〈논　　문〉

商法改正試案의 問題點*

鄭　　熙　　喆**

I. 序　　論

1963年에 現行商法이 施行된 이후, 실로 20년만에 商法의 改正試案이 公表되고, 이에 대한 各界의 意見이 모아져 正式으로 政府草案이 作成되어 이를 國會에 提出할 단계에 이르렀다.

現行商法이 施行된 당시의 우리나라의 經濟事情, 社會情勢는 20年의 歲月이 흐르는 동안 엄청난 발전과 변동을 겪었으며, 商法의 規制對象인 企業生活關係, 특히 會社企業關係는 그 中心인 株式會社法의 現行規定으로는 이를 다루기에는 너무나 現實에 맞지 않게 되었다는 것이 改正案을 마련하게 된 契機인 것이다. 그리고 이 改正試案에 대한 各界의 修正意見, 追加改正意見 등이 수없이 답지하였다고 하는 바(1), 이는 商法改正의 必要性에 대한 各界의 關心度가 높다는 것을 나타내는 것이라 하겠다. 앞으로 政府草案作成時 이 意見들이 많이 반영될 것으로 기대된다.(2)

이 論文에서는 商法改正試案과 이에 대한 各界의 意見中 특히 문제되는 점과 장래의 改正作業에서 고려되어야 할 점 등을 중점적으로 다루어 보고자 한다. 따라서 改正試案에 관하여 異議가 없는 부분에 대하여는 이를 論及하지 않는다.

II. 企業會計基準과 商法

(1) 企業會計基準의 意義

企業會計基準은 株式會社의 外部監査에 관한 法律(以下 外監法으로 略稱) 제13조 乃至 및 同法律 施行令 제6조의 規定에 의하여 同法律의 適用을 받는 法人의 會計와 監査人의 監査에 統一性과 客觀性을 부여하기 위하여 財務에 관한 書類의 범위·用語·標準樣式·作成方法과 會計處理에 필요한 事項을 정한 것이다(同基準 제1조).

이 基準은 證券去來法 제195조의 規定에 의거하여 制定된 「上場法人 등의 會計處理에 관

* 이 論文은 1981年度 文敎部學術硏究助成費에 의한 것임.

** 서울大學校 法科大學 敎授

(1) 商法改正試案에 대한 各界意見, 1982.8 法務部刊

(2) 商法改正試案의 作成·審議過程, 修正過程에 대하여는 有關機關인 法務部에서 公式으로 發表할 것이므로 이에 대한 論及은 하지 않기로 한다.

한 規程」(大統領令 10061호), 同法 제196조의 規定에 의거하여 制定된 「財務諸表規則」(財務部令 1098호 改正 1205호) 등을 흡수 통합한 것이며, 企業會計에 관한 統一的 規定이 이루어졌다고 하는 점에서, 劃期的인 것이다.

다만 이 企業會計基準은 證券管理委員會가 作成하여 1981. 12. 13 財務部의 承認을 받아 同日字로 施行된 것이나, 이 基準은 처음부터 外監法의 適用을 받는 株式會社 또는 上場法人, 登錄法人 등을 對象으로 한 것이며, 이것이 기타의 會社 또는 一般商人에게도 適用될 것인지는 이 基準만으로는 推論되지 않는다. 또 이 基準은 法令은 아니기 때문에 法的拘束力이 없다고도 생각할 수 있으나, 이것은 外監法의 委任에 따라 制定된 것이므로 法的 拘束力이 있다고 보아야 할 것이다.

이렇게 되면 이 基準과 商法의 會計規準이 相異하게 될 때 實務上 커다란 혼란이 생기게 된다. 특히 이 會計基準이 商法의 會計規定의 特別法이므로 商法의 會計基準이 이것에 의하여 변경된다고 보는 見解도 成立할 수 있어, 兩者의 關係를 調整할 필요가 있게 된다. 따라서 商法의 會計規定을 企業會計基準에 맞추어 改正할 필요성이 있는 것이며, 이번의 改正試案도 대체로 이러한 점을 유의하고 있는 것이다. 이에 관하여 項目別로 고찰하기로 한다.

(2) 商業帳簿

① 財產目錄의 削除

試案은 現行法이 商業帳簿로서 日記帳, 財產目錄, 貸借對照表를 들고 있던 것을 고쳐, 日記帳을 會計帳簿로 하고 財產目錄을 削除하였다. 公認會計士會에서는 損益計算書를 商業帳簿에 추가하여야 한다는 意見을 내놓고 있으나, 採用되지 않을 것으로 보인다. 財產目錄은 一定時期에 있어서의 動產·不動產·債權·債務 기타의 財產의 總目錄을 말하는데, 우리나라의 會計慣行이 이것을 作成하지 않고, 또 商法 제447조 제 2 항이 株式會社에서는 이것을 貸借對照表附屬明細表로 갈음할 수 있게 規定하고 있는 것을 一般化하여 商法의 會計規定을 전적으로 損益法的 立場으로 方向轉換함으로써 前記한 企業會計基準에 한발 다가서서 그것과의 調和를 꾀하고 있다.

② 會計帳簿의 登場

商法上 日記帳은 日常의 去來와 기타 財產에 영향있는 事項을 明記한 帳簿로 되어 있고 會計上의 日記帳과는 觀念이 달라 兩者의 混同이 생기므로, 簿記上의 元帳, 分介帳, 日記帳 등을 포함한 會計帳簿로 用語를 바꾼 것이다. 종래에는 財產目錄을 기초로 하여 貸借對照表를 作成하게 하던 것이, 財產目錄이 폐지되었으므로, 계속적으로 記入되는 會計帳簿의 記錄에 따라 貸借對照表를 作成하게 된다. 이리하여 會計帳簿의 重要性은 한층 높아졌으며, 貸借對照表의 殘額에서 損益이 파악된다는 損益法의 立場에 서 있는 企業會計基準에 한 걸음 다가서게 되었다.

③ 會計慣行의 遵守

試案 제29조 2항은 「商業帳簿의 作成은 이 法에 規定한 것을 제외하고 一般的으로 公正·妥當한 會計慣行에 따른다」라고 規定하고 있다. 이것은 日本商法 제32조 제2항이 「商業帳簿의 作成에 관한 規定의 解釋에 관하여 公正한 會計慣行을 참작할 것」이라고 規定한 것과 趣旨를 같이하는 것이지만, 日法은 會計慣行을 規定解釋上의 參考로 하는데 그치고 있는데 대하여, 試案은 한 걸음 더 나아가 會計慣行을 商業帳簿의 作成基準으로 明示하고 있는 점으로 미루어 보아 會計慣行을 集大成한 企業會計基準의 法的拘束力을 宣明한 것이라고 할 수 있다.

실로 획기적인 規定이라고 아니할 수 없다.

(3) 企業會計基準과 商法의 調和

① 現行商法上의 會計規定의 基本觀念

現行商法의 傳統的인 思考는 이른 바 Franco-German的 會計體系를 바탕으로 하고 있다. 즉 會計規定의 목적은 債權者의 보호에 있으며, 그 手段으로 財產表示가 필요하다는 思考方式이다. 債權者로서는 企業이 解散한 때에 그 財產을 處分하여 얼마만큼의 金額을 分配받을 수 있는가가 最大關心事이다. 그러므로 企業의 財產狀態를 債權者에게 公示하는 것이 債權者保護에 가장 알맞는 최선의 수단이라고 생각한다.

이렇듯 財產의 表示가 중심이 되면, 이것을 效果的으로 실현하는 것이 財產目錄이 된다. 따라서 財務諸表體系中 財產目錄이 중심이 되고 貸借對照表는 물론 損益計算書까지도 財產目錄을 기초로 하여 作成된다.

그런데 財產目錄에서는 그곳에 기재될 資產의 評價를 어떻게 할 것인가가 문제가 된다. 이리하여 現行商法 제31조는 財產評價의 原則이라는 標題아래 「財產目錄에에는……目錄作成當時의 價格에 의하여……」라고 評價原則을 定하고 있다. 이 規定의 취지는 지극히 명백하다. 즉 財產目錄을 作成하는 목적이 企業의 解散時에 換價할 수 있는 財產의 價額을 밝히는 것이므로, 그러기 위하여는 財產目錄에 기재할 財產의 價額은, 處分價額 즉 客觀的 交換價額인 時價에 의하여야 한다는 것이다.

이러한 見地에서는 財產目錄이나 貸借對照表에 表示할 資產은 모두 換價價値가 있는 것에 한하므로 換價價値가 없는 이른 바 移延資產은 計上될 수 없게 된다. 그런데 移延資產의 設定을 전혀 인정하지 않으면 企業은 예컨대 設立費用을 支出한 때부터 방대한 缺損이 생겨, 設立後 상당기간 利益配當을 하지 못하게 되므로 一部의 費用만을 移延資產으로 處理하도록 商法에 特別規定을 두었으며, 따라서 이 移延資產規定은 制限的인 列擧라고 해석하게 된다.

결국 商法의 會計規定은, 目的으로서의 債權者保護, 手段으로서의 企業財產의 表示, 會計體系로서의 財產目錄中心主義, 그리고 評價方法으로서의 時價主義를 각기 母體로 하고

있으며, 특히 株式會社에서는 資本充實의 原則이 겉들여 훌륭한 體系를 이룩하고 있다. 물론 株式會社에서는 財產目錄中心主義를 어느 정도 脫皮하고 있기는 하나, 아직도 財產法的인 思考方式을 완전히 벗어나고 있는 것은 아니다.

이러한 財產法的인 思考方式은 會計에 밝지 못한 法律家도 비교적 이해하기 쉽기 때문에 널리 法律家의 머리에 뿌리박혀 현재도 法律家의 會計에 관한 觀念을 支配하고 있다. 금번의 改正은 이러한 固定觀念에서 벗어나고자 하는 試圖인 것이다.

② 企業會計基準의 基本觀念

이에 대하여 企業會計基準은 英美式의 損益法의 會計體系를 따르고 있다. 즉 企業會計原則의 목적을 단지 債權者保護만에 두지 않고 同時에 株主를 포함한 投資者의 보호에 두고 있다. 오늘날 企業會計에 대하여 關心을 갖는 것은 企業의 債權者에 그치는 것이 아니라, 株主나 從業員도 그에 못지 않게 關心을 갖는다. 따라서 오히려 이러한 多數의 利害關係人의 利益을 어떻게 調整할 것인가가 커다란 문제로 되어 있다.

이러한 목적은 企業財產의 表示만으로는 달성될 수 없다. 왜냐하면 오늘의 企業은 모든 財產이 有機的으로 結合하여 하나의 營業財產을 구성하고, 하나하나의 財產은 그 自體로서는 獨立한 價値가 없거나 감소되고, 모든 企業財產이 한덩어리가 되어 비로소 價値를 발휘하므로, 個個의 財產에 價額을 부쳐 表示하더라도 거의 아무 뜻이 없게 되기 때문이다.

오늘날, 企業의 債權者나 株主가 企業에 대하여 중시하는 것은, 결코 企業을 구성하는 資產의 價値가 아니고, 오히려 企業의 收益力이다. 위에서 본 바와 같이 企業財產은 이것이 有機的으로 결합하여 一體로서 營業活動의 기반이 될 때에 비로소 그 價値를 나타내는 것이므로, 債權者나 株主로서는 企業을 解體하여 그 處分代金에서 辨濟를 받는다는 것은 最惡의 경우의 次善策에 불과하며, 다소간 支給이 지연되더라도 企業을 再建하여 그 장래의 收益中에서 辨濟를 받는 것을 最善策으로 생각하게 된다.

이렇듯 債權者나 株主의 보호는, 現實的으로는 企業財產의 表示로 이루어지는 것이 아니라, 繼續企業을 전제로 하는 그 收益力의 表示에 의하여 이루어지는 것이다. 왜냐하면 株主의 關心事는 現在의 企業財產의 내용이 아니라 장래의 企業收益力인 까닭이며, 그 단적인 예로서는 株式市場에서 企業의 장래의 收益力이 줄어들 것이 예상되는 경우의 급격한 株價의 下落을 들 수 있다.

그리고 이러한 경우에, 株主가 자기의 利益을 지키기 위하여는 재빨리 자기가 가지고 있는 株式을 처분하는 길 밖에 없겠는데, 이것을 가능하게 하기 위하여도 재빨리 株主에 대하여 企業의 장래의 收益力의 동향을 밝혀줄 필요가 있게 된다. 이렇듯 企業會計가 企業의 收益力을 表示하는 것이 주된 목적이 된다면, 財產目錄은 거의 불필요한 존재가 되어 버리므로, 試案이 財產目錄의 作成을 삭제한 것은 당연하다고 하겠다.

다음으로 문제되는 것이 損益計算書다. 試案은 商業帳簿에는 損益計算書를 포함시키지

않고 있으나, 株式會社(有限會社 포함)의 財務諸表(試案과 現行商法의 計算書類는 財務諸表로 改稱될 것임)에는 이것이 포함되어 있다.

損益計算書는, 어떤 營業年度의 收益과 費用을 대치시켜 그 期의 損益을 밝히는 書類이다. 그러나 企業의 收入과 支出 중에는 그 期의 收益과 費用이 되지 않는 것도 있다. 이리하여 收入과 支出이라도, 그 期의 收益이나 費用으로 計上하지 않기 위하여 損益計算書에 表示하지 않은 것(建物, 車輛, 商品 등)을 다음期 이후의 損益計算書에서 收益이나 費用으로서 計上하기 위하여 이것을 移延시킬 필요가 있으며, 그 移延表 및 본래의 收益이나 費用과 관계가 없는 收入이나 支出(資本, 借入金 등)을 기재할 書類로서 따로 貸借對照表가 作成되는 것이다. 따라서 財務諸表의 中心은 損益計算書이며, 貸借對照表는 단지 期間損益計算書의 作成을 可能하게 하는 架橋表에 지나지 않는다.

이렇듯 貸借對照表에는 收益·費用이 되지 않을 收入·支出과 본래 收益·費用과 관계가 없는 收入·支出이 기재된다고 한다면, 그곳에 기재되는 價額이 실제의 收入支出額(取得價額 또는 製作價額, 즉 原價)에 의하여 表示된다는 것은 지극히 당연한 것이다. 따라서 貸借對照表上의 資產은 모두 장래의 收益을 생기게 하기 위한 費用이 될 支出이므로 모두 支出된 額, 즉 原價로 表示되어야 할 것이며, 그 資產의 處分價額 즉 時價는 처음부터 문제가 되지 않는다. 試案 제31조가 現行商法 제31조의 時價主義原則을 고쳐, 原價主義로 規定된 商法 제452조를 準用한 것은 당연한 것이라 하겠다. 다만 제31조에 제452조의 내용을 규정하고, 제452조에서 제31조를 準用할 것이냐는 한낱 立法技術上의 문제에 불과하다. 또 企業會計基準 제91조 이하에 資產·負債의 評價에 관한 規定이 있는 이상, 다시 商法에서 이에 관한 規定을 둔 것은 그것이 企業會計基準을 넘어선 것이 아닌 한 중복된 것이므로 불필요한 것이 아니겠는가 하는 의문도 없지 않으나, 商法의 規定은 原價主義의 원칙을 宣言한 것으로서의 의미가 있고, 상세한 것은 企業會計基準에 따른다고 해석하여야 할 것이다. 商法 제29조 제2항의 뜻도 그러한 점에 있는 것이다.

이리하여, 企業會計基準의 思考方式은, 目的으로서의 企業의 모든 利害關係人의 利害의 調節, 手段으로서의 企業의 收益力의 表示, 會計關係로서의 損益計算書中心主義, 評價方法으로서의 原價主義를 각기 母體로 하고 이것이 期間損益計算書의 원칙과 結合된 體系를 이루고 있다. 이것을 Anglo-American的 會計體系라고 한다.

(4) 商法과 企業會計基準과의 調和

改正商法試案은 종래의 財產法的인 思考方式을 불식하여 企業會計基準의 損益法的인 思考方式으로 方向轉換을 하고 있으면서도 部分的으로는 아직도 財產法的인 思考를 버리지 못하고 있는 점이 있으나, 이것은 商法의 立場과 會計의 立場이 완전히 같게 될 수는 없다는데서 오는 필연적인 결과이며, 兩者의 完全一致를 요구하는 것은 오히려 무리한 일이라고 생각 된다. 試案정도로 兩者를 調和시킨 것도 커다란 成果이며 商法의 면모를 一新한

것이라고 하여도 과언이 아니다.

商法이 損益法的인 立場을 받아들이는데 한계를 두게 되는 데에는 다음의 두가지 문제, 즉 株式會社에 있어서의 資本維持의 원칙과 損益法原理의 相衝, 商法에서의 配當可能利益의 算定과 損益法 原理의 受容限界가 그것이며, 이 문제를 앞으로 어떻게 調和시켜 나갈 것인가가 매우 중요한 과제가 될 것이다.

① 資本維持의 原則과 損益法原理의 調和

資本維持의 원칙은 원래 株式會社의 資本과 法定準備金의 額에 상당하는 現實財産을 유지하여야 한다는 것을 뜻한다. 그리고 이 원칙은 債權者를 보호하기 위한 것이며, 債權者는 會社가 解散하였을 때에 企業의 財産을 處分하여 얻은 代金을 分配받음으로써 보호를 받게 된다는 思考인 것이다. 그러므로 여기에 資本에 상당하는 財産이란 換價價値있는 財産이어야 하며, 따라서 이 원칙에서 보면 貸借對照表에 기재할 財産은 모두 換價價値있는 財産을 그 換價價値(時價)에 의하여 表示하여야 한다는 것이 된다. 그러나 現行商法 제452는 企業會計基準과 같이 原價主義를 採用하고 있으며, 改正試案 제31조는 이 原價主義를 一般化시키고 있다.

그러면 이러한 商法上의 損益法的인 方向轉換이 資本維持의 原則에 어떠한 영향을 미치는가를 고찰할 필요가 있다. 資產評價가 原價主義를 채용하였다고 하여 資本維持의 원칙이 무너지는 것은 아니다. 왜냐하면 資本維持의 원칙을 資產評價와 연결시켜 論理를 전개하면 위에서 본 바와 같이 資產評價도 時價主義로 하는 것이 一貫性이 있겠으나, 原價主義가 되었다고 하여 역으로 資本維持의 原則이 불필요하다는 逆亦眞의 結論을 내릴수는 없는 까닭이다. 뿐만 아니라 資本維持의 原則은 額面未達發行의 制限(商 330조), 株式發行價額의 全額納入制度(商 229조, 310조, 313조, 422조), 發起人과 理事의 引受와 納入擔保責任(商 321조, 428조), 納入金의 相計禁止(商 433조), 自己株式의 取得制限(商 341조), 利益配當制限과 法定準備金制度(商 458조, 462조) 등 商法의 도처에서 根本原則으로 되어 있으므로, 商法上 資產評價原則이 原價主義로 바뀌어졌다고 하더라도 이 원칙은 원칙대로 남아있다고 보아야 한다.

결국 앞으로는 資本維持의 원칙을 財產法的인 解釋에 損益法的인 解釋을 加味하여 調整할 수 밖에 없지 않은가 생각된다. 즉 資本維持의 原則은, 資本에 상당하는 財產을 維持하고, 同時에 資本에 상당한 장래의 收益力을 유지하여야 한다는 原則이라고 解釋하여야 할 것이다. 이렇게 資本維持의 原則을 해석함으로써 財產法的인 原理와 損益法的인 原理를 調和시킬 수 있을 것이고, 商法과 企業會計基準의 충돌을 조정할 수 있지 않은가 생각한다.

② 商法의 配當可能利益과 損益計算書의 調和.

商法의 會計規定과 企業會計基準은 그 目的에서 커다란 차이를 보이고 있다. 즉 企業會計基準에서는 損益計算書에 의한 期間損益의 表示(基準 64조)를 목적으로 하고 있으나, 商

法은 그것과 더불어 配當可能利益의 算定(商 462조)을 목적으로 하고 있는 까닭이다. 결국 企業會計基準의 目的은 단지 期間損益의 算定뿐인데 대하여 商法의 會計規定의 목적은 期間損益의 算定 이외에 配當可能利益의 確定이 있는 것이며, 이 점에서 兩者간에는 넘을 수 없는 線이 있는 것이며, 企業會計基準의 원칙이나 制度를 그대로 商法의 會計規定에 들여올 수 없는 커다란 理由가 있는 것이다.

株式會社에서 利益配當이라는 것은, 商法의 規定에 따라 配當할 수 있는 利益을 定期株主總會의 決議로 確定하여 所有株式數에 따라 各株主에게 分配하는 것을 말한다. 따라서 利益配當을 하기 위하여는 첫째 配當可能利益이 있어야 하므로, 配當可能利益이 얼마나 되는가를 算定하는 것이 중요하며, 이 때에 그 算定方法이 문제가 된다. 利益이라 함은 積極財產(資產)에서 消極財產(債務)의 總額을 공제한 財產額인 會社의 純財產額이 資本額 및 諸準備金의 額을 초과한 差額을 말한다(商 462조). 그러나 一事業年度의 損益計算의 결과 當期利益金이 생기더라도 그 모든 것이 處分可能한 利益이 되는 것이 아니라, 즉 資本維持의 원칙의 基本的 要請에 의하여, 會社는 資本을 전보하고 또 準備金을 控除한 후가 아니면 利益의 配當을 하지 못한다. 이 점이 企業會計基準의 목적외에 商法의 會計規定의 중요한 목적의 하나가 되어 있다. 즉 損益計算書上의 當期純利益이 곧 處分可能利益이 되는 것은 아니다. 美國의 1950年 Modern Corporation Act를 보면, 제 2 조 I項에서 損益의 算定에 관하여는 損益法的 立場에서 規定하고, 同條 K項에서는 配當規制에 관하여 財產法的立場에서 規定한 것을 알 수 있는데, 이것은 美國會社法이 債權者保護를 위한 資本維持의 원칙과 損益法의 原理를 짜임새 있게 調和시키고 있는 증좌라 할 수 있다.

결국 우리나라의 商法도 利益의 算定에 관하여는 損益計算書上의 收益과 費用을 對應시킨 差額으로서 밝히도록 하는 損益法的 立場에 서면서, 그 集積이 貸借對照表의 利益으로서 計上된 연후에, 그것에서 資本의 缺損과 諸準備金을 差減한 金額이 配當可能利益이 된다고 보아야 한다. 그러므로 企業會計基準의 損益計算書上의 當期純利益과 商法의 會計規定上의 配當可能利益과는 一致하는 것이 아니며, 또 그러할 필요도 없다. 兩者는 각기 原理를 달리하면서 서로 調和되고 있다고 봄이 타당할 것이다. 즉 當期純利益은 損益法的 立場에서 算出되나, 이것이 配當可能利益을 算出하는 基準이 되고, 이것을 基準으로 하여 資本維持의 原則을 貫徹하기 위한 控除項目을 差減한 金額이 配當可能利益이 되는 것이다.

(5) 計算書類와 財務諸表

商法은 總則에 商業帳簿에 관한 規定(商 29조 이하)을 두고, 株式會社에 있어서는 計算書類에 관한 規定(商 447조)을 두었으며, 企業會計基準은 財務諸表에 관한 規定(基準 제 5 조)을 두고 있으므로, 이 3者의 관계가 문제가 된다. 改正試案 제29조는 商業帳簿를 會計帳簿와 貸借對照表라고 하였으며, 同試案 제447조는 現商法의 財產目錄과 營業報告書를 削除하고, 貸借對照表, 損益計算書, 利益剩餘金處分計算書 및 缺損金處理計算書를 計算書類라고 하고

있으며, 企業會計基準은 이 이외에 財務狀態變動表를 덧붙여 財務諸表라고 하고 있다. 즉 3者는 貸借對照表만이 共通이고, 商業帳簿에는 會計帳簿가 들어 있는 대신 損益計算書와 利益剩餘金處分計算書와 缺損金處理計算書는 들어 있지 않으며, 計算書類에는 財務狀態變動表가 제외되어 있을 뿐 財務諸表와 同一하고, 이 後2者에는 會計帳簿가 포함되지 않는다.

現行商法에서도 計算書類에는 財產目錄, 營業報告書가 들어 있어 財務諸表와는 實定法上 별개의 槪念이라고 하면서도 實質的으로는 별로 큰 차이가 없다고 說明되어 왔다.(3) 그러나 改正試案은 營業報告書를 別個條文으로 뽑아내고 計算書類의 종류를 企業會計基準의 그것을 따르면서 財務狀態變動表만을 제외시켰으므로, 實定法上으로도 財務諸表와 다른 바 없게 되었다. 이리하여 民·商法改正特別審議委員會 商法分科委員會에서는 計算書類라는 名稱을 財務諸表로 고치기로 한 것으로 알고 있다.

財務諸表는 企業의 財政狀態와 經營成績을 表示하여 利害關係人에게 필요한 會計處理事實을 파악하게 하기 위한 書類이다. 現行法下에서는 計算書類도 實質的으로 財務諸表와 同一한 것이라고 하면서도, 實定法上으로는 監事 등에 提出, 株主總會의 承認을 받을 필요가 있느냐 없느냐에 그 차이점이 있다고 하였다.

試案이 그대로 施行된 후에는 商法上의 財務諸表와 企業會計基準上의 財務諸表의 구별이 생기겠으나, 그것은 財務狀態變動表의 포함여부와, 監事 등에의 提出要否 및 株主總會의 決議要否에 관하여만 차이가 있게 될 것이지, 내용상 큰 차이가 있는 것은 아니다.

이러한 試案의 立法態度는 商法의 會計規定과 企業會計基準을 接近시키고자 하는 의도인 것이며, 同試案에 의하여 兩者의 調和가 어느 정도 이루어졌다고 할 수 있을 것이다.

(6) 準備金

① 準備金과 剩餘金

改正試案 제447조는 計算書類(財務諸表)로서 利益剩餘金處分計算書를 들어, 剩餘金의 槪念을 導入하였다.(4) 그러면 準備金과 剩餘金은 어떻게 다른 것인가.

商法學에서 準備金(reserve)이라는 것은, 企業의 純資產額이 資本額을 초과하고 있는 경우에, 이것을 株主配當 또는 任員賞與로서 處分하지 않고, 一定한 목적으로 會社에 유보할 때의 財產的 數額을 말한다. 法에 의하여 그 積立이 강제되는가의 여부에 따라 法定準備金, 任意準備金의 구별이 생기고, 法定準備金은 積立財源에 따라 利益準備金과 資本準備金으로 나눈다.

이에 대하여 企業會計基準에서의 剩餘金(surplus)이라는 것은, 이것과 유사하면서도 한편

(3) 拙著, 商法學原論(上), 485면

(4) 商法分科委員會에서는 資本準備金의 종류로서 資本去來에서 생기는 剩餘金을 추가함으로써 역시 剩餘金의 槪念을 導入하고 있다. 後述.

에서는 더 넓고 다른 한 편에서는 더 좁다. 剩餘金쪽이 더 넓다고 하는 것은 企業會計基準에 있어서의 當期末未處分利益剩餘金은 前期損益修正을 加減한 修正後의 前期移越利益剩餘金과 當期純利益으로 나뉘는데(基準 108조 1호), 前者는 일단 종래 商法學에서 任意準備金이라고 하는 것에 해당한다고 할 수 있겠으나, 後者는 當期에서 비로소 發生한 剩餘金이며, 그 期의 決算에서 그 處分方法이 비로소 決定되는 것이므로 이것을 商法學의 準備金이라 할 수는 없다. 이 점에서 剩餘金쪽이 商法學의 準備金보다 넓은 概念이라고 하는 것이다. 試案 제458조가 現行商法 同條 제1항의 「……每決算期의 利益을……」「每決算期의 純利益……」이라고 修正하고, 同條 제2항에서 純利益의 概念을 定하여 「損益計算書上의 當期純利益에 前期損益修正을 加減하고 移越缺損金을 差減한 金額으로 한다」라고 규정한 것은 利益準備金의 財源으로서의 利益概念을 當期純利益의 概念에 접근시킨 것인 바, 이에 의하여 當期純利益은 아직 未處分의 것인 것이 明白하므로 商法上의 準備金은 아닌 것이다. 한편 剩餘金의 概念이 準備金의 概念보다 좁다고 하는 것은, 商法學의 準備金은 廣義로의 擬似準備金(또는 秘密準備金)을 포함하는데 剩餘金의 概念에는 이것이 포함되지 않는다고 생각되기 때문이다.

② 商法學上의 準備金의 종류

i) 固有한 뜻의 準備金과 固有의 뜻이 아닌 準備金; 前者는 形式上 貸借對照表에서 準備金 또는 積立金의 名目으로 기재되고 實質上 準備金으로서의 성질을 지닌 것이며, 이것은 法定準備金과 任意準備金으로 나뉜다. 後者는 準備金 또는 積立金의 名目下에 계기되는 形式을 缺하던가, 準備金으로서의 實質을 갖지 않는 것을 말하며, 그 形式을 缺한 것은 秘密準備金, 그 實質을 缺하는 것은 擬似準備金이다.

ii) 法定準備金과 任意準備金; 法定準備金은 法에 의하여 積立이 强制되는 것이며 任意準備金은 그렇지 않은 것을 말한다. 상세한 것은 이 論文의 本旨가 아니므로 省略한다.

③ 會計學上의 剩餘金의 分類

이것에는 구별의 기준에 따라 여러가지 分類를 할 수 있다.

i) 源泉에 따른 分類; 利益剩餘金과 資本剩餘金으로 나뉜다.

㈎ 利益剩餘金은 利益準備金, 기타 法定積立金(産業合理化積立金·財務構造改善積立金 등 法令에 의하여 義務的으로 積立하여야 할 積立金), 任意積立金, 次期移越剩餘金 등으로 나뉜다(基準 108조 3호). 그러므로 利益剩餘金의 概念은 利益準備金의 概念보다 넓고 利益準備金은 利益剩餘金의 概念에 포함된다.

㈏ 資本剩餘金; 資本剩餘金은 資本準備金·再評價積立金과 기타 資本剩餘金으로 나뉜다(基準 56조). 資本準備金은 商法 제459조에 規定된 것으로서 株式發行超過金, 減資差益, 合併差益의 셋이고, 再評價積立金은 資産再評價法의 規定에 의하여 積立된 金額이며, 기타 資本剩餘金은 國庫補助金, 工事負擔金, 保險差益, 資産受贈利益, 債務免除利益, 自己株式

處分利益 및 위의 어느 것에도 해당하지 않는 資本剩餘金 등이다.

그러므로 資本準備金은 資本剩餘金의 槪念속에 포함된다. 그런데 금번 試案에 대한 修正意見으로 公認會計士會에서 提出된 修正案에 따라 商法 제459조에 제 4 호로 「기타 資本去來에서 發生하는 剩餘金」이라고 追加할 것을 商法改正委員會가 決議하였으므로 商法上의 資本準備金은 企業會計基準의 資本剩餘金과 거의 완전히 一致되었다고 할 수 있다. 그러므로 앞으로는 같은 對象을 商法에서는 法의 規定에 의하여 積立이 강요된다는 觀點에서 資本準備金이라고 할 것이고, 會計學上으로는 株式去來, 組織變更이나 合併과 같은 資本去來에서 생기는 超過額이라는 觀點에서 資本剩餘金이라고 할 것이다. 따라서 資本剩餘金에 관한 한 資本準備金과 같은 것을 뜻하고, 보는 면에 따른 名稱의 차이에 불과하게 되므로, 利益準備金과 利益剩餘金에 있어서와 같은 槪念上의 차이는 없게 된다.

ii) 配當에 사용할 수 있는 與否에 따른 分類 ; 이것에는 配當可能剩餘金과 配當不能剩餘金이 있으나, 우리나라에서는 資本剩餘金으로서 配當可能性이 있는 것은 매우 드물며, 특히 試案에 대한 公認會計士會의 修正意見대로 試案이 修正된다면 모든 資本剩餘金은 資本準備金으로서 積立이 강요되므로 이 分類는 무의미해진다.

그 밖에도 分類方法이 있으나 省略한다. 요컨대 試案에 대한 前記修正意見에 따른 改正이 있게 되면, 商法의 會計規定과 企業會計基準이 資本剩餘金에 관한 한 調和를 넘어서 完全一致를 보게 되는 것이다.

(7) 移延資產

① 移延資產의 意義

營業年度에 支出한 費用이라도 그것이 경영상 필요유익하고 또 後年度에 있어서 경제적 성과가 예상되는 것에 관하여는 이것을 支給年度의 資產으로 計上하여 後年度에 그 收益에 대응하는 부분을 분담시키는 것은 營業成績을 합리적으로 측정하기 위하여 필요한 수단이 된다. 이러한 종류의 項目을 移延資產이라고 하는 바, 商法은 이것을 무제한으로 인정하지 않고 또 이것을 인정하는 경우에도 반드시 償却方法을 아울러 規定하고 있다. 商法은 또 資產의 評價에 관하여 原價主義를 대폭 도입하여 財產法的 立場을 止揚하였으므로, 移延資產의 性質에 관하여도 그것을 損失로 보지 않고 費用의 配分이라고 보는 損益法的 立場에서 해석할 수 있게 되었다. 그러나 그렇다고 商法上의 移延資產을 모두 損益法的 立場에서 파악할 수 있는 것도 아니다. 왜냐하면 첫째, 商法은 移延資產의 項目을 한정하고 있는데, 이것을 완전히 例示的인 것으로 보기 어렵고, 둘째 商法上의 移延資產의 規定은 任意規定으로 되어 있어 강제성이 없으며, 셋째 株式發行差金이나 建設利子配當과 같이 移延損失로서의 性質을 가진 것도 포함되어 있는 점 등으로 미루어 보더라도, 財產法과 損益法의 타협의 산물이지 財產法을 완전히 탈피하였다고 할 수 없다. 그렇다고 하더라도 現行商法上의 移延資產은 新株發行差金과 建設利子配當의 경우를 제외하고 費用의 配分 또는 移延이

라고 하겠고, 그러한 의미에서 移延資產도 資產이라고 하겠으나, 流動資產·固定資產과는 다른 특수한 성질을 가진 것이기 때문에 이것을 特殊資產項目이라고도 한다.

② 商法上의 移延資產과 企業會計基準上의 移延資產

i) 商法上의 移延資產으로서는 創業費·新株發行費用·額面未達金額·社債差額·建設利子·營業權取得價額의 6가지가 있다(商 453조~457조).

ii) 企業會計基準上의 移延資產으로서는 創業費·開業費·新株發行費·社債發行費·試驗研究費·換率調整借의 여섯가지가 있으며, 創業費와 新株發行費가 商法과 共通일 뿐, 開業費·社債發行費·試驗研究費·換率調整借가 추가되어 있으며(基準 38조), 社債發行差金은 社債에서 差減하는 形式으로 기재하게 하였으며(基準 48조), 株式發行差金과 配當建設利子는 資本에서 差減하는 形式으로 기재하게 함으로써(基準 62조), 이들을 移延資產에서 제외하였다. 그러므로 商法과 企業會計基準과의 가장 두드러진 충돌이 일어나는 것이 이 移延資產項目이라고 하겠으며, 한편 商法의 移延資產項目에는 償却方法이 規定되어 있으나 企業會計基準에는 償却額의 表示方法만 規定하고 있을 뿐이므로 商法上의 移延資產規定이 전혀 필요없다고 할 수도 없다.

③ 改正試案上의 移延資產

商法改正試案은 제453조의 2에서 開業費를, 제453조의 3에서 試驗研究費를 移延資產으로 추가하고 있다. 이것은 前記商法分科委員會에서 削除하기로 결정하였다고 하는 바, 이것에는 많은 문제점이 잠재하고 있다. 試案이 위 두가지를 추가한 것은 企業會計基準에 맞추기 위한 것으로 생각되나, 企業會計基準에 있는 社債發行費와 換率調整借가 빠진 것은 무슨 이유인지 알 수 없고, 또 企業會計基準에서 移延資產項目에서 제외한 社債發行差金, 株式發行差金, 配當建設利子를 여전히 存置시킨 것은 또 무슨 이유인지, 기왕에 商法과 企業會計基準의 接近을 시도하는 바에는 보다 적극적인 立法이 있어야 하지 않았겠느냐 하는 의문이 생긴다. 또 試案에서 추가하기로 한 것을 다시 삭제하기로 한 것은, 企業會計基準上의 移延資產을 다 商法에 規定하지 못할 바에는 이것을 新設하지 않고 企業會計基準에 맡기고자 하는 취지로 사료되나, 이것은 종래 商法上의 移延資產項目을 制限的인 것으로 해석하던 것을 例示的인 것으로 해석할 수 있는 근거를 마련한 것이라고 하겠으므로, 이러한 방식으로 商法上의 會計規定과 企業會計基準을 調和시키고자 한 立法趣旨를 충분히 이해할 수 있다. 그러나 한편 移延資產의 償却方法을 商法이 規定하고 있는 점을 본다면, 오히려 企業會計基準上의 移延資產을 商法에 도입하여 그 償却方法을 規定한 것만 같지 못하다고 할 수 있지 않을까 하는 의문도 생긴다.

(8) 試案上의 會計法의 解釋

이상에서 본 바와 같이 商法改正試案의 會計規定은 企業會計基準과의 調和라는 관점에서 상당히 진취적인 立法을 하고 있다. 그러면 이러한 진보적인 새로운 商法上의 會計法을 解

釋함에는 어떠한 자세를 필요로 할 것인가. 여기에 고려할 점이 두가지가 있다.

그 첫째는 그 條文解釋에 있어 종래와 같이 條文에 충실한 해석을 할 것인가, 進取的 또는 目的論的인 해석을 할 것인가 하는 것이다. 이 점에 관하여는 改正會計法이 종래의 會計法보다 損益法的인 立場에서 立案되었으므로 條文에 충실한 해석을 하여야 한다는 견해도 있을 수 있으나, 會計實務는 유동적인 것이므로 損益法에 따른 會計實務에 맞도록 目的論的인 해석을 하여 法과 實務의 간격을 메꾸어야 할 것이 아닌가 생각된다.

둘째는 종래 인정되어 온 會計慣行이 商法에 흡수되었으므로 改正法下에서는 그것이 어떻게 될 것인가 하는 것이다. 그러나 會計慣行이 商法안에 흡수되었다고는 하나, 資產評價에 관하여도 減價償却의 方法이라든가, 取得價額 내지 製作價額이라든가, 또는 時價의 해석등에 관하여는 이것을 明示하는 特別規定이 없으므로 이러한 점에 관하여는 역시 종래대로 企業會計基準에 따라 處理될 필요가 있다. 앞에서 會計實務에 맞는 目的論的解釋을 하여야 한다고 한 것도 바로 그 때문인 것이다.

III. 議 決 權

(1) 議決權에 관한 改正試案의 내용

商法改正試案은 議決權에 관하여는 議決權의 不統一行使를 허용하고 不統一行使를 위한 節次를 定한 試案 제368조의 2 이외에는 新設規定을 두고 있지 않으며, 이 新設條文에 관하여는 별로 異議가 없다.

(2) 一般的 議決權制限制度의 導入必要性

商法 제369조 1항은「議決權은 1株마다 1個이다」라고 規定하여, 一株一議決權의 原則을 내세우고 있으며, 이 원칙에 대한 예외로서 議決權없는 株式(商 370조 1항)의 發行을 인정하고, 또 一時 議決權行使가 制限되는 경우로서, 會社의 自己株式(商 369조 2항)과 特別利害關係人의 議決權(商 368조 4항)을 規定하고, 決議事項에 대한 大株主의 영향을 감소시키기 위한 政策的인 規定으로서, 監事選任決議에서 發行株式總數(無議決權株除外)의 100분의 3 이상의 株式을 가진 株主의 議決權은, 100분의 3을 초과하는 株式에 대하여는 議決權을 행사하지 못하도록 規定하고 있다(商 410조 1항). 즉 우리나라는 議決權이 制限되는 경우를 개별적으로 定하고 있다. 이에 대하여 도이취랜드·프랑스·오스트리아·네델란드·中華民國 등은 定款에 의하여도 議決權을 制限할 수 있도록 하는 規定을 두고 있다.[5] 이것은 會社支配의 문제와 관련하여, 大株主의 專斷豫防, 少數株主의 保護라는 見地에서 매우 필요한 規定이 아닌가 생각한다. 물론 이것을 立法化함에는 株主平等이라는 立場에서 一定한 한계를 설정하여 定款으로 議決權制限을 인정하여야 할 것이다. 筆者는 商法改正分科委員會에서

(5) 拙稿, 「議決權制限制度의 比較法的 考察」, 法學 22권 3호, 46면 이하 참조.

이 規定을 新設하도록 提議한 바 있으나, 이것을 찬성하는 委員이 단 한사람도 없어 채택되지 아니하였음은 매우 유감된 일이라 아니할 수 없다.

(3) 委任狀과 관련된 議決權行使制限의 필요성

議決權制限을 定款으로 規定할 수 있게 하는 一般的 制度가 오히려 폐단을 생기게 할 염려가 있다고 하여 이를 反對하는 立場을 일단 正當한 것으로 받아들여 그 立法化를 보류한다고 하더라도, 적어도 會社支配을 둘러싸고 委任狀爭奪의 형식으로 빚어지는 暗鬪를 방지하는 견지에서, 委任狀에 의한 議決權行使에 관하여는 이를 商法에 規定하여 制限할 필요가 있지 않은가 한다. 우리나라 商法은 總會꾼의 준동을 방지하기 위한 規定을 지점 두지는 않았으나, 資本市場育成에 관한 法律 제11호는 議事進行의 원활을 기하기 위하여 株主의 發言制限·退場 등을 명할 수 있게 하고 있는 바, 총회꾼은 株主總會 안에서 議事進行을 방해하는데 그치지 않고, 事前에 委任狀을 주어 모으는 식으로 發言權强化를 꾀할 수도 있을 것이며, 이리하여 委任狀을 모으기 위한 이른 바 委任狀爭奪戰이 벌어질 것으로 예상되므로, 이를 최소한도로 방지할 수 있는 어떠한 장치를 필요로 한다 할 것이다.

이에 관한 立法例를 보면, 日本商法 제239조 5항에서 「會社는 株主가 2人 이상의 代理人을 總會에 出席시킴을 거절할 수 있다」고 規定한 것과, 中華民國公司法 제117조 2항은 「1人이 同法에 2人 이상으로부터 議決權代理行使를 委任받은 경우에는, 發行株式總數의 100의 3을 초과하는 部分에 대하여는 議決權을 행사하지 못한다」고 規定하고 있다. 後者는 委任狀爭奪에 따르는 폐단을 방지한다는 뜻이 있고, 前者는 總會꾼의 준동을 미리 봉쇄한다는 뜻이 있다. 立法的으로는 이 두 規定을 모두 商法에 도입하는 것이 바람직하나, 적어도 後者, 즉 中國公司法과 같은 規定은 반드시 두어야 되지 않겠는가 생각된다. 더구나 우연의 一致인지는 모르나, 中國公司法이 이 경우의 議決權을 發行株式總數의 100분의 3을 초과하는 경우에 행사제한을 하도록 規定한 것은, 우리나라 商法의 監事選任決議에 있어서의 議決權制限의 규정과 맞떨어지는 것으로, 만일 이 규정을 우리나라에 도입한다면 監事選任決議와 議決權代理行使의 두가지 경우에 發行株式總數의 100분의 3을 초과하는 부분에 대한 議決權休止가 規定되는 것으로서 현재와 같이 監事選任決議에 있어서의 獨特한 우리나라의 規定이 그 孤立을 면할 것이다. 現實的으로는 오히려 議決權代理行使의 制限이 더욱 절실한 것으로 여겨진다.

(4) 相互保有株式과 관련된 議決權行使制限

證券去來法 제189조는 「上場法人은 大統領令이 定하는 경우를 제외하고는 그 法人이 發行한 株式을 다른 上場法人이 소유하게 하고 이와 관련하여 그 다른 法人의 株式을 소유하여서는 아니된다」라고 規定하여, 株式의 相互保有를 제한하고 있다. 이러한 株式相互保有를 제한한 것은 資本의 空洞化를 방지하기 위한 것이며, 원래 이것은 商法에서 規定하여야 할 事項이다.

이러한 特別法의 規定이 있는데도 불구하고, 株式의 相互保有가 일어났을 때, 이 相互保有株式에 대하여는 적어도 議決權의 行使만은 이를 禁止할 필요가 있다. 이것은 株式의 相互保有를 통하여 會社를 支配하고 善意의 投資家를 농락할 위험이 크기 때문이다. 改正試案은 이것에 대하여도 침묵하고 있다.

이에 관한 立法例로서는 손쉽게 日本商法을 들 수 있다. 日本商法 제241조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉「會社, 親會社 및 子會社 또는 子會社가 다른 株式會社의 發行株式의 總數의 4분 1을 초과하는 株式 또는 다른 有限會社의 資本의 4분의 1을 초과하는 出資座數를 갖는 경우에는, 그 株式會社 또는 有限會社는 그가 갖는 會社 또는 親會社의 株式에 관하여는 그 議決權을 갖지 않는다」라고 이것은 1981年 改正에서 새로 規定된 것이다. 相互保有株式에 있어서의 議決權行使란 거의 無意味한 것이므로, 會社의 自己株式에 대하여 議決權休止를 규정한 것과 同一한 취지에서 이에 관한 規定을 두는 것이 바람직 하다 할 것이다. 앞으로 立法問題로서 신중히 검토되어야 할 것이나

IV. 新株引受權附社債

(1) 新株引受權附社債의 意義

新株引受權附社債는, 新株引受權이 부여된 社債이다. 즉 이 社債의 所持人인 社債權者는, 그의 新株引受權에 의하여 所定의 價額에 의하여 新株의 發行을 起債會社에 請求할 수 있는 것이다. 이 新種社債는 資金調達의 편의를 위하여 또 證券多樣化의 요망에 따라 日本에서 1981年 商法改正時 新設된 것을 그대로 繼受하여 이번의 商法改正試案에 反映시킨 것으로, 그 條文의 文句나 配列이 日本것을 그대로 본따고 있다.

新株引受權附社債는 社債權者가 新株의 發行을 받는 점에서는 轉換社債와 類似하나, 新株의 發行을 받더라도 社債가 存續하는 점이 轉換社債와 다르다.

日本에서 新株引受權附社債制度를 창설하게 된 경위를 보면, 원래 會社法改正審議에서는 檢討對象이 되지 않았던 것인데, 實務界에서 이 制度와 株式買受權附社債制度의 창설을 요망하고 나섰고, 證券業協會에서 特別委員會를 구성, 이것을 審議하여 要綱等을 作成하여 商法部會에 立法을 요청함으로써 이를 檢討한 연후, 制度로서 충분히 활용될 수 있다고 판단하여 이를 立法化하게 된 것이라고 한다.(6) 다만 株式買受權附社債는 自己株式의 取得에 관한 제한을 완화하지 않기로 한 商法部會의 決定에 따라 그것을 전제로 한 株式買受權附社債制度는 일단 보류되었다고 한다. 우리나라의 商法改正分科委員會에서 證券界를 代表한 證券監督院측이 이것을 商法上의 制度로 하는 것에 대하여 약간의 의문을 표시한 것과는 매우 대조적이다.

나는 일찍부터 이 制度의 필요성을 강조한 바 있으므로, 이 制度를 창설한데 대하여는

(6) 元木伸, 改正商法逐條解說, 216면.

전적으로 찬성한다. 이 제도가 필요한 理由로서는 會社資金調達方法을 多樣化할 필요가 있다는 것을 들 수 있다. 現行商法下에서도 他人資本에 의한 資金調達方法으로서 社債와 轉換社債制度가 인정되고 있다. 이 중에서도 轉換社債는 轉換權을 행사하고 나면 社債가 株式으로 轉換된다. 따라서 社債權者로서는 종래의 社債가 소멸하여 社債權者가 아니게 되고, 새로 發行된 株式의 株主가 된다. 그런데 社債權者로서는 社債權者로서 남아 있으면서 株式도 取得하고 싶은 경우가 많다. 이러한 投資家에는 新株引受權附社債가 안성맞춤인 것이다.

(2) 改正試案에 있어서의 問題點

新株引受權附社債의 發行과 관련하여 문제가 되는 것은 商法 제418조의 新株引受權과의 관계이다. 商法은 株主에게 定款에 다른 定함이 있는 경우를 제외하고 所有株式數에 따라 新株의 配定을 받을 權利가 있는 것으로 되어 있고, 이 점이 日本商法과 근본적으로 다르다. 日本商法 제280조의 2에 의하면 株主는 당연히 新株引受權을 갖는 것이 아니라 理事會에서 이것을 주기로 決議함으로써 갖게 되는 것이다. 그러기 때문에 改正試案 제516조의 2항 7호에서(轉換社債에 관하여는 試案 제513조 2항 5호) 株主에게 新株引受權附社債의 引受權을 준다는 뜻을 理事會가 決定하게 한 것은, 株主가 당연히 新株引受權을 갖는 것으로 되어 있는 商法 제418조와 모순되는 듯이 생각된다.

이 점에 관하여는 新株引受附社債(轉換社債포함 이하 같음)의 引受權이지 新株의 引受權이 아니므로 商法 제418조와 모순되는 것이 아니며, 社債引受權을 株主에게 주고 안주고를 理事會에서 決定하는 것은 당연하다고 하는 反論도 있을 수 있다. 그러나 日本의 경우와 같이 株主의 新株引受權이 理事會에 의하여 부여되는 경우는 몰라도 株主가 法律上 당연히 新株引受權을 갖고 있는 우리나라의 制度下에서, 新株引受權權附社債權者의 新株發行請求(또는 轉換社債權者의 轉換權行使)에 의한 新株發行의 경우 당연히 株主의 新株引受權이 배제된다고 할 수 있을런지 의문이다. 그러므로 合法的으로 이 경우에 株主의 新株引受權을 배제하자면, 定款에서 이 경우에는 株主의 新株引受權이 없음을 미리 定해 놓아야 할 것이다. 그러한 定款의 定함이 있는 것을 前提로 하여 上記 試案의 條文이 살아날 것이다.

다음에, 新株引受權附社債에 基하여 新株를 發行하는 것은 特殊한 新株發行이므로 株主의 新株引受權이 배제되는 것은 당연하다는 論도 있을 수 있다. 轉換社債의 경우에는 轉換社債權者가 곧 新株의 株主가 되는 것이므로 株主의 新株引受權이 介入될 여지가 없다. 그러나 新株引受權附社債權者의 新株發行請求의 경우에는 社債發行價額을 新株發行價額으로 하여 社債納入金額을 新株의 納入金額으로 代置하는 節次를 밟는 경우는 實質的으로 轉換社債와 다를 바 없으므로 株主의新株引受權이 배제된다고 할 수 있을지 모르나, 새로이 株金을 納入하여야 할 경우 新株引受附社債의 社債權者가 아닌 株主의 新株引受權이 이것과 競合하여 存在한다고 하는 論理는 成立할 여지가 없는 것인지 모르겠다. 이 경우의 株主의

新株引受權과 新株引受權附社債權者의 新株引受權의 어느 것이 우선하는가는 이 制度가 一般的 新株發行에 대한 特別法的 規定이므로 後者가 優先한다는 論理만으로 통할 것인지 매우 의심스러운 것이다. 이러한 점을 감안한다면, 자라리 株主에게 新株引受權을 인정한 商法 제418조의 規定과 同一趣旨의 規定을 두는 것, 즉 株主는 당연히 新株引受權附社債의 引受權을 갖는 것으로 하면 좋지 않겠는가 하는 論도 일단은 생각할 수 있으나, 이것은 新株引受權附社債가 社債權者의 지위와 株主의 地位를 아울러 갖게 하는 것인 경우(新株發行後에도 社債가 有續하는 경우)에는 社債에 대하여 까지 新株引受權이 미치게 하는 결과가 되어 모순이 있어 채용할 수 없다.

그러므로 나는 商法 제418조와의 調和라는 관점에서 다음과 같은 두가지 方法을 提案한다.

① 商法 제418조를 개정하는 方法

즉 現行商法 제418조의 「……定款에 다른 정함이 없으면……」 하는 것의 定款 앞에 「本法」을 삽입한다. 이렇게 되면 商法 제516조의 2의 2항 7호의 경우 試案(제513조 2항 5호의 경우도 포함)에는 株主의 新株引受權은 당연히 배제된 것이 아닌지 모르겠다.

② 商法 제516조의 3을 修正하는 方法

즉 1항을 新設하여 「株主가 新株引受權附社債의 引受權을 가진 경우에는 商法 제418조는 적용되지 않는다」라고 한다.

물론 지금까지 擧論한 것은 商法 제418조를 지나치게 意識한데서 오는 杞憂에 지나지 않을런지도 모른다. 試案 제516조의 2의 3항의 規定에 의하여 株主의 新株引受權이 介入될 여지가 없으므로 無用之論이라는 공박을 받을 것도 각오한다. 다만 同條 제2항 7호의 株主에게 新株引受權附社債을 주는 것을 理事會가 決定하기로 한 대목과 관련하여 商法 제418조가 떠올라 나의 神經을 건드리는 것이다. 이런 論議도 있었다는 것이 後日의 참고가 될까하여 적는다.