

## ■ 논 단

# 합자회사에 관한 몇 가지 법적 쟁점 및 개선방향\*

양 기 진  
전북대 법학전문대학원 부교수

### 요 약 문

상법상 회사유형 중 주식회사 외의 회사 유형은 전반적으로 활성화되지 못하고 있다. 합자회사의 경우도 마찬가지이며 주로 운수업종 등 일부 업종에서 제한적으로 이용되는데 불과하다. 따라서 이 글에서는 접근가능한 자료를 중심으로 합자회사 형식의 이용현황 및 그 배경을 살펴보았다. 그리고 합자회사의 활성화를 위하여 법적 측면에 아쉬운 점이 있다면 무엇인지 관련 법적 쟁점들을 추려서 검토해 보았다.

활용도가 그다지 높지 않은 합자회사 제도의 활성화를 도모하는 차원에서, 이 글은 유한책임사원의 업무집행권과 대외적 책임 등 아직 법적으로 불분명한 몇가지 쟁점을 소개·정리하고, 지분양도의 대항요건 구비여부에 관한 최근 판례 태도 및 향후 입법방향, 사원의 지분 환가의 용이성 차원에서 소위 경제적 지분(transferable interest) 개념을 도입할 필요성, 무한책임사원과 유한책임사원의 지위 겸임(dual capacity)을 인정할 필요, 사모투자전문회사에 대한 합자회사 형태 강제가 바람직하지 여부를 살펴보았다.

지금처럼 극단적인 주식회사 선호현상은 바람직하지 않은바, 내부적 자치가 활발한, 소규모의, 업종별 특성에 따라서 다양한 회사 형태가 선택되어야 한다는 점에서, ULPA 2001을 참조하여 향후 합자회사의 개편방향에 대하여 언급하였다.

주제어 : 합자회사, 사모투자전문회사, 경제적 지분, 지분양도의 대항요건, 이중적 지위

\* 이 논문은 2015년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었으며, 2015.7.13. 대법원 민사실무연구회에서 발표한 글 일부를 수정·보완한 것입니다. 심사해 주신 익명의 심사자 분들께 감사말씀을 전합니다.

〈目 次〉

I. 머리말	III. 합자회사에 관한 향후 입법방향
II. 합자회사의 중요 법적 쟁점 분석	1. 유한책임의 추구 확대
1. 유한책임사원의 업무집행권한 및 특칙	2. 경제적 지분의 분리 양도 가부
2. 의결권의 행사방식	3. 물적 회사적 속성의 도입
3. 대외적인 책임	IV. 맺음말
4. 지분의 양도	
5. 사원의 이중적 지위(dual capacity)의 긍정	
6. 사모투자전문회사의 합자회사 형태 강제	

## I. 머리말

합자회사는 상법상 규정된 회사의 한 형태이긴 하지만 그 이용빈도는 그다지 많지 않은 다소 생소한 회사 유형이다. 법인세 신고현황<sup>1)</sup>을 통해서 본 회사유형(2013년 9월말 기준)에서 총 신고법인의 수(517,805개사) 중 합자회사는 전체 회사 중 1%를 훨씬 밑도는 미미한 비중을 점할 뿐이다. 주식회사가 94.65%(490,120개사)로 단연 거대계에서 압도적인 회사 유형이며 그 외 유한회사가 4.51%, 합자회사가 0.68%(3,532개사), 합명회사가 0.15%를 차지한다. 법원 등기건수를 기준으로 하여도 2006년부터 2014년까지 우리나라에서 합자회사는 매년 평균 302개사가 설립된 정도에 불과하다.<sup>2)</sup>

이처럼 우리나라에서 합자회사의 이용률은 상당히 낮은 편인데, 그럼에도 불구하고 합자회사가 이용되는 경우는 주로 법적인 사유에 기인한 것으로 보인다. 예컨대, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’)상 집합투자기구 중 사모투자전문회사를 설립할 경우 합자회사로 설립하도록 강제된다. 현행법상 합자회사로만 설립되도록 하는 경우는 자본시장법상 사모투자전문회사, 「산업발전법」상의 기업구조개선 사모투자전문회사 및 「해외자원개발 사업법」상 해외자원개발투자전문회사가 있다.<sup>3)</sup> 이상의 경우 외에는 합자회사로만 설립되도록 법령상 의무를 부과하는 경우는 발견되지 않는다. 한편 자본시장법상 집합투자기구<sup>4)</sup> 유

1) 국세청, 「2014 국세통계연보」, 국세청 발간자료, 2014, 234면

2) 합자회사의 설립등기 건수는 258건(2006년), 299건(2007년), 436건(2008년), 538건(2009년), 159건(2010년), 237건(2011년), 406건(2012년), 239건(2013년), 153건(2014년)으로 연평균 302건 가량이다.

3) 이들 사모투자전문회사들은 2015년 5월말 기준 총 282개사가 금융감독당국에 등록되어 있다.

형 중 투자합자회사의 설립이 가능하지만<sup>5)</sup>, 집합투자기구의 법적 형식을 투자합자조합을 포함하여 어느 형태로 설립할지는 집합투자업자의 재량사항이다.

그 외에 운수업 종사회사 중 합자회사로 운영되는 경우가 적지 않은 것으로 보인다. 운수업 종사 회사법인은 2013년 기준 총 14,745개사로 이중 육상운송업을 영위하는 회사법인이 8,983개사에 달하는데<sup>6)</sup> 이 중 적지 않은 수가 합자회사로 운영되고 있다고 보이며<sup>7)</sup>, 이는 운송업에서 '지입' 관행을 허용하는 법원의 해석 및 관련 입법이 상당부분 영향을 미쳤을 것으로 추정된다.

구 자동차운수사업법(1961년 제정, 1962년 시행, 기폐지)은 자동차운송사업자의 명의대여를 금지하였고(구법 제26조제2항제1문), 명의대여 금지를 회피를 막기 위하여 "자동차운송사업자가 다른 자동차운송사업자로부터 당해 사업과 관련되는 지시를 받는 경우"도 마찬가지로 금지하고 있었는바(구법 제26조제2항제2문), 지입의 경우에도 동조동항제2문에 해당하는지가 일찍부터 문제되었다. 판례는 지입차주의 운송사업은 자동차운송사업자가 그 사업을 타인에게 경영하게 한 경우에 해당하지 않는다고 보았다(대법원 1987.2.10. 선고 84누350 판결). 구 자동차운수사업법을 계승한 현행 화물자동차운수사업법 및 여객자동차운수사업법 역시 지입을 허용하면서 지입차주로부터 현물출자를 받는 근거를 마련하는 규정을 두고 있다.<sup>8)</sup>

운송사업자가 지입차주(車主)로부터 해당 차주의 차량을 현물출자받은 경우 출자의 대가로 회사의 지분을 주어야 할 것이다. 그런데 차량을 현물출자 처리함에 있어서 주식회사에의 현물출자의 절차가 엄격하므로<sup>9)</sup> 상대적으로 간편한 합명회사나 합자회사에서의 현물출자를 이용할 유인이 있을 것이다.<sup>10)</sup> 따라서 화물운송사업자와 지입차주의 여러 이해관계를 고려하여

4) 자본시장법상 집합투자기구에는 사모투자전문회사를 포함하여 총 7개 유형이 있으며(법 제9조제18항), 이중 상법에 따른 합자회사 형태의 집합투자기구가 '투자합자회사'이다(법 제9조제18항제4호).

5) 2015년 3월말 기준으로 86개사가 집합투자업자로 활동하며 집합투자기구 설정잔액은 251조를 상회하고 있다. 금융감독원 금융통계월보, <http://fisis.fss.or.kr/fss/fsi/id/fssview05.jsp>. 2015.6.25. 방문

6) 일반택시 운송업을 영위하는 회사법인(개인택시 제외)이 1,715개사에 달하며 일반화물자동차운송업(용달 및 개별 화물자동차운송업을 제외)을 영위하는 회사법인도 6,118개사에 이른다. 용달 및 개별 화물자동차운송업을 제외하고 산정한 것이다. 통계청, "2013년 기준 운수업조사보고서," 통계청 발간자료, 2014, 68면, 82면 및 338면, [http://kosis.kr/ups/ups\\_01List.jsp?pubcode=OT](http://kosis.kr/ups/ups_01List.jsp?pubcode=OT), 2015.6.15. 방문

7) 접근 가능한 자료가 제한되어 있어서 정확한 수치는 알 수 없다.

8) 특히 화물자동차운수사업법은 종전의 명의대여 허용의 연장선상에서 '경영위탁'을 허용하면서 운송사업자가 화물자동차 운송사업과 관련하여 차량을 '현물출자'한 사람에게 그 경영의 일부를 위탁할 수 있는 근거를 마련하고 있고(법 제40조제1항), 운송사업자가 차량을 현물출자받은 경우 위·수탁차주를 자동차등록원부에 '현물출자자'로 기재할 의무가 있다(법 제11조제15항); 화물자동차운수사업에서의 지입관행에 관한 법적 고찰은 다음 논문이 상세하다. 김천수, "화물자동차운수사업법의 경영위탁(지입)에 대한 법적 고찰과 평가," 「법학연구」 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소 (2013.7)

9) 자본충실의 원칙을 지향하여 법원이 선임한 감사인의 검사나 공인된 감정인의 감정 등 복잡한 절차가 개입된다(상법 제298조 내지 제300조, 제422조).

10) 반면에 물적회사인 유한회사의 경우 현물출자는 허용되지만 현물출자된 재산의 실가(實價)가 현저히 부족한 것으로 드러날 경우 그 부족가액을 연대하여 지급하여야 할 엄격한 책임을 진다(상법 제550조, 제551조 및

운송업계에서 합자회사 형태를 선호할 유인이 있다고 보인다.

이상에서 우리나라에서의 합자회사 이용실태에 대하여 접근가능한 자료를 가지고 살펴보았다. 이 글에서는 합자회사를 이용할 경우 논란 가능한 법적 쟁점 중 중요하다고 생각되는 것을 몇 가지 살펴보고, 연관 쟁점으로 자본시장법상 사모투자전문회사를 합자회사로 설립하도록 강제하는 규제의 타당성을 검토하고 미국의 관련입법 등에 비추어 합자회사 제도의 활성화를 위한 입법적 방향을 제시하기로 한다.

## II. 합자회사의 중요 법적 쟁점 분석

### 1. 유한책임사원의 업무집행권한 및 특칙

#### 가. 유한책임사원의 업무집행권한

합자회사에서 업무집행의 권리·의무는 정관에 다른 규정이 없는 때에는 무한책임사원 각자가 회사의 업무를 집행할 권리와 의무가 있다(상법 제273조). 따라서 합자회사 유한책임사원이 업무집행권한을 갖느냐에 관하여 오랜 논쟁이 있다. 상법은 “유한책임사원은 회사의 업무집행이나 대표행위를 하지 못한다.”라고 규정하고 있으므로(제278조), 이를 둘러싸고 입장이 나뉜다.<sup>11)</sup>

긍정설은 외부관계에 속하는 대표권만큼은 유한책임사원이 가질 수 없지만 회사의 업무집행은 임의규정으로 다스릴 수 있는 내부관계이므로 유한책임사원도 총사원의 동의 또는 정관규정에 의하여 업무집행권을 가질 수 있다고 한다.

그러나 이에 대한 유력한 반대설은 업무집행과 대표권은 표리(表裏)의 관계에 있는데 이를 분리해 귀속시킬 수 없으며 업무집행과 대표를 규정한 하나의 조문을 나누어 일부는 임의규정, 나머지는 강행규정으로 보기 어렵다고 한다.<sup>12)</sup> 또한 제278조를 강행규정으로 보는 근거에 대하여, 합자회사는 합명회사와 달리 경영자본가를 중심으로 소위 지분자본가를 결합시킴으로써 자본의 집적을 보다 용이할 수 있도록 한 것으로 상법 제278조는 유한책임사원에게 회사의 관리를 맡기는 것을 바람직하지 않게 보는 취지에서 만들어졌다고 보고 업무집행<sup>13)</sup>과 대표행위를 의미있게 구분하

제593조제1항). 이러한 사원의 책임은 면제할 방법이 없고 이와 관련하여 이사와 감사도 총 사원의 동의로 책임을 면제해 주지 않는한 주관적 귀책사유의 존부를 불문하고 부족가액의 연대지급책임을 진다(상법 제550조, 제551조 및 제593조제1항).

11) 이하 견해 대립에 관한 자세한 것은, 이철송, 「회사법강의(제22판)」, 박영사, 2014, 179면; 이하에서는 특별한 언급이 없는 한 업무집행권을 대표권과 구별하여 ‘대내적’ 업무집행권을 의미하는 것으로 용어를 사용한다.

12) 이철송, 상계서, 179면.

13) 업무집행이란 회사 조직 유지 및 회사 목적이 되는 사업 수행 활동이므로, 법률행위·사실행위이거나 대내적·대외적 행위이거나를 묻지 않고 영업의 존재를 전제로 하는 통상의 영업상 사무 집행을 의미한다고 본다. 서완석·

기 곤란하기 때문이라고 설명하는 견해<sup>14)</sup>도 있다.

판례는 합자회사의 유한책임사원의 업무집행권에 대하여는 명확한 언급은 없으나, “합자회사의 유한책임사원이 정관 또는 총사원의 동의로서 회사의 대표자로 지정되어 그와 같은 등기까지 경유되었다 하더라도 회사대표권을 가질 수 없다.”고 하여(대법원 1966.1.25. 선고 65다 2128 판결), 적어도 유한책임사원이 합자회사의 대표권을 가질 수 없다는 입장이다.<sup>15)</sup>

상법은 합자회사의 ‘유한’ 책임사원에 대하여 다른 사원의 동의 없이 경영(競業)할 수 있는 자유를 인정하고 있고(제275조) 감사권 역시 ‘유한’ 책임사원에 대하여 부여하고 있다(제277조). 업무집행을 하는 것이 허용되는 사원에게는 이해충돌 문제상 경영이 인정되어서는 아니될 것이므로, 유한책임사원의 경영을 명문으로 인정하는 현행 상법은 유한책임사원의 업무집행권을 인정하지 않는 입장에 근거한다고 보는 것이 학설대립을 떠나 더 정확한 입장이 아닌가 생각된다.<sup>16)</sup>

#### 나. 사모투자전문회사에 대한 특칙

사모투자전문회사의 경우 무한책임사원의 지분 양도(자본시장법 제273조제1항) 등과 같이 ‘전원’의 동의를 얻도록 하는 등의 경우가 아닌 한 상법에 따르면, 업무집행은 원칙적으로 무한책임사원으로 구성된 업무집행사원이, 복수의 업무집행사원이 있는 경우 그 과반수에 의하여 결정하게 된다.<sup>17)</sup>

자본시장법은 사모투자전문회사(PEF)의 유한책임사원은 회사재산인 주식 또는 지분의 의결권 행사 및 일정한 업무집행사원의 업무에 관여하는 것을 명시적으로 금지한다(법 제269조제4항). 유한책임사원이 관여 불가한 사모투자전문회사의 업무사항<sup>18)</sup>은 상당히 광범위하게 규정

박임출, “합자회사 형태를 취하는 사모투자전문회사의 법적 문제점,” 「외법논문」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소 (2008), 529면

14) 서완석·박임출, 상계논문, 529~530면

15) 구체적으로 판례는, 상법 제278조 및 제273조상 합자회사에 있어서는 정관 또는 총사원의 동의로써 회사 대표자로 될 수 있는 자는 무한책임사원에 한하므로 유한책임사원은 설사 정관 또는 총사원의 동의로써 회사 대표자로 지정되어 등기까지 행해졌다고 하더라도 회사 대표권을 가질 수 없으며, 따라서 이에 위반되는 유한책임사원의 회사대표에 관한 정관규정을 두더라도 이러한 규정은 없는 것과 마찬가지이며, 무한책임사원이 각자 합자회사를 대표할 권리와 의무를 가진다고 판시한 바 있다(대법원 1966.1.25. 선고 65다2128 판결).

16) 연관문제로, 개정 상법상 도입된 합자조합에서 유한책임조합원이 업무집행권과 대표권을 갖는지는 합자회사의 경우와 유사하면서도 다른 면이 있다. 관련 검토를 한 문헌으로는, 양기진, “개정상법상의 합자조합에 관한 연구: 합자조합의 법적 실체성 및 조합원의 지위에 관하여,” 「홍익법학」 제13권 제1호, 홍익대 법학연구소 (2012), 645~649면

17) 업무집행사원의 경우 상법상으로 출자가액이 아닌 인원 ‘수’에 의하여 의사를 결정하도록 하고 있으나 내부적으로 업무집행사원의 의결권 산정방법에 대하여 달리 정하여도 무방할 것이다.

18) (i) 투자대상기업 선정이나 투자목적회사의 설립 또는 선정, (ii) 투자대상기업이나 투자목적회사의 지분증권을 매매하는 경우에는 그 가격·시기·방법 등의 결정, (iii) 사모투자전문회사재산이나 투자목적회사재산에 속하는 지분증권에 대한 의결권의 행사, (iv) 증권, 장내·장외파생상품 및 부동산 등 자산을 매매하는 경우 그

되어 있는바, 위 자본시장법 제269조제4항을 강행규정으로 본다면 적어도 동조동항에 명시된 사항에 관하여는 유한책임사원의 업무집행이 불가능할 것이다. 자본시장법의 감독법규로서의 특성상 이를 강행규정으로 보는 것이 타당하며<sup>19)</sup>, 그 이외 사항에 대하여는 유한책임사원의 관여가 가능한지 논란이 가능한바<sup>20)</sup> 상법상 합자회사의 유한책임사원의 권한범위에 관한 논의에 귀결된다.

한편 이러한 논란은 동시에 자본시장법상 집합투자의 본질에도 연결된다. 사모투자전문회사는 자본시장법상 집합투자기구의 일종으로 집합투자 수행을 위한 기구(vehicle)인 바, 집합투자는 그 정의상 그 투자자로부터 일상적인 운용지시를 받음이 없이 투자금을 운용하는 것이 본질적 특성이다(법 제6조제5항). 따라서 적어도 사모투자전문회사라는 집합투자기구가 성립한 '이후' 투자금 운용에 관한 결정에 투자자인 유한책임사원이 관여하는 것을 허용할 경우 자본시장법상 집합투자의 개념에 위배될 소지가 있다.

그렇지만 집합투자 개념에 위배될 가능성을 피하기 위하여, 사모투자전문회사를 설립하기 '이전'에 회사의 투자목적, 투자대상 및 방법을 정하여 무한책임사원이 그 범위 내에서 투자하도록 하는 방식(블라인드 방식)을 추구할 유인이 있으며 집합투자 개념의 반대해석상 가능할 것이다.<sup>21)</sup> 실제로 실무에서도 블라인드 펀드가 상당부분 결성되고 있다.<sup>22)</sup>

자본시장법은 무한책임사원이 사모투자전문회사나 투자목적기구(SPC)의 이익을 해치면서 자기나 제3자의 이익도모를 하는 행위를 금지한다는 규정을 두고 있다(법 제272조제6항제4호 및 동법시행령 제297조제2항제4호). 그러나 추상적인 '금지' 규정을 두는 것으로는 다른 사원들의 이익 보호에 충분하지 않다. 업무를 집행하는 무한책임사원과 유한책임사원 간의 대리인 비용 최소화를 위하여는 '적정' 수준으로 유한책임사원의 감시권이 발동될 수 있어야 할 것이다. 또한 업무집행 무한책임사원과 그렇지 않은 사원 간의 이해관계가 충돌하는 경우 후자는 필요범위 내에서 이러한 행위에 대하여 거부권을 행사할 수 있어야 하고 구체적인 의사결정이라도 개입할 수 있어야 할 것이다.<sup>23)</sup> 그러나 업무집행을 하지 아니하는 사원의 감시·통제의 정도가 심하여 업무집행사원의 운신여지를 너무 좁히고 전반적으로 회사의 이익을 해하는데

가격·시기·방법 등의 결정 업무, (v) 투자대상기업 또는 투자목적회사에 파견 또는 선임할 임원의 선정업무가 규정되어 있다(자본시장법시행령 제291조제2항 및 금융투자업규정 제7-50조제3항).

19) 자본시장법 제269조제4항과 유사한 내용인 구 자산운용법 제144조의10 제1항에 대하여 이를 사모투자전문회사에 특유한 강행규정으로 읽는 견해로, 윤희웅·이진국, "사모투자전문회사의 합자회사 형태에 따른 법적 문제점," 「BFL」 제10호, 서울대 금융법센터 (2005.3) 19~20면.

20) 이처럼 자본시장법의 상세한 규정에 불구하고 유한책임사원의 업무집행의 허용 가부 및 그 범위에 대하여 명백하지 않은 부분은 여전히 남는다. 관련 논의로, 윤희웅·이진국, 상계논문 참조.

21) 정준혁, "사모투자전문회사 사원간 계약의 주요내용," 「BFL」 제63호, 서울대금융법센터 (2014), 24~25면.

22) 사모투자전문회사가 이미 정해진 사업 프로젝트(project) 단위로 설립되는 경우 외에, 근래 설립되는 사모투자전문회사의 상당부분(30~40%)이 Blind Fund 방식이라고 한다. 금융감독원 자산운용감독실 사모펀드팀 담당자 인터뷰(2015.7.1. 통화)

23) 정준혁, 전계논문, 25면

이르는 그러한 과도한 간섭의 경우에는 이를 적정히 통제할 장치가 있어야 할 것이다. 결국 유효한 통제를 위하여는 유한책임사원이 업무집행 무한책임사원에 대하여 현실적이고 지속적인 감시 및 관여를 할 수 있되 유한책임사원의 감시·관여권 역시 적정 수준으로 유지되어야 할 것이다.

합자회사의 유한책임사원이 회사의 업무집행을 하는 것을 금지하는 현행 상법규정이 타당한지의 문제는 있다.<sup>24)</sup> 감시·통제권 행사는 업무집행 행위와 경우에 따라서 구분이 어려울 경우도 있을 것이다. 현실적으로 사모투자전문회사의 유한책임사원이 회사의 업무에 다각도로 관여하는 경우가 많은바<sup>25)</sup> 이 경우 상법 또는 자본시장법 위반 논란이 발생하게 된다.

현실적으로 사모투자전문회사 재산인 주식 등의 의결권 행사 등 일정한 업무에 관하여 유한책임사원의 관여를 금지하는 자본시장법을 들여다 볼 경우 동법상 규율수준이 적정한지는 의문이다(법 제269조제4항). 사모투자전문회사에 참여할 것으로 기대되는 유한책임사원들의 자력(資力) 및 운용능력을 고려할 경우, 자본시장법상 일상적 운용지시를 불허하는 집합투자의 일종으로 사모투자전문회사를 포함시키고 유한책임사원들의 회사재산 운용 참여를 차단하는 규정을 둔 것은 납득이 어려운 면이 있다. 사모투자전문회사는 참여가 기대되는 투자자 유형이나 이들의 자력과 지식 등 측면에서 다른 집합투자기구 유형에 비하여 좀더 자기보호 능력이 있다고 생각되며 자본시장법 역시 사모투자전문회사를 다른 집합투자의 경우와 별도 체계로 규율하고 있다. 바람직하게는 사모투자전문회사를 집합투자자가 아닌 독자적 유형으로 규정하고 자본시장법을 수정하여 회사재산의 운영 등에 관하여 내부적 자치권을 부여할 필요가 있을 것이다.<sup>26)</sup>

#### 다. 검토

우리나라의 합자회사에 가장 유사한 미국의 기업유형은 Limited Partnership이다. Limited Partnership(이하 '파트너십')의 General partner(이하 'GP')가 원칙적으로 파트너십의 대리인으로 GP의 명백히 통상적인 파트너십 업무의 수행 행위는 해당 파트너십을 원칙적으로 기속한다.<sup>27)</sup>

- 
- 24) 상법규정에 불구하고 유한책임사원의 업무집행이 허용된다는 견해에 의하면 자본시장법의 규제에 위반되지 않는한 별다른 문제가 될지 않을 것이다.
  - 25) 임재연, 「자본시장법(2014년판)」, 박영사, 2014, 1139면 각주 110번; 기관투자자의 입지 강화로 사모투자전문회사가 deal-by-deal 형태(단순 자금모집수단)로 운용되는 경우가 많아지면서, 유한책임사원이 자본력을 배경으로 업무집행사원을 사실상 지배하는 문제가 발생한다고 한다. 서완석·박입출, 전계논문, 527면
  - 26) 상법상 일반적인 합자회사에 대해서도 동일한 논의가 가능하다. 합자회사라 할지라도 그 구성·운영 양태는 상당정도 차이가 날 것이므로, 내부적으로 업무집행에 관한 자율권을 확대할 여지가 있다(아래 미국 Limited Partnership 논의 참조).
  - 27) 다만 GP가 그 특정사항에 대해 파트너십을 위하여 행위할 권한이 없었고 상대방이 이를 알았다거나 통지를 받았던 경우에만 파트너십을 기속하지 않는다고 하고 있다(ULPA 2001 § 402(a)). 만일 GP의 행위가 파트너십의 통상적인 행위를 수행하는 것인지 명백하지 않을 경우 합부로 파트너십을 기속시킬 수 없고 오직 GP의 해당 행위에 대하여 다른 모든 파트너들이 실제로 승인을 한 경우에 한하여 파트너십을 기속한다(ULPA 2001 § 402(b)).

반면 Limited partner(이하 'LP')는 파트너십을 대리하여 행위하거나 파트너십을 기속할 권한을 갖지 않는다(ULPA 2001 § 302). 이에 대하여 ULPA 2001은 § 302에 의하여 LP는 주식회사의 주주(a shareholder in a corporation)에 유사해져서 파트너십의 지분권자라는 지위가 파트너십을 경영할 권리(right to manage) 또는 그러한 권리(경영권)의 합리적인 외관을 제공하지 못한다고 설명한다(§ 302 comment).

그럼에도 불구하고 파트너십 계약으로 LP에게 경영권을 계약상 배분할 수 있으며, LP에게 별도의 계약으로 다른 권한에 입각하여(in another capacity) 파트너십의 대리권을 부여할 수 있다(§ 302 comment).

미국에서 Limited Partnership은 1916년 최초 관련법이 제정되는 등 꽤 상당한 기간 동안 운영되어 왔다. 따라서 우리나라에서 합자회사가 활성화되기 위하여 또는 합자회사가 활성화될 경우 어떠한 경로를 걸을 것인지에 관하여 미국의 입법이 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다. 미국에서 Limited Partnership에 관한 가장 나중에 성립된 ULPA 2001은 이처럼 LP(유한책임사원에 해당)에게 업무집행권을 부여할 여지를 허용한다. 비교법적으로 일본의 지분(持分)회사(합명회사, 합자회사, 합동회사를 통칭)에서 유한책임사원도 업무집행권을 갖는 것을 허용한다(일본 회사법 제590조).

## 2. 의결권의 행사방식

합자회사에서 업무집행의 권리·의무는 정관에 다른 규정이 없는 한 무한책임사원 각자에게 있는바(상법 제273조) 무한책임사원이 회사의 업무집행권을 갖되 정관으로 무한책임사원에 대한 업무집행배분 및 집행방법에 대해 세부적인 것을 정할 수 있다는 취지로 이해된다. 한편 상법상 유한책임사원도 의결권을 갖는 경우가 있는데, 상법 또는 정관에서 총사원의 동의로써 결정할 사항에 관하여 의결권을 갖는다. 이 경우 의결권의 수는 각 사원당 일 의결권이 원칙이나 사적 자치가 적용되어 정관으로 다른 방식, 즉 출자지분의 크기에 따른 의결권을 부여하는 것도 가능하다.

상법에 설치근거가 없으나 임의적 기구로서 합자회사에 사원총회를 설치하는 것은 가능하다. 이 경우 사원총회의 소집방식이나 의결정족수 등 상법상 별도 규정이 없으므로 상법에 위배되지 아니하는 한도에서 내부적 자치를 구현할 수 있을 것이다.

사모투자전문회사의 경우에도 설립근거법인 자본시장법상 사원총회에 관한 규정은 없으나 사모투자전문회사의 정관에 사원총회 관련 규정을 두어 사원들이 중요사항을 결정할 때 사원총회를 활용하기도 한다.<sup>28)</sup> 이 경우 사원들의 의결권은 출자지분에 비례하여 부여하는 것이 일반적이며 안건의 성격에 따라 의결요건을 달리 하기도 한다.<sup>29)</sup>

<sup>28)</sup> 이 경우 사원총회의 안건으로 상정하는 사항에는 GP와 LP의 이해관계가 충돌하거나 LP에게 근본적 영향을 미칠 수 있는 사항 등이 있다. 정준혁, 전제논문, 26면

### 3. 대외적인 책임

#### 가. 책임액의 변경

상법은 유한책임사원은 그 출자가액에서 이미 이행한 부분을 공제한 가액을 한도로 하여 회사채무를 변제할 책임이 있다고 정하고 있다(법 제279조제1항). 또한 상법은 책임회피행위를 막기 위한 장치를 두고 있으므로<sup>30)</sup> 유한책임사원의 책임한도는 강행규정으로 읽어야 할 것이다. 그러나 대내적으로 정관에 따로 규정하여 유한책임사원이 합자회사에 대하여 출자가액<sup>31)</sup>을 초과하여 책임의 절대적 한도를 증액시키는 것은 무방할 것이다.<sup>32)</sup> 출자가액을 초과하여 추가 책임을 진다고 정하는 것은 원칙적으로(출자하는 조합원이 무자력 또는 자력미달 상태가 아닌 한) 제3자의 이익을 해하는 것은 아니므로 그러한 정관 조항의 효력을 부정할 이유는 없다.<sup>33)</sup> 그러나 합자회사의 유한책임사원이 외부 채권자에 대한 대외적 책임을 자신의 출자가액의 절대액에 미달하여 부담하겠다고 규정하는 것은 외부 채권자에게 불리한 조항이므로 허용되지 않을 것으로 보인다.

#### 나. 대외적 책임의 한도

합자회사 사원이 대외적으로 지는 책임한도에 대해 분설한다. 우리법상 합자회사에서 유한책임사원의 책임의 한도로 기능하는 출자가액을 어떻게 확정할 것인가? 또한 '유한책임'은 어떠한 성격의 채무이며 그 사정범위는 어디까지인 것인가?

##### (1) 출자가액의 의미와 역할

회사채권자 입장에서 유한책임사원의 책임재산은 의미가 있으므로, 출자목적 및 그 가격 또는 그 평가표준은 정관 기재사항이면서(상법 제270조/제179조제4호) 동시에 사원의 출자목적

29) 정준혁, 상계논문, 26면

30) 회사에 이익이 없음에도 불구하고 배당을 받은 금액은 유한책임사원의 변제책임을 정함에 있어서 이를 가산하여야 하며(법 제279조제2항), 유한책임사원이 그 출자를 감소한 후 본점소재지에서 등기 전에 생긴 회사채무에 대하여는 등기후 2년 내에는 원래의 출자가액의 한도에서 책임을 지도록 하고 있다(법 제280조).

31) 합자조합에 관한 논의이지만 유사한 주장으로, 권기범, "개정 상법상의 합자조합에 대한 소고," 『서울법학』 제19권제1호, 서울시립대학교 법학연구소 (2011.5), 242면

32) 윤희웅·이진국, 전계논문, 29면

33) 다만 출자가액 이상으로 책임의 절대적 한도를 증액시키는 [일견 유효한] 정관 조항에 따라서 회사 채권자에게 지는 외부적 책임비율 역시 변경된다고 본다면 회사 채권자의 이익을 해할 수 있다. 따라서 채권자들의 동의 등 다른 사정이 없는 한 책임의 절대적 한도 증액에 대하여 사원간의 책임비율을 변경하는 조합계약 조항의 효력은 인정되기 어려울 것이다.

및 재산출자시 그 가격과 이행한 부분을 등기하도록 하여(상법 제271조제1항/제180조제2호) 책임한도를 공시하고 있다.

이때 '출자가액'의 의미는 무엇인가? 금전출자의 경우에는 가액이 확정되므로 별 문제가 없으나 현물출자의 경우에는 "재산출자에는 그 가격과 이행한 부분"이 등기사항이므로(상법 제271조제1항/제180조제2호), 일견 등기된 '가격 및 기이행부분'을 기준으로 출자가액을 정하게 될 것이다.<sup>34)</sup> 이때의 '가격 및 기이행부분'은 명문규정은 없으나 출자 당시를 기준으로 정하여지는 것으로, 출자된 현물의 감가상각이 현저히 크거나 시세에 따라 크게 변동하는 종류이더라도 그 감가상각액이나 변동시세가 이후에 해당 출자한 사원의 책임한도에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것이다.

신용이나 노무의 출자가 금지된 유한책임사원과 달리, 상법 제222조 및 제272조의 해석상 무한책임사원은 신용이나 노무의 출자를 할 수 있다. 외부 채권자에 대하여 무한책임을 지므로 무한책임사원의 출자가액의 평가는 중요하지 않다는 견해도 가능하지만, 무한책임사원도 다른 사원의 동의를 얻어서 그 지분의 전부 또는 일부를 타인에게 양도할 수 있고(상법 제269조/제197조), 노무 또는 신용을 출자한 무한책임사원이 퇴사할 경우 정관에 다른 규정이 없는 이상 그 지분의 환급을 받을 수 있으므로(제269조/제222조) 무한책임사원의 경우에도 회사나 다른 사원들, 그리고 잠재적인 양수인과의 관계에서 출자가액의 평가가 필요할 수 있다.<sup>35)</sup> 이에 대한 정확한 평가가 문제될 수 있는바, 예컨대 타인이 발행한 약속어음 또는 타인에 대한 채권(債權)의 경우 해당 어음채무자 또는 일반채권의 채무자의 '신용'에 따라서 그 가치가 크게 하락할 가능성이 상존한다.

주식회사와 달리 합자회사에서의 출자가액은 감사인의 검사, 감정인의 감정 등 의무가 없으므로, 출자물이 현물일 경우 그 가액을 정확히 평가하기 어려우며 평가과정에서 가액을 부풀리더라도 이를 사전에 방지하기 어렵다. 사모투자전문회사에 관하여 자본시장법이 사원의 책임 유형을 불문하고 사원의 출자 목적을 금전으로 한정하면서, 엄격한 요건이 구비될 경우에만<sup>36)</sup> '증권'에 의한 출자를 허용하는 것은 평가의 난점을 고려한 것으로 보인다.<sup>37)</sup>

34) 정동윤 편집대표, 「주석 상법(회사(1): § 169~§ 287)」, 한국사법행정학회, 2014, 429면; 이렇게 해석할 경우 재산의 과대평가가 있는 경우 해당 유한책임사원이 등기된 가격과의 차액에 대하여도 회사채권자에 대하여 책임을 지게 되므로, 회사채권자의 과대평가로 인한 손해 방지에 도움이 된다. 같은책, 429면

35) 합자조합에서는 유한책임조합원의 신용출자와 노무출자가 허용되므로, 출자가액을 정하는 문제가 매우 난이해질 수 있고 외부 채권자의 입장에서 수궁이 되지 않을 수 있다.

36) 객관적인 가치평가가 가능하고 사원의 이익을 해할 우려가 없는 경우로서 다른 모든 사원의 동의가 있는 경우이어야 한다. 자본시장법 제269조제5항

37) 합자회사에 무한책임사원이 존재하므로 합자회사의 경우 채권자 보호 필요성이 주식회사에 비하여 약하다는 의견도 가능하나, 자본시장법은 합자회사인 사모투자전문회사의 출자대상에 관하여 보수적인 입법태도를 취하고 있다.

(2) 책임의 종류와 책임한도

유한책임사원이 지는 회사채무의 변제 책임은 원칙적으로 그 출자가액에서 기이행 부분을 공제한 가액을 한도로 한다(상법 제279조제1항). 이때의 회사채무에 회사의 불법행위에 기한 배상책임에 대하여도 상법상의 책임한도를 주장할 수 있겠는가?

상법상 명문 규정이 없고 문헌상으로 별다른 논의가 보이지 않으나<sup>38)</sup>, 상법 제279조제1항의 책임이란 회사가 외부인에 대하여 부담하는 금전책임이 문제되는 것을 상정하므로 불법행위 책임 부분을 따로 떼어내어 검토할 실익이 적다고 보인다.

비교법적으로 보면, 일본의 경우 회사법상 ‘지분회사의 채무’ 역시 우리법과 마찬가지로 채무불이행책임만인지 또는 불법행위에 기하여 발생한 책임도 포함되는지를 구분하여 논의하고 있지 않다(일본회사법 제580조 이하).<sup>39)</sup> 한편 미국의 ULPA 2001은 Limited liability limited partnership(이하 ‘LLLP’) 제도를 도입하여, LLLP의 파트너들이 파트너십의 의무(obligations)에 대하여 GP나 LP가 파트너의 지위를 갖고 있음을 이유만으로 책임이 부과되지 않도록 하였다. 즉, GP와 LP 모두에게 주식회사의 주주가 누리는 책임방패(shield)에 상응하는 완전한(full) 법령상의(status-based) 책임방패를 부여할 뿐<sup>40)</sup>, 특별히 채무불이행책임과 불법행위책임을 구분하여 책임제한을 달리하고 있거나 그러한 논의가 보이지 아니한다.

우리의 경우에도 합자회사의 유한책임사원의 ‘유한’ 책임은 회사의 계약상 책임이든 불법행위 책임이든 책임의 종류를 묻지 않고<sup>41)</sup> 책임‘제한’을 주장할 수 있다고 하여야 할 것이다. 이렇게 해석하여도 사원들의 의사 및 외부 채권자의 기대에 위반되지 않는다고 보이며, 유한책임회사의 유한책임사원, 합자조합의 유한책임조합원<sup>42)</sup>에 대해서도 마찬가지이다.

(3) 유한책임 주장의 한계

유한책임사원이 회사 채권자에게 책임을 질 대상은 ‘회사채무’이므로(상법 제279조제1항), 사원 자신의 과오행위에 기한 손해, 즉 사원 자신의 귀책사유 있는 작위·부작위에 기하여 받

38) 이철송, 전거서, 183~184면; 정동윤 편집대표, 전거서, 427~430면

39) 일본문헌에서 별다른 언급이 발견되지 않는다. 長島・大野・常松法律事務所 編, 「アドバンス新會社法(제3판)」, 商事法務, 2006, 613~615면

40) ULPA 2001, 서문(prefatory note), at ix; § 102(9), 201(a)(4) 및 404(c) of ULPA 2001

41) 용례로 보아도 우리 민법 제5장(불법행위)에서 불법행위에 기한 책임 이행을 둘러싸고 ‘채권자’와 ‘채무자’라는 용어를 사용하는 것에서 볼 수 있듯이(민법 제765조제2항) 불법행위책임은 법률규정에 의하여 성립하는 법정‘채무’로 우리 법제가 청구권 경합설에 입각하고 있으나 유한책임사원이 책임제한을 주장할 수 있는 회사채무의 범위에 불법행위로 인하여 발생한 배상‘책임’ 역시 포함된다고 할 것이다.

42) 합자조합에 관하여 유한책임조합원의 유한책임 범위를 어느 정도로 인정할지에 관한 논의 및 입법설계가 필요하다는 주장으로는, 정대익, “상법 개정안상 새로운 기업유형에 대한 검토,” 「상사법연구」 제28권제3호, 한국상사법학회 (2009.11), 119면

생한 손해에 대하여는 유한책임을 주장할 수 없을 것이다.

일본의 경우 지분회사의 유한책임사원의 업무집행 여지를 허용하면서(일본 회사법 제590조), 업무를 집행하는 사원에게(책임유형을 불문) 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무, 그리고 업무집행상황의 보고의무 등을 부여한다(일본 회사법 제593조). 또한 업무집행사원에게(책임유형을 불문) 경업금지 의무 및 이익상반거래 제한의 의무를 부과하며(일본 회사법 제594조 및 제595조), 회사업무의 수행 과정에서 임무를 태만히 하여 회사/제3자에게 손해를 끼친 경우 책임유형과 무관하게 업무집행사원은 회사에 대하여(임무를 태만히 한 경우) 그리고 제3자에 대하여(악의 또는 중과실이 있는 경우) 손해배상책임을 부담한다(일본 회사법 제596조 및 제597조). 대표사원이 달리 정해져 있지 않다면 업무를 집행하는 사원이(책임유형을 불문) 지분회사를 대표하며 이러한 대표권에 가한 제한은 선의의 제3자에 대하여는 대항할 수 없다(일본 회사법 제599조제1항 및 제5항).

이상과 같이 일본 회사법은 유한책임사원의 업무집행권 및 회사 대표권을 배제하지 않으며 오로지 해당 사원이 업무집행을 하는지의 여부에 초점을 맞추어 주의의무 부여 및 책임부과 조항을 두는 방법을 채택하고 있다.

#### 다. 검토: 책임의 성격 및 입법방향

회사유형에 따른 책임의 종류 및 책임종류에 기한 업무집행권의 인위적 배분에 관한 상법 규정들은 향후 의미가 크게 퇴색할 것으로 예상된다. 융통성 없는 지배구조 규정은 해당 회사 유형을 채택할 유인을 낮추게 되며 회사활동의 세계화 시대에서 경쟁력을 잃게 될 것이다.

이 점에서 2001년 미국의 ULPA 제정 및 일본의 합동회사의 도입 등이 향후의 입법방향에 관하여 시사점을 줄 수 있다.<sup>43)</sup> 종전의 RULPA에서는 LP가 업무집행권(지배권; control)을 갖지 않는다는 전제하에 지배권을 행사하는 LP에게 예외적으로 책임을 부과하고 따라서 일반적인 LP의 의무 규정은 없었던 반면, ULPA 2001의 경우 LP라는 이유만으로는 신인의무<sup>44)</sup>를 부과하지 않는다(§ 305(a)). ULPA 2001은 파트너십 계약으로 LP에게 경영권을 부여할 수 있게 하였지만, 그 권한은 LP의 지위나 역할을 근거로 생기는 것이 아니라 계약의 문제로 생기는 것이므로 계약에 기반한 권한을 규율하는 것은 성실 및 공정거래의 의무이지 원칙적으로는 신인의무가 아니다(§ 305(a) comment).<sup>45)</sup>

43) 2000년 영국 역시 Limited Liability Partnerships Act 2000을 제정하여 Limited Liability Partnership 제도. 소위 미국법상의 LLP의 개념을 들여왔는데, 그 구성원과 별개의 법인격체(body with legal personality)이며 회사법과 조합법이 함께 적용된다. [https://en.wikipedia.org/wiki/Limited\\_Liability\\_Partnerships\\_Act\\_2000](https://en.wikipedia.org/wiki/Limited_Liability_Partnerships_Act_2000), 2015.7.1. 방문; 관련 논의로는, 노태석, “합자조합에 관한 법적 연구,” 「비교사법」 제20권 제3호(통권 제62호), 한국비교사법학회 (2013.8), 889면

44) 신인의무란 다른 자의 이익에 관하여 그 지위나 역할이 그 자에게 중요한 권한을 창출하는 자에게 전형적으로 부착되는 의무이다. ULPA 2001 § 305의 comment

ULPA 2001은 LP에게 신인의무가 아닌 일반적인 주의의무를 부과하는바, 각 LP는 의무이행과 권리행사에 있어서 성실 및 공정거래 의무(obligation of good faith and fair dealing)를 진다(§ 305(b)). 성실 및 공정거래 의무는 모든 계약에 존재하는 암묵적인 조항(implied covenant)으로 어느 당사자도 계약의 과실(fruits)을 받고자 타방의 권리를 해치는 행위는 할 수 없다는 내용으로 판례상 받아들여진다.<sup>46)</sup>

#### 4. 지분의 양도

##### 가. 지분의 양도방법

지분의 특정승계의 경우 양도합의 외에 상법은 사원간 관계를 고려하여 다른 회사 유형에 없는 요건을 부가한다. 즉, 무한책임사원의 지분 양도에는 총사원의 동의가 필요하며(제269조/제197조), 유한책임사원의 지분 양도가 유효하려면 무한책임사원 전원의 동의가 있어야 한다(제276조).

사원의 지분 양도에 따른 정관 변경을 지분양도의 효력요건으로 볼 수 없으며 지분양도는 상법이 요구하는 사원의 동의로 충분하다고 볼 것이다.<sup>47)</sup> 유한책임사원의 지분양도와 달리 일반적인 정관변경에는 더 엄격한 요건(총 사원의 동의)이 필요하므로(상법 제269조/제204조) 상법은 정관변경의 특칙을 규정하여 유한책임사원의 지분양도시에는 무한책임사원 전원의 동의로 충분한 것으로 하였다(제276조제2문). 즉, 유한책임사원의 지분양도의 효력요건에 맞추어 정관변경의 요건을 입법으로 완화한 것이다.<sup>48)</sup>

지분양도에 관한 제276조의 규정은 정관으로 달리 정하는 것이 허용되면서도 동시에 이를

45) 다만 파트너십 '계약'으로 해당 LP에게 신인의무를 부과하거나 법적 문제로서 신인의무를 발생시키는 역할을 부여하는 것은 가능하다(§ 305(a) comment); 이 점에서 미국법은 LP에 대하여 직접 법적 의무를 부과하는 일본법과 의무부과 방법이 다르다.

46) Kirke La Shelle Company v. The Paul Armstrong Company et al., 263 N.Y. 79; 188 N.E. 163 (1933 N.Y.); 미국 통일상법전(UCC)은 '신의'의무(obligation of good faith)를 제정법상 받아들였으며(UCC § 1-304) 신의(good faith)에 대하여 사실에 관한 정직 및 공정거래라는 합리적인 상거래적 기준의 준수로 정의한다(§ 1-201(b)(20)). UCC상 "Good faith"의 정의, <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201#Goodfaith>, 2015.6.15. 방문

47) 판례 역시 합자회사 무한책임사원의 지위 취득 시점은 총 사원의 동의가 있는 시점이라고 하여, 정관인 서면의 경정이나 등기부의 기재는 지위 취득시점과 연결시키지 않는다(대법원 1996.10.29. 선고 96다19321 판결).

48) 비교법적으로도 일본과 프랑스는 지분양도의 요건과 지분양도시의 정관변경 요건을 일치시키고 있다. (i) 일본은 업무를 집행하지 않는 유한책임사원의 지분양도에 따라 정관변경이 있는 경우 '그 지분양도에 의한 정관변경'은 업무집행사원 전원의 동의에 의하여 할 수 있다고 하며(일본 회사법 제585조제3항), (ii) 프랑스 역시 합자회사의 정관변경은 모든 무한책임사원의 동의와 유한책임사원의 수 및 자본의 과반수의 동의로써 결정한다고 하고 있다(일반적인 정관변경요건)(프랑스 회사법 제222-9조). 원용수 역, 「프랑스 회사법」, 법무부 비교회사법총서 6 (법무부, 2014), 23면.

위반한 지분양도의 효력은 인정되지 않으므로(대법원 1989.11.28. 선고 88다카33626 판결) 임의 규정이면서 효력규정을 정하는 성격을 가지고 있다.

반면 상속 등에 의한 포괄승계의 경우, 상법은 유한책임사원의 상속인이 당연히 그 지분을 승계하여 사원이 되는 것으로 규정하고 있다(제283조).<sup>49)</sup> 제283조의 성격을 임의규정으로 볼 수 있는지 논란이 가능하지만, 사원권에 경제적 권리가 포함되어 있는 이상 유한책임사원에 관한 상속 사유가 발생한 경우 정관으로 상속인의 지분(피상속인의 사원권) 승계권을 일방적으로 박탈하는 내용을 정할 수 있는지 의문이다.

#### 나. 지분양도의 대항요건

합자회사 사원 지분의 양도(특정승계)<sup>50)</sup>에 관하여 상법은 지분 양도의 효력요건을 규정하고 있으나 대항요건을 별도로 정하고 있지 않다(제269조/제197조 및 제276조). 따라서 동규정을 지분양도시 대항요건이 필요없다는 규정으로 읽을지, 또는 대항요건이 별도로 필요하다고 읽을지, 만일 대항요건이 필요하다면 그 방법을 어떻게 할지 분쟁이 발생할 수 있다.

이 부분에 관한 문헌상 논의는 활발하지 않으나, 과거에 판례가 무한책임사원이 신규입사한 사건에서 관련 등기가 마쳐지기 전에 등기 당사자는 선의의 제3자에게 자신이 무한책임사원이라는 사실을 주장할 수 없다고 하고 있다(대법원 1996.10.29. 선고 96다19321 판결). 그러나 이를 두고 판례가 지분양도의 대항요건을 요구하는 입장에 있다고 보는지 분명하지는 않았다. 상업등기에 관한 상법 제37조를 충실히 적용한 것에 불과할 수 있기 때문이다. 따라서 문헌 중에는 상법이 별도의 대항요건을 요구하고 있지 않는다는 전제 하에 지분의 양도는 사원의 동의를 얻은 순간 효력을 발생한다고 보는 견해<sup>51)</sup>도 있다.

유한책임사원의 지분양도에 별도의 대항요건 구비가 필요한지 불분명한 상황에서 최근의 판결은 사모투자전문회사 유한책임사원의 질권 설정에 관하여 사원의 질권 설정(지분의 양도 방법에 준함)에 제3자에 대한 대항요건의 구비는 필요하지 '않다'고 하였다(대법원 2015.4.23. 선고 2014다218863 판결). 위 판결은 사모투자전문회사의 지분 양도의 효력요건 외에 추가적인 대항요건이 불필요하다는 이유로, 사원 지분의 양도시 대항요건에 관하여 자본시장법상 규정이 없고, 합자회사나 합명회사의 사원 지분권의 양도 또는 조합원의 지위 양도에 관하여 대항요건을 요구하는 규정이 없으며, 인적 회사의 사원권으로서 지명채권과는 성질을 달리한다고 보아 지명채권의 대항요건에 관한 민법 규정을 유추 적용할 수 없음을 들었다.

그러나 입법례 중 인적회사임에도 불구하고 지분양도에 관하여 대항요건을 구비하도록 규

49) 제283조의 문언상 이 경우 지분의 특정승계에 관한 제278조의 사원 동의 요건을 충족시킬 필요가 없다.

50) 상속 등 포괄승계에 의한 지분양도의 대항요건은 여기에서 논외로 한다.

51) 이철송, 전게서, 158~159면.

정하는 국가가 있다.<sup>52)</sup> 프랑스 회사법상 합명회사나 합자회사의 지분 양도는 서면으로 확인되어야 하며 지분 양도를 대항하려면 (i) 회사에 대하여는 우리 민법상 지명채권 양도의 대항요건과 유사한 방식(프랑스 민법전<sup>53)</sup>의 방식)을 따라야 하며, (ii) 제3자에 대하여는 상업등기부에 공시한 후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다(프랑스 회사법 제222-2조/제221-14조 제1문, 제2문, 제4문).<sup>54)</sup>

일본 회사법이나 독일 상법은 우리나라처럼 합명회사나 합자회사의 지분양도시의 대항요건에 대하여 특별한 규정을 두지 않고 있으나 대항요건이 불필요하다고 해석하여야 할 필연성이 있는 것은 아니다. 회사의 단체적 의사결정에 영향을 주는 등 제3자와 회사와의 관계에서 얼마든지 분쟁 및 남용가능성이 있기 때문이다.

특히 사모투자전문회사의 경우에는 그 유한책임사원을 등기할 의무가 없으므로 유한책임사원의 변경에 관하여 등기에 의한 대항력을 갖추는 것이 불가능하다. 사모투자전문회사의 '사모성'을 유지하기 위하여 자본시장법은 사원 지분의 분할양도를 원칙적으로 금지하지만(법 제273조제1항 및 제2항), 지분 양도의 결과 사원 총수가 49명<sup>55)</sup>을 초과하지 아니하는 범위에서는 사모성에 문제가 없으므로 지분을 분할하여 양도할 수 있다(법 제273조제3항). 사원명부를 작성·비치할 의무도 없는 것은 물론, 사모투자전문회사 유한책임사원의 지분은 등기의무조차 없으므로, 유한책임사원 지분의 변동을 적절하게 공시할 방법이 없어 양도관계자들의 보호 문제를 야기하고 결과적으로 지분 양도의 저해요인이 될 수 있다.<sup>56)</sup>

따라서 사모투자전문회사에 관한 것이지만 결국 합자회사의 지분 양도에 관하여 별도의 대항요건이 필요하지 않다고 본 근래 판례(대법원 2015.4.23. 선고 2014다218863 판결)는 불가피한 면이 없는 것은 아니다. 하지만 판례가 취하는 지분양도시 대항요건 불요설에 대하여 여전히 몇 가지 문제가 지적될 수 있다.

① 우선, 회사는 누가 진정한 사원인지를 알 필요가 있다. 만일 진정한 사원이 아닌 자가 다른 사원의 지분양도나 무한책임사원의 경업의 허용 등 의사결정사항에 참여하여 의결권을 행사한 것이라면 회사에 대한 대항력을 별도로 요구하지 아니하는 시스템 하에서는 연쇄적으로

52) 프랑스 회사법은 합명회사의 지분 양도 관련 대항요건을 규정하고 있는바, 합명회사에 관한 규정은 본 장(제2장)에 다른 정함이 없는 한 합자회사에 준용되므로 제221-14조의 규정은 합자회사에도 그대로 적용된다(프랑스 회사법 제222-2조). 원용수 역, 전게서, 20~21면.

53) 프랑스 민법 제1690조는 채권양도시 당사자간에는 양도계약만으로 양도의 효력이 발생하지만, 이를 채무자 또는 제3자에게 대항하기 위해서는 통지 또는 승낙을 요구하고 있다(대항요건주의).

54) 원용수 역, 전게서, 16~17면. 이때 회사에 대한 통보를 공탁을 증명하는 업무집행자가 회사 본점에 제출한 양도증서 원본의 공탁에 의하여 대체될 수 있음(프랑스 회사법 제221-14조 제3문)

55) 이 경우 전문투자자 중 대통령령으로 정하는 자는 제1항에 따른 사원의 총수 계산에서 제외한다(법 제273조제3항 제2문 및 제269조제3항).

56) 합자회사의 지분양도는 무한책임사원 전원의 동의를 얻어야 하므로 지분양도의 대항요건을 별도로 요구하지 않더라도 문제 없다고 보는 견해도 있을 수 있으나, 무한책임사원이 일인 또는 소수일 경우 해당 무한책임사원의 마음먹기에 따라서 이중양도 등에 기하여 불필요한 분쟁이 야기될 가능성이 있다.

해당 사항의 효력에 문제가 생기게 된다. 또한 지분 양수인의 경우 지분권자로서 보호받을 필요가 있고, 양도인의 채권자의 경우 양도인의 책임재산의 감소에 경제적 이해관계를 갖는다.

② 대항요건을 전혀 요구하지 않는 경우 정확한 양도일자를 알 수가 없어서 합자회사의 관계자가 제2양수인과의 공모를 통한 악용가능성을 배제할 수 없다. 양도되는 지명채권에 관하여 이해관계를 갖고 있는 제3자가 있을 수 있으므로, 제3자에 대한 공시방법을 마련하여 제3자의 보호 내지 거래안전의 필요성이 요청된다.

③ 본질적으로 합자회사가 인적회사로서 조합적 성격을 갖고 있긴 하나 합자조합과 달리 '회사'로서 설립되는 이상 적어도 대외적으로 영향을 미칠 수 있는 사항에 대하여는 다른 회사와의 균형을 유지하는 것이 좋다. 예컨대 규정이 없음에도 불구하고 판례는 주권 미발행 주식 양도의 경우 회사와 제3자에게 대항하기 위하여는 지명채권 양도방법에 준하는 대항요건을 구비할 것을 일관적으로 요구하여 왔다(대법원 2012.11.29. 선고 2012다38780 판결 등 다수). 다양한 이해관계자들의 이해관계에 영향을 미칠 수 있기 때문에 단체법적 법률관계는 확일적으로 결정되는 것이 바람직하다.

④ 합자회사의 지분양도 대항요건에 관한 위 판결은 같은 인적회사인 합명회사에도 파급력이 있다. 또한 개정상법상 도입된 유한책임회사의 경우 논란이 가능하나 그 내부관계를 합명회사와 거의 같이 보게 된다면 사원명부를 작성할 의무없는 유한책임회사에 대하여도 지분양도에 관한 대항요건을 요구할 수 없게 된다.

이상의 점을 감안하며 합자회사 지분의 양도에 대항요건이 필요하다고 한다면, 어떠한 방식으로 대항요건을 구비하도록 할 것인가? 명문규정이 없는 상황에서 합자회사 지분양도의 대항요건은 주식회사의 주권 발행없는 주식양도에 준하여 지명채권 양도방법에 준하여 처리할 수 있을 것이다. 향후 입법에 기한 보완이 필요한 사항이며 입법론적으로는 사원명부를 작성하도록 하고 이에 명의개서를 하는 방식이 적절하다.

## 5. 사원의 이중적 지위(dual capacity)의 긍정

한 사람이 합자회사의 무한책임사원과 유한책임사원을 동시에 겸할 수 있을까? 국내의 논의는 활발하지 않으나 일부 문헌에서 무한책임사원과 유한책임사원의 지위 겸직의 가능성이 주장된다.<sup>57)</sup>

57) 김도경, "사모투자전문회사의 지분 개념에 대한 법적 고찰: 지분 양수도와 사원의 도산시 처리를 중심으로," 「증권법연구」 제12권 제2호, 한국증권법학회 (2011), 337~341면; 반면 합자조합에 관한 문헌에서 조합원의 이중적 지위(dual capacity partner)가 인정될 수 없다는 견해(유시창, "합자조합의 유한책임조합원에 관한 소고," 「경희법학」 제49권제1호, 경희법학연구소 (2014), 48면)도 있으나 수긍하기 어렵다. 이러한 견해(이중적 지위를 갖는 조합원은 인정될 수 없음)는 합자조합의 채무부담과 관련하여 무한·유한책임조합원으로 나누고 있으며 무한과 유한책임조합원이 반드시 있도록 규정하므로(상법 제86조의2), 상법상 한 명 이상의 유한책임조

상법은 회사의 해산 사유로서 사원이 일인으로 된 경우를 규정하고 있으나(법 제269조/제 227조제3호), 이는 회사법 개정 전의 회사의 기본속성이던 ‘사단성’으로부터 유래한 것으로 이를 들어 사원의 이중적 지위를 부정하는 근거로 보기 어렵다.<sup>58)</sup>

합자회사 형태인 사모투자전문회사에서 금융위원회와 금융감독원은 “GP 최대주주 및 GP 운용인력 등 GP 관련인도 법령에서 정한 최소출자가액<sup>59)</sup> 이상을 출자하는 경우에는 원칙적으로 LP로 참여할 수 있다”고 허용하므로<sup>60)</sup> 실무에서는 적어도 이중적 지위(dual capacity)에 ‘준하는’ 운영방식을 인정한다고 볼 수 있다.<sup>61)</sup>

우리법상으로도 사원이 이중적 지위를 갖는 것을 금지한다고 보이지 않으며 따라서 정관 등에서 별도로 금지하는 규정이 없는 이상 이중적 지위를 갖는 사원의 성립 가능성을 인정할 수 있을 것이다.<sup>62)</sup> 다만 그 권한과 의무의 내용을 어떻게 정립할지에 관하여는 진전된 논의가 필요하다.

비교법적으로 미국 ULPA 2001은 GP와 LP의 지위를 동시에 갖는 파트너의 존재를 인정하고 그 의무에 대해 규정하고 있다(ULPA 2001 § 113). GP이면서 동시에 LP인 파트너는 파트너십 법 및 파트너십 계약상 부여되는 권리, 권한 및 의무를 가진다(ULPA 2001 § 113 제1문). 이중적 지위를 가진 파트너가 GP로 행위할 경우 GP에 대한 의무와 제약을 적용받으며, LP로 행위할 경우에는 LP에 대한 의무와 제약을 적용받는다(ULPA 2001 § 113 제2문 및 제3문).

## 6. 사모투자전문회사의 합자회사 형태 강제

자본시장법상 사모투자전문회사는 합자회사의 형태로만 설립이 허용되는데 이처럼 특정한 회사로 강제하는 방식이 바람직한지 의문이다.<sup>63)</sup> 미국에서 우리의 사모투자전문회사에 해당하

합원이 반드시 있어야 한다는 것을 논거로 들고 있으나(유시창, 같은논문, 48면), 이를 상법이 이중적 지위를 금지하는 근거로 보기 어렵다.

58) 또한 상법은 합자회사는 무한책임사원 또는 유한책임사원의 전원이 퇴사한 때에는 해산된다고 규정하고 있으나(법 제285조제1항), 회사의 운영 과정에서 이중적 지위를 갖는 사원만이 존재할 경우 ‘전원’의 퇴사리는 해산사유에 해당한다고 할 수 없을 것이다.

59) 사원이 법인, 그 밖의 단체(국가재정법 별표 2에서 정한 법률에 따른 기금과 집합투자기구를 포함)인 경우에는 20억원, 개인인 경우에는 10억원을 말한다. 자본시장법 제269조제6항 및 동법시행령 제291조제3항

60) 다만 GP 관련인이 LP로 참여하는 경우 GP 관련 LP와 다른 LP간 적절한 이해상충 방지장치 마련 및 GP에 대한 업무관여 금지 등 자본시장법령에 따른 행위규제를 준수하여야 하나, GP 운용인력이 LP로 참여하면서 LP로서의 보유지분에 대한 의결권을 제한받는 경우에는 GP의 업무를 수행하더라도 동 조항에 위반되지 않는다. 금융위·금감원, “PEF 운영관련 법령해석 안내,” 보도 참고자료 (2015.2.10), 4면 <http://m.fsc.go.kr/02Sub/capitalMarket.do?FLAG=VIEW&CPAGE=1&NUM=30243>, 2015.6.15. 방문

61) 실무상 감독당국에서는 겸임을 부정적으로 보는 근거들에 대해 비판하면서 겸임이 가능하다는 견해도 있다. 이행규·채희석·이은영, “사모투자전문회사(Private Equity Fund)의 설립 및 등록 관련 실무상 제문제,” 「BF L」 제39호, 서울대 금융법센터 (2010), 108면 (김도경, 전계논문, 337면에서 재인용)

62) 유한책임사원과 무한책임사원의 지위가 겸임 가능한지에 관한 논의의 소개로는, 김도경, 상계논문, 335~337면

는 Private Equity Fund(PEF)의 경우 설립 형태에 관한 선택권이 인정된다. PEF는 Limited Partnership 외에 Limited Liability Company(LLC)의 형태(우리법상 유한책임회사와 유사)로도 다수 설립되고 있다.<sup>64)</sup>

사모투자전문회사에 대한 자본시장법이 명시적으로 특혜<sup>65)</sup>를 부여하려는 목적을 갖고 있지 않아 보임에도 회사 형식에 관하여 일정한 범형식을 강제하는 입법은 이례적이다. 자본시장법은 사모투자전문회사의 설립 근거법이자 운영을 통제하는 규제법의 성격을 갖지만 합자회사라는 특정 형식을 취할 경우 다른 유형의 회사 형식을 취하는 경우에 비하여 특별한 특혜를 주는 것은 아니므로 합자회사로 강제하는 현행법의 태도는 납득이 쉽지 않다.

물론 상법상 합자회사로 설립될 경우 주식회사에 비하여 높은 수준의 내부 자치를 누릴 수 있다는 장점은 있다. 합자회사는 주식회사와 달리 이사(회), 감사(위원), 주주총회, 대표이사라는 형식을 의무적으로 갖출 필요가 없다. 그러나 내부자치는 반드시 합자회사가 아니더라도 다른 유형의 회사를 통하여도 가능할 수 있다.

한편으로 합자회사 형태를 취하는 것을 꺼릴 유인도 적지 않다. 예컨대 구체적으로 회사 설립을 예정한 자들 간의 내부적 관계가 어떻게 형성되어 있는가에 따라서 상법상 유한책임사원의 권한이 과다하다고 받아들여질 수 있다. 합자회사의 유한책임사원은 출자가액의 다과를 불문하고 회계장부, 기타 서류에 관한 열람권 및 업무 및 재산상태 검사권을 갖는다(상법 제277조제1항). 이때의 기타 서류에 회사의 각종 회의록 및 계약(서) 등 민감한 서류가 포함될 수 있는데, 주식회사의 경우<sup>66)</sup>와 달리 합자회사의 유한책임사원에 의한 열람·등사 청구에는 회사가 청구의 부당함을 증명하여 거절할 명시적 법적 근거가 없다.<sup>67)</sup>

또한 유한책임사원은 상법상 대표권과 업무집행권이 부여되고 있지 않아서 각종 주의의무나 경업금지 의무 등이 부과되고 있지 않으나, 사원총회나 각종 내부 임의기구(자문위원회 등) 등을 통하여 회사의 업무집행에 실질적으로 관여하는 경우를 상정할 수 있다.<sup>68)</sup> 또한 합자회

63) 사모투자전문회사의 법적 형태 제한을 완화할 필요가 있다는 견해로, 임재연, 전게서, 1137면

64) A. Persaud & Atinson, "Chapter 47: Private Equity Funds: Legal Analysis of Structural, ERISA, Securities and Other Regulatory Issues," in Clifford E. Kirsch(ed.), *Investment Adviser Regulation* (3rd ed.) (Practising Law Institute, 2012), pp. 47~4 <http://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.21704.12.pdf>, 2015.6.15. 방문; 정준혁, 전게논문, 22면 각주 9번

65) 자본시장법 제276조가 지주회사 규제의 특례를 사모투자전문회사에 대하여 규정하고 있긴 하지만 대체적으로 자본시장법은 사모투자전문회사의 '규제'에 초점을 맞추고 있다. 반면 자산유동화법상의 유동화회사는 유한회사로 회사 형태를 제한하고 있음에도 불구하고 유동화 촉진을 위한 각종 특례를 부여하려는 것으로서(자산유동화법에 의하지 아니하는 유동화회사의 설립은 얼마든지 가능) 사모투자전문회사에 대한 자본시장법의 태도와 같이 볼 수 없다.

66) 주식회사 소수주주의 회계장부 열람·등사청구권 행사시(상법 제466조 및 제542조의6 제4항) 회사가 청구의 부당함을 증명하여 이를 거절할 수 있다(상법 제466조).

67) 만일 사원권 중 경제적 지분만의 양도를 가능하게 할 경우 경제적 지분의 양수인은 경영에 큰 관심을 갖지 않는 주식회사의 소액주주와 같은 지위에 있으므로 별도의 감시권 요건을 강화할 필요가 있을 것이다.

68) 사모투자전문회사의 경우 업무집행사원의 업무집행 감시를 위하여 주요 유한책임사원들로 구성된 자문위원회

사에서 사원들간에 충돌이 일어난 경우 해결 수단이 상대적으로 적다. 예컨대 지분양도의 자유는 매우 제약한 반면, 합자회사의 사원을 강제탈퇴시킬 수 있는 제명사유는 상법상 매우 한정되어 있어(상법 제220조)<sup>69)</sup> 원만한 해결모색이 어렵다.

### Ⅲ. 합자회사에 관한 향후 입법방향

#### 1. 유한책임의 추구 확대

상법은 회사의 권리능력을 제한하여 회사가 타 회사의 무한책임사원이 되는 것을 막고 있으나 이를 금지할 실익이 없다. 오늘날 사원의 '무한책임'은 다양한 방식으로 회피되고 있다. 회사가 다른 회사의 무한책임사원이 될 수 없도록 하는 상법 제173조는 다양한 방식으로 지켜지지 않고 있다. 자본시장법의 경우 법으로 투자합자회사, 사모투자전문회사에 대하여 그 무한책임사원을 회사가 영위할 수 있도록 하는 예외규정을 두고 있다(법 제214조 및 제277조제2항). 설령 현행 상법 하에서도 회사(A사)의 무한책임사원을 맡은 '(합자)조합'이 그 무한책임조합원을 다시 회사(B사)로 선임하여 원래의 회사(A사)의 채권자들이 실효적으로 추급 가능한 책임재산액을 제한하는 구조를 설계할 수 있다.

상법이 회사(B사)가 다른 회사(A사)의 무한책임사원이 되는 능력을 굳이 제한하여야 할까? 회사의 자산 규모는 다양하므로 무한책임사원인 회사가 자연인에 비하여 통상 자력이 더 크거나 작다고는 말할 수 없다. 회사인 무한책임사원을 법인으로 둘 경우 실질적인 의사결정에 관여할 수 없으므로 회사를 무한책임사원으로 할 수 없다는 주장도 상정 가능하나 역시 납득이 어렵다. 오히려 회사의 무한책임사원 자격을 인정하는 경우 해당 합자회사의 계속에 유리하며 지배권의 변동 없는 자본조달이 가능하며, 자본회사의 장점을 가지는 인적회사가 가능한 등 여러 효용을 누릴 수 있다는 견해<sup>70)</sup>가 설득력이 있다.

예컨대 독일의 경우 법인의 무한책임사원 자격을 인정하였는데<sup>71)</sup>, 그 결과 자본회사가 인적

(advisory board)를 두는 것이 일반적이다. 이러한 자문위원회의 논의결과는 GP나 사모투자전문회사에 대해 권고적 효력을 갖는다. 자문위원회는 대개 GP의 재산운용방식, 정관상 투자목적과의 부합여부, GP의 이해상충 가능성 있는 행위, 운용인력의 교체, 자산 평가 등의 사안을 논의한다고 한다. 자문위원회를 통하여 업무집행사원에 대한 정보제출 요청 및 유한책임사원들 간의 논의가 행해지고 출자자로서 갖는 영향력을 통하여 업무집행사원을 감시하게 된다. 정준혁, 전제논문, 26면; 그러나 내부적으로 유한책임사원들이 업무집행사원들과 직·간접적으로 접촉하여 업무집행을 사실상 좌지우지할 여지는 남겨져 있다.

69) 제명사유 중 '기타 중요한 사유가 있는 때' 역시 해석상 갈릴 수 있다(상법 제220조제1항제4호).

70) 조지현, "회사의 무한책임사원 자격," 「상사법연구」 제25권 제3호, 한국상사법학회 (2006.11), 419~420면

71) 1922년 제국법원 판결 이래 독일의 판례와 학설에서 법인의 무한책임사원 자격을 인정해 왔고, 현재에는 법문상으로도 반영되었다. 조지현, 상계논문, 397면

회사의 무한책임사원이 되는 다양한 유형의 자본합자회사(Kapitalgesellschaft & Co.)가 인정되며 자본합자회사의 유형인 유한합자회사(GmbH & Co. KG), 즉 유한회사가 무한책임사원인 합자회사가 독일에서 가장 일반적인 회사 형태라고 한다.<sup>72)</sup>

일본의 유한책임사업조합법의 경우 '법인'이 조합원 자격을 취득할 수 있음을 전제로 하여 법인이 조합원이 될 경우 누구에게 조합원의 직무 수행을 맡길지에 관한 조항을 두고 있다(법제19조).

상법 제173조를 폐지하여 회사가 다른 합자회사의 무한책임사원이 될 수 있도록 허용할 경우 회사인 무한책임사원은 경제적으로 보유자산을 한도로 하는 책임액이 한정되므로 합자회사는 실질상 유한책임체와 유사해질 것이다. 물적 회사를 무한책임사원으로 삼을 수 있도록 할 경우 해당 합자회사의 채권자들 또는 그 무한책임사원(회사)의 채권자들은 보호가 취약해지지 않느냐의 우려가 제기될 수 있으나, 인적 회사가 재무적 곤란을 겪는 상황에서 무한책임사원이라 할지라도 그 스스로가 '자력'이 없는 경우 채권자들을 보호할 방법이 없음을 생각한다면 불공정한 입법으로는 볼 수 없다. 미국 등지에서 LLP, LLLP 등을 만들고 독일에서 법인의 무한책임사원 자격을 인정하는 등 각국 동향 및 인정의 필요성을 감안하면 우리 상법이 굳이 상법 제173조를 유지할 실익이 크지 않다고 할 것이다.

## 2. 경제적 지분의 분리 양도 가부

합자회사 사원지분의 양도가 유효하려면 무한책임사원의 지분 양도에는 총사원의 동의가 필요하며(제269조/제197조), 유한책임사원의 지분 양도가 유효하려면 무한책임사원 전원의 동의가 있어야 한다(제276조).

그러다보니 경제계에서 어려움이 생긴다. 즉, 사원권이 갖는 여러 속성 중 이익배당이나 잔여재산분배를 받을 권리는 재산권의 일종이고 사원은 사원 지위를 양도하지 않은 상태에서 지분의 경제적 가치를 환가(換價)할 필요가 있을 수 있다. 그러나 지분을 타인에게 담보제공 등을 할 경우 지분양도에 관한 상법상 승인요건 때문에 담보제공 등 경제적 환가가 자유롭지 않다는 문제가 생긴다. 사원의 채권자가 압류를 설정하고자 할 경우에도 지분양도에 관한 사원 동의 요건을 그때마다 갖춰야 하는지의 문제도 마찬가지로 있다.

담보제공 등의 경우 그때마다 정관(또는 상법)에 정해진 요건인 사원 동의를 얻어야 한다면 사원은 보유 지분의 환가를 제약받게 되며, 결과적으로 합자회사 등을 이용하려는 수요가 크게 저해하게 된다. 합자회사의 지분을 '증권'에 화체시킬 수 있도록 당사자들이 정하더라도 별도의 허용조항<sup>73)</sup>이 없는한 지분양도를 원칙적으로 제한하는 상법의 입법취지에 위배될 소지가 크다.

72) 조지현, 상계논문, 397~398면

73) 자본시장법은 투자합자회사를 포함한 집합투자기구의 출자지분을 표시하는 증권(집합투자증권)을 발행할 수

지분양도에 관한 상법상의 엄격한 양도요건에 불구하고 인적회사의 지분(사원권) 중 경제적 지분만을 분리하여 이를 자유로이 양도할 수 있을까? 상법은 이에 관한 언급은 하고 있지 않다. 다수 견해는 분리가능성을 부정하는 입장에서, 지분권은 (i)사원으로서의 지위 및 (ii)사원의 회사재산에 대한 몫으로 구성되는데 (ii)의 의미로서의 지분은 (i)의 의미인 지분에서 자익권을 경제적으로 평가한 데에 지나지 않으므로 이 두 가지는 항상 수반된다고 본다.<sup>74)</sup> 종전의 판례 역시 담보 목적으로 지분을 제공하거나<sup>75)</sup> 명의신탁을 해지할 경우에<sup>76)</sup> 정관(또는 상법)상의 요건인 사원 동의를 얻어야 한다고 하여<sup>77)</sup> 경제적 지분의 분리 양도 가능성을 부정하였거나 적어도 정면으로 심리한 적이 없어 보인다.

그러나 현재와 같이 지분 양도, 담보제공 등에 관하여 엄격한 입장을 취하면 환가의 자유는 심각하게 제한받게 된다. 취득한 지분에 관한 경제적 가치만을 환가할 수 있도록 하는 방법을 터준다면 합자회사의 이용 유인이 더 높아질 수 있을 것이다. 이 점에서 장래의 입법을 전제로 미국의 소위 양도가능 지분(transferable interest)(이하 '경제적 지분')의 개념을 참조할 수 있다. 미국법은 우리법상 주식회사의 주식과 마찬가지로 원칙적으로 경제적 지분에 대하여 양도의 자유를 부여한다. 파트너는 계약에서 달리 규정하지 않는한 자유로이 자기 지분의 전부/일부를 양도할 수 있도록 하는데, 이 경우 양수인이 양수받는 것은 파트너로서의 지위가 아니라, 양도한 조합원이 가지고 있던 지분에 상응하는 손익분배 및 재산분배권만이다. ULPA 2001는 이러한 경제적 지분(transferable interest)을 개인 자산(personal property)으로 보며(§ 701), 경제적 지분을 양수받은 양수인은 이익배당에 관한 수령권 및 파트너십의 해산·청산시에 일종의 잔여재산에 관한 배당청구권을 갖는다(§ 702(b)). 한편 경제적 지분을 양도한 양도인은 양도한 경제적 지분 '외'의 기타 권리를 보유하며 파트너로서의 의무를 갖는다(§ 702(d) ULPA 2001). 즉, 경제적 지분만의 양수인은 파트너십의 경영에 참여할 수 있는 권한이 없으므로(§ 702(a) ULPA 2001) 파트너십의 일상적인 경영에 영향을 주지 않는다.<sup>78)</sup>

있도록 허용한다(법 제9조제21항). 이는 출자지분을 금융투자상품으로 보아 그 판매와 유통을 용이하게 하려는 것으로, 증권신고서와 투자설명서에 관한 발행공시규제(법 제123조등), 판매에 관한 각종규제(법 제76조 등)가 적용된다.

74) 김도경, 전제논문, 319면; 한편 인적회사의 지분을 회사지분, 재산지분, 출자지분 세 가지로 분류하고 재산지분과 출자지분은 그 자체는 권리는 아니며 회사지분과 분리하여 양도될 수 없다는 소수의 견해에 대하여는, 박상근, "인적회사 지분의 법률관계," 「민사판례연구」 제24권, 민사판례연구회 (2002), 607~711면(김도경, 같은 논문, 319면에서 재인용).

75) 대법원 1968.10.29. 선고 68다1088 판결

76) 대법원 1989.11.28. 선고 88다카33626 판결

77) 대법원 1968.10.29. 선고 68다1088 판결 및 대법원 1989.11.28. 선고 88다카33626 판결

78) 파트너십 계약으로 경제적 지분의 양도 제한을 둘 수 있으나 양도제한을 위반하더라도 해당 양도는 원칙적으로 유효하고 다만 양도당시 악의였던 양수인에 대하여만 양도가 무효임을 주장할 수 있을 뿐이다(§ 702(f) ULPA 2001). 즉 경제적 지분의 양도 자유를 원칙적으로 인정하면서 파트너십의 특성을 감안하여 파트너십 계약으로 양도제한을 둘 수 있도록 하여 악의의 양수인을 보호하지 않는 법제를 취하고 있다. 경제적 지분개념의 도입으로 파트너의 채권자 또는 경제적 지분 양수인의 채권자 역시 파트너십 지분에 대한 압류·환가를 실행하는 것

한편 이상과 같은 경제적 지분 개념은 Limited Partnership에 관한 최초의 제정법인 ULPA 1916<sup>79)</sup>에서는 인정되지 않았다. 따라서 파트너들이 지분 양도에 동의하지 아니할 경우에는 불가피하게 파트너십이 지분양도를 원하는 파트너의 지분을 매수하였어야 하였고 이는 공동사업을 위하여 출연된 재산을 줄이고 공동사업의 원활한 진행을 저해하는 요인으로도 작용하였을 것으로 짐작된다.

반면 RULPA 개정시 경제적 지분 개념의 도입으로 지분의 자유 양도가 가능하게 되자 미국에서는 Limited Partnership의 (경제적) 지분에 관한 유통시장(secondary market)이 활발하게 운영되면서 큰 폭으로 성장하고 있다.<sup>80)</sup> 이러한 사적 지분에 관한 유통시장에서 가장 활발한 지분 판매거래자는 공공연금펀드, 펀드오브펀즈(fund of funds) 및 금융회사이다.<sup>81)</sup> 사적 펀드, 특수목적기구(SPV), 폐쇄 회사의 미공모 증권 등에 관한 환가 수요가 많다보니 관련 서비스를 제공하는 NYPPEX<sup>82)</sup>와 같은 회사도 활발히 운영 중이다.<sup>83)</sup>

우리의 경우 합자회사에 관한 법제는 상법의 제정 이래 별다른 변화가 없었는데 합자회사 제도의 활성화를 위해서는 논의를 통하여 경제적 수요에 거스르는 조항의 개폐를 검토할 필요가 있을 것이다.

### 3. 물적 회사적 속성의 도입

향후 합자회사 제도 개편을 할 경우 사원의 경제적인 지분의 '환가'를 자유롭게 할 수 있도록 하고 사원의 감시·통제권을 합리적으로 제한하여 '적정' 수준으로 하는 것이 합자회사의 활용도를 높이는데 기여할 수 있다고 여겨진다. 이렇게 입법할 경우 결국 합자회사에서의 중

역시 용이해졌다(§ 703(a) ULPA 2001).

79) ULPA 1916의 출처 <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/limited%20partnership/ulpa1916.pdf>, 2015.6.5. 방문

80) 미국에서 사적지분에 관한 유통시장에서 Limited Partnership 지분의 전체 거래가 2014년 중 328억 달러(전년 대비 34% 성장), 즉 원화로 300조원이 훨씬 넘게 거래되었고 2015년 중에는 약 406억 달러로 성장할 것으로 예측된 바 있다. 특히 9년 이상 경과한 펀드상품(tail-end funds)의 판매가 큰 폭의 성장이 예측되었다(2014년중 전체 유통시장 거래 중 약 35%). Pionline, "NYPPEX: Limited partnership sales on the secondary market surge in 2014"(기사), (Dec. 2, 2014) <http://www.pionline.com/article/20141202/ONLINE/141209965/nyppex-limited-partnership-sales-on-the-secondary-market-surge-in-2014>, 2015.6.15. 방문

81) 판매거래중 약 43%가 바이아웃펀드이며 부동산 사적지분 거래가 17%, 벤처캐피탈이 12%, 그리고 펀드오브펀즈가 11%를 차지하였다. *Ibid.*

82) NYPPEX의 사이트, <http://nyppex.com/company.php>, 2015.7.1. 방문

83) 지분의 거래가 활발하다보니 미국 연방소득세법상 '공개거래되는 파트너십'으로 될 수 있어서 이를 회피하기 위한 요건도 검토되고 있다. Morgan Lewis, "Avoiding 'Publicly Traded Partnership' Status for U.S. Federal Income Tax Purposes," Venture Capital & Private Equity Funds Deskbook Series, Morgan, Lewis & Bockius LLP (2015), <[http://www.morganlewis.com/~media/files/special-topics/vcpefdeskbook/fundoperation/vcpefdeskbook\\_avoidingtpstatus.ashx?la=en](http://www.morganlewis.com/~media/files/special-topics/vcpefdeskbook/fundoperation/vcpefdeskbook_avoidingtpstatus.ashx?la=en)>, 2015.7.15. 방문

래의 조합적 속성을 변형시켜 상당부분 물적회사에 가까운 방향으로 변경할 선택권을 주는 결과로 될 것으로 예상된다.

미국의 경우 조합적 자치를 추구하는 기존의 ULPA 1916 및 RULPA에 비하여 ULPA 2001은 물적 회사적 속성이 상대적으로 크게 느껴지는 조항들을 도입하고 있다. 종전의 경우와 차별화되는 ULPA 2001의 물적 회사적 속성의 추구내용으로 다음과 같은 것들이 대표적이다. 우선 ULPA 2001은 일반적인 조합법에 해당하는 General partnership 법과 연계되지 않음(de-linked)을 선언하였다. 따라서 Limited Partnership 법 및 파트너십계약에서 정하는 규정이 없는 경우에 자동적으로 일반 조합의 법률관계에 관한 법(General Partnership법)을 적용할 의무가 없게 되었다. 또한 ULPA 2001은 종전 법들과 달리 파트너십의 존속기한은 영속적이라는 것을 기본룰(default rule)로 설정하였고(§ 104(c)), RULPA와 달리 사업보고서(annual report)의 작성의무를 부과하는데(§ 210) 이는 경제적 지분의 자유로운 양도 허용 등 이로 인하여 사원의 가입·탈퇴가 자유로워지고 이해관계자가 많아질 것을 염두에 둔 것으로 보인다.

나아가 ULPA 2001은 이제까지의 control rule를 폐기하고 LP가 파트너십의 경영과 지배에 참여하더라도 파트너십의 의무에 관하여 LP에게 [LP라는 이유만으로] 책임을 지우지 않는다고 명시하였다(§ 303). ULPA 2001이 종전의 RULPA<sup>84)</sup>와 달리 입장을 선회한 것은 GP에게 무한책임을 지워도 GP의 지배구조에 관하여 구조화를 거칠 경우 실질적으로 유한책임을 추구할 수 있기 때문에 무한책임의 실익이 크지 않다고 보았던 것으로 생각된다.

ULPA 2001에서 LP는 그 자체로는 파트너십을 위하여 행위할 권한을 갖지 않는다고 하여(§ 302) 주식회사의 주주에 유사하게 소유와 경영을 분리하면서도, LP에게 경영 참여의 여지를 주고 있다(§ 303). 따라서 RULPA에서 업무집행권이 주어지지 '아니하는' LP에 대해 주의의무를 부과할 여지가 없었던 반면, ULPA 2001은 LP라는 지위만에 기하여 신인의무를 부과하지는 않으나(§ 305(a)), LP의 권리행사와 의무이행시 신의 및 공정거래 의무를 부과할 필요가 있게 되었다(§ 305(b)).

특히 파트너들의 정보 접근권 부분도 상당부분 변경되었는데, 종전의 RULPA는 파트너들의 정보 청구권을 규정하면서(§ 105(b) 및 § 305)<sup>85)</sup>, 정보 청구의 합리성을 판단하는 기준 및 정보 청구권 남용에 대비한 제한 가능성에 대하여 언급을 하고 있지 않다. 그러나 ULPA 2001은 RULPA가 침묵하던 부분, 즉 파트너십 계약으로 파트너의 정보사용에 대하여 합리적 제한을 가할 여지를 긍정하고(§ 304(g) 및 407(f)), RULPA의 합리적인 요청 기준을 세분화하여 절차와 기준을 설정하되, 구체적으로 정보의 열람·등사에 관한 선의성(in good faith) 요건, 제공된 정보의 사용에 관하여 파트너십이 합리적인 제한을 부과할 근거, LP의 청구 여부를 불문하고

84) RULPA에서는 업무집행권은 GP만이 갖는다는 전제하에 LP가 업무집행을 행사하거나 자신을 제3자에게 GP로 오인시킨 경우 그러한 LP는 유한책임을 주장할 수 없도록 하였다. RULPA § 303

85) 파트너들은 정보의 요청이 합리적일 경우 파트너십으로부터 정보를 제공받을 권리를 가진다.

LP의 의결권행사에 중요한 정보를 모두 제공할 의무 등을 규정하였다(§ 304).<sup>86)</sup>

또한 파트너의 동의에 의한 파트너십 해산시 ULPA 2001은 GP 전원의 동의 및 LP 중 LP로서 배당권한의 과반수를 갖는 자들의 동의가 필요한 것으로 완화시켜서(§ 801(2)) 일반적인 조합의 특성<sup>87)</sup>에 반하여 자본회사의 특성에 가깝게 변경하였다.<sup>88)</sup>

이상과 같은 ULPA 2001의 태도는 LP에 대하여 종전에는 조합관계에서의 조합원과 같이 보았다면 물적회사의 주주나 사원에 더욱 유사한 권리·의무를 부여하는 방향으로 선회하였다고 평가할 수 있다. LP들은 지분권자로서 원칙적으로는 경영참여를 하지 아니하지만 언제라도 다른 권원에 의하여 직접 경영에 참여하거나 여러 우회적인 방식으로 경영에 영향을 미칠 수 있음을 인정하고, 경영에 영향을 행사하는 LP를 제재하지 아니하며(control rule의 폐기), 모든 LP에게 일반적인 주의의무를 규정하되 업무집행권을 행사하는 LP에게는 GP와 마찬가지로 신인의무 등 강화된 주의의무가 부과될 여지를 긍정한다. 또한 LP의 정보 접근권을 합리적으로 제한하고 있다.

ULPA 2001은 종전에 비하여 미국의 Limited Partnership 법제를 크게 개편하고 있는데 우리의 경우 향후 합자회사 법제 개편시 물적 회사적 속성을 도입하는 방향으로 갈지 논의가 필요하고 필요할 경우 미국 법제를 참조하여 적절하게 수용할 필요가 있다.

#### IV. 맺음말

이상 이 글에서는 우리나라에서 합자회사의 이용이 전반적으로 활성화되지 못하고 운수업 종 등 일부 업종에서 주로 이용되는 현황 및 그 배경을 살펴보았다. 그리고 합자회사의 이용이 그간 부진한 이유 및 활성화를 기할 경우 법적으로 어떠한 제도적 뒷받침이 필요할지에 관하여 관련된다고 생각되는 중요 쟁점들을 추려서 검토해 보았다.

우리 상법은 주식회사 외에도 여러 유형의 회사 형태를 두고 있는데, 내부적 자치 활성화도, 회사 규모, 업종별 특성에 따라서 다양한 회사 형태가 선택되는 것이 자연스럽다. 그럼에도 불구하고 현실적으로 소규모·폐쇄 회사가 대부분임에도 불구하고 대중자본을 지향하는 주식회

86) LP가 LP의 이해관계에 합리적으로 관련된 목적으로 정보 청구권을 행사하는 등 요건을 갖춘 경우 이를 정당·합리적인(just and reasonable) 청구로 보아 파트너십이 해당 LP에게 정보를 제공할 의무를 부여하되(§ 304(b)), LP가 해당 정보 청구에 관한 선의성(in good faith)을 보여야 정보를 열람·등사할 수 있도록 하며(§ 304(d)), 파트너십은 제공한 정보의 사용에 관하여 합리적인 제한을 부과할 수 있도록 한다(§ 304(g)). 또한 LP의 의결권 행사를 돕기 위하여 LP의 청구 여부를 불문하고, 법이나 파트너십 계약상 LP에게 동의권을 부여할 경우 동의권의 행사 전에 Limited Partnership이 LP의 결정에 중요한(material) 모든 정보를 제공하도록 하고 있다(§ 304(i)).

87) 조합의 경우 일반적으로 중대사항에 대하여는 출연액을 불문하고 구성원 전원의 만장일치를 요구한다.

88) 반면 RULPA에서는 서면에 기한 만장일치를 요구한다(§ 801(3)).

사 형태를 극단적으로 선호하는 지금의 현상은 바람직하지 않다.

이러한 극단적 선호현상에는 여러 이유가 복합적으로 작용할 것으로 보이지만, 회사 제도적 차원에서 정부와 학계에서 주식회사 외의 회사 제도에 관하여 관심이 크지 않다 보니 나머지 유형의 회사제도에 관한 논의가 미진하였고 결과적으로 시장의 수요를 파악하여 적시에 개정하지 못하는 등 제도적인 뒷받침을 하려는 노력이 미흡했던 것도 중요한 이유 중 하나일 것이다.

예컨대 합자회사의 지분양도에 관한 상법 제276조의 법적 성격에 관하여도 이제까지 논의가 활성화된 적이 없었으며 실무에 적절한 지침을 주지 못했던 바, 분쟁이 발발한 이후에 비로소 판례(대법원 2015.4.23. 선고 2014다218863 판결)를 통하여 최근에 와서야 제276조의 의미를 정립한 것이다. 이 점을 계기로 합자회사의 다른 규정에 관하여도 관련 논의를 활성화하여 필요한 경우 입법적 보완을 하여야 할 것이다.

이러한 문제의식을 바탕으로 이 글은 합자회사 제도의 활성화를 도모할 제도적 뒷받침을 기하고자 법적으로 불분명하다고 여겨지는 몇 가지 쟁점을 소개·검토하였다. 유한책임사원의 업무집행권과 대외적 책임, 지분양도의 대항요건 구비여부 및 향후 입법방향, 지분 환가의 용이성 차원에서 소위 경제적 지분(*transferable interest*) 개념을 도입할 필요, 무한책임사원과 유한책임사원의 지위 겸임(*dual capacity*)을 인정할 필요, 사모투자전문회사에 대한 합자회사 형태 강제가 바람직한지 여부, 그리고 향후 합자회사 제도의 개정방향에 대하여 미국 ULPA 2001을 참고하여 시사점을 살펴보았다. ☐

(논문접수 : 2015. 9. 14. / 심사개시 : 2015. 9. 21. / 게재확정 : 2015. 10. 15.)

## 참 고 문 헌

- 권기범, “개정 상법상의 합자조합에 대한 소고,” 「서울법학」 제19권제1호, 서울시립대학교 법학연구소 (2011.5)
- 국세청, 「2014 국세통계연보」, 국세청 발간자료, 2014
- 금융감독원 금융통계월보, <http://fisis.fss.or.kr/fss/fsi/id/fssview05.jsp>. 2015.6.25. 방문
- 금융위·금감원, “PEF 운영관련 법령해석 안내,” 보도참고자료 (2015.2.10) <<http://m.fsc.go.kr/02Sub/capitalMarket.do?FLAG=VIEW&CPAGE=1&NUM=30243>> 2015.6.15. 방문
- 김도경, “사모투자전문회사의 지분 개념에 대한 법적 고찰: 지분 양수도과 사원의 도산사 처리를 중심으로,” 「증권법연구」 제12권 제2호, 한국증권법학회
- 김천수, “화물자동차운수사업법의 경영위탁(지입)에 대한 법적 고찰과 평가,” 「법학연구」 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소 (2013.7)
- 노태석, “합자조합에 관한 법적 연구,” 「비교사법」 제20권 제3호(통권 제62호), 한국비교사법학회 (2013.8)
- 서완석·박임출, “합자회사 형태를 취하는 사모투자전문회사의 법적 문제점,” 「외법논문」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소 (2008)
- 양기진, “개정상법상의 합자조합에 관한 연구: 합자조합의 법적 실체성 및 조합원의 지위에 관하여,” 「홍익법학」 제13권 제1호, 홍익대 법학연구소 (2012)
- 원용수 역, 「프랑스 회사법」, 법무부 비교회사법총서 6, 2014
- 유시창, “합자조합의 유한책임조합원에 관한 소고,” 「경희법학」 제49권제1호, 경희법학연구소 (2014)
- 윤희웅·이진국, “사모투자전문회사의 합자회사 형태에 따른 법적 문제점,” 「BFL」 제10호, 서울대 금융법센터 (2005.3)
- 이철송, 「회사법강의(제22판)」, 박영사, 2014
- 임재연, 「자본시장법(2014년판)」, 박영사, 2014
- 정대익, “상법 개정안상 새로운 기업유형에 대한 검토,” 「상사법연구」 제28권제3호, 한국상사법학회 (2009.11)
- 정동윤 편집대표, 「주석 상법(회사(1): § 169~§ 287)」, 한국사법행정학회, 2014
- 정준혁, “사모투자전문회사 사원간 계약의 주요내용,” 「BFL」 제63호, 서울대금융법센터 (2014)
- 조지현, “회사의 무한책임사원 자격,” 「상사법연구」 제25권 제3호, 한국상사법학회 (2006.11)

- 통계청, "2013년 기준 운수업조사보고서," 통계청 발간자료, 2014, <[http://kosis.kr/ups/ups\\_01List.jsp?pubcode=OT](http://kosis.kr/ups/ups_01List.jsp?pubcode=OT)>, 2015.6.15. 방문
- 長島・大野・常松法律事務所 編, 「アドバンス新會社法(제3판)」, 商事法務, 2006
- A. Persaud & Atinson, "Chapter 47: Private Equity Funds: Legal Analysis of Structural, ERISA, Securities and Other Regulatory Issues," in Clifford E. Kirsch(ed.), *Investment Adviser Regulation* (3rd ed.) (Practising Law Institute, 2012), <<http://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.21704.12.pdf>> 2015.6.15. 방문
- Morgan Lewis, "Avoiding "Publicly Traded Partnership" Status for U.S. Federal Income Tax Purposes," *Venture Capital & Private Equity Funds Deskbok Series*, Morgan, Lewis & Bockius LLP (2015), <[http://www.morganlewis.com/~media/files/special-topics/vcpefdeskbook/fundoperation/vcpefdeskbook\\_avoidingptstatus.ashx?la=en](http://www.morganlewis.com/~media/files/special-topics/vcpefdeskbook/fundoperation/vcpefdeskbook_avoidingptstatus.ashx?la=en)> 2015.7.15. 방문
- Pionline, "NYPPEX: Limited partnership sales on the secondary market surge in 2014" (기사), (Dec. 2, 2014) <<http://www.pionline.com/article/20141202/ONLINE/141209965/nyppep-limited-partnership-sales-on-the-secondary-market-surge-in-2014>> 2015.6.15. 방문

Abstract

## Some Legal Issues and Improvement Directions about Korean Limited Partnership Company

Yang, Gi-Jin

The system of Korean limited partnership company (hereinafter, LPC) has not been widely preferred; it has only been used in Korean Private Equity Fund (hereinafter, PEF) and Some transport companies for freights and passengers. Based on accessible data, this paper surveys the current status of its use and the legal background.

There are some legal problems which impede the active use of LPC system in Korea. To vitalize the Korean LPC system, this article picks out relevant important issues to be dealt with in the present Korean Commercial Act.

Therefore, this paper focuses on some critical issues in LPC such as the scope of managing power of limited liability member and his/her liability against outside LPC creditors, both of which are still unclear. Another legal problem has been found in transferring LPC equity as seen in recent Korean supreme court ruling of 2014DA218863, which has treated the matter of whether additional requirements for transfer of LPC equity holdings against third party are needed or not.

Furthermore, this article examines the needs of (i) introducing so-called transferable interest concept, following the example of the Uniform Limited Partnership Act (hereinafter, ULPA) of U.S.A., and (ii) accepting the member's dual capacity caused by having both position as unlimited and limited liability member. This paper also deals with the reasonableness of Korean Capital Market Act which forces PEF to be established as a limited partnership company.

In consideration of Korea's task of helping its companies to deviate from the current phenomenon of extreme preference toward corporation going toward more various firms which provide more autonomous self-governance to their members, this paper suggests the future direction of Korean LPC taking into the attitude of ULPA 2001.

Key Words : limited partnership company(LPC), private equity fund(PEF), transferable interest, requirements for establishing transfer of LPC equity holdings against the third party, dual capacity

