

신 회사법 시리즈 5

# 회사법의 쟁점

전삼현 지음



# 목 차

## **1. 이사의 충실의무에 관한 재고찰 8**

---

머리말	8
충실의무의 의의	9
충실의무와 선관주의의무와의 관계	9
충실의무위반의 유형	16
충실의무위반의 효과	19
결어	23

## **2. 누적투표제에 관한 고찰 24**

---

머리말	24
신설내용	25
이론적 고찰	25
누적투표에 대한 해석론	34
입법론적 고찰	39
결어	40

## **3. 주식회사의 업무집행관여자 및 표현이사의 책임 40**

---

머리말	40
이사의 개념	42
업무집행관여자	43
표현이사	52
결어	62

#### **4. 주주제안권** **62**

---

머리말	62
주주제안제도	63
주주제안권의 내용	70
문제점 및 개선방안	77
결어	79

#### **5. 이사의 위법행위유지청구권** **80**

---

머리말	80
입법취지 및 법규정	81
해석론	83
절차 및 효과	85
위법행위유지청구제도의 실효성	87
문제점 및 개선방안	90
결어	91

## 훑어보기

1997년 말 이후 우리나라는 하루하루가 다르게 모든 분야에 있어서 급변기를 맞이하고 있다. 특히 경제구조면에서 우리가 전혀 예상치 못하였던 일들이 벌어지고 있다. 앞으로 우리의 생활이 어떻게 변하고 우리의 미래가 어디에 놓여질 지 어느 누구도 쉽게 예상할 수 없는 상황이 되었다.

특히 금융시장의 전면적 개방이라는 변화 앞에 우리의 기업들은 그 예전의 모습을 잃고 생존에 몸부림치는 군상들이 되어 가고 있다. 이러한 급격한 변화의 바람속에서 우리 회사법도 1998년에 이루어진 대대적 상법개정을 통하여 큰 변화를 가져왔다. 금번 상법개정의 기본 목적은 급격한 경제구조의 변화를 수용하기에 적합한 회사법을 제정하는 데에 있는 것으로 보인다. 이를 위하여 입법자들은 크게 소수주주의 보호 및 경영참여기회의 확대와 기업구조조정원의 원활화에 그 초점을 맞춘 것으로 사료된다.

그러나 1995년 12월에 이미 대대적으로 상법을 개정한 바 있고, 그 후 채 3년이 경과 되기도 전에 또 한 차례의 대대적인 상법개정이 이루어지게 된 배경과 그 절차적인 면에서 나름대로 그 타당성을 검토할 필요가 있다고 사료된다. 특히 상법개정을 위한 의견수렴과정에서 지나치게 단기간에 상법개정이 이루어졌다는 사실은 일반법으로서의 상법의 지위에 많은 혼란을 초래하였다고 보인다.

따라서 본 연구에서는 이러한 문제의 여지가 있는 상법개정 내용 중 소수주주보호와 관련된 규정들에 대한 검토를 하여 보고자 한다. 금번 상법개정에서 소수주주보호와 관련하여 개정된 내용들 중 누적투표제의 도입, 이사 충실의무조항의 신설, 업무집행 관여자 및 표현이사제도의 신설, 주주제안제도의 신설, 이사의 위법행위유지청구권 행사요건의 대폭적인 완화 등이 눈길을 끈다.

이러한 개정 내용들은 입법과정에서 충분한 검토와 연구를 통하여 이루어 졌으리라 사료된다. 그러나 기본적인 목표설정에서 과거의 상황을 지나치게 고려하지는 않았는가 하는 문제제기를 하여 본다. 이미 상법개정안 작성시와 현재와는 시간상으로는 많은 기간이 경과하지는 않았지만 우리 경제구조는 너무나 큰 변화를 겪고 있다. 따라서 개정 당시에 이처럼 큰 변화에 대한 예상이 나름대로 미흡한 감이 있다. 즉, 금번 상법개정 당시 이러한 변화의 예상미비로 인한 제반문제들을 검토하고 이에 대한 해결방안을 제시하지 못한 점에서 문제가 있다고 보여 진다.

따라서 본 연구에서는 이러한 문제점들을 검토하고 그 해결방안을 제시하여 보고자

한다. 우선 첫째로 누적투표제의 도입에 대하여 고찰하여 보고자 한다. 금번 개정상법에서는 제 382조의 2를 신설하여 영미법계에서 실시하여 오던 누적투표제를 도입하였다. 이러한 누적투표제는 대주주의 지배권도 침해되지 않으면서 회사의 모든 계층의 주주대표가 회사의 경영에 참여할 수 있다는 점이 이론적인 측면에서 긍정적으로 여겨진다. 따라서 누적투표제는 미국뿐만 아니라 일본·대만·필리핀 등에서 이를 입법화하였다. 그러나 현실적으로 미국이나 일본 등 대다수의 나라에서 누적투표제가 실시되는 예는 극히 드문 실정이다.

그럼에도 불구하고 상기의 국가들보다 더 엄격한 행사요건을 둔 우리 개정상법상의 누적투표제의 도입은 전혀 현실성을 상실한 개정작업이 아닌가 하는 의문을 갖게 한다. 따라서 이에 대한 문제점을 파악하고 그 해결방안을 모색하여 볼 필요성이 있다. 둘째로, 이사의 충실의무조항의 신설에 대하여 고찰하여 보고자 한다. 개정상법은 382조의 2를 신설하여 이사에게 충실의무를 부과하는 조항을 두었다. 이러한 이사의 충실의무규정은 영미법계에서 판례를 통하여 발전된 법원칙을 대륙법계에서 성문화한 것이다.

그러나 이러한 충실의무조항 자체가 대륙법계에서 성문화하는 경우 그 필요성 여부에 대하여 논란이 많이 있어왔다. 더욱이 판례를 통하여 형성되어 온 이러한 법원칙을 1950년에 성문화한 일본의 경우 이에 대한 논란이 오랜기간 걸쳐 계속되어 왔으며 판례상으로도 아직 수용되지 못하고 있는 점을 감안하여 볼 때에 21세기를 눈앞에 둔 현시점에서 이를 성문화한 우리 개정 상법상의 문제점과 그 해결방안을 모색하여 볼 필요성이 있다.

셋째로 주식회사의 업무집행관여자 및 표현이사의 책임에 대하여 고찰하여 보고자 한다. 금번 개정상법은 제401조의 2를 신설하여 업무집행관여자 및 표현이사에게 이사와 동일한 책임을 부과하였다. 이는 그 동안 회사의 이사가 아니면서 자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여한 자 및 이사가 아니면서 이사와 유사한 명칭을 사용하여 업무를 집행한 자에게 이사와 동일한 책임을 부과하고자 하는 의도로 보인다.

본 규정을 신설함에 있어 독일주식법과 영국회사법이 모델이 된 것으로 사료된다. 그러나 우리의 모델이 된 법들은 그 규정을 둠에 있어 상세한 규정을 둬으로써 업무집행관여자 및 표현이사의 책임규정으로 인하여 발생할 수 있는 여러 문제들을 해결할 수 있는 가능성을 모색하여 두고 있다. 그러나 개정상법상의 본 신설 규정은 이러한 발생가능한 문제들에 대하여 검토가 미비하지 않았나 하는 우려감을 낳게 하고 있다.

더욱이 IMF체제를 맞으면서 극심한 혼란기를 겪고 있는 우리의 경제현실에 비추어

볼 때 과연 본 업무집행관여자의 책임 및 표현이사의 책임에 관한 신설규정의 타당성 여부에 대한 검토가 필요하다고 생각한다.

넷째로 주주제안권에 대하여 검토하여 보고자 한다. 금번 개정상법은 제363조의 2를 신설하여 주주도 주주총회의 의제 및 의안을 제출할 수 있는 권한을 부여하였다. 이는 종래의 상법하에서는 주주총회의 의안을 이사회에서만 제안할 수 있어, 소수주주의 의사가 회사 경영에 전혀 반영될 수 없다는 점을 고려하여 이미 오래 전부터 선진 제국에서 시행되어 오고 있던 제도를 도입한 것으로 사료된다. 그러나 이미 주주제안 제도를 시행하여 온 바 있는 선진국들의 경우에 주주제안권 남용으로 인하여 폐해가 큰 논란이 되어 왔고, 이러한 문제를 해결하기 위하여 수차에 걸친 개정과 해결방안들을 모색하여 왔다. 그러나 우리 개정상법에서 이에 대한 검토가 이루어 졌는지 여부에 대한 우려감이 있다. 따라서 주주제안제도의 신설로 인한 제문제점을 검토하고 그 해결방안을 모색할 필요가 있다.

다섯 번째로 이사의 위법행위유지청구권에 대하여 검토하여 보고자 한다. 금번 상법 개정시에 종래의 제402조를 개정하여 이사의 위법행위에 대한 주주의 유지청구권 행사요건 중 지주비율을 5%에서 1%로 대폭 낮추었다. 이는 이사의 위법행위로 인한 회사의 손해를 사전에 예방하고자 하고자 주주에게 회사의 경영에 참여할 수 있는 범위를 확대하고자 하는 취지에서 본 규정이 개정된 것으로 사료된다. 그러나 이사의 위법행위에 대하여 주주가 유지를 청구할 수 있는 권한을 입법화한 국가는 우리나라와 일본뿐인 것으로 알고 있다. 더욱이 일본에서는 이사의 위법행위유지청구권을 단독주주권으로 인정하고 있음에도 불구하고 아직 단 한건의 판례도 없으며, 우리나라의 경우도 마찬가지이다. 이러한 점을 감안하여 볼 때에 주주의 경영참여의 기회를 확대하고자 개정된 본 규정의 타당성과 그 문제점을 파악하고 나름대로 그 해결방안을 모색하여 보는 것이 필요하다고 사료된다.

위에서 본 바와 같이 1998년에는 상법 및 증권거래법을 소액주주의 보호 및 경영참여 기회 확대라는 기본 방향을 설정하고 대대적인 개정작업을 수행하였다. 이는 1997년말 우리 경제에 닥쳐온 위기를 극복하고자 하는 차원에서 대대적으로 이루어진 개혁이라고 사료된다. 이는 대기업들이 다수를 차지하는 소수주주보다는 소수에 불과한 지배주주를 위하여 회사를 경영하여 왔다는 시대적 비판에 귀를 기울인 것으로 사료된다. 물론 이에 대하여 비판적인 시각은 그리 많지 않을 것으로 사료된다.

그러나 금번 상법 및 증권거래법의 개정 시에 지나치게 비판의 소리에 민감하게 귀를 기울이지 않았나 하는 생각을 해 본다. 비록 비판의 목소리가 높다하더라도 입법자는 좀더 객관적인 입장에서 개정작업에 임했어야 하지 않았나 하는 생각을 해 본다.

앞으로 우리의 경제시장은 그 동안의 폐쇄적인 경영체제를 벗어나 무한의 개방시장경  
체제로 돌입하게 되었다. 따라서 기존의 틀 속에서 거론되었던 문제점들을 변화한 시  
장경제체제에서 해결하겠다는 생각은 잘못된 판단이라고 사료된다. 즉, 새로운 경제질  
서 속에서 발생한 문제점을 예견하고 이에 대한 입법론적인 고찰이 필요하다고 사료  
된다.

마지막으로 부족한 필자가 본서를 출간하는데 물심양면으로 지원을 하여 주신 자유기  
업센터의 공병호 소장님과 김정호 법경제실장님께 진심으로 감사의 뜻을 전하는 바입  
니다. 그리고 출판 작업에 항상 수고를 하여 주신 권오성 연구원과 원상호 연구원께  
도 감사를 드립니다.

항상 필자의 학문적 발전을 기원하며 성원하여 주신 김두환 교수님을 비롯한 송실대  
학교 법과대학 교수님들께와 원고교정과 자료수집에 도움을 준 박사과정의 한명호 및  
이경아, 구갑성, 양현준, 진성훈 석사들에게도 심심한 사의를 표하는 바입니다. 그리  
고 부족한 사람을 위하여 항상 배려의 손길로 응답하는 반려자 한은경 박사와 사랑스  
런 딸 민선이에게도 본서를 통하여 감사의 마음을 전하고 싶습니다.

## 1. 이사의 충실의무에 관한 재고찰

### 머리말

1998년 상법 개정안 중 우리의 눈길을 끄는 것이 이사의 충실의무조항 (382조의 2)의 신설이다. 현행 상법에 따르면 이사와 회사간에는 위임관계 (상법 제382조 제2항, 민법 제681조)가 존재하므로 이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무<sup>1)</sup>를 부담하고 있다. 그러나 이미 충실의무조항이 신설되기 이전부터 많은 학자들이 영미법계에서 판례를 통하여 형성되어 온 법원칙 중의 하나인 이사의 충실의무를 인정하여야 한다는 주장이 제기되었고, 이를 위하여 상법 제382조 2항에서 정한 위임관계에 기한 이사의 선관주의의무를 해석함에 있어서 영미법계에서 형성된 충실의무도 인정하여야 한다는 주장들이 제기 되었다. 그러나 충실의무를 어떠한 형태로 인정할 것인가에 대하여는, 상법내에 이사의 충실의무 조항을 신설하여야 한다는 주장들이 일반적이었다.

또한 여기서 문제가 되는 것은 충실의무조항을 신설한다고 한다면 충실의무가 도대체 무엇인가 하는 점에서 의문이 제기되고 있다. 따라서 많은 학자들은 충실의무의 실체를 파악하기 위하여 현행상법상 인정되고 있는 위임에 관한 선관주의의무와 비교하여 이와 다른 별개의 이사의 의무로 볼 것인가, 아니면 선관주의의무에 대한 단지 주의적 규정으로 볼 것인가 하는 점에 논란이 있어왔다.

본인의 사건으로는 이러한 논란이 발생하게된 이유는 영미법계에서 판례를 통하여 발전된 법원칙을 대륙법계에서 성문화함으로써 발생된 법률구조상의 차이에 의한 혼란으로 사료된다. 이러한 혼란은 이미 대륙법계를 택하고 있으면서도 영미법계의 법원칙을 성문화 한 바 있는 일본에서부터 시작되었다. 일본은 1950년 상법 개정시 일본 상법 제254조의 3을 신설하여 이사의 충실의무조항을 신설한 바 있다. 그 이후부터 일본에서는 이러한 이사의 충실의무를 선관주의의무와 동일하다는 전제하에, 충실의무조항은 단지 주의적 규정에 불과하다는 견해와, 충실의무조항은 단지 주의적 규정에 불과한 것이 아니고 독립된 법원칙으로서의 효력을 갖는다는 견해가 대립되고 있다.

이러한 측면에서 볼 때, 대륙법계를 택한 우리나라가 일본처럼 충실의무조항을 상법전에 신설함으로써 일본이 겪었던 혼란을 재현할 것은 명백한 사실이다. 따라서 우리와 동일한 상황을 이미 경험한 바 있고 또한 지금도 어려움을 겪고 있는 일본의 논란을 보고 우리의 현실에 맞는 해결점을 모색하여 보고자 한다.

---

1) 객관적 과실여부를 중심으로 의무위반여부를 결정한다.



## 충실의무의 의미

충실의무란 이사가 회사의 업무를 수행함에 있어서 그에게 부여된 권한을 회사에 가장 유리하다고 믿는 바에 따라 성실하고 정당한 목적을 위하여 행사하여야 하고, 회사의 이익과 이사 개인의 이익이 충돌하는 경우에는 자기의 개인적 이익을 희생하면서 의사결정을 하여야 하며, 회사의 이익과 이사의 개인적 이익이 충돌하는 계약을 체결해서는 안되는 의무라고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>2)</sup> 이처럼 이사가 충실의무를 부담하는 근거는, 회사와 이사간에 영미법상 신인관계 (fiduciary relation)라 말하는 고도의 신뢰관계를 기초로 하는 특수한 법률관계가 있기 때문이라고 한다. 이는 신탁의 수탁자(trustee)가 위법한 행위를 한 경우 고도의 신뢰관계에 의거하여 수익자를 법적으로 보호하는 효과를 갖게 되고,<sup>3)</sup> 또한 “신탁을 신뢰한 자에게 타인보다 우월한 지위를 인정하는 관계”가 형성된다.<sup>4)</sup>

따라서 후견인과 본인과의 관계, 유언집행자 또는 유산관리인과 피상속인 및 상속인과의 관계 등이 이에 속하며, 회사와 이사간의 관계도 이에 속하게 된다. 이러한 신임을 받고 있는 자가 수탁자가 아닌 경우에는, 이에 준하는 법적 취급을 받는 수신자(fiduciary)로 취급된다. 이러한 점에서 볼 때 이사에게 충실의무가 동등한 입장에 있는 당사자들에게도 적용되는 위임관계와는 그 본질이 다르고, 그 선임계약에 의거해서, 위임관계 이외에 신인관계가 발생하는 것으로 보아야 하는지가 문제가 되고 있다.<sup>5)</sup>

## 충실의무와 선관주의의무와의 관계

앞에서 이미 언급한 바와 같이 이사가 위임계약에 의거한 수임자로서 선관주의의무를 부담하는 것과는 독립되어, 충실의무를 별개의 의무로 부담하도록 해석하는 것에 대하여는 학설이 나뉜다. 대륙법계 국가인 유럽<sup>6)</sup>에서는 일반적으로 충실의무 규정을 성문화하지 않고 단지 이사는 회사에 대하여 위임관계에 기한 선관주의의무를 진다는 것을 전제로 문제를 해결하고 있다. 그러나 대륙법계 국가 중 일본이 영미법계에서 확립된 이사의 충실의무에 관한 조항을 성문화하였으며, 그 뒤를 이어 우리 상법이

2) 田中誠二, 會社法詳論(上卷), 勁草書房(1993), 631面.

3) 赤堀光子, 「取締役の忠實義務(一)」, 法學協會雜誌 85卷1號, 19面 以下.

4) 田中誠二, 前掲書, 632面.

5) 田中誠二, 前掲書, 632面.

6) 독일의 경우에 아직은 이사의 충실의무에 관해서 활발히 논의되지 못하고 있는 실정에 있다. 독일주식법은 이사의 행위를 규율하기 위한 일반조항으로 “이사는 업무집행에 있어서 정상적이고 양심적인 경영자로서의 주의를 다하여야 하고, 업무집행으로 인하여 알고 얻은 비밀을 유지하여야 한다”는 규정을 두고 있다 (동법 제93조 제1항).

이를 성문화하였다. 따라서 충실의무가 선관주의의무와는 별개인지 여부를 판단하기 위하여 먼저 이에 대하여 학설의 대립을 경험한 바 있는 일본의 이론을 검토하여 보고, 우리나라 학자들의 견해를 분석한 후, 본인 나름대로의 결론을 내리고자 한다.

이사의 충실의무란 이미 언급한 바와 같이 영.미에서 판례를 통하여 성립되었으므로 그 독립성여부에 대하여는 영.미에서는 논란의 여지가 없으나, 대륙법계인 일본에서는 그 독립성 여부에 대하여 부정설과 긍정설이 양분되어 있다. 이하에서는 이사의 충실의무의 독립성을 주장하는 입장을 충실의무론이라 하고, 독립성을 부정하는 입장을 선관주의의무론이라 부르고자 한다.

충실의무를 선관주의의무와는 별개의 독립된 의무라고 보는 충실의무론에 따르면, 미국법상 이사가 회사 및 주주에 대하여 신임관계에 기하여 受信者 (fiduciary)로서의 의무를 부담하게 되는 것과 관련하여, 이에 준하는 의무를 정하기 위한 특별규정이라고 보고 있다.<sup>7)</sup> 이처럼 특수한 의무로 보는 이유는 (1) 일본 상법 제254조의 선관주의의무에 관한 규정 이외에 254조의3의 충실의무 규정을 둔 것은 특별한 의미가 있는 것으로 보는 것이 법해석론상 일반적이라는 점과 (2) 계수법해석의 원칙으로서는 그 입법당시에 고려되는 모법인 미국법이 중요한 영향을 미치며, (3) 1950년 개정법은 이사 및 이사회에 권한을 폭넓게 확장하여, 이에 반하는 주주총회의 권한범위를 한정하여, 기업의 소유와 기업의 경영을 분리하는 경향을 강하게 하여 이에 응하는 이사의 의무 및 책임을 강화하여 엄격화하는 것이 입법취지에 적합하며, (4) 현재의 사회적 수요를 고려하여 볼 때에 이사가 회사에서 차지하는 우월적 지위를 이용하여 개인의 사익을 취하는 것을 억제할 필요가 있으며, (5) 이사의 충실의무의 내용은 회사와 이사와의 이해충돌을 방지하기 위하여 일본 상법에 성문으로 명백히 규정하는 이외에도 이사의 의무를 명확하게 하는 데에 의미가 있으므로 충실의무의 내용 전부를 선관주의의무로 규제하는 데에는 한계가 있다는 주장이다.<sup>8)</sup>

충실의무를 선관주의의무의 주의적 규정에 불과하다고 하는 선관주의의무론의 입장에 따르면 이사의 충실의무는 수임자로서의 선관주의의무와 동일하고, 일본상법 제254조의3의 규정은 수임자로서의 선관주의의무를 구체적으로 나타내 주는 주의적 규정에 불과하다고 한다.<sup>9)</sup>

그 이유는 (1) 충실의무가 주의의무로서의 선관주의의무 이상으로 강한 법적 의미를 갖게 되는 것이 아니고, (2) 이사의 충실의무의 핵심이 되는 회사와 이사간의 이해의

7) 田中誠二, 前掲書, 634面.

8) 田中誠二, 前掲書, 633面 以下.

9) 長谷川雄一, 基本商法講義 (會社法), 第2版 (1991), 168面; 石井照久, 會社法上卷, 1973, 311面; 森本 滋, 取締役の善管注意義務と忠實義務, 民商法雜誌81卷4號, 17面 以下.

충돌을 발생케 하는 행위의 제한에 대해서는 특별규정인 이사의 경업피지의무 (일상법 264조) 및 이사의 자기거래제한 (일상법 265조 등)에 관한 특별규정이 있고, 또한 이러한 의무위반에 대한 특별책임규정 (266조<sup>10)</sup>, 266조의3<sup>11)</sup>)이 법정되어 있으므로 충실의무로서 특별한 의무를 인정할 필요가 없다는 것이다. 결국 충실의무라는 특수 의무를 인정할 이유도 필요도 없다는 주장이다.<sup>12)</sup>

따라서 회사의 업무를 집행함에 있어서 이사가 그 직무권한을 일탈하지 않고 충실하게 그 직무를 수행하는 의무를 부담하는 것은 당연한 귀결이며, 회사의 이사의 지위에 있는 자가 24시간 부담하여야 하는 경업피지의무나 자기거래제한을 도출해 내는 정도의 특별한 의무를 이사의 업무집행 전반에 걸쳐 부담토록 하는 것은 부당하다는 결론을 내리고 있다.<sup>13)</sup>

또한 이상의 주장을 이론화한 森本滋 교수의 견해<sup>14)</sup>에 따르면 위임에 관한 일본 민법 제644조의 규정은 임의규정이므로 특약에 의해 수임자의 의무를 경감할 수도 있으나, 일본 상법 제266조 1항(이사의 회사에 대한 책임)에 의거하여 이사는 가령 무상으로서도 성심성의껏 회사를 위해 선관주의의무를 다하여야 하므로 민법상의 위임에 의한 선관주의의무보다 더 과중한 특별한 주의의무를 부과하고 있음에도 불구하고 일상법 제254조의3을 신설한 것은 민법상의 임의규정을 상법을 통하여 이사에 대해서만 강행규정화 하고자 한 것이다.

그러나 선관주의의무는 탄력적이며 포괄적인 일반의무이다. 따라서 위임관계의 성질, 위임의 본지에 따라 그 구체적인 내용이 확정된다. 또한 일상법은 회사의 이익과 이사의 이익이 대립될 수 있는 경우 회사의 이익을 보호하기 위하여 특별히 제264조(경업피지의무)나 제265조(이사와 회사간의 자기거래제한)를 두어 이사에게 특별한 선관주의의무를 부과시키고 있다. 이러한 측면에서 볼 때, 일상법 254조의3은 이러한 상법의 개별규정 및 이사지위의 특성을 고려하여 구체화된 선관주의의무가 법정의무로서 기능을 하도록 하고, 그 의미에 대해서 선관주의의무란 “회사를 위하여 충실하게 그 직무를 수행할 의무”라는 것을 부연하여 설명한 것에 불과하다.

또한 일본 상법 제264조 등에 의해 일본 민법의 위임법리에 의해서는 인정되지 않는 특별한 의무가 이사에게 부과되고 있으므로 이사의 선관주의의무는 그 내용이 엄격하다. 따라서 일상법254조의3은 결론적으로 선관주의의무와 독립된 충실의무에 관한 일

---

10) 이사의 회사에 대한 책임규정.

11) 이사의 제3자에 대한 책임에 관한 규정.

12) 石井照久, 前掲書, 311面.

13) 長谷川雄一, 前掲書, 168面 參照.

14) 森本 滋, 前掲書, 22面 以下.

반조항이 아니라, 단지 민법상의 선관주의의무와는 다른 엄격한 의무라는 것을 주의적으로 규정한 것에 불과하다고 주장하고 있다.

이상에서 본 바와 같이, 충실의무가 선관주의의무와 별개인가 하는 문제로부터 한 걸음 더 나아가 충실의무는 선관주의의무를 완화하는 결과를 갖는다고 주장하는 학설<sup>15)</sup>이 있다. 이에 따르면 선관주의의무의 완화와 충실의무의 발전이란 내적으로 깊은 관련을 갖고 있으며, 충실의무는 회사에 있어서의 소유와 경영의 분리, 경영의 전문화, 기술화의 산물이라고 보고 있다.

오늘날 이사의 부정한 직무집행으로부터 회사와 이사를 보호해야 할 필요성은 점점 크게 대두되고 있음에도 불구하고 법원은 회사경영상 이사의 판단이 잘못되었는지 여부를 결정할 수 있는 만큼의 전문성이나 시간을 갖고 있지 못한 것이 일반적이며, 기업활동에는 모험의 요소가 수반되는 것이 불가피하기 때문에, 이사의 경영판단을 법원이 사후에 그 시비를 가리는 것은 문제의 소지가 있다는 입장이다. 따라서 법원은 이사의 경영판단을 존중하여야 하며, 이사의 부정한 행위로부터 회사와 주주를 보호하기 위하여 새로운 시각에서 법이론적 접근을 시도하여야 한다고 한다. 이러한 견해에 따르면 이사가 회사의 업무를 집행함에 있어 개인적인 이해관계에 의해 잘못된 판단을 하는 것을 예방하기 위하여 이사·회사간에 이익충돌이 발생할 수 있는 것에 대하여만 엄중한 법규제를 가하는 것이 바로 판례에 의한 이사의 충실의무의 법리라고 한다.

따라서 이처럼 선관주의의무(duty of care)를 완화하기 위하여 판례를 통하여 형성된 영미법상의 충실의무를 대륙법계에서 일반 조항화 하는 것은 논리적 모순을 초래할 수밖에 없는 것이라고 보고 있다. 일본에서 크게 문제가 된 바 있는 소천제마사건에 대한 판결<sup>16)</sup>에서는 상법254조의3의 규정이 정한 이사의 충실의무는 동법254조3항, 일민법644조의 규정이 정한 위임관계에 따르는 선관주의의무와는 별개의 고도의 의무를 의미하는 것은 아니다. 원래 경제인에게 전지전능한 능력이 요구되는 것은 아니기 때문에 이사가 경제계의 상황, 경영상의 시책방침 등에 대하여 판단을 잘못하였거나, 회사를 위하여 최선의 노력을 다하였음에도 불구하고 역부족으로 회사의 손해를 발생시키는 경우, 그 사실 자체가 바로 충실의무위반으로 볼 수는 없다고 판시한 바 있다. 또한 이사가 선관주의의무를 위반하였는지 여부를 결정함에 있어서는 이사의 작위 또는 부작위시 이사가 처하였던 상황을 고려하여야 한다는 것이다. 따라서 법원은 사후의 결과만 놓고 이사의 직무집행의 시비여부를 판단할 수 없다고 한다. 그러나 그 자체만으로 선관주의의무를 완화하여야 한다는 의미는 아니고, 단지 선관주의의무는 전지전능한 경제인의 능력을 전제로 하여서는 안 된다고 한다.

15) 涉谷光子, 「取締役の忠實義務」, 法學協會雜誌, 85卷4號, 562面.

16) 神戸地裁昭和51年6月18日判決: 下民集27卷5-8號378面.

따라서 법원이 이사의 경영판단에 개입하여야 한다는 충실의무론자들의 주장은 오히려 법원이 이사의 책임에 대한 면죄부를 인정하는 결과를 초래하지는 않는가 하는 문제점을 제기하고 있다. 따라서 이사의 선관주의의무의 위반여부를 결정함에 있어서는 법령이나 정관에 따라 이사가 업무를 집행하는 한, 경영판단이 존중되어야 하며, 이때 이사의 공정한 업무집행을 담보하는 차원에서 이사의 충실의무가 엄격히 요구되어야 한다는 것이다.

그리고 대부분 이사의 충실의무가 문제가 되는 이사와 회사간의 이익충돌의 경우에는 이사의 경영판단보다는 개인적 이익을 위하여 업무를 집행할 가능성이 크며, 이에 대하여는 법원이 사후에 개입하여야 하는 것은 당연하며, 아울러 충실의무위반 여부는 선관주의의무위반 여부와는 달리 법원이 이를 판단함에 있어 특별한 어려움은 없는 것이 일반적이라고 한다.<sup>17)</sup>

생각컨대 기업의 경영판단은 불확실하고 유동적이며 복잡다양한 제요소를 대상으로 하는 전문적, 예측적, 정책적인 판단능력을 필요로 하는 종합적 판단이다. 또한 회사는 주주총회에서 선임된 이사에게 경영을 위임하여 이익을 추구하고 있는 것이므로 이사가 그 권한의 범위내에서 회사를 위하여 최선의 판단을 하여 이를 집행하는 경우에는 기본적으로는 그 판단을 존중하여, 그 결과를 수용하고, 이사가 위촉되지 않고 경영에 전념하게 하면, 사회는 이를 통하여 이익을 얻게 된다. 이러한 취지를 반영한 일본의 판례<sup>18)</sup>에서는 “경영판단의 성질상 이사의 경영판단이 정당한지 여부를 법원이 판단할 수 있는 사항은 아니다. 그러나 법원은 이사의 경영판단 과정에서 경영판단의 전제가 되는 사실에 대하여 부주의하였거나, 의사결정의 과정이 통상의 기업인으로서 불합리하였는가 하는 점에 관하여 심사를 하여야 하고, 만약 경영판단의 전제가 되는 사실에 대하여 부주의하였거나 오류가 있었고, 의사결정의 과정이 불합리하다고 판단되는 경우에는 이사가 선관주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 볼 수 있다”고 판시한 바 있어, 본 판결이 갖는 의미는 우리가 충실의무조항을 해석함에 있어서 커다란 시사점을 주고 있다고 사료된다.<sup>19)</sup>

17) 涉谷光子, 法律協會雜誌 85卷4號, 562面.

18) 東京地判, 平成5年9月16日 判示 1469.25.

19) 그러나 미국회사법의 경영판단의 원칙을 상법에 그대로 적용하는 것에 대한 반대의 견해(吉戒修一, 平成5年.6年改正商法, 159面-160面)에 따르면, “이사의 손해배상책임이 인정되는 것은 업무를 집행함에 있어 선관주의의무위반이 있는 경우에 한하므로, 아무리 손해가 거액이라 할지라도, 손해가 발생한 사실에 기초하여 손해배상책임을 인정하는 것은 부당한 것이 아니라고 한다. 또한 상법상 이사의 손해배상책임은 무과실책임(결과책임)이 아니라 과실책임으로 해석되므로 이사의 책임을 추궁하는 소송에 있어서도 법원은 이사의 과실의 유무의 인정을 신중하게 결정하여야 한다. 그러나 이사의 과실의 유무의 인정은 사안의 성질상 개별적, 구체적으로 이루어져야 한다. 즉, 회사의 규모, 사업내용, 문제되

이사의 충실의무의 내용에 관한 일본의 판례의 수는 적지 않다.<sup>20)</sup> 그러나 영미법을 계수한 법제도인 충실의무의 의의를 해석함에 있어서 그 법적 효력을 인정하는 판례는 많지 않으며, 또한 직접적으로 참고 될 만한 것도 없다. 그러나 최근의 판례 중 이사의 충실의무에 법적 효력을 부여하여 충실의무위반을 인정한 것이라고 주장되어지는 판례<sup>21)</sup>가 있다. 본 판례의 내용을 간단히 보면, A회사의 이사가 자기가 설립하고자 하는 동종의 컴퓨터 사업을 목적으로 하는 B회사에 A회사의 컴퓨터 사업부 종업원들이 참여할 것을 권유한 사례가 있다.<sup>22)</sup>

본 사건에서 충실의무를 위반한 이사는 7명의 종업원의 퇴사로 인하여 A사가 입은 손해를 회사에 대하여 배상할 의무가 있다고 판시한 바 있으며, 이 때 이사는 A회사의 3개월간의 일실이익을 배상토록 하였다. 그러나 본 판례를 자세히 보면 본 사건은 이사의 충실의무에 관한 일반조항인 일본상법 254조의3을 적용하였다기 보다는, 오히려 이사의 경업금지의무위반으로 인한 손해배상책임을 인정한 판례로 보는 것이 타당하다. 그럼에도 불구하고 이를 굳이 충실의무에 관한 일본상법 제254조의3 위반에 대한 법적 효력을 부여한 판례로 보는 데에는 해석상의 오류가 있다고 사료된다.

그리고 최근에 이사의 충실의무와 관련하여 논란이 되고 있는 팔번제철정치헌금 사건과 관련하여 일본 최고재판소는 이사의 충실의무에 관한 규정(일상법 254조의3)은 위임계약 (일상법 제254조3항, 일민법 644조)에 따른 선관주의의무와는 다르다는 것을 언급한 바 있다.<sup>23)</sup> 즉, 충실의무는 위임관계에서 발생하는 선관의무와는 별개의 고도의 의무를 규정한 것으로 해석하였다. 따라서 상고 논지에서 이사는 통상의 위임관계에 수반하는 선관주의의무와는 별개로, 고도의 의무인 충실의무를 부담한다는 견해를

---

는 거래, 사업계획 등의 내용 및 필요성, 당해 이사의 지식, 경험, 담당업무, 당해사업계획의 관여 등 제상황을 고려하여 판단하여야 한다. 이러한 판단방법은 타인으로부터 위임(준위임)을 받아 전문적, 기술적인 업무를 행하는 직업적 전문가의 과실의 인정, 예를 들어 의료과오소송에 있어서 의사의 과오를 인정하는 점과 유사하다. 따라서 이사에 대해서만 특별한 보호를 주는 경영판단의 원칙을 미국회사법 그대로 상법에 도입하는 것은 신중하여야 한다”고 주장하고 있다.

20) 昭38.8.31, 東京高判, 下民集14卷8號1701面, 昭41.4.11, 神戸地姫路支決, 下民集17卷3.4號222面. 최근의 판례에서 충실의무위반을 신의칙에 의해 부정하는 것이 있다(平2.1.23, 高知地判, 金融商事判例844號 22面). 이와 다른 것은 八幡製鐵政治獻金事件에 대해서 하급심판결(昭38.4.5, 東京地判, 下民集14卷4號657面, 昭41.1.31, 東京高判, 高裁民集19卷1號7面)이 있는데, 본 사건은 그 후 최고재대법정판결에서 다루었으나, 본 판결이 갖는 의미는 크지 않다.

21) 田中誠二, 前掲書, 635面.

22) 昭63.3.30, 東京地判, 金融商事判例796號35面.

23) 昭45.6.24, 最大判集24卷6號625面.

피력한 바 있다. 그러나 충실의무위반이 있었는지 여부를 결정함에 있어서는 이사가 그의 직무상의 지위를 이용하여 개인적 이득을 취한 점이 존재하여야 하나, 본 사건에서 이사로서 정치헌금을 회사 명의로 지출한 것만으로 이사가 개인을 위하여 회사 자금을 소비한 것으로는 보이지 않는다고 판시하였다.<sup>24)</sup>

이는 본 판결이 정치헌금은 선관주의의무로는 해결할 수 없고, 한층 더 높은 고도의 의무인 충실의무로 해결할 문제라고 충실의무론의 입장을 선언한 것에 불과한 것이지 충실의무를 인정하고자 하는 취지는 아니었다고 보인다.<sup>25)</sup> 오히려 이사의 경영판단의 원칙을 인정하여 완화하여 해석한 대표적인 판례라고 보는 것이 타당하다.<sup>26)</sup>

우리나라의 경우는 처음부터 충실의무를 인정하고자 하는 의도는 아니었지만 충실의무 또는 수탁자적 지위라는 용어 자체를 오래전부터 판례<sup>27)</sup>와 학설을 통하여 사용하여 왔다. 예를 들면, “이사의 직무상 충실 및 선관주의의무위반의 행위로서”<sup>28)</sup>, 또는 “이사의 일반적인 충실의무 내지 수탁자로서의 선관의무에 위반하면”<sup>29)</sup>이라든지, “이사의 공공수탁자적 지위에 비추어”<sup>30)</sup> 또는 “이사는 선량한 관리자의 주의로써 그의 직무를 수행할 충실의무가 있다”<sup>31)</sup>라고 설명하는 표현들이 그것이다. 따라서 이에 대하여 우리나라에서도 이사의 충실의무는 선관주의의무와는 별개라는 주장<sup>32)</sup>과 선관주의의무와 동일하다는 주장<sup>33)</sup>들이 대립되어 왔다.

우선 충실의무의 독립성을 부정하는 견해에 따르면, 위 판결들의 내용은 윤리적인 의

---

24) 大審院民事判例集 24卷6號665面 以下.

25) 田中誠二, 前掲書, 636面.

26) 그러나 본 판례에서 충실의무를 선관주의의무와는 별개로 보고 있다는 견해에 따르면 정치헌금사실은 선관의무로는 해결할 수 없고 더 한층 높은 이사의 충실의무로만이 해결할 수 있다는 것을 천명한 것이고, 단지 본 사안에서 이사의 충실의무위반이 인정되지 않은 것은, 본 사안의 경우 이사가 그 지위를 이용하여 자기의 이익을 취하였다는 사실이 인정되지 않았으므로 충실의무위반으로 인한 책임이 부과되지 않은 것에 불과하다고 한다: 大審院民事判例集24卷6號667面 參照.

27) 대법원 1985.11.12 선고 84다카2490 판결; 서울고등법원 84.11.15 선고 84나694.

28) 대법원 85.11.12 선고 84다카2490 판결.

29) 金容泰, 正統상법(상), 1984, 272면.

30) 鄭熙喆, 상법학상, 1989, 486면

31) 徐燾珽, 상법강의(상권), 1985, 381면.

32) 金敎昌, 회사법의 제문제 (1982), 280면 이하; 李基秀, 주주의 충실의무, 월간고시, 1987.5, 163면; 鄭東潤, 주식회사의 이사의 의무, 고시연구(1986.6), 44면 이하; 孫晋華, 주식회사이사의 충실의무, 사법행정(1989.2), 76면; 辛宗錫, 주식회사 이사의 충실의무, 단국대 법학논총, 제15집 (1989), 278면.

33) 金東石, 이사의 선관의무와 충실의무(하), 월간고시 (1985.10), 271면; 鄭熙喆, 상법학원론(상), 1986, 450면.

미나 선관의무의 수식의 의미로 사용된 것으로 보는 것이다. 즉, 영미법상의 충실의무와는 다르게 이해된 것으로 충실의무와 선관의무를 같은 차원에서 파악한 것이다.<sup>34)</sup>

반면에 충실의무는 이사와 회사 간에 존재하는 영미법상의 신탁적 법률관계에서 유래하는 의무로 선관의무와는 그 연원과 성질을 달리하며 기능하는 모습도 다르다고 보는 견해<sup>35)</sup>이다. 본설에 따르면 비록 간접적이기는 하지만 우리 대법원 판례<sup>36)</sup>도 이사의 충실의무를 인정하고 있다고 한다. 즉, 대법원은 상법 제401조의 이사의 책임은 이사의 직무상 요구되는 충실의무나 선관의무를 위반한 경우에 발생한다고 판시하여 충실의무를 인정하였다고 주장<sup>37)</sup>하고 있다. 그러나 본 판례가 이사의 충실의무를 선관주의의무와는 별개로 인정한 것이 아니라 이사의 선관주의의무를 단지 충실의무로 부연하여 표현한 것이라고 사료된다.

### 충실의무위반의 유형

이사의 충실의무에 관계하는 상법의 개별규정으로는 (1) 경업금지의무에 관한 상법 제397조, (2) 이사의 자기거래제한에 관한 상법 제398조, (3) 이사의 보수결정에 관한 상법 제388조, 및 (4) 신주발행의 개시의무에 관한 에 대하여280조의2 제2항의4에서 찾아 볼 수 있다. 이에 대해 (1) 및 (2)에 대해서는 특수한 충실의무를 인정한 것인가 하는 점에 대하여는 학설이 긍정하는데 일치한다. 그러나 (3) 및 (4)에 대해서는 일부 학설<sup>38)</sup>만이 이를 인정하고 있다. 이처럼 현행 상법상 충실의무가 부과된 특별규정이 라고 볼 수 있는 것 이외에 상법 제382조의2를 신설함으로써 충실의무가 인정될 수 있는 중요한 사례들로 무엇이 있는가 고찰하여 볼 필요가 있다. 일본에서는 아직 충실의무를 특별규정을 제외한 일반조항을 통하여 인정한 판례가 없다고 보여 지므로, 이하에서는 미국판례법을 중심으로 고찰하여 보고자 한다.

회사가 제3자와 거래하여 이익을 얻을 수 있는 영업상의 기회를 이사가 그 지위의 이점상 그 기회를 이용하여 이사 개인이 이익을 취하는 것을 회사의 기회이용이라 하며, 미국 판례 법상 이를 금지시키고 있다. 이것을 회사기회의 법리(corporate opportunity doctrine)이다.<sup>39)</sup> 이 법리는 비교적 늦게 발달했으며, 이에 관한 최초의

34) 金東石, 「이사의 선관의무와 충실의무(하)」, 월간고시, 1985.10, 273면.

35) 辛宗錫, 전계논문, 278면; 鄭東潤, 전계서, 425면.

36) 大判 1985.11.12, 84다카2460; 법원공보 제767호(1986.1.1.), 18-19면.

37) 辛宗錫, 전계논문, 278면.

38) (3)에 대해서는 赤堀光子, 前掲 法律協會雜誌 85卷4號66面, 67面 參照. (4)에 대해서는 星川長七, 「新株の第三者割當えおける理事の忠實義務」, 商法の争點, 1983, 88面 以下.

39) William A. Klein & John C. Coffee, Jr., Legal and Economic Principles, 6th ed., 1996, p.165; Victor Brudney and Robert C. Clark, A New Look at Corporate Opportunities, 94 Harv.L.Rev.989(1981); Henn & Alexander, Laws of



사건인 *Lagarde v. Anniston*에 대한 판결이 나온 것은 1900년이였다.<sup>40)</sup> 그 후 금세기에 들어서 이에 대한 연구가 활발히 진행되었으며, 그 적용범위도 점차 확대하는 경향으로 연구가 이루어지고 있다. 회사기회의 법리를 적용할 수 있는 요건에 대해서는 미국판례를 중심으로 일본에서도 상당히 상세하게 이루어져 왔다.<sup>41)</sup> 그러나 미국의 판례에 의하여 정하여진 적용요건을 그대로 우리나라에 적용하는 경우에는 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 각 회사마다 그 수요나 상태, 재정적 능력, 재정적 발전가능성 등에 대한 여러 가지 요소상의 차이가 있으므로 미국에서 판례를 통하여 정립된 회사의 기회이용법리를 그대로 적용하는 것은 현실과의 괴리감을 초래할 수 있다. 따라서 회사기회이용에 관한 판례를 모아서 계통적으로 분류하여 적용요건을 다양화하는 것이 불가피하다는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 본 견해에 따르면 예를 들어 회사에 인접한 토지에 대한 자치권을 회사가 취득할 필요성이 있으나 해당 자치권을 회사가 취득하지 않고 이사가 취득한 사건에서 법원은 회사의 출입을 위하여 필요한 토지를 이사가 취득한 경우에는 이사가 회사의 기회를 이용했다는 판결<sup>43)</sup>을 한 바 있는데 본 사건에 대하여 이사가 이러한 토지를 자기 또는 제3자를 위하여 취득하였다면 직접적으로 위임계약에 의거한 수입자의 선관주의 의무위반으로 취급하기에는 어렵다고 보고<sup>44)</sup>가 있으나 왜 어려운지에 대한 근거가 명백하지 않다. 따라서 본 사안의 경우에는 개정상법 제 382조의2 충실의무위반으로서 이사의 책임을 인정하기 보다는 오히려 위임에 관한 상법 제382조 제2항에 의거하여 선관주의의무위반으로 보아도 전혀 문제가 없으리라고 보인다.

미국판례법상 이사는 업무를 집행함에 있어서 그 지위를 이용하여 회사의 승낙없이 회사가 거래한 매매, 임대차, 금전대차 등에 관련되어, 커미션이나 증여 또는 이익을 취하지 못하고, 또한 이러한 영업상 비밀리에 타인이 이익을 얻도록 하는 것은 금지된다.<sup>45)</sup> 이러한 이사의 비밀이득금지원칙은 이사가 그 지위를 이용하여 부당한 이익을 취한다는 점에서 회사의 기회의 법리와 동일하지만, 회사기회의 법리는 회사가 이익을 취할 기회를 상실하게 된다는 점에서 다르다.<sup>46)</sup> 일본에서도 어떤 종류의 매매거

---

Corporations (3rd ed., 1983), p. 633; W.L.Cary & M.A. Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations* (5th ed.-unabridged, 1980), p.594.

40) *Lagarde v. Anniston Line & Stone Co.* (1900): 田中誠二, 前掲書, 638面.

41) 赤堀光子, 法律協會雜誌, 85卷3號, 25面 以下.

42) 田中誠二, 前掲書, 638面.

43) *News Journal Corporation v. Gore*, 147 Fla. 217, 250, (2d) 741 (1941). 赤堀光子, 法律協會雜誌, 85卷3號, 37面 註(59).

44) 田中誠二, 前掲書, 638面.

45) C.M.Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, v. 1(23rd ed.1982), para. 64-01; Willam A.Klein & John C. Coffee, *op. cit.*, p.167.

46) 그 예를 들자면, 은행의 이사가 은행에 유리하게 대부계약을 성립시키면서 비밀리 이익을 취한 경우에는 *Fleishhacker v. Blum* (1940) 사건판결(109 F. (2d.) 543 (C.C.A.)cf.)은

래에는 매주로부터 매주(자신 또는 그 회사의 때때로 그 이사 개인에게 리베이트를 지출하는 것이 관습적으로 행하여졌다면, 이것이 이사 개인에게 지불되었던 경우에, 그 이사는 회사에 대하여 어떤 형태의 의무를 부담하는가 하는 것이 문제이다.

이에 대해서는 이사가 그 업무와 관련하여 부정한 청탁을 받아 재산상의 이익을 취하였다면 상법 제622조에 의한 형사 벌의 제재가 있으나, 부정한 청탁을 받은 사실을 언급하지 않는 것이 일반적이므로 형사 벌의 제재가 주어지는 경우는 없다는 것이 다수의 생각이다. 그러나 이것이 민사상 책임과 관련하여 상법 제382조 제2항의 선관주의의무위반에 해당하는가 하는 것이 문제된다. 이에 대하여 이러한 유형의 리베이트 지불이 당해 종류의 거래에서 통상 일반적으로 광범위하게 행하여지는 상관습이라고 한다면, 이사 개인이 이러한 형태의 리베이트를 받은 것만으로 선관주의의무위반이라고 보기 어려우므로 충실 의무위반으로 보아야 한다는 주장이 있다.<sup>47)</sup> 그러나 이와 같이 미국의 판례를 통하여 형성된 원칙을 일본이나 우리나라에서 충실의무위반으로 수용하고자 하는 데에는 그 근거가 명백하지 않고, 단지 미국에서 판례를 통하여 인정하기 때문에 선관주의의무위반인지 충실의무 위반인지가 불명확한 경우 충실의무위반에 관한 상법 제382조의2를 적용하고자 하는 것은 바람직하지 않다고 사료된다.

이사에 의해 회사의 지배권이 매각되는 경우 (sale of corporate control), 미국판례법상 일정한 경우에는 이사의 충실의무위반이 되는 경우가 있다. 즉, 미국판례법상 이사가 그 회사의 주식을 매각하여 그 지위를 양도하고, 그 주식양수인에게 지배권을 취득시킨 것과 관련하여, 주식 매각시 시가를 현저히 초과하여 특별한 이익을 얻은 경우<sup>48)</sup>에는 이사의 충실의무위반이 된다고 보고 있다.<sup>49)</sup> 이러한 미국판례법을 통하여 형성된 회사지배권의 매각금지원칙 위반을 우리 상법상 이사의 선관주의의무위반이라고 보는 것은 어렵다는 전제하에, 충실의무 위반에 관한 상법 제382조의2를 적용하는 것이 타당한지 여부에 대하여는 고찰하여 볼 필요가 있다.

예를 들어 이사가 회사의 재산을 부정하게 탈취한 어떤 자를 알았거나 알 수 있었던 경우에, 그 자에게 회사의 지배권을 매도<sup>50)</sup>하여, 그 자가 회사에 손해를 가한 경우에는 이사의 충실 의무위반이 인정될 수 있는가 하는 점에 대하여는 이를 인정하여 한

---

회사의 기 회의 법리에 의해서라면, 이 경우에는 은행이 이익을 취할 기회를 상실하지 않았기 때문에, 회사의 기회의 법리와는 별개의 법리인 비밀의 이득의 금지에 의해 해석하는 것이 정당하게 된다: 赤堀光子, 法律協會雜誌 85卷3號, 42面, 註(9) 參照.

47) 田中誠二, 前掲書, 639面.

48) 이양자를 합하여 sale of office라 한다.

49) Willam A.Klein & John C.Coffee, op. cit., p167, 168; Henn & Alexander, op. cit., p.652: Me Clure v. Law, 161 N.Y. 78, 55 N. E. 388 : 赤堀光子, 法律協會雜誌 85卷3號, 48面 以下.

50) 많은 경우에는 시가보다 현저히 고가로 주식을 양도한다.

다는 주장이 있다.<sup>51)</sup>

그 이유로 계수법은 모법의 원칙을 따라야 한다는 것이다. 그러나 우리 현행 상법상 회사의 지배권매도는 선관주의의무위반으로 해석하여도 충분하다고 사료된다. 따라서 이사의 회사 지배권매도는 충실의무위반이라기 보다는 오히려 선관주의의무위반으로 보는 것이 타당하다. 또한 이사의 충실의무는 지배권양도 또는 그에 준하는 경우에 소수주주의 이익보호에까지 확장되고, 이사가 지배권을 양도함에 있어 소수주주가 향유할 수 없는 이익을 이사만이 향유하는 경우에도 확장되어 적용된다는 주장이 있다.<sup>52)</sup>

즉, 이사가 회사의 지배권을 취득하기 위해 주식을 매수하고자 하는 자가 있다는 사실을 알리지 않고, 주주들로부터 주식을 취득 하여, 이것을 유리하게 전매하여 이익을 취하였다면 이사의 이러한 행위는 충실의무위반이 되고, 해당이사는 주주에 대하여 (회사에 대하여가 아니라) 책임을 부담하게 된다는 것이다.<sup>53)</sup> 그러나 이러한 문제는 현행 상법상 충분히 선관주의의무로 해결할 수 있는 문제이므로 굳이 독립된 충실의무를 인정하여야 할 근거는 없다고 보인다.

또한 회사의 모든 주식을 양수한 자가 이어나 대주주에 대하여는 소수주주보다 현저하게 고가로 주식을 취득하였다면, 이 때 이사에게는 충실의무위반이 인정 되고, 이에 따라 소수주주에게 책임을 지게 된다고 한다.<sup>54)</sup> 그 이유로 상법상으로는 이사가 수임자로서 선관주의의무를 위반한 것으로 보기 어려우므로, 이사의 충실의무에는 소수주주의 이익을 보호하여야 할 의무가 포함되고, 그 임무를 행함에 있어 악의 또는 중과실이 있는 경우에는 소수주주가 스스로 직접 손해에 대한 배상을 이사에게 청구할 수(상법 제401조 제1항) 있다고 한다. 그러나 소수주주의 이익보호는 선관주의의무로도 충분히 적용될 수 있는 문제이므로 회사의 지배권매각의 행위를 반드시 독립된 충실의무위반행위로 보아야 한다는 주장은 설득력이 없다고 보인다.

### 충실의무위반의 효과

이사가 충실의무를 위반한 경우에는 상법상 회사는 이사에 대하여 의무위반을 이유로 손해 배상을 청구할 수 있다 (상법 제399조 1항). 또한 이것은 주주총회에 의한 이사의 해임의 사유가 됨과 동시에 (상 385조 1항), 소수주주에 의한 이사해임청구의 사유가 되기도 한다. (상 385조 2항) 이하에서는 이에 관하여 자세히 고찰하여 보고자

51) 赤堀光子, 法律協會雜誌 85卷3號, 46面 以下.

52) 田中誠二, 前掲書, 641面.

53) 赤堀光子, 法律協會雜誌 85卷3號, 52面 以下.

54) 赤堀光子, 法律協會雜誌, 85卷3號, 50面 以下.

한다.

상법에서는 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다 (상 399조 1항). 따라서 이사가 충실의무를 위반한 경우에는 법령에 위반한 경우에 해당하므로 해당 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 지게 된다.

여기서 “법령”이란 무엇을 의미하는가 하는 점에 대하여 수임자의 선관주의의무에 관하여 규정하고 있는 민법681조 및 1998년 개정상법 제382조의3이 해당되는 것은 의심의 여지가 없으나, 구체적으로 기타의 법령도 이에 포함되는지에 대하여는 일본의 경우는 판례상 유동적이다. 그러나 상법 제399조 1항의 “법령”이 모든 법령을 의미하는 것은 아니므로 실무상으로 논의는 이루어지지 않고 있다. 예를 들어 본호의 “법령”은 회사재산의 건전성을 확보하는 것을 직접 또는 간접의 목적으로 하는 법령을 의미하는 것으로 제한적으로 해석하는 견해,<sup>55)</sup> 혹은 본호의 “법령”은 회사(주주)의 이익보호를 고려하여 상법규정 (실질적 의의의 상법)과 당해회사(업종이 다른)의 이사에 공공질서 유지차원에서 규정하는 것으로 이해될 수 있으므로 그 이외의 법령에 대해서는 그 위반이 이사의 주의의무위반으로 보는 것이 타당하다는 견해<sup>56)</sup>가 있다.

구체적으로는 앞으로 많은 판례들이 나오는 경우 이에 대한 합리 적인 조율이 필요하다. 예를 들어 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제9조 (상호출자의 금지)를 위반한 경우에는 회사의 자본의 공동화를 초래하므로, 동조의 위반행위에 의해 손해를 입었다면, 본호의 법령위반에 포함되는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 동법령에 위반에 해당하는 것으로는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조의 불공정거래행위금지를 위반 한 것이 상법 제382조의2에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위를 함으로써 이사가 선관주의의무, 충실의무를 위반하였다고 보는 것은 어렵다고 본다.<sup>57)</sup>

그리고 이사가 부담하는 손해배상책임은 법령위반에 기인한 것이므로 무과실책임이라는 견해가 종래에 다수설<sup>58)</sup>이었다. 그러나 현재에는 과실 책임이라는 견해<sup>59)</sup>가 다수를 차지하고 있다. 그 근거로는 이사의 이러한 책임을 민법상의 일반원칙에 대한 예외라기보다는 이를 기초로 한 특칙으로 보는 것이 타당하다는 점,<sup>60)</sup> 그리고 과실책임

55) 森本 滋, 前掲書, 253面.

56) 近藤光男 “損失補填と取締役の会社に對する責任” 金融法務事情1440.6.

57) 東京高判平成7年9月26日資料版商事法務139號181面.

58) 徐燾珏, 商法講義(上), 1985, 394面; 孫珠瓚, 商法(上), 1998, 690면; 崔基元, 新會社法論, 1998, 743面; 李院錫, 新商法, 1985, 459面; 鄭茂東, 商法講義(上), 1984, 416面; 徐廷甲, 商法(上), 1984, 227 面 등.

59) 朴相祚, 新會社法論, 619面.

60) 鄭熙喆/鄭燦亨, 商法原論(上), 1996, 742面.

주의는 근대 사법의 기본원칙이므로 만일 이에 대한 예외를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 필요한데 상법상 명문의 규정이 없다는 점,<sup>61)</sup> 무과실책임은 기업유지 및 이를 위한 자본충실이라는 물적회사로서의 본질적 요청 때문에 과해지는 것이나 이사의 손해배상책임에는 이와 같은 법 정책적 목적이 없다는 점<sup>62)</sup>등이다. 영미와 독일에 서도 이사의 책임은 과실책임을 원칙으로 하고 있다.<sup>63)</sup> 다만 정관 또는 법령에 위반 하는 행위는 대부분 고의, 과실에 기인하므로 법령·정관에 위반한 행위를 한 이사가 무과실의 입증책임을 부담한다고 본다.<sup>64)</sup>

배상할 손해액은 충실의무위반과 상당한 인과관계에 있는 손해에 한정된다고 본다. (민 393조). 그리고 이러한 책임을 부담하는 자는 충실의무 위반행위를 한 이사 자신 이고, 이사가 수인인 경우에는 연대하여 책임을 진다고 본다. (상 399조 1항) 또한 충 실의무위반이 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 연대하여 책임을 지며 (상 399조 2항), 그러한 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사 록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정하는 것이 타당하다 (상 399조 3항). 이는 찬반사실에 대한 입증책임을 이사에게 전가시키기 위한 것이므로, 이사는 결의 에 참가하지 아니한 사실 또는 반대한 사실을 입증하면 책임을 면할 수 있다.

이사의 손해배상책임은 그것이 이행되거나 소멸시효완성과 같은 일반소멸사유와 상법 상의 특별한 소멸사유인 책임해제와 책임면제에 의하여 소멸한다고 본다. 이사의 회 사에 대한 충실의무위반으로 인한 손해배상책임은 의결권 없는 주식을 포함하여 총주 주의 동의를 있어야 만 면제할 수 있다(상 400조).

그러나 이사의 이러한 책임은 단 1주주라도 반대하면 그 책임을 면할 수 없게 되므 로, 소규모의 가족회사를 제외하고는 실질적으로 면제를 인정하지 않는 것과 거의 다 름이 없기 때문 에, 입법론으로는 이사가 이사회 결의를 받아 행위를 한 경우에는 그 책임면제의 결의요건을 완화하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>65)</sup>

여기서 총주주의 동의란 주주총회의 결의를 뜻하는 것이 아니므로, 반드시 주주총회 를 개최 하여 결의를 하여야 할 필요는 없고 주주 각자로부터 개별적으로 동의를 얻 어도 무방하다고 본다.<sup>66)</sup> 총주주의 동의로 면제되는 이사의 책임은 상법 제399조의

61) 鄭東潤, 會社法, 1991, 172面.

62) 李泰魯/李哲松, 會社法講義, 1996, 661面.

63) Henn & Alexander, p.583; Hueck, p.202.

64) 朴相祚, 前掲書, 619面.

65) 鄭東潤, 會社法(下), 174面; 일본상법 제266조 4항 참조.

66) 朴相祚, 前掲書, 621面; 崔基元, 新會社法論, 1996, 747-748面; 鄭熙喆/鄭燦亨, 商法原 論(上), 1996, 743面; 孫珠瓚, 691面; 鄭東潤, 425面; 李泰魯/李哲松, 會社法講義, 1996, 666面; 蔡利植, 商法講義(上), 1991, 601面.

소정의 이사의 책임에 한 하는 것이고, 이사의 불법행위책임까지 면제되는 것은 아니다. 따라서 이사의 충실의무위반 이 동시에 불법행위의 요건을 충족하는 경우에는 양 책임이 경합하고, 불법행위책임을 면제 하려면 민법상의 일반적인 채무면제 (민 506조)의 절차를 밟아야 한다.<sup>67)</sup> 따라서 총주주가 이사에게 책임을 면제하여 주겠다는 의사표시를 한 때에 책임은 소멸된다.

그리고 총주주의 동의에 의한 적극적인 책임면제와는 달리, 정기주주총회에서 재무제표 등을 승인한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 이사의 부정행위가 있는 경우를 제외하고는 그 이사의 책임을 면제한 것으로 의제하고 있다 (상 450조). 이것은 회사가 소극적, 묵시적으로 이사의 책임을 면제하는 것으로서, 이사의 책임의 가중과 그 면제의 곤란에 대응하여 그 책임기간을 단축함으로써 형평을 기하기 위한 것이다. 책임해제는 승인 후 2년이 경과되면 효력이 발생하는데, 이 때 2년의 기간은 제척기간이다. 그러나 승인을 한 후 2년이 경과되어 소멸되었다 할지라도 불법행위요건이 성립되면 당연히 불법행위상의 손해배상을 청구할 수 있으며 이때 책임소멸시효는 주주가 이것을 안날로부터 3년 있는 날로부터 10년의 시효에 걸리게 된다. (민법 제766조)

그리고 정기주주총회에서 재무제표가 승인되지 않고, 불법행위로 인한 책임이 성립되지 않은 경우에는 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 소멸시효의 일반원칙에 따라 10년의 시효로 완성한다(민 162조 1항)는 것이 통설과 판례의 입장이다.<sup>68)</sup>

충실의무위반시 대표소송을 제기할 수 있는가 하는 문제에 대하여 이사의 충실의무위반이 있는 경우 주주가 먼저 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하였는데도 (상법 제403조 1항, 2항), 회사가 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에 비로소 주주가 직접 소를 제기하는 대표소송을 제기할 수 있다고 본다. (상법 제403조 3항) 그리고 회사가 소수주주의 청구에 의하여 소를 제기하는 경우에는 감사가 회사를 대표한다. (상법 제394조 2문)

이사는 언제든지 주주총회의 특별결의에 의하여 해임될 수 있고 (상 385조 1항), 또한 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 경우에는 발행 주식 총 수의 100분의 3에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회결의가 있는 날로부터 1월 이내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다 (상 385조 2항). 따라서 이사가 충실의무를 위반한 행위가 법령에 위반한 중대한 사실에 해당되는 경우에는 그 이사의 해임을 청구할

67) 大判 1989.1.31, 87 누 760.

68) 孫珠瓚, 前掲書, 691面; 鄭熙喆/鄭燦亨, 前掲書, 744面; 鄭東潤, 前掲書, 426面; 李泰魯/李哲松, 會社法講義, 667面; 蔡利植, 前掲書, 600-601面; 崔基元, 新會社法論, 747面 등; 大判 1985.6.25, 84 다카 1954; 大判 1969.1.28, 68 다 305.

수 있다. 이러한 이사의 해임청구는 손해배상청구와 동시에 청구할 수도 있고 또는 이와 별도로 청구할 수도 있다고 본다.

1998년 개정상법에 이사의 충실의무조항을 신설함으로써 이사는 회사와의 관계에 있어서 선관주의의무 이외에 회사의 이익을 위하여 이사 본인의 불이익을 감수하면서도 업무를 집행 하여야 하는 충실의무를 지게 된다면, 이를 위반한 경우에는 법령을 위반한 행위로서 상법 제399조 및 제401조에 의거하여 책임을 질뿐만 아니라, 민법 제 750조에 의거하여 불법행위로 인한 손해배상책임도 지게 된다.

즉, 민법 제750조에서는 “위법한 행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임 이 있다”고 규정하고 있으므로, 이사의 충실의무 위반행위는 불법행위의 구성요건을 갖추게 되는 된다. 더욱이 기존의 이사와 회사와의 관계는 위임관계로 보아 선관주의의무를 위반한 경우에는 계약상의 채무불이행책임을 지면되었다. 따라서 민법 제390조에 의거하여 채무불이행으로 인한 실손해만을 회사에 대하여 배상하면 되지만, 주주가 대표소송인 아닌 개별소송을 통하여 충실의무위반으로 인한 불법행위에 대한 손해배상책임을 청구한다면 민법 제 751조에 의거하여 소를 제기한 주주 개인의 정신적 고통에 대한 재산 이외의 손해에 대하여도 손해를 배상하여야 하게 된다.

회사에 대한 이해관계인들은 이사의 업무집행행위에 대하여 막연한 충실의무위반으로 손해배상청구를 불법행위 차원에서 할 가능성이 많아졌다. 이는 개인주주 또는 일부 소수주주에 의한 남소의 가능성이 매우 높다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 문제를 사전에 예방하기 위하여 상법상에 충실의무에 관한 일반조항의 법적 성질을 정립하는 것이 무엇보다도 중요하다고 사료된다.

## 결어

이상에서 본 바와 같이 상법 제382조의2를 신설하여 영미법계에서 200년 이상 동안 판례를 통하여 형성되어온 충실의무를 이사에게 부과하는 것이 타당한지 여부에 대하여 고찰하여 보았다. 특히 대륙법계의 중심이 되고 있는 독일의 경우에는 영미와는 달리 회사와 이사의 관계를 위임관계로 보고 이사에게는 수탁자로서의 선관주의의무만을 부과시키고 있을 뿐이다. 다만 독일도 이사의 행위를 규율하기 위한 일반조항으로 이사는 업무집행에 있어서 정상적이고 양심적인 경영자로서의 주의를 다하여야 하고, 업무집행으로 인하여 지득한 비밀을 유지하여야 한다는 규정을 두고 있으며 (독일 주식법 제93조 제1항), 동법 제88조에서는 이사에게 경업금지의무를 부과하고 있어 우리 상법체계와 유사함을 알 수가 있다.

그럼에도 불구하고 급작스런 상법개정을 통하여 영미법계에서 오랫동안 판례를 통하

여 발전 하여 온 충실의무에 관한 규정을 일반규정을 신설한다는 것은 기본적인 상법의 틀을 훼손할 우려가 있으며, 또한 충실의무와 선관주의의무는 그 내용에 있어서 다른 점이 분명치 않고 이를 인정할 경우 오히려 개념상의 혼란만 초래할 수 있다.

그리고 선관주의의무를 탄력적으로 해석하면 충실의무와 같은 효력을 가질 수 있다. 더욱이 미국에서는 경영판단의 원칙하에 선관주의의무가 완화되어, 오늘날 그 기능이 거의 없는 상황에서, 이사와 회사 간 이해 충돌의 가능성이 높은 사안에 대해서만 충실의무를 부과하고 있는 현실을 고려하여 볼 때에, 아직 선관주의의무가 제대로 기능을 하고 있는 우리 상법 내에 충실의무조항을 신설하는 것은 충실의무의 본래의 기능에 역행하는 것이라고 사료된다. 따라서 이사의 충실의무는 현행상법상의 이사에게 부과된 선관주의의무의 선언적 규정으로 보고 해석하는 것이 바람직하다고 사료된다.

## 2. 누적투표제에 관한 고찰

### 머리말

현행 상법상 자본자수결원칙이 적용되고 있어, 이사선임은 지배주주의 의사에 따라 전적으로 좌우되고 있는 것이 현실이다. 따라서 현행 이사회는 직무를 수행함에 있어서 주주 전체의 이익보다는 지배주주의 이익을 위한다는 비판이 적지 않았다. 따라서 소주주주의 이익을 보호하고 투명한 기업경영환경을 조성하기 위하여 이사 선임시에 소주주주의 의사가 반영될 수 있는 제도적 장치가 필요하며 그 방법의 하나로 누적투표제의 도입을 주장하는 견해들이 많았다. 이러한 누적투표제는 이사를 선임함에 있어 소수파주주들도 그들의 대표를 이사로 선임할 수 있도록 된 제도이다.

우리나라 상법은 이사회제도를 도입하면서 이사의 선임시 단순투표제만 도입하였고, 누적투표제나 의결권의 제한제도 인정하지 않았다. 따라서 주주총회의 전권사항인 이사선임에 있어서 “1주 1의결권의 원칙”에 따라 대주주의 이익대표들만이 이사회 구성원이 됨으로써 대부분의 주식회사들이 대주주에 의하여 소주주주의 경영간섭을 받지 않고 개인기업과 같이 운영되고 있는 실정이다.<sup>69)</sup>

따라서 1998년 4월 1일 법무부의 주최 하에 상법개정안을 발표하면서, 소주주주의 이익보호와 투명한 기업환경조성차원에서 누적투표제를 도입하고자 하고 있다. 이하에서는 이렇게 새롭게 도입하고자 하는 누적투표제에 대하여 고찰하여 보고, 그 문제점과 해결방안을 모색하여 보고자 한다.

---

69) 최기원, 신회사법론, 박영사(1996), 668면.



## 신설내용

금번 상법개정요강에서는 제382조의 2를 새로이 신설하여 2인 이상의 이사선임을 목적으로 하는 주주총회 개최시 주주요청에 따라 누적투표가 가능하도록 하였다. 또한 1주당 부여된 각 선임이사에 대한 의결권을 1인에게 일괄투표하거나 2인 이상에게 투표가 가능하도록 하였다. 그러나 본 규정은 강행규정이 아니므로 회사가 정관을 통하여 누적투표제의 도입을 배제할 수 있도록 규정하였다. 또한 정관을 통하여 배제하지 않았다 하더라도, 주주의 청구가 있어야만 누적투표제를 실시할 수 있도록 하였다. 한편 주주의 무익한 권한남용방지를 위하여 주식수가 총발행주식의 3%가 되는 경우에만 청구권을 인정하였다.

이러한 상법개정안은 작성시 누적투표제의 실시를 원칙적으로 채택하되 정관에서 이를 배제할 수 있도록 할 것인가(일본상법) 아니면, 원칙적으로 배제하되 정관에서 채택할 수 있도록 할 것인가(미국모범사업회사법)에 대한 논의<sup>70)</sup>가 있었으나 결론은 일본 상법이 모델이 되었다.

## 이론적 고찰

누적투표(cumulative voting)란 회사가 수인의 이사를 동시에 선임하는 경우에 각 주식에 대하여 선임될 이사의 원수와 동수의 의결권을 부여하고 주주는 그 의결권을 특정후보 1인에게 집중적으로 행사하거나, 또는 다수의 후보에게 분산하여 행사하여 최고득표자로부터 순차적으로 선임하는 것을 의미한다. 이러한 누적투표제를 도입하는 경우에 대주주의 지배권도 침해되지 않으면서 회사의 모든 계층의 주주대표가 회사의 경영에 참여할 수 있게 된다는 점이 이론적인 측면에서 볼 때 긍정적으로 받아들여지고 있으나 현실적으로 이를 적용함에 있어서 많은 문제점을 안고 있다.

현행 상법상 이사의 선임방법은 단순투표(straight voting)에 의한 보통결의(상법 제 368조 제1항)의 방식을 취하고 있다. 따라서 누적투표제를 이해하고 나름대로의 그 타당성 여부를 판단하기 위하여 우선적으로 단순투표제와 비교하여 고찰할 필요성이 있다.

우선 이사의 선임은 이사의 결원이 발생한 경우를 제외하고는 항시 주주총회를 통하여 주주들에 의하여 이루어진다(상법 제382조 제1항). 단순투표를 통하여 동시에 수인의 이사를 선임하는 경우에는 각 주주는 1인의 후보자에 대해 1주 1표씩만 투표를 할 수 있다(상법 제369조 제1항). 따라서 단순투표제하에서는 대주주가 지지하는 자가 전원 이사로 선임되는 반면 소수주주가 지지하는 자는 이사가 될 수 없는 것이 현

---

70) 김건식, 상법개정공청회 (1998년 4월 1일) 발표문, 31면 참조.

실이다.

예를 들어 A와 B가 유일한 주주인 주식회사에 있어서 A가 60주를 갖고 있고, B가 40주를 갖고 있다고 가정하여 보자. 본 회사에서 3인의 이사를 선임할 때 A가 지지하는 이사후보는 A1, A2, A3, B가 지지하는 후보는 B1, B2, B3인 경우, 단순투표제에 따라 이사를 선임한다면 A는 각각의 후보에 대하여 60표씩 투표를 할 수 있는 반면에, B는 각각의 후보에 대하여 40표씩 찬성투표를 할 수 있다. 따라서 A가 지지하는 후보들은 각각 60표를 득표하게 되고, B가 지지하는 후보들은 각각 40표를 득표를 하게 된다. 결과적으로 A가 지지하는 후보 3명 모두가 이사로 선임되게 된다.

따라서 B는 전체 주식수의 40%를 소유하면서도 단 1명의 지지 이사를 선임할 수 없게 되는 결과를 갖게 된다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 누적투표의 방식을 택하게 되면, A는 180표(3×60)를 갖게 되고, B는 120표(3×40)를 갖게 된다. 이러한 경우 B는 1인의 이사후보자에게 집중 투표하거나 수인의 이사후보자에게 분산투표하여 최소한 1명의 이사는 자기가 지지하는 자로 선임할 수 있는 가능성이 존재하게 된다. 이처럼 선출가능한 이사의 수를 결정하는 공식은 다음과 같다.

$$N = \frac{(X-1)(D+1)}{V}$$

N=선출 가능한 이사의 수, X=소유 주식 수, D=선출할 이사의 수, V=주식 총 수

이러한 누적투표제가 상법 제369조 제1항에서 정하고 있는 1주 1의결권의 원칙에 대한 예외인가 하는 점에 대하여 고찰할 필요가 있다. 우선, 누적투표제는 주주총회에서 복수의 이사를 선임하고자 결의를 함에 있어 해당 결의에 한하여, 주주들에게 일괄적으로 1주당 선임될 이사의 수만큼의 의결권을 부여하는 것을 말하므로, 각 주주들에게 평등하게 1주당 일정수의 의결권을 부여하는 것은 1주 1의결권의 예외가 아니라고 하는 주장이 있다.<sup>71)</sup>

반면에 주주들이 동일인에게 집중적으로 투표하여 선임된 이사의 경우에는 통상의 단순투표제에 의한 경우보다 다수의 의결권의 지지를 받게 되고, 또한 주주는 보유하고 있는 주식수보다도 초과하는 의결권수를 갖는 것은 당연히 1주 1의결권 원칙의 예외라고 보는 견해<sup>72)</sup>가 있다. 그러나 누적투표제는 복수의 이사선임시 이를 일괄적으로 1개의 결의사항으로 다룬다는 점이 통상의 선임방법과는 다르고, 주식수보다 의결권의 수가 많다는 점을 고려하여 볼 때에 1주 1의결권 원칙의 예외로 보는 것이 타당하

71) Emanuel, "Corporations", 1992, pp. 40-43.

72) 우흥구, 누적투표제도, 월간고시 (1990.10), 109면: 정용상, "주주총회에 관한 법적연구", 건국대학교 박사학위 청구논문 (1990), 301-302면.

다고 사료된다.

또한 누적투표제는 상법 제368조의 2에서 규정하고 있는 의결권의 불통일행사와 관련하여, 누적투표 행사시 상법 제368조의2 제1항 후단에서 정하고 있는 불통일행사 요건인 “회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면으로 그 뜻을 통지”하여야 하는가 하는 문제가 제기되며, 아울러 동조 제2항에 따라 회사는 주주의 의결권 불통일행사를 거부할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

이 문제에 대하여 의결권의 불통일행사란 동일한 사안에 대하여 1인의 주주가 보유하고 있는 의결권의 일부는 찬성에, 일부는 반대에 의사표시하는 것을 의미하는 반면, 누적투표는 개개의 후보에 대한 “찬성”의 의사표시로 통일되어 행사된다는 점을 고찰하여 볼 때에 그 본질이 다르다고 사료된다. 따라서 누적투표에 대하여 의결권 불통일행사에 관한 상법 제368조의 2의 규정을 적용한다는 것은 부당하다고 사료된다.<sup>73)</sup>

누적투표제를 도입하는 것이 우리의 현실을 비교하여 볼 때에 바람직한가 하는 점에 대하여 논란이 있다. 현재 상법상 이사의 선임 시 자본다수결원칙이 적용되고 있어, 이사선임은 지배주주의 일방적인 의사에 따라 이루어지므로, 주주에 의하여 구성된 이사회는 주주전체의 이익보다는 지배주주의 이익을 위하여 행동한다는 비판이 적지 않다. 따라서 소수주주의 이익을 보호하고 투명한 기업경영을 유도하기 위하여 이사의 선임 시에 소수주주의 의사가 반영되도록 하여야 한다는 주장이 있다.<sup>74)</sup> 또한 누적투표제는 소수파의 의견을 이사회에 반영시키고, 소수파의 대표자에게 다수파를 대표하는 이사의 활동을 감시시키는 등 동제도가 소수주주에게 정당한 발언권을 확보하여 줌으로써 공평한 정책을 가능하게 한다는 주장들이 있다.<sup>75)</sup>

이에 대하여 현시점에서 누적투표제를 도입하는 것은 전시효과만 있을 뿐이고, 현행 제도에 혼란만을 초래할 위험성이 크다는 견해가 있다.<sup>76)</sup> 이에 따르면 일본은 1950년에 미국의 이사회제도를 도입하면서 이사 선임시 누적투표제도를 법정한 바 있으나 사실상 이를 수용한 기업은 거의 없었고, 1974년 상법 개정 시에는 정관을 통하여 누적투표제를 완전히 배제할 수 있도록 함으로써 오늘날 대부분의 회사가 정관에 그 배제 규정을 두고 있다고 한다. 또한 최근에 많은 기업들이 M&A의 방어수단으로 이사의 임기를 각기 다르게 하는 정관변경이 성행하고 있는데 이와 같은 회사의 경우는 누적투표를 강제하여도 군소주주가 영향력을 행사한다는 것은 기대할 수 없다고 한다.

73) 同旨: 우흥구, 전계논문, 110면; 上柳克郎, 新版註釋會社法(6), 1987, 47面.

74) 김건식, 전계발표문, 30면; 우흥구, 전계논문, 109면.

75) Bradley, Toward & More Perfect Close Corporation The Need for More and Improved Legislation, 54, Geo. L.J., 1966, p.1160.

76) 최기원, IMF의 극복을 위한 상법개정방향 (하), 법률신문 (1998.4.16), 14면.

또한 이사회에서 다수파와 소수파간의 이해상충으로 인하여 회사업무의 원활한 운영이 곤란하며, 이 제도가 소수주주파에 의한 위협의 수단으로 이용될 우려가 있고 경쟁업자에 의하여 악용될 염려가 있으며, 또 소수주주의 보호는 다른 제도, 예컨대 주주간 계약이나 결의안건의 가중 등에 의하여도 가능하다는 반대론이 있다.<sup>77)</sup>

미국에서 누적투표제를 찬성하는 학자들의 견해를 들어보면, 대주주들에 의한 자의적인 경영을 예방하기 위하여 누적투표를 통한 소수주주를 대표하는 이사가 이사회에 참여하여야 한다는 것이다.<sup>78)</sup> 특히 누적투표제는 소규모기업의 경우에는 반드시 필요하다는 주장을 하고 있다.

누적투표제를 반대하는 견해를 갖는 학자들에 따르면, 누적투표를 위하여 소수주주대표가 이사회에 참여하게 되는 경우에는 회사의 이익과는 불일치하는 행위를 하며, 이사회에 비효율적 운영을 초래하고, 이사회 운영에 비합리적인 비판을 통하여 영업상의 위험을 초래할 가능성이 높다는 것이다. 더욱이 일부 주주와 공모하여 이익집단의 대표자로서의 기능을 하고 있는 것이 현실이라는 것이다.<sup>79)</sup>

상기의 주장들을 검토하여 보면, 나름대로 그 설득력이 있다고 사료된다. 그러나 우리의 경제현실에 비추어 누적투표제의 도입이 불가피한가 하는 점에 대하여 검토하여 볼 필요가 있다. 또한 금번 상법개정이 실로 1995년 1월 사법개정 후 3년이 안되어 단행되는 개정이라는 점에서 충분한 재검토가 필요하다고 사료된다.

특히 금번 상법개정안에서 누적투표제를 도입하게 된 가장 큰 이유는 대기업들의 구조조정과 소수주주보호라는 측면에서 이루어진 것이라고 사료된다. 그러나 누적투표란 대기업보다는 중소기업에서 큰 의미를 갖는 점을 고려하여 볼 때에 현실적으로 책임경영체제의 정립이 우선시되어야 하는 중소기업에게 누적투표제의 도입은 경영상의 많은 혼란을 초래할 것으로 사료된다. 따라서 누적투표제의 도입에 대하여는 먼저 우리의 기업현실을 고려하고 각계의 의견을 수렴한 후 이를 결정하는 것이 바람직하다고 사료된다.

누적투표제를 도입할 것인지 여부를 결정하거나 이미 도입이 확정되었다고 한다면 어떠한 형태로 이를 시행하여야 하는지를 결정하기 위하여 우선적으로 누적투표제를 이미 실시하고 있는 국가들의 입법과 그 문제점을 고찰할 필요가 있다. 그 중에서도 특히 누적투표에 관하여 오랜 경험을 갖고 있는 미국과 일본의 입법례를 중심으로 고찰

---

77) 上柳克郎, 前掲書, 45面.

78) Hamilton, The Law of Corporations, 1980, p.150.

79) Hamilton, Ibid.

하여 보고, 누적투표제를 실시하고 있지는 않지만 합리적인 이사회제도가 운영되고 있는 유럽 국가들 중 독일을 중심으로 고찰하여 보고 우리의 현실에 맞는 제도가 무엇인가를 재조명하는 것이 바람직하다.

미국은 이미 누적투표제도를 실시하는 국가로 잘 알려져 있다. 그러나 미국도 원래 보통법상으로는 누적투표제를 인정하지 않았으나, 각 주의 헌법과 제정법을 통하여 이를 인정하고 있다. 이처럼 누적투표를 통하여 이사를 선임하는 제도는 그 유래를 비례대표제도에서 찾아 볼 수 있다.<sup>80)</sup>

미국에서 회사의 이사를 선임함에 있어서 소수주주의 보호차원에서 누적투표를 최초로 의무화한 입법으로는 1870년의 Illinois주 헌법을 들 수 있다.<sup>81)</sup> 현재 미국에서 주 헌법으로 누적투표제를 인정하고 있는 주는 20개 주<sup>82)</sup>이며, 주 헌법으로 누적투표를 명시적으로 배제하고 있는 주는 3개 주<sup>83)</sup>이다. 그리고 누적투표가 인정되는 법제 하에서도 누적투표를 하고자 하는 주주는 사전에 그러한 의사를 표명하도록 요구하는 예가 있으며,<sup>84)</sup> 의사표시를 한 경우에도 주주총회에서 의장이 투표결과를 선포하기 전까지는 자기의 투표의 배분을 임의로 변경할 수 있도록 되어 있다.

이러한 누적투표제도는 원래 영국과 대륙법계통의 국가들의 회사법에서는 인정하지 않고 있으나, 미국에서는 널리 받아들여지고 있다.<sup>85)</sup> 현재 누적투표에 관하여 규정하고 있는 미국 모범사업회사법(Model Business Corporation Act)은 미국변호사협회에서 제정한 것으로서 법률로서의 규범력은 없고 각 주에서 입법을 통하여 누적투표제를 규정하도록 권고하는 지침서일 뿐이다. 따라서 각 주는 이 지침서에 따라 입법을 할 것인지 여부는 전적으로 각 주의 자율에 맡겨져 있다.

미국모범사업회사법에서 누적투표제에 관하여 규정을 두고 있는 제7.28조를 보면, 미국은 원칙적으로 단순투표제를 택하고 있으나(동조 제a항) 정관으로 정한 경우에 한하여 누적투표를 실시할 수 있도록 되어 있다(동조 b항). 그리고 누적투표가 실시되는 경우에 1주에 대하여 선임될 이사의 수만큼의 의결권이 부여되며, 주주는 의결권을 1인에게 투표하거나, 다수에게 분산하여 투표할 수 있도록 되어 있다(동조 c항). 그러

80) 우흥구, 전게서, 107면.

81) Williams, Cumulative Voting for Directors, 1951, ch.2.

82) 애리조나주, 아칸소주, 캘리포니아주, 하와이주, 아이다호주, 일리노이주, 캔사스주, 켄터키주, 미시시피주, 미주리주, 몬테나주, 네브레스카주, 노스다코다주, 오하이오주, 사우스캐롤라이나주, 사우스다코다주, 웨스트버지니아주, 와이오밍주이다.

83) 메사추세츠주, 뉴햄프셔주, 위스콘신주이다.

84) 미네소타주 사업회사법 (Minn.Bus. Corp. Act), §301, 26(1961); 오하이오주 일반회사법 (Ohio Gen. Corp. Law) § 1701, 55 (1955).

85) 우흥구, 전계논문, 107면.

나 누적투표가 허용된 주식이라 할지라도 다음과 같은 요건을 갖춘 경우에 한하여만 누적투표권을 행사할 수 있다.

즉, 총회의 소집 통지시 또는 통지에 첨부된 위임장설명서에 누적투표가 인정된다는 취지를 명백히 표시한 경우, 누적투표를 할 수 있는 권리를 갖고 있는 주주가 총회일 48시간 이전에 회사에 대하여 총회기간 중에 누적투표를 하겠다는 의사를 통지한 경우에 한한다. 그러나 의사표시를 한 주주와 동일그룹에 속하는 주주들은 개별적으로 통지하지 않더라도 누적투표권을 행사할 수 있도록 되어 있다.

그러나 미국에서도 누적투표를 인정하는 법규정을 둔다 할지라도 이는 누적투표를 할 권리는 부여하고 있지만 그 권리행사에 의하여 소수파주주가 자기측 사람을 이사회에 보내는데 최대한의 실효성을 보장하지 못하고 있는 실정이다.<sup>86)</sup>

따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 정관변경이나 이사수의 삭감<sup>87)</sup> 및 신주발행 등을 결정함에 있어서 정관으로 주주 전원일치의 찬성을 요구하거나 결의요건을 가중하도록 하는 것이 바람직하다는 주장들이 있다.<sup>88)</sup>

일본은 1950년 상법을 개정하기 이전에는 누적투표를 인정하지 않았으나, 1950년 개정시 주주총회의 권한을 축소하고 이사·이사회에 권한을 확대함과 동시에 일반주주의 지위를 강화하는 차원에서 미국법상의 누적투표제도를 도입하였다. 그러나 1950년 도입당시에도 정관으로 누적투표를 배제하는 규정을 둘 수 있도록 규정하였으며, 이 경우에는 발행 주식 총 수의 1/4 이상을 갖는 주주의 소수주주권에 의하여 누적투표를 청구할 수 있도록 하였었다. 그리고 소수주주들의 청구에 의하여 누적투표를 실시한 결과 선임된 이사에 대하여도 주주총회에서 해임결의를 할 수 있도록 함으로써 사실상 누적투표제도는 그 실효성을 거두지 못하였다.<sup>89)</sup>

이는 1970년 당시 일본 경제단체연합회 회원사 589개사 중 588개 회사가 누적투표제를 정관으로 배제하고 있었다는 점을 통하여 알 수가 있다.<sup>90)</sup> 그 후 1974년 상법을 개정하면서 경제계의 비판을 고려하여 회사가 정관으로 이사 선임시 누적투표를 배제할 것을 정한 경우에는 소수주주권의 행사에 의하여서도 누적투표를 청구할 수 없도록 함으로써 사실상 일본에서 누적투표제는 그 의미를 상실하였다.<sup>91)</sup>

86) 정세희, 누적투표제도에 관한 연구, 동아법학 (1997), 161면.

87) Ripin v. United States Woven Label Co., 205 N.Y. 44, 298 N.E. 855(1912).

88) F. Hodge O'Neal, Close Corporations, 1986, §3.58.

89) 上柳克郎, 新版註釋會社法(6), 1987, 47面.

90) 上柳克郎, 前掲書, 47面.

91) 上柳克郎, 前掲書, 45面.

현행 일본 상법 제256조의 3을 보면, 2인 이사를 선임하는 경우 정관으로 달리 정하는 경우를 제외하고는 주주는 누적투표를 청구할 수 있으며(동조 제1항), 청구는 총회 일로부터 5일 전에 서면으로 하여야 한다(동조 제2항). 그리고 이사의 선임결의시 각 주주는 1주에 대하여 선임해야 할 이사의 수와 동수의 의결권을 가지며, 이때 각 주주는 1인에게만 투표하거나 또는 2인 이상에게 분산투표할 수 있으며(동조 제3항), 이사선임은 투표의 최다수를 얻은 자로부터 순차적으로 정하도록 되어 있다(동조 제4항). 또한 누적투표의 청구가 있는 경우에는 의결에 앞서 의장은 이를 선고하여야 하며(동조 제5항), 청구서면은 총회 종결시까지 본점에 비치하여 주주가 열람할 수 있도록 규정하고 있다(동조 제6항).

독일은 누적투표제를 실시하고 있지 않는 유럽국가들 중 이사회제도의 운영이 합리적으로 실시되고 있다는 평가를 받고 있는 국가라고 일반적으로 알려져 있다. 따라서 국내에서도 이에 대한 연구가 활발하게 진행된 바 있다.

독일은 이사를 주주총회에서 선임하지 않고 감사회라는 별도의 기관에서 선임함으로써 누적투표제를 실시하여야 할 필요성을 느끼지 못하고 있다. 따라서 이사를 선임할 권한을 갖는 독일의 감사회제도를 고찰하여 보고 누적투표제도의 도입없이 소수주주를 대표하는 이사가 선임되는가 하는 문제를 고려하여 볼 필요가 있다.

독일의 감사회 제도는 역사가 100년을 넘는데, 독일에 있어서 감사회는 말하자면 주주의 위원회이다. 독일에서도 주주총회는 처음에 업무집행기관의 선임, 해임, 업무집행기관에 대한 지도와 감독 등에 관한 권한을 갖고 있었으나, 다수의 주주가 소집된 주주총회에서 이러한 권한을 행사하기에는 규모상의 한계를 느끼게 되었다. 따라서 주주를 대표할 수 있는 감사회를 1884년 주식법 개정시에 주주총회와 이사회 간에 두게 되었던 것이다. 처음에 독일에서 감사회가 갖는 법정 권한은 이사에 대한 감독이었으나, 정관으로 정하면 그 밖의 권한도 감사회에 부여할 수 있었다.<sup>92)</sup>

그러나 1937년 주식법 개정시 감사회와 이사회를 주주총회와는 독립된 한 기관으로서 그 독자성을 부여하였다. 즉, 주식법 제116조에 의거하여 주주총회는 감사회 구성원을, 감사회는 이사를 해임함에 있어서 그 임기중에는 중대한 사유가 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있도록 함으로써 감사회와 이사회를의 자치를 보장하였다.

따라서 감사회는 법정된 권리와 의무를 갖고, 또 이에 상응하는 책임(주식법 제116조)을 부담하는 독립된 기관이 되었다. 그러나 주주총회는 여전히 감사회를 구성하는 구성원의 선임, 해임권을 갖고 있었다. 그리고 1965년 주식법에서는 감사회를 주주총

92) 이원호, 독일기업의 감사회와 공동결정법, 국민대 법학논총 (1990), 173면.

회의 위원회로서의 지위, 주주의 기관으로서의 지위를 배제하고, 회사의 기관으로서의 지위를 부여하였다. 따라서 감사회는 주주만을 위한 기관이 아니라 주주와, 종업원, 경영자 모두를 위한 회사의 기관으로서 성립하게 되었다.

감사회의 구성에 대하여는 독일주식법과 공동결정법에서 각각 규정하고 있다. 독일주식법 제95조에 따르면 감사회는 최소한 3명의 감사로 구성된다. 그러나 정관으로 최고한도를 정할 수 있으며, 최고한도는 주식법에 의거하여 회사의 자본에 의하여 결정된다. 즉, 자본금이 3백만 마르크까지는 9명, 3백만 마르크 이상은 15명, 2천만 마르크 이상인 경우에는 21명까지 정할 수 있다.

그리고 공동결정법에 따라서는 종업원을 500미만을 두고 있는 사업장의 경우에는 가족회사인 경우에 지분소유자만이 감사회의 구성원이 될 수 있다. 그리고 500명 이상 종업원을 갖고 있는 회사인 경우 1952년 영업조례법 (Betriebsverfassungsgesetz) 제76조와 제77조에 의거하여 종업원대표를 전체 감사구성원 중 3분의 1을 선임하여야 한다. 그리고 2000명 이상의 종업원을 갖고 있는 회사인 경우에는 1976년 공동결정법에 따라 지분을 소유하고 있는 주주대표와 동수의 종업원대표를 감사로 선임하여야 한다. 그러나 감사회의 의장은 동수인 경우에는 결정권을 갖게 된다. 그리고 그 밖에 영업상 사용자와 유사한 기능을 하는 관리직사원을 대표하는 자 1인이 감사회의 구성원이 된다.

감사회의 구성원은 주주의 대표자인 경우에 한하여 주주총회에서 선임한다(독일주식법 제101조, 119조 1항 1호). 종업원대표인 경우에는 종업원 전원에 의하여 직접선거의 방식으로나 간접방식으로 선임한다. 감사회 구성원은 자연인이어야 하며, 아울러 완전한 행위능력을 가진 자만이 될 수 있다(독일주식법 제100조 1항). 이사와 감사회 구성원 간에는 서로 겸직이 불가능하며, 독일주식법 제100조 2항에 의거하여 감사의 수가 최대한 10인을 초과할 수 없다고 규정하고 있다.

그리고 감사회구성원들의 해임은 임기중에 가능하나(독일주식법 제103조 1항), 이를 위하여 주주총회에 출석한 주주의 최소한 4분의 3 이상의 찬성을 요한다(동조 1항). 그리고 중대한 사유가 있는 경우에는 법원이 직권으로 해임할 수 있도록 되어 있다(동조 3항). 감사회는 두 가지 주업무를 수행한다. 즉, 이사의 선임과 해임(독일주식법 제84조), 이사의 업무집행에 대한 감독(제111조)이다.

그 밖에도 감사회에는 개별적으로 부과된 수개의 업무 또는 정관으로 기재하면 할 수 있는 것들이 있다. 이를 보면 회사의 이익을 위하여 필요한 경우에는 주주총회를 소집할 수 있다. 이러한 결정을 위하여 항상 보통결의만 있으면 된다(111조 3항). 그리고 연말결산 및 업무보고와 이익배당안에 대한 검사 및 이에 대한 주총에서의 보고



(171조), 이사와 회사간의 거래 및 소송시 회사대표권(246조 2항, 249조 1항), 이사나 감사 및 관리직사원에게 신용제공시 이에 대한 동의권(89조, 115조), 정관으로나 감사회가 동의를 하도록 요구하고 있는 경우에는 업무집행에 관한 특정된 조치를 취하는 것에 대한 동의 등이다.

감사는 이들의 업무를 개인적으로 집행하여야 하고, 이를 제3자에게 위임할 수 없으나(제111조 제4항), 사용인의 도움을 받는 것을 배제하는 것은 아니다. 그리고 감사의 책임에 관하여는 이사의 책임에 관한 규정이 적용된다(116조).

이러한 측면에서 볼 때 독일주식법상 감사회는 소극적인 의미에 있어서의 감독권만을 갖는다. 따라서 감사회는 제3자에 대하여 회사를 대표하는 기관성을 갖지 못하고, 단지 내부기관으로서의 권한만을 갖는다. 따라서 감사회는 이사들에 대한 지휘권을 갖지 못하고, 단지 중대한 사유가 있는 경우에 한하여 이사의 해임권을 갖는다. 이는 이사가 업무를 집행함에 있어 감사회와 의견이 대립된다 할 지라도 이를 이유로 해임할 수 없다는 것을 의미한다.<sup>93)</sup>

이 같은 독일의 감사회제도와 미국의 이사회제도 중 어느 것이 더 우월한가 하는 점에 대하여 논란이 될 수 있다. 물론 이사회가 대주주를 대표하는 자 이외에 소수주주나 근로자들을 대표하는 이사로 구성된다면 이것이 누적투표제가 추구하는 최상의 목표라고 사료된다.

이러한 측면에서 볼 때 독일의 감사회제도는 미국이나 일본, 그리고 우리나라에서 실시하고자 하는 누적투표제를 통한 이사회구성과 그 목적에서 동일하다고 할 수 있다. 그러나 위에서 이미 언급한 바와 같이 누적투표제가 갖는 문제점과 마찬가지로 감사회를 통한 이사회구성에도 나름대로 문제가 있다고 사료된다.

즉, 독일의 이사회에 소수주주대표가 참여하는 것이 아니라 근로자를 대변하는 자가 감사회를 통하여 이사회에 참여함으로써 회사의 경영에 대한 결정권을 갖게 된다. 그러나 독일에서 이러한 이사회제도는 여전히 누적투표제를 실시하는 국가에서 겪는 문제점과 동일한 문제점을 안고 있다고 할 수 있다.

더욱이 이사들의 책임과 관련하여 감사회를 구성하는 대신에 소수주주들이 이사의 업무집행에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는 요건을 독일주식법 147조에서는 10%로 정하고 있어 오히려 우리 개정상법에서 이를 1%로 정하고 있는 점을 감안하여 볼 때에 소수주주보호에 문제가 되고 있다.

---

93) 이원호, 전계논문, 175면.

그리고 미국에서는 대부분 중요한 회사들의 주식이 증권거래소에 상장되어 있으므로 각 회사의 경영성과나 경제성 및 경쟁력에 대한 중요한 정보가 제공되어, 이사회에 결정에 따라 이루어지는 회사경영에 대한 주주나 제3자들이 견제하는 기능을 할 수 있다. 따라서 독일처럼 감사회를 통하여 이사를 선임함으로써 이사회의 경영활동에 대한 견제를 할 필요가 없게 되어 있다. 그러나 독일에서는 대부분의 회사들이 중소기업의 형태를 갖추고 있다. 즉, 유한회사나 합명회사, 합자회사의 형태로 구성되어 있으므로 회사들의 주식이 증권거래소 등을 통하여 거래되지 않고 있어 미국에서와 같은 주주나 제3자를 통한 회사경영에 대한 견제가 어려운 것이 현실이다. 따라서 이러한 점에서 볼 때 독일에서는 이사회에 대한 외부통제기관으로서의 감사회의 기능이 중요한 의미를 갖는다.<sup>94)</sup>

그러나 우리나라 현실은 독일과는 달리 대부분의 회사가 주식회사로 구성되어 있다는 점과 증권거래소를 통하여 주식의 거래가 이루어지는 점을 감안하여 볼 때에 독일처럼 감사회를 통하여 이사를 선임하는 방식은 우리의 현실과는 거리가 멀다고 사료된다.

### 누적투표에 대한 해석론

상법 개정안 제382조의 2에 따르면 누적투표는 회사를 설립한 후 동일 총회에서 2인 이상의 이사를 선임할 목적으로 하는 주주총회의 소집이 있는 경우이어야 주주가 누적투표의 청구를 할 수 있다. 따라서 회사설립시 발기인 또는 창립총회에서 최초의 이사를 선임하는 경우에는 누적투표가 인정되지 않는다. 또한 누적투표의 청구는 주주총회의 소집통지가 발송된 뒤에 하여야 하므로 주주총회소집 전의 청구는 무효이다.<sup>95)</sup> 그리고 정관으로 누적투표를 배제하지 않는 한, 회사는 이사를 선임하기 위하여 주주총회를 소집하는 경우 통지<sup>96)</sup> 및 공고시에 선임해야 할 이사의 수를 기재해야 하며<sup>97)</sup>, 이를 결할 시에는 결의취소의 사유가 된다.<sup>98)</sup> 또한 주주총회소집 통지 및 공고시에 기재된 수 이상의 이사를 선임하는 경우에는 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령에 위반되는 것이므로 결의취소의 원인이 된다(상법 제376조).<sup>99)</sup>

반면에 누적투표청구시 통지 및 공고한 선임할 이사 수보다 적은 수의 이사를 선임하

94) 이원호, 독일기업의 감사회와 공동결정법, 국민대법학논총 (1990), 176면.

95) 濱田一男, “累積投票” 注釋會社法(4), 有斐閣, 1972, 280面; 境一郎, 累積投票, 注釋會社法講座(3), 有斐閣 (1956), 1011面.

96) 竹下守夫/藤田耕三 編, 裁判實務大系(會社訴訟·會社更生法), 青林書院(1985), 7面 이하 참조.

97) 大阪高決 1962.1.16. 下民 13卷 1號, 13面.

98) 대판 1979.3.27, 79 다 19.

99) 이에 대하여 무효라고 주장하는 견해가 있다: 上柳克郎, 前掲書, 47面.

는 것도 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령에 위반된 것이므로 결의취소의 원인이 된다.<sup>100)</sup> 그리고 총회소집통지시에 “이사선임의 건”만을 의사안건으로 기재한 경우에는, 별도의 보충기재<sup>101)</sup>가 없는 한 1인 이사선임을 목적으로 한다는 취지로 보아야 한다. 따라서 이 경우 복수의 이사를 선임하면 이는 결의취소의 사유가 된다고 본다.<sup>102)</sup> 그리고 일단 통지된, 선임될 이사의 수는 당해 총회에서 수정 증원할 수 없다. 이는 주주의 지주수와의 관계에서 지지후보의 선임가능성을 제고할 수 있기 때문이다.<sup>103)</sup>

또한 누적투표에 대한 청구는 주주총회의 회일 7일 전에 서면으로 하여야 하는데, 이때 7일 전이란 누적투표를 청구하는 서면의 도달일과 총회의 회일과의 사이에 7일이 필요하다는 것을 의미한다. 그리고 누적투표의 청구가 있으면 그 서면을 총회 종결시까지 본점에 비치하여 주주가 열람할 수 있도록 하여야 한다(개정안 제382조의 2 제6항). 만약 회사가 이러한 비치의무를 위반한 경우에는 상법 제376조에 의거하여 결의취소의 사유가 된다.

그리고 누적투표를 청구할 수 있는 자는 기명주식의 경우에는 원칙적으로 주주명부상의 주주이나, 실질주주가 주주임을 입증하면, 실질주주도 청구할 수 있다고 본다. 그리고 주식보유기간에 대하여는 금번 상법 개정안에서 대표소송을 제기할 때 제기시에만 주식을 보유할 것을 요구하고 있는 점(개정 상법 제403조 제5항)을 유추적용하여 볼 때에 청구시에만 주식을 보유하고 있으면, 누적투표는 가능하다고 본다. 그리고 무의결권 주주는 의결권이 없으므로 누적투표를 청구할 수 없다.

누적투표의 청구가 있을 때, 회사는 반드시 누적투표의 방법에 의하여 이사를 선임해야 한다. 그러나 누적투표를 청구한 주주가 임의로 청구를 철회할 수 있는가 하는 점이 문제이다. 이에 대하여 법정요건을 충족시킨 청구가 있으면 누적투표가 확정되므로 이를 철회할 수 없다는 견해가 있다.<sup>104)</sup>

그러나 이와는 달리 누적투표의 청구가 곧 누적투표를 확정하는 것은 아니므로, 확정되기 전에는 이를 철회할 수 있다는 견해가 있다.<sup>105)</sup> 우리 개정상법의 입장은 주주의 청구시에 한하여 누적투표를 실시하겠다는 것이지, 청구를 함과 동시에 누적투표를

100) 이에 대하여 무효원인이 된다는 설이 있다: 上柳克郎, 前掲書, 47面.

101) 예를 들어 통지서 자체에는 기재가 없더라도 그 부속서류에 기재하거나, 또 임기만료에 의하여 이사전원을 개선할 때 등과 같이 자연히 선임될 이사의 수를 알 수 있는 경우 등을 들 수 있다.

102) 정세희, 전게서, 164면.

103) 정세희, 전계논문, 165면 참조.

104) 佐藤義雄, “累積投票管見”, 産業經濟論叢 1號, 京都産業大, 1966, 285面.

105) 정세희, 전계논문, 167면.

확정하겠다는 것으로는 사료되지 않는다. 따라서 누적투표의 청구를 철회하는 것을 부정할 법적 근거가 없다고 본다.<sup>106)</sup> 그리고 청구의 철회는 현실적으로 투표의 실시 전까지 상시 가능하다고 본다. 또한 청구 주주 전원이 주주총회에 결석한 때에는 묵시적인 철회가 있는 것으로 보아야 한다.<sup>107)</sup>

의장은 이사선임에 관한 주주총회결의에 앞서 누적투표의 청구가 있음을 선언하여야 한다(개정안 제382조의2 제5항). 의장이 이를 결한 경우에는 직무해태로 인한 책임을 짐과 동시에, 법령위반으로 인한 결의취소의 사유가 된다(상법 제376조 제1항).<sup>108)</sup> 그러나 회사는 주주의 누적투표 청구서면을 당해 주주총회의 종료시까지 본점에 비치하여 주주가 이를 열람할 수 있도록 하고 있으며, 또한 각 주주는 투표용지의 기재사항이나 기타의 사항을 통하여 당해 결의가 누적투표의 방법으로 실행된다는 것을 알 수 있으므로, 의장의 선언규정은 단지 주의적 규정에 불과하다는 견해가 있다.<sup>109)</sup>

따라서 이러한 견해에 따르면 의장이 누적투표의 선언을 결하더라도 의장의 책임만 발생할 뿐 결의취소의 사유는 되지 않는다고 본다. 그러나 이는 명백히 법령에 위반되는 행위이므로 결의취소의 사유가 된다. 그러나 전주주에 대하여 누적투표의 청구가 있었음을 회사가 별도로 통지한 경우에는 결의취소사유가 되지 않는다고 보는 것이 타당하다.<sup>110)</sup>

동일한 주주총회에서 2명 이상의 이사를 선임하는 경우, 주주의 청구가 있으면 반드시 누적투표의 방법에 의하여야 한다. 따라서 퇴임이사의 후임으로 이사를 2명 이상 선출하여야 할 때, 누적투표를 배제하기 위하여 이사 1명만을 선임한 주주총회의 결의는 그 결의방법이 현저히 불공정하므로 결의취소의 사유가 된다.<sup>111)</sup> 그러나 총회의 시기를 순차적으로 연기하여 1인씩의 이사를 선임하는 것은 위법이 아니라는 견해도 있다.<sup>112)</sup> 이 견해에 따르면 누적투표를 회피할 목적으로 위와 같은 방법을 택하는 것이 가능하다는 것을 의미한다. 그러나 이는 탈법행위로 허용되지 않아야 하며,<sup>113)</sup> 결의방법이 현저하게 불공정하므로 결의취소의 사유가 된다고 본다.<sup>114)</sup> 다만, 결원된 1인의 이사를 선임하기 위하여 총회소집을 한 후, 또 다른 결원이 발생하여 순차로 1명

106) 濱田一男, “累積投票”, 注釋會社法(4), 有斐閣, 1972, 280面.

107) 大隅健一郎, 全訂會社法 中, 有斐閣, 1959, 181면; 境一郎, “累積投票” 株式會社法講座 第3卷, 有斐閣, 1956, 1007面.

108) 大隅, 前掲書 82面.

109) 境, 前掲論文, 1017面.

110) 境, 前掲論文, 1017面.

111) 大阪高判, 1963.6.20., 高民, 16卷 4號, 270面.

112) 石井照久, 會社法 上, 勁草書房, 1967, 309面.

113) 좌경, 전계서, 142면.

114) 정세희, 전계논문, 168면.

씩의 이사를 선임한 경우에는 그 결의방법이 현저히 불공정하다고 볼 수는 없다.

또한 수 명의 이사 결원시 보충선임을 할 경우, 퇴임자를 명시하고 아울러 그 후임자를 명시할 필요는 없으며, 명시하지 않았다는 이유로 주주총회결의의 효력을 다룰 수는 없다.<sup>115)</sup> 그리고 복수의 이사를 선임하는 경우에도, 회사설립시의 발기인 또는 창립총회에 의하여 최초로 선임되는 이사에 대하여서는 누적투표가 인정되지 않는다.<sup>116)</sup>

누적투표를 함에 있어서 각 주주는 1주에 대해 선임해야 할 이사의 수와 동수의 의결권, 즉 주주가 보유하고 있는 주식의 수에 선임해야 할 이사의 수를 곱한 수의 의결권을 가지고 이것을 1인에게 집중 혹은 수인에게 임의분산하여 투표할 수 있다. 이때 투표용지에 의사표시를 하여야 하므로 거수·기립 등의 방법으로 표결할 수 없다. 그리고 개표나 점검, 집계 등 사무처리상의 편의와 정확성을 고려하여 기명투표의 방식으로 하는 것이 바람직하다.

이사는 투표결과 최다득표를 한 자부터 차례로 선임된다. 이 때 동수의 득표를 한 자가 수인이 있으면 정관이나 주주총회의 결의로 특별한 정함이 없는 한 결선투표를 통하여 최다 득표자를 이사로 선임하는 것이 바람직하다.<sup>117)</sup> 이 때 결선투표를 통하여 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에는 누적투표에 의하여야 한다.<sup>118)</sup> 그러나 동수의 득표자에 대하여 보유주식수의 순으로 선임한다는 정관규정은 1주 1의결권의 원칙에 위배되어 무효라고 본다.

또한 주주총회의 결의에 대하여 별도의 사항을 정할 경우에는 이를 반드시 사전에 할 필요는 없고, 사후결의를 통하여서도 가능하다고 본다.<sup>119)</sup> 또한 투표수의 합계가 각 주주의 의결권의 총수에 달하지 않을 경우는 부족수는 기권으로 해석하여야 한다. 그리고 이사에 선임된 자가 취임을 승낙하지 않을 때에는 차점자가 순차적으로 선임된다. 그러나 일단 취임한 자가 뒤에 퇴임할 경우에는, 차점자를 순차적으로 선임은 할 수 없고 새로이 주주총회의 결의방식으로 선임하여야 할 것이다.<sup>120)</sup>

누적투표는 소수파주주에게도 그 지주 수에 따라 자신의 대표자를 이사로 선출할 수 있는 기회를 주기 위한 제도이다. 따라서 누적투표의 청구가 있는 경우에는 주주총회

---

115) 大阪控判, 1904.5.4. 法律新聞, 214. 21.

116) 정세희, 전게서, 168.

117) 대우, 전게서, 83면; 석정, 전게서, 308면.

118) 대우, 전게서, 83면.

119) 上柳克郎, 前掲書, 50面.

120) 우흥구, 전계논문, 112면.

에서 의장이 이를 선언하기 전이나 선언한 후, 누적투표 실시 전에 출석주주의 긴급 동의에 의한 다수결로 누적투표를 하지 않을 것을 결의할 수는 없다. 주주총회에서 청구주주의 철회가 없는 한, 누적투표 실시의 청구는 회사 및 전 주주를 구속한다.

따라서 누적투표 실시의 청구가 있으면, 선임될 이사의 원수는 주주총회소집통지서에 기재된 원수로 확정되며, 그 수를 초과하여 선임할 수 없음은 물론이고, 원수를 감소하여 선임할 수 없다. 이것은 지주수와의 관계에서 자파에 의한 이사선임의 가능성이 없음을 예상하고 주주총회에 주주가 출석하지 않을 수 있으며, 유효한 누적투표 실시의 청구가 있었을 때, 주주총회의 소집통지서에 기재된 이사선임의 건에 관하여 각 주주는 그가 가진 주식총수에 선임하게 될 이사의 수를 곱한 것과 같은 수의 의결권을 가지는 것으로 확정되어 각 주주는 이 의결권수를 기준으로 하여 투표의 집중 또는 분산이라는 계획을 수립하므로, 누적투표실시의 청구에 관하여 유효한 철회가 없는 한 이 의결권수를 변경할 수 없다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 이에 위반한 결의는 취소할 수 있다.

누적투표를 실시하였을 때 주주가 자신이 가진 의결권의 총수를 넘어서 투표를 한 경우 그 처리에 문제가 있다. 이러한 경우에 원칙적으로 정관에 다른 정함이 없으면, 주주총회의 결의에 의한다.<sup>121)</sup> 그리고 상법에서 인정하고 있는 의결권의 수를 초과하여 결의에 참여한 주주의 투표는 전부 무효화 시키고, 무효화된 투표수를 제외하고 당선자를 결정하여야 한다. 그러나 이에 대하여 초과투표를 발생하도록 한 의결권행사 전부를 무효로 할 필요는 없고, 초과투표를 한 주주의 정상적인 의결권 총수를 초과한 만큼의 투표수를 그가 투표한 각 이사후보자가 얻은 득표수에 따라 안분하여 그 안분된 각 표수를 그 이사후보자들의 득표수에서 공제하는 방법이 합리적일 것이라는 주장이 있다.<sup>122)</sup>

그러나 이러한 경우 사전에 정관이나 주주총회의 결의로 특별한 규정을 두고 있다면 문제가 안되지만, 별도의 규정이 없을 때에는 사후에 주주총회의 결의에 의하여 결정할 수 있다고 본다. 그러나 이러한 해결방법도 정관이나 주주총회의 결의로 사전에 정하여진 것이 아니라고 한다면, 사후에 주주총회의 결의를 통하여 그 처리를 위임받은 투표입회인이 이를 판단하여 처리할 경우에는 초과 투표시 각 주주의 의사에 상관 없이 비례안분의 방법으로 획일적으로 처리하는 것은 주주의 의결권행사에 제한을 가하는 결과를 초래하게 되어 부당하다.

또한 이를 통하여 초과투표행위를 조장할 수 있는 가능성이 있으므로 초과투표한 의결권에 대하여는 전부 무효화시키는 것이 바람직하다. 그러나 주주총회의 결의에 의

---

121) 경, 전계논문, 1024면.

122) 정세희, 전계논문, 172면.

해 출석자에게 재투표를 행하는 경우에는 무효투표수도 산입하는 것이 타당하다.<sup>123)</sup> 이와는 달리 각 주주의 투표수가 의결권총수에 미달한 경우에는 부족한 수 만큼의 의결권은 기권한 것으로 보아야 한다.<sup>124)</sup>

## 입법론적 고찰

앞에서 본 바와 같이 금번 상법 개정안에서는 이사를 선임함에 있어서 누적투표가 가능하도록 규정하였다. 그러나 누적투표제를 임의규정화 함으로써, 정관으로 완전히 이를 배제할 수 있도록 하였으며, 정관으로 배제하지 않았다 하더라도 3% 이상의 주식을 소유한 주주가 누적투표를 청구하는 경우에만 한하여 실시될 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 누적투표청구요건을 3% 이상의 주식을 보유한 경우에 한하여 인정하고 있는 규정은 금번 개정안에서 대폭 소수주주권 행사요건을 낮춘 것을 감안하여 볼 때에 현실성이 없는 요건으로서 사료된다. 또한 전체이사의 수를 줄이거나 시차적 이사임기제를 도입하여 한 번에 선임하는 이사의 수를 줄이는 경우에는 누적투표제가 사실상 본래의 기능을 할 수 없게 되므로, 이를 금지시켜야 한다는 주장들이 대두되고 있다. 그러나 금번 상법개정안 제383조 단서에서 자본금 5억원 미만의 주식회사는 이사의 수를 2인 이하로 규정한 것을 고려하여 볼 때에 전체이사의 수를 줄이는 것을 금지시킨다면 제383조와 법 충돌상의 문제를 야기할 수 있다. 따라서 이러한 주장들에 대하여는 재검토의 여지가 있다고 사료된다.

그리고 누적투표로 선임된 이사에 대하여 주주총회에서 해당 이사를 해임할 수 있는가 하는 문제에 관해 개정안은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이는 해임의 경우는 종래와 같이 언제든지 1주 1의결권의 원칙에 의한 특별결의로 해임할 수 있도록 하고자 하는 의도로 보인다.

그러나 이와 같이 종래의 이사해임규정을 그대로 둔다면 누적투표에 의한 이사선임은 무의미하고, 해임도 누적투표의 방식으로 1인의 이사를 해임하는 경우도 동일한 결과를 초래할 것으로 사료된다. 따라서 누적투표를 통하여 선임한 이사를 해임하는 것을 금지하는 규정을 새로이 신설하는 것에 대하여는 그 나름대로의 타당성이 있다고 사료된다. 그러나 해임결의에 대한 제한규정을 미국이나 일본에서 전혀 두고 있지 않는 점을 고려하여 볼 때에 이에 대하여는 좀 더 깊은 연구가 필요하다고 사료된다.

---

123) 上柳克郎, 前掲書, 51面: 우흥구, 전계논문, 112면.

124) 정세희, 전계논문, 172면.

## 결어

현재 누적투표제도는 미국에서 뿐만 아니라 일본(일본 상법 제256조의 3), 대만(대공 제198조), 필리핀(회사법 제31조) 등에서도 실시되고 있다. 그러나 미국의 경우에는 40개 주에서 누적투표제를 실시하지 않고 있을 뿐만 아니라, 일본의 경우에도 대부분 정관으로 배제하고 있는 회사가 많으며, 1974년 일본 상법 개정시에는 누적투표를 정관으로 배제한 경우, 소수주주권의 행사로 발행 주식 총 수의 1/4 이상을 소유한 주주가 누적투표를 청구할 수 있도록 하였던 개정 전의 규정도 개정된 바 있다. 이는 현실적으로 미국과 일본에서도 누적투표제를 법정화하였으나, 그 실효성은 의문시되고 있는 실정이다.

그러나 우리나라의 금번 상법 개정안을 보면, 일본이나 미국의 누적투표제보다 훨씬 엄격한 행사요건을 규정하고 있는 점을 고려하여 볼 때에 이에 대한 재검토가 필요하다. 이는 현실성 없는 누적투표에 관한 규정을 둠으로써 오히려 전시적 효과만을 추구하지 않았나 하는 의문이 제기되기도 한다. 따라서 누적투표제의 도입에 관한 사전의 충분한 검토와 각계의 의견수렴을 통하여 새로운 해결방안을 모색하는 것이 바람직하다고 사료된다.

### 3. 주식회사의 업무집행관여자 및 표현이사의 책임

#### 머리말

현행 상법상 주식회사의 업무집행기관은 이사회와 대표이사이고, 기업의 소유와 경영이 분리되어 이사가 아닌 자는 직접 기업경영에 관여할 수 없도록 되어 있다. 그러나 주식회사의 지배주주이거나 사실상 경영권을 소유한 자가 책임을 면하기 위하여 이사로 선임되지 않은 채 자의적으로 경영에 관여하는 행위에 대하여도 책임을 부과하여야 한다는 주장들이 대두되었다. 그리고 지배주주의 지시에 따라 경영에 관여하는 기업집단의 비서실장 또는 기조실장에 대하여도 책임을 부과시킴으로써 소유와 경영이 분리되는 것이 원칙인 건실한 주식회사 구조로 유도하여야 한다는 주장들이 제기되었다.

따라서 금번 상법개정안에서는 제401조의 2<sup>125)</sup>를 신설하여 회사의 이사가 아니면서

---

125) 상법 제401조의2 (업무집행지시자 등의 책임) ① 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사의 이름으로 직접 회사의 업무를 집행한 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조, 제401조 및 제 403조의 적용에 있어서 이사로 본다. ② 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 기획조정실장, 전무, 상무



자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여한 자 및 이사가 아니면서 이사와 유사한 명칭을 사용하여 업무를 집행한 자들에 대하여 상법 제399조와 제401조의 규정에 따라 회사 또는 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 이사와 연대하여 손해배상책임을 지도록 규정하였다. 이러한 입법례는 독일주식법 제117조<sup>126)</sup>, 영국회사법 (1985) 제741조에서 찾아 볼 수 있다.

이하에서는 이러한 회사의 이사가 아니면서 자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여한 자(이하에서는 업무집행관계자로 칭함) 및 이사가 아니면서 이사와 유사한 명칭을 사용하여 업무를 집행한 자(이하에서는 표현이사라 칭함)에게 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하는 경우 그 법적 근거가 무엇이며, 본 규정의 신설로 인하여 발생하는 법리상의 제문제점들을 검토하고 그 해결방안을 나름대로 모색하여 보고자 한다.

---

기타 회사의 업무집행 할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자가 회사의 업무를 집행한 때에는 그 집행한 업무에 관하여는 제1항과 같다. ③ 제1항 또는 제2항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제 1항 또는 제2항이 정하는 자와 연대하여 그 책임을 진다.

126) (독일 주식법 117조) ① 회사에 대한 자기의 영향력을 이용하여, 이사회 또는 감사회의 구성원, 지배인 또는 상사대리인으로 하여금 회사 또는 그 주주에게 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자는 회사에 대하여 그로 인하여 회사에 발생한 손해를 배상할 의무를 진다. 회사의 피해에 의해 주주가 입은 손해를 제외하고 주주가 손해를 받은 경우에는 그 자는 이에 의해 주주가 입은 손해에 대해 주주에게도 배상의무를 진다. ② 이사회 및 감사회의 구성원이 그 의무를 침해하여 행위를 한 때에는 그 이사 및 감사는 전항의 자와 연대하여 책임을 진다. 그 자가 통상 및 성실한 업무지휘자의 주의를 다하였는지에 대해 다툼이 있는 때에는 그 자가 입증책임을 부담한다. 그 행위가 총회의 적법한 결의에 의한 때에는 이사회 및 감사회의 구성원의 배상책임은 회사 또는 주주에 대하여 발생하지 않는다. 감사회가 그 행위를 승인함으로써 배상의무는 면제되지 않는다. ③ 그 가해행위에 의해 이익을 얻은 자가 고의로 영향을 받도록 한 경우에 한하여 제1항의 자와 연대하여 책임을 진다. ④ 회사에 대한 배상의무의 소멸에 대하여는 제93조 4항 3문 및 4문이 준용된다. ⑤ 회사채권자가 회사로부터 만족할 수 없는 경우에 한하여, 회사채권자도 회사의 배상청구권을 행사할 수 있다. 회사의 포기 또는 화해가 있거나 그 행위가 총회의 결의에 기한 것이더라도 배상의무는 채권자에 대하여는 소멸되지 않는다. 회사의 재산에 대한 파산절차가 개시하여 그 계속 중인 경우에는 파산관재인이 채권자의 권리를 행사한다. ⑥ 이들 규정에 의한 청구권은 5년의 소멸시효에 걸린다. ⑦ 이들 규정은 이사회 또는 감사회의 구성원, 지배인 또는 상사대리인이 (1) 총회에서의 의결권, (2) 지배계약에 의한 지휘력, 또는 (3) 그 회사가 편입된 주회사 (319조)의 지휘력의 행사에 의해 가해행위가 되어진 때에는 적용되지 않는다.

## 이사의 개념

개정상법 제401조의2 제1항은 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무 집행을 지시하거나 이사의 이름으로 직접 회사의 업무를 집행한 자인 업무집행관계자는 법률상 이사와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 기획조정실장, 전무, 상무, 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자인 표현이사도 법률상 이사와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다. 여기서 업무집행관계자와 표현이사란 구체적으로 무엇을 의미하는지를 고찰하여 볼 필요가 있다. 이를 위하여 우선적으로 방법상 종래 상법상의 이사인 법률상 이사와 어떠한 관계가 있는가를 검토하여 볼 필요성이 있다.

종래 우리 상법상 주식회사의 업무집행기관은 이사회와 대표이사로 대별될 수 있다. 우선 이사회는 회사의 업무집행에 관하여 결의하고, 또한 대표이사가 업무를 집행함에 있어 이를 감독하는 권한을 가진 회의체의 기관이다(상법 제383조 제1항, 제393조). 그리고 대표이사는 회사를 대표하여 이사회에서 결의한 사항을 집행하는 대표기관이다(상법 제389조).

주주총회에서 선임된 이사는 위임관계에 의거하여 회사의 경영에 참여함에 있어 선량한 관리자의 주의를 다하여야 할 의무를 진다(상법 제382조, 민법 제681조). 이는 이사란 비록 주주총회에서 주주들에 의하여 선출되었다 할지라도 주주의 대리인으로서가 아니라 이사회의 구성원으로서 독자적인 판단에 따라 회사의 업무를 집행하고, 의사결정에 참여하며 대표이사의 직무를 감독하게 된다. 그리고 대표이사는 회사를 대표하여 정관이나 이사회에서 결정된 사항을 구체적으로 성실하게 집행하여야 할 책무를 지고 있다. 이는 우리 현행 상법상 모든 이사는 대표이사 여부를 떠나 직접적으로 회사의 경영에 참여하게 된다.

이러한 관계 속에서 구체적으로 업무집행관계자와 표현이사가 어떠한 의미를 갖는가 하는 점에 대하여는 이들에 대하여 법률로 상세히 규정한 바 있는 국가들의 경우를 고찰하여 보는 것이 바람직하다.

이미 오래 전부터<sup>127)</sup> 이사의 개념을 세분화시킨 영국에 있어서는 이사의 의무와 책임을 지는 이사로서 크게 법률상 이사(de jure director), 표현이사<sup>128)</sup>(de factor

---

127) 1862년 영국 회사법은 이미 Turquand rule을 근거로 현행 1985년 회사법 제285조와 같은 업무집행관계자 및 표현이사에 관한 규정을 두었다: Turquand rule과 영국회사법과의 관계에 관하여는 L.C.B.Gower, Principles of Modern Company Law, London 1992, 179, 182, 186; 신현운, 사실상 이사의 법리, 고시연구 (1992.12), 90면 참조.

director), 배후이사(shadow director)로 구분하고 있다. 여기서 법률상 이사란 주주 총회에서 이사선임절차를 거쳐 등기된 통상적인 이사를 말하고, 표현이사란 적법한 선임절차는 없으나 사실상 이사로서의 역할을 수행하고 있는 자를 말한다. 즉 본인도 자기가 이사라고 행동하고 회사에 의해 이사로서의 역할이 묵인 또는 추인되는 경우이다.<sup>129)</sup> 그러나 배후이사란 유효한 임명절차도 존재하지 않을 뿐만 아니라 본인도 이사가 아니라고 부인하는데 있다. 즉 배후이사는 이사로서 적법히 임명되지 않았으므로 본인은 이사가 아니라고 주장하면서 이사들의 배후에서 업무집행에 관여하고 이에 대한 책임은 지지 않고자 하는 자를 말한다.<sup>130)</sup>

이러한 영국의 이사개념과 비교하여 볼 때에 우리 개정상법상 업무집행관여자란 영국법상의 배후이사와 일치하고, 표현이사란 영국법상의 사실상 이사에 해당한다고 본다. 그리고 독일의 경우 주식법 제117조에서 이사의 지위에 있지 않으면서 고의로 회사에 대한 영향력을 이용하여 회사경영에 사실상 간섭하는 자의 회사에 대한 손해배상 책임을 규정하여 업무집행관여자에 대한 명백한 규정을 두고 있으나, 표현이사에 대한 규정은 명백히 두고 있지 않는 것이 현실이다. 이하에서는 영국법상의 배후이사에 해당하는 업무집행관여자와 사실상 이사에 해당하는 표현이사에 대한 문제를 나누어서 고찰하여 보고자 한다.

### 업무집행관여자

업무집행관여자의 개념과 관련하여 개정상법 제401조의2 제1항은 “회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사의 이름으로 직접 회사의 업무를 집행한 자”라고 규정하고 있다. 즉, 개정상법에서는 앞에서 언급한 영국법상의 소위 말하는 배후이사에 해당하는 업무집행관여자에게 법률상 이사와 동일한 책임을 부과시키고 있다.

이처럼 법률상 이사가 아닌 업무집행관여자에게 이사와 동일한 책임을 부과시키고자 하는 목적은 자연인 또는 법인이 실제로는 영향력을 행사하면서도 공식적으로 이사로 임명되지 않았거나 이사의 외관이 나타나지 않았다는 것을 이유로 영향력 행사로 하여 발생할 수 있는 책임을 회피하는 것을 방지하고 실질적 영향력 행사에 따른 책임

---

128) 이에 대하여는 사실상 이사로 표현하는 견해가 많음.

129) section 741(2) In relation to a company, "shadow director" means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. However, a person is not deemed to be a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

130) 이중기, 영국법상의 그림자 이사, 상사법연구 제15집 제1호 (1996), 263, 264면.

을 추궁하기 위해서 입법되었다. 따라서 개정상법 제401조의2 제1항은 기업집단의 경우에 배후에서 그 기업집단을 운영하는 자연인 혹은 법인에게 책임을 추궁하고자 입법되었다고 사료된다. 그 밖에 자금의 대출과 관련하여 부당하게 기업경영에 관여하는 채권자 혹은 은행에 대해서도 업무집행관여자로서의 책임을 인정함으로써 은행의 회사경영에 대한 부당한 영향력을 예방하고자 하는 차원에서 도입된 제도라고 볼 수 있다.

여기서 문제가 되는 점은 업무집행관여자로서 의제가 되면 당연히 이사와 동일한 책임을 부담함과 동시에 회사경영에 관한 권한이나 권리를 취득할 수 있는가 하는 점이다. 이 점과 관련하여 볼 때, 본 규정의 근본 취지를 이사가 아닌 자에게 이사와 동일한 책임을 부과하는 특별규정을 둬으로써만 업무집행관여자가 경영에 직접 참여하거나 영향력을 행사하는 것은 예방하고자 하는 취지라면 굳이 회사경영에 대한 이사와 동일한 책임을 진다고 하여 반드시 회사경영에 대한 권리나 권한을 갖는다고 보기는 어렵다는 견해<sup>131)</sup>가 있다.

그러나 본 사안에 관하여는 일괄적으로 업무집행관여자의 이사로서의 권한이나 권리를 배제한다고 한다면 이는 복합적인 경영판단이 전제되어야 하는 현대의 자유시장경제체제 내에서 경직된 회사경영을 초래할 수 있어 경쟁력을 상실할 우려가 있다. 따라서 본 사안의 경우에는 일률적으로 업무집행관여자의 이사로서의 권한과 의무를 배제하기 보다는 각 사안에 따라 업무집행관여자의 영향력행사의 의도를 고려하여 판단하는 것이 바람직하다고 사료된다.

또한 문제는 주주총회에서의 의결권행사의 방법으로 지배주주가 이사의 업무집행에 영향력을 행사한 경우에도 업무집행관여자로서 이사와 동일한 책임을 부담하여야 하는가 하는 점이 문제가 된다.

이와 관련하여 독일주식법 제117조 7항 1호에서는 업무집행관여를 주주총회의 의결권행사의 방법으로 행사한 경우에는 이사와 동일한 책임을 배제하고 있다. 그러나 우리 개정상법에는 이에 관한 명백한 규정이 없어 지배주주가 주주총회에서의 의결권행사를 통하여 회사의 이사들에 대하여 영향력을 행사한 경우에도 이사와 동일한 책임을 질 수 있게 되어 있다.

이는 특정 회사에 투자하여 대주주로서의 역할을 하고자 하는 자들에 대한 시장참여 동기를 사전에 말살하는 결과를 초래하여 자본시장의 육성에 커다란 장애가 될 수 있다. 더욱이 지배주주가 주주총회에서 의결권을 남용하는 경우에는 상법 제376조에 의거하여 결의취소의 소를 제기하거나 민법 제103조에 의거하여 선량한 풍속, 기타 사

---

131) 이중기, 전제논문, 264면 참조.

회질서에 위반한 것으로 손해배상을 청구할 수 있다고 본다. 따라서 입법론적으로 지배주주가 주주총회에서의 의결권을 행사하는 형태로 업무집행에 관여하는 경우에는 이사의 책임을 배제하는 것이 타당하다고 사료된다.

특정한 법인 또는 자연인에게 업무집행관여자로서 이사의 책임을 부과하기 위하여 크게 네 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 당해 회사의 이사가 누구인가를 입증해야 한다. 이 때 이사란 법률상의 이사는 물론 표현이사도 포함된다고 본다. 둘째, 법률상 혹은 표현이사들에 대해 피고가 회사의 경영에 관하여 지시나 명령을 하였어야 한다. 이 때 지시나 명령은 업무집행관여자의 이익을 위하여 행하였어야 한다.<sup>132)</sup> 따라서 신용계약이나 카르텔계약에 의거하여 지시나 명령을 한 경우에는 업무집행관여자의 책임이 발생하지 않는다.

또한 이사와 친인척관계에 있는 자가 영향력을 행사한 경우에 이들도 업무집행관여자로서 이사와 동일한 책임을 지는가 하는 점과 관련하여 친인척이 개인적으로 영향력을 행사한 경우 그 영향력의 정도에 검증이 필요하므로 이는 법률분쟁을 확대할 우려가 있다. 따라서 이에 대하여는 부정하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>133)</sup> 또한 이사가 다른 이사에게 영향력을 행사한 경우에도 동일한 효력이 있는 것으로 본다.<sup>134)</sup>

셋째, 법률상 혹은 표현이사들이 업무집행관여자의 지시에 따랐어야 한다. 여기서 지시에 따른다 함은 명백한 지시가 없더라도 이사가 업무집행관여자의 우월적 지위를 인식하고, 그가 소망하는 바대로 업무를 집행한 것으로 족하다고 본다.<sup>135)</sup>

넷째, 법률상 혹은 표현이사들이 피고의 지시에 따라 움직이는 것이 통상적인 경우이어야 한다. 즉, 법률상 이사 혹은 표현이사가 경영자로서 독자적인 판단에 따라 업무를 집행한 것이 아니라 타인의 지시에 따라 업무를 집행하는 경향이 있다는 사실이

---

132) Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz Kom. Bd.II (1974), § 117, Anm. 16.

133) Meyer/Landrut, Aktiengesetz Großkom., 3.Aufl., §117 Anm.2; BGHZ 36, 296 ff., 308 ff. 이에 대하여 반대하는 견해는 Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionär, 1958, S.262 ff.; Mertens, Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach §309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht, ACP 168, S.228.

134) 독일에서는 다수설의 지위를 차지하고 있다. 예를 들어 Mertens, Kölner Kom. Anm. 10; Mestmäcker a.a.O., S.251; zum früheren Recht Schmidt/Meyer-Landrut, Großkom. 2. Aufl., § 101 Anm.11; 반대견해. Ballerstedt, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, in "Zur großen Aktienreform", Schriftenreihe der Forschungsstelle der Fried-Ebert-Stiftung, 1962, S. 33 ff.

135) Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, a.a.O., § 117, Anm. 18.

입증되어야 한다.<sup>136)</sup> 즉, 업무집행관여자에게 책임을 묻기 위해서는 업무집행관여자가 이사가 수행할 역할을 수행하였다는 사실을 입증하여야 한다. 따라서 단지 회사경영에 관여하였다거나 이사급 이하의 지배인에 의해 수행되는 역할을 수행했다는 사실을 입증하는 것만으로는 업무집행관여자의 책임을 인정하기는 어렵다고 보인다.

그리고 업무집행관여의 행위가 있었다는 사실에 대한 입증상의 추정력이 주어지는가 하는 문제와 관련하여 논란<sup>137)</sup>의 여지가 있다. 그러나 업무집행관여와 관련한 영향력 행사에 대한 입증책임을 영향력 행사자에게 부과하는 추정적 효력을 인정하는 것은 이에 대한 특별규정을 두고 있지 않은 현실 속에서는 법해석론상의 많은 문제점을 안고 있다. 따라서 입증책임은 일반규정에 의거하여 주장하는 자에게 부과하는 것이 타당하다고 본다.

다섯째, 업무집행관여자의 행위뿐만 아니라 업무를 집행한 이사의 행위도 법령이나 정관에 위반되어야 한다. 따라서 업무집행관여자가 본인의 이익을 위한 것이 아니라 회사의 이익을 위하여 법령이나 정관에 따라 이사가 업무를 집행하도록 영향력을 행사하여 회사에 손해가 발생하였다 할지라도 업무집행관여자에게 책임이 인정되기는 어렵다고 보인다.<sup>138)</sup> 따라서 이사가 업무집행관여자의 지시에 따라 법령이나 정관에 위반됨이 없이 업무를 집행하였다면 위법성의 결여로 업무집행관여자의 책임은 발생하지 않는다.

업무집행관여자가 될 수 있는 자는 법률상 이어나 표현이사가 아닌 자로서 상기의 요건을 갖춘 자이다. 또한 업무집행관여자의 수를 제한하는 규정이 없으므로 사실상 구속력 있는 지시나 명령을 내릴 수 있는 자가 2인 이상인 경우에는 이들 모두가 업무집행관여자가 될 수 있다.

---

136) Re Hydrodan (Corby) Ltd (1994) BCC 161, 163.

137) 독일에서는 콘체른관계가 형성된 경우에는 지배기업에게 업무집행관여에 대한 추정적 효력을 인정하여 지배기업이 면책을 하고자 하는 경우에는 스스로 영향력을 행사하지 않았다는 사실을 입증하여야 한다는데에 학설은 일치하고 있다. 그러나 콘체른관계의 형성 없이 사실상의 영향력을 행사한 자에게 업무집행관여의 추정적 효력을 부과하는 행위에 대하여는 학설이 나뉘고 있다. 추정적 효력을 인정하는 입장에는 Wälde (Die Anwendbarkeit des § 31 BGB und der Begriff des "gesetzlichen Vertreters" im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzern, DB 1972, 2289 Fußn.9) Kronstein (Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1967, S.640)가 있다. 이에 반하여 추정적 효력을 부정하는 학자에는 Kropff (Aktiengesetz Komt. Bd II, §117 Anm. 26)가 있다.

138) Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz Kom. Bd.II (1974), § 117, Anm. 23.

그러나 위에서 본 바와 같이 업무집행관여자란 “회사의 이사들에 대하여 사실상 구속력 있는 지시를 내리는 자”를 의미하므로 예를 들어 이사의 일부를 선임하는 경우 이사선임과 관련하여 지시를 한 것만으로 업무집행관여자가 되는 것은 아니다. 즉, 회사의 주식 40%를 소유하고 5명의 이사들 가운데 2명을 임명한 법인주주와 나머지 주식 60%를 소유하고 나머지 3명의 이사를 임명한 법인주주가 존재하는 경우에, 전자 법인이 2명의 이사들에게 영향력을 행사할 수 있었다고 하여 회사에 대한 책임을 지는 것은 아니고 또 회사에 대한 그림자 이사로 의제되는 것도 아니다.<sup>139)</sup> 또한 대리인 또는 피용자로서 지시를 하거나 본인 또는 고용주의 이름으로 직접 업무를 집행한 경우, 본인 또는 고용주는 업무집행관여자가 될 수 있으나 대리인 또는 피용자는 당연히 업무집행관여자가 되는 것은 아니다.

그 밖에 회사나 변호사나 회계사와 같은 전문가의 조언을 필요로 하는 경우 이사들이 이들의 조언에 따라 업무를 집행하는 경우, 전문가가 업무집행관여자가 되는 것은 아니라고 본다. 따라서 변호사나 회계사가 자신의 전문적인 조언과 관련하여 업무집행관여자로서 책임을 지는 경우는 통상 발생하지 않는다. 그러나 은행이 자금을 대출해주면서 회사고문을 임명하고 그 고문을 통해 경영에 관여하는 경우, 은행이 그림자 이사로 될 가능성은 상존한다.<sup>140)</sup> 그리고 아울러 앞에서 언급한 바와 같이 친인척도 업무집행관여자가 될 수 있는가 하는 점에 대하여는 인적범위의 확대를 초래할 수 있으므로 배제되어야 한다고 본다.

이사들이 업무집행관여자의 지시를 받아 업무를 집행하거나 이사를 대신하여 업무집행관여자가 이사의 이름으로 업무를 집행하는 경우 이사는 스스로 회사경영의 임무와 권한을 포기하였다고 볼 수 있다. 이러한 경우 이사의 의무위반 여부가 문제된다. 예를 들어 이사들이 지배인을 선임하여 그에게 회사경영권을 위임하고 그에 대한 통제나 감독을 하지 않는 경우<sup>141)</sup>는 물론, 자신들의 재량을 행사함이 없이 대주주의 지시나 명령을 따른 경우<sup>142)</sup>에도 이사의 의무위반이 있게 된다.

---

139) Kuwait Asia Bank v. National Mutual Life Nominee (1991) 1 AC 187; 이종기, 전계논문, 주 6) 참조.

140) 이종기, 전계논문, 각주 9) 참조

141) Horn v. Henry Faulder & Co Ltd (1908) 99 LT 524. 이 사건에서 회사는 Horn을 제과영업부의 지배인으로 임명하고 “이사들이 그의 영업에 관여하지 않기로 하는 계약”을 체결한 바 있다. 이에 대하여 법원은, 이사들이 계약을 위반하여 자신의 영업에 관여하였다는 Horn의 주장에 대하여, 그 계약은 집행될 수 없는 것이라고 판결하였다; 이종기, 전계논문, 주 10) 참조.

142) Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer(1959) AC 324, 363; Selangor United Rubber v. Cradock (No.3) (1968) All ER 1073, 1095. 전자의 사건은 대리인 이사 (nominee director)의 의무에 관한 분쟁이었다. 본 사건에서 법원은 대리인 이사 (nominee directors)가 자기를 이사로 선임한 지배주주의 이익과 회사의 이익이 충돌하

따라서 업무집행관여자의 지시나 명령에 습관적으로 따라가는 경우, 이사들에게 의무 위반이 발생하게 되는 것은 당연하다. 그러나 업무집행관여자의 지시에 따르지 않는 경우 그에 의해 자신들의 이사직이 박탈될 수 있다는 사실을 이유로 책임 없음을 항변할 수 있는가 하는 문제이다. 즉 이러한 항변을 인정한다고 한다면 업무집행관여자의 책임에 관한 규정이 그 의미를 상실하게 된다. 따라서 이를 부정하는 것이 바람직하다고 사료된다.<sup>143)</sup> 이 때 이사에 대하여 회사가 손해배상을 청구함에 있어서는 감사가 회사를 대표한다(상법 제394조 1문).

업무집행관여자는 상법 제401조의2에 의거하여 제399조에서 규정하고 있는 이사의 회사에 대한 책임을 지게 된다. 따라서 회사의 이사가 아니면서 자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여한 업무집행관여자는 상법 제399조에 의거하여 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 이사와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다.

따라서 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하도록 지시하거나, 그 임무를 해태 하도록 업무에 관여한 자 및 이사의 이름으로 업무를 집행한 업무집행관여자는 그 이사와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다. 예를 들어 이사가 회사의 영업년도말에 결산을 한 결과 이익이 발생하지 않았음에도 불구하고 주주들에게 이익배당을 한 경우 라든가(상 제462조) 이사가 경업피지의무에 위반하도록 하게 한 경우(상 제397조), 이사회 승인없이 이사가 자기거래를 하도록 하게 한 경우(상 제398조) 등과 같이 구체적인 법령이나 정관에 위반하도록 지시한 경우에 해당 이사와 함께 연대하여 손해배상책임을 지게 된다. 그리고 공개요건을 갖추지 못한 기업을 공개하기 위하여 계산서류 등을 조작하는 행위<sup>144)</sup> 등을 하도록 한 경우도 이에 해당한다. 또한 이사가 대표이사의 직무감독을 소홀히 하도록 하여 대표이사의 부정행위를 막지 못하도록 한 경우에도 사실상 이사는 해당이사와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다.<sup>145)</sup>

그러나 업무집행관여자는 제정법상 창조된 개념이므로 특정인을 업무집행관여자로 의제하여 부과하는 의무와 책임은 상법에 따라 부과된 법률상 이사의 의무와 책임(상법 제399조, 401조)으로 한정된다. 따라서 판례를 통하여 형성된 이사의 의무와 책임은 업무집행관여자에게는 부과되지 않는다.<sup>146)</sup>

---

는 경우에 회사의 이익을 우선하여 업무를 집행하여야 하기 때문에 지배주주의 지시만을 따르는 경우 소수주주를 억압하게 되어 이사의 충실의무를 위반할 수 있다고 판단한 바 있다; 이종기, 전제논문, 주 11) 참조.

143) Gramophone and Typewriter Co v. Stanley (1908) 2 KB 89.

144) 양승규, 기업의 부실공개관여자의 책임, 서울대 법학 37권2호(1996.9), 1면 이하 참조.

145) 대법원 1985.6.25, 선고 84다카1954 판결.



업무집행관계자가 제399조에 의거하여 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 이사와 연대하여 손해배상책임을 지게 되는 법적 성질에 대하여 검토할 필요가 있다. 이에 대하여는 업무집행관계자가 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여함으로써 생긴 손해에 대하여는 그 결과에 따라 책임을 인정하여야 하는 무과실책임을 인정하여야 하는가, 아니면 과실책임으로 보아야 하는가, 그리고 명백히 과실을 전제로 하는 책임원인을 제외하고는 무과실책임으로 보아야 하는가 하는 문제가 제기된다.

이에 대하여 우리 상법에서는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 사실상 이사에게 위임관계에 기한 채무불이행책임을 부과하는 어렵다고 사료된다. 따라서 그 성질을 일반불법행위로 인한 손해배상책임을 인정하여야 할 것으로 사료된다. 따라서 민법 750조에 의한 일반불법행위상의 책임을 인정하려면 당연히 과실책임으로 보아야 하고 이에 대한 입증책임도 업무집행관계자의 책임을 주장하는 자가 입증하여야 하리라 본다.

업무집행관계자의 회사에 대한 손해배상책임은 위임관계에 기한 채무불이행책임이 아니라 불법행위책임이므로 회사를 대표하여 소 제기권을 갖는 대표이사나, 감사는 민법 제766조에 의거하여 그 손해 및 업무집행관계자를 안 날로부터 3년간, 업무집행관여를 한 날로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸한다. 그러나 주주가 대표소송을 제기하는 경우에도 동일한 소멸시효가 적용된다고 본다. 독일의 경우에는 이에 대하여 명백히 5년의 소멸시효를 특정하고 있다(독일주식법 제117조 6항).

우리 상법상으로는 업무집행관계자에 대하여 대표이사가 손해배상의 청구를 하여야 하며, 대표이사가 업무집행관계자와 연대하여 책임을 지는 경우에는 감사가 이를 청구하여야 한다. 그러나 대표이사나 감사 중 어느 누구도 책임을 추궁하지 않을 때에는 소수주주가 상법 제403조에 의거하여 대표소송을 제기할 수 있다고 본다.

이 때 해석론상 문제가 될 수 있는 것은 개인 주주가 대표소송 이외의 방법으로 단독의 소를 제기할 수 있는가 하는 점에 대하여 논란의 여지가 있다. 독일에서는 개인 주주도 대표소송 이외의 방법으로 소제기권을 갖는다는 견해<sup>147)</sup>가 있으나, 이는 남소의 가능성이 높고 현행법 체계 내에서 법해석론상 불가능하다고 사료된다. 따라서 주

---

146) 이종기, 전제논문, 266면.

147) Mertens, Kölner Kom. Anm. 39: Wälde, DB 1972, 2289 ff.; Immengar, Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschwennenden Einflusses?, ZGR 1978, 269, 276; Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 292 ff.

주가 책임을 추궁하는 경우에는 대표소송의 방법으로 하여야 한다.

개정상법 제401조의 2에 의거하여 업무집행관계자는 제401조의 규정에 따라 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 이사와 연대하여 손해배상책임을 진다. 따라서 이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 게을리 하도록 자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여하여 제3자에게 손해를 가한 업무집행관계자는 해당 이사와 연대하여 제3자에게 손해배상책임을 지게 된다. 이때 업무집행관계자에게도 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에만 책임지는가 하는 점에 대하여는 이사와 동일하게 보아야 할 것이다.

업무집행관계자의 경우에 회사와의 명백한 위임관계에 있지 않으므로, 업무집행관계자가 제3자에 지는 책임의 법적 성질은 불법행위책임이라 보는 것이 타당하다. 따라서 민법 제750조 이하의 규정에 따라 제401조의2에 반하는 위법한 행위이므로 제3자는 업무집행관계자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 이 때 물론 입증책임은 제3자에게 있다고 본다. 그리고 제751조에 의거하여 재산 이외의 정신적 고통에 대한 손해배상책임도 아울러 지게 된다. 물론 책임소멸시효도 민법 제766조에 의거하여 그 손해 및 사실상 이사를 안 날로부터 3년간, 업무집행관여를 한 날로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸한다.

회사의 이사가 아니면서 자신의 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 회사의 업무에 관여한 자에 대하여는 제401조의 규정에 따라 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 이사와 연대하여 손해배상책임을 지도록 규정하고 있다.

이 때 제3자란 회사와 이사 이외의 자이다. 경영자들의 방만한 경영으로 기업이 부실화되어 채권의 만족을 얻을 수 없는 채권자가 이에 속하는데, 주주가 제3자에 속하느냐는 다툼이 있다. 즉, 주주는 회사의 채권자가 아니라 출자자로서 주주총회를 통하여 회사의 경영에 참여하고 있으므로 주주의 자격에서 입은 손해의 경우에는 제3자로 볼 수 없다는 입장<sup>148)</sup>과 주주도 제3자에 포함시켜야 한다는 입장<sup>149)</sup>이 있다. 판례는 주주를 제3자에 포함시키지 않고 있다.<sup>150)</sup>

주주를 제3자에 포함시킬 것인가 하는 문제는 주주가 입은 간접손해까지 배상하는 것이 타당한가 하는 점에 초점이 모아진다. 그러나 주주의 간접손해까지 책임을 인정하는 경우 경영자판단의 원칙을 적용함에 있어서 많은 문제점을 안고 있다고 사료된다.

148) 서돈각, 상법연구, 1980, 62면.

149) 손주찬, 상법(상), 1996, 776면; 정찬형, 상법강의(상), 1998, 804면; 최기원, 회사법신론, 1997, 562면.

150) 대법원 1993.1.26. 선고 91다36093.

최근에 대기업들에 있어서 법률상 이사가 아니면서 실질적으로 회사에 대하여 배후에서 강력한 영향력을 행사하고 있으면서도 책임을 지지 않는다는 점에 대하여 사회적 비난이 많았다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위하여 상법 제401조의2를 신설하여 이러한 배후이사에 대하여도 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하고자 하고 있다. 동조 신설에 관하여는 독일주식법 제117조와 영국1985년 회사법 제741조가 모델이 되었다.

그러나 독일주식법 제117조에서는 고의적으로 이사, 감사, 지배인 기타 사용인에게 그의 영향력으로 회사의 주주의 손해가 발생하는 행위를 하도록 지시한 경우에 손해 배상책임을 진다는 규정이다. 이는 당초에 입법취지가 그 회사의 소수주주들을 보호하는데 있었다. 이러한 규정은 대주주나 채권자의 영향력을 예방하는 효과는 기대할 수 있다고 본다.

또한 영국회사법에서는 이사란 명칭의 여하를 불문하고 이사의 지위를 차지하는 모든 자로 보고 배후이사도 법률상의 이사로 보고 있다. 따라서 이러한 배후이사에 대한 이사의 책임을 인정함으로써 회사의 소수주주를 보호하고자 하는 취지가 있다. 그러나 이러한 배후 이사의 한계가 모호하고 보이지 않는 손에 의한 영향력 행사자를 찾아내어 그의 고의성을 입증한다는 것이 가능한가 하는 점이다. 특히 우리 개정상법에서 입증에 관한 구체적인 규정을 두지 않고 업무집행관여자의 책임을 인정한다는 것은 실질적으로 그 효력이 미비할 수밖에 없다.

이를 보완하기 위하여 입증책임에 관한 특별규정을 둔다 할지라도 이는 상징적인 의미와 다소 예방적 효력밖에 없을 것으로 사료된다. 따라서 이러한 상징적인 의미만을 갖고 있는 법규정을 통하여 남소의 가능성이 크다는 점을 고려하여 재검토하여야 한다.

또한 앞에서 본 바와 같이 독일에서는 업무집행관여자의 책임과 관련하여 지배계약관계가 있는 경우와 없는 경우를 구분하여 117조는 지배계약 없는 업무집행관여에 대한 책임을 부과시키고 있으며, 지배계약관계에 있는 업무집행관여의 경우에는 독일주식법 제308조부터 제310조에 걸쳐 따로 규정하고 있다. 따라서 개정상법 제401조의2를 통하여 매우 포괄적인 업무집행관여에 대한 이사의 책임을 부과하는 경우에는 지배계약이 존재하는 경우와 없는 경우가 함께 1개 조문에 의하여 다루어지는 문제점을 야기 시킨다.

특히 독일의 경우에는 지배계약, 즉 콘체른관계가 존재하는 경우에는 의결권행사의 형태로 영향력을 행사하더라도 업무집행관여자는 책임을 지게 되나, 지배관계 없는

단순한 개인으로서 의결권 행사의 형태로 영향력을 행사한 경우에는 책임을 배제하는 명문규정을 두고 있다. 그러나 우리 개정 상법상 이러한 규정이 없어 업무집행관여자의 책임문제가 복잡하여 질 수 있고, 이는 남소의 유발을 초래할 수 있다.

현행 우리 법체계상 회사간 지배관계에 대하여는 공정거래법과 증권거래법 및 상법을 통하여 다루어지고 있다. 따라서 개정상법에서 이러한 문제를 해결하기 위하여 업무집행관여자가 주주총회에서 의결권을 통하여 영향력을 행사하는 경우에는 책임을 배제하는 명백한 규정을 두는 것이 바람직하다고 사료된다.

또한 동조 제1항에서 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 경우에 고의가 없더라도 이사의 책임을 지도록 규정하고 있다. 따라서 설령 업무집행지시를 선의로 회사의 건전한 경영을 위하여 지시한 경우에도 책임을 지게 된다. 그러나 독일 주식법 제117조에서는 “회사 또는 그 주주에게 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자”로 명백히 규정하고 있다.

따라서 동조 제1항에 회사 또는 주주에게 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자”라는 내용을 삽입하는 것이 바람직하다고 사료된다. 그리고 이사의 이름으로 직접 회사의 업무를 집행한 자는 2항에서 규정하고 있는 표현이사제도로 충분히 해결할 수 있는 문제라고 사료되므로 이의 규정은 입법의 중복성을 초래한다. 따라서 이를 삭제하는 것이 바람직하다.

회사에 대하여 영향력을 가진 자가 주주총회에서 의결권을 행사함으로써 업무집행에 관여하는 경우에는 적용을 배제한다는 단서 조항을 개정상법 제401조의2 제1항에 신설하여야 한다. “회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 회사 또는 그 주주에게 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자는 그 지시에 관하여 제399조, 제401조 및 403조의 적용에 있어서 이사로 본다.”로 개정하여야 한다.

## 표현이사

개정상법 제401조의2 제2항에서 규정하고 있는 “이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 기획조정실장, 전무, 상무 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될만한 명칭을 사용하는 자”는 이사와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다.

사실상 이사에 대한 책임은 이미 표현이사란 이름으로 많은 토론의 여지가 있어 왔다. 표현이사에 대한 이론은 원래 영미의 판례, 입법 및 학설을 중심으로 발전되어 온 것으로 표현이사의 존재에 관하여 회사 측이 원인을 제공한 외관을 신뢰하여 그 표현이사와 거래했던 제3자를 보호하기 위하여 법률상 이사와 마찬가지로의 법적 효과

를 부여하기 위한 필요성에서 유래된 제도이다.

원래 표현이사제도는 우리나라에는 없던 제도이다. 다만 이와 유사한 제도로서 상법 제395조에서 표현대표이사에 관한 규정을 두고 있었다. 즉, 동조에 따르면 사장.부사장.전무.상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사가 한 행위에 대하여는 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여 대표이사의 행위와 마찬가지로 그 책임을 진다고 규정하고 있다. 이러한 표현대표이사제도는 회사가 영업상의 거래를 함에 있어 선의의 제3자를 보호하고자 입법화된 것이나<sup>151)</sup>, 최근에는 이 제도가 제3자를 지나치게 보호하고 또 상업등기제도(상 37조)와도 모순된다는 점과 제3자 보호는 일반이론을 통하여 충분히 보호될 수 있다고 보아 입법론상 표현대표이사제도를 반대하는 견해도 있다.<sup>152)</sup>

표현대표이사에 관한 규정이 적용되기 위하여 첫째로 회사가 표현대표이사의 명칭사용을 허락한 경우에 한하여 본 조가 적용되며, 당해 행위자가 임의로 그와 같은 명칭을 사용한 경우에는 본 조가 적용되지 않는다. 즉, 회사에 귀책사유가 있어야 상법 제395조가 적용된다. 이 때 회사의 허락은 적극적인 승낙뿐만 아니라, 소극적인 묵인을 포함한다.<sup>153)</sup>

둘째로 거래의 통념상 회사대표권의 존재를 표시하는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여야 한다. 상법 제395조는 사장, 부사장, 전무, 상무를 예시하고 있으나, 이에 한하지 않고 총재, 은행장, 이사장 등과 같이 일반관행에 비추어 대표권이 있는 것으로 사용되는 모든 명칭을 포함한다.<sup>154)</sup> 또한 상법 제395조는 이러한 명칭을 사용하는 자가 이사임을 요하는 것으로 규정하고 있으나, 제3자의 신뢰를 보호하여 거래의 안전을 보장하려는 동조의 입법취지에서 이사임을 요하지 않는다고 보는 것이 통설<sup>155)</sup>과 판례<sup>156)</sup>의 입장이다.

셋째, 제3자는 행위자가 대표권이 없음을 알지 못하여야 한다. 이 때 제3자는 직접의 거래상대방 뿐만 아니라, 그 명칭의 표시를 신뢰한 모든 제3자를 포함한다고 본다.<sup>157)</sup> 이상의 요건을 갖추어 상법 제395조가 적용되는 경우에는 표현대표이사의 행

151) 박길준, 표현대표이사, "상사법논집"(서돈각교수정년기념논문, 1986), 189면.

152) 정동윤, "표현대표이사", 상법논집(정희철선생 화갑기념논문), 경문사(1979), 105면; 정동윤, 회사법, 1996, 398면.

153) 대판 1955.11.24, 4288 민상 340(카드 4933) 및 동 1994.12.2. 94 다 7591, 대판 1975.5.27, 74다 1366.

154) 정찬형, 상법강의 (상), 1998, 799면 참조.

155) 정동윤, 회사법, 399면; 채이식, 상법강의(상), 1996, 573면; 이기수, 회사법학, 1996, 407면.

156) 대판 1979.2.13, 77 다 2436; 대판 1985.6.11, 84 다카 963; 1992.7.28, 91 다 35816.

위에 대하여 회사는 마치 대표권이 있는 대표이사의 행위와 같이, 제3자에 대하여 권리를 취득하고 의무를 부담한다.

이상을 고찰하여 볼 때에 주식회사에서 이사의 명칭을 갖고 업무집행 할 수 있는 대표기관으로 인정될 수 있는 자는 이사가 아니라 대표이사이다. 이는 표현이사의 거의 대부분은 표현대표이사의 요건을 갖추고 있다고 볼 수 있다. 따라서 표현대표이사의 규정이 존재함에도 불구하고 표현이사의 규정을 신설하는 것은 재검토되어야 하리라 본다.

표현이사를 인정할 수 있는 요건을 다음의 두 가지로 요약할 수 있다.<sup>157)</sup> 첫째, 누군가가 이사로서 회사를 위하여 사실상 업무를 집행하여야 하고 둘째, 어떠한 형태로든 최소한 해당 행위에 대한 회사의 귀책사유가 존재하여야 한다. 즉, 예를 들어 당해 행위를 회사가 인식하였거나 이사로서 제3자가 신뢰할 수 있도록 회사가 원인제공을 하였어야 한다.

표현이사에게 법률상 이사와 동일한 책임을 인정하기 위하여 우선 표현이사가 법률상 이사의 외관을 갖고 회사의 업무를 집행하였어야 한다. 이 때 문제가 되는 것은 구체

---

157) 정동윤, 회사법, 401면; 채이식, 575면; 이기수, 회사법, 409면.

158) 독일에서 사실상 이사의 개념은 원래 영미에 있어서와 마찬가지로 학설·판례상 발전되어 온 忍容理論(Duldungsvollmacht) 및 표현대리(Anscheinsvollmacht)원칙을 유추적용하여 거래상의 신뢰보호와 법적 안정성을 도모하고, 특히 선의의 제3자와 회사이익의 보호라는 차원에서 일정한 요건을 갖춘 자에게는 법률상 이사와 동등한 취급을 해야 할 필요성에서 출발하였다. 그러나 사실상 이사는 회사의 機關이 아님에도 불구하고 이들의 행위를 기관의 행위와 동일하게 취급할 수 있는 그 근거가 무엇인가 하는 점에 문제가 제기되었다. 이에 대하여 과거에는 사실상 이사가 사원의 동의를 얻어 회사업무를 집행할 경우에는 이들간에 묵시적 계약체결 (예컨대 RGSt. 16, 269, 271; RGZ 152, 273, 277. 임기만료의 경우 계약의 연장으로 보는 것으로 BGHZ 10, 187, 194 = NJW 1953, 1465, 1466)이 있는 것으로 보았고, 그 밖의 경우에는 사무관리(유한회사의 경우에 관하여 RG, Recht 1909 Nr.2938)나 신의성실(RGSt.64, 91, 84; BGHZ 10, 187, 193 = NJW 1953, 1465, 1466; BGHZ 56, 190, 194 = NJW 1976, 145, 146; G. Jarembowski, a.a.O., S.104)의 원칙 등이 법적 근거로 제시되기도 하였다. 그러나 오늘날에는 회사와 사실상 이사간에 존재하는 하자 있는 계속적 법률관계의 효력을 제한적 승인하는 것이라는 견해가 일반적이다 (Geßler/Hefermehl u.a., Aktiengesetz Kommentar, 1. Aufl., München, §84 Rdnr. 23). 그 밖에도 사실상 이사의 책임에 관한 근거로서 지배와 책임의 일치라는 일반 조직법상의 원칙이 특히 제시되기도 한다 (Schneider, Konzernleitung als Rechtsproblem, Betriebsberater(BB) 1981, 249, 257; Wiedemann, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, 392, 393; Rehbindler, Gesellschaftsrechtliche Problem mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR 1977, 581, 640).

적으로 표현이사가 행한 회사의 업무집행 중 어떠한 범위까지 법률상 이사의 책임을 부과할 수 있는가 하는 문제이다.

이와 관련하여 광의로 해석하는 견해에 따르면 법률상 이사와 동일하게 회사의 업무를 사실상 집행한 모든 행위와 업무집행을 직접하지는 않았더라도 간접적으로 법률상 이사의 업무집행에 영향을 미친 행위에 대하여도 표현이사에게 법률상 이사와 동일한 책임을 인정하여야 한다는 견해이다.<sup>159)</sup>

이에 반하여 협의로 해석하는 견해<sup>160)</sup>에 따르면 표현이사의 업무집행으로부터 법률상 이사가 배제될 것을 요건으로 하고 있다. 이 때 배제되었다는 것은 표현이사가 직접적으로 업무집행을 하였어야 한다는 것이다.<sup>161)</sup> 최근 독일판례는 위 사실상 업무집행 행위와 관련하여 법률상 이사의 업무집행행위에 영향을 미치는 행위까지도 표현이사의 책임을 인정하는 경향을 보이고 있다.

이에 비해 미국의 판례에서는 표현이사의 업무집행에 대한 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하기 위하여 표현이사의 업무집행행위가 일반적이고, 지속적으로 이루어져야 할 것을 요구하고 있다. 따라서 “계속적 업무집행”을 동반하지 않는 이사로서의 단순한 외관만 가지고 개별적인 업무집행을 하는 자에 대하여는 회사 측에 대한 금반언칙(rule of estoppel)의 적용은 가능하더라도 표현이사에는 해당되지 않는 것으로 보고 있다.<sup>162)</sup>

회사업무를 사실상 집행한 자에게 표현이사로서의 책임을 인정하기 위하여 표현이사의 업무집행행위에 대한 회사의 귀책이 있어야 한다. 이 때 회사의 귀책사유로 들 수 있는 것은 당해 행위에 대한 회사의 인지(Kenntnis), 인용(Duldung) 또는 동의(Einverständnis) 등을 들 수 있으며,<sup>163)</sup> 반드시 사전적인 것을 전제로 하지 않고 사후에 이를 알고 어떠한 이의나 소송을 제기하지 않은 경우도 이에 해당된다고 본다. 이는 회사의 업무를 사실상 집행하는 자의 이사로서의 외관을 갖는데 회사가 어느 정도 기여함을 전제하는 것이라고 볼 수 있다.

---

159) BGHSt. 31, 118, 121 f.= NJW 1983, 240, 241; 비슷한 견해로서 Hefermehl, Deliktische Haftung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft gegenüber Dritten, in: Freundesgabe für Hans Hengler, 1972, S.88, 92.

160) Reich, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht, Der Betrieb (DB) 1967, S.1667 ff.

161) BGHSt.21, 101 = NJW 1966, 2225.

162) 신현윤, 전개논문, 93면.

163) BGHZ 41, 282, 287 = NJW 1964, 1367; BGHZ 47, 341, 343 = NJW 1967, 1711, 1712; BGHSt. 31, 118, 123 = NJW 1983, 240, 241; Geßler/Hefermehl, a.a.o., §84 Rdnr. 133.

한편 독일의 경우 학설상으로 회사의 귀책요건을 보다 엄격히 해석하여 회사에게 귀책사유가 인정되기 위하여 최소한 회사가 표현이사를 형식상 이사로 선임하는 행위가 존재하여야 한다고 주장하는 견해도 있으나,<sup>164)</sup> 다수의 견해는 하자있는<sup>165)</sup> 사실상 이사의 선임행위를 반드시 요하는 것으로 보지 않으며,<sup>166)</sup> 누군가가 이사권한을 행사하고 있음을 이사 선임기관이 인지하고 있는 것만으로 족한 것으로 보고 있다.<sup>167)</sup>

이에 비해 미국의 학설, 판례에서는 이 요건을 다소 엄격하게 해석하여 사실상의 이사를 단순한 침탈자(usurper, intruder)와 구별하는 기준으로서 최소한 이사선임 또는 임명의 사실이 객관적으로 존재할 것을 요하고,<sup>168)</sup> 이사선임기간의 만료로 인하여 표현이사가 되는 경우에도 종전의 이사선임사실이 전제되어야 한다.<sup>169)</sup> 한편 영국의 경우도 사실상 이사에게 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하고 있는 1985년 회사법 제285조를 해석함에 있어 사실상 이사의 성립을 인정하기 위하여 적어도 하자있는 선임행위가 있어야 한다고 보고 있다.<sup>170)</sup>

164) Mertens, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Aufl., Band 1, §93 Rdnr. 2; Jarzembowski, Fehlerhafte Organakte, 1982, S.104; Reich, a.a.O., S.1666. 그러나 Reich는 사실상 선임행위가 없는 경우에도 이사를 허수아비로 이용하거나 이사의 기능을 배제하고 스스로 업무집행을 하는 자는 사실상 이사로 인정하고 있다.

165) 여기에서 하자의 원인으로 들 수 있는 것은 1) 소집절차 또는 기타 절차상의 하자 2) 피선거권 전제요건 (예컨대 자격주) 위반 3) 이사정원의 위반등이다. Jarzembowski, a.a.O., S.35.

166) Meier-Landrut, a.a.O., §84 Anm 18; Geßler/Hefermehl, a.a.O., §84 Rdnr.8; Stein, Das faktische Organ, 1984, S.35.

167) 이러한 견해에 따르면 선임절차 없이 단순히 배후에서 이사 등을 통해 회사업무에 영향력을 행사하는 자도 사실상 이사의 요건에 해당하게 된다. 한편 비교법적으로 스위스의 경우 학설, 판례상 이사의 개념을 넓게 기능적으로 파악하여 선임행위에 근거한 형식적 지위뿐만 아니라 회사업무에 대한 영향력을 행사할 수 있는 실질적 지위까지도 포함하기 때문에 사실상 선임행위가 그다지 중요하지 않은 것으로 보고 있다. Postmoser, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, FS von Arthur Meier-Hayoz, 1982, S.125, 132 ff.; Gehriger, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen (Diss.), 1978, S.129, 135.

168) 신현윤, 전제논문, 95면.

169) Baker v. Smith 102 A. 721, 725 ff.(S.C. of R.I. 1918); Doehler v. Lansdon 298 p.200, 204 (S.C. of Oregon 1931).

170) 그러나 shadow director은 단지 이사를 임명할 수 있는 것만으로는 충분치 않고 이사들이 그의 지시에 따라 행위하도록 되어 있음을 전제로 한다. Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Life Nominees Ltd (1990) 3 All ER 404, (1990) BCLC 868, PC. 한편 이 shadow director는 이사회 외부에 존재하면서 영향력을 행사하는 것을 전



이상의 점을 고찰하여 볼 때에 표현이사의 성립요건을 단순히 회사가 이를 인식한 것만으로 인정한다고 한다면 지나치게 제3를 보호할 위험성이 있다. 따라서 회사의 귀책사유를 인정하기 위하여 어떠한 형태로든 적어도 하자있는 선임행위가 존재하여야 하리라 보인다.

법률상 이사의 요건을 결한 자에게 표현이사라는 개념을 도입하여 법률상 이사로 의제 하고자 하는 입법, 판례 및 학설은 그 근본 취지를 기성사실을 존중하여 법률관계를 안정시키고자 하는데 있다. 따라서 표현이사의 대내.외적 업무집행행위에 대해 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하고 또 표현이사의 업무집행을 유효화하기 위하여 표현이사의 법적 지위가 법률상 이사의 법적 지위와 동일하다는 것이 전제되어야 한다.<sup>171)</sup> 즉 표현이사는 법률상 이사는 아닐지라도 법률과 정관에 정한 모든 법률상 이사의 권한과 의무가 인정되도록 의제 되어야 한다.

표현이사는 업무집행과 관련하여 법률상 이사와 동일한 권한을 갖는 것으로 의제할 수 있다.<sup>172)</sup> 따라서 표현이사는 이사회 구성원으로서 이사회에 참석하여 회사업무집행에 관한 의결권을 행사할 수 있으며, 이사회 결의에 따라 대내적 업무집행을 분담하고 이를 집행할 권한을 갖는다. 또한 표현이사가 대표이사로 선임된 경우에는 사실상 대표이사로서 회사를 대표하고 업무를 집행할 권한을 갖는 것으로 의제 된다.

그러나 표현이사에게 법률상 이사와 동일한 권한이 의제된다는 것은 정책적으로 인정된다는 것을 의미하므로 표현이사에게 업무집행과 관련 없는 법률상 이사의 권리도 동등하게 부여된다는 것을 의미하지는 않는다. 따라서 예컨대 표현이사에게 법률상 이사와 동등한 보수청구권이 당연히 인정된다고 볼 수는 없고, 다만 선의로 그의 외관적 권한에 따라 직무를 성실히 이행한 경우 그에 따른 보상으로 노무상당금액(quantum meruit)의 청구가 인정될 수 있을 것이다.<sup>173)</sup>

---

제로 하는데 비해, 사실상 이사는 마치 그가 유효하게 선임된 것처럼 공개적으로 행위하는 점에 차이가 있다. L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, 1992, p.144.

171) Geßler/Herfermehl u.a., a.a.O; Golling, *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen AG (Diss.)*, 1969, S.22; Clive M. Schmitthoff, *Palmer's Company Law*(vol. 1), 22nd ed., London 1976, p.648.

172) 그러나 사실상 이사를 넓은 의미에서 파악하여 배후에서 이사를 허수아비로 이용하여 실제에 있어 이사의 권한을 행사한 자도 사실상 이사로 포함시키는 견해에서는 이러한 배후인물에 대해서까지 이사의 권한을 인정하고 않고 있다. Reich, a.a.O., S.1666.

173) Clive Schmitthoff, *ibid*, p.649. 여기에서 노무상당금액(quantum meruit)은 영미계약법상 준계약(quasi contract)에 기해제공한 노무에 대하여 청구할 수 있는 원상회복적

표현이사에게 업무집행과 관련하여 법률상 이사와 동일한 권한이 부여되는 것으로 의 제함과 동시에 표현이사에게도 업무집행과 관련하여 법률상 이사와 동일한 의무를 부과하여야 한다. 이는 특히 표현이사에게 법률상 이사와 동일한 책임을 부과하기 위하여 의무위반이 전제되어야 하기 때문이다.<sup>174)</sup>

따라서 표현이사는 회사의 업무를 집행함에 있어 통상 이사에게 요구되는 선량한 관리자의 주의의무를 부담하여야 한다(민법 제681조, 상법 제382조 2항). 그 밖에 법률상 이사에게 부과된 여러 가지 의무, 예컨대 경업피지의무(상법 제397조 1항), 자기거래시 이사회 승인을 얻어야 할 의무(상법 제398조) 및 회사정관상 이사에게 부과되는 의무도 함께 이행하여야 한다.

이사가 회사 또는 제3자에게 손해를 가한 경우 우선 민법의 일반원칙에 따라 위임계약의 불이행에 의한 손해배상책임 및 불법행위책임을 지게 되며 상법상으로도 이와 별도의 엄격한 책임을 부과하고 있다. 이미 언급한 바와 같이 표현이사에게는 법률상 이사와 동일한 지위가 부여되는 것으로 의제되기 때문에, 표현이사에게도 법률상 이사에 부여된 민법상의 책임과 상법상의 책임이 그대로 인정되어야 한다는 것이 오늘날 각국의 판례와 학설의 입장이다.<sup>175)</sup>

따라서 표현이사는 회사의 업무를 집행함에 있어 회사 또는 제3자에게 손해를 발생시킨 경우에는 민법상 책임은 물론 상법상 법률상 이사와 동일한 책임을 지게 된다.<sup>176)</sup> 우리 상법상 이를 해석하면 표현이사가 업무를 집행함에 있어 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있고(상법 제399조), 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 의무를 해태한 때에는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제401조).

---

인 노무상당액을 말한다.

174) Geßler/Hefermehl u.a., a.a.O., §84 Rdnr 133 und §93 Rdnr. 8; Baumbach/Hueck, a.a.O., §84 Rdnr 7; Reich, a.a.O., S. 1666; Schneider, a.a.O., S.257.

175) 독일문헌으로는 Reich, a.a.O., S.1669; Golling, a.a.O., S.25; Baumbach/Hueck, Aktiengesetz Kom., 13. Aufl., §93 Rdnr.2; Geßler/Hefermehl u.a. a.a.O., §93 Rdnr.8; Mertens, in:Kölner Komm. @.Aufl. (1990), §93 Rdnr. 6. 영국문헌으로는 L.C.B. Gower, ibid; Harry Rajak, A Sourcebook of Company Law, 1989, pp.316-342.

176) Geßler/Hefermehl, a.a.O., §93 Rdnr. 8; Mertens, in: Kölner Kommentar, §93 Rdnr. 6; Schilling, in: Großkomm., §93 Anm.4; BGHZ 41, 282, 287; Reich, a.a.O., S.1666.

그러나 표현이사는 회사업무집행과 관련하여 법률상 이사와 동일한 책임을 지는 것이 전제되므로 업무집행과 관련 없이 이사의 지위 때문에 당연히 인정되는 자본총실의 책임(상법 제428조)까지 인정하여서는 안 된다고 사료된다.

표현이사가 제3자와 거래를 한 경우 제3자가 표현이사라는 사실에 대하여 선의인 경우 당해 거래행위가 법률상 이사의 권한내의 행위인 경우에는 유효하다.<sup>177)</sup> 이는 표현이사제도를 인정하는데 있어 가장 중요한 논거가 된다. 그러나 실제로는 이러한 표현이사제도가 없더라도 기존의 금반언칙이나 외관이론에 의하여도 제3자를 보호할 수 있기 때문에 표현이사제도는 그 기능 면에서 외관이론과 중복되는 경향이 있다. 따라서 표현이사의 제3자와의 거래를 유효하게 하고자 하는 표현이사의 법리는 금반언칙이나 외관이론을 회사법 내에 선언하는 규정의 성격을 갖추고 있다고 볼 수 있다.

그러나 표현이사의 제3자와의 거래를 유효하게 하는 이론적 근거를 기성사실의 존중에 두는 경우 그 기능 면에서는 외관이론의 경우보다 광범위할 수 있다. 이는 기성사실존중의 이념을 고수한다면, 제3자는 회사측의 대표자 내지 대리인이 법률상 이사가 아니라는 점을 근거로 직접 대표자 내지 대리인에게 개별적으로 채무의 이행을 청구할 수 있을 뿐 아니라, 경우에 따라서는 악의의 제3자와 거래한 표현이사의 행위도 회사에 대하여 유효하게 인정될 여지가 있기 때문이다.<sup>178)</sup>

표현이사가 행한 대내적 업무집행행위의 효력 유무에 관하여는 대외적 업무집행행위의 경우와는 달리 견해가 대립되고 있다. 즉 유효로 보는 견해에 따르면 일단 표현이사로 인정된 이상은 대내적 업무집행행위도 법률상 이사와 동일한 효력을 부여하여야 한다고 한다. 이에 반해 무효로 보는 견해에서는 사실상 이사는 본래 적법한 권한이 없기 때문에 대외적인 거래를 제외하고는 그 권한 행사는 무효로 보아야 한다는 주장이다. 이와 같은 견해의 대립은 표현이사제도를 선의의 제3자 보호라는 점에 한정하여 인정할 것인가, 아니면 기성사실도 존중하는 법제도로 인정하여야 하는가의 문제이다.

그러나 오늘날 각국의 학설 판례는 표현이사이론을 기존의 외관이론이 추구하는 회사와 거래한 선의의 제3자 보호라는 차원을 넘어 기성사실존중의 이념을 근거로 하는

---

177) Fletcher, Cyclopedia of The Law of Private Corporation (perm. ed. 1969) §383, at 218-221.

178) 영미의 경우 아직 일반적으로 선의자 보호에 그치고 있고 악의자 보호의 필요성까지는 인정되지 않고 있는 것이 거래계의 실정이나 기성사실존중의 이념을 보다 철저히 라는 경우 악의자 보호의 이론적 근거가 내포되고 있는 것이라고 볼 수 있다. 특히 이사 선임 절차상의 하자가 빈번한 중소기업의 주식회사가 많은 나라의 경우 하자사실을 말면서도 (악의로) 부득이 당해 이사와 거래치 않을 수 없는 제3자가 보호를 위해서 유용한 이론적 근거로 제시될 수도 있을 것이다.

것으로 보아 표현이사의 대내적 업무집행행위를 유효한 것으로 보고 있다. 따라서 예컨대 표현이사가 포함된 이사회에서 지배인을 선임하고 해임하는 행위,<sup>179)</sup> 주주관계에 있어서의 주주총회 소집통지,<sup>180)</sup> 미납입주금 납입통지, 실권주식의 배당 등의 경우에 있어서 표현이사의 요건을 갖춘 자의 대내적 업무집행행위는 원칙적으로 유효한 것으로 보고 있다.

그러나 표현이사의 대내적 업무집행행위가 효력을 갖기 위하여 기성사실의 존중이라는 차원에서 회사와 주주의 이익에 합치하고, 정당하여야 하며, 형평의 원칙에 반하여서는 안되므로 표현이사가 사익을 위하여 집행한 업무행위에 대하여는 효력이 부인된다고 본다.

이에 비해 미국의 경우 회사의 “대외적 거래관계”에 있어서 회사에게 귀책사유가 있는 외관을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하고 회사의 귀책을 인정하기 위해서는 금반언칙, 외관적 권리이론 등 기존의 외관법리가 적용되었으나, 다만 표현이사가 행한 각종의 “대내적 업무집행”에 있어서 효과, 즉 거래상대방에게 하는 채무의 이행청구 및 책임추궁의 문제는 영국에서와 같은 제정법규가 존재하지 않았기 때문에 각 주 및 법원의 태도가 나뉘고 있었다. 그 중 하나가 바로 외관이론을 확장하여 모든 이해관계인과의 관계에서 당해 행위의 유효성을 인정하려는 사실상 이사이론으로,<sup>181)</sup> 이 이론은 그 후 그 타당성의 근거로서 다시 회사관계의 획일적 처리를 위해 기존의 질서유지 내지 기성사실의 존중 등을 요청하는 “공서”(public policy)의 관념을 사용하고 있으며, 차츰 외관이론과는 별도의 독자이론으로 정립하게 되었다.<sup>182)</sup>

따라서 기성사실의 존중을 위해 사실상 이사에게는 법률상의 이사와 마찬가지로의 권리와 의무가 가해지며, 사실상 이사의 행위는 대내적 대외적으로 유효하게 된다. 그러나 사실상 이사 이론은 어디까지나 당해 표현이사의 행위를 법률상 이사의 행위와 동일시함으로써 발생하는 이익을 고려한 정책론의 범주에 속하는 것이라고 볼 수 있다.

179) Clark & Marshall, Private Corporations §662, at 2035.

180) Drob. v. National Memorial Park, Inc., 28 Del. Ch.254, 273, 41 A, 2d 589, 598 (1945); Sherwood v. Wallin, 154 Cal. 735, 99 Pac. 191 (1908).

181) 미국법상 외관이론과 사실상 이사이론과의 관계에 관하여는 石山卓磨, 事實上の取締役とその展開(東京:成文堂, 1984), 49면 이하.

182) 외관우월의 법리나 사실상 이사이론이나 모두 실제와 다른 외관에 당사자를 구속한다는 점에서 마찬가지로 효력을 가지는 것이나, 전자에 있어서는 외관을 신뢰하여 기업과 거래관계에 있는 선의의 제3자 보호에 주안점이 놓여 있는데 비해, 후자는 기성 사실존중의 이념을 바탕으로 기업에 대해 대내적·대외적으로 활동 전반에 걸쳐 기성의 질서를 유지하고자 하는 것이고 이해관계인이 표현이사를 법률상 이사로 신뢰하는 상황이 인정된다면 이 자가 행한 대내적·대외적 업무집행행위를 원칙적으로 유효하게 한 것으로 보게 되는 것이다.

종래 우리 상법의 경우 표현이사에 관한 명문규정을 가지고 있지 아니하였으나 주주총회에서 이사선임결의에 대해 무효·취소판결이 확정된 경우, 그 판결의 소급효를 제한하고 있다(상법 제190조, 376조 2항, 380조, 381조 2항). 이는 이미 우리 상법상 표현이사를 인정할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있다는 것을 의미한다. 그러나 외국의 입법예나 학설·판례 등에서 논의되는 표현이사의 법적 형태와는 다소 차이가 있었다.

이러한 표현이사제도는 원래 외관을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하고자 하는 것이 근본 취지이다. 우리 상법은 이미 이러한 취지하에 표현대표이사제도를 두어 선의의 제3자를 보호하여 왔다(상법 제395조). 즉, 동조에 따르면 사장·부사장·전무·상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사가 한 행위에 대하여는 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여 대표이사의 행위와 마찬가지로 그 책임을 진다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 표현대표이사제도와 관련하여 최근에는 이 제도가 제3자를 지나치게 보호하고 또 상업등기제도(상 37조)와도 모순된다는 점 등에서 이 제도를 입법론상 반대하는 견해도 있다.<sup>183)</sup> 이러한 점을 고찰하여 볼 때에 실제로는 이러한 표현이사제도가 없더라도 기존의 금반언칙이나 외관이론에 의하여도 제3자를 보호할 수 있기 때문에 표현이사제도는 그 기능 면에서 외관이론과 중복되는 경향이 있다.

그러나 굳이 표현이사의 제3자와의 거래를 유효하게 하는 이론적 근거를 기성사실의 존중에 두어 표현대표이사와는 별개의 것으로 취급한다고 한다면 이는 지나치게 제3자를 보호하게 되는 결과를 초래한다. 이는 회사와 거래한 제3자가 회사측의 대표자 내지 대리인이 법률상 이사가 아니라는 점을 근거로 직접 대표자 내지 대리인에게 개별적으로 채무의 이행을 청구할 수 있을 뿐 아니라, 경우에 따라서는 악의의 제3자와 거래한 표현이사의 행위도 회사에 대하여 유효하게 인정될 여지가 있기 때문이다.<sup>184)</sup> 따라서 표현이사제도를 신설하는 것이 외관을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하는 차원을 넘어 기성사실존중이라는 차원에서 신설한 것이라면 악의의 제3자도 보호하는 결과를 초래하여 경영자의 합리적인 경영판단에 문제가 될 수 있다.

---

183) 정동윤, "표현대표이사", 상법논집(정희철선생 화갑기념논문), 경문사(1979), 105면; 정동윤, 회사법, 398면 (제3자 보호는 사실상의 이사제도나 일반이론에 의하여 보호하면 충분하다고 한다).

184) 영미의 경우 아직 일반적으로 선의자 보호에 그치고 있고 악의자 보호의 필요성까지는 인정되지 않고 있는 것이 거래계의 실정이나 기성사실존중의 이념을 보다 철저히 라는 경우 악의자 보호의 이론적 근거가 내포되고 있는 것이라고 볼 수 있다. 특히 이사 선임 절차상의 하자가 빈번한 중소기업의 주식회사가 많은 나라의 경우 하자사실을 말면서도 (악의로) 부득이 당해 이사와 거래치 않을 수 없는 제3자가 보호를 위해서 유용한 이론적 근거로 제시될 수도 있을 것이다.

앞에서도 이미 언급한 바와 같이 미국의 경우에는 표현이사에 대한 명백한 규정을 두고 있지 않음으로써 많은 법률상의 혼란을 초래하고 있다. 영국의 경우는 특별히 제정법규를 두고 있어 문제의 여지가 적으나 우리나라는 개정상법에서 이에 대한 명백한 규정을 두고 있지 않음으로써 미국과 같이 표현이사와 관련하여 많은 법률적 분쟁의 소지를 안고 있다. 따라서 이에 대한 재검토가 필요하다.

표현이사제도와 관련하여 기존의 표현대표이사제도와 중복성을 초래하고, 또한 표현이사제도를 신설하고자 하는 입법목적이 기성사실의 존중에 두고 있다면 이는 지나치게 제3자를 보호하는 결과를 초래할 수 있다. 더욱이 표현대표이사제도가 지나치게 제3자를 보호하고, 또한 상업등기제도에 혼란을 초래하고 있다는 비판의 소지가 있다는 점을 감안하여 볼 때에 표현이사에 관하여 신설된 상법 제401조의2 제2항을 폐지하는 것이 바람직하다고 사료된다.

## 결어

이상에서 고찰한 바와 같이 1997년 후반 우리 경제가 IMF체제를 맞게 되면서 극심한 혼란을 겪게 되었고 아울러 이로 인한 많은 변화가 있었고, 또한 현재 진행 중이다. 그러나 이러한 극심한 변화 속에서 우리 기업들의 경쟁력을 재고하는 차원에서 기존의 기본 틀을 대폭 수정하여 새로운 기업구조의 틀을 형성하고자 하고 있다.

특히 그 일환으로 상법의 대대적인 개정작업을 추진하고 있으며, 곧 개정안이 통과될 것으로 보인다. 그러나 중요한 것은 금번 상법개정안을 작성하면서 입안자들의 시각은 사회적 요구를 충분히 수용하겠다는 입장으로 받아들여진다. 물론 이는 바람직한 방향설정이라고 사료된다. 그러나 이러한 사회적 요구를 수용함에 있어서 입법 후에 발생할 수 있는 여러 문제들에 대하여는 검토가 제대로 이루어지지 않았다는 점을 간과할 수 없다.

특히 업무집행관여자 및 표현이사의 책임에 관한 규정인 개정상법 제401조의 2는 너무 사회적인 여론에 밀려 충분한 검토 없이 신설되었다고 사료된다. 따라서 이에 대하여는 입법론적인 차원에서 재검토가 이루어져야 하리라 본다.

## 4. 주주제안권

### 머리말

세계경제시장의 지각변동이 일고 있는 현시점에서 우리나라에서도 현 경제체제로는

세계적 흐름에서 도태될 수밖에 없다는 사실을 인식하고 경제구조 전반에 걸쳐 개혁의 바람이 일고 있다. 특히 우리나라는 경제구조의 기본 틀이 주식회사를 중심으로 형성되어 온 점을 고려하여 1998년 상법 개정 작업 시에 주식회사구조의 개편을 위한 여러 가지 작업들을 시도하고 있고 조만간에 걸쳐 이러한 노력들은 결실을 맺을 것으로 보인다.

금번 상법개정의 주요골자는 소수주주의 보호와 주식회사합병의 원활화에 그 초점을 맞춘 것으로 사료된다. 특히 소수주주보호와 관련하여서는 대기업들에 있어서 기업의 경영이 소수의 지배주주에 의하여 전적으로 이루어지고, 다수의 소수주주들은 전혀 경영에 참여 할 수 없었다는 점에 초점이 맞추어져 있는 것으로 사료된다. 이러한 측면에서 금번 상법개정 시에는 이미 선진국에서 오래 전부터 시행하고 있는 주주제안권제도를 도입되게 되었다.

본 논문에서는 금번 상법개정을 통하여 상법전 내에 새로 도입되게 된 주주제안권에 관한 제규정을 고찰하여 보고 입법론적인 차원에서 그 문제점과 개선방안을 모색하여 보고자 한다. 먼저 본 작업을 시행함에 있어 현재 전제가 되고 있는 소수주주보호라는 명제가 어느 정도의 타당성을 갖는가 하는 문제도 아울러 검토하여 보고 주주제안권제도를 신설함으로써 이러한 소수주주보호라는 목적을 달성할 수 있는가 하는 점을 검토하여 보고자 한다. 소수주주보호차원에서 도입된 주주제안제도로 인하여 발생할 수 있는 문제점에 대하여도 검토하여 보고 그 개선방안을 모색하여 보고자 한다.

## 주주제안제도

종래의 주주총회제도 하에서는 회사가 소집하는 총회의 소집통지에 기재하여야 할 사항은 모두 이사회가 결정할 수 있다고 해석되었으므로 주주는 제도적으로 그 결정에 관여할 수 없었다. 즉, 주주가 회사와는 별도로 총회의 의제나 의안을 제출하기 위해서는 발행 주식 총 수의 5% 이상에 해당하는 주식을 보유한 주주가 총회소집청구권을 행사하여야만 하였고, 이사회가 소집하지 않을 경우에는 법원의 허가를 얻어 임시주주총회를 소집하여야만 하였다(상법 제366조). 또한 이사회에 의결로 주주총회를 소집할 때에는 소집통지 또는 공고에 목적사항을 기재하여야 하는 점(상법 제363조 제1항.제2항), 그리고 이 통지 또는 공고에 의해 소집된 주주총회에서는 기재된 목적사항에 한해서만 결의할 수 있는 점을 볼 때에 사실상 종래의 상법 제도 하에서는 주주가 주주총회에서 의제나 의안을 제안할 기회는 거의 없었다.

따라서 입법자는 주주가 일정한 요건을 갖추면 임시주주총회의 소집 없이도 주주총회의 의제 및 의안을 제출케 하여 회사경영에 적극적으로 참여하고 아울러 경영을 감시<sup>185)</sup>할 수 있도록 하고자 하는 취지에서 금번 상법개정시 주주제안권 규정을 신설하

게 된 것이라고 사료된다. 그 밖에 금번 주주제안제도신설의 취지를 경영에서 소외된 일반주주들에게 회사의 의사결정을 주도할 수 있는 기회를 부여하는데 두거나<sup>186)</sup>, 주주총회의 활성화를 도모하는데 두는 견해<sup>187)</sup>도 있다.

금번 신설된 1998년 상법개정안 제363조의2를 보면 의결권 있는 발행 주식 총 수의 100분의3 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 이사에 대하여 회일의 6주간 전에 서면으로 일정한 사항을 주주총회의 목적 사항으로 할 것을 제안할 수 있다고 규정하고 있다(동조 1항). 이는 주주총회에 대한 주주의 의제제안을 인정한 규정이다. 그리고 주주는 이사에 대하여 회일의 6주간 전에 서면으로 회의의 목적으로 할 사항에 추가하여 당해 주주가 제출하는 의안의 요령을 주주총회소집통지서에 기재할 것을 청구할 수 있도록 규정함으로써 주주에게 의안제출권도 인정하였다(동조 2항). 또한 이사회는 주주제안의 내용이 법령 또는 정관에 위반되는 경우를 제외하고는 이를 주주총회의 목적사항으로 상정하여야 하며, 주주제안한 자의 요청이 있는 경우에는 주주총회에서 당해 의안을 설명할 수 있는 기회를 주어야 한다(동조 제3항)고 규정하였다.

이는 1997년 4월 1일부터 시행된 개정증권거래법 제194조의 14의 개정규정과 유사한 내용을 담고 있다. 즉 동법 동조 제1항에서는 「6월 전부터 계속하여 주권상장법인의 의결권 있는 발행 주식 총 수의 1% (발행 주식 총 수가 2,000만주 이상인 법인의 경우에는 0.5%) 이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 이사에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있다」고 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항에서는 「이사회는 주주제안의 내용이 법령 또는 정관에 위반되는 경우 기타 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 이를 주주총회의 목적사항으로 상정하여야 하며, 주주제안 한 자의 요청이 있는 경우에는 주주총회에서 당해 의안을 설명할 수 있는 기회를 주어야 한다」고 규정하고 있다.

따라서 상법개정을 통하여 주주제안권 제도를 도입한 것은 일반법인 상법에서 특별법인 증권거래법의 내용을 수용한 결과가 되어 입법론적인 차원에서 모순된 점이 있다는 지적도 있었다.

이미 주주제안권제도와 관련하여 오랜 역사를 갖고 있는 미국의 경우에는 이미 1934년에 연방증권거래법상의 위임장규칙에서 주주제안권을 인정한 바 있으며, 그 후 1942년에는 증권거래위원회규칙<sup>188)</sup>(SEC regulation) X-14A에 의거하여 위임장권유

---

185) 김건식, “상법개정요강안에 대한 발표의견(IV)-소수주주권의 강화와 중간배당제도의 도입 -”, 상법개정공청회자료(법무부, 1998), 23면.

186) 우흥구, 주주제안제도에 관한 고찰, 기업과 법 (김도창변호사화갑기념), 1997, 236면.

187) 최기원, 「신회사법론」, 박영사, 1998, 438면.



규정(solicitation of proxies)<sup>189)</sup> 제8조에 주주제안에 관한 규정을 신설한 바 있다. 그리고 1948년과 1954년에는 주주제안권의 남용에 대한 방지를 목적으로 개정작업을 한 바 있으며, 최근 개정작업을 한 1983년에는 주주제안에 관한 SEC규칙 14A-8을 개정하여 1984년 1월 1일부터 시행하고 있다. 1983년 개정된 내용 중 중요한 것은 주주제안의 남용을 방지하는 차원에서 위임장 기재에 대한 이사회 권한의 확대하였고, 아울러 주주제안을 거절할 수 있는 가능성을 확대하였다는 점이다.

일본은 1948년 증권거래법에 의거한 위임장권유규칙에서 위임장권유자료에 주주가 반대의견을 제시할 수 있도록 한 바 있으나, 1950년 개정 시에는 이를 삭제하였다. 그 후 일본은 미국의 영향을 받아 1981년 상법개정시 주주제안권에 관한 제232조의 2를 신설하게 되었다.<sup>190)</sup> 독일은 1937년의 주식법에서 5%이상을 소유하는 주주의 소수주주권으로 법정하였으나, 1965년의 주식법 개정에서는 소수주주권으로서의 의제제안권(독일주식법 제122조)과 단독주주권으로서의 반대(수정)제안권(동법 제126조) 및 선거제안권(동법 제127조)으로 구분하여 규정하였다.<sup>191)</sup> 프랑스도 1966년 종래에 정관을 통하여 주주에게 인정되었던 의사일정에 관한 의안기재청구권을 상사회사법 제160조에 명문화함으로써 주주에게 제안권을 인정하였다. 영국은 1948년 주주제안제도를 회사법 제140조에 신설하였고, 현재는 1985년 회사법 제376조에서 이에 관하여 규정을 하고 있다.

이상과 같이 각국의 주주제안제도의 생성역사를 보면서 그 나름대로 독자적인 주주제안제도를 형성하여 왔다는 것을 알 수 있다. 그러나 우리가 주의 깊게 보아야 할 점은 대부분의 국가들이 주주제안제도를 도입할 당시에는 소수주주의 경영참여확대 차원에서 입법을 하였으나 제안제도의 운영과정에서 발생하는 남용이라는 문제와 관련하여 이를 해결하는 보완책을 모색하여 이를 수차에 걸쳐 개정하였다는 점이다. 특히 미국의 경우 1948년과 1954년 위임장규칙개정 시에 주주제안권의 남용에 대한 방지문제가 심도있게 논의된 바 있으며, 이에 따라 개정이 이루어졌다는 점이다. 또한 1983년 개정 시에는 제안권 남용의 견제차원에서 위임장의 기재를 이사회 판단에 대폭 위임하고, 아울러 주주제안을 이사회에서 거부할 수 있는 범위를 확대하였다는 점과, 또한 주주가 제안할 수 있는 제안의 수도 제한하였다는 점이다.

188) 미국은 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act) 제14조에 의하여 설치된 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission, S.E.C)가 주간 통상(Interstate Commerce)에 관한 입법권을 가지고 있다.

189) Federal Securities Legislation-Securities Exchange Act of 1924-Proxy Regulation.

190) 大山俊彦/三枝一雄/川内克忠/永井和之/岸田雅雄/森田章, 會社法, 三省堂(1995), 264면 이하 參照.

191) Hueck, Gesellschaft, 19.Aufl., 1991, S.258 f.; Schmidt, Gesellschaftrecht, 3.Aufl., 1997, S.847; Kübler, Gesellschaftrecht, 4.Aufl., 1994, S.269.

주주제안권이란 주주가 총회에서 결의할 수 있는 범위 내의 의안을 회사에 제안했을 때, 이사는 이를 주주총회의 의안으로 제출하고, 제안권자가 원할 경우 그 취지를 설명할 기회를 주어야 하는 권리를 말한다.

이러한 주주제안권은 주주가 일정사항을 총회의 회의목적으로 할 것을 청구하는 의제제안권과 주주가 일정내용의 의안을 총회에 부의할 것을 청구하는 의안제안권으로 나눌 수가 있다. 즉, 의제제안권은 일정한 요건을 갖춘 소수주주가 주주총회의 결의사항으로서 법률 또는 정관에 정해진 사항에 한해, 이것을 총회의 의제로서 추가 제안하는 권리를 말하고, 의안제안권은 의제제안권에 의거하여 “의안의 요령을 통지 및 공고에 기재할 것”을 청구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서 각국에서는 의안을 추가로 제안할 수 있는 추가의안제안권, 이사회가 채택한 의안을 수정하거나 반대하는 수정제안권(반대제안권), 임원의 선거에 관한 선거제안권 등의 형태로 인정되고 있다.<sup>192)</sup>

우리 개정상법 제363조의2는 제1항과 제2항에서 각각 의제제안권과 의안제안권을 구분하여 규정하고 있다. 이는 일본이 1981년 상법개정시 제232조의 2를 신설하면서 각각 1항과 2항에서 의제제안권과 의안제안권을 구분하여 별개로 규정한 것과 동일한 형식을 취하였다. 그러나 일본에서는 이처럼 주주제안권을 의제제안권과 의안제안권으로 각각 구분하여 규정하는 것이 바람직한가 하는 점에 대하여 논란이 있어 왔다.

즉, 본래 의제제안권과 의안제안권은 양자가 결합되어 하나의 주주제안권을 구성한다는 견해<sup>193)</sup>에 따르면, 양자를 분리하는 것은 주주제안제도 본래의 취지와는 맞지 않으며 입법기술상의 결함이라고 한다. 반면에 의제제안권과 의안제안권을 구분하여 별개로 규정한 입법이 타당하다고 하는 견해<sup>194)</sup>에 따르면, 상법상 통상의 주주총회 의제의 결정은 이사회에 전권사항이나, 주주도 의제제안을 할 수 있다는 것을 명백히 하려면 구분하여 규정하는 것이 바람직하다고 주장하고 있다. 또한 상법상 주주총회에서 의제와 의안은 구분하여 취급하고 있으며, 주주총회소집 통지 및 공고 시에 요구되는 기재사항은 원칙적으로 의제만이고, 일부 중요한 의제에 한하여 의안의 요령을 기재할 수 있다는 점을 고려하여 볼 때에 의제제안권과 의안제안권을 구분하여 규정하는 것은 바람직한 것이라고 주장하고 있다.

이처럼 일본에서 의제제안권과 의안제안권을 구분하여 규정하는 것과 관련하여 논란이 되고 있는 이유는, 주주제안권을 행사함에 있어 양자를 동시에 행사하여야 하는가

192) 前田 庸, 會社法入門 第2版, 有斐閣 (1991), 209面.

193) 森田章, “提案權による株主提案の範圍”, (上柳克郎先生還曆記念, 商事法の解釋と展望, 1984), 60面.

194) 上柳克郎/竹内昭夫/鴻常夫, 新版 註釋會社法(5), 有斐閣 (1986), 68面.

아니면 각각 별개로 행사하여야 하는가 하는 점 때문이다. 사실상 양자의 구별여부와 관련하여 발생할 수 있는 문제는 의제제안만 하고 의안제안을 하지 않을 수가 있는가 하는 점이다. 즉, 의안제안의 경우 당연히 의제가 포함되어 있거나 회사 측이 이미 제출한 의제에 대한 수정의안이거나 반대제안이므로 문제가 되지 않는다.<sup>195)</sup>

그러나 의제제안과 관련하여서는 우선 정관변경 등과 관련한 중요한 의제에 대하여는 의안의 내용이 소집통지에 기재되어야 하지만, 중요한 의제임에도 불구하고 주주가 의제만을 제안하고 의안을 제안하지 않았다고 한다면 회사로서는 해당 제안과 관련된 소집통지서를 작성할 수 없게 된다. 따라서 이러한 경우에는 의제만의 제안이 인정될 수 없게 된다.

또한 일본의 경우 상사특례법에 의거하여 의결권행사와 관련된 참고서류를 송부 할 것이 강제되는 회사의 경우에는 참고서류에 의안을 기재하여야 하므로, 이 경우에는 의제만의 제안은 인정되지 않고 반드시 의안의 제안이 함께 이루어 져야 한다. 따라서 정관변경 등과 관련된 중요한 의제가 아닌 경우와 주주총회 소집통지시에 참고서류를 송부할 의무가 없는 중소기업에서는 주주는 의제제안만 할 수 있다. 의제제안권만이 행사된 경우에는 그 의제에 대한 구체적인 의안은 총회에서 직접 그 제안권자가 제안하게 된다. 만약 제안권자가 구체적인 의안을 총회에 제출하지 않을 경우에는 그 주주가 제안한 의제는 총회에 부의될 수 없다. 주주제안제도의 도입과 관련하여 그 기능면에서 순기능과 역기능에 대하여 고찰할 필요가 있다.

순기능은 주주제안권이 주식회사제도 내에서 갖는 기능들에 대하여 긍정적인 시각을 갖고 있는 견해<sup>196)</sup>들이 많다. 이들에 따르면 주주제안권은 직접적으로는 총회의 의사 결정에 대하여, 주주에게 주도권을 잡을 기회를 주는 것과 같으며, 이러한 기회를 통하여 회사경영에 주주의 의사가 반영되어 회사가 건전하게 운영될 수 있다고 한다.<sup>197)</sup> 즉, 주주는 주식회사 최고의 의결기관인 주주총회의 구성원으로서 개정상법에 의거하여 주주총회의 의제 및 의안을 제출함으로써 적극적으로 회사의 경영에 참여하거나 경영감시기능을 할 수 있다고 보고 있다.<sup>198)</sup>

---

195) 우흥구, 전계논문, 239면 참조.

196) 김선정, 주주총회의 활성화에 관한 약간의 고찰 - 주주제안권을 중심으로, 동국대학교 논문집 제4집 (1985), 200면; 최병규, 주주제안권제도, 인권과 정의 통권 제265호 (1998.9), 57면; 우흥구, 주주제안권에 관한 고찰, 김교창변호사화합기념논문집 (1997), 234면 참조.

197) 전홍렬, 97개정증권거래법해설, 한국상장회사협의회(1997), 572면.

198) 미국의 경우에 주주는 제안을 함에 있어 회사에 대하여 필요한 정보를 공개하도록 요구할 수 있다: 17 C.F.R. §240.14a-3 (1981) (회사는 다음과 같은 정보를 주주에게 제공해 주어야한다: 회계감사를 마친 대차대조표, 소득과 재무 상태의 변화를 보여주는 명세서, 임직원 명단, 일반주의 시장가격, 관련 주주의 명부).

따라서 제도적으로 주주제안권이 인정된다고 한다면 소액주주들이 경영에 참여하는 일이 많아질 것이고, 이로 인하여 경영진의 책임은 강화될 것이라고 믿고 있다. 이미 오래전부터 주주제안제도를 실시하고 있는 미국 내에서 주주제안제도의 필요성을 주장하는 견해<sup>199)</sup>들이 내세우는 논거로는 첫째, 주주제안권을 통하여 회사에 대하여 주주들이 자신의 의견을 표출할 수 있는 기회가 주어진다라는 점이며, 둘째로, 주주제안을 통하여 경영진이 주주의 관심에 민감해지고 사회적 책임감을 인식하여 업무집행에 대한 “건전한 간접적인 영향”을 미친다고 주장하고 있다.<sup>200)</sup>

앞에서 본 주주제안제도의 순기능과 달리 그 역기능에 초점을 맞추어 주주제안제도를 바라보는 시각이 있다. 이미 오래 전부터 주주제안제도를 실시하고 있는 미국이나 일본<sup>201)</sup>에서는 주주가 제안을 하는 경우는 거의 없으며, 간혹 소액주주들이 주주제안권을 행사하더라도 이들이 제안한 안건이 주주총회에서 다수의 지지를 받는 사례는 거의 없는 실정이라고 한다.<sup>202)</sup> 오히려 주주들이 그 동안 회사의 경영에 있어서 수동적이었던 것은 참여의 기회가 부족해서라기보다는, 주식을 손쉽게 매각하고자 하였기 때문은 아닌가 하는 의문을 제기하고 있다.<sup>203)</sup>

199) Corporate Accountability (note 5), 136-39; Black, Shareholder Democracy and Corporate Governance, 5 Securities Regulation Law Journal, 291, 297-99 (1978); Schwartz & Weiss (note 68), 685-86.

200) W. Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations 337 (1980).

201) 일본에서 최근10년간 주주제안실태를 분석한 결과 매년 10회 전후로 주주제안권이 행사된 것을 보여주는 통계가 발표되었다; 손영락, 주주제안권, 증권 (1997.6), 61면 참조.

202) 왜 합리적 주주는 수동적인가에 대한 설명은 Easterbrook & Fischel (note 13), 1171. Hetherington, When the Sleeper Wakes: Reflections on Corporate Governance and Shareholder Rights, 8 Hofstra Law Review, 183, 184-88 (1979) (주주는 경영 참여의 기회를 늘리는 데에 관심이 없다); Kripke, The SEC, Corporate Governance, and the Real Issues, 36 Business Law, 173, 175-78 (1981) (주주는 자기가 회사의 일부분을 소유했다고 생각하기보다는, 회사와 투자계약을 맺었다고 생각한다).

203) 기관 투자자나 다른 투자 관리자들이 주식회사의 운영에 더 많은 관심을 기울이지 않음으로 인해 투자자들이 손해를 보고 있다고 주장하는 사람들이 있다. Corporate Accountability (note 5), 22; Curzan & Pelesh, Revitalizing Corporate Democracy: Control of Investment Managers' Voting on Social Responsibility Proxy Issues, 93 Harvard Law Review, 670, 671, 683-687 (1980). 이런 주장을 하는 사람들은 주식회사라는 기업 조직과 주주들의 투표 행위가 어떤 경제 원리에 의해서 작동하는 지를 이해하지 못하고 있다. 그러나 이들 기관투자자들은 투표에 자원을 더 쓰는 것이 자신들과 자신들의 고객의 이익에 부합되는지의 여부에 대해 개혁론자들보다 잘 알 것임이 분명하다. 쉽게 주식을 매각할 수 있다는 사실에 비추어 보았을 때, 의결권 행사를 위해 많은 자원을 소비하지 않는 것은 이윤극대화라는 목표와 전혀 모순이 없다.

미국의 경우를 보면 주주제안권이 행사된 사례는 많지 않으며<sup>204)</sup>, 제안된 의안들도 주주총회에서 극히 일부만의 지지를 받은 것이 현실이라고 한다. 즉, 지난 삼십년 동안 경영진이 반대하는 의안 가운데에서 주주들이 성공적인 지지를 얻어낸 경우는 한 건도 없었고 주주들이 주총에 제안한 의안들은 거의 대부분 5%이하의 찬성을 얻었을 뿐이라고 한다.<sup>205)</sup>

또한 주주제안제도의 필요성을 주장하는 견해의 논거와 관련하여 우선적으로 주주들이 의견을 표출함으로써 발생될 수 있는 기회비용에 대한 경제학적인 검토가 선행되어야 한다고 주장하고 있다. 그리고 주주제안을 통하여 경영진이 주주의 관심에 민감해지고 사회적 책임감을 인식하여 경영정책을 변경함으로써 발생할 수 있는 경제적 손실에 대한 고려를 하여야 한다고 한다. 그 예로 1994년 미국 총무부장협회의 집계에 따르면 1994년에 제기된 주주제안 중 일반적인 주제를 요약하여 보면 평등한 고용과 여성 소수민족의 고용촉진규정 누적투표에 관한 규정, CERES<sup>206)</sup>원칙의 지지, 무기명투표제도의 채용, 이사의 년차 재선임에 관한 규정, NAFTA불참가가 회사에 미치는 영향에 관한 상세한 보고서, 급여의 일정비율을 상한으로 하는 급여의 설정, 남아프리카에서의 사업에 관한 행위기준의 설정, 이사회에서 여성이나 소수민족의 신규 등용, 북아일랜드 등에서의 조업회복의 지도 등이다.<sup>207)</sup>

이는 주주제안 내용이 회사의 수익증대와는 커다란 관련성이 없거나, 회사의 수익성을 저해하는 제안들이 많다고 한다. 이러한 주주제안권의 행사로 인해 기업의 행동이 바뀌었다는 것은 결국 극소수의 주주들로 인해 대다수의 주주들이 원하는 부의 극대화 전략이 포기되었음을 의미한다고 한다.

---

204) 1981.7.1-1982.6.30까지의 조사에서는 970여건이었으며, 1982.7.1-1983.6.30까지의 조사에서는 870여건이었던 것이 이 조사기간에는 509건에 불과했다: 이강룡, 주주제안권에 관한 연구, 법학연구 (충남대법학연구소, 1990), 203면.

205) 주주 제안이 다른 주주들의 지지를 받지 못하는 이유는 이미 널리 알려져 있다. Corporate Accountability (note 5), 139; Schwartz & Weiss, An Assessment of the SEC Shareholder Proposal Rule, 65 George Law Journal, 635, 639 n.19 (1977).

206) CERES란 "The Coalition for Environmentally Responsible Economies"의 약칭으로 불리는 민간조직이다. CERES에는 총액 1,500억 달러 이상의 주식을 보유하는 기관 투자가가 모여 있으며, 환경에 대한 기업으로서 기본이념 및 행동원칙을 정한 Valdez Principles (CERES원칙이라 한다)을 발표하였다. CERES의 회원은 CERES원칙에 따라 이를 실행할 것을 계약한 기업 즉 환경보호에 열심인 기업에 투자하고 환경문제에 관심이 낮은 기업에의 투자를 삼가는 것과 같이 투자대상을 선별하고 있다: 우흥구, 전개논문, 주 30).

207) 우흥구, 전개논문, 244면.

오늘날 주식회사의 본질은 자본이 부족한 전문경영인에게 경영의 기회를 제공하고, 경영능력이 없는 투자자인 주주에게는 고수익의 투자기회를 제공하는데 있다.<sup>208)</sup> 이러한 차원에서 볼 때 주주들에게 회사경영에 참여할 수 있는 기회를 많이 제공하면 할수록 회사의 수익률이 높아지기보다는 오히려 낮아질 가능성이 더 높다는 주장 또한 무시할 수 없다고 사료된다.<sup>209)</sup> 또한 소수주주가 회사경영에 문제가 있음을 인식하고 이를 개선하고자 주주제안권을 행사하는 경우에는 그 스스로 비용과 노력을 부담하여야 하며, 그 대가로 주주에게 부여되는 것은 주가상승이나 고율의 이익배당일 것이나 이 또한 기대하기는 어려울 것이다. 이러한 차원에서 볼 때 주주에게 제안권이 인정된다 하더라도 주주가 이를 통하여 경영에 참여하거나 경영을 감시하는 효과를 기대하기는 어렵다고 본다. 오히려 일부 소수주주가 주주제안권을 남용하여 주주총회의 운영과 관련된 이권에 개입하여 회사의 건전한 경영을 저해할 여지가 크다.

따라서 이러한 점을 고려하여 볼 때에 주주제안제도의 기능을 긍정적인 관점에서 고찰하는 것도 의미가 있으나, 이와 아울러 주주제안권이 갖는 부정적인 면에 대하여도 주의하여 그 개선방안을 모색하여야 하리라 본다.

주주가 주주총회의 의제 및 의안을 추가로 부의함에 있어 이사회에 권한사항으로 되어 있는 경영정책의 결정에 관한 사항이나 기타 업무집행에 관한 사항 등에 대하여도 주주가 제안권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 원칙으로는 이사회에 권한으로 되어 있는 사항은 주주제안권의 대상이 되지 않는다. 그러나 정관으로 이사회에 권한사항을 주주가 제안할 수 있도록 정관을 변경할 목적으로 이를 주주총회의 의제로 제안할 수 있는가 하는 점이 문제가 된다.

그러나 이를 인정한다면<sup>210)</sup>, 결국 정관변경으로 이사회 등 주식회사의 기관구성을 근본적으로 부정하는 결과를 초래함과 아울러 경영자의 경영판단에 커다란 장애요소가 될 수 있으므로 이를 부정하여야 한다고 본다.

## 주주제안권의 내용

개정상법상 주주제안권자는 발행 주식 총 수의 3% 이상을 소유한 자이다. 그러나 증

---

208) Dooley (note 32), 38 ("주주의 경영 참가를 제한한 것은 의도적으로 이루어진 것이었으며, 바로 그 점이 주식회사 제도의 진수이다."); Easterbrook & Fischel, Corporate Control Transactions (note 17), 700.

209) 투자자들이 경영참가의 기회를 늘리는 일에 무관심하다는 사실에 대해서는 Hetherington (note 50), 184-88.

210) 최기원, 전계서, 438면.

권거래법에서는 6개월 전부터 계속하여 주권상장법인의 의결권 있는 발행 주식 총 수의 1%(발행 주식 총 수가 2,000만주 이상인 법인의 경우에는 0.5%) 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 주주제안권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 개정상법에서는 주식보유수에 대하여는 규정을 하고 있지만 증권거래법과는 달리 주식보유기간에 관하여는 규정을 두고 있지 않다. 이를 상설하면 다음과 같다.

주주총회에서 주주제안을 할 수 있는 자는 개정상법상 의결권 있는 발행 주식 총 수의 3% 이상을 소유한 자이고, 증권거래법상으로는 의결권 있는 발행 주식 총 수의 1% 및 최근 사업 년도 말 자본금이 1천억 원 이상인 법인의 경우에는 0.5% 이상의 주식을 소유한 자이다(증권거래법 제191조의 14 제1항, 동법시행령 제84조의 21 제1항, 제84조의 20 제1항).

미국의 경우는 1983년 개정증권거래법에 의거하여 SEC규칙 14a-8의 (a)항 (1)호에서 의안제출의 요건으로 의결권 있는 주식의 1% 또는 시가 1,000달러 이상의 주식을 소유한 자에게만 주주제안권을 인정하였다. 일본도 1981년 개정상법에서 발행 주식 총 수의 1% 이상을 소유하는 주주뿐만 아니라 300주 이상을 소유하는 주주도 행사할 수 있도록 하고 있다.

독일은 1965년 개정주식법에서 주주의 지분이 기본자본의 5%에 달하거나 액면금액 100만 마르크에 달하는 주주는 소수주주권으로 주주총회소집요구 및 목적사항을 제안할 수 있도록 규정하고 있다(독일주식법 제122조 제2항). 프랑스 상사회사법은 자본의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 주주총회의 의사일정에 의안의 기재를 청구할 수 있다(동법 제160조 제2항)고 규정하고 있다. 그러나 회사의 자본이 명령에 정한 액(500만 프랑)을 초과하는 때에는 상사회사법 시행령 제128조 제2항에서 지주요건을 단계적으로 체감하여 규제하고 있다.<sup>211)</sup>

영국은 1985년 개정회사법 제376조 제2항에서 소수주주권으로, 의결권 총수의 5% 이상을 가진 주주 또는 1인 평균 100파운드 이상의 납입주식을 가진 100인 이상의 주주에게 제안권을 인정하고 있다.

앞에서 이미 언급한 바와 같이 금번 개정상법에서는 주주제안권 행사요건으로 주식보유 수에 대하여만 규정을 하고 있고, 주식보유기간에 대한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 1997년 개정 증권거래법에서는 주식을 6개월 이상 보유한 주주만이 제안권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>212)</sup> 따라서 개정상법상 주식보유기간과 관련하여 많

---

211) 즉, 자본이 500만 프랑을 초과하는 회사에 대해서는 최초의 500만 프랑에 대해서는 4%, 500만 프랑과 5,000만 프랑 사이의 자본을 가진 회사에 있어서는 2.5%, 5,000만 프랑과 1억 프랑 사이의 회사는 1%, 그 이상의 회사는 0.5%이다.

은 문제점이 야기될 것으로 판단된다. 이는 주주제안권을 행사할 당시에만 주식을 보유하고 있으면 된다는 것을 의미하여, 주주제안권의 남용소지가 충분히 있기 때문이다.

한편 미국은 1983년 개정에서 SEC규칙 14A-8의 (a)항 (1)호는 제안권자가 제안할 당시 증권명부상 또는 실질적인 증권소유자로서 제안이 행하여지는 총회에서 투표할 자격을 가진 자로서 의결권 있는 주식을 의안제출 전 1년 이상 보유하고 있었을 것을 요구하고 있다. 일본도 1981년의 상법개정에서 6월 전부터 주식을 보유할 것을 요구하고 있다 (일본상법 제232조의 2). 독일이나 프랑스, 영국은 미국이나 일본과는 달리 상법상 엄격한 주식보유요건을 정하고 있어, 주식보유기간에 대한 요건을 정하지 않더라도 남용의 소지가 적다고 판단되었기 때문이라고 본다. 그러나 우리는 미국이나 일본과 유사한 주주제안요건을 정하고 있음을 고려하여 볼 때에 주식보유기간에 대한 요건도 정하여야 하리라 본다.

개정상법에서 제안주주 이사에 대하여 회일의 6주간 전에 서면으로 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있다고 규정하고 있다(개정상법 제363조의 2 1항). 이는 이사가 제안요청을 받아 주주총회안건을 준비하는데 필요한 기간인 주주명부폐쇄, 주주총회소집통보안건작성 등의 기간을 고려한 것이다.<sup>213)</sup> 또한 주주는 이사에 대하여 회일의 6주간 전에 서면으로 회의의 목적으로 할 사항에 추가하여 당해 주주가 제출하는 의안의 요령을 주주총회 소집통지서에 기재할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(개정상법 제363조의2 제2항). 증권거래법상으로도 주주총회일 6주 전까지 서면으로 신청하여야 하도록 규정하고 있다(시행령 제84조의 21 제2항). 여기서 주주가 총회일 6주 전까지 서면제안을 제출토록 한 것은 회사가 주주총회소집통지를 발하는 것이 총회일의 2주 전(상법 제363조 제1항)이기 때문에 이 2주간을 제외한 나머지 4주간을 소집통지에 주주제안을 기재하기 위한 준비기간(주주명부폐쇄공고 2주, 안건준비 10일 등)으로서 회사를 위해 확보시키려고 하는 취지이다.<sup>214)</sup>

미국의 경우 주주가 연차총회에서 제안을 하는 경우에는 전년도 연차총회에 관한 위임장설명서가 주주들에게 발송된 날의 120일 이전에 회사의 본점에 경영진이 수령할 수 있도록 제출되어야 하며, 연차총회 이외의 총회에 제출되는 제안의 경우도 위임장 권유 전에 합리적인 시간적 여유를 갖고 경영진이 수령할 수 있도록 제출하여야 한다고 규정하고 있다(SEC규칙 14A-8). 일본의 경우도 주주는 이사에 대하여 총회일의 6

---

212) 이때 6개월이란 기간은 계속적으로 보유하고 있는 기간을 의미하고, 여기서 保有라 함은 本人의 所有, 委任狀의 取得 또는 2인 이상의 株主의 株主權 共同行使를 말한다. (증권거래법시행령 제84조의 21 제1항)

213) 전홍렬, 전게서, 575면; 최기원, 전게서, 440면.

214) 한국상장협의회, 상장 통권 제266호(1997.2). 92면.



주간 전에 서면으로 회의의 목적사항과 관련하여 그 주주가 제출한 의안의 요령을 통지 및 공고에 기재할 것을 청구할 수 있다(일상법 제232조의2 제2항). 독일의 경우에는 총회일전에 제안을 하는 것이 아니라, 주주총회소집통지를 받고 난 후 단독주주권인 반대제안에 관한 의안제출을 할 수 있도록 규정되어 있다.<sup>215)</sup> 영국의 경우에는 결의안의 통지를 요구하는 청구의 경우 총회의 6주 전에, 기타 청구의 경우 총회의 1주 이상 전에, 청구자의 서명이 있는 청구서 1통을 등기된 회사의 영업소에 제출하여야 한다고 규정하고 있다.

우리 개정상법이나 증권거래법은 주주제안은 반드시 서면으로 하도록 규정하고 있다. 미국에서도 서면으로 하는 것에 대하여는 우리나라와 일치하나 주주제안의 비용부담 주체에 따라 두 가지의 경우가 있다. SEC Rule 14a-7은 주주의 위임장 권유를 발송해 주든지 주주가 직접 우송할 수 있도록 주주명부를 교부하는 방법을 규정하는데, 이 때 인쇄비와 우송비는 주주가 부담하고 위임장권유제도를 통하여 자유로이 주주제안을 할 수 있으며(단독주주권), 제안의 내용이나 분량에 제한을 받지 않는다. SEC Rule 14a-8은 주주의 의견을 경영진의 위임장권유참고서류(위임장설명서와 위임장서식을 말한다)에 포함하여 이를 주주에게 우송하는 방법을 규정하고 있는데, 이 때 회사가 그 비용을 부담한다. 미국의 주주제안권제도와 같은 통상 후자를 가리킨다.<sup>216)</sup>

일본의 경우도 우리나라와 동일하게 서면으로 회의의 목적사항과 관련하여 해당 주주가 제출한 의안의 요령을 통지 및 공고에 기재할 것을 청구할 수 있다(일상법 제232조의2 제2항). 영국의 경우도 서면으로 청구하도록 규정하고 있다(1985년 회사법 제377조). 독일의 경우에는 주식법 제122조 제2항에서 제안을 반드시 서면으로 할 것을 요구하고 있지는 않으나 동조 제1항에서 주주총회소집청구서 서면으로 요구하고 있는 것을 유추적용하여 볼 때에 서면으로 하여야 한다고 본다. 프랑스도 서면으로 할 것을 요구하고 있지는 않지만 서면으로 하고 있다.

개정상법에서는 주주가 제안을 한 경우에 이사회는 주주제안의 내용이 법령 또는 정관에 위반되는 경우를 제외하고는 이를 주주총회의 목적사항으로 상정하여야 하며, 제안주주의 요청이 있는 경우에는 주주총회에서 당해 의안을 설명할 수 있는 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다(동조 제3항). 증권거래법도 이사회가 제안자의 요청이 있는 경우 주주총회에서 당해 의안을 설명할 수 있는 기회를 주도록 규정하고 있다

---

215) 이에 따르면 주주는 주주총회소집공고가 있는 후 1주일 이내에 이유를 붙인 반대제안을 회사에 대하여 발송하고, 동시에 그 주주가 총회에서 이사회와 감사회의 제출의안에 반대하면 다른 주주에게 그의 반대제안에 동의하도록 권유할 의사가 있음을 통지한 때에는 이사회는 그 주주의 반대제안을 통지하여야 한다고 규정하고 있다 (독일주식법 제126조 제1항).

216) 최병규, 주주제안권제도, 인권과 정의 통권 제265호 (1998.9), 52면 참조.

(제191조의 14 제2항).

미국의 경우 이 때 회사는 정당한 거부사유가 없으면 그 제안은 당연히 총회의 회의 목적사항으로 소집통지서 및 위임장 자료에 기재하고 각 주주에게 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 회사가 주주제안에 반대하는 경우에도 제안자의 요구에 의하여 제안자의 제안이유를 그 위임장설명서에 기재하도록 규정하고 있다(SEC규칙 14A-8). 또한 미국의 경우 1983년 개정시 주주는 제안과 지지설명을 합하여 500단어 이내로 1개의 제안만 할 수 있도록 규정하고 있다(SEC Rule 14a-8(b)(1)). 그리고 경영자가 주주제안을 거부하는 경우에는 200단어 이내로 제안자의 제안거부사유를 그 위임장설명서에 기재하도록 규정하고 있다(SEC규칙 14A-8(b)).

일본도 주주제안권의 행사요건 및 제안내용이 적법하면 회사는 그것을 총회의 의제로 하고 또한 소집통지에 그 의안의 요령을 기재하도록 결정하여야 한다(일상법 제232조의2 제2항). 일본에서는 만약 적법한 주주제안에 해당하는 의제를 총회의 회의목적으로 하지 않을 경우에는 이사는 100만엔 이하의 과태료에 처하도록 규정을 두고 있다(일상법 제498조 제1항 제16의2호).

독일의 경우에는 주주가 주주총회소집공고가 있는 후 1주일 이내에 이유를 붙인 반대제안을 회사에 대하여 발송하고, 동시에 그 주주가 총회에서 이사회와 감사회의 제출의안에 반대하며 다른 주주에게 그의 반대제안에 동의하도록 권유할 의사가 있음을 통지한 때에는 이사회는 그 주주의 반대제안을 통지하여야 한다(독일주식법 제126조 제1항). 이러한 반대제안권은 단독주주권이다. 주의할 사항은 여기의 반대제안이란 공고된 의제에 관하여 이사회와 감사회가 제출한 의안에 반대하는 제안만을 의미한다는 점이다.

감사 또는 결산검사인의 선임에 관한 주주의 제안, 즉 선거제안에 대해서는 반대제안에 관한 주식법 제126조의 규정이 준용된다. 다만 선거제안에는 반대제안의 경우와 달리 제안이유를 붙일 필요가 없고, 이사회는 선거제안을 통지할 필요가 없다(독일주식법 제127조). 프랑스에서도 주주는 의안을 의사일정에 기재할 것을 청구할 수 있다(프랑스 상사회사법 제160조 제2항).<sup>217)</sup> 또한 총회의 소집통지에는 의사일정을 기재해야 하고(상사회사법 시행령 제123조 제1항), 의사일정에는 기재사항의 내용 및 범위를 명확히 표시해야 한다(상사회사법 시행령 제123조 제2항).

영국에서는 주주제안이 있는 경우 회사는 연차총회에서 당해 결의사항을 회의의 목적사항으로 하여 그 총회의 소집통지를 수령할 권한이 있는 주주에게 통지하여야 한다

---

217) 프랑스의 경우 주주총회는 의사일정에 기재되지 아니한 사항에 관하여 결의하지 못하도록 규정하고 있다 (상사회사법 제160조 제3항).

(1985년 회사법 제377조). 주주는 의제제안과 동시에 그 의제에 대한 특정의안을 제출할 수 있고, 또한 이사가 제출한 의안에 대해서는 수정제안을 할 수도 있다. 한편 회사나 기타 피해자는 이유서의 배부요구권이 불필요한 명예훼손사항의 공개를 목적으로 남용되고 있는 경우에 그 이유서를 배부할 의무가 없다는 명령을 법원에 청구할 수 있다(1985년 회사법 제377조 제3항).<sup>218)</sup>

이상의 점을 고찰하여 볼 때에 주주가 적법한 절차에 따라 총회의 의제를 제안한 때에는 회사는 이를 총회의 의제로 채택하여야 하고(개정상법 제363조의2 제3항 전단, 증권거래법 제191조의14 제2항 전단), 이를 총회소집의 통지 또는 공고에 기재하여야 한다(상법 제363조 제2항, 제3항). 그리고 제안한 주주의 요청이 있는 때에는 총회에서 그 제안을 설명할 수 있는 기회를 주어야 한다(개정상법 제363조의2 제3항 후단, 증권거래법 제191조의14 제2항 후단). 따라서 정당한 사유 없이 설명의 기회를 주지 않은 때에는 결의취소의 사유가 된다(상법 제376조 1항). 그러나 제안한 주주에게 설명의무가 부과되지는 않는다. 따라서 제안한 주주가 총회에 결석한 경우에 해당 의안을 심의대상에서 제외시킬 수 없다고 본다.<sup>219)</sup>

주식회사제도 하에서 주주제안권이 남용되면 소유와 경영의 분리라는 주식회사의 기본원칙에 반하여 이로 인한 피해가 크다. 따라서 각국은 일정한 요건을 갖춘 경우에만 한하여 주주제안권을 허용하고 있다.

우리나라도 개정상법과 증권거래법에서 일정한 요건을 갖춘 주주는 해당 절차에 따라 일정한 사항을 총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 이사회가 결정한 의제와 다른 사항을 의제로 추가할 것을 청구할 수 있다. 이 경우에 주주가 제안한 사항에 대하여는 그 의안도 제출할 수 있다. 총회의 목적사항으로 제안할 수 있는 사항은 총회의 권한에 속하는 사항(상법 제361조)에 한한다. 이와 같이 주주제안을 제한하는 취지는 주주제안제도의 개정적 효과를 손상하지 아니하는 범위 내에서 경영권 안정을 유지하도록 하고자 하는 것이며, 소수주주권으로 행사가 가능한 권리는 그 절차를 거치도록 하여 “제안위협행위” 등을 방지하고자 함이다.<sup>220)</sup> 이하에서는 주주제안의 제한사유에 대하여 증권거래법 시행령과 각국의 입법례를 중심으로 간단히 고찰하여 보고자 한다.

증권거래법시행령(제84조의21 제3항)에서는 그 제안의 내용이 법령 또는 정관에 위반하거나 대통령령이 정하는 경우에 속하는 경우에는 주주제안을 거절할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 시행령에서는 i)총회의 결의사항이 아닌 사항, ii)총회에서 부결된

---

218) 최병규, 전계논문, 55면.

219) 최기원, 전계서, 440면

220) 전홍렬, 전계서, 576면.

내용과 동일한 의안을 부결된 날로부터 3년 내에 다시 제안하는 경우, iii)개인고충사항, iv)합병·영업양도·영업양수·제3자에 대한 신주발행에 관한 사항, v)거래법상의 소수주주권에 관한 사항, vi)재직임원의 해임에 관한 사항, vii)회사가 실현할 수 없는 사항, viii)총회의 의안으로 상정할 실익이 없거나 부적합한 사항, ix)제안이유가 명백히 허위이거나 특정인의 명예를 훼손하는 사항 등은 제안대상으로 하지 못하도록 하고 있다(증권거래법시행령 제84조의21 제3항).

그러나 앞서서도 이미 언급한 바와 같이 상법에서는 주주제안이 허용되지 않는 경우로 그 내용이 법령이나 정관에 위배된 경우로 한정하여 규정하고 있다. 그러나 이에 대한 자세한 규정을 두고 있지 않아 문제의 여지가 많이 있다. 그러나 증권거래법에서는 시행령을 통하여 제한사유를 자세히 규정하고 있어 해석상 중요한 기준이 되고 있다.

증권거래법 시행령 제84조의21 제3항과 관련하여 해석상 논란의 여지가 있는 것이 ii)와 vi)이다. 즉, 시행령에서 규정하고 있는 제안대상에서 제외되는 사항 중에 ii)와 관련하여 주주총회에서 부결된 후 3년이 경과하여야 그 부결된 내용의 제안권을 갖는다고 하는 것은 부결된 이후 1년이나 2년이 경과한 후라도 제반사정의 변경으로 제안의 필요성이 있을 경우에 제안권을 부정하게 되어 부당하다는 견해이다.<sup>221)</sup> 그러나 제안이 부결된 후 경영진은 그 결과에 따라 업무를 집행하게 되므로, 그 업무집행에 대한 경영권의 안정적인 측면에서 볼 때 ii)의 규정이 부당하다고 사료되지는 않는다. 또한 vi)에서 규정하고 있는 재직임원의 해임을 위한 제안을 제한하는 것은 부당하다는 견해가 있다.<sup>222)</sup> 그러나 금번 상법개정을 통하여 이사에게 충실의무와 사실상 이사의 책임문제, 대표소송의 소수주주자격요건의 완화 등 제반 규정들을 소수주주보호에 초점을 맞추고 있는 현시점에서 주주에게 임원의 해임까지 제안할 수 있는 권한을 인정한다면 회사 경영진의 안정적 경영은 이루어지기 어려운 것이 현실이다. 따라서 막연하게 소수주주보호라는 관점에서 주주제안권 문제를 해결하기 보다는 주주제안의 남용으로부터 발생할 수 제반문제에 대하여도 고려하는 것이 바람직하다고 사료된다.

미국의 SEC규칙은 주주에게 추가제안권 만을 인정하고(SEC규칙 14A-8(a)) 반대제안(counter proposal to management proposals)과 선거제안(proposal to elections of office)에 대하여는 이를 인정하지 않고 있다. 즉, SEC규칙에 규정된 13가지 제안 거부사유의 구체적 내용은 다음과 같다. (1)당해 제안이 회사의 주소지법에 따르면 주주가 제안할 의제로 적합하지 않은 경우, (2)그 제안 또는 제안이유 설명서가 위임장 권유자료에 관하여 허위 또는 오해를 초래하기 쉬운 설명을 금지하는 규칙(SEC규칙 11A-9)을 비롯하여 위원회의 위임장규칙에 어긋나는 때, (3)제안이 개인적 욕구를 실

221) 최기원, 전계서, 440면.

222) 최기원, 전계서, 440면.

현시킴을 위한 것 또는 회사 경영진 기타의 자들에 대한 개인적 불만 때문이거나 그와 관련된 것인 경우, (4)회사의 영업과 무관한 사항의 제안, (5)선거제안, (6)반대제안, (7)모의적인 의제인 경우(rendered moot), (8)동일 제안이 이미 타 제안자에 의해 제출되어 실질적으로 중복되는 경우, (9)실질적으로는 같은 내용의 제안이 과거 5년 내에 열린 연차총회나 특별총회에 관한 위임장설명서 및 위임장용지에 기재되어 증권보유자에게 제공되었으나 상기 기간의 (i)1회의 총회에 제출되어 투표총수의 3% 이상의 찬성표를 얻지 못한 경우, 또는 (ii)2회의 총회에 제출되어 두 번째의 제안이 투표총수의 8% 이상의 찬성표를 얻지 못한 경우, 또는 (iii)3회 이상의 총회에 제출되어 그 최후의 제안이 투표총수의 10% 이상 찬성표를 얻지 못한 경우 중 어느 하나에 해당되는 때에는 마지막 제안이 각 주주에게 제공된 때로부터 3년 내에 개최된 연차총회의 경영진에 의한 위임장권유에서 그 동일제안을 생략할 수 있는 것, (10)현금 혹은 주식배당의 특정한 금액·수량에 관한 제안, (11)그 제안의 실시가 회사의 준거법에 위배되는 경우, (12)제안이 회사의 일상적인 업무집행에 관한 경우, (13)회사의 업무수행능력을 넘어서는 사항의 제안 등이다. 그러나 경영진이 상기와 같은 이유로 제안권을 거부하고자 하는 경우에는 이에 대하여 상당한 자료를 제공하여 이를 소명하여야 한다. (SEC규칙 14(A)-8(d))

일본의 경우에는 의안이 법령이나 정관에 위반한 때 또는 동일한 의안에 대하여 총회에서 의결권의 10% 이상의 찬성을 얻지 못한 날로부터 3년을 경과하지 아니한 때에는 주주제안을 거부할 수 있다고 규정하고 있다(일상법 제232조의2 제1항 단서)

독일의 경우에는 주주제안을 거부할 수 있는 경우를 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 통설은 다음 주주총회까지 기다릴 수 없을 정도로 급박한 사항이 아닌 경우, 목적사항이 주주총회의 결의사항이 아닌 경우, 목적사항의 결의가 법령, 정관위반인 경우 최근에 목적 사항이 결의되어 주주총회에서 새로운 결의가 필요하지 않은 경우에 주주제안을 거부할 수 있다고 한다.

영국의 경우에는 주주가 제안을 함에 있어 회사가 산정한 비용을 함께 기탁하여야 한다. 그러나 제안자격 있는 주주가 위와 같은 절차적 요건을 갖추어 제안을 하였다 할지라도 이로 인하여 필요치 않은 사실이 공개되어 회사나 타인의 명예가 훼손될 위험성이 있는 경우 회사나 그 이해관계인은 주주제안권 행사의 남용에 대한 이의를 제기할 수 있고 법원이 이를 인정하면 회사는 그 제안을 거부할 수 있다고 규정하고 있다(영국회사법 제140조 제5항).

## 문제점 및 개선방안

이상에서 본 바와 같이 주주제안제도는 이미 주요 선진국에서 이미 오래전부터 시행

하여 오고 있는 제도이다. 따라서 금번 상법개정시 주주제안제도를 상법 내에 신설한 것은 그 의미가 크다고 할 수 있다. 그러나 주주제안제도가 새로이 시작되는 현시점에서 앞으로 본 제도를 합리적으로 운용한다고 한다면 소수주주가 회사의 경영에 적극 참여할 수 있는 환경이 조성되어 주주들이 회사에 대한 주인의식을 갖고 회사의 이익증대에 기여할 것으로 사료된다. 그러나 각국의 제도에서 이미 본 바와 같이 주주제안제도는 실질적으로 그 효과 면에서 긍정적인 측면보다는 남용의 문제로 부정적인 시각이 많이 대두된 것도 사실이다. 이러한 점을 고려하여 볼 때 주주제안제도를 새로이 시작하는 우리나라에서는 이러한 문제점들을 해결할 수 있는 합리적인 방안들을 모색하는 것이 무엇보다도 중요하리라 사료된다.

특히 주주제안권의 남용과 관련하여 이를 방지할 수 있는 방안은 우선적으로 주주제안권의 행사요건과 제한요건을 재검토하여 보는 것이다. 이는 입법론적으로 해결할 수도 있고 해석론적인 입장에서 해결방안을 모색할 수 있다고 사료된다.

우선 입법론적인 입장에서는 주주제안요건을 엄격히 하여야 한다. 특히 우리 개정상법에서는 주식보유수 요건을 의결권 있는 발행주식 총수의 3%로 하고 있다는 점이다. 이는 미국의 SEC규칙 1%와 비교하여 볼 때에 엄격한 것으로 보이나 실은 SEC규칙이 적용되는 대상회사는 대규모 주식회사라는 점을 감안할 때 상장되지 않은 주식회사를 대상으로 하는 우리 상법 내에 3%라는 요건은 독일 5%, 프랑스 5%, 영국 5%와 비교하면 엄격하다고 볼 수 없다. 또한 주주가 제안을 한 결과 주주들의 많은 지지를 받지 못한 제안에 대하여 반복되어 제기되는 경우 이를 방지할 수 있는 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 일본의 경우에는 상법 제232조의2 제1항 단서에서 의안이 주주총회에서 주주들의 10% 이상의 지지를 얻지 못할 경우에는 동일한 의안에 대하여 3년을 경과하기 전까지는 의안을 제안할 수 없다는 명문 규정을 두고 있다. 우리 개정상법의 경우에도 주주들의 지지를 얻지 못한 동일한 의안을 반복하여 제안하는 그러한 문제점을 예방하기 위하여 일본과 같은 남용방지의 명문규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

해석론상의 해결방안으로는 주주제안제도의 남용방지 차원에서 각국의 주주제안 사례에서 회사의 권한사항 이외의 사안이나 개인적 목적을 위한 제안사례가 다수 발행하고 있는 것을 고려하여 적법한 주주제안의 범위에 대한 법해석은 엄격히 할 필요가 있다고 본다.

실제로 일본에서도 주주제안권이 이루어진 유형화를 제안 주주 및 행사목적에서 살펴보면, 긍정적인 측면보다는 부정적인 측면이 더 많다는 점을 간과하여서는 안되리라 보인다.<sup>223)</sup>

223) 河和哲雄, “株主提案權行使時の業務對應”, 商事法務 1418號(1996), 21面에서는 그 유형

개정상법 제363조의2 제1항의 개정: “의결권 있는 발행 주식 총 수의 100분의 5 이상을 6개월 이상 보유한 자는 이사에 대하여 회일의 6주간 전에 서면으로 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있다.”로 개정하여야 한다.

개정상법 제363조의2 제4항의 신설: 동일한 의안에 대하여 주주총회에서 의결권의 10분의 1 이상의 찬성을 얻지 못한 날로부터 3년을 경과하지 않은 때에는 제출한 의안의 요령을 정하는 통지 및 공고에 기재를 청구할 수 없다.

주주제안의 범위와 관련하여 다음 주주총회까지 기다릴 수 없을 정도로 급박한 사항이 아닌 경우, 목적사항이 주주총회의 결의사항이 아닌 경우, 최근에 목적 사항이 결의되어 주주총회에서 새로운 결의가 필요하지 않은 경우에 주주제안을 거부할 수 있도록 엄격히 해석하여야 한다.

## 결어

주주제안제도의 역사는 이미 1934년 미국에서부터 시작되었다. 그 후 우리나라는 1997년 증권거래법에서, 1998년 개정상법에서 주주제안제도를 도입하기에 이르렀다. 이는 우리나라가 주주에게 경영에 참여할 수 있는 기회를 제공하는데 있어서 다분히 늦었다는 점을 부인할 수는 없다고 본다. 각국의 예에서 볼 수 있듯이 주주제안제도가 갖는 긍정적 기능들은 주식회사제도의 건전한 발전을 위하여 큰 역할을 할 수 있으리라 본다.

그러나 각국의 예에서 볼 수 있듯이 주주제안제도의 부정적인 기능도 간과할 수는 없다고 본다. 이미 앞에서 보았듯이 우리나라가 1998년에 비로소 상법 내에 주주제안권을 신설한 것은 입법상의 안일함 때문일 수도 있다. 그러나 중요한 것은 늦게 신제도를 도입하였다는 것은 이미 오래 전부터 제안제도를 실시해온 각국이 겪었던 시행착오를 겪지 않을 가능성을 갖고 있다고 본다.

이러한 관점에서 볼 때 금번 상법개정을 통하여 실시되는 주주제안제도가 입법론적으

---

화를 ① 창업자 일족이 등이 현임원과의 내분으로 인해 그 해임과 제안자 자신의 임원선임 등의 제안, ② 소위 전문주주의 유형에 속하는 자 등이 회사에 대한 위협, 자기의 존재과시를 위한 수단으로서 주주제안권을 행사, ③ 투기집단에 의한 시위행동 등, ④ 대주주가 경영권을 획득하거나 회사와의 유리한 거래관계(업무제휴 등)를 실현하기 위한 수단으로서 주주제안권을 행사, ⑤ 시민운동, 사회운동을 행하는 단체가 주주가 되어 스스로 주의주장을 정관변경의안 등으로 해서 제안하는 경우를 든다: 우흥구, 전개논문, 237면.

로 철저한 연구단계를 거쳤다면 보다 더 바람직한 우리나라 고유의 주주제안제도를 실시할 수 있었을 것이라는 아쉬움이 남는다.

앞으로 주주제안제도의 실시와 관련하여 제 문제들을 고찰하고 입법론적, 해석론적 해결방안을 모색함에 있어서는 일방적인 소수주주보호나 회사기관보호에 편중되어서는 안되리라 본다. 좀더 공평하고 합리적인 해결방안의 모색이 그 어느 때보다도 시급히 요구되는 때라고 본다.

## 5. 이사의 위법행위유지청구권

### 머리말

오래 전부터 주식회사의 경영과 관련하여 경영자들이 독단으로 회사를 운영함으로써 투자자인 주주들, 특히 소액주주들에게 직·간접으로 많은 손해를 가하였다는 의견들이 크게 주장되었고, 아울러 주식회사의 건전한 발전과 운영을 위하여 소수주주들이 경영에 참여하거나 감시할 수 있는 제도가 정착되어야 한다는 주장들이 크게 대두되었다.

더욱이 IMF체제 이후 기업의 투명하고 건전한 경영체제를 구축하기 위하여 주주의 경영참여와 감시기능을 확대하여야 한다는 주장들이 크게 제기되면서 1998년 상법개정시 소수주주권을 대폭 강화하였다. 그 중에서도 종래 이사의 위법행위를 유지청구할 수 있는 권리를 감사 또는 발행 주식 총 수의 5%(증권거래법 0.1%) 이상되는 주주들에게 소수주주권으로 부여하였으나 1998년 개정상법에서 이를 1%(1998 개정증권거래법 0.01%)로 하향 조정하였다.

이처럼 이사의 위법행위유지청구권을 입법화한 나라는 우리나라와 일본 뿐이다. 더욱이 중요한 것은 우리나라와 일본 중 이사의 위법행위유지청구와 관련된 판례가 하나도 없고 단지 이론적으로 존재하는 규정이라는 사실이다. 이는 이사의 위법행위유지청구 규정이 무용화되었거나 사문화되었다는 것을 의미한다. 또한 일본에서는 이사의 위법행위유지청구권을 단독주주권으로 인정하고 있으나, 단 한건의 판례도 없다는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다.

이하에서는 이사의 위법행위유지청구권에 관한 상법 제402조를 중심으로 법해석론적인 입장에서 고찰하여 보고 이사의 위법행위유지청구권이 무용화된 원인을 분석하여 나름대로 그 해결방안을 모색하여 보고자 한다.



## 입법취지 및 법규정

소유와 경영이 분리되어 있는 주식회사에 있어서 의사결정은 주주총회에서 하고 업무 집행은 이사회와 대표이사가 하게 된다. 이러한 관계 속에서 이사는 회사에 대하여 위임관계에 의한 주의의무를 부담하고 그 의무를 위반한 경우에는 회사에 대하여 책임을 지게 된다.

이 때 주주는 대표소송의 방식으로 이사에게 책임을 추궁하게 되나, 이는 이미 발생된 손해를 회복하기 위한 사후적 구제수단에 불과하다. 따라서 이사가 법령이나 정관에 위반되어 업무를 집행함으로써 회사에 회복하기 어려운 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우, 또는 이사가 업무집행을 함에 있어 다른 이사 등에 의하여 방해로 받아 회사에 회복되기 어려운 손해가 발생할 수 있는 경우에, 사전에 주주가 이를 소 또는 소 이외의 방식으로 이사의 직무집행을 유지할 것을 청구할 수 있도록 함으로써 회사의 손해발생을 예방하고자 하는 취지에서 입법을 하였다.

그러나 이러한 유지청구권이 갖는 근본 취지와는 달리 현실적으로 우리나라에서 이러한 제도를 이용한 예가 없으며, 이미 오래 전부터 유지청구권제도를 도입한 일본의 경우에도 본 제도가 이용된 적이 없다.

이러한 의미에서 볼 때 유지청구제도의 실제법화는 현재까지는 현실성이 전혀 없었다. 따라서 금번 1998년 개정상법에서 유지청구권을 행사할 수 있는 소수주주의 수를 5%에서 1%로, 증권거래법에서는 0.1%에서 0.01%로 하향 조정하여 본 유지청구제도가 본래의 취지에 맞게 이용될 수 있도록 하고자 하고 있다.

그러나 본 제도가 지주요건을 완화함으로써 실질적으로 실효성을 갖게 될 지는 여전히 의문이고, 더 나아가 유지청구의 남용으로 경영자의 경영판단에 커다란 장애가 되어 회사가 실질적으로 경쟁력을 갖고, 주주들에게 고액의 이익배당을 하거나 주식가액의 상승으로 경제적 이익을 제공하는 본래의 목적에 부응할 수 있을지는 더욱 의문이다. 따라서 유지청구의 본래 취지에 맞게 유지청구제도를 개선하거나 존폐여부에 대한 검토가 필요하다고 본다.

1998년 우리나라 상법개정 이전에는 제402조에서, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행 주식 총 수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있도록 하였다. 그러나 1998년 상법개정 시에는 100분의 5를 100분의 1로 비율을 낮추었다.

증권거래법은 1997년에야 비로소 제191조의13을 신설하여 소수주주권행사에 관한 규정을 두게 되었다. 특히 이사의 위법행위유지청구권은 동조 제1항에서 “6월 전부터 계속하여 주권상장법인의 발행 주식 총 수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제403조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 발행 주식 총 수의 0.01%의 주식을 소유한 주주는 이사가 법령이나 정관에 위반된 행위를 하는 경우 주주가 이를 유지청구할 수 있게 되었다. 이는 1997년 신설시 0.1%를 요건으로 하고 있던 규정을 1998년 5월 25일 개정시 대폭 낮춘 비율이다.

주주의 유지청구권은 주주자신을 위하여 행사할 수 있는 권리가 아니라, 회사를 위하여 행사되는 권리이므로 주주의 공익권이다. 1984년 개정 전 상법에서는 주주에게만 유지청구권을 인정하였으나, 종래의 회사의 업무와 재산 상태를 조사할 수 있는 감사에게도 유지청구를 허용함으로써 유지청구제도의 효율성을 높이고자 하였다.

이러한 이사의 위법행위유지 청구권은 원래 영미법제에서 소송절차 중의 한 방법으로서 이용하고 있는 법원의 유지명령제도(injunction)를 본받아 이를 실제법상에 입법화 한 것이다. 영미에서는 피고의 행위를 방치하는 경우 원고에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 법원은 원고의 청구에 의해 피고에게 일정한 행위를 금지할 것을 명령하는 제도로 이용되고 있다. 그러나 영미법상의 이러한 유지명령제도는 소를 통하여서만 인정되며, 원고의 권리구제를 위해 일반적으로 인정되는 제도는 아니다. 그러나 회사법 분야에서는 주로 이사가 회사의 이익에 반하는 행위를 할 때 주주가 이를 유지시키기 위해, 그리고 직무집행이 다른 이사 등에 의하여 방해받을 때 이를 제거하기 위해 이용된다.<sup>224)</sup> 이와 관련하여 우리 상법은 일반적인 유지청구권(402조) 외에 신주발행유지청구권(424조)도 인정하고 있다.

유지청구는 일종의 보전행위라는 점에서 상법 제407조에서 규정하고 있는 직무집행정지제도와 그 목적에 있어서 동일하다. 그러나 유지청구는 반드시 소를 통하지 않고도 행사할 수 있다는 점과 직무집행정지제도처럼 이사의 권한을 일반적으로 정지시키는 것이 아니라 개별적 행위에 한하여 저지한다는 점에서 차이가 있다. 그리고 유지청구는 감사나 소수주주가 대표기관으로서 회사를 위해 이사에 대하여 청구한다는 점에서 대표소송(403조)과 유사하다. 그러나 대표소송은 이미 발생된 손해를 회복하고자 하는 차원에서 행사되는 사후적 구제수단인데 반해, 유지청구는 손해를 사전에 예방하고자 하는 차원에서 행하여지는 사전적 구제수단이라는 점에서 차이가 있다. 또한 대표소

---

224) Pennington, *Company Law*, pp.21, 508-509. 미국법에서 회사의 이익에 반하는 행위에 대해 유지명령이 인정되는 예: Ill. Bus. Corp. Act §8; Model Bus. Corp. Act §3.04; Del. Gen. Corp. Law §124; Calif. Corp.Code § 208(a); N.Y. Bus. Corp. Law §203.

송의 당사자 능력은 소수주주에게만 인정되고 감사에게는 인정되지 않는다는 점이 다르다.

## 해석론

이사의 행위에 대하여 주주나 감사가 유지청구를 하기 위하여 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여야 한다(402조). 이 때 유지청구의 대상인 이사의 행위가 회사의 목적범위 내에서 이루어진 경우에 한하는가 하는 것이 문제가 된다. 이에 대하여 목적범위 내이든 외이든 불문한다는 주장이 있다.<sup>225)</sup> 그러나 목적범위 외의 행위에 대하여도 유지청구를 허용한다는 것은 지나친 적용범위의 확대를 가져온다. 따라서 유지청구의 대상을 이사의 행위가 회사의 목적범위 내에서 이루어진 경우에 한하는<sup>226)</sup> 것이 타당하다.<sup>227)</sup> 그리고 이사의 위법행위에 고의나 과실이 있어야 하는지 여부도 문제가 된다. 이에 대하여 이사의 고의나 과실이 없다 하더라도 정관이나 법령에 반하는 행위만 있으면 유지의 대상이 된다는 견해<sup>228)</sup>가 있다. 이 견해는 종래의 다수설<sup>229)</sup>이 이사가 법령을 위반한 경우에는 무과실책임을 부담하여야 한다는 주장을 따르고 있다고 사료된다. 그러나 현재에는 이사가 법령에 위반하더라도 고의나 과실이 있어야 한다는 견해<sup>230)</sup>가 다수를 차지하고 있다. 따라서 이사가 법령이나 정관에 위반한 행위를 한 경우에 고의나 과실이 있어야 유지청구를 할 수 있다고 봄이 타당하다고 사료된다.

그리고 이사가 법령이나 정관에 위반한 행위가 불법행위이거나 법률행위, 또는 준법률행위, 사실행위인 경우에도 유지청구의 대상이 될 수 있다. 그러나 대상이 된 행위가 유효한 법률행위일 경우 그 법률행위의 효력을 저지하기 위하여 유지청구를 할 필요가 있지만, 무효인 경우라도 유지청구를 할 필요가 있는가 하는 점이 문제가 된다. 이에 대하여 법률행위가 무효인 경우에도 유지청구의 대상이 된다는 견해<sup>231)232)</sup>가 있

---

225)鈴木竹雄/石井照久, 株式會社法解説, 186面; 北澤正啓, 會社法, 451面; 이태로/이철송, 회사법강의, 1996, 691면.

226) 예를 들어 대표이사가 개인적으로 유흥의 목적을 위하여 회사의 이름으로 수표를 발행한 경우에는 유지의 청구의 대상이 되지 않고, 단지 선관주의의무위반으로 인한 손해배상책임을 지게 되는 것이다.

227) 坂田桂三, 現代會社法, 中央經濟社(1995), 480面.

228) 임채균, 회사법상의 유지청구권, 회사법상의 제문제(재판자료 제38집), 1987, 315면.

229) 徐燉珪, 商法講義(上), 1985, 394面; 孫珠瓚, 商法(上), 1998, 779면; 崔基元, 新會社法論, 1998, 743面; 李院錫, 新商法, 1985, 459面; 鄭茂東, 商法講義(上), 1984, 416面; 徐廷甲, 商法(上), 1984, 227面 등.

230) 朴相祚, 新會社法論, 1997, 619面.

231) 이태로/이철송, 전거서, 691면.

232) 임채균, 전계논문, 315면.

으나 무효인 법률행위에 대하여 유지를 청구한다는 것은 무의미하므로 유지청구를 부인하는 것이 바람직하다.<sup>233)</sup> 또한 원인행위와 그 이행행위가 분리되어 있을 경우<sup>234)</sup>에 원인행위 뿐만 아니라 이행행위에 대하여도 유지를 청구할 수 있는가 하는 점이 문제가 된다. 이에 대하여 이를 긍정하는 견해<sup>235)</sup>가 있으나, 유효한 행위인 경우에는 선의의 제3자를 보호하는 취지에서 원인행위가 일단 행해진 후에는 이행행위에 대하여는 유지청구를 할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>236)</sup>

주주가 이사의 행위에 대하여 유지청구하기 위하여 이사가 법령이나 정관에 위반한 행위로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있어야 한다(402조). 여기서 “회복할 수 없는 손해”라 함은 사회통념에 따라 판단될 문제이다. 예를 들어 이사가 위법하게 회사의 재산을 처분하여 그 후에는 그 재산을 취득하는 것이 불가능한 경우에는 유지청구를 할 수가 있다. 그러나 위법하게 처분하였다 하더라도 이사가 자기의 재산으로 이를 취득하여 회사에 배상할 수 있는 경우에는 유지청구의 대상이 되지 않게 된다.

그리고 “회복할 수 없는 손해”가 법률적으로 불가능한 것만이 아니라 회복하기 위한 비용이나 절차 등을 고려하여 볼 때에 회복이 곤란하거나 상당한 시일을 요하는 경우에도 유지청구가 인정되는지 여부가 문제가 되고 있다. 이에 대하여 긍정적인 견해<sup>237)</sup>도 있으나, 이는 유지청구제도의 본래의 취지에 반하고, 특히 주주의 유지청구권 행사의 요건이 발행 주식 총 수의 1%로 낮추어 진 점, 더욱이 1998년 5월 증권거래법에서는 지주요건을 0.01%로 하고 있는 점을 고려하여 볼 때 유지청구가 남발될 가능성이 매우 커졌다. 따라서 “회복할 수 없는 손해”를 해석함에 있어서는 사실상 불가능한 것만을 유지청구의 대상으로 하고 회복이 곤란한 경우에는 대표소송이나 기타의 방법으로 책임을 추궁하는 것이 바람직하다고 본다.

유지청구를 할 수 있는 자는 상법상으로는 감사 또는 발행 주식 총 수의 100분의 1 이상, 증권거래법상으로는 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주에 한한다. 이는 소수주주나 감사가 유지청구를 함으로써 이사가 업무를 집행함에 있어 경영상의 중대한 간섭을 회복할 수 없는 손실을 초래할 위험성이 있기 때문에 소수주주의 자격요건을 제한한 것이다.

소수주주의 지주수를 계산함에 있어서는 의결권 없는 주식도 포함된다고 본다. 그러

---

233) 손주찬, 전계서, 779면.

234) 예컨대 회사재산의 매매계약을 하고 이후에 인도 또는 등기이전하는 경우.

235) 이태로/이철송, 전계서, 691면.

236) 손주찬, 전계서 779면; 정동윤, 회사법, 1992, 450면; 北澤正啓, 會社法, 1994, 450面.

237) 이태로/이철송, 전계서, 692면; 손주찬, 전계서, 778면;

나 유지청구를 할 수 있는 지주기간요건과 관련하여 볼 때에 일본상법과 우리 증권거래법은 유지청구 전 6개월 이상 주식을 소유하고 있어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 우리 상법은 이에 대한 아무런 규정을 두고 있지 않아, 법규정을 그대로 해석한다면 유지청구 당시에 지주요건만 갖추면 행사가 가능하다고 볼 수 있다.<sup>238)</sup> 그러나 이사의 업무집행에 지장을 초래할 목적으로 유지청구를 하고자 일시적으로 주식을 보유한 주주에게도 유지청구가 허용될 수 있다는 점을 고려하여 볼 때에 우리 상법에도 유지청구를 하기 전 일정기간 주식을 보유하고 있었을 것을 요건으로 하는 것이 바람직하다고 본다. 이는 입법상의 커다란 불비로 보므로 시급한 개정이 필요하다고 본다. 그리고 주주의 경우에는 임의적으로 유지청구를 할 수 있지만, 감사는 직무상 요건이 충족되면 반드시 유지청구를 해야 하며 이를 게을리 하면 임무해태가 된다.

유지청구의 상대방은 법령·정관에 위반한 행위를 하려는 이사이다. 이것은 영미법에서 injunction이 대인소송(actio personam)인 점에서 유래한다. 이 때 업무집행관여자나 표현이사도 유지청구의 상대방이 될 수 있다고 본다. 특히 지배인도 유지청구의 상대방이 될 수 있는가 하는 점에 대하여는 지배인의 행위로 회사에 회복할 수 없는 손해의 발생 우려가 있다면 당연히 지배인의 행위에 대하여도 소수주주는 유지청구를 할 수 있으며, 이 때 대표이사나 감사도 유지청구를 할 수 있다고 본다.

## 절차 및 효과

유지청구는 이사에 대하여 의사표시의 방법으로 할 수 있을 뿐만 아니라, 소의 방식으로 할 수 있다. 이 때 소를 제기한다면, 이는 이행의 소 또는 장래의 이행의 소(민소 229조)가 되며, 유지청구의 실효성을 확보하기 위하여 가처분으로 이사의 행위를 중지시킬 수도 있다(민소 714조 2항).

소수주주가 유지청구를 한 경우에는 이는 간접적으로는 자기를 위한 것이 될 수 있으나 직접적으로는 회사를 위하여 제기한 것이므로 판결의 효과는 당연히 회사에 미친다. 유지청구의 소는 대표소송과 마찬가지로 주주가 회사의 대표기관적 지위에서 제기하는 것이므로 소의 관할·참가, 패소주주의 책임 등에 관하여 대표소송에 관한 규정을 유추 적용해야 한다.

그러나 유지청구는 이사의 행위가 있기 전에 하여야 실효를 거둘 수 있으므로, 최소한 법률행위를 하고 이행행위가 완료되기 전에 하여야 한다. 이는 이사의 행위가 유효하게 제3자에 대하여 효력을 갖는 경우에도 유지청구를 인정한다면 선의의 제3자가

---

238) 일본상법은 단독주주에게도 유지청구권을 인정하지만 유지청구권의 행사만을 위해 주식을 취득하는 사례를 방지하기 위하여 6월 전부터 계속 주식을 소유하는 주식에 한하여 인정한다(일상법 제272조).

피해를 볼 수 있기 때문이다.

유지청구를 소로써 한 경우에는 판결에 따라 그 효과가 주어질 것이나, 소에 의하지 아니하고 이사에 대한 의사표시로 유지를 청구할 경우 어떤 효과가 주어지느냐가 문제된다. 즉, 감사나 주주가 유지청구를 하더라도 이것이 정당하지 않을 가능성도 있기 때문에 이사가 반드시 이에 응하여 행위를 유지한다고 보기는 어렵다. 따라서 유지청구가 있으면 이사는 자신의 행위가 법령 또는 정관에 위반한 것인지 여부를 숙고하여 유지 여부를 결정할 주의의무를 진다고 보아야 한다.

이사가 유지청구를 받고도 이에 불응하여 법령 또는 정관에 위반한 행위를 유지하지 않은 경우에는 그 행위로 인하여 발생한 회사의 손해에 대하여 당해 이사는 상법 제 399조에 따라 회사에 대하여 책임을 진다. 그러나 이는 법령 또는 정관을 위반함으로써 발생한 법률효과이지 유지청구를 함으로써 발생하는 법률효과는 아니다.<sup>239)</sup>

따라서 이사가 유지청구에 불응하는 경우 불응에 대한 이사의 고의나 과실이 있었는지 여부에 대한 입증책임이 문제된다. 이에 대하여는 이사의 중과실이 의제된다고 해석하는 견해가 있다.<sup>240)</sup> 그러나 상법 제399조 1항에서 이사에게 손해배상책임을 부과하기 위하여 중과실이 필요하다는 규정이 없기 때문에 이사가 유지청구에 불응하는 경우 중과실을 의제하는 것은 실익이 없다는 주장도 있다.<sup>241)</sup> 이러한 면에서 볼 때 유지청구제도의 본래의 취지를 관철하고자 하는 의미에서 가능한 한 이사에게 입증책임을 전가시키고자 법규정이 없음에도 불구하고 특별책임을 부과하는 것은 법해석론상 설득력이 없다고 본다. 따라서 이사가 고의 또는 과실로 유지청구에 불응하여 직무를 집행함으로써 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생한 사실에 대하여 원고인 주주 또는 감사가 입증하는 것이 바람직하다.

이사가 주주 또는 감사의 유지청구를 무시하고 직무를 집행한 경우에 해당 행위에 대한 사법적 효과가 문제된다. 이 문제는 앞서서도 이미 언급한 바와 같이 법령·정관에 위반한 이사의 행위가 유효인 경우에 발생하는 문제이므로, 무효인 경우에는 유지청구에 관계없이 효력이 발생하지 않는다고 본다.

한편 유지청구와 관련한 사법상의 효과를 행위의 성질에 따라 구분하여 해석하는 견해<sup>242)</sup>가 있다. 즉, 신주발행이나 사채발행과 같은 단체법적 행위는 상대방이 유지청구의 사실을 알든 모르든 유효하고, 매매나 대여와 같은 개인법적 거래행위는 상대방이

239) 이태로/이철송, 전거서, 693면.

240) 이태로/이철송, 전거서, 694면.

241) 北澤正啓, 前掲書, 450面.

242) 손주찬, 전거서, 690면.

유지청구의 사실을 안 경우 회사는 무효를 주장할 수 있다고 한다.<sup>243)</sup>

그러나 이와 같이 해석한다면 대외적으로 감사나 주주의 유지청구는 적법하다고 추정을 받게 되고, 이사의 행위는 위법하다고 추정을 받게 되는 결과가 된다. 이는 불과 상법상 100분의 1이상 증권거래법상 1만분의 1의 주주가 갖는 의사에 대하여 주어지는 효과로서는 지나칠 뿐만 아니라, 이처럼 해석하여야 할 실정법적 근거도 없다. 유지청구의 유무 및 상대방의 선의 여부는 행위의 효력에 영향을 주지 않는다고 보아야 한다.<sup>244)</sup>

감사나 주주의 유지청구가 정당한 경우에는 행위를 유지함이 당연하지만, 유지청구가 부당함에도 그에 쫓아 이사가 행위를 유지한 경우에는 사안에 따라 그 유지가 오히려 법령·정관에 위반하거나 임무를 해태한 경우에 해당되어 회사에 대한 책임이 발생할 수 있다(상399조 1항).

이와 관련하여 1998년 개정상법에서 업무집행관여자에게 책임을 부과하는 규정을 신설하여 이사가 아니면서 배후에서 이사에 대해 영향력을 행사하여 사적 이익을 취하고자 하는 자에게 이사와 동일한 책임을 지도록 규정을 신설한 바 있다(개정상법 제401조의2 제1항). 따라서 앞으로는 지배주주이면서 이사로 취임하지 않고 회사의 경영에 간섭한 자는 회사에 대하여 뿐만 아니라 제3자에 대하여도 이사와 동일한 책임을 져야 하므로 지배주주가 회사의 경영에 간섭하는 것은 감소하리라 보인다. 그러나 소수주주가 부당하게 유지청구를 하여 회사에 영향력을 행사한 결과 회사에 발생한 손해에 대하여 소수주주에게 책임을 인정하는 규정은 없다. 따라서 상법상 1%, 증권거래법상 0.01%의 소수주주가 부당하게 경영에 간섭하는 차원에서 실행하는 유지청구로 인하여 회사에 대하여 손해가 발생한 경우 이에 대한 책임문제를 입법론적으로 검토할 필요가 있다.

유지청구의 행사와 관련하여 주주와 이사간에 부정한 거래가 이루어질 수 있으므로 이를 제재하기 위한 벌칙이 있다. 따라서 주주나 이사가 유지청구와 관련한 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수하거나 요구 또는 약속하였다면 이는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처해진다(631조 1항 3호).

### 위법행위유지청구제도의 실효성

앞에서도 이미 언급한 바와 같이 이사의 위법행위유지청구권을 입법화한 나라는 우리나라와 일본뿐이다. 그러나 중요한 것은 우리나라와 일본 중 이사의 위법행위유지청

243) 上柳克郎/竹内昭夫/鴻常夫, 新版 註釋會社法(5), 有斐閣 (1986), 430面.

244) 이태로/이철송, 전거서, 694면.

구와 관련된 판례가 하나도 없고 단지 이론적으로 존재하는 규정이라는 사실이다. 이는 이사의 위법행위유지청구 규정이 무용화되었거나 사문화되었다는 것을 의미한다. 더욱이 일본에서는 이사의 위법행위유지청구권을 단독주주권으로 인정하고 있으나, 단 한건의 판례도 없다는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다.

이처럼 유지청구제도가 오늘날 무용화 또는 사문화된 이유는 여러 가지가 있겠으나, 우선적으로 세가지를 들 수 있다. 첫째는 소유와 경영의 분리, 둘째는 주주의 소극성, 셋째는 유지청구제도 자체의 절차적 결함을 들 수 있다.

소유주식수에 비례하여 지배권을 갖게 되는 주식회사법의 기본원칙에 따라 소규모의 주식을 갖고 있는 소수주주는 궁극적으로 회사의 경영에 참여할 수 있는 기회가 아주 희박하다. 더욱이 기업이 대형화하면 할수록 주식분산이 활발하여지며, 이 때 모든 주주가 직접적으로 회사의 경영에 참여하게 되면 막대한 거래비용<sup>245)</sup>이 발생할 수밖에 없게 되어 거래비용을 감소시킬 수 있는 방법인 전문경영인, 즉 소수의 이사에게 회사경영을 위임하는 대리경영방식으로 회사가 경영되고 있다.

이는 회사경영상의 융통성과 이사의 전문가적인 기술을 이용할 수 있는 장점을 갖게 되어 주주가 직접적으로 회사경영에 참여하여서는 달성할 수 없는 자본과 두뇌의 결합이라는 회사의 궁극적 목적을 달성하기가 용이하여 진다.<sup>246)</sup> 이러한 점을 고려하여 볼 때에 비경영인인 주주가 회사의 경영에 참여하여 전문가인 이사의 위법행위에 대해 유지 청구한다는 것이 현실적으로 어려우며, 실질적으로도 그 실효성이 없거나, 부작용의 여지가 적지 않다는 점이다. 따라서 소수주주에게 유지청구권이 인정된다 하더라도 주식회사가 갖는 본질적인 특성 때문에 유지청구자체가 활성화되기가 어렵다.

주식회사의 경우 회사경영이 이사에 의하여 대리경영되므로 이사가 주주의 이익보다는 개인의 이익을 위하여 업무를 집행할 수 있는 가능성이 높다는 전제하에 이사의 행동에 대하여 주주가 감시할 수 있는 제도가 법적으로 마련되었다. 그러나 현실적으로 주주는 이러한 법적 제도가 마련되어 있음에도 불구하고 감시기능을 수행함에 있어 소극적이다.

주주들이 이처럼 소극적인 이유는 감시기능을 제대로 수행하려면 그 대리인비용<sup>247)</sup>을

---

245) 1991년 Coase교수가 “거래비용”이라는 개념을 처음 사용하였다. 그에 따르면 거래비용은 “시장에서 거래를 하는데 드는 비용”이다. 이에 대하여 자세히는 정기화/김태기, 기업이론, 민음사 (1994), 390-394면 참조.

246) Adolf A. Berle, Power Without Property: A New Development in American Political Economy 59-76 (1959) 참조.

247) 대리인비용이란 대리인관계형성에 따라 발생하는 것으로서 감시.감독비용 (monitoring



줄이기 위해 단체행동을 하여야 하는데 그 단체행동이 어렵다는 점이다. 법경제학적인 측면에서 볼 때 주주가 회사경영에 관심이 있기는 하나, 유지청구를 함으로써 발생하는 비용이 사후에 충분히 보상되지 않는다는 것이 명확하므로 주주는 회사경영에 대하여 소극적일 수밖에 없다.

결국 이처럼 주주들이 대리인비용 때문에 회사경영에 소극적일 수밖에 없는 원인을 분석하여 보면, 주주들이 유한책임을 진다는 점, 주주는 회사의 경영에 참여하기보다는 오히려 주식매도를 통하여 손실을 보상받거나 수익을 얻고자 하는 유동성확보에 관심이 있다는 점, 주주가 스스로 이사의 업무집행에 관여하여 유지청구를 하는 것보다는 다른 주주가 유지청구를 함으로써 손해회복의 비례적 배분을 향유하고자 하는 무임승차의 성향을 갖고 있다는 점이다.

이러한 점들을 고려하여 볼 때에 소수주주에게 이사의 업무집행을 감시하는 차원에서 인정된 유지청구제도가 소수주주의 상기와 같은 소극성 때문에 실효를 거두기 어려운 점이 있다.

우리 상법상의 유지청구제도는 근본적으로 대륙법계에서는 존재하지 않고 영미법계에서 판례를 통하여 형성된 법원칙을 계수하여 실체법화시킨 것이므로 유지청구 그 자체가 갖는 제도적 결함이 내재되어 있다는 점이다. 즉 대륙법계를 택한 나라 중 우리나라와 일본만이 주주의 위법행위유지청구제도를 갖고 있다는 점이다. 특히 유지청구제도가 실효성을 갖기 위하여 이사가 행위를 하기 전에 이를 저지할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 함에도 불구하고 우리 상법에는 이러한 규정이 없다. 즉, 현실적으로 유지청구는 가처분을 이용하지 않는 한 실효성이 별로 없고, 소로써 청구하더라도 마찬가지라는 점이다. 이는 판결에 이르기 전에 대부분 유지청구의 대상인 행위는 이미 종료하여 소의 이익이 없어질 것이기 때문이다. 이러한 문제점은 원래 보전처분의 성격을 갖는 영미법상의 유지청구제도를 대륙법계인 우리나라가 실체법적인 권리로 수용한데서 비롯되었다는 점이다.

이상에서 본 바와 같이 유지청구는 조문상으로는 존재하되 실효성이 없는 조문으로 남아 있고 또한 현실적으로 불가피하다고 보여 진다. 그러나 1998년 상법 및 증권거래법을 개정하여 소수주주의 지주요건을 대폭 낮춤으로써 유지청구제도가 실효성을 갖도록 노력하였다.

---

costs)과 보증비용 (bonding costs), 그리고 잔여손실비용 (residual costs)으로 이루어진다. 이에 대하여 자세히는 Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 305, 308 (1976); 권재열, 우리나라에서 주주대표소송제도가 사실상 사문화된 원인, 강위두박사학갑기념논문집(상), 1996, 343면 주)35 참조.

그러나 주주들이 원하는 것은 이익배당이나 주가의 상승이다. 따라서 소수주주들은 자신들이 직접 경영에 개입하고자 하기 보다는 오히려 전문경영인들에게 자본의 운영을 맡기고자 하는 것이다. 이러한 점에서 볼 때 소수주주가 회사의 경영에 관심을 갖고 이에 참여하도록 유도하기 위하여 유지청구요건을 완화하는 법 개정은 주식회사의 본질에 모순되지는 않는가 하는 의문이 제기된다. 오히려 유지청구요건이 완화됨으로써 일반주주들과는 달리 특정한 목적을 가지고 회사의 경영에 참여하거나 간섭하고자 하는 주주들에게 적극적인 동기부여를 하여 건전한 회사경영에 장애가 될 위험성이 크다. 따라서 유지청구요건을 완화하는 반면에 부정한 목적을 가지고 회사경영에 개입하고자 유지청구하는 주주들에 대한 제재수단이 함께 병행되어야 하리라 본다.

### 문제점 및 개선방안

이사의 위법행위유지청구제도의 문제점을 검토하기에 앞서 우선적으로 지적할 점은 소수주주의 경영참여 내지 감시기능의 확대에만 초점을 맞추어 유지청구제도를 운영하고자 한다면, 부정한 목적으로 회사의 경영에 개입하고자 소수주주가 유지청구권을 남용하는 경우 이에 대한 문제해결이 더 어려워질 가능성이 있다. 오히려 유지청구요건을 완화함과 동시에 남용을 예방할 수 있는 제도도 함께 마련되었어야 하리라 본다.

본 주주의 유지청구제도와 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 우선 1998년 개정상법 및 증권거래법에서 이사에 대한 소수주주의 위법행위유지청구요건 중 지주수의 요건을 각각 발행 주식 총 수의 5%에서 1%, 0.1%에서 0.01%로 대폭 완화한 것에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않았다는 점이다. 일본에서는 위법행위유지청구를 소수주주권으로 인정하지 않고 더 나아가 단독주주권으로 인정하고 있어 외형상으로는 우리 유지청구요건보다 그 요건이 완화되어 있다고 볼 수 있다.

그러나 일본에서는 유지청구를 하기 위하여 유지청구일 이전 6개월간 주식을 보유하고 있어야 할 것을 요건으로 하고 있다. 이는 유지청구제도의 남용을 방지하는 차원에서 이루어지는 양적인 제한이 아니라 질적인 차원에서 제한하고자 하는 취지로 여겨진다. 더욱이 우리 증권거래법도 유지청구를 하기 위하여 6개월 전부터 계속하여 주식을 소유할 것을 요건으로 하고 있다. 그러나 1998년 개정상법에서는 지주수에 제한 요건만 완화하였을 뿐 지주기간에 대한 요건은 신설하지 않았다. 이는 입법상의 커다란 착오라고 사료된다. 따라서 당연히 6개월간의 지주기간을 요건으로 하는 법개정이 필요하다고 본다.

또한 이사가 회사목적범위 외의 행위를 하고자 할 때 유지청구를 할 수 있는지와 관

련하여 일본상법은 272조에서 회사목적범위 내에서 정관이나 법령에 위반된 행위를 하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 위험이 있는 경우에 한하여 유지청구를 할 수 있다고 명백히 규정하고 있다. 그러나 우리 상법에서는 이러한 명백한 규정이 없어 목적범위 외의 행위에 대하여도 유지청구 할 수 있는지 여부에 대하여 논란이 일고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 상법을 개정하여 일본처럼 명백히 목적범위 내의 행위에 대하여 유지청구 할 수 있도록 규정하여 입법론적으로 논란의 여지를 없애는 것이 주요하다고 본다.

한편 1998년 개정상법에서 지배주주이면서 배후에서 이사에게 영향력을 행사하여 사적 이익을 취하고자 하는 자에게 이사와 동일한 책임을 지도록 규정을 신설한 바 있다(개정상법 제401조의2 제1항). 따라서 앞으로는 지배주주이면서 이사로 취임하지 않고 회사의 경영에 간접한 자는 회사에 대하여 뿐만 아니라 제3자에 대하여도 이사와 동일한 책임을 부담하게 되어 앞으로 지배주주가 회사의 경영에 간섭하는 사례는 감소할 것으로 예상된다. 그러나 소수주주가 부당하게 유지청구를 하여 회사에 영향력을 행사한 결과 회사에 발생한 손해에 대하여 소수주주에게 책임을 인정하는 규정은 없다. 따라서 상법상 1%, 증권거래법상 0.01%의 소수주주가 부당하게 경영에 간섭하는 차원에서 실행하는 유지청구로 인하여 회사에 대하여 손해가 발생한 경우 이에 대한 책임문제를 입법론적으로 검토할 필요가 있다.

지주요건의 개정: 개정상법 402조의 “발행 주식 총 수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주”를 “발행 주식 총 수의 100분의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주”로 개정하여야 한다고 본다. 지주기간의 삽입: 개정상법 제402조의 “... 감사 또는 발행주식 총수의 100분의1 ...”을 “... 감사 또는 6개월 전부터 발행주식 총수의 100분의3 ...”으로 개정하여야 한다. 직무범위의 확정: 상법 제402조의 “이사가 법령 또는 정관에 위반한”을 “이사가 회사의 목적범위 내에서 법령 또는 정관에 위반한”으로 개정하여야 한다.

유지청구자의 책임규정신설: 상법 제402조의 단서에 “단, 고의나 중대한 과실로 부당한 유지청구를 한 자는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다.”를 신설하여야 한다.

## 결어

위에서 본 바와 같이 1998년에는 상법 및 증권거래법을 소액주주의 보호 및 경영참여라는 기본 방향을 설정하고 대대적인 개정작업을 수행하였다. 이는 1997년 말 우리 경제에 닥쳐온 위기를 극복하고자 하는 차원에서 대대적으로 이루어진 개혁이라고 사료된다. 이는 대기업들이 다수의 소수주주보다는 소수의 지배주주를 위하여 회사를

경영하여 왔다는 시대적 비판에 귀를 기울인 것으로 사료된다. 물론 이에 대하여 부정하는 견해는 그리 많지 않을 것으로 사료된다.

그러나 금번 상법 및 증권거래법의 개정작업에서는 지나치게 비판의 소리에 민감하게 귀를 기울이지 않았나 사료된다. 비록 비판의 목소리가 높다 하더라도 입법자는 좀더 객관적인 입장에서 개정작업에 임해야 했다고 생각한다.

앞으로 우리의 경제시장은 그 동안의 폐쇄적인 경영체제를 벗어나 무한의 개방시장체제로 돌입하게 되었다. 따라서 기존의 틀 속에서 거론되었던 문제점들을 변화한 시장 경제체제에서 해결하겠다는 생각은 잘못된 판단이라고 사료된다. 즉, 새로운 경제질서 속에서 발생할 문제점을 예견하고 이에 대비한 입법론적인 고찰이 필요하다고 사료된다.

---

---

현재 당면한 경제위기는 우리의 경제현실을 급격히 변화시키고 있으며, 또한 새로운 경제구조를 요구하고 있다. 이러한 변화 속에서 우리 회사법이 나아가야 할 방향도 새로운 시각에서 재조명되어야 한다. 이는 경제현실과 조화를 이루는 회사법, 객관적이고 형평성이 보장되는 진정한 의미에 있어서의 기업을 위한 회사법이 그 어느 때보다도 절실히 요구되기 때문이다. 앞으로 우리의 기업은 종래의 폐쇄적인 경영체제를 벗어나 무한의 개방시장체제로 돌입하게 되었다. 이는 기존의 틀 속에서 거론되었던 문제점들을 변화한 경제체제 내에서 해결하고자 한다면, 결국 무수히 많은 시행착오를 겪을 밖에 없다는 것을 의미한다. 따라서 새로운 경제 질서에 적합한 새로운 입법론적인 사고가 필요하다.



1. 누적투표제에 관한 고찰: 금번 신설된 누적투표제에 관한 규정은 이미 미국이나 일본에서 그 실효성을 상실하고 있는 것을 고려하여 볼 때에 전시적 효과를 목적으로 한 입법이 아닌가 의문이 제기된다.
2. 이사의 충실의무에 관한 재고찰: 이사의 충실의무조항은 현행 상법상 이사에게 부과하고 있는 이사의 선관주의무를 선언적으로 규정한 주의적 규정에 불과한 것으로 해석하는 것이 바람직하다.
3. 주식회사의 업무집행관여자 및 표현이사의 책임: 우리 개정상법에서 고의성의 입증에 대한 구체적인 규정을 두지 않고 업무집행관여자의 책임 및 표현이사의 책임을 인정할 점을 고려하여 볼 때에 그 실효성에 의문이 제기된다.
4. 주주제안권: 주주제안제도의 실시와 관련하여 입법론적, 해석론적 해결방안을 모색함에 있어 일방적으로 소수주주보호나 회사기관의 보호에 편중되어서는 안된다.
5. 이사의 위법행위유지청구권: 소수주주의 경영참여 내지 감시기능의 확대라는 점에 초점을 맞추어 유지청구제도가 운영되는 경우 소수주주의 부당한 경영간섭 또는 권한남용의 폐해가 발생할 수 있다. 오히려 유지 청구요건을 완화함과 동시에 남용을 예방할 수 있는 입법론적 해결이 필요하다.

## 회사법의 쟁점

---

1999년 2월 20일 1판 1쇄 발행

2019년 10월 29일 1판 2쇄 발행

저자\_전삼현

발행자\_최승노

발행처\_자유기업원

주소\_서울특별시 영등포구 국회대로62길 9

전화\_02-3774-5000

팩스\_0502-797-5058

비매품

---