

# 商事立法理論 研究

- 상법상 기업조직재편제도를 중심으로 -

A Study on Theories of the  
Legislation on Commercial Affairs

2003. 11.

연구자 : 최성근 (연구위원)

Choi, Seong Keun



## 국문 요약

입법학 또는 입법이론은 넓게는 입법정책, 입법내용, 입법기술, 입법과정의 모든 것을 포함하는 개념이라 할 것이다. 우리나라에서 행해지고 있는 입법이론연구는 주로 입법원리와 입법기술 및 입법과정에 많은 비중을 두고 있고, 입법정책이나 입법내용에 초점을 맞추고 있는 연구는 상대적으로 드물다고 여겨진다. 더욱이 각각의 법분야마다 입법의 대상과 추구하는 법이념이 다르기 때문에 입법정책과 입법내용도 다를 수밖에 없음에도 불구하고, 분야별로 입법학 내지는 입법론이 전개된 예는 거의 찾아보기 어려우며 특히 상사법분야에 있어서는 더욱 그러하다고 할 것이다.

그간의 입법관행을 보면 법정정책학, 법사회학, 비교법학 등 과학적 접근방법에 기초하여 입법을 하기보다는, 주로 경험이나 숙련 또는 감에 의해 입법내용을 형성해온 경향이 짙다. 예를 들어, 상법 제·개정을 연혁적으로 살펴보면, 상당수의 경우 추상적인 입법목적 수립 후 외국의 입법례를 그대로 본받거나 종래의 판례 또는 다수설의 해석론을 실정법에 수용하는 방식으로 입법내용을 형성하여 왔다. 즉, 입법정책을 명확하게 설정하지 아니한 채 입법작업을 추진한 예가 적지 아니하였고, 법사회학적 접근방법을 활용하여 경제·사회의 실태를 입법에 적확하게 반영한 경우가 드물었으며, 외국의 기업문화와 운영상황을 고려한 실질적인 비교법연구가 부족하였다.

입법에 있어 핵심적인 문제는 여하히 적절·타당한 입법내용을 형성할 수 있을 것인가라고 할 것이다. 적절·타당한 입법내용을 담기 위해서는 무엇보다도 입법연구에 있어 과학적인 접근방법이 필요하고 나아가 개개의 법분야별로 차별화된 입법연구가 행해져야 할 것이다. 그리고 경험·숙련 또는 직관에 의한 입법이 아닌 과학적인 입법을 위한 전개하기 위해서는, 우선 입법정책을 명확히 설정하여야 함은 물론, 법사회학에 의하여 법과 그 배경인 사회적 제사정과의 상호관계를 파악해야 하며, 형식이 아닌 실질을 추구하는 비교법연구가 이루어져야 할 것이다.

최근 상법개정의 변화폭은 예전에는 상상하지 못했을 정도로 컸지만 실제로 담고 있는 입법내용은 그리 만족스러운 것이라고 말하기 어렵다. 물론 경제위기라는 특수상황하에서 시급히 입법을 추진할 수밖에 없는 어려움이 있기는 하지만, 의견수렴이 충분치 못하였다는 점은 차치하더라도 전술한 바와 같이 외국의 입법례를 받아들임에 있어 해당국의 기업여건과 우리의 기업여건의 차이를 고려한 실질적인 비교법연구가 이루어지지 못하였다거나 기업의 수요를 반영하는 입법을 추진하면서 우리의 기업현실을 제대로 파악하지 못하였다거나, 또는 여타 기초법제와의 조화를 위한 노력이 부족했다는 비판은 시간부족으로 양해될 수 있는 사안이 아니라고 할 것이다. 향후의 상법개정에서는 입법정책적·법사회학적 접근방법을 채용함은 물론이고, 외국의 제도는 그 우수성이 검증된 것에 한하여 수용하여야 할 것이고 우리의 기업문화나 다른 기초법제와의 충돌이 없도록 하여야 할 것임. 아울러 기업조직재편제도에 관한 입법내용을 형성함에 있어서는 특히 기업의 효율성 제고라는 새로운 입법정책적 관점을 적절하게 반영할 필요가 있다.

※ 키워드 : 상사입법, 기업조직재편, 상법개정, 비교법학, 법사회학, 법정책학

## Abstract

It is the key point in legislation of laws how to build up contents. In legislation, a scientific approach is necessary to comprise appropriate and reasonable substances. Furthermore differentiated research should be conducted in each field of laws.

At this viewpoint, this report, firstly, studies the legal construction theory, the legal sociology, the legal policy theory and the theory of comparative law, and points out relations between the legislation on commercial affairs and them.

Secondly, it makes a general survey on the background and main points of the enactment and amendments of the Commercial Code, and analyzes corporate restructuring systems in the Code in order to perform the positive legislation research.

And finally, this report presents opinions about researching methodology and desirable development of the legislation on commercial affairs.

※ Key Word : Commercial Code, legal construction, legal policy, legal sociology, comparative law, corporate restructuring system, legislation on commercial affairs

## 목 차

국 문 요 약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 연구의 목적 및 범위 .....	9
제 2 장 상사입법연구의 접근방법 .....	11
제 1 절 입법학에 대한 개관 .....	11
I. 입법학의 취급영역 .....	11
1. 입법정책 .....	11
2. 입법의 내용 .....	11
3. 입법기술 .....	12
4. 입법과정 .....	12
II. 입법학에 관한 몇 가지 고찰 .....	13
1. 입법학과 실용법학 .....	13
2. 입법학과 법철학 .....	15
3. 입법학과 법사학·비교법학 .....	16
4. 입법학과 사회학·경제학 .....	17
제 2 절 법해석학과 상사입법 .....	18
I. 서 설 .....	18
II. 상사법에 관한 입법학 .....	19
III. 상사법의 해석론과 입법론 .....	20
제 3 절 법사회학과 상사입법 .....	22
I. 서 설 .....	22
II. 법사회학과 입법에 관한 논의의 전개 .....	22
III. 법사회학과 입법과정 .....	24

제 4 절 법정정책학과 상사입법 .....	26
I. 상사입법정책의 의의 .....	26
II. 상사입법정책의 필요성 .....	27
III. 상사법학의 체계화와 상사정책 .....	27
제 5 절 비교법학과 상사입법 .....	29
I. 비교법연구의 의의 .....	29
II. 입법에 대한 비교법 유용성 및 한계 .....	30
1. 법의 국제적 통일의 필요성 .....	31
2. 사회변동에의 대응 .....	31
3. 사회개혁의 필요성 .....	31
III. 비교법연구의 대상분야 및 대상국가 .....	32
IV. 비교법연구의 방법 및 연구조직화의 필요성 .....	32
제 3 장 상법 제·개정입법 중 기업조직재편제도 분석 및 평가 .....	35
제 1 절 상법과 기업조직재편제도 .....	35
제 2 절 1997년 외환위기 이전의 상법 제·개정 입법과 기업 조직재편제도 .....	36
I. 1962년 상법제정 .....	36
1. 상법의 제정 .....	36
2. 제정상법의 기업조직재편제도 .....	37
II. 1984년 상법개정 .....	37
1. 1984년 상법개정의 입법배경 .....	37
2. 1984년 개정상법의 주요내용 .....	38
III. 1995년 상법개정(1995.12.29. 법률 제5053호) (1996.10.01. 시행) .....	42
1. 1995년 상법개정의 입법배경 및 주요내용 .....	42
2. 1995년 개정상법의 기업조직재편제도 분석 및 평가 .....	51

제 3 절 1997년 외환위기 이후의 상법개정과 기업조직재편 제도 .....	56
I. 1998년 상법개정(1998.12.28. 법률 제5591호)(공포일 시행) ..	56
1. 1997년 상법개정의 입법배경 및 주요내용 .....	56
2. 1998년 개정상법의 기업조직재편제도 분석 및 평가 .....	62
II. 1999년 상법개정 .....	76
1. 1999년 상법개정의 입법배경 및 주요내용 .....	76
2. 1999년 상법개정중 기업조직재편제도 분석 및 평가 .....	80
III. 2001년 상법개정 .....	81
1. 2001년 상법개정의 입법배경 및 주요내용 .....	81
2. 2001년 개정상법 중 기업조직재편제도의 분석 및 평가 .....	91
제 4 장 결 어 .....	97
참 고 문 헌 .....	101

## 제1장 연구의 목적 및 범위

입법학 또는 입법이론은 넓게는 입법정책, 입법내용, 입법기술, 입법과정의 모든 것을 포함하는 개념이다. 우리나라에서 행해지고 있는 입법이론연구는 주로 입법원리와 입법기술 및 입법과정에 많은 비중을 두고 있고, 입법정책이나 입법내용에 초점을 맞추고 있는 연구는 상대적으로 드물다. 더욱이 각 법분야마다 입법의 대상과 추구하는 법이념이 다르기 때문에 입법정책과 입법내용도 다를 수밖에 없음에도 불구하고, 분야별로 입법학 내지는 입법론이 전개된 예는 거의 찾아보기 어려우며 특히 상사법분야에 있어서는 더욱 그러하다.

그간의 입법관행을 보면 법정책학, 법사회학, 비교법학 등 과학적 접근 방법에 기초하여 입법을 하기보다는, 주로 경험이나 숙련 또는 감에 의해 입법의 내용을 형성해온 경향이 짙다. 예를 들어, 상법 제·개정을 연속적으로 살펴보면, 대부분의 경우 추상적인 입법목적을 수립한 후 외국의 입법례를 그대로 본받거나 종래의 판례 또는 다수설의 해석론을 실정법에 수용하는 방식으로 입법내용을 형성하여 왔다. 즉, 입법정책을 명확하게 설정하지 아니한 채 입법작업을 추진한 예가 적지 아니하였고, 법사회학적 접근방법을 활용하여 경제·사회의 실태를 입법에 적확하게 반영한 경우가 드물었으며, 외국의 기업문화와 운영상황을 고려한 실질적인 비교법연구가 부족하였다.

분야를 상법으로 좁혀서 살펴보면, 우리 상법은 1962년에 제정되어 현재에 이르기까지 모두 일곱 차례 개정되었다. 이 중 회사편은 1984년, 1995년, 1998년, 1999년 및 2001년의 다섯 차례 큰 폭의 개정이 있었다. 이러한 상법 제·개정입법에서는 수많은 외국법제도가 도입되었고 기존의 판례나 다수가 지지하는 학설이 제정법의 제도로서 편입되었다. 특히 상법 제·개정입법에 있어서는 외국법제도의 수용이 입법내용의 많은 비중을 차지하고 있는데, 이들 외국법제도가 우리의 기업문화나 다른 기초법제들을 염두에 두고 도입되었는지, 그리고 도입될 때 우리의 기업문화나 다른 기초법제와 충돌이 없도록 적절한 수정을 거쳤는지 검증해

## 제1장 연구의 목적 및 범위

불 필요가 있다. 가령 1999년 개정상법은 IMF·IBRD 등 국제금융기관의 권유에 의하여 미국 회사법을 본받아 감사위원회제도를 신설하였는데, 다수의 상법학자들은 감사위원회제도가 전통적인 감사제도보다 우수하다는 검증이 없는 터라 무분별한 미국화의 한 예라는 비판을 제기하고 있다. 또 다른 예로 1998년 상법개정시 도입된 집중투표제의 경우 정관에 집중투표제에 관한 정함을 두고 있는 때에만 이사의 선임에 있어 누적적 집중투표를 할 수 있도록 하고 있는데 현재 제도의 활용이 거의 없는 실정이다.

입법의 내용을 어떻게 형성할 것인가는 입법의 핵심적인 문제이고, 입법학에서는 어떻게 하면 적절·타당한 입법내용을 담을 수 있는가를 주된 관심사로 하여야 한다. 적절·타당한 입법의 내용을 형성하기 위해서는 과학적인 접근방법이 필요하고, 나아가 개개의 법분야별로 차별화된 입법연구가 필요하다. 이 보고서에서는 상사입법연구의 접근방법으로 법해석학, 법사회학, 법정책학 및 비교법학과 상사입법의 관계를 고찰하고, 실증적인 연구를 위하여 상법 제·개정입법의 입법배경과 내용을 개관하고 이 중 기업조직제편제도를 표본으로 하여 입법내용을 심층적으로 분석하고 평가한다. 그리고 이를 바탕으로 상사입법의 연구방법론과 향후 상사입법의 바람직한 전개방향을 제시한다.

## 제 2 장 상사입법연구의 접근방법

### 제 1 절 입법학에 대한 개관

#### I. 입법학의 취급영역

##### 1. 입법정책

입법의 진행을 순서에 따라 보면, 입법은 먼저 어떤 법률의 제정 또는 개정의 목표를 정하는 것 즉, 입법정책으로부터 출발한다. 입법의 대부분을 차지하는 정부입법의 경우 어떤 입법을 다룰 것인가의 결정은 각 부처에서 사무적 또는 행정적으로 행해지는 경우가 많지만, 중요한 입법에 대해서는 관계부처 또는 여당에 의하여 정치적으로 행하여지기도 한다.

입법정책은 구체적으로 특정한 문제에 대하여 A안을 취할 것인가 B안을 취할 것인가를 결정하는 것인 경우도 있다. 이와 같은 구체적인 입법정책은 입법의 내용으로 어떤 것을 취하는 것이 타당한가를 판단하는 것이지만, 대개의 경우는 이보다 큰 입법상의 방침을 특히 입법정책이라고 일컫는 경우가 많다.

##### 2. 입법의 내용

입법의 내용을 어떻게 할 것인가는 입법의 중심적인 문제이고, 통상 입법학이라고 할 때에는 어떻게 하면 적절·타당한 입법내용을 담을 수 있을 것인가를 주된 관심사로 한다.

여러 가지 가능성 중에서 어떤 입법내용을 선택할 것인가를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 입법정책의 큰 방향에 대하여 합의 내지는 공통의 이해가 있더라도 구체적으로 어떤 내용을 규정할 것인가는 한층 세부적인 이익형량을 필요로 한다. 이 대목에서는 직접적인 이해득실뿐만 아니라 그것이 어떤 효과나 영향을 발생시켜 직·간접적인 문제로 되돌아올 것인가, 장래의 전망은 어떠한가 등 넓은 시야를 가진 검토가 행해져야 한다. 또한, 예컨대 소비자보호라든가 인권의 존중이 입법정책으로 취

해지더라도 그것에는 기업이라든가 상대방과의 관계 등에서 어딘가에 한계가 있을 것이고, 최대다수의 최대행복과 같은 고차원적인 요청으로 인하여 전체의 균형상 어디에 최적점이 있는가를 찾을 필요가 있다. ‘입법은 타협이다’라고 일컬어지지만, 그 타협은 정치적 타협에 기초한 무원칙의 타협이 아니라 학문적으로 탐구된 최적점에서의 타협이어야 할 것이다.

어떤 입법을 하면 어떤 효과가 발생할 것인가는 학문적으로 어느 정도까지 예측이 가능하다. 이와 같이 하여 가치판단을 위한 재료를 제공하고 학문으로 지지된 가치판단의 영역을 넓히며 감이나 기분에 의한 판단의 요소를 줄여 가는 것이 합리적인 선택을 위하여 바람직하다. 다만, 복수의 선택지 중에서 어떤 것을 선택할 것인가는 궁극적으로는 가치판단의 문제이고, 그 문제에 있어서 결단이라는 요소가 간단하게 풀지는 아니할 것이다.

### 3. 입법기술

좋은 입법을 하기 위해서는 선택된 입법내용을 명확하게 일의적으로 조문으로서 표현하여야 한다. 또한 다른 제도들과의 모순이나 충돌이 없고 법체계의 통일성이 확보될 필요가 있다.

조문안까지를 넓게 입법내용이라고 한다면, 요강은 그 실질적 내용이고 조문안은 그것에 법적 형식을 더한 것이라고 말할 수 있다. 무엇보다도 요강의 작성에도 넓은 의미에서의 입법기술이 가미되어 있다는 것은 명백하다. 입법기술이라고 한다면 자칫 자구의 사소한 문제와 같이 여겨질 수 있는데, 입법기술에도 여러 가지 차원의 것이 있고 입법에는 입법기술상의 배려가 불가결하다.

### 4. 입법과정

이렇게 작성된 법안은 국회에서 심의되고 경우에 따라서는 수정을 받으며 국회를 통과하여 법률로서 공포·시행된다. 거기에서는 논리보다도 법안의 정치적 의의나 그 역할·기능이 문제되고 정치의 역학에 의하여 법안이 처리되는 경우가 많다.

그러나 입법에 관한 움직임을 학문적으로 포착하기에는 국회단계만으로는 불충분하고 입안의 처음부터 일련의 과정을 탐구할 필요가 있다. 이것이 입법과정의 연구인데, 이 연구에서는 개개의 입법에 관하여 그 입법과정을 실증적으로 연구하는 것과 입법과정의 존재형태 즉, 입법에 관한 행정청-법제처-국회 등의 역할을 논하는 과정론도 포함된다.

## II. 입법학에 관한 몇 가지 고찰

### 1. 입법학과 실용법학

우리나라에는 입법을 과학적으로 연구한 논문이 많지 않다. 법령입안의 실무도 대부분 관계공무원의 직업적 숙련에 의하여 행해지고 있을 뿐이고, 그 숙련에 의한 입안능력이 실질적으로 어떤 것인가를 분석적으로 연구한 논문은 거의 없다. 그리고 그러한 능력이 어떻게 양성되는가에 대한 과학적인 연구도 전무하다. 때때로 학자들이 법령의 입안에 참여하는 경우가 있다. 또한 학자 중에는 입법의 대가로 특히 명성을 얻고 있는 경우도 적지 아니하다. 그러나 그러한 학자의 어떠한 능력이 어떠한 의미에서 입법에 공헌하는가에 대하여 과학적으로 고찰된 것은 전혀 없다. 훌륭한 법학자가 반드시 훌륭한 입법자는 아니다. 해석법학자로서 뛰어난 능력을 가진 자가 반드시 뛰어난 입법자라고는 말할 수 없다. 이러한 사실은 특히 입법자로서 뛰어난 능력이란 무엇인가, 또 그와 같은 능력은 어떻게 양성되는가 등의 제문제를 유발하기에 충분하다. 그럼에도 불구하고 종래 우리나라에는 이러한 문제들을 연구한 것이 거의 없었다.

종래의 법령입안작업은 옛날 칼 만들던 장인이 오로지 경험과 숙련과 감에 의하여 도검을 만들었던 것과 마찬가지로, 과학적 자각에 기초하여 과학적 조작에 의하여 행해지는 예가 드물었다. 공학이 물리학·화학 등의 자연과학에 의하여 얻어진 자연에 관한 과학적 지식을 기초로 하여 과학적으로 기술적 결과물의 생성에 노력하고 또 임상의학이 기초의학적 탐구에 의하여 얻어진 과학적 지식을 기초로 하면서 질병에 대한 대책을 과학적으로 안출하는 노력을 하고 있는 것과 비교해 본다면, 입법은 상당히 비과학적이라는 느낌이 든다.

본래 법학의 목적은 올바른 법의 탐구이다. 즉, 올바른 법을 실정법상으로 실현하는 것이다. 환언하면 입법상으로 그리고 사법 기타 법운용상으로 올바른 법을 실현하는 것이 법학의 궁극적인 목적이어야 한다. 그러므로 법학의 중심을 이루는 것은 실용법학으로서의 입법학 및 해석법학이고, 이들과 법사학·비교법학·법철학·법사회학 등 법학 제부분과의 관계는 공학과 이과의 기초적 과학의 관계 또는 임상의학과 기초의학의 관계와 유사한 것이어야 한다.

그런데 종래 법학자의 학문적 노력은 1차적으로 해석법학에 치중되어 있고 실용법학의 다른 한 쪽 날개를 이루는 입법학은 관심 외로 방치되어 있었다. 한편 2차적으로 법사학·비교법학·법철학 등에 관한 학문적 업적 중에는 상당히 높게 평가되어야 할 것도 드물지 않다. 그러나 이러한 기초과학적 제부분과 실용법학과는 서로 깊은 과학적 밀접성을 갖는 것으로 여겨지지 아니하고, 이러한 제부분의 연구가 진보하면 하는 만큼 실용법학과 관계가 멀어진다고 생각하는 것이 종래의 실정이었다. 물론 물리학·화학 등이 일응 실용목적을 벗어나 과학을 위한 과학으로서 연구하는 것이 허용되는 것과 마찬가지로, 법학에 있어서의 기초적인 제학문의 경우도 실용목적을 떠나 과학을 위한 과학으로서 연구하는 것이 허용되지 않는 것은 아니다. 그러한 제과학은 너무 흔한 실용목적과 결부되어 버린다면 오히려 진보하지 못한다. 연구자로서는 실용 목적을 잊어버리고 연구대상의 탐구에 전념하여 학문적 가치가 높은 연구성과를 내왔다는 것이 종래 수많은 경험이 가르치는 바이다. 그러므로 법학에 있어서 기초적 제학문도 일응 실용목적을 떠나 과학을 위한 과학을 목표로 연구하는 것은 조금도 허물이 되지 아니할 뿐만 아니라 오히려 바람직하지만, 입법학·해석법학과 같은 실용법학 방면에서는 적극적으로 기초적 제학문의 성과를 섭취하도록 노력하여야 한다. 실용법학 자체를 과학적으로 연구함과 동시에 기초적인 제학문을 연구하는 자들에게 실용 목적을 상기시켜 연구에 자극과 생기를 주는 일은 이러한 제학문의 진보에 바람직한 것이다.<sup>1)</sup>

1) 未弘嚴太郎, “立法學に關する多少の考察”, 民事立法學, 法律時報, 第53卷 第14號, 1981, 16面.

## 2. 입법학과 법철학

일본의 木村龜二는 입법학에서 이론적으로 고려되어야 할 요점으로 특히 입법학과 기타 법학 제부문과의 관계, 경제학 등 제과학과의 관계를 언급한 바 있는데, 법사학·비교법학 및 법률해석학은 입법정책의 기초를 구성하고 있으며, 입법정책은 법철학과 밀접한 관계를 가지지만 법철학은 가능한 한 법의 이상에 대한 체계적 인식을 목적으로 하는데 대하여 입법정책은 실정법의 존재를 기초로 하여 법의 이상인 당위를 실현하는 것이고 법의 이상인 당위를 기준으로 하여 실정법의 존재를 개조하는 것이라고 하였다. 또한 입법정책과 사회의 현실적 사정에 대한 인식인 사회학 특히 경제학의 관계에 있어서, 입법정책은 법의 이상인 정의, 합목적성 및 법적 안정성을 구체적으로 타당하게 실현하기 위해서는 실질적으로 사회의 현실적 사정에 적합하여야 한다는 요청으로부터 사회학 특히 경제학을 필수적 요건으로 한다고 주장하였다.<sup>2)</sup> 즉, 입법정책은 정의, 합목적성 및 법적 안정성이 단순하게 현실의 사회적·경제적 제사정을 긍정하는데 그치지 아니하고, 현실의 사회적·경제적 사정의 인식하에 이를 개조하고 구성하며 지도하는 것이 되어야 한다는 것이다.

입법학과 법철학의 관계를 파악하기 위해서는 입법자의 법철학적 학식이 어떠한 의미에서 입법에 공헌하는가를 고찰하여야 한다. 木村龜二는 이 점에 대하여 입법정책은 ‘실정법의 존재에 기초하여 법의 이상인 당위를 실현하는 것’이라고 하고 있지만, 실제로 법철학의 과제인 법의 이상에 대한 체계적 인식이 어떠한 의미에서 또는 어떠한 방식으로 입법정책적으로 유용한가에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다. 법철학을 매개로 하여 사회철학과 입법학은 서로 연관성을 가진다. 즉, 사회철학이 그대로 입법에 영향을 미치는 것이 아니라 사회철학적 이념이 법학적 순화작용을 통하여 법학적 원리로 발전하는 때에 그것이 비로소 입법상 실현될 수 있다.

---

2) 上掲論文, 17面.

실제문제에 있어서도 입법자는 입법을 행함에 있어 서로 다투고 모순되는 2개 이상의 사회적 욕구에 대하여 선택 또는 조절을 가하여 당면한 입법에 대한 통일적인 법적 원리를 형성하여야 하는 입장에 놓인다. 즉, 어떠한 사안과 관련하여 사회적 욕구의 상극이 매우 현저한 경우 입법자는 선택 또는 조절적인 조작을 가하지 아니하는 한 일정한 법적 원리와 일관된 입법을 실현할 수 없다. 선택 또는 조절적 조작은 그러한 사회적 욕구에 正邪의 비판을 가할 수 있는 법철학적 소양이 있는 자에 의해서만 가능하다. 이 점에서 또 법철학과 입법학과의 연관성이 드러난다.

또한 일정한 사회적 욕구를 충족하는 방법으로 법을 필요로 하는가 또는 법이 가장 적당한 방법인가, 또는 만일 법을 필요로 하더라도 그 법을 강행하는 방법으로서 형벌과 같은 법적 제재가 적당한가 아니면 사회도의·세론 기타 사회적 제재에 맡기는 것이 적당한가 등의 문제도 평소 법의 문제를 법철학적 또는 법사회학적으로 연구하고 있는 학자라야 비로소 좋은 해결책을 줄 수 있는 것이다. 이러한 종류의 학문적 소양이 없는 사람들은 자칫하면 만사를 법으로 해결할 수 있다고 생각하거나 형벌을 가지고 처리하면 어떠한 일에 대해서도 법의 실현을 기대할 수 있다고 생각하는 경향이 있다.

### 3. 입법학과 법사학·비교법학

입법자가 현행법에 대하여 깊은 지식을 가질 필요가 있음은 당연하다. 우선 모든 입법은 현행법질서 전체와의 조화를 고려하여 행해져야 한다. 다음으로 현행법의 흠결을 아는 자라야 비로소 그 흠결을 보전하기에 족한 적절한 입법을 고려할 수 있기 때문이다. 또한 입법에 있어서 필요한 법적 기술이 현행법 중에 드러나는 이상 입법자로서는 적극적으로 그것을 입법상 이용하여야 하는 것은 당연하고, 이 또한 현행법에 정통한 자라야 비로소 잘 할 수 있는 것이다. 그러나 그것 못지않게 중요한 것은 입법자가 법사학적 및 비교법학적 지식을 풍부하게 가져야 한다는 것이다. 그렇다면 이러한 종류의 지식은 과연 어떠한 의미에 있어서 입법에 도움을 주는 것인가. 이 문제를 충분히 검토함으로써 우리는 종래의

법사학 및 비교법학적 연구에 있어서의 흠결을 찾아내고 이를 시정하여 그 연구성과를 입법상 유용하게 하는 길을 모색할 수 있다.

우선 우리는 이러한 제학문의 연구성과로부터 입법의 도구로 쓰이는 다양한 법적 기술을 배울 수 있다. 각국 각 시대의 법제가 실제로 사용하고 있는 입법기술을 추출하여 우리 입법의 도구로 활용하는 것을 고려할 수 있다. 그렇게 하여 법기술에 관한 지식을 풍부하게 가지고 있는 것은 입법자에게 있어서 필요불가결한 요청이며, 기술의 빈곤이 사회의 현실에 맞지 않는 입법을 만들어 내는 원인이 되고 있다는 것은 특히 유의해야 할 사항이다.<sup>3)</sup>

그러나 그것 못지않게 중요한 것은 우리가 법사학 및 비교법학에 의하여 일찍이 사람들이 일정한 사회적 욕구에 응하기 위하여 어떠한 법을 제정하였는가, 또는 일정한 법의 제정이 실제 사회적으로 어떠한 결과를 발생시켰는가 등 법과 그 배경인 사회적 사정과의 상호관계에 관한 지식을 사실적으로 알 수 있고, 이를 통하여 자신의 입법을 고려함에 있어서 매우 유익한 자료가 주어지는 것이다. 이러한 의미에서 입법에 도움을 주는 법사학과 비교법학은 종래 일반적으로 보는 것과 같은 비교제도학적인 것이어서는 아니된다. 즉, 형식적인 비교가 아닌 실질적인 비교연구가 있어야 한다.

#### 4. 입법학과 사회학·경제학

입법이 사회적·경제적 제사정에 관한 정확한 인식에 기초하여 고려되어야 한다는 것은 재론의 여지가 없다. 그러므로 입법을 과학적으로 행하기 위해서는 실제 입법을 하는 사람들 스스로가 입법대상인 사회적·경제적 사정에 관하여 정확한 지식을 갖도록 하는 노력을 기울일 필요가 있음은 물론이지만, 동시에 그들에게 자료를 제공할 과학적 시설이 완비될 필요가 있다. 또한 종래의 실정을 보면, 어떤 법률을 입안할 의도가 있는 때에 비교법적 자료를 수집하거나 사회적·경제적 사정의 조사에 상당한 노력을 기울임에도 불구하고, 일단 법률을 제정·실시하고 나면 그 후부터 그 실적을 조직적으로 조사하는 일이 충분히 행해지지 아니한다.

---

3) 上掲論文, 19面.

통상은 법률이 제정되고 그 실시애 필요한 예산이 잡혀지는 것으로 끝난다. 법률실시의 결과가 어떠한가에 대하여 정부당국자들은 많은 관심을 기울이지 아니하는 경우가 대부분이다. 이와 같은 상황에서 과학적 입법의 실현을 기대하기 어려운 것은 당연하다.

입법의 자료로서 사회적·경제적 제사정을 조사하고 그 결과를 입법상 이용함에 있어서는 사실에 대한 법학적 파악이라고 하는 조사가 필요하다는 것도 입법학의 이론적 연구에 있어서는 특히 유의하여야 한다. 사실에 대한 법학적 파악은 재판의 실재에 있어서도 항상 행하여지는 것인데, 법관이 일정한 법규를 적용하여 사건을 법적으로 처리함에 있어서는 우선 복잡·다양한 구체적인 사실 중 불필요한 것들을 제거하고 법규의 적용에 필요한 법적 사실만을 선택적으로 구성할 필요가 있다. 특히 입법대상인 사회적 사실은 매우 복잡·다양하며, 이에 대한 법학적 파악은 입법에 있어서 절대적으로 필요하다. 또한 법학적 파악을 적절하게 행하기 위해서는 입법의 대상이 되고 있는 사실에 대하여 사회학·경제학 등을 통한 과학적 접근방법을 이용하는 것이 편리하고 필요하다.

## 제 2 절 법해석학과 상사입법

### I. 서 설

입법학은 입법내용학을 그 중심에 두는 것으로 구상할 수 있다. 또한 여러 학자들이 이미 논한 있는 바와 같이 입법학은 다른 제법학 즉, 법사학, 법철학, 법사회학 등과도 일정한 관계를 가지고 있다. 더욱이 정책학이 독립적이고 단일한 학문영역으로서 성립할 수 있다면 그것도 관련된다. 다만, 그러한 관련형태는 입법학에 어떠한 성격을 부여하느냐에 따라 다를 수 있다.

일본의 末弘교수는 입법학을 ‘실용법학’이라 하고, 입법학이 실용 목적을 떠나 과학을 위한 과학으로서 연구하는 기초적 제법학으로부터 그 성과를 빨아들이는 노력을 해야 한다고 설파하였다.<sup>4)</sup> 다른 한편 일본의 松尾교수는 ‘이론법학으로서의 입법학’과 ‘실용법학으로서의 입법학’의 양

4) 椿 壽夫, “法解釋學と民事立法學”, 法律時報, 第53卷 第14號, 1981, 22面.

자를 인정한다. 그리고 전자에 있어서는 방법론상으로 입법과학(입법사학, 입법사회학 등)과 입법철학을, 대상적으로는 입법정책학, 입법기술학, 입법기구학을 각각 구별하고 있는데, 지금까지 법사학, 법사회학, 정치학 등에서 연구되어 온 것을 입법의 대상으로 한다는 점에서 그와 같은 구별이 가능하다고 한다. 후자에 있어서는 그것이 ‘올바른 입법수립’ 및 ‘올바른 입법비평’을 목적으로 하는 다른 제법학과의 관계에서는 ①법과학으로부터 성과를 얻어야 하고, ②법가치의 파악을 문제로 하는 법철학에 대하여 법가치의 실현을 문제로 하며, ③과학에 기초를 두고 있는 기술인 점에서 법해석학과 동일하다고 한다.<sup>5)</sup> 현재로 옹아오면서 법해석학이 비약적으로 발전해온 것에 비하면 입법학은 아직 미개발의 상태에 있다고 할 수 있다. 특히 입법과정론과 법정책학을 제외하고는 더욱 그러하다.

## II. 상사법에 관한 입법학

먼저 입법학에 대한 접근방법은 이를 실용법학에 포함시키는 방법도 있고 이론법학 및 실용법학(실천법학)의 두 영역으로 나누는 방법도 있지만, 입법학이라고 하는 현상에 대하여 실제로 법학은 우선 실천법학으로서 발달한 것이고 이론법학은 오히려 방법론적 반성의 결과로서의 새로운 발전이라고 할 수 있으므로, 여기에서는 실용법학으로서의 입법학으로부터 출발하는 것으로 한다. 재판 및 해석법학은 해결을 요구하는 새로운 법적 제문제에 대하여 타당한 해법을 모색하여 왔지만, 그 퇴적과정에서 해석의 한계 → 입법의 필요성을 수차에 걸쳐 통감해온 바이다. 또한 새로운 문제에 대한 해결의 방향이 안출되고 그것이 일정한 안정성을 갖게 되면, 법적 안정성의 요청에 의하여 누적된 정보에 근거한 법률의 신설 또는 수정 움직임이 현실화되어 왔다.

다음으로 실용법학으로서의 입법학(실용입법학)을 추진하는 경우에도 이미 지적인 바와 같이 다른 제학문으로부터의 원조 내지 협력이 가능하고 유익하며 필요하다. 현재의 실정법학에서는 그것이 법해석학을 지향

5) 上掲論文, 23面.

하는 연구이더라도 외국의 법상태나 입법의 성립경과를 상세하게 추구하는 경우가 많아지고 있다. 이에 대해서는 이론법학 계통에 속하는 법사학 또는 비교법학 등의 전문가로부터 방법론으로서의 異論이 제기되거나 비판이 가해지기도 한다. 그러나 연구목적에 차이가 있는 이상 반드시 접근방법이 같을 필요는 없을 것이다. 법사회학의 방법론으로는 ①실태조사, ②역사적 연구, ③이론적 정리, ④사회학 제분야의 방법이용의 4가지가 거론되고 있다. 여기에서는 ①에 대해서만 언급한다. 입법학에서 실태인식이 필수적인 중요사항이라는데 대해서는 이론의 여지가 없을 것이다. 조사결과의 이용방법에는 주의가 필요하며, 정확하고 적절한 조사는 입안당국에도 또 입법학에도 불가결하다. 이른바 입법과정은 어느 시기부터인가 입법에 관한 연구의 중심이 되고 있다. 대상으로 보아 입안주체, 입안과정, 입안에 영향을 미치는 자 등은 중요한 일부분임에 의심의 여지가 없다. 이상의 것 외에 다른 학문분야를 말한다면 정치학·경제학 등도 포함될 수 있다.

### Ⅲ. 상사법의 해석론과 입법론

일본의 團藤박사의 함축된 견해를 보면 다음과 같다. “해석법학은…… 단순하게 해석내용을 발견하는 것이 아니라 실천적으로 법을 창조하고 행하는 역할을 가지고 있다. 실정법학자는 법해석을 함에 있어서 법의 불비나 부적당한 점을 깨닫게 되는 경우가 자주 있고, 그 의론은 이른바 해석론 이외에 입법론에 걸치는 것이 좋은 경우가 흔하다. 이러한 종류의 입법론은 흔히 해석론과 종이 한 장 차이이고 해석론 중에 포섭되는 것도 없지 않다. 이 경우 해석법학이라는 명칭은 여기에서는 적당하지 않게 되지만, 실천법학으로서 해석법학은 입법학과 경합하는 영역을 가지고 있다고 해도 좋을 것이다.”<sup>6)</sup>

법전역은 차치하더라도, 적어도 현재의 민법해석학은 위에서 언급한 바와 같은 경향이 가장 현저하게 그리고 큰 폭으로 나타나고 있는 분야일 것이다. 기반 즉, 사회적·경제적인 제조건이 변하고 기존의 법전 내지 해석

6) 上掲論文, 24面.

특히 관례에 대한 복종을 받아들일 수 없게 된 경우 해석론은 새로운 방법을 개발하려는 다양한 노력을 하게 된다. 물론 그러한 경우에 있어서 ‘해석의 한계’를 솔직하게 인정한 다음 입법론으로 주장하는 것도 가능하며 종종 그와 같은 대응이 행해진다. 그러나 다른 한편 해석론의 이름에 있어서 새로운 사태에 대하여 적절하다고 생각되는 대응을 시도한 사례를 우리는 적지 않게 보아 왔다. 團藤박사의 표현은 이러한 간격을 적절하게 지적한 것이라고 생각한다.

해석론 내지 법해석학은 그것이 과학은 아니라고 하더라도, 한편으로는 법적 이론구성을 구사하고 다른 한편으로는 평가 내지 가치판단을 동반하는 하나의 ‘실천행동’이며, 그러한 의미에서는 실용입법학과 서로 통하는 점이 있다. 그러므로 해석론·법해석학과 입법론·실용입법학이 종이 한 장 차이에 지나지 아니하고 실제로는 중복되는 사태가 발생하는 것도 충분히 있을 수 있다. 입법론을 고찰하여야 하는 경우에도 해석론과의 관계가 충분히 고려되어야 할 것이다. 특히 해석론의 한계에 대해서는 신중한 태도결정을 하여야 한다. 해석론에 있어서는 기존의 법적 구성과의 관계나 관련되는 문제·영역에서의 배치문제가 불가피하지만, 그 외에 평가 내지 가치판단의 근거도 가능한 한 객관화하고자 하는 노력이 경주되어야 한다. 실용법학은 이론법학의 제성과를 존중하여 원용한다는 주장이 때때로 행하여져 왔지만, 실태 등에 관하여 가능하다면 그리고 또 원용할 수 있는 것이 실제로 존재한다면 그렇게 하여야 한다. 일정한 결론을 위하여 논거에 사용된 ‘거래의 실제’라든가 ‘당사자의 의사’를 쫓아 들어가면 의외로 호지부지해지는 경험은 누구라고 한 두 번은 가지고 있을 것이다.

입법론은 해석론에 의한 중흥의 노력을 가지고 하더라도 미칠 수 없는 단계에서 비로소 기본적으로는 등장해야 할 것이다. 그러한 의미에서 해석론은 입법신증론으로 통한다. 현실적으로 생각하더라도 해석론으로 해결될 수 있는 당면문제에 대하여 절차와 장기간이 필요한 입법으로 행한다고 하는 해답을 난발하는 것은 결코 타당하지 아니하다. 또한 입법론이라고 하지 않고 ‘정책론’이라든가 ‘정책’이라는 표현에 의하여 이른바 해

석학과 구별하는 견해도 적지 않다. 이러한 것들도 입법론과 대동소이하다고 할 것이다.

### 제 3 절 법사회학과 상사입법

#### I. 서 설

법사회학에는 여러 가지 방법론적 입장이 있고 통일적인 정의를 부여하는 것조차 어려운 상황이다. 그러나 법사회학이 법현상을 하나의 사회현상을 취급하고, 그것을 구성하는 제사실의 관련성을 경험과학적으로 분석하고자 하는 것 즉, 법에 관한 사실탐구를 하는 것이라는 데 대해서는 아직까지 이론은 없다. 입법은 법규범의 정립을 통하여 일정한 사회질서를 현실의 세계에서 실현하고자 하는 작업이다. 그러므로 입법에 관하여 연구하고자 하는 입법학에 있어서 법사회학은 매우 중요한 의미를 가진다. 무엇보다도 입법학이라고 하는 것에도 다양한 측면이 고려되므로, 어떤 측면에서 다루어지는가에 따라 법사회학과의 관계도 달라진다.

현실로 실현되는 입법 자체를 대상으로 하고 그것이 어떻게 행해지고 있는가 또는 행해졌는가 즉, 입법의 과정을 연구대상으로 하는 입법학을 상정한다면, 입법학은 그 자체로서 법사회학의 한 분야라고 할 것이다. 즉, 입법학은 입법이라고 하는 하나의 법에 관한 사회현상을 대상으로 한 법사회학이라고 말할 수 있다. 이에 대해 입법이라고 하는 작업이 갖추어야 할 자세를 명확히 하고 좋은 입법이 행해지기 위하여 필요한 기술을 제공하고자 하는 이른바 실용법학으로서의 입법학을 고려한다면, 그것에 있어서 법사회학이 어떠한 기여를 할 수 있는가는 특히 중요한 문제가 된다. 이하에서는 입법학에 대하여 법사회학은 어떠한 기여를 할 수 있는가를 주로 고찰된다.

#### II. 법사회학과 입법에 관한 논의의 전개

법사회학 논쟁이 활발하게 전개되고 있던 때에 그 중심적인 논점의 하나는 행위규범과 재판규범의 문제였다. 일본의 川島교수는 행위규범과 재

관규범은 엄밀하게 구별되어야 하는 법개념이라고 하면서, 전자는 ‘현실의 생활관계 중에 사실로서 존재하면서 동시에 다소간 민중의 행동에 대하여 규범으로서 명령하고 이를 규율하고 있는 것’이고, 후자는 ‘법원의 법관이라든가 기타 국가, 관청의 관리만의 행위규범’이라고 하였다. 그리고 다수의 재판규범은 그 존재의 근거로서 일정한 현실의 행위규범을 전제로 하고 있고, 그와 같은 전제가 있기 때문에 비로소 재판규범이 현실 생활에서 행해질 수 있는 것이며, 그와 같은 행위규범의 기초가 없다면 재판규범은 현실의 생활에 있어서 쉽게 유린되어 버린다고 하였다. 또한 그러한 의미에서 행위규범은 재판규범의 기초가 되고, 재판규범을 만들어내는 근거라고 주장하였다.<sup>7)</sup> 여기에서 재판규범이라고 일컬어지고 있는 것은 대부분 제정법을 의미하므로, ‘제정법=입법’은 원칙적으로 ‘행위규범=살아있는 법’을 기초로 한다는 결론으로 귀착된다.

물론 그 경우 단순하게 행위규범이 인간정신에 반영된 것이 재판규범이라고 말하는 것은 아니다. 川島교수에 의하면 “정치적 권력에 의하여 지지되는 법규는 상시 다소간의 정치적 이상을 표현하고 있다. 승리를 차지한 사회적 힘은 법규를 통하여 스스로의 이익을 지키는 규범을 강력하게 실현하고자 한다. 그러므로 그것은 항시 정치적 이데올로기로서의 성격을 가진다.”라고 하였다. 일본의 山中교수도 “입법자의 범인식은 객관적 존재의 실상을 있는 그대로 파악한다고 하는 다각도 사진촬영적 인식을 목표로 하는데 그치지 않고, 입법자의 이상주의적 의욕에 기초하는 현실에 대한 혁신적 의도도 그 내용으로 담을 수 있는 장래 법질서의 건설플랜이기도 하다”라고 하였다. 즉, 이들 두 교수에 의하면, 입법자는 단순하게 행위규범을 객관적으로 인식하여 그것을 그대로 성문법화하는 것이 아니고, 일정한 가치판단을 더하여 그 가치의 입장에서 바람직하다고 생각되는 법질서를 실현할 수 있는 규범을 설정하는 것이 입법작업이라는 것이다.<sup>8)</sup>

이상과 같은 두 교수의 견해에 대해서는 강한 비판이 제기되었는데, 일본의 杉之교수는 행위규범의 모두가 그대로 재판규범이 되는 것은 아니고, 경우에 따라서는 행위규범으로서 현실로 존재하지 아니할 것 같은

7) 甲斐道太郎, “法社會學と民事立法學”, 法律時報, 第53卷 第14號, 1981, 29面.

8) 上掲論文, 29面.

내용의 재판규범이 제정되거나 현실의 행위규범과는 전혀 반대인 내용의 재판규범이 제정되기도 하며, 그 재판규범이 행위규범에 의하여 현실의 생활에서 쉽게 유린되거나 행위규범을 용이하게 짓밟는 사례가 적지 않다고 지적하였다. 또한 재판규범은 국가권력기구 중 가장 강제적인 기구의 하나인 법원을 통하여 국민의 행위를 규율하는 가장 강제적인 규범이고, 재판규범은 행위규범을 기초로 하는 것이 아니라 재판규범 그 자체가 행위규범의 근거라고 주장하였다.<sup>9)</sup> 즉, 국가권력은 행위규범이 존재하지 아니하는 문제에 관하여 새로운 입법을 행하고, 때로는 행위규범에 반하는 입법을 하며, 이러한 입법에 의하여 행위규범이 형성되는 측면을 중시하는 견해이다.

앞서 본 바와 같은 의견의 대립을 참고하면서 현실의 입법에서 ‘행위규범’과 ‘재판규범’의 관계를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 현실로 존재하는 행위규범이 그대로 재판규범으로 되는 경우가 있다. 둘째, 현실로 존재하는 행위규범과 다른 재판규범이 정립되는 경우가 있다. 셋째, 현실로는 반드시 행위규범이 존재하지는 아니하는 사안에 대하여 새로이 재판규범이 정립되는 경우이다. 이들 세 가지 중 어떠한 형태로 입법이 행해지는가에 따라 법사회학이 입법에 있어서 가지는 의의가 달라질 것이다. 즉, 위의 첫째와 둘째의 경우에는 우선 법사회학적인 조사에 의하여 현실의 행위규범을 명확하게 하는 것이 필요하다. 그 다음으로 정책적 판단을 가하여 첫째의 방향을 취할 것인가 둘째의 방향을 취할 것인가 결정될 것이다. 셋째의 경우에는 오히려 정책적 판단이 먼저 있게 되고 입법에 법사회학이 작용할 여지가 거의 없다고 할 것이다.

### Ⅲ. 법사회학과 입법과정

입법을 추진하기 위해서는 우선 어떤 문제에 관한 입법의 필요성이 인정되어야 하는데, 그 필요성을 판단함에 있어서도 법사회학적 인식이 일정한 역할을 달성하고 있다. 즉, 어떤 사회관계에 대하여 제정법이 필요한가 그렇지 아니한가의 판단은 제정법이 존재하지 않기 때문에 당해 사

---

9) 上掲論文, 29面.

회관계에 어떠한 법상태가 존재하는가에 대한 인식을 기초로 내려져야 한다.

다음으로 입법의 대상이 되는 사회관계에 관한 사회학적 사실조사가 행해져야 한다. 더욱이 구체적인 입법작업을 진행함에 있어서는 당해 입법이 현실의 사회관계에 어떠한 영향을 미치는가 즉, 그 입법에 근거하는 규제에 의하여 현실로 어떠한 사회관계가 형성되는가에 대한 예측이 선행되어야 한다. 이것 자체는 법사회학의 임무라고는 말하기 어렵지만 그와 같은 예측을 가능하게 하는 기초적 지식은 법사회학에 의하여 부여된다. 일본의 未弘교수는 이와 관련하여, 법사학 및 비교법학에 의하여 사람들이 일정한 사회적 욕구에 응하기 위하여 어떠한 법을 제정하였는가 그리고 실제로 법의 제정이 사회적으로 어떠한 결과를 발생시켰는가 등을 아는 것이 가능하고, 이러한 지식에 기초하여 어떤 입법이 어떤 사회적 결과를 발생시키는가를 예측할 수 있다고 언급한 바 있다.<sup>10)</sup> 이를 위해서는 법사회학이나 비교법학은 단순한 형식적인 비교제도학적인 것이어서는 아니되고, 각국마다의 특수한 정치·경제·사회적 제사정과 밀접하게 관련된 법사회학적인 것이어야 할 것이다.

이상에서 입법에 있어서 법사회학적 분석이 갖는 의의를 개관하였는데, 이와 같은 간단한 개관으로부터도 입법에 있어서 법사회학이 달성해야 할 역할이 매우 크다는 것을 알 수 있다. 입법학 자체는 입법이라고 하는 법률실무를 위하여 필요한 기술을 제공하는 것을 목적으로 하는 실용학문이다. 즉, 입법학은 관련입법이 유효·적절하게 행하여지기 위하여 필요한 기술을 제공하는 것이다. 입법학이 진실로 유용한 것이기 위해서는 과학적인 기초를 가지고 있어야 한다.

일찍이 여러 법학자들이 입법에 관하여 기술하고 있는 바도, 입법학에 과학성을 갖도록 하기 위해서는 무엇이 필요한가에 관한 것이었다. 그리고 이러한 견해에 공통적으로 보여지는 것은 법사회학적 분석의 필요성의 강조라고 해도 과언이 아니다. 입법학이 과학적 기초를 가지는 유효한 것이기 위해서는 법사회학의 방법이 필수불가결하다고 할 것이다.

10) 上掲論文, 30面.

## 제 4 절 법정정책학과 상사업법

### I. 상사업법정책의 의의

형사정책이라는 개념은 오래전부터 존재하였지만 민사정책이라는 말은 거의 사용되지 않고 있다. 형사정책은 독일의 형법학자 Feuerbach(Anselm Feuerbach 1775~1833)에 의하여 1800년대초부터 사용되었다고 한다. 정책 내지 정책학은 자본주의의 발달이 영국·프랑스 등에 비하여 늦었던 독일에서 경제정책이나 사회정책으로 대표되는 일반적인 전개가 있었는데, 형사정책도 이와 관련하여 발생한 것이다. 형사정책에 대하여 형사학이라는 용어도 쓰이고 있다. 형사정책이 범죄방지의 방법을 고려하는 것인데 대하여, 형사학은 범죄의 원인을 연구하는 것이다. 즉, 형사학은 범죄현상·범죄인·범죄원인 등을 객관적인 인식의 대상으로 하는데 대하여, 형사정책은 어떠한 방법으로 범죄를 가장 잘 예방하고 진압할 수 있는가를 고찰하는 범죄대책론에 중점을 두고 있는 것이다.<sup>11)</sup>

형사정책에 대하여는 민사정책이나 상사정책, 형사학에 대하여는 민사학이나 상사학이 상대적으로 고려될 수 있다. 그럼에도 불구하고 민사정책·상사정책이나 또는 민사학·상사학이라는 말은 거의 쓰이고 있지 아니하다. 근대 시민법이 정비되어 온 당시부터 민사·상사적 현상의 중핵이라 할 수 있는 민법·상법적 현상 즉, 시민생활관계에 있어서의 제현상에 관하여는 권력을 개입하지 아니하고 당사자에게 맡겨두어야 한다는 사상이 정착되었다. 그것은 민법의 사적 자치, 계약자유, 과실책임 등의 제원칙과 상법의 기업유지, 거래안전 등의 제이념에 나타나 있다. 이 점은 근대화가 가장 일찍 되었던 영국, 다음으로 프랑스 그리고 그 뒤를 이은 독일, 미국, 일본에 있어서도 마찬가지였다. 그런데 주지하는 바와 같이 19세기말부터 사적 자치 등의 제원칙도 수정되는 영역이 나타난다. 그러나 거래의 형태에는 다양한 변화가 나타났지만 시민으로서의 생활관계의 기본적 영역은 사적 자치 내지 계약자유에 맡겨져 있고, 상품교환 질서가 존속하는 한 변함없이 존속할 것이다. 우선 이와 같은 사회현상이 민사·상사정책이나 민사학·상사학을 발생시킬 필요가 없었던 원인

11) 水本 浩, “民事政策と民事立法學”, 法律時報, 第53卷 第14號, 1981, 40面.

을 형성하여 왔다고 말할 수 있다. 다음으로 상사분야는 극히 다양하여 형사에 있어서의 ‘범죄’와 같은 포괄적 개념으로 묶는 것이 불가능하다. 상사의 대표적 현상, 예컨대 주식회사를 중심으로 영위하는 영업활동, 시민간의 거래행위, 가족간의 분쟁, 각종의 불법행위 등을 보더라도 이들 간에는 공통사항이 존재하지 아니한다.

## II. 상사업법정책의 필요성

19세기적 사회질서가 크게 동요를 보이지 아니하였던 시대까지는 특별히 상사정책 또는 상사법정책을 필요로 하지 아니하였지만, 근대로부터 현대로 이행되면서 사회구성의 근본기조가 상품교환을 토대로 하는 시민사회인 것에는 변화가 없었지만 사회생활실체의 변동은 현저하였고 다양한 경제정책이나 사회정책을 필요로 한다는 추세로 변해왔다.

경제정책은 경제문제를 대상으로 하고 사회정책은 사회문제를 대상으로 하여 도출되는 정책이다. 정책의 규모는 큰 것도 있지만 적은 것도 있다. 정책목적달성의 수단엔 법적 규제에 의한 것도 있지만 그것에 의하지 않는 것도 있다. 법적 규제에 의한 정책의 대상이 되고 있는 경제문제·사회문제는 私權구제에 관한 구체적인 분쟁을 발생시키는 것도 있고(예컨대 소비자문제, 생활보호비 기타 다수), 분쟁을 만들지 않는 것도 있다(예컨대 지가공시, 청소년 건전육성 대책 기타 다수).

분쟁을 발생시키는 경우는 재판 기타의 절차를 통하여 해결되지만, 재판 기타의 절차는 상사재판인 것도 있을 수 있고 형사재판·행정재판 기타의 심리절차인 것도 있을 것이다. 그러므로 상사사건의 대상이 될 수 있는 경제정책·사회정책도 있고 그렇지 아니한 것도 있을 수 있지만, 각종 경제정책·사회정책이 증가함에 따라 상사에 관련 있는 정책들이 많아지고 있다.

## III. 상사법학의 체계화와 상사정책

상사법학은 상사인식론, 상사정책론, 상사업법론 및 상사법해석론의 4 분야로 대별할 수 있고, 이들 모두를 합한 학문체계가 상사법학 내지는

상사학이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup>

가. 상사인식론은 상사법사회학이라고 불러도 좋을 것이다. 상사에 관한 제현상의 이론과학적 인식을 말한다. 거기에서는 상사현상의 개별적 분야에 응하여 사회학을 비롯하여 경제학, 심리학, 통계학, 의학 기타의 이론과학의 방법과 성과를 차용할 필요가 있다. 상사인식론은 지금까지 법사회학으로서 상당한 성과를 거두고 있다. 학문적 본질로부터 본다면 상사인식론은 실용법학은 아니다. 그러나 상사인식론도 상사법학에 속하기 때문에 실용법학과 결부시킴으로써 존재의의를 가질 수 있다는 점을 잊어서는 아니된다.

나. 상사정책론은 실용법학에 속하는 일분야라는 점에서 상사인식론과 다른 상사에 관한 일정한 범목적을 위하여 무엇이 유효·타당한 방책인가를 탐구하는 학문이다. 무엇이 유효·타당한가의 결론은 입법에 의하여야 하는 것으로 되는 경우도 있을 수 있고, 행정이나 재판에 의하여 실현하는 방도를 발견하는 것도 있을 수 있으며, 또는 일정한 거래관행을 조장하거나 현행 제도의 운용을 개선하는 것 등이 적절하다고 고려되는 경우도 있을 수 있다. 사적 자치에 맡겨져 있는 법률관계도 사적 자치에 맡기는 것이 정책적 관점에서 보아 타당하다고 고려되어 취해진 조치라고도 볼 수 있다. 때문에 현시점에서 당해 법률관계를 사적 자치에 맡기는 것이 타당한가 아닌가도 문제될 수 있다.

전술한 바와 같이 상사정책론적 과제는 얼마든지 있지만, 상사정책론은 응용과학이라고 불러야 한다. 즉, 그것은 법사회학의 성과를 응용할 뿐만 아니라 심리학, 경제학, 통계학, 의학 기타의 이론과학의 성과의 이용을 전제로 하는 것이다. 정치학이나 행정학의 수법을 빌리는 것도 있을 수 있다. 법해석학의 성과도 이용해야 하는 경우가 많다. 다만, 현행법제도의 해석론적 처리기술을 구사하여 해결하는 것이 가능한 문제에 대하여 다른 해결방도를 제시하여도 무의미한 결과가 되는 것이 많기 때문이다.

주의하여야 할 점은 지금까지 법사회학은 오로지 해석학에 기여하는 것을 지향하여 현실성을 획득하도록 하였다. 그러나 법사회학은 법정책학

---

12) 上掲論文, 43~44面 참조.

과 연결지음으로써 입법, 행정 또는 재판에도 기여할 수 있는 가능성이 크다는 것을 이해해야 한다.

다. 상사입법론(상사입법학)은 상사정책론의 일부야로 볼 수 있다. 상사입법이 상사정책의 일부로 되고 있는 것도 많으므로 상사입법정책론이라는 개념도 고려될 수 있다. 그러나 전술한 바와 같이 구체적인 상사문제에 관한 상사정책의 탐구의 결과는 입법적 해결로 가는 것에 한정되지 아니한다. 행정이나 재판에 의한 해결방법으로도 결론 내려지고 있다. 그러나 입법적 해결이 가장 적절하고 능률적이거나 그 외에 타당한 방책도 발견할 수 없는 경우도 있을 수 있다.

라. 상사입법작업이 끝나서 법률이 제정된다면 그것의 해석작업이 시작된다. 이것이 상사법해석학이다. 우리나라는 상법전을 필두로 하는 제법률이 상사관계 거의 전부를 커버할 수 있도록 제정되어 있으므로 상사법학의 주류가 상사법해석학인 것은 당연하다. 다만, 현재는 사회생활의 실체와 법제도와의 괴리 즉, 실정법의 시대에 뒤떨어짐이 현저해지고 있다. 거기에서 이러한 괴리나 시대 뒤떨어짐을 보충하기 위하여 자유법론적 해석방법이나 이익형량론적 해석방법이 나타났다고 볼 수 있을 것이다. 그리고 다른 한편으로는 범정책론이나 입법론이 활약하는 무대가 넓어지고 있다.

## 제 5 절 비교법학과 상사입법

### I. 비교법연구의 의의

비교법이 법의 해석에 대하여 어떠한 효용을 가지는가와 비교한다면, 입법에 대한 비교법의 기여에 관하여는 의문의 여지가 없을 것이라고 생각한다. 그러나 비교법의 원조로 알려진 몽테스키외는 ‘법의 정신(1748년)’ 중에서 ‘각 나라의 법은……그것이 만들어진 대상인 국민에게 매우 특유한 것이므로 어느 나라의 법이 다른 나라의 국민에게 적용될 수 있는 것이라면 그것은 매우 특별한 우연이라고 해야 할 것이다’라고 하여,<sup>13)</sup> 입법에 있어서 비교법의 가치에 관하여 의문을 제기하였다.

그로부터 1세기가 경과한 19세기 후반으로 들어오면 입법에 대한 비교법의 기여는 이미 자명한 것으로 되었다. 예컨대, Maine은 주저의 하나인 ‘촌락공동체(초판 1871년)’ 중에서 ‘비교법학(Comparative Jurisprudence)이 입법과 법의 실제적 개선을 용이하게 한다는 것이 우수한 법학자들에 의하여 일반적으로 인식되고 있다’라고 기술하고 있다.<sup>14)</sup> 또한 비교법의 조직적 연구에 있어서 획기적 의의를 가지는 프랑스의 ‘비교입법협회(1869년 설립)’는 그 정관 중에 ‘다른 나라 법률의 연구 및 입법의 각종 부분의 개량을 위한 실제적 수단의 탐구’라고 협회의 목적을 규정하였다(제3조). 동일한 목적을 가진 ‘비교입법협회(the Society of Comparative Legislation)’가 1895년 영국에서도 설립되는 등, 현재에 이르기까지 비교법이 각국의 입법에 대하여 큰 역할을 달성하고 있다.<sup>15)</sup>

## II. 입법에 대한 비교법 유용성 및 한계

법해석의 경우와는 달리 입법자는 원칙적으로 기존의 실정법에 얽매이지 아니하므로 입법에 대한 비교법의 기여 가능성은 부정할 수 없다. 앞서 인용한 몽테스키외의 견해는 입법을 위한 안이한 비교법은 삼가야 한다는 취지로 해석되어야 하며, 오늘날에는 극복된 이론이라고 할 것이다. 이 점에 관하여 예링은 ‘외국법제도의 계수문제는 국가적 독립성(Nationalität)의 문제가 아니라 합목적성이라든가 필요라고 하는 단순한 문제이다’라고 지적한 바 있다.<sup>16)</sup>

입법에 대한 비교법의 유용성에 대해서도 거의 이론의 여지는 없다. 다만, 우리나라는 해방이후 후진국의 입장에서 구미선진국들의 입법으로부터 배운다는 것이 기본적인 패턴이었다. 그러나 오늘날 우리나라는 종래와 같은 의미에서 선진국법으로 배울 필요는 없다고 할 것이다. 그렇

13) 몬테스큐, 根岸國孝 譯, 法の精神, 河出書房, 1966, 41面.

14) Maine, Village-Communities in the East and West, 4th ed., 1881, p.4; 五十嵐 清, 民事立法學, “比較法學と民事立法學”, 法律時報 12月 臨時増刊, 1981, 37面 재인용.

15) 독일에서는 1894년 ‘비교법학 및 경제학 국제협회’가 베를린에 설치된 바 있다, 五十嵐 清, 比較法學の歴史と理論, 一粒社, 1977, 29面.

16) ツプアイゲルト ケッツ, 木木雅夫 譯, 比較法概論原論(上), 東大出版社, 1974, 25面.

다면 오늘날에는 입법에 대한 비교법의 효용을 어디에서 구하여야 할 것인가의 문제가 남는다. 이 문제에 대한 해답으로 Kahn Freund는 영국의 현황을 근거로 하여 다음과 같은 3가지 점을 들고 있다.<sup>17)</sup>

### 1. 법의 국제적 통일의 필요성

특히 상사법과 국제사법의 영역에서는 그 필요성이 강하다. 그리고 통일법의 작성을 위하여 비교법을 불가결하다.

### 2. 사회변동에의 대응

가족법개정이 적정한 예가 될 수 있다. 최근 각국에서는 가족관계의 변화에 대응하기 위하여 법개정이 추진되고 있는데 여기에 비교법에서 취할 바가 적지 아니하다(특히 이혼법과 부부재산제의 경우).

### 3. 사회개혁의 필요성

외국법제도의 도입에 의하여 자국의 사회를 변화시킬 필요도 있다. Kahn Freund는 그 예로서 파업자유의 제한, 행정에 대한 불복제도의 개선(움브즈만의 도입), 인종차별의 폐지 등을 들고 있다.

한편 입법에 대한 비교법의 기여를 인정하더라도 사실상의 한계가 존재하는 것을 인정하지 아니할 없다. 이와 관련하여 영국의 법률위원회 회원인 Marsh는 자신의 경험에 비추어 ①시간의 제약, ②학자의 연구를 입법목적에 적응시킬 필요성, ③법개혁의 현실적인 어려움 및 ④Kahn Freund가 지적하는 사회변동에의 대응과 사회개혁의 필요성간에 하나의 선을 긋는 것이 곤란하다는 점의 4가지를 한계로 지적하고 있다.<sup>18)</sup> 또한 사실상의 한계가 비교법학의 진보에 의하여 극복되더라도 다시 이론상의 한계가 남는다. 아무리 외국법제도가 훌륭하다고 하더라도, 어떠한 내용의 입법으로 할 것인가는 궁극적으로는 입법자의 정치적 판단에 달려 있다(Marsh가 지적하는 ③과 관련). 결국 비교법은 입법을 위한

17) Kahn Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", 37 Modern Law Review 1, 1974, 4ff.

18) Marsh, Comparative Law and Law Reform. Rabels Z 41, 1977, 665ff.

자료를 제공하는데 지나지 아니한가라는 의문이 남게 된다. 비교법이 자료의 제공 이상의 의미를 가지려면, 비교법적 경향에 대하여 입법자의 자의적 결정을 제어하는 하나의 객관적 기준으로서의 의의를 부여하여야 할 것이다. 그러나 그 경우에도 입법자가 비교법적 경향에 따를 것인가 따르지 아니할 것인가는 입법자의 재량에 맡길 수밖에 없다.

### III. 비교법연구의 대상분야 및 대상국가

법 중에는 비교법과 친한 영역과 친하지 아니한 영역이 있다. 상사법의 분야에서는 채권법이나 상법은 비교법과 친하지만, 가족법이나 물권법과는 그렇지 아니하다고 일컬어진다. 그러나 오늘날에는 이러한 경향이 많이 희석되어 가는 태양을 보이고 있다. 거의 모든 법분야에서 비교법이 유용한 역할을 달성하는 것으로 증명되고 있다. 특히 최근 각국에 있어서의 가족법 개정은 상호영향의 결과이기도 하다. 다만, 물권법분야는 오늘날에도 비교법이 활발하지 아니한 분야이다.

어떤 나라의 입법으로부터 배워야 하는가에 대해서는 그 사안에 따라 가장 적당한 나라를 대상으로 하여야 함은 말할 것도 없다. 법계의 같고 다른은 결정적인 것은 아니며,<sup>19)</sup> 사안에 따라서는 사회주의로부터도 배워야 한다. 종래 우리나라에서는 선진대국(미·독·일·영·프)만을 대상으로 하여 온 경향이 있다. 그러나 현대적인 입법문제에 있어서는 대국이 오히려 세세한 곳까지 손이 미치지 아니하기 때문에 개혁이 지체되는 경향이 있으므로 소국의 동향에도 주의를 기울일 필요가 있다.<sup>20)</sup>

### IV. 비교법연구의 방법 및 연구조직화의 필요성

비교법을 입법에 응용하는 경우에는 사회에 미치는 영향이 크기 때문에 신중함이 요구된다. 우선 대상이 되는 외국법제도에 관하여 조만을

19) 물론 법계의 차이는 고려되어야 한다. 이와 관련하여 David교수는 영미법으로부터 배워야 할 것은 기술적 규정보다는 오히려 '이념(관념)'이라고 기술하고 있다. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, p. 120; 五十嵐清, *民事立法學*, “比較法學と民事立法學”, 38面 재인용.

20) 五十嵐 清, *民事立法學*, “比較法學と民事立法學”, 38面 참조.

보는 것으로는 족하지 아니하고, 그 법제도가 작동하는 사회에서 달성하고 있는 기능을 조사할 필요가 있다. 그러기 위해서는 해당 법제도의 입법과정에 관한 연구를 시작으로 하여 현재의 판례·학설 동향을 살펴보는 외에 가능하다면 실태까지 조사할 필요가 있다. 즉, 입법을 위한 비교법에 있어서는 특히 법사회학과의 협조가 중요하다고 할 것이다.

더욱이 입법을 위한 비교법에 있어서는 외국법제도를 아는 것만으로는 족하지 아니하고, 쟁점이 된 사안에 관한 우리나라의 제도, 관행 특히 법의식에 관해서도 조사할 필요가 있다. 외국에서 아무리 훌륭하게 기능하고 있는 제도라도 우리나라에서 기능할 것이라는 보장은 없기 때문이다. 다만, 입법에 있어서는 시간적 제약이 현실적으로 중요한 의미를 가지는데, 입법을 위한 시간적 제약이 요구되는 경우에는 비교법에 대한 고려는 차선의 단계에서 만족해야 할 것이다.<sup>21)</sup>

한편 위에서 언급한 사항들은 법학자 개개인의 능력을 넘어서는 것이며 비교법연구를 제대로 수행하기 위해서는 연구의 조직화가 요청된다. 이미 제외국에서는 이를 위하여 국가차원에서 비교법협회나 비교법연구소가 설립되어 있고,<sup>22)</sup> 입법에 큰 역할을 하고 있다.

실제의 입법에 있어서 비교법이 어느 정도의 비율로 참조되고 있는 것인가? 우리나라의 경우 실제로 입법을 담당하고 있는 각 부처에는 외국법에 밝은 공무원이 적지 아니하기 때문에 입법단계에서 외국법이 많이 참조되고 있다. 그러나 적시에 적당한 외국법을 참조할 수 있는 체제는 갖추어져 있지 아니하다. 국가·사회 전분야의 개혁이 지상명령으로 되어 있는 우리나라에 국가차원의 비교법연구소 설립이 요망되는 이유이다.

21) Marsh N. S., Rechtsreform in England und Rechtsvergleichung, Karlsruhe, 1967, S.18.

22) 대표적인 비교법연구소로는 독일의 막스플랑크연구소를 꼽을 수 있는데, 특히 상사입법(민사입법 포함)에 관하여는 함브르크의 외국사법·국제사법연구소가 활발한 비교법연구를 전개하고 있다.

## 제 3 장 상법 제·개정입법 중 기업조직재편제도 분석 및 평가

### 제 1 절 상법과 기업조직재편제도

우리 상법은 경제개발 초기인 1962년에 제정되어 고도성장기인 1970·1980년대를 거쳐 경제조정기인 1990·2000년대에 이르면서 모두 일곱 차례 개정되었다. 이 중 회사편은 1984년, 1995년, 1998년, 1999년 및 2001년의 다섯 차례 큰 폭의 개정이 있었다. 이 장에서는 상법 중 회사편 제·개정입법의 추진배경과 주요내용 전반을 개관하고, 다시 범위를 좁혀 기업조직재편제도에 관하여는 해당 제도가 새로이 도입되거나 기존의 제도가 수정된 경위와 구체적인 내용을 분석한다. 이러한 표본적인 분석을 통하여 상법상의 제도들이 어떠한 입법상의 고려하에 형성되어 오늘에 이르게 되었는가를 살펴보고자 한다.

기업조직재편제도란 기업구조조정의 일영역으로서<sup>23)</sup> 기업활동의 효율을 높이기 위하여 기업단위를 통합·분할하는 등 기업의 조직을 재편하는 것으로 합병, 분할, 조직변경, 영업양수도, 기업인수도, 지주회사설립·전환(주식교환·이전 포함) 등을 그 수단으로 한다. 상법 중 기업조직재편제도는 상법제정시부터 도입되어 그 수요가 커지면서 부단한 변화를 거쳐 온 영역인 만큼, 상법의 제·개정입법을 입법적 측면에서 살펴보는 데 적절한 표본이 될 수 있을 것이라 생각한다.

기업조직재편제도에 관한 한 상법은 1997년말 경제위기를 경계선으로 하여 그 이전의 상법과 그 이후의 상법으로 구분 지을 수 있다. 우리는 1997년말 총체적인 경제위기상황을 겪으면서 다양한 사회적·경제적 변화를 경험하였다. 이러한 변화에는 법제도의 변화도 포함되는데, 1997년말 이후 경제위기를 극복하고 경제재도약의 발판을 마련하기 위하여 강도 높은 기업구조조정이 추진되었고 이를 지원하기 위하여 경제관련법령

23) 기업구조조정이란 기업의 조직 및 운영구조에 자원의 배분과 사용의 비효율을 초래하는 요소가 있는 경우, 기업의 조직을 재편하거나 재무구조 또는 지배구조를 개선하거나 기업을 해체·청산 또는 재건·갱생시켜 자원의 배분과 사용의 효율을 제고하는 것을 말한다. 기업구조조정의 방법으로는 조직재편, 재무구조개선, 지배구조개선 및 기업청산·갱생절차 등으로 나눌 수 있다.

들이 상당부분 보완 또는 정비되거나 새로운 제도들이 도입되었다. 특히 기업관계의 기본법이라 할 수 있는 상법은 회사편에 많은 변화가 있었는데, 기업구조조정을 촉진하고 기업지배구조를 개선하기 위하여 1998년, 1999년 및 2001년에 연이은 큰 폭의 개정이 있었다.

이하에서는 1997년 경제위기를 상법 개정의 일대 전환점으로 보고, 1997년 경제위기 이전의 상법 제·개정과 1997년 경제위기 이후의 상법 개정으로 나누어 입법내용 전반을 개관하고, 특히 기업조직재편제도에 관하여는 보다 구체적으로 입법내용을 고찰한다.

## 제 2 절 1997년 외환위기 이전의 상법 제·개정 입법과 기업조직재편제도

### I. 1962년 상법제정

#### 1. 상법의 제정

우리나라에 서구식 상법이 처음 도입된 것은 한일합방 후 1912년 일제가 조선에 일본상법을 의용한 것이었다. 1945년 해방 후에도 미군정령 제21호 제1조 및 제2호에 의해, 이어서 제헌헌법 제100조의 경과규정에 의해 의용상법이 시행되어 왔다. 그러다가 1962년 1월 20일 법률 제1000호로 상법이 제정되어 1963년 1월부터 시행되었는데, 구법과 비교하여 가장 크게 달라진 부분은 회사법이었다.

제정상법은 특별법에 의해 규율되던 유한회사를 상법에 흡수하였고, 주식합자회사제도를 폐지하였다. 주식회사 부분에서 수권자본제를 도입하고, 이사회제도를 둠과 동시에 주주총회의 권한과 감사의 권한을 축소하고 이사회 권한을 강화하는 획기적인 입법을 하였다.

아울러 자본충실을 기하기 위하여 주금의 전액납입주의를 취하고, 자본소달의 기동성을 위하여 주식할인발행제도·상환주식제도를 신설하고 사채발행한도를 확대하였다. 주주총회의 권한약화에 따른 주주의 보호를 위하여 유지청구제도, 대표소송제도, 주주의 회계장부열람권을 신설하였으며, 이밖에도 많은 규정이 신설되거나 수정되었다.

그러나 제정상법은 대체로 일본이 패전 후 미국경제권에 편입됨에 따른 필요에서, 그리고 점령군사령부의 압력에 따라 미국회사법의 여러 제도를 도입하여 대폭 개정한 1950년 회사법을 다시 답습한 것이다.

## 2. 제정상법의 기업조직재편제도

제정상법은 기업조직재편제도로 영업양도와 합병을 두고 있었다.

제정상법은 제1편 총칙 제5장 영업양도 제30조 내지 제34조에서 영업양도인의 경업금지(제정상법 제30조), 상호를 속용하는 양수인의 책임(동법 제31조), 영업양수인에 대한 변제(동법 제32조), 채무인수를 공시(현행상법상 “광고”)한 양수인의 책임(동법 제33조) 및 영업양도인의 책임의 존속기간(동법 제34조)을 규정하고 있었는데, 이들 규정은 현행상법에서도 거의 내용이 바뀌지 아니하고 그대로 시행되고 있다(제41조 내지 제45조).

제정상법은 합병에 대하여 제3편 회사 제1장 총칙(현행상법상 “통칙”)에서 회사 공통에 적용되는 통칙적 규정으로 합병의 종류(제정상법 제183조. 흡수합병과 신설합병)와 신설합병의 설립위원 선임(동법 제184조)에 관한 규정을 두고 있었고, 제2장 합병회사 제6절 해산 제238조 내지 제246조, 제3장 합자회사의 제273조 합병회사사 준용규정, 제4장 주식회사 제8절 해산 제509조 내지 제516조 및 제5장 유한회사 제5절 합병과 조직변경 제577조 등에서 합병의 절차와 합병무효 등 합병에 관한 기본적인 사항들을 규정하고 있었다.

제정상법이 합병을 규정하고 있는 체계나 내용에 미루어 볼 때, 합병의 경험이 거의 전무하였을 상법 제정당시에는 합병을 회사해산사유 하나 정도로 취급하고 있었던 듯하다.

## II. 1984년 상법개정

### 1. 1984년 상법개정의 입법배경

1962년 제정상법은 우리나라의 '6,70년대 경제의 고도성장기를 거치면서 그런 대로 기업조직의 활동을 선도하며 토착화되어 왔다. 그런데

1962년 제정상법은 그 내용이 애당초 우리나라의 경제실정에 바탕을 둔 것이 아니었던 데다가, 상법제정 후 경제가 고도로 성장함에 따라 특히 회사법분야에서 현실과의 괴리가 점점 커졌으므로 경제상황의 변화에 따라 그때그때 미봉책으로 회사법적 성격을 갖는 특별단행법을 만들어 대처해 왔다.

그리하여 1970년대 초부터 상법개정의 필요성이 거론되어, 1984년 4월 회사편을 대폭 수정한 개정상법이 만들어졌다. 그러나 이것도 일부를 제외하고는 1962년 상법제정시 도입을 주저하였던 1950년 개정상법의 일부규정과 그 이후 일본에서 1981년까지 개정된 내용을 토대로 한 것이었고, 그간에 겪었던 우리의 현실적인 문제점들을 망라한 것은 아니었다.

한참 성장기를 구가하고 있던 당시의 우리나라에서는 그 수요가 적어서인지 1984년 상법개정에서는 기업조직재편제도에 관한 별다른 논의가 없었다. 이 시기에 선진외국들의 경제는 성장기 이후 조정기에 접어드는 단계로서 기업조직재편에 관한 논의가 활발하게 진행되어 있었다.

1984년 개정상법에서는 총칙의 일부와 회사법분야, 특히 주식회사법에 관하여 기존제도의 변경, 새로운 제도의 도입, 기존제도의 폐지 등, 비교적 광범한 개정이 이루어졌다. 관련법조문은 모두 약130개에 이르는 데, 그 주요내용은 아래와 같다.

## 2. 1984년 개정상법의 주요내용

### 가. 주식회사제도의 남용방지

주식회사의 최저자본금을 5,000만원으로 법정하고(제329조제1항), 장기간의 휴면회사의 해산과 청산을 의제하는 규정을 두었다(제520조의2). 5,000만원이라는 금액은 업계의 의견조사에 따라 정한 것으로 가장 많은 수가 제시한 것이다. 주식회사 최저자본금을 법으로 정하는 입법에 반대하는 주장도 있었으나 소수의견에 불과하여 고려되지 아니하였다. 휴면회사의 해산 및 청산 의제규정은 영업을 폐지하고 있으면서 해산등기를 하지 않고 있는 회사가 적지 아니한 현실에서 등기에 의한 공시와 실제를 일치시키는 것이 바람직하다는 판단하에 취해진 법적 조치이다.

#### 나. 주식회사 운영의 효율화

- (1) 이사의 임기를 3년으로 연장하고(제383조제2항), 이사회 운영의 활성화·효율화를 위하여 결의요건을 완화하고(제391조제1항),<sup>24)</sup> 의사록 작성에 관한 구체적인 사항을 규정하고(제391조의3), 지점의 설치 등을 이사회에 권한으로 하며, 이사회에 이사감독권을 명문화하였다(제393조).
- (2) 감사의 임기를 연장하는 동시에(제410조) 업무감사권을 부여하고(제412조), 그 기능을 활성화하기 위하여 이사회에 출석·의견진술권(제391조의2제1항), 이사 부정의 보고의무(제391조의2제2항), 회사와 이사의 소에 있어서의 회사대표권(제394조), 이사에 대한 유지청구권(제402조) 기타 각종 소제기권(제328조제1항, 제376조, 제429조, 제445조 및 제529조)을 인정하였다.
- (3) 주식사무의 편의를 위하여 주주명부 폐쇄기간을 3월로 연장하였다(제384조제2항).
- (4) 총회권 및 회사의 불건전한 거래를 예방하기 위하여 주주에 대한 이익공여를 금지하였다(제467조). 아울러 제도 도입의 실효성을 확보하기 위하여 제634조의2의 벌칙규정을 신설하였다.

#### 다. 자금조달의 원활화

- (1) 수권자본의 범위를 2배에서 4배로 증액하고(제289조제2항 및 제437조), 사채의 발행한도를 2배로 증액하였으며(제470조제1항 및 제2항), 종래 해석상 인정되던 신주인수권부사채의 발행을 명문으로 허용하였다(제516조의2 및 제516조의3).
- (2) 준비금의 자본전입을 이사회에 권한으로 하고(제461조제1항), 전환사채 및 신주인수권부사채의 발행도 이사회에 권한으로 하였으며

---

24) 이사회에 결의방법으로 종전에는 이사 전원의 과반수로 하게 되어 있었으나, 이사의 수가 많아지고 지점등으로 산재되어 회의에 참석하기 어려운 사정 등을 고려하여, 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 찬성으로 결의요건을 변경한 것이다.

(제513조제2항 및 제516조의2제2항), 이에 대한 주주의 보호를 위하여 주주의 전환사채 및 신주인수권부사채 인수권을 인정하였다(제513조의2 및 제516조의10).

- (3) 기업의 재무구조개선을 위하여 주식배당제도를 도입하고(제462조의2), 이에 따라 이익준비금의 적립금액을 금전배당을 기준으로 하여 개정하였다(제458조). 주식배당제도는 미국의 주식배당제도(stock dividend), 프랑스 상사회사법의 입법례(동법 제351조제1항) 등을 참조한 것인데, 현금배당과는 달리 회사자금이 사내에 유보되어 회사의 신용도를 높일 수 있고 주가가 액면보다 높을 경우 주주에게 유리하다.

#### 라. 주주의 보호

- (1) 주주의 투자자본회수를 보장하기 위하여 주권발행전주식을 일정기간(6개월) 경과 후에는 양도할 수 있게 하고(제335조제3항), 신주인수권증서의 발행을 허용하여 신주인수권의 유통성을 보장하였다(제416조제5호·제6호, 제420조의2, 제420조의3 및 제420조의4).
- (2) 배당금의 지급시기를 명문화하였다(제464조의2).
- (3) 단주의 처리방법을 주식의 시장성에 따라 명문화하였다(제443조).
- (4) 의결권의 불통일행사를 명문으로 인정하였다(제368조의2). 1984년 상법개정 전에는 1인의 주주가 복수의 의결권 중 일부는 찬성, 다른 일부는 반대로 행사할 수 있다는 견해(개수설)와 통일적으로 행사하여야 한다는 견해(분량설)이 대립하고 있었는데, 이 중 전자가 다수설이었다.

#### 마. 주식제도의 개선

- (1) 주식의 유통성을 강화하기 위하여 기명주식도 주권의 점유에 권리확정력을 부여하고 주권만으로 양도할 수 있게 하였다(제336조).

- (2) 종래 상장법인에만 인정되던 명의개서대리인제도 및 주권불소지제도를 일반 주식회사에도 확대하였다(제337조제2항 및 제358조의2).
- (3) '단주의 처리를 위하여 필요한 때'를 추가하여 자기주식의 취득범위를 확대하였다(제341조).

#### 바. 주주총회결의부존재확인 소의 명문화

종래의 학설·판례에 따라 주주총회결의부존재확인 소를 회사법상의 소로 명문화하고 판결에 대세적 효력을 부여함과 아울러 소급효를 제한하였다(제380조).

#### 사. 계산서류제도의 개선

- (1) 재무제표의 종류를 조정하고(제447조), 영업보고서를 작성하여 주주총회에 보고하도록 하였다(제447조의2 및 제449조제2항).
- (2) 감사의 감사업무를 활성화하기 위하여 재무제표의 감사기간을 연장하고(제447조의3), 감사보고서의 기재사항을 구체화하였다(제447조제4항).
- (3) 재무제표 등의 공시기간을 연장하였다(제448조제1항).

#### 아. 기타 비현실적·불합리한 규정의 개정

- (1) 정관의 절대적 기재사항 중 일부를 삭제·변경하였다(제289조제1항제6호·제9호, 제2항 및 제3항).
- (2) 현재의 화폐가치를 고려하여 주식과 사채의 액면가를 각각 5천원과 1만원으로 인상하였다(제329조제4항 및 제472조제1항).
- (3) 사채의 등기를 폐지하였다(제477조).
- (4) 자본준비금의 재원을 확대하였다(제459조).
- (5) 유한회사의 최저자본금을 1,000만원으로 현실화하였다(제546조제1항).

### Ⅲ. 1995년 상법개정(1995.12.29. 법률 제5053호) (1996.10.01. 시행)

#### 1. 1995년 상법개정의 입법배경 및 주요내용

##### 가. 1995년 상법개정의 입법배경

1995년 상법개정은 총칙, 상행위 및 회사편을 다루고 있는데, 총칙과 상행위 부분의 개정은 몇 개의 조문에 그치고 회사편에 상당한 변화를 가하고 있다. 회사편은 상법제정 이후 제1984년에 한차례 대폭 개정된 바 있으나 우리나라 기업들의 특성과 수요를 충분히 반영하지 못하였다는 것이 일반적인 평가였다. 1995년 상법개정은 기업의 경쟁력 강화 및 국내·외 기업환경의 급격한 변화에의 대응이 절실히 요구되고 있던 당시의 현실에 비추어 볼 때 시의적으로 다소 늦은 감이 있는 입법이었다고 판단된다.

1995년 개정에서는 기업관계자 및 시대적 상황이 요구하는 사항들을 수용하여 기업에 대한 경제적 규제를 완화하는데 중점을 두고 있고, 아울러 경제적 규제완화에 대한 보완으로 사회적 규제를 강화하는 한편 종래 상법의 운용에 있어서 해석상 의견대립이 있던 사항들에 대한 입법적 해결을 꾀하고 있다. 1995년 개정의 기본방침은 5대 원칙에 입각하였다고 하는데, 5대 원칙이란 ①세계화·국제화와 관련한 기업의 국제경쟁력 강화, ②시장개방에 따른 우리 기업에 대한 외국자본의 침투에의 대비, ③소액·영세투자자의 보호, ④기업의 경영편의 도모 및 ⑤기타 개정필요사항에 대한 검토였다.

##### 나. 1995년 개정상법의 주요내용

###### (1) 주식회사 설립절차의 간소화

주식회사의 발기인수를 종래의 7인이상에서 2인이상으로 감소하고(제288조), 종래 발기인으로 한정하고 있는 현물출자자의 자격제한을 철폐하였다(제294조 삭제). 또한 종래에는 발기설립의 경우에는 변태설립사

항이 없더라도 법원이 선임한 검사인의 설립경과에 대한 조사를 받도록 하였으나, 개정상법은 발기설립과 모집설립의 구분없이 이사·감사가 설립경과를 조사·보고하도록 하고(제298조 및 제313조), 변태설립사항이 있는 경우에는 원칙적으로 법원이 선임한 검사인으로 하여금 조사·보고하도록 함과 아울러 이의 대체방법으로 변태설립사항중 발기인의 특별이익과 설립비용·발기인의 보수는 공증인의 조사·보고로, 현물출자와 회사성립후 양수할 것을 약정한 재산은 감정인의 조사·보고로 갈음할 수 있도록 하였다(제299조의2 및 제310조).

(2) 주식에 관한 사항

(가) 주식양도제한 및 주식매수청구권이 허용

기업 특히 대기업이나 외국기업의 주식매집으로부터 중소기업의 경영권을 보호하기 위하여, 주식을 양도하는 경우 정관이 정하는 바에 따라 이사회에 승인을 받게 할 수 있도록 하고(제335조), 이에 대한 보완조치로 투하자본의 회수를 보장하기 위하여 이사회가 승인을 거부하는 경우 양도상대방의 지정 또는 주식매수를 청구할 수 있도록 하였다(제335조의2 내지 제335조의7).

(나) 전환주식의 전환권행사 및 효력발생에 대한 규제완화

종래에는 주주명부폐쇄기간중 전환주식의 전환권행사를 금지하여 왔으나, 개정상법은 이를 삭제하여 주주가 필요한 시기에 제한없이 전환권을 행사할 수 있도록 하였다(제349조제3항 삭제). 다만, 주주총회에서 의결권행사는 절차상의 문제가 있으므로 이를 제한하고 있다(제350조제2항).

또한 종래에는 전환의 효력이 원칙적으로 전환청구를 한 때에 발생하고 예외적으로 이익이나 이자의 배당에 관하여는 그 청구를 한 때가 속하는 영업년도말에 전환된 것으로 보았으나, 개정상법은 정관에 정함이 있는 경우 이익과 이자의 배당에 관하여 그 청구를 한때가 속하는 영업년도의 직전 영업년도말에 전환된 것으로 할 수 있도록 소급효를 인정함으로써 주식회사의 자본조달에 융통성을 부여하였다(제350조제3항 후단).

(다) 우선주의 우선배당조건 명문화

우선주에 대한 종래의 형식적인 우선배당, 이른바 ‘1% 우선주’의 관행을 지양하기 위하여, 우선주의 이익배당에 관하여는 정관으로 최저배당율을 정하도록 하였다(제344조제2항).

(라) 상호주제도의 보완

회사가 다른 회사의 발행주식총수의 10분의 1을 초과하여 취득한 경우 회사의 그 다른 회사에 대한 주식취득의 통지를 의무화함으로써(제342조제3), 상호주에 대하여 의결권을 제한하고 있는 현행제도를 보완하였다.

(마) 불소지신고된 주권의 처분방법 보완

종래에는 기명주권의 불소지신고로 인하여 회사에 제출되는 주권에 대하여 반드시 실효절차를 밟도록 하였는데, 이 경우 주주가 다시 주권의 교부를 청구할 때에는 회사가 주권제작에 이종으로 비용을 부담하게 되었다. 개정상법은 이를 보완하여 회사로 하여금 처분방법으로 ‘무효’ 또는 ‘명의개서대리인에의 임치’를 임의로 선택할 수 있도록 하였다(제358조제3항 후단).

(3) 주주총회에 관한 사항

(가) 주주총회의 소집통지의무 완화

계속하여 3년동안 총회소집통지가 도달되지 아니하는 주주에 대하여는 총회소집의 통지를 생략할 수 있도록 함으로써 총회소집의 편의를 도모하였다(제376조).

(나) 주주총회의 의사정족수의 제한 철폐

① 보통결의

종래의 총회 보통결의는 발행주식총수의 과반수 출석(의사정족수)과 그 의결권의 과반수(의결정족수) 찬성으로 성립하였으나, 개정상법은 의사정족수의 제한을 없애고 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총

수의 4분의 1 이상의 다수로서 보통결의가 성립하도록 함으로써 총회성립의 편의를 도모하였다(제368조제1항).

## ② 특별결의

종래의 총회 특별결의는 발행주식총수의 과반수 출석과 그 의결권의 3분의 2 이상의 찬성으로 성립하였으나(현행상법 제434조), 개정상법은 보통결의의 경우와 동일한 취지에서 의사정족수의 제한을 없애고 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로서 특별결의가 성립하도록 하였다(개정상법 제434조).

## ③ 종류주주총회

종래 수종의 주식을 발행한 경우의 종류주주총회 결의는 그 종류의 발행주식총수의 과반수 출석과 그 의결권의 3분의 2 이상의 다수로서 결의가 성립하였으나, 개정상법은 보통결의 또는 특별결의의 경우와 동일한 취지에서 의사정족수의 제한을 없애고 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 그 종류의 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로서 결의가 성립하도록 하였다(제435조).

### (다) 영업양도, 양수, 임대등에 반대하는 주주의 주식매수청구권 신설

개정상법에 의하면 주주총회의 특별결의를 요하는 영업양도·양수·임대등에 반대하는 주주는 주주총회전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우 그 총회의 결의일로부터 20일내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다(제374조의2제1항). 이러한 주식매수의 청구를 받은 회사는 청구를 받은 날로부터 2월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다(제374조의2제2항). 주식의 매수가격은 주주와 회사간의 협의에 의하여 결정하고, 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 회계전문가에 의하여 산정된 가격을 매수가격으로 한다(제374조의2제3항). 회사 또는 주식의 매수를 청구한 주주가 보유한 주식의 100분의 30이상이 회계전문가에 의하여 산정된 매수가격에 반대하는 경우에는 그 가격을 결

정한 때로부터 30일내에 법원에 매수가격의 결정을 청구할 수 있다(제374조의2제4항).

(라) 주주총회결의 하자의 소에 대한 불소급효의 적용여부 명확화

종래 주주총회 결의취소의 소, 결의무효확인 소 또는 결의부존재확인 소의 효력과 관련하여 제190조가 그대로 준용되도록 하여 동조 단서(판결의 불소급효)의 준용여부에 관하여 학설·판례의 입장이 대립되고 있었는데, 개정상법은 준용조문 중에서 제190조 단서의 규정을 삭제함으로써 소급효의 유무를 구체적인 경우에 따라 판단하도록 하여 해석상 의견대립이 있던 사항을 명확히 하였다(제396조제2항 및 제380조).

(4) 이사에 관한 사항

(가) 이사선임의 결의요건 완화

종래 이사의 선임에 관하여는 정관에 다른 정함이 있는 경우라도 발행주식총수의 과반수 출석과 그 의결권의 과반수로 이사를 선임하도록 하여 통상의 주주총회 보통결의와는 달리 정관으로도 결의요건을 완화할 수 없도록 하였으나, 개정상법은 이 규정을 삭제하여 보통결의의 방법으로 이사를 선임할 수 있도록 하였다(제384조 삭제, 제368조제1항 참조).

(나) 이사의 경업행위에 대한 승인등의 요건 완화

종래 이사의 경업행위에 대한 승인 및 경업금지 위반에 대한 회사의 개입권 행사 또는 이득반환청구에 대하여는 주주총회의 결의를 요하도록 하였으나, 개정상법은 그 요건을 완화하여 주주총회의 결의를 이사회 결의로 대체하도록 하였다(제397조).

(다) 이사의 보고의무 신설

개정상법은 이사로 하여금 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 이를 보고하도록 의무화하였다(제412조의2).

(5) 감사에 관한 사항

(가) 감사임기의 연장

감사의 임기를 종래 ‘취임후 2년내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결시’에서 ‘취임후 3년내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결시’로 연장하였다(제410조).

(나) 감사의 권리 또는 권한의 확장

① 감사의 해임에 대한 의견진술권 신설

감사의 업무감사 및 회계감사 기능을 보장하기 위하여는 총회에서 부당한 해임에 대한 해명기회의 부여등이 필요하다고 보아 감사의 해임에 대한 의견진술권을 신설하였다(제409조의2). 이 경우 감사의 기능에 비추어 보아 감사가 2인 이상인 경우에는 해임의 대상이 되는 감사 이외의 다른 감사도 당연히 의견진술권을 가진다고 보아야 할 것이다.

② 주주총회의 소집권 부여

종래 주주총회는 이사회(제362조)(청산중의 회사는 청산인회, 제542조), 소수주주(발행주식총수의 100분의 5이상)(제366조) 또는 법원의 명령(제467조)에 의해서만 소집될 수 있었으나, 개정상법은 여기에 추가하여 감사도 소수주주와 마찬가지로 주주총회의 소집을 이사회에 청구할 수 있고 이사회가 소집절차를 밟지 아니할 때에는 법원의 허가를 받아 소집할 수 있도록 하였다(제412조의3).

③ 자회사에 대한 조사권 부여

개정상법은 모회사의 감사에게 자회사에 대한 조사권을 인정하여, 모회사의 감사는 그 직무수행을 위하여 필요한 때에는 자회사에 대하여 영업보고를 요구 할 수 있고 자회사가 지체없이 보고를 하지 아니하는 때 또는 그 보고의 내용을 확인할 필요가 있는 때에는 자회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있으며 이 경우 자회사는 이유없이 보고 또는 조사를 거부하지 못하도록 하였다(제412조의4).

(다) 감사의 겸임금지 확대

종래 감사는 자기회사의 이사 또는 지배인 기타 사용인의 직무를 겸하지 못하도록 되어 있었으나, 개정상법은 자회사에 대한 감사의 공정성을 기하도록 하기 위하여 감사가 자기회사 뿐만 아니라 자회사의 이사 또는 지배인 기타 사용인의 직무도 겸하지 못하도록 추가하였다(제411조).

(6) 정관의 변경에 관한 사항 - 발행예정주식총수의 증가에 대한 제한 철폐

회사가 발행할 주식의 총수는 1주의 금액 및 회사가 설립시 발행하는 주식의 총수와 함께 정관의 절대적 기재사항인데(제289조제1항), 특별결의로 정관을 변경하여 발행예정주식총수를 증가하는 경우에는 설립시 발행하는 주식의 총수가 발행예정주식총수의 4분의 1 이상이어야 한다(제289조제2항)는 것과 균형을 맞추어 종래에는 발행주식총수의 4배를 초과하는 증가결의를 하지 못하도록 제한하고 있었으나, 개정상법은 이러한 4배의 제한을 철폐하여 정관의 변경에 의하여 아무런 제한없이 자기자본조달의 범위를 확대할 수 있도록 하였다(제437조 폐지).

(7) 회사의 계산에 관한 사항

(가) 이연자산의 항목 추가

종래에는 상법상 대차대조표에 자산으로 계상하여 수년에 걸쳐 상각하는 것을 허용하는 이연자산으로 창업비(제453조), 신주발행비용(제454조), 사채발행비용(제456조제3항, 제454조 준용), 액면미달금액(제455조), 사채차액(제456조) 및 배당건설리자(제457조)의 6개 항목이 인정되었으나, 개정상법은 기업회계와의 조화를 꾀하기 위하여 창업비(개정상법 제453조의2, 상각기간 3년)와 연구개발비(제457조의2, 상각기간 5년)의 2개 항목을 추가하였다.

(나) 합병시 소멸회사의 이익준비금 기타 법정준비금의 승계 허용

종전에는 합병차익이 발생할 경우 합병차익 전액을 자본준비금으로 계상하여야 했으므로 소멸회사의 이익준비금이나 다른 법에 의한 특수한 목적의

준비금을 존속회사 또는 신설회사가 다시 적립하여야 하는 불편이 있었다. 개정상법은 이러한 실무상의 불편을 덜어주기 위하여 소멸회사의 준비금을 같은 성격의 준비금 형태로 승계할 수 있도록 하였다(제459조제2항).

(다) 수종의 주식에 대한 주식배당의 내용 명확화

종래 주식배당의 본질을 무엇으로 보느냐에 따라 수종의 주식에 대한 주식배당을 같은 종류로 하여야 한다는 견해(주식분할설)와 다른 종류로도 할 수 있다는 견해(이익배당설)가 대립되고 있었는데, 개정상법은 주식배당에 관하여 ‘회사가 수종의 주식을 발행한 때에는 각각 그와 같은 종류의 주식으로 할 수 있다’라는 내용을 삽입하여(제462조제2항. 이익배당설) 동종이든 이종이든 선택적으로 배당할 주식의 종류를 정할 수 있도록 함으로써 종래의 학설 대립을 입법적으로 정리하였다.

(라) 이익배당금 지급시기의 단축

종래에는 회사가 이익배당금을 총회에서 재무재표 승인후 2월내에 지급하도록 하고 있었는데, 회사의 사정에 따라서는 이보다 앞서 배당금을 지급할 수 있음에도 불구하고 이러한 상법규정을 이유로 불필요하게 배당금의 지급을 지연하는 사례가 있었음. 개정상법은 이러한 지연을 방지하기 위하여 이익배당금 지급시기를 ‘2월내’에서 ‘1월내’로 단축하였다(제464조의2제1항).

(8) 사채의 발행한도 확대

사채의 총액은 종래 자본과 준비금의 총액의 2배를 초과하지 못하도록 제한되고 있었으나, 개정상법에서는 자본과 준비금의 총액의 4배를 초과하지 아니하는 범위로 사채의 발행한도를 확대하였다(개정상법 제470조제1항).

(9) 합병에 관한 사항

(가) 간이합병방법의 신설

흡수합병의 경우 예외 없이 합병당사회사 전부의 주주총회를 거쳐야 했는데, 개정상법은 소멸회사의 총주주가 동의하거나 존속회사가

소멸회사의 발행주식총수를 가지고 있는 때에는 소멸회사의 이사회  
의 결의로 주주총회의 결의를 대신할 수 있도록 하였다(제522조제1  
항 단서).

(나) 합병에 반대하는 주주에 대한 주식매수청구권 부여

개정상법에 의하면 주주총회의 특별결의를 요하는 합병에 반대하는 주  
주는 주주총회전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를  
통지한 경우 그 총회의 결의일로부터 20일내에 주식의 종류와 수를 기재  
한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할  
수 있다(제522조의3). 매수가격의 결정방법등은 영업양도·양수·임대  
등에 반대하는 주주의 주식매수청구권에 관한 규정을 준용한다(제374조  
의2제3항·제4항 등 및 제530조제2항).

(다) 흡수합병의 보고총회 생략

흡수합병의 경우 존속회사의 이사는 합병절차 종료 및 주식병합의 효  
력발생(제441조) 또는 단주의 처리(제443조) 후 지체 없이 주주총회를  
소집하여 합병에 관한 사항을 보고하여야 했는데, 개정상법은 이사회의  
공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있도록 하였다(제526조제  
3항).

(10) 합병회사, 합자회사 및 유한회사에 관한 사항

(가) 합병회사와 합자회사의 정관기재사항 간소화

(나) 합병회사의 설립등기신청자의 정리

(다) 합병회사의 등기사항의 간소화

(라) 본점 및 지점의 이전에 관한 등기기간의 획일화

(마) 합병회사와 합자회사의 임의청산에 대한 종결등기의무의 명시

(바) 유한회사에 대한 합병회사 또는 주식회사에 관한 개정의 일부  
준용

## 2. 1995년 개정상법의 기업조직재편제도 분석 및 평가

### 가. 합병, 영업양도·양수·임대등에 반대하는 주주의 주식매수청구권 신설

반대주주의 주식매수청구권(the appraisal right of dissenters)이란 주주의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 일정한 의안이 주주총회에서 결의되었을 때, 그 결의에 반대했던 주주가 자신의 소유주식을 회사로 하여금 매수하게 할 수 있는 권리이다. 이 제도는 주식회사에서 단체의사의 결정시에 다수주주의 독선으로부터 소수자주주의 권익을 보호하기 위한 것으로 본래 미국회사법에서 유래한 제도인데, 1982년 증권거래법에 도입하여 상장회사에 한하여 적용하던 것을(증권거래법 제191조) 1995년 상법개정을 통하여 상법상의 제도로 수용한 것이다.

미국의 경우 현재 대부분의 주회사법에서 회사합병과 사실상의 전재산의 양도(sale of substantially all assets)에 있어서 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있으며, 모범사업회사법과 일부의 주<sup>25)</sup>에서는 우선 배당이나 신주인수권을 배제하거나 의결권을 제한하는 것과 같이 주주의 이익에 중요한 영향을 미치는 내용으로 원시정관을 변경할 때에도 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있다.<sup>26)</sup> 일본에서는 이 제도를 1950년 개정상법에서부터 운영하고 있다. 일본상법도 합병과 영업양도등의 결의에 대하여 반대하는 주주에게 주식매수청구권을 인정하고 있으며(일본상법 제245조제1항, 제245조의2 및 제408조의3), 나아가 주식의 양도제한규정을 두기 위하여 정관을 변경하고자 하는 경우 이에 반대하는 주주에게도 주식매수청구권을 인정하고 있다(동법 제349조).

주식매수청구제도는 소수자주주를 보호하기 위한 것이기는 하나 종래의 회사본질론에 비추어 볼 때 매우 이례적인 제도라고 할 수 있다. 우선 주식회사에서 인정할 수 없는 퇴사 및 출자의 환급을 광범위하게 허용하게 된다. 또한 의도적으로 주식매수청구권만을 행사하기 위하여 주식을 취득하는 제도의 남용도 예상할 수 있다. 반면에 주식매수청구제도는 회사에

25) Model Bus. Corp. Act 13.02(a)(4).

26) Carry & Eisenberg, Corporation, 6th ed, p. 1105.

상당한 재정적 부담을 유발하지 때문에 다수자주주가 추구하는 변화에 대한 비용을 증가시키므로 회사합병시 합병비율의 공정성을 담보하는 비율도 기대할 수 있다.<sup>27)</sup> 즉, 합병비율이 크게 불리하면 주주들의 주식매수청구가 쇠도할 것이므로 합병비율의 결정에 신중을 기하게 될 것이다.<sup>28)</sup>

한편 1995년 상법개정전에는 전술한 바와 같이 증권거래법에 의하여 상장회사에 대해서만 주식매수청구제도가 적용되었으나, 실제로는 비상장회사에 더 큰 효용성이 있는 제도라고 할 수 있다. 물론 상장회사의 경우에도 실익이 없는 것은 아니지만, 상장회사의 경우에는 상설의 주식시장이 있으므로 주주가 언제든지 주식을 처분할 수 있으나, 비상장회사의 경우에는 그 주식을 처분할 수 있는 상설시장이 형성되어 있지 않으므로 회사의 구조적 변화에 반대하는 소수자는 회사에 대해 주식매수를 청구하는 외에 투자자분을 회수할 길이 없기 때문이다.<sup>29)</sup>

상법에 반대주주의 주식매수청구제도를 도입함에 있어 입법적으로 가장 중요한 쟁점이 되었던 것은 청구인정범위와 가격결정방법이었다. 먼저, 회사의 구조적 변화를 일으키는 특별결의사항은 여러 가지가 있지만, 이 중 어떤 경우에 주식매수청구권을 인정할 것인가는 입법정책의 문제라고 할 수 있다. 1995년 개정상법은 영업양도·영업양수·경영위임 등을 위한 특별결의와 합병계약서의 승인을 위한 특별결의에 있어서만 반대주주의 주식매수청구권을 인정하였다. 영업양도와 합병에 관한 인정범위는 대체로 미국이나 일본의 회사법과 같다. 그러나 미국은 주에 따라 원시정관을 인정할 경우가 있고, 일본에서는 주식양도를 제한하기 위한 정관변경을 하는 경우에도 인정하고 있다는 점에서 차이가 있다.

1995년 개정상법이 주식매수청구제도의 인정범위를 일단 합병과 영업양도 관련 특별결의사항으로 제한한 것은 주식매수청구제도의 예상되는 폐해를 고려해 볼 때에 바람직한 정책방향이었다고 본다. 그러나 합병

27) 이철송, 전계서, 163~164면.

28) 권기범, “주식회사합병의 공정성확보에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 1998, 125면 참조.

29) 이와 관련하여 미국의 경우 일부 주에서는 상장회사 또는 주식분산이 일정주준 이상인 회사의 주주에게 주식매수청구권을 인정하지 않고 있다, Del. Bus. Corp. Law §262(b)(2); Cal. Corp. Code §1300(b)(1) 등.

이외의 인정범위로 영업양도·영업양수·경영위임 등 상법 제374조제1항에서 정하고 있는 모든 사항에 대하여 매수청구를 인정한 것은 범위를 과도하게 설정한 것이라고 판단된다. 이는 일본상법을 그대로 본받은 것인데(일본상법 제245조의2), 상법 제374조제1항 각호의 결의사항 중 타인과 손익을 같이 하는 계약<sup>30)</sup>이나 영업을 양수하는 경우에까지 제한없이 주식매수청구를 인정하는 것은 적절치 아니하고 판단된다.<sup>31)</sup>

다음으로 주식매수청구제도의 도입과 관련하여 가장 핵심적인 쟁점사항은 매수가격의 결정방법이었다고 할 수 있다. 매수가격의 결정방법을 정함에 있어서는 제도의 실효성 확보와 주주보호의 조화가 관건이라고 할 수 있는데, 매수가격이 적절치 않다면 주식매수청구제도는 결국 소수자를 부당하게 축출하는 수단이 될 뿐이기 때문이다.<sup>32)</sup> 미국의 대부분의 주회사법은 매수가격결정의 기본원칙으로 주식의 공정한 가치(fair value)의 결정을 들고 있다.<sup>33)</sup> 공정한 가치란 바로 계속기업에 있어서의 주식이 갖는 비례적 이익(proportionate interest in a going concern)을 뜻하며, 그것은 영업양도나 합병의 실현 또는 그 계획에 의하여 영향을 받기 전의 상태에서의 가치를 기준으로 평가되어야 한다. 상법에서도 명문으로 정한 바는 없지만 같은 정신에 입각하여 가격을 결정하여야 할 것이다.<sup>34)</sup> 문제는 구체적인 가격결정방법인데, 1995년 개정상법은 주식매수가격의 결정방법은 3단계로 정하고 있다. 먼저, 주식매수가격의 결정은 주주와 회사간의 협의에 의함을 원칙으로 하고(제374조의2제3항 본문), 다음으로, 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 회계전문가에 의하여 산정된 가격을 매수가격으로 하며(제374조의2제3항 단서), 끝으로, 회계전문가에 의해 산정된 가격에 회사가 반대하거나 매수청구한 주주의 보유주식을 기준으로 100분의 30이상이 반대할 경우에는 그 가격을 결정한 때로부터 30일 이내에 법원에 대하여 매수가격의 결정을 청구할 수 있다(제374조의2제4항).

30) 1995년 개정상법 제374조제1항제2호. 영업전부의 임대 또는 경영위임, 타인과 영업의 손익전부를 같이 하는 계약 기타 이에 준할 계약의 체결, 변경 또는 해약.

31) 1995년 개정상법 제374조제1항제3호. 다른 회사의 영업전부의 양수.

32) Carry & Eigenberg, op. cit., p.1106.

33) Model Bus. Corp. Act. §13.25(b)(2)(3); Del. Bus. Corp. Law §262(f) 등.

34) 이철송, 전계서, 173면.

여기에서 특히 문제가 되는 것이 두 가지가 있는데, 첫째, 이 규정을 문리적으로 해석하면 회계전문가의 가격결정이 일응 구속력을 갖도록 되어 있는데, 이는 마치 법원의 결정을 청구하기에 앞서 요구되는 전심절차와 같아 재판청구권을 제약하므로 위헌의 소지가 있다. 또한 회계전문가란 어떤 사람이고 누가 어떤 절차에 의하여 선정하는가에 대한 언급이 없어 입법원칙의 하나인 명확성의 원칙에 반한다. 둘째, 회계전문가의 가격결정에 대하여 회사가 불복할 경우에는 법원에 바로 가격결정을 청구할 수 있으나 주주측에서 가격결정에 불복할 경우에는 보유주식수를 기준으로 100분의 30이상이라는 다수성을 충족하여야 한다. 이는 반대주주의 재판청구권을 절대적으로 박탈하는 것으로 위헌의 요소를 내포하고 있다고 판단되고, 또한 회사와 주주간의 재판청구권을 차별화하는 것이므로 평등의 원칙(헌법 제11조제1항)에 반한다고 할 것이다. 외국의 입법례를 보더라도 회계전문가의 가격에 이 같은 구속력을 주는 예는 없으며, 당사자간에 협의가 이루어지지 아니하면 바로 법원에 가격결정을 청구할 수 있도록 하고 있다.<sup>35)</sup>

#### 나. 합병절차의 간소화

##### (1) 간이합병방법의 신설

종전에는 회사가 합병을 하는 경우에는 합병계약을 작성하여 주주총회 특별결의에 의한 승인을 얻어야 했는데, 개정상법은 비상장회사의 흡수합병 또는 합병에 대비하여 존속회사가 소멸회사의 발행주식총수를 취득하는 경우 절차를 간소화할 수 있는 길을 열어 주기 위하여, 흡수합병에 있어서 소멸회사의 총주주의 동의가 있거나 소멸회사의 발행주식총수를 존속회사가 가지고 있는 경우(100% 모·자회사관계에 있는 모회사에 의한 자회사의 흡수합병)에는 소멸회사의 주주총회의 특별결의에 의한 합병승인은 이 사회의 승인으로 갈음할 수 있도록 하였다(제522조제1항 단서).

개정상법은 총주주의 동의가 있는 경우 굳이 주주총회를 열게 할 이유가 없다고 본 것이다. 특히 비상장회사를 소멸회사로 하는 경우 비상장회사에는 통상 주주의 수가 적어 쉽게 동의를 얻을 수 있기 때문에 이 규정의 적

35) Model Bus. Corp. Act. §13.30; 일본상법 제245조의3.

용으로 합병절차가 매우 간소해 질 수 있다. 또한 최근의 합병실무를 보면 소멸회사의 주주들의 반대를 염려하거나 조세부담을 줄이려는 목적으로 존속하고자 하는 회사가 장래의 소멸회사의 발행주식 전부를 미리 매수하고 합병에 임하는 예가 다수 있다. 이러한 경우에는 합병과 관련하여 보호하여야 할 주주가 존재하지 아니하므로 주주총회를 개최한다는 것이 무의미하다.

미국에서는 모회사가 자회사의 주식을 90% 이상 소유하는 경우 모회사가 자회사를 흡수하는 때에는 자회사의 주주총회를 생략할 수 있다. 개정상법의 간이합병은 이러한 미국법상의 제도를 본받은 것이다.<sup>36)</sup>

## (2) 흡수합병의 보고총회 생략

종전에는 흡수합병의 경우 존속회사의 이사는 합병절차 종료 및 주식병합의 효력발생(제441조) 또는 단주의 처리(제443조) 등 합병을 위한 실질절차가 완료된 후 등기하기 전에 보고총회를 열어 합병에 관한 사항을 보고하게 하였다. 그러나 보고총회는 단지 합병경과의 보고에 그칠 뿐 결의를 요하는 절차가 아니므로 달리 결의할 사항이 없는 한 비경제적인 절차라는 지적이 있었다. 이를 반영하여 개정상법은 합병사항의 공고로 보고총회에 갈음할 수 있는 길을 열어준 것이다.

이러한 입법취지에 대해서는, 정보의 질과 양을 고려해 볼 때 주주보호 차원에서 보고총회가 우수하다고 할 수 있어 이를 공고로 갈음할 수 있도록 한 것이 반드시 바람직한 입법은 아니라고 할 수 있고, 최근과 같이 주주의 경영소외현상이 현저해진 상황에서는 오히려 보고총회의 기능을 보다 강화해야 한다는 반론도 제기될 수 있다는 비판이 있다.<sup>37)</sup>

## 다. 합병시 소멸회사의 이익준비금 기타 법정준비금의 승계 허용

종전에는 합병의 경우 소멸된 회사로부터 승계한 재산의 가액이 그 회사로부터 승계한 채무액, 그 회사의 주주에게 지급한 금액과 합병 후 존속하는 회사의 자본증가액 또는 합병으로 인하여 설립된 회사의 자본액을 초과한 때에는 그 초과금액은 자본거래로 인한 이익이므로 이를 자본준비금으로

36) MBCA §11.04; Del. Gen. Corp. Law §253.

37) 이철송, 95년 개정상법, 225면.

적립하는 한편(제459조제3호) 합병후 존속회사 또는 신설회사는 이와는 별도로 이익준비금(제458조)을 적립하여야 했는데, 이러한 이익준비금의 적립은 그 자체로서도 존속회사 또는 신설회사에 적지 않은 부담으로 작용할 뿐만 아니라 이익배당금의 산출(제462조제1항 참조)에도 영향을 미쳤다.

개정상법은 위의 초과금액중 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 이익준비금 기타 법정준비금을 존속회사 또는 신설회사가 그대로 승계할 수 있도록 함으로써 합병 후 이익준비금의 적립 또는 이익배당금의 산출에 있어서의 부담을 덜 수 있도록 한 것이다(제459조제2항).

이 규정은 일본상법 제288조의2제3항을 본받은 것인데, 개정상법이 일본상법과 다른 점은 개정상법이 법정준비금에 한하여 승계를 허용하는데 대하여 일본상법은 임의준비금도 승계할 수 있도록 허용하고 있다는 것이다. 조세법상 임의준비금의 성격을 갖지만 적립하면 손금산입의 혜택을 부여하는 예가 있고 실제로 이러한 준비금의 경우 승계의 실익이 크다. 새로운 제도의 도입시 다른 법역에 대한 이해가 충분하지 못했던 결과라고 판단된다.

### 제 3 절 1997년 외환위기 이후의 상법개정과 기업조직재편제도

#### I. 1998년 상법개정(1998.12.28. 법률 제5591호) (공포일 시행)

##### 1. 1997년 상법개정의 입법배경 및 주요내용

###### 가. 1998년 상법개정의 입법배경

1997년 말 이후 전례 없는 환란으로 인한 경제위기를 맞이하여 온 나라의 초미의 관심사는 과연 이 난국을 어떻게 극복하느냐 하는 것이었다. 이에 정부와 기업 및 국민은 위기상황을 극복하고 경제제도약의 발판을 마련하기 위하여 금융산업의 정상화·기업구조조정 촉진·도산기업의 원활한 퇴출 및 벤처기업을 포함한 중소기업의 육성에 모든 역량을 쏟아 부었다. 이 중에서도 경제의 가장 핵심적인 주체는 기업이라는 점

에서, 기업이 여하히 구조조정을 추진하여 재무구조를 개선하고, 규모·기술력 및 업무의 효율성을 높이며, 수익을 확대할 수 있는 기반을 구축하는가에 각별한 관심이 모아졌다. 그러나 당시에 우리의 시장경제는 자율조정이 가능한 성숙단계에 있지 아니하여 기업의 자구노력만으로는 한계가 있었고, 종래의 법제도 또한 선택의 폭이 좁을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 오히려 장애요인으로 작용하기도 하였다. 그러므로 기업의 자생력 회복 및 경쟁력 제고를 위해서는 강도 높은 자구노력과 함께 법제도적인 지원이 절실하게 요구되던 시기였다.

1998년도 상법개정의 직접적인 동기가 된 입법배경은 바로 기업구조조정에 대한 법제도 차원에서의 지원이다. 즉, 이번 개정의 취지는 1997년말 이후의 경제위기에 대응함과 아울러 원활하고 합리적인 경제구조개편의 필요성이 제기됨에 따라, 회사합병절차의 간소화와 회사의 분할제도의 도입 등을 통하여 기업의 구조조정을 제도적으로 지원하고, 주식최저액면액의 인하·주식분할제도 및 중간배당제도의 도입 등을 통하여 자본조달의 편의를 제공하며, 소수주주권의 강화 및 누적투표제도의 도입 등을 통하여 기업경영에 대한 감시제도와 기업경영자의 책임을 강화하고 기업경영의 투명성을 보장함으로써, 최근의 경제위기에 대응함과 아울러 원활하고 합리적인 경제구조개편을 도모하려는 것이었다.

#### 나. 1998년 상법개정의 주요내용

##### (1) 회사합병절차의 간소화

기업구조조정의 대표적인 수단인 합병의 활성화를 지원하기 위하여 간이합병의 적용범위를 확대하고 소규모합병(존속회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 5이하인 합병)의 경우에는 주주총회절차를 생략할 수 있도록 하였으며, 회사합병시 채권자의 이의제출기간을 2월에서 1월로 단축하였다(제232조, 제527조의2, 제527조의3 등). 아울러 합병절차의 간이화에 대응하여 주주 및 채권자 보호규정을 보완하였다. 회사합병절차 간소화에 관한 상세한 내용은 후술한다.

(2) 회사분할제도의 도입

현행 상법상 회사분할에 대한 규정이 없는 불편을 해소하고 기업의 구조조정을 지원하기 위하여, 주식회사에 한하여 주주총회 결의로 회사분할을 할 수 있도록 하면서 분할전 회사의 주주 및 채권자들에 대한 보호장치를 마련하였다(제530조의2 내지 제530조의12). 회사분할제도의 도입에 관한 상세한 내용은 후술한다.

(가) 회사의 분할제도(제530조의2 내지 제530조의12)

개정법에서는 새로이 회사분할제도를 도입하였는데(제530조의2내지 제530조의12 신설), 먼저 법체계상 회사분할에 관한 규정들을 독립한 절(제11절)로 분리하여 규정하고 분할의 형태로는 단순분할과 분할합병등을 인정하였으며(제530조의2), 회사의 분할을 주주총회 결의사항으로 하고(제530조의 3), 분할에 의한 회사설립은 주식회사의 설립에 관한 규정에 의하도록 하였다(제530조의4).

(나) 분할에 따른 주주 및 채권자 보호(제530조의7, 제530조의9)

개정법은 각 분할회사들이 피분할회사의 채무에 대해 연대책임을 부담하도록 하고(제530조의9제1항), 피분할회사 채권자의 이의제도를 인정하였으며(동조 제4항), 주주총회 2주전에 대차대조표를 공시하도록 의무화하였다(제530조의7).

(3) 주식최저액면액 하향조정 및 주식분할제도 도입

개정법은 신주발행시 기업자금조달의 편의를 돕기 위하여 1주의 최저금액을 종전의 5000원에서 100원으로 하향조정하였다(제329조제4항). 1주의 금액은 1984년 상법개정 전에는 500원이었으나, 1984년 개정에 의하여 5000원으로 상향조정되었다가 1998년 개정에서 반대로 100원으로 하향조정된 것이다. 증권거래법과 벤처기업육성에관한특별조치법에서 이미 1주의 금액을 100원 이상으로 규정하고 있었다. 아울러 회사합병 또는 분할의 준비단계에서 주가차를 조절하고 고가주의 유통성을 회복시

키기 위하여 주식분할제도를 도입하였다(제329조의2).

주식최저액면가의 인하에 대해서는 현재와 같이 단기 시세차익을 위주로 하는 주식투자환경에서 일반투자자들의 참여유인 효과가 의문시된다는 비판적인 견해가 있었고, 오히려 무액면주식제도를 도입하든가 주식시세가 액면가 이하인 종목이 속출하는 상황을 감안하여 액면가 이하의 신주발행절차(주주총회결의 및 법원의 허가)를 간소화하는 것이 보다 효과적이라는 주장도 있었다.<sup>38)</sup> 주식분할제도를 도입하면서도는 외국의 입법례로 일본상법 제218조를 참조하였다.

#### (4) 주주제안제도의 신설

주주의 적극적인 경영참여와 경영감시를 강화하기 위하여 발행주식총수의 100분의 3이상의 주식을 보유한 주주에게 주주총회의 목적사항(의제 또는 의안)을 이사회에 제안할 수 있는 권한을 부여하였다(제363조의2).

주주제안제도는 이미 증권거래법에서 인정되고 있던 제도인데(동법 제191조의14), 증권거래법상의 주주제안제도는 ‘발행주식총수의 1천분의 10이상’ 보유한 주주가 ‘이사’에게 제안할 수 있다는 점에서, ‘발행주식총수의 100분의 3이상’ 보유한 주주가 ‘이사회’에 제안할 수 있도록 하는 개정상법의 주주제안제도와 다소 차이가 있다.<sup>39)</sup> 주주제안제도에 관한 외국의 입법례로는 일본상법 제232조의2, 독일 주식법 제126조·제127조, 영국 회사법(1985년) 제376조, 미국 증권거래위원회규칙 Rule 14a-8 등이 있다.

#### (5) 누적투표제도의 도입

개정상법은 2인이상의 이사 선임시 정관에 다른 정함이 없는 경우를 제외하고는, 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 3이상의 주식을 보유한 주주의 청구가 있는 때에는 1주마다 선임할 이사의 수만큼의 의결권

38) 국회 1998년 상법개정법률안 심사보고서 참조.

39) 증권거래법은 6월전부터 계속하여 주권상정법인의 의결권이 있는 발행주식총수의 1천분의 10(대통령이 정하는 법인의 경우에는 1천분의 5)이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 이사에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있다고 정하고 있다(동법 제191조의14).

을 갖도록 하고 이를 이사후보자 1인에게 집중하여 행사할 수 있도록 하였다(제382조의2).

누적투표제도는 이사의 선임이 지배주주의 일방적인 의사에 따라 이루어지고 있는 실정에서 이사회가 주주전체의 이익보다 지배주주의 이익을 위하여 행동하고 있으므로, 이사선임에 있어 소수주주의 의사가 반영되도록 하여 소수주주의 이익과 기업경영의 투명성을 유도하고자 도입된 제도이다. 다만, 이 제도에 대해서는 회사가 정관규정에 의하여 이사선임에 관한 누적투표제의 전면적인 배제를 정할 수 있고 이사선임을 시차를 두고 각 1인씩 행할 수도 있어 제도 도입의 실익이 크지 않다는 비판이 있었다.<sup>40)</sup> 누적투표제도에 관한 외국의 입법례로는 미국 모범사업회사법 7.28조와 일본상법 제256조의3가 있는데, 전자는 원칙적으로 배제하되 정관으로 채택이 가능하도록 하고 있고, 후자는 원칙적으로 채택하되 정관으로 배제가 가능하도록 하고 있다. 개정상법은 후자의 경우를 본받은 것이다.

#### (6) 이사의 충실의무 신설

이사의 책임강화를 통한 건전한 기업운동을 촉진하기 위하여 이사에게 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 충실히 그 직무를 수행할 의무를 명시적으로 부과하였다(제382조의3).

이사는 회사와의 위임관계에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 지고 있고(상법 제382조제2항, 민법 제681조) 선량한 관리자의 주의의무에는 충실의무도 포함된다는 학설도 있으나, 이 규정의 입법취지는 이러한 충실의무를 보다 명확하게 하여 이사가 경영을 위임받은 자로서 회사의 이익을 위하여 성실히 그 직무를 수행하도록 한다는데 있다고 할 것이다. 외국의 입법례로는 먼저 영미법상 fiduciary duty의 개념을 들 수 있고, 일본의 경우도 상법 제254조의3에서 이사의 충실의무를 명문화하고 있다.

---

40) 일본에서도 1950년에 누적투표제도를 도입한 바 있으나 실제로 이를 도입한 기업이 거의 없었고, 1974년 상법개정을 통하여 정관에서 이를 배제할 수 있도록 한 결과 이 제도가 사실상 유명무실하게 되었다.

(7) 이사수의 자율화

개정상법에서는 발행주식의 액면총액이 5억원 미만인 회사에 대하여는 1인 또는 2인의 이사를 둘 수 있도록 하면서(제383조제1항 단서), 이에 따라 이사수가 1인인 경우에는 이사회(제390조)이나 이사회(제391조)의 의결방법(제391조)등 일부 그 적용을 배제하거나 주식의 양도에 관한 이사회 규정(제302조제2항제5호의2) 등에서 '이사회'를 '주주총회'로 보도록 간주규정을 두었다.

이사수 자율화의 도입취지는 소규모 기업체까지 3인이상의 이사를 두도록 의무화하는 것은 우리 기업실정에 비하여 비현실적이라는 점이다. 이사수의 자율화에 관한 외국의 입법례로는 미국 모범회사법 제8.03조와 독일 주식법 제76조제2항 등이 있다.

(8) 업무집행지시자 등(사실상의 이사)의 책임 강화

회사에 대한 영향력을 이용하여 이사의 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하는 지배주주등을 이사로 보아 회사 및 제3자에 대하여 이사와 연대배상책임을 부담하도록 함으로써 주식회사의 건전한 경영을 도모하였다(제401조의2).

개정상법은 우리 기업 현실에서 1인주주 또는 지배주주등이 배후에서 회사의 경영에 영향력을 행사하면서도 법률상 아무런 책임을 지고 있지 않고 있는 실정이므로 업무에 관여한 자도 그 이사와 연대하여 배상책임을 지도록 책임을 지우도록 한 것이다. 이와 관련하여서 업무집행지시자등을 나타내는 '사실상의 이사' 개념이 모호할 뿐만 아니라 업무지시는 사실상의 문제로서 실제 이를 입증하기가 곤란하기 때문에 실효성에 의문을 제기하는 비판적 견해가 있었다. 사실상 이사의 책임에 관한 외국의 입법례로는 독일 주식법 제117조, 영국 회사법(1985) 제741조 등이 있다.

(9) 소수주주권의 행사요건 완화

소수주주권의 강화를 통하여 주주들의 효율적 경영감시를 유도하고 기업경영의 투명성을 보장하기 위하여, 대표소송의 당사자요건을 발행주식

총수의 100분의 5이상의 주식을 가진 주주에서 100분의 1이상의 주식을 가진 주주로 하고, 일단 제소시 1%이상의 요건을 충족하면 변론종결 전에 일부 주주의 이탈이 있어도(발행주식을 1주도 갖지 못하게 된 경우는 제외) 제소에 영향을 주지 않도록 하는 등 소수주주권의 행사요건을 완화하였다(제403조 등).

유사한 입법례로는 증권거래법상 주주대표소송을 들 수 있는데, 증권거래법은 제191조의13제1항에서 주주대표소송의 주식보유요건을 주식상장법인의 발행주식총수의 1만분의 1이상에 6개월 전부터 보유하는 주주로 규정하고 있다. 이와 관련하여 1998년 상법개정 논의과정에서, 대표소송의 제소요건에 따라 선택적으로 행사할 수 있다고 하더라도 뚜렷한 합리적인 이유 없이 상장법인, 비상장법인에 따라 주주대표소송의 제소요건을 달리하는 것은 문제가 있다는 비판이 있었다.<sup>41)</sup>

#### (10) 중간배당제도의 도입

개정상법은 년 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도중 1회에 한하여 이사회의 결의로 이익을 금전으로 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있도록 하는 중간배당제도를 도입하였다(제462조의3).

이 제도의 도입취지는 회계연도중 1회 배당에 따른 회사의 일시적 자금압박을 덜어주고 주식투자에 대한 관심을 제고하고자 하는 것이었다. 중간배당제도에 관한 외국의 입법례로는 일본 상법 제293조의5 등이 있다.

## 2. 1998년 개정상법의 기업조직재편제도 분석 및 평가

### 가. 합병절차의 간소화

이번 개정상법에서 취해진 합병절차 간소화조치를 보면, 흡수합병의 경우 종래의 간이합병제도의 적용범위를 확대하고 새로이 소규모합병제도를 도입하였고, 신설합병의 경우에는 설립위원제도를 폐지하고 창립총회를 생략할 수 있도록 하였으며, 합병에 관한 채권자의 이의기간을 단축하였다. 아울러 합병절차 간소화조치와 관련한 주주 및 채권자의 보호를

41) 국회 1998년 상법개정법률안 심사보고서 참조.

위하여 합병에 관한 사전·사후공시를 강화하고, 반대주주의 주식매수청구권을 보완하였으며, 합병계약서의 기재사항을 추가하였다. 또한 개정상법은 현재의 '제9절 해산'을 제521조까지로 하고, 제522조 이하의 조문으로는 '제10절 합병'에 관한 절을 신설하였으며, '제11절 분할'에 관한 장을 신설하였다. 그리고 현재의 '제10절 청산'을 '제12절 청산'으로 하였다. 이는 본래 합병이 그 자체가 독립적으로 행하여지는 것이고 여기에 해산이 부수하는 것이므로, 합병을 해산의 하나의 과정으로 취급하는 듯한 현행상법상의 조문체계는 바람직하지 못하다는 판단에 의한 것이다. 외국의 입법례(미국 모범사업회사법 제11장, 독일 사법재편법 제2편 등)를 보더라도 대부분의 경우 합병을 해산과 분리하여 독립적인 조문체계를 취하도록 하고 있다.

(1) 흡수합병의 경우 간이합병제도의 적용범위 확대 및 소규모합병제도의 신설

(가) 간이합병제도의 적용범위 확대

현행상법은 흡수합병의 경우 피합병회사의 총주주가 동의하거나 소멸회사의 발행주식총수를 합병회사가 소유하고 있는 경우 피합병회사의 이사회 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있도록 하는 간이합병제도를 인정하고 있다(현행상법 제522조제1항 단서). 이번 개정상법에서는 합병을 촉진하기 위하여 간이합병제도의 적용범위를 합병회사가 소멸회사의 발행주식총수의 100분의 90이상을 소유하고 있는 경우로 확대하였다(개정상법 제527조의2제1항).

한편 주주총회의 생략과 관련하여 소멸회사의 주주를 보호하기 위하여, 소멸회사에 대하여 합병계약서를 작성한 날로부터 2주간내에 주주총회의 승인을 얻지 않고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(제527조의2제2항). 주주는 공고 또는 통지를 한 날로부터 2주간내에 회사에 대하여 합병반대의 의사를 통지하고, 그 2주간이 경과한 날로부터 20일내에 자기가 소유하는 주식의 매수를 청구할 수 있다(개정상법 제522조의3제2항).

간이합병제도(short form merger)에 관한 외국의 입법례를 보면, 미국의 경우 모범사업회사법에서 100분의 90이상으로 정하고 있고<sup>42)</sup> 델라웨어주, 캘리포니아주, 뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일하게 규정하고 있다.

(나) 소규모합병제도의 신설

개정상법은 합병을 촉진하기 위하여 간이합병제도의 적용범위를 확대함과 아울러 소규모합병제도를 신설하였다. 흡수합병의 경우 존속회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 5를 초과하지 아니하는 때에는 존속회사의 이사회 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있고 합병반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 아니한다(개정상법 제527조의3제1항 본문 및 제5항). 그러나 합병교부금이 지급되는 경우 그 금액이 존속회사의 최종 대차대조표상 현존하는 순자산액의 100분의 2를 초과하는 때에는 통상의 합병의 경우와 마찬가지로 주주총회의 승인이 요구된다(개정상법 제527조의3제1항 단서).

한편 주주총회의 생략과 관련하여 존속회사의 주주를 보호하기 위하여, 존속회사의 합병계약서에 주주총회의 승인을 생략하고 합병을 한다는 뜻을 기재하도록 함(개정상법 제527조의3제2항)과 아울러 존속회사에 대하여 합병계약서를 작성한 날로부터 2주간내에 소멸회사의 상호·본점소재지·합병일 및 주주총회의 승인을 생략하고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(개정상법 제527조의2제2항). 또한 소규모 합병에 반대하는 소수주주의 보호를 위하여, 존속회사의 발행주식총수의 100분의 20이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 위의 2주간내에 회사에 대하여 서면으로 소규모합병에 반대한다는 의사를 통지한 때에는 주주총회의 승인을 생략할 수 없다(개정상법 제527조의3제4항).

현행상법은 흡수합병의 경우 간이합병의 경우를 제외하고는 소멸회사와 존속회사의 양자에 대하여 공히 주주총회의 특별결의를 요구하고 있다. 그런데 소멸회사의 규모가 존속회사에 비하여 현저하게 작은 경우에

42) 미국 모범사업회사법 제11.04조.

는 그러한 합병은 존속회사에 있어서 주주의 이해에 중대한 영향을 미치는 사항이라기보다는 경영판단의 범주에 속하는 것으로서 존속회사의 주주에게는 관심밖의 사항일 수 있다. 그러므로 개정상법에서는 이러한 경우 합병을 촉진하기 위하여 존속회사의 주주총회를 생략할 수 있는 길을 열어준 것이다.<sup>43)</sup>

소규모합병제도(small scale merger)에 관한 외국의 입법례를 보면, 일본상법상의 소규모합병제도는 이번 개정상법에서 신설된 소규모합병제도의 직접적인 모델이 되었고,<sup>44)</sup> 미국의 경우는 모범사업회사법에서 존속회사가 발행하는 신주의 총수가 발행주식총수의 100분의 20을 초과하지 아니하는 경우에는 이사회 결의만으로 합병할 수 있도록 정하고 있으며 델라웨어주, 캘리포니아주, 뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일하게 규정하고 있다.<sup>45)</sup>

## (2) 신설회사의 경우 설립위원의 폐지 및 창립총회의 생략

### (가) 설립위원의 폐지

개정상법은 합병절차의 간소화를 위하여 신설합병의 경우 반드시 선임하도록 요구되고 있는 설립위원제도(현행상법 제175조)를 폐지하였다.

신설합병의 경우에는 회사를 설립하므로 설립행위를 할 자가 필요하다. 설립행위자가 하는 일은 회사의 목적과 조직 등을 결정하고 정관에 기명날인 또는 서명을 하는 것인데, 신설합병의 경우에는 신설회사의 목적과 조직이 당사회사의 대표자간의 합의에 의하여 이미 정하여져 있으므로 설립위원은 설립행위자로서 정관에 기명날인 또는 서명을 하는 등 극히 형식적인 업무를 처리할 뿐이다. 개정상법은 신설합병의 경우 굳이 설립위원을 선임하기 위한 절차를 밟을 필요가 없기 때문에 절차의 간소화와 비용의 절감을 위하여 설립위원제도를 폐지한 것이다.

43) 상장회사의 경우 주주총회를 소집하려면 통상 2개월이상의 기간과 적지 않은 비용이 소요되는데, 이번 소규모합병제도의 신설로 이러한 번거로움을 제거하여 기업의 구조조정을 촉진하는 효과가 있을 것으로 기대된다.

44) 일본 상법 제413조의3.

45) 미국 모범사업회사법 제11.03조(g).

(나) 창립총회의 생략

개정상법은 합병절차의 간소화를 위하여 신설합병의 경우 창립총회(현행상법 제527조)를 생략할 수 있도록 하였다.

현행상법에서는 신설합병의 경우 창립총회에서 설립의 경과보고, 이사·감사 등의 선임 및 정관변경 등을 하도록 되어 있는데, 설립경과의 보고는 총회 이외의 방법으로도 가능하고 이사·감사의 선임도 반드시 필요한 것은 아니며 종전의 이사나 감사가 정기총회시까지 업무를 수행하면 족하다. 또한 정관의 변경이 필요하다면 따로이 주주총회를 개최하면 된다. 그러므로 개정상법은 신설합병의 경우에도 창립총회를 생략할 수 있도록 한 것이다.

(다) 보고총회와 창립총회 생략시 이사·감사의 임기에 관한 특칙

개정상법은 흡수합병시의 보고총회와 신설합병시의 창립총회를 생략하는 경우 종전의 이사와 감사가 후임자가 선임될 때까지 이사와 감사의 직무를 수행하도록 하였다(개정상법 제527조의4).

흡수합병시의 보고총회와 신설합병시의 창립총회를 생략하는 경우에는 존속회사 또는 신설회사의 이사와 감사를 선임할 주주총회가 개최되지 아니하므로 누구를 이사 또는 감사로 선임할 것인가가 문제된다. 개정상법은 이를 해결하기 위하여 흡수합병의 경우 존속회사의 이사와 감사로서 합병전에 취임한 자는 합병계약서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 합병 후 최초로 도래하는 결산기의 정기총회가 종료할 때에 퇴임하는 것으로 하고, 신설합병의 경우에는 합병하는 회사의 이사와 감사로서 합병전에 취임한 자가 다음 총회까지 이사 및 감사로서의 지위를 갖도록 한 것이다.

(3) 채권자이의기간의 단축

현행상법은 합병의 경우 채권자에 대하여 최소한 2월이상의 이의기간을 부여하도록 하고 있으나 개정상법은 합병절차의 신속한 진행을 위하여 이를 1월이상으로 대폭 단축하였다(개정상법 제232조제1항 및 제527조의5). 즉, 주주총회의 승인결의 또는 이사회회의 승인결의가 있는 날

로부터 2주내에 채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 1월이상의 기간 내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로 따로 이를 최고하여야 한다.

개정상법에서 채권자의 이의기간을 단축한 것은 현실적으로 채권자의 입장에서 무리가 없고 이러한 이의기간단축이 실질적으로 합병절차에 소요되는 기간을 단축하는 효과가 있기 때문이다.

#### (4) 합병절차의 간소화와 관련한 주주 및 채권자 보호

##### (가) 합병에 관한 공시의 강화

개정상법은 합병의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 합병계약서 등의 사전공시와 합병에 관한 사후공시를 강화하였다. 먼저 사전공시로는 이사로 하여금 제522조제1항의 주주총회회일의 2주간전부터 6월까지 합병계약서, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 발행하는 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면, 회사의 최종의 대차대조표와 손익계산서를 본점에 비치하도록 하였다(개정상법 제522조의2). 다음으로 사후공시로는 이사로 하여금 채권자보호절차의 경과, 합병을 한 날, 합병으로 인하여 소멸하는 회사로부터 승계한 재산가액과 채무액 기타 합병에 관한 사항을 기재한 서면을 합병을 한 날로부터 6월간 본점에 비치하도록 하였다(개정상법 제527조의6).

합병은 주주 및 회사채권자의 이해관계에 매우 중요한 사항이므로, 개정상법은 합병절차를 간소화하면서 주주 및 회사채권자의 보호를 위하여 합병에 관한 중요사항의 공시를 강화한 것이다.

다만, 제522조의2제1항의 비치하여야 할 서류의 열거사항중 ‘합병교부금의 지급에 관한 서면’이 제외되어 있는데, 합병교부금<sup>46)</sup>은 합병의 대가로서 주식의 배정과 함께 주주 및 채권자의 이익에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 비치하여야 할 서류에 ‘합병교부금의 지급에 관한 서면’이 추가되어야 할 것이다. 즉, 제1항의 비치하여야 할 서류에 ‘합병

46) 합병교부금이란 주식배정비율의 조정·단주의 처리·소멸회사의 이익배당 지급·실질적 감사 등을 위하여 존속회사가 소멸회사의 주주에게 지급하는 금액을 말한다.

으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 합병교부금의 지급에 관하여 그 이유를 기재한 서면'을 3호로 추가하고, 개정상법상의 3호를 4호로 하는 것이 타당하다고 본다. 합병의 공시와 관련하여 참조한 외국의 입법례는 일본 상법 제414조이다.

(나) 반대주주의 주식매수청구권 보완

간이합병의 경우 합병에 반대하는 주주들을 보호하기 위하여 개정상법은 비록 주주총회에서 반대의 결의를 하지 아니하더라도 이들에게 주식매수청구권을 행사할 수 있도록 하였다(개정상법 제522조의3제2항).

간이합병의 경우에는 합병계약서의 승인을 위한 주주총회가 개최되지 아니하므로 주주들이 합병에 반대하는 투표를 하는 등 반대의 의사를 표시하여 주식매수청구권을 행사할 기회가 없다. 그러므로 개정상법은 이들을 보호하기 위하여 비록 주주총회가 개최되지 아니하고 주주총회에서 반대의 결의를 하지 아니하더라도 합병에 반대하는 주주에게 주식매수청구권을 행사할 수 있도록 한 것이다.

(다) 합병계약서의 기재사항 추가

개정상법은 합병계약서의 기재사항 중 '합병을 할 날(합병기일)'과 '존속하는 회사가 합병으로 인하여 정관을 변경하는 때에는 그 규정'을 필요적 기재사항으로 추가하였다(개정상법 제523조제6호 및 제7호).

(라) 합병등기

개정상법은 합병등기는 보고총회·총립총회의 종결일 또는 보고에 갈음하는 공고일로부터 기산하여 본점소재지에서는 2주간내, 지점소재지에서는 3주간내에 이를 하도록 하였다(개정상법 제528조제1항).

현행상법은 합병을 한 때에는 보고총회 또는 총립총회 종결일로부터 본점소재지에서는 2주간내, 지점소재지에서는 3주간내에 합병등기를 하도록 되어 있는데, 보고총회 또는 창립총회를 개최하지 아니한다면 그 기산일이 문제된다. 그러므로 개정상법은 합병등기기간의 기산일을 보고에 갈음하는 공고일로 하도록 한 것이다.

## 나. 회사분할제도의 도입

### (1) 회사분할의 개념

#### (가) 회사분할의 정의

개정상법상 회사분할이란 ‘회사가 분할에 의하여 그 재산을 출자하여 1개 또는 수개의 회사를 설립하거나(단순분할), 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립중의 회사에 출자하거나 출자함과 동시에 1개 또는 수개의 존립중의 회사의 재산의 전부 또는 일부의 출자를 받아 회사를 설립하는 것(분할합병)’을 말한다(제530조의2제1항, 제2항 및 제3항). 개정상법에 의하면 주식회사는 원칙적으로 자유롭게 회사를 분할할 수 있다. 다만, 해산후의 회사는 분할전의 회사가 존속할 수 없다는 이유에서 존립중의 회사를 존속회사로 하거나 새로운 회사를 설립하는 경우에 한하여 분할할 수 있도록 하고 있다(제530조의2제4항). 회사분할제도의 도입과 관련해서는 프랑스 회사법 제371조 이하와 독일 사업재편법(UmwG) 제123조이하를 주로 참조하였다.

개정상법상의 회사분할에 관한 정의규정을 보면, 제530조의2제3항에서 정하고 있는 신설분할합병은 흡수분할합병과 함께 병렬적으로 분할합병의 유형을 구성하고 있음에도 불구하고, 동조제2항에서 분할합병을 정의하면서 동조제3항에서는 분할합병과 동시에 회사를 설립할 수 있다고 표현함으로써, 분할합병과 구별되는 또 다른 분할의 유형이 있는 것으로 오해를 불러일으킬 소지가 있다. 또한 동조제2항은 물론 동조제3항으로도 제530조의6제2항에서 정하는 ‘분할하는 회사의 일부가 다른 회사의 일부와 분할합병하여 회사를 설립하는 경우’가 명확하게 설명되지 아니한다. 그러므로 4개항으로 되어 있는 개정상법의 회사분할에 관한 정의규정은 단순분할·분할합병 및 해산의 경우의 3개항으로 정리하여, 분할의 개념을 명확히 함과 아울러 내용상으로 ‘제11절 회사의 분할’에서 인정하고 있는 인적분할의 제형태를 수용할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>47)</sup>

47) 이와 같은 내용으로 조문을 재구성하면 다음과 같다.

제530조의2 (회사의 분할, 분할합병) ①회사는 분할에 의하여 그 재산을 출자하여 1개

(나) 회사분할의 종류

개정상법상의 회사분할은 먼저 분할전 회사의 사원이 분할후 회사의 사원이 되는가의 여부에 따라 인적분할과 물적분할로 구분된다. 인적분할이란 분할부분에 해당하는 신주를 분할전 회사의 주주에게 배정하는 형태의 회사분할을 말하고, 물적분할이란 분할부분에 해당하는 신주를 분할전의 회사의 주주에게 배정하지 아니하고 분할전 회사가 취득하는 형태의 회사분할을 말한다.<sup>48)</sup>

인적분할은 다시 합병과의 관련여부에 따라 합병과 관련을 갖지 아니하는 경우의 단순분할과 합병과 결합된 경우의 분할합병으로 분류된다. 단순분할과 분할합병은 각각 분할전 회사가 소멸하는가 존속하는가에 따라, 단순분할은 소멸하는 경우의 완전분할과 존속하는 경우의 불완전분할로 분류되고, 분할합병은 소멸하는 경우의 완전분할합병과 존속하는 경우의 불완전분할합병으로 분류된다. 완전분할합병과 존속분할합병은 각각 분할된 부분이 다른 회사에 흡수되는가 다른 기존의 회사 또는 다른 회사의 부분과 합쳐져 신설되는가에 따라 완전흡수분할합병과 불완전흡수분할합병 및 완전신설분할합병과 불완전신설분할합병으로 분류된다.

물적분할에 대하여는 인적분할에 있어서와 같이 완전·불완전 및 흡수·신설의 조합이 인정되지 아니하고, 분할전 회사의 존속을 전제로 하여 분할의 결과로 새로운 회사가 설립되는 불완전분할과 불완전신설분할 합병만을 인정하고 있다.

(2) 회사분할의 절차

개정상법에서 정하고 있는 분할의 절차는 크게 분할에 따른 법률관계를 정하는 분할계획서 또는 분할합병계획서의 작성, 대내적 절차인 분할

---

또는 수개의 회사를 설립할 수 있다.

②회사는 분할에 의하여 그 재산을 1개 또는 수개의 존립중의 회사에 출자하거나, 분할에 의하여 그 재산을 출자함과 동시에 1개 또는 수개의 존립중의 회사의 재산의 전부 또는 일부의 출자를 받아 회사를 설립할 수 있다(이하 '분할합병'이라 한다).

③해산후의 회사는 회사를 설립하고 소멸하거나 존립중의 회사에 출자하고 소멸하는 경우에 한하여 분할 또는 분할합병 할 수 있다.

48) 개정상법은 제530조의12에서 물적분할에 관하여 정하고 있는데, 절차와 효과 등에 관한 세부규정을 두지 아니하고 인적분할에 관한 규정을 포괄적으로 준용하도록 정하고 있다.

에 대한 주주총회의 결의, 대외적 절차인 분할결의 전후의 채권자보호절차 및 분할등기로 구분된다.

(가) 분할계획서 또는 분할합병계획서의 작성

분할절차는 분할계획서(단순분할) 또는 분할합병계약서(분할합병)의 작성을 기초로 하여 진행된다(제530조의3제1항 전단). 개정상법은 분할의 종류에 따라 분할계획서 또는 분할합병계약서의 기재사항을 상세하게 규정하고 있는데, 상법 제530조의5제1항은 단순분할의 경우 신설회사에 대한 분할계획서의 기재사항을 규정하고, 동조제2항에서는 단순분할 중 불완전분할의 경우 분할전 회사에 대한 분할계획서의 기재사항을 규정하고 있다. 또한 상법 제530조의6제1항은 분할합병 중 흡수분할합병의 경우 분할합병의 상대방회사에 대한 분할합병계약서의 기재사항을 규정하고, 동조제2항은 분할합병 중 신설분할합병의 경우 분할합병의 신설회사에 대한 분할합병계약서의 기재사항을 규정하고 있으며, 동조제3항은 이들 경우의 분할전 회사에 대한 기재사항을 규정하고 있다.

개정상법상의 규정의 표현방식과 관련하여 몇 가지 문제점을 지적한다면, 먼저 제530조의5의 분할계획서의 기재사항을 분할하는 회사가 소멸하는 경우(완전분할)와 존속하는 경우(불완전분할)를 명확하게 구분하여 표현하는 것이 바람직하다고 본다. 즉, 동조제1항에서 ‘분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는’을 ‘분할에 의하여 회사를 설립하고 분할하는 회사가 소멸하는 경우에는’으로, 동조제2항에서 ‘설립후 회사가 존속하는 경우에는’을 ‘분할에 의하여 회사를 설립하고 분할하는 회사가 존속하는 경우에는 제1항에 추가하여’로 수정하는 것이 정확한 표현일 것이다. 다음으로 제530조의6의 분할합병계약서의 기재사항도 위에서 수정한 예와 일치시킨다면, 동조제1항에서 ‘분할하는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우에는’을 ‘분할에 의하여 존립중의 회사에 출자하는 경우에는’으로, 동조제2항에서 ‘분할하는 회사의 일부가 다른 회사 또는 다른 회사의 일부와 분할합병하여 회사를 설립하는 경우에는’을 ‘분할에 의하여 출자함과 동시에 존립중의 회사의 재산의 전부 또는 일부의 출자를 받아 회사를 설립하는 경우에는’으로 수정하는 것이 바람직하다고 본다.

(나) 분할결의

분할계획서 또는 분할합병계약서는 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 얻어야 한다(제530조의3제1항 후단 및 제2항). 이러한 주주총회의 소집의 통지와 공고에는 분할계획 또는 분할합병계획의 요령을 기재하여야 한다(제530조의3제4항). 주주총회의 승인결의에는 의결권 없는 주식을 가진 주주도 의결권을 행사한다(제530조의3제3항). 이를 인정하는 것은 이들도 회사의 분할에 의하여 이전의 대상이 되고 회사의 기초가 변경되므로 분할의 결정에 참여시키기 위한 것이다.<sup>49)</sup> 분할합병의 경우에는 분할결의에 반대하는 주주에게 합병의 경우와 마찬가지로 주식매수청구권이 인정되나(제530조의11제2항 및 제522조의3), 단순분할의 경우에는 원칙적으로 이러한 주식매수청구권이 인정되고 있지 아니하다.

회사가 수종의 주식을 발행한 경우에는 주식의 분할로 인하여 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에는 그 종류의 주주총회의 결의가 있어야 한다(제530조의3제5항).

회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 이와 관련되는 각 회사의 '주주의 부담이 가중되는 경우'에는 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다(제530조의3제6항).<sup>50)</sup>

(다) 채권자보호절차 - 분할대차대조표 등의 작성·비치 및 공시

분할되는 회사의 이사는 분할을 승인하기 위한 주주총회의 회일의 2주간 전부터 분할의 등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6월간 분할계획서 또는 분할합병계약서, 분할되는 부분의 대차대조표, 분할합병의 경우에는 상대방회사의 대차대조표, 분할전 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면을 본점에 비치하여야 한다(제530조의7제1항).<sup>51)</sup>

49) 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 1998.10, 433면 참조.

50) 개정상법 제530조제6항과 관련하여, 주주는 출자를 한도로 완전유한책임을 지므로 추가적인 부담을 의미하는 '부담의 가중'이라는 표현은 적절하지 아니하다고 본다. 그러므로 '주주의 부담이 가중되는 경우'는 '주주에게 불이익이 발생하는 경우'로 표현을 바꾸는 것이 바람직하다고 본다.

51) 개정상법 제530조제1항 및 제2항을 보면 비치하여야 할 서류에서 '분할교부금의

또한 흡수분할합병의 경우 상대방회사의 이사는 분할합병을 승인하는 주주총회의 회일 2주간 전부터 분할합병의 등기를 한 후 6월간 분할합병 계약서, 분할되는 부분의 대차대조표, 분할전 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면을 본점에 비치하여야 한다(제530조의7제2항).

주주 및 채권자는 영업시간내에는 언제든지 위의 서류의 열람을 청구하거나, 회사가 정한 비용을 지급하고 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있다(제530조의7제3항 및 제522조의2제2항).

(라) 회사채권자의 이의를 위한 조치

분할합병의 경우 당사자인 회사는 주주총회의 분할승인결의가 있는 날로부터 2주간내에 채권자에 대하여 분할의 이의가 있으면 1월이상의 기간내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 개별적으로 이를 최고하여야 한다(제530조의11제2항 및 제527조의5제1항). 채권자가 이 기간내에 이의를 제출하지 아니하는 때에는 분할을 승인한 것으로 보고(제530조의11제2항, 제527조의5제3항 및 제232조제3항), 이의를 제출한 때에는 회사는 그 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(제530조의11제2항, 제527조의5제3항 및 제232조제3항). 이 경우 사채권자가 이의를 함에는 사채권자집회의 결의가 있어야 하고 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 사채권자를 위하여 이의의 기간을 연장할 수 있다(제530조의11제2항 및 439조제3항).

(마) 분할등기

회사의 분할은 분할후 회사가 그 본점소재지에서 분할등기를 함으로서 그 효력이 생긴다(제530조의11제1항 및 제234조).

회사가 분할을 한 경우 본점소재지에서는 2주간내, 지점소재지에서는 3주간내에 분할후 존속하는 회사에 있어서는 변경등기, 분할로 인하여 소멸

---

지급에 관한 서면'이 제외되어 있는데, 분할교부금은 합병교부금의 경우와 마찬가지로 분할의 대가로서 주식의 배정과 함께 주주 및 채권자의 이익에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항이므로 이를 추가하여야 할 것이다.

하는 회사에 있어서는 해산등기, 분할로 인하여 설립되는 회사에 있어서는 설립등기를 하여야 한다(제530조의11제1항 및 528조). 이 경우 등기기간의 기산일은 단순분할의 경우에는 창립총회가 종결한 날 또는 이러한 창립총회에 갈음하여 이사회가 공고하는 경우에는 공고일이고, 분할합병의 경우에는 보고총회가 종결한 날 또는 이러한 보고총회에 갈음하여 이사회가 공고하는 경우에는 공고일이다(제530조의11제1항 및 제528조).

### (3) 회사분할의 효과

#### (가) 권리·의무의 포괄적 이전

분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할전의 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라 포괄적으로 승계한다(제530조의10).

개정상법 제530조의10에서 정하는 분할 또는 분할합병후의 효과에 있어서 본조의 ‘존속하는 회사’는 조문의 내용상 제530조의9제1항의 ‘존속하는 회사’와는 의미가 전혀 다른 데 동일하게 표현하고 있으므로 동일한 의미로 이해될 우려가 있다. 즉, 제530조의9는 분할후의 회사의 책임에 관하여 분할에 관계된 모든 당사회사가 분할 또는 분할합병전에 성립한 채무에 대하여 연대채무자로서 책임질 것을 원칙으로 하고 있고, 이런 의미에서 제1항의 ‘존속하는 회사’는 불완전분할·불완전분할합병의 분할하는 회사와 흡수분할합병의 상대방회사를 모두 포함하는 개념이다. 그러므로 본조의 ‘존속하는 회사’를 제530조의9제3항의 예에 좇아 ‘분할의 출자를 받는 존립중의 회사’로 수정되어야 할 것이다.

#### (나) 분할 또는 분할합병후의 회사의 책임

분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할전 회사의 모든 채무를 원칙적으로 연대하여 변제할 책임이 있다(제530조의9제1항).

그러나 예외적으로 신설회사(단순분할 및 신설분할합병) 또는 분할합병(흡수분할합병)에 따른 출자를 받는 존립중의 회사는 분할승인에 관한 주주총회의 결의로 분할전 회사의 채무중에서 출자한 재산에 관한 채무만

을 부담할 것을 정한 경우에는 분할로 인하여 출자받은 재산에 관한 채무만을 부담할 수 있다. 이 경우 분할되는 회사는 신설회사 또는 분할합병에 따른 출자를 받는 존립중의 회사 회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담한다(제530조의9제2항 및 제3항).

위와 같이 신설회사 또는 분할합병에 따른 출자를 받는 존립중의 회사가 예외적으로 분할로 인하여 출자받은 재산에 관한 채무만을 부담하는 때에는 분할되는 회사의 채권자를 보호하기 위하여 단순분할의 경우에는 제530조의9제4항에 의하여, 분할합병의 경우에는 제530조의11제2항에 의하여 채권자의 제출권(제527조의5 및 제439조제3항)이 인정된다.

#### (4) 회사분할의 무효

##### (가) 분할무효의 소의 절차

분할절차에 하자가 있는 경우에는 그 효력이 문제되는데, 개정상법은 합병무효의 소에 관한 규정을 준용하여 분할무효의 소를 별도로 규정하고 있다(제530조의11제1항 및 제529조). 따라서 분할무효의 소는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 분할을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 분할등기가 있는 날로부터 6월내에 소만으로 이를 주장할 수 있다(제530조의11제1항 및 제529조). 회사채권자가 분할무효의 소를 제기한 때에는 법원은 회사의 청구에 의하여 채권자에게 상당한 담보를 제공하게 할 수 있는데, 이 경우 회사는 채권자의 악의를 소명하여야 한다(제530조의11제1항 및 제237조). 그 밖의 분할무효의 소의 절차는 설립무효의 소의 규정을 준용한다(제530조의11제1항 및 제240조).

##### (나) 분할무효판결의 효과

분할무효판결이 확정된 때에는 본점과 지점의 소재지에서 존속회사는 변경등기, 신설회사는 해산등기 그리고 소멸회사는 회복등기를 하여야 한다(제530조의11제1항 및 제238조).

분할무효판결은 대세적·불소급적 효력을 가진다.

분할무효판결이 확정되면 1개 또는 수개의 존립중의 회사 또는 신설회사에 출자하였던 재산이 환원된다. 따라서 분할후 무효판결확정시까지

존립중의 회사 또는 신설회사가 부담한 채무와 취득한 재산의 처리가 문제되는데, 이에 대하여 개정상법은 부담채무에 관하여는 분할당사회사의 연대채무로 하고 취득재산에 관하여는 그 공유로 하고 있다(제530조의 11제1항 및 제239조제1항 및 제2항). 이 경우 각 회사의 부담부분 또는지분은 협의로 정하게 되어 있으나, 만일 협의가 되지 않을 때에는 각 회사의 청구에 의하여 법원이 분할 당시의 각 회사의 재산상태 기타의 사정을 참작하여 정한다(제530조의11제1항 및 제239조제3항).

## II. 1999년 상법개정

### 1. 1999년 상법개정의 입법배경 및 주요내용

#### 가. 1999년 상법개정의 입법배경

1997년 말 경제위기 이듬해인 1998년에 경제위기에 대응함과 아울러 원활하고 합리적인 경제구조개편을 도모하기 위하여 기업구조조정을 법제도 차원에서 지원한다는 취지로 대폭적인 상법개정이 있었다. 그 뒤를 이은 1999년의 상법개정은 중·장기적으로 기업의 자생력을 회복하고 경쟁력을 제고하기 위해서는 무엇보다도 기업의 지배구조가 개선되어야 한다는데 논의의 초점을 맞추고 있다. 1999년 상법개정의 취지는 국제경쟁시대에 대응하여, ①이사회의 기능과 역할을 강화하여 기업경영의 효율성을 제고하고, ②감사위원회제도의 도입을 통하여 기업경영의 투명성을 보장하며, ③주주총회 및 이사회의 운영방법을 정비하는 등 기업지배구조를 개선함으로써, 건전한 기업발전을 도모하고 궁극적으로 우리 기업의 국제경쟁력을 강화하려는 것이었다.

1999년 상법개정에서는 먼저 이사·감사 또는 피용자에게 동기를 부여하고 회사의 유용한 인재 확보를 통한 기업발전을 도모하기 위하여 이사등에게 주식매수선택권(stock option)을 부여하는 제도를 도입하고(안 제340조의2제1항), 주주의 회사경영 참여기회를 보장하기 위하여 주주의 서면의결권행사를 인정하고, 주주의 이사회 회의록 열람·등사청구를 명문화하면서 회사가 그 청구를 거절하는 경우에는 주주가 법원의 허가

를 얻어 가능하도록 하며, 또한 주주총회와 관련하여 주주총회 의장에 게 질서유지권을 부여하고 있다. 다음으로 이사회의 원활하고 효율적인 운영을 위하여 통신수단에 의한 이사회 참가를 허용하고, 정관이 정하는 바에 따라 이사회내에 각종 위원회를 설치할 수 있도록 하며, 이사회의 투명성을 제고하고자 이사회 의사록의 기재사항을 추가하고 있다. 또한 감사제도를 변경하여 이사회내 위원회의 일종으로 감사에 갈음하여 그 권한을 행사할 감사위원회제도를 임의제도로 도입하는 것 등을 그 주요 내용으로 하고 있다.

#### 나. 1999년 상법개정의 주요내용

##### (1) 주식매수선택권제도 도입 등

개정법은 주식회사가 정관이 정하는 바에 따라 특별결의로 회사의 설립·경영과 기술혁신등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사·감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리, 즉 주식매수선택권을 부여할 수 있도록 하였다(제340조의2 내지 제340조의5). 아울러 자기주식의 취득제한을 완화하여 주식매수선택권의 행사에 따라 자기주식을 양도하거나 퇴직하는 이사·감사 또는 피용자의 보유주식을 양수할 목적으로 취득하는 경우에는 발행주식총수의 100분의 10의 범위안에서 자기주식을 취득할 수 있도록 함(제341조의2).

주식매수선택권제도란 이어나 종업원에 대한 보수의 성격을 가진 제도로서 이들의 영업상의 업적과 회사의 경영상 이익향상을 연동시킴으로써 회사의 주식을 소정의 가액으로 매수할 수 있는 권리를 인정한 것이며, 'Stock option'으로 통용된 개념이다. 입법례로는 국내법으로는 증권거래법 제189조의4와 벤처기업육성에관한특별조치법 제15조의2가 있고, 외국법으로는 일본상법 제210조의2·제280조의19, 미국 내국세입법상 특혜를 받은 종업원의 스톡옵션으로서 인센티브 스톡옵션(Incentive stock option) 및 종업원주식매입제도(Employee stock purchase planes)의 두 가지가 있다. 우리 상법은 이러한 입법례를 참고로 하여 주식매수

선택권을 제도화한 것이다.

(2) 주주총회의 질서유지

주주총회의 질서유지를 위하여 주주총회에서 고의로 의사진행을 방해하는 자에 대하여는 발언의 정지·취소 또는 퇴장을 명할 수 있는 질서유지의 권한을 주주총회 의장에게 부여하였다(제366조의2).

주주총회 질서유지권은 국회법상 의장의 질서유지권(국회법 제145조)을 본받아 만든 제도인데, 발언의 정지는 회의의 일반원칙에 속하는 제도라고 할 수 있으나 의장에게 퇴장명령권을 부여하는 것은 당해 주주의 의결권을 박탈하고 근거 없이 물리력 즉, 경찰력을 행사하는 것으로서 위헌의 소지가 있다는 비판이 있다.<sup>52)</sup>

(3) 서면투표(서면에 의한 의결권행사)

주주의결권행사의 편의를 도모하기 위하여 정관이 정한 바에 따라 총회에 출석하지 아니하고 서면에 의하여 의결권을 행사할 수 있도록 하는 서면에 의한 의결권행사제도를 도입하였다(제368조의3). 서면에 의한 의결권행사제도는 그 동안 의결권행사를 용이하게 하는 투표제도 개선의 한 방안으로 제시된 바 있고 국회에 제출된 상법개정에 관한 청원에서도 요구된 바 있다.

서면투표제는 소액주주의 회사경영에의 참여를 유도하고, 주주총회의 원활한 진행에 이바지하며, 주주수에 크게 구애받지 않고 주주총회 장소를 모색할 수 있고, 외국인주주의 의결권 행사에 있어 편의를 도모할 수 있다는 장점이 있다. 반면에 이 제도는 사전에 이루어진 서면에 의한 의결권 행사로 인하여 의사진행과정(수정·반대동의 등)에 적절하게 대처하기가 곤란하고, 주주총회에 출석한 주주들의 토의결과를 반영하기 어려울 수 있는 등 주주총회의 형해화를 촉진할 수도 있다는 단점도 있다.<sup>53)</sup>

52) 이철송, 회사법강의, 2005, 438면.

53) 국회 1999년 상법개정법률안 심사보고서 참조.

#### (4) 이사회 운영방법 개선

이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 동영상 및 음반을 동시에 송수신하는 통신수단에 의하여 결의에 참가하는 것이 가능하도록 하는 등 이사회 운영방법을 개선하였다(제391조 제2항).

이는 이사회 운영의 원활함과 편의성을 제고할 수 있고, 첨단의 통신수단을 이사회운영에 적극 활용한다는 점에 의의가 있다. 이사회 회의는 원래 각 이사가 직접 출석하여 의안의 처리를 하게 되는데, 원격지에 있거나 업무사정 등으로 직접 참석할 수 없는 경우가 있으므로 영상을 통한 보고 또는 의견표시 등에 방법에 의한 결의를 인정할 필요가 있다.

#### (5) 이사회내 소위원회

이사회는 정관이 정한 바에 따라 이사회내에 2인이상의 이사로 구성되는 위원회를 설치할 수 있도록 하고, 이사회는 대표이사의 선임 및 해임 등 일부사항을 제외하고는 그 권한을 위원회에 위임할 수 있도록 하였다(제393조의2).

이사회 다양한 기능을 세분하여 그 내부에 기능별로 전담하는 위원회<sup>54)</sup>를 구성하는 제도가 미국 모범사업회사법(MBCA) 제8.25조에 규정되어 있으며, 개정상법의 이사회내 소위원회는 이 제도를 모범으로 한 것이다. 개정법은 이 가운데 감사위원회는 상법 자체에서 명문화하고 있다(415조의 2).

#### (6) 감사위원회

감사위원회제도를 도입하여 회사가 감사 또는 감사위원회를 선택하여 운영할 수 있도록 하고, 감사에 갈음하여 감사위원회를 설치하는 경우에는 3인이상의 이사로 구성하되 위원 3분의 2이상의 사외이사가 참여하도록 하며, 감사위원회는 감사의 권한을 행사할 수 있도록 하였다(제415조의2).

54) 예컨대, 업무집행위원회(Executive committee), 이사추천위원회(Nominating committee), 감사위원회(Audit committee) 등이 이에 해당한다.

감사위원회제도는 미국등 선진국에서 이용되는 제도로서 기업지배구조개선과 밀접한 관계를 가지고 있다. 이 제도는 사내감사로 인한 감사 기능의 약화를 개선할 수 있는 감사제도의 대안으로 그간에 지속적인 논의가 있어왔다. 주요국의 감사제도를 개괄하여 보면 ①미국형으로 이사회의 과반수 이상을 독립된 사외이사(independent outside director)로 구성하고 사외이사로 구성되는 감사위원회를 설치·운영하는 방식, ②독일형으로 3인 이상의 감사로 감사회(Aufsichtsrat)를 설치·운영하는 방식, ③일본형으로 사외감사와 감사회를 활용하는 방식 등으로 구분할 수 있다. 감사위원회에 대하여서는 이사회의 하부구조이므로 그 독립성을 보장할 수 없고 따라서 감사기능을 기대할 수 없다고 하는 비판론이 있다.

#### (7) 분할합병과 간이합병 및 소규모합병

주식회사가 소규모로 흡수분할합병하는 경우에는 흡수합병의 간이합병(제527조의2) 및 소규모합병(제527조의3)에 관한 규정을 준용하여 주주총회의 결의에 갈음하여 이사회의 결의로 분할합병할 수 있도록 요건을 완화하였다(제530조의11제2항).

#### (8) 유한회사

유한회사의 경우 소수사원의 대표소송제기요건을 자본총액의 100분의 5에서 100분의 3으로 인하하는 등 소수사원권을 강화하고, 주식회사와 같이 중간배당제도를 도입하는 등 유한회사와 관련된 규정을 정비하였다(제565조·제572조 및 제581조 내지 제583조).

### 2. 1999년 상법개정중 기업조직재편제도 분석 및 평가

1999년 상법개정은 전술한 바와 같이 기업지배구조의 개선에 초점을 맞춘 입법이었다. 그런 까닭에 기업조직재편과 관련해서는 흡수분할합병에 대하여 흡수합병의 간이합병제도 및 소규모합병제도에 관한 규정을 준용하도록 하는 소폭의 개정만 있었다. 흡수분할합병에 대한 간이합병제도 및 소규모합병제도의 준용은 1998년 회사분할제도를 도입하면서 간과하여 지나쳐버린 부분이다.

분할합병이란 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립중의 회사에 출자하거나, 출자함과 동시에 1개 또는 수 개의 존립중의 회사의 재산의 전부 또는 일부의 출자를 받아 회사를 설립하는 것을 말한다(제530조의2제1항, 제2항 및 제3항). 이 중 전자가 흡수분할합병인데, 개정상법은 기업구조조정 편의를 도모한다는 취지에서 흡수분할합병의 경우에도 흡수합병과 마찬가지로 간이합병제도 및 소규모합병제도를 활용할 수 있도록 한 것이다.

### Ⅲ. 2001년 상법개정

#### 1. 2001년 상법개정의 입법배경 및 주요내용

##### 가. 입법배경

1998년과 1999년 2년 연속으로 기업구조조정 촉진 및 기업지배구조 개선을 위하여 상법을 대폭 개정한데 이어, 2001년에도 기업경영의 투명성을 제고하고 국제경쟁력을 강화한다는 취지로 기업지배구조 개선 및 기업구조조정 촉진을 위한 큰 폭의 개정이 있었다.

2001년 상법개정은 1998년의 기업구조조정 촉진과 1999년의 기업지배구조 개선을 보완하기 위한 것으로, ①주주총회 결의사항 확대, 이사회 제도 개선, 주주의 신주인수권을 강화하는 등 기업지배구조를 개선하고, ②지주회사 설립을 위한 주식교환·이전제도를 도입하여 기업의 구조조정을 지원하는 것을 입법의 주된 내용으로 하고 있다..

##### 나. 주요내용

###### (1) 1인 주식회사의 설립

개정상법은 주식회사의 설립에 있어서의 발기인 수의 제한을 두지 않으므로써 1인에 의한 주식회사의 설립을 허용하고 있다(제288조). 주식회사의 발기인의 수가 원래는 7인 이상이였으나 1995년 개정에 의하여 3인 이상으로 하향조정 되었다가 2001년 개정에 의하여 이 최저인원수의 제한을 폐지한 것이다(288조). 그 결과 1인의 발기인으로도 설립이

가능하게 되었다. 즉, 1인회사의 설립이 허용된다고 하는 해석이 나오게 된 것이다.

1인 주식회사의 설립 허용은 독일 주식법 제2조, 프랑스 상사회사법 제74조, 1990년에 개정된 일본 상법 제165조 등을 본받은 것이다. 아울러 개정상법이 주식의 포괄적 교환 및 이전에 의한 완전지주회사의 형성을 제도화함에 따라(360조의2이하) 마련된 조치이다. 완전지주회사는 1인회사이기 때문에 설립시의 발기인(주식인수인)이 2인이상이면 완전지주회사의 설립이 불가능하게 된다.

## (2) 정기주주총회의 특별결의에 의한 주식소각

회사의 주가관리등 재무관리의 편의를 위하여 이익배당 한도내에서 정기주주총회의 특별결의에 의하여 주식을 매수하여 소각할 수 있도록 하였다(제343조의2). 기존의 상법상의 주식소각방법으로는 자본감소의 방법으로 하는 경우(제343조의2제1항), 정관의 정함에 따라서 하는 경우(제343조제1항) 및 주식상환의 방법으로 하는 경우(제345조)가 있다. 2001년 상법개정에서 도입된 정기주주총회의 특별결의에 의한 주식소각 방법은 모든 주식이 평등하게 소각이 되는 이익소각이라는 점에서는 정관의 정함에 따라서 하는 경우와 동일하되 임의소각이라는 점에 그 특징이 있다. 즉, 이익소각의 기존제도는 정관에 구체적인 규정이 없는 경우 정관변경에 의하여 소각을 할 수 있지만, 이익소각을 위한 정관변경은 총주주의 동의를 요하는 등 그 요건이 까다로운 점을 감안하여 절차를 완화한 것이다.

그럼에도 정기주주총회의 특별결의에 의한 주식소각은 기본적으로 주식소각이 주주총회의 결의를 요하도록 한 점에서 경제사정 등의 변화에 따라 영업연도 중 기동적으로 자기주식을 소각할 필요가 있을 경우에는 효과적으로 대처할 수 없다는 한계가 있다.<sup>55)</sup> 정기주주총회의 특별결의에 의한 주식소각의 외국 입법례로는 일본 주식소각특례법(1997)이 있는데, 이 법에서는 수권범위내에서 이사회결의에 의한 이익소각을 인정하고 있다.

55) 국회 2001년 상법개정법률안 심사보고서 참조.

(3) 포괄적 주식교환·이전제도 신설

지주회사 설립등을 용이하게 하기 위하여 회사간에 주식 전부를 받거나 주는 방식으로 완전한 모회사 또는 자회사가 될 수 있는 주식교환·이전제도를 도입하였다(제360조의2 내지 제360조의23).

(가) 주식교환제도

① 방 법

주식교환이란 지주회사가 다른 회사의 발행주식총수와 자기 회사의 주식을 교환함으로써 다른 회사의 주주가 지주회사의 주주가 되는 것을 말한다. 즉, 완전자회사가 되는 회사의 주주가 가지는 그 회사의 주식은 주식을 교환하는 날에 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주 또는 보유하는 자기주식의 배정을 받음으로써 그 회사의 주주가 된다(제360조의2).

② 절 차

주식교환의 당사회사는 각각 주주총회의 특별결의에 의하여 양 회사간 주식교환계약서의 승인을 받아야 한다(제360조의3, 제363조의16 및 제434조). 그에 따라 완전자회사가 되는 회사의 주식은 그 주주의 개별적인 의사와 무관하게 포괄적으로 완전모회사가 되는 회사에 이전되고, 그 대신 완전자회사가 되는 회사의 주주는 완전모회사가 되는 회사의 신주 또는 보유하고 있는 자기주식을 배정받는다. 이로써 완전자회사가 되는 회사의 주주는 완전모회사의 주주가 되므로 주식을 교환하는 형식이 되는 것이다.

③ 주주의 보호

주주로서는 자기가 투자한 기업이 바뀌어짐으로써 이해관계에 큰 영향을 받기 때문에 보호대책이 필요하다. 개정상법은 주주의 보호조치로 주

식교환계약서 등의 사전공시 및 열람권(제360조의4 및 제391조의3제항), 일정서류의 사후공시(제360조의11), 반대주주의 주식매수청구권(제360조의5), 주식교환무효의 소(제360조의13) 등을 정하고 있다.

④ 그 밖의 사항

㉠ 완전모회사의 자본충실

완전모회사가 되는 회사는 완전자회사가 되는 회사의 주식을 포괄적으로 이전받는 대신에 신주발행 또는 자기주식의 배정을 하게 되므로 자본이 증가하게 된다. 개정상법은 이 경우 완전모회사가 되는 회사의 자산의 변동과 관련하여 자본증가액을 제한하는 규정을 두고 있다(제360조의7).

㉡ 완전자회사의 주권의 처리

완전자회사의 주주는 주식의 포괄적 교환에 의하여 완전모회사의 주주로 바뀌어지므로 완전자회사는 주식교환후에는 신주주인 완전모회사의 주식을 교부받게 된다. 따라서 주식교환의 날 이후 구주권이 유통되면 혼란을 가져올 수 있으므로, 개정상법은 주식교환 이전의 구주권은 모두 실효처분하도록 하고 있다(제360조의8).

㉢ 간이주식제도·소규모합병제도

개정상법은 주식교환의 경우에도 회사합병의 경우의 간이합병(제527조의2)·소규모합병(제527조의3)과 동일한 요건하에 총회의 결의를 생략하는 방식을 인정하고 있다(제360조의9 및 제360조의10).

(나) 주식이전제도

① 방 법

주식이전제도는 완전자회사가 되는 회사의 주주가 소유하는 주식을 주식이전에 의하여 설립하는 완전모회사에 이전하고, 그 완전모회사가 주

식이전을 위하여 발행하는 주식의 배정을 받음으로써 그 완전모회사의 주주가 되는 제도이다(제360조의15).

② 절 차

주식의 포괄적 이전의 경우에는 자회사만 존재하므로 이전계약서란 있을 수 없고 단지 자회사에 의한 이전계획서가 있을 뿐이다(제360조의16 제1항). 즉, 완전자회사가 되는 회사의 주주총회에서 주식의 포괄적 이전의 방법에 의하여 완전모회사를 설립하는데 필요한 법정사항을 의결하면, 완전자회사가 되는 회사의 모든 주식은 포괄적으로 현물출자되어 완전모회사가 설립되고 완전모회사의 설립시 발행하는 주식은 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 배정된다. 이 경우 완전자회사가 되는 회사의 주식은 완전모회사의 설립을 위하여 포괄적으로 이전되므로 일부 주주의 반대가 있더라도 완전자회사가 되는 회사의 주주로서 남을 수 없게 되며, 이 점은 주식교환과 동일하다.

③ 주주의 보호

주식교환의 경우와 마찬가지로 일정한 사항이 사전에 주주의 열람을 위하여 공시된다. 즉, 완전자회사가 되는 회사는 주식이전계획서, 자회사 주주에 대한 주식배정에 관한 사항을 기재한 서면 기타 일정한 서류를 회사에 비치하여 주주가 열람할 수 있도록 하여야 한다(제360조의17).

④ 그 밖의 사항

㉠ 주식이전의 효력발생

주식의 포괄적 이전은 완전자회사가 되는 회사의 주주총회의 주식이전 계획서의 승인결의에 의하여 행하여지지만, 그 효력은 완전모회사의 본점소재지의 설립등기(제360조의20)에 의하여 발생한다(제360조의21).

㉡ 완전모회사의 자본액의 한도

완전모회사의 자본액은 설립시의 발행주식의 액면총액과 일치하는 것이 원칙이지만, 자본충실의 원칙상 완전자회사의 현존하는 순자산액을

기준으로 하여 주주에게 지급한 주식이전교부금을 공제한 금액을 초과하지 못하도록 하였다(제360조의18).

㉔ 완전자회사의 주권의 처리

완전자회사가 되는 회사의 주권의 실효절차(제360조의19)는 주식교환의 경우와 같다.

(4) 주식매수청구의 경우의 매수가액

주식매수청구권 행사시 주식의 매수가액은 회사 또는 주식매수를 청구한 주주간의 협의가 이루어지지 아니한 경우 종전에는 회계전문가에 의한 산정을 거친 후 법원에 매수가액 결정을 청구하도록 하였으나, 개정상법은 곧바로 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있도록 하였다(제374조제4항 및 제5항).

(5) 이사 및 이사회 제도의 개선

이사회에의 활성화를 위하여 이사회 결의사항의 범위를 구체화하고, 이사에게 회사의 업무에 관한 정보접근권을 강화하며, 이사의 업무집행상황을 3개월에 1회이상 이사회에 보고하도록 하였다(제393조).

(가) 이사회 결의사항의 구체화

개정상법은 이사회에의 활성화를 위하여 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다’라고 정하여 이사회 결의사항의 범위를 구체화하고 있다(제393조제1항). 이는 종래 상법에서 회사의 업무집행에 관한 전반적인 사항을 이사회의 결의에 의하도록 하고 있음에도 불구하고 대부분의 결정이 최고경영진을 중심으로 이루어지고 있는 현실을 감안하여 이사회의 감시기능을 충실화하고자 한 것이다. 이사회 결의사항 구체화에 관한 외국의 입법례로는 일본 상법 제260조제2항 등이 있다.

다만, 현행 상법의 해석에 의하더라도 명시적으로 주주총회의 권한으로 규정된 사항 외의 모든 사항은 이사회 결의사항이라고 해석되고 있으며, 개정상법에 의한 이사회 결의사항은 이미 정관에 의하여 이사회의 결의사항으로 하고 있는 경우가 대부분인 점을 감안할 때, 개정상법이 현행제도와 관행을 크게 변경시키는 것은 아니라고 할 것이다.

(나) 이사의 정보접근권 보장

개정상법은 제393조제3항에서 이사가 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있도록 하고, 제393조제4항에서는 이사로 하여금 업무집행상황을 3월에 1회 이상 이사회에 보고하도록 규정함으로써 이사의 정보접근권을 보다 강화하고 있다. 이 중 제393조제3항은 우리 상법의 특유한 제도이고 제393조제4항은 일본 상법 제260조제4항을 본받은 것이다.

감사위원의 경우 회사 및 자회사의 업무와 재무제표상태에 대한 보고 요구권과 조사권한이 있는 점, 업무를 담당하지 않는 이사들에게도 이사회에 상정된 사항에 대해서는 감시의무가 있고 이를 해태한 때에는 회사에 대해 손해배상책임이 인정되고 있는 점 등에 비추어 볼 때,<sup>56)</sup> 개정상법이 이사의 정보접근권을 명문화한 것은 이사의 업무영역과 권한에 대한 분쟁의 소지를 없애고 기업활동의 투명성을 높이기 위한 것으로 보여진다. 다만, 이로 인하여 회사의 회계장부등 기밀사항에까지 사외이사 정보접근이 용이해진다는 점에서 이들 회사기밀보호의 책임을 함께 부여할 필요가 있다. 이와 관련하여 개정상법은 제382조의4를 신설하여 이사의 비밀유지의무를 규정하고 있다.

(다) 이사의 비밀유지의무

개정상법에 의하면 이사는 재임중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다(제382조의 4). 이사의 재임중의 비밀의무는 선관의무(민법 제681조)의 해석으로도

56) 대판 1985. 6. 25 84다카1954 참조.

요구할 수 있으나, 퇴임 후의 의무는 특별한 규정이 필요하며, 따라서 개정상법의 이 규정은 퇴임 후의 의무를 요구하는데 의미가 있다.<sup>57)</sup> 이 규정은 감사에 대해서도 준용하도록 하였다(제415조).

(라) 이사의 이사회 소집요구

종래의 상법에 의하면 이사회는 원칙적으로 각 이사가 소집하나 이사회 결의로 소집할 이사를 정한 때에는 소집권을 가진 이사가 소집하고, 소집권을 가진 이사가 정당한 이유 없이 소집하지 아니하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있도록 규정하고 있었다. 개정상법은 여기에 추가하여 소집권자로 지정되지 아니한 다른 이사는 소집권자인 이사에게 이사회를 소집을 요구할 수 있고, 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 소집을 거절한 때에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있도록 하였다(제390조제2항). 이사의 이사회 소집요구에 관한 외국의 입법례로는 일본 상법 제259조제2항 등이 있다.

(6) 제3자에 대한 신주인수권 등의 부여요건의 강화

2001년 개정상법은 주주 외의 자에게 신주를 배정하는 경우에는 정관에 의하도록 하되 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영목적상 필요한 경우로 제한함으로써 제3자에 대한 신주인수권 부여요건을 강화하였다(제418조제2항). 아울러 개정상법은 전환사채(제513조) 및 신주인수권부사채(제516조의2)에 대하여 제418조제2항을 각각 준용하도록 하였다.

이는 제3자 신주배정이 주주의 지분율을 저하시키는 한편 대기업의 변칙상속의 수단으로 활용되는 등 기존 주주의 이익을 침해하는 경우가 있었던 점에 비추어, 기존 주주의 인수권을 보장하면서 기업의 자금조달이라는 측면을 감안하여 제3자배정의 비율 및 발행가격 등 구체적인 사항은 자율적으로 결정하도록 한 것이다.

---

57) 퇴임 후의 의무는 대리상의 영업비밀준수의무에 관한 상법 제82조의3과 같은 취지로 볼 수 있다.

(7) 영업양수와 주주총회의 특별결의

회사영업의 중요부분을 양도하는 경우뿐만 아니라 회사영업에 중대한 영향을 미치는 다른 회사의 영업의 일부의 양수에 대해서도 주주총회 특별결의를 얻도록 하였다(제374조제1항제4호).

(8) 자회사에 의한 모회사주식의 취득의 범위의 확대

개정상법은 자회사에 의한 모회사 주식 취득의 예외사유로 주식의 포괄적 교환 및 이전을 추가하였다(제342조의2). 자회사가 모회사주식을 취득하는 것은 자기주식취득 제한과 동일한 취지에서 제한되고 있으나, 주식의 포괄적 교환 및 이전의 경우에는 이를 허용하지 아니하면 완전지주회사의 성립이 불가능한 경우가 있으므로 예외를 인정한 것이다.

주식교환의 경우는 모회사가 되는 회사의 주식을 자회사의 주주가 취득하게 되지만, 자회사의 자기주식을 모회사에 이전한 대신에 발행되는 모회사주식은 자회사에 귀속될 수밖에 없다. 또한 주식이전의 경우에도, 예컨대 갑회사의 주식을 을이라는 모회사의 설립을 위하여 출자하는 경우 을회사의 주식이 갑회사의 주주에게 주어지는데, 갑회사의 자기주식이 을회사의 설립을 위하여 출자된 경우에는 을회사의 주식은 갑회사에 귀속된다.

(9) 모회사의 지분요건

종전에는 모회사의 요건으로서 ‘자회사주식의 총수의 100분의 40을 초과하는 주식을 가진 회사’로 규정하였으나 개정상법은 ‘100분의 50’으로 그 요건을 다소 강화하였다(제342조의2제1항 및 제3항).

(10) 전자문서에 의한 주주총회의 소집

개정상법은 주주총회의 소집통지의 방법으로 전자문서로써 할 수 있음을 인정하였다(제363조제1항). 전자우편(E-mail)이나 팩스 등에 의한 통지의 효력이 인정한 것이다. 전자문서에 의한 주주총회의 소집에 관한 외국의 입법례로는 일본 상법 제232조제2항이 있는데, 일본 상법은 2001년

개정시에 ‘주주의 승낙을 얻어’ 전자적 방법에 의한 통지를 발송할 수 있도록 규정하였다.

(11) 대표소송비용의 구상권

개정상법은 대표소송을 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 ‘소송비용 및 그밖에 소송으로 인하여 지출한 비용중 상당한 금액의 지급을 청구할 수’ 있도록 하고, 이 경우 ‘소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권을 행사할 수’ 있도록 하였다(제405조제1항).

전자의 부분은 종전의 상법에서 ‘소송비용외의 소송으로 인한 실비액의 범위내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수’라고 규정하던 것을 수정한 것이고, 후자는 2001년 상법개정에서 신설된 규정이다. 전자의 내용은 일본 상법 제268조의2제1항에서 입법례를 볼 수 있으나, 후자는 우리 상법에만 있는 제도이다.

(12) 자본준비금의 추가

개정상법은 주식의 포괄적 교환 및 이전에 의한 완전지주회사의 형성을 인정하면서 생길 수 있는 주식교환잉여금 및 주식이전잉여금을 법정준비금 즉, 자본준비금으로 적립하도록 의무화하였다(상법 459조 1항 1의 2, 1의 3).

(13) 합병계약서의 기재사항

개정상법은 합병계약서에 기재하여야 할 사항으로 흡수합병의 경우 ‘각 회사가 합병으로 인하여 각 회사가 이익배당 또는 금전배당을 하는 경우 그 한도액’과 ‘합병으로 인하여 존속회사에 취임할 이사, 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때의 그 성명 등’을, 신설합병의 경우 ‘합병으로 인하여 설립될 회사의 이사, 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때에는 그 성명 등’을 추가하였다(제523조제8호·9호 및 제524조제6호).

(14) 1인유한회사의 설립과 존속

개정상법은 주식회사의 발기인의 최저수 제한을 철폐함으로써(제288조) 1인 주식회사의 설립을 인정한 것과 같은 취지에서, 유한회사도 1인 설립을 인정하는 동시에 1인유한회사의 존속이 가능하도록 하였다(제543조제1항 및 제609조제1항제1호). 아울러 개정상법은 1인유한회사가 인정되므로 '사원이 1인으로 된 때'를 해산사유 및 회사 계속사유에서 제외하였다(제609조제1항제1호 및 제610조제1항).

(15) 2001년 12월 상법개정

2001년 12월 상법개정에서는 의원입법으로 합명회사에 관하여 두 개 조문이 신설되었다. 그 하나는 업무집행사원의 업무집행정지 가처분 등의 등기에 관한 규정으로, 사원이 업무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경·취소하는 경우에는 본점 및 지점이 있는 곳의 등기소에서 이를 등기하도록 하였다(제183조의2). 이 규정은 합자회사에도 준용된다(제269조). 다른 하나는 합명회사 직무대행자의 권한에 관한 규정을 신설한 것인데, 제183조의2의 직무대행자는 법원의 허가를 얻은 경우가 아니라면 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상업무의 범위에 속하지 아니한 행위를 하지 못하도록 하고, 이를 위반한 행위를 한 경우에는 회사가 선의의 제3자에 대하여 책임을 지도록 하였다(제200조의2. 이 규정도 합자회사에 준용된다(제268조).

종래의 상법에서 주식회사와 유한회사의 이사에 관하여는 직무집행정지 가처분이 제도가 인정되어 있었으나(제407조 및 제567조), 합명회사와 합자회사의 경우에는 명문규정이 없으므로 해석상의 문제로 남겨져 있었다. 2001년 12월 상법개정은 이를 명문화한 것이다.

2. 2001년 개정상법 중 기업조직재편제도의 분석 및 평가

2001년 상법개정에서는 기업조직재편제도 중 포괄적 주식교환·이전 제도가 신설되고, 입법당시부터 문제점이 지적되었던 주식매수청구제도

의 가격결정방법에 관한 오류를 시정하였으며, 영업양수도 및 합병제도의 미비점을 일부 보완하였다.

#### 가. 포괄적 주식교환·이전제도 신설

주식의 포괄적 교환과 포괄적 이전은 모두 완전모회사의 설립을 전제로 한 것이다. 포괄적 주식교환 방식은 회사가 신주를 발행하여 다른 회사의 주주가 가진 주식 전부와 교환하도록 함으로써 그 다른 회사의 모회사가 되는 방식이다. 이에 대해 포괄적 이전방식은 회사가 별도의 완전모회사를 설립하여 주주가 가진 그 회사의 주식 전부를 새로 설립하는 완전모회사에 이전함으로써 완전자회사가 되는 방식이다. 즉, 주식교환제도와 주식이전제도는 지주회사의 설립방법이라는 면에서는 공통되지만, 주식교환은 기존회사가 스스로 자회사가 되어 완전모회사를 신설한다는 점에서 차이가 있다. 주식이전에 의한 지주회사의 설립은 새로이 회사를 설립한다는 점에서 주식교환과 구별된다.<sup>58)</sup> 입법례로는 국내법으로 금융지주회사법 제20조 내지 제37조의 규정이 있고, 외국법으로는 미국 모범사업회사법 §11. 02(Share exchange) 및 이것을 모범으로 한 일본 상법 제352조 내지 제372조의 규정을 들 수 있다.

주식의 포괄적 교환·이전제도의 도입은 1999년 개정된 독점규제및공정거래에관한법률 제8조에서 지주회사의 설립 또는 전환을 허용함에 따라 상법상 지주회사의 설립에 관한 제도적 보완을 위한 것이다.<sup>59)</sup> 주식의 포괄적 교환 또는 이전제도는 현행제도들의 절차상·비용상의 한계를 극복하면서 기본적으로 기업의 물적 조직은 그대로 둔 채 인적 조직만 이전시키기 위한 것으로서, 완전모·자회사관계인 순수지주회사의 설립에 대한 상법상 제도적 지원책을 마련하는데 그 목적이 있다.

주식교환·이전제도는 주주의 고유재산인 주식을 그의 동의없이 주주총회의 특별결의라는 회사행위에 의하여 현물출자형식으로 처분하는데 그 특징이 있다. 복수의 자회사를 갖는 지주회사를 설립하고자 하는 경

58) 김효신, “주식교환·주식이전제도”, 비교사법, 2001.6, 765면.

59) 독점규제및공정거래에관한법률 제8조에서는 ‘지주회사를 설립하고자 하거나 지주회사로 전환하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공정거래위원회에 신고하여야 한다’라고 규정하고 있다.

우에는 주식교환 또는 주식이전을 필요한 수만큼 실행하면 된다. 여타의 지주회사설립·전환방식과 비교해 볼 때, 채권·채무의 이전이 일체로 이루어진다는 점에서 실무상 번잡하고 곤란한 법적 문제점들을 피할 수 있다. 무엇보다도 기존 회사의 본질을 변화시키지 않으면서 주주의 변경을 이룰 수 있다는 점에서 주식교환·이전방식의 장점을 찾을 수 있다.<sup>60)</sup>

미흡한 점으로는, 먼저 주식교환·이전제도는 전술한 바와 같이 완전 모회사의 설립을 위한 제도이므로 자회사의 발행주식의 일부라도 예외가 인정되지 아니하는데, 전환사채나 신주인수권부사채에 대하여 아무런 조치를 강구하고 있지 아니하다. 자회사가 주식의 포괄적 교환 또는 이전의 절차를 개시하기 이전에 전환사채 또는 신주인수권부사채를 발행한 경우에는 주식의 교환 또는 이전 이후에 전환권 행사기간이 도래하거나 신주인수권의 행사기간이 도래하여 사채권자가 이 권리를 행사하는 때에는 자회사의 주식을 발행하게 되는데, 그 결과 모회사 이외에 사채권자가 자회사의 주주가 된다. 이는 결국 본래의 취지와는 달리 완전 모회사를 성립시키는데 실패하는 것이 된다.

다음으로 주식의 교환·이전에 있어서 교환비율이나 주주에 대한 주식배정비율 등을 정함에 있어서 검사인의 조사나 그에 대신하는 보호조치가 마련되지 않았다는 것이다. 사후적 구제조치로서 무효의 소를 마련하고 있으나, 무효의 소의 특성상 그 절차가 복잡하여 구제수단으로서 현실적으로 활용이 어렵다고 볼 수 있다. 검사인이나 전문가에 의한 기업평가가 전제되지 아니하면 이사에 대한 책임추궁이나 주식배정비율·교환비율의 적정성 판단이 쉽지 않을 것으로 예상된다.

한편 주식교환 및 주식이전을 하는 회사가 수종의 주식을 발행한 경우 그 주식교환 또는 주식이전에 의하여 특정종류의 주주들에게 영향을 미칠 가능성이 예상되는 바, 종류주주총회의 결의를 거치도록 할 필요가 있는 것이다. 또한 주식이전에 의하여 완전모회사를 설립한 경우와 주식교환무효의 소 또는 주식이전무효의 소가 제기되어 무효의 판결이 확정된 경우 모두 각각 등기절차를 통하여 공시할 필요가 있는 바, 비송사건 절차법의 개정이 병행되어야 할 것이다.

60) 안택식, “주식교환·주식이전제도에 대한 검토”, 비교사법 제8권제2호, 103면.

#### 나. 주식매수청구의 매수가액결정방법 개선

개정상법은 주식매수청구권 행사시 주식의 매수가액은 회사 또는 주식매수를 청구한 주주간의 협의가 이루어지지 아니한 경우 별도의 절차를 거치지 아니하고 바로 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있도록 하였다.

기존의 상법에 의하면 주주와 회사 사이에 협의가 이루어지지 아니하는 경우 회계전문가에 의하여 산정된 가액을 매수가액으로 하고, 그 산정된 매수가액에 대하여 매수청구주주가 보유한 주식의 100분의 30이상이 반대하는 경우에는 법원에 매수가액의 결정을 청구할 수 있도록 하였다. 그러나 이러한 방식은 전술한 바와 같이 주평등의 원칙에 반하고 나아가 재판청구권을 사실상 제한하는 문제점이 있었다.<sup>61)</sup>

#### 다. 영업양수의 주주총회의 특별결의 추가

회사경영의 주요사항에 대한 주주의 의결권 강화를 위하여 회사영업에 중대한 영향을 미치는 다른 회사의 영업의 일부의 양수에 대해서도 주주총회 특별결의를 언도록 하였다.

종전에는 영업양수의 경우 ‘다른 회사의 영업 전부의 양수’인 때에만 총회의 특별결의를 언도록 되어 있었으므로(동조 동항 제3호) 일부 영업의 양수는 특별결의사항에서 제외되었다. 그러나 타 회사의 영업의 일부양수라도 회사의 영업에 중대한 영향을 미치는 영업양수의 경우에는 신중한 절차를 요하므로 개정상법은 이를 특별결의사항으로 추가한 것이다.

상법에서는 ‘영업 전부 또는 중요한 일부의 양도’에 대하여 주주총회 특별결의를 받도록 하고 있는데(제374조제1항제1호), 특별한 이유 없이 이 규정과 균형을 맞추기 위하여 기업활동을 규제하는 규정을 신설하는 것은 바람직하지 아니하다는 비판이었다.<sup>62)</sup>

61) 정찬형, “2000년 정부의 상법개정안에 대한 검토의견”, 상사법연구 제20권제1호, 2001, 125면 등 참조.

62) 상개논문, 124면.

#### 라. 합병계약서의 기재사항 보완

개정상법은 흡수합병의 경우의 합병계약서에 기재하여야 할 사항과 신설합병의 경우의 합병계약서에 기재하여야 할 사항의 일부를 수정하였다. 흡수합병 합병계약서의 기재사항으로는 각 회사가 합병으로 인하여 각 회사가 이익배당 또는 금전배당을 하는 경우 그 한도액과 합병으로 인하여 존속회사에 취임할 이사, 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때의 그 성명 등이 추가되었다. 신설합병 합병계약서의 기재사항으로는 합병으로 인하여 설립될 회사의 이사, 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때에는 그 성명 등이 추가되었다.

이 중 흡수합병에 있어 ‘각 회사가 합병으로 인하여 각 회사가 이익배당 또는 금전배당을 하는 경우 그 한도액’을 추가한 것은 그간에 제기되어 왔던 합병교부금의 지급목적 및 한도에 관한 이론을 일부 수용한 것이다.<sup>63)</sup> 일본의 경우를 보면 1997년 상법개정을 통하여 합병계약서에 기재하여야 할 사항으로 ‘각 당사회사가 합병일까지 이익배당 또는 중간배당을 하는 때에는 그 한도액’을 추가함으로써(일본 상법 제409조제7호 및 제410조제5호), 이익배당을 위한 합병교부금 지급의 허용여부에 관한 이론을 입법적으로 해결한 바 있다.

---

63) 최성근, “합병교부금의 허용범위에 관한 해석론·입법론”, 상사법연구, 제23권제2호, 2004, 397면 이하.

## 제 4 장 결 어

### I. 상사입법의 연구방법론

입법에 있어 핵심적인 문제는 여하히 적절·타당한 입법내용을 형성할 수 있을 것인가 라고 할 것이다. 적절·타당한 입법내용을 담기 위해서는 무엇보다도 과학적인 접근방법이 필요하고 나아가 개개의 법분야별로 차별화된 입법연구가 행해져야 할 것이다. 그리고 경험·숙련 또는 직관에 의한 입법이 아닌 과학적인 입법을 위한 전개하기 위해서는, 입법정책을 명확히 설정하여야 함은 물론, 법사회학에 의하여 법과 그 배경인 사회적 제사정과의 상호관계를 파악해야 하고, 형식이 아닌 실질을 추구하는 비교법연구가 이루어져야 할 것이다.

아울러 입법 특히 경제관계입법의 내용을 형성함에 있어서는 무엇보다도 현실성과 형평성이 유지되어야 한다. 현실성이 결여되어 있는 경우에는 입법 자체가 무의미해지며, 형평성이 결여된다면 이해관계자들간에 불균형을 유발하여 제반 구조적인 문제들을 더욱 악화시키고 분쟁을 양산하게 된다. 이러한 부작용을 사후적으로 해석 등을 통하여 보완하는데는 한계가 있으므로, 입법단계에서 입법결과로 인한 부작용의 방지를 위한 치밀한 준비가 있어야 한다. 즉, 해당 입법과 관련하여 보다 많은 이해관계자의 의견이 수렴되어야 함은 물론, 예상되는 입법의 결과에 대한 검증(simulation)이 철저하게 이루어져야 한다. 특히 상법과 같이 경제의 핵심을 이루는 기업의 조직과 활동을 규율하는 법규를 개정함에 있어서는 더욱 그러하다.

### II. 향후 상법개정에 있어 바람직한 입법방향

상법의 중심이 되는 회사법은 주요 유럽국가에서 각자의 고유성을 지니며 발전하여 왔고, 19세기 이후 미국에서 역시 고유한 경제관에 입각하여 별개로 발전하여 왔다. 오늘날은 EU의 지침에 의하여 유럽의 회사법이 통일되어 가고 있어, 현재 세계의 회사법은 유럽의 회사법과 미국계 회사

법의 두 가지 조류로 나누어져 있다. 물론 양대 회사법은 부분적으로는 상호교류를 통하여 통일화되는 경향도 보이지만, 기본적인 구조와 사상을 달리하고 있다. 최근의 추세를 보면 미국의 회사법제도가 자국의 경제력을 등에 업고 그 영향력을 확대해 나아가고 있으며, 미국이 타국에 대하여 정책적으로 자국의 회사법을 수용할 것을 종용하는 모습도 볼 수 있다.

우리의 회사법은 독일의 회사법을 바탕으로 한 것이므로 체계적으로는 유럽의 회사법에 가깝지만, 경제적으로 미국의 영향력으로부터 자유로울 수 없는 탓에 1963년 상법의 제정시부터 미국제도를 다수 수용해오고 있다. 미국 경제력의 영향을 받는 한 경제교류의 원활화과정에서 미국 회사법의 영향을 받지 않을 수는 없겠지만, 회사법은 자국의 기업문화와 여타 기초법제를 배경으로 하여야 한다는 점을 간과해서는 아니 될 것이다. 즉, 우리나라에서 고유하게 형성된 기업문화와 여타 기초법제와의 조화를 무시하여서는 아니된다는 것이다.

우리 상법은 1962년에 제정되어 현재에 이르기까지 모두 일곱 차례 개정되었다. 이 중 회사편은 1984년, 1995년, 1998년, 1999년 및 2001년의 다섯 차례 큰 폭의 개정이 있었는데, 우리나라 경제의 조정기라 할 수 있는 '90년대 이후 기본적인 틀을 바꿀만한 큰 변화가 있었다. 이 중 기업조직재편제도를 보면, 1995년 개정에서 합병, 영업양도 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권제도를 도입하였고, 간이합병방법을 신설하고 흡수합병의 보고총회를 생략하는 내용으로 합병절차를 간소화하였으며, 합병시 소멸회사의 이익준비금 등의 승계를 허용하였다. 그러나 1995년의 상법개정은 서막에 불과했다고 말할 수 있다.

1997년 말 초유의 경제위기를 맞이하여 온 나라는 일시적으로 일찍이 겪어보지 못한 사회적·경제적 공황상태에 빠졌었다. 1997년 말 이후의 경제위기상황을 극복하고 경제재도약의 발판을 마련하기 위하여 강도 높은 기업구조조정이 추진되었고, 이를 지원하기 위하여 상법을 비롯한 다수의 경제관련법령들이 대대적으로 보완 또는 정비되거나 새로운 제도들이 도입되었다. 특히 기업관계의 기본법이라 할 수 있는 상법은 회사편에 획기적인 변화가 있었는데, 기업구조조정을 촉진하고 기업지배구조를 개선하기 위하여 1998년, 1999년 및 2001년에 연이은 대폭적인 개정이 있었다.

이러한 일련의 상법개정 중 기업구조조정의 핵심수단이라 할 수 있는 기업조직재편제도를 보면, 1998년 개정에서는 합병절차의 간소화를 위하여 1995년 개정에 이어, 간이합병제도의 적용범위를 확대하고 소규모 합병제도를 도입하며 합병시 채권자의 이익제출기간을 단축하였고, 규모의 비경제를 해소하기 위한 기업의 구조조정을 지원하기 위하여 회사분할제도를 도입하였다. 그리고 2001년 상법개정에서는 지주회사의 설립·전환을 지원하기 위하여 포괄적 주식교환·이전제도를 신설하고, 입법당시부터 문제점이 지적되었던 주식매수청구제도의 가격결정방법에 관한 오류를 시정하였으며, 영업양수도제도와 합병제도의 미비점을 보완하였다.

최근 상법개정의 변화폭은 이전에는 상상하지 못했을 정도로 컸지만 실제로 담고 있는 입법내용은 그리 만족스러운 것이라고 말하기 어렵다고 할 것이다. 물론 경제위기라는 특수상황하에서 시급히 입법을 추진할 수밖에 없는 어려움이 있기는 하지만, 의견수렴이 충분치 못하였다는 점은 차치하더라도 전술한 바와 같이 외국의 입법례를 받아들임에 있어 해당국의 기업여건과 우리의 기업여건의 차이를 고려한 실질적인 비교법연구가 이루어지지 못하였다거나 기업의 수요를 반영하는 입법을 추진하면서 우리의 기업현실을 제대로 파악하지 못하였다거나, 또는 여타 기초법제와의 조화를 위한 노력이 부족했다는 비판은 시간부족으로 양해될 수 있는 사안이 아니라고 할 것이다. 향후의 상법개정에서는 입법정책적·법사회학적 접근방법을 채용함은 물론이고, 외국의 제도는 그 우수성이 검증된 것에 한하여 수용하여야 할 것이고 우리의 기업문화나 다른 기초법제와의 충돌이 없도록 하여야 할 것이다. 아울러 기업조직재편제도에 관한 입법내용을 형성함에 있어서는 특히 기업의 효율성 제고라는 새로운 입법정책적 관점을 적절하게 반영할 필요가 있다.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

- 김건식, “미국회사법상 반대주주의 주식매수청구권”, 서울대학교 법학 제 93호, 1993.
- 국회도서관 입법조사분석실, 기업구조조정과 M&A, 1998.
- 권기범, 기업구조조정법(제2판), 삼지사, 1999.
- \_\_\_\_\_, “주식매수청구권제도의 개선방향”, 상장협 제41호, 2000.3.
- 남일총·최성근, “도산제도의 법경제학”, 한국경제의 분석패널 『한국경제의 분석』 제7권 제3호, 2001.12.
- 두성규, “반대주주의 주식매수청구권”, 단국대학교 박사학위논문, 1996
- 박준·강희철, “주식매수청구권”, 증권월보, 1994.
- 상홍규, “1998년 개정상법상의 주식매수청구권에 관한 고찰”, 연세법학연구 제5권, 1999.
- 손중학, “구조조정을 위한 M&A의 기능과 법적 규제”, 산은조사월보 제 512호, 1998.7.
- 손주찬, “상법(회사법)의 개정과 2000년의 과제”, 법조 제520호, 2000.1.
- 신현윤, 기업결합론, 법문사, 1999.
- 안강현, “상법의 주요 개정 부분에 대한 검토”, 연세법학연구 제6권 제1호, 1999.6.
- 안문택, 증권거래법체계, 육법사, 1985.

참 고 문 헌

- 양명조, “회사합병과 소수주주의 이익보호”, 이화여자대학교 사회과학논  
총 제5집, 1985.
- 오영환, “주식매수청구권에 관한 고찰”, 증권조사월보 제96호, 1985.4.
- 유진희, “독일 회사법상 기업의 합병과 분할 : 사원과 채권자의 보호를  
중심으로”, 서강법학연구 제2호, 2000.3.
- \_\_\_\_\_, “21세기 한국 상사법학의 과제와 전망: 최근의 회사법 개정을  
중심으로”, 안암법학 제13호, 2001.11.
- 윤보옥, “한국의 M&A의 현황과 전망”, 인하대 법학연구 제3호, 2000.12.
- 이철송, 회사법강의, 박영사, 2005.
- \_\_\_\_\_, “채권의 출자전환에 따른 법률문제”, 인권과 정의, 통권 제266  
호, 1998.10.
- \_\_\_\_\_, “현행 주식매수청구권제도의 문제점”, 한양대법학논총 제4집,  
1987.2.
- 이형규, “상법 중 회사법(일반)에 대한 개정의견”, 상사법연구 제24권 제  
2호, 2005.8,
- 임재연, “기업구조조정에 관한 법률문제 : 합병, 영업양도, P&A, 출자  
전환 등을 중심으로”, 변호사 제29호, 1999.1.
- 임홍근, “상사법제의 변천: 그 평가와 전망”, 법제연구 제15권, 1998.12.
- 장지석, “IMF와 개정상법: 회사편을 중심으로”, 경원대학교 사회과학연  
구 제9집, 2002.12.
- \_\_\_\_\_, “주식회사에 관한 1999년 개정상법”, 경원대학교 사회과학연구  
제7집, 2000.8.
- 전국경제인연합회, 구조조정과 시장경제, 2000.

- 정병덕, “영업양도에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2000.8.
- 정용상, “개정회사법상의 논점”, 부산외국어대학교 비교법학 제8집, 1997.4.
- 정준우, “반대주주의 주식매수청구권에 관한 고찰”, 이병태교수 화갑기념 논문집 『신세기회사법의 전개』, 대전서적, 1996.
- 정윤모, 회사분할과 기업구조조정, 한국증권연구원, 1999.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2001.
- 정쾌영, “지주회사에 관한 입법론적 과제”, 산업경제연구 제14권 제5호 통권37호, 2001.10.
- 정태환, “주식매수청구권제도에 관한 고찰”, 법조 제28권 제26호, 1979.6.
- 증권예탁원 편저, 증권예탁결제제도, 법문사, 1995.
- 최기원, 신회사법론, 박영사, 2001.
- \_\_\_\_\_, “IMF의 극복을 위한 상법개정의 방향”, 규제연구 제22권, 1998.11.
- \_\_\_\_\_, “회사합병의 법률관계”, 상장협, 1987 추계호.
- 최성근, 지주회사의 해금과 상법관련제도에 관한 연구, 한국법제연구원 연구보고 99-01, 1999.6.
- \_\_\_\_\_, “지주회사의 설립방식”, 상사법연구 제18권 제1호, 1999.6.
- 홍복기, “기업구조조정에 관한 개정회사법의 제문제와 개선방향”, 비교사법 제11권, 1999.12.
- 홍진기, “주식회사의 합병에 있어서의 교부금”, 유민 홍진기선생 화갑기념 『법학의 제문제』, 중앙일보사, 1977.
- Mummenhoff · Winfried / 하경효 역, “독일법상의 영업양도 규율에 미친 유럽법원의 영향”, 經營法律 제8호, 1998.2.

## II. 외국 문헌

### 1. 일본 문헌

民事立法學, 法律時報, 第53卷 第14號, 1981.

江頭憲治郎, 結合企業法の立法と解釋, 有斐閣, 1995.

今井宏 外, 新版 注釋會社法(13), 73面, 有斐閣, 1990.

關俊彦, 株式評價論, 商事法務研究會, 1983.

龍田 節, 會社法(第6版), 有斐閣, 1999.

日本通商産業省, 持株會社をめぐる商法上の諸問題-株式交換制度の創設に向けて-, 別冊 商事法務 No. 206, 商事法務研究會, 1998.

鴻常夫 外, 新版 注釋會社法(5), 有斐閣, 1986.

江頭憲治郎, “合併發表後に取得した株式の買取價格”, 會社判例百選 第6版, 1998.

—————, “會社の合併, 營業財産の實質的全部の讓渡, 株式の交換 -全美的な狀況とキャリフォルニアの新會社法典”, アメリカ法, 1980年 第2號.

鈴木忠一, “株式買取請求權手續の諸問題”, 會社と訴訟(上), 有斐閣, 1960.

吉見研次, “反對株主の株式買取價額”, 企業判例研究, 1988.

神田秀樹, “持株會社と商事法”, 商事法務 第1479號, 1998.1.5.

紫田和史, “合併法理の再構成-吸収合併における對價の検討(六・完)”, 法學協會誌 第107卷 第1號, 1990.

酒卷俊雄, “純粹持株會社と會社法上の問題”, ジュリスト, No.1104, 1997.1.1.

中東正文, “株式交換による持株會社の設立”, 商事法務 No. 1482, 1998.2.15.

\_\_\_\_\_, “アメリカにおける締め出し合併とテイクオーバー”, 名古屋法學  
第140號, 1992.

## 2. 구미문헌

Brudney & Chirelstein, “A Restatement of Corporate Freezeouts”,  
87 Yale L. J. No. 87, 1978.

Brudney, A Note on “Going Private”, Va. L. Rev. No. 61, 1975.

Brudney, “Equal Treatment of Shareholders in Corporate  
Distributions and Reorganizations”, California Law  
Review Vol. 71, 1983.

C. Berger & Thomas J. Allinham II, “A New Light on Cash-Out  
Merger: Weinberger Eclipses Singer”, The Business  
Lawyer Vol. 39, 1983.

Elliot J. Weiss, “The Law of Take Out Mergers: A Historical  
Perspectives”, New York Univ. L. Rev. Vol. 56,  
1981.

Elmer J. Schaefer, “The Fallacy of Weighting Asset Value  
and Earning Value in the Appraisal of Corporate  
Stock”, South California Law Review Vol. 55,  
1982.

Eskridge, Frickey & Garrett, Legislation: Statutes and the  
creation of public policy, 3rd ed., West Publishing  
Co., 2002.

Kahn Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”,  
37 Modern Law Review 1, 1974.

참 고 문 헌

Marsh, Comparative Law and Law Reform. Rabels Z 41, 1977.

Patrick A. Gaughan, Mergers, Acquisitions, and Restructurings, 2nd ed., John Wiley & Sons, Inc., 1999.

Robert W. Hamilton, The Law of Corporations, 4th ed., West Publishing Co., 1996.

Stout, "Are Takeover Premiums Really Premiums? Market Price, Fair Value and Corporate Law", 99 Yale L. J., 1990.

Victor Brudney, "Equal Treatment of Shareholders in Corporate Distributions and Reorganizations", California Law Review Vol. 71, 1983.