

# 일본의 회사법제의 현대화 — 2005년에 예정된 개정

江頭 憲治郎 教授(東京大學 法學部)  
에가시라 겐지로 교수(동경대학 법학부)

## 1. 머리말

일본에서는 2002년부터 「회사법제의 현대화」를 위한 작업이 법무성 산하의 법제심의회에서 진행되어 왔으며, 2005년 정기국회에서는 법개정이 이루어질 것으로 전망됩니다. 본인은 현재 법제심의회 회사법부회(현대화관계)의 회장으로 관여하고 있습니다만 현재 개정안은 거의 완성되어 12월중으로 요강안이 확정될 전망입니다. 오늘은 이 개정안 중 중요한 것을 중심으로 말씀을 드리고자 합니다.

### (1) 회사법제의 「현대화」 작업의 목적

회사법제의 현대화작업에는 3가지의 목적이 있습니다. 제일 큰 목적은 현재의 카타카나·문어체의 상법전 중 회사법 부분을 히라가나·구어체의 「현대어」로 하는 것입니다. 다만 현대어화되는 것은 회사법 부분만이고 그 외의 상법총칙, 상행위... 등에 관해서는 현대어화는 이루어지지 않은 채 그대로 두게 됩니다. 이번 개정에서는 회사법을 상법전으로부터 분리하여, 이를 「유한회사법」(일본에서는 우리나라와 달리 단행법)과 또 하나의 중요한 특별법인 「주식회사의감사등에관한상법의특례에관한법률」을 합쳐 하나의 독립된 단행법으로서 회사법을 제정하게 됩니다.

그 다음으로는 「규제상의 불균형해소」와 「사회경제의 변화에 대한 효과적인 대처」가 현대화작업의 목적입니다. 이 2가지가 실질적인 개정(실질개정)이며 오늘은 이 중에서 중요한 사항에 관해 말씀을 드리도록 하겠습니다.

「규제상의 불균형해소」의 가장 중요한 부분은 상법중의 주식회사에 관한 규정과 유한회사법과의 조정입니다. 유한회사는 비공개회사를 염두에 둔 법제도이지만 일본의 중소기업 등의 대부분은 주식회사형태를 취하고 있습니다. 실체는 거의 같으면서 주식회사형태를 취하고 있는 것이 약 100만, 유한회사조직을 취하고 있는 것이 150만입니다. 규제실태가 동일함에도 불구하고 왜 2개의 법제도가 있는지가 회사법이라는 단일 법률에 의해 양자에 대한 규제가 이루어지게 되면 아무래도 문제가 됩니다. 바로 그 점에서 양자간의 조정이 「규제상의 불균형해소」에 있어서 가장 중요한 문제입니다.

그 외 2002년 개정에서 도입된 위원회등설치회사와 기존의 감사회설치회사간의 불균형 해소도 과제입니다. 예를 들면 위원회등설치회사에 있어서는 위법배당등에 관한 종래의 무

과실책임은 2002년 개정에 의해 과실책임으로 바뀌었습니다만, 감사회설치회사의 경우에는 그대로 남아 있습니다. 이 점의 해소도 이 「규제상의 불균형 해소」에 포함되게 됩니다.

「사회경제의 변화에 대한 효과적인 대처」라는 관점에서 이루어진 개정도 몇 가지 있습니다만 이번 개정에 있어서의 중요도는 상대적으로 떨어집니다. 이렇게 말씀드리는 것은 일본회사법은 사회경제의 변화에 효과적으로 대처한다는 측면에서 최근 몇 년간 거의 매년 개정을 단행해 왔기 때문에 이번에는 최근에 단행된 개정이 기업실무에서 어떻게 정착되어 가고 있는지를 지켜보는 것으로 하고 애초부터 대규모 개정은 염두에 두고 있지 않았습니다. 그러나 기업조직재편의 유연화(이른바 현금교부합병·cash-out merger 등의 도입)나 LLC의 도입등 상당히 중요한 개정도 포함되어 있습니다.

## (2) 실질개정의 주요항목

실질개정의 주요항목으로서는

- (a) 유한회사법의 폐지/양도제한주식회사의 법제의 대개정
- (b) LLC(합동회사)제도의 창설
- (c) 회계참여제도의 창설
- (d) 조직재편행위에 있어서의 대가의 유연화(cash-out merger 등)
- (e) 감사회설치회사에 있어서의 잉여금분배결정권한

이 중요한 것으로 생각이 됩니다.

먼저 첫째로, 유한회사법의 폐지와 함께 비공개회사는 일단은 모두 주식회사로 됩니다. 그 점에서 조금 전에 말씀드린 바와 같이 유한회사법과 비공개회사인 주식회사(법적으로는 정관으로 주식양도제한을 한 주식회사)간에 제도불균형문제의 해소가 과제입니다.

주식회사는 1966년 상법개정 전까지는 주식양도제한을 할 수가 없었습니다. 따라서 제도로서는 순수하게 공개회사만 염두에 두고 있었습니다. 그러나 비공개회사의 상당수가 주식회사의 형태를 취하고 있는 현실을 고려하여 1966년 상법개정에서 정관으로 주식양도제한을 할 수 있도록 하였습니다. 그 후 주식양도제한을 한 회사는 정관으로 예를 들면 class voting(종류의결권제도)에 의한 이사선임, 즉 주식의 종류를 A, B의 두 종류로 나누어 A종류주식의 주주에게는 예컨대 이사 2명을 선임할 권한을, B종류주식의 주주에게는 이사 2명을 선임할 권한을 인정하는 등 주식양도제한회사는 정관을 통해 비공개회사에 상당히 적합한 회사형태를 취할 수 있게 되었습니다. 그러나 이러한 회사도 출발점은 공개회사를 염두에 둔 주식회사이므로 비공개회사에는 적합하지 않은 제도가 몇 가지 있습니다. 거기에다가 종래 유한회사이었던 것도 주식회사로 되기 때문에 주식양도제한회사에 관한 법제도를 크게 변경하지 않을 수 없는 상황에 처하게 되었습니다.

현행법상 유한회사와 주식양도제한회사간의 법률상의 차이는 여러 가지 있습니다. 주식회사는 3인 이상의 이사를 선임하여 하며, 이사회는 반드시 두어야 합니다. 이에 반해 유

한회사는 이사가 1인이어도 상관없으며 복수가 있는 경우라도 이사회설치의 법률적으로 강제되지 않습니다. 이사의 임기도 주식회사는 2년이지만 유한회사의 경우에는 임기를 정하지 않아도 상관없습니다. 유한회사의 경우는 감사의 선임은 회사의 임의이지만 주식회사에서는 반드시 선임하여야 합니다. 또한 주식회사는 앞서 말씀드린 종류주식을 발행할 수 있지만, 유한회사의 경우에는 이른바 속인성(屬人性)에 바탕을 둔 예컨대 1인 1의결권의 두수주의를 취할 수 있는 등 주식회사에서는 허용되지 않는 제도의 선택도 가능합니다. 그리고 소수주주권의 요건이라든가 특별결의의 요건 등도 양자는 다릅니다. 이러한 점들을 어떻게 규정할 것인가가 현대화작업에 있어서 큰 논점이었습니다. 그리고 중소기업단체등은 이 점에 많은 관심이 있었고 강하게 의견을 개진한 논점도 있었습니다. 이번 개정작업에서 실질적으로 가장 어려웠던 점은 이 부분이었다고 생각하고 있습니다.

다음으로 큰 문제이었던 것은 LLC제도의 창설입니다. LLC는 미국의 거의 모든 주에서 인정한 제도로서 요컨대 내부적으로는 조합이지만 외부적으로는 모든 구성원이 유한책임을 진다는 점에 특징이 있으며 1980년대 와이오밍주에서 시작된 제도입니다. 이 LLC에 대해 세제상 pass-through가 인정된 것 등으로 인하여 전미에 급속히 보급되어 현재는 매우 중요한 제도로서 기능하고 있습니다. 일본에서는 현재는 회사형태를 취하고 있는 한 법인이라는 이유로 세제상 pass-through가 인정되지 않는 것에 대해 LLC로 하면 pass-through가 당연히 인정될 것이라는 전제하에 일본에서도 이것을 도입하여야 할 것이라는 소리가 매우 강합니다. 법제심의회에서는 세계의 문제에 관해서는 취급하지 않지만 만일 LLC제도를 도입한다면 상법상은 어떠한 모습으로 제도화 할 것인지에 관해 검토를 하고 일단은 정리를 마무리한 상태입니다.

다음은 회계참여제도의 창설입니다. 이것은 주로 중소기업의 경리·회계에 관한 것으로서 종래부터 중소기업의 회계문제는 회사법상 매우 큰 과제이었습니다. 1990년 상법개정시에도 중소기업 중에서 일정규모이상의 기업에 대해서는 어떠한 형태로든 「간이회계감사제도」의 도입이 필요한 것은 아닌지에 관해 논의가 있었고 실제로 「회계조사인에 의한 조사」라는 명칭으로 상당히 심도있는 논의가 이루어졌지만 결국에는 제도화까지는 이르지 못했습니다. 공인회계사협회에서는 「감사에 간이한 것이란 없다」고 반발하였고, 한편으로는 간이감사(簡易監査)를 한다면 어떻게 하는 것이 간이감사인지를 그 방법에 관해 의견이 정리되지 않았기 때문입니다. 그러나 중소기업의 경우 회계가 제대로 이루어지지 않은 것에 의해 중소기업주의 개인보증문제 등이 발생하는 것이며, 따라서 무엇인가 조치를 취하여야 할 것이라는 소리는 과거부터 있었습니다. 그것이 이번의 회계참여제도, 즉 제3자가 재무제표를 감사하는 것이 아니라 재무제표의 작성자측의 사람으로서 전문가(주로 염두에 두고 있는 것은 세무사)가 참여하는, 말하자면 세무사가 “재무제표를 작성하는 일종의 회사기관”(회계참여)으로서 참여하는 제도가 창설됩니다.

다음으로 조직재편, 즉 합병, 주식교환·주식이전, 회사분할 등에 있어서의 「대가의 유

연화」입니다. 현재는 조직재편, 예를 들면 합병의 경우 소멸회사의 주주에게는 존속회사의 주식을 교부하여야 한다고 이해하고 있습니다. 합병비율의 조정을 위해서는 합병교부금, 즉 현금을 교부할 수도 있지만 현금만을 대가로서 교부하는 합병은 할 수 없다고 보는 것이 일반적이며 실무에서도 그렇게 취급하고 있습니다. 한편 미국 등에서는 cash-out merger을 인정하고 있습니다. 즉 대가로서 주식을 전혀 발행하지 아니하고 소멸회사주주에게는 현금만을 교부하는 형태입니다. 이 제도의 도입을 강하고 요구하고 있는 것은 외국계기업이라고 합니다. 예컨대 「외국계기업의 일본내 100%자회사」가 일본회사를 흡수합병하려고 하는 경우 존속회사가 되는 「외국계기업의 100%자회사」가 소멸회사의 주주에게 주식을 발행하면 100%자회사는 아니게 되어 버립니다. 그리하여 「외국계기업의 100%자회사」는 현금을 소멸회사주주에게 교부하거나 혹은 모회사의 주식을 대가로 해서 일본회사를 합병하는 것, 즉 존속회사주식 이외의 것을 대가로 하여 합병하는 것이 허용되면 100%자회사의 형태를 그대로 유지한 채 일본회사를 합병할 수 있게 됩니다. 그리고 이러한 대가의 유연화에 관해 일본경제단체 등도 지지하였기 때문에 이번에 도입하기로 하였습니다. 심의 과정에서는 외국에서 설립된 회사(외국회사)와 일본회사간의 조직재편도 허용되어야 한다는 주장이 강하게 제기되었습디다만, 조금뒤에 말씀드리겠습니다만 그것은 결국 도입되지 않았습디다.

다음은 감사회설치회사(즉 과거의 대회사)에 있어서 잉여금분배의 결정권한의 문제입니다. 위원회등설치회사와 감사회설치회사간의 중요한 차이 중 하나는 위법배당등에 대한 이사의 무과실책임이며, 또 하나는 위원회등설치회사의 경우 이사회결의만으로 이익처분결정이 가능하다는, 즉 주주총회에 이익처분안을 상정할 필요가 없다는 점입니다. 이 점에 관해 일정의 요건을 충족하는 경우에는 감사회설치회사의 경우에도 인정하여야 할 것이고, 현재와 같은 제도의 불균형에는 정당한 이유가 없다는 주장이 강하게 제기되어 이번에 언급한 두 가지, 즉 위법배당등에 관한 무과실책임을 없애고 감사회설치회사의 경우에는 일정 요건을 충족하면 잉여금분배(이익처분)을 이사회결의만으로 가능하도록 하였습니다. 이것에 의해 분기별배당(연4회)을 할 수 있는 전제가 갖추어진 셈입니다. 이상이 중요항목이라고 생각합니다.

## 2. 기관설계

### (1) 유한회사의 폐지

개별문제에 관해 말씀을 드리겠습니다. 기관설계에 관해서입니다. 어떤 형태의 기관설계가 허용되는가와 관련하는 것으로서 제일 중요한 것은 유한회사의 폐지입니다. 현재의 요강안에는 제2부·제1[총론]부분이 이에 해당합니다.

종래 유한회사법에 근거하여 설립된 회사가 주식회사로 되면 여러 가지 점이 달라지게 됩니다. 현재, 유한회사법에 의하면 예컨대 이사의 임기에 관해 정관으로 정하지 않아도

되므로 일단 이사가 되면 해임되지 않는 한 계속 이사로 재직하는 것이 가능하지만 — 나중에 말씀드리겠지만 — 새로운 주식회사제도 하에서는 이사의 임기를 정하지 않으면 안됩니다. 그렇게 되면 종래의 유한회사이사이었던 사람의 지위가 변하게 됩니다. 이와 관련하여 종래의 취급(지위)을 인정하는 경과조치를 두지 않을 수 없으며, 그리하여 개정법에서는 소요의 경과조치를 마련하게 되었습니다.

문제는 기존의 유한회사가 어떠한 경우에 그 경과조치의 적용을 받지 않게 되는지입니다만, 아직은 구체적으로 정해지지는 않았습니다. 다만 지금까지의 논의를 바탕으로 대략적으로 말씀을 드리면 종래 유한회사이었던 회사의 경우에는 대부분이 「OO유한회사」라는 상호를 사용하고 있을 터인데 이 「OO유한회사」라는 상호를 사용하고 있는 동안은 경과조치의 적용을 받고, 상호를 「OO유한회사」로부터 「OO주식회사」로 변경하면 이때에는 당연히 정관변경을 하여야 하므로 상호변경을 하는 때에는 경과조치의 적용은 없어지고 신제도의 주식회사로 됩니다. 구체적으로는 등기소에 상호변경을 신청할 시에 「주식회사법에 따라 정관을 작성해 주시고 이사의 임기도 정해 주십시오」라는 이야기입니다. 이 경과조치는 그렇게 복잡하지는 않을 것으로 생각합니다. 지금 말씀드린 바와 같이 상호변경 등과 같이 단순한 일을 기회로 경과조치의 적용은 없어지는 제도로 될 것으로 생각합니다.

## (2) 주식회사의 기관설계(제2부·제3의1)

주식회사 중에는 예전 같으면 유한회사이었던 것도 포함되므로 신제도하에서는 어떠한 기관설계를 인정할 것인가가 문제입니다. 종래 유한회사에 허용되던 기관설계, 예컨대 이사회를 두지 않거나 감사를 선임하지 않는 등의 기관설계는 새로운 주식회사에 대해서도 인정하여도 상관없지 않은가 등이 문제입니다.

이점에 관해서는 자세한 설명은 생략하겠습니다만, 새로운 주식회사의 기관설계는 주식양도제한회사의 경우에는 선택의 폭이 대단히 넓게 됩니다. 종래 유한회사에 인정되던 기관설계를 할 수 있는 것은 물론이고 주식회사에 인정되는 기관설계 그 자체를 종래보다도 상당히 자유화하였습니다. 그러나 공개회사의 경우에는 종래와 거의 변함이 없습니다. 그러나 주식양도제한회사의 기관설계에 관해서는 심하게 의견이 대립하였던 문제가 2가지 있습니다. 이 점에 관해 말씀드리겠습니다.

## (3) 주식양도제한주식회사의 기관

주식양도제한회사의 기관설계에 관한 쟁점의 제1은 이사와 감사의 임기의 문제입니다. 현행법상 유한회사는 이사의 임기를 정해 둘 필요가 없습니다만 주식회사의 경우에는 법률상 임기 2년으로 정해져 있습니다(감사는 4년). 이 점을 신제도에서는 어떻게 할 것인가가 대단히 큰 쟁점이었습니다. 중소기업단체등은 기본적으로 「주식양도제한회사의 경우는

전부 현행유한회사와 마찬가지로 임기를 정하지 않아도 되는 것으로 하라」는 의견이었습니다. 그것에 대해 학자와 법조계는 주식양도제한회사 중에는 주주수가 상당히 많은 회사도 있으므로 그렇게는 할 수 없다는 의견이었습니다.

결국 어떠한 형태로 결말이 났는지를 말씀드리면 임기는 정관으로 정하지 않으면 현재의 주식회사와 마찬가지로 이사는 2년, 감사는 4년이 됩니다. 다만 주식양도제한회사의 경우에는 정관으로 임기를 최장 10년까지 연장할 수 있습니다(제2부·제3의3(3)). 주식양도제한회사에는 규모도 크고 종업원수도 많은 회사가 있습니다. 이러한 회사는 10년까지 연장할 수 있다고 하더라도 종업원에서 이사·감사로 순차적으로 승진해 가지 않으면 인사가 적체되므로 임기를 10년으로는 정할 수 없을 것으로 생각됩니다.

한편 작은회사의 경우, 즉 주주=이사이고 종업원도 적은 회사의 경우도 유한회사와는 달리 10년 이내로 임기를 정하여야 합니다. 예를 들면 10년이라고 정한 경우 10년 내에 경영자간에 사이가 나빠져서 다수파가 소수파를 이사로부터 해임하면 임기도중에 정당한 사유 없이 이사로부터 해임된 자는 회사에 대해 임기종료시까지의 보수상당액을 손해배상청구할 수 있습니다. 따라서 이와 같이 작은 규모의 회사의 경우에는 이사의 임기를 정함은 실제로는 그 기간 동안은 경영자끼리 상대를 내쫓지 않겠다고 약속하는, 이른바 평화조약의 유효기간인 셈입니다. 저는 이러한 법제는 비공개회사에는 적합한 것이라고 생각하고 있으며, 중소기업단계, 법조계·학계등 관계자는 모두 찬성하고 있습니다.

제2의 쟁점은 감사의 권한입니다.

현재는 주식회사의 경우 감사를 선임하여야 하나 상법특례법상의 소회사(자본금1억엔이 하이면서 부채총액 200억엔이하의 회사)의 경우 감사의 권한은 회계감사로 국한되어 있습니다. 2003년에 공포된 요강시안에 의하면 주식양도제한회사(상법특례법상의 대회사제외)는 현재의 유한회사와 같이 감사를 두지 않을 수 있으나 만약 감사를 둘 경우에는 그 권한은 업무감사·회계감사의 양쪽에 미치는 것으로 하고 있습니다. 회계에 관해 아무런 지식이나 자격이 없는 자(감사)가 회계감사권만 갖는다는 것은 무의미하다는 것이 그 이유입니다. 이에 대해 중소기업단체는 격렬하게 반대하였고 현재의 소회사와 같이 회계감사권만 갖는 감사도 둘 수 있도록 하라고 주장했습니다. 예를 들면 부인을 아무런 일도 하지 않으면서 감사(회계감사권만 갖는 감사)로 선임하여 보수를 지급하고 싶다는 것이 그 이유가 아닌가 싶습니다.

이 점에 관해서는 결론을 말씀드리면 감사를 두면 이 때에는 업무감사권과 회계감사권의 양쪽을 갖는 것을 원칙으로 하고, 다만 대회사이외의 주식양도제한회사의 경우에는 종래의 소회사 및 유한회사와 같이 권한을 회계감사권한만으로 한정하는 것을 가능하게 하였습니다(제2부·제3의4(1)②)

다만 그렇게 되면 이러한 회사에서는 이사·이사회외의 업무집행에 대해 감사를 하는 자가 아무도 없게 됩니다. 그래서 중소기업단체의 희망을 입법에 반영하면서도 업무감사가 가능

하도록 하는 방법을 검토한 결과 ③에서 언급하고 있는 것처럼 업무감사권한을 가진 감사가 없는 회사의 경우에는 주주의 권리를 상당히 강화하기로 하였습니다. 예를 들면 이사회 소집권과 이사의 위법행위에 대한 유지청구권 등이 감사의 업무감사권한으로서 인정되고 있습니다. 이사의 위법행위에 대한 유지청구권은 주주에게도 인정되지만 감사가 행사하는 경우와 주주가 행사하는 경우는 그 요건이 다르며 감사의 쪽이 유지청구를 하기 쉽도록 되어 있습니다. 그 점에 관해 업무감사권한을 가진 감사가 없는 회사의 경우에는 주주에게 감사에 상당하는 권한을 부여하기로 하였습니다. 이 점에 관해서도 한 때는 중소기업단체와 법조계·학자의 사이에서 격렬하게 의견이 대립하였지만 완전하게 의견이 일치하여 쌍방 모두가 만족해 하는 결론에 도달하게 되었습니다.

### 3. 합동회사

LLC에 관해 말씀드리겠습니다. LLC는 「합동회사」라는 명칭으로 표현하고 있습니다(제3부). LLC에 관해서는 사법상은 그다지 큰 문제는 없습니다. 혹시 있을지도 모르겠습니다만 그것은 실제로 제도를 운영해 보지 않으면 알 수 없을 것으로 생각합니다. 오히려 주목을 끌고 있는 것은 세제의 문제이며, 이것은 아직 문제가 해결된 것은 아닌 듯합니다. 그러나 세제 문제는 법제심의회에서는 취급하지 않습니다.

LLC의 내부관계에 관해서는 원칙적으로 정관자치로 하고 있습니다만 약간의 강행규정을 두고 있습니다. 예를 들면 대표소송입니다(제3부·제2의3(4)). 미국에서 그렇게 하고 있기 때문이라는 것이 그 이유입니다.

### 4. 회계참여제도의 창설

다음은 회계참여제도입니다(제2부·제3의5). 회계참여제도는 세계적으로 드문 제도가 아닌가 싶습니다.

회계참여제도는 한마디로 말하면 회계전문가인 공인회계사(감사법인) 또는 세무사(세무사법인)가 이사·집행임원(執行役)과 함께 재무제표를 작성하는 것입니다. 회계참여는 위원회등설치회사를 포함하여 모든 회사에서 기관설계로 둘 수 있습니다. 실제 보급될 것으로 예상되는 것은 물론 중소기업이지만, 상장회사 등의 경우에도 두고 싶으면 둘 수가 있습니다. 회계참여는 회계감사를 담당하는 회계감사인(우리나라의 “외부감사인”에 해당)과는 전혀 다른 제도이며, 따라서 이 점을 철저히 하면 중소기업에만 인정되고 대회사·상장회사에는 둘 수 없는 제도라고 하기에는 논리적으로 설득력이 약하기 때문에 법제도상으로는 모든 회사에서 설치할 수 있도록 한 것입니다.

이사·집행임원과 공동으로 재무제표를 작성하는 것이므로 정관으로 회계참여를 두고 있는 회사에 있어서는 회계참여가 동의하지 않으면 재무제표를 작성할 수 없게 된다. 그리고 회계참여는 재무제표의 작성등에 관해서는 이사에 준하는 책임을 지게 됩니다.

이 제도가 기업실무에서 정착될 지에 관해서는 예상할 수는 없지만, 중소기업의 경우에는 금융기관을 비롯한 회사채권자가 중소기업에 대해 회계의 적정성을 담보하기 위하여 회계 참여를 선임하도록 얼마나 요구하는가에 달려 있다고 생각합니다. 그러나 현단계에서는 어떻게 될 것인지에 관해 본인으로서는 전혀 예상할 수가 없습니다.

## 5. 조직재편에 있어서의 대가의 유연화

흡수합병, 흡수분할 및 주식교환 등 「조직재편시의 대가의 유연화」에 의해 예컨대 흡수합병의 경우 종래는 소멸회사의 주주에게 반드시株式이 교부되어야 하였지만 지금은 전부 현금으로 교부하여도 되게 되었습니다(제2부·제7의1). 「금전 기타의 재산」이므로 총회에서 승인이 있는 한 그 대가가 무엇이든 법률적으로는 문제가 되지 않습니다. 예를 들면 모회사주식(모회사가 외국회사인 경우도 있을 수 있습니다)도 상당히 사용될 것으로 예상됩니다.

대가의 유연화와 관련하여 야기된 몇 가지 문제 중 그 중 하나가 「대가의 불공정」의 문제입니다. 현행법에 있어서도 합병비율등이 공정한지 그 여부에 관해서는 설명서를 작성하여야 합니다. 「대가의 유연화」의 관계에서는 설명서내용을 좀더 자세하게 할 필요가 있습니다. 그것이 (주)에 해당하는 부분입니다. 특정 종류의 대가를 선택한 이유, 즉 왜 그런 종류의 대가를 선택하였는지 그 이유도 기재하여야 합니다. 예를 들면 「주식을 대가로 교부하면 100%자회사의 지위를 상실하므로 대가를 현금으로 한다」는 식으로 그 이유에 관한 설명도 요구되게 됩니다.

또 하나 문제가 되었던 것이 주식매수청구권입니다. 현행법에서는 예를 들면 합병등의 경우 대가에 불만이 있거나 주주총회에서 반대한 주주에게는 주식매수청구권이 인정됩니다. 이 주식매수청구권이 행사되면 「합병이 없었다면 형성되었을 공정한 가격으로」 회사가 주식을 매수하게 됩니다. 주식매수청구권이 행사되었을 때의 매수가격이 「합병등이 없었다면 형성되었을 주가」로 하는 것이 과연 옳은 것이지에 관해서는 종래부터 논란이 있었고, 대가의 유연화에 의해 처음으로 문제가 되었던 것은 아닙니다. 합병등을 하면 시너지가 나타납니다. 소멸회사주주가 존속회사주식을 교부받은 한은 그 시너지는 존속회사주식의 가치에 반영될 터이므로 소멸회사주주도 그 시너지의 분배에 참여하게 됩니다. 그런데 주식매수청구권이 행사된 경우라든가 cash-out된 경우에는 존속회사주주가 그 시너지를 독점해 버리게 됩니다. 그렇다고 하면 그것은 지나친 것은 아닌가, 시너지를 무시한 합병비율이 당연히 인정된다면 그것은 이상한 룰이 아닌가 등의 문제가 대가의 유연화를 기회로 현저(顯著)화되었습니다.

그리하여 제2부·제4의7(2)에서 매수가격에 관해 「합병이 없으면…」 등의 현행법상의 문언은 생략하고 단지 「주식의 공정한 가격」으로 하기로 하였습니다. 이에 대해 경제계

에서는 우려하는 자도 있었습니다. 그 이유는 지금도 주식매수청구권을 남용하는 대형투자자가 있다는 것입니다. 이러한 남용적인 주식매수청구권의 행사에 대해 이번 기회에 제약을 가할 필요가 있다는 주장이 제기되어 결국 (3)이 포함되게 되었습니다. 즉, 일단 주식매수청구권을 행사해 두고 아무래도 법원에서 원하는 가격이 결정되지 않을 것 같으면 신청을 취하하고 그 대신에 시장에서 주식을 매각하는 등의 남용적인 행위에 대해 어느 정도 규제할 수 있도록 하였습니다.

또 하나 제2부·제7부의6(1)에 관해서 입니다만, 현재 주식교환에 관해서는 채권자보호절차가 없습니다. 왜 없냐 하면 지금까지 주식교환에서는 채권자의 이익이 침해될 경우란 거의 생각할 수 없었기 때문입니다. 합병이라면 존속회사에 소멸회사의 자산과 부채 등이 승계되므로 소멸회사에 대규모 우발부채가 있거나 실질적으로 채무초과일 경우에는 존속회사의 채권자의 이익이 침해될 수도 있습니다. 그래서 합병시에는 존속회사주주에게도 채권자보호절차가 인정되게 됩니다. 그런데 주식교환의 경우에는 완전모회사가 되는 회사에 승계되는 것은 완전자회사가 되는 회사의 주식만이고 그 가치는 제로 일 수는 있어도 마이너스일 수는 없습니다. 한편 완전모회사가 되는 회사로부터 유출되는 것은 자기주식의 경우도 있지만 기본적으로는 완전모회사가 되는 회사의 신주이고 자산이 유출되는 것은 없습니다. 그렇기 때문에 주식교환에 의해 완전모회사로 되었다고 해서 완전모회사인 회사의 채권자의 이익이 침해될 리가 없다는 것이 현재의 생각입니다. 그런데, cash-out가 인정되면 결국 완전모회사는 주식을 현금으로 매수하는 것과 마찬가지로 됩니다.

그렇게 되면 가치 제로 또는 거의 제로인 주식에 대해 거액의 현금을 지급하는 경우도 있을 수 있습니다. 그렇다고 하면 회사채권자보호절차가 필요하게 됩니다. 그래서 「주식교환에는 채권자보호절차없음」이라는 기존의 사고방식을 바꾸어 완전모회사가 되는 회사가 신주를 발행하는 경우는 채권자보호절차는 필요 없지만, 그 이외의 재산을 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 교부하는 경우에는 채권자보호절차는 반드시 필요하게 됩니다.

조직재편관계에서는 그 외에도 몇가지 새로운 제도가 도입되었습니다.

하나는 간이조직재편이며, 종래부터 간이합병이나 중요하지 않은 영업양도등에 관해서는 총회결의가 불필요하였습니다. 현재 그 기준은 기본적으로 순자산액의 5%이내이지만, 이것을 좀더 완화하라는 요구가 강할 뿐만 아니라 현재에도 산업재생법에 기한 주무대신의 인가가 있으면 순자산의 20%범위내에서 총회의 특별한 결의없이 조직재편이 가능하게 되어 습니다. 이와 관련하여 개정후에는 산업재생법의 기준에 거의 가까운 기준으로 하기로 하였습니다(제2부·제7의2(1)).

그 다음은 약식조직개편입니다. 현재는 예를 들면 합병의 경우에는 존속회사측에는 간이합병절차에 의한 총회결의의 생략이 있지만, 소멸회사측의 경우에는 항상 총회결의가 필요하였습니다. 이 점에 관해 소멸회사측도 일정요건하에 결의가 필요없는 제도가 도입되었습니다(제2부·제7의3). 이것도 이미 산업재생법에 있었던 것입니다.

그리고 외국회사와 일본회사가 직접적으로 합병·주식교환등을 할 수 있도록 하는 제도의 도입에 관해서는 논의가 있었으나, 결국은 도입하지 않기로 하였습니다. 그 이유는 대충 말씀드리면 앞에서 말씀드린 대가의 유연화등으로 어느 정도 대처할 수 있는데다가, 외국회사와 직접적인 조직재편을 가능하게 하는 제도를 도입한다고 하면 상대방 외국회사는 어떠한 절차를 따라야 조직재편을 할 수 있는지에 관해 의견이 통일되지 않았기 때문입니다. 예를 들면 주식교환의 경우 일본의 회사측은 완전모회사가 되든 완전자회사가 되든 일본법이 요구하는 절차를 따라야 하지만, 외국회사의 경우에는 예컨대 외국회사가 완전모회사가 되는 주식교환이 이루어지는 경우 그 외국회사의 설립준거법이 요구하고 있는 절차를 따르면 주식교환은 성립하게 되는 것으로 하여 외국회사의 설립준거법이 요구하는 절차는 무엇이든지 좋다고 하여야 하는지 등에 관해 논의가 있었습니다. 말하자면 외국회사측은 일종의 현물출자에 의한 신주발행인 경우에도 주식교환이 성립하는 것인지, 그렇지 않으면 외국회사의 설립준거법에 일본법에서 말하는 주식교환에 유사한 절차가 존재하고 그 절차가 이행되어야만 하는지 등에 관해 의견이 통일되지 않았으며, 결국에는 귀찮고 거추장스러운 일은 그만두자는 쪽으로 의견이 모아졌습니다.

## 6. 감사회설치회사에 있어서의 잉여금분배의 결정권한

감사회설치회사의 잉여금분배결정권한에 관해서도 개정이 이루어졌습니다. 즉 외부감사인을 선임하고 그리고 이사의 임기를 1년으로 하는 것을 조건으로 감사회설치회사의 경우에도 이사회결의로 잉여금의 분배가 가능하도록 하였습니다(제2부·제6의4(3)). 이사의 임기를 1년으로 한 것은, 이사의 임기가 2년일 경우 이익처분안을 총회에서 결의하지 않으면 2년에 1번은 아무 것도 결의하지 않은 총회가 있을 수 있다는 점 및 이익처분안에 관한 결의라는 형태로 이사가 주주의 신임을 받을 필요가 있다는 점이 그 이유입니다. 현재 위원회등설치회사에 있어서도 동일한 취지로 이사의 임기는 1년으로 하고 있습니다.

이사회결의로써 잉여금의 분배가 가능하도록 한 경우, 주주는 주주제안권을 행사하여 「이 정도의 잉여금분배를 하라」는 취지의 제안을 할 수 있는지가 문제됩니다. 이것에 관해서는, (3)②에서 특히 정관으로 그 주주제안권을 배제하지 않는 한 주주제안권을 행사하기 위한 요건을 충족한 주주는 주주제안을 할 수 있는 것으로 하고 있습니다.

## 7. 기타

그 외의 사항으로서 다음의 3가지에 관해 말씀을 드리겠습니다.

### (1) 최저자본금·결산공고

첫째는 최저자본금입니다. 일본에서는 1990년 개정 이래 주식회사는 1000만엔, 유한회사는 300만엔의 최저자본금제도를 두고 있습니다만 개정법에서는 최저자본금에 대한 규제는

하지 않기로 했습니다(제2부·제2의1(1)②).

최저자본금과 함께 논의되었던 결산공고는 현행법에서는 모든 주식회사에 대해 요구하고 있습니다만 유한회사에 대해서는 요구하고 있지 않습니다. 그러나 개정후에는 모든 회사에 대해 결산공고가 요구되게 됩니다(제2부·제6의6(5)). 결산공고라 하더라도 현재는 인터넷에 의한 공시도 인정되고 있으므로 과거만큼은 비용이 들지 않을 것으로 생각됩니다. 최저자본금 및 결산공고의 문제는 회사채권자보호의 근간에 관련되는 문제이지만, 최저자본금 및 결산내역에 관해서는 공개회사의 경우에는 증권거래법에 의해 이미 공시가 이루어지고 있으며, 중소기업의 경우에는 대기업이 채권자인 때에는 채권자(대기업)가 결산서류를 가져오도록 요구하면 중소기업은 가지고 오지 않을 수 없기 때문에 법률로써 대기업인 회사채권자를 보호할 필요는 없습니다. 또 중소기업의 채권자 중 소비자가 있는가 하면, 소비자가 채권자인 업종은 금융관계 등 일부에 국한된 이야기이며 소비자가 중소기업의 채권자인 경우는 거의 없습니다. 따라서 회사법에서 보호하여야 하는 회사채권자란 결국은 중소기업인 회사채권자입니다.

그렇다고 하면 입법은 어떤 것이어야 하는지의 문제는 결국 중소기업자신이 최저자본금 및 결산공고가 필요하다고 생각하는지 아닌지에 달린 셈입니다. 이와 관련하여 중소기업의 의식에 관해서는 잘 알 수 없는 면이 있으며, 현재의 결산공고가 거의 이루어지지 않고 있는 것은 공지의 사실이지만 중소기업관계자에게 앙케이트조사등을 해보면 이 제도는 그래도 있는 쪽이 낫다고 하는 견해가 상당수 있는 것 같습니다. 또 중소기업단체, 중소기업청 등도 결산공고, 정보공시를 충실하게 하는 것은 바람직하다고 보고 있습니다. 다만 법으로 그것을 엄격하게 요구하지는 말라는 입장입니다. 현재 결산공고는 법률상 의무이지만 준수하지 않고 있는 회사가 많고, 이것에 대해 과태료의 제재도 엄격하게 이루어지지 않고 있는 것이 현실이지만, 개정법 하에서도 결국 이러한 현상은 변하지 않을 것으로 생각됩니다. 관계자가 서서히라도 정보공시의 충실화를 위해 노력한다면 그것으로 만족한다는 것이 법제심의회에 있어서의 다수의 의견이었으며, 그 결과 이러한 결론이 낫다고 말씀드릴 수 있습니다.

## (2) 자기주식의 회사에 의한 처분

둘째는 자기주식의 관계입니다. 자기주식에 관한 대개정은 「자기주식의 시장에서의 매각」입니다. 현재 자기주식을 시장에서 매각하는 것은 인정되지 않습니다. 자기주식의 매수는 이익처분과 같기 때문에 그 처분에 관해서도 신주발행과 같은 규제가 필요하다는 것이 현행법의 기본생각입니다. 이 점에 관해서는 실무계의 요망이 강했기 때문에 일정범위에서 시장매각을 인정하게 되었습니다(제2부·제4의3(3)). 또한 자기주식을 금전이외의 현물을 대가로 처분하는 것에 관해서는 현재 아무런 규정이 없기 때문에 그것이 가능한지에 관해서는 논란이 있었지만 결론적으로는 가능한 것으로 하고 현물출자에 의한 주식발행과 동일한 취급을 하기로 하였습니다(제2부·제4의3(6)③).

### (3) 주주대표소송

셋째는 주주대표소송의 문제입니다. 주주대표소송에 관해서는 경제계로부터 남소방지를 위해 미국과 같이 소송위원회를 설치하여 소송위원회가 「주주대표소송은 회사의 이익이 되지 않으므로 각하하라」고 결정하면 법원을 그것을 존중하여야 하는 제도로 해달라는 요망이 있었습니다. 그러나 미국과 일본은 주주대표소송제도는 상당히 다르며, 미국의 경우는 이사등의 책임을 추궁하는 것은 본래 이사회가 하여야 하는 일이며, 이사회가 권한을 남용하여 책임추궁을 게을리 한 경우에 주주가 대신하여 소송을 할 수 있다는 생각입니다. 따라서 미국의 재판에서는 이사회가 권한을 남용하고 있는지가 초점이 되며, 남용하고 있지 않다는 하나의 증거가 소송위원회의 결정입니다. 바꾸어 말하면 권한을 이사회가 남용하고 있는가 혹은 소송위원회가 경영자로부터 독립성을 유지하고 있는가에 대해서만 다투는 것이 미국의 주주대표소송입니다.

그러나 일본의 경우에는 이사회가 권한을 남용하여 제소를 하지 않은지 그 여부가 쟁점이 되어 왔던 것은 아닙니다. 주주대표소송을 제기하는 것은 주주의 권리이고 법원은 소가 제기되면 이사회에게 책임이 있는지 그 여부를 실태심리를 해 왔습니다. 이러한 일본의 제도 중에 미국과 같은 소송위원회의 독립성을 다투는 절차를 넣게 되면 그 만큼 소송은 지연될 뿐이므로 남소를 신속하게 각하할 목적이라면 소송위원회제도를 도입하는 것은 무의미하다는 결론에 도달하였습니다. 그 대신에 남소라는 것을 피고인 이사측이 증명하면 법원이 소송을 종료시키는 제도를 도입했습니다(제2부·제3의3(9)①).

그리고 최근에 크게 문제가 되었던 것은 주주대표소송이 제기된 때 주식교환, 주식이전이 이루어져서 그 회사가 완전자회사가 되어 버린 경우 원고주주는 이미 완전자회사의 주주가 아니므로 그것으로 소송은 종료한다는 판결이 많이 나왔다는 점입니다. 이 문제에 관해 ③에서 적어도 원고주주가 완전모회사의 주주로서 지위를 유지하고 있는 한은 소송은 종료하지 않는다는 규정을 마련하였습니다.

②는 주주대표소송을 제기하려고 하는 경우 주주는 먼저 감사에게 소를 제기하라고 청구를 하여야 하는데, 이 때 제소청구를 받았음에도 불구하고 감사가 소를 제기하지 않은 때에는 그 이유를 서면으로 해당 주주에게 통지하도록 하였습니다.

이상이 2005년에 예정된 일본의 회사법개정의 중요한 점입니다.  
경청해주셔서 감사합니다.

번역: 권종호 교수(건국대학교 법과대학)