

주식회사에서 특별이해관계인 의결권배제제도의 평가

김재범*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 결의의 공정성 확보
- III. 특별이해관계인의 의결권배제제도
- IV. 특별이해관계인 의결권배제제도의 평가
- V. 맺는말

I. 머리말

주주총회는 회사의 주요사항을 결정하고 대표이사 또는 이사·감사 등 기관 또는 기관구성원을 선임하는 최고기관이다. 이러한 지위로부터 주주총회는 회사의 의사를 결정하는 기능을 가지며, 경영진을 선임하고 감독하는 기능을 갖고 있다. 주주총회가 의사결정기관으로서 역할을 완수하려면 먼저 주주의 의사를 모으는 절차가 적절히 이루어져야 한다. 이를 위하여 주주에 대한 소집통지가 적법하게 이루어져야 하고, 회의절차에서는 의안에 대한 설명, 토의 및 표결이 공정히 이루어질 것이 요구된다.

그런데 주주총회에서는 회사를 둘러싼 이해관계자들의 다양한 이해관계가 표출되면서 주주들이 첨예하게 대립할 수 있다. 예컨대 경영진이 새로운 사업에 진출할 것을 제안할 수 있지만, 이에 대하여 일부주주들이 반대할 수 있고, 영업양도, 합병 또는 분할처럼 회사의 구조개편에 관한 결정에 관하여 주주들의 의사가 서로 대립할 수도 있다. 서로 다른 주주들의 의사는 다수결원칙에 의하

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

여 하나로 모아지게 되는데, 다수결원칙은 필연적으로 소수의 의사를 버리는 것이고 이는 소수의 승복을 요구한다. 그런데 의결권의 행사가 공정히 이루어지지 않으면 다수의 의견임을 이유로 소수에게 승복을 요구할 근거가 없게 된다. 즉 다수의사에 따르라는 요구인 다수결원칙은 의결권이 공정하게 행사되어 그 과정에 관하여 주주 모두에게 불만이 없어야 관철될 수 있다. 상법은 공정한 의결권의 행사를 위하여 여러 절차를 마련하고 있는데, 그 중 하나가 특별한 이해관계인의 의결권배제제도이다.

주주총회에서 특별한 이해관계인의 의결권배제에 관하여 상법 제368조 제3항은 그 의결권을 행사하지 못한다고 규정하며, 제371조 제2항은 해당 의결권수는 출석한 주주의 의결권 수에 산입하지 않는다고 규정한다. 또한 위 조항들은 제391조 제3항에 의하여 이사회결의에 준용된다.¹⁾ 그런데 위 조항들만으로는 특별한 이해관계가 무엇인지 여부를 판단할 수 없으므로 그 해석이 문제되고, 정족수에 관하여도 해결되어야 할 문제점을 가지고 있다. 이하에서는 결의의 공정성을 확보하는 상법상의 제도를 개관한 후 현행제도의 미비점을 찾아보고, 특별한 이해관계인의 의결권배제제도를 적용 시에 판단해야 할 특별한 이해관계의 의미와 특별한 이해관계가 문제되는 경우를 분석하기로 한다.

II. 결의의 공정성 확보

1. 소집절차와 결의방법의 공정성

1) 주주총회

주주총회의 소집절차와 결의방법에 관한 공정성은 주주총회의 참석자인 주주들에게 총회에 참석할 기회, 회의에 참여할 기회 및 의결권의 행사기회가 공정하게 이루어졌는지의 관점에서 판단되어야 한다. 이러한 절차에서의 공정성은 대립되는 주주들 집단 속에서 일부집단에게 유리하게 하지 않고 공평하게 기회가 보장됨으로써 실현될 수 있다.²⁾

1) 제368조 제3항은 이사회뿐만이 아니라 이사회외의 위원회에 준용되며(제393조의2 제5항), 사채권자의 집회에도 준용되고 있다(제510조 제1항).

먼저 주주총회의 소집절차는 이사회 의 소집결정 및 대표이사의 소집통지, 소집통지기간, 서면 또는 전자문서에 의한 소집통지를 통하여 진행된다. 이러한 절차들은 각자의 취지를 가지는데, 이사회 의 소집결정은 의사일정과 관련하여 합리적인 의사일정을 정하고, 대표이사의 전횡을 막기 위한 절차이다. 이사회 의 결정은 소집절차의 공정성에 직접 관련되는 것은 아니다. 대표이사의 소집통지 제도는 그 통지가 일부주주에게만 이루어지는 경우 통지 받지 못한 주주에게는 불공정한 것이고 이는 결의하자를 다투는 소의 원인이 된다. 소집통지기간제도는 주주들이 의안에 관하여 판단할 기간을 주며, 주주들이 주주총회의 표결에 관한 대책을 세우기 위한 기간을 부여한다. 소집통지기간은 이 기간이 지켜지지 않을 경우 경영진 측 주주들은 총회에 관하여 충분한 대책을 갖는데 비하여, 반대파 주주는 그렇지 못하게 될 가능성이 크므로 결의의 공정성과 관련된 제도이다. 서면 등에 의한 소집통지제도는 의사일정을 명확히 주주에게 전달하여 주주에게 총회에 관한 정보를 준다는 점에서 상대적으로 경영정보에 대하여 접근성이 떨어지는 소수주주에게 필요한 것이고 결의의 공정성을 위한 제도로 판단된다.

결의방법 면에서도 상법은 결의가 공정하게 성립하도록 여러 제도를 두고 있다. 총회가 개최된 후 의안에 관한 설명을 충분히 하여 주주의 판단에 기여할 의무가 의장 또는 이사에 있고,³⁾ 주주가 의안에 관하여 질문하는 경우 이를 보장하고 답변할 의무도 있다. 만일 의장이 설명을 충분히 하지 않고 주주의 질문을 받지 않거나 대답하지 않는다면, 회의가 일부주주의 질문권을 침해하여 불공정하게 진행된 것이고, 이러한 절차에서 성립한 결의는 결의하자를 다투는 소의 원인이 된다.

또한 결의에 특별한 이해관계를 갖는 주주가 의결권을 행사하도록 허용한다면 해당주주에게 유리하고 회사 또는 소수주주에게 불리한 결과를 가져와서 불

2) 공정성의 사전적 의미는 '공평과 올바름'인데, 회사법률관계에서 공정성은 '공평'의 의미가 강조되어야 한다. 이는 회사와 주주관계에서는 기회의 균등을 통하여 달성될 수 있고, 주로 대주주와 소수주주 사이에서 기회의 균등이 문제된다.

3) 이사회 의장이 회의를 주재하므로 의장이 의안에 관한 설명을 할 의무를 부담하는데, 의장 뿐만 아니라 의안을 제안한 대표이사를 비롯한 이사도 설명의무를 부담한다. 상법은 이사의 설명의무를 직접 규정하지 않지만, 이사의 수입인으로서 지위(제382조 제2항, 민법 제680조 이하)로부터 주주총회에서 영업 및 의안에 관한 설명의무가 부과된다고 본다. 결산기의 영업보고서에 관하여는 이사에 대해 보고의무(제449조 제2항)에 부수하여 설명의무가 부과된다.

공정한 결의가 된다. 이는 전술한 내용처럼 의결권 행사의 공정한 기회를 확보하는 제도의 문제가 아니라 특별한 이해관계인이 결의결과로부터 부당한 이익을 얻는 것을 방지하는 제도의 문제이다. 따라서 전자는 결의 성립 전 공정한 소집 및 회의절차의 확보를 목적으로 하고, 후자는 결의로 인하여 불공정한 결과가 발생하는 것을 사전에 방지하는 것을 취지로 한다.

한편 위와 같은 통상적인 주주총회의 소집절차와 달리 상법은 자본금총액 10억 원 미만인 회사에 대하여 서면결의만으로 결의성립을 인정하고 있다(제363조 제4항, 제5항). 서면결의를 주도하는 경영자는 개별주주와 교섭하면서 쉽게 자신의 의사를 관철시킬 수 있다. 반면에 주주는 주주총회의 소집통지기간과 그 회의절차가 생략되기 때문에 주주 상호간에 의안에 관하여 논의할 기간이나 장소를 확보하지 못한다. 따라서 주주는 경영자의 유도대로 의안에 관한 결정을 할 가능성이 매우 높다. 이는 경영자가 서면결의체도를 악용할 수 있고, 이로 인하여 결의의 공정성이 침해될 수 있다는 의미이다. 따라서 서면결의절차에서 결의의 공정성을 확보하기 위한 조치가 강구되어야 한다. 만일 경영자가 의안에 관하여 정확한 설명을 하지 않은 채 서면동의를 받았다면 이로부터 성립한 결의는 문제 삼을 수 있어야 한다. 이를 해결하는 방법으로 서면결의도 결의이므로 상법상의 결의하자를 다투는 소로 이를 시정할 수 있다고 보아야 하고, 구체적인 방법은 서면결의가 소집절차 및 회의절차를 생략한 것이므로 결의방법 면에서 하자를 갖는 것으로서 그 하자의 경중에 따라서 결의취소의 소 또는 부존재확인 소의 원인이 된다고 본다.

2) 이사회

이사회는 소집권자가 회일의 1주 전에 각 이사 및 감사에게 통지를 발송하여 소집하고, 이사 및 감사 전원의 동의가 있는 경우에는 소집절차 없이 언제든지 회의를 할 수 있다(제390조 제4항). 이러한 이사회 소집절차에서 결의의 공정성을 확보하기 위한 제도로 볼 수 있는 것은 각 이사에 대한 서면에 의한 소집통지를 들 수 있다. 일부 이사에 소집통지를 하지 않은 채 소집된 이사회는 각 이사에 동등한 참석권을 주지 않은 것으로서 해당이사의 결의는 불공정하게 이루어진 것이다. 상법은 감사에 대하여도 소집통지를 할 것을 규정하는데, 감사에게 이를 하지 않은 경우가 문제될 수 있지만, 감사는 이사회에서 의결권

을 갖지 않는다는 점에서 그에게 통지 하지 않은 하자는 결의의 효력에 영향을 주지 못한다.⁴⁾ 이사회 회의과정에서 이사에게 충분한 발언권을 주지 않는다면 이것도 불공정한 회의의 진행이 될 수 있다.

한편 이사회 의안에 관하여 특별한 이해관계를 갖는 이사가 있는 경우 전술한 주주총회결의에 대한 특별한 이해관계인과 동일하게 그의 의결권행사가 배제되며, 이는 결의결과로부터 불공정한 이익을 얻는 행위를 사전에 방지하려는 취지를 갖는다.

2. 결의내용의 공정성

전술한 소집절차와 결의방법의 공정성을 확보하려는 제도들이 결의의 성립 전 절차에서 요구된다면, 결의내용의 공정성을 위한 제도는 결의결과를 대상으로 공정성 위반 여부를 평가하는 것이다. 이는 결의결과가 특정주주에게 부당한 이익을 주어 회사 또는 다른 주주에게 손해를 가할 수 있는 경우를 방지하기 위한 것이다. 이를 위한 제도로서 주주평등의 원칙을 구현하는 제도, 주주에게 회사 및 다른 주주의 이익을 배려하여 행위할 것을 요구하는 주주의 충실의무론 또는 다수결남용론을 들 수 있다.⁵⁾ 결의내용이 주주평등의 원칙에 반하여 불공정한 예로서 대주주에게 유리한 차등배당이나 신주의 불비례적인 배정 등을 들 수 있다. 주주의 충실의무를 위반한 예로는 회사와 주주의 거래가 공정치 못한 경우나 회사기회의 편취 등에서 발견할 수 있다.⁶⁾

4) 부산고등법원 2004.1.16. 선고 2003나12328 판결: “...감사는 이사회 결의 시 의견을 진술할 권한이 있을 뿐 의결권은 없어 그에 대한 소집통지가 되지 않아 감사가 출석하지 않은 상황에서 주주총회 소집을 의결하는 이사회 결의가 되었다고 하더라도 그 이사회 의사형성에 결정적인 영향을 미쳤다고 보기 어려워, 이사회 결의가 무효라고 볼 수 없고, ...”.

5) 주주의 충실의무는 회사의 업무집행에 영향력을 행사하는 주주의 지위를 증시하여 그가 주주권을 행사할 경우 회사와 다른 주주의 이익을 배려하여 행사할 것을 요구한다. 영미법에서는 주주에게 이사와 마찬가지로 수입자로서 의무(fiduciary duty)를 부과하며 이 의무중에서 이사와 동일하게 이해충돌의 지위에 있는 지배주주에게 충실의무(Duty of Loyalty)가 부과된다(Henn/Alexander, *Laws of Corporations*, 3rd. edit., 1983, § 235). 독일법에서도 영미법과 유사한 상황에서 유사한 의무로서 충실의무(Teuepflicht)가 인정된다(Drygala, in *Kölner Kommentar zum AktG*, 3.Auflage, 2011, §53a Rdn.81 ff; Fleischer, in *Schmidt/Lutter, AktG*, 2010, §53a Rdn.42 ff.). 다수결남용론은 대주주가 개인적 이익을 추구하여 객관적으로 현저히 불공정한 결의를 다수결로 성립시키는 것으로서 이 결의는 결의하자의 원인을 갖는다고 본다. 정동윤, 「회사법」, 제7판, 법문사, 2005, 358면; 이철송, 「회사법강의」, 제21판, 박영사, 2013, 557면·594면; 加美和照, 「新訂會社法」, 第10版, 勁草書房, 2011, 263頁; 近藤光男, 「株主の權利濫用」, 「特別講義商法 I」, 竹内昭夫 編, 1995, 62頁.

Ⅲ. 특별한 이해관계인의 의결권배제제도

1. 특별한 이해관계의 의미

1) 학설과 판례

주주총회의 결의에 대하여 특별한 이해관계를 가지는 자의 의결권을 제한하려면 먼저 어떤 경우에 주주가 특별한 이해관계를 가지는 것인지를 확정하여야 한다. ‘특별한 이해관계’의 의미에 관하여 모든 주주의 이해에 관련되지 않고 특정한 주주의 이해만이 관련되는 경우라고 보는 견해(특별이해관계설),⁷⁾ 결의에 의하여 권리의무의 득상이 생기는 등 법률상의 특별한 이해관계를 의미한다고 보는 견해(법률상 이해관계설)⁸⁾ 및 특정한 주주가 주주의 입장을 떠나서 개인적으로 가지는 이해관계(개인법설)⁹⁾ 로 보는 견해가 있는데, 개인법설이 통설이다.

개인법설은 결의사항을 사단법상의 행위와 개인법상의 행위로 유형화하고, 전자에 대하여는 의결권의 행사를 인정하고 후자에 대하여는 부정한다. 결의사항이 사단법상의 행위라는 것은 결의에 대하여 주주의 지위로부터 가지는 사원적 이익을 의미하며, 이는 주주의 개인적 이익이 아닌 것으로 인정된다. 그러나 이 견해에 대하여는 모든 결의사항은 어느 정도 주주로서의 이해관계와 개인적 이해관계가 병존하므로 개인적 이해관계만을 분리하여 특별이해관계를 인정하기가 곤란하다는 비판이 가해진다.¹⁰⁾ 또한 사단법상의 행위와 개인법상의 행위가 명확히 구분되지 않고 병존하는 경우¹¹⁾ 설명이 어렵게 된다는 결점이 있다.

6) 김재범, “주주 충실의무론의 수용-이사 충실의무와 관련하여”, 『비교사법』 제22권 제1호, 한국비교사법학회, 2015.2, 195면 이하.

7) 이병태, 「전정 상법(상)」, 법원사, 1987, 603면.

8) 박원선·이정환, 「전정 회사법」, 수학사, 1983, 243면.

9) 손주찬, 「상법(상)」, 제15보정판, 박영사, 2004, 713면; 정동윤, 앞의 책(주 5), 329면; 임홍근, 「회사법」, 개정판, 법문사, 2001, 390면; 정찬형, 「회사법강의(상)」, 제18판, 박영사, 2015, 852면; 최기원, 「신회사법론」, 제12대정판, 박영사, 2005, 485면; 이철송, 앞의 책(주 5), 514면; 이기수·최병규·조지현, 「회사법」, 제8판, 박영사, 2009, 445면; 김정호, 「회사법」, 제2판, 법문사, 2012, 271면; 김홍수, “특별한 이해관계가 있는 주주의 의결권행사”, 『연세법학연구』 제2집, 연세대학교 법학연구원, 1992, 465~466면.

10) 송호신, “특별이해관계인의 의결권 배제조항 검토”, 『신세기회사법의 전개』, 우전이병태교수화갑기념, 대전서적, 1996, 266면.

개인법설에 동의하면서 위 비판을 반박하면, 먼저 개인적 이해관계는 이를 추구하면 회사 또는 다른 주주의 이익을 침해하는 결과를 가져오는 경우로 이해해야 하고, 이에 의하면 개인적 이해관계를 갖는 사항은 쉽게 구분될 수 있으므로 모든 결의사항이 사원적 이해관계와 개인적 이해관계를 갖는 것으로 보아 개인적 이해관계를 분리하는 것이 어렵다고는 볼 수 없다. 사원적 이해관계와 개인적 이해관계가 병존하는 경우의 판단도 문제되는데, 이는 양자의 이해관계를 추구할 경우 예상되는 회사이익과 주주의 개인적 이익을 비교형량하여 보다 큰 이익이나 손해를 가져오는 이해관계를 기준으로 특별이해관계인 여부를 판단할 수 있다고 본다. 예컨대 합병결의의 경우 합병이 가져올 수 있는 경제적 효과와 합병이 주주에게 주는 경제적 이익을 비교하여 전자의 이익이 크다면 주주의 개인적 이해관계는 문제되지 않고, 따라서 합병결의 시에 주주는 특별이해관계인이 되지 않는다고 본다.

판례에 의하면 특별이해관계를 가지는 경우로서 “...주주총회가 재무제표를 승인한 후 2년 내에 이사와 감사의 책임을 추궁하는 결의를 하는 경우 당해 이사와 감사인 주주는 회사로부터 책임을 추궁당하는 위치에 서게 되어 주주의 입장을 떠나 개인적으로 이해관계를 가지는 경우에 해당”¹²⁾ 한다고 판단하므로 통설과 마찬가지로 개인법설에 따르고 있다.

2) 특별이해관계의 판단기준

특별한 이해관계의 존재 여부는 개인법설에 의하여 정하되, 의결권의 행사를 배제하는 것이 해당 주주에게는 가혹하며, 이해관계 유무의 판단이 쉽지 않다는 점을 고려하여 특별한 이해관계의 존재는 제한적으로 인정해야 한다. 공정한 의결권의 행사를 위하여 특별한 이해관계를 인정하는 이유는 그의 의결권이

11) 出口正義, “株主の議決權制限の法理”, 『株主權法理の展開』, 文眞堂 1991, 266頁. 이익배당이나 잔여재산분배를 결정하는 결의에 대하여 주주가 가지는 이익은 사원적인 것이고, 면책이나 의무면제의 결의에 대하여 주주가 가지는 이익은 개인적인 것이다. 합병, 영업양도나 임원의 보수승인결의에 대하여 주주가 가지는 이익은 사원적 이익과 개인적 이익이 병존한다고 한다. 이 견해에서는 양자가 병존하는 경우에 대한 해법에 관하여 권리남용이나 주주평등의 원칙 등에 의하여 소주주이익을 결의 후에 구제할 수 있는 경우에는 주주가 결의에 참여하여 사원적 이익을 추구하는 것을 인정하여 의결권배제제도를 적용하지 말자고 주장한다.

12) 대법원 2007.9.6. 선고 2007다40000 판결.

“회사 또는 다른 주주에게 귀속될 이익”을 취득하기 위하여 이용되기 때문이다. 따라서 특별이해관계의 존부는 의결권자가 과연 누구에게 귀속될 이익을 취득할 수 있는 것인가의 여부 즉, 구체적인 이해관계의 대립관계를 고려하여 결정되어야 한다. 회사에 귀속될 이익을 의결권을 행사하여 차지하는 것인지 또는 다른 주주들에게 균등하게 귀속될 이익을 가로채려는 것인지의 여부가 특별한 이해관계를 판단하는 기준이 된다. 의결권자가 결의로부터 이익을 얻을 수 있지만 그로부터 침해당하는 이익이 없다면 그러한 의결권의 행사는 문제삼을 수 없다.

또한 침해될 이익이 예상되는 때에 침해행위를 저지할 근거가 성립한다고 볼 수 있으므로 의결권의 행사방향을 알 수 없는 시점에서 의결권을 제한하는 것은 의결권행사의 자유를 침해할 수 있다. 따라서 특별한 이해관계의 유무는 회사 또는 다른 주주의 이익을 결의에 의하여 차지할 수 있는 경우로 한정하여 판단하여야 한다.

2. 개별사례의 검토

1) 이사의 이해충돌거래와 그 승인결의

상법은 이사가 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 회사와 거래관계를 갖거나 회사의 사업기회를 이용하는 행위를 규제하기 위하여 이사회에 승인을 요구하고 있다(제397조, 제397조의2, 제398조). 이사회의 승인을 요구한 취지는 이사가 회사손해로부터 이익을 얻는 행위를 방지하고, 그러한 행위로 인하여 회사에 손해가 발생하는 경우 이에 대한 책임을 묻기 위한 것이다. 위의 행위를 승인하는 이사회결의 시에 승인대상인 행위와 관련된 이사는 특별이해관계인으로서 의결권을 행사할 수 없다. 제398조의 자기거래는 다양한 거래에서 적용될 수 있는데, 주식의 양도·양수거래도 한 예이다. 주식양도가 제한되는 회사(제335조 제1항)에서 주주인 이사의 주식을 회사가 양수하거나 회사의 자기주식을 이사에게 처분하는 경우(제342조)에 적용되며, 이러한 거래를 승인하는 이사회결의 시 해당이사는 특별이해관계인으로서 의결권이 제한된다.

또한 특별이해관계를 갖는 이사는 공정한 이사회 운영을 위하여 이사회에 의장으로서도 직무를 수행할 수 없다고 본다.¹³⁾

2) 이사(감사)의 책임추궁 관련 결의

이사가 업무를 집행하는 과정에서 회사에 가해하는 경우 회사에 대한 책임이 성립하는데 이 책임은 총주주의 동의로써 면책될 수 있고, 이사책임을 최근 1년간의 보수액의 6배 이하로 제한하는 정관규정을 도입할 수 있다. 이러한 책임감면제도는 주주총회의 결의로 시행 또는 도입되는데, 이 결의에서 이미 회사에 대하여 책임을 부담하는 이사가 있고 그 자가 주주인 경우, 그는 특별이해관계인으로서 의결권을 행사할 수 없다(통설).

이사책임을 면제하는 결의에 해당 이사가 참여함으로써 책임을 면하게 된다면 이는 회사에 대한 자기책임을 스스로 거부하는 것으로서 부당한 것이다. 그런데 상법은 면책결의의 요건으로서 총주주의 동의를 요구하므로(제400조), 주주인 해당이사가 결의에 참석하더라도 나머지 주주들이 일치하여 승인하는 한 주주가 면책결의의 효력을 다룰 가능성은 없다. 따라서 이사의 면책결의에서 특별이해관계인 여부를 논하는 것은 실익이 없다고도 볼 수도 있지만, 특별이해관계인이 결의에 참여한 행위는 결의방법의 법령위반으로서 그 정도에 따라서 결의취소 또는 부존재확인 소의 원인이 될 수 있고, 이 소로 인하여 결의가 무효로 되면 이사의 책임면제는 번복될 수도 있다.

위와 달리 이사가 제출한 서류와 감사의 보고서를 조사하기 위한 검사인을 선임하는 주주총회의 결의(제367조)에서 해당 서류를 제출한 이사와 감사보고서를 제출한 감사가 주주인 경우에 이들도 특별이해관계인이 된다고 본다.¹⁴⁾ 이들은 검사인의 조사로부터 책임의 성립 여부가 결정되므로 검사인의 선임결의에 관하여 특별이해관계인이다.

3) 이사보수 결정에 관한 주주총회결의

이사의 보수를 결정하는 주주총회 결의에서 이사인 주주도 특별한 이해관계인이 될 수 있다(통설).¹⁵⁾ 과대하게 책정된 이사의 보수는 회사의 재정에 영향

13) 일본법원은 특별이해관계 있는 이사는 의장의 적격성을 상실한다고 본다. 東京地判 1995. 9. 20. 判時 第1572號, 131頁.

14) 김홍수, 앞의 논문(주 9), 473면.

15) 통설과 달리 이사보수를 결정하는 주주총회결의에서 이사인 주주는 특별이해관계인이 아니라는 견해로 김화진, “주식회사 이사보수와 상법 제368조 제3항의 해석”, 「저스티스」 통

을 가하여 회사 및 관련 이해관계자를 해하면서 이사는 이익을 얻게 되는 결과를 가져오므로 보수승인결의에 주주인 이사가 참여하면 불공정한 결의가 될 수 있고 따라서 해당주주는 특별이해관계인으로서 의결권을 행사할 수 없다.

이사회 또는 이사회외 위원회로서 보수위원회에서 이사보수에 관한 계획을 세우는 경우 보수계획안 자체로는 보수결정의 효력이 없으므로 특별한 이해관계인의 의결권배제제도는 적용할 실익이 없다. 또한 주주총회가 결정한 보수총액을 개별이사에게 분배하는 이사회결의는 회사와 이사 사이에서 이해가 충돌되는 상황이 아니므로 이 경우는 특별이해관계인이 문제되지 않는다.¹⁶⁾

4) 이사 등의 선임·해임결의

이사 등의 선임결의에서¹⁷⁾ 이사후보가 주주인 경우 그는 특별한 이해관계인이 아니므로 의결권을 행사할 수 있다고 보는 견해가 일반적이다. 그 근거로 이사선임은 주주가 사단관계에 기하여 가지는 이해관계로 보거나,¹⁸⁾ 의결권을 행사할 수 없다고 보면 대주주일수록 경영에 참여하기가 어렵다는 불합리한 결과를 가져온다고 보는 데 있다.¹⁹⁾

이사선임결의에서 이사후보인 주주가 자신을 위하여 의결권을 행사하는 것이 개인적인 이해관계인지 여부가 판단되어야 한다. 자신의 이익을 위한 의결권행사는 개인적인 것으로 보이지만, 개인적 이해관계는 회사의 손해와 관련성이 있는지 여부로부터 판단되어야 한다. 이사후보인 주주가 자신을 위하여 의결권을 행사하는 것은 이사선임 단계에서는 회사의 손해와는 관련이 없다. 회사는 이사선임이 필요하고, 주주인 이사후보가 이사로 선임되는 것 자체는 회사에

권 제102호, 한국법학원, 2008, 56면. 이 견해는 보수결정이 회사에 손해를 발생시킬 가능성이 인정되더라도 이는 이사로서 임무해태이고 주주의 지위에서 회사를 해하는 것이 아니라고 하며, 과도한 이사보수를 통제하는 다른 장치들인 주주총회효력정지처분, 이사위법행위유지청구 및 대표소송 등으로 해결할 것을 제안한다. 그러나 보수결정권한이 주주총회에 부과되어 있고, 위 제도가 과도한 보수를 방지할 수 있는 한 사후적인 시정책보다 효과적이다.

16) 보수분배에 관한 이사회결의시 이사는 특별이해관계인이 아니라는 견해로는 정찬형, 앞의 책(주 9), 924면.

17) 특별이해관계인인지 여부는 이사뿐만이 감사를 선임하는 주주총회결의(제409조)에서 주주인 감사에게 문제되며, 집행임원 및 대표집행임원을 선임하는 이사회(제408조의2 제3항 제1호)에서 이사가 집행임원을 겸임하는 경우 해당이사에게도 문제된다.

18) 정동윤, 앞의 책(주 5), 330면.

19) 이철송, 앞의 책(주 5), 514면.

아무런 피해를 주지 않기 때문이다. 이사후보인 주주가 선임결의에 갖는 이해관계는 주주가 회사경영에 관하여 지분에 비례하여 갖는 이해관계에 해당한다. 주주는 회사지배에 관한 이해에 따라서 입후보하고 의결권을 행사하는 것이고, 이는 주주의 사원적 이해관계이다. 따라서 주주인 이사후보는 이사선임결의에서 특별한 이해관계를 갖지 않는다고 본다. 대표이사를 주주총회에서 선임하는 경우(제389조 제1항 단서) 전술한 바와 동일하게 판단될 수 있다.

대표이사를 이사회에서 선임하는 경우 후보인 이사가 특별이해관계인인지 여부도 검토되어야 한다. 대표이사는 이사만이 후보가 될 수 있고, 이사가 선임에 관한 의결권을 가지므로 후보인 이사는 이사로서 이해관계를 가지며, 이사 지위와 분리된 개인적인 이해관계가 아니므로 그는 특별이해관계인이 아니라고 본다. 대표이사 후보인 이사가 자신을 지지하는 것이 회사에 어떠한 손해를 가져오는 것이 아니므로 이를 개인적 이해관계로 볼 수 없다.

한편 이사해임의 결의를 살펴보자. 이사는 주주총회에서 해임될 수 있고(제385조), 대표이사는 이사회 또는 주주총회결의로써 해임될 수 있다.²⁰⁾ 해임대상인 대표이사가 이사회에서 의결권을 행사할 수 있는지 또는 해임대상인 이사가 주주인 경우 주주총회에서 의결권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 주주총회의 해임결의 시에 대표이사 또는 이사인 주주는 의결권을 행사할 수 있다고 보는 견해가 통설이고,²¹⁾ 그 근거로는 전술한 이사선임결의와 동일하다. 그러나 일본에서는 견해가 나뉘고 있다. 특별이해관계가 있다고 보는 견해에서는 해임 대상 대표이사가 회사에 대하여 충실의무에 따라 공정하게 의결권을 행사할 것을 기대하기 어렵다는 점²²⁾ 또는 해당이사가 결의에 참여하면 공정한 심의의결이 행하여지지 않고, 그 결과 의안이 부결될 경우 유효한 시정수단이 없다는 점에 근거한다.²³⁾ 반면에 특별이해관계가 아니라는 견해는 폐쇄형 회사에서 대표이사 해임은 이사회의 감독권행사보다는 업무집행을 둘러싼 두 개 파가

20) 대표이사는 상법 제389조 제1항에 의하여 이사회가 이를 선임하는 권한을 가지므로 그 해임권한도 이사회가 가지며, 정관으로 주주총회에서 선임할 것을 정한 경우 그 해임도 주주총회에서 할 수 있는 것으로 해석된다. 이에 관하여 범문으로 명확히 규정함이 필요하다.

21) 정동윤, 앞의 책(주 5), 329면; 정찬형, 앞의 책(주 9), 852면; 이철송, 앞의 책(주 5), 514면; 최준선, 「회사법」, 제9판, 삼성사, 2014, 376면; 권기범, 「현대회사법론」, 제4판, 삼성사, 2012, 607면; 송옥렬, 「상법강의」, 제5판, 홍문사, 2015, 902면.

22) 日本最高裁判所 1969. 3. 28. 民集 第23卷 第3號 645頁; 近藤光男, 「最新株式會社法」, 第7版, 中央經濟社, 2006, 277頁.

23) 岩原紳作 編, 「會社法 コメント」, 機關[3], 商事法務, 2014, 79頁.

다투는 경우가 많고 이러한 경우 특별이해관계에 해당하지 않는다고 본다.²⁴⁾

생각건대 이사해임은 정당한 해임사유 없이 해임하는 경우와 이사에게 회사에 대한 귀책사유가 발생하여 해임하는 경우로 나누어 판단되어야 한다. 이렇게 나누는 이유는 이사가 회사에 책임을 부담하는 경우 해임결의에 관하여 해당이사는 개인적인 이해관계를 갖는다고 보기 때문이다. 첫째, 정당한 해임사유 없이 주주총회에서 해임되는 경우 주주인 이사는 이사선임의 경우와 마찬가지로 경영권에 대한 사원의 지위에서 이해관계를 가지며, 이는 개인적인 이해관계로 볼 수 없으므로 특별이해관계인이 아니라고 본다. 이사회에서 대표이사를 해임하는 경우에도 해임대상인 이사는 이사로서 이해관계를 가지므로 그는 특별이해관계인으로 볼 수 없다. 둘째, 이사가 횡령 또는 배임 등 부정행위나 부적법한 업무집행 등 회사에 대한 귀책사유와 관련되는 경우 그를 해임하는 주주총회결의 시에 주주인 해당이사는 특별이해관계인으로 본다. 그 이유는 회사에 책임질 사유를 갖는 이사가 해임결의에서 의결권을 행사하여 해임을 부결시킨다면 회사에 대한 책임을 회피하거나 책임추궁을 어렵게 하므로 이는 사원적인 이해관계가 아닌 개인적인 이해관계로 보아야 하기 때문이다. 이러한 판단은 전술한 이사책임추궁에 관한 결의(Ⅲ. 2. 2)에서 이사가 특별이해관계인이라고 본 결론과 일치한다.

5) 재무제표의 승인결의

재무제표를 승인하는 주주총회결의 시에 이를 작성한 이사가 주주인 경우 그가 특별이해관계인인지 여부가 문제된다. 재무제표의 승인결의는 그 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 관련 이사와 감사의 책임을 해제하는 것으로 보는 효과(상법 제450조)를 가지므로 책임을 부담하는 이사와 감사가 주주인 경우에 이들이 특별한 이해관계인인지 여부가 판단되어야 한다. 이 문제는 상법 제450조에 의한 이사 등의 책임해제를 승인결의의 효과로 보는지(승인결의효과설) 아니면 제척기간경과의 효과로 보는지(제척기간설: 통설)의 여부에 따라서 달리 해석된다. 전설에 의하면 재무제표의 승인결의는 이사의 책임을 해제하므로 이사는 결의에 개인적 이해관계를 갖고, 주주인 해당이사는 특별이해관계인이다.

24) 江頭憲治郎, 「株式會社法」, 第4版, 有斐閣, 2011, 394頁.

이러한 결론은 전술한 이사책임을 추궁하는 결의의 서술과 동일한 것이다. 그러나 위 결의는 직접 이사의 책임을 추궁하는 것이 아니라 한 회계년도의 회사 성과를 주주들이 확인하고 확정짓는 것이다. 또한 승인결의에 대하여 이사 등이 가지는 이해는 주로 영업성적에 대한 주주들의 평가라고 생각되며, 이러한 것을 상법상의 특별한 이해관계라고 볼 수는 없다.

반면에 승인결의 후에 주주총회는 2년 내에 이사 등의 책임을 추궁하는 결의를 할 수 있는데, 이 결의에서 책임추궁의 대상인 이사가 주주인 경우 그는 특별한 이해관계인으로서 의결권을 행사할 수 없다.

6) 회사의 구조개편에 관한 결의

(1) 영업양도 등의 승인결의

영업양도 등은 주주총회의 특별결의로 승인되어야 그 효력을 갖는다(상법 제 374조 제1항 각호). 영업양도계약의 당사자가 회사와 주주인 경우에 해당주주가 특별한 이해관계인인지 여부가 문제된다. 학설은 이 결의 시에 양수인인 주주는 특별한 이해관계인이라고 본다.²⁵⁾ 그 근거로는 양수인인 주주가 회사의 손해로부터 이익을 얻을 수 있다는 점이 고려되는 것으로 보인다.

그러나 영업양도의 승인결의 시 계약당사자인 주주가 일률적으로 특별이해관계인이 된다고 판단할 수는 없다. 해당주주가 결의에 대하여 특별한 이해관계를 가지는지의 여부는 해당주주의 지위와 구체적인 거래조건을 고려하여 판단하여야 한다. 해당주주는 결의 시에 영업양도에 관하여 사원적 이해관계와 개인적 이해관계를 모두 갖게 된다. 사원적 이해관계는 영업양도가 회사를 위하여 필요하다는 점에 대한 판단과 관련되며, 개인적 이해관계는 영업양도거래로부터 주주가 얻는 이익과 관련된다. 양수인인 주주는 회사에 필요한 영업양도로서 이에 찬성하면서 동시에 영업을 양수하여 개인적인 이익을 도모하기 위하여 찬성하는 지위에 있다. 위 승인결의에 주주에게 사원적 이익과 개인적 이익이 병존하게 되므로 이를 일방적으로 개인적 이해관계를 갖는 경우라고 단정할 수 없다. 이 문제를 해결하기 위하여 거래조건이 얼마나 양도회사에게 불리한지 그리고 상대적으로 주주는 얼마나 이익을 얻을 것인지 여부에 관한 판단이

25) 정동윤, 앞의 책(주 5), 329면; 정찬형, 앞의 책(주 9), 852면; 이철송, 앞의 책(주 5), 514면; 최준선, 앞의 책(주 21), 376면.

필요하다. 회사의 회생을 위하여 전혀 도움이 되지 않으면서 거래대가도 공정한 금액이 아닌 경우 양수인 주주의 개인적 이익이 크므로 이러한 경우에는 주주는 결의에 대하여 특별한 이해관계를 갖는 자가 될 수 있다고 본다.

한편 영업양도 시에 양도회사와 양수회사의 주식을 동시에 가지고 있는 동시주주인 자는 양도회사의 결의에 있어서 특별이해관계인지의 문제가 제기된다. 양도회사에서의 승인결의에 의하여 양수회사에 유리한 영업양도가 이루어진 경우에 양수회사가 이익을 얻은 것이므로 동시주주인 자는 직접적인 이해관계인이 아니다. 그러나 그 자가 양수회사의 지배주주인 경우에는 양수회사에 대하여 가지는 이해관계 때문에 양수회사를 위하여 의결권을 행사할 것이다. 이러한 점을 고려하여 동시주주가 양수회사의 지배주주인 경우에 그를 영업양도에 관한 결의에 있어서 특별한 이해관계인으로 파악하기도 한다.²⁶⁾ 이 문제를 해결하기 위하여 동시주주가 양수회사를 위한 의결권을 행사하였을 경우에 얻을 수 있는 이익이 무엇인지를 살펴보자. 양수회사가 해당 영업양도로부터 이익을 얻는다고 하여도 그 이익은 의결권을 행사한 주주에게 직접 돌아가는 것이 아니다. 즉 영업양도의 효과로서 양수회사의 주주들이 얻을 수 있는 이익은 직접적인 것이 아니고 양수회사의 경영이 호전되어 얻을 수 있는 간접이익이다. 동시주주는 그가 양수회사의 소주주이건 지배주주이건 간에 이러한 간접이익만을 얻을 수 있다. 이러한 간접이익을 이유로 의결권의 행사를 제한한다면 이는 특별이해관계인의 범위를 너무 확대한 것으로 보인다. 동시주주는 영업양도가 양도회사에 불리한 조건으로 이루어진 경우에 양도회사의 손해로부터 마찬가지로 간접손해를 입는다는 점을 고려한다면 간접이익이 개인법설에서 말하는 개인적인 이해관계의 개념 속에 포함되는 것으로 이해할 수 없다. 그리고 지배주주가 영업양수로 인한 양수회사의 이익을 부당하게 독차지한다면 이것은 영업양도 자체와는 별개의 문제로서 규제되어야 한다.²⁷⁾ 따라서 동시주주인 자는 양도회사의 주주총회에 참여할 수 있다고 생각한다.

판례에 의하면 회사와 주주 사이에 영업양도를 할 경우 그 주주는 특별한 이해관계인에 해당한다고 볼 수 있다고 판시하면서, 영업양수의 승인총회에서 양수회사의 대주주가 동시에 양도회사와 계열회사 관계에 있다는 사실만으로는

26) 김홍수, 앞의 논문(주 9), 470면.

27) 지배주주가 회사이익을 침해하는 행위를 규제하는 이론으로서 주주의 충실의무론을 예시할 수 있다.

특별이해관계에 해당하지 않는 것으로 보았다.²⁸⁾ 일본판례도 영업양도 시 해당 주주는 이를 결정하는 주주총회에서 특별이해관계인으로 보고 있다.²⁹⁾

(2) 합병 등 승인결의

합병 등³⁰⁾을 승인하는 주주총회결의에서 주주인 상대방회사가 특별한 이해관계인이 되는지의 여부가 문제된다. 합병승인결의 시에 상대방회사인 주주는 특별한 이해관계인이 아닌 것으로 보는 견해가 통설이다. 합병은 조직법상의 행위이고, 합병당사회사 간에는 협동관계만 있고 이해대립관계는 없으며, 합병조건에 대하여 이해의 대립이 있더라도 이는 합병에 의하여 양회사가 합일되면 해소된다는 점을 근거로 한다.³¹⁾

그러나 합병당사회사 사이에서 이해의 대립을 부인한다고 하여도 합병의 결과로부터 불이익을 입는 일부 주주의 이해는 무시될 수 없다. 통설의 입장은 합병의 당사자인 양회사의 입장만을 고려하고 있으나 문제는 한 회사의 합병승인결의에서 결의의 공정성이다. 승인결의의 내용(합병비율)이 상대방회사를 제외한 일부 주주의 이익을 부당하게 침해하는 것이라면 이 결의에서 상대방회사는 특별한 이해관계인이 되어 의결권의 행사가 제한된다고 본다. 따라서 합병비율이 소주주에게 불리하게 진행된 합병승인결의는 특별이해관계를 가진 주주의 참여로 성립한 것으로서 결의하자의 원인을 가지며 특별이해관계 있는 주주가 행사한 의결권수의 비중에 따라서 결의취소 또는 부존재확인 소의 원인이 될 수 있다. 이러한 하자는 합병등기 후에는 합병무효 소(제529조)의 원인으로 된다고 본다.³²⁾

28) 부산고등법원 2004.1.16. 선고 2003나12328 판결.
 29) 일본 최고재판소 또한 영업양도회사의 주주가 양수회사의 대표이사인 경우 해당주주가 바로 특별이해관계인이 되는 것은 아니라고 본다. 이 경우에 해당주주가 가지는 이해관계는 간접적인 것에 불과하여 특별이해관계인으로 되지 않는다.
 30) 회사분할의 경우 특히 분할합병의 경우 피분할회사의 상대방회사가 피분할회사의 주주인 경우 피분할회사의 분할합병 승인을 위한 주주총회결의에서 특별이해관계인인지 여부에 관하여 입법으로 해결할 것과 그 의결권행사는 신의칙이나 권리남용금지 와 같은 내재적 제한이 있음을 주장한 글로 김동민, “회사분할의 주주총회에서 특별이해관계인이 갖는 의결권의 범위”, 『상사판례연구』 제22집 제3권, 한국상사판례학회, 2009, 352면 이하.
 31) 김홍수, 앞의 논문(주 9), 468면.
 32) 합병비율의 불공정성에 관하여 특별이해관계인의 의결권행사 제한문제로 다루게 되면 합병의 효력이 발생하기 전에 합병승인결의의 효력을 다투는 것이 가능해진다. 합병비율이 현저하게 불공정한 것은 합병무효의 원인으로 보는 견해가 통설 및 판례이다. 대법원 2008.1.10. 선고 2007다64136 판결. 일본에서는 합병대가의 불공정은 결의무효사유가 아니고,

한편 간이합병절차(제527조의2 제1항)는 합병으로 소멸하는 회사의 주주총회 승인 대신 이사회의 승인으로 합병절차를 진행한다. 주주총회의 승인을 이사회의 승인으로 대체하는 이유는 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 총주주의 동의가 있거나 그 회사의 발행주식총수의 100분의 90 이상을 합병 후 존속하는 회사가 소유하고 있어서 소멸회사의 주주총회결의가 불필요하다고 보기 때문이다. 간이합병절차는 절대다수의 지분을 소유를 근거로 주주총회결의를 생략하는데, 여기에는 소멸회사의 주식을 소유하는 존속회사를 특별이해관계인으로 보지 않는 관점, 즉 90% 비율의 의결권행사가 제한되지 않고 인정된다는 점이 전제되어 있는 것처럼 보인다. 그러나 특별결의의 정족수를 훨씬 초과하는 90% 이상의 지분을 규정한하므로 이 제도는 의결권의 인정 여부보다는 양회사의 이해관계가 동질하다는 점을 더 중시한 것으로 이해된다. 위 규정은 특별이해관계인 제도와 관련이 적다고 생각된다. 만일 소규모합병에서 합병조건이 소주주에게 부당한 것이라면 이는 의결권행사제도와 관련 없는 합병무효의 원인으로 된다고 본다.

(3) 지배주주 주식매도청구권 행사

상법 제360조의24는 지배주주에게 소수주주의 주식에 대한 매도청구권을 인정하고 있다. 이 매도청구권을 행사하기 위하여는 미리 주주총회의 승인을 받아야 하는데(동조 제3항), 매도청구권의 행사에 관한 주주총회의 결의 시에 지배주주가 특별이해관계인인지 여부가 문제된다. 학설은 그의 특별이해관계성을 부인하고 있다.³³⁾ 그 근거는 지배주주가 개인적 이익보다는 경영상의 목적을 달성하기 위하여 매도청구권을 행사하기 때문이라고 한다.

생각건대 상법이 지배주주에게 1인회사로 구조개편을 위한 권한을 부여했기 때문에 주식매도청구권의 행사를 위한 주주총회결의에 대하여 지배주주는 개인적 이해관계를 가지지 않는다고 본다. 지배주주는 해당주주총회결의에 대하여 구조개편이라는 사원적 이해관계를 가지는데, 완전지배라는 경영권에 대한 이해는 개인적 이해관계로 볼 수 있지만, 이를 이유로 특별한 이해관계는 인정될

특별이해관계인이 의결권을 행사한 부당한 결의로서 결의취소사유로 된다고 본다. 森本 滋, 「會社法·商行爲手形法講義」, 第2版, 成文堂, 2011, 61頁.

33) 최준선, 앞의 책(주 21), 796면; 권기범, 앞의 책(주 21), 607면; 송중준, “소수주식 전부취득제의 입법의도와 해석방향”, 『기업법연구』 제26권 제1호, 한국기업법학회, 2012, 90면.

수 없다. 그 이유는 이미 90%의 지분을 가지고 있으므로 주식매도청구권을 행사하는 것이 경영권에 관련하여 새로운 특별이해관계가 발생한다고 볼 수 없기 때문이다. 만일 이를 인정하여 특별이해관계인으로 보고 의결권행사를 부정한다면 위 결의는 소수주주들이 결정하게 되어 지배주주는 의도대로 주식매도청구권을 행사할 수 없게 될 수 있어서 결국 위 제도의 취지를 실현하기 어렵게 된다.

(4) 주식병합결의

주식병합의 비율이 높은 경우 병합결과 신주 1주에 미치지 못하는 주식을 가진 주주는 회사로부터 퇴출될 수밖에 없는데, 병합의 대가로 지급되는 금전이 적정하게 평가된 금액이 아닌 경우 주식병합은 해당주주에게 매우 불리한 결과로 된다. 이러한 주식병합을 결정하는 주주총회의 결의는 소수주를 퇴출시키기 위한 목적으로 악용된 것이고, 이를 결정한 대주주는 병합결의에 관하여 특별한 이해관계자로 볼 수 있다. 따라서 이러한 결의는 특별한 이해관계인이 참여한 것으로서 결의방법이 법령에 위반한 것이 된다. 주식이 분산된 회사에서 이러한 주식병합결의가 이루어지는 경우 특별이해관계를 갖는 주주를 확정하기에 어려움이 있으므로 특정대주주가 존재하며 그에 의하여 주식병합이 추진되는 경우에 위와 같은 결론을 내릴 수 있다. 특정대주주가 존재하는 것을 전제로 결의하자의 원인은 그 자의 의결권수 다과에 따라서 결의부존재확인 또는 결의 취소 소의 원인으로 된다.

IV. 특별이해관계인 의결권배제제도의 평가

1. 사전적인 의결권 배제제도에서 사후적인 결의시정제도로 수정

특별이해관계인의 의결권배제제도는 특별한 이해관계의 존부를 확인하는 데 어려움이 있다. 개인법설에 의하여 주주의 개인적 이해관계를 판단하려면 결의 사항의 내용으로부터 이해관계의 대립이 노정되어야 하지만, 이것이 감추어지는 경우 이를 파악하기가 어렵게 된다. 또한 대주주가 개입하는 거래의 경우 더욱 더 이해관계가 드러나지 않을 수 있다. 대주주의 영향력으로 인하여 의장

이 조종되는 상황도 예상해 볼 수 있다. 따라서 이 제도는 특별이해관계인이 자신의 이해관계를 공개하고 스스로 의결권행사를 자제하는 경우에 실효성을 가질 수 있으나, 이러한 상황은 예상하기 어렵다. 회사의 구조개편에 관한 결의처럼 개인적 이해관계와 사원적 이해관계가 병존하는 경우 회사이익에 대한 침해와 개인적 이익을 비교하여 어느 한쪽을 우선하여 특별한 이해관계를 판단하는 방법도 침해와 이익을 평가하는 방법 면에서 명확한 해결이 보장되지 않는다는 어려움이 있다.

현행 특별이해관계인의 의결권행사를 사전에 억제하는 제도는 의결권행사를 사후에 심사하여 그 효력을 판단하는 방법으로 수정되어야 한다. 사후에 심사하는 방법은 효과 면에서 실효성이 있는데, 그 이유는 결의 후에 이해관계의 대립이 명확해지기 때문이다. 결의 후 주주의 이익과 회사의 손실이 명백해지면 불공정한 결의가 있는 것으로 평가할 수 있고, 이로부터 결의효력의 시정과 손해배상청구가 가능해진다. 입법례를 보더라도 일본은 우리 현행법과 동일한 상법조항을 1981년 개정하였고, 현행 회사법은 특별이해관계인의 의결권행사로 인하여 현저하게 부당한 결의가 성립한 경우 결의취소의 원인이 되는 것으로 규정하였다(일본 회사법 제831조 제1항 제3호).³⁴⁾ 독일 주식법도 주주가 의결권행사를 통하여 회사의 손해이면서 특별이익을 피하는 행위를 결의취소의 원인으로 규정하여 사후적인 규제방법을 규정하고 있다(제243조 제2항). 현행 상법 제368조 제3항을 폐지하고 사후적인 규제로서 결의취소 소의 원인에 '주주가 자기 또는 제3자의 특별한 이익을 위하여 의결권을 행사하고, 이것이 회사 또는 다른 주주의 손해로 되는 경우'를 추가하여야 한다.

사후적인 결의시정제도를 도입하더라도 선언적인 의결권배제규정은 필요한데, 이해충돌관계가 명백한 경우를 규정하는 경우가 그러하다. 즉 의결권자와 회사 또는 주주와의 이해충돌관계가 드러난 결의 시에는 이해충돌관계로부터 부당한 이익을 추구하는 것을 방지하기 위하여 구체적인 규정을 둬야 바람직하다.³⁵⁾

34) 일본회사법과 같은 규정으로 상법 제368조 제3항을 개정하자는 견해로 송호신, 앞의 논문(주 10), 281면.

35) 의결권을 사전에 배제하는 독일주식법의 규정으로서 동법 제136조 제1항은 "결의를 통하여 그가 책임 또는 의무를 면하거나 회사가 그에게 청구권의 행사를 결정하는 경우 그는 자기 또는 타인을 위하여 의결권을 행사할 수 없다."고 규정하며, 면책 등에 관한 조사를 위하여 감사인을 선임하는 결의 시에도 관련된 자의 의결권행사를 배제하는 규정을 두고 있다(주식법 제142조 제1항: 특별감사인 선임결의 시 그의 조사가 이사 또는 감사의 면책이나 회사와 이사 또는 감사와의 소송제기와 관련되는 경우 해당이사 또는 감사는 자기

2. 정족수 계산제도의 시정

1) 주주총회 의결정족수의 계산

상법이 정하는 주주총회의 결의방법은 ‘출석한 주주의 의결권의 과반수’와 ‘발행주식총수의 4분의 1 이상의 수’이다(제368조 제1항). 즉 의결정족수는 ‘출석한 주주의 의결권수’와 ‘발행주식총수’를 기초로 계산된다. 특별이해관계인이 있는 경우 그의 의결권수는 ‘출석한 주주의 의결권수’에 산입하지 않아야 함(제371조 제2항)은 법문상으로 당연한데, 그의 의결권수가 ‘발행주식총수’에도 산입되지 않아야 하는지 여부가 문제된다.

이에 관하여 ‘발행주식총수’에는 산입되며 ‘출석한 주주의 의결권수’에만 산입되지 않는다는 견해³⁶⁾와 양자 모두에 산입되지 않는 것으로 보는 견해가 있다.³⁷⁾ 전자의 견해는 특별이해관계인 의결권수를 상법 제371조 제2항이 규정한 대로 ‘출석한 의결권의 수’에는 넣지 않지만, 해당주식이 발행된 것으로 보아 발행주식총수에는 산입한다. 그러나 위 규정은 입법의 오류라는 비판을 받고 있다. 특별이해관계인의 의결권수가 발행주식총수의 4분의 3을 초과하는 경우 그리고 감사선임 시 대주주의 의결권이 발행주식총수의 78%를 초과하는 경우에 결의 자체가 불가능하게 된다.³⁸⁾ 즉 의결정족수를 구성하는 ‘발행주식총수의 4분의 1 이상’의 수가 확보되지 못하므로 의결정족수가 성립될 수 없다. 또한 상법은 1인회사와 완전자회사를 허용하는데, 위 조항에 의하면 이런 회사에서 감사선임은 불가능하다.³⁹⁾

이러한 상황을 해결하고 특별이해관계인 의결권배제제도의 취지를 관철하려면 특별이해관계인의 의결권수를 발행주식총수에서도 제외하여 의결정족수를 산정하는 방법으로 동제도를 운영하여야 한다. 제371조 제2항은 입법의 착오로서 이 규정이 없는 것으로 해석하자는 견해도 있지만,⁴⁰⁾ 위처럼 문제되는 상황을 제외하면 위 규정의 구속력을 배제할 수 없으므로 동규정은 시급히 개정되

또는 타인을 위하여 의결권을 행사할 수 없다).

36) 정동윤, 앞의 책(주 5), 330면; 정찬형, 앞의 책(주 9), 853면.

37) 권기범, 앞의 책(주 21), 609면.

38) 위의 책, 609면.

39) 이철송, 「2011년 개정상법 축조해설」, 박영사, 2011, 141면.

40) 위의 책, 141면.

어야 한다. 위 조항을 개정할 경우 특별한 이해관계를 갖는 대주주의 의결권행사가 배제되고 소수주주가 의안을 결정하게 되어 주주총회결의의 대표성이 문제될 수 있으나, 결의의 공정성을 확보하기 위하여는 불가피하다고 본다.

2) 이사회결의의 정족수계산

이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 하므로(제391조 제1항 본문), 이사회결의의 정족수는 회의성립에 관한 의사정족수와 결의성립에 관한 의결정족수로 구성된다. 또한 이사회결의에 상법 제368조 제4항과 제371조 제2항의 규정이 준용되는데(동조 제3항), 의사정족수의 계산을 위하여 특별이해관계 있는 이사의 수를 산입할 것인지 여부는 제391조 제1항이 정한 바가 없으므로 일반회의체 정족수계산의 원칙에 따라서 특별이해관계 있는 이사의 수는 의사정족수에서 배제되어야 한다.⁴¹⁾ 반면에 의결정족수의 계산시에는 제371조 제2항에 의하여 특별이해관계 있는 이사의 수는 의결정족수에 산입되지 아니한다. 대법원도 특별이해관계 있는 이사의 수는 의사정족수에 포함하여 계산하고 있다.⁴²⁾

그런데 회사회 이용거래와 자기거래의 경우(제397조의2, 제398조) 위의 정족수계산과 달리 계산되는데, 법문은 ‘이사 3분의 2 이상의 수’로써 승인할 것을 요구한다. 이를 소수의 이사로 구성되는 이사회에서 특별한 이해관계 있는 이사가 복수인 경우에 적용하면, 전술한 주주총회의 경우처럼 불합리한 결과가 생길 수 있다. 예컨대 5명의 재적이사가 있는 경우 2명의 특별한 이해관계를 갖는 이사가 있을 경우 ‘이사의 3분의 2 이상의 수’는 4인 이상이 되고, 이사회에 5인이 출석하더라도 2인의 의결권이 배제되므로 나머지 3인만으로는 전원 찬성하더라도 결의가 성립할 수 없다. 이러한 이사회에서 승인결의가 성립하려면 특별한 이해관계인의 의결권수를 ‘재적이사의 수’와 ‘출석이사의 수’에서 모

41) 일본법은 특별이해관계 있는 이사의 수는 현존이사 및 출석이사 수에서 모두 산입하지 않는 것으로 이해된다. 近藤光男, 前掲書(주 22), 276頁.

42) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다1521 판결. 대법원은 민법상의 법인 이사회결의에 상법 제391조 제3항, 제368조 제4항, 제371조 제2항을 유추해석하여 판시하였다. 이 사안에서 특별이해관계 있는 이사의 수 4인과 의결권 있는 이사는 8명이 출석하여 총 12명이 출석하였는데, 이해관계 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함된다고 보아야 하고, 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니한다고 풀이함이 상당하다고 보았다.

두 산입하지 말아야 한다.⁴³⁾ 따라서 위 규정도 현실에 부합하지 않는 사례가 있으므로 시급히 개정되어야 할 것으로 본다.

V. 맺는 말

이상에서 서술한 내용을 요약하여 다음과 같이 정리하고자 한다.

1. 다수결원칙은 의결권이 공정하게 행사되어 그 과정에서 주주 모두에게 불만이 없어야 관철될 수 있다. 주주총회의 소집절차와 결의방법에 관한 공정성은 주주총회의 참석자인 주주들에게 총회에 참석할 기회, 회의에 참여할 기회 및 의결권의 행사기회가 공정하게 이루어졌는지의 관점에서 판단되어야 한다. 결의방법상의 공정성을 확보하려는 제도로서 특별한 이해관계인의 의결권배제 제도가 있다.

2. 결의에 대한 특별한 이해관계는 개인법설에 의하여 판단하는데, 주주가 결의사항에 대하여 개인적 이해관계를 갖는 경우 특별이해관계인으로서 의결권 행사를 배제한다.

3. 결의사항에 대하여 주주가 사원적 이해관계와 개인적 이해관계를 동시에 갖는 경우 양자의 이해관계에서 예상되는 회사이익과 주주의 개인적 이익을 비교형량하여 보다 큰 이익이나 손해를 가져오는 이해관계를 기준으로 특별이해관계인 여부를 판단할 수 있다. 특별이해관계의 존부는 의결권자가 누구에게 귀속될 이익을 취득할 수 있는 것인가의 여부 즉, 구체적인 이해관계의 대립관계를 고려하여 결정한다. 특별이해관계인은 회사에 귀속될 이익을 차지하거나 또는 다른 주주들에게 균등하게 귀속될 이익을 가로챌 경우에 인정된다.

4. 이사의 경업행위, 회사기회의 이용 및 자기거래와 같은 이사의 이해충돌거래를 승인하는 결의, 이사의 면책이나 책임제한과 같은 이사의 책임추궁 관련 결의 및 이사보수를 결정하는 결의에서 주주인 이사는 특별한 이해관계를 갖는다.

5. 이사선임결의 시에 주주인 이사후보는 회사경영에 대한 사원적 이해관계를 가지므로 특별한 이해관계인이 아니다. 이사해임결의 시에 정당한 해임사유 없이 해임되는 경우 주주인 이사는 경영권에 대한 사원적 이해관계를 가지므로 특별

43) 자기거래의 경우 특별한 이해관계에 있는 이사를 제외한 나머지 이사 전체의 3분의 2의 찬성으로 해석하는 견해로 김홍기, 「상법강의」, 박영사, 2015, 594면.

이해관계인이 아니지만, 회사에 대하여 귀책사유 있는 이사해임에 관한 결의 시에는 이사의 책임추궁과 관련되므로 해당이사는 특별한 이해관계를 갖는다.

6. 영업양도의 승인결의 시 양수인인 주주는 회사에 필요한 영업양도로서 이에 찬성하면서 동시에 영업을 양수하여 개인적인 이익을 도모하기 위하여 찬성하는 지위에 있다. 영업양도의 거래조건이 얼마나 양도회사에게 불리한지 그리고 상대적으로 주주는 얼마나 이익을 얻을 것인지 여부를 판단하여 양수인인 주주가 특별이해관계인인지 여부를 갖는지 여부를 결정하여야 한다.

7. 합병승인결의 시에 상대방회사가 주주인 경우 승인결의의 내용(합병조건)이 상대방회사를 제외한 다른 주주의 이익을 부당하게 침해하는 것이라면 이 결의에서 상대방회사는 특별한 이해관계인이 된다고 본다.

8. 특별이해관계인의 의결권행사를 사전에 억제하는 제도는 의결권행사를 사후에 심사하여 그 효력을 판단하는 방법으로 수정되어야 한다. 이를 위하여 제 368조 제3항은 폐지하고, 결의취소의 원인에 주주가 자기 또는 제3자의 특별이익을 위하여 의결권을 행사하여 이것이 회사 또는 다른 주주의 손해로 되는 경우를 추가하여야 한다.

9. 특별이해관계인의 의결권수는 '출석한 주주의 의결권수'에 산입하지 않지만 '발행주식총수'에도 산입하면, 특별이해관계인의 의결권수가 다수인 경우 결의 자체가 성립하지 않을 수 있으므로 시급히 개정이 필요하다. 회사기회 이용 거래와 자기거래승인에 관한 이사회결의에도 동일한 문제가 발생하므로 그 개정이 필요하다.

투고일 : 2015.5.10. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.

[참고문헌]

- 권기범, 「현대회사법론」, 제4판, 삼영사, 2012.
- 김정호, 「회사법」, 제2판, 법문사, 2012.
- 김흥기, 「상법강의」, 박영사, 2015.
- 박원선·이정환, 「전정 회사법」, 수학사, 1983.
- 손주찬, 「상법(상)」, 제15보정판, 박영사, 2004.
- 송옥렬, 「상법강의」, 제5판, 홍문사, 2015.
- 이기수·최병규·조지현, 「회사법」, 제8판, 박영사, 2009.
- 이병태, 「전정 상법(상)」, 법원사, 1987.
- , 「2011년 개정상법 축조해설」, 박영사, 2011.
- 이철송, 「회사법강의」, 제21판, 박영사, 2013.
- 임흥근, 「회사법」, 개정판, 법문사, 2001.
- 정동윤, 「회사법」, 제7판, 법문사, 2005.
- 정찬형, 「회사법강의(상)」, 제18판, 박영사, 2015.
- 최기원, 「신회사법론」, 제12대정판, 박영사, 2005.
- 최준선, 「회사법」, 제9판, 삼영사, 2014.
- 김동민, “회사분할의 주주총회에서 특별이해관계인이 갖는 의결권의 범위”, 「상사판례연구」 제22집 제3권, 한국상사판례학회, 2009.
- 김재범, “주주 충실의무론의 수용-이사 충실의무와 관련하여”, 「비교사법」 제22권 제1호, 한국비교사법학회, 2015.2.
- 김홍수, “특별한 이해관계가 있는 주주의 의결권행사”, 「연세법학연구」 제2집, 연세대학교 법학연구원, 1992.
- 김화진, “주식회사 이사보수와 상법 제368조 제3항의 해석”, 「저스티스」 통권 제102호, 한국법학원, 2008.
- 송종준, “소수주식 전부취득제의 입법의도와 해석방향”, 「기업법연구」 제26권 제1호, 한국기업법학회, 2012.
- 송호신, “특별이해관계인의 의결권 배제조항 검토”, 「신세기회사법의 전개」, 우전 이병태교수화갑기념, 대전서적, 1996.
- 加美和照, 「新訂會社法」, 第10版, 勁草書房, 2011.
- 江頭憲治郎, 「株式會社法」, 第4版, 有斐閣, 2011.
- 森本 滋, 「會社法·商行為手形法講義」, 第2版, 成文堂, 2011.
- 岩原紳作 編, 「會社法 コメント-ル」機關[3], 商事法務, 2014.

近藤光男, “株主の權利濫用”, 『特別講義商法 I』, 竹内昭夫 編, 1995.

出口正義, “株主の議決權制限の法理”, 『株主權法理の展開』, 文眞堂 1991.

Henn/Alexander, *Laws of Corporations*, 3rd. edit., 1983.

Drygala, in *Kölner Kommentar zum AktG*, 3.Auflage, 2011.

Fleischer, in *Schmidt/Lutter, AktG*, 2010.

[국문초록]

주식회사에서 특별이해관계인 의결권배제제도의 평가

김 재 범*

주주총회에서는 회사경영에 관한 주요안건을 논의하고 회사의사를 결정하는데, 그 과정에서 주주들이 참여하게 대립할 수 있다. 서로 다른 주주들의 의사는 다수결원칙에 의하여 하나로 모아지게 되는데, 다수결원칙은 필연적으로 소수의 승복을 요구한다. 다수결원칙은 의결권이 공정하게 행사되어 그 과정에 관하여 주주 모두에게 불만이 없어야 관철될 수 있다. 상법은 공정한 의결권의 행사를 위하여 여러 절차를 마련하고 있는데, 그 중 하나가 특별한 이해관계인의 의결권배제제도이다.

상법 제368조의 제3항은 특별한 이해관계인의 의결권을 배제하는데, 특별한 이해관계의 의미는 특정한 주주가 주주의 입장을 떠나서 개인적으로 가지는 이해관계로 이해된다. 특별이해관계의 존부는 의결권자가 과연 누구에게 귀속될 이익을 취득할 수 있는 것인가의 여부 즉, 구체적인 이해관계의 대립관계를 고려하여 결정되어야 한다. 자기거래, 이사(감사)의 책임추궁결의와 이사보수결정 등과 같이 이사와 회사 사이에 이해가 충돌하는 거래에는 회사에 귀속될 이익을 이사가 결의에 참여하여 차지하는 것인지 또는 다른 주주들에게 균등하게 귀속될 이익을 가로채려는 것인지의 여부가 특별한 이해관계를 판단하는 기준이 된다. 사원적 이익과 개인적 이익이 병존하는 영업양도와 합병 등과 같은 구조개편에 관한 결의의 경우는 거래조건이 얼마나 회사에게 불리한지 그리고 상대적으로 관련 주주는 얼마나 이익을 얻을 것인지 여부를 비교衡量하여 판단하고자 한다. 이사의 선임과 해임결의에서 주주인 관련이사는 특별이해관계인이 아니라고 봄이 일반적이지만, 해임결의의 경우에는 귀책사유가 있는 이사는 그를 해임하는 주주총회 또는 이사회에서 의결권을 행사할 수 없다고 보아야 공정한 결의를 담보할 수 있다.

특별한 이해관계의 존재 여부를 판단하려면 결의사항의 내용으로부터 이해관

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

계의 대립이 노정되어야 하지만, 이것이 감추어지는 경우 이를 파악하기가 어렵고, 대주주가 개입하는 거래의 경우 더욱 더 이해관계가 드러나지 않을 수 있다. 현행처럼 의결권행사를 사전에 억제하는 제도는 의결권행사를 사후에 심사하여 그 효력을 판단하는 방법으로 수정되어야 한다. 사후에는 이해관계의 대립이 명확해지므로 주주의 이익과 회사의 손실이 명백해진다. 따라서 불공정한 결의 유무에 관한 판단이 용이해지고 그로부터 결의효력의 시정과 손해배상 청구가 가능해진다. 상법 제368조 제3항은 폐지하고 사후적 규제로서 결의취소소의 원인에 '주주가 자기 또는 제3자의 특별한 이익을 위하여 의결권을 행사하고, 이것이 회사 또는 다른 주주의 손해로 되는 경우'를 추가하여야 한다. 특별이해관계인의 의결권수는 주주총회에서 발행주식총수 또는 이사회에 재적이사의 수에 산입되어 정족수를 계산하는 것이 실무인데, 특별이해관계인의 의결권수가 다수인 경우 정족수를 충족시킬 수 없는 경우가 발생하므로 관련된 상법규정은 개정되어야 한다.

주제어 : 특별이해관계, 결의의 공정성, 정족수의 계산, 의결권 남용, 지배주주의 지위

[Abstract]

Evaluation of the Restriction on Shareholder or director's Voting Right who has Special Interest in the Resolution of Meeting

Kim, Jae-Bum*

Majority rule could have effect when voting right can be exercised fairly and shareholders have no complaint on the voting process. To secure the fairness in the voting process, Commercial Act has the provision about the restriction of shareholder's voting right who has special interest on the agenda (§ 368 ③). Whether a shareholder has special interest on the agenda or not can be generally decided by the theory of personal interest. According to the theory a special interest should be grasped through considering the conflict of interest between corporation and a shareholder or majority and minority shareholders. The interested person could be acknowledged when he or she profits at the same time corporation or other shareholders is damaged.

The director who is also shareholder has special interest in the resolution for approval of director's competitive business, the usurpation of corporate opportunity, self transaction, the exemption from responsibility, the reduction of responsibility or director compensation, etc. In the resolution of election, the candidate director who is also shareholder has no special interest, however, the director who become a target of dismissal has interest if the director has an attributable reason for dismissal such a fraudulent or illegal act. If the director exercise voting right against the dismissal agenda, the resolution would be unfair.

The provision about the prohibition of special interested shareholder's voting right should be abolished because it would be very difficult to find special interest and it would not be easily unfold. It could be more proper and effective

* Professor, Kyungpook National University, Law School

to control the effect of the resolution in which the special interested person is related rather than the prohibition of voting right. As a legislation the following could be presented. A resolution could be revoked when a shareholder exercises voting right for himself or other to the damage of corporation or other shareholders. According to majority opinion the voting number of special interested person is not counted in the number of present voting, however, the number is counted in the total number of issued stocks. Then it would fail to meet the quorum for resolution when the voting number of special interested person is majority. To clarify to meet the quorum it need to enact new provision about it.

Key words : special interest, fairness in resolution, counting quorum, abuse of voting right, status of controlling shareholders