

유사조직의 협동조합 전환절차를 위한 협동조합기본법 개정방안 연구

강현철·차현숙



현안분석 2013-02

유사조직의 협동조합 전환절차를 위한 협동조합기본법 개정방안 연구

강 현 철 · 차 현 숙

**유사조직의 협동조합 전환절차를
위한 협동조합기본법 개정방안 연구**
**Study on the Revision of Framework Act on
Cooperatives for Cooperatives Conversional
Measures of Similar Organizations**

연구자 : 강현철(연구위원)
Kang, Hyun-Cheol
차현숙(연구위원)
Cha, Hyun-Sook

2013. 7. 10.

요약문

I. 배경 및 목적

- 협동조합 기본법 시행 이후 부칙 제2조에서 규정하고 있는 협동조합으로의 전환에 관하여 이론적·실무적으로 제기된 다양한 문제들을 해소하고, 협동조합으로의 전환에 관한 실질적인 규정을 정비하여 마련할 필요가 제기됨
- 이 연구는 기존 협동조합과 유사하게 운영되었던 조직의 협동조합으로의 전환규정을 정비하여 협동조합 기본법의 내실을 다지며, 향후 동법의 개정 시에 참고할 수 있는 자료를 제공하고자 함

II. 주요 내용

- 협동조합 기본법의 전환규정 검토
- 상법상 전환 관련 규정에 대한 검토 및 분석
- 협동조합 기본법 본칙에 규정할 전환 관련 규정 검토 및 제시

Ⅲ. 기대효과

- 향후 협동조합 기본법 개정시 반영할 수 있는 입법정책적 자료로 활용 가능함

▶ 주제어 : 협동조합 기본법, 전환 규정, 실체 규정, 상법상 전환규정

Abstract

I . Backgrounds and Purposes

- Since the enforcement of Framework Act on Cooperatives, it is necessary to solve the various problems that have been raised theoretically and practically concerning conversion to cooperatives prescribed in Article 2 of ADDENDA, and to provide substantial provisions concerning conversion to cooperatives.
- This study intends to reestablish provisions of conversion to cooperatives, to substantialize the purpose of Framework Act on Cooperatives, and to provide data that can be referred to at the time of next revision.

II . Major Content

- The Review of conversion provisions of Framework Act on Cooperatives.
- The Review and Analysis of conversion provisions of Commercial Act.
- The Review and Presentation of conversion provisions to prescribe in Main Provisions of Framework Act on Cooperatives.

III. Expected Effects

- At the time of next revision of Framework Act on Cooperatives, this study can be utilized as legislative policy data to reflect.

➤ **Key Words** : Framework Act on Cooperatives, conversion provisions, substantial provisions, conversions provisions of Commercial Act

목 차

요 약 문	3
Abstract	5
I. 서 론	11
1. 연구의 목적	11
2. 연구의 범위와 방법	12
II. 협동조합 일반이론	15
1. 협동조합의 개념	15
2. 협동조합의 목적	17
3. 협동조합의 법인격과 구조	19
(1) 단체에서의 법인격	19
(2) 협동조합의 사단법인성	21
(3) 협동조합의 조직과 구성	23
(4) 조합원의 법적 지위	28
III. 상법상의 조직변경의 법리	35
1. 개정 상법상 유한책임회사와 합자조합	35
(1) 유한책임회사	35
(2) 합자조합	42
2. 상법상 조직변경의 의의와 본질	49

(1) 의 의	49
(2) 특 징	50
(3) 조직변경이 인정되는 경우	52
3. 일본 상법 중 회사의 조직변경의 법리	61
(1) 일본법상 회사의 일반적 특징	61
(2) 일본 상법 상 조직변경의 의의 및 절차	63
(3) 주식회사의 조직변경 절차	65
(4) 지분회사의 조직변경 절차	66
(5) 지분회사의 종류의 변경	66
IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리	69
1. 의 의	69
2. 일반적 전환절차의 내용	71
3. 전환 사례	73
(1) 전환의 유형	73
(2) 전환절차	76
4. 전환의 효과	84
5. 현행 협동조합 기본법 부칙 제2조에 따른 전환 사례	85
V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안	87
1. 현행 기본법상 조직전환의 문제점	87
2. 개선방안	90
(1) 서	90
(2) 기본법 개정방안	92
(3) 기본법 개정안	94

참 고 문 헌 99

【부 록】

“전환” 관련 타법 규정 103

I. 서론

1. 연구의 목적

협동조합은 단순한 인적 구성원의 공동체적 활동에 기초한 조직논리를 벗어나서 공적 영역과 사적 영역의 중간적 위치에서 자립적이고 자조적인 조직논리를 기초로 공동체적 원리를 구현하는 것으로 평가되고 있다. 특히, 경제위기와 양극화라는 자본주의의 폐해와 극단적 집단주의 경향을 보이는 사회주의적 조직논리의 타협점으로서 양자의 단점을 극복하고 장점을 극대화할 수 있는 제3의 조직논리 혹은 이념논리로 많은 관심을 받고 있는 것이 사실이다. 최근에는 소비자생활협동조합과 사회적 기업 등의 탄생으로 제3의 조직논리로서의 협동조합에 대한 인식이 새롭게 대두되고 있다. 이러한 인식의 제도화 과정이 바로 「협동조합 기본법」의 제정이다. 「협동조합 기본법」은 잘 알려져 있듯이 의원입법으로 제안되어 국회에서 충분한 검토와 논의 없이 본회의를 통과됨으로써 시행과 동시에 기본법 제정과정에서 발생한 입법적 미비와 관련 법령의 개정에 관한 정비 등이 요청되고 있다.

이러한 요구 중의 하나가 바로 부칙 제2조의 경과규정에 관한 사항이다. 부칙 제2조는 기본법 제정 이전에 활동하고 있는 협동조합 유사조직에 대하여 보다 편리하고 조직적 동일성을 유지하면서 협동조합으로 전환할 수 있도록 하기 위하여 마련된 제도적 장치이다. 하지만 입법과정에 있어서의 경험의 부재와 다른 법령과의 관계 등이 고려되지 않은 등 전반적인 입법미비 현상이 나타나고 있다. 따라서 조직전환에 따른 실체적 효과가 전혀 나타나지 않고 있어서 이에 관한 입법적 보완이 필요하다고 할 것이다.

이에 이 연구에서는 다양한 기본법 개정에 관한 논의 중 부칙 제2조의 협동조합 조직전환의 법리에 관한 사항을 어떻게 개정할 것인가

I. 서론

를 중심으로 살펴보고자 하는 것이다. 협동조합 조직전환의 법리는 상법상의 조직변경의 법리를 일시적 조건으로 인정하고자 하는 법리적 접근으로 이루어진 것이다. 하지만 한시적 요건과 절차를 부칙에 규정함으로써 실체법적 효과를 발생시키는 것에 많은 한계를 가지며, 관련 법령의 제·개정 및 법령의 적용에 따른 문제점을 발생시키고 있는 것이 사실이다. 이러한 점을 종합적으로 고려하여 협동조합 기본법 개정안은 물론 이에 대한 대안적 접근을 고려하여 살펴보고자 한다.

2. 연구의 범위와 방법

협동조합의 조직전환의 법리에 관한 연구는 기존의 연구가 협동조합 활동 전반에 관한 연구에 중점을 두고 있었던 점에서 관련 연구가 거의 없는 실정이라고 할 것이다. 또한 상법상의 조직변경의 법리 역시 실무상의 절차적 논의를 제외하면 이론적 연구의 성과가 많이 부족한 영역이라는 점에서 논의 접근의 어려움이 존재하는 것이 사실이다. 이러한 점을 고려하여 협동조합 전반에 관한 논의는 조직전환의 법리를 논의하기 위한 접근방안으로만 활용하고, 이 연구에서는 조직전환의 법리만을 중심으로 논의하고자 한다.

조직전환의 법리에 있어서는 현행 부칙 규정의 적용범위와 내용에 관한 사항을 먼저 살펴보고자 한다. 현행 부칙은 협동조합과 사회적 협동조합 및 각 연합회에 대하여 기존의 사업자 또는 법인이 전환할 수 있도록 포괄적 입법을 하고 있으나, 해석상의 한계와 제한이 존재하는 바, 그 범위와 내용을 확정하는 것 역시 필요할 것이다. 이와 더불어 현행 조직전환의 법리에 관한 문제점 역시 함께 분석하여 제시하고자 한다. 이와 더불어 상법상의 조직변경의 법리에 관한 논의를 소개하고 협동조합 조직전환의 법리에 적용가능한 부분과 비교가능한 부분을 함께 검토하고자 한다.

이상과 같은 현행 법리에 관한 분석과 연구를 바탕으로 기본법의 개정방안을 모색하고자 한다. 개정방안은 하나의 개정안을 기술적으로 제시하기 보다는 다양한 방안을 대안적 관점에서 제시하는 방식으로 법률 본칙에 포함하는 방안, 보칙에 포괄적으로 규율하는 방안, 부칙을 개정하여 보완하는 방안 등을 다양하게 모색해 보고자 한다. 이러한 다양한 대안의 장점과 단점을 비교분석하여 올바른 입법적 대안을 함께 제시하고자 한다.

이 연구는 법률개정이라는 한정된 범위에서 연구와 분석을 진행하는 것으로 관련 전문가의 자문은 물론 관련 학술행사에서의 논의과정 등을 포괄적으로 검토하고자 한다. 이를 통하여 입법안에 대한 대안 제시 방식의 접근을 시도하고, 입법대안의 최적화 모델을 구상하여 제시하는 연구방법을 채택하고자 한다. 즉, 단순한 개정안의 나열이 아니라 각 대안별 입법 분석을 통한 정책적 대안과 최적화의 기준 등을 함께 모색하는 방법으로 연구를 진행하고자 하는 것이다.

Ⅱ. 협동조합 일반이론

1. 협동조합의 개념

현행 「협동조합기본법」(이하 “기본법”이라 한다)에서 정의하고 있는 협동조합은 재화 또는 용역의 구매·생산·판매·제공 등을 협동으로 영위함으로써 조합원의 권익을 향상하고 지역사회에 공헌하고자 하는 사업조직을 의미한다(같은 법 제2조제1호). 이러한 정의는 조합원이라는 구성에 따른 인적 결합체로서의 성격을 가지는 것이며, 활동의 영역은 일반적인 조직체의 활동영역을 포괄적으로 인정하고 있다. 이러한 관점은 기존의 농업협동조합(농협)·수산업협동조합(수협)·신용협동조합(신협) 등 특수목적 협동조합이 견지하여왔던 정책의 방향을 근본적으로 변화시키고자 하는 관점에서 출발하고 있다. 이와 더불어 “소비자생활협동조합”이 법령상 요구하였던 제한적 요건과 설립요건을 요구하지 않는 자유로운 설립과 활동을 보장하는 조직체를 법인으로 인정하여 활동의 법적 근거와 투명성을 확보하고자 하는 정책적 방향성을 확인 할 수 있다.

하지만 협동조합에 관한 입법이 이루어지는 과정에 있어서 입법적 논의의 부족과 현실적인 기반의 취약 및 협동조합에 대한 국민적 인식의 공유가 부족한 점 등으로 인하여 기본법은 제정과 동시에 많은 문제점을 동시에 내포하고 있는 것으로 지적을 받아온 것이 사실이다. 그 중 하나가 협동조합의 본질적인 법적 성격의 문제와 실질적인 역할과 효과 등에 대한 의문에 관한 것으로, 이러한 의문은 최근 학계는 물론 협동조합 운동을 추진하는 주체들을 통하여 제기되고 있음에서도 확인할 수 있다.¹⁾ 예를 들면, 협동조합에 관한 정의규정에서는

1) 양동수, 협동조합기본법 개정 관련 주요쟁점과 입법방향 논의, 「협동조합기본법의

II. 협동조합 일반이론

영리활동을 위한 포괄성을 인정하면서도, 활동의 목적은 반드시 구성원의 복리증진과 상부상조를 그 목적으로 하면서 경제적·사회적·문화적 수요에 부응하도록 규정하고 있는 등 일정한 활동상의 제약을 전제로 하고 있다. 또한 협동조합 기본법 총칙규정의 구성원 중심의 논의구조는 개별규정에 있어서는 조합원 이외의 참여자에 관한 포괄적이고 일반적인 예외규정을 두고 있어서 총칙규정상의 정의와 실체규정 간의 입법적 간극이 나타나는 부분도 다수 보이고 있어서 기본법 시행 이후 일정한 시기가 지난 후에 다양한 방법을 활용한 평가 등을 통하여 협동조합에 관한 본질적인 논의를 바탕으로 현실적인 경험 등을 포괄할 수 있는 기본법의 체계적인 개편을 준비하는 것이 필요할 것이다.

반면에 사회적협동조합은 지역주민들의 권익·복리 증진과 관련된 사업을 수행하거나 취약계층에게 사회서비스 또는 일자리를 제공하는 등 영리를 목적으로 하지 아니하는 협동조합을 의미한다(같은 법 제2조제3호). 이러한 정의규정은 사회적협동조합에 관한 많은 논쟁을 유발시키고 있다. 첫째, 사회적협동조합은 일반협동조합과의 관계에 있어서 독립적인가, 종속적인가의 개념적 범위에 관한 논쟁이 있다. 이것은 법문 상 ‘제1호의 협동조합 중’이라는 의미를 포함하고 있어서 이중적인 종속성을 요구하고 있는 것으로 다양한 논쟁이 발생하고 있음을 알 수 있다. 즉, 회사법상의 회사의 종류와 같이 개별적인 성격을 가지는 조직으로서의 성격이 아니라 협동조합이라는 포괄개념의 특수한 형태적 조직체로서의 성격을 가지는 것으로 판단할 수 있을 것이다. 하지만, 절차적 관점에 있어서 협동조합과 사회적협동조합은 독립된 개별적 조직체로서의 성격을 유지하고 있고, 관리감독의 주체

『주요쟁점과 개선과제』 학술세미나 자료집, 연세대 글로벌 비즈니스와 법센터, 2013. 5. 31., 28면 이하 참조

역시 개별적으로 규율하고 있다. 또한 설립요건에 있어서도 협동조합에 구하는 요건과 사회적협동조합에 요구하는 요건을 독립적인 조직으로서의 성격을 가지는 것으로 파악되고 있다. 이러한 점 역시 기본법의 체계적인 개편과정에서 충분한 논의가 필요한 부분이 될 것이다.

나아가 기본법은 협동조합, 사회적협동조합과는 별개로 각각 그 연합회라는 새로운 유형의 협동조합을 인정하고 있다. 연합회는 협동조합간의 연합체 및 사회적협동조합 간의 연합체로서, 구성원의 활동을 위한 조직이 아니라 성격상 연합된 새로운 형태의 협동조합으로 인정되고 있어서 기존의 회사법상의 지주회사와 유사한 성격을 가지는 것으로 파악된다. 이러한 점과 관련하여서 연합회의 법적 성격에 관하여 다루고 있는 연구 성과는 현재까지는 찾기 어렵다. 게다가 연합회의 법적 성격을 기본법의 조문 분석을 통하여 파악할 수 있는 것은 많은 한계를 지니고 있는 바, 이에 대한 명확한 법적 성격을 확인하고 법문상의 형식적 조직체가 아니라 실질적인 활동 가능한 조직체로서 기능할 수 있도록 입법적 보완이 필요한 영역으로 판단된다.

2. 협동조합의 목적

기본법 제5조는 협동조합의 설립목적은 구성원(조합원과 회원)의 복리증진과 상부상조를 그 목적으로 제시하고 있다. 이러한 설립목적은 달성하기 위하여 협동조합은 구성원의 경제적·사회적·문화적 수요에 부응하는 활동을 할 것을 요청하고 있다. 본질적으로 협동조합은 조합이 특정한 사업을 하기 위하여 구성되는 사단법인이라는 점에서 경제적 협동체로서의 성질을 가진다. 또한 협동조합은 조합원의 평등성에 기초하여 생성되는 조직체라는 점에서 인적 협동체이다. 즉, 협

II. 협동조합 일반이론

동조합은 단순한 경제적 조직이거나 인적 협동체가 아니라 경제적 목적을 가진 인적 협동체, 경제적·인적 협동체임을 의미한다. 따라서 대외적인 관점에서 협동조합은 기본적으로 고객관계가 형성되고, 내부적으로는 사원관계(조합원관계)가 형성됨을 의미하는 것이다. 이러한 법적 기초는 본질적으로 계약적 관계에 따라 형성되는 것이다. 이렇게 형성된 사원관계와 고객관계는 협동조합의 협동경제성을 형성하는 것이며, 그 중심에는 자본이 아니라 인적 결합성이 있으며, 이러한 점에서 협동조합의 자본은 영리자본이 아니라 협동조합이라는 조합의 경제적 활동성을 보장하는 조성자본으로서의 성격을 가진다.²⁾

협동조합의 기본 구조는 조합원의 사원관계와 이용관계로 이루어져 있다. 조합원이 출자의무를 이행함으로써 이용권을 획득하고 이용의무를 부담함으로써 지분을 취득한다. 협동조합에 있어서 사원관계와 이용관계 양자의 관련성을 중심으로 살펴볼 때, 사원관계가 이용관계를 포섭하는가 또는 이용관계가 사원관계를 포섭하는가에 따라 전자는 유럽형, 후자는 미국형으로 분류된다. 유럽형의 경우, 체계적인 정합성을 기초로 조합의 조직, 구조 등은 강행법규에 의해서 통일적으로 규제되며 조합 내부의 조합원의 지위는 평등하다. 이에 반해 미국형은 조합원의 지위, 조합의 기구, 자본조달방법 등은 채권자와 사회공공의 이익을 침해하지 않는 이상 원칙적으로 자유이고, 임원의 선출, 의결권의 수 등이 조합원 각자의 이용실적을 기준으로 정해지는 경우가 일반적이다. 이를 협동조합 법제측면에서는 유럽형을 형식주의, 미국형을 기능주의라고 한다.³⁾

협동조합 기본법을 조직법의 관점에서 보면 협동조합 특유의 몇 가지 특징이 나타난다. 첫째 협동조합의 자본은 조합원의 가입에 따른 출자금의 납입으로 증가하고 탈퇴에 따른 환불로서 감소하는 가변자

2) 기획재정부, 협동조합기본법 제정에 따른 법체계 분석연구, 용역보고서, 2012., 30면.

3) 김두년, “세계 협동조합법의 신조류”, 『비교사법』 제9권 2호, 한국비교사법학회, 2002., 459면.

본이라는 점, 둘째 조합원만이 갖는 배타적인 이용권이 존재한다는 점이다. 그러나 첫 번째의 특징은 협동조합의 일반적인 특징이라고 보기는 어렵다. 회사이면서도 가변 자본형태를 취하고 있는 멕시코 회사의 일반법과 같은 예가 있고, 협동조합이면서도 확정자본제를 채택하고 있는 예도 있기 때문이다.⁴⁾ 따라서 세계적인 협동조합의 공통적인 특징은 조합원에 의한 배타적 이용권이라고 할 수 있다.⁵⁾ 즉 조합원에게 주어지는 배타적 이용권이야말로 협동조합의 공통 특징으로서 가장 중요한 것이라 할 수 있다.

3. 협동조합의 법인격과 구조

(1) 단체에서의 법인격

우리나라 협동조합에 대한 법인격 부여에 관하여는 학설상 구체적으로 논의되고 있지는 않다. 다만 독일법에 있어서는 협동조합의 법인이나 아니냐에 관하여 많은 논쟁이 있었으며, 1898년 법의 조합법의 규정에 의하여 법인격이 부여되기에 이르렀다. 이러한 문제는 1867년 프로이센 산업경제조합법이 협동조합에 대하여 독일 상법상의 합명회사와 동일한 권리능력을 부여한 것에서 비롯되었다. 동법에 의하면 협동조합은 그 상호에 의하여 권리를 취득하고 의무를 부과하여 소송능력을 가지며 또한 부동산취득권이 인정되었다.

그러나 현행 독일 협동조합법은 협동조합의 법인성을 규정하고 프로이센 법과는 달리 오히려 주식회사에 관한 법인격부여의 규정과 동일한 규정을 유지하고 있는 점에서 협동조합의 내부조직, 기관 및 사

4) 이러한 예로는 일본의 협동조직금융기관의 전국 단위 중앙조직(전국신용금고연합회, 전국신용협동조합연합회, 노동금고연합회, 농림중앙금고, 상공조합중앙금고 등)의 경우이다. 협동조직금융기관에 관하여는 日本銀行金融研究所, 「わが國の金融制度」, 1995, 323頁 이하 참조.

5) 김두년, 앞의 글, 459면.

II. 협동조합 일반이론

단적 구조에 있어서는 주식회사와 같은 구조를 취하고 있어 합명회사와는 명확한 구분을 두고 있다. 합명회사가 합수적 결합의 원리를 기반으로 하고 있는데 대하여 협동조합은 그 기반, 법인격부여의 기초, 사원관계 등에 있어서는 단체 원리에 입각하고 있다.

협동조합의 조직 원리와 주식회사의 조직원리가 유사한 것은 사단적 조직구성에 관한 문제에 한정되는 것이며, 이 한계를 넘어서 사원결합의 실질관계에까지 적용되는 것은 아니다. 협동조합은 상호부조를 기반으로 하는 협동체이기 때문에 사원관계의 실질적 관계는 상호부조적인 것이며, 이에 대하여 주식회사에 있어서 사원결합의 실질관계는 영리를 추구하는 것을 목적으로 한다. 이러한 의미에서 양자는 질적 차이를 보여주고 있다. 그럼에도 불구하고 협동조합은 인적 성질을 가지지만 사원관계 자체는 여전히 일정한 물적, 재산적 요소를 가지고 있다. 이러한 의미에서 협동조합은 순수한 인적 사단도 아니고 순수한 물적 사단도 아니다. 따라서 협동조합의 사단적 성질은 인적 사단과 물적 사단의 중간적 존재라고 보고 있다.⁶⁾

우리나라의 각종 협동조합은 개별 특별법에 의하여 법인격이 부여되고 있다. 그러나 협동조합이 법인격을 가지고 있다고 하는 이유만으로 그것이 사단이라고 단정할 수는 없다. 특히 회사법상 합명회사의 법인격에 관해서는 법인성과 조합성의 결합여부에 관하여 논쟁이 있으므로 법인성과 사단성은 구별되어야 한다. 그리고 사단과 법인은 인적결합의 결합형식의 질적 차이로서 단체성의 강약은 이러한 결합형식의 한계 내에서의 양적 차이에 불과하다. 따라서 양적 차이와 질적 차이를 혼동하여 단체성의 강약이라는 사실에서 법률학적 형식을 규정할 수는 없는 것이다.

법인격부여의 문제에 대하여는 학설상 많은 논의가 있다. 첫째 단체의 내외의 법률문제를 간단히 처리하는 형식적 기술적인 문제라는

6) 심병섭, “협동조합의 법인격부여에 관한 고찰”, 『법제』 1978. 11., 참조.

설, 둘째로 일정한 단체에 법의 세계에 있어서의 권리주체성을 부여하는 형식이라는 설, 셋째로 그 법인격부여는 입법정책상의 문제라고 하는 설 등이 있으나, 특히 법인격과 조합의 결합문제에 있어서의 학설상의 구별이 현저하게 나타나고 있다. 조합과 법인격과의 결합을 불가능하다고 하는 설, 또는 법인격은 단체의 실체 여부와는 관계가 없으므로 조합인 법인이 있고 사단인 법인이 있고 재단인 법인이 있고, 또는 단독사원의 법인도 가능하다는 견해, 법인의 관념과 조합의 관념은 전혀 배타적인 것이라고는 할 수 없으므로 조합이면서도 법인이 되는 것은 물론 가능하다고 하면서 법인과 조합과의 결합을 인정하고 있는 견해도 있다.

이와 같이 법인격과 조합과의 결합에 관한 문제의 초점은 법인격부여의 법률관계를 간명하게 한다고 하는 의미를 단체의 내부와 외부에 관한 법률관계를 일반적으로 인정하느냐 또는 내부와 외부를 분리하여 인정하느냐 하는 점이다. 다시 말하면, 이 문제는 조합과 법인격의 결합을 조합의 외부관계에 관하여서만 인정하느냐 또는 내외관계를 일체적으로 인정하느냐하는 점에 있다.

(2) 협동조합의 사단법인성

협동조합의 법인성은 협동조합의 내부관계 및 외부관계의 법률관계를 간명하게 처리한다는 점에서 논의된다. 이에 관해서는 협동조합의 실체를 조합관계로 보는 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 경제적으로는 협동조합의 조합원은 원칙적으로 협동조합사업의 소유자인 동시에 그 경영자이며 협동조합은 전인격적으로 조합원의 운명에 관여하고 있으며 협동조합의 사업은 조합원의 사업이며 협동조합의 활동은 실은 조합원의 생업이라는 점에 착안하여 협동조합의 사단성을 부정하며, 그 실체를 독일법상의 합명회사와 유사한 것으로 파악하고 있으

II. 협동조합 일반이론

나 이러한 견해는 현행 협동조합법의 실체에는 부합되지 않는다. 협동조합의 사업이 조합원의 사업이며 조합원이 협동조합사업의 소유자인 동시에 경영자라고 하는 것은 경영학적 내지 사회학적인 고찰이지 법학적 관점은 아니기 때문이다. 또한 이와 같은 관점은 협동조합뿐만 아니라 주식회사에 대하여도 적용가능하다.

그러나 자기기관성, 업무집행의 권리의무성 및 의사결정의 전원일치성 등을 그 특성으로 하고 있는 합명회사와 비교하여 볼 때, 협동조합은 제3자 기관성을 원칙으로 하고 있기 때문에 조합원은 직접적으로는 업무집행권을 가지고 있지 아니하며 총회를 통하여 간접적으로 경영에 관여하는데 불과하고 총회의 의결은 다수결로 결정되는 점 등으로 보아 합명회사의 특성과는 대립관계에 있는 점 등을 볼 때, 협동조합은 오히려 주식회사의 독립성과 공통성을 가지고 있다.

그렇다고 해서 협동조합의 기본구조가 주식회사와 완전히 일치하는 것은 아니다. 주식회사는 전형적인 영리법인으로서 물적 사단성(Kapitalverein)에 의하여 사원관계가 자본적으로 구체화되어 있는데 반하여, 협동조합은 조합원의 경제적 인격의 조성을 위한 인격결합에 중점을 두고 있는 인적 사단성(Personenverein)을 띠고 있으며 인적협동체를 강하게 유지하는 인적사원관계이다. 따라서 협동조합은 인적 사단성이라는 점에서 합명회사와 유사성을 가지고 있으나, 인격결합의 궁극적 목표가 협동조합에 있어서는 사원의 조성인데 반하여, 합명회사에 있어서는 사원의 금전적 이익에 목표를 두고 있다는 점에서 양자 간의 차이가 있다.

협동조합은 그 내부조직 특히 기관·조직 등에 있어서는 주식회사와 동일구조를 취하고 있으며 합명회사와는 구분된다. 즉 합명회사는 합수적 원리에 의하여 규율되고 있는데 대하여, 협동조합은 그 기관, 법인격부여의 기초(사단적 실체), 사원관계(사단적 법률관계) 등을 보

면 단체 원리에 기초를 두고 있다. 이렇게 볼 때 협동조합은 순수한 인격결합체인 합명회사와는 차이가 있다. 물론 협동조합의 조직원리가 주식회사의 조직 원리와 유사하다고 하는 것은 엄격히 사단적 조직구성에 관한 문제에 한정된 것이며 이 한계선을 넘어서 사원결합의 실질관계에까지 적용되는 것은 아니다. 협동조합은 상호부조적인 협동체이므로 협동조합의 실질적 특질은 상호방위적이며 상호부조인 것에 반하여, 주식회사는 자본단체로서 사원결합의 실질적 특질은 어디까지나 영리추구를 궁극적 목표로 하고 있다는 점에서 양자는 질적 차이가 있다. 따라서 협동조합이 비록 인적조직체로서의 성질이 있지만 사원관계 자체는 여전히 일정한 재산법적 요소를 보유하고 있다. 따라서 협동조합은 순수한 물적 사단이라기보다는 인적결합과 물적사단과의 중간적 형태로 볼 수 있다.

(3) 협동조합의 조직과 구성

1) 협동조합의 정관

협동조합에 대한 법인격 부여의 근거는 협동조합의 구성원인 조합원간의 복수적 결합에 있다. 협동조합은 조합원의 의사에 의한 고유의 법인격을 보유하고 있는 조직체이다. 따라서 이 조직체와 조합원의 법률관계는 사단에 특유한 정관을 중심으로 한다. 협동조합의 정관은 조합원 개인간의 법적 합의 또는 개인간의 권리의무가 아닌 사단의 자치에 관한 규율이다. 조합원간에는 형식적인 권리관계 뿐 아니라 개별적인 조합계약관계도 존재하지 않기 때문이다.

사단법인의 실체를 형성하는 인적 결합은 정관에 의하여 규율되고 정관은 사단에 있어서 사원관계를 규율하는 객관적 규범이다. 따라서 정관은 사원을 구속하고 사원의 교체에 대하여도 영향을 받지 않는 것은 개인법적 관계가 아니고 사회법적 관계가 있음을 의미한다.

II. 협동조합 일반이론

사단법인의 법인격부여의 기초는 인적결합에 있으며 정관은 이러한 법인격부여의 실체를 구성하는 인적결합의 조직적 규범이며 사회법적 성질을 가지고 있다. 이러한 점에서 정관은 사단법인의 실체에 관한 조직적 표상이라 할 수 있다. 따라서 협동조합도 법률상 정관의 작성 이 강제되며 정관의 구비 또는 그 하자는 협동조합의 존립 자체에도 영향을 주게 된다.

2) 협동조합의 기관

① 의 의

협동조합은 법인격부여의 기초로서의 인적결합의 형식에 있어서 사원관계에 기초를 둔 사단적 결합이다. 이와 같은 조합원의 결합관계는 사단법인의 실체적 존재의 기초를 형성한다. 그러나 사단법인의 행위를 담당하는 것은 사단의 기관이다. 따라서 기관(Organ)은 이른바 사단법인의 동태적 조직을 형성하는 것이라고 할 수 있다.

협동조합은 사단법인이므로 당연히 권리능력 및 행위능력을 가진다. 사단법인의 행위능력은 그 내부적 법적 질서에 있어서 의사결정기관과 업무집행기관에 의하여 담당되고 있다. 사단법인의 기관은 조직법적 의사 및 조직법적 행위가 사단법인 자체의 의사 및 행위로서 평가되고 있다. 이리하여 사단법인은 기관을 통하여 직접적으로 의사를 표시 또는 결정하고 행위를 한다. 협동조합도 사단법인과 같이 기관을 가지고 있다. 그 기관의 구체적인 조직형식, 선임방법 및 권한 등은 협동조합법 및 그 정관에 구체화 되고 있다. 아래에서는 협동조합의 필요적 기관인 조합원총회, 조합장(또는 이사장) 및 감사 등을 각각 서술한다.

② 조합원총회

협동조합은 사단법인으로서 조합원의 전체를 담당하는 전체 구성원이다. 따라서 협동조합의 의사는 조합원의 전체의사이어야 하는데, 이를 위한 기관이 조합원총회이다. 따라서 조합원은 총회에 출석하여 의결할 권리를 가지고 있으며 협동조합의 의사는 조합원총회의 다수결에 의하여 형성된다. 일반적으로 조합원총회는 다수결의 원칙을 적용하고 있다. 이러한 점은 전원일치제에 기초를 두고 있는 합수적 공동체(협동조합이 아닌 조합이 이에 속한다)와 협동조합의 본질적 차이에 해당한다.

개인법적 계약법원리와는 달리 사회법적 원리가 지배하는 사단법인에 있어서 다수자의 의사가 전체자의 의사로서 소수자를 기속하는 규범적 구조가 협동조합에 있어서 성립될 수 있는 근거가 여기에 있다. 개인법적 계약법 원리에 의할 때 개인의 의사가 본질적으로 중요시되어 그 동의 없이는 법률관계의 성립은 생각할 수 없는데 반하여, 사회법적 원리에 의할 경우 단체의 통일성과 개인의 개별성이 동시에 중요시되어 구성원 다수자의 의견에 따라 단체의 의사를 확보할 수 있는 동시에 그 단체의사는 구성원의 의사로 간주된다. 그러므로 다수결의 원리가 사단법인에 있어서 단체의 단일성과 구성원의 복수성과의 유기적 결합을 제도적으로 보장하게 되며 그러한 의미에서 다수결의 원리가 사회법적 존재로서 기능하게 된다.

사단법인의 일반적 형태에 있어서와 같이 협동조합의 조합원총회는 협동조합의 최고의사결정기관이다. 총회가 의결하는 주요사항은 협동조합의 정관의 변경, 매 사업년도의 수지예산과 사업계획의 설정 또는 변경, 결산승인, 협동조합의 존속 합병 해산, 임원의 선임 및 해임, 조합원의 제명 및 경비부과 등 협동조합의 기본적 사항에 관한 것이

II. 협동조합 일반이론

며 이러한 의결사항을 통하여 협동조합의 총회는 최고기관성을 확보하고 있다.

③ 이사장 및 감사

협동조합의 업무는 이사장이 통할수행하고 감사가 이를 감사한다. 따라서 이사장이 그 업무의 집행기관이며 감사가 업무감사기관이 되고 있는 것은 협동조합이 사단법인의 성격을 가지고 있음을 의미한다. 이사장 및 감사는 위임관계에 의한 수임자의 지위에 있음에도 불구하고 단체에 있어서의 이사장의 행위는 협동조합의 행위로 보게 된다.

이와 같이 사단법인이 그 기관을 통하여 행위하는 것은 당해 기관의 법적 지위를 어떻게 규정하는가 하는 문제인 동시에 사단법인의 권리능력 및 행위능력과 관련되는 문제이다. 사단법인은 사원의 조직적 결합에 의하여 그 존재성이 인정되며 또한 기관의 존재에 의하여 그 활동성을 취득함으로써 법인으로서의 실재를 갖는다. 이리하여 사단법인은 고유한 의미에 있어서 권리능력 및 행위능력을 가진다.

사단법인이 권리능력과 행위능력을 가진다고 하는 것은 법인실제설에 입각한 결과이다. 따라서 사원총회의 결의는 직접 사단법인의 의사로서 그 효력은 자동적으로 발생하며 내부적 기속관계를 이루는 것이며 또한 이사(협동조합에 있어서는 이사장)의 행위는 사단법인의 행위로 된다. 즉 총회가 사단법인인 협동조합의 의사기관으로 직접 협동조합의 의사를 형성하고 이로써 협동조합은 본래적으로 의사능력을 갖는 것이다. 그리고 협동조합의 이사장이 사무집행 및 대표기관으로서 그 의사를 구현하고 행동함으로써 협동조합의 행위능력은 현실화된다. 감사는 이와 같은 행위능력의 자율적 작용으로서 협동조합의 목적 및 의사의 진정한 실현을 통제하는 것이다. 반면 법인의제설에

의하면 사원의 종합적 의사가 사단법인의 의사로서 의제되어 사단법인으로의 권리의무의 귀속은 대리인에 의하여 이루어진다. 협동조합의 임원은 그 업무집행기관으로서 협동조합의 사단법인의 조직적 구조를 형성한다. 현실적으로 각종 협동조합 관련 법령이 민법 중 법인에 관한 규정을 준용하고 있는 이유가 여기에 있다.

협동조합의 업무집행기관이며 대표기관인 이사장은 협동조합과 어떤 법률관계를 형성하고 있는지에 대하여 살펴본다. 협동조합의 대표기관과 협동조합간의 기관관계는 단체내부에 있어서 특수한 법적 관계이다. 대표기관이 협동조합과 개인법적 관계를 가지는 것은 외부적 관계로서의 위임관계에 그치며 이에 의하여 협동조합의 권한을 선량한 관리자의 주의로 행사하여야 할 의무가 부여되어 있는 것에 불과하다. 따라서 대표기관과 협동조합과의 관계는 별개의 개념이다. 협동조합의 대표기관은 기관에 부착하는 직무권한의 행사자로서 존재하는데 대하여 위임관계에 있어서는 대표기관과 협동조합과는 별개의 권리주체로서 나타난다. 이렇게 볼 때, 대표기관은 조합에 대하여 기관구성자로서 단체법적 관계에 있고 다른 면에 있어서는 기관의 직무권한을 행사할 개인법적 관계에 놓인다. 이는 개인법상의 대리권의 부여행위와 대표권의 행사의무를 부과하여야 할 위임관계의 이면적 관계와 유사하다. 기관의 권한 또는 대리권이든 어느 경우에도 단체 또는 개인을 위하여 행위를 하여야 할 의무를 포함하지 아니하므로 이를 위하여 위임 기타 개인법적 관계를 수반할 필요성이 있으며 여기서 이면적 법률관계가 발생된다. 따라서 이사장은 기관의 권한을 행사하고 또한 위임관계에 의하여 기관의 권한을 선량한 관리자의 주의의무에 의하여 행사할 의무를 진다. 따라서 기관의 내부적 관계에서 이사장은 하등의 의무를 지지 않으며, 다만 이사장이 오로지 협동조합의 이익을 위하여 권한을 행사하여야 하는 것은 위임관계의 효력이다.

II. 협동조합 일반이론

기관 그 자체와 이사장의 기관구성자로서의 기관관계적 권한주체성 및 위임관계적 개인성은 구별하여야 할 관념이다. 기관 자체는 사단 법인에 내재적인 조직요소로서 인격관념을 고려하지 아니한 것이며 기관관계적 개인성은 권한주체성의 법적 표현이며 법적 자격 내지 법적 지위의 문제이다. 그리고 위임관계적 개인성은 순수한 개인의 법적 권리주체성의 표현이다.

(4) 조합원의 법적 지위

1) 개 관

협동조합에서 조합원은 개인과 협동조합과의 인적 결합을 의미한다. 협동조합을 운영함에 있어서 자본참여 뿐 아니라 협동조합의 존재를 위함 참여, 협동조합의 이용 등의 인적 참여도 중요한 요소이다. 이러한 점에서 협동조합은 자본회사라기 보다는 인적회사에 유사하다. 따라서 인적회사로서 협동조합은 모든 조합원들에게 동등한 권리와 의무를 부여하여야 하고 자본참여의 크기에 따라 조합원을 차별적으로 대우하여서는 안된다. 또한 조합원의 수를 제한하지 않는 것은 1인 1표와 같이 조합원의 동등한 투표권과 다수결에 의한 의사형성을 보장하고 대표자를 선임하여 민주적 의사결정을 실현하기 위한 것으로 볼 수 있다.

협동조합에서 조합원의 권리와 의무는 조합원의 자격을 취득함으로써 발생된다. 따라서 조합원의 권리와 의무는 모든 조합원을 위하여 법률 또는 정관에 규정되어야 한다. 이러한 조합원의 권리와 의무는 협동조합의 소유자 및 이용자로서 조합원의 동질성에 의해 인적 및 재산권적 권리와 의무로 구분된다.

2) 인적 권리와 의무

조합원의 인적 권리와 의무는 협동조합의 존재와 활동에 있어서 조합원의 참여에 관한 권리와 의무이므로 모든 조합원에게 동등하게 적용되어야 하고 조합원의 자격을 유지하는 동안 침해되어서는 안된다. 또한 조합원의 권리와 의무는 조합원의 일신전속적인 법적 지위이므로 상속 및 양도되지 않으며 대리인을 통하여 행사할 수도 없다. 조합원의 인적 권리와 의무는 단지 조합원과 협동조합 간에 존재하는 것이고 조합원 사이에서 발생하는 것은 아니다.

조합원의 인적 권리에는 총회 참여 및 안건제안, 총회에서 투표권, 선거 및 피선거권, 회계장부 및 연발보고서의 열람권 등의 정보권, 조합원으로서의 탈퇴권 등이 있으며, 조합원 1인 또는 공동으로 행사할 수 있는 소수보호권으로는 임시총회 소집권, 질의 및 조회 요구권, 반대의사 표시권, 협동조합 예산 취소권, 동등한 대우를 받을 권리 등이 있다.

조합원의 인적 의무는 협동조합이 필요로 하는 조합원의 참여에 관한 것이다. 협동조합의 활동은 모든 조합원의 신의에 따른 공동협력에 의존하므로 조합원에게는 협동조합에 대한 신의의 의무가 부과되며, 조합원은 이 의무를 성실하게 이행하여야 한다. 조합원은 협동조합의 공동 소유자이며 동시에 이용자라는 동질성을 활성화하여 협동조합을 효과적으로 육성하기 위해서는 공동의 목적이 장기적으로 달성되어야 하고, 이 경우 조합원의 공동이해는 개인적 이해에 비해 우선하여야 한다. 이러한 신의의 의무는 조합원이 자발적으로 이를 수용하는 경우에만 성실히 이행될 수 있다. 조합원은 협동조합의 조직 구성에 적극적으로 참여하고 협동조합을 이용하여야 하며, 협동조합에 손해가 되는 요소를 예방하여야 할 의무가 있다. 또한 조합원으로

II. 협동조합 일반이론

서 하지 말아야 할 의무로서 협동조합의 활동을 저해하는 행위와 경쟁을 유발하지 말아야 할 신의의 의무도 있다. 이러한 신의의 의무에 위반된 경우에는 해당 조합원에 대한 제명이 요구된다. 예를 들어 조합이용의 불성실, 출자 등의 납입의무의 불이행, 조합의 사업방해, 위법행위 및 기타 중대한 과실로 조합을 위해한 조합원은 제명할 수 있다(농업협동조합법 제30조).

한편 독일 협동조합법에서는 조합원이 동일한 장소에서 동일한 업종을 경영하는 다른 협동조합의 조합원이 되면 제명할 수 있다고 규정하고 있고(제68조), 독일 협동조합정관에서는 정관과 이외 협동조합에 대한 의무를 이행하지 않는 경우, 협동조합의 조직에 대해 허위사실을 표명한 경우, 협동조합에 대한 의무의 불이행으로 협동조합을 해하거나 채무의 불이행으로 법적 조치가 요구된 경우, 지불능력을 상실했거나 채무과도 또는 파산이나 청산절차를 밟고 있는 경우, 장기간 거소가 알려지지 않은 경우, 조합원 자격의 전제조건들이 충족되지 않은 경우, 협동조합과 경쟁관계에 있는 기업을 운영하거나 그러한 기업에 참여하거나 경쟁관계에 있는 기업이 조합원의 기업에 참여하는 경우, 조합원의 상태 또는 조합원과 관련된 여건이 협동조합의 이해와 일치하지 않을 경우 조합원을 제명할 수 있음을 규정하고 있다(제15조).

조합원은 총회의 의사결정에 반대하거나 또는 의결에 참여하지 않아도 다수결로 확정된 총회의 결정을 수용하여야 한다. 이와 같은 수용의무는 특히 인적 조직의 효율적인 의사형성을 위하여 불가피한 것이다. 이와 함께 조합원이면 반드시 지켜야 할 정관준수 의무도 있다. 정관준수 의무는 조합원이 되면 당연히 성립하는 의무라고 할 수 있지만, 조합원의 역할에 관한 인식부족으로 인하여 발생할 수 있는 손실을 방지하기 위해서 정관준수의 의무를 명확히 규정할 필요가 있다.

조합원에게는 협동조합의 활동에 관련되는 본인의 상태변화를 신고하여야 할 의무도 있다. 예를 들어 지역농업협동조합정관에서는 ‘가입신청서의 기재사항에 변경이 있을 때 또는 조합원의 자격을 잃었을 때에는 ... 신고하여야 한다’라고 규정되어 있다(제13조). 이는 조합원으로서 협동조합의 이해를 성실히 보호, 촉진하여야 할 의무에 해당한다. 예를 들어 자본참여, 책임보증 등 재산에 관한 변화, 협동조합과의 공급계약에 관한 변화, 다른 협동조합의 조합원으로서 참여 등에 대한 신고는 의무사항으로 볼 수 있다.

또한 조합원은 협동조합의 이용을 전제로 하므로 이와 관련된 공급, 구매 및 설비의 이용은 조합원의 중요한 의무이다. 따라서 협동조합의 이용과 관련된 구매 및 공급 등을 협동조합의 정관에 의무로 규정하거나 조합원과의 개별계약으로 규정함으로써 협동조합의 장기적 이용을 보장할 수 있다.

3) 재산적 권리와 의무

① 재산적 권리

조합원의 재산적 권리는 협동조합의 성과에 대한 조합원의 권리를 말한다. 협동조합은 조합원이 협동조합의 성과를 이용함으로써 운영되므로 조합원의 요구를 보장하는 것이 재산적 권리의 취지이며 협동조합 참여의 주요 요소이다. 조합원의 재산적 권리로는 협동조합의 잉여금분배에 대한 조합원의 참여를 들 수 있다. 협동조합기본법 제 51조에서도 조합원에 대한 잉여금의 배당을 규정하고 있다.

조합원이 탈퇴하는 경우 지분환급을 청구할 수 있는 권리도 조합원의 재산적 권리에 해당한다. 그러나 이 청구권은 납입된 출자금의 환급에만 제한될 수 있다. 문호개방의 원칙에 따라 조합원의 수가 불안

II. 협동조합 일반이론

정하여 출자금에 의존한 협동조합의 자본도 불안정하기 때문이 기업으로서의 협동조합이 자본을 안정적으로 유지하기 위해서는 협동조합의 재산, 특히 적립금에 대한 분배요구가 제한될 수 있다. 그리고 이러한 조합원의 재산적 권리는 협동조합과의 거래에서 발생하는 권리와는 구별된다.

② 재산적 의무

협동조합을 위해 조합원이 이행하여야 할 재산적 의무로는 자본참여, 보증책임, 협동조합의 이용 등에 관한 의무가 있다. 자본참여는 조합원의 경제적 상태를 고려하여 가급적 최소화하여야 한다. 이는 경제적 약자들이 최소의 자본참여로 협동조합에 대한 재산적 의무를 충족하고 조합원으로서의 모든 이점을 이용할 수 있도록 기회를 제공하기 위한 것이다. 따라서 무엇보다도 허약한 조합원의 경제적 능력에 따라 자본참여의 범위가 결정되어야 하고, 모든 조합원에게 동등하게 적용되어야 인적회사로서의 협동조합의 특성에 부합된다. 그리고 조합원은 투자자가 아니므로 최소한의 자본참여를 넘어서는 부가적 참여로 조합원으로서의 지위가 변경되어서는 안된다. 조합원의 권리는 조합원 개인에 관한 것이지 조합원의 자본참여에 의존하지 않는다는 것이 인적회사로서의 협동조합의 특성이라고 할 수 있다. 그러나 최소한의 자본참여로 인해 자본력이 약화되어 기업으로서 협동조합의 재정적 어려움이 야기될 우려도 있다. 그러한 재정적 문제의 해결방안으로는 차등참여의 가능성을 고려할 수 있다.

즉 협동조합의 이용에 따라 조합원에게 다양한 참여를 요구하는 것이다. 그러나 이러한 경우에도 참여의 비율에 따라 조합원의 인적 권리를 비례적으로 보장하는 것은 협동조합의 민주적 원칙에 부합하지 않는다. 그러나 재정적 참여를 유도하기 위한 동기제공의 측면에서

인적 그룹의 특수성이 침해되지 않는다면 1인 다수표의 가능성을 고려해 볼 수 있다. 그러나 조합원이 참여의무를 자발적으로 확대하여 협동조합을 사실상 지배할 수 있다는 문제점도 있다. 이러한 가능성을 배제하기 위한 장치로서 조합원자격을 획득할 때 부과되는 재산적 의무의 상한선을 협동조합기본법 또는 정관에 명시함으로써 추후에 발생하는 참여의무의 변동은 모든 해당자의 의견을 가능한 한 많이 반영하여 결정되도록 할 필요가 있다. 또한 다수결에 의해 결정된 참여의무에 반대하는 조합원에게는 탈퇴의 권리가 보장되어야 한다.

협동조합은 등기로 성립된 독립적인 법인이자 거래주체이므로 협동조합의 채무는 협동조합의 재산으로 변제되어야 한다. 그리고 조합원에게는 협동조합의 채무변제를 보증하는 의무를 부과할 수 있다. 그러나 협동조합의 채권자는 해당 협동조합의 조합원에게 직접 채무변제를 요구할 수 없다. 조합원의 보증의무는 조합원 수의 변동에 따라 유동적인 자본구조의 약점을 보완하고 협동조합의 신용도 제고에 중요한 요소이다. 따라서 보증의무의 내용 및 제한은 법률 또는 정관에 규정되어야 한다.

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

1. 개정 상법상 유한책임회사와 합자조합

(1) 유한책임회사

1) 의 의

상법상 공동기업으로서의 회사는 전통적으로 합명회사, 합자회사, 주식회사, 유한회회의 네 가지 형태의 회사가 인정되어 왔다. 그러나 실제로는 이러한 회사 중 자본금의 규모나 폐쇄성 여부와 관계없이 주식회사의 설립이 다수를 차지하여 왔다. 그 이유로는 사원의 유한 책임, 주식과 채권발행을 통한 자금조달의 용이성, 주식양도의 자유 등을 들 수 있다. 그러나 주식회사에 요구되는 경영구조의 강제와 공시규제, 법인과세로 인한 이중과제는 자본금의 규모가 작고 폐쇄적으로 운영되는 대다수의 기업에게는 적절하지 않은 면이 있었다.

이와 같이 상법상 영리기업의 경직성으로 인하여 벤처기업을 비롯한 외국기업과의 합작기업, 투자펀드 등의 새로운 형태에 맞는 기업 조직과 그에 따른 법률관계를 규정할 입법의 필요성이 제기되었다. 이에 따라 2006년부터 준비해 온 상법 개정을 통해 유한책임회사와 합자조합을 도입하게 되었다.

유한책임회사는 대내적으로 사원들의 적극적인 경영참여가 인정되고 출자에 따른 손익분배의 정함에 있어 정관자치가 인정되며, 대외적으로는 전 사원이 회사채권자에 대하여 자신이 출자한 금액을 한도로 유한책임을 부담하는 형태의 법인을 말한다.⁷⁾ 합자조합은 무한책

7) 김동석, “미국 유한책임회사(LLC)의 특징과 설립”, 상사법연구 제20권 제3호, 한국상사법학회, 2001, 321면 ; 곽수현, “합자조합과 유한책임회사에 관한 법적 검토”, 강원법학 제35권, 2012, 2, 41면.

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

임조합원과 유한책임조합원이 반드시 공존하여야 하지만, 유한책임회사는 대내적으로 조합처럼 운영되면서도 대외적으로는 주식회사나 유한회사처럼 구성원 전원이 유한책임을 부담한다는 점에서 혼합적인 기업형태이다. 그러나 미국의 유한책임회사는 조합과세의 장점을 누릴 수 있으나, 우리나라의 세법은 유한책임회사에 조합과세를 인정할 수 있는지가 불분명하여 그 실효성이 의문시된다. 그럼에도 불구하고 유한책임회사는 조합, 합명회사, 주식회사, 유한회사적 성격을 모두 지니고 있으며, 이들 기업형태가 갖는 장점을 모두 취할 수 있는 유연한 제도로 평가된다.

2) 상법상 유한책임회사규정의 주요 내용

① 성립

유한책임회사는 1인 이상의 사원이 정관을 작성하고 출자의 이행을 완료한 후 설립등기를 함으로써 성립한다. 출자완료가 요구된다는 점에서 조합이나 인적회사보다는 설립절차가 복잡하지만, 주식회사나 유한회사보다는 간단하다. 정관에는 목적, 상호, 사원의 성명과 주민등록번호 및 주소, 본점소재지, 사원의 출자목적 및 가액, 자본금의 액, 업무집행자의 성명(법인명칭) 및 주소, 정관의 작성연월일을 기재하여야 한다(제287조의3).

② 사원자격

상법은 유한책임회사 사원의 수나 자격에는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 유한책임회사는 주식회사와 마찬가지로 1인만으로 설립이 가능하고, 사원이 1인이 되어도 해산되지 않는다. 대신 업무집행자의 성명, 주소 및 주민등록번호를 등기사항으로 정하면서, 법인이 업무집행자인 경우에는 명칭, 주소 및 법인등록번호를 기재하도록 하고 있다

(제287조의5). 또한 법인이 업무집행자인 경우에는 그 법인은 해당 업무집행자의 직무를 행할 자를 선임하고, 그 자의 성명과 주소를 다른 사원에게 통지하여야 한다. 이와 같은 법인사원의 직무수행자도 자기 거래금지의무를 부담한다(제287조의15).

③ 사원의 권리와 의무

가) 출 자

유한책임회사 사원은 신용이나 노무를 출자의 목적으로 하지 못한다. 사원은 정관의 작성 후 설립등기를 하는 때까지 금전이나 그 밖의 재산출자를 전부 이행하여야 한다(제287조의4). 그리고 설립등기 전까지 완전한 출자이행을 하여야 한다. 이러한 사원출자규정은 주식회사와 동일한 것으로 구성원 전원이 유한책임이 인정되는 기업조직으로서 채권자보호를 위하여 채택된 것으로 볼 수 있다. 또한 상법은 회사채권자를 보호하기 위하여 주식회사나 유한회사와 마찬가지로 자본확정 및 충실의 원칙을 적용하고 있다.

출자지분에 대하여 상법상 명문의 규정은 없으나 지분증권의 발행이 가능하다. 이러한 증권은 자본시장법의 규율대상인 지분증권에 해당된다. 그러나 주식회사의 주식과 같이 자유롭게 거래될 수 있는 것은 아니고, 합명회사·합자회사·유한회사와 같이 기명식의 폐쇄적인 지분증권에 불과하다.

나) 업무집행권 및 대표권

유한책임회사는 정관으로 사원 또는 사원이 아닌 제3자를 업무집행사원으로 정하여야 한다(제287조의12). 업무집행사원의 자격에는 제한이 없다. 업무집행자가 아닌 사원에게는 감시권이 인정된다(제287조의14, 제277조).

III. 상법상의 조직변경의 법리

출자자가 아닌 제3자를 업무집행사원으로 할 수 있으므로, 사원이 경영하는 유한회사와 달리 제3자가 경영하는 유한책임회사의 경우 주식회사나 유한회사와 같은 대리비용의 문제가 있다. 이처럼 제3자 경영인을 두는 경우, 내부관계에 관하여 합명회사의 규정을 준용하는 것(제287조의18)이 타당하지 않다고 하면서, 정관과 구별된 보다 세부적인 사항이 기재되는 미국식 운영계약서와 같은 것이 필요하다거나, 구성원들의 의사결정에 있어서 1인 1표가 아닌 출자금액에 비례한 투표권을 행사하여야 한다는 주장도 있다.⁸⁾

업무집행자는 유한책임회사를 대표한다. 대표업무집행자는 회사의 영업에 관한 재판상·재판외의 포괄적인 대표권을 갖는다(제289조의19, 제209조). 또 유한책임회사를 대표하는 업무집행자가 그 업무집행으로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 회사는 그 업무집행자와 연대하여 배상할 책임이 있다(제278조의20).

다) 선관주의의무 및 충실의무

업무집행자는 경업, 겸직금지 및 자기거래금지 의무를 부담한다(제287조의10, 제287조의11). 사원전원의 동의를 얻거나, 다른 사원 과반수의 결의가 있는 경우에는 이러한 행위가 허용될 수 있으나 결과적으로 회사의 이익이 아닌 사익을 추구하여 회사에 손해를 준 경우 선관주의무 또는 충실의무에 반하여 책임을 진다. 선관주의무 또는 충실의무에 관한 명문의 규정은 없으나 대내적 법률관계에 있어서는 합명회사, 조합의 순으로 준용하므로, 조합원에게 인정되는 선관주의의무가 사원에게 당연히 인정되는 것으로 볼 수 있다.

8) 김재문, “새로운 기업형태의 도입에 관한 상법개정안에 대한 소고”, 『경영법률』 제18집 제1호, 2007. 10, 223면.

④ 사원의 책임

유한책임회사 사원의 책임은 간접 유한책임으로서(제287조의7), 유한책임사원은 출자시 전액납입의무를 부담하므로 사원에게 출자의 미 이행분이 남아있지 않다는 점에서 결국 주식회사나 유한회사의 사원의 책임과 동일하다. 이러한 사원의 유한책임원리는 회사 내부적으로 조합과 동일한 관계로 유지되지만, 대외적으로는 사업의 실패시 출자액의 범위 내에서만 책임을 부담하면 된다. 그러나 대표업무집행사원의 경우 제3자에 대한 손해배상책임이 인정되고(제287조의20), 회사에 대한 책임으로 인하여 대표소송이 제기될 수도 있다(제287조의22).

유한책임회사는 1인 설립이 가능하고 법인이며 사원이 유한책임을 부담한다는 점에서 주식회사나 유한회사와 같이 법인격을 남용할 우려가 높다. 미국에서는 주식회사에서 인정되는 법인격부인의 법리를 적용하여 합리적인 해결을 도모하고자 하는데, 주법에서 법인격부인의 법리를 적용할 수 있음을 명문으로 인정한 경우도 있고, 판례로 해결하는 주도 있다. 그러나 주식회사에 적용되는 법인격 부인의 법리를 유한책임회사에 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다.⁹⁾ 이러한 견해는 법인격부인은 기업비즈니스에서 거래비용을 증가시킬 위험이 높고 폐쇄회사나 유한책임회사에 있어서는 출자자의 이익 내지 목적과 명백히 구별되는 기업의 이익 내지 목적이 있지 않다는 점을 근거로 하고 있다.

⑤ 잉여금의 분배

유한책임회사의 사원은 회사에 잉여금이 발생한 경우 이익분배를 청구할 수 있다. 유한책임회사는 대차대조표상의 순자산액으로부터 자

9) 박세화, “유한책임회사제도에 대한 법이론적 검토”, 『법학연구』, 제48권 제1호, 부산대 법학연구소, 2007, 14면 ; 송인방, “유한책임회사(LLC)에서의 법인격부인에 관한 고찰”, 『상사법연구』, 제26권 제4호, 2008.

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

본금의 액을 뺀 액을 한도로 하여 잉여금을 분배할 수 있고, 정관에 다른 규정이 없으면 각 사원이 출자한 가액에 비례하여 분배하지만 (제287조의37) 정관으로 달리 정할 수 있다. 즉 주식회사의 경우와 달리 정관규정으로 출자액 비율이 낮아도 사업의 공헌도에 따라 많은 배당을 받을 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 정관자치를 인정하는 한편 채권자보호를 위하여 회사가 잉여금 한도를 초과하여 분배한 경우에는 유한책임회사의 채권자는 그 잉여금을 분배받은 자에 대하여 회사에 반환할 것을 청구할 수 있도록 하는 잉여금 처분제한조항도 규정하고 있다.

⑥ 지분의 양도

유한책임회사의 사원이 자신의 지분을 양도하기 위해서는 다른 사원 전원의 동의를 얻어야 하지만(제287조의8), 업무집행사원을 둔 경우 업무집행사원이 아닌 사원은 업무집행사원 전원의 동의로 지분을 양도할 수 있다. 이러한 제한은 정관으로 달리 정할 수도 있다. 이와 같이 유한책임회사의 경우 합명회사의 양도제한제도를 그대로 준용함으로써 지분양도를 통한 투자자본의 회수가 어렵지만 한편으로 회사의 자유를 인정함으로써 전보하고, 정관자치를 통하여 내부 구성원의 합의에 의한 자율성을 보장해주고 있다. 그리고 유한책임회사에 있어 새로운 사원의 입사는 주식회사의 신주발행과 대비되는 제도라고 할 수 있다. 그런데 유한책임회사가 성립 후에 새로운 사원을 받아들이기 위해서는 정관을 변경하여야 하고, 이는 결국 원칙적으로 전 상원의 동의를 받아야 한다. 이처럼 유한책임회사의 자금조달과 직접 관련이 있는 지분양도나 사원의 영입에 엄격한 제한이 있는 것이 원칙이다. 그러나 이 경우에도 승인요건과 관련하여 정관에 다른 정함이 가능하므로, 내부적 결정으로 증자의 결정 등을 업무집행사원에게 위

임하거나 승인요건을 완화하거나 하는 방법으로 적절하게 필요한 인적 자본을 영입할 수 있다.

지분의 양도가 원칙적으로 자유롭지 못한 점은 유한책임회사가 폐쇄적 기업형태임을 보여준다. 한편, 유한책임회사의 사원은 퇴사로서 자본을 환급받을 수 있다(제287조의24). 퇴사하는 사원에 대한 환급금액이 대차대조표상의 순자산액으로부터 자본금을 뺀 잉여금을 초과한 경우, 그 환급에 대하여 회사채권자는 회사에 이의를 제기할 수 있다(제287조의30).

⑦ 사원의 퇴사

유한책임회사 사원의 퇴사는 지분양도가 제한된 상태에서 경우에 따라서는 사원이 투자회사를 할 수 있는 유일한 수단이므로 중요하게 다루어진다. 유한책임회사 사원의 퇴사제도는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고 합명회사의 퇴사제도를 대부분 준용하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 퇴사의 자유나 퇴사에 의한 지분의 환급 등과 관련하여 어느 수준의 정관자치를 인정할 것인가에 관한 것이다. 유한책임회사에서 퇴사는 중요한 투자회수방법이다. 그러나 퇴사의 자유를 지나치게 포괄적으로 인정하면 주요 사원의 일탈로 회사의 존립이 위협받는 경우가 발생할 수 있고, 지나치게 제한적으로 운영하면 투자회수의 통로가 좁아진다는 문제가 있다. 그러나 모든 유한책임회사 사원이 유한책임을 부담한다는 점을 고려하면 합명회사의 퇴사보다는 좁은 범위로 정관자치의 한계가 설정되어야 한다.

⑧ 정관변경

유한책임회사의 정관은 정관에 다른 정함이 없으면 총사원의 동의가 있어야 변경할 수 있다. 정관변경은 기본적으로 내부관계이므로 사

III. 상법상의 조직변경의 법리

원 전원일치로 결정하는 것이 원칙이라는 조합규율 사상이 강하게 내포되어 있다. 다만 합병회사의 정관변경 시 총사원의 동의를 요하는 규정(상법 제204조)을 임의규정으로 보아 정관자치를 인정할 것인가에 관한 논란이 있으나,¹⁰⁾ 유한책임회사에서의 정관변경에 관한 정관자치는 폭넓게 인정할 수 있다고 해석된다. 즉 정관변경의 결의정족수를 정관에 정하거나 심지어 업무집행사원들의 결의에 맡길 수도 있다.

(2) 합자조합

1) 의 의

합자조합은 조합의 업무집행자로서 조합의 채무에 대하여 무한책임을 지는 조합원과 출자가액을 한도로 하여 유한책임을 지는 조합원이 상호 출자하여 경영하는 공동사업체이다(상법 제86조의2). 1인 이상의 무한책임사원과 1인 이상의 유한책임사원으로 조직된다는 점에서 합자회사와 동일하다. 그러나 합자조합과 합자회사의 중요한 차이는 법인격 유무에 있으며 그 결과 과세의 방식이 달라진다.

합자회사는 조합의 실질이 인정되지만, 회사이므로 법인으로서 과세되고 무한책임사원이 반드시 존재해야 한다는 점에서 잘 이용되지 않았다. 그러나 2004년 「간접투자자산운용업법」(현행 「자본시장법」으로 흡수)에서 외국의 사모투자펀드를 합자회사로 도입하였다. 또한 「중소기업창업지원법」과 「여신전문금융업법」상의 벤처캐피탈로서 투자조합 형태를 인정하였는데 이 역시 합자조합의 형태를 수용한 것이었다. 따라서 상법상 합자조합의 도입은 이미 특별법에서 인정해오던 합자조합제도를 일반 기업의 형태로 인정할 것이라고 할 수 있다.

10) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2006, 137면.

2) 상법상 합자조합의 주요 내용

① 성립

합자조합은 1인 이상의 무한책임조합원과 1인 이상의 유한책임조합원이 소정의 사항을 기재한 조합계약을 체결함으로써 성립한다(상법 제86조의2). 합자조합의 성립을 위한 조합계약에는 목적, 명칭, 업무집행조합원의 성명 또는 상호, 주소 및 주민등록번호, 유한책임조합원의 성명 또는 상호, 주소 및 주민등록번호, 주된 영업소의 소재지, 출자에 관한 사항, 손익분배에 관한 사항, 지분양도에 관한 사항, 조합의 해산시 잔여재산분배에 관한 사항, 조합의 존속기간이나 그 밖의 해산사유에 관한 사항 등을 기재하고 조합계약의 효력발생일을 기재하여 총 조합원이 기명날인 또는 서명하여야 한다(상법 제86조의3).

합자조합은 조합의 성립 후 2주 내에 조합의 주된 영업소 소재지에서 소정의 사항을 등기하여야 한다. 등기신청서류는 회사의 경우 정관이 제출되어야 하는 것과 마찬가지로 합자조합 역시 조합계약서를 제출하여야 한다. 상법에서 정한 조합계약서의 기재내용은 회사의 정관과 마찬가지로 절대적 기재사항으로 볼 것인가에 관해서, 합자조합에 관하여 상법과 합자조합에 없는 내용은 민법 중 조합에 관한 규정을 따르므로, 조합계약서에 손익분배에 관한 정함이 없는 경우 민법에 따라 출자액에 비례하여 분배하고, 손실과 이익 중 어느 한쪽의 분배비율만 정한 경우, 그 비율은 공통된 것으로 추정된다. 그러나 조합계약서의 불충분한 기재는 정관의 효력부인과 같이 엄격하게 해석할 필요는 없다.

합자조합은 일반조합이나 익명조합과 달리 조합등기를 하여야 하는데, 등기의 효력에 관해서는 조합계약서에 조합계약의 효력발생일을

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

따로 정하도록 하고, 합자조합은 계약으로 효력이 발생한다고 명시하는 점 등에서 제3자의 악의를 의제하는 공시력을 인정할 수 있다. 즉 합자조합의 조합계약서를 등기하는 취지는 조합임에도 유한책임사원이 존재한다는 점을 제3자에게 공시하기 위한 것으로 볼 수 있다.

조합계약서의 변경 시 변경등기를 하여야 하는데, 정관에 달리 정하지 않는 한 조합원 전원의 동의가 있어야 한다.

② 조합원의 자격

사원의 자격에는 제한이 없으므로 법인도 합자조합의 무한책임사원과 유한책임사원이 될 수 있다. 상법 제173조는 회사가 다른 회사의 무한책임사원이 되지 못한다고 정하고 있어도 문언상 다른 조합의 무한책임사원은 될 수 있다. 즉 주식회사나 유한회사의 경우 합자조합의 무한책임사원이 될 수 있고, 이와 같은 기업형태에서는 모든 구성원이 사실상 유한책임을 부담하는 결과에 이르게 된다.

이미 여신전문금융업법에서는 신기술사업자에게 투자하기 위하여 설립되는 투자조합인 ‘신기술사업투자조합’의 무한책임사원으로서 주식회사인 신기술금융회사를 인정하고 있다(같은 법 제44조). 또, 중소기업창업지원법에서는 중소기업창업투자조합의 무한책임사원으로서 주식회사인 중소기업창업투자회사를 인정하고 있다(같은 법 제20조 제4항). 즉 위 신기술사업투자조합과 중소기업창업투자조합은 상법 개정 전부터 인정되어 온 합자조합이다.

또한, 지분시장법의 집합투자기금으로서 회사형태인 투자합자회사는 그 무한책임사원인 업무집행사원을 ‘상법 제173조에도 불구하고 집합투자업자여야 한다’라고 하여 회사가 무한사원이 되는 것을 허용하고 있다.

상법 제173조가 회사의 무한책임사원자격을 인정하지 않는 취지로 회사는 각각 그 독자적 목적을 가지므로 다른 회사의 무한책임사원이 되어 그 회사의 채권자에게 전 재산을 내어 맡기는 것은 적절하지 못하다는 정책적 고려 때문이라거나, 회사가 다른 회사의 무한책임사원이 되어 자기의 운명을 다른 회사의 운명에 의하여 좌우케 하는 것은 각 회사의 독립운영을 전제로 한 회사법의 원칙에 반하기 때문이라고 한다.¹¹⁾

③ 조합원의 권리와 의무

가) 출 자

합자조합의 무한책임조합원은 금전 기타 재산, 노무, 신용의 출자가 가능하지만(상법 제195조), 유한책임조합원은 신용 또는 노무를 출자의 목적으로 하지 못한다(상법 제86조의8, 제272조). 이러한 점에서 합자회사의 사원과 동일하다. 한편, 무한책임조합원과 유한책임조합원이 존재하는 점에서 합자조합 및 합자회사와 유사한 익명조합은 무한책임조합원의 출자의무가 없고, 유한책임조합원은 금전 기타의 재산만 출자할 수 있다는 점에서 구별된다.

나) 업무집행권 및 대리권

업무집행조합원은 조합계약에서 다른 규정이 없으면 각자가 합자조합의 업무를 집행하고 대리할 권리와 의무를 갖는다. 조합계약으로 둘 이상의 업무집행조합원이 공동으로 업무를 집행할게 할 수 있고, 업무집행조합원 중 일부만이 업무집행을 하게 할 수도 있다(상법 제86조의3 제9호, 제10호). 둘 이상이 업무집행조합원이 있는 경우, 조합계약에 다른 정함이 없으면 그 각 업무집행조합원의 업무집행에 관한

11) 정상근, “유한합자회사의 법적 문제”, 『경영법률』 제8권, 경영법률학회, 1998, 340면.

III. 상법상의 조직변경의 법리

행위에 대하여 다른 업무집행조합원의 이의가 있는 경우에는 그 행위를 중지하고 업무집행조합원 과반수의 결의에 따라야 한다(상법 제86조의5).

유한책임조합원의 업무집행에 관하여는 ‘조합계약에 다른 규정이 없으면’ 합자회사의 유한책임사원에 관한 조항을 준용한다고 규정하고 있다(상법 제86조의8). 합자회사의 유한책임사원은 회사의 업무집행이나 대표행위를 하지 못한다고 정하고 있어(상법 제278조) 유한책임사원의 업무집행권이 인정되는지 여부에 관하여 논의가 있지만, 합자조합에서는 조합계약에 다른 규정을 둘 수 있고, 유한책임조합원이 업무집행권을 갖는 경우에 한하여 그 인적사항을 등기하여야 하므로(상법 제84조의4). 유한책임조합원의 업무집행권이 허용된다. 업무집행은 영업의 존재를 전제로 하여 통상의 영업상의 사무를 집행하는 것이므로, 조합계약서의 변경, 영업양도, 해산, 조직변경과 같은 내용은 업무집행에 포함되지 않는다.

문제는 유한책임조합원이 업무집행에 참여한 경우, 무한책임을 부담하는지 여부이다. 미국의 경우, 개정 합자조합법에서 업무집행 유한책임조합원이 여전히 유한책임의 혜택을 누릴 수 있다고 명시하고 있으나(ULPA §302, §303), 우리 상법은 이러한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 유한책임조합원이 업무집행에 참여하는 경우에는 그 인적사항을 등기사항으로 하는 점에 비추어, 그의 업무집행에 대해 무한책임을 부담하는 것으로 해석된다. 한편 업무집행권과 대리권을 갖지 못하는 조합원에게는 감시권과 업무 및 재산상태검사권만 인정된다.

합자조합의 대외적 행위에 있어서는 업무집행조합원만이 대리권을 수행한다(상법 제86조의5). 미국이 합자조합의 법인격을 인정하는 것(ULPA §105)과 달리, 우리 상법은 법인격 뿐 아니라 소송당사자적격도 인정하지 않는다. 따라서 업무집행조합원은 합자조합을 대표하는 것이

아니라, 조합원의 대리자로 대외적인 권한을 행사하고 그 효과는 전 조합원에게 귀속한다.

다) 선관주의의무 및 충실의무

합자조합의 업무집행조합원은 선관주의의무를 부담하고(제86조의5), 구체적으로는 경업·겸직금지의무와 자기거래금지의무를 부담한다. 조합이나 합명·합자회사의 무한책임사원도 이와 같은 의무를 부담한다.

유한책임조합원은 경업 및 겸직금지의무를 부담하지 않으나, 자기거래금지 의무는 부담한다(상법 제86조의8 제3항, 제199조, 제275조). 그러나 유한책임조합원이 업무집행권을 갖는 경우에는 경업 및 겸직금지의무도 부담하는 것으로 볼 수 있다.

조합원의 이러한 의무는 조합계약에 다른 정함이 있거나 다른 조합원 전원의 동의 또는 과반수의 동의가 있는 때에는 허용된다. 그러나 이러한 허용에도 불구하고 다른 조합원의 이익을 해하는 경우, 선관주의의무 또는 충실의무에 반하는 것으로 볼 수 있다.

④ 조합원의 책임

업무집행조합원은 직접·연대·무한의 책임을 부담하고 유한책임조합원은 직접·연대·유한의 책임을 부담하는 점에서 합자회사와 동일하다. 여기서 연대는 조합원들 간의 연대책임으로서 조합의 재산으로 조합의 채무를 완제할 수 없거나 조합재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 경우에 지는 책임으로 보충적 책임이다(상법 제86조의8 제1항, 제212조). 이러한 규정은 합자조합의 법인격을 부인하는 점과 모순된다. 또한 합자조합의 법인격을 인정하더라도 합자회사와 법적으로 다를 것이 없다는 점이 문제될 수 있다.

유한책임조합원은 출자가액을 한도로 책임을 지지만, 이행하지 않은 부분에 대하여는 직접적인 조합채무를 변제할 책임이 있다. 만일 합

III. 상법상의 조직변경의 법리

자조합에 이익이 없음에도 불구하고 배당을 받은 금액은 변제책임을 정할 때에 변제책임의 한도액에 더한다(상법 제86조의6). 유한책임조합원에 대하여 합자회사에서 정한 자칭 무한책임사원의 책임에 관한 규정(상법 제281조)을 준용하지는 않는다.

⑤ 손익분배

손익분배에 관한 조합계약의 정함에 관해서는 특별한 제약이 없다. 따라서 출자지분에 비례하지 않게 정하는 것도 가능한데, 사원의 개성과 능력이 중시되는 인적 중심의 기업이 합자조합의 형태를 위하는 경우, 출자자산에 비례하지 않고도 그의 기여도나 능력에 따라 이익을 분배받을 수 있다. 합명회사나 합자회사, 유한회사의 경우에도 정관의 기재로써 그와 같이 정할 수 있지만, 이와 달리 조합의 손실을 개인의 소득과 합산하여 소득세를 납부하는 조합과세의 혜택은 합자조합의 조합원만이 누릴 수 있다. 조합계약으로써 특정 조합원에 대한 손실부담을 면제하는 것도 가능하나 이익의 분배를 전혀 하지 않기로 하는 약정은 허용되지 않는다.

⑥ 지분의 양도

업무집행조합원은 다른 조합원 전원의 동의를 받지 않으면 그 지분의 전부 또는 일부를 타인에게 양도하지 못하나, 유한책임조합원의 지분은 조합계약에서 정하는 바에 따라 양도할 수 있다(상법 제86조의7). 합자회사의 경우, 유한책임사원은 무한책임사원 전원의 동의가 있어야 하나, 이는 내부의 법률관계로서 임의규정으로 해석되므로 그 요건을 완화할 수 있는 점에서 합자조합의 유한책임사원이 지분을 양도하는 경우와 차이가 없다. 또한 상법은 유한책임조합원의 지분을 양수한 자는 양도인의 조합에 대한 권리의무를 승계한다고 정하고 있다.

2. 상법상 조직변경의 의의와 본질

(1) 의 의

회사의 조직변경(Umwandlung transformations)이란 회사가 그 법인격의 동일성을 유지하면서 법률상의 조직을 변경하여 다른 종류의 회사로 되는 것을 말한다.¹²⁾ 조직변경은 본질적으로 법인격의 동일성이 유지된다는 점에서 포괄적 승계에 해당하는 합병과 구별된다. 합병은 이전 회사는 소멸하고 새 회사가 권리·의무를 포괄적으로 승계하지만 회사의 법인격의 동일성은 인정되지 않는다. 우리 상법의 경우에는 조직변경 전후의 양 법인의 인격적 동일성 유지 여부와 관련하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하고, 다만 동일성을 전제로 하였다고 볼 수 있는 규정들을 두고 있다.¹³⁾

법인격의 동일성이란 일반적으로 회사의 사원이나 정관 변경의 경우만을 의미하는 것이며, 법정조직형태의 변경은 동일성을 인정하지 않는 것이 일반적이다. 즉, 이론상으로는 조직변경의 경우에는 해산 후 새 회사를 설립하여야 하는 것이다. 일반적으로 합병회사 또는 합자회사의 조직을 변경하여 주식회사를 설립하는 경우는 현실에 있어서 많이 나타나고 있다. 하지만, 이 경우는 새로운 회사가 설립되는 것으로 그 동일성은 인정되지 않는다.

조직변경의 경우에는 이전 회사는 해산 등기를 하고, 새 회사는 신설 설립등기를 하지만, 이는 등기의 형식이며, 새로운 법인격을 취득하는 것이 아니라 이전 회사의 법인격이 연속성을 가지는 것으로 파악하는 것이다. 이러한 점이 법인승계와 새 회사 설립의 경우와 차이점이라 할 것이다.

12) 손주찬, 상법(상), 박영사, 2002. 516면.

13) 김재광, 법인의 조직변경과 과세상 문제점, 조세법연구 XII-2, 2006, 376면.

III. 상법상의 조직변경의 법리

이러한 조직변경의 법리를 인정하는 것은 기업의 유지 필요성이 인정되는 회사에 대하여 해산 등의 절차와 새 회사의 설립절차 등 이중적 절차를 요청하는 것은 회사를 중심으로 나타나는 다양한 이해관계의 형성에 따른 신뢰를 보호하는 측면과 법인설립에 따른 불편과 경제적 지출 등을 최소화하고자 하는 것이다. 따라서 법률에서 조직변경이 인정되는 경우는 조직변경은 인정하는 경우에도 특별한 폐단이 없고, 실제상에 있어서 편리성이 인정되는 제한된 경우에 한하여 인정될 수 있을 것이다.

(2) 특 징

1) 필요성

조직변경은 발전하는 기업으로 하여금 복잡하고 비능률적인 운영을 용이하게 하는 회사형태를 선택하게 하거나 새로운 사원을 많이 모으고자 하는 때에 이를 용이하게 한다. 또한 조직변경은 새로운 형태의 회사를 설립할 필요가 없이 동일성을 유지할 수 있어서 경제적 측면과 조세적 측면에서 효용성을 갖는다.¹⁴⁾ 상법은 조직변경이 남용되는 것을 방지하고, 법률관계를 명확하게 하기 위하여 법률에 특별히 규정을 둔 경우에만 조직변경을 할 수 있도록 하고 있으므로 회사를 해산하여 청산절차를 밟고 그 사원과 그 재산으로 종류가 다른 회사를 신설하는 사실상의 조직변경과는 구별된다. 이러한 경우에는 실질에 따라서 해산 및 설립에 따른 조세를 부과·납부하여야 한다는 점에서도 조직변경과 구별된다.¹⁵⁾

14) 정동윤, 회사법, 법문사, 2001, 798면.

15) 이상신, 회사의 조직변경에 대한 과세 소고, 강원법학 제22권, 강원대학교 법학연구회, 2006, 139면.

2) 요건

조직변경은 정관의 변경이 있어야 가능하므로 사원 전원의 동의가 필요하다. 그러나 조직변경을 위한 정관의 변경은 몇 가지 특수성을 가진다. 첫째, 그 원칙에 관한 결정은 항상 자유롭지 않다는 점, 둘째 그에 관한 의사결정의 규칙이 가변적이라는 점, 셋째, 조직변경에 따르는 부수적인 절차가 필요하다는 점이다.

또한 회사의 사원이나 주주는 회사의 형태를 선택할 자유가 있으므로, 특별히 규제를 받는 활동을 제외하고는 회사의 활동 중에서 원칙적으로 조직변경을 할 수 있다. 그러나 강제되는 조직변경과 불가능한 조직변경의 경우에 제한이 따를 수 있다. 먼저 강제되는 조직변경은 회사가 생존하기 위하여 불가피한 경우에 행하여지는 것으로, 이 경우에는 현실적으로 어느 회사라도 그 회사 고유의 형태 유지에 필요한 요건을 계속적으로 충족시키지 못하는 경우에 일어난다. 그 경우에 회사가 일정한 기간 내에 그 요건을 보정하지 아니하면 해산되는 것을 방지하기 위하여 조직변경을 해야 하는 경우이다. 두 번째는 불가능한 조직변경의 경우인데, 이는 조직변경 이전의 회사의 사원이 조직변경 이후의 회사의 형태에 적합한 사원의 요건을 충족시키지 않았고 충족시킬 수도 없는 경우를 말한다.¹⁶⁾

3) 효력

회사의 법인격이 존속하는 경우에만 고유한 의미의 조직변경이 이루어진다. 그렇지 아니한 경우에는 동일한 사원 간에 기존의 회사의 해산이 있는 후에 새로운 형태의 회사의 설립이 있게 된다. 또한 조직변경은 등기를 통하여 제3자에게 알려지지만 회사의 채권자를 해하는 경우에는 인정되지 아니한다. 즉, 조직변경 이전의 회사와 거래한

16) 원용수, 회사의 합병과 조직변경의 비교, 고시계, 1994년 2월, 61-62면.

III. 상법상의 조직변경의 법리

채권자가 취득한 권리는 가능한 한 유지되어야 한다는 것이다. 나아가 조직변경 이전의 회사가 체결한 고용계약도 조직변경 후의 회사에서 계속하여 유효하다. 조직변경이 있는 후에 회사채권자는 그들의 권리를 보전하기 위하여 새로운 절차를 밟을 필요가 없다. 조직변경은 회사의 활동을 중단시키지 못한다. 조직변경 이전에 회사가 가진 권리와 의무는 조직변경 후에도 존속한다. 조직변경이 회사의 활동 중에 일어나면 주주나 사원의 결정에 반하지 않는 한, 조직변경의 날짜에 청산할 필요가 없다. 조직변경에 하자가 있는 경우에 조직변경은 회사의 설립과 유사하므로 회사의 설립무효에 관한 규정이 적용된다.¹⁷⁾ 조직변경의 무효판결이 확정된 경우에는 회사설립의 무효와는 달리 해산에 준하여 청산을 할 것이 아니라 변경 전의 회사로 복귀한다고 해석한다.¹⁸⁾

(3) 조직변경이 인정되는 경우

상법상 조직변경은 법인격의 동일성을 유지하면서 그 조직을 변경하여 다른 종류의 회사가 되는 것이므로, 인적회사와 인적회사 사이 또는 물적 회사와 물적 회사 사이에서만 허용된다. 즉 합명회사와 합자회사 간의 조직변경과 주식회사와 유한회사 간의 조직변경만이 가능하다는 것이다. 우리 상법상 인정되는 조직변경의 유형은 ① 합명회사 → 합자회사, ② 합자회사 → 합명회사, ③ 주식회사 → 유한회사, ④ 유한회사 → 주식회사 네 가지 형태¹⁹⁾이다. 각각의 조직변경의 경우에 관하여 조금 더 자세히 살펴보기로 한다.

17) 원용수, 앞의 글, 66-67면.

18) 김재광 앞의 글, 378면.

19) 상법상의 조직변경의 네 가지 유형 이외에 특별법에 의하여 설립된 법인이 특별법의 개정 또는 폐지로 인하여 상법상의 회사로 조직변경하는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 특별법에 의한 법인이 상법상의 회사가 아닌 다른 특별법에 의한 특수법인으로 변경된 경우도 이 유형의 조직변경에 해당하는지 여부가 문제될 수 있으나 과세관청은 이 경우에도 법인세법 제78조가 적용되는 것으로 해석하는 경향을 보이고 있다고 한다. 자세한 것은 김재광, 앞의 글, 378-389면 참조.

1) 인적회사간의 조직변경

① 합명회사 개요

합명회사(offene Handelsgesellschaft, 合名會社)라 함은 무한책임사원만으로 구성되는 회사를 말한다.

합명회사는 2인 이상의 무한책임사원(상법 제212조)만으로 구성되는 일원적 조직의 회사로서 전사원이 회사 채무에 대하여 직접·연대·무한의 책임을 지고(상법 제212조), 원칙적으로 각 사원이 업무집행권과 대표권을 가지는(상법 제207조) 회사이다. 합명회사는 2인 이상의 사원이 공동으로 정관을 작성하고(상법 제178조), 설립등기를 함으로써 성립한다(상법 제172조, 제178조).

합명회사는 각 사원이 회사의 채권자에 대하여 직접 책임을 지는 데에서 대외적으로 인적 신용이 중요하며, 사원의 책임강도는 내부적으로 사원 상호간의 신뢰관계를 필요로 한다. 동시에 사원의 기업경영에 대한 참가를 강화함으로써 회사는 마치 개인기업의 공동경영과 같은 인상을 주게 되며, 사단법인이면서도 실질적으로는 조합적인 성격을 가진다.²⁰⁾

합명회사는 설립절차가 간단하며, 정관을 작성하여 설립등기를 하면 회사가 성립한다. 출자에 있어서는 재산출자에 한하지 아니하며, 노무출자·신용출자도 인정된다.

사원의 대내관계는 조합과 유사한 성질을 가지므로 정관 또는 상법에 규정이 없으면 조합에 관한 민법의 규정이 준용된다(상법 제195조), 각 사원은 출자의무를 지지만 그 출자는 재산뿐만 아니라 노무와 신

20) 네이버 백과사전, 2013년 6월 1일 검색.

<http://terms.naver.com/entry.nhn?cid=200000000&docId=1161680&mobile&categoryId=200000144>

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

용까지도 할 수 있으며, 그 업무집행권과 대표권은 정관에 다른 규정이 없는 한 각 사원이 모두 가지게 된다(제200조, 제207조). 또한 각 사원은 서로 개인적 신용관계로서 결합되고 있으므로 사원의 변경은 각 사원에 대하여 중대한 영향을 미친다. 따라서 입사 및 사원의 지위의 양도(지분의 양도)는 다른 사원의 승낙을 필요로 하며(197조), 반면에 퇴사의 자유가 인정되고 제명제도가 있다. 원칙으로 각 사원이 업무집행권 및 대표권한을 가지며, 각 사원이 경업피지의무를 진다(198조). 청산에 있어서는 법정청산 외에 임의청산도 할 수 있다. 또한 합명회사는 자본적 결합의 색채보다도 가족적·인적 결합의 색채가 짙은 전형적인 인적회사이며 인적 신뢰관계가 있는 소수의 인원으로써 구성되는 공동기업에 적당한 회사라고 할 것이다.

합명회사는 상법 제227조에 열거된 사유로 인하여 해산한다. 즉, ① 존립기간의 만료 기타 정관으로 정한 사유의 발행, ② 총사원의 동의, ③ 사원이 1인으로 될 때, ④ 합병, ⑤ 파산, ⑥ 법원의 명령 또는 판결 등이다. 해산하였을 때에는 일정한 기간 내에 본점 또는 지점의 소재지에서 해산의 등기를 하여야 한다(제228조). 청산에는 임의청산과 법정청산이 있다. 임의청산은 정관 또는 총사원의 동의로써 정하여진 방법에 따라서 행하는 청산이며, 법정청산은 법률의 규정에 의한 청산이다(제247조, 제250조). 경제적으로 서로 신뢰할 수 있는 소수인이 결합하는 소규모공동기업에 적합한 형태이다.

② 합자회사 개요

합자회사(limited partnership, 合資會社)란 무한책임사원과 유한책임사원 각 1인 이상으로 구성되는 이원적 조직의 회사이다(상법 제268조). 합명회사가 무한책임사원만으로 구성되는 일원적 조직체인데 대하여 합자회사는 무한책임사원과 유한책임사원으로 구성되는 이원적 조직

체라는데 그 차이가 있다. 경제적으로는 무한책임사원이 경영하는 사업에 유한책임사원이 자본적 참가를 하는 형식이며 이러한 뜻에서 인적 요소와 물적 요소의 결합 형태라고도 볼 수 있다. 그러나 이 회사의 대내관계에서는 사원간의 개인적 신뢰관계를 기초로 한 조합적 성격이 병존하는 점에서 주식회사와 뚜렷한 대조를 보인다. 그러나 이 점에서 합명회사의 경우와 많은 공통점이 있다. 따라서 입법기술면에서 합자회사의 무한책임사원에 관해서는 합명회사의 무한책임사원과 동일하게 취급할 수 있을 뿐만 아니라, 무한책임사원과 유한책임사원의 관계나 유한책임사원 상호간의 관계에 관해서도 합명회사의 규정을 준용할 수 있는 것이 많다. 우리 상법도 여기에 합자회사가 유한책임사원의 사원을 가짐으로써 생기는 별단의 결과에 관해서만 특별히 규정하고 그 밖의 사항에 관해서는 합명회사의 규정을 준용할 방침에 따르고 있다. 내부관계의 규정은 임의규정이다. 무한책임사원의 출자는 재산·노무·신용 중 어느 것이든지 출자할 수 있고(제269조, 제222조), 유한책임사원은 금전 그 밖의 재산만을 그 출자의 목적으로 할 수가 있다(제272조). 정관에 다른 정함이 없는 한 무한책임사원의 각자가 의무를 집행할 권리와 의무를 가진다(제273조). 이에 반하여 유한책임사원은 회사의 업무를 집행할 수가 없다(제278조). 업무집행의 의사결정은 업무집행권을 가지는 무한책임사원의 과반수로 행한다(제269조, 제200조 2항). 유한책임사원에게는 제한적인 감시권이 있을 뿐이다(제277조 2항). 무한책임사원의 지분의 양도에는 사원전원의 승낙을 필요로 하거나(제269조, 제197조), 유한책임사원의 지분양도에는 무책임사원 전원의 승낙만으로써 한다(제276조). 무한책임사원은 경업피지규정의 적용을 받는다(제26조 9, 제198조). 손익분배도 대체로 합명회사와 같다. 대외관계의 규정은 강행규정이다. 각 무한책임사원은 원칙적으로 각자가 회사대표권을 가진다(제273조). 무한책임사원의 책임

III. 상법상의 조직변경의 법리

은 합명회사사원의 책임과 동일하다. 유한책임사원의 책임의 성질은 무한책임사원과 동일하나 수액에 있어서 그 재산출자액을 한도로 하는 점에 있어서만 그와 다르다(제272조, 제279조 참조). 유한책임사원이 자기를 무한책임사원으로 오인시키는 행위를 한 때에는 그 사원은 오인으로 인하여 회사와 거래를 한 자에 대하여 무한책임사원과 동일한 책임을 진다(제28조 1항). 합자회사의 입사와 퇴사는 대체로 합명회사의 경우와 비슷하나, 유한책임사원에 대하여는 특별규정이 있다(상법 제282조~제284조). 즉 사망의 경우에도 상속자가 그 지위를 승계하고, 또 금치산선고를 받았을지라도 퇴사의 원인이 되지 않는다(상법 제284조). 합자회사의 해산·계속·조직변경은 유한책임사원이 존재한다는 데에 합명회사의 경우와 약간 다르지만(제268조, 제285조~제287조 참조) 청산은 합명회사의 경우와 거의 같다. 경제적으로 경영능력이 있으나 자본이 없고, 자본이 있으나 경영능력이 없는 소수인이 결합하여 소규모의 공동기업을 경영하는데 적합한 회사이다.²¹⁾

③ 합명회사에서 합자회사로의 조직변경

인적 회사인 합명회사가 합자회사로의 변경은 가능하다. 그러나 이 경우 총사원의 동의가 필요하다. 우리 상법은 합명회사는 총사원의 동의로 일부사원을 유한책임사원으로 하거나 유한책임사원을 새로 가입시켜서 합자회사로 변경할 수 있도록 규정하고 있다(상법 제242조 제1항). 합명회사를 합자회사로 변경한 때에는 본점소재지에서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 합명회사에 있어서는 해산등기, 합자회사에 있어서는 설립등기를 하여야 한다(상법 제243조).

또한 합명회사의 사원 중 조직변경에 의하여 유한책임사원이 된 자는 본점등기를 하기 전에 생긴 회사 채무에 대하여 등기 후 2년 내에는 무한책임사원으로서의 책임을 진다(상법 제244조).

21) 이병태, 법률용어사전, 법문북스, 2010.

④ 합자회사에서 합명회사로의 조직변경

합자회사에서 합명회사로의 조직변경은 인적 회사 간의 조직변경으로 인정된다. 다만 합자회사에서 합명회사로의 조직변경은 총사원의 동의를 필요하다. 이에 관하여 상법은 합자회사는 사원전원의 동의로 그 조직을 합명회사로 변경하여 계속할 수 있고, 유한책임사원전원이 퇴사한 경우에도 무한책임사원은 그 전원의 동의로 합명회사로 변경하여 계속할 수 있으며, 본점소재지에서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 합자회사에 있어서는 해산등기를, 합명회사에 있어서는 설립등기를 하여야 한다고 규정하고 있다(상법 제286조).

2) 물적회사간의 조직변경

① 주식회사 개요

주식회사(company limited by shares, stock corporation, 株式會社)란 사원(주주)의 지위가 균등한 비율적 단위로 세분화된 형식(주식)을 가지고, 사원은 주식의 인수가액을 한도로 회사에 대하여 출자의무를 부담할 뿐(상법 제331조), 회사채무자에 대하여 아무런 책임을 지지 않는 회사를 말한다. 주식회사의 법적 특질로서는 주식과 유한책임을 들 수 있다. 다만 주식회사의 개념설정은 입법정책상의 문제이다. 현행상법이 종래 독일법계의 법리구성에 좇아 총사원의 출자로 구성되는 자본을 균등액으로 분할하여야 한다(상법 제329조 1항·2항, 제461조 2항)는 자본의 단체성을 중시하는 점에 착안하여 통설은 주식과 유한책임 이외에 자본을 주식회사의 기본적인 특질에 포함시킨다. 주식회사의 설립함에는 발기인이 정관을 작성하여야 한다(상법 제288조). 그 설립의 방법에 따라 발기설립(상법 제295조, 제296조)과 모집

III. 상법상의 조직변경의 법리

설립(상법 제301조)이 있다. 사원은 균등한 비율적 단위로 세분화한 주식을 중심으로 출자를 하고 이에 따른 권리·의무를 가진다. 그 출자는 원칙적으로 현금이며 신용이나 노무출자는 제한된다. 주식은 주식회사의 구성단위로서의 금액의 뜻과 주주의 회사에 대한 권리·의무를 내용으로 하는 지위라는 두 가지 뜻이 있다. 이러한 주식을 표창하는 요식의 유가증권으로서 주권이 발행된다. 주주는 자기가 인수한 주식의 금액을 한도로 회사에 출자의무를 질 뿐 그 밖의 아무런 책임을 지지 않고, 회사채권자를 보호하기 위한 특별한 조치(자본에 관한 3원칙)가 강구되어 있다. 소유와 경영이 분리되어 주주가 직접 경영에 참가할 필요는 없고, 또 기관의 분화가 이루어져 있다. 의사결정기관으로서의 주주총회와 집행기관으로서의 이사회, 대표이사가 있다. 감독기관으로서의 감사는 필요적 상설기관이다. 주주의 지위를 표창하는 주식은 자유로이 양도할 수 있고 정관으로써도 이를 제한할 수 없다. 사원의 퇴사제도는 없으나 주식회사는 일인회사까지 인정된다. 신주의 발행은 수권자본제의 채택에 따라 정관변경에 관계없이 행하여진다. 그 결정은 원칙적으로 이사회의 권한이다. 회사의 자금조달의 수단으로서 사채의 발행이 인정되며, 이에 대하여는 상세한 규정이 있다(상법 제469조~제561조의 10). 주식회사는 물적회사이며 주주의 책임은 유한이므로, 회사의 계산에 대하여 엄격한 규정을 설정하고 있다(제447조~제468조). 정관의 변경은 주주총회의 특별결의에 의하며(제434조), 자본의 감소는 정관변경사항은 아니나 이것도 같이 주주총회의 특별결의사항이다(제438조 1항). 회사의 정리는 회사정리법에 의한 정리절차에 의한다. 구 상법에는 정리에 관한 규정을 두었으나, 상법은 이에 관한 규정을 두지 아니하고 회사정리법이라는 단행법에 규정하고 있다. 그리고 주식회사에 있어서는 임의청산에 의하지 않으면 안된다. 해산은 주주총회의 특별결의(제434조, 제518조, 제585조)가 있으

면 된다(제517조 2호). 주식회사는 경제적으로 사회에 널리 분산된 소자본을 규합하여 대규모의 공동기업으로 경영하는데 적합한 회사이다.²²⁾

② 유한회사 개요

유한회사(private company, 有限會社)란 그 사원은 원칙적으로 출자가액을 한도로 하는 출자의무를 부담할 뿐 직접 아무런 책임을 부담하지 않는(상법 제553조)회사이다. 이때 출자 1좌의 금액은 100원 이상으로 균일하게 하여야 한다(상법 제546조).

유한회사는 독일, 프랑스의 유한책임회사, 영국의 사회사를 모방하여 채용된 물적 회사와 인적회사의 장점을 융합시킨 중간적 형태의 회사로서 중소기업에 적합한 형태의 회사이다. 그 조직이 비공중적, 폐쇄적인 점에서는 그 인적회사와 유사하나, 유한책임사원으로 구성되는 자본단체란 점에서는 주식회사와 유사하다. 다만 유한회사에는 인적회사의 요소가 가미됨으로서 주식회사에 대하여 여러 가지 특징을 갖는다. 흔히 폐쇄성, 법 규제의 간이화 그리고 사원의 책임과 자본 등 세 가지로 그 특징이 요약된다. 유한회사에서는 설립절차나 회사의 관리운영절차가 주식회사에 비하여 현저히 간이화되어 있다. 설립에 있어서는 모집설립이 인정되지 않으므로 사원 이외에 발기인제도가 없으며 복잡한 절차나 내용을 요하지 아니한다.

유한회사는 폐쇄적, 비공개적이다. 따라서 사원의 지위는 개성적이다. 출자구좌는 사원의 권리의무를 단위로 작용하는 점에 주식회사의 주식과 같으나 이것을 지분이라 부른다. 사원의 공모(상법 제589조 2항) 사채의 발행(상법 제604조 제1항 단서) 등도 금지된다. 지분의 유가증권화를 금지하고 있다(상법 제555조). 또한 주식회사에서와 같은 공시주의를 채용하지 않으므로 대차대조표의 공고는 요하지 않으며 주식회사와 같은 정리제도가 없다. 이사는 필요기관이지만 이사회제도

22) 네이버 백과사전, 법률용어사전, 2013년 6월 1일 검색.

<http://terms.naver.com/entry.nhn?cid=122&docId=460103&mobile&categoryId=122>

Ⅲ. 상법상의 조직변경의 법리

가 없고, 이사의 수, 임기에 제한이 없다. 감사는 임의기관이며(상법 제 568조), 업무·회계감사권한을 가진다. 사원총회는 필요기관이지만 그 소집절차가 간편하고 소집기간이 단축되어 있으며(상법 제571조 2항), 총사원의 동의가 있으면 소집절차를 생략할 수 있다(상법 제573조). 결의의 요건은 강화되어 있으나(제574조) 널리 정관에 의한 자치가 인정한다.

유한회사도 인적회사와 같이 사원의 지위를 지분이라 하며 각 사원은 그가 가진 출자좌수에 따라 지분을 가진다(상법 제554조). 그 출자의무는 인수한 출자좌수에 따라 정하여지고 그밖에는 아무런 책임을 지지 않는다. 다만 예외로 회사성립 당시의 사원 또는 자본증가에 동의한 사원은 특별한 실가부족재산전보책임(상법 제550조 1항)과 불이행출자전보책임(상법 제551조 1항)이 과해진다. 사원은 그 지분의 전부 또는 일부를 양도하거나 상속할 수 있다. 다만, 정관으로 지분의 양도를 제한할 수 있다(상법 제556조).

유한회사는 그 폐쇄성으로 주식회사와는 달리 수권 자본제도를 채용하지 않고 있다. 그 자본의 금액은 정관에 기재된다. 자본금액은 소회사의 남설 방지를 위하여 그 최저액(1천만원)이 정하여지고(상법 제 546조 제1항), 자본의 증가에는 정관변경이 요구되어 등기로 증자의 효력이 발생한다(상법 제592조). 사원이 1인이 된 때에는 해산된다(상법 제609조 1항 1호, 제227조 3호). 경제적으로 주식회사의 축소판으로 설립절차나 운영이 간편하기 때문에 비교적 소규모의 공동기업경영에 적합한 회사이다.

③ 주식회사에서 유한회사로의 조직변경

주식회사에서 유한회사로의 조직변경은 물적 회사간의 조직변경으로 인정된다. 이 경우 총주주의 일치에 의한 총회의 결의를 필요로 한다. 엄격요건주의를 채택하고 있으며, 사채를 발행한 경우 그 상환을 완료한 후에 조직변경이 가능하다(상법 제604조 제1항). 또한 회사의 자

본총액은 조직변경전의 회사에 현존하는 순재산액보다 많은 금액으로 하지 못한다(상법 제604조 제2항).

조직변경의 결의에 있어서는 정관 기타 조직변경에 필요한 사항을 정하도록 규정하고 있다(상법 제604조 제3항).

조직변경 후 회사에 현존하는 순재산액이 자본의 총액에 미달하는 때에는 조직변경결의 당시의 이사와 주주가 회사에 대해 그 부족액을 연대하여 지급할 책임을 진다(상법 제605조 제1항). 또한 채권자 보호 절차를 두어야 한다(상법 제608조, 제232조).

④ 유한회사에서 주식회사로의 조직변경

유한회사에서 주식회사로의 조직변경은 총사원의 일치에 의한 총회 결의를 필요로 한다. 회사는 그 결의를 정관으로 정하는 바에 따라 사원총회의 결의(정관상 특별결의 규정, 상법 제586조)로 할 수 있다.

또한 조직변경 시 발생하는 주식의 발행가액의 총액은 회사에 현존하는 순자산액을 초과하지 못한다(상법 제607조 제2항). 조직을 변경하는 경우 회사에 현존하는 순자산액이 부족한 경우 조직변경결의 당시의 이사, 감사와 사원은 회사에 대하여 연대하여 그 부족액을 지급할 책임을 진다(상법 제607조 제4항). 조직변경은 법원의 인가를 받지 아니하면 효력이 없다(상법 제607조 제3항). 역시 채권자 보호 절차를 두어야 한다(상법 제608조, 제232조).

3. 일본 상법 중 회사의 조직변경의 법리

(1) 일본법상 회사의 일반적 특징²³⁾

일본의 경우 종래 우리나라의 회사 형태와 동일한 체제를 갖추고 있었으나, 2005년 신회사법을 제정하면서 회사를 주식회사와 지분회

23) 양동석 외 1인, 한·중·일 회사법제의 비교연구, 기업법연구 제24권, 2009년, 175-185면을 정리하였음.

III. 상법상의 조직변경의 법리

사로 분류하고, 합명회사, 합자회사, 합동회사를 지분회사에 편입하였다. 합명회사는 그 출자의 종류나 금액에 관계없이 회사 채권에 관하여 회사의 채권자에게 직접, 연대, 무한책임을 지는 사원으로만 구성되는 일원적 회사(일본 회사법 제576조제2항)로서 우리나라의 경우와 같다. 사원은 원칙적으로 회사의 업무를 집행하는 권한과 회사를 대표하는 권한을 갖는다(일본 회사법 제590조). 따라서 개인 기업의 공동경영과 같은 실태를 가지고 있으며, 자본적 결합이라기 보다는 가족적 또는 동지적 결합의 공동기업형태라고 할 수 있으나, 회사법은 사원이 1인이 되는 경우도 그 존속을 인정한다(일본 회사법 제641조). 회사의 내부관계는 정관자치가 광범위하게 인정되고 있으나 정관변경 등 중요한 사항의 결정은 총사원의 동의를 필요로 한다(일본 회사법 제637조).

일본의 합자회사는 합명회사와 같은 무한책임사원과 회사채권자에 대하여 출자액을 한도로 직접, 유한책임을 지는 유한책임사원으로 구성되는 이원적 조직의 회사이다(일본 회사법 제576조 제3항). 각 사원은 업무를 집행할 권한을 가지며, 정관으로 업무집행사원을 정한 때에는 그자가 원칙적으로 회사를 대표한다(일본 회사법 제599조). 합자회사의 경우 자본제공자와 노무제공자를 결합하여 회사를 쉽게 형성하고자 하는 경제적 목적이 있고, 유한책임사원이 퇴사하여 무한책임사원만 남게 되는 경우에는 당해 회사는 합명회사가 되기 위하여 정관을 변경한 것으로 간주한다(일본 회사법 제639조제1항). 또한 합자회사의 무한책임사원이 퇴사하여 유한책임사원만 남게 되면 그 회사는 합동회사가 되기 위하여 정관을 변경한 것으로 간주한다(일본 회사법 제639조제2항).

일본의 합동회사는 1990년 이후 기업의 창업보다 폐지율이 높아지고 경제 불황이 지속되었던 일본의 경제 특성에 따라 경제활동을 활성화

하기 위하여 중소기업의 창업을 촉진하고자 주식회사나 유한회사보다 유연성을 풍부하게 하는 기업형태로서 미국의 Limited Liability Company를 모델로 한 합동회사가 법제화되었다. 합동회사는 모든 사원이 정관에 기재한 출자액을 한도로 하여 회사채권자에 대하여 간접적인 책임을 지는 유한책임사원만으로 구성되는 회사이며, 회사 재산이 중시되고 자본금은 등기하며 설립 등기시까지 출자가 이행되어야 하는 회사형태이다. 따라서 채권자보호 절차 없이는 자본 감소는 불가능하고, 이익을 초과하는 배당 역시 불가능하다. 회사의 업무집행이나 대표는 지분회사의 일반적인 경우와 같으며, 특별히 정하지 아니한 경우에는 전체 사원이 경영에 관여한다.

(2) 일본 상법 상 조직변경의 의의 및 절차²⁴⁾

1) 의 의

일본의 경우 회사법 시행 전에는 우리 상법과 같이 주식회사와 유한회사, 합명회사와 합자회사의 4가지 유형의 회사만을 인정하였을 뿐만 아니라, 조직변경에 있어서도 인적 회사 간의 조직변경, 그리고 물적 회사 간의 조직변경 만이 인정되는 것으로 규정하고 있었다(일본 상법 제113조, 제162조 및 일본 유한회사법 제64조, 제67조). 그러나 새로이 회사법이 제정됨으로 인하여 변화가 생겨나게 되었다. 새로운 회사법 상 조직변경은 회사 법인격의 동일성을 유지하면서 별개 유형의 회사로 되는 것으로서 주식회사가 지분회사(持分會社)로, 지분회사가 주식회사로 되는 것을 말한다. 즉 신 회사법에서는 주식회사로부터 지분회사로, 지분회사로부터 주식회사로의 조직변경이 인정되

24) 최준선, 상법의 편별 개별입법화 방안 비교법제 연구, 법무부 용역보고서, 2009., 505-507면을 정리하여 재인용함.

III. 상법상의 조직변경의 법리

는 반면에 지분회사 내의 변경은 조직변경이 아니고 정관변경의 문제로 취급하고 있다.²⁵⁾

조직변경이란 ① 주식회사가 그 조직을 변경함으로써 지분회사(합명회사, 합자회사 또는 합동회사)가 되는 것 및 ② 지분회사가 주식회사가 되는 것을 말한다(법 제2조 제26호). 따라서 합자회사가 합명회사로 변경하는 것처럼 지분회사 내에서 회사의 종류를 변경하는 것은 조직변경이 아니며, 따라서 조직변경에 관한 규정은 적용되지 않는다.

회사는 조직변경을 할 수 있으며, 이 경우 조직변경계획서(신회사법에서는 “조직변경계획”이라고 표현하고 있다)를 작성하여야 한다(법 제743조). 주식회사의 조직변경 계획이나 지분회사의 조직변경계획에는 모두 조직변경 후의 회사의 정관기재사항 외에(법 제7244조 제1항 제2호~제4호, 745조 제2항, 제746조 제1호 및 제2호, 제747조 제2호 참조) 종전의 주주 또는 사원에 대한 조직변경의 대가(법 제744조 제1항 5,6호 746조 제6호~8호), 효력발생일(법 제744조 제1항 제9호, 제746조 제9호)을 기재하여야 한다. 조직변경의 효력은 조직변경계획에서 정하는 효력발생일에 발생한다(법 제745조 제1항, 제747조 제1항). 주식회사가 지분회사로 조직변경을 하는 경우 신주예약권을 이용할 수 없으므로(법 제745조 제5항 참조) 주식회사는 신주예약권자에 대하여 금전 등(금전 기타의 재산. 법 제151조)을 지급하여야 한다(법 제744조 제1항 제7호 및 제8호).

2) 신 회사법에 따른 조직변경 절차²⁶⁾

- ① 법정사항을 정한 조직변경 계획을 작성한다.
- ② 조직변경 계획의 내용과 법무성령사항을 사전에 개시(開示)하여 주주 및 회사채권자의 열람에 제공한다(주식회사가 지분회사로 조직변경 하는 경우)

25) 이상신, 앞의 글, 139-140면.

26) 이상신 앞의글, 141면.

- ③ 조직변경 계획에서 정한 효력발생일의 전날까지 조직변경 계획에 관하여 총주주 또는 총사원의 동의를 얻는다.
- ④ 회사채권자보호절차를 행한다.
- ⑤ 조직변경 계획에서 정한 효력발생일에 조직변경의 효력이 발생한다.
- ⑥ 조직변경의 등기를 행한다. 형식상으로는 조직변경 전의 회사의 해산등기와 조직변경 후의 회사의 설립등기를 한다.

(3) 주식회사의 조직변경 절차

주식회사가 지분회사로 조직변경을 하기 위해서는 조직변경계획 기타 법무성령에서 정하는 사항을 기재한 서면 등을 본점에 비치하고 주주 및 채권자가 열람 및 등사할 수 있도록 제공하여야 한다(법 제 775조 제1항 및 제3항). 이 사전공시기간은 조직변경계획에 대하여 총주주의 동의를 얻은 날 등 소정의 날(조직변경계획비치개시일. 법 제 775조 제2항)부터 조직변경의 효력 발생일까지이다(법 제775조 제1항). 조직변경을 하는 주식회사는 효력 발생일까지 조직변경계획에 대하여 총주주의 동의를 얻어야 한다(법 제776조 제1항).

주식회사가 지분회사로 조직변경을 하는 경우 당해주식회사의 신주예약권자는 지분회사에서 배제된다. 따라서 조직변경계획에 이의가 있는 신주예약권자는 주식회사에 대하여 신주예약권을 공정한 가격으로 매입해 줄 것을 청구할 수 있다(법 제777조~제778조).

조직변경을 하는 주식회사의 채권자는 이의를 제기할 수 있다(법 제779조 제1항). 이의제기의 기회를 보장하기 위하여 회사는 1개월 이상의 이의제기기간을 정하고 조직변경을 하는 뜻 등 일정한 사항을 원칙적으로 관보에 공고하고 알고 있는 채권자에게는 개별최고를 하

III. 상법상의 조직변경의 법리

여야 한다(법 제779조 제2항. 다만 법 제939조 제1항 참조). 다만 관보 공고와 함께 정관소정의 공고를 하면 개별최고는 요하지 아니한다(법 제779조 제3항). 채권자가 이의제기기간 내에 이의를 제기하지 않은 경우 해당 채권자는 조직변경을 승인한 것으로 간주된다(법 제779조 제4항). 반대로 이의를 제기한 경우에는 주식회사는 변제, 담보제공 또는 재산신탁을 하여야 하지만, 조직변경을 하더라도 당해채권자를 해할 우려가 없는 때에는 이러한 조치는 취할 필요가 없다.

(4) 지분회사의 조직변경 절차

지분회사가 주식회사로 조직변경을 하기 위해서는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고 효력발생일 전까지 조직변경계획에 대한 총사원의 동의를 얻어야 한다(법 제781조 제1항). 채권자보호절차는 주식회사의 조직변경에 준하여 이루어진다(법 제781조 제2항).

(5) 지분회사의 종류의 변경

지분회사가 다른 종류의 지분회사로 변경하는 행위는 정관을 변경함으로써 이루어 질 수 있다(법 제638조~제639조). 예를 들어 합명회사가 합자회사로 변경되는 경우 유한책임사원을 입사시켜 정관을 변경하거나 사원의 일부를 유한책임사원으로 하도록 정관을 변경함으로써 이루어진다(법 제638조 제1항 제1호 및 제2호).

합자회사의 경우 사원이 사망 등을 원인으로 퇴사함으로써 무한책임사원 또는 유한책임사원이 존재하지 않게 되는 상황도 예정할 수 있다(구법 제162조 제1항 본문 참조). 따라서 합자회사의 사원이 무한책임사원만 남게 된 경우 당해합자회사는 합명회사로 변경하는 정관의 변경이 있었던 것으로 간주된다(법 제639조 제1항). 합자회사의 사

3. 일본 상법 중 회사의 조직변경의 법리

원이 유한책임사원만 남게 된 경우에도 합동회사로 변경되는 정관의 변경을 한 것으로 간주된다(법 제639조 제2항). 다만 합동회사가 되기 위한 정관변경의 경우에는 사원이 출자를 전부 이행하고 있을 것이 전제가 된다(법 제640조 제1항 및 제2항 본문 참조).

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

1. 의 의

상법상의 조직변경의 법리에서 살펴본 바와 같이 조직변경은 법인격의 동일성을 전제로 하는 것이며, 협동조합 기본법에서 인정하고 있는 조직전환 역시 본질적으로는 이와 같이 동일성을 전제로 하는 조직변경의 법리에 기초하고 있다. 하지만, 협동조합 기본법이 입법적 대안으로 제시하고 있는 조직전환의 법리는 우리 상법에서 인정되고 있는 조직변경의 법리와는 달리 한시적이고 제한적인 범위에서만 인정되고 있다.

상법상 조직변경과 비교하여 협동조합기본법상 조직변경이 매우 제한적인 범위로 한정하여 인정되고 있는 것은, 협동조합 기본법상의 협동조합 조직법리가 다른 법령보다 뒤늦게 형성되었기 때문으로 이에 대한 입법적 보완을 위한 제도적 수단으로서 조직전환의 법리를 차용하고 있는 것으로 볼 수 있다.

협동조합 기본법과 관련하여 조직변경이 필요한 경우를 살펴보면, 협동조합과 유사한 조직체 활동은 비록 용어상 협동조합으로 설립된 조직은 아니라 하더라도 구성원의 상부상조와 복리증진을 위한 활동으로 일반적으로 이루어지고 있다. 물론 그러한 조직체가 법인인가의 여부는 논의할 필요성이 없을 것이다. 예를 들면, 전통적인 관점의 계나 두레에서 부터, 문중재산의 공동관리, 민법상의 조합과 같은 법인 아닌 일반조직에서부터, 개인사업자, 주식회사·유한회사 등의 다양한 형태의 사업체의 형식 등으로 현행 법령에서 인정되는 조직의 형태를 띠고 활동하고 있는 것이 현실이다. 따라서 이와 같이 협동조합에 유사한 활동을 협동조합 기본법 제정 이전부터 수행하고 있는 조직의 경우에는 협동조합 기본법에 따른 협동조합을 설립하고자 하는 경우

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

신규 설립절차와 같은 복잡한 절차를 요구하기 보다는 보다 간편한 요건과 절차로 협동조합 설립을 인정하는 것이 협동조합의 활성화 측면에서 필요한 것이다.

이와 더불어 기존에 활동하고 있는 협동조합 유사 조직이 협동조합 기본법 상 협동조합으로 전환하고자 하는 경우, 전환규정이 없으면, 기존의 조직을 해산 및 청산하고 새롭게 협동조합의 구성원을 모집하여 설립하는 이중적 절차를 거쳐야 한다는 복잡함은 물론 기존의 조직체의 활동으로 형성된 권리의무관계와 이해관계를 새롭게 설립되는 협동조합이 그대로 가져오기 못하기 때문에 새롭게 형성하도록 하여야 한다는 점에서 협동조합으로의 전환에 많은 거부감을 줄 수 있을 것이다. 또한 기존 조직이 가지는 인·허가 등의 권한과 업무 노하우 등 다양한 형태의 조직적 특성을 버리고 새로운 협동조합이 새롭게 관계를 형성하도록 하는 것은 적절한 입법적 태도가 아님을 알 수 있다. 이것은 협동조합의 설립을 활성화하여 새로운 경제주체로서 정착시키고자 하는 기본법의 입법취지에도 부합하지 않는다고 할 것이다.

이러한 설립요건과 절차 및 현실적인 문제와 아울러 기존의 조직의 해산으로 기존조직이 이미 축적하고 있는 재산적 가치를 청산하고, 새로운 법인을 설립하는 경우, 기존조직과 동일성을 가지지 못하는 새로운 법인은 양도세, 법인세, 취·등록세 등 조세 측면에서도 부가적으로 지출되는 비용이 증대될 것이다. 이것은 기존의 영세한 조직이 협동조합 기본법상 협동조합으로의 전환으로 더욱 부실하게 될 가능성이 있음을 의미한다. 따라서 협동조합의 조직전환을 인정하지 않을 경우에는 신규 설립만이 인정되고, 기존의 협동조합 유사 조직의 활동을 법적 기반이나 지원도 없이 자발적으로 추진하고 진행했던 초기 협동조합 운동의 참여자를 배제하는 결과를 초래할 수 있을 것이다. 이러한 관점이 협동조합 기본법에서 협동조합 유사조직의 협동조합으로의 조직전환을 인정하는 이유이기도 하다.

2. 일반적 전환절차의 내용

협동조합의 조직전환을 위하여 기본법이 취하는 태도는 신규설립과는 달리 기존조직의 전환만을 인정하는 방식을 취하고 있다. 이것은 일반적으로 활동하는 회사 또는 법인은 협동조합 전환을 인정하지 않고, 협동조합으로 활동하고자 하였지만 협동조합으로서의 법적 지위를 입법적 불비로 갖출 수 없었던 조직이 기존의 조직설립방법으로 조직을 유지하면서 협동조합 활동의 목적을 달성하는 방식의 사업과 조직 운영을 하고 있는 개인사업자나 조직에 대하여 협동조합전환의 법리를 적용하여 전환을 인정하고자 하는 것이다. 이러한 입법적 취지에 따라 협동조합전환을 위한 입법적 방안으로는 부칙의 경과규정에 따라 일정한 요건과 절차를 거친 개인사업자, 회사 또는 법인에 대하여만 전환을 인정하는 방식을 규정하고 있다. 즉, 기본법 부칙 제2조는 기본법의 시행에 따른 기존의 협동조합 유사조직의 협동조합으로의 전환에 따른 법적 지위를 보장하기 위하여 관련 경과조치를 규정하고 있다.

이러한 방안 기본법 시행 당시를 기점으로 협동조합이 아니지만 기본법상의 협동조합과 유사한 목적을 위하여 이미 설립된 사업자 또는 법인이 이 법에 따른 협동조합으로서의 법인격을 얻어 협동조합으로 설립하려는 경우에는 기본법 시행일로부터 2년 이내에 기본법에서 정하는 설립 최소기준을 갖추어 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거친 후 기본법상의 설립절차를 거쳐 설립등기를 하면 설립등기 전 사업자 또는 법인과 설립등기 후 협동조합은 동일한 법인으로 인정하겠다는 경과조치를 규정하였다.

구체적인 요건을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 기존 조직은 협동조합과 유사한 목적으로 설립될 것을 요건으로 하고 있다. 유사한 목적이란 기본법 제5조에서 밝히고 있는 구성원의 복리증진과 상부상조를 목적으로 조직이 구성되어야 하며, 제6조에서 규정하고 있는 기본원

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

칙인 자발적 공동소유의 형태 등과 같이 협동조합이 요구하는 조합적 성격의 조직적 성격을 유지하고 있어야 할 것이다. 이와 더불어 개인 사업자의 형식이던 회사 또는 법인의 형식이던 일인이나 소수의 조직원의 일반적 조직구성의 원리가 아니라 조직원 다수의 의사결정에 따른 의사결정 등이 이루어지는 조직적 성격을 가질 것을 요청하고 있는 것이다.

둘째, 기존 조직이 기본법에 따른 협동조합으로의 조직전환은 2014년 11월 30일 이전에 이루어져야 한다는 시간적 제약을 요건으로 하고 있다. 이것은 기존조직의 전환이라는 시혜적 개념의 입법적 조치라는 점에서 입법의 계속성을 보장하는 것은 적절하지 못하다는 점에서 시간적 제약을 두도록 하고 있다. 셋째, 기본법에 따른 최소 설립 기준을 충족하도록 하고 있다. 기본법 제15조는 협동조합 설립을 위하여 5인 이상의 조합원 자격을 가진 발기인과 정관, 창립총회, 시도지사 신고 등을 요구하고 있다. 부칙에서 요구하고 있는 요건은 설립 기준에 관한 요건이라는 점에서 5인 이상의 조합원 자격을 가진 발기인과 정관이 있는 경우에는 전환을 위한 설립요건을 갖추는 것으로 볼 수 있을 것이다.

넷째, 조직전환을 위한 절차적 과정은 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거치도록 하고 있다. 여기에서의 구성원은 기존 조직구성원을 의미하는 것인지, 새로 설립에 동의한 구성원인지 의문이 있다. 해석상으로는 후자로 보는 것이 적절할 것이다. 왜냐하면, 기존조직의 조직변경을 위한 절차적 과정은 기존조직의 정관 등에 별도의 제도가 마련되어 있을 것이므로 그 절차에 따른 결정이 필요한 것이며, 협동조합으로의 전환결정은 기존의 조직구성원이 아니라 협동조합으로의 조직전환에 동의하는 구성원들에 의하여 이루어져야 하기 때문이다. 예를 들면, 기존의 조직이 주식회사의 형식으로 활동하는 경우에 기존의 조직이 해산에 준하는 업무

의 본질적 내용을 변경하고자 할 경우에는 정관에서 주주총회의 의결을 거치거나 이사회 의 동의를 거치도록 하는 등의 별도의 절차가 요청되는 것이며, 이러한 절차를 거친 이후에 별도의 협동조합 전환결의를 하는 것이 절차적으로 적절하기 때문이다. 이 경우 부칙에서 요구하고 있는 절차적 요건은 후자의 전환결의에 해당하는 것을 의미한다.

다섯째, 기본법에서 요청하는 협동조합 설립절차를 거치고 설립등기를 하여야 한다. 즉, 전환을 위해서는 두 번의 전환절차를 거쳐야 한다. 이것은 총 3번의 의결절차를 요구하고 있음을 알 수 있다. 기존조직의 업무전환 결의, 협동조합으로서 조직전환 결의, 협동조합 설립결의 등이 그것이다. 기본법이 요구하는 절차는 설립신고절차와 정관 및 규약·규정의 제정, 설립사무의 인계와 출자납입 등을 요구하고 있다. 이와 더불어 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 조직이 성립하도록 하고 있다. 협동조합의 등기는 성립요건에 해당한다. 등기는 출자금의 납입이 끝난 날부터 14일 이내에 하여야 하며, 주식회사의 조직변경과 같이 필요한 경우에 기존조직은 해산 등기를 하고, 협동조합은 설립등기를 하는 형식이 될 것이다. 해산 등기는 설립에 따른 조직의 동일성에는 영향을 미치지 않는다.

이상과 같은 요건과 절차에 따라 기존조직의 협동조합 전환절차의 문제와 권리승계의 문제가 발생하게 되었다. 이러한 문제는 협동조합연합회(제2항), 사회적협동조합(제3항), 사회적협동조합연합회(제4항)에 계도 동일하게 인정되도록 하고 있다.

3. 전환 사례

(1) 전환의 유형

기본법 부칙 제2조는 협동조합의 조직전환의 유형을 4가지로 단순 규정하고 있다. 즉, 기본법이 체계화하고 있는 협동조합, 사회적협동

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

조합 및 각 연합회로의 전환을 염두에 두고 조문화하였다. 조문의 형식적 구조를 살펴볼 경우, 모든 경우에 조직전환이 가능한 것으로 볼 수 있으나, 실질적으로 경과규정에서 예시하고 있는 전환의 유형을 이론적으로 분석하면 다음의 3가지 경우를 들 수 있을 것이다. 예를 들면, ① (개인)사업자나 법인(회사 등)이 협동조합 또는 사회적협동조합으로 전환하는 경우, ② 비영리법인이 사회적협동조합으로 전환하는 경우, ③ 사단법인이 협동조합연합회·사회적협동조합연합회로 전환하는 경우 등이 있다. 경과조치로 포괄적 조직전환을 인정하고 있으나, 실질에 있어서는 매우 제한된 범위에서만 인정되면, 내용에 있어서 요구하는 요건을 충족하는 경우 역시 매우 제한적일 수밖에 없음은 현재 조직전환을 통하여 협동조합을 설립하는 경우가 극히 예외적인 경우에 한정되고 있는 현실에서도 파악할 수 있다. 구체적인 경우에 있어서 조직전환의 가능성에 관하여 검토해 보도록 한다.

협동조합 조직전환의 법리에 있어서 협동조합, 사회적협동조합 및 각 연합회의 경우에도 사업자가 참여할 수 있도록 규정하고 있다. 여기에서의 사업자란 일반적으로 다른 법령에 따라 개인사업자로 사업 활동을 하는 것을 의미한다. 하지만, 실질적으로 1인이 운영하는 개인사업자는 협동조합과 유사한 목적을 위하여 설립된 사업자의 요건을 충족하지 못할 뿐만 아니라 협동조합 설립의 요건에 있어서도 적합한 법적 지위를 가지고 있지 못하므로 전환이 불가능할 것이다. 다만, 예외적으로 공동운영 개인사업자의 경우에는 적절한 증명과 절차를 완비하면 전환이 가능할 것이다. 이 경우에 사업자의 업무특성에 따라 협동조합과 사회적협동조합으로의 조직전환은 가능하지만, 각 연합회로의 전환은 협동조합 또는 사회적협동조합이라는 실질적 구성이 필요하다는 점에서 인정될 수 없을 것이다. 따라서 부칙 제2조제3항과 제4항에서 사단법인의 경우에 한하여 연합회의 설립을 인정하고 있는

이유이기도 하다. 개인사업자의 협동조합 조직전환을 적용받기 위하여는 외형적으로는 개인사업자로 활동하지만, 그 실질적인 행위의 형태는 협동조합과 유사하게 구성원이 공동의 목적으로 활동하고 있음을 입증하는 문제가 발생한다. 이것은 외형과 실질의 차이에서 발생하는 문제로서 설립신고 시 관련사항을 증명할 수 있는 서류와 참여자의 동의서 및 활동내역, 총회와 유사한 구성원 회의의 회의록 등을 첨부하여 그 사실을 증명하여야 할 것이다.

법인의 경우에는 특별한 제한 없이 법인 설립의 목적에 맞는 경우에는 협동조합, 사회적협동조합 및 각 연합회도 조직전환이 인정된다. 다만, 민법 또는 특별법에 따라 설립된 재단법인은 물적 조직이라는 법인의 특성상 인적 조직이라는 사단법인인 협동조합의 조직전환은 인정되지 않는다. 다만, 이 경우 재단법인이 조합원의 자격으로 협동조합에 참여하는 것을 배제하는 것은 아니다. 즉, 일반적인 경우 기본법 부칙 제2조의 적용을 받아 협동조합으로 조직전환의 법리를 적용받는 경우는 인적 결합체인 사단법인의 경우일 것이다.

이 경우에 있어서도 고려하여야 할 것은 해당 법인의 설립이나 사업개시 시점이 2012년 11월 30일 전이어야 한다는 점이다. 이것은 기본법의 경과규정이 원칙적으로 기본법 시행이전에 법인의 설립이 완료될 것을 요청하고 있기 때문에 이후의 법인설립의 경우에는 이 경과규정의 적용을 받을 수 없다.

‘동일한 법인으로 본다’는 법적 의미 역시 단순한 동일 법인으로 활동을 인정하는 것이 아니라 구조적·새로운 협동조합의 조직적 성격의 동일성은 물론 권리·의무의 승계 등에 있어서 동일성을 인정받는다는 의미일 것이다. 즉, 조직의 계속성을 인정하는 것이며, 업무의 연속성 역시 인정받을 수 있음을 의미한다. 이러한 법인의 조직전환의 법리에 따를 경우, 기존 법인을 해산·청산하고 새로운 법인인 협동조합을 설립하는 시간적·비용적 측면의 낭비를 초래할 수 있으며, 기

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

존 조직의 권리·의무관계를 처음부터 새롭게 정립하여야 하는 많은 한계를 가진다는 점에서 이를 인정하고자 하는 것이다.

예를 들면, 구 법인에서 신 법인으로 조직이 전환된 경우에는 법인의 명칭 등 외형적 조직의 모습은 다른 법인이지만, 실질은 동일한 법인으로 인정되는 것을 의미한다. 따라서 법인의 재산은 계속 보유의 의미이므로 양도세, 취득세, 법인세 등 새로운 법인에 부과되는 조세에 관한 사항은 적용되지 않으며, 연속성을 인정받을 수 있다. 또한, 구 법인이 가지고 있는 인·허가권과 업무 등은 신 법인이 계속해서 그 권리의무를 승계하여 수행할 수 있다. 물론 각 개별 법령에 있어서 업무변경에 따른 규제(인허가, 신고, 등록 등)는 별도로 받아야 하지만, 그 계속성은 인정되는 것이며, 관련 주무관청은 계속성이 인정되는 조직이라는 점에서 특별한 거부사유가 존재하지 않는 경우에는 그 계속성을 인정하여 관련 권리의무관계를 승인하여야 할 것이다.

협동조합으로의 조직전환에 관한 사항은 내용적 요건은 물론 절차적 요건도 갖추어 것을 요청하고 있다.

(2) 전환절차

1) 일반적 절차

협동조합, 사회적협동조합 및 각 연합회는 개별적 협동조합의 설립 절차에 준하는 조직전환절차가 요청된다. 조직전환의 경우에는 기존 조직은 해산결의를 하는 것이 아니라 전환결의를 위한 총회(전환총회)를 하고, 이 전환총회에서 의결정족수를 충족하여 동의를 받은 경우에는 협동조합 설립 결의를 위한 창립총회를 개최하여 기본법이 요구하는 요건에 맞는 절차를 진행하여야 한다.²⁷⁾

27) 조직전환에 관한 행정적 절차와 내용에 관하여는 기획재정부, 협동조합 업무지침, 2012.12.1., 155-165면 참조.

전환총회는 조직전환 이전의 조직 구성원이 협동조합으로의 전환에 대한 동의여부를 확인하는 총회이다. 이 경우 전체 구성원이 알 수 있는 방법으로 공고하여야 하며, 공고에는 전환을 위한 사항을 모두 공고하여야 한다. 이 경우 대의원총회나, 이사회 등에서는 전환결의를 의결할 수 없으며, 반드시 모든 구성원이 참여할 수 있는 구성원총회에서 결정하여야 한다. 따라서 기존 조직이 형식적으로나 실질적으로나 1인 사업자로 운영된 경우에는 조직전환의 법리가 적용되지 않음은 명백하다. 각 주체별 전환총회의 구성원과 의결권 행사방법 등은 다음 표와 같다.²⁸⁾

[전환총회 의결권자]

조직 형태		구성원 자격	의 결 권
법인인 법인사업자	주식회사	주주	지분에 상당하는 의결권
	유한·합자· 합명회사	사원	지분에 상당하는 의결권
	비영리사단법인	회원	1인 1의결권
	비영리사단법인의 사업단	모법인의 회원	1인 1의결권
	특별법상 법인	회원 또는 조합원 등	1인 1의결권
법인이 아닌 법인사업자	비영리민간단체	회원	1인 1의결권
개인사업자	사업자등록증에 다수가 등재	등재된 모든 사람	1인 1의결권을 원칙으로 하 되, 의결권에 관한 약정이 존재하고 이를 입증할 수 있는 경우에는 약정에 따 른 의결권
	공동운영 ※사업자등록증 에 1인이 등재되 었더라도 사실상 동업인 경우	동업자	1인 1의결권을 원칙으로 하 되, 의결권에 관한 약정이 존재하고 이를 입증할 수 있는 경우에는 약정에 따 른 의결권

28) 기획재정부, 협동조합 업무지침, 157면.

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 범위

전환총회의 의결정족수는 기존 조직 구성원 과반수 출석과 출석자 3분의 2이상의 찬성이 필요하다. 다만, 기존 조직의 정관이나 관련 법령에서 강화된 의결기준을 정하고 있는 경우에는 기존 조직의 정관이나 법령의 기준에 따라야 한다. 이 의결기준은 기존에 조직전환에 관한 사항을 규율하는 경우는 없으므로 조직의 해산기준을 준용하여 조직의 해산정족수와 비교하여 판단하여야 할 것이다. 구성원의 의결권 행사의 차등여부 역시 기존 조직에 적용되는 법령이나 정관 등에 따른다. 전환결의가 있는 후 기본법은 별도의 규정을 두고 있지 않지만, 조직 활동의 본질에 비추어 채권자 보호를 위한 절차를 진행하여야 한다. 이것은 기존 조직과는 별도의 새로운 조직이 형성된 것이므로 채권자가 이를 확인하고 거래관계 등을 지속할 것인가를 판단할 수 있도록 하여야 하며, 계속하기를 원하지 않는 경우에는 채무의 변제와 같은 후속적인 조치를 취할 수 있도록 그 정보를 제공할 의무가 있는 것이다. 따라서 협동조합 업무지침은 전환 결의 후 14일 이내에 채권자에게 조직 전환에 대하여 이의가 있으면 일정한 기간 내에 의견 제출을 공고하도록 하고 있다. 이와 더불어 기존 조직에서 알고 있는 개별 채권자에게는 개별적으로 서면통지를 할 의무를 부과하고 있다. 다만, 채권자의 채권에 대하여 이미 채권에 상당한 담보를 제공하였거나, 담보의 목적으로 상당한 재산을 신탁 또는 공탁한 경우에는 채권자 보호절차를 생략할 수 있도록 하였다.

채권자 이의의 제출기간은 1개월 이상 지정하여야 하며, 채권자가 이의를 제출하지 아니한 경우에는 조직전환을 승인한 것으로 간주한다. 채권자가 이의를 제출한 경우에는 기존 조직은 신고·인가신청 전까지 그 채권자에게 변제 또는 상당한 담보의 제공, 신탁·공탁 등을 통하여 채권자 보호를 위한 수단을 마련하여야 한다. 이와 아울러 조직전환에 반대하는 구성원 중 협동조합 설립에 참여하지 않을 것을 명백한 의사

로 표시하는 구성원의 경우에는 해당 구성원의 지분을 정리하는 절차가 요청된다. 이에 협동조합 업무지침은 전환에 반대하는 주주나 사원의 주식 또는 지분은 신고·인가신청 전까지 다른 구성원에게 주식(지분)을 양도하거나, 기존 조직에게 주식(지분)의 매수를 청구하여 정리하도록 하고 있다. 이와 더불어, 1인 조합원 최대보유 지분한도인 30%이상의 지분을 보유하는 주주나 사원의 경우에도 초과분에 대하여 양도 또는 매수청구를 통하여 주식(지분)을 정리하도록 하고 있다.

창립총회는 공고를 통하여 총회를 개최하여야 하지만, 전환의 경우에는 전환총회와 창립총회를 순차적으로 같은 날 개최하여도 무방할 것이다. 창립총회는 설립에 동의한 구성원으로 치루는 것으로 기본법이 요구하고 있는 설립절차와 기준을 준수하는 방식으로 진행하여야 할 것이다. 다만, 조직전환에 따른 설립신고 또는 인가에는 전환을 증명하는 서류를 추가적으로 포함하여야 할 것이다.²⁹⁾

☞ 전환에 따른 설립 신고·인가시 추가 제출서류

1. 전환총회 개최 공고문
2. 전환총회 의사록
3. 채권자 의견제출 공고문
4. 기존 조직 사업자등록증
5. 기존 조직 구성원 명부
6. 기존 조직의 사업목적이 구성원의 복리증진과 상부상조 또는 이와 유사함을 입증할 자료(기존 조직의 정관, 규약, 규정, 회의록 등)
7. 이의를 제기한 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하는 상당한 재산을 신탁회사에 신탁 또는 법원에 공탁했음을 입증하는 자료(이의 제기한 채권자 명부, 공탁증명서 등)

29) 기획재정부, 협동조합 업무지침, 162면.

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

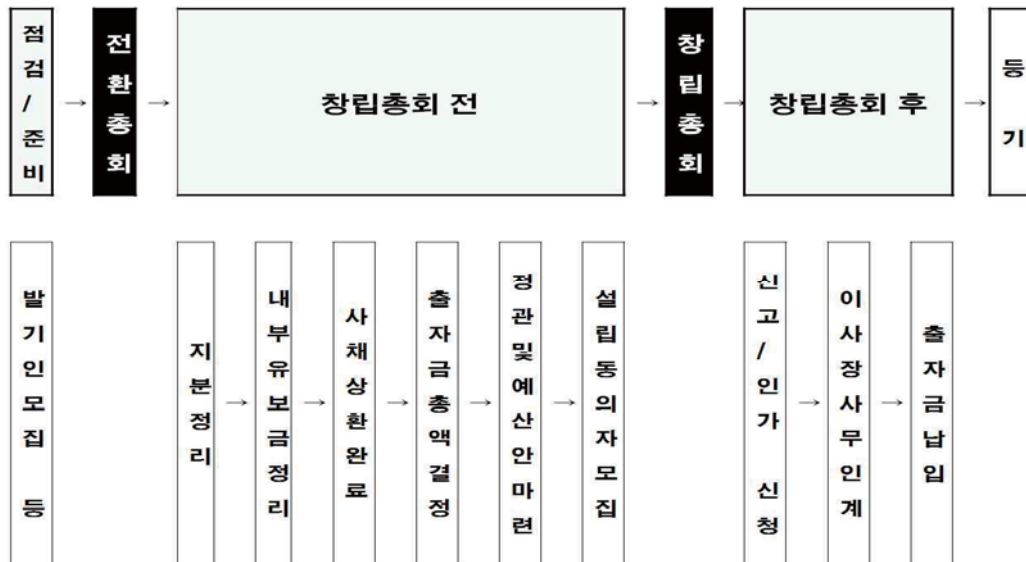
2) 전환주체별 절차

각 전환주체를 중심으로 그 절차를 간략히 살펴보고자 한다.

전환절차란 기존의 사업자 또는 법인이 부칙 제2조에 따라 전환하는 협동조합과 동일성을 인정받기 위하여 거쳐야 하는 절차를 말한다.

전환절차의 주요내용은, 먼저 설립최소기준을 갖추어 전환할 것을 결의하는 전환총회를 거치고, 협동조합의 형태를 갖추기 위한 창립총회를 거친 다음에 신고 내지 인가, 출자금 납입 등의 후속 절차를 이행한 후, 최종적으로 협동조합으로 전환하였음을 등기하여야 한다. 그리고 전환총회와 창립총회에서는 각각 보고 내지 의결할 사항들이 있으므로 총회 전에 여러 가지를 사전에 점검하고 준비하여야 할 것이다.

한편 전환의 구체적인 절차는 전환하려는 사업자 또는 법인의 법적 형태에 따라 다소 다를 수밖에 없다. 다음에서는 주식회사를 중심으로 설명하되, 각 절차에서 사례를 통하여 다른 법적 형태를 가진 사업자 또는 법인에 경우를 설명하도록 한다.³⁰⁾



30) 기획재정부, 협동조합 설립운영 안내서, 2012.12. 109-110면.

① 개인사업자

개인사업자의 협동조합 또는 사회적협동조합 전환은 실질적으로 협동조합의 법리적 성격과 개인사업자의 관계는 전혀 동일한 조직으로 인정받는 것이 불가능하므로 이러한 전환의 경우는 발생하지 않을 것으로 보인다. 다만, 민법상의 조합적 성격의 조직이 일반적인 개인회사로 활동하는 경우에는 전환에 관한 사항을 검토할 수 있을 것이다. 즉, 명의는 개인사업자이지만 운영은 지분적 참여와 총유적 소유형태로 나타나는 조직체는 협동조합 또는 사회적협동조합으로 전환이 가능하다. 이 경우, 해당 회사의 지분관계를 증명할 수 있는 문서와 소속 조합원의 동의(전원동의)로 전환결의를 하고 이러한 공증문서를 근거로 협동조합 또는 사회적협동조합 설립절차에 따라 협동조합 또는 사회적협동조합을 설립한 경우라면 기존의 조직활동에 있어서 가진 권리·의무를 그대로 승계할 수 있도록 하는 것이 올바른 입법정책일 것으로 판단된다.

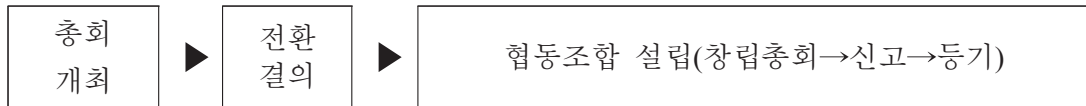


② 영리법인

법인(회사 등)이 협동조합으로 전환하는 경우에는 보다 복잡한 논의의 구조가 필요하지만, 회사와 같은 영리법인이 협동조합으로 전환하는 경우에는 상법상의 조직전환의 법리를 적용하여 판단하면 될 것이다. 이 경우, 기존의 법인의 해산과 청산절차를 거쳐 새로운 협동조합의 설립절차를 진행하는 것은 완전한 새로운 협동조합이 탄생하는 것으로 전환에 따른 동일 법인의 법리를 적용할 여지는 없을 것으로 보

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리

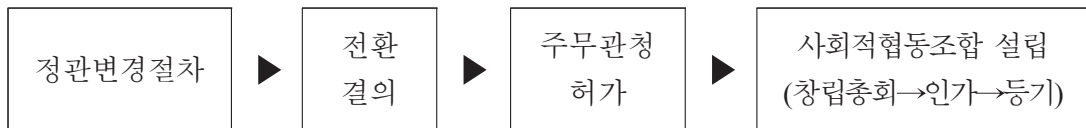
이다. 따라서 전환을 하는 법인의 경우에는 상법상의 조직변경의 법리에 따라 기존의 법인이 총회를 열어 주주 혹은 회원들의 정관에서 정하는 정족수에 따라 전환의 결의를 하고, 그 전환결의에 따라 법인의 기존 소속원을 조합원으로 하여 소속지분관계에 관한 총회의 결의등을 근거로 지분관계를 확인한 후 협동조합의 설립절차를 진행하여 협동조합을 설립한 경우에는 기존의 법인과 새로 설립된 협동조합은 동일한 법인으로 보고 기존의 권리·의무관계를 그대로 향유하는 조직으로 인정받을 수 있을 것이다.



③ 비영리법인

비영리법인이 사회적협동조합으로 전환하는 경우는 매우 복잡한 법리적 관계를 분석하여야 할 것이다. 먼저 비영리법인의 협동조합 전환은 법인성격의 본질적 전환을 의미하는 것으로 이를 인정하는 것은 바람직하지도 않으며, 법리적으로 인정받기도 어렵다고 할 것이다. 따라서 사회적협동조합으로 전환하는 경우만을 살펴보고자 한다. 기존의 민법상의 비영리법인은 법인의 성격상 공익성을 바탕으로 활동하므로 법인의 목적이나 활동 등을 변경하는 경우에는 내부절차로 총회 등 정관변경절차를 통하여 조직전환이 가능하다. 비영리법인이 사회적협동조합으로 전환하는 것은 조직의 동일성을 해치는 변경이라는 점에서 동일한 것으로 보기는 어렵지만, 비영리법인의 경우 매우 제한적인 수익적 활동영역만을 인정받는 조직체라는 점에서 공익성의 확대를 원하는 경우에는 사원총회 또는 이사회 의결 등과 같은 정관 변경절차를 통하여 전환결의를 하고 주무관청의 허가를 받아 후 사회

적협동조합 설립절차에 따라 사회적협동조합으로 전환하는 것을 막을 필요는 없을 것으로 판단된다. 이 경우에는 상법상의 조직전환의 법리를 원용하되, 보다 엄격한 요건이 요구된다고 할 것이다. 이것은 비영리법인의 법인전환의 절차적 복잡성과 요건의 엄격함에 따른 것으로 판단된다. 이러한 절차와 요건을 충족한 경우에는 비영리법인의 사회적협동조합으로의 전환을 인정하고 기존의 법인의 권리·의무를 승계한 새로운 법인으로서의 사회적협동조합을 인정하는 것은 적절한 입법적 조치가 될 수 있을 것이다.

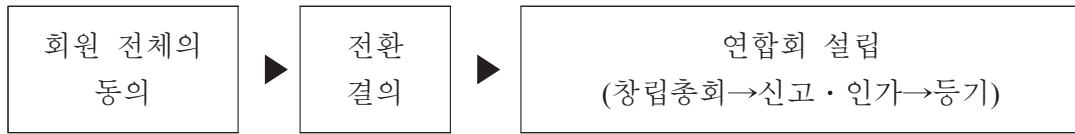


④ 사단법인

사단법인이 협동조합연합회와 사회적협동조합연합회로 전환하는 경우는 연합회라는 조직의 성격상 회원인 협동조합의 전환을 전제로 하는 것으로 먼저 소속 회원 전체가 협동조합으로 전환하거나 전환에 반대하는 소속 회원의 탈퇴 등이 이루어진 후 조직 전체의 체계적인 설립절차를 통하여 연합회를 설립할 수 있을 것이다.

전환과정에 있어서 판단하여야 할 사항은 협동조합과 유사한 목적으로 설립되었을 것으로 요건으로 하고 있으므로 이에 대한 판단이 필요하다. 먼저, 기존 조직의 업태와 시설 협동조합의 업태가 같거나 유사하여야 할 것이다. 둘째, 기존 조직의 목적이 구성원의 복리증진과 상부상조 또는 이와 유사할 것 등이 정관·규약·운영규칙 등에서 객관적으로 증명될 수 있어야 할 것이다.

IV. 협동조합 기본법상의 조직전환의 법리



4. 전환의 효과

이상과 같이 법인전환을 통하여 협동조합이 동일 법인으로 간주되는 경우에는 조직변경으로 인정되므로 재산의 전환에 따른 조세상의 문제가 해결될 것이며, 기존의 인허가권 등도 함께 승계되는 것으로 해석하여야 할 것이며, 부채 등 의무사항도 함께 승계되는 것은 당연한 법리적 전개라 할 것이다. 즉, 별도의 이전절차 없이 주체의 동일성이 인정되므로 귀속되어 있는 권리·의무도 역시 별도의 이전절차 없이 바로 전환되는 효과를 가진다. 이러한 전환절차의 효과는 재산과 권리 이전에 따른 국세와 지방세가 별도로 부과되지 않으며, 세법상 단순한 명칭의 변경으로 의제된다. 다만, 각종 명부상 표시변경 등기를 할 때에는 등록세가 부과될 수 있으며, 지분정리에 따른 주주 개인에 대한 세금을 부과될 수 있다.

각종 인·허가의 경우에 있어서도 새로운 협동조합이 그 업력과 경력을 인정받을 수는 있지만 명의변경이나 관계 행정기관에의 규제절차 등은 별도의 절차를 이행하여야만 최종적인 권리를 인정받을 수 있다.³¹⁾ 근로관계의 경우에도 기존의 근로관계가 전환 후에도 그대로 유지되며, 근로계약을 종료하고자 하면 별도의 합의해지 절차나 해제의 절차에 따라야 한다.

31) 주류법 제8조의2(법인 전환에 따른 주류 제조면허 등의 승계)에서는 주류·밀술·술덧의 제조면허 또는 주류 판매업면허를 받은 자가 그 사업에 관한 모든 권리와 의무를 포괄적으로 승계시켜 법인으로 전환하는 경우에는 동법에서 정한 시설기준과 그 밖의 요건을 갖추어 관할 세무서장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있음

5. 현행 협동조합 기본법 부칙 제2조에 따른 전환 사례

서울특별시에 협동조합으로의 전환 건으로 접수·수리된 사례를 중심으로 살펴본 바, 2013년 7월 현재, 「협동조합 기본법」 부칙 제2조에 따른 전환 사례는 2건으로 조사되었다. 확인할 수 있었던 사례는 주식회사에서 언론 협동조합으로 전환한 프레시안 사례이다. 프레시안 사례의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- 언론 협동조합 프레시안 사례
 - 2013년 5월 전환총회를 개최
 - 주식회사에서 협동조합으로 전환
 - 2013년 6월 1일 창립총회를 열고 서울특별시에 협동조합 설립 신청
 - 주식회사 법인에서 협동조합으로 전환한 최초의 사례임

현재 「협동조합 기본법」 부칙 제2조에 따른 전환신청이 지속적으로 진행되고 있다고 한다. 다음 장에서는 이와 같은 법인의 협동조합으로의 전환수요에 적합한 개정 방안을 제시하고자 한다.

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

1. 현행 기본법상 조직전환의 문제점

협동조합 조직전환의 법리를 정하고 있는 기본법 부칙 제2조는 부칙이라는 입법형식의 본질적 한계로 본래의 입법목적 달성에 많은 한계가 있는 것이 현실이다. 본질적으로 부칙이란 법령입안심사기준에서도 제시된 바와 같이 법령의 본칙에 부수하는 것으로 본칙의 규정에 한계 지워지는 특징이 있다. 그 중 경과조치는 법률을 제·개정할 때 종전의 상태를 계속 존속시키거나 기득권을 보호하는 것이 타당하다고 판단되어 구법의 효력을 신법에서 존속시키거나 구법의 상태를 신법에서 용인할 필요가 있는 경우에 사용하는 입법 기술적 방법이다. 이러한 경과조치는 신·구 양법 질서 사이에서 제도의 변화와 법적 안정성의 요구를 적절히 조화시키는 역할을 할 뿐만 아니라 신·구 양법률 사이에서의 적용관계를 명확히 하고자 하는 경우에 사용하도록 하고 있다.

현행 협동조합 기본법은 부칙 제2조에서 다음 표와 같이 규정하고 있다.

□ 현행 협동조합 기본법

부 칙

제 2 조(협동조합등에 대한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 협동조합과 유사한 목적을 위하여 이미 설립된 사업자 또는 법인이 이 법에 따른 협동조합이 되려면 이 법 시행일부터 2년 이내에 제15조에서 정하는 설립 최소 기준을 갖추어 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거친 후 제15조부터 제19조까지의 설립절차를 거쳐 제61조

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

에 따른 설립등기를 하여야 한다. 이 경우 설립등기 전 사업자 또는 법인과 설립등기 후 협동조합은 동일한 법인으로 본다.

② 이 법 시행 당시 협동조합연합회와 유사한 목적을 위하여 이미 설립된 사단법인이 이 법에 따른 협동조합연합회가 되려면 이 법 시행일부터 1년 이내에 제71조에서 정하는 협동조합연합회 설립에 필요한 사항을 갖추어 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거친 후 제71조 및 제72조의 설립절차를 거쳐 제84조에 따른 설립등기를 하여야 한다. 이 경우 설립등기 전 사단법인과 설립등기 후 협동조합연합회는 동일한 법인으로 본다.

③ 이 법 시행 당시 사회적협동조합과 유사한 목적을 위하여 이미 설립된 사업자 또는 비영리법인이 이 법에 따른 사회적협동조합이 되려면 이 법 시행일부터 2년 이내에 제85조에서 정하는 설립 최소기준을 갖추어 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거친 후 제85조부터 제88조까지의 설립절차를 거쳐 제106조에 따른 설립등기를 하여야 한다. 이 경우 설립등기 전 사업자 또는 법인과 설립등기 후 사회적협동조합은 동일한 비영리법인으로 본다.

④ 이 법 시행 당시 사회적협동조합연합회와 유사한 목적을 위하여 이미 설립된 사단법인이 이 법에 따른 사회적협동조합연합회가 되려면 이 법 시행일부터 1년 이내에 제114조에서 정하는 사회적협동조합연합회 설립에 필요한 사항을 갖추어 구성원 과반수의 출석과 출석자 3분의 2 이상의 찬성으로 총회의 의결을 거친 후 제114조, 제115조제1항 및 제3항의 설립절차를 거쳐 제115조제3항에 따른 설립등기를 하여야 한다. 이 경우 설립등기 전 사단법인과 설립등기 후 사회적협동조합연합회는 동일한 비영리법인으로 본다.

하지만, 기본법 부칙 제2조의 조직전환의 법리는 법률효력의 지속이나 기득권 보호와 유사한 모습이지만, 유지·존속이 아니라 기존의 권리의무관계의 변화에 관한 사항을 인정하는 것으로 경과조치로서 법률효과를 발생할 수 있을 것인지에 근본적인 의문을 제기할 수 있을 것이다. 물론 부칙의 규정으로 기본법상의 조직전환의 효과를 나타내는 것을 부인하는 것은 아니다. 이러한 관점에서 조직전환의 법

리를 부칙에서 규율하는 것은 본질적으로 부적절한 입법적 조치가 아닌가 의문이 있는 것은 사실이다.

부칙이라는 입법 기술적 한계는 이 규정의 법적 적용의 관계에서도 다양한 문제점이 나타나고 있다. 먼저, 협동조합 조직전환의 법리는 기존 조직의 협동조합 설립을 용이하게 하고자 할 목적이었으나, 오히려 조직전환에 따른 다양한 행정적·재정적 필요와 요구가 증대되어 오히려 협동조합 설립에 장애로 작용하고 있다. 이것은 설립신고와 인가 등에 있어서 유사한 목적의 증명과 같은 입증책임을 설립자에게 부과하는 형식을 갖추고 있어서 그 어려움을 가중시키고 있는 것이 현실이다.

또한, 부칙에서 요구하고 있는 요건과 절차를 모두 거친 경우에도 다른 법률의 관련 규정을 적용받을 수 없어서 관련 규정 적용을 위한 개별법률의 개정이 이루어져야 하는 한계를 가진다. 예를 들면, 조직전환의 법리로 동일성이 인정되지만, 이 동일성은 기본법상의 동일성만을 인정받는 것으로 조세관련 법령의 적용을 위해서는 조세법에서 이 조직전환의 법리가 적용된다는 사항을 개정하여야 하는 이중적 절차적 과정이 필요하다는 것이다. 이 점은 전환규정뿐만 아니라 협동조합 관련 전반의 문제점이기도 하다.

이상과 같은 부칙이라는 입법형식에 따른 문제점은 물론 요건과 절차에 따른 문제점도 나타나고 있다. 동일성을 인정받기 위하여 기본법이 요청하는 요건은 유사한 목적으로 활동할 것을 요건으로 하고 있다. 이러한 요건은 전환을 위한 매우 엄격한 요건이며, 법제정이전의 조직체가 협동조합이라는 존재하지 않는 법률적 요구에 따라 활동하였을 것을 요구하고 있다는 점에서 현실적인 적용의 한계로 작용하고 있다. 예를 들면, 기본법 제정 이전에는 일반적인 회사나 법인으로 활동하는 조직이 기본법의 입법취지와 경제적 의미에 동감하여 기본법 발효 이후에 협동조합으로 전환하려는 경우에는 기존의 조직의 해

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

산·청산한 후 새로운 협동조합을 설립하거나, 법인인 조합원 1인으로 참여하여야 하는 한계를 지니고 있는 것이다. 이것은 기존의 조직에 대하여는 실질적 한계로 작용하고 있다고 할 것이다.

끝으로 부칙에서 요건과 절차를 규정하고 있지만, 구체적이고 실제적인 사항에 대하여 하위법령이나 관련 법령의 근거를 마련하기 어렵다는 한계를 지닌다. 이에 기본법 시행과정에서는 기획재정부의 협동조합 업무지침에서 전환 방법과 절차 및 효력 등을 구체적으로 제시하고 있으나, 업무지침의 법적 효력에 대한 지위와 분쟁과 해석에 있어서 법적 근거로 작용할 수 있는 지 등의 한계를 가진다는 점에서 보다 구체적이고 명확한 법률적 근거와 기준을 마련하는 것이 필요할 것이다.

이러한 법적·제도적 문제점으로 인하여 기본법 발효 이후에도 전환을 통한 협동조합 설립이 인정되는 경우는 매우 예외적인 경우에 한정된다는 점에서 제도적 보완이 요청되고 있는 실정이다. 이와 더불어 관련 법령의 개정을 통하여 전환에 따른 입법적 불비 역시 보완될 것이 요청되고 있다.

2. 개선방안

(1) 서

협동조합 조직전환에 관한 개선방안은 다양하게 논의될 수 있다. 첫째, 기본법을 근거로 전환에 관한 별도의 행정기준을 마련하여 시행하는 방안이다. 현재의 법률을 개정하지 않고 업무지침과 같은 내부적 기준과 내용을 제시하여 보완적 방법을 시행하는 방안이다. 이것은 현재 기본법 발효 이후에 행정적 보완대책으로 시행되고 있는 방안이다. 실제로 2012년 12월 1일에 기획재정부에서 협동조합에 관련된 다양한 연구 성과와 시행을 위한 업무지침에 관한 내용을 담아

“협동조합 업무지침”을 발간하여 시행하고 있다. 하지만 이러한 방안은 법령의 시행에 따른 후속적 조치로서의 최소한의 보완적 행정조치에 지나지 아니하며, 절차적인 측면의 보완은 가능하지만, 근본적이고 본질적인 문제를 해결하는 데 있어서는 여전히 많은 한계를 가지는 것이 사실이다. 또한, 다른 법령의 제·개정 및 정책에의 반영에 관한 사항은 여전히 문제로 남겨두고 있다는 점에서 현실적으로 문제의 소지를 줄이고자 하는 대응은 될 수 있으나, 법·제도적 접근으로는 적절한 방안이 될 수 없음은 명확하다고 할 것이다.

둘째, 기본법을 개정하여 협동조합 조직전환에 따른 문제를 본질적으로 해결하는 방안이 있다. 이러한 해결방안은 법률의 개정이라는 점에서 개정에 많은 시간과 논의가 필요하며, 부처간의 협의와 협조 등 다양한 정책적 고려를 하여야 한다는 점에 어려움이 있을 것이다. 하지만, 법제도의 미비와 불비에 관한 사항은 근본적인 해결방안을 모색하는 것이 장기적인 관점에서 보다 올바른 정책적 방향이 될 것이다. 기본법을 개정하는 경우에도 조직전환에 관한 사항은 현행의 부칙규정을 그대로 두고 문제점이 되고 있는 요건규정과 절차적 규정을 보완하는 방안과 보칙에 포괄적 전환규정을 두어 실체적 효력을 인정받을 수 있는 방안 및 개별 협동조합에 각각 전환규정을 두어 실체적 효력을 인정받을 수 있도록 하는 방안 등이 있을 수 있다.

[법인간 전환 가능 범위]

전환 유형	가능 여부	근거 규정(신설)
1. 이 법에 의한 협동조합 ⇒ 사회적협동조합	○	제105조의 2
2. 이 법에 의한 사회적 협동조합 ⇒ 협동조합	×	-
3. 타 법령에 의한 법인 ⇒ 협동조합	○	제60조의 2

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

전환 유형	가능 여부	근거 규정(신설)
4. 타 법령에 의한 법인 ⇒ 사회적협동조합	○	제105조의 2
5. 법 시행당시 유사목적 운영의 사업자 ⇒ 협동조합	○	부칙 제2조
6. 법 시행당시 유사목적 운영의 사업자 ⇒ 사회적협동조합	○	부칙 제2조

(2) 기본법 개정방안

협동조합 전환관련 규정의 입법적 배치를 어디에 두는가 하는 문제는 조직전환을 어떻게 보는가 하는 관점에서 출발한다. 즉, 기존의 조직의 협동조합으로의 전환을 예외적 현상으로 볼 것인지, 아니면 일반적이고 보편적인 현상으로 인정할 것인지에 관한 것이다. 현행 전환규정은 유사한 목적으로 활동하는 조직에게 일종의 특례를 인정하고자 하는 규정이며, 기존 조직의 전환은 인정하지 않는다는 취지의 입법방향이다. 이러한 전환규정을 본칙에 두는 것은 본질적으로 기존 조직이 협동조합이라는 입법적 방향과 원칙에 동의하는 경우에는 예외 없이 전환을 인정하겠다는 것을 의미한다. 이것은 입법 정책적 결정을 전제로 하는 것이지만, 협동조합이라는 입법취지에 비추어 볼 때, 기존 조직의 전환을 인정하지 않을 특별한 이유가 없다는 점에서 포괄적인 전환을 인정하는 것이 보다 적절한 입법정책적 방안으로 판단할 수 있을 것이다.

또한, 본칙에 둘 경우에는 다양한 실체법적 효력을 담을 수 있고 이를 기초로 조직 활동의 다양성을 담보할 수 있다는 장점이 있으며, 이러한 조직전환은 구성원의 활동영역과 업무에 관한 사항을 자유롭게

게 정하도록 하는 것으로 이에 대한 법률적 규제는 최소한으로 제한하는 것이 적절할 것으로 판단된다. 아울러 협동조합이 활성화될 경우에는 협동조합간의 전환(협동조합이 사회적협동조합으로 전환하는 경우 등)이 가능할 수 있다는 점에서 절차적 보완을 본칙에 두는 것은 적절한 입법방안으로 판단된다. 다만, 이러한 규정을 보칙에 포괄적 규정으로 둘 것인지, 협동조합과 사회적협동조합을 구분하여 적용하는 형식으로 적용할 것인지를 논의는 남아 있다.

보칙에 둘 경우, 협동조합과 사회적협동조합 및 각 연합회에 공통적으로 적용할 수 있는 조직전환의 법리에 적용할 수 있는 방안을 마련하는 방안이 될 것이다. 이 방안은 조직전환의 법리는 개별 조직이 협동조합 또는 사회적협동조합으로 전환된다는 점에서 개별적 법리적 용에 있어서 어려움이 있다는 점에서 그 적용의 한계가 나타날 수 있다. 하지만, 아직은 협동조합 초기단계라는 점에서 포괄적 방향성을 입법적 대안으로 제시하는 것은 적절한 입법방안으로 고려할 수는 있는 것이다.

본칙의 개별규정을 두는 방안은 각 협동조합의 특성에 맞는 규율이 가능하고 절차적·실체적 법적 규율사항을 규율할 수 있다는 장점이 있지만, 입법적 관점에 있어서 복잡함과 동일 법률의 규율사항의 상이에 따른 입법적 오해가 발생할 수 있다는 점은 단점으로 작용할 것이다. 이 연구에서는 본칙의 개별규정의 적용에 관한 사항만을 개정안에 반영하여 제시하고자 한다.

본칙에 두는 방안의 경우에도 본질적으로 조직전환의 법리는 조직전환이 가능한 조직간에 이루어지는 것이며, 조직전환이 불가능한 조직의 경우에는 전환 자체가 논의되는 것이 불가능하다고 할 것이다. 예를 들면, 상법상 조직변경의 경우에도 물적 회사 간, 인적 회사 간에만 조직변경이 인정되는 것이며, 물적 회사의 인적 회사로의 조직변경이

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

나, 인적 회사의 물적 회사로의 조직변경은 인정하지 않는 것과 같은 논리이다. 이러한 점에서 볼 때, 협동조합은 전형적인 인적 조직으로서의 성격을 가지므로 물적 조직의 전환에 있어서는 이를 인정하는 경우에는 조직 성격의 전환이라는 본질적이고 근본적인 접근이 필요하다고 할 것이다. 또한 비영리법인의 전환에 있어서도 그 본질에 있어서 충분한 법적 검토가 이루어져야 할 것이며, 재단법인의 조직전환은 인정되지 않는 것으로 해석하는 것이 보다 적절할 것이다. 현행 기본법은 연합회의 경우에도 조직전환을 인정하고 있지만, 연합회는 원칙적으로 협동조합을 그 구성원으로 하는 점에서 조직전환이라는 법리가 적용될 수 없는 조직적 성격을 가지는 것으로 연합회의 조직전환은 논리적 모순이라는 점에서 이 연구에서는 논의에서 제외하고자 한다.

(3) 기본법 개정안

이 기본법 개정안은 개별 협동조합 규정에 조직전환의 법리를 인정하는 방안으로 개정안을 마련하였다. 이에 따라 기본법 제2장과 제4장에서 각각 ‘제6절의2 조직변경’에 관한 절을 신설하여 관련 사항을 별도로 규율하도록 하였다. 기본법에서는 조직전환에 따른 최소기준만을 두고 상법의 조직변경에 관한 규정을 준용하도록 하였다.

현행 기본법에서 인정하고 있는 사업자와 연합회의 조직전환에 관한 사항은 원칙적으로 인정하지 않는 것으로 하였다. 다만, 개인사업자 중 유사목적으로 활동하는 자에 대하여는 현행 기본법의 취지를 반영하여 그 법적 지위를 인정하여 전환이 가능하도록 하였으며, 이 경우 모든 사업자가 아니라 기본법 시행 이전에 그 법적 지위를 보유하고 있는 자에 한하여 전환을 인정하도록 하였다.

협동조합기본법 개정안(신설)

제 2 장 협동조합

제 6 절의2 조직변경

제60조의2(법인 또는 회사의 조직변경) ① 다른 법령에 따라 설립된 법인 또는 회사 중 소속 구성원(회원 또는 주주) 전원의 동의에 따른 총회의 결의로 그 조직을 협동조합으로 변경하여 이 법에 따른 협동조합으로 할 수 있다. 이 경우, 기존의 법인 또는 회사와 신설된 협동조합은 동일한 법인으로 본다.

② 협동조합으로 조직변경을 결의한 법인 또는 회사 중 전환결의에 관한 사항에 대하여 관련 주무관청의 신고·인가·허가·승인 등(이하 “인허가등”이라 한다)이 필요한 경우에는 인허가등을 받아야 하며, 법인 또는 회사의 주된 사무소의 관할 시·도지사에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 협동조합으로의 조직변경에 관한 사항을 신고하여야 한다.

③ 제1항의 조직변경은 법인 또는 회사에 현존하는 순재산액보다 많은 금액을 협동조합의 출자금의 총액으로 하지 못한다.

④ 제1항의 조직변경의 결의에서는 정관, 출자금, 그 밖에 조직변경에 필요한 사항을 정한다.

제60조의3(조직변경의 등기) 법인 또는 회사가 제60조의2에 따라 그 조직을 협동조합으로 변경한 경우에는 시·도지사에게 신고한 후 본점소재지에서는 2주, 지점소재지에서는 3주 안에 변경전의 법인 또는 회사는 해산등기, 협동조합은 제61조 이하에서 정하는 등기를 하여야 한다.

V. 협동조합 조직전환에 관한 개선방안

제60조의4(준용규정) 협동조합으로의 조직변경에 관하여 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 상법상의 조직변경에 관한 규정을 준용한다.

제 4 장 사회적협동조합

제 6 절의2 조직변경

제105조의2(법인 또는 회사의 조직변경) ① 다른 법령에 따라 설립된 법인 또는 회사 중 소속 구성원(회원 또는 주주) 전원의 동의에 따른 총회의 결의로 그 조직을 사회적협동조합으로 변경하여 이 법에 따른 사회적협동조합으로 할 수 있다. 이 경우, 기존의 법인 또는 회사와 신설된 사회적협동조합은 동일한 법인으로 본다.

② 사회적협동조합으로 조직변경을 결의한 법인 또는 회사 중 전환결의에 대하여 관련 주무관청의 인허가등이 필요한 경우에는 인허가등을 받아야 하며, 기획재정부장관에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 사회적협동조합으로의 조직변경에 대하여 인가를 받아야 한다.

③ 제1항의 조직변경은 법인 또는 회사에 현존하는 순재산액보다 많은 금액을 사회적협동조합의 출자금의 총액으로 하지 못한다.

④ 제1항의 조직변경의 결의에서는 정관, 출자금, 그 밖에 조직변경에 필요한 사항을 정한다.

제105조의3(조직변경의 등기) 법인 또는 회사가 제105조의2에 따라 그 조직을 사회적협동조합으로 변경한 경우에는 기획재정부장관의 인가를 받은 후, 본점소재지에서는 2주, 지점소재지에서는 3주 안에 변경전의 법인 또는 회사는 해산등기, 사회적협동조합은 제 106조 이하에서 정하는 등기를 하여야 한다.

제105조의4(준용규정) 사회적협동조합으로의 조직변경에 관하여 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 상법상의 조직변경에 관한 규정을 준용한다.

부 칙

제 1 조(시행일)

제 2 조(경과규정) 이 법 시행 당시 협동조합과 유사한 목적으로 설립된 사업자가 이 법에 따른 협동조합 또는 사회적협동조합을 설립하고자 하는 경우에는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 사업 참여가 인정되는 자 전원의 동의와 목적의 유사성을 증명할 수 있는 서류 등을 첨부하여 제15조와 제85조의 설립절차를 거친 후 제61조와 제106조에 따른 설립등기를 마친 경우에는 제60조의2와 제105조의2의 조직변경에 관한 규정을 적용하여 설립등기전 사업자와 설립등기 후 협동조합은 권리·의무관계에 있어서 동일한 주체로 본다.

참 고 문 헌

- 기획재정부, 협동조합 설립운영 안내서, 2012.12
- 기획재정부, 협동조합 업무지침, 2012.12
- 기획재정부, 협도조합 정책 자료집, 2012.10
- 기획재정부, 협동조합기본법 제정에 따른 법체계 분석 연구, 2012.11
- 기획재정부, 협동조합기본법 관련 해외법제조사 및 분석연구, 2012.11
- 김두년, “세계 협동조합법의 신조류”, 『비교사법』 제9권 2호, 한국비교사법학회, 2002
- 김용한·하재은, 협동조합 설립과 운영 실무, 지식공감, 2013
- 김정섭 외 2명, 협동조합기본법 제정 및 시행의 시사점과 농촌 정책의 과제, 농촌지도와 개발, 한국농촌지도학회, 2013
- 김재광, 법인의 조직변경과 과세상 문제점, 조세법연구 XII-2, 2006
- 법제처, 법령입안심사기준, 2012
- 삼일총서, 법인세법, 삼일회계법인, 2002
- 신인식·최경식, 협동조합 경제경영론, 청목출판사, 2013
- 스테파노 자마니·베라 자마니 저/송성호 역, 협동조합으로 기업하기, 북돋움, 2013
- 양동석 외 1인, 한·중·일 회사법제의 비교연구, 기업법연구 제24권, 2009
- 원용수, 회사의 합병과 조직변경의 비교, 고시계, 1994
- 이대중, 협동조합 참 쉽다, 푸른지식, 2013

참 고 문 헌

- 이상신, 회사의 조직변경에 대한 과세 소고, 강원법학 제22권, 강원대학교 법학연구소, 2006
- 이선신, 협동조합 경영법규 판례와 해설, 동방문화사, 2013
- 이창희, 세법강의, 박영사, 2004
- 이철송, 회사법, 박영사, 2009
- 장종익, 협동조합기본법 제정 이후 한국협동조합의 역할과 과제, 동향과 전망, 한국사회과학연구소, 2012
- 전성균·송춘호 외 1명, 협동조합 지역경제론, 한국학술정보, 2012
- 정동윤, 회사법, 법문사, 2001
- 정찬형, 상법강의 (상), 박영사, 2009
- 최기원, 상법학신론 (상), 박영사, 2009

부
속

“전환” 관련 타법 규정

□ 주세법

[시행 2013.7.1.] [법률 제11873호, 2013.6.7., 타법개정]

제 8 조의2(법인 전환에 따른 주류 제조면허 등의 승계) 제6조부터 제8조까지에 따른 주류·밀술·술덧의 제조면허 또는 주류 판매업 면허를 받은 자가 그 사업에 관한 모든 권리와 의무를 포괄적으로 승계시켜 법인으로 전환하는 경우에는 제6조제1항, 제7조 및 제8조제1항에서 정한 시설기준과 그 밖의 요건을 갖추어 관할 세무서장에게 신고하여야 한다. 이 경우 제10조에 따른 면허의 제한에 해당하지 아니한 경우에는 해당 법인이 주류·밀술·술덧의 제조면허 또는 주류 판매업면허를 받은 것으로 본다. <개정 2013.4.5>
[본조신설 2011.12.31]

□ 사이버대학 설립·운영 규정

[시행 2013.3.23.] [대통령령 제24423호, 2013.3.23., 타법개정]

제12조(전환의 신청 등) ① 「평생교육법」 제33조제3항에 따른 원격대학 형태의 평생교육시설을 운영하는 법인이 그 시설을 「고등교육법」 제2조제5호의 사이버대학으로 전환하려는 경우에는 제5조부터 제7조까지의 기준을 갖추어 교육부장관의 인가를 받아야 한다.
<개정 2013.3.23>

② 제1항에 따라 전환인가를 받으려는 법인은 다음 각 호의 사항을 기재한 사이버대학전환신청서를 사이버대학 개교 예정 연도의 전년도 6월 30일까지 교육부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 교육부장관은 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 학교법인의 법인 등기사항증명서를 확인하여야 한다. <개정 2010.11.2, 2013.3.23>

1. 사이버대학의 명칭, 설립주체 및 위치
2. 전환 목적 및 사이버대학 발전계획
3. 사이버대학의 학칙 및 학교현장
4. 사이버대학으로 전환할 원격대학형태의 평생교육시설(이하 이 조에서 “평생교육시설”이라 한다)의 교육·연구용 시설·설비 현황과 사이버대학으로 전환 후 4년간(전문학사학위가 인정되는 사이버대학의 경우에는 2년간)의 교육·연구용 시설·설비의 확보 계획
5. 평생교육시설의 과거 2년간의 재무제표와 사이버대학으로 전환 후 4년간(전문학사학위가 인정되는 사이버대학의 경우에는 2년간)의 재정운영계획
6. 평생교육시설의 교원의 현황 및 사이버대학으로 전환 후 교원 확보계획
7. 평생교육시설의 학사운영 현황(최근 2년간의 교육과정운영 및 교육품질 관리실적을 포함한다)과 사이버대학으로 전환 후 학사 운영 계획
8. 사이버대학의 개교 예정일
9. 학교법인의 정관 및 출연금에 관한 서류
10. 「고등교육법 시행령」 제39조의2제1항 전단에 따른 사이버대학의 대학입학전형시행계획안
 - ③ 교육부장관은 제1항에 따른 전환을 인가하려는 경우에는 위원회의 심의를 거쳐야 하고, 그 심의결과와 「평생교육법」 제33조제4항에 따른 평가결과를 고려하여 인가 여부를 결정하며 이를 개교 예정일 4개월 전까지 신청인에게 알려야 한다. <개정 2013.3.23>
 - ④ 사이버대학으로 전환인가를 받은 학교법인의 경우 학교현장 등의 공표에 관하여는 제11조의 규정을 준용한다.

□ 금융산업의 구조개선에 관한 법률

[시행 2013.8.29.] [법률 제11845호, 2013.5.28., 타법개정]

제 3 조(금융기관의 합병 및 전환) 금융기관은 같은 종류 또는 다른 종류의 금융기관과 서로 합병하여 같은 종류 또는 다른 종류의 금융기관이 될 수 있으며, 단독으로 다른 종류의 금융기관으로 전환할 수 있다.

[전문개정 2010.3.12]

제 5 조(합병·전환에 관한 절차의 간소화 등) ① 금융기관이 제4조에 따른 합병 또는 전환의 인가를 받으면 제2조제1호 각 목에 규정된 법률에 따른 금융기관의 영업, 영업의 폐업 또는 합병에 대한 인가·허가 또는 지정을 받은 것으로 본다. <개정 2010.3.12>

② 삭제 <2009.5.27>

③ 금융기관은 주주총회에서 합병을 결의한 경우에는 「상법」 제 527조의5제1항에도 불구하고 채권자에게 10일 이상의 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 2개 이상의 일간신문(「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호가목에 따른 일반일간신문을 말한다. 이하 “일간신문”이라 한다)에 공고할 수 있다. 이 경우 개별채권자에 대한 최고(催告)는 생략할 수 있다. <개정 2010.3.12>

④ 금융기관은 합병을 결의하기 위하여 주주총회를 소집할 때에는 「상법」 제363조제1항에도 불구하고 주주총회일 7일 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송할 수 있다. 이 경우 금융기관은 서면통지 발송일 이전에 2개 이상의 일간신문에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 한다. <개정 2010.3.12>

⑤ 금융기관이 합병을 하는 경우에는 「상법」 제522조의2제1항에도 불구하고 합병승인을 위한 주주총회일 7일 전부터 합병을 하는

각 금융기관의 대차대조표를 그 금융기관의 본점에 비치(備置)할 수 있다. <개정 2010.3.12>

⑥ 금융기관은 합병을 결의하기 위하여 「상법」 제354조제1항에 따라 주주명부를 폐쇄하거나 기준일을 정할 때에는 같은 조 제4항에도 불구하고 그 폐쇄일 또는 기준일로부터 7일 전에 이를 공고할 수 있다. 이 경우 2개 이상의 일간신문에 공고하여야 한다. <개정 2010.3.12>

⑦ 금융기관이 합병으로 인하여 주식을 병합하는 경우에는 제12조제6항을 준용한다. 이 경우 주주에 대한 개별통지는 2개 이상의 일간신문에 공고함으로써 갈음할 수 있다. <개정 2010.3.12>

⑧ 금융기관이 주주총회에서 합병을 결의하는 경우 주식매수청구에는 제12조제7항부터 제9항까지의 규정을 준용한다. 다만, 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부등”이라 한다)의 지원 없이 합병하는 경우로서 그 금융기관이 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 주권상장법인에 해당하면 주식매수가격의 결정에 관하여 같은 법 제165조의5제3항을 준용한다. <개정 2010.3.12>

⑨ 이 법에 따른 합병의 경우 「조세특례제한법」과 그 밖에 조세감면에 관한 법령에서 정하는 바에 따라 다음 각 호의 조세를 감면할 수 있다. <개정 2010.3.12>

1. 부동산 등의 취득에 따른 취득세
2. 법인·부동산 등의 등기에 따른 등록세
3. 합병으로 소멸되는 금융기관의 청산소득에 대한 법인세
4. 합병으로 소멸되는 금융기관의 주주의 의제배당(擬制配當)에 대한 소득세 또는 법인세
5. 그 밖의 조세

⑩ 금융기관이 주주총회에서 합병을 결의하는 경우 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제294조에 따른 한국예탁결제원(이하 “예

탁결제원”이라 한다)은 그 의결권을 행사할 수 있다. 다만, 예탁결제원이 의결권을 행사하는 경우에는 그 주주총회의 참석 주식수에서 예탁결제원이 의결권을 행사할 주식수를 뺀 주식수의 의결내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 한다. <개정 2010.3.12, 2013.5.28>

⑪ 금융기관이 「상법」 제526조에 따른 흡수합병의 보고총회 또는 같은 법 제527조에 따른 신설합병의 창립총회를 소집하는 경우에는 제4항을 준용한다. <개정 2010.3.12>

[제목개정 2010.3.12]

제 6 조(전환 전 금융기관의 사업연도 종료일) 금융기관이 사업연도 중에 전환을 하는 경우에는 그 전환 전 금융기관의 사업연도는 업종변경에 대한 정관의 변경등기일에 끝난 것으로 본다.

[전문개정 2010.3.12]

제 8 조(금융기관의 합병·전환에 관한 지원) ① 정부등은 금융기관의 자율적인 합병을 촉진하기 위하여 필요하다고 인정하면 이 법에 따른 합병으로 신설되는 금융기관 또는 존속하는 금융기관에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 출자 등 지원을 할 수 있다.

② 이 법에 따른 합병이나 전환으로 신설되는 금융기관, 존속하는 금융기관 또는 전환 후의 금융기관은 합병 전 업무 또는 전환 전 업무로서 그 금융기관에 적용되는 법령에 따라 수행할 수 없는 업무 중 대통령령으로 정하는 업무를 금융위원회의 인가를 받아 대통령령으로 정하는 기간 동안 계속할 수 있다. 이 경우 제9조제1항은 적용하지 아니한다.

[전문개정 2010.3.12]

제 9 조(합병 또는 전환에 따른 업무계속 등) ① 이 법에 따른 합병이나 전환으로 신설되는 금융기관, 존속하는 금융기관 또는 전환

후의 금융기관이 그 금융기관에 적용되는 법령에 따라 수행할 수 없는 업무로서 체결한 계약에 관련된 권리·업무를 합병 또는 전환 전의 금융기관으로부터 승계한 경우에는 그 합병등기일 또는 업종변경에 대한 정관의 변경등기일부터 6개월까지는 합병 또는 전환 전의 금융기관이 수행하던 업무를 계속할 수 있다. 다만, 그 이행에 걸리는 기간이 6개월을 초과하는 계약에 관련된 권리·업무를 승계한 경우에는 그 계약기간이 끝날 때까지 승계한 업무와 금융위원회가 해당 업무를 이행하기 위하여 불가피하다고 인정하는 부수업무를 계속할 수 있다.

② 이 법에 따른 합병이나 전환으로 신설되는 금융기관, 존속하는 금융기관 또는 전환 후의 금융기관이 「은행법」에 따른 은행인 경우 동일인(「은행법」 제15조제1항에 따른 동일인을 말한다. 이하 같다)이 합병 또는 전환 당시 의결권 있는 발행주식 총수 중 「은행법」 제15조제1항에 따른 한도를 초과하여 주식을 소유하게 되거나 사실상 지배하게 되는 경우에는 그 합병등기일 또는 업종변경에 대한 정관의 변경등기일부터 3년 이내에 「은행법」 제15조제1항에 적합하게 하여야 하며, 이 경우 그 주식의 의결권 행사의 범위는 합병등기일 또는 업종변경에 대한 정관의 변경등기일부터 「은행법」 제15조제1항에 따른 한도로 제한된다. 다만, 금융위원회가 그 동일인을 금융기관의 합병 또는 전환 당시 「은행법」 제15조제5항에 적합한 자로 인정하는 경우에는 그 동일인은 같은 조 제2항 및 제3항에 따라 적법하게 금융기관의 주식을 소유하거나 사실상 지배하는 것으로 보며, 그 동일인이 금융기관의 합병 또는 전환 후 3년 이내에 「은행법」 제15조제5항에 적합한 자로 되는 경우에는 같은 조 제2항 및 제3항을 준용하여 금융위원회에 신고하거나 금융위원회의 승인을 받아 적법하게 금융기관의 주식을 소유할 수 있다. <개정 2010.5.17>