

## ● Review & Outlook

### 김화진 지음, 「상법 입문」(Commercial Law) 박영사, 2010

박 환 일\*

우리나라에 미국식 로스쿨이 설립되면서 그 강의방법을 둘러싸고 논의가 분분하다. 여전히 그 논의는 진행 중이지만, 시험문제가 케이스 식으로 나오는 이상, 실제의 사례든 가상의 사례든, 학생들이 리걸마인드를 기르고 법률지식을 연마할 수 있게 풍부한 사례를 들어가며 설명하고 토론하는 것이 좋을 것 같다.

이른바 스토리텔링 기법을 적용한 법학교육이 관심을 끈다. 법학강의나 교재를 스토리텔링 식으로 준비하면 학생들이 흥미를 갖고 공부하지 않을까 생각된다. 그러려면 플롯이 있어야 하고 재미도 있어야 할 뿐만 아니라 감동을 느낄 수 있어야 할 것이다.

영화 「금발이 너무 해」(Legally Blond)에도 나오지만 하버드 로스쿨 랭델 학장의 소크라테스 문답식 강의법(case method)은 [아라비안 나이트]와 같은 스토리텔링 기법에 바탕을 둔 것이다. 법률지식이나 중요한 개념을 영화 [반지원정대]처럼 하나의 이야기로 만들어 학생들과 문답식으로 풀어나가는 것도 재미있을 것 같다.

예를 들어 사례연구(case study)를 스토리텔링 식으로 꾸민다면 다음과 같을 것이다. 그저 단순하게 “이웃사람에게 잔디 깎는 기계를 빌려달라고 할 때 뭐라고 할 것인가”하는 것보다 학생들로부터 여러 가지 반응을 기대할 수 있을 것이다.

2주간 휴가를 다녀왔다. 돌아와 보니 잔디가 무성하게 자라 있고, 일을 맡겼던 정원사는 병원에 입원을 하는 바람에 그동안 잔디에 손을 대지 못했고 당분간 일을 할 수 없다고 한다. 잔디가 너무 억세져서 집에 있는 소형 잔디깎이로는 턱도 없다.

다행히도 이웃집에는 대형 잔디깎는 기계가 있다. 이웃사람은 필요하면 갖다 쓰라고 말을 한 적이 있

---

\* 경희대 법학전문대학원 부교수, 국제법무대학원 부원장, 법학박사.

다. 그 집으로 가는 길에 그 집 애완견이 어기적거리며 다가와 바짓가랑이를 물고 늘어진다. 개가 싫은데, 특히 이놈은 종종 잔디밭을 망가뜨리곤 하여 더 밍다. 울퉁 화가 치밀어 그 작은 놈을 은근히 슬쩍 걷어찬다. 고개를 들어보니 그 이웃이 현관 앞에서 팔짱을 끼고 쳐다보고 있는 게 아닌가!

(출처: Bill Hybels, Too Busy Not To Pray)

최근 기업법을 수강하는 학생들이 쉽게 이해할 수 있도록 저자가 심혈을 기울여 스토리텔링 식으로 재미있게 쓴 책이 나왔다. 오랫동안 국제거래 전문변호사를 역임한 서울대 김화진 교수가 쓴 「상법입문」이 그것이다. 그 첫 장을 열어보자.

이 책은 인류 역사에서 가장 유명한 한 상인의 이야기를 빌어 독자들이 상법을 이해하는 데 기초가 되는 여러 가지 개념과 그 경제적 배경을 설명한다. 상법과 그 규율대상인 지구상의 경제주체들이 전개하는 무수히 많은 종류의 상거래를 현대인의 입장에서 바로 이해하기 위해서는, 상거래는 ‘재화와 용역의 거래’와 ‘금융거래’ 두 카테고리 분류할 수 있음을 항상 염두에 두어야 한다. … 인류의 후생과 복지는 ‘물품과 서비스’, ‘화폐와 신용’ 양자의 조합에 의해 창출되고 유지되며 상법은 이들이 대규모로 거래되는데 필요한 규범과 이들의 거래과정에서 발생하는 분쟁을 해결하는 분쟁해결규범을 제공한다. (3~4쪽)

저자는 상법입문에서 상인의 개념을 설명하면서 16세기 이탈리아의 베네치아를 배경으로 한 셰익스피어의 희곡 ‘베니스의 상인(The Merchant of Venice)’을 내세웠다. 주요 상거래 형태의 발생도 같은 식으로 설명하고 있다.

인류의 역사에서 가장 유명한 상인(안토니오)이 베네치아를 배경으로 한 희곡에서 탄생한 것은 우연이 아니다. 이는 당시 이탈리아와 베네치아의 국제적인 상거래 중심지로서의 위상을 엿볼 수 있게 한다. 재화는 재화가 각각 생산된 지역간의 거리가 멀수록 그 교환가치가 높으므로 국제적인 거래가 가장 각광을 받는 거래일 수밖에 없고 중세와 근대에는 원거리 교역이 통상 바다를 통해 이루어졌으므로 베네치아와 같은 위치가 교역의 중심이 되기에 적합했던 것이다. 또, 원거리 교역에는 시간이 많이 소요되고 위험이 증가하므로 그를 커버할 금융의 필요성이 반드시 수반된다. 따라서 금융이 발달한 곳일수록 교역이 활성화된다. (4~5쪽)

안토니오가 수행한 상행위는 국경을 넘어 이루어지는 ‘매매’였다. 저자는 안토니오가 베네치아에서 활동하고 있을 무렵 스페인의 세고비아에서는 보석을 제공하는 일을 하던 마리오의 사례를 들어 여타 상행위의 발전과정을 소개하고 있다.

마리오는 그가 세공한 보석이 중동지역에서는 스페인에서는 비교도 할 수 없을 만큼 고가로 팔린다는 소식을 듣고 시리아의 다마스쿠스로 가는 비즈니스 여행을 실행에 옮긴다. 그러나 그 여행은 예상했던 것보다 힘들고 위험할뿐더러 다마스쿠스에서 왕실의 고객을 만나는 일도 예상보다 훨씬 어려웠다. 그래서 수소문한 끝에 그 대신 물건을 운반해주고(운송업자) 판매해주는 상인(대리상), 장거리 여행을 하는 상인들을 재워주고 각종 편의를 제공해주는 사람(공중접객업자), 물건을 보관해주는 사람(창고업자)에게 그의 일을 맡기기로 했다. 물건판매대금은 유럽 각처에 있는 ABC기사단의 지부에 금화나 현지의 화폐로 맡기고 종이 증서를 받아 마드리드 지부(국제금융업자)에서 스페인에서 통용되는 주화로 받기로 정했다.

이 대목에서는 저자는 세계적인 베스트셀러 「다빈치 코드」에도 등장하는 템플기사단(Knights of Templar, 일명 Templar Inc.)을 소개한다. 武裝수도사들로 구성된 이 단체는 최초의 국제상인, 최초의 국제금융기관이었으며 1307년 로마교황의 탄압을 받아 해체된 이후에도 여러 경로로 그 맥을 이어왔다고 말한다. 그 맥은 스위스와 같은 일부 주권국가와 주요 다국적 금융기관들의 보이지 않는 배경을 형성하고 있다는 것이다(18쪽).

#### 왜 회사인가?

저자의 다소 도발적인 이 질문은 아주 재미있는 설명으로 이어진다.

나무와 흑연 심을 구해 연필을 만드는 일을 할 때 여러 사람이 모여 각자 필요로 하는 일을 하더라도 일일이 계약으로 처리하고자 하면 거래비용(transactions cost)이 증가한다. 고객의 취향이 다양하고 유행이 쉽게 바뀌어서 제품의 종류, 가격, 수량을 변경해야 하는데 그때마다 다시 얘기해서 계약을 바꾸어야 하기 때문이다. 이 사람들을 회사라는 조직에 가둬두면 일일이 가격 협상을 할 필요도 없고 지시만 하면 되므로 비용이 절약되고 효율적이다. 이것이 바로 거래비용의 내부화이고, 구성원들은 계약관계가 아닌 상하의 위계질서와 보상체계에 의해 움직이게 된다.

회사란 이렇게 거래비용을 최소화하는 과정에서 만들어진 것이다. 최적의 비용구조를 달성하기 위해 끊임없이 사람들이 들락거리고 회사의 일부를 떼냈다 붙였다 하게 된다. 시장이 변하기 때문이고 시장이 변하는 것은 사람들의 생활이 변하기 때문이다. ... 회사법은 이러한 변화에 적응하기도 하고 변화를 촉발시키기도 하면서 회사와 시장을 규율하는 법이다. (33~34쪽)

저자는 딱딱한 상법전의 조항을 들이대지 않고도 왜 회사가 존립을 유지하고 투자자들을 끌어들이며 사업을 확장하는지 명쾌하게 설명하고 있다.

주주란 누구인가? 이자를 꼬박꼬박 달라고 하지 않는 전주(錢主)이다. 주주는 이자를 달라고는 하지 않지만 회사가 잘 되어서 주식 값이 올라 한 몫 보려고 투자한다. 배당도 받고 싶어한다. 회사가 잘못되기라도 하면 다 날린다. 그러니, 회사 사업에 관심이 크다. 은행처럼 담보를 잡은 것도 없다. 그래서 감 놔라 대추 놔라, 이 자로 내라 저 정보 내라. 귀찮은 존재다. 그래도 어찌겠는가? 돈이 필요한데... 주주들과의 관계를 관리하는 것도 엄청난 일이다. 또, 요즘은 많은 주주들이 외국인이다.

이처럼 회사의 본질과 주주의 속성을 알기 쉽게 재미있게 설명한 상법책은 아마도 없을 것이다. 상법의 역사도 저자의 해박한 지식을 동원하여 간단하게 정리하고 있다.

중세에 들어서는 11세기에서 15세기에 주로 해상법 분야에서 상관습이 법규범으로 집대성되는 일이 일어난다. 이러한 움직임들이 오늘날 렉스 메르카토리아(*lex mercatoria*)라고 불리는 중세의 상법을 탄생시켰다. 중세의 영주와 왕들은 자신의 영향권 내에서 상거래와 국제교역이 활발하게 이루어지기 위해서는 그를 적절히 규율하고 상인들의 권익을 보호하는 법규범과 상거래에서 발생하는 분쟁을 해결하는 법원이 필요함을 깨달았다. 통치자들은 그를 위해 일련의 법률을 제정하거나 관습법의 효력을 승인하였다. 그리고, 그러한 법률과 관습법은 다른 지역에서도 승인받아야만 비로소 진정한 규범으로 자리잡을 수 있었기 때문에 그 내용이 국제화되었다. (38쪽)

#### 경영판단의 원칙

최근 들어 모험적인 투자를 하는 기업의 경영자들이 금과옥조(金科玉條)로 내세우는 법원칙이 있다. 바로 경영판단의 원칙(*business judgment rule*)이다. IMF 외환위기 때 많은 기업들이 엄청난 손실을 입고 심지어는 회사 문을 닫기까지 하였으나 경영자들은 사법책임을 지지 않았다. 법원에서 임원도 신(神)이 아닌 이상 비록 실패에 이르게 된 투자결정을 내렸을지라도 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이 아니라면 책임을 물을 수 없다는 이유에서였다. 이를테면 임원이 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 결정을 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로

보아야 한다는 것이다(대판 2002.6.14, 2001다52407).

흔히 BJR(우리말로는 “배제라”로 읽힐 수도 있음)로도 불리는 이 원칙은 현대 회사의 경영자들이 소신껏 직무를 수행하는 데 필수적인 원칙이자 자본주의 발달의 큰 뒷받침이 된 원칙으로 자리매김하게 되었다. 현대의 기업들은 끊임없는 이노베이션과 경우에 따라서는 모험적인 투자를 성공의 기본 조건으로 구사하는데, 회사 경영자들의 사업적 판단이 끊임없이 사법심사를 받게 된다면 그는 회사발전의 기회를 축소시키고 오히려 회사 주주들의 손해로 귀결될 것이기 때문이다.

저자는 미국 기업의 이사들에게 가장 큰 영향을 미친 판결의 하나로 선정된 바 있는 트랜스 유니언 사건(Smith v. Van Gorkom)을 소개하면서 아무리 회사나 주주들에게 결과가 좋아도 이사들은 신중한 판단을 내리는 절차, 예컨대 자료의 사전 검토, 이사들간의 토의, 외부 전문가에 대한 자문의뢰 등을 거쳐야 한다고 말한다.

경영판단의 원칙은 미국에서 판례를 통해 발전되어 온 것이며 이 원칙이 적용되기 위해서는 세 가지의 요건이 충족되어야 한다. 즉 이사는 ① 선의(good faith)로 행동하였어야 하며, ② 합리적인 수준의 정보에 입각하여 행동하였어야 하며, ③ 자신의 행동이 회사의 이익에 부합하는 것이라고 믿었어야 한다. ... 트랜스 유니언 사건에서는 회사의 이사들이 CEO가 제시하는 합병안을 이사회에 나와 비로소 접하였고 약 20분 남짓한 시간에 걸쳐 그 내용을 보고받고 결정한 것이 문제가 된 것이다. 합병계약서 자체는 CEO 벤 고롬이 오페라를 감상하면서 싸인한 것이다. 합병가격이 주식 시가에 50%의 프리미엄을 붙인 것이라 누구도 주주들에게 해로운 딜이라는 생각을 하지 않았으며 이 회사의 주주들은 나중에 이 딜을 승인하기까지 하였다. 그러나 여기서 델라웨어 주 법원은 이사들이 주의의무를 위반하였다고 판결하고 이사들에게 2,300만불이 넘는 손해배상을 명하였다. 이사들이 가입하고 있던 책임보험은 1,000만 불을 한도로 하고 있어서 이사들은 개인적으로 엄청난 손해배상책임을 지게 되었다. (181쪽)

저자는 이 대목에서 삼성전자의 이사들이 이천전기를 잘못 인수하여 회사에 손해를 끼쳤다고 주주들이 대표소송을 제기한 사건에서 서울고등법원(서울고판 2003.11.20, 2002나6595)과 대법원(대판 2005.10.28, 2003다69638)이 내린 판결을 인용하고 있다. 삼성전자 경영진이 이천전기를 인수하기 1년 전부터 미리 실무자를 통해 사업성 검토, 구체적인 사업내용 분석, 인수가격 결정을 위한 수차례의 협상과정을 거치고 이사회 의결 당시에도 실무자의 상세한 보고를 듣고 인수결의를 하였던 사정에 비추어 “이사가 회사의 자산을 인수함에 있어서 그 인수 여부나 거래가액을 결정하는 데에 필요한 정보를 합리적인 정도로 수집하여 충분히 검토를

한 다음 회사의 이익에 합당한 상당성 있는 판단을 하였다면 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것”이라고 볼 수 있다는 것이다.

저자는 삼성에버랜드 사건이 상법 제정 이래 가장 중요한 판례를 생성시킨 사건이라 소개하고, 시작에서 끝까지 한 기업의 지배구조 문제가 왜 전국민적인 관심사이며 국가적인 중요성을 가지는지 보여주었다고 강조한다. 이 책에서는 삼성에버랜드의 전환사채의 발행과 신주의 발행가격 결정에 관한 당사자들의 주장과 법원의 판결 내용을 소개하는 데 상당한 지면을 할애하고 있다.

무엇이 문제였을까? 법학교수 43인[은 에버랜드 주식 1주의 가치] 7,700원이 지나치게 낮은 가격이라고 생각했다. ... 헐값으로 삼성그룹을 장악했다는 것이다. 그런데 헐값이든 제값이든 다른 주주들이 아무 말 없으면 된 것 아닌가? ... 법학교수들은 에버랜드에 초점을 맞추었다. 왜 10만원이 넘어야 할 전환사채를 7,700원에 발행했는가? 그런 결정을 함으로써 회사의 경영진은 그 차액만큼 회사에 손해를 끼친 것이다. ... [당시의 경영진 두 사람이 배임죄로 유죄 선고를 받은] 이 사건은 피고가 이진희 회장이나 이재용씨가 아닌 썸인데 그 결과가 삼성그룹에 무슨 영향을 주는가? ... 만일 피고들이 유죄 판결을 받는다면 이재용씨는 범죄를 통해 삼성그룹의 경영권을 장악했다는 이상한 결과가 된다. 이재용씨가 취득한 전환사채나 그를 전환해서 받은 주식이나 그 사법적 효력에는 원칙적으로 문제가 없다. 그러나 삼성그룹이라는 한국 최대 기업, 세계적인 기업의 경영권의 기초가 범죄행위일 수는 없는 것이다. 삼성그룹에 투자하는 무수히 많은 외국 투자자들에게 이는 투자의 철회나 추가 투자를 망설이게 하는 원인이 될 수 있다. ... [기업권력]의 정점에 있는 최고경영자는 합법적이고 윤리적인 경영권을 필요로 한다. (226-227쪽)

저자는 나아가 대법원 판결(대판 2009.5.29, 2007도4949 전원합의체 판결) 전문을 30쪽에 걸쳐 인용하는 이유를 이 판결문이 회사법 전체를 담고 있는 축소판과 같기 때문이라고 밝혔다. 최고의 법관들이 팽팽하게 의견이 나누어져 반대의견과 개별의견을 냈다는 점도 공부하는 입장에서는 그 이상이 없을 정도의 풍부한 소재라고 말했다.

M&A 전문변호사가 되려면

그밖에도 이 책에서는 입문서답지 않게 기업인수합병(M&A)에 관하여 M&A에 따른 시너지 효과, 적대적 M&A와 경영권 방어, 타임위너 M&A 사례, M&A 전문변

호사에 대하여 상세히 기술하고 있다. 어찌 보면 이 책은 상법을 선택과목으로 선택한 학생이 상법과 관련된 스토리텔링식 설명을 흥미롭게 듣다가 아예 M&A 전문변호사로서의 입신을 결정하도록 길잡이 역할을 하는 것 같다.

이러한 견지에서 저자는 따끔한 충고도 아끼지 않고 있다.

흔히 로스쿨을 졸업하고 사회에 진출하게 되면 그 동안 배운 법률지식을 발휘하는 생활을 하게 되리라고 생각한다. 그러나 현실은 그렇지 않다. 법률이란 사회현상을 설명하고 그로부터 발생하는 분쟁을 해결하고, 방지하는 것이기 때문에 대상이 되는 사회현상을 도외시하고는 의미가 없다. ... 국제금융시장에서 활약하는 법률가가 되고 싶다면 국제금융에 정통해야 하는 것이다. 파생금융상품이 무엇이고 헤지펀드가 무엇인지 모르는 상태에서 그 분야 전문가들과 함께 일할 수는 없는 것이다. 요상하게도 그 전문가들은 법률전문가들에게 법률이 아닌 자신들의 전문 분야에 대한 '전문적 의견'을 기대하기도 한다. 법률만 아는 법률가는 물론 그 기대를 충족시킬 수 없다. "왜 나한테 그런 것을 기대하느냐? 나는 변호사이다" 라고 말하는 것은 자유이다. 그러나, 그러면 사람들은 그런 말을 하지 않는 변호사를 찾아가 버린다. (350~351쪽)

이 책은 상법입문서로서는 아주 쉽게 읽히고 재미있고 유용한 지식을 제공하기는 하나 한계가 있어 보인다. 왜냐하면 이 책만 읽어서는 복잡하게 전개되는 상법상의 문제를 해결하기에 부족하기 때문이다. 입문서로서 상법에 대한 이해의 폭을 넓히는 데 매우 유용하다. 그러므로 이 책을 한두 번 읽고 난 다음 전통적인 체계에 따라 서술된 교과서를 읽으면서 법조문을 해석한다면 종래 여러 번 읽어야 겨우 깨달을 수 있었던 사항도 아주 쉽게 이해할 수 있을 것이다.