

변경될 상호나 목적 또는 상호와 목적으로 본점이전 상호 가등기를 신청하는 문제에 관한 연구

Study on the Issue of Applying for a Main Office Relocation Provisional Trade Name Registration under a Different Trade Name and/or Purpose

김 민 조*
Kim, Min-Jo

목 차

- | | |
|----------------------|-------------------|
| I. 머리말 | IV. 제도적 보완 및 개선사항 |
| II. 상호 가등기제도 개관 | V. 맺음말 |
| III. 변경이전 상호 가등기의 문제 | |

상호 가등기 제도는 유한회사나 주식회사를 설립하거나, 상호 내지 목적을 변경하거나, 본점을 이전하기에 앞서 타인의 상호 선점을 예방하는 제도다. 따라서 발기인이나 사원 또는 회사는, 향후 사용할 예정인 상호를 미리 가등기해 둬서 타인의 고의적인 혹은 우연한 선행 등기를 예방하여 사업 리스크를 최소화할 수 있다. 이처럼 유용한 제도지만, 본점을 이전하고자 하는 곳을 관할하는 등기소에 현행 상호와 동종영업의 동일한 상호가 이미 등기되어 있거나 상호 내지 목적을 변경하면서 본점을 이전하고자 하는 경우에는 허점을 드러낸다. 관련 법령이 이러한 상호 가등기에 대해 모호한 입장을 취하고 있기 때문에 발생하는 문제다. 상법은 본점을 이전할 때에는 신본점 소재지를 관할하는 등기소에 상호 가등기를 할 수 있다고 규정할 뿐, 이때 현행 상호 내지 목적이 아닌 변경될 상호 내지 목적으로 본

투고일 : 2017. 8. 31. / 심사완료일 : 2017. 9. 15. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 케이엘에이 법률사무소 변호사
Attorney at Law KL & Associates

점이전 상호 가등기를 할 수 있는지에 대해서는 침묵한다. 한편, 상업등기법은 현행 상호로 본점이전 상호 가등기를 신청하는 경우를 전제한 것처럼 보인다. 하지만 그렇다고 해서 변경이전 상호 가등기를 반드시 배제했다고 볼 수는 없다.

본고는 관련 법령을 고려해보았을 때 변경될 상호 내지 목적으로 본점이전 상호 가등기(변경이전 상호 가등기)를 하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 상호 가등기의 전체적인 취지와 목적을 고려해 보았을 때 그것이 필요하다는 점을 역설하고자 한다. 특히 상호 가등기 제도가 도입된 연혁이 일본의 경우와 다르다는 점을 살펴본 후, 이러한 차이점이 변경이전 상호 가등기의 해석에 주는 영향을 확인해보고자 한다. 더 나아가 구상업등기법에 일괄적으로 규정되어 있는 일본의 경우와 달리, 상호 가등기에 대한 사항을 상법과 상업등기법에 나눠 놓은 우리 법제를 조화롭게 해석하기 위해 두 규정을 어떻게 이해할 필요가 있는지 역시 살펴보고자 한다. 한편, 변경이전 상호 가등기가 불필요하다는 반론과 관련하여, 본점을 이전 하면서 상호 내지 목적을 동시에 변경해야 하는 경우가 어떨 때 발생할 수 있는지와 그것이 왜 필요한지에 대해 언급하고자 한다. 또 변경이전 상호 가등기의 불인정이 어떻게 상호 가등기 제도의 목적 달성을 저해하는지 여부에 대해서도 논하고자 한다. 마지막으로 변경이전 상호 가등기의 본질을 고려하였을 때, 어느 등기소가 관할이 되어야 하는지 여부와 어느 상호 가등기부 양식 및 신청서를 사용해야 하는지 여부, 그리고 만약 개정을 할 수 있다면, 어느 법령 내지 규칙을 어떻게 변경해야 하는지를 다루고자 한다.

[주제어] 상호 가등기, 상호의 등기, 본점이전, 상호변경, 목적변경, 변경이전 상호 가등기, 상업등기

I. 머리말

상호를 등기함에 따라 발생하는 등기배척력은 동종영업의 동일한 상호를 동일한 특별시·광역시·시·군¹⁾ 내에 타인이 등기하는 것을 방지하는 효과를 가진다. 때문에 특정 상호를 사용하여 영업을 하고자 하는 자는 다른 이가 그 상호를 등기하기 전에 이를 선점할 이익이 있다. 사람들이 사용하고 싶은 단어의 조합이 제한적인 점을 고려하였을 때 더더욱 그렇다. 문제는 주식회사나 유한회사를 설립하기 위해 소요되는 시간이 길뿐만 아니라 그 설립과정에서 신생회사가 사용하고자 하는 상호가 미리 알려질 우려가 있다. 불과 몇 달 전까지만 해도 사용하는 자가 없던 상호를 그 사이 누군가가 등기하였다면, 회사설립 업무에 큰 차질이 발생할 수밖에 없다. 이 점 본점을 이전하기 위해 신사옥

1) 상법은 동일한 ‘특별시·광역시·시·군’에서 동종영업의 상호로 등기하지 못한다고 규정하고 있는(상법 제22조) 반면, 상업등기법은 ‘특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군’을 규정하고 있다(상업등기법 제29조). 이하 구분 없이 사용한다.

을 건축하거나 상호 내지 목적을 변경하기 위해 주주총회를 개최하는 경우에도 마찬가지로 발생할 수 있다. 이런 경우, 1995년 상법 개정으로 도입된 상호 가등기 제도가 큰 도움이 될 수 있다.

상호 가등기는 본등기와 동일한 등기배척력을 가지므로, 발기인 내지 사원은 주식회사 내지 유한회사를 설립하기에 앞서 원하는 상호를 미리 가등기하여 타인의 등기를 배척할 수 있다. 또 회사는 본점이전이나 상호 내지 목적을 변경하기에 앞서 그 상호를 가등기해 둠으로써 경쟁사의 횡방등기 등 불미스러운 일을 미연에 방지할 수 있다. 문제는 본점을 이전하면서 동시에 상호 내지 목적을 변경해야 하는 경우 때문에 발생한다. 예를 들어 본점이전을 준비하기 위해 신소재지 관할 등기소에 상호를 검색해 본 결과 현재 구소재지에서 회사가 사용하고 있는 상호와 동일한 상호가 이미 등기되어 있는 경우가 있을 수 있다. 회사가 본점 소재지를 이전하는 것은 사업 목적상 필요해서 하는 것이므로 다른 지역으로 이전하는 것은 대안이 될 수 없다. 결국 회사는 본점을 이전하면서 상호를 변경할 수밖에 없다. 따라서 회사는 리스크를 줄이기 위해 변경될 상호 내지 목적으로 본점이전 상호 가등기를 신청하고 싶을 것이다(본고에서는 이러한 상호 가등기를 특별히 “변경이전 상호 가등기”라고 표현한다). 문제는 현행 법령이 이와 같은 변경이전 상호 가등기의 가능여부에 대해 침묵하고 있을 뿐만 아니라, 상호 가등기 양식이나 신청서는 현행 상호를 그대로 이전하는 본점이전 상호 가등기를 전제한 것처럼 보인다. 따라서 현행 법령의 해석상 변경이전 상호 가등기가 가능한 것인지, 만약 가능하다면, 현행 법령의 일부 미비점을 어떻게 다룰 것인지가 문제된다.

II. 상호 가등기제도 개관

1. 상호가등기제도의 의의

상호는, 상인이 자신의 영업을 타인의 것과 구별하고 자신이 영업을 통해 쌓은 신용과 명성을 담아 낼 수 있는 인식표이다. 소비자는 상호를 통해 상인이 공급하는 재화와 용역의 품질 내지 수준을 예단하기도 하므로, 상인은 자기 상호가 가지는 무형의 가치를 가꾸기 위해 많은 시간과 노력을 기울인다. 상법은 상인이 적법하게 취득하거나 선정하여 육성한 상호에 관한 이익을 상호권으로써 보호하고 있다. 적법하게 상호를 취득하거

나 선정한 상인은 자신의 상호를 타인으로부터 방해받지 않고 사용할 수 있으며(상호사용권), 자신의 상호를 누군가가 부당하게 사용하고 있으면, 그 배척을 구할 수 있다(상호전용권).²⁾ 이러한 상호권은, 상인의 명예와 신용이 체화된 인격권적 성질을 가질 뿐만 아니라, 경제적 이익이 내포된 재산권적 성질을 동시에 가지고 있다는 것이 통설이다(인격권적 성질을 포함하는 재산권).³⁾

상인은 자신의 상호를 육성하기 위해 많은 노력을 기울였으므로 그 보호에도 관심이 많다. 특히, 누군가가 자기의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하고 있다면, 그 사용의 중지를 구하고자 할 것이다. 이러한 경우 상인은 문제된 상호의 오인가능성과 사용자의 부당한 목적을 입증하여 그 폐지를 청구할 수 있다(상법 제23조 제2항). 상호가 서로 오인 가능한지 여부는 직접적인 비교를 통해 알 수 있지만, 부당한 목적이란 타인의 사회적 신용을 자신의 영업에 유리하게 이용하려는 목적을 뜻하므로⁴⁾ 그 입증이 어려울 수 있다. 다만, 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업으로 타인이 등기한 상호를 사용하는 자는 부정한 목적으로 그것을 사용하는 것으로 추정한다(상법 제23조 제4항). 뿐만 아니라 상호를 등기해 놓으면, 그 누구도 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 동일한 상호를 중복해서 등기할 수 없다. 따라서 상호의 보호는 등기에서부터 시작되지만, 회사의 경우에는 상호에 관한 등기만 따로 할 수 있는 것이 아니라(상법 등기법 제37조 제1항) 시간이 많이 소요되는 회사에 관한 등기를 해야 하므로 그 사이 상호에 대한 보호가 미흡할 수 있다.

주식회사나 유한회사를 설립하기 위해 발기인을 모집하거나, 회사의 본점을 이전하기 위해 사옥을 신축하거나, 상호나 목적을 변경하기 위해 주주들을 설득하는 것은, 많은 시간이 소요되는 작업이다. 또 이와 같은 공개된 준비절차를 밟는 과정에서 회사가 준비하고 있는 상호명이 외부에 알려질 가능성이 크다. 따라서 상호를 정하고 이를 등기하기 위한 절차를 밟는 동안 상호를 보호해 줄 필요가 있고, 이를 위해 상법은 상호 가등기제도를 두고 있다. 순위만 보존하는 부동산 가등기와 달리(부동산등기법 제88조) 상호 가등기는 동일 상호의 동일 관할 내 등기를 배척하는 효과를 가지고 있으므로, 그 누구도 가등기된 상호와 동종영업의 동일한 상호를 그것이 등기된 동일한 특별시·광역시·시·군에 등기할 수 없다(상법 제22조의2 및 제22조). 이런 등기배척력 덕분에 타인이 상호를

2) 이철송, 상법총칙·상행위 제12판, 박영사, 2013, 179쪽.

3) 최준선, 상법총칙·상행위법 제9판, 삼성사, 2015, 176쪽; 정찬형, 상법강의(상) 제17판, 박영사, 2014, 114쪽; 정동윤, 상법(上) 제6판, 법문사, 2012, 79쪽.

4) 이철송, 앞의 책, 184쪽.

선점했을 경우 발생할 수 있는 문제를 상호 가동기로 차단할 수 있는 것이다. 이와 같이 유용한 상호 가동기 제도지만, 상인은 이러한 준비 절차 없이 언제든지 상호를 등기할 수 있다는 이유 때문에 회사에 대해서만 상호 가동기가 인정된다.⁵⁾

2. 상호가동기의 종류

상호 가동기는 주식회사 또는 유한회사를 설립할 때에 할 수 있는 설립 상호가동기(상법 제22조의2 제1항), 회사의 상호나 목적 또는 상호와 목적을 변경할 때 할 수 있는 상호 등 변경 상호가동기(상법 제22조의2 제2항), 그리고 회사의 본점을 이전할 때 할 수 있는 본점이전 상호가동기(상법 제22조의2 제3항)가 있다.

설립 상호 가동기는, 회사를 설립하기에 앞서 주식회사의 경우에는 발기인이, 유한회사의 경우 사원이 신설될 예정인 회사의 본점 소재지 관할 등기소에 그 상호를 가동기하는 제도다. 회사를 설립할 때에는 발기인 총회 또는 사원총회를 개최하고 본점을 둘 사무실을 구하고 사업을 개시하기 위한 사전 작업으로 여러 공급자 내지 잠재고객과 접촉하여야 한다. 이 과정에서 발기인들 또는 사원들이 정한 상호가 노출될 수 있고, 이들의 사업을 방해할 목적으로 경쟁사가 동일 관할 내에 동일 상호를 등기하여 이를 선점하는 상황이 발생할 수 있다. 물론 회사의 설립을 준비하는 도중에 우연의 일치로 동일한 상호가 선점되는 일 역시 발생할 수도 있다. 경우가 어찌되었건, 일단 타인의 등기가 경료되면 배척효과가 발생하므로 회사는 그 폐지 청구를 할 수밖에 없다(상법 제23조). 다만, 회사가 상호의 폐지를 청구하기 위해서는 손해를 받을 염려가 있거나 그 상호를 등기했었어야 하는데(상법 제23조 제2항), 아직 영업을 개시하지 않은 설립중의 회사가 내부적으로 고려하고 있는 상호 때문에 손해를 받을 염려가 있는 자가 될 수 있는지부터 문제 된다.⁶⁾ 게다가 우연의 일치로 동일한 상호를 등기한 경우에는 부정한 목적이 존재할 수 없으므로 회사는 생각해둔 상호를 다른 것으로 바꿀 수밖에 없다. 따라서 회사의 설립과 영업을 준비 중인 발기인 또는 사원은, 설립 상호가동기를 통해

5) 이철송, 위의 책, 173쪽.

6) ‘손해를 받을 염려가 있는 자’는 자신에게 상호권이 있음을 증명하면 될 뿐이고, 따로 손해를 받을 염려를 입증할 필요가 없다(이철송, 앞의 책, 186쪽). 한편 상호권은 상호를 적법하게 선점했을 때 발생하는데, 상법은 상인이 그 성명 기타의 명칭으로 상호를 정할 수 있다고만 할 뿐(상법 제18조), 상인의 어떤 행동을 두고 상호의 선정이라고 할 수 있는지에 관해서는 침묵하고 있다. 따라서 설립 중 회사의 경우 역시 언제부터 상호권이 발생하여 상법 제23조의 ‘손해를 받을 염려가 있는 자’가 되는지 역시 다소 불분명하다.

원하는 상호를 선점하고 앞서 언급한 설립 준비과정 중에 발생할 수 있는 문제를 피할 수 있다. 다만, 상법은 주식회사와 유한회사의 경우에만 설립 상호 가등기를 허용하고 있고, 합명회사, 합자회사, 그리고 유한책임회사의 경우에는 그 적용을 배제하였다. 왜냐하면, 합명회사, 합자회사 그리고 유한책임회사는 주식회사 또는 유한회사에 비해 설립 절차가 간소하여 비교적 단기간에 설립절차를 완료할 수 있어 상호 가등기를 통해 보호할 필요가 적기 때문이다.⁷⁾

상호 등 변경 상호가등기는 회사가 상호나 목적 또는 상호와 목적을 변경함에 앞서 미리 본점 소재지 관할 등기소에 그 사실을 가등기하는 제도다. 회사가 상호를 변경함에 있어 가등기할 실익은 설립 상호가등기의 경우와 마찬가지로이다. 하지만 목적의 변경은, 타인이 이미 등기한 상호를 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 상호로 등기할 수 없기 때문에(상법 제22조) 가등기할 필요가 생기는 것이다. 예를 들어, 같은 특별시·광역시·시·군에 주식회사 가나다로 등기된 회사가 두 개 이상 존재할 수 있다. 이는 상호 등기의 배척효과가 동일 상호, 동일 특별시·광역시·시·군, 그리고 동종영업에 국한되기 때문이다. 따라서 전자제품을 생산하는 주식회사 가나다와 요식업 프랜차이즈를 운영하는 주식회사 가나다가 동일한 특별시·광역시·시·군 내에 동시에 등기될 수 있다. 하지만, 주식회사 가나다가 전자제품에 더해 온라인 게임산업에 진출하려 할 때, 요식업 프랜차이즈를 운영하는 주식회사 가나다 역시 온라인 게임산업에 관심을 가질 수 있다. 따라서 첫 번째 주식회사 가나다는 주주총회를 통해 회사의 목적이 기재된 정관을 변경하고 이를 등기함에 앞서, 상호 등 변경의 상호가등기를 신청할 이익이 있다. 이와 같은 변경 상호 가등기는 상호만 변경하는 경우, 목적만 변경하는 경우, 그리고 상호와 목적을 동시에 변경하는 경우 모두 가능하다. 더 나아가 주식회사와 유한회사만 신청할 수 있는 설립 상호가등기와 달리, 상호 등 변경 상호 가등기는 합자회사, 합명회사, 그리고 유한책임회사 모두에 개방되어 있다⁸⁾

본점이전 상호가등기는 회사가 본점 소재지를 다른 특별시·광역시·시·군으로 이전하기에 앞서 이전할 곳을 관할하는 등기소에 하는 가등기다. 등기의 배척효과는 동종 영업의 동일 상호에 대하여 동일한 특별시·광역시·시·군까지만 미치는 것이므로, 다른 관할로 본점을 이전할 때에는 그곳에 자기의 것과 동일한 상호를 동종의 영업을

7) 최준선, 앞의 책, 189쪽; 최기원/김동민, 상법학신론(상) 제20판, 박영사, 2014, 103쪽.

8) 신청자격을 주식회사와 유한회사로 제한하고 있는 상법 제22조의2 제1항과 달리, 제2항은 회사라고만 규정하고 있다. 한편, 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사, 그리고 유한회사 5종이 있다(상법 제170조).

위해 사용하는 상인이⁹⁾ 있는지부터 먼저 확인해야 한다. 중복된 상호가 있는지 미리 조사해 보아야 하는 것은 회사를 설립할 때나 상호 등을 변경하는 때나 마찬가지지만, 본점이전 상호가동기는 구소재지를 관할하는 등기소가 아닌 신소재지를 관할하는 등기소에 등기된 상호를 검색해 보아야 한다. 왜냐하면, 타인의 상호 선점으로부터 보호받고자 하는 곳은 구소재지가 아닌 신소재지이기 때문이다. 한편, 본점을 이전하면서 동시에 상호 내지 목적을 변경하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어, 신본점이 소재할 곳에 회사의 상호와 동종영업의 동일한 상호가 이미 등기되어 있어 상호 또는 목적의 변경 없이 본점이전이 불가능한 경우가 있을 수 있다. 또 본점의 이전은 새로운 사업기회를 찾기 위해 하는 경우가 많으므로, 회사를 옮김과 동시에 업종을 전환하거나 추가하는 경우가 많다. 이런 경우 본점을 이전하면서 상호 내지 목적도 같이 변경하는 상호 가동기를 신청할 수 있다면, 회사의 이익을 보호하는데 많은 도움이 될 것이다. 다만, 이처럼 변경될 상호나 목적으로 본점이전 상호 가동기를 신청하는 변경이전 상호 가동기가 가능한지 여부에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 이하 III절에서 논의한다.

3. 상호 가동기의 절차

상호 가동기는 순위보전의 효력만 있는 부동산 가동기와 달리(부동산등기법 제88조) 본등기와 동일한 효력을 가진다(상법 제22조의2 제4항).¹⁰⁾ 따라서 상호 가동기가 완료되면 그 누구도 상호 가동기가 완료된 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 상호로 상호 가동기는 물론 본등기도 할 수 없다(상업등기법 제26조 제13호). 그 결과 상호 가동기를 완료한 자가 가동기의 내용대로 법인을 설립하지 않거나, 상호 내지 목적을 변경하지 않거나, 본점을 이전하지 않으면, 사회적 손실이 클 수밖에 없다. 왜냐하면 상호로 사용할 수 있는 글자의 조합 중 읽고 쓰기 좋은 조합은 제한되어 있으므로, 가동기만 해놓고 사용하지 않으면 실제 그 상호를 사용할 의향이 있는 사람마저 그것을 사용할 수 없기 때문이다. 이와 같은 사회적 손실을 피하기 위해 상호를 가동기하고자 하는

9) 상호 가동기는 회사만 할 수 있지만, 개인 사업자 역시 상호를 등기할 수 있다. 한편, 상호 자체의 동일성을 판단할 때에는 회사의 종류를 표시하는 문자(합명회사, 합자회사, 주식회사, 유한회사)를 제외한 나머지 부분만으로 동일성을 판단하므로(동일상호의 판단 기준에 관한 예규 제8조) 상호 가동기를 할 때에는 동일한 상호를 등기한 개인사업자가 있는지 역시 확인하여야 한다.

10) 가동기된 상호에 등기배척력이 발생함에는 의문의 여지가 없다(상법 제22조의2 제4항). 그러나 상법 제23조에 따른 폐지청구에 대해서는 견해의 대립이 있다(이철송, 앞의 책, 175-176쪽).

자는 법정된 금액을 가등기에 앞서 먼저 공탁하여야 한다.¹¹⁾

공탁금은 상호 가등기의 종류와 예정기간의 장단에 따라 다르다. 설립 상호 가등기의 경우 200만 원을 공탁하여야 하며, 기타의 경우 150만 원을 납입하여야 한다. 다만, 본등기를 이행할 예정기간이 6개월을 초과할 때에는 초과되는 6개월마다 설립 상호 가등기의 경우에는 100만 원, 기타의 경우에는 70만 원씩 추가로 납입하여야 한다(상업등기규칙 제79조 및 별표 1). 예정기간은 설립 상호 가등기와 본점이전 상호 가등기의 경우에는 2년을 초과할 수 없으며, 상호 등 변경 상호가등기의 경우에는 1년을 초과할 수 없다(상업등기법 제38조 제3항 및 제39조 제2항). 법인 설립의 경우 발기인을 모집하고 정관을 작성하고 자본금을 구성하기 위해 많은 시간이 소요될 수 있고, 본점이전의 경우 사옥의 신축 등 회사를 옮기기 위해 많은 사전 준비 작업이 필요할 수 있는 반면, 상호 내지 목적의 변경은 준비 작업이 상대적으로 적으므로 각각 예정기간의 상한을 달리 정한 것이다.

상호 가등기의 종류와 예정기간의 장단에 따라 법정된 금액을 공탁하였다면, 그 다음에는 공탁서를 첨부한 신청서를 관할 등기소에 제출하여야 한다. 본점 설립 상호 가등기와 상호 등 변경 상호 가등기의 경우에는 본점 소재지를 관할하는 등기소에 제출하면 되고, 본점이전 상호 가등기의 경우에는 신본점 소재지를 관할하는 등기소에 제출하면 된다. 상호 내지 목적을 변경하거나 본점을 이전하는 경우에는 회사의 대표자가 상호 가등기를 신청할 수 있으며(상업등기법 제23조), 주식회사 또는 유한회사를 설립하는 경우에는 발기인 또는 사원이 회사를 위해 상호 가등기를 신청할 수 있다(상업등기법 제38조). 다만, 발기인 또는 사원이 언제부터 회사를 위해 설립 상호 가등기의 신청을 할 수 있는지 여부가 의문스러울 수 있으나, “상업등기신청서의 양식에 관한 예규” 제5-1호(상호가등기 - 주식·유한회사 설립) 양식이 첨부서류로 정관을 요구하는 점을 고려하였을 때, 최소한 정관이 작성된 이후부터 가능하다고 볼 것이다.¹²⁾

11) 상호가등기의 공탁에 관한 사항은 원래 상법 제22조의2 제5항이 규율하였으나, 2008.1.1. 상업등기법이 시행되면서 삭제된 이후 현재까지 상법등기법 제41조가 규정하고 있다.

12) 상호 가등기는 회사만 사용할 수 있는 제도이므로 사인(私人)인 발기인 또는 사원은 설립중의 회사를 위한 경우가 아니라면 아예 신청조차 할 수 없다. 따라서 발기인 또는 사원이 행한 행위의 효과가 언제부터 설립되는 회사에 귀속되어 상호 가등기 신청을 할 수 있는지가 문제되며, 이 문제는 설립 중 회사의 형성시점과 같은 문제다. 설립중의 회사의 형성 시점에 관해서는 (1) 정관작성시점(이철송, 회사법강의 제22판, 박영사, 2014, 222쪽), (2) 발행주식 총수 인수시점(정동운, 상법(商法)(上) 제6판, 법문사, 2012, 409-410쪽), (3) 정관작성 및 최소 1주 인수시점(정찬형, 상법강의(상) 제17판, 박영사, 2014, 631쪽)이 있다. 판례는 정관작성 및 최소 1주 인수시점의 입장이다(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다56020 판결). 판례의 입장을 따른다면, 설립

발기인, 사원 또는 회사는 예정기간 내에 본등기를 경료함으로써 공탁금을 회수할 수 있다(상업등기법 제44조 제1항). 다만, 상호 가등기의 말소를 신청해야 하는 사유 중 ‘기타 상호의 가등기가 필요 없게 된 경우’를 제외한 사유가 발생하면, 공탁금은 국고에 귀속된다(상업등기법 제44조 제1항 단서, 제42조 제1항 제1호 및 제2호). 구체적으로 주식회사 또는 유한회사의 설립, 본점이전, 목적변경에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 상호를 변경한 경우(상업등기법 제42조 제1항 제1호), 그리고 상호나 목적 또는 상호와 목적변경에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 본점을 다른 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군으로 이전한 경우(상업등기법 제42조 제1항 제2호) 공탁금을 회수할 수 없다.

결국, 발기인, 사원 또는 회사가 예정기간 내에 본등기를 경료하여 공탁금을 회수할 수 있다고 할 때 “본등기를 경료”하였다는 것은, 상호 가등기의 취지에 부합하는 본등기를 경료하여 상호 가등기와 동일한 범위의 등기배척력이 발생한 경우를 의미한다. 이때 등기배척력의 범위를 척도로 삼아야 하는 이유는, 공탁을 통해 저지하려는 것이 상호 가등기제도를 활용한 등기배척력의 남용이기 때문이다. 즉, 가등기한 것과 다른 등기배척력이 발생하는 본등기를 경료하게 되면, 문제된 상호 가등기는 무용한 부분에 대해서까지 등기배척력을 행사하여 사회적인 손실을 끼친 셈이 되기 때문에 공탁금의 몰수를 통한 제재가 필요하게 되는 것이다. 다만 상업등기법은 목적을 변경한 경우에 대한 언급이 없으므로(상업등기법 제42조 제1항), 상호 가등기한 것과 다른 목적을 등기하여 그 본등기에 따른 배척력이 상호 가등기의 것과 다르더라도 공탁금을 회수할 수 있다.¹³⁾

이러한 제재에도 불구하고, 발기인, 사원 또는 회사가 상호 가등기한 것과 다른 본등기를 하였다면, 그 자는 기왕의 상호 가등기를 말소하는 신청을 하여야 한다(상업등기법

상호 가등기는 공증된 정관이 작성되고(상법 제292조, 제543조) 발기인 또는 사원이 적어도 1주 또는 1좌 이상의 주식 또는 출자좌를 인수하여 설립중의 회사가 형성된 이후부터 가능하다. 다만, 주식회사 내지 유한회사를 설립하기 위한 상호 가등기를 신청함에 있어 주식이나 출자좌의 인수여부를 입증할 수 있는 서류가 요구되지 않는 점을 고려하였을 때(“상업등기신청서의 양식에 관한 예규” 양식 5-1), 적어도 상호 가등기 제도를 운영함에 있어 우리 법제는, 판례에도 불구하고, 설립중의 회사의 형성시점을 정관작성시점으로 정하고 있는 듯하다(같은 취지로 최기원/김동민, 앞의 책, 103쪽).

- 13) 같은 뜻으로 권오복, 앞의 책, 599쪽. 본점이전 상호 가등기를 한 후 구분점 소재지에서 목적을 변경하는 등기를 먼저 한 후 본점이전의 등기를 한 경우에는 공탁금 회수가 가능하지만, 목적사항을 두 개 추가하는 목적 변경의 상호 가등기를 해 놓은 다음 그 중 하나에 대해서만 본등기를 한 경우에는 회수가 불가능하다는 견해로 김선정, “상호가등기제도에 관한 검토”, 이십일세기 상사법의 전개 : 정동윤 선생 화갑기념논문집, 법문사, 1999, 48쪽.

제42조 제1항). 만약 신청인이 이러한 말소 의무를 해태하여 상호 가등기가 방치되고 있다면, 이해관계인은 그 상호 가등기의 말소를 청구하거나(상법 제27조), 관할 등기소 등기관에게 말소를 신청할 수 있다(상업등기법 제42조 제2항, 제36조, 상법 제27조).¹⁴⁾ 이때 절차에 관해서는, 등기의 직권말소 및 이의에 관한 상업등기법 제78조 내지 제80조 규정이 준용된다.

상호 가등기와 동일한 내용으로 본등기가 경료되면, 등기관은 직권으로 상호 가등기를 말소하여야 한다(상업등기법 제43조 제1호). 또 상호 가등기와 동일한 내용으로 본등기를 경료하여 공탁금을 회수할 수 있는 경우라면, 회사는 공탁의 원인 소멸하였음을 증명하는 서면의 발급을 청구할 수 있다. 이와 같은 청구가 있으면, 등기관은 상호, 공탁법원, 공탁의 연월일, 공탁번호, 공탁금액, 공탁의 원인이 소멸한 연월일, 증명을 청구하는 취지와 청구 연월일이 기재된 서면에 증명문을 부기하고, 증명의 연월일, 등기소, 등기관의 표시 및 그 성명을 기재한 후 직인을 날인하여 교부하여야 한다(상업등기법 제82조)¹⁵⁾

-
- 14) 상업등기법 제36조 제1항에 의하면, “상호등기의 말소에 이해관계가 있는 자는 상법 제27조에 따라 그 등기의 말소를 신청할 수 있다.” 한편, 상법 제27조에 따르면, “상호를 변경 또는 폐지한 경우에 2주간 내에 그 상호를 등기한 자가 변경 또는 폐지의 등기를 하지 아니하는 때에는 이해관계인은 그 등기의 말소를 청구할 수 있다.” 통상 우리 법은 다른 자에게 일정한 행위를 요구하는 것을 청구, 그와 같은 권리를 청구권이라고 하는 반면(송석승, 민법총칙 제3판, 박영사, 2015 89쪽), 행정청에 대하여 일정한 처분을 구하는 것에 대해서는 신청이라는 표현을 대체로 사용한다(행정절차법 제17조). 문언을 보았을 때 상법 제27조는 변경·폐지된 상호의 등기관자에 대한 말소청구권을 규정한 것처럼 보이는 반면, 상업등기법 제36조 제1항은 관할 등기관의 처분을 촉구하는 신청을 규정한 것으로 보인다. 문제는 상업등기법이 “상법 제27조에 따라” 등기관에 대해 말소를 신청하라고 요구하고 있기 때문이다. 상법 제27조가 청구권을 규정하고 있는 것인지 아니면 그 표현에도 불구하고 등기관에 대한 신청을 규정하고 있는 것인지 다소 불분명하다. 따라서 상법 제23조 제2항(주체를 오인시킬 상호의 사용금지)이 이미 사용 중인 상호를 대상으로 방해 배제를 구하는 청구라면, 상법 제27조는 누군가가 곧 사용할 예정인 상호를 대상으로 방해 배제를 구하는 청구가 아닌지 검토해볼 필요가 있다. 참고로 말소청구·신청권에 대한 기존의 논의는 그것이 등기관에 대한 신청임을 전제하거나 이를 특별히 구분하지 않고 논의하고 있다(이철송, 상법총칙·상행위 제12판, 박영사, 2013, 201쪽; 최준선, 앞의 책, 187쪽; 정찬형, 상법강의(상) 제17판, 박영사, 2014, 125쪽; 전성재, 상업등기법 제6판, 도서출판 문성, 2012, 142쪽).
- 15) 상호 가등기와 동일한 본등기가 경료되면 등기관은 상호 가등기를 직권으로 말소해야 한다. 따라서 공탁원인 소멸 사실에 관한 증명자료로 별도의 증명서 대신 말소된 상호가등기 등기사항전부증명을 제출하면 족하다는 의견이 있을 수 있다. 하지만, 상호 가등기의 직권말소는 공탁원인사실 소멸을 위한 필요조건에 불과하므로, 공탁조서판은 공탁원인사실의 소멸여부를 따로 판단해야 한다. 즉, 예를 들어 예고기간이 경과되어 상호 가등기가 직권말소 된 것일 수도 있다.

III. 변경이전 상호 가등기의 문제

1. 변경이전 상호 가등기의 의의 및 필요성

본고에서는, 변경이전 상호 가등기를 변경될 상호 내지 목적으로 신청하는 본점이전 상호 가등기라는 의미로 사용하고 있다. 이러한 변경이전 상호 가등기는 본점이전 상호 가등기를 현재 회사가 사용 중인 상호 내지 목적이 아닌 변경으로 정하여질 상호 내지 목적으로 신청한다는 점에서 일반적인 본점이전 상호 가등기와 차이가 있으며, 그것을 하나의 신청으로 처리해야 한다는 점에서, 본점이전 등기 신청과 상호 등 변경의 등기 신청을 각각의 신청으로 구분점 소재지 관할 등기소에 같이 제출해야 하는 본점이전 및 상호 등 변경의 병행 본등기의 경우와도 다르다(상업등기법 제55조, 상업등기규칙 제53조 단서).¹⁶⁾

변경이전 상호 가등기가 필요한 경우란, 예를 들어 동종 영업으로 자사와 동일한 상호를 등기하여 사용하고 있는 회사가 이미 존재하고 있는 관할로 본점을 이전하고자 하는 경우다. 이 경우 회사는 본점을 옮기면서 동시에 상호를 변경하여야 하는데, 본등기를 준비하는 동안 경쟁사 등 다른 자가 변경으로 정하여질 상호로 먼저 등기를 해버리면 회사로서는 상호를 또 바꿔야 하는 어려움을 겪게 된다. 따라서 회사로서는 변경할 상호를 타 관할에 가등기하여 경쟁사의 영업 방해 등을 원천 차단할 이익이 있다. 또 신본점 소재지 관할에 동일한 상호가 등기되어 있는 경우가 아니라 하여도, 본점을 이전하면서 영업을 추가하거나 변경하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 역시 본점을 옮기고자하는 관할에 변경 예정인 상호나 목적을 미리 가등기해 놓을, 즉 변경이전 상호 가등기를 경료할 이익이 있다.

일견, 본점이전 상호 가등기와 상호 등 변경 상호 가등기를 각각 신청하면 될 것처럼 보인다. 하지만, 일반적인 본점이전 상호 가등기는 신본점 소재지에 현재의 상호로 등기 배척력이 발생하는 반면, 일반적인 상호 등 변경 상호 가등기는 구분점 소재지에 변경으로 정하여질 상호로 등기배척력이 발생한다. 즉 두 개의 상호 가등기 신청을 각각 신청하면, 신본점 소재지에 변경으로 정하여질 상호나 목적 또는 상호와 목적으로 등기배척력

16) 본점이전 및 상호 등 변경 병행 본등기의 경우에도, 구분점에 변경으로 정하여질 상호가 이미 등기되어 있고, 신본점에 현재 사용 중인 상호가 이미 등기되어 있는 특수한 경우에는 이를 하나의 신청으로 본대(상업등기규칙 제100조). 왜냐하면 하나의 신청으로 보지 않으면 구분점 소재지 관할 등기소에서 상호변경을 할 수도, 신본점 소재지를 관할하는 등기소로 본점이전의 등기를 할 수도 없어 생기는 문제 때문이다.

이 발생하지 않는다. 따라서 본점이전과 상호 등 변경 본등기를 각각의 신청으로 하는 병행 본등기의 경우와 달리, 각각의 신청을 하는 방법으로는 변경이전 상호 가등기의 본래 목적을 달성할 수 없다.

더 나아가 변경이전 상호 가등기를 해석상 인정할 수 없다면, 현재 본점이 소재한 관할에 상호 내지 목적 변경의 본등기를 먼저 해놓은 다음 신소재지 관할에 본점이전의 상호 가등기를 순차적으로 경로 하는 방법도 대안이 될 것처럼 보일 수 있다. 하지만 이와 같이 순차적으로 등기하면, 경쟁사가 변경으로 정하여질 상호를 신본점 소재지 관할에 먼저 등기하는 것을 예방하려는 원래의 목적을 달성할 수 없다. 왜냐하면 상호 등 변경의 본등기는 누구나 열람할 수 있기 때문에, 회사가 본점이전 상호 가등기를 하기에 앞서 상호 등 변경의 본등기를 하는 순간, 경쟁사는 회사의 변경된 상호와 목적을 손쉽게 알아낼 수 있기 때문이다. 또 본점을 다른 특별시·광역시·시·군으로 이전하거나 상호 또는 목적을 변경하기 위해서는 회사의 정관도 같이 수정하여야 하는데, 상호를 먼저 변경한 후 나중에 본점을 이전하는 정관변경을 위해 주주총회나 사원총회를 시간을 두고 연이어 두 번 개최할 회사는 없다. 대부분 정관변경에 필요한 절차를 한 번에 끝내기를 원할 것이기 때문에, 이런 번거로운 업무를 한 번에 몰아서 처리하지 않고 주주나 사원들을 두 번이나 오게 만든 대표자의 무능을 탓할 것이다. 이 경우 변경이전 상호 가등기를 인정하지 않는다면, 회사는 상호 가등기의 필요가 있음에도 불구하고 이를 활용하지 않을 것이다.

2. 변경이전 상호 가등기의 허용여부

2.1 변경이전 상호 가등기에 관계된 법령과 그것이 해석상 불가능하다는 견해

상법이 등기할 사항 혹은 등기할 수 있는 사항으로 규정하지 않은 것은 등기의 대상이 아니다(상법 제34조). 상호 가등기 역시 상법 제22조의2가 이를 등기할 수 있는 사항으로 규정하고 있기 때문에 가능한 것이다.¹⁷⁾ 그중 제3항은, “회사는 본점을 이전하고자 할

17) 등기와 가등기는 다르다. 따라서 상법이 가등기할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 가등기가 가능하다고 하는 것이 더 정확하다. 다만, 상법 제34조는 상업등기에 관한 통칙 규정이고, 가등기 역시 등기의 일종이므로, 본고에서는 상법 제34조를 등기할 사항에 관한 일반 조항으로 이해한 후, 상호 가등기에 관한 제22조의2를 등기(가등기) 할 수 있는 사안에 관한 구체적 규정으로 해석하였다. 다른 방법으로 등기는 상법 제34조에 의거 등기할 수 있는 사항을 등기할 수 있는 것이고, 상호 가등기는 제22조의2에 의거 가등기할 수 있는

때에는 이전할 곳을 관할하는 등기소에 상호의 가동기를 신청할 수 있다”고 규정함으로써 본점이전의 상호 가동기를 등기할 사항으로 선언하고 있다.

한편, 상호 가동기에 관한 세부절차를 규율하는 상업등기법에 따르면 상호 등 변경 상호 가동기나 본점이전 상호 가동기의 경우에는, (1) 상호, (2) 본점의 소재지, (3) 목적(본점이전과 상호변경의 경우에만), (4) 본점이전에 관계된 상호의 가동기의 경우에는 본점을 이전할 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군, (5) 상호변경에 관계된 상호의 가동기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 상호, (6) 목적변경에 관계된 상호의 가동기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 목적, (7) 상호와 목적변경에 관계된 상호의 가동기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 상호와 목적, (8) 본등기를 할 때까지의 기간을 등기하여야 한다(상업등기법 제39조).

더 나아가 상업등기규칙에 따르면 상호의 가동기는 별지의 양식 중 해당 양식의 각란에 해당하는 상호의 가동기에 관한 등기정보를 기록하는 방식으로 하여야 한다(상업등기규칙 제78조). 그리고 본점이전에 관한 상호 가동기부 양식을 규정하고 있는 상업등기규칙 별지 제14호에 따르면, 본점이전의 경우에는 (1) 상호, (2) 본점, (3) 목적, (4) 본점을 이전할 장소, (5) 본등기까지의 기간을 등기하도록 되어 있다. 다만, 상업등기규칙은 본점을 이전하면서 상호 등도 같이 변경할 수 있도록 ‘변경으로 정하여질 상호 또는 목적’을 기재하는 란을 두고 있지 않다.¹⁸⁾

이상 상호 가동기에 관한 현행법령을 고려하였을 때, 변경이전 상호 가동기가 불가능하다거나 그것이 의도적으로 배제되었다고 볼 이유는 없다. 하지만, 법의 구체적인 문언과 규정 형식을 고려해 보았을 때, 상업등기법과 상업등기규칙은 상호와 목적을 변경하지 않고 그대로 이전하는 본점이전 상호 가동기만을 전제하고 있는 듯하다.

관련하여, 본점이전의 상호 가동기에 관해 비중 있게 다루는 교과서나 논문은 많지 않다. 대부분 본점이전의 상호 가동기를 할 때에는 이전할 곳을 관할하는 등기소에 상호

사항을 가동기할 수 있다고 이해할 수도 있지만, 최소한 본고와 관련하여 구별의 실익이 크지 않다.

18) 상호 변경에 관한 상호 가동기부 양식을 규정하는 상업등기규칙 별지 제11호에 따르면, (1) 상호, (2) 본점, (3) 목적, (4) 변경에 의하여 정하여질 상호, (5) 본등기를 할 때까지의 기간을 등기하여야 하고, 목적 변경에 관한 별지 제12호에 따르면, (1) 상호, (2) 본점, (3) 변경에 의하여 정하여질 목적, (4) 본등기를 할 때까지의 기간을 등기하여야 하고, 상호와 목적을 같이 변경하는 경우에 관한 별지 제13호에 따르면, (1) 상호, (2) 본점, (3) 변경에 의하여 정하여질 상호, (4) 변경에 의하여 정하여질 목적, (5) 본등기를 할 때까지의 기간을 등기하여야 한다. 이상의 점 고려하였을 때, 만약 상업등기규칙이 변경이전 상호 가동기를 예정하고 있었다면, “변경에 의하여 정하여질 상호”를 등기사항으로 두고 있는 본점이전에 관한 상호 가동기부 양식을 별도로 작성하였을 것이다.

의 가등기를 신청할 수 있다는 취지와 본점이전의 상호 가등기는 물적회사 뿐만 아니라 합명회사 및 합자회사 역시 이를 등기할 수 있다는 취지를 언급하는 데에 그치며,¹⁹⁾ 기타 본점을 이전하기 위해서는 정관을 변경하고 사옥을 신축하는 등 많은 시간이 소요되므로, 경쟁사의 횡방을 예방하기 위해 본점이전의 상호 가등기가 필요하다고 언급하는 경우도 있다.²⁰⁾ 반면 변경이전 상호 가등기가 불가능하다는 입장 중에는 현행법의 해석상 인정되지 않는다고 기술한 경우와²¹⁾ 변경이전 상호 가등기는 그 실제 수요가 적을 뿐만 아니라 상호 가등기 제도는 상호전용권을 부여하는 것인 만큼 필요한 최소한도로만 보장하면 된다는 견해와²²⁾²³⁾ 본점이전 후에 사용할 상호의 가등기는 현재 사용하고 있는 상호로 하여야 하므로, 필요한 경우 현재 본점 소재지에서 먼저 상호나 목적 또는 상호와 목적을 변경한 후, 이전할 본점 소재지에서 본점이전의 상호 가등기를 하여야 한다는 입장이 있다²⁴⁾

변경이전 상호 가등기가 불가능하다는 앞선 견해들은, 그것이 왜 불가능한지에 대한 구체적인 사유를 언급하지 않는다. 다만 그 전체적인 취지를 고려하였을 때, 상호 가등기는 상호전용권을 부여하는 것이므로 필요한 최소한도로만 보장해야 한다는 점과, 관련 법령의 해석상 인정하기 어렵다는 점에 근거한 것으로 보인다. 이중 해석상 인정하기 어렵다는 견해는, 상업등기가 원래 법정된 것만 가능한 것인데, 상업등기법이 본점이전 상호 가등기를 할 때 등기할 사항으로 상호, 본점 소재지, 목적, 본점을 이전할 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군, 본등기까지의 기간만 등기하도록 규정되어 있을 뿐, ‘변경으로 정하여질 상호 내지 목적’을 등기사항으로 두지 않은 점에 착안한 것으로 생각된다(상업등기법 제39조 제1항 제1호).²⁵⁾ ‘본점을 이전하면서 변경으로 정하여질 상호 내지 목적’을 등기할 수 없다면 변경이전 상호 가등기 역시 불가능할 수밖에 없다는

19) 최준선, 앞의 책, 189쪽; 정찬형, 앞의 책, 122쪽.

20) 최기원/김동민, 앞의 책, 104쪽; 이철송, 앞의 책, 174쪽.

21) 권오복, 이론 실무 상업등기(상) 제9판, 육법사, 2015, 584쪽.

22) 전계원, 상업등기 실무강의 제10판, 육법사, 2010, 629쪽.

23) 변경이전 상호 가등기에 대한 것은 아니지만, 조직을 변경함에 앞서 현행 목적과 다른 목적으로 상호 가등기를 하는 것이 불필요하다는 근거로 “상호 가등기 제도가 장래 사용할 상호의 상호전용권을 보전하여 주는 반면, 타인의 상호선정권을 제한하는 것이기 때문에 반드시 상호를 보전할 필요가 있는 경우에 한하여 최소한도로 인정하는 것이 상당”하다는 점을 제시한 견해가 있다(김선정, 앞의 논문, 43-44쪽).

24) 김선정, 앞의 논문, 45쪽, 神崎滿治郎, 商號・類似商號の先例と實務(第3次増補改訂版), 民事法情報センター, 平成8年[1996] 108쪽, 전계원, 앞의 책, 630쪽.

25) 본점이전의 상호 가등기를 함에 있어 등기할 사항은 상업등기법이 2007.8.3. 제정되어 법률 제8582호로 2008.1.1. 시행되기 전까지는 상업등기처리규칙 제62조의2 제2항에서 동일한 내용으로 규율되었다.

취지가 아닌가 생각된다.

변경이전 상호 가동기가 가능한지 여부를 따져볼 때, 인정의 필요성 고려해야한다는 점과, 등기할 수 있는 사항으로 법정된 것이 무엇인지 확인해야 한다는 점 모두 수긍할 수 있는 것이다. 하지만, 우리 법은 변경이전 상호 가동기에 필요한 모든 사항을 이미 등기할 수 있는 사항으로 법정하였다. 더 나아가 본점이전의 상호 가동기를 통해 관련 법령이 달성하고자 하는 목적을 감안하였을 때, 변경이전 상호 가동기를 인정하는 것이야말로 그 제도적 취지에 부합하는 해석 방법이다. 따라서 상법의 규정과 상호 가동기 제도의 전체적인 취지를 고려하였을 때, 본점을 이전하면서 현행 상호 내지 목적이 아닌 변경될 상호 내지 목적에 관한 상호 가동기할 수 있다고 해석하는 것이 가능할 뿐만 아니라 필요하다.

2.2 상호 가동기에 관한 우리 법체계와 그 해석방법

상호 가동기에 관한 우리 법령은 일본의 구상업등기법을 모태로 하였다.²⁶⁾ 하지만 구상업등기법에 일괄적으로 규정되어 있는 일본의 경우와 달리 우리의 상호 가동기 제도는 상법과 상업등기법에 나눠 규정되어 있다. 이러한 체계상 차이가 상호 가동기에 관한 법령의 해석에 영향을 주는지 여부와 만약 영향이 있어 변경이전 상호 가동기를 해석상 수용할 수 있다면, 현행 법령의 틀 내에서 이를 실제 어떻게 운영할 것인지 따져봐야 할 것이다. 차례대로 살펴본다.

2.2.1 일본의 구상업등기법

일본의 구상업등기법(旧商業登記法)은 1963년 7월 9일(昭和三十八年七月九日) 법령 제125호(法律第二百二十五号)로 시행될 당시에는 본점이전에 관한 상호 가동기만 규정하고 있었다(일본 구상업등기법 제35조).²⁷⁾ 따라서 상호 가동기를 할 때에는 (1) 상호,

26) 김선정, 앞의 책, 32쪽.

27) 일본은 2006년 会社法(平成十七年七月二十六日法律第八十六号)을 시행하면서 유사상호의 등기금지제도를 폐지하였다(旧商法 第十九条). 그 결과 동일한 장소에서 동일한 상호로 등기하려는 경우를 제외하고(日商業登記法 第二十七条) 유사하거나 동일한 상호에 대한 등기가 가능해졌다. 상호 가동기 제도 자체가 본래 경쟁사의 유사·동일상호의 선행 등기 내지 가동기가 가지는 배척력을 미연에 방지하기 위한 것이므로, 일본은 商法 등 관련 법령을 개정할 때 이제 불필요해진 상호 가동기제도를 전면 폐지하였다(会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律, 平成十七年七月二十六日(2005) 法律第八十七号). 상호 등기 및 가동기 제도에 따른 등기의 배척력이 사전적인 분쟁예방 장치였다면, 일본은 관련 법령의 정비를 통해 유사상호 등에 따른 문제를

(2) 목적, (3) 본점을 이전할 시정촌, (4) 본점, (5) 본점이전등기까지의 예정기간만 등기하면 되었다(일본 구상업등기법 제35조 제2항). 하지만, 1982년 개정(商業登記法の一部を改正する法律로 개정된 것, 昭和五十七年)으로 상호나 목적 또는 상호와 목적에 관한 상호 가등기와 주식회사 및 유한회사의 설립에 관한 상호 가등기가 추가되었다. 주식회사와 유한회사의 설립에 관해서는 일본 구상업등기법에 제35조의2를 신설하는 방법으로 개정한 반면, 상호 내지 목적의 변경에 관해서는 일본 구상업등기법 제35조를 수정하는 방식으로 도입하였다. 특히 제35조 제2항 각호 중 ‘본점을 이전할 시정촌’을 ‘본점이전에 따른 상호의 가등기에 있어서는, 본점을 이전할 시정촌’으로 변경한 후, 그 뒤에 ‘상호 변경에 관한 상호의 가등기에 있어서는 변경에 따라 정할 상호’, ‘목적의 변경에 따른 상호의 가등기에 있어서는 변경에 따라 정할 목적’, ‘상호 및 목적 변경에 따른 상호의 가등기에 있어서는 변경에 따라 정할 상호 및 목적’을 각각 추가하였다.²⁸⁾ 주식회사 및 유한회사의 설립에 관한 상호 가등기(상업등기법 제38조)가 본점이전 등에 관한 상호의 가등기(상업등기법 제39조)보다 먼저 규정된 점을 제외하면, 우리 상업등기법은 일본의 구상업등기법과 그 규정 내용이나 형식이 동일하다.

상호 가등기할 수 있는 사항이 이처럼 순차적으로 도입된 결과, 일본의 경우에는 구상업등기법을 통해 가등기할 수 있는 것이 무엇인지 명확하였다. 즉, 본점이전은 본래부터 현재 본점 소재지에서 사용하던 상호와 목적을 있는 그대로 이전하는 경우만 가능했던 것이었는데, 여기에 현재 본점 소재지에서 상호만 변경하는 경우, 목적만 변경하는 경우, 상호와 목적을 변경하는 경우, 그리고 유한회사 및 주식회사를 설립하는 경우를 추가한 것이므로, 본점이전의 상호 가등기를 할 때 상호를 변경할 수 있는지 여부에 대해서는 특별한 의문이 없었을 것이다. 실제 일본은, 구상업등기법 개정 당시 본점이전과 동시에 상호 내지 목적을 같이 변경하는 상호 가등기의 필요성이 적어 개정안에

사후적인 재판절차로 해결하는 방법을 택하였다.

28) 2 前項の規定による商号の仮登記において登記すべき事項は、次のとおりとする。

- 一 商号
- 二 目的(第四号及び第五号に規定する商号の仮登記に限る。)
- 三 本店
- 四 本店の移転に係る商号の仮登記にあつては、本店を移転すべき市町村
- 五 商号の変更に係る商号の仮登記にあつては、変更により定めるべき商号
- 六 目的の変更に係る商号の仮登記にあつては、変更により定めるべき目的
- 七 商号及び目的の変更に係る商号の仮登記にあつては、変更により定めるべき商号及び目的
- 八 本店移転の登記又は商号、目的若しくは商号及び目的の変更の登記までの期間

포함시키지 않았다.²⁹⁾ 결국, 일본 상호 가등기 제도의 도입이력을 고려해보았을 때, 일본의 경우에는 변경이전 상호 가등기를 법령의 해석으로 인정하기 어려웠을 것이다.

계수된 법제도를 해석할 때 그 모태가 되는 법률의 문언과 제·개정을 둘러싼 배경과 논의내용을 참고하겠지만, 그것을 있는 그대로 적용할 필요는 없을 것이다. 우리 상법과 상업등기법을 해석할 때에는 우리 법의 문언과 우리의 경험을 먼저 고려해야 하므로, 변경이전 상호 가등기를 해석상 배제하게 된 일본의 경험을 그와 같은 경험이 없는 우리 법 해석론에 적용할 필요는 없을 것이다. 뿐만 아니라, 상호 가등기에 관한 우리 법체계는 그 문언의 유사성에도 불구하고 일본의 경우와 다르다. 일본의 경우, 본점이전 및 상호 등 변경의 상호 가등기가 가능하다는 점은 일본 구상업등기법 제35조 제1항에, 그리고 이때 등기할 사항은 같은 조문 제2항에 연이어 규정되어 있었다. 반면 우리의 경우에는 1995년 개정상법을 통해 제도를 도입하면서 상호 가등기를 함에 있어 등기할 세부사항을 상업등기처리규칙에 따르도록 하였다가, 2008년 제정된 상업등기법에 그 내용을 통폐합시켰다. 결국 일본의 구상업등기법 제35조 제2항에 규정되어 있던 세부 등기사항과 동일한 내용이 처음에는 대법원 규칙으로 정리되어 있다가 상업등기법으로 이전된 것이다. 따라서 우리 상호 가등기제도를 이해하기 위해서는 상호 가등기에 관한 상법과 상업등기법의 관계를 먼저 정립해야 한다.

2.2.2 상호 가등기에 관한 우리 법체계: 상법과 상업등기법의 관계

상호 가등기제도는 1995년 개정상법으로 도입된 반면,³⁰⁾ 상업등기법은 2008년 1월 1일 최초 시행되었다. 이러한 상법과 상업등기법의 관계를 이해하기 위해서는 상법과 상업등기법이 순차적으로 도입된 이유와 상업등기법이 시행되기 전의 모습이 어땠는지를 살펴보아야 한다.

상호 가등기가 최초 도입될 당시에는 상법 제22조의2에 총 5개의 조항이 있었다. 제1항 내지 제3항에는 상호 가등기의 종류가 규정되었고, 제4항에는 상호 가등기의 효력이 규정되었고, 제5항에는 상호 가등기에 관한 세부절차를 규율되었다. 제1항 내지 제4항은 최초도입 후 변화가 없지만, 마지막인 제5항은 2007년 8월 3일 법률 제8582호로 상법이 개정되면서 삭제되었다. 삭제된 제22조의2 제5항은 원래 “상호의 가등기에 있어서

29) 神崎滿治郎, 앞의 책, 108쪽.

30) 도입 당시 상호 가등기 제도를 비송사건절차법에 일괄적으로 규정하지 않고, 그 실체법적 효력규정은 상법에 그리고 절차법상 규정은 대법원 규칙에 규정한 점이 입법체계상 일목요연하지 않다는 견해로 김선정, 앞의 논문, 49쪽.

본등기를 할 때까지의 기간, 공탁금의 공탁과 그 회수, 가등기의 말소 기타 필요한 절차는 대법원규칙으로 정한다”고 규정하고 있었다. 그리고 제5항에 의거 구상업등기처리규칙(2007년 12월 24일 대법원규칙 제2129호로 개정되어 2008년 1월 1일 타법폐지되기 전의 것)은 상호의 가등기에 관한 세부사항을 제62조의2 이하에서 규율하였다.³¹⁾ 결국 관할 등기소에 등기할 수 있는 상호 가등기가 무엇이고 그 효력이 어땠는지는 상법의 규율사항이었고, 그 세부절차는 상업등기처리규칙의 규율사항이었다. 이러한 상법과 상업등기처리규칙 사이의 관계가 상법과 상업등기법 사이의 관계로 대체된 것인데, 이와 같은 변화가 무엇을 의미하는지는 결국 상법 제22조의2 제5항의 폐지원인과 상업등기법의 제정이유에 달려 있다.

제·개정이유를 살펴보면, 상업등기법을 시행하면서 상법 제22조의2 제5항을 삭제한 것은, “상업등기사무의 전산화사업이 완료됨에 따라 변화된 환경에 맞추어 상업등기사무의 처리절차 및 방법 등을 정비하고, 기업의 등기편의를 위하여 전산정보처리조직에 의하여 등기를 신청할 수 있도록 하며, 회사의 설립·이전 및 합병 등에 있어서의 등기절차를 간소화하는 한편, 비송사건절차법 및 대법원규칙 등에서 규정하고 있는 상업등기에 관한 규정을 통합하여 상업등기에 관한 단일 법률을 제정함으로써 상업등기사무의 적정성과 효율성을 높이고 상업등기의 기능을 보다 충실하게 하려”했기 때문이다.³²⁾

결국 상업등기법은 등기사무의 절차, 방법, 등기편의, 적정성, 효율성 그리고 기능의 충실성을 제고하고, 비송사건절차법 및 상업등기처리규칙에 산재되어 있는 등기에 관한 사항을 통합하기 위해 제정된 점을 알 수 있다. 그렇다면, 상업등기법 자체가 절차에 관한 법이고, 상법 제22조의2 제5항을 폐지한 것도 절차에 관한 사항을 상업등기법에서 규율하기 위해 삭제한 것임을 알 수 있다. 이러한 제·개정사유를 보았을 때, 적어도 상호 가등기와 관련하여 상법과 상업등기법 사이의 관계를 상법과 상업등기처리규칙과의 관계와 달리 볼 필요는 없을 것이다. 즉, 상법은 상호에 관한 가등기로 어떤 것들이 있으며, 그와 같은 가등기의 효력이 무엇인지를 규율하고 있는 것이고, 상업등기법은 상호 가등기를 하기 위한 세부절차를 규율하고 있는 것이다.

그러므로, 가사 상업등기법의 일부 규정(혹은 규정의 미비가) 변경이전 상호 가등기의 인정을 방해하는 요소로 작용한다 하여도, 이는 입법 불비로 개선의 대상이 되어야

31) 반면 상호의 본등기는 구비송사건절차법(2007.7.27. 법률 제8569호로 개정되어 2008.1.1. 시행되기 전의 것) 제3편 제4장이 규정하였다. 현재는 2008.1.1. 시행된 상업등기법에서 통합하여 규율하고 있다.

32) 2007.8.3. 법률 제8582호로 개정된 상법에 관한 제·개정이유

하는 것이지, 어떠한 상호 가등기가 가능한지에 대한 상법의 규정을 거꾸로 수정해석하는 원인이 되어서는 안 될 것이다. 게다가 상업등기법 제39조가 본점을 이전하면서 상호 등을 변경하는 경우를 예정하지 않았다고 볼 수 있는지도 의문의 여지가 있다. 먼저 상법의 규정내용을 보았을 때 어떤 상호 가등기가 가능한지부터 확인할 필요가 있다.

2.2.3 상법이 예정한 본점이전 상호 가등기

상법은 회사가 본점을 이전 할 때에는 이전할 곳을 관할하는 등기소에 상호 가등기를 신청할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로(상법 제22조의2 제3항) 본점을 이전하면서 변경된 상호 내지 목적으로 가등기를 신청하는 것을 금지하고 있다고 볼 이유가 전혀 없다. 오히려 상호 가등기의 등기배척력(상법 제22조의2 제4항 및 상법 제22조)과, 변경 이전 상호 가등기의 성질을 고려해 보았을 때, 상법은 변경이전 상호 가등기를 전제하였다고 해석하는 것이 자연스럽다.

만약 발기인이 회사를 설립하고자 하는 장소에 동종영업의 동일한 상호가 이미 등기 내지 가등기되어 있다면, 그 발기인은 이미 정한 영업 소재지나 영업을 변경할 수는 없으니 당연히 회사의 상호를 다른 것으로 바꾸려 할 것이다. 이것은 등기 내지 가등기된 상호의 등기배척력으로 인한 당연한 결과다. 한편, A지역에서 영업하던 회사를 B지역으로 옮길 수밖에 없는 상황이 발생하였다면 어떨까? 사업 목적상 옮겨야 할 소재지는 이미 정해진 것이다. 따라서 대표이사는 회사를 설립할 때와 마찬가지로 상호나 목적 또는 상호와 목적을 변경할 수밖에 없다. 이 역시 등기 내지 가등기된 상호의 등기배척력으로 인한 당연한 결과다. 만약 상법이 등기 내지 가등기된 상호에 등기배척력을 부여함과 동시에, 본점이전 상호 가등기를 허용한 것이라면, 본점이전과 동시에 상호 등을 변경하는 변경이전 상호 가등기 역시 예정한 것이 아닐까?

만약 이처럼 이해하지 않는다면, 앞서 언급한 것처럼 현재 본점 소재지에서 상호 내지 목적을 먼저 변경한 다음 본점이전의 상호 가등기하는 순차적인 방법을 사용해 볼 수 있다. 하지만 이러한 순차적 신청방법을 활용하기 위해 상호 내지 목적을 변경하면, 경쟁사 역시 그 변경된 상호를 알게 될 것이다. 만약 어떤 회사의 A지역으로의 본점이전을 방해하는 경쟁사가 정말로 존재하여 상호 가등기와 같은 제도가 필요한 상황이라면, 그 회사가 상호 변경 없이 A지역으로 옮기지 못하는 상황 자체를 경쟁사가 만들었을 가능성이 다분할 것이다. 그런 상황에서 회사가 본점이전에 앞서 상호 또는 목적을 먼저 변경해 놓으면, 그 공개된 정보를 획득한 경쟁사는 변경된 상호와 목적에 맞춘 횡방등기

를 또 할 것이다. 상호 가등기 제도 자체가 밀행성을 전제한 제도인데, 감추어야 하는 변경될 상호와 목적을 미리 공개하라는 것은 기본적으로 변경이전 상호 가등기의 대안이 될 수 없다.³³⁾ 이러한 이유로 본점이전의 상호 가등기에 관한 상법 제22조의2 제3항은 본점을 현재의 상호 내지 목적을 유지하면서 이전하는 경우는 물론 이를 변경하면서 이전하는 경우 역시 규정한 것이라고 해석함이 상당하다.

더 나아가 상호 가등기를 둘러싼 현실적인 문제도 있다. 예를 들어 변경할 예정인 상호가 구조재지에 동종영업으로 이미 등기되어 있을 수 있다. 그렇다면 회사는 상호와 목적을 먼저 변경한 후 본점이전 상호 가등기를 하는 순차적인 등기 방법마저 쓸 수 없게 된다. 게다가 순차적인 방법의 경우 정관을 변경하는 주주총회 내지 사원총회를 연이어 두 번 개최해야 하는 문제도 있다. 즉, 상호 내지 목적 변경을 위한 총회 개최와 본점이전 상호 가등기 절차를 마무리한 다음, 마지막으로 본점이전을 위한 총회를 한 번 더 소집해야 하는 것이다. 만약 본점을 이전하면서 동시에 상호 내지 목적을 변경해야 한다면, 주주와 사원들은 이를 한 번에 처리하기를 원할 것이고, 그에 관한 논의 역시 같이 하고 싶어 하는 것이다.

또 최근 회사에 관한 등기를 할 때 최대한 포괄적으로 목적사항을 등기하는 경향이 있어, 주된 영업에 관한 경쟁사가 아니라 하더라도 회사의 상호가 다른 상호의 등기배척 범위에 포섭될 가능성이 다분하다. 가장 흔한 목적사항인 부동산 임대차 내지 전대차가 대표적인 예다. 따라서 본점이전을 결정하여 상호 검색을 해보면, 현행 상호로는 본점 이전 등기가 불가능한 상황이 종종 발생한다. 이렇게 이미 등기된 상호의 배척력을 겪어 본 회사는 고의적인 횡방이든 우연한 중복등기든 관계없이 불필요한 리스크를 피하고 싶겠지만, 일반적인 상호 가등기로는 그 목적을 달성할 수 없다. 이러한 회사에게 변경이전 상호 가등기는 반드시 필요하다.

상법은 변경이전 상호 가등기를 배제한 바 없다. 따라서 특별한 이유가 없는 이상 굳이 안 된다는 방향으로 이를 해석하여 없던 어려움을 만들 필요는 없을 것이다. 이와 같은 특별한 이유가 혹시 상업등기법에 있는지 살펴본다.

33) 상호 내지 목적 변경의 본등기를 경료한 사실을 경쟁사가 알아차리고 횡방등기를 하기 전에 곧바로 본점이전 상호 가등기를 신청하면 된다는 반론이 있을 수 있다. 하지만, 회사는 상호 가등기를 하기 위한 선행절차로써 공탁을 먼저해야한다. 반면 경쟁사는 이런 절차 없이 신본점 소재지에서 가장 빠른 등기(상호 등기)를 신청함으로써 곧바로 횡방등기를 할 수 있다. 만약 똑같이 시작해서 누가 먼저 등기를 경료하는 경주의 문제라면, 공탁을 먼저 해야 하는 회사가 불리할 것이다. 가사 회사가 공탁을 미리 준비하여 빨리 진행할 수 있다 하여도, 상호 가등기 제도 자체가 이러한 불확실성을 방지하기 위해 만든 것인데, 오히려 불확실성을 가중하는 방법으로 제도를 해석할 이유는 없을 것이다.

2.2.4 변경이전 상호 가등기에 관한 상업등기법의 입장

상업등기법이 변경이전 상호 가등기를 예정하고 있지 않다는 주장이 전개된다면, 그 주된 근거는 상업등기법 제39조 제1항 각 호의 규정일 것이다. 즉, 상업등기법 제39조 제1항 제4호 내지 제7호는 각각 본점을 이전하는 경우, 상호를 변경하는 경우, 목적을 변경하는 경우, 그리고 상호와 목적을 변경하는 경우 등기할 사항을 규정하고 있는데, 여기에 변경이전 상호 가등기에 관한 경우가 구체적으로 적시된 바 없다는 점을 주된 근거로 내세울 것이다. 구체적으로, 변경이전 상호 가등기가 가능한 것이라면, 각 호 등기사항 중 ‘본점을 이전하면서 상호 등을 변경하는 경우에는 본점을 이전할 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군과 변경으로 정하여질 상호나 목적 또는 상호와 목적’이라는 항목이 등기사항으로 각 호 중 하나에 명시적 규정되어 있지 않았겠냐는 것이다.

하지만, 변경이전 상호 가등기가 가능하도록 상업등기법을 처음부터 새롭게 작성해 본다면, 결국 지금과 유사한 방식으로 규정하였을 것이다. 즉, 본점만 이전할 때에는 이전할 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군을 등기하라고 규정하고, 상호만 변경할 때에는 변경할 상호를 등기하라고 각 규정한 후, 본점과 상호를 동시에 변경할 경우에 관해서는 별도의 조문을 작성하지 않고 필요한 등기사항을 취사선택하라는 형식으로 입법하였을 것이다. 즉, 입법 편의상 발생가능한 모든 경우를 각 호로 일일이 열거하는 방법을 택하지는 않았을 것이다.

현행 상업등기법은 이미 취사선택하는 방식으로 규정되어 있다. 예를 들어 본점을 이전할 때는 제5호 내지 제7호의 적용 없이 제4호를 적용하면 되고, 상호를 변경할 때는 제4호 및 제6호 내지 제7호의 적용 없이 제5호를 적용하면 된다. 따라서 만약 현행 상업등기법의 규정을 개정 없이 활용하여 변경이전 상호 가등기를 해야 한다면, 제6호 내지 제7호의 적용 없이 제4호와 제5호를 등기사항으로 선택·적용하면 된다.

이상의 사항 고려하면, 상업등기법이 비록 변경이전 상호 가등기를 예정한 것은 아니지만, 그렇다고 해서 변경이전 상호 가등기를 배제한 것도 아니라는 점을 알 수 있다. 장기적으로 조금 더 명확하고 간결한 방향으로 상업등기법을 개정하는 방법도 있겠지만,³⁴⁾ 현재의 상업등기법으로도 변경이전 상호 가등기를 해석상 인정할 수 있을 것이다.

34) 상호 가등기할 수 있는 사항들을 열거한 후 필요에 따라 취사선택할 수 있다는 식으로 개정하는 것도 대안이 될 수 있을 것이다.

2.2.5 소결

상업등기법만 놓고 보면 변경이전 상호 가등기가 과연 가능한 것인지 의문스러울 수 있다. 하지만, 일본의 경우와 달리 우리 상호 가등기 제도는 상법과 상업등기법이 그 역할을 나눠 규율하고 있다. 즉, 어떤 상호 가등기가 가능한지에 관해서는 상법을 살펴보아야 하고 그렇게 가능한 것으로 확인한 상호 가등기를 구체적으로 어떻게 처리할 것인지에 관한 절차적인 부분은 상업등기법이 규율 하는 구조다. 따라서 가사 변경이전 상호 가등기에 관한 사항이 상업등기법에 완벽하게 규율되어 있지 않다 하더라도, 우리는 이것을 입법의 불비로 이해해야지 거꾸로 상호 가등기에 관한 상법의 해석을 변경하는 근거로 삼아서는 안 된다. 물론 변경이전 상호 가등기를 인정했을 때, 상호 가등기의 관할 등 실무상 발생할 수 있는 문제들이 있을 수 있다. 장기적으로는 관련 법령의 개정을 통해 해소해야겠지만, 이 부분 역시 제한적으로나마 현재의 틀 내에서도 해결할 수 있다.

3. 변경이전 상호 가등기의 관할

본점이전은 그 성질상 구분점 소재지에서 회사의 등기부를 말소하고, 신본점 소재지에서 등기부를 신설하는 등기업무다. 따라서 본점이전의 본등기를 관할하는 등기소는 각각 신본점 소재지를 관할하는 등기소와 구분점 소재지를 관할하는 등기소가 된다. 실제로 과거에는 구분점 소재지를 관할하는 등기소에 등기의 말소를 먼저 신청한 후, 신본점 소재지를 관할하는 등기소에 등기의 신설을 신청하였다.³⁵⁾ 다만, 신본점 소재지에서 등기가 각하되었을 때의 문제점과 등기업무의 편의 등을 고려하여 구분점 소재지에서 일괄하여 신청을 받도록 한 것이다(상업등기법 제55조). 한편 상호 내지 목적을 변경하는 본등기 역시 구분점 소재지를 관할하는 등기소에 신청해야 하므로(상법 제34조, 상업등기법 제4조), 상호 내지 목적을 변경하면서 동시에 본점을 이전하는 병행 본등기는 구소재지 관할 등기소에 신청해야 하는 것이다. 물론 신소재지에서 하는 신설 등기는 구소재지 관할 등기소를 거칠 뿐이다.

한편, 본점이전 상호 가등기는 신소재지 관할 등기소에 해야 하므로 그 관할이 신소재지 관할 등기소고(상법 제22조의2 제3항), 상호 내지 목적 변경의 상호 가등기는 구소재지 관할 등기소에 해야 하므로 그 관할이 구소재지 관할 등기소다(상법 제22조의2 제2항). 이는 본점이전에 관한 신설 등기의 관할이 신소재지 관할 등기소고, 말소 등기의

35) 신언숙, “우리나라 상업등기제도의 문제점과 개선방향”, 등기에 관한 제문제(下), 법원행정처, 1988, 658쪽.

관할이 상호 내지 목적 변경의 등기와 함께 구소재지 관할 등기소인 병행 본등기와 그 구조가 흡사하다. 따라서 본점이전의 상호 가등기를 신소재지에 신청하라는 상법 제22조의2 제3항의 규정에도 불구하고, 변경이전 상호 가등기의 경우에는 상업등기법 및 상업등기규칙의 관련 규정을 준용하여 구본점 소재지를 관할하는 등기소에 이를 신청해야 하는 것이 아닌지 의문스러울 수 있다.

하지만, 본점을 이전하면서 상호 등을 변경하는 본등기를 구본점 소재지를 관할하는 등기소에 일괄적으로 신청하게 한 것은, 과거 각각의 관할에 등기함에 따라 발생한 여러 문제를 일거에 해결하기 위해 신청만 구본점 소재지에서 받은 것이지 관할 자체가 달라진 것은 아니다. 즉 구본점 소재지 등기소는 여전히 구본점 소재지에서 회사의 등기부를 말소하는 업무를 담당하는 것이고, 신본점 소재지 등기소 역시 신본점 소재지에서 회사의 등기부를 신설하는 업무를 계속해서 담당하는 것이다. 그럼에도 불구하고, 신소재지 관할 등기소에 대한 신청을 구소재지 관할 등기소를 거쳐게 한 것은, 구소재지에서 등기부가 말소된 후 신소재지에서 등기신청이 각하되는 경우가 종종 발생했기 때문이다.³⁶⁾ 이런 경우 흠결사항을 보정하여 다시 신청하는 동안에는 실존하는 회사가 등기부 없이 운영되었기 때문에 이 문제를 해결하기 위한 대안으로 구소재지 신청주의를 규정하게 된 것이다(상업등기법 제55조). 하지만 상호 가등기의 경우에는 신소재지에서든 구소재지에서든 그 신청이 각하되었다 하여 문제될 것이 없으므로 본등기의 경우와 같은 배려가 필요 없다. 그렇다면, 변경이전 상호 가등기 신청은 다시 원칙으로 돌아가 관할 등기소인 신소재지 관할 등기소에 하는 것이 타당하다.

게다가, 본점을 이전하면서 상호 등을 변경하는 변경이전 상호 가등기가 본래 상호 가등기의 등기배척력을 활용하여 경쟁사의 횡방을 미연에 방지하기 위함인 점을 고려하면, 변경이전 상호 가등기는 신소재지에 신청해야 한다. 왜냐하면, 회사가 신청한 상호 가등기의 등기배척력이 신소재지를 관할하는 등기소의 관할지역 전체에 미치도록 하기 위해서는, 신본점 소재지 관할 등기소의 상업등기부에 변경으로 정하여질 상호가 가등기 되어 있어야 하기 때문이다. 만약 변경으로 정하여질 상호가 구소재지에 가등기되어 있으면 그 등기배척력은 구소재지에만 미칠 것이므로, 신청인 회사가 의도한 목적을 달성할 수 없게 된다.

정리하자면, 본등기의 경우와 달리 상호 가등기는 구본점 소재지 관할 등기소를 경유할 이유가 전혀 없을 뿐만 아니라, 구소재지 관할 등기소에 변경으로 정하여질 상호를

36) 신언숙, 위의 논문, 660쪽.

가등기해 봐야 원하는 목적을 달성할 수가 없다. 따라서 변경이전 상호 가등기는 신소재 지 관할 등기소에 신청하여야 한다.³⁷⁾

IV. 제도적 보완 및 개선사항

1. 가등기신청서 및 가등기부 양식

상법에 따라 등기할 사항은 관할 법원의 상업등기부에 등기하여야 한다.(상법 제34조) 따라서 관할 법원 등기관은, 등기할 사항을 상업등기규칙 별지 제1호 내지 제9호에 규정되어 있는(상업등기규칙 제13조) 양식에 기록하여야 하고, 가등기할 사항을 별지 제10호 내지 제14호에 규정되어 있는 양식에 기록하여야 한다(상업등기규칙 제78조). 별지 제10호는 회사를 설립할 때의 상호 가등기부 양식을, 별지 제11호는 상호만 변경하고자 할 때의 상호 가등기부 양식을, 별지 제12호는 목적만 변경하고자 할 때의 상호 가등기부 양식을, 별지 제13호는 상호와 목적을 동시에 변경하고자 할 때의 상호 가등기부 양식을, 별지 제14호는 본점을 이전하고자 할 때의 상호 가등기부 양식을 각각 규정하고 있다. 특히 본점이전에 관한 별지 제14호 양식은, 등기번호, 상호, 본점, 목적, 본점을 이전할 장소, 본등기를 할 때까지의 기간, 기타사항, 그리고 등기기록의 개설 연월일을 기입할 수 있도록 작성되어 있다. 결국 별지 제14호 양식은 상업등기법 제39조 제1항 각호의 사항 중 본점이전에 관계된 사항을 기록할 수 있도록 작성되어 있는 셈이다.³⁸⁾

37) 한편, 만약 변경이전 상호 가등기가 상호 등 변경 상호 가등기와 본점이전 상호 가등기가 '병행'되는 경우라면, 그 병행되는 부분 중 상호 등 변경에 관한 가등기는 구분점 소재지가 관할이 되어야 한다는 의문이 있을 수 있다. 즉, 상법 제22조의2 제2항은 상호 등 변경 상호 가등기의 관할을 구분점 소재지로 규정했으나, 적어도 그 부분만큼은 관할이 구분점 소재지에 발생해야 한다는 의문이다. 하지만, 이러한 의문은 변경이전 상호 가등기를 두 개의 신청으로 오해한 경우에만 생길 수 있다. 앞서 살펴 본 바와 같이 변경이전 상호 가등기는 두 개가 아닌 하나의 신청이다. 즉, 변경이전 상호 가등기는 상법 제22조의2 제3항에 의거 본점이전 상호 가등기를 변경으로 정하여질 상호 내지 목적으로 하는 것뿐이지, 본점이전의 상호 가등기와 상호 등 변경 상호 가등기를 각각 동시에 두 개의 신청으로 하는 것은 아니다. 따라서 상호 등 변경 상호 가등기의 관할에 관한 상법 제22조의2 제2항을 적용하여 상호 등 변경에 관한 부분은 구분점 소재지에서 해야 한다는 취지의 논의를 할 필요가 없다.

38) 1. 상호

2. 본점의 소재지

3. 목적(제4호 또는 제5호에서 규정한 상호의 가등기만 해당한다)

4. 본점이전에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 본점을 이전할 특별시·광역시·특별자치시·시 또는 군

한편, 본점이전 상호 가등기를 신청함에 있어 사용할 양식은 “상업등기신청서의 양식에 관한 예규” 양식 제5-3호에 규정되어 있다. 양식 제5-3호는 등기의 목적, 등기의 사유, 그리고 등기할 사항을 기입하도록 하고 있으며, 등기할 사항으로는 상호, 본점, 목적, 본점을 이전할 특별시·광역시·시 또는 군, 본등기를 할 때까지의 예정기간, 그리고 기타사항을 열거하고 있다. 이 역시 상업등기법 제39조 제1항 각호의 사항 중 본점이전에 관계된 사항을 기입할 수 있도록 작성되어 있는 것이다.

상업등기규칙과 “상업등기신청서의 양식에 관한 예규”는 변경으로 정하여질 상호 내지 목적으로 신청하는 본점이전 상호 가등기에 대한 대비가 없다. 그 결과 변경이전 상호 가등기를 신청할 때 어떤 상호 가등기 신청서 양식을 사용해야 하는지와 어떤 상호 가등기부 양식을 활용해야 하는지에 관한 논란이 있을 수 있다. 본점이전에 관한 신청서를 사용하면, 변경으로 정하여질 상호 등을 기재할 곳이 마땅치 않고, 상호 내지 목적 변경에 관한 신청서를 사용하면, 변경할 상호와 목적은 기입할 수 있지만, 이전할 곳 본점 소재지를 기재할 곳이 없다.³⁹⁾ 가장 바람직한 방법은 상업등기규칙과 상업등기신청서의 양식에 관한 예규를 개정하여, 변경이전 상호 가등기에 관한 가등기부 양식과 신청서 양식을 추가하는 것이다. 예를 들어 상업등기규칙 별지 제15호를 추가하여 그 제목을 “본점을 이전하면서 상호를 변경하고자 할 때의 상호의 가등기”로 기재한 후, 기록할 사항으로 상호, 본점, 목적, 본점을 이전할 장소, 변경으로 정하여질 상호, 본등기를 할 때까지의 기간, 그리고 기타사항을 규정하고, 별지 제16호 및 제17호를 추가하여 각각 본점을 이전하면서 목적만 변경하는 경우, 그리고 상호와 목적을 둘 다 변경하는 경우에 관한 가등기부 양식으로 작성하는 것이다. 그리고 등기 신청서의 경우에는 양식 5-3의 내용 중 “상호”는 “상호(또는 변경으로 정하여질 상호)” 그리고 “목적”은 “목적(또는 변경으로 정하여질 목적)”으로 각각 변경하면 될 것이다.⁴⁰⁾

5. 상호변경에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 상호
 6. 목적변경에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 목적
 7. 상호와 목적변경에 관계된 상호의 가등기의 경우에는 변경 후 새로 정하여질 상호와 목적
 8. 본등기를 할 때까지의 기간
- 39) 필자가 신청하여 경료한 변경이전 상호 가등기 사건의 경우, 본점이전에 관한 상업등기신청서의 양식에 관한 예규 양식 제5-3호를 사용하여 본점을 이전할 곳을 기입한 후, 상호에는 변경으로 정하여질 상호를, 그리고 목적에는 변경으로 정하여질 목적을 각 기입하였다. 그렇지만 해당사건을 담당한 등기관은, 본점이전에 관한 상업등기규칙 별지 제14호가 아닌 상호와 목적 변경에 관한 별지 제13호 양식에 당해 상호 가등기부를 작성하였다. 그 이유에 관해서는 후술한다.
- 40) 가등기부는 각각의 상황에 맞는 가등기부가 작성될 필요가 있으나, 신청서의 경우에는 변경으로 정하여질 상호 내지 목적이라는 점만 특정되면 된다. 변경으로 정하여질 상호 또는 목적인 점은 등기관이 현재 등기된

가능하다면 전술한 바와 같이 상업등기규칙 및 “상업등기신청서의 양식에 관한 예규”를 개정하여, 변경이전 상호 가등기에 관한 가등기부 양식과 신청서 양식을 개정하는 것이 바람직할 것이다. 하지만, 현재로서는, 완전히 만족스러운 것은 아니지만, 본점이전에 관한 상업등기규칙 별지 제14호 가등기부 양식이 아닌 상호 또는 목적변경에 관한 별지 제13호 가등기부 양식을 활용하는 것이 가장 바람직하다. 즉, 신소재지에서 회사를 운영하던 자가 상호 내지 목적을 변경하고 싶어 신소재지 관할 등기소에 상호 가등기를 신청한 것 마냥 제13호 가등기부 양식을 본점이전의 상호 가등기에 차용하는 것이다. 구체적으로, 변경에 의하여 정하여질 상호와 목적란에 변경될 상호와 목적을 각 기입한 후, 상호와 본점란에는 구상호와 구분점 소재지 주소를 기입하는 방식이다. 본점이전에 관한 별지 제14호 가등기 양식이 아닌 상호 등 변경 상호 가등기에 관한 별지 제13호 가등기부 양식을 사용하면, “본점을 이전할 장소”를 기재하지 못하지만, 그 가등기부가 신소재지 법원에 작성된 사실 자체로부터 이미 등기배척력이 발생하여야 할 지역이 특정된 것이므로 신청인이 의도한 대로 효력이 발생할 것이다. 한편, 본점란에 구분점 소재지 주소를 기입한 결과, 신소재지 관할 등기소 상업등기부에 구분점 소재지 주소가 기입되어 다소 어색한 부분 있지만, 상호 가등기의 효력 자체에는 영향을 주지 않으므로 실무에서도 활용된다.

신청서의 경우에는 가능하면 본점이전에 관한 “상업등기신청서의 양식에 관한 예규” 양식 제5-3호를 사용하는 것이 가장 적합할 것이다. 왜냐하면, 변경이전 상호 가등기는 그 본질상 본점이전 상호 가등기이기 때문이다. 대신, 양식 제5-3에는 변경으로 정하여질 상호나 목적을 기입하는 란이 없으므로, 상호와 목적을 기재하는 란에 기입할 수밖에 없을 것이다. 결국, 관련 규칙과 예규의 개정이 없는 이상, 회사가 본점이전 상호 가등기 신청서에 변경이전 상호 가등기를 신청하면, 관할 등기소는 그 등기사항을 상호 등 변경 상호 가등기에 관한 별지 제13호 가등기부 양식에 기재해야 하는 셈이다.

2. 상호가등기에 관한 등록면허세

법인에 관한 등기와 상호에 관한 등기를 할 때에는 지방세법에 따른 등록면허세를 납세지를 관할하는 지방자치단체의 장에게 신고·납부한 후(지방세법 제30조) 그 영수필 확인서를 신청서에 첨부하여야 한다. 법인에 관한 등기는, 법인의 설립 또는 합병,

사항을 열람하여 확인할 수 있을 것이다.

자본 등의 증액, 본점 또는 주사무소의 이전, 지점 또는 분사무소의 설치, 그리고 기타 등기 사항으로 구분되며(지방세법 제28조 제1항 제6호), 상호에 관한 등기는 상호의 설정 또는 취득으로 구분된다(지방세법 제28조 제1항 제7호 가목). 다만, 상호 가동기를 할 때의 세액에 대해서는 구체적인 언급이 없어 논란의 소지가 있다.

즉, 상호 가동기를 그 밖의 법인등기에 관한 사항으로 보아 건당 4만 2백 원(지방세법 제28조 제1항 제6호 바목)을 등록면허세로 납부해야 하는 것인지, 아니면, 상호의 설정 또는 취득으로 보아 건당 7만 8천 7백 원(지방세법 제28조 제1항 제7호 가목)을 납부해야 하는 것인지 확실하지 않은 문제가 있다. 이에 관하여 상호 가동기는 회사에만 인정되는 것이고 개인사업자의 경우에는 상호등기만 가능하므로 상호 가동기를 법인의 그 밖의 등기에 관한 사항으로 보아야 한다는 의견과,⁴¹⁾ 상호 가동기는 상호에 관한 등기이므로 상호의 설정 또는 취득에 관한 것으로 보아야 한다는 의견이 대립한다.⁴²⁾

상호 가동기는 법인이 하는 기타의 등기임이 분명하고 회사의 경우에는 상호의 설정 또는 취득에 관한 상업등기법의 규정이 적용되지 않는다는 점(상업등기법 제37조)에서는 전술한 의견이 타당하고, 지방세법 제28조 제1항 제6호(법인의 등기)가 상업등기법 제4장 제6절(회사의 등기)에 대응하는 것이고 지방세법 제28조 제1항 제7호 가목(상호의 설정 또는 취득)이 상업등기법 제4장 제2절(상호의 등기)에 대응하고 있는 점⁴³⁾과 상호의 가동기는 상호의 설정과 그 효력이 동일한 점(상법 제22조의2 제4항, 상업등기법 제45조)을 고려하면, 후술한 견해 역시 타당하다. 이처럼 견해의 대립이 있지만, 실무상 상호의 가동기는 상호의 설정 또는 취득으로 과세하고 있다.⁴⁴⁾ 사건으로, 현행 지방세법의 규정은 논란의 소지를 품고 있으므로 상호 가동기에 관한 별도의 규정을 신설할 필요가 있다. 이 경우 지방세법 제28조 제1항 제6호 법인등기에 신설하든, 제7호 상호 등의 등기에 신설하든 상관없을 것이다. 다만, 상호 가동기의 효력이 상호의 등기와 동일한 점을 고려하면, 그 세액은 상호의 설정 또는 취득의 경우에 준하여야 할 것이다.

41) 박준의, (최신)상업등기실무(상권), 법률정보센터, 2009, 520쪽.

42) 권오복, 앞의 책, 595쪽, 전계원, 앞의 책, 640쪽.

43) 상호 가동기에 관한 사항은 상업등기법 제3장 제2절 제38조 내지 제45조에 규정되어 있다.

44) 박준의, 앞의 책, 520쪽.

V. 맺음말

변경이전 상호 가등기는 신청 빈도가 낮아 외면된 경향이 있다. 하지만 전술하였듯, 변경이전 상호 가등기가 반드시 필요한 상황이 존재하며, 빈도가 낮다는 것은 해석으로 이를 배제할 근거가 되지 못한다. 한편, 상호 가등기와 관련하여 상호 등기 제도 자체의 운용범위도 따로 논의할 가치가 있는 사항이다. 일본의 경우에는 관련 법령의 개정을 통해 상호의 등기배척력을 대폭 축소하여, 동일한 장소에서 동일한 상호로 등기하는 경우에만 그 등기신청을 각하한다. 그리고 등기배척력의 범위가 대폭 축소된 결과, 그것에 근거한 상호 가등기의 필요성도 상실되어 제도 자체를 폐기하였다. 회사가 본점을 설립하거나 이전하는 곳과 동일한 장소에 동일한 상호로 경쟁사가 등기할 수 있는 경우가 아예 발생하지 않을 테니 상호 가등기 역시 불필요해진 것이다. 한편, 동종영업으로 동일한 특별시·광역시·시·군 내에서 등기배척력을 인정한 것은 과거 오프라인으로만 영업을 하던 시절의 관행이 그대로 이어져 온 것이다. 그렇지만 오늘 날 상행위의 상당부분은 온라인으로 이루어지고 있고, 많은 회사들은 전국단위로 영업을 하고 있는 실정이다. 심지어 과거에는 동네에서만 운영하던 분식점들도 프랜차이즈군을 형성하여 전국 방방곡곡 영업을 하지 않는 곳이 없다. 이렇게 영업의 단위 자체가 달라진 상황에서 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하는 경우를 따지는 것이 과연 어떠한 의미를 갖는지는 별도로 연구해볼 필요가 있을 것이다. 상호 등기에 따른 배척력이 미치는 범위를 동일한 특별시·광역시·시·군에서 전국 단위로 최대한 확장하거나, 일본의 경우와 같이 동일한 장소로 최대한 축소하게 되면, 상호 가등기 제도 역시 달라져야 함은 두말할 것도 없다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오복, 이론 실무 상업등기(상) 제9판, 육법사, 2015.
- 김선정, “상호가등기제도에 관한 검토”, 이십일세기 상사법의 전개:정동윤선생화갑기념 논문집, 법문사, 1999.
- 박준의, (최신)상업등기실무(상권), 법률정보센타, 2009.
- 송덕수, 민법총칙 제3판, 박영사, 2015.
- 이철송, 상법총칙·상행위 제12판, 박영사, 2013.
- _____, 회사법강의 제22판, 박영사, 2014.
- 전계원, 상업등기 실무강의 제10판, 육법사, 2010.
- 정동윤, 상법(上) 제6판, 법문사, 2012.
- 전성재, 상업등기법 제6판, 도서출판 문성, 2012.
- 정찬형, 상법강의(상) 제17판, 박영사, 2014.
- 최기원/김동민, 상법학신론(상) 제20판, 박영사, 2014.
- 최준선, 상법총칙·상행위법 제9판, 삼영사, 2015.
- 神崎満治郎, 商號・類似商號の先例と實務(第3次増補改訂版), 民事法情報センター, 平成8年[1996].

2. 보고서 및 자료집

- 신언숙, “우리나라 상업등기제도의 문제점과 개선방향”, 등기에 관한 제문제(下), 법원행정처, 1988.

[Abstract]

Study on the Issue of Applying for a Main Office Relocation Provisional Trade Name Registration under a Different Trade Name and/or Purpose

Kim, Min-Jo*

Applying for a provisional trade name registration prior to incorporating a limited liability company or a stock company, changing the trade name or purpose of a company, or relocating the company's corporate main office can be a convenient tool that may be used to prevent others from registering the same name in advance. A promoter, partner or company can reduce business risk by preventing antecedent registries, either intentional or accidental, through the act of registering the trade name it plans to use in the future. Although a convenient system, it has weaknesses such as when the same trade name of the same business category is already registered where the company wishes to relocate, or if the company simply plans to relocate at the same time it changes its trade name. In other words the law is rather unclear whether a company can file for a provisional trade name registration for relocation of main office using a trade name and/or purpose that is different from what it is currently using(hereinafter "Transformative relocation provisional trade name registration"). The Commercial Act stipulates that a company, when moving its main office to a new location, may provisionally register its trade name with the registry that has jurisdiction over the new location, but remains silent as to whether such a main office relocation provisional trade name registration is possible under a different trade name and/or purpose. The Commercial Registration Act, on the other hand, seems to be based on the premise that one can only provisionally register its current trade name prior to moving its main office, although it does not explicitly prohibit a transformative relocation provisional trade name registration.

This paper attempts to assert that considering the relevant laws and regulations, not only

* Attorney at Law KL & Associates

is it possible to file for a transformative relocation provisional trade name registration, but after a close examination of the overall purpose and objective of the provisional trade name registry system, it can be necessary. In this regard, this paper, after examining the history of how the trade name registry system was indoctrinated into the Republic of Korea and how it differs from its Japanese counterpart, will attempt to verify the effects this difference has on whether a transformative relocation provisional trade name registration is possible. Furthermore, it will attempt to review how we need to harmonically interpret our provisional trade name registration system which is regulated by both the Commercial Act as well as the Commercial Registration Act, unlike Japan, where it was overseen unilaterally by the Commercial Registration Act of Japan. Meanwhile, in response to the criticism that a transformative relocation provisional trade name registration is unnecessary, this paper will touch on when a company might wish to change its trade name and/or purpose while at the same time relocate its main office and why it may wish to do so. It will also discuss how not recognizing the possibility of a transformative relocation provisional trade name registration can in fact undermine the very foundation of the provisional trade name registration system itself. Finally, it will examine, after considering the nature of the trade name registration system, which registry office should have jurisdiction over a transformative relocation provisional trade name registration, which provisional trade name registry format and which application form should be used, and if possible, which law or regulation should be revised and in what way.

[Key Words] Provisional trade name registration, Trade name registration, main office relocation, Change of trade name, Change of purpose, Transformative relocation provisional trade name registration, Commercial registration

