

株式制度에 관한 韓·日法制 比較研究[※]

—株式의 讓渡를 中心으로—

徐 庚 林 *

目 次

- | | |
|-----------------------|---------------------|
| I. 序 | 4. 株式의 自由讓渡性의 妥當性 |
| II. 株式讓渡의 自由 | III. 株式讓渡의 制限 |
| 1. 株式讓渡의 自由와 株式會社의 本質 | 1. 株券發行前의 株式讓渡制限 |
| 2. 株式讓渡와 投資의 의미 | 2. 子會社의 母會社株式의 取得禁止 |
| 3. 日本商法의 株式讓渡 | IV. 結 語 |

I. 序

企業 특히 株式會社 企業은 多數人으로부터 많은 資本을 모을 수 있었기 때문에 發達해 왔고, 또 發展되고 있는 것이다. 多數人으로부터 資本을 모으기 위해서는 어떠한 條件이 필요한가. 우선 積極的 條件으로서 ① 적은 資金을 가진 사람들에게도 投資할 수 있게 하여 利子를 붙일 수 있는 機會를 줄 수 있을 것, ② 投資家は 필요에 따라 때때로 그 投資關係를 解消할 수 있어야 한다. 또 消極的 條件으로서 投資家의 危險을 줄이고, 그 危險도 出資額에 그치게 할 필요가 있다.

株式會社에 있어서의 「株式」制度는 이 積極的 條件을 충족시키려는 데 있다고 할 수 있고, 株主의 「有限責任」制度는 消極的 條件을 충족시키는 데에 있는 것이다. 株式制度를 통하여 多數의 株主로 구성되어 있는 株式會社의 法律關係를 쉽게 처리할 수 있다. 株主의 地位, 즉 株式은 株券으로 有價證券化되어 證券市場에서 簡易·迅速하게 流通되므로 一般 投資家에게는 바람직한 投資對象이 될 수도 있는 것이다.

※ 이 글은 1985年度 후기 文敎部 學術研究助成費의 支援에 의해 수행되었음.

* 社會科學大學 副教授

그런데, 이 株式에서 나오는 株主의 權利는 個人法上的의 일반적인 債權과는 다른 團體法上的의 權利이다. 따라서 株式會社라는 團體의 統制力에 얼마 만큼 強度를 부여할 것인가에 따라 그 位相도 달라질 수 있는 것이다. 결국 오늘날 株式會社法의 課題는 企業經營의 安定을 기하면서 어떻게 投資株主의 投下資本을 增殖·回收할 수 있게 保障할 수 있느냐에 집약된다고 할 수

우리의 商法典이 制定·公布되어 20餘년이 경과하는 동안 우리의 經濟는 그 規模와 構造面에서 많은 發展과 變化를 가져 왔으나, 이 經濟生活을 規律하는 基本法이라고 할 수 있는 商法典은 이러한 經濟的 現實에 올바르게 부응할 수가 없었다. 다행이 1984年 3月 17日, 臨時國會에서 商法改正案이 통과되었고, 그 改正은 상당히 폭넓게 행해졌다. 그런데, 그 改正의 核心은 역시 株式會社에 관한 部分이다.

本 考察은 株式會社에 관한 改正가운데서 특히 株式制度를 中心으로 하여 이에 관한 日本의 法制를 살펴보고, 이것을 우리의 法制와 비교하여 앞으로 시행과정에서 일어날지도 모르는 시행착오를 예견하여 그에 대한 대책 내지는 立法에 기여하는데 있다. 이번 商法改正에서 株式制度에 관련된 것으로서는 株式의 額面價의 引上和 이에 관련된 最低資本額의 法定, 株券發行前의 株式讓渡에 관한 不合理한 點의 補完, 株券交付에 讓渡方法의 新設, 株式名義改書代理人制度의 一般化, 自己株式의 取得과 質取에 관한 制限의 緩和, 株式의 相互保有的 制限, 그리고 株券不所持制度 등 실로 많은 改正이 있었다. 그런데, 이번 商法改正에서 크게 論議가 되었던 것은 株式의 讓渡에 관한 問題였다. 따라서 本 研究도 이 株式讓渡에 관한 問題에 집중하고자 한다.

株式讓渡의 問題는 먼저 그 讓渡의 自由의 原則부터 論議되어야 한다. 이 株式讓渡의 自由의 原則은 이번 改正에서 그대로 固守되어 손대지 않았다. 더우기 改正된 것들도 株式讓渡 自由의 原則을 강화시키는 方向이 되고 있다. 다만 이 原則에 대한 例外로서 株式의 相互保有的 制限하는 規定이 뚜렷이 부각되어 있다고 할 것이다.

1984年의 우리의 改正商法의 內容은 1981年의 日本의 改正商法을 대체로 모방한 것이다.¹⁾ 그러나 몇가지는 日本과는 다른 특징을 갖고 있다. 이러한 點에 유의하면서 株式制度에 관한 韓·日間의 法制度를 비교하려고 한다. 우리 나라는 日本法을 통하여 大陸法을 繼受한 것이 많고, 또 日本은 그 文化的 傳統이나 社會的 背景 등에 있어서 우리 나라와 밀접한 관계가 있으므로 日本의 法制를 比較한다는 것은 實用的인 面에서 有益한 경우가 많다.²⁾ 한편 한나라의 法制度는 그 나라의 經濟的인 環境과 깊은 함수관계를 가지고 있는 것이므로, 우리 나라가 日本의 株式制度和 다른 것이 있다면, 그것은 어떠한 根據에서 나오는 것인가하는 點에 대해서도 살펴 보려고 한다.

1) 鄭熙喆, 「韓國商法學의 回顧와 展望」 司法行政, 1985, 2. p. 41.

2) 玄勝鍾, 「比較法入門」, 博英社, p. 46.

II. 株式讓渡의 自由

1. 株式讓渡 自由와 株式會社의 本質

商法 제 335조 1항은 「株式의 讓渡는 定款에 依하여도 이를 禁止하거나 制限하지 못한다」고 규정하고 있다. 舊商法을 보면, 定款의 규정으로 株式의 讓渡를 制限할 수가 있었으나(舊商 204조 1항), 이로 인해 株主의 投下資本의 길이 막히게 되므로, 現行法은 株式讓渡 自由의 原則을 절대적으로 보장하고 있는 것이다.³⁾ 따라서 定款의 규정으로 理事會의 承認을 얻어야 株式을 양도할 수 있다든가, 株主의 資格을 從業員 기타의 特定人에 한정시키는 것은 無效이다. 또 株主를 一方當事者로 하여 株式의 讓渡를 制限하는 約定을 하였더라도 株式을 有效하게 讓渡할 수 있고, 會社에 대하여도 그 效力을 주장할 수가 있다.⁴⁾ 다만 讓渡制限의 約定이 있는 경우에 그 約定의 債權的 效力이 어떻게 되느냐하는 것은 별개의 문제인 것이다.

이상과 같이 株式讓渡의 自由性을 절대적으로 보장하고 있는 것은 물론 株主의 利益을 保護하고, 株主가 投資한 資本을 회수할 수 있는 길을 철저히 보장하려는 데 있다. 株式會社는 物的會社의 典型으로서 株主의 變動이 人的 會社처럼 중대한 問題를 야기시키는 것은 아니다. 또 會社資本이 株式이라고 하는 均等한 單位로 세분화되어 있어 株主의 地位는 株式의 移轉으로 간단히 처리된다.

한편, 株式會社에서는 退社, 나아가서는 出資의 還給이 인정되지 않으므로, 결국 株式의 讓渡라는 方法 이외의 길은 없는 것이다. 따라서 株式會社의 경우에 株主의 地位인 株式의 讓渡는 人的 會社의 持分의 讓渡에 비해 훨씬 自由로와야 한다는 것은 株式會社의 本質的인 요청이라고 할 수 있다.

2. 株式讓渡와 投資의 意味

일반적으로 株式을 양도하는 보편적인 動機는 投下資本의 回收이라고 할 수가 있다. 이에 대하여 株式讓受는 投資를 目的으로 하는 것이지만, 이것도 결국은 다시 株式을 讓渡하여 差益을 얻거나, 資產所得(利益配當을 받는 것과 같은)을 얻고자 함이다. 그러나 株式去來의 양상에 따라 그 投資의 의미는 아주 달라질 수가 있다.

우선 上場株式의 去來와 非上場株式의 去來와는 投資의 經濟的 意義가 다르다. 上場株式의 價格은 公開市場에서 競爭에 의해 결정되며, 특별한 사정이 없는 한, 언제든지 賣渡나 買受가 가능하다. 또 上場會社는 제도적으로 公開的 運營이 강제되므로, 利益이 발생하면 配當을 아니할

3) 徐燦珏 外 2人 共著, 「註釋 新商法通覽」, 法通社, 1963, p.452.

4) 徐廷甲, 「註釋實務 改正商法總覽」, 弘文館 1984, p.432.

수 없게 된다. 따라서 아무리 적은 數의 上場株式이라고 하더라도 그에 비례하는 配當金을 기대할 수가 있고, 換金性이 있어 投資價値가 있다고 할 수 있다.⁵⁾

한편, 非上場株式은 株式去來를 위한 公開市場이 없으므로, 그 去來는 讓渡人과 讓受人 사이에 개별적·직접적으로 행해진다. 또 株主의 대부분이 家族이나 親知를 중심으로 폐쇄적으로 구성되어 있어, 會社의 운영은 支配株主의 個人的 意思決定에 크게 의존하게 된다. 따라서 이러한 폐쇄적 會社에서는 利益이 發生하더라도 반드시 配當한다고는 할 수 없다. 이러한 非上場株式은 그에 대한 配當金을 기대하기도 어렵고, 少量일 경우에는 換金性도 거의 없다.

公開法人의 경우에는 株式의 讓渡自由는 株主가 投下資本을 回收할 수 있기 위한 절대적인 전제가 된다. 그러나 폐쇄적인 회사들의 경우에는 株式의 讓渡가 自由롭다고 하여 반드시 株主의 投下資本의 回收가 용이한 것은 아니다. 왜냐하면 非上場株式은 완전히 會社를 支配할 수 있는 정도의 분량이거나 또는 會社支配에의 同參이 가능한 분량이 아니면 去來가 이루어지지 않는 것이 實情이기 때문이다. 따라서 폐쇄적인 會社에서 행해지는 株式의 양도는 대부분 營業讓渡의 의미를 갖는 支配株式의 讓渡이거나 株主들간의 內紛으로 同業關係를 해소하기 위하여 행해질 가능성이 있다. 營業讓渡와 같은 뜻을 가지는 株式讓渡의 경우에는 讓渡者가 支配株主일 것이므로, 株式의 讓渡가 가능하지만 同業關係를 해소하기 위한 株式讓渡일 경우에 이것을 제한하지 못한다면 거부스러운 局外者가 株主가 되어 會社經營을 해치는 폐단이 생긴다. 大會社의 경우에도 株主의 變動을 放任하게 되면, 事業經營上 곤란한 紛爭을 일으킬 수가 있고, 또 資本이 自由化 내지 國際化하게 되면 外國人이 多數의 株式을 取得하여 內國會社의 支配權이 넘어갈 염려가 있는 것이다. 여기에서 株主의 投下資本을 回收할 수 있는 方法을 강구하면서 또 한편으로는 어떻게 株式의 自由讓渡에 대하여 일정한 制限을 가할 것인가하는 課題가 생겨난다.

3. 日本商法과 株式讓渡

日本은 1950년의 商法改正에 의해 우리의 商法과 같이 株式의 讓渡를 定款에 의해서도 制限할 수 없는 것으로 하였으나,⁶⁾ 1966년의 改正으로 株式讓渡 自由의 原則을 根幹으로 하면서도 定款에 의한 株式讓渡의 制限을 허용하고 있다. 즉 株式은 自由로 讓渡할 수 있게 하면서도(日商 204조 1항 本文) 定款으로 理事會의 承認을 요할 수 있도록 하고 있다(日商 204조 1항 但).

가. 日商法 204條 但書에 의한 制限의 主旨: 1950년에 改正된 商法에는 株式의 自由讓渡性을 強行法規로 하여 絶對적으로 이것을 保障하였다(同法 204조 1항). 그러나 日本의 商法은 株式會社의 資本額의 最低限을 정하고 있지 않고, 또 실제로 同族의인 中小의 株式會社가 대단히 많다.⁷⁾

5) 李泰魯·李哲松, 「會社法議義」 博英社, 1984. p. 238.

6) 1950年 商法改正 이전에는 株式의 讓渡를 定款으로 制限할 수가 있었다.

7) 株式會社의 99%가 資本金 1,000萬엔 이하의 中小企業이었다. 田中誠二, 「會社法詳論(上)」, 東京 勁草書房, 1982, p. 339.

또 이 會社들은 마음에 들지 않는 者가 株主로 되어 會社의 運營을 阻害하는 것을 강력히 방지할 필요가 있다. 그리고 株主가 投下資本을 回收할 수 있도록 保障하면서 株式의 讓渡를 制限한다고 하더라도 株式會社의 본질에 어긋난다고 할 수 없다. 따라서 모든 會社에 대해 一律적으로 株式讓渡의 制限을 허용하지 않는 것이 과연 옳으나 하는 것이 問題가 되었다. 그리하여 필요한 경우에는 株主의 投下資本의 回收를 不當하게 剝탈하지 않는 범위내에서 定款으로 株式讓渡에 대하여 合理的으로 制限할 수 있도록 인정해주어야 한다는 주장이 많았다. 여기에 1961년의 改正商法은 定款으로서 株式의 讓渡制限을 정할 수 있도록 하고 있다.⁸⁾

나. 制限의 方式: 株式讓渡의 制限은 原始定款으로 정할 수 있고(日商 175조 2항 4호의 2), 또 定款을 변경하여 새로이 설정할 수도 있다. 그러나 이 변경은 株主의 利害關係에 중요한 영향을 미치므로 株主總會의 決議는 總株主의 過半數(株主의 頭數에 의한 過半數)의 찬성과 發行株式總數의 3분의 2이상의 多數로 결정되도록 하고 있다(日商 348조). 이 決議에 반대한 株主에게는 株式買受請求權이 주어진다(日商 349조) 따라서 定款變更에 의해 株式讓渡의 制限을 정할 수 있는 會社는 株式讓渡의 株主數가 적은 同族會社 내지 中小規模의 會社로 한정되게 된다.⁹⁾

株式의 讓渡制限은 株主의 利益에 극히 중요한 영향을 미치므로, 會社가 定款으로 讓渡制限을 정한 경우에는 株式請約書와 轉換社債請約書, 그리고 株券과 轉換社債에 그 뜻을 記載하고(日商 175조 2항 4호의 2, 225條 8호, 341條의 3 제5호, 498조 1항 9호 및 14호), 이것을 登記하지 않으면 안 된다(日商 188조 1항, 2항 3호, 3항, 498조 1항 1호). 讓渡制限이 株式請約書에 記載되어 있지 않는 경우에는 株式引受人 내지 株主는 一定期間내에서 引受의 無效를 주장할 수가 있다(日商 191條, 280조의 12).

4. 株式의 自由讓渡性的의 妥當性

株式의 自由讓渡性에 관한 問題의 중심은 결국 株主의 投下資本回收의 길을 원활하게 터주면서 어떻게 株式의 自由讓渡性에 대하여 일정한 制限을 가할 수 있느냐에 귀착된다.

株式의 自由讓渡性에 긍정적인 태도를 취하는 論據로서는 ①株式讓渡의 絶對自由는 株券發行의 강제(商 355條 1항, 635조 1항 19호)와 더불어 어느정도 大規模의 株式會社企業을 전제로한 것이라는 것¹⁰⁾ ②改正商法은 株式會社의 運營의 能率化를 위해 理事會의 權限을 강화하고 있으므로, 이와 균형되게 株式의 自由讓渡에 의한 株式의 投下資本 回收의 길을 충분히 보장해야 한다는 것 ③株式의 讓渡自由를 制限하려면 株式會社法을 中小會社 내지 閉鎖會社에 관한 것으로 兩分해야 하는 問題가 생긴다는 것¹¹⁾, ④체제적인 會社는 有限會社의 組織을 이용하도록 하여¹²⁾ 讓渡의 制限을 허용할 필요가 없다고 한다.

8) 今井宏外: 「注釋 株式會社法(上)」, 東京 有斐閣, 1984, p. 89.

9) 河本一郎, 「現代會社法」, 商事法務研究會(日), 1983, p. 139.

10) 孫珠璣, 「商法(上)」, 博英社, 1984. p. 464.

11) 李均成, 「株式의 讓渡」 司法行政, 1984. 5. p. 23.

12) 徐燦珪, 「商法講義」, 法文社, 1985, p. 342.

株式의 自由讓渡性에 制限을 두자는 見解의 論據를 살펴 보면,

첫째, 폐쇄적인 社員構成을 원하는 경우에는 株式會社의 형태를 취할 수 없고, 특히 外國會社와의 合作會社를 설립하는 경우에 어려움이 있다.¹³⁾ 더구나 최근에 外國人의 國內投資政策을 個別審査制에서 포지티브 시스템(positive system)으로 전환함에 따라 外國資本의 國內流入과 內國企業支配가 가속화될 것이며, 이러한 현상은 小規模會社뿐만 아니라 大規模會社에서도 나타나게 될 것이므로, 우리나라 會社도 定款에 의해 自衛策을 강구할 수 있는 制度的 장치 마련해야 한다.¹⁴⁾

둘째, 商法은 記名株式을 株式의 원칙적인 형태로 하면서(商 357조 1항) 無記名株式보다 덜 流通的인 記名株式에 대하여 絶對的 自由讓渡性을 부여하는 것은 균형이 맞지 않는다. 獨逸처럼 記名株式에 대해서는 定款으로 讓渡에 會社의 同意를 요하는 것이 보다 論理的이다.¹⁵⁾

셋째, 폐쇄적인 會社는 有限會社의 組織을 이용하도록 유도되고 있으나, 현실적으로 株式會社形態가 企業信用의 提高에 도움이 되는 풍토가 정착되어 왔으며, 대부분의 會社가 폐쇄적인 會社라는 점을 감안할 때, 有限會社로의 組織變更은 무리라고 할 수 밖에 없다.¹⁶⁾

넷째, 株式의 自由讓渡性이란 公開企業을 대상으로 하여 고려될 수 있는 原則이므로, 우리나라의 商法도 中小企業의 安定과 育成을 도모하고 外國資本 進出에 의한 國內企業의 保護와 從業員 持株制度의 효율적인 운영을 위하여 定款에 의한 株式의 讓渡制限을 가능하도록 해야 한다.¹⁷⁾

이 외에도 뚜렷한 論據는 없으나 株式의 自由讓渡性에 대한 회의적인 見解도 더러 있다.¹⁸⁾

생각컨대 改正商法은 株式會社의 設立에 관하여 最低資本金을 法定하고 있지만, 이에 따른 補充策이 없다. 현재와 같이 納入假裝行爲가 계속된다면 最低資本金制度는 아무런 의미가 없고, 다만 會社設立시 利子의 負擔을 증대시키는 구실밖에 없을 것이다.¹⁹⁾ 이와같이 이 制度는 영세기업이 株式會社形態를 취하는 것을 방지하지 못하고, 또 영세기업이 아니면서도 폐쇄성이 농후한 대다수의 會社實情을 무시하여, 株式會社 理念型인 公開的 大企業에만 초점을 맞추는 立法이 타당한가는 다시 생각해 볼 문제이다.

앞에서 본 바와 같이 株式讓渡의 經濟的 意義가 公開會社와 閉鎖會社에 있어서 각기 다르므로, 그 法的 取級에 있어서도 차이점이 반영되어야 한다. 특히 閉鎖會社에 있어서는 同僚間的

13) 鄭東潤, 「會社法(上卷)」, 法文社, 1985, p. 248.

14) 朴吉俊, 「株式會社의 資本調達에 관한 改正意見」, 「商法改正의 論點」, 韓國商事法學會, 1981, p. 83.

15) 李泰魯·李哲松, 前揭書, p. 241.

16) 李泰魯·李哲松, 上揭書, p. 242. 鄭東潤, 「閉鎖會社의 法理」, 法文社, 1982, p. 190.

17) 朴采均, 「株式讓渡 自由의 原則」, 論文集, 朝鮮大法政大, 1973. 34; 崔基元, 「商法學論(上)」, 博英社, 1984, p. 500.

18) 鄭熙喆, 「商法學原論(上)」, 博英社, 1984, p. 397.

鄭茂東, 「商法講義(上)」, 博英社, 1984, p. 403.

19) 鄭東潤, 「株式制度에 관한 改正內容」, 月刊考試 84. 5. p. 25. : 崔基元, 「韓國改正商法の 解釋과 問題點에 관한 研究」, 「法學」, 서울대학교 법학연구소, 제26권 2·3호, p. 77.

人間關係가 중요하고, 각 株主의 能力이 사업의 성공을 좌우하는 경우가 많으므로, 각 株主에게 同僚(構成員)를 選擇할 수 있는 權利가 留保되지 않으면 안된다.²⁰⁾ 그리고 株主의 持株比率의 변동은 원칙적으로 會社의 支配權에 변동을 가져오게 되므로 이것도 각 株主의 利害에 중요한 작용을 한다. 따라서 閉鎖會社에 있어서는 株主의 株式讓渡를 어느 정도 制限할 필요가 있다. 이러한 點에서 日本이 舊商法의 처지로 되돌아가면서 定款으로 株式讓渡를 制限할 수 있게 하고, 그에 대한 補完的인 立法을 한 것은 우리에게 많은 참고가 될 수 있다.

Ⅲ. 株式讓渡의 制限

1. 株券發行前의 株式讓渡制限

商法 改正前의 제 335조 2항은 株式發行前의 株式의 讓渡는 會社에 대하여 效力이 없다고 規定하고 있었다. 원래 이 條項은 株式會社의 株券이 會社成立 즉시 發行될 것을 前提로 한 것이다(商法 제355조 1항). 따라서 株式를 讓渡할 때에는 株券을 가지고 하라는 뜻으로 制定된 것이다. 그러나 上場會社나 公開會社를 제외한 소규모의 株式會社에 있어서는 株券이 거의 發行되고 있지 않다. 그리하여 會社가 成立한 후 지체없이 株券을 發行하도록 한 商法 제 335조 1항은 이들 會社에 관한 한 거의 死文化되어 있었다. 따라서 중소기업의 閉鎖會社들은 株券없이 株式를 讓渡하는 것이 一般的인 현상이었다. 이러한 경우는 株券發行前의 株式讓渡라고 하기 보다는 오히려 株券이 發行되지 않는 株式의 讓渡라고 부르는 것이 보다 적당할 것이다. 따라서 株券없이 讓渡한 경우에도 會社에 대하여 그 效力이 인정되어야 하는 것이다. 왜냐하면 會社가 정당한 사유없이 會社의 成立 후 또는 新株의 納入期日 후, 株券을 發行할 수 있는 상당한 기간이 경과하더라도 이를 행하지 않는다면 株主의 株式讓渡權이 부당하게 制約을 받게 되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 大法院은 去來界의 실정이나 商法의 合理的 解釋을 외면한 채 株券發行前의 株式讓渡는 絶對 無效라는 이른 바 嚴格說의 입장을 고수하여, 결과적으로는 不正한 目的을 위하여 위 조항을 惡用하는 사람들의 편을 옹호한 것이 되었다.²¹⁾

가. 株式發行前의 株式讓渡制限에 대한 例外

改正商法에서는 중전의 제 335조 2항에 但書를 新設하여 會社가 그 成立후 또는 新株의 納入期日 6월이 경과하도록 株券을 發行하지 않는 때에는 株券없이 株式를 讓渡하더라도 會社에 대하여 效力이 있도록 하였다. 여기서 6월의 期間은 株券發行事務를 위해 충분한 期間으로 본 것이다.²²⁾ 또 改正法 施行前에 행해진 株券發行前株式의 讓渡에 관해서도 이 규정을 적용함으로써

20) 鄭東潤, 「閉鎖會社의 法理」, 前掲書, p.199.

21) 鄭東潤, 「株券發行前의 株式讓渡의 效力」 法曹, 1980. 7. pp.1

22) 法務部, 「商法改正案事項別逐條說」 1982. 9. p.32.

(附6조) 株券發行前株式의 讓渡에 관한 기왕의 분쟁까지도 종식시켰다. 이와 같이 改正法에 의해 株券發行前株式의 效力에 관한 다툼은 해결되었으나, 그 내용의 타당성에 대해서는 다음과 같은 論議가 제기되고 있다.

첫째로, 商法 제335조 2항 本文의 규정은 단순히 會社의 株券事務의 편익만을 위해서 두었다고는 할 수 없다. 오히려 이 규정은 株券으로 株式의 所有現況과 그 移轉을 선명하게 公示하고, 그 移轉方法도 利害關係인이 다수 존재하는 團體法上的 去來라는 것을 중시하여 定型性을 요구하는 것으로 보아야 한다. 그런데, 株式發行前의 株式讓渡는 定型的인 公示方法을 갖지 못한다. 따라서 株式移轉에 관한 法律關係를 획일적으로 처리하려는 法의 의도에 反하게 되어 부당하다는 것이다.²³⁾

둘째, 제 335조 2항의 但書 조항은 株券發行을 고의적으로 늦추고 있는 會社의 株主들에게는 매우 有用한 것이지만, 株式의 讓渡에 株券을 交付하여야 한다는 商法 제 336條가 이 규정에 의하여 자칫하면 死文化될 위험성이 있다. 왜냐하면 會社成立 후 또는 新株의 納入期日 후 6개월 넘긴 會社의 株式는 株券없이 合法的으로 流通될 것이기 때문이다. 株券不所持制度和 더불어 株券없는 株式讓渡를 오히려 권장하는 결과가 일어날 수 있다.²⁴⁾

셋째, 제 335條 2항에 但書を 新設함으로써 善意的 株式讓受人의 保護는 가능하게 되었으나, 大多數에 속하는 家族會社를 비롯한 閉鎖會社의 경우에는 이 규정에 의해 會社의 經營에 不安定을 초래할 위험이 크게 되었다. 왜냐하면, 商法 제 335조 1항은 株式讓渡의 制限을 인정하고 있지 않으므로, 株券을 發行하지 않는 方法에 의해 株式讓渡의 制限이 사실상 가능하였으나, 改正商法은 이것을 인정하지 않는 상태에서 但書만을 신설하였기 때문이다.²⁵⁾

넷째, 改正商法은 附則에서 經過措置에 관한 規定을 두어(제6조), 商法 제 335조 2항에 신설된 但書を 週及適用하도록 하고 있다. 그런데, 이에 의하면 종래에 會社設立 후 또는 新株發行의 納入期日 후 수년이 넘도록 株券이 發行되지 않는 狀態에서 株券없이 株式를 讓渡한 경우에, 이것을 株券發行前의 株式讓渡라고 하여, 無效의 判斷을 받은 것과 無效를 前提로 한 法律行爲에 適用한다면 혼란이 야기될 우려가 있다.²⁶⁾

이상과 같이 改正法은 會社로 하여금 오히려 株式發行을 게을리하게 하여 株券없는 株式讓渡를 조장할 염려가 있다고 비판하고 있다. 그러나 대체로 이 改正法을 긍정적으로 보고 있다.²⁷⁾ 會社는 成立 후 또는 新株의 納入期日 후 지체없이 株券을 발행할 義務가 있고(商 355조 1항), 이

23) 李泰魯·李哲松, 前掲書, pp. 247~248.

24) 鄭熙喆, 「商法學原論(上)」, 前掲書, p. 399.

25) 崔基元, 「韓國改正商法の 解釋과 問題點에 관한 研究」, 前掲書, 1985, p. 80.

26) 李在性, 「商法中改正法律案에 대하여」 大韓辯護士協會誌, 1984. 4. p. 19.

27) 鄭茂東, 商法講義(上), 博英社, p. 405; 徐燦珪, 「商法改正案에서의 株式讓渡에 관한 몇가지 問題」, 「法政論叢(第6輯)」, 國民大學校 法學研究所, 1984, p. 13; 孫珠曠, 「商法(上)」, 博英社, 1984, p. 465; 朴吉俊 前掲書, p. 83.

에 위반할 때에는 過怠料의 제재가 있으므로(商 635條 19호) 改正法에 의해 株券發行이 改正前보다 더 태만하게 될 염려는 없다는 것이다.²⁸⁾

나. 株券發行前 株式讓渡와 日本商法

日本商法은 改正前의 우리 商法과 같이 株券發行前에 한 株式의 讓渡는 會社에 대하여 效力이 없다(日商 204조 2항). 따라서 日本도 改正前의 우리 나라와 같은 問題에 부딪히고 있었음 쉽게 짐작할 수가 있다.

日本商法도 株券은 會社成立 후 또는 新株의 納入期日 후 지체없이 發行하지 않으면 안된다고 하고 있지만(日商 第226條 1항), 中小의 株式會社에서는 이것이 지켜지지 않고 있다. 그 理由는 이러한 會社에서는 株券作成이 번거롭게 생각되고, 費用도 절약될 수가 있으며, 株式讓渡의 必要性도 그리 없고, 또 會社의 支配를 特定人의 수중에 계속하여 유지하고자 하는 데 있다. 그리하여 會社成立 후에도 長期에 걸쳐 株券을 發行하지 않는 例가 많다. 이러한 경우의 株式讓渡의 效力에 관하여 日本商法 제204조 2항의 취지를 어떻게 해석하고 있는지 살펴보기로 한다.

우선 絶對無效說은 本項의 취지를 會社와 株主 사이의 權利關係의 明確 내지 劃一的인 處理에 의한 法的 安定性을 重視한 것이라고 본다. 한편, 緩和說은 本項의 취지를 株券發行事務의 圓滑化를 도모하고, 그 지체를 방지한다는 技術的인 理由에서 찾는다. 따라서 株券의 發行을 不當하게 지연하여 株式讓渡의 自由를 不當하게 制約하는 경우에는 이것을 수정할 필요가 있다고 보고 있다.

緩和說은 그 수정의 時期를 언제로 한정하는가에 관해 ①會社가 株券을 發行함에 보통 요구되는 合理的인 期間 후에는 株式의 讓渡는 會社에 대해서도 有效하다는 說, ②株券의 發行이 있기까지는 會社에 대한 關係에 있어서 讓渡의 效力은 일단 停止됨에 지나지 않은 것으로 보고, 나중에 株券發行이 있을 때에는 그 때부터 會社에 대해서도 株式讓渡의 效力이 생긴다는 說, ③會社가 株券을 發行하지 않고 있는데, 株券發行이 없다는 것을 이유로 讓渡의 效力을 부정한다는 것은 信義則에 反하는 것으로서 허용할 수가 없고, 이 경우에는 讓受人은 會社에 대하여 株主로서의 權利를 행사할 수 있다고 하는 說로 大別할 수가 있다.

株式의 讓渡가 會社에 대한 關係에서는 항상 株券을 가지고 행해지는 것을 고려한다면, 絶對無效說도 理由가 있으나, 그 理由는 緩和說이 말하는 技術的인 理由의 原因이라고도 할 수 있다.²⁹⁾

또 株式의 讓渡를 둘러싼 주변의 諸規定에 수반하여, 本項 自體도 質的으로 變化하였다. 그리하여 그 취지도 단지 技術的인 理由에서 變更된 것이라고 할 수가 있고, 최근의 判例도 緩和說 중의 제 ③說의 입장을 취하고 있다.³⁰⁾ 즉 日最高裁大法廷判決에 의하면, 株券發行前의 株式讓渡의 效力을 否定하는 日本商法 제204조 2항의 취지를 제226조 1항(지체없이 株券을 발행해야 한다는)에 의거하여 株券의 發行을 원할하고 정확히 행해지도록 하기 위한 것으로 한정하고 있다. 그

28) 鄭東潤, 「會社法(上卷)」 法文社, 1985, p. 250.

29) 今井宏, 前掲書, p. 92.

30) 日最判(大), 1973年, 11.18. 民集 26卷 9號 489面.

래서 「會社가 이 규정의 취지에 反하여 株券의 發行을 부당하게 지체하고, 信義則에 비추어 보더라도 株式讓渡의 效力을 부정함이 相當하지 않는 狀況에 있는 때에는, 會社에 대한 關係에 있어서는 「株主는 意思表示만으로 有效하게 株式를 讓渡할 수 있다」고 한다. 그리하여 「組織變更 후 4年餘에 걸쳐 전혀 株券을 發行하지 않고 放置하고 있었던」 것은 부당한 株券發行의 지체이며, 그 후에 행해진 「意思表示만으로 讓渡를 승인하여 株主名簿에 이것을 記載하고, 그 뒤에 이것에 관하여 株券을 發行」하고 있는 경우, 會社에 대한 關係에서 그 讓渡의 效力을 否定하는 것은 信義則上 相當하다고는 할 수 없다고 하고 있다.

다. 株券發行前 株式讓渡制限에 대한 例外的 妥當性

株券發行을 하지 않고 있는 會社는 대개 소규모의 會社로서 그 構成이 人的인 信賴關係로 맺어져 있는 것이 보통이다. 따라서 이러한 會社는 그 성격상 당연히 폐쇄적 상태를 유지하려고 한다. 그래서 株式의 유통도 억제하고자 한다. 그런데, 商法 제335조 1항은 株式의 自由讓渡性을 강제하고 있으므로 이에 대응하여 株券의 不發行을 통하여 사실상 讓渡制限의 效果를 얻고 있는 것이라고 할 수가 있다.

한편 이상과 같이 人的인 信賴關係로 맺어진 會社에 있어서 株券發行前에 株式의 讓渡가 행해지는 경우란 株式 전부의 讓渡, 또는 讓渡人과 대등한 경영권을 행사할 수 있는 분량의 讓渡이다. 따라서 이 경우의 株式讓渡의 性格은 株式의 流通이라기보다는 支配權의 전부 또는 일부의 讓渡, 혹은 營業의 讓渡에 가깝다. 이러한 현상을 무시하고 株式會社 본래의 理念型에만 집착할 때에는 오히려 株券發行을 기피하는 경향이 나타날 수 있다.

요컨대, 會社의 규모에 따른 특색을 생각하지 않고 株券發行이나 株式의 自由讓渡性을 모든 會社에 일률적으로 적용하려고 하면 상당한 無理가 따른다. 같은 株式의 讓渡라도 그 경제적 목적에 따라 適用法理를 달리할 필요가 있으며, 株券發行前의 株式讓渡에 있어서는 특히 讓渡人의 無效主張을 봉쇄할 필요가 있다.³¹⁾

日本商法은 株券發行前 株式讓渡의 問題에 관하여 株式發行 후 지체없이 株券을 발행하도록 하고(日商 226조 1항), 이것을 전제로 하여 株式讓渡에는 株券을 交付해야 하도록 정하고 있는데(日商 205조 1항), 同法 204條 2항은 이것에 대응하는 것으로 日本商法規定의 原則이 되고 있다.³²⁾ 그러면서도 株式의 自由讓渡性에 대해서는 例外를 인정하여 定款에 의한 株式의 讓渡制限을 가능하게 하고 있다(日商 204조 1항 但書). 따라서 日本商法은 會社의 규모에 따른 特色에 어느 정도 대응하고 있는 것으로 볼 수가 있다.

2. 子會社의 母會社株式의 取得禁止

31) 判例에서 보는 바와 같이 讓渡人 자신이 無效를 주장하고 있는데, 이 때의 讓渡人의 實體는 法的으로는 會社이며, 實質적으로 會社 經營者로서 이들이 株券 發行을 해태하고 있다. 李泰魯·李哲松, 前掲書, p. 249.

改正商법은 과거에 해석상 인정되어온 子會社에 의한 母會社 株式의 取得禁止에 관하여 明文規定을 두고 있다(商 342條 2). 株式讓渡人의 입장에서 보면, 이 규정도 株式讓渡의 制限에 속하는 것이다.

한 會社가 다른 會社의 株式을 保有하는 形態로서는 다음의 세가지가 있다. 첫째로 一方的 資本參加로 A會社가 B會社 또는 기타 複數企業의 株式을 一方的으로 保有하는 것이다. 둘째로 株式의 相互保有로서 두개의 會社가 서로 相對方 會社의 株式 一部를 保有하는 것이다. 셋째는 環狀的 資本參加(또는 循環的 資本參加)로서 A會社は B會社의 株式을, B會社は C會社의 株式을 保有하고, 最後인 C會社가 最初의 A會社의 株式을 保有하는 것이다. 一方的 資本參加에 의하여 母子會社의 관계가 創設되지만, 이 경우에는 株式의 保有限度를 制限하도록 要求되지 않는다. 또 環狀的 資本參加의 경우에는 企業集團을 特定하기가 어렵고, 한 會社마다 株式保有率이 낮게 되어 이것을 規制한다고 하여도 實效性이 의문시 된다.

株式의 相互保有의 경우에는 投資 내지 證券去來의 관계에서 經濟的 問題도 일어날 수 있고, 企業結合의 관계에서 獨占規制 및 公正去來에 관한 問題도 있을 수 있다. 그러나 商法上에서는 會社債權者에 대한 관계에서 會社財産의 保全이 문제되고, 株主에 대한 관계에서는 株主總會에서의 意思決定의 獨立性이 문제된다. 즉 商法上 株式을 相互保有함으로써 야기될 수 있는 問題는 資本의 空洞化 및 株主總會의 決議歪曲이다.

가. 改正法에 관한 論點

改正商법은 株式의 相互保有에 따르는 피해³²⁾를 방지하기 위하여 子會社가 母會社의 株式을 취득하는 것을 原則적으로 禁止하는 明文의 規定을 신설하였다(商 342조의 2).

다른 立法例를 보면, 相互株를 크게 나누어 子會社가 母會社의 株式을 소유하는 경우와 이러한 母子관계가 아닌 會社 사이에서 相互保有하는 경우로 나누어, 前者에 대해서는 自己株式 取得의 일종으로 규제하고, 後者에 대해서는 相互株所有를 禁止하거나 또는 權利行使를 제한하는 방식을 취한다. 改正商法도 이 예에 따라 子會社가 母會社의 株式을 소유하는 것은 自己株式 取得으로보아 이를 禁止하고, 기타 會社간의 相互株는 議決權을 박탈하는 方式을 취하고 있다(369條 3항).

우선 母會社란 다른 會社의 發行株式總數의 100分の 40을 초과하는 會社이며, 그 다른 會社를 子會社로 규정하고, 母子會社의 定義를 이른 바 孫會社까지 포함시켜 보충하고 있다. 즉 母·子會社가 합하여 다른 會社의 發行株式總數의 100分の 40을 초과하는 株式을 가지고 있는 경우에는 그 다른 會社를 母會社의 子會社라고 보는 것은 물론, 子會社 단독으로 다른 會社의 發行株式總數의 100分の 40을 초과하는 株式을 가지고 있는 경우에는 그 다른 會社(孫會社)도 母會社

32) 田中誠二, 前掲書, p. 390.

33) 우리나라의 경우 최근에 財閥企業이 相互株 所有를 이용하여 虛構의 出資로서 系列企業을 확장 하면서 企業結合은 심각한 정도에 이르고 있다. 1984년 현재 16개 재벌그룹에 예속된 系列會社數는 444개社로 파악되고 있다. 東亞日報, 1984. 4. 14. 1面.

의 子會社로 본다. 이처럼 商法은 母子關係의 認定基準을 실질적인 支配·從屬關係의 有無에 두지 않고, 形式的인 株式所有比率에 두고 있다. 이와 관련하여 다음과 같은 問題點들이 제기되고 있다.

① 改正法の 母會社의 범위는 株式의 分散을 전제로 할 때, 100分の 40 이하로 낮추어 조정되어야 한다. 왜냐하면, 株式의 分散度에 따라서는 그 所有比率이 100分の 25나 100分の 10인 경우에도 母會社가 될 수 있기 때문이다.³⁴⁾

② 이탈리아 民法, 獨逸 株式法, 기타 英國 會社法에서는 支配會社·從屬會社의 概念을 過半數 등의 形式的인 기준과 實質的인 支配關係에 의해 규정하고 있는데, 改正法은 그 기준을 形式的으로만 규정하고 있다. 實質的인 支配·從屬關係가 있음에도 불구하고 이것을 法定의 形式要件에 해당하지 않는다고 하여 이를 規制의 대상에서 제외하는 것은 부당하므로, 外國의 立法例와 같이 形式的인 기준과 아울러 實質的인 支配關係도 고려하여 母會社의 개념을 정해야 할 것이다.³⁵⁾

③ 改正法은 株式會社의 相互株만을 규제대상으로 하고 있는데, 有限會社와 有限會社 또는 有限會社와 株式會社 사이에는 相互株로 인한 위험이 株式會社의 경우와 마찬가지로 발생할 수 있으며, 더우기 改正商法이 低資本의 會社는 有限會社를 이용하도록 유도하는 방침을 취하고 있는 것을 생각할 때 역시 規範對象으로 삼았어야 했다.

④ 規制基準 이상의 株式을 취득한 會社는 취득당한 會社에게 이것을 通知하게 하여 그 先後에 따라 議決權에 차별을 두도록 해야 한다. 그래야만 相互株의 競爭的 取得이 사전에 저지되고, 相互株所有會社간의 議決權行使制限이 현실화될 수 있다. 改正法은 이러한 通知義務制度를 두지 않아 운영상 애로가 따른다.

⑤ 改正法은 非母子관계에서의 相互株는 發行株式總數의 10%를 規制基準으로 삼고 있으나, 이 10%기준은 다수의 行列式으로 소유할 때는 무력해진다.³⁶⁾

나. 株式의 相互保有 規制와 日本商法

日本の 경우, 第二次 大戰 후 財閥들이 일단 解體되었으나, 經濟의 復興過程에서 財閥系企業이 再編成되어, 새로운 企業集團이 따로 형성되어 왔다. 이 企業集團의 形成에 있어서 가장 중요한 수단이 되었던 것은 株式의 保有이다. 그런데, 戰後의 證券民主化政策에 의하여 個人株主의 株式所有比率은 1950年の 경우 全上場會社의 61.3%까지 달했으나, 그 후 이것은 계속하여 低下하여 1974년에 반대로 法人株主의 比率이 61%까지 올라갔다.

株式의 保有를 통하여 企業集團의 形成이 진행되고, 다른 會社에 대한 綜合支配力이 強化되는

34) 崔基元, 「商法學新論(上)」, 博英社, 1984. p. 509~513.

35) 姜渭斗, 「株式相互保有의 規制에 관한 比較法制」 「仁山 鄭熙喆 先生 停年紀念論文集」, 1985, p. 131.

36) 예전대 6개의 會社가 行列式으로 10%씩을 소유한다면 이 會社들이 發行한 全株式중 50%가 相互株이지만, 改正商法 제369조 3항의 적용대상에서는 벗어나게 된다. 李泰魯·李哲松, 前掲書, p. 306.

경향이 뚜렷했으므로, 日本은 1977년에 獨占禁止法을 改正하여 事業會社 및 金融機關의 株式保有를 엄격히 制限하였다. 그러나 獨占禁止法은 競爭政策維持의 觀點에서 規制하는 것이므로, 商法은 株主 및 會社債權者의 保護라는 觀點에서 따로 規制할 필요가 있었다.³⁷⁾

이상과 같은 상황에서 日本은 1981년에 商法 제211조의 2를 신설하여 子會社에 의한 親會社株式을 취득하는 것은 議決權行使를 歪曲化하고, 經營者 支配를 助長하며, 資本의 空洞化를 초래하여 自己株式의 取得과 같은 弊害를 낳으므로 이것을 방지하고 禁止의 범위를 明確히 하며, 親子會社의 關係의 認定基準을 명백히 하기 위해 本條가 신설된 것이다.³⁸⁾

日本商法은 過半數의 株式·出資座數의 有無를 基準으로 하여 親子會社를 정하고 있다. 즉 ① A株式會社가 B株式會社(또는 B有限會社의 出資座數)의 過半數를 保有할 때에는 A會社は B會社の 親會社가 되고, B會社は A會社의 子會社가 된다(日商 211조의 2,1항). ②이상의 基準으로 親會社인 A會社와 子會社인 B會社 雙方이 C株式會社의 株式(또는 C有限會社의 出資座數)을 가지는 경우에, 그 保有(또는 出資座數)를 合算하여 發行株式 總數(또는 出資座數)의 過半數가 될 때에는 A會社は C會社の 親會社가 되고, C會社は A會社의 子會社가 된다.

③이상의 基準으로 A會社가 親會社, B會社가 子會社의 關係에 있고, 또 B·C 사이에 B會社가 親會社, C會社가 子會社의 關係에 있을 때에는 A會社は C會社の 親會社가 되고, C會社は A會社의 子會社가 된다(日商 211조의 3항).

이상과 같이 1항 또는 3항의 子會社에 해당하는 會社は 그 親會社에 해당하는 會社の 株式을 취득하는 것을 原則적으로 禁止하고 있다(本條 1항). 日本商法 제241조 3항에는 相互保有의 株式에 대한 議決權의 制限에 관한 규정을 두고 있다. 즉 ①A會社가 B株式會社(또는 有限會社)의 發行株式 總數(또는 資本)의 4分の 1을 초과하여 그 株式(또는 出資座數)을 가지고 있는 때에는 B會社は 그가 保有하는 A會社의 株式에 관하여 議決權을 행사할 수 없다. ②A會社(親會社)와 그 子會社 B가 保有하고 있는 C會社 株式의 合計가 C會社の 發行株式 總數의 4分の 1이 넘는 경우에도 C會社は 그가 가지고 있는 A會社의 株式에 관해 議決權을 행사할 수 없다. ③A會社(親會社)의 子會社(B會社)가 C會社の 發行株式 總數의 4分の 1이 넘는 株式을 갖고 있을 때에도 C會社は 그가 가진 A會社의 株式에 관하여 議決權을 행사할 수 없다. 여기서 4分の 1이라는 基準은 그 근거가 명백하지 않으나, 獨逸의 株式法에서 하나의 示唆을 얻은 것으로 생각되고 있다.³⁹⁾

日本 法務省 民事局 參事官室의 株式制度 改正試案⁴⁰⁾을 보면, 한 會社가 다른 會社の 株式總數의 10%를 초과하여 株式을 취득한 경우, 前者는 後者에게 그 뜻을 通知하지 않으면 안되고, 또 後者가 前者의 株式總數의 5%를 초과하여 株式을 保有하는 경우, 後者는 5% 이하의 株式에 대해서만 議決權을 행사할 수 있게 하였다. 그러나 通知節次의 번잡함 등 不合理한 點이 있었으므로, 改正法은 이것을 變更한 것이다.⁴¹⁾ 따라서 改正法에서는 株式의 相互保有에 관하여 제211조

37) 中村一彦·北野弘久編, 企業と現代法, 勁草書房, 1983. p.172~173.

38) 今井宏外, 前掲書, p.116.

39) 田中誠二, 前掲書, p.417.

40) 商事法務研究會, 「會社法改と各國法制比較」, p.243~244.

41) 中村一彦·北野弘久編, 前掲書, p.173.

의 2와 제241조 3항의 규정만을두고 株式取得의 通知에 관해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 相對方會社는 그 發行株式 總數의 4분의 1을 초과하는 株式을 취득했음을 알지 못하는 경우가 적지 않을 것이므로 日本內에서도 株式의 相互保有의 규제에 관해서는 비판이 일고 있다.⁴²⁾ 또 株式數의 保有率을 4분의 1로 하면, 이 制限에 위반하는 實例는 극히 적을 것이라는 지적도 있다.⁴³⁾

다. 株式이 相互保有의 制限과 立法論

株式의 相互保有와 관련하여 日本의 法制과 우리나라의 法制가 다른 점은 첫째 우리나라가 株式會社의 相互株만을 규제하고 있는데, 日本은 株式會社는 물론 株式會社와 有限會社 사이의 相互株까지 그 범위를 확장하고 있다는 點이다. 資本金 5천만원 미만의 會社를 有限會社로 組織變更할 것을 유도하는 취지로 보아(附則 4조 2항), 앞으로 有限會社가 증가할 가능성이 있는 만큼 相互株의 規制를 有限會社까지 확장할 필요가 있다.

둘째 日本商法은 過半數의 株式이나 過半數의 出資座數의 有無를 기준으로 하여 親子會社를 정하고 있는데, 우리의 경우 母會社의 기준을 다른 會社의 發行株式 總數의 100분의 40을 초과하는 會社에 두고 있다. 이에 관하여 學者들 중에는 日本과 같은 過半數의 資本參加라는 기준에 찬성하면서 우리 나라의 母會社의 認定基準을 비판하고 있다.⁴⁴⁾

생각컨대, 過半數의 資本參加基準에 의하면, 그 基準이 明確하고, 또 資本維持의 요청에도 부합될 수가 있다. 물론 母會社의 資本參加가 過半數에 달하지 않는 경우에도 子會社가 母會社의 資本에 대응하는 부분에 관한 限, 母會社에 있어서의 資本維持가 비울적으로 害를 받게 된다. 그러나 이렇게 말한다면 資本參加가 비록 1株일지라도 같은 問題를 일으켜 끝이 없게 된다. 따라서 비울적으로 경미한 것은 무시할 수 밖에 없고, 결국 그 限界로서 過半數의 資本參加의 線에서 끊는 것이 적당할 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 다른 目標, 예컨대 株主平等, 支配의 公正, 기타 株式去來의 公正 등을 기하기 위해서는 이것은 충분하지 못하다.⁴⁶⁾

外國의 立法例를 보면, 過半數 資本參加基準 내지 實質的인 支配關係를 채용하고 있는 例가 많고, 특히 前者를 포함하여 後者의 기준을 채용하고 있는 것이 최근의 傾向이다.⁴⁷⁾ 요컨대, 子會社가 母會社의 株式을 취득하는 것을 효과적으로 規制하려면, 事實上的 關係를 포함하여 支配·從屬關係에 있는 경우에는 일단 모두 規制의 대상으로 하는 것이 바람직하다. 다만 支配·從屬性의 기준이 不明確하므로 法適用上 問題가 있으나, 그렇다고 하여 이것을 도외시해야 할

42) 田中誠二, 前掲書, p.418.

43) 예컨대 日本의 住友子루프의 경우 어느 會社나 다 株式保有率은 10% 미만이다. 中村一彦·北野弘久編, 前掲書, p.174.

44) 李泰魯·李哲松, 前掲書, p.265.

45) 龍田節, “子會社による親會社株式の取得”, 「鈴木竹雄古稀記念 現代商法學の課題(下)」, 有斐閣, 1977, p.1465.

46) 國友順市, “子會社による親會社の取得” 「蓮井良憲生還歴記念 改正會社法の研究」, 法律文化社(日), 1984, p.117.

47) 國友順市, 上掲書, p.121~123.

중요한 根據는 될 수 없다고 본다.

改正商法 제369條 3항은 發行株式 總數의 10分の 1을 規制基準으로 하여 非母子관계의 相互株의 議決權을 制限하고 있다. 이 수준은 西獨이나⁴⁸⁾ 日本의 4分の 1보다 엄격하고, 프랑스나 유럽會社法과 같다.⁴⁹⁾ 여기서 10分の 1은 發行株式 總數에 대한 비율이고 議決權 있는 株式에 대한 비율은 아니다. 따라서 議決權 있는 株式을 기초로 規制基準을 산출해야 할 것으로 풀이하고 있는 日本과는 대조를 보이고 있다. 규제방식을 취득금지가 아니라 議決權制限으로 하고 있는 이상, 議決權 있는 株式을 기준으로 하는 것이 論理的이지만,⁵⁰⁾ 改正商法이 發行株式 總數로 規制基準을 삼은 것은 다음과 같은 理由에서 타당하다. 즉 현행 商法上 會社는 發行株式 總數의 4분의 1까지(370조 2항), 公開法人 또는 上場法人은 發行株式 總數의 2분의 1까지 議決權 없는 株式을 發行할 수 있다(資本市場育成에 관한 法律 11조의 4). 따라서 無議決權株를 모두 相互保有하면서 議決權 있는 株式은 規制基準인 10分の 1까지만 보유하는 경우에는 非公開·非上場會社는 최고 35%까지, 公開·上場會社라는 최고 60%까지 아무런 규제를 받지 않고 相互株를 보유할 수 있는 결과가 되기 때문이다.

IV. 結 語

商法 제335조 1항은 株式의 自由讓渡性을 절대적으로 보장하고 있고, 改正商法은 제335조 2항에 但書를 新說하여 善意的 株式讓受人을 保護하는 方策을 강구하였고, 또 株券交付에 의한 株式讓渡方法을 新設함으로써(商 336條) 단순한 交付만으로 株式讓渡가 가능하게 되었다. 뿐만 아니라 名義改書 代理人制度를 一般化하여 代行機關으로 하여금 이 業務를 맡을 수 있도록 하여 投資者의 편의를 도모하였고(商 337조 2항), 自己株式의 取得·質取에 대한 엄격한 制限도 緩和시켰다(商 341조 4호, 341조의 2). 그리고 株券不所持制度를 채택하여 株券喪失의 위험에서 投資株主를 保護하고 있다(商 358條 2).

이상과 같이 株式制度에 관한 一連의 改正 속에 貫流하고 있는 것은 株式去來를 원활히 하여 投資者를 保護한다는 목표가 내재하고 있다. 역시 株式會社의 理念型 내지는 本質에 충실한 立法態度라고 할 수가 있다. 그러나 여기서 看過할 수 없는 것은 그 本質에만 충실한 나머지 현실을 너무 도외시한 느낌이 없지 않다. 株式讓渡自由의 原則을 소규모의 폐쇄적 企業에 대해서까지 확일적으로 强요하는 것이 과연 타당한가는 다시 한번 생각해 볼 問題이다. 改正商法은 最低 資本金制度를 法定하여 이 기준에 미달한 會社는 有限會社로 的 組織變更을 强제하고 있으나, 株式會社를 利用하는 것이 中小企業에게도 外觀上 유리한 우리나라의 企業風土에서 얼마만큼 실효를 거둘 것인가도 의문이다. 뿐만아니라 大規模의 會社에 있어서도 外國資本에 의한 內國會社支

48) Aktiengesetz. 1965, Art. 19Abs.1,

49) Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. art. 358(1). 유럽회사법 47조.

50) 李泰魯·李哲松, 前掲書, p.307; 姜渭斗, 前掲書, p.130.

配 등에 대비하여 會社定款에 의해 自律적으로株式讓渡를 制限할 수 있는 필요성이 있는 것이다. 이것은 우리나라와 企業風土가 비슷한 日本의 경우를 보아도 알 수 있다. 日本은 1981年 會社法改正을 둘러싸고, 基本的 認識의 問題의 하나로서 公開的 大會社와 閉鎖的 中小會社를 區分하여 規制할 것인가의 여부가 제기되었고, 이것은 아직도 미해결된 채 과제로 남아 있다. 日本에서도 株式會社라고 부를 가치가 없는 中小會社가 태반을 차지하고 있는데, 이들 會社를 株式會社의 범주에 포함하느냐 않느냐에 따라 그 改善의 內容도 상당히 달라질 것이기 때문이다. 이 점에 대한 합리적인 해결책이 없는 한 株式會社法의 기본적인 改正은 이루어지기 어렵다고 보고 있다.⁵¹⁾

株式制度에 관한 우리의 改正商法이 대규모의 公開的 會社만을 指向하여 획일적으로 규제하고자 하는 취지라면, 公開를 바라지 않고 經營권의 안정을 도모하고자 하는 대부분의 中小會社에 대한 규제는 역시 미해결의 기본적인 問題로 남고 있는 것이다. 역시 이러한 會社에 대해서는 株式의 讓渡를 制限하는걸을 터놓지 않으면 안된다. 왜냐하면 株主의 投下資本을 回收할 수 있도록 보장하면서, 株式의 讓渡를 制限한다면, 이것은 株式會社의 本質에 어긋난다고는 볼 수 없기 때문이다. 따라서 定款으로 株式讓渡를 制限할 수 있게 하면서, 여기에 반대하는 株主에게 株式買受請求權을 주는 日本의 商法이 보다 合理的이라 할 수 있다. 定款에 의한 株式讓渡制限은 株主總會에서 엄격한 절차가 요구되므로 株主數가 많은 會社에서는 실제로는 어렵지만, 株主數가 적은 同族會社에서는 가능하다는 점에서 우리의 商法の 규제보다 더 현실적이라 할 수 있다. 앞으로 株式讓渡의 問題와 관련하여, 株式會社의 本質에 어긋나지 않으면서도 보다 具體的 妥當性이 있는 制度的 補完을 위한 검토가 있어야 할 것이다.

51) 酒卷俊雄, 「會社法改正の論理と課題」, 中央經濟社(日) 1982, p. 45.

Summary

The Comparision on the Share System between Korea and Japan

Seo, Kyong-lim

The current commercial code provides that transfer of a share may not be prohibited or restricted even by the provisions of the Articles of Incorporation(Art. 335. Paragraph 1).

Also, the transfer of a share made before the issue of a share certificate shall take no effects on the company.

But the transfer of a share made before the issue of a share shall be valid after a lapse of six months after incorporation of issuance of new shares(Paragraph 2).

This Article is faithful to the ideal type of stock corporation. But this clause must be amended to prohibit or restrict the transfer of shares by the provisions of the board of directors. Because the close company needs to restrict the transfer of shares to the strange persons, and even in the case of general companies, domestic companies do not want to be controlled by foreign capital.

Many legislative examples show us restrictions of transfer of shares. In this regard, The Commercial Code of Japan, amended 1966, Article 204, Paragraph 1. is helpful to us. This Paragraph is more rational than ours.