

2006. 11. 8(水)

第45回 韓經研 포럼

KOREA ECONOMIC RESEARCH INSTITUTE FORUM

■ 주 제 : 2006년 회사법개정안의 논점

■ 연 사 : 최준선 교수(성균관대 법과대학)

2006년 會社法改正案의 論點

최준선¹⁾

I. 머리말

우리나라의 상법전은 1962년 1월 20일에 법률 제1000호로 공포되어 1963년 1월 1일부터 시행되었다. 그 후 경제사정의 변동에 맞추어 1984년 제1차 개정을 시작으로, 1991년, 1995년에 각각 개정되었으며, 1997년 외환위기를 맞이하여 그 후속조치로서 1998년, 1999년, 2001년에 각각 개정되었다.

법무부는 2005년 7월 28일 총 19명의 위원으로 회사법개정 특별 분과위원회를 구성하고 회사법 전반에 관한 개정작업을 진행하였다. 동 위원회에서는 회사법의 개정을 그 대상에 따라 단기과제, 중기과제 및 장기과제로 분류하여, 장기과제는 궁극적으로 회사법을 상법에서 분리, 독립시키면서, 현재 증권거래법, 주식회사의 외부감사에 관한 법률 등 많은 특별법에 산재되어 있는 회사관련규정을 모두 회사법에 흡수하여 일목요연한 회사법체계를 마련하려는 것이다.

단기과제는 시급한 문제를 우선적으로 검토하는 것인데, 현재 개정작업이 마무리되어 정기국회에 제출되어 있다. 중기과제는 2007년, 장기과제는 2008년까지 마무리를 지을 계획이다.

이번 개정은 국제표준(global standard)에 맞추어 기업하기 좋은 환경을 만들어주자는 목표를 가지고 있다. 그러나 과연 그러한 목표를 충분히 달성하였는지는 의문이다.

개정안은 다음과 같은 특징이 있다.

첫째, 기업의 지배구조의 개편이다. 먼저, 현재 상장기업에서 널리 이용되는 집행임원제도를 법제화하였다. 이로써 집행임원제도를 법률상의 제도로 정착시켜 제도권 내에서 규율하게 되었다. 이사의 책임을 완화하였으며, 이사의 회사기회유용금지를 법정하였고, 자기거래의 제한을 받는 자의 범위를 크게 확대시켰다.

* 성균관대학교 법과대학 교수(jschoi@skku.edu) • 법무부 상법(회사법)개정특별위원회 위원

둘째, 주식과 사채제도를 재검토하여 기업의 자금조달을 원활하게 하는 한편, 다양한 종류의 주식발행을 가능케 하여 적대적 M&A에 대한 방어책을 마련하고, 기업의 구조조정을 용이하게 하였다.

셋째, 무액면주식의 발행에 따른 자본제도의 대변혁과 법정준비금제도를 개편하였다.

넷째, 유한책임회사·합자조합 등 새로운 기업형태를 창설하여 지식기반사업을 위한 회사의 설립과 저비용에 의한 회사의 운영을 가능케 하였다.

다섯째, IT(information technology)기술을 회사법에 접목하였다. 전자주주총회, conference call에 의한 이사회, 주식과 사채의 등록제도(무권화) 등을 도입하도록 하였다.

아래에서 위에 열거한 순서대로 설명하도록 한다. 그러나 IT 기술도입부분은 회사법의 각 부분에 흩어져 있으므로 별도의 항목으로 나누어 설명하지는 않는다.

II. 주요개정내용

1. 회사의 지배구조(기관)부분

(1) 회사의 사단성과 능력제한의 철폐

회사의 개념요소에서 사단성을 제외하였다. 따라서 회사는 법인으로 한다고만 되어 있다. 이는 2001년 개정상법에서 1인회사를 인정한 후속조치이다.

회사가 다른 회사의 무한책임사원이 될 수 없다고 하는 규정도 삭제하였다. 사모투자전문회사 등의 경우에 회사를 무한책임사원으로 할 필요성이 있기 때문이다(간접투자자산운용업법 제144조의 3 제4항 참조).

(2) 주주총회

(가) 전자투표제도도입

株主總會와 관련하여 전자투표제를 도입하기로 하였다. 이는 주주총회에 출석할 수 없는 주주를 위하여 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있는 길을 열어준 것으로 아주 편리한 제도로 인식되고 있다.

그런데 전자투표제도는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 현재는 여러 가지 이유로 주주총회에 참석하지 않는 사람이 많은데, 이 사람들의 구체적 의사는 무시된다. 그러나 전자투표제도가 시행되면 회사의 정책에 반대하는 단체나 개인이 인터넷 등을 통하여 전자투표를 호소하고, 이에 따라 전국의 수많은 소액주주들이 일치단결하여 전자투표에 참여하는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우에는 주주총회를 하나의 요식행위로서 대략 넘어갈 수 있는 문제로 인식하던 종래의 관습에서 벗어나 상당히 긴장하게 하는 문제를 안고 있다. 실제로 일본에서도 주주총회 참석 인원이 평균 4,000명이던 회사에서 전자투표 시행 후에는 7,000명이 참여하였다고 한다(2006. 10. 13. 일본 중앙대학 大杉謙一 교수 성대 강연).

둘째, 전자투표는 조작의 가능성이 매우 높다. 따라서 투표의 관리를 얼마나 공정하고 엄격하게 할 수 있는지가 이 제도의 성공의 관건이 된다. 결국 전자투표를 관리할 별도의 관리기관이 필요하고, 그 관리기관과 회사와의 관리계약 등에서 회사에게 비용이 발생하게 된다. ID와 pass word로서 간단히 접속할 수 있는데도 위원회에서는 공인인증까지 요구하는 방향으로 논의되었다(시행령에 규정 예정).

셋째, 법안에 의하면 전자투표를 할 것인지의 여부를 매 총회시마다 이사회가 결의로 정하도록 허용하고 있는데, 정관에 규정을 두는 방법으로 해야지, 이사회가 총회개최 결의를 할 때마다 이사회가 결의로 전자투표허용여부를 결정한다는 것도 비현실적이고 번거로운 절차며 일관성이 없는 것으로 여겨진다. 법안 아래서는 이사회에서 결의하지 않으면 전자투표를 할 수 없다.

이상과 같은 문제점을 고려하여 볼 때, 대부분의 회사는 전자투표제도를 이용하지 않을 것으로 본다. 그리고 장기과제로서 특정한 장소에서 실제로 주주총회를 개최하지 않고 주주가 전국 어디서든 또는 외국에서도 실시간 참여할 수 있는 인터넷 주주총회를 개최하는 것도 허용할 예정이다.

기타 주주총회와 관련하여 전자적 기술이 반영되는 부분으로서 전자적 방법에 의한 주주총회의 소집통지와 공고, 전자문서에 의한 주주제안권 행사, 전자문서에 의한 의결권의 불통일행사 등을 허용하고, 전자주주명부 등이 도입된다.

(나) 총회 검사인제도 도입

근래 주주총회의 유효성 여부를 두고 첨예하게 대립하는 경우가 흔히 발생하고 있다. 총회 검사인제도는 특히 서면투표나 전자투표의 유효성을 엄밀하게 검증할 수 있는 장치가 될 것이다.

(다) 주주총회의 결의요건 재개정

주주총회의 보통결의와 특별결의의 요건을 재개정하여, 특별결의의 경우는 의결권 있는 발행주식 총수의 과반수 출석에 2/3 찬성, 보통결의는 의결권 있는 발행주식 총수의 과반수를 소유한 주주들의 출석에 역시 과반수의 찬성을 요하도록 하였다. 현재의 특별결의요건은 출석한 의결권의 2/3이며 발행주식총수의 1/3 이상, 보통결의요건은 출석한 의결권의 과반수이며 발행주식총수의 1/4 이상이다.

(3) 이사, 대표이사, 집행임원

(가) 집행임원제도의 도입

이번 개정에서 회사의 지배구조와 관련하여 가장 두드러진 변화는 집행임원(officers)을 둘 수 있도록 한 것이다. 현행 상법 하에서는 이사로 구성되는 이사회는 두 가지 기능이 있다.

즉, ① 회사의 의사를 결정하고, ② 그 결정된 의사를 집행하는 대표이사(업무담당) 이사의 업무집행을 감독하는 것이다. 이사로 구성된 이사회가 다시 이사의 직무집행을 감독하는 것은 자기감사의 모순이 있고, 이 점은 이사회 내의 감사위원회 역시도 같다. 이 점을 개선하여 업무집행을 전담할 기관을 따로 두고, 이사회는 좀 더 감독기능에 충실하도록 유도할 필요가 있다.

이미 우리나라 주권상장법인의 80% 정도가 정관의 규정으로 CEO, CFO 등의 명칭을 가진 집행임원을 두고 있다. 또한 증권거래법상 사외이사가 이사 총원의 과반수 이상이어야 하므로, 현재 등기이사의 수가 크게 줄어들면서 등기이사가 아니면서 이사의 지위를 갖는 인원이 상당히 많다. 그러나 정관의 규정만으로는 등기이사가 아닌 이사 또는 집행임원이 근로자인지 이사인지를 그 법적 지위와 책임이 모호한 것이 현실이다.

개정안은 기업의 지배구조를 개선하는 동시에 법외에 방치되어 있는 집행임원을 상법상의 제도로 인정하여 그들의 지위, 권한, 책임 등을 규율한다. 집행임원은 등기하여

야 하며, 이사회 결의를 집행할 의무가 있고, 책임은 이사의 책임을 준용한다. 임기는 2년으로 예정되어 있다.

상법개정위원 중 일부는 집행임을 둔 경우에는 사외이사를 반드시 두도록 하여야 한다거나, 일본의 예에서처럼 감사위원회와 package로 하여야 한다고 주장하였으나, 사외이사를 두지 아니하고 감사위원회를 두지 아니한 회사도 집행임을 둘 수 있도록 하였다. 집행임을 둘지 여부는 아무런 제한 없이 완전히 회사의 선택에 맡겨져 있다. 따라서 회사는 지금과 같이 「이사회+대표이사」 체제를 가지는 「(이사회 의장+이사회) + (대표집행임원+집행임원)」 체제 중에서 선택할 수 있게 된다.

집행임원제도와 관련하여 문제되는 점은 지금까지 회사의 집행임원은 그 책임이 어디까지인지 법 외에서 규율되었지만, 장차 이사과 동일한 책임을 부담하는 것으로 된다. 따라서 이 제도는 현재 아무 문제없이 임의로 운영하고 있는 집행임원제도에 규제를 가하여 집행임원의 책임만 강화할 뿐이지 쓸 데 없는 입법이라는 비판이 많다. 특히 상법에서는 선택사항이지만 이것이 증권거래법에 반영되어 상장회사에게 적용될 때에는 강제규정이 되지 않을까 우려하는 분위기이다.

미국에서는 임원(officer)이 우리의 집행임원에 해당하는데, 각 주마다 약간의 차이는 있지만 필요기관으로 규정하고 있다.

미국 법률협회(American Law Institute: ALI)의 기업 지배구조원칙(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)(이하 ALI 원칙이라 한다) §1.27에 각종 임원의 정의규정을 두고 있고, §3.01 및 §3.02는 공개회사의 업무집행은 이사회가 선임한 주요상급집행임원(principal senior executive officer)이 집행한다는 점을 명시하고 있다. 따라서 미국 상장회사의 경우는 업무집행은 집행임원이 수행한다.

집행임원의 선임과 해임은 이사회 권한이지만,²⁾ 주주총회에서도 이를 선임할 수 있도록 하는 주도 있다.³⁾ 다만 미국에서는 임원의 권한과 책임 등에 관하여 회사의 자치에 맡기는 수가 많은데, 예컨대 Delaware 주회사법에는 집행임원의 지위와 의무는

2) Delaware General Corporation Law §142(b); RMBCA §8.40(b).

3) New York Business Corporation Law §715(b).

회사의 내규(bylaws: 부속정관) 또는 이사회 결의에 의하여 정하여진다고 규정하고 있다.⁴⁾ RMBCA §8.40(a)에서도 동일한 취지를 규정하고 있다.

이와는 달리 일본에서는 회사법에서 매우 자세히 규정하고 있다.

일본에서는 집행임원의 설치여부는 회사가 임의로 선택할 수 있으나, 지명위원회, 보수위원회, 감사위원회 등의 3위원회설치회사의 경우는 집행임원을 반드시 두어야 한다(일본회사법 제402조 제1항). 집행임원의 선임은 이사회가 이를 하는데(일본회사법 제402조 제2항), 이사회는 필요할 경우 언제든지 해임할 수 있다(일본회사법 제403조 제1항). 다만 임원이 정당한 이유 없이 해임된 때에는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다(일본회사법 제403조 제2항). 이사는 집행임원의 직무를 겸할 수 있다(일본회사법 제402조 제6항). 회사와 집행임원의 관계는 위임에 관한 규정을 따르므로(일본회사법 제402조 제3항), 집행임원은 회사에 대하여 선관주의의무를 부담한다.

집행임원의 임기는 취임 후 1년 내에 도래하는 연말결산을 위한 정기주주총회 종료 후 최초로 열리는 이사회 종료시점까지이다(일본회사법 제402조 제7항). 그 외에 집행임원의 지위에 관하여는 이사에 관한 규정이 대폭 준용되어, 자기거래금지, 경업금지 및 충실의무를 부담한다(일본회사법 제419조 제2항). 대표집행임원의 성명과 주소 및 위원회 위원 및 집행임원의 성명은 등기하여야 한다(일본회사법 제911조 제3항 제22호 口목, ハ목).

우리 상법개정안은 일본회사법에서 규정하는 집행임원제도와 상당히 유사하게 입안되었다. 그러나 현재 우리나라의 기업지배구조는 단시간 내에 매우 많은 변화를 겪었다. 사외이사제도, 위원회제도의 도입 등이 그것이다. 이들 새로운 제도가 제대로 정착될 틈도 없이, 또한 그 도입의 성과에 대한 분석도 없이 또다시 새로운 제도를 도입하는 것이 과연 바람직한지 의문이다.

집행임원제도의 선택적 또는 임의적 도입으로 「대표이사+ 이사회」 제도를 취하는 회사와 「이사회 의장+ 이사회+ 대표집행임원+ 집행임원」 제도를 취하는 회사가 혼재하게 되고, 회사지배구조에 대한 통일성이 결여되어 실무상 혼란을 가져올 우려가 크다.

4) Delaware General Corporation Law §142.

물론 통일성이 지상과제는 아니지만, 지금까지는 그래도 대체적인 통일성이 보장되어 있었다. 또한 개정안에 의하면 임명된 집행임원은 반드시 등기되어야 하고, 임기는 2년이며 이사와 동일한 책임을 부여하는 것으로 되어 있다. 이와 같이 등기를 요구하며 법률상의 책임도 무거운 집행임원제도를 어느 기업이 도입할지 의문이다. 임기가 2년이어서 이사의 임기 3년과도 맞지 않는다.

동일인이 이사이면서 집행임원인 경우 등기를 자주 하여야 하는 문제가 생긴다. 필자의 견해로는 상법에는 “회사는 정관의 규정으로 집행임원을 둘 수 있다.”까지만 규정하고 나머지 문제, 즉 집행임원의 권한, 책임, 임기, 보수, 선임과 해임 등은 각 회사의 정관에서 자율적으로 규정하여 시행하도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 즉, 위에서 소개한 바와 같이 미국식에 가깝게 도입하는 것이 타당하다고 본다.

(나) 이사회

이사회에 관하여는 이사회의 개최를 쉽게 하기 위하여 종래의 화상회의(video conference)에 추가하여 전화회의(conference call)에 의한 이사회의 개최를 가능하게 하였다. 이는 이사가 화상전화 지원되지 않는 저개발국가 등에 출장을 가 있는 경우에도 전화회의는 가능하도록 한 것이다. 그러나 서면결의는 계속 허용하지 않기로 하였다.

(다) 이사의 책임완화

개정안은 이사의 책임체계를 재검토하여, 이사의 책임을 과실책임으로 하고,⁵⁾ 정관의 규정에 의하여 이사의 보수를 참작하여 그 책임한도를 정하였다.

즉, 회사는 정관이 정하는 바에 따라 제399조의 규정에 의한 이사의 책임을 이사의 최근 1년간의 보수액(상여금 및 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제382조의5(회사기회유용금지), 제397조(이사의 경업금지) 및 제398조(이사의 자기거래금지)에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

일본의 경우는 대표이사는 보수액의 6배, 이사는 4배, 사외이사는 2배로 제한하고 있다. 다만 고의·중과실로 인하여 회사에 손해를 미친 경우에는 책임제한의 혜택을 받을 수 없다.

5) 상법 제399조에 규정된 이사의 법령정관위반행위는 무과실책임이고 임무해태행위는 과실책임이라는 견해가 있어서 이 양자가 모두 과실책임임을 명확히 하였다.

(라) 자기거래의 제한을 받는 자의 범위 확대

이사가 회사와 거래할 때(이사의 자기거래)에는 이사회 승인을 얻어야 한다(상법 제398조). 개정안은 이와 같이 자기거래의 제한을 받는 자의 범위를 이사뿐만 아니라 이사의 배우자, 직계존비속, 배우자의 직계존비속 및 이들이 50% 이상의 지분을 소유하는 회사까지로 범위를 확대하였다.⁶⁾ 이는 자기거래에 따른 폐해를 줄이고 거래를 투명하게 하여, 기업의 지배구조를 개선하기 위한 조치이다. 다만 판례는 A, B 두 회사의 대표이사를 겸하고 있는 자가 A회사로 하여금 B회사의 채무를 보증하게 한 경우 이사의 자기거래 위반이라고 하므로, 자기거래제한이 법안에서와 같이 확대되면 이사의 운신의 폭은 상당히 줄어들 가능성이 있다.

(4) 이중대표소송제도의 도입

자회사의 이사가 위법행위 또는 자회사에 손해를 미치는 행위를 하였을 때 자회사의 소수주주(발행주식총수의 100분의 1을 소유한 주주)가 이사의 책임을 추궁하는 소(대표소송)를 제기할 수 있다(상법 제403조). 그런데 자회사의 이사의 불법행위나 임무해태행위로 인하여 자회사에 손해를 미치고, 그 결과 모회사의 이익이 침해된다면 모회사의 경영진이 자회사의 이사를 해임하든 어떤 조치를 취할 수 있을 것이다.

그러나 모회사의 경영진이 그러한 조치를 취하지 않고 있거나 취할 의사가 전혀 없는 경우 모회사의 소수주주가 직접 자회사의 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 할 필요가 있다. 이에 따라 개정안은 모회사가 자회사의 주식 50%를 소유하고 있는 경우, 그 모회사의 소수주주(발행주식 총수의 100분의 1 이상을 소유한 주주)가 직접 자회사의 이사의 책임을 추궁하는 대표소송, 즉 이중대표소송을 제기할 수 있다고 규정하였다.

자회사가 그룹의 대부분의 자산을 가지고 있는 경우, 특히 지주회사의 경우 이와 같은 소를 제기할 필요가 클 것이다. 우리 판례는 이와 같은 類의 소송을 인정하지 않는다(대법원 2004. 9. 23, 2003다49221). 개정안은 이 제도를 명문으로 도입하고자 한다.

6) 제398조(이사와 회사간의 거래) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 거래의 조건이 공정하고 사전에 이사회 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 이사
2. 이사의 배우자, 직계존비속, 배우자의 직계존비속
3. 제1호 내지 제2호의 자가 단독으로 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식의 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사
4. 제1호 내지 제2호의 자가 제3호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

물론 이중대표소송이 필요한 경우가 있다. 그러나 이를 명문으로 입법하여야 하는가에 관하여는 의문이다. 그런데 이 문제는 재계의 거센 비난을 받고 있다. 현재 자회사는 비상장으로 남아 있는 경우 모회사의 소수주주가 자회사의 경영에 직접 영향을 미칠 수 있는 행위를 할 수 있게 됨으로써 자회사를 비상장 상태로 두는 것이 상쇄될 우려가 크다. 나아가 회사는 각각 독립된 법인이고, 우리 법률은 각 독립된 단위의 법인을 기본으로 하여 회사법체계를 구성하고 있기 때문에 하나의 법인의 기관이 다른 회사의 기관의 행위를 간섭하도록 허용하는 것은 회사법의 근간을 흔드는 매우 위험한 생각이 될 수 있다.

특히 우리나라에는 대기업을 중심으로 한 기업그룹이 다수 존재하고, 이들이 우리 경제에 미치는 영향은 매우 크며, 대부분 양질의 일자리 제공하고 있다. 이중대표소송은 이들 그룹기업의 활동의 발목을 잡는 중요한 수단으로 작용할 우려가 매우 크다. 전력, 통신, 철강, 방위산업, 금융산업 등 국가기간산업체에 대한 무차별 이중대표소송도 가능해진다. 예컨대 한국전력의 상장되지 아니한 10개 자회사 모두, 신한지금융지주의 상장된 제주은행을 포함하여 비상장 11개 자회사, POSCO의 57개 자회사 중 14개 국내자회사는 직접 이중대표소송의 위협에 노출되게 된다.

무엇보다도 이중대표소송은 입법례가 없다. 미국 판례법에서 인정되고 있다고 하나,⁷⁾ 미국에서는 주식동시소유의 원칙(contemporaneous ownership rule),⁸⁾ 주식계속소유의 원칙(continuing ownership rule)⁹⁾ 및 사전제소청구요건(demand requirement, demand rule)¹⁰⁾ 등이 철저히 준수되고 있고, 동일인이 모자회사를 동시에 지배하고 있는 경우나 자회사의 법인격이 부인되는 경우 등 특정한 경우에만 이중대표소송이 인

7) Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railway Co., 21 Kan. 365, 404 (1879); Martin v. D. B. Martin Co., 10 Del Ch. 211, 88 A. 612 (1913); United States Lines, Inc. v. United States Lines Co., 96 F. 2d 148(2d Cir. 1938); Kaufman v. Wolfson, 132 F. Supp. 733, 735(S.D.N.Y. 1955); Brown v. Tenney, 155 Ill. App. 3d 605, 508 N.E.2d 347 (1987).

8) 원고가 소의 원인이 된 이사의 행위가 발생한 때 주주였어야 한다는 원칙으로서, 1984년 개정모범사업회사법(Revised Model Business Corporation Act: RMBCA §7.41, 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure: FRCP §23.1) 및 각주의 회사법, 특히 Dealware주(Del. Code Ann. tit. 8, §327 (1998))에서는 주식동시소유원칙을 명문으로 규정한다.

9) 주식계속소유의 원칙이란 이사의 위법행위가 있을 당시의 주주(주식동시소유의 원칙)가 소제기시뿐만 아니라 판결시까지 주식을 계속 소유하고 있어야 한다는 원칙(주식계속소유의 원칙)이다. Dealaware주법(Del. Code Ann. tit. 8, §327 (1998)) 참조. 일부 법원에서는 회사의 합병, 주식교환, 주식이전 등으로 인하여 원고가 자신의 주식을 자의에 반하여 포기하여야만 하였을 경우 주식계속소유의 원칙을 요구하지 아니한다.

10) 미국 대부분의 주체정법과 FRCP §23.1; RMBCA §7.42; ALI 원칙 §7.03; Birch v. McColgan, 39 F. Supp. 358 (S.D. Cal. 1941); Wachsmann v. Tobacco Products Corp., 42 F. Supp. 174 (N.J. 1941), affirmed in 129 F. 2d 815 (3d Cir. 1942); Goldstein v. Groesbeck, 142 F. 2d. 422 (2d Cir. 1944); Professional Management Associates, Inc. v. Coss, 598 N.W.2d 406 (Minn. App. 1999) 등이 있다. 다만 이사회에 대한 제소청구가 무익(futile)한 것인 경우 및 이사회에 대한 청구가 회복불가능한 손해(irreparable injury)를 발생시킬 것이라는 점을 원고가 입증한 경우에는 제소청구요건은 면제된다 (ALI 원칙 §7.03(b)).

정된다. 특히 이중대표소송과 경영판단의 원칙은 칼날의 양면이다.

이중대표소송만은 명문으로 도입하면서 경영판단의 원칙은¹¹⁾ 계속 판례에 맡겨 주는 것도 형평에 맞지 않는다. 일본과 영국에서도 이 제도의 도입을 검토하였으나, 현재의 단순대표소송제도만으로도 충분하다는 반대여론이 많아 입법이 포기되었다. 단순대표소송의 경우 점차 늘어난다는 추세이다(현재 10여건 사례가 보고됨).¹²⁾

마치 법인격부인론에 관한 규정이 없이도 미국 판례법이론을 좇아서 우리 판례가 이를 인정하듯이 이중대표소송제도 역시 판례법이론의 발전에 따라 인정될 수 있다고 본다. 이중대표소송의 필요성은 인정할 수 있지만, 이를 입법화하는 것은 문제가 크다고 본다.

(5) 회사기회의 流用禁止

(가) 의의

이번 상법개정시안 제382조의 5(회사기회의 유용금지)는 다음과 같이 정하고 있다. 즉, “이사는 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 이용하여 자기의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하도록 하여서는 아니된다.”고 규정하여, 이른바 회사기회 유용금지에 관한 명문의 규정을 도입하고 있다. 회사기회의 유용금지란 미국 판례법에서 발달된 이론으로서, 흔히 “the doctrine of corporate opportunity”라 한다. 기업의 임원 및 이사들은 자신들의 수탁자로서의 지위 및 신뢰 관계를 이용하여 사적 이익을 추구하는 것은 허용되지 않는다는 것이 이 이론의 내용이다.¹³⁾

쉽게 예를 들자면

(i) 건설업체의 이사가 부동산 중개인과 식사를 하던 중 조건이 좋은 부동산 매물이 나와 있다는 정보를 입수하고, 이를 회사의 이사회에 보고하여 회사로 하여금 이를

11) RMBCA §8.30.(General standards for directors)은 이사가 (1) 성실히, (2) 통상의 사려깊은 사람이 유사한 상황에서 기울이는 정도의 주의로, (3) 회사에 최선의 이익이 된다는 상당한 믿음으로 행한 행위에 대하여는 책임을 면한다고 규정하고 있다. 美國法律協會(ALI)의 會社支配의 원칙 §4.01 참조.

12) 최근의 사례로 "현대상선 현정은 회장 피소(이데일리 2006-11-01 15:42:24) 소액주주 2명 주주대표소송 - "자사주 저가매도, 계열주 고가매입해 피해" 주장. [이데일리 조용철기자] 현대상선(011200) 소액주주들이 현정은 현대그룹 회장을 상대로 자사주 저가 매도와 계열사 주식 고가 매입으로 입은 피해를 배상하라며 주주대표소송을 냈다. 공모씨 등 현대상선 소액주주 2명은 1일 "424억5670만원을 현대상선에게 지급하라"며 현 회장과 노정의 현대상선 대표를 상대로 손해배상 청구소송을 서울중앙지법에 냈다.

13) “Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests.”: Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

구입하도록 절차를 진행시키는 대신에, 자신 또는 가족 등 제3자의 명의로 그 자금으로 이를 구입하는 것이다.

(ii) 또는 A회사가 제작하는 전자제품의 부속품을 조달하기 위한 AA자회사를 설립할 수 있음에도 불구하고, 이사가 자신의 자금으로 별도의 B회사를 설립하여 그 B회사에서 부품을 생산하여 독점적으로 A회사에 공급하게 함으로써 안전하고 확고한 판매망을 구축하는 것이다.

(iii) 또 하나, 미국에서 흔히 인용되는 예로서, A전자회사의 기술담당 부회장 甲은 연구모임에 참석, 젊은 교수로부터 신기술에 대한 이야기를 듣고, 회사의 owner에게 신기술 관련 사업성을 설명하였으나 owner는 그 사업추진을 거절하였다. 甲은 계속 그 사업의 수익성을 연구하다 적당한 때 회사를 사임하고 그 사업을 개시하였다. 2년 후 甲의 사업은 big hit로 나타났는데, A회사의 변호사로부터 甲이 동 회사의 기회를 탈취하였고, 따라서 甲의 사업을 A회사로 반환할 것을 청구하는 소송에 말리게 된다. 이와 같은 일은 미국에서 흔히 있는 일이라 한다.¹⁴⁾

이사기회 유용금지를 논의할 때 가장 흔히 예로 드는 것은 골프장 주변의 토지를 골프장의 회장이 개인적으로 매수한 사건인 Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris사건이며,¹⁵⁾ 회사기회 유용금지이론에 있어 가장 많이 인용되는 leading case는 Guth v. Loft, Inc.사건이다.¹⁶⁾

14) Pat K. Chew, "Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine", 67 N.C.L.Rev. 435, 356 (1989).

15) Supreme Judicial Court of Maine (1995), 661 A.2d 1146, 1151. 이 사건을 보면 골프클럽의 회장인 Harris는 골프장 주변의 토지를 매입하였는데, 부동산 중개인은 골프장에서 그 토지에 대하여 관심이 있을 것으로 생각하고 Harris에게 토지를 소개하였고 증언하였다. 수년 후 Harris는 그 토지를 매입하였는데, Harris는 처음 소개받은 사실 및 토지를 매입한 사실을 이사회에 보고하였다. 이사회는 그 보고를 받고도 아무런 조치를 취한 바 없었으나, 후에 Harris가 이 토지를 분할하여 빌딩건축용으로 사용하였다. 수년 후 이사들의 대부분이 바뀐 후 회사는 Harris를 상대로 회사기회를 유용하였다(usurpation of a corporate opportunity)는 이유로 소를 제기하였다. 제1심법원은 문제된 토지의 구입이 골프클럽의 영업범위 내에 속하지 아니한 사실(not in the line of business of the country club) 및 재정상 골프클럽이 그 토지를 구매할 능력이 없었음(financial difficulty of the club)을 이유로 원고의 주장을 기각하였다. 이에 대하여 Maine주 Supreme Judicial Court는 사건을 ALI 원칙 §5.05에 따라 재심할 것을 명하면서 파기환송(remand)하였다.

16) 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939). Guth는 음료를 제조 판매하는 회사인 Loft사의 사장으로서 당시 원료공급업자인 코카콜라와의 원료공급계약에 대하여 불만을 품고, 다른 회사와 원료공급계약을 체결할 것을 고려하고 있었다. 그러던 중 그는 Pepsi cola가 곧 파산하게 되리라는 사실을 알고 Loft社의 자금과 인력을 광범위하게 이용하여 Pepsi cola사를 인수하게 되는데, 그 인수행위는 Guth 자신의 이익을 위한 것이었다. Pepsi cola로부터 극비 제조법과 상표를 인수한 Guth는 Pepsi cola를 정상화 시키는데 성공한다. 이후 Pepsi cola는 제조원가에 10%의 이윤을 더하여 Loft사에 원료 시럽을 납품하게 되는데, 이로써 Guth는 거래 당사자 양쪽 모두의 지위에 서게 된다. 즉, Guth는 Pepsi cola의 경영자로서 Loft사에게 원료시럽구매를 결정한 다음 Loft사의 사장으로서 그 자신의 회사인 Pepsi cola로부터 원료를 구매하는 계약을 승인하는 식이다. 이에 Loft사는 자사에 귀속된 회사기회를 Guth가 불법적으로 유용하였다고 주장하면서 Guth를 상대로 소를 제기하였다. Guth는 Loft사의 자금과 인력을 이용하여 Pepsi cola를 지원, 정상화 시킨 것은 Pepsi cola의 원료공급 능력에 대한 판단 하에 Loft사의 이익을 위한 경영상의 판단이라고 항변하였으나, 델라웨어주 대법원은 Guth가 불법적으로 회사의 기회를 유용하였다는 형평

(나) 구별개념

위에서 예를 든 이사의 행위는 이사가 회사와 거래하는 것이 아니라는 점에서 우리 상법이 금지하고 있는 “이사의 자기거래”(상법 제398조)와는 다른 개념이다. 오히려 이사의 경업금지의무(상법 제397조)와 유사하나,¹⁷⁾ 경업금지의무는 이사가 직접 회사가 행하는 영업과 동종의 영업을 하는 것인데 비하여 기회유용금지에서는 동종영업을 하는 것만을 제한하는 것은 아니라는 점에서 이것과도 구별된다.

(다) 법적 성질

회사기회 유용금지는 우리 상법에서 인정하고 있는 이사의 충실의무(상법 제382조의 3)에¹⁸⁾ 속하는 문제라는 것이 정설이다.¹⁹⁾ 따라서 회사기회유용금지는 이사의 충실의무의 구체적인 내용을 이루는 것이며 별도로 이사에게 특별히 새로운 의무가 부과되는 것은 아니다.

(라) 회사기회인지 판단기준

회사에게 주어진 기회를 이사가 편취하여 유용한다면 회사기회 유용금지를 위반한 것이 된다. 문제는 어디까지를 회사의 (영업)기회로 보아야 하는가이다. 회사의 기회라고 판단되면 이사가 (대표소송에 의한 추궁을 당하여) 손해배상책임을 지게 될 것이나, 회사의 기회가 아니라고 판단되면 이사는 면책될 것이다.

회사의 기회인지를 판단하는 기준에 관하여는 (1) 전통적인 기준, (2) Minnesota Supreme Court가 Miller v. Miller 사건에서²⁰⁾ 확립된 2단계기준(two step inquiry), (3) Victor Brudney교수와 Robert Clark교수의 엄격해석론, (4) 1994년 ALI 원칙상

법 재판소의 판결을 인용, 확인하였다.

17) Jodi L. Popofsky, “Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability”, 10 Hofstra L. Rev. 1193, at 1208ff. (1982).

18) 충실의무(fiduciary duty, duty of loyalty)는 1998년 개정상법에서 도입되었는데, 이는 영미법상의 신인의무(fiduciary duty of loyalty)를 모범으로 한 것이다. 이사의 충실의무를 명문으로 인정한 입법례는 MBCA §8.30(a)(General Standards for Directors); California Corporation Code §309(a), New York Business Corporation Law §717(a), 일본회사법 제355조 등이 있다: 최준선, 회사법 제2판, 455면 참조.

19) Matthew R. Salzwedel, “A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute”, 23 Pace L. Rev. 83, at 88 (2002). Broz v. Cellular Info. Sys., Inc., 673 A.2d 148, 154 (Del. 1995); Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

20) 301 Minn. 207, 222-23, 222 N.W.2d 71, 79-80 (1974).

의 기준 등으로 발전해 왔다.²¹⁾

전통적인 기준은 Guth v. Loft, Inc. 사건에서²²⁾ 확립되었다고 본다. 전통적인 기준은 일반적으로 다음 3가지를 열거하고 있다.²³⁾

(i) 그 기회가 전부터 존재하는 회사의 권리(preexisting right)이며, 회사에 이익(interest)이 되거나 회사가 기대(expectancy)하였던 기회인가?

(ii) 그것이 회사의 사업범위 내(in the line of business)에 속하는 것인가,

(iii) 공정성(fairness)의 관점에서 그 기회는 회사에 귀속되었어야만 하는 것인가? 등이다.²⁴⁾ 그러나 “사업범위 내인가”라는 기준에 대하여 개념상의 모호성과 비논리성을 이유로 비판하는 견해가 많다.²⁵⁾ 그리고 아무리 기회가 좋다고 하더라도 회사가 그 영업을 적극적으로 수행할 법적·재정적 능력이 되지 않거나 실현가능성이 없는 경우에는 이를 회사의 기회라고 하기 어렵다. 이와 같은 점을 의식하여 전통적인 기준에다

(iv) 법적²⁶⁾·재정적 능력 및 사업의 실현가능성(legal capacity, financial ability and business practicality)을 덧붙이기도 한다.²⁷⁾ 현재까지도 미국 판례상 회사기회에 관한 판단기준은 매우 모호한 실정이며, 사안에 따라 매우 다양하게 전개되고 있다고 할 수 있다.²⁸⁾

(마) 입법문제

문제는 이러한 회사기회 유용금지의 관념을 인정할 수 있다고 하더라도 이를 적극적으로 입법하여야 할 것인지가 문제이다. 이 이론 자체가 미국 판례법에서 발전된 이론이며, 1994년 미국 ALI 원칙 §5.05에서 그 모델을 찾을 수 있다. 1994년 ALI 원칙 §5.05(a)는 회사의 이사(§1.08)나 상급집행임원(§1.28: senior executive)이 기업의 기회를 (사익을 위하여) 이용할 수 없다.

21) Salzwedel, op. cit., at 97ff.

22) 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

23) Southeast Consultants, Inc. v. McCrary Eng'g Corp., 246 Ga. 503, 507-08, 273 S.E.2d 112, 117 (1980); Miller v. Miller, 301 Minn. 207, 222-23, 222 N.W.2d 71, 79-80 (1974).

24) Chew, op. cit., 454ff.

25) Chew, op. cit., at 466; Salzwedel, op. cit., at 101.

26) 법적 능력문제는 회사의 정관소정의 목적범위를 벗어나는 경우에 일어난다.

27) Harvey Gelb, “The Corporate Opportunity Doctrine - Recent Cases and the Elusive Goal of Clarity”, 31 U. Rich. L. Rev. 371, at 387 (1997).

28) Chew, op. cit., at 466-467.

다만, (1) 이사 또는 상급집행임원이 회사에게 기회를 공개하고 그 기회를 먼저 제공하였고, (2) 그 기회를 회사가 포기하였으며, (3)(A) 기회를 포기하는 것이 회사로서는 정당한 것이고, (B) 그 기회가 공개된 후 이해관계가 없는 이사들(§1.10) 또는 이해관계가 없는 임원들이 ALI 원칙 §4.01(c)에 정한 바 경영판단에 따라 포기한 것이거나, (C) 기회가 공개된 후 주주들이 사전에 포기하였거나 그 포기를 추인하였으며, 그 포기가 회사의 재산의 낭비에 해당하지 않는 경우 이사 또는 상급집행임원은 면책된다는 것을 규정하고 있다.²⁹⁾

나아가 ALI 원칙은 입증책임과 관련하여 당사자가 §5.05(a)(3)(B) 또는 (C)의 요건을 충족하지 못한 것을 입증한 경우를 제외하고 기회에 대한 거절과 회사기회 획득이 회사에게 공정한 것이었음을 그러한 회사기회를 차지하게 된 이사 또는 상급집행임원이 입증하여야 한다고 규정한다.³⁰⁾ ALI 원칙의 핵심은 기회의 활용을 보장하되 모든 정보를 엄격하게 공개하도록 한 점을 중요시 한다.³¹⁾

즉, ALI 원칙상의 기준은 “이사 등이 회사의 기회를 이용하기 전에 취한 행위”(fiduciary's initial conduct - her conduct before taking an opportunity)에 초점을 맞추어, 공식적인 공개(formal presentation or disclosure) 여부에 따라 이사 등의 면책요건을 명확하게 한 점에서 큰 의미가 있다. 이에 대하여 우리 상법의 규정은 원칙적으로 이사의 기회이용을 금지한다는 점에서 미국 ALI 원칙상의 입장과는 상반되는 입장을 취하고 있다.

현재 우리 상법에서 회사기회유용금지를 명문화하기에는 연구가 매우 미흡한 실정이므로, 이번 기회에 입법하는 것은 옳지 않다고 본다. 그 근거는 다음과 같다.

(i) 회사기회 유용금지이론은 영미법상 충실의무의 한 표현이라는데 의문이 없다. 이사의 충실의무는 우리 상법에서도 이미 인정하고 있다(상법 제382조의 3). 충실의무의 구체적 표현이 기회유용금지이론이므로 이를 상법에 명문으로 규정하지 않더라도 상법 제382조의 3의 해석론 또는 이사의 경업금지 의무에 관한 상법 제397조의 해석을 통하여 충분히 이사의 회사기회 유용행위를 저지할 수 있다.

29) ALI 원칙 §5.05(a)(1)(2)(3).

30) ALI 원칙 §5.05(c). Michael Begert, “The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests”, 56 U. Chi. L. Rev. 827, at 840 (1989).

31) Gelb, op. cit., at 381.

(ii) 어느 것이 회사의 기회에 속하는지를 판단할 기준이 통일되어 있지 않다. 미국에서도 회사기회 유용금지의 법리는 하나의 제도로써 성립된 것이 아니라, 이해관계가 대립되는 전형적인 사례를 집합한 것에 불과하므로, 그 내용을 성문법화하기 위한 구체적이고 일반화된 기준을 설정하기에도 어려움이 많다.³²⁾ 미국에서도 영업범위 요건(line of business) 및 공정성 요건(fairness) 등에 대한 기준이 법원에 무한한 재량권을 준다는 이유로 많은 비판이 가해지고 있다. 기회유용 성립요건에 관한 일반화된 기준이 없이 개정시안 제382조의 5에서처럼 회사기회 유용금지에 관한 선언적 규정만을 두는 경우 자의적인 해석으로 법적 안정성을 해친다.

(iii) 현재의 개정시안은 이사의 면책요건에 대하여는 전혀 규정이 없다. ALI 원칙에서처럼 이사회 또는 주주총회의 승인을 얻으면 회사의 기회를 이사가 이용할 수도 있도록 하여야 할 것이다. 예컨대 이사의 경업금지의무(상법 제397조)와 이사의 자기거래(상법 제398조)의 경우에도 “이사회”의 승인이 있으면 그러한 행위가 금지되지 않는다. 또한 이사의 경업금지의무위반의 경우 거래가 있는 날로부터 1년이 경과하면 책임이 회사의 개입권이 소멸하도록 제척기간을 둔 것(상법 제298조 제3항)과 같은 취지의 규정을 두어야 할 것이다. 회사기회유용금지는 본질적으로 경업금지와 동일한 것이기 때문이다. 의무위반의 효과에 관하여도 현재는 손해배상을 청구할 수 있을 것으로 보이나, 경업금지의무위반의 경우와 같이 개입권을 행사하는 내용을 규정하여야 할 것이다.

(iv) 회사기회이론에 관한 미국의 거의 모든 판례는 이사회 또는 주주총회의 승인이 있으면 이사가 기회를 이용하는 것을 원칙적으로 허용한다. 승인은 사전승인은 물론이고 사후승인(추인) 및 포괄적인 승인(blanket consent)도 가능하다고 한다. 만약에 이를 절대적으로 금지한다면 시장에서 경쟁하고 새로운 사업을 추구할 개인의 자유를 침해하는 한편 소송의 남발을 유도하는 심각한 부작용을 야기시킬 수 있다.

(v) ALI 원칙상 회사기회 유용금지는 이사의 이사회에 대한 공시의무를 강조하는 것이 주된 목표이다. 이사의 경영에 관한 공시의무 문제는 자율적 규제 및 사후적 규제으로써 충분히 목적을 달성할 수 있다고 본다.

(vi) 우리 법의 해석상 이사의 경업금지의무와 마찬가지로 이 의무는 이사의 재임중에만 부담하는 의무이지만, 미국의 사례를 보면 퇴임후 사업이 성공하면 대체로 소송

32) 森本寬美, “取締役の善管注意義務と忠實義務”, 民商法雜誌 第81권 第4호, 1975, 20면 이하.

의 대상이 되며, 실패하면 아무런 책임이 없는 형태로 나타난다. 재직 중에 회사의 인적·물적 자원을 이용하였다는 것이 그 이유이다. 사실 재임하는 동안 기존 회사의 자원을 전혀 이용하지 않고 퇴직후 막바로 사업을 개시할 수 있는 경우는 거의 없다는 점에서 퇴직후 창업자에게 큰 부담이 될 것이다.

(6) 감사, 감사위원회

監事와 監査委員會에 관하여 보면, 우선 감사에게 이사회 소집청구권을 부여하여, 이사에 대한 감독의 실효성을 기하도록 하였다. 그리고 감사위원회의 결정은 이사회가 번복할 수 없도록 하였다. 현행법 하에서는 감사위원회의 결정을 이사회가 이를 변경할 수 있다고 해석되고 있는데, 이는 감사의 결정을 이사회가 고칠 수 없는 것과 서로 균형이 맞지 않는 점을 시정한 것이다.

이 밖에 감사보고서의 기재사항 중 불합리한 부분을 시정하였다.

2. 株式과 社債

(1) 다양한 종류주식의 발행

주식에 관하여는 자금조달의 원활화와 적대적 M&A에 대한 대책차원에서 주식의 종류를 다양화하였다. 최근에 투기자본에 의한 적대적 인수시도가 커다란 사회문제가 된 바 있다. 한편 우리 법제에는 적대적 기업인수에 대한 방어수단이 매우 부족한 것이 사실이다. 회사법상의 조치가 전혀 없는 것은 아니다.

예컨대 영업양도나 회사의 합병 등을 어렵게 하기 위하여 정관의 규정으로 주주총회의 특별결의요건을 더욱 강화하는 방법도 있다. 또한 이사의 임기를 시차제로 하는 것도 가능하며, 정관의 규정이나 주주총회의 결의로 퇴직하는 임직원에게 고액의 퇴직금 약정을 하는 이른바 황금낙하산(golden parachute)도 가능하다. 그리고 백기사(white knight)나 현재의 임원진에게 신주나 (私募)전환사채 또는 신주인수권부사채를 발행하여 우호적 지분을 늘이는 방법도 있다.

그러나 이와 같은 것은 다른 입법례에도 모두 인정되는 것들이며 우리법에서만 특별히 인정되는 것도 아니다. 예컨대 일본은 이 외에도 (1) 의결권제한주식, (2) 복수의결권주식과 같은 역할을 하는 단원주, (3) 거부권부주식, (4) class voting 주식 (5) 완전 무의결권보통주식까지 다양한 방식의 종류주식을 인정한다. 미국에서도³³⁾ (1) 복수의

33) 미국의 개정모범사업회사법 제6.01조는 다양한 종류의 주식을 회사가 임의로 설계할 수 있도록 종류주식의 발

결권주식, (2) 부분의결권주식, (3) 보유기간에 따른 차등의결권주식, (4) 의결권제한주식, (5) class voting 주식 (6) 완전무의결권보통주식까지 인정되고 있고, 영국에서는 (1) 복수의결권주식, (2) 부분의결권주식, (3) 차등의결권주식 (4) 의결권제한주식, (5) 완전무의결권보통주식이 인정되고 있다.

예컨대 Ford Motor Company는 1956년 회사를 공개하면서 1주당 16.561개의 의결권을 갖는 차등의결권주식을 창업자 일가가 이를 소유하여 5.9%의 적은 지분으로도 대략 40%에 가까운 의결권을 행사할 수 있게 하고 있다.³⁴⁾

Google의 창업자인 Schmidt는 2004년 dual-class 주식제도를 채택하여 1주당 10개의 의결권을, Deamworks사는 1주당 15개의 의결권을 갖는 주식을 발행하여,³⁵⁾ 창업자들이 이를 소유하여 경영권 침탈로부터 자유로운 상태에서 보다 장기적으로 기술 혁신에 근거한 성장에 힘쓰기 위함이라고 하였다. 또한 스웨덴 상장회사의 66.1%, 스위스 상장회사의 51.2%, 이탈리아 상장회사의 41.4%, 독일 상장회사의 17.6%가 차등의결권주식을 발행하고 있어서, 복수의결권주식과 차등의결권주식은 주요국가에서 이미 널리 인정되고 있다.³⁶⁾

현재 우리나라에서 일어나고 있는 재벌에 관한 여러 가지 문제는 실은 과도한 상속세 때문인 것으로 볼 수 있다. 과도한 상속세를 수용하면 경영권을 잃을 소지가 있기 때문에 이를 회피하려 하게 되고, 그 결과 무리를 하게 된다. 안정된 경영권이 보장된

행을 완전히 개방하고 있다. 나아가 이와 같은 주식발행은 하나의 예시에 불과하므로, 다른 종류의 주식발행도 가능하다.

Model Business Corporation Act §6.01. Authorized shares.

(c) The articles of incorporation may authorize one or more classes of shares that:

(1) Have special, conditional, or limited voting rights, or no right to vote, except to the extent prohibited by this chapter or other law(특별주식, 조건부주식, 의결권제한주식, 무의결권주식 등 발행가능);

(2) Are redeemable or convertible as specified in the articles of incorporation (i) at the option of the corporation, the shareholder, or another person or upon the occurrence of a designated event; (ii) for cash, indebtedness, securities, or other property; (iii) in a designated amount or in an amount determined in accordance with a designated formula or by reference to extrinsic data or events(위의 주식은 회사, 주주, 기타의 사람 또는 일정 사유의 발생으로 현금, 부채, 증권 기타 재산과 상환 또는 전환될 수 있음);……

34) 차등의결권주식제도를 채택하고 있는 회사의 예로는 Ford, Viacom, UPS, Goldman Sachs, Sprint, Nextel Comm, Dow Jones, Comcast, The Gap, NewYork Times, Hershey Foods 등 33개 기업이 있다. 이 외에도 스웨덴의 에릭슨(Ericsson)과 사브(Saab), 이탈리아의 피아트(Fiat), 덴마크의 칼스버그(Calsberg) 등 각국의 대표기업들도 차등의결권주식을 발행하고 있다.

35) 김화진, “글로벌 M&A시장 동향과 경영권 방어”, 상장협연구 제53호 (2006년 봄호), 138-140면.

36) Ronald J. Gilson, “Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy”, 119 Harv. L. Rev. 1641 at 1647.

다면 상속세에 대한 저항도 줄어들 것이다.

이 중 의결권이 없는 주식은 우리나라에서도 이미 발행되고 있지만, 이번 개정상법 안에서는 부분적으로 의결권이 제한되는 주식, 예컨대 이익배당의안에 대한 의결권은 있으나, 이사선임의결권은 없는 주식의 발행이 가능하도록 하였다(의결권제한주식). 이사의 선임과 해임에 관하여만 의결권이 있는 주식(임원선·해임권부주식), 특정한 사항에 관하여 거부권을 가지는 이른바 거부권부주식, 이사회 승인이 있어야만 양도가 가능한 주식인 양도제한주식 등을 도입하기로 하였다. 이와 같은 주식을 도입하려면 정관에 규정이 있어야 하는데, 정관에 규정을 두려면 정관변경을 하여야 하는데, 현재 상장회사의 경우에는 정관변경이 매우 어려울 것으로 예상되고 있다.

따라서 상장회사가 이와 같은 주식을 발행하기는 매우 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 정관을 변경하여 이와 같은 특수한 종류주식을 발행한 회사에 대하여 그 주식의 상장을 허용할 것인지는 유가증권 상장규정에서 별도로 정함이 있어야만 할 것이다. 현재 무의결권부 우선주가 상장되고 있는 점을 고려하면 상장이 불가능하지는 않을 것으로 본다.

그런데 일본 또는 미국의 경우와는 달리 거부권부주식은 원시정관에 규정이 있는 경우와 총주주의 동의로 변경된 정관에 규정이 있는 경우에 한하여 발행될 수 있는 것으로 정하여 처음 설립하는 회사가 아닌 기존의 회사들은 거부권부주식의 발행이 사실상 봉쇄되어 있다.

(2) 자기주식취득의 완화

증권거래법에서는 자기주식의 취득이 상당히 완화되어 있으나, 상법에서는 자기주식의 취득이 매우 엄격하게 제한되고 있다. 이를 증권거래법의 수준으로 고쳐서 배당가능이익의 범위 내에서 자기주식의 취득을 허용한다. 이로써 자기주식취득이 적대적 M&A의 방어수단으로 활용될 수 있게 된다. 그러나 자기주식의 취득에 관하여는 신주발행절차를 준용하도록 한 것은 자기주식의 취득과 처분을 M&A대책으로서는 마련한 의미를 없게 만들었다.

(3) 주식소각제도의 보완

현재 주식의 소각방법은 상법상 정관의 규정 또는 주주총회의 결의에 의한 방법 및 증권거래법에 의한 이익소각 등 세 가지로 나뉘어져 있는데, 이를 통합하여 이사회 결의로 이익소각을 할 수 있도록 한다.

(4) 사채

개정안은 사채발행을 현재의 이사회 결의에서 대표이사에게 위임할 수 있도록 변경하였다. 사채총액의 제한(상법 제470조), 사채모집의 제한(상법 제471조), 사채의 금액(제472조: 권면액이 1만원 이상이어야 한다는 것), 권면액 초과상환의 제한(제473조) 등 사채발행에 대한 여러 제한을 철폐하였다. 또한 회사가 다양한 방법으로 타인자본을 조달할 수 있도록 사채의 종류를 다양화하고, 과생결합증권의 발행에 관한 근거규정을 두었다. 과생결합증권의 예로는 증권거래법 시행령 제2조의 3 제1항 제6호 내지 제8호에 규정된 주식워런트증권, 추가연계증권, 과생결합증권 등이 있다.

이 밖에 사채원부제도 정비, 수탁회사를 그 기능에 따라 수탁회사와 사채관리회사로 이원화, 인수인은 사채관리회사가 될 수 없음, 사채관리회사의 독립성 확보, 사채관리회사의 사임과 해임, 사무승계자제도의 정비, 사채관리회사의 법정 권한 강화 및 의무와 책임 명시, 사채권자집회에서 서면투표 허용, 사채권자집회 결의사항 허가제도 폐지, 의결권은 잔액을 기준으로 함, 기한이익상실제도(상법 제505조) 삭제 등 사채에 관하여 전면적인 개편을 단행하였다.

(5) 무주권주식제도와 등록사채제도

주식과 사채에 관하여 실물증권을 발행하지 않고 전자장부에 등록하도록 하는 무주권주식제도(uncertificated shares) 내지 주식과 사채의 등록제도를 실시한다. 이미 등록사채제도는 시행중인데, 이를 통일적으로 규율한다.

3. 자본제도의 개혁

(1) 무의결권주식의 도입

개정안은 무액면주식(no-par value shares)의 도입을 일반화 하였다. 액면주식의 액면은 역사적 의미가 있을 뿐 현재의 주가를 나타내는 것이 아니고, 주가가 액면 미만으로 내려갔을 때에는 액면미달발행의 제한으로 회사의 자금조달이 어렵다. 현재 특별법인 간접투자자산운용업법에만 무액면주식의 발행이 허용되고 있다(동법 제51조 제1항). 무의결권주식이 도입됨에 따라 당분간 이것과 액면주식이 시장에 공존하게 된다. 일본에서는 무액면주식만 인정되므로 기존에 발행된 액면주식에 표시된 액면은 아무런 의미가 없다.

무액면주식의 발행으로 주식의 액면 총액(액면 x 발행주식총수) = 자본이라는 등식이 깨어지게 된다. 이 경우 자본의 개념이 없어지는 것이 아니고 신주발행으로 얻은 금액 중 이사회에서 정하는 금액이 자본이 되고, 나머지는 준비금이 된다.

회사설립시 가장납입으로 범죄자만 양산하는 폐해 때문에 得보다는 失이 많은 최저자본금제도(5천만원)를 폐지하여 회사설립을 쉽게 하고, 회사설립시 수권자본의 4분의 1 이상을 발행하여야 하는 제한도 철폐하기로 하였다. 또한 현물출자시 시가가 있는 현물에 대하여는 그 평가절차를 생략하기로 하였다.

(2) 법정준비금제도의 개편

법정준비금의 적립한도를 자본금의 150% 이내로 축소하고(현행 자본금의 2배까지), 특히 자본준비금의 감소를 가능하게 하였다. 이익준비금과 자본준비금의 사용용도의 구분을 폐지하여 기업의 자금운용에 융통성을 부여하였고, 준비금의 용도를 자본전입과 결손전보 외에 일정 한도 내에서 이익배당 형식으로 분배(distribution)할 수 있도록 하였다.

(3) 배당제도의 개선

현행 상법상 재무제표는 정기주주총회에서 승인확정하고 배당을 결정하는데, 중간배당과 분기배당은 이사회에서 결정하도록 되어 있다. 정관에 규정을 두어 배당결정기관을 이사회로 일원화할 수 있도록 하였다. 또한 위에서 언급한 바와 같이 준비금으로써도 배당할 수 있도록 하는 등 배당재원의 규제를 완화하였다. 나아가 지금도 주식배당이 인정되고 있지만, 현금배당 외에 현물배당을 인정하므로, 다른 회사의 주식이나 기타 유가증권 또는 물질로 배당할 수 있게 된다. 그리고 실제 이용된 예가 없는 건설이자의 배당제도를 폐지하였다.

(4) 상법의 계산규정과 기업회계기준의 조화

현재 상법 회사편의 계산규정과 기업회계기준 사이에는 많은 차이가 있어 기업의 회계처리에 어려움이 있다. 기업회계기준은 그 변화가 매우 심하여 상법에 이를 규정하는 것이 적당하지 못하다. 필자의 견해로는 상법상의 회계처리는 기업회계기준에 위임하는 방식이 좋다고 생각한다. 그러나 위원들은 상법에는 회사의 회계에 관한 기본적인 규정만을 두고 나머지는 대통령령인 상법시행령에 위임하고, 상법시행령이 다시 기업회계기준을 참조하여 규율하도록 하는 방법을 취하였다. 일본은 법무성령에 위임하고 있다. 이 점에서 기업회계규정에 관한 우리 법률은 일본보다 더 까다롭다고 할 수 있다.

또한 모자회사가 있거나 기업집단을 이루는 경우에는 개별기업의 재무제표만으로는 기업전체의 재무상태를 알 수 없으므로, 그룹 내에 속하는 기업 전체의 재무상태를 파악할 수 있는 연결재무제표를 도입한다.

4. 새로운 會社形態의 導入

미국과 일본의 예에 따라 유한책임회사(LLC, Limited Liability Company)제도를 도입한다. 일본에서는 이를 合同會社라고 명명하였다. 그러나 중국에서는 계약법을 合同法이라 한다. 유한책임회사는 사원이 유한책임을 누리면서, 업무집행에 관하여는 사원 스스로 회사를 경영할 수도 있고 제3자에게 경영을 위임할 수도 있으며, 법인세를 물지 않아 2중과세를 피할 수 있는 잇점이 있다.

일본은 종전의 유한회사제도를 폐지하여 주식회사화 하였지만, 우리의 경우에는 종래의 유한회사제도와 유한책임회사제도가 공존하게 되어 다소 혼란스러울 수 있다. LLC는 회사형태를 띠면서도 적정한 범위 내에서 사원의 책임을 제한할 수 있게 되어 있고, 법인세가 면제되는 만큼 법무법인, 의료법인, 회계법인 등 전문직으로 구성된 회사가 이용하면 좋을 것으로 본다.

또한 법인격이 있는 합자회사와 별도로 법인격이 없는 合資組合(Limited Partnership)제도를 명문으로 인정하기로 하였다. 합자조합 역시 무한책임을 지는 조합원과 유한책임을 지는 조합원으로 구성된다. 현재 중소기업창업지원법 상의 창업투자조합(동법 제11조 제2항), 벤처기업육성에 관한 특별조치법상의 한국벤처투자조합(동법 제4조의 3 제2항) 등은 합자조합이다.

5. 기타의 개정사항

기업의 구조조정을 유연하게 할 수 있도록 합병대가를 금전으로 지급할 수 있게 하였다. 또한 개인이나 법인이 회사의 주식의 95% 이상을 소유하고 있는 경우에 공정한 대가를 제공하고 소액주주를 방출할 수 있는 제도를 도입한다. 외국회사의 대표자중 1명 이상은 한국에 주소를 가지게 하는 등 외국회사에 관한 규정을 합리적으로 정비하기로 하였으며, 물가의 상승에 따라 과태료의 금액이 실효성을 상실하여 이를 현실에 맞게 조정하였다. 등기의 전산화에 맞추어 상업등기제도 전반에 관하여 불합리하거나 불필요한 규정을 개정하였다.

Ⅲ. 맺는말

會社法은 기업에 미치는 영향이 지대하며, 기업의 역량은 곧 국가의 역량임을 감안할 때 자본주의의 근간을 이루는 매우 중요한 법률이다. 이 회사법에는 그 나라의 자본주의의 정신이 함축되어 있어야 한다. 회사법은 기업의 조직과 운영에 관한 법률인데, 회사법이 없다면 모든 기업은 이해관계자들과의 계약에 따라 또는 스스로의 행동양식에 따라 행동할 것이다. 그러나 회사법이 없으면 자칫 혼란에 빠지기 쉽고, 경제적 약자가 피해를 볼 수 있다. 따라서 회사법은 회사의 조직과 운영에 관한 기준을 마련하여야 하는데, 그 기준은 가능한 한 최소한의 기준을 정하여야 하고, 나머지는 회사에 관여하는 수많은 이해관계인들의 자치에 맡겨져야 할 것이다. 회사법은 간접법규가 되어서는 안된다. 기업에게 선택할 수 있는 모델 제시라는 목적만으로도 그 역할은 충분하다고 본다. 회사법이 규제법이 된다면 기업은 가장 좋은 회사법이 있는 곳으로 이동한다. 다국적기업의 경우에는 가장 회사법이 잘 정비되어 있는 델라웨어 주를 준거법으로 하여 설립된 회사가 많다. The Boeing Company의 본사는 Chicago에, 공장은 Seattle에 있으나, 설립준거법은 Delaware 주법이다.(20061108).