

株式會社의 機關

全 秉 翼

The Study of Organizatins of Stock Corporation

By

Jun Byung-Ik

<目 次>

- | | |
|----------------------|----------------------|
| 一. 序 論 | 2) 理事會(理事 및 代表理事) |
| 二. 株式會社의 機關構成의 史的 考察 | 3) 監事 |
| 三. 株式會社의 機關構成의 法的 規制 | 四. 株式會社 機關構成에 대한 諸問題 |
| 1) 株主總會 | |

Abstract

In modern economic society, the relation between law and economy is very close. In accordance with the fluctuation of economy, law will be alternated and with the alternation of law, economy could be fluctuated. The organizations of a stock corporation consists of the general meeting of share holders, the board of directors, and the auditor. In the past, the general meeting of shareholders were superior to the board of directors in managing a company. But at the present time, the board of directors is superior to the general meeting of shareholders.

The aim of law was to split the organization into three parts for democratic mangement of a company. But in fact, aganinst the aim of law, the three parts of the organization were not equal in the mangement of a company, and one part of the organization interferred the other parts in democratic way of the management.

According in this paper,

- 1) the auther studied the procss of the split in the organization in the historical side.
- 2)and analized the articls of commercial law about the organization of the stock corporation,
- 3) and presented the problems which interfere democratic management of a company and attempted legal solutions of the problems.

一. 序 論

現代 資本主義의 國家에 있어서 株式會社는 人間社會가 창조한 唯一한 法制度라 하겠다. 이것은 個人的 힘으로 이루어진 것도 아니고 오직 經濟的 社會的 발전에 따라 人間社會가 꾸준히 노력한 대가이다. 現代企業의 대부분이 그 法的 形態로 채용하는 가장 典型的인 것이 곧 株式會社이며 私企業의 概念이 株式會社企業의 概念으로 대치되어야 할 정도로 株式會社의 機能이크다. 그러나 株式會社는 私企業에 있어서 萬能的인 法制度로서 등장하였다 하더라도 株式會社는 여러가지 類型이 있을 수 있고 그 類型에 따라 顯著한 特色을 가지고 있음을 잊어서는 안된다. 또 現代의 株式會社는 法形態로서 完全한 것도 아닌 만큼 經濟的 社會的 발전에 따라 차츰 合理的인 法制度로서 人間이 개선함이 사회발전의 길이라 하겠다.

現代의 株式會社에 있어 가장 중요한 것이 株式會社의 機關에 대한 문제이다. 機關은 團體와 法人體의 不可分의 要素이며 法人組織의 一部를 形成한다. 즉 團體나 法人體가 活動하는 경우 그 團體 또는 法人體는 無形의 存在이므로 自然인과 같이 스스로 行動할 수 없다. 그래서 團體 또는 法人體에 있어서는 어느 一定의 地位에 있는 自然人的 意思 또는 行爲를 法律上으로 團體 또는 法人體의 意思 또는 行爲로 認定할 필요가 있다. 이 경우 그 地位 또는 그 地位에서 活動하는 自然人的 全體를 機關이라고 부른다. 따라서 社員은 會社存立의 기초인데 대하여 機關은 會社活動의 기초가 된다. 그러므로 社員과 機關없는 會社는 存立할 수 없다. 이와같이 株式會社의 機關에 대한 重要性을 認定하고 法은 株式會社의 機關을 議決機關으로서의 株主總會, 業務執行 機關으로서의 理事會 및 代表理事, 監查機關으로서의 監事를 두어 會社業務의 民主的 運營을 試圖하고 있다. 그러나 法은 各機關이 그 機能을 충분히 발휘할 것을 기대하였으나 現實은 法의 目的에 反하여 機關相互間의 힘의 均衡이 심히 파괴되고 實際上的 權力은 代表理事에 集中되고 있다. 즉 株主總會는 「관객없는 희극」과 같이 代表理事의 業務執行에 合法化하는 機關으로 變化하였고, 理事會는 現代 立憲君主政體下의 君主와 같이 「군림하나 統治하지 못하는 理事會」가 되었고, 監事는 代表理事에 身分上 監視 당하고 있는 충실한 호위병의 역할을 하지 못하는데 不遇하다. 이러한 現實에 대하여 一部論者들은 代表理事의 權力集中의 現象은 복잡한 業務를 신속하게 처리하기 위한 合理的인 方法이고(行政府優位時代) 機關 相互間의 不均衡을 立法적으로 調和케 함은 오히려 혼란을 초래한다는 것이다. 반면에 代表理事의 횡포를 방지하여 機關相互間의 不均衡을 調和하는 立法論的 試圖은 會社自體나 株主 및 會社債權者의 利益을 위하여 필요하다는 것이 더 중요하다.

따라서 本稿에서는 代表理事의 權力集中을 防止하고 機關相互間의 힘의 均衡을 試圖하여 株式會社의 合理的이고 民主的 運營을 期하기 위하여 먼저 機關構成의 歷史的 發展을 說明하고 現行 商法上의 株式會社 機關構成의 法的 規制를 說明하면서 그 未備點에 대한 새로운 立法的 改正을 促求하였다.

二. 株式會社 機關構成的 史的 考察

株式會社의 內部組織에는 歷史上 두개의 類型이 存在한다. 그 하나는 財團的인 和蘭型이고 다른 하나는 社團的인 英國型이다. 前者에는 株主는 會社業務의 運營에 있어서는 會社에 전혀 發言權이 없고 大株主가 管理者이나 後者에는 大株主가 總會를 構成하고 理事를 選任하였다¹⁾.

英國에서의 株式會社는 船舶共有組合이 發展된 것이므로 社團的 性質이 明白하였다. 總會는 社長(代表理事)을 選任하고 定款作成 配當決議等으로 처음부터 강력한 機關이었다. 프랑스도 最初에는 社團的인 性質을 가진 것이 明白하였다. 그후 時代의 變遷에 따라 英國의 社團型에서 和蘭의 財團型으로 발전하였다. 1602年의 荷蘭의 特許狀에 依하면 總會에 대하여는 언급이 없고 다만 10年마다 公開決算報告會를 개최하여 이 자리에는 各 株主가 出席할 수 있었으나, 특히 일체의 管理나 決定은 理事로 構成된 會議體에 귀속하였다. 理事의 選任은 株主가 自由로 選任하는 것이 아니고 政府가 任命하고 缺員이 있는 경우에 한하여 理事會에서 選任하였다. 따라서 各 株主는 原本 및 配當에 대한 한개의 請求權 즉 株式만을 가지는데 不遑하다. 結論적으로 各 株主는 社團의 業務에 관하여는 아무런 協力도 하지 않고 社團의 業務를 管理함은 理事이고 政府는 會社의 全體를 감독하고 어떤 문제가 발생한 경우에 解決案을 모색하였다. 이와같은 形態는 곧 政府가 지도하는 營造物이라 하겠다. 그러나 各國의 東印度會社에서 株主의 地位를 증대시키는 特許狀의 발전에 따라 營造物의 財團型的 상태에서 점차로 社團型으로 變化하였다. 즉 各國會社의 特許狀에 의하면 大株主와 一般株主로 區別하고 前者는 業務執行의 監査, 會計의 監査, 利益配當의 共同決議等의 權利를 認定하고 後者에는 決算의 說明을 듣고 의문점이 있을 경우 大株主를 통하여 다음 會期에 提議할 權利를 認定하였다²⁾.

이와같이 各國 東印度會社의 定款에 細目別 差異는 있었으나 大株主를 우대하였다는 것만은 확실하다. 그후 점차로 社會的 構成이 강력히 形成됨에 따라 大株主의 權利制限, 理事의 株主總會의 選任, 定款作成등이 株主總會의 權限으로 認定하였다. 요컨대 英美法系의 株式會社나 大陸法系의 株式會社는 모두 荷蘭의 東印度會社에 그 기원을 찾을 수 있으며 荷蘭의 東印度會社의 重要出資會(Haupt Participten)(大株主會)는 처음에는 理事의 選任, 決算書類의 承認, 利益配當의 決定등과 이 以外에 理事의 業務執行의 監査 및 承認의 權限을 가졌다. 이것이 오늘날의 株主總會 겸 理事會(독일에서는 株主總會 및 監査役會)의 任務를 수행했다고 볼 수 있다. 그러나 18世紀 자유와 平等思想의 影響으로 最高機關으로서의 株主總會가 생겨 一般株主들까지 여기에 참가하게 되자 重要出資會는 理事의 상설적 高層으로서 會社의 經營에 관해서 감독 및 承

1) K. Lehmann: Die gesichtliche Entwicklung des Aktienrecht bis zum Code de Commerce, 1895, S. 57 ff.

2) 西原寬一: 「株主總會의 運營」株式會社法 講座 第3卷 p. 817~819

認의 權限을 가진 相談役 또는 經營管理會가 되었으니 이는 물론 大株主의 利益代表機關이었다. 그후 相談役(Verwaltungsrat) 또는 經營管理會는 株主總會의 權限이 확대됨에 따라 總會에서 選任되고 業務執行의 協力を 第1次的 任務 그 감독을 第2次的 任務로하는 理事의 상설적 高문으로 의연히 存續하였다³⁾. 그리고 이 Verwaltungsrat가 英·美에서는 會社의 重役과 合同하여 理事會가 되고 독일에서는 監查役會(Aufsichtsrat)가 된 것이다⁴⁾. 따라서 英·美에서는 처음부터 理事會가 執行機關과 監督機關의 統合體로서의 機能을 발휘하고 있으므로 會社의 機關으로는 理事와 株主總會가 있을 뿐이다. 또 英美法系의 理事會가 會社企業의 經營에 관해서 그의 全權限을 가진 機關으로 發展한 것은 이상과 같은 沿革的 理由 뿐만 아니라 美國人의 投資心理의 作用에도 기인한다. 즉 19世紀 전반만 하더라도 各株主들의 會社에 對한 地位는 強固하여 理事는 質的으로나 量的으로 그 權限이 보장될 없었으나 19世紀 후반 南北戰爭以後 經濟發展으로 株主總會의 權限이 축소되고 理事의 經營權限이 확대되었다. 그러나 보다 더 重要한 것은 會社 財產의 所有가 점점 넓게 分散됨에 따라 그 財產의 所有와 이에 對한 支配는 점점 同一人의 手에 귀속하는 일이 적어진다는 會社 企業發展의 필연적인 論理와 능률적이고 經濟的인 會社事業의 經營은 支配를 少數人에 集中함으로써 촉진된다는 經濟的 現實的 要請에 의하여 날로 株主의 權限은 축소되고 理事會의 權限은 확대된 것이다. 그러나 大陸法系의 國家에서는 結果的으로는 같지만 좀 사정이 달랐다. 즉 독일의 경우를 보건대 英·美의 理事會의 母體인 經營管理會로부터 理事會(Board of Directors)가 아닌 監查役會(Aufsichtsrat)로 發展해 왔다. 그리고 이것은 近代의 民主主義의 政治思想과 結合하여 總會를 最高機關으로 하는 「株式會社에 있어서의 三權分立制度」를 確立하게 된 것이다. 그러나 資本的 企業이 發展함에 따라 企業이 大規模化하고 大資本이 필요하게 되었다. 이에 따라 一般大衆의 投資가 촉진되고 이른바 株式分散은 또한 株主의 量的·質的 變化를 초래하였다. 즉 株主의 數가 증가함에 따라 支配株主가 아닌 投資株主로 性質이 變化하였다. 이들 대부분은 株主總會를 통한 企業經營에는 無關心하고 事實上, 關與할 能力도 없으며 오직 보다많은 利益配當이나 보다 有利한 株式賣買만을 바라는 地位에 만족하였고 會社의 經營은 專門의 經營者에게 委任되었다⁵⁾.

이러한 현상 때문에 理事會가 企業의 前面에 나타났다. 具體的 立法으로서 독일의 1937年の 株式法을 들 수 있으니, 종래의 株式法에는 株主總會가 會社의 最高機關으로서 法律 또는 定款에 特別한 規定이 없는 限 一切의 業務執行에 관한 事項을 決議할 수 있었는데 新株式法은 그와 反對로 株主總會의 權限을 法律 또는 定款에 明示的으로 規定한 事項에 限定하고(同法13條) 會社의 代表 및 業務執行의 權限을 全的으로 理事에 맡겼다(同法 70條). 理事는 株主總會의 下部機關이 아니고 自己의 獨立된 權限과 責任下에 會社를 支配하는 指揮者가 되었으며, 한편 定

3) 大隅建一郎：株式會社法 變遷論 p. p. 111~131

4) 山村忠平：「監查役制度」株式會社法 講座 第3卷 p. 1177 以下

5) 池田直視·中村一彦：「株式會社 支配的 研究」 p. 131以下

款에 의하여 理事가 監事에게 從屬되는 것을 계경하여 監查機關으로 限定하였다(同法95條)⁶⁾.

三. 機關構成의 法的 規制

1. 株主總會

① 意義 및 性格

株主總會(General meeting of shareholders)라 함은 株主의 總意에 의하여 會社의 內部에서 會社의 意思를 決定하는 會社의 必要的 常設機關이다. 이것을 分析하여 說明한다면

첫째 總會는 會社의 意思決議의 機關이다. 즉 會社의 機關으로서 會社內部的 運營上의 重要事項에 대한 會社의 意思를 決定하는 任務를 가진 것이다. 會社의 意思決定 機關으로서는 株主總會 以外에 理事會가 있고 代表理事 또는 監事도 一定範圍內에서는 意思決定을 행한다. 그러나 總會는 社團構成員의 總意를 직접 形成한다는 점에서 特색을 가진다. 이에 대하여 總會 以外의 他機關은 그 構成員의 選任監督이 總會를 통하여 이루어지고 總會의 委任機關의 地位에 있으므로 株主의 總意를 간접적으로 形成하여 表現함에 不遜하다.

둘째로 總會는 原則적으로 株主 全員으로 構成한다. 이것은 出資者인 株主를 會社의 經營面에 參加시키는 유일한 기회가 된다 하겠다. 그러나 議決權 없는 株式을 가진 株主는 株主總會의 構成員이 될 수 없는 것은 優先配當의 特典에 대한 法規制 때문이다.

셋째로 總會는 會社의 最高機關이다. 株主總會가 會社의 最高機關이라는 것은 多數國家가 共同的으로 認定하고 있다. 오늘날 株式會社法의 改正으로 株主總會의 權限을 축소하고 理事會의 權限을 擴大함에 따라 總會의 最高機關性을 否認하는 견해도 있다⁷⁾. 그러나 最高性은 반드시 權限의 萬能性을 意味하는 것은 아니다. 아직도 理事 및 監事의 選任權과 解任權이 總會에 있고 보면 最高性은 否認하지 못할 것이다.

네째로 總會는 必要常設機關이다. 總會는 株式會社의 機關이 存在하는 限 總會自體는 缺할 수 없고 總會의 構成員인 株主가 存在하는 限 總意를 形成하는 總會는 存續하지 않을 수 없다. 이와 같이 總會는 會社의 重要事項을 決定하는 經營管理機關이면서 理事의 選任權을 行使하는 最高人事權을 가졌으므로 法的으로 會社를 支配하는 支配機關이며 最高機關이라 말할 수 있다.

② 株主總會의 權限

總會의 權限을 株主總會의 中心主義로부터 理事會의 中心主義로 商法을 改正함에 따라 그 權

6) 李範菴: 立法論的으로 본 商法草案의 「取締役會制度」, 商法研究(徐燦珪) p. p. 230~231

7) 松田二郎: 會社法 概論 p. 172

限이 축소되었다. 總會의 權限을 決議要件을 중심으로 분류한다면 通常決議 事項으로는 理事 및 監事の 選任, 計算書類의 承認, 會社와 理事와의 분쟁에 訴訟代表者의 選任등이 있고 特別決議事項으로서는 定款變更, 理事 및 監事の 解任, 營業全部 또는 一部の 讓渡, 資本減少, 會社의 解散, 會社合併등이 있다. 特殊決議事項으로는 理事 및 監事の 責任免除등이 있다⁸⁾. 이와같은 法定權限 事項을 經營面에서 분류한다면 會社의 기초 및 存立에 관한 事項(會社의 解散 合併, 定款變更), 理事 監事の 選任 및 解任에 관한 事項, 計算書類에 관한 事項, 計算書類의 承認 및 利益配當, 株主의 重要한 利益配當에 관한 重要事項과 轉換社債의 發行등으로 나눈다.

③ 株主總會의 召集

A. 召集權者

株主總會는 召集權限이 있는 者가 法定節次에 따라 召集하여야 한다. 解散前의 會社에서는 理事會, 清算中의 會社에서는 清算人會가 召集權者가 된다. 또 發行株式 總數의 「100分の 5」에 該當하는 株式을 가진 株主(少數株主)도 株主總會의 召集을 理事會에 要求할 수 있고 法院의 命令에 의한 代表理事도 召集할 수도 있다.

B. 召集節次

株主總會를 소집할 때는 會日을 정하여 2 주일 전에 書面으로 通知를 하여야 하며 그 通知의 內容에는 會議의 目的事項을 기재해야 한다. 또 會社가 無記名株式을 발행한 경우에는 總會召集을 公告해야 한다(商363條). 그리고 議決權없는 株主에 대하여는 通知와 公告의 절차를 필요로 하지 않는다.

C. 議決權—株主는 總會에 出席하여 討議에 참가하고 決議를 할 수 있는 것은 株主의 固有의 權利라 하겠다. 株主의 議決權은 多數決의 方法으로 會社의 意思로 成立하고 會社의 機關 및 株主등을 구속하는 효력을 가지는 것은 가장 根本的인 公益權이라 하지 않을 수 없다. 株主의 議決權은 一株에 한개의 議決權을 原則으로 한다(商369條 以下 條文에서는 商法의 商字를 생략한다.) 이것은 株式會社의 自體가 資本團體의 所産임을 立證하고 있다. 그러나 株式會社法의 法理나 會社運營上의 合理化를 期하기 위하여 議決權이 制限된다. 즉 議決權없는 株式(370條), 自己 株式(369條 2項)등은 議決權이 없다. 그리고 株式會社는 資本團體이므로 한사람의 株主가 多數의 株式을 가진 경우에 그 議決權의 不統一의 行使도 가능하다⁹⁾. 또 總會決議에 特別한 利害關係를 가진 株主는 議決權을 行使할 수 없다.

2. 理事會

8) 徐燦珪 : 商法(上) p. p. 339~340

9) 田中誠二外 2人 : 「會社法 コンメンタル」 p. p. 597~598, 徐燦珪 : 商法(上) p. 337. 反對說이 있다. 즉 議決權이란 意思表示를 나타내는 權利라는 점에서 統一의 行使만이 可能하다는 것이다(田中耕太郎 : 改正會社法概論 p. 529, 金容泰 : 商法(上) p. 250

① 理事會의 意義

理事會(Board of directors)는 理事全員으로 構成되는 法律上 合議體로서 株式會社의 業務執行을 擔當하는 必要常設機關이다. 理事會는 合議體로서의 會社의 機關 그 自體를 지칭하는 경우도 있고 또 機關의 權限을 行使하기 위하여 開催되는 會議 그 自體를 뜻하는 때도 있다. 예를들면 理事會의 權限이라고 할 때는 前者를 뜻하고 理事의 決議定足數 또는 召集決議라고 할 때는 後者를 뜻한다. 美國의 會社法에서는 機關으로서의 理事會를 Board of directors 現實의 會議를 Meeting of the board of directors 이라고 하여 用語上 區別하고 있으나 우리 商法은 區別하고 있지 않다¹⁰⁾. 商法은 「會社의 業務執行은 理事會가 決定한다」(393條)고 정하고 있으므로 理事會는 業務執行의 決定機關이다. 株主總會 以外에 理事會를 필요기관으로서 法定化한 것은 所有나 經營의 分離에 相應한 것이며 經營管理에 있어서는 理事會가 最高機關이라는 것을 意味한다. 그런데 經營管理에 관한 全權限은 理事會가 가지나 理事會에서 具體적이고 日常의 經營管理까지 行使하는 곤란함으로 이와같은 것은 理事會의 派生機關인 代表理事에 委任하고 있다¹¹⁾.

② 理事會의 權限

商法 또는 定款으로서 株主總會의 權限으로 되어 있는 事項을 除外하고(361條) 모든 權限은 機關으로서의 理事會에 속한다(393條). 따라서 業務執行의 決定 뿐만 아니라 그 執行도 原則적으로 理事會의 權限에 속하는 것이지만 理事會를 構成하는 理事全員에 의한 共同執行은 실제상 不可能 하고 불필요하므로 商法은 理事會에서 選정한 1人 또는 數人의 代表理事에게 委任하고 있다(389條). 또 會社는 따로 定款으로서 業務擔當理事를 두어 위의 權限을 委任하여도 상관없다. 그러나 반드시 다음 事項은 理事會의 決議에 委任하지 않으면 안된다. 즉 株主總會의 召集(362條), 理事會 召集權者의 特定(390條), 支配人의 選任 및 解任(393條) 代表理事의 選任과 共同代表의 決定(394條), 新株發行事項의 決定(416條), 社債募集(469條)등이다. 이밖의 事項이라도 會社의 定款 또는 理事會의 決議로서 理事會의 決議事項으로 정한 것은 理事會의 決議를 반드시 요한다¹²⁾.

③ 理事會議

A. 召集

理事會는 合議體機關이므로 그 權限을 行使하기 위하여 會議를 開催해야 한다. 理事會議는 一定한 召集權者가 하여야 하고 一定한 節次를 缺한 會議는 適法한 會議가 될 수 없고, 그 決議는 正當한 決議라고 할 수 없다. 理事會의 召集權者는 原則적으로 各理事이며 理事會의 決議로 會議를 召集할 理事를 特定할 수 있다(390條). 實際上으로 定款 또는 理事會의 規則에 의하여

10) 徐燦珪：前揭書 p. 349

11) 徐燦珪：新株式會社法の 基本問題 p. p. 55~56. 그러나 理事會는 業務執行의 意思決定을 擔當하는 機關이고 代表理事는 그 執行과 代表를 擔當하는 機關으로서 兩者가 獨立한 別個의 機關이라고 주장하는 견해도 있다(石井照久：會社法(上下) p. 301. 徐廷甲：商法(上) p. 264

12) 朴元善：商法(上) p. 320

代表理事 社長 또는 會長등에 召集權을 專屬시키는 것이 通例로 되고 있다. 그러나 이 경우에도 最初의 理事會이나 또는 理事全員이 改選된 때에는 各理事가 召集權이 있다.

B. 召集節次

理事會를 召集하려면 會日을 定하고 2 주일전에 通知를 발송해야 한다. 그러나 定款으로 이 期間을 단축할 수 있다(390條). 通知의 方式에는 아무런 制限이 없고 반드시 書面으로 할 필요는 없다. 또 會議의 目的인 事項을 通知하여야 하는 것은 아니다. 理事全員의 同意가 있는 때에는 召集節次없이 언제라도 開催할 수 있다. 定款 또는 理事全員의 同意에 의하여 定期理事會의 日時와 場所를 定한 경우에는 召集節次없이 언제든지 會議를 할 수 있다. 또 特別한 利害關係 있는 理事는 決議에 參加할 수는 없으나 그러나 그 理事에 대하여 召集通知만은 缺할 수 없다.

C. 議事

理事會의 議事に 대하여는 議事錄의 作成 以外에 商法에는 아무런 規定이 없다. 그러므로 理事會規則으로 理事會會長 또는 社長으로 하여금 會議를 進行케 함이 一般的이다. 理事會는 議事錄을 作成하여야 하며 議事의 經過와 要領 및 結果를 記載하고 議長과 出席한 理事의 記名捺印을 要한다(392條, 372條). 이것은 다음에 理事의 責任 追궁에 重大한 意義를 가진 것이기 때문이다.

D. 決議

理事會를 法律上의 機關으로 制度化한 것은 個人的으로 才能이 있는 理事가 議會에 참석하여 단지 多數決에 의한 決議를 하는데 主된 目的이 있는 것은 아니다. 理事會議는 多數人의 理事가 一堂에 集合하여 意思를 교환하고 충분히 討議함으로써 權限行使를 適正하고 신중하게 하는 곳에 制度上의 큰 利益이 있다. 따라서 理事會는 多數人의 理事의 意思一致로 귀결짓는 그 節次와 過程이 重要視되는 機關이므로 理事 스스로가 會議에 參加하여야 하며 株主總會와 같이 代理人에 의한 議決權 行使는 許容되지 않는다. 아울러 書面이나 電話에 의한 決議도 허용되지 않는다¹³⁾. 理事會의 決議는 理事全員의 過半數에 의한다(391條). 이것은 決議에 신중을 期하기 위하여 強行法規로 規定하였기 때문에 決議要件을 加重하는 것은 가능하지만 輕減하는 것은 허용하지 않는다. 理事의 決議는 株主總會와 같이 一株一議決權이 아니고 一頭一議決權의 平等한 投票에 의하여 行使한다. 表決結果 可否同數인 경우에는 株主總會에서와 같이 議決權의 平等을 강조할 필요가 없으므로 定款 또는 理事會의 規則으로 議長에게 決定權을 부여하는 것은 무방하다¹⁴⁾.

④ 理事

A. 理事의 法的 性格

法律上 株式會社의 業務執行機關은 그 意思決定 機能을 擔當하는 理事會와 執行自體 및 會社를 代表하는 代表理事로 構成된다고 하며 各理事는 그 自體가 株式會社의 機關이 아니고 理事會의 構成員인 동시에 代表理事의 前提資格에 불과하다¹⁵⁾고 한다. 이에 반하여 理事는 理事會

13) 大隅建一郎: 會社法の 諸問題 p. 108

14) 鈴木竹雄: 會社法(法律學講座) p. 282

15) 大森忠夫: 會社法講義 p. 164

를 構成하고 會社의 業務執行의 意思決定을 그 主된 權限으로 하는 必要的 機關이라는 學설이 있다¹⁶⁾. 본래 理事會 制度는 業務執行의 合理化 및 適正化를 위하여 業務執行의 權限을 理事全 員으로 構成되는 合議體인 理事會에 부여해서 그 權限을 適法한 理事會議에서 討議하고 그 表 決結果에 따라 行使하도록 하는데 그 根本目的이 存在한다. 그런데 理事會에 決定한 意思의 執 行은 合議體인 理事會로서는 부적당하므로 理事會의 派生機關인 代表理事가 行使토록 하고 있 다. 따라서 各理事가 個別的으로 業務執行 機關을 構成하는 것이 아니고 理事는 다만 理事會의 機關構成者의 地位만을 갖는다.

B. 理事의 選任과 終任

理事는 株主總會에서 選任하여야 한다(382條). 그러나 發起設立의 경우는 發起人, 募集 設立의 경우는 創立總會에서 各各 選任한다(296條, 312條). 理事의 選任은 株主總會의 專屬의 決議事 項이므로 定款으로서도 第3조에 委任할 수 없다. 이 選任決議는 會社內部的 意思決定이고 被選 任者는 會社와 任傭契約에 依하여 취임한다. 理事의 선임은 登記事項(317條)이고 選任決議는 株主總會의 普通決議方法에 의하나 理事는 株主와의 利害關係가 크므로 決議要件을 排除하거나 輕減하지는 못한다. 즉 理事의 選任決議는 定款에 다른 規定이 있어도 發行株式 總數의 過半數 에 해당하는 株式을 가진 株主의 出席으로 그 議決權의 過半數로 하여야 한다(384條). 理事의 資格에는 아무런 制限이 없다. 반드시 能力者임을 要하지 않고(民117條) 理論上 반드시 自然入 임을 要하지 않는다. 또 株式會社에서는 企業의 所有와 經營의 分離로 因하여 널리 유능한 人才 를 구하기 위하여 종전에 理事의 資格을 大株主에게만 부여하던 폐단을 철폐하여 門戶를 개방 하였다. 定款으로 理事가 가질 株式의 數를 정한 경우에 그 理事는 該數의 株式을 監事에 公탁 해야 한다(387條). 理事의 員數는 3人以上이어야 하고 그 任期는 2年을 最長期로 한다(383條). 3人이라 하면 法定員數로서 定款에 定員의 最低限과 最高限을 定하는 것은 무방하다. 理事會는 合議體이므로 奇數를 定함이 편리하고 理事의 法定數에 缺員이 있는 경우는 곧 補充해야 한다. 理事는 會社로부터 法律行爲 및 法律行爲以外의 事務를 委任받은 者이므로 理事와 會社와의 關係는 委任 및 準委任의 併合契約으로서 民法上 委任에 關한 規定에 따른다(382條, 民 680條 以下). 그러므로 理事는 善良한 管理者의 義務를 다하여야 한다(民 681條). 다만 民法上의 委任 은 無償을 原則으로 하지만 理事는 報酬請求權이 있으며 그 報酬의 額은 定款 또는 株主總會의 決議에 따른다¹⁷⁾. 또 理事는 委任에 關한 法定終了事由 以外에 會社의 解散, 定款所定의 資格 喪失, 任期滿了, 辭任과 解任에 依하여 終任한다. 또 理事는 언제든지 辭任할 수 있다. 그러나 正當한 理由없이 任期滿了前에 解任한 때는 解任으로 因한 損害賠償을 支給해야 한다(385條). 理事가 該職務에 關하여 不法行爲 또는 法律이나 定款에 違反한 重大한 事實이 있음에도 불구하고 株主總會에서 該 해임을 否決한 때는 少數株主權에 依하여 總會의 決議口로부터 1個月內에 該 해임을 本店 所在地의 地方法院에 該 解任을 請求할 수 있다(835條).

16) 松田二郎：前掲書 p. 179 朴元善：前掲書 p. 314

17) 大民法判例全集Ⅲ(下) p. 1068

⑤ 代表理事

A. 意義 및 法的 性格

代表理事는 對內的으로 業務執行權을 가지고 對外的으로 會社를 代表하는 (그 法律關係는 代理와 같다) 理事이다. 會社는 代表關係를 缺할 수 없으므로 代表理事는 必要常設機關이다. 理事會는 常時 활약하는 機關이 아니고 또 業務執行에 관한 意思決定을 하는데 불과한 合議體이기 때문에 業務執行 自體는 부적당하다. 그래서 商法은 理事會에서 決定한 意思를 執行하는 派生機關으로서 代表理事를 法定化하였다. 各 理事는 理事會의 構成員의 地位를 갖는데 지나지 않으며 代表理事에 選任됨으로서 비로소 業務執行을 實行할 權限을 갖는다. 會社代表權은 會社를 代表하여 對外的으로 活動케 하는 것은 經營管理의 일환이다. 代表理事는 광범위하게 經營管理權을 가지고 理事會에서 決定한 基本方針에 따라 經營管理에 任하게 된다¹⁸⁾.

B. 選任과 退任

代表理事는 原則으로 理事會의 決議로서 選任한다. 그러나 定款으로 株主總會에서 選任할 것을 規定할 수 있다(389條). 代表理事의 選任은 理事會의 派生機關이므로 理事會의 代表理事에 대한 監督機能을 強化하여 意思決定과 執行간의 유기적 관련성을 맺어 효율적 會社의 經營을 그 目的으로 함이 理論的 기초이다. 그러나 株主들에게 代表理事의 選任권을 부여함은 업무집행에 參與할 수 있는 최소한의 기회를 보장함에 있다.

代表理事의 員數는 制限이 없으며 1人 또는 數人을 選任할 수 있고 數人이 共同으로 會社를 代表할 것을 定할 수 있다(389條). 代表理事는 理事임을 要하므로 理事의 地位를 상실하면 代表理事의 地位도 당연히 상실한다. 따라서 代表理事가 株主總會에서 理事로서 解任한 때는 代表理事의 地位도 해임된다. 그러나 代表理事와 理事의 職은 分離되어 있으므로 代表理事의 退任은 理事의 退任까지 요구하는 것은 아니다. 그리고 代表理事의 選任과 退任은 登記事項이다 (317條).

C. 代表理事의 權限

代表理事는 對外的으로 會社를 代表하는 機關이며 對內的으로 業務執行機關이다.

1. 業務執行權

商法上 代表理事는 會社의 營業에 관한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限이 있으며 (389條, 209條), 한편 會社의 業務執行은 理事會의 決議에 따르도록 하였다(393條). 상호관련성이 있는 이 두 法 條文을 모순없이 해결하는 것이 重要하다. 즉 會社業務의 基本事項은 株主總會 또는 理事會의 權限內에 전속되므로 이것은 침범할 수 없으며 代表理事는 理事會의 한 構成員이기 때문에 理事會의 決議에 따라야 함은 당연하다. 會社의 常務에 관한 경미한 事項에 대하여 意思決定과 實行은 代表理事가 행하여야 하며 理事會에서 決議한 事項이라도 그 決定이 一般의이고 抽象的인 경우는 그 범위내에서 代表理事의 재량에 의하여 개개의 具體的事項을 決定하고 實行함이 통례이고 이렇게 함이 經濟社會의 現實的 要請이기도 하다. 代表理事는 會社

18) 服部榮三: 「機關」經營法學 全集 3卷 p. 75~77

에 대하여 善良한 管理者의 注意義務로서 業務를 執行하고 法律이나 總會의 決議를 따라야 한다. 數人의 代表理事가 있을 때에는 定款이나 理事會의 決議 또는 理事會의 規則 등에 의하여 業務의 分擔을 할 수 있으며 이러한 정함이 없으면 각자 단독으로 業務를 집행한다. 업무를 執行함에는 代表理事 自身이 할 수도 있고 다른 理事나 商業使用人과 같은 補助者로 하여금 행하게 할 수 있다. 代表理事가 행하는 業務범위는 會社全般에 관한 것으로 중요한 것은 다음과 같다. 즉 株券과 債券에 대한 記名捺印(358條, 478條), 定款, 各種 會議錄, 株主名簿, 社債原簿의 備置(393條), 株式請約書나 社債請約書의 作成(420條~474條), 計算書類 및 附屬明細書의 備置(465條)등이다.

ㄴ. 會社代表權

代表理事의 代表權의 범위에 대하여 商法은 會社의 營業에 관한 裁判上 裁判外의 모든 行爲를 할 權限이 있고 이에 加한 制限은 善意의 第三者에게 대항할 수 없다(389條, 309條). 裁判上의 行爲라 함은 訴訟에 관한 行爲를 말하고 裁判外의 行爲라 함은 그 밖의 適法行爲를 말한다. 그러나 理事會는 理事와 會社간의 訴訟行爲에 대하여는 會社를 代表할 者를 별도로 선정하여야 하고 또는 株主總會에서 선정할 수도 있다(394條). 이것은 業務에 관련된 行爲라 할지라도 代表理事의 代表權의 범위에서 除外된다. 이와같이 代表理事는 業務上의 모든 行爲를 할 權限이 있다고 하지만 法律, 定款, 또는 理事會의 決議에 의하여 그 權限을 制限할 수 있다. 그런데 制限된 代表權의 범위를 위반했을 때의 그 行爲의 効力 有無에 대하여는 一部論者는 原則적으로 그 行爲의 効力은 完全히 발생한다고 한다¹⁹⁾. 그러나 一部論者는 對外的으로는 善意의 第三者에게는 有効하나 對內的으로는 無効라고 한다²⁰⁾. 그러나 法의 目的과 去來安全의 調和點을 찾아 具體적으로 決定해야 할 것이다. 會社의 目的 범위의 代表行爲는 會社의 權利能力의 범위 문제로서 代表權의 초과의 경우와 혼동해서는 안되며 第三者의 善意惡意를 불문하고 無効이다. 따라서 會社에 대하여 効力이 미치는 代表行爲는 會社의 權利能力의 범위내에서 행한 行爲라야 한다. 代表權을 行使하는 方法은 代表理事의 單獨으로 會社를 代表하는 것이 原則이지만 代表權의 濫用을 방지하기 위하여 共同代表理事를 둘 수 있다.

D. 業務擔當理事

代表理事 以外에 定款 또는 理事會의 決議에 의하여 選任되어 業務執行의 一部를 擔當하는 理事가 있는데 이를 業務擔當理事라고 한다. 즉 會長, 社長, 副社長, 專務理事, 常務理事 등이 다. 業務擔當 理事는 法律上으로 아무런 規定이 없으므로 業務擔當理事를 會社內에 둘 것인가에 대하여는 各會社의 自由이다. 따라서 業務擔當理事는 任意機關이므로 大部分의 會社는 이를 두고 있다.

業務擔當理事는 內部的인 經營管理를 職務權限으로 하는 機關이므로 代表理事가 선임하는 경우가 많다. 이 경우는 對外的으로 代表權을 가지고 對內的으로 經營管理權을 가졌기 때문이다.

19) 鈴木竹雄：前掲書 p. 284

20) 大隅建一郎：會社法論(中) p. 121

그런데 代表理事를 겸하지 않는 業務擔當理事는 内部的으로 經營管理權만을 가지고 對外的으로 會社를 代表할 權限은 갖지 않는다²¹⁾. 業務擔當理事의 業務執行은 단독집행을 함이 原則이고 공동대표의 業務執行도 認定한다. 業務擔當理事가 數人일 경우는 그들간의 上下關係 및 業務分擔을 정할수 있다. 代表理事와 業務擔當理事 以外の 理事는 理事會의 決議에 참가할 뿐이지 會社 代表權과 業務執行權을 갖지 않는다. 理事는 商業使用人을 겸할 수 없다는 規定이 없으므로 理事는 商業使用人을 겸할 수 있다.

3. 監事

① 意義 및 法的 性格

監事は 會社의 會計監査를 業務로 하는 株式會社의 必要常設機關이다. 商法上的 監事は 舊商法上的 監査役과 달라서 理事의 業務執行을 監督하는 業務監査權은 없고 오로지 會計監査만을 擔當한다. 이것은 英美法上的 理事會制度의 채용으로 理事會가 業務執行에 관한 意思決定을 하면 그 實行을 代表理事에게 맡기게 되므로 代表理事의 業務執行의 實行을 監督하는 것은 理事會가 하게끔 되어 있고 또 株主의 地位強化에 의하여 少數株主權의 行使로 會社의 業務監督도 마련되어 있으므로 監事의 權限을 會計監査權으로 축소하여도 無理가 없고 보다 現實的이라는 것이다. 그런데 現代企業에 있어서 會計란 극히 복잡하고 기술적인데다가 깊은 지식과 풍부한 경험을 가진 會計專門家가 아니면 파악하기 곤란하다. 그러나 商法은 監事의 資格에는 아무런 法的規定을 하지 않고 있다²²⁾.

② 選任과 解任

監事は 株主總會에서 選任한다(409條). 이 選任決議는 普通決議의 方法에 의하고 理事의 選任 경우와 달라서 定款에 다른 정함이 있는 경우에는 定款所定の 決議方法에 의하면 된다(384條). 그러나 不偏, 公正한 監事의 選出을 위하여 議決權 行使에 重大한 制限이 있다. 즉 議決權 없는 株式을 除外한 發行株式 總數의 「100분의 3」을 초과하는 數의 株式을 가진 大株主는 그 초과하는 株式에 대하여 議決權을 行使하지 못한다(410條). 監事의 資格에는 制限이 없고 監督機關인 관계로 그 會社의 理事 또는 支配人 其他의 使用人의 職務를 겸하지 못한다(411條). 監事의 任期는 1年이다. 監事의 終任에 대하여는 理事의 경우와 같으나 다만 會社의 解散後 清算中에도 會計監査의 필요가 있으므로 會社의 解散으로 당연히 終任事由가 되지 않는다.

③ 權限

監事は 會計監査를 그 職務로 한다. 이것을 위하여 監事は 會計의 장부와 書類를 열람 및 등사를 할 수 있고, 또 理事에 대하여 會計에 관한 報告를 要求할 수도 있으며, 있고 그 職務遂行을 위하여 특히 필요한 때에는 會社의 業務나 財産狀態를 調査할 수도 있다(412條). 또 監事は 理事가 株主總會에 提出한 會計에 관한 書類를 調査하여 株主總會에 그의 의견을 진술하여야 한다.

監事が 數人인 경우에도 그 業務는 單獨으로 行使한다. 또 監事は 業務執行의 權限이 없으므로

21) 服部榮三：前掲書 p. p. 77~80

22) 徐燦珪：前掲書 p. p. 370~371

로 理事와 같이 競業禁止 義務와 會社와의 去來禁止義務(398條)는 없다. 또 監事가 그 任務를 怠慢하였을 때는 그 會社에 대하여 連帶하여 損害賠償責任을 진다(414條). 이 責任은 總株主의 同意로만 면제할 수 있고 또 이 責任을 追궁하기 위하여 代表訴訟이 株主에게 부여되고 있다(415條).

四. 株式會社의 機關에 대한 諸問題

1. 株主總會의 無能化와 그 對策

株主總會는 法律的으로는 最高機關의 性格 및 支配機關의 性格을 가지고 있다. 그러므로 株主總會에서 多數를 차지하는 者가 곧 會社를 支配할 수 있고 그렇지 않은 株主도 적어도 法律的으로는 株主總會를 통하여 支配의 義務를 담당하고 있다. 그러나 株主總會의 現實的 機能은 이와 반대의 현상이 나타나고 있다. 즉 總會에서 實質的 討議는 하지 않고 代表理事가 提出한 原案 그대로 形式的으로 가결함에 그치므로 법률이 기대하는 바와는 달리 無力化하였다. 이렇게 株主總會가 無力화된 것은 企業의 所有와 經營의 分離현상에 있는 것 같다. 즉 企業의 所有者인 株主는 實際로는 企業者가 아니고 단순한 債權者, 信用供與者 또는 投資家에 불과하다. 「에—링」(K. Jhering)이 지적한 바와 같이 「利益」(Interesse)과 「處分權」(Verfungung)은 法的 自然形態로서는 權利者인 하나의 人格者에 귀속하여야 하나 株式會社에서는 株主는 處分權이 없는 利益을 가지고 理事는 利益없는 處分權을 가진 兩者가 分離되고 있다」²³⁾고 하였다.

또 株式會社는 利益團體이다. 즉 大株主와 少數株主, 投資株主와 企業株主, 普通株主와 優先株主등으로 株式會社의 內部에 存在하고 있다. 이들 株主들 중에 少數株主, 投資株主, 優先株主들은 總會의 出席을 거부하고 있다. 그 原因으로서 經濟學者 Passow 는 다음과 같이 열거하고 있다²⁴⁾. 第1로 少數株主는 일시 또는 계속적인 投資가 목적이지 企業經營의 參與는 하지 않는다. 第2로 株主는 全國에 散在하여 있으므로 總會의 開催場所와의 거리가 멀다. 第3으로 職을 가진 株主는 總會에 참석할 여유가 없다. 第4로 婦人 其他 營業上의 知識이 없는 株主는 總會에 參加하더라도 討議에 參與한다는 것이 불가능하다. 第5로 公務員이나 貴族들은 株式를 가지더라도 公開하지 않는다. 第6으로 商業使用人이나 (그 會社의). 또는 그 會社에 從屬關係가 있는 株主는 出席하지 못한다. 第7로 公告方法이 좋지 않다. 第8로 少數株主는 自己의 주장이 통하지 않는 것을 경험하였다는 등이 있다. 이 以外에도 經濟發展이 됨에 따라 資本의 增大로 少數株主의 非經濟적 地位가 점점 低下되고 또 企業의 合同으로 一會社의 正常한 權利行使라도 全體立場에서 압도당하는 경우가 많다. 이와같은 諸原因때문에 株主總會의 無用論이 나왔다. 즉 어느 經營學者는 株主總會는 株式會社가 組合의 性格을 가진 時代의 遺物이며 株式會社의 성격이 달라진 오늘에 와서는(社團性으로 변모) 그 存在 理由가 없고 株主總會에 가름하는 새로운

23) Jhering; Der Zweck im Recht. Bd, 1, 1877, S. 224 ff
株式會社法講座 第3卷 p. 827~828

24) Passow; Die Aktien gesellschaft, 2. Aufl. 1922, S. 486 ff.

機關으로서 「代議員制」 또는 「大株主會」의 설치를 주장하고 있다²⁵⁾.

또 法律分野에서도 株主의 總意를 反映하는 方法으로서 꼭 株主總會인 議會體를 필요로 하지 않는다는 것, 株式會社는 資本團體이므로 討議가 필요하지 않다는 것, 株主總會의 召集에 막대한 費用이 낭비된다는 것 등으로 株主總會의 無用論을 주장하고 있다²⁶⁾.

그러나 株主總會를 폐지하여 여기에 가름하는 機關을 설치하더라도 株主總會 以上の 좋은 結果를 초래하리라고는 不明確하다. 現在까지로는 株主總會가 無力化했다 하더라도(法律이 기대하는 기능을 다하지 못하였더라도) 株主總會가 存在하는 것 만으로 株式會社의 운영에 크다란 成果가 存在하고 있음은 分明하다 따라서 結論的으로 株主總會의 無用論보다는 有益論이 制度上 要求된다.

이에 따라 現實의 課題는 株主總會의 機能을 強化하고 法의 要求와 現實의 運營의 妙를 一致시키는 立場에서 새로운 立法論的 試圖를 모색했다.

첫째로 株主總會에 書面에 依한 議決權 行使를 認定하자는 것이다.

株主總會는 合議體의 機關이므로 總株主가 모여 討議討論함으로써 贊否를 多數決에 의하여 明確히 함이 본래의 目的이나 現實로서는 수단은 株主들이 一堂에 모여 集會를 한다는 것은 不可能하다. 現行法으로는 委任狀으로 이에 대한 未備點을 補完하고 있으나 여기에는 병폐가 많다²⁷⁾. 따라서 委任狀에 의한 株主의 間接적인 意思表現보다는 株主의 直接的인 意思表現을 할 수 있게끔 株主의 書面에 의한 決議方法을 채택함이 타당하다.

둘째로 株主總會의 出席定足數의 輕減 및 排除를 하자는 것이다.

現行法上으로는 總會의 特別決議를 함에는 發行株式 總數의 過半數를 要求하고 있고 만약 이 定足數를 缺한 決議는 決議取消의 訴에 대상이 된다. 이것 때문에 會社는 이 定足數를 채우기 위하여 委任狀의 수집등으로 會社의 막대한 費用을 낭비할 뿐 아니라 議決權行使에 發行株式 總數의 過半數를 가진 株主의 出席을 요구하는 것은 필요하고 合理的인 근거가 될 수 없으므로 會社內의 事務취급상의 편리한 점으로 보와 出席定足數를 發行株式 總數의 3분의 1정도로 輕減하여도 무방하다. 이에 상응한 것으로 現行商法上, 普通決議의 경우는 法律은 特別決議와 같은 定足數를 요구하고 있으나 다만 定款의 규정으로 定足數의 要件을 輕減할 수 있게 하고 있다.

(2) 理事會에 대한 立法的 補強

오늘날 民主國家에 있어서 國會의 無能化로 行政府中心主義로 변모하는 경향과 같이 株式會社도 株主總會의 無能化로 現代企業이 지닌 機動性和 合理性의 要請에 따라 業務執行機關인 理事會가 株式會社運營의 絶對的 位置를 찾아하게 되었다. 이것은 總會를 最高機關으로 監事나 理事를 두어 「힘의 均衡」(Balance of Power)으로 株主 및 會社債權者의 保護로 會社의 번영을 도모 하였든 소박한 民主主義는 이미 낡은 原理가 되었고 아울러 法과 經濟의 現實과의 不一致

25) 平井泰太郎: 「株式會社法 改正の 基本的 構想」 商事法研究 41號

26) 長谷部茂吉: 「裁判會社法」 p. 59

27) 大森忠夫: 「議決權」 株式會社法 講座 第3卷 p. 919以下

(15)

를 除去하려는 現實的 要請에서 株主總會中心主義로 부터 理事會中心主義로 變化하였다. 그러나 理事會制度의 機能과 成果에는 (株主總會가 形式화된것 같이) 疑問의 여지가 많다. 즉 理論上 代表機關인 代表理事는 理事會의 派生機關이므로 理事會에 從屬되어 支配받아야 할 것이나 實際로는 理事會의 業務執行의 權限을 代表理事(社長, 理事會會長)에 의하여 침식당하여 理事會의 機能은 現實的으로는 無能 및 形式化하였다. 그런데 實權者로 등장한 理事會가 無能 및 形式化 한것은 두가지 경우로 볼 수 있다. 첫째로 所有와 經營이 分離된 大規模會社(美國의 大會社)는 理事會의 構成이 社外의 理事가 役員이 차지하는 비율이 크므로 結局 會社의 經營業務에 대하여 무관심하고 다만 會社의 財務에 관한 監督, 役員의 懲戒에 관한 事項만이 그 任務를 하고 있기 때문이다²⁸⁾. 둘째로 現代의 株式會社의 性質을 구비하지 못한 人的 또는 資本的 株式會社의 경우는 理事를 選任하여 그들에게 經營一體를 내맡길 만큼 株式分散이 되지 않았고 株主總會에서 직접적으로 經營 전반에 參與할 수 있고 이렇게 함이 一般株主가 욕구하기 때문이다. 따라서 理事會를 두어도 總會를 支配하는 大株主에 의하여 선임되는 몇몇 理事가 總會의 政策을 직접 집행하는 結果로 나타나기 때문이다. 이러한 理事會에 대하여 法이 기대하는 理事會를 形成하기 위하여는 立法論的 補強이 필요하다.

첫째 理事의 兼任禁止에 관한 규정을 두자는 것이다. 즉 現行商法下에서는 理事의 構成員은 內部理事이고 또 理事가 商業使用人을 兼하고 있다. 理論上으로 본다면 理事의 地位는 理事會의 構成員으로서 地位와 商業使用人으로서의 地位를 겸하고 있으므로 理事會의 構成員으로서는 代表理事를 監督 또는 支配할 수 있고 他面 商業使用人으로서 會社의 業務를 執行함에는 代表理事의 지휘명령에 복종하지 않으면 안된다. 이와같이 地位의 二重性으로 인하여 어떻게 商業使用人의 地位에 있는 자가 代表理事의 同等한 資格에서 理事會의 構成員으로서의 理事會의 理事의 權限과 機能을 다할 수 있는 것인가. 現實的으로 불가능함은 明白하다. 따라서 職務上 獨立性を 보장하기 위하여 立法的 試圖가 필요하다. 둘째로 累積投票制度를 實施하여 少數株主를 代表하는 理事가 選任되어야 한다. 累積投票(Cumulative voting)라 함은 文字가 表示한 바와 같이 株主總會에서 理事의 選任에 있어서 株主가 그 投票를 累積 즉 集中하는 制度를 말한다. 다시 말하면 株主總會에서 2人以上의 理事를 選任하는 경우 각 株主의 一株에 선임되는 理事의 數와 同數의 議決權을 부여하며 數人의 候補者에 대하여 集中 또는 分散하여 投票케함으로써 投票結果, 多數得票者에게 순차적으로 선임될 數까지의 理事를 當選자로 선임케 하는 制度이다. 일종의 比例代表制에 不遇하다²⁹⁾. 이 方法에 의하면 株主總會에서 出席株主의 過半數以上の 決議權을 가진 株主도 獨占的으로 理事를 선임할 수 없게 되고 他面 過半數에 미달하는 少數株主도 集中하여 投票함으로서 意中에 들고 少數株主를 代表할 수 있는 理事를 선임할 수 있다.

3. 監事의 無能化와 그 對策

28) 國弘換入：前掲書 p.187

29) 境一郎：「累積投票」株式會社法講座 第3卷 p.1005以下
鳥本英夫：「累積投票」英美會社法の研究 p.219

從來의 商法은 監事에 會計監査權과 業務監査權을 부여하였으나 現行商法은 會計監査의 權限만을 인정하였다. 監事에 會計監査權만을 부여하더라도 監事가 충실하고 정확히 그 職務를 수행한다면 理事에 대한 經營管理의 合法 및 適正을 기할 수 있고 또 경우에 따라서는 業務監査에도 영향을 미칠 수 있다. 그러나 現實의 大部分의 監事는 業務감독을 하지 않고 計算書類에 관한 形式的 監査에만 그치고 總會에 대하여도 理事와 合同하여 會計에 관한 書類가 適法 또는 正確히 作成되었다는 것을 千篇一律적인 報告에 그치는 경향이 있다. 이와같이 監事의 無力化의 현상은 現實의 監事가 그 職能的 資格과 無關係하게 選任되고 또 그 選任은 理事보다 下位의 人物中에서 理事(代表理事)가 그 候補者를 선정하는데 있다. 즉 監事의 選任은 社內에서 一般的 經驗 年數등의 條件이 없는 것이 보통이므로 監査業務에 관한 知識이나 經驗이 없는 者가 監事에 선임되는 경우가 많다. 따라서 충분한 監査를 기대할 수 없는 것은 明白하다. 그 이외에도 多數의 會社는 外部監査에 役점을 두고 會社內의 不正防止, 經營의 健全화에만 목적을 두고 있기 때문이다. 또 現代企業에 있어서는 公認會計士의 監査를 받고 있는 會社는 監事의 監査機能과는 어느 정도 차이는 있지만 計算書類의 監査에 限하여는 實質上의 着異는 認定할 수 없으므로 監事의 監査를 중복하여 받는다는 것은 會社의 營業 방해가 되어 監査의 效果를 低下한다는 立場에서 監事廢止論도 주장하고 있다³⁰⁾. 그러나 社內의 監事가 存在한다는 것 自體로서도 監査의 기능을 거둘 수 있기 때문에 監事의 存在理由가 있다. 따라서 監事의 機能을 強化하기 위하여 立法論的 提案을 시도한다면 첫째 少數株主에 의한 監事派遣權을 認定하자는 것이다. 監事は 株主總會에서 選任한다. 그러나 監事의 候補者를 定하는 것은 理事會(實際로는 代表理事)이다. 따라서 監査를 받는 者가 監査를 하는 者의 地位를 좌우하는 것이 現行法上의 태도이다. 또 理事의 意中에 들지 않는 監事는 그 地位를 보장 받을 수 없다. 즉 株主總會에서 解任시키는 경우(大株主에 의해서)를 취하지 않더라도 監事의 任期가 1년이므로 再選때 候補者를 選定하지 않으므로써 그 地位를 쉽게 박탈할 수 있다. 이와같은 監事에 대하여 理事가 作成한 計算書類에 公正한 監査를 함은 現實적으로 불가능에 가깝다. 따라서 監事의 地位에 대한 獨立性을 보장하기 위하여 少數株主에 의한 監事派遣權을 認定한다. 예를들면 發行株式 總數의 100분의 5에 해당하는 株式를 가진 株主는 1인의 監事候補者를 選定할 수 있게 하는 것이다. 이것은 독일에 있어서 株主에 의한 監事派遣과 같이 그 기초가 會社와 株主간의 契約에 의한 것과는 다르다³¹⁾.

둘째로 監事에 業務監査權을 부여한다는 것이다. 現行商法上 監事의 職能은 會計監査에 국한한다. 舊商法上의 監事의 業務監査權을 박탈한 이유는 監事가 理事의 下位者로서 理事의 意中에 따라 그 地位가 좌우 되었으므로 法이 기대하는 監査의 效果를 期할 수 없었다는 것이다. 또 業務執行에 관여하지 않는 者가 業務執行의 適否를 監査함에는 正當한 판단이 나오지 않는다는 것이다. 그러나 監事가 理事의 意中에 좌우된다는 것은 立法論적으로 결함에 기인한 것이

30) 服部榮三 前掲書 p. p. 90~91

31) 上田明信: 「株式會社の 機關」法律時報 29號 p. 20

(17)

고 監事의 선임에 獨立性을 보장한다면 業務監査의 效果를 충분히 거둘 수 있다. 또 業務執行에 關여하지 않는 者가 正當한 業務의 適否를 판단할 수 없다는 理論은 추상적 理論이다. 理事가 業務執行에 있어서 不正 不當한 경우 業務執行 自體에 關여하지 않는 者라야 正當한 판단을 할 것이다. 따라서 會計監査의 충실을 기하기 위하여 業務監査權이 필요하다. 예를들면 會社가 理事에 대하여 多額의 金錢을 貸付한 경우에 監事가 그 金錢의 貸付與否를 調査함에 當하여 그 目的이 심히 不當하더라도 監事는 여기에 對하여 의견을 진술할 수 없게 된다. 그러므로 監事의 會計監査權과 業務監査權을 가지므로써 監事의 監査效果를 올릴 수 있을 것이다. 이상과 같이 株式會社의 機關構成에 對한 現行法的인 결함과 現實的 要請에 期하여 各 機關에 對한 立法論的 提案을 시도하였다. 現代國家에 있어서 行政權의 強化傾向과 같이 現代企業의 經濟發展에 따라 株式會社도 株主總會 中心主義로 부터 理事會 中心主義로 商法을 改正함에는 충분한 理由가 있다 하겠다. 그러나 우리 株式會社와 같이 企業의 所有와 經營의 分離가 不完全하고 또 비록 企業의 所有와 經營이 分離된 大企業이 發展하더라도 代表理事의 專恣防止와 株主保護를 위하여는 「힘의 均衡」에 의한 株式會社의 民主運營이 보다 좋은 成果를 期할 수 있을 것이다. 따라서 앞에서 論한 몇가지 立法提案이 株式會社의 民主運營에 필요한 立法改正에 조금의 참고가 되기를 빌면서……



