

법인의사록의 인증

- 주주총회와 이사회 의사록을 중심으로 -

박 상 진

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 머리말

법인등기를 할 때 그 신청서류에 첨부되는 법인 총회 등의 의사록은 공증인의 인증을 받아야 한다(공증인법 제66조의2).

법률전문가인 공증인으로 하여금 법인의 의사결정 과정을 검토하게 함으로써 법인등기에 의해 공시되는 정보의 정확성을 보장하고 그 결과 거래의 안전을 도모하는 것이 법인 의사록 인증제도의 취지이다. 등기공무원이 형식적 심사권밖에 없는 우리의 실정에서는 그 중요성이 더욱 크다.

모든 의사록에 인증을 받을 필요는 없고, 등기 신청서류에 첨부되는 의사록만 인증을 받으면 된다. 여기서 법인등기는 법인등기부에 등재하는 것을 말하므로 부동산등기는 해당되지 않는다. 따라서 회사와 이사 간의 거래행위로서 상법 제398조의 적용이 있는 경우 부동산등기신청서에 첨부하는 거래승인에 관한 이사회 의사록에 대하여는 인증을 받을 필요가 없다.

법인등기와 관련이 없는 경우라도 결의의 존재와 내용을 분명하게 해 두기 위하여 인증을 받아두는 경우도 많이 있다.

본고는 법인 의사록의 인증과정에서 공증인이 무엇을 어떻게 확인하여야 하는지 살

펴보고자 한다.

법인의 대부분이 주식회사이므로 여기서는 주식회사의 주주총회와 이사회 의사록을 중심으로 논의한다.

우리 상법의 주식회사 제도는 대단히 복잡하다. 과거 증권거래법에 규정되어 있던 상장회사에 관한 특례를 상법으로 옮겨왔는데, 같은 상장회사라도 그 규모에 따라 적용법조가 달라진다. 자본금 1,000억 원을 기준으로 구분하기도 하고, 때로는 자산총액이 1,000억 원 이상인지 여부에 따라 구분하기도 하며, 자산총액이 2조원 이상인 회사에 관하여는 또 다른 규정을 적용하고 있다. 비상장 주식회사의 경우에도 자본금 10억 원 미만의 소규모주식회사에 관한 특례를 따로 규정하였는데 그 결과 회사의 규모에 따라 최소한 6종류의 회사가 존재한다. 비상장회사로서 소규모주식회사와 일반비상장 주식회사의 2종이 있고, 상장회사는 일반상장회사, 자본금 1,000억 원 이상 상장회사, 자산 1,000억 원 이상 상장회사, 자산 2조 원 이상 상장회사로 4종이 있다.

회사의 규모에 따라 적용법조가 달라지는데 상법시행령까지 함께 살펴보면 그 규정이 너무나도 복잡하여 쉽게 이해하기 어렵다. 상법과 상법시행령의 규정만 하여도 몹시 복잡한데 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」, 「금융지주회사법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「벤처기업육성에 관한 특별조치법」, 「약관의 규제에 관한 법률」, 「금융위원회의 설치에 관한 법률」 등 관련법령이 많아 매우 혼란스럽다.

주주총회 의사록과 이사회 의사록의 인증업무를 적절하게 수행하기 위해서는 주식회사 제도와 주주총회, 이사회를 깊이 있게 이해하고 상법을 비롯하여 관련 법령을 잘 숙지하여야 할 것이다.

II. 주주총회 제도

1. 주주총회의 개요

주주총회는 주주들로 구성되는 필요적 기관으로서 법률 또는 정관에서 정한 사항을 결의하는 주식회사의 최고 의사결정기관이다.

주주총회는 주주로만 구성되며, 이사·감사 등은 주주총회에 출석하기는 하지만 주주총회의 구성원이 아니다. 대표이사는 통상 의장을 맡으므로 그 출석이 예정되어 있

고, 이사는 보고나 의안의 설명을 위하여 출석할 것이 예정되어 있고, 감사는 감사보고를 위하여 당연히 출석하여야 한다.

주주총회는 법령 또는 정관에서 정한 사항에 한하여 결의할 수 있는데 이를 정리하면 다음과 같다.

가. 결의사항

(1) 법령에 의한 주주총회 결의사항

상법을 비롯하여 특별법령에 규정되어 있는 사항으로서 결의방법에 따라 보통결의사항, 특별결의사항, 특수결의사항으로 구분한다.

1) 보통결의사항

출석주식수의 과반수와 발행주식 총수의 1/4 이상으로 의결한다(상법 제368조 제1항).

- ① 감사인의 선임(상법 제366조 제3항, 제367조)
- ② 총회의 연기 또는 속행의 결정(상법 제372조 제1항)
- ③ 이사·감사의 선임(상법 제382조 제1항, 제409조 제1항)
- ④ 이사·감사에 대한 보수의 결정(상법 제388조, 제415조)
- ⑤ 청산인의 선임·해임과 그 보수의 결정(상법 제531조, 제539조 제1항, 제542조 제2항, 제388조)
- ⑥ 재무제표의 승인(상법 제449조 제1항, 제533조 제1항, 534조 제5항)
- ⑦ 주식배당(상법 제462조의2 제1항)
- ⑧ 청산종결의 승인(상법 제540조 제1항)
- ⑨ 흡수합병의 합병보고총회(상법 제526조 제1항)
- ⑩ 자산 2조 원 이상 상장회사의 감사위원회 위원의 선임·해임(상법 제542조의12)

2) 특별결의사항

출석주식수의 2/3 이상과 발행주식 총수의 1/3 이상으로 의결한다(상법 제434조).

- ① 정관의 변경(상법 제434조)
- ② 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도 등(상법 제374조)
- ③ 사후설립(상법 제375조)
- ④ 이사·감사의 해임(상법 제385조 제1항, 제415조)

- ⑤ 자본의 감소(상법 제438조 제1항)
- ⑥ 주식의 액면미달 발행(상법 제417조 제1항)
- ⑦ 주식의 분할(상법 제329조의2)
- ⑧ 제3자 배정방식 전환사채 · 신주인수권부사채 발행의 중요사항 결정(상법 제513조 제3항, 제516조의2 제4항)
- ⑨ 회사의 해산(상법 제518조)
- ⑩ 회사의 계속(상법 제519조)
- ⑪ 신설합병의 경우 설립위원의 선임(상법 제175조 제2항)
- ⑫ 회사의 합병계약서 승인(상법 제522조 제1항, 제3항)
- ⑬ 회사의 분할 · 분할합병, 물적 분할(상법 제530조의3, 제530조의12)
- ⑭ 주식의 포괄적 이전 · 교환(상법 제360조의3, 상법 제360조의16)
- ⑮ 주식매수선택권 관련 발행주식 총수의 10/100 이상 보유 주주로부터 자기주식의 취득(상법 제341조의2 제2항)
- ⑯ 이익에 의한 주식 소각(상법 제343조의2)
- ⑰ 주식매수선택권의 부여(상법 제340조의2, 제542조의3)
- ⑱ 청산 중 회사, 파산선고를 받은 회사의 회생절차개시 신청(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제35조)
- ⑲ 제3자 배정방식 이익참가부사채 발행의 결정(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의11, 동법 시행령 제176조의12 제3항)

3) 특수결의사항

보통결의사항이나 특별결의사항에 비하여 훨씬 더 엄격한 결의사항이다.

- ① 발기인, 이사, 감사, 청산인의 회사에 대한 책임을 면제하기 위해서는 총 주주의 동의를 필요하다(상법 제324조, 제400조, 제415조, 제462조의3, 제542조 제2항).
- ② 주식회사가 유한회사로 조직변경하려면 총주주의 일치에 의한 주주총회의 의결이 필요하다(상법 제604조 제1항).

(2) 정관에 의한 주주총회 결의사항

원래는 이사회 결의사항이지만 주주총회의 결의사항으로 정관에 정할 수 있도록 규정된 경우가 있다.

- ① 대표이사의 선임(상법 제389조 제1항 단서)
- ② 신주발행사항의 결정(상법 제416조 단서)
- ③ 준비금의 자본전입(상법 제461조 제1항 단서)
- ④ 전환사채 · 신주인수권부사채의 발행사항의 결정(상법 제513조 제2항 단서, 제516조의2 제2항 단서)
- ⑤ 이익참가부사채의 발행사항의 결정(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의11, 동법 시행령 제176조의12 제2항 단서)

위와 같이 명시적인 규정이 없더라도 주식회사의 본질이나 강행규정에 위반하지 않는 한 주주총회 결의사항으로 할 수 있다고 하지만 실무상 그리 흔하지는 않다.

나. 주주총회의 종류

정기주주총회는 매 결산기마다 소집되며, 임시주주총회는 필요에 따라 수시로 소집된다.

정기주주총회에서는 반드시 결산에 관한 의안 즉 대차대조표, 손익계산서 및 이익잉여금 처분계산서 등 재무제표 승인의 건을 처리하여야 한다(상법 제449조 제1항).

정기총회의 회일을 기준으로 이사나 감사의 임기가 결정되므로 의사록 인증에 있어서 유념하여야 한다.

다. 주주의 의결권

의결권은 주주가 주주총회에서 의안의 결의에 참가할 수 있는 권리이다. 1주 1의결권이 원칙이지만 집중투표제의 결과 1주에 2 이상의 의결권이 부여되기도 하고 법령에 의하여 의결권이 제한되기도 한다. 아래에서는 의결권 없는 주식과 의결권의 제한을 열거한다.

(1) 의결권 없는 주식(상법 제370조)

이익배당에 관한 우선주식을 의결권 없는 주식으로 발행할 수 있는데 발행주식 총수의 1/4를 초과할 수는 없다. 주권상장법인이 외국에서 주식을 발행하는 경우, 국민

경제상 중요 산업을 영위하는 법인이 금융위원회의 승인을 얻은 경우에는 1/2까지 발행할 수 있다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의15). 의결권 없는 주식도 이익배당을 받지 못하는 동안은 의결권이 살아나는 경우가 있다(상법 제370조 제1항 단서).

(2) 자기주식(상법 제369조 제2항, 제341조)

회사가 가진 자기주식은 의결권이 없다.

(3) 상호보유주식(상법 제369조 제3항)

회사A가 다른 회사B의 발행주식 총수의 1/10을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우에 그 다른 회사B는 의결권이 없다.

회사A 및 자회사C가 합쳐서 다른 회사B의 발행주식 총수의 1/10을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우에 그 다른 회사B가 가지고 있는 회사A의 주식은 의결권이 없다.

회사A의 자회사C가 다른 회사B의 발행주식 총수의 1/10을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우에 그 다른 회사B가 가지고 있는 모회사A의 주식은 의결권이 없다.

거꾸로 생각해보면 B회사가 A회사의 주주총회에 출석하여 의결권을 행사하려면 A회사가 B회사의 주식을 발행주식 총수의 1/10을 초과하여 가지고 있어서는 아니 된다. A회사와 그 자회사C가 합쳐서 위와 같은 주식을 가지고 있어도 안 되고, A회사는 B회사의 주식을 가지고 있지 않지만 A회사의 자회사C가 위와 같은 주식을 가지고 있어도 의결권을 행사할 수 없다. 마지막의 경우에는 B회사는 모회사A의 주주총회에서도 의결권을 행사할 수 없으며, 자회사C의 주주총회에서도 의결권을 행사할 수 없다. C회사가 단독으로 B회사의 발행주식 총수의 1/10을 초과하는 주식을 가지고 있기 때문이다.

공중인은 A회사의 주주 중에 주식회사가 포함되어 있는 경우 상호보유주식에 해당하는지 여부를 면밀히 살펴야 한다.

특히 상호보유주식인지 여부는 주주총회 당시를 기준으로 판단하므로(대법원 2009. 1. 30. 선고, 2006다31269 판결) 이 점에 관하여도 유의하여야 한다.

(4) 특별이해관계인의 주식(상법 제368조 제4항)

특별이해관계란 특정한 주주가 주주로서의 지위와 관계없이 개인적으로 이해관계

를 가지는 경우를 말하는 것으로서, 예컨대 회사가 누군가로부터 영업을 양수하였는데 그 상대방이 마침 주주인 경우가 이에 해당한다. 주주인 받기인, 이사, 감사의 책임을 면제하는 결의의 경우(상법 제324조, 제400조, 제415조)에 해당자는 특별이해관계인이 될 것이다.

주주의 지위에서 회사 지배와 관련된 결의(예, 이사의 선임·해임)를 할 때 당사자인 주주가 이사가 되는 사정은 특별이해관계인이 되지 않는다고 한다.

(5) 감사선임 결의에 있어서 제한(상법 제409조 제2항)

의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 3/100을 초과하는 주식을 가진 주주는 그 초과하는 수의 주식에 대해 의결권을 행사하지 못한다.

공증인은 감사선임의 결의가 있는 경우 의결 정족수에 주의해야 하며 소액 주주의 수가 많은 경우에는 더욱 면밀하게 계산하여야 한다.

일반 주식회사는 감사 선임에 관하여만 의결권제한이 적용되며, 해임에 관하여는 의결권 제한이 없다.

(6) 상장회사에 대한 특례(상법 제542조의12)

상장회사의 감사 선임 및 해임결의에 있어서 ① 최대주주 본인, ② 최대주주의 특수관계인, ③ 최대주주나 그 특수관계인의 계산으로 주식을 보유하는 자, ④ 최대주주 또는 그 특수관계인에게 의결권을 위임한 자가 소유한 주식을 합쳐서 발행주식총수의 3/100을 초과하는 경우 그 초과하는 주식에 관하여는 의결권을 행사하지 못한다. 다른 주주들은 상법의 일반원칙에 따라 발행주식 총수의 3/100을 초과하여 의결권을 행사할 수 없다.

상장회사의 (특례)감사위원회 위원으로서 사외이사가 아닌 감사위원의 해임에 관하여도 위와 같다.

자산 2조 원 이상 상장회사의 사외이사인 감사위원의 선임에 있어서 의결권 제한은 상법상 감사선임과 동일하다.

사외이사가 아닌 감사위원회 위원은 감사위원회 구성원으로서 사내이사나 기타비상무이사를 말하는 것인데 사내이사나 기타비상무이사가 다시 제542조의10 제2항의 요건을 갖추어야 하므로 그 요건이 대단히 엄격하다. 그래서 감사위원회는 사외이사들

로만 구성되는 것이 보통이다.

대단히 복잡하지만 다시 한 번 정리하면 다음과 같다.

- ① 일반 주식회사의 감사 선임에 있어서는 3%를 초과하는 주식은 의결권이 제한되며, 해임에 있어서는 제한이 없다.
- ② 상장회사의 경우 감사 선임에 있어서 최대주주와 특수관계인 등은 합산하여 3%를 초과하는 주식의 의결권을 행사할 수 없다. 선임이나 해임이나 같다.
- ③ 자산 2조 원 이상의 상장회사의 경우에는 특례 감사위원회의 설치가 강제되는바 사외이사 아닌 감사위원회 위원을 선임하는 때에는 최대주주와 특수관계인 등은 합산하여 3%를 초과하는 주식의 의결권을 행사할 수 없다. 해임의 경우도 같다.
- ④ 자산 2조 원 이상의 상장회사에 있어서 사외이사인 감사위원회 위원의 선임에 있어서는 개별적으로 3%를 초과하는 주식은 의결권을 행사할 수 없다. 그렇지만 해임에 관하여는 의결권 제한 규정이 없다. 일반 주식회사에서 감사를 선임하거나 해임하는 경우와 동일하다. 해임에 관한 의결권 제한이 규정되지 않은 이유가 입법과정의 오류인지 아니면 깊은 연구의 결과인지 구분이 되지 않는다.

이 기회에 한 가지 더 정리하면, 소규모주식회사는 감사의 선임이 임의적이고, 자산 2조원 이상 상장회사는 상법 제542조의11에 의한 특례 감사위원회의 설치가 필수적이다. 특례 감사위원회는 위원 1인이 회계(또는 재무)전문가이고, 감사위원회 대표는 사외이사이어야 한다.

일반 주식회사는 감사를 둘 수도 있고, 감사위원회를 설치할 수도 있다. 상법 제415조의2에 의한 감사위원회는 이사회 내 위원회로서 3인 이상의 이사로 구성하고, 사외이사가 2/3 이상이어야 한다.

자산 1000억 원 이상 상장회사는 상근감사를 두든지 특례 감사위원회를 설치해야 한다.

자산 1000억 원 미만인 상장회사는 감사를 두든지, 상근감사를 두든지 자유이고, 감사위원회로 대신함에 있어서도 일반 감사위원회를 두든지, 특례감사 위원회를 두든지 자유이다.

특례 감사위원회 위원을 선임하거나 해임하는 권한은 주주총회에 있지만, 일반 주식회사의 감사위원회 위원을 해임하는 권한은 이사회에 있으며, 이사 총수 2/3 이상으로 의결하므로 주주총회의 의결권 제한과는 관련이 없다.

(7) 집중투표제 관련 정관 변경시의 제한(상법 제542조의7 제3항, 상법시행령 제12조)

자산 2조 원 이상 상장회사의 경우 집중투표를 배제하기 위한 정관변경이나 그 배제된 정관을 변경하고자 하는 경우에 발행주식 총수의 3/100을 초과하는 주식을 가진 주주는 그 초과하는 수의 주식에 관하여는 의결권을 행사하지 못한다.

(8) 전환청구된 주식의 의결권 제한(상법 제350조)

주주명부 폐쇄기간 중에 전환된 주식의 주주는 그 기간 중의 총회의 결의에 관하여는 의결권을 행사할 수 없다. 전환청구는 주주명부의 폐쇄기간 중에도 가능하지만 전환의 결과에 따른 신주에 의한 의결권을 행사할 수는 없고 구주에 의한 의결권만 행사할 수 있다는 의미이다.

(9) 특별법상의 제한

특별법령에서 의결권을 제한한 경우를 열거하면 다음과 같다.

- ① 은행법은 동일인이 발행주식 총수의 10/100을 초과하여 보유할 수 없도록 하고 있으며(은행법 제15조 제1항 본문), 비금융주력자는 발행주식 총수의 4/100를 초과하여 보유할 수 없다(은행법 제16조의2 제1항)고 규정하고 있다. 예외적으로 한도를 초과하여 은행의 주식을 보유하더라도 그 초과하는 주식에 관하여는 의결권을 제한하고 있다(은행법 제16조)
- ② 상호출자제한 기업집단에 속하는 회사로서 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사는 취득 또는 소유하고 있는 국내계열회사 주식에 대하여 의결권을 행사할 수 없다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제11조).
- ③ 공개매수규정이나 주식의 대량보유상황보고의무를 위반하여 취득한 주식에 대하여는 의결권이 제한된다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제145조, 제150조).
- ④ 회생절차의 개시 당시 채무자의 부채총액이 자산총액을 초과하는 때에는 주주·지분권자는 의결권을 가지지 아니한다(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제146조 제3항).
- ⑤ 집합투자업자로서 투자신탁이나 투자익명조합은 집합투자재산에 속하는 주식의 의결권을 행사함에 있어서 자유롭게 의결권을 행사할 수 있지만 집합투자업

자가 주식발행 회사와 계열관계에 있거나 기타 의결권 행사가 투자자보호 및 집합투자재산의 적정한 운용을 해할 우려가 있는 경우에는 결의내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제87조 제1항).

⑥ 예탁결제원에 주권을 예탁한 실질주주가 주주총회일 5일 전까지 예탁원에 직접 행사, 대리행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니하면 예탁원이 의결권을 행사하며(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제314조 제5항) 그 결과 실질주주는 의결권을 행사할 수 없게 된다.

예탁결제원의 의결권 행사는 의결정족수 확보를 위한 조치이며, 상장회사에서 감사선임의 안전이 있는 경우에 그 필요성이 증대된다. 이러한 경우 회사는 주주총회의 소집통지서 또는 소집공고에 예탁결제원 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주에 대하여 회일의 5일전까지 예탁결제원에 의결권의 직접행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니한 때에는 예탁결제원이 의결권을 행사할 수 있다는 뜻을 기재하여야 한다.

예탁결제원은 결의의 중립성을 지키기 위해 주주의 찬반의사에 비례하여 자기의 의결권을 분할하여 행사하는 그림자투표(Shadow Voting)의 방법으로 의결권을 행사한다.

2. 주주총회의 소집

가. 소집의 결정

주주총회의 소집은 이사회가 결정한다(상법 제362조). 통상은 이사회에서 주주총회의 개최 및 일시, 장소, 목적사항(의안)을 결의하고 그 결의에 따라 대표이사가 주주총회를 소집하는 것이 보통이다.

이사회의 결의 없이 대표이사가 단독으로 주주총회를 소집하거나 이사회 결의가 있었다고 하더라도 대표이사가 아닌 이사가 주주총회를 소집한 경우에는 주주총회 결의 취소의 소의 대상이 된다. 이사회 결의도 없이 대표이사가 아닌 이사가 임의로 주주총회를 소집하였다면 결의부존재의 사유가 될 것이다.

나. 소집시기와 소집지

정기총회는 매년 1회 일정한 시기에 소집하여야 하는데, 상장회사는 사업연도 경과 후 90일 이내에 주주총회에서 확정된 재무제표를 첨부한 사업보고서를 금융위원회와 거래소에 제출하여야 하므로(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제159조) 이 기간 내에 정기주주총회를 개최하기 마련이고 이를 위반하면 관리종목에 편입되고 상장폐지 요건에 해당된다. 임시총회는 필요시 언제든지 소집할 수 있다.

총회의 일시는 주주의 편의를 고려하여 건전한 상식에 따라 정하여야 한다. 상장회사의 경우 공휴일은 피하는 것이 보통이고, 너무 이르거나 늦은 시각에 개최되면 소집 절차가 현저하게 불공정한 경우가 되어 결의 취소의 소의 대상이 될 수 있다.

소집지는 정관에 다른 정함이 없으면 본점 소재지 또는 이에 인접한 지(地)에 소집하여야 한다(상법 제364조). 장소는 구체적으로 주주들이 모여 회의를 할 장소여야 하며, 소집지가 법령이나 정관에 위반한 경우는 물론 소집장소가 회의장으로 적합하지 아니한 때에도 소집절차가 현저하게 불공정한 것이 되어 결의취소의 사유가 된다 할 것이다.

다. 회의의 목적사항

소집통지 및 공고에는 회의의 목적사항을 기재하여야 한다(상법 제363조 제2항, 제3항). 목적사항이란 총회에서 결의할 의안(議案)을 말하는 것으로 무엇을 결의하게 되는지 알 수 있도록 구체적으로 기재하여야 한다. 보통은 보고사항과 결의사항으로 구분된다.

보고사항은 심의를 요하는 것이 아니지만 소집통지서에 기재하는 것이 보통이다. 감사보고, 영업보고가 그 예이다. 그러나 회사합병의 보고와 같이 보고를 마쳐야만 합병등기가 가능한 경우처럼 비록 보고사항이라 하더라도 반드시 회의의 목적사항으로 기재하여야 하는 경우도 있다.

결의사항은 부의안건(附議案件)이라고도 불리는데 주주총회의 승인을 요하는 사항이다.

주주총회에서 결의할 사항은 소집통지서에 기재된 회의의 목적사항에 한정된다. 이

를 위반한 결의는 의결정족수를 충족하였더라도 결의취소의 소의 사유가 된다.

라. 주주제안

일반 주주의 의견이 총회에 반영되도록 하기 위하여 주주제안제도가 도입되었다. 주주의 적법한 제안은 주주총회의 목적사항으로 하여야 한다.

마. 주주총회 참석주주의 확정-주주명부의 폐쇄와 기준일의 설정

주주총회에서 의결권을 행사할 주주를 확정하기 위한 방법으로 주주명부의 폐쇄와 기준일 제도가 있다(상법 제354조).

주주명부의 폐쇄는 일정기간 주주명부의 기재·변경을 정지하는 방법이고 기준일은 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 등재되어 있는 주주를 의결권을 행사를 주주로 정하는 방법이다.

실무상으로는 기준일의 경우 그 날의 업무마감시각을 기준으로 주주를 확정하고 기준일 익일을 주주명부폐쇄기간의 초일로 정하는 것이 보통이다.

바. 소집통지와 공고

기명주주에게는 소집통지를 하고 무기명 주주에게는 소집의 공고를 하는데 소집통지는 회일의 2주간 전에 발송되어야 하며, 소집공고는 3주간 전에 공고하여야 한다.

소집 통지 또는 공고에는 총회의 일시, 장소, 목적사항을 기재하여야 하며 결의 사항이 ① 정관의 변경(상법 제434조 제2항), ② 자본의 감소(상법 제438조 제2항), ③ 합병계약서 승인(상법 제522조 제2항), ④ 제3자 배정방식 전환사채·신주인수권부사채 발행의 중요사항 결정(상법 제513조 제4항, 제516조의2 제5항), ⑤ 제3자 배정방식 이익참가부사채 발행의 결정(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의11, 동법 시행령 제176조의12 제4항), ⑥ 주식교환계약의 승인(상법 제360조의3 제4항), ⑦ 주식이전의 승인(상법 제360조의16 제3항), ⑧ 분할계획 또는 분할합병계약의 승인(상법 제530조의3 제4항) 등 중요한 사항일 때에는 의안의 요령도 기재하여야 한다. 의안의 요령

(要領)이란 의안의 중요한 내용이라는 뜻이다.

위에 열거한 사항은 모두 특별결의사항이지만 모든 특별결의사항에 대하여 의안의 요령을 통지하여야 하는 것은 아니다.

주주총회는 소집의 통지·공고에 기재한 회의의 목적사항에 한하여 결의할 수 있으며 총회의 결의로 새로운 의안을 추가할 수 없다. 다만 동일성을 해하지 않는 범위 내에서 의안을 수정할 수도 있고, 총회의 결의로 의안을 삭제하는 것은 가능하다고 할 것이다.

상장회사의 경우 주주총회의 의안에 이사·감사의 선임의 의안이 들어 있는 때에는 소집통지·공고에 이사·감사후보자의 성명·약력·추천인·후보자와 최대주주의 관계·후보자와 당해 법인의 최근 3년간 거래내역에 관한 사항도 통지 또는 공고하여야 한다.

상장회사가 주주총회의 소집통지 또는 공고를 하는 경우에는 다음 사항을 1) 통지·공고하거나, 2) 회사의 인터넷 홈페이지 게재하고, 회사의 본점 및 지점, 명의개서 대행회사, 금융위원회, 한국거래소에 비치하여야 한다(상법 제542조의4 제3항 및 상법시행령 제10조 제4항·제5항).

- ① 사외이사, 기타비상무이사의 이사회 출석률, 이사회의 의안에 대한 찬반여부 등 활동내역과 보수에 관한 사항
- ② 회사와 최대주주의 거래 중 거래규모가 자산총액 또는 매출총액의 1% 이상인 거래와 특정인과 회사의 해당연도 거래총액이 자산총액 또는 매출총액의 5% 이상인 거래
- ③ 영업현황 등 사업개요와 주주총회의 목적사항별로 금융위원회가 정하는 방법에 따라 작성한 참고서류

사. 주주총회 소집의 철회·변경

주주총회가 개최되기 전에 소집 자체를 철회·변경하는 일도 있다. 총회를 변경하는 경우에는 변경된 회일의 2주간 전에 통지·공고를 하여야 하며, 의안이 변경되거나 추가되는 경우에도 회일의 2주간 전에 주주들에게 통지하여야 할 것이다.

아. 소집절차의 하자

주주총회의 소집통지를 결한 채 이루어진 결의는 보통은 취소의 대상이지만, 경우에 따라서는 부존재의 사유가 된다. 소집 통지한 일시·장소에서 열린 주주총회가 산회한 후 같은 날 다른 시각에 다른 장소에서 일부 주주만 모여서 한 결의는 부존재확인 대상이다.

대표이사가 총회소집의 통지 또는 공고를 해태하거나 불공정한 통지 또는 공고를 한 때에는 과태료의 제재를 받는다(상법 제635조 제1항 제2호)

종래에는 법정의 소집절차를 거치지 않았다고 하더라도 주주 전원이 출석하여 총회를 열었을 경우와 총주주가 소집절차를 생략하고 총회를 개최하는데 동의한 경우 주주총회로서 유효한지 여부가 논의되기도 하였으나, 개정된 상법에 의하면 소규모회사의 경우에는 주주 전원의 동의로 소집절차를 생략하고 주주총회를 개최하는 것이 허용되고, 더 나아가 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 또한 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다(제363조 제5항). 이러한 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있으며, 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용하고 있다(제6항, 제7항).

이러한 주주총회의 소집에 관한 특례는 소규모주식회사에 한하여만 허용되고 일반 상법이 적용되는 주식회사는 소집절차를 생략하거나 서면결의를 할 수 없다고 할 것이다. 상법의 규정에 정면으로 위반되기 때문이다.

어떤 주주가 사전에 통지를 받을 권리를 포기하는 것도 가능한 것으로 보이며 그러한 경우에도 소집절차의 하자로 되지는 않을 것이다.

3. 주주총회의 개최와 결의(決議)

가. 총회의 의장(議長)

주주총회와 같이 다수의 인원으로 구성되는 회의체에는 의장이 반드시 필요하다. 의장은 총회의 질서를 유지하고 의사(議事)를 정리한다.

의장은 정관에서 정함이 없는 때에는 총회에서 선임한다(상법 제366조의2 제1항).
매번 총회 때마다 선임하는 것이다.

정관의 규정에 의하여 의장이 될 대표이사가 직무정지가처분을 받은 경우에는 정관에 대표이사의 직무대행자가 있으면 그 자가 의장이 될 것이나 정관에 규정이 없거나 주주총회에 출석하지 않았다면 총회의 보통결의로 의장을 선출하여 회의를 진행하여야 할 것이다. 대표이사가 개인사정으로 회의장에 장시간 지연 도착한다든가 의장의 직무를 거부하는 경우에는 임시로 의장을 선임하여 회의를 진행할 수도 있을 것이다. 의장이 부당하게 회의를 미루거나 폐회를 서두른다든가 하는 사정이 있는 경우, 의장이 결의의 찬반을 유도한다든가 특정 주주에게는 발언의 기회를 부당하게 봉쇄하는 경우에도 마찬가지이다.

의장은 고의로 의사진행을 방해하기 위한 발언·행동을 하는 등 현저히 질서를 문란하게 하는 자에 대하여 그 발언의 정지 또는 퇴장을 명할 수 있는데(상법 제366조 제3항), 의장 자신이 그러한 경우에는 총회의 결의로 의장을 교체할 수도 있을 것이다.

의장의 자격에 관하여는 특별한 규정이 없으므로 회의에 참석할 수 있는 자 중에서 선임하면 될 것이다.

상법에서는, 회사는 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없으며, 이를 위반한 경우에는 그 이익을 회사에 반환하도록 규정하고 있는데(상법 제462조의2), 이는 전문주주(총회권)에 대비한 규정이다.

나. 이사·감사의 출석

이사·감사는 주주총회의 구성원은 아니지만 주식회사의 기관으로서 당연히 총회에 출석할 것이 예정되어 있다. 감사는 감사보고를 위하여 당연히 출석하여야 하고, 대표이사는 보통 총회의 의장을 맡으며, 다른 이사들도 보고나 의안의 설명을 위해서 출석할 것이 예정되어 있다.

이사·감사는 주주총회의 구성원은 아니므로 그 출석 여부는 총회의 성립에 영향을 미치지 아니하나 불출석으로 인하여 주주에 대한 설명, 답변이 제대로 이루어지지 않은 때에는 결의방법이 현저하게 불공정한 것으로 될 수도 있다.

다. 의결권의 행사

주주는 의결권을 직접 행사할 수도 있으나 대리인을 통해서 의결권을 행사할 수도 있으며 이 경우 대리인은 대리권을 증명하는 서면을 제출하여야 한다(상법 제368조 제3항).

출석한 자가 주주 본인인지 대리인인지 주주명부와 신분증 등에 의하여 확인하고, 위임장에 의하여 대리권을 증명하게 하여야 한다.

실무상으로는 회사에서 소집통지서와 함께 참석장을 보내어 이를 활용하며, 회사 양식에 의한 위임장이 아니라면 인감증명의 첨부을 요구하기도 한다. 또한 경영권 분쟁이 있거나 의안의 찬반에 이해가 첨예하게 대립하는 경우에는 확인절차가 더욱 엄격해질 수밖에 없을 것이다.

주주가 법인인 경우에는 대표자 또는 법인의 대리인을 통하여 의결권을 행사하게 된다.

주주총회는 정해진 일시·장소에 결의성립에 필요한 수의 주식을 가진 주주가 출석하고 의장이 개회를 선언함으로써 성립한다. 그러므로 보통은 의장이 기준일 현재 발행주식 총수, 총주주수, 당일 출석한 주주수 및 그 주식수를 보고한다.

라. 보고사항의 처리

주주총회에 보고하여야 할 사항이 각종 법령에 규정되어 있다.

이사는 영업보고서를 제출하고 그 내용을 보고하여야 하며(상법 제449조 제2항), 감사(監事)는 감사보고서(監査報告書)를 작성하여야 하며(상법 제447조의4), 주주총회에서 의견을 진술할 의무가 있다(상법 제413조).

① 자산 100억 원 이상 주식회사, ② 주권상장법인, ③ 부채 70억 원 및 자산 70억 원 이상 주식회사, ④ 종업원 300인 이상 및 자산 70억 원 이상 주식회사, ⑤ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 적용대상 법인(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제169조 제1항, 동법 시행령 제189조 제1항)은 외부감사(外部監査)를 받아야 하는바, 감사인(監査人)이 이사의 부정행위, 법령이나 정관에 위반되는 중대한 사실을 주주총회에 보고할 의무가 있다(주식회사의 외부감사에 관한 법률 제10조 제1항).

그 외에 감사인 선임보고(주식회사의 외부감사에 관한 법률 제4조 제3항), 이익에 의한 주식소각의 보고(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의3 제4항), 최대주주 등과의 거래내역 보고(상법 제542조의9 제4항)등이 있다.

감사는 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사정이 있는지의 여부에 관하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 하므로(상법 제413조) 주주총회가 열리면 정기이든 임시이든 묻지 아니하고 제일 먼저 감사의 보고를 들어야 한다.

정기주주총회의 경우 감사가 먼저 감사보고를 하고 다음으로 이사가 영업보고를 하는 것이 보통이다.

마. 의안의 심의(審議)

회의의 목적사항에 대하여 토론, 표결, 결의(決議)에 이르는 절차로서 이러한 의사진행절차에 관하여는 상법에 별도의 규정이 없다. 회의의 관행과 일반원칙에 따라 공정하고 합리적으로 진행되어야 한다.

통상 의안은 상정(上程), 토론(討論), 표결(表決)의 과정을 거치게 되는데 특별한 규정이 있는 것은 다음과 같다.

상장회사는 감사 선임 안건은 이사 선임 안건과 별도로 상정하고, 감사의 보수결정을 위한 의안은 이사의 보수의 결정을 위한 의안과는 별도로 상정하여 의결하여야 한다(상법 제542조의12 제5항)

자산 2조 원 이상의 상장회사는 집중투표제 관련 정관의 개정안은 그 밖의 정관변경의 의안과는 별도로 상정하여 의결하여야 한다(상법 제542조의7 제4항).

표결에 의하여 결의하는 경우에는 편의상 거수(舉手), 기립(起立), 투표(投票)의 방식을 사용하는데 누가 투표하였는지 확인할 수 있어야 하고, 누가 찬성하고 반대하였는지를 알 수 없는 비밀투표방식은 허용되지 않는다고 할 것이다.

바. 결의

표결 결과 법규상의 결의요건을 충족하는 의결권의 수가 확인되는 순간에 결의가 성

립한다. 가결(可決)의 경우 의장이 가결을 선언하는 것이 통례이지만 의장의 선언은 단순한 확인에 불과하다.

결의가 성립하면 바로 결의의 효력이 생기는 것이 원칙이다. 정관변경의 경우 주주총회의 특별결의로 바로 효력이 생긴다는 것이 판례이다(대법원 1978. 12. 26. 선고, 78누167 판결). 서면인 정관이 고쳐지거나 변경내용이 등기사항인 때 등기여부, 공증인의 인증여부는 정관변경의 효력발생과는 아무 상관이 없다고 한다.

그러므로 재무제표의 승인, 이사·감사의 선임·해임 등의 결의도 주주총회의 결의만으로 그 결의의 종국적인 목적을 달성하고 곧바로 효력이 생긴다. 감사 선임 결의에 대하여 별도로 임용계약이 있어야만 효력이 있다고 한 판례(대법원 2005마541 판결)는 납득하기 어렵다. 대표이사, 이사, 감사 등이 선임되었을 때 등기하여야 효력이 발생하는 것은 아니며 다만 그 선임등기는 제3자에게 대항하기 위한 요건이라는 등기선례와도 서로 상충된다. 주주총회 종료와 함께 대표이사인 이사의 임기가 만료하는 경우 주주총회에서 선임된 이사와 감사 등이 곧바로 이사회를 개최하여 대표이사를 선정하는 것이 실무이다.

4. 의사록의 작성과 공시

주주총회가 종료한 뒤에는 의사록 작성을 비롯하여 후속절차를 밟아야 한다. 대표이사인 이사의 임기가 만료되어 주주총회에서 이사를 다시 선임한 경우에는 이사회를 열어 대표이사도 다시 선임해야 한다. 이와 같이 주주총회의 결과 이사회를 열어야 하는 경우도 있다.

상장회사는 주주총회의 개최결과를 증권당국에 신고·보고하여야 한다.

정기주주총회에서 재무제표의 승인을 얻은 때에는 지체 없이 대차대조표를 공고해야 하며(상법 제449조 제3항), 결산 공고는 정관에 정한 공고방법에 따라 신문에 게재하거나 회사 인터넷 홈페이지에 게재한다.

주주총회의 결과 등기할 사항이 있으면 본점 소재지에서는 2주간 이내, 지점 소재지에서는 3주간 이내에 변경등기를 해야 한다.

아래에서는 주주총회 의사록에 관하여 살펴보기로 한다.

가. 의사록의 내용

의사록에는 의사의 경과요령(經過要領)과 그 결과를 기재하여야 한다.

의사록에는 ① 총회의 명칭, ② 총회의 개최 연월일과 개최시각, ③ 총회 개최지와 장소, ④ 총주주수와 그 주식의 수(의결권 있는 주식은 별도 표시), 출석주주와 그 주식 수, ⑤ 의장의 개회선언, ⑥ 의사의 진행요령과 결과(보고사항의 개요, 안건의 상정, 제안설명, 토론의 개요 및 표결방법과 결과), ⑦ 폐회선언 및 폐회시각, ⑧ 의사록 작성 연월일을 기재하는 것이 보통이다.

표결 결과에 대해서는 만장일치, 다수 찬성여부를 명백히 하며, 특별결의 사항에 대하여는 2/3 이상의 찬성이 있었음을 알 수 있게 기재하여야 한다.

이사, 감사의 선임에 있어서는 피선거자들이 즉석에서 그 취임을 승낙하였다면 그 취지도 기재한다. 등기실무에서는 피선거자들의 취임승낙 의사가 의사록에 기재되어 있고 그의 인감도장이 날인되어 있으면 별도로 취임승낙서를 제출하지 않는다고 한다.

나. 작성권한

의사록에는 의사의 경과요령과 그 결과를 기재하고 의장과 출석한 이사가 기명날인 또는 서명하여야 한다(상법 제373조).

작성의무를 규정하는 형식이지만 이는 작성권한도 함께 규정한 것이다.

보통의 서면이라면 작성자가 기명날인 또는 서명한다. 따라서 기명날인 또는 서명한다는 것은 그 서면을 작성한다는 의미이다.

의장과 출석 이사가 의사록의 작성자로서 기명날인 또는 서명한다는 말은 출석하지 않은 이사는 의사록 작성에 참여할 수 없다는 의미가 있다.

출석한 이사는 그 주주총회가 개최되고 있는 동안 출석한 이사 전원이다. 전임 이사가 주주총회 종료와 동시에 퇴임하기로 예정되어 미리 후임자를 선임하는 경우에는 전임 이사는 기명날인 또는 서명할 의무가 있다. 전임 이사가 임기만료 또는 사임으로 인하여 퇴임하였으나 상법 제386조 제1항에 의하여 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 경우에 그가 주주총회에 출석하였다면 그도 의사록에 기명날인 또는 서명하여야 한다.

주주총회에서 후임 이사가 선임되어 즉석에서 취임승낙을 하였다면 후임 이사도 기명날인 또는 서명하여야 한다.

주주총회에 퇴임 이사와 신임 이사가 함께 출석한 경우에는 전원이 기명날인하여야 한다.

기명날인권자의 일부 기명날인이 누락된 경우에 공증인의 인증을 받았어도 등기신청서의 첨부서류로서 인정하지 않는 것이 등기실무인 것 같다.

다만 형식적 심사권 밖에 없는 등기공무원으로서는 주주총회 당시 전임 이사가 출석을 하였는가 여부를 주주총회 의사록에 의하여 판단할 수밖에 없고, 따라서 그 의사록에 전임 이사가 출석하였다는 취지가 기재되어 있지 않은 한, 전임 이사의 기명날인이 없는 의사록을 첨부하여 등기를 신청한 경우에도 이를 수리할 수밖에 없다는 것이다(상업등기선례 1-74 1994. 4. 1. 제정).

주주총회 의사록에는 전임 이사를 기재하지 않는 것이 보통이어서 실무상으로는 신임 이사만 기명날인하였어도 유효한 것으로 취급한다. 대표이사가 임기만료로 퇴임하는 경우 의장으로서 회의를 주재하였다면 당연히 의장으로서 또한 출석 이사로서 기명날인하여야 할 것이다.

의장이 결의 내용에 불만을 가지고 의사록에 날인을 거부하는 경우에는 어떻게 하여야 할지 규정이 전혀 없다. 일본의 등기선례는 의장이 날인을 거부한 경우에는 대표이사의 진술서를 첨부하면 그 의사록을 등기신청서의 첨부서면으로 인정하고, 출석 이사 중에서 날인을 거부하는 자가 있는 경우에는 나머지 출석 이사 전원의 진술서를 첨부하면 마찬가지로 처리한 다고 한다.

의사록에 날인할 인감(印鑑)에 대해서는 아무런 제한이 없으나 의장이 대표이사인 경우에는 신고한 인감을 날인하는 것이 보통이다.

감사나 주주가 기명날인 또는 서명을 하는 경우도 많이 있는데 이는 의사록의 증명력을 높여주는 것으로서 허용된다고 할 것이다.

다. 의사록의 공시

의사록은 결의에 관한 증거문서이며, 의사록이 작성되지 않았더라도 결의의 효력에는 영향이 없고, 그 기재내용이 사실과 다른 때에는 다른 증거에 의하여 보충되거나 변

경될 수도 있다.

주주총회 의사록은 본·지점에 비치하며, 주주와 회사채권자의 열람에 제공한다(상법 제396조).

의사록은 총회 종료 후 지체 없이 작성되는 것이 원칙이지만 언제까지 작성되어야 하는지는 규정이 없다. 보통 주주총회의 결의에 따른 등기신청은 본점 소재지에서 2주간 이내에 하여야 한다는 점을 감안하면 늦어도 2주간 이내에는 작성되어야 할 것이다.

주주총회 의사록을 비치하지 않으면 과태료에 처하고(상법 635조 제1항 제21호) 의사록을 작성함에 있어서 기재할 사항을 기재하지 않거나 부실한 기재를 하여도 과태료에 처한다(제9호).

III. 이사회 제도

1. 이사회 의의 및 권한

가. 의의

이사회는 이사 전원으로 구성되며 회사의 업무집행에 관한 의사를 결정하고 이사의 직무집행을 감독하는 기관이다.

이사회 설치의 강제성은 없다. 다만 소규모주식회사는 이사회 설치가 강제되지 않는다. 소규모주식회사에 관하여는 별도로 살펴보기로 한다.

이사회는 회의의 형식으로 활동함에도 불구하고 그 존재 자체는 상설기관이다.

이사회가 그 권한을 행사하기 위해서는 반드시 회의를 개최하여 결의의 절차를 거쳐야 한다. 감사는 이사회 회의에 참석하여 발언할 수 있으나 이사회 구성원은 아니며 의결권도 없다.

나. 이사회 권한

이사회는 주주총회에서 선임된 이사들로 구성되지만 주주총회의 하부기관이 아니

다. 또한 주주총회가 주식회사의 최고 의사결정기관이라고 하더라도 이사회의 결의사항을 주주총회의 결의로 번복하거나 무효로 할 수는 없다. 이사회는 독립된 기관으로서 각 이사의 자기책임 하에 운영된다.

이사회는 법령이나 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 것을 제외하고는 회사의 업무집행에 관한 모든 사항에 대하여 의사결정권을 가진다.

업무집행이란 회사의 운영에 관련된 모든 사무로서 그 중에는 계약체결 같은 법률행위도 있고, 장부의 정리, 사용인의 지휘와 같은 사실행위도 있다.

그러나 출자자의 지위에서 이사·감사를 선임하거나 해임하는 것, 이사·감사의 보수를 정하는 것, 재무제표를 승인하는 것, 회사의 기초를 이루는 사항인 정관변경, 자본감소, 합병, 해산 등은 주주총회의 권한에 해당한다.

이사회의 의사결정권한 내지는 업무집행결정권한은 한편으로는 업무집행자가 제대로 집행하는지 감독하는 형태로 나타난다. 이것이 감독권이다.

다. 업무집행결정권

회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다(상법 제393조 제1항). 상법이 열거하고 있는 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등은 업무집행의 예시라고 본다.

이사회의 업무집행결정권 중에서 몇 가지는 정관의 규정에 의하여 주주총회의 권한으로 전환할 수 있는 것이 있다. 대표이사의 선정(상법 제389조 제1항), 신주발행(상법 제416조), 준비금의 자본전입(상법 제461조 제1항), 전환사채의 발행(상법 제513조 제2항), 신주인수권부사채의 발행(상법 제516조의2 제2항) 등이 이에 해당한다.

이사회의 고유권한사항은 정관의 규정으로도 주주총회의 권한으로 할 수 없는데 주식양도를 제한할 경우에 주식양도의 승인(상법 제335조 제1항 단서), 주주총회의 소집(상법 제362조), 이사의 경업승인(상법 제397조), 이사와 회사간 거래의 승인(상법 제398조), 재무제표의 승인(상법 제447조), 사채발행(상법 제469조) 등이 이에 해당한다.

라. 감독권

이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다(상법 제393조 제2항). 이사회는 대표이사 및 업무담당이사의 직무집행을 감독하는데, 감사의 감독권한과 달리 단순히 위법한 직무집행에 대하여 시정을 구하는 것에 그치지 않고 타당성까지 감독할 수 있으며, 대표이사의 직무집행이 부당하면 대표이사를 해임할 수도 있다.

이러한 감독권한은 이사의 권한이기도 하지만, 이사회의 구성원으로서 각 이사의 직무이기도 하다. 그리하여 이사회가 감독권한을 적절히 행사하지 아니한 때에는 각 이사가 책임을 지게 된다.

이사가 감독권을 행사하기 위해서는 이사회가 열려야만 한다. 이사의 보고를 청취하거나 이사에게 질문하는 것은 개별적인 이사의 자격으로 할 수 있으나 직무집행 행위의 중지·시정요구 등은 이사회의 결의를 거쳐야 한다.

이사회가 감독권을 행사하여 대표이사 등 이사들에게 정보를 요구할 수 있지만 각 이사도 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있으며(상법 제393조 제3항), 이사가 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하도록 되어 있으므로(상법 제393조 제4항), 이사는 이러한 감시활동을 통하여 정보를 얻어 업무집행을 감독하게 되는 것이다.

2. 이사회의 소집

가. 소집권자

이사회는 각 이사가 소집한다. 그러나 이사회의 결의로 소집할 이사를 따로 정할 수 있다(상법 제390조 제1항). 대표이사이든 아니든 묻지 않고 이사이면 이사회를 소집할 수 있으며, 소집권자가 정해져 있어도 다른 이사는 소집권자인 이사에게 이사회의 소집을 요구할 수 있다. 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회의 소집을 거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수도 있다(상법 제390조 제2항).

나. 소집절차

이사회를 소집함에는 회일을 정하고 그 1주간 전에 각 이사 및 감사에 대하여 통지를

발송하여야 한다. 그러나 그 기간은 정관으로 단축할 수 있다(상법 제390조 제3항). 이사회는 이사 및 감사전원의 동의가 있는 때에는 소집절차를 생략하고 언제든지 회의할 수 있다(제4항). 소집통지가 일부 누락되었더라도 이사 및 감사 전원이 출석한 경우 이사회 결의는 유효하다.

소집통지에는 회의의 일시와 장소를 표시하여야 하지만 회의의 목적사항은 통지하지 않아도 된다. 주주총회와 다른 점이다.

다. 소집시기

회의의 시기는 상식적으로 허용되는 정도여야 한다. 반대의견을 가진 이사가 해외출장 중인 틈을 타서 결의를 한다든지, 대표이사가 출장 중에 대표이사의 해임을 결의하는 것 등은 이를 특별히 정당화할 수 있는 이유가 없는 한 무효라 할 것이다.

이사회 장소에 관하여는 주주총회와는 달리 아무런 제한 규정이 없다.

라. 이사의 출석의무

이사는 이사회에 출석하여 의결권을 행사할 의무가 있으며, 이사의 가장 중요한 직무이다. 이사는 직접 출석하여야 하며, 대리인에 의한 출석은 허용되지 아니한다.

마. 이사회 결의

이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수로 하여야 한다(상법 제391조 제1항). 정관으로 그 비율을 높게 정할 수는 있으나 하향조정할 수는 없다.

가부동수인 경우 특정인에게 결정권을 행사하도록 하는 것은 과반수 결의의 원칙에 위반되며, 1인 1표 원칙에도 위반되어 무효이다(반대설 있음).

이사회 결의에 대하여 특별한 이해관계가 있는 이사는 의결권을 행사할 수 없다(상법 제391조 제3항, 제368조 제4항). 자기거래의 승인을 구하는 이사는 특별이해관계인이지만 대표이사의 선임이나 해임에 있어서 대상 이사는 특별이해관계인이 아니라고 해석된다.

이사회는 화상회의의 방식으로 결의를 할 수도 있으나(상법 제391조 제2항), 서면결의는 허용되지 않는다고 한다. 이사회는 경영에 관한 실무적인 문제를 다루므로 상호의견을 충분히 교환함으로써 최적의 결론을 내야 하는 의사결정의 방식을 취해야 하기 때문이라고 설명하고 있다.

이사회 결의에 대해서는 이사가 책임을 져야 하므로 각자의 찬반의사가 명확히 밝혀져야 하며 무기명투표는 허용되지 아니한다.

바. 이사회 결의의 하자

이사회 결의에 하자가 있으면 그 결의는 무효이다. 주주총회의 결의에 하자가 있는 것과는 달리 결의취소, 무효, 부존재로 나뉘지도 않고 무효를 주장하는 방법도 제한이 없다.

이사회 결의의 하자가 문제가 되어 그 후속행위의 효력이 문제가 되는 경우도 있다. 하자있는 이사회 결의에 의해 소집된 주주총회의 결의에 대하여는 주주총회 결의 취소 혹은 주주총회 결의 부존재확인 소에 의하여 다투어야 하고, 하자있는 이사회 결의에 의하여 신주가 발행된 경우에는 신주발행무효 소에 의하여 그 효력을 다투어야 한다.

3. 이사회 의사록의 작성과 공시

이사회 의사에 관하여는 의사록을 작성하여야 한다(상법 제391조의3 제1항). 이사회 결의가 실행된 경우 결의관계자 및 집행행위자들의 책임이 따르므로 의사록은 결의에 관한 증거로서 중요한 의미가 있다. 이사회 결의는 적법한 결의요건을 충족하는 표결이 있음으로써 성립하고, 바로 효력이 발생한다. 의사록은 결의에 관한 증거문서이며, 의사록이 작성되지 않았더라도 결의의 효력에는 영향이 없고, 그 기재내용이 사실과 다른 때에는 다른 증거에 의하여 보충되거나 변경될 수도 있다. 의사록에는 의사의 안전, 경과요령, 그 결과, 반대하는 자와 그 반대이유를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하여야 한다(상법 제391조의3 제2항). 반대이유를 기재하는 것은 사후 문책가능성을 의식하여 안이하게 반대하는 자가 있을 수 있으므로 반대의사의

신뢰성을 확보하기 위한 것이다.

의사록에는 통상 ① 이사회회의 개최 연월일시 및 장소, ② 총 이사수와 출석 이사수, ③ 의안에 관한 질의 및 의견, ④ 결의의 성립과정, ⑤ 결의의 내용을 기재하고, ⑥ 출석한 이사와 감사가 기명날인 또는 서명한다.

의사록에 기재할 사항을 기재하지 않거나 부실한 기재를 한 경우에는 과태료의 제재를 받는다(상법 제635조 제1항 9호).

이사회 의사록은 주주총회 의사록과 달리 본·지점에 비치할 필요는 없으나 주주는 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(상법 제396조 제3항).

4. 이사회 내 위원회

이사회는 내부에 기능이 분화된 위원회를 설치할 수도 있다(상법 제393조의2). 위원회를 두기 위해서는 정관에 위원회의 권한과 구성방법 및 운영방법까지 명시되어야 한다.

이사회 내 위원회로는 감사위원회(상법 제415의2), 자산 2조 원 이상인 상장회사에서 의무적으로 설치하여야 하는 특례감사위원회(상법 제542조의11), 사외이사후보추천위원회(상법 제542조의8 제4항), 감사인선임위원회(「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제4조 제2항) 등이 있다.

이사회 내 위원회가 위임받은 사항을 결의한 경우에 이사회가 그 결의를 변경하지 않는 한 위원회의 결의가 곧 이사회회의 결의가 된다. 그러므로 위원회는 결의가 되면 이를 각 이사에게 통지하여야 하며, 이 통지를 받은 이사는 그 결의가 부당하다고 생각하는 경우 이사회회의 소집을 요구할 수 있다(상법 제393조의2 제2항, 제4항).

다만 감사위원회의 결의에 대하여는 이사회가 변경하여 결의하는 것은 허용되지 아니한다(상법 제415조의2 제6항).

이사회 내 위원회의 의사에 관하여도 이사회와 마찬가지로 의사록을 작성하여야 하며(상법 제393조의2 제5항, 제391조의3), 주주는 의사록의 열람과 등사를 청구할 수 있다.

IV. 소규모주식회사의 특례

1. 자본금 10억 원 미만 주식회사

2009년 5월의 개정 상법은 자본금 10억 원 미만 주식회사에 관하여 특례규정을 많이 도입하였다. 창업을 용이하게 할 수 있도록 규제완화차원에서 상법을 개정한 것이다. 2008년 말 기준으로 법인세 신고 법인은 약 398,000개 정도인데 자본금 10억 이하의 법인이 367,000개 정도로 전체의 92%를 넘어서고 있다. 자본금 10억 원을 초과하는 법인은 31,000개 정도인 것이 현실이다.

법인 의사록의 인증업무를 취급하는 공증인으로서의 예외적인 것을 오히려 원칙으로 느낄 정도가 되었다.

소규모주식회사의 특례는 공증인의 업무와 밀접한 관련이 있으므로 주주총회 내지는 이사회와 관련이 없는 부분도 함께 살피기로 한다.

2. 특례규정

가. 발기설립의 경우 원시정관 공증의무의 면제

주식회사의 설립 시에는 발기인이 정관을 작성하고 기명날인 또는 서명하여야 하고 원시정관은 공증인의 인증을 받아야 그 효력이 생긴다. 정관의 작성을 명백히 하고 후일의 분쟁을 예방하며 회사설립에 관한 책임소재를 분명하게 하려는데 그 목적이 있다. 개정상법에서는 발기설립의 방법으로 소규모주식회사를 설립할 때에는 공증인의 인증을 요하지 않고 각 발기인이 기명날인 또는 서명함으로써 효력이 생기는 것으로 하였다(상법 제292조 단서).

상법을 비롯하여 법령을 위반한 정관을 작성하여 인증을 요구하는 일이 제법 많았던 종래의 경험에 비추어 보면 정관도 법(규범)이라는 인식이 부족한 입법으로 여겨진다.

심지어는 회사 설립 후 정관이 존재하는지조차 알지 못하여 의사록 인증 과정에서 정관의 제출을 요구하면 ‘우리 회사에는 정관이 없다’는 답을 하는 사례도 있다.

공증인법 제63조에 따른 정관 공증 의무가 면제되기는 하였지만 회사설립과정에서 발생할 수 있는 법적인 분쟁을 예방하는 차원에서 발기인들이 작성한 정관이 틀림없다는 취지의 확인서를 작성하여 사서증서 인증(공증인법 제57조)의 방법으로 인증을 받아두는 것이 좋을 것이다. 적어도 회사설립절차가 완료된 후에는 대표이사가 ‘회사에 비치된 정관이 틀림없다’라는 취지의 확인서를 작성하여 사서증서의 인증을 받아두어야 할 것이다.

입법론적으로는 발기설립의 방식으로 회사를 설립한다고 하더라도 변태설립사항이 있는 경우까지 정관인증의 의무를 면제한 것은 지나친 것으로 생각한다. 현물출자나 재산양수약정은 말할 것도 없고 발기인이 받을 특별이익이나 회사가 부담할 설립비용, 발기인의 보수 등과 관련하여 법적 분쟁이 일어날 여지가 많은데 그때 정관의 존재와 그 내용조차 불분명하다면 분쟁해결이 어렵기 때문이다.

나. 주주총회 소집절차의 완화 및 결의방법의 간이화

일반적인 주식회사에서 주주총회를 소집하려면 기명주주에게는 회일 2주간 전에 통지를 발송하고, 무기명주주를 위해서는 회일 3주간 전에 공고하여야 하지만 소규모주식회사의 경우에는 기명주주에게는 회일 10일 전에 통지를 발송하고, 무기명주주를 위해서는 회일 2주간 전에 공고하면 된다(상법 제363조 제1항 내지 제4항). 단지 예고기간을 단축한 것이며 총회 소집 통지·공고의 방법은 일반 주식회사와 다를 바가 없다.

개정상법은 소규모주식회사는 주주전원의 동의가 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있다고 규정하고 있다(상법 제363조 제5항). 이는 유한회사에 관한 총사원의 동의가 있을 때에는 소집절차 없이 총회를 열 수 있다는 규정(상법 제573조)을 답습한 것이다. 한편으로는 판례가 유효성을 인정하던 전원출석총회보다 더 간편한 절차를 허용한 것이다. 주주 전원의 동의를 받기만 하면 일부 주주가 총회에 출석하지 않았더라도 유효한 결의를 할 수 있기 때문이다.

‘소집절차 없이’가 무슨 뜻인지는 다소 불분명하다. 소집통지나 공고만을 생략할 수 있다는 것인지 이사회의 총회소집결정까지 생략할 수 있다는 것인지 분명하지 않다. 종전 전원출석총회의 유효성을 인정한 판례는 소집절차와 아무 상관없이 전원이 출석하여 결의를 하였는지 여부에 의하여 판단하고 있다(대법원 2002. 7. 23. 선고, 2002다

15733 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도1044 판결; 대법원 2002. 12. 24. 선고, 2000다69927 판결). 나아가 주주총회 소집을 반대하는 경영진의 의사를 무시하고 주주들이 전원출석 주주총회를 열어 대표이사, 이사를 모두 해임하는 결의를 한 경우조차 유효성을 인정하고 있다(등기선례5-841 1998. 9. 22. 제정, 상업등기선례 200705-5 2007. 5. 25. 제정)

주주전원의 동의는 주주총회마다 개별적으로 받아야 하며, 장래의 모든 주주총회에 관하여 포괄적으로 동의하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 주주총회의 소집절차는 주주들에게 총회 출석의 기회를 제공하고 사전 준비를 위한 것으로 개별 주주는 총회마다 개별적으로 사정이 달라지기 때문이다.

주주전원의 동의는 주주총회 이전에 받는 것이 원칙이지만, 사후에 받는 것도 허용된다고 본다. 총회소집의 통지를 받을 주주의 권리는 개개 주주의 이익을 위한 것으로 당해 주주가 포기할 수 있기 때문이며, 그러한 의미에서 동의는 사후적으로 주인이 가능하다.

개정 상법은 또한 주주 전원의 동의가 있으면 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있고, 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 보며, 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있다고 규정하고 있다(상법 제363조 제5항, 제6항)

이는 유한회사에 허용되는 서면결의제도(상법 제577조)를 소규모주식회사에도 도입한 것으로, 주주총회를 열지 않고 서면만으로 결의할 수 있는 길이 열린 것이다. 그 전제로 주주 전원의 동의가 있어야 한다. 단 1명이라도 총회의 개최나 토론과 질의를 요구한다면 서면결의를 할 수는 없다.

이는 상법 제368조의3에 규정된 서면에 의한 의결권 행사(서면투표)와는 다른 것이다.

다. 이사의 최저 인원수 감축

일반 주식회사에서 이사의 수는 3명 이상이어야 하나 소규모주식회사는 1명 또는 2명으로도 할 수 있다(제383조 제1항 단서).

상법 제383조 제1항 단서의 의미는 소규모주식회사는 정관에 이사의 정원을 1명 또

는 2명으로 할 수 있다는 의미이고, 정관에 그렇게 규정한 경우에 한하여 제383조 제4항 내지 제6항이 적용된다는 것이다.

따라서 소규모주식회사이지만 정관에 3명 이상의 이사를 두기로 한 경우에는 일반의 주식회사와 다를 바 없다. 법률에 정한 이사의 원수를 꺾는 것 외에 정관에 정한 원수를 꺾한 경우에도 그 선임절차를 해태하면 과태료의 제재를 받는다(상법 제635조 제1항 8호). 3명 이상의 이사가 이사회를 구성하는 것은 당연하고, 어떤 사정으로 이사가 2인이 되어도 이사회가 존속한다. 사망으로 이사가 2명으로 된 경우에는 나머지 2명의 이사로 이사회를 구성하게 된다. 이사가 사임하여도 후임 이사가 선임되어야 사임등기가 경료 되고, 심지어 이사를 해임하는 결의를 하여도 후임 이사가 선임되지 않는 해임등기가 경료 되지 않을 것이다.

정관에 ‘이사의 정원은 1명 이상으로 한다.’ 혹은 ‘이사의 정원은 1명 또는 2명 이상으로 한다.’라는 형식으로 규정하고서 실제로는 3명 이상의 이사를 둔 경우에는 사정이 다르다고 하겠다. 우선 이사회의 설치가 강제되는 것은 일반 주식회사와 다를 바 없지만 이사가 사망하더라도 이사의 원수를 꺾하는 것이 되지 않는 점은 다르다. 따라서 과태료의 제재도 없으며, 후임자가 없다는 이유로 사임등기 혹은 해임등기가 거부되는 일도 없을 것이다. 이사가 3명인 회사에서 정관으로 이사회를 설치하지 않기로 규정하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

결국 소규모주식회사로서 이사가 1명 또는 2명이 되는 것을 정관으로 허용한 경우로서 실제로 이사가 1명 또는 2명이 된 경우에 한하여 상법 제383조 제4항 내지 제6항이 적용되는 것이다. 당초부터 1명 또는 2명을 둔 경우뿐만 아니라 처음에는 3인을 두었으나 어떤 사정으로 인하여 1명 또는 2명으로 된 경우에도 적용된다고 하겠다.

소규모주식회사에서 이사를 1명 또는 2명으로 하는 경우에는 각 이사가 회사를 대표한다(상법 제383조 제6항). 1명의 이사를 둔 경우에는 그 이사가 당연히 회사의 대표자가 되고, 2명의 이사를 둔 경우에는 원칙적으로 각 이사가 회사를 대표하게 되나 정관에 따라 대표이사를 정할 수 있다. 여기서 ‘정관에 따라’는 대표이사를 정하는 방법을 정관에 규정할 수 있다는 의미이다. 이사의 호선이나 주주총회 결의의 방법이 보통이다.

소규모주식회사에서 이사를 1명 또는 2명으로 하는 경우에는 이사회가 존재하지 않게 되므로 종래 이사회의 권한 중에서 일부는 주주총회의 권한으로 전환된다(상법 제

383조 제4항). 이를 열거하면 다음과 같다.

- ① 주식양도에 관한 이사회 승인(상법 제335조 제1항 단서 및 제2항, 제302조 제2항 제5호의2, 제317조 제2항 제3호의2, 제335조의2 제1항·제3항, 제335조의3 제1항·제2항, 제335의7 제1항, 제356조 제6호의2))
- ② 주식매수선택권 부여의 취소(상법 제340의3 제1항 제5호)
- ③ 이사의 경업거래 승인(상법 제397조 제1항·제2항)
- ④ 이사와 회사의 거래 승인(상법 제398조)
- ⑤ 신주발행사항의 결정(상법 제416조 본문)
- ⑥ 준비금의 자본전입 결정(상법 제461조 제1항 본문 및 제3항)
- ⑦ 중간배당의 결의(상법 제462조의3 제1항)
- ⑧ 배당금 지급시기의 결정(상법 제464조의2 제1항)
- ⑨ 사채모집의 결정(상법 제469조)
- ⑩ 전환사채 발행사항의 결정(상법 제513조 제2항 본문 및 제3항)
- ⑪ 신주인수권부사채 발행사항의 결정(상법 제516조의2 제2항 본문)

소규모 주식회사의 경우 이사회가 없게 된 사정으로 이사회 결의가 있는 때를 주주총회의 소집통지가 있는 때로 보아야 할 경우가 있다.

- ① 주식교환 반대주주의 주식매수청구권 인정(상법 제360조의5 제1항)
- ② 합병 반대주주의 주식매수청구권 인정(상법 제522조의3 제1항)

위 2가지 경우에는 주식교환에 반대하는 주주나 합병에 반대하는 주주는 주주총회 소집통지를 발송하였을 때부터 주주총회 이전까지 반대의 의사를 서면으로 통지해야만 주식매수청구권이 있다. 일반 주식회사의 경우에는 이사회 결의가 있는 때로부터 주주총회 이전에 회사에 대하여 반대의 의사를 통지해야만 주식매수청구를 할 수 있다.

그리고 소규모주식회사에서 이사를 1명 또는 2명으로 하는 경우에는 이사회가 존재하지 않아 다음 조문은 적용될 여지가 없다.(상법 제383조 제5항).

- ① 이사회 소집(상법 제390조)
- ② 이사회 결의방법(상법 제391조)
- ③ 감사의 이사회 출석(상법 제391조의2)
- ④ 의사록 작성과 비치(상법 제391의3)

- ⑤ 이사회 의 연기, 속행(상법 제392조)
- ⑥ 이사회 의 권한(상법 제393조 제2항 내지 제4항)
- ⑦ 이사회 결의에 찬성한 이사의 연대책임(상법 제399조 제2항)
- ⑧ 흡수합병보고총회를 갈음하는 이사회 공고(상법 제526조 제3항)
- ⑨ 신설합병보고총회를 갈음하는 이사회 공고(상법 제527조 제4항)
- ⑩ 간이합병 소멸회사 이사회 승인(상법 제527조의2 제1항)
- ⑪ 소규모합병 존속회사 이사회 승인(상법 제527조의3 제1항)
- ⑫ 채권자보호절차 이사회 승인(상법 제527조의5 제2항)

소규모주식회사에서 이사를 1명 또는 2명으로 하는 경우로서 다음의 경우에는 이사가 이사회의 기능을 담당한다(상법 제383조 제6항).

- ① 이사회 의 총회 소집 결정(상법 제362조)
- ② 주주제안에 관한 이사회 의 처리(상법 제363조의2 제3항)
- ③ 소수주주의 이사회 에 대한 임시주주총회 의 소집 청구(상법 제366조 제1항)
- ④ 전자적 방법 의결권 행사에 관한 이사회 결의(상법 제368조의4 제1항)
- ⑤ 중요자산의 처분, 대규모 차입, 지배인의 선임·해임, 지점의 설치·이전·폐지 등 회사의 업무집행(상법 제393조 제1항)
- ⑥ 감사의 이사회 에 대한 임시총회 소집청구(상법 제412조의3 제1항)

소규모주식회사에서 이사를 1명 또는 2명으로 하는 경우에 관한 조항은 이사의 원수에 따른 것이어서 감사를 두는지 아닌지에 따라 적용여부가 달라지지 아니한다.

소규모주식회사로서 이사가 1명 또는 2명인 경우에 대하여 현행법은 이사회 의 권한을 주주총회 의 권한으로 전환하는 방식을 취하였는데 입법론적으로는 상당한 규모의 주식회사를 전제로 한 제도를 제한하는 방식을 연구하여야 한다. 주식의 중간배당, 사채발행, 합병과 분할, 준비금의 자본전입, 주식매수선택권부여(스톡옵션)제도, 상환주식이나 전환주식, 무기명 주권, 사후설립 등은 소규모회사와는 크게 관련이 없고, 소규모주식회사에서 예를 들어 사채를 발행할 사정이 있다면 이사회를 설치하는 회사로 전환하면 되기 때문이다.

라. 감사의 임의기관화

일반주식회사는 감사 또는 감사위원회를 반드시 두어야 하나 소규모주식회사는 감사를 둘 수도 있고, 두지 않을 수도 있다(상법 제409조 제4항). 정관에 감사를 두지 않을 수 있다는 취지의 기재를 하는 것이 보통이다. 심지어는 '1인 이상의 감사를 둘 수 있다.'고 기재하기도 하는데 적절한 표현 방법은 아닌 것 같다.

감사를 두지 않은 소규모주식회사의 경우에는 주주총회가 감사의 역할을 대신하며(상법 제409조 제6항, 제412조, 제412조의2 및 412조의4 제1항, 제2항), 이사와 회사 간의 소송에서는 회사를 대표할 자를 별도로 선임하여야 한다(상법 제409조 제5항).

이상으로 소규모주식회사의 특례를 살펴보았는데, '주식회사'로서 이름은 거창하지만 실상은 개인사업체와 별반 다를 게 없는 회사가 범람하는 현실에 과연 소규모주식회사에 관한 특례가 필요한 것인지는 크게 의문이다. 주주는 주금을 납입하는 것 이외에 더 이상 책임질 일이 없고, 이사나 감사 특히 대표이사까지 회사의 채무에 대하여 개인적으로는 책임을 지지 아니하는 것이 주식회사제도의 본질인데, 이러한 본질과는 동떨어진 느낌이다. 특별한 혜택을 허용한다면 그만큼 책임도 강화시켜 일정한 경우 법인격을 남용하거나 법인격이 형해화(形骸化)된 것으로 인정하고 개인책임을 물릴 수 있도록 근거규정도 마련해야 할 것이다.

V. 의사록의 인증

1. 의사록 인증의 절차

공증인이 의사록 인증 업무를 취급하는 절차는 일반의 공증업무와 크게 다르지 않다.

촉탁을 받고, 인증서(교부용)를 작성하여 촉탁인에게 내어주고 인증서(보관용)와 부속서류를 보관하는 절차는 대체로 동일하다.

다만 다른 점은 정관 인증의 경우와 마찬가지로 촉탁의 접수단계에서 의사록 2통(2통 모두 원본이어야 한다)을 제출받고 인증서를 2통 작성하여 1통은 공증인이 보존하고, 다른 1통은 촉탁인 또는 그 대리인에게 돌려주어야 한다는 것이다(공증인법 제66조의2 제4항, 제63조 제1항, 제3항).

그 결과 공증인이 보존하는 의사록은 원본이며, 문서의 사본을 보관하는 사서증서의

인증과 차이가 난다.

공증인이 의사록의 원본을 보존하므로 정관의 경우와 마찬가지로 공증인은 자신이 보존하는 의사록(사실은 의사록의 인증서) 원본에 부속서류를 연철하게 된다.(제64조 제1항)

의사록 인증의 경우에도 정관의 인증처럼 증서에 관한 제43조(원본의 열람), 제50조(등본의 발급), 제51조(등본의 기재사항), 제52조(초록 등본), 제53조(부속서류의 등본), 제54조(청구자의 등본 작성), 제55조(등본 작성 방법)가 준용된다. 다시 말하면 공증인이 원본을 보관하는 공정증서나 정관의 경우처럼 촉탁인, 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계를 가지고 있음을 증명한자는 의사록 원본의 열람을 청구할 수 있고, 의사록 인증서의 등본 또는 부속서류의 등본을 청구할 수 있다.

여기서 의사록의 취지에 관하여 법률상 이해관계를 가지고 있다는 것은 촉탁인이나 승계인은 아니지만 결의의 결과 대표이사, 이사, 감사로 선임되었거나 해임된 경우, 결의의 내용에 반대하였거나 찬성한 사정으로 인하여 법률적 문제가 발생한 경우 등일 것이다.

공증인이 보존하는 의사록이 멸실된 경우에는 정관 멸실 경우와 같이 공증인은 촉탁인에게 돌려준 의사록으로 등본을 작성하거나 이미 발급한 의사록의 등본을 회수하여 소속지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 의사록을 대신하여 보존하여야 한다(제65조 제1항). 이때에는 소속지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실한 의사록에 대신하여 이를 보존한다는 취지와 인가의 연월일을 기재하고 공증인이 이에 서명날인하여야 한다(제65조 제2항, 제41조 제2항).

2009년 2월 6일 공증인법의 개정으로 사서증서 인증의 경우에도 인증을 부여한 증서의 사본과 그 부속서류를 보존하여야 하며(제57조 제4항), 그 증서 사본이 멸실된 경우에는 공증인은 촉탁인이 소지하는 증서에 따른 사본을 작성하여 소속 지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 증서 사본을 대신하여 보존하여야 한다(제65조 제2항).

종전에는 이 점에서 사서증서의 인증과 큰 차이가 있었으나 현재는 차이가 별로 없게 되었다.

위에서 설명한 것 외에는 의사록 인증이나 사서증서 인증이나 차이가 없다.

조금 더 설명하면 의사록에 글자의 삽입, 삭제, 수정, 난외(欄外) 기재 또는 그밖에 정정된 부분이 있거나 파손되거나 그 밖에 결보기에 현저히 의심할 만한 사유가 있을 경

우에는 그 상황을 인증문에 적어야 하며(제57조 제3항), 의사록 인증서에는 등부번호, 인증의 연월일 및 장소를 적고 공증인과 참여인이 서명날인하며, 인증서와 인증부(認證簿)의 사이에 간인하여야 한다(제58조). 또한 인증부에는 인증을 부여할 때마다 진행 순서에 따라 등부번호, 촉탁인의 주소와 성명(법인인 경우에는 그 명칭과 사무소 소재지), 의사록의 종류와 서명날인한 자, 인증의 방법, 참여인의 주소와 성명, 인증 연월일을 모두 적어야 한다.

또한 사서증서 인증의 경우와 마찬가지로 공정증서 작성에 관한 제25조(증서를 작성할 수 없는 경우), 제26조(사용 언어), 제27조(촉탁인의 확인), 제28조(통역인의 사용), 제29조(참여인의 참여), 제30조(대리 촉탁), 제31조(대리권의 증명), 제32조(허락·동의가 필요한 법률행위의 공증), 제33조(통역인·참여인의 선정과 자격), 제36조(증서의 작성 방법), 제37조(글자의 수정·삽입·삭제), 제38조 제5항(간인)이 준용된다(제59조).

공정증서에 관한 규정으로서 준용되지 않는 조항은 ①공정증서 작성에 관한 고유한 사항이거나 사서증서 인증에 별도 규정이 있는 조항과 ② 증서에는 정본이 있지만 의사록의 인증에는 정본이 없는 관계로 적용의 여지가 없는 조항이다.

제34조(증서의 내용), 제35조(기재사항), 제35조의2(부기), 제38조(증서의 작성 절차), 제39조(서면의 인용), 제40조(부속서류의 연결), 제41조(원본 멸실의 경우), 제42조(인지의 첨부), 제44조(증서원부), 제45조(증서원부의 기입 사항), 제56조(유언서·거절증서 작성의 특칙), 제56조의2(어음·수표의 공증 등), 제56조의3(집행문 부여의 제한), 제56조의4(집행권원인 공정증서의 정본 등의 송달)는 ①의 경우이고, 제46조(증서 정본의 발급), 제47조(증서 정본의 기재사항), 제48조(초록 정본), 제49조(정본 발급 사실의 기재)는 ②의 경우이다.

2. 의사록 인증의 특징

앞서 본 바와 같이 사서증서의 인증과 같은 점도 있고 다른 점도 있으며, 정관의 인증과도 다른 점이 있다. 또한 의사록 인증에 관한 근거조항인 공증인법 제66조의2만으로는 촉탁인이 누구인지 혼란스럽다. 아래에서는 이를 검토함으로써 의사록 인증의 특징을 살펴보고자 한다.

가. 사서증서 인증과 구별

사서증서는 그 작성자가 자신이 작성한 것을 인정하여야 인증을 부여한다. 반면 법인의 의사록 인증은 총회 등의 결의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하여야만 인증을 부여한다.

사서증서 인증은 작성자가 작성한 것을 확인하는 것이 목적이지만 법인 의사록 인증은 총회 등의 결의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는 것이 목적이다.

사서증서의 인증은 그 작성자가 촉탁하지만 법인 의사록의 인증은 결의에 필요한 정족수 이상의 자(결의 당사자)가 촉탁하게 된다. 촉탁인이 반드시 작성자라고 할 수는 없는 점에서 사서증서 인증과 다르다. 이사회 의사록은 출석 이사와 감사가 작성하지만 결의 당사자(촉탁인)는 이사이며, 주주총회 의사록은 의장과 출석 이사가 작성하지만 결의 당사자(촉탁인)는 주주이다.

법인 의사록의 인증에 있어서는 의사록 자체에 법령에 위반한 사항, 무효인 법률 행위 등이 포함되지 않아야 함은 물론이고, 정관, 등기부등본, 진술서와 주주명부 등도 제출시켜서 결의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는데 사서증서 인증의 경우에는 당사자에게 사서증서를 작성한 근거자료를 요구하지는 않는다.

의사록의 인증에 있어서는 정관의 인증과 마찬가지로 의사록 원본을 2통 제출받아 의사록 인증서 2통을 작성한 후 의사록 1통은 공증인이 보존하고 다른 1통은 촉탁인에게 돌려준다. 그리하여 의사록 인증에 있어서는 공증인 사무실에 원본이 보존되고 되는바 사본을 보관하는 사서증서의 인증과 다르다.

사서증서의 인증은 원칙적으로 공증인의 사무실 안에서 이루어진다. 공증인이 사서증서 인증을 위하여 사무소 밖으로 출장을 나가는 일은 거의 없다.

법인 의사록 인증 중 참석인증은 공증인이 의결장소까지 출장을 나가야 한다. 참석인증은 공증인법 제17조 제4항 단서의 사건의 성질상 사무소에서 직무를 행할 수 없을 때에 해당한다.

위와 같이 의사록의 인증과 사서증서의 인증은 인증의 목적과 내용, 인증의 방법뿐만 아니라 인증 이후 서류의 보관방법까지 크게 다르다.

나. 정관의 인증과 구별

정관의 인증은 공증인의 면전에서 서명 또는 기명날인을 자인케 한 후 그 사실을 기재하는 방법으로 행하지만, 법인 의사록의 인증은 공증인이 결의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는 방법으로 행한다.

정관 인증의 촉탁인은 정관의 작성자인 발기인 전원이지만, 앞서 설명한 바와 같이 법인 의사록 인증의 촉탁인은 그 의사록의 작성자가 아니다.

정관 인증에 있어서는 정관에 법령이나 강행법규에 위반하는 내용이 있는지 확인하지만 정관 자체만으로 확인하는데 비하여, 의사록 인증에 있어서는 의사록 이외에 정관, 등기부등본, 진술서 등 여러 가지 자료를 검토하여 의사록의 진실성을 확인한다.

다. 촉탁인의 이중성

참석인증에 관한 조문으로는 누구의 촉탁으로 의사록을 인증하는지 알기가 어렵다. 청문인증에 관한 조문을 보면 ‘해당의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자’가 촉탁인이다. 참석인증이나 청문인증이나 촉탁인이 달라진다고 할 수는 없으므로, 참석인증의 경우에도 촉탁인은 ‘해당의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자’이다. 현재 의사록 인증의 실무에서도 그렇게 처리되고 있다.

한편 인증의 대상이 되는 의사록은 법인의 서류이며, 주주는 법인의 기관인 주주총회의 구성원으로서 촉탁하고, 이사회 역시 법인의 기관인 이사회의 구성원으로서 촉탁을 한다. 이러한 촉탁은 법인의 업무자체이거나 법인의 업무와 밀접하게 관련된 행위이다. 보통은 인증의 비용도 법인이 지불한다. 그러므로 의사록 인증에 있어서는 법인도 촉탁인의 성격이 있다고 본다.

공증실무에서는 촉탁서에 법인의 명칭, 대표자와 주소를 기재하도록 하는 한편, 법인의 인감증명서를 제출받고 법인의 인감도장이 날인된 진술서와 주주명부도 제출받는다. 실질적으로는 법인도 촉탁인이라 할 것이다.

라. 의사록의 확인

법인 의사록의 인증은 일차적으로는 총회 등의 결의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는 것이지만 이차적으로 의사록의 진정 성립도 확인한 후 인증을 부여

한다.

사서증서는 그 작성자가 진정 성립을 확인하는 것이 원칙이겠지만 공증인법은 의사록 인증에 있어서는 의사록의 내용인 결의를 한 당사자들의 확인으로 인증하는 방식을 채택하였다.

회의록은 회의에 참여한 모든 사람의 기명날인을 받으면 확실하겠지만 현실은 그렇지 않다. 회의체에 따라서는 의사록(회의록)에 의장과 총무가 기명날인하는 외에 당일 회의장에서 지명한 2~3명의 회원으로 하여금 의사록에 기명날인하게 하는 경우도 있는데 이는 의사록의 정확성을 기하고 증명력을 높이기 위한 것이다.

우리 상법은 주주총회 의사록의 경우에는 의장과 출석한 이사가 기명날인 또는 서명하게 함으로써, 이사회 의사록의 경우에는 출석한 이사와 감사가 기명날인 또는 서명하게 함으로써 의사록의 정확성을 기하고 있다.

공증인법은 상법의 규정에 따라 작성된 의사록을 그 결의를 한 당사자들로 하여금 다시 한 번 더 확인하게 함으로써 정확성을 기하고 증명력을 높이는 방법으로 의사록 인증 제도를 정립한 것이다.

결의 당사자들이, 의사록이 결의 내용대로 작성되었다고 확인하는 것은 의사록의 진정 성립도 확인하는 취지를 포함하므로, 별도로 작성자가 진정 성립 확인할 필요가 없도록 한 것이다. 굳이 작성자가 진정 성립을 확인하게 함으로써 2중의 번거로운 절차를 거칠 필요성을 인정하지 않은 것이다.

작성권한 있는 자는 의사록을 작성하고, 그 결의의 당사자는 의사록의 내용대로 결의가 이루어졌다고 확인함으로써 상호간에 크로스체크 하면 일방적으로 확인하는 것보다 더 신뢰할 수 있을 것으로 본다. 의사록 인증이 사서증서의 인증의 방식보다 더 신뢰할 수 있는 근거가 여기에 있다.

3. 인증의 방법

법인의사록을 인증하는 공증인은 그 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는데(공증인법 제66조의2 제2항), 그 확인방법에 따라 참석인증과 청문인증으로 구별된다.

가. 참석인증

공증인이 해당법인의 의결장소에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하여 확인하는 방법인데 쉽게 말해서 공증인이 회의장에 직접 가서 보고 들어서 확인하는 것이다.

공증인은 자신이 보고 들은 대로 의사록이 작성되었는지 확인한다. 회의 직후 의사록이 작성되는 경우는 드물고 상당한 시간이 걸려야 의사록이 작성되는 것이 현실이다. 공증인은 의사록이 작성되어야 비로소 인증업무를 수행할 수 있으므로, 회의 당일에는 현장에 참석하여 결의의 절차 및 내용을 검사하여 확인하고 의사록이 작성된 연 후에 사무실에서 인증업무를 마무리하는 것이 보통이다.

나. 청문인증

해당의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 의사록의 내용이 진실에 부합하는지에 관하여 진술을 듣고, 촉탁인 또는 그 대리인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 함으로써 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지를 확인하는 것이다.

법문의 표현은 난해하지만 의결정족수 이상의 자들이 의사록의 내용이 진실하다는 진술을 하고 또 그들이 정당한 권한이 있는 자가 의사록에 기명날인 또는 서명한 사실까지 확인해야만 인증을 부여할 수 있다는 의미이다.

4. 의사록 인증의 검토자료

의사록 인증의 실무에서는 신분증, 진술서, 주주명부, 위임장, 인감증명, 등기부등본, 정관을 자료로 하여 의사록을 검토하고 의사록 인증서에도 그러한 기재를 한다.

가. 신분증

촉탁인의 확인은 공증의 첫걸음이다. 일반 공증의 경우와 마찬가지로 의사록 인증에서도 신분증에 의하여 촉탁인이 맞다는 것을 증명시켜야 한다. 최근에는 외국인의 경

영참여가 빈번하여 촉탁인이 외국인인 경우도 많이 있는데 이러한 경우에는 여권에 의하는 것이 원칙이며, 외국에서 발급된 운전면허증은 공증인법 제27조에 규정된 증명서라고 할 수 없다는 점에 주의하여야 한다.

나. 진술서

대표이사가 법인의 인감을 날인하여 작성한다. 다른 이사나 일반 직원이 회사를 대표하여 진술서를 작성하는 것은 허용되지 않는다. 인감은 인감증명과 대조하여 확인하여야 한다.

대표이사의 변경이 있는 경우에는 신임 대표이사가 진술서를 작성하는 것이 통상적이다. 전임자의 임기가 만료된 후에 의사록을 인증하는 것이 보통일 것이기 때문이다.

대표이사가 사망한 경우에는 복잡한 문제가 있다. 사망한 자 이름으로 문서를 작성한다면 인감도장을 날인하고 인감증명을 첨부하였다고 하더라도 효력이 없다. 이는 법인의 대표자도 마찬가지이다. 사망한 대표이사의 인감과 인감증명을 사용하여 문서를 작성하는 것은 허용되지 아니한다.

다. 주주명부

서식 제39호의 주주명부는 상법 제352조의 주주명부와는 전혀 다른 것이다.

상법의 주주명부는 회사의 본점에서 비치하여야 하는 서류로서 회사에서 주권을 행사할 주주를 파악하는데 중점이 있다.

기명주식을 발행한 경우 주주명부에는 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 종류와 그 수, 주권 발행 연월일, 주식의 취득 연월일이 기재되고, 무기명주식을 발행한 경우에는 그 종류, 수, 번호와 발행 연월일이 기재된다.

반면 서식 제39호의 주주명부는 어떤 주주가 몇 주를 가지고 주주총회에 출석하여 의결에 찬성하였는지를 확인하기 위한 것으로 상법 제352조의 주주명부 기재사항과는 전혀 관계가 없다. 그러니까 서식 제39호의 주주명부는 결의확인서 혹은 결의내역서의 뜻을 지닌 진술서인 것이다.

무기명식의 주권을 가진 자는 회일의 1주간 전에 그 주권을 공탁하여야 한다(상법

제368조 제3항). 무기명식 주권의 주주도 주주총회에 출석하여 의결권을 행사한다면 서식 제39호의 주주명부에는 주주명과 소유주식수를 밝혀야 된다. 의사록의 인증을 촉탁함에 있어서 무기명으로 촉탁하는 것은 허용되지 않을 것이다.

서식 제39호의 주주명부는 회사에 비치되는 서류가 아니며 오로지 주주총회 의사록을 인증 받을 때에만 작성되는 서류인 것이다.

공증인은 서식 제39호의 주주명부에 의하여 누가 주주인지를 확정하고 어떤 주주가 의결에 찬성하였으며 인증을 촉탁하였는지 확인한다.

주주명부는 진술서와 마찬가지로 대표이사가 작성하고 법인의 인감을 날인한다. 진정 성립의 확인을 위하여 법인 인감증명의 제출은 필수적이다.

주주명부는 주주총회에서 의결권을 행사하는 기준일 현재의 주주의 상황을 보여주는 것이어야 한다. 주주총회 당일의 주주와는 상관이 없다.

대표이사 변경의 경우라든가 의심스러운 경우 공증인으로서의 회사 본점에 비치되어 있는 주주명부나 세무당국에 제출된 주주명세서 등도 함께 검토하여야 할 것이다.

참고적으로 설명하면 주식회사를 설립하는 경우에는 세무당국에 주주명세서를 제출하여야 하며(법인세법 제109조, 동법 시행령 제152조), 회사는 상법상 주주명부를 비치할 의무가 있을 뿐 아니라 세법상으로도 회사의 본점에 상법에 의한 주주명부를 비치할 의무가 있다(법인세법 제118조, 동법 시행령 제160조). 또한 주주가 변경되면 주식등변동상황명세서를 세무당국에 제출하도록 되어 있다(법인세법 제119조, 동법 시행령 제161조).

라. 위임장

촉탁인의 대리인이 의사록 인증을 촉탁하는 경우에는 대리권을 입증할 자료로서 위임장과 인감증명을 제출받아야 한다. 일반 사서증서 인증과 다를 것이 없다.

촉탁인이 외국인으로서 인감증명을 제출할 수 없는 경우 국내에 체류하는 때에는 본인이 직접 공증인 사무소에 출석하여 의사록의 인증을 촉탁하고, 취임승낙서의 인증도 촉탁하는 것이 보통이다.

종래 우리와 유사한 인감증명제도를 두고 있는 일본에서 발급된 인감증명에 대해서는 국내의 인감과 크게 다르지 않게 취급해온 것 같다. 그러나 2009. 10. 15. 선고,

2009다53031 판결은 일본국에서 발급된 인감증명은 공증인법 제31조 제2항에서 말하는 인감증명서에 해당하지 않는다고 명시하고 있다. 따라서 일본에서 작성된 위임장을 제출받을 경우 일본에서 발급한 인감증명서를 받아서는 아니 되며 공증인의 인증을 받은 위임장을 받아야 한다.

외국인이나 외국법인이 국외에서 위임하는 경우에는 위임장을 작성하고 공증인의 인증을 받은 다음 그 외국 정부의 아포스티유를 받아서 제출하는 것이 원칙이다.

아포스티유에 관하여 아직은 다소 생소한 면이 있지만 정확한 공증업무를 위해서는 반드시 요구하여야 한다. 아포스티유(Apostille)는 붙어로서 증명서, 확인서를 의미하며 이를 설명하면 다음과 같다.

외국의 문서는 공문서일지라도 국내에서는 공문서로서 효력이 없다. 그래서 국내에서도 공문서로서 효력을 가지기 위해서는 복잡한 절차를 거쳐야 한다.

영사관은 주재국공무원이 발행하였거나 주재국공증인이 공증한 문서의 진정성을 확인하는 업무를 취급하는데 그 확인을 위하여 서명부를 대조하거나 주재국 관계기관에 조회를 하게 된다.(재외공관공증법 제30조 제1항, 제31조, 제32조 및 재외공관공증법 시행령 제34조, 제35조). 이러한 사정으로 외국의 공문서를 국내에서 사용하려면 번거롭고 많은 시간이 소요되기 마련이다.

외국 공관의 복잡한 인증절차를 생략하고 간편한 방법으로 다른 나라에서도 공문서로 인정할 필요성이 제기되어 1961년 헤이그에서 다자간 협약으로서 「외국 공문서의 인증의 요구를 폐지하는 협약(일명 아포스티유 협약)」이 성립하였으며, 가입국 사이에서는 외국 공관의 영사확인 등 복잡한 인증절차를 폐지하고 그 대신 공문서 발행국가에서 자국 문서임을 확인하면 다른 가입국에서 공문서로 인정하게 되었다.

우리나라도 이 협약에 가입하여 2007년 7월 14일 발효되었다. 2010년 11월 현재 미국, 영국, 프랑스, 독일, 일본, 중국 등 99개국이 가입하고 있으며, 중국은 홍콩과 마카오만 발효상태이다.

다시 말하면 협약 가입국에서 발행된 공문서나 공증문서는 아포스티유 확인을 받으면 국내에서, 국내의 공문서나 공증문서와 동일한 효력을 가지게 된다. 협약 가입국이 아니면 영사의 주재국 발행 공문서 확인까지 받아야 국내의 공문서와 동일한 효력을 가지게 된다. 보통은 공문서를 발행한 국가의 확인과 영사의 주재국발행공문서확인이라는 2단계의 절차를 거쳐야 하지만 협약 가입국 사이에서는 아포스티유 확인만 받으면

면 되니까 절차가 간편하여졌다(재외공관공증법 제30조 단서).

아포스티유 확인이나 영사의 주재국 발행 공문서 확인은 영사관의 ‘관할구역내 발행 영사확인’이나 ‘재외공관경유 증명’과는 다르다. 이는 국내 행정기관에 제출될 인감증명 위임장, 고용계약서, 근로자 사망보고서, 전출아동 학적서류, 국외체제목적 확인서, 영주권취득 확인서, 전 가족 거주사실 확인서에 한하며, 외국의 공문서나 공증문서를 확인하는 것이 아니다(재외공관공증법 제30조 제3항, 동법 시행령 제35조 제3항). 또한 영사 확인은 재외공관공증법에 규정되어 있기는 하지만 사서증서의 인증과 같은 증명력도 없음에 유의하여야 한다.

다시 위임장으로 돌아가서 협약 가입국에서 위임장을 공증하여 제출하는 경우에는 아포스티유 확인을 받아야 하며, 만일 협약 가입국이 아닌 나라라면 위임장에 공증인의 공증을 받고, 그곳에 주재하는 대한민국 영사 확인의 절차까지 거친 위임장을 받아야 한다.

참고로 우리나라에서 위임장을 작성하여 외국에 보내는 경우를 설명하면 위임장의 공증을 받은 다음, 외교통상부에서 아포스티유 확인을 받아 보내면 되고 협약 가입국이 아니라면 외교통상부의 확인과 문서가 제출될 나라의 한국 주재 대사관에서 영사확인까지 받아 보내게 된다.

아포스티유를 잘못 이해하여 외국에서 공증 받은 서류를 한국 주재 외국대사관에서 아포스티유 확인을 받으려고 하는 경우도 있고, 외국에서 발급받은 서류를 한국에서 번역하여 번역공증을 받았는데 아포스티유를 요구하는 경우도 있으나 이는 잘못된 처사이다.

위임장이 외국어로 작성된 경우에는 번역공증을 받은 연후에 제출받는 것이 원칙이다.

외국에서 위임장이 작성된 경우 의사록의 인증을 촉탁하는 내용이 포함되어야 하며 그렇지 않고 주주총회 회의장에서 발언 의결하는 것만을 내용으로 하는 때에는 그 위임장을 근거로 의사록에 인증을 부여할 수 없을 것이다.

마. 인감증명

대표이사의 촉탁을 확인하기 위해서는 반드시 법인의 인감증명을 제출받아야 한다.

또한 대표이사가 회사의 대표자로서 작성한 진술서, 주주명부를 확인하기 위해서도 법인의 인감증명을 제출받는다. 인감증명은 원본이어야 하며, 사본(스캐너로 스캔하는 방법으로 만든 사본 포함)을 제출받아서는 아니 된다.

대표이사이더라도 주주 개인의 자격으로 촉탁하는 경우에는 개인의 인감증명도 함께 제출받아야 한다. 그 외의 주주와 이사가 촉탁인인 경우 역시 인감증명을 제출하여야 한다. 이는 위임에 의한 공증의 경우필수적이다.

인감증명은 발급된 지 3개월 이내의 것이어야 한다.

바. 등기부등본

법인등기부등본의 정확한 명칭은 등기사항전부증명서이다. 발급된 지 3개월 내의 것이어야 하고 등기부등본은 본점에 관한 것이어야 한다.

지점 등기부등본에는 회사의 등기사항 중 일부분만 기재되어 회사에 관한 사항을 제대로 파악할 수 없다. 지점 등기부등본에는 발행할 주식의 총수, 발행주식 총수는 기재되지 않는다.

심지어는 본점과 지점의 등기사이에서 대표이사가 다른 일도 있다. 본점에서만 변경등기를 신청하고 지점에서 등기를 해태한 경우에도 그렇고, 본점에서는 2주 이내에 등기하지만 지점에서는 3주 이내에 등기하면 되므로 시간상의 차이로 그러한 결과가 될 수도 있다. 대표이사 변경의 경우 본점에서 등기를 하였다고 자동으로 지점에서도 변경등기가 되는 것은 아니다.

등기부등본은 인터넷으로 발급받을 수도 있는데 인터넷으로 발급받은 등기부등본도 등기소에서 발급받은 등기부등본과 동일한 효력이 있다.

그러나 인터넷에서 열람하여 인쇄한 등기부등본은 허용되지 않는다. 대법원의 인터넷등기소는 “본 등기기록열람 화면을 통해 출력하신 등기기록은 법적인 효력이 없으므로 관공서 등에 제출할 수 없습니다.” 라고 안내하고 있다.

따라서 공증인은 열람용 인터넷 출력물은 제출받지 않아야 할 것이다.

사. 정관

(1) 정관의 의의

정관은 실질적으로는 회사의 조직과 활동에 관한 근본규칙을 말하지만 여기서는 그 근본규칙을 기재한 서면을 말한다.

정관은 자치법규로서 이를 작성한 발기인뿐 아니라 그 이후에 가입한 사원이나 주주, 회사의 기관도 구속하며, 정관변경의 경우에 이에 반대한 주주도 구속을 받는다. 회사의 주주나 사원, 회사의 기관이 정관에 구속되는 결과 제3자도 간접적으로 그 효과를 받는 수가 있다.

정관도 법(규범)이므로 일반법령과 같이 해석하여야 한다.

(2) 정관의 접수와 검토

의사록 인증에 있어서 반드시 정관을 받아 검토하여야 한다. 회사의 정관이 대체로 비슷하고 보통 상법의 규정과 대동소이하다는 이유로 이를 가볍게 여기는 일도 흔하다. 그러나 의사록에 기재된 내용이 정관에 위반되는지 여부를 반드시 확인하여야 할 것이다.

공증인이 제출받을 정관은 인증된 정관의 사본이 원칙이며, 간인을 한 다음 원본과 동일하다는 원본대조필(법인인감날인)을 한 것이어야 한다.

인증의무가 있는 원시정관은 인증된 것을 제출하고, 그 후에 정관변경이 있는 경우에는 정관변경을 결의한 주주총회 의사록(인증된 것)까지 제출하여야 한다. 예를 들어 상호를 변경하여 원시정관의 상호가 등기부등본의 상호와 다른 경우 원시정관 이외에 정관(상호) 변경의 건이 기재된 의사록까지 첨부시켜야 한다.

회사에 따라서는 정관변경 때마다 변경된 정관에 대하여 “당사에 비치된 정관이 틀림없다.”는 취지의 기재를 하여 확인서로서 인증을 받아두기도 하는데 정관의 관리를 위하여 바람직한 방법이다.

정관변경을 안건으로 하는 의사록 인증에 있어서는 변경 전 정관을 제출받아야 한다.

(3) 정관의 기재사항

정관의 기재사항 중에는 그 기재가 없거나 위법인 때에는 정관은 무효가 되고 나아가 회사설립이 무효가 되는 절대적 기재사항, 정관의 효력에는 영향이 없으나 기재하

지 않으면 그 사항이 회사와 주주에 대하여 효력이 생기지 않는 상대적 기재사항, 회사의 필요에 의하여 기재하는 임의적 기재사항이 있다.

공증인은 법인 설립 시에 원시정관을 인증하게 되는바 이때에는 무효인 정관을 인증하지 않도록 정관의 기재사항을 잘 검토하여야 한다. 의사록의 인증과 밀접한 관련이 있으므로 아래에서 그 기재사항을 차례로 살펴본다.

1) 절대적 기재사항

① 목적

회사가 경영하려는 사업을 뜻하며 영리성이 있어야 한다. 예를 들어 장학사업, 선교사업, 사회복지사업이 기재되어서는 아니 된다. 기재의 정도는 사회 통념상 무엇인지 알 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 기재하여야 하므로 제조업, 도매업 등과 같이 포괄적이고 불분명하게 기재하여서는 안 된다.

② 상호

상호는 상인이 영업활동을 함에 있어 자기를 표시하는 명칭이며, 상호에는 법령상 특별한 규정이 없는 한 반드시 '주식회사'라는 문자를 사용하여야 하며, 등기부상 상호란에 로마자 등의 표기를 병기하고자 할 경우 한글로 상호를 기재한 후 괄호 안에 로마자 등의 표기를 함께 기재한다. 또한 동일 특별시·광역시·시·군내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 동일한 상호는 등기할 수 없다.

③ 회사가 발행할 주식의 총수

회사가 발행할 수 있는 주식의 한도로서 발행예정주식총수 또는 수권주식총수라 한다. 회사 설립 시에는 실제로 발행되는 주식수의 4배를 초과할 수 없지만 그 이후에는 아무런 제한이 없이 증가할 수 있다.

④ 1주의 금액

1주의 금액은 100원 이상이어야 하며 또한 균일하여야 한다. 회사가 수종의 주식을 발행하는 경우에도 마찬가지입니다.

⑤ 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수

회사가 발행할 주식의 총수 중 회사 설립 시에 실제로 발행되는 주식의 수를 의미한다. 회사가 설립 시에 발행하는 주식의 총수는 회사가 발행할 주식 총수의 1/4 이상이어야 한다. 후일 정관을 변경하면서 이를 변경하기도 하는데 있을 수 없는 일이다.

⑥ 본점소재지

본점소재지란 회사의 주된 영업소로 회사의 주소가 되기 때문에 한 장소만을 기재하여야 하며, 정관에는 보통 최소행정구역을 표시한다.

일반적으로 서울시, 부산시, 청주시 등으로 기재하는데 경기도의 경우에는 크게 수원과 의정부로 관할이 나뉘므로 단순히 ‘경기도’ 라고는 기재할 수 없음에 주의를 요한다. 수원시, 오산시, 용인시, 화성시, 성남시, 하남시, 광주시, 이천시, 여주군, 양평군, 평택시, 안성군, 안산시, 광명시, 시흥시, 안양시, 과천시, 의왕시, 군포시 등은 수원지방검찰청 관할이고, 의정부시, 동두천시, 구리시, 남양주시, 양주시, 연천군, 포천시, 가평군, 고양시, 파주시, 강원도 철원군은 의정부지방검찰청 관할이다.

⑦ 회사가 공고를 하는 방법

회사의 공고는 판보 또는 시사에 관한 사항을 게재하는 일간신문에 게재하도록 규정하고 있으므로 월간지, 주간지, 지하철 역 등에서 불특정 다수인에게 무료로 배포되는 신문은 이에 해당하지 않는다. 또한 2개 이상의 신문을 정할 수도 있으나 선택적(A신문 또는 B신문)으로 기재하여서는 아니 된다. 존재하지 않는 신문을 기재하여서도 아니 된다.

⑧ 발기인의 성명, 주민등록번호 및 주소

발기인이 누구인지 명확하게 하고 책임소재를 분명하게 하기 위한 것이다. 후일 정관변경하면서 이를 삭제하는 사례도 있는데 절대적 기재사항이므로 적절하지 않다.

2) 상대적 기재사항

정관의 상대적 기재사항은 절대적 기재사항과는 달라서 정관에 반드시 기재하여야 할 사항은 아니지만 기재하지 아니하면 효력이 발생하지 않는 것을 말하는데, 정관으로 규정할 수 있도록 상법에서 허용된 것이다. 변태설립사항, 회사의 존립기간, 해산사유, 주식매수선택권의 부여, 주식양도제한규정 등이 이에 해당된다.

3) 임의적 기재사항

회사의 필요에 의하여 임의적으로 정관에 기재하는 항목을 말한다. 이사·감사의 원수, 정기주주총회의 소집시기, 회사의 영업연도 등이다.

주의할 것은 상대적 기재사항은 물론 임의적 기재사항도 정관에 기재되면 그 기재된 대로 효력이 생기며, 적용여부까지 임의적인 것은 아니다. 또한 법령에 위반하는 내용은 허용되지 아니한다.

5. 공증인의 확인

공증인은 의사록의 내용은 물론이고 의사록의 작성권한, 의사록의 결의를 뒷받침하는 자료의 유무까지 확인하여야 한다.

실무상 흔히 보는 잘못된 사례를 열거하면 다음과 같다.

가. 이사회 구성에 잘못이 있는 경우

상법 제383조 제1항 단서가 적용되는 소규모주식회사로서 이사가 1명이거나 2명뿐이면 이사회를 구성할 수 없다.

그러므로 소규모주식회사로서 이사가 2명인 회사에서 이사회를 여는 것, 이사가 1명인 회사에서 혼자서 이사회를 여는 것, 또는 감사 1명과 함께 이사회를 여는 것 등은 모두 허용되지 아니한다.

소규모주식회사라도 이사가 3명 이상인 경우에는 이사회를 구성하게 되며 이사회 결의사항을 임의로 주주총회에서 결의하여서는 아니 된다.

나. 주주총회에서 이사를 선임함에 있어서 사내이사, 사외이사를 구분하지 않고 단순히 이사라고만 선임하는 경우

상법 제317조 제2항 제8호는 등기사항으로서 사내이사, 사외이사, 기타비상무이사를 구분하고 있다. 그러므로 주주총회에서 이사를 선임하는 경우에는 이를 구분하여야 하며 그렇지 않으면 등기가 거부된다.

주주총회에서 이사와 사외이사를 구분하여 선임하고 이사회에서 사내이사와 기타비상무이사를 선임한다는 상업등기선례(2009. 7. 2. 제정)가 있기는 하지만 특별한 예외사항일뿐이다.

다. 결의사항을 일부 누락하는 경우(특히 등기사항)

등기사항을 열거하는 것은 본고의 범위를 벗어나는 것이지만 실무상 흔히 누락되는

사항을 몇 가지 열거해본다.

- ① 본점 혹은 지점을 이전하는 경우 이전일
- ② 지점을 설치하는 경우 지점 설치일
- ③ 지점을 폐지하는 경우 지점 폐지일

신주발행의 경우 발행가액과 납입기일, 배정기준일(신주인수인이 주금을 납입한 경우 납입기일의 다음 날부터 주주로서의 권리·의무가 발생함)

라. 감사의 임기를 오해한 경우

감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결 시까지이다(상법 제410조).

예를 들면 사업연도가 매년 1월 1일부터 12월 31일까지인 주식회사로서 2011년 2월 10일에 정기주주총회가 열렸다면 2008년 12월 20일에 취임한 감사는 그 정기주주총회 종료와 함께 그 임기가 만료된다. 강조하는 의미에서 더 설명한다면 2008년에 취임한 감사는 날짜를 따질 필요가 없이 무조건 2011년에 열리는 정기 주주총회의 종료와 함께 임기가 만료되는 것이다.

그러므로 감사의 임기는 3년이 넘기도 하고, 3년에 미달되기도 한다.

사업연도를 결산하는 결산총회로서 정기주주총회는 보통은 3월말까지 열리지만 1월에도 열리고 2월에도 열릴 수 있다.

감사의 임기는 상법에 규정된 것으로 정관으로 단축하거나 연장할 수 없다.

마. 이사의 임기를 오해한 경우

이사의 임기는 3년을 초과하지 못하나 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장할 수 있다(상법 제383조 제2항). 이사의 임기가 결산기 말 이후 정기주주총회 전에 만료되는 경우에 한하여 정기주주총회의 종료 시까지 연장할 수가 있다는 의미이다.

회사 정관에 정해진 이사의 임기가 3년이라면, 2007년 5월 10일에 취임한 이사는 2010년 5월 10일에 임기가 만료되고, 2008년 1월 10일에 취임한 이사는 2011년 1월 10

일에 임기가 만료되나 정관에 임기 연장의 규정이 있으면 정기주주총회 종료 시까지 그 임기가 연장된다. 2007년 12월 30일에 취임한 이사는 임기연장의 규정이 적용되지 않는다.

이사의 임기는 무조건 연장되는 것이 아니라 정관에 규정이 있는 경우에 한하여 연장되므로 정관에 연장의 근거 규정이 있는지 여부까지도 살펴보아야 한다.

바. 대표이사의 임기가 이사의 임기와 달라 착오에 빠진 경우

대표이사는 이사임을 전제로 하므로 이사직에서 퇴임하면 당연히 대표이사의 지위도 잃는다. 대표이사로 취임한지 3년이 되지 않았더라도 같다.

예를 들어 A가 2005년 6월 10일 이사로 선임된 후 2007년 5월 10일 대표이사로 선임된 경우 A는 2008년 6월 10일에 이사의 임기가 만료되고 동시에 대표이사의 임기도 만료된다. 그러므로 A가 계속 대표이사의 직에 있기 위해서는 2008년 6월 10일에 다시 이사로 선임되고 또한 대표이사로도 선임되어야 한다.

사. 정기주주총회에서 결산승인의 건이 결의되지 않은 경우

이사는 결산기에 재무제표 즉 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금 처분계산서 또는 결손금처리계산서를 작성하여 주주총회의 승인을 받아야 하며, 영업보고서를 주주총회에 제출하여 보고하여야 한다(상법 제449조). 감사는 이사가 작성한 재무제표에 대한 감사보고서를 작성하여 정기 주주총회의 회일 일주간 전부터 본점에 비치하여야 한다(상법 제447조의4, 제448조 제1항).

그러므로 정기주주총회를 하였다고 하기 위해서는 반드시 재무제표의 승인의 건이 상정되어야 한다.

감사의 임기를 정하는 표준이 되는 정기 주주총회를 개최하였다고 하면서 재무제표를 승인하지 않았다면 이는 정기주주총회로서 인정받을 수 없을 것이다.

아. 정족수 미달의 결의(특히 감사선임)

주주총회에 있어서 보통결의는 출석 주식수의 과반수의 찬성과 발행주식 총수의 1/4 이상의 찬성으로 의결한다.

감사 선임에 관한 의결권제한을 무시하여 정족수에 미달하는 경우가 많이 생기는데 감사 선임에 관한 의결권 제한은 상장회사뿐만 아니라 모든 주식회사에 적용된다.

회사의 규모에 따라 감사를 선임하는지 감사위원회 위원을 선임하는지에 따라 의결권의 제한이 달라지는바 이를 도표로 정리하면 다음과 같다.

A는 30주를 가진 최대주주이고 B와 C는 최대주주와 특수관계인이며, D는 일반주주로서 회사의 2대주주이다. 기타 주주는 1주, 2주 혹은 3주를 가진 주주로서 개별적으로 아무런 제한 없이 의결권을 행사하는 경우를 예로 들어 설명한다.

이사 선임에 있어서는 의결권제한이 없으며 일반적인 의결권 있는 주식 총수와 비교하기 위한 것이다.

[의결권 제한과 의결권 있는 주식총수 계산방법]

구분	최대주주 등			주주 D	기타주주 (3% 이하)	의결권 있는 주식총수	적용법조
	주주 A (최대주주)	주주 B (특수관계)	주주 C (특수관계)				
선 임	이사	30	10	2	12	46	100
	감사 (비상장회사)	3	3	2	3	46	57
	감사 (상장회사)	3			3	46	52
	특례 감사 위원회	사외이사 감사위원	3	3	2	3	46
		비사외이사 감사위원	3			12	46
해 임	감사 (비상장회사)	30	10	2	12	46	100
	감사 (상장회사)	3			3	46	52
	특례 감사 위원회	사외이사 감사위원	30	10	2	12	46
		비사외이사 감사위원	3			3	46

* 감사위원 해임(이사직 유지)은 보통결의사항이고, 감사위원인 이사의 해임은 특별결의사항이다.

자. 감사 선임 안건을 처리하면서 의결권 제한을 기재하지 않은 경우

감사 선임 결의에 있어서는 발행주식 총수의 3/100을 초과한 주주는 그 초과한 주식의 의결권을 행사하지 못하는바 이는 의사록에도 반드시 기재하여야 한다.

주주 전원이 출석하여 모두 찬성의 의견으로 감사를 선임하는 결의를 하여 결과적으로 감사 선임에 관한 의결권의 제한을 적용하였을 때나 적용하지 않았을 때나 똑같은 결론에 이르게 될지라도 이를 기재하여야 한다.

만일 이를 기재하지 않는다면 아무런 제한 없이 의결권을 행사한 것으로 평가될 것이다.

차. 이사회 의사록에 이사 아닌 사람이 기명날인한 경우(특히 비등기이사)

의사록에 작성권한이 없는 사람이 기명날인한 경우에는 상당한 주의를 요한다.

주주총회 의사록에는 의장과 출석 이사가 기명날인하지만 감사나 다른 출석 주주도 기명날인하는 수가 있다. 감사나 다른 출석 주주의 기명날인이 있다는 이유로 이를 무효로 보기보다는 오히려 의사록의 정확성을 기하고 증명력을 높였다는 의미에서 이해하여야 할 것이다. 그러나 주주도 아니고 이사도 아닌 사람의 기명날인이 있다면 그때에는 문제가 있다.

이사회 의사록에서 흔히 일어나는 일이지만 출석이사 아닌 사람이 이사로서 기명날인하는 경우가 있다. 회사의 직책으로서 이사라는 호칭이 사용되기도 하지만 그는 상법에서 말하는 이사가 아니다. 이러한 사람이 기명날인한 의사록은 인증하여서는 아니 될 것이다. 상법상 이사는 소위 등기이사만을 말하는 것이다.

카. 주주총회 의사록의 주식수가 주주명부와 서로 다른 경우

주주명부와 주주총회 의사록사이에서 총주식수, 출석 주식수, 총주주수와 출석 주주수가 다르게 기재되는 오류도 자주 발견되고, 심지어는 주주명부의 주식수가 등기부등본의 회사가 발행한 주식의 총수와 다른 경우도 있다.

서식 제39호의 주주명부는 상법 소정의 주주명부와 달리 주주총회 의사록의 인증을

위한 진술서로서 주주총회의 결의의 절차와 내용이 진실에 부합하는 것을 입증하는 자료이므로 정확하게 기재되어야 할 것이다.

타. 정관변경을 요하는 사항이 있음에도 이를 무시한 경우

정관에 본점소재지가 경기도 수원시로 되어 있음에도 정관변경의 절차를 거치지 않고 이사회 결의만으로 오산시로 본점을 이전하는 사례는 흔히 있다. 이러한 경우에는 먼저 정관변경의 절차를 밟은 후에 본점 이전의 절차를 진행하여야 할 것이다.

회사를 설립하면서 회사가 발행할 주식 총수는 40,000주로, 설립시 발행하는 주식의 총수는 10,000주로 하는 일이 많이 있는데 후일 회사가 발행할 주식의 총수가 40,000주 이상으로 증가될 경우에는 반드시 정관변경의 절차를 거쳐서 신주를 발행하여야 할 것이다.

파. 준비금의 자본전입에 잘못이 있는 경우

주식회사는 액면초과발행 등의 사유로 적립한 법정준비금(상법 제459조)을 이사회 결의에 의하여 자본에 전입할 수 있다(상법 제461조 제1항). 무상증자를 말하는 것이다.

자본전입은 대차대조표에 준비금의 존재가 증명되는 경우에 한하여 할 수 있으며, 대차대조표는 정기주주총회에서 승인받는 재무제표 중 하나이다.

정기주주총회에서 승인받은 대차대조표에는 법정준비금이 없는데도, 임시주주총회에서 별도로 대차대조표를 승인하고 이어서 이사회에서 준비금의 자본전입을 결정하는 것은 허용되지 아니한다.

자본준비금이나 이익준비금 즉, 법정준비금만 자본의 전입이 허용되며, 임의준비금의 자본전입은 허용되지 않는다. 이익준비금이 회사 자본의 1/2를 초과하는 경우에도 자본전입을 허용하지 않는다.

하. 정관상 근거 없이 제3자 배정 방식으로 신주를 발행한 경우

주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다(상법 제418조 제1항). 그러나 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수도 있는데, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다(제2항).

따라서 제3자 배정방식으로 신주를 발행하는 경우에는 정관에 그 근거규정이 있어야 하며, 그러한 경우에도 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 사정이 의사록에 분명하게 기재되어야 한다고 할 것이다.

단순히 운영자금을 조달하는 것은 이에 해당하지 않는 것으로 본다. 제3자 배정은 주주의 권리를 침해하는 것이어서 그 요건이 까다롭다고 할 것이다.

주주배정 방식이 아닌 방법으로 즉 제3자 배정 방식으로 전환사채, 신주인수권부 사채, 이익참가부 사채를 발행하는 경우에도 정관에 근거규정이 없으면 주주총회에서 특별결의로써 결의한 경우에 한한다.

거. 회사 명칭이 등기부등본과 다른 경우

그런 일이 있을까 의심스런 잘못이지만 실무상 흔히 보는 일이다. 특히 주식회사라는 표시가 앞에 있느냐 뒤에 있느냐에 따라 전혀 다른 회사가 된다는 점에 유의해야 한다. 예를 들어 ‘주식회사 삼성’과 ‘삼성 주식회사’는 전혀 다른 회사이다.

회사의 상호를 변경하였음에도 종전의 정관만 제출하면 공증인으로서 다른 회사의 정관이 제출된 것으로 판단하게 된다. 그러므로 정관 변경을 결의한 주주총회 의사록을 정관과 함께 제출받아야 한다.

정관을 변경한 경우에는 정관을 관리하는 차원에서 정관에 관한 확인 인증을 받을 것을 권장한다.

너. 채무가 청산되지 않았음에도 청산종결보고서를 승인한 경우

주식회사의 청산사무가 종료된 경우 청산인은 지체 없이 결산보고서를 작성하고 이를 주주총회에 제출하여 승인을 얻어야 한다(상법 제540조 제1항).

청산인의 청산사무는 현존사무의 종결, 채권의 추심과 채무의 변제, 재산의 환가처

분, 잔여재산의 분배 등인바, 청산이 순조롭게 진행되어 채무를 변제하고 잔여재산의 분배가 종료되면 청산사무는 종결된다. 청산이 종결되면 지체 없이 결산보고서를 작성하여 이를 주주총회에 제출하여 그 승인을 얻은 다음 청산종결등기를 하게 된다.

공증인은 의사록에 첨부된 결산보고서에 의하여 채무가 모두 변제되었는지 확인하여야 한다. 결산보고서에 채무가 잔존하면 청산이 종결되었다고 할 수 없다. 또한 채무가 자산을 초과하면 이때에는 파산절차를 진행하여야 한다. 청산절차는 중단된다.

더. 회사 설립 시 조사·보고에 잘못이 있는 경우

회사 설립 시에 발기설립의 방식을 취하여 발기인총회를 하는 경우 이사와 감사를 선임하면, 그 이사와 감사는 취임 후 지체 없이 회사의 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관의 규정에 위반되지 아니하는지의 여부를 조사하여 발기인에게 보고하여야 한다. 이때 발기인이었던 자는 조사보고에 참여할 수 없다(상법 제298조 제1항, 제2항).

그러므로 발기인이 아니었던 이사와 감사만 조사보고에 참여하여야 하는데 만일 그러한 이사와 감사가 여러 명이면 그들 모두가 조사보고에 참여하여야 한다. 그중 일부만 조사보고를 하여서는 아니 된다.

경우에 따라서는 이사와 감사가 모두 발기인이었던 사정으로 인하여 전혀 제3의 인물을 내세워 조사보고를 하게 하는 경우도 있는데 이것은 허용되지 아니한다. 그러한 경우에는 공증인이 조사·보고 하여야 한다(상법 제298조 제3항).

모집설립의 방식을 취하여 창립총회를 하는 경우에도 마찬가지이다(상법 제313조 제1항, 제2항).

러. 원시정관의 인증 전에 설립절차를 진행하는 경우

주식회사를 설립하는 경우에는 정관을 작성하여 공증인의 인증을 받아야 한다. 정관은 인증 받음으로써 효력이 생기므로(상법 제292조), 정관의 인증 이전에 미리 자본금을 납입하는 것, 창립총회를 여는 등 설립절차를 진행하는 것은 허용되지 아니한다.

창립총회 의사록, 이사회 의사록의 인증과 함께 정관의 인증을 동시에 촉탁하는 것이 실무상 흔히 있지만 그렇다고 하더라도 시간적인 선후관계는 정관의 인증이 먼저이

다. 정관의 인증 이전 날짜로 창립총회 의사록이나 발기인 총회 의사록이 작성된 경우에는 절대로 인증을 부여해서는 아니 된다.

자본금 10억원 미만의 회사를 발기설립의 방식으로 설립하는 경우에는 원시정관 인증의 의무가 면제되지만 이 경우에도 정관이 작성된 연후에 회사설립에 관한 다른 절차를 취하여야 한다.

머. 의사록을 1통만 제출하는 경우

의사록 인증을 촉탁인은 의사록 2통을 제출하여야 하는데 1통만 제출하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 의사록 인증 절차를 진행하여서는 아니 되며, 2통의 의사록을 제출하도록 권유하여야 할 것이다.

혹은 일반 사서증서 인증의 경우처럼 사본을 보관하는 방법으로 의사록 인증 절차를 진행할 수 있으나 원본을 보관하도록 되어 있는 공증인법의 규정에 정면으로 위반되는 업무처리라 할 것이다.

버. 조사·보고서 작성절차를 위반한 경우

공증인이 조사·보고서를 작성하는 경우에는 서식 제46-1호, 제46-2호를 사용하여 공정증서로 작성하여야 하며 사서증서를 인증하는 방식으로 하여서는 아니 된다.

공증인의 조사·보고서는 공정증서의 작성에 관한 것으로 의사록 인증과는 무관하나 회사의 설립절차와 밀접한 관련이 있으므로 여기서 간단히 살펴본다.

회사 설립과 관련한 공증인의 조사·보고는 2가지로서 설립경과의 조사·보고, 변태설립사항의 조사·보고가 있다.

설립경과의 조사·보고는 이사와 감사를 대신하여 행하는 조사·보고이다(상법 제298조 제3항, 제313조 제2항).

이사와 감사는 취임 후 지체 없이 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관에 위반되는지 여부를 조사하여 보고하여야 하는바 이때 발기인이었던 자, 현물출자자, 회사 성립 후 양수할 재산의 계약당사자인 경우에는 조사·보고에 참여할 수 없으며, 전원이 그러한 사유가 있을 때에는 공증인으로 하여금 조사·보고하게 하여야 한다.

공증인은 이사의 촉탁에 의하여 발기인에게(발기설립), 혹은 창립총회에(모집설립) 조사·보고한다.

변태설립사항의 조사·보고는 검사인에 갈음하여 행하는 조사·보고이다.

주식회사의 설립과정에 변태설립사항(상법 제290조)이 있으면 이사는 법원에 검사인의 선임을 청구하여야 하고 검사인은 변태설립사항과 현물출자의 이행을 조사하여 법원에 보고한다.

이때 제290조 제1호(변태설립사항으로서 발기인이 받을 특별이익과 이를 받을 자의 생명), 제4호(회사가 부담할 설립비용과 발기인이 받을 보수액)에 관한 것은 공증인의 조사·보고로 갈음할 수 있다(상법 제299조의2, 제310조 제3항). 변태설립사항 중 제2호(현물출자에 관한 사항)와 제4호(회사의 설립 후 재산을 양수하기로 한 사항) 및 제295조의 규정에 의한 현물출자의 이행에 관한 것은 공인된 감정인의 조사로 갈음할 수 있을 뿐, 공증인이 조사하는 것은 허용되지 아니한다.

공증인은 발기설립의 경우에는 이사의 촉탁으로(상법 제298조 제4항) 조사보고서를 작성하여 법원에 제출하고(제299조의2) 각 발기인에게는 그 등본을 교부한다. 발기인은 공증인의 조사보고서에 사실과 상이한 사항이 있는 때에는 발기인은 설명서를 법원에 제출할 수 있고, 법원은 조사보고서와 설명서를 심사하여 부당한 사항이 있다고 인정할 때에는 이를 변경하여 각 발기인에게 통고할 수 있다. 발기인은 위 통고에 불복하여 그 주식의 인수를 취소할 수 있으며, 경우에 따라서는 정관을 변경하여 설립절차를 계속할 수도 있다. 2주간 이내에 주식의 인수를 취소한 발기인이 없으면 정관은 통고에 따라 변경된 것으로 본다(제300조).

또한 공증인은 모집설립의 경우에는 발기인의 촉탁으로(상법 제310조 제1항) 조사보고서를 작성하여 창립총회에 제출한다(제2항). 창립총회는 변태설립사항 중 부당한 사항이 있다고 인정하면 이를 변경할 수 있고, 이에 불복하는 발기인과 주식인수인은 주식의 인수를 취소할 수 있다. 창립총회는 정관의 변경 또는 설립의 폐지를 결의할 수도 있다(제316조).

공증인은 주식회사의 설립과 관련하여 정관의 인증, 설립경과의 조사보고, 변태설립사항의 조사보고를 담당하는데, 변태설립사항의 조사를 담당한 공증인이 정관의 인증을 담당하거나 설립경과의 조사를 담당한 공증인이거나 하는 것은 아니다. 그 공증인이거나 다른 공증인이거나 아무런 상관이 없다.

VI. 맺음말

공증인은 적극적으로 의사록을 검토하고 관련 자료를 검토함으로써 주주총회나 이사회 의사록의 인증제도가 본래의 기능을 다하도록 하여야 할 것이다.

의사록 인증에 있어서 가장 큰 문제점은 주주명부에서 비롯된다. 외부인이 회사 밖에서 그 회사의 주주가 누구인지 쉽게 확인할 수 없도록 되어 있다. 그리하여 사실은 주주도 아니면서 주주총회를 한 양 주주총회 의사록을 작성하고 또 이어서 이사회를 한 것처럼 이사회 의사록을 작성하여 종전의 대표이사 및 이사들 모두 해임하고 자신들을 새로운 대표이사와 이사로 선임하여 인증을 받은 일이 벌어지기도 한 것이다.

공증인으로서의 진술서와 주주명부에 법인 인감도장이 날인되어 있는지 여부를 인감증명과 대조하여 면밀히 확인하여야 할 것이다. 뿐만 아니라 대표이사 및 이사들 모두를 해임한 경우처럼 주주명부만으로 주주를 확인할 수 없다고 의심되는 경우에는 회사 본점에 비치된 주주명부, 세무당국에 제출된 주주명세서나 주식변동상황명세서, 종전 주주총회 의사록의 인증시 제출된 주주명부 등본도 제출받아 함께 검토하여야 할 것이다.

한 가지 더 언급한다면 통상의 방법으로는 주주총회 소집절차를 진행하기 어려운 경우가 있다. 일인 주주의 주식회사에서 그 일인이 사내이사를 맡고 있으면서 다른 이사나 감사도 없는 경우에 그 사람이 사망한다면 통상적인 방법으로는 주주총회 소집절차를 밟을 수 없다.

이와 같이 통상의 방법으로 주주총회를 소집할 수 없는 경우에 대비한 제도가 마련되어야 할 것이며, 상법 제366조의 소집허가청구제도만으로 소기의 목적을 다할 수 있는지 의문이다.

종래에는 전원출석주주총회의 유효성을 폭넓게 인정하였으나 상법의 개정으로 소규모주식회사에 한하여 전원출석주주총회가 유효하기 때문에 더욱더 그 활용가치가 크다고 할 것이다.

의사록 작성의무자인 의장이나 출석 이사가 회의가 끝난 후 사망 등 부득이한 사정으로 의사록에 기명날인 또는 서명을 할 수 없는 경우에 대하여 현재 아무런 규정이 없는데 이러한 경우에 대한 보완책이 마련되어야 할 것이다. 