

株主의 議決權濫用과 少數株主의 보호에 관한 研究

崔 基 元

<目 次>	
I. 序(株主總會와 議決權)	2. 日本商法과 累積投票制度
II. 議決權의 濫用	VI. 少數株主權
III. 議決權制限에 관한 立法例	1. 留止請求權
IV. 株主總會 決議取消 및 無効 確認의 訴	2. 代表訴訟
V. 累積投票制度	VII. 結 言
1. 累積投票制度의 意義와 長短點	

I. 序(株主總會와 議決權)

資本主義經濟體制 속에서 생활하는 現代의 人間은 누구나 그의 經濟生活面에서 經濟的 내지는 社會的 制度(social institution)라고 할 수 있는 株式會社의 지배를 받거나 적어도 去來相對方인 지위에 있게 된다.

그러므로 株式會社制度의 進전한 발달은 國民經濟的인 측면에서 볼 때 커다란 意義를 지니게 된다. 즉 株式會社의 進전한 存立은 직접적인 利害關係者라고 할 수 있는 株主 및 會社債權者의 이익을 보호하고 또한 모든 機關構成員 및 勞動者의 生計와 去來相對方이 될 수 있는 一般公衆의 公益을 도모하기 위하여 그 意義가 크다고 할 수 있다.

이러한 株式會社의 經營은 오늘날 그 中心이, 持分資本이 證券化됨에 따라 持分資本家와 企業間의 人的關係는 희박하여지고 資本은 非人格化되면서 會社의 經營을 擔當하는 理事들에게 집중되고 있는 것이다. 그러므로 ~~상대적으로~~ 株主總會는 會社의 經營에 대하여는 실제에 있어서 무력한 기관이 되고 있다.

그러나 法人인 株式會社의 모든 기능은 株主總會에서 株主들이 議決權을 행사함으로써 비로소 시작되는 것이며 會社經營의 中心이라고 할 수 있는 理事들은 株主總會에 의하여 선임되므로서 機關能力을 갖게 되는 것이다. 즉 議決權은 會社의 生理的活動의 始發點이라고 할 수 있다.

株主總會는 株主들이 議決權을 행사함으로써 對內的으로 會社의 意思를 결정하는 기관이다. 특히 종래에는 株主總會가 株式會社의 最高機關이었다. 그리하여 會社의 經

營에 관계되는 것은 어떠한 事項에 대하여도 決議할 수 있었으며 理事들은 그 결정에 따라야만 하였다. 이와같이 株主總會가 最高機關으로서의 地位를 누리게 되었던 이유는 株式會社에도 自由主義思想이 지배되어 株主들이 投資家로서 企業의 主人으로 간주되었기 때문이다.

그러나 企業의 규모가 점차로 확대되고 經營面에서 경제적인 관계와 技術過程이 복잡하게 되면서 오늘날 대다수 國家의 會社關係立法은 業務執行機關의 권한을 강화하는 반면에 株主總會의 權限을 축소하는 경향이 뚜렷하다. 그리하여 우리나라 商法 第361條에서도 株主總會는 商法 또는 定款에서 정하는 事項에 한하여 결의할 수 있다고 制限的으로 규정하고 있다.

우리나라 상법이 明定하고 있는 株主總會의 권한으로는 特別決議事項으로서 定款變更(商法 第434條), 營業의 전부 또는 중요한 일부의 讓渡, 營業전부의 임대 또는 經營委任, 他人과 營業의 損益을 같이하는 契約의 締結, 變更 또는 解約, 他會社의 營業전부의 讓渡(商法 第374條), 理事 및 監事의 解任(商法 第385條, 第415條), 資本의 減少(商法 第438條), 轉換社債의 發行(商法 第513條 2項)과 이 밖에도 任意解散, 會社의 繼續, 株式의 割引發行, 新設合併에 있어서 設立委員의 選任, 合併契約書의 承認 등을 들 수 있다. 또한 普通決議事項으로서 중요한 권한은 理事·監事·清算人의 選任과 그 報酬의 決定(商法 第382條, 第384條, 第409條 1項, 第388條, 第415條, 第542條 2項), 理事·清算人의 計算書類의 承認(商法 第499條, 第543條), 準備金의 資本轉入決議(商法 第461條), 檢査人의 選任(商法 第366條, 第367條)과 理事에 대한 競業의 承認, 理事와 會社間의 訟를 대표할 자의 選任, 總會의 延期 續行의 決定, 清算終了의 承認 등이 있으며 총주주의 동의를 요구하는 특수결의 사항으로 理事의 회사에 대한 責任의 免除, 株式회사에 대한 責任의 免除, 주식회사의 유한회사로 조직변경이 있다(商法 第400條, 第604條). 이상의 사항은 株主總會의 전속권한으로서 이들 사항의 결정은 定款에 의하더라도 他機關에 또는 他人에게 委任할 수 없는 것이다. 株主總會는 이상과 같은 중요한 결정권한을 전유하는 동시에 더 나아가 定款의 規定으로서 他機關의 권한에 속하는 사항에 대하여도 그의 권한을 擴大할 수 있다. 即 定款에 의하여 원칙적으로 이사회에 속하는 사항에 대하여도 그의 권한을 擴大할 수 있다. 即 定款에 의하여 원칙적으로 이사회에 속하는 新株發行, 代表理事와 支配人의 選任權限 등을 株主總會의 권한으로 규정할 수 있는 것이다(商法 第416條, 第389條 1項, 第393條). 우리나라의 상법이 株主總會는 상법 또는 定款에 정하는 사항에 한하여만 결의할 수 있다고 규정하고 있으나 상법이 明定하고 있는 株主總會의 전속권한이 상기한 바와 같이 肥大하고 또한 중요한 사항이 包含되어 있고 定款의 규정으로 其他 業務執行에 관한 모든 사항도 株主總會의 권한이 될 수

있으므로 오늘날의 株主總會도 舊依用商法에서와 같이 法律上으로나 실질적으로 권한면에서 볼 때 株式會社의 가장 強力한 機關이라고 할 수 있는 것이다.

이상과 같은 강력한 권한을 갖는 株主總會의 意思는 株主들의 議決權行使에 의하여 결정된다. 그때문에 株主의 議決權은 가장 중요한 株主權이라고 할 수 있다. 이러한 株主의 議決權은 원칙적으로 定款規定이나 株主總會의 어떠한 決議로도 일률적으로 또는 일정한 경우에 이를 박탈하거나 制限할 수 없는 強行法的인 성격을 띠고 있으므로 이러한 原則에 위반하는 定款規定이나 株主總會의 결의는 당연히 무효가 되는 것이다.

佛蘭西革命이후 株式會社의 株主總會에도 自由平等的의 思想이 지배되어 議決權의 平等이 인정되게 된다. 그 결과 大陸法을 母法으로 하는 우리나라 商法도 議決權은 1株마다 1個로 한다고 규정하고 있는 것이다(第369條 1項). 즉 株主의 議決權은 그 持株數에 비례하므로 複數의 株式를 소유하는 者는 複數의 議決權을 보유하는 것이다.

人的會社(Personengesellschaft)인 合名會社나 合資會社에 있어서는 社員總會에서의 議決權은 「1頭 1票」(Stimmrecht nach Köpfen)의 원칙에 의하지만 資本團體(Kapitalgesellschaft)인 株式會社에 있어서는 投資家인 株主는 그가 인수한 株式數에 비례하여 議決權을 인정하는 「1株 1議決權」(Stimmrecht nach Kapitalbeträgen)의 原則에 의하므로 株主의 持株數를 기초로 하는 資本制民主主義가 지배되는 것이라고 할 수 있다.

그 결과 發行株式總數의 과반수이상을 소유하는 株主는 理事의 選·解任을 비롯한 모든 중요한 문제에 관하여 실질적으로 決定權限을 행사할 수 있게 된다. 그리하여 오늘날 대부분의 근소한 株式會社는 個人企業化되고 있으며 大株主의 橫暴가 극심하여 少數株主들의 이익이 심히 침해되고 있는 실정이다. 그러므로 本研究에서는 少數株主의 지위를 강화하기 위하여 大株主의 議決權을 制限하는 諸立法例를 調查檢討하고 議決權의 濫用에 관하여 연구함과 더불어 少數株主의 보호에 관한 우리나라 商法上的 諸規定을 考察한다.

II. 議決權의 濫用

議決權은 共益權의 一種으로서 株主의 권리라고 할 수 있다. 그러나 個人的 權利도 社會生活을 떠나서는 생각할 수 없기 때문에 무제한적인 것이 될 수 없다. 이러한 權利에 內在하는 성질로부터 權利의 限界성과 權利의 濫用에 관한 문제가 생기는 것이다. 즉 財產權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 하며(憲法 第15條 2項), 權利의 行使는 信義에 좇아 성실히 하여야 한다(民法 第2條 1項). 그러므로 權利의 行使가 이상과 같은

社會的인 限界를 넘는 때에는 權利의 濫用이 된다고 할 수 있다. 그리하여 民法 第2條 2項에서는 「權利는 濫用하지 못한다」고 규정하고 있다.⁽¹⁾

그러나 法律上의 權利에는 여러가지 종류가 있고 또 그 성질과 내용이 서로 다르기 때문에 權利의 限界 및 濫用의 문제는 경우에 따라 다르다고 할 수 있다. 물론 여기에서는 株式會社에 참여하는 株主의 중요한 權利인 議決權의 濫用に 관하여 고찰한다.

株主의 議決權은 우리나라 商法(第369條 1項)에 의하면 「1株 1議決權」의 原則에 의하지만 外國의 立法例에서는 여러가지 形態로 議決權을 제한하는 규정을 찾아 볼 수 있다(Ⅲ參照). 그러나 Kapitalgesellschaft인 株式會社에 있어서는 投下資本의 대소에 따라 어느정도 株主의 發言權에 差等を 두는 것은 자연적인 현상이라고 할 수 있다. 다만 문제가 되는 것은 그 濫用に 있다. 議決權의 濫用은 반드시 大株主만을 대상으로 하는 것은 아니며 群少株主가 특수한 變態의인 株式으로 지배력을 강화하므로써 그 議決權을 濫用하는 경우가 있다.

첫째로 독일에서 널리 이용되고 있는 所謂 寄託株(Depotaktie)를 예로 들 수 있다. 이것은 無記名株券이 보편화되고 있는 독일에서 다수의 고객(Depotkunden)들로부터 株券의 寄託을 받을 때에 資格讓渡(Legitimationsübertragung)⁽²⁾의 내용을 搜入한 約款에 署名하게 하여 그것을 근거로 金融機關이 議決權을 행사하므로써 株主總會에서 多數를 지배하는 제도이다. 이 경우에 資格의 양도를 받은 金融機關은 株主總會의 개최지에 자기의 支店이 없을 때는 他銀行에 그 자격을 再委任(Untermächtigung)할 수 있다.⁽³⁾ 그러나 1965年の 獨逸의 新株式法(第135條)에서는 이상과 같은 寄託株에 의한 資格讓渡制度의 濫用을 방지하기 위하여 制限을 설정하고 있다. 즉 資格讓渡는 普通契約約款이 아닌 別途書類에 의하여 특정한 銀行에 하여야 하며 資格의 授與는 15個月을 초과할 수 없으며 株主는 언제든지 自己의 資格讓渡를 철회할 수 있다고 규정하고 있다.

資格讓渡에 의하여 金融機關이 議決權을 행사할 때에 자기의 이익을 위하여 할 것인가 또는 株主의 利益을 위하여 행사할 의무가 있는가 등 기타 株主의 指示事項(Weisungen)은 資格讓渡의 內容에 따라 결정되는 것이다.

- (1) 독일에서는 民法 第226條에서 權利濫用禁止(Schikaneverbot)에 관하여, 他人에 대한 被害의 회피를 전제로 하여 「權利의 行使는 他人에게 損害를 주기 위한 目的만이 있는 때에는 허용하지 않는다」고 규정하고 있다. 그후 스위스民法 第2條 2項에서는 독일과 같이 權利濫用의 禁止는 主觀的 目的과 결부시키는 明文規定을 피하여 다만 「權利의 명백한 濫用은 法の 보호를 받지 않는다」고 규정하였다.
- (2) 이것은 株主가 株式自體를 양도하거나 代理權을 수여하지도 않고 他人에게 다만 議決權을 행사할 수 있는 권한만을 授與하여 타인이 自己名義로 議決權을 행사하는 제도이다.
- (3) H. Würdinger, Aktien-und Konzernrecht 2 Aufl 1966 §14 V, S.76

우리나라의 商法에는 資格讓渡에 의한 寄託株制度에 관하여 특별한 규정이 없으므로 이 制度의 認定에 관하여는 문제가 있다. 資格讓渡는 議決權代理行使의 위임도 아니고 또 株式自體의 信託讓渡도 아닌 것이다. 이 경우는 株主의 資格과 議決權行使의 資格이 형식적이지만 분리되는 것이므로 無效라는 立場도 있으나 議決權의 代理行使가 白紙委任에 의하여 광범위하게 인정되며 株式의 信託的讓渡가 가능하므로 구태여 否定할 이유가 없다고 본다.

둘째로 議決權의 남용이 문제될 수 있는 株式은 管理株(Verwaltungsaktien)이다. 즉 어떤 會社의 株式을 從屬會社나 기타 會社와 밀접한 관계에 있는 者가 會社의 위탁을 받고 名義上으로만 양수하여 그 株式에 대한 議決權을 會社의 지시에 따라 행사할 의무를 지는 것이다. 이것은 會社의 기관이 계속적으로 支配權을 확보하기 위하여 이용하는 방법으로 이와 같은 株式은 경제적으로 自己株式과 동일하기 때문에 우리나라 商法上의 해석으로는 의결권을 인정할 수 없을 것이다.

셋째는 독일법에서 규정하는 多數議決權株(Mehrstimmrechtsaktien)로서 過半數以下の 株式을 가진 少數派株主가 會社의 지배권을 확보할 수 있는 특수한 株式이다. 이러한 株式은 第1次 世界大戰 이후 독일에서 Inflation에 의하여 독일의 貨幣價値가 下落하고 外國資本에 의하여 國內企業이 지배되는 것을 방위하기 위한 목적으로 이용되었었다. 그러나 이러한 株式의 발행은 全體經濟上의 이익(Gesamtwirtschaftliche Belange)을 위하여 필요하다고 인정할 때에 關係省의 협의에 의하여 허용되었으며 特定株主 또는 特定集團이 소유하는 株式에 대하여 「1株 1議決權」原則의 예외로서 1株에 대하여 數個의 의결권을 부여하였던 것이다.

이상과 같은 특수한 株式과 관련하여 少數派株主가 會社를 지배할 수 있는 경우는 會社가 議決權 없는 株式(Vorzugsaktien ohne Stimmrecht)를 발행한 때이다. 즉 議決權 없는 株式의 발행을 무제한으로 인정하게 되면 극소수의 議決權 있는 株式을 소유함으로써 會社를 지배할 수 있게 되기 때문에 議決權 있는 少數派株主에 의한 議決權의 濫用문제가 생기게 된다. 그리하여 우리나라 商法에서는 「議決權 없는 株式의 總數는 發行株式의 총수의 4분의 1을 초과하지 못한다」고 制限規定을 두고 있다(第376條 2項)⁽⁴⁾.

또 少數派株主가 組織의인 단체를 통하여 議決權을 통합함으로써 會社를 지배하는 방법이 있다. 그것을 議決權拘束契約(Stimmrechtsbindungsvertrag)으로서 株主가 다른 株主

(4) 獨逸株式法 第139條 2項에서는 議決權 없는 株式은 다른 株式總數의 半을 초과하여 발행하지 못하도록 규정하고 있다.

또는 第三者에 대하여 一律적으로 또는 특정한 경우에 일정한 방향으로 의결권을 행사할 것을 약정하는 계약이다. 이러한 契約을 특정한 總會를 위하여 체결하는 경우도 있지만 대부분의 경우는 一部株主들이 특별한 團體(Aktionärverein)를 조직하여 關係株主가 총회전에 會合하여 團體의 意思를 결정하고 여기서 決定된 意思를 株主總會에 그대로 반영하는 것이다. 일반적으로 단체의 대표자에게 議決權의 代理行使를 위임하는 방법에 의한다.

이러한 계약의 효력에 관하여 독일에서는 원칙적으로 學說과 判例에서⁽⁵⁾ 이것을 인정하여 왔다. 즉 株式法의 근본원리나 단체 自律性에 위배되지 않기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 契約은 그것을 위반하여 의결권을 행사한 때라도 내부적으로 當事者間에 契約違反에 의한 損害賠償義務(wegen Vertragsverletzung ersatzpflichtig)가 발생할 뿐이며 행사한 의결권 自體는 유효하다.⁽⁶⁾

원칙적으로 독일에서는 이러한 契約을 인정하고 있지만 獨逸株式法 第136條 3項에서는 다음과 같은 내용의 계약은 무효라고 규정하여 制限을 가하고 있다. 株主가 會社나 第三者에 대하여 그의 議決權은 會社나 理事 또는 監事나 從屬會社의 지시에 따라 행사하여야 한다는 契約은 무효이며 또한 株主가 理事나 監事の 提案에 대하여 동의하여야 한다는 계약은 무효라고 규정하고 있다. 그밖에도 이러한 契約이 예를 들어 會社에 損害를 주기 위하여 濫用되는 등의 良俗에 위배되거나 또는 法令에 위반하는 결의를 목적으로 하는 때는 무효라고 할 수 있으며⁽⁷⁾ 또한 信義와 誠實의 觀點(Gesichtspunkt von Treu und Glauben)에서도 제한을 받게 된다.⁽⁸⁾

美國에서도 株主가 會社의 支配權을 확보하기 위하여 議決權을 통합하는 계약이 인정되고 있다. 그러나 公益維持의 입장에서 엄격한 제한을 가하고 있다. 즉 議決權賣買는 물론이고, 支配團體의 이익을 위하여 기타 株主를 희생시키는 경우와 理事의 권한을 박탈하기 위한 手段으로 할 때는 무효로 보고 있다.⁽⁹⁾

우리나라에서는 실제에 있어서 이상과 같은 내용의 合意가 이루어지는 경우가 많음에도 불구하고 商法에는 아무런 明文의 규정이 없으므로 일반원칙에 따라 制限이 가능할 뿐이다. 우리나라에 있어서 이 문제는 위에 설명한 獨法과 美國判例의 입장이 그 해석에 있어서 참조가 되어야 할 것이다.

(5) vgl. RG 112, 273; 119, 386; 133, 90; 139, 160, 262; 165, 78

(6) Würdinger, §14 IV. 4 S. 74; RG 119, 388; 133, 95; 165, 78.

(7) vgl. RG 133, 90; 131, 183

(8) vgl. RG 107, 71; 133, 90

(9) Stevens, On Corporation, 1949 p.544; Ballentine On Corporation, 1946 p.411 참조.

이와 관련하여 少額의 資本으로 議決權을 집중시켜서 會社를 지배하는 방법으로 議決權信託(Voting trust)이 있다. 이 制度는 多數株主의 議決權의 행사를 통일하기 위하여 契約으로 株主들이 그들의 株式을 일정한 기간, 공동으로 少數의 受託者에게 信託의 방법으로 이전하고 受託者가 契約內容에 따라 株主가 갖는 모든 권리를 행사하는 제도이다. 이때에 受託者는 會社에 대한 關係에 있어서는 第三者에 지나지 않지만 信託契約에 따라 議決權信託證書(Voting trust Certificate)를 받아 이것을 유통시킬 수 있으며 受託者가 會社로부터 받은 利益配當金을 수령하는 것이다. 원래 이 議決權信託制度는 會社를 整理하는 수단으로 이용되거나 投資者들에게 감독권한을 부여하는 데 목적이 있었다. 그러나 1920년 이후부터 會社支配를 위한 수단으로 이용되었다.⁽¹⁰⁾

이상은 變態의 株式이나 議決權拘束契約에 의한 少數派株主들의 會社支配와 議決權濫用に 관하여 논하였다. 그러나 처음부터 자기의 독자적인 資本力으로 지배가능한 株式을 소유하는 者가 議決權을 행사하므로써 總會結果가 不公正하게 되는 경우가 생길 수 있는 것이다. 가장 뚜렷한 多數決濫用の 例는, 法令 또는 定款에 위반되는 결의가 성립된 때라고 할 수 있고 이러한 경우의에도 議決權의 행사에 의하여 故意로 자기 또는 第三者의 特別利益을 위하여 會社와 다른 株主들에게 부당한 손해를 주는 경우가 있다.⁽¹¹⁾

또한 오늘날 經濟活動의 내용이 복잡하고 그 범위가 확대되면서 投資家들은 한 企業에 대한 投資만으로 만족하지 않고 많은 會社의 株主인 지위를 兼有하고 있는 실정이다. 그리하여 한 會社의 再起를 위하여 他會社를 희생시키는 경우가 발생할 수 있으며 Konzern全體의 이익을 위하여 支配會社나 從屬會社中에 어느 特定企業을 희생시키는 경우에 多數派에 의한 議決權의 濫用이 문제될 수 있는 것이다.

이러한 議決權濫用の 방지를 위한 對策은 첫째로 決議方法을 엄격하게 하는 것으로 決議節次 및 定定數에 관한 요건을 加重하므로써 決議에 있어서 신중을 기하는 것이며; 둘째는 會社가 數種의 株式을 발행한 경우에 定款을 변경하므로써 어느 種類의 株主에게 손해를 미치게 될 때에는 株主總會의 決議外에 그 種類株主의 總會의 결의가 있어야 한다고 규정하고 있는 것이다(商法 第435條 1項). 즉 全體株主들이 참석한 총회에서 多數決에 의하여 어떤 種類의 株主의 이익이 박탈되는 것을 방지하기 위한 규정인 것이다.

(10) 拙稿 經營論集 第1卷 第2號 22項 참조.

(11) 獨逸株式法 第243條 2項에서는 議決權의 濫用으로부터 會社와 모든 株主의 이익을 보호하기 위하여 이러한 경우에 決議取消事由가 된다고 명확하게 규정하고 있다. “Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder seinen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder……”]

셋째로 多數決에 의한 議決權濫用을 방지할 수 있는 길은 特別利害關係인에 대한 議決權制限이다. 株主總會의 결의에 관하여 특별한 利害關係가 있는 者는 議決權을 행사하지 못한다(商法 第368條 4項). 이 규정의 目的은 會社의 이익과 特定人の 個人的利益이 충돌되는 때에 특별히해관계인이 私利를 위하여 議決權을 行使하는 것을 방지하므로서 決議의 公正을 기하는데 목적이 있는 것이라고 할 수 있다. 特別한 利害關係란 決議事項에 대하여 그 會社의 株主로서 갖는 당연한 立場外에 특별히 특정株主의 個人的利害關係가 있는 것을 말한다.

즉 예를들어 特定株主와 會社가 法律行爲를 하는 경우로서 會社의 營業讓渡 等の 결의에 있어서 營業의 讓受人인 株主와 會社와 特定株主間에 계약의 체결을 결정하는 株主總會에 있어서 契約當事者인 株主, 그러한 결의에 의하여 委任이 解除되는 경우에 當事者는 의결권을 행사하지 못한다. 그러나 반대로 特別利害關係인의 의결권이 배제됨을 계기로 의결권을 행사한 다른 株主들이 自己들의 이익을 위하여 특별한 利害關係인인 株主의 利益을 부당하게 害하게 되는 경우를 생각할 수 있다. 그리하여 商法에서도 이와같은 경우에 결의가 현저하게 부당하고 그 利害關係인인 株主가 議決權을 행사하였다면 그 결의를 沮止할 수 있었을 때에 特別利害關係者는 그 결의의 날로부터 2月內에 決議의 取消 또는 變更의 訴를 제기할 수 있다고 규정하고 있다(商法 第381條 1項).⁽¹²⁾

이상의 方法은 議決權濫用의 事前的인 예방을 위한 것이지만 또한 事後的으로 이미 行使된 議決權의 濫用을 是正하는 方法으로 決議取消의 訴와 決議無效確認의 訴(商法 第376條, 第380條)의 制度가 있다(IV 참조).

株式이 고도로 분산되면 될수록 株主들의 所在地가 國內뿐만 아니라 外國에도 散在하게 되는 것이다. 이와같은 경우에는 모든 株主들이 株主總會에 직접 참석한다는 것은 실제에 있어서 거의 불가능하다고 할 수 있는 것이다. 그러므로 議決權의 代理行使는 商法(第368條 3項)에서 인정하고 있을 뿐만아니라 議決權을 代理行使시킬 수 있는 株主의 권리는 定款으로도 이를 박탈하지 못한다.⁽¹³⁾

議決權의 代理行使에 의한 株主權의 濫用을 방지하기 위한 첫째의 方法으로서는 첫째로 代理人資格을 제한하는 것이다. 즉 定款으로 代理人資格에 관하여 일정한 요건을 정할 수 있다. 일반적으로 代理人資格을 株主에 한정시키는 규정은 널리 인정되고 있다.⁽¹⁴⁾

(12) 拙稿 經營論集 第1卷 第2號 24項 참조

(13) 議決權의 代理行使制度는 비단 株主의 權利行使를 容易하게 할 뿐만아니라 會社의 經營機關인 理事들도 이 制度에 의하여 總會에서의 定足數를 확보할 수 있는 長點이 있다.

(14) vgl. RG 55, 41; RG in JW 1904, 73

이러한 制限은 會社와 全然 利害關係가 없는 第三者가 介入하는 것을 방지하는데 목적이 있다고 할 수 있으므로 긍정적으로 받아드려지고 있다. 그러나 이러한 制限을 반대하는 見解에서는 代理人資格을 株主에 한정시키는 것은 株主가 자유로히 그들의 議決權을 代理行使시킬 수 있는 권리를 부당하게 制限하는 결과를 가져오므로 허용될 수 없다고 한다. 특히 株主相互間에는 人的인 知面關係가 전혀 없는 것이 원칙이기 때문에 議決權의 代理行使가 실질적으로 불가능할 뿐만 아니라 株式이 자유로히 去來되지 않고 모든 株式이 소수의 株主의 所有에 속하는 때는 뚜렷한 制限이 된다는 것이다. ⁽¹⁵⁾

이상과 같은 代理人의 資格制限이 인정될 때에는 會社의 對內的利益을 도모할 수 있는 반면에 理事들이 株主인 경우는 무능한 機關이 會社의 支配를 永續化할 수 있게 되며 理事들이 株主가 아닌 경우는 會社外部에서의 委任狀吸收戰의 競爭속에서 會社機關의 지위가 불안하게 될 수 있다.

우리나라에 있어서 議決權의 代理行使는 일반적으로 會社가 總會召集의 통지와 함께 議決權 行使에 관한 白紙委任狀을 송부하여 株主로 하여금 記名捺印토록 권유하여 返送을 받아 會社에서 적당한 代理人을 지정하여 議決權이 代理行使된다. 그리하여 會社의 기관은 會社의 경영에 無關心한 少數株主들로부터 白紙委任狀을 흡수하여 會社의 지배를 永續化하고 있으며 株主들의 議決權은 자주 그들의 意思와는 正反對로 행사됨으로서 濫用되는 폐단이 많은 것이다. 그뿐만 아니라 委任狀吸收의 爭奪戰이 벌어져 總會석두에 委任狀의 眞否를 가리기 위하여 복잡한 紛糾가 생기는 경우가 많고 또한 會社의 支配集團이 다수의 委任狀을 획득하기 위하여 總會의 開會前이며 株式의 名義改書停止期間中에 自派에서 취득할 株式에 대하여는 名義改書를 하여주는 경우가 생길 수 있다. ⁽¹⁶⁾

그러므로 美國에서는 委任狀制度에 관하여 여러가지 制限을 두는 方法이 모색되었다. 즉 美國의 「有價證券 및 去來所法」(Securities and Exchange Act of 1934) 第14條(2)에서는 有價證券 및 去來委員會로 하여금 公共의 利益과 一般投資大衆을 보호하기 위하여 委任狀(proxy)에 의한 議決權의 代理行使에 관하여 적당한 規則을 정하도록 규정하고 있다. 이 법에 의하면 委任狀에 의한 株主의 權利行使를 株主가 直接 出席하여 결의에 참가하는 것과 동일한 결과를 가져올 수 있도록 결의할 事項에 관하여 상세한 資料와 이에 관한 附屬書類를 株主에게 送付토록 함과 동시에 總會의 각 議題에 관하여 贊·否를 明記하여 보

(15)·vgl. KG in RJA 3, 234

(16) 各義改書의 停止는 會社의 事務處理를 용이하게 하기 위한 制度이지만 一律적으로 적용되어야 하는 制度이기 때문에 株主名簿의 閉鎖期間中에 會社가 任意로 特定人을 위하여 名簿의 記載變更을 허용하는 것은 平等의 原則에 불 배 허용될 수 없는 것이다.

내도록 규정하고 있다. 또한 委任狀의 흡수에 있어서 당시의 會社支配層에게만 유리할 수 없도록 會社로부터 송부되는 委任狀의 附屬書類中에는 反對側의 提案도 기재토록 하므로서 反對側에 대하여도 委任狀을 송달할 수 있는 길을 트고 있다. 그러므로 결과적으로 議決權의 代理行使라기보다 일종의 不在者投票나 書面投票의 형태로 변하고 있는 것이다.

III. 議決權制限에 관한 立法例

大株主의 議決權濫用으로 많은 投資家들이 참여하고 있는 株式會社가 경제적으로 個人企業化되는 것을 방지하고 아울러 少數株主들의 이익을 보호하기 위하여 大株主의 議決權을 制限하는 多數의 立法例를 찾아볼 수 있다.

우리나라의 商法에서는 前述한바와 같이 「一株 一議決權」의 原則이 強行法規로 되어 있기 때문에 거의 모든 결의가 이 원칙에 의하여 성립하게 된다. 그러나 例外的으로 監事의 選任에 있어서는 監事가 大株主에 의하여 一方的으로 선임되므로서 그 本來의 會計監査라는 기능을 기대할 수 없게 될 것을 우려하여 의결권을 제한하고 있다. 즉 監事의 選任에 있어서는 議決權없는 株式을 除外한 發行株式總數의 100分の 3을 초과한 株式을 가진 株主는 그 초과하는 株式에 관하여는 議決權을 행사하지 못한다(商法 第410條 1項). 이 규정은 監事를 독립된 기관으로서 中立的인 地位에서 會計監査라는 任務를 수행할 수 있도록 한다는 것으로서 立法趣旨는 자못 진보적이라고 할 수 있다. 그러나 실제에 있어서 大株主들은 一時的으로 株式을 形式的으로 양도하여 얼마든지 合法的으로 脫法的인 行爲를 할수 있는 것이며 또한 現行商法은 監事의 地位가 舊法에서 보다 뚜렷하게 약화되고 있으므로 실질적인 立法취지와 같은 効果는 기대하기 어려운 것이다.

獨逸株式法 第134條 1項에서는 한 株主가 1個以上 多數의 株式을 소유하는 경우에 大株主의 과도한 支配力(Herrschaftsmucht)을 막기 위하여 定款規定으로 의결권을 행사할 수 있는 株式數에 대하여 最高金額을 設定(Fest setzung eines Höchstbetrags)하거나 等級(Abstufung)을 정하여 의결권을 制限할 수 있도록 규정하고 있다. 例를들어 10株以上の 株式에 대하여는 의결권을 제한한다든가 또는 發行株式總數의 100分の 1을 초과하는 株式을 가진 株主는 그 초과하는 부분에 대한 의결권을 제한할 수 있는 것이다. 또한 100株式까지는 1株에 대하여 1의결권을 인정하고 100株式을 초과하는 株式에 대하여는 5株마다 1의결권을 부여하고 어떤 株主라도 200個以上の 의결권을 행사하지 못한다는 것을 定款으

로 정할 수 있다. 그리고 의결권의 等級制는 例를들어 1~2株式을 소유하는 때는 1株 1의결권, 3~10株인 때는 2株 1의결권, 11~30株를 소유하는 때는 4株 1의결권, 31~60株인 때는 6株에 대하여 1의결권, 61~10株를 소유하는 때는 8株 1의결권, 100 以上인 때는 10株 1의결권을 인정하는 것이다. 그러나 특정한 株主에 대하여 의결권을 制限하는 규정은 허용되지 않는다.⁽¹⁷⁾

臺灣會社法(公司法) 第179條 1項에서는 1株 1의결권을 원칙으로 하지만 1人の 株主가 發行株式총수의 100分の 3 以上을 소유하는 때는(但 1 股東而有已 發行股份總數 百分之三 以上者) 정관으로 株主總會(股東會)에 있어서 의결권을 제한하여야 한다고 규정하고 있다. 이것은 우리나라 商法에서는 監事の 選任에 대하여만 의결권을 제한하고 있는데 대하여 모든 결의에 있어서 의결권을 제한하고 있으므로 보다 전문적이고 근대적인 立法이라고 할 수 있다.

인도네시아 商法典 第53條에서는 會社에 관하여 「定款으로 株主의 의결권 행사방법을 정하여야 한다. 그러나 1人の 株主는 會社가 100 以上の 株式을 발행한 때는 6票, 그리고 100 未滿의 株式으로 성립된 때는 3票 以上の 議決權을 행사하지 못하며 理事 및 코미사리스(Komisaris)는⁽¹⁸⁾ 任員(Sebagaikuasa)으로서 議決權을 행사하지 못한다」고 규정하고 있다. 이 규정은 株式會社가 資本團體(Kapitalgesellschaft)라는 基本概念을 度外視하고 組合이나 人的會社의 성격을 뚜렷하게 드러내고 있어 近代의인 立法이라고 할 수 없을 것이다.

이상과 같이 多數의 立法例에서 議決權의 濫用을 방지하고 少數株主의 이익을 보호하기 위하여 議決權을 제한하고 있는 것을 고찰하였다.

議決權의 制限은 株式이 분산되지 않고 少數의 株主들이 會社가 발행한 모든 株式을 소유하여 株式會社가 非公開의 企業形態로 이용되고 있는 국가에서는 浮動하는 零細資本을 흡수하여 大資本을 조달하기 위한 政策的인 목적을 위하여 자극적인 조치가 될 수 있는 것이다

IV. 株主總會 決議取消 및 無効確認의 訴

株式會社의 意思決定은 株主總會에서 株主들의 議決權行使에 의하여 多數決의 方法으로

(17) Würdinger, §14 I 36) S.72

(18) 이名稱은 和蘭語의 Commissaris에서 유래된 것으로 우리나라 舊商法上の 監事와 같이 會計監査 뿐만아니라 理事의 業務執行를 감독한다. 더욱이 특이한 것은 理事의 行爲가 會社에 損害를 가져 왔거나 損害를 줄 염려가 있는 때에는 Komisaris 全員の 多數決로서 언제든지 理事를 일시적으로 解任시킬 수 있다.

이루어지는 것이기 때문에 결정된 意思의 適法성과 瑕疵에 관하여는 복잡한 法律問題가 뒤따르게 된다. 決議에 어떠한 瑕疵가 있을때 당연히 그 效力은 부정되어야 한다. 그러나 株式會社에는 多數人이 利害關係를 가지고 있으며 일단 결정된 결의를 前提로 하여 모든 法律關係가 進行되기 때문에 株主總會의 결의에 瑕疵가 있더라도 그 瑕疵의 主張方法을 무제한으로 인정하게 되면 오히려 法律關係에 혼란이 야기될 뿐만아니라 다른 法律關係에 대하여도 보다 큰 法的安定성을 희생시키는 결과를 야기하게 될 것이다. 물론 總會의 결의는 會社의 機關의 行爲를 對內的으로 구속하는 효과밖에 없는 것을 원칙으로 하지만 合併이나 定款變更 또는 利益配當과 같은 行爲는 總會의 결의가 유효함을 전제로 하는 것이기 때문에 한번 성립되었던 總會決議가 무효로 되면 對外的으로 去來의 安全을 害하게 될 것이다.

그리하여 商法에서는 株式會社에 있어서의 法律關係의 劃一的인 확정과 瑕疵主張의 方法에 制限을 두기 위하여 決議取消의 訴 및 決議無效確認의 訴 및 決議變更의 訴 등 3가지 制度에 관하여 규정하므로써 議決權濫用으로부터 株主와 기타 利害關係人의 利益을 保護하고 기타 法律關係의 法的安定성을 유지하여 이익의 조정을 피하고 있다. 즉 이들 制度는 議決權濫用의 事後的인 是正策으로서의 意義를 지니고 있는 것이다.⁽¹⁹⁾

1. 決議取消의 訴

株主總會의 決議의 成立過程에 있어서 그 節次가 法令과 定款에 위반된 경우와 總會召集의 節次나 決議方法이 현저하게 불공정한 때에, 즉 形式的 瑕疵를 理由로 하여 決議의 날로부터 2월내에 株主 또는 理事가 決議의 取消을 청구할 수 있다(商法 第376條).

이 權利는 總會決議는 일단 성립되었다는 것을 前題로 하여 그 成立過程에 瑕疵가 있는 경우에 인정되는 것이므로 決議自體의 成立을 인정할 수 없는 경우와 決議의 內容이 法令 또는 定款에 위반하는 경우는 決議取消의 原因이 되지 않는다.

取消原因은 첫째로 召集節次상의 瑕疵(Verfahrensmängel)로서는 ① 代表理事가 理事會의 決議없이 總會를 召集하였을 때 ② 一部株主에 대한 召集通知의 欠缺 ③ 召集通知期間의 不定 ④ 召集通知의 不備로서 會議의 目的인 事項의 記載가 불완전하거나 議事日程 또는 議案의 要領을 기재하지 않은 때 ⑤ 總會의 開催日時 및 場所가 적합하지 않을 때 ⑥ 總會

(19) 臺灣의 會社法(公司法)에서도 總會의 召集節次 또는 決議方法이 法令 또는 定款에 위반된 때는 株主가 決議의 날로부터 1月內에 法院에 決議取消의 訴를 제기할 수 있다고 규정하고 있으며(第189條), 總會의 決議內容이 法令 또는 定款에 위반된 때에는 無效이다라고 규정하고 있다(第191條). 泰國에서도 總會의 決議가 會社法의 規定이나 附隨定款에 위반된 때에는 理事 또는 株主는 決議取消의 訴를 제기할 수 있다고 규정하고 있다(民商法 第1195條).

通知를 口頭로 한 때 등이다. 둘째로 決議方法에 있어서의 瑕疵는 ① 株主가 아닌 者의 決議參加 ② 特別利害關係인이 議決權行使에 參加한 경우 ③ 決議에 필요한 定足數의 要件을 어긴 때 ④ 議決權의 不統一行使를 違法으로 인정한 경우 ⑤ 總會가 理事의 出席을 부당하게 거부하거나 理事의 出席이 불가능한 상태에서 開議한 때 ⑥ 總會가 예정된 時間前에 개최한 때 ⑦ 召集通知에 기재되지 않은 事項에 관하여 決議한 때이다. 셋째로 召集節次 및 決議方法이 현저하게 불공정한 때로서 ① 理事가 恣행 등의 공포분위기를 조성하여 의결권의 行使를 妨害한 때 ② 의장이 부당하게 株主의 發言을 制限하거나 설명을 생략하고 決議를 서두른 때 등이다. 이 외에도 理事가 定期總會以前에 計算書類 및 監查報告書를 本店에 비치하지 않았거나 總會에 監事가 計算書類에 대한 의견을 보고하지 않았을 때 등을 들 수 있다.

決議取消의 訴를 제기할 수 있는 者는 株主 또는 理事에 限한다. 議決權없는 株式을 가진 株主는 그 성질상 제외될은 물론이지만 株主인 이상 1株를 소유하는 株主라도 되는 單獨株主權이다. 또 決議當時에는 株主가 아니었더라도 관계 없으며 總會決議에 대하여 贊成하였던 경우에도 提訴權을 갖는다. 그러나 訴를 提起한 때로부터 當該 訴訟의 判決이 확정될 때까지 계속 株主인 資格을 유지하고 있어야 하므로 提訴한 후에 株主資格을 상실한 때에는 取消權도 消滅하게 된다. 또한 資本減少의 決議에 대하여 취소의 訴를 제기한 株主가 그 決議의 實行에 따라 株式消却이나 株式併合에 의한 端株處理로 株主資格을 상실한 경우에는 當該決議의 取消에 의하여 회복될 수 있는 潛在的인 株主資格을 갖기 때문에 取消의 訴權을 잃지 않는다. 그러나 訴訟中에 있는 株主로부터 그의 全株式을 양수한 자는 그 株式에 포함된 決議取消請求權도 취득하지만 當該訴를 당연히 승계하는 것이 아니기 때문에 請求는 棄却된 것으로 본다. 그러나 訴訟中에 있는 原告인 株主의 死亡, 合併에 의하여 株主資格을 상실하게 된 경우에는 相續人等 包括承繼인이 訴訟을 승계하게 된다.⁽²⁰⁾

株主와 더불어 決議取消의 提訴權은 代表理事만이 아니라 모든 理事가 各自 單獨으로 갖게 되며 또한 任期滿了後이지만 後任者가 選任될 때까지는 理事의 權利義務를 갖는 者가 提訴權이 있다. 또한 解任決議의 取消判決에 의하여 理事인 지위에 복귀할 수 있는 가능성이 있는 者도 取消의 訴權이 있다.⁽²¹⁾

(20) 이에 대한 反對의 견해로서 株主의 決議取消權은 一身專屬的인 것이기 때문에 相續人에 의한 承繼를 부정하는 立場이 있다. 朝山豐三, 株主總會의 法律實務 134; 仙臺高秋田支判 1956, 4, 30; 東京地判 1954 5, 7

(21) 일본에서는 이 문제에 관하여 解任된 理事는 決議取消判決이 확정된 때에 비로서 遡及的으로 理事의 지위를 회복한다는 것을 이유로 消極的으로 보는 見解가 多數說로 되어 있다.

決議無效確認의 訴는 決議의 內容에 實質的인 瑕疵가 있는 경우로서 결의의 內容이 效力的規定이라고 할 수 있는 法令이나 定款을 위반한 것이다(商法 第380條). 例를들어 資本減少의 方法이 株主平等의 原則에 위반하는 決議를 한 때, 有限責任의 原則에 어긋나는 決議를 한 때, 評價原則에 어긋나게 作成한 計算書類를 承認한 總會의 결의, 定款에서 정한 員數를 초과하여 理事를 선임한 때, 商法 第462條 1項에 위반하는 利益配當決議를 한 때와 株主總會의 權限에 속하는 事項의 결정을 理事나 任員會에 委任하는 결의를 한 때 등이다. 이와같이 決議의 內容自體가 違法的인 때는 당연히 決議無效의 原因이 된다. 그러나 決議의 그 自體는 위법이 아니지만 그 動機나 目的이 위법인 때에 決議의 效力이 문제된다. 이점에 대하여 日本의 最高裁判所(1960. 1. 2)는 「株主總會의 決議內容이 그 自體에는 어떠한 法令이나 定款을 위반한 瑕疵가 없고 다만 決議한 動機나 目的에 公序良俗을 위반한 不法이 있는 때에는 그 決議를 무효로 할 수 없는 것이다」고 判示하고 있다. 또한 下級審에서도 解散決議의 動機가 會社債權者를 害할 목적이 있더라도 그 解散決議를 무효로 할 수 없는 것이라는 判例가 있다(大阪地判 1960. 1. 14).⁽²²⁾

決議無效確認의 訴는 決議取消의 訴와는 달리 提訴權者나 提訴期間에 아무런 制限이 없으므로 누구나 無效確認의 利益을 받는다. 그러므로 누구든지 提訴權者가 될 수 있다. 그 때문에 株主와 理事는 물론이고 監事와⁽²³⁾ 會社外의 會社債權者와 第三者도 提訴權者가 될 수 있다. 이 경우에는 決議取消의 訴와는 달리 議決權 없는 株式을 가진 株主도 提訴할 수 있다.

株主總會의 결의는 직접 會社外의 第三者에 대하여는 法律關係를 발생시키지 않는 것이므로 보통 第三者는 決議無效確認의 訴를 提起할 법률상의 이익이 없는 것이지만 例를들어 株主總會의 결의가 會社와 第三者간의 法律關係의 성립 또는 效力發生要件을 이루는 경우나 決議의 法令違反이 第三者의 權利 내지 이익에 중요한 영향을 미치는 경우는 第三者에 대하여도 決議의 無效確認의 利益을 인정하여야 할 것이다.

決議無效確認의 訴의 被告는 會社단이 될 수 있다. 왜냐하면 總會의 결의는 會社의 意思決定으로서 會社가 行爲의 主體라고 할 수 있기 때문이다. 그러므로 會社以外의 者를 被告로 하거나 會社와 共同被告로 하는 것은 인정되지 않는다(奈良地判 (1951. 1. 13)).

決議取消의 訴는 本店所在地의 地方法院의 管轄에 속하며 訴가 提起된 때에는 會社は

- (22) 그러므로 勞動組合을 탄압한다든가 被傭者들을 解雇할 目的으로 한 會社解散決議도 무효가 되지 않는다는 結果를 초래한다.
- (23) 監事는 그 地位의 성질로 보아 決議無效確認의 이익을 갖질 수 없는 것이 보통이지만 例를들어 總會決議禁止의 假處분에 위반한 決議에 의하여 解任된 監事가 자기의 解任決議의 무효를 주장하는 때에는 無效確認의 이익이 있다고 할 수 있다.

지체없이 公告하여야 한다(商法 第376條 1項, 第186條, 第187條). 決議取消의 訴가 제기된 경우에 決議의 내용, 會社의 現況과 諸般事情을 參照하여 그 取消가 不適當하다고 인정할 때에는 法院은 그 청구를 棄却할 수 있다(商法 第379條).

株主가 決議取消의 訴를 제기한 때에 法院은 會社의 청구에 의하여 상당한 擔保를 제공할 것을 命할 수 있다. 그러나 株主가 동시에 理事인 때에는 예외이다. 이때에 會社는 提訴株主가 惡意임을 疎明하여야 한다(商法 第377條, 第176條 4項). 法院은 擔保의 제공을 命하는 결정을 함과 동시에 擔保額과 擔保提供의 기간을 정하여야 하며 擔保額은 被告人 會社가 各審에서 支出할 비용의 總額을 표준으로 정한다(民訴 第117條, 第110條).

決議取消의 判決이 확정되면 그 효력은 當事者以外的 第三者에 대하여도 미치지 된다. 그러나 判決前에 생긴 會社와 社員 및 第三者間의 權利義務에는 영향을 미치지 아니한다(商法 第376條 2項, 第190條). 決議取消의 判決이 확정된 경우에는 決議는 遡及的으로 효력을 잃는 것이 원칙이지만 決議가 遡及하여 무효가 된다면 決議가 外觀上 存在함을 전제로 決議가 유효하다고 믿은 株主 및 第三者를 保護할 수 없게 되므로 商法은 決議取消判決의 遡及效力을 排除한 것이라고 할 수 있다.

그러나 原告가 敗訴할 경우는 對世의效力이 없으므로 그 既判力은 第三者에게 미치지 않는다. 따라서 第三者는 提訴期間內에는 다시 取消의 訴를 제기할 수 있지만 실제에 있어서 한번 判決이 난 때에는 提訴期間이 지남으로서 決議의 瑕疵를 구성할 수 없게 된 것이다. 原告가 敗訴한 경우에 原告에게 惡意 또는 중대한 過失이 있는 때에는 會社에 대하여 連帶하여 損害賠償責任을 진다(商法 第376條 2項, 第191條). 이것은 株主들이 提訴權을 濫用하는 것을 방지하는데 목적이 있다.

決議한 事項이 등기된 경우에 決議取消의 判決이 확정된 때에는 本店과 支店의 所在地에서 登記하여야 한다(商法 第378條).

決議無效確認의 訴에 대하여도 商法 第186-188條(專屬管轄・訴提起의 公告・訴의 併合管理)와 第190條(判決의 效力), 第191條(敗訴原告의 責任), 第377條(株主의 擔保提供義務)와 第378條(決議取消의 登記)에 관한 規定을 準用한다(商法 第380條).

V. 累積投票制度

1. 累積投票制度의 意義와 長短點

이 制度(Cumulative Voting)는 특히 株主總會의 理事選任에 있어서 會社의 少數派株主

들로 하여금 그들의 이익을 대표할 수 있는 者가 理事로 선임될 수 있는 가능성을 부여하는데 목적이 있는 것으로서 美國法에서 발전된 制度이다.

株式會社의 理事會는 會社制度에 대한 受託職能을 담당하는 第三者的인 機關이어야 하므로 理事의 選任이 1人의 株主나 少數의 株主들에 의하여 一方的으로 독점되어서는 안되며 오히려 理事는 모든 階層의 株主들의 利益을 대표하는 기관으로서 그 구성이 比例代表的으로 되어야 한다는 것이다. 그러므로 이 制度는 少數派株主들의 이익을 적극적으로 도모할 수 있는 것이다.

累積投票로 會社가 數人의 理事를 동시에 선임하는 경우에 모든 株主에게 그들이 소유하는 株式마다 선임될 理事의 員數와 同數의 議決權을 부여하고 株主는 그에게 부여된 議決權全部를 特定候補 1人에게 集中的으로 행사할 수 있고 또는 2人 以上の 數人의 候補에게 분산하여 투표할 수 있는 것이다. 그리하여 投票結果, 商法이나 또는 定款에서 정한 理事의 員數에 따라 最高得票者로부터 順次的으로 선임하는 방법이다.

累積投票의 方法으로 理事를 선임할 때에 다음과 같은 公式이 성립한다. 즉 예를들어 100株의 株式을 발행한 會社가 5人의 理事를 累積投票로 선임할 때 5人의 理事全員을 선임하는데 필요한 株式數는,

$$P = \frac{a \times b}{b+1} + 1 = \frac{100 \times 5}{6} + 1 = 84.3\% \quad \begin{cases} a = \text{發行株式總數} \\ b = \text{選任할 理事의 數} \end{cases}$$

84.3%이고 5人의 理事中 1人의 理事를 선임하고자 할 때는,

$$P = \frac{a \times 1}{b+1} + 1 = \frac{100}{6} + 1 = 17.6\%$$

17.6%이고 반대로 51株를 소유하는 株主가 선임할 수 있는 理事의 數(C)는,

$$C = \frac{(P-1) \times (b+1)}{a} = \frac{50 \times 6}{100} = 3人$$

3人의 理事를 선임할 수 있다는 결론이 나온다. (24)

이 制度가 지니는 長點은 會社의 모든 階層의 株主代表가 직접 會社의 經營에 참여할 수 있으므로 民主的이라고 할 수 있고 또한 發行株式總數의 過半數 以上을 소유하는 大株主들의 支配權이 侵害되지 않고 다만 牽制될 뿐인 것이다. 또한 때로는 大株主의 集團과 經營者 사이에 利益配當에 관하여 意見이 대립될 때에 少數派集團에 의하여 선출된 理事의 調整役割을 기대할 수 있으며 多數派에 의하여 선출된 理事들의 활동을 監督할 수 있게 된다.

(24) Williams, Cumulative voting, p. 44

反面에 短點으로는 理事會가 累積投票에 의하여 구성되면 會議에서 여러集團의 다양한 特殊利益단이 대변되므로 신속한 意思決定이 어렵게 되어 理事會가 임기응변적으로 대처할 수 없을 뿐만 아니라 不和단이 지속될 우려가 있으며, 少數의 株式으로 理事를 선임할 수 있기 때문에 競爭關係에 있는 企業의 代表者가 介入될 수 있다는 결함이 있는 것이다.⁽²⁵⁾ 또한 株式이 理事選任時期에 특정인에게 高價로 거래되는 폐단도 따르게 된다.

이 累積投票制度는 원래 國民의 代議機關의 선거 등 政治的인 目的으로 1851년에 당시의 John Stuart Mill에 의하여 提案되어 1870년의 Illinois州의 憲法에 최초로 등장하였으나 오늘날은 政治關係에서보다 株式會社制度에 導入되고 있는 것이다. 그리하여 美國에서 뿐만 아니라 日本商法(第256條-3)은 물론이고 臺灣(公司法 第198條 1項) 및 필리핀(會社法 第31條)등 多數의 國家에 도입되고 있다. 우리나라 商法은 英美法의 한 制度인 理事會制度(Board of directors)와 授權資本制(authorized capital)를 導入하고 있으면서도 함께 導入되어야 할 累積投票制度는 外面하고 있다.

2. 日本商法과 累積投票制度

日本商法에서는 累積投票에 관하여 2人以上의 理事의 選任을 목적으로 하는 總會의 召集이 있는 때에는 株主는 會社에 대하여 會日의 5日前에 서면으로 累積投票에 의할 것을 요구할 수 있다(第256條-3)고 규정하고 있다. 累積投票에 의한 選任請求는 동시에 2人以上의 理事를 선임하는 경우에 할 수 있으며, 그 請求는 株主가 總會日의 5日前까지 서면으로 會社에 제출하여야 한다. 書面의 方式에 대하여는 특별한 정함이 없으나 書面에는 累積投票을 청구하는 뜻의 記載와 請求者의 記名捺印이 있어야 한다. 書面으로 하지 않은 청구는 그 效力이 없으며 5日前이라고 하는 것은 累積投票을 청구하는 서면이 會社에 도달한 날로부터 會日까지 5日の 기간이 있어야 함을 의미한다. 이러한 期間을 요구하는 것은 會社로 하여금 投票用紙 및 기타 累積投票에 필요한 준비를 위한 時間的 餘裕를 주려는 목적이 있는 것이다.

累積投票의 청구는 1株를 소유하는 株主라도 할 수 있는 單獨株主權이다. 記名株式의 경우는 株主名簿에 株主로 되어 있는 者가 청구할 수 있으며, 無記名株式를 소유하는 株主는 累積投票의 청구를 할 때에 株券을 會社에 供託하여야 한다. 累積投票로 할 것을 청구한 株主는 投票를 할 때까지 株主資格이 있어야 하므로 청구만 하고 投票前에 株主資格을 떠난 때에는 그 청구의 효력이 없다.

(25) Axley, wisc L.R 1950, pp.280-287

累積投票에 의하여 理事의 선임을 할 때에는 議長이 投票에 앞서 累積投票의 청구가 있다는 것을 宣告하여야 한다(第256條-3, 4項). 또한 會社는 株主가 제출한 累積投票의 청구에 관한 書面을 當該 總會의 終了時까지 本店에 비치하여 株主들이 閱覽할 수 있도록 하여야 한다(第256條-3, 5項).

累積投票은 少數派株主들에게도 그들의 代表를 理事로 선임할 수 있도록 하는데 目的이 있는 制度이기 때문에 일단 累積投票의 청구가 있는 경우는, 多數派 株主가 그들의 議決權 行使로 累積投票의 기회를 박탈하지 못한다. 즉 總會에서 議長이 累積投票의 청구가 있다는 것을 宣告하기 前 또는 後, 累積投票을 하기 前에 出席株主의 緊急動議로 多數決로서 累積投票에 의하지 않는다는 결의를 할 수 없다. 왜냐하면 株主에 의한 累積投票의 청구는 理事選任의 議題에 관한 것으로서 請求者의 撤回가 없는 한 會社 및 全株主를 拘束하는 효력이 있다.⁽²⁶⁾

日本商法에서 규정하는 累積投票은 지금까지 고찰한 바와 같이 株主의 청구가 있을 때는 언제나 가능하지만 日本商法 第256條의 4에서는, 會社는 定款으로 理事의 選任에 있어서 累積投票을 排除할 수 있도록 하였으나 이 경우에도 發行株式總數의 4분의 1에 해당하는 株主의 청구가 있을 때는 定款의 排除規定에 불구하고 累積投票로 하여야 한다고 규정하고 있다. 累積投票制度는 위에서 본 바와 같이 長點이 있는 반면에 많은 短點도 내포하고 있기 때문에 會社의 事情에 따라 定款에 의한 累積投票의 排除를 인정하고 있다. 그러나 그와같은 定款規定은 累積投票을 절대적으로 排除하거나 株主의 累積投票請求權을 결정적으로 박탈하는 것이 아니라 다만 商法上에 單獨株主權으로 되어 있는 累積投票請求權을 定款規定으로 少數集團株主의 權利로 그 請求의 要件을 加重한 것이라고 할 수 있다. 이것은 單獨株主權으로 하는 때에 예상할 수 있는 權利濫用의 危險을 방지하는데 목적이 있는 것이다.

日本商法은 少數株主의 이익보호를 위하여 理事會(Board of director)制度和 더불어 累積投票制度를 導入하고 있으나 定款의 규정으로는 累積投票에 의하지 않을 것을 정할 수 있다고 규정함으로써 消極的인 態度를 보이고 있다. 또 理事의 選任을 累積投票로 하는 때에도 그 累積投票에 의하여 선임된 理事의 地位가 항상 不安한 상태에 있게 된다. 卽 아무리 累積投票에 의하여 선임되었다 하더라도, 株主總會가 증대한 事由가 없더라도 多數派 株主들에 의한 特別決議로서 언제든지 解任할 수 있으므로 그 地位가 극히 불안정하다고

(26) 注釋會社法(4) 株式會社의 機關 §256-3 III (3)

할 수 있다. (27)

이와 같이 日本에서는 累積投票制度를 不完全하고 또 消極的으로 導入하고 있기 때문에 실제에 있어서 대부분의 會社가 定款으로 이를 排除하고 있을 뿐만아니라 앞으로 이 制度의 实效性에 많은 문제점이 제기될 것이다.

VI. 少數株主權

우리나라 商法은 「1株 1議決權」의 原則을 固守하고 있기 때문에 株式會社의 모든 意思決定은 대부분 多數決의 原則에 의하여 이루어진다. 이것은 바로 株式會社의 意思決定이 多數派株主들의 이익을 위하여 성립되므로서 少數派株主들의 이익이 부당하게 침해될 우려가 있고 더 나아가서 會社의 進전한 存立을 위태롭게 할 수 있게 될 것이다. 그리하여 우리나라 商法에서도 多數派株主들의 橫暴로부터 少數派集團과 會社의 이익을 보호하기 위하여 少數株主權을 強化하고 있다. 우리나라 商法에서 규정하고 있는 少數株主權은, 株主總會의 召集請求權(第366條), 理事解任請求權(第385條 2項), 留止請求權(第402條), 代表訴訟提起權(第403條), 會計帳簿閱覽權(第466條), 會社의 業務와 財産狀態의 調査를 위한 檢査人의 選任請求權(第467條), 解散判決請求權(第520條) 등이다. 특히 여기서는 留止請求權과 代表訴訟에 관하여 고찰한다.

1. 留止請求權

理事가 法令 또는 定款에 위반하는 行爲를 할 때에 會社를 위하여 理事에 대하여 그 行爲의 留止를 청구할 수 있는 權利를 株主의 留止請求權이라고 한다. 즉 우리나라 商法 第402條에서는, 理事가 法令 또는 定款에 위반한 行爲를 하여 이로 인하여 會社에 회복할 수 없는 損害가 생길 염려가 있는 경우에는 發行株式總數의 100分之 5 이상에 해당하는 株式를 가진 株主는 會社를 위하여 理事에 대하여 그 行爲를 留止할 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 것이다. 理事가 法令이나 定款에 위반한 行爲를 하였을 때 會社에 대하여 損害賠償責任을 지을 수도 있다(商法 第399條 1項). 그러나 이것은 어디까지나 事後的인

(27) 美國法에서는 累積投票에 의하여 선임된 理事는 理事全員을 改選하는 경우를 제외하고 선임된 때에 얻은 數의 株式를 소유하는 株主의 반대가 있는 때에는 解任시킬 수 없다고 규정하고 있는 州가 많다(Ballentine, on Corporation, 1946 §185 p. 436). 다소 성격의 차이가 있지만 獨逸에서도 經營組織法(Betriebsverfassungsgesetz)에 의하여 被傭者代表(Arbeitnehmervertreter)로 監事로 선임된 者는 選任權者인 被傭者들에 의하여만 解任될 뿐이며(同誌 第76條 V項) 株主總會는 이들을 解任시킬 수 없는 것이다.

救濟의 方法에 불과하므로 되도록 그러한 行爲를 事前에 방지하는 것이 더욱 바람직한 것이다. 원래 그러한 行爲의 留止는 會社가 하여야 하지만 理事들 사이의 특수한 人的關係로 인하여 會社가 한다는 것을 기대할 수 없기 때문에 現行商法은 英美法의 禁止命令 (injunction) 制度를 모방하여 少數株主에게 이러한 權制를 인정하고 있는 것이다.⁽²⁸⁾

이 留止請求權은 원래 會社가 가지는 권리를 會社를 위하여 株主가 行使하는 것으로서 실질적으로는 會社의 代表機關과 같은 지위에서 행사하는 것이다. 이 權利는 後述하는 代表訴訟과 함께 株主가 會社의 운영을 직접적으로 監督하고 是正할 수 있도록 인정한 권리로써 共益權이라고 할 수 있다. 아울러 이 權利는 간접적으로 多數派株主의 의결권濫用을 견제하는 기능을 할 수 있는 것이다.

留止請求權의 對象이 되는 行爲는, 法令 또는 定款에 위반한 行爲로서⁽²⁹⁾ 그 行爲의 結果 會社에 회복할 수 없는 損害가 생길 염려가 있는 경우이다.

株主의 留止請求權의 行使는 반드시 訴에 의할 필요는 없으며 少數株主權者가 違法行爲를 하고자 하는 理事에 대하여 그 行爲를 하지 말 것을 裁判外의 方法으로 청구할 수 있다. 그러나 이러한 裁判外에 있어서의 청구가 있음에도 불구하고 理事가 그 行爲를 中止하지 않을 때에는 株主가 理事를 被告로 하여 留止의 訴를 제기하고 이 訴를 토대로 한 假處分으로 그 行爲를 留止시킬 수 있다(民訴 第714條).

이와같이 留止請求權은 반드시 訴의 方法을 택할 필요가 없지만 訴로서 하는 경우는 留止의 訴가 會社를 위하여 하는 것이기 때문에 그 判決의 效力은 會社에 미치게 된다(民訴 第204條). 그러나 留止의 訴에 관하여는 代表訴訟의 경우와 같이 특별한 규정이 없기 때문에 訴訟管轄, 訴訟參加, 勝訴株主의 權利, 敗訴株主의 權利에 대하여는 一般原則에 의하는 것보다 留止의 訴도 그 性質이 代表訴訟의 一種으로 볼 수 있으므로 代表訴訟에 관한 規定(商法 第403條—第406條)을 類推適用하도록 하여야 할 것이다.

違法行爲의 留止權의 청구를 訴의 方法으로 하는 때는, 留止의 訴를 會社를 위하여 제기 하는 것이기 때문에 判決의 效力은 당연히 會社에 미친다. 株主가 留止請求權을 행사하였는데도 불구하고 理事가 이를 무시하고 違法행위를 강행한 때에 理事의 責任과 違法행위의 效力이 문제된다.

株主가 理事의 行爲를 留止하는 때에 理事는 그 行爲를 留止할 것인가에 대하여 善良한

(28) 母法이라고 할 수 있는 美國法이나 이를 導入한 日本法에서는 單獨株主權으로서 株主이면 누구에게나 이러한 請求權을 인정하고 있는데 반하여 우리나라에서는 消極的으로 少數株主權으로 인정하고 있기 때문에 이 制度의 实效性을 기대하기 어렵다.

(29) 日本商法에서는 明文으로 定款의 目的範圍外의 行爲도 열거하고 있다(第272條).

管理者的 注意로서 결정하여야 할 것이다. 그러나 후에 그 行爲가 法令 또는 定款에 위반한 行爲로 확정되는 때에는 理事의 損害賠償責任은 留止權行使와 관계없이 任務懈怠로 인하여 지게되는 것이다(商法 第399條 1項).

2. 代表訴訟

이것은 株主가 會社를 위하여 理事의 會社에 對한 책임을 추궁하는 訴訟으로서 美國法의 制度를 우리나라 商法에서도 導入하고 있다. 원래 理事의 책임은 會社가 추궁하는 것이 正道이지만⁽³⁰⁾ 理事들 사이에는 특수한 人間關係가 형성되고 있기 때문에 會社가 理事의 책임을 추궁한다는 것은 기대하기 어려운 것이다. 그렇게 되면 會社와 株主의 이익을 害하는 결과를 가져오므로 우리나라 商法은 少數株主權者가 직접 會社를 위하여 訴를 제기할 수 있는 共益權에 관하여 규정하고 있다.⁽³¹⁾

代表訴訟制度는 株主에게 機關的地位를 인정하여 會社를 대신하여 理事의 會社에 대한 책임을 추궁하는 訴를 제기할 수 있는 것으로서 株主가 理事의 違法行爲를 留止할 수 있도록 會社의 機關的地位를 인정한 留止請求權과 근본적으로 커다란 차이가 없는 것이다.

代表訴訟의 提訴權者의 資格에 관하여 우리나라 商法에서는 留止請求權의 경우와 마찬가지로 무질서한 濫用의 폐단을 막기 위하여 少數株主權으로 규정하고 있다.⁽³²⁾ 또한 代表訴訟은 會社의 構成員인 株主에게 인정된 것으로서 株主總會의 決議와 관련하여 인정된 것이 아니기 때문에 株主에는 議決權 없는 株式의 所有者도 포함한다. 그러나 訴의 提起時로부터 訴訟終了時까지 계속하여 少數株主權의 要件을 갖추고 있어야 한다.

代表訴訟은 株主가 직접 訴를 提起하기 前에 書面으로 먼저 會社에 대하여 理事의 責任을 추궁하는 訴의 提起를 청구하였는데도(商法 第401條 1.2項) 會社가 청구를 받은 날로부터 30日內에 訴를 提起하지 아니하는 때에 비로소 株主가 직접 訴를 提起하는 것이다(商法 第403條 3項). 또 株主는 위의 期間이 경과하므로써 理事가 財産을 은닉하거나, 無資力하게 된단가, 會社의 債權이 時效에 걸린단가, 理事의 責任이 免除되어 會社에 회복할 수 없는 損害가 생길 虞가 있는 때에는 예외적으로 즉시 訴를 제기할 수 있다(商法

(30) 會社는 理事에 대하여 訴를 제기할 수 있으며 이때에 理事會는 訴에 관하여 會社를 代表할 者를 선정하면 된다(商法 第394條).

(31) 美國에서는 이 제도가 經營者로부터 大衆株主를 보호하기 위한 강력한 手段이 되고 있다. 그 이유는 美國에서는 理事에게 선서를 시켜 口述證據에 의하여 증거를 수집할 수 있기 때문이라고 할 수 있다.

(32) 日本商法은 이에 관하여 各株主가 제기할 수 있는 單獨株主權으로 하고 있으며 그 濫用을 방지하기 위하여 6個月 前부터 계속 株主인 者에게만 인정하고 있는데(第267條 1項), 이것은 理事의 責任免除를 總株主의 同意로만 가능하게 한 규정과 대응하는 것이라고 할 수 있다.

第403條 4項).

少數株主權자가 訴를 제기한 경우에 被告人 理事는 株主가 惡意인을 疏明하고 株主로 하여금 상당한 擔保를 제공할 것을 法院에 청구할 수 있다(商法 第403條 5項, 第176條 3項, 4項). 이 경우에 惡意는 原告인 株主가 被告人 理事를 害할 것을 안 경우로서 惡意는 理事에 대한 惡意로서 會社에 대한 惡意가 아니다. 이 擔保提供에 관한 규정은 會社를 망하게 하려는 意圖를 막는데 목적이 있지만 직접적으로는 被告人 理事가 原告인 株主에 대하여 갖게 될 損害賠償청구권을 擔保하는 것이다. 그러므로 擔保權者는 會社가 아니라 被告人 理事가 된다.

訴를 제기한 株主는 곧 會社에 대하여 訴訟의 告知를 하여야 하며(商法 第404條 2項), 會社는 이 訴訟에 참가할 수 있으며(商法 第404條 1項), 參加의 性質은 共同訴訟參加(民訴法 第76條)라고 할 것이다. 株主가 訴를 提起한 때에는 다른 株主나 會社는 스스로 當該理事에 대하여 별도로 訴訟을 제기할 수 없고 裁判外에서 理事에 대한 권리에 대하여 免除·拋棄·和解 등의 처분을 하지 못한다.

株主가 제기한 訴의 判決이 확정된 경우에 原告인 株主와 被告人 理事가 共謀하여 訴訟의 目的인 會社의 권리를 詐害할 目的으로 判決을 하게 한 때에는 會社 또는 株主는 再審의 訴를 제기할 수 있다(商法 第406條). 이 再審의 訴의 原告인 株主는 少數株主權 있는 株主에 限하지 아니한다.

株主에 의한 代表訴訟은 會社를 위하여 提起한 것이기 때문에 判決의 效力은 會社에 미치게 된다. 이런 점에서 代表訴訟을 제기한 株主는 會社의 機關的地位에서 행동하는 것이라고 할 수 있다. 株主가 勝訴한 때에 그 株主는 會社에 대하여 訴訟費用外의 訴訟으로 인한 實費額의 범위내에서 상당한 金額의 支給을 청구할 수 있으며(商法 第405條 1項), 株主가 敗訴한 때에는 惡意인 경우의에는 會社에 대하여 損害를 賠償할 책임이 없다(商法 第405條 2項). 惡意란 會社에 손해를 끼칠 目的 내지 會社를 害할 故意가 있는 것을 말한다.

VII. 結 言

株式會社는 資本主義經濟體制를 基로 한 資本中心의 企業形態로서 그 구성원의 人的인 關係나 個性은 別로 重要하지 않다. 株式會社는 資本만 充足하면 그 存立의 價値가 있기 때문에 다른 人的會社와 달리 1人會社(Einmanngesellschaft)가 되더라도 解散하지 않

는다.

그리하여 株式會社의 意思決定機關인 株主總會에서의 議決權도 株式의 所有者인 株主와는 관계없이 持株權의 多寡에 따라 행사되므로 株式平等取扱의 原則이 지배된다. 물론 이러한 原則은 大資本의 形成을 위한 수단으로서 요청되었던 것이다.

獨逸과 같이 株式會社가 大株主中心으로 발전된 國家에 있어서는 資本中心的인 성격이 더욱 뚜렷하지만 株式이 高度로 분산되고 株式會社를 株主들의 契約關係로 보는 미국에서는 議決權도 高度로 분산되므로 人的會社에서와 같은 「1人 1票」의 성격을 엿볼 수 있다. 그 때문에 會社支配層은 다수의 株主들로부터 信任을 얻으므로 많은 委任狀을 흡수하여 會社의 支配를 永續化하는 것이다. 또 모든 階層의 構成員들의 利益代表를 會社經營에 참여시키기 위하여 累積投票制度가 生成하여 발전하고 있는 것이며 會議制인 Board of directors 制度가 形成된 것이라고 볼 수가 있는 것이다.

우리나라에 있어서 대부분의 株式會社는 個人企業 내지는 人的會社가 資本團體의 굴레를 쓰고 있는 실정인 것이다. 그리하여 어떠한 株式會社이든 1人 또는 한集團이 完全支配를 하고 있으며 더욱이 그렇게 되어야만 안정된 운영을 할 수 있다는 觀念이 뿌리깊게 잠재하고 있다. 그리하여 株式會社는 政府나 大資本家들의 投資機構로 오인되어 零細投資家들로부터 外面當하고 있는 실정이다. 우리나라에서도 株式會社가 大資本形成을 위한 機關이 되도록 하려면 大株主의 議決權을 과감하게 制限하므로써 少額投資家들을 자극하여 株式會社가 少額投資家들의 大組合과 같은 기구로 발전되어야 할 것이다. 그러나 우리나라 商法은 「1株 1議決權」의 原則만을 고수하여 株式會社는 發行株式의 過半數以上을 소유하는 者가 지배하는 個人企業과 같은 형태로 운영되고 있는 실정이다. 그러므로 우리도 台灣의 公司法이나 인도네시아의 商法典의 制限規定을 研究檢討하여야 할 것이다.

또한 日本에서는 美國法의 Board of directors 制度和 더불어 이와 분리할 수 없는 cumulative voting 制度를 함께 導入하고 있으나 우리나라 商法은 累積投票制度를 고려하고 있지 않다. 물론 日本에서 이 制度가 실제에 있어서 대부분의 會社의 定款에 의하여 排除되어 아직 導入의 成果가 의문시 되고 있지만 定款으로 절대적인 排除를 할 수 없을 뿐만 아니라 이 制度가 다만 法律上에 엄존하고 있는 事實만으로도 間接的인 성과를 기대할 수 있는 것이다.

留止請求權과 代表訴訟制度는 그 발상지인 美國과 이를 繼受한 日本法에서는 單獨株主權인데 비하여 우리나라 商法에서는 少數株主權으로 규정하고 있다. 이 兩制度는 株式會社를 株主들의 契約的關係로 보는 경향이 강하며, 會社의 經營이 科學적이고 투명하여 그

資料 및 證據의 수집이 용이하고, ultra vires 法理가 지배적인 美國에서 大衆株主의 保護手段으로 널리 이용되고 있다. 그러나 우리나라의 株式會社는 사실상 대부분의 企業이 非公開的으로 불투명한 상태에서 경영되고 있을 뿐만 아니라 株主들은 會社의 경영에 대하여 전연 專門的知識을 갖고 있지 못한 실정이므로 株主에 낮은 留止請求權이나 代表訴訟提起權을 인정한다고 하더라도 하나의 장식에 불과하여 간접적인 效果밖에 기대할 수 없을 것이다.

(筆者 : 서울大學校 商科大學)
 韓國經濟研究所 研究員
 서울大學校 商科大學 助教授)