 1992, 59面 참조.

50) 相互株所有는 日本에서 두드러지게 나타나고 있는 현상으로서 일반적으로 日本의 大企業의 所有構造를 보면 一般企業은 生命保險과 銀行이 大株主이고, 銀行은 生命保險과 系列會社가 大株主이고, 系列會社는 銀行과 生命保險이 大株主이다. 그런데 日本의 生命保險은 대부분 相互會社이다.

IV. 株主總會의 形骸化

株主總會는 株主로 구성되고 株主의 總意에 의하여 會社의 基本적 事項에 관한 會社의 意思를 결정하는 必要의 常設機關이며 株主總會에 의한 內부적 意思決定에 대하여 對外적으로 代表理事가 이를 執行하고, 理事會의 구성원인 理事들은 株主總會에서 선임하기 때문에 株主의 전체의사를 間接적으로 표현하는 것이라고 할 수 있다.

이론적으로 株主總會는 會社의 모든 事項을 결정할 수 있는 最高機關이라는 것은 일반적으로 인정되고 있는 것이다. 現行 商法에서는 企業의 所有와 經營의 分離의 현상에 따라 株主總會의 權限을 축소하여 株主總會는 商法 또는 定款에 定하고 있는 事項에 限하여 決議할 수 있도록 하였다(商法 제361조). 따라서 株主總會는 會社의 最高機關이라고 할 수 없다는 견해도 있으나,⁵¹⁾ 最高性이란 權限의 萬能을 뜻하는 것이 아니고 理事 및 監事의 選任과 解任權이 總會에 있고, 定款에 의하여 商法 이외의 權限을 總會에 부여할 수 있고, 定款變更도 總會의 權限이므로 法律上 株主總會의 最高機關性에는 큰 異論이 없다고 볼 수 있다.⁵²⁾

株式會社에서 株主總會의 意思는 多數決의 原理(商法 제168조 제1항)에 의하 書面委任狀에 의한 代理行使를 인정함으로써 직접적인 民主主義를 기본으로 하는 것이다(商法 제368조 제3항).

多數決의 原則이 公正性을 체현할 수 있는 조건은 다음과 같다. ①決定參與者 相互間에 平等한 地位가 전제될 때에만 그 正當性을 인정받을 수 있다. 왜냐하면 參與者는 이 경우에 機會의 平等을 가지기 때문이다.⁵³⁾ ②多數決의 原則은 多數가 民主主義 原理를 존중할 것이라는 少數의 信賴를 전제로 하여야만 合意를 성립시킬 수 있다. ③多數決의 原則은 多樣성과 可變性을 전제로 한다. 少數는 내일의 잠재적인 多數를 뜻하므로 少數가 多數에 承服하는 심리의 저변에는 多數關係의 可變性에 대한 기대가 작용하고 있는 것을 無視할 수

51) 姜渭斗, 前掲書, 401面.

52) 孫珠瓚, 前掲書, 698面; 鄭東潤, 前掲書, 307面.

53) 그러나 資本多數決의 原則이 適用되는 企業支配構造에서 支配權은 多數者에게 恒구적으로 편제하는 경향이 있다(李哲松, “現行 少數株主權制度의 合理性”, 「저스티스」 제42호, 한국법학원, 1996, 143面).

없기 때문이다.⁵⁴⁾ ④多數決의 原則은 자유롭고 평등한 검토를 통한 妥協에 의하여 조정될 수 있는 상대적 전제로 할 때에만 適用할 수 있다.

그러나 실질적으로 株主總會에서 多數決의 原則을 適用할 때에는 少數株式을 가진 株主와 多數株式을 保有한 株主間에 평등한 地位를 維持할 수 없는 사실상의 不平等이 존재하고 있다. 앞에서 설명하였듯이 過半數가 아닌 多數의 議決權을 가지고도 會社支配가 가능하고, 또한 多數資本所有者의 社團으로 擬制된 株式會社의 운영은 株主總會에서 選任된 理事로 구성되는 理事會가 담당하도록 하고 있다(商法 제382조). 특히 株主總會에서 결정할 目的事項과 株主總會 召集事項을 理事會가 결정하도록 規定하고 있기 때문에 결과적으로 株主는 理事會에 提案된 결정에 대한 贊否를 표시할 수 있는 地位에 만족할 수 밖에 없는 것이다. 이와 같은 株式會社의 組織構造는 個人株主들의 會社支配機能을 排除하는 것을 내용으로 하고 있으며, 大株主들의 獨占論理를 실현시키고 管理者인 理事가 大株主의 地位를 찬탈할 수 있는 기회가 존재하는 것이다.

株主總會가 株式會社의 根源인 機關으로서의 그 法律上的 地位에도 불구하고 점차 形式化의 길을 걷고 있는 것이 세계적인 傾向이다. 원인은 所有와 經營의 分離에 있는 것이다. 또한 현실적으로 大規模會社의 株主總會는 極少數의 株主가 출석하고, 지극히 단시간 내에 종결되며 매우 형식적으로 개최되고 있는 실정이다. 그리고 會社經營者는 總會에 관심을 갖지 않는 一般株主로부터 委任狀을 勸誘해서 返送되어 온 委任狀에 의해 자기가 附議한 議案의 성립을 도모하고, 會社支配를 위해 사실상의 信任을 확보하고 있는 것이 현실이다. 株主總會의 형식적 개최와 統一機能의 喪失의 결과 株主總會는 形骸化를 초래하였고, 一般株主에 의한 會社支配는 原則에 불과하다.⁵⁵⁾

商法은 株主總會를 最高機關으로 인정하면서도 新株發行(商法 제416조)이나 社債發行(商法 제469조)의 權限을 인정하여 그 權限을 株主總會로부터 理事會로 옮기고 理事會가 代表理事의 業務執行監督을 담당하게 하고 있다.⁵⁶⁾

54) 그러나 株式會社에서 多數者가 자신의 持分을 讓渡하거나 포기하지 않는 한 多數者와 少數者의 위치가 상호 交替되지 않는다(오수근, “集中投票제”, 「인권과 정의」 제270호, 대한변호사협회, 1999년, 71面).

55) 鄭容相, “株主總會의 活性化論”, 「재산법연구」 제10호, 1993, 58面.

56) 傳統의인 株主總會中心主義가 理事會中心主義로 옮겨지는 것은 現代會社法上的의 흐름이라 할 수 있다. 그러나 世界各國의 立法으로 보면 株主總會의 最高勸力の 위치를 법적

이는 現行 法制하에서는 內部抑制權能을 가지고 있는 株主總會와 監事의 權限을 縮小하려는 것이라 할 수 있다. 그리고 新株發行과 社債發行權은 실질적으로 代表理事가 資本調整을 위하여 機動力을 발휘할 수 있고 外部로부터 資本調達이 어려우면 財務諸表를 작성할 때에 株主의 配當財源을 잠식 또는 受託하거나 株價를 조작할 가능성이 있다.⁵⁷⁾

株主總會의 權限縮小現象은 大規模 公開會社에서는 합리적인 면도 있겠지만 그로 인한 여러 가지 權限이 經營者에게 집중되어 가져오는 弊害는 방지되어야 한다. 少數株主의 持株要件, 定款에 의한 株主總會의 權限擴張 등에 관한 解釋의 방향은 株主總會의 活性化와 少數株主의 利益保護의 차원에서 해석되어야 할 것이다. 議決權 代理行使의 勸誘는 死藏된 議決權을 활용하여 總會定足數를 유지하고 株主意思의 반영하는 점에서 긍정적인 면도 있으나, 자칫하면 株主總會의 形式化를 재촉할 念慮도 있다. 이를 방지하기 위하여 委任狀勸誘制度의 實效性을 제고시켜 株主의 意思가 會社의 意思決定에 적절한 반영이 될 수 있도록 하여야 한다.

그리고 議決權 濫用에 대한 事後的 救濟手段으로 決議瑕疵에 관한 取消의 訴·無效確認의 訴 등의 내용을 보다 실질적으로 規定함이 바람직하다고 생각한다.⁵⁸⁾

V. 少數株主의 地位와 權利保護의 重要性

위에서 살펴본 바와 같이, 近代에 이르러 現代社會에서 株式이 광범위하게 分散되고 群小株主가 株主總會에서의 議決權行使를 게을리 함에 따라 支配要件이 緩和되고 單純多數의 株式을 保有한 株主의 會社支配도 가능하여졌으며,

으로 修正하는 것이 아니고 의연히 保存하고 있는 것이다. 中國會社法의 規定을 보면 이러한 세계적 흐름과는 반대로 株主總會에 權利를 너무 集中하고 있고 심지어는 傳統會社法理論上 理事會의 一部 權限도 가지고 있다. 예컨대, 會社經營方針과 投資計劃의 決定, 會社社債發行의 決定權 등이다(王亦平·馬強·王軼, 前揭書, 80面 參照).

57) 財閥會社를 중심으로 하여 보는 경우에는 商法上의 株主總會制度가 大規模의 公開會社를 기준으로 하여 嚴格하고 複雜하게 規定하고 있기 때문에 그와 같은 實體에 미치지 못하는 小規模의 財閥會社 株主總會를 運營할 수 없는 것으로 분석하는 見解도 있다.

58) 鄭容相, “株主總會의 形骸化”, 부산외대신문, 1990년 3월 8일, 2面.

所有와 經營의 分離 및 理事會의 權限強化로 전반 株主의 利益보다는 大株主나 理事個人의 利益을 優先하는 理事의 不當行爲도 발생이 가능하게 되었다. 또한 株主總會의 形骸化 現象으로 株主, 특히 少數株主가 會社에서 그의 株式數에 比例한 權利行使는 거의 기대할 수 없게 되었다. 株式會社制度의 기능은 社會의 遊休資本을 효과적으로 結集하여 巨大한 資本을 만들고 企業經營을 원활하게 하는 것이다. 만약 少數株主에 대한 保護가 미흡하여 그들의 權利가 부당하게 침해당한다면 株式會社의 資本結集機能은 상실하게 될 것이고, 이 또한 法の 公平과 正義의 理念에도 어긋나는 것이기 때문에 少數株主에 대한 특별한 保護가 요청되고 있다.

첫째, 支配株主의 特殊利益 측면으로 볼 때 株式數가 對等한 株主間의 利益衝突은 쌍방의 합의를 통해 해결방법을 모색할 수 있으나, 大株主와 少數株主는 會社內部에서의 地位 차이로 그 利益의 충돌은 構造的인 것이고 普遍的인 것으로서, 大株主가 자신의 會社 내에서의 支配地位를 이용하여 會社의 利益을 해하며 자신의 私益을 도모하여도 少數株主로서는 自力救濟가 불가능하다.⁵⁹⁾ 즉 多數의 株主가 공동으로 出資하여 設立한 會社의 經營權이 多數決의 原則에 따라 支配株主의 손에 달려 있기 때문에 본질적으로 少數株主의 出資에 연계된 支配權은 支配株主에게 移轉 당하게 되어 자신의 有效持分은 0(零)이 된다.⁶⁰⁾

또한 大株主는 會社로부터 그의 持株數보다 훨씬 많은 利益을 얻을 수 있다. 株式會社의 株主平等의 原則에 의하여 株主는 그의 株式에 비례한 利益을 얻어야 할 것이나, 實證法的인 연구에 의하면 大株主는 그의 持株數보다 많은 特殊利益을 얻는다고 한다.⁶¹⁾ 이러한 特殊利益은 大株主가 支配權을 통해 少數株主에게 돌아갈 利益을 침해하여 얻는 利益이라 할 수 있다.⁶²⁾

59) 周友蘇, 公司法通論, 四川人民出版社, 2002, 572面.

60) 李哲松, 前掲書, 455面.

61) 周友蘇, 前掲書, 572面 각주 1) 참고.

62) 美國學者의 統計에 의하면 161개 會社買受에 있어서 買受者는 株式市場의 株式價格보다 13% 높은 가격으로 被買受會社의 株式를 買入하였는데, 높은 13%는 株式自體의 가치가 아니라 被買受會社의 支配權을 얻기 위하여 지불한 금액이라고 한다. 또한 1999년과 2001년간 中國 上海와 深圳證券去來所의 88개 上場會社中 90건의 國家株와 法人株의 대량 株式去來 事例를 標本調査한 결과 支配權이 있는 株主가 支配權을 讓渡하여 얻은 株式價格은 평균 時價의 30%를 상회한다고 한다. 會社의 규모가 작고 경영의 투명성이 낮은 會社일수록 少數株主의 利益이 침해받는 정도가 더욱 심하다고

둘째, 資本多數決原理의 限界의 측면으로 볼 때, 多數決의 原則은 불합리한 측면도 있지만 團體의 意思決定方式으로 합리적인 意思를 도출하기 위하여 인정하고 있는 것이다.⁶³⁾

中國의 會社支配構造의 실태를 보면 少數株主에 대한 保護의 必要性이 더욱 절박하다.

첫째, 讓渡可能株式(流通股)과 讓渡禁止株式(非流通股)의 竝存은 大株主와 少數株主의 利益衝突을 加重하고 있다. 中國 上場會社의 株式은 去來自由株式과 去來制限株式⁶⁴⁾으로 나뉘는데, 去來制限株式이 上場會社 株式總數의 약 2/3를 점한다. 大株主인 國家가 授權한 投資機構나 投資部門은 國家株를 아주 싼 발행가격으로 취득하는 반면, 一般投資者는 額面價를 초과하는 證券發行市場에서의 발행과 去來를 통해 去來自由株式을 취득하기 때문에 取得價額에서 큰 差異가 있는 바, 取得價額의 差異는 몇 배 심지어 몇 십배에 이른다. 한편 株式會社 내부에 있어서 去來制限株式을 소유한 大株主는 株主總會의 召集이나 提案權, 議決權 등 면에서 절대적인 優位에 처해 있고, 去來自由株式을 保有한 少數株主는 절대적인 弱勢에 처해 있다. 따라서 大株主와 少數株主는 會社經營에 대한 관심의 측면이 다르게 되고 利益衝突이 불가피하게 된다.

둘째, 株式의 分布가 불합리하여 大株主가 支配權을 行使하는 경우가 많다. 中國의 1000여개 上場會社中 第1大株主가 發行株式 總數의 50%이상을 점하는 會社가 79.2%에 달하는데, 이는 주로 國家株의 比重이 지나치게 높기 때문이다.⁶⁵⁾ 中國의 株式會社에 있어서 株式은 그 소유자가 누군가에 따라 國家株, 法人株, 個人株로 나뉘는데, 國家株와 法人株의 持株比率이 통상적으로 50%를 초과한다.⁶⁶⁾

한다(唐宗明·蔣位, “中國上市公司大股東侵害度實證分析”, 「經濟研究」, 2001年 第4期).

63) 金星泰, 前掲 “少數株主保護를 위한 現行制度의 問題點과 改善方向”, 137面.

64) 去來自由株式이란 일반 個人投資者가 所持한 株式을 말하고, 去來制限株式이란 國家股, 法人股, 內部職工股, 轉配股 등을 指稱한다.

65) 周友蘇, 前掲書, 575面.

66) 中國會社法 제4조 제3항에서는 “會社의 財產中 國有資產所有權은 國家에 속 한다”고 規定하고 있어 國家라는 株主에 대하여 특수한 權利를 부여하고 있다. 따라서 國家는 資產所有者의 신분으로 이 부분의 資產을 控除하여 會社의 운영을 制限할 수 있게 되어, 특히 會社主管部門이 會社에 대한 行政干涉의 밑거름이 되었다. 이러한 權限은 당연히 其他株主의 權利보다 우월한 地位를 차지하게 되므로 其他株主들의 利益에 불리한 결과를 초래할 수 있는 것이다. 法理로 말하면 國家는 會社의 國家所有資產에 대한

大株主는 會社의 經營에 대하여 절대적인 影響力을 行使하여 自己去來를 하거나 또는 利益을 關聯會社로 移轉함으로써 少數株主의 利益을 침해하고 있다. 현재 株式會社의 支配株主가 少數株主의 利益에 대한 침해는 다음과 같은 方面에서 나타나고 있다. ①支配株主가 虛偽의 出資나 또는 出資義務를 履行하지 아니한 경우로 上場會社를 設立하거나 또는 增資中에 資本金을 轉入하지 아니하거나 또는 實物出資를 하지 않은 경우이다. 예컨대, 上場會社인 「港澳實業」의 發起人인 海國投資그룹이 존재하지도 않은 土地使用權으로 출자하여 支配株主로 된 후 그 사실을 相關기관과 一般投資者를 7년간이나 欺罔하였으며 上場會社의 資本金을 몇 천만(RMB)이나 유용하였다. 그 외 「西藏聖地」, 「閩福法」 등 會社도 虛偽出資를 한 바 있다.⁶⁷⁾ ②株式發行價額을 조작하는 경우 株式募集請約書上의 수익 豫想을 부풀림으로써 고가로 株式을 발행하여 少數株主의 利益을 침해한다. ③利益配當을 임의로 하는 경우 支配株主가 利益配當을 하지 아니하거나 적게 하고 남은 利潤은 内部去來를 통하여 支配株主會社로 移轉하거나 또는 임의로 支配株主가 과견한 理事나 高級任員에게 높은 報酬를 지급한다. ④會社情報公示를 허위로 한 경우 ⑤支配株主가 上場會社의 자금이나 재산을 유용한 경우 예컨대 支配株主인 三九그룹은 「三九醫藥」 上場會社의 資本을 25억원(RMB)유용하였는데, 이는 동 上場會社 資本金의 96%를 점한다. 上場會社인 「猴王股份」과 「奧金曼」은 支配株主가 자금 유용이나 또는 담보를 제공하게 한 금액이 각기 당해 上場會社의 123%와 157%를 점한다. 그 외 「棱光」, 「蘇三山」, 「大洋」, 「濟南輕騎」, 「吉發」, 「東海股份」 등 上場會社에서도 모두 支配株主가 上場會社의 자금을 유용한 사례가 적발되었는데, 支配株主의 자본유용으로 上場會社의 少數株主 利益을 침해하는 사례는 상당히 많은 상황이다.⁶⁸⁾ 이러한에도 불구하고 國家株와 法人株에 대하여 아무런 制限을 두지 않아 少數株主는 大株主로부터 權利를 침해당하여도 아무런 救濟方法이 없다. 따라서 中國에서는 少數株主保護에 관한 法理를 繼受하여 입법함으로써 資本多數決에 의하여 少數株主의 權利가 침해당하는 문제를 해결하여야 할 것이다.

財產權을 行使할 것이 아니라 일종의 社員權으로서의 役割을 하여야만 國家의 行政干渉을 일정하게 防止할 수 있을 것이다(王釗, 前揭論文, 25面 參照).

67) 段亞林, “論大股東股權濫用及實例”, 經濟管理出版社, 2001, 138面.

68) 王保樹·楊繼, 前揭論文, 65面.

제 3 장 現行韓國法上 少數株主保護制度

少數株主保護制度는 앞서 언급한 바와 같이 그 내용이 광범위하고 그 보호規定도 商法의 規定 외에 株券上場法人에 대하여는 證券去來法에서 規定하고 있기 때문에 구체적인 制度를 언급함에 있어서 여러 가지 기준에 따라 保護制度를 분류할 수 있다. 기존의 研究論文을 보면 株主의 地位維持와 會社의 존속을 전제하거나 아니면 株主의 地位離脫 또는 會社의 消滅과 관련한 것인가에 따라 株主의 감독·시정권과 株主의 최후의 자위수단으로서의 少數株主保護制度로 분류⁶⁹⁾하거나 또는 證券去來法의 特례에 의해 拘束되는 上場法人의 少數株主權과 商法에 의해 拘束되는 非上場法人의 少數株主權으로 구분하는 방법,⁷⁰⁾ 少數株主權의 行使要件에서 保有株式數의 法定比率 및 少數株主權과 單獨株主權으로 분류하는 방법,⁷¹⁾ 自益權으로서의 單獨株主權과 共益權으로서의 單獨株主權과 少數株主權⁷²⁾외에 多數의 分類방법,⁷³⁾ 會社情報開始請求權과 株主總會를 통한 政策實現權 및 理事 등의 責任追窮權, 그리고 會社의 基本적 變更請求權 등으로 분류하는 방법도 있다.⁷⁴⁾ 그러나 본 論文에서는 少數株主의 權利保護制度를 權利行使의 전제가 되는 會社情報公示에 있어서의 少數株主保護, 株主의 經營參與制度和 少數株主保護, 理事 등 任員들에 대한 牽制策과 少數株主保護 그리고 會社의 組織變更과 少數株主保護등으로 分類하고 그 權利行使의 順序를 基本바탕으로 하여 살펴보는 것을 원칙으로 한다.

69) 李均成, “株式會社의 一般株主의 保護”, 「한국외대논문집」 제7집, 1999, 87面.

70) 李哲松, “上場法人의 少數株主權”, 「考試界」 제4호(통권482호), 1997, 42面.

71) 裴炳日·朴仁鉉, 前掲, “商法上 少數株主의 保護”, 170-179面; 梁東錫, “大株主와 小數株主間의 法律問題”, 「비교사법」 제5권 제2호, 1998, 517面; 安東燮, “株主의 地位保護에 관한 研究”, 「재산법연구」 제3권 1호, 1986, 8面.

72) 金星泰, 前掲 “少數株主保護制度에 관한 考察”, 29面.

73) 少數株主에 대한 實體法上의 保護와 節次法上의 保護로 분류하거나(劉文, “少數股東權益的法律保障”, 「財經科學」, 1998年 第5期, 67-68面). 事前的인 救濟와 事後的 救濟制度 및 多數株主의 地位濫用에 대한 少數株主保護와 多數株主의 不當한 會社支配에 대한 積極的인 少數株主保護策으로 분류하는 방법도 있다.

74) 權載勳, 前掲論文, 133面.

제 1 절 會社情報公示에 있어서의 少數株主保護

I. 各種의 閱覽·謄寫請求權

1. 理事會의 議事錄의 閱覽·謄寫請求權

商法 제391조의3 제3항에서는 株主는 營業時間內에 理事會의 議事錄을 閱覽하거나 또는 謄寫를 請求할 수 있다고 規定하여 株主의 理事會 議事錄의 閱覽·謄寫請求權을 인정하고 있다.⁷⁵⁾ 理事會의 議事錄을 작성하여 이를 株主가 閱覽할 수 있게 하는 것은 理事의 株主에 대한 책임의 소재를 결정하는데 유익하고 經營情報의 公示原則上 投資者保護를 위하여 바람직한 것이다.⁷⁶⁾

理事會의 議事錄에는 議事의 요령과 그 결과를 記載하고, 議案에 대하여 반대하는 理事와 反對意見을 記載하여야 하며 출석한 理事 및 監事가 記名捺印 또는 署名하여야 한다(商法 제391조의3 제1항, 2항).

理事會議事錄의 閱覽·謄寫請求에 있어서 株主의 請求에 대하여 會社는 理由를 붙여 이를 拒絶할 수 있는데, 이 경우 株主는 法院의 허가를 얻어 理事會의 議事錄을 閱覽 또는 謄寫할 수 있다(商法 제391조의3 제4항). 株主의 이러한 權利는 會社의 業務狀態를 파악하여 株主의 다른 權利를 行使할 수 있게 하는데 그 目的이 있는 것이다.

拒絶權의 行使에 있어서는 會社에 의한 拒絶權의 濫用을 막는 것이 중요하므로, 그 拒絶權行使에는 會社經營上의 正當한 理由가 있어야 할 것이다.⁷⁷⁾ 會

75) 1999년 12월 31일 改訂商法에서 新設하였다. 商法 제396조에 의하면 理事는 會社의 定款 및 株主總會의 議事錄을 本店과 支店에, 株主名簿, 社債原簿를 本店에 備置하여야 한다. 이 경우 名義改書代理人을 둔 때에는 株主名簿나 社債原簿 또는 그 複本을 名義改書代理人의 營業所에 備置할 수 있다. 株主와 會社債權者는 營業時間內에 언제든지 第1項의 書類의 閱覽 또는 謄寫를 請求할 수 있다고 規定하고 있다.

76) 기존에는 株主와 債權者가 理事會의 議事錄의 閱覽·謄寫請求를 할 수 있었지만, 1999년 12월 31일 改正商法에 의하면 會社의 債權者는 理事會의 議事錄을 閱覽 또는 謄寫를 請求할 수 없다. 이는 債權者에 대한 理事會內의 情報流出은 불필요하며 오히려 그 弊端을 우려하였기 때문이다(宋鍾俊, “株主總會·理事會의 運營 등 기타 改正事項”, 「고시계」 제4호(통권 제518호), 2000, 30面).

社가 이를 거절한 경우 株主는 法院의 허가를 얻어 理事會의 議事錄을 閱覽·
 謄寫를 할 수 있다(商法 제391조의3 제4항). 正當한 理由 없이 拒絕權이 行使
 된 경우로부터 株主를 保護하는 방안과 法院의 허가에 있어서 株主에 의한 會
 社의 情報濫用을 막기 위한 制限도 필요하다고 본다.⁷⁸⁾ 日本의 경우처럼 理事
 會의 議事錄의 對外秘的 성격을 고려하여 株主가 자기의 權利를 行使하기 위
 하여 필요한 경우에 그 理由를 소명하여 閱覽을 청구하게 하는 방안도 검토해
 볼만한 방법이라고 생각한다(日本商法 제260조의4 제4항, 제5항).⁷⁹⁾

2. 財務諸表의 閱覽·謄寫請求權

財務諸表의 閱覽·謄寫請求權은 單獨株主權으로서 英美法에서 도입한 것인
 데, 商法에서 理事의 權限을 확대하는 한편, 株主의 개별적 地位를 強化하기
 위한 것이다. 理事는 定期總會의 1주전부터 財務諸表와 그 附屬明細書, 營業報
 告書, 監査報告書 등을 本店에 5년간 비치하고 또 그 謄本을 支店에 3년간 備
 置하여 株主와 會社債權者는 언제든지 위의 備置書類를 閱覽할 수 있고 또 會
 社가 定한 비용을 지급하고 그 서류의 謄本이나 抄本의 교부를 請求할 수 있
 다(商法 제448조 제1항, 제2항). 株主와 會社債權者는 備置書類의 保全期間內
 에는 定期總會의 會日의 前 뿐만 아니라 定期總會의 종료 後에도 그 備置書類
 의 閱覽이나 謄本 및 寫本의 교부를 請求할 수 있다.

定款이나 株主名簿, 社債原簿, 株主總會의 議事錄도 마찬가지로 閱覽·謄寫
 를 청구할 수 있다(商法 제396조 제2항).

會社は 株主의 閱覽請求가 부당함을 입증하지 못하면 이를 拒絕하지 못하
 며 過怠料의 制裁도 받을 수 도 있다(商法 제635조 제1항 제4호). 이러한 株主
 와 會社債權者의 閱覽 및 謄本·寫本의 交付請求權은 定款으로도 박탈할 수 없

77) 美國模範會社法은 株主의 閱覽·謄寫請求는 ① 誠實하게 適切한 目的으로 할 것, ② 閱
 覽할 目的과 記錄은 특정될 것, ③ 記錄과 열람 目的 間에는 직접적인 關聯性이 있을
 것 등의 規定하고 있다(同法 §16.02(c)).

78) 美國의 경우에는 株主가 勝訴한 경우에는 會社は 株主에 대하여 辯護士費用을 포함한
 訴訟費用을 부담하게 하고, 法院의 허가에 있어서 株主에게 記錄의 사용 또는 배포에
 합당한 制限을 가할 수 있다(模範會社法 §16.04(c), (d))(宋鍾俊, 前掲 “株主總會·理事會
 의 運營 등 기타 改正事項”, 30面).

79) 李哲松, 前掲書, 549面.

는 權利이다.⁸⁰⁾ 이러한 權利는 그 자체만으로는 株主에게 의미가 없지만 理事의 業務를 감독하고 是正하여 자기의 利益을 保護하는 전제라고 할 수 있는 것이다.

3. 會計帳簿閱覽·謄寫請求權

가. 意義

株主가 理事 및 監事에 대해 견제할 수 있는 權利를 확보 또는 行使하려면 理事가 閱覽을 위하여 작성한 財務諸表와 그 附屬明細書의 閱覽만으로는 불충분하기 때문에 商法은 위 서류의 기초 자료인 會計帳簿의 閱覽權을 少數株主權者에게 인정하고 있다. 즉 發行株式總數의 100분의 3 이상⁸¹⁾에 해당하는 株式을 가진 株主는⁸²⁾ 그 理由를 붙인 書面으로 會社의 帳簿와 서류의 閱覽 또는 謄寫를 請求할 수 있다(商法 제466조 제1항). 株主의 會計帳簿閱覽權은 株式會社에 이른바 授權資本制度和 理事會制度가 채용됨으로서 요청된 株主의 地位強化의 일환으로 美國法의 會社의 書類 및 帳簿閱覽權(right to inspect books and papers of corporation)을 도입한 것이다. 美國의 경우 이를 代表訴訟 및 留止請求權과 같이 單獨株主權으로 하고 있지만 韓國의 경우에는 그 濫用을 우려하여 少數株主權으로 하고 있다.⁸³⁾

株式會社에 있어서 株主는 실질적인 소유자로서 會社의 중요한 事項에 대

80) 姜渭斗, 前掲書, 732面.

81) 日本도 1993년 商法改正에서 日美構造協議時 美國측의 요구로 持株要件을 10%에서 3%로 緩和하였다. 개정시 日本商法 제237조(株主總會召集請求權)등과의 衡平性을 감안해 6개월의 株式保有期間을 規定하는 것도 論議되었으나 결국 채택되지 아니하였다. 그 理由는 株式保有期間을 요구하는 少數株主權은 株主가 會社나 또는 法院에 일정한 행위를 요구하는 경우이지만 帳簿閱覽請求權은 그와 다르기 때문이라고 설명되고 있다(前田庸, “平成五年商法等の改正要綱について(下)”, 「商事法務」, NO. 1317(1993), 23面).

82) 株券上場法人이나 協會登錄法人에 있어서는 6월 전부터 계속하여 發行株式總數의 1000분의 10(최근 사업연도 말의 資本金이 1000억 이상인 法人에 있어서는 1000분의 5) 이상에 해당하는 株式을 가진 株主가 會計帳簿의 閱覽·謄寫請求權을 가진다.

83) 會計帳簿의 閱覽·謄寫請求權은 美國에서 發端된 制度로서 獨逸의 株式法이나 프랑스의 商事會社法, 1985년 英國의 會社法 등에는 모두 이 制度에 관한 規定을 두고 있지 않다.

한 意思決定에 참여하고 理事解任請求權, 代表訴訟 提起權, 留止請求權 등의 權利를 行使하여 理事의 業務執行을 감독하고 是正할 수 있는데, 이러한 權利를 行使함에 있어서 필요한 情報나 입증자료를 확보할 수 있는 수단⁸⁴⁾으로 인정되는 것이 會計帳簿閱覽權으로서 소위 情報接近權 혹은 開始請求權의 一種으로 볼 수 있다.⁸⁵⁾

商法은 會計帳簿閱覽權을 少數株主權으로 하고, 上場法人과 協同登錄法人에 限하여는 6개월 이상의 株式保有要件을 規定하고 있다. 그리고 少數株主權을 10%, 3%, 1%의 3가지로 구분하고(證券去來法에서는 3%, 1%, 0.5%) 있다. 따라서 그 實效성에 의문이 있다. 예를 들면 1%의 要件을 충족하는 株主가 理事의 違法行爲留止請求權을 行使하기 위한 전제로서 會計帳簿閱覽權을 行使하고자 하는 경우 3%의 要件으로 인하여 그 目的을 달성할 수 없게 되는 불리한 결과가 초래되고 또한 經營者가 違法 또는 不當한 행위를 하고 있는 것이 분명함에도 불구하고 그 책임을 추궁하기 위한 會計帳簿閱覽權을 行使하는데 6개월을 기다려야 한다는 것이 문제가 된다고 본다.⁸⁶⁾

생각건대, 帳簿閱覽權의 濫用을 방지하기 위하여 이를 少數株主權으로 인정하는 것은 필요한 것이지만, 實效성을 고려하여 3%를 持株比率을 1%로 낮추고 6개월의 株式保有條件을 삭제하는 것이 타당하다고 생각한다.

나. 請求의 對象

少數株主가 閱覽·謄寫를 할 수 있는 것은 會計의 帳簿와 서류이다. 商法에서는 그 구체적인 規定이 없어 學說이 대립되고 있다. 會計의 帳簿는 財務諸表와 그 附屬明細書, 營業報告書, 監事報告書 등의 작성의 기초가 되는 分介帳

84) 日本 會社法에서는 違法行爲留止請求權·代表訴訟 등은 6개월 이상 株式을 保有한 株主에게 부여하는 單獨株主權으로 한 것을 감안하며 會計帳簿閱覽·謄寫請求權은 본래 單獨株主權으로 인정될 여지도 있으나, 그 濫用을 防止하기 위해 少數株主權으로 하고 있다(柿崎榮治, “會計帳簿閱覽請求權の機能性と權利濫用防止の諸問題”, 「商事法務」 No. 1383(1995.3.15), 22面; 黑沼悅郎, “帳簿閱覽權”, 「民商法雜誌」, 1993. 7(第108卷 第4·5號), 525面).

85) 林泓根, 會社法, 法文社, 2000, 735面.

86) 崔竣瑋·朴哲泳, “株主의 會計帳簿閱覽權”, 「경성대논문집」 제19권 2호, 1998.8, 1345面.

·元帳·傳票 등이고, 會計의 서류는 會計帳簿의 기초서류인 傳票·領收證·契約書·納品書 등이다.⁸⁷⁾ 商法上 株主의 請求에 의한 檢査人의 業務·財産狀態에 대한 조사가 인정되므로(商法 제467조), 株主의 閱覽·謄寫請求權은 會計의 帳簿와 서류, 즉 會社의 經理狀況을 표시하는 서류에 限다고 봄이 타당하다.⁸⁸⁾⁸⁹⁾

다. 請求의 方法

株主가 會計帳簿閱覽權을 行使하기 위해서는 會社에 대하여 理由를 붙인 書面으로 해야 하고 口頭에 의한 請求는 效力이 없다. 閱覽 및 謄寫는 반드시 株主가 직접 할 필요는 없으므로 公認會計士 또는 辯護士 등의 補助者를 이용할 수 있다. 이 경우 閱覽對象이 되는 會計帳簿와 서류가 반드시 첨부된 理由에 限定되는지 與否가 문제이다. 大法院 判例는 「會計의 帳簿와 서류를 閱覽 또는 謄寫하는 것은 會計의 運營上 重大한 일이므로 그 節次를 신중하게 함과 동시에 상대방인 會社에게 閱覽 및 謄寫에 응하여야 할 義務의 存否 또는 閱覽 또는 謄寫를 허용하지 않으면 안될 會計의 帳簿 및 서류의 範圍 등의 판단을 손쉽게 하기 위하여 그 理由는 구체적으로 記載하여야 하고」, 또한 「商法 제466조 제1항 소정의 少數株主의 會計帳簿閱覽權이 인정되는 이상 그 閱覽·

87) 美國의 普通法에 있어서 株主가 閱覽할 수 있는 會社帳簿(books)와 記錄(records)은 광범위한데, 예컨대 株主名簿, 會計帳簿, 基本定款과 附屬定款, 理事會·株主總會·經營委員會議事錄, 契約書, 通信書類 및 納稅申告書를 포함할 뿐만 아니라 심지어는 物的 設備인 工場도 포함된다(Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of corporation*, Horn books series, West publishing Co., 1983, p. 537).

88) 崔基元, 前揭書, 338面; 姜渭斗, 前揭書, 733面. 현실적으로 商法 제29조의 規定에 의한 會計帳簿만으로는 會社의 經理狀況을 충분히 파악하기 곤란한 경우가 있을 수 있고, 이러한 경우 會計帳簿閱覽權은 그 實效성이 없어지기 때문이다. 會社는 株主의 閱覽請求權에 대하여 拒否權을 行使할 수 있기 때문에 閱覽對象의 범위를 限定하지 말아야 한다는 主張도 있다(崔竣瑤·朴哲泳, 前揭論文, 347面).

89) 日本商法 제293조의6에서도 閱覽의 對象을 “會計帳簿와 書類”라고 하여 學說은 限定說과 非限定說로 대립되고 있는데, 會計帳簿는 대체로 商法上의 商業帳簿, 특히는 商法 제32조의 會計帳簿를 指稱하고 會計書類란 會計帳簿의 기초가 되는 書類와 기타 會計帳簿를 보충하는 書類를 말한다는 限定說이 日本의 通說이고 또한 判例의 立場이다. (劉俊海, 股份有限公司股東權의 保護, 法律出版社, 1997, 180-181面). 2002년 商法 개정시 電子記錄의 방식으로 會計帳簿를 작성할 수 있다고 하여(日本商法 제33조의2) 電子記錄으로 작성된 會計文書도 閱覽請求權의 대상이 된다.

謄寫請求權은 그 權利行使에 필요한 範圍內에서 허용되어야 할 것이다」고 한다.⁹⁰⁾

라. 請求의 拒否

少數株主가 會計帳簿의 閱覽·謄寫를 請求한 경우에 會社가 그 請求가 부당함을 입증하지 못하면 이를 拒否하지 못한다(商法 제466조 제2항). 그러나 株主의 會計帳簿閱覽·謄寫請求가 부당함을 입증하여 會社는 이를 拒否할 수 있다. 따라서 株主가 權利를 濫用할 경우에는 會社로서는 株主의 帳簿閱覽請求權에 응할 필요가 없을 것이다. 여기서 請求가 부당한 경우란 請求가 株主의 權利行使로 인정할 수 없는 경우나 請求가 會社의 利益에 反하는 경우, 그리고 請求者가 會社와 競爭關係에 있어서 會社의 利益을 害할 우려가 있는 때 등이다.⁹¹⁾ 즉 이상의 경우에는 부당한 경우의 反對概念인 株主의 正當한 目的이 없다고 볼 수 있다. 그러나 商法上 이러한 株主의 正當한 目的에 관하여 명문의 規定을 두고 있지 않기 때문에 解釋論에 맡겨지고 있다.

美國法은 正當한 目的을 “株主가 갖는 利益에 합리적으로 關聯이 있는 目的”으로 定義하고 있고, 日本商法은 正當한 目的이 없는 경우(日本商法 제293조의7 제1호 내지 제4호)를 限定的으로 列舉하고 있는 事由는 다음과 같다. ① 株主의 權利확보 또는 行使에 관하여 調査하기 위함이 아닌 경우 또는 株主가 會社의 業務運營이나 株主 공동의 利益을 害하기 위하여 請求한 경우 ② 株主가 會社와 競業을 하는 者인 경우, 會社와 競業을 하는 會社의 社員·株主·理事인 경우 또는 會社와 競業을 하는 者를 위하여 그 會社의 株式을 갖는 者인 경우⁹²⁾ ③ 株主가 서류의 閱覽이나 謄寫에 의하여 知得한 사실로 利益을

90) 大法院 99. 12. 21, 99다 137.

91) 崔基元, 前揭書, 338面.

92) 會社에 손해가 발생할 것을 미연에 防止한다는 의미에서 “株主가 會社와 競業하는 會社의 株主가 될 경우”에 閱覽請求權을 拒否할 수 있다고 하고 있는데, 競業會社의 一株를 保有한 株式도 여기에 해당된다고 해석되므로 閱覽請求權行使의 큰 障礙要因으로 보인다. 특히 公開會社에 있어서 銀行, 保險會社 등 機關投資者의 경우에는 分散投資를 하기 때문에 複數의 同業會社의 株式을 保有하고 있는 會社가 적지 않을 것인바, 다만 競業會社의 株式을 保有하고 있다는 理由만으로 閱覽請求權이 拒否되는 부당함이 있으므로 競業會社의 株主에 대한 拒否事由 規定을 삭제하는 것이 바람직하다는 主張도 있다(黑沼悅郎, 前揭論文, 523-524面).

얻고 타인에게 통보하기 위하여 請求한 경우 또는 請求日前 2년 내에 그 會社나 다른 會社의 서류의 閱覽이나 謄寫에 의하여 知得한 사실로 利益을 얻고 타인에게 통보한 사실이 있는 者인 경우 ④ 株主가 부당한 때에 閱覽 또는 謄寫의 請求를 한 경우 등이다.

商法の 해석에도 이러한 정도의 概念定義가 필요하다고 본다.⁹³⁾ 즉 商法에 어떠한 경우가 부당한 請求에 해당하는가에 대하여 명문의 規定이 없기 때문에 會社가 權利의 濫用을 방지한다는 핑계로 株主의 正當한 權利行使를 沮害할 우려⁹⁴⁾도 있기 때문에 立法論으로는 日本과 같이 會社가 拒否權을 行使할 수 있는 구체적인 사유를 規定하여 두는 것도 바람직하다고 생각된다.

한편 會社가 會計帳簿의 閱覽·謄寫의 請求를 正當한 理由없이 拒否한 경우에는 그 請求株主는 會計帳簿의 閱覽·謄寫 請求의 訴를 제기할 수 있고, 또 이 경우에 會社가 會計의 帳簿 및 서류를 隱匿하거나 회멸할 念慮가 있는 때에는 그 서류 帳簿의 假處分을 신청할 수 있다.⁹⁵⁾

그리고 理事가 正當한 理由없이 少數株主의 會計帳簿의 閱覽·謄寫의 請求를 拒否한 때에는 過怠料의 制裁를 받는다(商法 제635조).

II. 檢査人の 選任請求權

1. 意義

株主가 會社의 業務執行에 관한 監督權을 효과적으로 行使하려면 會社의 業務와 財産狀態에 관하여 상세히 알아야 할 것이다. 商法 제467조에서는 會社의 業務와 財産狀態를 검사할 수 있는 權利를 인정하고 있다. 즉 會社의 業務執行에 관하여 不正當行爲 또는 法令이나 定款에 위반한 중대한 事項이 있음을 의심할 事由가 있는 때에는 發行株式總數의 100분의 3 이상⁹⁶⁾에 해당하

93) 崔竣瑤·朴哲泳, 前掲論文, 342面.

94) 近藤光男, “會計帳簿閱覽·謄寫請求と競業會社”, 「商事法務」No.1356(1994.6.5), 5面.

95) 大法院 1999 12 21 선고. 99다137.

96) 프랑스는 會社資本의 10%이상을 保有한 株主, 벨기에와 덴마크에서는 각기 20%와 25%의 持分을 保有한 株主에게 檢査人の 選任請求權을 인정하고 있다(石少俠, 前掲

는 株式을 가진 株主는 會社의 業務와 財産狀態를 調査하기 위하여 法院에 檢査人의 選任을 請求할 수 있다(商法 제467조 제1항).⁹⁷⁾ 檢査權의 濫用을 방지하기 위하여 商法은 이를 少數株主權⁹⁸⁾으로 規定하고 있는데, 이러한 權利를 檢査人의 選任請求權이라 한다.⁹⁹⁾

2. 檢査人 選任請求

少數株主는 會社의 業務執行에 관하여 不正當行爲 또는 法令이나 定款에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 만한 事由가 있는 경우¹⁰⁰⁾에 限하여 檢査人의 選任을 請求할 수 있는데, 여기서 會社의 業務執行은 理事의 業務執行 뿐만 아니라 支配人 기타 使用人의 行爲도 포함되며, 또 清算中의 會社의 清算人의 行爲도 포함한다. 그리고 不正行爲 또는 法令이나 定款에 위반한 중대한 사실은 구체적으로 증명하여야 한다.¹⁰¹⁾

檢査는 그 濫用을 방지하기 위하여 請求한 株主가 직접 하는 것이 아니라 法院이 選任한 檢査人이 하므로, 法院은 적법한 請求가 있으면 檢査人을 選任

書, 277面).

97) 獨逸이나 프랑스에서는 株主의 請求에 의해 法院이 適格者를 選出하고 調査結果를 株主總會에 제출하는 株主의 情報開始請求權의 특징을 가지는 類型을 채택하고 있고, 英國에서는 직접 國家行政機關에서 調査·監査權을 인정하는 公的色彩가 濃厚한 類型을 채택하고 있다. 韓國의 경우는 前者에 속한다 할 수 있다.

98) 臺灣會社法도 法院에 檢査人의 選任을 請求할 수 있는 權利를 發行株式總數의 100분 3 이상의 株式을 所有한 少數株主權으로 하고 있는데, 다만 持株期間을 1년 이상으로 요구하고 있다(臺灣會社法 제245조 제1항).

99) 1998년 2월 개정된 證券去來法에 의하면 株券上場法人의 경우는 6월 전부터 계속하여 發行株式總數의 1000분의 30(대통령이 定하는 法人은 1000분의 15) 이상에 해당하는 株式을 가진 株主가 請求權者이다(證券去來法 제191조의13 제4항).

100) 홍콩의 會社條例(公司條例)에서는 ① 會社의 業務를 빌미로 債權者를 欺罔하거나 또는 欺罔할 의도가 있을 경우나 또는 詐欺나 기타 不法目的으로 會社를 經營할 경우, 또는 會社의 어떤 構成員을 抑壓하는 방식으로 會社를 經營할 경우, 또는 會社가 어떠한 詐欺나 不法目的으로 성립된 경우 ② 會社의 設立이나 會社의 事務를 관리하는 者가 당해 會社나 構成員에 대하여 상기 방면에서 詐欺行爲나 不當行爲의 죄행이 있는 경우 ③ 당해 會社의 構成員이 당해 會社事務에 관한 모든 情報를 예상한대로 제공받지 못한 경우에 財政部(財政司)에서 1명이나 또는 數名의 檢査人을 選任할 수 있다고 하고 있다(黃來紀·顧經儀, 公司法比較研究, 福建人民出版社, 1999, 191面).

101) 孫珠瓚, 前揭書, 955面.

하여야 한다. 檢査人은 성질상 理事, 監事, 支配人, 기타 商業使用人은 選任될 수 없으나, 그밖에는 아무런 制限이 없다.¹⁰²⁾ 그리고 檢査人은 그 調査를 法院에 보고하여야 한다(商法 제467조 3항).

商法 제467조에 따라 選任된 檢査人은 少數株主의 受任人이나 代理人이 아니고 會社의 臨時機關으로서¹⁰³⁾ 會社의 業務 및 財産狀態를 조사할 職權을 가지는데, 檢査의 범위는 현재의 사실에 인정되지 않고 필요한 경우에는 이전의 職務나 財産狀態를 포함되는 것이다. 그러나 檢査의 選任請求權의 원인인 檢査의 目的이 限定되어 있을 때에는 檢査의 범위를 制限하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 株主總會召集命令

法院은 檢査人의 調査報告에 의하여 필요하다고 인정하는 때에는 代表理事에게 일정한 기간 내에 株主總會를 召集할 것을 命할 수 있다(商法 제467조 3항). 이 경우에 檢査人은 그 調査報告書를 株主總會에 제출하여야 하고 또 理事와 監事는 지체 없이 檢査人의 調査報告書의 正確與否를 調査하여 株主總會에 보고하여야 한다(商法 제467조 3항, 4항).

代表理事는 法院이 命한 기간 내에 株主總會를 召集하지 않을 경우에는 過怠料의 制裁를 받는다(商法 제635조 1항).

그리고 위에서 설명한 바와 같이 法院의 결정으로 일정 기간 내에 株主總會를 召集하지 않을 경우 過怠料의 制裁로 일정한 限度의 強制는 할 수 있지만, 代表理事가 그래도 總會를 召集하지 않을 경우에 代表理事를 대신해서 總會를 召集하는 방법에 대하여는 아무런 規定이 없고 또 실제로 檢査人이 檢査한 결과 理事에게 不正行爲가 판명된 경우에도 代表理事로 하여금 總會를 召集하게 하는 것도 사실상 無理이므로, 이러한 경우에 오히려 檢査人을 請求한

102) 鄭東潤, 前掲書, 645面; 大法院 判例, 대 60.8.18. 4293 民再抗 167.

103) 臺灣에서도 檢査人은 株式會社의 法定, 任意, 臨時監督機關이라고 한다. 즉 株式會社가 어떠한 경우에 檢査人을 選任할 것인가에 대하여 법적으로 明文의 規定을 두고 있기 때문에 法定機關이고, 檢査人의 選任은 法院이 전문적인 學識이나 經營經驗이 있는 利害關係가 없는 者 가운데서 任意로 選任할 수 있기 때문에 任意라고 하며, 필요한 경우에만 選任하는 것이므로 臨時的인 監督機關이라고 한다(柯芳枝, 前掲 公司法論(下), 372面).

少數株主에게 總會의 召集權을 인정하는 것이 합리적이 아닌가 생각한다.¹⁰⁴⁾

제 2 절 少數株主의 經營參與와 少數株主保護

I. 臨時株主總會召集請求權

1. 意義

株主總會의 召集은 통상의 경우 理事會에서 결정할 事項으로서(商法 제362조)理事會의 결정에 따라 代表理事가 總會를 召集한다. 그러나 株主總會는 所有에 의해서 經營을 統制하는 場이라는 점에서 理事는 株主總會의 개최를 회피하고자 하는 유인(incentive)을 가질 수 있다. 이러한 유인에 대한 抵抗의 방법으로 少數株主에게 株主總會召集權을 부여하고 있다(商法 제366조의1).¹⁰⁵⁾ 만약 少數株主에게 株主總會 召集할 수 있는 權限이 없을 경우, 大株主의 지지를 받는 理事에 대하여 牽制할 기회를 잃게 되며 株主總會라는 會議體機關을 통해 자신의 적법한 權利를 救濟할 수 없게 된다. 그 결과 理事 등 경영진의 專橫은 증가될 것이고, 본래 會社內部에서 해결되어야 할 분쟁은 부득이하게 司法的인 節次를 거쳐야 하기 때문에 紛爭解決의 비용이 증가할 뿐만 아니라 會社의 정상적인 運營에도 부정적인 영향을 미치게 된다.

2. 立法例

大株主의 影響力하에 있는 理事會에만 株主總會의 召集을 맡길 경우, 少數

104) 鄭世喜, 閉鎖會社의 少數株主의 保護”, 한양대학교박사학위논문, 1988, 30面 참조. 臺灣은 少數株主의 請求에 의하여 選任한 檢査人의 보고에 의해 法院이 필요하다고 인정할 경우, 監事에게 株主總會의 召集을 命할 수 있다(臺灣會社法 제245조 제2항).

105) 權載勳, “商法上 少數株主權에 관한 研究”, 「고시계」 제7호(통권521호), 2000, 85面.

株主의 의사는 株主總會에 반영될 여지가 적게 된다. 따라서 여러 國家의 會社法에서는 모두 株主의 株主總會召集請求權에 관한 規定을 두고 있다.

美國의 模範會社法(Model Business Corporation Act) 제7조에서는 特別株主總會에서 議決할 議題에 대하여 최소한 100분의 10이상의 議決權 있는 株主의 記名捺印이 있어야 하며 署名日을 밝혀 會社 사무국에 제출할 경우, 會社는 株主總會를 召集하여야 한다. 만약 召集請求가 있는 후 30일을 경과하여 特別總會가 召集되지 아니할 경우 法院에 그 召集을 請求할 수 있도록 하고 있다.

日本 商法 제237조의1에서는 6개월 전부터 연속하여 發行株式總數의 100분의 3이상을 所持한 株主는 株主總會의 召集目的과 召集事由를 記載한 서류를 理事會에 제출하여 株主總會의 召集을 請求할 수 있도록 하고 있다. 만약 그 請求가 있음에도 불구하고 株主總會의 召集節次가 개시되지 아니할 경우, 株主는 法院의 허가를 받아 직접 株主總會를 召集할 수 있다.

臺灣會社法 제173조에 의하면 연속적으로 1년 이상 發行株式總數의 100분의 3이상을 保有한 株主는 書面으로 그 議題와 理由를 記載하여 理事會에 株主總會의 召集을 請求할 수 있다. 그 請求가 있는 후 15일이 경과하도록 理事會에서 株主總會를 召集하지 아니할 경우, 株主는 主務機關의 허락을 받아 직접 株主總會를 召集할 수 있다. 동 規定에 의해 臨時株主總會를 召集할 경우, 會社의 業務나 財産狀態를 조사하기 위하여 檢査人을 選任할 수 있다. 理事의 株式讓渡 또는 기타 理由로 理事會에서 株主總會를 召集하지 않거나 또는 召集할 수 없을 경우, 發行株式 總數의 100분의 3이상을 保有한 株主는 主務機關의 허가를 받아 직접 株主總會를 召集할 수 있다.

3. 株主總會의 召集要件

株主總會의 召集請求權의 要件은 請求權을 行使할 수 있는 少數株主의 持分比率과 株式保有期間에 관한 것이다. 2001년 韓國 改正商法에서는 發行株式總數의 100분의 3 이상¹⁰⁶⁾에 해당하는 株式을 가진 株主는 理事會에 株主總會

106) 株主總會召集請求權을 行使할 수 있는 少數株主의 持分比率을 既存의 100분의 5에서 100분의 3으로 下向調整하여 少數株主權의 行使를 容易하게 하였다. 各 國의 少數株主에 대한 持分比率에 대한 規定을 보면 이탈리아와 벨기에는 20%, 美國, 英國, 프랑스

의 召集을 請求할 수 있다(商法 제366조 1항). 株券上場法人이나 協會登錄法人에 있어서는 6월전부터 계속하여 議決權 있는 發行株式總數의 1000분의 30¹⁰⁷⁾ 이상에 해당하는 株式을 가진 株主가 株主總會의 召集을 請求할 수 있다(證券去來法 제191조의13 제4항).

4. 株主總會의 召集節次

少數株主는 會議의 目的事項과 召集의 理由를 記載한 書面을 理事會에 제출하여 株主總會의 召集을 請求하고, 少數株主의 請求에 의하여 會社가 株主總會를 召集하는 때에도 代表理事가 理事會의 決議에 따라 株主總會의 召集節次를 거쳐야 한다. 理事會의 開催·株主名簿의 閉鎖·召集通知의 發送·召集公告 등의 節次를 거치지 않는 때에는 請求株主는 法院의 허가를 얻어 직접 株主總會를 召集할 수 있다(商法 제366조 제2항).

少數株主의 株主總會召集許可의 申請에 대하여 法院은 理由를 붙인 결정으로 裁判을 하여야 한다. 少數株主가 法院의 허가를 얻어 株主總會를 召集하는 경우에는 자기의 名義로 株主總會 召集의 通知와 公告를 하고(商法 제363조 제1항), 株主總會의 召集에 필요한 株主名簿의 閉鎖나 基準日을 定하여 公告하여야 한다(商法 제354조).

少數株主가 法院으로부터 株主總會召集의 허가를 얻은 경우에는 동일 議題에 관하여 理事會나 代表理事는 株主總會를 召集할 수 없다. 株主總會의 召集과 개최에 필요한 비용은 합리적인 限度에서 會社의 부담으로 한다.¹⁰⁸⁾

II. 株主提案權

스, 스위스, 네덜란드, 덴마크, 스웨덴은 10%, 獨逸과 오스트리아는 5%, 日本, 臺灣은 3%의 株式을 保有하도록 規定하고 있다.

107) 최근 사업연도말의 資本金이 1,000억 이상의 法人에 있어서는 1,000분의 15로 規定하고 있다.

108) 姜渭斗, 前揭書, 424-425面.

1. 意義

株主提案權(The Right of Shareholder's Proposal)이란 株主가 자기가 희망하는 議案을 株主總會에 提案할 수 있는 權利를 말한다. 즉 株主總會에서 理事會가 豫定한 議事日程에 새로운 議題를 추가한다든지 거기에 따르는 議案 또는 理事會가 결정한 議案에 대하여 그와 다른 修正·反對提案을 제출하여 그 議案의 요령을 召集通知·公告에 記載할 것을 請求할 수 있는 權利를 말한다.¹⁰⁹⁾

會社의 最高의 意思決定機關으로서의 株主總會는 議題나 議案을 주도적으로 결정하는 것이 아니라 理事會가 株主總會에 제출하는 議案을 통과시켜 주는 형식적 役割을 담당하는데 불과했던 것이 대부분의 株式會社의 현실이었다.¹¹⁰⁾ 1998년 개정 전의 商法에서는 株主總會에 議案을 제출하는 것을 理事會에 限하였고, 株主는 商法 제366조의 要件을 갖추었을 경우에 株主總會召集을 請求할 수 있을 뿐이었다. 그러나 이를 위해서는 株主가 發行株式總數의 100분의 5이상의 株式를 소유한 株主이어야 했고, 또한 그 召集節次와 運營에 있어서 상당한 번거로움이 있었다. 따라서 株主總會의 개최를 통하여 少數株主의 의사를 반영하게 하는 것보다는 會社가 召集하는 株主總會에 株主가 희망하는 議題나 議案을 제기하여 審議하게 하는 것이 보다 효율적이고 합리적이다. 株主提案權制度는 株主가 株主總會의 意思決定에 대한 主導權을 질 수 있게 하여 會社의 經營에 株主의 意思를 반영하게 하고, 株主總會에서 株主와 經營者間 및 株主間의 의사소통을 원활하게 하여 株主總會를 活性化시키는 기능을 하고 있다.

2. 立法例

美國은 株主提案制度가 일찍이 明文化되고 활발히 이용되었는데, 1934년 證券去來法(Securities Exchange Act)에 의해 설치된 證券去來委員會의 委任狀規則(Securities and Exchange Commission, 이하 SEC라 함)의 14a-8에 株主提案權 規定을 두었는데, 동 규칙은 1983년 개정되어 1984년 1월 1일부터

109) 朴贊雨, “株主提案權”, 「比較私法」 제6권 1호, 韓國比較私法學會, 1999, 447面.

110) 盧一錫, “株主提案權”, 「考試研究」 제8호(통권305호), 1999, 27面.

施行되고 있다. 구체적인 내용을 보면 1%이상의 議決權을 갖는 株主(또는 時價 1000달러이상을 1년 이상 保有한 株主)는 株主總會의 權限에 속하는 事項을 議題로 提案할 수 있고, 경영진은 會社가 발행하는 委任狀勸誘說明書에 株主提案內容을 첨부하거나 拒否할 수 있다. 拒否할 수 있는 事由로는 會社가 속한 州法上 證券保有者에게 인정된 正當한 權限事項이 아닌 경우나 會社로 하여금 違法行爲를 하게 하는 행위 및 SEC규칙에 違反하는 경우, 任員의 選舉에 관한 경우 등이다.¹¹¹⁾ 美國에서의 提案權은 追加提案權만 인정하고 反對提案이나 選舉提案은 인정되지 않는다.

英國에서의 株主提案制度는 1948년 會社法(Company Act) 제140조에 規定을 두고 있고, 현재는 1985년 會社法 제376조에서 인정되고 있다. 동법에 의하면 株主提案權은 少數株主權으로서 議決權株式總數의 5%이상을 保有한 株主 또는 평균하여 1인당 100파운드 이상의 額面株式을 갖는 100명 이상의 株主가 行使할 수 있고, 提案은 원칙적으로 總會 개최 6주전에 書面에 의하여야 하며, 會社는 年差總會에서 당해 決議事項을 會議의 目的事項으로 하여 그 總會의 召集通知를 受領할 權限이 있는 株主에게 通知하도록 하는 것 등이다(85년 會社法 제377조).¹¹²⁾ 또한 株主는 議題提案과 동시에 그 議題에 대한 特定議案을 제출할 수 있고, 理事가 제출한 議案에 대하여 修正提案도 할 수 있다.

日本에서는 1981년에 이르러 株主總會에서 株主들의 참가의욕을 증가시킨다는 趣旨에서 日本商法 제232조의2에 株主提案制度를 新設하였다.¹¹³⁾ 구체적인 내용은 6개월 전부터 계속하여 發行株式總數의 100분의 1 이상의 株式 또는 300株 이상의 保有한 株主는 會議日로부터 6주전에 書面에 의하여 일정한 事項을 總會의 目的으로 할 것을 請求할 수 있다. 그러나 그 事項이 總會에서 決議할 事項이 아닌 때에는 그러하지 아니하다(동법 제232조의2 제1항). 株主는 理事에 대하여 會議日로부터 6주전에 書面으로써 會議의 目的인 事項에 대

111) 金元基, “商法(改正案)上の 株主提案權”, 「고시연구」 제10호, 1998, 42面. 상세한 내용은 Thomas L. Hazen. *The Law of Securities Regulation*, 2nd ed., West Publishing Co., 1990, pp. 505-507 참조.

112) 李康龍, “株主提案權에 관한 研究”, 「법학연구」 제1권 제1호, 충남대학교법학연구소, 1990년, 206面.

113) 田中誠二, 註釋會社法, 勁草書房, 1984, 625面; 1948년의 日本證券去來法에 기초한 委任狀勸誘規則에 反對提案權制度를 인정하고 있었으나, 1950년 改正時 삭제되었다(北澤正啓, 會社法, 青林書院, 1989, 277面).

하여 그 株主가 제출하는 議案의 요령을 제232조에서 定한 通知 및 公告에 記載할 것을 請求할 수 있다. 그러나 그 議案이 法令 또는 定款에 違反한 때, 또는 동일한 議案에 관하여 總會에서 議決權 있는 株式의 10분의 1이상의 贊成을 얻지 못한 날로부터 3년을 경과하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다(동법 제232조의2 제2항).

3. 株主提案權의 行使要件과 範圍

가. 提案主體의 要件

韓國商法上 株主提案權을 行使할 수 있는 主體는 議決權 있는 發行株式總數의 100분의 3 이상을 소유한 株主만이 行使할 수 있는 少數株主權이다(제363조의2 제1항).¹¹⁴⁾

商法이 株主提案權을 單獨株主權¹¹⁵⁾으로 하는 경우 그 濫用의 위험을 충분히 예상할 수 있고, 株券上場法人의 경우 證券去來法 제191조의9에 總會에서 議事進行을 방해하기 위한 言動을 하거나 질서를 紊亂하게 하는 者에 대하여 발언의 停止 또는 取消나 退場을 命할 수 있는 規定을 둘 정도로 株主의 權利行使의 濫用의 여지가 있음을 볼 때, 株主提案權을 單獨株主權이 아닌 少數株主權으로 한 것을 바람직하다고 하겠다.

提案權을 行使할 수 있는 株主의 株式保有期間에 대하여 商法上에는 明文의 規定이 없으나, 1997년 改正 證券去來法에서는 6개월 이상 株式을 保有한 株主만이 提案權을 行使할 수 있도록 하고 있는데(證券去來法 제191조의14 제

114) 商法上の 株主提案權은 소규모의 非上場會社를 그 전제로 한 規定이라 하더라도 100분의 3이란 要件은 너무 엄격하여 오히려 株主提案權의 行使를 어렵게 할 수 있기 때문에 外國의 立法例처럼 100분의 1정도가 타당하다는 주장도 있다(鄭峻雨, “株主提案權의 行使要件과 그 問題點”, 「상사법연구」 제21권 제3호(통권35호), 한국상사법학회, 2002, 292面).

115) 日本商法 제232조의2는 株主提案權을 行使하기 위한 要件으로 發行株式總數의 100분의 1이상의 株式 또는 300주 이상의 株式을 保有할 것을 요구하고 있고, 獨逸에서는 選舉提案(獨逸株式法 제127조) 및 反對提案(獨逸株式法 제126조)을 제출하는 權利를 單獨株主權으로 하고 있고, 美國에서도 1983년 개정 전의 委任狀規則에서는 單獨株主權으로 되어 있었으나, 대다수의 立法例는 少數株主權으로 하고 있다(朴贊雨, 前掲 “株主提案權”, 464面 각주 48에서 재인용)

1항), 이는 株主提案權의 行使만을 目的으로 株式을 취득하는 것을 沮止함으로써 株主提案制度의 濫用을 방지하기 위함이다. 商法의 適用을 받는 非上場會社에서는 株主間의 人的 特性이 여전히 남아 있다는 점과 株主提案權의 濫用을 事前에 차단하여 同 制度의 效果的이고도 合理的인 活用을 도모해야 한다는 점을 감안하면 證券去來法에서와 같이 일정한 株式保有期間을 設定하는 것이 타당하다고 본다.¹¹⁶⁾

나. 提案權의 行使範圍

株主提案權의 行使는 일정한 事項을 總會의 目的事項으로 提案하는 방법(議題提案權)과 그 總會의 目的事項에 대해 議案의 요령을 添加하는 방법(議案提案權)을 통해 할 수 있고, 그 行使의 범위는 法令 또는 定款에 違反되지 아니하는 事項으로 株主總會의 決議事項이어야 한다. 株主提案은 總會에 대한 提案이기 때문에 總會의 權限範圍를 規定한 商法 제361조와 동일하게 行使對象은 株主總會의 決議事項에 限定한다.¹¹⁷⁾ 따라서 經營策의 결정에 관한 事項과 기타 業務執行에 관한 事項 등 理事會의 權限으로 되어 있는 事項은 株主提案權의 對象으로 되지 않는다.¹¹⁸⁾

4. 提案權의 行使方法과 節次

116) 鄭竣雨, 前揭論文, 296面; 전삼현, 前揭書, 155面.

117) 株主總會의 決議事項중 株主의 主도로 처리하는 것보다는 經營人의 전문적인 처리가 더 중요한 事項은 株主提案의 대상이 될 수 없다고 하며, 會社基本組織의 變更에 해당하는 定款變更·合併·會社의 繼續·營業讓渡·資本減少·解散 등에 있어서 定款變更만이 株主提案의 대상이 된다고 보아야 한다는 주장도 있다(손수진, “株主提案權의 입법론적 檢討”, 우진 이병태교수 화갑기념-新世紀 會社法의 展開(대전서적, 1996), 359面).

118) 그러나 通說은 會社의 本질 또는 強行法規에 反하지 않는 한 株主總會는 業務執行에 대한 決定事項도 포함하여 어떠한 事項도 定款의 規定에 의해 그 權限으로 留保할 수 있다고 하며, 만약 이에 따른다면 理事會의 權限으로 되어 있는 事項에 대하여도 定款變更의 提案과 함께 제출한다면 提案權의 대상이 된다. 그러나 理事會 등 다른 機關의 존재를 무의미하게 만드는 定款規定은 株式會社의 機關構成을 근본적으로 깨뜨리는 것이며, 株式會社의 本질에 反하는 것이므로 이와 같은 株主提案은 일정한 制限을 하는 것이 바람직하다(朴贊雨, 前揭論文, 455面).

가. 行使方法

株主가 提案權을 行使하고자 할 경우에는 書面으로 會議의 目的事項과 議案의 요령을 召集通知·公告에 記載할 것을 요구할 수 있다(商法 제363조의2, 證券去來法施行令 제84조의21 제2항)고 規定하고 있기 때문에 口頭로 提案權을 行使하는 趣旨의 意思表示가 있었어도 이를 合法的 提案權行使로 볼 수 없다.¹¹⁹⁾ 그러므로 書面에는 目的事項이 記載되어야 할 것이다. 美國法에서는 株主의 提案을 接하는 會社 및 다른 株主들에게 提案에 관한 판단의 기초가 되는 情報를 제공하는데 役점을 두고 있으나, 韓國商法과 證券去來法에서는 이에 관해 관심을 두고 있지 않다. 따라서 提案하는 株主의 同一性和 그의 提案資格要件을 索명하는 事實 및 提案의 內容을 記載하는 書面이면 足하고 提案의 理由나 提案의 合理性을 證明 또는 索명하는 內容은 記載할 필요가 없다.¹²⁰⁾

나. 行使節次

提案權을 行使하는 株主는 理事에 대하여 會日의 6주전에 書面으로 一定的事項을 株主總會의 目的事項으로 할 것을 提案할 수 있고(商法 제363조의2 제1항; 證券去來法施行令 제84조의21 제2항), 株主總會 會日의 6주전에 書面으로 議案의 요령을 召集通知·公告에 記載할 수 있다(商法 제363조의2 제2항). 6주전에 提案하게 한 것은 株主總會 召集通知를 2주전에 發송하여야 하므로, 이 2주를 減한 4주를 會社의 召集通知에 株主提案을 記載하기 위한 준비기간으로 이용할 수 있게 한 것이다.

總會日의 6주전까지 請求해야 한다는 것은 總會日과 提案權 行使日(書面으로 제출한 날)과의 사이에 만 6주가 되어야 한다는 것인데, 이에 未달하는 경우 提案權의 行使가 不適法하여 그 提案은 株主總會에 尙定할 수 없다고 할 것이다.¹²¹⁾

119) 株主提案權을 行使함에 있어서 굳이 書面으로 하여야 하는가에 대하여 疑問을 제기하며, 이 制度의 效用性을 높이기 위해서는 書面뿐만 아니라 電子文書로도 할 수 있도록 하여야 한다는 주장도 있다(鄭竣雨, 前揭論文, 309面).

120) 李哲松, 前揭 “上場法人의 少數株主權”, 48面.

5. 提案權行使의 效果

株主가 合法的 節次에 따라 議題를 提案한 때에는 會社는 이를 總會의 議題로 채택하여야 하고, 議案의 요령을 召集通知 또는 公告에 記載할 것을 請求한 때에는 그에 응하여야 한다(商法 제363조의2 제2항). 理事會는 株主의 提案을 審査한 후 提案權者로서의 자격을 갖추었고, 그 提案의 내용이 法令이나 定款에 위반되지 않는 경우에는 반드시 議題로 채택하여야 한다. 議案提案이 議題提案과 함께 또는 修正提案·反對提案으로서 단독으로 行使된 경우에 會社는 제출된 議案의 요령을 召集通知나 公告에 記載하여야 한다. 만일 株主가 議案만을 제출하고 議案의 요령을 제출하지 않은 때¹²²⁾에는 不合法的 議案으로 볼 것이 아니라, 會社가 그 실질적 내용을 손상하지 아니하는 範圍內에서 議案을 요약하여 召集通知나 公告에 記載하는 것이 타당하다고 본다.¹²³⁾

提案權의 行使에 의해 제출된 株主提案이 合法的 경우에는 總會에 附議된다. 總會에서 審議時 提案株主의 요청이 있는 때에는 會社는 總會에서 당해 議案을 설명할 수 있도록 기회를 주어야 한다(商法 제363조의2 제3항). 특히 證券去來法施行令 제85조에 의해 참고서류의 送付가 強制되지 않는 會社의 경우 提案株主는 株主總會에서 비로소 提案理由를 설명할 수 있는 기회를 가지므로 더욱이 발언의 기회를 주어야 한다. 議題만 제출되고 議案이 제출되지 않은 경우 提案株主는 總會場에서 議案을 제출하여야 하고, 만약 議題가 제출되었음에도 總會場에서 議案을 제출하지 않은 때에는 總會議長은 당해 議題를 總會의 議事日程에서 제외하게 된다. 또 提案權을 行使하였음에도 불구하고 당해 提案株主가 株主總會에 결석한 경우에는 당해 提案에 관해 議案이 제출되어 있는 한 당해 株主提案은 株主總會에 상정되는 것으로서 決議의 可否가

121) 朴贊雨, 前揭論文, 467面; 盧一錫, 前揭論文, 42面; 朴仁出, “株主提案權”, 조선대통일문제연구소, 1999. 2, 127面. 日本의 多數說은 기간에 대한 要件을 엄격하게 요구하고 있으며, 따라서 기간에 대한 要件이 충족되지 않은 提案에 대해서는 당연히 次期總會의 提案으로 인정하자는 견해와, 提案者가 희망하는 경우에 한해 次期總會의 提案으로 보자는 견해로 나누어진다(金元基, 前揭論文, 46面 각주 27에서 재인용)

122) 이런 때에는 議案이 간단하고 要約의 필요도 없는 경우를 제외하고 會社는 株主提案으로 취급하지 않을 수 있다는 견해도 있다(竹內昭夫, 改正會社法解説(新版), 有斐閣, 1983, 10面).

123) 金元基, 前揭論文, 49面; 稻葉威雄, 改正會社法, 金融財政事情研究會, 1982, 136面.

審議되어야 한다.¹²⁴⁾

6. 株主提案의 不當拒絶

株主提案에 대한 不當拒絶이란 정당한 사유 없이 株主의 提案을 總會의 目的事項으로 하지 아니하거나 또는 議案의 요령을 總會의 召集通知에 記載하지 않거나 또는 株主의 요청이 있음에도 불구하고 總會에서 설명의 기회를 주지 아니한 경우 등이 포함된다. 理事가 株主提案에 대하여 不當拒絶을 한 경우에는 500만 이하의 過怠料가 부과된다. 그런데 여기서 문제되는 것은 株主提案이 不當拒絶된 경우 總會決議의 效力에 영향을 미치는가 與否이다.

議案提案이 不當拒絶되어 提案된 議案의 요령이 召集通知·公告에 記載되지 않았으나 그 議案이 總會에 附議되어 決議가 성립된 경우에 이는 株主總會 召集節次의 法令違反으로 되어 株主總會決議 取消의 事由로 된다(商法 제376조 제1항).

議題提案이 不當하게 拒絶되어 總會의 議題로서 취급되지 않았던 경우에는 提案에 대한 決議自體가 없으므로 株主總會決議取消의 訴訟을 제기할 수 있는가가 문제이다. 이에 대하여 議題提案權의 無視는 總會의 모든 決議에 영향을 미치는 共通의 節次的 瑕疵라고 보아야 하므로 당해 株主總會의 모든 決議의 取消原因이 된다는 견해와 議題提案權의 不當拒絶은 중대한 節次上的 瑕疵이기는 하지만 그 瑕疵는 다른 決議의 效力에는 영향을 미치지 않고 株主는 理事에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있을 뿐이라는 견해가 주장되고 있다.¹²⁵⁾ 생각건대, 不當하게 拒絶된 株主提案에 대한 決議가 없으므로 직접적인 決議取消의 대상이 없고, 또 이 때문에 당해 株主總會의 모든 決議의 效力이 번복된다는 것은 합리적이라 할 수 없으므로 後者の 견해가 타당하다고 본다.¹²⁶⁾ 議題提案權에 대한 不當拒絶에 관한 救濟措置로 理事에 대한 過怠料處分과 理事에 대한 民事責任追窮 등 事後的인 救濟措置를 생각할 수 있을 뿐만 아니라, 民事執行法 제300조의 臨時的 地位를 定하는 假處分이나 商法 제402조의 理事違法留止請求權과 이에 기한 假處分에 의하여 株主提案을 無視한 株主總

124) 前田重行(上柳克郎·鴻常夫·竹內昭夫外編), 新版註釋會社法(5), 有斐閣, 1986, 84面.

125) 朴贊雨, 前掲論文, 479면 각주 69, 70面 참조.

126) 同旨: 盧一錫, 前掲論文, 45面; 朴贊雨, 前掲論文, 471面.

회의 開催를 沮止할 수 있다.¹²⁷⁾

Ⅲ. 累積投票制度

1. 意義

累積投票制(cumulative voting)는 동일한 株主總會에서 2인 이상의 理事를 選任하는 경우에 각 株主가 一株마다 選任할 理事의 數와 동일한 數의 議決權 즉 그가 가진 보유 持株數에 選任할 理事의 數를 곱한 數만큼의 議決權을 가져 그 議決權의 전부를 一人의 候補者에게 集中投票하거나 數人의 候補者에게 分割 投票하여 最高得票者로부터 순차적으로 選任하는 制度를 말한다.¹²⁸⁾

이 制度는 會社의 모든 계층의 株主代表가 직접 經營에 참가할 수 있어 大株主들의 支配權을 牽制하고 少數派株主들에 의하여 選任된 理事의 調整役割을 기대할 수 있고, 多數派에 의하여 選出된 理事의 활동을 監督할 수 있다는 長點이 있는 반면에, 理事會의 내부에 당파적 대립이 생길 우려가 있고, 理事 選任의 事務節次가 복잡해지는 등의 短點이 있다.¹²⁹⁾

2. 單純投票制와의 比較

單純投票制에 의한 普通決議方式으로 數人의 理事를 選任하는 경우 각 株

127) 姜渭斗, 前掲書, 434面.

128) 1998년 改正商法에 의하여 理事會制度의 改善方案으로 理事選任에 있어서 美國法에서 발전된 累積投票制度를 導入하였다. 이는 理事의 選任에서 多數株主의 獨占現象을 피면하고 少數株主들이 지지하는 理事의 選任을 가능하게 하는 制度로서 多數派株主에 의한 理事會의 掌握을 牽制할 수 있다(權載勳, 前掲 “商法上 少數株主權에 관한 研究”, 88면 참조).

129) 崔基元, 前掲書, 874면; 累積投票制度는 少數株主의 會社經營에 참여를 통하여 多數株主의 行위를 沮止할 수는 없다고 하더라도 多數派株主의 會社經營을 監視하고 問題點을 파악할 수 있는 기능을 한다(鄭世喜, “累積投票制度에 관한 研究”, 「동아법학」 제22호, 1997, 156面).

主는 1인의 候補者에 대하여 1株마다 1票의 投票만 할 수 있어 언제나 多數派 株主가 지지하는 者가 理事로 選任되고 少數派 株主가 지지하는 者는 理事가 될 수 없게 된다. 예컨대, A와 B가 유일한 株主인 株式會社에 있어서 A가 60株를 갖고 있고, B가 40株를 갖고 있는 경우 本 會社에서 3인의 理事를 選任할 때 A가 지지하는 理事候補는 A1, A2, A3, B가 지지하는 候補는 B1, B2, B3인 경우, 單純投票制에 따라 理事를 選任한다면 A는 각각의 候補에 대하여 60票씩 投票를 할 수 있는 반면에, B는 각각의 候補에 대하여 40票씩 贊成投票를 할 수 있다. 이때 결과적으로 A가 지지하는 A1, A2, A3이 理事가 되는 것이다.

그러나 累積投票制에 의하여 理事를 選任하면 일정한 경우에 少數派株主가 지지하는 자도 理事로 될 수 있고 또 어떤 경우에는 多數派株主가 지지하는 자보다 더 많은 자가 理事로 選任될 수 있다. 1인의 理事를 選任하는데 필요한 최소한의 得票數를 Y로, 選舉에 참가하는 株式數를 S로, 選任할 理事의 數를 D로 했을 경우, 기술적으로 다음과 같은 공식을 도출 할 수가 있다.

$$Y = S \times D / (D + 1) + 1$$

위 공식중에서 $S \times D / D + 1$ 은 候補人中의 D+1이 취득할 수 있는 得票數인데, 이 得票數를 기준으로 1票만 증가된다면 理事로 選任될 수 있다는 것이다.¹³⁰⁾ 그리고 選任할 理事의 數가 많을수록 少數派株主가 累積投票에 의하여 理事를 選任시킬 가능성이 많아지는 것이다.¹³¹⁾ 예컨대, 某 會社 理事의 選任에 있어서 選舉에 참가하는 株式數가 3000(S)株이고, 5(D)인의 理事를 選任한다고 가정한다면, 選舉에 참가하는 總投票數가 15000(S×D)株가 되는 것으로써, 1인의 理事를 選出하는데 필요한 최소한의 得票數는 $15000 / (5+1) + 1 = 2501(Y)$ 가 되는 것이다. 또한 여기서 大數株主가 行使할 수 있는 投票數가 8000票이고, 기타 少數株主가 行使할 수 있는 投票數가 7000票일 경우, 選任할 理事 5인에 대하여 위 公式에 따라 票數를 평균 분배한다면 多數株主가 지지하는 者 3人 ($8000 \div 2501$)이 理事로 選出되고 少數株主가 지지하는 者 2人 ($7000 \div 2501$)이 理事로 選出될 수 있는 것이다.

130) 潘云華, “論小股東의 利益保護”, 「河北法學」, 2000年 第2期, 38面.

131) 上柳克郎, 新版註釋會社法(6), 有斐閣, 1987, 47面.

累積投票制를 설명함에 있어서 위에서와 다른 방법으로, 즉 1인의 理事를 選任하는데 필요한 최소한의 株式數를 결정하는 公式은 다음과 같다.

$$\text{필요한 株式數} = \text{發行株式總數} \div (\text{選任할 理事의 數} + 1) + 1$$

위의 공식으로 설명한다면, 예컨대, 某 會社 理事의 選任에 있어서 會社의 發行株式總數가 100株이고 3인의 理事를 選任한다고 가정한다면, 1인의 理事를 選出하기 위하여 필요한 株式數는 26株(100÷4+1)가 된다.¹³²⁾

累積投票制에 의하면 少數의 株式을 가진 株主가 지지하는 者가 選出한 理事의 數가 多數의 株式을 가진 株主가 지지하는 者가 選出한 理事의 數보다 많은 경우도 있다. 예컨대, 會社의 發行株式數는 99株인데, 株主 甲이 59株, 乙이 40株를 각각 소유하고 있고, 選任할 理事數는 3인으로 가정한다면, 甲이 行使할 수 있는 投票數는 177票이고 乙이 行使할 수 있는 投票數는 120票가 된다. 이때 株主는 그가 가진 全부의 議決權을 한 候補에게 집중하여 投票할 수도 있고 3인의 候補에게 적당히 分배하여 投票할 수도 있다. 만약 甲이 그의 177票를 3인을 候補에게 각각 59票씩 行使하고, 乙이 그의 120票를 1인의 候補에게 行使한다면 乙은 甲의 候補 1人을 물리칠 수 있고 乙이 그의 120票를 2인의 候補에게 각각 60票씩 行使한다면 乙은 甲의 候補 2人을 물리칠 수 있게 되는 결과가 발생한다. 그러나 甲이 그의 177票를 2인의 候補에게 89票와 88票씩 나누어 投票한다면, 그는 2인의 理事를 확보하여 자기의 우월한 地位를 확보할 수 있으나, 이 경우에도 甲은 乙이 적어도 1인의 理事를 選任하는 것을 막을 수 없게 된다.¹³³⁾

3. 立法例

가. 美國

累積投票制度는 英國에서 起源하여 美國에서 中대한 발전을 가져왔다. 19세기 60년대, 美國의 일리노이즈(Illinos)州的 한 言論에 의해 당해 州의 某鐵

132) 禹洪九, “累積投票制度”, 「월간고시」 제10호(통권201호), , 1990, 106面 참조.

133) 鄭東潤, 前揭書, 385面.

路會社의 經營者가 少數株主들을 欺瞞한 사실이 알려졌는데, 이를 계기로 1870년 州憲法에서 少數株主들에게 累積投票權限을 부여하였다.¹³⁴⁾ 그 후로부터 美國의 다른 여러 州에서도 이를 모방하여 州憲法 혹은 會社法에서 累積投票制를 規定하였다. 美國의 州法이 累積投票制에 관하여 規定하는 형태는 여러 가지가 있다. 몇몇 州에서는 理事를 選任할 때 法律이나 憲法에 의하여 累積投票制가 強制되었다. 그러나 20세기 50년대에 와서 이러한 強制性 累積投票制는 점차 적어지고 대부분 州의 立場은 會社에서 자주적으로 定款으로 採擇與否를 결정하게 하였다. 현재 美國模範會社法¹³⁵⁾에서 累積投票制에 대한 規定(模範會社法§7.28)을 보면 원칙적으로 單純投票制를 취하고 있으나 定款으로 定하고 있는 경우에 限하여 累積投票制를 실시할 수 있도록 되어 있다(동법 동조 (a),(b)).¹³⁶⁾

나. 日本

1950년 日本의 改正商法에서는 美國法上의 累積投票制度를 도입하였다. 이는 株主總會의 權限을 축소하고 理事·理事會의 權限을 확장하는데 대응하여 一般株主의 地位를 強化하기 위함이었다. 즉 商法 제256조의3에서 累積投票制를 인정하여 定款에서 累積投票制에 의하지 않는다는 趣旨을 정하였을 경우에는 發行株式의 4분의 1이상을 가진 株主의 少數株主權에 의하여 行使하도록 하였다. 그리고 少數株主들의 請求에 의하여 累積投票制를 실시한 결과 選任

134) 일리노이즈 州憲法 제3장 제11조에서는 株主는 法人會社 理事選任의 어떤 장소에서도 직접 또는 代理人에 의하여 累積投票權을 行使할 수 있다고 規定하였고, 당해 州 會社法 제28조에서도 累積投票制를 規定하였다. 1970년에 와서 일리노이즈(Illinos)州 憲法에서 累積投票制를 삭제하였다(潘云華, 前揭論文, 38面).

135) 美國模範會社法은 美國辯護士協會에서 제정한 것으로서 法律로서의 規範力은 없고 各州에서 立法을 통하여 累積投票制를 規定하도록 勸告하자는 指針書일 뿐이다. 따라서 各州은 이 指針書에 따라 立法을 할 것인지 與否는 전적으로 各州의 자율에 맡겨있다(진삼현, 前揭書, 73面).

136) 法院의 태도를 보면, 첫째, 少數株主가 自己측의 사람을 理事로 選任할 수 없도록 理事의 數를 대폭 削減시킨 多數株主의 행위가 法에 위반되지 않는다는 것, 둘째, 理事의 時差選任을 허용하는 規定은 累積投票의 實效性을 減少시키는 것이기는 하지만 累積投票規定과 모순이 되지 않는다는 것, 셋째, 累積投票에 의하여 少數派株主가 選任한 理事도 株主總會의 多數決에 의하여 解任될 수 있다고 한다(鄭世喜, 前揭 “累積投票制度에 관한 研究”, 160面 참조).

된 理事에 대하여도 株主總會에서 解任決議를 할 수 있도록 함으로써 사실상 累積投票制는 實效性을 거두지 못하였다.¹³⁷⁾ 1974년 改正商法에서 會社가 定款으로 理事의 選任에 대해 累積投票制를 완전히 排除하였을 때에는 株主는 累積投票制의 請求를 할 수 없게 하여 累積投票制가 強制主義로부터 점차 許可主義로 바뀌고 있다.

다. 臺灣

臺灣에서는 1966년(民國55년) 會社法 改正時에 少數株主保護의 차원에서 美國과 日本의 累積投票制度를 도입하여 強制主義를 취하여 왔다(臺灣會社法 제198조 제1항). 그리고 監事의 選任에서도 理事選任의 規定을 準用하게 하였으며, 1979년 會社法改正에서는 理事와 監事を 合併選任하는 規定도 두었다. 그러나 1983년 會社法改正에서 理事會와 監事會는 그 성질상 서로 다르기 때문에 強行的으로 合併選任하는 것이 불합리하다는 理由로 이 條項을 삭제하였다. 그 후 累積投票制의 強制主義를 계속하여 견지하여 오다가 2001년(民國90년)에 理事의 選任은 會社內部的 自治事項이라는 原則을 강조하면서 日本商法 제256조의 영향을 받아 定款으로 累積投票制度를 排除할 수 있도록 함으로써 許可主義를 취하고 있다(臺灣會社法 제198조).

4. 累積投票制度의 法的 性質

各 株主가 가지는 累積投票請求權은 議決權을 전제로 하는 것이며 소위 共益權에 속한다. 따라서 議決權이 없는 株式의 株主는 累積投票請求權을 가지지 않는다고 보아야 한다.¹³⁸⁾ 累積投票의 경우에 各 株主는 그가 보유한 株式數에 選任할 理事의 數를 곱한 數만큼의 議決權을 가지나, 이를 1人의 候補者에게 집중하여 投票할 수도 있고 數人의 候補에게 分散하여 投票할 수도 있으므로 一株一議決原則의 例外는 아니다.¹³⁹⁾

一部 學者들은 株主가 자기가 지지하는 1人을 위하여 行使할 수 있는 議決

137) 上柳克郎, 前掲書, 47面.

138) 石井照久, 會社法(上), 勁草書房, 1967, 307面.

139) 姜渭斗, 前掲書, 482; 鄭世喜, 前掲 “累積投票制度에 관한 研究”, 162面.

權의 數가 그가 가진 株式의 數를 초과할 경우에도 一株一議決權의 原則의 例外가 아니라고 하는 것에 의문이 있다는 反對說도 있는데, 累積投票制는 複數의 理事의 選任은 一括하여 1개의 決議事項으로서 취급하는 것에 특징이 있다는 점에 유의해야 하며, 一株一議決原則에 의하여 인정되는 數의 議決權의 行使方法이 통상의 選任方法과는 틀리다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁰⁾

또한 集中投票의 경우에 각 株主는 그가 가진 株式數에 選任할 理事의 數를 곱한 數만큼의 議決權을 數人의 候補者에게 分割하여 行使하더라도, 이는 각 候補者를 選任하는 방향으로 行使하는 것이고 1人의 株主의 議決權이 내용적으로 모순 되는 방향으로 行使하는 것이 아니므로 議決權不統一行使에 관한 商法 제368조가 規定하고 있는 의미에서의 議決權不統一行使는 아니다.¹⁴¹⁾

5. 累積投票의 要件 및 節次

株主가 累積投票權을 行使하기 위한 要件으로서, 첫째, 定款에 累積投票制를 排除한다는 規定이 없어야 하고, 둘째, 株主總會에서 반드시 2人 理事의 理事를 選任하는 경우여야 한다. 請求者는 반드시 議決權 있는¹⁴²⁾ 發行株式總數의 100분의 3이상에 해당하는 株主여야 하는데, 定款으로 이 要件을 완화시킬 수는 있으나 加重시킬 수는 없다.

累積投票의 請求는 株主總會 會日 7일전에 반드시 書面으로 해야 하고(商法 제382조의2 제2항) 會社는 請求가 있을 때로부터 株主總會가 終了될 때까지 그 請求의 書面을 本店에 備置하여 株主가 閱覽할 수 있게 하여야 하며(商法 제382조의2 제6항), 議長은 株主總會의 決議에 앞서 累積投票에 관한 事項을 告知하여야 한다(商法 제382조의2 제5항). 만약 이러한 株主의 備置·閱覽義務나 告知義務를 위반한 경우에는 株主總會의 決議取消의 原因이 된다.¹⁴³⁾

140) 禹洪九, 前掲論文, 109面; 田中誠仁, 再訂會社法詳論(上), 勁草書房, 1982, 540面.

141) 孫珠瓚, 前掲書, 762面.

142) 議決權이 없는 株主 즉 無議決權株式을 가진 株主(商法 제370조), 自己株式을 가진 會社(商法 제369조 2항), 母會社의 株式을 가진 子會社(商法 제342조의2 제1항), 相互保有株式을 가진 會社(商法 제369조 제3항)는 累積投票를 請求할 수 없다.

143) 議長이 告知義務를 懈怠 하였다고 하여 決議取消의 原因까지 된다고 보는 것은 불합리하다는 견해가 있다. 왜냐하면, 會社는 累積投票請求를 書面으로 本店에 備置하였고, 또 각 株主는 投票用紙의 記載나 그 밖의 事項에 의해서도 당해 決議가 累積投票

그리고 定款에서 累積投票制를 排除하지 않은 會社에서 원래 2人の 理事를 選任해야 하지만 累積投票의 請求를 回避하기 위하여 2회에 걸쳐 各別の 株主總會에서 1人씩 選任하는 것은 허용되지 않으며, 그와 같은 選任決議도 決議取消의 原因이 된다.¹⁴⁴⁾

累積投票를 請求하였다가 다시 撤回할 수 있으며, 請求株主의 全員이 株主總會에 참가하지 않은 경우에는 請求를 撤回한 것으로 본다.¹⁴⁵⁾

IV. 株主의 議決權의 保障制度

1. 議決權의 代理行使

가. 意義

議決權代理行使制度는 株主가 스스로 總會에 出席할 수 없는 경우에 자기가 믿을 수 있는 者를 代理人으로 選任하여 그 者로 하여금 議決權을 行使시키는 것을 인정(商法 제368조 3항)함으로써 株主가 가지는 會社支配權能을 實效性있게 하려는 것이므로 株主의 利益을 위한 制度이다.

議決權代理行使制度는 株主가 스스로 總會에 出席하지 아니하면서도 그 議決權을 行使할 수 있고 會社가 總會成立을 위한 出席定員數를 확보할 수 있는 기능을 수행함으로써 株主總會의 성립을 용이하게 한다. 그리고 株主의 議決權은 非個人的이므로 株主가 一身專屬적으로 行使하여야 하는 것이 아니기에 商法上의 議決權의 代理行使에 관한 規定(商法 제368조 제3항)은 强行法規로서 定款으로도 禁止하거나 制限할 수 없다.¹⁴⁶⁾

議決權의 行使는 法律效果를 가져오는 株主의 意思表示이므로 원칙적으로 民法 제73조 제2항의 社員은 書面이나 代理人을 통해 議決權을 行使할 수 있다는 規定을 適用받게 되고, 따라서 議決權의 代理行使는 당연히 인정된다. 그

라는 방법에 의한 것임을 충분히 알 수 있기 때문이다(禹洪九, 前揭論文, 167面).

144) 大阪高判, 1963.620. 高民集, 16.4.270.

145) 孫珠瓚, 前揭書, 763面.

146) 李哲松, 前揭書, 429面.

리고 株主權을 성격상 共益權으로 인정하여도 역시 그러한 結論을 얻을 수 있음이 분명하다. 즉 議決權은 株主가 會社의 管理와 經營에 대해 자신의 의견을 반영할 수 있는 唯一한 共益權으로서 이를 人格權이나 一身專屬的인 權利로 볼 수는 없다.¹⁴⁷⁾ 議決權은 재산적인 利益을 내용으로 自益權을 확보하기 위한 權利이고, 議決權만의 讓渡는 곤란하다고 하더라도 株式의 讓渡와 더불어 얼마든지 讓渡할 수 있기 때문이다.

한편 議決權 代理行使에 있어서 法律關係는 委任과 代理에 의하여 구성되고 있다. 委任과 代理를 구별하면 代理에는 任意의 代理權의 發生原因으로서의 授權行爲가 필요하기 때문에, 이는 一種의 當事者間의 內部關係를 設定하는 委任契約關係의 拘束을 받는다고 할 수 있다.¹⁴⁸⁾

나. 適用範圍

議決權 代理行使는 任意代理의 一種이므로 株主가 無能力者인 경우의 法定代理人에 의한 議決權의 行使나 法人株主의 경우 代表機關에 의한 議決權의 行使는 商法 제368조 제3항에서 말하는 議決權 代理行使의 範疇에 속하지 아니한다. 無記名株主도 자신이 가진 議決權을 제3자로 하여금 代理行使시킬 수 있다. 그러나 無記名株式의 경우 株券을 점유하는 者는 株主로서 推定되므로, 本人으로부터 株券을 넘겨받은 代理人은 별도의 代理權에 관한 입증서류를 제시할 필요 없이 바로 議決權을 行使할 수 있기 때문에 議決權의 代理行使에 관한 論議는 현실적으로 記名株式에 대하여 의미가 있다. ¹⁴⁹⁾

다. 代理人의 資格

代理人을 누구로 選任할 것인가에 대하여 商法에는 아무런 規定도 두지 않고 있기 때문에,¹⁵⁰⁾ 議決權의 代理行使는 누구든지 가능하다고 볼 수 있다. 따

147) 鄭浩熱, “株主의 議決權 代理行使”, 「고시계」, 1998년 3월호(통권493호), 39面.

148) 議決權代理行使의 法律關係를 일종의 委任契約이라고 보는 것이 韓國商法上의 多數說이다. 獨逸民法 제167조에서는 이러한 授權行爲를 明文으로 單獨行爲라고 規定하고 있다(安東燮, “委任狀勸誘의 規制方案”, 「단국대학경영대학원논총」 제8호, 1999, 155面).

149) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 493面.

라서 法人이나 無能力者도 원칙적으로 議決權行使의 代理人이 될 수 있다. 다만 會社가 代理人의 資格을 制限할 수 있는지 또 어느 정도로 이를 制限할 수 있는지에 관해서는 論議가 있다. 특히 代理人의 資格을 株主로 限定하는 定款規定의 效力에 관해 學說은 다양하게 나뉘고 있는데,¹⁵¹⁾ 이를 분설하면 아래와 같다.

(1) 無效說

代理人의 資格을 株主로 制限하면 株主의 주위에 信賴할 만한 다른 株主가 없는 경우에는 사실상 株主의 議決權이 박탈당하게 되고 白紙委任狀이 많아지기 때문에 이를 無效로 해야 한다고 한다.¹⁵²⁾

(2) 有效說

代理人의 資格을 株主로 制限하는 定款의 規定은 株主外의 제3자의 개입으로 株主總會가 교란되는 것을 방지하여 會社의 利益을 도모하기 위한 것이기 때문에 有效로 해야 한다고 한다.¹⁵³⁾

(3) 制限的 有效說

代理人의 資格을 株主로 限定하는 것은 有效하나 합리적인 理由가 있는 경우에는 구체적 事情에 따라 결정해야 한다고 한다.

생각건대, 株主 아닌 者의 株主總會의 참석이나 株主總會의 교란을 막는다는 점에서 代理人 자격의 制限은 가능하다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 法人 株主의 경우 종업원에 의한 議決權의 代理行使나 株主의 자녀나同居하는 가족 등에 의한 議決權의 代理行使는 이를 인정할 필요가 있다. 즉 制限的 有效說에 찬성한다.¹⁵⁴⁾

150) 美國模範會社法에서도 이에 대한 規定이 없다. 그러나 臺灣의 경우에는 「上場會社株主總會委任狀使用規則(公開發行公司出席股東會使用委託書規則)」 제4조에서 委任狀請求者는 株主名簿에 3개월 이상 記載되고 당해 會社의 發行株式을 10만주 이상을 가진 株主여야 한다는 規定을 두고 있다.

151) 加藤修, “議決權代理行使の研究”, 慶應義塾大學法學研究會, 1982, 86面; 米津昭子, “定款による議決權行使の代理資格の制限”, 法學セミナー, 第194號, 110面.

152) 李哲松, 前掲書, 430面.

153) 鄭燦亨, 前掲書, 756面; 孫珠瓚, 前掲書, 721面.

그러나 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다고 본다. 즉 회부된 議案에 대해 특별한 利害關係를 가지는 者는 株主이든 株主가 아니든 議決權行使의 代理人이 될 수 없다. 會社의 利益을 保護하기 위해 특별한 利害關係를 가지는 者는 자기가 가지는 株式에 대해서도 議決權의 行使가 制約된다(商法 제 368조 제4항). 따라서 議案에 대해 특별한 利害關係를 가진 者는 代理人으로서의 議決權行使도 불가능하다고 보아야 한다.

代理人의 數에 대해 商法上의 특별한 制限이 없으므로 株主는 議決權行使와 관련하여 複數의 代理人을 選任할 수 있다.¹⁵⁵⁾

라. 代理權의 範圍와 授權의 撤回

(1) 포괄적 委任의 可能與否

포괄적 委任의 可能與否에 관하여 學說上 다툼이 있는데, 否定說은 포괄적 委任을 허용할 경우 商法上 허용되지 않는 議決權의 新탁적 양도, 그리고 議決權만의 讓渡를 인정하는 결과가 된다는 점을 그 根據로 든다. 그리하여 議案별로 代理權을 수여할 필요는 없지만 적어도 每 總會別로 代理權이 주어져야 한다고 해석한다.¹⁵⁶⁾ 肯定說은 支配權의 歸屬과 관련하여 포괄적 委任을 인정할 필요가 있다고 주장한다.¹⁵⁷⁾ 그리고 시간을 특정한 경우에 한해 포괄적 委任을 인정하는 制限的 許容說도 있으나,¹⁵⁸⁾ 그 구별기준이 상당히 막연하여 韓國의 商法上 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

154) 鄭東潤, 前掲書, 336面.

155) 美國의 경우 이에 대한 制限이 없지만, 臺灣의 경우에는 會社法 제177조 제2항에서 1인의 受任人이 2인 이상의 株主로부터 委任을 받을 경우 代理할 수 있는 議決權數는 發行株式總數의 3%를 초과하지 못한다고 規定하고 있고 또 「上場會社株主總會委任狀使用規則(公開發行公司出席股東會使用委託書規則)」 제17조 제1항에서 株主의 委任으로 行使할 수 있는 代理議決權數는 本人이 가지고 있는 株式數를 초과하지 못한다고 하여 議決權의 代理行使를 制限하고 있다. 그러나 위 제177조의 경우 1인의 株主로부터 委任받는 議決權數를 發行株式의 3%로 制限한다고 할 수 없고 또 株式募集人이 規定을 回避하여 自己측을 대표할 수 있는 여러 사람의 代理人을 내세워 委任狀을 募集할 수 있는 경우를 制限하기는 어렵게 되는 것이다(徐學鹿, 商法研究(第4集), 人民法院出版社, 2001, 242面).

156) 李泰魯·李哲松, 前掲書, 496面.

157) 이는 韓國의 多數說로서 判例도 같은 立場이다(大判 1969.7.8 선고, 69다 688).

158) 鄭東潤, 前掲書, 335面.

생각건대, 授權行爲에서 委任의 範圍와 代理權의 存續期間이 明示되지 아니한 경우에는 諸般狀況을 고려하여 이를 파악하여야 할 것이다. 韓國商法상으로는 일단 委任狀을 제출한 당해 株主總會에 限하되, 당해 總會의 議案全般에 관해 代理權이 미치는 것으로 해석하여야 할 것이다.

(2) 代理權의 撤回

議決權 行使의 委任과 관련하여 通說은 授權의 撤回을 인정한다. 代理의 一般理論에 따라 株主는 언제든지 議決權 行使의 委任을 撤回할 수 있으며(民法 제128조), 기간을 定한 委任의 경우 委任期間이 도과하기 전에도 株主는 자신이 行한 授權을 撤回할 수 있다. 撤回은 明示的으로 혹은 默示的으로 이루어질 수 있다. 默示的인 撤回은 代理人을 選任한 후 株主 스스로 株主總會에 출석하는 경우나 종전의 代理人을 갈음하기 위해 새로운 代理人을 選任하는 경우 등이 있다.¹⁵⁹⁾

마. 議決權 代理行使의 方式과 그 效果

(1) 代理行使의 方式

韓國商法 제368조 제4항 제2문의 規定에 의하면 議決權을 代理行使하는 代理人은 會社에 代理權을 증명하는 書面, 즉 委任狀을 株主總會에 제출하여야 한다. 委任狀의 제출과 관련하여 代理人은 매 總會마다 委任狀을 제출하여야 하는지 아니면 한번의 委任狀 제출로 여러 總會에서 議決權을 行使할 수 있는지에 관해 논란이 있다. 多數說은 每 總會마다 委任狀을 제출할 필요가 없고, 所謂 포괄적 委任狀도 제출할 수 있다고 해석한다. 그러나 일정한 期間內的 포괄위임이나 하나의 總會에서 數個의 事項에 대하여 포괄적 위임은 타당하다고 생각한다.¹⁶⁰⁾

(2) 株主의 뜻에 反한 議決權의 行使

代理人은 授權行爲에서 나타난 株主의 뜻에 따라 議決權을 行使하여야 한다. 代理人이 株主總會에 출석하지 아니하거나 株主의 뜻에 反하는 방향으로

159) 鄭浩熱, 前揭論文, 44面.

160) 鄭東潤, 前揭書, 335面.

議決權을 行使할 경우 이는 委任契約違反으로서 損害賠償의 원인이 될 수 있다.

그러나 여기에서 주목하여야 할 점은 株主의 뜻에 反하여 議決權을 行使하였다고 하더라도 이것이 株主總會의 決議取消의 원인이 되는 것은 아니라는 것이다. 代理人과 株主사이의 授權關係와 株主總會의 決議關係는 별개이기 때문이다.

다만 委任狀을 勸誘한 者가 會社이고, 會社측이 의도적으로 株主의 뜻에 反하여 議決權을 行使한 경우에는 문제가 있다. 이 경우 株主는 代理權濫用の 法理에 따라 惡意인 會社에 대해 議決權行使의 效力을 否定할 수 있고, 또 이 株主總會의 決議는 會社側의 決議方法의 不公正을 理由로 決議取消의 訴의 대상이 되는 것으로 해석하여야 한다고 생각한다.

2. 委任狀勸誘制度

가. 意義

會社の 經營支配者나 株主가 株主總會에서 多數의 議決權을 확보할 目的으로 委任狀用紙를 送付하여 議決權行使의 委任을 株主들에게 勸誘하는 行위를 委任狀勸誘라고 한다. 실제로 委任狀勸誘는 白紙委任狀에 의하는 것이 通例이다. 즉 會社가 株主에게 株主總會의 召集通知를 發送할 때에 委任狀用紙를 동봉하여 株主가 株主總會에 출석하지 않는 경우에는 그 委任狀用紙에 記名捺印 또는 署名하여 이를 會社에 返送하도록 勸誘한다. 株主가 勸誘에 應하는 경우에는 보통 代理人欄을 특정하지 않고 白紙로한 白紙委任狀을 返送하고 會社は 適當한 者를 代理人으로 하여 그 議決權을 行使하게 한다. 委任狀勸誘는 현대의 會社에서 株主總會의 運營과 會社支配에 매우 중요한 기능을 한다.¹⁶¹⁾

上場會社の 경우 會社가 株主總會의 召集通知와 더불어 일정한 書式의 白紙委任을 株主에게 送付하여 議決權 代理行使를 勸誘하는 일이 많다. 議決權

161) 會社の 經營者는 자신의 地位를 이용하여 쉽게 委任狀을 얻을 수 있기 때문에 美國에서는 소유없이 會社를 支配하는 經營者支配의 有用한 수단으로 活用되고 있으며 對抗勢力間에 委任狀爭奪이 심각해지고 있다(梁東錫, “議決權代理行使와 委任狀勸誘”, 「조선대사회과학연구」 제13호, 1990, 124面).

代理行使制度의 본래의趣旨는 株主個人的 企業經營에 참가와 大株主나 경영진의 專橫牽制를 위하여 인정된 것이나, 실제로는 제도적趣旨와는 달리 代理人의 目的 달성을 위하여 運用되고 있다. 즉 理事, 大株主 또는 經營權을 쟁취하고자 하는 者 등이 代理人이 되고자 株主들에게 議決權委任을 勸誘하는 것이며 議決에 필요한 定足數 확보를 위하여 이용된다. 그 방식은 주로 樣式化된 委任狀을 株主에게 發送하고 株主가 이에 記名捺印하여 그 委任狀을 가지고 議決權을 行使하는 식으로 定型化되어 있다.

앞에서 밝힌바와 같이 委任狀 勸誘는 株主總會의 定足數를 확보하고 株主의 意思를 반영하는 하나의 方便이 될 수 있으나, 이것이 代理人의 利益을 위해 無分別하게 濫用될 경우 群小株主들의 會社運營에 대한 無關心을 가중시키고 현재의 經營진의 地位를 固着시키는 結果가 될 수 있다. 따라서 委任狀勸誘에 대한 적절한 法的 統制는 반드시 필요하다고 할 수 있다.

나. 委任狀勸誘의 法的 性質

證券去來法 제199조는 「누구든지 大統領이 定하는 바에 의하지 아니하고는 上場株式의 議決權의 行使를 자기 또는 타인에게 代理하게 할 것을 勸誘하지 못한다」라고 規定하고 있다. 그리고 同法 施行令 제85조는 委任狀勸誘者는 被勸誘者에 대하여 위원회가 定하는 바에 따라서 작성한 委任狀과 참고서류를 提供할 것을 要求하고, 이에 따라 證券管理委員會는 議決權 代理行使의 勸誘에 관한 規程을 制定하여 運用하고 있다.

會社가 委任狀勸誘를 하는 경우 會社自身은 株主의 代理人이 될 수 없다. 왜냐하면 會社는 自己株式에 대하여도 議決權行使가 인정되지 않기 때문이다(商法 제369조 제2항). 會社의 勸誘는 代理權授與契約의 請約이 아니라 會社가 選定하는 者에게 株主의 意思를 전달하고 代理行使를 부탁하는 株主와 會社間의 仲介 또는 媒介契約의 請約이며 株主가 委任狀用紙에 記名捺印하여 會社에 送付하면 이것은 請約에 대한 承諾을 의미하며 비로소 그 契約은 成立하게 된다. 이 契約이 成立하면 會社는 그 受任을 拒否할 수 없다. 勸誘者가 返送된 委任狀에 근거하여 제3자를 代理人으로 選定하게 되면 그 제3자와 被勸誘者인 株主와의 사이에는 議決權行使를 위한 代理權授與契約이 成立한다.¹⁶²⁾

162) 梁東錫, 前揭論文, 126面.

勸誘者로부터 委託을 받은 受任者는 株主를 위하여 善良한 管理者의 注意義務로써 議決權을 代理行使하여야 할 것이다.

會社以外的 者가 委任狀을 勸誘하는 경우 代理權授與를 위한 委任契約의 請約 또는 準委任契約의 契約이라고 해석되며 株主의 委任狀送付는 委任契約의 承諾 또는 準委任契約의 承諾이 되어 契約이 成立한다. 따라서 勸誘者는 스스로 受任者가 되거나 適當한 受任者를 選定하여 株主와 委任者間의 委任契約成立을 仲介할 義務를 부담한다.¹⁶³⁾

다. 委任狀勸誘의 方法

委任狀勸誘는 委任狀用紙에 의하여야 하는데, 委任狀用紙는 株主總會의 目的事項의 각 항목에 대하여 被勸誘者가 贊成 또는 反對를 銘記할 수 있도록 된 것이어야 한다(議決權 代理行使의 勸誘에 관한 규칙 제2조).

현실적으로 株主가 商法上의 委任狀制度를 통하여 자신의 議決權을 行使한다해도 株主의 意思를 늘 完全하게 株主總會에 반영시킬 수 있는가에 관하여 전적으로 긍정할 수 없다. 따라서는 總會場에서 代理人이 株主의 뜻에 反하여 議決權을 行使하는 경우도 있을 것이다. 현행 商法은 이에 관해 구체적 規定을 두지 않으며 證券去來法과 同法 施行令에서 이에 관한 規定을 두고 있으나, 문제의 근본적인 해결에 크게 도움을 주지 못하고 있는 것 같다. 그리하여 많은 立法課題가 제기되고 있는데, 주로 아래와 같은 문제에 초점이 모아지고 있다.

株主總會의 活性化를 통한 少數株主의 利益保護의 차원에서 議決權行使에 관한 株主間의 契約制度를 提案할 수 있다. 즉 株式會社의 株主들 사이의 支配權分配方法으로서 理事의 選任, 利益配當, 紛爭의 解決方法, 株式讓渡의 制限 등에 대하여 미리 約定하는 수가 있는데, 이러한 株主들 사이의 契約을 株主間契約이라 한다. 구체적 내용으로는 議決權契約, 議決權信託, 資格讓渡制度 등이다.

議決權契約은 株主가 제3자와 議決權을 일정한 방향으로 行使할 것을 約定하는 내용의 契約으로서 少數株主들이 그들의 理事를 管轄하기 위하여 체결하는 경우 그 實益이 있을 것이다.

163) 梁東錫, “株式會社의 支配”, 「조선대사회과학연구」 제12집, 1989, 382面.

議決權信託은 議決權行使를 통일시키기 위하여 多數의 株主가 契約으로 그들의 株式을 일정기간 또는 일정目的이 달성될 때까지 少數의 信託者들에게 신탁적으로 讓渡하고 會社에 대하여는 信託者가 株主로서 그 權利를 行使할 수 있도록 하는 방법 중에서 가장 강력한 형태이다.

資格讓渡는 株主가 타인으로 하여금 議決權을 行使하도록 資格을 讓渡하는 制度로서 흔히 株主가 會社에 대해 신분을 露出시키지 않고 議決權을 行使할 수 있는 방법으로써 少數株主의 利益保護와 편의를 도모할 수 있다.¹⁶⁴⁾

3. 書面投票制度

가. 意義

書面投票制度라 함은 定款이 定하는 바에 따라 總會의 召集通知書에 議決權行使書面인 投票用紙와 참고자료를 添附하여 株主에게 送付하고 總會에 직접 출석하지 않은 株主가 이 用紙에 必要事項을 記載하여 會社에 返送하면 會社는 株主가 議決權을 行使한 것으로 취급하는 制度이다(商法 제368조의3 제1항).

商法の 規定상 議決權의 行使는 原則적으로 株主가 總會에 출석하여 行使하여야 하지만(商法 제368조 제1항), 株主가 遠隔地에 있어 출석이 곤란한 경우나 會社의 總會의 운영상의 곤란의 경우를 대비하기 위한 것이고 代理에 의한 議決權行使보다 株主의 意思를 더욱 精確하게 總會에 반영될 수 있도록 하기 위하여 書面投票制를 도입한 것이라고 할 수 있다.

株式會社에서의 書面投票制度는 有限會社에서의 書面決議制度와는 다른 것으로서 書面投票는 株主總會를 전제로 하고 書面決議는 그 자체가 社員總會를 갈음하는 것이기 때문에 總會의 개최를 전제로 하지 않는다는 중요한 차이가 있다.¹⁶⁵⁾

164) 禹洪九, “議決權行使에 관한 株主間 契約”, 「고시연구」 제17권 제8호, 1990, 88面 참조.

165) 權載熱, “書面投票制度의 문제점과 그 解決方案”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000, 525面; 有限會社에서 書面決議는 總會의 개최를 요구하지 않는다는 점에서 會議 없는 決議라고 불리기도 한다(鄭東潤, 前揭書, 718面).

商法上 書面投票制度는 定款으로 그 實施與否를 결정하고 株式會社의 규모와 상관없이 이용하게 하고 있다. 그러나 이에 따르는 會議節次나 情報公示에 필요한 비용을 고려하여 볼 때에 小規模會社에서는 불필요하다고 생각한다.

日本의 경우 일정한 株主數와 資産規模로 制限하고 있는데, 그 理由는¹⁶⁶⁾ 大規模會社에서는 株主 모두가 總會에 참가하기 어렵기 때문에 어쩔 수 없고, 小規模會社에 있어서 될수록 株主가 직접 會議에 참석하여 會議事項이나 기타의 經營狀況을 상세히 알고 決議하는 것이 더욱 효과적이기 때문이다.

나. 書面投票制와 委任狀勸誘와의 關係

議決權 代理行使와 委任狀勸誘는 株主가 株主總會에 출석하지 못하는 株主가 議決權을 行使하는 방법으로서 기본적으로 代理行使를 적극적으로 하느냐 피동적으로 하느냐의 차이지만 代理人을 통하여 간접적으로 總會에 참여하여 議決權을 行使한다는 점에서는 차이가 없다. 委任狀勸誘는 代理人制度를 기초로 해서 一般株主가 議決權을 쉽게 行使하도록 도와주는 것이나¹⁶⁷⁾ 總會에 출석하지 않은 株主에게 항상 행하여진다는 보장이 없다.

그러나 書面投票制는 株主의 總會參席 자체를 관념적으로 부정하고 總會 밖에서 株主가 代理人 등의 仲介作用이 없이 직접 議決權을 行使한다.¹⁶⁸⁾

그리고 書面投票制度는 代理人의 개입이 없이 議案에 대해서 株主의 意思를 직접적으로 總會에 반영하므로 一般株主들을 위해서 議決權行使에 드는 費用을 줄이고 代理人에 의한 議決權濫用의 위험이 없다는 점도 代理行使制度와

166) 權載熱, 前揭論文, 257~259面 참조.

167) 日本의 경우에 上場會社에서 모든 株主를 상대로 委任狀勸誘를 하지 않는 한 書面投票制度를 이용해야 하기에 會社의 選擇權을 강제하는 것이 되므로 書面投票制度는 委任狀勸誘와는 다른 制度임에도 불구하고 委任狀勸誘의 補完 또는 改善한 것으로 보고 있으나, 韓國의 경우에는 이와는 전혀 무관한 制度라고 한다(權鍾鎬, “書面投票制度 과연 立法上의 成果인가?”, 「상사법연구」 제19권 제2호(통권27호), 상사법학회, 2000, 489面 참조).

168) 書面投票制度는 株主가 議決權을 行使함에 있어서 書面投票用紙를 이용하는 制度로서 최근에 인터넷정보기술의 발달로 美國에서 보편화되고 있는 電子投票制度와는 다르다고 할 수 있지만 엄밀한 의미에서의 投票用紙가 書面이나 電子形態냐를 구별하는 것은 의미가 없다. 형식이 부동하지만 書面投票의 실제적 기능상 차이가 없으면 書面投票로 볼 수 있는 것이다.

큰 차이점이다.

書面投票制度에서 議論되고 있는 중요한 問題로 株主總會에서 이미 상정된 議案에 대해 修正提案이 제출되었을 경우에 原案에 대해 이미 行使된 書面投票을 어떻게 취급할 것인가 하는 것이다.¹⁶⁹⁾ 書面投票에서는 書面の 返送이 바로 議決權行使自體로 보기 때문에 원래의 議案에 대한 贊成與否를 修正提案의 決議로 보기는 어렵게 되는 것이다. 이에 대하여 修正提案에 대해서는 書面に 의한 議決行使가 불가능하므로 당해 株主는 缺席한 것으로 취급하자는 견해가 있고(缺席說), 原案에 대한 贊成과 反對의 記載를 기준으로 贊成과 反對를 類推하려는 견해가 있으며, 原案에 대한 贊成 또는 反對의 與否에 관계없이 일률적으로 棄權으로 하자는 견해 등이 있다.

缺席說이나 原案에 대한 贊成과 反對에 관계없이 모두 棄權으로 한다면, 결과적으로 株主가 결국 原案에 대해서만 議決權을 行使할 수 있고 修正提案에 관한 議決權行使는 박탈당한 것이 된다. 書面投票制度의 立法趣旨인 會社運營上의 편의를 위해 定足數를 확보하고 株主에게 會社意思決定에 얼마만큼의 기회를 더 제공하고자 하는 측면에서 原案에 贊成한 投票는 議案의 修正提案에 대하여 反對한 것으로 취급하고, 原案에 反對한 書面投票는 修正提案에 대하여 棄權한 것으로 하는 것이 합리적이라고 생각한다.¹⁷⁰⁾ 그리고 의사진행에 관한 動議에 대하여는 總會에 출석한 株主만이 議決權을 行使할 수 있는 것으로서 書面投票로는 行使할 수 없게 된다.

앞에서 설명한 바와 같이 書面投票를 한 株主는 修正提案과 의사진행상의 動議에 대하여 적극적인 대책이 없는 短點이 있기 때문에 이를 극복하기 위하여 委任狀勸誘를 書面投票와 併用하는 방법도 모색할 수 있다. 委任狀勸誘에서 그 權利를 受任한 代理人은 대개의 경우 修正提案이나 議事進行動議上の 權利를 포함하게 되기 때문이다. 그러나 委任狀과 書面投票를 併用함에 있어서 그 節次나 방법상 여러 가지 問題點이 제기 되고 있는데, 앞으로의 연구가 필요하다.

169) 원칙적으로 株主總會의 召集通知에 記載되지 않은 事項에 대해서는 決議할 수 없지만 그 議案에 대한 修正은 補充 또는 變更할 수 있는 것이다(鄭東潤, 前掲書, 349面).

170) 同旨: 姜渭斗, 前掲書, 829面; 이 주장은 간접적으로나마 修正提案에 대한 意思決定에 參與할 수 있는 기회를 가지게 된다는 점에서 缺席說의 短點을 補完하고 있다. 이는 日本을 多數說이다(森本滋, “書面投票の制度的意義と機能”, 商事法の解釋と展望, 有斐閣, 1984, 127面).

다. 立法例

(1) 日本

日本の 경우에는 書面投票制를 特別法の 適用을 받는 大會社中에서 議決權을 소유한 株主의 數가 1000명 이상이고 資本額이 5억엔 이상 또는 최종의 貸借對照表의 負債의 簿에 計上한 金額의 合計액이 200억엔 이상인 株式會社의 경우에만 書面投票制를 인정하고 있다(日本商法特例法 제21조의2).¹⁷¹⁾ 그러나 上場會社에서는 總株主를 대상으로 委任狀勸誘를 하는 것을 조건으로 書面投票制를 拒否할 수 있다(日本商法改正附則 제26조). 따라서 大規模會社이면서 上場會社가 아닌 株式會社에서 書面投票가 強制되지만, 上場會社의 경우는 會社의 선택에 따르는 것이 된다. 이는 書面投票를 실시하기 위해서 會社는 필요한 會社情報公示에 상당한 비용과 노력이 들여야 하기 때문에 이 부담을 극복할 수 있는 정도를 고려하여 그 실시 대상을 大規模會社로 制限하고 있는 것이다.¹⁷²⁾

(2) 美國

美國에서는 株主總會의 節次에 있어서 例外的으로 株主全員の 同意가 있으면 總會를 개최하지 않아도 적법한 株主總會의 決議로 인정하고 있다. 어떤 州에서는 株主全員이 아니라 多數의 株主의 書面同意로도 總會를 개최함이 없이 總會의 決議로 인정하고 있다(델라웨어주 會社法 제228조). 그러나 理事選任의 경우에는 決議는 株主全員の 同意가 있어야 한다(코네티컷주 會社法 제33조, 제330조). 이는 모두 總會를 개최하지 않는다는 것을 전제로 하고 있는데, 韓國의 경우인 서면에 의한 議決權行使는 總會의 개최를 전제로 하고 있

171) 日本의 書面投票制는 日本의 株式會社 감사 등에 관한 商法特例에 관한 法律(1974년 4월 2일 법률 제2호)上의 規定으로서 株式會社制度로서는 監事制度和 함께 日本의 固有의 제도라는 것이 日本學者들의 보편적 시각이고, 韓國의 現行商法上의 書面投票制度는 日本의 書面投票制度를 모델로 입법한 것이기 때문에 그런 의미에서 書面投票制度를 株式會社의 制度로 도입하고 있는 나라는 비교법적으로 韓國과 日本정도라고 보아도 무방하다(權鍾鎬, 前揭論文, 474面).

172) 前田重行, 株主總會制度の研究, 1997년, 有斐閣, 82面. 商法特例法上의 大規模會社의 경우, 그의 9할 정도의 會社가 書面投票制度를 채택하고 있다고 한다(橋本基美, “株主提案權にみる日米の株主行動”, 「商事法務」, No.1385(1995.4.5), 3面).

다는 점에서 다르다 할 수 있다.

(3) 英國

英國에서 小規模會社의 定款에 議決權이 있는 株主全員이 署名한 書面決議는 總會에서 가결된 것과 同一한 效力이 있다는 規定을 두고 있는데, 이는 標準定款의 내용으로 公認되고 있다. 그러나 公開會社에서는 이러한 定款의 規定이 인정되지 않는다.

라. 書面投票制의 要件 및 行使方法

株主가 書面投票에 의하여 議決權을 行使하려면 定款에 이를 허용하는 規定이 있어야 한다(商法 제368조의3 제1항). 會社는 株主總會의 召集通知書를 發送할 때에 株主의 議決權行使에 필요한 書面用紙와 참고자료를 添附해야 하고(商法 제368조의3 제2항), 이때 株主는 그 書面に 필요한 事項을 記載하여 會日の 전까지 會社에 제출해야 한다. 株主가 議決權을 書面に 의하여 行使하는 경우에도 議決權不統一로 行使할 수 있다. 그러나 株主總會일 3일 전에 會社에 대하여 書面으로 그 뜻과 理由를 通知하여야 한다(商法 제368조의2 제1항).

現行法에서 書面投票制가 强制되지 않고 있기 때문에 經營者측에서 定款으로 書面投票制를 선택할 가능성이 적은 반면에 白紙委任狀을 勸誘하여 자기들의 利益을 追求하는 것이 普遍化 될 것이다. 따라서 일정한 範圍內에서 書面投票制度를 强制하는 방안을 도모하여야 한다고 생각한다.

마. 效果

書面投票用紙가 會社에 도달된 경우에는 당해 株主가 株主總會에 출석하여 그 議決權을 行使한 것으로 인정되므로, 그 株式의 數는 決議 定足數의 算定에 있어서 發行株式總數에 算入됨은 물론 出席株主의 議決權의 數에 算入된다(商法 제371조). 이때 贊成 또는 反對의 표시가 없는 경우에는 議決權行使는 無效가 될 것이다.

V. 新株發行과 少數株主保護

1. 新株發行과 株主의 關係

株式會社에서 企業을 經營하기 위해서는 많은 資金을 필요로 한다. 新株發行은 會社의 成立後에 會社의 資本增價를 위하여 會社가 발행할 株式의 總數(發行豫定總數)의 범위 내에서 未發行株式을 新株로 발행하는 것이다.

現行商法은 授權資本制度를 채택하여 定款에 會社가 발행할 株式의 總數와 會社의 設立時에 발행하는 株式의 總數(會社가 발행할 株式의 總數의 4분의 1 이상)를 記載하게 하고, 會社가 成立 後에 新株를 발행하려고 하는 때에는 會社가 발행할 株式의 總數의 범위 내에서 理事會의 決議에 의하여 會社에서 필요할 때마다 未發行株式을 新株로 발행할 수 있도록 定하고 있다(商法 제416조). 新株發行으로 會社가 발행할 株式의 總數에 달한 경우에는, 定款의 變更에 의하여 會社가 발행할 株式의 總數를 會社가 발행한 株式의 總數의 4배까지 증가할 수 있었다.¹⁷³⁾ 이와 같이 理事會에 新株發行權을 부여한 것은 資金調達의 機動성과 편의성의 요구에 부응한 것이지만, 한편으로 理事會의 無分別하고 자의적인 新株發行이 있는 경우 既存株主의 利益을 침해할 가능성이 높아지게 되었다.

가. 既存株主

株式會社의 新株發行으로 會社는 新株發行에 의해 조달한 資金을 그 사업에 투입하지만, 이로 말미암아 會社將來의 現金流入(cash inflow)이 영향을 받게 되고, 既存株主의 財産의 利益, 특히 新株가 그 權利內容에 대응하는 財産的 가치에 비해 낮은 가액으로 발행되는 경우에는 불이익을 받게 된다. 왜냐하면 新株는 실권을 방지하기 위하여 정책적으로 현재의 株價나 純資産價値보다 낮은 가격으로 발행하는 것이 보통이므로 新株發行으로 인해 新株·舊株가

173) 1995년 개정 전 商法은 發行豫定株式의 증가는 發行株式數의 4배를 초과하지 못한다고 規定하고 있다(商法 제437조). 그런데 1995년 改正商法에서는 會社成立 後에는 授權資本制度의 본래의 趣旨대로 資本調達의 機動성과 彈力性を 보장한다는 理由로 授權資本의 增加制限規定을 廢止하였다(朴吉俊, 商法改正案解説, 法文社, 1995, 157面).

혼합되어 형성되는 株價나 一株당 純資産價値는 종전의 價額보다 낮아지기 때문에, 이른바 株式의 稀釋化 현상이 생긴다.¹⁷⁴⁾

지배적 利益 측면에서는 新株의 발행에 의해 會社의 發行株式總數가 증가하기 때문에 既存株主의 會社에 대한 지분비율은 상대적으로 低下하고 會社의 支配力도 低下한다. 더욱이 株式의 市場性이 있는 會社의 경우에는 이와 같은 財産的 利益 및 支配的 利益을 포함한 總體로서 株式의 가치를 평가한 市場價格이 존재하고 이것이 新株發行에 의해 영향을 받게 된다.

나. 新株主

新株發行 후에 新株主가 된 者는 會社의 構成員으로서 會社의 利益의 分配 및 會社支配에 대하여 既存株主와 마찬가지로 참가할 자격을 가지고 그 의미에서 新株發行에 관하여 既存株主와 대립하게 되는데, 新株主에 관해서도 去來法上의 일반적으로 요구되는 去來의 安全을 확보하지 않으면 안 된다. 특히 新株發行 후에 어떠한 事由에 의하여 그 效力이 부정되고 新株와 관련된 去來가 활발하게 行하여질 경우에는 현저한 混亂을 초래할 위험이 있다.¹⁷⁵⁾

2. 株主의 新株引受權의 制限

가. 株主의 新株引受權

株主의 新株引受權이란 會社成立後 新株를 발행하는 경우, 株主가 종래에 가지고 있던 持株數에 비례하여 新株를 우선적으로 引受할 수 있는 權利를 말한다(商法 제418조 제1항). 이러한 新株引受權에는 株主의 新株引受權과 제3자의 新株引受權이 있다. 2001년 改正商法에서는 株主의 新株引受權을 原則으로 株主의 新株引受權을 인정하였는데, 다만 會社는 定款에 新機術의 導入, 財務構造의 改善 등 會社의 經營상의 目的을 달성하기 위하여 필요한 경우에 株主외의 제3자에게 新株를 配定할 수 있다고 定한 때에는 제3자에게 新株配定을

174) 李泰魯·李哲松, 前掲書, 745面.

175) 金利修, “新株發行에 있어서 既存株主의 利益保護”, 중앙대법학연구소법학논문집, 제21기, 1996, 83面 참조.

할 수 있다고 하여 제3자의 新株引受權을 制限하고 株主의 新株引受權을 強化하였다.¹⁷⁶⁾

會社가 新株發行을 하는 경우에 제3자에게도 新株를 配定하면 既存株主의 持分的比率이 낮아져 會社企業에 대한 支配力이 弱化되고 또 株價가 低落할 念慮가 있으므로 株主의 新株引受權을 인정할 필요가 있으나, 그렇다고 하여 株主의 新株引受權만을 고집하면 會社의 資本調達方法의 선택을 制限하고 會社의 발전을 沮害하게 되므로 다소 制限할 필요가 있다.

舊商法에서는 株主는 定款에 다른 定함이 없으면 그가 가진 株式의 數에 따라 新株의 配定을 받을 權利가 있다고 하여, 株主의 新株引受權을 無限정 制限할 수 있도록 하였고, 그와 반대로 大株主經營者의 新株引受를 허용하였다. 그리고 新株發行은 資本增加事項으로서 株主總會의 特別決議에 의하였고 또 新株를 누구에게 引受시킬 것인가도 株主總會에서 결정하기 때문에 특별히 株主의 新株引受權을 法定할 필요가 없었다. 따라서 株主의 新株引受權에 관하여 規定을 두지 않았으나, 授權資本制度를 채택하고 있는 現行 商法에서 新株發行은 理事會에서 결정하므로 理事의 專橫을 방지하고 既存株主의 利益을 保護하기 위하여 株主의 新株引受權을 法定하고 있는 것이다.¹⁷⁷⁾

나. 株主平等原則과의 關係

株主의 新株引受權은 株主의 地位에 기하여 부여된 權利이므로 株主平等의 原則에 의하여야 한다. 株主의 新株引受權에 관한 定款의 規定 또는 株主總會나 理事會의 決議가 株主平等의 原則에 反하는 경우에는 無效이다.

株主는 원칙적으로 會社가 장래에 발행하는 모든 株式에 대하여 新株引受權을 가지지만 다음의 경우에는 株主의 新株引受權이 制限된다. ①轉換株式·轉換社債의 轉換에 의하여 新株가 발행되는 경우, ②新株引受權附社債權者의 新株引受權의 行使에 의하여 新株가 발행되는 경우, ③現物出資에 대해 新株가 발행되는 경우, ④吸收合併時 消滅會社의 株主에 대하여 新株가 발행되는 경우, ⑤準備金の 資本轉入에 의하여 新株가 발행되는 경우, ⑥失權株의 경우, ⑦分割合併時 被分割會社의 株主에 대한 株式配定 등의 경우이다.

176) 孫珠瓚, 前揭書, 857面.

177) 姜渭斗, 前揭書, 628面.

다. 제3자의 新株引受權

제3자의 新株引受權은 株主 외의 제3자가 우선적으로 新株의 배정을 받을 수 있는 權利이다. 제3자의 新株引受權을 취득할 수 있는 者는 신기술의 도입·財務構造의 개선 등 會社의 경영상의 目的을 달성하기 위하여 필요한 者로서 定款에 이들에게 新株引受權을 부여한다는 定함이 있어야 한다(商法 제418조 제2항). 제3자의 新株引受權은 定款으로 定하는 외에 轉換社債(商法 제513조)·新株引受權附社債(商法 제516조의2) 등에서 社債權者는 당연히 新株引受權을 가지는 것과 같이 法律에 定하여져 있는 경우도 있다.¹⁷⁸⁾ 여기서 제3자는 社團關係 외의 者로서 會社의 규칙인 定款의 適用을 받지 않으므로 定款上的 規定만으로 제3자가 新株引受權을 당연히 취득하는 것은 아니고, 定款上的 제3자 新株引受權에 기한 會社와 제3자간의 契約에 의하여 비로소 제3자가 新株發行을 취득하는 것으로서 제3자의 新株引受權은 契約上的 權利이다. 그러므로 會社가 제3자의 新株引受權을 無視하고 新株를 발행하여도 新株發行의 無效의 원인이나 新株發行留止請求權의 원인으로 되지 않고, 다만 會社의 제3자에 대한 債務不履行으로 인한 損害賠償責任이 생길 뿐이다.¹⁷⁹⁾

라. 新株引受權의 讓渡

會社가 그 成立 후에 株式을 발행하는 경우에 株主가 가지는 新株引受權을 讓渡할 수 있는 것에 관한 事項을 理事會가 이를 결정한다. 定款에 規定이 있거나 定款으로 株主總會에서 결정하기로 定한 경우에는 그러하지 아니하다(商法 제416조). 株主의 新株引受權의 讓渡를 인정할 것인가 않을 것인가를 會社가 선택할 수 있게 하였다. 그리고 그 讓渡方法은 會社가 발행한 新株引受證書의 교부에 의하여서만 할 수 있게 하였다(商法 제420조의3 제1항).

실제로 新株는 유리한 價額으로 발행되는 것이 보통이며 株主는 이에 의하여 新株式의 시가와 發行價額과의 차액을 취득할 수 있는 점에서 新株引受權

178) 株券上場法人 또는 株式을 신규로 上場하고자 하는 法人의 理事사주조합사원에게 그 募集 또는 賣出하는 株式總數의 100분의 20의 範圍內에서 우선적으로 株式을 配定받을 權利가 있다(證券去來法 제191조의7 제1항).

179) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 2003, 928面.

의 실제상 가치가 있다. 既存株主는 新株引受權을 行使할 수 있는데, 자금능력이 없는 株主는 新株의 請約을 포기하게 되어 차액을 취득할 수 없게 되어 新株發行에서 오는 財産的·支配的 利益도 잃게 된다. 그러나 株主가 新株引受權을 讓渡할 수 있다면 그 讓渡에서 차액을 확보할 수 있어 株主의 利益保護에 有利하게 된다.¹⁸⁰⁾

3. 違法·不公正한 新株發行에 대한 救濟

가. 新株發行留止請求權

(1) 意義

會社가 法令 또는 定款에 違反하거나 현저하게 不公正한 방법에 의하여 新株을 발행함으로써 株主가 不利益을 받을 念慮가 있는 경우에는 그 株主는 會社에 대하여 그 新株發行을 留止할 것을 請求할 수 있다(商法 제424조). 이것은 理事의 違法行爲留止請求權과 같은 美國會社法의 留止請求權制度를 繼受한 것이다. 理事의 違法行爲留止請求權은 會社에 回復할 수 없는 손해가 생길 念慮가 있는 경우에 관한 것으로 會社의 利益을 保護하기 위한 制度이지만, 新株發行留止請求權은 株主가 不利益을 받을 念慮가 있는 경우에 관한 것으로 株主 개인의 利益을 保護하기 위한 制度이다.¹⁸¹⁾

(2) 要件

新株發行留止請求의 要件으로서 ①法令 또는 定款에 違反한 新株發行의 경우, 즉 理事會의 決議 없이 新株을 발행한 경우(商法 제416조), 定款 소정의 會社가 발행할 株式의 總數(商法 제289조 제1항 제3호) 또는 株式의 종류와 그 數(商法 제344조 제2항)를 無視하고 新株을 발행한 경우, 株主의 新株引受權(商法 제418조 제1항)을 無視하고 新株을 발행한 경우이다.¹⁸²⁾ 현저하게 不公正한 방법으로 新株을 발행한 경우로 理事가 株主總會의 支配力을 維持·強

180) 金利修, 前掲論文, 95面 참조.

181) 李哲松, 前掲書, 702面.

182) 理事의 違法行爲留止權과는 달리 理事會의 善良한 管理者의 注意義務와 같은 일반적인 義務에 위반한 경우는 포함하지 않는다.

化하기 위하여 자기 또는 緣故者에게 多數의 新株를 발행한 경우, 株主의 新株引受權을 排除하기 위하여 제3자에게 불필요한 現物出資를 하게 한 경우 등과 같이 理事가 不當한 目的을 달성하기 위한 手段으로 新株를 발행한 경우이다. ②株主의 不利益을 받을 念慮의 경우, 즉 제3자 配定에 의한 新株發行으로 株主의 議決權의 比率이 低下될 念慮가 있는 경우와 제3자에게 有利한 價額으로 新株를 발행하여 株式의 가치가 감소될 念慮가 있는 경우 등이다. ③適格當事者의 要件으로서 不利益을 받을 念慮가 있는 株主, 즉 新株引受權의 有無, 株式의 保有數, 議決權의 有無에 관계없이 1株의 株式이라도 가지고 있는 株主라면 가능하고 留止請求의 상대방은 당해 會社이다.

(3) 方法

留止請求의 行使方法에 특별한 制限이 없으므로, 株主가 會社에 대한 意思表示로 裁判外에서 그 新株發行을 留止할 것을 請求할 수도 있다. 그러나 裁判外에서는 그 實效性을 期待하기 어려운 실정하기에 會社를 被告로 하여 新株發行留止의 訴를 제기하고, 그 訴를 本案으로 하여 新株發行禁止의 假處分으로써 目的을 달성할 수 있다(民事執行法 제300조).

(4) 效果

留止請求權行使의 效果로는 株主가 會社에 대하여 裁判外의 방법으로 新株發行留止請求를 하였으나 會社가 이를 無視하고 新株發行을 한 경우에는 會社關係의 安定을 위하여 그 新株發行은 有效한 것으로 보고, 다만 理事에게 賠償責任이 생긴다는 것이 通說이다.

그러나 法院의 留止判決이나 留止假處分이 있음에도 불구하고 會社가 新株를 발행한 경우에는 學說이 대립하고 있다.¹⁸³⁾ 즉 ①有效說에 의하면 그로 인해 新株發行이 無效로 되는 것은 아니고 理事의 책임이 발생할 뿐이라고 한다. 그 理由는 一般論으로서 法律關係의 安全과 去來의 安全의 保護를 들고

183) 日本의 判例는 “株主에 의한 留止의 假處分申請 또는 訴에 대하여 그 留止에 관한 法院의 公權적 判斷이 나타나 있는 데도 감히 이러한 裁判을 도외시하여 이루어진 新株發行을 有效하다로 할 때에는 留止請求權을 특히 權利로서 인정한 立法目的에 맞지 않는 결과로 되고, 株主의 利益保護를 도모하고자 하는 趣旨가 실질상 무의미한 것으로 돌아가기 때문이다”고 하여 無效說의 立場에 있다(日本 橫兵地判 1975.3.25.下民集 26卷 1-4號, 324面).

있지만, 구체적으로는 新株發行留止의 假處分은 株主와 會社間에만 그 效力이 발생할 뿐이고 會社의 新株發行權限은 對世的으로 작용하는 것이 아니기 때문이라고 한다. 그러나 ②無效說에 의하면 新株發行留止의 假處分이나 留止判決을 違反한 新株發行은 無效原因이 된다고 한다. 그 理由로 이들 경우에는 法院의 公권적 판단이 내린 결과이고 또 留止請求權은 단지 理事의 주의를 환기시키는 사실상의 행위와 별로 다른 것이 없기 때문에 留止請求權을 하나의 權利로 보는 입법취지가 몰각되게 된다는 것을 들고 있다.¹⁸⁴⁾

無效說에 의하면 이미 발행된 新株를 引受한 善意의 제3자에 손해를 줄 念慮가 있지만, 不公正한 新株의 발행에 의해 會社가 받게 되는 손실과 理事의 賠償責任 가능한도를 고려하고 또 留止請求權이나 假處分은 法院의 公권적 판단이라는 점을 고려하여 그래도 無效說이 타당하다고 본다.

나. 新株發行無效의 訴

(1) 意義

新株發行에 관한 瑕疵, 즉 法令 또는 定款에 違反한 사실이 新株의 발행 그 자체의 無效原因으로 하는 경우에 그 無效의 主張을 一般原則에 따라 누구든지 언제라도 어떠한 방법으로도 할 수 있게 된다면 新株發行의 有效함을 전제로 하여 進展한 모든 法律關係를 不安全하게 할 수 있으므로, 商法은 法律關係의 安全 및 去來의 安全保護의 時點에서 新株發行의 無效에 관하여 會社設立無效의 경우와 같이 無效의 訴의 制度를 두어 新株發行 無效의 主張의 방법 및 期限을 制限하고 無效의 遡及效를 制限하고 있다. 新株發行의 無效의 訴의 法的 性質은 形成의 訴이다.

(2) 無效의 原因

新株發行無效의 原因에 관하여 商法上 특별한 規定이 없고 學說上에서도 통일을 가지고 있지 못하므로, 新株發行에 있어서 어떤 瑕疵가 無效의 原因으로 되는가는 新株發行에 관한 法令 또는 定款의 해석에 의하여 결정할 문제이다. 또한 新株發行에 瑕疵가 있더라도 理事의 違法行爲留止請求의 對象, 新株發行留止請求의 對象, 理事의 會社에 대한 損害賠償責任의 原因, 理事의 제3자

184) 鄭東潤, 前揭書, 29面; 孫珠瓚, 前揭書, 875面.

에 대한 損害賠償責任의 原因으로 처리할 경우가 많으므로 新株發行無效의 原因은 가급적으로 좁게 해석하여 株式會社의 본질에 反하는 중대한 違法行爲가 있는 경우에 限한다고 보는 것이 타당하다.¹⁸⁵⁾

일반적으로 新株發行이 無效로 되는 경우로는 ①理事會의 決議없이 新株를 발행한 경우, ②定款 소정의 會社가 발행할 株式의 總數를 초과한 발행, ③定款이 인정하지 않은 種類의 株式의 발행, ④株主의 新株引受權을 無視한 발행, ⑤現物出資의 경우에 檢査人을 選任하지 않은 新株發行, ⑥新株發行의 留止請求를 無視한 발행, ⑦法定節次에 의하지 않은 新株의 割引發行 등이 있다.

(3) 無效判決의 效力

原告勝訴判決이 있는 경우, 즉 新株發行無效의 判決이 확정된 경우에 그 判決은 對世의效力인 當事者뿐만 아니라 제3자에 대하여도 效力이 있다(商法 제430조, 제190조).

新株發行의 無效判決의 확정에 의하여 將來에 대하여 그 新株가 效力을 상실한다(商法 제431조 제1항). 이것은 新株發行을 遡及하여 無效로 하면 新株發行의 有效性을 전제로 하여 형성된 많은 法律關係가 無視되어 法律關係의 安定을 基할 수 없기 때문이다.¹⁸⁶⁾ 그러므로 新株發行이 有效함을 전제로 하여 判決이 확정될 때까지 행하여진 행위, 예컨대 新株에 대한 利益配當, 新株의 株主에 대한 株主總會의 召集通知, 新株의 議決權의 行使, 新株의 讓渡 등의 행위는 無效判決에 의하여 영향을 받지 않는다. 無效判決이 확정되면 이때부터 新株의 株主는 그 地位를 상실한다.

原告敗訴의 判決이 있는 경우 그 判決은 民事訴訟法의 一般原則에 의하여 當事者間에서만 效力이 있다(民事訴訟法 제218조 제1항).

그리고 敗訴原告에게 惡意 또는 중대한 過失이 있는 때에는 그 敗訴原告는 會社에 대하여 連帶하여 손해를 賠償할 책임이 있다(商法 제430조, 제191조).

無效判決이 확정된 경우에는 會社는 지체 없이 그 뜻과 3개월 이상의 일정한 기간 내에 新株의 株券을 會社에 제출할 것을 公告하고, 株主名簿에 記載된 株主와 質權者에 대하여는 각별로 그 通知를 하여야 하고(商法 제431조 제2항) 會社는 新株의 株主에 대하여 그 납입한 금액을 반환하여야 하고(商法

185) 鄭燦亨, 前掲書, 934面.

186) 姜渭斗, 前掲書, 665面.

제432조 제1항) 現物出資者에 대하여는 그 評價額을 金錢으로 返還해야 하는데, 그 納入金額이나 評價額이 無效判決當時에 비추어 현저하게 不當한 경우에 法院은 會社 또는 新株의 株主의 請求에 의하여 그 金額의 增減을 命할 수 있다(商法 제432조 제2항).

VI. 株主總會決議의 瑕疵에 대한 救濟

1. 意義

株主總會는 株主로 구성되고 株主의 總意에 의하여 會社의 基本적 事項에 관한 會社의 意思를 決定하는 必要한 常設機關으로서 株主가 적법한 召集節次에 따라 召集되고, 決議 內容도 定款이나 法令에 적합하여야 한다. 따라서 形式的으로 株主總會의 決議라고 인정할 수 있는 것이 성립하였더라도 株主總會의 召集이나 決議方法, 決議內容이 定款이나 法令에 위반하는 경우에는 그 決議에 瑕疵¹⁸⁷⁾로 인하여 그 決議의 效力은 부정되어야 할 것이다. 商法은 株主總會의 瑕疵의 原因에 따라 株主總會決議 取消의 訴(商法 제376조), 株主總會決議 無效確認의 訴(商法 제380조), 株主總會決議 不存在確認의 訴(商法 제380조), 株主總會決議 不當決議 取消·變更의 訴(商法 제381조) 등 네 가지 制度를 인정하고 있다. 또 會社의 法律關係의 確立적인 處理와 法的 安定性의 요청에 의하여 그 提訴權者, 提訴期間, 判決의 效力 등에 관하여 特別規定의 두고 있다.¹⁸⁸⁾ 이러한 決議의 瑕疵에 관한 訴는 議決權濫用에 대한 事後的인 是正策으로서의 意義가 있는 것이다.¹⁸⁹⁾

이러한 訴에 관하여는 創立總會의 決議와 種類株主總會의 決議에 그대로 準用된다(商法 제308조 제2항, 제376조 내지 제381조, 제435조).

187) 株主의 議決權行使가 民法에 規定에 의하여 無效나 取消된다고 하더라도 만약 그 株主의 議決權을 제외하고서도 決議成立에 必要한 定足數에 달할 경우에는 決議의 瑕疵로 되지 아니하고 決議의 效力에 影響을 미치지 아니한다(大隅健一郎, 全訂會社法論(中), 59面; 柯芳枝, 前掲 公司法論(上), 272面 각주 68에서 재인용).

188) 鄭燦亨, 前掲書, 780面.

189) 崔基元, 前掲書, 849面.

2. 訴의 原因

가. 決議 取消의 原因

株主總會決議 取消의 訴는 決議에 형식적 瑕疵 또는 경미한 내용적 瑕疵가 있음을 理由로(商法 제376조 제1항) 하는데 구체적으로는 다음과 같다.

(1) 召集節次에 瑕疵가 있는 경우

總會의 召集節次가 法令 또는 定款에 違反하거나 현저하게 不公正한 경우이다. 즉 召集節次의 瑕疵로서는 代表理事가 理事會의 決議 없이 總會를 召集한 때, 召集에 관한 理事會의 決議가 있었으나 代表權이 없는 平理事가 召集한 때,¹⁹⁰⁾ 代表理事의 직무대행자가 會社의 常務에 속하지 않는 臨時總會를 召集한 때, 一部の 株主에게 召集通知가 漏落된 때, 召集通知에 會議의 目的事項 등을 記載하지 않았거나 不備한 때, 召集通知의 기간이 부족한 때, 召集地에 관한 規定에 違反한 때, 總會의 召集通知를 口頭로 한 때¹⁹¹⁾ 등이다.

(2) 決議方法에 瑕疵가 있는 경우

總會의 決議方法이 法令 또는 定款에 違反하거나 현저하게 不公正한 경우이다. 즉 總會의 決議瑕疵로서는 株主 또는 그 代理人이 아닌 者が 決議에 참가한 때, 特別利害關係인이 議決權을 行使한 때, 會社가 自己株式의 議決權을 行使한 때, 子會社가 母會社의 株式의 議決權을 行使한 때, 議決權의 行使가 制限되는 相互株의 議決權을 行使한 때, 株主가 通知 없이 議決權의 不統一行使를 한 때, 特別決議가 商法 제434조에 위반한 때, 普通決議가 商法 제368조 제1항에 위반한 때,¹⁹²⁾ 理事 및 監事の 選任請求가 商法 제409조에 위반한 때 등이다.

190) 大判 1980.10.27, 79 다 1264.

191) 大判 79.3.27. 79 다 19.

192) 臺灣 “最高法院”의 判例에 의하면 特別決議事項을 普通決議나 또는 假決議로 하거나 또는 出席株主가 法定人員에 未達한 경우에도 決議方法에 瑕疵가 있는 것으로 判示하고 있다. 臺灣 “最高法院” 民國 63년 臺上字 제965호 판결. 그러나 學說은 이러한 경우에는 決議 不存在의 訴를 제기할 수 있다고 한다(柯芳枝, 前掲 公司法論, 274面; 林國全, “訴請撤銷股東會程序瑕疵之決議”, 「月旦法學雜誌」 第79期, 2001.9, 21面).

(3) 決議內容이 定款을 위반한 경우

株主總會의 決議內容이 定款에 위반한 경우로는 定款 소정의 理事의 數를 초과하여 理事選任決議를 한 때, 定款 소정의 理事·監事の 資格條件을 위반하여 理事·監事の 選任決議를 한 때 등이다.

나. 決議無效確認의 訴의 原因

決議無效의 原因이 되는 事由는 決議內容이 法令에 위반한 경우로¹⁹³⁾(商法 제380조) 決議의 內容이 株主平等의 原則을 위반한 때, 株主의 固有權을 침해한 때, 株主有限責任의 原則에 反하여 出資義務를 지우는 決議를 한 때, 配當可能利益이 없는데도 하는 利益配當決議 등의 경우이다.

다. 決議不存在確認의 訴의 原因

決議不存在確認의 訴는 總會의 召集節次 또는 決議方法에 總會決議가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 重大한 瑕疵를 原因으로 하는 것으로서(商法 제380조), 그 事由에는 非決議와 表見決議 두 가지가 있다.

非決議는 株主總會의 決議가 事實상 존재하지 않은 경우로, 예컨대, 株主總會를 개최한 사실이 없거나 株主總會가 決議를 한 사실이 없는데도 株主總會의 決議가 있었던 것으로 登記되어 있거나 議事錄에 虛僞의 記載가 있는 때 등이다.

表見決議는 株主總會와 決議라고 볼만한 것이 존재하나 그 成立過程에 重大한 瑕疵가 있어 法律上 株主總會의 決議가 존재한다고 評價할 수 없는 경우로서, 예컨대, 召集權限 없는 者가 理事會의 決議에 기하지 않고 株主總會를 召集한 때,¹⁹⁴⁾ 株主總會의 召集이 없는 데도 株主들이 모여 決議를 한 때,¹⁹⁵⁾ 召集通知의 漏落이 현저한 때,¹⁹⁶⁾ 대부분 非株主들이 모여 決議를 한 때¹⁹⁷⁾ 등

193) 원래는 決議의 內容이 定款에 위반하는 경우도 決議의 無效로 하였으나, 1995년 改正商法에서 이를 決議取消의 訴의 事由로 하였다(孫珠瓚, 前掲書, 748面).

194) 大判 1973.6.29. 72 다 2611.

195) 大判 1960.9.8. 4292 民上 766.

196) 大判 1978.11.14. 78 다 1268.

197) 大判 1968.1.31. 67 다 2011.

이다.

라. 不當決議 取消·變更의 訴의 原因

不當決議 取消·變更의 訴는 特別利害關係人이 株主總會에서 그 議決權을 行使할 수 없었던 경우에 그 決議가 현저하게 不當한 때를 원인으로 하는 것으로(商法 제381조 제1항) 특별한 利害關係를 가진 株主가 決議에 빠진 틈을 이용하여 反對派가 不當한 決議를 성립시키는 것을 規制하기 위한 制度이다.¹⁹⁸⁾

3. 訴의 性質

株主總會決議 取消의 訴는 無效의 決議에 대하여 그 확인을 目的으로 하는 것이 아니고, 一응 有效의 決議를 判決에 의하여 無效로 하는 것이기 때문에 形成의 訴이고, 不當決議取消 또는 變更의 訴도 決議取消의 訴의 일종이기 때문에 形成의 訴에 속한다. 그러나 商法은 決議無效確認의 訴와 決議不存在確認의 訴에 있어서는 그 無效나 不存在를 주장할 수 있는 者, 期間 및 方法에 관하여는 특별한 規定을 두고 있지 않기 때문에 學說이 대립하고 있다.¹⁹⁹⁾

가. 確認訴訟說

株主總會의 決議의 내용이 法令에 위반하거나 總會의 召集節次 또는 決議方法에 總會의 決議가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 瑕疵가 있는 경우 그 決議는 당연히 無效이므로 누구든지 언제든지 또 반드시 訴가 아닌 어떠한 방법에 의해서도 주장을 할 수 있는 것으로 確認의 訴의 일종이라고 한다.²⁰⁰⁾

198) 鄭東潤, “株主總會決議의 效力을 다루는 訴訟”, 「고시계」 제10호(통권476호), 1996, 86面; 特別關係人이 不當決議의 取消 외에 變更의 訴를 제기할 수 있도록 한 것은 不當利益取消의 判決 후에 다시 그 取消된 不當決議와 동일한 내용의 不當決議를 하는 것을 防止하기 위해서이다(姜渭斗, 前揭書, 474面).

199) 大法院의 判例는 決議無效確認의 訴의 성질을 確認의 訴로 보고 있다(大判 1965.9.28. 65다 940; 大判 1962.5.17. 4294 민상 1114).

200) 韓國에서 多數說이다(孫珠瓚, 前揭書, 748面; 鄭燦亨, 前揭書, 788面).

나. 形成訴訟說

株主總會의 決議의 無效를 訴에 의하지 않고 누구든지 함부로 주장한다면 株式會社라는 단체의 法律關係를 획일적 처리 및 去來의 安定性에 反하고, 또 判決에 對世의 效力(商法 제380조)을 인정함이 無意味하기 때문에 반드시 訴에 의해 주장하는 形成의 訴라고 보는 것이다.²⁰¹⁾

私見으로, 商法 제380조에서 株主總會決議無效 또는 決議不存在確認에 관하여 株主總會決議取消의 경우(商法 제376조)와는 달리 無效를 주장할 수 있는 者, 期間, 方法을 制限하지 않은 것은 株主總會決議의 내용이 法令을 위반하고 또 株主總會의 瑕疵가 株主總會의 決議가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 重大한 경우에는 時間이 경과하여도 立證에 문제가 없고, 이러한 주장을 오로지 訴로서만 주장할 수 있게 한다면 決議의 無效를 理由로 하는 請求, 예컨대, 違法配當金の 返還請求(商法 제462조 제2항), 理事 또는 監事 등에 대한 損害賠償請求(商法 제399조, 제401조, 제414조, 제415조)를 함에 있어서 財務諸表承認決議의 判決이 있어야 한다면 二重의 복잡한 節次를 강요하는 결과가 되어 決議의 無效를 전제로 하는 請求權의 行使를 制限하는 불합리한 결과가 초래된다. 그러므로 決議無效確認의 訴와 決議不存在確認의 訴의 경우 누구든지 언제든지 어떠한 방법으로도 株主總會決議 無效나 不存在를 주장할 수 있고, 다만, 다툼이 있을 때에는 訴訟으로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.²⁰²⁾

4. 判決의 效力

原告가 勝訴하여 株主總會決議取消, 決議無效確認의 訴, 決議不存在確認의 訴, 不當決議取消 및 變更의 訴 등의 判決이 확정된 경우에 그 判決은 訴訟當事者에 대하여서 뿐만 아니라 제3자에게도 미치는 것으로서 對世의인 效力이

201) 鄭東潤, 前掲書, 373面; 李哲松, 前掲 會社法講義, 490面.

202) 崔基元, 前掲書, 864面; 姜渭斗, 前掲書, 470面 참조. 臺灣會社法 제191조는 “株主總會의 내용이 法令이나 定款에 위반된 경우에는 無效이다”라고 規定하여, 株主總會 決議 내용이 違法한 경우에는 어떠한 者의 주장이나 法院의 判決이 있기 前에도 당연히 無效한 것으로서, 訴의 성질을 역시 確認의 訴로 파악하고 있다(柯芳枝, 前掲 公司法論(上), 279面).

발생한다(商法 제376조 제2항, 제190조, 제380조, 제381조 제2항). 이는 會社에 관한 法律關係를 획일적으로 처리하기 위한 조치이다.

原告가 敗訴한 경우에는 그 判決의 效力은 一般原則에 따라 當事者 사이에만 미치고, 제3자에게는 영향이 없다(民事訴訟法 제218조 제1항). 原告에게 惡意 또는 중과실이 있는 경우에는 會社에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(商法 376조 제2항, 제191조, 제380조).

상기의 株主總會의 瑕疵의 訴에 관하여 요약하면 아래의 표와 같다.

<표 4> 각 訴의 比較

事項 種類	取消訴訟	無效確認訴訟	不存在確認訴訟	不當決意取消·變 更의 訴
訴의 原因	節次瑕疵(소집절차, 결의방법이 법령이나 정관에 위반 혹은 불공정) 또는 決議內容의 定款違反	內容瑕疵(결의 내용이 법령, 사회질서, 주식회사본질에 위반)	節次瑕疵(취소 원인이 지나쳐 결의가 존재한다고 볼 수 없을 때)	內容瑕疵(특별한 이해관계있는 주를 배제하고 한 결의의 내용이 현저히 부당)
訴의 性質	形成의 訴	形成訴訟說 確認訴訟說	形成訴訟說 確認訴訟說	形成의 訴
提訴權者	株主·理事·監事	訴益이 있는 者	訴益이 있는 者	特別利害關係가 있는 株主
提訴期間	決議日로부터 2월	無	無	決議日로부터 2월
法院의 裁 量棄却	可能	不可能	不可能	不可能
既判力의 範圍	對世的 效力	對世的 效力	對世的 效力	對世的 效力
遡及效	遡及	遡及	遡及	遡及

제 3 절 理事 등 任員들에 대한 牽制策

I. 違法行爲留止請求權

1. 意義

違法行爲留止請求權이란 監事 또는 少數株主가 일정한 要件하에 會社를 위해 理事에 대하여 法令 또는 定款에 위반한 행위를 中止할 것을 請求할 수 있는 權利이다. 이는 株主의 代表訴訟制度和 더불어 株主의 地位強化의 일환으로 英美法上의 留止命令(injunction)을 참고로 引用한 制度이다.²⁰³⁾ 理事가 法令 또는 定款에 위반하는 행위를 하려고 하는 경우에 이를 中止시킬 權利를 가지는 것은 본래 會社 자신이어야 할 것이나, 會社가 이를 怠慢히 할 때 株主가 會社를 대신하여 會社機關의 地位에서 會社를 위해 行使는 것이기 때문에 共益權에 속한다.

이러한 理事의 違法行爲에 대한 留止請求權은 株式會社의 清算人(商法 제542조 제2항)과 有限會社의 理事·清算人(商法 제567조, 제613조 제2항)에게도 準用된다.

2. 立法例

英美法에서는 理事의 違法行爲留止를 청구할 수 있는 者를 株主에 限定하고 있고 單獨株主權으로 하고 있다. 이는 韓國商法上 留止請求權者를 少數株主나 監事(監查委員會)로 하는 것과는 다르다.

日本商法 제272조에서는 理事가 會社經營目的 이외의 행위나 法令 또는 定款에 위반하는 행위를 하여 會社에 回復할 수 없는 손해를 줄 念慮가 있을 경우, 6개월 이상 株式을 보유한 株主는 그 행위의 中止를 청구할 수 있다고 規定하여 역시 違法行爲留止請求權을 單獨株主權으로 하고 있고 있다.²⁰⁴⁾

臺灣에서는 日本商法을 모방하여 會社法 제194조에 理事의 違法行爲留止請

203) 裴炳日·朴仁鉉, 前揭論文, 10面. 英美法에서는 被告의 행위를 방지하는 경우 原告에게 回復할 수 없는 損害가 발생할 우려가 있는 경우에 限하여 法院은 原告의 請求에 의해 被告에게 일정한 행위를 禁止할 것을 命令하는 制度인데, 訴를 통해서만 인정되며, 原告의 權利救濟를 위해 일반적으로 인정되는 制度는 아니다. 그러나 會社法분야에서는 주로 理事가 會社의 利益에 反하는 행위를 할 때 株主가 이를 留止시키기 위해, 그리고 業務執行이 다른 理事 등에 의하여 妨害받을 때 이를 除去하기 위해 이용된다(전삼현, 前揭書, 179面 각주 224 참조).

204) 鄭燦亨, 前揭書, 874面.

求權制度를 인정하였다. 즉 理事會의 決議가 法令이나 定款에 위반될 경우에 계속하여 1년 이상 株式을 保有한 株主는 理事會에 그 행위를 留止할 것을 請求할 수 있다. 違法行爲留止請求權者를 1년 이상 株式을 保有한 者로 하여 單獨株主權으로 하고 있다. 그리고 2001년 會社法 개정 전에는 會社의 登記된 業務範圍 外의 행위를 할 경우에도 留止請求權의 대상으로 하였으나, 會社法 改正時 同 規定을 삭제하였다.²⁰⁵⁾

3. 留止請求權의 當事者

理事의 違法行爲에 대하여 留止請求를 할 수 있는 者는 監事 또는 發行株式總數의 100분의 1이상에 해당하는 株式을 가진 少數株主이다. 留止請求權者를 一般株主로 하지 않고, 少數株主로 制限한 것은 留止請求의 濫用의 弊端을 방지하기 위한 것이다. 少數株主의 持株數計算에 있어서는 議決權없는 株式도 포함한다.²⁰⁶⁾

株券上場法人이나 協會登錄法人에 있어서는 6월 전부터 發行株式總數의 1만분의 50(단, 최근사업연도말의 資本金이 1천억원 이상인 法人에 있어서는 1만분의 25)이상에 해당하는 株式을 가진 少數株主도 理事違法行爲 留止請求를 할 수 있다(證券去來法 제191조의13 제2항). 이러한 少數株主가 提訴하여 勝訴한 경우에는 會社에 대하여 訴訟費用 기타 訴訟으로 인한 모든 費用의 지급을 請求할 수 있다(證券去來法 191조의13 제5항).

韓國 商法 제402조에는 少數株主의 持株期間에 대하여 아무런 制限을 두고 있지 아니하므로 法 解釋論的으로는 留止請求 당시에 持株要件만 갖추면 行使가 가능하다고 할 수 있다. 그러나 留止請求權이 惡用될 우려도 있기 때문에 留止請求權을 行使하기 위해서는 일정기간 株式을 保有하고 있었을 것을 要件으로 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

商法은 종래 株主의 留止請求가 활용되지 못했던 점에 비추어 理事의 職務執行에 대한 監査權을 가지고, 또 會社의 業務·財産狀態의 調査權을 가지는 監事가 理事의 違法行爲에 대하여 留止請求權을 가지는 것이 합리적이고 監事의 權利를 強化할 수 있다고 하여 少數株主 外에 監事(監査委員會)에게도 理

205) 柯芳枝, 前掲 公司法論(下), 331面.

206) 鄭燦亨, 前掲書, 875面. 同旨: 姜渭斗, 前掲書, 584面, 李哲松, 前掲書, 633面.

事の 違法行爲에 대한 留止請求權을 인정하였다.²⁰⁷⁾

이때 留止請求의 相對方은 法令·定款에 위반한 행위를 하려는 理事이다.

4. 留止請求權行使의 要件

가. 理事의 法令·定款 違反行爲

理事의 행위가 法令·定款의 구체적인 規定에 違反되는 경우뿐만 아니라, 理事의 善管注意義務와 같이 일반적인 規定에 違反되는 행위도 포함된다. 그리고 理事의 違法行爲에 故意나 過失이 있어야 留止請求를 할 수 있는가가 문제된다. 理事의 會社에 대한 책임의 要件에서 故意나 過失의 與否는 각 사안별로 判斷할 문제이다.²⁰⁸⁾ 예컨대 理事가 理事會의 承認없이 自己去來를 한 경우(商法 제398조)의 책임은 無過失責任이고, 理事가 競業禁止義務에 위반한 경우(商法 제397조)나 理事가 自己株式取得·質取의 制限에 위반하여 自己株式을 取得·質取한 경우 책임은 過失責任²⁰⁹⁾이다. 그러나 法令 또는 定款에 위반되지 않는 한 任務懈怠가 있더라도 留止請求의 원인이 될 수 없다.²¹⁰⁾

그리고 理事의 法令이나 定款에 위반한 행위가 不法行爲이거나 法律行爲, 또는 準法律行爲, 事實行爲인 경우에도 留止請求의 對象이 될 수 있다. 그러나 對象이 된 행위가 有效한 法律行爲일 경우 그 法律行爲의 效力을 沮止하기 위해 留止請求를 할 필요가 있지만, 無效인 경우에는 留止請求를 하는 것이 無意味하므로 留止請求를 否認하는 것이 바람직하다.²¹¹⁾

原因行爲와 履行行爲가 分離되어 있을 경우에 原因行爲 뿐만 아니라 履行

207) 李哲松, 前掲書, 631面 각주 1) 참조.

208) 理事의 會社에 대한 책임에 대하여 無過失責任說(崔基元, 前掲書, 950面), 果實責任說(정희철, 商法學原論(上), 博英社, 1989, 492面; 鄭東潤, 前掲書, 448面), 折衷說(명백히 過失을 전제로 하는 商法 제397조 제1항 외에는 無過失責任이라는 견해(孫珠瓚, 前掲書, 805面)등이 있다. 學說에 따라 留止請求權을 行使할 수 있는 要件도 다르게 풀이하게 된다.

209) 姜渭斗, 前掲書, 563面.

210) 그리고 또 無效인 경우에도 留止請求의 對象이 된다는 견해도 있다(李哲松, 前掲 會社法講義, 632面).

211) 孫珠瓚, 前掲書, 820面 참조.

行爲에 대하여도 留止請求를 請求할 수 있는가에 대하여 肯定說²¹²⁾이 있으나, 有效한 행위인 경우에는 善意의 제3자를 保護하는 趣旨에서 原因行爲가 일단 行해진 後에는 履行行爲에 대하여는 留止請求를 할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.²¹³⁾

나. 回復할 수 없는 損害의 發生念慮

株主의 留止請求權의 對象이 되는 것은 理事의 法令 또는 定款에 위반하는 행위로 인하여 會社에 回復할 수 없는 손해가 생길 念慮가 있는 경우에 限한다. 손해가 절대적으로 回復할 수 없는 것과 같은 경우가 아니더라도 費用이나 節次의 面에서 回復이 현저하게 어려운 경우에도 回復할 수 없는 손해가 발생할 念慮가 있다고 보아 留止請求權을 行使할 수 있다.²¹⁴⁾

株主의 留止請求의 要件으로서 會社에 回復할 수 없는 손해가 발생할 念慮가 있어야 한다고 制限한 것은 그 權利의 濫用을 방지하려는 趣旨이다.²¹⁵⁾

5. 留止請求의 方法

留止請求는 반드시 訴에 의할 필요는 없으며 違法行爲를 하는 理事에 대하여 그 행위를 中止할 것을 裁判外의 방법으로 請求할 수도 있다. 그러나 裁判外에서 違法行爲의 留止請求를 하였는데도 理事가 그 違法行爲를 中止하지 아니하는 때에는 會社를 위하여 그 理事를 被告로 하여 違法行爲留止請求의 訴

212) 李哲松, 前掲書, 632面.

213) 孫珠瓚, 前掲書, 819面.

214) 李泰魯·李哲松, 前掲 會社法講義, 1998, 708面. 그러나 이에 대하여 이것이 留止請求權 制度 본래의 趣旨에 反하고, 특히 改正商法에서 持株要件을 낮춘 점을 감안할 때, 留止請求가 濫發될 가능성이 커졌기 때문에 回復할 수 없는 손해를 해석함에 있어서 사실상 불가능한 것만을 留止請求의 대상으로 하고 回復이 곤란한 경우에는 代表訴訟이나 기타의 방법으로 責任을 追窮하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(전삼현, 前掲書, 184面).

215) 그러나 監事는 會社의 監督機關으로서 會社에 회복할 수 없는 손해가 발생할 경우인지의 與否를 묻지 않고 代表理事의 法令 또는 定款에 위반하는 행위를 留止할 수 있다.

를 제기할 수 있고 또 이를 本案訴訟으로 하는 違法行爲留止의 假處分을 신청할 수 있다(民事執行法 제300조 제2항).

株主는 먼저 會社에 대하여 理事의 행위를 中止시킬 것을 請求할 필요없이 직접 理事에 대하여 違法行爲를 中止시킬 수도 있다. 訴에 의하여 留止請求權을 行使할 경우 그 留止의 訴는 會社를 위한 것이므로 裁判의 效力은 당연히 會社에 미친다(民事訴訟法 제218조 제3항).

6. 留止請求의 效果

가. 留止하지 않은 경우의 效果

株主가 理事의 행위에 대하여 留止請求를 하면 理事는 그 행위의 留止與否에 대하여 善良한 管理者의 注意로써 행위의 中止與否를 결정하여야 한다.

理事가 違法行爲의 留止를 받고도 이를 無視하고 그 違法行爲를 行한 경우에는 그 理事는 會社 또는 제3자에 대하여 任務懈怠로 인한 損害賠償責任을 진다(商法 제399조, 제401조). 그러나 이러한 책임은 法令 또는 定款에 위반한 행위로 발생하는 것이지 留止請求 자체의 效果는 아니다.²¹⁶⁾

그리고 理事가 株主의 留止請求를 無視하고 職務를 執行한 경우에 해당 행위에 대한 司法的 效果가 문제되는데, 그 效果는 新株發行이나 社債發行과 같은 단체법적 행위는 留止請求의 사실을 알았든 몰랐던 有效하고, 賣買나 貸與와 같은 個人法的 去來行爲는 상대방이 留止請求의 사실을 안 경우 會社는 無效를 주장할 수 있다.²¹⁷⁾

나. 留止한 경우의 效果

理事가 株主의 留止請求를 받고 당해 행위를 留止하였을 경우, 만약 留止請求가 正當하였다면 理事나 株主 모두에게 아무런 문제가 없을 것이나, 만약 株主의 留止請求가 不當하였음에도 불구하고 理事가 注意義務를 懈怠하여 會社나 제3자에 대하여 손해가 발생하게 하였다면 역시 善管注意義務 위반에 따

216) 李哲松, 前掲 會社法講義, 634面.

217) 上柳克郎·竹內昭夫·鴻常夫, 新版 注釋會社法(5), 有斐閣, 1986, 430面.

른 損害賠償責任을 져야 할 것이다(商法 제399조, 제401조). 1998년 改正商法에서는 業務執行關與者에게 책임을 부과하는 規定을 신설하여 理事가 아니면 背後에서 理事에게 影響力을 行使한 者에 대하여 理事로 보는 條項을 신설하여 支配株主의 부당한 간섭에 대하여는 法的 規定을 두고 있다. 그러나 少數株主가 不當하게 留止請求權을 行使하여 會社에 손해를 입힌 것에 대하여 商法에 직접적인 規定을 두고 있지 아니하여 立法論的인 해결방법도 생각해 볼 수 있으나,²¹⁸⁾ 商法 제191조의 規定을 類推適用하여서라도 무난히 해결할 수 있을 것으로 보인다.

그러나 少數株主의 不當한 留止請求에 대하여 理事가 經營專門家의 立場에서 違法이나 定款에 違反되지 아니한다고 判斷된다면 그 행위를 留止하지 아니할 것이다. 물론 留止請求權을 惡用하여 會社의 정상적인 營業을 방해하고 會社에 대해 손해를 발생시킨 少數株主에 대해서 損害賠償責任을 물어야 함은 당연하다.

II. 株主의 代表訴訟

1. 意義

株主의 代表訴訟이란 株主가 會社를 위하여 理事의 會社에 대한 責任을 追窮하는 訴訟을 말한다. 이러한 제도는 株主에게 會社의 기관적 地位를 인정하여 會社와 株主의 權利를 保護하게 하기 위한 점에서는 留止請求權과 같은 趣旨이나, 다만 留止請求權은 事前的인 防止策인데 비하여 代表訴訟은 事後的인 救濟方法이라는 점에서 차이가 있다.

株主代表訴訟의 活性化는 企業經營의 健全性을 확보하고 代理費用의 節減,²¹⁹⁾ 會社의 損害回復과 理事의 違法行爲抑制, 企業의 사회적 責任確保 등 긍정적 측면이 있는 동시에 一部 株主가 會社 내지 다른 株主의 利益과는 관

218) 전삼현, 前掲書, 190面.

219) 代理人 費用이란 經營者를 株主의 代理人 關係로 파악하고, 株主가 經營者를 監視·監督하는데 필요한 費用을 말한다(梁東錫, “株主代表訴訟”, 「考試研究」, 2001년 제4호(통권325호), 70面).

계가 없는 자기의 개인적 이익을 위하여, 또는 代表訴訟을 매개로 하여 會社나 被告理事로부터 不當한 이익을 얻고자 代表訴訟을 제기할 경우에는 그 부작용도 크다.²²⁰⁾ 株主代表訴訟은 이러한 두 課題를 적절히 해결하여야 하는 難題도 안고 있다.²²¹⁾

韓國商法上 代表訴訟에 관한 規定(商法 제404조 내지 제406조)은 發起人·監事·清算人·不公正한 가액의 新株引受人·會社로부터 利益供與를 받은 者 등에 대하여 準用된다.

2. 立法例

株主代表訴訟은 英美 衡平法上의 派生訴訟(derivative suit)에서 유래한 것으로, 1843년 英國의 FOSS V.Harbottle사건²²²⁾에서 확립된 派生訴訟에 대한 두 가지 原則은 첫째, 會社內部的 紛爭에 대하여 會社 자체적으로 해결할 수 있다면 法院은 통상적으로 당해 紛爭에 介入하지 아니한다는 것, 둘째, 會社와 株主의 法人格은 별개의 것이기 때문에 會社에 대하여 발생한 손해에 대하여 訴訟을 제기할 수 있는 者는 會社이지 株主가 아니라는 것이다. 이 判例는 資本多數決의 原則을 인정하여 大株主의 意志를 例外없이 會社의 意志로 인정하여 少數株主가 會社利益을 위해 訴訟을 제기할 수 있는 점을 부인하여 少數株主의 實體法上의 權利를 박탈하였기 때문에 많은 批判이 제기되었고, 이에 대한 修正으로 1881년 美國의 “公平規則94”(Equity Rule 94)가 判例法으로 확정

220) 代表訴訟의 限界 및 問題點으로서는 첫째, 理事의 義務違反이 되는 特定行爲를 명확히 할 수 없는 경우 예컨대 經營者가 장기간에 걸쳐 經營을 怠慢히 하는 경우에는 有效하게 작동할 수 없다는 限界가 있다. 둘째, 代表訴訟이 활발해지면 經營者는 責任追窮의 恐怖 때문에 利益이 豫想되어도 위험이 큰 사업은 삼가게 되어 經營을 萎縮시킨다(梁東錫, 前掲 “株主代表訴訟”, 69-70面).

221) 김대연, “代表訴訟에서의 擔保提供命令制度”, 「상사법연구」 제21권 제2호(통권34호), 한국상사법학회, 2002, 392面.

222) 동 사안은 被告會社의 두 理事가 자기 소유의 토지를 높은 가격으로 會社에 賣却하자 少數株主는 會社에 두 理事에 대한 損害賠償請求訴訟을 제기할 것을 請求하였다. 그러나 두 理事가 會社의 大多數 株式를 가지고 있었기 때문에 株主總會에서 당해 토지 매입권이 가결되었고, 少數株主가 이에 不服하여 제소한 사건인데, 擔當判事는 토지매입권이 株主總會에서 가결되었다면 會社에 대하여 발생한 손해에 대하여 會社만이 原告適格을 가지고, 少數株主는 提訴할 수 없다고 判示한 判例이다.

되었다. “公平規則”의 요지는 少數株主는 代表訴訟을 제기하기 전에 먼저 會社의 모든 株主에게 會社로 하여금 不法行爲者에 대한 訴訟을 제기할 하게 할 것을 請求하여야 하고, 그 請求가 받아들여지지 아니할 경우 少數株主는 다시 理事會에 제소할 것을 請求하여야 한다. 만약 理事會가 法院에 訴訟을 제기하기를 거절하거나 또는 이를 懈怠할 경우에, 少數株主는 會社를 대표하여 不法行爲者에 대한 訴訟을 제기할 수 있다.²²³⁾

美國模範會社法(Model Business Corporation Act)의 7.40조에서는 派生訴訟의 節次와 要件에 대한 規定을 두고 있고, 美國聯邦民事訴訟規則(Federal Rule of Civil Procedure) 23.1條에서는 聯邦法院에 제출할 派生訴訟에 대한 規定을 두고 있다. 위의 두 法에서는 派生訴訟中の 原告의 資格, 訴訟提起 전의 節次, 訴訟의 中止, 訴訟擔保, 訴訟費用 및 訴訟中の 和解와 訴의 取下 등에 대하여 상세한 規定을 두고 있다.

日本은 1950년 商法 개정시 美國의 派生訴訟制度를 繼受하여 少數株主의 代表訴訟制度를 도입하였다.²²⁴⁾ 日本 商法 제267조에 의하면 연속 6개월 이상 株式을 保有한 株主는 理事에 대한 責任을 追窮할 訴訟을 제기할 것을 書面으로 會社에 請求할 수 있고, 만약 會社가 前項의 請求가 있음에도 불구하고 30일 내에 訴訟을 제기하지 아니할 경우, 당해 株主는 會社를 대신하여 訴訟을 제기할 수 있다. 日本 商法上の 代表訴訟은 單獨株主權으로서, 1993년 商法 개정시 代表訴訟을 더욱 活性化시키기 위해 訴訟費用은 非財産請求權의 訴訟費用으로 徵收하기로 改正하였다.²²⁵⁾ 日本商法上の 代表訴訟에 관련된 條文으로는 商法 제267조 외에 제268조(管轄, 訴訟參加, 訴訟告知), 제268조의2(辯護士報酬의 請求, 損害賠償責任), 제268조의3(再審의 訴), 제280조 제1항(監査人에 대한 準用), 제196조(發起人에 대한 準用), 제294조의 제2항(會社로부터 利益을 받은 株主에 대한 訴訟의 準用), 제280조의11(不公正한 가격으로 株式을 買受한 者에 대한 訴訟의 準用) 등에 관한 規定을 두고 있다.

223) 張民安, “派生訴訟研究”, 「法制與社會發展」, 1998年 第6期, 17面.

224) 近藤光男, “株主代表訴訟と少數株主權”, 「商事法務」 No.1440(1996.11.25), 2面.

225) 개정 전에 있어서도 代表訴訟에 관하여는 現행 民事訴訟費用등에 관한 法律이 準用된다는 說이 多數說이었고 實務에 있어서도 訴訟價額을 95萬円으로 하는 것으로 풀이되었기 때문에 이번 개정은 종래의 多數說을 法律로 명확히 한데 지나지 않고, 실질적인 變更은 없다고 한다(小山敬次郎, “代表訴訟の改正と濫用防止への提言”, 「商事法務」 No.1360(1994.7.5), 2面).

臺灣은 1966년 會社法 改正時 美國, 日本의 株主代表訴訟에 관한 입법을 繼受하였는데, 臺灣도 역시 代表訴訟이라고 하고 있다. 臺灣會社法 제214조에 의하면 發行株式總數의 3%이상을 所持한 株主는 會社에 손해를 입힌 理事에 대한 損害賠償訴訟을 제기할 것을 書面으로 監事에게 請求할 수 있다. 監查人이 前項의 請求가 있는 날로부터 30일 내에 提訴하지 아니할 경우, 株主는 會社를 대신하여 訴訟을 제기할 수 있고, 法院은 被告의 申請에 의하여 提訴한 原告株主에게 擔保提供을 명할 수 있다. 敗訴로 會社에 손해를 입힌 경우 訴訟을 제기한 株主는 會社에 대하여 損害賠償責任을 부담하여야 한다. 株主代表訴訟의 근거가 되는 사실이 現저하게 虛構인 것임이 最終判決結果로 확정될 경우 訴訟을 제기한 株主는 被告인 理事에게 訴訟으로 하여 입은 손해를 배상하여야 하고, 반대로 株主代表訴訟의 근거로 되는 사실이 眞實임이 最終判決로 확정될 경우, 被告인 理事는 訴訟을 제기한 株主가 訴訟으로 입은 손해를 배상하여야 한다(제215조). 2001년 개정 전의 臺灣會社法에서는 代表訴訟을 제기할 수 있는 株主의 持株比率(發行株式總數의 5%)과 持株期間(계속하여 1년 이상 株式를 保有할 것)에 대하여 엄격한 制限을 하고 있고, 勝訴하여 株主가 얻을 수 있는 利益과 敗訴하여 부담할 위험의 차이가 顯著하여 현실적으로 활용되지 못하였다.²²⁶⁾ 그러나 그 후 會社法 改正時 持株期間에 대한 要件을 삭제하고, 持株比率도 5%에서 3%로 下向調整하여 株主代表訴訟의 活性化를 꾀하고 있다.

3. 代表訴訟의 性質

理事의 會社에 대한 책임은 본래 會社가 追窮해야 하나 會社가 그 責任의 追窮을 懈怠할 경우 株主에게 會社를 위해 代表訴訟을 제기할 수 있는 權利를 부여하였다. 이러한 訴訟은 실질적으로는 少數株主가 會社의 대표기관적 地位

226) 王,俊 前揭論文, 30面. 株主代表訴訟은 原告株主가 개인적으로 費用을 부담해서 勝訴判決을 얻는다고 하더라도, 그로 인한 利益은 原告株主 개인이 아니라 會社에 歸屬하고 持分比率에 따라 利益의 一部分을 간접적으로 享有할 수 있을 뿐이다(윤영신, “株主代表訴訟의 변호사보수 등 訴訟關聯費用의 負擔”, 「상사법연구」 제20권 제1호(통권29호), 상사법학회, 2001, 196面).

에서 訴訟을 수행하나, 형식적으로는 少數株主가 他人인 會社의 利益을 위해 自己의 名義로 原告가 되어 訴訟을 수행하는 것이므로, 이른바 제3자의 訴訟擔當의 한 類型이다. 代表訴訟은 株主에게 기관적 地位를 인정하여 訴訟遂行權을 부여한 것이지만, 株主의 자격으로 訴訟을 수행할 수 있는 直接訴訟(Direct Suits)²²⁷⁾과는 차이가 있다.

가. 原告 資格의 취득과 訴權

直接訴訟中 株主는 단순히 株主의 신분으로 原告資格을 가질 수 있고, 節次法이나 實體法上的 訴權을 모두 가지고 있다. 따라서 原告는 訴訟前과 訴訟中에 언제든지 和解나 訴의 取下가 가능하다. 그러나 代表訴訟中の 原告는 株主의 資格과 地位 외에 會社機關의 地位를 대신하여 訴訟을 수행한다. 代表訴訟에 있어서 株主의 이러한 地位는 訴訟前의 일정한 節次, 예컨대 書面으로 理事의 책임을 追窮할 것을 會社에 請求하여 會社로부터 明示적으로 拒絕되거나 또는 默示적으로 會社가 당해 訴訟을 수행하지 아니하는 등의 과정을 거쳐야 原告의 資格을 갖게 된다. 그리고 代表訴訟中 原告의 訴權은 단지 節次法上的 訴權만을 가지고, 실질적인 訴權은 會社에 있다고 보아야 할 것이고, 原告 株主는 訴訟中에 訴의 取下, 和解나 請求의 포기를 할 수 없다는 것이 通說이다.

나. 訴訟의 目的과 判決의 效果

直接訴訟의 目的은 株主가 자신의 利益을 위해 提訴한 것이고, 만약 勝訴할 경우 취득한 利益은 株主에게 歸屬된다. 그러나 代表訴訟은 株主가 會社를 위해 提訴한 것이고, 勝訴할 경우의 利益은 會社에 속하게 된다.²²⁸⁾

227) 株主의 直接訴訟이란 株主의 自益權을 위해 會社나 제3자를 상대로 제기한 訴訟을 말하는데, 直接訴訟에는 單獨訴訟과 集團訴訟이 있다. 集團訴訟은 주로 代表人訴訟의 형식을 취하는데, 여러 株主의 權利가 침해를 받을 경우, 1名 혹은 數名の 株主가 전체 被害株主를 대표하여 行하는 訴訟으로서 集團訴訟에서 勝訴하면 被害株主는 不法行爲事實을 立證할 필요 없이 損害賠償을 請求할 수 있다(劉貴祥, “試論對公司少數股東的司法救濟”, 「法律適用」, 2002年 第7期, 587面).

228) 물론 株主는 會社에 歸屬된 利益중 持分率에 따라 利益을 얻겠지만, 이는 代表訴訟으

다. 適用範圍

直接訴訟은 통상적으로 會社나 會社의 內部人員(大株主, 理事, 監査, 기타 經營人)이 株主에게 손해를 입힌 경우에 限하고, 會社 外部로부터 발생한 손해에 대하여는 民事訴訟法에 의하여 損害賠償을 請求하게 된다. 그러나 代表訴訟은 그 適用範圍가 상당히 넓다. 따라서 會社의 機關이 會社에 손해를 입힌 者(內部人員이나 또는 會社에 손해를 입힌 會社와 관계없는 제3자)에 대하여 損害賠償의 訴訟을 懈怠할 경우 會社를 대신하여 모든 訴訟을 제기할 수 있다고 해야 할 것이다.²²⁹⁾²³⁰⁾

라. 訴訟中 會社의 地位

直接訴訟에 있어서 會社는 통상적으로 被告의 地位에 있다. 그러나 代表訴訟에 있어서 株主는 會社를 대표하여 理事나 제3자에 대한 訴訟을 제기한 것이기 때문에 大陸法系의 通說은 會社가 실질적인 原告이고 訴訟의 利益도 會社에 歸屬된다고 한다.²³¹⁾

로 인한 직접적인 效果는 아니고, 단지 反사적 效果에 지나지 아니한다. 따라서 前述한 바와 같이 代表訴訟에 있어서 原告가 勝訴하여 얻을 利益과 敗訴하여 부담할 위험은 현저한 차이가 있으며, 이것이 또한 株主代表訴訟의 實用性을 떨어지게 한다는 批判이 있다.

229) 韓國商法은 不公正價額에 의한 株式引受人의 會社에 대한 公正한 發行價額과의 差額支給責任(商法 제424조의2 제1항)과 供與利益의 會社에 대한 返還責任(商法 제467조의2 제3항)에 대하여도 株主의 代表訴訟을 인정하고 있다.

230) 美國도 會社가 理事에 대하여 물을 수 있는 責任뿐만 아니라, 제3자에 대한 請求權에 대하여도 代表訴訟이 인정되지만, 日本의 경우에는 會社에 대한 理事의 責任에 限하여 代表訴訟이 인정된다(近藤光男, 前掲 “代表訴訟”, 「民商法雜誌」, 1993.7(第108卷第4·5號), 538-539面). 臺灣은 代表訴訟에서 被告의 범위를 違法이나 不正行爲를 저지른 理事로 限定하고 있다(劉貴祥, 前掲論文, 595面).

231) 英國의 代表訴訟에 있어서 會社는 名義上의 被告이고, 理事나 大株主는 실질적인 被告이다(曾培芳·盛建明, “英國公司法中的派生訴訟初探”, 「南京理工大學學報」, 1999년 제3기) 美國의 代表訴訟에서 會社는 2重的인 地位에 있다. 會社가 자기의 名義로 발생한 손해에 대한 訴訟遂行을 拒絶하였기 때문에 名義上의 被告(a nominal party defendant)이고, 또한 勝訴 후 利益의 歸屬者이기 때문에 訴訟 중의 진정한 原告(the real party plaintiff)이다(崔之元, “美國29個州公司法變革的理論背景”, 「經濟研究」, 1996년 제4期).

4. 代表訴訟의 當事者

韓國商法上 代表訴訟은 發行株式總數의 100분의 1이상에 해당하는 株式을 가진 少數株主만이 제기할 수 있고(商法 제403조 제1항), 議決權없는 株式을 保有한 株主도 여기에 포함되며 訴를 제기한 株主의 保有株式이 提訴後 發行株式總數의 100분의 1미만으로 감소한 경우에도 提訴의 效力에 影響이 없다. 다만, 株式을 전혀 保有하지 아니한 경우에만 訴가 不適法한 것으로 된다(商法 제403조 5항).

株券上場法人이나 協會登錄法人의 경우에는 대통령령이 定하는 바에 의하여 6월 전부터 發行株式總數의 1만분의 1 이상에 해당하는 株式을 保有하는 때에도 代表訴訟을 제기할 수 있다(證券去來法 제191조의13 제1항). 株主代表訴訟의 被告는 責任追窮을 당하는 理事이다.

5. 訴訟節次

理事에게 違法이나 會社定款에 違反되는 不正行爲가 있을 경우 株主는 먼저 會社에 대하여 被告理事의 姓名, 訴提起의 趣旨, 理事의 책임발생의 原因인 事實 등을 記載하여 書面으로 訴訟提起를 請求하고, 그 請求가 있는 날로부터 30일 이내에 訴를 제기하지 않을 경우 비로소 株主가 스스로 原告가 되어 代表訴訟을 제기할 수 있다(商法 제403조 제3항).

原則적으로는 會社에 訴提起의 請求를 한 후 30일이 경과되어야 하나, 會社가 訴提起의 意思가 없음을 명백히 밝힌 경우나 30일의 경과로 인하여 會社에 回復할 수 없는 손해가 생길 念慮가 있는 경우, 예컨대, 理事의 財産隱匿, 理事의 無資力, 消滅時效의 완성, 理事責任의 解除 등의 事由가 있는 경우에는 바로 代表訴訟을 제기할 수 있다(商法 제403조 제4항).²³²⁾

232) 美國模範會社法에서는 “會社內 自體救濟原則”을 주장하여, 株主가 代表訴訟을 하기 전에 먼저 會社에 訴訟을 제기할 것을 請求할 수 있도록 하고 있는데, 다만 理事會의 敵對的인 태도로 原告株主의 請求가 無意味하게 될 경우, 制度의 效率性을 위해 직접 代表訴訟을 제기하도록 하고 있다(範得健, “自利益訴訟問題談中美保護少數股東權之法律制度”, 「臺港澳及海外法學」, 1991년 제9기). 日本商法 제267조의 規定은 韓國 商法 제403조의 規定과 類似하고, 臺灣에서는 株主가 먼저 會社의 監査人에게 理事에 대한 訴訟을 제기할 것을 請求하도록 하여 30일내에 監事가 當해 訴訟을 제기하지 아니할

가. 訴의 提起

株主가 違法行爲나 不當行爲를 한 理事에 대한 訴訟을 제기할 것을 會社에 請求하였으나, 會社가 여러 사정으로 理事에 대한 訴訟을 懈怠한 경우 原告株主는 會社를 대표하여 法院에 理事의 책임을 追窮할 代表訴訟을 제기할 수 있다(商法 제403조). 이러한 訴는 會社 本店所在地의 地方法院에 한다(商法 제403조 제5항).

少數株主가 代表訴訟을 제기한 경우에는 會社의 訴訟參加機會를 보장하기 위해 지체 없이 會社에 그 訴訟의 告知를 하여야 하고(商法 제404조 제2항), 會社는 그 訴訟에의 參加與否²³³⁾를 결정할 수 있으며(商法 제404조 제1항), 참가의 성질은 共同訴訟參加(民事訴訟法 제83조)라고 보는 것이 通說이다.²³⁴⁾

나. 擔保의 提供

少數株主가 訴를 제기한 경우에 被告인 理事는 株主가 惡意인 것을 소명하고 株主로 하여금 상당한 擔保를 제공할 것을 法院에 請求할 수 있다(商法 제403조 제7항, 제176조 제3항, 제4항). 擔保提供의 立法趣旨는 原告 株主가 부당한 訴訟을 제기하여 被告 理事에게 손해를 입힌 경우에 不法行爲로 인한 損害賠償請求權을 擔保하기 위한 것과 아울러 會社의 經營을 방해하는 등 代表訴訟이 濫用되는 것을 방지한다는 두 가지 目的이 있다.²³⁵⁾ 通常 代表訴訟의 濫用으로부터 理事 내지 會社를 保護할 수 있는 방안으로는 原告適格에 制限

경우 代表訴訟을 하도록 하고 있다(臺灣會社法 제214조).

233) 會社가 참가할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 株主의 訴訟參加도 인정된다고 본다. 그 理由로는 첫째, 會社를 위하여 제기된 株主의 代表訴訟에 관한 別訴를 제기할 수 없고, 둘째, 代表訴訟이 原告株主와 被告理事가 金品收受 등에 따라 共謀訴訟으로 되는 것을 防止할 수 있고, 셋째, 原告株主의 會社經營에 대한 情報의 부족으로 인한 소송수행상의 어려움을 會社의 직접적인 소송참가를 통해 해결할 수 있기 때문이다(崔完鎭, “株主의 代表訴訟에 관한 考察”, 「고시계」 제9호(통권523호), 2000, 34面).

234) 姜渭斗, 前掲書, 590面; 崔基元 前掲書, 976面. 英美法에서 會社는 必要的 訴訟當事者로서 名義上의 被告와 實質上의 原告가 되고, 日本商法에서 會社는 原告도 아니고 被告도 아니지만 株主와 함께 當事者로서 訴訟에 참가할 수 있다(周友蘇, 前掲書, 596面).

235) 김대연, 前掲 “代表訴訟에서의 擔保提供命令制度”, 381面.

을 두는 방법, 經營判斷의 原則을 適用하는 방법과 더불어 擔保命令提供에 관한 規定을 두는 방법 등이 있을 수 있다.²³⁶⁾

다. 和解와 認諾, 訴의 取下

代表訴訟은 原告 株主가 會社의 機關的 地位에서 제기하여 수행하는 것이므로 實體權歸屬主體인 會社와 訴訟遂行權者인 株主가 분리되어 있는 바, 通常 實體權의 분류되는 和解와 認諾 등이 訴訟遂行權者에 지나지 않는 原告 株主에게 行使할 수 있는지가 문제된다.²³⁷⁾ 그러나 前述한 바와 같이 原告少數 株主는 法院의 허가 없이는 任意로 訴의 取下, 請求의 拋棄, 認諾 和解를 할 수 없다(商法 제403조 제6항).

6. 判決의 效果

判決의 效力은 原告의 勝訴與否와는 상관없이 당연히 會社에 미치고, 判決의 반사적 효과로서 다른 株主는 重複해서 동일한 주장을 할 수 없게 된다.

原告인 少數株主가 勝訴한 경우, 敗訴한 被告 理事가 訴訟費用을 부담하여야 하고(民事訴訟法 제89조), 勝訴株主는 會社에 대하여 訴訟費用 및 기타 訴訟으로 인하여 지출한 費用中 상당한 금액의 지급을 請求할 수 있다(商法 제405조 제1항).²³⁸⁾ 이는 原告株主의 訴訟關聯 비용을 상환해 준다는 것으로서 단지 原告株主가 代表訴訟을 수행함으로써 손해를 보지 않도록 한다는 소극적

236) 日本에서는 擔保提供을 代表訴訟濫用의 하나의 제도적 장치로 活用하고 있다. 原告가 擔保를 제공하기까지 被告理事는 應訴를 拒否할 수 있고, 原告가 命令에 따라 擔保를 제공하지 아니할 경우에는 訴를 却下하게 된다(竹內昭夫, “株主代表訴訟の活用と濫用防止”, 「商事法務」 No.1329(1993.8.5), 36面). 그러나 被告인 理事가 本案 審理前에 原告의 代表訴訟이 權利濫用이라는 抗辯이나 또는 擔保提供申請을 통해 代表訴訟의 濫用을 방지하고자 하는 것도 權利濫用 및 原告의 惡意를 立證하기 어려워 實效성이 떨어진다고 한다(吉野正三郎, “株主代表訴訟における會社の訴訟參加”(上), 「商事法務」 No.1357(1994.6.15), 12面).

237) 高橋宏志, “株主代表訴訟と訴訟上の和解”, 「商事法務」 No.1368(1994.10.5), 74面.

238) 代表訴訟의 活性化를 위해 勝訴한 株主는 訴訟으로 인한 모든 費用을 會社에 請求할 수 있게 하는 것이 타당하다는 주장도 있다(이태중, “株主의 代表訴訟에 관한 研究”, 서울대학교박사학위논문, 1997년, 257面; 梁東錫, 前掲 “株主代表訴訟”, 78面).

인 차원의 것이다.²³⁹⁾ 株券上場法人과 協會登錄法人에 있어서 代表訴訟의 勝訴株主는 會社에 대하여 訴訟費用 기타 訴訟으로 인한 모든 비용의 지급을 請求할 수 있다(證券去來法 제191조의13 제5항). 會社가 勝訴株主에게 訴訟費用 기타 訴訟으로 인한 비용을 지급할 때에는 被告理事에 대하여 求償을 할 수 있다.

敗訴한 경우에는 原告株主가 訴訟費用을 부담하여야 하고, 原告가 敗訴한 경우에 惡意인 때에는 會社에 대하여 損害賠償責任을 진다(商法 제405조 제2항).

또한 敗訴株主는 勝訴 理事에 대하여 不法行爲로 인한 損害賠償責任을 지는 경우도 있을 것이다.²⁴⁰⁾

Ⅲ. 理事解任請求權

1. 意義

理事解任請求權이란 理事가 그 직무에 관하여 不正行爲 또는 法令이나 定款에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 株主總會에서 理事의 解任을 否決한 때에 少數株主는 株主總會의 決議가 있는 날부터 1월내에 法院에 그 理事의 解任을 請求할 수 있는 것을 말한다(商法 제385조 제2항).²⁴¹⁾

통상 理事는 大株主의 意思에 의해 選任되는 만큼 理事의 부정행위가 있더라도 大株主의 비호를 받아 解任決議가 否決되는 일이 있을 수 있으므로 少數株主가 主導하여 是正할 수 있는 기회를 준 것이라 볼 수 있다.²⁴²⁾ 理事解任

239) 美國에서는 代表訴訟에 대한 原告株主의 動機附與를 위해 原告에 대한 費用償還을 넘어서 辯護士의 독립적인 請求權을 인정하여 辯護士가 株主代表訴訟을 통하여 경제적 이익을 거둘 수 있도록 함으로써 株主代表訴訟의 活性化의 길을 택하였다(윤영신, 前揭論文, 224面).

240) 姜渭斗, 前掲書, 593面.

241) 보통의 경우 理事의 解任은 ①株主總會의 決議에 의한 경우, ②法院의 判決에 의한 경우, ③整理開始時의 法院의 非訟處분에 의한 경우, ④ 會社整理法에 의한 會社整理計劃의 認許에 의한 경우에 行해진다.

242) 李泰魯·李哲松, 前掲書, 495面.

請求權은 株主가 자기의 利益뿐만 아니라 會社의 利益을 위해 行使하는 共益權이라는 점과 理事解任의 判決이 확정되면 당연히 解任의 효과가 발생하는 形成의 訴라는 대해서는 學說이 일치한다.

商法上 監事解任請求權(商法 제415조)나 清算人解任請求權(商法 제542조)도 같은 趣旨로 規定되어 理事의 解任請求權에 관한 規定을 準用하고 있으나, 이하에서는 주로 理事解任請求權을 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 立法例

理事의 不正行爲나 法令, 定款에 違背되는 행위를 하였음에도 불구하고 大株主의 주도하에 理事가 여전히 會社의 機關으로 남아 있을 경우에는 會社 특히 少數株主의 利益을 침해할 수 있다.

美國은 1956년에 제정된 模範會社法約款에서 理事의 資格을 박탈할 수 있는 몇 가지 경우를 規定하였고, 1962년에는 이를 補完하였다. 현행 模範會社法 제8조에서는 理事의 解任節次를 強行規範으로 規定하고 있다. 同條의 規定에 의하면 理事의 解任案은 株主總會 出席 株主의 過半數로 통과하면 可決된다.

日本商法 제257조 제2항에서도 理事解任請求權에 관한 規定을 두고 있는데, 理事의 解任은 特別議決事項으로서 發行株式總數의 過半數 株主의 참석과 참석한 議決權 있는 株主의 3분의 2이상의 同意가 있어야 解任案을 통과할 수 있다. 同條 제3항의 規定에 의하면 理事解任請求權을 行使할 수 있는 株主는 6개월 전부터 계속하여 發行株式總數의 100분의 3이상을 保有한 株主로 하고 있다.

臺灣會社法 제200조의 規定에 의하면 理事가 業務를 집행함에 있어서 會社에 중대한 손해를 입히거나 또는 法令이나 定款에 위반되는 중대한 행위를 하였음에도 불구하고 株主總會에서 그 解任하는 決議를 하지 아니한 때에는 發行株式總數의 100분의 3이상을 所持한 株主는 株主總會 후의 30일 안에 法院에 解任을 請求하는 訴를 제기할 수 있다고 規定하고 있다.²⁴³⁾

243) 臺灣會社法에서는 理事解任請求權을 行使할 수 있는 株主의 資格을 원래는 “계속하여 1년이상 發行株式總數의 100분의 3이상”을 保有한 株主로 하였으나, 2001년 會社法 改正時에 株式의 保有期間에 대한 要件을 삭제하였다.

3. 理事解任의 訴의 要件

가. 不正行爲 또는 法令이나 定款違反

理事에 대한 解任請求의 訴를 제기하자면 理事에게 그 業務遂行에 관하여 不正行爲 또는 定款에 위반한 중대한 사실이 있어야 한다(商法 제385조 제2항).

理事의 不正行爲라 함은 理事가 그 義務에 違反하여 會社에 손해를 생기게 한 故意行爲, 예컨대, 會社財産의 私적인 소비라든가 競業避止義務 위반과 같은 행위도 여기에 포함된다고 본다. 職務執行에 관한 것이라 함은 職務執行 자체에 대한 것 뿐만 아니라 職務執行에 直·間接적으로 聯關되는 것도 포함된다. 예컨대, 株主總會의 同意를 얻지 않고 영업을 하는 行爲 또는 理事會의 承認을 얻지 않고 한 會社와의 自己去來 등이 여기에 속한다. 중대한 사실의 重大性은 구체적인 사안의 성격에 의하여 判定될 것이며, 過失이 있는 경우도 포함된다.²⁴⁴⁾

나. 株主總會에 의한 解任決議의 否決

株主總會에서 그 理事의 解任決議가 否決되었어야 하는데, 商法 제385조 제2항에서 理事의 解任을 否決한 때라고 定한 것은 解任議案을 否決하는 決議가 적극적으로 성립한 경우에 限하지 않고 解任決議를 하지 않은 모든 경우를 포함한다고 보아야 한다. 理事解任決議의 審議는 시작하였으나 決議에 定足數가 되는 株主가 출석하지 않았기 때문에 解任決議案이 성립하지 아니한 경우²⁴⁵⁾ 또는 그 議案이 상정되지 않고 審議가 되지 않음으로써 議案의 채택이 없었던 경우도 否決의 경우에 포함된다. 만약 이렇게 해석하지 않으면 多數決로서 議案을 議事日程에서 삭제함으로써 解任의 訴를 沮止할 수 있게 되어 少

244) 北澤正啓, 前掲書, 372面. 日本 下級審 判決에 의하면 會社의 設立 이래 2-3년간 한번도 株主總會를 召集하지 아니한 경우도 理事 不當行爲의 重大性을 인정하였다(東京地裁 昭和 28 12 28 判決 判例 クィムス 37号 80面).

245) 安岡鉉, “少數株主에 의한 理事解任의 訴의 目的과 被告適格”, 「강남대논문집」 제8권, 2000, 86面. 韓國은 1995년 12월의 商法改正으로 議事定足數는 없어 졌으나 定款으로 議事定足數를 定한 경우가 이에 해당한다고 한다.

數株主에 의한 理事解任을 인정한 商法の 規定이 사실상 無意味하게 될 수 있기 때문이다.²⁴⁶⁾

理事解任에 관한 判決이 확정되기 전에 법원은 理事選任에 관한 決議의 取消 또는 無效, 不存在確認의 訴가 제기된 경우와 같이 本案管轄의 法院은 當事者의 신청에 의하여 假處分으로써 理事의 職務執行을 停止할 수 있다. 또한 理事의 職務代行者를 選任할 수 있으며, 急迫한 사정이 있는 경우에는 本案訴訟의 제기 전이라도 이러한 假處分을 할 수 있을 것이다.

4. 理事解任 訴의 當事者

가. 原告適格

理事解任의 訴를 제기할 수 있는 原告는 商法の 規定에 의하면 發行株式總數의 100분의 3이상에 해당하는 株式을 가진 株主이고(商法 제385조 제2항), 證券去來法の 規定에 따르면 株券上場法人 또는 協會登錄法人의 경우, 理事解任請求權을 行使하기 위하여 株主는 發行株式總數의 1만분의 50(최근사업연도 말 資本金이 1천억원 이상인 法人의 경우에는 1만분의 25)을 保有하여야만 理事解任의 訴를 제기할 수 있다(證券去來法 제191조의13 제2항). 이러한 株式保有比率는 訴 提起時부터 판결확정시까지 계속하여 保有하여야 함을 의미하며, 株式의 讓渡 기타의 事由로 인하여 그 要件을 缺하게 된 경우에는 訴를 却下하여야 한다. 그러나 訴提起後 新株의 발행으로 인하여 少數株主가 상기 比率에 미달할 경우에는 그러하지 않다고 할 것이다.²⁴⁷⁾

議決權없는 株式을 保有한 株主가 理事解任의 訴를 제기할 수 있는가에 대하여 學說이 갈리고 있는데, 肯定說은 解任請求權은 이미 이루어진 決議의 是正을 目的으로 하는 株主의 權利이기 때문에 議決權의 有無를 따질 필요 없이 모든 少數株主에게 인정되는 權利라고 할 것이므로, 議決權 없는 株式을 제외할 理由가 없다고 주장하고,²⁴⁸⁾ 否定說은 理事解任의 訴가 株主總會에서 解任決議가 성립하지 아니한 경우에 그 決議의 修正을 求하는 것이기 때문에 議決

246) 孫珠瓚, 前揭書 768面 참조.

247) 北澤正啓, 前揭書, 372面.

248) 崔基元, 前揭書, 884-885面. 同旨: 孫珠瓚, 前揭書, 769面.

權없는 株式을 가진 株主는 株主總會에 출석하여 의견을 진술할 權利는 있지만 원칙적으로 議決權을 갖지 아니하므로 부정적으로 해석하여야 한다고 주장한다.²⁴⁹⁾

나. 被告適格

理事解任의 訴에 있어서 누구를 被告로 할 것인가에 대하여 學說의 대립이 있다.

(1) 理事被告說

理事解任의 訴는 會社가 理事를 解任하여야 할 것이나, 法院으로 하여금 會社를 대신하여 당해 理事의 地位를 박탈할 것을 請求하는 裁判이고, 그 效力을 직접 받는 것은 당해 理事이므로 이 訴의 被告는 理事라고 한다.²⁵⁰⁾

(2) 會社被告說

理事解任의 訴는 理事에 대하여 그 地位를 떠날 것을 請求하는 것이 아니고 會社에 대하여 그 地位를 解任하도록 請求하는 것이므로 會社가 被告로 되어야 한다고 한다.²⁵¹⁾

(3) 理事·會社共同被告說

理事解任의 訴는 理事와 會社間의 委任關係의 解消를 요구하는 訴이므로 委任關係의 當事者인 會社와 理事를 共同被告로 하여야 한다고 한다.²⁵²⁾

理事解任請求의 訴의 被告適格에 대하여 檢討함에 있어서 理事解任의 訴의 法的 性質과 理事解任의 訴를 인정하는 趣旨, 解任判決의 效力이 미치는 範圍 등을 함께 종합적으로 고려하여야 할 것이다.²⁵³⁾

우선 理事解任의 訴는 不正行爲 등을 한 不適格者를 理事의 地位에서 排除

249) 林泓根, 前掲書, 462面.

250) 姜渭斗, 前掲書, 493面.

251) 金容泰, 全訂 商法(上), 博英社, 1977, 378面; 李炳泰, 增訂 商法(上), 法元社, 1988, 630面.

252) 鄭燦亨, 前掲書, 804面; 崔基元, 前掲書, 885面.

253) 安罔鉉, 前掲論文, 91面.

하는 것과 그러한 理事의 解任을 否決한 株主總會決議를 是正하는 양자의 目的을 갖는다.²⁵⁴⁾ 전자의 측면에서 理事解任의 訴는 적어도 解任의 確定判決에 의하여 직접적으로 理事를 會社로부터 排除할 수 있어야 할 것이고, 그러기 위해서는 그 理事가 確定判決의 當事者(被告)가 되어야 할 것이다.

후자의 측면에서 理事解任의 訴의 二次的 目的인 理事의 解任을 否決한 株主總會의 決議의 是正이라는 점에서 볼 때 理事解任의 確定判決에 대하여 이를 否決하였던 株主總會의 부인을 차단할 필요가 있고, 이러한 점을 감안하면 會社도 理事解任 訴의 被告가 되어야 할 것이다.²⁵⁵⁾

따라서 理事解任請求의 訴에 있어서 固有必要的 共同訴訟으로 해석하여 會社와 理事를 共同的 被告로 하여야 함이 타당하고, 또한 外國의 裁判事例를 살펴볼 때 그렇게 이루어지고 있다.²⁵⁶⁾

IV. 社外理事制度

1. 社外理事의 意義와 效用

社外理事(Outsider Director)를 非常勤理事(Non-executive Director) 또는 獨立理事(Independent Director)²⁵⁷⁾이라고도 하는데, 전문적인 지식을 갖추고

254) 河內隆史, “取締役解任의 訴について”, 「法學新報」, 第96卷 3·4號, 115面.

255) 그러하지 아니하고 만약 會社만을 被告로 하면 判決의 效力이 理事에게 직접 미치는 것을 설명할 수 없고, 理事만을 被告로 한다면 判決의 效力이 會社에 미치는 근거를 설명할 수 없게 된다(田中誠二, 會社法詳論, 勁草書房, 1982, 545-546面).

256) 日本의 下級審 判決에서는 주로 共同被告說의 立場을 취하여 왔고, 最高裁判所도 平成 10 3 27 判決에서 共同被告說의 立場을 명백히 宣言하였다(安岡鉉, 前掲論文, 94面). 韓國의 경우 이점에 대하여 직접적으로 다룬 大法院 判例는 없으나, 下級審 判決 중에는 共同被告說의 立場을 취하여 會社만을 被告로 한 訴訟에 대하여 不適法을 이유로 却下한 사건이 있다(수원지방법원 평택지원 1999. 1. 15선고 97가합2308판결).

257) 獨立理事는 會社와의 독립성인 형식적인 要件을 갖추어야 할 뿐만 아니라, 실질적으로 기타 理事의 통제나 영향을 받지 않고 會社의 經營과 事務에 대하여 독립적인 判斷을 할 실질적인 要件을 갖출 것을 요한다. 따라서 社外理事보다는 獨立理事의 표현이 더욱 정확하다고 본다. 中國에서는 社外理事를 獨立理事(獨立董事)라 하고 있다. 그러나 韓國 有價證券上場規定에서 社外理事로 定義하기 때문에 本文에서도 社外理事라 하기로 한다.

經營實務를 담당하지 않으면서 業務執行機關으로부터 독립적인 地位에서 理事會의 構成員으로서 활동하는 理事라고 할 수 있다. 즉 社外理事는 常務에 종사하지 않은 任員이 아닌 理事이다(有價證券上場規定 제2조 제12항).

社外理事制度는 社內理事만으로 구성된 理事會로써는 代表理事 등 경영진이 기대할 수 없는 종래의 理事會 기능의 形骸化를 개선하기 위한 것이며²⁵⁸⁾ 최종적으로는 理事會制度를 活性化하여 會社의 건전한 經營을 도모하고 株主와 債權者들의 利益을 保護하자는 것이다.²⁵⁹⁾

그러나 대부분 공개회사에 있어서 社外理事選任은 理事會나 指名委員會에 의하여 提案되고 실질적으로 會社의 經營者들은 理事 指名에 관하여 影響力을 갖는다. 社外理事는 會社監督에 있어서 公開적이고 批判적으로 參與하려고 하지 않는 경향이 있으며,²⁶⁰⁾ 會社 경영진의 政策이나 결정에 대하여 적극적으로 도전하기보다는 수동적으로 승낙하기 쉬운 경우가 많다.²⁶¹⁾

따라서 社外理事의 選任方法을 개선하여 社外理事의 資格을 強化함으로써 經營者 및 大株主가 자의적으로 社外理事를 選任하는 현상을 방지하여야 할 것이다. 그리고 社外理事에게 일정한 株式을 소유하게 하는 등의 방법을 통하여 會社의 經營에 적극적으로 參與할 수 있는 방안을 마련할 필요성이 제기된다.²⁶²⁾

2. 立法例

美國은 1930년대부터 公開會社에 대하여 “非職員理事”制度를 설립할 것을 勸告하였고, 1940년 제정된 投資會社法에서 최소한 40%이상의 社外理事가 있

258) 崔完鎭, “社外理事制度”, 「고시연구」 제5호(통권314호), 2000, 16面.

259) 崔基元, 前掲書, 873面.

260) 美國에서는 社外理事가 얻는 報酬와 會社의 經營實績과 相關關係가 없기 때문에, 會社 經營者 監督에 대한 原動力이 부족하다는 批判이 있다. 즉 高度의 危險性이 있는 投資에 대하여 社外理事는 會社의 利益을 먼저 생각하기보다는 자신의 名譽가 損傷 받을 것을 우려하여 保守的인 결정을 할 가능성이 크고 또한 이러한 保守性은 會社로 하여금 수익의 機會를 상실하게 할 수 있다(布萊恩 R. 柴芬斯, 公司法:理論,結構和運作(林華偉等譯), 法律出版社, 2001, 112面).

261) 金與洙, “社外理事制度小論”, 企業構造의 再編과 商事法(박길준 교수 화갑기념 논문집), 1998, 571面.

262) 崔完鎭, 前掲 社外理事制度, 21~25面 참조.

어야 한다고 規定하였고 최근에 이르러는 社外理事가 50%이상을 점할 것을 요하고 있다. 美國의 證券去來委員會(SEC) 規則에 의하면 社外理事는 會社의 理事會·經營者와 “重要한 關係”가 없을 것을 요구하고 있다.²⁶³⁾

美國에서도 社外理事制度의 效用性を 둘러싸고 紛爭이 끊이지 않고 있다. 그러나 일반적으로 社外理事는 독립적이고 公正한 立場에서 經營者를 監督할 수 있고 經營者에 대한 監督을 통해 株主의 利益을 保護할 수 있다고 인정하고 있다.

英國은 1991년 런던 證券去來所에 “會社財務委員會”라는 專門委員會를 설립하였는데, 同 委員會에서는 1992년에 上場會社의 “良好行爲守則”(The code of Best Practice)을 發布하였다. 同 規則上 社外理事에 관한 내용을 살펴보면, 첫째, 理事長이 會社의 最高經營者(CEO)를 兼할 경우에 반드시 일정 數의 社外理事를 選任하도록 하고 있다. 둘째, 社外理事는 會社의 발전방향, 經營에 대하여 독립적인 判斷을 하여야 한다. 셋째, 理事會의 構成에 있어서 3명 이상의 社外理事를 두어야 한다.²⁶⁴⁾

3. 社外理事의 法的地位

社外理事는 社內理事와 같이 理事會의 構成員으로서 商法上 理事에게 인정되는 權限과 義務 및 責任을 부담한다. 그 權限으로서 理事會召集 및 參加權(商法 제390조), 각종의 訴에 대한 提起權(商法 제328조, 제376조 제1항, 제429조, 제529조), 會社設立時 檢査人 選任請求權(商法 제298조 제4항), 株主總會議事錄의 記名捺印(商法 제373조 제2항) 등이 있다. 그러나 통상적인 理事의 業務에 속하는 事項은 社外理事의 職務範圍 이외의 것이라고 할 수 있다.²⁶⁵⁾

義務로는 一般義務인 善管注意義務(商法 제382조 제2항), 忠實義務(商法 제382조의3)가 있고, 個別義務인 競業避止業務(商法 제397조), 自己去來 禁止義務(商法 제398조), 損害危險報告義務(商法 제412조의2) 등이 있다.

또한 責任으로는 會社에 대한 責任(商法 제399조), 제3자에 대한 責任(商法 제401조), 代表訴訟(商法 제403조)등의 책임에 관한 規定이 適用된다.

263) 費方域, “董事和董事會的結構”, 「上海經濟研究」, 1996年 11月, 38面.

264) 周友蘇, 前揭書, 547面.

265) 鄭東潤, 前揭書, 396面.

4. 社外理事의 資格과 人數

商法에서는 社外理事의 資格要件에 대하여 消極的인 要件과 積極的인 要件을 동시에 규정하고 있다. 첫째, 消極要件으로는 ①會社의 業務를 담당하는 理事 및 被傭者 또는 選任된 날부터 2년 이내에 業務를 담당한 理事 및 被傭者 이었던 者, ②最大株主가 自然人인 경우 本人·配偶者 및 直系尊·卑屬, ③理事의 配偶者 및 直系尊·卑屬, ④會社의 母會社 또는 子會社의 理事·監事 및 被傭者, ⑤會社와 去來關係등 중요한 利害關係에 있는 法人의 理事·監事 및 被傭者, ⑥會社의 理事 및 被傭者가 理事로 있는 다른 會社의 理事·監事 및 被傭者 등에 해당하지 않아야 한다. 둘째, 社外理事가 될 者는 社內理事와는 달리 資格을 制限하는 외에도 專門知識이나 經驗이 풍부할 것을 요구하고 있다.

株券非上場法人의 경우에는 社外理事의 選任이 強制되지 않으나 定款으로 監査委員會를 選任하는 경우에는 그 委員의 3분의 2이상은 社外理事로 구성되어야 한다(商法 제415조의2 제2항).

上場法人인 경우, 1997년의 「公企業의 經營構造改善 및 民營化에 관한 法律」 제5조 제2항에서 同法상 公企業은 理事中 過半數를 社外理事로 두어야 하며, 그 社外理事는 전체 理事의 과반수이상이어야 한다고 規定하였다. 그리고 2000년 改正 證券去來法에서는 株券上場法人은 理事 중 4분의 1 이상을 社外理事로 임명하여야 하고(證券去來法 제191조의16 제1항), 동 시행령에서 定하는 株券上場法人의 경우에는 社外理事를 3인 이상 두어야 하되, 理事總數의 2분의 1이상이 되어야 한다고 規定하고 있다²⁶⁶)(同法 제54조의5 제1항, 제191조의16 제1항). 또한 동 시행령으로 定하는 一定規模 이상의 株券上場法人, 一定規模 이상의 證券會社 등은 社外理事의 候補를 推薦하기 위하여 社外理事推薦委員會를 설치하여야 하며, 社外理事가 당해 委員會의 2분의 1이상을 차지하여야 한다(同法 제191조의16 제3항, 제54조의5 제2항).

5. 社外理事의 選任과 解任

266) OECD의 1999년 統計資料에 의하면 社外理事가 理事會에서 占하는 比率은 美國이 62%, 英國은 34%, 프랑스는 29%라고 한다(<http://www.hrclub.com.cn/data/html/2003-7-25>).

社外理事도 理事이므로 그 選任과 解任節次는 보통의 理事와 동일하다. 즉 株主總會에서 普通決議에 의하여 選任한다(商法 제368조의2). 그러나 大規模證券會社 및 大規模上場會社의 경우에는 理事會內的 社外理事候補推薦委員會에서 推薦한 者 가운데서 選任하여야 한다(同法 제54조의5 제3항).

V. 外部監査制度

1. 意義

株式會社의 外部監査에 관한 法律²⁶⁷⁾에 의하면 資産總額이 일정한 基準額 이상인 株式會社는 독립된 外部의 監査人에 의한 會計監査를 받아야 한다. 同法은 大規模의 會社에 있어서는 株主·債權者·從業員·一般公衆 등 多數의 利害關係人이 존재하며 그 財務關係도 복잡하기 때문에 이러한 會社에 대하여 종래의 監事에 의한 監査 외에 독립된 會計專門家인 外部監査人의 監査를 받도록 하여 그 결과를 株主總會에 반영시킴으로써 會計處理의 적정을 도모하기 위하여 제정되었다.²⁶⁸⁾ 하지만 同法상 監査人은 중립적인 地位에 있기 때문에 株式會社의 機關이라고는 할 수 없다. 따라서 公認會計士에 의한 企業의 外部監査는 보다 엄격하고 精密해야 하는데, 公認會計士의 能力과 信賴가 매우 중요하다고 할 수 있다.²⁶⁹⁾

2. 立法例

267) 2000년 1월 12일 「株式會社의 外部監査에 관한 法律」을 말하는데, 이하에서는 “外監法”이라 略稱한다.

268) 최기원, 前揭書, 995面.

269) 韓國에서 會計監査制度가 法定된 것은 1963년 4월의 제1차 證券去來法の 改正에서 시작되었다. 그 啓機는 당시 株式會社形態로 運營되던 證券去來所의 株式을 一部 證券會社가 지나친 投機를 함으로써 야기된 이른바 證券波動이 사회적 문제가 되자 上場會社에 대한 政府의 監督을 強化하기 위한 것이었다. 그 후 1980년 株式會社의 外監法이 제정되면서 外部監査制度로 본격적으로 발전되었다(林重鎬, “株式會社 監査制度의 變遷過程”, 「상사법연구」 제20권 제2호(통권30호), 상사법학회, 2001, 181面 참조).

美國에서 資金의 供給者인 投資者 및 債權者와 需要者인 企業이 資本市場이라는 媒介手段을 통하여 利率과 資金供給額을 결정하였다. 따라서 資金의 供給者는 후자에 대한 위험성을 감소시키기 위하여 資金의 需要者에 대한 投資·貸出與否에 관하여 獨立性을 가지고 判斷해 줄 專門家를 필요로 하게 되었다. 企業의 經營者는 投資에 따른 위험성이 낮고 收益의 가능성이 높다는 점에 대한 公信用을 부여하기 위하여 전문적인 지식과 독립성이 있는 外部監査機關에 의해 企業의 財務狀態와 經營成果에 대한 평가를 받을 필요가 있었다. 이와 같이 美國과 같은 先進國의 外部監査制度는 資金의 供給者와 需要者間에 利害關係가 일치되어 外部監査가 일찍부터 自生的으로 胎動하였고, 그 후 關聯法令과 規定으로 인하여 더욱 強化되고 발전하게 되었다.²⁷⁰⁾

美國의 公開會社에 있어서 理事會는 통상적으로 社外理事로 구성된 監査委員會를 설립하여, 監査委員會가 會社에 독립적인 外部監査人을 推薦하며, 그 外部監査인과 공동으로 會社의 監査業務를 담당한다.²⁷¹⁾

會社의 財務 및 그 監督에 관한 規定은 대부분 證券法證, 券去來法 및 SEC規則에 規定을 두고 있으며, 模範會社法에서는 財務狀況의 監督에 관해 理事와 株主의 帳簿閱覽權, 株主에 대한 會社情報公示義務와 州의 主務機關에 대한 年度報告規定만을 規定하고 있다.

英國의 1989년 會社法에서는 外部監査人の 獨立性을 확보하기 위하여 監査對象會社와 僱傭關係에 있거나, 個人 또는 그와 관련된 者가 會社나 關聯企業間에 어떠한 관계가 있을 경우에 外部監査人으로 選任될 수 없도록 규정하고 있다(英國會社法 제27조 제2항). 外部監査인은 監督機關의 構成員이어야 하며, 동시에 同法 제31조 내지 제34조 등에서 요구하는 조건을 충족하여야 한다.

會社는 반드시 1人 또는 數人の 部監査人을 選任하여야 하며(同法 제27조 제1항), 監査人の 權限은 會社의 帳簿, 계좌, 증빙에 대하여 審査할 수 있고 필요할 경우에는 會社經營者에게 설명을 請求할 수 있다(同法 제389조(a)). 外部監査人の 報酬는 株主總會에서 결정하며(同法 제390조(a)), 解任된 경우에도 株主總會에 참석할 權限을 가진다(同法 제391조 제4항).

프랑스의 商事會社法에 의하면 會社의 發起人, 現物出資者나 特別利益이

270) 이호열, “外部監査制度에 대한 事前的 규제장치의 적정성 檢討”, 「경남대산업경영」 제24기, 1999, 328面.

271) 毛亞敏, 公司法比較研究, 中國法制出版社, 2001, 310面.

있는 者, 理事, 支配人 및 監査의 構成員과 상기의 者와 4촌 이내의 親族과 姻戚, 會社의 1/10의 資本을 保有한 會社의 理事나 監事 등은 外部監査人으로 될 수 없고(同法 제220조), 獨立性を 沮害하는 것을 방지하기 위하여 外部監査人은 그 職務에서 解任된 후의 5년 이내에 監査對象會社의 理事나 支配人이 될 수 없도록 制限하고 있다(同法 제221조). 外部監査人の 選任이 없는 決議나 또는 同法 제219조와 제220조에 위반되는 監査人을 選任하여 한 決議는 無效이고(同法 제222조), 外部監査人 年度會計報告書의 眞實성과 適法성을 보장하며, 財務에 대한 監督權限을 가질 뿐 經營에 關與할 權限은 없다(동법 제228조). 外部監査人の 任期는 6년이고(同法 제223조) 監査人에게 過失이 있는 경우에만 解任을 請求할 수 있다(同法 제227조).

3. 對象企業

外部監査를 받아야 하는 株式會社는 직전 事業年度末의 資産總額이 70억 원²⁷²⁾ 이상인 會社를 말한다. 그러나 政府投資機關管理基本法의 適用을 받는 株式會社와 同 施行令에서 定하는 株式會社는 제외된다(外監法 제2조).

4. 監査人の 資格과 選任

가. 監査人の 資格

株式會社의 外部監査에 관한 法律 제3조에서 規定하는 監査人の 資格은 會計法人 또는 監査班이다(公認會計士法 제12의 2, 제13). 會計法人은 5인 이상의 公認會計士인 理事를 두어야 하고, 資本金이 10억 이상이어야 한다. 또한 監査班은 韓國公認會計士會에 등록된 團體로서, 公認會計士 3인 이상으로 구성된다. 하지만 監事業務의 효율성을 고려하여 일정한 制限을 두고 있다.

272) 1988년 전에는 資本金 5억 또는 資産總額 30억 이상의 株式會社에게 適用하였으나, 1988년의 施行令改正에 의하여 資産總額의 30억 이상의 單一基準을 채택하여 一部 中小企業의 부담을 輕減하는 조치를 취하였다. 그리고 1990년에는 資産總額 40억 이상으로, 1993년에는 資産總額 60억 이상으로, 1998년부터는 70억 이상으로 調整하였다.

첫째, 효율성 측면에서 會計法人의 규모에 따른 制限으로 所屬公認會計士數가 100인 이상인 會計法人은 制限이 없으며, 50인 이내 100인 미만인 會計法人은 資産總額 5000억 미만, 所屬公認會計士數가 50인 미만인 會計法人은 3000억 미만, 合同會計事務所는 資産規模 1000억 미만, 個人會計士는 200억 미만의 會社에 대해서만 授任을 할 수 있도록 하였다.

둘째, 공정성 측면에서 監査의 對象인 會社와 利害關係가 있었거나 있었던 者는 監査人으로 될 수 없도록 하고 있으며(外監法 제3조), 會計法人 監査人은 동일한 理事로 하여금 會社의 연속하는 6개 사업연도에 대한 監査業務를 할 수 없도록 하고 있다(同法 제4조).

나. 監査人の 選任

外部監査의 對象會社는 매 사업연도 開始日부터 4월 이내에 監査를 選任해야 한다. 監査人은 監事 또는 대통령령이 定하는 監査人選委員會의 提請에 의하여 定期株主總會의 承認을 얻어 選任한다(外監法 제4조 제2항). 定期總會에서 監査人을 選任하는 경우에 本人과 그 特殊關係人の 所有株式 및 議決權의 委任을 받은 株式의 數가 發行株式總數의 100분의 3을 초과하는 때에는 그 초과하는 株式에 관하여 議決權을 行使하지 못한다(同法 제4조 제3항).

非上場法人인 會社가 직전 사업연도의 監査人을 다시 監査人으로 選任하고자 하는 경우에는 監査 또는 監査人選任委員會의 提請과 定期總會의 承認을 받지 않아도 무방하다(同法 제4조 제6항).

證券先物委員會는 會社의 要請이 있는 경우에는 당해 會社의 監査人을 指名할 수 있고, 會社가 監査人을 選任하지 않거나 監査人을 부당하게 교체하는 등의 경우에는 3개 사업연도의 범위 내에서 證券先物委員會가 指名하는 者를 監査人으로 變更하거나 選定을 요구할 수 있다(同法 제4조의3 제1항).

1981년에 제정된 株式會社의 外部監査에 관한 法律에서는 일정한 범위의 制限이 있기는 하지만 監査人の 선임에 있어서 自由授任方式의 監査制度를 채택하였다.²⁷³⁾ 그러나 同法에서는 外部監査人이 監査할 수 있는 監査對象會社의 資産規模를 制限하였고, 年間 監査할 수 있는 會社의 數 역시 制限하였기

273) 1981년 전에는 政府나 證券去來委員會가 監査對象會社에 대하여 外部監査人을 指定하는 配定方式을 채택하였다.

때문에 그 본질은 配定方式인 割當主義와 競爭主義인 自由授任方式을 결합시킨 制限的인 自由授任方式이라 할 수 있다. 즉 配定方式의 監査授任制度는 본질적으로 外部監査들 간의 過多競爭을 방지함으로써 外部監査人의 獨立性을 확보하고 있으나, 外部監査人의 專門性을 도외시함으로써 監査業務의 質的인 발전을 유도하지 못하고 公認會計士 資格이 일정한 수입이 보장되는 특권으로서 인식되어 가는 바람직하지 못한 현상을 초래하게 되었다.²⁷⁴⁾ 따라서 外部監査들의 研究와 教育訓練의 動機가 없어 外部監査人들의 質的 下向을 초래할 수 있다. 그러나 自由授任方式은 監査業務의 受任競爭을 誘發시켜 外部監査人들의 獨立性을 沮害하는 중요한 요인이 되었고 監査結果의 信賴度에 영향을 미치는 것으로 나타났다.²⁷⁵⁾

1998년 2월에 개정된 株式會社의 外部監査에 관한 法律에서는 監査人推薦委員會制度를 도입하였다. 이 制度는 自由授任制度에서 大株主나 經營者에 의하여 일방적으로 公認會計士가 選任되어 獨立性이 低下되는 것을 방지하고 外部監査人의 選任에 公正성과 客觀性을 확보하기 위하여 法律에 따라 監査委員會를 구성하도록 義務化하였다(同法 施行令 제3조의2). 그리고 1999년 7월에 同法 施行規則을 改正하여 外部監査人이 年間監査 할 수 있는 會社의 數에 대한 制限을 廢止함으로써 監査對象會社와 外部監査人間의 自律性과 自由競爭이 제고되도록 하였다.

현재 商法에서 監査人推薦委員會制度和 社外理事制度가 도입되었으며, 少數株主權의 強化에 관한 制度 및 資本市場과 관련된 여러 制度들이 대폭 改善되었다. 또한 會計情報를 생산하는 經營者에 대한 監督을 強化할 수 있는 監査委員會가 도입되어 완전한 自由授任方式制度를 도입할 여건이 조성되었다. 따라서 外部監査人의 규모에 따른 監査對象會社의 制限도 廢止하여 自由競爭을 유도하는 완전한 自由授任方式의 授任制度가 會計産業의 競爭力의 向上과 發展을 위해서는 필요하다고 생각한다.²⁷⁶⁾ 그러나 過度한 受任競爭을 방지하고 不實監査를 피면하기 위하여 事後的 監督裝置를 모색하고 監査人의 損害賠償

274) 김정국·장지인·조장연, “韓國 會計情報의 信賴性 提高方案”, 한국증권연구원, 1998, 4面.

275) 김연용, “監査人의 獨立성과 業務遂行能力이 監査結果의 信賴度에 미치는 영향에 관한 研究”, 「회계저널」 제4기, 1995, 83~98面 참조.

276) 이호열, 前揭論文, 278面 참조.

責任에 대한 規定을 強化할 필요가 있으며, 동일한 被害에도 불구하고 그 救濟方法이나 節次上의 문제로 인하여 救濟를 받지 못하고 少額株主들의 權利를 保護할 수 있는 근본적인 對策이 필요하다고 생각한다.

5. 監査人の 權限과 義務

가. 監査人の 權限

監査人は 기본적으로 會計監査權을 가진다. 또한 監査人は 그 職務의 遂行을 위하여 필요한 때에는 業務와 財産狀態를 調査할 수 있지만, 關係會社나 系列社의 業務와 財産狀態를 調査할 때에는 證券先物去來委員會의 承認을 얻어야 한다(外監法 제6조 제1항).

이외에 監査人の 언제든지 會社·關係會社 및 系列社의 會計에 관한 帳簿·書類의 閱覽·謄寫를 요구할 수 있으며(同法 제6조 제1항), 連結財務諸表 또는 結合財務諸表를 監査하는 監査人は 그 職務遂行을 위하여 필요한 때에는 會社·關係會社·系列會社의 監査人에 대하여 監査關聯資料提出要求權이 있다(同法 제6조 제2항).

나. 監査人の 義務

(1) 株主總會 參席·意見陳述·答辯義務

監査人 또는 그 所屬의 公認會計士는 株主總會의 요구가 있는 경우에는 株主總會에 출석하여 意見を 陳述하거나 株主의 質問에 答辯을 하여야 한다(同法 제11조).

(2) 監査報告書の 提出義務

監査人は 監査報告書を 작성하여 당해 會社에 定期總會 1주일 전, 證券先物委員會와 公認會計士會는 定期總會 종료 후 2주내에 각각 제출하여야 한다(外監法 제8조 제1항, 同法施行令 제7조 제1항). 다만 連結財務諸表에 대한 監査報告書는 사업연도 종료 후 6개월 내에 당해 會社·證券先物委員會·公認會計士會에 각각 제출하여야 한다(同法 施行令 제7조).

(3) 不正行爲 등의 報告義務

監査人이 그 職務遂行에서 理事의 不正行爲 또는 法令·定款에 위반되는 重大한 事實을 발견한 경우에 이를 監事 또는 監査委員會에 통보하고, 株主總會에 報告하여야 한다(同法 제10조 제1항).

또한 監査人은 會社の 會計處理基準을 위반한 事實을 발견한 경우에는 이를 監事 또는 監査委員會에 통보하여야 한다(同法 제10조 제2항).

(4) 秘密嚴守義務

監査人과 그에 소속된 公認會計士, 기타 監事나 理事業務와 관련하여 이들을 補助하는 者は 그 직무상 알게 된 秘密을 漏泄해서는 아니 된다(同法 제9조).

6. 監査人の 損害賠償責任

가. 監査人이 그 任務를 懈怠하여 會社에 손해가 생긴 경우에는 會社에 대하여 損害賠償責任을 진다. 이 경우에 監査人이 監査班인 경우에는 당해 監査에 참여한 公認會計士가 連帶하여 損害賠償責任을 진다(同法 제17조 제1항).

나. 監査人이 監査報告書에 중요한 事項을 記載하지 않았거나 중요한 事項에 관하여 虛偽의 記載를 하여 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해가 생긴 경우에는 제3자에 대하여 損害賠償責任을 진다(同法 제17조 제2항). 다만 連結財務諸表 또는 結合財務諸表의 監査報告書에 중요한 事項을 記載하지 않았거나 중요한 事項에 관한 虛偽記載의 책임이 從屬會社·關係會社 또는 系列會社の 監査人에게 있는 경우에는 그 監査人이 제3자에 대하여 損害賠償責任을 진다(同法 제17조 제2항).

다. 監査人이 會社 또는 제3자에 대하여 損害賠償責任을 지는 경우에 理事 또는 監事도 그 책임이 있는 때에는 그 監査人·理事 및 監事は 連帶하여 損害賠償責任을 진다(同法 제17조 제4항).

라. 監査人은 損害賠償責任을 보장하기 위하여 損害賠償共同基金을 적립하거나 保險에 가입하는 등의 필요한 조치를 하여야 하고(同法 제17조 제6항), 특히 會計法人은 公認會計士會에 損害賠償共同基金을 적립하여야 한다(同法 제17조의2 제1항, 同法施行令 17조의3 제1항).

마. 監査人の 會社 또는 제3자에 대한 損害賠償責任은 請求權者가 당해 사실을 안 날부터 1년 내에 또는 監査報告書を 제출한 날부터 3년 내에 請求權을 行使하지 않으면 消滅된다(同法 제17조 제6항). 다만 이 기간은 監査人の 選任시 契約으로 延長할 수 있는데, 이 期間은 消滅時效期間이다.

韓國에서 外部監査人으로서 公認會計士가 職務遂行과 관련하여 違法的 行위를 하거나 他人에게 손해를 가한 경우에 一定的 刑事上, 民事上 制裁나 損害賠償責任을 규정하고 있었지만 1991년까지만 해도 投資者들이 外部監査人을 상대로 하여 책임을 묻는 인식자체가 일반적으로 받아들여지지 않았다. 하지만 1992년 株式投資者들이 (주)홍양의 決算報告書を 不實監査한 경원合同會計事務所를 상대로 損害賠償請求訴訟을 계기로 점차 늘어나고 있는 추세이다.²⁷⁷⁾

제 4 절 會社의 組織變更과 少數株主保護

I. 會社의 合併과 分割

1. 會社의 合併

會社의 合併이란 法定 節次에 의한 會社間의 행위로서 當事者인 會社의 一部 또는 전부가 解散하고, 그 재산이 포괄적으로 存續會社 또는 新設會社에 移轉함과 동시에 그 社員이 存續會社 또는 新設會社의 社員이 되는 효과를 가

277) 본 소송사건에서 損害賠償을 請求한 投資者들이 勝訴하였다. 그러나 判決書에서는 分析된 財務諸表 등을 信賴하고 이를 判斷資料로 삼아 株式을 사게 됐는지 與否를 投資者가 스스로 立證해야 하는 責任認定條件을 制限하였다. 그러나 1997년 個人投資者가 (주)한국강관의 會計監査를 맡았던 청운회계법인을 상대로 낸 損害賠償請求訴訟 上告審에서는 不實監査自體가 곧바로 投資者들에게 被害를 줄 수 있음을 처음으로 인정하였으며, 1999년 金融會社가 J생명보험사의 外部監査를 맡은 公認會計士 4명을 상대로 한 損害賠償請求訴訟에서는 貸出金에까지 公認會計士의 損害賠償責任을 인정하였다.

지고 오는 것을 말한다. 즉 합병이란 두 개 이상의 會社가 法定된 節次에 따라 單一會社가 되는 것이라고 할 수 있다. 會社合併의 경우는 會社의 경제적 繼續性을 위하여 解散會社는 清算을 필요로 하지 않는다.

商法은 吸收合併과 新設合併 두 가지를 인정하고 있는데, 吸收合併은 合併當事者중 하나의 會社는 존속하고, 다른 하나가 解散하여 그 解散會社를 흡수하는 것을 말하고, 新設合併은 合併當事者 모두가 解散하고 그와 동시에 설립하는 新設會社에 모두 承繼·收容되는 것을 말한다.²⁷⁸⁾

吸收合併은 優劣會社間의 合併이고 新設合併은 對等會社間의 合併이라는 일반의 인식에서 보면, 從屬員의 詐欺 등을 고려할 때에 新設合併이 많이 이용될 것으로 생각되나, 실제로는 吸收合併이 대부분이고 新設合併의 경우는 그리 많지 않다.²⁷⁹⁾

合併의 節次로서는 合併契約의 체결, 株主總會의 合併決議, 債權者保護節次, 기타의 節次를 거쳐 合併登記를 함으로써 效力이 발생한다.

會社合併은 그 種類와 目的을 불문하고 자유롭게 合併할 수 있는데, 실제에 있어서는 株式會社 相互間 또는 株式會社와 有限會社間에서 이루어지는 것이 보통이다. 外國會社와 內國會社 사이에 營業讓渡는 가능하나, 合併은 인정되지 않는다.

2. 會社의 分割

會社의 分割이라 함은 1個의 會社가 2個 이상으로 分割되어 1個 또는 數個의 會社가 성립하거나 또는 數個의 存立中의 會社와 合併함으로써, 分割로 인하여 설립되거나 分割 後 존속하는 會社는 分割되는 會社의 權利와 義務 및 株主(사원)를 承繼하고, 分割로 인하여 消滅하는 會社는 清算節次를 거치지 아니하고 消滅하는 것을 말한다. 이러한 의미에서의 會社의 分割은 合併의 反對概念으로 理解되고 있다.²⁸⁰⁾ 會社의 分割은 狹義의 會社分割과 廣義의 會社分

278) 獨逸株式法, 스위스債務法, 프랑스商事法 등 外國法에서도 이 두 가지 방법을 널리 인정하고 있으며 美國의 대부분 州에서도 이를 인정하고 있다.

279) 金與洙, “會社合併에 있어서의 株主保護”, 「한남대학논문집」 제18권, 1988, 186面.

280) 會社의 分割과 會社의 合併의 공통점으로는 ①分割의 재산이 新設되는 혹은 既存의 會社에 부분적으로 承繼하고, ②分割會社가 消滅하는 때에는 清算節次없이 消滅하며 ㉔ 社員(株主)總會의 承認決議가 필수적 要件이고, ③ 分割會社의 부분적 資産의 包

割로 구분할 수 있다. 狹義의 會社分割은 會社의 재산과 株主의 一部를 分離하여 다른 會社를 설립하거나 다른 會社에 出資하는 것이고, 廣義의 會社分割은 會社分割 規定에 의하지 않고 營業讓渡, 現物出資, 財産引受, 事後設立 또는 會社整理法上的 整理計劃에 의한 營業讓渡 등에 의하여 會社의 재산을 賣渡하거나 投資하는 것이다.²⁸¹⁾

또한 會社의 分割은 單純分割과 分割合併, 人的分割과 物的分割, 完全分割과 不完全分割, 吸收分割과 新設分割合併 등으로 구분할 수 있다.

이러한 會社分割의 節次로는 ①分割計劃書 및 分割合併契約書 작성, ②分割 및 分割合併의 株主總會承認決議, ③分割計劃書 및 分割貸借對照表 등의 公示, ④ 株主의 保護節次 (⑤分割 및 分割合併登記 등의 節次를 거쳐 그 效力이 발생한다.

株式會社는 原則적으로 자유롭게 分割할 수 있으나(商法 제530조의2 제1항, 제2항, 제3항, 제530조의12), 清算中の 會社는 存立中の 會社를 신설하는 경우에만 會社分割 또는 分割合併할 수 있다(商法 제530조의2 제4항).

3. 會社合併 및 分割에 있어서의 少數株主保護의 必要性

企業結合의 궁극적인 형태인 會社合併의 경우에 會社의 解散, 法人格의 變更, 資産의 變動 등 會社의 基本組織에 변화를 초래하는 점에서 任員, 職員, 去來處, 債權者, 株主(사원) 등 관계인들에게 직접적인 영향을 주게 되며, 그 중에서도 少數株主(사원)들이 받는 영향이 큰 것은 당연하다고 할 것이다. 특히, 人的會社와는 달리, 物的會社 특히 株式會社에 있어서 合併이 株主에게 미치는 영향은 심각하다.

株式會社制度는 株主平等의 原則과 株主總會에서의 多數決原理에 의하여 維持되는 것이다. 이러한 점은 會社가 社團法人이기 때문에 社團의 意思는 社員에 의하여 형성되어야 하며, 企業의 所有와 經營의 分離라는 것도 資本의

括承繼의 대가로 원칙적으로 分割會社社員들에게 引受會社의 株式·社員權이 附與되고, ④社員權을 대가로 한 財産의 包括承繼, 즉 社員과 營業의 同一性 維持에 있다고 할 수 있을 것이다(李允榮, “會社의 分割”, 「고려법학논집」 제20집, 1982, 271面).

281) 韓國商法은 그 동안 會社分割制度를 인정하지 않고 있다가 IMF의 經濟危機로 인하여 企業構造調整이 시급하게 되자, 1998년의 改正商法에서 이를 도입하였다.

委任이 가져온 결과라고 볼 때 명백한 것이다.²⁸²⁾

그러나 오늘날 株式會社에 나타나는 현상으로 經營者支配, 大株主支配, 法人株主化 등이 지적되고, 會社의 意思決定도 資本多數나 數의少數인 이들에 의하여 이루어지고 株主總會는 形骸化되고 있다. 이것은 결국 資本民主主義라는 합리화 속에 零細株主들에 대한 支配權을 획득하고 그들의 利益을 침해할 가능성을 내포하고 있는 것이다. 現代社會에서 投資者의 大衆化, 株式의 大衆化 추세가 가속화되고 있으며, 近代公開會社에 있어서 內部構造의 變革은 理事會, 監事會의 無技能化를 초래하고 있다. 따라서 理事가 제시하는 合併條件이 不公正함에도 불구하고 合併內容이 그대로 진행되어 이로 인해 받는 株主의 재산적 利益의 손해는 補償되지 않기 때문에 少數株主에게는 매우 불리한 결과를 초래한다. 특히 親子會社間의 合併의 경우에 있어서 不公正한 合併에 의한 子會社의 株主에 대한 利益侵害는 그 전형적인 형태라고 할 수 있다.

會社合併時 株主保護를 위한 商法上의 規定을 보면 合併契約書 認定에 관한 株主總會의 決議, 理事 및 監事の 책임, 株主에 대한 合併情報의 公示, 合併反對株主의 株式買受請求權 등이 있다.

會社의 合併의 경우와 동일하게 會社의 分割의 경우에도 少數株主들의 利益保護問題는 외면할 수 없는 것이다.

會社의 分割에 있어서 株主의 利益을 고려한 制度로는 分割關聯書類의 閱覽 등이 있으며 分割合併의 경우에 會社의 合併에서와 동일하게 分割 反對株主의 株式買受請求權을 인정하고 있다(商法 제522조의3, 제522조의11 제2항).

會社의 合併과 分割에서 공통하게 規定하고 있는 反對株主의 株式買受請求權은 韓國에서 1982년에 證券去來法에서 처음으로 도입하였고, 1995년에 改正商法에서는 그 適用範圍를 株式會社로 확대하였다.

II. 株式買受請求權

1. 株式買受請求權의 意義 및 性質

282) 金與洙, 前揭論文, 189面.

株式買受請求權(Appraisal Right)이란 株主總會에서 合併, 營業讓渡 등 특정한 決議가 多數決에 의하여 성립한 경우에 그 決議에 반대하는 株主가 會社에 대하여 자기가 保有한 株式을 그 決議가 없었다라면 가질 수 있는 公正한 가격으로 買受할 것을 請求할 수 있는 權利를 말한다.

이 制度는 大株主에게 부당한 行爲를 자제하도록 하는 억제기능과 투자의 성격이 변경되는 것을 株主에게 投資還收의 機會를 부여함으로써 그들의 財産權을 保護해 주는 機能을 하게 된다.²⁸³⁾ 그러나 이 制度에 대하여 여러 가지 이유로 반대하는 주장이 있지만²⁸⁴⁾, 株式買受請求權의 妥當性 與否에 대한 論爭은 이미 많은 나라에서 이 制度를 繼受하여 立法論的으로 論爭을 不息시켰다.²⁸⁵⁾ 지금의 問題는 이 制度의 실시여부가 아니라, 어떻게 同 制度의 逆效果를 最小化하면서 少數株主保護의 긍정적 機能을 발휘하게 하는가에 있다.²⁸⁶⁾

株式買受請求權制度는 法律의 規定에 의하여 특별히 인정되는 制度이므로 定款에 의하여도 박탈할 수 없는 固有權으로 보아야 하고, 會社의 承諾을 기다리지 않고 株主의 일방적인 意思表示만으로 株式買受의 效力이 발생한다는 점에서 形成權으로 보아야 한다.²⁸⁷⁾

韓國은 1981년 證券去來法の 改正으로 上場法人에 限하여 適用하여 오다가

283) 梁明朝, “會社合併과 少數株主의 利益保護”, 「이대사회과학논집」 제5집, 1985, 38面; 王保樹·石少俠等(法苑精萃編委會), 前掲書, 239面.

284) 반대주장으로의 이유는 ①多數決의 原則에 모순이 되고 少數株主의 逐出危險을 안고 있으며, ②投資資本은 株式讓渡에 의하여 回收하면 충분하며, ③株價의 下落에 의한 손실은 株主自身이 부담할 것이라는 것과, ④이 制度가 株金의 實質上 還給을 인정하는 것이 되어 會社의 資本忠實原則을 침해할 念慮가 있고, ⑤買受價格을 公正하게 평가하기가 곤란하여 當事者間에 紛爭을 일으킬 念慮가 있으며, ⑥惡意의 株主가 이 權利를 濫用하기 위해 株式을 취득하는 弊害가 있다(Y. Manning, “The Shareholders Appraisal Remedy”, *An Essay For Frank Coker*, 72 *Yale L. J.*, 223, 1962, p. 234).

285) 美國이 發源地인 株式買受請求權制度는 현재 英國, 캐나다, 이탈리아, 獨逸, 스페인, 日本, 韓國, 臺灣 및 유럽연맹의 會社法에서 繼受하여 主流를 이루고 있다(蔣大興, 公司法의 展開與評判, 法律出版社, 2002, 765面).

286) 1985년 1월 1일부터 2001년 9월 5일까지의 合併 등 會社行爲와 株式買受請求權의 行使統計를 보면, 전체 459개사의 合併 등 行爲 중 당해 會社의 株主가 株式買受請求權을 行使하여 代金을 支給받은 경우는 264개 社에 해당하였다. 그러나 아직 株式買受請求權의 行使에 따른 價格決定節次로서 法院에 申請된 例는 없다고 한다(李成雄, “美國會社法上 株式買受請求權의 機能”, 「기업법연구」 제8집, 한국기업협회, 2001, 718面).

287) 姜渭斗, 前掲書, 359面; 崔基元, 前掲書, 806面.

1995년 商法改正으로 非上場法人에게도 適用되게 되었다.

2. 立法例

株式買受請求權制度는 1861년 美國 펜실베니아주에서 1858년의 라우만 사건에서 合併法의 合憲性을 기하기 위해서는 反對株主의 株式買受請求權이 인정되어야 한다는 州大法院의 判決을 받아들여 처음으로 法制化한 것인데,²⁸⁸⁾ 現在는 美國의 모든 州에서 例外없이 인정하고 있다. 다만, 發生要件인 會社行爲, 節次, 株價算定方式 등 세부적으로는 동일하지 아니한 실정이며²⁸⁹⁾ 美國의 模範會社法이 各州의 입법적 基準이 되고 있다. 美國에서는 合併時 社外株式으로 남아 있는 株式(§13.02 (a) (1)), 交換되는 消滅會社의 株式(§13.02 (a)(2)), 端株를 발생시키는 定款變更의 경우(§13.02 (a)(4))에만 株式買受請求權을 인정하도록 하였다. 無議決權株主에 대하여 株式買受請求權의 認定與否를 일률적으로 規定하지 않고, 合併·株式交換·會社의 중요한 계속적 사업이 남지 않게 되는 資産의 處分 등의 경우에 無議決權株主의 株式買受請求權을 인정되지 않고(§13.02 (a) (1)(i), (2), (3)), 그 외 子會社와 母會社의 合併, 端株를 발생시키는 株式合併을 위한 定款의 變更, 定款의 規定으로 정한 경우 등에만 이를 인정하고 있다(§13.02 (a) (1)(ii), (4), (5)). 따라서 美國에서는 원칙적으로 無議決權株主에 대해서는 株式買受請求權을 인정하지 않고 있다.²⁹⁰⁾

英國은 1948년 會社法 제209조, 제210조 및 제287조에서 多數株主의 不誠實하고 掠奪의인 會社行爲로 少數株主를 축출하는데 대하여 少數株主의 拒否權인 株式買受請求權을 인정하고 있다. 구체적으로 營業讓渡(제209조), 業務의 강압적 執行(제210조), 任意解散(제287조)에 반대한 株主 및 不贊成한 株主는 書面으로 會社에 대하여 株式의 買受를 請求할 수 있다고 규정하고 있다.

日本은 1950년에 株式買受請求權을 도입하여 反對株主의 株式買受請求權(제245조의2), 買受請求의 節次(제245조의3), 買受請求의 失效(제245조의4), 會

288) Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation : A Legal Analysis*, Aspen Law & Business, June 1977. p. 75; 金英鎬, “株式買受請求權制度”, 「고시계」 제2호 (통권444호), 1994, 28面 각주 2에서 재인용.

289) 權奇範, “合併反對株主의 株式買受請求權”, 「경제브리프스」 제371호, 1987, 117面.

290) 羅伯特 C. 克拉克, 公司法則, 胡平譯, 工商出版社, 1999, 359面.

社合併에 있어서 反對株主의 株式買受請求權(제408조의3) 등의 規定을 두고 있다. 日本商法에서 規定하고 있는 買受請求事由는 合併(제430의3), 定款變更(제349조), 會社分割(제374조의3), 株式交換 및 移轉(제355조 제1항, 제364조 제3항) 등이다. 株式買受請求權을 行使할 수 있는 株主에 관하여 명문의 規定을 두고 있지 않지만, 일반적으로 議決權을 行使할 수 있는 株主에게만 이를 인정하고 있다.²⁹¹⁾

臺灣會社法에서는 株式買受請求權에 대하여 제5장 “株式會社”의 제3절 株主總會에 관한 規定에서 3개 條文으로 少數株主의 株式買受請求權(제186조), 買受請求 株式의 價格(제187조), 買受請求의 失效(제188조)에 대한 規定을 두고 있고, 제11절 解散과 合併에 관한 내용에서도 會社 合併時 反對株主의 株式買受請求權에 관한 規定(제317조)을 두고 있다. 臺灣會社法에서는 特別決議할 事項 즉 營業全部의 借貸契約의 締結, 變更 또는 終了, 委任經營 혹은 他人과 共同經營할 契約, 營業이나 財産의 全部 또는 重要部分의 讓渡, 他人의 營業이나 財産의 全部 또는 重要部分의 讓受가 會社의 運營에 重大한 影響이 있는 경우(제185조)와 合併時(제317조)에 株式買受請求權을 行使할 수 있도록 하고 있다

3. 株式買受請求權의 成立要件

가. 買受請求權이 있는 株主

韓國商法上 株式買受請求權을 行使할 수 있는 株主는 會社에 대하여 株主의 權利를 行使할 수 있는 者이어야 한다. 따라서 名義改書를 하지 아니한 株主의 讓受人은 이 權利를 行使할 수 없다. 買受請求權을 行使할 수 있는 株主의 資格에 대하여 論難이 되고 있는 것은 無議決權 株主와 株式을 讓受한 株主가 議決權을 行使할 수 있는가의 여부이다.

먼저 無議決權株主에 대하여 韓國 證券去來法에서는 無議決權株主도 株式買受請求權을 行使할 수 있다고 明文의 規定을 두고 있으나(證券去來法 제191조 제1항), 商法에서는 명문의 規定을 두고 있지않아 論難이 되고 있다.

291) 강 현, “商法上 株式買受請求權制度의 問題點”, 「상사법연구」 제21권 제2호(통권34호), 한국상사법학회, 2002, 399面 각주 2에서 재인용.

否定說은 이 制度의 趣旨가 決議에 반대하는 株主에게 인정되므로 議決權을 전제로 하여야 한다고 한다.²⁹²⁾ 肯定說은 株主는 理事會의 合併 등의 決議에 반대하는 意思만 通知하면 되고 總會의 참석이나 議決權의 行使는 買受請求權의 行使를 위한 要件이 아니며, 制度의 趣旨가 少數株主의 경제적 利益을 도모하기 위한 것이기 때문에 굳이 證券去來法과 달리 해석할 理由가 없다고 한다.²⁹³⁾

앞의 立法例에서도 살펴보았듯이, 美國이나 日本에서는 無議決權株主에 대하여 원칙적으로 株式買受請求權을 인정하지 않고 있다. 온타리오주의 會社法에서도 議決權을 가진 株主만이 株式買受請求權을 行使하도록 하고 있다.²⁹⁴⁾ 그러나 캐나다의 商業會社法에서는 어떠한 株主도 合併에 대하여 異議를 제기할 수 있으며, 株式買受請求權을 行使할 수 있다고 하고 있다.²⁹⁵⁾

생각건대, 無議決權株主에 대하여도 株式買受請求權을 인정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 無議決權株主의 會社에 대한 期待權은 존중되어야 할 것이고, 어떠한 자도 개인적인 意思에 反하여 團體에 머무를 義務는 없기 때문에 會社의 組織變更이나 會社 投資時의 期待에 못 미칠 경우에는 無議決權株主라도 株式買受請求權의 行使를 통해 그의 正當한 利益이 保護되는 전제하의 離脫은 허용되어야 할 것이기 때문이다.

다음으로 會社의 合併이나 기타 重大한 變更決定이 있는 후의 株式을 讓受한 株主에게도 株式買受請求權이 인정될 여지가 있는가 하는 問題이다. 各國의 規定을 살펴보면 이에 대하여 명확한 規定을 두고 있지 아니하여 論難의 여지가 있는데, 私見으로는 合併 등의 사실이 발표된 후에 株式을 취득한 株主에 대하여는 그 취득방식이 相續 등 包括的 承繼인 경우에는 株式買受請求權을 인정하여야 할 것이나, 기타 合併 등의 사실을 認知하고도 株式을 引受한 讓受人에 대하여는 株式買受請求權을 인정하지 아니하는 것이 타당하다. 株式買受請求權은 合併 등에 반대하는 少數株主를 救濟하는 手段일 뿐 株式에

292) 梁明朝, 前揭論文, 40面.

293) 李哲松, 前揭 會社法講義, 473面. 결론적으로는 無議決權株主도 買受請求權을 가진다고 하면서 그 理由를 株式買受請求權은 拒否權의 剝奪에 대한 補償으로 볼 수 없고, 따라서 議決權을 전제로 한 權利가 아닌 少數株主의 保護機能이 강조되기 때문에 無議決權株主라고 해서 차별해서는 안 된다고 한다(강현, 前揭論文, 400面).

294) See Ontario Business Corporations Act, s. 185(1)

295) See Canada Business Corporations Act, s. 190(1).

附着된 機能은 아니기 때문에 그러한 株主를 특별히 保護할 필요가 없으며, 만일 이를 인정한다면 投機에 惡用될 우려가 있다.²⁹⁶⁾

나. 買受請求事由

株式買受請求權은 株主의 利害關係에 重大한 影響을 미치는 會社의 근본적 變更이 있는 경우에 발생한다. 하지만 株式買受請求權을 인정하고 있는 각 나라마다 그 事由를 조금씩 달리하고 있다.

韓國商法에 의하면 營業의 全部 또는 중요한 一部의 讓渡(제374조 제1항), 營業全部의 賃貸 또는 經營委任, 他人과 營業의 損益全部를 같이하는 契約 기타 이에 準할 契約의 締結, 變更 또는 解約(제374조 제2항), 다른 會社의 營業全部의 讓受(제374조 제3항) 및 合併(제522조의3), 分割合併(제530조의11), 株式交換 및 移轉(제360조의5, 360조의22)등을 買受請求事由로 하고 있다. 그러나 小規模合併(제527조의3 제5항), 小規模株式交換(제360조의10 제7항), 小規模分割(제530조의11 제2항)의 경우에는 株主에게 미치는 影響이 微微하다는 理由로 株式買受請求權을 인정하지 아니하고 있다.²⁹⁷⁾

다. 株式買受請求權의 相對方

韓國商法에 의하면 株式買受請求는 會社에 대하여 請求하는 것이기 때문에 買受請求權의 相對方은 원칙적으로 그 株主가 속하는 會社이다.²⁹⁸⁾ 그 會社가 다른 會社에 吸收合併되어 消滅하는 경우에는 存續會社가 義務를 부담하는 것은 물론이고, 會社의 財産을 買受하는 會社도 賣渡會社가 義務를 부담할 수

296) 李哲松, 前掲書, 會社法講義, 473면, 林仁光, “論公司合併及其他變更營運政策之重大行爲與少數股東股份收買請求權之行使”, 東吳法律學報, 第11卷 第2期(1999.5).

297) 獨逸株式法에서는 合併의 경우만을(§320.b) 이탈리아 民法에서는 會社의 目的, 會社의 形態 및 外國으로의 移轉(§2437.1, §2494, §2437)의 경우에 買受請求權을 行使하도록 하고 있다.

298) 그러나 株式買受請求權의 상대방을 會社에 限定하지 아니하고 合併 등 決議에 同意한 株主도 買受請求權의 對象이 된다는 견해가 있다. 예컨대 中國證券監督委員會에서 제정한 「國外上場會社定款必須條項(到境外上市公司章程必備條款)」 제149조에서는 會社의 合併, 分割에 反對하는 株主는 會社나 또는 合併, 分割에 同意하는 株主에 대하여 公평한 價格으로 그가 所持한 株式의 買受를 請求할 수 있다고 規定하고 있다.

없을 경우에는 例外的으로 義務를 부담하는 것으로 본다.²⁹⁹⁾

4. 買受請求權의 行使節次

가. 會社의 通知

會社가 營業의 讓渡 등과 合併, 分割決議를 위해 株主總會의 召集의 通知 또는 公告를 하는 때에는 株主에 대하여 株式買受請求權의 내용 및 行使方法을 明示하여야 한다(商法 제374조 제2항). 會社의 法的 基礎가 變更되거나 경제적으로 중요한 變更이 있는 경우에 會社의 經營狀態를 잘 알지 못하고 있는 株主의 利益을 保護하기 위하여 株主에게 株式買受請求權이 있다는 것과 그 行使方法을 告知함으로써 株主가 상기 變動에 대한 자신의 立場을 결정할 수 있는 기회를 제공하기 위함이다. 따라서 株主가 자신의 利益에 부합되는 합리적인 판단이 가능하도록 하기 위해서는 會社가 營業 등과 合併, 分割 決議에 관계되는 중요한 情報를 公示하거나 株主에게 개별 通知하도록 하여야 할 것이다. 會社가 合併 등 株主總會의 召集通知를 懈怠했기 때문에 總會전에 合併에 반대하는 意思의 通知를 할 수 없었던 경우에는 反對株主의 支給要求通知의 期限遵守를 免除하여 合併承認을 위한 株主總會後라도 反對通知를 하는 때에는 反對株主에게 株式買受請求權을 인정한다고 해석해야 할 것이다.³⁰⁰⁾

나. 株主의 反對意思의 通知

合併에 반대하는 株主가 株式買受請求權을 行使하려면, 먼저 合併承認株主總會 以前에 書面으로 그 決議에 반대한다는 意思를 通知하여야 한다(제374조의2). 이것은 合併을 추진하고 있는 당해 會社 및 다른 株主들로 하여금 株式買受請求權을 行使할 合併反對株主의 持株數를 예측할 수 있도록 하기 위한 것인데, 會社는 이를 기초로하여 현금지급에 미리 대비할 수 있다.³⁰¹⁾ 買受請

299) Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations(Proposed Final Draft 1992) §1.12(b).

300) 今井宏, “反對株主の株式買受請求權”, 新版 註釋會社法(13)(上柳克朗·鴻常夫·竹內昭夫), 有斐閣, 1990, 98面.

求權에 관한 法律上의 要件은 強行法規이기 때문에 條件附의 反對意思通知는 인정되지 않는다. 그러므로 자신이 株主資格을 保有하고 있음과 議案에 반대한다는 내용을 記載하는 것으로 충분하며 불필요한 조건을 부가하여서는 아니 된다고 해야 한다.

현재 商法은 株式買受請求權의 取得要件으로 株主總會 前에 會社에 決議事項에 반대한다는 意思表示의 書面通知만을 요구하고 있으므로, 株主總會에서의 反對決議權 行使는 株式買受請求權에 있어서 必須要件이 아니다.³⁰²⁾

그리고 反對株主가 자신이 保有한 株式中 一部에 대해서만 買受請求를 할 수 있는가에 대하여 법적으로 明文의 規定이 없어³⁰³⁾ 論難의 여지가 있다. 解釋論적으로는 株式買受請求權은 가분적이고 동시에 行使前의 拋棄가 허용되기 때문에 株主가 保有한 株式中 一部에 대해서만 買受를 請求하는 것도 가능하다고 한다.³⁰⁴⁾ 실제로도 反對株主가 議決事項의 장래성과에 대한 위협을 느끼는 정도에 따라 持分의 一部에 관해서만 買受請求를 하고 나머지는 여전히 保有하려고 하는 생각을 가질 수 있기 때문이다. 다만 權利濫用인 것이 명백한 경우에는 허용되지 않는다.³⁰⁵⁾

라. 買受請求期間

301) 李哲松, 前揭 會社法講義, 474面.

302) 美國模範會社法에서는 書面に 의한 反對意思의 通知 외에 提案된 행위에 贊成하여 議決해서는 안 된다고 規定하고 있기 때문에 (§13.21), 會社의 提案에 대해서는 反對의 議決이나 棄權을 해야만 하는 것으로 해석된다(杜成奎, “株式買受請求權의 法理와 節次上 問題點”, 「慶北大法學」, 1998년 제4호, 110面). 美國模範會社法에서는 株式買受請求權의 行使節次로 株主는 會社의 指示에 따라 株券을 預託하여야 한다 (§13.23). 이는 株主가 會社의 同意없이 權利行使를 撤回하는 것을 막기 위한 것이다. 權利行使의 撤回가 허용되는 경우에는 株主가 우선 反對의 意思表示를 하고 株價의 動向을 보아 株價가 오르는 경우에는 그 意思를 撤回하는 機會主義的 行동을 취할 가능성이 있다(蔣大興, 前揭書, 779-780面).

303) 이에 대하여 韓國, 美國, 日本 및 臺灣 등의 會社法에서는 모두 明確한 規定을 두고 있지 않다(蔣大興, 前揭書, 780面). 그러나 캐나다와 온타리오주의 會社法에서는 株式買受請求權의 分割請求를 禁止하고 있다(See Canada Business Corporations Act, s. 190 (4); Ontario Business Corporations Act, s. 185(5)).

304) 李哲松, 前揭 會社法講義, 475面; 今井宏, 前揭論文, 101面.

305) 杜成奎, 前揭論文, 113面.

株主總會의 決議에 반대하는 意思를 通知한 株主는 그 總會의 決議日부터 20일내에 株式의 種類와 數를 記載한 書面으로 會社에 대하여 자기가 소유하고 있는 株式의 買受를 請求할 수 있다(제374조의2 제1항). 이 기간은 除斥期間으로서 買受請求權의 行使 기간을 20일 이내로 制限한 것은 反對株主와 會社間의 法律關係를 장기간 방치할 경우에, 會社經營의 安정을 해칠 우려가 있으므로 조속한 法律關係의 처리를 위한 배려로 볼 수 있다.³⁰⁶⁾

마. 株式買受價格의 決定

(1) 買受價格決定節次와 期間

株式買受請求에 있어서 가장 핵심적인 事項은 買受價格의 결정이다.³⁰⁷⁾ 株式買受請求權制度는 反對株主의 株式이 간편한 節次에 의해 算定된 公正한 가격으로 신속하게 지급되어야만 실질적으로 有用하게 된다. 따라서 公正한 買受價格을 결정하는 節次와 公正한 買受價格의 基準이 문제의 핵심이 된다.

2001년 商法改正에서는 會計專門家에 의한 價格決定規定을 삭제하여 2단계의 價格決定構造를 취하고 있다. 즉 株式의 買受價額은 株主와 會社間의 協議에 의하여 결정하고(제374조의2 제3항), 請求를 받은 날부터 30일 이내에 當事者에 의한 協議가 이루어지지 아니한 경우에는 會社 또는 株式의 買受를 請求한 株主는 法院에 대하여 買受價格의 결정을 請求할 수 있도록 하고 있다(제374조의2 제4항).

法院에 買受價格의 결정을 請求할 수 있는 者로서 會社 또는 모든 買受請求株主로 규정한 것은 美國模範會社法상 會社만을,(美國模範會社法§13.30)³⁰⁸⁾, 日本(日本商法 제245조의3 제3항), 臺灣(臺灣會社法 제187조 제2항)의 株主만을 請求權者로 규정한 것과 차이가 있다.³⁰⁹⁾

306) 六戶善一, 反對株主의 株式買受請求權, 註釋會社法(4), 有斐閣, 1986, 294面.

307) 李哲松, 前掲 會社法講義, 475面.

308) 美國模範會社法에서는 會社가 스스로 결정한 가격으로 買受請求 후 지체 없이 선지급하고, 그 후 그 금액이 부족하다고 差額을 請求한 株主를 상대로 會社가 法院에 제기하도록 하고 있으므로 당연히 會社만이 請求權者로 된다. 會社가 請求期間內에 請求하지 아니한 경우에는 反對株主가 請求한 금액을 모두 支給하도록 하고 있다(美國模範會社法 §13.30(a)).

309) 개정전 商法에서는 會計專門家에 의한 價格算定의 경우도 있었기 때문에 會社도 請求

그리고 法院에 價格決定을 請求할 수 있는 기간에 대하여 명확한 規定이 없다. 즉 反對株主와 會社가 買受價格에 대한 協議期間을 30일로 하고, 買受請求 후 60일을 지급기간으로 定한 점을 고려할 때 해석상 協議期間인 30일을 경과한 후의 30일을 法院에 買受價格을 결정할 수 있는 請求期間으로 인정하여야 할 것이고,³¹⁰⁾ 請求기간이 경과하면 買受請求權이 실효된다고 해석해야 할 것이다. 왜냐하면 株式買受請求權制度의 趣旨는 多數決의 橫暴로부터 少數株主를 保護하기 위하여 인정된 것이라 할지라도, 少數株主가 法이 規定한 기간 내에 權利의 行使를 怠慢히 하였다면 그에 따르는 不利益은 자신이 감수해야 할 것이기 때문이다.

(2) 公正한 買受價格의 基準

公正한 買受價格의 基準에 대하여 韓國商法은 法院이 株式의 買受價額을 결정하는 경우에는 會社의 財産狀態 그 밖의 사정을 참작하여 公正한 價額으로 이를 算定하여야 한다(商法 제374조의2 제5항)는 원칙적인 規定만을 두고 있어, 反對株主의 株式買受價格을 결정함에 있어서 무엇을 기준으로 어떤 사정을 감안하여 公正한 買受價格을 定하는 것인가의 문제가 제기된다.³¹¹⁾ 이러한 점은 株式買受請求權制度의 발상지인 美國에서나 1950년 商法改正으로 이 制度를 도입한 日本에서도 모두 존재하는 문제로서, 買受價格의 결정기준은 결국 學說과 判例로서 해결할 수밖에 없는 실정이다.³¹²⁾

美國模範會社法이나 美國法律家協會(American Law Institute)에서는³¹³⁾ 會

權者로 될 필요가 있었지만, 當事者の 協議에 의하여 가격이 결정되는 때에는 會社가 買受價格을 제시하고 反對株主가 受諾與否를 결정하는 방식으로 協議가 進行되기 때문에 會社에 請求權을 부여하지 않아도 會社에 특히 不利益이 되지 않기 때문에 會社를 請求權者로 할 필요가 없다고 한다(강헌, 前揭論文, 406面).

310) 日本商法은 60일의 協議期間 경과 후의 30일을 法院에 價格決定을 請求할 수 있는 기간으로 하고 있고(日本商法 제245조의3 제3항), 臺灣會社法도 역시 日本商法과 같이 協議日 경과후의 30일간을 請求期間으로 하고 있다(臺灣會社法 제187조 2항).

311) 美國模範會社法 §13.01 (c)는 公正한 株式價格을 “當該合併에 의한 評價增(appreciation)이나 評價減(depreciation)을 하지 아니한(다만 衡平法에 反한 경우에는 이를 한) 合併發效日 直前の 株價”로 定義하고 있고, 臺灣會社法 제317조에서는 “(合併)當時의 公平價格”으로 規定하고 있다. 日本商法 제408조의3 제1항에서는 “合併決議가 없었더라면 가졌을 株式의 公正한 價格”이라고 하고 있다.

312) 權奇範, 前揭論文, 122面.

313) Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations(Proposed

社에 대한 株主의 비율적 利益의 가치로서 少數株主들의 地位에 따른 割引이나 市場性의 欠缺로 인한 割引은 인정되지 아니하는바, 株式을 실제로 市場에서 처분하여 얻을 수 있는 價額, 즉 사실적인 교환가치가 아니라, 會社를 전체로서 처분하여 얻을 수 있는 價額을 株式數로 나눈 금액이라는 “규범적인” 가치라고 하고 있다.³¹⁴⁾

公正한 가치의 算定基準에 대하여 종전의 美國法院에서는 거의 例外없이 資産價値(asset value), 收益價値(earnings value), 市場價値(market value)의 평균치를 求하는 델라웨어공식(Delaware block method)을 이용하였으나, 현재에는 다양한 批判이 제기되어 델라웨어공식 외에 합리적이고 通用되는 다른 평가방식도 이용할 수 있으며, 將來의 수익전망도 참조할 수 있다고 한다.³¹⁵⁾

韓國의 現行法에서 當事者間에 合意가 이루어지지 아니하는 경우에 株式買受의 公正한 가격에 대한 구체적인 算定基準이나 방법은 法院의 判斷에 일임할 수밖에 없고, 法院은 다른 나라의 경험을 참조하여 사안별로 구체적인 기준을 求하여야 할 것이다.

5. 株式買受請求權의 效果

가. 會社의 株式買受義務

反對株主의 株式買受請求가 있으면 會社는 그 請求를 받은 날로부터 2월 이내에 당해 株式을 買受하여야 한다(商法 제374조의2 제2항). 株式買受請求에 대하여 會社가 별도로 意思表示를 할 필요가 없으며 會社는 그 買受加額에 대하여 30일 이내로 協議를 하여야 하며 協議가 이루어 지지않는 경우에는 법원에 加額決定을 청구할 수 있다. 여기서 2개월은 會社가 株主에 대한 代金支給의 履行期間이라고 볼 수 있다.³¹⁶⁾

Final Draft 1992).

314) 金建植, “美國會社法上 反對株主의 株式買受請求權”, 「서울시립대논문집」(인문사회과학) 제22권, 1989, 119面.

315) 金建植, 前掲論文, 121面.

316) 李哲松, 前掲 會社法講義, 475면 참조.

나. 株式買受請求의 失効

(1) 株主總會決議取消에 의한 失効

韓國商法에서는 株式買受請求權을 발생시킨 株主總會決議가 中止될 경우에 대하여 明文의 規定³¹⁷⁾을 두고 있지 않으나, 會社가 決議를 撤回하면 反對株主는 굳이 買受請求를 強行할 필요가 없다고 보아야 할 것이다. 買受請求權者들의 現金支給要請으로 會社가 크게 자금압박을 받을 경우에 會社에 撤回의 機會를 주는 것이 타당하다고 생각되며,³¹⁸⁾ 會社의 決議撤回은 역시 特別決議에 의하여야 한다. 그러나 買受代金이 이미 지급된 경우에는 決議를 撤回하더라도 買受請求의 無效를 주장할 수 없게 된다.

(2) 株主의 行使節次上の 欠缺에 의한 失効

株主總會의 決議에 반대하는 株主가 株主總會前에 서면으로 반대의 意思表示를 하지 아니하거나 또는 總會의 決議日로부터 20일내에 株式의 종류와 數를 記載한 書面으로 會社에 대하여 자기가 소유하고 있는 株式의 買受를 請求하지 아니하거나 또는 買受請求를 한 날로부터 60일 내에 法院에 買受價格의 결정을 請求하지 아니한 경우의 효과에 대하여 韓國商法에서는 明文의 規定³¹⁹⁾을 두고 있지 아니하다. 이에 대하여 會社가 株主總會의 通知를 懈怠하여 株主가 書面으로 反對意思表示를 하지 못한 경우를 제외하고, 株主가 株式買受請求權의 行使를 怠慢히 하여 상기 要件을 충족하지 못하였다면 그 買受請求權은 失効된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 請求期間을 長期間으로 할 경우 同意株主와 會社에 不利益을 초래할 수 있기 때문에 衡平性도 돌보아야 할 것이기 때문이다.³²⁰⁾

317) 日本商法 제245조의4, 제408조의3 제2항; 臺灣會社法 제188조 등에서는 會社가 株式買受請求權을 발생시키는 행위를 撤回할 경우, 株式買受請求權은 失効된다는 明文의 規定을 두고 있다.

318) 金英鎬, 前揭論文, 39面.

319) 臺灣會社法 제188조 제2항에서는 株主가 書面に 의한 買受請求를 하지 아니하였거나 또는 法院에 買受價格 確定請求를 하지 아니한 경우에는 買受請求權이 失効한다는 規定을 두고 있다.

320) 日本商法 제245조의4와 臺灣會社法 제188조에서는 請求期間內에 請求權을 行使하지 아니한 경우에 請求權이 失効된다고 規定하고 있으며, 美國模範會社法에서도 會社에서 請求權을 行使하지 아니하면 反對株主들이 再請求한 금액으로 확정된다(\$13.30(a))

6. 株式買受請求權의 制限

가. 會社解散의 경우

會社가 營業의 全部 또는 중요한 一部の 讓渡하며 동시에 會社 解散의 決議를 할 경우, 反對株主에게 株式買受請求權이 인정될 수 있는가 하는 것이 문제이다. 韓國商法에는 이에 대하여 明文의 規定이 없으나 다른 나라의 立法例를 보면 相異한 立場을 취하고 있다. 美國模範會社法에서는 會社가 중요한 재산의 전부 또는 대부분을 賣却·交換하며 동시에 解散決議를 하는 경우에도 反對株主의 株式買受請求權을 인정하고 있다(美國模範會社法§13.02(a)(3)). 이러한 태도를 취하고 있는 理由는 통상적으로 解散과 清算의 節次는 長期間이 소요되므로 會社가 解散方式을 통하여 反對株主에 대한 給付를 遲延시킬 수 있기 때문에 이러한 것을 방지하고 하기 위함이다.³²¹⁾ 그러나 臺灣會社法에서는 營業이나 財産의 전부 또는 중요한 부분을 讓渡하는 동시에 解散決議를 할 경우 反對株主의 株式買受請求權을 인정하지 아니하고 있는데(臺灣會社法 제 186조 및 제185조 제1항 제2호), 그 趣旨은 이러한 경우에도 反對株主의 株式買受請求權을 인정한다면 一部 株主(反對株主)가 會社의 債務를 辨濟하기 전에 出資의 還收를 받게 되므로 會社 債權者의 利益을 害하게 되기 때문이다.³²²⁾ 私見으로는 會社 解散의 경우에도 反對株主의 株式買受請求權을 인정한다면 債權者의 利益을 害하기 때문에, 會社解散의 경우에 反對株主의 株式買受請求權은 부정되어야 할 것이다.

나. 會社의 株式買受能力未備時의 制限

株式買受請求權은 會社의 現金支給能力의 具備를 전제로 하는 權利이기 때문에 만약 會社의 財政狀態가 買受代金を 지급할 수 없는 상태에 처할 경우, 反對株主의 株式買受請求權은 여전히 有效한가가 문제된다. 韓國商法에는 이에 대한 明文의 規定³²³⁾이 없어 論難의 여지가 있다. 學說은 會社의 財政을

고 規定하고 있다.

321) 蔣大興, 前掲書, 793面.

322) 柯芳枝, 前掲 公司法論(下), 580面.

債務超過에 이르게 한 買受請求는 違法이며, 따라서 이의 원인이 된 당해 決議도 違法이므로 決議가 無效가 되어 買受請求權은 당연히 效力이 喪失된다고 보는 견해와 買受請求는 法에 의해 인정된 것이고, 債務超過는 단지 會社가 처한 위험한 상황이라는 점에서 당연히 買受請求의 效力이 喪失되는 것은 아니고 會社의 判斷에 따라 決議의 실행을 中止함으로써 買受請求를 沮止할 수 있다는 견해가 있다.³²⁴⁾

私見으로는 債務超過의 경우 會社가 買受代金を 지급할 수 없는 것은 당연하고, 反對株主의 立場에서는 買受請求權을 撤回하여 一般株主로서의 地位를 회복하여 株式을 證券市場에서 처분하거나, 아니면 買受請求權을 일단 留保하였다가 會社가 代金支給能力을 회복하였을 때에 다시 買受請求權을 行使하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.

Ⅲ. 會社의 解散·整理節次와 少數株主保護

1. 會社의 解散判決請求權

가. 意義

理事會의 權限擴大에 대응하여 株主의 地位를 強化하기 위하여 商法 제520조에서는 發行株式總數의 100분의 10이상에 해당하는 株式을 가진 株主에게 解散判決請求權을 인정하고 있다.³²⁵⁾ 商法上 會社의 法人格을 박탈하는 制度

323) 캐나다와 온타리오주의 會社法에서는 이에 대하여 “다음과 같은 두 가지 사정이 발생할 충분한 理由가 있을 경우에, 會社는 反對株主에 대하여 그 어떠한 代金도 支給하여서는 아니 된다. ① 會社가 현재 또는 買受代金を 支給한 후 債務를 辨濟할 수 없게 되는 경우, ② 買受代金支給 후 會社의 資産이 債務總額보다 적을 경우 會社는 모든 反對株主에 대하여 이러한 사정을 通知하여야 하며, 反對株主는 買受請求를 撤回하여 株主의 地位를 회복하거나 또는 買受請求權의 行使를 留保하였다가 會社가 買受能力을 具備할 때에 다시 權利를 行使할 수 있는 選擇權이 있다. 만약 會社가 清算될 경우, 買受請求權을 留保한 株主는 一般株主보다는 先順位, 債權者보다는 後順位로 會社의 殘餘財産에 대한 配分을 請求할 수 있다.”(See Canada Business Corporations Act, s. 190(24)/(25)/(26); Ontario Business Corporations Act, s. 185 (28)/(29)/(30)).

324) 金英鎬, 前掲論文, 40面.

로서는 解散命令制度和 解散判決制度를 두고 있는데, 解散判決請求權은 少數株主權으로서 會社의 解體라고 하는 非常手段에 의하여 株主를 救濟하는 특이한 制度라 할 수 있다. 즉 會社가 自治能力을 상실하여 그 存續이 곤란하게 된 경우에 株主(사원)은 法院에 會社를 解散시키는 判決을 請求할 수 있다.³²⁶⁾ 특히 株式의 公開賣渡가 사실상 불가능한 閉鎖會社에서 投下資本의 회수를 위한 최종수단이 된다는 점에서 그 의미가 크다.³²⁷⁾ 解散判決의 訴는 形成의 訴이다.

나. 立法例

大陸法系 國家에 있어서 株式會社는 團體性이 현저할 뿐만 아니라, 특별히 會社의 解散을 인정하지 않는다 하더라도 株主는 株式을 讓渡함에 의해서 投下資本을 회수하여 會社로부터 離脫할 수 있다. 그러므로 獨逸株式法에서는 株主의 주도에 의한 解散請求를 인정한다는 것은 規範體系의 統一성과 조화되지 않는 것으로 原則적으로 허용되지 않고 다만 株式會社의 社團성과 多數決原理를 고려하여 株主總會에 의한 行使만 인정되고 그 決議要件도 가중되었다(獨逸株式法 제262조 제1항 제2호).

그러나 英美法系의 國家, 특히 美國模範會社法에서는 會社의 理事會가 株主總會에 解散計劃을 推薦하는 決議를 하고 株主總會에서 社外株主의 過半數에 의하여 解散計劃이 承認됨으로 이루어지는 任意解散뿐만 아니라 株主가 法院에 會社의 解散을 請求할 수 있게 규정하고 있다. 美國에서 法院의 判決에 의한 會社解散을 司法解散이라고 하는데,³²⁸⁾ 그 중에 株主의 신청에 의한

325) 1950년 日本商法이 美國法上の 解散判決制度를 수용한 것이고, 韓國商法은 또한 日本商法을 본받아 이 制度를 받아들인 것이다(南基潤, “少數株主에 의한 解散判決請求制度法理의 再檢討와 人的會社에서의 이용 가능성”, 「비교사법」, 1996년 제4기(‘96.6), 180面).

326) 解散命令制度와의 區別點: ①解散命令制度는 公益을 유지하기 위하여 法人格을 剝奪하는 制度이고, 解散判決은 對內的으로 社員의 利益을 위하여 인정하는 制度이다. ②解散命令의 請求者는 모든 利害關係인과 檢事 등으로 그 범위가 넓은 데 비하여 解散判決은 社員에 限하여 請求할 수 있다. ③解散命令制度는 非訟事件節次에 의한 결정인데 反하여, 解散判決은 訴訟事件으로서 判決에 의한다.

327) 權載熱, 前掲 “商法上 少數株主權에 관한 研究”, 93面; 金영곤, “少數株主保護에 관한 研究”, 「재산법연구」 제13권 제1호, 1996, 113面.

解散判決請求權을 인정하고 있다. 이러한 會社解散判決請求權은 小規模株式會社의 필요성으로부터 英國의 私會社(private company)나 美國의 閉鎖會社(close corporation)가 株式會社의 생성과 발전단계에서 判例를 통하여 形成·發展된 것이다.³²⁹⁾

그리고 日本에서도 1950년에 改正商法에서 理事會의 權限을 확대하면서 株主의 地位強化와 少數株主의 保護에 관한 規定을 두면서 解散判決權을 인정하였다. 즉 日本商法 제406조 제2항에서는 發行株式總數의 10분의 1이상에 해당하는 株式을 가진 株主는 法院에 會社의 解散判決을 請求할 수 있다고 規定하고 있다.

臺灣會社法에서는 會社의 解散形式을 任意解散, 法定解散, 強制解散 등 세 가지 종류로 나누고 있는데, 強制解散의 한개 유형으로서 解散判決을 인정하고 있다. 즉 연속하여 6개월 이상의 株式을 保有하고 發行株式總數의 100분의 10이상에 해당하는 株式을 가진 株主의 請求에 의하고 主管機關의 의견에 따라, 또는 解散申請을 會社에 通知하여 答변한 후 法院은 당해 會社의 解散을 결정할 수 있다(臺灣會社法 제11조).

프랑스의 경우에는 株主가 자기의 義務를 履行하지 않은 경우나 株主間의 不和로 인하여 會社의 經營이 癱瘓狀態에 빠진 경우에는 1人 株主의 請求에 의해서도 法院은 解散判決을 할 수 있다고 規定하고 있다(프랑스 民法典 제1884-7조).³³⁰⁾

다. 解散判決의 事由

株式會社와 有限會社에 있어서는 다음의 경우에 부득이한 事由가 있는 경우에는 解散判決을 請求할 수 있다. 解散判決請求의 事由는 會社의 對內的인

328) 美國에서 行政命令解散제도도 있는데, 會社가 納付하여야 할 特許稅 혹은 過怠料를 60일내로 納付하지 않을 경우, 會社가 營業期間 경과 후 60일내에 主務長官에게 年度報告書를 送付하지 않을 경우 등의 경우에 限하여 일정한 節次를 거쳐 主務長官이 解散命令을 決定하는 制度이다.

329) 南基潤, 前掲論文, 180면 참조.

330) 프랑스 商事會社法 제240조에서는 “株式會社의 株主數가 7인 이하인 狀態가 1년 이상을 경과한 경우에 利害關係人은 누구라도 法院에 會社의 解散을 請求할 수 있다”고 規定하고 있다.

문제이며, 會社의 業務가 현저한 정돈상태를 계속하여 回復할 수 없는 손해가 생겼거나 생길 念慮가 있는 경우에(商法 제520조 제1항 제1호, 제613조 제1항) 또는 會社財産의 관리나 처분의 현저한 失當으로 會社의 존립을 위태롭게 하는 경우에 解散判決을 請求할 수 있다(商法 제520조 제1항 2호, 제613조 제1항).

여기서 부득이한 事由란 會社를 解散하는 외에는 달리 會社를 정상적으로 運營할 수 있는 방법이 없는 경우를 말한다. 즉 모든 사정을 고려하여 會社를 解散하는 것이 會社 및 社員의 利益을 保護할 수 있는 최선의 방법으로 인정되는 경우이다.

라. 當事者

株式會社에서 解散判決을 請求할 수 있는 者는 發行株式의 100분의 10이상에 해당하는 株式을 가진 株主이다(商法 제520조 제1항).³³¹⁾ 解散判決은 株主總會의 決議를 전제로 하는 것이 아니므로 議決權없는 株式도 發行株式總數의 100분의 10에 포함된다.

마. 解散判決의 節次

解散判決은 民事訴訟法の 訴訟節次에 따라 訴를 제기하여야 하고, 辯論主義에 의하며 判決의 형식으로 裁判한다. 解散判決請求의 訴는 會社의 本店所在地의 地方法院의 管轄에 專屬한다(商法 제241조 제2항, 269조 2항, 제520조 제1항, 제613조 제1항). 여기서 原告는 解散判決의 請求者인 少數株主(社員)이며, 被告는 會社이다.

바. 解散判決의 效果

原告가 勝訴하여 解散判決이 확정된 때에는 會社가 당연히 解散되어 清算

331) 人的會社인 合名會社와 合資會社에서는 當事者가 社員이고(商法 제241조 제1항, 제269조) 有限會社에서는 資本의 100분의 10이상에 해당하는 出資座數를 가진 少數社員이다(商法 제613조 제1항, 제520조 제1항).

節次에 들어간다.

解散會社の 判決의 效力에 관하여 明文의 規定이 없으나, 解散判決이 확정된 때에는 그 判決은 제3자에게도 미치며, 또 確定判決前에 생긴 會社와 株主 또는 제3자의 權利義務에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것이다.³³²⁾ 會社の 解散判決이 확정된 때에는 法院은 解散會社の 本店과 支店所在地의 登記所에 그 登記를 촉탁하여야 한다.

原告가 敗訴한 경우에는 다른 解散事由로 다시 解散判決을 請求할 수 있고, 原告가 惡意 또는 중대한 過失이 있는 경우에는 會社에 대하여 連帶하여 損害를 賠償할 책임이 있다(商法 제241조 제2항, 제269조, 제520조 제2항, 제613조 제1항).

2. 會社整理節次開始請求權

가. 意義

會社の 整理制度는 株式會社가 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 아직 更生의 가망이 있는 경우에 會社債權者·株主 기타 利害關係人の 利害를 조정하며 그 사업의 整理·再建을 위하여 法院의 監督하에 整理計劃을 決定·遂行하는 것이다. 이러한 制度는 大企業의 倒産을 방지하는데 그 目的이 있으므로 그 대상은 株式會社에 局限된다.

會社の 整理節次는 美國 聯邦破産法上의 會社の 再組織(corporate reorganization)의 制度에 韓國 株式會社法上의 規定을 調和하여 제정한 것이다.³³³⁾

會社の 整理節次의 開始는 職權에 의하지 않고 會社 또는 株主의 申請에 의하여 행하여지고 있기 때문에 少數株主도 신청자가 될 수 있으며, 商法에서 는 이를 少數株主權으로 인정하고 있다.³³⁴⁾

332) 姜渭斗, 前掲書, 132面.

333) 姜渭斗, 前掲書, 839면,

334) 臺灣의 경우 會社法 제282조 제2항에서 會社整理節次에 대한 規定을 두고 있는데, 申請者는 會社와 債權者 외에 연속하여 6개월간 株式을 保有하고 發行株式總數의 100분의 10이상에 해당하는 株式을 가진 少數株主로 定하고 있다.

나. 開始請求의 要件

會社의 整理節次의 開始의 原因은 ①會社의 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 辨濟期에 있는 債務를 辨濟할 수 없는 경우(會社整理法 제30조 제1항 제1호), ②會社에 破産의 原因인 사실이 생길 念慮가 있는 경우(同法 제30조 제1항 제2호), ③그러나 어느 경우에도 更生의 가치가 있는 경우에 限한다(同法 제1조).

여기서 更生의 가망이라 함은 整理計劃에 따라 會社의 經營을 계속하여 收益을 얻고 이로써 債務를 辨濟하여 재정적 破탄을 벗어나 독자적인 企業으로서 産業活動을 할 수 있는 可能性을 말한다.³³⁵⁾

整理節次의 開始申請은 書面으로 해야 하는데(同法 제32조 제1항), 會社의 本店 所在地 또는 本店이 外國에 있는 경우든지 大韓民國에 있는 주된 營業所 所在地를 관할하는 地方法院에 신청하여야 한다(同法 제6조).

整理節次의 開始를 신청할 수 있는 者는 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 辨濟期에 있는 債務를 辨濟할 수 없는 경우에는 會社이지만(同法 제30조 제1항), 會社에 破産의 原因인 사실이 생길 念慮가 있는 경우에는 會社 또는 資本의 10분의 1 이상에 해당하는 債券을 가진 債權者나 發行株式 總數의 10분의 1 이상에 해당하는 株式을 가진 株主이다(同法 제30조 제2항).

다. 整理會社의 機關

(1) 管理人

法院은 整理節次 開始決定과 동시에 管理人을 選任하여야 하며(同法 제53조 제1항)³³⁶⁾ 管理人은 法院의 허가를 얻어 자기의 代理人을 選任할 수 있다. 管理人은 會社의 經營, 財産管理, 整理計劃의 遂行 등의 權利를 갖는다(同法

335) 大 92.11.2, 99 마 468.

336) 管理人은 會社의 整理節次에 있어서 會社의 사업의 經營과 財産의 管理를 담당하고 整理計劃을 作成·遂行하는 者로서 整理會社의 執行機關이다. 臺灣에서도 會社整理節次에서 法院에 의해 韓國商法에서와 같은 管理人役割을 담당하는 檢査人을 選任해야 하는데, 일반적으로 專門知識과 經驗이 豊富한 者일 것을 요구하고 會社의 株主, 經營者, 債權者 등은 會社와 利害關係가 있는 것을 理由로 檢査人이 될 수 없다고 한다 (臺灣會社法 제285조).

제53조 제2항).

(2) 關係人集會

關係人集會는 整理債權者, 整理擔保權者 및 株主로 구성되며, 整理計劃을 審理하고 決議하는 整理會社의 議決機關이다(同法 제192조, 제200조). 그러나 關係人集會는 常設機關은 아니고 原則적으로 3회 개최된다.

라. 開始의 效果

整理節次의 開始決定이 내려지면 그 결정을 한 때를 基準으로 하여, ①재산의 管理人 및 事業經營權이 변동(同法 제53조), ②會社의 일정행위의 制限(同法 제52조), ③다른 節次의 中止·中斷·受繼·移送(同法 제67조 내지 제71조), ④査定節次 및 理事 등의 재산에 대한 保全處分의 開始(同法 제72조), ⑤부인권의 발생(同法 제78조), ⑥雙務契約의 解除權·解止權의 발생(同法 제103조), ⑦相互計算의 종료(同法 제107조), ⑧공유물의 分割請求權의 발생(同法 제61조), ⑨辨濟의 禁止(同法 제112조) 등의 효과가 발생한다.

마. 整理節次의 終結

整理計劃이 遂行된 때 또는 그 遂行이 확실하다고 인정되기에는 이른 때에는 法院은 管理人의 신청에 의하여 또는 職權으로 整理節次終結의 결정을 하여야 한다(同法 제271조).

整理計劃案을 소정기간 내에 제출하지 않거나 整理計劃案이 일정시기까지 可決되지 않으면 整理節次는 廢止된다(同法 제272조). 整理計劃認可 후에도 計劃遂行의 가망이 명백한 때에도 整理節次를 廢止한다(同法 제276조).

整理節次의 廢止 또는 整理計劃의 不認可의 결정이 확정된 경우에 會社에 破産의 원인인 사실이 있는 때에는 法院은 職權으로 破産法에 따라 破産宣告를 하여야 한다(同法 제272조 제2항).

바. 會社整理節次中の 株主權 問題

會社整理節次에서 利害關係人은 整理會社의 構成員으로서 주요하게는 整理債權者, 整理擔保債權者 및 株主 등이다.

會社整理節次에서의 株主權은 당연히 整理節次에 의해 行使하게 되는데, 株主의 權利는 固有權이나 非固有權이나를 막론하고 整理節次의 制限을 받게 되며 株主總會의 職權도 停止하게 된다. 또한 會社整理節次는 會社가 財政的 궁핍으로 破産에 직면한 경우를 원인으로 하는 것이므로 반드시 破産의 경우와 같이 債務가 會社資產價値를 초과하여야 하는 것은 아니다. 따라서 會社가 清算에 들어가는 경우에 清算 후에도 나머지 재산이 있게 되므로 株主의 權益과 직접적인 관계가 있기 때문에 株主가 關係人集會에 참석하여 議決權을 行使하게 하는 것이다.³³⁷⁾ 만약, 會社清算 후에도 나머지 財産이 없는 경우에는 당연히 株主는 會社整理節次에 있어서의 受益人이 될 수 없다.³³⁸⁾

整理節次에 참가하고자 하는 株主는 法院이 定한 猶豫期間內에 申告하여 확정을 받아야 한다(同法 제125조, 제126조, 제130조, 제143조). 그리고 株主는 조사기일에 출석하여 다른 整理債權者, 整理擔保權에 관하여 異議를 제출할 수 있다(同法 제136조).

337) 柯芳技, 前掲 公司法論(下), 532面 參照.

338) 臺灣會社法에서는 이 경우에 株主는 關係人集會에 참가하지만 議決權을 行使할 수 없음은 물론 會社整理計劃書의 受益人이 될 수 없다고 規定하고 있다(臺灣會社法 제300조 제1항, 제302조).

제 4 장 少數株主保護制度를 위한 改善方案

제 1 절 韓國商法の 改善方案

I. 株主의 說明請求權

1. 說明請求權의 意義

周知하는 바와 같이 韓國에서는 여러 차례 商法을 개정하여 株主의 權利를 保護하고 理事의 權利를 強化하고 있다. 그러나 少數株主權을 효율적으로 行使할 수 있는 전제로는 會社事情에 대한 情報을 충분히 제공받아야만 하는데, 이러한 기능을 할 수 있는 制度로 商法上의 財務諸表·理事會會議錄·會計帳簿 閱覽權이나 다른 나라들에서 活用하고 있는 說明請求權을 들 수 있다. 株主의 說明請求權에 관하여 獨逸이나 日本에서는 법적으로 明文化되어 있으며 韓國에서도 解釋 및 立法論上 긍정적으로 收容하고 있다.³³⁹⁾

株主의 說明請求權은 總會決議 전에 會社의 業務 및 內部關係 등 중요한 事項을 理事나 監事에게 설명을 請求할 수 있는 權利이다.³⁴⁰⁾

說明請求權의 行使時에는 株主와 會社사이의 利害關係의 衝突이 있게 되는데, 여기서 株主의 利益이라 함은 株主가 株主總會에 있어서의 議案의 審議 및 決議에 효과적으로 참가하기 위하여 會社에 관한 關係, 經濟狀況, 會社의 將來目標 등에 관하여 보다 정확한 情報을 얻는데 있어서의 正當한 利益을 말하며, 會社의 利益이라 함은 경쟁상의 손해, 信用의 低下 기타의 不利益의 발생을 방지하기 위하여 會社의 내부적 關係에 관하여 지나친 公開을 억제할 필요가 있는 正當한 利益을 말한다. 이러한 利益은 서로 대립되는 것이기 때문

339) 鄭容相, “會社合併의 公正性論(II)”, 「건국대대학원논문집」 제27권, 1988, 406面.

340) 株主의 質問權이란 企業의 經濟적 所有者임과 동시에 企業의 構成員으로써 株主가 株主總會에서 表決을 하기 전 그의 태도를 결정하기 위하여 經營者에게 質問을 통하여 株主總會 關聯事項을 확인할 수 있는 權利를 말한다(安東燮, “株主의 質問權”, 「단국대학논총」 제4기, 1985, 3面).

에 說明請求權에 있어서 이러한 대립의 관계를 조절하는 것이 중요하다.

2. 說明請求權의 根據 및 性格

가. 理論根據

(1) 株主總會에 대한 理事의 報告義務

會社와 理事의 관계에 대해서는 民法上の 委任에 관한 規定(民法 제680조 이하)에 準用된다(商法 제382조 제2항). 따라서 理事는 會社에 대해 委任에 따라 善良한 管理者의 注意로서 사무를 처리할 義務를 부담한다(民法 제681조). 委任은 일정한 사무를 처리하기 위한 일정한 勞務提供을 目的으로 하기 때문에 受任인과 委任人사이에는 信賴關係가 존재한다. 이러한 信賴關係를 기초로 理事에게는 善管義務가 인정된다. 따라서 委任人은 委任事項의 처리 상황을 알 필요가 있으며, 受任인은 委任人에게 報告義務가 있다. 理事 및 監事의 報告義務는 결국 會社의 실질적 所有者인 株主全體에 대한 報告義務가 된다. 株主全體는 그들의 共通利益을 확보하려는 目的으로 株主總會에 集結하는데, 理事와 監事が 株主總會에 대한 報告義務는 株式會社組織의 基本機能으로서 인정되어야 한다.

(2) 理事 및 監事の 說明義務

株主總會에서 議案 提出時 議案의 趣旨를 명료하게 하기 위하여 설명이 행하여지는 것이 보통인데, 이것은 議案의 제출 자체에 당연히 隨伴하는 說明義務로서 株主質問의 有無에 관계없이 議題 내지 議案을 자기의 직책으로서 제출하는 者가 부담하는 義務이며, 理事의 적극적인 說明義務라고 할 것이다. 이와 같은 說明義務는 株主總會에 대하여 해야 할 것이고 理事가 스스로 그 義務를 履行하는 限, 株主측면에서의 說明請求權의 존재에 대하여서는 특별히 문제가 되지 않는다. 株主總會에 속하는 單獨株主權으로서의 株主의 說明請求權은 總會에 참가하는 株主가 판단 자료를 얻기 위해 필요한 權利로서 株主의 개별적인 質問에 답하여 議題의 합리적 판단에 기여하기 위한 보충적 설명을 하는 것이 會議體의 一般原則으로 인정된다.

나. 法的 性格

說明請求權의 法的 性格은 總會權限說과 固有權說이 대립하고 있고, 또 單獨株主權과 少數株主權이 서로 대립하고 있다.

總會權限說에 따르면 說明請求權은 株主의 總會參與權의 實質化를 위하여, 즉 株主가 總會에서 합리적인 議決을 하기 위해 주어지는 權限으로서, 說明請求權의 합리적인 制限을 하려는데 그 目的이 있다. 따라서 株主가 說明請求를 하기 위해서는 總會에 참여하여 決議를 할 수 있는 議決權을 기초로 한다.³⁴¹⁾ 결국 總會權限說에 따르면 說明請求權은 議決權行使의 判斷資料를 얻는 것을 目的으로 한다.

固有權說에 따르면 株主總會의 多數決로서도 株主의 說明請求權이 박탈되지 않는다고 한다. 株主의 總會出席權과 같이 株主로서의 會社經營에 참가할 수 있는 모든 權利가 不可侵性을 가지고 있듯이 說明請求權도 株主의 意思에 反하여 박탈할 수 없다.³⁴²⁾ 결국 固有權說에 의하면 모든 株主에게는 說明請求權이 인정된다. 따라서 議決權 없는 株主는 總會에서 議決을 할 수 없지만 議決權 없는 株主에게도 說明請求權은 인정된다고 한다.

현재 株式會社의 經營權을 支配株主가 장악하고 있는 점을 고려하면 固有權의 성격을 인정하여 定款이나 總會의 決議로도 說明請求權을 박탈할 수 없게 함이 타당하다고 생각한다.

대부분의 나라들에서 說明請求權을 單獨株主權으로 인정하고 있는데 그 濫用을 방지하고자 少數株主權으로 인정해야 한다는 주장이 제기 되고 있다. 株主는 會社의 실질적인 所有者이기 때문에 會社情報를 制限받지 않고 알 權利가 있다. 英美法에서는 說明請求權을 單獨株主權으로 인정하고 있는데, 獨逸의 경우 처음에는 濫用의 弊害를 방지하고자 少數株主權으로 인정하였으나 改正株式法에서는 單獨株主權으로 하고 있다. 日本의 경우 法文上 명문의 規定은 없지만 解釋上 單獨株主權으로 인정하고 있다.

341) 森本滋, “會社役員の 說明義務의 目的”, 「商事法務」, 1983年 第977號, 863面, 866面 參照.

342) 獨逸株式法 제112조는 說明請求權에 高유의 性格을 부여하였고, 大法院도 株主總會의 決議에 의한 理事의 說明이 質問株主에 充分하지 못한 것은 不當하다고 판시하고 있다.

3. 說明請求權과 會計帳簿閱覽請求權과의 關係

株主가 理事 및 監事의 책임을 묻거나 그의 權利를 확보 또는 行使하려면 理事가 閱覽을 위하여 작성한 財務諸表와 그 附屬明細書의 閱覽으로는 불충분하기 때문에 商法은 위 서류의 기초 자료인 會計帳簿의 閱覽權을 少數株主權者에게 인정하고 있다(商法 제466조). 商法에서 이를 少數株主權으로 인정한 것은 濫用을 방지하기 위해서이다. 특히, 附屬明細書는 전문지식이 없는 대부분의 株主에게는 너무 어려운 것으로 會計帳簿閱覽權도 만족스러운 것이 못되고 있다. 또한 會計帳簿閱覽權의 行使에 있어서 理由를 書面으로 작성하여 요구해야 하고 會社는 株主의 請求가 不當함을 立證하면 閱覽權을 拒否할 수 있도록 하고 있다(商法 제466조 제2항). 이결과로, 株主의 請求가 不當함이 어떤 것인가에 명확한 規定을 두지 않고 있기 때문에 請求의 拒否가 쉽게 이루어질 수 있다. 帳簿閱覽權이 少數株主權으로 되어 있는 것은 그 行使의 濫用에 따른 입법상의 요구에 따른 것에 지나지 않기 때문에 情報公示請求權으로의 성격상 공통적인 기반을 두고 있는 것이다. 따라서 說明請求權 역시 帳簿閱覽權과 더불어 開始請求權이라는 데서 兩者는 서로 補完될 수 있는 기능이 인정된다.³⁴³⁾

4. 立法例

가. 獨逸

獨逸에서 株主의 說明請求權이 최초로 立法化된 것은 獨逸의 1937년에 제정된 株式法이다.³⁴⁴⁾ 그 후 1965년 개정에 의하여 더욱 명확하고 구체적인 規

343) 宋民浩, “株主의 說明請求權에 관한 研究 -獨逸株式法을 중심으로”, 「조선대사회과학연구」, 1979, 219面 참조.

344) 1937년 獨逸株式法 제112조에서 規定한 株主의 說明請求權의 내용은 다음과 같다. ① 각 株主는 總會에서 審議의 目的이 되는 事項과 관계가 있는 會社의 事項에 관하여 說明을 請求할 수 있다. 說明義務는 Konzern기업에 대한 관계에도 미친다. ②說明은 양심적이며 忠實한 報告의 原則에 따라야 한다. ③說明은 會社나 關係企業의 현저한 利益 또는 國民 및 國家의 共同利益을 위하여 필요한 限度에서만 이를 拒絶할 수 있다. 理事는 이 要件의 存否를 義務에 맞는 裁量에 의하여 결정할 수 있다.

定을 두었다.³⁴⁵⁾ 즉 舊株式法과는 달리 說明請求訴訟制度를 두었으며 拒絶事由를 法定하여 理事의 자의적인 說明拒否를 방지하였다. 또한 說明義務者가 理事임을 명시하였고 설명의 場所에 관한 規定도 두었다. 1965년 改正株式法 제131조에서는 說明請求權을 다음과 같이 規定하였다. (1) 각 株主는 總會에서 議事日程의 目的인 事項을 적절하게 판단하는데 필요한 限度內에서 會社事務에 관하여 理事에게 설명을 請求할 수 있다. 說明義務는 결합기업에 대한 會社의 法律上 및 營業上의 관계에도 미친다. (2) 설명은 양심적이며 충실한 보고의 原則에 따라야 한다. (3) 理事는 다음의 事由로 설명을 拒否할 수 있다. ① 理性的이며 商人的 判斷에 의하면 설명을 함으로써 會社나 結合企業에 적지 않은 不利益이 생길 우려가 있는 경우, ② 설명이 租稅上의 價額項目이나 개개의 租稅額에 관련되는 경우, ③ 年度賃借對照表에 있어서의 재산에 計上된 가액과 그 재산의 그보다 높은 가액과의 차이에 관한 경우이다. 다만 總會가 年度決算書를 확정하는 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 營業報告書에 있어서의 評價方法 및 減價償却方法에 관한 경우 營業報告書에 이들 방법을 記載함으로써 會社의 財産狀況 및 收益狀況을 가능한 限 정확하게 그리고 충분히 理解할 수 있는 경우에는 더욱 그러하다. 다만 總會가 年度決算書를 확정하는 경우에는 그러하지 아니하다. ⑤ 說明을 하면 理事가 處罰되는 경우이다.

그 밖의 理由로는 설명이 拒否되는 것은 허용되지 않는다. (4) 總會外에서 어떤 株主가 株主인 資格에서 설명을 받은 경우에는 비록 그 설명이 議事日程의 目的인 事項을 적절하게 판단하는데 필요하지 않는 경우에도 다른 각 株主는 總會에서 그 설명을 요구할 수 있다. 理事는 제3항 제1호 내지 제4호의 理由로써 그 설명을 拒否할 수 없다. (5) 株主에게도 설명이 拒否된 경우 그 株主는 質問 및 설명이 拒否된 理由를 審議議事錄에 채용할 것을 요구할 수 있다.

獨逸은 說明請求權에 있어서 學說과 判例는 모두 固有權을 인정하고 있으며, 議決權이 없는 優先株主(獨逸株式法 제139조), 일정한 경우에 議決權이 排除되는 株主(同法 제136조)도 당연히 說明請求權을 가진다. 그리고 위에서 설

345) 1965년 獨逸 株式法の 政府草案理由書는 株主의 說明請求權에 관해, 「企業의 경제적 所有者로서 總會에서의 表決前에 대도의 결정을 위하여 중요한 事項에 관하여 通知를 받을 수 있는 權利」라고 定義하고 있다(宋民浩, 前揭論文, 220面).

명한 제1항의 要件이 존재하는가의 與否와 제3항의 拒絶事由가 성립되는가를 審判을 통하여 결정한다(同法 제132조). 株式法 제243조 제1항에 의하면 株主總會의 決議는 法律 또는 定款에 위반하였음을 理由로 그 取消의 訴를 제기할 수 있기에 說明請求權의 侵害는 제131조의 侵害로 取消의 訴의 대상이 된다. 訴는 株主가 決議한 지 1개월 내에 會社의 住所地가 있는 裁判所에 제기하여야 한다(同法 제246조).

나. 日本

獨逸의 영향을 받은 日本에서는 1978년 改正試案에서 株主의 說明請求權에 관한 規定이 처음으로 나타났는데, 한편으로 特殊株主에 의해 濫用될 수 있다는 강한 반대여론 때문에 1981년 改正商法은 株主의 質問權에 관한 規定을 會社任員의 說明義務로 規定하였다. 즉 理事 및 監事의 說明義務를 商法 제237조의3에서 다음과 같이 規定하고 있다. ①理事 및 監事は 總會에 있어서 株主가 요구하는 事項에 대하여 설명을 하여야 한다. 단, 그 事項이 會議의 目的과 관계없는 경우, 설명함으로써 株主共同의 利益을 현저하게 害하는 경우, 설명에 조사를 요구하는 경우, 기타 正當한 事由가 있는 경우는 그러하지 아니하다. ②株主가 總會日보다 상당한 기간 전에 書面으로 總會에 있어서 설명을 요구할 事項을 通知한 경우는 理事 및 監事は 조사를 理由로 설명을 거절할 수 없다.

日本에서는 說明義務의 성격에 대하여 뚜렷한 合意點을 찾지 못하고 있다. 즉 多數說에 의하면 종래의 理論上 인정되어 온 株主의 議題에 관련한 說明請求權을 任員의 자각에 촉구하고, 株主의 正當한 質問이 不當하게 억압되는 것을 지적함과 더불어, 그 濫用을 대처함을 目的으로 단지 會社任員을 說明義務로서 規定한 것에 지나지 않는다고 보고 있다.³⁴⁶⁾

說明義務의 반대되는 概念으로서의 株主의 質問權은 株主가 總會에 참석하여 決議에 참가하는 權利, 즉 總會參與權의 하나로 가지는 權利이다. 따라서 株主의 質問權이 總會의 權限으로 인정되는 事項의 範圍內에서 인정되는 것은 당연하나 總會의 權限에 속하는 것은 總會召集의 通知 또는 公告에 會議의 目的인 事項으로서 記載된 事項에 限하기 때문에 株主의 質問權도 그 總會의 議

346) 森本滋, 前掲 “會社役員의 說明義務의 目的”, 866面.

題範圍 내에서만 인정된다.³⁴⁷⁾ 議決權 있는 모든 株主는 당연히 설명을 請求할 수 있으며 議決權 없는 株主에게도 說明請求權을 부여해야 한다는 것이 多數說 이다.

日本商法 제247조에 따르면 설명이 違法하게 拒絶되어 설명이 없이 決議가 이루어진 때 또는 議長이 指揮權을 不當하게 行使하여 質問權을 침해한 때에는 決議方法이 法令에 위반한 것이 되어 株主總會 決議 取消의 訴의 대상이 된다. 그 외에도 理事 및 監事가 正當한 事由없이 總會에서 株主의 質問에 설명을 하지 않는 경우 100만엔 이하의 過怠料에 처한다고 規定하고 있다(日本商法 제498조 제1항).

다. 美國

美國에서는 株主의 說明請求權에 대해서는 帳簿閱覽權과 같이 制定法에서는 規定하고 있지 않고 있으나 普通法의 一般原則에 의해 인정된다. 즉 株主는 적당한 시간에 正當한 目的으로 會社의 帳簿, 書類, 任員問의 信書, 기타 일체 기록의 조사를 執行令狀에 의해서 실행할 수 있는 權利를 갖는다. 또한 株主總會에서는 물론, 다른 正當한 장소에서도 議題와의 關聯有無를 묻지 않고 일체의 會社業務에 관한 설명을 請求할 權利를 갖고 있다. 普通法에서 이를 인정하는 理由는 첫째, 株主는 會社財産의 실질적 所有者이고, 둘째, 理事는 會社에 대해서만 아니라 각 株主에 대해서도 契約關係에 있다고 볼 수 있고, 셋째, 실질적으로 常設 監督機關이 없기 때문에 株主의 自主的 監督權을 強化할 필요가 있다는 것이다.

마. 英國

英國에서 株主가 會社의 일정한 서류를 閱覽하려면 商務省에 發行株式의 10분의 1이상의 株式을 가진 株主에게 會社業務를 조사할 수 있도록 하였다. 이와 같이 英國의 株主는 형식적으로 상당히 制限된 開始請求權을 가진다. 따라서 株主의 자주적인 監督은 어렵지만 理事의 開始義務의 強化와 公的監督制

347) 今井宏, 株主總會の理論, 有斐閣, 1987, 63面 參照.

도의 強化로 一般株主를 保護하고 있다. 英國에서의 說明請求權에 관한 規定은 없지만 會社에 대한 公的인 監督을 強化하고 있기 때문에 一般株主의 保護를 의면한다고는 할 수 없다.

바. 스위스

스위스에서는 다른 나라들과는 특이하게 債務法 제697조 제1항에서 株主는 監事에게 의심스러운 營業報告書 항목에 대하여 주의를 환기시키고 필요한 설명을 請求할 수 있다고 規定하고 있으며 同法 제697조 제2항에서 株主의 帳簿 閱覽權, 제3항에서 訴에 의한 認定謄本交付請求權을 規定하고 있으며, 제4항에서 이러한 開始請求權은 會社의 定款이나 總會決議로도 制限하거나 박탈할 수 없는 固有權임을 規定하고 있다. 文言上 監事만이 설명의 義務者이지만, 스위스 債務法상 會社의 내부구조와 기관의 權限分配가 다른 것임을 감안하여야 한다. 특히, 理事中の 一部로서 經營委員會를 구성하여 業務執行을 전담하고 殘餘理事가 業務監事を 담당하게 되며, 監事의 직무는 會計監査에 집중되어 있다. 監事が 理事의 業務執行에 대한 監査權을 갖지 않는 상황에서 株主가 監事에 대한 質問權을 갖는다 하여도 質問權의 의의가 반감되므로 이 점을 감안하여 通說은 理事의 業務執行에 대하여도 說明請求가 가능하다고 해석한다. 하지만 說明拒絕事由에 대해서는 債務法은 規定하지 않고 있다.

5. 說明請求權의 當事者

가. 說明請求權者

各國의 立法例를 보면 株主의 說明請求權은 共益權이며 單獨株主權이라 할 수 있다. 따라서 議決權있는 모든 株主는 說明請求權者가 될 수 있다. 그러나 議決權없는 株主에게도 說明請求權이 인정되는지 與否가 문제이다. 無議決權 株主는 利益의 優先配當을 특권으로 議決權이 없다. 無議決權 株主에게 議決權은 없지만, 總會의 參與權은 갖는다는 것이 종래의 多數說이다. 無議決權 株主라 하더라도 總會의 決議에 대하여 利害關係를 갖고 있으므로 總會에 참석할 權利가 있으며, 無議決權 株主의 利益을 위하여 발언을 할 수 있기 때문에

說明請求權을 인정함이 타당하다고 본다.

그리고 商法에서 議決權의 代理行使가 인정되는데(商法 제368조 제3항), 또한 株主가 株主總會에 참석할 수 없는 경우 投票用紙에 필요한 事項을 記載하여 會社에 제출하여 議決權을 行使할 수 있는 書面投票制度도 인정하고 있다. 議決權의 代理行使는 本人과의 사이에 委任契約關係에 있다. 따라서 代理人은 善良한 管理者注意義務를 부담하기 때문에 本人과 마찬가지로 인정해야 할 것이다. 議決權의 代理行使가 인정되는 限, 說明請求權의 代理行使도 인정해야 하는 것이다.

나. 說明義務者

理事會는 會社의 業務執行機關으로서 株主總會에 議案을 제출하여 그 承認을 요구하는 것도 理事會의 權限에 속한다. 따라서 理事會를 대표하는 代表理事가 株主總會에서 議案의 내용과 그 提案理由를 설명해주고 株主의 質問에 답변하는 것은 문제가 되지 않는 것이다. 그 밖의 理事의 경우 說明義務를 부담하는가 하는 문제는 명백하지는 않지만 株主總會는 運營目的이 會社의 중요한 事項에 대하여 對內的인 意思를 결정하거나 일정한 事項에 대하여 株主에 대해 보고할 수 있고, 株主總會의 召集을 결정하는 理事會에는 代表理事 이외의 理事도 출석하여 결정에 참가하는 것으로 株主總會에서 質問內容에 대해 충분히 설명할 수 있는 情報를 가지고 있으므로 理事會의 결정에 따라 株主의 質問에 대한 답변을 하는 것도 무방하다고 할 것이다.³⁴⁸⁾

監事는 株主에 갈음하여 언제든지 理事의 業務執行을 監査하여 理事가 法令 또는 定款에 違反한 행위를 하거나 그 행위를 할 念慮가 있다고 인정할 때에는 理事會에 출석하여 이를 보고하여야 하고, 理事가 株主總會에 제출할 議案 및 書類를 조사하여 法令 또는 定款에 違反하거나 현저하게 不公正한 事項이 있는지의 與否에 관해 株主總會에 출석하여 그 의견을 陳述하여야 한다(商法 제391조의2 제1항, 제413조). 그리고 監事는 理事會로부터 회의의 6周 전에 營業報告書를 제출하여 監査報告書를 작성해야 하고 株主總會 2周 전에 理事에게 제출되어 營業所에 備置되게 해야 하므로 株主는 監査報告書를 閱覽한 후 의심스러운 事項에 대하여 質問을 할 수 있는데, 이에 대하여 監事が 說明

348) 安東燮, 前掲 “株主의 質問權”, 3面 참조.

義務를 부담해야 한다고 할 것이다.

6. 說明請求權의 行使範圍와 說明義務의 限界

가. 說明請求權의 行使範圍

說明請求權의 대상이 되기 위한 일반적 要件을 살펴보면, 첫째 說明의 請求가 會社의 業務에 관한 것이어야 하고, 둘째 설명이 總會의 意思를 판단하는데 필요한 것이어야 한다. 따라서 權利行使의 濫用을 방지하고 會議의 질서 있는 進行을 위하여서는 이 범위를 적절하게 확정하는가가 중요하다. 說明請求가 적절한 것임을 판단하는 기준을 定하는 것은 불가능하지만 株主의 利益과 會社의 利益을 동시에 고려하여 결정하여야 한다.

이와 관련하여 株主總會의 召集通知의 議事日程에 일련의 議決事項 외의 報告事項에 포함되어 있는 경우 이에 대하여도 說明義務가 발생하는 가에 견해가 대립되고 있다. 즉 株主總會의 議事日程에 포함되어 있는 報告事項에 관한 質問에 대하여는 說明義務가 존재하지 않는다고 하는 견해에 의하면, 報告事項에 대해서는 說明義務가 발생한다 하더라도 그 위반은 株主總會의 議決取消權事由에 해당되는 이상 說明義務를 인정하는 것을 無意味하다는 점을 그 理由로 든다. 하지만 說明義務의 위반이 있는 경우 그에 대한 효과에 관한 문제이지 설명의 존재 與否에 대한 문제라고는 볼 수 없다. 또한 株主總會에서 報告事項은 그 자체가 株主의 贊反意思를 묻는 것이 아니라 株主總會에 의하여 會社 任員으로부터의 報告事項을 수령하고 그들에 대한 평가를 하고 責任追窮을 하기 위한 수단으로써 의미를 가진다고 할 수 있으므로 報告事項이라 하더라도 任員의 說明義務 자체를 否定하는 것은 적절치 않다. 따라서 議決事項 뿐만 아니라 報告事項에 대해서도 株主는 당연히 설명을 요구할 수 있다. 반대로 任員은 이 質問에 대하여 說明義務를 부담해야 한다고 생각한다.³⁴⁹⁾

나. 說明義務의 限界

349) 高在鐘, “株式會社에 있어서 株主의 質問權과 任員의 說明義務”, 「한국외대논문집」 제8권, 2000, 304面.

株主의 說明請求權에서 會議의 目的事項에 관련되는 모든 事項에 說明義務를 부담한다면 범위가 지나치게 확장되게 되고 나아가 會社의 營業秘密의 경우 현재 進行中에 있는 去來交渉의 내용 등에 영향을 끼치게 될 수 있다.³⁵⁰⁾ 日本商法 제237조의3 제1항에서는 株主의 質問에 대한 正當한 拒絶事由를 規定하고 있고, 獨逸의 경우 株式法 제131조 제3항에서 規定한 理由에 限해서만 說明을 拒絶할 수 있다고 規定하고 있다. 獨逸株式法上 要求되고 있는 것으로 제131조는 株主는 總會의 議事日程의 目的事項에 대하여 적절한 판단을 하기 위하여 필요한 범위 내에서 說明을 要求할 수 있으며 會社는 會社의 業務에 相關한 說明을 하여야 한다. 獨逸株式法이 이러한 要件을 規定하고 있는 趣旨는 株主의 說明請求權의 濫用을 防止하고 株主總會의 秩序를 유지하여 올바른 運營을 確保하기 위함이며, 만약 이러한 必要性의 要件을 要求하지 않으면 단순히 總會의 目的과 關聯性의 要件만으로는 說明請求權의 範圍가 무한정 넓어지게 되기 때문이다.³⁵¹⁾

7. 說明請求權侵害의 救濟

가. 決議取消의 訴

商法上 株主總會의 召集節次 또는 議決方法이 法令 또는 定款에 위반하거나 또는 현저하게 不公正한 때 또는 그 決議 내용이 定款에 위반한 때에는 株主·理事 또는 監事는 決議의 날부터 2월내에 決議取消의 訴를 제기할 수 있다 (商法 제376조). 韓國商法에서는 說明請求權에 대한 規定이 없기 때문에 法令에 위반하는 경우는 존재하지 않는다. 그러나 說明義務를 履行하지 않는 것이 株主總會의 決議方法에 현저하게 不公正한 경우에 해당된다면 決議取消의 訴가 제기될 수 있을 것이다. 總會決議 取消의 要件으로 瑕疵와 設立要件사이에 내재하는 因果關係가 요구된다. 따라서 說明請求權의 侵害가 決議의 효과에 영향이 없다는 것을 總會決議로서 입증하면 決議를 取消할 수 없다고 하는 주

350) 獨逸에서는 株式法 제131조 제3항에 記載한 理由에 의해서만 說明을 拒否할 수 있기 때문에 다른 企業과의 契約關係를 質問받은 理事는 契約相對方과 合意한 秘密維持를 理由로 이를 拒否할 수 없다.

351) 高在鐘, 前揭論文, 312面.

장도 있었지만, 判例 및 多數說은 이와 같은 決議가 있었다하더라도 因果關係가 부정되지 않는다고 해석하고 있다. 獨逸의 경우 이에 대하여 株式法 제243조 제4항에서 「總會나 株主가 설명의 拒否가 議決에 영향을 미치지 않았음을 表明하였거나 法院에서 表明하는 것은 決議의 取消을 위한 裁判에 어떠한 영향도 미치지 못한다.」고 規定하여 多數派에 의한 少數株主의 說明請求權의 박탈을 방지하고 있다. 또한 日本에서는 會社의 理事 또는 監事가 비록 說明義務를 履行하였으나 說明義務를 다하지 않을 경우, 예를 들면 多數說 및 判例의 견해로서 株主總會의 議長이 株主의 質問의 기회를 制限하는 경우에는 議決事項에 관한 說明義務의 위반으로써 그 대상이 되는 株主總會의 決議는 取消의 原因이 된다고 하고 있다.

나. 損害賠償請求의 訴

株主의 說明請求가 不當하게 拒絶된 경우라든가, 拒絶되지 않았다고 해도 이에 대한 理事 또는 監事의 설명이 虛偽또는 不完全하게 行하여진 경우에는 理事는 說明義務의 위반이 된다. 說明義務를 위반한 理事에 대해서는 損害賠償責任이 인정된다고 할 수 있는데 이 損害賠償義務는 두 가지 측면에서 발생 하는 것이다. 우선 商法 제339조에 의해 會社에 대한 損害賠償義務를 부담하고, 제41조, 제415조에 의하여 株主에 대해서도 損害賠償義務를 부담한다고 해석할 수 있다.³⁵²⁾ 이때 會社의 損害는 株主의 說明請求權을 관철하기 위한 비용인데 株主에 대한 損害는 구체적으로 계산할 수 없다는 점에서 실제로 거의 有名無實하게 되고 있다.

다. 法院에 의한 說明請求權의 強制履行

株主의 說明請求를 不當하게 拒絶된 경우 裁判을 통하여 그 說明義務를 強制할 수 있는가에 대해서는 學說上 대립되고 있다.

肯定說에 따르면 說明請求의 拒絶이 당해 總會에 영향을 미치는 경우에 설명의 意思表示를 求하기 위한 給付訴訟을 제기할 수 있다고 한다. 나아가 提訴期間은 說明請求에 관한 紛爭을 신속히 해결하기 위하여 總會가 종결된 후

352) 宋民浩, 前掲論文, 244面.

일정한 기간 내로 制限하는 것이 바람직하며, 株主가 勝訴한 경우에는 다음의 總會까지 기다리지 아니하고 總會外에서 答弁하도록 強制하여야 한다고 한다.

獨逸株式法 제132조는 通常의 民事訴訟을 排除하는 專屬管轄에 의한 說明強制節次를 신설하였다. 이 節次에 의하여 株主의 說明請求權의 行使가 법적으로 타당한가의 문제뿐만 아니라, 理事에 의해 제공된 설명이 진실하고 적절한가의 판단도 하게 된다. 그리고 설명을 請求하였으나 拒絶된 株主와 議事日程의 目的事項에 決議가 이루어졌으나 總會에 출석하여 議事錄에 異意를 留保한 株主는 總會後 2周 내에 訴를 제기할 수 있다. 株主가 勝訴한 경우에 次期 總會를 기다릴 필요가 없이 理事는 總會外에서 설명을 하여야 하며, 만약 理事가 自意로 설명을 하지 않을 경우에는 強制執行도 가능하다.

否定說에 따르면 株主의 說明請求權이 總會制度和 밀접한 관계가 있고, 株主總會의 議決權에 대한 보조적인 기능에 불과하므로 株主總會가 종결된 후 說明請求權 行使를 強制하기보다는 株主總會의 決議에 대한 取消의 訴로 만족해야 한다고 한다.³⁵³⁾

8. 改善方案

株式會社의 經營者는 善良한 管理者로서의 注意義務를 다하여 會社의 業務執行을 하여야 한다. 株主는 會社의 構成員이고, 財産所有者로서 會社의 經營에 대하여 監視할 權利가 있는 것이다. 앞서서도 설명하였듯이 株主가 會社의 業務執行에 대한 情報를 충분히 장악하지 않고서는 그 어떤 權利도 行使하기 어렵다. 이 점에서 볼 때, 說明請求權制度는 株主들의 權利를 實效性 있게 보장하는 수단이 되기 때문에 법적으로 說明請求權制度를 도입하여야 한다고 본다.

여기서 기본적으로 論議되는 것은 이 權利를 規定함에 있어서 單獨株主權으로 할 것인가 아니면, 少數株主權으로 할 것인가의 문제가 발생한다.

說明請求權을 單獨株主權으로 할 경우 濫用의 가능성이 있고, 少數株主權으로 인정할 경우에는 株主의 地位를 弱화시키는 점을 고려하면 그래도 單獨株主權으로 하는 것이 합리적이고, 법적으로 業務執行과 관련된 營業秘密이나 세부적인 質問이 會社의 利益에 영향을 끼칠 경우에 限하여 制限的인 조치로

353) 森本滋, 前掲論文, 158面.

서 獨逸이나 日本에서와 같이 說明請求의 내용과 說明義務의 拒絕事項에 대해 구체적으로 規定함이 타당할 것이다. 그리고 기타의 방법으로 行使期間과 持株要件에 대해 制限的인 規定을 두는 것도 고려해볼 필요가 있다고 생각한다.

說明請求權의 效果에 있어서 株主의 質問에 대하여 說明義務者는 理性的인 판단에 의해 만약 설명을 할 경우 會社의 營業에 막대한 손해를 입힐 수 있다고 판단되는 경우를 제외하고 說明義務를 履行하여야 할 것이다. 說明請求에 대한 답변을 強制한다는 것이 비록 어렵기는 하지만 만약 說明義務者가 부당하게 說明請求權을 拒否한 경우에는 過怠料의 처벌이나 또는 기타 說明義務를 強制할 수 있는 規定을 두는 것이 바람직하다.

그 외에 說明請求權의 行使節次에 대하여도 상세한 規定을 두는 것이 이 制度의 實效性을 높이는데 도움이 될 것이다.³⁵⁴⁾

II. 支配株主의 忠實義務

1. 意義

支配株主³⁵⁵⁾³⁵⁶⁾의 忠實義務³⁵⁷⁾ 理事의 忠實義務에서 발전한 것으로 會社

354) 周友蘇, 前掲書, 338-339面.

355) 支配株主는 美國 會社法上으로는 controlling shareholders로 표현되는데, 이들이 갖고 있는 株式을 支配株式(a controlling block of shares)이라고 한다. 支配株式은 통상 議決權이 있는 株式의 過半數를 말하지만 그 以下の 株式도 會社에 따라서는 사실상 支配株主로 될 수 있다(Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of corporation*, Horn books series, West publishing Co., 1983, p. 656 note2). 그러나 株式會社의 支配는 株式의 所有, 任員兼職, 市場에의 영향 등 여러 가지 요소가 單獨 혹은 複合的으로 연결되어 나타날 수 있으므로 支配株主를 결정하는 要所도 다양하게 나타날 수 있다고 한다(송인방, “支配株主의 忠實義務에 관한 研究”, 「충남법학연구」 제8권 제1호, 1997, 248面).

356) 中國의 定款指針 제41조에서 말하는 支配株主(控股股東)란 다음 各號의 1에 해당하는 株主를 말한다. ① 單獨 또는 他人과 단합하여 절반이상의 理事를 選出할 수 있을 때 ② 單獨 또는 他人과 단합하여 議決權의 30%이상을 行使할 수 있을 때 ③ 單獨 또는 他人과 단합하여 會社의 30%이상의 株式을 保有할 경우 ④ 單獨 또는 他人과 단합하여 또는 기타 방식으로 사실상 會社를 支配할 수 있을 경우를 말한다. 여기서의 “단합하여”란 2인 또는 2인 이상이 協議로서 그 중의 하나가 會社의 議決權을 취득함으

와 다른 株主들의 利益을 위하여 誠實하고 公正하게 全心全力으로 忠誠을 다할 義務를 말한다.³⁵⁸⁾

앞에서도 언급하였듯이 株式會社의 경우에 議決權의 多數를 차지하고 있는 支配株主는 多數決의 原則에 의하여 會社의 支配가 완전히 가능하게 된다. 따라서 支配株主가 會社의 利益이나 다른 少數株主들의 利益을 침해하면서 개인적 利益을 추구할 目的으로 議決權을 行使하는 경우에는 多數決原則에 의한 형식적 合理性은 修正을 받지 않으면 안될 것이다. 支配株主의 忠實義務는 곧 支配株主가 株主總會를 통한 會社의 支配可能性에 隨伴되는 책임이자 동시에 그들의 支配力에 대응하는 少數株主를 위한 일정한 補償의 意味로 해석할 것이다.³⁵⁹⁾ 劣等한 위치에 있는 少數者의 地位를 법률상 補強하지 않으면 少數者는 자신의 持分에 상당하는 影響力을 行使할 수 없게 되고,³⁶⁰⁾ 大株主가 議決權을 濫用하고 부당하게 少數株主의 利益을 침해하게 된다면 어느 누구도 少數株主가 되는 것을 기피하게 될 것이고, 그 결과 株式會社에서 필요한 資金을 조달한다는 메카니즘은 그 目的 달성이 불가능하게 될 것이다.³⁶¹⁾ 이러한 차원에서 法律上 少數株主를 保護하고 少數株主權을 인정할 必要性이 인정되는 것이다.

종래의 전통적인 社團法理에 의하면 株式會社에 있어서는 人的會社의 경우와는 달리 株主는 상호간에 밀접한 人的信賴關係가 없고 株式引受價額에 의한 出資義務만을 부담할 뿐 會社나 다른 株主에 대하여 追加義務를 지지 않는다는 것이 原則이었다. 그러나 株主는 會社라는 團體와 社員이라는 자격으로서 法律關係를 맺고 있는바, 이러한 관계에 근거한 一般法上 信義誠實의 原則에 근거하는 義務를 부담하는 것은 당연하다고 할 것이다.³⁶²⁾ 支配株主가 會社의

로써 會社를 支配하거나 또는 그 支配를 공고히 할 目的의 행위를 말한다.

357) 忠實義務라는 용어는 美國法(fiduciary duty)과 獨逸法(treuepflicht)에서 유래한 概念인데, 誠實義務라고 번역하여 사용하는 경우도 있다. 본 논문에서는 忠實義務로 표현한다.

358) 姜熙甲, “支配株主의 忠實義務”, 「商事法研究」 제12권('99.12), 상사법학회, 1999, 113面.

359) 송인방, 前揭論文, 254面.

360) 權載熱, 前揭 “商法上 少數株主權에 관한 研究”, 82面.

361) 梁東錫, 前揭 “大株主와 小數株主間의 法律問題”, 510面.

362) 전통적인 會社法理論에서 말하는 忠實義務는 理事나 監事 등 經營者들에 대한 義務로 規定되고 있고, 株主는 이에 포함되지 않았지만 支配株主가 少數株主에 대한 權利侵害現象이 부단히 발생함에 따라 忠實義務의 負擔者를 支配株主에게로 확대하게 된 것

다른 株主에 대하여 포괄적인 忠實義務를 부담한다는 法理는 美國과 英國, 獨逸 등에서는 明文의 規定을 통하여 있거나 判例法上 수용되어 확고한 지위를 차지하고 있다.³⁶³⁾

韓國商法 제331조에서는 株主의 책임은 그가 가진 株式의 引受價額을 限度로 부담한다고 規定하고 있다. 이것은 株主가 出資義務 이외에 다른 義務를 부담하지 않는 원칙, 즉 株主有限責任의 原則을 말한다. 商法上 支配株主의 忠實義務를 規定한 바는 없지만 支配株主를 牽制하는 規定은 찾아 볼 수 있다.³⁶⁴⁾

韓國證券去來法 제23조 제1항에서는 제21조 제1항에 規定된 有價證券公開買受 申告書를 證券去來委員會에 제출하여 그 效力이 발생하면 제22조 제2항에 따라 곧 申告書에 記載한 내용중 同 施行規則이 定하는 事項을 公告하고, 당해 有價證券이 上場된 때에는 그 申告書의 寫本을 證券去來所 또는 協會에 제출한 후에야 公開買受를 할 수 있도록 하고 있다. 또한 公開買受申請書에는 事項을 記載하도록 하고 있으며 申告書를 제출한 者는 그 申告의 效力이 발생하기 전에 그 申告書의 寫本을 公開買受할 有價證券의 發行人에게 送付하도록 하고 있다(同法 제21조 제1항, 22조 제1항). 이러한 規定은 支配株主의 專橫을 간접적으로 牽制할 수 있는 장치라고 볼 수 있다.

그리고 證券去來法 제188조에서 內部者去來의 制限에 관한 規定을 두고 있는데, 특히 제188조 제2항과 제3항은 上場法人에 관하여 規定하고 있으나, 기타의 會社에 있어서는 內部者去來에 관한 규제가 없어서 制限의 방법이 없게 되었다. 그 외에도 競業禁止에 대한 規定, 商法 제398조의 自己去來의 경우 理事會의 承認을 받아야한다는 規定 등을 들 수 있다.

이다(朱慈蘊·鄭博恩, “論控制股東的義務”, 「政治與法學」, 2002年 第2期, 16面).

363) 美國法の 내용은 Robert W. Hamilton, *The law of corporations : In a Nutshell*, 5th ed., West, September 2000, p. 379 참조. 1988년 獨逸聯邦最高法院은 支配株主는 少數株主에 대하여 信託義務가 있다고 판시하였다(何美歡, “公衆公司及其股權證券”, 北京大學出版社, 2000, 855面 각주 385에서 재인용).

364) 中國의 경우 會社法이나 證券法에서 역시 支配株主의 忠實義務를 직접 規定한 것은 없고 證券監督委員會에서 頒布한 기타의 行政規範으로 約束하고 있는 情況이어서 큰 작용을 하지 못하고 있다(王保樹·楊繼, 前揭論文, 60面).

2. 立法例

가. 獨逸

獨逸에서 支配株主의 忠實義務에 대한 認定根據는 널리 알려지고 있는 *Linotype*사건판결³⁶⁵⁾이라고 할 수 있다. 이 判決은 獨逸 聯邦法院이 合名會社나 合資會社와 같은 人的會社의 경우에는 물론이고, 物的會社인 有限會社의 경우에도 社員들 사이의 忠實義務를 긍정하면서도 株主들 사이의 忠實義務를 부인하였던 종래의 태도를 완전히 轉換하였다는 점에서 일단 획기적인 판결로 평가할 수 있다. 특히, 實定法에서 명시적인 근거를 찾을 수 없는 포괄적인 法概念을 과감하게 도입하였다는 점에서 법창조에 적극성을 보이고 있다고 할 수 있다.³⁶⁶⁾

獨逸에서 論議하고 있는 忠實義務는 적극적인 行動義務와 利益保護義務를 말한다. 이것은 獨逸 民法上的 信義原則이나 善良한 風俗法則보다는 한 단계 높은 團體法上的 行動規範이라고 할 수 있다. 支配株主의 忠實義務가 論議될 때에 支配株主의 忠實義務에 대하여 會社의 利益을 위하여 적극적으로 행동할 義務와 다른 株主들의 社員權的 利益을 고려할 義務로 풀이하고 있다. 즉 다른 株主들의 社員權的 利益을 침해할 念慮가 있는 행위를 하지 않아야 할 義

365) BGHZ103,184=WM1988,325. 사건: 스템펠(Stempel)株式會社의 다수자인 *Linotype*有限會社와 소수자(X)와 利害가 충돌하므로, *Linotype*有限會社(株式會社의 96%株主)는 자기의 利益을 위하여 *Stempel*株式會社의 組織變更 또는 合併의 組織變更을 시도하였다. 그러나 소수자(X)의 同意를 얻지 못하였으므로, *Stempel*株式會社의 定款規定에 따라 1985년 4월 30일 解散할 것을 決議하였다. 그런데 이 解散決議를 행하기 이전에 被告會社인 *Stempel*株式會社의 理事·監事와 大株主인 *Linotype*會社가 約定하여 *Linotype*會社가 被告會社의 활자장치 제조프로그램을 자기의 생산부분에 편입시키고, *Stempel*株式會社의 영업설비 및 그 영업부분에서 일하는 전문직 종업원을 引受하게 하였다. 그런데 당해 解散決議의 總會에서 소수자(X)의 위 행동 등에 대한 解散請求를 *Stempel*會社가 거절하였으므로 당해 解散決議에 반대하는 소수자(X)는 株式法 제243조 제1항, 제2항에 의거하여 多數株主의 議決權의 濫用을 이유로 하여 解散決議의 取消의 訴를 제기 하였는데 1988년 2월 1일 聯邦大法院(BGH) 第2民事部는 소수자(X)의 上告理由를 인용하여 이른바 忠實義務를 부담한다는 것을 내용으로 하는 첫 判決을 내렸다.

366) 金建植, 少數株主와 支配株主의 誠實義務”, 「서울대법학」 제32권 제3-4호, 1991. 12. 99面.

務와 會社의 目的 달성에 필요한 행위를 적극적으로 해야 할 義務이다.³⁶⁷⁾

獨逸法上 이미 1937년 株式法 制定 前부터 株主의 忠實義務와 같은 概念을 도입하려고 시도하였으나, 法律上 명시적 근거가 없고 株主有限責任原則이나 會社의 社團性에 어긋난다는 형식적인 理由로 널리 수용되지 못하였었다. 물론 判例와 學說은 民法이나 株式法上의 일반規定을 이용하여 多數株主의 權限濫用을 어느 정도 막을 수 있었고, 株式會社法의 改正時에 多數株主가 少數株主의 利益을 부당하게 侵害될 가능성이 있는 구체적인 상황에 대하여 개별적인 規定이 상당수 마련되었다. 그러나 이들 一般規定과 個別規定은 모두 適用範圍나 實效性방면에서 限界를 지니고 있었으므로 忠實義務와 같은 一般概念의 必要性이 강조되었던 것이다. 따라서 忠實義務를 긍정한 BGH판결은 株式法의 規定도 支配株主의 行동을 규율하는데 限界가 있음을 입증하는 것이다.³⁶⁸⁾

學說上으로 支配株主의 議決權濫用의 경우를 支配株主의 忠實義務가 適用되는 우선적인 領域으로 삼고 있다. 이런 점에서 特別利益을 얻을 目的으로 議決權을 濫用하는 것을 禁止하는 株式法 제234조 제2항의 規定을 支配株主의 忠實義務의 表現으로 보는 見解가 많다. 그러나 최근의 學說은 支配株主의 議決權을 포함하여 支配株主가 會社의 業務執行이나 少數株主에 대한 지배적 影響력을 行使하는 모든 경우까지 그 領域을 확대하고 있다. 그러나 전체적으로는 美國에 비하여서 그 適用範圍가 협소한 것으로 인식되고 있다.

支配株主의 忠實義務가 適用되는 것은 支配株主의 會社間 또는 株主相互間에 발생하는 利害의 衝突에 대하여 기존의 法規定을 통하여 적절하게 해결할 수 없는 경우이다. 支配株主의 忠實義務를 適用하기 위하여서는 개별적인 경우와 會社의 실질적 구조에 따라서 그 要件을 확정해야 할 것이다. 대체로 會社의 단체目的과의 결합의 정도, 少數株主의 保護가 그 基準이 된다. 만약 支配株主의 결정이나 措置가 會社目的의 달성에 객관적으로 합당하다면 이로 인하여 少數株主의 利益이 침해된다 하더라도 무관하다. 그러나 가능한 한, 少數株主의 利益을 고려하여 가장 최선의 保護手段을 선택해야 할 것이다.³⁶⁹⁾

367) 姜熙甲, 前掲 “支配株主의 忠實義務”, 124面.

368) 金建植, 前掲論文, 99面.

369) 姜熙甲, 前掲論文, 132面.

나. 美國

美國會社法에서 경영진(理事·任員·支配株主)은 會社에 대해서 뿐만 아니라 株主와 會社債權者에 대하여도 忠實義務를 부담한다. 원래 理事의 會社에 대한 忠實義務는 支配株主의 忠實義務로 발전되었고, 다시 支配會社의 忠實義務로 발전되었다.

忠實義務는 誠實성과 公正성을 要件으로 하며, 理事의 會社나 株主들에 대한 행위가 誠實성과 公正성에 違反하는 경우에는 忠實義務違反이 된다.³⁷⁰⁾

美國에서 支配株主의 忠實義務는 獨逸과 달리 株式會社의 支配나 從屬會社의 規制에 관한 法令을 통한 것이 아니라 判例를 통하여 확립되었다. 支配株主가 會社나 少數株主에 대하여 부담하는 義務로 첫째, 會社의 目的範圍內에서 주어진 權限에 따라 행위를 하는 것이고, 둘째, 業務執行에 있어서 善良한 管理者로서 注意義務를 준수하는 것이고, 셋째, 忠實義務이다. 구체적으로는 ①群小株主 抑壓禁止의 忠實義務, 예컨대, 配當遲延·경영진으로 있는 支配株主에 대한 부당한 高額の 報酬支給·특정종류의 株主만 이롭게 하는 合併이나 組織變更, 定款變更 등의 경우를 들 수 있다. ②支配權을 형성하는 株式賣渡時의 忠實義務, 예컨대, 株式賣渡에 있어서 忠實義務와 善管注意義務를 들 수 있고, ③內部者去來에서의 忠實義務, 즉 理事나 任員은 會社나 全體株主에 대하여 會社業務나 재산에 관해 忠實義務가 있다. 株式去來時에 理事나 任員은 會社의 內部事情을 잘 알고 있으므로 그들이 株式을 거래하는데 있어서 그러한 內部情報에 정통한 것을 이용하여 不當하게 큰 利得을 얻음으로써 거래를 不公正하게 만들 수 있으므로 이를 방지하려는 의도에서 內部者去來에 있어서의 忠實義務를 나타내고 있다. ④會社의 競業禁止, 會社機會의 有用禁止, 自己去來上의 忠實義務, ⑤기타의 경우로서 支配株主는 株主들의 同意를 要하는 會社의 중요한 事項에 관해 投票하거나 同意함에 있어서 忠實義務를 진다. 즉 會社合併의 경우·會社重要財産의 讓渡·賃貸借의 경우 등에 있어서도 支配株主에게 일정한 忠實義務가 부과된다고 볼 수 있다.

370) 梁東錫, “獨逸의 Linotype事件判決과 支配株主의 忠實義務”, 「조선대법학논총」, 1998, 133面.

3. 支配株主 忠實義務의 이론적 根據

近代에 이르러 權利를 濫用함으로 타인에게 被害를 주는 弊端이 빈번하였고, 權利의 行使가 타인의 權利를 침해할 수 없다는 法理가 도출되었다. 따라서 支配株主가 權利를 行使함에 있어서도 일정한 忠實義務를 부담하여야 한다.

美國의 Rothschild v. Memphis & CR Co.사건의 판결문에서 지적한 바와 같이 “실제로 會社를 支配하지 않는 限, 多數의 議決權을 保有하였다고 하여 반드시 義務를 수반하는 것은 아니다. 특별한 義務를 부과하게 된 것은 지배로부터 발생한 義務이다.”³⁷¹⁾ 즉 支配株主의 忠實義務는 會社內部的 少數株主와의 관계에서 볼 때 會社支配에 절대적인 權利를 가지고 있기 때문에 지게 되는 義務이다.

株主는 株式會社의 意思決定이나 利益配當에 있어서 그의 株式에 比例한 만큼의 權利를 가진다. 그러나 資本多數決의 原則에 의하여 株式會社의 意思決定은 전적으로 支配株主의 意思가 會社의 意思로 반영되고, 少數株主의 議決權은 “0”으로 될 수 있기 때문에 大株主의 權利에 대하여 일정한 制限을 하지 아니한다면 支配株主는 權利를 濫用할 수 있고 少數株主의 利益은 적절한 保護를 기대할 수 없게 된다. 따라서 支配株主에게 忠實義務를 부과함으로써 그의 權利濫用の 危險發生을 牽制하여야 한다.

4. 忠實義務의 內容과 忠實義務違反에 대한 規制

支配株主의 忠實義務의 內容은 株主總會의 議決過程에서 少數株主에게 權利를 行使할 수 있는 機會와 方法을 節次的으로 保障하여야 할 것과 實定法的으로 株主總會나 理事會에서 少數株主의 利益을 침해하는 決議, 즉 형식상으로는 適法하나 실질적으로 少數株主의 利益에 反하는 決議를 하지 아니할 義務이다.

忠實義務違反에 대한 規制手段으로는 통상적으로 支配株主의 議決權을 制限하는 방법, 累積投票制와 株式買受請求權 등의 制度가 있고, 少數株主의 利

371) 何美歡, 前掲書, 823面.

益이 侵害를 받은 경우에 代表訴訟을 제기할 수 있는 法的裝置를 마련하고 있다.

5. 改善方案

忠實義務의 概念으로 해결할 문제가 다른 방법으로 해결이 가능하다면 忠實義務의 一般條項은 필요 없을 것이지만, 支配株主가 자기의 우월한 地位를 이용하여 그 影響力을 行使함으로써 少數株主들의 權利를 침해하는 경우에 少數株主를 보호하고 支配株主와 會社, 少數株主間의 利害衝突을 民法上의 信義誠實의 原則이나 기타의 法律로는 만족스럽게 조정될 수 없을 것이다.³⁷²⁾

現行 會社法에서 解釋論的으로 支配株主의 忠實義務에 대한 개념을 찾아볼 수 없기 때문에 결국에는 입법론적으로 문제를 해결하는 방법밖에 없을 것이다. 따라서 少數株主의 保護 立場에서 본다면 理事의 忠實義務와 같이 會社法에서 支配株主의 忠實義務에 대한 개념을 도입하는 것이 바람직하다.³⁷³⁾ 그러나 그 導入에 있어서는 問題點을 내포하고 있다. 즉 支配株主의 忠實義務를 인정하는 一般原則으로 規定해야 할 것이고, 內容이 抽象的이기 때문에 一般規定을 新設한다고 하더라도 法院이 그 公正性을 판단하게 된다는 것이다. 그리고 支配株主의 忠實義務를 인정함에 있어서 統一的인 범위를 확정하기가 어려운 것인데, 일반적으로 議決權行使나 內部者去來 등과 會社業務에 대하여 부당한 影響力을 行使하는 경우에 인정될 것이나, 그것은 구체적인 경우에 따라 역시 法院의 판단에 의해 이루어질 것이므로, 모든 세부적인 利害關係를 충분히 검토하여 支配株主의 忠實義務가 少數株主保護를 위해 필요한 하나의 制度로 정착시켜야 할 것으로 생각한다.

제 2 절 中國法の 關聯規定과 改善方案

I. 現行關聯法令의 問題點과 改善方案

372) 姜熙甲, 前揭 “支配株主의 忠實義務”, 136面 참조.

373) 同旨: 鄭東潤, 前揭書, 208面; 朱慈蘊·鄭博恩, 前揭論文, 17面.

1. 會社情報接近請求權

中國會社法은 會社情報接近權과 관련하여 會社法 제101조에 “株式會社는 會社의 定款, 株主名簿, 株主總會 議事錄과 財務會計報告書³⁷⁴⁾를 本店에 備置 하여야 한다.”라고 하여 財務諸表 등의 備置에 관한 規定을 두고 있고, 제110 조에서는 “株主는 會社의 定款, 株主總會 議事錄과 財務會計報告書を 열람할 수 있다”라는 規定을 두고 있다. 따라서 同 規定을 볼 때 株主의 會計帳簿閱覽請求權을 인정하고 있다고 할 수 있다.

그러나 상기 規定과 관련하여 문제되는 것은 첫째, 閱覽·謄寫請求權을 行使할 수 있는 株主의 權利가 單獨株主權인지 아니면 少數株主權인가에 대하여 明確한 規定이 없다는 것이다. 中國會社法에서 株主總會의 召集請求權을 行使할 수 있는 持株要件을 發行株式總數의 10%이상으로 規定하면서 財務報告書의 閱覽請求權의 持株要件에 대하여는 規定을 두지 아니한 것으로 보아 單獨株主權으로 해석해야 할 것이다.³⁷⁵⁾ 둘째, 株主가 行使할 수 있는 請求權의 對象範圍가 확정적이지 않다는 것이다. 文言上의 規定으로 보면 會計報告書는 韓國의 財務諸表에 해당하는 것으로 理解할 수 있으므로 그 財務諸表의 기초 서류가 되는 會計의 帳簿와 書類, 즉 分介帳·元帳·傳票·領收證·契約書·納品書는 포함되지 않는다고 할 수 있다.³⁷⁶⁾ 만약 會計帳簿를 포함하지 아니한다고 하면 株主의 閱覽請求權의 對象이 너무 狹小하여 株主의 權利行使가 制限을 받을 우려가 있고, 만약 會計帳簿를 포함한다고 해석한다면 그 請求權의 行使者가 單獨株主도 가능한 것으로 되어 있고, 또한 行使要件에 대하여 아무런

374) 中國會社法에서 말하는 財務會計報告書란 다음과 같은 財務會計報告 및 附屬明細書を 포함한다. ① 資產負債表, ② 損益表, ③ 財務狀況變動表, ④ 財務狀況說明書, ⑤ 利潤配分表(中國會社法 제175조).

375) 同旨: 劉俊海, 股份有限公司股東權의 保護, 法律出版社, 1997, 178面. 臺灣會社法에서도 財務報告書 등의 閱覽을 請求할 수 있는 者에 대하여 持株要件을 規定하지 않지만 單獨株主權으로 하고 있고, 株主는 그가 委任한 辯護士나 會計士를 통하여 閱覽을 할 수 있다(臺灣會社法 제229조).

376) 臺灣會社法에서는 營業報告書, 財務報告, 利益配當方案과 缺損充當方案과 監查報告書を 株主總會 개최 20일까지 本店에 備置하도록 規定하고 있다(臺灣會社法 제228조, 제229조). 臺灣은 2001년 11월 會社法 改正時 “資產負債表, 損益表, 株主權益變動表, 現金流量表” 등을 財務報告로 개정하였다(柯芳枝, 前掲 公司法論(下), 380面). 즉 臺灣의 財務報告에는 資產負債表, 損益表, 株主權益變動表, 現金流量表 등이 포함된다.

制限을 두고 있지 않기 때문에濫用의 우려가 있다. 따라서 會社의 營業秘密이 漏泄되어 손해를 입을 가능성이 적은 일반적인 財務諸表에 대하여는 單獨株主權의 行使對象으로 하고, 會計帳簿와 書類에 대하여는濫用으로 인한被害가 클 수 있으므로 그것을 방지하기 위하여 일정비율의 持株要件을 規定함으로써 少數株主權으로 하는 것이 바람직하다. 셋째, 閱覽請求權의 行使方法과 拒否事由 및 不當拒否에 대한 罰則 등에 관한 規定을 두고 있지 아니하여 實效性이 떨어진다. 따라서 立法論적으로 이러한 점을 補完하여야 할 것이다.

會社의 情報接近權의 또 다른 제도로서는 檢査人選任請求權과 說明請求權을 들 수 있는데, 中國會社法은 檢査人選任請求權에 대하여 아무런 規定을 두고 있지 않기 때문에 會社의 業務執行에 관하여 不正行爲나 定款을 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 더 이상의 情報接近權을 行使할 수 없게 된다. 한편 株主의 說明請求權에 대하여 상세한 規定은 하지 않고 있지만 會社法 제111조에서 “....., 會社의 經營에 대하여 建議나 質問을 할 수 있다.”는 規定을 두고 있어 中國會社法上 說明請求權은 株主의 權利로 인정된다고 할 수 있다. 다만 說明請求權의 내용과 行使範圍, 請求權 위반의 效果 등에 대하여 구체적인 規定을 두고 있지 않기 때문에 實效性이 疑問된다.³⁷⁷⁾

私見으로는 少數株主에게 충분한 情報接近權을 보장하도록 하기 위해서는 中國會社法에서 檢査人選任請求權과 說明請求權에 대하여 立法論적으로 구체적인 規定을 둘 필요하다고 생각한다. 說明請求權에 대한 세부적인 관점은 앞에서 서술한 韓國法上의 立法論으로서의 說明請求權의 내용을 참조하기 바란다.³⁷⁸⁾

2. 臨時株主總會召集請求權

中國會社法 제104조에 의하면 發行株式總數의 100분의 10이상을 所持한 株主의 請求가 있는 경우, 2개월 내에 臨時株主總會를 召集하도록 規定하고 있다. 1993년 12월에 제정되어 1999년 12월 一部 改正을 거친 中國會社法은 지

377) 坵丹, “規範關聯交易, 保護少數股東權益”, http://court.shantou.cn/article/fw_wc-001.htm.

378) 同旨: 劉俊海, “完善法律制度”, 證券時報, 2003年 3月 18日(<http://www.eestart.com.cn/zxzx/20030318/317988.html>), 2003-10-15).

나치게 原則的인 規定들로 이루어져있기 때문에 學者들로부터 實效性이 떨어진다. 批判을 받아 왔다. 少數株主의 株主總會召集請求權도 역시 이러한 批判을 免하기 어렵다.

韓國 및 기타 國家 會社法의 株主總會召集請求權의 관련내용과 비교하여 볼 때, 다음과 같은 점에서 補完할 필요가 있다고 생각된다.

첫째, 현재 10%로 規定하고 있는 少數株主의 持分比率을 하향 조정하여 少數株主의 株主總會召集請求權의 申請要件을 緩和할 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 先進國 中 이탈리아는 少數株主의 持分率을 20%로 規定하고 있고, 美國, 英國 등 國家는 10%로 規定하고 있다. 이러한 國家와 비교해서 中國會社法의 10%의 持分率에 관한 規定이 절대적으로 높은 것이라고 할 수는 없으나, 中國의 실정상 國家株, 法人株가 대부분인 현실을 감안할 때, 낮은 持分率을 가진 零細한 少數株主를 두텁게 保護하기 위해서는 少數株主에 대한 持分比率을 下向하여 規定하여야 할 것이다. 또한 韓國, 日本, 臺灣의 경우에는 그 持分率은 發行株式總數의 100분의 3으로 하고 있는데 이를 참고할 수 있을 것이다. 上場會社의 경우에는 少數株主의 持分率에 대한 規定을 더욱 緩和하여 規定하거나 持分率이 아닌 一定額面 株式價額을 기준으로 少數株主의 株主總會召集請求權을 인정하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

둘째, 少數株主의 株主總會召集權에 대한 規定을 두는 것이 필요하다. 中國會社法에 의하면 少數株主의 株主總會召集請求權을 인정하고 있으나, 理事會가 少數株主의 株主總會召集請求權을 묵살할 경우에 대한 救濟策에 대해 아무런 規定이 없다. 따라서 少數株主가 株主總會召集請求를 하였음에도 불구하고 理事會가 一定 期間內에 株主總會召集을 하지 아니할 경우에는 당해 株主로 하여금 직접 株主總會를 召集할 수 있는 權限을 부여하거나 또는 法院의 許可를 받아 株主總會를 召集할 수 있도록 하여야 할 것이다. 만약 그러하지 아니할 경우, 中國會社法上의 少數株主의 株主總會召集請求權은 형식상의 權利에 불과하게 된다. 또한 이렇게 召集되는 株主總會는 少數株主가 會社機關의 立場에서 召集하는 것이기 때문에 그 비용은 합리적인 限度內에서 會社의 부담으로 하여야 한다는 規定을 두어야 할 것이다.³⁷⁹⁾

379) 劉俊海, 前揭 股份公司股東權的保護, 315面; 唐曉東, “論上市公司的關聯交易(下), 證券法律評論, 2001年 第1期(<http://civillaw.com.cn/jinrong/papers/student/stu14.asp>), 2003-10-15.

셋째, 少數株主의 株式保有期間에 대한 規定을 두는 것이 바람직하다. 少數株主의 株主總會召集請求權을 인정하는 制度의 趣旨은 앞서 살펴본 바와 같이 資本多數決에 의한 大株主 또는 경영진의 專橫을 牽制하자는 것이나, 반대로 零細한 株主가 株主總會召集請求權을 濫用함으로써 會社에 被害를 입히는 것도 방지하여야 할 것이다. 따라서 株主總會의 召集을 請求할 수 있는 株主의 持分比率에 있어서 一定要件을 具備하여야 할 뿐만 아니라, 臨時로 株式을 취득하여 株主總會召集請求權을 惡用하는 것을 防止하여야 한다. 日本商法 제237조의1에서는 株式保有期限을 6개월로 하고 있고, 臺灣會社法 제173조는 株式保有期間을 1년 이상으로 規定하고 있는데 이를 참작하여 中國實情에 적합한 株式保有期間을 規定하는 것이 타당하다고 본다. 零細株主들이 단기차익을 노려 株主變動이 상대적으로 활발한 점을 감안할 때, 6개월의 株式保有期間을 두는 것이 타당하다고 생각된다.

3. 株主提案權

1992년 中國 國家體制改革委員會에서 제정한 株式會社規範意見(股份有限公司規範意見)제43조에 株主提案權에 대한 規定을 두고 있는데, 同 規定에 의하면 株主總會에서는 株式의 5%이상을 대표하는 株主의 提案에 대하여 附議하도록 하고 있다. 그러나 1993년 會社法을 제정할 시에는 株主提案權制度에 대하여 會社法에 規定을 두지 않았다. 다만, 中國會社法 제110조에서 株主는 會社의 經營에 대하여 建議할 수 있다고 規定하고 있는데, 그 行使 要件과 節次에 대하여 아무런 規定도 없기 때문에 實效性은 물론, 株主提案權에 관한 規定으로 理解하기는 어렵다.

이러한 理由에서 中國證券監督委員會는 1997년 12월 16일과 2000년 5월 18일에 上場會社定款指針, 株主總會規範意見을 制定·公布하였는데, 여기서는 株主提案權에 대하여 보다 구체적인 規定을 두고 있다. 비록 同 定款指針이나 規範意見이 部令에 해당하는 規範으로서 會社法과 證券法의 下位法³⁸⁰⁾에 불과하기 때문에 法的 效力이 낮고, 上場會社의 株主總會에 대하여만 適用되는 등

380) 동 規定은 "上場會社의 행위를 規範하고 上場會社 株主總會가 法에 의해 職權을 行使하도록 하기 위하여 中國會社法과 證券法에 의해 本 株主總會規範意見을 制定한다." 라고 그 立法趣旨와 立法根據를 밝히고 있다(株主總會規範意見 제1조).

부족한 점이 없지는 않지만 中國會社法上으로 아무런 規定이 없는 現時點에서 는 그나마 그 役割을 期待해 볼 수 있다.

同 定款指針과 株主總會規範意見에 의하면 會社議決權 株式의 5%이상을 保有한 株主는 定期株主總會에서 單獨으로 또는 다른 株主와 共同으로 새로운 提案을 제출할 수 있으나(定款指針 제57조, 同 規範意見 제12조 제1항), 제출할 議案은 다음과 같은 要件에 부합되어야 한다. 즉 ① 내용이 法律이나 定款의 規定에 합치하고 會社의 經營範圍와 株主總會의 職務範圍에 속하여야 하며, ② 명확한 議題와 구체적인 議決事項이 있어야 하고, ③ 書面形式으로 제출하거나 理事會에 送達하여야 한다(定款指針 제58조). 또한 臨時提案이 理事會의 通知에 포함되지 아니한 새로운 提案이며 또한 株主總會規範意見 제6조에서 規定한 事項³⁸¹⁾ 일 경우, 提案者는 株主總會 會議日의 10日 전에 理事會에 제출하고, 理事會에서 同 提案을 審議한 후 公告한다(同 規範意見 제12조 제2항). 그 외의 提案은 提案者가 事前에 理事會에 제출하여 理事會에서 公告하거나 株主總會에서 직접 제출할 수 있다(同 規範意見 제12조 제3항).

定期總會의 臨時提案에 대하여 理事會는 株主의 提案 事項이 會社와 직접적인 聯關이 있고, 法律이나 定款에서 定한 株主總會의 職權範圍를 초과하지 아니한 경우에는 株主總會에 附議하여야 한다. 위의 要件에 부합되지 않는 제안에 대하여 理事會는 株主總會에 상정하지 아니할 수 있지만 株主總會에서 그 理由를 설명하여야 한다(同 規範意見 제13조 제1호, 定款指針 제60조). 그리고 理事會에서는 株主의 提案과 관련된 節次問題에 대하여 審議해야 하는데, 만약 당해 提案에 대하여 分割이나 또는 併合하여 표결할 때에는 原 提案者의 同意를 거쳐야 한다. 原提案者가 同意하지 아니할 경우, 株主總會의 社會자는 節次問題를 株主總會에 상정하여 그 節次에 따라 議決한다(同 規範意見 제13조 제2호).³⁸²⁾ 理事會가 提案을 株主總會에 상정하지 아니한 것에 대하여

381) 株主總會規範意見 제6조의 事項이란 ① 會社資本의 增加나 減少, ② 社債의 發行, ③ 會社의 分割, 合併, 解散과 清算, ④ 定款의 修正, ⑤ 利益配當과 缺損處理方案, ⑥ 理事會와 監事會 構成員의 任命과 罷免, ⑦ 募集資本 投資方案의 變更, ⑧ 株主總會에서 議決 할 內部者去來, ⑨ 株主總會에서 議決할 資産의 買收와 賣却, ⑩ 公認會計士事務所의 變更, ⑪ 定款에서 定한 書面으로 投票할 수 없는 기타 事項 등을 말한다.

382) 中國 上場會社의 定款指針에서는 “理事會에서는 會社와 株主의 最大利益을 확보하는 原則과 定款指針 제58조에 의해 株主總會의 提案에 대하여 審査하여야 한다.”라고 規定하고 있다.

異議가 있는 株主는 定款指針 제54조에 의하여 臨時株主總會의 召集을 請求할 수 있다(定款指針 제61조).

株主總會規範意見에서는 株主가 제출하는 議題에 대하여 모두 議案을 添附하여야 하는가에 대하여는 明文의 規定이 없지만, 株主提案이 投資, 財産의 處分과 買受·合併 등의 문제와 관련될 경우에는 반드시 그 議題에 대하여 상세한 설명을 添附하여야 한다고 規定하고 있다.

上場會社 定款指針과 株主總會規範意見의 制定으로 上場會社의 發行株式總數의 5%이상을 保有한 株主는 株主提案權을 行使할 수 있게 되어 있지만, 理事가 不當하게 提案을 拒否한 경우에 아무런 制裁措置도 規定하고 있지 않은 것과 提案株主의 提案에 대하여 설명의 기회를 부여하지 아니한 것 등은 모두 提案權의 實效性을 減少시킬 것으로 보인다. 따라서 株主提案權에 관한 外國의 立法例를 참조하여 상기 定款指針과 株主總會規範意見이 실행되는 가운데서 問題點 등을 補完하여 會社法에 同 制度를 導入하는 것이 바람직하다.³⁸³⁾

4. 累積投票制度

中國會社法은 理事의 選任에 있어서 累積投票制에 대한 規定은 없고, 다만 株主總會에서 選任한다는 規定을 두고 있다(中國會社法 제103조). 그러나 上場會社 理事의 選任에 있어서는 累積投票制의 適用이 적극적으로 권장되고 있다. 中國의 「上場會社業務守則(上市公司治理準則)」 제31조에서는 “理事의 選任에 있어서 少數株主의 의견이 충분히 반영되어야 한다. 株主總會는 理事選任에 있어서 累積投票制를 적극적으로 추진하여야 하고, 大株主의 持分比率이 30% 이상인 上場會社는 累積投票制를 採用해야 한다”라고 規定하고 있다. 이 規定으로부터 현재 中國의 上場會社에 있어서 大株主의 持分比率이 30%에 미달할 경우 累積投票制는 勸告事項이고, 大株主의 持分比率이 30% 이상일 경우에는 강제적으로 累積投票制를 導入하도록 하고 있다.³⁸⁴⁾

앞서 설명한 바와 같이 현재 各國 會社法上 累積投票制度는 强制主義로부

383) 唐曉東, 前掲 “論上市公司的關聯交易(下) 參照.

384) 場會社中 大株主의 持分比率이 50%를 초과하는 會社가 전체 上場會社의 79.2%인 점을 감안하면 上場會社 中 대부분의 會社에서 累積投票制를 실시한다고 보아야 할 것이다.

터 許可主義로, 그 작용도 점차 弱화되고 있는 추세이다. 예컨대, 美國의 경우 일부 州에서 累積投票制度를 廢止하고 있고, 累積投票制가 理事會內部的 相互信任關係와 協作분위기를 파괴하며 경험 있는 經營管理層의 지속과 온정에 불리하다는 理由로 累積投票制를 반대하는 主張도 대두되고 있다. 실제로 美國 會社法上 累積投票制度가 약화되고 있는 주요 원인은 치열한 자본유치 경쟁으로 各州에서 經營者에 유리한 정책을 規定하여 투자를 유치하고 있고, 美國 會社法上 少數株主에 대한 保護策이 매우 충분하기 때문이다.³⁸⁵⁾ 그러나 中國은 美國과는 달리 少數株主保護制度가 미비하고, 株式會社 특히, 大規模上場會社에 있어서 國家株나 法人株를 保有한 大株主가 절대적인 優位를 점하고 있고 少數株主의 結集力이 약하며, 유효한 法的 救濟手段을 活用하지 못하고 있는 실정을 감안한다면 累積投票制의 도입으로 발생할 긍정적인 효과가 클 것으로 생각된다. 따라서 맹목적으로 累積投票制度의 도입을 반대할 것이 아니라, 累積投票制로 인한 부정적인 면을 最小化시키는 전제하에서 장래를 대비하여 制度의 도입을 적극적으로 추진하는 것이 바람직하다고 생각한다. 비록 累積投票制度의 局限性으로 인하여 少數株主가 지지하는 者가 理事로 반드시 選任된다고는 할 수 없지만 理事의 數가 많을수록 選任될 可能性이 크기 때문에 選任될 理事의 數를 配定하는데 인위적인 조작을 방어할 수 있다면 少數株主의 保護에는 큰 의미가 있는 것으로서 그 도입이 필요한 것이라고 생각한다.

그리고 中國의 株式會社制度의 歷史가 짧고 少數株主利益保護에 대한 規定이 미비한 상황을 감안한다면 累積投票制에 대하여 外國에서와 같이 許可主義를 취한다면 절대적 優位에 있는 支配株主들에 의해 定款으로 그 適用을 排除할 가능성이 있으므로 累積投票制에 대하여 強制主義를 택한 上場會社業務指針의 입장은 바람직하다고 본다.

또한 中國에서는 株主總會에서 理事와 監事를 동시에 選出할 수 있는지 아니면 두 번에 나누어 選出하는지에 대하여 명확한 規定을 두지 않고 있다. 따라서 中國에서도 臺灣에서 한때 施行한 바와 같이 株主總會에서 累積投票制度를 採用하여 理事와 監事를 동시에 選出하는 방법을 취하자는 견해도 있다.³⁸⁶⁾

385) 宋紅松, “少數股權權利的法律保護”, 「煙臺大學學報(社會科學版)」 第13卷 第4期, 2000, 404面 參照.

386) 王繼軍, “股份有限公司累積投票制度研究”, 「中國法學」, 1985年 第5期, 87面.

생각건대, 監事와 理事는 그 성질을 달리할 뿐만 아니라 監事の 選任에 있어서도 中國에서는 특이한 規定을 두고 있기 때문에 다른 나라의 會社法과 다른 측면으로 분석하여야 한다. 中國會社法 제124조에서는 “監事會의³⁸⁷⁾ 構成員은 3人 이상이어야 하고 株主代表와 일정한 비율의 종업원대표로³⁸⁸⁾ 구성되는데, 그 구체적인 比率는 定款에서 정한다.³⁸⁹⁾ 監事會 構成員 中 從業員代表는 會社의 從業員總會에서 民主選舉한다”고 規定하고 있다. 이 規定으로 보면 株式會社의 監事會 構成員 中 從業員代表가 반드시 있어야 하는 强制性的인 의미를 나타내고 있으며, 從業員代表의 選出은 全體職員의 民主選舉로 하기에 會社職員代表와 利益이 일치한다면 누구든지 監事會成員으로 選出될 수 있기 때문에 監事選任에 있어서의 累積投票制의 導入은 현실적으로는 별로 의미가 없다고 할 것이다.

5. 株主의 議決權代理行使

가. 委任狀勸誘

中國會社法 제108조에서는 “株主는 代理人을 委任하여 株主總會에 참석할 수 있는데, 代理人은 會社에 授權委任狀을 제출하여야 하며 그 授權範圍內에서 議決權을 行使할 수 있다”고 規定하여 議決權의 代理行使를 인정하고 있다. 그러나 그 외에 다른 規定은 없기 때문에 代理行使의 節次上 혼란을 빚고

387) 中國會社法에서 監事會는 株主總會, 理事會와 같이 監事로 구성된 會議體이다. 그 직권으로 보면 韓國의 監事와 같은 것으로 이해할 수 있고 會議體인 性格으로 보면 監査委員會와 유사하다고 할 수 있으나 그 構成員은 理事가 아니라는 점이 다르다.

388) 여기서의 從業員은 中國에서 「職工」이라고 부르는데, 會社의 株主가 아니고 經營人員도 아닌 一般 會社員을 말한다. 그리고 中國에서의 株式會社 특히는 上場會社의 경우 株式의 持株比率를 보면 國家株가 절대적인 우세를 차지하고 있고 대부분 從業員이 國有企業의 職員이기 때문에 民主的 차원에서 會社經營의 監督에 職員代表가 참여하게 하는 것이다.

389) “일정한 比率”과 “會社定款”에서 定한다는 規定은 任意性的인 規定이기 때문에 법적으로 “從業員代表監事の 數는 監事會의 1/3보다 적어서는 아니 된다.”는 強行規定을 두는 것이 바람직하다는 주장이 있다(顧功耘, “全面修訂公司法的若干建議”, 「法學」, 2000年 第4期, 48面). 上場會社定款指針 제129조에서는 “會社 종업원대표인 監事는 全體監事人員의 1/3보다 적어서는 아니 된다.”는 規定을 두고 있다.

있다. 다만, 定款指針 제48조 제3항에서는 특별規定으로 “....., 代理人은 반드시 株主로 할 필요는 없다”고 規定하여 解釋上으로는 行爲能力이 있는 모든 自然人은 株主의 代理人으로 될 수 있다고 할 것이다. 그리고 會社는 자기의 株式에 議決權이 없으므로 會社自身은 代理人이 될 수 없는 것이다. 定款으로 株主만이 代理人이 된다고 하는 경우, 위에서 설명한 制限的 有效說에 따라 그 效力을 판단하는 것이 합리적이라고 생각한다.³⁹⁰⁾

委任狀의 공개적인 買受에 관하여 中國의 會社法이나 證券法에서 명확하게 規定을 하지 않고 있다. 1993년 國務院에서 발표한 「株式發行 및 去來管理暫行條例(股票發行與交易管理暫行條例)」에서는 “株主는 代理人에게 委任하여 議決權을 行使할 수 있는데, 어떤 代理人이라도 25인 이상의 投票權을 모집한 경우에는 證券監督委員會에 그 情報를 보고해야 한다”라고 規定하고 있는데, 이는 大株主들의 支配權을 制限하고 대량적인 委任狀募集을 방지하자는 것이다.³⁹¹⁾ 그러나 規定이 너무 단조롭기 때문에 엄격히 규제하지 않을 경우 有償募集現象을 초래할 수 있을 것이다. 中國臺灣의 경험으로 볼 때 처음에는 이에 대한 規制가 없었기 때문에 委任狀買受現象이 범람하였는데, 현재는 「株式上場會社株主總會委任狀使用規則(公開發行公司出席股東會使用委託書規則)」 제6조와 제10조에 명확한 規定을 두어 金錢과 기타의 利益을 조건으로 하는 委任狀勸誘를 엄격히 制限하고 있다.

생각건대, 中國에서도 委任狀의 公開買受를 放任한다면 委任狀이 높은 가격으로 流通되고 不正한 目的으로 株主總會에 참가하려는 一部 株主들의 私慾을 채워줄 수 있기 때문에 委任狀募集의 登記 및 公示制度를 엄격히 하여야 하며, 필요한 경우에는 刑事責任도 追窮할 수 있는 規定을 두어야 할 것이다.³⁹²⁾ 더 나아가서는 會社法에 명확한 禁止 規定을 두는 것이 바람직하다.

그리고 數人의 代理人이 株主總會에서 騷亂을 피우는 것을 방지하기 위하여 여러 나라의 會社法에서는 그 代理人의 數를 制限하고 있다. 예컨대, 日本商法 제293조 제5항과 臺灣會社法 제177조 제3항에서는 株主가 委任할 수 있

390) 徐學鹿, 前揭書, 238面 參照.

391) 英美國家에서 議決權代理委任狀은 契約自由를 기초로 한다는 理由로하여 원칙적으로 허가하지만, 中國이나 臺灣의 경우는 委任狀募集이 株主總會에 惡用될 수 있다는 理由로 이를 原則적으로 禁止하고 있다.

392) 姜戰軍, “股份有限公司股東大會制度研究”, 「民商法論叢」 第13卷, 法律出版社, 2000, 723面 參照.

는 代理人의 數를 1人으로 制限하고 있다. 中國會社法에서는 이에 명확한 規定이 없으나 通常의 경우 代理人數를 1人으로 한다고 해석함이 타당할 것이다.

1人的 代理人이 數人的 株主의 대리하여 議決權의 行使할 수도 있겠지만, 個別株主나 제3자인 代理人이 總會의 決議를 惡用할 念慮가 있기 때문에 代理人이 行使할 수 있는 議決權數를 發行株式總數의 일정한 비율로 制限하는 것이 바람직하다고 본다.³⁹³⁾

나. 書面投票制

中國會社法에서는 株主總會決議의 書面投票方式에 대하여 規定을 두고 있지 않고 있다. 그러나 2000년 中國證券監督委員會에서 반포한 株主總會規範意見제6조에서는 定期株主總會와 株主 또는 監事會의 請求에 의한 株主總會는 通信手段의³⁹⁴⁾ 議決方式을 취할 수 없고, 臨時株主總會에서는 아래에 列舉한 事項을 審議할 경우에는 通信手段의 議決方式을 취하지 못한다고 規定하고 있다. ① 會社資本의 增加와 減少, ② 會社社債의 발행, ③ 會社의 合併과 分立 및 解散과 清算, ④ 會社定款의 修正, ⑤ 會社利潤分配方案과 缺損補償(彌補)方案, ⑥ 理事 및 監事의 任免, ⑦ 募集株式資金投資方向(募股資金投向)變更, ⑧ 株主總會에서 審議할 內部者去來, ⑨ 公認會計士事務所의 變更, ⑩ 株主總會에서 審議할 資産의 收購 또는 處分, ⑪ 기타의 定款으로 制限하는 기타事項 등이 있다.

이 規定에서 알 수 있듯이, 中國에서도 臨時株主總會에서 상기에서 列舉한 事項과 定款에서 排除하는 경우 외에는 書面投票를 허용하고 있다고 해석할

393) 劉俊海, “論股東的表決權”, 「法律科學」, 1995年 第6期(總第68期), 66面. 이에 대하여 반대하는 見解도 있다. 株式이 비교적 집중된 中國의 現 實정도로 보아 상황에서 議決權代理數까지도 制限한다면 總會에 대한 株主들의 관심이 떨어져고 委任狀勸誘制度가 有名無實하게 되기 때문에 特別히 制限할 필요가 없다고 하는 견해도 있다(徐學鹿, 前揭書, 242面 參照).

394) 韓國에서는 理事會의 決議方法에서 書面投票制는 인정되지 않으나 動影像이나 音聲을 동시에 受信하는 通信手段에 의한 決議는 허용하고 있다(商法 제391조 제2항). 여기서의 通信手段은 書面投票制와 의미가 완전히 다른 것이나 中國의 경우에 通信手段은 電子通信手段의 制限으로 韓國에서 말하는 通信手段과는 그 의미가 다른 것이다.

수 있다. 여기서 말하는 通信手段은 실질적으로는 書信投票나 電子投票를 의미하기 때문이다. 생각건대, 株主總會에서 株主의 意思를 보다 정확히 반영하게 하기 위하여 中國에서도 書面投票制度가 필요한 것인바, 일정한 總會事項이나 資產規模로 制限하는 것도 좋겠지만 實效性を 고려하여 強制的인 方案을 모색하는 동시에 書面投票의 效力을 정확히 인정할 수 있는 細部條項들을 명확히 規定하는 것이 타당할 것이다.

6. 外部監査制度

中國會社法에는 外部監査制度에 관한 明文의 規定은 없다. 다만 會社法 제 175조에 “會社は 每 會計年度가 종료한 때에 財務會計報告를 작성하고 法에 의하여 監査(審査驗證)를 받아야 한다.”라는 規定만을 두고 있어 會計帳簿에 대한 外部監査人의 監査를 받아야 하는가에 대하여는 分明하지 아니하다. 그러나 2000년 7월 1일부터 施行된 會計法과 1997년 12월 16일 中國證券監督委員會에서 제정한 定款指針 및 「外國證市上場會社定款必須條項(到境外上市公司章程必備條款)」에서 國內 上場會社와 國外證市上場會社의 경우, 독립된 公認會計士事務所(注冊會計師事務所)의 監査를 받도록 規定하고 있다.³⁹⁵⁾

同 定款指針 제8장 “財務會計制度·利潤配分과 監査(審計)”의 제3절 “會計士事務所의 選任(聘任)”에서 이에 관한 7개의 條文을 두고 있다. 구체적인 내용을 살펴보면 會社は 證券關聯業務를 취급할 資格을 얻은 會計士事務所中에서 會計報告監査(審計)와 純資產監査 및 기타 關聯諮問業務 등을 위하여 監査를 담당할 會計事務所와 契約을 체결하는데(제154조), 그 選任과 報酬는 株主總會에서 결정한다. 또한 당해 契約을 延長하는 것도 株主總會에서 결정하며, 相關新聞에 開示하고 필요할 경우에는 그 理由를 설명하며 證券監督委員會와 公認會計士協會에 登錄(備案)한다(제159조). 會社가 會計士事務所와 契約을 解止할

395) 中國에서 會社들의 虛偽財務報告의 深刻성은 보편적 현상이었고, 不實한 財務報告로 인한 被害事件도 여러 건 발생하였다. 그 중 대표적인 것은 1996년 발생한 海南民源現代農業發展股份有限公司의 “琼民源事件”이다. 1996년 同 會社의 財務報告에는 5.71 億元(RMB)의 利潤을 얻었다고 年度報告書를 제출하여 10여만명이 대거 당해 會社의 株式을 買入하였으나 얼마 지나지 않아 당해 會社實績이 거의 전부가 거짓임이 밝혀짐에 따라 株價가 暴落하고 一般投資者들이 큰 손해를 보는 사건이 발생하였다(毛亞敏, 前掲書, 311面).

경우 事前에 통보하여야 하고, 會計事務所는 株主總會에서 의견을 陳述할 權限이 있다. 會計事務所가 그 解任理由가 不當하다고 인정될 경우에는 證監會나 會計士協會에 異議申請할 수 있고, 會計事務所가 辭任할 경우에는 株主總會에 會社의 不當한 상황을 陳述하여야 한다(제160조). 契約期間은 1년이며 期間은 延長할 수 있다(제154조).

會計事務所는 會計監査를 함에 있어서 다음과 같은 權限을 가진다. ① 會社의 財務報告紀錄과 資料를 閱覽할 수 있으며 會社의 理事, 支配人 기타 高級經營者에게 관련서류의 제출과 설명을 요구할 수 있다. ② 會計事務所의 職務遂行에 필요한 子會社 書類의 提供과 說明의 提供을 會社에 요구할 수 있다. ③ 株主總會에 참석하여 株主總會와 관련된 情報을 知得하며, 會社가 選任한 會計事務所와 관련된 내용에 대하여 陳述할 수 있다(제156조).

定款必須條項 제16장에서 8개 條文으로 外國證市 上場會社의 會計事務所의 委任에 대한 規定을 두고 있다.

中國의 外部監査制度의 未備點은 첫째, 外部監査는 會社의 財務會計報告書를 작성함에 있어서 필수적 事項인가에 대하여 明文의 規定이 없다.³⁹⁶⁾ 만약 필수적 事項이라면 外部監査人을 選任하여 監査를 받지 않은 會社에 대한 制裁措置가 필요하며, 그러하지 아니할 경우에는 實用성이 문제될 것이다. 둘째, 外部監査人의 監査를 받을 對象會社에 대한 規定이 모호하다는 것이다. 會社法 제175조에서는 有限會社와 株式會社를 구분하지 아니하고 “法에 의하여 監査를 받아야 한다”라고 規定하고 있는데, 外部監査人의 監査對象인 會社는 一定規模의 上場會社로 限定하는 것이 타당하다고 본다. 셋째, 不實한 監査를 進행한 外部監査人의 責任에 대하여 明文의 規定이 없다는 것이다. 外部監査人制度를 도입하더라도 不實監査에 대한 責任을 묻지 아니한다면 外部監査人이 會社經營者과 共謀하여 不實監査를 할 蓋然성이 높고 그렇다면 制度의 本래 趣旨가 無意味하게 될 것이기 때문이다.

7. 社外理事制度

396) 定款必須條項 제141조에서는 外國證市 上場會社의 경우에는 國家의 關聯規定에 따라 독립된 會計事務所나 審計事務所를 委任하여 會社의 財務에 대한 監査를 하여야 한다는 規定을 두고 있다.

中國의 上場會社는 그 발전과정에 많은 問題點을 안고 있는데, 그 중 중요한 문제는 1人 大株主의 影響力이 절대적으로 큰 것과 관련하여 理事會構成에서 다음과 같은 問題點을 내포하고 있다. 첫째, 대부분의 理事會는 株主인 理事로 구성되어 株主自身만의 利益을 생각하고 會社 전체의 利益은 도외시 하는 경향이 있으며, 둘째, 會社의 株式이 고도로 집중된 상태에서 大株主와 少數株主間에 구조적이고 보편적인 利害衝突이 존재하며, 셋째, 理事가 會社의 社長, 支配人 등 실질적인 經營者 役割을 겸하므로 理事會의 經營者에 대한 監視機能은 期待할 수 없다.³⁹⁷⁾

그리하여 上場會社定款指針 제112조에서 選擇的 事項으로 上場會社는 社外 理事를 둘 수 있다고 規定하였고, 社外理事指導意見을 발표하여 上場會社는 同 指導意見의 요구에 따라 會社定款을 修正하고 適當한 人員을 社外理事로 選任하도록 규정하고 있다. 社外理事에는 최소한 1人的 會計專門人員을 포함하여야 하며, 2002년 6월 30일까지 理事會 構成員中 최소한 2人的 社外理事를 두어야 하고, 2003년 6월 30일까지는 최소한 3분의 1이상의 社外理事를 두어야 한다(社外理事指導意見 제1조 제3호).³⁹⁸⁾

가. 資格要件

同 社外理事指導意見에서 規定하고 있는 社外理事가 될 수 있는 者의 積極的인 要件으로는 法律에서 定한 上場會社 理事의 資格이 있는 者여야 하며, 獨立性·專門經營知識과 會社定款에서 定한 기타의 要件을 充足하여야 한다(社外理事指導意見 제2조).

消極的인 要件으로는 ① 上場會社 또는 附屬企業의 任職員이나 또는 直系親族과 親姻戚, ② 直·間接的으로 上場會社 發行株式의 1%이상의 株式을 保有하거나 또는 上場會社 10大 株主中의 自然人 株主나 또는 그 直系親屬, ③ 直·間接的으로 上場會社 發行株式의 5%이상의 株式을 保有한 法人이나 또는 上場會社 5大 法人株主의 任職員 및 그 直系親屬, ④ 최근 1년 내에 前3項의 事由가 있었던 者, ⑤ 上場會社나 그 附屬企業에 財務, 法律, 諮問 등 서비스를

397) 顧功耘·羅培新, “論我國建立獨立董事制度的幾個法律問題”, 「中國法學」, 2001年 第6期.

398) 理事會內에 報酬, 監查(審計), 推薦 등 委員會를 둘 경우, 社外理事가 1/2 이상을 占하여야 한다(社外理事指導意見 제5조 제4항).

제공하는 者, ⑥ 會社定款에서 規定한 기타 人員, ⑦ 中國 證監會에서 인정하는 기타 人員 등은 上場會社의 社外理事로 될 수 없다(社外理事指導意見 제3조).³⁹⁹⁾

나. 任命과 解任節次

(1) 推薦

社外理事의 推薦은 上場會社의 理事會, 監事會 및 發行株式總數의 1%이상을 保有한 株主가 하고(제4조 제1항), 推薦者는 社外理事 候補의 職業, 職務, 學力, 經力, 兼職狀況 등에 대하여 충분한 설명을 부과하여야 하며, 社外理事의 資格과 獨立性에 대하여 의견을 피력하여야 한다(제4조 제2항 前文).

(2) 會社情報公示

社外理事 候補는 本人과 上場會社와의 獨立性에 관한 공개성명을 발표하고 會社는 社外理事를 選舉하는 株主總會 전에 社外理事와 관련된 事項을 공고하여야 한다(제4조 제2항 後文). 또한 株主總會 개최 전에 社外理事의 人的事項을 中國證券監督委員會, 會社所在地에 駐在한 證券監督委員會의 派出機構 및 上場한 證券去來所에 報告하여야 한다. 理事會가 候補者에 대하여 異議가 있을 경우 理事會의 書面意見を 報告하여야 한다(제4조 제3항 前文).

(3) 審査

證券監督委員會는 15일 내에 候補에 대한 審査를 完了하는데, 候補者에 대하여 異議를 제기할 경우, 당해 人員는 社外理事 候補는 될 수 없지만 理事의 候補로는 될 수 있다(제4조 제3항).

399) 홍콩의 證券上場規則 제5장에서는 社外理事의 獨立性을 판단함에 있어서 다음의 事項을 참조한다. 發行株式總數의 1%를 초과하지 아니하며 또한 贈與를 통해 취득한 것이 아닐 것; 過去 또는 現在에 會社나 附屬會社의 業務中에 어떠한 財産 또는 기타 利益이 없을 것(그러나 1%미만의 株式과 理事나 專門 諮問委員으로서 얻은 受益은 제외 함); 過去 또는 現在에 會社의 關聯者와 어떠한 連繫도 없을 것(그러나 專門諮問委員을 兼한 경우는 제외 함); 그룹會社에서 어떠한 管理職도 맡지 않고 있을 것 등이다.

(4) 選出

社外理事는 株主總會에서 選出된다(제4조 제1항). 理事會는 社外理事 候補者에 대한 證券監督委員會의 審査結果를 株主總會에 報告하여야 한다.

(5) 解任

社外理事의 任期는 理事의 任期와 동일하며, 連任할 수 있으나 最長 6년을 초과할 수 없다(제4조 제4항). 하지만 社外理事가 連續하여 3차례 理事會에 出석하지 아니할 경우에 理事會는 株主總會에 해당 社外理事의 罷免을 請求할 수 있고, 會社法이 定한 事由가 있는 경우를 제외하고 社外理事를 任意로 解任할 수 없다. 任期滿了前에 解任할 경우, 이는 特別會社情報公示事項으로서 會社는 이를 公告하여야 하고, 解任된 社外理事는 會社의 解任理由가 不當하다고 생각될 경우에는 이에 대한 공개성명을 발표할 수 있다(제4조 제5항). 社外理事는 任期前에 書面으로 된 辭職書를 제출할 수 있는데, 辭職書에는 일정한 事項에 대하여 그 理由를 설명하여야 한다. 社外理事의 辭職으로 社外理事의 比率이 社外理事指導意見에서 요구하는 最低定員에 未達할 경우, 辭職書는 다른 社外理事가 選出된 후 效力이 발생한다(제4조 제6항).

다. 權限

社外理事의 機能을 충분히 발휘하기 위해 社外理事는 理事의 權限을 行使할 수 있는 외에 다음과 같은 特別權限을 부여하였다(제5조 제1항).

(1) 承認權(認可權)

重大한 內部去來(關聯交易)에 대한 事前承認權을 가진다. 즉 上場會社가 內部者(關聯人)와 300만원을 초과하거나 또는 上場會社 純資産의 5%이상을 초과하는 금액의 內部去來를 할 경우, 社外理事의 承認을 받은 후 理事會에서 議決한다. 社外理事는 判斷을 내리기 전에 독립된 會計事務所(仲介機構)를 選任하여 財務報告書를 작성하게 하여 判斷의 根據로 할 수 있다(제5조 제1항 1호).

(2) 提案權

提案權에는 公認會計士의 選任과 解任(제5조 제1항 2호), 理事會에 대하여 臨時株主總會 召集의 提案(제5조 제1항 3호)과 理事會開催에 관한 提案(제5조 제1항 4호)을 할 수 있다.

(3) 獨立決定權

社外理事는 外部의 監查機構(審計機構)에 대한 諮問機構의 選任을 독립적으로 결정할 수 있다(제5조 제1항 5호).

(4) 委任狀의 勸誘

社外理事는 株主總會 開催 前에 株主를 상대로 委任狀勸誘(投票權徵集)를 할 수 있다(제5조 제1항 6호).

(5) 意見開進權

社外理事는 株主總會나 理事會에서 重要な 事項에 대하여 독립적인 의견을 開進할 權利를 가진다. 重要な 事項이란 ① 理事의 推薦, 選任과 解任, ② 高級經營者의 選任과 解任, ③ 理事와 高級經營者의 報酬, ④ 上場會社의 株主나 실제 支配者 또는 內部者去來中 去來規模가 300만원을 초과하거나 또는 純資産規模의 5%이상의 貸出金이나 기타 資金去來 및 會社가 적절한 조치를 취하여 債務回收을 시도하였는지 與否, ⑤ 少數株主의 利益에 害가 된다고 인정될 경우, ⑥ 會社定款에서 規定한 其他事項 등을 말한다(제6조 제1항).

독립적인 意見發表는 同意, 留保意見 및 그 理由, 反對 및 그 理由, 意見を 開進할 수 없는 경우에는 그 障礙를 表明하는 방식으로 할 수 있다(제6조 제2항). 만약 關聯事項이 會社情報公示의 事項일 경우에 會社는 社外理事의 意見を 公告하여야 하고, 社外理事間에 意見이 다른 경우에 그 意見を 각기 公開하여야 한다(제6조 제3항).

社外理事가 전술한 權限을 行使할 경우에 全體社外理事의 過半數의 同意가 있어야 하고, 만약 이러한 權限을 정상적으로 行使할 수 없거나 또는 關聯提案이 채택되지 아니할 경우에 會社는 그러한 상황을 公示하여야 한다(제5조 제2항, 제3항).

라. 報酬와 會社의 協助事項

社外理事는 會社로부터 적정한 報酬을 받는데, 그 기준은 理事會에서 정하여 株主總會의 議決을 거쳐야 하며 會社의 年度報告書를 통해 公示하여야 한다.⁴⁰⁰⁾ 社外理事는 상기 報酬外에 會社나 株主 또는 利害關係人으로부터 다른 利益이나 公시하지 아니한 利益을 받아서는 아니 된다⁴⁰¹⁾(제7조 제5항).

社外理事는 理事와 同等한 情報接近權을 가지며, 社外理事에 제공한 情報가 不充分할 경우, 그 資料의 보충을 要求하거나 또는 理事會의 개최를 延期할 것을 요청할 수 있고(제7조 제1항), 會社의 關聯者는 社外理事의 職務遂行을 할 수 있도록 協助를 하여야 하며(제7조 제2항), 社外理事의 業務執行으로 발생한 費用은 會社가 부담하는 것으로 하고(제7조 제3항) 社外理事의 業務執行中에 생길 수 있는 危險⁴⁰²⁾을 減少하기 위해 社外理事責任保險에 가입할 수 있다(제7조 제6항).

앞서 언급한 바와 같이 中國의 會社構造를 보면 大株主가 절대적인 優位를 점하고, 會社의 理事가 大株主의 영향을 받기 때문에 會社의 經營진이 會社 全般이나 또는 全體株主의 利益을 대표하거나 도모하기 보다는 大株主 利益을 고려할 가능성이 크기 때문에 中國에서의 社外理事制度는 그 의미가 크다고 하겠다.⁴⁰³⁾ 이러한 의미에서 社外理事指導意見은 時期適切하며 타당성이 있다

400) 中國 社外理事의 報酬支給은 통상적으로 매년 고정적인 社外理事 費用을 支給하는 형식을 취하는데, 년 평균 수당은 3만원(RMB)이라고 한다. 제일 적은 경우는 「馬鋼股份」, 「太太藥業」 등 0.5만원(RMB)을 지급하는 上場會社이고, 최고는 「海南航空」과 같은 연 5만원(RMB)을 지급하는 上場會社가 있다. 수당지급의 지역특징은 南部와 東部地域의 上場會社가 높고, 시간적으로는 나중에 설립한 會社일수록 수당이 높으며, 資本構成에서 있어서는 外資의 比率이 높은 會社일수록 社外理事의 수당이 높은 특징을 나타내고 있다(<http://www.hrclub.com.cn/data/html/2003-7-25>). 美國 社外理事의 報酬는 통상 年費와 회의 참가수당 두 부분으로 구성되는데, 年費는 통상적으로 2-4만달러고, 理事會나 專門委員會의 참가수당은 1000-5000달러이다. 社外理事의 평균 연 수입은 33000달러라고 한다(林凌·常城, “獨立董事制度研究”, 「證券市場導報」, 2000年 9月號, 21面).

401) 社外理事의 獨立性을 확보하기 위하여 會社나 株主로부터 公示되지 아니한 수입을 얻어서는 아니 되지만, 한편으로는 社外理事의 經營參與와 監督權 行使의 積極性을 유도하기 위해 物質的인 報酬와 精神的인 激勵(名譽의 提高 등)도 필요하다고 하겠다.

402) 社外理事도 理事와 마찬가지로 忠實義務와 善管義務를 부담한다. 社外理事의 責任與否는 經營判斷基準(business judgement rule)에 의하여, 즉 理事가 經營權을 行使함에 있어서 善良한 管理者의 注意義務를 履行하였다면 理事는 免責된다는 것이다(張開平, 英美公司董事法律制度研究, 法律出版社, 1998, 190面).

403) 이러한 현실을 감안하여 社外理事指導意見 제1조에서도 社外理事는 “會社 全般의 利

고 하겠다. 그러나 다음과 같은 점에서 補完이 필요하다고 생각한다.

첫째, 理事會나 監事會 또는 發行株式總數의 1%이상을 保有한 株主가 社外理事 推薦權을 갖지만, 진정 獨立性を 확보한 社外理事를 選任하기 위해서는 社外理事로 구성되거나 또는 過半數이상의 社外理事로 구성된 專門委員會에서 社外理事를 推薦하게 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 大株主의 影響力하에 있는 理事會나 또는 監事會에서 推薦한 候補는 獨立성이 문제될 여지가 많고, 1%이상의 株式을 保有한 株主가 推薦한 候補라 하더라도 株主總會에서 選任될 때 역시 大株主의 영향을 받아 選任되지 못할 우려가 있다. 따라서 제1차의 社外理事를 選任할 경우에는 현행 規定에 의하더라도 그 후의 社外理事 選任에 있어서는 專門적인 推薦委員會에서 推薦한 候補中에서 社外理事를 選任하도록 하고 獨立성의 資格要件을 엄격히 하는 것이 그 獨立성을 확보하는데 有益할 것이다. 그리고 社外理事 選任에 있어서 大株主의 議決權을 制限하는 것도 필요하다고 생각된다.

둘째, 社外理事의 機能을 발휘하기 위해 社外理事指導意見에서 社外理事에게 광범위한 特別權限을 賦與한 것으로 보이지만, 대부분은 勸告的 事項이고 決定權을 行使할 수 있는 事項은 限定的이다. 따라서 社外理事制度의 趣旨를 살리기 위하여서는 經營者의 經營實績에 대하여 평가할 수 있는 權限과 財務報告書, 利潤配分方案 등에 대한 審査權 및 엄중한 內部者去來나 重大投資에 대한 否決權을 부여하는 것이 바람직하다. 또한 社外理事의 權利濫用을 방지하기 위한 제도적 장치로 否決된 議案에 대하여는 再次 議決할 수 있도록 하고 再議決에 있어서 理事會 出席理事의 2/3이상의 同意를 要하도록 規定하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁰⁴⁾

셋째, 社外理事와 監事會의 財務監督에 있어서 衝突할 우려가 있다. 社外理事는 會社의 經營參與와 業務 및 財務에 대한 監督權을 가지고, 監事會는 경영진의 業務와 會社의 財務狀況에 대한 監督權을 가진다. 통상적으로 社外理事의 監督權은 事前監督과 議事形成過程中的의 監督으로 監事會의 事後的인 監督과 衝突할 여지가 적을 것이나, 財務監督에 있어서는 社外理事나 監事會가

益을 守護하여야 하며, 특히 中小株主의 合法的 權益이 침해를 받지 않도록 주의를 기하여야 한다. 社外理事는 독립적으로 그 직무를 수행하며 上場會社의 주요 株主나 실제 支配株主 및 上場會社와 利害關係가 있는 기타 法人(單位)나 個人의 영향을 받지 않아야 한다”고 하여 社外理事制度의 導入趣旨를 명확히 하고 있다.

404) 周友蘇, 前掲書, 563面.

모두 事後的인 監督을 함으로써 衝突의 있다. 따라서 私見으로는 財務監督에 대하여 社外理事와 監事會의 監督權과 그에 따르는 責任을 명확히 하는 것이 效率的이며 또한 責任의 소재도 分明히 할 수 있다고 본다.

8. 株式買受請求權

中國會社法이나 證券去來法 등에서는 株式買受請求權制度에 대하여 아무런 規定도 두고 있지 아니하다. 다만 中國證券監督委員會에서 제정한 定款指針 제173조에서 “會社의 合併과 分割時 理事會는 필요한 조치를 취하여 會社의 合併이나 分割에 反對하는 株主의 適法한 權利를 保護하여야 한다”고 規定하고 있고, “國外證市上場會社定款必須條項”(到境外上市公司章程必備條款, 定款必須條項이라 함) 제149조 1항에서는 “會社의 合併, 分割決議에 反對하는 株主는 會社에 대하여 또는 合併, 分割에 同意하는 株主에 대하여 公正한 가격으로 자기의 株式을 買受할 것을 請求할 수 있다”는 規定을 두고 있다.

그러나 中國의 株式買受請求權制度는 다음과 같은 問題點을 가지고 있다.

첫째, 法的 拘束力이 낮다. 株式買受請求權은 支配株主들의 橫暴로부터 少數株主를 효과적으로 保護할 수 있는 制度라는 점에서 會社의 기본적인 構造變更이나 經營變化에 반대하는 少數株主를 확실하게 保護하기 위하여 강한 法的 拘束力을 갖는 會社法에 規定을 두는 것이 바람직하나, 현재는 國務院(中央政府) 산하의 證券과 先物에 관한 主務機關인 中國證券監督委員會에서 제정한 行政性規範(行政性規章)에 불과한 下位法에 規定을 두어 法的 效力이 낮다.⁴⁰⁵⁾

둘째, 規定이 지나치게 원칙적이어서 實效성을 기대할 수 없다. 定款指針에서는 會社의 分割, 合併에 반대하는 株主의 合法的 利益을 保護하여야 한다고 하고 있는데, 理事會는 어떠한 수단과 방법을 통해 反對株主의 合法的 利益을 保護할 것인가에 대하여 명확한 規定을 두고 있지 않아 여기에 株式買受請求權의 行使를 통한 反對株主의 利益保護가 가능한 것인지 또한 理事會가 타당한 조치를 취하지 않을 경우에 어떠한 책임을 부담하여야 하는가에 대한 規定이 없다. 定款必須條項에서는 비록 反對株主의 株式買受請求權을 인정하고는

405) 이는 中國會社法에서 “大株主中心主義”를 취하고 있는 것과 無關하지 않다고 한다(蔣大興, 前揭書, 797面).

있으나, 上場會社에만 適用된다는 한계가 있다. 그리고 “公正한 價格”에 대한 基準과 算定方法에 대한 規定을 두고 있지 않기 때문에 역시 立法論적으로 補充 事項이다.

셋째, 規定의 구체적인 내용에 있어 妥當성이 문제된다. 현재의 定款指針이나 定款必須條項의 反對株主 救濟에 관한 극히 原則적인 規定을 두고 있으나, 이 역시도 妥當성이 疑問이 된다. 예컨대, 定款指針 제173조에서 “理事會는 필요한 조치를 취하여 會社의 合併이나 分割에 반대하는 株主의 合法的 權利를 保護하여야 한다”라고 規定하여 反對株主의 利益保護를 理事會에 조치에 依하도록 하고 있는데, 大株主의 支配하에 있는 理事會가 과연 효과적인 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護할 수 있을지 疑問시되며, 현실적으로 大株主의 利益과 충돌이 발생한 反對株主에 대한 保護를 理事會의 措置에 依하게 한다는 것은 거의 불가능하다고 보여 진다. 그럼에도 불구하고 理事會에서 필요한 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護하지 못할 경우의 救濟策에 대한 規定을 두고 있지 않기 때문에, 이 條文은 전혀 實效성이 없는 것이라고 생각된다.

넷째, 適用範圍가 制限되었다. 定款指針이나 定款必須條項의 規定은 모두 上場會社에 대하여만 準用되는 規定으로서, 非上場株式會社나 有限會社의 反對株主에게는 適用되지 아니하고, 또한 위의 規定은 上場會社의 合併이나 分割을 반대하는 株主에게만 인정되고, 기타 會社의 定款變更이나 營業讓渡 등에 있어서는 適用할 수 없는 문제가 있다.

그리고 上場會社의 分割이나 合併에 반대하는 株主에 대하여 保護가 필요할 뿐만 아니라, 一般 株式會社나 有限會社의 反對株主에 대하여도 그들의 合法的 權利는 救濟되어야 할 것이다. 따라서 中國도 行政規範인 定款指針이나 定款必須條項에 株式買受請求權制度를 規定할 것이 아니라, 會社法에 이 制度를 도입할 필요가 있다. 그리고 美國이나 獨逸, 프랑스, 스위스, 韓國 등 나라들에서는 株式買受의 결정을 理事會에서 결정하고 있지만, 中國에서는 會社資本의 減資決議나 會社合併의 決議 및 剩餘財産分配의 決議 등을 株主總會에서 결정하는데 (中國會社法 제103조 제7항, 제8항, 제10항), 株主總會에서 결정하게 하는 것이 바람직하다.⁴⁰⁶⁾

406) 馬俊駒·林曉錄, “我國股份回購的現實意義與立法完善”, 中國商法學精萃, (王保樹·石少俠等, 法苑精萃編輯委員會), 機械出版社, 2001, 246面.

中國會社法에 株式買受請求權을 規定함에 있어서는 請求事由를 合併이나 分割에 限定할 것이 아니라, 定款의 重大한 變更, 資産이나 營業의 全部 또는 重要部分의 讓渡, 會社에 重大한 影響을 미치는 營業이나 資産의 讓渡 등의 경우에도 株式買受請求權을 인정하여야 할 것이며, 議決權 株式이나 無議決株式을 가진 株主 모두가 同 請求權을 가진다고 規定하는 것이 바람직하다. 株式買受請求權을 行使하는 節次에 대하여는 會社의 通知義務, 株主의 書面反對와 書面に 의한 株式買受請求, 價格協商과 法院에 대한 價格決定要請, 公正한 價格의 判斷基準, 株式을 買受하는 會社의 代金支給期間, 株式買受請求權의 制限과 失效에 대하여 明確한 規定을 두는 것이 바람직하다고 본다.

9. 株主總會決議瑕疵에 대한 救濟

中國會社法 제111조는 "株主總會, 理事會의 決議가 法律이나 行政法規에 違反하여 株主의 適法한 權利를 침해한 경우, 株主는 法院에 그 違法行爲나 侵害行爲의 停止를 請求하는 訴訟을 提起할 수 있다." 는 規定을 두고 있다. 물론 同 條項을 株主總會 決議瑕疵의 救濟에 관한 내용으로 理解할 수도 있지만, 訴訟의 主體를 株主로만 限定하고 또한 株主의 權利가 침해를 입은 경우에만 訴訟을 제기할 수 있다고 하고 있기 때문에 엄격한 의미에서 株主의 權利가 침해를 받았을 경우의 救濟에 관한 規定으로 해석함이 더 타당할 것이다. 하지만 종합적으로 檢討하면, 中國會社法 제111조의 規定은 다음과 같은 問題點을 안고 있다.

첫째, 訴訟의 主體를 權利가 침해를 받은 株主로 경우로 限定하고 있는데, 그렇다면 株主總會 決議의 瑕疵에 대한 訴訟이 아니라 株主의 權利침해에 대한 救濟라고 보아야 할 것이고, 株主의 權利가 不法行爲(侵權行爲)에 기하여 손해를 보았다면 그러한 不法行爲의 留止를 請求할 수 있을 뿐만 아니라, 損害賠償訴訟도 請求할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러나 文言上의 의미로는 損害賠償은 請求할 수 없고, 不法行爲의 留止(停止)만을 請求할 수 있다.⁴⁰⁷⁾

407) 株主總會規範意見 제38조 제2항에서는 會社法 제111조와는 다른 "....., 株主는 法院에 民事訴訟을 提起할 수 있다"고 規定하여 會社法의 規定보다는 進一步하였다. 즉 同 規定으로 上場會社의 株主는 會社法 제111조의 事由가 있을 경우에는 損害賠償 등의 民事訴訟도 提起할 수 있게 되었다.

둘째, 訴訟事由는 法律이나 行政法規를 위반한 경우로 限定하고 있다. 證券監督委員會의 規範이나 또는 會社의 定款에 위반되는 행위는 訴訟의 事由로 될 수 없다는 것으로 解釋되고 있고, 또 不法行爲의 留止를 求하는 訴인자 아니면 株主總會의 決議의 無效나 取消을 求하는 訴인가에 대하여 明確한 規定이 없으며, 除斥期間에 대한 規定도 없어 會社의 社團性과 多數人의 關係가 장기간 不安定한 상태에 처할 수 있는 부작용이 있고, 同 制度의 實效性을 반감시키고 있다.⁴⁰⁸⁾

따라서 立法論的으로는 中國會社法에서도 株主總會의 瑕疵에 대한 救濟方法에 관한 明文의 規定을 두는 것이 바람직하다. 즉 株主總會의 瑕疵에 대하여 訴를 제기할 수 있는 者, 訴訟의 對象, 無效 또는 取消의 效果, 訴의 時效 등 制度를 도입하여 이에 대하여 구체적인 規定을 두는 것이 多數決의 濫用으로부터 少數株主의 利益을 효과적으로 保護할 수 있는 制度的 裝置가 될 것이다.

II. 會社法과 立法論的 改善方案

1. 理事解任請求權

中國會社法에는 少數株主의 理事解任請求權에 관한 직접적인 規定은 두고 있지 아니하다. 그러나 中國會社法 제38조와 제103조의 有限責任會社와 株式會社 株主總會의 議決事項에 대한 規定을 두고 있고, 제47조 제2항의 有限會社 株主總會나 제115조 제2항의 株式會社 株主總會에서는 특별한 事由가 없을 경우 理事의 任期가 만료되기 전에 理事를 解任할 수 없다고 規定하고 있다. 따라서 理事에게 不正行爲나 또는 法令, 會社의 定款 등을 違反하여 會社나 株主에게 손해를 입힌 경우에는 이를 특별한 사유로 인정하여 株主總會에서 理事의 任期内에라도 理事를 解任할 수 있다고 할 것이다.

그러나 中國會社法의 이러한 規定은 韓國이나 日本 또는 기타 先進國의 少數株主의 理事解任請求權에 대해 직접적인 規定을 두고 있는 것과는 그 實效

408) 周友蘇, 前揭書, 336面.

性에서 큰 차이가 있다. 따라서 中國會社法에서도 少數株主의 理事解任請求權에 대해 명백한 規定을 두어 少數株主도 경영진의 專橫을 牽制할 수 있는 制度的 장치를 마련하는 것이 바람직하다.

그리고 中國會社法에서는 株主總會에서 어떠한 決議方式에 의해 理事를 解任할 것인가에 관해 직접적인 規定을 두고 있지 않다.⁴⁰⁹⁾ 그러나 中國會社法의 株主總會에서 特別決議로 議決할 事項(예컨대 合併, 分割, 解散, 定款의 變更 등)에 理事解任에 관한 議決事項을 포함시키지 아니하였기 때문에, 株主總會에서는 普通決議로서 理事의 解任을 결정할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

中國의 실정으로 보아 普通決議에 의해 理事를 解任하는 것이 타당하다고 생각된다. 그 理由로는 다음과 같다.

첫째는 少數株主의 保護가 두텁다. 普通決議에 의해 理事의 解任을 결정할 수 있을 경우 特別決議에 의하는 경우 보다 可決이 容易한 것은 당연하다. 現在 中國의 會社 實情上 少數株主는 대부분이 零細한 個人投資者이기 때문에 力量이 微微할 뿐만 아니라 結集力도 작기 때문에 特別決議에 의하는 것보다 少數株主의 意思를 반영하는데 有利하다. 特別決議의 방식을 채택할 경우, 株主總會에서 少數株主에 의한 理事의 解任은 형식적인 規定으로 남을 가능성이 더욱 크다.

둘째로 法의 體系성을 維持하는데 有利하다. 理事의 選任과 解任은 株主가 所有者의 立場에서 會社 經營者를 선택하는 權利이다. 理事의 選任은 特別決議에 의하지 않기 때문에 理事의 解任에 있어서도 普通決議로 解任하는 것이 타당할 것이다.

2. 違法行爲留止請求權

中國會社法이나 證券去來法의 關聯內容 중에 少數株主의 留止請求權에 대한 직접적인 規定은 없다. 그렇다면 少數株主의 權利保護 強化와 少數株主의 理事 등 會社經營陳의 違法行爲나 定款違反行爲에 대한 効果적인 監督과 牽制

409) 韓國商法(제385조 1항)과 日本商法(제257조)에서는 理事를 解任하는 株主總會의 決議는 特別決議에 의하여야 하고, 英國會社法(제303조 1항)과 美國規範事業會社法(제8조)에서는 理事의 解任은 普通決議로 할 수 있다고 하고 있다.

를 위해 中國法에도 留止請求制度의 導入을 검토해 볼 수 있다.

그러나 理事에 대한 留止請求權이 單獨株主權으로 規定되어 있는 日本에서도 단 한건의 判例가 없다는 것은 현실적으로는 實效성이 없거나 또는 이 規定이 死文化되어 있다는 것을 意味할 수도 있다.⁴¹⁰⁾ 특히, 留止請求權의 制度의인 측면에서 節次上에 瑕疵가 있다는 批判이 있다. 즉 留止請求權制度가 實效성을 갖기 위해서는 理事가 行위를 하기 전에 이를 沮止할 수 있는 規定이 없다는 것이다. 현실적으로 訴로써 請求하더라도 判決에 이르기 전에 留止請求의 對象인 行위가 이미 終了하여 訴의 利益이 없어질 것이기 때문이다. 이 결정은 英美法에서의 留止請求制度가 원래 保全處分の 性격을 갖는 것임에도 불구하고 이를 實體法上の 權利로 수용하는데서 비롯한 것으로서 立法論적으로 再考를 요한다.⁴¹¹⁾

따라서 中國法에 關聯內容의 導入을 檢討함에 있어서 實效성의 確保를 위해 節次的인 未備點을 補完하여 立法하는 것이 바람직하다. 또한 實體法的인 측면에서도 惡意의 少數株主가 留止請求權을 濫用하는 것을 방지하기 위하여 일정한 持株期間과 不當한 留止請求權의 行使로 인하여 會社나 제3자에게 손해를 발생시킨 경우의 損害賠償責任에 대하여도 아울러 檢討해 보는 것이 바람직하다고 생각된다.

3. 株主代表訴訟

中國會社法에는 韓國商法 제403조 내지 제406조나 또는 日本商法 제267조, 제268조와 같은 少數株主의 代表訴訟에 관한 직접적인 法條文을 두고 있지 아니다. 다만, 이와 類似한 規定으로 中國會社法 제111조의 “株主總會, 理事會의 決議가 法律, 行政法規에 위반되고 株主의 利益을 침해한 경우, 株主는 法院에 違法行爲와 侵害行爲의 中止를 請求하는 訴訟을 제기할 수 있다.”는 規定을 두고 있다. 이는 中國會社法에서도 株主의 原告適格에 대하여는 인정하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 단순히 法條文上の 文言으로 미루어 보아도 다음과 같은 問題點을 안고 있다.

첫째, 株主總會, 理事會의 決議가 法律이나 行政法規에 위반된 경우에만 訴

410) 전삼현, 前掲書, 191面.

411) 李哲松, 前掲 會社法講義, 635面.

訟을 제기할 수 있는 것으로 되어 있고, 會社 定款에 反하여 株主의 利益을 侵害한 行위에 대하여는 明確한 規定을 두고 있지 아니 하다.

둘째, 加害者에 대한 規定이 分明하지 않다. 法條文으로 보아 株主總會의 決議取消의 訴 또는 理事會決議無效確認의 訴를 제기할 수 있는 것으로 되어 있지만, 누가 株主總會나 理事會의 不當한 決議에 대하여 책임질 것인가에 대하여는 明確한 規定이 없다. 즉 大株主 또는 理事에게 개인적 책임을 물을 수 있는 代表訴訟制度和는 약간의 차이가 있다.

셋째, 同 條文에 의하면 代表訴訟을 제기할 수 있는 株主의 資格要件, 提訴의 節次 등에 대한 規定을 두고 있지 아니하여 個別株主가 개인적인 目的으로 訴訟을 惡用할 여지도 있다. 또한 不法行爲에 대한 中止를 請求할 수만 있고, 損害賠償을 請求할 수 있는지 與否에 대하여는 規定을 두고 있지 아니하다.

넷째, 株主總會나 理事會의 決議가 株主의 權利를 침해한 경우에 관하여 株主가 訴訟을 제기할 수 있다고 하고, 會社의 利益이 損害를 입은 경우에 株主가 代表訴訟을 제기할 수 있는지 與否에 대하여는 明確한 規定을 두고 있지 않다. 물론 解釋論的으로는 會社에 손해를 입힌 것이 곧 會社의 構成員인 株主의 權利를 입힌 것으로 풀이하여 株主가 訴訟을 제기할 수도 있겠으나, 立法論的으로는 會社에 대하여 손해를 입힌 경우에도 株主가 會社의 機關의 地位를 대신하여 訴訟을 할 수 있도록 代表訴訟制度를 도입하는 것이 바람직하다.⁴¹²⁾ 다만, 株主代表訴訟制度를 導入함에 있어서는 위에서 언급한 先進國의 制度를 中國 실정과 결합시켜 導入하는 것이 합리적인 것이다.

私見으로는 代表訴訟을 少數株主權⁴¹³⁾으로 規定하는 것이 바람직하며, 그

412) 中國證券去來法 제42조에서는 上場會社에 있어서 市勢差益을 위한 大株主의 短期 株式賣買로 인한 소득에 대하여 會社에 還收하여야 함에도 불구하고 이를 還收하지 아니할 경우에, 다른 株主는 理事會에 그 집행을 請求할 수 있고, 이를 집행하지 아니하여 會社에 손해가 발생한 경우, 책임 있는 理事는 連帶하여 損害賠償責任을 부담하여야 한다고 規定하고 있다. 그러나 適格한 請求權者 및 訴의 節次에 대하여 역시 明確한 規定을 두고 있지 않다. 그 외 外國證市上場會社定款必須條項(到境外上市公司章程必備條款)」 제7조에 株主는 會社의 定款에 의하여 理事, 監事나 기타 高級經營者에 대한 訴訟을 제기할 수 있다는 規定을 두고 있다. 그러나 이러한 規定들은 모두 上場會社에 대한 規定일 뿐만 아니라, 내용에 있어서도 代表訴訟에 관한 직접적인 規定이라고는 할 수 없다.

413) 그러나 代表訴訟의 活性化를 위해 單獨株主權으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다. 單獨株主權으로 規定하고 있는 美國과 日本에서는 代表訴訟이 활발하게 제기되고 있지

濫用을 방지하기 위하여 提訴株主의 損害發生時와 株式保有時機의 同時性의 原則과 一定期間의 持株期間, 持株比率⁴¹⁴⁾ 및 原告株主의 擔保提供制度를 도입하는 동시에 代表訴訟의 活性化를 위해 訴訟費用에 있어서는 먼저 辯護士費를 포함한 訴訟費用 전액을 지급하고 原告가 敗訴한 경우에는 被告에게 求償權을 行使하도록 하여야 할 것이다.

4. 新株發行無效의 訴

中國會社法上 株式會社設立에 있어서 法定資本制度를 취하고 있기 때문에 新株에 대한 概念에 차이가 있다. 中國에서 株式의 발행은 「株式設立發行」(會社設立時의 發行株式)과 新株發行으로 나누고 있는데, 「株式設立發行」은 會社設立中에 資本募集의 필요로 株式을 발행하는 것을 말하고, 新株發行은 會社設立後에 再次 발행하는 株式發行을 말한다.⁴¹⁵⁾ 韓國의 경우 授權資本制를 채택하므로 會社設立後에는 發行豫定株式總數의 範圍內에서 발행하는 株式을 新株發行인 增資發行과 會社設立後에 資本의 增加를 目的으로 발행하는 특수한 新株發行인 準備金의 資本轉入(商法 제461조 제3항) 등의 경우도 新株發行의 範疇에 속한다고 할 수 있지만 中國의 경우는 新株發行은 會社設立後의

만, 韓國은 株主代表訴訟에 관하여 判決의 宣告까지 이른 사건은 1997년 제일은행의 理事들을 상대로 市民團體를 중심으로 提訴된 사건(1998. 7. 24선고 서울지방법원 97가합 39907 판결)과 1997년 동방페레그린증권 前·現職 任員들에 대한 損害賠償訴訟, 1998년 10월 20일 삼성전자 前·現職 11명 理事를 상대로 한 訴訟, 1999년 4월 少額株主 293명이 政府와 韓國通信 前·現職 경영진을 상대로 한 損害賠償訴訟 등이 있다. 代表訴訟이 활발하지 못한 점은 상당부분 少數株主權이라는 要件과 관련이 있다고 判斷되고 少數株主權의 要件을 緩和하거나 單獨株主權으로 하자는 주장이 제기되고 있다(崔完鎭, 前掲 “株主의 代表訴訟에 관한 考察”, 37面; 梁東錫, 前掲 “株主代表訴訟”, 77面; 鄭快永, “代表訴訟의 單獨株主權화와 濫訴制限에 관한 研究”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 2001년 제20권 2호(통권30호), 432-434面; 윤영신, 前掲論文, 196-197面).

414) 連續하여 1년 이상 發行株式總數의 1%이상을 所持한 株主나 또는 株式額面價額이 50만 이상을 所持한 株主에게 代表訴訟의 原告資格을 附與하자는 주장도 있다(張明遠, “股東派生訴訟法律制度研究”, <http://www.civillaw.com.cn/jinrong/papers/student/stu12>).

415) 新株發行을 非增資發行과 增資發行으로 나누는데, 非增資發行은 定款에 規定한 資本總額內에서 再次 株式을 발행하는 것을 말하고 增資發行은 理事會의 決定으로 定款에 規定한 資本總額外에 再次 株式을 발행하는 것을 말한다(毛亞敏, 前掲書, 227面).

增資發行만 포함한다고 할 수 있다.

中國에서 「株式設立發行」이나 新株發行에 있어서는 嚴格한 核準制⁴¹⁶⁾를 실시하고 있다. 中國의 會社法이나 證券去來法上에서 新株發行에 대한 規定이 아직 未備한 점이 많기 때문에 行政的인 手段에 의한 監督을 強化하고 있다. 즉 株式設立發行에서 1993년 國務院에서 發布한 「株式發行과 去來管理暫行條例(股票發行與交易管理暫行條例)」, 1996년 中國證券監督委員會에서 發布한 「株式發行事業에 관한 通知(關於股票發行工作若干規定的通知)」(1998년 補充通知)의 規定으로 그 조건을 엄격히 制限하고 있으며, 新株發行에 있어서는 中國會社法 제137조의 制限規定에 기초하여, 2001년 3월 中國證券監督委員會에서 發布한 「上場會社新株發行管理方法(上市公司新股發行管理方法)」, 그리고 中國證券監督委員會에서 文件形式으로 頒布한 「上場會社新株發行事業에 관한 通知(關於做好上市公司新股發行工作的通知)」 [2001년 3호 문건] 등의 規定으로 그 條件과 節次를 엄격히 公제하는 것으로서 株式發行의 弊害를 방지하고 있다.

그러나 現行中國會社法の 측면에서 볼 때, 中國會社法 제138조 제4항에서는 “會社가 新株를 발행할 경우 株主總會는 既存株主에게 발행하는 新株의 種類 및 數額에 대하여 決議를 하여야 한다”고 規定하여 株主의 新株引受權을 인정하고 있지만, 그 외에는 아무런 規定이 없기 때문에 실질적인 혜택을 받지 못하고 있는 실정이다.

생각건대, 中國會社法에서 既存株主의 新株引受權을 인정하고 있지만 韓國과는 달리 新株發行에 대한 事項을 株主總會의 決議事項으로 하고 있다. 그러나 株主總會自體에 瑕疵가 있을 수 있으므로 新株引受權을 無視하고 발행한 新株發行도 無效의 原因에 포함시켜 株主權利保護에 대한 救濟策으로서의 新株發行無效訴訟에 관한 規定을 두어야 한다고 생각한다.

5. 會社合併·分割無效의 訴

416) 中國에서 株式發行에 있어서 “核準制”라는 것은 株式發行審査制度의 일종으로서 “實質管理主義”라고도 부른데, 株式發行人的 株式發行申請은 情報公開條件을 만족해야 하는 외에 반드시 法律이 規定하는 實質要件에 부합되어야 하고 또 證券主管部門의 實質審査를 거쳐 批准을 받는 制度를 말한다(周友蘇, 前掲書, 226面).

韓國商法에서 會社의 合併節次에 있어서는 별다른 規定이 없지만 合併後 會社의 종류상 中國會社法에 없는 規定들을 두어 制限하고 있다. 즉 合併을 하는 會社의 一方 또는 雙方이 株式會社 또는 有限會社인 때에는 合併後 존속하는 會社 또는 合併으로 인하여 設立되는 會社는 株式會社 또는 有限會社이어야 한다고 規定하고 있다(商法 제600조). 이는 株式會社의 株主나 有限會社의 社員이 合名會社 또는 合資會社의 社員이 되어 제3자에 대하여 직접 또는 無限責任을 지는 일이 없도록 하기 위함이다. 中國會社法에서는 有限會社와 株式會社만 인정하기 때문에 이러한 制限的인 規定이 필요 없다고 생각된다.

會社分割은 合併과 마찬가지로 株主總會의 特別決議를 거쳐야 하고 關聯部門의 批准을 받아야 하며(中國會社法 제183조), 債權者들의 利益에 영향을 미치므로 分割事項을 債權者들에게 通知하여야 하고, 債務를 償還하지 않거나 상응한 擔保를 제공하지 않을 경우에 會社는 分割하지 못한다(中國會社法 제185조).

이와 같이 中國會社法에는 會社의 合併과 分割의 節次와 會社分割時의 財産分割과 債務의 負擔 및 債權人의 保護에 관한 規定만 있고, 少數株主保護에 대한 規定은 未備하여 실제로 裁判上에서도 問題가 되고 있다.⁴¹⁷⁾ 中國에서 會社의 合併과 分割은 株主總會이 特別決議에 의한다(中國會社法 제182조). 즉 總會에 출석한 株主가 保有한 議決權의 3분의 2 이상으로 결정한다(中國會社法 제106조). 이 規定에서 알 수 있듯이, 中國의 會社法에서는 株主總會의 特別決議에 있어서 會議에 참석하는 株主의 最低數에 대한 規定이 없기 때문에 少數株主들에 대해 불리한 결과가 나타날 확률이 더욱 크다고 할 수 있다. 그리고 여기서 存續會社와 消滅會社를 구분하지 않고, 株主의 利益에 영향을 주지 않는 進退에서도 株主總會의 承認을 理事會의 承認으로 같음하는 規定을 두지 않아 節次上에 번거로운 문제를 빚고 있다.⁴¹⁸⁾ 少數株主의 利益保護에 있어서 韓國을 포함한 여러 나라들에서 少數株主들에게 株式買受請求權을 인정하여 保護하고 있는데, 中國會社法에서는 아직 이에 관한 規定이 도입되지 않았다. 唯一한 救濟方法은 會社法 제111조에 근거하여 株主代表訴訟의 방식으로 少數株主들의 權利侵害를 沮止할 수는 있겠지만 會社法自體가 反對株主에 대하여 어떠한 權利도 인정하고 있지 않다. 특히, 會社合併에 있어서 合

417) 傅建奇, “公司分立中小股東保護的若干法律問題研究”, 「法律科學」, 2001年 5期, 80面.

418) 陳麗潔, “公司法中公司合併制度的完善”, 公司法修正從橫談, 法律出版社, 2000, 64面.

併反對株主가 株主總會의 違法事實을 立證하기가 쉽지 않으며, 다른 한편으로 法院에서도 株主總會의 決議에 의한 株主의 利益侵害與否를 確定하기가 어렵기 때문에 實效性이 없다고 할 수 있다.

會社의 合併은 株主들의 地位의 變化를 발생케 하는데, 中國會社法에서는 株主總會에서 合併決議時에 合併에 同意하지 않는 少數株主들의 利益를 어떻게 保護할 것인가에 대하여, 그리고 株主들의 權利가 침해될 경우와 會社 合併이 無效로 될 경우에 대비하여 韓國商法에서와 같은 구체적인 救濟策에 대한 規定이 없는 것이 아쉬운 점이라 하겠다.

6. 會社解散判決請求權

앞에서 살펴보았듯이, 株式會社에서 會社가 재정적으로 곤경에 처해 있을 때 이를 처리하는 방법은 크게 清算과 再建에 의한다고 할 수 있다. 통상 우리가 말하는 破産은 清算에 속하고 整理는 再建에 속한다 할 수 있는데,⁴¹⁹⁾ 이는 破綻에 직면한 會社에 있어서 株主들의 權利保護에 중요한 의미가 있다고 할 수 있다. 中國會社法에서는 解散判決請求權이나 整理節次開始請求權에 대하여 規定을 하지 않고 있는데, 이는 현재 中國會社法의 欠缺이라 생각된다.

中國會社法 제190조에서 規定한 會社의 解散事由로는 다음과 같은 몇 가지가 있다.

1) 會社의 存立期間의 滿了 또는 定款에서 定한 解散事由가 發生하였을 경우, 2) 株主總會의 解散決議가 있을 경우⁴²⁰⁾, 3) 法律 또는 行政法規를 위반하여 法에 의해 「強制解散」되는 경우(中國會社法 제192조), 4) 會社가 破産하는 경우, 5) 會社가 合併 또는 分割하는 경우 등이다.⁴²¹⁾

中國에서 會社의 強制解散事由는 1) 會社破産의 경우, 2) 法律 또는 行政法規를 위반한 경우⁴²²⁾ 3) 會社의 設立登記가 違法인 경우⁴²³⁾, 4) 會社의 違法行

419) 鄭東潤, 前揭書, 686面 참조.

420) 大陸法系에서 會社의 解散決議는 株主總會의 特別決議에 의하는 것이 보통이다. 예컨대, 獨逸에서 株主總會의 解散決議는 決議時 대표할 수 있는 株式의 3/4의 同意로(獨逸株式法 제262조), 日本에서는 發行株式總數의 過半數의 同意로(日本商法 제405조), 中國에서는 會議에 참석한 株主가 가진 議決權의 2/3이상의 同意로 한다(中國會社法 제106조).

421) 雷興虎, 前揭書, 309面 參照.

爲로 營業許可書가 取消되는 경우⁴²⁴⁾에도 對外營業이 中止되고 法人資格이 取消된 것과 마찬가지로이기 때문에 解散으로 볼 수 있다.

中國會社法은 解散判決에 관한 規定을 두고 있지 않으며 解散事由도 會社의 종류에 관계없이 일률적으로 規定하고 있는 점이 다르다.⁴²⁵⁾ 中國會社法상의 强制解散制度는 韓國에서 法院에 의한 解散命令, 解散判決과는 다른 것으로서 有關主管機關(工商管理機關)의 解散決定(中國會社法 제192조) 또는 會社登記機關의 營業許可의 取消(中國會社法 제225조)등 형식으로 進行되고 있다. 또 中國會社法 제192조에 의하면 會社가 强制解散하는 경우에 主管部門에서 株主 또는 專門人으로 구성된 清算組를 성립하여 清算을 하여야 한다. 위 規定에 따르면, 法院에서 會社解散을 宣告할 경우에 主管機關에서 清算人을 選任하여 解散會社에 대하여 清算을 한다고 하는 規定과 衝突되게 되는 것이다. 따라서 中國의 司法實踐過程에서 少數株主가 法院에 請求하여 會社解散을 請求하는 것은 事實상 불가능하게 되어 있다.⁴²⁶⁾ 現在 中國에서 株主가 제기한 會社解散紛爭事件은 法律上 明確한 規定이 없기 때문에 法院에 의해 모두가 棄却되고 있다.

中國會社法은 會社解散 후 清算過程에 株主의 權利와 義務에 어떤 영향을 미치는가에 대하여 언급하지 않고 있는데, 그 理由는 株式會社에서 株主들은 會社債務에 대하여 間接적인 有限責任을 부담하기 때문에 會社의 解散이 株主들로 하여금 그 어떤 새로운 義務를 부담하게 하는 것이 아니기 때문이다.⁴²⁷⁾

생각건대, 中國의 현재 實施中인 「破產法」이나 破產關聯法規의 規定을 準

422) 예컨대, 會社가 放射性物質 등의 有毒, 有害物質 指數를 초과하여 煤炭을 採掘할 경우에 懸級이상의 人民政府는 國務院의 規定에 따라 會社를 强制解散시킬 수 있고(中國大氣污染防止法 제50조), 證券會社가 證券去來 중에 重大한 違法行爲가 있는 경우에 證券管理機構는 그 證券業務許可를 取消하고 强制解散시킬 수 있다(中國證券去來券法 제201조).

423) 會社登記時 虛偽의 資本金을 記載하여 會社設立을 하였을 경우에는 政府工商管理局은 당해 會社의 登記를 取消할 수 있다(會社登記管理條例 제58조).

424) 會社設立 후 正當한 理由없이 連續하여 6개월이 經過한 후에도 營業을 개시하지 않은 경우 또는 營業 중에 連續하여 6개월 이상 營業을 停止하고 있는 경우에는 會社登記機關은 당해 會社의 營業許可를 取消할 수 있다(中國會社法 제225조).

425) 冷紹民·閻文軍, “論有限責任公司的司法解散程序”, 「法學」, 1997年 第10期, 51面.

426) 鮑建南, “小股東司法救濟之我見”, 「人民司法」, 1999年 第11期, 5面 參照.

427) 王貴國·劉瑞復, 前揭書, 206面.

用하여 會社에 解散의 原因이 발생한 경우에 法院에서 解散決定을 내리고 主管部門 또는 會計士, 辯護士 등 專門人을 選任하여 清算組를 성립하고 清算節次에 따라 清算을 하는 것도 하나의 방법이라고 하겠다. 그러나 가능하다면 日本이나 韓國에서와 같이 會社法에서 解散判決請求權制度를 도입하여 法院이 會社의 解散節次에 직접 참여하게 하는 것이 더욱 합리적이라고 생각한다.

제 5 장 결 論

現代企業制度의 根幹인 株式會社에 있어서 少數株主의 保護問題는 株主平等의 原則과 法의 最高 理念인 公正과 正義에서 오는 당연한 요청일 뿐만 아니라, 株式會社制度의 目的 達成과도 관련된 근본적인 문제로서, 韓國의 會社法과 證券去來法에는 少數株主保護에 관한 많은 法規定을 두고 있는 실정이다. 少數株主保護에 관한 當爲性은 인정되지만 企業環境과 企業의 支配構造가 변화하고 있고, 各國의 實情도 서로 다르기 때문에 少數株主保護制度를 도입함에 있어서 어떠한 立法案을 택할 것인가 또는 少數株主의 保護範圍를 어디까지 할 것인가 하는 適正성과 妥當性의 問題가 발생할 수 있다.

지금까지 韓國 會社法과 證券去來法상의 少數株主保護制度和 外國의 少數株主保護制度에 관한 研究論文은 多數 있다. 그러나 대부분은 少數株主保護에 관한 특정적인 制度에 관한 것이 대부분이고, 少數株主保護制度 全般에 걸쳐 研究한 論文은 별로 없어 보인다. 특히 中國은 株式會社의 支配構造上 少數株主에 대하여 保護할 必要가 더욱 있음에도 불구하고 會社法에 少數株主保護規定이 未備하기 때문에 會社法 改正時 少數株主保護制度의 導入이 시급한 課題이다. 따라서 結論部分도 역시 두 개 부분으로 나누어, 지금까지 韓國에서 施行되고 있는 少數株主保護制度에 관한 研究結果와 中國會社法의 少數株主保護에 관한 立法方向을 檢討하는 것으로 結論을 맺기로 한다.

첫째로, 會社情報公示에 있어서 韓國商法의 경우에, 會社情報接近權은 會社의 業務狀態를 파악하여 株主의 다른 權利를 行使할 수 있게 하는데 그 목적이 있는 것으로서 기타 權利 行使의 기초가 되는 權利이다. 財務諸表 및 理事會 議事錄의 謄寫·閱覽請求權은 單獨株主權으로서 商法의 規定에 의하면 문제로 된다고 생각되는 것은, 株主의 閱覽·謄寫請求權에 대하여 會社는 理由를 붙여 閱覽請求權을 拒否할 수 있는데(商法 제391조의3 제4항, 제466조), 그 理由에 대하여 明文의 規定이 없으므로 會社가 拒否權을 不當行使하는데 구실을 제공할 수 있기 때문에 拒否事由에 대하여 外國의 立法例와 같이 구체적으로 명시하는 것이 바람직하다. 그리고 會計帳簿閱覽·謄寫請求權은 그 濫用을 방지한다는 趣旨에서 少數株主權으로 規定하고 그 持株比率를 3%로, 株式保有

期間을 6개월로 요구하고 있는데, 이는 1%의 要件을 충족하는 株主가 理事에 대한 違法行爲留止請求權을 行使하기 위한 전제로서 會計帳簿閱覽權을 行使하고자 할 경우, 3%의 持株要件에 미달함으로 會計帳簿閱覽權을 行使할 수 없게 되는 불합리한 문제가 있다. 따라서 會計帳簿閱覽請求權의 持株比率을 1%로 緩和하는 방법과 株式保有期間에 대한 規定을 삭제하는 방안도 고려해볼 만하고, 또한 檢査人의 選任請求에 있어서 檢査人이 檢査한 결과 理事에게 不正行爲가 判明된 경우에는 檢査人이나 또는 監査人에게 株主總會를 召集할 수 있도록 함으로써 이 制度의 效用性を 높일 수 있고, 대부분의 나라에서 單獨 株主權으로 인정하고 있는 說明請求權을 韓國商法에 도입하는 것이 바람직하다고 본다. 즉 說明請求權은 帳簿閱覽權과 더불어 會社情報公示請求權으로서 兩者는 서로 補完될 수 있는 기능을 가지기 때문에 별도로 法定하는 것이 필요하다고 본다.

둘째로, 株主의 經營參與制度에 있어서 株主提案權을 行使할 수 있는 株主를 일정한 持分比率을 충족하는 株主뿐만 아니라 濫用을 방지하기 위하여 證券去來法과 같이 일정한 株式保有期間을 두는 것이 바람직하고, 議決權의 代理行使나 委任狀勸誘는 株主總會의 定足數를 확보하고 株主의 意思를 반영하는 방편으로 필요한 것이기는 하나, 代理人의 利益을 위해 무분별하게 濫用될 경우에는 少數株主들의 會社運營에 대한 무관심을 증폭시키고 현재 경영진의 地位를 고착시키는 부당한 효과를 가져 올 수도 있으므로 적절한 法的 統制가 필요하다.

그리고 代理에 의한 議決權行使보다 株主의 意思를 더욱 정확하게 반영할 수 있다는 趣旨에서 도입된 書面投票制度는 會社가 定款으로 그 실시여부를 결정하고 株式會社의 規模와 관계없이 이용하게 하는데, 小規模會社에 있어서는 會議節次나 會社情報公示에 필요한 費用 등을 감안할 때, 一定規模 이상의 株式會社에서만 適用하는 것도 생각해 볼 수 있다.

셋째로, 理事 등 任員들에 대한 牽制策에 관한 制度中 商法上 理事의 違法行爲에 대한 留止請求權을 行使할 수 있는 株主는 發行株式總數의 1% 이상에 해당하는 株式을 保有한 株主로 規定하고 있으나, 그 濫用으로 인한 副作用을 방지하기 위해 證券去來法에서와 같이 6개월의 株式保有期間을 두는 것이 바람직하다고 보며, 사실상 回復할 수 없는 손해가 발생할 念慮가 있는 違法行爲에 대하여만 留止請求가 가능하도록 하는 것이 타당하다고 본다.

株主代表訴訟에 있어서도 株主가 會社 내지는 다른 株主의 利益과 관계없는 개인적 利益을 위해, 또는 代表訴訟을 매개로 하여 會社나 被告 理事로부터 부당한 利益을 얻고자 代表訴訟을 제기할 수도 있기 때문에 訴의 濫發을 방지할 대책으로 原告適格의 制限, 擔保提供과 經營判斷의 原則을 적절하게 適用하여야 할 것이다. 또한 代表訴訟에서 原告인 株主가 勝訴하여 얻을 利益과 敗訴하여 부담할 위험의 차이가 현저하기 때문에, 制度의 實用性を 높이기 위해서는 勝訴한 原告에 대하여 “지출한 비용 중 상당한 금액의 지급”이 아닌 지출한 비용전액을 지급하게 하는 것도 바람직하다.

外監法에 의한 外部監査人の 選任에 있어서는 완전한 自由受任方式制度를 도입할 수 있는 여건이 형성되었다고 생각한다. 따라서 受任限度制度 뿐만 아니라 外部監査人の 規模에 따른 監査對象會社の 資産規模에 대한 制限까지 廢止하여 완전한 自由授任方式을 택하는 것이 타당하다고 본다.

또한 公正한 立場에서 經營者를 監督하고 株主의 利益을 保護하기 위한 社外理事制度는 그 實用性を 제고하기 위해 社外理事의 獨立性を 확보함과 더불어 자격要件을 더욱 엄격하게 하여야 할 것이며, 社外理事의 經營參與 의욕을 진작시키기 위한 방안도 마련되어야 한다고 본다.

그리고 少數株主의 保護를 강화하기 위하여 會社法에서 英美法과 같은 支配株主의 忠實義務에 관한 一般規定을 도입하는 것이 바람직하다.

넷째로, 會社の 基本組織의 變更에 있어서 少數株主保護에 관한 중요한 制度는 會社の 合併·分割 등에 있어서 反對株主의 株式買受請求制度이다. 買受請求를 할 수 있는 株主는 議決權 있는 株式을 保有한 株主뿐만 아니라 無議決權株主의 會社에 대한 期待權을 존중하며, 支配株主들의 投機에 의한 組織變更으로 少數株主들의 正當한 權利의 侵害를 방지하기 위하여 無議決權 株式을 保有한 株主도 포함된다는 명시적인 規定을 둘 필요가 있다. 또한 合併 등의 사실이 발표된 후 株式을 취득한 株主에 대하여는 相續 등 包括的 承繼方式으로 취득한 株主에 대하여만 買受請求權을 인정하도록 하는 것이 바람직하다. 또한 買受價額의 算定節次를 간소화하고 적정한 買受價格을 결정하기 위한 일정한 기준을 法定하는 것이 바람직하다. 그리고 會社の 財政이 債務超過에 달한 경우의 買受請求는 請求者가 買受請求를 撤回하여 一般株主의 地位를 回復한 후 株式을 讓渡하거나 아니면 買受請求權을 일단 留保하였다가 會社가 代金支給能力을 回復한 경우에 다시 買受請求權을 行使하도록 하는 立法案도

고려해볼 事項이라고 생각된다.

韓國商法과 證券去來法 中 少數株主保護에 관한 상기 내용은 그 妥當性을 검토하여 立法論으로 최종 해결해야 할 문제로 파악된다.

그리고 現行 中國會社法中 少數株主保護에 대한 規定을 檢討해 보면 다음과 같은 問題點이 있다.

中國會社法中 少數株主에 대한 保護制度로는 株主總會召集請求權(中國會社法 제104조), 議決權의 代理行使(中國會社法 제108조), 定款·株主總會 議事錄·財務會計報告의 閱覽請求權·建議權·質問權(中國會社法 제110조), 株主總會·理事會決議 違法時의 留止請求權(中國會社法 제111조) 등의 條文만을 두고 있으나, 이 條文 自體도 많은 問題點을 안고 있다.

첫째, 株主總會召集請求權에 대한 問題點으로는 請求權者에 대한 持分比率을 發行株式總數의 10%로 요구하여 實效성이 절감된다는 점과 株主總會의 召集請求는 理事會에 대하여 하도록 하고 있는데, 理事會가 召集請求를 묵살할 경우의 救濟策이 없다는 점이 문제점으로 지적되고 있다. 이에 대한 改正案으로 持分比率을 1%내지 3%로 하고, 少數株主에게 株主總會를 직접 召集할 수 있는 權限을 부여하는 것이 바람직하고, 株主總會 召集權의 濫用을 방지하기 위하여 일정기간(예컨대 6개월)의 株式保有期間을 規定하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 會社情報公示權에 관한 中國會社法 제110조의 問題點은 서류의 閱覽權과 建議權 및 質問權이 單獨株主權인지 아니면 少數株主權인지 분명하지 아니하고, 請求의 對象範圍가 모호하며 權利의 行使方法과 拒否事由 및 不當拒否에 대한 制裁 등의 規定이 없어 그 實效성이 문제된다.

그리고 中國會社法 제111조는 株主總會나 理事會의 決議가 違法할 경우, 그 행위의 留止와 侵害行爲의 停止를 請求할 수 있다고 하고 있는데, 會社의 定款을 위반한 경우에는 留止請求를 할 수 없고, 株主의 利益을 직접 침해하지 않고 會社의 利益을 침해한 경우에 代表訴訟를 할 수 있는지 등에 대한 명확한 規定이 없기 때문에 法の 適用에 많은 問題點을 안고 있다.

셋째, 少數株主의 保護에 관하여 中國會社法 외에 國務院이나 中國證券監督委員會에서 제정한 部令中에 株主提案權, 累積投票制, 委任狀勸誘制度, 書面投票制度, 社外理事制度, 外部監査制度, 株式買受請求權 등 관련規定들을 두고 있으나 전반적으로 共通된 問題點이 제기되고 있다. (1) 同 制度들의 適用對象

이 上場會社에만 制限되어 있고 一般 株式會社에 대하여는 適用되지 않기 때문에 一般 株式會社에 있어서 少數株主保護는 法的 規定이 없게 되고, (2) 同 制度들을 會社法이 아닌 部令에 規定을 둠으로써 法的 效力이 낮으며, (3) 상기 制度들도 통상적으로는 權利宣言的인 원칙적 規定에 불과하고 그 實行의 節次나 또는 制度의 違反에 대한 制裁措置가 缺如되어 制度의 원활한 執行을 期待할 수 없는 短點을 안고 있다.

따라서 中國會社法 中 少數株主保護制度의 改善方向에 대하여 다음과 같이 제시할 수 있다.

첫째, 中國會社法의 少數株主保護에 관한 法條文의 改正이 필요하다.

會社情報公示權에 있어서 財務諸表 및 理事會議事錄과 會計帳簿에 대한 閱覽請求權을 單獨株主權과 少數株主權으로 구분하여 規定하고, 그 權利行使의 範圍와 權利行使의 節次를 명확히 規定하는 동시에 會社側의 正當한 拒否事由와 不當한 拒否에 대한 制裁方法을 法定하는 것이 필요하다.

株主總會召集請求權에 관한 내용은 持株要件과 株式保有期間, 株主에 의한 直接召集 등의 내용을 補完하여야 할 것이고, 會社法 제111조는 株主總會 決議瑕疵 救濟에 대한 規定, 理事의 違法行爲留止請求權에 관한 規定, 會社의 利益을 침해할 경우 會社를 대신한 代表訴訟에 관하여 명확히 구분하여 각기 그 行使要件과 節次 및 效果 등에 대하여 規定하는 것이 바람직하다.

둘째, 上場會社에 있어서 少數株主保護制度에 관한 내용을 補完하여 會社法에 수용할 필요가 있다.

少數株主保護問題는 上場會社의 少數株主에 대하여만 필요한 것이 아니라, 전체 株式會社의 少數株主에 대하여 모두 발생할 수 있는 문제이다. 따라서 현재 上場會社에 대하여 실시하고 있는 制度를 會社法에 수용시킴으로써 그 適用範圍를 모든 株式會社의 少數株主에로 확대하고, 法的 效力도 強化할 수 있을 것이다. 하지만 同 制度들을 수용함에 있어서는 上場會社와 非上場會社의 差異點도 감안하고, 동 制度가 施行되는 과정에서 야기되는 문제를 補完하여 입법하여야 할 것이다.

셋째, 會社法에 少數株主保護에 관한 새로운 制度의 導入이 필요하다.

보다 건전한 法體系를 구성하기 위하여 現行會社法의 規定들을 補完하고 기타의 行政法規로 규제하고 있는 規定들을 會社法에 수용시키는 것도 중요하지만, 少數株主保護에 관한 外國의 立法例를 참조하는 동시에 中國의 會社支

配構造의 실정을 감안하여⁴²⁸⁾ 現行법에 規定이 전무한 檢査人の 選任請求權, 理事解任請求權, 株主代表訴訟, 理事의 違法行爲留止請求權, 新株發行無效의 訴 및 會社合併·分割 無效의 訴, 會社의 解散判決請求權, 支配株主의 忠實義務 등 制度를 新設할 필요가 있다. 그리고 支配株主와 少數株主의 關係에서 기초가 되는 議決權行使에 대한 制限의 規定들도 고려할만 하다고 생각한다. 예컨대, 支配株主의 一定比率을 초과하는 株式에 대하여는 議決權을 制限하거나 또는 單一株主가 過半數의 理事를 選任하는 경우에는 社外理事를 두도록 強制하거나 또는 그 單一株主가 選任하는 監事가 1/3을 넘을 수 없도록 規定하는 등 支配株主의 專橫으로부터 少數株主를 保護하는 規定을 新設할 필요가 있다.

428) 中國會社의 支配構造가 國家株나 法人株가 絶對적인 優位에 있는 현실을 감안하여야 할 것이다. 따라서 少數株主保護에 關하여 一部 規定, 예컨대 累積投票制나 株主提案權 등에 對하여 任意規定으로 할 경우에는 支配株主가 定款으로 少數株主保護에 關한 制度를 배제함으로써 少數株主保護制度가 展示的인 規定에 不恰하게 될 수 있기 때문에 會社가 定款으로 배제할 수 없다는 強行規定으로 하는 것도 바람직하다.

參 考 文 獻

1. 韓國文獻

1) 單行本

- 姜渭斗, 會社法, 螢雪出版社, 2002.
- 李炳泰, 增訂 商法(上) 法元社, 1988.
- 權五乘, 企業結合規制法論, 法文社, 1991.
- 朴吉俊, 商法改正案解說, 法文社, 1995.
- 李哲松, 會社法講義, 博英社, 2003.
- 李泰魯·李哲松, 會社法, 博英社, 1998.
- 李範燦·崔竣璿, 商法概論, 三英社, 2000.
- 林泓根, 會社法, 法文社, 2000.
- 孫珠瓚, 商法(上), 博英社, 2003.
- 鄭東潤, 會社法, 法文社, 2000.
- 鄭熙喆, 商法學原論(上), 博英社, 1989.
- 鄭燦亨, 商法講義(上), 博英社, 2003.
- 崔基元, 商法學新論(上), 博英社, 2001.
- 全三鉉, 會社法の 爭點, 자유기업센터, 1999.

2) 論 文

- 姜熙甲, “支配株主의 忠實義務”, 「상사법연구」 제12권, 상사법학회, 1999.
- 강 현, “商法上 株式買受請求權制度의 問題點”, 「상사법연구」 21권 제2호(통권 34호), 한국상사법학회, 2002.
- 金星泰, “少數株主保護를 위한 現行制度의 問題點과 改善方向”, 「상장협」 제28호, 한국상장회사협의회, 1993.
- _____, “少數株主保護制度에 관한 研究”, 「경희법학」 제28권 제1호, 1993.
- 金元基, “商法(改正案)上的 株主提案權”, 「고시연구」 제10호, 1998.
- 金利修, “新株發行에 있어서 既存株主의 利益保護”, 중앙대법학연구소법학논문집, 제21기, 1996.

- 金與洙, “社外理事制度小論”, 企業構造의 再編과 商事法(박길준 교수 화갑기념 논문집), 1998.
- _____, “會社合併에 있어서의 株主保護”, 「한남대학논문집」 제18권, 1988.
- 김정국·장지인·조장연, “韓國 會計情報의 信賴性 提高方案”, 한국증권연구원, 1998.
- 김연용, “監査人の 獨立性과 業務遂行能力이 監査結果의 信賴度에 미치는 영향에 관한 研究”, 「회계저널」 제4기, 1995.
- 김준기, “少額株主權의 積極적인 活用に 관한 考察”, ‘少額株主運動’--企業監視의 새로운 試圖, 少額株主 權益運動에 관한 政策 討論會 프로시딩, 1997.
- 金英鎬, “株式買受請求權制度”, 「고시계」 제2호(통권444호), 1994.
- 이상훈, “多數株主權 濫用に 대한 會社法上の 訴에 관한 研究”, 서울대학교 박사학위논문, 1991.
- 金建植, “美國會社法上 反對株主의 株式買受請求權”, 「서울시립대논문집」(인문사회과학) 제22권, 1989.
- _____, “少數株主와 支配株主의 誠實義務”, 「서울대법학」 제32권 제3-4호, 1991. 12.
- 김영곤, “少數株主保護에 관한 研究”, 「재산법연구」 제13권 제1호, 1996.
- 김상규, “商法上 少數株主保護에 관한 研究”, 「비교사법」 제11호, 1999.
- 김대연, “代表訴訟에서의 擔保提供命令制度”, 「상사법연구」 제21권 제2호(통권34호), 한국상사법학회, 2002.
- 權載熱, “少數株主權의 法理”, 「상사법연구」 제22권 제2호(통권38호), 한국상사법학회, 2003.
- _____, “商法上 少數株主權에 관한 研究”, 「고시계」 제7호(통권 제521호), 2000.
- _____, “書面投票制度의 문제점과 그 解決方案”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000.
- 權奇範, “合併反對株主의 株式買受請求權”, 「경제브리프스」 제371호, 1987.
- 權鍾鎬, “書面投票制度 과연 立法上の 成果인가?”, 「상사법연구」 제19권 제2호(통권27호), 상사법학회, 2000.
- 高在鐘, “株式會社에 있어서 株主의 質問權과 任員의 說明義務”, 「한국외대논문집」 제8권, 2000.
- 南基潤, “少數株主에 의한 解散判決請求制度法理의 再檢討와 人的會社에서의 利用可能性”, 「비교사법」 제4기, 1996.
- 盧一錫, “株主提案權”, 「考試研究」 제8호(통권305호), 1999.
- 杜成奎, “株式買受請求權의 法理와 節次上 問題點”, 「경북대법학」 제4호, 1998.

- 朴仁出, “株主提案權”, 조선대통일문제연구소, 1999.
- 朴贊雨, “株主提案權”, 「比較私法」 제6권 1호, 韓國比較私法學會, 1999.
- 裴炳日·朴仁鉉, “商法上 少數株主의 保護”, 「江陵大産經論叢」 제6호, 1986.
- 손수진, “株主提案權의 입법론적 檢討”, 우진 이병태교수 화갑기념-新世紀 會社法의 展開, 대전서적, 1996.
- 宋種俊, “母會社의 少數派株主의 保護”, 「고시계」 제12호(통권430호), 1992.
- _____, “株主總會·理事會의 運營 등 기타 改正事項”, 「고시계」 제4호(통권 제518호), 2000.
- 宋民浩, “株主의 說明請求權에 관한 研究” (-獨逸株式法을 중심으로), 「조선대사회과학연구」, 1979,(‘79.2).
- 송인방, “支配株主의 忠實義務에 관한 研究”, 「충남법학연구」 제8권 제1호, 1997.
- 崔竣瑢·朴哲泳, “株主의 會計帳簿閱覽權”, 「경성대논문집」, 1998.
- 崔完鎭, “株主의 代表訴訟에 관한 考察”, 「고시계」 제9호(통권523호), 2000.
- _____, “社外理事制度”, 「고시연구」, 2000년 제5호(통권314호).
- 鄭容相, “株主總會의 活性化論”, 「재산법연구」 제10호, 1993.
- _____, “株主總會의 形骸化”, 부산외대신문, 1990.3.8.
- _____, “會社合併의 公正性論(II)”, 「건국대대학원논문집」 제27권, 1988.
- 鄭世喜, “閉鎖會社의 少數株主의 保護”, 한양대학교박사학위논문, 1988.
- _____, “累積投票制度에 관한 研究”, 「동아법학」 제22호, 1997.
- 鄭竣雨, “株主提案權의 行使要件과 그 問題點”, 「상사법연구」 제21권 제3호(통권35호), 한국상사법학회, 2002 .
- 鄭浩熱, “株主의 議決權 代理行使”, 「고시계」 제3호(통권493호), 1998.
- 鄭東潤, “株主總會決議의 效力을 다루는 訴訟”, 「고시계」 제10호(통권476호), 1996.
- 鄭快永, “代表訴訟의 單獨株主權化와 濫訴制限에 관한 研究”, 「상사법연구」 제20권2호(통권30호), 한국상사법학회, 2001.
- 安東燮, “株主의 地位保護에 관한 研究”, 「재산법연구」 제3권 1호, 1986.
- _____, “委任狀勸誘의 規制方案”, 「단국대학경영대학원논총」 제8호, 1988.
- _____, “株主의 質問權”, 「단국대학논총」 제4기, , 1985.
- 安罔鉉, “少數株主에 의한 理事解任의 訴의 目的과 被告適格”, 「강남대논문집」 제8권, 2000.
- 李哲松, “現行 少數株主權制度의 合理性”, 「저스티스」 제42호, 한국법학원, 1996.
- _____, “上場法人의 少數株主權”, 「考試界」 제4호(통권482호), 1997 .
- 李均成, “株式會社의 一般株主의 保護”, 「한국의대논문집」 제7집, 1999.

- 李康龍, “株主提案權에 관한 研究”, 「법학연구」 제1권 제1호, 충남대학교법학연구소, 1990.
- 李允榮, “會社의 分割”, 「고려법학논집」 제20집, , 1982.
- 李成雄, “美國會社法上 株式買受請求權의 機能”, 「기업법연구」 제8집, 한국기업협회, 2001 .
- 이호열, “外部監査制度에 대한 事前的 규제장치의 적정성 檢討”, 「경남대산업경영」 제24기, 1999.
- 이대중, “株主의 代表訴訟에 관한 研究”, 서울대학교박사학위논문, 1997.
- 林義澤, “現代企業의 經營者支配 趨勢에 관한 研究”, 「울산대경영학연구논문집」 제2권 제2호, 1995.
- 林泓根, “商法上 少數株主保護制度에 관한 研究”, 「상장협」 제43호, , 2001.
- 林重鎬, “株式會社 監査制度의 變遷過程”, 「상사법연구」 제20권 제2호(통권30호), 한국상사법학회, 2001.
- 禹洪九, “議決權行使에 관한 株主間 契約”, 「고시연구」 제17권 제8호, , 1990.
- _____, “累積投票制度”, 「월간고시」 제10호(통권201호), 1990.
- 오수근, “集中投票제”, 「인권과 정의」 제270호, 대한변호사협회, 1999.
- 梁東錫, “大株主와 小數株主間의 法律問題”, 「비교사법」 제5권 제2호, 1998.
- _____, “議決權代理行使와 委任狀勸誘”, 「조선대사회과학연구」 제13호, 1990.
- _____, “株式會社의 支配”, 「조선대사회과학연구」 제12집, 1989.
- _____, “株主代表訴訟”, 「考試研究」 제4호(통권325호), 2001.
- _____, “獨逸의 Linotype 사건판결과 支配株主의 忠實義務”, 「조선대법학논총」, 1998.
- 梁明朝, “會社合併과 少數株主의 利益保護”, 「이대사회과학논집」 제5집, 1985.
- 윤영신, “株主代表訴訟의 辯護士報酬 등 訴訟關聯費用의 負擔”, 「상사법연구」 제20권 제1호(통권29호), 상사법학회, 2001 .

3) 判 例

- 大判 1965.9.28. 65다 940.
- 大判 1962.5.17. 4294 민상 1114.
- 大判 대 60.8.18. 4293 민再抗 167.
- 大判 1969.7.8 선고, 69다 688.
- 大判 1980.10.27, 79다 1264.
- 大判 79.3.27. 79 다 19.

大判 1973.6.29. 72 다 2611.
大判 1960.9.8. 4292 민상 766.
大判 1978.11.14. 78 다 1268.
大判 1968.1.31. 67 다 2011.
大判 92.11.2, 99 마 468.
수원지방법원 평택지원 1999. 1. 15선고 97가합2308판결

2. 中國文獻

1) 單行本

石少俠, 公司法(修訂版), 吉林人民出版社, 1996.
柯芳枝, 「公司法論(上)」, (臺) 三民書局, 2003.
柯芳枝, 「公司法論(下)」, (臺) 三民書局, 2003.
王亦平·馬強·王軼, 公司法理與購并運作, 人民法院出版社, 1999.
王貴國·劉瑞復, 中國公司法, 法律出版社, 1997.
王保樹·石少俠等(法苑精萃編委會), 中國商法學精萃, 機械工業出版社, 2001.
周友蘇, 公司法通論, 四川人民出版社, 2002.
段亞林, “論大股東股權濫用及實例”, 經濟管理出版社, 2001.
徐學鹿, 商法研究(第4集), 人民法院出版社, 2001.
劉俊海, 股份有限公司股東權的保護, 法律出版社, 1997.
雷興虎, 股份有限公司法律問題研究, 中國檢察出版社, 1997.
毛亞敏, 公司法比較研究, 中國法制出版社, 2001.
何美歡, “公衆公司及其股權證券”, 北京大學出版社, 2000.
陳麗潔, “公司法中公司合併制度的完善”, 公司法修正從橫談, 法律出版社, 2000.
張開平, 英美公司董事法律制度研究, 法律出版社, 1998.
蔣大興, 公司法的展開與評判, 法律出版社, 2002.
黃來紀·顧經儀, 公司法比較研究, 福建人民出版社, 1999.
布萊恩 R. 柴芬斯, 公司法:理論,結構和運作(林華偉等譯), 法律出版社, 2001.
羅伯特 C. 克拉克, 公司法則, 胡平譯, 工商出版社, 1999.
吳健斌·陳林森·黃增華, 日本公司法規範, 法律出版社, 2003.
馬原·梁慧星·周賢奇 等, 中國民法教程, 中國政法大學出版社, 1998.

2) 論文

- 王 釗, “試析公司股東的法律地位及其對公司中國有資產產權歸屬的影響”, 「法律與實踐」, 1996年 第6期.
- 崔之元, “美國29個州公司法變革的理論背景”, 「經濟研究」, 1996年 第4期.
- 藏 峻, “股東權保護問題之研究”, (http://www.dadaolaw.com/special_report/nianhui/text/article_024.htm), 2003-10-15.
- 王繼軍, “股份有限公司累積投票制度研究”, 「中國法學」, 1998年 第5期.
- 王保樹·楊繼, “論股份公司控制股東的義務與責任”, 「法學」, 2002年 第2期.
- 唐宗明·蔣位, “中國上市公司大股東侵害度實證分析”, 「經濟研究」, 2001年 第4期.
- 劉 文, “少數股東權益的法律保障”, 「財經科學」, 1998年 第5期.
- 潘云華, “論小股東的利益保護”, 「河北法學」, 2000年 第2期.,
- 張民安, “派生訴訟研究”, 「法制與社會發展」, 1998年 第6期.
- 劉貴祥, “試論對公司少數股東的司法救濟”, 「法律適用」, 2002年 第7期.
- 曾培芳·盛建明, “英國公司法中的派生訴訟初探”, 「南京理工大學學報」, 1999年 第3期.
- 費方域, “董事和董事會的結構”, 「上海經濟研究」, 1996年 11月號.
- 朱慈蘊·鄭博恩, “論控制股東的義務”, 「政治與法學」, 2002年 第2期.
- 宋紅松, “少數股權權利的法律保護”, 「煙臺大學學報(社會科學版)」, 2000年 第13卷 第4期(2000.10).
- 王繼軍, “股份有限公司累積投票制度研究”, 「中國法學」, 1985年 第5期.
- 顧功耘, “全面修訂公司法的若干建議”, 「法學」, 2000年 第4期.
- 姜戰軍, “股份有限公司股東大會制度研究”, 「民商法論叢」, 法律出版社, 2000年 第13卷(2001.1).
- 劉俊海, “論股東的表決權”, 「法律科學」, 1995年 第6期(總第68期).
- _____, “完善法律制度”, 證券時報, 2003年 3月 18(<http://www.eestart.com.cn/zxx/20030318/317988.html>), 2003-10-15).
- 顧功耘·羅培新, “論我國建立獨立董事制度的幾個法律問題”, 「中國法學」, 2001年 6期.
- 林凌·常城, “獨立董事制度研究”, 「證券市場導報」, 2000年 9月.
- 馬俊駒·林曉鏢, “我國股份回購的現實意義與立法完善”, 中國商法學精萃(王保樹·石少俠等), 機械出版社, 2001.
- 張明遠, “股東派生訴訟法律制度研究”, (<http://www.civillaw.com.cn/jinrong/papers/student/stu12>), 2003-10-12.

- 坵 丹, “規範關聯交易, 保護少數股東權益”, (<http://court.shantou.cn/article/fw w c-001.htm>), 2003-10-12.
- 傅建奇, “公司分立中小股東保護的若干法律問題研究”, 「法律科學」, 2001年 5期.
- 冷紹民·閻文軍, “論有限責任公司的司法解散程序”, 「法學」, 1997年 第10期.
- 鮑建南, “小股東司法救濟之我見”, 「人民司法」, 1999年 第11期.
- 林國全, “訴請撤銷股東會程序瑕疵之決意”, 「月旦法學雜誌(臺灣)」, 2001年 第79期(2001.9).
- 林仁光, “論公司合併及其他變更營運政策之重大行爲與少數股東股份收買請求權之行使”, 東吳法律學報(臺灣), 第11卷 第2期(1999.5).
- 唐曉東, “論上市公司的關聯交易(下)”, 證券法律評論, 2001年第1期 (<http://civillaw.com.cn/jinrong/papers/student/stu14.asp>), 2003-10-15.

3. 外國文獻

- Randall K. Morck ed., *in Concentrated Corporate Ownership*, University of Chicago Press, August 2000.
- D. D. Prentice & P. R. J. Hollands eds., *in Contemporary Issues in Corporate Governance*, Clarendon Press, July 1993.
- Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of corporation*, Horn books series, West publishing Co., 1983.
- Thomas L. Hazen, *The Law of Securities Regulation*, 2nd ed., West Publishing Co., 1990.
- Y. Manning, “The Shareholders Appraisal Remedy”, *An Essay For Frank Coker*, 72 *Yale L. J.*, 223(1962).
- Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation : A Legal Analysis*, Aspen Law & Business, June 1977.
- Robert W. Hamilton, *The law of corporations : In a Nutshell*, 5th ed., West, September 2000.
- 北澤正啓, 會社法, 青林書院, 1989.
- 竹內昭夫, 改正會社法解說(新版), 有斐閣, 1983.
- 稻葉威雄, 改正會社法, 金融財政事情研究會, 1982.
- 前田重行(上柳克郎·鴻常夫·竹內昭夫外編), 新版註釋會社法(5), 有斐閣, 1986.

- 上柳克郎, 新版註釋會社法(6), 有斐閣, 1987.
- 石井照久, 會社法(上), 勁草書房, 1967.
- 田中誠二, 再訂會社法詳論(上), 勁草書房, 1982.
- _____, 會社法詳論, 勁草書房, 1982.
- _____, 註釋會社法, 勁草書房, 1984.
- 上柳克郎・竹内昭夫・鴻常夫, 新版 註釋會社法(5), 有斐閣, 1986.
- 六戸善一, 反對株主の株式買受請求權, 註釋會社法(4), 有斐閣, 1986.
- 今井 宏, 株主總會の理論, 有斐閣, 1987.
- 清弘正子, “少數派による資本多數決の濫用と制裁-フランスにおける理論と判例-(上)”, 「國際商事法務」Vo1.24, No.9(1996).
- _____, “株主總會における多數決濫用とその理論”, 「國際商事法務」, Vo. 1.26, No.8(1998).
- 前田 庸, “平成五年商法等の改正要綱について(下)”, 「商事法務」1317號(1993).
- 柿崎榮治, “會計帳簿閱覽請求權の機能性と權利濫用防止の諸問題”, 「商事法務」No. 1383(1995.3.15).
- 黒沼悦郎, “帳簿閱覽權”, 「民商法雜誌」, 1993. 7(第108卷 第4・5號).
- 近藤光男, “會計帳簿閱覽・謄寫請求と競業會社”, 「商事法務」No.1356(1994.6.5).
- 加藤修, “議決權代理行使の研究”, 慶應義塾大學法學研究會, 1982.
- 米津昭子, “定款による議決權行使の代理資格の制限”, 法學セミナー, 第194號.
- 森本 滋, “書面投票の制度的意義と機能”, 商事法の解釋と展望, 有斐閣, 1984.
- 橋本基美, “株主提案權にみる日米の株主行動”, 「商事法務」, No.1385(1995.4.5).
- 近藤光男, “株主代表訴訟と少數株主權”, 「商事法務」No.1440(1996.11.25).
- 小山敬次郎, “代表訴訟の改正と濫用防止への提言”, 「商事法務」No.1360(1994.7.5).
- 竹内昭夫, “株主代表訴訟の活用と濫用防止”, 「商事法務」No.1329(1993.8.5).
- 吉野正三郎, “株主代表訴訟における會社の訴訟參加(上)”, 「商事法務」No.1357 (1994.6.15).
- 高橋宏志, “株主代表訴訟と訴訟上の和解”, 「商事法務」No.1368(1994.10.5).
- 河内隆史, “取締役解任の訴について”, 「法學新報」, 第96卷 3・4號.
- 今井 宏, “反對株主の株式買受請求權”, 新版 註釋會社法(13)(上柳克朗・鴻常夫・竹内昭夫), 有斐閣, 1990.
- 森本 滋, “會社役員의 說明義務의 目的”, 「商事法務」, 1983年 第977號.

ABSTRACT

A Study on the Regime of Protection of Minority Shareholders

- focus on the legislative theory of Chinese law -

Written by Jiang Ming-cai

With the development of society, there appears the phenomenon of the larger scale of corporation, the further decentralization of shares, the separation of ownership and management, the tendency of weaker corporation controlling requirement, and the formalization of assembly of shareholders. Additionally, because of the change of center from assembly of shareholders to board of directors, it is necessary to strengthen the supervising power of assembly of shareholders to protect the rights of minority shareholders. For this purpose, in corporation laws of many nations there are regulations of special protection of minority shareholders. But, in cases of misuse of regulations of protection of minority shareholders, other shareholders' rights may be damaged, so it is necessary to check this kind of misuse and at the same time to reasonably protect the rights of minority shareholders. The scope of study of this essay is the regulations of protection of minority shareholders in the present Korean Commercial Code, Korean Law of Securities Transactions, Chinese Corporations Law and other decrees.

To achieve the above study goal, through the study and comparison of basic theories of minority shareholders' rights, with the relevant regulations of Korean Commercial Code as center and at the same time taking consideration of the legislations of the protection of minority shareholders in the corporation laws of USA, UK, Japan, Taiwan district, I suggest the reasonable legislative programs for the specific regime of

protection of minority shareholders.

The specific contents of this essay are as follows: Chapter one is the introduction which explains the goal, scope and method of the study.

Chapter two is the general description of the regime of protection of minority shareholders. In this chapter, starting from the concept of minority shareholders' rights, I explain the limitation of theoretical basis of original rights theory and decision-by-majority theory, comment on the phenomenon of separation of ownership and management, the tendency of weaker corporation controlling requirement, and the formalization of assembly of shareholders existing in modern corporations, and argue the necessity of regime of protection of minority shareholders by explaining the importance of protection of minority shareholders.

Chapter three describes individually the rights in the present regime of protection of minority shareholders. Firstly, I raise and comment on the existing issues through explaining the contents of Korean Law and through comparing the relevant legislations of many nations. These issues are mainly the followings: the issue of access to information of corporation which concerns the right of reading and copying financial records and board of directors meeting records, the right of reading the accountant books, the right of electing the inspector; the issue of the participation by minority shareholders of the management which concerns the right of petition of holding the provisional assembly of shareholders, shareholders' proposal raising right, the accumulative voting regime, the agency of right of resolution, the proxy solicitation, voting in written form; the issue of new shares issuing which concerns the protection of minority shareholders, the defects of resolutions of assembly of shareholders and their remedies; the issue of checking the controlling shareholders which concerns the right of petition of stay of illegal acts, the right of raising representative litigations, the right of dismissing directors, and the regime of outside auditor, outside director regime; the issue of protection of minority shareholders in the reorganization of corporation which concerns the protection of minority shareholders in cases of merger and separation of corporation, and the important rights such as shareholder's cash-out right,

the right of *petition* to starting the corporate reorganization, and the right of *petition* of corporate dissolution judgment of law court.

Chapter four firstly explains the shareholders' right of *petition* of explanation and the loyalty obligation of controlling shareholders when discussing the Korean legislation concerning minority shareholders' protection regime, then, in discussing the present Chinese legal regime of protection of minority shareholders, reviews the right of access to information, the right of *petition* of holding provisional assembly of shareholders, shareholders' *proposal* raising right, accumulate voting regime, the agency of right of resolution, outside auditor regime, outside directors regime, the cash-out right of the shareholders who *oppose* the corporation merger and the remedies to defects of resolutions of assembly of shareholders, and then raises the *problem* issues and suggests improving programs. Additionally, as for regimes which do not exist in present Chinese law, such as right of dismissing directors, right of *petition* of stay of illegal acts, shareholders' representative litigations, litigations on the invalidity of new shares issuing, litigations on the invalidity of corporation merger and separation, right of *petition* of corporate dissolution judgment of law court, I suggest improving programs combining the reality of Chinese corporation law.

Chapter five is conclusion. In this chapter, I summarize the chapters two, three and four, consider the existing issues concerning the protection of minority shareholders in Korean Incorporation Law, and suggest legislative programs in the improvement of Chinese corporations Law.