

〈書 評〉

Aktienrecht

—Eine Systematische Darstellung—

von

Prof. Dr. Hans Würdinger

Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1959

鄭 熙 喆 *

이 책은 西獨 Hamburg 大學 商法擔當 Hans Würdinger 教授가 그 前著 *Gesellschaften II (Kapitalgesellschaften, 1942)*의 株式法(Aktiengesetz)의 部分을 새로운 構想과 理論 아래 改稿한 것이다. Würdinger 教授는 이 밖에 *Gesellschaften I (Personengesellschaften, 1938)*, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (5 Bände), *früher heraus gegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts 2. Auflage, 1950—1962*의 第2卷과 第4卷을 擔當執筆하고 있는 바, 한편 現在 西獨議會에서 審議中인 株式法草案(Entwurf eines Aktiengesetzes)의 起草委員의 한 사람으로서 獨逸株式法改正에 많은 貢獻을 하고 있을 뿐 아니라, 獨逸私法學會理事, EWG 法律委員으로서 活躍하고 있다.

本書의 內容은 第1部 株式會社(Die Aktiengesellschaft), 第2部 株式合資會社(Die Kommanditgesellschaft auf Aktien)로 構成되어 있으며, 第1部가 46章, 第2部가 4章으로 分說되어 있는 바, 이 책의 一般의 特色을 든다면, 첫째 現行株式法이 施行된 以來, 특히 第2次大戰이 끝난 以後의 經濟的 發展에 의하여 이루어진 새로운 經濟的 秩序 내지 制度에 대하여 法律政策的인 評價를 加함으로써 會社制度의 法律的 經濟的 關係를 明白히 하고 새로운 會社法原理를 模索하고 있다는 것, 더 具體的으로 말한다면 會社機關, 會社財政, 資本變動과 會社整理, 無償株와 利益配當請求權, 經濟的인 企業集中과 Konzern의 形成 등등의 문제에 關於 法律的 經濟的 關係를 明示하고, 다시 「國民株」(Volksaktie), 「公示」(Publizität) 또는 「共同決定」(Mitbestimmung) 등의 概念을 政策的 目的設定의 變動에 따른 現在의 狀態에 適合하게 再構成하고 있는 것이고, 둘째는 단순히 個個의 法律制度를 說明하는 데 그치지 않고 그것의 經濟的 機能을 明白히 함으로써 株式法의 將來의 發展과 改正에 많은 示唆를 주고 있으며, 셋째로는 法人理論, 定款作成行爲의 概念構成, 設立中의 會社의 法律的 性質 등에 關於하여 그의 獨特한 理論을 展開하고 있는 것들이라고 할 수 있을 것이다. 이 書評에서는

* 서울大學校 法科大學 教授

주로 셋째번에 指摘한 문제에 관하여 本書에 나타난 教授의 見解를 紹介하고 筆者의 意圖을 첨가하고자 하는 바이다.

教授는 먼저 法人本質論에 관하여 從來의 擬制說, 實在說을 批判하여 이들이 모두 法人設立特許主義나 自由設立主義의 法律政策의인 考慮에서 나온 것임을 指摘하는 同時에 擬制說은 法人設立을 國家가 特許하던 時代에는 一應의 뜻이 있었으나 現在에는 妥當하지 않음을 밝히고, 한편 實在說은 法人이 法에 의하여 擬制된 것이 아니고 實存(existieren)하는 것임을 主張함을 卓見이라고 할 수 있으나, 이 說이 當爲的 乃至 規範的 領域(der Bereich des Sollens, des Normativen)과 存在의 世界(die Welt des Seins)를 混同하고 있는 점에서 事物을 제대로 보지 않고 있음을 批判하고 있다(同書 S. 10). 즉 實在說에 의하면 주어진 實在으로서의 法人(diese Gebilde als gegebene Realitäten)이 마치 「眞正한 實在的인」 全體意思(Gesamtwillen)를 가진 總體人格者(Gesamtpersönlichkeit)인 것처럼 說明되고 있으나, 이는 全的으로 規範的 領域에 속하는 것을 存在의 世界에 그대로 投影시킨 結果인 것이며, Sein의 世界에서는 實在的인 Gesamtpersönlichkeit 나 Gesamtwillen 이니 하는 것은 문제가 되지 않으며 少數와 多數, 投機株主와 投資株主 등과 같이 利害가 충돌되는 對立하는 Gruppe가 存在할 뿐인 것이고, 이것이 規範的 領域에서 비로소 總體意思나 總體人格者로 나타나는 것이므로, 法人은 Sein의 世界에 存在하는 것이 아니라, 마치 權利나 義務나 하는 法秩序自體와 마찬가지로 그것이 規範的 妥當性을 가짐으로써, 즉 法的으로 拘束됨으로써 存在하는 것인만큼, 이는 規範的 領域에 存在하는 것이라고 보아야 한다고 한다. 따라서 教授의 見解를 分析해 본다면, Sein과 Sollen을 峻別하는 二元論의 立場에서 있으며 法人이 先法律的인 實在가 아니라 法에 의하여 法規範의 世界에 나타나는 法律的 存在임을 밝힌 것이라고 할 수 있겠고, 이것을 다시 敷衍하면 法人實在說에 따르면서도 法人의 人格이니 意思니 하는 것의 根源을 法規範에서 찾고 있는 점에서 擬制說을 混合한 感이 있으나, 擬制說이 全的으로 特別한 國家의 法人格創造行爲를 要求하고 國家의 特許에 의한 假定物로 보는 것에 대하여 어디까지나 實存하는 것으로 보는 점에서 다르고, 또 規範的 領域에서의 實存이라고 보는 점에서 이른바 實在說의 立場을 더욱 깊이 파들어갔다고 하겠다. 그러나 이러한 理論의 展開는 어디까지나 法哲學的 興味에 그치는 것이고 實定法解釋論에 영향이 있는 것은 아닐 것이다. 筆者의 見解에 의하면, 教授가 法人의 實在를 規範的인 存在라고 指摘한데 대하여는 自然人도 또한 法에 의하여 비로소 法人格者가 된다는 점에서 다를 바가 없어 當然한 事理를 말한 것에 不過하고, 다만 先法律的인 Sein의 世界의 實在가 아니라는 점을 指摘한 점에 뜻이 있다고 보겠는데, 다만 Sollen의 世界에 存在하는 것이 Sein의 世界와는 平行的으로 떨어져 存在하는 것으로만 보아야 할 것인가에 대하여는 疑問을 갖지 않을 수 없다.

定款作成行爲(die Feststellung der Satzung)에 관하여 獨逸株式法 第2條가 明白히 「組合契

約(Gesellschaftsvertrag)이라는 용어를 사용하고 있는데도不拘하고 그것의 法律的 性質에 관하여는 契約이라고 보는 說(Reichsgericht의 立場)과 合同行爲(Gesamtakt)라고 보는 說(Gierke, Düringer-Hachenburg 등) 등이 있어 學問的 論爭의 對象이 되어 있는 바, 教授는 이 문제에 관하여 契約說의 立場에 서면서 契約上의 合意가 어떠한 實質的인 法的效力을 생기게 하는가가 重要하다는 점을 強調하고, 結局 이 契約이 民法의 債權法上의 雙務契約이 아니며 또 債權的인 權利義務를 發生시키는 것이 아니기 때문에, 特殊한 範疇에 속하는 組織契約(Organisationsvertrag)이라고 이름붙이고 있다(同書 S. 104). 그리고 이 組織契約의 法的效力은 定款이 發起人 즉 合意者를 拘束하는 데 있으며, 따라서 BGH가 判示하는 바와 같이 一旦 合意된 定款內容을 一方的으로 變更할 수는 없으며, 또 發起人의 變更은 定款을 새로 作成함으로써만 可能하다고 主張한다. 그리고 이 契約의 對象은 定款의 內容에 관한 合意이며, 따라서 定款의 作成은 會社의 生存規則(Lebensgesetz)의 內容, 즉 定款規定의 成文化, 會社機關의 規定, 社員의 權利義務 등을 確定시키는 것으로서, 이것에 의하여 하나의 客觀的인 規範(objektive Normen)이 생기고 이 規範이 合意者를 拘束하게 된다고 한다. 결국 教授에 의하면 會社社員間의 團體法上의 權利義務關係는 株式의 引受가 있어야 비로소 생기게 되는 것이며, 定款作成段階에 있어서는 단순히 客觀的 規範秩序가 생길 뿐이고, 따라서 團體法上의 權利義務는 發生하지 않는다고 한다. 意思表示의 方向과 數만을 문제삼아 契約과 合同行爲를 區別하는 傳統的인 思考에 대하여 그의 法的效力에 重點을 두어 Organisationsvertrag라고 하는 새로운 Kategorie를 創造한 것은 매우 興味있는 일이라고 생각된다. 教授는 다시 이 Organisationsvertrag에 속하는 契約으로서 獨逸株式法草案에 있는 Organ- u. Unterwerfungsvertrag(Konzern關係를 發生시키는 契約)를 들고 있는 바(同書 S. 208), 이러한 契約은 아직 우리나라에서 문제되지 않으므로 그 說明을 省略하기로 한다.

設立中의 會社(Werdende Gesellschaft)에 관하여는 定款作成·株式引受·設立登記까지의 全過程을 통하여 이를 Gründergesellschaft로 보는 從來의 通說·判例의 態度를 痛烈히 批判하여 이 全過程을 통해서 存在하는 團體를 生成中의 會社(Werdende Gesellschaft)라고 하고 이를 다시 定款作成에서 株式引受에 이르기까지에는 Gründergesellschaft로서 民法上의 組合이 存在하는 것이고 株式引受에서 設立登記까지는 errichtete Gesellschaft가 있는 것으로 이 兩者는 엄격히 區別되어야 한다는 論을 펴고 있다. 이 教授의 主張을 要約하면 大略 다음과 같다.

즉 判例·通說에 의하면 定款作成에서 發足되는 Gründergesellschaft는 獨逸株式法 第22條 第1項에 의하여 “設立되는”(errichtet) 株式會社(同條同項은 株式引受가 있으면 會社는 errichten되는 것으로 規定하고, 第34條 第1項은 登記에 의하여 株式會社가 成立되는 것으로 하고 있다)와 同一한 것이라고(identifiziert) 說明되고 있는 바, 예컨대 Reichsgericht는 말

하기를 株式會社는 Gründergesellschaft“로부터”(aus) “成立한다”(entstehen)고도 하고, Gründergesellschaft는 株式會社로 發展한다(entwickeln)라고도 하고 있는 바, 그 判決의 一貫된 態度는 設立되기는 하였으나 아직 權利能力이 없는 資本會社를 民法上の 團體로 보고 그것에서 權利能力 있는 株式會社가 生長한다(erwachsen)고 하는 것이라고 하겠다. 이러한 推論의 歸結로서 將來의 株式會社의 이름으로 얻게 된 權利, 따라서 登記前에는 Gründergesellschaft의 權利로 說明되는 權利, 또는 理事에 의하여 將來의 株式會社의 이름으로 부담한 義務는 法律上 當然히 (ipso iure) 成立된 株式會社로 移轉된다고 說明되고, 이러한 推論이 獨逸株式法 第 19 條, 第 20 條, 第 34 條 第 2 項과 第 3 項에 違背되지 않게 하기 위하여 理事의 代表權은 株式會社의 設立에 不可缺한 行爲에 局限된다고 한다(Fischer, Grosskommentar z. Aktiengesetz § 34 Anm. 4). 또 한편 Reichsgericht는 말하기를 生成中の 會社(werdende Gesellschaft)가 民法上の 組合의 性質이 있음을 考慮하면서도 그것의 法律的 性質을 權利能力 없는 社團(nicht rechtsfähiger Verein)이라고 하고, 그 理由로서 Gründergesellschaft로서의 生成中の 會社는 定款에 規定된 바 團體의 規定(Körperschaftliche Verfassung)에 따르게 된다는 점을 들고, 예컨대 生成中の 會社의 이름으로 行爲한 者의 責任이 獨逸民法 第 54 條의 規定에 의하여 決定된다고 하는 것이 그것이라고 하는가 하면, 또 Bundesgerichtshof는 反對로 生成中の 會社가 民法上の 組合도 아니요, 權利能力 없는 社團도 아니고 法人成立에 있어서의 하나의 發展段階(eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der juristischen Person)라고 하고, 따라서 그것은 法律이나 發起人組合契約에 포함된 設立規定과 權利能力 있는 株式會社의 法으로 이룩되는 特別法(Sonderrecht)에 服從한다고 하는 바, 生成中の 會社로부터의 成立後의 會社로의 權利義務移轉의 根據는 兩者의 同一의 性質에 있는 것이 아니라 設立過程에 있어서의 理事의 代表權限(Vertretungsbefugnis)에 있다고 본다. 이러한 判例의 態度에 대하여 通說은 거의 設立中の 會社와 成立後의 會社의 同一說을 肯定하고 있는 바(Brodmann, Baumbach-Hueck, Heim, Fischer, Ritter), 다만 權利義務移轉關係에 관하여는 說에 따라, 혹은 法律上 當然히라고도 하고, 혹은 債權移轉 또는 債務引受行爲가 默示的으로 存在한다고 하고, 혹은 第三者를 保護하기 위하여 直接的인 承繼가 생긴다고도 한다.

이러한 여러 立場에 대하여 教授는 앞서 말한 바와 같이 生成中の 會社를 株式引受의 前後를 標準으로 하여 株式引受以前에는 이른바 Gründergesellschaft로서 組合이 存在하는 것이며, 株式引受以後에는 errichtete Aktiengesellschaft가 생기게 되는 바, 이 errichtete AG와 登記로 成立되는 株式會社(durch Eintragung entstandene AG)의 關係에 관하여는 同一說의 立場을 더욱 積極化시켜 權利義務移轉의 法律的 說明을 아울러 一元的으로 解決하고자 試圖하고 있다. 즉 教授에 의하면 株式引受以前에는 定款作成으로서 이루어진 客觀的 秩序 속에 民法上の 組合에 관한 規定이 適用되는 發起人相互間的 組合契約에 따르는 權利義務關係가

存在할 뿐이나 株式引受가 끝난, 獨法에서 말하는 이른바 「設立된 會社」라는 것은 비록 그것이 權利能力을 갖지 않는다고 하더라도 이 段階에서는 事實上 이미 어느 程度의 實在(etwas gegenwärtig Existentes)로서 活動하고 있음을 否認할 수 없는 것이므로, 이는 株式會社가 法律上的 完全한 存在는 아니더라도 이미 어느 程度 顯身하고 있는 것이고, 關係人間에 權利義務를 發生시키는 會社法的인 秩序가 생겨났다고 볼 수 있는 바, 이 점에 관하여 Bundesgerichtshof가 Genossenschaft에 대한 判決에서 「비록 登記前的 會社에 대한 規定이 法律에 規定되어 있지 아니한다 하더라도, 株式法 第 22 條 第 1 項이 “errichteten” Gesellschaft 라는 用語를 쓰고 또 同法 第 28 條 第 2 項이 登記前的 會社에 관하여 最少限의 財産出資 또는 同法 第 23 條, 第 25 條, 第 29 條 등이 初代理事·監事에 관한 規定을 두고 同法 第 34 條 第 1 項과 第 2 項이 登記前的 會社의 이름으로 한 行爲에 관하여 規定하고 있음 云云」한 것은 이러한 事實을 肯定한 것이라고 主張하면서, errichtete AG는 停止條件附로 成立한 株式會社(aufschiebend bedingte Gesellschaft)로 보아야 한다고 한다. 다시 말하면 設立登記를 停止條件으로 하여 株式會社は 成立하는 것이므로 登記가 있으면 條件成就로서 效力이 發生할 것이고, 登記의 不可能이 確定되면 條件不成就로서 會社의 不成立이 確定된다는 것이다. 이 主張에 의하면, 앞서 본 通說·判例의 態度와 같이 設立過程 全體를 株式引受의 前後를 가리지 않고 Gründergesellschaft로 보아, 이것이 設立經過中 取得 또는 부담한 權利義務가 成立한 會社인 法人으로 옮겨가는 根據를 대기 위한 同一說이란 必要없게 되는 셈이다. 즉 株式引受로 設立된 會社は 登記를 停止條件으로 하여 株式引受完成時에 株式會社로서 成立하는 것이므로 그 동안 取得 또는 부담한 權利·義務는 將次 成立할 株式會社를 위하여 取得 또는 부담한 것이요, 登記를 하면 條件成就로 會社成立의 效力이 確定될 뿐이므로 登記前後에 따라 errichtete AG에서 entstandene AG 權利義務關係가 移轉된다는 現象이 일어나지 않고, 따라서 그것에 관한 說明이 필요없게 될 것이다. 다만 여기서 문제되는 것은 이러한 說明이 解釋의 適剩이 되지 않는가 하는 점인 바, 아무리 株式引受에 의하여 停止條件附로 株式會社가 成立한다고 說明할 수 있다고 하더라도 實定法의 解釋上 그 自體가 權利義務能力이 있다고는 할 수 없을 것이며, 그렇기 때문에 教授도 停止條件附로 成立한 株式會社의 名義로 權利義務를 取得 또는 부담한다고 하지 않고 「將次 成立할 株式會社를 위하여」라고 막연하게 하여 둔 것으로 짐작되는데, 그렇다 하더라도 아직 成立이 確定되지 아니한 會社가 어찌하여 權利義務를 취득 또는 부담할 수 있는가 하는 문제는 여전히 남는 것이며, 이 점에 관하여 教授는 發起人에 의하여 行하여진 設立登記 以前의 行爲는 모두 停止條件附로 有效한 것이기 때문에 登記以前에는 株式會社의 名義로 그 行爲를 하지 못한다고 自家撞著的인 說明을 하고 있으며, 따라서 모든 權利義務는 一旦 發起人에게 歸屬되었다가 登記와 더불어 法律上 當然히 成立한 株式會社로 移轉한다고 說明하고 있다.

이것을 다시 要約한다면 設立中の 會社로부터의 成立後의 會社로의 權利義務移轉의 根據를 通說・判例와 같이 同一說에서 찾지 않고 errichtete AG가 停止條件附인 entstandene AG이기 때문이라고 하는 점에서 찾고자 하는 것이 特色이라고 할 수 있는 바, 卑見에 의하면 教授가 모처럼 登記以前의 會社狀態를 停止條件附成立說로서 根據붙이면서 財産移轉關係에 관하여는 다시 通說의 論議에 되돌아가고 있는 점이 안타까우며, 위에서 指摘한 바와 같이 이說에 의하여 모든 法律關係를 一元的으로 說明할 수 있었다면 하는 생각이 든다. 결국은 教授의 說도 設立中の 會社로부터 將來 成立할 會社로의 權利義務의 法律上 當然한 移轉을 뒷받침하기 위한 하나의 異說을 提示한데 不過하고 教授의 所論의 歸結로서는 오히려 株式引受를 통하여 區別하는 Gründergesellschaft와 errichtete AG의 關係가 模糊하고 Gründergesellschaft가 errichtete AG로 發展의으로 解消하는 것인지 그것과 並行的으로 따로이 存在하는 것인지 分明치 않다. 그러나 하여간 以上 設立中の 會社에 대한 教授의 所論은 어디까지나 獨法을 中心으로 하여 展開된 것이기 때문에 그 主張이 全的으로 우리나라에 直輸入될 수 있는 것은 아니라 할지라도 經濟上 法律上의 規定을 直視하여 어느 程度 一元的 解決을 꾀하고 있다는 점에서 充分히 參考가 되고도 남음이 있다고 생각된다.

끝으로 教授는 同書 188面 以下에서 企業의 合同(Unternehmenszusammenfassung), 從屬會社(abhängige Unternehmen), Konzern이라는 章을 두어 企業集中現象이 資本主義社會에 있어서 不可避的으로 일어나는 것임을 經濟學的 統計에 의하여 뒷받침하면서 이것에 관한 現行法의 解釋과 아울러 獨逸株式法草案에 나타난 諸規定을 그 立法精神을 바탕으로 하여 상세히 論하고 있는 바, 이는 教授가 獨逸株式法草案의 起草委員의 한 사람으로서 그 立法에 參與한 知識을 活用한 것으로서 다른 類書에서 찾아볼 수 없는 커다란 業績의 하나라고 보아야 할 것이다. 특히 教授가 이것에 관한 法律政策的인 問題點으로서 列擧한 것을 보면, 첫째 從屬會社는 그것이 비록 法律上으로는 獨立하고 있다고 하더라도 經濟的으로는 獨立性을 喪失하고 있고, 그 運營이 會社外的인 영향(aussergesellschaftlicher Einfluss) 아래 있기 때문에 어느 정도 그것의 獨立性을 보장하여야 하는가 하는 문제, 둘째 財産法的 關係에 있어 從屬會社의 財産處分에 관하여 從屬會社의 株式・債權者들과의 利害關係가 支配會社에 의하여 어떻게 調整될 수 있는가 하는 문제, 셋째 支配會社의 從屬會社에 대한 支配力, 다시 말하면 支配會社가 가지는 從屬會社의 株主權行使의 限界의 문제, 넷째 共同決定法의 領域에 있어서의 企業合同의 錯雜性을 解決하는 문제 등을 들고 있는 바, 우리나라의 經濟事情이 獨逸의 그것과 判異한 現狀에서 獨法이 規定하는 諸法律關係를 그대로 直輸入할 것은 못되지만, 앞으로의 經濟的 發展에 수반하여 必然的으로 일어날 수 있는 企業集中現象을 어떻게 다룰 것인가 하는데 있어 教授의 이러한 문제설에 관하여 論述한 바가 充分히 參考가 될 줄로 생각한다.

以上 紙面關係로 重點的으로 몇 가지 教授의 所論을 紹介하고 그에 대한 筆者의 愚見을 첨

가하는데 그쳤는 바, 本書는 獨逸에서도 株式法에 관한 가장 상세한 體系書로 通用되고 있을 뿐 아니라, 到處에 展開되는 教授의 特異한 意見은 아직 우리나라에 전혀 紹介되지 아니한 점이 적지 않으나 그 점에 관하여는 앞으로 機會 있는대로 다시 紹介하기로 하겠는 바, 이 書評에서 論及한 部分은 教授의 가장 基本的인 見解에 관한 것이고, 教授의 學問을 直接 間接으로 받은 筆者로서 그 一端을 하루 速히 우리나라의 同學者에게 紹介하고자 하는 뜻에서 이루어진 것이다. 筆者의 理解의 不足으로 행여나 教授의 所論의 참뜻이 잘못 傳達되거나 아니하였는가 두려워하는 바이다.