

독일 유한회사법의 개정을 위한 법률 - 자본관련규정의 개정 -

1. 자본충실

유한회사의 현대화를 위한 법률은 자본충실과 관련하여 처음으로 소위 숨은 현물출자와 현금 납입(sog. Hin- und Herzahlen) 형태에 대한 법률상의 규정을 두었다. 두 사례는 그 동안에는 판례에 의하여 규율되고 있었는데 이러한 판례 원칙에 대하여는 부적절하다는 견해가 우세하였다. 이 규정은 유한회사법도입법¹⁾ 제3조 제4항에 따라 종전 사건(Altfälle)에 대하여도 적용된다. 다만 종전 사건에 대하여는 회사와 사원 간의 청구권에 대하여 유한회사의 현대화를 위한 법률이 발효되기 전에 기판력이 있는 판결(ein rechtskräftiges Urteil)이 있거나, 회사와 사원 간에 유효한 합의가 있는 경우에는 그

러하지 아니하다. 더 나아가 1인 설립의 경우에는 전액 납입이 아닌 한 등기 전에 담보 제공을 하여야 할 요건은 삭제되었다.²⁾

1. 숨은 현물출자의 요건 및 법률 효과

형식적으로 보면 금전출자에 대한 합의가 있고 그 이행 또한 있었지만 경제적인 측면에서 볼 때 이러한 출자의 사용 목적에 대한 사전의 합의로 인하여 특정 재물(Sachwert)을 인수해야 한다면 이는 숨은 현물출자이다. 판례는 이러한 경우 현물출자에 대한 법률상의 규정을 회피하였기 때문에 출자의 이행 및 그 기초가 되는 채무상의 합의를 무효로 보았다.³⁾ 그렇지만 이러한 판례를 그대로 수용하면 회사가 파산이 되는 경우 파산관재인은 합의된 금전출자를 새

각주

1) Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG-Einführungsgesetz - EGGmbHG).

2) 구 유한회사법 제7조 제2항 제3문 참조.

3) Vgl. BGHZ 125, 141, 149 ff.; BGHZ 132, 133, 135 ff. = DNotZ 1997, 480; BGHZ 132, 141, 143 ff. = DNotZ 1997, 485; BGHZ 155, 329, 334 ff. = DNotZ 2004, 206.

로이 요구할 수 있었을 뿐만 아니라 이미 이행한 현물출자는 회사가 그대로 보유하게 되는 결과를 초래하였다. 사원은 이 경우 오로지 파산재단에 대하여 부당이익의 반환청구권을 행사할 수 있었기 때문에 이러한 판례의 결론에 대하여 부당하다는 견해가 점차 주장되기에 이르렀다.

따라서 정부안에서는 이러한 사안과 관련하여 숨은 현물출자의 법적 개념을 정의하는 이외에 소위 이행을 통한 해결책(sog. Erfüllungslösung)을 규정하였었다. 그 입법 이유에 따르면 회계적인 측면에서 이러한 현물출자의 이행은 납입할 의무가 있는 금전출자의 이행과 모순되지 않으며, 유한회사법 제9조에 의해 사원은 그 차액에 대하여 금전으로 이행을 하여야 할 의무를 부담할 뿐이라고 한다. 이러한 안은 부분적으로 심각한 반대에 부딪혔다. 왜냐하면 이는 민법에서 정하고 있는 이행 규정과의 불일치 및 법체계에 위반(Systemwidrigkeit)된다는(숨은 현물출자의 이행의 효과가 즉시 발생하게 됨으로써, 법률에 의한 현물출자와 금전출자의 엄격한 분리 및 이와 관련되는 절차가, 현저하게 그리고 충분한 제재 없이 완화될 수 있다는) 점에서 이에 대한 비판이 일었다.

유한회사법 제56조에 의해 동법 제19조 제4항은 자본 증가에도 준용이 되는데 이 규정에서 부분적으로 이러한 비판을 수용하였다. 즉, 판례에 의하여 발전된 제 원칙과는 달리 숨은 현물출자의 채권 행위 및 물권 행위가 유효로 될

수 있는(정부안에서 제안하였던) 여지가 생겼다. 마찬가지로 숨은 현물출자에 대한 법적 정의도 그대로 유지되었다. 따라서 소위 숨은 현물출자인 경우에도 이러한 현물출자에 대한 계약 및 그 이행 행위가 무효로 되지는 않고 오로지 사원은 자신의 출자의무의 면제를 받지 못할 뿐이다. 존속하는 사원의 금전 출자의무에 대하여 회사가 등기를 할 때, 경우에 따라서는 회사에 대하여 출자 대상을 이전할 때에(현물출자로 이행한) 재물의 가치가 참작된다(소위 참작을 통한 해결 방안). 숨은 현물출자의 실질 가치에 대한 입증책임은 따라서 사원이 부담한다. 그리고 이러한 참작은 회사가 상업등기부에 등기가 된 이후에 행해진다. 해당 사원의 출자의무가 정상적으로 이루어졌다는 업무집행사원의 보증은 허용되지 아니한다. 고의로 이러한 보증이 행해졌다면 업무집행사원은 유한회사법 제82조 제1항 Nr. 1의 형벌 구성 요건을 충족하게 된다. 덧붙여 등기법원은 유한회사법 제9c조 제1항 제1문에 따라 회사의 등기를 거절할 수 있다.

2. 견금에 의한 이행의 효과

숨은 현물출자와의 체계적인 유사성으로 인하여 소위 견금에 의한 이행(sog. Hin- und Herzahlen)에 대하여 유한회사의 현대화를 위한 법률은 법적 규정을 새로이 마련하였다. 이러한 경우에는 이미 이행이 된 금전 출자액은 사용 목적에 대한 합의에 따라 직접 소비 대차로서 출자자에게 되돌아 간다. 지금까지 판례는

이 경우 정상적인 금전출자의 이행을 인정하지 아니하였다. 그 이유로는 출자의 환급으로 인하여 업무집행사원이 중국적으로 자유로운 처분을 할 수 있는 급부의 이행이 존재하지 않기 때문이라고 하였다.

연방 정부는 그러한 점에서 유한회사법 제8조 제2항 제2문에 새로운 규정을 제안하였는데, 이에 따르면 사원에 대한 지급이 상환청구권 또는 반대급부 청구권에 의해 온전하게 보전될 수 있는 경우에는 정상적인 출자의 이행에 반하지 아니한다고 한다. 이 규정은 유한회사법 제19조 제5항으로 이전되었다. 덧붙여 회사 자본 충실을 위해 회사의 사원에 대한 상환청구권(Rückgewähranspruch)은 언제든지 만기가 도래하거나 회사가 즉시의 해제를 통해 언제든지 만기를 정할 수 있도록 하였다(동법 제5조 제1항 제1문). 지금까지 유한회사법 제19조 제2항, 제5조, 제22조 및 제24조에 의하여 강력하게 보장되었던 출자청구권은(정부가 제안한 바와 같이) 보다 약화된 대부금에 대한 상환청구권에 의해 보장되게 되었다. 이제 이러한 건금에 의한 납입은 업무집행사원이 등기를 할 때에 기재하여야 한다. 이는 등기법원이 출자자에 대하여 유한회사법 제19조 제5항의 규정에 맞게 출자의무가 면제되었느냐 하는 것을 심사할 수 있도록 하기 위함이다. 만약 상환청구권이 불완전한 경우에는, 이행의 효과는 지금까지의 판례의 제 원칙에서와 마찬가지로(새로운) 금전출자의 이행이 된 이후에야 생긴다. 출자금의 환

급으로 볼 수 있지만 동시에 숨은 현물출자의 요건도 갖춘 사안에 있어서는 결론적으로 유한회사법 제19조 제4항이 동법 제19조 제5항의 적용에 우선한다. 입법자는 유한회사법 제19조 제5항의 규정에서 건금에 의한 납입에 대하여 회계적인 관점에서 평가를 하도록 시도함으로써 특히 소위 공동출자(Cash Pool)에서의 자본 충실을 유지하고자 하였다. 더 나아가 입법자는 이 규정의 고유의 규범 목적을 넘어 출자금의 환급에 대하여도 실질적인 자본충실의 원칙을 완화하였다.

동시에 입법자는 이러한 경우에 있어서 유한회사법 제7조 제2항 및 제24조와 달리 자본충실의 흠결(Kapitalaufbringungsdefizite)에 대한 위험을 사원으로부터 업무집행사원으로 이전하였다. 따라서 업무집행사원은 회사의 재산을 보호하는 기관으로서의 의무에 따라 자본을 조달할 때뿐만 아니라 계속적으로 유동성 분석의 견지에서 사원에 대한 상환청구권의 완전성(Vollwertigkeit)에 대하여 심사를 하여야 한다. 그리고 가치의 하락이 생긴 경우에는 필요에 따라 대부금의 상황을 요구하여야 한다. 업무집행사원이 이러한 의무를 위반하는 경우 유한회사법 제43조 제2항에 따라 회사는 손해배상청구권을 가진다. 이에 대하여 업무집행사원은 인적 무한 책임을 지며 회사의 채권자는 이를 압류할 수 있다. 사원의 책임은 완화된 반면에 업무집행사원의 책임 위험은 강화되었다. 업무집행사원과 사원의 책임에 관한 기존의 관계는 사원에게 유리하도록 변화하였다.

3. 1인에 의한 회사 설립 시의 담보 제공의 면제

유한회사 현대화를 위한 법률은 또한 1인에 의한 유한회사의 설립 시에 자본 조달을 더 용이하도록 하였다. 구 유한회사법 제7조 제2항 제3문은 폐기되었기 때문에, 1인 사원도 수인의 사원으로 구성된 유한회사에 있어서와 마찬가지로 회사의 설립 등기 전에 금전출자의 잔존 부분에 대하여는 담보를 제공할 필요가 없다. 이에 따라, 회사의 등기 후 3년 이내에 모든 지분(Geschäftsanteile)이 사원에게 귀속되는 경우에는 전액납입의무는 소멸한다.

II. 자본유지 및 자기자본보충

유한회사의 현대화를 위한 법률은 자본충실의 원칙 외에 현재의 자본유지의 원칙에도 영향을 끼쳤다. 그중에서 종전의 개정 규정(Novellenregeln)이었던 유한회사법 제32a조, 32b조의 자기자본보충법 및 유한회사법 제30조 제1항에 대한 판례 원칙이 이번 개혁의 주요 대상이었다.

1. 회사의 사원에 대한 대부

유한회사법 제30조는 자본유지의 원칙에 대

한 표현인 동시에 유한회사법에서 중심적인 역할을 하는 규정이다. 이 규정은 회사의 채권자, 회사 및 사원을 위하여 사원에 대한 자의적인 급부에 따른 설립자본의 감소를 막기 위한 것이다. 이와 같은 중요성으로 인하여 이 규정은 일관된 판례(ständige Rechtsprechung) 및 통설(allgemeine Meinung)에 따라 엄격하게 해석하여야 한다. 이 규정은 또한 탈법행위도 포함한다. 지금까지 연방 대법원의 구 유한회사법 제30조 제1항에 대한 판례를 살펴보면, 만약 어느 사원에 대하여 대부가 행해지고 이를 원인으로 하여 그와 연관이 있는 회사의 재산에 손해가 발생하였다면, 비록 이러한 소비대차가 완전히 유효하다고 하더라도 금지되는 사원에 대한 지급으로 보았다.⁴⁾ 특히 소위 공동출자(Cash Pool)와 관련하여 이러한 판례에 의한 해결은 부적합하다는(unbefriedigend) 견해가 제기되었다. 다른 국가와 비교해 볼 때 이러한 공동출자는 일반적이고 결합 기업의 자본조달에 있어서 반드시 필요한 요소이기 때문이다. 여기서 유한회사의 현대화를 위한 법률은 자본조달의 영역에서와 마찬가지로 회계적인 고찰 방식으로의 회귀를 통해 폐해를 시정하려고 하였다.⁵⁾

따라서 원칙적으로 여전히 유효한 유한회사법 제30조 제1항 제1문의 사원에 대한 지급 금지는 주식법 제291조에서 의미하는 지배계약

각주

4) BGHZ 157, 72, 75 = DNotZ 2004, 720. 참조.

5) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41. 참조.

또는 이익이전계약에 따른 급부의 이행 또는 급부가 완전한 반대급부 또는 상환청구권에 의해 보전되는 경우에는 적용되지 아니한다(동법 제30조 제1항 제2문). 유한회사법 제19조 제5항과는 달리 이러한 반대급부청구권 또는 상환청구권은 언제든지 만기가 되거나 회사가 언제든지 해지를 할 필요는 없다. 따라서 지급이 제한되는 회사의 재산은 완전성의 요청(Gebot der Vollwertigkeit)에 의해서만 보호된다. 유한회사법 제19조 제5항에서와 마찬가지로 여기서도 책임의 위험이 사원으로부터 업무집행사원으로 이전됨으로써, 업무집행사원의 책임이 강화되었다. 업무집행사원은 자본조달에서와 마찬가지로 반환청구권의 완전성에 대하여 심사를 하여야 하며, 이를 항상 확인하여야 하기 때문이다. 이에 반하여 사원의 책임은 완화되었다. 종전의 판례에 의하면 유한회사법 제30조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 요건이 존재하지 아니하고, (추정상의) 소비대차가 상환된 경우에는 유한회사법 제31조 제1항에 의한 상환청구권은 더 이상 존재하지 아니한다고 한다.⁶⁾ 유한회사의 현대화를 위한 법률에 의하여도 이 판례의 원칙에는 변함이 없다.

이번 법률 개정에서 있어서 또 다른 중요한 점은 회사계약이 존재하는 경우에는 자본 유지 규정에 의한 지급 금지의 적용을 받지 않도록 하

였다는 것이다. 이와 관련하여 이미 주식법 제291조 제3항은 회사계약이 적용되는 분야에서 자본에의 기속(Kapitalbindung)을 폐지하였었다. 유한회사법 제30조 제1항 제2문은 더 나아가 회사계약이 존재하는 경우의 모든 급부에 대하여 출자금의 환급금지의 적용에서 제외하였었다. 이러한 급부가 사원 또는 제3자에 대한 것이나, 회사계약을 원인으로 하느냐는 더 이상 문제되지 아니한다. 결합기업 내에서는 재산의 이전(Vermögensverschiebung)에 대한 보호가 별도로 필요하지 않다는 데 그 근거가 있다. 채권자는 개별적인 한 기업과 계약을 체결하는 것이 아니라 적어도 경제적으로는 기업 집단 그 자체와 계약을 체결하기 때문이다.

2. 소비대차와 사원의 용익권의 회사에 대한 이전

소위 자본을 보충하는 사원소비대차에 있어서 기존의 개정 조항(Novellenregeln)은 삭제되었다. 그 대신 사원의 소비대차는 앞으로는 그 법적 형식에 상관없이 파산법의 제원칙의 적용에 따르며 기존의 판례 원칙(Rechtsprechungsregeln)은 더 이상 적용되지 아니한다.

이는 판례의 자본조달의 결과에 대한 책임(Finanzierungsfolgenverantwortung)⁷⁾을 부인하는 것을 전제로 하고 있는데, 종전의 판례에

각주

6) BGHZ 165, 352, 356 f. = DNotZ 2006, 536; BGHZ 165, 113, 117 f. = DNotZ 2006, 218; BGHZ 166, 8, Rdn. 24 = DNotZ 2006, 543 참조.

7) BGHZ 90, 381, 388 f.; 127, 336, 344 f.; 140, 147, 150 = DNotZ 1999, 748; BGHZ 142, 116, 119 f.

의하면 사원이 회사의 위기 상황에서 회사를 청산하거나 자기자본을 조달하는 대신에 오로지 타인 자본만을 조달하였다면 이에 대한 비난을 가할 수 있다고 하였다. 유한회사법 제30조 제1항 제3문은 지금까지 유한회사법 제30조, 제31조에 대한 유추를 통해 발전된 판례 원칙이 더 이상 적용되지 않는다는 점을 명확하게 하였다. 앞으로는 사원소비대차에 대한 상황과 경제적으로 사원의 소비대차와 유사한 법률행위에 의한 채권에 대한 이행은 명시적으로 더 이상 금지되지 아니하기 때문이다. 이와 함께 입법자는 자기자본보충법에 대한 회사법상의 근거도 포기하였다. 오히려 범형식을 포괄하는 핵심적인 규정인 파산법 제39조 제1항 Nr. 5에 따라 회사가 파산을 할 경우, 파산법 제39조 제4항 및 제5항에 규정된 재무 구조 개선을 위한 것이 아니거나 소액 출자자가 아닌 한 모든 사원소비대차는 후순위가 된다. 덧붙여 파산법 제135조 제1항 Nr. 2에 따라 사원의 소비대차를 기초로 파산 전에 행해진 모든 급부는 취소할 수 있다.

따라서 소비대차가 파산 절차의 개시 신청 전 1년의 기한 안에 이루어졌느냐 아니냐에 따라 구별되어야 한다. 자기자본을 보충하는 성격을 가지느냐 하는 것은 더 이상 중요하지 않다. 판례 원칙이 적용되던 때와는 달리 만약 이러한 상황이 위기와 무관하게 행해졌고 회사 채권자의 행위가 남용에 해당하지 않을 지라도 언급한 기한 내에서 행한 사원의 소비대차에 대한 상황은 취소될 수 있다. 이는 위기 상황만 포함되는 것이 아니기 때문에 기존의 법률과 비교하여 볼

때 사원 책임의 확장을 의미한다. 이로 인해 증가하는 지분의 양도인에 대한 책임 위험이 확대된다는 점 역시 중요한 변화이다. 즉, 양도인이 양도 전에 소비대차의 상황을 요구하고, 상황을 청구한 후 1년 이내에 회사가 추후의 뜻밖의 원인 또는 취득자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 파산이 되는 경우가 여기에 해당된다. 이와 관련하여 중요한 것은 이러한 법률의 개정으로 인하여 사원소비대차에 관한 명료한 법리가 창설되었다는 것이다. 개별적인 사안에 있어서는 또한 제3의 채권자에 대한 보호가 약화될 수 있다. 사원인 채권자는 다른 채권자에 비하여 정보의 우위(Wissensvorsprung)를 가지는데, 이를 통해 사원인 채권자는 자신의 채권에 대하여 발생 가능한 결과를 파산 절차에서 생기지 않도록 파산절차개시의 신청 1년 전까지 이러한 정보의 우위를 마음껏 이용할 수 있기 때문이다.

학계에서의 수많은 논의를 기초로 하여 사원이 목적물에 대한 용익권을 회사에 이전할 수 있도록 법률상의 규정을 파산법 제135조 제3항에 새로이 도입하였다. 입법자는 또한 바로 그러한 사안에 대하여 각양각색의, 부분적으로 여전히 논란이 있는 판례에 대하여 수정을 가하였다. 즉, 지금까지는 위기 시에 사원이 목적물의 용익권을 회사에 이전하는 것은 자본을 보충하는 소비대차와 동일하게 보았다. 따라서 사원이 이 목적물을 계약상 합의된 기한이 지난 이후에야 또는 회사의 위기가 극복된 이후, 특히 설립 자본이 다시 보충된 이후에야 반환을 요구할 수 있었다. 그때까지 사원은 개정 전 유한회사법

제30조 제1항에 따라 이러한 행위가 회사의 결손 또는 채무 초과를 해소하기 위해 필요한 한 어떠한 보상도 요구할 수 없었다. 이제 파산법 제135조 제3항에 따라 어떤 목적물을 사용 또는 이용을 위하여 회사에 이전을 한 자는 파산 절차가 진행되는 동안, 그러나 최대 파산 절차의 개시 이후 1년 동안은 별제권을 행사할 수 없다. 사원은 이에 대하여 원칙적으로 절차 개시 전년도에 실질적으로 지급된 보수를 기준으로 하여 금전적인 보상을 청구할 수 있다.

물론 새로운 법률의 적용을 위해서는 유럽 파산법 제103d조에 따라 파산 절차가 개시되어야 한다. 따라서 지금까지의 자기자본보충법은 잠시 동안 더 효력을 발휘하게 된다.

III. 수권자본(유한회사법 제55a조)

유한회사의 현대화를 위한 정부의 법률안에 대한 연방 상원의 입장 표명에 부응하여, 주식법에서 존재하는 수권자본제도를 유한회사에서도 이용할 수 있도록 유한회사법 제55a조에 새

로이 규정을 마련하였다. 이 규정은 주식법 제202조를 모방한 것으로, 회사계약(Gesellschaftsvertrag; 유한회사의 정관)에 따라 업무집행사원이 회사의 등기 또는 정관의 변경 후 5년을 기한으로 출자와 교환하여 새로운 지분을 발행함으로써 정관에 규정된 특정 액수까지 자본을 증가시킬 수 있도록 하였다. 수권자본을 소진한 경우에는 상업등기부에 자본의 증가에 대한 등기를 요한다.

김 성 곤

(독일 주재 외국법제조사원)