

株式會社法の 改正에 관한 研究

崔 基 元

<目 次>

- I. 序
- II. 株式會社 設立을 위한 準則主義의 嚴格化
- III. 監事의 地位強化
- IV. 株式의 讓渡制限
- V. 理事會의 專屬權限強化
- VI. 新株引受權의 讓渡
- VII. 委任狀制度의 改善
- VIII. 기타 商法改正의 問題點
- IX. 結 言

I. 序

株式會社制度는 資本主義經濟와 함께 발전하여 온 經濟單位로서 광범위한 資本市場으로 부터 零細資本을 흡수하여 大資本을 형성하여 經濟的 生産에 공헌하는 資本團體(Kapitalgesellschaft)인 것이다. 그러므로 대부분의 國家의 株式會社에는 國民財産의 상당한 부분이 투입되어 있으며 아울러 經營者와 管理者 및 勞働者등 수많은 使用人들이 고용되고 있다. 그리하여 株式會社의 成敗는 모든 投資者와 債權者 및 使用人들의 運命과 직결된다고 할 수 있다.

이러한 株式會社에 관한 基本法規는 대부분의 大陸法界 國家에서는 商法이나 독립된 法典에서 규정하고 있다. 우리나라는 1948년에 獨立國家로 출발하였으나 우리 固有의 商法이 없었으므로 불가피하게 政府樹立後에도 日本商法을 依用하지 않을 수 없었던 것이다. 물론 政府樹立이후 우리 商法의 制定하려는 노력은 있었겠으나 6·25動亂과 그후 계속된 政治的 不安定과 經濟的 混亂으로 뜻을 이루지 못하다가 1962년에 비로서 韓國商法의 制定을 보기에 이르렀다. 즉 1948년 9월 15일에 法典 편찬위원회가 설치되었으며 1949년 2월 10일에 新商

筆者: 서울大學校 法科大學 副教授.

* 本稿는 文敎部 學術研究 助成費에 의한 研究結果임.

658
Section
V-9
C-3

법의 기초에 착수하여 1957년 11월 21일에 草案을 작성하여 1958년 3월 3일에 政府에 이송되었다. 그후 國務會議의 議決을 거쳐 1960년과 1961년에 걸쳐 國會에 제출되었으나 성과를 보지 못하다가 5·16革命 이후 舊法令 整理事業에 포함되어 1962년 1월 19일에 당시의 最高會議常任委員會를 통과하여 1962년 1월 20일 法律 第1000號로 公布되고 1963년 1월 1일부터 시행된 것이 현행 商法이다. 이 現行商法은 舊商法인 第2次大戰前의 日本依用商法과 비교할 때 부분적으로 변혁을 가져왔다. 즉 大陸法界중에서도 특히 獨逸法을 母法으로 하는 商法體制에 美國法上의 새로운 制度를 株式會社法에 導入하였다는 점이 특징적이다.

우리 商法の 母法이라고 할 수 있는 獨逸法에 의하면 株式會社는 社團法人性이 뚜렷한 會社이다. 그리하여 團體를 주축으로 하여 會社對 社員의 關係가 형성된다. 왜냐하면 株式會社는 수많은 社員의 존재를 전제로 하기 때문에 社團形式을 택한 것이라고 할 수 있다. 이에 비하여 美國法에서는 株式會社를 株主間의 組合的契約關係로 보고 있다. 그리하여 英美에서는 契約本來의 目的에 어긋나는 會社의 行爲를 否定하는 能力外理論(*ultra vires doctrine*)이 發展하였던 것이며 代表訴訟이나 留止請求權, 會計帳簿閱覽權 등 株主의 地位를 강화하고 있는 것은 組合의 構成員의 地位에 접근시키고 있는 것이라고 할 수 있다. 이와같이 獨逸法과 美國法은 株式會社를 보는 기본적인 立論의 基礎가 다르기 때문에 異質의인 法界의 融合은 장기간에 걸친 신중한 研究가 뒷받침되지 않고는 기대할 수 없는 것이다. 우리나라의 株式會社法은 社團法人性이 뚜렷한 獨逸法을 母法으로 하면서 美國法上의 制度를 部分的으로 導入함으로써 전혀 立論의 基礎가 다른 異質의인 法體制에서 유래하는 諸制度와 諸規定間에 相衝되는 原理들이 뿔뿔이 散在하여 그 根幹을 이루는 氣流를 찾을 수 없는 立法이 되었다고 하여도 과언은 아닐 것이다. 낯선 外國立法上의 制度를 導入함에 있어서는 理論과 實際의 兩面을 신중하게 고려하여야 한다. 그러므로 단순히 他國의 成文會社法의 규정을 비교하는 形式的인 고찰만으로는 불충분한 것이다. 왜냐하면 法律制度는 그것이 적용될 社會와 相對的인 關係에 있는 것이므로 外國立法의 導入에 있어서는 地盤인 社會의 諸事情과 經濟的인 特殊性和 歷史的인 背景에 대한 충분한 檢討가 先行되어야 한다. 그럼에도 불구하고 現行 株式會社法의 制定에 있어서는 그러한 基礎的인 研究가 없었으며 더욱이 美國法에 대한 教科書的인 研究도 不在한 狀況에서 경솔하게 낯선 制度를 導入하였다는 점에서 심각한 문제점이 있다고 할 수 있다. 즉 現行 株式會社法은 美國法에 대한 自主的인 研究가 없이 世界 2次大戰後 1950년에 美軍司令部의 강력한 영향력과 占領政策에 의하여 改正된 日本商法을 또다시 모방한 것에 불과하다. 그러나 日本은 그후 5次に 걸쳐는 商法改正을 통하여 他意에 의하여 改正한 1950년의 株式會社法을 修正 또는 補完하였음에도 불구하고

우리나라는 日本이 戰後에 受動的인 狀況에서 改正한 商法을 맹목적으로 뒤늦게 모방한 이후 한번도 改正의 機會를 갖지 못함으로써 남의 장단에 춤추다 망신한 姿態를 노출하고 있다.

이와같이 立法過程이 허술하였을 뿐만 아니라 現行 株式會社의 制定當時에는 想像하지 못할만큼 오늘날 韓國經濟는 量的膨脹을 함과 동시에 當時에는 豫想할 수 없었던 企業公開라는 國內的 環境 變화와 外資의 급격한 진출이라고 하는 國際的 投資環境에 적응시키기 위하여도 商法改正이란 절실한 時代的 要請이 아닐 수 없다. 그러므로 여기서는 株式會社의 濫設과 有限責任制度의 濫用을 방지하고 株式會社의 社會化現象에 따르는 企業의 維持와 發展을 도모하고 오늘날 확대된 利害關係者集團의 利益의 合理的인 調整을 위하여 株式會社의 機關間에 權限關係의 三權分立的인 均衡의 유지를 목적으로 우선 商法의 部分的인 改正을 위한 方案을 제시하고자 한다.

II. 株式會社 設立을 위한 準則主義의 嚴格化

1. 最低資本金制度의 導入

株式會社制度는 物的會社의 代表的인 형태로서 大規模企業의 成立과 設立後 계속적으로 大資本의 動員이 요청되는 事業에 적합한 企業形態라고 할 수 있다. 그러나 우리 社會에서 볼 수 있는 株式會社는 반드시 大企業단은 아니며 小商人規模의 企業들도 많다는 점을 부정할 수 없다. 이러한 非正常的인 現象의 原因은 여러가지를 들 수 있다. 첫째로 會社制度의 發展의 歷史가 微踐하여 다양한 會社形態에 대한 認識과 知識이 부족하다는 점을 지적할 수 있다. 會社形態의 選擇에 있어서는 事業의 種類와 性質·필요한 資本의 規模·經營活動의 範圍와 市增의 크기·法の 干涉·責任의 限界·稅制上의 差異點등을 고려하여 가장 합리적이고 實際的인 形態를 택하는 것이 正道일 것이다. 그러나 우리나라에서는 企業을 會社로 한다고 할 때는 처음부터 株式會社만을 그 대상으로 삼는 것이 일반적인 現象이다. 이러한 현상은 株式會社 이외의 會社形態에 대한 研究와 認識이 부족하다는 점과 群小企業이 去來關係에 있어서 大企業의 外觀을 假裝하려는 意圖가 있다는 것과 法人에 대하여 稅制上에 혜택이 있다는 점을 그 원인으로 볼 수 있다. 群小株式會社가 亂立하는 두번째의 原因은 株式會社의 設立에 있어서 資本의 最低限度에 대한 制限規定이 없다는 점이다. 그 결과 現行法에 의하면 7人의 發起人이 500원 額面の 株式을 1株씩만 引受하면 되므로 資本金이 3,500원의 株式會社가 理論的으로 성립될 수 있는 것이다. 이러한 群小會社의 경우는 오히려 定款의 認

證이나 設立登記를 위한 費用등이 資本金의 幾十倍가 될 수 있다. 또한 대부분의 株式會社는 株主總會不存在・株券不發行・貸借對照表不公告等 商法の 強行法規를 度外視하는 것이 일반적인 실정이다. 이러한 商法の 違反에 대하여는 商법에 그 制裁에 관한 규정이 있지만 그것을 處罰하는 경우는 거의 없고 會社關係者사이에 紛爭이 생기는 경우에만 다소 문제가 야기될 뿐이다. 또한 우리나라와 같이 소규모의 株式會社가 散在하는 社會에서는 會社와 去來하려는 第三者는 단돈 1만원의 거래를 하려고 할때도 그 會社의 資本額을 事前에 조사하지 않고는 안심하고 거래를 할 수 없을 것이므로 去來의 圓滑과 安全을 기대할 수 없게 된다. 이러한 現象들은 經濟秩序를 문란하게 할 뿐만 아니라 一般公衆의 株式會社에 대한 참여를 기피하는 결과를 가져온다. 그러므로 株式會社 制度를 근본적으로 改革하지 않는 한 수많은 企業이 公開를 원한다고 하더라도 적극적인 大衆投資家의 참여를 기대하기는 어렵다고 본다.

위와같은 不合理한 現象을 시정하여 株式會社制度의 經濟的 社會的地位를 회복시키기 위하여는 상당한 資本規模의 企業만이 株式會社形態를 이용할 수 있도록 會社設立을 위한 最低資本金制度의 導入이 필요하다고 본다. 우리나라의 商法은 有限會社에 대하여는 個人企業에 의한 有限責任制度의 惡用을 방지한다는 목적으로 設立을 위한 最低資本金制度를 택하고 있으면서도¹⁾ 株式會社에 대하여는 그 設立에 있어서 資本金에 대한 制限을 法定하지 않으므로써 個人企業에 대한 株式會社制度의 自由로운 活用이 開放된 결과를 초래하였다.

最低資本金制度는 우리 商法の 母法이라고 할 수 있는 獨法(株式法 第7條)을 비롯한 프랑스 商事會社法(第71條 72條) 등에서도 찾아볼 수 있는 것이다²⁾. 그러나 最低資本金의 水準을 어느정도로 정할 것인가 하는 문제는 간단하지는 않다. 참고적으로 1974년에 설립된 資本金 50만원 이상되는 300個會社의 資本金을 조사한 결과를 보면 資本金 100만원인 會社가 83個社로 가장 많고 다음에 200만원이 43個社, 300만원이 29個社, 500만원이 63個社, 1,000만원이 32個社, 1,000만원 이상이 31個社로 나타나고 있다. 이 결과에서 볼때 資本金 500만원 이하의 會社가 그중 약 80%를 차지 한다는 사실은 오늘날 株式會社가 얼마나 적은 企業에 이용되고 있는가 하는 것을 증명해 준다. 이들 會社는 지금으로부터 10餘年前(1962년 12월 29일)에 閣令(第1004號)으로 정한 小商人의 기준이 資本金 50만원 이하의 商人이라고 정한 점을 고려할때 오늘날 資本金 500만원 이하의 社는 株式會社라고 하기에는 그 규모

1) 有限會社設立時의 資本總額은 10萬원 이상으로 하여야 한다(商法 第546條 1項).

2) 獨逸의 경우 株式會社의 設立을 위한 最低資本金은 10萬마르크(DM)이며 프랑스에서는 公募會社는 50萬프랑이상이며 기타 株式會社는 10萬프랑이상이다. 또한 스위스에서는 5萬스위스프랑이상으로 法定되고 있다(스위스債務法 第621條).

가 너무나 微弱하다고 할 수 있다. 그러므로 私見으로는 적어도 株式會社는 設立時에 발행하는 株式의 총액은 1,000만원 이상은 되어야 한다고 본다. 그리하여 이 규모 이하의 資本金으로서는 株式會社를 설립할 수 없도록 하며 現存하는 소규모의 株式會社는 일정한 기간의 經過規定을 두어 有限會社로 組織變更을 強制하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

2. 設立에 관한 法院의 監督機能強化

(1) 募集設立의 경우에도 法院에 의한 設立經過調查制度를 導入한다. 現行法에 의하면 發起設立의 경우에만 設立에 관하여 法院의 監督을 받도록 되어 있다(商法 第298條). 그리하여 대부분의 會社設立은 실질적으로 發起設立임에도 불구하고 創立總會에 의한 設立經過調査로 끝나는 募集設立의 形式을 택하여 法院의 監督을 避하고 있으므로 幽靈會社의 濫設이나 有限責任制度의 惡用을 방지 하기 위하여는 準則主義를 嚴格化하여 募集設立의 경우에도 法院에 의한 設立經過調査를 받도록 함으로써 發起設立에 관한 法院監督規定의 脫法的인 現象이 豫防되어야 한다.

(2) 一時的인 見金에 의한 會社設立을 방지하기 위하여 會社設立후 2년동안 每決算期에 財務諸表를 法院에 제출토록 한다. 이것은 오늘날도 널리 盛行되고 있는 現象으로서 金錢(資本金)을 數日間만 借金하여 設立登記의 目的을 달성한 다음에 즉시 借金を 辨濟하여 無資本의 會社가 되는 것을 막기 위한 方案으로 제시하는 것이다.

(3) 會社設立후 3個月內에 會社가 株主에게 교부한 각 株券의 模型과 株券交付를 증명하는 書面을 法院에 제출토록 한다. 이는 株券不發行에 의한 群小株式會社의 成立을 牽制할 수 있는 效果가 기대되는 方向이다.

(4) 不實企業의 整理를 위하여 法院에 의한 解散命令制度(商法 第176條)를 定期的으로 活用한다.

Ⅲ. 監事의 地位強化

1. 총 설

1962年の 韓國商法上の 株式會社法은 獨逸法을 母法으로 하면서 部分的으로 美國法上の 制度를 導入하였다. 그리하여 株式會社의 機關은 그 構成에 있어서 커다란 變化를 가져왔다. 즉 意思決定機關인 株主總會 이외에 業務執行의 決定과 그 監督을 위하여 理事會와 代表機關으로서 代表理事가 분화되었으며 監事의 權限은 會計監査만으로 축소함으로써 종래의 業務執行監督權限을 排除하였다. 現行 우리나라의 商法은 常設機關인 監사가 없는 美國

法上の board of directors 制度를 導入하였음에도 監事란 機關을 그대로 두고 있으며 board of directors 制度를 채용하는 경우에 併用되어야 하는 公認會計士에 의한 會計監査制度의 導入은 이를 보류하였다.

2. 監事の 地位와 權限

우리나라의 商法은 美國法上の 理事會制度를 導入하면서 종래의 監事は 會計監査만을 任務로 하는 機關이 되었다. 그러나 舊法인 依用商法上の 監事は 會計監査 뿐만 아니라 業務執行도 감독하는 機關이었다. 이러한 強力한 權限이 法律로써 주어졌음에도 불구하고 실제에 있어서 舊法上の 監事は 無力한 機關이었던 것이다. 그 이유는 첫째로 監事制度가 獨逸의 경우와 같이 大株主會와 같은 지위에서 業務執行機關인 理事를 선임하고 그들의 業務執行을 감독하는 機關으로 발전하지 못했다는 點과 둘째로, 株式會社가 個人 또는 中小企業의 經營을 위한 형태로 이용되어 專門經營者가 양성되지 않은 단계에서 大株主들이 業務執行에 중점을 두어 自身이 직접 理事가 되거나 他人을 起用할 때는 우선 유능한 人材를 理事로 선임하고 監事は 法律規定의 強制에 못이겨서 선임은 하되 그 能力에 있어서 理事보다 뒤떨어지는 人材중에서 선임하는 경향이 지배적이었다는 點에서 찾을 수 있다. 즉 監事の 無力化는 종래에 企業의 所有的經營의 狀況에서 理事의 使用人과 같은 地位로 전락하였기 때문이라고 할 수 있다. 또한 종래에는 대부분의 企業이 家族集團에 불과하였거나 非公開의이었으므로 株主나 會社債權者 및 一般公衆등의 利害關係者의 數가 적었기 때문에 監事の 역할이 별로 중요한 意義를 갖지 못했다는 것도 그 原因의 하나라고 할 것이다.

現行商法은 理事會制度를 導入하고 있지만 公認會計士에 의한 決算檢査制度는 보류하고 종래의 監事를 그대로 존속시켜야만 하였음에도 불구하고 그 地位는 강화하기 보다는 監事의 法律上の 權限마저도 크게 弱화시킴으로써 監事를 더욱 더 無意味한 機關으로 전락시키고 있다. 즉 監事の 員數나 資格에 대하여 아무런 制限을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 그 權限도 會計監査만으로 축소시켰다. 다만 監事の 選任에 있어서만 議決權을 制限하는 進보적인 규정을 하고 있을 뿐이다. 監事の 選任에 있어서는 議決權 없는 株式을 제외한 發行株式總數의 100분의 3을 초과하는 數의 株式을 가진 株主는 그 초과하는 株式에 관하여는 議決權을 行使하지 못한다(商法 410條 1項). 그러나 그 權限을 크게 축소시킴으로써 無力化한 機關의 選任을 위하여 進보적인 규정을 두었다는 것은 별로 意義가 없는 것이라고 할 수 있다.

現行商法에 의하면 業務執行의 결정이 理事會의 權限이 되면서(商法 第393條) 그 執行에 대한 監督도 業務의 내용을 잘 아는 機關에서 담당하여야 그 成果를 기대할 수 있다는 이

유에서 理事會의 權限이라고 하는것이 通說이다. 이것은 多數의 理事중에서 1人 또는 少數人만이 業務執行에 참여하는 것을 전제로 한 것이라고 할 수 있다.

그러나 우리나라의 企業實態를 볼 때에 대부분의 會社가 그 규모의 근소성과 閉鎖的인 성격에 의하여 外部理事는 거의 없고 理事會는 業務執行에 직접 참여하고 있는 內部理事만으로 구성되는 것이 보편적인 현상이라고 할 수 있다. 그 때문에 실제에 있어서 理事들은 自己가 한 業務執行을 自身들이 감독하게 된다. 즉 전혀 相反되는 異質的인 機能이 同一機關에 주어지고 있는 모순이 생기는 것이다. 이러한 결과는 募集設立의 경우에 設立經過의 調査報告에 있어서 理事와 監事중에 發起人이었던 者 또는 會社成立후 양수할 財産의 契約當事者는 調査報告에 참가하지 못하며 全員이 해당될 때에는 檢査人을 별도로 선임하여 調査報告토록 하는 規定(商法 第313條 2項, 3項)과 監事는 理事 또는 支配人 기타의 使用人의 職務를 兼할 수 없게 한 規定(商法 第411條) 등의 立法趣旨에서 볼때 허용될 수 없는 해석이 아닐 수 없다.

그리하여 現行 商法上的 監事는 會計監査만을 任務로 하는 機關으로 보고 있다. 즉 우리나라에서는 會社의 監督機能을 業務執行의 監督과 會計監査로 區分하여 別個의 領域으로 이해하고 있다. 監事는 決算書類의 檢査뿐만 아니라 常設機關으로서 日常의 業務에 관한 計數에 대하여 監督할 義務가 있으며 業務執行과 會計는 不可分의 因果關係에 있는 것이라고 할 수 있다. 그 때문에 會計의 監査는 業務執行의 監督이라는 效果를 동시에 기대할 수 있다. 現行法에 의하더라도 監事는 會計에 관한 帳簿와 書類를 調査할 수 있을 뿐만 아니라 특히 필요한 때에는 會社의 業務와 財産狀態를 調査할 수 있는 것이다(商法 第412條 1項, 2項).

또한 現行商法은 監事는 會計監査만을 任務로 하는 機關이라고 하여 종래에 舊法에서 監事의 權限에 속하였던 理事의 自己去來에 대한 承認, 理事缺員의 경우에 職務代行, 會社와 理事間의 訴訟에 관한 會社代表, 기타 各種의 訴提起에 관한 權限(舊商法 第235條 2項, 第265條, 第267條, 第277條 1項, 第247條, 第371條 2項, 第380條 2項, 第415條, 第428條 2項) 등을 대부분 理事會의 權限으로 移讓하였다. 이와같이 理事들의 利害關係와 直結되는 사항의 결정을 그들과 人的으로 밀접한 關係에 있는 동료들로 구성되는 理事會에 맡김으로써 會社의 利益이 侵害될 수 있는 우려가 있다. 더우기 監事는 業務執行의 監督權限이 없는 것으로 단정하여 株主總會의 召集權限마저 인정하지 않은 것은 立法의 不備라고 밖에 볼 수 없는 것이다. 왜냐하면 監事도 理事와 마찬가지로 株主總會에서 會計監査라는 특정한 任務를 위하여 選任된다. 그리하여 監事는 理事가 株主總會에 제출할 會計에 관한 書類를 조사하여 株主總會에 그 意見을 진술할 義務를 지게 되는 것이라고 할 수 있다(商法 第413條). 그리

므로 오히려 監事는 언제든지 會社의 存續과 利益을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 株主總會를 소집하여야 할 義務가 있는 機關이어야 할 것이다.

3. 計算書類의 監査期間

現行商法에 의하면 計算書類는 監事의 監査만으로 株主總會의 承認에 의하여 확정된다. 즉 理事는 監査를 위하여 定期株主總會日의 2週日前에 計算書類를 작성하여 監事에게 제출하여야 하며(商法 第447條 1項) 定期總會日의 1週間前에 監事의 意見書를 첨부하여 計算書類를 비치하여야 한다(商法 第448條 1項). 그 結果 規模의 大小에 불구하고 또한 그 員數나 資格에 制限이 없는 監事가 불과 1週間內에 財産目錄, 貸借對照表, 營業報告書, 損益計算書, 準備金과 利益이나 利子의 配當에 관한 議案등의 計算書類를 監査하여 意見書를 작성하고 株主總會에 그에 대한 意見を 진술하여야 한다(商法 第413條). 그러므로 大會社의 경우는 1週日이란 監査期間은 사실상 會計監査의 形式化를 商法이 默認하는 결과라 아니할 수 없다.

4. 公認會計士에 의한 決算檢査

會計監査는 專門의 知識이 요구되는 職務이기 때문에 獨逸에서는 決算檢査人(Abschlussprüfer)의 檢査를 監事會의 監査와 더불어 併行시키고 있으며 英美에서는 公認會計士인 auditor에게 맡기고 있다. 그러나 우리나라의 商法에서는 監事의 資格을 專門家에 국한시킨 다던가 또는 獨逸의 경우와 같이 專門家에 의한 監査를 併行시키지 못하고 있다. 그 이유는 專門의 檢査人이 量的인 면에서 충분히 양성되고 있지 못하고 있을 뿐만 아니라 그 質的인 構成에 있어서도 많은 問題點이 있기 때문이다.

現行 公認會計士法이 공포되기 전의 計理士法(1950年 3月 10日 法律112號)에서는 그 資格取得을 위한 要件이 허술하였을 뿐만 아니라 例外的規定이 많았기 때문에 그들의 資格에 대한 一般公衆의 信賴度가 낮다는 點과 數的인 면에서도 부족하기 때문에 모든 株式會社의 會計監査를 專門家에 의한 強制監査로 전환한다는 것은 現段階로서는 無理가 아닐 수 없는 것이다. 그 때문에 公認會計士에 의한 專門의 監査制度는 公認會計士의 質的인 면의 再檢討와 더불어 일정한 資本金이상의 會社로부터 점진적으로 실시되어야 할 것이며 모든 會社에 대하여 義務化하려면 株式會社設立을 위한 最低資本金制度를 도입함으로써 群小會社의 存立을 방지하여야 할 것이다.

오늘날 우리나라에서도 證券去來法은 다수의 投資者를 보호하기 위하여 株式을 上場한 法人이 작성한 書類의 內容에 관하여 公認會計士의 監査證明을 받도록 하고 있다(證券去來法 第126條의 2). 이러한 公認會計士에 의한 義務의 監査는 一般投資者의 보호와 國民經濟의 원

활한 發展을 목적으로 하는 점에서 株主의 利益을 보호하기 위한 內部機關인 監事의 會計監査와는 다르다고 할 수 있다.

5. 監事制度의 改正方向

監事に 관한 商法의 改正方向은 機關의 三分化原則을 유지하고 理事會制度를 존속시키는 것을 전제로 하면서 다음과 같이 提案코자 한다.

(1) 監事의 選任決議에 있어서 議決權은 6個月前부터 株主인 者에게만 인정한다. 이러한 制限은 發行株式總數의 100분의 3이상의 株式을 소유하는 大株主 또는 集團이 監事의 選任決議 直前に 所有株式을 순간적으로 形式的 讓渡를 함으로써 監事의 選任에 영향력을 미치게 되는 것을 방지하는데 목적이 있다.

(2) 監事의 員數는 資本金에 비례하여 倍加한다.³⁾

① 資本金 5千萬원 미만의 會社는 1人이상으로 한다.

② 資本金 5千萬원이상 1億원 미만의 會社는 2人이상으로 한다.

③ 資本金 1億원이상의 會社는 3人이상으로 한다.

④ 資本金 1億원이상의 會社에 대하여는 公認會計士에 의한 外部監査制度를 義務화한다(公認會計士의 質的인 水準의 整備가 先行되어야 한다).⁴⁾

(3) 監事에게 業務執行에 대한 監督權限을 부여한다.

(4) 會社의 利益을 위하여 필요한 경우에 監事의 株主總會召集을 義務화한다.⁵⁾

(5) 監事의 任期는 理事와 동일하게 2年으로 한다.

(6) 監事의 計算書類에 대한 監査期間을 1個月로 延長한다.

(7) 監事는 그 職務의 遂行을 위하여 언제든지 會社의 業務와 財産狀態를 조사할 수 있게 한다. 現行法(第412條 2項). 특히 필요한 때에만 調査權限을 인정한다.

(8) 監事가 義務를 위반한 理事에 대하여 會社의 名義로 損害賠償請求의 訴를 提起할 수 있게 한다.

3) 獨逸에서 이러한 制度를 택하고 있는데 監事의 員數는 資本金 3百萬마르크(DM)까지는 9名, 3百萬마르크(DM) 이상인 會社는 15名, 2千萬마르크(DM)이상인 會社는 21名까지만 할 수 있다(獨逸株式法 第95條).

4) 1974年 1月 1일부터 施行된 日本의 監事特例法인 「株式會社의 監査등에 관한 商法의 特例에 관한 法律」에서는 資本金 5億圓(日貨)이상의 株式會社는 監事의 監査外에 專門的監査를 위하여 會計監査人(國內外 公認會計士 또는 監査法人)의 監査를 받지 않으면 안되게 하였다(同法 第2條).

5) 獨逸에서는 會社의 利益을 위하여 總會召集이 필요한 경우에 理事가 總會를 召集하지 않는 때는 監事가 總會召集의 義務를 진다(獨逸株式法 第111條 3項). 우리나라에서도 監事가 任意機關인 有限會社의 경우는 監事가 社員總會의 召集을 청구할 수 있게 하였다(商法 第571條 1項 단서).

現行法에서도 美國法上的 Representative suit 制度를 導入하여 少數株主權者에게 代表訴訟提起權을 인정하고 있지만 (商法 第403條) 會社의 業務內容에 關하여 皮相의인 知識밖에 없고 美國과 訴訟制度가 전혀 다른 우리나라에서 株主들이 理事에 대하여 損害賠償請求의 訴를 제기한다는 것은 기대할 수 없으므로 會社의 存續을 위태롭게 할 수 있다. 그러므로 監事에게 損害賠償請求의 訴를 提起할 수 있도록 하여야 할 것이다⁶⁾.

(9) 會社와 理事間의 訴에 있어서 會社代表는 監事が 한다. 現行法에 의하면 理事가 이 경우에 會社代表者를 선임한다(商法 第394條 1項).

(10) 會社의 監事は 從屬會社의 理事 또는 支配人 기타 使用人을 兼任하지 못하게 한다 (日本改正商法 第276條 참조) 現行法에서는 監事로 在職하고 있는 當核會社의 理事 또는 支配人 기타의 使用人을 兼任하지 못한다(商法 第411條).

(11) 支配會社의 監事에게 從屬會社의 監查權을 인정한다(日本改正商法 第274條의 3참조)

IV. 株式의 讓渡制限

記名株式의 양도는 定款으로 制限할 수 있어야 한다. 現行法(商法 第335條 1項)에 의하면 株式의 양도는 定款에 의하여도 禁止하거나 制限하지 못한다고 규정함으로써 株式의 讓渡自由를 絶對적으로 보장하고 있는 것이다. 그러므로 定款에서의 어떠한 규정이나 株主總會에서의 어떠한 방식에 의한 決議로도 株式의 양도를 制限하지 못한다. 다만 會社와 株主사이 에 개별적인 合意로 株式의 양도를 制限할 수 있지만 그것도 當事者間에 債權의 效力밖에 없다. 이러한 原則은 投下資本의 回收를 용이하게 함과 동시에 株式의 원활한 流通을 도모하고 投資를 大衆化하는데 목적이 있다고 할 수 있다. 오늘날 記名株式의 發行을 全제로 하는 株式의 讓渡制限을 絶對적으로 禁止하고 있는 國家는 거의 없다. 위와같은 目的을 위하여는 記名株式의 讓渡自由보다 無記名株式의 發行을 보편화하는 것이 正道라고 할 수 있다. 우리나라 商法만이 記名株式의 絶對的 自由讓渡를 보장하는 규정을 두고 있는 것은 1950년에 日本에서 財閥解體와 美國投資家の 진출을 용이하게 하려는 美軍司令部의 政策에 의하여 改正되었던 日本商法을 그대로 모방한데서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러나 日本은 그후 1966년에 自主的으로 他意에 의하여 改正되었던 株式讓渡自由에 관한 규정을 再改正하여 定款에 의한 株式의 讓渡制限을 가능하게 하였다(日本商法 第204條 1項 단서). 또한

6) 獨逸株式法 第112條, 第93條 참조.

無記名株式의 發行을 原則으로 하고 있는 獨逸에서도 記名株式의 경우는 定款으로 그 양도를 制限하여 會社의 동의를 얻도록 할 수 있다고 규정하고 있다(獨逸株式法 第68條 2項). 우리나라의 商法도 中小企業의 安定과 育成을 도모하고 더 나아가서 外國資本의 진출에 의한 國內企業의 보호와 從業員持株制度의 효율적인 운영을 위하여 오늘날과 같이 원칙적으로 記名株式의 發行만을 인정하는 舊商法(第204條 1項)과 같이 定款에 의한 株式의 讓渡制限을 가능하게 하여야 할 것이다. 즉 株式의 自由讓渡性은 公開企業을 대상으로 하여 고려될 수 있는 原則으로서 意義가 있는 것이다. 즉 上場會社의 株式에 대하여 讓渡制限을 하는 경우는 證券去來所의 上場規則을 통하여 上場을 廢止하면 된다고 본다.

V. 理事會의 專屬權限強化

오늘날 대부분의 立法例는 株主總會의 權限을 축소하는 반면에 理事會의 權限을 강화하고 있다⁷⁾. 그리하여 우리나라 商法도 第361조에서 株主總會는 商法 또는 定款에 定하는 事項에 한하여 決議할 수 있다고 규정함으로써 그 權限을 制限하고 있다⁸⁾. 그결과 株主總會의 權限으로 明定한 이외의 業務執行에 관한 意思決定機關은 理事會인 것이다(商法 第393條). 즉 理事會의 法定權限은 代表理事의 選任과 共同代表의 決定, 新株의 發行, 社債의 發行, 株主總會의 召集決定, 支配人의 選任·解任, 理事와 社會間의 訴에 있어서 代表者의 決定, 理事와 會社間의 去來의 承認(商法 第389條 2項, 第416條, 第469條, 第362條, 第393條, 第394條, 第398條)등으로서 강화되었을 뿐만아니라 그밖에 業務執行에 관계되는 중요한 사항들을 理事會規則을 制定하여 강화할 수 있게 되었다. 이와같이 理事會의 權限을 강화한 것은 會社의 業務執行은 企業經營에 관하여 專門的知識이 있는 理事들로 구성되는 會議에서 신중하게 결정토록하는데 그 본래의 목적이 있다고 할 수 있다.

그러나 現行法에 의하면 理事會의 法定權限이나 그밖에 業務執行에 관한 意思決定權限도 定款規定으로는 株主總會의 權限으로 흡수할 수 있으므로 定款規定에 따라서는 理事會는 그 決定權限이 全無하고 株主總會가 決議한 事項을 執行하기 위한 常務會에 불과하게 될 수 있다. 그리하여 理事會制度의 導入趣旨을 살리기 위하여는 理事會만이 결정할 수 있는 專屬權限이 확보되어야 할 것이므로 다음과 같이 改正方向을 제의한다.

1. 新株發行과 社債의 發行은 理事會의 專屬權限으로 한다. 즉 定款으로도 株主總會에서

7) 拙稿, 「株式會社의 機關에 관한 研究」經濟論集, 第Ⅶ卷 第2號 1968, 82頁 참조.

8) 同一立法例, 獨逸株式法 第119條.

決定할 수 없도록 한다.

2. 轉換社債의 發行은 理事會가 결정한다. 단 定款으로 株主總會의 普通決議에 의하도록 할 수 있게 한다. 現行法에 의하면 株主總會의 特別決議로만 그 發行이 가능하다(商法 第 513條 2項).

3. 業務執行의 監督權限은 監事에게 環元시키고 理事會의 業務執行에 대한 監督權限은 인정하지 않는다.

4. 現行法에 의한 會社와 理事間의 訴에 있어서 理事會의 會社代表者의 選任權限은 이를 改正하여 監査의 權限으로 한다(商法 第394條 1項).

VI. 新株引受權의 讓渡

授權資本制下에서의 新株發行은 發行豫定株式의 범위내에서 理事會의 決議만으로 결정이 되는데 이때마다 물론 株主들은 구체적인 新株引受權이 있으며, 이 權利는 독립된 債權의 權利로써 會社에 대하여도 그 效力을 주장할 수 있는 讓渡를 할 수 있다는 것이 우리나라의 通說的인 立場이다. 그러나 그 양도에 관하여 明文의 規정을 두고 그것을 制度化하지 않는 한 通說的인 解釋論만으로는 株主를 충실히 보호할 수 없게 된다. 일반적으로 會社가 株主에게 引受權을 부여하는 新株發行의 경우는 株式을 市價보다 유리한 價格이나 額面으로 발행하는 것이 보통이다. 이러한 新株의 有價發行의 경우는 株主에게 유리한 지위가 인정되기 때문에 新株引受權을 행사 한다기 보다는 引受를 하지 않으면 新株發行후에 株價의 下落에서 오는 損失이 예상 되므로 그 損失을 填補하기 위하여 부득이 引受權을 행사하는 것이라고 보아야 할 것이다. 이는 실질적으로 株主가 會社에 대한 追加出資를 강요당하는 것과 같은 것이다. 즉 新株引受權의 讓渡가 制度化되지 않는 한 特定企業에 投資한 株主는 그 企業이 株式을 發行할때마다 사실상 계속적인 追加出資를 강요당함으로써 特定企業의 不實 또는 倒産의 경우에 선의의 投資株主는 크게 손실을 입게 될 것이다. 그러므로 新株發行후의 株價의 下落에서 오는 損失은 新株引受權만의 양도로써 그 填補가 가능토록 制度化하여야 할 것이다.

日本에서는 1966년에 商法改正을 통하여 株主를 보호하기 위한 목적으로 新株引受權의 讓渡의 可能性과 그 方法을 明文으로 規定하고 있다. 즉 定款이나 理事會의 決議로 新株引受權의 讓渡를 인정할 수 있으며 이를 인정하는 경우는 新株引受權을 表彰하는 有價證券인 新株引受權證書를 발행토록 하며 이 證書의 交付에 의하여 그 양도를 구체적으로 가능하게 하

고 있다(日本商法 第280條의 2. 1項 6號, 第280條의 6의 II, III, IV. 참조). 그리하여 우리나라에서도 新株引受權의 讓渡를 가능하게 하기 위하여 다음과 같은 方案을 제시한다.

1. 株主의 新株引受權은 讓渡할 수 있게 하며 이 경우에 新株引受權證書를 발행케 한다. 단 非公開法人에 한하여 定款의 규정으로 新株引受權의 讓渡를 禁止 또는 制限할 수 있게 한다.

VII. 委任狀制度的 改善

株主는 株主總會에서의 議決權에 의하여 贊否의 意思를 표시함으로써 會社의 意思形成에 關여하게 된다. 그러므로 議決權은 株主의 기본적인 共益權인 것이다. 이러한 議決權은 반드시 株主自身이 행사하여야 되는 것은 아니며 代理人으로 하여금 행사하게 할 수 있다. 代理行使의 경우는 代理權을 증명하는 書面을 總會에 제출하여야 된다(商法 第368條 3項).

企業이 公開된 경우에 대부분의 群小株主의 議決權은 委任狀에 의하여 代理行使되는 것이 보통이다. 우리나라에 있어서 議決權의 代理行使는 일반적으로 會社가 總會召集의 통지와 함께 議決權 行使에 관한 白紙委任狀을 송부하여 株主로 하여금 記名捺印토록 권유하여 返送을 받아 會社에서 적당한 代理人을 지정하여 議決權이 代理行使된다. 그리하여 會社의 기관은 會社의 경영에 無關心한 少數株主들로부터 白紙委任狀을 흡수하여 會社의 지배를 永續化하고 있으며 株主들의 議決權은 자주 그들의 意思와는 正反對로 행사됨으로써 濫用되는 危險이 많은 것이다. 그뿐만 아니라 委任狀吸收의 爭奪戰이 벌어져 總會벽두에 委任狀의 眞否를 가리기 위하여 복잡한 紛糾가 생기는 경우가 많고 또한 會社의 支配集團이 다수의 委任狀을 획득하기 위하여 總會의 開會前이며 株式의 名義改書停止期間中에 自派에서 취득한 株式에 대하여는 名義改書를 하여주는 경우가 생길 수 있다.

그러므로 美國에서는 委任狀制度에 관하여 여러가지 制限을 두는 方法이 모색되었다. 즉 美國의 「有價證券 및 去來所法」(Securities and Exchange Act of 1934) 第14條(2)에서는 有價證券 및 去來委員會로 하여금 公共의 利益과 一般投資大衆을 보호하기 위하여 委任狀(proxy)에 의한 議決權의 代理行使에 관하여 적당한 規則을 정하도록 규정하고 있다. 이 법에 의하면 委任狀에 의한 株主의 權利行使를 株主가 直接 出席하여 결의에 참가하는 것과 동일한 결과를 가져올 수 있도록 결의할 事項에 관하여 상세한 資料와 이에 관한 附屬書類를 株主에게 送付토록 함과 동시에 總會의 각 議題에 관하여 贊·否를 明記하여 보내도록 규정하고 있다. 또한 委任狀의 흡수에 있어서 당시의 會社支配層에게만 유리할 수 없도록

會社로부터 송부되는 委任狀의 附屬書類中에는 反對側의 提案도 기재토록 함으로써 反對側에 대하여도 委任狀을 송달할 수 있는 길을 트고 있다. 그러므로 결과적으로 議決權의 代理行使라기보다 일종의 不在者投票나 書面投票의 형태로 변하고 있는 것이다.

그러므로 우리나라에 있어서도 株主總會에 不參하는 株主들의 意思를 가급적 정확하게 반영될 수 있도록 다음과 같은 方案이 고려되어야 할 것이다.

1. 總會決議의 議案과 參考書類의 送付에 의한 書面投票制度를 導入한다.
2. 總會終了후 1週間內에 總會의 結果를 株主에게 서면이나 紙上을 통하여 보고토록 한다.

Ⅷ. 기타 商法改正의 問題點

1. 大規模의 株式會社에 대하여는 無記名式株券의 발행을 一般化하여 株式의 流通을 원활화한다.

2. 定款에 의한 大株主의 議決權을 制限할 수 있게 함으로써 大衆投資家의 참여를 자극한다.

3. 從業員에 대한 株式의 配定을 목적으로 하는 會社의 自己株式의 取得 또는 株式의 額面이하의 發行은 이를 허용한다.

4. 總會決議不存在의 訴에 관하여 商法의 규정을 보완한다.

5. 罰金과 過怠料의 最高限을 現實化한다.

6. 計算關係에 관한 규정을 수정·보완한다.

商法의 改正과 관련하여 國內企業의 보호를 위하여는 外資導入法등의 行政的法律의 보완이 요망된다.

① 外國投資家의 特株比率의 制限

② 合作投資會社의 定款과 理事會規則등의 審査制度確立

③ 從業員持株制度의 勸獎

④ 上場株式의 市場集中誘導

⑤ 外國人에 대하여는 配當優先株인 償還株式 또는 議決權 없는 株式의 取得의 勸誘등에 관한 立法의 補完이 고려되어야 할 것이다.

IX. 結 言

우리나라의 現行商法은 그 制定過程에서 충분한 研究와 檢討가 없이 成立됨으로써 그 性格과 構造面에 있어서 統一된 理念이 결여되어 있다. 이 法의 制定目的이 日本商法の 依用狀態에서 하루라도 빨리 벗어나서 우리나라 固有의 商法을 마련하는데 있었지만 그 內容面에서는 戰後에 美軍當局의 강력한 영향력하에 조급하게 개정하지 않을 수 없었던 日本商法을 皮相的으로 모방함으로써 실질적으로 또다시 日本商法을 依用하는 결과가 되고 있는 것은 중대한 과오라고 하지 않을 수 없다.

現行商法은 獨法界의 法體制에 美國法上の 實用主義的인 制度들을 무리하게 導入함으로써 그 내용에 있어서 混亂이 惹起되어 基本法으로서 指導的인 역할을 기대할 수 없게 되었다. 그리하여 舊商法이 名法이 있다고 느끼는 바가 크다. 오늘날 商法改正의 必要性을 否定하는 學者는 거의 없을진데 改正을 위한 研究와 討議가 本格化되어야 할 것이다. 商法은 技術的인 성격이 강한 法이라고 하더라도 낯선 法界의 制度를 무질서하게 導入하기에 앞서 그 改正에 있어서는 商法뿐만 아니라 他法域과의 橫的인 均衡關係가 고려되어야 할 것이므로 既存法制의 中心을 동요시키지 않는 범위내에서 溫故知新의 改正方向이 모색되어야 할 것이다.

商法의 改正作業에 착수함에 있어서는 學界와 法曹界 및 實務界의 적극적인 참여와 慎重하고 餘裕있는 研究가 先行되어야 할 것이다. 즉 企業에 관한 基本立法인 商法의 改正이 雜多한 行政法規나 特別法을 改正하는 정도로 短期間內에 會議의 回數만을 늘려나가는 정도로 경솔하게 다루어 진다면 또다시 過誤를 범하는 결과가 될 것이다.

그러므로 商法改正의 方向을 設定함에 있어서는 우리나라 商法의 母法이라고 할 수 있는 大陸法과 그리고 現行商法에서 부분적으로 導入하고 있는 英美法, 그리고 인접한 國家인 日本法등의 發展趨勢를 각기 독립된 委員會를 설치하여 신중한 연구를 진행시키고 우리나라의 특수한 背景과 經濟的인 條件들을 종합적으로 檢討하여 우리나라에 알맞고 韓國經濟發展에 유익할 수 있는 諸般問題點이 고려되어야 할 것이다.

<Summary>

Amending Current Provisions on Chushik Hoesa (Joint Stock Company) in the Commercial Law of Korea

—Some Recommended Changes and Justifications for Amendment—

Ki-Won Choi

In this article, current provisions on Chushik Hoesa in the Commercial Law of Korea were critically reviewed to present some desirable changes of the provisions together with justifications for the amendment.

The current Commercial Law was promulgated on January 20, 1962 (Law No. 1000) and has been put in effect since January 1, 1963. The underlying principle and basic rules of the current Commercial Law were derived mainly from judicial doctrine of the German Commercial Law, with partial applications of American systems especially to provisions on Chushik Hoesa. Hence, the current Law is characterized as a mixture of two different bodies of judicial doctrine.

Regarding the legal nature of Chushik Hoesa, the judicial systems of the German Law emphasize the aspect of a corporate judicial person while in the American Law Chushik Hoesa is mainly regarded as contract relations between shareholders. By applying two different judicial principles in drafting the current Commercial Law of Korea, conflicts of various provisions in the Law are inevitable.

In introducing foreign judicial systems, direct comparison between provisions in statutes of different countries without fully understanding social and economic backgrounds is less meaningful. In this regard, the current Law has many inherent problems since judicial systems of the American Law were introduced without rigorous study.

Furthermore, rapid growth of the Korean economy and changes in business environments made amendment of the current Law desirable. This will be also helpful in satisfying social demands for opening family-owned companies to the public and in improving legal structure for the inducement of foreign investments.

In order to prevent abuse of limited liability system of Chushik Hoesa and to achieve more balanced growth of business enterprises, the current Com-

mercial Law of Korea may be reframed in the following manners:

- a. Rigid regulation on establishment of Chushik Hoesa
- b. Strengthening power of auditor
- c. Restriction of Sale of shares
- d. Preventing limitation of power of directors by provisions of articles of incorporation
- e. Sale of pre-emptive right to new shares
- f. Improvement of proxy voting system