

中小企業 經營合理化를 위한 會社法の 改正方向

崔 星 根*

차 례

- I. 중소기업의 현실과 회사법의 괴리
- II. 일본의 대소회사구분입법
 - 1. 대소회사구분입법의 배경
 - 2. 1990년 대소회사구분입법의 주요내용
- III. 독일의 소규모주식회사를 위한 입법
 - 1. 소규모주식회사 입법의 배경
 - 2. 1994년 법률의 주요내용
- IV. 우리나라의 중소기업 관련 상법개정
 - 1. 개 요
 - 2. 중소기업 관련 상법개정의 주요내용
- V. 향후 중소기업 경영합리화를 위한 회사법 개정의 방향

* 韓國法制研究院 研究委員, 法學博士

I. 중소기업의 현실과 회사법의 괴리

상법은 합명회사, 합자회사, 유한회사 및 주식회사의 4가지 회사형태를 인정하고 있다. 전통적으로 합명회사, 합자회사 및 유한회사는 중소기업 형태를 배려한 회사형태이고 주식회사는 대규모·공개기업에 염두에 둔 회사형태로 인식되어 왔다. 그럼에도 불구하고 우리의 기업현실을 보면 대기업이건 중소기업이건, 공개기업이건 폐쇄기업이건 간에 주식회사 형태를 선호하고 있다.¹⁾ 그 이유는 회사형태 간 규제 불균형, 사회·경제 변화에 대한 대처능력 그리고 대외적인 과시효과에 있다고 생각된다.

종래의 기업환경변화에 대응한 상법 즉, 회사법 개정은 기업의 주류를 이루는 주식회사에 초점이 맞추어져 왔고, 주식회사 전반에 공통적으로 적용되는 사항들을 위주로 하다 보니 일부 예외적인 경우를 제외하고는 규율수준이 대규모·공개기업에 맞추어져 왔다. 그러다 보니 중소기업인 주식회사에 있어서는 기업의 실제적인 운영과 회사법 규율 간에 괴리현상이 나타나게 되었고, 이러한 현상은 결과적으로 중소기업 경영의 비효율을 낳고 있다.

이 같이 대규모·공개기업에 편중된 회사법 개정이 반복되어 왔던 것은 우리의 경제가 성장의 축을 대기업에 두어 왔기 때문이라 여겨진다. 대기업이 단기간내에 고도성장을 이루는 견인차 역할을 해온 것이 사실이고, 그러한 추세는 향후에도 상당기간 계속될 것이라고 본다. 그러나 우리가 '90년대 이후의 경제변화를 통하여 절감하고 있는 것 중의 하나는, 경제의 성장기가 꺾이면서 도래하는 조정기를 안정적으로 극복하기 위해서는 다수의 건실한 중소기업이 경제의 저변에 포진하고 있어야 한다는 것이다.

중소기업에 대해서는 그 본질과 역할에 비추어 여러 가지 측면에서 지원이 이루어져야 하겠지만, 기업관계를 규율하는 기본적인 법률인 상법 즉, 회사법 차원에서 중소기업의 경영효율성 제고를 위한 법제도 정비가 그 지원의 기본이 되어야 할 것이라고 본다. 이러한 인식은 비단 우리에게만 해당되는 것은 아니고 근래 들어 경제의 조정기를 거친 나라들에서도 동일하게 인식하고 있음을 볼 수 있다. 특히 우리와는 사정이 다르기는 하지만, '80년대 또는 '90년대의 가

1) 국세청 통계에 의하면 2003년말 현재 법인세 신고법인인 총 330,187개이고, 이 중 주식회사가 300,860개, 합자회사 3,897개, 합명회사 826개, 유한회사 10,029개이며, 비영리법인 13,132개, 외국법인 1,1443개이다, 국세청, 『국세통계연보』, 2004.

과른 성장기 이후 조정기를 거쳤던 일본과 독일의 경우 회사법에서 중소기업 관련제도를 대폭 정비한 것은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

이하에서는 일본과 독일의 최근 회사법상 중소기업 관련법제도 정비의 내용을 분석하고 시사점을 추려보며, 향후 우리의 회사법이 중소기업의 경영효율성 제고를 위하여 개정되어 나아가야 할 방향을 가늠해 보고자 한다.

II. 일본의 대소회사구분입법

1. 대소회사구분입법의 배경

가. 1974년 대소회사구분입법 논의의 발단

일본에서 대소회사구분입법의 필요성이 공식적으로 거론되기 시작한 것은 1974년 국회가 법무성에 대하여 회사법 개정을 촉구하면서부터이다. 일본 양원의 법무위원회는 1974년의 상법개정에 즈음하여 ‘현재의 주식회사 실태에 비추어 볼 때 소규모의 주식회사에 대해서는 별개의 제도를 신설하여 그 업무 운영의 간소·합리화를 도모하고, 대규모의 주식회사에 대해서는 그 업무운영의 엄정·공정화를 도모하여 종업원 및 채권자 보호가 충실하게 이루어지도록 하며, 기업이 사회적 책임 완수를 위하여 주주총회 및 이사회 제도 등의 개혁을 단행하도록 하기 위하여 정부는 조속히 관련 법률안을 준비하여 의회에 제출하라’는 내용의 부대결의를 공표하였다.

나. 1975년 대소회사구분입법 논의의 시작

이에 법무성은 1975년 의견조회문서의 형식으로 향후 전개될 회사법의 전면적 개정을 위한 ‘회사법개정에 관한 문제점’을 공표하였다. 이 문서에는 ① 기업의 사회적 책임, ② 주주총회제도 개선책, ③ 이사 및 이사회제도 개선책, ④ 주식제도 개선책, ⑤ 주식회사의 계산 및 공개, ⑥ 기업의 결합·합병·분할 및 ⑦ 최저자본금 및 대소회사구분의 7개 항목이 기본적인 과제로 제시되어 있었다. 여기에서 특히 ‘⑦ 최저자본금 및 대소회사구분’ 항목이 마지막에 제시된 데 대해서는 사안 자체의 중요성, 다른 항목들과의 관련성, 문제해결의 곤란성 등이 그 이유로 거론되었다.²⁾

2) 일본의 酒卷俊雄 교수는 ⑦항목이 마지막에 제시된 이유를 ‘최저자본금제도 및 대소회사

이어서 법제심의회 상법부회를 중심으로 7개 항목에 걸쳐 심의가 이루어졌는데, 일본은 '70년대 말에 이르러 기업의 도산과 대형부정사건이 줄을 잇자 기업의 부정을 방지하기 위하여 당초의 개정시기를 앞당겨 심의가 끝난 부분만으로 1981년 상법을 개정하였다. 1981년 상법개정을 통하여 ①에서 ⑤까지의 항목에 대해서는 실질적인 개선책이 마련되었으나, ⑥과 ⑦항목은 향후의 입법과제로 남게 되었다.³⁾

다. 1984년 대소회사구분입법 논의의 본격화

이후 나머지 입법과제에 대한 심의가 계속되었는데, 그 결과를 반영하여 작성된 것이 1984년 법무성이 공표한 '대소회사구분입법 및 합병의 문제점'이다. 이를 공표하면서 법무성은 일본에서 대소회사구분입법이 회사법제의 최대과제가 된 이유로 '본래 대규모이고 개방적인 회사형태를 상정한 주식회사 중에는 그 실질을 갖추지 못하고 있는 회사가 존재하고 있고 이들에 대한 법규제가 형해화되어 있다는 점'과 '폐쇄적인 소규모회사에 적합한 회사형태인 유한회사에 대해서도 법규제가 적절하지 못하고 1938년 유한회사법이 제정된 이래로 충분한 개정이 이루어지지 못하였다는 점'을 들고 있다.⁴⁾

'대소회사구분입법 및 합병의 문제점'의 제1의 목적은 공개회사와 폐쇄회사 또는 대회사와 중소기업 각각의 실체에 맞는 법규제를 도모한다는 것이고, 제2의 목적은 유한책임을 원칙으로 하는 물적회사형태의 이용에 대하여 합리적인 제한을 가한다는 것이었다.⁵⁾ 이들 목적을 구체화하기 위한 개선안으로, 제1 목적에 대해서는 주식회사에 대한 법규제의 내용을 소규모·폐쇄적인 회사의

구분이라는 문제는 주식회사제도의 이상적 형태를 추구하는 중요한 문제이므로 다른 항목의 문제점과 중대한 관련성이 있고 그 대처방법 여하에 각종 제도의 개선내용이 달라질 수 있다. ⑦항목을 제외하고는 대규모 공개기업을 주된 대상으로 하는 것인데, 일본의 주식회사의 대부분은 그 실체에 있어서 폐쇄적인 중소기업이다. 따라서 이들 중소기업도 포함하는 경우와 그렇지 아니한 경우 개선의 내용도 상당부분 달라지게 된다. 특히 물적 회사로서 양자에 공통되는 문제도 있겠으나, 적어도 공개성을 기초로 하는 제도의 개선책은 그 본질적인 차이로 인하여 폐쇄적인 회사에는 적용될 수 없다'라고 설명하고 있다, 그러므로 이 항목에 대해서는 다른 항목들보다 검토가 선행되어야 하겠으나 본 사안을 해결하기 위해서는 많은 어려움이 따르기 때문에 마지막에 제시된 것이다'라고 설명하고 있다, 酒卷俊雄, 『會社法の改正論理と課題』, 中央經濟社, 1982, 207頁.

3) 酒卷俊雄·堀口 旦, 『改正會社法詳設』, 三嶺書房, 1983, 4~8頁; 왕순모, "대주식회사의 구축과 기본구상", 『경성법학』 제7호, 1998.10, 50면.

4) 酒卷俊雄·北澤正啓, 『大小會社區分立法の問題點檢討』, きょうせい, 1985, 4~5頁.

5) 酒卷俊雄, 『大小會社の區分立法』, 學陽書房, 1986, 23~24頁.

실태에 맞게 간소·합리화하는 방안이 제시되었다. 제2의 목적과 관련해서는 유한책임의 남용을 방지하고 채권자보호와 경제질서의 유지를 도모한다는 취지의 다양한 방안이 제시되었다. 이 중 제2의 목적은 제1의 목적과 비교하여 부차적인 것으로 평가되었고, 그와 같은 견지에서 개정작업이 추진되었다.⁶⁾

그러나 당초 1975년 공표된 ‘회사법개정에 관한 문제점’의 의견조희문서에서는 오히려 제2의 목적이 제1의 목적의 전제가 되어 있었다는 점에 주목할 필요가 있다. 이 의견조희문서에서는 1차적으로 ‘주식회사제도의 이용실태에 비추어 주식회사의 최저자본금제도를 도입할 것인가’라는 문제가 제기되었고, 이와 별도로 ‘대규모주식회사에 대해서는 엄정한 운영을 도모하도록 하고, 소규모주식회사에 대해서는 운영상의 간소화를 도모하기 위하여 규제를 분화할 것인가’라는 문제가 2차적으로 제기되었다.⁷⁾ 즉, 일반적인 구분기준으로서의 최저자본금제도를 도입하여 주식회사의 존재영역을 확정하도록 구상되었고, 규제분화에는 그 보충적 기능이 기대되었던 것이다.⁸⁾

1차적 문제제기는 중소기업단체 등 실무계로부터 강한 반발에 부딪혔는데, 그 골자는 최저자본금 기준에 미치지 못하는 주식회사가 유한회사로의 조직변경이 강제됨으로써 각종 사회경제적 혼란을 야기 시킬 우려가 있다는 점과 조직변경을 하더라도 법규의 불준수·유한책임의 남용 등의 폐해가 유한회사법으로 옮겨질 뿐 문제의 근본적인 해결책이 되지 못한다는 점이었다. 2차적 문제제기에 대해서도, 실제로 가장 많이 문제되고 있는 유한책임제도의 이용에 대한 합리적인 한계를 확정하여야 한다는 과제를 해결할 수 없다는 것이 문제점으로 지적되었다.⁹⁾ 그리하여 결과적으로 2차적 문제제기를 기초로 1차적 문제제기를 고려하는 방향으로 타협안이 나오게 된 것이고, 1984년에 공표된 ‘대소회사구분입법 및 합병의 문제점’은 이러한 사정을 그대로 반영한 것이라고 볼 수 있다.¹⁰⁾

6) 酒卷俊雄·北澤正啓, 전계서, 7頁 이하.

7) 酒卷俊雄, 『會社法の改正論理と課題』, 207頁.

8) 이를 좀 더 상설하면, 1차적 문제제기는 대규모 공개기업으로서의 이상적인 주식회사형태를 상정하여 최저자본금을 그 이용의 하한조건으로 설정함으로써 주식회사의 존재영역을 확정하고(예를 들어 5억엔, 10억엔 등), 이 기준에 미치지 못하는 대다수의 주식회사를 일률적으로 유한회사로 강제적으로 이행시킨다는 것이다. 만일 이러한 구상이 실현되었다면 2차적 문제제기 즉, 주식회사에 대한 규제분화의 문제는 더 이상 발생할 여지가 없었을 것이다, 왕순모, 전계논문, 52면.

9) 酒卷俊雄, 『會社法の改正論理と課題』, 211~213頁.

10) 왕순모, 전계논문, 53면 참조.

라. 1990년 대소회사구분입법의 일부 성립

법제심의회 상법부회는 1984년 ‘대소회사구분입법 및 합병의 문제점’에 대한 각계의 의견을 반영하였고, 이에 기초하여 법무성은 1986년에 ‘상법·유한회사법 개정시안’을 공표하였다. 개정시안의 주된 내용은 대소주식회사 구분입법에 관한 것이었고, 이 중 소주식회사법(소규모·폐쇄적 주식회사에 적용되는 규정의 총체)의 주요내용은 다음과 같다.

① 절차·기구의 간략화로서 설립경과 조사의 간소화, 이사의 인원 축소, 감사의 생략, 이사회 결의방법 완화, 주주총회의 소집절차 간소화·서면결의 허용, 주권의 불발행, 결산공고의 생략 등

② 폐쇄성의 유지와 주주의 보호 방법으로서 상속 등의 경우 주식의 매도청구, 주주의 신주인수권 법정, 불공정한 취급을 받은 주주의 주식매수청구권 등

③ 채권자·공중의 보호 방법으로서 최저자본금제도의 도입, 이사·주주의 책임 강화, 대차대조표 등의 등기소 공개, 회계조사인의 조사 등

이러한 사항들에는 회사의 규모기준(자본금액·부채총액) 또는 폐쇄성기준(주주수·주식의 양도제한에 관한 정함의 유무·주권 유통의 유무)에 따라 적용범위가 결정되는 것이 많았지만, 일인회사의 설립, 설립경과 조사의 간략화, 이사회 결의방법 완화, 대차대조표 등의 등기소 공개 등과 같이 모든 주식회사에 적용되는 것들도 있다. 또한 개정시안에서는 유한회사에 대해서도 주식회사와 공통 또는 구별되는 다수의 사항을 정하였다.¹¹⁾

이어서 법제심의회 상법부회는 ‘상법 등의 일부를 개정하는 법률요강안’을 작성하기 위한 준비작업을 계속하였고, 1989년에 이르러 전술한 개정시안에서 제시된 모든 사항을 일시에 처리한다는 것은 곤란하다고 판단하여 회사법개정의 범위를 대폭 축소하여 설립, 주식, 계산·공개, 조직변경 등에 관한 사항을 중심으로 우선 개정할 것을 결정하였다. 이후 법률요강안에 기초하여 ‘상법 등의 일부를 개정하는 법률안’이 일본 국회에 제출되었고 1990년 원안대로 국회를 통과하여 1991년부터 시행되었다. 일본 정부는 이 법률안을 제출하면서 다음과 같이 제안이유를 밝혔다. “주식회사의 발기인 및 유한회사 사원의 인원에 대한 규제를 완화하고 주식회사의 설립에 있어서 현물출자 및 재산인수에 관한 감사인의 조사의 일부를 생략하는 것 등으로 소규모회사에도 적합하도록

11) 浜田 道代 外, 『日本會社立法の歴史的展開』, 商事法務研究會, 1999, 479~480頁.

회사법제도를 정비함과 아울러, 주식회사에 최저자본금제도를 신설하고 주식회사와 유한회사에 있어서 이익준비금의 적립기준을 확충하는 것 등에 의하여 회사채권자 보호를 도모하며, 우선주식 등의 제도를 개선하고 사채의 발행한도에 관한 규제를 완화하는 것 등에 의하여 회사의 자금조달방법을 합리화하는 등의 필요가 있다. 이것이 이 법률안을 제출한 이유이다.”¹²⁾

2. 1990년 대소회사구분입법의 주요내용

가. 1인회사의 설립 허용

1990년 개정상법은 발기인의 인원에 하한을 두지 아니하고, 주식회사를 설립함에 있어 발기인이 정관을 작성할 것을 요한다는 것만 규정하였다(일본상법 제165조). 이는 발기인이 1인 즉, 주주가 처음부터 1인인 주식회사의 설립을 인정한 것이다. 구상법은 주식회사를 설립함에 있어서는 7인이상의 발기인을 요한다고 정하고 있었다. 그리고 각 발기인은 주식을 인수할 것을 요하기 때문에 주식회사의 성립시에는 7인이상의 주주가 필요하였다.

구상법이 발기인의 인원의 하한을 7인으로 했던 것은 주식회사 설립의 확실성을 기하고, 설립에 관한 책임을 부담하는 자인 발기인을 상당수로 하기 위함이었다. 그러나 발기인은 사실상 회사에 참여 하는가 그렇지 아니한가를 불문하고 정관에 발기인으로 서명한 자라고 하는 형식적 개념에 불과하고 특별한 자격도 요하지 아니하기 때문에, 이 7인이상이라고 하는 요건은 명의를 빌려 용이하게 충족할 수 있어 그 실효성이 의문시되었다. 또한 7인이상의 발기인을 요구한다면 명의뿐인 주주가 존재하는 경우가 많게 되고 이는 후일 분쟁의 원인이 되기도 하였다.¹³⁾

주식회사는 다수의 자로부터 자금을 모으는 제도이지만 동시에 주주의 유한책임에 의하여 어떤 재산을 다른 재산과 분리하여 관리하는 기술적인 측면도 있는데, 1인회사는 주식회사를 이러한 측면에서 이용하는 것이다. 그러므로 개정상법은 발기인 인원의 하한을 두지 아니하고 주주가 처음부터 1인인 주식회사의 설립을 허용한 것이다. 또한 개정유한회사법은 주식회사와 마찬가지로 유한회사에 대해서도 1인회사의 설립을 인정하였다(일본 구유한회사법 제69조제5항 삭제).

12) 浜田 道代 外, 전계서, 480~481頁.

13) 浜田 道代 外, 전계서, 482頁.

나. 검사인 조사의 일부 생략

1990년 개정상법은 현물출자·재산인수(일본상법 제168조제1항제5호 및 제6호)에 관하여 법원이 선임하는 검사인의 조사를 받아야 하는 것(동법 제173조제1항 및 제181조제1항)에 대하여 3가지 예외를 허용하였다. 이 규정에 의하여 검사인의 조사를 받을 필요가 없는 경우는 다음과 같다.

① 소액면제: 현물출자·재산인수의 목적인 재산(유가증권 및 부동산 포함)의 정관에 정한 가격의 총액이 자본의 5분의 1을 초과하지 아니하고, 또 500만원을 초과하지 아니하는 때(동법 제173조제2항 전단 및 제181조제2항)

② 유가증권에 관한 면제: 현물출자·재산인수의 목적인 재산이 거래소의 시세 있는 유가증권(장외매매주식은 포함하지 아니한다)인 경우 정관에 정한 가격이 그 시세(원칙적으로 정관작성일 전일의 종가)를 초과하지 아니하는 때(동법 제173조제2항 후단 및 제181조제2항)

③ 부동산에 관한 면제: 현물출자·재산인수의 목적인 재산이 부동산인 경우에 그것에 관한 사항(동법 제168조제1항제5호 및 제6호)이 적정하다는 변호사의 증명을 받은 때(이 경우 그 부동산에 대하여 부동산감정사의 감정평가를 받아야 한다)(동법 제173조제3항 및 제181조제2항)

구상법은 설립시의 현물출자·재산인수에 관하여 법원이 선임하는 검사인의 조사를 받도록 하는 것에 어떠한 예외도 인정하지 아니하였다. 이 때문에 개인기업을 주식회사조직으로 하는 경우나 회사가 일부 영업부문을 독립시켜 자회사로 하는 경우(회사분할)와 같이 현물출자·재산인수의 필요가 있는 경우에도 이를 정관에서 정하지 아니하고 검사인의 조사를 회피하는 경우가 대부분이었다.¹⁴⁾

그러므로 개정상법은 현물출자·재산인수에 대하여 소액면제 및 평가방법이 확립되어 있는 시세 있는 유가증권·부동산에 관한 검사인의 조사면제를 인정하여 현물출자·재산인수를 이용하기 쉽게 한 것이다. 부동산에 관하여는 변호사가 부동산감정사의 평가를 충분히 참고하고 각종 권리관계를 고려하여 증명을 하도록 하고 있다.

또한 개정유한회사법은 유한회사의 설립시 현물출자·재산인수(일본 유한회사법 제7조제2항 및 제3항)에 대하여 새로이 법원이 선임하는 검사인의 조사

14) 浜田 道代 外, 전계서, 484頁.

를 받도록 함과 아울러 검사인의 조사에 관하여 주식회사의 경우와 유사하게 소액면제 및 유가증권·부동산에 대한 조사면제를 인정하였다(동법 제12조의2 및 제173조제2항 후단·제3항).

다. 발기설립시 검사인의 조사 폐지

1990년 상법개정은 설립절차의 지연과 법원의 불필요한 간섭을 배제한다는 취지에서, 발기설립의 경우 주금을 발기인이 정한 납입은행 또는 신탁은행에 납입하도록 함(일본상법 제170조제2항)과 동시에 주금의 납입 및 현물출자의 이행 유무에 대하여 법원이 선임하는 검사인의 조사를 요하지 아니하는 것으로 하였다(동법 제173조제1항).

구상법은 발기설립의 방법에 의하는 경우 변태설립사항(동법 제168조제1항)이 없고 금전출자만으로 회사를 설립하는 경우에도 주금의 납입 유무에 대해서까지 법원이 선임하는 검사인의 조사를 받도록 하였었다(일본 구상법 제173조제1항).

이에 대해 개정상법은 모집설립의 경우와 마찬가지로 주금의 납입은 발기인이 정한 납입취급은행 또는 신탁은행에 하도록 하고, 그 대신에 주금납입의 유무에 대한 검사인의 조사를 받지 않도록 한 것이다. 또한 개정상법은 현물출자에 대해서도 구상법과는 달리 검사인의 조사를 요하는 것은 그 내용으로 한정하고, 이행 유무에 대해서는 검사인의 조사를 요하지 아니하는 것으로 하였다.

개정유한회사법은 유한회사의 설립절차에 대해서도 출자의 납입은 은행 또는 신탁회사에 하도록 하였다(일본유한회사법 제12조제2항·제3항 및 제12조의3).

라. 최저자본금제도의 도입

1990년 상법개정에서는 소규모폐쇄회사에 적합하도록 제도정비를 한 것 외에도 채권자보호 강화,¹⁵⁾ 자금조달의 합리화¹⁶⁾ 및 주식제도의 개선¹⁷⁾을 위한

15) 채권자보호를 강화하기 위하여 최저자본금 제도를 신설하고, 주식배당제도를 이익의 자본전입절차와 주식분할절차로 이분화하여 자본증가가 용이하도록 하였으며, 이익준비금 적립기준에 관한 규정을 정비하여 사내유보이익의 범위를 확대하였다.

16) 자금조달의 합리화를 위하여 배당우선주의 배당금에 관하여 상한만을 정관에 정하도록 하고, 배당우선주 중 무의결권주의 발행한도를 발행주식총수의 4분의 1에서 3분의 1로 확대하였으며, 사채의 발행한도를 회사의 순자산액의 2배로 확대하였다.

17) 주식제도의 개선을 위하여 주식양도제한에 관한 사항을 정비하고, 단주권의 불발행 및 단주에 대한 매수청구권을 인정하였으며, 종래 거의 이용되지 않던 무기명주권제도를 폐지함과 아울러 주권의 기재사항을 합리화하였다.

다수의 제도정비가 행하여졌다. 이 중에서 채권자보호 강화의 일환으로 도입된 최저자본금제도는, 물론 소규모폐쇄회사에 적합하도록 제도를 정비하는 것과 직접 관련이 있는 것은 아니지만, 특히 대소회사구분입법을 추진함에 있어 상징적인 의미를 가진 제도이다.

1990년 개정상법은 주식회사의 최저자본금제도를 신설하여 자본금을 1000만 엔이하로 할 수 없도록 하였다(일본상법 제168조의4). 구상법은 주식회사에 대하여 최저자본금을 정하고 있지 아니하였다. 그러나 종래 주식회사의 설립에는 7인이상의 발기인이 필요하고 각 발기인은 주식을 인수하여야 했기 때문에, 설립시 적어도 7주는 발행하여야 했다. 또한 1981년의 상법개정에 의하여 회사의 설립에 즈음하여 발행하는 액면주식의 액면과 무액면주식의 발행가액은 5만엔이상으로 되고(동법 제166조제2항 및 제168조의3), 이러한 내용이 자본금에 반영되어야 했다(동법 제284조의2제2항). 따라서 주식회사 성립시의 최저자본금은 사실상 35만엔(모집설립시에는 1인의 응모주주를 더하여 40만엔)이었다. 이는 최저자본금제도를 인식하여 정한 것은 아니지만, 이 금액이 주주가 유한책임의 이익을 향유하는 주식회사의 재산을 확보하기 위한 기준금액으로서 지나치게 적다는 지적이 많았다.¹⁸⁾

그러므로 개정상법은 회사의 재산적 기초를 강화하기 위하여 주식회사에 대하여 1000만엔의 최저자본금을 둔 것이다. 이와 관련하여 개정상법은 경과조치로서 자본금이 1000만엔미만인 기존의 주식회사는 동법 시행후 5년의 유예기간 내에 자본금을 1000만엔이상으로 하거나 유한회사·합명회사 또는 합자회사로 조직을 변경하도록 하고, 필요한 조치를 취하지 아니하는 회사는 법무대신에 의한 공고 2월후에 해산한 것으로 보도록 하였으며, 그 후 3년내에는 부활할 수 있도록 하였다(동법 부칙 제5조 내지 제8조). 또한 개정유한회사법은 유한회사의 최저자본금을 구유한회사법의 10만엔에서 300만엔으로 인상함과 동시에 기존의 유한회사에 대하여 주식회사의 경우와 유사한 경과조치를 두었다.¹⁹⁾

마. 주주에 대한 신주인수권 부여

1990년 개정상법은 주식양도에 이사회 승인을 요하도록 하는 등 주식의 양도를 제한하고 있는 회사에서는 주주가 당연히 신주인수권을 갖도록 하였다

18) 浜田 道代 外, 전계서, 483頁.

19) 경과조치에 의하여 1996년을 기점으로 해산한 것으로 간주된 회사는 주식회사 약11만(해산율 9.8%), 유한회사 약34만(해산율 20.0%)이었다고 한다.

(상법 제280조의5). 일본의 구상법은 주주가 원칙적으로 신주인수권을 갖지 아니하고 예외적으로 정관 또는 이사회 결의에 의하여 주주에게 신주인수권을 부여할 수 있다고 정하고 있었다(일본 구상법 제280조의2).

주주가 소수이고 주주 상호간에 인적 신뢰관계가 형성되어 있으며 소유와 경영이 일치하는 비공개회사의 경우에는 지주비율에 따라 신주를 인수하도록 하는 것이 주식의 가치 및 주주 간 신뢰의 유지에 바람직할 것이다. 다만, 비공개 회사라도 주식양도를 제한하지 않는 경우에는 주주이외의 자가 주주로 되는 것이 허용되므로, 개정상법은 이러한 회사에까지 주주에게 자동적으로 신주인수권을 인정하는 것은 적절하지 아니하다는 이유에서 주식양도를 제한하고 있는 회사에 한하여 주주가 당연히 신주인수권을 가지는 것으로 정한 것이다.²⁰⁾

Ⅲ. 독일의 소규모주식회사를 위한 입법

1. 소규모주식회사 입법의 배경

독일의 회사법은 주식회사와 유한회사의 엄격한 분리에 기초하고 있다. 주식회사는 산업혁명의 소산으로서 1861년 이래 법률로 규율되어 왔다. 유한회사는 주로 소규모 기업형태로 고려되었고 그 발전이 법원에 의하여 이루어져 온데 반하여, 주식회사의 역사는 입법의 역사라고 할 수 있다.²¹⁾ 독일의 주식법(Aktiengesetz; AktG)은 1884년, 1897년, 1931년 및 1937년에 크고 작은 개정이 있었고, 1965년에 이르러 기업집단법 즉, 콘체른법의 체제를 갖추면서 일단 완성된 것으로 평가되고 있었다.

그러나 1990년대에 들어서면서 1965년 주식법에 대하여 두 가지 관점에서 비판이 제기되기 시작하였는데, 그 하나는 주주를 단체법적 시각에서 대기업의 공동소유자로 보고 자본시장의 투자자로 고려하지 아니하여 자본시장이 발달하지 못하였다는 것이고, 다른 하나는 주식법의 제한적 형식화와 관료화로 인하여 기업경영의 합리화라고 하는 경제변화의 흐름을 수용하는데 한계가 있다는 것이었다.

이에 독일에서는 두 가지 방향으로 주식법의 개혁필요성이 대두하였는데, 그 하나는 자본시장법과 주식법의 관계를 재검토하여 새로운 체계를 형성하여야 한다는 것이고, 다른 하나는 주식법 자체의 존속을 위해서는 그 엄격성을 완화하여

20) 竝木俊守, 『平成2年改正商法・有限會社法詳解』, 中央經濟社, 1990, 31頁.

21) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 769 ff.

야 한다는 것이었다. 이 중 후자의 첫 단계로 단행된 것이 1994년의 ‘소규모주식회사 및 주식법의 규제완화를 위한 법률(Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts; 이하 ‘1994년 법률’이라 한다)’이다.

1994년 법률은 두 가지 법제사적 의미를 내포하고 있다. 첫째는 주식법의 규제완화이고, 둘째는 독일법에서 처음으로 상장회사와 비상장회사를 구별하였다는 것이다. 그렇다고 이 법률이 ‘소규모주식회사’라는 새로운 법형태를 창설한 것은 아니다. 이 법률이 특히 중요한 의미를 가지는 것은 1인의 주주가 참여한 회사 또는 회사가 모든 주주들을 알고 있는 경우(대부분의 비상장회사)를 위한 특별한 규정을 신설하여 실무상의 편의성(Erleichterungen)을 제고하였다는 것이다.

1994년 법률은 주식회사의 구별기준으로 매출액이나 자본금 또는 종업원 수를 문제 삼지 않고 자본시장에 참여하고 있는지의 여부만을 요건으로 하고 있다. 이 같은 기준을 채택한 데는 구별의 실익이라든가 규율의 현실성이 고려된 때문이라고 추측된다. 주식회사의 구별기준이 자본시장에의 참여여부로 단순화되어 있다는 한계가 있기는 하지만, 이 법률은 독일에서 자본시장과 자본시장법적인 사고가 처음으로 주식회사의 규율에 직접적인 영향을 끼쳤다는 점에서 회사법의 역사적인 전환을 이룬 것으로 평가되고 있다.²²⁾

2. 1994년 법률의 주요내용

가. 주식회사의 1인 설립 허용

1994년 이전의 독일 주식법은 주식회사의 설립시 5인이상의 발기인이 정관을 작성하고 주식을 인수하도록 하였으나, 1994년 주식법은 1인 또는 수인이 주식회사를 설립할 수 있다고 정하고 있다(AktG §2). 1인은 자연인뿐만 아니라 법인이나 조합도 가능하다. 다만, 1998년 법률은 주식회사의 1인 설립을 허용하면서 설립자본금의 미납입부분에 대한 담보를 설정하도록 하는 특칙을 두고 있다(AktG §36 Abs. 2 S. 2). 독일은 설립자본금에 대하여 전액납입주의를 채택하고 있는 우리와는 달리 분할납입주의를 취하고 있기 때문에(AktG §36a Abs. 1), 1인에 의한 주식회사의 설립을 허용하면서 설립자본금 납입의 이행을 확보하기 위하여 담보제공의무를 추가한 것이다.

22) Lutter, “Das neue Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung der Aktienrechts”, AG 1994, S. 430.

아울러 독일 주식법은 1인이 회사의 자기주식을 제외한 모든 주식을 소유하는 경우에는 이러한 사실과 1인 주주의 성명, 직업 및 거소를 법원에 신고하도록 정하고 있다(AktG §42). 이 규정이 의미하는 바는 1인 주식회사에 대해서는 현재 및 장래의 회사채권자 보호를 위하여 익명성을 보장하지 아니한다는 것이다.²³⁾ 이는 무기명주식을 발행하여 주주명부가 존재하지 아니하는 경우에 대해서도 같다.

나. 정관자치의 확대

(1) 준비금의 적립범위

1994년 이전의 주식법에 의하면 이사회(Vorstand)와 감사회(Aufsichtsrat)는 결산확정시 이익의 50%를 이익준비금으로 적립할 수 있는 권한을 가지고 있고 주주총회는 나머지 50%에 대해서만 처분을 결정할 수 있었다. 또한 이사회와 감사회는 정관의 규정에 의하여 권한을 확장하여 결산이익 전부를 준비금으로 적립할 수도 있었다.

1994년 법률은 비상장회사의 경우 정관의 규정에 의하여 이사회와 감사회의 권한을 제한 또는 박탈할 수 있다고 정하고 있다(AktG §58 Abs. 2). 이로써 준비금의 적립권한이 완전히 주주총회에 속하도록 할 수 있게 되었다. 예컨대 가족주식회사나 소규모의 동질적인 주주로 구성된 회사의 경우에는 이 같은 정관규정을 도입하여 준비금의 적립권한을 경영진으로부터 주주총회로 이양시키는 것이 가능하게 된 것이다.²⁴⁾

(2) 주권의 발행

주주는 회사에 대하여 1주마다 주권을 발행해 줄 것을 요구할 수 있고, 이러한 주주의 주권발행청구권은 정관이나 주주총회의 결의에 의해서도 제한할 수 없다는 것이 독일의 종래 다수설이었다.²⁵⁾

1998년 법률은 각각의 주식에 대한 주주의 주권발행청구권을 정관으로 배제하거나 제한할 수 있도록 정하고 있다(AktG §10 Abs. 5). 즉, 주식회사는 주권을 전혀 발행하지 아니할 수는 없지만 정관의 규정에 의하여 복수의 주식에

23) Lutter, a.a.O., S. 434.

24) Lutter, a.a.O., S. 436.

25) Kraft in Kölner Kommentar, §10 Rdn. 8, §8 Rdn. 51; 법무부, 각국의 최근 상법 동향, 1998.12, 151면 재인용.

대하여 하나의 주권만을 발행하거나 주권의 발행비용을 주주가 부담하도록 할 수 있다.²⁶⁾

다. 주주총회 절차의 간소화

(1) 소집절차의 요건 완화

1994년 법률은 회사가 모든 주주를 알고 있는 경우에는 신문에 공고하지 아니하고 등기우편에 의하여 주주총회의 소집을 통지할 수 있다고 정하고 있다(AktG §121 Abs. 4). 이러한 통지에는 의안에 관한 사항 및 의안에 추가하도록 소수주주가 요구한 사항이 포함되어야 한다(AktG §124 Abs. 1 S. 3). 이로써 주주총회의 준비가 외부에 알려지지 않고 회사와 주주 간에만 내부적으로 진행될 수 있게 되었다.

회사가 모든 주주를 알고 있는 것이 이 규정의 적용요건이므로 1인이라도 알지 못하는 주주가 있는 경우에는 신문을 통한 공개적인 소집공고를 하여야 한다.²⁷⁾ 기명주식을 발행한 경우에는 주주명부가 작성되므로 회사가 모든 주주의 이름과 주소를 알고 있는 것으로 간주되고, 회사로서는 주주명부상의 주주에게 통지를 하면 요건을 충족하게 된다(AktG §67 Abs. 2 참조).

(2) 주주 전원출석에 의한 주주총회 소집절차의 하자 치유

1994년 법률은 주주총회에 주주 전원이 출석하는 경우에는 소집절차상의 하자가 치유되는 것으로 명시적으로 정하고 있다(AktG §121 Abs. 6). 치유되는 하자의 범위에는 전술한 소집방법(AktG §121 Abs. 4 참조)에 관한 하자 이외에도 총회장소, 의안의 통지 등 모든 소집절차사항에 관한 하자가 포함된다.²⁸⁾

한편 전원출석총회(Vollversammlung)가 성립하기 위해서는 모든 주주 또는 그의 대리인이 출석하는 외에 결의에 대하여 아무도 이의를 제기하기 아니하여야 한다. 의안의 내용에 관하여 충분한 정보를 갖지 못한 주주나 판단능력이 없는 주주가 총회에 출석하는 것만으로 결의에 구속당하는 경우는 배제되어야 하기 때문이다.²⁹⁾

26) Begr. RegE, BT-Drucks, 12/6721, S. 6~7; 법무부, 전제서, 152면 재인용.

27) Blanke, "Private Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts", BB 1994, S. 1505~1508.

28) Blanke, a.a.O., S. 1508.

29) Lutter · Hommelhof, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 14 Aufl., 1994, §51 Rdn. 16;

(3) 주주총회 의사록 공증의무 면제

1994년 법률은 비상장회사에 대하여 원칙적으로 주주총회 의사록을 공증받지 아니하여도 된다고 정하고 있다(AktG §130 Abs. 1 S. 3). 이 규정에 의하면 비상장회사의 경우 주식법에 따라 특별결의 즉, 의결권의 4분의 3이상의 찬성을 요하는 결의(정관변경, 해산, 합병, 조직변경, 증자 또는 감자 등)를 제외하고는 공증인에 의한 주주총회 의사록의 공증을 요하지 아니하며 감사회 의장의 서명으로 족하다.

IV. 우리나라의 중소기업 관련 상법개정

1. 개요

우리의 상법은 경제개발 초기인 1962년에 제정되어 고도성장기인 1970·1980년대를 거쳐 경제조정기인 1990·2000년대에 이르면서 모두 아홉 차례 개정되었습니다. 이 중 회사법과 관련해서는 1984년, 1995년, 1998년, 1999년 및 2001년에 다섯 차례 큰 폭의 개정이 있었다. 이러한 다섯 차례의 회사법 개정 중 중소기업과 관련한 개정이 전혀 없었던 것은 아니지만, 중소기업의 현실을 비중 있게 고려하면서 개정에 임한 적은 없는 듯하다.

그간의 회사법 개정 중 합명회사·합자회사·유한회사에 관한 개정사항을 제외하고, 주식회사인 중소기업을 배려한 것으로 볼 수 있는 개정사항으로는 1995년의 주식설립절차의 간소화, 1998년의 소규모기업의 1인 이사 허용 및 2001년의 주식회사의 1인 설립 허용을 들 수 있다.

2. 중소기업 관련 상법개정의 주요내용

가. 1995년 상법개정³⁰⁾

(1) 주식회사 설립요건의 완화

1995년 개정상법은 주식회사의 발기인수를 종래의 7인이상에서 3인이상으로

Lutter, a.a.O., S. 439; Seibert, Kleine AG im Rechtsausschuß verabschiedet, ZIP 1994, S. 914~915.

30) 최성근, “95商法改正에 대한 檢討”, 『법제연구』 제10호, 1996, 104~105면.

감소하고(개정상법 제288조), 종래 발기인으로 한정하고 있는 현물출자자의 자격제한을 철폐하였다(구상법 제294조 삭제).

(2) 주식회사 설립절차의 간이화

종래에는 발기설립의 경우 변태설립사항이 없더라도 법원이 선임한 검사인의 설립경과에 대한 조사를 받도록 하였으나, 개정상법은 발기설립과 모집설립의 구분없이 이사·감사가 설립경과를 조사·보고하도록 하였다(개정상법 제298조 및 제313조).

또한 개정상법은 변태설립사항이 있는 경우에는 원칙적으로 법원이 선임한 검사인으로 하여금 조사·보고하도록 함과 동시에, 이의 대체방법으로 변태설립사항중 발기인의 특별이익과 설립비용·발기인의 보수는 공증인의 조사·보고로, 현물출자와 회사성립후 양수할 것을 약정한 재산은 감정인의 조사·보고로 갈음할 수 있도록 하였다(동법 제299조의2 및 제310조).

나. 1998년 상법개정

1998년 개정상법은 소규모 중소기업체에까지 3인이상의 이사를 두도록 의무화한 종래 규정의 비현실성을 개선하여, 발행주식의 액면총액 즉, 자본금 5억원 미만인 회사에 대해서는 1인 또는 2인의 이사를 자율적으로 둘 수 있도록 하였다(개정상법 제383조제1항 단서). 또한 개정상법은 이사수가 1인인 경우에는 규정 중 '이사회'를 '주주총회'로 보도록 하거나(동법 제383조제4항), 그 이사가 회사를 대표하여 이사회의 기능을 담당하도록 하였다(동법 제383조제6항).

다. 2001년 상법개정

2001년 개정상법은 종래 주식회사의 설립에는 발기인이 3인이상 있어야 한다고 제한하던 것을 1인에 의한 회사의 설립도 가능하도록 하였다(개정상법 제288조). 또한 개정상법은 유한회사의 경우에도 종래 2인이상이던 설립시 발기인의 인원수 요건을 삭제하였다(동법 제543조제1항).

V. 향후 중소기업 경영합리화를 위한 회사법 개정의 방향

그간에 우리의 회사법 개정에서 중소기업에 대한 배려가 전혀 없었던 것은 아니지만, 중소기업의 현실에 맞는 적절한 배려가 간과되어 온 것이 사실이다. 그 원인은 여러 가지로 진단될 수 있겠지만, 성장위주로 대기업만을 염두에 두고 경제정책과 회사입법을 추진해 온 것이 주된 원인이라 할 것이고, 보다 근본적으로는 중소기업의 본질과 역할에 대한 이해가 부족하였던 때문이라고 생각한다.

법리적 당위성이란 관점에서 볼 때, 중소기업은 시장에서 독자적인 경쟁기능을 확보하기에 취약한 거래주체이므로 중소기업에 대해서는 국가의 후견적 보호가 요구된다. 이러한 이유에서 헌법에서도 중소기업의 보호·육성 및 조직화에 대한 국가의 의무를 규정하고 있다(헌법 제123조제3항 및 제5항). 현실적 필요성이라는 관점에서 볼 때에도, 중소기업은 국가 전체의 고용 중 70% 이상을 담당해 주고 있으므로³¹⁾ 중소기업에 대해서는 정책적·제도적 차원에서 특별한 지원이 필요하다. 아울러 중소기업은 작금의 현실에서 사회·경제의 다양화·개별화·정보화에 따른 다품중소량생산시대 및 지식정보화시대의 주역으로서 역할이 요청되고 있다.

중소기업이 법인형태를 취하는 경우에는 거의 전부가 주식회사를 선호하는 것이 현실이다. 그러므로 회사법이 중소기업에 배려하여 합병회사, 합자회사 및 유한회사 제도를 두고 있다는 것으로 자족하는 입법태도는 우리의 기업현실과 맞지 아닐 뿐만 아니라, 법률이 입법자나 집행자 위주의 법률이 아니라 수요자 중심의 법률로 나아가야 한다는 입법의 지상명제에 비추어보더라도 바람직하지 아니하다. 그러므로 기업관계를 규율하는 기본적인 법률인 상법 즉, 회사법도 기업현실과 입법명제에 기초하여 중소기업에 재인식하는 개혁적인 개정이 필요하다고 본다.

기업은 자신이 원하는 회사형태를 선택할 자유가 있고 기업의 선택은 다양한 결정요인에 의하여 언제든지 바뀔 수 있으므로, 현행 회사법과 같이 합병회사, 합자회사, 유한회사 및 주식회사의 4가지 선택지는 그대로 두는 것이 바람직하다고 본다.³²⁾ 문제는 '회사법이 중소기업의 경영합리화에 도움을 주려면

31) 중소기업특별위원회, 『중소기업 발전 10개년 비전』, 2000, 15면 등 참조.

32) 일본의 경우 현재 2005년 6월 성립을 예정으로 회사법개정을 진행하고 있는데, 회사법제

어떠한 방향으로 변화되어야 하는가'라고 하겠는데, 먼저 합명회사, 합자회사 및 유한회사에 관한 회사법규정들은 중소기업을 상정하여 만들어진 것인 만큼 근본취지가 달라질 필요는 없고 법규정의 현실성을 제고하기 위한 소폭의 개정으로 족할 것이라고 본다.

다음으로 주식회사에 관한 회사법규정들은 본래 대기업을 염두에 두고 만들어진 것이므로 중소기업에 대하여 예외를 허용하는 방향으로 대폭 개정될 필요가 있다고 본다. 위에서 살펴본 바와 같이 그간의 상법개정에서 중소기업을 배려한 일부개정이 있기는 하였지만 주로 설립부분에 국한하여 요건을 완화하거나 절차를 간소화하는 것이었다. 물론 설립도 중요하지만, 기업 자신은 물론 사회·경제적으로 보다 중요한 것은 '설립후 어떻게 기업활동을 영위해 나아가는가'라고 할 것이다.

주식회사인 중소기업의 설립후 기업활동 즉, 경영의 효율성 제고에 실질적인 도움을 주기 위해서는 주식회사의 자본(주식)과 기관에 관한 현행 회사법규정의 내용이 중소기업의 현실에 맞게 수정될 필요가 있다. 이와 관련하여 1990년 일본의 대소회사구분입법이나 1994년 독일의 소규모주식회사를 위한 입법은 우리에게 시사하는 바가 크다고 본다. 향후의 상법개정에서는 '회사법에서의 중소기업에 대한 배려'가 중요의제로 올려지면서, 배려대상 중소기업의 기준, 자본에 대한 정관자치의 확대, 이사회·주주총회의 소집·결의절차 간소화, 감사제도의 개선 등이 심도 있게 논의되어야 할 것이다.

주제어 중소기업, 중소기업주식회사, 소규모주식회사, 폐쇄회사, 대규모회사, 공개회사, 경영합리화, 대소회사구분입법

의 현대화라는 명제하에 유한회사제도를 폐지하고 종래의 유한회사를 주식회사로 전환하도록 하는 내용을 담고 있다, 이는 유한회사가 주식회사와 실체가 동일함에도 불구하고 규제상의 불균형이 존재하고 있어 이를 해소하기 위한 입법조치라고 한다, 江頭憲治郎, “일본 회사법제의 현대화 - 2005년에 예정된 개정 -”, 한국증권법학회 세미나 발표자료, 2004.11.27, 4~5면. 이에 대해 필자는 회사법이 회사형태를 인위적으로 한정하여 기업이 특정한 회사형태를 취하도록 강요하는 입법은 바람직하지 아니하다고 생각한다. 기업은 다양한 결정요인에 기초하여 회사형태를 선택한다. 또한 기업의 선택은 경제적·경제외적 변화에 의하여 바뀔 수도 있다. 회사형태와 관련한 회사법의 역할은 기업에 대하여 다양한 선택지를 제공하고 해당 형태별로 합리적인 운영이 가능하도록 적정하게 규율하는데 있다고 본다.

The Amendment Points of Corporations Law for the Managerial Rationalization of Medium and Small Corporations in Korea

Choi, Seong-Keun*

Stock corporations are the enterprise forms designed for the large-sized and publicly held corporations in corporations law. But contrary to the ideals of corporations law, medium & small-sized and closely held corporations command an overwhelming majority among stock corporations in Korea.

The regulations of a stock corporation may be complicated and strict under current corporations law. Therefore medium & small-sized and closely held corporations have some legal problems in performing their business.

In recent years, there were legislations for medium & small-sized and closely held corporations in a few countries. In Japan, they got to amend Japanese Commercial Act under the assumption of “the Separate Legislation between Large and Small Corporations” in 1990. And in Germany, there was the amendment of Stock Act through the enactment of “the Act for Small Corporations and on Deregulation of Stock Act” in 1994.

I think that the amendment of Commercial Act is required for the managerial rationalization of medium and small corporations in Korea too. And it is especially desirable that the amendment should be focused upon the stock(capital) and bodies of corporation.

KEY WORDS medium and small corporation, medium and small-sized corporation, small-sized corporation, closely held corporation, large-sized corporation, publicly held corporation, managerial rationalization, Separate Legislation between Large and Small Corporations

* Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D. in law