

韓國商法學의 當面 課題

李 範 燦*

一. 머리 말

韓國商法 30年, 대체로 舊商法 15年, 新商法 15年의 발자취를 돌아 볼 때, 現時點에서 우리 商法이 놓여야 할 座標를 어떻게 設定할 것이냐 하는 것이 韓國商法學의 當面課題이다. 물론 商法을 “資本制企業의 社會關係에 관한 私法”으로 把握하면서 民法·商法이란 二元的 構成이 “資本主義經濟의 論理必然的 要求”이냐고 제기하는 疑問이⁽¹⁾ 우리 商法의 경우에도 제기될 수는 있을 것이다. 그러나 여기에서는 이러한 根本的 再檢討를 避하되, 어디까지나 商法의 自主的 特性을 前提로 하고, 또 實定商法의 解釋學的 立場에서 어떤 部分이 크게 問題되고 있는가를 생각하여 보려는 것이다. 엄밀한 의미에서는 商法學의 課題는 韓國商法學界의 課題라고 보아야 할 것이므로, 商法學界(넓은 意味의)의 構成員이 무엇을 어떻게 하여야 할 것이냐는 점에 焦點을 맞추어 考察할 必要가 있다.

1962年 1月 20日 現行商法이 制定된 지 滿15年이 지나는 동안 우리를 둘러싼 經濟的 社會的 與件이 國內外를 가릴 것없이 너무도 크게 달라졌으며, 商法의 規律對象인 企業의 生活關係도 많은 變遷과 發展을 거듭해 왔다. 그러므로 이제는 우리의 企業風土에 適合한 韓國的인 商法이 必要하게 된 것이다. 韓國的商法이 土着化를 위해서 商法의 改正作業을 促求·推進하는 것이 가장 절실하고 緊迫한 課題라고 指摘하고 싶다. 따라서 商法改正에 따르는 여러가지 問題點을 먼저 檢討하고 다음에 이 課題를 遂行하기 위한 共同研究活動의 必要性을 強調해 보기로 한다.

二. 韓國的商法의 土着化

現行商法의 制定에 있어서 가장 두드러지게 改革을 보았고 外國의 制度가 많이 導入된 部門도 會社法部門이거니와, 그 동안의 施行過程에서 現實과 法制와의 乖離가 顯赫해진 것도 역시 行爲法部門보다도 組織法部門이란 점에서 會社法을 中心으로 제기되는 問題點에 局限하여 檢討하기로 한다.

商法改正의 必要性은 經濟界나 企業界에서는 물론 學界에서도 절실히 느껴서 이미 오래

* 成均館大學校 法政大學 教授

(1) 富山康吉, 現代商法學의 課題 2~4面參照.

진부터 論議된 것이 事實인데, 그 重要한 理由는 그 동안 韓國의 經濟的 現實이 놀라울게 發展했다는 점 뿐만 아니라, 會社法上的 諸制度가 形式的으로 採擇되었을 뿐 企業界의 現實에 뿌리박지를 못했다는 데 있다. 特히 株式會社에 있어서 현저하게 나타나고 있다. 大部分의 規定들이 實際로는 지켜지지 않고, 다만 紛爭이 생기는 경우에 攻擊의 武器로서 惡用되는 데 그쳤다는 점을 보아서도, 우리의 企業風土에 適合한 制度를 만들어서 法이 그대로 지켜지고 제구실을 하게 될 때에만 韓國의 商法の 土着化가 實現된다 할 것이다.

그 동안 學界와 實務界에서 論議되었던 問題點들을 整理하여 보면 다음과 같은 事項으로 要約할 수 있다.

(1) 會社制度의 濫用과 關聯

會社制度, 특히 株式會社는 그 社會的 經濟的 機能에 못하지 않게 惡用의 素地도 많다. 우리 나라에 있어서도 株式會社 看板의 濫用이 크게 社會的인 問題가 되고 있으니, 不實企業에 관한 規制가 研究되어야 한다.

① 企業의 不實化對策

1975年度 國稅統計年報에 의하면 1974年度 중 稼動會社 總數 12,127個중 株式會社가 90.4%인 10,967個(外國法人包含, 非營利法人 除外)라 하고⁽²⁾ 1974年 10월에 非公式 集計된 全國의 幽靈會社의 數가 3,359個(3月 19年字 東亞日報)나 되었다 하니⁽³⁾, 物議의 對象이 되지 않을 수 없었다. 따라서 政府에서도 解散命令制度 내지 行政的 指導를 통해서 不實企業의 弊害를 一掃하려 하였으나, 그 機能의 限界에 부딪히자 基本的인 商法の 改正을 통한 根本的인 對策을 講究하려 試圖하였던 것이다.

그 當時 財務部에서 提出한 商法改正案이나 韓國商事法學會에서 作成한 商法改正試案에 나타나 있거나, 法務部の 「法務諮問委員會 商法改正審議特別分科委員會」에서 論議된 事項들을 보면, 이른바 休眠會社의 整理, 寡占株主의 無限責任論, 企業의 社會的 責任論 등이다.

一定한 期間 以上 活動을 하지 않고 變更登記조차 하지 않는 이른바 休眠會社는 不實企業의 代表的인 것인데, 그 數는 全體株式會社의 무려 3分の 1을 차지하고 있으면서 갖가지 犯罪의 溫床이 되어왔을 뿐만 아니라 他人의 商號選定의 自由를 방해하고 登記事務의 煩雜을 초래하기도 했다. 이 休眠會社의 整理方案으로 商法改正試案에서는 所定節次에 따른 解散擬制規定을 두고 있으나, 매우 어려운 問題이므로 特別法令에 의한 세심한 對策이 講究되어야 할 것이다.

企業不實化問題는 休眠會社에 局限되는 것이 아니라 大規模會社에서도 얼마든지 찾아 볼

(2) 鄭東潤, 「美國의 閉鎖會社法과 그 應用可能性」, (博)學位 請求論文, 서울大學校 大學院 1977) 2面 註3) 參照.

(3) 孫珠瓚, 「商法改正試案에 대한 管見」 商法改正의 試案 및 意見집포지엄(등사물, 大韓商工會議所, 1975) 31面參照.

수 있다. 그러므로 企業의 社會的 責任論이나 寡占株主의 無限責任論이 學會나 特別分科委員會에서도 진지하게 論議되었다. 실제로 特別法上 寡占株主에 대한 第2次納稅義務가 賦課되고 있으나,⁽⁴⁾ 商法規定으로 明示한다는 것은 理論上 또는 立法技術上 매우 어려운 문제일 것이다.

② 企業形態論의 再吟味

商法改正試案은 有限會社의 最低資本額의 現實化와 株式會社의 最低資本額의 法定에 관한 規定을 두고는 있으나, 現行法上의 4種會社의 存置를 前提로 하고 있다. 그러나 우리나라에서는 有限會社에 적합한 中小企業들이 대개 株式會社로 되어 있어 有限會社의 數는 0.9%인 120個社 뿐이었다는 점⁽⁵⁾과 大部分의 株式會社가 家族的인 閉鎖會社란 점에서, 會社의 種類를 어떻게 할 것이냐 하는 基本的인 問題가 먼저 檢討되어야 할 것이다. 閉鎖會社에 관한 研究와 企業形態에 관한 研究가 活潑히 이루어지고 있거니와 앞으로의 改正作業에 十分 反映될 것을 期待한다.

(2) 資本構成과 關聯하여

① 最低資本額의 法定

現行法上 有限會社의 最低資本額은 10萬圓(商 546條 1項)으로 限定되어 있으나, 株式會社의 경우에는 制限이 없으므로 有限會社보다도 小規模의 株式會社가 成立할 수 있게 되어 있다. 그리고 이러한 制度上의 虛點이 惡用되어 不實企業이 많이 나타나고 있으므로, 株式會社의 경우에도 最低資本金을 法定할 必要가 있다. 1973年末 現在로 우리나라 株式會社의 資本規模別 分布狀況을 보면 資本金 2,000萬圓 未滿이 8,254個社로 69.3%에 該當하기 때문에 學會試案에서는 2,000萬圓이 현실적으로 妥當하겠다는 結論을 내렸다.⁽⁶⁾ 그러나 外國의 立法例라든가 73年 以後의 우리나라 企業의 成長度나 現在의 우리나라 貨幣發行高 등을 고려하면 5,000萬을 웃도는 線으로 正함이 옳지 않을까 생각된다.

② 授權資本制度의 補完

우리 商法은 授權資本制度를 採擇하되 確定資本主義의 長點을 考慮하다 보니 理事會의 新株發行權의 幅을 制限하였다. 즉 發行豫定株式總數의 1/2 以上の 株式을 設立時에 發行하게 하였으며(商 289條 2項), 이러한 比率은 成立後 發行豫定株式總數를 增加하는 경우에도 지켜져야 한다고 해석된다. 그러나 近來에 와서 우리나라의 企業의 規模가 急激히 成長함에 따라 一時에 大規模의 增資를 할 必要가 생기는데, 이 경우에는 實際로 여러번의 定款變更과 新株發行을 되풀이할 수 없기 때문에 登記所에서 구체적인 경우에 따라 適切히 處理되고 있는 줄로 안다. 따라서 이러한 制限(商 289條 2項)을 과감하게 철폐하거나 大幅 緩和함으로써 企業의 成長에 商法이 障礙要素가 되지 않도록 補完措置가 講究되어야 할 것

(4) 國稅基本法 39條 2號; 地方稅法 22條 2號

(5) 鄭東潤, 前揭論文 2面 註 3) 參照.

(6) 韓國經濟研究센터, 商法改正試案 및 意見書 41面 參照

같다.

③ 株式制度

우리 商法上의 株式에 관한 規定 중 많은 部分이 資本市場育成에 관한 法律에 의하여 上場會社에 대하여는 적용되지 않고 있지만, 上場되지 않은 小規模의 會社에서는 거의 지켜지지 않고 있고 그 大部分이 株券조차 發行하지 않는 실정이다.

日本에서도 그동안 株式關係規定이 여러군데 바뀌었고, 최근에는 (1977. 5. 16) 法務省民事局參事官室에서 「株式制度에 관한 試案」을 公表하고, 額面株式과 無額面株式의 併存, 既存會社의 株式單位是正, 自己株式의 取得制限, 株式의 相互保有制限 등의 문제를 中心으로 株式制度에 관한 根本的인 改革 내지 整備를 서두르고 있거니와, 이 중에서도 株式單位의 問題와 株式의 相互保有問題는 우리의 關心을 끌 만한 것으로 생각된다.⁽⁷⁾

學會에서 作成한 商法改正試案이 採擇한 것을 들어 보면 다음과 같다. 첫째로, 株式讓渡의 自由를 定款으로도 制限할 수 없도록 보장한 現行法과는 달리 定款에 의하면 理事會의 承認을 얻게 함으로써 讓渡를 制限할 수 있게 하였다. 이것은 비교적 小規模의 閉鎖的·家族的인 會社에 있어서 뜻이 맞지 않는 第三者의 參與나 株主權의 濫用을 防止함으로써 會社經營의 安全을 꾀하기 위한 것이다. 그 대신 株主에게는 株式買受請求權을 認定함으로써 株主의 地位를 보호하고 있다. 둘째로, 會社가 株券을 發行하는 데 보통 必要로 하는 相當한 期間內에 株券을 발행하지 않는 경우에는 株券없이 株式을 讓渡할 수 있도록 하였다. 셋째로, 株券의 단순한 交付만으로써 讓渡의 效力이 발생하도록 하여 株式의 流通性을 增進하고 한편 株券의 紛失에 대비하여 株券不發行制度를 規定하고 있다. 네째로, 名義改書代理人制度를 採擇하였는데, 이것은 大部分의 上場會社가 活用하고 있는 것이다.

(3) 機關構成과 關聯하여

現行商法이 理事會制度를 導入함에 따라 이른바 機關의 再編成과 權限의 再分配가 斷行되었으나, 實際 運營에 있어서는 商法이 豫定한 것과는 距離가 멀다. 따라서 理事會制度가 本來의 機能을 發揮하지 못하는 것은 그 構成부터가 社內理事로 거의 構成되고 大部分의 理事가 業務擔當을 하는 것이 現實이므로 理事會의 業務監督權이 빛을 잃기 마련이다. 따라서 理事會制度의 根本的인 再檢討가 要求되고, 이와 關聯하여 監事制度의 再檢討가 必要하게 된다. 特히 監事의 權限強化를 核心으로 하는 監事制度의 改革에는 反對論도 提起되고 있으나⁽⁸⁾, 監查機能의 不在現象이 招來할 弊害를 생각한다면 어떠한 方式으로든 制度的인 改革이 要求된다 할 것이다. 한편 株主總會의 形骸化에 대한 對策이나 勤勞者의 福祉向上과 關聯하여 從業員의 經營參加問題도 慎重히 檢討되어야 할 段階에 왔다고 생각한다.

韓國商事法學會의 改正試案에서 規定한 것을 들어 보면 다음과 같다.

(7) 李範燦, 「會社法改正의 方向」, 韓國法學院月報(1977. 12. 20) 4面 參照.
(8) 金教昌, 「會社法改正의 基本方向」, 商事法の 研究, 24面 參照.

① 株主總會에 關한 規定

株主總會에 關하여는 議決權의 不統一行使와 總會決議不存在確認의 訴에 關한 規定단을 新設하였다.

② 理事會에 關한 規定

理事會에 關하여는 理事會의 決議方法에 關한 商法 第31條만을 修正하는 데 그쳤다. 즉 現行法上 理事 全員의 過半數決議에 의하던 것을 理事의 過半數의 出席과 議決權의 過半數로써 決議하도록 議決定足數를 낮추었으며, 可否同數인 경우 議長의 決定權에 關하여도 明文規定을 두었다.

③ 監事에 關한 規定

監査制度의 改革은 機關構成에 있어서 核心問題라고 할 수 있다. 現行商法이 監事의 權限과 選任方法에 關하여 劃期的인 改革을 하였지마는, 實際로는 業務監査權이 없는 會計監査는 亦是 效率的일 수 없고, 또 群小株主에 의한 監事選任制度가 活用되지 않는 實情이기 때문에 現行法上의 監事도 舊商法上의 監査役과 別로 다를 바가 없게 되었다는 批判이 提起되어 왔다. 우리와 비슷한 日本의 경우, 1974年의 商法改正에서는 株式會社의 資本規模에 따라 즉 1億圓未滿會社, 1億圓 내지 5億圓會社, 5億圓以上 會社로 三分하여 監査制度를 각각 달리하고 있다. 그러나 學會試案에서는 監査의 一元化를 기하되, 監事의 獨立性確保와 權限強化를 도모하는 데 그쳤다.

監事의 獨立性確保를 위한 方案으로는 監事의 任期를 理事의 任期와 같이 2年으로 延長, 하고, 監事는 當該會社의 理事나 從屬會社의 理事 또는 支配人 기타의 使用人의 職務를 兼하지 못한다고 規定했으며, 監事의 報酬에 關한 規定은 두지 않았다.

監事의 權限強化를 위한 方案으로는 監事의 業務監督權을 인정하고 이와 관련성있는 여러 가지 權限, 즉 理事會의 召集通知를 받을 權限, 理事會議事錄의 記名捺印權, 理事會出席·意見陳述權, 自己去來承認權, 留止請求權, 從屬會社監査權, 設立無效의 訴權, 總會決議取消의 訴權, 訴에 關한 會社代表權, 新株發行無效의 訴權, 資本減少無效의 訴權, 合併無效의 訴權 등을 부여했으며, 한편 監事의 調查報告義務 등 監査의 實效性保障策에 關하여도 規定을 두고 있다.

(4) 運營과 關聯하여

增資 및 計算關係規定에 關하여도 새로운 整備가 要請되거니와, 學會試案에 採擇된 것을 列擧하여 보면 다음과 같다. 즉 增資關係規定으로 新株引受權의 讓渡, 包括增資에 關한 規定을 新設했고, 計算關係規定으로도 株式配當, 中間配當制度를 새로 規定하고, 理事會決議에 의한 資本轉入, 移延資產, 計算書類에 關한 規定들을 改正하였다.

三. 共同研究活動의 促求

(1) 商法改正을 促求하며

위에 指摘된 事項 외에도 理事會의 轉換社債發行權, 支配·從屬會社의 概念設定과 그 體系的 規制方案, 假裝納入에 의한 株式會社濫設對策 등 많은 問題들이 研究되어야 할 줄로 안다. 아 물론 現行商法의 非現實性·落後性을 直視할 때 商法改正의 必要性은 너무도 절실한 課題이다. 우리 經濟가 高度成長을 持續하고 企業의 規模가 급격하게 擴大되는 限 株式會社制度의 逆機能이 社會的·經濟的 破綻을 초래할 危險性도 增大하기 마련이다. 오래지 않아 우리에게도 “株式會社의 큰 危機”가 到來할 것이 틀림없다.

外國의 경우를 보면, 獨逸에 있어서는 1965年の 株式法改正과 1976年の 共同決定法制定을 통해서 株主의 地位強化를 도모하는 한편, 勞動者의 經營參加를 실현함으로써 「社會的 制度」로서의 株式會社觀이 대두되기에 이르렀다. 佛蘭西의 경우도 1966年の 프랑스商事會社法 및 同施行令에 이어 勞動者의 不滿을 解消하고 企業經營上의 缺點을 除去하기 위한 이른바 「企業改革案」이 活潑하게 論議되고 있고, 英國의 경우는 1967年の 會社法의 一部改正에 이어, 1974年の 保守黨內閣의 改正案 發表, 1974年の 英國勞動組合會議(TUC)의 「産業民主主義」報告書 公表, 同年 5月の 勞動黨의 會社法改正案(「社會와 會社」) 公表, 勞動黨政府에 의한 1975年 12月の 「産業民主主義에 관한 調查委員會」發足과 1977年 1月 26日 同委員會의 報告書 公表 등을 통해서 勞動組合代表의 理事會參與와 株式所有의 開示強化를 도모하는 등 改革이 活潑히 論議되고 있다. 特히 우리와 事情이 비슷한 日本의 경우를 보면, 戰後 6회에 걸쳐 商法改正을 하였고, 1974年の 改正法에서는 監査制度에 관한 一大改革을 斷行하였으며, 앞으로의 會社法根本改正을 목표로 1977年 5月 16日 法務省民事局參事官室에서 「株式制度에 관한 試案」을 公表하기에 이르렀다.

따라서 우리의 경우도 外國의 會社法改正運動을 念頭に 두고, 우리 企業의 實態를 正確히 把握함으로써 우리 現實에 가장 어울리는 會社法을 만들도록 애써야 할 것이다.

(2) 共同研究를 促求하며

우리에게 지워진 商法改正이란 當面課題는 一, 二年에 이룩할 수 있는 것도 아니려니와 한 두 사람의 힘으로 解決될 수 있는 것도 아니다. 政府當局이나 關聯業界의 關心과 支援은 물론이고 學界의 緊密한 共同研究가 아쉽기만 하다.

外國會社法과의 比較研究, 企業의 實態調査, 民法·稅法·勞動法을 비롯해서 經濟學·經營學·會計學 등 人접분야와의 共同研究 등은 從來와 같은 方式의 研究活動으로는 기대하기가 어렵다고 斷定하고 싶다.

韓國商法 30年을 돌아 볼 때, 비단 商法學에 局限되는 것은 아니겠지만, 「開放的인 協同體制」가 무엇보다 아쉽게 느껴진다. 閉鎖的인 障壁, 마음의 울타리를 철폐하는 것이 急先

務가 아닌가 싶다. 學界와 實務界間의 壁, 이른바 專攻이라는 分野間의 壁, 學會와 學會間의 壁, 根本的으로는 個人과 個人間의 마음의 壁이 좀 더 낮아지기도 하여야 할 것이다. 障壁을 넘어 안으로 들어가 보려는 前進的인 姿勢도, 門戶를 開放하고 기꺼이 받아들여려는 受容姿勢도 다 未洽했던 것이 아닌가 생각된다. 韓國商事法學會員 各자의 마음 속에서부터 變化가 일어 보다 더 協同的이고, 積極的인 共同研究活動이 展開되고, 이를 토대로 山積한 課題가 하나 하나 解決되어가기를 믿어마지 않는다.