



## 독일 유한회사의 현대화를 위한 법률

2008년 6월 26일 독일 연방의회는 유한회사법의 현대화 및 남용의 방지에 관한 법률(Mo-MiG, 이하 유한회사현대화를 위한 법률)을 제2독회 및 제3독회에서 결의하였다. 이에 따라 1980년의 개정 이후 유한회사법 분야에 있어서 가장 큰 개정에 해당하는 동법은 연방 상원의 의결을 거쳐 11월 1일에 발효되었다.<sup>1)</sup> 본래 이 법률은 2008년 6월 18일의 법사위원회의 결의 권고를<sup>2)</sup> 기초로 한 것으로 2007년 5월 23일의 정부안<sup>3)</sup>과 비교할 때 상당한 변경 사항을 포함하고 있다.

이번 개정은 그 동안 미흡하다고 주장되었던 유한회사의 위기상황(in der Krise)과 파산에 있어서의 폐해를 시정하려는 중요한 조치를 담고 있으며, 유럽 법질서 내에서 점증하고 있는 법률 시스템에서의 경쟁을 위한 적절한 해결책(Antwort)을 제시하고 있다. 이하의 논고에서

는 유한회사현대화를 위한 법률이 발효된 이후에 생긴 중요한 새로운 제도들에 대해 개관하고자 한다.

### I. 유한회사의 설립

유한회사법 개정의 가장 큰 목적은 유한회사의 설립을 근본적으로 간소화하고 이를 촉진하는 데 있었다. 동 법률은 이와 관련하여 일련의 조치들을 포함하고 있다.

#### 1. 유한회사의 설립

##### (1) 개정 전의 법률 상황

개정 전의 법률에 의하면 회사의 설립을 위해서는 회사계약에 대한 공증인의 인증을 요하였다. 공증인의 인증 수수료는 회사의 자본을 기

각주

1) BT-Druks. 16/9737, BGBl I 2008, 2026.

2) BT-Druks. 16/9737.

3) BR-Druks. 354/07; BT-Druks. 16/6140.

준으로 하여 정해졌는데, 이에 대한 법정 최저 자본액은 2만 5,000유로였다. 공증인에 의하여 인증된 회사계약은 다른 첨부 서류와 함께 상업 등기부에의 등기를 위해 첨부하여야 했다. 회사의 사업 목적이 국가의 인가를 요하는 경우에는 이에 덧붙여 행정청의 인가증을 제출하여야 했다. 인가증을 제출하지 않는 경우에 등기법원은 그 등기를 거절할 수 있었다.

## (2) 설립 절차와 관련한 주요 개정 내용

다른 국가들의 유사한 법 제도와 비교하여 유한회사의 설립 자본을 더 낮추는 것이 더 매력적인지에 대하여 많은 논란이 있었다. 이와 관련하여 연방정부가 제안하였던 유한회사의 최저 자본액을 1만 유로로 낮추는 안은 제도화되지 못하고 최저자본액은 2만 5,000유로로 그대로 유지되었다. 입법자는 그 대신 미니 유한회사(haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft; 1유로 유한회사) 제도를 새로이 도입함으로써 적은 자본으로 유한회사를 설립하고자 하는 기업가의 이해관계 및 유사한 외국의 법 형식에 대하여 독일 유한회사 제도의 경쟁력을 강화하려는 입법자의 이해관계 등을 이번 입법을 통해 반영하였다.<sup>4)</sup>

다른 한편 유한회사의 설립을 간편하게 하고

상업등기부에의 등기를 촉진시킬 수 있는 조치들은 내용에 대한 큰 논란 없이 대부분 정부안 그대로 수용되었다. 입법자는 설립과 관련하여 공증인에 대한 인증은 그대로 유지하면서 등기의 촉진을 위해 등기 절차와 행정청의 인가 절차를 완전히 분리하였다. 즉 구 유한회사법 제8조 제1항 Nr. 6이 삭제됨으로써 이제는 회사의 등기를 위한 요건으로 행정법상의 인가증의 제출을 요하지는 않는다. 또한 마찬가지로 회사의 등기와 관련하여 법률상 요구되는 행정청의 인가가 존재하거나 이를 신청하였다는 업무집행사원의 확인(Versicherung)도 더 이상 필요하지 않다. 다만 이러한 행정법상의 인가와 등기 절차가 분리되었다고 하여 더 이상 인가를 요하지 않는다는 것은 아니다. 상법 및 수공업법에 규정된 관련 규정은 여전히 유효하다.

회사의 설립시에 수개의 지분의 인수 금지 규정이 폐지됨으로써 사원은 회사를 설립할 때에 수개의 지분을 인수할 수 있게 되었다.<sup>5)</sup> 사원의 지위가 이와 같이 유연하게 됨으로써, 특히 지분의 신탁 및 담보에 있어서 중요한 완화를 가져올 것으로 예측되며, 다만 이로 인해 실무에서 지분관계가 얼마나 그 명확성을 잃게 될지는 아직 알 수 없다고 한다.<sup>6)</sup>

그 외에 등기 법원은 현저한 의심이 있는 경

### 각주

4) 법률이 발효된 2008년 11월 1일 이후에는 3인 이하 사원 및 1인의 업무집행사원을 포함하는 회사는 미리 인쇄된 표준 서면에 의한 간이화된 절차에 의한 회사의 설립이 가능하다. 법률관계에 있어서 이러한 미니 유한회사는 'Unternehmergesellschaft(haftungsbeschränkt)' 또는 'UG (haftungsbeschränkt)' 로 표시할 수 있다

5) 유한회사법 제5조 제2항 제2문.

6) Heckschen, DStR 2007, 1442, 1447.

우에 사원의 출자의 이행에 대한 증명을 요구할 수 있도록 규정하였다.<sup>7)</sup> 현물출자에 의한 설립에 있어서 현물출자가 지나치게 과대평가된 경우에 등기법원은 그 등기를 거절할 수 있다.<sup>8)</sup> 그리고 소위 등기의 요건으로서 필요한 국가에 의한 인가증의 제출과 같은 관료주의적 장애를 철폐함으로써 유한회사의 설립이 촉진될 수 있도록 하였다.

### (3) 간이 절차에 의한 설립

전통적인 유한회사의 설립에 대한 대안으로 유한회사의 현대화를 위한 법률은 소위 간이 절차에 의한 설립이 가능하게 하였다. 즉, 특히 간단하고 전형적인 사안(Standardfälle)에 해당하는 경우에는 표준회사계약(Mustergesellschaftsvertrag) 대신에 간소화된 절차에 의하여 유한회사의 설립이 가능하게 되었다.<sup>9)</sup> 이를 위해 법률은 회사계약, 업무집행사원의 선임 및 사원명부가 하나로 통합된 표준서면(Musterprotokoll)<sup>10)</sup>을 사용할 수 있도록 하였다.

간이 절차에 의한 설립을 위해서는 먼저 금전

출자에 의한 설립이어야만 한다. 또한 회사는 3인 이하의 사원으로 구성되어야 하며, 1인의 업무집행사원만을 둘 수 있다.<sup>11)</sup>

표준서면은 유한회사의 정관과 관련한 최저 내용을 포함하고 있으며, 이러한 표준서면을 이용하여 유한회사뿐만 아니라 미니 유한회사를 설립하는 것도 가능하다. 이를 위해 업무집행사원은 동법의 부속 서식(Anlage)에 첨부된 표준서면<sup>12)</sup>을 작성하여 이를 공증인이 인증하게 하여야 한다. 다만 상호, 주소, 사업 목적, 설립자본의 액, 인수되는 지분의 액면 및 업무집행사원은 개별적으로 확정할 수 있다. 모든 발기인은 지분을 인수하여야 하며, 동법 제5조 제2항 제2문에서 규정한 것과는 달리 1인의 사원이 수개의 지분을 인수할 수는 없다. 법률과 다른 규정은 둘 수 없으며<sup>13)</sup> 현물출자는 허용되지 아니한다.

공증인은 상업 등기소에의 등기 및 XML 형식의 데이터를 등기 법원에 제출할 의무를 진다. 이를 통해 회사는 수일 안에 또는 필요한 경우에는 수시간 안에 그 설립 등기를 할 수 있다.

#### 각주

7) 유한회사법 제8조 제2항 제2문.

8) 유한회사법 제9c조 제1항 제2문.

9) 유한회사법 제2조 제1a항.

10) 이러한 표준서면은 유한회사 정관에 있어서 법적으로 필요한 최소한의 내용을 포함하고 있으며, 이러한 표준서면을 이용하여 유한회사뿐만 아니라 미니 유한회사(UG) 역시 설립할 수 있다.

11) 유한회사법 제2조 제1a항.

12) Anl. angef. mWv 1. 11. 2008 durch G v. 23. 10. 2008 (BGBl. I S. 2026).

13) 유한회사법 제2조 제1a항 제3문.

부분적으로는 공증 증서로 작성되고 부분적으로는 단지 서명 인증이 된 정관의 기재 사항(Satzungsbestandteil)을 외형상 합친 것에 불과한 서면은 등기부 공시(Registerpublizität) 및 요식행위 규정의 목적(Formzwecke)이 실질적인 진정성을 보장하는 것이라는 점에서 이러한 요건을 충족하지는 않는다.

#### (4) 실무에서의 효과

유한회사의 설립할 때에 이에 대한 등기를 행정청의 인가 여부와 분리를 함으로써 시간 및 비용상의 절감효과가 생길 것으로 본다. 다만 표준 서면의 사용과 관련하여서는 표준 서면이 공증인에 의한 인증을 요하기 때문에 시간적인 장점은 기대하기 어려울 것 같다. 간이 절차에 의한 설립에 있어서도 현저하게 비용이 절감될 것 같지는 않다. 2만 5,000유로 이하의 자본에 의한 미니 유한회사의 설립에 있어서는 기존의 회사 설립 과정과 비교하여 볼 때 비용에 있어서 특별한 장점을 찾기는 어렵고, 반면에 사원의 수가 3인 이하로 제한되며 현물 출자에 의한 설립을 할 수 없는 것과 같은 여러 제한을 받게 된다. 이론의 여지는 있지만 간이 절차에 의한 설립은

1인 회사 또는 콘체른 자회사에 있어서는 현실적으로 거의 실효가 없고, 따라서 표준 서면은 실질적인 의의는 거의 없을 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

## 2. 미니 유한회사(1유로 유한회사)

### (1) 새로운 규정들

연방의회는 정부가 유한회사현대화를위한 법률안에서 제안한 미니 유한회사[Mini-GmbH; Unternehmergesellschaft(haftungsbeschränkt)]의 골자를 거의 변경하지 않고 의결하였다.<sup>15)</sup> 유한회사법 제5a조 제1항에 따르면 어떤 새로운 법 형식이 아니라 전통적인 유한회사의 아종(Variante)이다.<sup>16)</sup> 따라서 유한회사법 제5a조에 따라 다른 특별한 규정이 없는 한 미니 유한회사에 대하여는 유한회사법에 적용되는 법규가 그대로 적용된다. 종전의 유한회사와 다른 가장 큰 차이는 미니 유한회사는 1유로의 설립자본(Stammkapital)으로 설립이 가능하며,<sup>17)</sup> 자본은 상업등기부에 등기 전에 완전히 현금으로 납입하여야 한다는 점이다.<sup>18)</sup> 미니 유한회사는 반드시 그 존재 형식인 ‘Unternehmergesellschaft(haftungsbeschränkt)’ 또는 약자로 ‘UG’로 표

### 각주

14) Wachter, GmbHHR (Sonderheft 10/2008), 5, 14 f.; Römermann, GmbHHR (Sonderheft 10/2008), 16, 25.

15) 유한회사법 제5a조.

16) Goette, WPg 2008, 231, 236; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1446; Noack, DB 2007, 1395, 1396; Wedemann, WM 2008, 1381; Wilhelm, DB 2007, 1510 참조.

17) 미니 유한회사의 설립자본은 1유로 이상 2만 4,999유로 이하이어야 한다.

18) 유한회사법 제5a조 제2항 제2문에 따라 현물출자는 명시적으로 인정되지 아니한다.

시하여야 하며 단순한 'haftungsbeschränkt' 만의 표시는 허용되지 아니한다.

미니 유한회사는 최저 2유로 및 최대 2만 4,999 유로의 자본금으로 설립이 가능하다. 기존의 유한회사와는 달리 설립자본은 완납을 하여야 하며 현물 출자는 허용되지 아니한다. 설립시에는 표준 서면을 사용할 수 있으며, 소액의 자본으로 설립이 가능한 반면 준비금 적립 의무를 진다. 즉 (전년도 이월결손금을 공제한) 연도 잉여금의 4분의 1은 적정한 자기자본 납입을 위해 법정준비금으로 적립하여야 하며 이 적립금을 가지고는 배당을 할 수 없다. 다만 정부안에서 규정했던 것과는 달리 준비금은 회사의 재원을 통한 자본 증가를 위해서뿐만 아니라 연도결손액 또는 이월결손금에 대한 보전을 위해서도 사용이 가능하다.<sup>19)</sup> 이에 위반한 이익처분결의 및 연말 결산서의 확정 결의는 무효이다.

미니 유한회사가 자본 증가를 하고 이러한 방법에 의해 미니 유한회사의 자본이 유한회사법 제5조 제1항에서 규정하고 있는 최저 설립 자본액(2만 5,000유로)에 달하면 이러한 적립 의무는 소멸한다. 이때 미니 유한회사는 유한회사로 상호를 변경할 수 있지만 여전히 미니 유한회사[UG(beschränkt)]라는 표시를 속용할 수

있다. 즉 미니 유한회사를 유한회사로 변경을 할 법적인 의무는 존재하지 아니한다.

숨은 현물출자가 있을 경우 유한회사법 제19조 제4항의 새로운 규정이 적용되느냐 하는 것에 대하여 법률은 태도를 유보하였다. 취지에 비추어 보면 유한회사법 제19조 제4항은 참조를 할 수는 있을 것이나 이 규정은 현물출자 그 자체는 허용되는 것을 전제로 한다는 점에 유의하여야 한다. 따라서 미니 유한회사에 있어서는 기존의 엄격한 관례 원칙이 적용되어야 하며, 관례에 의하면 숨은 현물출자가 있는 경우 채무법상의 합의 및 물권적 이행 행위는 주식법 제27조 제3항 제1문을 유추하여 무효가 된다.<sup>20)</sup> 그러나 미니 유한회사에서 숨은 현물출자는 적시에(nicht nachträglich) 금전출자를 현물출자로 전환함으로써 치유할 수 있다.<sup>21)</sup>

설립자본을 유한회사법 제5조 제1항에 규정된 최저자본액(Mindestkapitalziffer) 이하로 감소시킴으로써 유한회사를 미니 유한회사로 등급을 하락시키는 반대의 경우는 법률에 규정하지 않았다. 유한회사법 제5a조 제3항에 의한 준비금 조성 의무를 고려해 볼 때 유한회사법 제5a조 제5항에 대한 유추 해석은 가능하지 않다. 법률은 미니 유한회사도 장기적으로 2만 5,000

각주

19) 유한회사법 제5a조 제3항.

20) BGHZ 132, 133, 135 ff. = DNotZ 1997, 480; BGHZ 132, 141, 143 ff. = DNotZ 1997, 485; BGHZ 155, 329, 334 ff. = DNotZ 2004, 206; BGH, DStR 1996, 794 f.; 2002, 2088, 2089 ff.

21) 숨은 현물출자의 치유에 대하여는 BGHZ 132, 141, 148 ff. = DNotZ 1997, 485; BGHZ 155, 329, 336 ff. = DNotZ 2004, 206 참조.

유로의 최저 자본금을 목표로 하여야 하기 때문에 이러한 최저자본액이 미달되는 경우는 결과적으로 오로지 일시적인 의미만이 있을 것이다.

## (2) 제도의 실무에서의 효과

비록 미니 유한회사가 기존의 전통적인 유한회사에 대하여 서비스 업종의 소규모 회사 및 기업가들에 있어서는 흥미로운 대안이기는 하지만, 독일의 기업 환경에 있어서 새로운 설립 붐을 일으킬 수 있느냐 하는 것에 대해서는 의문이다.

유한회사에 대한 대안으로서의 미니 유한회사가 적은 비용으로 책임 제한의 특권을 누리는 것에 비하여 오로지 적립금을 형성할 의무만을 부담한다는 것은 오판(Trugschluss)이기 때문이다. 먼저 이러한 적립의무에 대하여는 엄격한 제재가 가해지며, 책임 재산이 부족하기 때문에 회사의 채권자에 대하여 적절한 책임의 주체가 될 수 없고, 따라서 사원은 대개 인적 담보를 제공해야 할 것이다. 지나치게 적은 자본으로 회사를 설립하는 경우에는 파산의 원인이 될 수 있는 채무 초과 상태가 발생할 우려가 언제나 상존한다.

덧붙여 사업이 실패로 돌아가는 경우에 사원은 실제 책임 또는 과소 자본 책임(Durchgriffs-

oder Unterkapitalisierungshaf-tung)에 따라 책임을 질 수도 있다는 점도 간과해서는 안 된다. 따라서 법률을 자문하는 측에서도 1유로의 설립자본에 의한 미니 유한회사의 설립은 거의 권장하지 않을 것으로 본다. 실제로 과연 이러한 미니 유한회사가 설립될 지 여부는 아직 알 수 없다.

마지막으로 준비금 적립 의무가 실효를 거두기 위해서는 숨은 이익배당(verdeckte Gewinnausschüttung)과 다름이 없는 지나친 업무집행사원의 보수는 근절되어야 할 것이다. 정부의 입법 이유에 의하면<sup>22)</sup> 유한회사법 제5a조 제3항에 의한 적립의무(Thesaurierungs-pflicht)에 대한 위반은 주식법 제256조 제1항 Nr. 1 및 주식법 제253조 제1항 제1문을 유추 적용하여 이러한 연말결산서의 확정 및 이익처분결의를 무효라고 한다.<sup>23)</sup>

## 3. 해외로의 행정상의 주소(Verwaltungssitz)의 이전

### (1) 개정 전의 법률 상황

개정 전 유한회사법에 의하면 정관상의 주소(Satzungssitz)<sup>24)</sup> 및 행정상의 주소(Verwaltu-

### 각주

22) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 32.

23) 이는 압류가 가능한 출자금의 환급 및 회사의 사원과 업무집행사원에 대한 배상청구권은 강제집행의 대상(Vollstreckungsmasse)으로서 채권자에게 제공된다는 것을 전제로 한다.

24) 정관 및 상업등기부에 주소로 등록된 곳을 말한다.

ngssitz)<sup>25)</sup>는 동일하여야 하였다.<sup>26)</sup> 따라서 실질적으로 회사의 영업은 상업등기부 및 정관에 표시된 정관상의 주소에서 행해야만 했으며, 이로 인해 사실상의 기업의 중심을 유동적으로 이전시키기 어려웠다. 행정상의 주소를 해외로 이전하는 것은 인정되지 아니하였다.<sup>27)</sup> 정관상의 주소와 행정상의 주소를 의무적으로 동일하게 함으로써 다른 국가의 시스템과 비교하여 볼 때 독일 자본회사들의 경쟁력을 약화시킨다는 비판이 있었다.

또한 2002년 및 2003년에 유럽 법원의 지도적인 판결<sup>28)</sup>이 나온 이후, 각 수용국(이주국, Zuzugsstaat)은 그 국내법에 좇아 자신의 행정상의 주소를 수용국으로 이전하려는 EU 또는 EU 경제권역 국가의 회사에 대하여 승인을 거절해서는 안 된다는 규범이 확립되기에 이르렀다. 또한 이미 본국법에서 행정상의 주소를 해외로 이전하는 것을 허용하는 영국 법에 의한 유한책임회사(Limited)는 실질적으로 이러한 이점들을 누리고 있었다.

## (2) 개정의 주요 내용

독일 자본회사의 입지상의 불이익(Standortnachteil)을 제거하기 위해 유한회사의현대화를 위한 법률은 정관상의 주소와 행정상의 주소의 분리 금지 원칙을 포기하였다. 새로운 법에 따르면 독일의 회사는 정관에서 정한 주소와 무관하게 행정상의 주소를 선택하고 이전할 수 있다.<sup>29)</sup>

유사한 유형의 외국법에 의한 회사와 마찬가지로 독일의 유한회사도 행정상의 주소를 외국에 둘 수 있고, 수용국의 실질법(Sachrecht des Aufnahmestaates)이 -EU 내에서 EG 제43조, 제48조의 지점 설치의 자유를 근거로 하여 요구되는 바와 같이- 독일의 자본회사를 인정하는 경우에는, 특히 외국에서 활동하는 콘체른 자회사를 유한회사로 할 수 있다.<sup>30)</sup>

이미 입법 이유에서 알 수 있듯이<sup>31)</sup> 이를 유한회사 및 주식회사로 한정하였기 때문에 유한회사법 제4a조 및 주식법 제5조에서 새로운 보편적인 입법방향(Rechtsgedanke)이 정립된 것은 아니다. 인적회사에서도 정관상의 주소와 다른

### 각주

- 25) 사실상의 기업의 중심지로서 경영진 내지 집행기관이 소재한 곳을 말한다.
- 26) 개정 전 유한회사법 제4a조 제2항 및 주식법 제5조 제2항 참조.
- 27) BGH v. 30. 3. 2000, VII ZR 370-98, DStR 2000, 1064 참조.
- 28) EuGH v. 5. 11. 2002, C-208/00, DStR 2003, 159; v. 30. 9. 2003, C-167/01, IStR 2003, 849 참조.
- 29) 유한회사법 제4a조 제2항 및 주식법 제5조 제2문 참조.
- 30) 다만 동일성을 보호하기 위하여 정관상의 주소를 해외로 이전(identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes in das Ausland)하는 것은 여전히 허용되지 아니한다(유한회사법 제4a조 참조).
- 31) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 29.

행정상의 주소를 허용할 것인가에 대하여는 유한회사 현대화를 위한 법률에서 다루지 아니하였다. 덧붙여 실질법상의 영역에서만 이러한 개정이 있고 저촉법의 영역에서는 개정이 이루어지지 않았다. 그리고 독일에서는 주소지설(Sitztheorie)이 여전히 통설적 견해이다.<sup>32)</sup>

특히 유한합자회사와 같은 혼합 유형의 법형식에 대하여는 이로 인하여 중요한 결과를 야기한다. 유한합자회사의 무한책임사원인 유한회사의 사업목적은 합자회사에서의 업무 집행 및 무한 책임의 인수로 제한되며, 다른 무한책임사원이 존재하지 아니하는 경우에는 합자회사의 행정상의 주소는 유한회사와 같다. 유한합자회사의 무한책임사원인 유한회사가 그 사실상의 행정상의 주소를 유한회사법 제4a조에 따라 외국에 둔 경우에 유한합자회사는 국내에 주소가 없기 때문에 직권으로 해산된다.

### (3) 실무에서의 개정에 따른 효과

정관상의 주소와 행정상의 주소 동일성의 원칙을 포기함으로써, 특히 국제적으로 활동을 하는 기업이 익숙한 회사법상의 구조를 기초로 해외에서 좀 더 효율적으로 영업을 할 수 있도록 배려하였다. 따라서 이러한 기업들은 그 영업을 소재지의 회사법상의 체재에 따라 보다 더 용이

하게 영위할 수 있게 되었다. 다만 개별적인 사안에 있어서 독일법에 의한 유한회사 형태를 유지하면서 해외 사업을 경영하는 것이 불이익만을 초래하는 것인지는 검토해 보아야 한다. 이러한 불이익은 행정상의 주소를 외국으로 이전하는 경우, 그 외국법의 적용을 받기 때문에 생길 수도 있다. 특히 이와 관련하여 당사국의 파산법, 공동결정법, 노동법, 회계법, 세법, 행정법 등을 신중히 고려해 보아야 할 것이다.

## II. 자본충실

유한회사의 현대화를 위한 법률은 자본충실과 관련하여 처음으로 소위 숨은 현물출자와 건금 납입(sog. Hin- und Herzahlen) 형태에 대한 법률상의 규정을 두었다. 이는 그 동안 판례에 의하여 규율되고 있었는데 이러한 판례 원칙에 대하여는 부적절하다는 견해가 우세하였다. 이 규정은 유한회사법도입법<sup>33)</sup> 제3조 제4항에 따라 종전 사건(Altfälle)에 대하여도 적용된다. 다만 종전 사건에 대하여는 회사와 사원 간의 청구권에 대하여 유한회사의 현대화를 위한 법률이 발효되기 전에 기판력이 있는 판결(ein rechtskräftiges Urteil)이 있거나, 회사와 사원

### 각주

32) 때문에 다른 회사는 독일의 자본회사로서 계속 행정상의 주소와 일치하는 정관상의 주소를 국내에 두어야 한다. 행정상의 주소를 외국으로 이전하는 것은 (당분간) 허용되지 아니한다.

33) Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung(GmbHG-Einführungsgesetz - EGGmbHG).

간에 유효한 합의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 더 나아가 1인 설립의 경우에는 전액 납입이 아닌 한 등기 전에 담보제공을 하여야 할 요건은 삭제되었다.<sup>34)</sup>

### 1. 숨은 현물출자의 요건 및 법률 효과

형식적으로 보면 금전출자에 대한 합의가 있고 그 이행 또한 있었지만 경제적인 측면에서 볼 때 이러한 출자의 사용 목적에 대한 사전의 합의로 인하여 특정 재물(Sachwert)을 인수해야 한다면 이는 숨은 현물출자에 해당된다. 판례는 이러한 경우 현물출자에 대한 법률상의 규정을 회피하였기 때문에 출자의 이행 및 그 기초가 되는 채무상의 합의를 무효로 보았다.<sup>35)</sup>

그렇지만 이러한 판례를 그대로 수용하면 회사가 파산을 하는 경우 파산관재인은 합의된 금전출자를 새로이 요구할 수 있었을 뿐만 아니라 이미 이행한 현물출자는 회사가 그대로 보유하게 되는 부당한 결과를 초래하였다. 사원은 이 경우 오로지 파산 재단에 대하여 부당이득의 반환청구권만을 행사할 수 있을 뿐이어서 이러한 판례의 결론에 대하여 부당하다는 견해가 점차 지지를 얻게 되었다.

따라서 정부안에서는 이와 관련하여 숨은 현물출자의 법적 개념을 정의하는 이외에 소위 이

행을 통한 해결책(sog. Erfüllungslösung)을 새로이 도입하였다. 정부의 입법 이유에 의하면 회계적인 측면에서 이러한 현물출자의 이행은 납입할 의무가 있는 금전출자의 이행과 상반되지 않으며, 유한회사법 제9조에 의해 사원은 그 차액에 대하여 금전으로 이행을 하여야 할 의무를 부담할 뿐이라고 한다. 이러한 안은 부분적으로 심각한 반대에 부딪혔다. 즉, 이는 민법에서 정하고 있는 이행 규정과도 맞지 않고 법체계에도 위반(Systemwidrigkeit)된다는 - 숨은 현물출자의 이행의 효과가 즉시 발생하게 됨으로써, 법률에 의한 현물출자와 금전출자의 엄격한 분리 및 이와 관련되는 절차가, 현저하게 그리고 충분한 제재 없이 완화될 수 있다는 - 점에서 이에 대한 비판이 일었다.

유한회사법 제56조에 의해 동법 제19조 제4항은 자본 증가에도 준용이 되는데 이 규정에서 이러한 비판을 부분적으로 수용하였다. 즉, 판례에 의하여 발전된 제원칙과는 달리 숨은 현물출자의 채권 행위 및 물권 행위가 유효로 될 수 있는 - 정부안에서 제안하였던 - 여지가 생겼다. 마찬가지로 숨은 현물출자에 대한 법적 정의도 그대로 유지되었다. 소위 숨은 현물출자인 경우에도 이러한 현물출자에 대한 계약 및 그 이행 행위가 무효로 되지는 않고 오로지 사원은

각주

34) 구 유한회사법 제7조 제2항 제3문 참조.

35) Vgl. BGHZ 125, 141, 149 ff.; BGHZ 132, 133, 135 ff. = DNotZ 1997, 480; BGHZ 132, 141, 143 ff. = DNotZ 1997, 485; BGHZ 155, 329, 334 ff. = DNotZ 2004, 206.

자신의 출자의무의 면제를 받지 못할 뿐이다.

존속하는 사원의 금전 출자의무에 대하여 회사가 등기를 할 때, 경우에 따라서는 회사에 대하여 출자 대상을 이전할 때에(현물출자로 이행한) 재물의 가치가 참작된다(소위 참작을 통한 해결 방안). 이 경우 숨은 현물출자의 실제 가치에 대한 입증책임은 사원이 부담한다. 그리고 이러한 참작은 회사가 상업등기부에 등기가 된 이후에 행해진다. 해당 사원의 출자의무가 정상적으로 이루어졌다는 업무집행사원의 보증은 허용되지 아니한다. 고의로 이러한 보증이 행해졌다면 업무집행사원은 유한회사법 제82조 제1항 Nr. 1의 형벌 구성 요건을 충족하게 된다. 덧붙여 등기법원은 유한회사법 제9c조 제1항 제1문에 따라 회사의 등기를 거절할 수 있다.

## 2. 건금에 의한 이행의 효과

숨은 현물출자와의 체계적인 유사성으로 인하여 소위 건금에 의한 이행(sog. Hin- und Herzahlen)에 대하여 유한회사의현대화를위한 법률은 새로운 규정을 신설하였다. 이 경우에는 이미 이행이 된 금전 출자액은 사용 목적에 대한 합의에 따라 직접 소비 대차로서 출자자에게 되돌아간다. 지금까지 판례는 이를 정상적인 금전출자의 이행으로 인정하지 아니하였다. 그 이유로는 출자의 환급으로 인하여 업무집행사원이 종국적으로 자유로운 처분을 할 수 있는 급부의 이행이 존재하지 않기 때문이라고 하였다.

연방정부는 그러한 점에서 유한회사법 제8조 제2항 제2문에 새로운 규정을 제안하였는데,

이에 따르면 사원에 대한 지급이 상환청구권 또는 반대급부 청구권에 의해 온전하게 보전될 수 있는 경우에는 정상적인 출자의 이행에 반하지 아니한다고 하였다. 이 규정은 유한회사법 제19조 제5항으로 이전되었다. 덧붙여 회사 자본 충실을 위해 회사의 사원에 대한 반환청구권(Rückgewähranspruch)은 언제든지 만기가 되거나 회사가 즉시의 해제를 통해 언제든지 만기를 정할 수 있도록 하였다(동법 제5조 제1항 제1문).

지금까지 유한회사법 제19조 제2항, 제5조, 제22조 및 제24조에 의하여 강력하게 보장되었던 출자청구권은(정부가 제안한 바와 같이) 보다 약화된 대부금에 대한 반환청구권에 의해 보장되게 되었다. 이제 이러한 건금에 의한 납입은 업무집행사원이 등기를 할 때에 기재하여야 한다. 이는 등기법원이 출자자에 대하여 유한회사법 제19조 제5항의 규정에 맞게 출자의무가 면제되었느냐 하는 것을 심사할 수 있도록 하기 위함이다. 만약 반환청구권이 불완전한 경우에는, 이행의 효과는 지금까지의 판례의 제 원칙에서와 마찬가지로 (새로운) 금전출자의 이행이 된 이후에야 생긴다. 출자금의 환급으로 볼 수 있지만 동시에 숨은 현물출자의 요건도 갖춘 사안에 있어서는 결론적으로 유한회사법 제19조 제4항이 동법 제19조 제5항의 적용에 우선한다.

입법자는 유한회사법 제19조 제5항의 규정에서 건금에 의한 납입에 대하여 회계적인 측면에서 평가를 하도록 시도함으로써, 특히 소위 자

본의 통합 관리(Cash Pool)에서의 자본충실을 유지하고자 하였다. 더 나아가 입법자는 이 규정의 고유의 규범 목적을 넘어 출자금의 환급에 대하여도 실질적인 자본충실의 원칙을 완화하였다.

동시에 입법자는 이러한 경우에 있어서 유한회사법 제7조 제2항 및 제24조와 달리 자본충실의 흠결(Kapitalaufbringungsdefizite)에 대한 위험을 사원으로부터 업무집행사원으로 이전하였다. 따라서 업무집행사원은 회사의 재산을 보호하는 기관으로서의 의무에 따라 자본을 조달할 때뿐만 아니라 계속적으로 유동성 분석의 측면에서 사원에 대한 반환청구권의 완전성(Vollwertigkeit)에 대하여 심사를 하여야 한다. 그리고 가치의 하락이 생긴 경우에는 필요에 따라 즉시 대부금의 상환을 요구하여야 한다. 업무집행사원이 이러한 의무를 위반하는 경우 유한회사법 제43조 제2항에 따라 회사는 손해배상청구권을 가진다. 이에 대하여 업무집행사원은 인적 무한 책임을 지며 회사의 채권자는 이를 압류할 수 있다. 사원의 책임은 완화된 반면에 업무집행사원의 책임 위험은 강화되었다. 업무집행사원과 사원의 책임에 관한 기존의 관계는 사원에게 유리하도록 변화하였다.

### 3. 1인에 의한 회사 설립시의 담보 제공의 면제

유한회사현대화를위한법률은 또한 1인에 의한 유한회사의 설립시에 자본 조달을 더 용이하도록 하였다. 구 유한회사법 제7조 제2항 제3문은 폐기되었기 때문에, 1인 사원도 수인의 사

원으로 구성된 유한회사에 있어서와 마찬가지로 회사의 설립 등기 전에 금전출자의 잔존 부분에 대하여는 담보를 제공할 필요가 없다. 이에 따라, 회사의 등기 후 3년 이내에 모든 지분(Geschäftsanteile)이 사원에게 귀속되는 경우에는 전액납입의무는 소멸한다.

## III. 자본유지 및 자기자본보충

유한회사의현대화를위한법률은 자본충실의 원칙 외에 현재의 자본유지의 원칙에도 영향을 끼쳤다. 그 중에서 종전의 개정 규정(Novellenregeln)이었던 유한회사법 제32a조, 32b조의 자기자본보충법 및 유한회사법 제30조 제1항에 대한 관례 원칙이 이번 개혁의 주요 대상이었다.

### 1. 개정 전의 법적 상황

기존의 법률에 의하면 자본의 유지를 위하여 필요한 회사의 재산은 사원에 대하여 지급될 수 없었다. 이러한 지급이 소위 결손(Unterbilanz)을 초래하는 경우에는 금지되었다. 지급(Auszahlung)이라는 개념은 광의로 해석하여, 회사의 재산 상태를 악화시키는 모든 행위를 포괄하는 것으로 이해하였다.

이와 관련하여 실무에서는 소위 자회사에 의한 모회사에 대한 대부, 즉 소위 'Upstream-Lohn' 이 문제가 있는 것으로 보았다. 이는 적립금 또는 이월 이익금(Gewinnvortrag)을 재원으로 하는 것이 아니라 결합된 회사의 재산에

대하여 부담이 되는 사원에 대한 신용의 공여에 해당하기 때문이다. 연방 대법원은 판결에서 이러한 경우에는 회사의 대부금 반환 청구권이 완전(Werthaltigkeit)하였음에도 불구하고 이를 금지되는 회사 재산의 지급으로 보았다. 이에 대한 논거로 이는 이러한 소비대차의 제공에 대하여 단순히 회계상 실현 가능할 뿐 실질적으로는 즉시 실현할 수 없는 채권을 대가로 하기 때문이라고 하였다.<sup>36)</sup>

중전의 법률에 의하면 자본 유지 규정은 소위 자본을 보충하는 사원에 대한 소비대차에 의해 보완되었었다. 사원이 위기상황에 처한 기업에 처분 가능한 자산(liquide Mittel)을 이전하는 경우, 이는 소위 개정 조항(Novellenregeln; 구 유한회사법 32a 및 32b조)에 따라 이러한 자산은 자기자본을 보충하는(eigenkapitalersetzend) 것으로 보았고, 회사가 파산을 하는 경우 이 자산은 반환을 받을 수 없었다. 이에 대한 반환(Rückführung)이 파산 신청 전년도 이내에 행해진 경우에는 당해 자산은 파산 재산에 귀속되었다. 소위 판례 원칙(Rechtsprechungsregeln)은 이러한 소비대차에 대하여 재산에의 기속(Vermögensbindung)을 적용하였는데, 이에 의하면 자기자본을 보충하는 사원의 소비대차는 이를 반환하는 경우 결손이 발생하거나 이를 가중시키는 경우에는 회사는 대부금을 사원에 대

하여 반환할 수 없었다. 결국 자기자본을 보충하는 사원의 소비대차는 파산시에는 후순위가 되었었다.

## 2. 회사의 사원에 대한 대부

유한회사법 제30조는 자본유지의 원칙에 대한 표현인 동시에 유한회사법에서 중심적인 역할을 하는 규정으로 회사의 채권자, 회사 및 사원을 위하여 사원에 대한 자의적인 급부로 인한 설립자본의 감소를 막기 위한 규정이다. 일관된 판례(ständige Rechtsprechung) 및 통설(allgemeine Meinung)은 이 규정을 엄격하게 해석하고 있으며, 또한 탈법행위도 포함한다. 지금까지 연방 대법원의 구 유한회사법 제30조 제1항에 대한 판례를 살펴보면, 만약 어느 사원에 대하여 대부가 행해지고, 이를 원인으로 하여 그와 연관이 있는 회사의 재산에 손해가 발생하였다면, 비록 이러한 소비대차가 완전히 유효하다고 하더라도 금지되는 사원에 대한 지급으로 보았다.<sup>37)</sup>

특히 소위 자본의 통합 관리(Cash Pool)와 관련하여 이러한 판례에 의한 해결은 부적합하다는(unbefriedigend) 견해가 제기되었다. 다른 국가와 비교해 볼 때 이러한 자본의 통합 관리는 일반적이고 결합 기업의 자본조달에 있어서 반드시 필요한 요소이기 때문이다. 여기서 유한

각주

36) BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, DSrR 2004, 427.

37) BGHZ 157, 72, 75 = DNotZ 2004, 720. 참조

회사의현대화를위한법률은 자본조달의 영역에서와 마찬가지로 회계적인 고찰 방식으로의 회귀를 통해 폐해를 시정하려고 하였다.<sup>38)</sup>

이에 따라 유한회사의현대화를위한법률은 자기자본을 보충하는 사원의 소비대차에 관한 규정을 삭제하면서 사원의 소비대차에 관한 규정을 순수한 파산법 및 취소법을 기초로 하도록 하였다.<sup>39)</sup> 원칙적으로 유한회사법 제30조 제1항 제1문에 따라 사원에 대한 지급 금지는 여전히 유지한다. 다만 주식법 제291조에서 의미하는 지배계약 또는 이익이전계약에 따른 급부의 이행 또는 급부가 완전한 반대급부 또는 상환청구권에 의해 보전되는 경우에는 적용되지 아니한다(동법 제30조 제1항 제2문). 그리고 사원의 소비대차 또한 유한회사법 제30조 제1항에서 규정하고 있는 지급 금지의 적용을 더 이상 받지 아니한다(동조 제1항 제3문).

유한회사법 제19조 제5항과는 달리 이러한 반대급부청구권 또는 반환청구권은 언제든지 만기가 되거나 회사가 언제든지 해지를 할 수 있을 필요는 없다. 지급이 제한되는 회사의 재산은 따라서 완전성의 요청(Gebot der Vollwertigkeit)에 의해서만 보호된다. 유한회사법 제19조 제5항에서와 마찬가지로 여기서도 책

임의 위험이 사원으로부터 업무집행사원으로 이전이 됨으로써, 업무집행사원의 책임이 강화되었다. 업무집행사원은 자본조달에서와 마찬가지로 반환청구권의 완전성에 대하여 심사를 하여야 하며 이를 항상 확인하여야 하기 때문이다. 이에 반하여 사원의 책임은 완화되었다.

중전의 판례에 의하면 유한회사법 제30조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 요건이 존재하지 아니하고, (추정상의) 소비대차가 상환된 경우에는 유한회사법 제31조 제1항에 의한 반환청구권은 더 이상 존재하지 아니한다고 한다.<sup>40)</sup> 유한회사의현대화를위한법률에 의하여도 이 판례의 원칙에는 변함이 없다.

이번 법률 개정에 있어서 또 다른 중요한 점은 회사계약이 존재하는 경우에는 자본 유지 규정에 의한 지급 금지의 적용을 받지 않도록 하였다. 이와 관련하여 이미 주식법 제291조 제3항은 회사계약이 적용되는 분야에서 자본에의 기속(Kapitalbindung)을 폐지하였었다. 유한회사법 제30조 제1항 제2문은 더 나아가 회사계약이 존재하는 경우에는 모든 급부에 대하여 출자금의 환급금지의 적용에서 제외하였다. 이러한 급부가 사원 또는 제3자에 대한 것이나, 회사계약을 원인으로 하느냐는 더 이상

각주

38) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41. 참조.

39) 이에 대한 상세한 내용은 *Gebrein*, BB 2008, 846; *Habersack*, ZIP 2007, 215.

40) BGHZ 165, 352, 356 f. = DNotZ 2006, 536; BGHZ 165, 113, 117 f. = DNotZ 2006, 218; BGHZ 166, 8, Rdn. 24 = DNotZ 2006, 543 참조.

문제되지 아니한다. 결합기업 내의 재산 이전 (Vermögensverschiebung)에 대하여는 별도로 보호할 필요가 있지 않다는 데 그 근거가 있다. 채권자는 개별적인 한 기업과 계약을 체결하는 것이 아니라 적어도 경제적으로는 기업 집단 그 자체와 계약을 체결하기 때문이다.

### 3. 소비대차와 사원의 용익권의 회사에 대한 이전

소위 자본을 보충하는 사원소비대차에 있어서 기존의 개정 조항(Novellenregeln)이었던 유한회사법 제32a, 32b조는 삭제되었다. 그 대신 사원의 소비대차는 앞으로는 그 법적 형식에 상관없이 파산법의 제원칙의 적용을 받게 되며 기존의 판례 원칙(Rechtsprechungsregeln)은 더 이상 따르지 아니한다.

이는 판례의 자본조달의 결과에 대한 책임(Finanzierungsfolgenverantwortung)<sup>41)</sup>을 부인하는 것을 전제로 하고 있는데, 종전의 판례에 의하면 사원이 회사의 위기 상황에서 회사를 청산 하거나 자기자본을 조달하는 대신에 오로지 타인 자본만을 조달하였다면 이에 대한 비난을 가할 수 있다고 하였다. 유한회사법 제30조 제1항 제3문은 지금까지 유한회사법 제30조, 제31조에 대한 유추를 통해 발전된 판례 원칙이 더 이상 적용되지 않는다는 점을 명확하게 하였다.

앞으로는 사원소비대차에 대한 상황과 경제적으로 사원의 소비대차와 유사한 법률행위에 의한 채권에 대한 이행은 명시적으로 더 이상 금지되지 아니한다. 이와 함께 입법자는 자기자본보충법에 대한 회사법상의 근거도 포기하였다. 오히려 범형식을 포괄하는 핵심적인 규정인 파산법 제39조 제1항 Nr. 5에 따라 회사가 파산을 할 경우, 파산법 제39조 제4항 및 제5항에 규정된 채무 구조 개선을 위한 것이 아니거나 소액 출자자가 아닌 한 모든 사원소비대차는 후 순위가 된다. 덧붙여 파산법 제135조 제1항 Nr. 2에 따라 사원의 소비대차를 기초로 파산 전 행해진 모든 급부는 취소할 수 있다.

따라서 소비대차가 파산 절차의 개시 신청 전 1년의 기한 안에 이루어졌느냐 아니냐에 따라 구별되어야 한다. 자기자본을 보충하는 성격을 가지느냐 하는 것은 더 이상 중요하지 않다. 판례 원칙이 적용되던 때와는 달리 만약 이러한 상황이 위기와 무관하게 행해졌고, 회사 채권자의 행위가 남용에 해당하지 않을지라도 언급한 기한 내에서 행한 사원의 소비대차에 대한 상황은 취소될 수 있다. 이는 위기 상황만 포함되는 것이 아니기 때문에 기존의 법규정과 비교해 보면 사원 책임의 확장을 의미한다. 이로 인해 지분의 양도인에 대한 책임 위험이 확대된다는 점 역시 중요한 변화이다. 즉, 양도인이 양도 전에

소비대차의 상환을 요구하고, 상환을 청구한 후 1년 이내에 회사가 추후의 뜻밖의 원인 또는 취득자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 파산이 되는 경우가 여기에 해당된다. 이와 관련하여 중요한 것은 이러한 법률의 개정으로 인하여 사원소비대차에 관한 명료한 법리가 창설되었다는 것이다.

개별적인 사안에 있어서는 또한 제3의 채권자에 대한 보호가 약화될 수 있다. 사원인 채권자는 다른 채권자에 비하여 정보의 우위(Wissensvorsprung)를 가지는데, 이를 통해 사원인 채권자는 자신의 채권에 대하여 발생 가능한 결과를 파산 절차에서 생기지 않도록 파산절차개시의 신청 1년 전까지 이러한 정보의 우위를 마음껏 이용할 수 있기 때문이다.

학계에서의 수많은 논의를 기초로 하여 사원이 목적물에 대한 용익권을 회사에 이전할 수 있도록 법률상의 규정을 파산법 제135조 제3항에 새로이 도입하였다. 입법자는 또한 바로 그러한 사안에 대하여 각양각색의, 부분적으로 여전히 논란이 있는 판례에 대하여 수정을 가하였다.

즉, 지금까지는 위기시에 사원이 목적물의 용익권을 회사에 이전하는 것은 자본을 보충하는 소비대차와 동일하게 보았다. 따라서 사원은 이 목적물을 계약상 합의된 기한이 지난 이후에야 또는 회사의 위기가 극복된 이후, 특히 설립자본이 다시 보충된 이후에야 반환을 요구할 수 있었다. 그때까지 사원은 개정 전 유한회사법 제30조 제1항에 따라 이러한 행위가 회사의 결

손 또는 채무 초과를 해소하기 위해 필요한 한 어떠한 보상도 요구할 수 없었다. 이제 파산법 제135조 제3항에 따라 어떤 목적물을 사용 또는 이용을 위하여 회사에 이전을 한 자는 파산 절차가 진행되는 동안, 그러나 최대 파산 절차의 개시 이후 1년 동안은 별채권을 행사할 수 없다. 사원은 이에 대하여 원칙적으로 절차 개시 전년도에 실질적으로 지급된 보수를 기준으로 하여 금전적인 보상을 청구할 수 있다.

물론 새로운 법률의 적용을 위해서는 유럽 파산법 제103d조에 따라 파산 절차가 개시되어야 한다. 따라서 지금까지의 자기자본보충법은 잠시 동안 더 효력을 발휘하게 된다.

#### IV. 수권자본(유한회사법 제55a조)

유한회사의 현대화를 위한 정부의 법률안에 대한 연방 상원의 견해를 반영하여, 주식법에서 존재하는 수권자본제도를 유한회사에서도 이용할 수 있도록 유한회사법 제55a조에 새로이 규정을 마련하였다. 이 규정은 주식법 제202조를 모방한 것으로, 회사계약(Gesellschaftsvertrag; 유한회사의 정관)에 따라 업무집행사원이 회사의 등기 또는 정관의 변경 후 5년을 기한으로 출자와 교환하여 새로운 지분을 발행함으로써 정관에 규정된 특정 액수까지 자본을 증가시킬 수 있도록 하였다. 수권자본을 소진한 경우에는 상업등기부에 자본의 증가에 대한 등기를 요한다.

## V. 지분의 선의취득

### 1. 개정 전의 법적 상황

개정 전 법률은 사원 지분의 선의취득을 인정하지 아니하였다. 따라서 개별 사안마다 지분의 존재 여부 및 처분을 하는 사원이 실질적인 지분권자(Anteilsinhaber)인지 여부를 심사하여야 했다. 따라서 구법은 이로부터 발생하는 정보에 대한 이해관계(Informationsinteresse)에 대하여 완전하게 고려하지 못하고 있었다. 비록 구법하에서도 사원의 성명, 주소 및 생년월일 등을 포함하는 사원 명부를 상업등기소에 제출할 의무가 존재하였지만 실제법상의 효과는 별로 없었고, 또한 이에 대한 제재도 효율적이지 못하였기 때문에 사원 명부의 관리를 진지하게 받아들이지도 않았다. 이에 대한 의무를 위반하는 경우에는 오로지 회사의 채권자가 손해배상을 청구할 수 있었을 뿐 취득자가 법적으로 보호되는 못하였다. 따라서 실무에 있어서는 지분의 취득은 설립 증서(Gründungsurkunde)부터 (최종 양도까지의) 시간과 비용이 많이 드는 모든 양도 과정에 대한 심사를 하거나 또는 매도인이 포괄적인 보증을 하는 것이 일반적이었다.

### 2. 개정 사항

개정 법률은 사원 명부에 기재된 지분에 대하여는 전부 번호를 매기도록 규정하고 있다. 이러

한 사원 명부는 앞으로는 업무집행사원이 아니라 (거래에) 관여를 한 공증인이 상업등기소에 제출을 하여야 하며, 이와 관련하여 업무집행사원은 명부의 진정성을 심사할 의무를 부담한다.<sup>42)</sup> 제출된 사원 명부의 하자에 대한 업무집행사원의 책임은 그 지분이 변경된 자, 즉 지분의 매수인과 매도인에게로 확대된다.<sup>43)</sup> 개정 법률에 의하면 사원 명부는 또한 실제법상의 효과를 지닌다. 따라서 사원의 변동 또는 그 지분의 변동은 이러한 변동이 상업등기부의 사원 명부에 기재가 된 후에야 비로소 회사에 대하여 효과가 있다. 사원권은 회사에 대한 관계에 있어서 회사에 대한 지분 취득의 통지가 아니라 사원 명부에의 기재가 기준으로 한다.

사원 명부는 더 나아가 '선의의 외관'을 지니며(Gutglaubensträger) 따라서 앞으로는 지분 및 이에 대한 권리는 다음과 같은 요건하에서 무권리자로부터도 취득이 가능하다.

1. 무권리자가 사원으로서 사원 명부에 기재가 되어 있을 것
2. 취득자는 매도인의 권리의 부존재를 모르거나 알 수 없을 것
3. 사원 명부가 사원 지분과 관련하여 적어도 3년 이상 허위이거나 또는 그 불일치(Unrichtigkeit)에 대하여 권리자에게 책임이 있을 것

이러한 선의 취득은 경과 규정이 지난 2009

각  
주

42) BT-Drs. 16/6140, S. 105.

43) 유한회사법 제40조 제3항.

년 5월 1일부터 효력이 생기며, 이는 사원 명부가 유한회사의현대화를위한법률이 발효되는 시점에 이미 사실에 부합하지 아니하고 이러한 불일치에 대하여 권리자에게 책임을 귀속할 수 있는 경우에만 해당한다. 이러한 불일치에 대하여 정당한 권리자에게 책임을 귀속시킬 수 없는 경우에는 2011년 11월 1일부터 선의취득이 가능하다.

## VI. 남용의 방지

원래 지불능력이 없는 회사의 청산에 있어서의 폐해(Unzulänglichkeit) 역시 유한회사법의 개정을 위한 동기였다. 이에 따라 유한회사의현대화를위한법률은 대부분 정부안을 변경하지 않고 받아들인 남용의 방지를 위한 일련의 조치들을 담고 있다.

### 1. 개정 전의 법률 상황

개정 전의 법률은 더 이상 존속하기 어려운 회사에 대한 파산 또는 청산과 관련하여 효과적이지 못하다는 비판이 있었다. 특히 기관의 대표자에 대한 송달과 관련하여 많은 문제가 있었는데, 회사의 영업상의 주소가 상업등기부에 등기되어

있지도 않았고 대표 기관이 존재하지 않는 경우(Führungslosigkeit)에 대한 규정도 없었다. 구법에서도 비록 회사의 채권자의 보호를 위해 회사가 지급불능이 된 이후 또는 채무 초과가 확정된 후(bei Insolvenzreife) 지급 금지를 규정하고는 있었지만 업무집행사원이 이에 위반하여 지급을 한 경우에 회사에 대한 손해배상만을 규정하고 있었다. 그러나 파산관재인 또는 회사의 채권자가 업무집행사원의 소재를 알 수 없는 경우에는 그 실효를 거두기 어려웠다. 구 유한회사법 제6조 제2항은 신뢰할 수 없고 업무에 적합하지 못한 자가 업무집행사원으로 선임되지 않도록 제척 사유(Ausschlussgründe)를 규정하였는데, 이러한 사유가 존재하는 경우에는 유한회사의 업무집행사원이 될 수 없었다. 이러한 사유에는 파산, 회계장부 작성 의무의 위반 또는 채권자 또는 채무자에 대한 특혜 제공(Gläubiger- oder Schuldnerbegünstigung)으로 인한 법원의 확정판결이 여기에 해당하였다. 이와 관련하여서는 외국에서의 이와 유사한 판결에 대하여도 적용되느냐 하는 점에 대하여 논란이 있었고,<sup>44)</sup> 소위 사기 또는 횡령과 같은 다른 유죄 판결에 대한 유추 적용 여부에 대하여는 명백하게 인정되지 아니하였다.

## 2. 개정 사항

### (1) 선임 제한

연방 상원의 권고 및 연방정부의 반대 의견을 기초로 업무집행사원 및 이사의 선임에 대한 제한은 정부안과 비교하여 다시 한 번 확대되었다. 주식법 제76조 제3항 제2문<sup>45)</sup> 및 유한회사법 제6조 제2항 제2문<sup>46)</sup>에 이사 및 업무집행사원에 대한 선임 금지의 적용 범위를 확대하고 보다 명확하게 하였다. 이러한 선임 제한과 관련하여, 특히 외국에서의 유사한 범죄 및 일반적인 사기와 관련한 유죄 판결이 있는 경우에는 업무집행사원 또는 이사를 해임할 수 있다. 또한 외국의 자본회사가 국내에 영업소를 두는 경우에는(상법 제13e조 제3항 제2문) 외국의 자본회사의 법률상의 대표자에 대하여도 앞에서 언급한 규정에 따라 선임 제한이 명시적으로 준용된다. 이러한 선임의 금지를 국내에 있는 외국 회사의 지점에 대하여도 확대를 하였기 때문에, 형식적인 외국 회사(Schein- Auslands-gesellschaft)를 이용한 이러한 규정의 회피는 더 이상 어렵게 되었다.<sup>47)</sup>

이에 더하여 새롭게 도입된 유한회사법 제6

조 제5항에는 고의 또는 과실로 유한회사법 제6조 제2항에 따라 업무집행사원이 될 수 없는 자에 대하여 업무의 집행을 하게 한 사원의 연대책임을 규정하였다. 이에 따라 사원은 업무집행사원으로 선임할 수 없는 자가 회사에 대하여 부담하는 의무를 위반하여 회사에 발생한 손해에 대하여 책임을 진다.

### (2) 회사에 대한 송달

이번 법률의 개정을 통해 회사에 대표 기관이 존재하지 않을(Vertreterlosigkeit) 위험을 예방하였다.

업무집행사원에 대한 해임 및 영업소의 폐쇄(Aufgabe)를 통해 재무 구조가 취약한 유한회사가 정상적인 파산 또는 청산을 하지 못하도록 하는 소위 기업 약탈자(Firmenbestatter)에 의한 남용을 방지하기 위해 앞으로는 상업등기부에 등기를 하기 위해서는 국내의 영업상의 주소를 등기하여야 한다(유한회사법 제8조 제4항, 동법 제10조 제1항 제1문). 즉, 회사는 등기에 국내 영업상의 주소를 기재하여야 하며, 이는 등기의 내용이 된다.<sup>48)</sup>

이렇게 상업등기부에 기재된 주소는 앞으로

#### 각주

45) 법원의 판결 또는 행정청의 집행력 있는 결정에 따라 직업, 직업 부문, 영업, 또는 영업 부문에서의 종사를 할 수 없는 자는, 사업 목적이 전적으로 또는 일부분 이러한 금지에 저촉이 되는 경우에는 이사가 될 수 없다.

46) 법원의 판결 또는 행정청의 집행력 있는 결정에 따라 직업, 직업 부문, 영업, 또는 영업 부문에서의 종사를 할 수 없는 자는, 사업 목적이 전적으로 또는 일부분 이러한 금지에 저촉이 되는 경우에는 업무집행사원이 될 수 없다.

47) 이에 대하여는 *Kindler*, AG 2007, 721 (729); zu den bislang faktisch bestehenden Möglichkeiten, die Vorschriften zu unterlaufen, *Hirte*, in: *Hirte/Bücker* (o.Fußn. 1), § 1 Rdnr. 38.

48) 유한회사법 제8조 제4항 Nr. 1.

송달에 있어서 준거가 되는 주소가 된다. 채권자는 언제든지 전자적으로 상업등기부에서 회사의 주소를 알 수 있으며, 이를 통해 송달에 있어서 발생할 수 있는 문제를 예방할 수 있다. 즉, 상업등기부에 등기된 회사의 주소에 대한 송달과 수령할 권한이 있는 자에 대한 송달이 불가능한 경우, 상법 제15a조는 민사소송법 제185조 Nr. 2와 결합하여 법인에 대하여는 만약 이러한 송달이 조사 없이 알 수 있는 다른 국내의 주소에 대하여도 불가능한 경우에는 공시송달을 허용한다.

더 나아가 만약 회사에 어떠한 업무집행사원도 존재하지 아니하는 경우에 유한회사의 사원에 대한 송달도 효력이 생긴다(유한회사법 제35조 제1항 제2문). 이에 따라 업무집행사원을 해임함으로써 회사에 대한 의사표시의 도달과 송달을 방해하는 행태를 예방할 수 있다. 덧붙여 긴급 업무집행사원(Notgeschäftsführer)을 선임할 필요가 없다. 유한회사법도입법 제3조 제1항의 경과 규정에 따라 유한회사의 현대화를 위한 법률의 발효와 동시에 기존 회사들(Altgesellschaften)에도 국내의 영업상의 주소를 등기할 의무가 생긴다.

### 3. 실무에서의 효과

파산 원인이 존재하는 경우의 지급 금지에 대

한 현행 규정을 강화함으로써 업무집행사원의 책임은 가중되었다.<sup>49)</sup> 새 규정은 실질적인 파산 이전에 이미 적용이 가능하며, 사원에 대한 모든 지급을 포함한다. 따라서 업무집행사원은 사원에 대한 지급이 회사의 지급 불능을 초래할 수 있는 경우에는 이러한 지급을 거절하여야 한다. 그러나 이와 관련하여 사원에 대한 지급이 반드시 회사의 지급 불능을 초래하느냐 하는 점에 대하여는 판단을 하기가 쉽지 않다. 또한 이러한 지급이 단기, 중기 또는 장기적인 측면에서 회사의 지급 불능을 초래하느냐 하는 점도 문제가 될 수 있다.

유한회사법 제64조 제3항은 업무집행사원에 대하여 어느 정도 면책의 여지를 두고 있다. 즉, 업무집행사원은 원칙적으로 사원에 대하여 지급을 함으로써 회사의 지급불능의 원인이 된 지급에 대한 배상을 할 의무를 부담한다. 다만 이러한 지급이 통상적인 상인에게 요구되는 주의를 기울였더라도 알 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다(유한회사법 제64조 제3문). 이 경우 업무집행사원은 이에 대하여 주장 및 입증에 대한 책임을 부담한다.

새 규정에 따르면 대표 기관이 존재하지 않는 경우에 사원은 스스로 책임을 진다. 회사의 채권자의 입장에서는 이러한 신설 규정에 따라 송달이 보다 더 용이하게 되었다. 다만 회사 기관

49) K.Schmidt, GmbHR 2008, 449, 453; Greulich/Rau, NZG, 284, 285.

의 선임, 해임 또는 사임의 효력에 대하여 이해 관계자 사이에 다툼이 있는 경우에는 여전히 불확실성이 존재할 수 있다. 이러한 경우에는 수동적인 대표권이 여전히 업무집행사원에게 있느냐 또는 이미 사원에게 있느냐에 대하여 의문이 있을 수 있을 것이다.

## Ⅶ. 결론

이번 개정에 대하여는 실무적으로는 대체적으로 만족하는 것으로 보인다. 다른 경쟁하는 외국의 법 형식과 비교하여 독일 유한회사법의 매력을 강화하고 남용을 방지하려는 입법자의 의도는 어느 정도 관철될 것으로 보인다. 따라서 전체적으로 평가해 볼 때 이번 입법 방향에 대해서는 긍정적으로 평가하고 있는 것 같다.

다만 유한회사의 현대화를 위한 법률은 유한회사법에 있어서 중요한 변경을 가져 오기는 하지만, 또한 많은 기본적인 구조들은 건드리지 않았다. 많은 부분에서 법 적용은 간이화되었고 각종 규제들을 완화하는 한편 이와 관련한 업무집행사원의 책임은 가중하였다. 마찬가지로 사원에 대하여도 새로운 책임들이 주어졌다. 이번

개정으로 인하여 사원 책임과 업무집행사원의 책임과 관련하여 자본충실 및 자본유지의 영역에서는 실질적으로 어떻게 전이될 것인가 하는 것은 아직까지는 알 수 없다. 또한 이러한 새로운 규정들이 현실에 있어서 실질적으로 효과를 나타낼 것인가 하는 점에 대하여도 아직 판단하기는 이르다.

김 성 곤

(독일 주재 외국법제조사원)