

서면결의 및 간주서면결의에 관한 고찰

- 법인등기 신청서에 공증인의 인증을 받은 의사록을
첨부하여야 하는가를 중심으로 -

남 상 우

대한공증인협회 법제이사
안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서 론

상업등기법에 따르면 주식회사의 등기할 사항에 관하여 주주총회의 결의를 필요로 하는 경우에는 신청서에 총회의 의사록을 첨부하여야 한다(상업등기법 제79조 제2항). 그리고 그 의사록은 원칙적으로 공증인의 인증을 받은 것이어야 한다(공증인법 제66조의2 제1항 본문). 그런데 상법상 주주총회는 주주들이 임의로 한자리에 모였다고 해서 개최될 수 있는 것이 아니다. 상법이 정한 바에 따라 소집권자의 소집결정이 있어야 하고, 서면에 의한 소집통지나 공고 등 주주들을 상대로 총회가 소집된 사실을 알리는 절차를 밟아야 한다. 주주총회의 결의는 그러한 절차에 따라 소집된 총회에 주주들이 출석하여 상법이나 정관에서 정한 바에 따라 결의할 때 비로소 성립한다. 이처럼 주주총회의 결의가 성립되려면 상당한 시간이 소요될 뿐만 아니라 그 절차도 그리 간단하지 않다. 따라서 주주 수가 적고 주주들끼리 대부분 서로 잘 아는, 규모가 작은 회사의 입장에서 보면, 주주총회를 개최하여 결의를 통하여 어떠한 사항을 정한다는 것은 번거로운 일이 아닐 수 없다.

그리하여 2009년 상법이 개정될 때 자본금 총액이 10억 원 미만인 주식회사(이하 소규모 주식회사라고 한다)에 한하여 주주총회의 결의를 대신하는 방법이 새로 도입되었

다. 주주 전원이 동의한 때에는 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있고(상법 제363조 제5항 제1문의 후문),¹⁾ 그와 같은 서면결의에 대하여 주주총회의 결의와 같은 효력이 인정되었다(상법 제363조 제6항).²⁾ 이와 함께 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의한 때에는 서면결의가 있는 것으로 간주되었다(제363조 제5항 제2문).³⁾ 그런데 상법은 서면결의(서면결의로 간주되는 경우 포함)의 절차나 그 절차 종료 후 그 결의에 관하여 어떠한 서류를 어떻게 작성하여야 하는지에 대하여는 직접 정하지 않고 「서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다」라고만 정하고 있다(제363조 제7항). 말하자면 서면결의나 간주서면결의가 어떠한 절차에 따라서 이루어지는지, 그 절차의 종료 후에는 그 결의에 관하여 어떠한 서류를 작성하는지는 위 상법 규정의 해석으로 미루고 있다.

한편, 서면결의나 간주서면결의의 방법으로써 주주총회의 결의에 갈음할 수 있게 되자 소규모 주식회사로서는 당장 번거로운 주주총회의 결의보다는 간편한 서면결의나 간주서면결의절차를 이용하려는 경향을 보였다. 서면결의나 간주서면결의 절차는 어떻게 밟아야 하는지 그 절차 종료 후에는 그 결의에 관하여 어떠한 서류를 어떻게 작성하여야 하는지가 등기에규 등 유권해석에 의해서 제시되지 않고 학계 또는 실무계의 연구를 통하여 명확히 규명되지 않은 상태에서 주주총회의 결의가 아닌, 서면결의나 간주서면결의를 사유로 해서 법인등기를 신청하는 일이 빈번하였다. 이에 따라 법인등기 실무상 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 법인등기 신청서에 서면결의나 간주서면결의에 관하여 어떤 서면을 첨부시켜야 하느냐라는 점이 문제 되었다. 처음에는 주주총회의사록을 첨부하여야 한다는 견해가 없었던 것은 아니다. 그러나 이내 서면결의가 있는 경우에는 주주 전원의 동의서와 이른바 서면결의서를, 간주서면결의가 있는 경우에는 주주 전원의 서면동의서를 각 첨부하고, 그때의 서면결의서나 서면동의서는 공증인의 인증이 필요하지 않다는 견해에 따라 처리하는 것으로 등기 사무 처리 방식이 통일되었다.

-
- 1) 본고에서는 주주 전원의 동의에 따라 주주총회의 결의 대신 이루어지는 서면에 의한 결의를 ‘서면결의’라 약칭한다.
 - 2) 이하 본고에서 범명을 표시하지 않은 채 조문만 표시한 경우는 상법을 의미한다.
 - 3) 본고에서는 「결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 것」에 대하여 그 절차나 법적 효력의 관점에서는 ‘간주서면결의’라고 칭하고, 그때의 서면을 주주 행위의 관점에서 ‘서면동의서’라고 칭한다.

이와 같은 법인등기 사무 처리 방식의 법적 근거나 이론적 근거는 명확하지 않다. 다만, 법원행정처에서 펴낸 상업등기실무(II)(2011년) 57면의 설명에서 그 일단을 엿볼 수 있다. 「소규모 주식회사에서 주주 전원의 동의로 등기사항을 서면으로 동의하거나 주주 전원이 등기사항인 결의의 목적사항에 서면으로 동의한 경우(상법 제363조 제5항 참조), 그 결의사항을 등기할 때에 등기신청서에 주주총회의사록을 첨부하여야 하는지 문제된다. 등기소에서는 현실적으로 주주총회를 개최하지 않은 경우 주주총회의사록을 작성하지 않는다고 생각하여, 주주 전원의 동의로 서면결의를 한 때(상법 363조 5항 1문 후단)에는 서면결의를 하는 것에 관한 주주 전원의 동의서와 결의 요건을 충족하는 주주 전원의 서면결의서를 첨부하도록 하고, 결의의 목적사항에 주주 전원이 서면으로 동의한 때(상법 제363조 제5항 2문)에는 주주 전원의 서면동의서를 첨부하도록 하는 경우가 많다.」라는 설명이 그것이다.⁴⁾

위 설명에 의할 때 주주총회의사록을 첨부시키지 않은 등기 실무를 지지하는 견해의 이면에는 의사록이란 총회에서의 의사(議事)에 관하여 작성하는 것인데, 서면결의나 간주서면결의가 이루어진 경우에는 총회가 현실적으로 열리지 않으므로 의사록이라 하는 것도 작성되지 않는다는 관념이 있는 것으로 보인다. 그리하여 상법 제363조 제6항에서 서면결의에 관하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있지만 의사록

4) 이와 같이 소규모 주식회사에서 서면결의나 간주서면결의가 이루어진 것을 원인으로 등기를 할 때 이른바 서면결의서가 첨부된 경우 공증인의 인증을 받지 않은 것을 허용하고 있는, 법인등기실무의 또 다른 근거는 주식회사의 법인등기와 관련해서는 없지만 상법 제정 당시부터 서면결의나 간주서면결의 제도가 도입되어 있던 유한회사의 법인등기와 관련한 등기선례(2002. 6.24 등기 3402-343 질의회답 등기선례 2002 06-13호, 시행)를 소규모 주식회사에 그대로 적용한 것으로 생각된다. 이는 유한회사의 감사결의시 사원총회의 결의를 거치지 않고 총사원동의서를 첨부하여 변경등기를 신청할 수 있는지 여부에 관하여 「유한회사에서 총회결의의 목적사항에 대하여 총사원이 서면으로 동의한 경우에는 총회의 결의와 동일한 효력이 있으므로, 유한회사의 자본감소에 관하여 총사원이 동의한 경우에는 사원총회의사록이 아닌 총사원동의서를 첨부하여 변경등기를 신청할 수 있다」고 해석한 것인데, 소규모 주식회사에 서면결의나 간주서면결의 제도가 도입되었으므로 그대로 적용할 수 있다고 본 것 같다. 그러나 위 등기선례는 ‘총사원이 서면으로 동의한 경우에는 총회의 결의와 동일한 효력이 있다’는 것으로부터 사원총회의사록이 아닌 총사원동의서를 첨부할 수 있다는 결론을 도출하고 있다. 그러나 총사원이 서면으로 동의한 경우에 의사록을 첨부하여야 하느냐 마느냐는 그 경우 의사록을 작성하여야 하느냐 마느냐에 달린 문제이다. 그 경우 총회의 결의와 동일한 효력이 있다는 것은 말 그대로 효력의 문제로 첨부서면이 무엇이고 그것에 관해서 공증인의 인증을 받아야 하느냐의 문제와는 직접적인 연관이 없다. 유한회사의 경우 서면결의나 간주서면결의가 이루어진 경우에 의사록을 작성하느냐 마느냐는 상법 제577조 제4항의 해석 문제인데 이를 회피하고 있는 것이다. 만일 소규모 주식회사의 서면결의나 간주서면결의에 관한 현행 등기사무 처리 방식이 위 선례의 원용에 따른 결과라고 한다면 똑같은 비판이 성립된다.

에 관한 상법 제396조는 준용될 여지가 없고, 서면결의나 간주서면결의와 관련해서 설령 어떤 서면(가령 서면결의서나 서면동의서)이 작성된다고 하여도 그것은 의사록이 아니라고 보는 것 같다. 이러한 사고는 더 나아가 서면결의나 간주서면결의에 관하여 작성된 서면은 의사록이 아니므로 총회의 의사록에 대하여 적용되는 공증인법 제66조의2는 당연히 적용되지 않는다고 본다.

아무튼 이와 같이 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 일단 그에 관하여 어떤 서류를 작성하든지 간에 그 서류를 등기신청서에 첨부할 때 공증인의 인증을 받지 않아도 되는 것으로 인정되자 실제로는 서면결의나 간주서면결의의 요건을 갖추지 못한 경우에도 마치 그 요건을 모두 갖춘 것처럼 꾸며 법인등기를 신청하는 사례가 등장하는 문제가 생겨났다. 등기관에게는 실질적 심사권이 없고 오로지 형식적 심사권만 주어져 주주 전원이 동의하는지, 심지어는 그들이 주주 전원이 틀림없는지 여부조차 의심스러워도 등기신청을 수리할 수밖에 없다는 허점을 악용하는 것이다. 이와 같이 허위로 서면결의나 간주서면결의의 요건을 갖춘 것으로 꾸며서 등기신청을 하는 사례가 빈번히 발생하고 있다는 사실은 법인등기 사무 처리 방식이 상법이나 상업등기법 나아가 공증인법의 취지에 맞지 않은 것을 반증한다.

본고의 결론부터 밝힌다면 필자는 소규모 주식회사에서 주주총회의 결의를 요하는 사항에 관하여 이에 대신하여 서면결의나 간주서면결의가 이루어진 경우에도 상법 제363조 제6항에 따라 서면결의에 대하여 주주총회에 관한 규정을 준용하고 있는 이상, 당연히 의사록이 작성되어야 하고, 의사록이 작성되는 이상, 당연히 상업등기법 제79조 제2항에 따라 그 목적사항에 관하여 등기신청할 때에는 그 의사록을 첨부시켜야 하며, 의사록이 등기신청서에 첨부되는 이상, 당연히 공증인법 제66조의2에 따라 그 의사록에 대하여는 공증인의 인증을 받아야 한다고 본다.

여기서 문제의 핵심은 상법 제363조 제6항의 해석이다. 서면결의나 간주서면결의의 경우에 의사록을 작성하여야 하느냐 여부에 따라 상업등기법상 등기신청서에의 첨부서면이 무엇인지와 그 첨부서면에 대한 공증인법상 인증 여부가 달려 있기 때문이다.

법무부는 일찍이 2010. 6. 17.자 질의회신을 통해 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음하는 경우 의사록이 작성되어야 하고 그에 관하여 법인등기를 할 때에는 공증인의 인증을 받은 의사록을 신청서에 첨부하여야 한다고 유권해석한 바 있다. 그러나 법인등기 실무가 그와 같이 처리되지 않고 있으므로 본고에서는 그 경우에도 의

사록이 작성되어야 하고 법인등기신청서에 공증인의 인증을 받은 의사록을 첨부하여야 하는 실질적인 이유를 규명하려고 한다. 이를 위하여 이하 본문에서는 먼저 소규모 주식회사를 중심으로 주주총회의 결의가 이루어지는 절차와 그 결의의 법적 성질 및 그 결의에 관하여 작성하는 의사록에 관하여 정리하고(II), 뒤이어 서면결의와 간주서면결의에 관하여 각 그 절차와 그 법적 성질을 차례로 알아본다(III,IV). 그런 다음에는 이를 바탕으로 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에도 의사록이 작성되어야 하는 이유와 필요성을 검토하고(V), 이어서 서면결의나 간주서면결의가 이루어진 경우 실무상 의사록이 작성되지 않은 데는 작성 요령이 알려지지 않은 탓도 크다는 점에서 그 경우의 의사록은 어떻게 작성하여야 하는지 그 작성요령을 살펴보기로 하며(VI), 마지막으로 공증인이 서면결의나 간주서면결의에 관한 의사록을 인증함에 있어서는 어떠한 사항에 유의하여야 하는지를 살펴보고(VII), 맺음말에 들어가기로 한다(VIII).

II. 주주총회의 결의

주주총회의 결의는 상법에서 정하고 있는 일련의 과정을 거쳐서 성립한다. 주주들이 임의로 모여서 결의를 할 수 있는 것이 아니라 반드시 소집권자에 의해 목적사항과 일시, 장소에 따른 주주총회의 소집이 결정되고 그에 따라 주주들을 상대로 통지 등의 일정한 절차를 거쳐서, 주주들에게 알린 일시, 장소에 주주들이 출석하여 의장의 주재로 목적사항에 관하여 토론하고, 표결을 거쳐서 일정 주식수 이상의 찬성이 있을 때 결의가 성립하는 것으로 인정된다. 아래에서는 소규모 주식회사를 중심으로 주주총회의 결의가 성립하는 절차를 순차적으로 살펴보고 주주총회 결의의 법적 성질을 알아 본 후 그에 관한 의사록 작성 요령에 관하여 살펴본다.

1. 주주총회 결의의 성립 경과

가. 주주총회 소집의 결정

주주총회는 주주들로 구성되지만 주주들이 우연히 같은 시간 같은 장소에 모였다고 주주총회를 개최할 수 있는 것이 아니다. 주주전원이 참석하였다고 하여도 마찬가지다.⁵⁾ 적법한 소집권자가 소집하여야 한다. 소집권자는 소집을 결정함에 있어서 목적사항, 소집시기, 소집장소를 정하여야 한다. 소집권자는 주주총회에서 의결권을 행사할 주주를 확정하기 위하여 폐쇄기간이나 기준일을 정하기도 한다.

(1) 소집권자

(가) 이사회

주주총회를 소집할 것이냐를 결정할 권한은 상법에서 따로 정한 경우 외에는 이사회에 있다(상법 제362조. 이하 조문만 표시한 경우는 상법을 의미한다). 여기서 상법에서 따로 정한 경우라 함은 아래에서 보는 감사, 소수주주, 법원의 명령에 의한 경우를 말한다. 이는 강행법규로서 정관에 의해서도 다른 기관에 이를 위임할 수 없다고 해석된다. 이사회가 목적사항(의안), 소집일시, 소집장소를 정한다. 다만, 구체적인 소집일시와 소집장소에 대하여는 대표이사에게 위임할 수도 있을 것이다. 이사회는 원칙적으로 과반수 출석으로 성립하고 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다(제391조 제1항).

(나) 이사회기능을 담당한 이사

주주총회의 소집은 이와 같이 원칙적으로 이사회가 결정하지만 이사를 1인 또는 2인만 둔 소규모 주식회사에서는 이사회가 존재하지 않는다(제383조 제1항 단서). 이 경우에는 각 이사가 이사회 기능의 기능을 담당한다(제383조 제6항, 제362조). 이는 소규모 주식회사에서 이사가 1인만 있는 경우에는 그 이사가 2인이 있는 경우에는 2인의 협의로 소

5) 판례는 「주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의 및 소집절차 없이 이루어 졌다 하더라도, 주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하다」고 판시하여 이와 반대 입장에 있다(2002.12.24. 선고 2000다69927 판결, 2008.06.26. 선고 2008도1044 등 다수). 그러나 상법이 이사회의 권한을 강화하면서 주주총회의 권한으로는 상법이 정하고 있는 사항이나 상법이 주주총회의 권한으로 정관에서 정할 수 있는 것으로 유보하고 있는 사항에 한하여 인정하고 있는 점, 특히 주주총회의 소집은 박탈할 수 없는 이사회의 고유권한으로 정하고 있는 점, 우리나라의 주식회사의 상당수가 회사의 정관이나 주주명부를 제대로 관리하지 못하고 있다는 점 등에 비추어 위와 같은 대법원 판례의 태도는 바뀌어야 한다.

집을 결정한다는 의미이다.⁶⁾

(다) 소수주주

발행주식 총수의 100분의 3 이상을 가진 소수주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 기재한 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시주주총회의 소집을 청구할 수 있다(제366조 제1항). 발행주식 총수의 100분의 3을 계산함에 있어서는 회사의 자기주식과 의결권 없는 주식은 이에 포함되지 않는다는 것이 통설이다. 발행주식 총수의 100분의 3의 주식보유는 청구시점부터 총회일까지 보유하고 있어야 한다. 수인의 주주가 합하여 100분의 3 이상을 가진 경우 공동으로 소집청구를 할 수 있다.

소수주주의 청구가 있으면 이사회는 목적사항을 안건으로 한 주주총회의 소집을 결의하여야 한다. 목적사항은 소수주주가 정하여 청구하지만 소집시기와 소집장소는 이사회에서 결정하는 것이다. 이사회가 존재하지 않는 경우에는 이사회를 대신하여 이사나 대표이사에게 청구함은 앞서 본 바와 같다.

이와 같이 소수주주의 청구가 있는 후 지체 없이 총회소집절차를 밟지 아니한 때에는 총회의 소집을 청구한 소수주주는 법원의 허가를 얻어 직접 총회를 소집할 수 있다(제366조 제2항).

(라) 감사

감사도 소수주주와 마찬가지로 총회의 목적사항과 소집의 이유를 기재한 서면을 이사회에 임시총회의 소집을 청구할 수 있다(제412조의3 제1항). 감사의 청구가 있는 후 지체 없이 총회소집절차를 밟지 아니한 경우 감사는 소수주주의 경우처럼 법원의 허가를 얻어 직접 총회를 소집할 수 있다(2항). 다만 소규모 주식회사는 감사가 필수기관이

6) 상법 제383조 제6항은 「 제1항 단서의 경우에는 각 이사(정관에 따라 대표이사를 정한 경우에는 그 대표이사를 말한다)가 회사를 대표하며 제343조 제1항 단서, 제346조 제3항, 제362조, 제363조의2 제3항, 제366조 제1항, 제368조의4 제1항, 제393조 제1항, 제412조의3 제1항 및 제462조의3 제1항에 따른 이사회를 기능을 담당한다.」라고 규정하고 있다. 여기서 얼핏 보면 정관에 따라 대표이사를 정한 경우에는 그 대표이사가 이사회를 기능까지도 수행한다고 해석될 여지도 있다. 그러나 그렇게 해석하면 대표이사가 아닌 이사는 아무런 역할이 없기 때문에 그렇게 해석되어서는 아니 된다. 즉, 위 규정의 괄호속 내용은 「회사를 대표하며」까지만 걸리고 그 뒷부분과는 관계가 없는 것으로 해석하여야 한다. 따라서 대표이사와 이사가 존재하는 경우 대표이사와 이사가 이사회를 기능을 담당하며 이때는 두 사람 사이에 협의가 이루어진 경우에만 이사회를 결의에 해당하는 사항을 결정할 수 있다.

아니라 임의기관에 불과하기 때문에 감사를 두지 않을 수도 있다(제409조 제4항).

(마) 법원의 명령

발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주는 회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 때에는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있고(제467조 제1항), 법인이 선임한 검사인은 그 조사의 결과를 법원에 보고하여야 하는데(제2항), 이 때 법원은 검사인의 보고에 의하여 필요하다고 인정되면 대표이사에게 주주총회의 소집을 명할 수 있다(제3항).

(2) 목적사항

주주총회의 소집을 결정함에 있어서는 어떤 사항을 결의할 것이냐 즉, 총회의 목적사항을 정하는 일이 핵심이다. 총회의 목적사항은 관점을 달리하면 주주총회의 권한사항이다. 주주총회는 흔히 회사의 최고기관이라고 하지만 그렇다고 회사에 관한 사항이면 어떤 사항이나 결정할 수 있는 권한이 인정되는 것이 아니다. 상법 제361조에서는 「주주총회는 본법(상법) 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다」라고 규정하고 있다.⁷⁾ 여기서 정관에 정하는 사항이 무엇인지에 관해서는 견해가 나뉜다. 먼저 주주총회의 최고기관성 및 권한분배의 자율성을 들어 주식회사의 본질이나 강행법규에 위반되지 않은 한 상법상 규정된 이사회 등의 권한도 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 규정할 수 있다고 하는 견해가 있다. 다만 이 견해도 주주총회의 소집권은 그 성질상 주주총회의 권한으로 할 수 없다고 보는 것이 보통이다. 이에 대하여 각 기관의 권한분배에 관한 규정을 통해 소유와 경영의 분리를 기대하는 상법의 이념에 반하므로 상법상의 유보 규정 없이 정관에서 주주총회의 권한으로 정할 수는 없다고 하는 견해가 있다. 소규모 주식회사의 경우 정관 관리가 제대로 이루어지고 있지 않은 현실을 고려하면 전자의 견해를 지지하기는 어렵다고 본다.

7) 상법 제361조는 이와 같이 규정하고 있지만 다른 법률에서 주주총회의 결의에 관하여 정하고 있다면 이에 관한 사항도 당연히 주주총회의 권한이 된다(보험업법 제138조).

소집권자가 주주총회의 소집을 결정하면서 목적사항을 정할 때 그 주주총회가 정기 주주총회에 해당하는 경우라면 반드시 포함시켜야 하는 목적사항이 있다. 재무제표 등의 승인이 그것이다(제449조).⁸⁾

한편 소규모 주식회사의 경우 1인 또는 2인의 이사만 둘 수도 있다(제383조 제1항). 이 경우에는 이사회가 원시적으로 존재할 수 없으므로 상법은 이사회의 권한 중 일부를 주주총회의 권한으로 정하고 있다(제383조 제4항). 이를 열거하면 다음과 같다.

- ① 주식양도에 관한 이사회의 승인(제302조 제2항 제5호의2, 제317조 제2항 제3호의2, 제335조 제1항 단서 및 제2항, 제335조의2 제1항 · 제3항, 제335조의3 제1항 · 제2항, 제335조의7 제1항, 제356조 제6호의2)
- ② 주식매수선택권 부여의 취소(제340조의3 제1항 제5호)
- ③ 이사의 경업거래 승인(제397조제1항 · 제2항)
- ④ 이사의 회사기회 및 자산의 이용에 관한 승인(제397조의2제1항)
- ⑤ 이사와 회사의 거래 승인(제398조)
- ⑥ 신주발행사항의 결정(제416조 본문)
- ⑦ 준비금의 자본전입 결정(제461조 제1항 본문 및 제3항)
- ⑧ 중간배당의 결의(제462조의3 제1항)
- ⑨ 배당금의 지급시기의 결정(제464조의2 제1항)
- ⑩ 사채모집의 결정(제469조)
- ⑪ 전환사채 발행사항의 결정(제513조 제2항 본문 제3항)
- ⑫ 신주인수권부사채 발행사항의 결정(제516조의2 제2항 본문(준용되는 경우를 포함한다))

이 점에서 소규모 주식회사에서는 주주총회의 권한 즉, 주주총회의 목적사항이 확대 되었다고 말할 수 있다.

8) 다만, 회사의 정관으로 정하는 경우에는 일정한 요건을 충족할 것을 조건으로 이사회의 결의로 재무제표 등을 승인할 수 있다. 이 경우에는 이사는 재무제표 등의 내용을 주주총회에 보고하여야 한다(제449조의2).

(3) 소집시기

소집권자가 주주총회의 소집을 결정할 때 당연히 소집시기도 결정하여야 한다. 다만 정기주주총회일은 정관에서 정할 수도 있다. 소집권자가 소집시기를 정함에 있어서 구체적인 소집일시의 확정은 소집을 집행하는 대표이사에게 그 결정을 위임할 수 있다. 주의할 것은 소수주주나 감사가 이사회에 주주총회의 소집을 청구한 때에도 이에 응해서 이사회가 소집을 결정한다면 그 때의 소집권자는 이사회이다. 그 때 목적사항은 소수주주나 감사가 정해서 청구하므로 이사회도 그것을 목적사항으로 삼아야 하지만 소집시기나 소집장소는 이사회에서 정한다. 물론 소규모 주식회사로서 1인 또는 2인의 이사만 두고 있는 경우에는 이사가 이사회를 기능을 수행한다는 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 소집시기와 관련하여 주주총회는 정기주주총회와 임시주주총회로 구별되는데, 상법은 매년 1회 일정한 시기에 정기총회를 소집하여야 한다고 정하고 있고(제365조 제1항), 임시총회는 필요한 경우에 수시로 한다고 정하고 있다(동조 제3항). 보통 법인은 법인세법상 각 사업연도의 종료일이 속하는 날이 속하는 달의 말일부터 3월 이내에 그 사업연도의 소득에 관한 과세표준과 세액을 신고하여야 하고, 그 신고서에는 재무제표 등을 첨부하여야 하는데 재무제표 등의 승인은 주주총회의 결의사항이므로 결국 늦어도 3월 31일까지는 정기주주총회를 개최하여야 한다.⁹⁾

문제는 상법이 연2회 이상의 결산기를 정하고 있는 경우 결산기마다 총회를 소집하여야 한다고 정하고 있다는 점이다(제365조 제2항). 이 때 소집된 총회 중 1회는 매년 1회 일정한 시기에 소집하는 의미의 정기총회라고 할 수 있겠으나 나머지 1회는 정기총회인지 임시총회인지 의문이다. 생각건대 정기총회를 따로 정한 취지가 매년 일정한 시기에 반드시 총회가 소집되도록 함에 있고 그 경우 총회에서는 결산기에 관한 재무제표 등의 승인에 관한 안건을 목적사항으로 삼아야 한다는 점에 있다고 할 때 결산기마다 개최되면서 재무제표 등의 승인을 다루고 있으면 다른 것이 아닌 바로 그것이 곧

9) 한국거래소 상장법인이나 코스닥상장법인 또는 금융감독원 지정 법인에 대하여는 사업연도 경과 후 90일 이내에 확정된 재무제표를 금융위원회와 한국거래소에 제출하도록 되어 있으므로 윤년이나 평년이나에 따라 하루 차이가 발생한다. 윤년의 경우에는 3월 30일까지 제출하여야 하고, 평년인 경우에는 3월 31일까지 제출하면 된다.

정기총회이다. 따라서 실제 회사가 어떠한 사정으로 결산기에 총회를 개최하지 못하고 그 이듬해에 비로소 총회를 개최하면서 그 때 재무제표 등의 승인을 안건으로 상정하고 있는 경우에는 그것이 바로 그 결산기에 관한 정기총회가 되는 것이다. 이는 거꾸로 말하면 결산기에 관하여 재무제표 등의 승인을 안건으로 상정하고 있는 총회가 바로 정기총회라고 할 수 있다. 어떤 사정으로 3월에 주주총회를 두 번 개최하게 될 때 목적사항으로 재무제표 등의 승인이 있으면 그 총회가 정기총회이고 다른 총회는 임시총회가 되는 것이다.

(4) 소집장소

소집권자가 주주총회의 소집을 결정할 때 소집장소도 결정하여야 한다. 또한 정관에서 소집장소를 정하고 있는 경우도 있다(제364조). 소집권자가 주주총회의 소집을 결정함에 있어서 구체적인 소집장소의 확정은 소집을 집행하는 대표이사에게 그 결정을 위임할 수 있음은 소집시기의 확정과 마찬가지로 같다. 소수주주나 감사가 이사회에 주주총회의 소집을 청구함에 따라 주주총회의 소집을 결정할 때 소집장소의 결정은 이사회에서 하는 것도 소집시기의 경우와 마찬가지로 같다. 1인 또는 2인의 이사만 두고 있어서 이사회가 없는 소규모 주식회사의 경우 이사가 이사회 기능을 수행한다는 점도 앞서 본 바와 같다.

소집권자가 소집장소를 정함에 있어서는 정관에 다른 정함이 없으면 본점소재지 또는 이에 인접한 지에 소집하여야 한다(제364조). 그러나 주주 전원이 동의한다면 본점소재지 또는 이에 인접한 지가 아니라도 무방하다.

나. 총회소집 결정 후 총회일 전의 진행 경과

이사회 등 소집권자에 의해 주주총회의 소집이 결정되면 그에 따라 주주들에게 총회소집이 결정된 사실을 알리는 등 총회일 전에 거쳐야 할 일정한 절차가 있다. 이러한 절차는 대표이사가 집행하여야 하나 소규모 주식회사로서 이사가 1인 또는 2인만 있고 대표이사가 없으면 각 이사가 집행한다.

(1) 주주확정을 위한 기준일 및 폐쇄기간의 지정

주주총회에서 의결권을 행사할 자는 따로 정하지 아니한 경우에는 주주총회일 현재 주주이어야 한다. 그런데 총회 소집이 결정된 뒤 총회일까지 사이에 주주에 변동이 생긴 경우 소집통지를 받은 주주와 총회일 현재 주주가 다른 경우가 발생할 수 있다. 그런 경우 결과적으로 통지를 받지 못한 주주가 발생하면 그 주주에게 다시 통지절차를 밟아야 한다는 문제가 생길 수 있다. 상법은 회사가 의결권을 행사할 자를 정하기 위해서 일정한 기간을 정하여 주주명부의 기재변경을 정지하거나 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주를 의결권을 행사할 주주로 볼 수 있도록 하였다(제354조 제1항). 여기서 일정한 기간을 이른바 주주명부의 폐쇄기간이라고 하고, 일정한 날을 이른바 기준일이라고 한다. 폐쇄기간이나 기준일을 정하면 그 기간 또는 날의 2주간 전에 공고하여야 한다(제354조 제4항 본문). 그러나 정관으로 그 기간 또는 날을 지정한 때에는 그러하지 아니하다(제354조 제4항 단서). 상법 제354조에는 회사가 폐쇄기간이나 기준을 지정할 수 있다고만 하고 있으나 구체적으로는 소집권자인 이사회에서 결정한다.

통상 정관에 매결산기 최종일의 익일부터 1월간을 폐쇄기간으로 지정하고 동시에 매결산기 최종일을 기준일로 지정하고 있으므로 정기주주총회와 관련해서는 따로 폐쇄기간이나 기준일을 지정하지 않는다. 그러나 임시주주총회의 경우에는 주주총회의 소집을 결정할 때 목적사항, 소집일, 소집지뿐만 아니라 폐쇄기간이나 기준일도 지정하는 것이 필요하다.

한편 소규모 주식회사에서는 임시주주총회를 개최하는 때에도 폐쇄기간이나 기준일을 지정하지 않고 소집하는 경우가 대부분이다. 폐쇄기간이나 기준일을 지정할 때는 공고하여야 하기 때문에 번거롭고 실제 소집의 결정이 있는 후 총회일까지 주주의 변동이 거의 없기 때문에 그럴 필요가 없는 것이다. 따라서 만일 소집결정이 이루어진 뒤 총회일 전까지 사이에 주주의 변동으로 명의개서가 이루어지면 새로운 주주를 상대로 통지 등의 절차가 이루어지거나 새로운 주주로부터 그 절차를 밟지 않음에 관하여 동의의 얻어야 한다.

(2) 소집장소 및 소집일시의 구체적 확정

총회는 정관에 다른 정함이 없으면 본점소재지 또는 이에 인접한 지에 소집하여야 한다(제364조). 정관에서 구체적인 소집장소를 정하고 있는 경우라면 따로 소집장소를 정할 필요가 없겠지만 이사회에서 구체적인 장소로 정하지 않고 행정구역 단위로 소집지를 결정한 경우라면 구체적인 장소의 확정은 대표이사가 정한다.

소집시기에 대하여도 이사회에서 특정 일시를 정하지 않고 일정한 범위만 정해서 구체적인 일시의 확정은 대표이사에게 일임하는 경우 그 범위 내에서 대표이사가 구체적인 소집시기를 확정한다.

(3) 재무제표 등의 제출 및 비치

정기주주총회의 경우 이사는 총회일의 6주간 전에 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금 처분계산서 또는 결손금 처리계산서 등의 서류와 영업보고서를 감사에게 제출하여야 하고(제447의3), 이에 따라 감사는 그 서류를 받은 날부터 4주 내에 감사보고서를 이사회에게 제출하여야 한다(제447조의4 제1항). 이사는 총회일의 1주 전부터는 위 서류와 함께 감사보고서를 5년간 본점에, 그 등본을 지점에 3년간 비치하여야 한다(제448조 제1항). 그러므로 이사는 정기주주총회의 소집이 결정되면 미리 위와 같은 사항을 준비해서 비치하여야 하고, 총회일 전에 주주가 그 자료의 열람을 요구하면 언제든지 열람하게 하여야 한다(제448조 제2항).

감사는 정기주주총회는 물론 임시주주총회인 경우에도 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사항이 있는지 여부에 관하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 하는바, 주주총회의 소집이 결정되면 이사는 감사가 그 의안이나 서류를 조사할 수 있도록 자료를 제공하여야 할 것이다(제413조). 언제까지 하여야 하는가. 주주들에게 통지를 발송하기 전 즉 소규모 주식회사의 경우는 10일 전까지 그 외의 경우는 2주 전까지는 감사에게 자료를 제공하여야 한다고 본다(제363조 제1항, 제4항 참조). 또한 명문규정은 없지만 감사에게 제공할 자료는 주주총회 1주 전부터는 주주들도 열람할 수 있도록 회사에 비치하여야 한다고 본다(제448조 제1항 참조).

(4) 소집의 통지와 공고

(가) 기명주식에 대한 통지

회사는 주주총회의 소집이 결정되면 이를 주주들에게 알려야 하는데, 상법은 기명주식의 경우에는 총회일의 2주간 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하도록 정하고 있다(제363조 제1항 제1문). 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 경우에는 회사는 해당 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다(제363조 제1항 제2문). 상법에는 통지서에는 회의의 목적사항을 적어야 한다(제363조 제2항)고만 정하고 있으나 총회의 일시와 장소도 기재하여야 함은 당연하다. 통상 통지서에는 참석장과 의결권 행사를 대리인에게 위임할 경우 사용할 수 있는 위임장 양식을 첨부하여 보낸다.

(나) 무기명식 주식에 대한 공고

회사가 무기명식의 주권을 발행한 경우에는 주주총회일의 3주 전에 총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 한다(제363조 제3항). 그러나 소규모 주식회사에서 무기명식 주식을 발행한 경우는 실제 거의 존재하지 않는다.

(다) 통지와 공고절차에서 무의결권 주주의 취급

주의할 것은 총회의 소집 통지나 공고는 의결권 있는 주주를 위한 것으로 의결권 없는 주주에게는 적용되지 않는다(제363조 제8항). 말하자면 의결권 있는 주주만이 통지나 공고 절차에서 그 대상이나 동의를 주체로 된다는 의미이다.

(라) 자본금 10억 원 미만 회사의 경우 특칙

자본금 10억 원 미만인 소규모 주식회사는 주주총회일의 10일 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 얻어 전자문서로 통지를 발송할 수 있고 무기명식의 주권을 발행한 경우에는 2주 전에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고할 수 있다(제363조 제4항). 말하자면 통지나 공고기간을 단축한 것이다.

나아가 소규모 주식회사의 경우는 주주 전원의 동의가 있을 경우에는 주주에 대한 통지나 공고 없이 주주총회를 개최할 수 있다(제363조 제5항 제1문 전단).

더 나아가 소규모 주식회사의 경우에는 주주 전원의 동의가 있을 경우 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의에 갈음할 수 있고(제363조 제5항 1문 후단), 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 간주되는바(제363조 제5항 제2문), 이것이 본고에서 다루려고 하는 바로 서면결의와 간주서면결의이다.

다. 주주총회의 성립과 결의 절차

(1) 주주의 출석, 이사·감사의 참석, 의장 선임

주주총회는 소집통지서에 기재된 일시와 장소에 결의의 성립에 필요한 수의 주주가 출석하고, 이사 및 감사가 참석하며 이를 의장이 확인·보고하면서 총회의 개최를 선언함으로써 성립된다. 주주는 직접 출석하지 않고 대리인이 대신 출석할 수도 있다.

목적사항이 보통결의를 요하는 사항이면 결의에 참여한 의결권 있는 주식수가 최소한 의결권 있는 주식 총수의 4분의 1 이상이 되어야 결의에 참여한 주식 전부가 목적사항에 대하여 찬성한다는 전제 하에 보통결의를 할 수 있다(제368조 제1항). 특별결의를 요하는 사항이면 최소한 의결권 있는 주식 총수의 3분의 1 이상이 되어야 특별결의를 할 수 있다(제434조). 따라서 목적사항에 따라서 총회일에 의결권을 행사할 주식수가 위와 같이 의결권 있는 주식 총수의 4분의 1 혹은 3분의 1에 미치지 못하면 비록 소집절차를 제대로 밟았다고 하여도 주주총회는 애초에 성립할 수 없는 것이다.

이사 및 감사는 주주총회를 구성하지는 않지만 주주총회에 출석할 의무가 있다(제373조 제2항, 제413조). 그러나 총회의 소집이 적법하게 이루어졌다고 하면 이어나 감사의 참석이 없는 경우라도 주주총회는 성립한다. 주주총회는 회의체이므로 당연히 회의를 주재할 의장이 있어야 하는데, 보통은 정관의 규정에 의하여 대표이사가 의장이 된다. 또한 정관에서 대표이사 유고시에는 의장이 될 사람을 순차적으로 정하고 있는 경우가 많고 그와 같은 경우에는 그에 따라 다른 사람이 의장이 되는 수도 있다. 정관에 그에 관한 규정이 없으면 주주총회에서 선출한다(제366조의2 제1항). 의장은 총회의 질서를 유지하고 의사(議事)를 정리한다(제366조의2 제2항). 고의로 의사진행을 방해하기 위한 발언·행동을 하는 등 현저히 질서를 문란하게 하는 자가 있는 경우 의장은

그에 대하여 그 발언의 정지 또는 퇴장을 명할 수 있다(제366조의2 제3항).

(2) 총회성립선언 및 보고사항 보고

의장이 출석주식 수가 일정 수 이상에 이르러 결의할 수 있음을 보고하고, 이에 총회의 성립을 선언한다고 선포함으로써 총회가 시작된다. 통상 의장의 인사말과 보고사항에 대한 보고가 이루어진다.

(3) 의안상정과 토의

보고사항에 대한 보고가 끝나면 의장은 목적사항의 안건을 상정하고 토론하게 한다. 통상 의장이 안건을 상정한다고 하면 현장에 출석한 주주가 안건 상정에 동의(動議)한다고 하고, 다른 주주가 재청(再請)한다고 하면 비로소 의안으로 되는 것인냥 진행된다. 그러나 주주총회는 소집권자에 의해서 목적사항이 미리 정해져서 총회가 소집되므로 의장이 순서에 따라 의안으로 상정하면 되는 것이지 이와 별도로 현장의 주주가 동의하고 다른 주주가 재청하는 절차가 꼭 필요한 것은 아니다.

토론 과정에서 어느 주주가 고의로 의사진행을 방해하기 위한 발언·행동을 하는 등 현저히 질서를 문란하게 하는 자가 있으면 의장은 그에 대하여 그 발언의 정지 또는 퇴장을 명할 수 있다(제366조의2 제3항).

(4) 표결(의결권 행사)

주주들 사이에 토의가 끝나면 의장은 표결에 부친다. 표결한다는 것은 주주가 의결권을 행사하는 절차를 말한다. 따라서 의결권이 있는 주주만이 표결절차에 참여할 수 있다. 목적사항이 여러 개일 경우 목적사항별로 의결권이 있는 주식이 달라지는 일도 얼마든지 있을 수 있다. 표결방법은 통상 안건에 이의가 없는지 물어서 출석 주주가 전원 이의가 없다고 하면 만장일치로 보고, 이의가 있다고 하면 찬성과 반대의 의사를 밝히도록 하여야 한다. 찬성이나 반대의 의사표시는 거수, 기립, 구두, 투표 등 적당한 방법에 의하면 된다.

한편 정관에 규정이 있으면 서면에 의한 의결권 행사도 가능하다(제368의3 제1항). 이는 1999년 상법 개정으로 도입된 제도이다. 서면에 의한 의결권 행사가 가능한 경우 회사는 주주로 하여금 서면에 의한 의결권 행사 시 목적사항에 대한 찬성 혹은 반대의 의사를 정함에 있어서 참고할 수 있도록 총회의 소집통지서에 의결권을 행사하는데 필요한 서면과 참고자료를 첨부하여야 한다(제368의3 제2항). 서면에 의한 의결권 행사는 언제까지 할 수 있는가 즉, 주주가 의결권을 행사한 서면이 언제까지 회사에 도착하여야 하는가. 주주총회 시작 전까지는 회사에 도착하여야 한다고 본다. 주주의 출석 없이 서면에 의한 의결권 행사만으로 주주총회가 성립할 수 있는가. 이에 대하여는 긍정설과 부정설이 대립하지만 서면결의나 간주서면결의가 인정되고 있는 소규모 주식회사에 한해서는 이를 인정할 수 있다고 본다.

(5) 집계

주주들의 표결이 끝나면 의장은 출석한 주주들이 보는 자리에서 결의의 목적사항에 대하여 찬성하는 주식수와 반대하는 주식수를 확인하고 집계한다. 집계는 의장이 모두 직접 하여야 하는 것은 아니고 보조자의 도움을 받아도 무방하다.

(6) 결의 성립의 선언

결의의 목적사항에 대한 표결에 따른 찬성주식수와 반대주식수의 집계 결과를 확인하고 이상이 없으면 의장은 최종적으로 결의의 목적사항에 대하여 찬성하는 주식 수가 상법이나 정관에서 정한 일정한 주식 수를 충족하는지를 확인해서 충족하고 있으면 그 결의의 성립(가결)을 선언하고, 이로써 주주총회의 결의는 성립한다. 만일 의안에 찬성하는 주식 수가 상법이나 정관에서 정한 일정한 주식 수에 이르지 못하면 부결을 선언한다. 이때는 주주총회가 개최되었으나 결의가 성립되지 못한 것이다.

(7) 목적사항이 여럿인 경우

목적사항이 여러 개면 목적사항별로 의안상정, 토의, 표결, 표결의 집계, 결의의 선언

까지 일련의 절차를 모두 밟아나가야 한다. 그러나 주주 전원이 동의한다면 목적사항이 여러 개인 경우에도 일괄적으로 상정하여 처리하는 것도 가능하다고 본다.¹⁰⁾

2. 주주총회 결의의 법적 성질

주주총회의 결의는 주주들의 의결권 행사를 통해 형성된 주식회사의 의사(意思)라고 할 수 있는데, 일단 결의가 성립한 뒤에는 결의에 참여하지 아니한 주주는 물론 결의에 반대한 주주까지도 그 결의에 구속된다. 이러한 점에서 주주총회 결의의 법적 성질이 무엇인지 문제이다.

주주총회의 결의는 주주총회를 구성하는 주주의 의결권에 기한 목적사항에 대한 찬반의 의사표시를 구성요소로 한다는 점에서 일반적으로 의사표시를 구성요소로 하는 법률행위의 일종으로 파악하는 데는 이론이 없다. 다만 주주총회의 결의도 단독행위, 계약, 합동행위로 분류하는 전통적 분류 기준의 범주 안에서 파악될 수 있느냐 여부에 따라 견해가 나뉜다.

이를 긍정하면서 주주총회의 결의도 합동행위의 일종으로 파악하면서 다만 일반의 합동행위와는 다른 사단법상의 합동행위라는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 주주총회 결의의 법적 성질은 의결권의 내용에 나타나는 의사표시를 요소로 하는 법률행위이며, 의안에 대한 복수의 의사표시가 결의요건을 충족하여 성립하는 사단법상의 합동행위라고 정의한다. 그리하여 이 견해에서는 주주총회의 결의에 대하여 민법상의 의사표시 및 법률행위에 관한 일반원칙이 원칙적으로 적용된다고 본다.¹¹⁾

이를 부정하면서 주주총회의 결의는 전통적인 법률행위와는 다른 특수한 종류의 다면적 법률행위라는 견해가 있다. 결의가 주주 이외에도 회사 조직 전체에 대해 직접 구속력을 가진다는 점에서 단독행위나 계약과 다르고, 결의의 찬반이 갈려 의사가 불합치하더라도 다수결의 원칙에 따라 성립한다는 점은 합동행위에서 볼 수 없는 명백한 차이점이라는 것이다. 이러한 견해의 차이로 인해 의사표시와 법률행위에 관한 일반원

10) 상장법인의 경우 반드시 별도로 상정하도록 정한 사항이 있다. 이사의 선임 및 보수에 관한 사항과 감사의 선임 및 보수에 관한 사항은 별도로 상정하여 의결하도록 하고 있는 것이 그 예이다(상 542조의12 5항). 이는 감사의 독립성을 보장하기 위한 조치이다.

11) 정찬형, 제12판 상법강의(상), 785면, 786면, 박영사, 2009

칙, 특히 하자에 관한 제규정의 적용이 배제된다고 한다. 따라서 주주총회는 결의가 비진의표시, 허위표시임을 이유로 무효를 주장하거나 착오, 사기 강박을 이유로 취소할 수 없다고 한다. 결의는 형성과정이 종결됨으로써 즉시 효력이 발생하므로 의사표시의 도달주어나 수령능력에 관한 규정도 적용될 여지가 없다고 한다. 결의에는 대리가 있을 수 없으므로 대리에 관한 규정도 배제된다고 한다. 그리고 결의에는 조건도 붙일 수 없다고 한다.¹²⁾

결의에 관해서 종래의 법률행위의 범주에 포함시키는 것이 오히려 그 법적 성질을 파악하는 데 방해가 된다면 굳이 전통적인 이론에 집착할 필요는 없을 것이다. 후설에 찬성한다.

주주총회 결의의 법적 성질과 관련해서 주의할 것이 있다. 주주총회를 구성하는 개별 주주의 의결권의 행사를 통해 나타나는 의사표시와 주주총회의 결의는 구별된다는 점이다. 주주의 의결권 행사는 주주의 의사표시에 해당하지만 그 자체로 법률행위로 되는 것이 아니고 결의를 구성하는 의사표시일 뿐이다. 즉 법률사실에 불과하다. 또한 주주의 의사표시에는 의결권 행사의 의미로서의 의사표시도 있지만 그 밖에도 주주 각자의 개인적인 지위에서 하는 독립된 의사표시도 있다. 여기에는 주주 전원의 동의와 같이 전통적 의미의 합동행위에 속하는 것도 있고, 주주 각자의 동의와 같이 단독행위에 속하는 것도 있다. 의결권 행사로서의 의사표시는 결의를 구성하여 결의에 매몰됨으로써 앞서 본 바와 같이 의사표시로서의 여러 가지 규정의 적용이 없지만, 합동행위를 구성하는 의사표시는 독립적인 의사표시로서 의사표시에 관한 민법 규정이 그대로 적용되는 차이가 있다.

3. 주주총회의사록

주주총회가 개최된 경우에는 그 의사에 관해서는 의사록이 작성되어야 한다(제373조 제1항). 주주총회가 개최되었으나 상정된 안건이 모두 부결된 경우에도 의사록을 작성하여야 하는가. 상법은 주주총회의 결의에 관해서가 아니라 의사에 관해서 의사록을 작성하도록 정하고 있으므로 그때도 의사록을 작성하여야 한다.

12) 이철송, 제5판 상법강의, 472면, 박영사, 2004

가. 주주총회의사록의 의의

일반적으로 의사록이란 회의체에서 어떤 사항을 의논하여 결의를 통해 그 의사(意思)를 정한 경우 후일 증거로 삼기 위해서 의사(意思)를 정하기까지 회의체에서 의논한 일, 즉 그 의사(議事)에 관해서 주요골자와 그 과정 및 결과를 기록하여 작성한 문서라고 말할 수 있다. 후일의 증거로 삼기 위해서 작성된다는 의미에서 증거서류라고 할 수 있다. 회의체의 결의를 법률행위의 일종이라고 볼 때 의사록도 법률행위 문서라고 할 수 있다. 통상 법률행위 문서는 법률행위를 구성하는 의사표시의 주체가 행위 당사자로서 그 문서의 작성주체가 되고 이를 처분문서라고 한다. 그런데 회의체의 결의에 관하여 작성한 문서에 결의에 참여한 회의체의 구성원 모두 기명날인 또는 서명하게 하는 것은 구성원의 수가 많을 경우 매우 번거로운 일이다. 그리하여 일반 회의체의 경우 그 회의에서 기명날인 또는 서명할 사람을 의논해서 정한다. 보통 의장과 회의에 출석한 회의의 구성원 중 몇 명으로 정한다. 말하자면 회의의 구성원 모두가 연명으로 의사록에 기명날인하거나 서명하지는 않는다. 따라서 결의를 법률행위라고 할 때 의사록은 보고문서의 형식이 된다. 법률행위의 당사자가 작성주체가 되는 처분문서와 다른 점이다.

주주총회의사록도 주주총회의 결의를 요하는 사항에 관하여 의논하기 위하여 주주총회가 개최되는 경우에 그 의사에 관하여 주요골자와 그 과정 및 결과를 기록하여 작성되는 문서로서 증거서류이자 보고문서의 일종인 것은 일반적인 의사록과 차이가 없다. 다만 후술하는 바와 같이 상법이 작성의무를 직접 정하고 있고, 그 기재사항과 그 문서에 서명이나 날인할 사람도 직접 상법에서 정하고 있으며 이를 회사에 비치하고 있어야 한다는 점에서 법률에 근거한 법적 문서이다. 특히 의장과 출석한 이사를 그 의사록에 서명하거나 날인할 사람으로 정하고 있다는 점은 일반회의체와 다른 점이다. 의장이나 출석한 이사는 반드시 주주총회의 구성원인 주주일 필요는 없다는 점에서 주주총회의사록은 총회의 구성원이 아닌 제3자의 지위에서 작성한 문서이다. 이에 비하여 이사회 의사록은 반드시 이사회의 구성원인 출석한 이사 전부가 기명날인하거나 서명하여야 한다는 점에서 주주총회의사록과는 근본적인 차이가 있다.¹³⁾

13) 이사회 의사록은 의사의 안전, 경과요령, 그 결과는 물론 반대하는 자와 그 반대이류를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하여야 한다(상법 391조의3).

상법이 주주총회의사록에 주주가 아닌, 의장과 출석한 이사로 하여금 기명날인하거나 서명하도록 한 취지는 무엇인가. 상법이 규정한 주주총회는 그 결의에 의해서 일정한 사항에 대하여 회사의 의사(意思)를 결정하는, 주주로 구성되는 주식회사의 필요기관이지만 어디까지나 원칙적으로 이사회회의 결정 등 소집권자의 소집에 의해서만 그것을 결정할 수 있는 수동적인 기관이다. 의사록에 기명날인하거나 서명할 사람으로 의장과 출석한 이사만을 정하고 있는 것도 이러한 상법의 정신을 반영한 것이라 할 수 있다.

나. 구별할 개념

주식회사의 운영과 관련해서 주주의 의사표시에 관하여 기록한 문서에는 주주총회의사록 외에 주주의 동의서라는 것이 있는 경우가 있다. 그 중 총주주의 동의를 기재한 총주주의 동의서나 주주 전원의 동의를 기재한 주주 전원의 동의서나 종류 주주 전원의 동의를 기재한 종류주주 전원의 동의서는 내용면에서 만장일치에 의한 주주총회의사록과 유사한 면이 있다. 그러나 이들 동의서는 비록 그 동의를 주체와 주주총회의 주주와 그 범위가 일치하여도 주주총회의사록과는 서명하거나 날인하는 사람이 다르다. 주주총회의사록은 의장과 출석한 이사가 서명하거나 날인하지만 총주주의 동의서나 주주 전원의 동의서는 주주 자신이다. 총주주의 동의서나 주주 전원의 동의서에 기재되는 의사표시는 회의 없이 총주주나 주주 전원에 해당하는 주주 각자에 의해 독립적으로 결정되고 그 의사표시 자체가 동의서에 직접 기재되지만 주주총회의사록에는 주주의 개별적인 의사표시가 직접 기재되는 것이 아니다.¹⁴⁾

이렇게 볼 때 총주주나 주주 전원의 일치에 의한 동의를 합동행위에 해당한다고 볼 수 있고 그 동의서는 이와 같은 합동행위를 기재한 서면이라고 할 수 있다. 법률행위 문서이고 처분문서의 일종인 것이다. 이와 반면에 주주총회의사록에는 주주의 의사표시

14) 상법상 총주주의 동의를 결의에 있어서 만장일치를 의미하는 것으로 사용되는 경우도 있다. 가령 주식회사의 조직 변경 요건으로 정하고 있는 경우가 그 예이다(상법 287조의43, 604조). 상법상 종류주주총회의 결의 외에 '그 주주 전원의 동의'를 요건으로 정하고 있는 경우도 있다(상법360조의16 4항, 530조의3 6항). 종류주주총회는 특별결의를 요하는데 다시 별도로 종류주주 전원의 동의를 요하는 것으로 정한 취지가 무엇인가. 이를 설명해 주는 입법자료도 없어서 의문이다. 중복된 절차를 요구하는 의미라기 보다는 종류주주 전원의 일치에 의한 결의를 의미한다고 보아야 하지 않을까.

가 직접 기재되는 것이 아니고 주주가 아닌 의장이나 출석한 이사가 주주총회의 결의에 관하여 작성한 보고문서이자 증거서류라고 할 수 있다.

또한 상법상 주주총회의사록은 이사가 이를 회사에 비치하여 관계인에 대하여 열람에 제공하여야 한다. 만일 이를 위반한 경우에는 과태료에 처해진다. 하지만 그에 해당하지 않은 경우에는 특별한 규정이 있지 않는 한, 이를 회사에 비치하여 열람에 제공할 의무가 없다.

주주총회의사록은 상업등기법 제79조 제2항에 근거하여 등기신청서에 첨부하지만, 주주의 동의서는 그것이 제79조 제1항에 해당하는 경우에 한하여 등기신청서에 첨부한다.

다. 기재사항

주주총회의사록에는 의사의 경과요령과 그 결과를 기재하여야 한다(제373조 제2항 전단). 의사(議事)란 어떤 사항을 의논하는 일을 말하며, 의사의 경과요령(經過要領)이란 의논이 이루어진 과정의 중요한 골자나 주요 줄거리를 말한다. 의사의 경과(經過)는 좁은 의미에서는 총회에서 의논하는 과정만을 뜻하고, 실무상으로도 그와 같은 입장에서 의사록이 작성되고 있는 편이다. 그러나 주주총회는 앞서 본 바와 같이 정당한 소집권자의 결정에 의해서 소집이 결정되고 그 뒤 일련의 과정을 거쳐서 개최되어야 적법한 총회로 인정되고 비로소 적법한 결의로 된다는 의미에서 의사의 경과란 총회에서의 의논이 이루어지는 경과는 물론 소집결정부터 총회일 전에 이루어지는 과정도 포함한다고 보아야 한다. 따라서 소집권자가 누구인지, 주주총회의 소집이 결정된 사실과 이유, 소집통지나 공고 등 소집절차가 이루어진 사실 등도 기재되어야 하고 의결권 있는 주식수와 출석 주식수의 보고, 이사와 감사가 출석하였으면 그 사실, 총회의 개최, 보고사항의 보고, 의안설명, 토론의 요지, 표결방법(투표, 기립, 거수 등 구체적인 방법), 표결결과, 폐회 등을 기재하여야 한다. 의안에 대하여 질의응답이 있었으면 그 사실과 내용, 수정안이 제출되었으면 그 사실과 내용도 기재한다.

라. 작성자

이와 같이 의사의 경과요령과 그 결과를 기재한 의사록에는 의장과 출석한 이사가 기명날인 또는 서명하여야 한다(제373조 제2항 후단). 상법은 작성의무를 규정하는 형식을 취하고 있지만 작성권한도 함께 규정하고 있는 것으로 보아야 한다. 주주총회의 사록에 기명날인하거나 서명한다는 것은 곧 작성주체가 된다는 것을 의미한다. 감사는 주주총회의사록에 서명하거나 기명날인할 사람이 아니지만 의사록에 감사의 서명이나 기명날인이 있어도 무방하다.¹⁵⁾ 주주가 아닌 의장과 출석한 이사가 작성 주체가 된다는 점에서 주주가 작성주체가 되는 주주의 동의서와는 다르다.¹⁶⁾ 만일 서명 또는 기명날인하여야 할 사람이 이를 할 수 없는 사유가 있으면 그 사유를 적고 나머지 사람이 서명 또는 기명날인하면 된다.

주주총회의사록에 의장이나 출석한 이사 외의 사람이 기명날인이나 서명을 할 수 있는가. 가령 출석한 감사나 더 나아가 일반 주주를 대표한 사람이 주주총회의사록에 기명날인하거나 서명할 수 있는지의 문제이다. 일반적으로 의사록에 기명날인이나 서명을 할 사람은 정관에서 정하고 있지 않으면 회의에서 정한다. 또한 출석한 감사나 결의에 참여한 주주가 그 총회의 경과요령과 그 결과에 관하여 작성된 의사록에 기명날인하거나 서명한다는 것은 이상할 것이 없다. 공정함이 타당하다.¹⁷⁾

마. 주주총회의사록의 비치와 열람

주주총회의사록은 본점과 지점에 비치하여야 한다(제396조 제1항). 상법은 언제까지 비치하여야 하는지 정하고 있지 않다. 상업장부에 관한 규정을 유추 적용하여 10년

15) 감사는 주주총회에 참석할 의무도 있고 권리도 있다. 또한 상법 제정 당시와 달리 감사에게 회계감사에 관한 권한뿐만 아니라 업무감사에 관한 권한도 인정되고 있다. 이사회 의사록에는 감사가 서명하거나 기명날인하도록 되어 있다. 이러한 점을 고려하면 주주총회의사록에도 감사가 서명하거나 기명날인하는 것으로 상법 개정이 이루어져야 한다.

16) 그러므로 의사록의 내용이 진실에 부합한지는 의사록의 기재만으로는 인정하기 어렵다. 등기신청서에 첨부할 의사록에 대하여 공증인법에서 공증인의 인증을 받도록 정한 것도 그 진실성을 담보하기 위해서이고 공증인은 의사록을 인증함에 있어서 결의의 절차와 내용이 진실에 부합하는지를 확인하여야 하고 그 확인을 위해서 결의 성립에 필요한 주식 수 이상의 주주나 그 대리인의 진술을 듣도록 되어 있다(공증인법 제66조의2 제2항, 제3항).

17) 이사회 의사록의 경우에는 출석한 감사가 기명날인하거나 서명하여야 할 사람으로 정해져 있다(제391조의3 제2항). 주주총회의사록에 기명날인하거나 서명할 사람으로 출석한 감사가 빠진 것은 입법상 오류로 보인다.

간 보존하여야 한다는 견해가 있다.¹⁸⁾

주주와 회사채권자는 영업시간 내에 언제든지 회사에 비치된 주주총회의사록에 대하여 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(제396조 제2항).

만일 이사가 이를 비치하지 않을 경우에는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(제635조 제1항 제24호).

바. 등기신청서에의 첨부

상업등기법에 의하면 주주총회의사록은 결의의 목적사항이 등기사항에 관한 것이면 등기신청서에 주주총회의사록을 첨부하여야 한다(상업등기법 제79조 제2항). 그리고 이와 같이 등기신청서에 첨부할 주주총회의사록은 공증인의 인증을 받아야 한다(공증인법 제66조의2 제1항).

III. 서면결의

1. 서면결의의 의의

원래 주식회사는 앞에서 본 바와 같이 주주들로 구성되는 주주총회라는 필요기관을 두고서 상법이나 상법에서 정관으로 정할 수 있는 것으로 인정하고 있는 일정한 사항에 관하여는 주주총회의 결의로 회사의 의사를 결정한다. 주주총회의 결의가 이루어지기 위해서는 원칙적으로 이사회에 의해 주주총회의 소집이 결정되고, 이렇게 소집이 결정된 주주총회에 관하여는 미리 서면 등으로 목적사항과 소집이유를 기재한 통지서에 의해 주주들에게 통지를 하는 등 주주들을 상대로 총회의 소집을 알리는 절차를 밟아야 하며, 그러한 절차를 거쳐서 총회에 출석한 주주들이 의장의 주재로 목적사항에 관하여 서로 토론을 거친 후 찬반 표결을 통해서 목적사항에 대하여 찬성하는 주식수가 일정한 수 이상임이 확인되면 비로소 총회의 결의로 인정된다. 말하자면 주식회사

18) 이철송, 전계서, 481면.

의 필요기관인 주주총회의 의사 결정 방법으로는 원칙적으로 그 구성원인 주주의 출석이 이루어진 구체적이고 현실적인 총회를 통한 결의만이 인정되는 것이다.

원래 상법은 주식회사에 관하여는 규모도 크고 많은 수의 주주를 거느리고 있는 모습을 상정하고 있다. 상대적으로 규모도 작으면서 사원수도 적은 회사로는 유한회사를 상정하고 있다. 그리하여 상법은 주식회사의 기관으로서의 주주총회의 의사 결정 방법으로는 주주총회의 결의만을 인정한 반면, 유한회사의 기관으로서의 사원총회의 경우는 일찍이 사원총회의 결의 외에도 서면결의 방식도 인정하였다(제577조). 그러나 현실은 주주의 수도 적고 규모도 작은 수많은 주식회사가 출현하게 되었다. 그리하여 유한회사의 경우처럼 서면결의 방식을 인정하여야 한다는 요구가 있었다. 그 결과 2009년 상법 개정으로 자본금 10억 원 미만의 주식회사에 한하여 서면결의를 할 수 있게 되었다(제363조 제5항). 여기서 서면결의란 회의를 개최하지 아니한 채 주주총회에서 결의를 통해 결정할 목적사항을 서면에 의하여 찬성하는지 반대하는지 의사표시를 하게 하여 다수결로 회사의 의사를 결정하는 것이라고 말할 수 있다. 회의 없이 주주로 하여금 목적사항에 대하여 서면에 의하여 의사표시를 하게 하고 그 의사표시를 집계해서 결의성립에 필요한 수에 이르면 주주총회의 결의와 동일한 효력을 인정하는 것이다.

2. 서면결의의 법적 성질

서면결의는 회의 없이 이루어지므로 확실히 주주총회의 결의와는 다르다. 그렇다면 서면결의는 주주총회의 결의와 어떤 점에서 같고 어떤 점에서 다른가? 서면결의의 법적 성질에 관한 문제이다.

서면결의 절차에는 주주총회의 결의 절차에서처럼 일정한 시간에 일정한 장소에서 주주들이 모여서 토론하는 과정이 없다는 점이 서로 다르다. 그러나 그 점을 제외하면 주주총회의 결의 절차와 서면결의 절차는 크게 다르지 않다. 우선 소집권자의 결정으로 개시가 정해지고(주주는 그것에 동의할 뿐이다), 결의의 목적사항과 결의일이 정해지며, 주주의 의결권에 관한 사항이 모두 주주총회에서와 완전히 동일하다. 특히 주주총회에서조차도 정관이 정하고 있으면 서면에 의해서 의결권이 행사될 수 있는데(제368조의3), 이 경우에는 의결권을 행사하는 모습도 주주총회의 결의나 서면결의나 차이가 없다. 정관에서 서면에 의한 의결권 행사에 관하여 정하고 있는 경우 출석한 주주

없이 서면에 의한 의결권을 행사하는 것만으로 주주총회의 결의가 성립할 수 있으나에 관해서는 논란이 있다. 만일 이를 긍정한다면 회일에 주주 사이의 토의가 있을 수 없으므로¹⁹⁾ 그때의 주주총회의 결의는 그 모습이 서면결의의 모습과 흡사하다.²⁰⁾

주주총회는 회의가 개최되어야 비로소 그 존재를 인정할 수 있는 임시기관이고 상설 기관이 아니라는 견해가 있다. 그러나 주주총회에는 두 가지 존재양식이 있고 그 중 구체적·현실적인 권한행사방법으로서의 회의 자체를 가르키는 것은 회의가 개최될 때만 존재하는 것이지만, 추상적·관념적인 권한보유자로서의 주주총회는 회의가 개최중이든 아니든 늘 그 존재를 인정할 수 있다. 서면결의는 바로 추상적·관념적 존재로서의 주주총회가 그 의사(意思)를 결정하는 방법이다. 상법은 일반적으로 주주총회의 의사결정은 소집된 총회의 결의를 통해 이루어지도록 정하면서 특별히 소규모 주식회사에 한해서는 회의 없이도 결의할 수 있도록 인정한 것이다. 말하자면 소규모 주식회사의 경우에는 주주총회라는 기관의 의사를 결정하는 방법은 현실적으로 개최하는 주주총회를 통한 결의나 서면에 의한 결의 어느 쪽이라도 가능하다.

3. 서면결의의 성립요건

서면결의는 소규모 주식회사에 한하여 인정되고 이에 대하여 소집권자의 결정이 있어야 하며, 주주 전원이 그에 따르기로 동의하여야 비로소 서면결의를 할 수 있고 서면으로 목적사항에 찬성하는 주식수가 정족수 이상이어야 서면결의가 성립한다.

가. 소규모 주식회사일 것

원래 서면결의 제도는 유한회사에서 인정되고 있던 제도로 소규모 회사에서나 적합

19) 만일 의장과 이사, 감사가 주주가 아니고 총회일에 출석한 주주는 전혀 없고 서면에 의한 의결권을 행사한 주주만 있는 경우 주주총회 소집일시, 소집장소에 의장과 이사, 감사만이 참석해서 서면에 의한 의결권 행사 결과를 집계하여 결의요건을 갖춘 것이 인정되면 의장이 이를 선언함으로써 주주총회의 결의가 성립하는 것으로 될 것이다.

20) 정관에 서면에 의한 의결권 행사 제도에 관한 규정을 두고 있다면 서면결의에 주주 전원의 동의가 없어도 주주총회의 소집권자가 소집을 결정하고 다수의 주식수가 목적사항에 대하여 찬성하는 서면을 회사에 제출함으로써 주주총회의 결의가 성립될 수 있는 셈이 된다.

하다. 상법에서는 자본금 10억 원 미만의 회사로 정하였다(제363조 제1항). 다만 상법은 자본금 액수만을 서면결의 허용 기준으로 삼고 있으나 입법적으로는 또 하나의 기준으로 주주수를 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

나. 소집권자의 결정이 있을 것

소집권자가 주주총회의 소집에 갈음하여 서면결의 절차에 의하기로 하는 결정이 있어야 한다. 이사회에서 주주총회의 소집을 결정하였는데 대표이사가 서면결의에 의하는 것으로 업무를 집행할 수 있는가. 주주총회가 소집되어 주주총회의 결의가 이루어지는 것은 정식 절차이고 서면에 의한 결의는 약식 절차라고 할 수 있다. 이사회에서 정식 절차를 결의하였는데 대표이사가 임의로 약식절차에 의하는 것은 허용되지 않는다고 본다. 그러나 이사회에서 정식 절차와 약식 절차 중 상황에 따라 적당한 방법을 택할 수 있도록 대표이사에게 맡기는 것은 허용된다고 본다.

법원의 허가에 따라 소수주주나 감사가 서면결의 절차에 의할 때도 법원으로부터 주주총회의 소집이 아닌, 서면결의 절차의 허가를 얻어야 한다. 다만 법원은 주주총회의 소집과 서면결의 절차를 선택적으로 허가할 수 있을 것이다.

다. 서면결의에 의하는 것에 관하여 주주 전원의 동의가 있을 것

주주총회의 결의는 소집권자의 결정으로 소집해서 일정 주식수 이상만 목적사항에 찬성하면 결의가 성립하지만, 서면결의는 그 방식에 의하기로 주주 전원의 동의가 있어야 비로소 인정된다. 여기서 주주 전원은 의결권 있는 주주 전원을 의미한다(제363조 제8항).

라. 의결정족수 이상의 주주가 결의의 목적사항에 대하여 찬성의 의사를 표시한 서면을 제출할 것

서면결의는 애초부터 회의 개최 없이 서면으로 의결권을 행사하는 것으로 주주 입장에서 보면 서면을 제출하는 것이 의결권 행사에 해당한다. 의결권을 행사하는 데 제한

이 있는지 또는 의결권의 불통일 행사 등 의결권에 관해서는 모두 주주총회에 관한 규정이 그대로 적용된다.

4. 서면결의의 절차

가. 소집권자의 결정

주주총회의 소집권자는 서면결의 절차에 의하기로 하는 결정에는 결의의 목적사항 외에 결의일을 정하여야 한다. 즉 결의일이 없는 서면결의란 있을 수 없는 것이다. 결의일로 정해진 날부터 결의의 효력이 발생하고, 폐쇄기간이나 기준일을 정하지 않은 경우에는 결의일 현재 주주가 의결권을 행사하며, 결의일이 그밖에도 어떤 사항을 정하는 기준이 되는 경우가 있기 때문이다.

또한 소집권자는 필요한 경우 의결권을 행사할 주주를 확정하기 위하여 폐쇄기간이나 기준일을 정하여야 한다. 폐쇄기간이나 기준일을 정하지 않은 경우 결의일을 기준으로 의결권을 행사할 주주가 결정된다. 그러나 통상 소규모 주식회사는 정관에 정기주주총회와 관련하여 폐쇄기간이나 기준일을 정하고 있는 경우가 아니면 임시주주총회의 경우에도 폐쇄기간이나 기준일을 정하는 일이 거의 없다. 그것을 정할 경우 2주 전에 공고하여야 하는 번거로움이 있기 때문이다(제354조 제4항).

서면결의의 경우에는 회의를 개최하지 않으므로 소집장소의 개념이 없다. 다만 서면결의의 경우에도 결의일에 주주의 출석은 없지만 이사, 감사 등이 결의의 요건을 충족하였는지 확인하고 확정하여야 하는 절차가 수행되는 장소가 있다. 통상적으로 그 장소는 회사의 사무소가 될 것이다. 만일 주식을 전혀 갖지 않은 대표이사를 해임하고자 하는데 이를 거부하고 이에 따라 주주총회의 소집을 법원으로부터 허가받은 경우에는 회사의 사무소가 아닌 장소에서 서면결의의 요건을 충족하였는지 확인하고 확정하는 일도 있을 것이다. 그러나 그 장소는 주주들에게 고지되는 일도 없고 설령 고지된다고 해도 고지된 장소에서 이를 수행해야만 하는 것은 아니므로 이사가 얼마든지 변경할 수 있다.

나. 서면결의에 대한 주주의 동의 수집(收集)

업무집행자인 대표이사나 이사는 서면결의에 의하기로 결정되면 곧바로 주주들로부터 서면결의에 대한 동의를 수집한다. 목적사항에 대한 찬반의사와는 별개로 확인하여야 하지만 반드시 목적사항에 대한 찬반의사를 기재한 서면을 제출하기 전에 미리 하여야 하는 것은 아니고 결의일에 결의의 성립 또는 불성립이 확정되기 전까지만 하면 된다. 서면결의에 대한 동의는 주주 전원으로부터 얻지 않으면 서면결의를 할 수 없으므로 전원으로부터 동의가 있을 때까지 이를 수집하여야 한다.

주주 전원의 동의는 서면으로 이루어져야 하는가. 상법상으로는 서면에 의할 것을 요구하지는 않는다.²¹⁾ 그러므로 구두로도 되고 묵시적으로도 된다. 말하자면 의결권을 행사하는 의미에서 목적사항에 찬성 또는 반대의 의사를 표시하는 것은 반드시 서면으로 하여야 하지만 서면결의 방식으로 함에 동의하는 것은 반드시 서면으로 할 필요는 없는 것이다. 일단 주주 전원이 동의하는지는 구두로 확인하고 서면결의 절차에 돌입할 수 있는 것이다. 그러나 서면결의로 함에 동의는 하면서도 서면으로 의결권을 행사하지 아니한 경우 그가 동의하였는지가 문제가 될 수 있다. 따라서 서면으로 동의하게 하는 것이 보통일 것이다.²²⁾

동의를 언제까지 하면 하는가. 서면결의일로 정한 날까지 하면 될 것이다. 주주 전원의 서면결의에 대한 동의는 명시적으로 이루어지지 않은 채 주주 전원이 그 결의에 참여함으로써 서면결의가 성립하는 일이 보통일 것이다. 그 경우 서면결의에 참여한 주주가 모두 목적사항에 찬성하면 그것이 바로 후술하는 간주서면결의가 된다. 이에 대하여는 해당 부분에서 자세히 살피기로 한다.

동의를 철회할 수 있는가. 일단 주주 전원의 동의가 성립한 경우에는 개별 주주는 동의의 의사표시를 철회할 수 없지만 주주 전원의 동의가 성립하기 전에는 동의의 의사표시를 철회할 수 있다고 본다.

21) 다만 목적사항이 등기사항에 해당하는 경우에는 상업등기법상 신청서에는 총주주의 동의가 없으면 효력이 없거나 취소할 수 있는 사항의 등기에 관하여는 총주주의 동의서가 첨부되어야 하는바(상업등기법 제79조 제1항), 주주 전원의 동의가 상업등기법상 총주주의 동의에 해당한다고 한다면 결과적으로 목적사항이 등기사항을 포함하고 있는 경우에는 서면에 의하여야 하는 셈이 된다.

22) 서면결의의 전제요건인 주주 전원의 동의가 상업등기법 제79조 제1항의 총주주의 동의에 해당한다고 한다면 등기신청서에 총주주의 동의서를 첨부하여야 하므로 결국 등기사항에 대하여 서면결의를 할 때는 반드시 서면으로 동의하여야 한다.

다. 재무제표 등의 제출과 비치

정기주주총회를 대신하여 서면결의 절차로 진행하기로 된 경우 그 회사가 감사를 두고 있다면 이사는 결의일의 6주간 전에 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금 처분계산서 또는 결손금 처리계산서 등의 서류와 영업보고서를 감사에게 제출하여야 하고(제363조 제7항, 제447조의3), 이에 따라 감사는 그 서류를 받은 날부터 4주 내에 감사보고서를 이사에게 제출하여야 한다(제363조 제7항, 제447조의4 제1항). 이사는 총회일의 1주 전부터는 위 서류와 함께 감사보고서를 5년간 본점에, 그 등본을 지점에 3년간 비치하여야 한다(제363조 제7항, 제448조 제1항). 그러므로 이사는 정기주주총회의 소집이 결정되면 미리 위와 같은 사항을 준비해서 비치하여야 하고, 총회일 전에 주주가 그 자료의 열람을 요구하면 언제든지 열람하게 하여야 한다(제363조 제7항, 제448조 제2항).

감사는 정기주주총회는 물론 임시주주총회인 경우에도 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사항이 있는지 여부에 관하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 하는바(제413조), 서면결의 절차에 의하기로 결정되면 이사는 감사가 있는 경우 그 감사에게 그 의안이나 서류를 조사할 수 있도록 자료를 제공하여야 할 것이다(제363조 제7항, 제413조). 언제까지 하여야 하는가. 주주들에게 통지를 발송하기 전 즉 서면결의일부터 10일 전까지 그 외의 경우는 2주 전까지는 감사에게 자료를 제공하여야 한다고 본다(제363조 제4항 참조). 또한 명문규정은 없지만 감사에게 제공할 자료는 주주총회 1주 전부터 주주들도 열람할 수 있도록 회사에 비치하여야 한다고 본다(제448조 제1항 참조).

소규모 주식회사의 경우는 감사가 임의기관이므로 감사를 두지 않은 경우도 많다. 이 경우 이사가 위에서 정한 서류를 감사에게 제출하는 절차는 있을 수 없지만 여전히 주주들에게는 열람시킬 필요가 있으므로 서면결의일 1주 전까지는 위 서류를 준비하여 회사에 비치하여야 한다고 본다(제448조 제1항 참조).

라. 결의의 목적사항에 대한 주주의 의사를 기재한 서면의 수집(표결)

주주 전원으로부터 서면결의에 대한 동의를 구하면서 그와 함께 주주들을 상대로 결의의 목적사항에 대하여 찬성 혹은 반대의 의사를 표시한 서면을 회사에 제출하도록

한다. 주의할 것은 목적사항에 대한 찬성이나 반대는 반드시 서면에 의하여야 한다(제 363조 제5항 제1문 후단). 보통은 회사에서 제공된 양식을 이용할 것이다. 실제로는 그런 경우가 거의 없겠지만 서면결의로 함에 동의하면서도 의결권을 행사하지 아니해도 무방하다.

목적사항에 대한 찬성이나 반대 등의 의사를 표시한 서면은 결의일로 정한 날까지를 한도로 하여 결의의 성립이나 불성립을 확정짓기 전까지 회사(소집권자)에 제출되어야 한다. 결의일로 정한 날 이전에는 이미 찬성 혹은 반대 의사를 기재한 서면을 회사에 제출한 경우라도 이를 철회하고 다시 그와 반대의 서면을 제출할 수 있다.

의결권 행사에 관한 대리권이 있다면 그 대리인이 결의의 목적사항에 대하여 찬성 혹은 반대를 기재한 서면을 작성하여 제출하는 것도 가능하다.

마. 결의의 목적사항에 대한 찬반 주식수의 확인(집계)

서면결의일로 정한 날에 대표이사(정관에 따로 의장을 정하고 있으면 의장), 이사, 감사 등의 참여 하에, 주주 전원이 서면결의에 동의하는지와 주주가 제출한 목적사항에 대한 찬성 혹은 반대를 표시한 서면을 확인하여 주주의 찬성 또는 반대의 수를 집계한다. 이때 폐쇄기간이나 기준일을 정하지 않았으면 현재 서면으로 의결권을 행사한 주주가 결의일 현재 주주인지도 확인하여야 한다.

바. 서면결의의 성립 또는 불성립의 확정

주주 전원이 서면결의에 동의한 사실과 주주가 제출한 서면에 의해 확인된 목적사항에 대한 찬성의 수가 결의성립을 충족한 사실이 확인된 경우에는 의장은 서면결의가 성립하는 것을 확정하고 이에 이르지 않은 경우에는 서면결의가 불성립한 것을 확정한다.

사. 결의의 목적사항이 여럿인 경우

여러 개의 결의의 목적사항에 대하여 동일한 서면결의 절차에 의한 경우 각 결의의 목적사항에 따라 찬성 주식수를 집계하여 서면결의의 성립 또는 불성립을 확정한다.

IV. 간주서면결의

1. 간주서면결의의 의의

주식회사의 기관인 주주총회의 의사는 원칙적으로 일정한 절차에 의해 소집된 주주총회의 결의로 정할 수 있는데, 소규모 주식회사에 한하여 예외적으로 주주 전원이 동의한 경우 주주총회를 개최하지 않고 서면결의로 정할 수 있다. 그런데 상법은 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의한 경우는 서면결의로 본다고 정하고 있다(제363조 제5항 2문). 이와 같이 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의하면 서면결의로 간주된다는 의미에서 그와 같은 방식의 결의는 간주서면결의라고 부를 수 있다. 간주서면결의도 당연히 소규모 주식회사에 한하여 인정된다.

간주서면결의에서도 주주 전원의 동의가 필요하고 서면결의에서도 주주 전원의 동의가 필요하지만, 둘은 차이가 있다. 서면결의에서 주주 전원의 동의는 서면결의를 하기 위한 전제 조건이고, 그 내용은 서면으로 결의하는 것에 이의가 없다는 의미이며, 반드시 서면으로 할 필요는 없다. 이에 반하여 간주서면결의에서의 주주 전원의 동의는 간주서면결의의 성립요건이고 그 내용은 결의의 목적사항에 찬성한다는 의미이며, 반드시 서면으로 하여야 한다.

서면결의는 서면으로 결의하는 것에 대하여 주주 전원의 동의(주주총회의 결의에 갈음하는 것에 대한 이의 없음)가 있어야 하므로, 서면결의의 업무를 집행하는 자의 입장에서 보면, 주주들을 상대로 서면결의에 대하여 이의가 없다는 의사(동의)를 확인하고 그와 별도로 목적사항에 대한 찬반의사를 확인하여야 하여야 한다. 말하자면 두 단계의 의사확인 과정이 필요한 것이다. 이에 비하여 간주서면결의는 서면결의에 대한 동의를 따로 확인할 필요가 없고, 단지 결의의 목적사항에 대한 동의만 확인하면 된다.

2. 간주서면결의의 법적 성질

주주총회의 결의는 주주총회라는 기관의 의사를 결정하는 원칙적인 방법이고, 서면결의는 소규모 주식회사에 한하여 인정되는 예외적인 의사 결정 방법이다. 그렇다면 간주서면결의는 또 하나의 예외적인 의사 결정 방법인가. 생각건대 간주서면결의는 서

면결의로 의사결정이 이루어진 다양한 사례 중에서 결의의 목적사항에 대하여 만장일치로 찬성하는 경우에 불과하다. 다시 말하여 서면결의와 별개의 의사 결정 방법이 아니라 서면결의의 한 모습이다. 따라서 서면결의 절차로 진행하였는데 주주로부터 결의의 목적사항에 대한 주주의 의사를 기재한 서면을 받고 보니 주주 전원이 찬성하여 간주서면결의와 같은 결과로 나타날 수도 있다. 그렇다면 간주서면결의에 관하여 별도로 규정한 취지는 무엇인가.

전술한 바와 같이 회사의 업무집행자 입장에서 보면 서면결의 절차에서는 주주 전원으로 부터 서면결의에 동의한다는 의사를 확인하여야 하고 그와 별도로 결의의 목적사항에 대하여 찬성 혹은 반대 의사를 확인하여야 한다. 이를 따로 따로 확인하여야 한다면 그 절차가 번거롭다. 주주 전원이 결의의 목적사항에 대하여 찬성하는 경우는 특히 더욱 그렇다. 상법 제363조 제5항 제2문은 결의의 목적사항에 대한 주주 전원이 동의한 경우 그 동의에는 서면결의에 대하여 이의가 없다는 의사와 결의의 목적사항에 대하여 찬성의 의사가 포함된 것으로 볼 수 있기 때문에 굳이 따로 서면결의에 대하여 이의가 없다는 점을 확인할 필요가 없다는 것을 분명히 함에 그 취지가 있다. 간주서면결의 절차에서 확인하는 주주 전원의 동의를 의사표시에는 서면결의에 대한 이의 없음의 의사표시와 결의의 목적사항에 대한 찬성의 의사표시가 결합된 복합적인 의사표시임을 선언하고 있는 것이다. 말하자면 상법 제363조 제5항 제2문은 서면결의 방식과 다른 또 하나의 회사 의사 결정 방법을 규정하고 있는 것이 아니다.

그러나 간주서면결의가 명문으로 규정됨으로써 회사의 업무집행자 입장에서 보면 처음부터 결의의 목적사항에 대한 동의 서면 하나만 수집하면 되기 때문에 주주들이 전부 결의의 목적사항에 대하여 찬성하는 것으로 파악되면²³⁾ 주주의 의사를 기재한 서면을 수집하는 절차를 한 번만 해도 되는 이점이 있다. 그리하여 간주서면결의 절차는 서면결의 절차와는 다른 별개의 절차로 인식되는 면이 있음을 부인하기 어렵다.

이와 같이 서면결의 절차에 의하기로 하였다 고 해도 주주 전원이 목적사항에 관하여 찬성하는 것으로 예상되는 경우와 그렇지 않은 경우 사이에 결과적으로 업무집행자의

23) 소규모 주식회사에는 주주총회의 소집이 결정되면 주주가 몇 명 되지 않기 때문에 결의가 정식으로 성립하기 전에 결의의 목적사항에 대하여 누가 찬성하는지 혹은 반대하는지 혹은 전원이 찬성하는지 등이 쉽게 파악된다. 또한 주주들이 가족관계에 있거나 애초부터 밀접한 관계에 있는 경우가 보통이기 때문에 결의의 목적사항에 대하여 만장일치로 찬성하는 경우가 대부분이다.

입장에서는 그 진행 절차상 차이가 있다. 본고에서는 그런 점에 착안하여 주주총회의 결의에 대신하는 회사의 의사 결정 방법으로 서면결의와 구별되는 간주서면결의의 방식이 있는 것으로 상정하고 이를 살펴보기로 한다.

3. 간주서면결의의 성립요건

가. 소규모 주식회사일 것

서면결의에서 살펴본 바와 같다.

나. 소집권자의 결정이 있을 것

간주서면결의 방식은 서면결의의 특수한 유형에 불과하므로 소집권자에 의해 서면결의 절차에 의하기로 하는 결정이 있으면 된다.

다. 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의할 것

간주서면결의에서의 주주의 동의는 주주총회의 결의 대신 서면결의로 함에 대한 동의(이의 없음)와 목적사항에 관한 찬성이 합해진 복합적인 의사이기 때문에 서면결의 절차에서 요구되는 서면결의에 대한 주주 전원의 동의는 따로 얻을 필요가 없다.

4. 간주서면결의의 절차

가. 소집권자의 결정

서면결의 절차의 경우와 같다.

나. 재무제표 등의 감사에의 제출 및 비치

서면결의 절차의 경우와 같다.

다. 결의의 목적사항에 대한 주주의 동의서 수집(표결)

업무집행자인 대표이사나 이사는 서면결의 절차를 집행함에 있어서 목적사항에 대하여 주주 전원이 찬성할 것으로 예상되면 서면으로 결의하는 것에 대한 주주의 동의를 구하는 절차를 생략하고 곧바로 결의의 목적사항에 대한 주주의 동의서를 수집한다.

보통 주주 각자로부터 결의의 목적사항에 대한 동의서를 받는 대신 하나의 서면에 주주들이 연명으로 서명하거나 기명날인하는 방식에 의한다. 통상 소규모 주식회사는 주주의 수가 얼마 되지 아니하고 서면 하나로 주주 전원의 동의가 있는지 곧바로 알 수 있기 때문이다.

결의의 목적사항에 관한 주주의 서면동의서의 수집은 주주 전원으로부터 받을 때까지 계속한다. 다만, 수집은 소집권자가 서면결의일까지만 허용된다.

라. 주주의 동의서 확인(집계)

결의일에 대표이사(정관에 의장을 따로 정하고 있으면 의장), 이사, 감사의 참여하여 주주의 서면동의서가 맞는지 확인하고 그것이 의결권 있는 주주 전원으로부터 제출된 것인지 확인한다.

마. 간주서면결의의 성립 확정

대표이사(정관에 의장을 따로 정하고 있으면 의장)는 주주들로부터 제출된 서면동의서가 틀림 없고 의결권 있는 주주 전원으로부터 제출된 것이 인정되면 간주서면결의의 성립을 확정한다.

바. 결의의 목적사항이 여럿인 경우

여러 개의 결의의 목적사항에 대하여 동일한 간주서면결의 절차에 의한 경우 각 결

의의 목적사항에 따라 주주 전원의 동의가 있는 것에 한하여 간주서면결의의 성립 또는 불성립을 확정한다.

V. 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우의 의사록 작성 요부

1. 서론

서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 그에 관하여 의사록이 작성되어야 하느냐는 세 가지 관점에서 살펴 볼 필요가 있다. 첫째, 상법 제363조 제7항은 서면결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있는데, 간주서면결의를 포함해서 서면결의의 경우는 의사록을 작성할 수 없을 만큼 그 둘 사이에 성질상의 차이가 있느냐이다. 둘째, 서면결의에 대하여 의사록을 작성하지 않는다고 하는 견해는 서면결의에서는 주주의 의결권이 서면으로 행사되고 특히 간주서면결의에서는 통상 여러 주주의 의결권이 하나의 서면으로 행사되어 그 서면의 존재가 서면결의의 성립을 증명해 주고 있으므로 의사록을 작성할 필요가 없다는 관념이 있는데, 과연 주주들이 하나의 서면으로 의결권을 행사한다고 해서 그 서면이 의사록을 대신할 수 있을 정도로 서로 간에 동질성이 있느냐라는 점이다. 셋째, 상법의 다른 규정이나 다른 법률에서 의사록의 작성을 전제로 하는 규정은 서면결의에 대하여 의사록이 작성되지 않는다고 볼 때 법체계상 문제가 없느냐 하는 점이다.

첫 번째 관점에 따라 주주총회의 결의 절차와 서면결의 및 간주서면결의 절차를 비교해 보면 의사록에 관한 규정이 서면결의나 간주서면결의 절차에 적용될 범위에 속하는지가 판명될 것이다. 두 번째 관점에 따라 의사록과 의결권 행사 서면을 비교해 보면 의결권 행사 서면이 의사록을 대신할 수 있는지 규명될 것이다. 세 번째 관점에 따라 서면결의에 의사록이 작성되지 않은 경우 법체계상으로 문제가 있는 것으로 드러난다면 그 점도 의사록이 작성되어야 하는 이유가 될 것이다. 차례로 살펴보기로 한다.

2. 주주총회의 결의 절차와 서면결의 및 간주서면결의 절차와의 비교

주주총회의 결의 절차를 주주총회라는 기관의 의사가 어떻게 형성되는가라는 관점에서 본다면, 세 단계로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 소집권자에 의해서 주주총회의 소집이 결정되는 단계, 둘째, 주주들에게 의결권 행사 기회를 주기 위해 주주총회의 소집을 알려 주는 단계, 셋째, 총회일에 결의가 이루어지는 단계로, 일정 주식수 이상이 출석해서 결의의 목적사항에 대하여 서로 토의한 다음, 주주들이 목적사항에 대하여 찬반의사를 표시하고, 표결 결과를 확인해서, 의결정족수 이상의 주식수가 목적사항에 대하여 찬성한 것으로 확인되면, 결의 성립을 선언하여 결의 성립을 확정하는 단계가 바로 그것이다. 먼저 서면결의 절차나 간주서면결의 절차에서도 소집권자의 결정이 있어야 한다는 점은 분명하다. 그 다음으로 서면결의에서는 주주 전원의 서면결의에 대한 동의가 있어야 하고, 간주서면결의에서는 결의의 목적사항에 대하여 동의하는 것을 요건으로 하고 있고 주주총회에서도 주주 전원이 동의한 경우 통지절차를 생략해도 된다는 점에서, 서면결의나 간주서면결의 절차와 주주총회 결의 사이에는 두 번째 단계, 즉 주주들에게 알리는 절차는 이미 충족되고 있음을 알 수 있다.

문제는 세 번째 단계이다. 세 번째 단계는 다시 주주의 출석, 토의, 의결권 행사(표결), 의결정족수 확인(집계) 및 결의 성립 확정으로 세분화할 수 있다. 그 중 의결권 행사(표결), 의결정족수 확인(집계), 결의 성립 확정은 주주총회의 결의와 서면결의 사이에 실질적인 차이는 없다고 볼 수 있다. 또한 간주서면결의는 서면결의의 특수한 유형으로 주주 전원이 결의의 목적사항에 대하여 찬성하는 모습에 불과하다고 볼 때 주주총회의 결의와 간주서면결의 사이에도 실질적인 차이는 없다. 의결권을 특정 시간과 특정 공간을 요소로 하는 총회에서 행사하여야 하느냐 결의일 전에 회사에 서면으로 의결권을 행사하여야 하느냐에 따라 의결권의 행사의 가치나 의미가 달라지는 것은 아니다. 특히 주주총회의 결의 시에도 정관에 규정이 있으면 서면에 의한 행사가 가능하다. 결국 서면결의나 간주서면결의 절차와 주주총회 결의 절차에 있어서 핵심적인 차이는 주주가 한자리에 출석하여 목적사항에 대하여 토의를 하느냐 여부이다.

생각건대 일반적으로 회의체의 구성원이 한자리에 출석하여 토의를 해서 그에 따라 의사를 정하는 것은 그러한 절차 없이 정하는 경우와 차이가 있다. 그러나 서면결의나 간주서면결의가 소규모 주식회사에 한해서 인정되고 있는 것을 생각하면 이 점도 결정적인 차이라고 할 수 없다. 왜냐하면 소규모 주식회사에서는 주주 수도 많지 않고 서로 잘 아는 사이가 보통이므로 일정한 절차를 거쳐 일정한 시간, 일정한 장소에서 개최되

는 총회에서의 토의가 없어도 얼마든지 주주 상호간에 충분히 의논하는 것이 가능하기 때문이다.

소규모 주식회사의 경우 그 특성상 일정한 절차에 따라 소집된 회의에 주주가 출석하여 주주 상호간에 토의를 거친 다음 이루어지는 주주총회의 결의나 그러한 절차나 형식에 구애됨이 없이 주주 상호간에 자유롭게 의논하여 이루어지는 서면결의나 간주서면결의 사이에는 실질적인 차이는 없는 것이다. 단지 회의를 개최하지 않는다는 것으로부터 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에는 의사록을 작성할 필요가 없다는 가혹은 작성되지 않는다는 법리가 도출될 수는 없는 것이다. 그러므로 주주총회에 관한 규정을 준용하고 있는 서면결의나 서면결의의 특수한 유형에 불과한 간주서면결의에 관하여도 당연히 의사록이 작성되어야 한다.

3. 의사록과 이른바 서면결의서나 서면동의서와의 차이

의사록은 앞서 본 바와 같이 주주총회의 결의를 법률행위로 파악할 때 의사표시의 주체가 아닌 의장과 출석한 이사가 작성하는 보고문서에 해당한다. 이에 반하여 서면결의 특히 간주서면결의가 있는 경우 흔히 작성되는 서면결의서나 서면동의서는 원칙적으로 주주 명의로 작성되는 문서이다. 결의를 법률행위라고 할 때 처분문서에 해당하는 것이다.

주주총회는 회사의 주요 사항에 관한 의사를 결정하는 주식회사의 필요상설기관이라고 할 수 있지만 어디까지나 원칙적으로 수동적으로만 그 존재를 드러낼 수 있을 뿐이다. 상법이 주주총회의 결의에 관한 증명을 목적으로 작성하도록 정한 의사록에 기명날인하거나 서명할 사람을 의장과 출석한 이사로 정한 것도 그러한 사고를 반영한 것이다. 주주들이 작성한 서면에 주주 전원이 기명날인하거나 서명하였다는 기재가 있다고 하여도 기명날인하거나 서명한 주주가 전원에 해당하는지는 주주가 확인할 지위에 있지도 않다. 주주 확정은 어디까지나 절차를 주관하는 의장이나 이사 몫이다(제352조, 제396조 등 참조).

이와 같이 의사록과 실무상 흔히 서면결의나 간주서면결의에 관하여 주주들 명의로 작성되는 서면결의서 또는 서면동의서는 그 법적 성질을 달리 하는 것이다. 주주들 명의로 작성되는 서면결의서나 서면동의서는 비록 주주 전원의 의결권 행사 내용이 담겨

있다고 하여도 의사록을 대신할 수는 없는 것이다. 그런 점에서 주주총회의 결의에 관하여 의사록이 작성되는 것처럼 서면결의나 간주서면결의에 관해서도 의사록이 작성되어야 한다.

4. 법체계상의 문제

만일 서면결의나 간주서면결의 시에는 의사록을 작성하지 않는다고 해석한다면 다음과 같은 문제가 발생한다.

먼저, 회사(이사)가 비치할 서류와 관련해서 문제가 된다. 주주총회의 결의가 있는 경우에는 회사(이사)는 주주총회의사록을 회사에 비치하여야 하고(제396조), 만일 허위로 기재하여 비치하거나 이를 비치하지 않은 경우에는 과태료에 처해진다(제635조 제1항 제9호, 제24호, 제396조). 그런데 상법상 회사에 비치할 서류를 비치하지 않거나 허위로 작성하여 비치할 경우에는 원칙적으로 과태료에 처해지므로 명문으로 정하고 있지 않는 한 어떤 서류에 대한 비치의무를 인정할 수는 없다. 그러나 서면결의에 있어서 주주 전원의 동의에 관한 서면이나 목적사항에 관한 찬성 혹은 반대를 표시한 서면을 회사에 비치할 서류로 정한 규정이 없다. 간주서면결의에 있어서 결의의 목적사항에 관하여 주주 전원의 동의를 표시한 서면도 마찬가지이다. 상법이 이들 서면을 회사에 비치할 서류로 정하고 있지 않는 한, 누구도 이들 서면을 회사에 비치할 의무가 없고, 당연히 이에 관해서는 과태료에 처해질 일도 없게 되는 셈이 된다.

다음으로 주식회사의 등기를 할 때 등기신청서에 첨부할 서면과 관련해서도 문제가 된다. 주주총회의사록은 통상 상업등기법 제79조 제2항에 근거하여 신청서에 첨부하는데 서면결의의 경우에는 주주총회의사록이 존재하지 아니하므로 동조 제1항 소정의 동의서만을 첨부하여야 하는 셈이 된다. 그런데 서면결의의 경우 동조 제1항 소정의 동의서는 앞서 본 바와 같이 목적사항에 대한 찬성이 아니라 서면결의로 함에 대하여 찬성한다는 의미의 서면에 불과하고 그것이 서면결의의 경과요령과 결과를 보여주는 것은 아니므로 결국 서면결의가 성립한 것을 증명하는 서면은 법인 등기의 첨부서면에서 누락된 셈이 되어 버린다.

상법이 이와 같이 서면결의나 간주서면결의에 관해서 주주총회에 관한 규정을 준용한다고만 정하고, 상업등기법에서도 등기신청서에 첨부할 서면을 따로 두지 아니하고

의사록으로만 정한 것은 서면결의나 간주서면결의의 경우에도 주주총회의사록 작성에 관한 규정이 그대로 준용되어 의사록을 작성하여야 한다고 본 것이기 때문이다.

5. 소결

이와 같이 서면결의 절차는 회의에서 토의를 하지 아니한다는 점을 빼고는 주주총회 절차와 다르지 않고, 토의에 관해서도 소규모 주식회사의 특성상 회의를 개최하지 않고도 주주들끼리 충분히 논의할 수 있다는 점을 고려하여 서면결의를 인정하고 있으므로 서면결의가 있는 경우에는 회의가 개최되지 않는다는 이유로 의사록이 작성되지 않는다는 것은 전혀 타당성이 없고 다. 또한 간주서면결의는 서면결의 중 주주 전원이 목적사항에 찬성하는 경우로서 서면결의의 특수한 유형에 불과하다. 따라서 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에는 그에 관해서 의사록이 작성되어야 한다.

또한 서면결의 절차를 주관한 이사 등이 기명날인하거나 서명하는 의사록과 주주들만이 기명날인하거나 서명해서 작성하는 서면결의서 또는 서면동의서는 다르다는 점에서도 주주가 작성하는 서면이 있다는 이유로 의사록을 작성하지 않아도 된다는 논리는 성립되지 않는다.

뿐만 아니라 상법상 주주총회의 결의에 대해서는 의사록을 비치하도록 되어 있고 그것을 비치하지 않을 경우에는 과태료에 처하도록 되어 있으며 상업등기법상으로도 주주총회의 결의가 필요한 사항에 대하여 등기할 사항이 있으면 주주총회의사록만을 첨부서면으로 정하고 있는 점도 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 의사록이 작성되는 것을 전제로 하고 있다. 어느 모로 보나 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에도 의사록이 작성되어야 하는 것이다.²⁴⁾

24) 일본 회사법에서는 우리의 간주서면결의에 해당하는 것을 인정하고 있는데(일본 회사법 제319조), 그 경우에도 주주총회의 의사록 작성이 당연하다는 전제로 회사법 시행규칙에서는 의사록에 기재할 사항을 규정하고 있다(일본 회사법 시행규칙 제72조 제4항, 제1호 참조).

VI. 서면결의 및 간주서면결의에 관한 의사록의 작성 요령

서면결의나 간주서면결의가 있을 때 의사록이 작성되지 않는 데는 그 경우 의사록을 어떻게 작성하여야 할지 제대로 알려지지 않은 데도 원인이 있다. 특히 주주총회의사록은 의장과 출석한 이사가 기명날인하거나 서명하도록 되어 있는데 회의가 열리지 않는다는 점에서 의장이나 출석한 이사의 존재가 있을 수 없다는 점에서 누가 작성하여야 하는지, 주주총회의사록은 회의 그 자체의 경과요령을 중심으로 기재하고 있는데 회의가 존재하지 아니하니 무엇을 기재하여야 하는지 등에 대하여는 유권해석에 의해 명확히 그 방법이 제시될 필요가 있다. 아래에서는 먼저 현행 실무상 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 등기신청서에 첨부되는 서면의 실태와 그 법적 의미를 검토한 다음, 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 의사록의 작성 요령을 살피고, 그 작성 요령에 따른 문례를 제시해 보기로 한다.

1. 등기신청서의 첨부서면의 실태와 그 법적 의미

실무상 작성되고 있는 이른바 서면결의서나 이른바 서면동의서는 상법이나 상업등기법상 인정되는 법정서면이 아니다. 서면결의는 원래 총회에 출석하여 의결권을 행사하지 않고 주주 전원이 미리 서면으로 의결권을 행사하는 것에 의해서도 주주총회 결의사항을 결의할 수 있다는 의미일 뿐이다. 따라서 주주 전원이 반드시 하나의 서면으로 의결권을 행사하여야 하는 것을 의미하는 것이 아니다. 주주 각자가 따로 따로 서면으로 의결권을 행사하는 것이 가능한 일이다. 그런데 실무상 주주 각자가 따로 따로 서면으로 의결권을 행사하는 예는 찾아 볼 수 없다. 왜냐하면 주주 각자가 따로 따로 서면으로 의결권을 행사하는 경우에는 의결권을 행사함에 있어서 작성되는 서면과 별도로 결의가 성립된 것을 나타내는 서면(사실 그것이 바로 의사록이다)을 작성하여야 하기 때문이다. 그리하여 이를 피하기 위해서 실무상 결의의 목적사항을 기재하고 그에 대하여 주주 전원이 동의한다는 취지를 기재한 다음 서면결의서나 서면동의서, 서면동의결의서 심지어 서면결의에 의한 주주총회의사록이나 서면동의에 의한 의사록 등이라고 이름을 붙이고 주주 전원이 연명으로 기명날인하거나 서명하고 게다가 대부분 회사 대표이사의 기명날인이나 서명까지 받는다. 심지어는 동일한 내용의 서면에 주주의 기

명날인이나 서명은 없이 대표이사의 기명날인만 있고, 주주 전원의 동의서는 그 뒤에 첨부시키고 있는 경우도 종종 있는 것 같다.

여기서 서면결의나 간주서면결의에 관하여 그 결의내용을 기재하고 대표이사이나 이사의 기명날인 또는 서명이 있는 서면은 그 명칭이 무엇이든 간에 그것은 곧 실질적으로 의사록이라고 할 것이다. 결의의 성립을 확인한 이사가 그 결의에 관하여 작성한 서면을 의사록이라고 할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 등기실무상으로는 소규모 주식회사이고, 서면으로 주주 전원의 동의가 이루어진 것으로 되어 있으면 그 서면에 누가 기명날인하거나 서명하였는지는 따지지 않고 공증인의 인증이 없어도 등기신청서의 첨부서면으로 인정해 주고 있는 실정이다. 이는 그만큼 현재의 등기실무가 서면결의나 간주서면결의에 관하여 얼마나 몰이해하고 있는지를 여실히 보여주고 있다.

2. 서면결의나 간주서면결의에 관한 의사록의 작성 요령

가. 기재사항

상법은 주주총회의사록에 총회의 경과요령과 그 결과를 기재하도록 정하고 있다. 그런데 주주총회의 결의는 전술한 바와 같이 주주들끼리 임의로 모여서 할 수 있는 것이 아니고 소집권자의 소집 결정이 있어야 하고 주주들에게 이를 알려야 하는 절차를 밟아야 하며 그러한 과정을 거쳐서 소집일시와 장소에 일정 주식수 이상의 주주들이 출석함으로써 성립되는 것이다. 말하자면 총회의 경과라고 하면 소집권자의 소집결정부터 총회가 폐회될 때까지인 것이다.²⁵⁾ 따라서 의사록에는 총회 당일의 경과요령과 그 결과만 기재하는 것이 아니라 주주총회의 소집결정이 있는 사실과 이유 통지나 공고한 사실이 있으면 그 사실, 주주 전원의 동의로 통지를 생략한 경우에는 그 사실과 이유도 의사록에 기재하는 것이 타당하고 총회 당일의 상황에 관해서도 토의와 무관하지만 이사나 감사가 출석하였으면 그 사실도 기재하여야 한다는 점은 전술한 바와 같다.

따라서 서면결의나 간주서면결의에 관한 의사록을 작성함에 있어서는 그 결의 내용

25) 주주 전원의 동의로 소집 통지를 생략한 경우 실무상 통상 의사록에 주주 전원이 이에 동의한 사실을 의사록에 기재하고 있는데 소집통지를 총회의 경과사항으로 보는 것에 따른 것이라고 볼 수 있다.

을 기재하는 것 외에 소집권자가 누구인지, 서면결의나 간주서면결의에 이르게 된 경과와 그 밖의 서면결의나 간주서면결의의 성립요건을 충족하고 있는 사실 및 그 사실을 누가 언제 어떻게 확인하였는지 등을 기재하는 것이 필요하다.

나. 기명날인 또는 서명할 사람

서면결의나 간주서면결의의 경우는 회의라는 것이 열리지 않으므로 출석이라는 개념이 있을 수 없다. 그러나 서면결의나 간주서면결의의 요건을 충족하고 있는지를 확인하는 절차가 필요하다. 서면결의나 간주서면결의에서는 그 절차에 참여한 것이 곧 출석에 해당한다. 따라서 결의일로 정한 날에 서면결의나 간주서면결의의 성립요건을 충족하고 있는지를 확인한 이사가 곧 의사록에 기명날인하거나 서명할 사람이다. 정관에 의장을 정하고 있다면 의장이 그러한 지위에 있다. 의장뿐만 아니라 다른 이사도 그 자리에 참석하였다면 그도 기명날인하거나 서명하여야 한다. 감사도 그 자리에 참석할 수 있는 자격이 있다. 주주총회의사록에 감사가 기명날인하거나 서명하기도 하듯이 서면결의나 간주서면결의에서도 의사록에 감사가 기명날인하거나 서명하여도 무방하다.

3. 서면결의나 간주서면결의에 관한 의사록 문례

아래에서는 위에서 살펴 본 작성 요령에 따라 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우 작성할 의사록의 문례이다.

(서면결의에 관한 의사록 문례 1)

서면결의에 관한 의사록

(1) 본사는 자본금이 1억 원인 회사로 서면결의로 주주총회의 결의를 갈음할 수 있는 회사인바, ○○○○년 ○월 ○○일 ○○시 본점 회의실에서 개최된 이사회(대표이사 ○○○○, 사내이사 ○○○○, 사외이사 ○○○○, 감사 ○○○○ 출석)에서 아래 가항 기재 목적사항에 대하여 나항 기재 일시와 다항 기재 장소로 하여 주주총회를 소집하거나 나항 기재 일자를 결의일로 하여 서면결의 절차를 밟기로 결의하였다.

가. 목적사항

- 제1호 · 정관변경의 건
- 제2호 · 사내이사 선임의 건
 - 선임할 사내이사
 - 성명
 - 주소

제3호

나. 소집일시 :

다. 소집장소 :

(2) 이에 대표이사 ○○○○는 서면결의를 밟기로 하고, 주주들에게 서면결의에 대하여 동의하는지 묻자 주주 전원이 동의한다고 하므로 주주들에게 위 결의의 목적사항에 대하여 찬성이나 반대 의사를 기재한 서면을 회사에 제출하게 하였다.

(3) 위 결의일에 본사 사무소에서 대표이사 ○○○○, 사내이사 ○○○○, 감사 ○○○○의 참여 하에 주주들이 제출한 서면에 의해 목적사항에 대한 주주들의 찬반 의사를 검사한바, 제1호 목적사항에 대하여는 찬성 주, 반대 주로 결의가 성립되었고, 제2호 목적사항에 대하여는 찬성 주, 반대 주로 부결되었다.

이에 위 서면결의의 성립에 관하여 그 경과요령 및 그 결과를 명백히 하기 위하여 이 의사록을 작성하고, 주주의 서면을 확인한 대표이사 ○○○○와 사내이사 ○○○○가 기명날인 또는 서명한다.

2014. . . .

□□□□ 주식회사
대표이사 ○○○ 인
사내이사 ○○○ 인

(서면결의에 관한 의사록 문례 2)

서면결의에 관한 의사록

(1) 본사는 자본금이 1억 원인 회사로 서면결의로 주주총회의 결의를 대신할 수 있는 회사이고 1인의 이사만 두어 이사회가 존재하지 않은 회사인바, 사내이사 ○○○는 ○○○년 ○월 ○○일 아래 가항 기재 목적사항에 대하여 주주총회의 소집 대신 나항 기재 일자를 결의일로 하여 서면결의 절차를 밟기로 정하고, 의결권이 있는 주주 전원(주식 수 주)을 상대로 서면결의에 이의가 없는지 확인한바 주주 전원이 서면결의에 대하여 동의하였다.

가. 목적사항

- 제1호 · 정관변경의 건
- 제2호 · 사내이사 선임의 건
 - 선임할 사내이사
 - 성명
 - 주소
- 제3호 · 대표이사 선임의 건
 - 성명

나. 결의일:

(2) 이에 사내이사 ○○○는 위 주주들을 상대로 위 목적사항에 관하여 찬성하는지 반대하는지 그 의사를 위 결의일 전까지 서면으로 제출하게 하였다.

(3) 위 결의일에 본사 사무소에서 사내이사 ○○○는 감사 ○○○의 참여하에 주주들이 제출한 서면에 의해 목적사항에 대한 주주들의 찬반 의사를 검사한바, 제1호 목적사항에 대하여는 찬성 주, 반대 주로 결의가 성립되었고, 제2호 목적사항에 대하여는 찬성 주, 반대 주로 부결되었다.

이에 위 서면결의의 성립에 관하여 그 경과요령 및 그 결과를 명백히 하기 위하여 이 의사록을 작성하고, 주주의 서면을 확인한 사내이사가 기명날인 또는 서명한다.

2014. . . .

□□□□ 주식회사

사내이사 ○○○ 인

(간주서면결의에 관한 의사록 문례 1)

간주서면결의에 관한 의사록

(1) 본사는 자본금이 1억 원인 회사로 서면결의로 주주총회의 결의를 갈음할 수 있는 회사인바, ○○○○년 ○월 ○○일 ○○시 본점 회의실에서 개최된 이사회(대표이사 ○○○, 사내이사 ○○○, 사외이사 ○○○, 감사 ○○○ 각 출석)에서 아래 가항 기재 목적사항에 대하여 나항 기재 일시와 다항 기재 장소로 하여 주주총회를 소집하거나 나항 기재 일자를 결의일로 하여 서면결의 절차를 밟기로 결의하였다.

가. 목적사항

- 제1호 · 정관변경의 건
- 제2호 · 사내이사 선임의 건
 - 선임할 사내이사
 - 성명
 - 주소

제3호

나. 소집일시:

다. 소집장소:

(2) 이에 대표이사 ○○○는 서면결의 절차를 밟기로 하고, 의결권이 있는 주주 전원(주식 수 ○주)을 상대로 서면결의에 이의가 없는지 확인하는 한편, 위 목적사항에 관하여 찬성하는지 반대하는지 그 의사를 서면으로 제출하게 하였는바, 위 결의일까지 목적사항에 대하여 찬반의사를 기재한 서면이 주주 전원으로부터 제출되었다.

(3) 위 결의일에 본사 사무소에 의장 겸 대표이사 ○○○, 사내이사 ○○○, 감사 ○○○의 참여하에 주주의 서면을 검사한바, 주주 전원이 목적사항에 대하여 동의함이 인정되므로 위 결의의 목적사항에 대하여는 전부 상법 제363조 제5항 2문에 의해서 전부 결의가 성립되었다.

이에 위 간주서면결의의 성립에 관하여 그 경과요령 및 그 결과를 명백히 하기 위하여 이 의사록을 작성하고, 주주의 서면을 확인한 대표이사 ○○○와 사내이사 ○○○가 기명날인 또는 서명한다.

2014. . . .

□□□□ 주식회사

대표이사 ○○○ 인

사내이사 ○○○ 인

(간주서면결의에 관한 의사록 문례 2)

간주서면결의에 관한 의사록

(1) 본사는 자본금이 1억 원인 회사로 서면결의로 주주총회의 결의를 대신할 수 있는 회사이고 1인의 이사만 두어 이사회가 존재하지 않은 회사인바, 사내이사 ○○○가 ○

○○○년 ○월 ○○일 아래 가항 기재 목적사항 주주총회의 소집대신 나항 기재 일자를 결의일로 하여 서면결의 절차를 밟기로 하고, 의결권이 있는 주주 전원(주식 수주)을 상대로 위 목적사항에 관하여 찬성하는지 반대하는지 그 의사를 위 결의일로 정해진 날 이전까지 서면으로 제출하게 하였다.

가. 목적사항

- 제1호 · 정관변경의 건
- 제2호 · 사내이사 선임의 건
 - 선임할 사내이사
 - 성명
 - 주소

제3호

나. 결의일:

- (2) 이에 위 결의일까지 목적사항에 대하여 찬반의사를 기재한 주주의 서면이 주주 전원으로부터 제출되었다.
- (3) 위 결의일에 사내이사 ○○○는 본사 사무소에서 위 주주의 서면을 검사한바, 주주 전원이 목적사항에 대하여 동의함이 인정되므로 위 결의의 목적사항에 대하여는 상법 제363조 제5항 2문에 의해서 결의가 성립되었다.

이에 위 간주서면결의의 성립에 관하여 그 경과요령 및 그 결과를 명백히 하기 위하여 이 의사록을 작성하고, 주주의 서면을 확인한 사내이사 ○○○가 기명날인 또는 서명한다.

2014. . . .

□□□□ 주식회사

사내이사 ○○○ 인

VII. 서면결의의사록 및 간주서면결의의사록에 대한 공증인의 인증 요부 및 공증인의 인증 시 유의사항

1. 서면결의의사록 및 간주서면결의의사록에 대한 공증인의 인증 요부

소규모 주식회사에서 주주총회의 결의에 갈음하여 이루어지는 서면결의 절차는 주주 전원의 동의를 전제로 인정한 일종의 약식 절차이고 간주서면결의 절차는 서면결의의 특수한 유형에 불과하므로 서면결의는 물론 간주서면결의가 있는 경우에도 그에 관하여 의사록이 작성되어야 하고 이를 회사에 비치하여야 하며, 이를 비치하지 않거나 허위로 기재하여 비치한 경우에는 과태료에 처해지게 되는 점은 이미 살펴본 바와 같다. 또한 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에도 이와 같이 의사록이 작성되므로 그 결의와 관련해서 등기할 사항이 있으면 상업등기법 제79조 제2항에 따라서 등기신청서에는 당연히 그 의사록이 첨부되어야 한다. 그리고 그 의사록이 법인등기를 할 때 그 신청서류에 첨부되는 법인 총회의 의사록임은 너무나 명약관화하므로 그것은 공증인법 제66조의2에 따라 당연히 공증인의 인증을 받아야 한다.

한편 실무상 서면결의나 간주서면결의를 주관하는 대표이사나 이사 명의로 기명날인이나 서명이 되어 있으면 그 서면은 명칭이야 어떻든 실질적으로 의사록에 해당한다. 그러므로 그에 대하여는 당연히 공증인의 인증을 받아서 등기신청서에 첨부하여야 한다.

그럼에도 불구하고 실무상 등기신청서에 의사록을 첨부시키지 않고 주주가 기명날인하거나 서명한 서면결의서나 주주의 동의서만을 첨부하도록 하거나 대표이사나 이사가 기명날인하거나 서명하여 실질적으로는 의사록에 해당함에도 불구하고 그것을 공증인의 인증을 받지 않은 채로 첨부하는 것을 허용하는 것은 분명 잘못이다.

2. 공증인의 인증 시 유의사항

이와 같이 서면결의나 간주서면결의가 있는 경우에도 그 의사록에 관하여 공증인의 인증을 받아야 한다고 할 때 공증인이 유의할 사항을 살펴본다.

가. 먼저 서면결의나 간주서면결의의 요건을 갖추고 있는지 확인하여야 한다. 자본금 10억 원 미만인 주식회사인지, 소집권자의 결정으로 서면결의 절차가 개시된 것인지, 서면결의 절차에 대한 주주 전원의 동의로 서면에 의한 결의가 이루어진 것인지 또는 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원의 서면에 의한 동의가 있는지를 확인하여야 한다. 상법상 주주총회는 상법에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이사회가 소집을 결정하므로(제362조), 이사회 의사록과 그 의사록에 기명날인하거나 서명한 이사의 인감증명서 등을 통하여 이를 확인하여야 한다. 이사회가 없는 회사인 경우에는 이사의 결정이 있어야 하므로 이사의 결정서와 인감증명서를 통하여 이를 확인하여야 한다. 만일 소수주주나 감사가 주주총회의 소집을 허가받은 다음 주주총회의 결의 대신 서면결의에 의한 경우에는 법원의 허가서를 확인하여야 한다. 서면결의나 간주서면결의는 소집통지 등의 절차는 필요 없지만 의결권 있는 주주 전원의 동의가 있어야 비로소 할 수 있거나 성립되는 것이므로 주주 전원의 동의를 얻은 사실을 확인하여야 한다.

서면결의에 관한 의사록을 인증할 때는 서면결의에 대한 주주 전원의 동의서로 확인하고, 간주서면결의에 관한 의사록을 인증할 때는 목적사항에 대한 주주 전원의 서면 동의서로 확인한다.²⁶⁾ 이 때 의결권 있는 주주 전원에 해당하는지가 문제이다. 보통은 촉탁인이나 촉탁인의 대리인의 진술을 듣고 대표이사가 작성한 공증서식 사용 등에 관한 규칙 제38호 서식에 의한 진술서와 제39호 서식에 의한 주주명부²⁷⁾에 의해 확인하지만 의문이 있는 경우에는 주식이동상황명세서에 관한 세무대리인의 사실증명 등을 통하여 먼저 주주 전원에 해당하는 사실을 확인하여야 할 것이다.

나. 주주총회에서 결의할 수 있는 사항은 상법 또는 정관에 정하는 사항에 한하므로 상법이나 해당 법인의 정관을 확인하여 의사록에 기재된 결의 내용이 상법 및 정관에 규정된 사항인지 여부를 살펴보아야 한다. 정관에 규정된 사항이라도 그것이 강행법규에 위반되거나 무효에 해당하는 여부도 살펴보아야 한다.

26) 의결권 있는 주주 전원의 동의서가 상업등기법 제79조 제1항 소정의 총주주의 동의서에 해당하는지가 실무상 문제된다. 만일 총주주의 동의가 주주 전원의 동의를 포함하고 있는 개념이라면 공증인의 인증을 받은 의사록 외에 주주 전원의 동의서도 등기신청서에 첨부되는 첨부서면이다. 그러나 법인의사록을 인증할 때 주주 전원의 동의가 있는지를 공증인이 확인하는 경우에는 이를 또 다시 등기신청서에 첨부하게 할 필요가 있는지 의문이다.

27) 상법상 주주명부가 아니다. 실질적으로는 주주확인 및 의결내역서에 해당한다.

다. 주주총회의사록을 인증할 때에는 사서증서의 인증 방법과 달리 공증인은 촉탁인(혹은 그 대리인)으로부터 의사록 원본 2통을 제출받아 2통에 대하여 인증을 부여한 후 1통은 공증인이 보관하고 1통은 촉탁인(혹은 그 대리인)에게 교부한다(공증인법 제66조의2 제4항, 제63조 제1항, 제3항). 종래 3통을 제출받아 촉탁인에게 2통을 교부하는 방식은 공증인법에서 정한 인증방법을 위반한 것이므로 주의하여야 한다. 그러므로 만일 회사에서 2통의 의사록 인증서가 필요하면 의사록을 4통 준비하여야 한다.

의사록에 대하여는 공증인이 인증서를 1통 보관하고 있으므로 촉탁인이나 그 대리인 또는 이해관계인에게 청구에 따라 그것을 열람하게 할 수 있고, 그 등본을 교부할 수 있다(공증인법 제66조의2 제4항, 제66조, 제43조, 제43조의2, 제50조부터 55조까지).

VIII. 맺는 말

본고에서 살펴 본 바를 요약하면 다음과 같다. 간주서면결의는 서면결의의 특수한 유형에 불과하고 서면결의도 주주총회의 결의와 마찬가지로 주주총회라는 기관의 의사 결정 방법의 하나이다. 소규모 주식회사에서 일정한 일시와 일정한 장소에 주주들이 모여서 토론을 거치지 않은 서면으로 찬성이나 반대의 의사를 수집한 결과를 결의로 인정한 것은 언제 어디서나 서로 충분히 토론이 가능한 소규모 회사의 특성을 고려한 것이지 소규모 주식회사의 의사결정에 있어서 주주들 상호간의 토론을 배제하고자 하는 취지가 아니다. 서면결의 절차나 주주총회의 결의 절차나 실질적으로 다를 바가 없는 것이다. 또한 서면결의나 간주서면결의에 관하여 흔히 작성되는 서면결의서나 서면동의서는 주주가 작성하는 문서이고 의사록은 서면결의의 성립을 확인하는 절차에 참여한 이사나 감사가 작성하는 문서라는 점에서도 법적 성질이 완전히 다르다. 결의를 구성하는 주주의 의사가 서면으로 작성된다고 해서 의사록 작성이 필요하지 않다는 논리는 전혀 성립될 수 없다. 서면결의에 관하여 주주총회에 관한 규정을 준용하고 있는 이상 서면결의나 서면결의의 특수한 유형에 불과한 간주서면결의에 관하여도 주주총회의 결의에 관해서처럼 당연히 의사록이 작성되어야 하는 것이다. 서면결의가 있는 경우 이와 같이 의사록이 작성되어야 한다면, 그 결의가 법인등기사항인 경우 법인등기의 신청서에는 상업등기법 제79조 제2항에 따라 당연히 그 의사록이 첨부되어야 하

고, 그 의사록은 공증인법 제66조의2 제1항에 따라 당연히 공증인의 인증이 있어야 하는 것이다.

현재 등기실무상 서면결의에 관하여 의사록이라는 이름 대신 대표이사 명의로 작성된 서면결의서나 서면동의서는 실질적으로 의사록에 해당하므로 당연히 공증인의 인증을 받도록 하여야 한다. 서면결의나 간주서면결의에 관하여 순전히 주주만이 기명날인하거나 서명한 의사록이 아니므로 의사록을 작성하여야 하며 등기신청서에도 이에 대하여 공증인의 인증을 받아서 첨부하여야 한다. 등기관은 형식적 심사권밖에 없는 실정에서 법인등기의 정확성을 보장하고 부실등기를 방지함으로써 거래의 안전을 도모하는 것이 법인의사록 인증 제도의 근본 취지이다. 따라서 서면결의나 간주서면결의에 관하여 공증인의 인증을 받은 의사록을 첨부시키지 않아도 등기신청을 받아 주는 현행 등기 실무는 시정되어야 마땅하다. 이를 위해서는 무엇보다도 먼저 2002 06-13호 등기선례가 변경되거나 폐지되어야 한다. 이는 유한회사에 관한 등기선례이지만 소규모 주식회사에 대한 등기선례로서 기능하고 있다고 보이기 때문이다. 