



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2021년 2월

석사학위 논문

株主總會制度에 관한 考察

- 소수주주의 감시기능 강화와 관련된 문제해결을 중심으로 -

조선대학교 경영대학원

경영학석사학위과정

진 준 영

株主總會制度에 관한 考察

- 소수주주의 감시기능 강화와 관련된 문제해결을 중심으로 -

A Study on the System of Shareholders' Meeting
- Focusing on problem solving related to strengthening
the monitoring function of minority shareholders -

2021년 2월 25일

조선대학교 경영대학원

경영학석사학위과정

진 준 영

株主總會制度에 관한 考察

- 소수주주의 감시기능 강화와 관련된 문제해결을 중심으로 -

지도교수 서 성 호

이 논문을 경영학 석사학위신청 논문으로 제출함

2020년 10월

조선대학교 경영대학원

경영학석사학위과정

진 준 영

진준영의 석사학위논문을 인준함

위원장	조선대학교	교수	金在亨 (인)
위원	조선대학교	교수	李昌宰 (인)
위원	조선대학교	교수	徐聖浩 (인)

2020년 11월

조선대학교 경영대학원

<목 차>

ABSTRACT	iv
제 1 장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
제 2 장 주주총회의 기초법리	4
제1절 주주총회제도의 개관	4
1. 주주총회의 의의	4
가. 필요적 상설기관	4
나. 주주로 구성	4
다. 최고의사 결정기관	5
2. 주주총회의 만능기관성에 관한 논쟁	5
제2절 주주총회의 권한과 기능	6
1. 주주총회의 권한	6
가. 범위	6
나. 상법상 권한	6
다. 정관상 권한	7
2. 주주총회의 기능	8
가. 회사정보 공개가능	9
나. 경영진의 견제기능	9
다. 회사소유자로서의 의사결정기능	10
라. 투자설명회와 소통기능	10
제3절 주주총회의 운영실태	11
1. 주주총회의 형해화 현상	11
2. 투명주주(invisible shareholders)	12
3. 박수총회와 속전속결총회	13
4. 대표이사의 주주총회의장 겸직	15

제 3 장 소수주주의 보호 및 강화	16
제1절 소수주주의 의의	16
1. 주주의 지위	16
2. 주주의 권한	17
3. 소수주주	18
제2절 소수주주 보호의 필요성	20
1. 다수결 원리의 한계	20
2. 대리인 비용의 절감	21
제3절 소수주주의 보호기능	23
1. 지배주주의 전횡방지	23
2. 소액투자자의 보호	24
3. 의사결정의 참여확대	25
제 4 장 현행 소수주주의 권리	26
제1절 소수주주권의 의의	26
제2절 소수주주권 행사의 요건	27
1. 정보요구권	27
가. 회계장부열람·등사청구권	28
나. 업무·재산상태의 검사권	31
2. 주주총회를 통한 경영관여	33
가. 주주총회 소집 청구권	34
나. 주주제안권	38
다. 집중투표 청구권	43
3. 이사·감사·청산인에 대한 책임추궁	47
가. 이사·감사·청산인에 대한 해임청구권	48
나. 위법행위유지 청구권	50
다. 주주대표소송 제기권	53
라. 해산 청구권	66
제3절 소수주주권 행사요건의 완화	68

제4절 상장회사의 소수주주권 행사요건에 관한 각계의 입장	69
1. 상장회사의 특례규정과 소수주주권	69
2. 상장회사 특례규정의 배타성 검토	70
가. 판례	70
나. 학설	73
다. 소결	74
제 5 장 주주제안권의 문제점과 개선방안	77
제1절 현행주주 제안권의 문제점	77
1. 절차적 한계	77
가. 행사주체에 관한 요건	77
나. 행사기간에 관한 요건	78
2. 내용적 한계	79
3. 주주제안권의 변형	81
4. 부당거절 구제방안의 미흡	81
제2절 개선방안	83
1. 행사주체요건의 개선	83
2. 행사기간의 확장	86
3. 주주제안 대상과 관련된 개선	87
가. 주주제안 대상의 확대	87
나. 변형상정의 한계설정	91
다. 부당거절 구제방안의 개선	92
4. 의결권 확보를 위한 제도개선	93
제 6 장 결론	96
참고문헌	99

ABSTRACT

A Study on the System of Shareholders' Meeting **- Focusing on problem solving related to strengthening the** **monitoring function of minority shareholders -**

JIN JUN-YOUNG

Advisor : Prof.Seo Seong-ho, LL.D
Department of Business Administration
Graduate School of Chosun University

Change in governance structure of joint stock company is getting more complex and diversified together with internationalization of capital market. In other words, expectations on the role of each organ designed in existing joint stock company legal regime are confronting new change in legal·practical operation level, as change in perspectives are required on the dimension of securing corporate transparency and soundness, due to the diversification of stakeholders.

This means that the conceptual perception on shareholders as substantial owner of corporates is confronting realistic change, as development, issuance and expansion of other class of shares, other class of bonds worked as the trigger for legislation of law on creditor protection (the Commercial Code Article 480-2 to 512, Japanese·Company act Article 702 to 742) and such laws are continuously adopted and expanded into the Commercial Code.

In other words, traditional concept of deeming General Shareholders' Meeting as the substantial highest organ of a company shows the phenomenon of weakening. The audit function of surveillance·supervision on the management

weakened, or even audit is disappearing. New legislation rather anticipates the function of auditor from General Shareholders' Meeting. Accordingly, the phenomenon occurred where basic system, structure, concept and theory on joint stock company are weakening.

Regarding these, there is a view that, while acknowledging such facts and phenomenon, such phenomenon has originated from surveillance on managerial bodies · non-function of supervisory body within existing joint stock company law regime, which naturally occurred in the course of system improvement according to the needs of the era.

On reflection, as minority shareholders other than controlling shareholder are positioned at the top of all systems related to managerial surveillance in the General Shareholders' Meeting, minority shareholder rights were legislated in expectation of minority shareholders' role theory and then on strengthening trend uniformly in the course of judicial improvement so far. In case of large corporations, considering the trend that, despite of rather small shareholding held by major shareholder(controlling shareholder) out of total number of shares issued, and despite of the fact that institutional investors have rather more holdings and may have more influence, major shareholder(controlling shareholder) tend to show exercising arbitrary discretion in management, the legal system of strengthening minority shareholder rights may warrant expectations on the effect thereof. Meanwhile, in case of small and medium enterprises with stronger governance power by major shareholder due to substantial owner management, expectation on minority shareholders would be too much in reality.

Therefore in case of small and medium enterprises, it would be the realistic and desirable legislation policy to have expectations on creditors' role theory rather than minority shareholder's role theory. Currently in Korean legal regime, bondholders' meeting etc can be established only in case relevant company issues corporate bond. Hence as the supplementary measure, the opinion was raised that introduction of Japanese accounting participation system needs to be considered. Considering on Korean

legislation enhancement, especially in case of SME legislation, the contents are regarded as far from the reality of SMEs and support to the above view cannot be avoided.

From a viewpoint on managerial surveillance system of small to mid sized joint stock company, legislator could not rely on expectation upon auditor in preceding legal regime and hence had no choice other than rely expectations on minority shareholders, hence he might had no choice other than such legislation. However, legislators should have devised any supplementary measures which would reinforce the surveillance right which might be anticipated otherwise. Nevertheless in case of small sized joint stock company, legislation resulted in removal of existing auditor system without any supplementary measures, and there is no excuse from the critics on such result.

Accordingly this study starts from overall review on the legal regime on managerial surveillance system by minority shareholders who are at the top of audit system in joint stock company. Regarding shareholder proposal right which has been adopted to reinforce minority shareholder right in large joint stock company, empirical problems are identified and interpreted through Japanese legal precedents and directions are presented to establish system stabilization measures and method. Especially this study sounds out whether it would be possible to supplement surveillance function by mandating creditors of small joint stock company to perform surveillance function, and concurrently whether adoption of other system would enhance minority shareholders' surveillance function or efficacy of creditors' surveillance function. As such, this study presents the supplements to the problems in revised Commercial Code dated May 28, 2009 again, and try to present

제 1 장 서 론

제1절 연구의 목적

주식회사의 지배구조 변화는 자본시장의 국제화와 함께 더욱 복잡·다양화되어 가고 있다. 즉, 기존에 존재하던 주식회사 법제에 설계되어 있던 각 기관의 역할에 대한 기대가 기업의 투명성 및 건전성 확보라는 차원과 이해관계인의 다양화로 인해 그 관점의 변화가 요구됨에 따라 법률적·실무적 운영 차원에서 새로운 변화를 맞고 있다는 것이다.

이는 관념적으로 기업의 실소유주로 보았던 주주의 인식이 종류주식, 종류사채의 개발, 발행, 확산으로 인해 채권자보호에 관한 법률(상법 제480조의2 내지 제512조, 일·회사법 제702조 내지 742조)을 마련하는 계기가 되었고, 그러한 법률이 계속적으로 상법에 도입 및 확산되어 감에 따라 현실적인 변화를 맞고 있다는 것이기도 하다.

바꾸어 말하면 회사의 실질적인 최고기관은 주주총회라고 보는 전통적인 개념이 흔들리고 있는 현상이 보여지고 있으며, 경영진을 감시·감독을 하는 감사기능은 약화되고 심지어는 감사자체가 사라지고 있는가 하면 오히려 기존 감사의 역할을 주주총회에 기대하게 하는 법제까지 만들어지면서 주식회사의 기본적인 체제, 구조, 개념, 이론마저 뒤흔들리는 현상마저 초래되고 있다. 이에 대해 그러한 사실과 현상을 인정하면서도 이는 기존의 주식회사 법제에서 경영기관에 대한 감시·감독 기관의 무기능에서 비롯된 것으로 시대적 요구에 의해 제도개선을 추진해 가는 중에 자연스럽게 나타나게 된 현상이라고 보는 견해도 있다.

생각해 보면, 주주총회에서 지배주주를 제외한 소수주주는 경영감시와 관련되어 있는 모든 제도의 정점에 위치하고 있으므로 지금까지의 법제개선에 있어서는 소수주주의 역할론에 기대하여 소수주주권을 법제하고 이후에는 강화하는 추세로 일괄되어 왔던 것이 사실인데,¹⁾ 소수주주권 강화법제는 대기업의 경우에는 대주주(지배주주)가 가지고 있는 주식의 소유분은 발행주식 총수 전체에서 볼 때 그다지 크

1) 1998년 개정상법에서는 소수주주의 감사권한을 강화하기 위해 소수주주권의 행사요건을 대폭 완화하는 조치가 이루어졌다(서성호, 「최신기업법강론」 무역경영사, 329면(2015년)).

지 않고 오히려 기관투자자들의 소유분이 더 큼에 따라 영향력이 더 클 수 있다. 그럼에도 불구하고 대주주(지배주주)가 경영권을 제 마음대로 하게 되는 경향이 나타나고 있음을 보았을 때 그 효과에 기대가 클 수 있는 반면에 실질적으로 오너경영으로 대주주의 지배력이 더 큰 중소기업의 경우에는 소수주주에 기대하는 것 자체가 현실적으로 무리일 수 있을 것이다.

그러므로 중·소기업의 경우는 오히려 소수주주에 기대하기보다는 채권자 역할론에 기대함이 현실적이고 바람직스러운 입법정책이라 할 수 있을 것인데, 현재 우리 법제에 있어서는 채권자집회 등은 당해 회사가 사채를 발행하는 경우에 한하여 설치될 수 있는 형태로 되어 있기 때문에 그 보완책으로 일본의 회계참여제도의 도입을 고려해 볼 필요가 있다는 견해²⁾가 제기되고도 있는데, 우리의 법제개선을 보면 특히 중소기업의 법제개선(2009년 5월 28일의 상법개정으로 인해 중·소규모 주식회사는 사실상 경영감시체제가 존재하지 않게 되었다는 것)에 있어서는 그 내용이 중소기업의 현실과 매우 동떨어져 있다는 생각을 하게 되기 때문에 상술한 견해에 지지를 보내지 않을 수 없다.

한편으로 위와 같은 법제개선에 대한 입법자의 의도가 중·소규모로 운영되고 있는 주식회사의 경영감시체제에 있어서는 이전의 법제에서 감사에 기대할 수가 없었기에 소수주주들에게 기대할 수밖에 없었고 따라서 그리 만들었던 것이라고 하더라도, 오히려 감사에 기대할 수 있는 감시권의 강화효과를 낼 수 있는 어떠한 보완책을 더 강구했어야 한다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 소규모주식회사에 대해서는 아무런 보완책 없이 기존 감사제도마저 없애버리는 법제로 만들고 말았으므로 결과적으로 그것에 대한 비판에서는 자유로울 수 없다.

그러므로 본 논문에서는 「주주총회제도에 관한 고찰」이란 대주제를 설정하고 소수주주의 감시기능 강화와 관련된 문제해결에 포커스를 맞추어 연구를 진행해 보고자 하는 것이다.

2) 서성호, “소수주주의 경영감시기능강화를 위한 법제의 총체적고찰” 「상사판례연구(제29집 제3권)」 한국상사판례학회 2면(2016년).

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 주식회사의 주주총회제도, 특히 소수주주의 권리강화에 관련한 문헌을 중심으로 연구하는 방법을 채택한다. 그리고 논문의 전체적인 체계는 다음과 같다.

먼저 제1장 서론에 이은 제2장에서는 주주총회제도 전체를 이해하는 기초법에 중점을 두고 정리하고자 한다. 본 장에서는 주주총회제도의 의의로부터 시작하여 권한과 기능, 운영실태에 이르기까지를 범주로 한다.

다음으로 제3장에서는 제2장에서 나타나는 소수주주에 관하여 집중·조명하는 것으로 하고, 특히 소수주주의 보호 및 강화와 관련된 법제를 살펴보기로 한다.

그리고 제4장에서는 제3장과 연계하여 현행 소수주주권으로 설계된 11가지의 권리 중 소수주주의 감시권과 직접 관련되는 권리에 집중하여 판례와 학설을 검토하고 그에 대한 사건까지를 피력해 보고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 주주제안권에 대해서 집중적으로 검토하여 문제점과 개선방안을 제시하며, 제6장에서는 종합적인 결론을 내리고자 한다.

제 2 장 주주총회의 기초법리

제1절 주주총회제도의 개관

1. 주주총회의 의의

주주총회는 주주들로 구성되는 주식회사의 필요적 상설기관으로 법률 또는 정관에 의해 정해진 사항을 결의하는 주식회사의 최고 의사결정기구이다.

가. 필요적 상설기관

주주총회란 회사의 경영기관이 경영에 임함에 있어서 중요한 사항에 관하여 주주들의 의사를 묻기 위하여 만들어진 회사 내부의 최고의결 기구이다. 따라서 주주총회가 필요적 기관이라는 점에서는 학설의 이견이 없으나, 총회의 소집 시에만 개최되는 까닭에 이를 상설기관으로 볼 수 있는가에 관하여는 학자간의 이견이 존재한다.³⁾ 그러나 주주총회는 회사의 최고 의사결정기관으로써 주식회사의 기본적인 기관구조의 일축을 담당하고 있다는 점에서 상설기관성을 부인하기는 어렵고, 따라서 추상적 의미의 존재형식에서 상설기관으로 보아야 한다는 견해가 제시되어 이에 찬성하는 입장이다.

나. 주주로 구성

주주총회는 주주로 구성되고 회의체 기관이지만, 의결권이 없는 주주에게는 주주총회의 소집통지를 하지 아니할 수 있다(제363조 제7항). 그러나 의결권이 없는 주주도 주주총회에 출석하여 의견을 진술할 기회는 주어진다.

3) 주주총회의 상설기관성을 인정하는 학설로는 정찬영, 「상법강의(상)(제7판)」박영사 708면. 이철송, 「제12판·회사법강의」박영사 385면(2005년). 서성호·전계서 347면 등 다수. 주주총회의 상설기관성을 부인하는 설로는 임흥근, 「회사법」법문사 330면(2000년). 최기원, 「제18판·상법학신론(상)」박영사 770면(2009년) 등 다수.

다. 최고의사 결정기관

주주총회가 최고의사결정기관인가에 관하여는 주주총회의 운영실태와 형해화를 근거로 부정하는 견해⁴⁾도 있지만, 주주총회에 주어진 권한 중에는 이사와 감사의 선임권과 해임권(제282조 제1항, 제385조 제1항, 제409조 제1항, 제415조), 정관을 변경할 수 있는 권한(제433조 제1항) 등이 법정되어 있기 때문에 주식회사의 최고의사결정기관임을 부인하기 어려울 것이다.⁵⁾

2. 주주총회의 만능기관성에 관한 논쟁

주주총회는 상법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다(상법 제361조). 이는 주주총회의 권한을 상법과 정관에 의하여 제한시킬 수 있는 것으로 하여 그간 주주총회가 최고의 결정기관으로써 만능적인 기관으로 존재해 가는 것을 일부 제한하고자 하는 취지에서 법제화하게 된 것이다. 판례에서도 주주총회가 상법과 정관에 정해 있지 아니한 사항을 결의한 경우는 무효이고 그 결의로 주주와 이사의 행위를 구속하지 못한다고 판시한 바가 있다.⁶⁾

그러나 주주총회는 정관의 변경권한을 가지고 있기 때문에 주주총회가 정관변경을 통하여 그 의결권한을 확장하는 경우는 동법으로 제한할 수 없으므로 주주총회의 만능기관성을 완전히 부정할 수는 없다. 다만, 동법은 주주총회가 무리하게 회사 경영에 관여하는 것을 최소한으로 제한하고자 마련한 것으로 이해해야 할 것이다.⁷⁾

4) 장덕조. 「상법강의(제3판)」법문사 426면(2019년).

5) 서성호·전계서 347면.

6) 대법원 1991.5.28. 선고 90다 20084 판결에서는 “주식회사가 이사회 결의에 의하여 공장을 3개월여 이내에 이전하고 공장으로 사용하여 온 부동산은 2개월 이내에 매매하여 매도대금 중 공장이전비용을 초과하는 금액을 위 부동산을 양도한 주주에게 지급하기로 약정한 경우, 위 약정은 상법 제374조 소정의 주주총회의 특별결의를 필요로 하는 행위가 아니고, 위 약정 후에 주주총회에서 위 이사회의 결의를 무효로 하는 결의를 하였다 하더라도 위 약정의 효력이 상실되지 아니 한다”고 판시한 바가 있다. 그러나 비교적 최근 판례(대법원 2007.05.10. 선고 2005다4284 판결)에서는 자기거래의 경우 이사회의 승인이 없더라도 주주 전원의 동의가 있다면 자기거래는 유효하다고 본 것도 있다.

7) 주석(6)의 대법원 2007.05.10. 선고 2005다4284 판결을 참조.

제2절 주주총회의 권한과 기능

1. 주주총회의 권한

가. 범위

상법 제361조에서는 주주총회의 권한에 대하여 상법과 정관으로 정한 사항에 한하여 결의할 수 있는 것으로 하고 있다. 그러므로 주주총회 권한의 범위를 크게 상법상 주어진 권한과 정관으로 정할 수 있는 권한으로 나누어 살펴볼 필요가 있겠다.

나. 상법상 권한

(1) 회사의 기관구성에 관련된 권한

회사의 기관구성에 관련된 주주총회의 권한으로는 이사·감사·청산인의 선임 및 해임(상법 제382조, 제 385조, 제 409조, 제415조, 제531조, 제539조)과 임시기관으로서의 감사인의 선임(동법 제366조 제3항, 제367조) 등이 법정되어 있다.

(2) 회계와 관련된 권한

회사의 계산에 관련된 주주총회의 권한으로는 재무제표의 승인(상법 제499조 제1항), 주식배당의 결정(동법 제462조의2 제1항 본문), 배당금지급시기의 결정(동법 제464조의2 제1항 단서), 청산의 승인(동법 제540조 제1항) 등이 법정되어 있다.

(3) 이사 등의 업무감독에 관한 권한

이사 등의 업무감독과 관한 주주총회의 권한으로는 이사·감사·청산인의 보수결정(상법 제388조, 제415조, 제542조 제2항), 사후설립(동법 제375조), 발기인·이사·감사·청산인의 책임면제(동법 제324조, 제400조, 제415조, 제542조), 이사·감사·청산인의 책임해제의 유보(동법 제450조, 제542조 제2항), 주주 이외의 자에

대한 전환사채의 발행(동법 513조 제2항), 주주 이외의 자에 대한 신주인수권부사채의 발행(동법 제516조의2 제4항) 등이 법정되어 있다.

(4) 기본 기구의 변경과 관련된 권한

회사의 기본 기구의 변경과 관련된 주주총회의 권한으로는 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도 등(상법 제374조), 정관변경(동법 제433조 제1항), 자본감소(동법 제438조), 합병(동법 제522조), 분할(동법 제530조의2 내지 제530조의12), 주식의 포괄적 교환 및 이전(동법 제360조의3, 제360조의16), 회사의 계속(동법 제519조), 조직변경(동법 제604조 1항), 해산(동법 제518조) 등이 법정되어 있다.

다. 정관상 권한

주주총회의 권한에는 상법에서 규정하는 사항이외에도 정관을 통해 정할 수도 있는데, 상법이 정관을 통해 주주총회의 권한으로 변경할 수 있도록 하고 있는 것으로는 신주발행(제416조), 법정준비금의 자본전입(제461조 제1항), 전환사채의 발행(제513조 제2항), 대표이사의 선임(제389조 제1항) 등이 있다.

(1) 상법 또는 정관에서 주주총회의 권한으로 규정하는 사항

상법 또는 정관에서 주주총회의 권한으로 규정하고 있는 사항은 주주총회의 결의로도 이사회에 위임할 수가 없다. 이는 기본사항은 주주총회에서 반드시 정하고, 구체적인 집행에 관한 사항만이 이사회에 위임을 할 수가 있다는 것이기도 하다.

(2) 상법에서 주주총회 이외의 기관의 권한으로 규정하는 사항

상법에서 주주총회가 아닌 그 외의 기관(이사회 등)의 권한으로 규정하는 사항을 정관에서 주주총회의 권한으로 규정할 수 있는가에 관해서는 학설이 두 가지로 나뉘어 대립되고 있다.

1) 부정설(제한설)⁸⁾

이것은 그러한 사항은 정관으로 주주총회의 권한으로 정할 수 없다고 보는 견해이다. 즉, 각 기관의 권한분배는 상법에서 정하는 강행규정인 것으로 보고, 긍정설을 따르게 되면 상법이 주주총회의 권한으로 유보한 조항이 의미 없게 될 뿐만 아니라 상법의 이념중 하나인 주식회사는 소유와 경영의 분리를 획책한다는 것을 역행하게 되는 것이라고 그 이유를 설명하면서 상법이 정관에 의해 주주총회의 권한으로 할 수 있도록 명시하고 있지 않는 한 정관을 통해 주주총회의 권한으로 변경할 수 없다고 한다.

2) 긍정설(확장설)⁹⁾

이것은 그러한 사항으로도 정관으로 주주총회의 권한으로 정할 수 있다고 보는 견해이다. 이 견해에서는 주주총회의 최고기관성 및 권한분배의 자율성 등을 그 이유로 들어 주식회사의 본질이나 강행법규를 위반하지 않을 때에는 상법상 규정되어 있는 이사회 등의 권한도 정관에 의해 주주총회의 권한으로 변경시킬 수 있다. 그러나 주주총회의 소집권한(제362조)과 같은 실무적 성질을 가지는 것은 주주총회의 권한으로 할 수는 없는 일이다.

2. 주주총회의 기능

주주총회는 주주로 구성이 되고 필요적 상설기관으로써 법률 및 정관에서 정함이 있는 사항을 결의하는 주식회사의 “최고의사결정기구”로 다음과 같은 기능을 갖는다.

8) 권기범, 「기업구조조정법·제5판」상영사 577면(2020년). 정찬형, 「상법강의(상)」박영사 829면(2019년). 이철송, 「회사법강의·제28판」박영사 480면(2020년) 등을 참조.

9) 최기원, 「제15판·상법학신론(상)」박영사 435면(2004년). 정동윤, 「회사법」법문사 541면(2001년). 최준선, 「회사법(제14판)」상영사 308면(2019년) 등을 참조.

가. 회사정보 공개기능

주주가 회사의 중요한 의안에 대하여 의결하기 위해서는 그 전제로 당연히 회사의 정보가 주주에게 공개되어야 한다.¹⁰⁾

주주가 주주총회의 의안에 대하여 의결하기 위해서는 의안의 내용을 알아야 하고, 회사는 주주가 의결을 할 수 있도록 의안에 관한 정보를 공개하게 되는데, 이로써 주주총회는 회사의 정보공개기능을 가지는 것으로 볼 수 있다.

주주는 회사의 경영과 관련된 중요한 정보를 회계장부 열람청구권과 같은 권리행사를 통해 청구함으로써 평소에도 파악할 수 있으나, 특히 주주총회의 의안으로 제안된 의결사항에 대한 정보는 질의 등을 통하여 밝히게 할 수 있으므로 주주총회는 정보를 공개하는 기능을 하는 것이다.

나. 경영진의 견제기능

주주총회는 경영진을 감독하고 견제하기 위하여 감사를 선임하고(상법 제409조 제1항), 이사의 보수를 결정하며(동법 제388조), 재무제표에 관한 보고를 받고 승인하는(동법 제449조 2항, 제449조 제1항) 등의 권한을 가지고 있다.

일반적인 구조로 경영자는 이사회를 통한 업무집행과 경영정책상의 결정권을 가지는 것이 통상적이지만, 회사의 조직과 기본적인 구조를 결정하는 의사결정은 주주총회가 하고 이사의 선임 등 경영자의 선임을 통하여 회사를 실질적으로 지배하고 견제한다.¹¹⁾

주주총회의 이러한 감시, 감독기능은 회사의 발전이나 주주들의 이익을 창출하는데 그치지 않고 더 나아가 기업의 공공성, 도덕성, 사회적 책임에 있어서 중요한 작용을 하게 된다.¹²⁾

위와 같은 주주총회에서 주주들이 갖는 기능 즉, 경영자의 경영을 평가하고 회사의 건실한 경영을 위해 감독하고 견제하는 기능을 제한하여 수행할 수 없게 된다면, 회사는 건실하지 못하게 될 것이고 신뢰받을 수 없는 기업으로 전락하여 사회에서 존재가치도 잃게 될 뿐만 아니라 결국은 도태되고 말 것이다.

10) 김영균·임춘환. "주주총회에서 주주평등원칙의 적용" 「상사판례연구(제30권 제4호)」 한국상사판례학회 143면(2017).

11) 김영균·임춘환·전계논문 144면.

12) 김영균·임춘환·전계논문 144면.

다. 회사소유자로서의 의사결정기능

주주 주권론을 견지하면 회사를 실질적으로 소유하고 있는 자는 주주이므로 경영자는 소유자인 주주의 의사를 존중하지 않을 수 없을 것이다.

소유자의 의사는 회사의 주식을 소유하고 있다는 것에서 비롯되고, 소유자의 위임을 받은 수임자인 경영자는 당연히 소유자인 주주의 의사를 따라야 하는 것이다. 이 때 회의체로서의 주주총회가 그 의사를 결집해 내는 것이 의결이고, 그 의결을 도출해 내는 과정이 주주총회이다. 주주총회는 주주의 총의를 회의의 방식을 통해서 도출한다.¹³⁾ 주주총회는 주주 전체로 구성되는 기관이지만, 기관으로서 권한을 행사하기 위해서는 법정절차에 따라 회의를 열어야 한다.¹⁴⁾ 그러므로 주주총회는 소유와 경영을 연결하는 장소¹⁵⁾라고도 표현한다.

주주총회의 결정은 새로운 법률관계를 완결시키거나, 이사회의 결정이나 대표이사의 집행행위를 승인하는 효력의 결정 내리기도 하는데,¹⁶⁾ 이사 및 감사의 선임 및 해임결의(상법 제382조, 제385조, 제409조, 제415조), 해산결의(동법 제518조), 정관변경결의(동법 제434조), 배당 및 주식배당결의(동법 제449조 제1항, 제462조의2 제1항) 등이 법률관계를 완결시키는 결의이고, 자기주식의 취득 및 승인결의(상법 제341조 제2항), 주식의 포괄적 교환 및 이전의 승인결의(동법 제360조의3 제1항, 제360조의16 제1항), 영업양도 승인결의(동법 제374조 제1항 제1호), 회사의 합병 및 분할승인결의(동법 제522조 제1항, 제530조의3 제1항) 등은 이사회의 결정이나 대표이사의 집행행위를 승인하는 효력의 결정에 해당된다. 이러한 주주총회의 모든 의사결정은 회사의 소유자로서 내리는 최종의 의사결정이라 할 수 있는 것이다.

라. 투자설명회와 소통기능

주주총회는 경영자와 주주 간에 의사소통의 통로이고, 주주 상호간에도 정보를 주고 받을 수 있는 교류의 장이기도 하다. 주주의 수가 많은 회사의 경우 주주 상호간에 면식이 없는 경우가 대부분이고 주주 간에 교류가 없기 때문에 회사의 경영에 대한 정보

13) 임흥근, “주주총회 제도의 개선방안 “「上場協 (27호)」 한국상장회사협의회 10면(1993년).

14) 임흥근·전계논문 11면.

15) 임흥근·전계논문 16면.

16) 이철송·전계서 478면.

를 취득할 기회가 부족하다. 회사의 공시와 매년 공개되는 재무제표와 주주총회의 안건으로 제출된 의안정도가 회사정보의 전부일 뿐이다. 특히 일반 투자자는 주식을 취득함으로써 주주가 되지만 자신이 투자한 사업이 어떻게 진행되고 있는지에 대하여는 주주총회에서 확인하기가 어렵다. 기업이 투자자를 모집할 때에는 투자설명회(IR : Investor Relations)를¹⁷⁾ 개최 하듯이 주주총회는 일반투자자가 투자한 자신의 사업이 어떻게 진행되고 있는가를 확인할 수 있는 설명회이다. 따라서 회사의 입장에서는 주주총회를 회사의 설명회로 활용할 수 있는 좋은 기회가 되는 셈이다. 주주총회를 활성화시키면 회사의 운영 자체의 투명성을 향상시키는 것과 동시에 회사의 사회적 평가를 높여 주가를 상승시키며 주주에게 이익을 환원시키는 촉진제 역할을 할 수 있다.¹⁸⁾

이처럼 주주총회가 투자자로서 주주에 대한 투자설명회이며 소통의 기능을 수행하기 때문에 그 과정에서는 어떤 주주도 소외되어서는 안 되고 모든 주주에게 평등한 기회가 주어져야 한다. 따라서 주주평등의 원칙이 설정되는 이유가 되기도 하는 것이다.

제3절 주주총회의 운영실태

1. 주주총회의 형해화 현상

주주총회의 형해화현상은 한국뿐만이 아니라 미국과 일본에서도 나타나고 있는 현상이기도 하다. 이처럼 주주총회가 형해화 되는 주된 이유로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.

첫째, 현대 기업은 복잡하고 규모도 커지게 됨으로써 그만큼 발행주식수가 늘고 있기 때문에 소유는 고도로 분포되어 가는 현상으로 나타난다. 따라서 그 결과로 주주의 의견 비중이 갈수록 줄어들어 주주가 가지고 있던 발언권마저도 줄어들게 되어 주주들은 주주총회에 참석을 할 더 이상의 이유가 없어지게 되고 참여하지도 않게 됨에 따라

17) IR(Investor Relations)이란, 투자자들을 대상으로 기업 설명 및 홍보 활동을 하여 투자유치를 원활하게 하는 활동으로서 주주총회, 투자유치, 보도자료 배포 등을 통하여 회사의 이해를 촉진시켜 회사의 이미지를 향상하고 주가의 안정 등을 목표로 한 설명회를 개최하여 투자자와 증권분석가와의 관계를 향상시키는 총체적 활동이라고 할 수 있다(佐藤敏昭, “株主總會の活性化とIR活動” 「現代企業法の理論と課題」信山社, 105面(2002年).

18) 佐藤敏昭·前掲書 114-115面.

형해화 되어 간다는 것이다.

둘째, 오늘날의 회사는 그 기능이 복잡해지고 전문화되어 일반 주주로서는 그 내용을 이해하기가 어렵게 되어 주주총회에 대한 흥미를 잃게 되는 현상으로 이어졌기 때문이라 한다.¹⁹⁾

셋째, 법인기업의 투자로 법인주주가 증가되는 반면 개인주주의 지분은 감소하는 현상이 나타나기 때문에 주주총회에서 그만큼 개인주주의 영향력이 줄어들기 때문에 형해화 되어 갈수밖에 없다는 것이다. 즉, 법인주주는 회사 경영자와 밀접한 관련을 가지고 주주안정화 작업 또는 경영권의 안정화를 바라기 때문에 주주로서 회사를 감독하고 견제하기 어렵기 때문이라 한다.²⁰⁾

넷째, 기업의 규모가 커짐으로 인해 대규모화 되고 전국화·글로벌화가 진행됨에 따라 주주들도 전국적 또는 국제적으로 분산되는 현상이 나타나 주주총회에 일반주주가 참석한다는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 특히 소수주주가 주주총회에 출석하더라도 발언권이 주어지지 않기 때문에 주주총회 참석의욕을 상실하게 된다는 점도 주주총회 형해화의 원인으로 지적되고 있다.²¹⁾

위와 같은 이유에서 주주총회가 형해화 되는 경우에는 그 최악의 결과로써 회사경영의 실권이 대표이사를 중심으로 하는 경영자 쪽으로 편향되어 경영자의 독선적인 행위를 허용하게 되는 것과 같기 때문에 기업의 비리를 조장하는 결과를 초래케 할 수도 있다. 그러므로 주주총회의 형해화는 주식회사의 병리의 가장 큰 원인이 되는 것이다.²²⁾

2. 투명주주(invisible shareholders)²³⁾

주식회사의 소유자인 주주에게는 주주총회와 관련하여 주주총회 소집통지를 받을 권리(상법 제365조 제1항 본문), 주주제안권(동법 제363조의2), 의결권의 행사와 관련한 권리(동법 제369조 제1항 이하) 등의 권리가 주어지지만, 이것은 주주의 권리일 뿐이고

19) 前田重行, 「株主總會制度の研究」有斐閣 38面(1997年).

20) 前田重行·前掲書 39面.

21) 前田重行·前掲書 40面.

22) 山城將美, 「企業通治の法的課題」成文堂 257面(2008年).

23) 이점, 투명주주는 그 개념이 유럽에서 흔히 사용되고 있는 투명주주(Transparent stockholder)와는 그 의미가 다르다. 즉, 본고에서의 투명주주는 주주이기는 하나 회사로부터 관심도 없고 무시되는 주주로서 회사로부터 소외되고 주주로서의 정체성을 상실한 주주를 의미한다. 한편, 유럽에서는 일반적으로 투명주주는 기업의 회계관계를 투명하게 해서 주주를 보호한다는 의미로 사용되고 있다.

의무가 아니기 때문에 주주총회에 반드시 출석하는 등, 그 권리를 행사할 필요는 없다.

따라서 소수주주들 중 회사의 경영에는 전혀 관심이 없고 배당에만 관심을 가지는 주주들은 주주총회에 출석을 하지 않는 경우가 많다. 그렇기 때문에 경영진의 입장에서도 그러한 소수주주는 그다지 관심을 두지 않게 된다. 이렇듯 소수주주들은 주주총회에 관심을 가지고 않게 되고 회사에서 조차 관심을 가지지 않기 때문에 사실상 주주로서 주식을 보유하고는 있으나 주주총회에서 영향력을 전혀 끼치지 못하는 주주들로 남게 된다. 그러므로 그러한 주주를 투명주주라 부를 수 있는 것이다. 그러나 이들 투명주주들도 의결권을 갖고 있으며 이들이 주주총회에 참석하여 의결권을 행사할 경우 회사의 경영에 많은 영향을 미칠 수 있음에도 불구하고 스스로 주주총회에 참석하지 아니하여 회사로부터 무시되는 경우가 날로 심해지는 경향을 많다.²⁴⁾ 그리되는 이유로는 주주총회에서 주주평등의 원칙을 지켜주지 않기 때문이라는 지적도 있다.

이처럼 소수주주는 회사로부터 관심을 받지 못하고 그 정체성마저도 상실되는 현상이 만연하게 되면서 주주총회가 형해화 되어 가는 현상으로 나타나게 됨은 오히려 당연한 일이다.

소유와 경영이 분리되는 주식회사 체제에서 주주총회 특히 소수주주가 형해화 되고 투명화 되면 회사의 경영을 감시하지 못하게 되어 경영진의 독선적 행위를 결코 막지 못하게 된다. 이러한 문제점을 회사의 경영진이 주주를 자금조달원의 하나로 생각할 뿐 주주를 경시하는 경향에서 나타나는 것으로 보고,²⁵⁾ 회사의 자본이 증대하면 할수록 소수주주의 지위는 상대적으로 저하되어 주주총회에서 투명주주는 가속화되는 경향을 보이게 된다는 지적이다.²⁶⁾

3. 박수총회와 속전속결총회

주주총회의 실태를 볼 수 있는 하나의 예로써 2016년 3월에 개최된 대우해양조선의 임시주주총회가 널리 알려져 있다. 이 임시총회에는 170명의 주주가 참석한 가운데 주

24) 실제로 대부분의 회사에서 개인주주는 주주총회에 출석하지도 않을 뿐만 아니라 주주총회에 출석하더라도 주주로서의 권리행사를 제대로 하지 않고 경영자 측 주주나 회의를 주도하는 소수의 주주들로 추정되는 주주가 찬성한다는 주장을 할 경우 동의한다는 식으로 의결에 참여하는 경우가 대부분이다.

25) 末永敏和, “株主總會の現狀と課題” 「法律時報 64卷7號」 29面(1984年).

26) 임흥근·전계논문 14면.

주총회는 5분 만에 끝이 났다. 대우조선해양은 이 임시 주주총회에서 추가 유상증자에 대비해 정관을 변경하는 안건을 통과시켰다.²⁷⁾ 그 이전 2013년 3월 22일 개최된 대우조선해양의 정기주주총회에서도 참석 주주들의 만장일치로 지난해 재무제표에 대한 승인이 이루어 졌고, 사외이사의 선임에 관한 안건도 실질적인 질의응답 없이 만장일치로 극히 단시간에 종료하였다.²⁸⁾ 당시 회사의 경영자들은 주주총회를 짧은 시간 내에 끝내려는 경향이 강했고 그것이 일반적이었다.²⁹⁾

위의 대우해양조선의 임시주주총회와 같이 주주총회가 빠른 시간 안에 끝이 났다는 것은 주주와 경영진이 주주총회에서의 본 역할을 제대로 하지 못하고 있으며, 형식적으로만 이루어지고 있다는 것을 의미하는 것이기도 하다. 그러한 것이 주주총회 형해화의 가장 대표적인 문제인 것이다.

주주총회가 개최되기 전에는 주주총회의 절차, 발언을 신청한 주주에게 배정되는 시간, 주주제안사항, 표결방법 등에 대하여 사전에 주주와 협의해야 하고 사전협의에 따라서 주주총회를 진행해야 한다. 이처럼 주주총회를 진행하게 되면 사전적 절차를 진행함에 있어서도 상당한 시간을 필요로 하게 되는데, 극히 짧은 시간 내에 주주총회를 종료하였다는 것은 주주총회가 그만큼 형식적이고 형해화 되었음을 말하고 있는 것이다.³⁰⁾

보통 짧은 시간 내에 주주총회가 끝나는 것은 소수인원들에 의해서만 회의가 진행되고 다수의 주주에 대해서는 발언의 기회가 주어지지 않는다는 것을 의미하기도 하는데, 이것이 주주평등이 실현되지 못하는 간접적인 증거라는 지적도 나온다. 반면 주주총회 시간이 오래 걸리는 총회는 경영자에 대한 신임여부 또는 책임추궁 등에 관한 결의가 이루어지는 것이 대부분이고, 그런 경우는 주주총회로 인하여 주가가 떨어지는 결과를 가져오게 된다는 분석도 있다.³¹⁾ 그러나 그와 같은 결과 때문에 주주총회에 많은 시간이 걸리는 것을 두려워 할 필요가 없다는 지적도 있다.³²⁾

27) Business Post 2016. 3. 11.(<http://www.businesspost.co.kr/news/articleView.html?idxno=24638>).

28) 김영균, “주주총회 내실화를 위한 소고(-주주총회의 의장, 총회검사인제도를 중심으로-)” 「법학논고 Vol.0 No.55」 경북대학교법학연구원 191-192면(2016년).

29) 주주총회를 주최하는 담당부서는 주주총회를 신속히 끝내는 것이 능력이고 그것을 자랑으로 생각하는 경향이 강하다(前田重行·前掲書 41面).

30) 워런 버핏(Warren Buffett)의 버크셔 헤더웨이(Berkshire Hathaway)와 같은 유명하고 큰 회사의 경우에는 아젠다의 비즈니스 부분에만 약 20분이 소요된다고 한다. 통상적으로 주주총회 소요시간은 유럽의 경우 평균 3시간 정도이고, 일본의 경우는 1984년에 개최된 소니전자의 주주총회가 무려 13시간이나 계속하여 진행되는 일도 있었다고 한다(山城將美·前掲書 257面).

31) 大杉謙一, “なぜ總會屋はなくならないのか(三, 完) -ゆずりと株主總會の法と經濟學” 「ジュリスト(No.1147)」有斐閣 101面(1998年).

32) 竹内昭夫, “株主總會の議長權限と説明義務” 「旬刊・商事法務(No.1010)」商事法務研究会 9面(1984年).

즉, 버크셔 해서웨이(Berkshire Hathaway)의 정기주주총회에서 CEO 워런버핏(Warren Buffett)회장과 부회장 인 찰리멍거(Charlie Munger)는 네브래스카주 오마하에서 언론인, 애널리스트 및 주주들로부터 7시간 동안 질문을 받는 경우도 있기 때문이다.³³⁾

그러므로 주주총회는 빠른 시간 내에 끝나고 박수로만 끝내는 것이 결코 좋은 것이 아니고, 오히려 시간이 걸리더라도 소수주주를 포함한 다수의 주주와 경영진들이 진지하고 심도 있는 회의를 진행하는 것으로 운영되어야만 형해화 되지 않는 주주총회를 만들 수 있게 되는 것이다.

4. 대표이사의 주주총회의장 겸직

국내 대부분의 상장회사들은 주주총회 의장에 관해서는 정관의 정함에 따르는 것으로 하고 있다(상장회사표준주주총회 운영규정 제13조). 그 내용은 대체로 “주주총회의 의장은 대표이사”가 하는 것으로 되어 있다.³⁴⁾ 그리고 의장이 유고상태일 경우에는 부사장, 전무이사, 상무이사 등의 직책 순서로 의장직을 대행한다(동 제2항). 만약, 정관상에서 총회의 의장을 선출하는 사항에 대한 정함이 없으면 주주총회가 열릴 때 마다 각 총회의 의장을 선출하도록 되어 있다(상법 제366조의2 제1항).

대표이사라는 직책은 회사의 업무를 집행하는 자이고 주주총회에서의 결의를 바탕으로 경영에 임하며 그 결과에 대한 질책, 비판, 책임을 부담하는 입장에 있다. 그러한 역할과 입장에 있는 대표이사가 주주총회의 의장을 겸직하여 회의를 집행한다는 것은 원초적으로 모순이다. 특히, 주주총회의 안건 중 대표이사의 해임에 관한 결의안이 제기된 경우는 공정한 회의의 진행을 기대 할 수 없게 되기 때문에 더욱 문제가 될 수 있는 일이다.

33) 이점, 일본의 소프트뱅크(주) 주주총회의 경우에는 2시간 가량의 프리젠테이션이 끝나고 일반주주들을 대상으로 하는 질의응답 시간에는 다양한 의견이 제시되었음에도 각 의견에 성실성의껏 답변해 주었다. 구체적으로 질문자가 엉뚱하고 지루하게 질문하는 경우에도 인내하고 끝까지 질문을 경청하며 질의응답에만 3시간 이상이 소요되었지만 질의응답이 끝날 때 까지 80%이상의 주주들이 자리를 지켰다.(<https://translate.google.co.kr/translate?hl=ko&sl=en&http://www.businessinsider.com/buffett-berkshire-hathaway-annual-meeting-&prev=search> 2017.10.5.)

34) 실제로 주식회사 현대모비스의 경우는 주주총회의 의장은 대표이사가 되고 대표이사가 2인 이상인 경우에는 대표이사 회장이 의장이 된다. 대표이사 회장이 유고인 경우에는 대표이사 회장이 지명하는 이사로 하되 지명이 없는 경우에는 부회장, 사장, 부사장, 전무, 상무이사의 순으로 그 직무를 대행하는 것으로 되어 있다.

제 3 장 소수주주의 보호 및 강화

제1절 소수주주의 의의

1. 주주의 지위

주식은 회사의 자본을 구성하는 단위으로써 주주가 회사에 대해 가지는 권리의무의 기초단위가 된다. 주식회사는 주식을 보유하고 있는 자 즉, 주주에게 회사의 수익에 대한 배당을 청구할 권리와 회사의 청산 시에 남아있는 재산에 대하여 분배를 청구할 수 있도록 하는 권리를 부여하고 있다. 또한 주식회사가 주주, 경영자, 채권자, 종업원 등 각 당사자 사이의 계약 망(nexus of contract)으로 보게 된다면 다른 이해관계자들과는 달리 주주는 회사의 경영에 간접적으로 참여할 수 있는 지위가 인정되는 것이다.³⁵⁾ 따라서 일반적으로 주주 총회에서 주주는 의결권을 행사함으로써 회사의 의사결정(경영)에 참여 할 수 있다.

이를 구체화하여 주주의 권한을 살펴보면 이사의 선임·해임, 정관의 개정과 내용을 채택하도록 하는 의결권, 회사의 이사회에서 제안한 정관의 개정, 합병(흡수 또는 신설), 회사의 자산매각 등과 같은 회사의 중요한 사항들에 대해 반대의결권을 행사하는 등의 권한을 가지고 있다.

주주는 주식을 다른 사람으로부터 넘겨받지 않는 한 회사설립 시 혹은 신주발행 시에 주식인수인의 지위를 거치게 되는데, 회사설립 시에는 설립등기의 시점으로부터 주주로서의 지위를 갖게 되고, 신주발행 시에는 납입기일의 다음날부터 주주로서의 지위를 갖게 된다. 그리고 회사설립의 경우에는 존립을 법적으로 증명할 수 있는 정관에 발기인으로서 기명날인 또는 서명을 함으로서 주주가 되는데, 이러한 주주의 지위는 주식을 취득·상실함으로써 발생하고 소멸하게 된다.³⁶⁾

35) Michael C. Jensen.& William H. Meckling., "Theory of the Firm; Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", Journal of Financial Economics, vol 3, 1989, pp.310~311; 이는 회사의 본질을 의사자치원칙에 근거한 계약이라고 보는 견해에 근거한 것으로 이사에 대한 경영위임의 경우 뿐만 아니라 회사설립등기이전의 이른바 설립기간 중의 사원상호간의 관계문제를 처리하는 경우에도 적용될 수 있다(이양복, 「소수주주의 지위강화에 관한 연구」고려대학교대학원 법학박사학위논문 89면(2005년)(재인용).

36) 이것은 절대적인 원칙으로서 당사자의 약정이나 정관의 규정으로도 주식의 취득·상실이 아닌 방법으로 주주의 지위를 취득·상실케 할 수는 없다(대법원 1967. 6. 13. 선고 67다302 판결. 대법원 1963. 11. 7. 선고 62다117판결).

또한 주주는 주주가 가진 주식의 인수가격을 한도로 출자의무를 질뿐이며(상법 제331조), 자기가 출자한 비율에 따라서 평등한 대우를 받는다.

2. 주주의 권한

주식회사에서는 합리적 운영을 하기 위하여 소유와 경영의 분리(separation between ownership and control)를 전제로 하는데 이는 기업의 자본을 균일하게 분할한 단위의 주식을 가지고 있는 주주가 실질적으로 소유하며, 전문적인 지식과 경험을 가지고 있는 회사에서 고용한 전문경영인에 의하여 운영되는 회사의 형태이다.³⁷⁾ 이 경우 소유의 개념을 두 가지로 나누어서 생각할 수 있는데, 그 첫 번째로 형식적 의의의 소유와 두 번째로 실질적 의의의 소유이다. 형식적 의의의 소유는 법률적인 소유로서 소유권을 의미한다. 실질적 의의의 소유는 경제적인 지배권을 의미한다. 따라서 주식회사는 법인으로서는 주주로부터 독립된 법률상의 주체이기는 하지만 주주는 실질적으로 주식을 소유함으로써 기업을 지배할 수 있는 위치에 있다.³⁸⁾

주식회사는 계약 망(nexus of contract)을 통해서 다수의 주주를 단체적인 관계로 결합을 시킨 법인이므로 소유권의 단일적인 귀속이 가능하게 된다. 그 결과로 주주들이 투자했던 재산들은 회사에 귀속되어 주주들은 본인의 투자에 관한 소유권들을 잃게 되

37) 미국의 법률학자 Berle와 경제학자인 Means는, 1932년에 ‘근대주식회사와 사유재산’이라는 연구 논문 통해 1929년 말의 미국에 있어서 경제력의 집중, 주식소유의 분산 및 소유와 지배의 분리 사실을 실증적으로 검증하였다. 그들은 근대 주식회사는 분산된 주주에게 책임을 부담시킬 수 없는(unaccountable) 전문적인 경영인에 의해서 운영되고 있음을 지적하였다(Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, "The Modern Corporation and Private Property", 2nd revised edition, Transaction Publishers, 1991. pp. 4~5, 66, 68.; 임홍근, “주요국의 기업지배구조개혁과 성과” 「상사법연구(제20권 제2호)」 9면(2001)(재인용)). 그러나 소유와 경영의 분리는 전세계적으로 지지를 받는 현상은 아니다. 즉, 미국과 영국에서만 소유와 경영이 제대로 분리되어 군소 주주가 존재하지만 대부분의 국가에서는 회사의 소유권은 어느 특정한 자에게 집중되어 있는 실정이다(Randall K. Morck, "Introduction, in Concentrated Corporate Ownership", 1(Randall K. Morck, ed., 2000, Eddy Wymeersch, "The Corporate Governance in Some European States, in Contemporary Issues in Corporate Governance 3, 9(D. D. Prentice & P. R. J. Hollands eds., 1993 ; 권재열, “소수주주권의 법리-그 행사요건의 완화에 대한 검토를 중심으로-” 「상사법연구(제22권 제2호)」상사법학회 140면(2003년)(재인용)).

38) 김문재, “지주회사의 도입에 따른 회사법의 항방-지배(control)와 책임을 중심으로-” 「상사법연구(제18권 제1호)한국상사법학회 77-78면(1999년).

지만 경제적인 관점으로 볼 때 회사는 주주의 소유에 속하고 그 회사에 관한 투자의 액수에 따라 비례한 지분을 갖게 된다. 이 지분으로 인하여 주주는 회사의 의사결정에 대하여 가장 많은 이해를 가진 위험의 인수자로서 회사의 경영을 궁극적으로 지배할 수 있는 법적 지위를 누리게 된다.³⁹⁾ 이 와 같이 주주는 회사 자본의 소유자인 동시에 회사의 소유자로서 투자한 자본의 비율에 따라 지분을 갖게 되고, 이 경제적 지분이 법률적으로는 주주권으로 나타나게 된다.⁴⁰⁾ 즉, 주주가 주식을 취득함으로써 회사에 대해 갖는 사원권으로서의 지위는 주주가 회사에 대해 갖는 개개의 권리의 원천을 이루는 것으로서 이를 주주권이라 한다.⁴¹⁾ 상법이 인정하는 개개의 구체적 권리를 주주의 사원권적 지위를 포괄적으로 나타내는 주주권과 구별하여 “주주의 권리”라고 표현한다. 주주의 권리는 주주의 지위를 전제⁴²⁾로 생겨나는 것이기 때문에 주식의 취득이 아닌 별개의 원인에 의해서 취득할 수 없고, 또 그 자체로서는 독립적으로 양도되거나 담보의 목적이 될 수도 없는 것이다.⁴³⁾

3. 소수주주

주식회사에서 지배주주와 소수주주를 구분하는 방법에 대해 소수주주와 다수주주라는 문장의 어구에 따라 구분하여 양적인 관점으로 보았을 때 50% 미만의 주식을 보유하고 있는 주주를 소수주주라 하며, 50% 이상의 주식을 보유하고 있는 주주를 대주주 혹은 지배주주라고 할 수 있는지 문제되고 있다. 미국 법률협회는(American Law Institute)는 “지배주주란 단독 또는 1인 이나 그 이상의 자와 합의 또는 약정에 의하여 다음의 지위를 가지는 자, 즉 첫째 회사의 유통주식의 50% 이상을 소유하고 그 의결권을 가지거나, 둘째 주주로서의 지위에 의하여 회사의 경영이나 정책 또는 당해 거래에 대하여 지배적 영향력을 행사하는 자”라고 정의한다. 다시 말해, 지배주주(controlling

39) Frank H. Eaterbrook & Daniel R. Fischel, "The Economic Structure of Corporate Law", Revised edition, Harvard University Press, 1996, p.36~37 ; 권재열·전계논문 137면(재인용).

40) 심창섭, “소수주주에 관한 제문제” 「재판자료(37집)」법원도서관 382면(1987년), 정인성, “소수주주권에 관한 소고” 「법학논총(제8집)」조선대학교법학연구원 243면(2002년)(재인용).

41) 이정, 주주권은 소유권의 변형물로 보는 견해도 있다(森淳二郎, 「會社法におけるタイナミズムの法化-會社病理の法理と會社生理の法理-現代企業法の理論」信山社 642面(1998年) : 권재열·전계논문 138면(재인용).

42) 이에 대한 예외는 있을 수 없고, 이와 다른 약정은 무효이다(대법원 1967.6.13. 선고 67다302 판결 : 발기인간의 다른 약정을 무효로 본 사례).

43) 이철송·전계서 302면.

shareholders)는 회사의 업무집행과 경영정책과 같은 회사 내부의 업무에 있어 사실상 지배력과 영향력을 행사하며, 주주총회에서 다수결에 따라 의사결정이 가능한 주주라는 의미로서 당해회사의 합법화된 배후실력자를 의미한다.⁴⁴⁾ 통상적으로 소수주주는 지배주주의 반대되는 개념으로서 보유하고 있는 주식이 영세하여 주식수를 합계한다 하더라도 이사를 선임하거나 그 외의 방법으로 회사의 경영에 대하여 의사결정에 있어 영향력을 끼치지 못하는 주주를 말한다.⁴⁵⁾ 그런데 New Jersey 법원은 Berger 사건⁴⁶⁾에서 대주주(majority shareholder)는 회사에서 의결권을 가지고 있는 주식에 대하여 지배권을 가진 자를 말한다고 실시하였다. 이에 의하면 소수주주는 다수의 임원을 선임할 능력이 없고, 회사에 대한 지배력이 적은 주주라고 할 수 있다. 그러나 위와 같이 지배권 존부의 관점에서 정의한다고 할지라도 소수주주가 회사에 대하여 영향력을 행사하는 경우와 특정한 상황에서는 다수결에 의해 결정권을 행사하게 되는 경우도 있기 때문에 그러한 현상을 전부설명 하기는 힘든 일이다. 따라서 소수주주의 지위는 양적의 관점으로 지분의 양에 의해서만 설명하기 힘들며, 회사에 대하여 지배력을 갖고 있다는 관점으로 질적으로만 평가하기도 힘들기 때문에 의결권을 가지고 있는 주식에 대한 영향력과 지분의 양 모두 포함하는 개념으로 양적 관점, 질적 관점 모두 포함하는 개념으로 설명할 수밖에 없을 것이다.⁴⁷⁾ 그러므로 소수주주는 발행주식총수의 50% 미만의 지분을 소유하고 있으며 회사에게 지배권을 완전하게 행사하지 못하는 주주라고 보는 것이 타당할 것이다.

44) 송호신, “지배주주의 권리와 책임” 「한양법학(제23집)」 한양법학회 255-256면(2008년).

45) 김의래, “지배주주의 권한남용에 대한 소수주주의 보호” 연세대학교 석사학위논문 8면(1998년).

46) Berger v. Berger, 592 A. 2d 321(N. J. Super. Ct. Ch. Div., 1991).

47) Julián Javier Garza, "Rethinking Corporate Governance: The Role of Minority Shareholders-A Comparative Study", St. Mary's Law Journal, Vol. 31, Issue 3, 2000, pp.620 ; 이정기, “소수주주의 축출제도에 관한 연구” 고려대학교대학원 석사학위논문 6면(2010년)(재인용).

제2절 소수주주 보호의 필요성

1. 다수결 원리의 한계

주식회사는 이익추구를 목적으로 하는 법인이므로 그 목적을 달성하기 위하여 결합한 단체이기 때문에 재단법인의 경우처럼 설립자의 의사와 목적에 따라 자율적으로 활동하는 것과는 다르게 법인의 의사에 의해 자율적으로 활동하게 된다. 특정한 목적을 가진 사람들이 결합하여 설립한 단체인 사단은 그 의사형성의 방식이 크게 두 가지로 나뉘진다.⁴⁸⁾ 첫째로는 전원일치제도가 있고, 둘째로는 다수결에 의한 방법이 있다.

즉, 주식회사는 여러 명의 사원(주주)들이 순수하게 자본에 의해서만 결합되므로 주주총회에서도 마찬가지로 주주평등의 원칙에 따라서 모든 사원(주주)들이 출석하여 토의와 표결을 통해 회사의 의사를 결정하게 되는 다수결원칙이 채택되고 있다(상법 제368조 제1항). 특히, 여러 가지 주주가 가지는 권리 중에서 공익권행사는 원칙에 따라 주주총회에서 의결권 행사를 통해서만 가능한데 그 이유로는 주주의 출자가 개성을 상실한 상태로 조직화(집단화·객관화)되었다는 점에서 그 지배권의 행사형식도 조직화되어 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 이처럼 다수결제도는 주주들의 의사형성을 더욱 쉽게 결집할 수 있다는 장점을 가지고 있기 때문에 다수의 의사가 옳은 것을 선택하거나 구성원 모두의 이익을 위해서 행사해야 된다는 것은 전혀 문제가 되지 않는다. 그러나 실제로는 주식회사의 지배주주들은 이러한 원리원칙을 악용하거나 남용하여 소수주주의 이익을 희생시키거나 지배주주 본인들의 사적이익을 추구하는 경우가 나타난다는 지적도 제기되고 있다.⁵⁰⁾ 그러므로 그러한 현상들은 결코 다수의 의사가 항상 선이나 공동의 이익을 위하여 만들어 진다는 것은 윤리나 도덕의 영역에서 벗어나지 못하는 것이 현실이고, 비록 다수의 의사에 의해 소수의 이익을 침해하는 결정을 내림에도 불구하고 소수의 의사가 아무리 좋고 많다고 해도 소수라는 이유로 의견이 묻히게 될 것이라는 문제의식을 가질 수밖에 없도록 한다.⁵¹⁾ 그럼에도 불구하고 특히, 주식회사에서 주주총회는 주주들이 경영에 참여 할 수 있는 유일한 기회가 되고, 주식회사에서의 민주주의는 자본적

48) 김상규, "상법상 소수주주의 보호에 관한 연구" 「비교사법 제6권 2호(통권 11호)」 603면.

49) 송호신, "자본다수결제도에서 회사지배변동에 따른 주주간의 이해조정" 「90년대 상사법의 신경향-춘광 이원석박사 정년기념논문집」 세영사, 61면(1991년).

50) 김대광, "상법상 소수주주의 보호에 관한 연구" 한양대학교대학원 석사학위논문 13면(2016년).

51) 김상규·전계논문 604면.

민주주의⁵²⁾를 뜻하기 때문에 회사지배관계에 있어서의 강약은 주식의 보유량에 따라 결정될 수밖에 없을 것이다.⁵³⁾

이러한 문제점 때문에 발행주식 총수 중 과반수를 소유한 자는 회사에게 절대적인 지배력을 행사할 수 있게 되어 주주평등의 원칙은 형식적으로 합리적인 것처럼 보여 지지만 실제로는 경영하는 과정에 있어서 소수주주를 배제하게 되고 지배주주만이 회사를 지배하며 경영을 하게 되는 결과를 가져오게 된다. 이와 같이 자본에 의한 다수결제도에서는 소수주주들이 경영에 참여하거나 효율적인 경영을 위해 지배주주들을 감시, 감독을 할 만한 실질적인 조직과 힘이 없기 때문에 상법에서는 상대적으로 소수주주를 보호하기 위한 측면에서 일정한 조건을 갖추고 있는 소수주주만이 권리행사를 할 수 있는 별도의 권한을 부여하여 지배주주를 견제할 수 있도록 함과 동시에 소유자로서 지배기능을 가질 수 있도록 하고 있는 것이다.

2. 대리인 비용의 절감

회사는 독립적 사회적 실체로서 이론적으로 보았을 때에는 그 자체의 의사와 행위를 가지고 있으나, 실제로는 자연적 의사를 결정하며 자연적 행위를 할 능력이 없기 때문에 그 의사와 행위들은 회사조직에서 일정한 지위에 있는 자에 의하여 결정되고 실천된다. 이와 같이 회사의 의사를 결정하여 실천하는 회사의 조직을 기관이라 한다.⁵⁴⁾ 인적회사는 원칙적으로 각 사원이 업무집행권과 대표권을 가지기 때문에(상법 제200조 제1항, 제207조, 제273조) 사원자격과 기관자격이 일치한다(자기기관). 반면 주식회사는 대표적인 물적회사이므로 주주자격과 기관자격이 일치하지 않고 기관에 의해서 경영이 이루어진다. 그러므로 주주는 회사 존재의 기초가 되고 기관은 회사의 활동의 기초가 된다. 다시 말해서 주주는 주식회사 권리능력의 기초가 되지만 기관은 주식회사의 행위 능력 내지 의사능력의 기초가 된다는 것이다. 법인인 회사자체는 스스로 의사를 결정하고 집행할 수 없기 때문에 자연인으로 구성되어 있는 일정한 조직인 기관을 구성하여

52) 이점, 주주평등의 원칙은 구성원의 수에 따른 평등이 아니라 일개의 주식에 일개의 의결권이 부여되는 이른바 주식평등을 의미하기 때문이다.

53) 星川長七, “少額株主權について” 「早稻田法學(第33卷 第3・4號)」 296面.

54) 이철송·전계서 465면.

그것을 대행하게 되는데, 주식회사에서는 원칙적으로 이사 혹은 집행임원은 주주임을 전제로 하지 않기 때문에(상법 제387조) 사원자격과 기관자격이 분리된 소유와 경영의 분리현상이 나타난다(타 기관에 의한 경영방식).⁵⁵⁾

특히, 주식회사는 그 규모가 확대됨에 따라 주식 소유의 광범위한 분산이 이루어지게 되고 이로 말미암아 대주주라도 기업지배가 가능할 정도로 주식을 소유하기가 힘들어진다. 따라서 의결권제도 하에서는 위임장의 수집에 유리한 입장에 있는 경영자가 기업의 지배권을 장악하는 이른바 경영자지배가 가능해지면서 결국 소유와 경영의 분리현상이 가속화되는 현상으로 나타나게 된다.⁵⁶⁾ 소유와 경영이 분리된 회사에서는 경영진(대리인)이 주주(본인)의 경제적 이익이 아닌 자신의 경제적 이익을 극대화하려는 현상이 나타나므로 시장에서 절감한 거래비용의 다른 형태인 대리인 비용(agency cost)을 발생시키게 한다. 즉, 주주가 특별히 경영진을 감시하는 경우에 소요되는 추가비용보다 장래에 발생하는 손실액이 더 큰 경우에 그와 같은 감시비용은 효율적인 것으로 받아들여질 수 있으므로 합리적인 주주라면 받아들여야 할 경영진의 잘못으로 인한 최소한의 손실로써 이를 바로 그 회사의 ‘대리인 비용’이라 한다.⁵⁷⁾

그러므로 대규모화된 주식회사에서 소수주주는 지배주주의 전횡은 물론이고, 지배주주의 의사에 의해 선임된 경영진을 감시해야 할 필요성이 있게 되기 때문에 소수주주권제도는 회사를 경영하는 과정에서 요구되는 평균적인 대리인 비용을 낮추는 효과가 있으며, 그 억제효과를 통해 경영진의 불법행위나 사적이익 추구와 같은 부정행위를 방지할 수 있게 된다. 따라서 소수주주권제도의 별도 인정근거는 대리인 비용의 관점에서도 찾을 수 있다.

55) 정찬형, 「상법강의(상)」 박영사, 809면(2013년).

56) 김영조, “소유와 경영의 분리에 대한 비판적 논의” 「연세경영연구(제29권 제2호)」 연세대학교경영연구소 589면 내지 590면(1992년). 이철송·전계서 472면; Adolf A. Belre & Gardiner C. Means, Adolf A. Belre & Gardiner C. Means, "The Modern Corporation and Private Property", 2nd revised edition, Transaction Publishers, 1991, pp. 4~5, 66, 68.

57) 김화진, 「상법강의」 박영사 317면(2015년).

제3절 소수주주의 보호기능

상법은 일정요건을 갖춘 소수주주에게 주주의 권리와는 별도로 소수주주권을 인정하고 있는데, 이는 경영진과의 마찰들을 해결하기 위한 것들이 대부분이다.

소수주주권의 기능으로는 자본 다수결제도의 한계로 인해 생긴 의사결정의 왜곡을 바로 잡는 기능과 지배주주, 대주주, 경영진의 횡포로부터 소수주주를 보호하는 기능 및 주주총회를 통해 의사참여를 확대하는 기능을 가진다.

1. 지배주주의 전횡방지

주식회사제도에 있어서 일반적인 주주를 출자자로서 인식했을 때에는 주주는 경영자의 횡포를 방어할 수 있는 충분한 힘을 가지는 것으로 볼 수 있다. 그러나 다수결의 원리가 지배하는 주주총회에서 지배주주·대주주를 제외한 소수주주는 본인들의 권리를 의도하는 바와 같이 행사하기가 어려운 것이 사실이다. 따라서 그러한 소수주주의 권리행사를 강화하는 차원에서 마련된 것이 바로 소수주주권제도이다. 다시 말해 소수주주권 제도란 소수주주들에게 안정된 공익적 차원의 권리를 행사할 수 있도록 하기 위하여 마련한 제도라 할 수 있는 것이다.

원래 주식회사의 운영에 관한 주된 논리는 다수결의 원리라 할 수 있다. 이 원리의 합리성은 지배주주·대주주에게 적용되는 것으로 소수주주의 경우는 그러한 원리의 수혜자는 될 수 없고 오히려 피해를 가져오는 결과를 낳는다. 때문에 소수주주의 권리보호차원에서 소수주주권이 제도화되었다고도 볼 수 있는데, 소수주주권은 의사결정이 항상 구성원 전체의 공동의 이익이 실현될 수 있는 방향으로 이루어지는 경우에 한하여 그 의미를 찾을 수 있다.⁵⁸⁾

한편, 일반적인 다수결제도에서는 다수자와 소수자의 위치가 서로 바뀔 가능성이 전혀 없지는 않지만, 주식회사에서는 다수자가 본인의 지분을 포기하거나 양도하지 않는 한 다수자와 소수자의 위치가 교체되는 경우는 거의 없다.⁵⁹⁾ 결국에 소수주주들의 경우는 자본 다수결이라는 명목하에 대주주들이 얻는 비율만큼의 이익을 얻지 못하게 될

58) 김상규·전계논문 616면.

59) 김대광·전계논문 16면.

것이고, 심지어 대주주의 의결권 남용으로 인한 피해가 현실적으로 발생하더라도 감내할 수밖에 없는 위치에 있게 된다. 따라서 소수주주권은 이처럼 불공평한 지배주주·대주주의 전횡을 방지하고 자본 다수결제도 아래에서 소수파인 소수주주들을 보호하게 되는 제도로서의 역할을 수행하는 것이기도 하다.⁶⁰⁾

2. 소액투자자의 보호

특정 단체의 구성원들이 단체의 의사를 결정할 때 구성원들의 지위는 단체의 성격에 의해 달라지게 된다. 인적회사의 경우에는 두수주의를 따르는 반면에, 주식회사를 비롯한 물적회사의 경우에는 지분주의에 의해 회사의 의사가 결정 된다⁶¹⁾. 한편, 주주평등의 원칙에 의해 주식회사의 주주는 1주식에 대하여 하나의 의결권을 갖게 되기 때문에 소액을 투자한 주주라고 할지라도 그들이 결집하여 회사의 발행주식 전체의 과반수를 점하여 권리를 행사하게 되면 자기들의 의사를 관철시킬 수도 있다. 그러나 우리나라의 주식분포는 소수의 다수파주주는 존재하지만 다수의 소수파주주는 찾기가 어렵다.⁶²⁾ 즉, 실제로는 대부분의 회사에서는 대주주가 다수의 주식을 가지고 결의를 지배하기 때문에 지배력의 항구적 편재현상이 나타나고 그로 인하여 결의에 의해 성취된 이익의 편향적 귀속이 이루어지게 된다.⁶³⁾ 예를 들면, 일반적으로 지배주주가 의결권행사를 통하여 회사업무 전반에 걸친 의사결정권과 업무감독권을 가지고 있는 이사회를 장악할 뿐만 아니라 본인이나 친인척을 이사로 선임할 수도 있다. 또한 주주총회를 통해 회사의 기본적 변경사항에 대하여 직접적인 영향력을 행사할 수도 있다.⁶⁴⁾ 이러한 원인으로 지배주주들은 회사내부의 정보와 지배권과 같은 유리한 지위를 이용해 자신의 이익만 취하고 소수주주가 누려야 할 사업수익 및 회사 자산에 대한 이익을 박탈시킴으로써 소수주주에게 손해를 입힐 위험성이 존재한다. 이러한 지배주주 혹은 경영진의 횡포로부터 소수주주를 보호하는 장치로 하는 권리가 소수주주권이다.⁶⁵⁾

60) 김상규·전계 논문 617면.

61) 김상규·전계논문 19면.

62) 특히, 다수의 소액주주가 있고 기업을 공개한 상장회사의 경우는 자본을 싸게 조달하는 주식 시장에서 최대한 기업가치를 높이는 것이 당연하겠지만, 우리나라의 상장회사들은 주주가치 보다 지배주주의 개인적 이해관계나 지배주주가 속한 계열회사 등 그룹 전체의 이해관계를 위해 활동하는 상황이고, 그러한 행위들이 오히려 당연시 되고 두둔을 받기도 한다(김선웅, “주주권 행사 관련 제도의 문제점과 개선방향” 「법·제도」경제개혁연구소 2면(2008년)).

63) 이철송·전계서 470면.

64) 강명현, “한국의 소액주주권” 한국개발연구원 22면(1999년).

65) 김상규·전계논문 617면.

3. 의사결정의 참여확대

오늘날의 주주총회는 법률제도상으로는 주식회사의 최고의사결정기관으로서의 지위를 가지고 있지만, 실제 주주총회에서는 의안에 대해 실질적인 심사와 토의가 이루어지는 일이 거의 없다는 말이 나올 정도로 본래의 기관기능을 잃어버리고 형해화(形骸化)가 진행되어 가고 있다.

이렇듯 형해화가 가속되어 가는 현상의 발생 원인으로 거론되는 것은 첫째, 주주들은 일반적으로 일시적인 투자와 투기의 목적으로만 주식을 취득하는 경우가 많기 때문에 당연히 회사의 경영에는 관심이 없다는 것이다. 둘째, 주주가 특수한 신분을 가지고 있는 자이거나 영업에 관한 지식이 없거나 혹은 회사의 임원 등 주요인물과 특수한 관계에 있음으로 인해 총회에서 적극적으로 토론에 참여하기가 힘들 수도 있다는 것이다.⁶⁶⁾ 따라서 일반주주를 통해 회사를 지배하는 것은 이론적인 원칙에 불과하게 된다는 지적이 나오는데 비하여,⁶⁷⁾ 그럼에도 불구하고 주식회사가 인적회사와는 다르게 업무집행에 있어서 이사로 하여금 집행하도록 하고 있는 이상 주주총회는 주주들이 회사의 경영에 참여할 수 있는 유일한 방법임은 틀림없다는 지적도 있다.⁶⁸⁾

생각하건데, 소수주주권은 소수주주들이 단순히 본인들의 이익을 얻기 위해 경영자에게 주장하는 기능을 넘어서, 일반적으로 사회에서 제기되는 회사에 대한 기대와 비판을 의사결정과정에서 함께 할 수 있다는 것에 중요한 의의를 가질 수 있다. 또한 소액으로 분산되어있는 주주들 간에는 의사소통을 할 수 있는 기회가 거의 없기 때문에 주주개개인들은 서로 고립될 것이며, 회사경영자의 입장에서는 신경을 쓸 필요가 없는 미미한 존재일 것이며 대항 할 수 있는 힘조차 없게 될 것이라는 비관론도 제기되고는 있지만,⁶⁹⁾ 소수주주는 소수주주권을 통해 주주상호간의 의사소통의 기회를 확보할 수 있고, 주주상호간에 결합이 가능하므로 회사경영자에 대한 대항력을 가지는 것으로 볼 수 있다.

66) 김대광·전계논문 17면.

67) 정용상, “주주총회의 활성화론” 「재산법연구(제10호)」 한국재산법학회 58면(1993년).

68) Jonthan R. Macey, "An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties", Stetson Law Review, Vol. 21, Issue 1, 1991. pp.26; 권재열, “집중투표제의 의무화주장에 대한 회의법 및 상법적 검토” 「한국회의법학회지」 한국회의법학회 37면(2004년)(재인용).

69) 김재두, “주주제안권제도에 관한 법적 검토” 「금융법연구(제11권 제2호)」 한국금융법학회 354면(2014년).

제 4 장 현행 소수주주의 권리

제1절 소수주주권의 의의

소수주주권(Minderheitsrecht; right of minority shareholders)⁷⁰⁾이란 회사에서 발행한 일정 주식의 소유가 주주권행사의 기초요건으로 되어있는 권리를 말한다. 이 권리는 주주가 권리를 행사하는 방법에 따라 분류할 때에는 주주가 1주라도 소유하고 있을 경우에 행사할 수 있는 권리인 단독주주권과는 대비되는 개념으로서 소수주주권은 어느 하나의 특별한 권리를 말하는 것이 아닌 발행주식 총수 중 주식을 일정 수 이상 소유하고 있는 주주 혹은 주주들이 모여서 행사할 수 있는 권리를 포함하는 개념이다.⁷¹⁾

현대사회에서 주식회사는 기존의 기업법 이론이 적용되기 어려울 만큼 대규모화 되었고, 그 구성원마저도 복잡·다양화 되었다. 이로 인해 회사 내부의 구성원들 간에는 이해관계의 충돌이 적지 않게 발생되고 있다. 특히, 물적회사인 주식회사의 대다수 주주들은 이익배당에만 관심이 있고 회사 경영에는 관심이 없기 때문에 주주총회에 적극적으로 참여하지 않아 회사의 운영은 이사회·대표이사에 집중되는 현상이 나타나고 있다. 따라서 주주의 지위는 이사회·대표이사의 활동에 의해 유동적이고 불안정한 상태에 놓이게 되며, 그러한 측면에서 회사의 경영에서 배제된 소수주주와 경영자(이사회·대표이사) 사이에는 이해관계가 악화·증폭되는 문제가 종종 발생하게 된다.⁷²⁾

따라서 소수주주권은 경영진이 주주의 이익과는 상반되는 경영을 하는 경우에 그것에 대한 저항권으로서 개인의 이익보다는 회사의 이익을 도모할 목적으로 행사하게 되는 공익권적인 성격의 권리이며, 소수주주권에 관련한 상법의 제반규정은 회사지배구조의 투명성 및 건전성을 지향하는 차원에서 설계되었다.⁷³⁾

70) 우리나라에서는 흔히 “소액주주권”과 “소수주주권”을 혼용하여 쓰고 있으나, 여기서 말하는 소수주주권은 단독주주권과 소수주주권을 포괄하는 개념이다. 주로 ‘소액주주’라는 용어는 지배주주·대주주에 대한 경제적·상대적 개념이고, “소수주주”라는 용어는 상법에서 “다수주주”에 대한 회계학적 개념이다.

71) 최병규, “소수주주의 권리강화를 위한 제도 개선방안-회계장부열람청구권을 중심으로-” 「경영법률(제20권 제2호)」 한국경영법률학회 300면(2010년).

72) 권오성, “소수주주권에 관한 상장회사 특례규정의 문제점 : 보유기간을 중심으로 - 서울중앙지법 2011.1.13. 2010카합3874결정에 대한 평석” 「성신법학(10)」 성신여자대학교법학연구소 39-40면(2011년).

73) 김대광·전계논문 11면.

우리의 상법은 주주가 발행주식 총수의 1% 이상의 주식을 보유했을 때 행사할 수 있는 소수주주권으로 유지청구권과 대표소송제기권 등을, 발행주식 총수의 3% 이상의 주식을 보유했을 때 행사할 수 있는 소수주주권으로 주주제안권, 주주총회소집청구권, 집중투표청구권, 이사·감사해임청구권, 회계장부열람권, 업무 및 재산상태 검사청구권, 청산인해임청구권 등을, 발행주식 총수의 10% 이상의 주식을 보유했을 때 행사할 수 있는 소수주주권으로는 해산판결청구권을 법정하고 있다. 이러한 소수주주권은 1주라도 보유하고 있을 때 단독주주권에서 나타나게 되는 사원권의 남용을 방지하기 위하여⁷⁴⁾ 기준이 되는 일정 비율 이상의 주식을 보유한 주주에게만 권리행사를 할 수 있도록 고안된 것으로 주주평등원칙의 예외가 된다.⁷⁵⁾ 이러한 소수주주권은 1인이 기준이 되는 주식보유비율을 충족시키는 경우에는 물론 단독으로 권리들을 행사할 수 있고, 더불어 여러 주주들이 그 주식수를 합산했을 때 주식보유비율이 충족되는 경우에는 주주들이 공동으로 행사하는 것도 가능하다.⁷⁶⁾

제2절 소수주주권 행사의 요건

1. 정보요구권

주주들이 회사의 경영상태를 확인하고 감독하기 위해서는 회사의 정보를 취득할 수 있어야 한다는 점에서 보았을 때 정보를 요구하는 것은 회사경영의 투명성과 건전성을 높이며 주주와 채권자를 보호하는 기초적인 권리로 볼 수 있다. 이러한 정보요구권을 통해 정보를 개시하게 된 기업은 그 정보를 통해 얻게 되는 이익을 독점할 수가 없다. 그렇기 때문에 공개되어 있는 정보는 공공재(public good)로 볼 수가 있다.⁷⁷⁾

74) 소수주주권은 일정 수의 주식을 소유한 자에 한하여 또는 그러한 주주군에 한하여 허용되는 것이므로 단독주주권의 행사를 억제하는 효능을 갖는다. 그러므로 소수주주권 중 어느 권리를 소수주주권으로 할 것이냐 하는 문제는 권리행사의 실효성과 비용의 경제성에 연결 지어 판단되어야 한다(동지; 강명현, “한국의 소액주주권” 한국개발연구원 36-39면(1999년).

75) 김정호, 「회사법」 법문사 162면(2012년).

76) 임재연, 「회사법(1)」 박영사 111면(2013년).

77) 정보를 개시한 회사는 투자자가 그 정보를 이용하는 것을 막을 방법이 없다(Frank H. Eaterbrook & Daniel R. Fischel, "The Economic Structure of Corporate Law", Revised edition, Harvard University Press, 1996. pp. 287; Roberta Romano, The Genius of American Corporate Law, 1993, pp. 91).

그러한 이유로 회사는 정보개시를 적극적으로 행하지 않게 된다.⁷⁸⁾ 특히 우리나라의 상법에서는 미국의 상법과는 달리 증거개시제도가 없기 때문에 주주대표소송이 제기되었을 때 이사는 공개된 정보들이 본인에게 불리하게 작용할 정보공개를 회피하게 된다.⁷⁹⁾ 따라서 정보 불균형의 문제가 발생되기 때문에 소수주주들에게 감시·감독기능을 강화시켜주기 위해 우리 상법에서는 주주에게 필요한 정보를 회사에 요구할 수 있는 권리를 소수주주권으로 인정해주고 있는 것이다.

이러한 소수주주의 정보개시요구와 관련된 권리로는 회계장부열람과 등사청구권 및 회사의 업무와 재산 상태를 검사하기 위한 검사인선임청구권 등이 법정되어 있다.

가. 회계장부열람·등사청구권

(1) 의의 및 취지

발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 그 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(상법 제466조 제1항). 이를 회계장부열람·등사청구권이라고 한다. 이 경우 발행주식 총수에는 의결권배제주식과 의결권제한주식도 포함한다. 이 권리는 미국의 보통법상에서 단독주주권으로 인정하는 주주의 장부·서류의 열람청구권에서 유래 된 것으로서⁸⁰⁾ 주주가 재무제표와 영업보고서 및 감사보고서의 열람만으로 회사의 재무상태에 관한 내용을 알기에는 부족하기 때문에 회계장부를 직접 열람할 수 있도록 길을 터준 것으로 기업의 운영상황에 관한 전반적인 정보를 획득하는데 가장 기본이 되는 권리라 할 수 있는 것이다.

주주는 단독으로 회사의 업무와 재무상태를 정확히 파악하기 위하여 이사가 본점과 지점에 비치하는 재무제표 및 그 부속명세서와 감사보고서, 영업보고서, 외부감사를 받는 회사는 외부감사인의 감사보고서 등의 서류를 영업시간 내에는 언제든지 열람·등사를 할 수 있고, 소정의 비용을 지급하고 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있다(상법 제448조, 외감법 제14조 제1항 및 제5항). 그러나 회사의 재무제표 등과 같이 주주총회의 승인을 얻기 위한 자료는 회사의 재무상태와 영업상태에 관한 2차적이고 간접

78) 김대광·전계논문 21면.

79) 김건식, “주주간의 이해 조정에 관한 시론” 「한림법학 FORUM」 84면(1992년).

80) 김재형·송종선, “일본판례평석: 회계장부열람청구의 거부사유로서의 실질적인 경쟁관계” 「법학논총(제16집 제1호)조선대학교법학연구원 260면(2009년).

적인 자료에 불과하다. 따라서 주주가 보다 정확하게 회사의 재무상태를 파악하기 위해서는 이들 자료를 작성하는 기초가 된 각종 회계 관련 장부와 서류를 살펴볼 필요가 있게 된다. 따라서 상법은 소수주주에게 회계장부열람·등사청구권을 인정하게 된 것이지만, 한편으로 회계장부의 공개는 회사의 이익을 크게 해할 위험이 존재하므로 그 열람권의 남용을 방지하기 위하여 일정조건을 갖춘 소수주주에 한하여 이유를 붙인 서면으로 청구할 수 있게 한 것이다.⁸¹⁾ 그리고 이유를 붙인 서면은 미리 제출하여야 하고(상법 제466조 제1항) 그 서면에는 막연하게 회사의 부정을 조사, 경영상태의 점검, 이사의 부정이 단순 의심된다는 등의 형식으로 작성하는 것만으로는 부족하고 회사의 경영상태의 악화나 이사의 부정을 의심할만한 구체적인 사유를 들어 기재해야만 한다.⁸²⁾

(2) 열람·등사의 청구권자

상법에서는 비상장회사의 경우 발행주식 총수의 5% 이상에 해당하는 주식을 보유한 주주에게 회계장부열람·등사청구권을 인정해오다가, 소수주주권의 활성화를 통해 소수주주의 권리와 이익의 향상을 목적으로 1998년 개정상법에서 발행주식 총수의 3% 이상을 보유하는 것으로 지분요건을 완화하였다(상법 제 466조). 상장회사의 경우에는 청구권의 남용을 방지하기 위해 6개월간 주식보유기간을 두는 것을 요건으로 하여 자본금 1,000억 원 미만의 회사는 발행주식 총수의 0.1% 이상, 자본금 1,000억 원 이상인 회사에는 0.05% 이상을 보유한 주주는 청구가 가능하다(동법 제542조의6 제4항). 발행주식 총수에는 의결권이 없는 주식도 포함된다.

상법 제466조 제1항에서 정하고 있는 소수주주의 열람·등사청구의 대상이 되는 회계의 장부와 서류는 회계장부 작성의 근거자료인 회계서류로서 소수주주가 열람·등사를 구하는 이유와 실질적으로 관련이 있는 것에 한한다. 예컨대 원장, 일기장, 분개장, 전표 등과 신서, 계약서, 영수증 등이 그것이다.⁸³⁾ 또한 그것이 회계서류인 경우에는 그 작성명의인이 반드시 열람·등 제공의무를 부담하는 회사로 국한되어야 하거나, 원본에

81) 최준선, 「회사법」 삼영사 671면(2011년). 소수주주가 열람·등사를 구하는 본안소송을 제기하거나 가처분을 신청하려면 사전에 회사에 대하여 이유를 붙인 서면으로 그 열람·등사를 청구하여야 하는 것이 원칙이지만, 소장과 준비서면이 회사에 송달되면 사실상 이유를 붙인 서면으로 열람·등사를 청구한 결과가 되어 제소 전에 서면으로 청구하지 아니한 하자가 치유되는 것으로 본다(서울고등법원 1998. 12. 9. 선고 98나2158 판결).

82) 서울지방법원 1998. 4. 1. 선고 97가합68790 판결.

83) 임재연, 「회사소송」 박영사 591면(2010년).

국한되는 것은 아니다. 따라서 열람·등 제공의무를 부담하는 회사의 출자 또는 투자로 설립한 자회사의 회계장부라 할지라도 그것이 모자관계에 있는 모회사에 보관되어 있고, 또한 모회사의 회계상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요한 경우에는 모회사의 회계서류로서 모회사 소수주주의 열람·등사청구 의 대상이 될 수 있다.⁸⁴⁾

(3) 열람·등사청구의 정당성

소수주주의 열람청구에 대해 회사가 그 청구의 부당함을 증명하지 못하게 되면 이를 거부할 수가 없다(상법 제466조 제2항).⁸⁵⁾ 이 조항은 열람을 청구하는 목적이 정당함에 대한 입증책임을 회사에 부과하고, 회사의 거부사유를 포괄적으로 보여준다. 열람 청구권의 행사에 대응하여 회사가 가지는 청구의 거부사유는 중요한 문제이다. 회사로서는 주주에게 회계장부의 열람을 허용함으로써 회사기밀이 유출될 수도 있고, 그로인해 업무가 방해될 수가 있기 때문에 청구에 대하여 거부하는 경우도 있다. 회사가 거부하더라도 행사에 이르게 된 경위·행사의 목적·악의성 유무 등과 관련된 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여 정당한 사유가 없을 경우에는 열람청구권은 보장된다. 그러나 주주의 청구권을 행사함으로써 회사업무의 운영 또는 주주의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁사일 경우에 그 취득한 정보를 통해 경영에 이용할 우려가 있는 경우 등에는 정당한 거부사유로 보고 있다.⁸⁶⁾

84) 임재연·전계서 591면. 모회사의 주주는 항상 자회사의 회계장부에 대한 열람·등사청구를 할 수 있다는 것이 아니라 “모회사에 보관되어 있고, 또한 모회사의 회계 상황을 파악하기 위한 근거자료로서 실질적으로 필요한 경우”에 자회사의 회계장부도 열람·등사청구의 대상이 된다(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다58051).

85) 일본 회사법 제433조 제2항은 회사가 열람청구를 거부할 수 있는 사유를 다음과 같이 규정한다. 즉, 1. 해당청구를 하는 주주(청구자)가 그 권리의 확보 또는 행사에 관한 조사 이외의 목적으로 청구하는 경우 2. 청구자가 당해 주식회사의 영업수행을 방해하거나 주주 공동의 이익을 해할 목적으로 청구하는 경우 3. 청구자가 당해 주식회사의 업무와 실질적으로 경쟁관계에 있는 사업을 영위하거나 그에 종사하는 경우 4. 청구자가 회계장부 또는 그에 관한 자료의 열람·등사에 의하여 알 수 있는 사실을 이익을 얻으면서 제3자에게 통보하기 위하여 청구하는 경우 5. 청구자가 과거 2년 이내에 회계장부 또는 그에 관한 자료의 열람·등사에 의하여 알게 된 사실을 이익을 얻으면서 제3자에게 통보한 일이 있는 경우 등이다(江頭憲治郎, 「株式會社法」有斐閣 651-652面(2013年)).

86) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004마1575 결정.

(4) 회계장부열람·등사 가치분

소수주주의 회계장부열람·등사청구권을 피보전권리로 하는 가치분도 허용 된다. 이 때에는 피신청인인 회사에게 직접 열람·등사를 명하는 신청취지는 물론 열람·등사의 대상이 되는 장부 등에 관하여 훼손, 폐기, 은닉, 개찬이 행해질 위험이 있는 때에 이를 방지하기 위하여 그 장부 등을 집행관에게 이전·보관시키는 신청취지도 허용된다.⁸⁷⁾ 그러나 회계장부열람·등사가처분은 그 내용이 권리보전의 범위에 그치지 않고 실질적으로 본안소송의 목적을 달성하여 종국적 만족을 얻게 하는 경우에는 그 집행에 의하여 회사에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있으므로 특별한 요건을 갖춘 경우에만 가치분 집행정지 또는 취소가 허용된다(민사집행법 제309조).

나. 업무·재산상태의 검사권

(1) 의의 및 취지

회사의 업무집행에 있어서 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반하는 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 경우에 소수주주는 회사의 업무 및 재산상태를 조사하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있다(상법 제467조 제1항). 본 규정은 주주는 회계장부 기타서류의 열람에 의하여 이사 등의 부정행위를 파악할 수 있지만, 이는 그 조사대상이 회계장부 기타서류에 한정되고 그 확인방법도 이사 등의 업무를 직접 조사할 수 있는 것이 아니라 장부열람이라는 소극적이고 사후적인 방법에 그친다. 그러나 이러한 미비점을 시정하기 위하여 상법은 주주가 법원이 선임한 검사인을 통하여 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있도록 하되 남용을 방지하기 위하여 소수주주권으로 규정하고 있는 것이다. 그리고 검사인선임청구는 이사와 이사회에 업무집행을 침해할 소지가 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 단순한 임무해태는 청구사유가 될 수 없고, 권리행사에 있어서는 그 사유를 구체적으로 소명하여야 한다.⁸⁸⁾

구·상법⁸⁹⁾에서 검사인 선임을 청구할 수 있는 요건으로 자본의 10% 이상을 출자한

87) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결.

88) 대법원 1985. 7. 31. 선고 85마214 결정.

89) 현행 상법은 1962년 1월 20일 법률 제1000호로 제정되어 1963년 1월 1일부터 시행되고 있다. 현행 상법 이전에 존재했던 상법은 의용상법으로 칭해지고 있는 일본의 구·상법으로 일제강점기부터 사용되었던 상법을 말한다(이철송·전계서 27면, 서성호·전계서 5면 등 다수).

주주로 규정하였으나, 1998년 개정 전 상법에서는 발행주식 총수의 5% 이상에 해당하는 주식을 보유한 주주로 하였다가 1998년 개정상법에서는 발행주식 총수의 3% 이상을 보유함으로써 권리를 행사할 수 있도록 요건을 완화하였다(상법 제467조 제1항). 상장회사는 6개월 전부터 계속하여 상장회사의 발행주식 총수의 1천분의 15 이상에 해당하는 주식을 보유한 자가 선임청구권자로 지정되어 있다(상법 제542조의6 제1항).

(2) 감사인의 선임

감사인으로 선임될 수 있는 자격조건에 대해서는 특별한 제한은 없으나, 감사인으로서의 직무 특성상 이사, 집행임원, 감사, 지배인, 상업사용인 등은 제외될 수밖에 없다.⁹⁰⁾ 감사인선임청구권은 무조건적인 의결권을 전제로 하지 않기 때문에 발행주식 총수 중 회사가 보유하고 있는 주식은 포함되지 않지만 의결권이 없는 주식도 포함되는 것으로 보는 것이 지배적이다.⁹¹⁾

(3) 감사인의 업무

감사인의 업무는 회사의 업무와 재산상태를 조사하고 그 조사의 결과를 법원에 보고하여야 한다(상법 제467조 제2항). 법원은 보고에 의하여 필요하다고 인정 한 때에는 대표이사에게 주주총회의 소집을 명할 수 있다(상법 제467조 제3항). 이때 대표이사가 법원의 명령을 위반하고 주주총회를 소집하지 않았을 경우에 과태료의 제재만 있을 뿐(상법 제635조 제1항 제20호)이므로 주주총회소집을 위한 기타의 규정이 없음은 입법불비의 문제점이 있는 것으로 생각해 볼 수 있다.⁹²⁾ 따라서 감사인이 감사를 한 결과로 이사에게 부정행위가 있음이 밝혀졌을 때에는 감사인 선임을 청구하였던 소수주주에게 주주총회를 소집하도록 하는 것이 옳다고 보는 견해도 있으나⁹³⁾, 이 경우 소수주주가 주주총회를 직접 소집하기에는 무리가 있을 것이므로 감사가 주주총회를 소집할 수 있도록 강제할 필요가 있다고 생각한다.

한편, 감사인은 조사보고서를 법원의 명령에 따라서 소집된 주주총회에도 제출해야

90) 김대광 · 전계논문 26면.

91) 김대광 · 전계논문 26면.

92) 동지 ; 이양복 · 전계논문 103면.

93) 김대광 · 전계논문 27면.

하는 것으로 되어 있는데(상법 제467조 제3항, 제310조 제2항), 이 경우 이사와 감사는 지체하지 않고 검사인이 보고한 조사보고서의 정확여부를 조사해 이를 주주총회에 보고하여야 한다(상법 제467조 제4항). 그리고 법원의 명령으로 소집한 주주총회에서는 소집목적에 구애받지 아니하고 이사의 해임과 선임 등의 필요한 결의를 할 수 있다.⁹⁴⁾

2. 주주총회를 통한 경영관여

주주총회(general meeting of shareholders; Hauptversammlung; assemblée générale)란 주주에 의해 구성되어 있는 필요적 상설기관으로서 법률 및 정관에서 정한 사항을 결의하는 주식회사의 최고의사결정기구라는 것은 주지하는 바와 같다. 주주총회는 의결권의 유무에도 불구하고 주주 전원으로 구성되며, 주주들의 의사를 수렴하여 회사의 의사를 형성한다.⁹⁵⁾ 상법은 법률 및 정관에서 규정해 놓은 사항에 한하여 주주총회의 권한사항으로 정하고 있는데(상법 제361조), 법률로 정한 권한으로는 ① 이사·감사의 선임결의와 해임결의(상법 제382조, 제385조, 제409조, 제415조), 재무제표의 승인(동법 제449조)등과 같이 성질상 출자자의 지위로서 당연히 행사할 수 있는 사항, ② 이사의 보수결정(상법 제388조)과 같이 이사의 자의를 막기 위한 감시적 기능에 관한 사항, 주식의 포괄적 교환(동법 제360조의3) 및 포괄적 이전(동법 제360조의16), 영업양도(동법 제374조 제1항 제1호), 정관변경(동법 제433조 제1항), 자본감소(동법 제438조), 합병(동법 제522조), 분할(동법 제530조의3), 조직변경(동법 제604조 제1항), 해산의 결의(동법 제518조) 등과 같이 회사의 기초 또는 영업조직의 기본에 변화를 가져오는 사항들이 존재한다. 한편 주식회사의 본질과 강행법규에 벗어나지 않는다는 전제하에 상법에서 규정하지 않은 사항도 정관으로 정할 수가 있다. 그 예시로는 대표이사의 선임(상법 제389조 제1항), 신주의 발행(동법 제416조), 준비금의 자본전입(동법 제461조 제1항), 전환사채의 발행(동법 제513조 제2항), 신주인수권부사채의 발행(동법 제516조의2 제2항)등이 있다. 이와 같이 주주총회의 권한사항을 보게 되면 주식회사에서 주주총회

94) 동지 ; 김대광·전계논문 27면.

95) 이철송·전계서 477면. 권기범·전계서 572면. 서헌제, 「사례중심체계 상법강의(上)」 법문사 275면(2007년). 이기수·최병규, 「회사법(상법강의Ⅱ)」 박영사 426면(2011년). 임재연, 「회사법Ⅱ」 박영사 7면(2013년). 최기원, 「신회사법론(상)」 박영사 421면(2012년). 최준선·전계서 304면 등. 이에 대해 의결권 없는 주주는 주주총회의 구성원이 아니라는 견해도 있다(정찬형, “주주총회 활성화를 위한 제도개선방안” 「상사법연구(제23권 제3호)」 한국상사법학회, 44면(2004년). 정동윤, 「상법(上)」 법문사 536면(2012년) 등).

는 의사결정 기능, 경영진의 감시·감독기능, 주주와 경영자의 관계 혹은 주주간의 소통을 돕는 기능 등을 하고 있다.⁹⁶⁾ 그러나 주식회사에서는 이사회결의를 통하여 회의의 목적사항을 정해 주주총회 소집을 결정하게 되는 것이므로 주주총회는 회의의 목적사항으로 되어 있는 것을 제외하고는 결의를 할 수 없다(상법 제362조). 그렇기 때문에 의안을 상정하는 것은 이사회가 주도하게 된다. 지배주주는 이사회에 끼칠 수 있는 영향력을 기초로 하여 주주총회의 개최 및 의안상정에 관하여 주도권을 가질 수 있을 것이다. 그러나 소수주주는 지배주주와 같은 방식으로 주주총회에 관여하는 것은 불가능할 것이다. 그러므로 상법은 임시주주총회소집청구권(상법 제366조, 제542조의6 제1항), 소수주주의 주주제안권(동법 제363조의2, 제542조의6 제2항), 집중투표청구권(동법 제382조의2 제1항) 등과 같은 규정을 만들어 주주의 이니셔티브(initiative)를 허용하고 있는 것이다.⁹⁷⁾

가. 주주총회소집청구권

(1) 의의 및 취지

주주총회는 이사회가 주주총회의 소집을 결정하고, 대표이사가 그 소집 결정의 집행을 하게 된다. 이사회의 주주총회소집권에 관한 규정은 강행규정이기 때문에 상법에 의해 소집권이 나눠 주어지는 것 외에는 정권으로도 이사회의 주주총회소집권을 배제할 수가 없다.

경영진을 구성하기 위해서는 주주총회에서 이사의 선임결의를 거쳐야 하는데, 이사회를 장악하고 있던 기존의 경영진들은 새로운 이사의 선임을 위한 주주총회소집을 회피하려는 경향도 종종 나타나곤 한다. 이와 같이 이사회가 주주총회소집권을 가지고 있으므로 이사회는 주주총회의 소집결정의 유무로 주주의 경영간섭을 차단할 수가 있다. 따라서 상법은 기존 경영진들의 횡포를 견제할 수 있도록 하기 위하여 소수주주들에게도 주주총회소집청구권을 부여하게 된 것이다. 재언하면, 이 제도의 목적은 임시주주총회를 소집하여 소수주주가 제안한 안건들을 총회의 결의사항으로 부의할 수 있는 기회를 주자는 것에 있다.

96) 末永敏和, “株主總會制度論” 「現代企業法の理論」 329-330面(1998年). 이양복·전계논문 103면(재인용).

97) 김건식 외 6인 공저, 「회사법」 박영사 75면(2012년).

구·상법에서는 자본의 10% 이상을 보유하고 있는 주주는 회의의 목적이 되는 사항 또는 소집의 사유를 기재한 서면을 이사에게 제출하여 총회의 소집을 청구할 수 있었다(구·상법 제237조 제1항). 이 요건은 현행 상법에서 발행주식총수의 5% 이상의 주식을 보유하는 조건으로 완화하였고, 1998년 개정상법에서는 다시 발행주식 총수의 3% 이상의 주식을 보유하는 조건으로 완화하는 조치가 내려졌다(상법 제366조 제1항).

이와 같이 상법에서 소수주주에 의한 주주총회소집청구에 관한 요건을 완화해가며 주주총회소집청구권을 강화하게 된 것은 주식회사가 대기업화 됨으로써 주식이 분산되는 것에 대응하고 소수주주의 이익을 보호하기 위한 차원에서 마련한 것이다. 그러므로 상장회사의 경우에는 소수주주권의 활성화를 통해 기업을 경영함에 있어서 투명성제고와 소수주주의 권익보호를 위해 주주총회 소집권자를 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식 총수의 1천분의 15 이상에 해당하는 주식을 보유한 자로 제한하면서 그 행사요건을 완화해주고 있는 것이다(상법 제542조의6 제1항).

한편, 주주총회소집청구권으로 대표소송의 제기, 회계장부열람, 업무·재산상태의 검사와 같은 경우에는 소수주주권을 행사한다는 사실을 기반으로 권리행사의 목적은 달성될 수 있으나, 주주총회소집청구권은 단순히 주주총회를 소집하는데 그치지 않고 소집된 주주총회에서 소수주주권을 행사하였던 주주들의 요구사항이나 의사가 해결되어야 총회를 소집했던 목적이 달성된다.⁹⁸⁾

따라서 단순히 법에서 요구하는 조건만을 충족하는 경우에는 주주총회를 소집했다는 의미 이상을 가지기 어렵고, 그 결과로서 주주총회의 소집에 대한 실익자체가 적을 수 있다. 그러므로 주주총회소집에 관한 소수주주권의 요건은 크게 문제가 되지 않을 수도 있고, 오히려 이하(나. 및 제5장)에서 검토하는 주주제안권에 더 큰 의미가 부여될 수도 있겠다.

(2) 소집권자

발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 임시주주총회의 소집을 청구할 수 있다(상법 제366조 제1항). 우선 지분요건을 판단하는 기준인 「발행주식 총수」에 의결권이 없는 주식 또한 계산에 포함되는지 문제가 된다. 이는 상장회사의 경우에도 마찬가지이다. 이에 대해서는 의결권이 없는 주식을 보유하고 있는 주주는

98) 김대광·전계논문 30면.

주주총회를 소집할 실익이 없고, 또한 이 특례규정의 연혁인 구·증권거래법 제191조의 13 제5항에서는 “의결권 있는 발행주식 총수”로 명시하고 있었기 때문에 상법의 특례규정도 마찬가지로 이와 같이 해석해야 할 것이므로 포함되지 않는다는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 이에 반해 주주총회소집청구권은 자익권이 아닌 회사의 병리적 현상을 시정하기 위한 공익권 차원에서 행사되는 것이고, 또한 소수주주권은 주주의 감독권의 일환으로 행사되는 것이므로 의결권 없는 주식의 경우도 계산에 포함시켜야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁰⁾ 생각하건대 소수주주에 의한 주주총회소집청구권의 경우에는 그 입법의 목적이 이사의 경영에 관한 전횡을 방지하고 지배주주의 지원을 받는 이사와 같은 경영진에 대하여 소수주주가 대항할 수 있는 유일한 수단이라는 점과 그 활성화를 기하기 위한 차원에서는 후자의 견해에 힘이 실려야 하지 않을까 생각한다.

다음으로는 지분요건이 어느 시점까지 유지되어야 하는지도 문제이다. 이에 대해서는 주주총회의 소집을 청구하는 시점까지 유지되면 된다는 견해¹⁰¹⁾와 주주총회가 종결될 때까지 계속 유지되어야 한다는 견해¹⁰²⁾로 대립된다. 생각하건대 상법 제366조 제1항 법문이 “발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 임시총회의 소집을 청구할 수 있다”고 규정하고 있으며, 동 규정의 입법취지는 기존 경영진의 전횡을 견제하기 위한 것이라는 점을 고려하였을 때 지분요건은 주주총회의 소집을 청구하는 시점까지만 유지를 한다면 족하는 것으로 해석해야 할 것이다. 그리고 상장회사에서 지분요건을 정관에 규정을 두게 되면 상법에서 정해진 것보다 더 적게 할 수 있으며, 보유기간 또한 6개월보다 단기로 할 수 있도록 하고 있다(상법 제542조의6 제7항). 이러한 법률규정과는 반대로 요건에 해당되는 주식수를 늘리거나 보유기간을 장기로 규정을 두는 것은 소수주주권의 행사를 어렵게 할 수 있으므로 정관의 규정으로도 허용되지 않는 것으로 정해야 할 필요가 있다고 생각한다. 이것은 비상장회사에도 적용의 여지가 있다.¹⁰³⁾

99) 이철송·전계서 484면. 최준선·전계서 309면. 임재연·전계서 13면. 손주찬, 「상법(上)」 박영사 702면(2004년). 채이식, 「상법강의(上)」 박영사 462면(1996년). 정준우, “주주권 행사에 관련된 2009년 상법개정과 그 문제점” 「법학연구(제12집 제3호)」 인하대학교법학연구소 162면(2009년) 등.

100) 정동윤·전계서 316면. 정경영, 「상법학강의」 박영사 440면(2007년). 최기원·전계서 447면 등.

101) 최준선·전계서 309면. 최기원·전계서 280면.

102) 임홍근, 「회사법」 법문사 352면(2002년).

103) 이철송·전계서 305면.

(2) 소집청구방법

발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 보유한 소수주주는 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시주주총회의 소집을 청구할 수 있다(상법 제366조 제1항). 이전의 법제에서는 이점 서면으로만 주주총회소집청구권을 행사할 수 있었으나 현대사회의 특성을 반영하고 기업경영의 정보화를 활성화하기 위해서 2009년에 전자문서를 통한 소집청구권의 행사도 가능하게 된 것이다.

(3) 소집절차

발행주식총수의 3% 이상을 보유한 소수주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다(상법 제366조 제1항). 이사회가 지체 없이 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 소집을 청구한 소수주주는 법원에 임시주주총회 소집허가신청을 하여 법원의 허가를 받아 총회를 소집할 수 있다(상법 제366조 제2항). 그런데 소수주주가 법원을 허가를 얻는다면 주주총회를 직접 소집할 수 있다고 규정하고 있으나, 구체적인 내용은 언급이 없다. 따라서 현재로서는 소수주주가 기준일의 설정, 주주명부의 폐쇄, 주주총회의 소집통지·공고와 같은 총회소집에 필요한 모든 절차를 취할 수 있으며 그 과정에서 소요되는 비용 또한 회사에 대해 청구할 수 있다고 해석할 수 있다. 이처럼 위 규정을 언제까지나 해석론에 의존하는 것은 옳지 않다고 보이므로 세부규정을 상법에 두어 해결하는 것이 타당할 것이다.¹⁰⁴⁾

소수주주의 임시주주총회 소집허가신청사건은 비송사건으로 본점소재지의 지방법원이 관할법원이 되고(비송사건절차법 제72조 제1항), 회사는 피신청인이 아니라 사건본인으로 표시된다. 법원에 총회소집의 허가를 신청한 소수주주는 회의의 목적사항을 명기하고, 이사가 그 소집을 게을리 한 사실을 서면으로 소명하여야 한다(비송사건절차법 제80조 제1항, 제2항). 법원의 신청각하 결정에 대해서는 신청인에 한하여 항고가 가능하나(비송사건절차법 제20조 제2항), 소집허가결정에 대해서는 불복하지 못한다(비송사건절차법 제81조 제2항). 그러나 특별항고(민사소송법 제449조)는 가능하다.¹⁰⁵⁾ 2011년

104) 정준우·정석영, “주주총회 운영상의 문제점과 그 개선방안” 「비교사법(제15권 제1호(통권 제40호))」 한국비교사법학회 210면(2008년).

105) 대법원 1991.4.30. 선고 90마672 결정. 대법원 2001.12.21. 선고 2001그121 결정.

개정상법은 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하는 경우 법원은 이해관계인의 청구에 의해 또는 직권으로 의장을 선임할 수 있도록 하였다(상법 제366조 제2항). 이렇게 소수주주에 의하여 소집된 주주총회는 회사의 재산상태의 악화에 대한 대책을 세우거나 임원을 해임하는 경우 등에 중요한 의미를 가지므로 회사의 업무와 재산상태를 조사하기 위하여 감사인을 선임할 수 있다(상법 제366조 제3항).

나. 주주제안권

(1) 의의 및 취지

주주제안권(shareholder proposal)이란 주주가 주주총회에서 심의될 의제 및 의안과 같은 일정한 사항을 제안할 수 있는 권리를 말한다(상법 제363조의2 제1항). 주주제안제도는 주주가 총회에 참가할 수 있도록 의욕을 높여주며 주주의 의견을 총회에 반영시켜 회사와 주주간 혹은 주주상호간의 의사소통을 꾀함에 있어 필요한 것으로서 미국, 일본, 독일 등 많은 나라에서 인정하여 채택하고 있는 제도이다.¹⁰⁶⁾ 1998년 상법이 개정되기 전까지는 주주총회의 의안은 이사회에서만 결정하도록 되어 있었기 때문에 주주가 주주총회에서 심의될 의제 및 의안을 제안할 수 있는 방법이 없었다. 이로 인하여 대주주나 대주주에 의해 선임된 이사 이외의 주주들은 의안결정을 함에 있어 영향력을 행사할 수 없는 실정이었다.¹⁰⁷⁾

이에 폐지된 구·증권거래법에서는 1997년 개정을 통해 주권상장법인 혹은 협회등록법인의 경우에는 소수주주에게 주주제안권을 인정해주는 획기적인 입법을 하게 되었고(구·증권거래법 제191조의14), 1998년 개정상법이 또한 이 제도를 받아들여 규정하게 됨으로써 모든 주식회사에 대하여 일반화되었다(상법 제363조의2).

주주총회를 소집할 때에는 소집통지서 또는 공고에 회의의 목적사항을 기재해야 한다

106) 미국에서는 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934) 제14조 a항에 근거하여 SEC(미국 증권거래위원회)가 위임장권유규칙을 제정하고 1942년에 개정하여 주주제안권제도를 명문화(SEC Rule 14a-8)하였으나 1983년에는 동 규칙을 대폭 개정하였다. 일본에서는 1981년 개정상법 제232조의2에서 미국법상의 주주제안권을 도입하였고, 현행 일본 회사법 제303조 내지 305조에서 규정하고 있다. 독일에서는 1965년 독일 주식법에서 소수주주권으로서의 의제제안권(제122조)과 단독주주권으로서의 반대(수정)제안권(제126조) 및 선거제안권(제127조) 등으로 구분하여 규정하고 있다(김재두·전계논 356-358면).

107) 이기수·최병규·조지현, 「회사법」 박영사 392면(2008년).

(상법 제363조 제2항). 이 통지서 또는 공고를 통해 소집된 주주총회에서는 통지·공고에 기재된 회의의 목적사항에 한하여 결의할 수 있다. 이러한 총회의 소집은 이사회가 결정한다(상법 제362조).

따라서 주주가 총회에서 논의할 의안이나 의제를 제안하기 위해서는 의제·의안을 이사회에 제출하고 이사회가 이를 채택하여야 한다. 그러나 이사회가 이를 반드시 채택하여야 하는 의무는 없다. 이와 같이 이사회가 주주제안을 채택하지 않는 경우에는 주주가 의제·의안을 제출할 기회는 없게 되는 것이다.¹⁰⁸⁾ 이와 같이 주주총회의 의사결정의 효과는 주주에게 귀속하기 때문에 주주가 의사결정에 있어 최대 이해관계자라 할 수 있는데, 의안을 제안할 기회를 가지지 못하는 것은 불합리할 것이며, 이사회가 경영에 있어서 주도권을 독점함으로써 생기게 되는 피해를 줄일 수도 있을 것이다. 그리하여 상법에서는 경영에서 소외된 소수주주에게 회사의 의사결정을 촉구할 수 있는 기회를 주기 위한 목적으로 주주제안제도를 두게 된 것이다.¹⁰⁹⁾ 물론 주주총회는 자본다수결제도가 지배하기 때문에 주주가 제안하는 의제·의안이 부결될 가능성이 높는데 그 부결되는 현실만을 보았을 때는 주주제안제도는 무의미하다는 비판이 있을 수 있으나 주주의 제안이 반드시 가결되어야만 주주제안권제도의 의미가 있는 것은 아니다. 주주가 의제 및 의안을 주주총회에 제출하여 소집통지·공고에 기재되어 주주와 경영자 간 또는 주주 상호 간에 각각의 의사소통을 꾀하여 주주총회를 활성화시킨다는 그 자체에 중점을 두어 그 가치가 평가되는 것이다.¹¹⁰⁾

108) 전상현, 「주주제안권-신회사법시리즈 회사법의 쟁점」 자유기업센터 138면(1999년). 이처럼 1998년 개정상법 이전에는 지배주주나 경영진 이외의 일반주주가 회사의 의안결정과정에서 직접 참여할 수 있는 기회는 거의 없었기 때문에 그들의 경영전횡을 견제할 수 있는 결집력 또한 전혀 갖지 못하였다(김재범, “주주제안의 대상” 「상사법연구(제18권 제3호)」 상사법학회 61면(2000년)).

109) 이철송·전계서 494면. 그러나 1998년 개정상법과 1997년 개정증권거래법상의 주주제안제도는 주식이 잘 분산되어 있고 절대다수의 지분권자가 존재하지 않는 회사에서 실제적 운용이 가능하고, 회사와 다른 주주들의 비용부담으로 무임승차하는 자들이 생길 수 있으며, 경영진의 경영정책결정에 영향을 미치는 시장의 기능을 빼앗아가고, 전문경영인에 의한 회사의 경영을 크게 방해할 염려가 있다는 점에서 비판을 받았다(김건식·송옥렬, 「미국 의 증권규제」 홍문사 246면(2001년). 정준우·전계논문 170면(재인용)).

110) 前田重行, 「新版·註釋會社法(5)」上柳克郎/鴻 常夫/竹内昭夫外編·有斐閣, 61面(1986年). 박찬우, “주주제안권” 「비교사법(제6권 제1호)」 한국비교사법학회 448면(1999년).

(2) 행사주체

의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 이상을 보유한 주주가 제안할 수 있다(상법 제363조의2 제1항).¹¹¹⁾ 상장회사의 경우에는 6개월 전부터 계속하여 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 1%(최근 사업연도 말 자본금이 1천억 원 이상인 상장회사의 경우에는 0.5%)¹¹²⁾ 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 주주제안권을 행사할 수 있다(동법 제542조의6 제2항).¹¹³⁾

(3) 행사기간

주주는 이사에게 주주총회일(정기주주총회의 경우 직전 연도의 정기주주총회일에 해당하는 그 해의 해당일) 6주 전까지 제안을 할 수 있다(상법 제363조2 제1항).¹¹⁴⁾ 행사기간을 주주총회일의 “6주 전”으로 정하는 이유는 주주명부의 폐쇄 또는 기준일 공고에 필요한 기간인 2주(동법 제354조 제4항)로 계산하여, 회사에서 총회소집통지는 총회일의 2주간 전(동법 제363조 제1항)에 하기 때문에 통상적으로 총회를 소집하기 위해서는 최소 6주의 시간이 소요되기 때문이다.¹¹⁵⁾ 정기주주총회의 경우에는 일반적으로 정관에서 개최시기를 정해 놓았으며, 상법상의 보완규정도 있기 때문에 6주 전이라는 요건을 충족하는 것이 가능하지만, 임시주주총회의 경우에는 총회일의 2주 혹은 3주 전이 되어야 비로소 그 일자를 알 수 있기 때문에 이 요건을 충족시키기는 현실적으로 어

111) 주주의 경영감시기능 강화와 주주총회의 활성화라는 주주제안제도의 입법취지에 비추어 보면 의결권의 유무에 관계없이 발행주식 총수를 기준으로 하여 제안자의 자격요건을 정하는 것도 고려할만하다는 견해도 있다(김상규·전계논문 30면).

112) 상법시행령 제32조(소수주주권 행사요건 완화 대상회사)는 상법 제542조의6 제2항부터 제5항까지의 규정에서 “대통령령으로 정하는 상장회사”란 최근 사업연도 말 자본금이 1천억 원 이상인 상장회사를 말한다고 규정하고 있다.

113) 자본시장법상 금융투자업자의 경우에는 6개월 전부터 계속하여 의결권 있는 발행주식 총수의 1만분의 50(최근 사업연도 말 현재 자본금이 1천억원 이상인 금융투자업자의 경우에는 1만분의 25) 이상에 해당하는 주식을 소유한 자는 주주제안권을 행사할 수 있다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제29조 제6항).

114) 1998년 개정상법상의 주주제안제도에 대해서 그 동안 “6주 전”이라는 문언의 불명확한 의미와 서면으로만 제안할 수 있는 방식제한의 문제점 등이 지적되어, 2009년 개정상법은 제안방식에 있어서 서면 외에 전자문서를 새로이 규정하고, 6주 전이라는 문언의 의미와 관련하여 정기총회의 경우에는 직전 연도의 정기총회일에 해당하는 그 해의 해당일이라는 보완규정을 두었다(정준우·전계논문 171면).

115) 김원기, “상법(개정안)상의 주주제안권” 고시연구 46면(1998년).

렵다.¹¹⁶⁾ 특히 이사·감사 선임건의 경우에 소수주주는 이사회에서 결정된 의안이 기재되어있는 주주총회의 소집통지서를 받은 후에 찬성 여부의 결정이 가능하다. 이러한 이유에 의하여 주주는 제안권을 언제든지 행사할 수 있으며, 회사는 주주가 제안한 내용이 법령과 정관에 위반하지 않는다면 제안 일을 기준으로 6주 후에 개최되는 주주총회에서의 안건으로 삼아야 한다고 해석해 왔다.¹¹⁷⁾ 그러나 보다 근원적인 해결을 위해서는 상법 제363조의2에 그러한 내용을 명시하는 것이 바람직하다고 보는 견해가 있다.¹¹⁸⁾ 한편 회사에서 주주총회 일자를 일방적으로 변경함으로 인하여 제안을 한 주주가 6주 전이라는 기간을 충족하지 못하게 되는 경우의 처리가 문제된다. 정관에서 주주총회 일자를 미리 확정해 둔 경우를 제외하고는 이사회에서 총회 일자를 결정하게 되는데, 이러한 내용이 주주에게 통지·공고되기 전에는 내부적인 결정에 불과하기 때문에 이사회가 그 일자를 언제든지 변경할 수 있기 때문이다. 그러므로 주주제안권의 실효성이 제고되기 위해서는 주주총회에 관한 이사회의 결의에 대하여 일정한 법적 구속력을 주도록 하는 방안이 고려되어야 할 것이다. 왜냐하면 주주는 이사회의 회의록을 열람할 수 있기 때문에 그 과정에서 예정되어 있는 주주총회 일자를 확인한 후 제안권을 행사할 수가 있기 때문이다.¹¹⁹⁾

(4) 행사방식

2009년 개정상법에서는 주주제안권의 실효성을 제고하기 위해서 기존에 서면으로만 이루어졌던 방법 외에 전자문서도 허용되도록 개정하였다. 그러나 전자문서를 실용성 있게 활용하기에는 구체적으로 활용방법이나 그 관리와 같은 세부내용은 미비한 상태라는 점은 상술한 바와 같다. 이에 대한 구체적인 입법론으로는 주주들이 전자문서를 통해 제안을 할 수 있는 방법과 절차를 회사홈페이지 등에 공시하는 것을 고려해 볼 수 있는데, 이 경우는 제안권을 행사하는 주주의 지분요건과 동일성 등의 충족여부를 판단이 가능하도록 하는 시스템을 갖추도록 하는 등의 보안규정도 시행령으로 명문화할 필요가 있을 것이다.¹²⁰⁾

116) 이형규, “상법 중 회사편(일반)에 관한 개정의견” 「법학연구(제21권 제2호)」원광대학교법학연구소 90면(2005년).

117) 이형규·전계논문 90면, 정준우·전계논문 174-175면.

118) 정준우·전계논문 174-175면.

119) 정준우·전계논문 174-175면.

120) 동지; 정준우·전계논문 175면.

(5) 주주제안의 내용

상법은 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있는 의제제안권(상법 제363조의2 제1항)과 주주총회의 의제에 대하여 구체적인 결의안을 제출할 수 있는 의안제안권(상법 제363조의2 제2항) 모두를 인정하고 있다. 또한 소수주주는 주주총회가 열리는 6주전에 이사에게 서면 또는 전자문서로 회의의 목적으로 할 사항에 추가하여 당해 주주가 제출하는 의안의 요령을 주주총회의 소집통지서에 기재할 것을 청구할 수 있도록 하고 있다(상법 제363조의2 제2항).

의제제안권은 회사에서 정함이 있는 총회의 기존 목적사항에서 새로운 목적사항을 추가할 것을 청구하게 되는 추가제안이 될 수 있고,¹²¹⁾ 의안제안권은 자신이 제안하였던 목적사항에 관한 것 일수도 있고 회사에서 채택했던 목적사항에 관한 것 일수도 있다. 후자의 경우에는 회사가 제안하였던 의안에 대하여 수정제안 혹은 반대제안이 될 수도 있다.¹²²⁾ 주주제안권자가 의제만 제안을 하고 의안은 제안을 하지 않았을 경우에는 결의를 하게 되는 대상이 구체적으로 특정되지 않기 때문에 의장은 제안된 의제를 의사일정에서 제외시킬 수도 있다. 특히 정관변경(상법 제433조 제2항), 자본감소(동법 제438조 제2항), 합병계약의 승인(동법 제522조 제2항), 분할계획 또는 분할합병계약(상법 제530조의3 제4항) 등과 같은 중요한 특별결의 사항을 다루게 되는 주주총회를 소집하게 되는 경우에는 “의안의 요령” 도 함께 기재해야하기 때문에 그러한 사항에 관한 주주제안을 하는 주주는 “의안의 요령” 또한 포함하여 제안해야 하는데, 의제만을 제안한 경우에 회사는 주주제안을 거부할 수 있다고 보는 견해도 있다.¹²³⁾

그리고 상장회사의 경우는 특별결의 사항에 해당되지 않고 보통결의사항에 해당되는 이사·감사의 선임에 관한 사항을 목적으로 하는 주주총회를 소집통지 또는 공고하는 경우에는 이사·감사 후보자의 성명, 약력, 추천인, 후보자와 최대주주와의 관계, 후보자와 당해 회사와의 최근 3년간의 거래내역에 관한 사항(상법시행령 제31조 제3항)을 통지하거나 공고하여야 하고(상법 제542조의4 제2항), 이와 같이 통지 또는 공고된 후보자 중에서만 이사·감사를 선임할 수 있게 된다(동법 제542조의5). 따라서 이사와 감사의 선임을 위한 주주제안권을 행사하는 주주는 그러한 사항을 포함하여 의안을 제안

121) 주주의 의제제안권은 회사가 제출한 목적사항에 추가할 것을 청구하는 권리이므로 이를 추가제안권이라고도 한다(손주찬·전계서 707면).

122) 김재두·전계논문 353면.

123) 김대광·전계논문 38면.

해야 한다.¹²⁴⁾ 이처럼 상법에서 상장회사에 대한 특칙을 두는 것은 상장회사의 경우는 특히 주주총회 소집통보서를 받았음에도 불구하고 주주들이 주주총회에 참석하지 않는 현실을 고려했을 때 주주들에게 통지가 되지 않은 후보를 이사로 선임하게 되는 것은 바람직하지 않다고 보아 이를 명백히 해두기 위함에 있는 것이다.

소수주주로부터 주주제안서를 수령한 이사회는 주주제안의 내용이 법령 또는 정관에 위반하는 것과 같은 주주제안의 제한사유(상법시행령 제12조 각호)에 해당하지 않는다면 주주의 제안을 주주총회의 목적사항으로 상정해야 하고, 주주제안을 한 자의 청구가 있는 경우에는 주주총회에서 당해 의안을 설명할 기회를 주어야 한다(제363조의2 제3항).

다. 집중투표청구권

(1) 의의 및 취지

집중투표제(cumulative voting ; “누적투표” 라고도 칭함)란 동일한 주주총회에서 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에 각 주주는 1주당 선임해야 할 이사의 원수와 동수의 의결권(예컨대 3인의 이사를 선임할 때에 1주에 대해 3표)을 가지게 되고, 가지고 있는 의결권 전부를 1인의 후보자에게 집중적으로 투표하여도 되고, 혹은 나누어 각각의 후보자에게 투표할 수도 있으며, 투표에서 다수를 얻은 후보자부터 순차적으로 당선이 되는 제도이다.¹²⁵⁾ 이 제도에서 이사회의 구성은 지배주주가 지지하는 이사와 더불어 소수주주들의 이해관계자 또한 후보로서 참가할 수 있도록 함으로써 대표기구의 비례대표적 구성이 가능하다.¹²⁶⁾ 우리나라는 1997년 IMF 이후 기업의 지배구조개선을 위해 경영

124) 김대광 · 전계논문 38면.

125) 반면에 단순투표제(straight voting)는 정관에 다른 규정이 없는 한 각 주주는 선임할 각 이사에 대하여 1주당 1개의 의결권을 가지고 각 이사별로 1개씩의 의결권을 행사하여 과반수를 얻은 후보를 이사로 선임하는 방식이다. 집중투표(제)라는 용어는 영미의 cumulative voting을 번역한 용어이다. 1998년 상법개정안이 국회에 제출될 때까지만 해도 학계에서는 “cumulative”의 뜻에 충실하여 “누적” 투표제로 번역되었으나 소위원회의 심사과정에서 “누적”이라는 표현이 성격에 맞지 않다고 하여 “집중” 투표제로 변경하였다. 그러나 일본에서는 여전히 누적투표라 부른다(유진희, “집중투표제의 장단점과 그 실효성” 「상장협 제44호」한국상장회사협의회 35면(2001년). 홍복기 · 김성탁 · 김병연 · 박세화 · 심영 · 권재열 · 이윤석 · 장근영, 「회사법-사례와 이론-」 박영사 288면(2012년)).

126) 上柳克郎, 「新版註釋會社法(6)(和座一清)」有斐閣 44-45面(1987年). 박영준, “집중투표제-비교법적 고찰을 중심으로-” 「기업법연구(제14집)」한국기업법학회 372면(2003년).

에 대한 감시장치를 강화하기 위한 목적으로 1998년 상법을 개정하게 되면서 미국을 모델로 삼아 도입하게 되었다.¹²⁷⁾ 이처럼 집중투표제도가 기업의 지배구조개선에 관하여 주목을 받게 된 이유는 이사회를 중심으로 한 현행 상법의 구조에서 기업지배구조개선의 핵심은 이사회와 이사를 선임하는 방식에 달려 있기 때문이다.¹²⁸⁾ 이러한 집중투표제는 감사에도 준용하여 보다 공정하며 객관적으로 감사가 이루어 질 수 있도록 하고 있다(상법 제415조). 상법상 이사의 선임을 위한 주주총회의 결의는 이사 한 사람에게 대해 한번씩 이루어지므로 통상적인 방법대로라면 몇 명의 이사를 선임하든 과반수의 결의를 지배할 수 있는 대주주가 이사 전원을 자신이 추천하는 후보로 선임 할 수 있다(the winner-take-all tendency). 집중투표제는 이 같이 이사의 전원이 대주주에 의해 독점되는 것을 견제하는 수단이다.¹²⁹⁾ 특히 기관투자자와 같이 비교적 규모가 큰 소수주주들은 집중투표제를 통해 이사회에의 참석이 가능해진다. 이를 통해 회사의 정보에 대한 접근이 용이해지고 결국 이사의 의무위반행위를 감독할 수 있는 수단이 생기게 되는 것이다.¹³⁰⁾ 또한 복수의 의결권을 1인 또는 수인의 후보에게 집중적으로 행사할 수 있으므로 소수주주 측의 후보도 이사로 선임될 가능성을 열어 둠으로써 기업인수자가 이사진전원을 선임하는 것이 곤란하게 되므로 적대적 기업인수에 대한 예방적 방어책의 기능도 가진다.¹³¹⁾ 이러한 장점에도 불구하고 이사회에서 지배주주와 소수주주 사이의 이익대립을 불러일으켜 오히려 원활한 업무진행을 저해할 위험도 없지는 않다. 그러한 우려 때문에 상법은 정관을 통해 집중투표를 배제할 수 있도록 하고 있는 것이다.

127) 즉, 지배주주의 강력한 영향력 하에 있는 이사들에 의해 전횡되어 온 기업경영을 투명하게 하고, 더 나아가 그들의 경영상 전횡 그 자체를 억제하고자 한 것이다. 그런데 이와 관련하여 고려해야 할 것은 바로 기관투자자의 역할이다. 왜냐하면 만약 기관투자자가 그의 이익을 옹호 또는 대변할 수 있는 이사를 선임하여 이사회에 참석할 수 있는 기회를 갖게 된다면 이사들의 각종 의무위반행위를 효과적으로 감독할 수 있기 때문이다(Jeffrey N. Gordon, "Institution as Relational Investors: A New Look at Cumulative Voting", Columbia Law Review, Vol. 94, Issue 1, 1994. pp. 142; 정준우·전계논문 179면(재인용)).

128) 김성탁, "대주주의 이사선임 독점현상을 시정하기 위한 제도모색" 「상사법연구(제20권 제3호)」 한국상사법학회 246면(2001년).

129) 이철송·전계서 365면.

130) Bernard Black & Reinier Kraakman, "A Self-Enforcing Model of Corporate Law", Harvard Law Review, 109, 1996, pp.1947; Jeffrey N. Gordon, "Institution as Relational Investors: A New Look at Cumulative Voting", Columbia Law Review, Vol. 94, Issue 1, 1994. pp.142; 권재열·전계논문 42면(재인용).

131) 임재연, 「자본시장법」 박영사 702면(2012년).

(2) 집중투표제의 내용

2인 이상의 이사를 선임하는 경우에는 의결권이 있는 발행주식 총수의 100분의 3 이상을 보유하고 있는 주주는 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고 회사에 대하여 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있다(상법 제382조의2 제1항), 이러한 청구를 행사하기 위해서는 이사선임을 위한 주주총회 개최일의 7일 전까지 서면 또는 전자문서로 청구하여야 한다(상법 제382조의2 제2항).¹³²⁾ 2009년 개정상법은 상장회사의 경우 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 보유한 주주가 집중투표제도로 이사를 선임할 것을 청구했을 경우에 주주총회일(정기주주총회의 경우에는 직전 연도의 정기주주총회 일에 해당하는 그 해의 해당일)의 6주 전까지 서면 또는 전자문서로 회사에 청구할 수 있도록 하고 있다(상법 제542조의7 제1항, 제2항). 이사의 선임과 관련되어 있는 집중투표제를 청구함에 있어서 지분요건의 유지기간에 관해서는 주주가 집중투표를 청구한 시기부터 이사의 선임결의 시까지 유지가 되어야한다는 견해가 있으나, 집중투표제도는 소수주주들의 적극적인 경영참여를 통해 경영을 감시하는 기능과 투명성을 제고하기 위한 제도라는 점과 상법에서 지분요건 중 계속적 보유를 명백하게 요구하고 있지는 않다는 점으로 들어 집중투표를 청구할 때에만 지분요건을 충족하게 되면 그 이후에는 3% 미만으로 떨어지게 되더라도 무방할 것이라는 견해가 있는데,¹³³⁾ 타당한 것으로 생각한다. 그리고 2인 이상의 이사의 선임을 목적으로 하는 주주총회에서만 집중투표가 필요하다. 왜냐하면 선임하게 될 이사가 1인이라면 집중투표에 의한 의결권의 행사가 의미가 없기 때문이다. 따라서 이사 선임에 있어서 집중투표를 정관으로 배제하지 않은 주식회사는 이사 선임에 관한 주주총회의 통지와 공고에 선임할 이사의 인원수를 반드시 기재하여야 한다. 그 이유로는 주주는 선임하게 될 이사의 인원수에 따라 회사에 대한 집중투표의 청구를 할 것인지에 관한 여부를 결정할 것이기 때문이다. 주주총회의 의장은 주주총회에서 이사를 선임하기 위한 결의를 하기 전에 집중투표의 청구가 있다는 취지를 알려야 한다(상법 제382조의2 제5항). 이러한 경

132) 이점, “집중투표제의 활용도를 제고하기 위해서는 입법론적으로 상법이 정한 지분요건을 수인의 주주가 공동으로 구비할 수 있도록 명문화하고, 대규모상장회사의 경우에는 그 지분요건을 완화해야 한다. 또한 전자문서의 실제적인 활용에 관련된 세부적인 규정이 추가되어야 한다. 예컨대 회사의 홈페이지 내에 주주가 쉽게 확인할 수 있는 곳에 집중투표청구에 관한 표시를 한 후 주주들이 회사로부터 확인증을 받은 후 그 내용을 열람하도록 하는 방안이 강화되어야 할 것이다” 고 주장하는 견해가 있다(정준우·전계논문 183면).

133) 김대광·전계논문 42면.

우에 집중투표의 청구서면을 주주총회가 종료될 때까지 본점에 공지하여 주주들이 자유롭게 열람이 가능하도록 하여야 한다. 그렇게 함으로서 주주들은 청구서면을 열람하여 의사결정에 도움을 받게 되고, 청구주주로 하여금 같은 생각을 가지는 주주들을 규합하는 기회를 가질 수 있게도 되어 회사의 지배권을 차지하는 경쟁에서 공정성의 확보와 유지가 될 수 있는 것이다.¹³⁴⁾ 따라서 회사가 이 청구서면을 공지하지 않고 이사의 선임에 관한 결의를 하였을 경우에 당해 주주총회결의는 취소의 대상이다.¹³⁵⁾

집중투표는 회사설립 이후의 주주총회에서 이사 선임이 있는 경우에 허용되고, 회사의 설립 시에 발기인 총회나 창립총회에 의하여 최초로 이사를 선임할 때에는 집중투표제도를 허용하지 않는다(상법 제296조, 제312조).¹³⁶⁾

(3) 집중투표제 배제를 위한 정관변경 시 의결권 제한

집중투표의 실시유형에는 이를 강제(mandatory)로 실시하는 방식과 강제하지 않고 허용(optional)하여 실시하는 방식이 있는데, 후자는 다시 2가지로 나누어진다. 하나는 집중투표제를 원칙으로 인정하지 않고 정관에 의해 도입을 하도록 하는 “opt-in” 방식이고, 또 다른 하나는 정관에 아무런 언급이 없을 경우에 집중투표제를 실시하는 것이며, 이를 배제하기 위해 정관에 규정을 두어야 하는 “opt-out” 방식이다.¹³⁷⁾ 우리 상법에서는 집중투표제를 도입할 때부터 “opt-out” 방식으로 설계가 되었다. 이에 많은 기업들은 정관변경을 통해 집중투표제를 미리 배제하여 그 제도의 활용성이 떨어진다는 비판이 제기되기도 하였다.¹³⁸⁾ 따라서 상장회사에 대해서는 정관으로 집중투표를 배제하거나 그 배제된 정관을 변경하려는 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 의결권을 행사하지 못하도록 하였고(상법 제542조의7 제3항), 다만 정관에서 이보다 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있도록 하였다(동법 제542조의7 제3항 단서). 그리고 상장회

134) Lewis D. Solomon & Alan R. Palmiter, "Corporations: Examples and Explanations", 2nd ed., Little Brown and Company, 1994, pp.183; 정준우, "현행 집중투표제도의 비판적 고찰" 「법과 정책연구(제5집 제1호)」 한국법정책학회 328면(2004년).

135) 김성탁 · 전계논문 268면.

136) 이점, 일본의 경우에는 창립총회에서도 누적투표에 의하여 이사를 선임할 수 있도록 하고 있다(일본 회사법 제89조).

137) America Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated, 3rd edition Volume 2, Prentice Hall Law & Business, 1993, pp.675~676; 박영준 · 전계논문 375면.

138) 김대광 · 전계논문 44면.

사가 주주총회의 목적사항으로 집중투표 배제에 관한 정관변경에 관한 의안을 상정하려는 경우에는 그 밖의 사항이 정관변경에 관한 의안과 별도로 상정하여 의결하도록 특례를 두었다(상법 제542조의7 제4항). 그러나 이로 인해 대규모인 상장회사에서 주주가 의결권이 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 보유하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 정관변경의 의안을 그 밖의 사항의 정관변경의안과 별도로 상정·의결하도록 함으로써 집중투표를 배제하는 정관변경은 사실상 불가능하게 된다.¹³⁹⁾ 따라서 일부의 상장회사에 대해서만 정당한 이유 없이 지배주주의 의결권을 제한하여 사실상 정관에 집중투표의 배제규정을 둘 수 없도록 하는 것은 극히 형평성에 어긋나고, 정당한 이유 없이 주주의 의결권을 제한하는 것이기 때문에 이러한 규정을 두는 것은 균형을 잃는 입법의 남용이며, 다수결의 원칙에 대한 이중적 제한으로 재산권침해의 문제가 될 수 있다는 지적도 제기되고 있는 상황이다.¹⁴⁰⁾

3. 이사·감사·청산인에 대한 책임추궁

주식회사를 경영할 권한은 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된 이사회에 부여되어 있고, 집행임원도 이사회가 선임한다(상법 제408조의2 제3항). 집행임원은 주주들의 대리인이 아니라 이사회에 대한 대리인이며 이사회는 주주들의 대리인이 아니라 독립한 기관이다. 따라서 주주들은 이사회에 대한 권한에 속하는 사항에 대하여는 이사회에 구체적인 지시를 할 수 없고 이사와 제3자와의 거래관계에 개입하여 회사가 체결한 계약의 무효를 주장할 수도 없다고 한 대법원의 판결이 있다.¹⁴¹⁾ 이와 같이 소유와 경영이 분리된 상황에서 회사 경영진의 직무수행이 항상 회사의 이익을 위해 최선으로 행해진다는 보장은 없으므로 이사를 감시·견제할 수단이 필요하다. 이사와 감사 및 청산인의 책임을 추궁할 수 있는 위치에 있는 소수주주는 소수주주권 행사를 통해서만이 가능한데, 그러한 소수주주권으로는 이사의 위법행위에 대한 유지청구권, 대표소송제기권, 이사와 감사 및 청산인의 해임청구권 등이 있다.

139) 정찬형, “2009년 개정상법중 상장회사에 대한 특례규정에 관한 의견” 「상사법연구(제28권 제1호)」 한국상사법학회 289면(2009년).

140) 김대광·전계논문 44면.

141) 대법원 2001.2.28. 선고 2000마7839 결정.

가. 이사·감사·청산인에 대한 해임청구권

(1) 의의 및 취지

이사나 감사는 언제든지 주주총회의 특별결의로 해임할 수 있다(상법 제385조 제1항 본문). 그러나 이러한 특별결의 요건 때문에 이사나 감사의 해임을 반대하는 주주는 의결권의 3분의 1만 확보하면 주주총회에서 이사나 감사의 해임안건을 부결시킬 수 있다. 그러한 경우 지배주주의 지지를 받는다는 이유로 제대로 된 직무수행을 할 수 없는 이사가 안정적 지위를 누리는 것을 시정하여 소수주주의 이익을 보호할 필요가 있다. 따라서 상법은 이사 또는 감사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고, 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 당해 이사나 감사의 해임을 법원에 청구할 수 있도록 하였다(상법 제385조 제2항, 제415조).¹⁴²⁾ 이로써 주주의 이사 선·해임권은 이사의 행위에 대한 일종의 감독권으로도 가치를 가지게 되었다.¹⁴³⁾

(2) 해임청구권자

발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이사나 감사의 해임을 청구할 수 있다(상법 제385조 제2항, 제415조, 제539조 제2항). 상장회사의 경우에는 6개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 1만분의 50(대통령령으로 정하는 상장회사의 경우에는 1만분의 25) 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 이사해임건의 소를 제기할 수 있다(상법 제542조의6 제3항). 이러한 해임청구는 의결권을 행사하는 것으로 전제하는 것이 아니기 때문에 의결권이 없는 주주도 할 수 있으나 판결이 확정될 때까지 그 행사요건을 유지하여야 한다. 그러나 소가 제기된 후 신주발행으로 인하여 그 소유비율이 낮아지는 경우는 제소권자의 지위에 영향을 미치지 않는 것으로 보고 있다.¹⁴⁴⁾

142) 대법원은 직무집행정지가처분을 신청한 사건에서 퇴임 이사(제386조 제1항)가 부적합한 경우에는 법원에 임시이사의 선임을 청구할 수 있으므로 (제386조 제2항) 이와 별도로 해임 사유의 존재를 이유로 직무집행정지를 구하는 가처분신청은 허용되지 않는다고 판시한 바 있다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009마1311 결정).

143) Bernard S. Black, "Shareholder Passivity Reexamined", Michigan Law Review, 89, 1990, pp.531; 권재열, 전계논문 37면.

144) 김대광·전계논문 46면.

구·상법에서는 임원은 언제든지 주주총회의 결의를 통해 해임이 가능하도록 하는 규정을 두었으나, 부정행위나 중대한 법령이나 정관에 위반한 행위에 관한 주주총회의 해임결의가 부결된 경우에 관한 배려는 없었다(구·상법 제257조, 제280조). 그러나 현행 상법에서는 감사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임이 부결된 때에는 발행주식 총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날로부터 1개월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있도록 규정하였다. 이후 1998년 개정상법에서는 소수 주주권을 강화하기 위한 차원에서 그 청구요건은 대폭 완화되었다.

(3) 해임청구사유

이사 또는 감사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있어야 그 해임을 청구할 수 있다. 해임청구는 이사 또는 감사가 부정행위 또는 법령·정관에 위반하는 사유가 있을 것을 요하게 되므로 단순한 임무해태는 해임청구사유에 해당되지 않는다. 그리고 여기서 "부정행위"는 의무에 위반하여 회사에 손해를 발생시키는 고의적인 행위를 말한다. 또한 "법령 또는 정관에 위반한 행위"는 주의의무와 같은 일반적인 의무위반을 말하는 것이 아니고 특정한 위법행위를 말한다.¹⁴⁵⁾ 이러한 사유는 이사의 책임 중에 있으면 족하고 반드시 해임청구 시에 현존할 필요는 없다.¹⁴⁶⁾ 한편, 청산인의 경우는 청산인이 그 업무를 집행함에 있어서 현저하게 부적임하거나 중대한 임무에 위반한 행위가 있어야 한다(상법 제539조 제2항).

(4) 해임청구의 소송절차

이사와 감사를 해임하기 위한 소는 주주총회에서 이어나 감사해임안건이 부결된 후에만 제소할 수 있으며, 제소의 기간은 주주총회의 결의가 있는 날부터 1개월 이내에 가능하다(상법 제385조 제2항). 제소기간은 복잡한 법률관계를 조기에 확정하기 위한 것이므로 해임사유의 주장시기에 대해서도 위 제소기간의 제한이 적용되는 것으로 보고

145) 이점, 구체적인 예로서는 이사회 승인 없는 경업금지위반, 자기거래 등이 해당된다(대법원 1990. 11. 2. 선고 90마745 결정).

146) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다53583 판결.

있다.¹⁴⁷⁾

이사나 감사해임의 소는 본점 소재지 지방법원이 관할 법원이다(상법 제385조 제3항, 제415조, 제186조). 이 소는 회사와 이사의 위임관계의 해소를 구하는 형성의 소이므로 회사와 이사가 공동 피고가 된다. 해임판결이 있기 전이라도 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지할 수 있고, 직무집행자를 선임할 수도 있다(동법 제407조 제1항 전단). 그런데 이사나 감사의 해임청구의 소가 제기된 후 당해 이사나 감사가 사임하고 다시 주주총회에서 동일인을 이사나 감사로 선임한 경우, 그 해임청구의 소는 소의 이익이 유지되는지 문제가 된다. 해임청구의 소는 특정 이사의 선임결의의 위법을 이유로 하는 것이 아니라, 특정인이 이사나 감사로서 부적격함을 이유로 하는 것이다. 따라서 사임하고 재차 선임되었다고 하여도 당초의 청구이유가 유지된다고 보아야 하므로 소의 이익이 있고 적법한 소로 보아야 한다.¹⁴⁸⁾

나. 위법행위유지 청구권

(1) 의의 및 취지

이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 회사에 회복할 수 없는 수준의 손해가 발생할 염려가 있을 경우에는 감사 또는 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다(상법 제402조).¹⁴⁹⁾ 주주의 위법행위유지 청구권은 이사가 법령 및 정관에 위반되는 행위를 하였을 경우에 위법행위로 인한 결과를 원상으로 회복시키거나, 이사에게 손해에 대한 배상책임을 묻는 것과 같은 사후적 구제조치로는 회사가 구제되기에 충분하지 않기 때문에 위법행위를 사전에 예방할 수 있도록 하기 위하여 인정된 제도이다. 다만, 이를 단독주주권으로 인정할 경우는 유지청구가 남발될 위험성이 존재하여 경영간섭이라는 또 다른 문제가 예상되기 때문에 소수주주권으로 규정하게 된 것으로 볼 수 있다.¹⁵⁰⁾

147) 김대광·전계논문 47면.

148) 이철송·전계서 642면. 부산지방법원 2004.4.14.선고 2002가합16791 판결.

149) 이점, 이사의 위법행위 유지청구에 관한 상법 제402조는 청산인에게도 준용된다(제542조 제2항).

150) 동지; 김대광·전계논문 49면.

(2) 다른 제도와와의 차이

위법행위유지 청구권은 주식회사의 소유와 경영의 분리와 이사회제도의 채택 등으로 인해 주주가 주주총회에서 의결권을 행사하는 것으로 회사의 경영에 간접적으로만 관여할 뿐이어서 상대적으로 그 지위가 약화되는 것을 방지하고, 한편으로는 주주의 경영에 대한 감독기능을 강화하기 위한 차원에서 영미법상 소송에 의해서만 인정되고 있는 법원의 유지명령제도(injunction)를 도입하게 된 것이다.¹⁵¹⁾ 영미법에서의 유지명령제도는 개개의 주주가 청구하는 것으로 되어 있지만, 우리의 경우는 소수주주나 감사가 위법행위유지청구를 할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 그리고 위법행위 유지청구는 일종의 보전행위라는 점에서 상법 제407조의 직무집행정지제도와 그 목적을 같이 하지만 전자는 소송에 의하지 아니하고도 행사할 수 있다는 점과, 후자처럼 이사의 권한을 일반적으로 정지시키는 것이 아니라 개별적 행위를 저지한다는 점에서 차이가 있다.

상법은 이사의 일반적인 업무에 대한 유지청구권(상법 제402조)외에도 신주발행유지 청구권(상법 제424조)도 법제하고 있는데, 후자는 소수주주권이 아닌 단독주주권이라는 점과, 법령 또는 정관에 위반한 경우가 아닐지라도 현저하게 불공정한 경우라면 대상이 된다는 점 및 주주 자신이 불이익을 받을 염려가 있는 경우에 회사를 상대로 행사할 수 있다는 점 등에서 차이가 있는 것으로 정리되고 있다.¹⁵²⁾

(3) 행사주체

발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 행사할 수 있다(상법 제402조). 상법 제정 당시에는 발행주식 총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주에게 위법행위 유지청구권을 인정하고 있었으나(상법 제402조, 제542조), 1998년 상법 개정을 통해 소수주주권 강화를 기하는 차원에서 발행주식 총수의 100분의 1 이상으로 그 행사요건을 대폭 완화하였다(상법 제402조, 제542조). 그리고 상장회사의 경우 이사의 위법행위유지청구권은 발행주식 총수의 10만분의 50(대통령령으로 정하는 상장회사의 경우는 10만분의 25) 이상의 주식을 보유한 주주에게 권한을 인정하고 있으므로 그 행사요건이 더욱 완화되어 있다(상법 제542조의6 제5항).

151) 정인성, "소수주주권에 관한 연구" 조선대학교대학원 박사학위논문 152면(2003년).

152) 김대광·전계논문 49면.

(4) 구체적인 행사요건

이사가 회사의 법령 또는 정관에 위반한 행위를 함으로써 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에 인정된다. 여기에서 "법령 또는 정관에 위반한 행위"라 하면 회사의 목적범위를 벗어나는 행위 즉, 이사회 결의 없이 신주 또는 사채를 발행하는 경우(상법 제416조, 제469조), 주주의 신주인수권을 무시한 신주의 발행(상법 제418조) 등 구체적인 법령·정관의 규정에 위반한 행위뿐만 아니라, 이사의 선관주의의무(상법 제382조 제2항, 민법 제681조)를 정하는 일반적 규정에 위반한 행위도 포함된다.¹⁵³⁾ 그리고 "회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우"는 손해배상청구와 같은 사후적 구제로는 회복할 수 없는 경우를 말하며 이사의 무자력으로도 사후적 회복이 불가능한 상태 또는 현저하게 곤란한 경우를 말한다. 이처럼 위법행위 유지청구권은 위 두 요건이 모두 충족되어야 행사가 가능한 것이다.

(5) 행사방법

유지청구권은 반드시 소송을 통해서만 행사하는 것이 아니고 먼저 위법행위를 하려고 하는 이사에 대해 그 행위를 중단할 것을 재판 외의 방법으로 청구하는 것이다. 그러나 유지청구가 소송을 통해서 행사되는 경우는 그 자체가 회사를 위해 제기하는 것이기 때문에 대표소송에 관한 규정을 유추적용하게 된다는 것이 통설이다.¹⁵⁴⁾ 유지청구가 있으면 그 요건을 갖추고 있는 한 이사는 그 행위를 중지하나 재판 이외의 방법으로 유지청구가 행사된 경우는 이사가 그 위법행위를 중지하지 않으면 실효성이 없게 되므로 소수주주가 당해 이사를 피고로 하여 회사를 위해 위법행위 유지청구에 관한 소송을 본안으로 제기함과 동시에 위법행위유지가처분 또한 동시에 신청하게 되는 것이다. 위법행위유지에 관한 소송은 주주가 회사를 위하여 제기하는 소송의 하나이므로 관할법원, 소송참가, 소송비용 담보제공, 패소원고의 경우의 책임 등에 관해서는 대표소송에 관한 규정이 유추적용되고, 판결의 효력도 대표소송에 관한 그것과 다를 바 없기 때문에 기판력의 주관적 범위가 확대되어 판결의 효력이 회사에 대해서도 미치게 된다(민사소송법 제218조 제3항). 그러나 위법행위유지에 관한 판결이 내려지기 전에 유지청구의 대상이 되는 위법행

153) 임재연·전계서 465면.

154) 김대광·전계논문 51면.

위가 종료되면 그 위법행위유지에 관한 소송은 실익을 잃게 되므로 각하될 수밖에 없다. 따라서 이사의 행위를 효과적으로 억제하기 위해서는 위법행위유지에 관한 소송을 본안으로 하고 이사의 위법행위금지에 관한 가처분신청을 하게 되는 것이다. 이사의 위법행위금지에 관한 가처분은 이사의 보통재판적 소재지의 법원이 관할법원이 되고, 신청이 인용된 가처분은 이사에게 송달됨으로써 그 효력이 발생하며(도달주의), 이것은 직무집행정지가처분과 다르기 때문에 등기할 필요는 없다.

(6) 행사의 효과

소수주주가 유지청구를 한 경우에도¹⁵⁵⁾ 이사가 반드시 이에 응해야 하는 것은 아니므로 이사가 주주의 유지청구에 불응하였다고 하더라도 손해배상책임이 바로 발생하는 것은 아니다. 또한 유지청구권을 무시하고 한 행위일지라도 거래 상대방의 선의 여부는 관계가 없으며 그 행위의 효력은 영향이 없다.¹⁵⁶⁾ 그러나 차후에 그 행위가 법령 또는 정관에 위반한 행위에 해당하거나 임무를 해태한 것에 해당하게 된다면 회사 또는 제3자에 대하여 손해배상책임을 부담하게 될 뿐이다(상법 제 399조, 제401조).

다. 주주대표소송 제기권

(1) 의의

대표소송은 회사가 주주의 제소청구를 하였음에도 불구하고 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 해태하는 경우에 주주가 회사를 위해 직접 제기하는 소송이다(상법 제403조 제1항). 대표소송은 미국법상의 derivative suit에서 유래 한 것인데, 미국법상 대표소송은 우리의 대표소송과 동일하게 회사의 이익이 침해되었음에도 불구하고 회사가 그 회복을 게을리하였을 때 주주가 회사를 대표하여 제기하는 소송이다. 이 소송은 관할에 따라 미연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedures)에서 인정되고(FRCP

155) 이점. 상법상 감사·감사위원회도 유지청구권을 행사할 수 있는데, 이 경우는 주주가 행사하는 것과는 달리 감사·감사위원회는 유지청구 사유가 있음에도 불구하고 그 유지청구를 게을리 하게 되면 임무해태로 인한 손해배상책임을 지게 된다(상법 제408조의9, 제415조의2 제7항).

156) 김대광·전계논문 52면.

§ 23.1), 판례법 및 주회사법에 의해서도 인정된다.¹⁵⁷⁾ 이러한 대표소송은 이사의 책임 추궁뿐만 아니라 지배주주 및 기타 제3자의 책임추궁을 하기 위해서도 이용될 수 있으며, 회사가 명목상으로 피고(nominal defendant)가 된다는 점에서 우리의 대표소송제도와는 다르다. 상법은 주주의 감독권을 강화하기 위하여 구·상법에는 없던 주주의 대표소송제도를 도입하였는데, 입법제정 당시에는 발행주식의 총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사·감사·청산인의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하였다(상법 제403조, 제415조, 제542조). 그러나 1984년 개정상법은 종래의 주식회사 주주총회에 있어서 고질적인 병폐는 이른바 총회꾼에 의한 주주총회 운영의 교란과 형해화¹⁵⁸⁾에 있다는 지적에 따라 총회꾼과 회사의 불법거래를 근절시키고자 하는 취지로 이익공여 관련 대표소송제도를 도입하였다(상법 제467조의2).¹⁵⁹⁾ 한편으로 이사가 특정 주주 혹은 제3자에게 불공정한 발행가로 주식을 인수시키게 된다면 그 외의 주주들이 보유하고 있는 주식의 순자산가치를 희석시키기 때문에 어떤 형태로든 회사와 주주의 손실을 전보해 주어야 할 문제가 발생된다는 것이다.¹⁶⁰⁾ 물론 이사는 회사 또는 다른 주주들에게 손해를 배상할 책임이 있으며(상법 제399조, 제401조), 신주인수인 또한 요건이 충족된다면 불법행위로 인해 발생한 손해를 배상하겠지만(민법 제750조), 이것은 이미 발생한 손실을 간접적으로 알리는 방법에 불과하다. 따라서 1984년 개정상법은 회사가 직접 인수인에 대하여 출자의무에 기초한 지급책임을 물을 수 있는 방법을 마련하여 이사와 통모해 현저하게 불공정한 발행가액으로 주식을 인수한 자는 회사에 대하여 공정한 발행가액과의 차액에 상당한 금액을 지급할 의무가 있는데, 회사가 이러한 인수인에 대한 책임추궁을 게을리 하였을 경우 주주가 대표소송을 제기할 수 있도록 한 것이다(상법 제424조의2 제2항, 제403조 내지 제406조). 그리고 1998년 개정상법에서는 업무집행지시자 등의 책임에 관한 규정을 신설하여 이들에게도 책임추궁을 하기

157) 김대광·전계논문 52면.

158) 이점, 소량의 주식을 보유한 자가 총회의 개최와 관련하여 회사에 대하여 부당하게 금품을 요구하거나, 장시간 발언하거나 소란을 피우는 등으로 정상적인 의사진행을 방해하고, 이를 참가하는 대가로 회사로부터 이익을 제공받거나 또는 임원진과 결탁하여 특정인의 임원 선임이나 회사의 부실경영을 은폐하기 위하여 다른 주주의 정당한 발언을 봉쇄하는 폐단이 지적되고 있었다(최준선·전계서 358면).

159) 이점, 1984년 개정 전에도 「자본시장육성에관한법률」 제22조(주주총회의 질서유지)와 상법 제631조(권리행사방해 등에 관한 증수취죄) 등에서 총회운영의 실질화 및 질서유지를 꾀하기 위한 규정을 두고 있었으나, 이 규정들만으로는 부족하다는 점이 지적되고 있었다(김상규·전계논문 611면).

160) 김대광·전계논문 53면.

위해 대표소송을 제기할 수 있도록 하였고, 그 행사요건을 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 보유하는 조건으로 완화하였다(상법 제403조, 제401조의 2). 특히, 주주대표소송의 경우에 주식보유요건도 완화하였는데, 제소 시 100분의 1 이상을 보유하는 요건을 충족하게 된다면 변론종결 전에 일부 주주의 일탈이 있다고 하더라도(다만, 발행주식을 1주도 보유하지 않게 되는 경우는 제외) 제소에 영향을 주지 않도록 하였다(상법 제403조 제5항). 이로써 회사 및 주주 전체의 이익에 반대되는 이사의 임무해태 행위에 대해 엄격한 책임을 묻기 위한 대표소송을 제기할 수 있는 소수주주권의 행사요건을 완화한 것뿐만 아니라, 대주주의 회유에 의하여 변론종결 전에 일부주주가 일탈하여 당사자적격을 갖추지 못하게 되는 부작용도 방지할 수 있게 된 것이라고 평가받기도 한다.¹⁶¹⁾

한편 소수주주에 의한 대표소송이 제기된 경우는 이후 제소주주가 소송에 대한 처분 권한이 없다. 즉, 제소주주에게 이러한 소송을 종결할 행위를 허용할 경우에는 피고인인 이사와 공모하여 이사에게 책임이 없거나 가벼운 배상책임만을 추궁하고 소송을 종료할 우려가 발생할 가능성이 있기 때문에 상법에서는 법원의 허가 없이는 소의 취하, 청구의 포기·인낙·화해를 할 수 없도록 하고 있는 것이다(상법 제406조 제6항)

(2) 법적 성질

대표소송의 법적 성질에 대하여는 대위소송설과 대표소송설이 대립하고 있으나, 회사가 이사에 대하여 갖고 있는 권리를 주주가 대신 행사한다는 점에서 대위소송이고, 다른 주주전체를 대표하여 소송을 제기한다는 의미에서 대표소송이라 한다.¹⁶²⁾ 따라서 주주의 대표소송은 대위소송의 성질과 대표소송의 성질을 모두 가지는 것으로 보기도 한다.¹⁶³⁾ 대표소송은 주주가 회사의 이익을 위해 스스로 원고가 되어 이사 등을 피고로 하는 소송을 제기하여 판결을 구하는 것이므로 제3자에 의한 소송으로 유사필수적 공동소송이다. 이러한 취지에서 상법 제403조 제3항도 주주가 "회사를 위하여" 소를 제기한다고 규정한다. 따라서 기판력의 주관적 범위가 확장되어 원고인 소수주주에 대한 확정판결은 본래의 법적 이익 주체가 되는 회사에도 미치게 되는 것이다(민사소송법 제218조).

161) 박승남, “주식회사 경영의 투명성 제고를 위한 상법상의 제도변천에 관한 연구” 「법학논총(제20권 제2호)」 조선대학교법학연구원 714면(2013년).

162) 김대광·전계논문 54면.

163) 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송” 「경영법률」 한국경영법률학회 382면(2000년). 노일석, “주주대표소송에 관한 연구” 「성신법학(제2호)」 성신여자대학교법학연구소 10-11면(2003년).

(3) 기능¹⁶⁴⁾

이사의 책임추궁을 위한 소의 제기는 본래 회사의 권리로서 회사를 대표하는 자가 수행해야 할 일이다. 그러나 동료 임원 간에 책임추궁이 호도될 수도 있고, 또 책임추궁이 지연될 때에는 시효완성이나 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능해질 수 있으므로 주주가 회사의 권리실현을 선도할 수 있는 수단으로 마련된 것이 주주의 대표소송이라고 한다.¹⁶⁵⁾ 대표소송제도는 주주에게 기관적 지위를 인정하고 회사를 대신하여 소를 제기할 수 있게 하는 것이므로 주주가 이사의 위법행위를 유지할 수 있도록 회사의 기관적 지위를 인정한 유지청구권과 근본적으로 차이가 없다. 그러나 유지청구권은 사전적인 방지조치인 것에 비하여 대표소송은 사후적인 구제조치라는 점에서 차이가 있다. 소수주주가 대표소송을 제기함으로써 이사에게 회사에 대한 손해배상 책임을 부담하게 하고 나아가 이사가 같거나 유사한 의무위반행위를 더 이상 하지 못하도록 억제하여 이사의 성실한 경영을 유도하는 효과가 있다. 그러한 점에서 소송을 통한 경영진에 대한 감시·감독은 결과적으로 경영진이 주주에 대한 충성심(loyalty)을 확보하는데 기여한다.¹⁶⁶⁾ 이는 기업경영의 투명성을 조성하는 기능을 하게 되고, 결국 경영진들에게 위법행위 및 권한남용행위를 억제하는 효과를 낳게 되어 주주뿐만 아니라 경제사회의 전체의 이익으로 환원 되는 것이라 한다.¹⁶⁷⁾

164) 이점, 전술한 순기능에 반하여, 원고와 원고의 대리인 측에서 승산 없이 화해를 유도하기 위하여 제기되는 위협소송, 협박소송(striki suit, nuisance suit)이 활개칠 수 있고, 대표소송으로 인하여 회사의 경영진이 많은 시간과 노력을 기울여야 하는 점, 경영진이 대표소송의 대상이 될 것을 우려하여 위험회피적인 소극적인 경영을 하게 된다는 점 등이 역기능으로 지적하는 견해도 있다(임재연·전계서 470-471면).

165) 이철송·전계서 791면.

166) 2 American Law Institute, "Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations", 1994, pp. 12. Geoffrey C. Hazard, Jr. & Michele Taruffo, "American Civil Prodedure: An Introduction", 1993, pp. 99~101(권재열·전계논문 149면(재인용)).

167) 김건식, "주주대표소송의 활성화 관련된 몇 가지 문제점-일본의 경험을 참고로 하여-" 「서울대법학(제37권 제2호)」 164면(1996년).

(4) 대표소송의 당사자

1) 원고

상법상 대표소송의 원고는 비상장회사의 경우는 발행주식 총수의 1% 이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 된다. 이에 대해 상장회사의 경우에는 6개월 전부터 계속하여 발행주식 총수의 1만분의 1(0.01%) 이상에 해당하는 주식을 보유한 자가 대표소송을 제기할 권한을 가지고 원고가 된다(상법 제542조의6 제6항). 이는 상장회사의 경우는 특히 소수주주권의 활성화를 통한 기업경영의 투명성제고와 소수주주의 권익을 보호할 필요가 있었기 때문에 그 비율을 완화하게 되었고, 더욱이 그 남용을 방지하기 위하여 일정 보유기간을 추가하게 된 것이다. 다만 상장회사는 정관에서 상법에 규정된 것 보다 단기의 주식 보유기간을 정하거나 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있도록 자율권을 부여하였다(상법 제542조의6 제7항). 그런데 우리의 기업 소유구조는 지배주주와 가족 및 특수 관계인들이 계열회사 사이의 출자와 같은 방법을 통해 기업과 그룹 전체를 지배하는 구조가 대부분이다. 뿐만 아니라, 기관투자자들은 주주권행사에 매우 소극적이므로 일반투자자가 소수주주권 행사요건을 충족하기란 현실적으로 매우 어려운 상황에 있다. 더욱이 상장회사의 경우에는 발행주식 총수가 많으며 그 금액이 상당히 크기 때문에 소액주주의 입장에서는 다른 주주들과 연대한다 할지라도 소를 제기하기 위한 요건인 0.01% 을 충족하기란 매우 어렵다. 이러한 현실적인 상황을 포함한 대표소송제도의 성격상 주식의 보유비율과 무관하게 모든 주주가 이해관계를 가진다는 점을 고려하면 소 제기 요건을 단독주주권으로 규정하는 것이 타당하다고 보는 주장도 종종 제기되곤 한다.¹⁶⁸⁾ 그러나 그러한 주장은 남소로 인한 회사경영의 안정성을 저해할 수밖에 없으므로 결코 찬성할 수는 없는 일이다.

한편, 상법 제403조 제1항은 “발행주식 총수의 1% 이상에 해당하는 주식을 가진 주주”가 주주대표소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 주주의 자격에 관한 구체적인 판단기준을 무엇으로 볼 것인가에 관하여 논쟁의 소지가 있다. 즉, 그 판단기준을 주주명부를 기준으로 볼 것인지 실질주주로 볼 것인지 하는 문제이다. 그러나 이점에

168) 김대연, “주주대표소송에서의 원고적격” 「비교사법(제5권 제1호(통권 제8호))」 한국비교사법학회 108면(1998년). 김상규·전계논문 621면. 김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안” 「경제개혁리포트」경제개혁연구소 19면(2013년).

관해서는 판례가 주주명부를 기준으로 할 것이 아니라 실질주주인지 여부를 기준으로 해야 한다고 한 것을 고려해 보아야 할 필요가 있겠다.¹⁶⁹⁾

그리고 대표소송의 원고는 제소 당시 주주의 지위에 있으면 되고, 반드시 이사의 책임원인 발생 당시에 주주의 지위에 있어야 하는 것은 아니다. 또한 대표소송을 제기한 주주의 보유주식이 제소 후 발행주식 총수의 1% 미만으로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다(상법 제403조 제5항). 그러나 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 당사자적격이 없어 소가 각하되므로 최소한 1주는 보유하여야 한다. 이 규정은 상장회사의 경우에도 적용되고, 상장회사의 대표소송은 행사요건이 1만 분의 1 이상이므로 그 이하가 되어도 무방하다. 다만, 소송 도중에 원고인 주주가 주식 전부를 양도하여 발행주식을 전혀 보유하지 않게 된 때에는 청구는 당사자적격이 없어 각하되어야 하며,¹⁷⁰⁾ 주식양수인이 소송을 승계할 수는 없다.¹⁷¹⁾ 그러나 회사 또는 다른 주주가 공동소송인으로서 소송에 참가하고 있는 때에는 그 참가인에 의해 소송이 속행된다.¹⁷²⁾ 한편 실질적 당사자인 회사의 주식교환·이전에 의하여 완전자회사가 되면 원고 주주는 완전모회사의 주주가 되므로, 이종대표소송이 인정되지 않는 한 법원은 소를 각하할 수 밖에 없다.¹⁷³⁾

169) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결; 주주가 회사법상의 소를 제기하는 권리는 공익권에 해당하고 상법상 명의개서는 주식 이전 시 취득자가 회사에 대하여 주주권을 행사하기 위한 대항요건이므로(제337조 제1항), 제소 주주는 주주명부상의 주주이어야 한다는 견해가 있으나(이철송·전게서 795면), 주주명부에 기재된 명의상의 주주는 회사에 대한 관계에 있어서 자신의 실질적 권리를 증명하지 않아도 주주의 권리를 행사할 수 있는 자격수여적 효력을 인정받을 뿐이지 주주명부의 기재에 의하여 창설적 효력을 인정받는 것은 아니므로, 주식을 인수함에 있어 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 주주가 된다고 할 것이고 단순한 명의대여인은 주주가 될 수 없다고 판시한 바가 있다.

170) 서울고등법원 2011.6.16. 선고 2010나70751 판결. 한편 주주인 원고가 제소요건을 결할 경우 각하판결이 선고되기 이전에 회사가 공동소송참가 하는 것은 가능하다(대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결). 회사에 파산이 선고된 경우에는 파산관재인이 당사자적격을 가지므로(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제359조) 주주는 대표소송을 제기하지 못한다(대법원 2002.7.12. 선고 2001다2618 판결).

171) 대표소송제기권은 공익권이므로 원고인 주주가 주식을 양도하더라도 양수인이 소송에 참가 또는 인수(민사소송법 제81조, 제82조)하는 것은 아니다.

172) 이점, 대법원 2003.2.26. 선고 2000다42786 판결은 “소 계속 중 그 원고적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수도 있고, 양도인이 이미 제기한 기존의 위 소송을 적법하게 승계할 수도 있다”는 입장이다. 신주발행무효의 소와 대표소송이 반드시 같은 법리에 기한 소송이라 할 수 없지만, 대표소송과 유사하다고 할 수 있는 이사해임의 소에서 주식양수인의 소송승계를 허용한 하급심 판례(서울고등법원 2000.10.13. 선고 99나35708 판결)가 있다.

173) 우리나라의 경우에도 최근 지주회사 설립이 늘어나는 추세이고 주식교환 또는 주식이전·

2) 피고

대표소송에서 피고는 회사의 운영에 있어 책임이 있는 이사 혹은 이사이었던 자이다. 이사 외에도 발기인·업무집행관여자·감사·청산인 등의 책임을 추궁하기 위해 제기할 수 있으며(상법 제324조, 제401조의2 제1항, 제415조, 제415조의2 제7항, 제542조 제2항), 이 밖에 불공정한 가액으로 신주를 인수한 자(상법 제424조의 2), 주주권의 행사와 관련하여 이익을 공여 받은 자(상법 제467조의2) 등 에게도 대표소송에 관한 규정은 준용되기 때문에 이들 또한 대표소송의 피고가 될 수 있다.

(5) 제소청구

1) 의의

소수주주는 대표소송을 제기하기 전에 먼저 이유를 기재한 것을 서면으로 회사에 대해 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 회사에 청구해야 하는데(상법 제403조 제1항, 제2항),¹⁷⁴⁾ 이를 회사에 대한 제소청구(demand on the board) 또는 제소전청구(pre-suit demand)라고 한다.

2) 제소청구서의 기재내용

상법 제403조 제2항의 "이유"는 회사가 제소여부를 판단이 가능하도록 하는 구체적인 내용이 있어야 한다. 즉, 소장의 청구원인에 기재될 정도의 수준으로 구체적일 필요는 없으나, 막연하게 이사의 부정행위가 있다는 점과 같이 기재하는 것은 적법한 제소청

합병의 사례가 적지 않으므로 일본과 마찬가지로 주식교환 또는 주식이전·합병 등 일정한 경우 원고적격이 그대로 유지되도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다는 주장이 제기되고 있다(김영희·전계논문 25면). 일본 회사법은 이러한 경우 원고적격의 유지를 명문으로 규정하고 있음(일본 회사법 제851조 제1항)은 시사점이 될 수도 있을 것이다.

174) 이점, 우리의 법제에서 이 경우 회사는 감사 또는 감사위원회가 된다. 그러나 감사제도가 없는 미국의 경우는 당연히 이사회가 되는데, 미국 연방민사소송규칙(FRCP Rule) 23.1은 ① 이사회나 그와 같은 권한을 부여받은 기관에 대하여 제소를 하도록 원고가 노력하였다면 그 노력과 그러한 제소를 성취하지 못한 이유, 또는 ② 그러한 노력을 하지 않은 이유를, 원고가 소장에서 특정하여 주장하여야 한다고 규정하고 있다. 거의 모든 주의 제정법도 이와 같은 내용의 제소청구절차를 마련하고 있다고 한다(임재연·전계서 497면).

구로 볼 수 없다. 주주는 제소청구서에 피고가 될 이사의 성명과 책임 원인을 기재하는 것이 바람직하나, 일반 주주는 회사 내부에서 일어나고 있는 이사의 위법행위를 구체적으로 파악하기가 곤란하다. 반면에 제소청구의 취지는 구체적으로 사정을 잘 알고 있는 회사로부터 제소여부를 결정할 수 있는 기회를 주기 위한 것이기 때문에 제소청구서에는 이사의 책임을 추궁할 만한 이유가 회사 내부에 발생하였다는 것만 기재하면 된다. 그리고 반드시 해당 이사를 특정하지 못할지라도 무방하다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁵⁾ 그리고 제소의 내용이 부실한 내용으로 청구를 하였더라도 적법한 방식으로 소송을 고지하였을 경우에는 당초의 제소청구를 할 때 적법한 제소청구가 있는 것으로 볼 수 있다.

3) 제소청구의 상대방

이사와 회사 간의 소송에는 감사가 회사를 대표하므로, 제소청구는 감사에게 한다(상법 제394조 제1항 후단, 감사위원회를 두는 경우에는 감사위원회, 제415조의2 제6항). 감사를 두지 않는 소규모회사의 경우(상법 제409조 제4항)에는 대표이사에게 청구하여야 할 것이다. 퇴임한 이사를 상대로 대표소송을 제기하는 경우에는 일반원칙에 따라 대표이사가 회사를 대표하므로 감사가 아닌 대표이사에게 제소청구를 하여야 한다.¹⁷⁶⁾ 또한, 감사를 피고로 하는 경우에는 대표이사에게 제소청구를 하여야 한다. 이사와 감사를 모두 피고로 하는 경우에는 감사와 대표이사 쌍방에게 제소청구를 하여야 한다.

4) 대기기간

감사가 이 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 아니하였을 때에는 소수 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 다만, 소멸시효 완성이나 이사의 재산도피 등 30일의 기간이 경과함으로써 회사에 회복할 수 없는 손해

175) 동지; 김대광·전계논문 59면.

176) 상법 제394조 제1항에서는 이사와 회사간의 소에 있어서 양자 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로 그 충돌을 방지하고 공정한 소송수행을 확보하기 위하여 비교적 객관적 지위에 있는 감사로 하여금 그 소에 관하여 회사를 대표하도록 규정하고 있는바, 소송의 목적이 되는 권리관계가 이사의 재직 중에 일어난 사유로 인한 것이라 할지라도 회사가 그 사람을 이사의 자격으로 제소하는 것이 아니고 이사가 이미 이사의 자리를 떠난 경우에 회사가 그 사람을 상대로 제소하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 상법 제394조 제1항은 적용되지 않는다(대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결).

가 생길 염려가 있는 경우에는 예외적으로 30일의 경과를 기다리지 않고 바로 소를 제기할 수 있다(동법 제403조 제4항). 회사에 대해 청구를 하지 않고 바로 대표소송을 제기하였을 경우에는 부적법한 소송으로서 각하된다. 그러나 회사에 대하여 청구를 하였으나 30일의 경과를 기다리지 않고 대표소송을 제기하였을 때에는 법원은 위와 같은 특별사유 유무의 사실관계를 조사하여 처리하고, 그러한 사정이 없더라도 청구일로부터 30일을 경과하였을 때에는 소 제기 전의 절차에 관한 하자는 치유될 수 있기 때문에 “회사에 청구한 날로부터 30일 이내에 한하여” 소를 각하할 수 있다. 또한 소송 실무상에서 사실심 변론 종결전에 하자가 치유된다면 적법한 소로 보기 때문에 실제의 소송절차에서 각하되는 경우는 거의 없다.¹⁷⁷⁾

(6) 소송절차

1) 관할 및 소가산정의 특례

대표소송은 회사의 본점의 소재지에 위치하고 있는 지방법원의 관할에 전속한다(상법 제403조 제7항, 제186조). 대표소송은 소송목적의 값을 산출할 수 없는 소송이기 때문에(민사소송 등 인지규칙 제15조 제1항), 소송목적의 값은 5,000만 100원이지만(민사소송 등 인지규칙 제18조의2), 대법원규칙에 의해 합의부 관할사건으로 분류 된다(민사소송 등 인지법 제2조 제4항).¹⁷⁸⁾

2) 소송고지 및 소송참가

상법은 회사의 소송참가를 허용하고, 참가의 기회를 보장하기 위해 소송고지를 하도

177) 이점, 상법이 30일의 유예기간의 경과를 대표소송의 제소요건으로 규정하고 있는 이상 이를 지키지 아니한 경우에는 제1회 기일 이전에 소를 각하 또는 취하하도록 하고 기간이 경과한 후에 다시 제소하도록 하는 것이 타당하고, 이 경우 인지비용도 많지 않기 때문에 원고에게 가혹하지도 않다는 견해가 있다(임재연·전게서 221-222면). 다만, 이 견해를 취하더라도, 제일은행 사건의 예와 같이 회사가 제1심 변론종결 시까지 아무런 제소 의사표시를 하지 아니한 때에는 소송경제를 위하여 위의 하자는 치유된다고 보는 것이 타당하다(오세빈, “주주의 대표소송에 관한 몇 가지 문제” 「민사재판의 제문제(12권)」 한국사법행정학회 183면(2003년)).

178) 김대광·전계논문 61면.

록 하고 있다(상법 제404조 제2항, 민사소송법 제85조).¹⁷⁹⁾ 주주가 소송고지를 게을리한 때에는 회사에 대하여 손해배상의 책임을 진다.¹⁸⁰⁾ 주주가 대표소송을 제기한 후에 회사가 다시 새로운 소송을 제기하면 중복소송에 해당하므로 제소가 금지된다는 점을 고려하여 상법은 주주가 제기한 대표 소송에 회사가 소송참가할 수 있도록 하였다(상법 제404조 제1항). 이는 대표소송이 판결효과의 귀속주체와 소송수행주체가 다르기 때문에 인정된 것이다. 회사의 소송참가에 대한 법적성격에 관해 공동소송적보조참가로 보는 견해¹⁸¹⁾와 공동소송참가로 보는 견해¹⁸²⁾가 있다. 생각건대 회사가 소송참가 하는 것은 단순히 채소주주와 피고간의 통모를 방지한다는 소극적인 목적만을 위한 것이 아니라 소송절차에서 청구취지를 확장하는 등 적극적인 소송수행도 목적으로 한다고 할 것이다. 또한 대표소송은 제3자의 소당에 해당하고, 사해된 대표소송에 대하여 회사는 재심을 청구할 수 있다(상법 제406조). 따라서 회사의 소송참가는 공동소송참가로 보는 것이 타당성이 있다고 할 것이고,¹⁸³⁾ 판례 역시 같은 취지에 있는 것으로 생각해 볼 수 있다.¹⁸⁴⁾ 한편, 상법 제404조 제1항은 회사의 소송참가만을 규정하므로, 회사가 소송을 제기하는 경우 주주의 소송참가에 대하여 아무런 규정이 없기 때문에 회사와 이사의 결탁을 차단할 수 없다는 문제가 생긴다. 이에 대해서는 많은 주주가 대표소송에 참가하게 되면 부당하게 소송을 지연시키거나 법원의 부담을 가중 시킬 염려가 있고, 원고 이외의 다른 주주에게 대표소송에 참가할 수 있는 기회를 주지 않더라도 재심의 소에 의한 구제방법이 주어지므로 별 문제가 되지 않는다는 점 등을 이유로 다른 주주의 대표소송에의 참가를 허용할 필요가 없다는 견해가 있다.¹⁸⁵⁾ 이에 반해 대표소송은 원고 주주 이외의 다른 주주에게 그 효력이 미치므로 참가의 이익이 있고, 회사의 소송참가를 인정하는 취지가 원고 주주와 피고 이사 간의 결탁에 의한 사해소송을 방지에 있다면

179) 민사소송법상의 소송고지는 소송참가의 기회부여 보다는 참가적 효력에 주안점이 있는 제도이지만(민사소송법 제86조), 상법상 대표소송에서는 어차피 확정판결의 효력이 회사에게도 미치므로 참가적 효력은 의미가 없고 동법 제404조 제2항의 소송고지는 회사에게 소송참가 기회를 보장하기 위한 것이다. 그러나 소송고지가 소송참가의 요건은 아니다.

180) 이철송·전계서 797면.

181) 이시윤, 「신민사소송법」 박영사 716면(2009년). 강현중, 「민사소송법」 박영사 229면(2004년). 오성근, “주주대표소송에 관한 소고-상법과 영국의 회사법제와의 비교를 중심으로-” 「상사법 연구(제29권 제2호)」 한국상사법학회 267면(2010년).

182) 김홍엽, 「민사소송법」 박영사 859면(2010년). 이철송·전계서 797면. 김상균, “공동소송적 보조참가에 관한 고찰” 「법조(제53권 제3호·통권 제570호)」법조협회 94면(2004년).

183) 동지; 임재연·전계서 227면.

184) 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결.

185) 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구-사문화와 남소방지를 위한 절차를 중심으로-” 서울대학교 박사학위논문 215면(1997년).

다른 주주에게도 동일한 이유로 허용할 필요성이 있으며, 다른 주주에게 재심의 소에 의한 구제방법이 있다고 하더라도 소송자체에 참가하여 다투는 것이 보다 근본적인 해결책이라고 볼 수 있기 때문에 다른 주주의 대표소송참가를 허용해야 한다는 견해¹⁸⁶⁾가 대립되고 있다. 한편으로 공정한 소송수행을 위하여 이해관계자인 주주에게 소송참가의 기회를 보장할 필요가 있다고 하며, 그 이유를 회사는 공고 또는 고지제도를 이용하여 제소사실을 알게 하여 소송참가의 기회를 보장하고 그 기회를 이용하지 않는 주주에게도 판결의 효력을 주장할 수 있기 때문이라고(민사소송법 제86조) 하는 견해가 있다.¹⁸⁷⁾ 다만, 동 견해에서는 상법 제404조 제1항이 회사의 소송참가만을 규정한 것은 입법의 착오이기는 하나 명문의 규정이 없는 한 다른 주주가 상법에 의한 소송참가를 할 수는 없고, 민사소송법에 의한 소송참가만이 가능하다고 보고 있다. 그러므로 주주의 소송참가의 성격은 주주에게 당사자적격이 없고, 대표소송의 기판력은 회사에만 미칠 뿐 주주에게는 미치지 않으므로 공동 소송적 보조참가(민사 소송법 제87조)로 이해된다.¹⁸⁸⁾ 일본 회사법에서는 회사만이 아니라 다른 주주의 참가도 허용하고 있는 반면,¹⁸⁹⁾ 우리나라는 대표소송이 제기된 이후 다른 주주가 별개의 대표소송을 제기하는 것은 중복제소로 허용되지 않고 있기 때문에 다른 주주에게도 소송참가를 허용할 수 있도록 하는 입법론적 고려가 필요하지 않는가 하는 생각하게 한다.

3) 담보제공

소수주주가 대표소송을 제기한 경우에 피고인 이사는 원고인 주주가 악의임을 소명하고, 주주에게 상당한 담보를 제공하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다(상법 제403조 제7항, 제176조 제3항, 제4항).¹⁹⁰⁾

186) 최성호, “주주대표소송 절차에 관한 연구” 동국대학교 박사학위논문 164면(2004년).
 187) 임흥근·전계서 546면.
 188) 동지; 임재연·전계서 229면.
 189) 江頭憲治郎·前掲書 464面.
 190) 피고가 소송비용의 담보제공을 신청한 경우 담보액을 산정하기 위하여는 소송물의 가격을 산정해야 하는데, 이때 소송물의 가격은 피고가 대표소송에서 전부 패소할 경우 실제로 지급할 의무가 생기는 손해배상액이 아니라, 인지규칙상의 대표소송의 소가(5천만100원)를 말한다(대법원 2009.6.25. 선고 2008마1930 결정).

(7) 소송의 종결

개정 전 상법 제403조 제6항은 대표소송을 수행하는 주주와 피고인 이사는 법원의 허가가 없을 때에는 소의 취하, 청구의 포기·인락,¹⁹¹⁾ 화해를 하지 못하도록 규정하였다. 이는 제소 주주가 소송물에 대한 처분권이 없음은 물론이고, 제소 주주에게 이러한 소송종결행위를 허용할 경우에 피고인 이사와 공모하여 이사에게 책임이 없거나 가벼운 배상책임만을 추궁하고 소송을 종료할 우려가 있었기 때문으로 보고 있다.¹⁹²⁾ 이러한 우려는 회사에서 직접 이사에게 소송을 제기할 때에도 동일하게 발생하기 때문에 2011년 개정 상법에서는 회사 자신도 법원의 허가를 받지 않고는 소의 취하, 화해 등의 금지 대상에 포함시키게 되었다(상법 제403조 제6항).

(8) 재심의 소

대표소송이 제기된 경우에 원고와 피고의 공모로 인하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로써 판결을 하게 한 때¹⁹³⁾에는 회사 또는 주주는 확정판결에 대하여 재심사유를 인정한 날로부터 30일 이내에 재심의 소를 제기할 수 있다(제406조 제1항)¹⁹⁴⁾ 재심의 소는 앞에서 언급한 소송참가와 함께 원고와 피고 이사 간의 결탁에 의하여 공모소송의 폐해를 방지하기 위함이다. 종국판결 이외에 청구의 포기, 화해와 같은 원인으로 재심의 소의 대상이 된다. 그리고 재심의 소의 제소권자는 회사와 주주이며, 재심의 소제기권은 소수주주권이 아니고 단독주주권이므로 재심청구 당시의 주주이면 족하다.¹⁹⁵⁾ 그러나 회사가 이사를 상대로 직접 소송을 제기하였을 경우에는 재심의 소의 대상이 아니다.¹⁹⁶⁾ 그런데 회사가 직접 이사의 책임을 추궁한다 할지라도 실제 소송수행자에 의해 공모의 가능성이 있기 때문에 입법론으로는 회사에서 이사를 상대로

191) 다만 청구의 인락은 이사가 자신의 책임을 수용하는 것이므로 이에 법원의 허가를 요할 필요가 없고 이는 입법의 착오로 보는 견해가 있다(최성호·전계논문 165면).

192) 이철송, 「2011 개정상법-축조해설-」 박영사 163면(2011년).

193) 예컨대 부당하게 청구의 액수를 줄인다면, 고의적으로 원고의 패소로 이끄는 것을 말함.

194) 이점, 30일은 불변기간이다(민사소송법 제456조 제1항 및 제2항).

195) 김대광·전계논문 64면.

196) 이점, 일본 회사법은 이러한 경우에도 주주의 재심청구를 허용한다(일본회사법 제853조 제1항).

직접 소송을 제기하였을 경우에도 주주의 재심청구를 허용하도록 하는 것이 바람직하다는 견해가 있어¹⁹⁷⁾ 찬성하는 입장이다.

(9) 승소주주의 비용청구권

1) 비용청구권

대표소송 또는 재심의 소에서 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖의 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다(상법 제405조 제1항, 제406조 제2항).

2) 구상권

소송을 제기한 주주가 승소를 하였을 때에는 회사에 대해 소송비용 및 그 밖의 소송으로 인해 발생한 비용의 지급을 청구할 수 있고, 회사가 소송비용을 지급하였을 경우에는 이사에 대하여 구상권이 있다(상법 제405조 제1항). 한편 대표소송을 제기한 주주가 패소하였을 경우에는 악의인 경우를 제외하고 회사에 대하여 손해배상책임을 지지 않아도 되고 책임 또한 없다(상법 제405조 제2항). 이는 대표소송을 제기한 주주에게 무거운 위험 부담을 주는 것으로서 대표소송 제기하는 동기를 위축시키기 때문에 이를 방지하기 위해 패소자 소송비용 부담원칙(민사소송법 제98조)의 예외를 두게 된 것이다. 여기서 악의인 경우란 반드시 회사에 고의로 손해를 끼칠 것을 의도하였던 경우에 한정하지 않고 회사를 해할 것을 알고서도 부당한 소송을 수행한 것까지를 의미한다.¹⁹⁸⁾ 다만 과실의 경우까지 책임을 부담하게 한다면 주주에게 너무 가혹할 뿐만 아니라 대표소송 제도의 효용을 떨어뜨릴 수 있기 때문에 악의의 경우로 한정하고 있을 뿐이라 한다.¹⁹⁹⁾

197) 이에 대해 대표소송 뿐 아니라 회사법상의 모든 실제 소송수행자에 의한 공모의 가능성이 있으므로 모든 회사법상의 소에 대표소송에 관한 재심제도를 유추적용할 필요가 있다는 견해도 있다(정찬형·전게서 1011면). 현행 상법의 해석상으로는 무리이나 입법론으로는 타당하다(임재연·전게서 235면, 이철승·전게서 800면).

198) 김대광·전계논문 65면.

199) 이태종·전계논문 226면.

라. 해산청구권

(1) 의의

해산청구권은 회사의 존속이 어려워져 사원에게 불이익이 생기게 될 때 사원의 청구에 의해 회사의 법인격을 박탈하여 사원의 손실을 방지하기 위해 인정되는 제도이다. 구·상법에서는 물적회사의 단체성을 중시하였기 때문에 주주에 의한 해산청구권을 인정하지 않았다.²⁰⁰⁾ 그러나 주주에게 회사의 존속이 불이익을 줌에도 불구하고 다수파주주의 반대로 인해 해산결의를 할 수 없게 되는 경우에는 법원이 감독권을 발휘하여 회사의 자주성에 간섭할 수 있도록 하기 위하여 발생주식 총수의 100분의 10 이상에 해당하는 주식을 가진 주주에게 일정한 요건을 갖추 것을 전제하여 회사의 해산을 법원에 청구할 수 있도록 한 것이다(상법 제520조). 다만, 회사의 해산은 주식회사의 단체성과 회사유지의 정신으로 보아 신중을 기하여야 할 사안이기 때문에 그 요건을 강화하고 있는 것이다. 법원이 내리는 회사의 해산명령은 공익적 이유를 근거로 판단하는 것이므로 이해관계인이나 감사의 청구 또는 법원의 직권에 의하고 회사의 대외적 문제를 원인으로 하지만 해산판결은 사원의 이익보호를 하기 위한 차원에서 내려지는 판결이므로 회사의 내부적 문제를 원인으로 한다는 점에서 그 차이가 있다.

(2) 청구권자

주식회사 해산청구의 소의 원고는 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 가진 주주이다. 이러한 주식의 보유요건은 단독주주가 갖춘 경우는 물론이고 수인이 공동으로 갖추어 소를 제기할 수도 있다. 그리고 이 요건은 소를 제기한 때부터 판결이 확정될 때까지 계속하여 갖추어야 한다. 또한 이사가 동시에 주주인 때에도 이 소는 제기가 가능한 것으로 보고,²⁰¹⁾ 해산판결은 회사의 존속이 주주들 간의 단체적 결합의 목적에 기여할 수 없음을 사유로 하는 것이므로 위 해산 청구사유에 책임이 있는 주주라도 해산판결을 청구할 수 있는 것으로 보고 있다.²⁰²⁾

200) 김대광·전계논문 66면.

201) 손주찬·전계서 474면.

202) 이철송·전계서 135면. 대법원은 조합의 해산청구(민법 제720조)에 관한 사건에서 해산의 원인인 "부득이한 사유"에 유책한 조합원이라도 해산을 청구할 수 있다고 판시한 바가 있

(3) 청구사유

해산청구 사유로는 ① 회사의 업무가 현저한 정돈상태(停頓狀態)를 계속하여 회복할 수 없는 손해가 생긴 때²⁰³⁾ 또는 생길 염려가 있는 때, ② 회사재산의 관리 또는 처분의 현저한 실당으로 회사의 존립을 위태롭게 한 때²⁰⁴⁾에 해당되고, 아울러 "부득이한 사유"가 있으면 발행주식 총수의 100분의 10 이상의 주식을 가진 주주가 법원에 해산청구의 소를 제기할 수 있는 것이다(제520조). 여기서 "부득이한 사유"란 위와 같은 사정이 있음에도 주주 또는 사원들의 극단적인 대립으로 의사결정이 교착상태에 빠져 정상적인 경영이 불가능하거나, 지배주주 자신이 경영을 맡고 있어 임원의 경질이 불가능한 경우가 전형적인 예이다. 다시 말해서 해산 이외에는 주주를 보호할 방법이 없음을 의미한다.²⁰⁵⁾ 따라서 주주의 이익이 심각하게 침해되고 있을지라도 소수주주권의 행사 등으로 구제가 가능한 경우에는 해산청구는 불가능하다.²⁰⁶⁾ 이처럼 회사가 자치능력을 상실하여 회사의 존속이 주주의 이익을 해할 경우에는 법인격을 박탈하여 주주의 손실을 방지할 수 있다. 특히 주식의 공개적 매도가 사실상 불가능한 폐쇄회사의 경우에는 회수를 위한 최후의 수단이 된다는 점에서 그 의미가 크다.

(4)소송절차

비송사건인 회사해산명령사건과는 다르게, 회사해산청구의 소는 소송사건이므로 판단은 재판을 통해서 내려진다. 소는 본점 소재지를 관할하는 지방법원에 전속된다(상법 제520조 제2항, 제186조). 해산판결이 확정되고 난 뒤 회사는 해산하는 청산절차에 들어가게 된다. 원고가 패소했을 경우는 악의 또는 중과실이 있는 때에만 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(동법 제520조 제2항, 제191조).

다(대법원 1993.2.9. 선고 92다21098 판결).

203) 이점, 이사들간의 심각한 불화로 회사업무가 정체된 경우를 예로 들 수 있다.

204) 이점, 이사가 회사재산을 부당히 유용처분한 경우를 들 수 있다.

205) 이철송·전계서 135면.

206) 서울지방법원 1999.9.7. 선고 99가합17703 판결.

제3절 소수주주권 행사요건의 완화

1998년 상법개정 이전에는 소수주주권의 행사요건은 대체로 발행주식 총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가지는 주주로 법정되어 있었으나 동 개정에서는 소수주주의 감시권한을 강화하는 차원에서 그 행사요건을 다음의 도표에서와 같이 대폭 완화하는 조치가 내려지게 되었다.²⁰⁷⁾

[도표1] 1998년 개정상법 전·후의 소수주주권 행사요건에 관한 비교표²⁰⁸⁾

소수주주권	1998 개정이전	1998 개정이후
1. 주주총회소집청구권 (상법 제366조)	5%	3%
2. 이사해임청구권 (상법 제385조 제2항)	5%	3%
3. 감사해임청구권 (상법 제415조, 385조)	5%	3%
4. 회계장부열람권 (상법 제466조 제1항)	5%	3%
5. 업무 및 재산상태 검사청구권 (상법 제467조 제1항)	5%	3%
6. 청산인 해임청구권 (상법 제539조 제2항)	5%	3%
7. 이사 위법행위 유지청구권 (상법 제 402조)	5%	1%
8. 주주대표소송제기권 (상법 제520조 제1항)	5%	1%
9. 해산청구권 (상법 제520조 제1항)	10%	10%
10. 주주제안권 (상법 제363조의2 제1항)(1998년 신설)	-	3%
11. 집중투표청구권 (상법 제383조의2 제1항)(1998년 신설)	-	3%

위 도표에서 알 수 있는 것은 1998년 개정상법에서도 해산청구권과 같은 기업의 유지라는 상법의 입법취지 또는 목적에 반하는 내용의 소수주주권은 변동을 주지 않았고, 실질적으로 기업경영에 대한 감시기능의 역할을 수행함에 필요한 소수주주권의 행사와 관련된 부분에 대하여 법제개선이 이루어졌다는 것이다.

207) 서성호·전계서 329면.

208) 서성호·전계서 329면.

제4절 상장회사의 소수주주권 행사요건에 관한 각계의 입장

1. 상장회사 특례규정과 소수주주권

구·증권거래법은 1962년에 제정되었는데 제정당시에는 주식회사에 관련된 규정이 전혀 없었다. 그러나 「기업공개촉진법」(이하, "기업공개법"으로 칭함)과 「자본시장육성에 관한 법률」(이하, "자본시장육성법"으로 칭함)이 1988년과 1997년에 각각 폐지되면서 1997년에 개정된 증권거래법에 전면적으로 수용되고 일부 상법특례규정을 신설하면서 증권거래법은 상장법인에 관한 특례규정을 포함하게 되었다. 이후 2007년 자본시장법이 시행되면서 구·증권거래법의 특례규정은 일부 수정·보완되어 자본시장법에 수용되었다. 그리고 2009년 상법개정 시에 지배구조에 관련된 규정은 상법에 이전하여 규정되면서 현행 상법은 제3편 제4장 제13절에서 상장회사에 관한 특례를 규정하고 있고, 자본시장법은 제3편 제3장의2에서 상장법인에 관한 특례를 규정하여 상장회사의 특례는 지배구조에 관한 부분은 상법에 규정하게 되고 재무구조에 관한 부분은 자본거래법에 규정하게 되었다. 2009년 개정상법은 제542조의2 제1항에서 상장회사 특례규정의 적용 범위를 집합투자를 수행하기 위한 주식회사를 제외한 상장회사로 하고, 동조 제2항은 "이 절은 이 장 다른 절에 우선하여 적용한다." 는 규정을 신설하였다. 그리고 상법 제546조의6은 상장회사의 소수주주권에 관한 특례규정²⁰⁹⁾으로서 소수주주의 권리 활성화를 통하여 기업경영의 투명성 제고와 함께 소수주주의 권익보호를 위해 지분율을 완화하는 대신에 남용을 방지하기 위하여 6개월 주식보유기간을 부과하게 된 것이다. 그러나 상법 제542의2 제2항과 관련해서는 동 규정이 상법 제13절에 규정하고 있는 상장회사 특례규정을 상법의 다른 절의 규정에 배타적으로 우선해서 적용하도록 하는 규정인지 그 여부가 쟁점이 되고 있다. 그리고 이러한 논의의 결과에 따라 상장회사의 소수주주권 행사요건을 규정하고 있는 제542조의6이 일반회사의 소수주주권 행사요건에 관한 규정을 배척하는 배타적 규정인지 여부도 함께 논의되고 있다.

209) 이러한 특례조항은 상장기업에서 소수주주의 보호와 기업부담의 완화를 합리적으로 조정하기 위한 것으로 기업에서 효용도가 크며 회사에 대한 충성도가 높은 주주를 차별적으로 대우하여 특혜를 주는 것은 바람직하다는 견해가 있다(김화진, "상장회사를 어떻게 규제할 것인가" 「서울대학교 법학(제49권 제1호)」 165면(2008년). 송양호, "상장회사 특례규정 및 동시행령에 관한 검토 및 개선방안" 「기업법연구(제26권 제1호)」 158면(2012년).

2. 상장회사 특례규정의 배타성 검토

가. 판례

2009년 개정상법으로 제542조의2 제2항이 신설되기 이전에 대법원 판례²¹⁰⁾는 입법취지 등을 고려하면 구·증권거래법 규정이 상법을 배제하는 특별 규정이라고 볼 수 없고 양자를 선택적으로 적용할 수 있다고 판시하였다. 동 판례의 요지는 다음과 같다. 즉, “· · · 증권거래법 제191조의13 제5 항²¹¹⁾의 입법 취지는 상장기업의 경우 주식보유비율 5% 이상이라는 그 당시 상법상의 주식보유요건을 갖추지 못한 주주에게도 증권거래법에서 정한 주식보유요건을 갖추면 주주총회소집청구를 할 수 있도록 함으로써 기업경영의 투명성을 제고하고 소수주주의 권익을 보호하려는 데 있었고, 다만 증권거래법의 위 조항에 보유기간요건을 두어 주주총회소집청구의 요건을 일부 강화하고는 있으나, 이는 소수주주권 행사의 요건을 완화함으로 인하여 소수주주권의 행사를 목적으로 주식을 취득한 자가 그 권리를 남용하는 것을 방지하기 위한 부수적인 목적에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 이와 같은 상법 및 증권거래법의 해당 조항의 개정연혁, 입법취지, 각 조항의 내용 및 적용범위 등을 종합적으로 고려해 보면, 증권거래법 제191조의13 제5항은 상법 제366조의 적용을 배제하는 특별법에 해당한다고 볼 수 없고, 주권상장법인 내지 협회등록법인의 주주는 증권거래법 제191조의13 제5항이 정하는 6월의 보유기간요건을 갖추지 못한 경우라 할지라도 상법 제366조의 요건을 갖추고 있으면 주주총회소집청구권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다” 고 판시하였다. 2009년 “상장회사의 특례규정은 다른 절에 우선하여 적용된다” 는 상법 제542조의2 제2항이 신설된 이후에 대법원 판례는 아직 없고 하급법원의 판례는 서로 다른 견해를 보이고 있다. 우선 이사직무 집행지 가처분소송에서 서울중앙지방법원은 배타적 적용설을 취하여 다음과 같이 판시하였다.²¹²⁾ 즉, “· · · 증권에는 상장회사에 대한 특례조항이 증권거래법에 규정되어 있었는데, 위 법에는 일반조항과의 관계에 대한 언급이 없었고, 이에 따라 증권거래법

210) 대법원 2004. 12. 10. 선고, 2003다41715 판결.

211) 이점, 구·증권거래법 제191조의13 제5항은 “6월 전부터 계속하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식총수의 1000분의 30(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1000분의 15) 이상에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 보유한 자는 상법 제366조에서 규정하는 주주의 권리를 행사할 수 있다” 고 규정하고 있다. 동 조항은 1997년 1월 13일 증권거래법이 개정되면서 신설된 것이다.

212) 서울중앙지방법원 2011. 1. 13. 2010카합3874.

이 상법의 적용을 배제하는 특별법에 해당하지 않는 것으로 보아 선택적 적용이 가능한 것으로 해석되었다(대법원 2004.12.10. 선고 2003다41715 판결 참조). 그런데 2009.1.30. 상법개정으로 상장회사에 대한 특례조항이 상법에 편입되면서 신설된 상법 제542조의2 제2항은 “이 절(위 상법 제542조의6이 속해 있다)은 이 장 다른 절(위 상법 제385조가 속해 있다)에 우선하여 적용한다” 고 규정하고 있다. 이는 위 상법개정의 입법 과정에서 기존의 선택적 적용으로 인한 문제를 해결하기 위해 신설한 조항으로 보이고(선택적 적용을 의도하였다면 굳이 위 조항을 신설할 필요가 없었다), 주식거래가 용이한 상장회사에서는 주식을 취득하여 바로 소수주주권을 행사하고 다시 이를 처분하는 식으로 소수주주권이 약용될 우려가 있어 소수주주권 행사요건에 보유기간 요건을 추가할 필요가 있는 점, 상법 제542조의6 제7항은 “상장회사는 정관에서 제1항부터 제6항까지 규정된 것보다 단기의 주식 보유기간을 정하거나 낮은 주식보유비율을 정할 수 있다” 고 규정하고 있으므로, 정관을 통해 6개월의 보유기간 요건을 낮춤으로써 소수주주권 행사에 대한 제약을 완화할 수도 있는 점 등을 고려하면, 위 개정상법이 시행된 2009.2.4.부터는 상장회사에 대한 소수주주권 행사요건으로 위 특례조항만 적용된다고 해석함이 상당하다”고 판시하였다.

위 판례에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.²¹³⁾ 첫째, 상장회사의 특례규정 중 소수주주권에 관한 규정은 상장회사의 경우 비상장회사에 비하여 지분의 분산도가 높고 일반적으로 자본금의 규모가 크다는 점을 고려하여 상법상 소수주주권 행사요건인 주식소유비율요건을 크게 완화한 것이고, 다만 이로 인한 남용을 방지하기 위하여 상법에 없는 보유기간요건을 별도의 요건으로 규정한 것이다. 따라서 상장회사의 소수주주를 보호하기 위하여 규정한 특례규정의 요건을 갖추지 못했다는 이유로 상법상 원래의 소수주주권도 행사할 수 없다는 해석은 입법취지나 법문상 타당하지 않다. 둘째, 상법상 상장회사에 대한 특례를 구성하는 개별규정의 규정형식은 다른 일반규정과 관련하여 배타적인 규정과 선택적인 규정을 구별하여 규정하고 있는데 소수주주권에 관한 상법 제542조의6 각항이 “...권리를 행사할 수 있다” 고 규정하고 있는 것은 상법의 일반규정을 배제하는 취지의 규정으로 볼 수 없다. 따라서 상법 제542조의2 제2항은 제13절에 특례규정이 있는 경우에 다른 일반규정의 적용을 완전히 배제하는 취지가 아니며 특례규정의 성격에 따라 배타적 적용 혹은 선택적 적용의 취지를 주의적으로 규정한 것이고, 소수주주권과 같은 선택적 적용대상 규정의 경우에는 특례규정의 요건이 구비되

213) 임재연, “상장회사 주주의 소수주주권 행사요건” 대한변협신문(2011.2.21.기사) 2면.

지 않은 경우에도 일반규정이 적용된다는 취지로 이해해야 한다. 셋째, 상법 제542조의 2 제2항은 “적용하지 아니한다” 라고 명시적으로 규정한 것이 아니라 “우선하여 적용한다” 라고 규정하고 있으므로 위 규정은 제13절의 모든 규정이 배타적으로 적용되어야 한다는 취지의 규정이 아니라고 보아야 한다. 넷째, 법원은 위 결정이 “· · · 상법 제 542조의6 제7항이 상장회사는 정관으로 소수 주주의 권리행사 제약요건을 완화할 수도 있는 점을 고려해 볼 때 개정 상법이 시행된 2009년 2월 4일부터는 상장회사에 대한 소수주주권 행사 요건으로 상법 특례조항만 적용된다고 해석하는 것이 타당하다” 고 하고 있다. 그러므로 소수주주권을 완화하려는 입법취지를 거꾸로 상법의 일반규정을 배제할 근거로 해석하는 것은 입법취지에 부합하지 않는다.

한편, 주주총회소집청구소송에서 서울고등법원²¹⁴⁾은 선택적 적용설을 취하였던 종전의 대법원 판례의 견해를 원용하여 다음과 같은 판시를 하고 있다. 즉, “· · · 상법 제 542조의2 제2항에서 상장회사에 대한 특례규정의 적용 범위에 관하여 일괄하여 상법의 다른 규정에 ‘우선하여 적용한다’ 는 규정이 있다고 하더라도, 이는 특례규정과 관련된 모든 경우에 상법 일반규정의 적용을 배제한다는 의미라기보다는 ‘1차적’ 으로 적용한다는 원론적인 의미의 규정이라고 할 것이므로, 상법 일반규정의 배제 여부는 특례의 각 개별규정에 따라 달리 판단하여야 할 것이다. 나아가 상법 제542조의6 제1항에 관하여 보건대, 위에서 인정한 상법 등의 개정연혁과 입법취지, 법률 규정의 표현방식 등과 상법 제542조의6 제1항에서 행사할 수 있다’ 라는 표현을 사용한 점을 종합해 보면, 위 상법 조항은 상법 제366조의 적용을 배제하는 특별규정에 해당한다고 볼 수 없고, 상장회사의 주주는 상법 제542조의6 제1항이 정하는 6개월의 보유기간 요건을 갖추지 못한 경우라 할지라도 상법 제366조의 요건을 갖추고 있으면 그에 기하여 주주총회소집청구권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다” 고 판시하였다.

최근 이사의 행위유지청구권이 문제된 사건에서 서울지방법원은 배타적 적용설의 입장을 견지하며 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, “· · · 상장회사에 대한 소수주주권을 행사하기 위한 요건에 관하여 일반조항인 상법 제402조와 상장회사에 대한 특례조항인 상법 제542조의6 제5항이 서로 달리 정하고 있어서, 상장회사에 있어서 두 조항이 선택적으로 적용되는지, 아니면 일반조항은 배제되고 특례조항만 적용되는지 문제된다.²¹⁵⁾ 살피건대, 종전에는 상장회사에 대한 특례조항이 구·증권거래법 제191조의13 에 규정

214) 서울고등법원 2011.4.1. 2011라123 결정.

215) 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정.

되어 있었는데, 위 조항에서는 상법상 일반조항과의 관계에 대한 언급이 없었고, 이에 따라 구·증권거래법이 상법의 적용을 배제하는 특별법에 해당하지는 않는다고 보아 선택적 적용이 가능한 것으로 해석되었다(대법원 2004.12.10. 선고 2003다41715 판결 참조). 그런데 2009.1.30. 상법 개정으로 인해 상장회사에 대한 특례조항이 상법에 편입되면서 신설된 상법 제542조의2 제2항은 '이 절(상법 제542조의6이 속해 있다)은 이 장 다른 절(상법 제402조가 속해 있다)에 우선하여 적용한다'고 규정하고 있다.²¹⁶⁾ 구·증권거래법의 특례조항과 상법의 일반조항 사이의 관계에 관하여 선택적 적용이 가능한 것으로 해석하는 법리가 정착되어 있던 상황에서 선택적 적용을 하고자 하였다면 굳이 위 조항을 신설할 필요가 없었다고 보이는바, 위 조항은 개별 특례조항에서 선택적 적용을 긍정하고 있지 않은 한 원칙적으로 선택적 적용을 부정하면서 특례조항이 일반조항에 우선하여 적용된다는 취지의 조항으로 봄이 타당하고, 특례 조항과 일반 조항 사이의 선택적 적용을 긍정하면서도 단순히 특례조항이 1차적으로 적용된다는 의미를 주의적으로 규정한 조항으로 보기는 어렵다.²¹⁷⁾ 여기에다가 주식거래가 용이한 상장회사에서는 주식을 취득하여 바로 소수주주권을 행사하고 다시 이를 처분하는 식으로 소수주주권이 악용될 우려가 있어 비상장회사와 달리 소수주주권 행사요건에 보유기간 요건을 추가할 필요가 있는 점 등을 종합하여 보면, 개정 상법이 시행된 2009. 2. 4.부터는 상장회사에 대한 소수주주권 행사요건으로 위의 특례조항만 적용된다고 해석함이 타당하다”고 판시하였다.²¹⁸⁾

이상은 판례의 입장을 살펴보았다. 이하에서는 학계의 입장을 살펴보고 이를 종합하여 소결로 정리해 두고자 한다.

나. 학설

상법상 상장회사 특례규정과 일반규정의 관계에서 학설과 판례에서 주장하는 배타적 적용설²¹⁹⁾의 근거는 다음과 같다. 첫째, 2009년 개정상법의 입법취지를 보게 되면 상법 542조의 제2항은 상장회사의 경우 주식을 6개월 이상 보유한 자만이 소수주주권을 행사할 수 있도록 하여 그 남용을 방지하기 위한 취지로 신설되었다. 둘째, 소수주주권에

216) 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정.

217) 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정.

218) 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정.

219) 권오성·전계논문 50면. 송양호·전계논문 158면 외 다수.

관하여 회사와 이해관계가 안착되어 있는 주주에게만 이를 행사할 수 있도록 하는 것은 합리적인 범위 내에서 차등을 둔 것이므로 개정상법 시행 후에는 법리상으로는 물론이고 법문상으로도 선택행사가 불가능하다. 셋째, 상장회사에서는 주식을 취득하여 바로 소수주주권을 행사하고 다시 이를 처분하는 식으로 소수주주권이 악용될 우려가 있기 때문에 비상장회사와 다르게 소수주주권 행사요건에 보유기간요건을 추가할 필요가 있다 등의 이유를 제시하고 있다. 이에 대해 선택적적용설²²⁰⁾의 근거는 다음과 같다. 첫째, 상장회사 특례규정의 입법취지는 소수주주권 행사의 활성화와 상장법인에서의 소수주주 보호를 위한 것이므로 당연히 선택적인 적용이 가능하다. 특히 상법 제542조의6 제7항이 “상장회사는 정관으로 법에서 규정한 기간보다 더 짧게 주식보유기간 및 비율을 정할 수 있다”고 규정하고 있는 것은 상장법인에서 일반주주를 보호하기 위하여 소수주주권의 행사요건을 완화하려는 입법취지를 보여준 것이다. 둘째, 상법 제542조의2 제2항은 제13절의 특례규정은 “적용하지 아니한다”고 명시적으로 규정한 것이 아니라 “우선적으로 적용한다”고 규정하고 있으므로 다른 절의 일반규정의 적용을 완전하게 배제하겠다는 취지가 아니며 특례규정의 성격에 따른 배타적 적용 또는 선택적 적용의 취지를 이론적으로 규정한 것이다. 따라서 상장법인 특례규정을 구성하는 개별규정들의 규정형식은 배타적인 규정과 선택적인 규정 이 있는데 소수주주권에 관한 제546조의6 각항은 선택적인 규정이다. 넷째, 상장폐지실질심사대상 지정 등의 사유로 인해 장기간 동안 주권거래가 정지되는 경우에 유가증권시장을 통하여 매매가 불가능하며 이러한 경우에는 상장회사의 주주 또한 실질적으로는 비상장회사의 주주와 동등한 경제적 지위에 있기 때문에 6개월 동안 보유해야 한다는 획일적인 기준으로 상장회사의 주주들의 소수주주권행사를 제한하는 것은 수긍하기가 어렵다는 등의 이유를 제시하고 있다.

다. 소결

배타적 적용설과 선택적 적용설의 논거의 차이는 결국 상장회사 특례규정의 적용에 관한 542조의2 제2항과 소수주주권에 관한 특례규정인 제542조의6이 입법취지상 또는 문언상 배타적인 규정인가와 소수주주권 행사의 활성화와 소수주주권의 남용방지 중 어느 것을 더 중시해야 하는가에 맞추어져 있는 것으로 풀이된다. 우선 상장회사 특례규

²²⁰⁾ 정준우 · 전계논문 416면 외 다수.

정의 입법취지를 법무부의 상장회사 특례규정에 관한 보도자료²²¹⁾를 통해 검토해 보면, "소수주주권 행사요건의 완화"라고 하는 제목 아래 "상법상 소수주주권 행사에 필요한 지분율(3%)은 주식이 고도로 분산된 상장회사에 적용할 수 없게 되었으므로 각종 소수주주권 행사요건을 상법상 요건보다 하향 조정하여 소수주주의 권익을 보호하고 회사 운영의 투명성을 증진함과 동시에 주식을 취득한지 6개월이 지난 주주만이 소수주주권을 행사할 수 있도록 제한하여 소수주주권의 남용을 사전에 방지함으로써 현재 부진한 소수주주권 행사의 활성화 및 회사의 건전성 제고에 기여할 수 있을 것으로 기대된다"고 하는 등으로 공식적인 입법취지를 밝히고 있다. 이처럼 입법취지에는 "소수주주의 권익보호"와 "소수주주권 행사의 남용 예방"이 모두 포함되어 있으나 상장회사 특례규정을 둔 취지가 소수주주권 행사요건의 완화와 활성화라는 것이 제목과 결론에 모두 강조되어 있으므로 입법취지의 해석에 있어서도 소수주주권 행사의 남용에 대한 예방적 차원에서라기보다는 소수주주권의 행사요건의 완화와 활성화에 더 포커스가 맞추어진 것으로 풀이된다. 다음으로 법문으로 부터 살펴보면, 상법 제542조의2 제2항은 제13절의 특례규정은 "적용하지 아니한다"고 명시적으로 규정한 것이 아니라 "우선적으로 적용한다"고 규정하고 있으므로 다른 절의 일반규정의 적용을 완전히 배제한다고 볼 수는 없다. 따라서 각 특례규정의 성격에 따라 배타적 적용 혹은 선택적 적용의 취지를 주의적으로 규정한 것으로 볼 수 있으며, 소수주주권에 관한 특례규정인 상법 제542조의6 제1항에서 제6항이 모두 "...권리를 행사할 수 있다"고 규정한 것은 동 규정이 다른 상법 규정과 선택적으로 적용될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 우리나라의 현재 회사의 지배구조는 소수주주권의 남용에 대한 예방보다는 소수주주의 보호를 더 필요로 하고 있다. 즉, 회사의 지배구조 면에서 보면 우리나라는 대규모회사나 중소기업회사 모두 지배주주 내지 경영자가 고정된 폐쇄적인 형태를 보이고 있으며 따라서 소수주주를 보호하여 지배주주와 소수주주 사이에 야기되는 이해충돌 및 그로 인한 비용을 줄이는 것이 가장 중요한 현안이다.²²²⁾ 또한 상장회사에 6개월의 보유기간을 강제하는 것은 소수주주권 남용을 예방하는 수단이라고 할 수 없다. 소수주주권의 남용이란 소수주주권을 행사할 상황이 아님에도 불구하고 부정한 목적으로 소수주주권을 행사하

221) 법무부 보도자료, "상장회사 특례규정 상법으로 일원화" (2007년 8월 9일 보도자료) 2면.

222) 동지; 권재열·전계논문 136-137면.

는 경우로 국한해야 하고 실제로 소수주주권을 행사할 만한 상황이 존재한다면 소수주주권의 행사는 남용이라 할 수 없다.²²³⁾ 따라서 배타적 적용설을 취하는 판례²²⁴⁾가 근거로 들고 있는 “주식 거래가 용이한 상장회사에서 주식을 취득하여 바로 소수주주권을 행사하고 다시 이를 처분하는 행위” 는 소수주주권의 남용이라고 볼 수 없으며, 이를 예방하기 위하여 상장회사의 소수주주에게만 6개월 보유기간의 요건을 강조한 것으로 보는 견해는 타당성이 없어 지지할 수 없을 것으로 생각한다.

223) 예를 들어 이사가 부정한 행위를 하지 않았는데도 불구하고 이사의 화해적인 이익 공여를 기대하고 부정한 행위가 있다는 주장과 함께 해임청구를 하는 경우만 소수주주권 남용으로 볼 수 있다(이철송·전계논문 146면).

224) 서울중앙지방법원 2011.1.13. 2010카합3874 결정 및 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정.

제 5 장 주주제안권의 문제점과 개선방안

제1절 현행 주주제안권의 문제점

1. 절차적 한계

가. 행사주체에 관한 요건

주주제안권은 비상장회사의 경우는 의결권이 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 보유한 주주에게 그 행사권이 주어진 권리이고(상법 제363조의2 제1항), 상장회사의 경우는 주주제안권을 행사하기 6개월 전부터 계속하여 보유해야 하고 회사의 규모에 따라 의결권이 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 1 이상 또는 0.5% 이상의 주식을 보유한 주주에게 그 행사권이 주어진 권리이다(상법 제542조의6 제2항). 이처럼 주주제안권을 행사함에 있어서 상장회사에 대해서만은 일정기간 주식보유요건을 규정하고 있는 이유는 주주제안권을 행사하기 위한 목적으로만 주식을 취득하는 것을 방지하기 위함이다.

상법상 주주제안권은 원래 소규모 비상장회사를 전제로 하여 만들어진 규정이라고 하지만, 의결권이 있는 발행주식 총수의 100분의 3이라는 요건은 주주제안권을 행사하기에 너무 엄격한 요건에 해당된다는 생각이다. 왜냐하면 의결권이 있는 발행주식총수의 100분의 3이라는 비율은 기관투자자 외에는 현실적으로 그 조건을 충족시키기가 어렵고, 한편으로 당일 주주총회의 장에서 회사가 제안한 의제에 한하여 의안의 경우 단독 주주가 수정동의나 반대동의를 할 수 있다는 형평성 문제에서 보게 되면 주주제안권을 상법과 같이 100분의 3의 소수주주권으로 하는 것은 문제가 있다고 보기 때문이다.²²⁵⁾

그리고 대기업의 일반주주의 경우는 사실상 회사경영에 관여하는 활동은 거의 불가능하기 때문에 대부분은 시가총액이 낮은 중·소형주식회사 위주로 주주제안이 이루어지는

225) 동지: 김지환, "주주권 실현을 위한 주주제안제도" 「기업법연구(제22권 제2호)」 한국기업법학회 106면(2008년).

실정인 것으로 분석·보고되고 있다.²²⁶⁾ 이처럼 대기업에 비해 중소기업이 주주제안제도의 활용도가 높은 이유는 분명하지 않지만, 우리나라의 기업현실에서 현재 최저 주주지분율이 대기업의 경우에 지나치게 높게 설정되어 있던가 아니면 중소기업의 경우에 지나치게 낮게 설정되어 있지는 않은지 의문이 던져지는 부분이기도 하다.

한편, 주주제안의 실효성을 확보하려면 제안된 의제 및 의안이 주주총회의 표결에서 통과되어야 하는데, 단독주주나 소액주주의 제안으로 그러한 결과를 달성하기는 매우 어려울 것이므로 주주제안권 행사자를 소수주주권으로 하는 것은 바람직한 것이었다.²²⁷⁾ 그러나 제안주체의 요건으로 주식보유비율의 조정과 주식보유량, 보유주식의 가치 등을 추가하는 방법에 관해서는 앞으로의 입법개선에 있어서 충분한 고려가 필요한 사항인 것으로 생각한다.

나. 행사기간에 관한 요건

주주제안권을 행사한 주주는 이사에게 주주총회일의 6주 전에 서면 또는 전자문서로 회의의 목적으로 할 사항에 추가하여 당해 주주가 제출하는 의안의 요령을 통지와 공고에 기재할 것을 청구할 수 있다(제363조의2 제2항). 따라서 주주총회일 6주전까지 제안서를 제출하여야 하는데, 정작 주주총회 소집통지서의 발송이 주주총회일의 2주전인 이유로(제363조 제1항) 일반 소수주주가 6주전에 주주총회가 개최되는 사실을 알기는 현실적으로 어려울 것이다. 그나마 정기주주총회라면 예측이 가능하겠지만(제363조의2 제1항), 주주가 회사로부터 주주총회소집의 통지 및 공고를 받은 후에 비로소 주주총회의 개최사실을 알 수 있는 임시주주총회의 경우에는 거의 불가능할 것이며, 더욱이 회사가 악의적으로 주주제안일로부터 6주 이내에 임시주주총회 일을 정하게 된다면 주주제안권을 행사하더라도 원천봉쇄할 수 있다는 것이 문제될 수 있다는 주장이 제기되고 있다.²²⁸⁾ 이점, 동감하는 입장으로 본고에서도 문제점으로 지적해 두고자 한다.

226) 이다원·윤정화·정해민, "주주제안 현황 및 제도 실태 분석" 『기업지배구조 리뷰(vol. 79)』한국기업지배구조원 102면(2015년).

227) 김지환·전계논문 106쪽.

228) 장정애, "현행 주주제안권에 관한 고찰" 『法學研究(제22집 제3호)』인하대학교법학연구소 35면(2019년).

2. 내용적 한계

주주총회의 소집과 운영은 법령이나 정관에서 정함이 있는 규정이 없을 경우에는 당연히 이사회의 권한에 해당되기 때문에 주주제안권은 그런 이사회의 권한에 대하여 상법상에서 중대하게 제한할 수 있는 권한으로 볼 수 있다.²²⁹⁾ 그러나 주주제안권은 의제 및 의안의 “결정에 관여” 할 수 있는 권리일 뿐이며 주주총회의 일시와 장소, 의사진행순서와 같은 주주총회의 세부사항은 물론이고, 소수주주가 제안한 의제 및 의안의 “결정” 도 여전히 이사회의 권한에 속해 있다. 그러나 이사는 주주제안권이 행사된 경우에는 그 사실을 이사회에 보고하고, 이사회는 주주제안의 내용이 법령 또는 정관을 위반하는 경우와 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 이를 주주총회의 목적사항으로 하여야 한다(상법 제363조의2 제3항). 이처럼 현행 주주제안에 대한 사전 심사권한은 이사회에 전속되어 있는데, 이는 주식회사의 기관에 대한 권한분배의 원리상 주주총회의 소집·운영에 관한 권한과 의무 및 책임은 모두 이사회에 있기 때문이다.²³⁰⁾ 따라서 주주제안의 내용은 법령이나 정관에서 주주총회의 권한으로 정한 사항에 한정된 것이며, 경영에 관한 사항 및 업무집행에 관한 사항은 이사회의 권한에 속해 있으므로 주주제안의 대상이 되지 못한다.²³¹⁾ 이에 대하여 주주제안제도가 주주의 회사 주권론에 입각한 제도이고 경영자 지배에 대한 주주의 권한분배론 측면에서 제도화된 것이며, 다수파 주주에 대한 소수파 주주의 견제장치라는 측면에서 정관에 의한 주주제안 배제사유의 열거는 무효라는 견해²³²⁾가 표출되고 있는데, 이는 타당성이 있는 것으로 생각된다. 만약 주주제안의 내용이 법령 또는 정관을 위반하는 경우를 엄격히 해석하면 법령이나 정관에서 규정하는 권고적 사항이나 임의적인 내용에 대한 제안까지 모두 금지될 수 있다. 따라서 이사회는 법령이나 정관에 상치된다고 하여서 주주제안을 반드시 거절해야 하는 것은 아니고, 그 제안의 내용이 합리적이고 타당한 경우에는 정관이나 법령에 크게 위반하지 아니하는 범위 내에서 최대한 주주총회에 제안할 수 있도록 해야 하는 것이다.²³³⁾

한편, 상법에서 주주총회의 의결사항으로 정함이 있는 사항 중에서도 성질상 주주가

229) 동지; 성민섭, “주주제안권의 내용상 한계와 이사회의 심사·변형 상정 가능성 -이사 추가 선임 및 집중투표를 청구한 사례들을 중심으로-” 『법학논총(제28권 제3호)』 국민대학교법학연구소 284면(2016년).

230) 성민섭·전계논문 285면.

231) 장정애·전계논문 35면.

232) 김지환·전계논문 113면.

233) 동지; 김홍기·전계서 495면.

회사 측과는 별도로 총회에서 토의하는 것보다 회사 측의 발의를 통해 총회에서 부의하는 것이 적절한 사항도 존재하는데 그 사항으로는 합병계약의 승인, 영업양도 등의 기업결합에 관한 사항, 제3자에 대한 신주 발행 등이 있다.²³⁴⁾

그리고 회사에 대한 단순한 권고나 조언 등도 주주제안 대상에 포함되지 않는다고 보아야 한다. 그리고 상법시행령 제12조에 의해 주주제안권이 배제되는 사유로 정한 것을 문제성에 입각하여 살펴보면 다음과 같다.

먼저 동법 제1호는 주주총회에서 의결권의 100분의 10 미만의 찬성밖에 얻지 못하여 부결된 내용과 같은 내용의 의안을 부결된 날부터 3년 내에 다시 제안하는 경우를 들고 있다. 이에 대해서는 의제의 제안자체에 관해서 주주제안권의 남용을 생각하기 어렵고, 이러한 제한규정은 확실히 주주제안권의 실효성을 반감시킬 우려가 있다는 지적이 제기되고 있다²³⁵⁾. 특히 동 지적에서는 “기간”이라는 형식적 요건만을 고려하고 “사정변경”과 같은 다른 실질적인 요건은 전혀 고려하지 않고 있는 점은 더욱 문제라는 것이다.

다음으로 동법 제3호는 주주가 권리를 행사하기 위하여 일정 비율을 초과하는 주식을 보유해야 하는 소수주주권에 관한 사항을 정하고 있다. 그러나 동 호에서 소수주주권에 관련된 사항을 제안대상에서 배제한 것은 소수주주권으로 행사할 권리를 주주제안의 형식으로 행사함으로써 소수주주의 요건을 잠탈하는 것을 방지하려는 취지에서 비롯된 것이지만, 소수주주권에 속하는 권리는 성질상 총회의 제안과 무관하게 행사되어야 하므로 당초 주주제안의 실익이 없게 된다는 지적이 제기되고 있다.²³⁶⁾

그리고 동법 제4호는 임기 중에 있는 상장회사 임원의 해임에 관한 사항과 관련된 것인데, 이것도 비상장회사와 달리 굳이 상장회사의 경우에만 이런 규정을 둘 합리적 이유가 없고, 상법이 상장회사 소수주주에게도 이사·감사의 해임청구권(제385조, 제415조)을 인정하고 있는 것과 관련하여 균형이 맞지 않다는 지적이 제기될 수 있다.

또한 동법 제5호는 회사가 실현할 수 없는 사항 또는 제안 이유가 명백히 거짓이거나 특정인의 명예를 훼손하는 사항에 관한 것인데, 이에 대해서도 회사가 실현할 수 없는 사항이 무엇인지, 누가 그 여부를 판단하는지에 관하여 규정이 명확하지 않아 오히려 이사회에 광범위한 재량권을 주는 근거로 작용될 수 있는 문제점을 안고 있다는 생각이

234) 김재두, “주주제안권제도에 관한 법적 검토” 『금융법연구(제11권 제2호)』 한국금융법학회 363면(2014년).

235) 박찬우·전계논문 460면.

236) 이철송·전계서 496면.

3. 주주제안권의 변형

주주제안의 내용에 대하여 이사회가 어느 정도 구속되어야 하는지가 문제되고 있다. 즉, 주주제안 거부사유만 없으면 소수주주의 주주제안 내용을 반드시 원안 그대로 주주총회에 상정하여야 하는지 아니면 이사회가 합리적인 범위 내에서 주주제안내용을 일부 변형하여 주주총회에 상정할 수 있는지가 문제된다는 것이다.²³⁷⁾ 만약 처음 주주제안 내용과 다른 형태로 변형을 하여 주주총회의 목적사항을 정할 수 있다고 할 경우에도 그 범위나 한계를 어떻게 설정해야 할지가 또한 논의되어야 할 문제이다. 이는 이사회에 의한 주주제안 내용의 변형상정이 소수주주에게 결과적으로 불이익을 가져올 수 있기 때문이다. 그러나 주식회사의 이사회나 주주총회 의장이 총회 운영에 관한 법적권한 범위 내에서 주주제안 내용을 변형하여 상정하게 되었다면, 설사 그로 인하여 소수주주에게 사실상 불이익이 발생하더라도 이를 무조건 주주제안권의 입법취지를 잠탈하였다거나 위법하다고 할 것은 아니라고 하는 주장도 표출되고 있다.²³⁸⁾ 하지만 이사회나 주주총회 의장이 주주들의 요구를 반영한 수정안을 수용한다고 해도 그것은 사실상 경영진의 재량에 달려 있다. 즉, 이사가 첨부하거나 수정한 내용이나 조건에 따라 그 제안의 진정성과 효과는 크게 달라질 수 있고, 주주제안의 안건에 대해 이사들이 미묘한 변화를 주게 됨으로써 실제로는 주주제안의 목적을 달성할 수 없도록 방해하면서도 주주제안권자의 비판을 피해가는 경우도 예측될 수 있음에 결코 문제없다고는 볼 수 없을 것으로 생각한다.

4. 부당거절 구제방안의 미흡

현행법상 적법한 주주제안을 회사가 정당한 사유 없이 주주총회의 목적으로 추가하지 아니한 때에는 500만원의 과태료에 의한 벌칙이 적용(상법 제635조 제1항 제19호)될 뿐이고, 실질적인 구제조치가 없으므로 이사회결의나 주주총회결의 하자에 관해 다룰 수 밖에 없다. 먼저 주주총회가 개최되기 전에 주주제안이 거부된 경우 당해 주주는 법원에 부당거절을 결정한 이사회결의취소나 무효의 소를 제기하거나 의안상정 등의 가처분

237) 성민섭 · 전계논문 267면.

238) 성민섭 · 전계논문 293면.

을 신청할 수밖에 없다.²³⁹⁾ 하급심 판례도 소수주주가 상법 제363조의2와 구·증권거래법 제191조의14(상법 제542조의6)에 규정된 소정의 요건과 절차를 갖추어 주주제안권을 행사하였으나 이사회가 주주제안을 거부하고 의안상정을 하지 않는 경우, 그에 대한 구 제책으로 거부당한 의안을 주주총회의 목적사항으로 상정시키는 형태의 가처분(임시지위를 정하는 가처분)을 신청하는 것이 가능하다고 판시한 바가 있다.²⁴⁰⁾ 그러나 법원이 가처분을 결정하였음에도 불구하고 이를 위반하여 주주총회를 개최하여 결의를 하거나 금지한 결의를 하였을 경우 그 결의의 효력은 당연히 무효가 되는 것이 아니라, 결의 부존재 확인의 소의 대상이 될 뿐이다.²⁴¹⁾ 그런데 법원의 판단이 늦어져서 주주총회 개최통지 및 공고가 이미 되어 버리는 문제라든지, 의결권대리행사의 권유기간에 장애가 되는 문제가 발생할 수 있다. 그러한 문제를 해결하기 위한 목적으로 주주제안이 이루어졌을 경우에 회사는 일정 기한 내에 주주제안을 수용할 것인지에 대한 여부를 제안주주에게 서면으로 통지하도록 하여야 한다는 견해가 표출되고 있다.²⁴²⁾ 그리고 만약 주주총회가 종료되었을 경우에는 “어떤 방법으로 구제할 수 있을까?” 라는 문제가 제기될 수 있는데, 이때는 의제의 제안을 거절한 경우와 의안의 제안을 거절한 경우로 나누어 살펴보아야 한다. 먼저, 의제제안권을 침해하는 주주총회 결의가 이루어졌을 경우는 부당하게 거절된 주주제안에 대한 결의는 없었기 때문에 직접적인 결의취소의 대상이 없고, 이로 인해 당해 주주총회에서 있었던 모든 결의의 효력이 번복된다는 것은 합리적이지 않을 것이므로 다른 결의는 유효하고 당해주주는 이사에 대하여 손해배상청구를 할 수 있고(제399조), 이 경우 이사는 500만원 이하의 과태료 처분을 받게 된다(제635조 제1항제2호).²⁴³⁾ 이에 비하여 의안제안권을 침해하였을 경우, 즉 제안에 대한 의안

239) 이에 대해서는 주주제안을 할 수 있는 주주와 요건을 같이 하는 소수주주는 주주총회의 소집을 청구할 수 있으므로(제366조), 보전의 필요성이 없다는 견해도 있다(이철송·전게서 499면).

240) 서울북부지방법원 2007.2.28. 2007카합215 결정.

241) 최준선, 「회사법(제14판)」상영사 373면(2019년).

242) 김지환·전계논문 117면.

243) 정찬형, 「상법강의요론(제16판)」박영사 433면(2018년). 박찬우·전계논문 471면. 김재두·전계논문 366면. 이점 판례의 예를 들면, 甲 주식회사의 주주 乙 등이 ‘현재 재직 중인 이사 외 2명의 이사 추가 선임’을 주주 총회의 목적사항으로 할 것을 제안하였는데, 甲 회사의 이사회가 위 제안을 변형한 ‘현재 재직 중인 이사 외 2명의 이사 추가 선임의 당부’를 안건으로 상정하여 그 안건이 부결되고 그와 별도로 임기가 만료되는 이사 1명에 관한 이사 선임결의가 이루어지자, 주주제안권 침해를 이유로 이사 선임결의의 취소를 구한 사안에서, 甲 회사의 이사회가 乙 등이 제안한 의제를 주주총회의 목적사항으로 상정하였다고 볼 수 없으므로, 乙 등이 주주제안이 부당하게 거절되어 주주총회의 목적사항에 포함되지 않았음을 이유로 이사를 상대로 민사상 손해배상을 청구하거나, 이사가 상법 제635

의 요령을 소집통지·공고에 기재하지 않고 이에 대응하는 회사의 제안에 관하여 결의가 이루어졌을 때 또는 주주에게 의안에 관한 설명의 기회를 주지 않고 결의가 이루어졌을 때에는 주주총회 소집절차 또는 결의방법에 하자가 있는 것이기 때문에 주주총회 결의취소의 사유(제376조)가 된다.²⁴⁴⁾ 그러나 이사에게 과태료처분이나 민사책임의 추궁과 같은 제재를 통해 주주제안권의 실효성을 높일 수 있는지는 의문이다. 이 사례²⁴⁵⁾로 주주가 상근감사 후보를 제안하였는데 기업이 정관상의 상근감사 인원을 기존 1인에서 3인으로 되어 있었던 것을 1인으로 변경함으로써 이를 무력화하여 정관상 “황금낙하산 조항의 삭제요청 및 이사 후보추천” 등의 주주제안을 하였으나 회사 측에서 이를 거절하였고, 주주는 의안상정 가처분을 신청하여 적극적으로 대응을 펼쳤으나 법원이 이를 기각하였다.

이 사례와 같이 기업이 주주제안을 상대로 사전 조치 혹은 사후 조치를 통해 주주제안의 상정, 가결을 방해하는 경우도 흔하게 찾아볼 수 있다. 따라서 현행법제로는 부당한 행위를 한 이사에 대한 과태료처분이나 민사책임의 추궁이라는 제재만으로 기업에게 경고적인 효과만을 줄뿐이지, 실질적인 구체책으로 작동하기에 미흡한 점이 많다는 것을 지적하지 않을 수 없다.

제2절 개선방안

1. 행사주체요건의 개선

우리의 기업현실에 있어서 분산되어 있는 다수의 일반주주는 회사의 경영에서 사실상 배제되어 주주지위의 사채권자화, 주주총회의 기능상실, 경영권을 장악한 지배주주의 전횡적 회사운영, 회사내부 견제세력의 부재로 인해 경영상을 함에 있어 투명성 감소와

조 제1항 제21호에 따라 과태료의 제재를 받을 것인지는 별론으로 하고, 이사 선임 결의는 이사임기 만료가 곧 도래함에 따른 것이고 乙 등이 제안한 의제와 관련된 것이 아니므로, 乙 등은 주주제안권 침해를 이유로 이사 선임결의의 취소를 구할 수는 없다고 판시한 것이 있다(서울고등법원 2015.8.28. 선고, 2015나2019092 판결; 본 판결의 1심은 서울중앙지방법원 2015.4.9. 선고, 2014가합529247 판결이고, 원고들은 당해 고법판결에 불복하여 상고 하였으나, 상고이유서를 제출하지 않아 2015.11.6. 상고기각 되어 본 판결은 확정되었다).

244) 동지; 박찬우·전계논문 470면. 김재두·전계논문 366면.

245) 전계 주석240의 예시된 사례참조.

같은 문제가 발생되었다.²⁴⁶⁾ 그러한 문제는 대다수 주주가 투자목적 주주, 투기목적 목적으로 한 주주로서 회사의 경영에는 관심이 없으며 주주총회에는 참석하지 않을 뿐만 아니라, 복잡하고 전문화되어 있는 회사의 경영에 있어 판단력도 부족하며 회사 간의 주식 상호보유를 통해 법인주주화 현상이 두드러지면서 개인주주의 영향력이 감소되었고, 더욱이 총회권들의 발호가 일반주주의 주주총회에 대한 참가의욕을 저하시키고 있기 때문인 것에 기인한다.²⁴⁷⁾ 따라서 상법에서 주주제안권은 소규모 비상장회사를 전제로 한 규정이라 할지라도 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 보유요건은 너무 엄격하기 때문에 주주제안권 의 행사를 어렵게 할 수 있으므로 외국의 입법례와 같이 100분의 1 정도가 적당하다고 보는 주장도 표출되고 있다.²⁴⁸⁾ 그리고 주주제안권의 남용을 사전에 차단하여 동제도의 효과적·합리적인 활용을 도모해야 한다는 점을 함께 고려하여 비상장회사 또한 상장회사의 경우처럼 일정기간동안 주식을 보유하도록 설정하도록 하는 것이 타당하다고 보는 견해도 나오고 있다.²⁴⁹⁾ 그러한 견해에서는 주주제안권행사의 주식보유요건에 기간을 정하는 경우, 일시적인 주식보유에 의해서 제안권을 행사하는 것과 같은 폐단이 없을 것이고 주주제안권제도의 남용을 사전에 방지할 수 있는 효과가 있기 때문이라고 한다.²⁵⁰⁾ 그러나 오늘날 주식거래의 실상에 비추어 보았을 때, 효율성을 제고하기 위해 상장회사의 특례에서 정함이 있는 6개월보다는 조금 단축해야 할 필요가 있다고 본다. 또한 우리나라의 경우 주주제안제도가 본래 입법취지로부터 벗어나 주로 대주주들의 경영권 다툼의 수단으로 사용되고 있는 경우도 적지 않은데, 이는 무엇보다도 보유주식의 시장가치를 주주제안권 행사요건으로 고려하지 않은 것에 따른 문제점인 것으로 지적된다. 예컨대, 삼성전자주식회사와 같은 시가총액이 큰 대규모 상장회사의 주주제안권 행사요건과 1% 혹은 시가 2,000달러 이상으로 규정되어 있는 미국의 주주제안 행사요건을 비교해 보았을 때 그 차이는 엄청남을 알 수 있을 것이다.²⁵¹⁾ 이처럼 미국의 경우에는 주주제안의 요건이 지분율뿐 아니라 주식보유량도 규정하고 있는 점은 우리법체에 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 즉, 미국의 경우는 주주가 의결권이 있는 발행주식 총수의 최소 1% 혹은 시장가치 2,000달러 이상을 1년 이

246) 정준우, “주주제안권의 행사요건과 그 문제점” 『상사법연구(제21권 제3호)』 한국상사법학회 286면(2003년).

247) 김재두·전계논문 351면.

248) 정준우·전계논문 292면.

249) 정준우·전계논문 296면.

250) 김재두·전계논문 359면.

251) 성민섭·전계논문 295면.

상 보유하여야 하며, 목적사항과 같은 구체적인 내용을 포함하여 500단어 미만의 제안서를 주주총회일의 120일 전에 기업에 도달하도록 하여야 한다.²⁵²⁾ 이처럼 미국은 1년 이상의 보유기간을 규정하고 있는데 이는 일정기간 이상 계속하여 회사와의 이해관계가 형성된 주주만이 제안권을 행사할 실익이 있는 것으로 보았기 때문이라 한다.²⁵³⁾ 미국의 「Securities and Exchange Commission」(이하 “SEC” 라 칭함) 규칙에서 발행주식 총수의 1% 혹은 시장가치로 2000달러 이상의 주식을 1년 이상 보유하여야 하며, 동시에 주주총회 개최 시기에 주주의 지위를 유지하여야 한다는 점과 비교해 보아도 현행 우리의 상법상 주주요건은 엄격하다.

미국의 경우는 1970년대와 1980년대에 일어났던 환경보호, 사회주의국가와의 사업축소 등과 같이 기업의 사회적 책임에 관한 주주제안까지 가능하고, 그러한 제안은 회사의 비용으로 위임장에 기재할 수 있었기 때문에 어느 정도는 주주제안요건을 제한할 필요성이 있었다.²⁵⁴⁾ 그리고 주주제안을 시도한 주주가 그 제안에 대한 결의에서 회사 주식의 일정비율이나 의결된 주식의 일정비율 이상을 확보하는 경우는 기업에게 합리적인 비용의 변제를 요구할 수 있는 제도로 발전하여 도입된 것 또한 바람직한 입법방향이었다. 우리의 법제에 있어서도 그러한 제도를 참조할 수 있다면 주주가 주주제안을 위한 최초 모든 비용을 부담하여야 하는 공익을 위한 제안도 활성화 될 수 있을 것이고, 이와 동시에 경박한 제안을 억제하고 바람직한 제안을 활성화시킬 수 있을 것이다.²⁵⁵⁾ 즉, 주주 투표로 제안서가 승인될 경우 제안서를 게시하는 주주들에게 비용을 보상하면 그 제도로 인해 주주들의 실질적인 지지를 받고 있는 제안들만이 장려될 것이라는 주장과, 나아가 기관투자자의 경우 책임 있는 주주제안을 위해 해당 안건이 통과되면 제안한 기관이 보유한 주식을 1년 동안 'rock up(매매 금지)'하는 방안을 도입할 필요가 있다는 주장²⁵⁶⁾은 우리법제의 개선에 시사하는 바가 크다. 한편으로 이는 스튜어드십 코드 도입으로 앞으로 주주제안이 활발해지고 행동주의 펀드가 활성화될 것을 감안하면 소위 말하는 '먹튀(먹고 튀는 것)'와 이상한 주주제안을 방지하기 위한 제도로 그 필요성이 크기 때문이기도 하다.²⁵⁷⁾ 그리고 이는 기업이 상장된 후 최대주주 등의 보유주식

252) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14(a)-8(b)(1).

253) 정준우 · 전계논문 291면.

254) 김지환 · 전계논문 107면.

255) Lucian Arye Bebchuk, *supra* note 9, p. 874.

256) *Id.* p. 877.

257) 2019년 4월 5일자 매일경제 조명현 한국기업지배구조원 원장 인터뷰 기사; 조 원장은 “행동주의 펀드는 과격한 행동주의 펀드와 온건한 행동주의 펀드로 나눌 수 있는 데 과격한 행동주의 펀드는 회사의

매각에 따른 일반투자자의 피해를 방지하기 위하여 최대주주 등이 소유하고 있는 주식 등에 대해서 일정기간 매각을 제한하고 한국예탁결제원에 보호 예수하는 것처럼, 주주 제안을 한 기관이 단기간에 수익을 올리고 떠나는 행태를 지양하고 장기적으로 일반주주와 해당 기업에 유익한 제안을 하도록 유인할 필요도 있기 때문이다.

2. 행사기간의 확장

상술한 바 있으나 제안권자는 이사회에 주주총회가 있기 6주전까지 제안서를 제출하여야 하는데(상법 제363조의2 제2항), 정작 주주총회 소집통지서 발송이 주주총회의 2주전(동법 제363조 제1항)인 관계로 일반 소수주주가 6주전에 주주총회의 개최사실을 알기는 현실적으로 어렵다. 특히 임시주주총회의 경우에는 회사로부터 주주총회소집의 통지·공고를 받은 후에야 주주총회의 개최사실을 알게 되는데 이러한 경우 그 기간의 기산점은 더욱 문제된다. 상법에서 주주총회 소집의 통지·공고는 주주총회일의 2주 전이면 충분하기 때문에 사실상 주주총회의 6주 전이라는 기간은 정기주주총회만을 염두해 놓은 기간이라 볼 수 있다. 따라서 정기주주총회의 경우 “정관에서 정해진 일정한 날 또는 직전연도 정기주주총회일에 해당하는 당해 연도의 해당일을 주주총회일”로 보아야 하고, 임시주주총회의 경우 주주총회소집의 통지·공고기간을 좀 더 늘릴 필요가 있으며 주주제안의 시기를 조금 더 단축하도록 하는 방안이 고려되어야 한다.²⁵⁸⁾ 그리고 이사회에서 개최하는 임시주주총회의 경우에 6주 전에 미리 이사회에서 임시주주총회를 공시하는 방안을 생각해 볼 필요가 있다.²⁵⁹⁾ 즉, 주주제안권에 대한 실효성을 보장하기 위해 이사회에서 주주총회일을 결정하였을 경우에는 주주에 대한 통지·공고 전에 전자공시와 같은 방법으로 그 일자를 공시하도록 하여야 할 것이며, 그 날짜에 대해서도 일정한 법적 구속력을 주는 방안 등이 고려되어야 할 것이다.²⁶⁰⁾ 특히, 주주가 수정 제안 및 반대 제안을 할 때, 이를 실질적으로 보장하기 위해 이사회에서 제출한

장기적 가치보다 기업재무 상태에 집중하고 단기간에 수익을 올리려는 성향이 크다” 고 하며, “반면 온건한 행동주의 펀드는 10여 년 정도 해당 기업주식을 보유하면서 중장기적으로 기업 가치를 높이려는 태도를 보인다” 고 설명했다. 조 원장은 “스튜어드십 코드는 파트너십 코드라고 표현할 수 있는데 중장기적으로 기업 가치를 높이는 방향으로 가고자 하는 것” 이라고 했다. <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=009&aid=0004333634>>.

258) 동지; 정준우·전계논문 307면.

259) 동지; 김지환·전계논문 116면.

260) 동지; 정준우·전계논문 308면.

의안을 주주총회소집의 통지·공고를 보기 전에 주주가 미리 알 수 있도록 하는 방안을 마련해야 할 것이다. 회사의 홈페이지상 주주총회 소집의 안건에 관한 이사회 결의사항을 사전에 공시할 수 있도록 하는 방법 또는 주주총회 소집의 통지 및 공고는 상법상 주주총회일의 2주 또는 3주 전까지 하면 되기 때문에 그 이전에 소집의 통지 및 공고를 할 수 있도록 하고 그것에 대하여 주주가 수정제안 및 반대제안을 할 수 있음을 기재한 후 일정한 기간 동안 제안을 할 수 있도록 설정해 두는 방안 등을 고려해볼 수도 있겠다.²⁶¹⁾ 구체적으로는 이사회 결의를 주주총회의 1주전까지 공고 하도록 하며, 주주들은 이사회 결의를 통해 변경될 수 있는 주주제안에 관한 사항은 주주총회 공고 1일 전까지 주주제안이 가능하도록 기간을 확장하게 된다면, 이미 주주제안이 이루어진 이후 회사 사정의 변경으로 인한 주주제안의 무력화를 방지할 수 있으며, 추가하여 주주제안이 가능하도록 해야 한다는 주장²⁶²⁾도 있다. 미국의 주회사법에서는 주주총회 소집의 통지·공고에 기재되어 있는 사항 이외의 사항은 회의의 목적으로 할 수 없다는 원칙은 없었음에도 불구하고, SEC규칙 14a-8(e)은 전년도 정기주주총회일을 기준으로 120일 전에 주주제안을 할 수 있다고 규정하였다. 따라서 우리나라의 경우처럼 주주총회의 소집통지 및 공고에 기재되어 있는 사항만을 주주총회의 목적사항으로 하도록 되어 있는 경우에는 주주제안을 행사할 수 있는 편의를 조금 더 넓혀주도록 하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

3. 주주제안 대상과 관련된 개선

가. 주주제안 대상의 확대

앞서 살펴 본 바와 같이 상법시행령에서 정함이 있는 주주제안의 배제요건은 그 자체만으로도 타당성이 없다고 볼 수 있으며, 뿐만 아니라 그 내용 또한 지극히 추상적이기 때문에 회사의 자의적인 해석에 의하여 배제가 언제나 가능하다. 먼저 시행령 제1호는 단순하게 10% 미만의 찬성표와 3년이라는 형식적인 기간만을 금지의 사유로 삼고 있을

261) 동지; 정준우·전계논문 300면.

262) 이지수·전계논문 15면.

뿐, 다른 요인은 전혀 고려하고 있지 않고 있다. 이미 부결된 의안이라 할지라도 그에 관한 경제적·사회적 사실관계가 변경되어 논의에 있어 실익이 있는 경우도 있기 때문에, 사정변경이라는 실질적인 요건도 고려해야 할 필요가 있는 것이다. 그리고 찬성 득표율도 미국과 같이 세분화하여 주주제안 횟수와 득표율을 함께 고려하여 주주제안 배제사유로 세분화하는 것도 고려해 보아야 할 필요가 있다. 즉, 미국은 주주제안서 내용이 이전 5년 이내에 회사의 다른 자료에 포함되어 있거나 다루고 있는 주제가 실질적으로 다른 주주제안과 동일한 경우, 회사는 마지막 주주제안 후 3년 이내에 개최된 주주총회의 제안에서 이하의 조건을 충족시키는 경우에 이를 배제할 수 있도록 되어 있다.

- ① 이전 5년 이내에 1번 제안되어 3% 미만의 표를 받은 경우,
- ② 이전 5년 이내에 2번 제안되어 마지막 제안에서 6% 미만의 표를 받은 경우,
- ③ 이전 5년 이내에 3회 이상 제안되어 마지막 주주제안에서 10% 미만의 표를 받은 경우 등이다.²⁶³⁾

위의 내용을 바꾸어 설명하면, 직전 5개년도 동안 1번 제출된 경우에는 의결권의 3% 이상을(위 ①), 2번 제출된 경우에는 의결권의 6% 이상을(위 ②), 3번 이상 제출된 경우에는 의결권의 10% 이상을(위 ③) 얻을 경우에는 주주제안을 다시금 할 수 있다는 것이다. 이에 비해 우리의 상법시행령이 10% 이상의 찬성을 요건으로 하는 것은 과도하다고 볼 수 있다.

그리고 상법시행령 제3호는 소수주주권에 관련된 사항을 제안대상에서 배제한 것인데 앞서 살펴보았듯이 소수주주권의 대부분은 소수주주의 권리행사로 그 목적이 충분히 달성되기 때문에 처음부터 주주제안을 가할 필요가 없다. 따라서 불필요한 규정으로 생각한다.

또한 상법시행령 제4호는 주주제안권을 도입하게 된 취지가 임원들의 이기적인 회사 운영에 대한 감시기능을 강화하기 위한 것에 있었고, 소수주주의 임원 해임청구권은 임원이 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있는 경우에 인정되므로, 주주제안 대상에서 제외할 이유가 없다. 더욱이 상장회사와 비상장회사를 굳이 차별하여 규정할 이유는 없다고 보이며, 상법이 상장회사의 소수주주에게도 이사·감사의 해임청구권(상법 제385조, 제415조)을 인정하고 있는 것과 관련하여서도 균형이 맞지 않다.²⁶⁴⁾ 따라서 소수주주의 이사·감사의 해임청구권은 주주제안권 대상

263) SEC규칙 (17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(i)(12).

264) 상법 제385조가 주주총회에서 이사를 해임할 수 있도록 하고 있음에도 불구하고 이를 내용

으로 보아 오히려 적극적으로 활성화시킬 수 있도록 하는 방향에서 법제마련이 필요할 것이라는 생각이다.

상법시행령 제5호는 회사가 실현할 수 없는 사항에 관해서는 사실상 실현 불가능한 경우를 의미하며 그에 관하여 정형화된 판단방법이 있을 수가 없기 때문에 실현불가능을 이유로 회사가 주주제안을 거부했을 경우에 불가능 여부에 관한 판단을 놓고 분쟁이 발생할 수 있는 여지를 남겨두고 있다.²⁶⁵⁾ 이와 같이 회사에서 실현할 수 없는 사항이 구체적으로 무엇인지, 그 해당 여부에 관하여 누가 판단하는지에 관한 명확한 규정이 없기 때문에 오히려 이사회에 광범위한 재량을 줄 수 있는 근거가 될 수 있다는 점(이사의 주주제안에 대한 심사권이 적법성과 더불어 적정성까지도 포함한다고 이해하는 것이 일반화 될 수 있는 위험)에서 삭제됨이 타당할 것으로 생각한다. 주주총회는 상법과 정관에서 정함이 있는 사항에 관하여만 결의를 할 수 있다(상법 제361조). 따라서 동법시행령 제12조 제2호(주주 개인의 고충에 관한 사항인 이유)는 본래부터 주주총회의 의결사항이 아니기 때문에 규정을 둘 필요도 없으며, 제5호의 경우에도 마찬가지이다.²⁶⁶⁾ 또한 상법상에서 제안거부사유는 주주제안권의 명백한 남용을 방지하기 위하여 예외적 규정으로서 마련된 것이기 때문에, 그 남용의 위험이 명백하지 않았을 경우에만 소수주주의 주주제안권은 폭넓은 실현을 위해 엄격하게 해석되어야 한다.²⁶⁷⁾ 그러한 차원에서 상법시행령에서 주주제안권을 제한하는 사항으로 규정된 것은 상법에서 규정하고 있는 법령 또는 정관의 위반과는 무관한 사항들에 해당되므로 전체적으로 그 삭제를 고려할 필요가 있다고 한다.²⁶⁸⁾

한편, 정관의 규정에 의하여 이사의 일상적인 업무집행에 관한 사항도 주주제안권으로 제안할 수 있을까 하는 문제가 있다. 이에 대한 미국의 경우는 주회사법이나 SEC가 “일상적인 영업활동 (company's ordinary business operations)” 을 배제사유로 하고 있기 때문에 부정적인 입장으로 보일 수도 있으나, 오랜 기간에 걸쳐 SEC는 위 사항의

으로 하는 주주제안을 회사가 거부할 수 있다는 것은 합리적인 이유를 찾기 힘들다(동지; 송옥렬·전게서 924면).

265) 동지; 정경영·전계논문 119면.

266) 이지수·전계논문 13면. 전현정·전계논문 173면.

267) 비록 하급심이지만 이점, 소수주주가 경영에 참여하기 위해 새로운 이사의 선임을 내용으로 한 의안을 제안할 경우, 이사회에 입장에서 그 주주가 경영에 적합하지 않다고 판단되더라도 이러한 사유는 주주제안거부사유에 해당하지 아니하므로 주주제안을 거부할 수 없고, 일단 주주총회에 상정하여 주주들로 하여금 자유로운 표결을 통해 경영참여 여부를 결정하게 하는 것이 주식회사의 본질에 비추어 바람직하다고 판단한 바가 있다(서울 북부지방법원 2007.2.28 2007카합215 결정).

268) 이철송·전게서 497면. 정준우·전계논문 303면.

예외를 인정하는 다수의 판단을 내리고 있다.²⁶⁹⁾ 우리나라의 경우에는 이사의 업무집행은 주주총회의 권한이 아니므로 주주제안은 원칙적으로 불가능하다. 이는 주주총회의 권한은 “상법 및 정관에서 정한 사항”에 한하여 결의할 수 있으므로(상법 제361조) 주주제안도 “상법 및 정관에서 정한 사항”만 가능한 구조이기 때문이다. 게다가 주주제안 배제사유도 상법시행령에 열거되어 있기 때문에 미국보다 주주제안을 함에 있어 많은 제약을 가지고 있는 것으로 보아야 한다. 그러나 미국의 경우는 우리와는 다르게 델라웨어주(Delaware General Corporation Law)를 비롯하여 여러 주의 회사법은 주주총회의 결의 또는 논의사항을 특별하게 제한하지 않으며, SEC규칙 14a-8(i)를 위반하지 않는다면 다양한 내용의 의안을 주주제안의 형식으로 제안할 수 있는 구조를 갖고 있다.²⁷⁰⁾ 즉, 미국의 주주제안은 주주총회에서 의결하거나 논의될 수 있는 의안 자체에는 한계를 두고 있지 않으며, SEC규칙으로 주주제안 배제사유만을 규정하고 있다. 미국과 우리나라의 구조를 비교해 보았을 때 우리나라의 주주제안은 내용을 이중적으로 제한하고 있는 형태이며 SEC규칙 14a-18(i)(1)의 해석에 따르게 되면, 이사회가 특정한 조치를 취해야 하는 권고(recommendation)나 요청(suggestion)과 관련되어 있는 주주제안의 대부분은 주법에 따라 적절한 것이므로 회사가 달리 증명하지 않는 한 동 주주제안이 가능하다고 가정한다. 또한 미국의 위임장권유(proxy rule)는 권한을 부여하기 보다는 주주의 참여와 보호를 강조하는 것이기 때문에 주주제안의 수가 상당히 많으며 소액주주와 사회적 제안이 많고,²⁷¹⁾ 주주제안의 30%는 사회 환경과 관련된 문제를, 20%는 일반적인 문제를 제안하고 통과되는 것으로 알려지고 있다.²⁷²⁾ ISS의 조사에 따르면 2018년 미국의 Russell 3000²⁷³⁾ 기업에 대해 450개의 주주제안이 제기되었고, 이 중 2/3 이상이 환경 혹은 사회와 관련되어 있는 주제의 주주제안인 제기된 것으로 확인되었다.²⁷⁴⁾ 특히, 우리나라의 경우에는 미국과는 다르게 기관투자자의 활동이 두드러지며, 주주제안제도가 오랜 기간 동안 시장에 충분히 정착되고 발전해온 결과로 주주제안의 건수가 비교적 안정화되었고, 제안된 안건의 종류가 우리나라 보다 더욱 다양하며 그

269) 김지환 · 전계논문 113면.

270) 이지수 · 전계논문 13면.

271) Bonnie G. Buchanan et al., supra note 11, p. 741.

272) Id . p. 745.

273) Russell 3000 index는 3,000개의 미국 상장기업의 주식시세를 반영한 지수로서, 시장 가치가 높은 대형주 1,000개는 Russell 1000 index로 발표되고 상대적으로 시장가치가 낮은 중·소형주 2,000개는 Russell 2000 index로 발표됨. 러셀투자그룹(Russell Investment Group)에서 매년 발표하는 주가지수로 S&P 500과 더불어 널리 사용되는 벤치마크임.

274) 한국기업지배구조원, 「KCGS 리포트(8권 4호)」한국기업지배구조원 17면(2018년).

중 사회 및 환경과 관련된 주주제안이 지난해를 기준으로 약 21.9%로 높은 비중을 차지하는 하는 등 선진적인 주주제안의 형태를 띠고 있다고 한다.²⁷⁵⁾ 우리나라도 주주총회의 권한을 규정하고 있는 상법 제361조의 범위를 확대하고 동법 제363조의2에 “권고적 주주제안” 과 관련된 규정을 새롭게 삽입함으로써²⁷⁶⁾ 주주가 제안할 수 있는 대상범위를 확대해야 할 필요가 있을 것이다. 공익을 위한 주주제안은 회사의 영업활동에 관련되어 있는 사항도 아니고, 회사 혹은 주주전체의 이익을 위한 것도 아니라는 문제가 있다는 주장도 제기되고는 있지만,²⁷⁷⁾ 이제 우리나라도 회사의 사회적 책임(Social Responsibility)을 강조하고 있는 입장이고 보면 이와 관련된 권고적 주주제안을 제출할 수 있도록 하는 것은 오히려 장려되어야 할 일이다. 이점 미국의 경우는 회사가 주주제안을 거부하기 위해서는 SEC에 사유를 제출하는 것과 같은 점과 우리나라와 비교해 보면 까다로운 편이지만 관련 조항에 있어 더욱 구체적이며 다양하기 때문에 비교적 명확한 스크리닝에 의한 근거를 마련하기가 용이하다²⁷⁸⁾. 그러므로 입법론으로는 구속력을 가지는 의무적 제안과 구속력이 없는 권고적 제안을 나누어 규정하되 기업의 사회적 책임의 일환으로 권고적 제안에 해당되는 경우는 주주제안의 행사요건을 완화해 주는 것이 바람직하다고 생각한다.²⁷⁹⁾

나. 변형상정의 한계설정

논리적으로 구분이 되는 여러 안건을 결합하여 하나의 안건으로 주주제안권을 행사하거나 양 당사자가 서로 양립할 수 없는 내용으로 각자 주주제안권을 행사하였을 때 이사회는 어떠한 방법으로 주주총회의 안건을 상정하는가에 대한 문제제기가 있는데,²⁸⁰⁾ 이에 대해서는 소수주주의 의제제안 및 의안제안 자체를 배척하거나 본래의 취지를 변경하지 않는 한, 이사회는 소수주주의 주주제안 내용에 대하여 이사회가 주주총회의 적법하고 적정한 운영을 하기 위해 필요한 조치를 할 수 있다고 하는 주장이 있고,²⁸¹⁾ 동 주장에서는 양립이 불가능하며 상반되는 내용의 복수의 주주제안이 있는 경우에는 변형상정이 가능한 것으로 보고, 이러한 경우에는 주주제안 중 어느 제안을 택일하여 하나

275) 이다원 외 2인 · 전계논문 99면.

276) 이지수 · 전계논문 14면.

277) 정준우 · 전계논문 301면.

278) 이다원 외 2인 · 전계논문 102면.

279) 동지; 김지환 · 전계논문 115면.

280) 전현정 · 전계논문 175면.

281) 성민섭 · 전계논문 286면.

만 상정하고 두 제안의 내용이 모두 원안 그대로 상정해서는 안 되며, 양 주주가 주주 제안한 내용의 본질적 요소를 벗어나지 않는 범위 내에서 두 제안의 내용이 최대한 반영되도록 그 내용을 변형하여 상정하는 방안을 강구해야 한다고 밝히고 있다. 따라서 소수주주의 결합된 안건의 내용을 주주가 제안한 내용에 앞서 판단하고 결의할 필요성이 인정되어 이사회가 추가하게 되었다면 주주가 제안한 안건자체를 배척하거나 변경하지 않는다면 주주제안권을 침해했다고 볼 수 없다.²⁸²⁾ 그렇다면 그 안건이 변형상정의 한계를 벗어났는지 여부를 판단하는 것이 무엇보다 중요하다고 하겠는데, 이 경우에는 주주제안권으로 행사된 안건의 결합 형태와 목적이 회사가 변형상정한 안건의 내용과 목적에 비추어 어떻게 변형되었는지를 종합적으로 고려하여 회사가 소수주주의 주주권 행사를 방해할 목적으로 안건을 변형했는지에 대한 여부를 판단할 수밖에 없다. 이점, 명확한 판단기준이 없고 바라보는 시각에 따라 달라질 수 있음에 문제없다고 할 수는 없을 것이다.

다. 부당거절 구제방안의 개선

미국의 경우에 회사는 주주제안에 결함이 있을 경우에는 그에 관해 통지를 하고 수정할 시간을 주도록 하고 있다. 즉, 회사는 주주제안을 받은 날로부터 14일 이내에 서면으로 결함과 같은 사항을 통지하고, 그럼에도 불구하고 이를 시정하지 않았을 경우에는 당해 주주제안을 거절할 수 있도록 하고 있다.²⁸³⁾ 또한, 회사가 주주제안을 거절할 경우는 거절에 관한사유를 적시하여 80일 이내에 SEC위원회에 제출하여야 하며, 그 사본을 제안을 한 주주에게 제공해야 한다.²⁸⁴⁾ 이와 같이 우리의 경우도 부당거절을 방지하기 위한 세부적인 사전 거절절차 마련은 필요한 것으로 생각된다. 그리고 더 나아가 부당한 이유로 거절통지를 받게 된 주주의 경우에는 법원에 의안상정가처분신청을 할 수 있도록 해야 할 것인데, 그러할 경우에 법원의 가처분결정이 내려지기 전까지 개최되었던 주주총회는 무효로 하고, 의안상정가처분결정이 내려진 시점이 주주총회 소집통지기간인 2주간 내라면 주주총회 개최일자를 주주제안 일자까지 포함하여 개최될 수 있게 변경하도록 하는 조치도 마련되어야 할 것이다.²⁸⁵⁾ 입법론적으로는 주주제안권제도의

282) 전현정 · 전계논문 182면.

283) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(f).

284) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(j).

285) 동지; 김지환 · 전계논문 118면.

실효성 확보를 위해 미국 SEC의 경우와 같이 법원에 제안·이유의 심사권을 부여함으로써 법원은 회사 및 이사에 대하여 제안 및 그 이유의 기재를 명할 수 있도록 함과 동시에, 주주제안을 이행하지 않은 회사 또는 이사에 대해서는 벌금형이나 과태료의 처분을 내리는 등, 그 책임을 물을 수 있는 근거를 마련하는 것이 바람직하다고 생각한다.²⁸⁶⁾

4. 의결권 확보를 위한 제도개선

통상적으로 회사의 경영에 관심이 있는 주주라 할지라도 일반주주들은 분산되어있는 소유구조이기 때문에 경영진에서 제안한 수정안을 부결시키기에 충분한 표를 모으기가 어려우며, 비용도 적지 않게 들기 때문에 대다수의 주주들은 정보의 부족, 비용과 같은 이유로 의결권을 행사하지 않거나 경영진에서 후원하는 제안에 관해 반대하지 않게 된다. 이러한 상황에서 주주제안을 활성화하기 위해서는 주주제안을 한 주주가 자신이 제안한 사안이 주주총회에서 통과될 가능성이 있어야 할 것이다. 그러기 위해서 제안주주는 찬성결의를 얻기 위해 반대주주들이 확보하고 있는 의결권보다 더욱 많은 의결권을 확보할 필요성이 있게 된다. 투표의 유효성은 정족수 요건을 충족시키기만 한다면 높은 투표율에 달려 있다고 할 수 있으므로 실질적으로 해결할 수 있는 방법은 주주를 대신하여 의결할 대리인을 지정하는 것 즉, 의결권대리행사제도가 유용하다. 이처럼 의결권대리행사제도에 의한 의결권을 확보하기 위해서는 다른 주주들로부터 의결권대리행사에 관한 위임장을 획득하는 것이 관건이라 하겠는데, 최근 법원은 실질주주가 주주명부의 열람 및 등사를 청구할 때에도 상법 제396조 제2항의 유추적용을 인정하여 실질주주명부의 열람이 가능하게 되어 위임장 권유의 조건은 좀 나아진 형편이다.²⁸⁷⁾ 그러나 회사의 경영진은 본인의 이익을 얻기 위해 위임장권유를 할 때에도 그 비용은 회사가 부담하는데 반해, 제안주주는 주주본인의 비용으로 위임장권유를 해야 하기 때문에 의결권

286) 동지; 김재두·전계논문 367면.

287) 이점, 대법원은 자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성되는 실질주주 명부는 상법상 주주명부와 동일한 효력이 있으므로(자본시장법 제316조 제2항), 열람·등사청구권의 인정 여부와 필요성 판단에서 주주명부와 달리 취급할 이유가 없다. 따라서 실질주주가 실질주주명부의 열람 또는 등사를 청구하는 경우에도 상법 제396조 제2항이 유추적용된다고 판시한 바가 있다(대법원 2017.11.9 선고, 2015다235841 판결).

대리행사를 위한 위임장을 획득하기 어렵게 만드는 하나의 원인으로 작용하고 있다.²⁸⁸⁾

미국의 경우에는 주주가 단독으로 다른 주주들에게 위임장을 권유하고 싶을 경우에는 회사에 대하여 주주의 명부를 제공하도록 요청하거나 회사가 직접 위임장권유를 발송하도록 하는 방법을 택할 수 있게 하고 있는데, 이 경우 위임장 등을 발송하기 위해 필요한 제반비용은 모두 개인이 부담하는 것으로 되어 있다.²⁸⁹⁾ 그러나 주주제안의 형태로 제안된 이후 이사회가 동 제안을 채택하게 되면 위임장 등을 비롯한 관련비용을 모두 회사가 부담하게 된다.²⁹⁰⁾ 우리도 이를 참고해 가면서 주주제안 시에 위임장권유 등의 신청이 있는 경우는 그 비용에 관한 입법적 해결책을 모색해 볼 필요가 있을 것으로 생각한다. 그리고 이에 더하여 회사가 주주에게 의결권의 대리행사를 권유할 경우에는 소수주주 혹은 반대주주가 동 위임장에 자신의 제안을 추가할 것을 원한다면 일정한 요건을 충족하는 자로 한하여 이를 허용하는 것도 고려해 볼 필요가 있을 것이다.

한편, 위임장을 권유하는 절차를 편리하게 하기 위하여 2014년 상법시행령 제160조(위임장 용지 등의 교부방법)에는 ‘인터넷 홈페이지를 이용하는 방법’을 추가하였는데, 이 경우 피권유자인 주주가 직접 전자위임장 권유시스템에 접속하여 위임장 용지와 참고서류를 조회해야 하기 때문에, 적어도 권유자는 피권유자에게 인터넷 홈페이지를 통하여 위임장 권유가 이루어졌다는 사실을 통지할 필요가 있다. 미국의 경우 SEC는 2008년 회사가 모든 대리자료를 공개웹사이트(SEC 사이트의 표준 EDGAR 게시물)에 게시하도록 하며, 주주들에게 ‘서면 송부’ 혹은 ‘사이트의 알림과 접근’의 선택권을 제공하도록 요구하는 규칙을 채택하였다. SEC는 전자통신의 발달을 활용하며, 위임장송달요건에 대한 예전의 해석으로 허용되는 것보다 더 큰 유연성을 확보하기 위하여 ‘통지 및 접근 위임장모델(notice and access proxy model)’을 채택하고, 최초 서면통지(initial paper notice)를 송달함과 동시에 전자적 방법으로 위임장 참고자료들을 제공하게 된 것이다. 주주가 만약 모든 자료의 서면 송부(Full Set Delivery Option)를 선택하게 된다면 회사는 전체 위임장 자료를 송부하면 되며, 만약 일부주주가 전체 위임장 자료(Full Set Delivery Option)를 요청하지 않았을 경우에는 관련된 자료를 인터넷

288) 이점, 경영진이 아닌 주주도 위임장 권유를 할 수 있지만, 경영진은 그 비용을 회사의 부담으로 함에 반하여 주주의 경우 소요 비용을 주주 개인이 부담하게 되므로, 경영진 교체와 같은 목적이 아니라면 굳이 큰 비용을 들여가면서 위임장 권유를 할 실익이 없다는 지적이 있다(최민용, “기업지배구조 개선과 공시주의-의결권 대리행사의 권유를 중심으로-” 「상사법연구(제31권 제2호)」 한국상사법학회 59면(2012년).

289) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-7.

290) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-16(a)(2).

에 모두 등재한 후 주주총회일로부터 최소 40일 이전에 위임장권유자료가 인터넷에 등재되어 있다는 사실을 통지하도록 하고 있다.²⁹¹⁾ 인터넷에 등재되어 있는 모든 위임장권유자료는 주주들이 무료로 공개적으로 접근할 수 있도록 하여야 하고, 그러한 자료는 온라인에서 읽기 용이하여야 하며 용지에 인쇄하기 편리한 형식으로 웹 사이트에 표시되어야 한다.²⁹²⁾ 이를 참조하여 우리도 주주제안과 관련된 사항을 인터넷 홈페이지에 충분히 공시하여야 하며, 인터넷 홈페이지를 통하여 위임장권유를 활성화하기 위한 노력이 필요하다고 생각한다. 상술한 미국의 경우와 같이 참고서류를 인터넷 웹사이트에 올려두고 필요로 하는 주주들에게 자료를 제공하는 방법으로 실제 교부에 대체하고, 별도로 요청하는 주주들에게는 서면의 참고서류를 교부한다면 그만큼 비용에 관한 문제는 해결될 수 있을 것이다.²⁹³⁾

또한 우리나라에서는 주주제안에 관한 정보를 체계적으로 제공하고 교육시켜 주는 지원기관²⁹⁴⁾이 존재하지 않는다는 것도 문제의 하나로 지적된다. 미국의 경우는 Broadridge사의 Shareholder education 사이트²⁹⁵⁾와 같은 금융 관련 전문 서비스 기관 등이 기업에게는 구체적인 규정이나 실무 절차, 관련 교육 등을 지원하고 있으며, 주주들에게는 세부적인 절차나 서식을 제공하는 것과 같은 용이한 접근과 적극적 참여를 유도하기 위해 노력을 경주하고 있다.²⁹⁶⁾ 우리의 경우도 주주제안권을 행사하는 주주나 그 제안을 받는 기업이나 실무적인 교육을 받을 기회가 주어지지 않으므로 각자 어려운 사정인 것은 마찬가지이다. 따라서 상공회의소, 전국경제인연합회 등 민간기구나 기타 교육기관을 통해 이를 지원하는 사업을 전개할 수 있는 법제마련 등은 절실한 상황이라 하겠다.

291) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-16(a)(2).

292) SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-16(b)(1), ①.

293) 동지; 최만용 · 전개논문 62면.

294) 미국의 경우는 SEC기업금융부(Division of Corporation Finance)에서 주주제안 배제 조항 해석을 공보(Staff Legal Bulletin No. 14I(“SLB 14I”))하고 있는 상황이다.
 < [https:// www.sec.gov/interp/legals/cfs1b14i.htm](https://www.sec.gov/interp/legals/cfs1b14i.htm) >

295) www.shareholdereducation.com.

296) 이다원 외 · 전개논문 103면.

제 6 장 결론

소유와 경영이 분리되어 있는 주식회사에서 자본의 구성단위가 되는 주식을 취득함으로써 회사의 사원자격에 해당되는 주주가 된다. 주주는 법률적으로 회사의 구성원이면서도 경제적으로는 회사의 소유자 지위에 있다. 그러나 회사의 실질적인 소유자인 주주와 대리인의 지위에 있는 경영진의 이익은 그 추구하는 바가 달라 완전히 일치하기는 어렵고, 따라서 경영진이 주주의 이익을 위해 자발적으로 행동해 줄 것이라고 기대하기는 어렵다. 그러므로 주주는 스스로 기업의 경영에 관심을 가지고 건전한 경영이 이루어질 수 있도록 관심과 노력을 기우릴 필요가 있게 된다.

주식회사제도에서 주주가 경영에 관여할 수 있는 유일한 길은 주주총회를 통해서만이 가능하다. 그러나 회사의 최고의사결정기관인 주주총회는 자본다수결제도에 의해 운영되기 때문에 그 의사결의는 지배주주·대주주의 의지에 따라 결정되는 것이 다반사이고, 상대적으로 의사결의에서 밀리는 비지배주주·소수주주는 회사경영에 관심을 갖지 못하고 투자수익에만 급급하는 현상으로 나타나게 된다.

한편, 주식회사제도는 소유와 경영의 분리라는 최대 장점을 가지는 회사형태의 하나이지만, 주주총회를 장악하는 지배주주·대주주가 경영진의 선임권과 해임권도 장악하게 되는 결과를 낳게 되어 법률상으로는 소유와 경영의 분리를 표방하면서도 실질은 소유와 경영이 일치하는 이율배반적인 현상을 보인다. 따라서 지배주주·대주주의 잘못된 경영마인드는 회사경영을 위태롭게 할 뿐만 아니라 비지배주주·소수주주의 이익에도 나쁜영향을 미치게 되는 현상으로 나타나 제도적인 문제점으로 대두되기 시작하였다. 상법은 그러한 주주총회의 운영상의 문제점을 해결하고 지배주주·대주주의 영향 아래에 있는 경영진의 경영에 대한 건전성과 투명성을 확보하기 위해서 비지배주주·소수주주에게 지배주주·대주주를 견제할 수 있도록 경영에 대한 감독기능의 정점에 서게 하였다. 그러한 차원에서 법제하게 된 것이 바로 일정한 조건을 갖춘 소수주주만이 행사할 수 있게 한 소수주주권제도인 것이다.

소수주주권제도의 정착은 자본다수결제도의 한계에서 발생한 의사결정의 왜곡을 시정시키고, 지배주주와 경영진의 횡포를 막을 수 있으며, 주주총회가 형해화 되어 가는 현실에서 소수주주의 발언 기회를 확대시키게 됨으로써 주주총회의 활성화에도 기대되는 바가 크다.

상법상 소수주주권에 대한 대략적인 구성에 관해 언급하면, 첫째, 회사의 정보접근을 용이하게 해주어 소수주주의 감시·감독기능을 강화시킬 수 있는 기능으로 회계장부열람·등사권, 둘째, 비교적 경영주도권을 갖기 힘든 소수주주를 위해 주주총회를 통해 경영에 관여할 수 있도록 해주는 임시주주총회소집청구권, 주주제안권, 집중투표청구권, 셋째, 경영진에 대한 감시와 지배주주·대주주에 대한 견제기능을 원활히 수행할 수 있도록 하는 이사·감사 등에 대한 해임청구권, 위법행위유지청구권, 대표소송제기권, 넷째, 회사가 존속함으로써 오히려 주주에게 불이익을 주지만 다수주주파의 반대로 해산결의를 할 수 없게 되었을 경우를 대비한 해산판결청구권 등으로 법제되어 있다.

본 논문에서는 주주총회에 관한 기초이론의 정리로부터 시작하여 위의 소수주주권에 관한 각각의 개별적 권리를 분리하여 구체적으로 살펴보고, 특히 1998년 개정상법으로 도입된 주주제안권에 대해서는 보다 집중적으로 조명해 보았다.

주주제안권은 주주의 제안을 반드시 가결시키는 것만이 목적이 아니라 주주가 의제나 의안을 총회에 제출하여 소집통지서 등에 기재함으로써 경영진을 견제하고 다른 주주에게도 의견을 공시하는 것에 더 중요한 의미를 가진다. 그리고 주주제안의 핵심은 주주가 올바른 판단을 통해 기업의 가치를 향상시키기 위한 제안을 할 것인가 아니면 정보부족이나 개인의 이기심으로 기업에게 가치를 훼손시키는 제안을 할 것인가의 문제에 있었다. 실제로 주주제안이 단순하게 효과적이지 않은 것뿐만 아니라 오히려 기업에게 손해를 끼칠 수도 있다. 기업은 효과적으로 경쟁하기 위해서는 자율성이 필요한데, 주주제안을 함으로서 경영진의 자유로운 업무활동을 압박하게 된다면 오히려 기업의 가치가 감소될 수 있는 위험이 있기 때문이다. 그러나 주주제안은 투자자들이 기업에 직접적인 영향을 주기 위해 취할 수 있는 소수의 조치 중 하나이므로 기업 지배구조에서 중요한 역할을 한다. 미국의 주주제안에 관한 제도가 우리법제에 직접적으로 영향을 미치지 않았더라도 주주총회에서 소수주주의 제안이 표결에 부쳐지는 과정은 정보 통합과 확산을 촉진시킬 수 있고, 그 제안이 다수의 주주로부터 지지를 얻는다면 그것은 경영진에게 기존의 지배구조나 회사의 사업방향에 대한 재고를 심각히 고민할 수 있는 기회를 제공할 수 있다. 따라서 주주제안은 제도의 남용으로 인해 경영권침해와 소유와 경영의 분리라는 주식회사의 대원칙을 무력화시키지 않는 한도 내에서 소수주주의 경영자에 대한 통제기능으로 경영의 투명성을 제고시킬 수 있도록 운영되어야 한다는 결론을 얻게 되었다.

그리고 본 연구에서는 입법론으로 이하의 것들을 주장하였다.

첫째, 비상장회사의 경우에도 상장회사처럼 일정기간동안 주식의 보유기간을 설정하는 기준마련이 필요하다는 것.

둘째, 주주제안의 활성화를 위해서 상법시행령 12조에 규정되어 있는 주주제안 거부 사유 중 제2호 “주주의 개인의 고충에 관한 사항” 과 제4호 “임기 중에 있는 임원의 해임에 관한 사항” 및 제5호 “회사가 실현할 수 없는 사항” 등은 경영의 투명성 재고, 주주의 이익실현이라는 주주제안의 입법취지와는 맞지 않다고 보아 삭제될 필요가 있다는 것,

셋째, 행사주체 요건을 개선하고 행사기간을 확장할 필요가 있다는 것 등이다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

- 서성호, 「최신기업법강론」 무역경영사 (2015년)
- 정찬영, 「상법강의(상)(제7판)」 박영사 (2019년)
- 임홍근, 「회사법」 법문사 (2000년).
- 임홍근, 「회사법」 법문사 (2002년).
- 최기원, 「제18판·상법학신론(상)」 박영사 (2009년)
- 장덕조, 「상법강의(제3판)」 법문사 (2019년).
- 권기범, 「기업구조조정법·제5판」 삼영사 (2020년)
- 이철송, 「제12판·회사법강의」 박영사 (2005년)
- 이철송, 「제28판·회사법강의」 박영사 (2020년)
- 이철송, 「2011 개정상법-축조해설-」 박영사 (2011년)
- 최기원, 「제15판·상법학신론(상)」 박영사 (2004년)
- 최기원, 「신회사법론(상)」 박영사 (2012년)
- 정동윤, 「회사법」 법문사 (2001년)
- 정동윤, 「상법(上)」 법문사 (2012년)
- 최준선, 「회사법(제14판)」 삼영사 (2019년)
- 정찬형, 「상법강의(상)」 박영사 (2013년).
- 정찬형, 「상법강의요론(제16판)」 박영사 (2018년)
- 김화진, 「상법강의」 박영사 (2015년)
- 김정호, 「회사법」 법문사 (2012년)
- 임재연, 「회사법(Ⅰ)」 박영사 (2013년)
- 임재연, 「회사법Ⅱ」 박영사 (2013년)
- 임재연, 「회사소송」 박영사 (2010년)
- 임재연, 「자본시장법」 박영사 (2012년)
- 최준선, 「회사법」 삼영사 (2011년)
- 최준선, 「회사법(제14판)」 삼영사 (2019년)
- 서헌제, 「사례중심체계 상법강의(上)」 법문사 (2007년)
- 이기수=최병규, 「회사법(상법강의Ⅱ)」 박영사 (2011년)
- 이기수=최병규=조지현, 「회사법」 박영사 (2008년)
- 김건식 외 6인 공저, 「회사법」 박영사 (2012년)
- 김건식=송옥렬, 「미국 의 증권규제」 홍문사 (2001년)

- 손주찬, 「상법(上)」 박영사 (2004년)
- 채이식, 「상법강의(上)」 박영사 (1996년)
- 정경영, 「상법학강의」 박영사 (2007년)
- 전상현, 「주주제안권-신회사법시리즈 회사법의 쟁점」 자유기업센터 (1999년)
- 홍복기=김성탁=김병연=박세화=심영=권재열=이윤석=장근영, 「회사법-사례와 이론-」 박영사 (2012년)
- 이시윤, 「신민사소송법」 박영사 (2009년)
- 강현중, 「민사소송법」 박영사 (2004년)
- 김홍엽, 「민사소송법」 박영사 (2010년)
- 서성호, “소수주주의 경영감시기능강화를 위한 법제의 총체적고찰” 「상사판례연구 (제29집 제3권)」 한국상사판례학회 (2016년)
- 김영균=임춘환, “주주총회에서 주주평등원칙의 적용” 「상사판례연구(제30권 제4호)」 한국상사판례학회 (2017)
- 임홍근, “주주총회 제도의 개선방안 “ 「上場協 (27호)」 한국상장회사협의회 10면(1993년)
- 김영균, “주주총회 내실화를 위한 소고(-주주총회의 의장, 총회검사인제도를 중심으로-)” 「법학논고 Vol.0 No.55」 경북대학교법학연구원 (2016년)
- 이양복, 「소수주주의 지위강화에 관한 연구」 고려대학교대학원 법학박사학위논문 (2005년)
- 임홍근, “주요국의 기업지배구조개혁과 성과” 「상사법연구(제20권 제2호)」 (2001년)
- 권재열, “소수주주권의 법리-그 행사요건의 완화에 대한 검토를 중심으로-” 「상사법연구(제22권 제2호)」 상사법학회 (2003년)
- 김문재, “지주회사의 도입에 따른 회사법의 향방-지배(control)와 책임을 중심으로-” 「상사법연구(제18권 제1호)한국상사법학회 (1999년)
- 심창섭, “소수주주에 관한 제문제” 「재판자료(37집)」 법원도서관 (1987년)
- 정인성, “소수주주권에 관한 소고” 「법학논총(제8집)」 조선대학교법학연구원 (2002년)
- 송호신, “지배주주의 권리와 책임” 「한양법학(제23집)」 한양법학회 (2008년)
- 김의래, “지배주주의 권한남용에 대한 소수주주의 보호” 연세대학교 석사학위논문 (1998년)
- 이정기, “소수주주의 축출제도에 관한 연구” 고려대학교대학원 석사학위논문 (2010년)
- 김상규, “상법상 소수주주의 보호에 관한 연구” 「비교사법 제6권 2호(통권 11호)」
- 송호신, “자본다수결제도에서 회사지배변동에 따른 주주간의 이해조정” 「90년대 상사법의 신경향-춘광 이원석박사 정년기념논문집」 세영사 (1991년)
- 김대광, “상법상 소수주주의 보호에 관한 연구” 한양대학교대학원 석사학위논문 (2016년)
- 김영조, “소유와 경영의 분리에 대한 비판적 논의” 「연세경영연구(제29권 제2호)」 연세대학교경영연구소 (1992년)
- 김선웅, “주주권 행사 관련 제도의 문제점과 개선방향” 「법·제도」경제개혁연구소 (2008년)
- 강명현, “한국의 소액주주권” 한국개발연구원 (1999년)

- 최병규, “소수주주의 권리강화를 위한 제도 개선방안-회계장부열람청구권을 중심으로-”
「경영법률(제20권 제2호)」한국경영법률학회 (2010년)
- 권오성, “소수주주권에 관한 상장회사 특례규정의 문제점 : 보유기간을 중심으로 - 서울
중앙지법 2011.1.13. 2010카합3874결정에 대한 평석” 「성신법학(10)」성신여자
대학교법학연구소 (2011년)
- 강명헌, “한국의 소액주주권” 한국개발연구원 (1999년)
- 김건식, “주주간의 이해 조정에 관한 시론” 「한림법학 FORUM」 (1992년)
- 김재형=송중선, “일본판례평석:회계장부열람청구의 거부사유로서의 실질적인 경쟁관계”
「법학논총(제16집 제1호)조선대학교법학연구원 (2009년)
- 정찬형, “주주총회 활성화를 위한 제도개선방안” 「상사법연구(제23권 제3호)」한국상
사법학회 (2004년)
- 정준우, “주주제안권의 행사요건과 그 문제점” 「상사법연구(제21권 제3호)」한국상사법
학회 286면(2003년)
정준우, “현행 집중투표제도의 비판적 고찰” 「법과 정책연구(제5집 제1호)」한국법정
책학회 (2004년)
정준우, “주주권 행사에 관련된 2009년 상법개정과 그 문제점” 「법학연구(제12집 제3호)」
인하대학교법학연구소 (2009년)
- 정준우=정석영, “주주총회 운영상의 문제점과 그 개선방안” 「비교사법(제15권 제1호(통권
제40호))」한국비교사법학회 (2008년)
- 김재범, “주주제안의 대상” 「상사법연구(제18권 제3호)」상사법학회 (2000년)
- 김재두, “주주제안권제도에 관한 법적 검토” 「금융법연구(제11권 제2호)한국금융법학회 (2014년)
- 박찬우, “주주제안권” 「비교사법(제6권 제1호)」한국비교사법학회 (1999년)
- 김원기, “상법(개정안)상의 주주제안권” 고시연구 (1998년)
- 이형규, “상법 중 회사편(일반)에 관한 개정의견” 「법학연구(제21권 제2호)」원광대학
교법학연구소 (2005년)
- 유진희, “집중투표제의 장단점과 그 실효성” 「상장협 제44호」한국상장회사협의회 (2001년)
- 박영준, “집중투표제-비교법적 고찰을 중심으로-” 「기업법연구(제14집)」한국기업법학회 (2003년)
- 김성탁, “대주주의 이사선임 독점현상을 시정하기 위한 제도모색” 「상사법연구(제20권 제3호)」
한국상사법학회 (2001년)
- 정찬형, “2009년 개정상법중 상장회사에 대한 특례규정에 관한 의견” 「상사법연구(제28권
제1호)」한국상사법학회 (2009년)
- 정인성, “소수주주권에 관한 연구” 조선대학교 박사학위논문 (2003년)
- 박승남, “주식회사 경영의 투명성 제고를 위한 상법상의 제도변천에 관한 연구” 「법학논총
(제20권 제2호)」조선대학교법학연구원 (2013년)
- 김동석, “주주의 대표소송과 중복대표소송” 「경영법률」한국경영법률학회 (2000년)
- 노일석, “주주대표소송에 관한 연구” 「성신법학(제2호)」성신여자대학교법학연구소 (2003년)

- 김건식, “주주대표소송의 활성화 관련된 몇 가지 문제점-일본의 경험을 참고로 하여-” 「서울대법학(제37권 제2호)」 (1996년)
- 김대연, “주주대표소송에서의 원고적격” 「비교사법(제5권 제1호(통권 제8호))」 한국비교사법학회 (1998년)
- 김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안” 「경제개혁리포트」 경제개혁연구소 (2013년)
- 오세빈, “주주의 대표소송에 관한 몇 가지 문제” 「민사재판의 제문제(12권)」 한국사법행정학회 (2003년)
- 오성근, “주주대표소송에 관한 소고-상법과 영국의 회사법제와의 비교를 중심으로-” 「상사법연구(제29권 제2호)」 한국상사법학회 (2010년)
- 김상균, “공동소송적 보조참가에 관한 고찰” 「법조(제53권 제3호·통권 제570호)」 법조협회 (2004년)
- 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구-사문화와 남소방지를 위한 절차를 중심으로-” 서울대학교 박사학위논문 (1997년)
- 최성호, “주주대표소송 절차에 관한 연구” 동국대학교 박사학위논문 (2004년)
- 김화진, “상장회사를 어떻게 규제할 것인가” 「서울대학교 법학(제49권 제1호)」 (2008년)
- 송양호, “상장회사 특례규정 및 동시행령에 관한 검토 및 개선방안” 「기업법연구(제26권 제1호)」 (2012년)
- 김지환, “주주권 실현을 위한 주주제안제도” 「기업법연구(제22권 제2호)」 한국기업법학회 (2008년)
- 이다원=윤정화=정혜민, “주주제안 현황 및 제도 실태 분석” 「기업지배구조 리뷰(vol. 79)」 한국기업지배구조원 (2015년)
- 장정애, “현행 주주제안권에 관한 고찰” 「법학연구(제22집 제3호)」 인하대학교법학연구소 (2019년)
- 성민섭, “주주제안권의 내용상 한계와 이사회 의사·변형 상정 가능성 -이사 추가선임 및 집중투표를 청구한 사례들을 중심으로-” 「법학논총(제28권 제3호)」 국민대학교법학연구소 (2016년)
- 최민용, “기업지배구조 개선과 공시주의-의결권 대리행사의 권유를 중심으로-” 「상사법연구(제31권 제2호)」 한국상사법학회 (2012년)
- 임재연, “상장회사 주주의 소수주주권 행사요건” 대한변협신문(2011.2.21.기사)
- 법무부 보도자료, “상장회사 특례규정 상법으로 일원화” (2007년 8월 9일 보도자료)
- 한국기업지배구조원, 「KCGS 리포트(8권 4호)」 한국기업지배구조원 (2018년)
- 대법원 2007.05.10. 선고 2005다4284 판결
- 대법원 1967.6.13. 선고 67다302 판결
- 대법원 1963.11.7. 선고 62다117판결
- 대법원 1967.6.13. 선고 67다302 판결
- 대법원 2004.12.24. 선고 200마1575 결정
- 대법원 1999.12.21. 선고 99다137 판결

- 대법원 1985.7.31. 선고 85마214 결정
- 대법원 1991.4.30. 선고 90마672 결정
- 대법원 2001.12.21. 선고 2001그121 결정
- 대법원 2001.2.28. 선고 2000마7839 결정
- 대법원 2009.10.29. 선고 2009마1311 결정
- 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결
- 대법원 2003.2.26. 선고 2000다42786 판결
- 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결
- 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결 .
- 대법원 2009.6.25. 선고 2008마1930 결정
- 대법원 1993.2.9. 선고 92다21098 판결
- 대법원 2004.12.10, 선고, 2003다41715 판결
- 대법원 2017.11.9 선고, 2015다235841 판결
- 서울지방법원 1998.4.1. 선고 97가합68790 판결
- 서울고등법원 2011.6.16. 선고 2010나70751 판결
- 서울고등법원 2000.10.13. 선고 99나35708 판결
- 서울지방법원 1999.9.7. 선고 99가합17703 판결
- 서울고등법원 2015.8.28. 선고, 2015나2019092 판결
- 서울고등법원 2011.4.1. 2011라123 결정
- 서울중앙지방법원 2011.1.13. 2010카합3874
- 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정
- 서울중앙지방법원 2011.1.13. 2010카합3874 결정
- 서울중앙지방법원 2015.7.1. 2015카합80582 결정
- 서울북부지방법원 2007.2.28. 2007카합215 결정
- 서울중앙지방법원 2015.4.9. 선고, 2014가합529247 판결
- 서울 북부지방법원 2007.2.28 2007카합215 결정 .
- 부산지방법원 2004.4.14. 선고 2002가합16791 판결

2. 국외문헌

- 佐藤敏昭, “株主總會の活性化とIR活動” 「現代企業法の理論と課題」信山社 (2002年)
- 前田重行, 「株主總會制度の研究」有斐閣 (1997年)
- 前田重行, 「新版・註釋會社法(5)」上柳克郎/鴻 常夫/竹内昭夫外編・有斐閣 (1986年)
- 山城將美, 「企業通治の法的課題」成文堂 (2008年)
- 末永敏和, “株主總會制度論” 「現代企業法の理論」 (1998年)
- 末永敏和, “株主總會の現状と課題” 「法律時報 64卷7號」 (1984年)

- 大杉謙一, “なぜ總會屋はなくなるのか(三, 完) -ゆすりと株主總會の法 と經濟學”
「ジュリスト(No.1147)」有斐閣 (1998年)
- 竹内昭夫, “株主總會の議長權限と説明義務” 「旬刊・商事法務(No.1010)」商事法務研究会
(1984年)
- 森淳二郎, 「會社法におけるタイナミズムの法化-會社病理の法理と會社生理の法理-
現代企業法の理論」信山社 (1998年)
- 星川長七, “少額株主權について” 「早稻田法學(第33巻 第3・4號)」
- 江頭憲治郎, 「株式會社法」有斐閣 (2013年)
- 上柳克郎, 「新版註釋會社法(6)(和座一清)」有斐閣 (1987年)

- Business Post 2016. 3. 11.(<http://www.businesspost.co.kr/news/articleView.html?idxno=24638>).
- <https://translate.google.co.kr/translate?hl=ko&sl=en&u=http://www.businessinsider.com/buffett-berkshire-hathaway-annual-meeting-&prev=search> 2017.10.5.
- Michael C. Jensen.& William H. Meckling., "Theory of the Firm; Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", Journal of Financial Economics, vol 3, 1989.
- Adolf A. Belre & Gardiner C. Means, "The Modern Corporation and Private Property", 2nd revised edition, Transaction Publishers, 1991.
- Randall K. Morck, "Introduction, in Concentrated Corporate Ownership", 1(Randall K. Morck, ed., 2000, Eddy Wymeersch, "The Corporate Governance in Some European States, in Contemporary Issues in Corporate Governance 3, 9(D. D. Prentice & P. R. J. Hollands eds., 1993
- Frank H. Eaterbrook & Daniel R. Fischel, "The Economic Structure of Corporate Law", Revised edition, Harvard University Press, 1996.
- Berger v. Berger, 592 A. 2d 321(N. J. Super. Ct. Ch. Div., 1991).
- Julián Javier Garza, "Rethinking Corporate Governance: The Role of Minority Shareholders-A Comparative Study", St. Mary's Law Journal, Vol. 31, Issue 3, 2000.
- Adolf A. Belre & Gardiner C. Means, Adolf A. Belre & Gardiner C. Means, "The Modern Corporation and Private Property", 2nd revised edition, Transaction Publishers, 1991.
- Frank H. Eaterbrook & Daniel R. Fischel, "The Economic Structure of

Corporate Law", Revised edition, Harvard University Press, 1996. pp. 287;
 Roberta Romano, The Genius of American Corporate Law, 1993.

- Bernard Black & Reinier Kraakman, "A Self-Enforcing Model of Corporate Law", Harvard Law Review, 109, 1996.

- Jeffrey N. Gordon, "Institution as Relational Investors: A New Look at Cumulative Voting", Columbia Law Review, Vol. 94, Issue 1, 1994.

- Lewis D. Solomon & Alan R. Palmiter, "Corporations: Examples and Explanations", 2nd ed., Little Brown and Company, 1994.

- American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated, 3rd edition Volume 2, Prentice Hall Law & Business, 1993.

- Bernard S. Black, "Shareholder Passivity Reexamined", Michigan Law Review, 89, 1990.

- 2 American Law Institute, "Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations", 1994.

- Geoffrey C. Hazard, Jr. & Michele Taruffo, "American Civil Procedure: An Introduction", 1993.

- Bonnie G. Buchanan et al., supra note 11.

- SEC규칙 (17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(i)(12).

- SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(f).

- SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-8(j).

- SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-7.

- SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-16(a)(2).

- SEC규칙(17 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 240) 14a-16(b)(1), ©.

- Lucian Arye Bebchuk, supra note 9.

- <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=009&aid=0004333634>>

- <<https://www.sec.gov/interps/legal/cfs1b14i.htm>>

- www.shareholdereducation.com.