

株式會社의 機關에 關한 研究*

—韓國商法上の 問題點을 中心으로—

崔 基 元

<目 次>	
I. 序 言	VII. 韓國商法上の 代表機關
II. 株式會社의 主要機關	VIII. 韓國商法上の 監事
III. 株主總會의 地位와 權限	IX. 獨逸法上の 決算檢査人
IV. 美國法과 Corporation의 機關	X. 韓國商法과 公認會計士의 決算檢査
V. 獨逸株式法上の 監事制度	XI. 結 言
VI. 韓國商法上の 理事會制度	

I. 序 言

株式會社制度는 世界統一的인 經濟的 社會的 技術로서 近世資本主義經濟의 所産이며 資本主義經濟發展에 貢獻하여 왔고 經濟現象의 發展에 따라서 株式會社 그 自體도 恒常 變化 發展하고 있는 것이다. 그리하여 株式會社制度는 資本主義經濟方式을 指向하는 政治社會에서만 存在할 수 있으며 個人的 營利追求를 否認하는 共產主義國家에서는 株式會社가 經濟構造中에 한 單位로 考慮될 수 없는 것이다. 株式會社는 資本主義國家에서 廣範圍하게 開放된 資本市場으로 부터 資本을 吸收하여 經濟的 生産에 貢獻하는 資本會社(Kapitalgesellschaft)인 것이다. 그러므로 어느 資本主義國家이든 間에 오늘날 代表的인 大企業形態인 株式會社에는 國民財産의 相當한 部分이 投入되어 集積되고 있으며 經營者와 管理者 및 勞動者等 數 많은 使用人이 雇傭되고 있는 것이다. 그 結果 株式會社의 興亡은 모든 資本 投資家와 債權者 및 使用人들의 運命과 直接的인 利害關係가 있기 때문에 株式會社制度는 그 時代의 政治的, 經濟的, 社會的인 背景과 潮流로 부터 影響을 받게 되는 것이다.

우리나라는 第2次大戰以後 1948年에 獨立國家로 出發하였으나 우리나라 固有의 商法이 없었으므로 不幸히도 不可避하게 政府樹立後에도 日本商法을 依用하지 않을 수 없었던

* 本論文에 表示된 獨逸株式法의 條文은 1965年의 新株式法에 關한 文獻의 未發刊으로 舊株式法에서 引用되었다. 그러나 株式會社의 機關에 關하여는 新法에서도 根本的인 改正이 없으므로 內容面에 는 별 問題가 없다고 본다.

것이다. 그 후 우리나라 固有의 商法을 갖고자 하는 興望은 있었으나 6·25 動亂과 이 後 持續된 政治的 經濟的 不安定으로 뜻을 이루지 못하다가 1962 年에 비로소 우리나라 最初의 商法이 制定되어 法律 第 1000 號로서 公布를 보게 되었다.

1962 年의 우리나라 商法은 舊商法인 日本依用商法과 比較할 때 部分的으로 變革을 가져왔다. 即 大陸法界中에서도 特히 獨逸法을 母法으로 하는 商法體制에 美國法上의 새로운 制度를 株式會社法에 導入하고 있는 것이다. 그 中 代表的인 것으로서 理事會制度(Board of Directors)와 授權資本制度(Authorized Capital)를 들 수 있다.

그러나 이와 같은 商法의 性格變化는 偶然히도 第 2 次大戰 以後 敗戰國인 日本에 美國의 莫大한 資本이 投入되면서 政治的, 經濟的으로 美國의 影響력을 크게 받은 日本이 1950 年에 改正한 商法과 恰似한 內容을 構成하고 있는 것이다. 即, 우리나라 商法은 韓國特有의 歷史的 背景이나 經濟的 發展度를 外面하고 盲目的으로 歐美諸國의 文物에 無秩序하게 敏感한 戰後의 日本改正商法을 그나마 具體的이고 慎重한 研究檢討가 없이 不完全하게 皮相的으로 模倣한데서 重大한 過誤를 犯하고 있는 것이다. 그 때문에 우리나라가 獨立國家로서 最初의 基本經濟立法을 制定하는 歷史的인 轉機를 이룩하면서도 商法草案의 基礎理由가 없으며 根本理念 및 方向이 없는 立法이 되고 만 것이다.

다만 美國法上의 制度를 導入한 理由로서 알려진 바로는 “첫째로 現在의 우리나라가 處해 있는 國際的 環境을 考慮한 것일 것이며, 둘째로는 우리나라 經濟의 復興에 必要로 하는 外資導入의 促進에 대한 期待, 即, 現在 우리나라가 期待하는 外資導入은 主로 美國民間資本일진대 그들로 하여금 安心하고 容易하게 投資시키기 爲하여는 法規와 制度의 調整이 必要하다는 配慮가 있었을 것이고 셋째로 가장 重要的 決定的 理由로서는 美國法이 舊商法보다는 特히 會社金融制度의 高度의 發達과 會社經營機構의 合理性에 있어서 實質的으로 優秀하다는 데에 있었을 것이다.”⁽¹⁾라고 되어 있다. 以上으로서 韓國商法이 特히 會社法에서 美國法을 導入한 理由를 알 수 있는 것이다. 即, 結論的으로 相互連關關係에 있는 理事會制度和 授權資本制度의 採用意圖를 要約하건대 美國의 民間資本이 安心하고 容易하게 導入投資될 수 있도록 하기 위한 目的으로 美國法上의 制度를 導入하였다는 것을 알 수 있는 것이다.

勿論 敗戰國이나 發展途上에 있는 經濟的 後進國에 있어서 外資導入은 必要不可缺한 要素임에 틀림없다. 우리나라에 있어서의 外資導入은 政府나 國營企業體와 大企業을 對象으

(1) 『新商法通覽』, p. 224.

로 하는 援助와 借款이 大部分이며 純粹한 民間資本의 投資는 別로 期待하기 어려운 것이다. 民間投資는 慈善의 目的이 아닌 以上 그것은 投資의 國際的인 收益性이 保障되느냐에 따라서 可能한 것이며 外資導入國家의 株式會社法이 外資提供主體國家의 會社法과 同一 또는 類似하지 않다는 것이 外資導入의 阻害要因이 될 수는 없는 것이다. 設使 株式會社法이 外資導入과 關聯이 있다는 것을 肯定하더라도 우리나라 商法上의 會社法은 純粹한 大陸法體系도 아니고 美國法도 아닌 複雜한 內容으로 되어 있으므로 오히려 美國의 投資家들을 不安하게 할 것이고 다만 日本商法과 同一하므로 日本의 商業資本의 投資만을 容易하게 할 것이다. 外資導入의 促進도 重要하지만 오히려 過度하게 外資가 導入됨으로써 우리나라의 企業이 그 支配力을 喪失할 憂慮가 있다는 데에 配慮를 하였어야 할 것이다. 特히 原料와 技術까지도 外國에 依存하지 않으면 안되는 國家에 있어서는 株式會社의 株式의 過半數以上을 確保하고 있는 境遇에도 支配力喪失의 위험이 큰 것이다.

한 國家의 基本經濟立法을 特定國의 民間資本의 投資를 容易하게 한다는 一局面의 目的을 理由로 無理한 改正을 할 수는 없는 것이며 그보다도 그때 그때의 經濟現象의 發展動向에 따라서 自己의 傳統的인 것을 固守하면서 補完·修正하여 나가야 할 것이다.

II. 株式會社의 主要機關

株式會社는 固有의 法人格을 갖는 會社(eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit)로서 自然人과 같은 權利能力이 있으므로 會社가 權利를 行使하기 爲하여 對內的으로 意思決定(Willensentschliessungen)을 하고 決定된 意思를 對外的으로 表示하기 爲하여 一定한 機關을 必要로 하게 된다. 그리하여 어느 國家에 있어서나 多少의 差異는 있다 하더라도 株式會社는 三權分立의 政治思想의 影響을 받아 業務執行機關(Verwaltungsorgan)으로서 理事(Vorstand, Director)와 監督機關(Kontrollorgan)으로서 監事(Aufsichtsrat, Revisoren)와 會社의 對內的 意思決定機關으로서 株主總會(Hauptversammlung, General Meeting)等の 必要的 機關(Notwendige Organe)이 있는 것이다. 이 외에도 株式會社에는 特殊한 境遇를 위하여 臨時機關으로서 檢査人을 選任할 수 있고 獨逸에서는 監事制度를 두고 있음에도 不拘하고 우리나라의 公認會計士와 같은 經濟檢査人인 決算檢査人(Abschlussprüfer)을 必要的 機關으로 規定하고 있다. 美國法上에는 獨逸法特有的 監事制度는 없고 그 代身에 公認會計士에 依한 監査를 實施하고 있다.

1962年의 우리나라 新商法에서도 舊商法에서와 같이 三分化의 原則이 存續되고 있다고 할 수 있으나 美國法上의 制度를 部分的으로 導入함으로써 權限面에 混亂이 惹起되고 있

다. 卽, 그것은 意思決定機關인 株主總會以外에 法定機關으로서 理事會와 代表理事制度가 새로이 規定되었으며 監事에 대하여는 會計監查의 權限만을 認定하여 業務執行監督權限을 排除하였다. 또한 우리나라 商法은 監사가 없는 美國法上의 Board of Directors 制度를 導入하였으면서도 監事機關을 그대로 存續시키고 있으며 理事會制度를 採用한 境遇에 併用되어야 하는 公認會計士에 依한 會計監查制度에 關하여는 그의 決定을 保留하고 있다.

III. 株主總會의 地位와 權限

株主總會는 그의 權限範圍內에서 모든 株主들이 意思를 表示하여 議決權을 行使함으로써 對內的으로 會社의 意思를 決定하는 機關이다.⁽²⁾ 從來 株主總會는 各國의 商法에서 株式會社의 最高機關(Oberstes Willensorgan)이었다. 그리하여 株主總會는 會社의 業務에 關係되는 모든 事項에 대하여 決定權限이 있었으며 他機關은 株主總會의 決定에 따라 拘束을 받았었다.⁽³⁾ 그와 같은 現象은 株式會社에도 自由主義思想이 支配되어 利益追求에만 執念하는 株主들이 投資家로서 企業의 主人으로 看做되었다는 데서 原因을 찾을 수 있다. 그 후 多數의 企業들이 大企業으로 成長하면서 會社의 經濟的 財政的인 關係와 技術過程이 會社의 直接擔當하는 理事가 아니고는 把握할 수 없는 程度로 複雜하게 되면서 大會社의 經營이 株主總會로 부터 分離되는 傾向이 나타나기 始作 하였다.

이와같은 趨勢에 따르기 爲하여 1962年의 韓國商法도 株主들이란 一般的으로 會社의 經營에 對하여 無知하고 關心이 적으며 단지 利益配當에만 沒頭하여 株式會社가 社會的 機構로서 維持發展할 수 없음을 考慮하여 會社의 經營에 專門의 知識을 兼備한 業務執行 機關의 權限을 強化한 反面에 株主總會의 權限을 獨逸株式法과 同一한 趣旨에서 制限하여 決定하였다.⁽⁴⁾ 卽, 우리나라 商法 第361條에서는 株主總會는 商法 또는 定款에 定하는 事項에 限하여 決議할 수 있다고 制限的으로 規定하고 있다. 그러므로 韓國商法에서나 獨逸株式法상의 株主總會는 法律上 最高機關이라고 할 수 없으며,⁽⁵⁾ 株式會社의 모든 機關은 剝奪할 수 없는 그들의 權限範圍內에서 最高機關이라고 할 수 있을 것이다.⁽⁶⁾

(2) Würdinger, § 22

(3) Würdinger, § 22 I

(4) 株主總會는 形式的 要件(formale Angelegenheit)에 대하여만 決定을 하는데 不週하다. 그리하여 Schmoller는 株主總會를 일컬어 觀客은 적으나 곧잘 進行되는 喜劇(eine schlecht Besuchte, aber gut gespielte Komödie)이라고 하였다. 獨逸株式法 第103條 2項은 株主總會의 權限을 다음과 같이 制限하고 있다 (Die Hauptversammlung beschliesst in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen).

(5) Gierke, § 43 IV; 異見. Gadow Heinichen, § 102 Einl.; Baumbach-Hueck, § 102 Anm. 2 C; V. Godin-Wilhelmi, § 104 Anm. 1: 株主總會는 他機關 特히 監事の 選任과 解任(理事와 監事)權限이 있기 때문에 間接的으로 最高機關(mittelbares oberstes Organ)이라는 立場을 取하고 있다.

우리나라 商法이 明定하고 있는 株主總會의 權限으로는 特別決議事項으로서 定款變更(商法 第 434 條), 營業의 全部 또는 重要한 一部의 讓渡, 營業全部의 貨貸 또는 經營委任, 他人과 營業의 損益을 같이 하는 契約의 締結, 變更 또는 解約, 他會社의 營業全部의 讓渡(商法 第 374 條), 監事·理事의 解任(商法 第 385 條, 第 415 條), 資本의 減少(商法 第 438 條), 轉換社債의 發行(商法 第 513 條 2 項)과 이 밖에도 任意解散, 會社의 繼續, 株式의 割引發行, 新設合併에 있어서 設立委員의 選任, 合併契約書의 承認等을 들 수 있다. 또한 普通決議事項으로서 重要한 權限은 理事·監事·清算人의 選任과 그 報酬의 決議(商法 第 382 條, 第 384 條, 第 409 條 1 項, 第 388 條, 第 415 條, 第 542 條 2 項), 理事·清算人의 計算書類의 承認(商法 第 499 條, 第 533 條), 準備金의 資本轉入決議(商法 第 461 條), 檢査人의 選任(商法 第 366 條, 第 367 條)과 理事에 對한 競業의 承認, 理事와 會社間의 訴를 代表할 者의 選任, 總會의 延期·續行의 決定, 清算人의 清算終了의 承認等이 있다. 以上の 事項은 株主總會의 專屬權限(Ausschliessliche Zuständigkeit)으로서 이들 事項의 決定은 定款에 依하더라도 他機關에 또는 他人에게 委任할 수 없는 것이다.

株主總會는 以上과 같은 重要한 決定權限을 專有하는 同時에 더 나아가 定款의 規定으로서 他機關의 權限에 屬하는 事項에 대하여도 그의 權限을 擴大할 수 있다. 即, 定款에 의하여 原則적으로 理事會의 權限에 屬하는 新株發行, 代表理事와 支配人의 選任權限等을 株主總會의 權限으로 規定될 수 있는 것이다(商法 第 416 條, 第 389 條 1 項, 第 393 條). 우리나라의 商法이 株主總會는 商法 또는 定款에 定하는 事項에 限하여만 決議할 수 있다고 規定하고 있으나 商法이 明定하고 있는 株主總會의 專屬權限이 上記한 바와 같이 肥大하고 또한 重要한 事項이 包含되어 있고 定款의 規定으로 其他 業務執行에 關한 모든 事項도 株主總會의 權限이 될 수 있으므로 오늘날의 株主總會도 舊依用商法에서와 같이 法律上 으로나 實質적으로 權限面에서 볼 때 株式會社의 強力한 機關으로 君臨하고 있는 것이다.

IV. 美國法과 Corporation 의 機關

美國에는 모든 合衆國에 統一的으로 適用되는 會社法이 없고 모든 州가 獨自적으로 會社法을 制定하고 있는 것이다. 이와 같이 飛散된 州法들은 佛蘭西의 Code Civile 이나 舊 Spain 法이 適用되고 있는 Louisiana 와 Puerto Rico 를 例外로 大部分이 英國의 Common Law 와 Equity 를 母法으로 하고 있기 때문에 그 內容面에 있어서는 相互間에 近似性이 內

(6) Würdinger, § 22 I;.....jedes Organ im Rahmen seiner Unentziehbaren Zuständigkeit selbst Oberstes Willensorgan,.....)

包되어 있는 것이다.

大多數의 州法の 傾向은 主로 Corporation의 對外的 關係인 權利能力이나 行爲能力 및 訴訟能力等に 대하여는 具體적으로 規定하고 있으나 純然한 會社의 内部關係라고 할 수 있는 社員과 會社機關의 權利, 義務等に 대하여는 明白하게 規定함이 없이 아직도 相當히 慣習法에 依存하고 있는 것이다.

美國에 있어서 資本會社라고 할 수 있는 Corporation의 機關으로는 우리나라 商法上의 株主總會라고 할 수 있는 Shareholders-Meeting 과 여기에서 選任된 Board of Directors 等 二大機關이 있는 것이다.

이 Board of Directors는 業務의 執行機關인 同時에 監督機關으로서 우리나라의 舊依用 商法上에 理事와 監事의 機能을 統合하고 있는 機關이라고 할 수 있다. 實際에 있어서는 Board 構成員의 一部는 積極적으로 業務執行에 參與하고 또 다른 一部는 監督職能을 擔當하는 것이 通例로 되어 있다. 美國法上의 用語로서 單純히 Director는 企業에 있어서 第2次的인 範疇의 地位에 不過하고 實質적으로 業務執行의 重要な Position에는 “President” “Vice President,” “Treasurer”와 “Secretary” 등의 Officer들이 支配하고 있는 것이다. 그리하여 “President”는 우리나라 企業實際의 社長이나 新商法上의 代表理事로서 業務執行에 關한 最高機關이라고 할 수 있으며, “Secretary”는 一般的으로 内部經營에 關하여 計算書類의 作成을 指揮·監視하고 株主總會에서는 議事錄을 作成한다. 그리고 Treasurer는 財務部門을 擔當하는 것이다. 이에 比하여 “Vice President”는 特定한 部分的인 職能을 擔當하지 않고 會社의 獨立된 經營單位인 支店等의 統括經營者의 職能을 擔當한다.⁽⁷⁾ 以上과 같은 職位는 Board와 分離되는 境遇는 稀小하고 Board의 Member인 Director 全員이 Officer의 職能을 擔當하는 것이 支配的인 現象이다.⁽⁸⁾

Board의 代表權範圍는 定款으로 制限할 수 있으며,⁽⁹⁾ 이러한 制限으로 善意의 第3者에 대하여도 對抗할 수 있으나 社規에 의한 代表權의 制限은 惡意의 第3者에 대하여만 對抗할 수 있다.⁽¹⁰⁾ Board는 그의 權限을 委任할 수 있으므로 特히 大會社에 있어서의 “President”는 會社를 적어도 通常的인 業務事項에 대하여 單獨으로 代表할 수 있다는 것이 推測되는 것이다.⁽¹¹⁾

(7) Ballantine, *Handbook on Corporations*, Chicago 1946, p. 137 以下; Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, 2nd ed., 1949, p. 768.

(8) Dodd/Baker, *Cases and Materials on Corporations*, Brooklyn, 1951, p. 399, 514.

(9) Rohrich, *Organizing Corporations and Other Enterprises*, N.Y. and Albany, 1953, p. 231.

(10) Ballantine, p. 262.

(11) Ballantine, *Handbook on Corporations*, p. 139.

株主總會인 Shareholders-Meeting 은 적어도 每年 1 回以上 召集되어야 한다.⁽¹²⁾ 그러나多數의 州法에서는 總會의 決議能力에 關하여 最少限度의 定足數에 대한 規定이 없으므로 어떤 株主라도 適法한 節次를 거쳐 有效하게 總會의 召集을 할 수 있는 것이다.⁽¹³⁾ 그러므로 Certificate 와 By Laws 에서 定足數에 關하여 規定하고 있다. 株主總會의 가장 重要한 權限은 Board 의 選任이며 Director 의 任期滿了前 解任은 重大한 理由가 있거나 또는 Certificate 나 By Laws 에 依하여 授權된 境遇에만 可能하다는 것을 一般的으로 規定하고 있으나 一部の 州法에서는 아무런 理由가 없이도 解任시킬 수 있다는 것을 明定하고 있다.⁽¹⁴⁾ 모든 業務執行事項에 關한 決定權限은 法律이나 定款 또는 社規에서 社員(株主總會)의 同意를 要한다고 明白히 規定하지 않는限 Board of Directors 에 屬한다고 推定할 수 있다.⁽¹⁵⁾ 大部分의 州法에 의하여 株主總會의 同意를 要하는 事項은 특히 定款과 社規의 補完, 變更, 抵當權의 設定, 全會社財產의 處分, 合併, 保證, 存立期間滿了前의 會社의 解散等을 들 수 있다. 그 밖에도 Director 의 會社와의 去來에 關한 契約은 株主總會의 承認을 必要로 하지만 Certificate와 By Laws 로서 株主總會의 承認을 排除할 수 있다.⁽¹⁶⁾

以上과 같은 明定된 事項을 除外하고는 業務執行에 대한 株主總會의 干涉을 不許하며 總會의 決議는 拘束的인 效力이 없다.⁽¹⁷⁾ 그러므로 利益의 配當도 Board of Director 의 專屬權限에 屬한다.⁽¹⁸⁾

V. 獨逸株式法上の 監事制度

1. 意 義

株式會社의 機關中에서 監事는 獨逸法上에 特有한 機關形態로서 會社의 會計監査를 包含한 理事의 모든 業務執行을 監督하는 機關이다.⁽¹⁹⁾ 우리나라 舊商法の 監事도 獨逸法에서 繼受된 것이라고 할 수 있다.

獨逸에서도 18 世紀에는 아직 Aufsichtsrat 는 會社의 機關으로 알려지지 않았었다. 當時

(12) Stevens, p. 538; N.Y. Stock Corp. Law, § 55 참조.

(13) Ballantine, p. 395.

(14) Calif. Corp. Code, § 810.

(15) Del. Gen. Corp. Law, § 141 (a); Dodd/Baker, p. 141.

(16) Ballantine, p. 167 以下, Stevens, p. 671 以下.

(17) Ballantine, p. 123; Stevens, p. 653; 例外的으로 會社의 全株主가 滿場一致로 決議를 한 때에는 어떠한 事項에 대하여도 拘束力이 있다는 境遇도 있다.

(18) Ballantine, p. 550 以下; Stevens, p. 442 以下.

(19) 우리나라와 日本에서는 監督의 機能을 業務執行監督과 會計監査를 分離된 概念으로 把握하고 있는데 獨逸株式法에서는 이것을 別個의 概念으로 分離하지 않고 業務執行監督(Überwachung der Geschäftsführung)이라고 할 때는 會計監査를 當然히 包含된 것으로 理解되고 있다.

에 會社의 內部組織은 個別的인 契約이나 定款에 의하여 構成이 되었었고 이와 같은 現象은 19世紀 中葉까지도 持續되었었다. 그 後 19世紀 後半에 들어와 各州의 代表로 構成된 聯邦議會(Bundesrat)의 特別委員會가 Frankfurt에서 1857年에서 1861年에 이르는 동안 討議와 會議을 繼續하여 普通獨逸商法典(ADHGB, das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch)의 草案이 完成되었었고 이 法을 모든 州가 採擇하게 되었는데 이때 처음으로 Aufsichtsrat가 새로이 規定되었었다.⁽²⁰⁾

普通獨逸商法上의 Aufsichtsrat의 權限은 監督權限에만 局限되지 않았고 定款의 規定으로 業務執行自體도 直接 擔當할 수 있었으므로 監事는 大株主의 利益만을 保護하는 強力한 機關이었다. 더우기 大株主들은 自身이 直接 監事に 選任되어 이들이 理事를 選任할 뿐만 아니라 이들의 業務執行을 直接 指揮 監督하였으므로 監事が 理事의 實質的인 上位機關으로 君臨하였다. 그리하여 理事는 監事の 雇傭人과 같은 地位에 있었던 것이다.

以上과 같이 普通獨逸商法上의 監事が 理事에 대하여 直接·間接으로 干涉을 함으로써 理事가 獨立된 地位에서 業務를 執行할 수 없는 弊端이 있었음을 配慮하여 1937年의 獨逸株式法(Aktiengesetz)은 業務執行과 監督의 機能을 嚴格히 區分하여 監事는 定款規定에 의하더라도 業務執行을 直接 擔當할 수 없으며 業務執行에 대한 指示도 理事에 대한 拘束力이 없으며 오로지 監事の 權限은 業務執行의 監督에만 局限하게 되었다.⁽²¹⁾ 業務執行에 關하여는 다만 一定한 重要業務執行事項에 대하여 同意權(Zustimmungsrecht)을 가질 뿐이다(獨逸株式法 第95條 5項)이러한 監事の 地位는 1965年 9月 8日의 新株式法에서도 同一하게 規定되고 있다.

2. 監事の 構成과 經營參加

監事는 적어도 3人 以上으로 構成되어야 하는 合議機關(Kollegium)이다.⁽²²⁾ 獨逸株式法 第86條는 會社資本金의 額數에 따라 監事員數의 最高限은 15人을 超過하지 못한다는 것을 明定하고 있다.⁽²³⁾ 이와 같은 監事員數의 制限規定은 獨逸法에 特有한 것이라고 할 수 있다. 監事の 員數를 會社의 資本金에 比例하여 制限하게 된 理由는 從來 大會社의 監事が 너무 많은 人員으로 構成되어 監事の 機能이 麻痺된 結果로 理事의 業務執行에 대한 監督

(20) Wiethölter, § 271.

(21) 獨逸株式法 第29條 1項: Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu Überwachen.

(22) Würdinger, § 21 I. 1.

(23) 會社資本金 3百萬「마르크」까지는 9人, 3百萬「마르크」以上인 會社는 12人 千萬「마르크」以上인 會社에서는 15人을 超過하지 못한다고 되어 있다. 그러나 이러한 制限은 例外的으로 會社의 安寧과 全體經濟의 利益을 爲하여 必要하다고 認定될 때는 關係長官들의 協議로 그以上の 監事の 選任을 許容할 수 있다.

이 不可能하였기 때문에 새로이 規定된 것이다. 이러한 規定은 또한 大會社의 監事가 너무 적게 選任되는 境遇를 위하여도 意義가 있는 것이다.

監事의 資格은 原則적으로 自然人에 限定되므로 法人은 監事가 될 수 없으며 이미 10개의 株式會社 또는 株式合資會社의 監事인 者는 더 以上 監事가 될 수 없다.⁽²⁴⁾

監事의 員數는 3分化가 可能한 數이어야 한다(例 3名, 6名, 9名...) 從來의 監事는 株主의 監督機關으로 株主總會에서 選任된 株主의 代表들에 依하여만 構成이 되었었다. 그러나 1952年에 經營組織法(Betriebsverfassungsgesetz)이 制定되면서 被傭者(Arbeitnehmer)들의 經營參加가 保障되어 被傭者가 500名 以上 從事하는 株式會社의 監事는 全監事員數의 3分之1을 반드시 被傭者의 代表가 차지하게 되었다(同法 第76條 1項). 그리하여 아직도 獨逸株式法에 依하여 株式會社의 強力한 機關인 監事는 株主代表(Aktionärvertreter)가 3分之2를 占하고 나머지 3分之1은 被傭者代表(Arbeitnehmervertreter)로 形成됨으로서 監事는 모든 企業參加者들의 利害를 調整하는 機關의 性格을 띠게 되었다⁽²⁵⁾. 被傭者代表의 選解任權限은 勿論 被傭者集團에 專屬하여 被傭者 代表인 監事도 株主代表인 他監事들과 同等한 權利를 享有한다.

이와 같이 經營組織法과 共同決定法에 依하여 被傭者들의 經營參加가 保障되게 된 動機는 第1次世界大戰末期에 있었던 革命以後 社會的 要求(Soziale Forderungen)가 擡頭되어 會社에 從事하는 被傭者들이 그들의 社會利益을 保障하기 爲하여 會社에 대하여 影響力을 갖기를 主張하였고 1924年에 新國家憲法이 公布되었을 때 財産은 公共의 安寧을 爲하여 使用되어야 할 社會的 義務가 있다는 原理가 形成되었던 것이다. 이러한 要請은 勿論 初期에는 하나의 政治的인 展示에 그쳤으나 以後 漸次로 具體化되어 法律的으로 確立을 보게된 것이다.

또한 監事에는 定款規定에 依하여 一定한 株主와, 株式의 讓渡가 會社의 同意를 要하는 記名株式(Gebundene Namensaktien)의 所有者에게 그들의 利益을 代表하는 者를 監事に 派遣할 수 있는 權利를 認定할 수 있다. 그러나 派遣에 의한 監事의 數는 全監事員數의 3分之1을 超過하지 못한다(獨逸株式法 第88條 1,2項). 이와 같은 監事派遣規定은 會

(24) 이 制限規定(獨逸株式法 第86條 2項)은 監事의 員數와 關聯하여 過去에 經濟界의 有力한 사람이나 大銀行의 幹部들이 境遇에 따라서는 100個 以上の 會社의 監事가 되어 모든 關係會社의 監督을 할 수 없는 弊端이 있었음을 考慮한 規定이다.

(25) 特히 石炭과 鋼鐵會社에 있어서는 共同決定法(Mitbestimmungsgesetz)에 依하여 監事는 11名으로 構成되는데 그 中 5名은 株主代表로서 株主總會에서 選任되며 나머지 5名은 被傭者代表가 차지하며 1名은 中立的인 立場에 있는 사람이 選出됨으로써 社會利益과 所有者利益間에 均衡을 維持하고 있다.

社에 대하여 特別한 利害關係가 있는 債權者인 金融機關이나 大株主들을 爲한 規定이며 또한 混合經濟의인 또는 共同經濟의企業(Gemeinwirtschaftliche oder Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen)에 대하여 國家와 公共團體가 그들의 方針이나 政策을 反映시킬 必要가 있을 때 意義가 있는 規定인 것이다.

3. 監事의 權限

(1) 理事의 選任과 業務執行監督

理事의 選任·解任의 權限은 監事에게 專屬하며 數人의 理事를 選任하였을 때는 그 中 1人을 理事長으로 指名할 수가 있다(獨逸株式法 第75條 1, 2項).

監事의 主된 職務는 業務執行의 監督으로서 監事は 理事의 業務執行을 監督할 權利가 있으며 監督義務를 지는 機關이다. 監督의 範圍는 理事의 모든 活動分野인 企業의 모든 營業領域에 미치게 된다.⁽²⁶⁾ 이러한 監督에 대한 權利義務는 모든 監事의 構成員에게 있으므로 被備者代表인 監事도 同等한 權利와 義務가 있다.

監事は 監督을 實行하기 爲하여는 理事에 대하여 언제든지 會社의 Konzern 企業에 대한 關係와 其他 會社의 業務에 關하여 報告를 請求할 수 있다. 이러한 報告請求權은 原則的으로 모든 監事가 共同으로 行使하여야 하지만 各監事도 報告를 請求할 수 있다. 만약에 理事가 各監事의 請求를 拒絶한 때에는 監事會會長이 그 請求를 支持(Unterstützen)하는 때에만 請求를 할 수 있다(獨逸株式法 第95條 2項). 報告의 請求는 1人의 監事に 依한 境遇라도 提出은 全監事(Gesamtaussichtsrat)를 대상으로 하여야 한다.⁽²⁷⁾

또한 監事は 그의 監督任務를 效果의으로 遂行하기 爲하여 會社의 帳簿 및 書類의 閱覽과 會社의 現金在高와 有價證券 및 商品의 在高等, 財産關係를 檢査할 수 있다(獨逸株式法 第95條 3項) 이러한 檢査權(Untersuchungsrecht)의 行使는 監事의 決議를 要件으로 하기 때문에 各監事は 檢査權을 行使할 수 없다고 본다.⁽²⁸⁾ 그러나 檢査權行使의 決議가 있는 때에 檢査自體는 個個의 構成員이나 特定委員會에 委任할 수 있다. 監事は 一般의이 아닌 特殊한 事項에 局限하여 專門家(Sachverständige)에게 閱覽과 檢査를 委任할 수 있다.⁽²⁹⁾

(2) 株主總會의 召集權限

監事は 會社의 安寧을 爲하여 必要한 때에는 株主總會를 召集하여야 한다(獨逸株式法 第95條 4項). 이 總會召集權限은 原則的으로 理事의 權限인 同時에 監事의 獨自的인 權

(26) Gadow-Heinichen, § 95, Anm. 1.

(27) Gadow-Heinichen, § 95 Anm. 9.

(28) Vgl. KGJ 31 A, 197, OLG 4, 469.

(29) Baumbach-Hueck, § 95 Anm. 4.

限으로서 定款에 依하여서도 剝奪할 수 없을 뿐만 아니라 一定한 要件으로 召集權限을 制限할 수 없는 것이다.⁽³⁰⁾ 株主總會의 召集은 會社의 安寧을 爲하여 株主總會가 決議를 하여야 할 必要性이 있다든가 또는 적어도 어떠한 事態를 알려서 總會가 그의 態度를 明白히 하여야 될 必要가 있다고 認定되는 때에 하여야 하므로 이 召集權限은 監事의 權利인 同時에 義務이므로 必要하다고 認定되는 때에 總會를 召集하지 않으므로 因하여 發生한 損害에 대하여는 賠償責任을 진다.⁽³¹⁾

4. 監事의 決議方法

監事의 決議는 規則에 따라 定期的으로 會議에서(In Sitzungen)하여야 하며 必要한 定足數는 定款에서 規定할 수 있다.⁽³²⁾ 即, 決議는 會議에서 하여야 되므로 電話로 決議할 수 있다는 定款規定은 許容되지 않는다.⁽³³⁾ 定款에서 決議를 爲한 定足數를 定하지 않은 境遇에 關하여 1937年의 株式法은 아무런 規定을 하지 않고 있었으나 1957年 7月 15日의 法律(BGHI.I.S, 714)에 依하여 獨逸株式法 第89條가 새로이 規定되었다. 即, 定款이 特別한 規定을 하고 있지 않은 境遇는 監事는 定款上의 員數와 法定監事數의 半數가 表決에 參加한 境遇에 限하여 決議能力이 있고 最少限 3人의 監事が 參加하여야 한다. 그러므로 3人以下가 決議에 參加하였을 때는 決議能力이 없으므로 이러한 原則에 違背되는 定款의 規定은 無効이며 3人以下의 監事に 依하여 成立한 決議는 當然히 効力이 없는 것이다.⁽³⁴⁾ 定款이 監事의 決議能力을 爲한 3人의 最低員數에 違背된 規定은 할 수 없지만 決議에 關하여 例를 들어 監事會會長이나 그의 署理(Stellvertreter)가 參席하여야 한다는 規定은 可能하다.⁽³⁵⁾ 大部分의 株式會社에 있어서 監事의 決議能力에 關한 定款規定의 支配의인 傾向은 監事員數의 3分之 2가 參加하여야 決議할 수 있으며 可否同數인 때에는 監事會長에게 決定權을 認定하고 있다. 이러한 定款規定에 依하여 多數의 監事로서 構成되는 境遇에 被備者代表인 監事단에 依한 監事의 決議를 豫防하고 있다.⁽³⁶⁾

監事의 決議能力의 要件이 株主代表나 被備者代表의 一時的인 不參으로 成立되지 않는 때에는 반드시 決議能力을 喪失하지 않는다.⁽³⁷⁾ 監事는 다른 職務를 爲하여 監事會에 參

(30) Baumbach-Hueck, § 95, Anm. 6.

(31) 獨逸株式法 第99條, 第84條.

(32) Vgl. BGHZ, 4, 224.

(33) Schlegelberger-Quassowski, § 92 Anm. 33 : Baumbach-Hueck, Anm. 3 A: 異見, Hildebrandt, in Zschr. Aktges. 1957, 5 : 口頭에 依한 決議로 볼 수 있기 때문에 許容되어야 한다.

(34) 共同決定法の 適用을 받는 會社에 있어서는 적어도 定款이나 法定監事員數의 半數가 參加하여야만 決議能力이 있다. 同法 第10條.

(35) OLG Stuttgart, JR. 1933.

(36) Gadow-Heinichen, § 89 Anm. 4.

(37) Gierke, § 43 III, 2.

加할 수 없는 境遇가 許多할 것이므로 그러한 境遇를 求濟하기 爲하여 獨逸株式法 第 93 條에서는 定款의 規定으로 書面에 依한 授權으로 監事會에 參加하게 하여 不參監事自身의 投票쪽지(Stimmzettel)를 提出할 수 있다는 것을 規定할 수 있는 것이다. 이 때에 他人은 단지 不參監事의 傳聲管에 不過하며 投票를 爲한 使者(Bote)라고 할 수 있다. 이것을 許容하는 境遇에 定款은 會社가 不願하는 사람의 會議參席을 牽制하기 爲하여 代人的 資格을 制限할 수 있다. (38) 決議는 單純多數決로 하여 上述한 바와 같이 可否同數인 때는 會長의 投票로서 決定한다거나 추첨에 依하여 決定한다는 것은 規定할 수 있다(39). 書面決議方法은 監事全員이 이 方法에 同意하는 때에만 許容되며 電話에 依한 決議가 許容되지 않는데 比하여 電報에 依한 決議는 書面決議와 同一하게 取扱한다. (40)

5. 監事會의 召集

모든 監事는 理事와 마찬가지로 監事會의 召集을 請求할 수 있다. 召集請求를 함에도 監事會에서 討議되어야 할 對象인 目的과 理由를 明示하여야 한다. 그러나 적어도 2人以上の 監事나 理事가 請求한 監事會召集이 實行되지 않는 때에 召集請求者는 自身이 直接 監事會를 召集할 수 있다. 이와같은 獨逸株式法 第 94 條 2項에 規定된 自助權(Selbsthilfe)은 監事會會長이나 會長署理가 不在인 때는 召集의 請求가 없어도 監事會를 召集할 수 있다. (41) 이상과 같이 모든 監事는 法律과 其他 事情에 依하여 必要하다고 思料되는 때에 監事會召集의 義務가 있으므로 不作爲에 依하여 召集의 請求를 하지 않는 境遇와 召集을 하지 않으면 損害賠償責任을 지게 된다. (42)

VI. 韓國商法上の 理事會制度

1. 法定機關으로서의 理事會

1962 年에 制定한 우리나라 商法은 獨逸法界인 舊商法에서 뚜렷하였던 株式會社機關의 三分化原理에 立脚한 機關構造에 美國法の Board of Directors 制度를 導入함으로써 機關의 三分의 原則은 表面上 存續되고 있다고 할 수 있으나 內容面에서 커다란 變革을 가져왔다고 할 수 있다.

舊商法에서는 會社의 代表機關으로 法律上에 代表理事가 別途로 存在하지 않고 있었으

(38) Gessler, JW. 1937. S. 503.

(39) Baumbach-Hueck, § 92 Anm. 313.

(40) Schlegelberger-Quassowski, § 92 Anm. 33.

(41) Gaddw-Heinichen, § 94, Anm. 8.

(42) Gadow-Heinichen, § 94, Anm. 11.

므로 會社는 모든 理事가 共同으로 代表하는 것이 原則이었으나 各理事가 個別的으로 會社를 代表할 수 있었으므로 會社의 機關을 構成할 수가 있었던 것이다(舊商法 第 261 條 1 項). 그러나 新商法에서는 從來에 定款이나 社規에 依하여 慣用되던 理事會를 Board 制度의 導入이란 名目으로 株式會社의 法定機關으로 明定하므로써 代表理事를 除外한 其他 理事들은 다만 理事會의 構成員에 不過하게 되었다.

이와같은 우리나라 商法上の 理事會制度는 英美國法에서 發展된 授權資本制度를 採用한 面에서는 Board of Directors 에 가깝고 理事會가 代表理事를 選任하고 業務執行에 關하여 代表機關을 監督하는 性格에서는 獨逸法에서 株主總會가 監事を 選任하고 監事が 理事를 一定한 業務執行事項에 關하여 同意權을 가지며 業務執行을 監督하는 機關인 Aufsichtsrat 에 接近시킬 수 있다고 할 수 있을 것이다. 即, 우리나라와 日本商法上の 理事會制度는 純粹한 Board of Directors 도 아니고, 그렇다고 Aufsichtsrat 도 아닌 大陸法과 英美法을 折衷한 兩國特有的 株式會社의 機關이라고 할 수 있다.

2. 理事의 選任과 員數

理事는 3人以上이어야 하며(商法 第 383 條 1 項) 株主總會에서 選任한다(商法 第 382 條 1 項). 理事의 選任은 發起設立當時를 例外로 하고 株主總會의 專屬權限이므로 定款規定이나 株主總會의 特別決議에 依하여도 理事의 選任을 第三者나 他機關에 委任할 수 없는 것이다. 우리나라 商法은 監事の 選任을 除外하고 議決權은 1株마다 1個로 한다(商法 第 369 條 1 項)고 規定함으로써 「1株 1議決權의 原則」을 強行法規로 定하고 있으므로 獨逸法에서와 같이 議決權行使에 있어서 一定한 限界를 設定한다든가, 等級에 依한 議決權制限이 認定되지 않는다. 또한 Board of Directors 制度의 本產地인 美國에서 널리 알려져있고 戰後 日本商法에서 導入하고 있는 것으로 理事會를 比例代表的으로 構成하려는데 目的이 있는 「累積投票制度」(Cumulative Voting)도 外面하고 있다. 그리하여 우리나라 商法에 있어서는 大株主만이 理事의 選任을 獨占하고 左右할 수 있으므로 理事會는 前近代의인 大株主會와 같은 性格을 띠게 되어 小數株主들이나 其他 利害關係人の 代表는 全혀 理事會에 構成員이 될 수 있는 可能性이 없게 된 것이다. 即, 理事會의 大株主會와 같은 性格은 前述한(IV. 1) 普通獨逸商法(ADHGB)에서의 監事の 性格과 類似하다고 할 수 있을 것이다.

理事의 員數는 最高限에 대한 制限은 없고 法定最低限이 3人이므로 定款으로 그 以上の 理事選任을 規定할 수 있다. 理事員數의 法定最低限을 3人으로 規定하고 있는 立法趣旨에 대하여 明白한 說明이 없으므로 有憾이나, ⁽⁴³⁾ 株式會社의 設立에 있어서 最低資本金(Mindestkapital)制度⁽⁴⁴⁾를 確立하지 않고 있기 때문에 實際에 있어서 極小規模의 個人企

業이나 家族會社와 같은 形態의 株式會社가 盛行할 수 있는 法制에서 모든 株式會社에 대하여 一律적으로 3人以上の 理事選任을 強制하는 것은 發起人이 7人以上 이어야 한다 (商法第 288 條)는 設立要件과 마찬가지로 人的·物的인 面에서 浪費가 아닐 수 없다. 勿論 3人의 理事도 둘 수 없는 企業은 株式會社의 形態를 擇하지 않으면 되지 않느냐는 反問이 있을 수 있겠으나 小規模株式會社의 存在를 許容하는 法制下에서 3人以上の 理事를 強行法規로 規定하고 있는 것은 法律政策上的 不均衡이 아닐 수 없다.

理事의 任期는 2年을 超過하지 못하지만(商法 第 383 條 2 項) 再選은 可能하다. 舊商法(第 256 條)에서의 3年의 任期가 2年으로 短縮되고 있는데 그 理由를 보면 商法上에 理事의 權限이 強化되었으므로 株主總會에 대하여 理事의 信任을 물을 수 있는 機會를 자주 賦與하기 위한 것이란데에 그 意見이 大體로 一致하는듯 하다. 그러나 株式會社의 規模가 漸次 擴大되고 企業의 內容이 複雜하게 되어 所有와 經營이 經濟적으로 分離되어 株主는 單純한 投資株主로서 經營에는 無知, 無關心하고 더 많은 利益配當만을 願하게 되는 것이다. 이러한 株主들에게 理事의 信任을 자주 묻는다는 것은 株主總會의 權限縮少의 傾向에 逆行하는 것이며 오히려 企業에 대하여 有害한 副作用만을 誘發하게 하여 企業의 維持 發展만을 阻害하는 結果를 가져올 것이다. 勿論 美國의 州立法中에는 Director의 任期가 一年으로 되어 있는 것이 普通이다.⁽⁴³⁾

그러나 우리나라는 美國과 事情이 전혀 다르고 日本과도 커다란 差異가 있는 것이다. 美國에서는 株式會社의 株式이 高度로 分散이 되면서 所有와 經營이 分離되는 現象과 더불어 모든 企業分野에 專門의 知識을 兼備한 經營者가 無數히 養成되어 이들은 마치 專門化된 技術者와 같아서 Director의 交替가 容易하고 자주 改選이 되더라도 마치 先進民主主義國家에 있어서 執政黨의 交替가 政治的인 混亂을 가져오지 않는 것과 마찬가지로 會社에 대하여 別다른 影響력을 미치지 않는 것이다. 그러나 우리나라의 實情은 아직 모든

(43) 우리나라 商法(第 383 條 1 項)이나 日本商法(第 255 條)이 모두 Board의 員數를 3人以上으로 定하고 있는 美國의 New York(Stock Corporation Law(1923) § 5 Nr. 7), California(Corporation Code(1947), § 800)와 Delaware (General Corporation Law § 141)州法等を 模倣한 것으로 推測된다.

(44) 獨逸株式法(第 7 條)은 株式會社의 最低資本公稱額을 10 萬「마르크」(韓貨 約 700 萬圓)로 하고 有限會社法(第 5 條)에서는 2 萬「마르크」(韓貨 約 140 萬圓)以上이어야 한다. 그러나 우리나라 商法은 小商人의 資本金額의 最高限은 50 萬圓이라고 定하고 (閣令 第 1104 號), 有限會社의 資本總額은 10 萬圓以上이어야 한다(第 546 條)고 規定하면서 株式會社에 대하여는 아무런 規定이 없기 때문에 實際에 있어서 完全商人도 못되는 小商人의 百分之1의 規模의 株式會社가 設立可能한 것이다.

(45) California (§ 805)에서는 1年, Delaware (§ 141 (D))에서는 每年 3分之 1을 改選하고, New York (§ 55)州에서는 每年 4分之 1을 새로 選任하여야 한다.

企業部門에 專門的 經營者가 養成되어 있지 못하고 多數會社의 理事들의 經營年輪은 幼稚園生에 不過하다고 할 수 있다. 이러한 點을 考慮할 때 企業의 全般에 關한 經營計劃과 組織 및 統制에 이르는 會社의 最高管理職能을 擔當하는 理事에 있어서 2年이란 期間은 企業을 經營한다기 보다는 企業의 內容을 把握할 수 있는 期間에 不過한 것이다. 理事의 任期가 反面에 너무 長期일 때는 自己의 權限을 濫用할 憂慮가 있고 또 無能力한 經營者가 長期間支配하는 弊端도 豫想할 수 있다. 그러나 우리나라에 있어서 오늘날 經營者들의 能力과 經驗의 幼年段階를 考慮할 때는 長期的인 發展을 爲하여 大局的 見地에서 理事의 任期는 4年이나 5年으로 延長하는 것이 妥當하지 않을까 한다.⁽⁴⁶⁾

3. 理事會의 召集 및 決議方法

우리나라 商法 第390條는 理事會의 召集에 關하여 規定하고 있다. 即, 理事會의 召集은 各理事가 하는 것을 原則으로 하고 있으나 理事會의 決議로 會議를 召集할 理事를 定한 때에는 他理事의 召集權限이 排除된다. 그리하여 實際에 있어서는 定款이나 理事會規則에 依하여 代表理事 또는 理事會 會長을 召集權者로 指定하는 것이 通例로 되어 있다. 우리나라 商法은 召集權者를 指定한 境遇에 其他理事가 召集權者에게 召集을 請求할 수 있는지에 대하여 規定이 없고 또 請求를 하였음에도 召集權者에 依하여 拒絶되었을 때에 前述(IV. 5)한 獨逸株式法上의 監事會召集의 境遇와 같은 自助的인 召集에 대하여도 아무런 規定이 없는 것이다.⁽⁴⁷⁾ 會議에 依하여만 意思를 決定하는 理事會의 召集은 理事의 權限에 그치지 않고 會社에 대하여서는 義務라고 할 수 있으므로 不作爲에 依한 責任은 召集權者만이 아니라 全理事가 지는 것이므로 獨逸株式法과 같이 具體的 規定이 補充되어야 할 것이다.

우리나라 商法은 會議體인 理事會의 決議方法에 대하여도 많은 問題를 남겨놓았다. 即 韓國商法 第391條 2項은 「理事會의 決議는 理事全員の 過半數로 한다」고만 規定하고 있으므로 定員數의 規定은 없더라도 이 規定에서 볼 때 理事會의 決議는 全理事의 過半數以上の 出席으로 全理事의 過半數로 한다고 볼 수 있다⁽⁴⁸⁾. 이러한 決議要件은 定款規定으로 加重할 수 있을 뿐이며 輕減하지 못한다. 이와 같이 決議要件을 外國의 立法例에서는 찾아 볼 수 없을 정도로 嚴格히 加重하고 있는 理由는 理事會의 權限이 擴大될과 同時에

(46) 獨逸株式法 第75條 1項은 理事의 任期는 5年을 最高限으로 하여 再選이 可能하다고 規定하고 있다.

(47) 이 問題에 대한 日本의 立場을 보면 他理事가 召集을 要求할 수 있는지의 明確한 說明이 없이 他理事의 召集請求가 召集權者에 依하여 拒絶된 때에는 元來 各理事에게 召集權限이 있는 理事會의 性質上 召集要求를 한 理事가 召集할 수 있다고 본다(田中誠, 大隅).

(48) 日本商法은 第260條 2에서 理事會의 決議는 全理事의 過半數出席에 出席理事의 過半數로 한다고 規定하고 있다.

理事會의 決議를 慎重하게 하여야 되기 때문이라고 한다.⁽⁴⁹⁾ 그러나 理事會 理事全員の 過半數의 出席이 될 때는 한 사람이라도 反對하는 理事가 없이 出席理事全員の 意思가 一致되어야만 決議가 成立될 것이므로 理事會가 固有의 重要な 機能을 다하지 못하는 結果를 가져올 것이다. 이와같이 理事會의 決議要件을 一律적으로 加重하고 있는 것은 必要的 常設機關인 業務執行決定機關으로서의 理事會를 實際에 있어 法律上에만 存在하는 有名無實한 機關이 될 憂慮가 있는 것이다.

4. 理事會의 權限

(1) 業務執行의 決定

理事會의 主要權限은 業務執行의 意思決定이라는 것을 商法은 明定하고 있다(第 393 條). 理事會의 法定權限으로는 代表理事의 選任과 共同代表의 決定, 新株의 發行, 社債의 發行, 株主總會의 召集決定, 支配의 選任·解任, 理事와 會社間의 訴에 있어서 代表者의 決定, 理事와 會社間의 去來의 承認(商法 第 389 條 2 項, 第 416 條, 第 469 條, 第 362 條, 第 393 條, 第 394 條, 第 398 條)等으로서 반드시 業務執行事項은 定款으로 株主總會의 權限으로 明定하지 않는 限 理事會의 權限에 屬하며 이러한 法定權限外에도 株主總會의 權限에 屬하지 않는 其他 모든 業務執行事項으로서 例를들어 事業計劃, 重要的 規則의 改廢, 重要的 財産의 取得處分, 營業의 一部 讓渡, 任員의 人事에 關한 事項, 重要的 投資 및 融資에 關한 事項等도 定款이나 理事會規則으로 理事會의 權限으로 規定할 수 있다. 即, 理事會는 商法이나 定款으로 株主總會의 權限으로서 明定한 以外の 모든 業務執行事項에 대하여 會社의 內部意思를 決定하는 機關이라고 할 수 있다.

舊商法과 比較할 때 理事의 權限面에서 새로운 變革은 過去에 增資를 하는 境遇에는 株主總會의 決議로서 增資決議를 하고 또 定款所定の 資本을 變更하여야 하므로 定款變革을 하여 新株를 發行하던 資金調達方法이 英美法上에 Board 制度와 더불어 授權資本制를 導入함으로써 新株發行의 決定權限이 定款에서 株主總會의 權限으로 하지 않는 限 理事會의 權限에 屬하게 된 것이다.

新株의 發行이란 會社資本의 增加를 意味하는 것으로서 既存 株主들에게는 重大한 利害關係가 있는 것이다. 即, 定款規定에 依하여 第三者에게 新株引受權을 賦與함으로써(商法 第 418 條, 第 420 條, 5 號) 새로이 낳은 株主가 登場하게 되고 株主權의 增加로 利益配當이 減少될 憂慮가 있고 株主들의 所有株式의 構成比率이 變動되어 會社支配關係의 變動과

(49) 新商法通覽 第 391 條 2 項 註釋.

小權株主權에 影響을 미치게 된다. 그리하여 舊商法에서는 株主의 利益을 保護하기 爲하여 株主總會의 決議를 거쳐야만 新株發行에 依한 增資가 可能하였던 것이다. 그러나 現行商法은 株主總會와는 關係없이 資金需要에 따라 授權資本의 範圍內에서 迅速하게 資金을 調達한다는 目的에서 理事會의 決議만으로 新株發行을 할 수 있도록 一大變革을 가져 왔다고 할 수 있다(商法 第 426 條). 아직 現行商法이 定款으로 新株發行을 株主總會의 權限으로 規定할 수 있는 餘地를 두었다 하더라도 獨逸法界에서 株主의 利益을 保護하기 爲하여 發展되어 온 增資方法을 完全히 度外視하고 英美法上의 授權資本制度로 代置하고 있는 것은 大膽한 立法態度가 아닐 수 없다.⁽⁵⁰⁾

(2) 業務執行의 監督

우리나라 商法은 業務執行의 監督權限에 대하여 어느 곳에서도 明確히 規定하고 있지 않다. 단지 理事會는 業務執行에 關한 모든 權限을 가지는 것이나 法律 또는 定款에 依하여 株主總會의 權限으로 된 事項을 除外하고는 그 權限의 一部를 代表理事 또는 業務擔當理事에게 맡기는 것이다. 따라서 理事會는 이러한 理事의 業務執行에 대하여 監督할 權限을 가지는 것이다.⁽⁵¹⁾ 만약에 理事會의 業務執行監督權限이 以上과 같은 解釋에서 緣由한다면 理事會는 法律 또는 定款에 依하여 株主總會의 權限에 屬하는 事項에 대한 代表理事의 業務執行에 대하여는 監督權限이 없고 理事會가 規定한 事項에 대한 監督權限이 있을 뿐이라고 할 수 있다. 오히려 業務執行의 監督機關을 理事會라고 할려면 그것은 業務執行에 關한 決定뿐만이 아니라 會社의 모든 業務執行의 權限이 原則적으로 理事會에 屬하지만 會議體인 性格上 執行自體는 理事會에 選解任權限이 있는 代表理事에게 맡기는 것이므로 理事會는 어떤 機關의 權限에 屬하는 事項이든 間에 그 業務執行을 監督할 權限이 있다고 할 수 있을 것이다. 以上과 같은 理由에서 業務執行을 監督할 權限이 있다고 하더라도 우리나라의 企業實態로 보아 內外部理事로 理事會가 構成될만큼 國際的 規模의 企業은 거의 없고 實際에 있어서 大部分의 會社가 그러하듯이 會社의 理事全員이 社內理事로서 代表理事이거나 적어도 業務執行擔當理事인 때는 業務執行監督에 關한 理事會의 決議에 있어서는 全員이 利害關係人으로서 經營擔當者が 自己가 遂行한 營業成果를 理事會라는 形式의 假面으로 自己批判을 하고 自己가 檢討하고 自身이 引責을 하는 結果를 招來한다. 이것은 마치 出題者와 受驗生, 그리고 採點者가 同一人인 結果를 가져온다. 卽우리나

(50) 獨逸에서도 授權資本制度의 長點을 認定하여 從來의 傳統的인 資本增加의 方法을 固守하면서 一定한 制限下에 認許資本制度를 두고 있다(株式法 第 169 條—第 173 條).

(51) 徐燉珪, 『商法講義』, p. 374.

라 商法에서는 전혀 融合시킬 수 없는 相反된 異質의인 機能이 同一機關에 歸屬되어 있다고 할 수 있는 것이다. 商法이 이와 같은 結果를 許容한다면 구태여 株主總會와 理事會의 決議에 있어서 特別利害關係인의 議決權을 制限할 必要도 없을 것이며(商法 第368條 4項, 第391條 2項). 會社設立經過의 調查報告에 있어서 理事와 監事중에 發起인이었던 者 또는 會社成立後 讓受할 財産의 契約當事者인 者가 있는 때에는 調查報告에 參加하지 못하며 全員이 該當될 때에는 檢査人을 別途로 選任하여 調查報告하게 하는 規定(商法 第313條 2,3項)과 監事の 理事 또는 支配人 其他의 使用人의 職務를 兼하는 것을 禁止하는 規定(商法 第411條)과 對比할 때 커다란 矛盾이 아닐 수 없다. 그러므로 會計監査판단이 아니라 業務執行의 監督權限도 別個의 獨立機關에 委讓되지 않으면 그 實効를 期待하기 어려울 것이므로 業務執行의 監督機能이 不透明한 狀態下에서는 經營者萬能의 結果만을 招來하게 될 것이다.

VII. 韓國商法上の 代表機關

1. 代表理事의 選任

株式會社는 法人으로서 그의 意思를 對外的으로 表示하는 代表機關을 必要로 한다. 우리나라 商法上에 理事會는 決定된 合議體로서 合議에 依하여만 그의 機能을 할 수 있으므로 合議體가 直接 業務執行을 擔當하거나 會社를 代表한다는 것은 困難한 것이다. 그리하여 商法은 理事會가 理事中에서 1人 또는 數人의 代表理事를 選定하여 그들로 하여금 會社를 代表하도록 規定하고 있다(商法 第389條).

商法은 株式會社의 代表理事에 關하여도 共同支配人制度(商法 第12條)와 같은 趣旨에서 1人의 代表理事가 單獨으로 또는 數人의 代表理事가 名自個別的으로 會社를 代表하는 境遇에 代表數의 濫用으로 因하여 會社에 不利益을 가져 오는것을 防止하고 代表權行使에 慎重을 期하기 爲하여 數人의 代表理事가 共同으로만 會社를 代表할 수 있는 共同代表理事에 關하여 規定하고 있다. 商法 第389條 2項⁽⁵²⁾에 依하면 數人의 理事가 있는 때에는 定款에 다른 規定이 없는 限 原則의으로 理事全員이 共同으로 意思表示를 하여야 하며 全員이 共同으로 會社를 爲하여 署名할 權限이 있다. 그러나 理事는 各理事에 대하여 一定한行爲 또는 一定種類的의 行爲를 할 수 있는 權限을 授與할 수가 있다. 即, 獨逸法에 依하면 數人의 理事가 있는 때에는 當然히 共同代表의 原則(Grundsatz der Gesamtvertretung)이 適用된다. 共同代表를 定하는 데는 以上과 같은 目的이 있으므로 共同代表理事가 他共

(52) 獨逸株式法(第71條 2項).

同代表理事에 대하여 自己의 代表權의 行使를 委任하거나 또는 特定行爲의 代理의 委任도 許容되지 않는다.⁽⁵³⁾ 會社에 대한 第三者의 意思表示는 共同代表의 境遇라도 商法 第 208 條 2 項이 準用되어 共同代表理事中 1 人에게 대하여 함으로써 그 効力이 있다(商法 第 389 3 項). 代表理事는 株式會社의 必要의 常設機關이므로 其他 理事는 舊商法上의 理事와는 달리 會社를 代表할 수 없으며 理事會의 構成員인 地位에 있는 것이다.

商法은 會社의 重要한 機關인 代表理事에 關하여 1 條밖에 規定하고 있지 않으므로 實際에 있어서 많은 問題의 解釋에 疑問을 남기고 있다. 첫째로 代表理事의 員數에 制限이 없으므로 理事全員이 代表理事로 選任될 수 있는 것이다.⁽⁵⁴⁾ 또 하나의 問題는 代表理事의 選任이 理事會의 專屬權限이 아니며 定款으로 株主總會에서 代表理事를 選任할 수 있는 것이다(商法 第 389 條 但書). 이에 대하여 理事會는 業務執行에 대한 全權을 갖는다는 立場을 基礎로 하여 代表理事는 業務執行의 權限을 代理行使하는 複代理人의 地位를 갖는 것이라는 理由를 들어서 株主總會의 代表理事選任을 否定하는 說이 있으며,⁽⁵⁵⁾ 代表理事는 理事會의 代表機關이 아니라 會社의 代表機關이므로 定款으로 株主總會의 權限으로 하는 立場이 있다.⁽⁵⁶⁾ 理事의 選任이 株主總會의 專屬權限에 歸屬하므로 理事中에서 會社의 代表機關을 株主總會가 指定하는 것은 無理가 없는 것이다.

2. 代表理事의 代表權限

代表理事는 會社의 營業에 關하여 裁判上(Gerichtlich) 또는 裁判外(Aussergerichtlich)의 모든 行爲를 할 수 있는 權限이 있으며 이러한 權限에 加한 制限으로 會社는 善意의 第三者에게 對抗하지 못한다(商法 第 389 條 3 項, 第 209 條). 代表理事는 株式會社의 唯一한 法定代表機關으로서 他機關에 依하여 代表權限이 行使될 수 없으므로 會社의 全株式을 所有하는 1 人會社의 株主라도 代表權限이 없으며 會社의 全株式을 保有하는 母會社의 唯一한 代表理事라도 會社를 代表할 수 없다.⁽⁵⁷⁾

代表理事의 權限은 法人인 會社의 權利能力의 全般에 미치게 되므로 商法이 “會社의 營業에 關하여”라고 規定하고 있으나 이것은 極히 廣範圍하게 解釋하여 “營業에 關하여”란

(53) コンメタール 會社法 第 261 條 2 項.

(54) 商法の 意圖는 數人의 理事中에서 1 人 또는 小數人의 代表理事를 選定하여 이들에게 代表權限과 業務執行權限을 두어 業務를 擔當케 하고 多數의 理事全員으로 構成된 理事會가 代表理事를 監督하게 하려는 것으로서 理事會와 代表理事를 分離하는 데에 있었을 것이다. 그러나 여기에 대한 具體的인 明文이 없으므로 全理事가 代表理事로 選定될 수 있는 것이다.

(55) 大隅, 大森, 岡咲, 野津.

(56) 田中誠, 鈴木, 石井, 松田.

(57) Vgl. RG in Seuffa. Bd. 86 Nr. 185.

明文이 없는 獨逸株式法 第 71 條 1 項과 같이 解釋한다.⁽⁵⁸⁾ 그러므로 代表理事의 對外的인 代表權은 原則적으로 不可制限性を 띠며 代表理事는 株式會社의 名義로서 着手할 수 있는 모든 行爲를 有効하게 할 수 있는 것이다. 그 結果 代表權의 範圍는 定款에 規定된 目的이나 會社의 目的에 依하여 制限되지 않는다.⁽⁴⁷⁾

VIII. 韓國商法上の 監事

1. 監事の 權限

監事란 原來 上述한 바와 같이 獨逸法에서 發展된 株式會社의 獨立的인 監督機關이다. 그러므로 原則적으로 株式會社의 全般的인 事項에 대하여 業務와 會計를 區別함이 없이 監督權限이 있는 것이다.

우리나라의 舊商法上の 監事도 이러한 獨逸法의 影響을 받아 會計監査를 包含하여 會社의 모든 業務의 執行을 監督하는 機關이었다. 그러나 實際에 있어서는 그의 法律上の 地位와는 달리 固有의 機能을 當하지 못하는 無力한 機關이 되었던 것이다. 그 原因은 여러 가지로 考察될 수 있겠으나 첫째로 監事制度가 獨逸에서와 같이 監事が 業務執行機關인 理事를 選任하여 大株主會와 같은 地位에서 監督하는 獨立機關으로 發展하지 못한 背景을 들 수 있고 다음으로 우리나라는 아직 專門經營者가 充分히 養成되지 못한 實情이었으므로 株主總會는 優先 業務執行에 重點을 두어 株主自身들이 直接理事가 되거나 他人을 選任할 때는 有能한 人材를 理事에 選任하고 다음에 監事を 選任하는 것이 支配的인 傾向으로 되어 왔다는데에 그 原因을 찾을 수 있을 것이다. 또한 從來에 株式의 分散이란 거의 期待할 수 없었고 所有와 經營이 一致된 所有的 經營의 狀態에서 大部分의 會社는 資本의 規模가 적고 實質적으로 1人會社이었으므로 1人의 實權者가 理事인 同時에 社長의 地位에서 頂上을 이루고 監事란 이러한 理事들의 使用人과 같은 位置로 轉落하였기 때문인 것이다.

그리고 우리나라에는 英國의 Auditor 나 獨逸의 Wirtschaftsprüfer 와 같은 專門家에 依한 徹底한 會計監査制度가 確立되어 있지 못하고 그럼에도 不拘하고 監事の 資格과 員數에 대하여도 法律上 何等의 制限을 加하지 못하고 있으므로 結局은 商法이 形式的인 會計監査를 間接적으로 容認하고 있었다는 데도 커다란 原因이 있었다고 할 수 있을 것이다.

그러면 1962 年의 現行商法은 監事制度에 어떠한 改革을 가져 왔는가? 卽, 過去에 無力化한 監事制度의 根源은 어느 程度로 除去하여 監事が 本來의 機能을 하게 되었는지?

(58) Die Aktiengesellschaft Wird Durch Vorstand Gerichtlich und Aussergerichtlich Vertreten.

不幸히 新商法에서도 公認會計士에 依한 決算檢査制度를 導入하지 못하였음에도 監査機關을 過去의 形態에서 救濟하고 그의 地位를 強化하기 보다는 舊商法上の 監事가 無力化하였다는 罪過로 監事の 權限을 大幅 弱화시켜 監事制度 自體를 拋棄하는 立場을 取하고 있는 것이다. 이와 같이 監事制度에 대하여 懷疑的인 立場에 있으면서도 唯獨 無意味한 監事選任에 있어서만 株主의 議決權行使를 制限하고 있는 것은 到底히 理解가 가지 않는 것이다.⁽⁵⁹⁾

現行商法을 보면 業務執行의 決定權限이 理事會의 權限이 되면서 業務執行의 監督權限도 業務의 內容을 잘 아는 同一한 機關에 주어야 한다는 理由로 監事は 1950年의 日本의 改正商法과 마찬가지로 단지 會社의 會計監査를 任務로 하는 必要的 常設機關이라는 것이다. 即, 日本이나 韓國에서나 業務執行의 監督과 會計監査를 別個의 領域으로 理解하고 있는데 여기서 일컫는 會計監査는 決算檢査단을 意味하는 것이 아니라 監事は 常設機關으로서 日常의 會計에 關한 計數를 監査할 義務를 지는 것이고 業務執行과 會計는 不可分의 因果關係에 있는 것이다. 그리하여 會計의 監査는 業務執行의 監督의 效果를 가져오게 된다. 그때문에 監事は 會計에 關한 帳符와 書類를 調査할 수 있을 뿐 아니라 特히 必要할 때에는 會社의 業務와 財産狀態를 調査할 수 있는 것이다(商法 第 412 條 1, 2 項).

또한 現行商法은 舊商法上에서 監事の 權限이었던 株主總會의 召集, 理事의 自己去來에 대한 承認, 理事缺員의 境遇에 職務代行, 會社와 理事間의 訴訟에 關한 會社代表, 其他 各種의 訴提起에 關한 權限(舊商法 第 235 條 2 項, 第 265 條, 第 267 條, 第 277 條 1 項, 第 247 條, 第 371 條 2 項, 第 380 條 2 項, 第 415 條, 第 428 條 2 項) 등을 理事會의 權限으로 移讓하였다. 以上の 事項은 모두 理事의 利害關係와 直結되는 性質의 것으로서 이러한 事項의 決定權限을 當該理事와 密接한 關係에 있는 同僚들로 構成되는 理事會에서 決定토록 한다는 것은 會社의 利益을 阻害할 憂慮가 있는 것이다.

그리고 商法은 監事에게는 業務執行의 監督權限이 없다는 것을 斷定하여 舊商法上에 있었던 株主總會의 召集權限을 認定하지 않고 있다. 監事は 理事와 마찬가지로 株主總會에 依하여 會社의 會計監査라고 하는 特定한 任務를 爲하여 選任된다. 그리하여 監事は 理事가 株主總會에 提出할 會計에 關한 書類를 調査하여 株主總會에 그 意見を 陳述할 義務를 지는 것이다(商法 第 413 條). 그러므로 監事は 언제든지 會社의 存續과 利益을 爲하여 必

(59) 商法 第 410 條 1 項은 監事の 選任에 있어서 議決權없는 株式을 除外한 發行株式總數의 百分之三을 超過하는 數의 株式을 가진 株主는 그 超過하는 株式에 關하여는 議決權을 行使하지 못한다고 規定하고 있다.

要하다고 認定되는 때에는 株主總會를 召集할 義務가 생긴다고 할 수 있을 것이다. 即 商法上の 監事が 業務執行監督權限이 없다고 하더라도 株主總會에서 選任된 必要的 常設機關이므로 會社資本의 充實을 危殆롭게 하는 境遇等に 있어서 오히려 株主總會의 召集을 義務化하여 獨逸株式法(第 95 條 4 項) 上에 監事の 境遇와 마찬가지로 義務違反으로 因하여 會社에 損害가 發生한 때는 賠償責任을 지우도록 하여야 할 것이다.

2. 決算計算書類의 監査期間

우리나라 商法上에 監事は 會計監査를 위한 唯一한 機關으로서 이들의 監査만으로 年末決算이 株主總會의 承認으로 確立된다. 理事는 定期株主總會日의 2 週間前에 計算書類를 作成하여 監事에게 提出하여야 하며(商法 第 447 條 1 項), 定期總會日의 一週間前에 監事の 意見書를 添附하여 計算書類를 備置하여야 한다(商法 第 448 條 1 項). 그 結果 大小株式會社를 不問하고 그 員數나 資格에 制限이 없는 監事が 一週間內에 財産目錄, 貸借對照表, 營業報告書, 損益計算書, 準備金과 利益이나 利子の 配當에 關한 議案等の 計算書類를 監査하여 그의 意見書를 作成하고 株主總會에 그 意見을 陳述하게 되어 있다(商法 第 413 條). 一週間이란 期間은 監事の 員數가 1 人이나 小數인 大會社에 있어서는 專門的인 能力이 있는 境遇라도 以上과 같은 複雜한 計算書類의 監査에 必要로 하는 準備期間으로도 不充分하건데 商法이 이들 모든 書類를 監査하여 意見書를 作成하는 期間을 一週間 밖에 規定하지 않고 있는 것은 會計監査의 重要性을 忘却하고 있는 것이다. 公認會計士에 依한 會計監査나 적어도 監事の 資格制限이 不可能한 것이었다면 監査를 爲한 期間이라도 伸張되었어야 했을 것이다.⁽⁶⁰⁾

IX. 獨逸法上の 決算檢査人

獨逸에서는 1931 年の 改正法에 依하여 株式會社의 年度決算을 公認된 經濟檢査人 또는 經濟檢査會社(Wirtschaftsprüfer Oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft)로 하여금 檢査토록 하는 年度決算書의 義務의 檢査(Pflichtprüfung)에 關하여 새로이 規定을 하게 되었다.⁽⁶¹⁾ 이러한 義務의 檢査制度는 英國法上에서 이미 오래 전부터 貸借對照表를 Chartered Accountants 로 하여금 檢査하게 하는 制度를 導入한 것이라고 할 수 있다. 그 理由는 企業들이 漸次 大規模化하고 企業內容이 複雜하게 되어 業務量이 擴大됨으로써 過去와 같이 監事단

(60) 獨逸株式法 第 125 條 2 項에 依하면 理事가 作成한 年末決算書類가 監事에게 提出되기 前에 決算檢査人의 檢査를 經由함에도 不拘하고 監事は 1 個月 동안이나 會計監査를 하여 이를 承認하도록 되어 있다.

(61) Adler-Düring-Schmaltz, § 135 Anm, I. 7.

으로는 監査를 徹底하게 할 수 없는 段階에 이르렀기 때문이라고 할 수 있다.

이 制度는 獨逸에서도 初期에는 保險會社에 대하여만 義務化하였었고 其他 株式會社에 대하여는 當時에 專門檢査인들이 數的으로 充分히 養成되지 못하였고 또 그들의 經驗이 不足하였던 點을 考慮하여 會社의 資本金 3百萬「마르크」(RM)까지의 會社에 대하여만 義務的 檢査를 하도록 하였고 그후 50萬「마르크」以上の 會社에 대하여 까지 그適用範圍를 擴大하였고 1934年 2月 16日의 施行令에 依하여 모든 株式會社가 義務的으로 專門家에 依한 檢査를 받도록 된 것이다.⁽⁶²⁾ 그리하여 이와같은 年度決算書의 義務的 檢査는 監事의 監査가 會社內部的 利益을 爲한 것인데 比하여 會社의 債權者와 一般公衆(Allgemeinheit)의 利益을 爲한 制度가 된 것이다.⁽⁶³⁾

獨逸株式法 第 135 條 1項의 規定에 依하면 年度決算書는 監事에게 提出되기 前에 簿記 및 年度決算書를 說明하는 營業報告書와 함께 1人 또는 數人의 專門檢査人(決算檢査人)에 依하여 檢査되어야 한다. 檢査를 하지 않은 때에는 年度決算書가 確定될 수 없으며 檢査가 없음에도 不拘하고 確定된 年度決算書는 無効이다라고 規定하고 있다. 決算檢査의 對象은 主로 年度決算書로서 貸借對照表와 損益計算書에 限定되고 營業報告書는 年度決算書를 說明하는 部分에만 局限된다. 그리고 決算檢査는 年度決算書가 外形的으로 適切하게 作成되었는지의 與否 및 財産目錄과 營業帳簿와 一致하는지의 與否에만 局限되지 않고 年度決算書 및 營業報告書에 關한 規定을 遵守하였는지에 대하여도 檢査를 하여야 한다(獨逸株式法 第 135 條 2項).

決算檢査人은 每營業年度 經過前에 營業年度마다 새로이 株主總會에서 選任한다.⁽⁶⁴⁾ 理事·監事 또는 會社資本金의 10分之 1에 該當하는 株式을 가진 小數株主는 決算檢査人의 選任에 대하여 異議를 提出할 權限이 있고 株主總會가 營業年度가 經過할때까지 決算檢査人을 選任하지 않을 때는 理事나 監事 또는 株主의 申請으로 法院이 官設의 商人代表機關의 意見을 들어 決算檢査人을 選任한다(獨逸株式法 第 136 條 1, 2, 4項).

決算檢査人으로 選任될 수 있는 資格은 公認된 經濟檢査人이나 經濟檢査會社에 限定되고 또한 當該會社의 理事·監事 또는 被傭者는 檢査人에 選任될 수 없고 또 檢査받는 會社에 從屬된 會社나 支配會社의 理事·監事 및 被傭者도 檢査人이 될 수 없으며 自己의 業務執行이 被檢査會社에 對하여 重大한 影響을 미치는 者도 同一하다(獨逸株式法 第 137 條). 決算

(62) Gadow-Heinichen, Vorbem. § 135—142.

(63) Flume, NJW. 1952 §. 484.

(64) Baumbach-Hueck, § 136, Anm. 1.

檢査人이 選任되었을 때는 理事는 지체없이 檢査人에 대하여 檢査의 委任을 하여야 하며 (獨逸株式法 第 136 條 1 項 2 文), 檢査人은 檢査義務의 履行을 爲하여 理事에 대한 解說請求權이 있다.

이러한 決算檢査人의 檢査는 會社의 利益을 爲하여 重大한 影響을 미치므로 이들의 責任에 대하여 嚴格히 規定하고 있다. 決算檢査人과 그의 補助者 및 檢査會社의 法定代理人으로서 檢査에 參與한 者는 誠實하고 公平하게 檢査에 任할 義務가 있고 檢査에 關하여 默秘義務를 지고 그의 職務遂行中에 知得한 營業上 및 經營上의 秘密을 權限없이 利用하지 못한다. 또한 그의 職務를 懈怠한 者는 會社에 대하여 이로 因하여 發生한 損害를 賠償할 義務가 있다. 過失의 行爲로 因하여 損害가 發生한 때에는 1 個의 檢査에 대하여 10 萬「마르크」를 限度로 責任을 진다. 이러한 賠償義務는 決算檢査가 公的인 性格을 띠므로 契約에 依하여 排除하거나 制限하지 못한다(獨逸株式法 第 141 條).

X. 韓國商法과 公認會計士의 決算檢査

우리나라 商法에서는 아직 獨逸株式法이나 英美에 있어서와 같은 決算檢査人이 株式會社의 年度決算書의 會計監査를 爲한 機關이 되지 못하고 있다. 우리나라 商法上에 會計監査를 任務로 하는 機關은 前述한 바와 같이 資格과 員數에 制限이 없는 監事뿐인 것이다. 그리하여 會計監査가 그 本來의 目的을 達成할 수 없음을 豫見하면서도 立法者는 不得已 專門의 檢査人이 質的·量的인 面에서 充分히 養成되지 못하고 있는 實情을 考慮하여 監事의 資格을 制限한다던가 公認會計士에 依한 年度決算의 義務的 檢査를 保留하고 있는 것이다. 그 理由는 優先 數的인 面에서 公認會計士가 充分히 養成되지 못하고 있음은 勿論이고 質的인 面에서도 疑問의 餘地가 있기 때문이다. 卽, 現行 公認會計士法이 公布되기 以前 1950 年 3 月 10 日에 法律 第 112 號로 公布된 計理士法에 依하면 너무도 計理士 資格取得에 있어서 그 要件이 嚴格하지 못하였고 너무도 例外的規定이 많았으므로, (65) 여기에도 많은 問題點이 內包되어 있는 것이다. 그러나 늦게나마 多幸히 1966 年 9 月에 公認會計士法이 制定되어 그 資格取得要件을 舊計理士法에 比하여 嚴格히 規定하고 있으므로 (66) 이제 質的 養成의 土臺가 마련되었다고 할 수 있을 것이다.

公認會計士에 依한 會計監査를 義務化하기 爲하여는 우선 數的·質的인 養成段階를 考

(65) 會計學을 修業한 商學博士, 또는 經濟學博士, 그리고 公認된 大學에서 1 年以上 會計學을 教授한 者等(計理士法, 第 2 條).

(66) 舊法에 比하여 豫備試驗, 本試驗, 實務實習, 實務試驗等の 過程을 새로이 規定하였으며 本試驗이 免除되는 其他 資格者의 條件을 強化하는 同時에 이들에 대하여도 實務試驗을 거치도록 하고 있다(公認會計士法 第 2 條).

慮하여 前述한 獨逸에서의 決算檢査人制度의 導入初期段階와 같이 發行株式總數가 一定한 金額以上에 達하는 會社에 대하여 漸進的으로 實施할 수 있을 것이며, 모든株式會社에 一律的으로 義務化 하려면 株式會社의 設立에 있어서 最低資本金을 相當한 高額으로 法定하여 群小株式會社가 整理되는 것이 前提로 되어야 할 것이다.⁽⁶⁷⁾

XI. 結 言

1962 年에 制定된 우리나라의 現行商法은 그 制定過程에서 充分한 研究와 檢討가 없이 成立된으로써 그 性格과 構造面에 있어서 統一된 理念이 缺如되어 있다. 이 法의 制定意圖가 日本商法의 依用에서 하루빨리 脫皮하려는데 있었으나 그 內容에 있어서는 아직도 日本商法이 繼受法이 되었으며 韓國商法으로서의 特有한 個性을 찾아볼 수 없게 되었다. 그것은 諸外國立法의 研究가 獨自的인 立場에서 遂行됨이 없이 其他 모든 部門이 그러하듯이 日本學界의 研究方向을 皮相的으로 追從한데에 原因을 찾을 수 있을 것이다.

우리나라 商法이나 日本商法은 獨法界의 商法體制에 英美法界의 實用主義의 制度들을 無理하게 導入함으로써 惹起된 混亂으로 길잃은 羊떼와 같이 그 方向을 찾지 못하는 結果만을 招來하고 있다. 그리하여 오히려 舊法이 名法이었다고 느끼는 바가 큰 것이다.

특히 會社法의 改正에 있어서 먼저 母法이라고 할 수 있는 獨逸法의 끊임없는 發展을 研究·檢討함이 없이 낡은 制度를 導入함으로써 株式會社가 監督機關없는 經營者萬能의 機構가 되어 하나의 制度로서 成長할 수 없게 된 것이다. 理事會制度의 導入과 監事制度에 대한 懷疑는 株式會社의 監督機關의 存在를 不明하게 만들었고 外部理事制度가 確立되지 못하여 主從關係에 있는 內部理事단으로 成立되는 理事會는 會議體로 그 本來의 機能을 期待하기 어려운 것이다. 또한 授權資本制度의 導入으로 株主의 地位가 不安하게 되었다.

또한 代表理事는 獨裁的인 萬能의 機關이 될 수도 있고 境遇에 따라서는 理事會의 監督, 指示 및 干涉에 依하여 會社의 代表機關으로서 그 獨立性을 喪失할 憂慮가 있는 것이다.

公認會計士에 依한 義務的 檢査制度의 導入은 株式會社設立에 있어서 最低資本金制度의 法定과 公認會計士의 質的·量的인 養成이란 先決條件이 充足되어야 할 것이다.

法改正에 있어서 生成·發展過程이 전혀 다른 낡은 法界에서라도 優秀한 制度를 導入하는데 反對할 理由는 없으나 大陸法界에 뿌리박은 모든 法制를 하루아침에 모든 法域을 英美法界로 轉向하는 것이 不可能하다면 既存法制의 中心이 動搖되지 않는 範圍內에서 溫故知新의 法律改正의 方向을 追求하는 것이 賢明한 立場일 것이다.

(67) 『法典月報』, 1966 年 6 月號, p. 4 參照.

서울대학교 商科大學
 筆者 韓國經濟研究所 研究員
 서울대학교 商科大學 助教授