

2015년도 한국기업법학회·원광대법학연구소 춘계공동학술대회

## 각국 회사법의 최근 동향

- 일시 : 2015년 4월 24일(금) 13:00~18:20
- 장소 : 원광대학교 법학전문대학원
- 주최 : (사)한국기업법학회, 원광대학교 법학연구소

**한국기업법학회**



# 진행순서

전체사회 : 권재열 교수(경희대)

## □ 개 의 식

13:40 - 14:00

개 회 사 : 정완용 회장(한국기업법학회)

환 영 사 : 김선광 기업법무센터장(원광대학교 법학연구소)

축 사 : 황선철 회장(전북지방변호사협회)

◇ 공로패 및 위촉장 수여 : 14:00 - 14:10

사회 : 김병태 교수(영산대)

◇ 제1주제 : 미국 회사법의 최근 동향 - 델라웨어주를 중심으로 -

(14:20 - 15:10) / 3

- ▶ 발표 : 김성진 교수(중원대)
- ▶ 토론 : 장근영 교수(한양대)  
안수현 교수(한국외대)

사회 : 송양호 교수(전북대)

◇ 제2주제 : 독일 회사법의 최근 동향 - 폐쇄적 물적회사를 중심으로 -

(15:10 - 16:00) / 21

- ▶ 발표 : 김선광 교수(원광대)
- ▶ 토론 : 최병규 교수(건국대)  
김이수 교수(부산대)

◇ Coffee Break : 16:00 - 16:20

사회 : 김순석 교수(전남대)

◆ 제3주제 : 중국 회사법의 최근 동향

- 자본제도 개정과 기업공시제도 제정을 중심으로 -

(16:20 - 17:10) / 33

- ▶ 발표 : 서의경 박사(연세대)
- ▶ 토론 : 양효령 교수(전북대)  
이훈종 교수(동국대)

사회 : 권중호 교수(건국대)

◆ 제4주제 : 일본 회사법의 최근 동향

(17:10 - 18:00) / 57

- ▶ 발표 : 이효경 교수(충남대)
- ▶ 토론 : 서성호 교수(조선대)  
이승환 교수(대구대)

■ 폐 외

18:20 만찬

## 제1주제

### 미국 회사법의 최근 동향 - 델라웨어주를 중심으로 -

사회 : 김병태 교수(영산대)  
발표 : 김성진 교수(중원대)  
토론 : 장근영 교수(한양대)  
안수현 교수(한국외대)



# 미국 회사법의 최근 동향

- 델라웨어주를 중심으로 -

김 성 진\*

## 《 目 次 》

I. 서론	III. 델라웨어주 회사법의 개정내용
II. 델라웨어주 회사법의 연혁과 성공 원인	IV. 결론

### I. 서론

미국의 회사법은 연방법으로 존재하지 않으며 각 주의 의회가 독자적인 회사법을 제정하여 각 주법으로 유지하고 있다.<sup>1)</sup> 델라웨어주는 1987년 미국연방헌법을 최초로 채택한 주이다. 또한 델라웨어주는 미국에서 면적은 두 번째로 작은 주이고 인구는 여섯 번째로 작은 주임에도 불구하고, 현재 미국 회사법에 있어서 가장 중요한 주가 되었다.

기업가와 변호사들 사이에 델라웨어주가 “세금 회피지(tax haven)”라는 선입관이 자리 잡고 있지만 이는 잘못된 것이다. 회사들을 델라웨어주로 끌어들이는 역할로서 세금은 거의 관계가 없다. 비록 회사는 일반적으로 델라웨어주 내에서 영업행위를 하는 경우에만 해당 세금을 납부하지만 델라웨어주는 기업 소득세가 8.7 %이므로 다른 주들과 비교해서 상대적으로 높은 주 세율을 유지하고 있다.<sup>2)</sup> 일부의 사람들은 단지 회사가 익명성을 유지한 상태로 쉽게 설립될 수 있다는 단순한 이유 때문에 델라웨어주를 회사의 천국으로 생각한다. 그러나 델라웨어주가 기업들에게 선호의 대상이 되는 이유는 다음과 같다. 첫째, 경영환경의 변화에 대응하는 신속한 입법과 기업친화적인 회사법 채택; 둘째, 회사법에 정통한 판사 및 전문가들을 활용하여 기업분쟁을 해결하는 사법제도의 운용; 셋째, 회사를 설립하기에 용이한 독특한 지역인 델라웨어주 그 자체가 회사법 분야에 있어서 브랜드 명칭으로 발전된 명성이다.<sup>3)</sup>

델라웨어주의 성공을 쫓아 캔사스주와 오클라호마주와 같은 다른 주들이 델라웨어주 일반회

\* 중원대학교 법무법학과 조교수

1) 임재연, 「미국기업법」, 박영사, 2009, 21면.

2) Scott D. Dyreng, Bradley P. Lindsey, & Jacob R. Thornock, *Exploring the Role Delaware Plays as a Domestic Tax Haven*, 108 J. Fin. Econ. 751, 760 (2013).

3) William E. Foster, *The (Limited) Allure of Delaware*, 2013 Ark. L. Notes 1476 (2013).

사법 거의 모든 규정을 모방하여 회사법을 제정하였지만 그 노력에 비해 성과는 저조하였고 델라웨어주의 인기는 중단되지 않고 있다. 따라서 미국의 다른 주들뿐만 아니라 전 세계의 많은 국가들이 델라웨어주 일반회사법의 개정사항들에 지속적인 관심을 보이며 이를 자국의 회사법 개정에 반영하고 있다.

델라웨어주 회사법의 법원(法源)은 성문의 일반회사법(General Corporation Law)과 판례법(case law)으로 구성된다. 델라웨어주는 주법원의 판례도 반영하여 매년 회사법을 개정하고 있으므로, 이 글에서는 델라웨어주 일반회사법에 초점을 두고 2012년 이후에 개정된 사항들 중에서 주요한 내용들을 중심으로 살펴보고 비교법적으로 논의하여 우리나라에 시사하는 바를 검토하도록 한다.

## II. 델라웨어주 회사법의 연혁과 성공 원인

### 1. 연혁

미국 최초의 회사법은 1811년 뉴욕주에서 제정하였는데, 이는 특정한 제품의 생산을 장려하기 위하여 특정한 제품의 제조에 관계된 기업인들이 활용할 수 있는 회사형태를 인정하기 위한 것이었다.<sup>4)</sup> 코네티컷주는 뉴욕주와 유사한 내용으로 회사법을 1837년에 제정하였고, 이후 이러한 뉴욕주와 코네티컷주의 회사법을 모방한 일반적인 회사법이 19세기 말까지 미국 전역의 많은 주들에 의해 제정되었다.<sup>5)</sup> 델라웨어주는 1899년에 뉴저지주의 회사법을 모방하여 일반회사법(General Corporation Law)을 제정하였다. 뉴저지주의 회사법은 최초의 현대적 회사법으로서 델라웨어주보다 3년 더 빠른 1896년에 채택되었다. 이러한 뉴저지주의 회사법은 다른 회사의 주식을 매입하여 보유하는 것, 다른 주에서 영업을 하는 것, 회사의 영속, 그리고 합병까지 허용하였다.<sup>6)</sup> 따라서 미국의 많은 회사들이 뉴저지주 회사법을 회사설립의 준거법 채택하였고, 뉴욕의 회사들도 뉴저지에서 설립하는 경우가 대부분이었다. 그러나 잠재적인 문제점을 우려한 뉴욕주 변호사협회는 자신들의 의뢰인인 회사들이 뉴저지 주 이외의 대체장소에서의 회사설립을 원했으므로, 뉴저지 회사법을 모델로 하여 현대적 회사법을 제정하도록 델라웨어주를 설득하였다.<sup>7)</sup> 이러한 뉴욕주 변호사협회의 노력과 함께 1911년에 뉴저지주 주지사가 된 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이 합병의 제한, 주식소유권의 제한, 그리고 세금의 인상 등을 포함한 회사에 대한 규제를 부활시키는 회사법 개정을 단행함으로써 뉴욕주 회사법의 매력은 상실되었고, 결과적으로 대기업들이 델라웨어주 일반회사법을 설립의 준거법으로 변경하게 되었다. 델라웨어주는 이러한 기회를 이용하여 회사에 관한 세금과 수수료를 인하하고 회사에 대한 규제를 완화함으로써 회사들을 적극적으로 유치하여 회사법에 있어서 주도적 지위를 확보하여 오늘날까지 지속하고 있다.<sup>8)</sup>

4) 김순석, “미국 상사법의 개별입법화 동향”, 『기업법연구』 제23권 제4호(2009), 45면.

5) 권재열, “미국 델라웨어 주회사법의 최근 개정동향”, 『상사법연구』 제31권 제1호(2012), 189면.

6) William J. Carney & George B. Shepherd, *The Mystery of Delaware Law's Continuing Success*, 2009 U. Ill. L. Rev. 1, 3 (2009).

7) *Id.*

## 2. 델라웨어주 회사법의 성공 원인

델라웨어주가 회사법상 우위를 점할 수 있었던 것은 미국의 회사는 영업행위를 해당 주에서 실제로 영위하는지 여부와는 상관없이 설립할 수 있는 주를 선택할 수 있다는 것이다. 회사의 발기인들에게 요구되는 것은 그들이 원하는 준거법을 관할하는 주에 정관을 등록하기만 하면 된다.<sup>9)</sup> 큰 규모의 회사들은 압도적으로 이러한 경로를 따랐다. 공개상장회사의 50%와 포춘지 500대 회사의 65%가 실제로 델라웨어주에 물리적으로 존재하는 경우가 거의 없음에도 불구하고 델라웨어주에서 설립되어 왔다.<sup>10)</sup>

설립등록을 위한 수수료는 주 정부의 수익창출에 큰 기여를 하고 있다. 델라웨어주 재정의 약 1/4이 기업의 프랜차이즈 수수료와 기업 소득세로 충당된다. 게다가 2013년 한 해에 7억7천6백만 달러 이상을 프랜차이즈 세금만으로 징수하였는데, 이는 델라웨어주 수익의 1/5에 해당하는 금액이다.<sup>11)</sup>

등록수수료와 세금뿐만이 아니라, 델라웨어주에서의 회사설립에 관한 사업 자체가 거대한 산업을 형성하고 있다. 거대한 기업 법률서비스를 위한 공동체가 발전하여 가장 크고 저명한 로펌들의 사무실이 델라웨어 주에 위치하고 있다. 이렇게 매우 기교적이고 복잡한 법률과 사업 공동체의 형성은 수많은 고소득 전문가들도 델라웨어주에 함께 거주하며 소득세, 재산세, 판매세 등을 지급하도록 하여 델라웨어주 재정에 큰 기여를 하고 있다.

이처럼 델라웨어주가 회사들에게 회사설립의 선호의 대상이 되어 미국 회사법상 주도적 우위를 점하고 있는 세 가지 원인들을 구체적으로 살펴보도록 한다.

### 2.1. 델라웨어주 일반회사법

델라웨어주는 지난 1세기 동안 기업 측의 의견을 적극 수용하며 미국 회사법상의 주도적 우위를 유지하고 있다. 이렇게 우위를 점할 수 있었던 첫 번째 이유가 경영환경의 변화에 대응하는 신속한 입법과 기업친화적인 회사법 채택에 있다. 델라웨어주 일반회사법의 개정과정에 델라웨어 주변호사협회가 지속적인 분석과 검토를 담당하여 개정안을 마련하고 주의회가 이를 승인하고 있다.<sup>12)</sup> 델라웨어주에서 일반 입법이나 개정은 2분의 1의 의결로 충분하지만, 델라웨어주 일반회사법은 주의 이익을 위해 매우 중요하므로 회사법을 개정하기 위해서는 3분의 2의 의결이 필요하다.<sup>13)</sup> 1967년도 이후 델라웨어주 회사법의 극적인 수준의 개정은 거의

8) 김순석, 앞의 논문, 45면.

9) Leslie Wayne, *How Delaware Thrives as a Corporate Tax Haven*, NY Times (June 30, 2012).

10) Jeffrey W. Bullock, *Delaware Division of Corporations 2013 Annual Report*, State of Delaware, available at [http://corp.delaware.gov/Corporations\\_2013%20Annual%20Report.pdf](http://corp.delaware.gov/Corporations_2013%20Annual%20Report.pdf).

11) *Id.*

12) 델라웨어주 회사법의 상세한 개정과정 및 절차는 권재열, 앞의 논문, 192-195면 참조.

13) Del. Const. art. 9, §1.

No corporation shall hereafter be created, amended, renewed or revived by special act, but only by or under general law, nor shall any existing corporate charter be amended, renewed or revived by special act, but only by or under general law; but the foregoing provisions shall not apply to municipal corporations, banks or corporations for chari-

없었지만<sup>14)</sup> 변호사협회의 제안과 법원의 판례에 따라 다소의 개정은 매년 이루어지고 있다.

델라웨어주 회사법은 회사의 이사를 매우 존중하는 태도를 보인다. 델라웨어주 회사법은 기업지배구조를 제한하는 강행법령들은 거의 두지 않고 있다. 따라서 각 회사들은 그들 회사에 특화된 규정들을 자유롭게 정관에 마련할 수 있다. 또한 델라웨어주 회사법은 회사의 경영진에게도 광범위한 재량권을 부여하여 경영판단과 이러한 판단을 효과적으로 수행하기 위한 수단들을 다양화할 수 있도록 한다. 이러한 회사법의 태도는 회사 운영상 창조성 자극 및 위험을 감수할 수 있도록 하고 기업의 운영계획에 유연성을 갖추도록 한다. 델라웨어주의 회사법은 중앙경영의 사회적 효율성에 따라 주의회 입법의 불필요한 간섭이나 영향을 받지 않고 회사가 이사회에 의하여 회사의 경영이 관리되어지도록 하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2.2. 델라웨어주 형평법원(Delaware Court of Chancery)

상기한 바와 같이 경영환경의 변화에 대응하는 신속한 입법과 기업친화적인 회사법규 채택에 더하여 델라웨어주는 회사법에 정통한 판사 및 전문가들을 활용하여 기업분쟁을 신속하게 해결하는 효율적인 사법제도를 유지하고 있다. 이러한 사법제도의 효율성은 기업친화적인 회사법규와 함께 델라웨어주가 지난 한 세기동안 독특한 대규모 회사법 체제를 구축할 수 있도록 하였다.

델라웨어주 형평법원은 배심원 없이 운영되고 오로지 기업분쟁만을 해결하는 특별한 사법제도이다.<sup>16)</sup> 형평법원은 회사법 문제에 정통한 한 명의 대법관(chancellor)과 네 명의 부대법관(vice chancellors)으로 구성되어 있으며, 그 판결에 있어서 매우 심사숙고하고 그 재판과정은 매우 신속한 것으로 명성이 높다.

또한 소송당사자가 델라웨어주 형평법원에서 소송이 진행된다고 하더라도 지역적 편파주의로 인한 불이익에 관해서 걱정할 필요가 없다. 법원이 다루는 사안들은 비록 본사는 다른 주에 두고 있더라도 델라웨어 주에서 인가받은 회사들 사이의 분쟁에 관한 것이다. 따라서 델라웨어주 형평법원은 다른 주의 법원들이 직면하는 지역산업과 일자리를 보호해야한다는 압력으로부터 자유롭다.<sup>17)</sup> 대신에 법원의 결정에 의해 가장 큰 영향을 받는 지역산업은 공정하고 일관성 있는 법적 판결이 요구되는 회사인가에 관여하는 산업이다.

---

table, penal, reformatory, or educational purposes, sustained in whole or in part by the State. The General Assembly shall, by general law, provide for the revocation or forfeiture of the charters of all corporations for the abuse, misuse, or non-user of their corporate powers, privileges or franchises. Any proceeding for such revocation or forfeiture, shall be taken by the Attorney-General, as may be provided by law. No general incorporation law, nor any special act of incorporation, shall be enacted without the concurrence of two-thirds of all the members elected to each House of the General Assembly.

14) 이러한 사법제도는 법원을 보통법 법원(courts of law)과 형평법 법원(courts of equity)으로 나누어 운영한 영국의 전통에서 나온 것임. Stanley A. Kaplan, *Foreign Corporations and Local Corporate Policy*, 21 Vand. L. Rev. 433, 681 (1968).

15) Foster, *supra* note 3.

16) Leo E. Strine, Jr., *The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (and Europe) Face*, 30 Del. J. Corp. L. 673, 681 (2005).

17) *Id.* at 683.

### 2.3. 명성

회사법 분야에 있어서 델라웨어주는 그 자체가 브랜드 명칭이 되었다.<sup>18)</sup> 그리고 이러한 위상은 자체적으로 관성을 얻어 다른 주들이 거의 동일한 회사법을 제정하여도 델라웨어주는 회사를 설립하는 장소로 그 명성을 그대로 유지하고 있다. 예컨대 캔사스주와 오클라호마주가 델라웨어주 일반회사법을 거의 통째로 채택하여 회사법을 제정하였지만 회사들이 이전에 델라웨어주로 몰려들었던 것과는 다르게 캔사스주나 오클라호마주로 몰려드는 현상은 보이지 않는다.<sup>19)</sup> 대신에 기존의 회사들은 절실한 이전의 필요성이 없으므로 그들이 설립한 지역에 머무르기를 선호하고 신생회사들은 기존에 형성된 관행에 따라 델라웨어주에서의 설립등록을 선호하는 경향을 보인다. 따라서 델라웨어주가 회사법에서 획득한 탄탄한 명성은 가속도가 붙어 진행되고 있는 상황이다.

### 3. 소결

델라웨어주는 미국에서 면적과 인구에서는 작은 주임에도 불구하고, 현재 미국 회사법에 있어서 가장 중요한 위치를 차지하고 있다. 일반에게 델라웨어주가 세금 회피지 또는 단지 회사가 익명성을 유지한 상태로 쉽게 설립될 수 있다는 단순한 이유로 회사법에서 우위를 점할 수 있었다는 일반의 선입관은 상기한 바와 같이 잘못된 것이다. 델라웨어주가 회사설립의 선호의 대상지가 되는 원인은 다음의 세 가지이다. 첫째, 경영환경의 변화에 대응하는 신속한 입법과 기업친화적인 회사법 채택; 둘째, 회사법에 정통한 판사 및 전문가들을 활용하여 기업분쟁을 해결하는 사법제도의 운용; 셋째, 회사를 설립하기에 용이한 독특한 지역인 델라웨어주 그 자체가 회사법 분야에 있어서 브랜드 명칭으로 발전된 명성인 것이다.

델라웨어주의 성공을 쫓아 다른 주들이 델라웨어주 일반회사법 거의 모든 규정을 모방하여 회사법을 제정하였지만 그 노력에 비해 성과는 저조하였고 델라웨어주의 인기는 중단시킬 수 없었다. 이러한 상황에 더하여 델라웨어주는 하나의 기업 또는 특정한 산업에 구속되지 않는다. 다른 주들에서는 그 주에 근거를 둔 특정 대기업에게 특혜를 주기 위해 법을 개정해야하는 압박을 받는 것이 특별한 상황이 아니다. 그렇지 않으면 그 대기업의 사업을 다른 곳으로 옮기게 되거나 그 대기업의 타격이 지역경제에 피해를 미칠 수 있다는 염려 때문이다. 그러나 델라웨어주에 본사를 두고 있는 회사는 거의 없으므로 다른 주가 느끼는 두려움은 직면하지 않으며, 대신에 회사설립산업에 집중하여 공정하고 빈틈없는 회사법체제를 만드는데 집중할 수 있다.<sup>20)</sup> 결국 일세기 동안 구축된 델라웨어주의 회사법상의 우위는 뉴저지주가 친기업적 정책을 포기하는 것 같은 특별한 사건이 일어나지 않는다면 지속적으로 유지될 것이다.

18) Lewis S. Black, Jr., *Why Corporations Choose Delaware* 1 (2007).

19) Foster, *supra* note 3.

20) *Id.*

### III. 델라웨어주 회사법의 개정내용

#### 1. 2012년 개정의 내용

##### 1.1. 개관

2012년 델라웨어주 일반회사법의 개정은 중요한 내용의 변경이라고 할 수 없고 다소 기술적인 측면으로 회사법을 정리한 정도의 개정으로 보인다.<sup>21)</sup> 2012년도 개정을 통하여 다음과 같은 부분에서 해당 규정들이 변경되었다. 첫째, 흡수합병 또는 신설합병의 증명서에 반드시 각 당사법인의 법인형태를 명시하도록 개정되었다. 둘째, 각종 증명서에 회사의 주소를 명시화 할 것이 의무화되었다. 셋째, 주외회사와 관련하여 등록대리인의 변경, 상실된 주외회사 자격 복권의 요건 추가, 주외회사의 철수시 철수증명서를 철수회사에게만 발행하던 실무관행에 맞춘 개정을 단행하였다. 마지막으로 델라웨어 회사가 주외 관할지로 이전시 등록대리인의 서면동의 없이는 등록대리인의 주소를 기재할 수 없도록 하였고, 각종 등록비에 관한 성격을 명확히 하였다. 2012년도의 개정은 다소 지엽적인 기술적 사항들이 대부분이기 때문에 비교법적 검토의 필요성이 크지 않으므로 이하에서는 상기의 개정사항에 관한 구체적인 개정 내용만을 살펴보고자 한다.

##### 1.2. 2012년 개정의 구체적 내용

###### 1.2.1. 흡수합병 또는 신설합병의 증명서와 관련한 개정

특정한 흡수합병 또는 신설합병에 관하여 등록할 때에는 §103(원시정관과 그 밖의 문서의 작성, 인증, 제출, 기록 및 효력일, 예외)에 따라 발행되는 흡수합병 또는 신설합병의 증명서에 이제 반드시 각 당사법인의 법인형태를 명시하여야 한다. 여기에 맞추어 §254(주내회사와 주식사단 또는 그 밖의 사단의 흡수합병 또는 신설합병)(d)(1), §263(주내 회사들 또는 조합의 흡수합병 또는 신설합병)(c)(1), §265(기타 법인들의 주내 기업으로의 전환)(c)(2), 그리고 §267(모회사와 자회사의 합병)(a)가 개정되었다.

###### 1.2.2. 주소와 관련된 개정

§311(a)(4)의 개정으로 해산취소의 증명서에는 델라웨어주에 위치한 등록된 회사 영업소의 주소와 등록된 회사의 대리인의 성명을 반드시 명시하도록 하였다. 이와 유사하게 §312(d)(2)의 개정으로 연장, 복원, 그리고 회사설립 증명서의 갱신 또는 부활의 증명서에 회사주소의 명시를 의무화하였다. 이러한 개정은 2011년도 개정으로 신설된 §131(c)에 부합하기 위한 것

21) Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, *2012 Amendments to the Delaware General Corporation Law* (July 5, 2012), available at [http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/2012\\_Amendments\\_to\\_the\\_Delaware\\_General\\_Corporation\\_Law.pdf](http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/2012_Amendments_to_the_Delaware_General_Corporation_Law.pdf).

이다. §131(c)에 의하면 델라웨어주 주무장관에게 제출하여 등록되는 회사설립의 증명서와 서류들에 등록된 영업소의 자세한 주소를 포함하도록 하였다.

### 1.2.3. 주외회사와 관련된 개정

§377(등록대리인의 변경)은 델라웨어주에서 영업을 하도록 등록된 주외회사의 그 등록대리인 변경에 관한 규정이다. §377(a)와 §377(b)는 델라웨어주에서 영업을 하도록 등록된 주외회사의 등록대리인이 될 수 있는 법인의 형태를 명확히 하기 위하여 개정되었다.<sup>22)</sup>

또한 §377의 개정으로 주외회사가 등록대리인을 임명하지 않아 상실된 자격의 복권을 위한 새로운 요건을 추가하였다. §377에 신설된 (d)와(e)에 의하면 상실된 주외회사 자격의 복권을 위해 주외회사의 명칭, 유효한 자격상실의 기간, 주외회사 등록대리인의 성명과 주소를 기재한 증명서를 등록하여야 한다. 이렇게 등록을 하면 델라웨어주에서 영업을 위한 주외회사의 자격이 이전에 상실된 바가 없는 바와 같은 효과로 복권된다.

§381(주외회사의 철수; 절차)는 델라웨어의 주에서 주외회사의 철수와 관련된 규정이다. 이 규정을 개정하여 주외회사 철수의 효과를 위한 수단으로써 주외관할지의 적법한 공무원에 의해 발행된 해산증명서(certificate of dissolution)를 등록하는 선택권을 삭제하였다. 이 개정으로 주외회사가 델라웨어주에서 철수하기 위해서 철수증명서(certificate of withdrawal)를 반드시 등록하여야 한다. 또한 §381의 개정으로 델라웨어주 주무장관이 철수하는 주외회사의 등록대리인에게도 철수증명서를 발행해야하는 의무를 삭제하였다. 이 개정으로 주무장관이 이러한 철수증명서를 철수회사에게만 발행하던 실무관행과 델라웨어주 일반회사법을 일치시킬 수 있었다.

### 1.2.4. 기타의 개정

§390는 델라웨어 회사가 주외 관할지로의 이전을 승인하는 규정이다. 이 규정은 이전과 관련하여 델라웨어 회사는 주무장관에게 이전증명서를 등록하여야 하는데 이 경우 델라웨어주 밖으로 이전하는 회사에 진행절차의 송달을 위한 주소를 반드시 명시하도록 하였다. 이 규정에서 §390(b)(5)를 개정하여 이러한 주소는 등록대리인의 서면동의 없이는 등록대리인의 주소를 기재할 수 없도록 하였다. 그리고 등록대리인의 서면동의가 있는 경우에는 이를 반드시 이전증명서와 함께 등록하도록 개정하였다.

§391는 증명서와 서류들을 등록할 때 주무장관에게 납부해야하는 금액에 관한 규정이다. 개정을 통하여 이 규정을 통해 납부하는 요금은 세금이 아니라고 명백히 밝혔다. 또한 주외회사

22) Section 377(a) now refers to Section 371(b)(2)(i) of the DGCL, which provides that the registered agent may be the foreign corporation itself, an individual resident in the State of Delaware, a domestic corporation, a domestic partnership (whether general (including a limited liability partnership) or limited (including a limited liability limited partnership)), a domestic limited liability company, a domestic statutory trust, a foreign corporation (other than the foreign corporation itself), a foreign partnership (whether general (including a limited liability partnership) or limited (including a limited liability limited partnership)), a foreign limited liability company or a foreign statutory trust. Richards, Layton, & Finger, *2012 Amendments to the General Corporation Law of the State of Delaware* (September 5, 2012), available at <http://www.rlf.com/Practices/5211>.

복권의 증명서를 등록하기 위한 요금을 \$10로 정하여 개정하였다.

## 2. 2013년 개정의 주요내용

### 2.1. 개관

2013년 델라웨어주 일반회사법은 회사법 분야에서 다소 비중이 높은 부분의 규정 신설을 포함하여 개정의 폭이 넓게 이루어졌다. 이러한 2013년도 개정 중에 중요성이 가장 높은 세 가지 영역은 다음과 같다. 첫째, 회사의 행위 및 거래가 델라웨어주 일반회사법이나 회사의 조직서류에 위배되어 무효로 되는 경우 이러한 결함 있는 회사의 행위는 어떠한 수단으로써도 추인하거나 유효화할 수 없다는 델라웨어주법원의 판시를 변경하기 위한 규정을 신설하였다. 이 규정은 회사에게 결함이 있는 회사 행위가 추인을 통해 유효화시킬 수 있는 방법을 마련해 주었다. 둘째, 공개매수나 교환매수 이후에 주주총회승인 없이 2단계 합병을 승인하기 위한 규정을 신설하여 §253조에 따른 간이합병을 촉진하기 위하여 현재 사용되는 탑업선택권을 보충하게 되었다. 셋째, 델라웨어주는 새로운 절을 신설하여 공익회사의 설립을 인정하였다. 이 하에서는 이러한 세 가지 중요 영역에 관한 구체적인 내용을 검토하도록 한다.

### 2.2. 결함이 있는 회사 행위의 추인과 관련한 개정

#### 2.2.1. 델라웨어주 일반회사법 §204와 §205의 내용

2013년 개정으로 §204와 §205를 신설하였다. 이 신설된 조항들은 주식의 발행을 포함한 회사의 행위 및 거래가 델라웨어주 일반회사법이나 회사의 조직서류(organizational documents)<sup>23)</sup>에 위배되어 “무효”로 되는 경우와 관련된 것을 다룬다.<sup>24)</sup> 2013년도 개정 전까지 델라웨어 법원은 이러한 회사의 행위는 어떠한 수단으로써도 추인하거나 유효화할 수 없다는 판시를 유지하고 있었다.<sup>25)</sup> 그 당시에는 적절한 회사의 수권이 부족한 경우에는 델라웨어주법 하에 그 행위가 “무효(Void)”인지 “무효로 할 수 있는(voidable)”지 여부가 의문이었다. 무효의 행위는 추인될 수 없지만 무효로 할 수 있는 행위는 추인될 수 있다. 그러나 델라웨어주법 하에서 무효의 행위와 무효로 할 수 있는 행위의 구분이 혼란스러운 경우가 많았다.

§204에 결함 있는 회사 행위를 추인할 수 있는 자조 면책 절차(self-help safe harbor procedure)에 관한 규정을 신설하였다. 일반적으로 추인은 특정한 정보를 포함한 이사회의 결의가 필요하다. 주주는 결함이 있는 회사 행위를 다음의 경우에는 반드시 추인하여야 한다.

23) Organizational documents는 법인이나 단체의 설립과 조직과 관련된 서류 및 규정으로써 정관, 부속정관, 내규, 사규 등을 통칭하는 것이다.

24) Bruce E. Jameson, *Proposed Amendments to the Delaware General Corporation Law*, Bus. L. Today (June 2013), available at [http://www.americanbar.org/publications/blt/2013/06/delaware\\_insider.html](http://www.americanbar.org/publications/blt/2013/06/delaware_insider.html).

25) See e.g., *Blades v. Wisheart*, 2010 WL 4638603 (Del. Ch. Nov. 17, 2010); *STAAR Surgical Co. v. Waggoner*, 588 A.2d 1130 (Del. 1991).

(1) 결함이 있는 회사 행위가 행하여졌던 시기나 추인의 시기에 주주총회가 결함이 있는 행위를 승인하도록 요구되었었던 경우, 또는 (2) §203(이해관계 있는 주주와의 기업결합)의 규정에 부합하기 위하여 회사의 승인 없이 결함이 있는 행위가 이루어진 경우이다. 추인에 주주의 승인이 필요한 경우에, 모든 회사의 유효주식과 추정주식의 현 보유자 그리고 결함 있는 행위가 이루어진 시기의 모든 유효주식과 추정주식 보유자에게 반드시 통지하여야 한다. 다만 이러한 주식보유자가 회사의 기록으로 확정할 수 없는 경우는 제외한다. 추인에 주주의 승인이 필요 없는 경우에도, 본 규정은 회사가 모든 유효주식과 추정주식의 현 보유자 그리고 결함 있는 행위가 이루어진 시기의 모든 유효주식과 추정주식의 보유자에게 추인 결의안의 채택에 관하여 통지하도록 요구한다. 동 규정은 이러한 주주들에 대해 통지를 하는 경우, 추인에 이의를 제기하는 어떠한 조치도 반드시 120일내에 제기되어야 한다는 문구를 포함한, 특정한 정보가 반드시 포함되어야 할 것을 명시하였다. 일반적으로 추인에 필요한 정족수와 투표 요건들은 원래의 행위를 승인하기 위한 요건들에 동일하게 적용된다.

신설된 §205는 추인과 관련된 사법절차를 수립하였고 회사가 시도하는 추인에서 유래하는 유효성 청구에 대하여 형평법원에 재판관할권을 부여하였다. 제안된 추인에 관하여 통지를 받은 자는 추인에 이의를 제기하는 어떠한 청구도 반드시 결함 있는 행위가 유효화된 날부터 120일내에 제기하여야 한다. 이러한 시기가 지나면 §204에 따라 추인된 결함 있는 회사 행위는 무효화 될 수 없다.<sup>26)</sup>

### 2.2.2. 비교법적 검토

2013년도 개정 전까지 *Blades v. Wisheart* 판결과 *STAAR Surgical Co.* 판결과 같은 델라웨어주법원은 회사의 행위 및 거래가 델라웨어주 일반회사법이나 회사의 조직서류에 위배되어 무효로 되는 경우 이러한 결함 있는 회사의 행위는 어떠한 수단으로써도 추인하거나 유효화할 수 없다는 판시를 유지하고 있었다. 2013년도 개정으로 신설된 §204는 이러한 델라웨어주법원의 판시를 파기하기 위한 것이다. 따라서 신설된 §204는 회사에게 결함이 있는 회사 행위가 추인을 통해 유효화될 수 있는 분명한 길을 열어주었으며, §204의 요건에 따라 결함 있는 행위가 일단 추인되면 더 이상 유효성에 관련한 불확실성이 사라지게 되었다.

한 가지 주목할 점은 신설된 §204와 §205에 규정된 절차는 결함 있는 회사의 행위를 포함하여 회사의 행위를 추인할 수 있는 전통적으로 유효한 다른 수단들에 우선하다든지 제한한다는 의도는 없는 것이다. 따라서 무효화될 수 있는 행위를 추인하기 위해 반드시 §204에서 규정하는 절차를 따라야 할 의무는 없다. 델라웨어주법원에서 논의되는 추인의 일반원칙도 여전히 존재한다.<sup>27)</sup> 게다가 *Gantler v. Stephens* 판결<sup>28)</sup>에서 논의된 이사의 행위가 유효하기 위해서 법적으로 주주의 승인이 요구되는 것이 아니더라도 충분히 공식적으로 통지된 주주총회를 통하여 추인하는 주주 추인의 원칙도 효과적인 추인의 방법으로 인정된다. 2013년도 개정

26) Jameson, *supra* note 25.

27) See e.g., *Klig v. Deloitte LLP*, 36 A.3d 785 (Del. Ch. 2011); *Kalageorgi v. Victor Kamkin, Inc.*, 750 A.2d531 (Del. Ch. 1999), *aff'd*, 748 A.2d 913 (Del. 2000) (unpublished table decision).

28) 965 A.2d 695 (Del. 2009).

은 결합 있는 회사의 행위나 주식의 초과발행을 추진하는 결정시에 적용되는 신인의무(fiduciary duties)를 수정하는 것은 아니다. 개정을 통하여 결합 있는 행위를 기술적으로 유효화 할 수 있는 구제책을 제시하려고 의도한 것이다.<sup>29)</sup>

델라웨어주 형평법원은 In re Native American Energy Group, Inc. 판결<sup>30)</sup>에서 공개회사가 발행한 무효화된 주식에 관하여 판단할 수 있는 재판관할권이 형평법원에 없다고 판시하였다. 신설된 §205는 회사가 시도하는 추진에서 유래하는 유효성 청구에 대하여 명시적으로 형평법원에 재판관할권을 부여하였다.

델라웨어주는 개정을 통하여 회사에게 결합이 있는 회사 행위가 추진을 통해 유효화될 수 있는 분명한 길을 열어주었고, 요건에 따라 결합 있는 행위가 일단 추진되면 더 이상 유효성에 관련한 불확실성이 사라지게 되었으며, 추진과 관련한 유효성 청구에 대하여 형평법원에 재판관할권을 부여해 주었다. 우리나라는 현재 결합이 있는 회사 행위를 추진하는 규정은 없는 것으로 보이며 회사의 행위의 유효·무효성 확정을 위해 우리나라에 시사하는 바가 있다고 할 것이다.

## 2.3. 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병(back-end merger)에 관한 개정

### 2.3.1. 델라웨어주 일반회사법 §251(h)의 내용

2013년 개정을 통하여 공개매수나 교환매수 이후에 주주총회의 승인 없이 2단계 합병<sup>31)</sup>을 승인하기 위해서 §251(h)를 신설하였다. 이 조항은 §253조에 따른 간이합병(short form merger)을 촉진하기 위하여 현재 사용되는 탑업선택권(top-up options)<sup>32)</sup>을 보충하기 위한 목적으로 추가되었다.

신설된 §251(h)따른 조치는 증원거래소에 상장된 주식을 보유하거나 합병의 실행 직전에 2,000명 이상의 주주를 보유한 기록이 있는 대상회사에만 허용된다. 2단계 합병을 승인하기 위한 대상회사 주주총회의 경의는 다음의 경우에는 요구되지 않는다. (1) 합병합의서에 §251(h)의 적용을 반드시 명시하고 공개매수나 교환매수가 완료된 후에 실행가능한 한 신속히 2단계 합병이 종료되고, (2) 인수회사가 대상회사의 모든 사외주(outstanding shares)에 대한 계획된 공개매수나 교환매수를 완료하고, (3) 공개매수가 완료된 후에 인수회사가 적어도 주주

29) John F. Grossbauer & Mark A. Morton, *2013 Amendments to the delaware general corporation law*, Potter Anderson & Corroon LLP, available at <http://www.potteranderson.com/newsroom-publications-31.html>.

30) 2011 WL 1900142 (Del. Ch. May 19, 2011).

31) 1단계에 공개매수(public tender offer)를 실시하고 그리고 2단계에 대상회사의 모든 주식을 매수하는 백엔드 합병(back-end merger)을 통해 이루어지는 합병으로써 주식이 다수의 소수주주들에게 분산되어 있는 상장회사(public company)의 합병에 자주 사용되는 합병방식이다.

32) A "top-up" option is a stock option granted by the board of directors of a target corporation to a bidder which has agreed to commence a tender offer, in most cases for all of the outstanding shares of the target corporation. Mark A. Morton and John F. Grossbauer, *Top-Up Options and Short Form Mergers* (April 2002), Potter Anderson & Corroon LLP, available at [http://www.potteranderson.com/media/publication/171\\_MAM\\_20JFG\\_20Top-Up\\_20Options\\_20and\\_20Short\\_20Form\\_20Mergers\\_20\\_20Apr\\_202002\\_20Deal\\_20Points0.pdf](http://www.potteranderson.com/media/publication/171_MAM_20JFG_20Top-Up_20Options_20and_20Short_20Form_20Mergers_20_20Apr_202002_20Deal_20Points0.pdf).

총회에 의하여 합병합의를 승인할 수 있었던 비율 이상의 주식을 소유하고, (4) 대상회사의 이사회가 합병합의를 승인한 시점에 합병합의의 다른 당사회사가 §203(이해관계 있는 주주와의 기업결합)에서 규정하는 이해관계 있는 주주가 아니고, (5) 인수회사가 합병합의서에 따라 대상회사와 합병하고, 그리고 (6) 공개매수나 교환매수에 있어서 합병으로 취소되지 않은 대상회사의 사외주에 대하여 공개매수나 교환매수 시에 지급한 동일한 금액과 대가로 백엔드 합병의 단계에서 지급한 경우이다. 주의할 점은 신설된 §251(h)가 이러한 합병과 관련한 이사의 신인 의무를 변경하거나 합병합의 결정에 적용되는 사법심사의 수준을 변경한 것은 아니다.

### 2.3.2. 비교법적 검토

§251(h)가 신설되기 전 탐업선택권의 사용은 수십년간 유행처럼 점차적으로 증가하는 추세였다. 탐업선택권은 2단계 합병에서 백엔드 합병의 종결을 촉진하기 위해 고안된 제도이다. 인수회사가 1단계로 공개매수를 실시하여 대상회사 주식을 90%이상 확보하는 경우에, 2단계 합병을 승인받기위해 대상회사의 주주총회를 소집할 필요 없이 §253조에 따른 간이합병(short form merger)을 달성할 수 있다. 탐업선택권은 델라웨어 주법원에서의 도전도 견뎌내며 상장회사의 합병시 가장 선호되는 수단이 되었다. 그러나 90% 이상이라는 탐업선택권의 문턱을 넘기 위해서 많은 숫자의 주식을 매수할 수 있는 능력이 요구되기 때문에 회사가 탐업선택권을 사용할 수 있는 능력은 회사의 자본구조에 따라 크게 좌우될 수밖에 없었다. 일부 경우에 회사의 자본구조가 탐업선택권의 사용을 불가능하게 만들었다. 따라서 2013년 개정을 통하여 모든 대상회사에 주주총회의 승인 없이 백엔드 합병을 실시할 수 있는 능력을 부여하기 위해 §251(h)를 신설한 것이었다.<sup>33)</sup>

우리나라 상법도 1998년에 이러한 탐업선택권 제도를 도입하여 상법 제527조의2 1항에 그 규정을 마련하였다. 동 규정은 합병할 회사의 일방이 합병후 존속하는 경우에 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 총주주의 동의를 있거나 그 회사의 발행주식총수의 100분의 90이상을 합병후 존속하는 회사가 소유하고 있는 때에는 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회 승인으로 갈음할 수 있도록 하고 있다. 그러나 상기한 바와 같이 델라웨어주에서는 90% 이상이라는 탐업선택권의 문턱을 넘을 수 없는 자본구조를 가진 회사들에게도 백엔드 합병을 실시할 수 있는 능력을 부여하기 위해 §251(h)를 신설하였다. 현재 우리나라에서도 이러한 90%의 이상이라는 문턱을 넘을 수 있는 자본구조를 지닌 회사들이 많지 않은 것을 감안한다면 합병절차의 간소화로 기업활동을 지원한다는 측면에서 델라웨어주가 새롭게 마련한 간이합병제도의 도입을 적극 고려하여야 할 것이다.

## 2.4. 공익회사(Public Benefit Corporations)에 관한 개정

### 2.4.1. 델라웨어주 일반회사법 제15절의 내용

델라웨어주는 2013년 개정에서 제15절을 새롭게 신설하여 공익회사의 설립을 인정하게 되

33) Grossbauer & Morton, *supra* note 23.

었다. 새로운 절인 15절에 §361내지§368를 신설하여 공익회사는 그 정관에 특정한 공익이나 추구하는 공익을 명시하도록 의무화하였다. §366(b)는 공익회사에게 주주가 회사의 목표가 성취되고 있는지 평가할 수 있는 정보가 포함된 보고서를 적어도 2년에 한번 씩은 발행하도록 하였고, 회사가 공익회사의 목표성취를 평가할 수 있는 주주의 능력을 발전시킬 수 있도록 추가요건들을 부과할 수 있도록 허용하였다.

본 규정이 이사가 주주의 경제적 이익과 다른 의도된 이익 사이의 균형을 맞추도록 하였기 때문에 동 규정은 투자자가 자신도 모르게 의외로 또는 비자발적으로 공익회사에 투자하는 것을 방지하기 위해서 보호수단을 마련하였다. 정관과 회사의 명칭 양자에 반드시 회사가 공익회사임을 명백하게 나타내도록 의무화하였고, 또한 모든 주권과 총회의 통지에 그 회사가 공익회사임을 인식할 수 있는 문구를 반드시 포함하도록 하였다. §363는 일반회사가 공익회사로 전환하려면 그 일반회사의 총주주 90%의 투표를 요건으로 하였으며, 공익회사로 전환하기로 결정된 일반회사의 주주는 주식매수청구권을 행사할 수 있다.

공익회사의 이사가 맡아야 할 이익균형 임무의 어려움을 인식하여 본 규정은 이사에겐 중요한 보호책을 제공하였다. 오로지 주주만이 이사를 상대로 소송을 제기할 수 있도록 하였다. 특정한 공익회사의 이익을 주장하거나 동 회사의 행위로 중대한 영향을 받는 주주가 아닌 자는 소송당사자의 자격이 없는 것이다. 또한 이사는 이해관계가 없는 판단에 도전하는 주주의 소송에 대하여 중요한 보호장치를 제공받는다. §365에 의하면 공익회사의 이사는 이사의 판단이 공개되고 이해관계가 없는 경우에는 그의 신임의무를 충족하였다고 간주하고 이러한 판단에 도전하는 주주는 건전한 판단력을 가진 일반 사람이라면 그러한 결정을 승인하지 않았을 것이라는 것을 입증하여야 한다. 그리고 공익회사는 이사가 금전배상책임에는 구속되지 않는다고 명시하는 규정을 정관에 포함할 수 있도록 하였다. §367조에 의하면 공익회사의 주주는 다음의 경우에만 이사의 임무를 강제할 수 있는 대표소송을 할 수 있도록 허용되었다. 소송이 접수된 시점 해당 주주가 개인 또는 집단으로 적어도 회사의 사외주식의 2%는 넘는 주식을 보유하거나, 증권거래소에 상장된 회사는 2%가 넘지 않더라도 적어도 시장가격이 \$2백만달러 이상인 주식을 보유한 경우이다.

#### 2.4.2. 비교법적 검토

공익회사는 주주의 경제적 이익뿐만이 아니라 다른 사람, 법인, 공동체의 이익 또는 회사의 정관에 명시된 이익을 위해 영리를 추구하는 법인이다. 개정 전까지는 대략 17개의 주가 공익회사규정을 입법하였고 델라웨어주를 포함해 11개의 주들이 그 입법을 고려하고 있었다. 많은 주들에 의해 입법되어 그 규정들의 내용도 다양하였지만, 델라웨어주의 규정은 투자자와 경영자에게 그들이 가장 적절하다고 간주하는 방법으로 관계를 조정할 수 있도록 유연성을 제공하는 델라웨어의 역사적 태도와 균형을 맞추어 제정되었다. 이는 투명성의 필요와 함께 투자자가 그들의 경제적 이익과 회사의 비경제적 목적 추구를 어떻게 조화하여 균형을 이룰 수 있는지 유의미한 결정을 내릴 수 있도록 한다는 판단이었다.<sup>34)</sup> 이러한 목적을 실현하기 위해 델라웨어주는 2013년 개정에서 제15절을 새롭게 신설하여 공익회사의 설립을 인정하게 되었다.

34) Jameson, *supra* note 25.

우리나라 상법 169조는 “회사”란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 규정하여 회사의 속성 중의 하나로 영리성을 두고 있다. 회사가 영리성과 공익성을 함께 추구할 수 있는가 하는 문제에서 회사의 정관상 목적사업이 영리사업인 이상 영리사업에 부수하여 공익사업을 겸하거나 각종의 기부행위를 하는 것은 가능하다. 즉, 영리성은 회사의 주된 목적이라는 것이지 유일한 목적이어야 한다는 것은 아니다. 또한 회사의 공익적 활동이 반드시 회사의 영리성과 상충되는 것만은 아니며 기업의 공익적 기여로 쌓여진 좋은 평판과 이미지는 기업의 무형자산 형성하여 장기적으로 회사이익증진에 도움이 된다. 현재의 회사는 사회적 실재로 다양한 역할을 하고 있고 일반 국민들도 이러한 역할을 기대하기 때문에 기업의 공익적 활동과 영리목적의 관련성 폭넓게 인정하는 추세이다.<sup>35)</sup> 그렇다고 기업의 비영리적·공익적 출연 무제한 허용하지는 않는다. 출자자인 주주들에게 돌아갈 배당의 몫을 그만큼 줄이는 결과를 초래하기 때문이다. 기업의 공익적 출연행위가 적법하기 위해서는 첫째, 장기적인 관점에서 기업의 영리추구에 도움이 되고, 둘째, 출연의 정도가 회사의 재무상태에 비추어 합리적인 범위 내이어야 하고, 셋째, 주주총회 또는 이사회 승인 등의 필요한 절차를 거쳐야 한다.<sup>36)</sup> 우리나라에서는 델라웨어주와 같이 회사법으로 공익회사의 설립을 인정하지는 않지만, 사회적기업 육성법 제2조<sup>37)</sup>와 제8조<sup>38)</sup>에 의해 상법상의 회사도 사회적 기업으로 인증 받고<sup>39)</sup> 사회적 목적을 추구하며 기업활동을 할 수 있다.

### 3. 2014년 개정의 주요내용

#### 3.1. 개관

2014년 델라웨어주 일반회사법은 회사경영에 도움을 줄 수 있는 몇 가지 중요한 개정이 이루어졌다. 이러한 2014년도 개정 중에 중요성이 가장 높은 세 가지 영역은 다음과 같다. 첫째, §251(h)에서 제시하는 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병을 거래당사회사들이 이용하기 더욱 용이하게 만들기 위한 개정이 이루어졌다. 둘째, 이사 또는 주주가 60일 이내의 미래 시점에 효력을 발생할 수 있도록 서면동의서를 작성할 수 있도록 명시하였다. 셋째, 회사가 특정한 정관의 규정을 주주의 승인 없이 개정할 수 있도록 허용하는 개정을 하였다. 이하에서는 이러한 세 가지 중요 부분에 관한 구체적인 개정내용을 검토하도록 한다.

35) 김성탁, 「회사법입문」, 법문사, 2013, 16면.

36) 홍복기 외, 「회사법 사례와 이론」, 박영사, 2014.

37) 사회적 기업 육성법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “사회적기업”이란 취약계층에게 사회서비스 또는 일자리를 제공하거나 지역사회에 공헌함으로써 지역 주민의 삶의 질을 높이는 등의 사회적 목적을 추구하면서 재화 및 서비스의 생산·판매 등 영업활동을 하는 기업으로서 제7조에 따라 인증받은 자를 말한다.

38) 사회적 기업 육성법 제8조(사회적기업의 인증 요건 및 인증 절차) ① 사회적기업으로 인증받으려는 자는 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다.

1. 「민법」에 따른 법인·조합, 「상법」에 따른 회사·합자조합, 특별법에 따라 설립된 법인 또는 비영리민간단체 등 대통령령으로 정하는 조직 형태를 갖춘 것

39) 사회적 기업 육성법 제7조(사회적기업의 인증) ① 사회적기업을 운영하려는 자는 제8조의 인증 요건을 갖추어 고용노동부장관의 인증을 받아야 한다.

### 3.2. 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병(back-end merger)에 관한 개정

#### 3.2.1. 델라웨어주 일반회사법 §251(h)의 개정내용

2014년 개정을 통하여 §251(h)에서 제시하는 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병을 거래당사회사들이 이용하기 더욱 용이하도록 하기 위해서 다음의 네 가지 부분을 개정하였다.<sup>40)</sup> 첫째, 다른 당사회사가 §203(이해관계 있는 주주와의 기업결합)에서 규정하는 이해관계 있는 주주<sup>41)</sup>가 아니어야 한다는 요건을 삭제하여, 이전에 금지되었거나 의심스러운 상황에서도 §251(h)를 이용할 수 있도록 하였다.

둘째, 주주총회의 승인 없이 2단계 합병을 완료하기 위한 요건의 충족에 필요한 투표비율의 문턱을 결정하려는 목적으로 인수회사가 어떤 주식을 소유해야하는지 명확히 하였다. 개정 전의 §251(h)는 주주총회의 승인 없이 2단계 합병을 완료하기 위한 요건 중에 공개매수가 완료된 후에 인수회사가 적어도 주주총회에 의하여 합병합의를 승인할 수 있었던 비율 이상의 주식을 소유해야 한다고 규정하였다. 2014년도의 개정을 통하여 투표비율에 산입될 수 있는 이러한 주식은 인수회사가 기존에 소유한 모든 주식과 공개매수나 교환매수에 따라 변경할 수 없이 승인되어 공개매수의 만료 전에 공탁소에 인수된 모든 주식을 포함한다고 명시하였다.

셋째, 대상회사 자체 그리고 인수회사가 소유한 주식은 공개매수의 대상에 포함될 필요가 없음을 명확히 하였다. 개정 전의 §251(h)는 1단계의 공개매수나 교환매수는 대상회사의 모든 사외주(any and all outstanding shares)를 대상으로 할 것을 요건으로 하였다. 2014년도의 개정으로 공개매수를 개시할 당시에 대상회사 자체, 인수회사, 인수회사의 모회사와 자회사가 소유한 대상회사의 주식은 이러한 대상에서 제외할 수 있다고 명시하였다.

넷째, §251(h)의 적용을 유연하게 변경하였다. 개정 전에는 당사자들이 합병합의서에 §251(h)의 적용을 받드시(shall) 명시할 것을 요건으로 하였지만, 2014년도 개정으로 당사자들이 합병은 §251(h)에 따라 효력이 발생되도록 인가되거나(permitted) 요구되어진다(required)는 문구를 사용할 수 있게 하여 당사자들이 필요한 경우에 유연하게 협의의 구조를 변경할 수 있도록 하였다.

#### 3.2.2. 비교법적 검토

델라웨어주 일반회사법은 2013년 개정을 통하여 90% 이상이라는 탑업선택권의 문턱을 넘을 수 없는 자본구조를 가진 회사들에게도 백엔드 합병을 실시할 수 있는 능력을 부여하기 위해 §251(h)를 신설하였고, 2014년 개정을 통하여 §251(h)에서 제시하는 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병을 거래당사회사들이 이용하기 더욱 용이하도록 개정하였다. 상기한 바와 같이 우리나라 상법도 이러한 탑업선택권 제도를 도입하여 상법 제527조의2 1항에 그 규정을 마련하였지만, 델라웨어주 일반회사법 §251(h)에서 마련한 간이합병제도도 우리나라에 새로이 도입할 필요가 있다. 따라서 2014년 개정으로 중요한 부분들을 명확히 한 부분도 포함하여 도

40) Dorsey LLP, *2014 Amendments to the Delaware General Corporation Law* (July 21, 2014), available at <http://www.dorsey.com/eu-cgc-amendments-delaware-general-corporation-law-2014>.

41) 일반적으로 15% 이상의 주주.

입의 논의가 이루어져야 할 것이다.

### 3.3. 미래에 효과를 발생하는 서면동의에 관한 개정

#### 3.3.1. 델라웨어주 일반회사법 §141(f)와 §228(c)의 개정내용

2014년 개정을 통하여 §141(f)와 §228(c)에서 이사 또는 주주가 60일 이내의 미래 시점에 효력을 발생할 수 있도록 서면동의서를 작성할 수 있도록 명확히 하였다. 미래의 동의서를 작성한 사람이 동의서를 작성한 시점에 이어나 주주가 아니더라도 상관없지만, 그 미래의 동의가 효력을 발생하는 시점에는 이어나 주주의 지위를 갖추어야 하고 이러한 동의의 철회도 없었어야 한다.

#### 3.3.2. 비교법적 검토

연속되는 거래들 그리고 주주와 이사의 동의들의 선후를 세심하게 연출해야하는 등 복잡한 거래의 체결에 관련된 전문가라면 이러한 델라웨어주의 개정을 반길 것이다. 주주나 이사가 미래의 사건이 발생하는 미래의 시점에 효력을 발생할 수 있도록 서면동의서를 작성할 수 있다는 것은 복잡한 M&A 거래에서의 당사자들이 이사회승인, 합병합의, 주주의 서면동의 등의 과정을 보다 효과적으로 관리할 수 있다는 의미이다.<sup>42)</sup> 우리나라에서는 미래에 효과를 발생하는 서면동의에 관한 규정은 없는 상황이지만 기업환경의 개선을 위해 이러한 제도를 우리나라 실정에 맞도록 도입하는 문제의 논의가 필요할 것이다.

### 3.4. 주주의 승인 없이 정관변경 허용에 관한 개정

#### 3.4.1. 델라웨어주 일반회사법 §242의 개정내용

2014년 개정을 통하여 §242에서 회사가 특정한 정관의 규정을 주주의 승인 없이 변경할 수 있도록 허용하였다. 개정으로 회사는 주주의 승인 없이 상호를 변경하거나, 발기인, 최초의 이사회, 그리고 주식인수인을 명명하는 원시정관의 규정을 삭제하거나, 또는 주식에 관하여 이미 변경, 교환, 재분류, 분할, 병합 또는 소각이 된 경우에는 그 효과를 발생시키기 위하여 필요한 규정을 삭제할 수 있게 되었다.

#### 3.4.2. 비교법적 검토

델라웨어주는 일반회사법 §242의 개정을 통하여 정관변경의 절차로 소요되는 비용, 시간, 그리고 노력을 절감하여 경영효율을 높이기 위하여 형식적인 주주의 승인만이 필요한 특정한 정관사항을 변경하는 경우에 회사가 주주총회의 승인 없이 이를 변경할 수 있도록 허용하였

42) Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP, *2014 Amendments to the Delaware General Corporation Law* (July 25, 2014), available at <http://www.paulweiss.com/media/2564143/25jul14alert.pdf>.

다. 우리나라 상법 제433조 제1항과 434조에 의하면 회사의 정관 변경은 주주총회의 특별결의사항이므로 발행주식 총수의 3분의 1 이상의 수와 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수로써 하여야한다. 정관의 변경에 회사의 지분적 소유자인 주주들의 동의가 필요한 것이다. 행정구역의 명칭이 변경되어 본점소재지의 명칭이 변경되거나 공고매체인 일간신문의 명칭이 변경되는 것과 같은 법령이나 사실의 변경에 수반되는 내용 변경의 경우에는 정관변경의 절차를 밟을 필요가 없다.<sup>43)</sup> 그러나 이러한 경우를 제외하고 상호의 변경을 포함한 모든 정관에 기재된 모든 사항을 변경하기 위해서는 주주총회의 특별결의를 통한 동의를 얻어야 한다. 따라서 경영효율을 높이기 위해 형식적인 주주의 승인만이 필요한 특정한 정관사항을 변경하는 경우에 회사가 주주총회의 승인 없이 이를 변경할 수 있도록 허용한 델라웨어주의 개정이 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

#### IV. 결 론

델라웨어주는 미국에서 면적과 인구는 측면에서는 매우 작은 주이지만, 현재 미국 회사법에 있어서 가장 우월한 지위를 확보하고 있다. 델라웨어주가 회사설립의 선호의 대상지로서 우위를 점할 수 있는 이유는 다음의 세 가지이다. 첫째, 경영환경의 변화에 대응하는 신속한 입법과 기업친화적인 회사법 채택; 둘째, 회사법에 정통한 판사 및 전문가들을 활용하여 기업 분쟁을 해결하는 사법제도의 운용; 셋째, 회사를 설립하기에 용이한 독특한 지역인 델라웨어주 그 자체가 회사법 분야에 있어서 브랜드 명칭으로 발전된 명성인 것이다.

델라웨어주의 성공을 모방하여 다른 주들이 델라웨어주 일반회사법 거의 모든 규정을 반영하여 회사법을 제정하였지만 그 노력에 비해 성과는 저조하였고 델라웨어주의 인기는 지속되고 있다. 결국 일세기 동안 구축된 델라웨어주의 회사법상의 우위는 뉴저지주가 친기업적 정책을 포기하는 것 같은 특별한 사건이 일어나지 않는다면 지속적으로 유지될 전망이다.

이 글에서는 델라웨어주 일반회사법에 초점을 두고 2012년 이후에 개정된 사항들 중에서 주요한 내용들을 중심으로 살펴보고 비교법적으로 논의하여 우리나라에 시사하는 바를 검토하였다. 이러한 2012년 이후에 개정된 사항들 중에서 우리나라에 시사하는 바가 가장 큰 개정 사항은 2013년에 신설되고 2014년의 개정으로 보완된 §251(h)에서 허용하는 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병 제도이다. 델라웨어주 일반회사법은 2013년 개정을 통하여 90% 이상이라는 탑업선택권의 문턱을 넘을 수 없는 자본구조를 가진 회사들에게도 백엔드 합병을 실시할 수 있는 능력을 부여하기 위해 §251(h)를 신설하였고, 2014년 개정을 통하여 §251(h)에서 제시하는 주주총회의 승인 없는 백엔드 합병을 거래당사회사들이 이용하기 더욱 용이하도록 개정하였다. 우리나라 상법도 기존의 탑업선택권 제도를 도입하여 상법 제527조의2 1항에 간이 합병의 규정을 마련하였다. 그러나 현재 우리나라에서도 이러한 90%의 이상이라는 문턱을 넘을 수 있는 자본구조를 지닌 회사들이 많지 않은 실정을 감안한다면 델라웨어주가 새롭게 마련한 간이합병제도의 도입을 적극 고려하여 합병절차의 간소화로 기업활동을 지원할 수 있는 제도를 마련해야 할 것으로 보인다.

43) 김성탁, 앞의 책, 45-46면.

## 제2주제

독일 회사법의 최근 동향  
- 폐쇄적 물적회사를 중심으로 -

사회 : 송양호 교수(전북대)

발표 : 김선광 교수(원광대)

토론 : 최병규 교수(건국대)

김이수 교수(부산대)



# 독일 회사법의 최근 동향

- 폐쇄적 물적회사를 중심으로 -

김 선 광\*

## 《 目 次 》

I. 서론	III. 폐쇄회사를 위한 개혁
II. 폐쇄회사법리	IV. 결론에 갈음하여

### I. 서론

독일은 2012년까지 회사법분야의 법개정이 빈번하게 이루어지다가 그 이후 둔화된 상태가 지속되고 있다. 2005년 이후에 개편된 독일 회사제도의 골자를 보면 첫째 주주단체가 연방전자관보상의 주주포럼에서 다른 주주에게 공동으로 주식법상 권리행사를 청구하거나, 주주총회에서 의결권행사를 권유할 수 있도록 하는 주주포럼제도를 도입하였고,<sup>1)</sup> 2009년 회계현대화법(Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts(BilMoG))을 제정하여 기업규모에 따라 회계장부작성의무를 차등부과하거나 면제하였다. 또 유럽연합에서 의결된 주주권지침<sup>2)</sup>을 독일 국내법에 적용하여 '국내법 전환을 위한 법률(Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie(ARUG))'<sup>3)</sup> 및 이사의 보수를 공시하거나 적정화하는 법률<sup>4)</sup>을 제정하였다.

2012년 독일주식법 개정에서 다루어진 주요 내용을 살펴보면 역전환사채를 발행할<sup>5)</sup> 수 있도록 하고, 주식을 발행할 때 기명주식과 무기명주식 중에서 선택할 수 있도록 하였다. 또 회

\* 원광대학교 법학전문대학원 부교수

1) 정쾌영, 독일 주주포럼제도의 도입에 관한 연구, 「기업법연구」 제22권 제4호, 2008, 215면 이하 참조.  
 2) Richtlinie 2007/36/EG: Richtlinie über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. EU Nr. L 184, S.17.  
 3) 최병규, 유럽연합의 주주권지침 내용과 그의 독일에서의 수용, 「유럽법학」 제6호, 2009, 33쪽 이하.  
 4) 정성숙, 이사보수의 공개에 관한 독일과 우리나라의 입법동향, 「일감법학」 제18호, 2010, 289쪽 이하.  
 5) 종래 독일주식법은 채권자가 사채금액을 상환하지 않고 주식을 청구할 수 있는 전환사채만을 허용하였으나, 2012년 주식법 개정을 통해 회사가 부채정리 및 자금조달의 편의를 위해 전환권을 갖는 역전환사채(Umgekehrte Wandelschuldverschreibung)를 발행할 수 있도록 하였다.

사가 이익배당분에 대한 강제누적성이 없는 비누적적 우선주를 발행하여 자기자본비율을 충실하게 하고 지분참여구조를 투명하게 하였다. 뿐만 아니라 주주총회결의의 효력을 부인하기 위한 소남발을 억제하기 위해 상대적 기간설정을 전제한 면제절차(Freigabeverfahren)를 두었다.

이러한 독일주식법 개정의 배면에는 유럽연합에서 생산하는 제 규정과의 공동보조와 연계를 전제로 독일 국내 자본시장의 면역성을 한층 강화하려는 취지가 엿보인다. 비누적적 우선주제도를 도입함으로써 기업의 핵심자본(Kernkapital)의 형성을 용이하게 하고, 회사가 역전환사채를 발행할 수 있도록 하여 자본전환 및 자본조달의 편이를 도모하는 것도 자본시장의 체질 강화를 위한 일련의 조치라고 보여진다. 이는 독일이 유럽연합지침이라는 필요를 수용함과 동시에 내수시장의 강화를 위한 조치를 지속적으로 단행하고 있는 뚜렷한 증거들이다. 특히 상장회사보다 더 많은 수의 폐쇄적 물적회사(이하 폐쇄회사라 한다)에 대한 법제정비와 맞춤형 규제장치의 도입으로 국내시장의 자생력과 소규모기업에 대한 육성책을 강화하여 유럽연합 및 영미동맹체제에 대한 독일의 헤게모니를 선도적으로 유지하려는 의도로 파악할 수 있겠다.

본고에서는 유럽연합의 지침에 따라 독일의 내수시장 강화를 위한 특단의 개혁조치로 진행되고 있는 폐쇄회사에 대해 살펴보고자 한다. 우선 개념과 특성을 중심으로 독일의 유한회사, 유럽연합 회원국 및 미국 LLC Act를 비교하면서, 소규모기업을 위한 개혁의 일환으로 최저자본제 폐지를 통한 설립완화 및 유연화 방안들을 분석하고자 한다.<sup>6)</sup>

## II. 폐쇄회사법리

### 1. 개념

폐쇄회사(Die geschlossenen Gesellschaft, close corporation)는 주식을 통한 광범위한 분산이나 상장된 주식을 매개로 하는 공개회사(public corporation)와 구분된다. 사원수를 통한 폐쇄회사의 분류를 연혁적으로 보면 영국에서처럼 50명에 한정된 경우도 있고,<sup>7)</sup> 프랑스와 같이 100명 이상의 사원을 둘 수 없도록 하거나,<sup>8)</sup> 미국 Delaware와 같이 최대 30명의 지분소유자로 제한한 예<sup>9)</sup>도 있다. 아예 스위스는 2008년에 설립자본의 상한선(2 Mio. CHF)을 삭제하였다. 이러한 경향은 회사설립에 필요한 조건들을 완화하여 보충적으로 발기인이 폐쇄회사의 설립을 선호하도록 한 조치로 보인다. 유럽결산법(Das europäische Bilanzrecht)에 의

6) 본문의 내용은 2014년 7월 독일법률가대회에서 논의된 회사구조개혁조치의 일환으로 Prof. Dr. Holger Fleischer가 주장한 내용을 바탕으로 구성한 것이다. Holger Fleischer, Internationale Trends und Reformen um Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft, NZG 28/2014, SS. 1081~1120.

7) Gower, 18 Law & Contemp. Probs. 535, 539(1953): "It was by the 1907 Act, embodied in the new Companies (Consolidation) Act, 1908, that private companies were given a statutory definition and clearly distinguished from others. Section 121 of the 1908 Act [...] defined a private company as one which by its articles: (a) restricts the right to transfer its shares and (b) limits the number of its members to 50 and (c) prohibits any invitation to the public to subscribe for any shares or debentures of the company."

8) Code de commerce Art. L. 223-3.

9) Delaware General Corporation Law sec. 342 (a) (1).

하면 물적회사의 규모를 구분하기 위하여 결산총액, 매출액 및 근로자의 수와 같은 구별기준을 제시하고 있으나 그 외에도 영업의 종류와 자본금 및 주식분포 등도 고려되어야 한다.

## 2. 특 성

폐쇄회사에 대한 사전적 정의는 공통된 것이 없으나 몇 가지 특징을 모아보면 첫째 사원수가 적어 공개회사의 주주와 달리 다양한 투자계획(Anlageportfolio)이 없고, 둘째 사원이 회사의 업무집행자이면서 근로자의 지위를 동시에 가지면서 회사에 협력하기 때문에 지분소유권(Anteilseigentum)과 처분권(Verfügungsgewalt)을 분리하는 것이 어렵다. 또 동일인이 회사의 자본을 소유하고 경영을 판단하는 경우가 많기 때문에 투자는 대개 소폭에 그치거나 수동적일 수밖에 없다. 셋째 공개회사에서 통용되는 지분의 자유로운 양도가 폐쇄회사에서는 제한된다. 이러한 양도제한의 歸責은 손해배상 의무(Andienungspflichten), 선매권(Vorkaufsrechte) 및 사원이나 경영진의 양도자유제한에 대한 동의유보 등으로 나타난다. 설립단계에서 발기인은 회사의 이익을 가능한 한 지속적으로 유지하기 위해 사원을 확정하고, 사원권 취득후보자를 일방적으로 격리하는 경우가 많다. 넷째 폐쇄회사는 공개회사의 주주와 같이 주식을 매도하여 투자금을 회수할 수 있는 공개매수시장이 없기 때문에 매도를 통한 투자금 회수가 불가능하다. 강행법규로 지분의 처분제한이 규정되어 있지 않더라도 소수의 지분을 가진 사원의 경우 개인적으로 매수자를 찾거나 보유지분을 처분하는 일이 어려우므로 지배사원의 편취전략(Ausbeutungsstrategien des Mehrheitsgesellschafters)에 희생될 가망성이 높다.

이러한 네 가지 특징을 살펴보면 폐쇄회사의 법적 성격은 인적회사에 훨씬 더 가깝다. 사원관계는 Partnership에 가깝고, 업무집행은 인적회사의 사원들과 유사하다. 따라서 폐쇄회사를 표현하는 개념의 사용과 해석도 quasi-partnership(UK), incorporated partnership(USA), 혹은 inkorporierten Personengesellschaft(Deutschland)처럼 인적회사와 유사한 성질을 나타내는 용어가 많다. 따라서 법원이 폐쇄회사에 대한 판결의 흠결을 보충하는 경우 인적회사법적인 기본원칙을 적용하는 예를 어렵지 않게 찾아 볼 수 있다. 물론 Corporation과 Partnership은 다른 개념을 설정한 것이지만 양쪽의 특성을 융합한 새로운 형태의 회사개념이 적어도 유럽과 대륙법계 국가에서 만큼은 빠른 속도로 확산되고 있는 것이다.<sup>10)</sup>

## 3. 독일의 유한회사

폐쇄된 물적회사의 전형(Prototyp)으로써 독일의 유한회사(Die deutsche GmbH als Prototyp einer geschlossenen Kapitalgesellschaft)를 들 수 있다. 연혁적으로 초창기 유한회사는 주식회사에서 만들어진 단체규약으로 인적회사의 요소가 혼용되었고, 설립단계에서 발기인의 범위가 폭넓게 인정되었으나 유한회사의 전형은 자본시장의 환경에 맞도록 변화되었다. 오늘날 유한회사는 자기자본을 투하하고 회수하는 순수한 재산공동체로써가 아니라 오히려 발기인의

10) In diesem Sinne etwa Easterbrook-Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 250: "Proponents of the partnership analogy assume that participants in closely held corporations are knowledgeable enough to incorporate to obtain the benefits of favorable tax treatment but ignorant of all other differences between corporate and partnership law."

인적결합체 또는 노동공동체(als inkorporierte Arbeitsgemeinschaft ihrer Gründer)로 이해될 수 있다.<sup>11)</sup> 이런 인적결합의 틀안에서 유한회사는 업무집행자(이사)로 활동하거나 업무영역이 제한된 사원으로 구성된다.<sup>12)</sup> 그 구성원끼리의 혼인을 통해 친인척 관계로 발전하는 경우도 적지 않다.

### Ⅲ. 폐쇄회사를 위한 개혁

#### 1. 개혁과 그 동기

2008년 8월 4일 프랑스의 Loi de modernisation de L'économie(LME)와 2008년 11월 1일 독일의 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen(MoMiG) 이 두 개혁법은 폐쇄회사의 구조를 새롭게 하거나 남용을 방지하기 위해 마련된 현대화 입법이었다. 이외에도 이탈리아(Riforma Vietti 2003), 스페인(Ley de la sociedad limitada Nueva Empresa 2003), 일본(회사법 2005), 영국(Companies Act 2006), 스위스(GmbH-Reform) 그리고 네델란드(Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht 2012)에서도 대규모의 개혁이 있었다. 이러한 개혁의 이면에는 정치·경제적인 압력에 반응하거나 법제별 특성을 조정하기 위한 그 나라만의 고유한 입법배경과 역사적 특징을 가지고 있다.<sup>13)</sup> 스위스의 경우 회사법분야의 권위있는 그룹(Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht)에 의해 1993년부터 개혁논의가 시작되었고, 15년 후인 2008년 1월 1일 새로운 유한회사법이 발효된바 있다. 영국에서는 전문가위원회의 주도로 2006년 7월 새로운 형태의 Company Act가 국회에서 가결되었고, 동년 11월에 국왕의 동의를 얻었다. 이러한 일련의 개혁조치들은 회사법 개혁을 위한 국제적인 인식의 공유와 황금규준을 만들어내기에 이르렀다.<sup>14)</sup>

각국에서 이루어지는 개혁법률의 개별적인 형태는 많은 차이가 있지만 일련의 개혁은 유사한 동기에 의해 이루어지고 있다. 그 동기는 '연로한 유한회사법을 가장 새로운 상태로 만들고, 시대에 부응하지 못하는 낡은 규정들을 선별적으로 솥아내는' 것이다. 독일의 경우 1892년 Eduard Hoffmann에 의해 만들어진 유한회사법 초안은 1980년 소폭의 개정을 제외하고는 1세기 동안 최초의 틀을 유지하고 있었다. 오랜 시간동안 노화현상이 누적되면서 판례와 학설로 새로운 도그마층이 형성되다가 비로소 2008년 11월 1일에야 독일 유한회사법의 현대화와 남용방지를 위한 법률(MoMiG)이 발효한 것이다. 영국에서는 앞서 언급한 전문가위원회

11) Näher Fleischer, MüKoGmbH-Fleischer, 2. Aufl., 2014, Einl. Rn. 37.

12) Für eine nähere Aufschlüsselung anhand einer Stichprobe bayerischer GmbHs Wedemann, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013, S.11.

13) 독일에서는 1892년 Eduard Hoffmann이 초안한 유한회사법을 4개월만에 입법절차를 모두 마무리하였다. Vgl. Keyßner, ZHR 40 (1892), 394, 399; ferner die Beobachtung von Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg, HdB d. gesamten HandelsR, Bd. III/3, 1929, S. 26: "So rasch wie dieser Entwurf ist nie eine Vorlage von gleicher wirtschaftlicher Tragweite durch die Maschine der Gesetzgebung gelaufen."

14) Anregungen zur Reform unternehmensrechtlicher Reformprozesse in Deutschland bei Bachmann, ZGR 2001, 361.

가 1985년 회사법(Company Act)에 대해 제반 규정을 이해하기가 어렵고, 불필요할 정도로 복잡하고 현실적인 적용단계에서 부담스럽게 작용하기 때문에 시급한 개혁이 필요하다고 보았다.<sup>15)</sup> 이러한 각 회원국들의 개혁동기를 정리해보면 소규모회사의 발기인에게 폭넓은 혜택을 제공하고 경기부양책으로 활용하면서 장기화되고 있는 경기침체를 극복하려는 것으로 보인다.

2008년에 발생한 금융위기 이후 근본적인 경제구조개혁을 모색하기 위해 그리스와 이탈리아는 새로운 형태의 법제개혁을 시도하였다. 그리스는 2012년 중소기업의 실질적인 수요를 절감하고 생계형 발기인(Existenzgründen)이 경제생활로의 진입과 영업환경을 최적화하고 회사법에 유연성을 부가하기 위하여 Private Kapitalgesellschaft(Idiotiki Kafalaiochiki Etiaria, IKE)라는 이름으로 유한책임을 부담하게 하는 회사조직을 도입하였다. 이탈리아는 비슷한 시기에 단순화된 유한회사(vereinfachten GmbH; società a responsabilità Limitata semplificata)를 고안해냈다. 그 회사는 35세 이하의 발기인들에게만 한정하고, 설립비용 없이 모범의정서(Musterprotokoll)에 의해 설립할 수 있도록 하였다.

## 2. 소규모회사를 위한 집중

최근 유럽 각국에서 이루어지고 있는 여러 형태의 입법이 공통적으로 추진하는 개혁방안은 “Think small first”라는 표현으로 대변할 수 있다. 유럽연합 소속 국가들의 경기부양을 위한 수단이나 이러한 입법을 주도하고 있는 입법자들의 시대정신으로써 중소기업의 존재에 상당한 정도의 의미를 두기 시작하고, 세제혜택 등 대기업 집중현상에 대한 반성으로 중소기업을 통한 법정책적인 개혁을 시도하고 있는 것으로 보인다. 이탈리아의 società a responsabilità limitata는 특별히 중소기업의 필요에 의해 준비된 입법모델이라고 볼 수 있고, 2003년 스페인 개혁법의 주된 개혁취지는 스페인과 유럽연합 사이의 중추적인 경제교류 및 내수시장에서의 취업기회 확대와 중소기업의 창업을 장려하기 위한 새로운 형태의 유한회사(sociedad limitada nueva empresa)의 역할을 강조하고 있는 것으로 풀이된다.<sup>16)</sup> 영국의 개혁위원회(Reformkommission)에서도 영국에 분포한 기업의 대다수는 소규모 물적회사라는 사실을 강조하면서 이러한 소규모의 물적회사를 통해 경제성장과 취업활성화를 도모하고 있다.

유럽연합 차원에서도 이와 유사한 입법경향이 존재한다. 유럽연합 집행위원회에서는 2008년 “Small Business Act”를 가결하였는데 이 법은 중소기업의 경쟁능력을 강화하기 위하여 중소기업우선원칙을 유럽연합 소속국의 법제에 뿌리내릴 수 있도록 하였다.<sup>17)</sup> 2011년 유럽연합은 회원국들에게 설립에 필요한 소요시간을 3일로 줄이고 설립비용도 100€로 제한할 것을 요구하였다.<sup>18)</sup> 물론 “Small Business Act”에서 언급되고 있는 중소기업은 250명 이하의 종업

15) Vgl. Steering Group, Strategie Framework(Februar 1999); Rn. 5.2.2013: “So the main problems which small companies find with the present law appear to be that it is opaque, unwieldy, unnecessary complex and burdensome.”

16) Vgl. Ley 7/2003 BOE núm. 79, 2.4.2003, 12679(12680): “[L]a presente ley desarrolla el denominado ‘Proyecto Nueva Empresa’ que tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimension, que constituyen la columna vertebral de la economía española y de la europea y son claves en la creación de puestos de trabajo.”

17) Vgl. KOM (2008) 394 endgültig: Der “Small Business Act” für Europa.

18) Vgl. KOM (2011) 78 endgültig: Überprüfung des “Small Business Act” für Europa.

원, 최대 50Mio.€의 연매출액, 혹은 대차대조표상 최대 43Mio.€에 달하는 자본금을 보유한 기업을 포함한다. 따라서 지금 논의되고 있는 폐쇄회사와는 상당히 다른 규모의 중소기업을 지칭하는 개념이다. 유럽연합의 결산지침 제3조 제1항에서는 회계일자(Am Bilanzstichtag)에 결산금 350,000€, 순매출액 700,000€ 및 평균 종업원 수 10명의 세 가지 조건 중 두 가지에 해당하는 기업을 폐쇄회사로 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 이러한 지침을 회원국에 하달한 이면에는 내국 기업의 성장을 위한 규제환경을 완화하고 사업자의 성장모델을 개발하려는 노력을 공유하고 있기 때문인 것으로 풀이된다.<sup>20)</sup>

### 3. 기업설립의 완화

지금까지와는 또 다른 형태의 기업조직이 개발되어야 한다는 필요는 독일 이외의 유럽연합 회원국중 다수가 어떻게 하면 기업의 설립수를 증가시키고, 설립비용을 줄일 수 있는가 하는 고민으로부터 성장과 혁신을 장려하는데 필요한 최우선 과제를 모색하는 것으로 보인다.

#### 3.1. 최저자본금의 조정

프랑스(société à responsabilité limitée(SARL) 2003), 스페인, 포르투갈 그리고 네델란드 등이 최저자본요구를 폐지하였다. 독일, 덴마크, 벨기에, 이탈리아와 그리스는 원칙적으로 유한회사에는 최저자본을 고수하는 한편 설립자본이 필요 없는 새로운 형식의 회사조직을 도입하였고,<sup>21)</sup> 핀란드, 노르웨이 및 스웨덴은 법정최저자본금을 하향조정하였다. 스위스의 경우 변함없이 유한회사 설립자본금으로 20,000CHF를 요구하고 있다. 오스트리아의 경우는 2013년 7월 최저자본금을 35,000€에서 10,000€로 조정하였고, 2014년 세출변경법을 통해 설립특권이 있는 유한회사의 경우 10년 동안 설립자본금을 10,000€로 유지할 수 있도록 하였다. 우리나라를 포함한 일본과 아르헨티나는 최저자본금제도를 폐지하였다. 세계은행의 조사결과에 따르면 189개국 중 99개국 약 절반 정도가 유한회사의 설립자본금을 하향조정하거나 폐지함으로써 설립을 자유롭게 유도하여 경기부양과 취업활성화를 동시에 추진하고 있는 것으로 파악되었다.<sup>22)</sup>

#### 3.2. 설립의 가속화

19) Vgl. RL 2013/34/EU vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, ABl. EG Nr. L 182, S. 19 vom 29.6.2013.

20) World Bank, Doing Business 2014 Understanding - Regulations for Small and Medium Size Enterprises, 2013, S. 24 : "Doing Business functions as a barometer of the regulatory environment for domestic businesses. To use a medical analogy, Doing Business is similar to a cholesterol test. A cholesterol test does not tell us everything about our health. But our cholesterol level is easier to measure than our overall health, and the test provides us with important information, warning us when we need to adjust our behavior."

21) 본문의 III. 5. 새로운 하부조직에서 상술함.

22) World Bank, Doing Business 2014 Understanding - Regulations for Small and Medium Size Enterprises, 2013.

유럽연합 집행위원회의 지침에 따르면 폐쇄회사의 설립절차를 간소화하기 위해 발기인이 등기 절차를 진행할 경우 등기관청에 방문하지 않고 전자적 방법으로 등기를 신청할 수 있도록 하고, 등기관청은 설립에 필요한 서류를 접수한 후 3일 이내에 등기증명서(Eintragungsbescheinigung)를 발급하도록 하였다. 회사설립에 반나절 걸린다고 하는 뉴질랜드의 경우에도 온라인등기를 시행하고 있다.

### 3.3. 경험적 증거

이러한 설립비용의 하향조정과 설립절차를 간소화하는 방안이 경기부양에 도움이 되는가에 대한 의문이 있다. 비용이 저렴한 회사설립과 회원국내의 경제성장 사이의 상관관계를 연구한 결과에서는 낙관론이 확산되고 있는 것으로 보인다.<sup>23)</sup> 단순화된 설립절차와 낮은 설립비용이 기업설립수를 약 17% 상승시키고, 매월 인구 100,000명 당 7개의 새로운 직장이 만들어졌다고 보고되어 있다.<sup>24)</sup> 다른 한편으로 설립절차를 까다롭게 하거나 최저자본금을 높게 설정할 경우 기업의 시장진입이 어려울 뿐만 아니라 부패와 결부될 수 있다는 연구결과도 있다.<sup>25)</sup>

### 3.4. 소 결

폐쇄회사법(Das Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft)을 단순화 하려는 시도는 광범위하거나 과도하거나 복잡한 규정들을 가지치기하는 일부터 시작된다. 보통 회사법 규정은 공개회사를 염두에 두고 제정된 법규정이 많아서 거기로부터 유연한 사고가 싹트기 힘들지만, 일단 폐쇄회사가 공개회사의 축소모형이라는 편견에서 벗어날 필요가 있다. 유럽연합 회원국이 마련하고 있는 유한회사법과 폐쇄회사법은 유사한 점이 없지 않으나 분명 성질이 다른 회사조직이다. 2012년 개정법에 따라 새롭게 구상된 네덜란드 유한회사법은 상당한 유연성을 가진 독립적인 조직형식으로 탈바꿈했고, 이탈리아도 경직된 상태로 운영되던 유한회사법을 중소기업을 위한 이상적인 조직형식으로 개량하였다. 일본의 경우 2005년 회사법 개정을 통해 유한회사법이 완전히 폐지될 때까지 주식회사의 부수적인 형태에 머물고 있었다고 밖에 볼 수 없다.

## 4. 유연한 계약자유

폐쇄회사를 둘러싼 논의의 중심에는 회사설립에 보다 많은 유연성을 허용해야 한다는 주장과 법적용을 가능한 한 단순하게 하는 주장으로 대별할 수 있다. 네덜란드의 경우 2012년 유

23) Braun/Eidenmüller/Enger/Hornuf, Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reform, J. Common Market Studies 51 (2013), 399.

24) Vgl. Branstetter/Lima/Taylor/Venâncio, Do Entry Regulations Deter Entrepreneurship and Job Creation? Evidence from Recent Reforms in Portugal, The Economic Journal 124 (2014), 805.

25) Vgl. Dreher/Gassebner, Greasing the Wheels? The Impact of Regulations and Corruption on Firm Entry, Public Choice 155 (2013), 413.

한회사의 단순화와 유연화를 위한 법률에서 이러한 원칙을 중심으로 새로운 형태의 유한회사인 Flex-BV를 만들었다.<sup>26)</sup> 영국, 그리스 및 일본의 경우도 유연성을 염두에 두고 유한회사법을 간소화하거나 폐지한 것으로 보인다.

유연성의 폭을 조절하는 법리는 1892년 독일 유한회사법의 제정근거로 작용했던 계약자유 의 기능(Eine Funktion der Vertragfreiheit)이다. 자본시장에서 유한회사의 적절한 역할을 기대한 것과는 다르게 새로운 방향전환의 필요가 계약자유에 대해 다시 숙고해보는 계기가 되었다. 프랑스에서 단순화된 주식회사(société par actions simplifiée(SAS))를 도입할 때부터 강력한 呪文(cantus firmus)을 전제로 입법이 진행되었고, 델라웨어주 유한회사법<sup>27)</sup>에서는 2004년 이후부터 최대한의 계약자유와 사규정(private ordering)의 유연성을 보장하는 방향으로 선회하기 시작했다. 유럽연합 집행위원회에서도 Societas Privata Europaea(SPE)-Statut의 내용에서 지분소유자들에게 SPE 내부조직을 위해 높은 정도의 유연성과 자유를 허용해야 한다고 강조하였고,<sup>28)</sup> 미국의 LLC법에서는 계약의 재해석을 통해 회사법의 사회계약 이론과 계약구조의 점진적 혼합이 필요하다고 보았다.

회사법에서 계약자유 의 개념을 새롭게 해석하면서 ‘내부조직의 형성을 위한 자유(Die Freiheit zur Ausgestaltung der Binnenorganisation)’가 여러 차례 언급되고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이러한 ‘기관구성의 자유(libertà di autorganizzazione)’는 설립절차, 기관구성과 경영판단 등에 대한 입법모델을 새롭게 창안하면서 상이한 지배구조모델 사이에서의 선택의 자유와 개별적인 조직요소의 포기 및 비공식적인 의견형성과 의결구조 단순화 등으로부터 새로운 개념을 도출해내는 것이다. 영국의 회사법개정에서 private company는 company secretary를 임명할 필요가 없고, 사원총회도 생략할 수 있을 뿐만 아니라 전자적 방법을 통해 결의(Die Beschlussfassung im Umlaufverfahren)가 가능하도록 하였다. 네덜란드의 유한회사법은 새로운 계약자유원칙의 해석을 적용하여 사원권을 다양하게 규정하면서 의결권이 없는 지분, 복수의결권을 가진 지분, 차등화된 의결권 및 이익배당권이 없는 지분<sup>29)</sup>을 허용하기에 이르렀다.<sup>30)</sup>

이러한 새로운 계약자유원칙은 회사법적인 신인의무나 기능적으로 비교가능한 보호장치를 합의에 의해 변경할 수 있는지<sup>31)</sup> 여부에 의해 그 내용이 구성되고 한계가 설정된다. 델라웨어주 유한회사법은 수탁자의 신인의무에 대한 합의가능성을 완전히 열어놓고 있으나, 일반적인 계약법상의 신의성실의 원칙<sup>32)</sup>은 여전히 대원칙으로써 상존한다는 해석구조를 가지고 있다.<sup>33)</sup>

26) Gesetz zur Vereinfachung und Flexibilisierung des GmbH-Rechts: Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.

27) Delaware Limited Liability Company Act; Del. LLC Act.

28) Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396, Erwägungsgrund 3.

29) stimmrechtslose Geschäftsanteile, Anteile mit Mehrstimmrechten oder gestaffelten Stimmrechten sowie nicht dividenden berechnete Anteile.

30) Van de Elst/Vermeulen, The Dutch Private Company: Successfully Relunched?, ECGI Law Working Paper No. 215, Juni 2013, S. 17 ff.

31) Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht oder funktional vergleichbare Schutzinstrumente.

32) Der allgemeine vertragsrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben; implied contractual covenant of good faith and fair dealing.

## 5. 새로운 하부조직

작고 유연한 조직단위를 회사법제로 응용하려는 입법태도는 회사조직을 어떠한 형태로 가져갈 것인가에 대한 고민으로부터 시작한다. 유한책임회사 Limited Liability Company(LLC)의 활용과 해석을 둘러싸고 100년의 시간이 흐르는 동안 LLC제도의 응용을 위한 노력이 여러 국가에서 시도된바 있다. Panama, Alaska, Florida에서의 도입사례를 종합해보면 회사의 조직형태를 내국의 시장상황에 적합하도록 LLC Act를 변용한 입법례를 찾아 볼 수 있다. 1994년 프랑스에서 창안된 단순화된 주식회사(société par actions simplifiée(SAS))는 중소기업을 위한 조직형식의 대안<sup>34)</sup>으로써 선구자(Vorreiterrolle)적인 역할을 수행한 엄연한 사실이 있지만 최초의 입법취지와는 다소 동떨어진 보충규범으로서의 한계를 노출시킨 면도 있다. 독일은 2008년 유한회사의 조직형태를 변화시켜 사업자조합(Unternehmersgesellschaft) 제도를 도입하면서 새로운 형태의 조직구성의 예를 보여주었다. 이후 2012년 벨기에는 société privée à responsabilité limitée-starter(SPRL-S), 2013년 덴마크는 독일 유한회사법의 사업자조합제도(UG)를 원용하여 'ivaersaetterselskab(IV)', 이탈리아는 società a responsabilità limitata, 그리스의 경우 사회사(Private Kapitalgesellschaft; IKE)를 도입하면서 독일 유한회사법(GmbH) 제5a조 제3항에 따르는 집적의무(Thesaurierungspflicht)를 어떤 식으로 해석할 것인가를 고민하게 된 것이다. 그리스의 IKE의 경우 주식회사와 유한회사와 다르게 공증인이 인증하는 절차를 필요로 하지 않고 One-Stop-Shop절차를 과감하게 시행함으로써 그리스는 세계은행의 조사대상국 111개국 중 36위로 도약하는 성과를 나타냈다.<sup>35)</sup>

## IV. 결론에 갈음하여

폐쇄회사에 대한 규범은 지난 10년 동안 대륙법계 국가인가의 여부를 불문하고 상당한 정도의 변화를 겪고 있다. 이 변화에는 ① 법적 범주의 현대화 ② 소기업에 대한 관심의 집중 ③ 회사설립조건 완화 ④ 주식법적인 사고로부터의 해방 ⑤ 유연성과 계약자유의 강조 ⑥ 새로운 조직형식과 유사조직의 도입 등의 요소와 기준을 토대로 법률을 개정하거나 새로운 법을 입안하고 있는 것으로 보인다. 이러한 기준을 중심으로 연로한 유한회사법제에서 낡은 규정을 골라내고 새로운 법률을 적용하면서 최근 금융위기를 극복하기 위한 방안으로 검토되고 있다. 소기업에 대한 입법자들의 관심이 모아지고 있는 가운데 현대의 기업구조는 법정 최저자본의 폐지 또는 감소 및 유연한 회사설립으로 나타나고 있고, 유럽연합 회원국 다수는 회사 발기인들에게 유연성과 계약자유를 보다 폭넓게 허용하면서 회사의 내부조직과 사원결의 및 가변적 사원권행사의 보장 등으로 자국의 경기부양과 취업활성화 방안을 모색하고 있는 중이다.

우리나라는 2011년 개정상법을 통해 이미 유한책임회사제도를 도입하여 시행하고 있다. 사

33) § 18-1101 (C) Del. LLC Act.

34) Rechtsformalternative für kleine und mittlere Unternehmen.

35) World Bank, Doing Business 2014 - Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, 2013, S.72.

원총수의 제한규정(상법 제545조), 최저자본금 제한규정(상법 제546조), 지분양도제한과 조직 변경절차를 완화하는 등 기존 유한회사에 대한 각종 제한규정을 삭제하였다. 유한책임회사는 유대가 강한 인적결합으로 개인기업과 거의 유사하게 운영하면서도 사원 전원이 출자가액을 한도로 유한책임을 부담한다는 장점을 혼합한 조직구성이므로 활용도가 매우 높을 것으로 기대했으나,<sup>36)</sup> 자금력이 영세하더라도 주식회사에 대한 선호도가 높다는 점, 조세특례제한법상 특례대상으로 규정되지 않은 점,<sup>37)</sup> 공인회계사법과 변호사법에서 유한책임회사제도를 활용할 수 없도록 한 점<sup>38)</sup> 등의 장애요인으로 아직은 이용이 저조한 편이다.

회사제도의 성패는 자본소유자 상호간의 계약집적체(complex of contracts)를 어떻게 운용할 것인가에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 소유와 경영이 분리되어 있는 주식회사제도는 어떤 형태로든 대리비용이 발생하게 되고, 투자자와 경영자라는 이해상충은 대리비용의 절감을 통해 해소될 수 있다는 주장도 있다.<sup>39)</sup> 그렇지만 유연한 조직구성으로부터 대리비용이 전혀 발생하지 않는 회사제도를 창안해낼 수 있다. 우리나라의 유한책임회사제도에서는 정관에서 사원이 직접 업무를 집행할 수 있도록 규정하고 있어서 소유와 경영이 분리되지 않은 구조에서 유한책임법리가 작동되기 때문에 출자자(자본소유자) 입장에서는 유한책임회사제도를 이용할만한 충분한 실익이 있다. 그렇지만 유한책임회사제도가 유한회사가 가진 물적회사로서의 한계를 극복하면서 계약자유의 범위를 충분히 확보한 모델로 평가되는 이유는 최저자본금, 간편한 회사설립절차,<sup>40)</sup> 사원의 지위변동, 업무집행자의 유한책임, 의사결정방식 등이 정관자치에 절대적으로 의존하는 구조이기 때문이다.

우리가 살펴본 폐쇄회사(Die geschlossene Gesellschaft)도 마찬가지로 소규모회사를 육성하기 위해 완화된 기업설립조건, 유연한 계약자유를 통해 새로운 형태의 하부조직을 강화하여 독일을 중심으로 한 유럽연합 회원국의 창업활성화와 경기부양 및 취업시장까지 겨냥하면서 주식회사의 흠결을 보충하는 대안적 모델로서 활용되고 있다. 소규모회사를 위한 다각적인 제도개선이 'Think Small First'라는 모토 아래 전 세계적인 입법경향으로 자리잡아가고 있는 것이다.

36) 유한책임회사제도 도입 초기부터 법무부는 회사설립과 운영 및 기관구성 등에서 정관을 통한 계약자유가 폭넓게 인정되는 회사조직의 장점을 살려 공동연구개발에 관련된 조인트벤처, 펀드회사 등의 금융사업, 소프트웨어나 콘텐츠개발 등의 IT산업, 법률사무소, 회계사무소, 건축 등 개인의 전문적인 지식이나 노하위를 주시하는 사업 및 인적 자산을 기반으로 하는 사업분야의 창업에 유용할 것으로 기대하였다.

37) 동업기업에 대한 과세특례의 적용범위를 규정하고 있는 조세특례제한법 제100조의15 제1항은 민법에 따른 조합, 상법에 따른 합자조합 및 익명조합, 합명회사, 합자회사 기타 이와 유사하거나 인적 용역을 주로 제공하는 단체로서 대통령령으로 정하는 것을 동업기업과세특례대상으로 규정하고 있다. 아직은 조세특례제한법과 동법 시행령에서 유한책임회사를 과세특례 대상으로 규정하고 있지 않으나 인적회사에 가까운 유한책임회사도 과세특례대상으로 규정함으로써 좀 더 유용한 회사제도로 활용되게 할 필요가 있다.

38) 공인회계사법 제40조와 변호사법 제58조 및 제58조의 17에서는 각 회계법인과 법무법인에 대하여 해당 법에 규정되지 않은 사항에 대하여 유한회사에 관한 규정(회계법인의 경우) 및 유한회사 또는 합명회사에 관한 규정(법무법인의 경우)을 각각 준용하도록 하고 있으므로 해당 법률이 개정되지 않는 한 회계사나 변호사가 유한책임회사제도를 활용할 수 없다.

39) 김화진, 기업지배구조와 기업금융, 박영사, 2009, 5쪽 이하 참조.

40) 유한책임회사의 등기는 상업등기법이 아니라 대법원 등기예규 제1445호에 의거 개정 상법에 따른 등기사무처리지침에 따라 이루어지고 있다.

## 제3주제

---

### 중국 회사법의 최근 동향 - 자본제도 개정과 기업공시제도 제정을 중심으로 -

사회 : 김순석 교수(전남대)

발표 : 서의경 박사(연세대)

토론 : 양효령 교수(전북대)

이훈종 교수(동국대)



# 중국 회사법의 최근 동향

- 자본제도 개정과 기업공시제도 제정을 중심으로 -

서 의 경\*

## 《 目 次 》

I. 머리말	IV. 기업정보공시제도의 제정
II. 회사법상 자본제도의 변화	V. 맺는말
III. 공상등기제도의 개혁	

## I. 머리말

중국의 입법과정의 특징 중에 하나는 공산당의 정책목표에 따라 일련의 후속 입법조치가 매우 신속하게 이루어진다는 것이다. 이러한 특징이 발생하는 원인으로서는 다음의 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 중국 공산당의 영도(領導)적 지위이다. 비록 중국에는 공산당 이외에 속칭 민주당파로 분류되는 8개 당파가 존재하지만,<sup>1)</sup> 중국 헌법 전문(序言)에서는 “중국 공산당이 이끄는(영도하는) 다당합작(多黨合作)과 정치협상제도”라고 규정하여 공산당의 영도적 지위를 인정하고 있다. 이러한 헌법상 영도적 지위를 기반으로 공산당의 결정은 헌법에 규정된 국가기구를 통해 법제화되어 실행에 옮겨지게 된다.<sup>2)</sup> 둘째, 법규·규장 위주로 제정되는 입법현실이다. 중국의 입법은 크게 전국인민대표대회 또는 그 상무위원회가 제정하는 법률과 국무원 및 지방인민정부가 작성하는 행정법규, 국무원 산하 부서 등이 작성하는 규장으로 분류할 수 있는데, 법률보다는 하위의 행정법규, 부문규장 등이 훨씬 더 많이 제정되고 있다.<sup>3)</sup> 또한 이러한 행정법규 또는 부문규장들이 종종 포괄적 위임입법에 의해 제정되고 있기 때문에,<sup>4)</sup> 추상적인 정책목표가 전국인민대표대

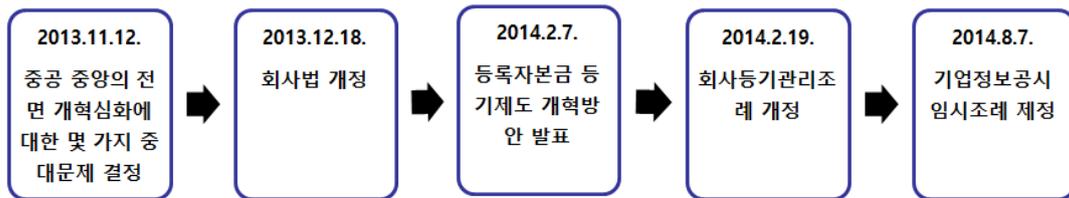
\* 연세대학교 법학연구원 전문연구원.

- 1) 참고로 8개 당파에는 중국국민당혁명위원회(中国国民党革命委员会), 중국민주동맹(中国民主同盟), 중국민주건국회(中国民主建国会), 중국민주촉진회(中国民主促进会), 중국농민민주당(中国农工民主党), 중국치공당(中国致公党), 구삼학사(九三学社), 대만민주자치동맹(台湾民主自治同盟)이 있다.
- 2) 민경배, “중국의 공산당정책(규범)과 국가법의 관계”, 「공법학연구」 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004, 411쪽.
- 3) 이는 영토가 광활하고 민족구성이 다양한 중국의 특성과 관련이 있다. 즉 모든 지역과 민족을 만족시키는 법률을 제정하는 것은 매우 어려우므로 상위의 법률에서는 원칙 위주로 되도록 추상적으로 규정하고 다양한 하위 법령에서 구체적인 내용을 보완하는 것이다.

## 각국 회사법의 최근 동향

회나 공산당 전체회의 등을 통하여 어느 정도 구체화되면 후속 입법조치는 국무원 및 그 산하 부서를 통하여 매우 신속하게 이루어질 수 있다.

따라서 중국의 입법동향을 파악하고 입법방향을 예측하기 위해서는 제도 자체뿐만 아니라 공산당이 입안하는 정책목표 또는 계획 등에도 주의를 기울일 필요가 있다. 최근 2013년 말부터 2014년 상반기까지 이루어진 일련의 기업 관련 정책과 입법조치들은 ‘공산당 정책목표에 대한 신속한 후속입법’이라는 중국 입법의 특징을 잘 보여주는 사례라고 볼 수 있다. 이를 도식화하면 다음과 같다.



2012년 11월 중국 공산당은 제18차 당대회를 개최하여 시진핑을 중심으로 한 새로운 지도부를 구성하고, 다음을 포함한 몇 가지 주요 정책목표를 설정하였다.<sup>5)</sup>

첫째, 사회주의 시장경제체제의 신속한 보완. 2007년 후진타오(胡錦濤) 주석이 주창한 이른바 ‘과학적 발전관’은 경제발전모델의 전환, 균형발전, 지속가능한 발전을 그 중요 요소로 하고 있다. 즉 낮은 임금과 토지가격이라는 저비용 생산요소를 바탕으로 한 기존의 발전모델이 점차 한계에 봉착하게 되었으므로 이를 첨단·혁신 산업 위주로 재편하고, 동부에 비해 낙후된 서부와 내륙을 균형 있게 발전시키며, 에너지·자원 절약과 환경보호에 중점을 둔 지속가능한 발전방식으로 전환하려는 것이다. 이후 기존 발전모델의 한계 및 발전의 불균형이라는 대내적인 문제점과 2008년 금융위기 이후 전 세계적인 경기하강이라는 대외적인 영향이 맞물리면서 중국의 경제성장률은 비교적 큰 폭으로 하락하였고, 취업난도 점차 가중되어 경제체제 개혁의 필요성은 더욱 늘어나게 되었다. 따라서 제18차 당대회는 과학적 발전관을 지도사상으로 삼아 경제체제의 전환을 지속적으로 추진할 것임을 시사하였다.

둘째, 정부기구의 개편. 경제체제의 전환을 효율적으로 수행하기 위하여 국가가 기업과 사회를 관리하는 기존의 관리형 정부에서 서비스형 정부로 전환할 것을 천명하였다. 서비스형 정부는 정부와 기업의 분리, 정치와 자원의 분리, 정부와 사업의 분리, 정부와 사회의 분리를 추진하는, 우수한 구조를 가지고 청렴하고 효율적이며 인민이 만족하는 정부 형태를 의미한다.<sup>6)</sup> 서비스형 정부로의 전환 추진을 위해 2013년 3월 14일 제12기 전국인민대표대회 제1차 대회에서 「국무원기구 개혁 및 직무 전환 방안(国务院机构改革和职能转变方案)」을 통과시키고, 국무원의 기

4) 예를 들어 회사의 등록자본의 관리에 관한 「회사 등록자본 등기 관리규정」 제1조는 “회사 등록자본 등기관리를 규범화하기 위해 「중화인민공화국 회사법」, 「중화인민공화국 회사등기관리조례」 등 유관 규정에 의거하여 본 규정을 제정한다.”고만 되어 있을 뿐 구체적인 위임규정들이 적시되어 있지 않다.

5) 중국공산당은 5년에 한 번 전국대표대회를 개최하는데, 이를 ‘당대회’라고도 부른다. 2012년 11월 중국 공산당 창당 이후 18번째 당대회가 개최되었다. 당대회에서 선출된 중앙위원들은 곧바로 중앙위원회를 구성해 1차 전체회의(18기 1중전회)를 개최하여, 총서기와 상무위원, 정치국위원 등 시진핑을 중심으로 한 공산당 지도부를 구성했다.

6) 이창량(易昌良), “18차 당대회 이후 중국의 미래”, 「성균차이나브리프」 제1권 제3호, 성균중국연구소, 2013, 153-154쪽.

구 개혁을 통해 정부 조직구조를 한층 최적화하고, 정부기능을 유기적으로 통합하는 작업을 시작하였다.

2013년 11월 12일에는 개혁방안을 구체화한 「중국공산당 중앙의 전면적인 개혁심화에 대한 몇 가지 중대문제 결정(中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定)」(이하 “결정”)이 중국 공산당 제18기 중앙위원회 제3차 전체회의(三中全會)에서 통과되었다.<sup>7)</sup> 동 결정은 지도사상을 포함한 현대시장체계의 개선, 정부기능의 전환, 새로운 개방형 경제체제 구축, 법치중국의 건설, 권력운행에 대한 규제와 감독시스템 강화, 사회 통치체제의 혁신 등의 16가지 개혁방안을 담고 있는데, 이 중 현대시장체계의 개선의 내용 중에 하나로 ‘공정하고 개방적이며 투명한 시장 규칙의 수립’을 제시하고 있다. 이러한 시장 규칙의 수립을 위해서는 통일적 시장진입제도, 국내 거래유통시스템의 개혁 등 여러 가지 제도의 시행이 필요한데, 그 중 회사 관련 제도 개선으로는 ‘공상등기 편리화’가 제시되었다.

공상등기제도의 편리화에 대한 후속 입법조치로 ① 2013년 12월 18일에 중국 전국인민대표대회 상무위원회는 「회사법」 개정안을 통과시켜 회사의 등록자본금을 실납제에서 납입확약제로 전환하고, 최저자본금을 폐지하는 등 회사의 등록자본제도를 완화하였으며, ② 2014년 2월 19일과 20일에는 국무원과 국가공상행정관리총국이 각각 「회사등기관리조례(公司登记管理条例)」와 「회사등록자본 등기 관리규정(公司注册资本登记管理规定)」을 개정하여, 선(先)허가·후(後)등록제를 선(先)등록·후(後)허가제로 전환하고, 연도검사를 폐지하였다. 또한 공상등기 편리화 조치로 약화된 기업의 신용체계를 보완하기 위하여 ③ 2014년 7월 23일에는 국무원이 「기업정보 공시 임시조례(企业信息公示暂行条例)」를 공포하였다.

본 논문에서는 최근의 중국 회사법 관련 제 개정 내용을 그 정책적인 배경과 함께 구체적으로 소개하고, 우리나라에 시사점이 있는 부분에 대하여는 비교법적인 검토를 하도록 하겠다.

## II. 회사법상 자본제도의 개정

### 1. 개정배경

#### 1.1 1993년 회사법상 자본제도의 제정배경

상법상 자본제도는 크게 대륙법계의 확정자본제도(確定資本制度)<sup>8)</sup>와 영미법계의 수권자본제도(授權資本制度)로 구분할 수 있다. 확정자본제도는 회사설립시 정관에 기재된 자본전액을 확정하고 이에 해당하는 발행주식 모두를 인수하는 제도이다.<sup>9)</sup> 반면, 수권자본제도는 정관에 기재

7) 3중전회는 중국 공산당의 최고 권력조직인 중앙위원회의 3번째 전체회의를 말한다. 지도자를 선출하는 1차와 2차 회의와는 달리 새 지도부의 정치·경제 등 전반적인 분야의 정책방향이 제시된다. 과거 덩샤오핑(鄧小平)은 1978년 11차 3중전회를 통해 전면적인 개혁개방 정책을 처음 채택했으며, 장쩌민(江澤民)은 1993년 14차 3중전회에서 ‘소유의 개혁’을 주장하며 사회주의 시장경제 체제 과제를 확정했다. 18차 3중전회에서는 경제구조의 개혁, 시장과 정부역할의 제고, 법치화 건설 등이 과제로 제시되었다.

8) 중국에서는 이를 ‘법정자본제(法定資本制)’라고 부른다.

9) 이러한 이유로 ‘총액인수제도’라고 부르기도 한다.

된 자본 중 일부만 확정되어도 회사설립이 가능하며, 잔여부분의 신주발행권을 이사회에 위임(수권)하는 제도이다. 수권자본제도는 회사설립이 용이하고, 자본조달의 편의성과 기동성을 확보하는데 유리하다는 장점이 있으나, 회사의 재산적 기초가 위태롭기 때문에 채권자의 보호가 소홀하다는 단점이 있다.<sup>10)</sup> 중국은 1993년에 회사법을 제정하면서 다음과 같은 이유 때문에 등록자본금 전액을 실제로 납부하게 하고, 최저자본금을 비교적 높게 규정하고, 출자방식도 제한하는 등 엄격한 확정자본제도를 채택하였다.

첫째, 국유기업의 개혁. 1979년 개혁개방 이후 중국은 계획경제에서 사회주의 시장경제체제로의 전환을 추진하였는데 그 핵심과제 중 하나가 국유기업의 개혁이었다. 1980년대 중국의 대다수 기업인 국유기업은 정부에의 예속으로 말미암아 정경유착·주관적 판단에 의한 정책결정·문서주의·비효율적 경영 등의 폐단이 나타났다.<sup>11)</sup> 이러한 폐단을 시정하고자 국유기업의 투자주체를 정부 단일에서 정부, 집체, 사인 등으로 다원화하는 ‘주식제/지분제(股份制)’ 개혁이 실시되어 1980년대 중반부터 여러 중대형 국유기업이 주식제를 도입하였다.<sup>12)</sup> 그러나 경험미숙과 감독기구의 부재로 인하여 국유자산의 저평가, 과도한 이익배당 등 적지 않은 문제점이 나타났다. 따라서 이러한 배경 속에서 제정된 1993년 회사법은 회사의 자본제도를 설정하는데 있어서 무엇보다 국유자산의 평가와 안전문제를 고려할 수밖에 없었다.<sup>13)</sup> 또한 국유기업이 유한회사나 주식회사로 전환하게 되면서 이 회사들을 정책적으로 관리할 필요가 있었고, 국유주(國有股)를 보유한 국가나 국가의 수권을 받은 이사회 또는 이사장이 많은 재량권을 보유하고 있었기 때문에 이들의 자본유용을 통제할 필요성이 있어서 확정자본제도를 채택하였다.<sup>14)</sup>

둘째, 경제질서의 유지. 1980년대 중국 각지에서는 ‘회사(公司)’라는 명칭을 가지는 시장주체가 대량으로 나타났으며, 특히 1985년과 1988년에는 이른바 ‘회사열풍(公司熱)’현상이 나타나면서, 적지 않은 껍데기회사, 유명회사 등이 사기수단으로 활용되어 경제질서를 교란하였다. 따라서 회사설립의 문턱을 높여서 거래안전을 보호할 필요가 있었다.<sup>15)</sup>

10) 주식회사 또는 유한회사와 같은 물적 회사는 주주(사원)의 출자로서 구성되는 자본금을 가지고, 자본금은 주식(출자좌수)에 의해 균일하게 분할되며, 주주(사원)은 그가 인수한 주금액을 한도로 하여 출자의무를 부담할 뿐, 회사의 채무에 대하여는 아무런 책임을 지지 않는다. 따라서 회사의 사원이 간접·유한책임을 부담하는 주식회사 및 유한회사에서는 회사채권자의 만족은 현실의 자산이며 이에 대한 회사자산을 확보하기 위한 기준으로서 ‘자본금’개념을 사용한다. 즉 자본금이 회사의 대외적인 담보의 기준이 되며, 신용의 기준이 되는 것이다. 홍복기, 『회사법강의(제3판)』, 법문사, 2015, 143-144쪽.

11) 史際春(스지에춘), “중국 국유기업의 주식제 개혁과 회사법(中国国有企业的股份制改革与公司法)”, 『중국법연구』 제3집, 한중법학회, 2000, 159쪽.

12) 1984년 7월 베이징 텐차오 바이화 회사(北京天橋百貨公司)가 공상관리부서에 최초의 주식회사로 등록한 이래, 상해, 심양, 중경, 무한 등 여러 지역에서 중대형 국유기업이 주식제를 도입하였다. 구기보, “중국 국유기업의 소유제 개혁과 주식제 발전”, 『중국학연구』 제40집, 중국학연구회, 2007, 148쪽.

13) 1993년 회사법의 주요한 목적과 작용은 ① 주주상호간 및 주주와 기업의 재산관계를 기업법인제도의 두 전형인 유한회사와 주식회사의 형태로 규율하는 것과 ② 주주간의 상호견제·경영자의 투자자에 대한 책임 부담기제·자금모집 등의 기능을 통해 계획경제 시기의 전통적인 국유기업을 개혁하고 기업을 고효율의 상품생산 경영자로 만들려는데 있다. 史際春(스지에춘), 앞의 논문, 160쪽.

14) 이정표, 『중국회사법』, 박영사, 2008, 206쪽.

15) 刘凯湘/张其鉴, “公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对”, 『河南财经政法大学学报』 2014年 第5期, 2014, p.24.

## 1.2 2005년 회사법상 자본제도의 개정배경

2005년 10월 27일 제10회 전국인민대표대회 상무위원회 제18차 회의에서 통과된 회사법 개정안은 무려 41개 조문을 추가하고, 46개 조문을 삭제하고, 137개 조문을 수정한 거의 제정에 가까운 대대적인 개정이었다. 자본제도 분야에 있어서는 확정자본제도의 큰 틀은 유지하였으나 등록자본금의 최저한도액을 대폭 낮추었고, 유한회사와 주식회사의 발기설립의 경우에는 분할납입을 인정하는 등 다소 완화된 태도를 취하였다. 이는 다음과 같은 이유에서이다.

첫째, 경제 환경의 변화. 1993년 회사법 설립 이후 중국의 산업구조·기업형태·경영방식·시장제도 등에서 많은 변화가 발생하여 기존의 엄격한 확정자본제도가 경제적 발전을 저해하는 결과를 가져오게 되었다. 즉 회사설립의 엄격함은 투자자의 투자에 장애가 되었으며, 등록자본금의 전액납입은 회사 설립시에 자본적 기초를 공고히 할 수 있지만 자본의 낭비를 가져왔다.<sup>16)</sup> 또한 출자방식의 협소함은 지식경제시대의 시장자원의 다원화라는 특징을 반영하지 못하였다.<sup>17)</sup>

둘째, 글로벌 경쟁력의 고려. 중국이 2001년에 WTO에 가입하면서 중국 회사법 역시 국제적인 경쟁력을 고려할 수밖에 없게 되었다. 예를 들어 어떠한 방법으로 자본효율을 높이고, 회사의 부담을 감경시켜 중국 회사가 국제시장에서 우세한 위치를 점하게 할 수 있는지, 또한 어떻게 해야 보다 더 많은 외국자본을 유치할 수 있는지 등이 입법자가 자본제도를 설계하는데 있어서 중요한 고려사항이 되었다.<sup>18)</sup>

셋째, 자본제도에 대한 연구성과의 반영. 중국 내에서 회사의 자본제도에 대한 연구성과가 축적되면서, 이러한 성과들이 입법에 반영하게 되었다. 특히 채권자보호문제에 있어서 회사의 자본과 자산을 구분하여, 채권의 실현을 담보하는 것은 자본이 아니라 자산이라는 이론이 제기되는데, 이러한 이론은 입법자가 비교적 완화된 자본제도를 도입하는데 대한 우려를 덜어주었다.<sup>19)</sup>

## 1.3 2013년 회사법상 자본제도의 개정배경

2013년 회사법상 자본제도의 개정은 앞서 설명한 바와 같이 기존의 경제체제를 전환하는 과정에서 추진되었다. 즉 중국정부는 회사 자본제도의 개혁을 통하여 회사설립의 문턱을 낮추어 창업을 지원하고 외국인 투자를 촉진하여, 고용을 늘리고 경제발전의 새로운 동력을 마련할 필요가 있었다.

다른 국가들의 자본제도 개정도 중국이 자본제도를 개정하는데 영향을 미쳤다. 예를 들어 일본은 2005년에 기존의 상법전에서 새롭게 단일의 회사법을 제정하면서 최저자본금제도와 비공개회사에 대하여 회사설립시의 4분의 1 이상의 수권발행한도 규제를 폐지하였다. 대만 역시

16) 또한 외국인 투자기업의 경우에는 외국투자자가 출자액을 분할납입 할 수 있다는 점과 비교하여 차별의 문제도 존재하였다. 박정국, “2013년 중국 개정 회사법상 회사설립절차 완화에 관한 규정의 분석 및 그 시사점에 관한 소고”, 『선진상사법률연구』 제68호, 법무부, 2014, 7쪽.

17) 刘凯湘/张其鉴, 위의 논문, p.24.

18) 刘凯湘/张其鉴, 위의 논문, p.24.

19) 이러한 견해에 대해서는 중국 학계에서는 찬반론의 대립이 있다. 남옥매/풍과, “중국 회사법상 자본제도에 관한 연구”, 『법학논총』 제21집 제1호, 조선대 법학연구원, 2014, 533쪽 참조.

2009년에 최저자본금제도와 실제납입비율 제한을 삭제하였고, 우리나라 역시 2009년 상법 개정에서 최저자본금제도를 폐지하고 무액면 주식(無額面株式)을 도입하여, 회사를 손쉽게 설립할 수 있도록 허용하고, 자본을 쉽게 조달할 수 있도록 하였다.

실무적으로는 허위출자 및 위장납입의 문제를 개선할 필요가 있었다. 중국에서는 공상부서의 형식적 심사로 말미암아 회사설립시 출자이행검증과정에 있어서 중개기관을 통하여 자금을 대납하는 방식으로 허위의 출자이행증명을 취득하는 일이 많이 발생하였는데, 이러한 문제들 때문에 법률에 규정된 자본제도는 형식화되고 채권자 보호나 거래안전보호의 작용을 하지 못하게 하였다. 이러한 행위들에 대해 2005년 회사법은 행정벌을 부과하였으며,<sup>20)</sup> 그 액수가 크거나 결과가 중한 경우에 형법상 범죄를 구성하도록 하였으나,<sup>21)</sup> 이러한 행위들은 다양한 방식으로 나타났기 때문에 규제하기가 어려웠다. 이에 따라 최고인민법원은 2011년 1월 27일 사법해석<sup>22)</sup>으로 「최고인민법원의 회사법 적용에 관한 몇몇 문제에 대한 규정(3)」(이하 ‘회사법 사법해석(3)’)을 공포하여 관련 내용을 보완하고 채권자 보호의 실효성을 제고하고자 하였다.<sup>23)</sup> 그러나 허위출자, 위장납입 등의 행위는 근절되지 않았고, 따라서 입법자들은 최저자본제도와 최초납입비율 등 관련

- 
- 20) 회사법 제199조 등록자본금을 허위신고하거나 허위 증명서류를 제출하거나 또는 기타 사기적 수단으로 중요한 사실을 숨기고 회사등기를 하였을 경우, 회사등기기관은 시정할 것을 명하고, 등록자본금을 허위 신고한 회사에 대해서는 허위신고한 등록자본의 5%이상 15%이하의 벌금을 부과한다. 허위 증명서류를 제출하였거나 기타 사기적 수단으로 중요한 사실을 숨긴 회사에 대하여는 5만 위안 이상 50만 위안 이하의 벌금을 부과한다. 그 정황이 중한 경우에는, 회사의 등기를 철회하고 영업허가서(영업집조)를 말소한다. ; 제200조 회사의 발기인, 주주가 허위로 출자하거나, 출자의 목적이 되는 현금 또는 비현금재산을 납입하지 않거나 적시에 납입하지 않은 경우, 회사등기기관은 시정할 것을 명하고, 허위출자금액의 5%이상 15%이하의 벌금을 부과한다. ; 제201조 회사의 발기인, 주주가 회사 성립 후 출자금을 인출하였을 경우, 회사등기기관은 시정을 명하고, 인출한 금액의 5%이상 15%이하의 벌금을 부과한다.
- 21) 형법 제158조 (허위등록자본죄) 회사등기를 신청하면서 허위의 증명문서를 사용하거나 또는 기타 기망의 수단으로 등록자본을 허위보고함으로써 회사등기기관을 기망하여 회사등기를 취득한 경우, 허위보고한 등록자본의 액수가 크고, 결과가 중하거나 또는 기타 엄중한 정황이 있는 경우에는 3년 이하의 유기징역 또는 구역(강제노역이 수반되는 1개월 이상 6개월 미만의 단기자유형을 의미함)에 처하고, 허위보고한 등록자본금액의 100분의 1 이상 100분의 5 이하의 벌금을 병과하거나 또는 벌금에만 처한다. ; 형법 제159조 (허위출자, 출자금인출죄) 회사발기인, 주주가 회사법의 규정을 위반하여 화폐, 실물 또는 재산권 등을 이전하지 않고 허위로 출자하거나 또는 회사 성립 후에 그 출자금을 함부로 인출하여 간 경우, 액수가 매우 크거나 결과가 중하거나 또는 기타 엄중한 정황이 있는 경우에는 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하고, 허위출자금 또는 함부로 인출해 간 출자금액의 100분의 2 이상 100분의 10 이하의 벌금을 병과하거나 또는 벌금만 부과한다.
- 22) 사법해석은 중국의 독특한 입법형태이다. 중국은 성문법주의를 취하는 국가로서 일반적으로 법원의 판결은 구속력을 가지지 않는다. 하지만 최고인민법원은 법률의 구체적 적용에 관하여, 법규로서의 효력을 가지는 사법해석을 할 수 있다(인민법원조직법 제32조가 근거). 사법해석은 의견, 해석, 규정, 지시 등 다양한 명칭으로 전달되는데, 법률의 공백을 보충하는 기능, 법조문이 다의적으로 해석되는 경우에 특정하는 기능, 입법정신에 근거하여 법률의 수정을 가하는 기능 등을 가진다.
- 23) 대표적인 내용을 살펴보면 먼저 주주가 ① 출자금액을 회사계좌로 입금하여 출자이행증명 후 즉시 출금하는 행위, ② 허위의 채권채무관계를 조작하여 회사의 자본금을 출금하는 행위, ③ 허위로 회계장부를 조작하여 배당을 하는 행위, ④ 관계자 거래를 통하여 자본금을 출금하는 행위, ⑤ 법적 절차 없이 자본금을 출금하는 행위를 행하여 회사의 이익을 해하는 경우에 당해 주주를 상대로 회사, 주주 및 채권자가 소송을 제기할 수 있게 하였다(회사법 사법해석(3) 12조). 또한 발기인이 제3자에게 자금을 대여하여 회사를 설립한 후 자본금을 인출하여 제3자에게 상환하기로 약정한 후에 발기인이 전술한 약정에 따라 출자금을 보완 납부하지 않는 경우, 이해관계인은 발기인과 제3자가 연대하여 책임을 부담하도록 청구할 수 있다(회사법 사법해석(3) 15조). 이 경우 제3자가 선의라면 타인에게 자금을 대여하는 행위만으로 그 자금의 사용용도에까지 책임을 부담하는 것이므로 자금대여자에게 너무 가혹한 규정이 된다. 남옥매/풍과, 위의 논문, 530쪽.

규정의 지속에 대해서 고민할 수밖에 없었다.

## 2. 주요 개정내용

### 2.1 자본금의 실제 납부제도의 완화(최초 납입비율의 폐지)

1993년 회사법은 엄격한 확정자본제도를 요구하였다. 즉 회사의 등록자본금을 회사등기기관에 등기한, 전체 주주(사원)가 실제로 납입한 출자총액 또는 주금총액으로 규정하였다(23조, 78조). 실제 납입을 요구하였기 때문에 유한회사와 주식회사의 발기설립의 경우에는 출자액을 납입한 후에, 주식회사의 모집설립의 경우에는 발행주식의 인수가액이 전액 납입된 후에 반드시 검증기관(일반적으로 회계사무소)의 출자검사증명(驗資證)을 받아 회사등기 신청 시에 같이 제출하도록 하였다(26·27조, 82·91·94조). 이와 같이 등록자본금의 전부를 실제 납입하도록 하였기 때문에 회사설립이 제한되었을 뿐만 아니라 많은 시간과 비용을 들인 설립절차가 무효로 되고 이에 관한 책임분쟁이 자주 일어나는 등 문제가 발생하였다.<sup>24)</sup>

2005년 회사법은 등록자본금의 분할납입을 허용하여 다소 완화된 태도를 보였다. 유한회사의 경우 등록자본금을 회사등기기관에 등기한, 전체 주주가 인수한(납입하겠다고 약정한) 출자액으로 보고, 최초 출자액은 등록자본금의 20% 또는 법정 등록자본금 최저한도액에 미달해서는 안되며, 그 나머지 부분은 회사설립일로부터 2년 내에 납입할 수 있도록 하였다(26조 1관). 발기설립으로 설립된 주식회사의 경우에도 등록자본금을 회사등기기관에 등기한 전체 발기인이 인수한 주금총액으로 보고, 최초 출자액은 등록자본금의 20%에 미달해서는 안되며, 나머지 금액에 대해서는 설립일로부터 2년 내에 완납하도록 하였다(81조 1관). 다만 1인 유한회사와 모집설립으로 설립한 주식회사에 대해서는 여전히 실제로 납입한 출자액을 등록자본금으로 간주했기 때문에 분할납입을 허용하지 않았다(59조 1관 후단, 81조 2관).

개정 회사법은 기존에 유한회사와 주식회사의 발기설립의 경우 설립조건이었던 주주가 인수한 출자액이 법정자본 최저한도액에 도달해야 한다는 규정을 정관에 부합되는 전체 주주가 인수한(납입할 것으로 약속한) 출자액이 있어야 한다는 규정으로 개정하였다(23조 2호, 76조 3호). 또한 기존의 자본금 최초 납입비율과 최저납입금액 및 납입기한의 규정을 삭제하였다.<sup>25)</sup> 다만 주식회사의 발기설립의 경우에는 자금조달의 편의성을 이용하여 임의대로 증자한다면 법정자본금의 형식적 과대가 초래될 수 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 납입이 완료될 때까지 타인에게 주식을 모집할 수 없는 것으로 규정하였고(80조 1관 후단), 주식회사의 모집설립의 경우에는 그 공중성을 고려하여 종전의 규정대로 회사등기기관에 등기한 실제 납입한 주식자본금액을 등록자본금으로 규정하였다(80조 2관).<sup>26)</sup>

24) 이정표·손성문, “중국 개정 회사법 연구”, 『법제처 2006년도 동북아법령정보사업 연구용역 결과보고서』, 2006.11.47쪽.

25) 따라서 납입금액·납입비율, 납입기한 등은 주주 자치에 맡겨져 있다. 그러나 중국에서는 개인의 파산을 인정하지 않기 때문에 주주가 납입능력을 초과하여 등록자본금을 높게 설정하는 것은 위험성이 크다. 또한 주주의 출자방식·출자액·출자기한은 정관의 필요적 기재사항이므로(25조 5호, 82조 5호) 주주는 정관에 따라 출자의무를 이행하여야 하고, 이 때문에 사실상 납입이 이루어지지 않을 가능성도 크지 않다. 남옥매/풍과, 앞의 논문, 538쪽.

26) 남옥매/풍과, 앞의 논문 529-530쪽.

## 2.2 최저자본금 제도의 폐지

상술한 바와 같이 1980년대에 회사열풍이 나타나면서 자본이 취약한 회사들이 범람하였고 이로 인하여 회사의 파산 이후 많은 채권자들이 손실을 입게 되자, 채권자를 위한 책임자산을 확보하고 거래안전을 보호하기 위하여 1993년 회사법은 회사설립에 비교적 높은 최저자본금을 요구하였다. 엄격한 출자검증제도가 없었고, 허위출자의 처벌에 관한 형사적 처벌 규정 등이 미비된 것도 그 한 원인이었다.<sup>27)</sup> 구체적으로 유한회사는 업종별로 ① 생산경영회사는 50만 위안, ② 상품도매회사는 50만 위안, ③ 상품소매회사는 30만 위안, ④ 기술개발·자문·서비스회사는 10만 위안의 최저자본금을 규정하였으며(23조 2관), 주식회사의 경우에는 1천만 위안, 상장회사는 5천만 위안의 최저자본금을 규정하였다(78조 2관, 152조).

그러나 이와 같은 높은 최저자본금은 민간자본의 시장진입을 막는 결과를 초래하게 되었으므로 2005년 회사법은 최저자본금을 대폭 경감하였다.<sup>28)</sup> 구체적으로 유한회사의 경우에는 업종을 구별하지 않고 3만 위안(1인 회사의 경우 10만 위안)을 최저자본금으로 (26조 2관, 59조 1관 전단), 주식회사의 최저자본금은 500만 위안으로 축소하였다(81조 3관).

그러나 최저자본금제도가 자본이 부족한 저수입자가 회사를 설립하는 것을 어렵게 할 뿐만 아니라 허위출자나 불법 자금인출 등을 통해 회사의 자본기초를 약하게 만드는 행위를 예방하는 역할도 거의 하지 못했기 때문에,<sup>29)</sup> 중국도 최저자본금제도의 폐지를 고려하기 시작하였다.

2013년 개정 회사법은 최저등록자본금 규정을 삭제하여 법률, 행정법규, 국무원 결정에 따라 최소등록자본금 규정이 있는 경우<sup>30)</sup>를 제외하고는 주주 또는 발기인이 회사의 등록자본금을 자유롭게 결정할 수 있어서 이른바 '1위안 회사'도 설립할 수 있게 되었다.<sup>31)</sup>

## 2.3 현금출자 의무비율의 폐지

유한회사나 주식회사와 같은 물적 회사를 설립하는 경우 일반적으로 금전 외에 현물 등도 출자의 목적으로 할 수 있다. 1993년 회사법은 현물출자의 범위를 현물, 산업재산권, 비특허기술, 토지사용권만으로 한정하였으며, 산업재산권과 비특허기술로 출자하는 금액도 국가가 첨단기술로 인정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 등록자본금의 20%를 초과할 수 없도록 제한하였다(24조, 80조). 그러나 어느 정도의 비율이 적정한지는 매우 결정하기 어려운 문제이며, 기술출자의 수요가 높았기 때문에 실무상 이 제한은 종종 어겨졌다.<sup>32)</sup>

27) 구체적으로는 회사등기기관이 회사의 등기신청에 대하여 서면으로만 심사하여 인가하였고, 회사의 재무감독에 관한 정보 등이 공개되지 않았으며, 등기관리기관이 등기중의 위법행위를 발견하였다더라도 이를 직접 처벌할 수 있는 규정이 흠결되었고, 주주나 회사 및 재무감독기관 등의 위법행위에 대하여 엄격한 감독과 처벌이 이루어지지 않았다. 이정표, 앞의 책, 207쪽.

28) 박정국, 앞의 논문, 9쪽.

29) 刘俊海, “关于工商登记制度改革的十大认识误区”, 「中国工商管理研究」 2014年 07期, 2014, p.16.

30) 예를 들어 「증권법」에는 증권회사의 최저자본액에 대한 규정이 있으며, 「은행법」도 상업은행 설립에 있어 최저자본액을 규정하고 있다. 「보험법」 역시 보험회사에 최저등록자본금을 요구하고 있다.

31) 2014년 3월 1일 개정 회사법이 시행된 이후 3-6월간 전국에서 새로 등기된 1위안 회사는 383개에 달했다. 刘俊海, 앞의 논문, p.16.

32) 施天涛, “公司资本制度改革与公司法的修改”, 「中国法律」 2014年 01期, 2014, p.50.

2005년 회사법에서는 산업재산권이라는 용어를 지식재산권으로 변경하여 전체 지식재산권을 출자범위에 포함시켰으며, ‘등’을 추가하여 현물출자범위를 확대하였다. 또한 산업재산권 및 비특허기술로 출자하는 금액을 등록자본의 20%로 넘지 못하도록 규제하였던 것을 삭제하고, 금전출자액을 등록자본금의 30%이상으로 해야 한다는 최저한도를 규정하여 현물출자가 등록자본금의 70%까지는 가능하도록 확대하였다(27조).

개정 회사법은 등록자본금의 30% 이상을 반드시 금전으로 출자하도록 한 조항을 삭제하여 주주의 출자방식에 대하여 제한을 더욱 완화하였다(27조). 따라서 투자자는 법에 따라 현물·설비·기술·지식재산권·토지사용권 등 금전이 아닌 방식의 출자에 대하여 양도가 가능하고 금전으로 가격환산이 가능한 경우에는 제한 없이 출자할 수 있게 되었다.<sup>33)</sup>

## 2.4 출자이행검사절차의 삭제

1993년 회사법과 2005년 회사법은 모두 주주가 출자액을 납입하거나 발기인이 주금액을 납입한 후 법에 의해 설립된 출자검사기관에서 출자검증을 받고 증명서를 교부받아, 설립등기를 신청하도록 규정하였다. 회사등기기관인 공상행정기관이 출자이행검사를 통하여 자본의 납입에 대하여 행정통제를 실시한 것이다.<sup>34)</sup> 실제 납부제도를 취하였던 과거에는 이러한 강제출자이행검사제도는 일견 당연한 것이라고 할 수 있다. 그러나 2013년 개정 회사법에서 실납제가 전부인수제도로 바꾸면서 동시에 출자이행검사절차를 삭제하여 설립절차를 간소화하였다(29조). 이러한 출자이행검사절차의 삭제로 회사설립비용이 절감되고, 설립기간이 단축되는 효과를 기대할 수가 있다. 그러나 동시에 현물로 출자하는 경우 그 평가금액을 확인하는 절차가 없어짐으로써 현물출자의 평가금액을 검증하지 못하는 문제점도 동시에 존재하게 되었다.<sup>35)</sup>

## 2.5 외국인투자기업법의 관련 규정 정비

중국은 외국인 투자기업에 적용되는 특별법이 먼저 제정되고 일반법인 회사법이 나중에 제정되었기 때문에 외국인투자기업과 중국내자기업이 설립, 조직, 운영 등에 있어서 다르게 취급받는 경우가 종종 발생한다.<sup>36)</sup> 회사법 217조 후단 역시 “외국인투자기업에 대하여 별도의 규정이 있는 경우에는 그에 따른다.”고 규정하여 외국인투자기업의 경우 해당 특별법이 우선적으로 적용됨을 밝히고 있다.<sup>37)</sup> 따라서 2013년 회사법 개정으로 자본제도에 대한 규제가 완화되었지만

33) 다만 노무, 신용, 자연인의 성명, 영업권(商譽), 프랜차이즈(特许经营权), 담보가 설정된 재산 등은 출자할 수 없다(회사등기관리조례 14조 단서).

34) 施天涛, “公司资本制度改革: 解读与辨析”, 『清华法学』 2014年 第5期, 2014, p.132.

35) 남옥매/풍과, 앞의 논문, 531면.

36) 대표적인 외국인투자기업인 중외합작경영기업, 중외합작경영기업, 외국독자기업을 일반적으로 삼자기업(三资企业)이라고 하는데, 1979년에 「중외합작경영기업법」이 제정되었으며, 1986년에는 「외자기업법」, 1988년에 「중외합작경영기업법」 등이 제정되었다.

37) 그러나 실무상으로는 외국인 투자기업법과 회사법 중 어느 규정을 적용해야 할지 의문이 생기는 경우가 많이 발생하기 때문에 사법해석 등으로 이를 조정하고 있다. 이러한 이유로 외국인 투자기업법과 회사법의 일원화를 주장하는 견해가 점점 설득력을 얻고 있다. 최근 중국 상무부는 중외합작경영기업법, 외자기업법과 중외합작경영기업법 이른바 3자기업법을 통합한 외국투자법의 초안을 마련하고 외국상회 및 전문

해당 규정이 외국인 투자기업에 그대로 적용되는지는 논란의 여지가 있었다.

중국정부는 2014년 2월 19일에 외국인투자기업에 적용되는 「중외합자경영기업 합자 당사자의 출자에 관한 몇몇 규정」과 「중외합자경영기업 합자 당사자의 출자에 관한 몇몇 규정에 대한 보충규정」을 폐지하고, 동시에 「중외합자기업법실시조례」, 「중외합작경영기업법실시세칙」, 「외자기업법실시세칙」을 개정하여, 회사법상의 자본제도 개정내용과 일치시키려는 시도를 하였다.

그 개정내용을 살펴보면, 첫째, 중외합자경영기업, 중외합작경영기업, 외자기업도 내자기업과 마찬가지로 자본인수제를 실행하고, 주주가 인수한 출자액, 출자방식, 출자납부기간 등을 정관의 필수적 기재사항으로 규정하였다.<sup>38)</sup> 둘째, 외자기업의 경우 외자기업의 등록자본과 그 경영규모와의 상응성에 대한 규정을 삭제하였다. 그러나 외자기업의 등록자본과 투자총액의 비율은 여전히 국가공상행정관리총국의 「중외합자경영기업 등록자본과 투자총액 비율에 관한 임시규정」의 관련 규정에 부합하여야 한다고 규정하였다(외자기업법 실시세칙 20조 2관·3관). 셋째, 공업산업권, 고유기술 출자에 대한 20% 제한을 삭제하여 외국투자자가 공업산업권 또는 고유기술 등 평가하여 환가가 가능한 무형재산을 출자하여 회사를 설립할 수 있도록 출자범위를 확대하였다(외자기업법실시세칙 27조). 넷째, 외자기업의 등록자본금 최초납입비율과 납입기한의 제한 규정을 삭제하였으며,<sup>39)</sup> 외자기업이 출자기한을 연장하는 경우 심사허가기관의 동의를 얻고 공상행정관리기관에 보고하는 절차와 출자이행검사 절차를 삭제하여, 외자기업의 설립절차를 간소화하였다.

2014년 6월 24일에는 상무부가 「외자심사관리업무개선에 관한 통지(商务部关于改进外资审核管理工作的通知)」(이하 ‘상무부 통지’)를 공표하여 외자기업의 자본제도 변화에 대해 보다 명확히 하였다. 먼저 외국인 투자기업의 최초출자비율·금전출자비율·출자기한 등에 대한 제한규정을 폐지하고, 출자금액·출자방식·출자기한은 외국인 투자기업의 투자자(주주, 발기인) 등이 자율적으로 약정하여 합영(합자)계약서 및 기업 정관에 해당 내용을 명시하도록 하였으며, 각급 상무주관부서가 인허가서류의 결재 단계에서 관련 내용을 확인하도록 하였다(상무부 통지 1조 1관). 둘째, 법률, 행정법규 및 국무원이 특정 업종의 등록자본 최저한도액을 별도로 규정한 경우를 제외하고, 회사의 최저자본금 제한을 폐지하였다(상무부 통지 1조 2관). 셋째, 회사의 등록자본 및 투자총액의 비율은 종전과 같이 중외합자경영기업 등록자본과 투자총액 비율에 관한 임시규정」과 기타 현행 규정과 부합하도록 하였다(상무부 통지 1조 5관).<sup>40)</sup>

### 3. 비교법적 검토

확정자본제도와는 달리 수권자본제도하에서는 납입자본(발행자본)은 정관의 기재사항이 아니

---

가들에게 의견수렴과정을 거치고 있다. 이 법이 시행되면 외국투자의 설립 또는 조직기구, 운영 등에 대해서는 회사법의 단행법률이 적용될 것으로 보인다.

38) 중외합자경영기업법실시조례 13조, 중외합작경영기업법 실시세칙 13조, 외자기업법실시세칙 15조.

39) 기존에는 외자기업의 경우 최초 1회의 출자액은 외국인 투자자가 출자하기로 한 금액의 15%이상이어야 하고 영업허가증 발급일로부터 90일 이내에 납입해야 했다(외자기업법실시세칙 31조).

40) 외국인 투자기업의 경우 상무부문의 비준을 취득해야 하고, 이 부처에서 사업규모에 따른 투자금액의 적정성을 심사한다. 따라서 최소등록자본금 규정의 폐지에도 불구하고, 실제 사업규모에 따라 일정금액 이상의 자본금을 납입하도록 요구될 가능성이 높다.

며, 주주총회의 결의를 거치지 않고 이사회결의만으로 증가됨이 원칙이다.<sup>41)</sup> 우리나라 상법은 중국과는 달리 수권자본제도를 취하고 있으나, 과거 투자자보호를 위하여 확정자본제도를 가미하였다. 즉 과거 상법은 회사 설립시에 발행예정주식총수와 더불어 설립시에 발행하는 주식의 총수를 정관에 기재하도록 하면서(289조 1항 5호), 이를 발행예정주식총수의 4분의1 이상으로 하였고(289조 2항), 전액납입주의를 채택하였다(295조, 305조). 또한 5천만원 이라는 최저자본금을 규정하였다(329조 1항).

그러나 2009년 2월 개정 상법은 최저자본금제도를 폐지하였으며, 2011년 4월 개정 상법은 수권주식 중 회사설립시에 발행하는 주식총수에 관한 제한규정인 상법 289조 2항을 삭제함으로써 현행 상법은 순수한 수권자본제도를 지향하고 있다.<sup>42)</sup>

2013년 중국 회사법은 최초출자비율·금전출자비율·출자기한·최저자본금 등에 대한 제한규정을 폐지하여, 완화된 확정자본제를 취하고 있기 때문에 증자시에 주주총회의 결의를 거쳐야 하기 때문에 자금조달에 있어서 다소 제약이 있다는 점을 제외하고는 현행 우리나라 상법과 큰 차이가 없다고 생각된다.

### Ⅲ. 공상등기제도의 개혁

#### 1. 개정배경

2013년 3월 14일 제12기 전국인민대표대회 제1차 대회에서 통과된 「국무원기구 개혁 및 직무 전환 방안」은 직무 전환의 방향 중에 하나로서 시장이 자원분배의 역할을 충분히 발휘하도록 해야 한다고 제시했다. 즉 현재에는 시장접근 및 취업의 문턱이 비교적 높고, 기업과 개인이 영업을 하는데 있어서 비용이 높은 문제가 비교적 심각한 편이기 때문에 각 시장주체들의 제약을 풀어주고 기업과 개인의 적극성을 고취시키기 위하여 몇 가지 방안이 필요하다는 것인데, 그 중에 하나로 다음과 같은 ‘공상등기제도의 개혁’이 제시되었다. 첫째, 국가안전, 국민의 생명 및 재산의 안전 등 법률·행정법규·국무원 결정 등으로 미리 허가를 받아야 하는 경우를 제외하고는 ‘선(先)심사·허가, 후(後)공상등기’를 시행하지 않는다. 따라서 상사주체는 공상부서에 등기를 신청하여 영업허가증을 취득하면 즉시 일반적인 생산경영활동을 영위할 수 있으며, 생산경영활동에 허가가 필요한 경우에만 영업허가증과 관련 자료를 주관부서에 제출하고 허가를 신청한다. 둘째, 등록자금 실납등기제를 인수등기제로 변경하고, 등기조건을 완화한다. 셋째, 비즈니스 신용체계의 건설을 추진하여 시장주체 및 시장활동에 대한 감독관리를 강화하고, 감독관리책임을 실현하고, 시장질서를 유지한다.

이러한 방안에 따라 2013년 하반기부터 중국정부는 선전(深圳), 주하이(珠海), 동관(東莞), 순더(順德), 상하이 자유무역지구(上海自貿區), 베이징 중관촌(北京中關村), 푸젠성 핑탄(福建平潭) 등 전국 각지에 ‘공상등기제도 개혁 시범지역(工商登記制度改革試點)’을 설정하여, 등록자본의 등기조건을 완화하고, 기업의 연도검사제도를 개혁하고, 경영장소 등기조건을 완화하

41) 홍복기, 앞의 책, 145쪽.

42) 홍복기, 앞의 책, 145쪽.

는 등의 제도를 시범적으로 실시하였다. 그 결과 해당 지역에서 새로 설립한 기업의 수가 증가하였으며, 껌데기 회사·유령회사 설립 등의 부작용도 거의 나타나지 않는 등 일정한 성과를 거두었다고 자평하였다.<sup>43)</sup> 또한 2013년 11월 12일에 통과된 「중국공산당 중앙의 전면 개혁심화에 대한 몇 가지 중대문제 결정」에서도 개혁 방안의 하나로 ‘공상등기 편리화’가 제시되었고, 이에 따라 2013년 12월 28일에는 회사법 개정안이 통과되었다.

이러한 일련의 과정을 통하여 2014년 2월 7일에 국무원은 개정 회사법의 내용을 반영한 「등록자본금 등기제도 개혁 방안(註冊資本登記制度改革方案)(이하 “개혁방안”)」을 발표하고 3월 1일부터 전면적으로 실시하도록 하였다. 동 개혁방안의 방향은 “진출은 쉽게, 관리는 엄격히(寬進嚴管)”로서, ① 회사 등록자본금 및 기타 등기사항을 개혁하여, 시장주체의 진입에 대한 통제를 완화하고 시장주체의 신속한 발전을 촉진하는 것과 ② 시장주체에 대한 신용 공시를 강화하여 사회적 감독을 진일보 확대시키고 사회 공동 관리를 촉진하는 것을 목표로 삼고 있다.<sup>44)</sup>

이에 따라 2014년 2월 19일 국무원이 「회사등기관리조례」(이하 “관리조례”)를 개정하였고, 2014년 2월 20일에는 국가공상행정관리총국 「회사 등록자본 등기 관리규정」(이하 “관리규정”)을 개정하였다.

## 2. 주요 개정내용

### 2.1 회사법 개정사항의 반영

관리조례와 관리규정은 회사법의 개정사항을 반영하여 다음과 같이 개정하였다.

첫째, 등기사항의 간소화. 주주의 출자액, 회사의 실제 납입자본금 등을 등기사항에서 삭제하였다. 이에 따라 현행 규정은 등기사항으로 명칭, 주소, 법정대표자의 성명, 등록자본금, 회사유형, 경영범위, 영업기간, 유한책임회사 주주(사원) 또는 주식회사 발기인의 성명 또는 명칭만을 규정하고 있다(관리조례 9조).

둘째, 등록자본금의 등기조건 완화. 유한회사와 주식회사의 등록자본 최저한도액 규정이 삭제되었으며, 현금출자 의무비율 및 출자납입기한 관련 규정도 모두 삭제 되었다(구 관리규정 10조·11조).

셋째, 출자이행검사의 삭제. 개정 전에는 회사 설립시 주주(사원) 또는 발기인이 행하는 최초 출자의 경우와 회사의 등록자본 및 실제 납입 자본의 변경하는 경우에 반드시 출자검증기구의 검증을 받고 출자이행증명(验资证明)을 받아 등기를 신청하도록 하였으나 이를 모두 삭제하였고, 오직 모집방식으로 설립되는 주식회사의 등록자본에 대해서만 출자이행증명을 제출하도록 하였다(관리조례 21조 3관, 관리규정 9조 2관). 또한 개정 전에는 주주 또는 발기인이 비현금재산으로 출자하는 경우에는 자산평가기구의 가치평가를 받고 출자검증기구의 출자이행검증을 받

43) 국가공상행정관리총국 기업등록국 저우스핑(周石平) 국장은, 상하이 자유무역지구의 경우, 2013년 9월 기업등기제도 간소화 이후, 동 지역에서 10~12월 3개월간 신규 설립된 기업은 3,633개로 전년동기대비 5.11배 증가했으며, 신규기업 등록자본금 총액은 745.3억 위안으로 7.8배 증가했다고 밝혔다. 中国广播网, “《注册资本登记制度改革方案》实施 开公司门槛降低”, 2014年 3月 1日.

44) 등록자본 허가제를 인가제로 변경하고, 등록자본 실납제도를 확약제도로 바꾼 것은 “진출은 쉽게(寬進)”에 속하고, 기업정보공시제도의 시행은 “관리는 엄격히(嚴管)”에 속한다고 볼 수 있다. 李安渝/张昭, “企业信息公示与信用体系建设”. 「中国工商管理研究」 2014年 10期, 2014, p.24.

아야 했으나 이 역시 삭제되었다(구 관리규정 7조).

## 2.2 연도검사제도의 폐지

기업의 연도검사(年度檢査)란 공상행정관리기관이 기업이 설립된 후 1년마다 기업의 지속적인 경영자격 여부를 판단하는 검사제도이다. 개정 전에는 회사등기기관은 매년 3월 1일부터 6월 30일까지 회사에 대하여 연도검사를 진행하도록 하였다(구 관리조례 59조).

만약 회사가 규정에 따라 연도검사를 받지 않으면, 회사등기기관은 1만 위안 이상 10만 위안 이하의 벌금을 부과하고 기한부 연도검사를 받도록 명할 수 있다. 회사가 규정된 기한이 경과됨에도 불구하고 여전히 연도검사를 받지 않는 경우에는 회사등기관리기관에서 영업허가증을 취소시킨다. 또한 연도검사에서 진실을 은폐하고 허위사실을 날조한 경우에도 회사등기기관은 1만 위안 이상 10만 위안 이하의 벌금을 부과하고 기한부 시정을 하도록 명하며, 정도가 중한 경우에는 영업허가증을 취소시킨다(구 관리조례 76조). 뿐만 아니라 이러한 경우에 그에 대한 책임이 있는 당해 회사의 법정대표자는 영업허가증이 취소된 날로부터 3년 내에 다른 회사의 이사, 감사, 고급관리직원을 맡을 수도 없다(2005년 회사법 147조 4호). 따라서 실무상 연도검사 시기에 기업들은 공상행정부서의 눈치를 보게 될 수밖에 없었고, 일부 공부원의 부정도 종종 발생하여, 결국 기업을 관치(官治)에 종속시키는 결과를 낳았다.

개정법규는 연도검사제도를 폐지하고 대신 연도보고 공시제도를 도입하였다. 이에 따르면 회사는 매년 1월 1일부터 6월 30일까지 기업신용정보공시시스템을 통하여 회사등기기간에 연도보고를 하고 사회에 공시하여야 한다. 연도보고 공시의 구체적인 내용과 감독검사방법은 국무원제도로 정하도록 하였다(관리조례 58조). 이것은 회사가 공상행정기관의 불필요한 자격심사에서 벗어나서 자주권을 향유하게 된 것으로, 기업관리가 행정주도에서 사회공동관리로 변경된 것을 의미한다.

이와 함께 회사등기기관인 공상행정기관 역시 회사등기·등록(备案)정보를 기업신용정보공시시스템을 통하여 공시하도록 규정하였다(임시조례 56조).

## 2.3 전자 영업허가증의 도입

전자 영업허가증(电子营业执照)의 도입을 추진하도록 규정하면서, 전자 영업허가증과 문서 영업허가증이 동등한 법류효력을 가진다고 규정하였다(관리조례 59조 2관). 이에 따라 인터넷 환경에 적합한 공상등기 디지털 증서 관리시스템을 마련하고 전국적으로 통일된 기준으로 규범 관리되는 전자 영업허가를 시행하고 있다. 또한 인터넷 신청·인터넷 접수·인터넷 심사·인터넷 공시·인터넷상 영업허가증 발급 등 일괄적인 전자화 등기관리방식을 추진하고 있는 중이다.

## IV. 기업정보공시제도의 제정

### 1. 제정배경

한중수교 이후 거래의 상대방으로서 또는 투자를 주고 받는 대상으로 중국기업과 많은 접촉이 이루어졌다. 그러나 중국에서는 은행이 보유하고 있는 기업의 대출 및 담보재산 등의 재무정보가 공개되어 있지 않으며, 심지어 공상행정관리국이 보유하고 있는 기업등기정보의 열람조차도 쉽지 않아서 관련 기업에 대한 정보의 획득이 매우 어렵다는 문제점이 존재하였다. 또한 획득된 정보의 신뢰도 역시 많이 떨어지는 편이었다. 국내에서는 중국기업의 국내 상장(IPO) 초기에 서부터 이러한 문제점이 제기되었으며,<sup>45)</sup> 특히 2011년 국내 증시에 상장된 중국고섬의 회계부정사태 이후 중국기업에 대한 불신은 더욱 심각해져서 이른바 ‘차이나 디스카운트(China discount)’의 원인이 되고 있다.<sup>46)</sup>

중국기업정보의 부족 및 불확실성은 중국 내부에서도 많은 문제를 야기하고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 1980년대 이른바 ‘회사열풍’으로 껍데기 회사·유령회사의 난립이라는 부작용을 겪은 중국정부는 1993년 회사법 제정 당시에 엄격한 확정자본제도를 도입하였으나, 허위출자·위장납입의 문제가 지속적으로 발생하였다. 또한 거래과정에서도 기업의 신용부실로 인하여 많은 경제손실이 발생하였다.<sup>47)</sup>

물론 기존에도 중국에는 부분적으로 기업의 정보를 제공하는 시스템이 존재하였다. 민간차원에서는 주로 개인이나 기업의 신용자료를 수집·정리하고, 신용평가·조사 등의 서비스를 제공하는 신용조회(征信)업체들이 기업정보를 제공하는 시스템을 운영하였다.<sup>48)</sup> 그러나 이러한 시스템들은 일부 기업만을 대상으로 했으며, 그 목적이 기업의 정보제공보다는 신용등급평가에 있고, 일부 정보는 회원에게만 공개한다는 점에서 한계가 있었다. 지방정부차원에서도 기업의 정보를 제공하는 시스템을 구축하려는 시도가 있었으나, 일부 지역에 한정되었다.<sup>49)</sup>

이와 같은 상황 속에서 중국정부는 시장의 진입을 용이하게 하고 비즈니스 환경을 업그레이드

45) 중국 기업의 IPO를 위해서 등기부등본의 열람, 자산실사, 회계보고서 작성 등의 실사과정을 진행하는 중에 기초자료가 극히 부실하거나, 기업지배구조가 불분명한 경우가 많이 발생하였다. 머니투데이, “중국 기업 국내 상장의 그늘”, 2009년 1월 14일.

46) 2011년 1월에 국내 증시에 상장했던 중국고섬공고는 불과 2개월도 채 되지 않아 3월 21일에 기업회계에 문제가 있다는 이유로 기존에 상장되어 있던 싱가포르 시장에서 거래가 중지되었으며, 이어 3월 22일에 국내 거래도 중지되었다. 이후 재무제표의 허위 작성 등이 확인되어 결국 2013년 9월 13일 한국거래소에서 상장폐지 결정이 내려졌다. 중국고섬사태는 중국 기업정보의 신뢰성 문제를 부각시켜 한국투자자들에게 중국기업에 대한 불신을 야기하였다.

47) 2011년의 중국 상무부 발표에 따르면, 중국기업들이 채권미수·품질불량·계약사기 등 부실한 신용문제로 인한 경제손실은 연간 6,000억 위안에 달한다고 한다. 파이낸셜 뉴스, “중, 신용문제로 업체들 매년 6000억 위안 손실 추정”, 2011년 5월 4일.

48) 대표적으로 중국제품품질협회(中國產品質量協會)의 지역기구인 품질신용평가센터가 운영하는 “전국신용조회시스템(www.21315.com)”을 들 수 있다.

49) 2003년 선전시(深圳市)가 선전시 기업신용정보센터를 설립하여 기업신용정보 시스템을 운영하였으며, 2010년에는 광둥성 공상행정관리국이 지방정부 최초로 기업신용정보 조회 시스템을 구축하고 광둥성 소재 기업들의 공상등기정보, 체결계약 이행상황, 기업들에 대한 신고상황 처리결과 등의 기업신용정보를 제공하였다.

하기 위하여 2013년 말부터 2014년 초까지 회사법상 자본제도를 개정하고, 공상등기제도의 개혁에 착수하였다. 그러나 동시에 제도개선으로 기업의 난립과 기업신용체계의 약화에 따른 거래 안전의 위협이 발생할 수 있었기 때문에 이를 보완하기 위하여 「등록자본금 등기제도 개혁 방안」은 감독관리를 위한 시장주체의 신용정보 공시시스템 구축을 추진하였다.

또한 국무원은 2014년 6월 14일에 「사회신용체계 건설계획 강요(社会信用体系建设规划纲要)」를 공표하여 2020년까지 정부신뢰, 비즈니스 신용, 사회신용, 사법공신력 강화를 위한 신용체계를 구축하기로 하였다. 이를 위해서 다음과 같은 주요 임무를 제시하였다. 첫째, 신용조회에 관한 입법과 제도 수립. 「신용조회업 관리조례」 및 관련 제도와 시행규칙의 제정을 서두른다.<sup>50)</sup> 둘째, 업계·부서·지방의 신용체계 구축. 관련 업계·부서·지방관리부서는 신용정보시스템 구축을 통해 개인·기업·사업단체 및 기타 사회조직의 신용정보를 효과적으로 수집하고 통합·응용한다. 셋째, 전국적인 신용조회시스템의 구축. 업계 내, 지역 내 신용정보의 상호 연동을 실현하고 이를 토대로 신용정보의 전국적인 상호 연동을 추진한다. 넷째, 관리감독 강화 및 신용서비스 시장체계 개선. 신용 서비스기관과 평가기구를 규범화하여 신용서비스상품 혁신을 체계적으로 추진한다. 다섯째, 정부신뢰 강화. 정부 및 유관부서는 사회신용과 신용체계 설립과정에서 시범을 보이며 공신력을 높인다. 여섯째, 사회의 신용의식 제고.

이와 같은 정책 추진을 바탕으로 중국 정부는 2014년 3월 1일에 ‘전국 기업신용정보 공시시스템’을 구축하여 운용하고 있으며, 2014년 8월 7일 중국 국무원은 「기업정보공시임시조례」(이하 “임시조례”)를 시행하고 2014년 10월 1일부터 시행하고 있다.<sup>51)</sup> 이하에서는 임시조례를 중심으로 중국의 기업정보 공시제도에 대해서 간략하게 살펴보도록 하겠다.

## 2. 주요 내용

### 2.1 공시시스템의 구축

임시조례는 5조 1관은 국무원의 공상행정관리부서에게 기업정보공시업무를 총괄하고 기업신용정보공시시스템을 구축하도록 규정하고 있다. 또한 임시조례 4조는 성(省), 자치구, 직할시 인민정부에게 행정구역 내의 공시업무를 총괄하고, 행정구역 내 기업신용정보공시시스템을 구축하도록 규정하고 있다. 이에 따라 2014년 3월 1일에 ‘전국 기업신용정보 공시시스템’이 개설되었다. 기업정보를 검색하고자 하는 자는 제한 없이 해당 시스템(<http://gsxt.saic.gov.cn/>)에 접속하여 해당 기업의 등기관 소재지역을 선택하고, 기업명칭 또는 등기번호를 입력하여 기업정보를 열람할 수 있다.

50) 2013년 3월 15일부터 시행되고 있는 「신용조회업 관리조례(征信业管理条例)」 제6조는 기업 또는 개인의 신용조회업을 영위하려는 기관은 일정한 요건을 갖추고 국무원의 신용조회업감독관리부서(중국인민은행)의 허가를 받아 설립하도록 규정하고 있다.

51) 본 규정 외에도 기업정보공시제도의 감독 및 관리를 위하여 국가공상총국은 2014년 8월 19일에 「기업공시정보 추출검사 임시방법」, 「경영비정상명단관리 임시방법」, 「개체공상호 연도보고 임시방법」, 「농민전업합작사 연도보고 공시 임시방법」, 「공상행정관리행정처벌정보 공시 임시규정」을 공표하였다. 이들 규정들은 기업정보공시 임시조례와 함께 2014년 10월 1일부터 시행된다.

## 2.2 공시의 종류 및 내용

기업정보 공시시스템에서 공시되는 정보는 공시주체에 따라 ‘기업 공시정보’, ‘공상행정기관 공시정보’, ‘기타 정부부서 공시정보’로 나누어진다.

### 2.2.1 기업 공시

기업 공시는 정기공시와 수시공시로 나누어지는데, 정기공시는 연도보고서의 공시의무를 의미한다. 즉, 기업은 매년 1월 1일부터 6월 30일까지 공상행정관리부서에 직전 연도의 연도보고서를 제출하고 일반에 공시해야 한다(임시조례 8조). 연도보고서에는 다음과 같은 정보가 포함되어야 한다(임시조례 9조 2관). ① 기업의 통신주소·우편번호·연락처·이메일 주소 등 정보, ② 개업·휴업·청산 등 기업의 존속상태에 관한 정보, ③ 자회사 설립·지분 매입 등에 관한 정보, ④ 유한회사의 주주 또는 주식회사의 발기인이 납입확약하거나 실제 납입한 출자액·출자시기·출자방식 등에 관한 정보, ⑤ 유한회사 주주의 지분양도 등 지분변경에 관한 정보, ⑥ 기업의 웹사이트 및 인터넷 경영에 사용되는 인터넷 몰의 명칭, 웹사이트 주소 등의 정보, ⑦ 기업의 종업원 수·자산총액·부채총액·대외 보증 및 담보액·자본 총계·총 영업수익·주요 영업활동 수익·이윤총액·순이익·총 납세액.<sup>52)</sup>

또한 기업은 다음과 같은 정보가 발생하면 해당 정보가 형성된 날로부터 20영업일 이내에 기업신용정보공시시스템을 통하여 이를 일반에 공시해야 할 의무가 있다(임시조례 10조 1관). ① 유한회사의 주주 또는 주식회사의 발기인이 납입확약하거나 실제 납입한 출자액·출자시기·출자방식 등에 관한 정보, ② 유한책임회사의 주주의 지분양도 등 지분변경에 관한 정보, ③ 행정허가 취득·변경·연장에 관한 정보, ④ 지식재산권에 설정된 담보에 관한 정보, ⑤ 행정처벌에 관한 정보, ⑥ 기타 법에 따라 반드시 공시하여야 하는 정보.

### 2.2.2 공상행정관리기관 공시

공상행정관리부서는 기업의 등기기관으로서 그 업무수행과정에서 ① 등록·등기, 신고 정보, ② 동산저당 등기정보, ③ 지분(주식) 질권설정 등기정보, ④ 행정처벌정보, ⑤ 기타 법에 따라 공시하여야 하는 정보들을 보유하게 된다. 공상행정관리부서는 이와 같은 정보들을 형성된 날로부터 20영업일 이내에 기업신용정보공시시스템을 이용하여 공시하여야 한다(임시조례 6조).

### 2.2.3 기타 정부부서 공시

공상행정관리부서 이외의 기타 정부부서 역시 그 업무수행과정에서 획득하게 된 ① 행정허가·승인·변경·연장 정보, ② 행정처벌정보, ③ 기타 법에 따라 공시하여야 하는 정보를 기업신용정보공시시스템 또는 기타 시스템을 이용하여 공시하여야 한다(임시조례 7조). 단, 기타

52) 단, ⑦의 정보는 의무공시의 대상으로 삼지 않고 기업이 자율적으로 공시여부를 결정하도록 하고 있다(임시조례 9조 2관). 다만 개인(공민), 법인 또는 기타 조직은 기업의 동의를 얻어 기업이 공시하지 않은 정보를 조회할 수 있다(9조 3관).

정부부서가 별도의 시스템을 이용하는 경우에는 정보의 단절이 발생할 수 있기 때문에 별도의 시스템을 이용하더라도 공상행정관리부서와 기업정보를 상호 공유하도록 규정하고 있다(임시조례 7조 2관 후단).

## 2.3 공시위반에 대한 제재

### 2.3.1 기업에 대한 제재

기업이 공시의무를 위반한 경우, 즉 ① 기업이 조례에서 규정한 기한 내에 연도보고를 공시하지 않았거나, 공상행정관리부서가 명령한 시정기한 내에 관련 기업정보를 공시하지 않은 경우, ② 기업이 공시한 정보가 진실한 상황을 속이고, 허위로 날조한 경우에는 먼저 경영이상기업명단(企業經營異常名錄)에 등재되고 공시된다. 나아가 위반의 정도가 심각한 경우에는 관련 주관부서가 행정처벌을 부과하고, 타인에게 손실을 초래한 경우에는 배상책임을 부담하며, 범죄를 구성하는 경우에는 형사책임까지 지게 된다(임시조례 17조 1관).

만약 경영이상명단에 등재된 기업이 3년이 경과하도록 공시의무를 이행하지 아니한 경우에는 중대위법기업명단(严重违法企业名单)에 등재되고 공시된다. 중대위법기업명단에 등재된 기업의 법정대표자, 책임자는 3년 내에 다른 기업의 법정대표자, 책임자를 담당할 수 없다(임시조례 17조 2관).

또한 경영이상기업명단 또는 중대위법기업명단에 등재된 기업은 정부구매, 공사입찰, 국유토지양도, 명예칭호수여 등이 제한 또는 금지된다(임시조례 18조).

경영이상기업명단과 중대위법기업명단의 등재요건과 절차 등을 명확히 하기 위하여 공상행정관리총국은 2014년 8월 19일에 「경영이상기업명단 관리 임시방법(企業經營異常名錄管理暫行辦法)」(이하 “이상명단관리방법”)을 공포하고 2014년 10월 1일부터 시행하고 있다.

### 2.3.2 행정기관에 대한 제재

정부부서가 공시의무를 위반한 경우에는 감찰기관, 직상급 정부부서가 시정을 명령하고, 위반정도가 심각한 경우에는 책임 담당자와 기타 직접 책임이 있는 자에게 처분을 내리고, 범죄구성요건에 해당하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다(임시조례 19조).

공민, 법인 또는 기타 조직은 정부부서의 기업정보 공시 업무 수행에 따르는 구체적인 행정행위가 본인의 합법적 권익을 침해하였다고 인정하는 경우 법에 따라 행정재심을 신청하거나 행정소송을 제기할 수 있다(임시조례 21조).

## 2.4 정보의 진실성 확보

기업의 신용정보가 제대로 활용되기 위해서는 무엇보다도 해당 정보를 신뢰할 수 있어야 한다. 따라서 임시조례는 정보의 진실성 확보를 위하여 기업과 정부부서에 공시정보의 신속한 정정을 요구하고 있으며, 개인·법인·기타 조직이 공시된 정보에 대하여 의문이 있는 경우에

는 공상행정관리부문에 조회를 요청하거나, 허위 공시정보에 대해서 신고를 할 수 있도록 하고 있다.

그 외에도 무작위 추첨을 통한 추출검사(샘플링 검사)를 통하여 정보의 진실성을 더욱 높이고 있다. 즉 임시조례 14조는 국무원 공상행정관리부문과 성·자치구·직할시 인민정부 산하 공상행정관리부문에게 기업의 등록번호를 무작위로 추첨하여 검사대상기업을 확정하고, 기업 신용정보공시시스템에 공시된 기업의 정보상황을 검사하도록 규정하고 있다. 이를 위하여 2014년 8월 19일 공상행정관리총국은 「기업공시정보 추출검사 임시방법(企業公示信息抽查暫行辦法)」(이하 “추출검사방법”)를 발표하고 2014년 10월 1일부터 시행하고 있다 이에 따르면 추출검사는 부정향추출검사(不定向抽查)와 정향추출검사(定向抽查)로 구분된다. 부정향추출검사는 공상행정관리부서가 특별한 조건을 설정하지 않고 무작위로 추첨을 실시하여 검사기업 명단을 확정하고, 해당 기업이 기업신용정보 공시시스템에 공시한 정보에 대하여 검사를 진행하는 것을 말한다. 반면 정향추출검사는 공상행정관리부서가 기업유형·경영규모·관련 산업·지리구역 등 특정한 조건을 설정하고 이에 해당하는 기업 중에 무작위 추첨으로 검사기업 명단을 확정하고 검사를 진행하는 것을 말한다(추출검사방법 5조). 공상행정관리부서는 매년 연도보고공시가 완료된 후, 기업신용정보공시시스템에 공시된 기업정보에 대하여 부정향추출검사를 1회 진행한다. 정향추출검사의 실시시기에 대해서는 현재 명확한 규정이 없으며 지역별로 비정기적으로 실시하고 있다. 그리고 추출검사시의 추출비율은 관할 구역 내 기업의 3% 이상이어야 한다(추출검사방법 4조).<sup>53)</sup>

### 3. 비교법적 검토

현행 중국의 기업 신용정보 공시시스템상 공개되는 정보는 크게 기업공시정보, 공상행정기관 공시정보, 기타 정부부서 공시정보로 나누어지며, 여기에는 ① 기업의 기본정보, ② 지분변경 등에 관한 정보, ③ 재무 관련 정보, ③ 등기·신고 정보, ④ 동산저당 등기정보, ⑤ 지분질권 설정 등기정보, ⑥ 행정처벌정보, ⑦ 허가·승인 정보 등이 포함된다.

우리나라의 경우 중국의 기업정보공시제도와 같이 보통의 회사에 정보공시의무를 부여하고 있지는 않다. 다만 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”)에서는 상장법인 등에 정기·수시 공시의무를 부여하고 있으며,<sup>54)</sup> 금융위원회와 거래소는 이를 3년간 일정한 장소에 비치하고, 인터넷 홈페이지 등을 이용하여 공시하여야 한다(자본시장법 163조). 그러나 이는 상장법인을 대상으로 한 것이므로 기업신용정보 공시시스템이 아닌 중국 증권법상의 공

53) 관할 구역 내 기업에게 추출검사를 실시하는 것은 공상부서에게 과중한 업무부담이 될 수 있다. 따라서 최저 비율만을 규정하고 각 지역별로 기업의 숫자, 공상부서의 인원수 등을 고려하여 구체적으로 추출비율을 정하도록 하였다. 또한 회계사사무소, 세무사사무소, 변호사사무소 등 전문기관에 위탁하여 회계·출자검사·자문 등 관련 업무를 진행할 수 있으며, 법에 의거하여 기타 정부부문이 진행한 검사·감사결과 또는 전문기관이 내린 결론을 이용할 수 있다고 규정하였다(추출검사방법 8조).

54) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 159조 내지 161조는 ① 주권상장법인, ② 주권 외의 지분증권·무보증사채·전환사채권·신주인수권부사채권 등을 상장한 발행인, ③ 주권을 모집 또는 매출한 발행인, ④ 외감법상 대상으로서 주주수가 500인 이상인 발행인에 대해서 사업보고서와 반기·분기보고서, 주요사항보고서를 금융위원회에 제출해야 한다고 규정하여 정기·수시의무를 부여하고 있다. 이러한 보고서들은 동법 436조에 의거하여 전자문서의 방법으로 제출할 수 있는데 이것이 금융감독원의 전자공시시스템(DART)이다. 한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 II」, 박영사, 2009, 943쪽.

시의무에 대응하는 것이라 할 것이다.<sup>55)</sup>

그러나 기업의 기본정보는 정부 또는 민간차원에서 데이터 베이스화 되어 공개되어 있는 경우가 많다. 우리나라에서 기업정보를 제공하는 곳을 살펴보면 정부기관이 운영하는 곳으로는 중소기업청이 운영하는 중소기업현황정보시스템(SMINFO)와 대한상공회의소에서 운영하는 코참비즈(KORCHAMBIZ), 고용노동부에서 제공하는 worknet통합기업정보 등이 있고, 상장법인과 관련하여서는 금융감독원의 전자공시시스템(DART)과 한국거래소의 상장공시시스템(KIND) 등이 존재한다. 민간차원에서는 한국기업데이터, 한국신용정보평가 등 유료로 기업정보를 제공하는 기업신용정보제공업체도 존재한다.

또한, 「상법」은 회사설립시에 그 종류에 따라 목적, 상호, 본점 및 지점의 소재지, 자본금의 액, 발행주식의 총수, 이사 또는 집행임원의 성명 등을 등기하고(180조, 271조 287조의5, 317조, 549조), 변경이 있을 경우에는 일반적으로 본점 소재지에서 2주 내에 변경등기를 하도록 규정되어 있다. 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」(이하 “동산채권담보법”) 역시 동산·채권·지식재산권 등에 대한 담보를 설정하고 등기하도록 규정하고 있다. 이러한 등기정보에 대해 관련 부서가 시스템에 공시해야 할 의무는 없으나, 원칙적으로 누구나 열람이 가능하며(상업등기법 15조, 동산채권담보법 52조), 대법원 인터넷 등기소 등을 이용하여 인터넷 상에서 검색·열람이 가능하다.

이와 같이 IT강국답게 우리나라의 데이터베이스 구축능력은 세계 최고의 수준이라고 할 수 있다. 따라서 정보의 질 측면에서는 중국의 기업신용정보 공시시스템과 보다 우수한 수준이라고 평가할 수 있다. 그러나 각종 정보가 산재되어 있기 때문에 이를 통합적으로 관리하기가 어려우며, 특히 공시의무가 없기 때문에 비상장기업의 재무정보, 행정처벌 정보, 허가정보 등은 관련 정보를 검색하고 획득하기가 쉽지 않다. 따라서 정보의 보다 통합적으로 관리하고 그 활용도를 극대화하기 위해서는 중국의 입법례를 참조하여 기업의 각종 신용정보를 통합하는 시스템의 구축을 고려해볼 필요가 있다.

중국에서는 과거 기업 관련 정보가 공상관리부서·인민은행·법원·세무·세관 등 여러 부서에 산재되어 있었으며, 제한적으로만 공개되었으나 이번에 기업신용정보공시시스템이 구축됨으로써 각종 신용정보가 통합되는 계기가 마련되었다. 비록 현재에는 기업의 연도보고서·등기정보·허가정보·행정처벌 정보 등만이 공개되는 초보적인 단계에 머물러 있으나, 「사회신용체계 건설계획 강요」에 따라 인민은행, 세무당국, 세관 등이 각자 신용정보시스템을 구축하고 있기 때문에,<sup>56)</sup> 향후 해당 정보도 연동되어 금융정보, 납세정보, 수출입정보 등과 같은 신용정보자원이 통합적으로 공개될 수 있을 것으로 보인다.

55) 중국 「증권법」 65조 내지 67조는 주식상장회사와 회사채상장회사에게 연도보고서, 반기·분기보고서의 정기공시의무와 중대 사건에 대한 수시공시의무를 부여하고 있다.

56) 예를 들어 중국 증권감독관리위원회는 2014년 7월 자본시장 신용정보망을 구축하여, 자본시장 참여자의 기본 정보 및 행정처벌 등 부정적인 정보도 공개하고 있다. 또한 세무당국도 2014년 10월 1일부터 「중대 세수위법안건 정보공포방법」, 「납세신용관리방법」 등을 시행하여 일정 규모 이상의 탈세 등 위법 내용을 공개하고, 해당 정보를 은행과 공상행정 기관 등 관련 부서에 통보하도록 하고 있다.

## V. 맺는말

본문에서는 2012년 11월 시진핑 중국 공산당 총서기를 중심으로 한 새로운 지도부가 출범한 이후 회사법 관련 법규의 입법과정을 살펴보았다. 주요 제·개정 내용은 다음과 같다. 먼저 회사법과 관련하여서는 ① 실제로 납입한 등록자본금을 등기하도록 하는 실제납입등기제에서 납입할 등록자본금만 등기하면 되는 납입확약등기제도 변경하였고, ② 법정등록자본금의 최저한도액을 폐지하여, 출자액의 제한 없이 자유로이 회사를 설립할 수 있도록 하였으며, ③ 현금출자비율제한규정을 폐지하여 출자방식을 자유롭게 선택할 수 있도록 하였다. 공상등기제도와 관련하여서는 ① 회사법 개정사항을 반영하여 등기사항을 간소화하고, 출자이행검사제도를 폐지하였고, ② 공상행정기관이 매년 실시하였던 연도검사제도를 폐지하고, 연도보고서 공시제도로 변경하였다. 마지막으로 기업의 신용체계를 강화하기 위하여 ① 기업정보공시제도를 수립하고, 공시의무를 위반한 기업들에 대하여 블랙리스트 제도(경영이상기업명단, 중대위법기업명단)를 도입하였다.

금번의 중국 회사법 관련 입법조치로 시장진입의 문턱이 낮춰졌으며, 각종 절차도 간소화되었기 때문에 우리나라 기업 또는 투자자들이 중국내 회사설립을 통하여 투자를 진행하는데 보다 용이할 것으로 생각된다. 그러나 다음과 같은 점을 유의할 필요가 있다. 첫째, 실제 납입 자본금이 등기사항에서 삭제되고, 출자검사제도가 폐지됨에 따라 재산적 기초가 약한 중국회사들이 많이 설립될 가능성이 있으므로 중국 기업에 대한 투자를 진행하거나 거래를 체결할 때는 보다 주의를 기울이고 새로 구축된 기업신용정보공시시스템을 적극적으로 활용해야 한다. 둘째, 이미 중국에 진출한 우리나라 기업들은 공시의무의 이행에 주의를 기울여야 한다. 이를 위해 먼저 공시의무 대상인 정보의 공시기간(정기공시, 수시공시)을 준수하고, 정보의 정확성을 높여야 한다. 특히 수개의 지역 또는 수개의 사업분야에 걸쳐 사업을 영위하고 있는 기업은 복수의 공시 또는 복수의 정부기관에 제출된 정보가 존재하므로 이러한 정보들이 허위정보로 판단받지 않으려면 가능하면 회사에 기업정보공시를 담당하는 부서 내지 담당자를 설치하여 대응하는 것이 바람직하다.<sup>57)</sup> 아울러 등기된 주소 또는 경영장소로 연락이 되지 않는 경우에도 공시의무의 위반이 되기 때문에 공상행정관리부서와의 연락유지에도 주의를 기울여야 한다.

57) 허욱 등, “중국의 기업정보공시 제도 실시와 우리나라 기업에 대한 시사점”, 『해외투자 뉴스레터』 2014년 가을호, 법무법인 율촌, 2014, 3쪽.

【참고문헌】

- 강대섭, “중국 회사법의 개정과 회사설립·활동에 대한 규제 완화”, 『법학연구』 제47권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2006.
- 구기보, “중국 국유기업의 소유제 개혁과 주식제 발전”, 『중국학연구』 제40집, 중국학연구회, 2007.
- 남옥매/풍과, “중국 회사법상 자본제도에 관한 연구”, 『법학논총』 제21집 제1호, 조선대 법학연구원, 2014.
- 마려려, “회사법상 자본관련제도에 관한 연구: 한국과 중국의 비교를 중심으로”, 박사학위논문, 전남대학교 일반대학원, 2011.
- 민경배, “중국의 공산당정책(규범)과 국가법의 관계”, 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004.
- 박정국, “2013년 중국 개정 회사법상 회사설립절차 완화에 관한 규정의 분석 및 그 시사점에 관한 소고”, 『선진상사법률연구』 제68호, 법무부, 2014.
- 손영화, “상법상 자본제도의 개선방안”, 『상사법연구』 제25권 제2호, 한국상사법학회, 2006.
- 송옥렬, “자본제도의 개정방향: 2008년 상법개정안을 중심으로”, 『상사법연구』 제28권 제3호, 한국상사법학회, 2009.
- 史際春(스지예춘), “중국 국유기업의 주식제 개혁과 회사법(中国国有企业的股份制改革与公司法)”, 『중국법연구』 제3집, 한중법학회, 2000.
- 王保树(왕바오수), “중국에서의 최근 회사법의 개정동향(中国公司法最近的修改动向)”, 『고려법학』 제45호, 고려대학교 법학연구원, 2005.
- 이정표, 『중국회사법』, 박영사, 2008.
- 이정표/손성문, “중국 개정 회사법 연구”, 『2006년도 동북아법령정보사업 연구용역 결과보고서』, 법제처, 2006.11.
- 이형규, “중국의 개정회사법에 관한 고찰”, 『한양법학』 제19권 제3호, 한양법학회, 2008.10.
- 최용민, “중국회사법 개정으로 창업 활성화”, 『친디아 플러스』 제92권 제0호, 포스코경영연구소, 2014.5.
- 한국증권법학회, 『자본시장법 주석서 II』, 박영사, 2009.
- 허욱 등, “중국의 기업정보공시 제도 실시와 우리나라 기업에 대한 시사점”, 『해외투자 뉴스레터』 2014년 가을호, 법무법인 율촌, 2014.
- 홍복기, 『회사법강의(제3판)』, 법문사, 2015.
- KOTRA 베이징 무역관, “오는 3월 1일, 중국의 회사법이 바뀐다”, 『중국투자뉴스』 제380호, 2014.2.14.
- KOTRA. 2014. 해외시장정보. <http://www.globalwindow.org>. (10월 15일)
- “중국 기업 국내 상장의 그늘”, 『머니투데이』, (2009년 1월 14일).
- “중. 신용문제로 업체들 매년 6000억 위안 손실 추정”, 『파이낸셜뉴스』(2011년 5월 4일).
- “중국 회사 회계보고서 그냥 믿다간 낭패”, 『조선일보』, (2014년 4월 12일).
- “공시 강화로 ‘차이나 디스카운트’ 없앤다”, 『한국경제』, (2014년 10월 17일).

## 각국 회사법의 최근 동향

- 白如银, “浅谈《企业信息公示暂行条例》对招标工作的影响”, 「招标与投标」 2015年 03期, 2015.
- 高雨萌/王琳婷/葛长银, “1元注册公司相关财税问题探讨”, 「财会学习」 2014年 06期, 2014.
- 高云, 「2014新公司法实务操作指南」, 法律出版社, 2014.
- 甘培忠, “论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救”, 「科技与法律」 2014年 第3期, 2014.
- 李安渝/张昭, “企业信息公示与信用体系建设”. 「中国工商管理研究」 2014年 10期, 2014.
- 刘俊海, 「现代公司法」, 法律出版社, 2008.
- \_\_\_\_\_, “关于工商登记制度改革的十大认识误区”, 「中国工商管理研究」 2014年 07期, 2014.
- 刘凯湘/张其鉴, “公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对”, 「河南财经政法大学学报」 2014年 第5期, 2014.
- 施天涛, “公司资本制度改革与公司法的修改”, 「中国法律」 2014年 01期, 2014.
- \_\_\_\_\_, “注册资本登记制度改革的几点认识”, 「中国工商管理研究」 2014年 06期, 2014.
- \_\_\_\_\_, “公司资本制度改革: 解读与辨析”, 「清华法学」 2014年 第5期, 2014.
- 王东敏, “公司法资本制度修改对几类民商事案件的影响”, 「人民司法」 2014年 第5期, 2014.
- 曾昭旺, “基层工商部门落实企业信息公示制度的思考”, 「中国工商管理研究」 2014年 10期, 2014.
- 赵旭东, 「公司法学(第二版)」, 高等教育出版社, 2006.
- \_\_\_\_\_, “资本制度改革与公司法的司法适用”, 「人民法院报」 2014.2.16.
- 周友苏/张异卉, “企业信息公示暂行条例的制度亮点与实施要点”, 「中国工商管理研究」 2014年 10期, 2014.
- “《注册资本登记制度改革方案》实施 开公司门槛降低”, 「中国广播网」, (2014年 3月 1日).
- “工商总局局长: 企业信息公示一处违法处处受限”, 「人民日报」, (2014年 8月 24日).
- “专家解读《企业信息公示暂行条例》出台幕后”, 「中国青年报」, (2014年 9月 1日).
- “北京市工商局将定向抽查企业即时公示信息”, 「环球网」, (2015年 1月 15日).

## 제4주제

### 일본 회사법의 최근 동향

사회 : 권종호 교수(건국대)

발표 : 이효경 교수(충남대)

토론 : 서성호 교수(조선대)

이승환 교수(대구대)



# 일본 회사법의 최근 동향

이 효 경\*

## 《 目 次 》

I. 서론	IV. 모자회사에 관한 규율의 정비
II. 2014년 개정법의 배경과 개요	V. 맺는말
III. 기업지배구조에 관한 제도개정	

## I. 서론

일본 회사법은 2005년에 성립하여 2006년부터 시행되었고, 그동안 상당정도 실무에서 정착되어 왔지만 다른 한편으로는 경제의 글로벌화가 진전되면서 사외이사의 기능 활용 등 이사에 대한 감독을 중심으로 하는 기업지배구조의 강화와 모자회사에 관한 규율을 정비할 필요성이 회사법제정이전부터 과제로 지적되었다.<sup>1)</sup> 일본의 법무성 법제심의회 제167회의에서 2012년 9월 7일에 법무대신에 대해「회사법제의 재검토에 관한 요강 및 그 부대결의」(이하 “요강”이라 함)에 답신한 후 2013년 11월 29일에 회사법 개정 법안이 국회에 제출되었고, 2014년 6월 20일에 「회사법 일부를 개정하는 법률」(이하 “개정법”이라 함) 및 「회사법의 일부를 개정하는 법률의 시행에 따른 관계 법률의 정비 등에 관한 법률」이 성립, 동년 6월27일에 공포되었다.<sup>2)</sup> 법무성은 회사법 일부개정 등에 따른 회사법시행규칙(이하 “시행규칙”이라 함), 회사계산규칙(이하 “계산규칙”이라 함)등의 개정안에 대해서 의견공모절차를 거친 후 「회사법시행규칙 등 일부를 개정하는 정령(省令)(이하 “개정정령”이라 함)을 제정하고 2015년2월6일에 공포하였다. 개정법의 시행일은 2015년 1월23일에 공포된 「회사법의 일부를 개정하는 법률의 시행 기일을 정하는 정령(政令)」에 의해 동년 5월1일로 되어 있고 개정정령도 일부 개정규정을 제외하면 5월1일에 시행된다(개정정령부칙1조).<sup>3)</sup>

\* 충남대학교 법학전문대학원 교수

1) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要 (特集 平成26年会社法改正)”, 法の支配第176号, 日本法律家協会, 2015, 43頁.; 坂本三郎外4人, “平成26年会社法改正の概要”, 金融法務事情 No.1999, 2014, 106頁.

2) 坂本三郎/堀越健二/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要 (特集 平成26年会社法改正)”, 「法の支配」第176号, 日本法律家協会, 2015, 43頁.

2005년 회사법은 경영의 기동성과 유연성을 높여서 기업가치 향상에 기여하는 것을 목적으로 규제완화와 회사자치의 확대를 지도이념으로 하였다.<sup>4)</sup> 약식조직재편 등의 신설 등 조직재편규제를 대폭완화하고 기관설계나 합병대가의 유연화, 종류주식 등에 대해서 당사자자치를 존중하기 위한 규제완화와 정관자치가 확대되었다.<sup>5)</sup> 회사법제정 후 처음으로 본격적인 개정이 된 2014년 개정법은 사외이사 등에 의한 주식회사의 경영에 대한 감사 등의 강화와 주식회사 및 그에 속하는 기업집단의 운영의 적정성을 피하기 위해 감사등 위원회설치회사 제도를 창설하고 사외이사 등의 요건을 재검토하는 한편, 완전모회사의 주주에 의한 대표소송제도를 창설하고, 주주에 의한 조직재편 등의 금지청구(差止) 제도의 확충 등의 조치를 강구할 필요가 있다는 것을 제안이유로 하고 있다.<sup>6)</sup> 회사가 사회적, 경제적으로 중요한 역할을 하고 있는 것에 비추어볼 때 회사를 둘러싼 폭넓은 이해관계자들로부터 신뢰를 한층 더 확보하기 위한 관점에서 기업지배구조의 바람직한 방향과 모자회사에 관한 규율 등을 재검토할 필요가 제기되었다.<sup>7)</sup>

이번 개정법에서는 기업지배구조와 강화나 모자회사에 관한 규율 등 다방면에 걸친 개정사항에서 새로운 제도나 규정을 마련하고 있기 때문에 이러한 제도 등이 어떻게 활용되고 실무적으로 대응해 나갈지에 대한 관심이 높다. 본고에서는 이번에 성립한 개정법이 광범위하기 때문에 우선 개정법의 배경과 개요에 대해서 살펴보고, 특히 개정사항에서 기업지배구조의 강화와 모자회사에 관한 규율 등 중요사항에 관련한 사항에 초점을 맞추어 살펴보도록 한다.

## II. 2014년 개정법의 배경과 개요

### 1. 개정 배경

2005년에 성립한 회사법은 상법 등에 산재되어 있던 회사법제에 관한 규정을 회사법이라는 하나의 법률로 정리함과 동시에 대규모의 개정을 통하여 회사법제의 현대화를 꾀하고 실무에도 큰 영향을 끼쳤다.<sup>8)</sup> 그 후에 회사법규율은 실무에 정착되었지만 다른 한편으로는 경제의 글로벌화가 점차로 진행되면서 사외이사의 기능 활용 등을 통해 이사에 대한 감독을 중심으로 하는 기업지배구조에 관한 규율을 재검토해야한다는 지적이 많았다. 또 모자회사에 관한 규율의 정비도 회사법제정 이전부터 지적되어 온 과제이며, 2005년의 회사법안의 국회심의에 있어서도 중의원·참의원 양의원법무위원회의 재결에 있어서 기업결합법제, 즉 모자회사에 관한 규

3) 坂本三郎/堀越健二/辰巳 郁/渡辺邦広, “会社法改正に伴う会社法施行規則および会社計算規則の改正の概要”, 金融法務事情 No.2014, 2015, 30頁.

4) 森本 滋, “平成26年会社法改正の理念と課題 (特集 平成26年会社法改正)”, 法の支配第176号, 日本法律家協会, 2015, 55頁.

5) 2005년 일본회사법의 동향에 대해서, 권종호, “일본 신회사법의 특징과 시사점”, 「상장협연구」 제54호, 한국상장회사협의회, 2006, 51면 이하.

6) 森本 滋, 앞의 논문, 55면.

7) 神田秀樹/阿部 泰久/三原秀哲, “座談会 平成26年会社法改正をめぐって (特集 平成26年会社法改正)”, 「法の支配」第176号, 日本法律家協会, 2015, 5頁.

8) 坂本三郎編著, 「立法担当者による平成26年改正会社法の解説」, 別冊商事法務 No.393, 「商事法務」, 119頁.

율에 대해 검토할 것을 부대결의 하면서 정비의 필요성이 계속 제기되어 왔다.<sup>9)</sup> 또 회사법의 각 규정에 대해서도 실무적으로 회사법의 제정 시에는 상정하지 못했던 활용을 함으로써 그것이 정착되어 감에 따라 제도간의 정합성 등을 검토할 필요성도 생겼다.<sup>10)</sup>

이러한 문제의식을 토대로 법무대신에 의한 법제심의회에 대한 회사법제의 재검토자문에서 “주식회사를 둘러싼 최근의 사회경제정세에 비추어 사외이사 등에 의한 주식회사의 경영에 대한 감사 등의 강화와 주식회사 및 그에 속하는 기업집단의 운영의 보다 나은 적정화 등을 도모하기 위해서 감사 등 위원회설치회사제도를 창설하는 동시에 사외이사 등의 요건 등을 새롭게 하고, 주식회사의 완전모회사의 주주에 의한 대표소송의 제도 창설, 주주에 의한 조직재편 등의 유지청구제도의 확충 등의 조치를 강구할 필요가 있다”고 개정이유를 밝히고 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 개정의 주요 내용<sup>12)</sup>

회사법개정의 주된 내용은 이하와 같다. 첫째, 주식회사의 기업지배구조를 강화하기 위해서 사외이사의 독립성을 높이고, 그 임용을 촉진하는 것을 목적으로 사외이사나 사외감사의 사외성의 요건을 강화하는 한편, 금융상품거래법24조1항에 의해 유가증권보고서제출의무가 있는 주식회사에 있어서 사외이사가 존재하지 않는 경우에는 정기주주총회에서 사외이사를 두는 것이 상당하지 않는 이유를 설명해야한다(회사법<sup>13)</sup>327조의2). 둘째, 동일한 이유에 의해 감사등 위원회제도를 마련하고 정관에 정한다면 감사를 대신하여 사외이사가 과반수를 차지하는 감사등 위원회가 감사에 해당함과 동시에(회사법326조2항·328조1항·331조6항·339조의2제3항1호 등), 감사 등 위원이외의 이사선임의안이나 이사의 보수 등에 대해 주주총회에서 의견을 말할 수 있다(회사법342조의2제4항·361조6항). 셋째, 회사의 기초적 변경에 준하는 행위에 대하여 주주의 발언권을 강화하기 위해서 모집주식의 인수인이 총주주의 의결권 과반수를 가지게 되는 모집주식의 배정을 공개회사가 행하는 경우에(모회사 등에 대한 배정이나 주주배정을 제외), 원칙적으로 주주에 대해 해당인수인의 성명 등을 통지 또는 공고하고 총주주의 의결권의 10분의1이상의 의결권을 가지는 주주가 반대의 통지를 회사에 행한 경우는 주주총회의 보통결의에 의한 승인이 필요하다(회사법206조의2). 넷째, 동일한 취지로부터 모회사에 의한 자회사의 주식 또는 지분의 전부 또는 일부의 양도가 모회사의 총자산액의 5분의1을 넘는 경우로서 자회사의결권의 과반수 보유를 잃고 자회사지배권을 잃게 되는 경우에는 중요한 사업 양도에 준하는 것으로서 주주총회특별결의에 의한 승인이 필요하다(회사법467조1항2호의2·309조2항11호). 다섯째, 모회사주주에 의한 자회사의 임원 등의 자회사에 대한 책임을 추궁하는 것을 가능하게 하기 위하여 이른바 다중대표소송을 한정적으로 인정한다. 즉 최종완전모회사 등의 총주주의 의결권의 100분의1이상의 의결권을 가지는 주주 또는 발행주식의 100분의1

9) 坂本三郎編著, 「立法担当者による平成26年改正会社法の解説」, 119면.

10) 坂本三郎編著, 「立法担当者による平成26年改正会社法の解説」, 120면.

11) 法務省HP <改正理由> (<http://www.moj.go.jp/content/000116475.pdf>)(2015.4.18.방문).

12) 이하 개정의 주요 내용에 대해서는 岩原紳作, “平成26年会社法改正の意義”, *ジュリスト* No.1472, 有斐閣, 2014, 12-13頁.

13) 회사법은 개정 후의 회사법을 말한다. 이하 동일.

이상의 수를 가지는 주주는 장부가액이 최종완전모회사 등의 총자산액의 5분의1을 넘는 중요한 자회사 등의 임원 등의 책임을 추궁하는 소송을 자회사 등을 위해서 제기할 수 있다(회사법847조의3). 여섯째, 모회사에 의한 자회사 등의 경영 감독을 촉진하기 위해서 회사법시행규칙98조1항5호·100조1항5호·112조2항5호에서 정한 기업집단의 업무적정을 확보하기 위해 필요한 체제의 정비에 관련한 모회사이사의 의무를 회사법본체의 조문에 규정하였다(회사법348조3항4호·362조4항6호·416조1항1호ホ).

이외에도 중요한 개정으로서 특별지배주주의 주식 등 매도청구(회사법179조~179조의10·846조의2~846조의9등), 전부취득조항부종류주식의 취득의 때의 공시 강화 등(회사법171조의2 등), 주식의 병합에 의해 단수(端数)로 되는 주식의 매수청구(회사법182조의2~182조의6등), 조직재편 등에 대한 주주의 금지청구(회사법171조의3·182조의3·784조의2·796조의2·805조의2등), 사해적인 회사분할 등에 있어서 채권자의 보호(회사법23조의2·759조2항·764조2항), 회계감사인의 선임·해임 등에 관한 의안 내용의 감사에 의한 결정(회사법344조), 이사, 감사 등에 관한 책임한정계약의 대상 확대(회사법427조1항·2항·911조3항25호 등), 가장납입에 의한 모집주식의 발행 등에 대한 규제의 강화(회사법52조의2·102조3항·4항·102조의2·103조2항·3항·209조2항·3항·213조의2·213조의3·282조2항·3항·286조의2·286조의3 등), 등이 있다.

### Ⅲ. 기업지배구조에 관한 제도개정

#### 1. 기업지배구조에 관한 검토 배경

이번 개정에서 기업지배구조의 강화에 대한 검토가 이루어진 배경으로는 국내외투자가 등으로부터 일본의 기업지배구조의 현상에 대한 강한 비판과 요청이 있었다는 점을 지적할 수 있다.<sup>14)</sup> 구체적으로는 일본기업의 실적이 국제적인 비교에서 낮은 점에 대한 불만이나 지배권이 동(異動)을 가져오는 제3자 배정증자, 소수주주축출에 관한 법적수법 등에 대해 기관투자자를 중심으로 일본기업 행동에 대한 비판의 목소리가 높았다.<sup>15)</sup> 또 자본시장과의 관계에서도 분식결산 등의 발각이나 MSCB(Moving Strike Convertible Bond, 轉換価額修正条項付轉換社債)의 이용 등에 의한 자본시장의 건전성에 대한 신뢰가 흔들렸고, 이러한 사정에 의해 국내외투자가가 일본기업지배구조의 모습을 재검토하도록 요구하였으며 본 개정에서 상장회사를 염두에 둔 기업지배구조의 재검토가 중심적인 과제가 되었다.<sup>16)</sup> 또 글로벌한 수준에서 기업지배구조에 관한 논의와 일본에서의 기업지배구조에 관한 논의는 큰 격차가 있다는 것을 인식하여 이것을 시정하는 것도 이번 개정의 큰 과제였으며, 그 전형적인 예가 사외이사를 중심으로 하는 이사회 감독기능의 강화와 모니터링모델<sup>17)</sup>로의 이행이 진행되지 않는 상황에서 감사 등

14) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 法の支配 第176号, 日本法律家協会, 2015, 67頁.

15) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 67면.

16) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 68면.

17) 미국의 아이젠버그교수는 1976年 그의 저서인 The Structure of The Corporation (Melvin A.

위원회설치회사제도라는 새로운 기관설계를 창출한 것이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

이번 회사법개정에서는 기업지배구조의 주요 개정내용으로 사외이사의 활용에 의한 이사회 의 감독기능의 충실 등의 관점에서 실무에 적지 않은 영향을 미치는 다양한 규율의 재검토가 이루어졌다. 기업지배구조에 대해서는 금융청과 도쿄증권거래소가 설치한 「기업지배구조코드 의 책정에 관한 전문가회의」가 2015년 3월 5일에 「기업지배구조코드원안(이하 “코드”라고 함) 을 공표하였다.<sup>19)</sup> 도쿄증권거래소의 상장규칙에서 기업행동모범의 「준수해야할 사항」으로서 코드의 취지·정신을 존중하는 취지를 규정하고 2015년 6월부터 적용·시행을 시작할 예정이 다.<sup>20)</sup> 코드는「Comply or Explain」의 방법을 채용하는 것이며 반드시 모든 원칙을 일률적으 로 실시할 것을 요구하지 않으나 실시하지 않는 경우에는 각 회사의 개별사정에 비추어서 실 시하지 않는 이유를 충분히 설명할 필요가 있다.<sup>21)</sup> 또 그 적용대상이 되는 상장회사에서는 회사법개정에 관한 실무대응과 동시병행으로 코드에 대한 대응준비도 급속히 진행하고 있다. 이번 개정법에서는 상장회사가 사외이사를 두지 않고 있을 경우, 그 사업 년도에 관한 정기주 주총회에서 사외이사를 두는 것이 상당하지 않은 이유를 설명해야 한다(회사법 327조의 2). 이와 같이 코드를 통한 규범은 이른바 소프트로(soft law)이기 때문에 즉시 법적인 구속력까 지는 가지지 않지만 적절하고 효과적인 수단으로 생각되고 있다.<sup>22)</sup> 기업지배구조에 관한 이번 개정에서는 주주이익을 보다 중시하고 주주의 이익을 반영한 경영, 주주에 의한 경영감시의 강화를 지향하고 있는 것으로 총괄할 수 있다.<sup>23)</sup> 일본판 스투어트십코드가 책정되고 기업지배 구조코드의 제정을 향해 노력하고 있는 것도 이러한 방향성에 합치하고 있는 것이라고 할 수

---

Eisenberg, THE STRUCTURE OF THE CORPORATION, L&B, 1976.) 및 이후의 일련의 논문 (Melvin A. Eisenberg, *Symposium : Corporate Law and Social Norms*, 99 Colum. L. Rev. 1253 (1999). Melvin A. Eisenberg, *Corporate Governance : The Board of Directors and Internal Control*, 19 Cardozo L. Rev. 237 (1997).) 등에서 모니터링모델에 대한 의견을 전개하고 있다. 모니터링모델에 기대되는 기능은 경영진내부에서부터가 아닌 외부에서부터 경영자의 권한을 제어할 수 있는 조 직을 설치함으로써 보다 효율적으로 기업의 자원을 관리하고 경영자와 주주간의 이해 충돌을 조정하며, 기업에 의한 공익에 기여하고 수익성을 향상시키는 것이다. 모니터링모델은 경영진을 제어하기 위한 수 단으로서 중요한 역할을 감당하고 있다. 경영감독시스템으로 종래 미국과 같은 이사회중심의 일원제와 독일과 같은 이원제가 있으며 미국형에서는 이사회 의 감독기능을 강화하기 위해서 사외이사 와 위원회제 도를 확충하고 있다.

18) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 68면.

19) 東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コードの策定に伴う上場制度の整備について」(2015年2月24日)II.1(1).: 内田修平, “コーポレート・ガバナンスに関する制度改正”, 金融法務事情 No.2014, 2015, 6頁. 일본판 ‘스튜어트십(stewardship)코드’는 2013년 6월 14일에 각의결정한 「일본재흥전략」에서 기관투자가 가 대화를 통해서 기업의 중장기적인 성장을 촉진하는 등 수탁자 책임을 완수하기 위한 원칙(일본판스튜 어트십코드)에 대해 검토한 것이다. 일본판 코드는 기관투자가의 수탁자책임을 통해 기업가치를 향상시키 기 위한 방안의 하나라고 할 수 있다. 스투어트십코드는 2010년 영국에서 재무보고평의회(FRC)가 「영국 스투어트십코드」를 처음 제정하였고, 영국판코드는 영국에서 기업지배구조의 질 제고를 확보하기 위해 기 업지배구조에 관련한 설명책임을 이사가 완수함에 있어서 기능해야하며, 이 때 기관투자가가 중요한 역할 을 담당할 것을 기대하고 있다. 神作裕之, “コーポレートガバナンス向上に向けた内外の動向—スチュワードシップ・コードを中心として—”, 「日本再興のためのコーポレートガバナンス改革」, 別冊商事法務No.387,2014, 109頁以下.

20) 内田修平, 앞의 논문, 6면.

21) 코드序文11頁.: 内田修平, 앞의 논문, 6면.

22) 神田秀樹, “平成26年会社法改正と社外取締役”, 自由と定義 2014年12月号, 2014, 48頁.

23) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 68면.

있다.<sup>24)</sup>

개정법은 기업지배구조와 관련하여 사외이사요건의 재검토, 감사 등 위원회설치회사제도를 창설하고, 감사·감사회에 회계감사인 인사에 관한 의안내용의 결정권한을 인정하는 한편(회사법344조), 주주명부열람청구의 거절사유의 합리화(회사법125조3항3호의 삭제)나 주주총회결의취소의 소의 원고적격의 확충(회사법831조1항 후단) 등도 개정하였다.<sup>25)</sup>

## 2. 이사회의 감독기능

### 2.1. 사외이사를 두지 않고 있는 경우 그 이유의 공시

이사회의 업무집행자에 대한 감독기능을 강화하는 것을 목적으로 사외이사를 보다 적극적으로 활용해야한다는 강력한 요구를 통해 개정법에서는 사업 년도 말일에 감사회설치회사(공개회사로서 대회사인 것에 한함)로서 그 발행하는 주식에 대해 유가증권보고서<sup>26)</sup>를 제출해야하는 자가 사외이사를 두지 않은 경우에는 이사는 해당사업년도에 관한 정기주주총회에서 사외이사를 두는 것이 상당하지 않는 이유를 설명해야한다(회사법327조의2). 또 도쿄증권거래소에서는 법제심의회에서 전기의 부대결의가 이루어진 것에 근거하여, 「상장내국주권발행자는 이사인 독립임원을 적어도 1명이상 확보하도록 노력해야한다」고 규정한 유가증권상장규정의 개정을 행하고(동 규정 제445조의4), 2014년 2월 10일부터 시행하고 있다.<sup>27)</sup>

이번 개정의 입법과정에서는 감사회설치회사<sup>28)</sup>인 상장회사를 염두에 두고 회사법에서 사외이사의 선임의 의무화할 것인가에 대해 검토하였지만 논의가 나누어져서 의무화는 보류되었다.<sup>29)</sup> 그 대신 공개회사·대회사인 감사회설치회사 중에 유가증권보고서제출회사에서 사외이사가 없는 경우에는 이사는 정기주주총회에서 사외이사를 두지 않는 경우 그 이유를 공시해야 한다.

### 2.2. 감사등위원회설치회사제도의 창설

현행법에서는 주로 기관설계에 있어서 감사회설치회사 및 위원회설치회사(개정 후의 명칭은 지명위원회등설치회사)가 있지만, 개정법은 여기에 사외이사의 업무집행자에 대한 감독기능을 활용하는 새로운 기관설계로서 감사등위원회설치회사(회사법 제2조 제11호의2)를 마련하였

24) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 68면.

25) 森本 滋, 앞의 논문, 55면.

26) 유가증권보고서는 일본 금융상품거래법 제24조 제1항에 규정되어 있으며, 우리나라 자본시장법상의 사업보고서에 해당된다.

27) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 44면.

28) 회사법335조 3항에서 감사회설치회사에서는 감사는 3명 이상으로 하고 그 중 반수 이상은 사외감사이어야 한다. 일본에서는 1993년의 개정상법특례법에서 대회사에 대해서 감사의 인원은 3명으로 증원되고 감사회가 법률로 규정됨과 동시에 사외감사제도가 도입되었다. 이효경, “일본의 사외이사제도를 둘러싼 최근동향과 과제”, 『재산법연구』 제27권 제2호, 2010, 390면.

29) 笠原武朗, “平成26年会社法改正の概要”, 『法律時報』 第86卷 第11号, 2014, 54頁.

다.<sup>30)</sup> 감사등위원회설치회사에는 감사등위원회 외에 이사회, 대표이사 및 회계감사인을 두어야 하며 다른 한편으로 감사를 둘 수 없다(회사법327조, 399조의131항3호·3항).<sup>31)</sup>

감사등위원회설치회사의 주요내용은 다음과 같다. 감사등위원회설치회사는 이사회 및 회계감사인을 두어야 한다. 한편 감사를 두어서는 안 된다(회사법327조 1항 3호, 4항, 5항). 감사등위원인 이사는 그 이외의 이사와는 구별하고, 주주총회의 결의에 의해 선임한다. 그 보수등도 그 이외의 이사 보수등과는 구별하고 정관 또는 주주총회의 결의에 의해 정한다(회사법329조 2항, 361조 2항). 감사등위원회는 감사등위원 3명이상으로 조직되어, 감사등위원은 이사가 아니면 안 되고 동시에 그 과반수는 사외이사가 아니면 안 된다. 한편 상근의 감사등위원을 두는 것은 의무화되지 않고 있다(회사법331조6항). 감사등위원인 이사의 임기는 2년(단축 불가)인 것에 대해서 그 이외의 이사 임기는 1년(정관 또는 주주총회결의에 의해 단축 가능)이다(회사법332조 3항, 4항). 감사등위원회는 감사등위원인 이사의 선임에 관한 의안의 제출에 대해서 동의권을 가진다. 또 감사등위원인 이사는 감사등위원인 이사의 선임 등에 관해서 의견을 말할 수 있다. 또 감사등위원회가 선정하는 감사등위원은 주주총회에 있어서 감사등위원인 이사이외의 이사의 선임 등에 대해서 감사등위원회의 의견을 말할 수 있다(회사법342조의 2 제1항, 4항, 344조의 2 제1항, 4항). 각 감사등위원은 주주총회에 있어서 감사등위원인 이사의 보수 등에 대해서 의견을 말할 수 있다. 또 감사등위원회가 선정하는 감사등위원은 주주총회에 있어서 감사등위원인 이사이외의 이사의 보수 등에 대해서, 감사등위원회의 의견을 말할 수 있다(회사법361조 5항, 6항). 이사(감사등위원인 이사를 제외한다)와의 이익상반 거래에 대해서 감사등위원회가 사전에 승인했을 경우에는 이사의 임무해태의 추정 규정(회사법423조3항)을 적용하지 않는다(회사법423조4항). 감사등위원회설치회사의 업무를 집행하는 것은 대표이사 또는 업무집행이사(회사법363조1항 각호)이며, 집행역은 두지 않는다(회사법399조의 13 제3항). (i)감사등위원회설치회사의 이사회는 회사법362조 4항 각호에서 열거하는 사항 기타 중요한 업무집행의 결정을 이사에게 위임할 수 없다. (ii) (i)에 관계없이 감사등위원회설치회사의 이사 과반수가 사외이사일 경우에는 해당 감사등위원회설치회사의 이사회는 그 결의에 의해 중요한 업무집행의 결정을 이사에게 위임할 수 있다. 또, (i) 및 (ii)에 관계없이, 중요한 업무집행의 전부 또는 일부의 결정을 이사에게 위임할 수 있는 취지를 정관으로 정할 수 있다(회사법399조의 13 제4항, 5항, 6항).

현행법에 있어서 위원회설치회사제도는 사외이사의 강제에 의해 감독기능의 강화를 꾀하는 한편, 경영자에게 넓은 권한을 부여함으로써 기동적인 경영을 가능하게 하기 위한 구조로서 2002년 상법개정에 의해 도입하였다.<sup>32)</sup> 상장기업을 중심으로 종래부터 감사회설치회사와의 사이에서 제도 간 경쟁이 진행될 것이 기대되었지만 위원회설치회사는 상장기업의 2%정도에 지나지 않았다. 이와 같이 위원회설치회사의 채용이 진행되지 않는 이유는 다양하지만 제도상의 요인으로서 지명·감사·보수 세 개의 위원회를 반드시 두어야 하기 때문에 그 이용이 경직되어 있으며 저항감이 있다고 지적되고 있다.<sup>33)</sup> 이와 같이 현실적으로 위원회설치회사제도

30) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 45면.

31) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 45면.

32) 笠原武朗, 앞의 논문, 55면.

33) 笠原武朗, 앞의 논문, 55면.

가 널리 채용되고 있지 못하는 상황 하에서 사외이사의 역할을 적극적으로 평가하고 다수의 사외이사가 있는 쪽이 바람직하다고 생각하는 입장에서는 보다 이용하기 쉬운 제도의 창설을 바라는 의견이 나왔다.<sup>34)</sup> 이번 개정에 의한 감사등위원회설치회사의 신설은 그러한 주장을 받아들여 이루어진 것이고, 또 감사등위원회설치회사의 신설에 수반하여 현행법의 위원회설치회사의 명칭은 ‘지명위원회등설치회사’로 바뀌게 되었다(회사법2조12호).

### 2.3. 사외이사·사외감사의 요건의 재검토

‘사외이사’나 ‘사외감사’는 상장회사 등을 염두에 둔 기업지배구조에 관련한 다양한 제도의 설계상 경영자로부터 독립성을 가지는 자에 의한 감독·감사의 역할이 기대되었지만 현행법의 ‘사외이사’, ‘사외감사’의 요건에는 그러한 역할을 기대하는 자로서는 불합리한 점이 있기 때문에 재검토가 이루어졌다.<sup>35)</sup>

사외이사의 경영에 대한 감독 기능의 실효성을 높이는 관점에서 사외이사요건이 엄격하게 되었다. 또 감사에 대해서도 이사와 감사는 그 권한 등에 차이는 있지만 사외이사의 요건을 다시 볼 경우에는 사외감사의 요건에 대해서도 같은 재검토를 해야 한다는 지적을 받고 동일하게 사외요건이 엄격하게 되었다. 종래는 사외이사의 자격은 현재 또는 과거에 있어서 해당 회사 또는 자회사의 업무집행 이사, 집행역, 지배인기타의 사용인이 아닌 것만이 필요하였다.

이번 개정에서는 종래의 자격요건 가운데 과거의 부분에 대해서는, 「취임 전 10년간」으로 한정되어 완화되었다. 그리고 종래의 요건에 덧붙여, ① 모회사 등(모회사 또는 해당회사의 경영지배주주(자연인))의 이사, 집행역, 사용인이 아닐 것, ② 해당 회사의 모회사 등의 자회사 등(형제회사)의 업무집행이사 등이 아닐 것, ③ 해당 회사의 이사·집행역, 중요한 사용인 또는 경영지배주주(자연인)의 배우자나 2촌간내의 친족이 아닐 것의 요건이 추가되어 엄격하게 되었다. 한편, 앞의 ①~③의 전부 「현재」이들에 해당하지 않을 것이 요구되는 것이며, 「과거」의 요건은 없다.

### 3. 자금조달의 폐해 시정·합리화에 관련한 개정

자금조달과 관련하여 지배주주의 이동을 동반하는 모집주식의 발행 등과 가장납입에 의한 인수인 등의 책임에 관한 규정을 마련하였다.

#### 3.1. 지배주주의 이동을 동반하는 모집주식의 배정 등의 특칙

현행법에서 공개회사는 주금납입액이 인수인에 있어서 특히 유리한 금액인 경우(이른바 유리발행)가 아닌 한 정관에 규정된 발행가능주식총수의 범위에서 주주총회결의를 거치지 아니하고 이사회결의에 의해 모집주식의 발행 등을 결정할 수 있다. 지금까지 회사법은 공개회사(주식의 전부 또는 일부에 양도제한을 정하지 않는 회사: 회사법2조5호)는 이사회결의로 의해

34) 笠原武朗, 앞의 논문, 55면.

35) 笠原武朗, 앞의 논문, 54면.

신주발행 및 그 신주를 누구에 대하여 발행할지 결정할 수 있었다. 주식의 2분의 1을 넘어서 소유하는 지배주주의 이동이 생기는 신주발행에서도 이사회결의에서 정할 수 있었다. 이것에 대하여 비공개회사(주식전부에 양도제한이 정해져 있는 회사)는 폐쇄적인 회사에서 주주가 회사지배에 큰 관심이나 이해관계를 가지고 있는 회사이기 때문에 어떤 신주발행에도 주주총회결의가 필요하다.

개정법은 공개회사에 있어서도 주주에게서 경영을 맡고 있는 것에 지나지 않는 이사가 신주발행에 의해 회사의 지배를 바꾸는 즉 과반수를 넘는 주식을 소유하는 주주를 새롭게 만들어 내는 것이 무제한으로 인정을 받아서는 안 되고, 일정한 경우는 회사의 소유자인 주주의 동의가 요구되어야 한다고 하는 시점에서 다음과 같은 개정을 하였다. 즉 공개회사에 있어서 신주발행에 의해 의결권의 2분 1을 넘어서 주식을 소유하는 자(이하 “특정인수인”)가 새롭게 출현하는 경우 (이하 “지배주주의 이동을 동반하는 신주발행”)은 해당주식의 대금 지급기일 (이하 “지급기일”)의 2주일 전까지 주주에 대하여 특정인수인의 지명 등을 통지해야 한다 (회사법 206조의 2 제1항). 그 통지로부터 2주일 이내에 총주주의 의결권 10분의 1이상의 의결권을 소유하는 주주가 반대를 회사에 통지했을 경우 지급기일의 전날까지 주주총회결의에 의한 승인을 받아야 한다(회사법 동 조4항). 공개회사가 신주예약권을 발행할 때도 동일하다 (회사법 244조의 2).

다른 한편으로는 주주총회소집절차에는 시간이 걸리므로 주주총회결의를 거치면 자금조달에 맞출 수 없어서 사업을 계속할 수 없게 되는 상황도 있을 수 있다. 개정법은 회사의 재산상황이 현저하게 악화되고 있어서 사업계속에 긴급한 필요가 있는 때는 주주총회결의를 거치지 않고 지배주주의 이동을 동반하는 신주발행을 할 수 있다고 하였다(회사법 동 조 동 항 단서). 벤처 기업에서는 투자를 유인하기 위해서 여러 가지 종류의 주식이 발행되고 있으며 주식의 일부만 양도 제한을 하여 양도제한이 없는 주식도 발행하는 경우가 있다. 이러한 회사는 「공개회사」이며, 전술한 개정법에 따른다. 상장기업에 있어서도 10%의 주주가 반대하면 주주총회결의가 필요하다는 이번의 개정은 회사의 지배쟁탈전의 도구에 될 수 있다. 따라서 공개회사에 있어서는 지배주주의 이동을 동반하는 신주발행을 할 경우는 미리 과반수의 의결권을 소유하는 주주의 동의를 얻어 두어야 한다고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

절차에 걸리는 시간의 관점에서 지배주주의 이동을 동반하는 신주발행에 관한 주주에게 통지를 2주일 전으로 하고, 10분의 1이상의 주주의 반대가 밝혀져서 주주총회결의가 필요한 경우, 예정하고 있었던 납입기일까지 주주총회 결의가 얻을 수 없게 될 가능성은 높다고 말할 수 있다. 시간적 여유를 가진 주주에 대한 통지가 필요하다.<sup>37)</sup> 지배주주의 변동이 생기는 모집주식의 발행 등에 있어서의 정보공시를 충실히 하면서 일정비율의 주주로부터 반대통지의 유무로 절차를 나누어서 모집주식의 발행 등의 기동성에도 배려하는 형태로 되었다.<sup>38)</sup>

본 개정법의 영향으로 M&A에 있어서 매수자가 대상회사로부터 제3자 배정 증자에 의해 발행주식총수의 2분의 1을 초과하는 주식을 취득함으로써 지배권을 취득할 수 있다(제3자 배정

36) 改正会社法 (平成26年6月20日成立) の主な内容および企業経営に与える影響 ([http://www.nakashima-law.com/act09\\_02.html](http://www.nakashima-law.com/act09_02.html))(2015.4.20.방문).

37) 改正会社法 (平成26年6月20日成立) の主な内容および企業経営に与える影響 ([http://www.nakashima-law.com/act09\\_02.html](http://www.nakashima-law.com/act09_02.html))(2015.4.20.방문).

38) 笠原武朗, 앞의 논문, 56면.

증자에 의한 지배권취득). 현행법에서는 공개회사의 제3자 배정 증자는 특히 유리한 발행가액에 의한 것이 아닌 경우에 한하여 이사회의 결의로서 행할 수 있지만, 개정법에서는 제3자 배정에 의한 지배권의 취득을 행하는 경우 납입기일 등의 2주간 전까지 인수인의 성명 등을 주주에게 통지하고 총의결권의 10%이상의 의결권을 가지는 주주가 당해인수에 반대한 경우에는 주주총회의 보통결의에 의한 승인을 얻지 못하는 한 당해 인수인은 인수할 수 없게 된다. 현재도 매수자가 제3자 배정에 의한 지배권의 취득을 확실히 하려면 지배주주의 양해를 얻는 것이 통상적이지만 10%이상의 주주의 반대여부에 따라 일정에 최저한도의 주주총회 소집절차에 요하는 기간(통상 2주간)의 차질이 생기기 때문에 주주총회결의가 필요하게 되는 경우도 상정하여 여유 있는 일정을 잡을 필요가 있다는 실무상의 지적이 있다.<sup>39)40)</sup>

### 3.2. 가장납입에 의한 모집주식의 발행 등에 관한 개정

현행법에서는 모집주식의 발행 등에 있어서 출자이행이 가장 납입된 경우에 출자의 이행을 가장한 모집주식의 인수인이나 가장납입에 관여한 이사 등에게 책임을 과하는 규정이 없다.<sup>41)</sup> 그러나 출자의 이행을 가장한 모집주식의 인수인에게는 주식회사에 대하여 본래 납입해야 하는 재산을 납입시키는 것이 상당하기 때문에 개정법에서는 그러한 인수인은 주식회사에 대해 납입을 가장한 주금납입금액의 전액 지불 등을 할 의무를 부담시키고 있다(회사법213조의2 제1항). 또 모집주식의 인수인이 출자의 이행을 가장하는 것에 관여한 이사 등도 그 직무를 행하는 것에 대해 주의를 기울리 하지 않았다고 하는 것을 증명하는 경우를 제외하고 주식회사에 대해 모집주식의 인수인과 연대하여 금전을 지급할 의무를 진다(회사법 213조의3). 모집주식의 인수인에 의한 출자의 이행에 있어서 가장납입에 관여한 이사로서 법무성령으로 정하는 자는 주식회사에 대하여 상기의 모집주식의 인수인과 같은 책임을 지는 것으로 되어있다(회사법 213조의 3 제1항 본문).

최근 상장기업에 있어서 모집주식 발행 등 이른바 위장납입에 의한 주금납입을 가장함으로써 불공정금융사태가 산재되어 있었다.<sup>42)</sup> 그러한 모집주식의 발행 등이 행해지면 외견상은 주식의 유통량이 증가하고 있음에도 불구하고 회사에 대응하는 자금이 들어오지 않는 사태가 발생하므로 이러한 사태로 생기는 불합리한 상황은 될 수 있는 한 완화시키기 위한 조치이다.<sup>43)</sup>

39) 葉玉匡美・田中貴士, “会社法改正がM&Aに与える影響”, M&A戦略と法務, 230号(2013).; MARR (<http://www.recofdata.co.jp/marr/entry/3907?jsessionid=0C663D0892CCAD41DF3A3CF5D8A38155.ap2>) (2014.7.1.방문).

40) M&A에서 중요한 수법으로서 대상회사의 제3자 배정 증자를 인수함으로써 대상회사를 자회사화하는 것을 들 수 있다. 이 경우에 필연적으로 기존주주가 존재하는 상태이기는 하지만 50%를 초과한 의결권을 확보함으로써 자회사의 경영지배권을 획득하고 모회사나 그 그룹과의 시너지효과를 높일 수 있을 것으로 기대된다. 柴田征範, “会社法改正要綱とM&A実務への影響”, 「金融法務事情」 1972号, 2013, 18頁.

41) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 48면.

42) 笠原武朗, 앞의 논문, 56면.

43) 笠原武朗, 앞의 논문, 56면.

## IV. 모회사에 관한 규율의 정비

일본에서는 최근 M&A가 일상적으로 이루어지고 있으며 현재 기업집단경영을 행하지 않는 대규모 기업은 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그러나 이것을 규율하는 법제는 정비되지 못하고 있다.<sup>44)</sup> 모회사관계에 대해서는 모(지배)회사주주의 권리의 축소, 자(종속)회사의 소수주주의 보호, 지배회사의 책임, 조직재편 등(책임재산으로부터 격리)에 따른 채권자보호 등의 문제가 지적되고 있다.<sup>45)</sup>

일본에서 모회사의 문제라고 할 때 전통적으로는 자회사소수주주·자회사채권자의 보호문제로 볼 수 있지만, 1997년 독점금지법개정에 의한 순수지주회사 해금을 계기로 모회사주주의 보호를 의식하게 된다.<sup>46)</sup> 그러나 1999년의 상법개정에 의해 주식교환·이전제도가 도입됨에 발맞추어서 모회사주주의 자회사의 장부 등의 열람권(1999년 개정상법263조4항·282조3항), 모회사 감사의 자회사조사권(동274조의3)이 마련되는 이외에는 특히 대처하지 않았고, 회사법 제정에 있어서도 어떠한 규제도 없었는데, 이번 개정법으로 모회사의 주주보호가 처음 본격적으로 도입되었다.<sup>47)</sup> 또 캐시아웃이나 주식병합, 전부취득조항부주식의 취득, 조직재편 등의 금지청구에 관한 개정은 모회사에 관한 규제라기보다는 기업조직의 재편에 관련한 것이다(지배주주가 존재하고 있는 상황에서의 문제이기는 하다).<sup>48)</sup>

### 1. 모회사주주의 보호 등

#### 1.1. 다중대표소송제도의 창설

주식회사의 이사, 감사, 집행역, 회계감사인 등(이하 “이사 등”이라 함)에 대한 책임에 대해서 주주는 회사에 대해 이사 등에 대한 책임추궁 등의 소를 청구할 수 있지만, 회사가 이사의 책임을 추궁하는 것을 게을리 하는 경우가 있을 수 있기 때문에 회사법에서는 주주가 회사를 위해 이사 등에 대해서 소를 제기하는 대표소송제도를 마련하고 있다(회사법847조, 847조의7~853조). 하지만 현행법에서는 대표소송을 제기할 수 있는 ‘주주’는 해당회사의 주주(완전자회사의 경우는 모회사)에 한정되어(회사법847조1항3항), 모회사의 주주가 직접 자회사의 이사 등에 대해서 대표소송을 제기하는 것이 인정되지 않는다. 그러나 모회사의 이사 등은 자회사 이사 등과의 인적관계(동료의식 등)이나 그 임무태책임을 추궁하면 실질적으로 임명한 자신도 어떠한 비난을 받는 지위에 서있는 등 이해관계가 있기 때문에 자회사의 이사 등의 책임을 추궁하는 것을 기대하는 것은 유형적으로도 구조적으로도 어렵다. 그 경우 자회사의 손해회복을 통하여 모회사의 훼손가치를 회복하고 기업그룹으로서의 기업가치의 유지와 존속을 꾀하지 못한 채로 모회사 주주가 방관하는 것은 공평성에 우려가 있기 때문에 모회사주주의 권한강화의 일환으로서 동 주주가 해당 모회사를 대위하여 자회사의 이사 등에 대한 책임(「특정책임」

44) 稲葉威雄, “平成26年会社法改正を考える”, 「法律時報」 86卷11号, 2014, 71頁.

45) 稲葉威雄, 앞의 논문, 71면.

46) 藤田友敬, “親会社株主の保護”, JURIST No.1472, 有斐閣, 2014, 33頁.

47) 藤田友敬, 앞의 논문, 33면.

48) 稲葉威雄, 앞의 논문, 71면.

으로 표현되고 있음)추궁의 소를 제기할 수 있는 다중대표소송제도(회사법847조의3)이 2014년 개정법에서 창설되었다.<sup>49)</sup>

이와 같이 자회사임원의 책임을 추궁하기 위해서 모회사주주가 자회사를 대신하여 책임추궁 소송을 제기하는 다중대표소송은 입법론으로서 학설에 의해 제창되어왔다.<sup>50)</sup> 모회사주주에 의한 중요한 완전자회사의 임원 등이 자회사에 대한 책임추궁 등을 가능하게 하기 위해 「최종완전모회사등」의 주주에 의한 「특정책임추궁의 소」제도가 마련되었다(회사법 847조의3). 이러한 다중대표소송제기권은 완전모회사의 1%의 소수주주권으로 되어있고, 대상이 되는 자회사 임원 등의 책임도 중요한 완전자회사의 임원 등의 책임(특정책임)에 한정되어 있다. 당해 주식회사가 당해 청구의 날로부터 60일 이내에 특정책임추궁의 소를 제기하지 아니한 때에는 당해 청구를 한 최종완전모회사등의 주주는 특정책임추궁의 소를 제기할 수 있게 된다(회사법 847조7항). 또 「최종완전모회사등」이라 함은 완전모회사등(동조 제2항)이며, 그 완전모회사 등이 없는 것을 말하며(동조 제1항), 그 기업그룹의 최상위에 위치하는 주식회사를 가리키는 개념이다.<sup>51)</sup> 또 「특정책임」이라 함은 이사 등(법문상은 「발기인등」으로 하며, 847조1항에서 정의되어 있다)의 책임원인이 된 사실이 생긴 날로부터 최종완전모회사등 및 그 완전자회사 등에 있어서 당해주식회사의 주식의 장부가액이 당해 최종완전모회사등의 총자산액의 5분의 1을 넘는 경우에 있어서 당해이사 등(발기인등)의 책임을 말하는 것이다(회사법847조의3제4항).<sup>52)</sup>

모회사사이사의 자회사관리에 관련한 책임을 명확히 하는 취지에서 회사법자체에 「회사 및 그 자회사로부터 성립하는 기업집단의 업무의 적정」을 확보하기 위해 필요한 체제의 정비에 대해 규정하고 있고(회사법362조4항6호 등), 회사법시행규칙도 상세한 마련할 예정이다.이것에 의해 새로운 법적의무나 책임은 발생하지 않으나 모회사가 자회사의 경영감독시스템을 한층 정비하고 자회사의 경영감독을 충실히 할 것을 기대하며 실무변화에 따른 모회사사이사의 자회사 관리에 관련한 임무해태의 판단이 서서히 엄격해질 것으로 예상된다.<sup>53)</sup>

## 1.2. 모회사에 의한 회사주식 등의 양도

현행법 하에서는 주식양도의 경우에는 사업양도(회사법 제467조 제1항)의 경우와는 달리 일정한 요건을 충족한 때에는 주주총회에서 특별결의의 승인을 요구하는 뜻의 규정은 특별히 존재하지 않고 이사회결의만으로 이것을 행할 수 있다. 이러한 현행법의 규율에 대해서는 양도대상 사업을 자회사로서 운영하고 있는 경우와 동일법인의 하나의 사업부문으로서 운영하고 있는 경우에 해당 사업의 양도를 할 때의 절차가 다르다는 것은 불합리하다는 관점에서 자회사주식의 양도도 실질적으로 사업의 전부 또는 중요한 일부의 양도에 해당한다고 하여 주주총회의 결의를 취득해야 한다고 주장한다. 현행법의 해석으로 자회사가 행하고 있는 사업이 모회사의 사업(의 일부)인 것으로 평가할 수 있기 때문에 모회사에 의한 자회사주식의 양도가

49) 遠藤完一, “多重代表訴訟制度が与える企業経営への影響”, 会社法務A2Z, 2014.11, 20頁.

50) 藤田友敬, 앞의 논문, 33면.

51) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 49면.

52) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 49면.

53) 森本 滋, 앞의 논문, 64면.

모회사에 있어서의 사업양도에 해당할 수 있다는 입장도 있지만,<sup>54)</sup> 명문의 규정이 없어서 이것을 부정하는 학설<sup>55)</sup>도 있다.<sup>56)</sup> 판례는 완전자회사의 주식 양도는 모회사의 사업의 일부의 양도에는 해당하지 않는다고 하는 구 일본 상법 하에서의 판례가 있으며,<sup>57)</sup><sup>58)</sup> 현행 회사법 하에서는 자회사주식의 양도에 대해서는 실무상 원칙적으로 이사회결의만으로 충분하다고 일반적으로 이해되고 있다.<sup>59)</sup> 이번 개정법은 이러한 현행법 하에서의 논의를 거쳐서 명문으로 절차의 일부를 명확하게 하려는 의도가 있다.

개정법에서는 모회사에 의한 자회사주식의 양도에 대하여 명문으로 주주총회의 특별결의를 요구하고 있다. 이와 같이 주주총회결의를 요구하는 경우는 특히 중요한 자회사의 지배권을 잃는 경우로서 구체적으로는 ① 양도대상인 자회사주식의 장부가액이 모회사의 총자산액의 20%를 초과하는 경우, ② 양도 후에 대상 자회사에서의 보유의결권수가 과반수를 하회하는 경우를 상정하고 있다(회사법467조1항2호의2, 309조2항11호). 이러한 경우에 반대주주는 주식매수청구권을 행사하는 것이 가능하다.<sup>60)</sup> ①에 해당하는 경우는 순수지주회사형태를 취하는 기업그룹을 제외하고는 그리 많지 않다.<sup>61)</sup> 본 개정으로 자회사주식의 매각에는 주주총회의 특별결의는 불필요하다는 현행의 실무에 적지 않는 영향을 미치게 될 것이지만, 전술한 경우에 해당하지 않는 자회사주식양도가 사업양도에 해당하는지 여부에 대한 논의는 남아 있다.<sup>62)</sup>

## 2. 조직재편 등에 관련한 개정

### 2.1. 캐시아아웃(Cash-Out)에 관한 개정

캐시아아웃 그 자체를 목적으로 하는(의결권의 90%이상을 가지는)특별지배주주에 의한 주식 등의 매도청구제도가 신설되었다. 완전자회사화를 한층 더 촉진하는 정책이 채용된 것이다.<sup>63)</sup>

54) 大隅健一郎ほか, 「新会社法概説(第2版)」, 有斐閣, 2010, 436頁.

55) 江頭憲次郎, 「株式会社法(第4版)」, 有斐閣, 2011, 885頁.

56) 柴田征範, 앞의 논문, 17면.

57) 東京地判平成4年(1992年) 3月 13日 判例タイムズ805号 170頁.

58) 또 완전자회사의 주식양도가 모회사의 영업의 일부의 양도에는 해당하지 않는다는 뜻을 명언하는 유력한 학설이 있다(江頭憲次郎, 앞의 책, 885면 각주1). 落合誠一·太田洋·森本大介編著, “会社法改正要綱の論点と実務対応”, 「商事法務」, 2013, 142頁注34).

59) 落合誠一·太田洋·森本大介編著, 앞의 책, 142면.

60) 柴田征範, 앞의 논문, 17면.

61) 2007년 9월 11일~2012년 11월 19일까지의 약 5년간의 기간 내에 공표된 자회사의 이동(異動)을 동반한 자회사주식의 양도사례 중 당해 자회사주식의 양도에 대하여 주주총회결의를 취득하고 있는 사례는 3건 뿐이었다고 한다. ① EMCOM홀딩스는 자회사인 EMCOM에 의한 손자회사주식의 전주식의 양도에 대해 어디까지나 임의로 취득하는 결의라는 것을 전제로 한 다음 주주총회의 특별결의를 취득하고 있다. ② 포바르크크리에이티브(현, INSPIRE)는 임시주주총회에서 자회사인 크리에이티브솔루션즈의 주식의 전 주식 양도에 대해서 주주총회의 결의(특별결의인지여부는 불명)를 취득하고 있다. ③ 토다(戸田)공업은 자회사인 富士化水공업에 의한 신설 손자회사(新富士化水공업)의 전주식의 쿠보타에 대한 양도에 대하여 자회사인 富士化水공업의 주주총회결의(특별결의인지여부는 불명)를 2012년12월12일자로 취득한다는 뜻을 공시하고 있다. 落合誠一·太田洋·森本大介編著, 앞의 책, 142면 각주35).

62) 田中勇氣, “会社法制の見直しに関する中間試案の見どころ”, BUSINESS LAW JOURNAL, No.48(2012), 31頁.

각국 회사법의 최근 동향

캐시아웃이라 함은 금전을 대가로 하는 소수주주를 축출, 즉 소수주주의 개별 동의를 얻지 않고 소수주주전원에게 금전을 교부하여 그가 가지는 주식을 전부취득 하는 행위를 말한다.<sup>64)</sup>

일본의 현행회사법 하에서도 현금교부의 약식주식교환(일본회사법 제768조 제1항 제2호ホ, 제783조 제1항, 제784조 제1항) 또는 약식합병(동법 제749조 제1항 제2호ホ, 제783 제1항, 제784조 제1항)에 의해 주주총회결의를 생략하고 캐시아웃이 가능하다. 그러나 전부취득조항 부종류주식<sup>65)</sup>방식의 경우에는 대상회사에 대해 과세하지 않는 것에 대해서 현금교부약식주식 교환 및 현금교부약식합병의 경우는 비적격조직재편으로서 대상회사에 대한 시가평가과세가 행해질 수 있기 때문에(법인세법 제2조 제12호의 16참조) 이러한 방법을 선택하는 것이 아주 드물다.<sup>66)</sup> 다시 말하면 일본에서는 교부금합병<sup>67)</sup>과 전부취득조항부종류주식에 의하여 소수주주의 축출이 가능한데, 교부금합병은 합병대가의 100%를 주식으로 교부하지 않는 한 과세소득이 되는 세제상의 문제로 인하여 그 활용도가 매우 낮다.<sup>68)</sup> 또 주식병합을 행하여(일본 회사법 제180조) 소수주주가 가지고 있는 주식을 전부 단주로 하여 매각하는(동법 제234조)방법도 있다. 그러나 현행법상의 주식병합은 소수주주보호를 결하고 있어 법적안정성이 낮다.

이러한 문제점을 해소하고 신속한 캐시아웃을 실현하는 방법으로서 마련된 것이 주식 등 매도청구제도이다. 본 제도는 캐시아웃에 대상회사의 주주총회를 필요로 하지 않고 있기 때문에 절차가 신속하게 촉진되는 동시에 ‘특별지배주주’의 정의에 회사이외의 법인이나 자연인도 포함하므로 투자펀드나 외국법인과 같이 회사법상 금전을 대가로 하는 조직재편의 주체로 될 수 없는 자에게도 특별목적회사 등을 설정할 것 없이 캐시아웃을 실현하는 길이 열리게 된다.<sup>69)</sup>

<표1>캐시아웃수법의 유형<sup>70)</sup>

	직접이전형	단주처리형
주주총회결의 필요형	현금을 대가로 하는 조직재편	전부취득조항부종류주식의 취득, 주식병합
주주총회결의 불요형	현금을 대가로 하는 약식조직재편	

63) 森本 滋, 앞의 논문, 64면.

64) 田中亘, “キャッシュ・アウト”, JURIST No.1472, 有斐閣, 2014, 40頁.

65) 전부취득조항부종류주식은 회사가 주주총회 특별결의에 의하여 그 전부를 취득하는 것이 정해져 있는 주식을 말한다. 임재연, 「회사법Ⅱ」, 박영사, 2013, 717면. 전부취득조항부종류주식을 사용하는 경우는 통상적으로 ①종류주식발행회사가 되기 위한 정관변경, ②기발행주식(이른바, 보통주식)에 전부취득조항을 첨부하는 취지의 정관변경, ③전부취득조항부종류주식의 취득(일본회사법 제171조). 柴田征範, 앞의 논문, 21면 각주25).

66) 落合誠一・太田洋・森本大介編著, 앞의 책, 75면.

67) 교부금합병은 합병으로 소멸하는 회사의 주주에게 합병대가로 현금을 지급하는 교부금합병(cash-out merger)은 소수주주를 축출하기 위한 미국의 대표적인 제도이다. 임재연, 앞의 책, 711면.

68) 임재연, 앞의 책, 717면.

69) 高原達広, “キャッシュ・アウト”, 「ビジネス法務」, Vol.12 No.3, 2012, 47頁.

70) <출처>회사법제부회제12회회의(2011년8월31일개최)부회자료12·2면.; 落合誠一・太田洋・柴田寛子編著, “会社法制見直しの視点”, 「商事法務」, 2012, 153頁.

개정법 제179조는 「주식회사의 특별지배주주(주식회사의 총주주의 의결권 10분의 9 (이것을 상회하는 비율을 해당 주식회사의 정관으로 정한 경우는, 그 비율)이상을 해당 주식회사이외의 자 및 해당자가 발행주식의 전부를 가지는 주식회사 기타 이것에 준하는 것으로서 법무성령으로 정하는 법인 (이하 이 조 및 다음 조 제1항에 있어서 “특별지배주주완전자법인”이라고 말한다.)이 가지고 있는 경우에 있어서의 해당자를 말한다. 이하 같다.)은 해당 주식회사의 주주(해당 주식회사 및 해당 특별지배주주를 제외한다.)의 전원에 대하여 그 소유하는 해당 주식회사의 주식 전부를 해당 특별지배주주에게 매도할 것을 청구할 수 있다. 다만 특별지배주주완전자법인에 대하여는 그 청구를 하지 않을 수 있다.」

먼저 총주주의 의결권 90%라는 특별지배주주의 의결권보유요건을 충족하는 수단에 대해서는 특별히 한정되어 있지 않다. 실무상 공개매수를 전제로 하는 경우가 많지만 대상회사에 의한 제3자 배정 증자나 자기주식취득에 의해서도 가능하다.<sup>71)</sup>

구체적으로는 ① 특별지배주주로부터 대상회사에 대한 조건 등의 통지(회사법179조의2, 179조의 3), ② 대상회사의 승인, 즉 통지를 받은 대상회사(이사회설치회사의 경우에는 대상회사의 이사회)는 매도주주 등의 이익에 배려하면서 캐시아아웃의 조건의 적정성을 검토한 다음 매도청구를 승인할지 여부를 결정하고 그 결정 내용을 특별지배주주에게 통지한다(개정법 제179조의 3), ③ 대상회사로부터 매도주주 등에 통지, 즉 대상회사가 승인했을 경우에는 대상회사는 취득일의 20일 전까지 해당 승인을 한 취지, 특별지배주주의 명칭·주소, 및 대가의 액이나 취득일을 포함하는 주식 등 매도청구에 관한 사항을 매도주주 등에 대하여 통지 또는 공고해야 한다(회사법 179조의 4 제1항 및 제2항), 대상회사가 매도주주 등에 대한 통지 또는 공고를 했을 때에 특별지배주주에게서 매도주주 등에 대하여 주식 등 매도청구가 된 것으로 간주된다(회사법 179조의 4 제3항), ④ 주식 등 매도청구의 철회, 즉 특별지배주주는 대상회사의 승인을 받은 후 취득일의 전일까지, 또 대상회사의 승낙을 얻은 경우에 한하여 주식 등 매도청구의 철회를 행할 수 있다(회사법179조의 6), ⑤ 매도주주 등에 의한 유지청구, 즉 매도주주 등은 (i)주식 등 매도청구가 법령에 위반할 경우, (ii)대상회사가 매도주주 등에 대한 통지·공고에 관한 규정 또는 사전조치에 관한 규정에 위반했을 경우, 또는 (iii)대가가 대상회사의 재산상황 기타의 사정에 비추어 보아 현저하게 부당할 경우에 있어서 매도주주 등이 불이익을 받는 우려가 있을 때는 특별지배주주에 대하여 매도주식 등의 전부취득을 그만두는 것을 청구할 수 있다(개정법 제179조의 7), 실제로 매도주주 등은 이러한 유지청구권을 피보전권리로서 재판소에 대하여 금지 가처분을 주장하게 된다.⑦ 매도주주 등에 의한 가격결정 신청, 즉 매도주주 등은 취득일의 20일전으로부터 취득일의 전일까지의 사이에 재판소에 대하여 그 소유하는 매도주식 등의 매매가격의 결정 신청을 할 수 있다(회사법179조의 8), 한편 전부취득조항부종류주식을 채용하는 수법에 있어서의 가격결정의 신청의 경우와 다르고, 대상회사가 아니고 특별지배주주가 재판소가 결정한 가격의 지급의무의 주체가 된다. ⑧ 취득일의 도래, 즉 취득일의 전일까지 대상회사의 승낙을 얻어서 특별지배주주가 주식 등 매도청구를 철회하지 않는 한(개정법 제179조의 6), 특별지배주주는 매도주주 등의 의사에 관계없이 취득일에 있어서 매도주식 등의 전부를 취득한다(개정법 제179조의 9 제1항), ⑨ 취득무효의 소, 즉 매도주주 등은 취득일부터 6개월 이내 (대상회사가 공개회사가 아닐 경우는 1년 이내)에 재판소에 매도주식

71) 落合誠一・太田洋・森本大介編著, 앞의 책, 76면.

등의 전부취득무효의 소를 제기할 수 있다(개정법 제846조의 2). 청구를 용인하는 판결이 확정되었을 때는 제3자에 대하여도 판결의 효력이 미치며 (개정법 제846조의 7), 무효로 된 취득은 장래를 향해서 그 효력을 잃게 된다(개정법 제846조의 8). 한편 무엇이 무효사유가 될지에 대해서는 회사법에서 정하지 않고 있고, 대가가 현저하게 부당할 경우에 무효사유가 될 것인지 여부 등에 대해서는 앞으로의 해석에 맡기게 된다.

## 2.2. 조직재편 등의 금지청구제도

현행법에서는 약식조직재편에 대해서만 법령 혹은 정관에 위반할 경우 또는 해당 약식조직재편의 대가가 당사회사의 재산 상황 기타의 사정에 비추어 현저하게 부당할 경우, 주주가 불이익을 받는 우려가 있을 때에 주주에게 약식조직재편의 금지청구권을 인정하고 있다(회사법 784조2항, 796조2항). 약식조직재편의 경우, 주주총회의 승인이 불필요로 여겨지고 있기 때문이다. 그러나 약식조직재편이외의 조직재편에 대해서도 당해 조직재편이 법령 또는 정관에 위반하는 경우에는 조직재편의 무효의 소(회사법 828조)에 의해 사후적으로 그 효력을 부정하기 보다는 주주가 당해 조직재편의 효력발생 전에 그 금지청구를 할 수 있는 것이 상당하다. 한편 약식조직재편이외의 조직재편에 대해서도 주주총회의 승인결의에 있어서 특별한 이해관계를 가지는 사람이 의결권을 행사한 것에 의해 현저하게 부당한 결의가 행해졌을 경우는, 주주는 주주총회결의 취소의 소(동법 제831조 제1항 제3호)를 본안으로 하는 가처분을 주장하는 것에 의해 조직재편의 금지를 재판소에 청구할 수 있다고 해석되고 있다.<sup>72)</sup> 개정법에서는 당해 해석을 명문화한 것이며, 약식조직재편이외의 조직재편에 대해서도 간이조직재편의 요건을 충족하는 경우를 제외하고, 해당 조직재편이 법령 또는 정관에 위반하는 경우, 주주가 불이익을 받는 우려가 있을 때는, 주주는 주식회사에 대하여 해당 행위를 그만두는 것을 청구할 수 있도록 규정되었다(회사법784조의 2, 796의 2, 805의 2).<sup>73)</sup>

이러한 금지청구는 전부취득조항부주식의 취득(회사법171조의3), 캐시아웃(179조의7), 주식병합(182조의3)에 대해서도 인정되며 주주축출을 이용하는 경우 상정된다.<sup>74)</sup>

## 2.3. 회사분할 등에 있어서 채권자의 보호

현행법 하에서는 회사분할제도를 악용하여 분할회사가 승계회사 등에게 승계되는 채무의 채권자와 승계되지 않는 채무의 채권자(잔존채권자)를 자의적으로 선별한 다음 승계회사 등에게 우량 사업이나 자산을 승계시켜서 잔존채권자가 충분히 채무의 변제를 받을 수 없게 되는 사해적인 회사분할이 이루어지고 있다는 지적이 있다.<sup>75)</sup>

이와 같은 사해적인 회사분할에 의해 권리를 침해당한 잔존채권자를 현행법 하에서 취할 수 있는 수단으로서는 회사분할을 결정한 이사에 대한 회사법429조 1항(제3자에 대한 손해배상

72) 和久友子·増田靖史, “会社法の一部を改正する法律等の成立”, KPMG Insight Vol.7 (Jul .2014), 7면.

73) 和久友子·増田靖史, 앞의 논문, 7면.

74) 稲葉威雄, 앞의 논문, 71면.

75) 坂本三郎/辰巳郁/渡辺邦広, “平成26年改正会社法の概要”, 53면.

책임)을 근거로 손해배상청구를 행하는 방법, 상호의 속용이나 신의칙위반 등을 이유로 승계 회사에 대해서 이행청구를 행하는 방법 등도 있고 그 밖에 민법상의 사해행위취소권(일본 민법424조)의 행사를 인정한 판례<sup>76)</sup>와 법인격부인의 법리 등의 판례<sup>77)</sup>가 있다.<sup>78)</sup> 하지만 회사 분할의 사해행위취소를 인정하더라도 취소의 대상(회사분할전체의 취소인가, 이것을 구성하는 일부의 권리의무의 취소인가), 일반승계라는 생각이나 회사분할무효소송과의 이론적 정합성, 취소가 인정되는 경우의 원상회복의 방법 등 정리되어야 할 논점이 많다.<sup>79)</sup> 이러한 현상에 대해 회사법상에서 규정을 마련하는 것이 적절하다는 지적이 나오게 되었다.<sup>80)</sup>

개정법에서 사해적인 회사분할에서 잔존채권자의 보호에 대해서는 ‘승계회사 등에 대해서 금전 지급을 직접 청구할 수 있도록 하는 것이 적절하고 간명’하다고 하고, ‘민법상의 사해행위취소권에 부가하여’ 회사법에 규정을 마련하여 ‘잔존채권자가 사해적인 회사분할에 관련한 행위를 취소하지 않고 승계회사 등에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있도록 한다’는 의도로 도입되었다.<sup>81)</sup> 구체적으로는 분할회사가 승계회사 등에 채무의 이행청구를 할 수 없는 분할회사의 채권자, 곧 승계회사 등에 승계되지 않는 채무의 채권자(잔존채권자)를 해칠 것을 알고 회사분할을 하였을 경우에는 잔존채권자는 승계회사 등에 대하여 승계한 재산의 가액을 한도로써, 해당 채무의 이행을 청구할 수 있게 되었다(회사법759조4항 본문, 761조4항 등). 흡수분할의 경우에는 흡수분할의 효력이 생겼을 때에 있어서의 흡수분할 승계회사의 선의가 면책사유로 여겨지고 있다(759조4항 단서 등). 채무의 이행책임은 분할회사가 잔존채권자를 해칠 것을 알고 회사분할을 한 것을 알았을 때부터 2년 이내에 청구 또는 청구의 예고를 하지 않는 잔존채권자에 대하여는 그 기간을 경과했을 때에 소멸하게 된다. 회사분할의 효력이 생긴 날부터 20년을 경과했을 때도 동일하다(개정법 제759조 제6항, 제761조 제6항). 회사분할에 대해서 이익을 진술할 수 있는 불법행위채권자이며, 분할회사에 알려져 있지 않은 자는, 분할회사와 승계회사 등의 쌍방에 대하여 채무의 이행을 청구하는 것이 할 수 있다(개정법 제759조 제2항, 제3항, 제764조 제2항, 제3항).

본 개정에 의해 신제도가 마련됨으로써 잔존채권자에게 있어서 복수의 제도로부터 해당 안건에 가장 적합한 대응을 선택할 수 있게 되었다. 신제도는 사해행위취소권에 준하는 형태로 만들어졌지만 채무자를 통하지 않고 직접적으로 채권자에 대해 지급하도록 요구할 수 있다는 점에서 채무자의 책임재산으로 돌리는 것을 원칙으로 하는 사해행위취소권과는 크게 차이를 갖는다. 또 신제도에서는 채권자는 승계회사 등에 대해서 자신의 채권의 이행을 청구하는 것

76) 東京高判平成22年(2010年)10月27日金判1355号42頁.; 最二小判平成24年(2012年)10月12日民集66卷10号3311頁(A사가 본건 신설분할을 한 당시, 본건 부동산에는 약3300 만 엔의 담보 여력이 있었다. 그러나 A사는 그 당시 본건 부동산이외에는 채무의 총당이 되는 특별한 자산을 가지고 있지 않고, 본건신설분할 및 그 직후에 행하여진 F사를 새롭게 설립하는 신설분할에 의해 상고인 및 F사의 주식이외에는 전혀 자산을 보유하지 않는 상태가 되었다. (생략) 원심은 (생략) 신설분할은 사해행위취소권 행사의 대상에 될 수 있다고 판단한 뒤, 상기 2의 사실관계 아래에 있어서 본건 신설분할은 사해행위에 해당한다고 하고, 피상고인의 청구를 용인해야할 것으로 했다.)

77) 福岡地判平成23年(2011年2)月17日金法1923号95頁.

78) 高田剛, “詐害的な会社分割における債権者の保護”, 「ビジネス法務」, Vol.12 No.3(2012), 59頁.

79) 高田剛, 앞의 논문, 59면.

80) 柴田征範, 앞의 논문, 26면.

81) 落合誠一·太田洋·森本大介編著, 앞의 책, 150면.

으로 되어 있어서 이 점에서도 사해행위취소권과 차이가 있다.<sup>82)</sup>

## V. 맺는말

이상 일본에서 2014년 성립한 개정법의 여러 가지 개정사항 중 기업지배구조와 모자회사, 조직재편에 관련한 중요 내용에 초점을 맞추어 살펴보았다. 글로벌한 경쟁이 심화된 가운데 다년간에 걸쳐 세계를 석권해 온 일본 기업의 국제경쟁력에도 그늘이 생기는 등 일본의 기업력의 저하가 우려되고 있는 가운데 많은 일본기업들은 글로벌화의 진전을 향하여 M&A를 시작으로 다양한 성장전략을 실천해오고 있다. 이러한 환경변화의 관점에서 볼 때 일본의 회사법 관련 법 개정의 영향은 크다고 할 수 있다.

기업지배구조에 관해서는 2014년 개정법에서 효율성의 관점에서 감독을 중시하고 글로벌한 수준에서의 기업지배구조의 동향 등으로부터 사외이사의 정의를 재검토하고 사외이사 2명 이상이 필요한 감사등위원회설치회사라는 새로운 기관설계를 창설하였다.<sup>83)</sup> 사외이사를 법률상 강제하는 것은 보류되었지만 소프트로상 일정한 회사에게는 사외이사를 두는 것을 요구하는 것을 전제로 사외이사를 두지 않을 경우에 그 이유를 공시하도록 하고 있다. 기업지배구조 영역에서 세계적으로 확대되고 있는 「Comply or Explain」의 규범을 법규범으로서 도입함으로써 회사법에는 기본규범만 정하고 상장회사의 특유한 문제는 거래소 등의 자율규제에 위임하는 중층적 규제시스템의 효용을 평가면서, 경직되고 획일적인 법규제보다 직접적으로 기업가치를 향상시키면서 일본 실정에 맞는 규제를 검토해나가고 있는 점<sup>84)</sup>은 우리에게 시사하는 바가 있다.

한편 이번 회사법개정과 관련하여 일본의 기업지배구조 개선을 위하여 회사법 규제를 강화하는 것은 무의미하며 회사법이 놓여 있는 기반이 변하지 않는 한 일본회사는 변하지 않는다는 주장이 제기되었다.<sup>85)</sup> 즉 일본의 기업·자본시장의 쇠퇴의 주요인이 경영자의 인재부족과 경영자감독체제의 결함은 주변적 사정에 불과하고, 행동하지 않는 주주(특히, 기관투자가), 경영자의 양성발굴시스템, 법적안정성을 중시를 위해 원칙주의형 규제를 꺼리고 세칙주의형 규제를 고집하는 일본의 법원에 본질적인 문제가 있다고 한다. 하지만 일본에서는 앞서 전술한 「Comply or Explain」 규범이 실무에서 어떻게 운용되고 시장에서 어떻게 평가되는지 그 운용실태에도 큰 관심이 모아지고 있으며 이번 개정법에 의해 주주이익을 더욱 중시하는 기업경영이 이루어질 기대하고 있다.

또 일본은 기업의 조직재편에 있어서 채권자보호의 법률관계가 회사분할을 중심으로 앞으로 논의가 활발할 것으로 예상된다. 일본의 경우 주주의 보호와 마찬가지로 채권자보호제도에

82) 사해행위취소권의 경우 수익자 등으로부터 금전의 인도는 받은 채권자는 채무자에 대한 수령물반환청구를 수동채권으로 하는 상계 혹은 변제충당 등에 의해 자기의 채권에 대해서 사실상 우선변제를 받는다. 柴田 征範, 앞의 논문, 27면 각주54).

83) 神作裕之, “企業統治の現状と会社法改正”, 67면.

84) 森本 滋, 앞의 논문, 66면.

85) 江頭憲次郎, “会社法改正によって日本の会社は変わらない”, 「法律時報」 86卷11号, 2014, 60頁.

있어서도 개별적인 대응조치들을 확충하여 선택의 폭을 확충해나가고 있다. 이번 개정법은 사해적 회사분할을 회사법 상에도 사해적 회사분할 등에 있어서 분할회사의 잔존채권자가 승계 회사에 대해 이행청구권을 인정하는 것을 명문화하여 앞으로 회사법상의 새로운 청구권과 사해행위취소권과의 역할분담이 M&A실무의 하나의 중요한 논점이 되고 있다.