

1998年 商法改正중 企業構造調整促進 關聯事項에 관한 小考

- 合併節次의 簡素化와 會社分割制度의 導入을 중심으로 -

崔 星 根*

차 례

- I. 序說 - 商法改正의 背景 및 方向
- II. 合併節次의 簡素化
 1. 吸收合併의 경우 簡易合併制度의 適用範圍 확대 및 小規模合併制度의 신설
 2. 新設合併의 경우 設立委員制度의 폐지 및 創立總會의 생략
 3. 債權者異議期間의 단축
 4. 合併節次의 간소화와 關聯한 株主 및 債權者 보호
- III. 會社分割制度의 導入
 1. 會社分割의 概念
 2. 會社分割의 節次
 3. 會社分割의 效果
 4. 會社分割의 無效
- IV. 結語 - 評價 및 提言

* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

I. 序說 - 商法改正의 背景 및 方向

현경제의 위기상황을 극복하기 위하여는, 금융산업의 정상화를 비롯하여 企業構造調整의 촉진·倒産企業의 원활한 퇴출 및 벤처기업을 포함한 中小企業의 육성을 통하여 경제제도약의 발판을 마련하여야 할 것이다. 이 중에서도 특히 기업에 있어서는 강도높은 자구노력에 의한 구조조정이 시급히 요구되는데, 기업은 구조조정을 통하여 재무구조를 개선하고, 규모·기술력 및 업무의 효율성을 향상시켜 경쟁력을 높이며, 수익을 확대할 수 있는 기반을 구축할 수 있을 것이다.

현재 우리나라의 시장경제는 자율조정이 가능한 성숙단계에 있지 아니한 만큼 기업이 자구노력에 의한 구조조정만으로 현재의 경제위기상황을 타개해 나아가기에는 한계가 있다. 아울러 종래의 법제도하에서는 기업이 자구노력에 의한 구조조정을 펼치기에 선택의 폭이 좁을 뿐만 아니라 사안에 따라서는 법제도상의 제약이 결정적인 장애요인으로 작용하기도 한다. 그러므로 기업의 자생력 회복 및 경쟁력 제고를 위한 강도높은 자구노력과 함께 법제도적 지원이 필수적으로 요구된다.

1998년도 상법개정의 직접적인 동기가 된 입법배경은 바로 기업구조조정에 대한 법제도 차원에서의 지원이다. 즉, 이번 개정의 취지는 合併節次의 간소화와 會社分割制度의 도입 등을 통하여 企業의 構造調整을 제도적으로 지원하고, 株式最低額面額의 인하·株式分割制度 및 中間配當制度의 도입 등을 통하여 資本調達의 편의를 제공하며, 少數株主權의 강화 및 累積投票制度의 도입 등을 통하여 企業經營에 대한 監視制度和 企業經營者의 責任을 강화하고 企業經營의 透明性을 보장함으로써, 최근의 경제위기에 대응함과 아울러 원활하고 합리적인 경제구조개편을 도모하려는 것이다.

이하에서는 이번 상법개정중 특히 기업구조조정의 지원과 관련한 합병제도의 간소화와 회사분할제도의 도입에 관하여 검토한다.

II. 合併節次의 簡素化

이번 개정상법안에서 취해진 합병절차 간소화조치를 보면, 흡수합병의 경우 종래의 간이합병제도의 적용범위를 확대하고 새로이 소규모합병제도를 도입하

였고, 신설합병의 경우에는 설립위원제도를 폐지하고 창립총회를 생략할 수 있도록 하였으며, 합병에 관한 채권자의 이익기간을 단축하였다. 아울러 합병 절차 간소화조치에 따른 주주 및 채권자의 보호를 위하여 합병에 관한 사전·사후공시를 강화하고, 반대주주의 주식매수청구권을 보완하였으며, 합병계약서의 기재사항을 정비하였다. 또한 개정상법안은 현재의 '제9절 해산'을 제521조까지로 하고, 제522조이하의 조문으로는 '제10절 합병'에 관한 절을 신설하였으며, '제11절 분할'(제530조의2 내지 제530조의12)에 관한 장을 신설하였다. 그리고 현재의 '제10절 청산'을 '제12절 청산'으로 하였다.¹⁾

1. 吸收合併의 경우 簡易合併制度의 適用範圍 확대 및 小規模合併制度의 신설

1) 簡易合併制度의 適用範圍 확대

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

한편 주주총회의 생략과 관련하여 소멸회사의 주주를 보호하기 위하여, 소멸회사에 대하여 합병계약을 작성한 날로부터 2주간내에 주주총회의 승인을 얻지 않고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(개정상법안 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(개정상법안 제522조의3제2항).

(2) 간이합병제도(short form merger)의 적용범위에 관한 외국의 입법례를 보면, 미국의 경우 모범사업회사법에서 100분의 90 이상으로 정하고 있고 델라웨어주, 캘리포니아주, 뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일

1) 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 사법재판법 제2편 등)를 보더라도 대부분의 경우 합병을 해산과 분리하여 독립적인 조문체계를 취하고 있다.

하게 규정하고 있다.²⁾

2) 小規模合併制度의 신설

(1) 개정상법안은 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 이사회가 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있고 합병반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 아니한다(개정상법안 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(개정상법안 제527조의3제1항 단서).

한편 주주총회의 생략과 관련하여 존속회사의 주주를 보호하기 위하여, 존속회사의 합병계약서에 주주총회의 승인을 생략하고 합병을 한다는 뜻을 기재하도록 함(개정상법안 제527조의3제2항)과 아울러 존속회사에 대하여 합병계약서를 작성한 날로부터 2주간내에 소멸회사의 상호·본점소재지·합병일 및 주주총회의 승인을 생략하고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(개정상법안 제527조의2제2항). 또한 소규모합병에 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(개정상법안 제527조의3제4항).

(2) 현행상법은 흡수합병의 경우 간이합병의 경우를 제외하고는 소멸회사와 존속회사의 양자에 대하여 공히 주주총회의 특별결의를 요구하고 있다. 그런데 소멸회사의 규모가 존속회사에 비하여 현저하게 작은 경우에는 그러한 합병은 존속회사에 있어서 주주의 이해에 중대한 영향을 미치는 사항이라기보다는 경영판단의 범주에 속하는 것으로서 존속회사의 주주에게는 관심밖의 사항일 수 있다. 그러므로 개정상법안에서는 이러한 경우 합병을 촉진하기 위하여 존속회사의 주주총회를 생략할 수 있는 길을 열어준 것이다.³⁾

2) 미국 모범사업회사법 제11.04조 참조.

3) 상장회사의 경우 주주총회를 소집하려면 통상 2개월이상의 기간과 적지 않은 비용이 소요되는데, 이번 소규모합병제도의 신설로 이러한 번거로움을 제거하여 기업의 구조조

소규모합병제도(small scale merger)에 관한 외국의 입법례를 보면, 일본상법상의 소규모합병제도는 이번 개정상법안에서 신설된 소규모합병제도의 직접적인 모델이 되었고, 미국의 경우는 모범사업회사법에서 존속회사가 발행하는 신주의 총수가 발행주식총수의 100분의 20을 초과하지 아니하는 경우에는 이사회가 결의만으로 합병할 수 있도록 정하고 있으며 델라웨어주, 캘리포니아주, 뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일하게 규정하고 있다.⁴⁾

2. 新設合併의 경우 設立委員制度의 폐지 및 創立總會의 생략

1) 設立委員의 폐지

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

(2) 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. 개정상법안은 신설합병의 경우 굳이 설립위원을 선임하기 위한 절차를 밟을 필요가 없기 때문에 절차의 간소화와 비용의 절감을 위하여 설립위원제도를 폐지한 것이다.

2) 創立總會의 생략

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

(2) 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 이어나 감사가 정기총회시까지 업무를 수행하면 족하다. 또한 정관의 변경이 필요하다면 따로이 주주총회를 개최하면 된다. 그러므로 개정상법안은 신설합병의 경우에도 창립총회를 생략할 수 있도록 한 것이다.

정을 촉진하는 효과가 있을 것으로 기대된다.

4) 일본상법 제413조의3 및 미국 모범사업회사법 제11.03조(g).

3) 報告總會와 創立總會 생략시 理事·監事の 任期에 관한 特則

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

(2) 흡수합병시의 보고총회와 신설합병시의 창립총회를 생략하는 경우에는 존속회사 또는 신설회사의 이사와 감사를 선임할 주주총회가 개최되지 아니하므로 누구를 이사 또는 감사로 선임할 것인가가 문제된다. 개정상법안은 이를 해결하기 위하여 흡수합병의 경우 존속회사의 이사와 감사로서 합병전에 취임한 자는 합병계약서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 합병후 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. 債權者異議期間의 단축

현행상법은 합병의 경우 채권자에 대하여 최소한 2월이상의 이의기간을 부여하도록 하고 있으나 개정상법안에서는 합병절차의 신속한 진행을 위하여 이를 1월이상으로 대폭 단축하였다(개정상법안 제232조제1항 및 제527조의5). 즉, 주주총회의 승인결의 또는 이사회회의 승인결의가 있는 날로부터 2주내에 채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 1월이상의 기간내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 한다.

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

4. 合併節次의 간소화와 관련한 株主 및 債權者 보호

1) 合併에 관한 公示의 강화

(1) 개정상법안은 합병의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 합병계약서 등의 사전공시와 합병에 관한 사후공시를 강화하였다. 먼저 사전공시로는 이사로 하여금 제522조제1항의 주주총회회의일의 2주간전부터 6월까지 합병계약서, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 발행하는 주식의 배정에 관하

여 그 이유를 기재한 서면, 회사의 최종의 대차대조표와 손익계산서를 본점에 비치하도록 하였다(개정상법안 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(개정상법안 제527조의6).

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

다만, 개정상법안 제522조의2제1항의 비치하여야 할 서류의 열거사항중 ‘합병교부금의 지급에 관한 서면’이 제외되어 있는데, 합병교부금⁵⁾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.⁶⁾

2) 反對株主의 株式買受請求權 보완

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

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

3) 합병계약서의 기재사항 추가

개정상법안은 합병계약서의 기재사항 중 ‘합병을 할 날(합병기일)’과 ‘존속하는 회사가 합병으로 인하여 정관을 변경하는 때에는 그 규정’을 필요적 기재

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

6) 즉, 제1항의 비치하여야 할 서류에 ‘합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 합병교부금의 지급에 관하여 그 이유를 기재한 서면’을 3호로 추가하고, 개정상법안의 3호를 4호로 하는 것이 타당하다고 본다.

사항으로 추가하였다(개정상법안 제523조제6호 및 제7호).

4) 합병登記

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

(2) 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 개정상법안은 합병등기기간의 기산일을 보고에 갈음하는 공고일로 하도록 한 것이다.

Ⅲ. 會社分割制度의 導入

1. 會社分割의 概念

1) 會社分割의 定義

(1) 개정상법안에서의 회사분할이란 ‘회사가 분할에 의하여 그 재산을 출자하여 1개 또는 수개의 회사를 설립하거나(단순분할), 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립중의 회사에 출자하거나 출자와 동시에 1개 또는 수개의 존립중의 회사의 재산의 전부 또는 일부의 출자를 받아 회사를 설립하는 것(분할합병)’을 말한다(제530조의2제1항, 제2항 및 제3항). 개정상법안에 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).

(2) 개정상법안의 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 설

립하는 경우'가 명확하게 설명되지 아니한다. 그러므로 4개항으로 되어 있는 개정상법안의 회사분할에 관한 정의규정은 단순분할·분할합병 및 해산의 경우의 3개항으로 정리하여, 분할의 개념을 명확히 함과 아울러 내용상으로 '제 11절 회사의 분할'에서 인정하고 있는 인적분할의 제형태를 수용할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁷⁾

2) 會社分割의 種類

개정상법안에서의 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.⁸⁾

인적분할은 다시 합병과의 관련여부에 따라 합병과 관련을 갖지 아니하는 경우의 단순분할과 합병과 결합되는 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 불완전분할합병은 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 불완전신설분할합병만을 인정하고 있다.⁹⁾

7) 이와 같은 내용으로 조문을 재구성하면 다음과 같다.

제530조의2 (회사의 분할, 분할합병) ①회사는 분할에 의하여 그 재산을 출자하여 1개 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 분할합병할 수 있다.

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

2. 會社分割의 節次

개정상법안에서 정하고 있는 분할의 절차는 크게 분할에 따른 법률관계를 정하는 분할계획서 또는 분할합병계획서의 작성, 대내적 절차인 분할에 대한 주주총회의 결의, 대외적 절차인 분할결의 전후의 채권자보호절차 및 분할등기로 구분된다.

1) 分割計劃書 또는 分割合併計劃書의 작성

(1) 분할절차는 분할계획서(단순분할) 또는 분할합병계약서(분할합병)의 작성을 기초로 하여 진행된다(제530조의3제1항 전단). 개정상법안은 분할의 종류에 따라 분할계획서 또는 분할합병계약서의 기재사항을 상세하게 규정하고 있는데, 제530조의5제1항은 단순분할의 경우 신설회사에 대한 분할계획서의 기재사항을 규정하고, 동조제2항에서는 단순분할 중 불완전분할의 경우 분할후 존속하는 회사에 대한 분할계획서의 기재사항을 규정하고 있다. 또한 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 분할후 존속하는 회사에 대한 기재사항을 규정하고 있다.

(2) 개정상법안의 규정의 표현방식과 관련하여 몇가지 문제점을 지적한다

9) 개정상법안에서 인정되고 있는 회사분할의 종류를 정리하면 다음과 같다.

1. 인적 분할
 - 1) 단순분할
 - (1) 완전분할
 - (2) 불완전분할
 - 2) 분할합병
 - (1) 흡수분할합병
 - ① 완전흡수분할합병
 - ② 불완전흡수분할합병
 - (2) 신설분할합병
 - ① 완전신설분할합병
 - ② 불완전신설분할합병
2. 물적분할
 - (1) 불완전분할
 - (2) 불완전신설분할합병

면, 먼저 제530조의5의 분할계획서의 기재사항은 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 마찬가지로, 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.

2) 分割決議

(1) 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 의결권없는 주식을 가진 주주도 의결권을 행사한다(제530조의3제3항).¹⁰⁾ 분할합병의 경우에는 분할결의에 반대하는 주주에게 합병의 경우와 마찬가지로 주식매수청구권이 인정되나(제530조의11제2항 및 제522조의3), 단순분할의 경우에는 원칙적으로 이러한 주식매수청구권이 인정되고 있지 아니하다.

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

(3) 회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 이와 관련되는 각 회사의 ‘주주의 부담이 가중되는 경우’에는 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다(제530조의3

10) 이를 인정한 것은 이들도 회사의 분할에 의하여 이전의 대상이 되고 회사의 기초가 변경되므로 분할의 결정에 참여시키기 위한 것이다, 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 1998.10, 433면.

제6항).¹¹⁾

3) 債權者保護節次

(1) 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 및 분할전 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면을 본점에 비치하여야 한다(제530조의7제1항).¹²⁾

또한 흡수분할합병의 경우 상대방회사의 이사는 분할합병을 승인하는 주주총회의 회일 2주간 전부터 분할합병의 등기를 한 후 6월간 분할합병계약서, 분할되는 부분의 대차대조표 및 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).

(2) 會社債權者의 異議를 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, 제527조

11) 개정상법안 제530조제6항와 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.

12) 개정상법안 제530조제1항 및 제2항을 보면 비치하여야 할 서류에서 '분할교부금의 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.

의5제3항 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).

4) 分割登記

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 소멸하는 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. 會社分割의 效果

1) 權利·義務의 包括的 移轉

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

(2) 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.

2) 分割 또는 分割合併後의 會社の 責任

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 채무만을 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 채권자이의 제출권(제527조의5 및 제439조제3항)이 인정된다.

4. 會社分割의 無效

1) 分割無效의 訴의 節次

분할절차에 하자가 있는 경우에는 그 효력이 문제되는데, 개정상법안은 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).

2) 分割無效判決의 效果

(1) 분할무효판결은 대세적·불소급적 효력을 가진다. 분할무효판결이 확정된

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

(2) 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 개정상법안은 부담채무에 관하여는 분할당사회사의 연대채무로 하고 취득재산에 관하여는 그 공유로 하고 있다(제530조의11제1항 및 제239조제1항 및 제2항). 이 경우 각 회사의 부담부분 또는 지분은 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).

IV. 結語 - 評價 및 提言

이번 상법개정은 기업의 구조조정을 제도적으로 지원하고 기업경영의 투명성을 보장함으로써 기업의 최근의 경제위기에 대응함과 아울러 원활하고 합리적인 경제구조개편을 도모하기 위한 법률상의 여건을 마련한다는 것이 입법의 궁극적인 목적이었다. 그런데 이번 개정의 내용을 보면 기업의 구조조정을 지원하고 기업경영의 투명성을 제고하고자 하는 노력은 엇보이나 제도의 도입 내지는 개선과 관련하여 각계의 다양한 의견이 폭넓게 수렴되지 못하였고 몇 가지 중요한 사안을 다루지 아니하였다는 아쉬움이 있다. 이 중 후자의 대표적인 예로는 기업구조조정과 관련한 債務의 出資轉換 문제와 기업경영의 투명성 제고와 관련한 社外理事制度 문제를 들 수 있다.

먼저 채무의 출자전환문제는 기업의 구조조정에 있어서 가장 큰 걸림돌이 되는 과다채무를 근본적으로 해소할 수 있는 방법임에도 불구하고 이번 개정논의에서는 이에 관한 별다른 언급이 없었다. 채무의 출자전환과 관련하여 현행상법은 제334조에서 '주주는 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못한다'라고 규정하고 있다. 이 규정에 관하여는 주주가 일방적으로 주금의 납입의무를 자기의 채권과 상계하는 것은 당연히 금지되지만 회사가 채권자에 대하여 갖고 있는 주금납입채권을 자동채권으로 하여 상계하거나 회사의 승낙 또는 회사와 채권자 간의 합의에 의하여 상계하는 것까지 금지하는 것은 아니라는 해석

론이 있으나,¹³⁾ 대법원은 최근의 회사등기에 관한 질의응답에서 채권과의 상계에 의한 주금납입방법은 인정되지 아니하고 주금납입증명서가 있어야만 신주발행변경등기가 가능하는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁴⁾ 그러므로 현재로서는 금융기관이 채무를 출자전환하려면 우선 대출금만큼의 현금 또는 현물로 주금을 납입하고 이후 이를 다시 회수하는 방법을 이용하여야 한다. 그런데 이 경우 절차가 번거로울 뿐만 아니라 납입금이 바로 해당 대출금의 변제에 쓰여진다는 보장도 없으므로 채권자의 입장에서는 쉽게 응할 수 있는 방법이 아니다.

다음으로 사외이사제도는 현재 有價證券上場規程에서 정하고 있는데(제48조의5), 사외이사의 선임을 상장외의 조건으로 하면서 모든 상장법인의 사외이사선임을 강제하고 있다.¹⁵⁾ 주식의 상장은 현대의 기업활동에 결정적인 영향을 미치는 요소이므로 그 상장의 조건을 법률의 근거없이 증권거래소의 유가증권상장규정에 의하여 제한하는 것은 기본권 즉, 직업선택·영업활동의 자유를 제한하는 것으로 위헌의 소지가 있다.¹⁶⁾ 그러므로 기업경영의 투명성 제고를 논하려면 사외이사 및 사외감사의 개념·자격·임기·원수·책임 등에 관한 상법규정의 정비가 반드시 포함되어야 했음에도 불구하고 이번 개정에서 사외이사와 사외감사문제는 논외로 다루어졌다.

입법 특히 경제관계입법은 대개의 경우 효율성의 제고가 그 동기가 되는데, 동기여하를 불문하고 衡平性과 現實性이 확보되어야 한다. 형평성이 결여된다면 이해관계자들간에 불균형을 유발하여 제반 구조적인 문제들을 더욱 악화시켜 분쟁을 양산하게 되고, 현실성이 결여되어 있는 경우에는 입법 자체가 무의미해진다. 이러한 부작용에 대하여는 사후적인 해석상의 보완으로는 해결에 한계가 있으므로, 입법단계에서 관계자들의 다양한 의견을 수렴함과 아울러 예상되는 입법의 결과에 대한 검증의 노력이 필요하다.

13) 자세한 내용에 관하여는 '이철송, "채권의 출자전환에 따른 법률문제", 인권과 정의, 통권 제266호, 1998.10.17면이하'를 참조할 것.

14) 법원행정처장 질의응답 1998.6.23 등기 3402-559.

15) 유가증권상장규정에 의하면 모든 주권상장법인은 금년부터 1인이상의 사외이사를 선임하여야 하고 1999년에는 총이사수의 4분의 1이상을 사외이사로 선임하여야 한다. 증권거래소는 주권상장법인이 금년중에 사외이사를 선임하지 아니한 채 결산일로부터 6개월이 경과하면 1부종목을 2부종목으로 낮추고 2부종목은 곧바로 상장폐지우려법인으로 지정키로 했다. 또한 내년부터는 사외이사를 선임하지 아니하는 상장회사는 관리종목으로 지정한다고 한다.

16) 최기원, "IMF의 극복을 위한 상법개정방향", 법률신문, 1998.4.13, 14면.