법무부 연구용역 최종보고서

상법상 기업조직재편제도 개선방안 연구

2013. 11.

한국기업법학회

제 출 문

법무부 장관 귀하

본 보고서를 「상법상 기업조직재편제도 개선방안 연구 」 사업의 최종보고서로 제출합니다.

2013. 11.

연 구 기 관 : 한국기업법학회

연구책임자 : 권재열 (경희대학교 법학전문대학원 교수)

연 구 진 : 황남석 (경희대학교 법학전문대학원 교수)

[목차]

I. 서론 ····· 1

1. 연구목적 및 필요성 ····· 1

2. 연구내용 및 방법 ····· 1
가. 주요 연구내용 ····· 1
나. 연구방법 ····· 2

II. 기업조직재편 제도 상호간의 비교 ····· 3

1. 각 기업조직재편 제도의 개관 ····· 3
가. 합병 ····· 3
나. 분할 ····· 4
다. 현물출자 ····· 5
라. 영업양수도 ····· 6
마. 주식의 포괄적 교환·이전 ····· 7

2. 각 기업조직재편 제도의 요건 및 효과의 상호 비교 ····· 7
가. 요건 ····· 8
나. 효과 ····· 9

3. 이해관계자 보호 측면에서의 상호 비교 ····· 9
가. 기존 주주의 보호 ····· 9
나. 채권자보호절차 ····· 13

4. 규제차익 측면에서의 상호 비교 ····· 14
가. 문제의 소재 ····· 14
나. 합병 ····· 14
다. 분할 ····· 16
라. 현물출자 ····· 19
마. 영업양수도 ····· 20
바. 주식의 포괄적 교환·이전 ····· 20

5. 자기주식의 처리 문제 ····· 20
가. 합병 ····· 21

나. 분할 ····· 23
다. 주식의 포괄적 교환・이전 ····· 25

III. 기업조직재편 제도 관련 외국의 입법례 ····· 27

1. 주요 국가의 기업조직재편 제도 입법례 ····· 27
가. 프랑스 ····· 27
나. 독일 ····· 29
다. 유럽연합 ····· 32
라. 미국 ····· 36
마. 일본 ····· 46

2. 우리 법에 대한 시사점 ····· 54

IV. 기업조직재편 제도의 실무상 문제점 및 개선방안 ····· 56

1. 공통사항 ····· 56
가. 채권자보호절차 ····· 56
나. 각 무효의 소별로 무효사유의 구체화 ····· 57

2. 합병 ····· 57
가. 채무초과회사의 합병 ····· 57
나. 무증자합병 ····· 58
다. 임의준비금의 승계 ····· 60
라. 소규모합병 요건의 정비 ····· 60
마. 삼각합병 관련 규정의 정비 ····· 61
바. 합병계약서의 기재사항 ····· 62
사. 임원의 임기 ····· 62

3. 분할 ····· 62
가. 분할당사회사에 대한 명칭 정리 ····· 62
나. 분할의 대상 ····· 63
다. 물적분할의 형태 ····· 65
라. 채무초과회사의 분할 ····· 66
마. 무증자분할합병 ····· 66
바. 현물출자의 검사절차 ····· 67
사. 분할계획서 등의 기재사항 ····· 68

아. 비안분비례적 분할의 가능성 ····· 70
자. 주주총회 분할승인결의시 의결권배제 종류주주의 의결권 ····· 71
차. 분할시 주주 부담 가중시 주주 동의 ····· 71
카. 약식분할제도의 개선 ····· 72
타. 채권자보호절차 ····· 74
파. 분할의 효과 ····· 80
하. 단순분할시 주식매수청구권 ····· 81
거. 준비금 승계 규정의 정비 ····· 81
너. 영업권에 관한 규정의 삭제 ····· 82
더. 물적분할 준용규정의 정비 ····· 82

4. 주식의 포괄적 교환·이전 ····· 82
가. 주식의 포괄적 교환 대가의 유연화 ····· 83
나. 모회사주주에 대한 주식매수청구권 부여의 타당성 ····· 83
다. 소규모주식교환의 요건 ····· 84

V. 새로운 기업조직재편 제도의 도입 가능성 검토 ····· 85

1. 간이영업양수도 ····· 85

2. 삼각분할(합병) ····· 85

3. 삼각주식교환 ····· 87

VI. 기업조직재편 제도 개선을 위한 상법 개정안 ····· 88

1. 합병 ····· 88

2. 분할 ····· 91

3. 영업양수도 ····· 101

4. 주식의 포괄적 교환·이전 ····· 103

5. 기타 ····· 108

VII. 결론 ····· 110

I. 서론

1. 연구목적 및 필요성

본 연구는 현행 기업조직재편제도 전반을 면밀하게 검토하고 그 실무상 활용도를 분석함으로써 기업조직재편제도가 안정적으로 체계정합적으로 운영되기 위하여 필요한 개선점을 도출하는 것을 목적으로 한다.

현행 상법상 다양한 기업조직재편제도가 시차를 두고 도입됨에 따라 경제적 실질이 동일한 결과를 서로 다른 기업조직재편제도를 통하여 달성할 수 있으며 그 과정에서 규제차익이 발생한다는 지적이 과거부터 제기되어 왔다. 따라서, 각 조직재편제도의 요건과 효과를 입체적이고도 전반적으로 분석함으로써 규제 차익 여부에 대하여 분석적으로 검토하고, 실무상 다양한 기업조직재편제도의 활용실태와 향후 개선방안에 대하여 연구하고자 한다.[1)]

2. 연구내용 및 방법

가. 주요 연구내용

(1) 기업조직재편제도의 상호간 비교 연구

(가) 합병・분할, 현물출자, 영업양수도, 주식의 포괄적 교환・이전 등 상법상 기업조직재편 제도의 요건, 효과 등을 입체적으로 비교・분석하고, 제도 사이의 요건 및 효과 등의 불일치로 인한 규제차익, 이해관계자 보호의 문제점 여부, 기업조직재편 과정에서의 자기주식 처리 문제 등 기업조직재편 전반의 정합성을 검토하고자 한다.

---

1) 기업조직재편의 수단은 크게 인수합병(M&A)과 분할, 사업매각(divestiture)으로 나누거나, 그 전략적 방법에 따라 다시 확장전략과 축소전략으로 세분화하기도 한다. 확장전략으로는 인수합병을 비롯하여 공개매수, 합작투자 등이 있으며 축소전략으로는 분리설립, 분리독립, 분리정리, 분리공개, 분할매각 등이 있다. Block et al., “Defensive Measures in Anticipation of and in Response to Unsolicited Takeover Proposals”, 51 *University of Miami Law Review* 623 (1997), p. 652.

(나) 기업조직재편 제도 전반에 걸친 우리나라 실무와 판례의 동향을 분석함으로써 각 제도의 문제점을 파악하고 그 입법적 보완사항을 검토하고자 한다. 이와 관련하여 실무에서 각 제도가 구체적으로 어떻게 활용되고 있는지에 대한 실증적 연구를 행한다.

(다) 현행 기업조직재편 제도의 검토를 토대로 새롭게 도입 내지 정비되어야 할 상법상 기업조직재편 제도를 제시하고자 한다.

(2) 외국 입법례의 조사 및 비교·분석

프랑스, 독일, 미국, EU, 일본 등의 입법례를 조사하고 우리법과의 차이점을 비교·분석하여 향후 입법의 자료를 제공하고자 한다.

(3) 구체적인 법령안의 제시

향후 상법의 개정에 대비하여, 각 기업조직재편 제도별 개정안을 제시하고 각 개정안별로 해설을 붙였다.

나. 연구방법

본 연구는 전통적인 법학연구방법인 문헌검토의 방법으로 진행하였다. 특히 국내 학계에서 제기된 여러 문제점들과 관련하여 광범위한 문헌검토를 수행하였다.

II. 기업조직재편 제도 상호간의 비교

1. 각 기업조직재편 제도의 개관

가. 합병

(1) 제도의 개관

합병은 둘 이상의 당사회사가 당사회사의 전부(신설합병) 또는 하나를 제외한 전부(흡수합병)가 해산·청산없이 소멸하면서 해산회사의 권리의무가 존속회사(신설회사)로 포괄승계되고 해산회사 사원에 대하여 합병대가가 배정되는 일련의 회사법적 절차를 말한다.[1] 상법은 제174조부터 제176조까지 모든 회사에 대하여 적용되는 합병 규정을 두고, 다시 주식회사에 대하여는 상법 제522조부터 제530조까지의 규정을 두고 있다.

(2) 제도의 활용현황

상장법인의 합병 제도 활용 현황을 보면, 2009년부터 2년간 금융위원회에는 79건의 합병이 신고되었다. 구체적으로는 유가증권시장 상장회사의 합병은 35건(44.3퍼센트), 코스닥시장 상장회사의 합병은 44건(55.7퍼센트)이었다. 합병의 형태는 모두 흡수합병이었으며, 그 중에서 존속회사의 경우 소규모합병이 74.7퍼센트였으며 피흡수존속회사의 경우 간이합병은 60.8퍼센트에 달하였다.[2]

2011년 개정상법은 ① 합병의 대가로 금전 기타 재산을 제공할 수 있게 하고,[3] ② 삼각합병제도를 도입하며,[4] ③ 소규모합병의

---

1) 권기범,「기업구조조정법」, 제4판, 삼영사, 2011, 48면.
2) 한국상장회사협의회, "상장법인의 기업조직재편 현황", 「상장」제442호. 한국상장회사협의회, 2011, 35면.
3) 미국과 일본에서 인정되고 있는 현금지급합병(cash-out merger)제도를 상법이 도입한 것이다. 송종준, "상법상 M&A법제의 변화와 과제-2006년 회사법 개정안을 중심으로-,"「기업법연구」 제21권 제1호, 2007, 80~81면. 그 결과 최대주주에게 유리하게 작용할 것으로 예상된다. Page/Katz, "Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?", 34 *Seattle University Law Review* 1351 (2011), 1370.

요건을 완화함으로써 합병 제도의 활용도를 제고하였다. 또한 삼각합병제도를 도입하였다.[5] 그러나 동시에 이로 인하여 여러 해석상의 문제가 제기된다.

일단 2011년 개정상법 시행 이후 상장회사의 현황을 보면 합병 관련 정책이 완화되어 기업간 합병이 증가하는 추세이다. 상장회사의 합병은 2011년도 64건, 2012년도 90건이었다.[6] 그리고 그 중 소규모합병은 2011년도 40건, 2012년도 60건으로 크게 증가하는 경향이 있다.[7]

반면 교부금합병이 허용되었지만 상장회사 중에는 1건도 이루어지지 않았고, 삼각합병은 1건이 있었다.[8]

나. 분할

(1) 제도의 개관

분할을 하는 회사의 적극·소극재산의 전부 또는 일부가 분리되어 하나 이상의 신설회사 또는 기존회사에 부분적으로 포괄승계되고 그 대가로 승계회사의 지분이 분할회사의 사원 또는 분할회사에 부여되는 일련의 회사법적 절차를 말한다.[9] 분할당사회사로는 재산이 분리되는 회사와 그 재산을 승계하는 회사가 있는데, 본 연구에서는 전자를 분할회사로, 후자를 분할신설회사, 분할합병의 상대방회사(분할신설회사와 분할합병의 상대방회사를 총칭할

---

4) 지주회사의 자회사가 다른 회사와 합병하면서 자신의 주식을 교부하면 지주회사의 자회사에 대한 지분율이 희석될 수 있으나 삼각합병제도를 활용하면 자회사가 합병상대회사에게 모회사인 지주회사의 주식을 교부하므로 이를 막을 수 있다. 특히 순수지주회사의 경우 자회사를 설립하여 다른 사업회사와 합병을 하는 방식으로 삼각합병제도를 활용할 수 있다. 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점",「상장협 ISSUE PAPER」Vol. 11, 2013, 1면. 8면. 그 과세관계에 관하여는 안경봉/박훈, "삼각합병제도와 과세,"「법학논총」제22권 제2호, 2010, 267~268면.

5) 권재열, "개정상법상 기업조직재편제도의 개선내용 및 그 전망",「외법논집」제35권 제4호, 2011, 255~256면.

6) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 1~2면. 2011년~2012년에 이루어진 합병은 모두 흡수합병이었다. 위 글, 3면.

7) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 4면. 이는 소규모합병의 요건이 완화된 것에 기인한 것으로 보인다. 위 글, 4면.

8) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 5면. 삼각합병 사례는 네오위즈게임즈의 자회사인 엔엔에이가 네오위지아이엔에스를 합병하면서 모회사인 네오위즈게임즈의 주식을 합병대가로 지급한 것이 유일하다.

9) 권기범, 앞의 책, 342면.

경우에는 '분할신설회사등'이라고 한다)로 부르기로 한다.[10]

(2) 제도의 활용현황

2009년부터 2년간 금융위원회에 신고된 분할건수는 32건이었다. 그 중 유가증권시장 상장회사의 분할은 19건(59.4퍼센트), 코스닥시장 상장회사의 분할은 13건(40.6퍼센트)이었다. 흥미로운 것은 분할형태로 물적분할이 월등히 많이 활용되었다는 점이다(32건 중 23건으로 71.9퍼센트). 이는 지주회사체제로 전환하기 위한 경우에는 물적분할방식이 보다 적합하고 분할회사가 분할신설회사에 대한 지배권을 계속 유지하려는 목적을 갖고 있기 때문으로 분석된다.[11] 2011년 개정상법에서 합병과 달리 큰 개정은 없었으나 상장회사의 경우 지주회사 전환 및 기업집단 내 지분구조의 정리 목적으로 활용도가 증가하는 추세이다.[12]

2011년 개정상법 이후 상장회사의 분할은 2011년도 31건, 2012년도 27건이 이루어졌는데[13] 모두 존속분할이었다.[14] 또한 상장회사의 분할은 물적분할이 인적분할에 비하여 많다는 점이 특징이다. 인적분할은 2011년도 및 2012년도 각 5건이었지만, 물적분할은 2011년도 26건, 2012년도 21건이 있었고, 분할합병은 2012년도에 1건이 있었다.[15] 지주회사로의 전환을 위한 상장회사의 회사분할은 2011년도에 1건이었으나 2012년도에는 10건으로 크게 증가하였다.[16]

다. 현물출자

(1) 제도의 개관

10) 이 명칭은 개정안에도 반영하려고 하는데, 그 이유는 후술한다.
11) 한국상장회사협의회, "상장법인의 기업조직재편 현황", 36~37면.
12) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 1면.
13) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 2면.
14) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 6면.
15) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 7면.
16) 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 9면.

현물출자는 출자의 대상이 금전 이외의 재산인 경우를 말한다. 분할재산의 승계가 특정승계이고 그 출자를 받는 회사가 반드시 신설회사일 필요가 없으며 출자자가 연대책임을 부담하지 않는다는 점에서 물적분할과 차이가 있다.[17] 그러나 사업부문을 현물출자의 대상으로 하여 회사를 설립하는 경우 기존 회사의 일정 사업부문을 분리하여 100퍼센트의 자회사를 설립한다는 점에서, 특히 기존 회사의 채권을 보유하고 있는 채권자의 입장에서 보면 물적분할과 본질적으로 다르지 않다.[18]

(2) 제도의 활용현황

2009년부터 2년간 금융위원회에 신고된 현물출자건수는 4건으로서 모두 코스닥시장 상장회사에 의한 것이었다.[19]

라. 영업양수도

(1) 제도의 개관

영업양수도란 영리목적으로 조직화된 기능적 일체로서의 영업재산을 양도계약에 의하여 그 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전하는 행위이다.[20] 영업양수도는 회사법적 행위가 아니라 개인법적 행위에 해당하지만 상법 제41조 이하에서 영업양도인의 경업금지의무 및 영업양수인의 책임 등을 규정하고 있다. 2011년 상법 개정시에는 개정 사항이 없었다.

(2) 제도의 활용현황

17) 권기범, 앞의 책, 355면.
18) 노혁준, “회사분할시 채권자 보호의 기본법리”,「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013, 224면.
19) 한국상장회사협의회, “상장법인의 기업조직재편 현황”, 40면.
20) 권기범, 앞의 책, 505면.

2009년과 2010년 동안 금융위원회에 신고된 영업양수도는 22건(영업양수 15건, 영업양도 7건)으로서, 그 중 유가증권시장 상장회사는 4건(영업양수 2건, 영업양도 2건)(18.2퍼센트), 코스닥시장 상장회사의 영업양수도는 18건(영업양수 13건, 영업양도 5건)(81.8퍼센트)이었다.

마. 주식의 포괄적 교환·이전

(1) 제도의 개관

주식의 포괄적 교환은 주식회사가 그 발행주식 전부를 기존 주주로부터 다른 주식회사로 이전시키고 그 다른 주식회사는 그 대가로 신주를 발행하여 주식을 이전한 기존 주주에게 배정하는 회사법적 행위이고, 주식의 포괄적 이전은 하나 이상의 주식회사가 그 발행주식 전부를 기존 주주로부터 새로 설립하는 주식회사로 이전시키고 그 신설 주식회사는 그 대가로 신주를 발행하여 주식을 이전한 기존 주주에게 배정하는 회사법적 행위를 말한다.[21] 2001 상법 개정시에 신설된 제도이다. 2011년 상법 개정시에는 개정 사항이 없었다.

(2) 제도의 활용현황

2009년부터 2011년까지 금융위원회에 신고된 주식의 포괄적 교환·이전은 3건으로 모두 주식의 포괄적 교환이었으며 유가증권시장 상장회사에서만 발생하였다. 그리고 목적은 지주회사설립을 위하여 자회사를 완전자회사로 편입하기 위한 것이었다.[22] 그리고 1건은 일반 주식교환이고, 2건은 소규모 주식교환 겸 간이 주식교환이었다.

21) 권기범, 앞의 책, 469면.
22) 한국상장회사협의회, 앞의 글, 37~38면.

2. 각 기업조직재편 제도의 요건 및 효과의 상호 비교

각 기업조직재편 제도의 요건과 효과를 상호 비교하여 보면 다음과 같다.

가. 요건

(1) 합병

합병은 합병계약, 주주총회 특별결의, 채권자보호절차, 합병등기의 요건을 갖추어야 한다. 다만 간이합병과 소규모합병의 경우 주주총회 특별결의가 요구되지 않는다.

(2) 분할

분할은 분할계획(단순분할) 또는 분할계약(분할합병), 주주총회 특별결의, 채권자보호절차, 분할등기의 요건을 갖추어야 한다. 다만 간이분할합병, 소규모분할합병의 경우 주주총회 특별결의가 필요하지 않다(상법 제530조의11 제2항, 제527조의2, 제527조의3).

(3) 현물출자

현물출자는 주식의 청약, 배정, 현물출자의 이행이라는 요건을 갖추어야 한다. 회사설립시 및 증자시 모두 등기가 필요하지만(상법 제317조 제2항, 제4항), 증자시의 등기에는 창설적 효력이 없다(상법 제423조 제1항). 나아가 현물출자의 대상이 영업인 경우 후술하는 영업양수의 요건도 갖추어야 한다.

(4) 영업양수도

영업양수계약이 필요하고, 양도회사의 경우 반드시 주주총회 특별결의를 요한다. 양수회사의 경우 '회사의 영업에 중대한 영향'이 있는 경우에 한하여 주주총회특별결의가 필요하다.

(5) 주식의 포괄적 교환·이전

주식의 포괄적 교환의 경우 완전모회사가 되려는 회사 및 완전자회사가 주식교환계약, 주주총회 특별결의를 거쳐야 한다. 다만, 간이주식교환과 소규모주식교환의 경우 주주총회 특별결의를 생략할 수 있다.

주식의 포괄적 이전의 경우 완전자회사가 되려는 회사가 주식이전계획을 작성하고 주주총회 특별결의를 거쳐야 한다.

나. 효과

합병, 분할, 주식의 포괄적 교환·이전의 결과 그 대상이 된 권리·의무는 포괄승계된다. 반면, 현물출자와, 영업양수도의 경우 특정승계된다.

3. 이해관계자 보호 측면에서의 상호 비교

가. 기존 주주의 보호

기업조직재편 제도에서 기존 주주, 특히 소수주주를 보호하기 위한 장치로는 주주총회 특별결의와 반대주주의 주식매수청구권이 있다. 현행 기업조직재편 제도는 대체로 주주총회 특별결의를 요건으로 하고 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있지만 조금씩 차이가 있다.

(1) 합병

(가) 주주총회 특별결의

합병의 경우 원칙적으로 주주총회의 특별결의를 요건으로 하지만 간이합병과 소규모합병의 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하지 않다.

(나) 반대주주의 주식매수청구권

원칙적으로 반대주주의 주식매수청구권이 인정되지만 소규모합병시 존속회사의 반대주주에 대하여는 주식매수청구권이 인정되지 않는다(상법 제527조의3 제5항). 이 점은 소규모합병제도를 이용하는 가장 큰 실익이지만 동시에 규제차익의 관점에서는 문제의 소지가 있다. 간이합병의 경우에는 존속회사가 소멸회사 주식의 90퍼센트를 보유하고 있는 경우에도 소멸회사 주주에게 주식매수청구권을 인정하고 있으며, 영업양수의 경우 회사에 영업에 중대한 영향을 미친다면 양수자산의 비중을 묻지 않고 주식매수청구권을 부여하고 있기 때문이다.[23]

(2) 분할

(가) 주주총회 특별결의

분할의 경우 원칙적으로 주주총회 특별결의가 필요하지만, 간이분할합병과 소규모분할합병의 경우에는 주주총회 특별결의를 생략할 수 있다.[24]

---

23) 이철송,「회사법강의」, 제21판, 박영사, 2013, 1057~1058면.
24) 간이단순분할과 소규모단순분할은 개념상 생각하기 어렵다.

(나) 반대주주의 주식매수청구권

인적분할의 경우 분할합병의 경우에만 반대주주의 주식매수청구권이 인정된다. 다만, 소규모분할합병의 상대방회사 반대주주에 대하여는 그렇지 않다. 따라서 물적분할의 경우에는 반대주주의 주식매수청구권이 인정될 여지가 없다.[25]

(3) 현물출자

(가) 주주총회 특별결의

현물출자회사는 원칙적으로 주주총회 특별결의 사항이 아니다. 다만, 영업단위를 현물출자할 경우에는 영업양도에 해당하므로 주주총회 특별결의의 승인을 얻어야 한다(상법 제374조 제1항 제1호). 반면, 현물출자를 받는 회사는 그 영업이 기존 영업에 중대한 영향을 미칠 경우에 한하여 주주총회 특별결의를 거친다(상법 제374조 제1항 제3호).

(나) 반대주주의 주식매수청구권

현물출자가 주주총회 특별결의의 대상인 경우에는 반대주주에게 주식매수청구권이 인정된다(상법 제374조의2 제1항).

(4) 영업양수도

(가) 주주총회 특별결의

25) 상법은 승계회사가 신설되는 형태의 물적분할만을 허용하고 있기 때문이다. 권기범, 앞의 책, 439면.

위 현물출자에서 본 바와 같다.

(나) 반대주주의 주식매수청구권

영업양수도로서 주주총회 특별결의가 필요한 경우에는 반대주주의 주식매수청구권이 인정된다. 그러나, 중요한 영업용재산의 양도시에는 명문의 규정이 없으므로 주식매수청구권이 부정되어야 할 것이다.[26]

(5) 주식의 포괄적 교환·이전

(가) 주주총회 특별결의

주주총회 특별결의가 요구된다. 이에 대하여 ① 회사가 주식을 취득하는 거래는 일반적으로 주주총회의 결의를 요하지 않고, ② 회사의 주주구성이 달라진다고 하여 반드시 주주총회의 결의가 필요하다고 볼 수는 없다는 것을 이유로 입법론적으로 반대하는 입장이 있으나,[27] 우리 회사법는 신주의 제3자 배정의 예에서 볼 수 있듯이 회사의 주주구성이 달라지는 경우에는 원칙적으로 주주총회 결의를 요구하는 입장을 취하고 있는 것으로 보아야 할 것이다.

(나) 반대주주의 주식매수청구권

주식의 포괄적 교환·이전시에도 원칙적으로 반대주주의 주식매수청구권이 인정된다. 그러나 소규모주식교환의 경우에는 완전자회사로 되는 회사에 대해서만 인정되고 완전모회사로 되는 회사에 대하여는 인정되지 않는다(상법 제360조의10 제7항).

---

26) 권기범, 앞의 책, 546면.
27) 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿), 7면.

나. 채권자보호절차

채권자보호절차는 대륙법계 특유의 제도이다. 우리 기업조직재편 제도의 제도별로 편차가 있다.

(1) 합병

상법은 합병의 모든 경우에 채권자보호절차를 규정하고 있다(상법 제232조, 제269조, 제287조의41, 제527조의5, 제603호).

(2) 분할

단순분할의 경우에는 분할당사회사의 연대책임이 인정되기 때문에 예외적으로 연대책임이 배제되는 경우에 한하여 채권자보호절차를 밟도록 하고 있다(상법 제530조의9 제2항, 제3항).

그러나 후술하는 바와 같이 현물출자의 방식을 취하면 현물출자회사 및 현물출자를 받은 회사는 원칙적으로 연대책임을 지지 않으며 채권자보호절차를 거치지 않아도 된다.

분할합병의 경우 언제나 채권자보호절차를 밟아야 한다(상법 제530조의11 제2항).

(3) 현물출자

현물출자의 경우 영업단위를 그 대상으로 할 경우에도 채권자보호절차를 거칠 필요가 없다. 예외적으로 영업양수인이 영업양도인의 채무에 대하여 책임을 지게 될 수 있다(상법 제42조, 제44조).

(4) 영업양수도

영업양수도의 경우에는 상법 제42조, 제44조가 양도회사의 영업상의 채권자를 보호하기 위한 규정을 두고 있을 뿐이고 채권자보호절차가 규정되어 있지 않다. 조직법적 거래가 아니기 때문이다.

(5) 주식의 포괄적 교환·이전

주식의 포괄적 교환·이전에 대하여는 채권자보호절차가 규정되어 있지 않다. 책임재산에는 변동이 없고 주주구성만 바뀌기 때문이다.

4. 규제차익 측면에서의 상호 비교

가. 문제의 소재

현행 상법은 다양한 기업조직재편 제도를 규정하고 있으나, 그 제도를 재산의 흐름에 초점을 맞추어 분해하여 보면 결국 재산의 전부 또는 일부 이전으로 재구성할 수 있다. 따라서, 동일한 목적을 달성하기 위한 수단이 여러 개 존재하는 상황이 있을 수 있다. 하지만 앞서 간단히 살펴 본 바와 같이 각 제도의 구체적 규율 내용은 서로 다르기 때문에 규제차익의 문제가 발생하게 된다. 이처럼 규제차익이 발생하는 경우 그 원인을 검토하여 각 개별 제도를 조정할 필요가 있다. 다만, 완전하게 동일하지 않은 제도들을 통일적으로 규제하는 것도 바람직하지 않을 수 있다는 점 역시 염두에 두어야 한다.[28] 이하 각 제도별로 규제차익의 문제를 검토하여 본다.

나. 합병

합병의 경우에는 세 가지 경우에 규제차익이 발생할 수 있다.

28) 윤영신, "삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제",「상사법연구」제32권 제2호, 2013, 39면.

(1) 합병과 영업전부의 현물출자 또는 양수도

합병은「소멸회사의 영업전부의 현물출자 또는 양수도 및 해산」으로 구성할 수 있다. 이렇게 하면 주주총회 특별결의가 필요하고 반대주주의 주식매수청구권은 인정되지만, 채권자보호절차를 거칠 필요가 없게 된다.

규제차익상황을 조정하기 위하여는 채권자보호절차를 모두 없애거나 채권자보호절차를 모두 두는 방안을 우선 고려할 수 있다. 일단 채권자보호절차의 기능을 고려한다면 이를 모두 없애는 방향으로 조정하는 것은 타당하지 않다. 그러나, 영업의 현물출자 또는 양도시에 채권자보호절차를 규정하는 것은 최근 전세계적으로 채권자보호절차가 완화되는 추세와도 맞지 않고, 개인법적 거래에 조직법적 규제를 하는 결과가 되어 역시 타당하지 않다. 따라서 채권자보호절차 자체의 엄격성을 완화하여 두 제도의 규제차익을 줄이는 것이 현실적인 해법이라고 판단된다. 구체적인 내용은 후술하기로 한다(**개정안 제527조의5 제1항 참조**).

(2) 간이합병 또는 소규모합병과 영업양수도 또는 영업의 현물출자

영업양수도 또는 영업의 현물출자시에는 주주총회 특별결의와 반대주주의 주식매수청구권이 제한없이 인정된다. 따라서 양수회사가 양도회사의 지분을 90퍼센트 이상 보유하고 있는 경우에도 주주총회 특별결의를 거쳐야 하며, 모회사는 해당 주주총회 특별결의에서 특별이해관계인으로서 의결권을 행사할 수 없다고 해석되는 문제점이 있다. 반면 간이합병과 소규모합병의 경우 영업전부를 양수도하면서도 주주총회 특별결의와 반대주주의 주식매수청구권(소규모합병의 존속회사에 한한다)을 피해갈 수 있다. 여기서 영업양수도만으로도 가능한 거래의 목적을 달성하기 위하여 합병을 하여야 하는 경우가 있을 수 있다.

이 경우 영업양수도 또는 영업의 현물출자를 하려고 하는 회사의 입장에서는 거래를 간이합병 또는 소규모합병으로 구성함으로써

주주총회 특별결의와 반대주주의 주식매수청구권이라는 규제를 회피할 수 있는 것이다. 이러한 규제차익 상황은 간이합병이 주주총회 결의의 승인이 확실시 된다는 점, 소규모합병의 경우 거래규모가 구조적인 변경에 미치지 못한다는 점 때문에 인정되는 것이라는 점을 고려한다면 합병에 관한 규율의 문제라기 보다는 영업양수도 또는 영업의 현물출자에 관한 규율이 지나치게 경직되어 있다는 점에 원인이 있는 것이다. 따라서 후술하는 바와 같이 간이합병에 준하는 영업양수도의 경우에는 규제 수준을 비슷하게 완화할 필요가 있다. 구체적인 내용은 후술하기로 한다(**개정안 제374조의2 참조**).[29]

(3) 삼각합병과 주식의 포괄적 교환

삼각합병과 주식의 포괄적 교환간에도 규제차익의 문제가 발생하는바, 이에 대하여는 주식의 포괄적 교환에 관한 부분에서 살펴보기로 한다.

다. 분할

(1) 인적분할과 현물출자 및 현물배당거래

인적분할은 분할회사가 현물출자를 하고 그로 인하여 취득한 지분을 현물배당하는 거래의 결합으로 구성할 수 있다. 이처럼 구성할 경우 규제차익의 관점에서 보면 인적분할의 경우 연대책임이 배제되면 채권자보호절차가 요구될 수 있으나 현물출자에서는 언제나 채권자보호절차가 요구되지 않는다.

반면 현물출자에 대한 검사는 현물출자에 대하여 원칙적으로 요구되지만, 분할의 경우에는 원칙적으로 요구되지 않는다.

반대주주의 주식매수청구권은 단순분할의 경우 인정되지 않지만

29) 소규모의 영업양도시에는 이미 상법 제374조 제1항 제3호에 의하여 주주총회 결의를 요하지 않으므로 규제차익의 문제가 발생하지 않는다.

영업의 현물출자시에는 인정된다. 이상의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

	인적분할		현물출자+현물배당
	단순분할	분할합병	
채권자보호절차	연대책임 배제시○	○	×
현물출자검사	안분비례형×	×	○
반대주주의 주식매수청구권	×	○	○
연대책임	채권자 보호절차시×	○	×

[표1: 인적분할과 현물출자 및 현물배당 거래의 규제차익 비교]

위 규제차익의 문제를 조정하기 전에, 과연 현물출자+현물배당거래가 인적분할과 완전히 동일한 기능을 하는지 여부에 관하여 검토를 할 필요가 있다.[30] 후술하는 바와 같이 일본회사법은 물적분할과 동시에 그 주식의 현물배당이 이루어지는 경우에는 배당가능액 규제의 적용을 받지 않고(일본회사법 제792조, 제812조), 분할회사는 채권자보호절차를 거쳐야 한다(같은 법 제789조 제1항 제2호 괄호, 제810조 제1항 제2호 괄호). 결국 우리 상법상의 인적분할과 완전히 동일하게 규율하고 있다. 일본은 일본 구 상법의 인적분할을 폐지하는 대신 완전히 동일하게 물적분할+현물배당의 구조로 대체한 것이다.[31]

반면 우리 상법의 경우 현물출자로 취득한 주식을 현물배당하는 경우에도 배당가능이익의 범위 내에서, 배당할 수 있는 시기에 한하여 할 수 있다. 따라서 현행 상법하에서도 인적분할과 완전하게 동일한 기능을 한다고 보기는 어렵다. 그러므로 규제차익을 고려하더라도 양자를 완전하게 동일하게 하기 보다는 그 차이를 줄이는 선에서 조정하는 것이 바람직하다고 본다.[32]

30) 이 점에 관하여 경제적 실질이 동일하다는 전제에 선 견해로는 송옥렬, "기업분할형 구조조정과 채권자보호의 정합성", 「기업법연구」 제26권 제2호, 2012, 53면 이하.

31) 이에 관한 상세는 황남석, "미국 회사법상의 회사분할제도에 관한 연구",「증권법연구」 제12권 제3호, 2011, 290~291면

32) 규제차익의 관점에서, 현재 회사분할실무상 연대채무가 거래 자체를 제약하는 측면이 크므로 회사분할제도에 대한 규제를 현물출자 및 현물배당거래와의 중간 수준으로 완화하자는 견해도 같은 취지로 이해할 수 있다.

첫째, 채권자보호절차의 경우 위 합병과 관련하여 살펴 본 바와 같이 채권자보호절차를 두 제도 동일하게 규율하기 보다는 기존 채권자보호절차의 엄격성을 완화하는 것이 바람직하다고 본다. 이에 관하여는 후술한다.

둘째, 현물출자의 검사의 경우 이를 분할제도에 전면적으로 도입하면 오히려 원활한 분할거래를 저해하는 쪽으로 작용할 가능성이 크다. 후술하는 바와 같이 다른 입법례, 특히 일본의 입법례는 이를 완화하는 방향으로 나가고 있다. 따라서, 분할제도에 이를 도입하는 것은 적절하지 않다. 반면, 현물출자에 규정되어 있는 현물출자 제도는 과거에 비하여 크게 완화되어 있다. 특히 2011년 개정 상법은 현물출자방법의 간이화 뿐만 아니라 일정한 면제사유까지 도입하였다. 그러므로 현재의 상태 그대로 두더라도 규제차익이 크게 문제되지 않을 것으로 판단된다.

셋째, 반대주주의 주식매수청구권은 회사의 구조적 변경에 대하여 반대하는 주주에게 출자에 대한 환급권을 보장한다는 차원에서 긍정적인 측면이 강하고 두 제도를 동일하게 규율하는 것이 비교적 용이하며 다른 국가의 입법례도 단순분할시 반대주주의 주식매수청구권을 인정하는 예가 많다. 단순분할에도 반대주주의 주식매수청구권을 규정하는 것이 타당하다(**개정안 제530조의11 제1항 참조**).

넷째, 연대책임의 경우 조직법적 행위이므로 이를 현물출자 및 현물배당거래로 확장하는 것은 이론적으로 타당하지 않다고 판단된다. 오히려 분할에 관하여 프랑스상법과 유사하게 연대책임을 없애고 채권자보호절차로 일원화하는 방안을 고려할 수 있으나, 지나치게 급격한 제도적 변화로 채권자보호에 취약성을 보일 우려가 있으므로 일단 연대책임을 완화하는 선에서 조정하는 것이 타당할 것으로 판단된다. 구체적인 연대책임의 완화방안에 대하여는 후술한다(**개정안 제530조의9 제2항 참조**).

(2) 물적분할과 현물출자

송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 11면.

물적분할과 현물출자는 그 효과가 포괄승계인지 혹은 특정승계인지 여부에서만 차이가 날 뿐이고, 동질적인 거래이다. 현재 부할의 대상이 특정 재산인지 혹은 영업인지 여부에 관하여 견해의 대립이 있는데 특정 재산도 분할의 대상이 된다고 하면 현물출자와 더욱 차이가 없게 된다. 앞서 본 인적분할과「현물출자+현물배당」의 경우 보다 더 동질적이라고 할 수 있다.

규제차익의 관점에서 양자를 비교하여 보면 분할에 의하여 재산을 이전할 경우 연대책임의 부담을 지게 되고 경우에 따라서 채권자보호절차를 거쳐야 하지만 현물출자에 대한 검사를 면할 수 있다.[33] 반면, 현물출자에 의하면 현물출자에 대한 검사절차를 거쳐야 하지만 연대책임, 채권자보호절차를 면할 수 있다.

먼저 채권자보호절차 및 연대책임의 경우, 물적분할시에는 필요하다고 보기 어렵다. 기존 순자산이 분할신설회사 지분으로 교환될 뿐이기 때문이다.[34] 한편 현물출자에 대한 검사절차를 새로이 도입하는 것도 고려해 볼 수 있지만 시대적 추세에는 맞지 않는다. 게다가 현물출자에 대한 검사절차가 크게 완화되었다는 점을 고려한다면 현재대로 두더라도 규제차익의 관점에서 큰 문제는 없다고 본다(**개정안 제530조의12 참조**).

한편, 분할의 대상을 영업으로 보게 되면, 분할회사에 대하여 상법 제41조 및 제43조를 유추적용하여야 한다는 견해도 있다.[35] 수긍할 만한 견해라고 판단되지만, 입법적으로 해결하기 보다는 해석에 맡기는 것이 보다 바람직하다고 판단된다. 역시 조직법적 거래에 대하여 개인법적 규율을 덧붙이는 것이 입법적으로는 부적다고 판단되기 때문이다.

라. 현물출자

현물출자의 경우 분할과 관계에서 규제차익이 문제로 되는데, 앞서 살펴보았다.

---

33) 김재문, "현행 상법상의 분할에 관한 규정 중 몇 가지 입법론",「기업법연구」제21권 제3호, 2007, 235면.
34) 같은 취지, 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 10면.
35) 이철송, 앞의 책, 1096~1097면.

마. 영업양수도

영업양수도와 약식합병간의 규제차익 문제 및 그 해결방안은 앞에서 살펴보았다.

바. 주식의 포괄적 교환·이전

주식의 포괄적 교환·이전은 삼각합병을 통하여 동일한 경제적 효과를 거둘 수 있다.

그러나, 주식의 포괄적 교환·이전은 완전모회사가 되려는 회사의 주주총회 특별결의가 필요하지만(상법 제360조의3 제1항, 제2항), 삼각합병의 경우 완전모회사가 되려는 회사의 주주총회 특별결의가 필요하지 않다. 따라서 주식의 포괄적 교환을 삼각합병에 맞추어 모회사의 주주총회 승인이 필요하지 않도록 하여야 한다는 견해도 있을 수 있다.[36] 혹은 삼각합병의 경우 모회사가 되려는 회사에 대하여 주주총회 결의를 요구하여야 한다는 입장이 있을 수 있다.[37] 그러나 모회사에게 주주총회 결의를 요구하게 되면 삼각합병 제도를 이용하는 실익이 크게 줄게 되므로 이를 도입하는 것은 적절하지 않다. 근본적으로 두 제도는 처음부터 대체적인 관계에 있는 제도로 설계된 것인 만큼 완전하게 동일하게 규율할 필요는 없다고 본다.[38]

주식의 포괄적 교환·이전에 대하여는 채권자보호절차가 규정되어 있지 않으므로 삼각합병시 소멸회사에 대하여 요구되는 채권자보호절차를 우회할 수 있다. 그러나 이 문제 역시 주식의 포괄적 교환·이전시에는 법인격이 혼융되지 않으므로 채권자보호절차가 필요하지 않은 것에서 비롯되는 것이므로 조정할 필요는 없다.

5. 자기주식의 처리 문제

36) 이런 취지로, 송옥렬,「상법강의」, 제3판, 홍문사, 1190면, 1199면.
37) 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 8면.
38) 윤영신, 앞의 논문, 39면.

가. 합병

(1) 입법례

합병시 자기주식과 관련되는 문제에 관하여 비교법적으로 살펴보면 다음과 같다. 독일조직재편법 제68조 제1항은 ① 존속회사가 소멸회사의 주식을 갖고 있는 경우, ② 소멸회사가 자기주식을 갖고 있는 경우, ③ 소멸회사가 그 액면가액 또는 발행가액의 전액이 납입되지 않은 존속회사 주식을 갖고 있는 경우 존속회사는 그 부분만큼 합병에 의한 자본증가를 하지 못한다는 규정을 두고 있다.[39] 프랑스상법 L.236-3조 제2항은 존속회사(또는 존속회사의 계산으로 제3자가)가 소멸회사의 주식을 갖고 있거나 소멸회사(또는 소멸회사의 계산으로 제3자가)가 자기주식을 갖고 있는 경우에 소멸회사의 주식에 대하여 존속회사의 주식을 교부할 수 없다고 규정하고 있다. 일본회사법 역시 같은 취지의 규정을 두고 있다(같은 법 제749조 제1항 제3호 괄호, 제751조 제1항 제4호 괄호, 제753조 제1항 제7호 괄호). 상법의 경우에는 명문의 규정이 흠결되어 있으므로 대부분을 해석에 의하여 해결하고 있다.[40]

(2) 소멸회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우

흡수합병시 소멸회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우 독일 조직재편법 제68조 제1항 제1문, 프랑스상법 제L236-3조 제2항 제2호, 일본회사법 제759조 제1항 제3호 괄호, 제3항, 제753조 제1항 제9호 괄호는 합병신주의 배정을 금하고 있다. 소멸회사의 자기주식은 자산이 아니라 음의 자본이므로 합병신주의 배정을 금하는 것이 타당하다고 할 것이다. 귀속주체가 소멸하므로 합병신주를 배정할 수 없다고도 할 수 있다.[41] 이 점은 명문의 규정을 두는

39) *Marsch-Barner* in Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, 5.Aufl., 2013, § 68 Rn. 2.
40) 권기범, 앞의 책, 147면.
41) 이철송, 앞의 책, 1047면.

것이 바람직하다(**개정안 제523조 제3호 단서 참조**).

(3) 소멸회사가 존속회사의 주식을 보유하고 있는 경우

합병시 소멸회사가 존속회사의 주식을 보유하고 있다면 합병의 결과 존속회사로 포괄승계된다(상법 제341조의2 제1호). 존속회사는 이를 합병의 대가로 소멸회사 주주에게 교부할 수 있다. 이 경우 무증자합병에 해당하게 될 것이다.[42] 대법원 등기선례도 같은 입장이다.[43] 이 경우에도 법적 안정성을 위하여 명문의 규정을 두는 것을 고려하여 볼 수 있으나, 입법 기술상 지나치게 번잡해질 수 있으므로 지금처럼 해석에 맡겨도 무방할 것으로 판단된다.

(4) 존속회사가 소멸회사의 주식을 보유하고 있는 경우

존속회사가 소멸회사의 주식을 보유하고 있는 경우 합병신주를 배정할 수 있는가? 이 문제는 상법 제341조의2 제1호가 이 경우에도 적용되는지의 문제이다. 부정설은 이 경우는 상법 제341조의2 제1호의 적용범위에 속하지 않는다고 한다. 즉, 위 규정은 소멸회사가 보유하고 있던 존속회사 주식이 존속회사로 포괄승계되는 경우에 한하여 적용된다는 것이다. 이에 반하여 긍정설은 합병신주를 배정하더라도 소멸회사의 주식이 존속회사 주식으로 바뀔 뿐이라고 하면서 실정법적 근거로 위 상법 규정을 들고 있다.[44] 대법원은 법인세법과 관련된 판례에서 합병신주를 배정할 수 있다는 입장을 밝힌 바 있다(대법원 2005. 6. 10. 선고, 2004두3755 판결 등). 어떤 견해를 취하건 차이가 없다는 견해도 있지만,[45] 차이가 없는 것은 아니다. 2011년 개정 상법은 자기주식의 처분기한을 삭제하였기 때문이다. 또한 판례는 상법에 대한 것이 아니므로 선례적 의미가 있다고 할 수 없다. 생각건대, 문언상 위 상법 제341조의2 제1호의 규정은 위 경우에 적용된다고 보기 어렵고, 자

42) 권기범, 앞의 책, 148면.
43) 등기선례 200508-2(2005. 8. 3. 공탁법인과-365 질의회답).
44) 송옥렬,「상법강의」, 제3판, 홍문사, 2013, 1188면; 이철송, 앞의 책, 1047면.
45) 권기범, 앞의 책, 149면.

기주식취득은 배당가능이익에 의한 것이 아니라면 제한적으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이므로 위 경우 합병신주를 배정할 수 없는 것으로 명문의 규정을 두는 것이 타당하다(**개정안 제523조 제3호 단서 참조**).

한편, 존속회사가 소멸회사 주식을 100퍼센트 보유하고 있는 경우에는 무증자합병으로서 가능하다.

(5) 존속회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우

존속회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우 신주발행에 갈음하여 자기주식을 배정하는 것도 가능하다. 이 경우 무증자합병에 해당한다.[46] 실제로 상장회사의 경우 2011년 27건, 2012년 31건의 무증자합병이 있었다.[47]

참고로, 주식의 포괄적 교환의 경우에는 제360조의6, 제360조의10 제2항의 명문규정을 두고 있다. 합병의 경우에도 법적 안정성을 위하여 같은 규정을 둘 필요가 있다(**개정안 제523조 제3호 참조**).

나. 분할

(1) 자기주식의 분할

인적분할시 분할회사는 자기주식을 분할신설회사등에게 이전할 수 있는가? 이 경우 그 자기주식에 대하여 분할신설회사등의 주식을 배정할 수 있는가? 우선 이전할 수 있는지 여부에 관하여는 부정적으로 보아야 할 것이다. 분할은 자산 및 부채를 이전 대상으로 하고 있는데, 자기주식은 자산이 아닌 음의 자본이기 때문이다.[48] 만일 이를 허용하고 나아가 분할신설회사등의 주식을 배정

46) 송옥렬, 앞의 책, 1186면.
47) 모두 소규모합병이었다. 한국상장회사협의회, "상장법인의 합병·분할 현황과 시사점", 5면. 등기실무도 이를 인정하고 있다. 대법원 등기선례 200201-17(2002. 1. 2. 등기 3402-2 질의회답).
48) 우리 상법의 입장이다. 상세는 황남석, "상법상 배당가능이익에 의한 자기주식취득의 쟁점",「상사법연구」제31권 제3호, 2012, 70~71면.

한다면 단순히 음의 자본으로서 분할회사는 주주권을 행사할 수 없었던 분할회사 자기주식이 분할신설회사등으로 이전되면서 분할신설회사등의 주식으로 바뀌고 그 의결권을 분할회사가 행사하게 된다. 이를 악용하면 분할회사의 지배주주는 분할회사로 하여금 자기주식을 취득하게 한 후, 그 자기주식을 분할의 대상으로 함으로써 분할신설회사등의 주식을 취득하고, 다시 분할신설회사등의 주식을 통하여 승계된 분할회사 주식을 지배함으로써 분할회사 및 분할신설회사등에 대한 지배권을 행사할 수 있게 되는 것이다. 따라서, 이론적인 관점에서나 정책적인 관점에서나 분할회사의 자기주식은 분할의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다.[49] 독일조직재편법 제125조, 제68조 제1항 제1문 제2호의 입장도 같다.

(2) 자기주식의 교부

분할신설회사등은 보유하고 있는 자기주식을 분할합병의 대가로 교부할 수 있는가? 이 점에 관하여는 가능하다고 보아야 한다. 구 일본상법 제374조의19, 독일조직재편법 제125조, 제68조 제1항 제2문 제1호도 같은 입장이다.[50]

분할회사가 분할신설회사등의 주식을 갖고 있는 경우[51] 분할 대상에 분할신설회사등의 주식이 포함된다면 분할신설회사등은 이를 승계하여 분할대가로 사용할 수 있는가? 이 역시 가능하다고 보아야 한다. 독일조직재편법 제125조, 제68조 제1항 제2문 제2호도 같은 입장이다.[52]

(3) 자기주식에 대한 신주배정

흡수분할합병시 기존 분할합병의 상대방회사가 분할회사의 주식

49) 김진방, "경제 민주화와 재벌 개혁",「사람과 정책」봄호, 2012, 23면. 같은 취지이지만 논리구성이 다른 견해로는 권기범, 앞의 책, 379면.
50) 권기범, 앞의 책, 377면. *Frenz* in Maulbetsch/Klumpp/Rose, Umwandlungsgesetz, 2009, § 68 Rn. 11; *Marsch-Barner*(Fn. 38), § 68 Rn. 7.
51) 현실적으로는 흡수분할합병의 경우만을 상정할 수 있다.
52) 권기범, 앞의 책, 377면.

을 보유하고 있는 경우 분할신주를 배정할 수 있을 것인가? 독일 조직재편법 제125조, 제68조 제1항 제1문 제1호는 이에 관하여 분할신주의 배정을 금지하는 규정을 두고 있다. 만일 위와 같은 경우 분할신주의 배정을 허용한다면 분할합병의 상대방회사는 자기주식을 취득하는 결과가 된다. 이와 같은 자기주식의 취득은 상법 제341조의2에 규정되어 있는 자기주식취득의 예외에 해당하지 않으므로 허용되지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다.[53] 그러나 해석상의 논란이 있으므로 독일의 예와 같이 입법적으로 규정을 두는 것이 바람직하다(**개정안 제530조의6 제1항 제3호 참조**)

다. 주식의 포괄적 교환·이전

(1) 주식의 포괄적 교환

(가) 완전모회사로 되는 회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우

위 자기주식을 신주발행에 갈음하여 완전자회사로 되는 회사의 주주에게 이전할 수 있다(상법 제360조의6). 이에 관하여 주식의 포괄적 교환 계약서에 그 내용을 기재하여야 한다(상법 제360조의3 제3항 제8호).

(나) 완전자회사로 되는 회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우

완전자회사로 되는 회사는 주식의 포괄적 교환으로 인하여 완전모회사로 되는 회사의 주식을 취득한다(상법 제342조의2 제1항 제1호).

(다) 완전모회사로 되는 회사가 완전자회사로 되는 회사의 주식을 종전부터 보유하고 있는 경우

53) 권기범, 앞의 책, 377~378면.

이에 대하여는 두 가지 방안을 생각해 볼 수 있다. 첫째, 그대로 보유하는 것이고, 둘째, 완전모회사의 주식을 배정하는 것이다. 현재 전자의 견해만 주장되고 있다.[54] 제도의 취지에 비추어 보면 전자의 견해가 타당하다. 그러나 역시 해석상 의문의 여지가 있을 수 있으므로 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다(**개정안 제360조의2 제2항 후단 참조**).

(라) 완전자회사로 되는 회사가 완전모회사로 되는 회사의 주식을 종전부터 보유하고 있는 경우

이 경우에는 자회사의 모회사 주식취득 금지와 관련하여 문제가 되지만 완전자회사로 되는 회사가 완전모자회사관계가 생기기 이전에 보유하였던 주식이므로 예외로서 허용된다고 보는 것이 타당하다.[55] 다만 주식의 포괄적 교환 성립 후 6개월 이내에 처분하여야 한다(상법 제342조의2 제2항). 이 문제는 해석상 비교적 분명하므로 별도의 입법적 조치는 필요하지 않다고 본다.

(2) 주식의 포괄적 이전

주식의 포괄적 이전에 대하여는 주식의 포괄적 교환에서 가능한 경우의 수 중에서 두 번째 것만이 가능하다. 즉, 완전자회사로 되는 회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우만이 문제될 수 있다. 그러나, 이 경우 완전자회사가 완전모회사 주식을 취득할 수 있음은 명문의 규정상 명백하다.

54) 권기범, 앞의 책, 481면.
55) 권기범, 앞의 책, 481면.

III. 기업조직재편 제도 관련 외국의 입법례

1. 주요 국가의 기업조직재편 제도 입법례

가. 프랑스

(1) 개관

프랑스상법은 일찍부터 조직재편제도를 갖춘 입법례 중 하나이다. 특히 회사분할제도를 최초로 입법하여 다른 국가들에 영향을 주었다. 현행 프랑스상법상의 조직재편제도로는 합병(Fusion)과 분할(Scission)이 있다.

(2) 합병

(가) 의의

둘 이상의 회사가 하나로 되는 회사법상의 절차이다(프랑스상법 제L.236-1조 제1항). 합병에는 신설합병과 흡수합병이 있는데 세제상의 유리함 때문에 흡수합병이 더 자주 이용된다.[1)]

(나) 합병절차

합병의 첫 단계는 합병계약의 체결이다. 합병계약의 내용은 이사회의 승인을 얻어야 한다. 합병당사회사의 이사회는 합병계약의 내용에 관한 보고서를 작성하여 공시하여야 한다(프랑스상법 제L.233-9조 제4항). 그 후 합병검사인의 검사를 거쳐 주

1) Merle, *Sociétés commerciales*, 16^{e} éd., 2013, n^{o} 672.

주총회의 특별결의로 승인을 얻어야 한다(프랑스상법 제L.236-9조 제1항, 제L.236-10조 I). 그러나 주주가 전원 일치로 동의할 경우에는 합병검사인의 선임을 생략할 수 있다(같은 법 제L.236-10조 II). 존속회사가 소멸회사의 지분 전부를 지속적으로 보유하고 있는 경우에는 소멸회사의 주주총회 결의는 필요하지 않다(같은 법 제L.236-11조).

합병교부금은 합병대가로 교부된 지분의 액면가의 10퍼센트를 초과할 수 없다(같은 법 제L.236-1조 제4항).

(다) 채권자보호

합병의 경우 채권자보호절차가 규정되어 있다. 채권자의 이의에 대하여 법원은 이를 인용하거나 기각할 수 있다(프랑스상법 제L.236-14조).

(라) 반대주주의 주식매수청구권

프랑스상법은 반대주주의 주식매수청구권을 규정하고 있지 않다.[2)]

(3) 분할

(가) 의의

프랑스상법상 분할의 원형은 소멸분할이다(같은 법 제L.236-3조 제1항). 이는 우리 상법상 인적소멸분할에 대응하는 것이다. 그리고 '영업일부의 출자(l'apport partiel d'actif)'라는 제도가 규정되어 있는데(같은 법 제L.236-22조), 이 제도가 우리 상법상 물

2) 본래 반대주주의 주식매수청구권은 미국의 제도이고 대륙법계에서는 보편적이지 않다고 한다. 권기범,「기업구조조정법」, 제4판, 2011, 앞의 책, 254면.

적분할의 기능을 한다.

(나) 분할절차

분할절차도 합병절차와 다르지 않다. 합병검사인 대신 분할검사인이 선임된다(프랑스상법 제L.236-16조, 제L.236-10조). 다만, 분할당사회사의 주주들이 전원 일치로 결의하거나(같은 법 제L.236-10조 제2항), 소멸·신설분할이 안분비례적으로 이루어질 경우(같은 법 제L.236-17조 제2항)에는 분할검사인의 조사를 생략한다. 분할검사인은 주로 분할비율의 적정성을 검사하는 역할을 하고, 자본충실의 검사를 위하여는 별도로 현물출자검사인이 선임되어야 한다.[3)]

(다) 채권자보호

분할회사는 분할신설회사등으로 이전된 채무에 대하여 연대책임을 진다(프랑스상법 제L.236-20조, 제L.236-21조).

(라) 반대주주의 주식매수청구권

분할의 경우에도 반대주주의 주식매수청구권은 규정되어 있지 않다.

나. 독일

(1) 개관

독일법상 조직재편에 관하여는 단행법인 독일조직재편법

3) 노혁준, "프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구", 「법제연구」 제39호, 2010, 423~424면.

(Umwandlungsgesetz: UmwG)이 규율하고 있다.[4] 이 법은 조직재편을 크게 합병(Verschmerzung, 제2조부터 제122조까지), 분할(Spaltung, 제123조부터 제173조까지), 조직변경(Formwechsel, 제174조부터 제189조까지)으로 나누고 있다. 독일조직재편법은 후술하는 유럽연합의 지침을 수용하고 있다.[5] 세 가지 유형 중에서 본 연구의 대상이 아닌 조직변경을 제외한 합병과 분할을 살펴 본다.

(2) 합병

(가) 의의

합병은 다수의 권리주체가 합일되는 것이다. 독일조직재편법은 합병을 흡수합병(Verschmerzung durch Aufnahme, 제4조부터 제35조)과 신설합병(Verschmerzung durch Neugründung, 제36조부터 제38조)으로 나누어 규정하고 있다.

(나) 합병절차

합병당사회사는 합병계약을 체결하고, 각 당사회사의 기관은 그 합병계약에 대하여 보고하여야 한다(독일조직재편법 제8조 제1항). 그 후 합병검사인이 합병계약과 그 기초사실에 대하여 조사한다(같은 법 제9조). 합병이 유효하기 위하여는 각 합병당사회사의 주주총회 결의가 필요하다(같은 법 제13조). 합병교부금은 합병대가로 교부되는 존속회사 주식총액의 10퍼센트를 초과할 수 없다(같은 법 제54조 제4항, 제68조 제3항). 신설합병은 흡수합병에 관한 규정들을 대부분 준용한다(같은 법 제36조).

(다) 채권자보호

4) 이 법에 의하여 규율되지 않는 조직재편도 존재하지만 큰 의미는 없으므로 다루지 않는다. *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23.Aufl., 2013, § 38 Rn. 3.

5) *Windbichler*(Fn 4), § 38 Rn. 2.

합병당사회사의 채권자를 위하여 채권자보호절차가 있다(독일조직재편법 제22조).

(라) 반대주주의 주식매수청구권

합병에 반대하는 주주는 주식매수청구권을 행사할 수 있다(독일조직재편법 제29조).

(3) 분할

(가) 의의

분할은 한 권리주체에 속하는 재산이 복수의 권리주체에 이전되는 것이다. 독일조직재편법은 분할을 다시 세 가지로 나누고 있다. 첫째는 소멸분할(Aufspaltung, 같은 법 제123조 제1항), 둘째는 존속분할(Abspaltung, 같은 법 제123조 제2항), 셋째는 물적분할(Ausgliederung, 같은 법 제123조 제3항)이다.

(나) 분할절차

분할절차는 본질적으로 합병절차에 대응한다. 따라서 독일조직재편법 제125조는 합병절차에 관한 규정들을 준용한다. 따라서 구체적으로 분할당사회사는 분할계약서 또는 분할계획서를 작성하고(같은 법 제126조, 제136조), 그 기관은 분할보고를 하며(같은 법 제127조) 분할검사인이 검사를 행한다(같은 법 제125조 제1문). 다만 물적분할의 경우 분할검사인의 검사는 없다(같은 법 제125조 제2문, 제9조 이하). 분할계약은 주주총회의 승인을 얻어야 한다(같은 법 제125조 제1문, 제13조). 분할교부금 역시 분할신설회사등이 분할대가로 교부하는 분할신설회사등 주

식총액의 10퍼센트를 초과할 수 없다(같은 법 제125조, 제54조 제4항, 제68조 제3항).[6] 분할의 경우 합병과 다음과 같은 차이가 있다고 한다.[7]

첫째, 합병과 달리 재산의 일부가 이전되는 것이므로 그 대상이 정확하게 특정되어야 한다(같은 법 제125조 제1항 제9호).

둘째, 비안분비례적 분할(nicht-verhältniswahrende Spaltung)이 가능하다. 즉, 기존 지분비율과 다르게 분할신설회사등의 지분을 교부받을 수 있다. 다만, 이 경우 주주들의 보호를 위하여 모든 주주의 동의가 필요하도록 규정하고 있다(같은 법 제128조).

(다) 채권자보호

분할의 경우에도 합병에서의 채권자보호절차가 준용된다(독일조직재편법 제125조 제1문, 제22조). 또한 분할회사와 분할신설회사등은 채무에 대하여 연대책임을 진다(같은 법 제133조 제1항). 분할계약에 따라 채무를 부담하지 않는 권리주체는 분할등기 이후 5년간 위 연대책임을 진다(같은 법 제133조 제3항).[8]

(라) 반대주주의 주식매수청구권

인적분할에 반대하는 주주는 주식매수청구권을 행사할 수 있다(독일조직재편법 제125조, 제29조). 그러나 물적분할에 반대하는 주주에 대하여는 주식매수청구권이 인정되지 않는다(같은 법 제125조 제1항).[9]

다. 유럽연합

---

6) *Sagasser/Bultmann* in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 4.Aufl., 2011, § 18 Rn. 47.
7) *Windbichler*(Fn. 4), § 38 Rn. 12.
8) *Windbichler*(Fn. 4), § 38 Rn. 13.
9) *Teichmann* in Lutter, Umwandlungsgesetz, 4.Aufl., 2009, §125 Rn. 9.

유럽연합 이사회는 현재까지 조직재편과 관련하여 2개의 지침을 공포하였다. 이들은 합병에 관한 제3지침, 분할에 관한 제6지침이다.[10]

(1) 제3지침

(가) 적용범위

제3지침은 유럽연합 회원국내에서 이루어지는 공개회사간의 합병에 관한 규율이다. 제3지침은 모든 유럽연합의 회원국들이 ① 흡수합병(merger by acquisition, 제3지침 제3조 제1항), ② 신설합병(merger by the formation of a new company, 제3지침 제4조 제1항), ③ 모자회사간의 합병(Acquisition of one company by another which holds 90% or more of its shares, 제3지침 제24조)의 세 가지 형태의 합병에 관하여 통일된 규정을 두도록 하고 있다(제3지침 제2조).

(나) 합병절차

합병당사회사의 이사회는 합병계약서, 합병조건, 합병비율 등을 기재한 합병보고서를 작성하여야 한다(제3지침 제5조, 제10조, 제23조). 독립된 전문가는 합병계약서를 검사하여 주주들에게 보고서를 제출한다(제3지침 제10조 제1항, 제23조). 합병계약서는 각 합병당사회사의 주주총회 및 종류주주총회에서 승인을 받아야 한다. 존속회사의 경우 예외가 인정된다(제3지침 제7조, 제8조, 제23조). 주주총회의 승인결의 요건은 출석주주 또는 자본을 구성하는 발행주식의 3분의 2 이상 찬성으로 한다(제3지침 제7조 제1항).

(다) 합병의 대가

10) 상세는 홍복기, 「EU회사법」, 법문사, 1999, 73면 이하.

제3지침은 합병교부금의 지급한도에 제한을 두어 발행주식의 액면가 총액의 10퍼센트 또는 회계상 액면가 총액의 10퍼센트를 초과하지 못하도록 한다(제3지침 제3조 제1항, 제4조 제1항). 다만 예외적으로 10퍼센트를 초과하도록 정할 수도 있다(제3지침 제30조).

(라) 채권자보호절차

제3지침은 합병당사회사의 재정적 상황이 보호를 요구하고 채권자가 이미 보호수단을 갖추지 못한 경우 적절한 보호조치를 제공하여야 한다고 규정한다. 이때 존속회사와 소멸회사의 채권자는 보호의 수단이 다를 수 있다(제3지침 제13조 제2항, 제3항)

(마) 합병의 효력발생

제3지침 제17조는 국내법으로 합병의 효력발생일을 규정하도록 한다. 합병의 결과 소멸회사의 모든 자산과 채무는 존속회사로 포괄승계되고, 소멸회사의 주주는 존속회사의 주주로 되며, 소멸회사는 소멸한다(제3지침 제19조 제1항).

(바) 간이합병

회원국들은 존속회사가 소멸회사의 주식 전부를 보유한 경우(제3지침 제24조부터 제26조까지) 또는 존속회사가 소멸회사의 주식 90퍼센트 이상을 보유한 경우(제3지침 제27조부터 제29조까지) 간이합병에 관한 규정을 둘 수 있다.

(2) 제6지침

분할에 관한 제6지침은 제3지침과 여러 모로 유사하다.

(가) 적용범위

제6지침은 공개회사에 대하여 적용되는 것으로서 분할의 형태를 크게 ① 분할합병(division by acquisition, 제6지침 제2조 이하), ② 신설분할(division by the formation of new companies, 제6지침 제21조 이하), ③ 법원감독에 의한 분할(division by the supervision of judicial authority, 제6지침 제23조), ④ 간주분할(other operation treated as divisions, 제6지침 제24조 이하)로 나누고 있다.

(나) 분할절차

제6지침에 따르면 분할당사회사의 이사회는 분할계약서의 내용을 최소한 주주총회 결의 1달 이전에 공표하고, 분할계약서, 분할조건, 분할비율에 관한 분할보고서를 작성하여야 한다(제6지침 제3조, 제4조, 제7조, 제9조, 제22조). 또한 독립된 전문가는 분할계약서를 검토하고 보고서를 작성하여 주주에게 제출한다(제6지침 제8조, 제22조). 분할계약서는 각 분할당사회사의 주주총회 및 종류주주총회에서 승인을 받아야 한다(제6지침 제5조, 제22조). 주주총회의 승인결의 요건은 출석주주 또는 자본을 구성하는 발행주식의 3분의 2 이상 찬성으로 한다(제6지침 제5조 제1항, 제22조). 분할에 반대하는 주주에 대하여는 주식매수청구권을 부여하여야 한다(제6지침 제5조 제2항, 제22조).

(다) 분할대가

제6지침도 분할교부금을 허용하되 그 지급한도에 제한을 두어 발행주식의 액면가 총액의 10퍼센트 또는 회계상 액면가 총액의 10퍼센트를 초과하지 못하도록 한다(제6지침 제2조 제1항,

제22조). 다만 예외적으로 10퍼센트를 초과하도록 정할 수도 있다(제6지침 제30조). 분할교부금이 분할대가의 10퍼센트를 초과하는 경우에는 간주분할로서 허용된다(제6지침 제24조).

(라) 채권자보호절차

제6지침은 분할의 경우에도 합병과 동일한 채권자보호절차 규정을 두고 있다(제6지침 제12조, 제22조). 다만, 합병과 달리 분할신설회사등이 분할회사와 연대책임을 부담하도록 정할 수 있다는 규정을 추가로 두고 있다(제12조 제6항, 제22조). 다만, 회원국은 연대책임의 범위를 각 분할당사회사가 취득한 순자산으로 제한할 수 있다(제12조 제3항, 제22조).

(마) 분할의 효력발생

제3지침 제16조는 국내법으로 분할의 효력발생일을 규정하도록 한다. 분할의 결과 분할회사의 자산 및 부채가 분할회사와 분할신설회사등 간에 나누어져 포괄승계된다. 분할회사의 주주는 분할신설회사등의 주주로 되며 분할회사는 소멸한다(제6지침 제17조 제1항). 다만, 분할회사가 존속하는 존속분할도 간주분할의 일종으로서 인정된다(제6지침 제25조).

(바) 간이분할

제6지침은 합병의 경우와 달리 간이분할에 관한 규정을 두지 않고 있다.

라. 미국

(1) 개관

미국법에서 기업구조재편이라 함은 기업이 사업을 재편(restructuring)하여 핵심역량을 집중하고 재무구조를 개선하거나 리엔지니어링(reengineering) 및 규모축소(downsizing)를 통하여 원가를 절감함으로써 기업의 경쟁력을 강화시키려는 노력을 의미한다. 따라서 기업구조재편을 간단히 말하자면 기업의 가치를 높이는 일련의 경영활동이라 할 것이다.

기업구조재편의 유형은 그 수단에 따라 다양하게 나타나고 있다. 기업구조재편의 방법은 경제환경과 기업이 처한 특성과 상황에 따라 선택하여야 하기 때문이다. 일반적으로 기업구조재편의 유형은 인수합병(M&A)과 사업매각(divestiture) 및 분할(sell-off)로 크게 나눌 수 있다. 더 나아가 기업구조재편은 그 전략적 방법에 따라 다시 확장전략과 축소전략으로 세분할 수 있다. 확장전략으로는 인수합병을 비롯하여 공개매수, 합작투자 등이 있으며 축소전략으로는 사업매각(자산양도)와 분할 등이 있다.

(2) 기업구조재편의 유형 및 주요 내용

우리나라의 기업조직재편제도와 비교할 경우 미국의 기업조직재편제도의 특징으로서 기업조직재편이 연방법 차원이 아니라 각주의 주법인 회사법에 근거한다는 점이다. 미국에서 널리 인정되고 있는 델라웨어주의 회사법과 모범사업회사법을 대상으로 하여 기업조직재편제도 중에서 합병, 사업매각의 일환으로 이루어지는 자산의 양도, 및 분할을 중심으로 살펴보고자 한다. 이하의 내용을 표로 요약하면 다음과 같다.

수단에 따른 분류		주요내용
인수합병(M&A)		한 회사가 다른 회사를 합병하거나 새로운 회사를 인수하는 방법
사업매각(divestiture)/자산양도(sale of assets)		불필요한 사업부문(자산 및 영업권) 또는 자회사를 제3자에게 100% 완전매각하는 방법/회사의 자산의 실질적으로 전부를 양도하는 방법
분할	배당형 분할(spin-off)	자회사를 신설하고 모회사의 주주에게 자회사의 주식을 배당하는 방법
	상환형 분할(split-off)	자회사를 신설하고 모회사의 주주에게 자회사의 주식을 교환한 후 자기주식을 소각하는 방법
	청산형 분할(split-up)	복수의 자회사를 설립한 후 자회사의 주식을 모회사 주주에게 분배한 후 모회사가 청산하는 방법
분리공개(equity carve-outs)		사업매각의 변형된 형태로서 일반투자자나 외부투자자를 상대로 자회사주식의 일부를 부분매각하여 자본을 조달하는 방법
사업교환(business swaps)		주식교환형과 자산거래형으로 나눌 수 있다. 주식교환형은 경영권(소유주지분과 계열사 지분 등)을 기업끼리 상호교환하는 방법이고, 자산거래는 회사는 그대로 두고 일부공장과 생산설비 또는 지적재산권 등을 맞 교환하는 방법
전략적 제휴		기업간 업종이 중복되는 시장구조에서 생산, 기술개발, 물류·판매, 원료확보, 정보화작업, 부품표준화 등으로 기업간 상호 제휴하는 방법

[표2: 미국회사법상 기업조직재편제도의 주요 내용]

(3) 합병

(가) 흡수합병과 신설합병

합병(merger)은 기업결합의 가장 강력한 법적 형태로 둘 이상의 회사가 결합 또는 통합을 통하여 하나가 되는 것이다. 델라웨어주 회사법에 있어서의 합법적인 합병이 되기 위해서는 합병의 포괄 승계 및 피합병 회사의 자동 소멸이라고 하는 합병의 본질적 요소를 모두 갖추어야 한다. 그 구체적인 방법으로는 흡수합병(merger)과 신설합병(consolidation)이 있다. 흡수합병이란 1개 회사는 존속하고 다른 회사는 해산하여 그 주주 및 재산이 존속회사에 포괄적으로 승계 되는 경우를 말한다. 신설합병이란

모든 회사가 해산하고 새로운 회사를 설립하여 해산회사의 주주 및 재산을 신설회사에 승계 시키는 것을 뜻한다. 델라웨어주 이외의 주의 회사법에 근거하는 합병에 대해서는 해당 주법의 규정에 따라 루어진다. 미국의 연방세법에서도 이른바 A형 기업재편의 정의로서 포괄 승계 및 소멸회사의 자동소멸을 합병의 본질적인 요소로 규정하고 있다.

델라웨어주 회사법의 경우 흡수합병도 신설합병도 제정법에 의해서 이하와 같은 절차를 따라야 한다. 그 절차를 살펴보면, 결합할 전체 회사의 이사회가 각각 합병의 승인결의를 하여야 한다. 실무에서는 승인을 위해 제정법에 의해 요구되는 이사회 구성원의 과반수[11] 보다 더 가중된 요건을 규정하는 것이 일반적이다. 전체 회사의 이사회가 전 주주에게 합병을 의제로 하는 임시주주총회의 소집통지를 합병계획의 개요서와 함께 발송하여야 한다. 그리고 실무상 회사의 주주총회에서도 대체적으로 제정법에 의한 기준 보다 더 가중된 비율에 따른 다수에 의한 합병승인절차를 밟을 것이 요구하는 경우가 많다. 그 후 회사가 합병합의서(article of merger 또는 consolidation)를 각 회사의 소재지 주의 국무무장관에게 신고하여야 한다.

존속회사나 신설회사는 소멸회사의 채무를 포괄승계하게 되므로, 합병절차에서 채권자의 승인을 필요로 하지 않지만, 합병이 자산의 사기적 양도(fraudulent conveyance)를 구성하는 경우는 소송을 통해 합병을 무효로 하는 것이 가능하다.

합병에 반대하는 주주는 주식의 공정가치(fair value)에 의한 매수를 청구할 수 있다. 이를 위해 서면에 의한 합병반대의 신고를 하고, 합병결의에 있어서 반대표를 행사하는 것이 필요하며, 주주총회승인 후 합리적 기간내에 서면에 의한 매수청구를 하여야 한다.[12]

(나) 삼각합병

11) 델라웨어주 회사법(Delaware General Corporation Law tit.8) 제251(b)조.
12) 델라웨어주 회사법 제262조.

1) 연혁

미국에서는 1960년경까지 제정법에 의한 회사합병방식에 따라 소멸회사의 주주는 합병대가로 반드시 존속회사 혹은 신설회사의 주식을 취득해야 하는 것으로 인식되었다.[13] 이와 같은 제정법상의 합병(statutory merger)의 영향으로 인하여 판례법에 의하여 인정되고 있던 정삼각합병 또는 역삼각합병이 제정법상으로 유효한지가 문제되었다.[14] 이에 델라웨어주 회사법과 모범사업회사법(Model Business Corporation Act: MBCA)은 개정을 통해 존속회사 혹은 신설회사의 주식 이외의 것을 대가로 지급할 수 있도록 하였다.[15] 지금은 미국의 대다수 주에서 삼각합병이 인정되고 있다.[16]

삼각합병(triangular merger)은 결과적으로 3개의 회사가 참여하는 합병으로서 존속회사 또는 소멸회사의 모회사의 주식을 합병대가로서 교부하는 합병방식을 의미한다. 이처럼 삼각합병에서는 대상회사(T사), 매수회사(A사) 및 그 완전자회사(S사)가 당사자가 되며, 합병은 T사와 S사 사이에서 이루어지지만, 어느 것이 존속회사로 되는지에 따라 삼각합병은 다시 세부적으로 정삼각합병과 역삼각합병으로 나눌 수 있다.[17]

2) 정삼각합병

정삼각합병(straight triangular merger) 혹은 정진형삼각합병(forward triangular merger)은 존속회사가 100퍼센트 자회사를 설립하고 그 자회사가 소멸회사를 흡수합병하는 방식이다. 즉, 우선 A사가 T사가 발행한 모든 주식을 취득하고자 하는 경우 A사가 자기의 주식을 현물출자하여 완전자회사인 S사를 설립한다. 실무상 S사는 사업을 수행하지 않는 껍데기회사(shell

13) 김동석, "기업의 합병 및 매수",「경영법률」제4권, 1991, 41면.
14) 김재형, "M&A 대가의 유연화 : 미국법상의 삼각합병과 주식교환을 중심으로," 「무등춘추」제8호, 2004, 84면.
15) 델라웨어주 회사법 제251조; 모범회사법 제10.01조.
16) 김화진, "독일의 기업금융과 자본시장의 최근 변화,"「서울대학교 법학」제43권 제2호, 2002, 49면 주 66).
17) 김재형, 앞의 논문, 85면.

company)에 지나지 않는다. 이 경우 자회사는 소멸회사의 주주들에게 합병의 대가로서 자회사가 보유하고 있는 모회사인 존속회사의 주식을 지급한다. 말하자면, S사는 T사를 흡수합병하고, 합병계약에 따라 소멸한 T사의 주주들은 합병대가로 S사가 보유하고 있는 A사 주식을 교부받아서 과거의 T사의 주주들은 A사의 주주가 되는 것이다. 다만, 자회사와 소멸회사의 합병에는 모회사인 존속회사의 주주총회의 승인은 원칙적으로 요구되지 않는다. 요컨대, 정삼각합병에서 A사는 T사의 사업을 그대로 승계하는 S사의 주식을 100퍼센트 보유하는 구조이다.[18] 만약에 T사의 주주가 현금 또는 사채를 지급받는 경우에는 이른바 회사로부터 축출(freeze-out)되는 효과가 있다.[19]

이와 같이 삼각합병은 존속회사에 소수주주가 존재하는 것을 원하지 않는 경우에 매우 효과적인 합병방식이다. 또한 삼각합병은 존속회사가 소멸회사로부터 매수하는 자산을 별도의 회사에 두고 싶은 경우에 이용된다. 말하자면, 정삼각합병은 소멸회사가 존속회사와는 기본적으로 다른 종류의 영업을 하고 있고, 두 개의 영업상 자산, 부채 및 수익의 결합을 피하고 싶은 경우에 효과적이다. 불법행위로 인한 채무와 같이 소멸회사가 부담할 우려가 있는 우발채무를 회피하기 위해서도 정삼각합병은 유효하다. 왜냐하면, A사와 T사가 직접 합병을 할 경우에는 어쩔 수 없이 T사의 채무를 승계할 수밖에 없지만, 삼각합병에서는 흡수합병에 의해서 T사를 취득하는 회사는 S사이기 때문이다.[20] A사의 주주는 S사의 주주가 아니므로 해당 합병에 대해 의결권이 없다. 이밖에 존속회사가 상장되어 있는 이유로 인하여 합병결의를 이끌어 내는 데 어려움이 있을 것으로 예상되는 경우에도 이용할 수 있다.[21] 삼각합병의 경우 원칙적으로 완전모회사가 되려는 회사의 주주총회 결의를 요구하지 않지만 이에는 상당한 범위의 예외가 인정된다.[22]

---

18) 위의 논문, 85-86면.
19) Pinto/Branson, *Understanding Corporate Law*, 3d ed., 2009, p. 145.
20) 위의 책. pp. 145~146.
21) 김진수/이준규, 「기업인수 · 합병(M&A) 과세제도에 관한 연구」, 한국조세연구원, 2006, 86면.
22) 그 예외에 대한 상세는 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿), 7~8면.

3) 역삼각합병

역삼각합병(reverse triangular merger)은 매수측 기업의 주식을 대가로 하여 대상회사를 매수하는 경우이다. 두 회사가 합병하여 존속회사가 소멸회사의 자산의 전부를 사실상 승계하고, 존속회사의 주주들은 존속회사의 주식을 소멸회사를 지배하는 모회사의 주식과 교환하는 과정을 밟게 된다.[23] 그 이후에 존속회사에 대한 지배를 포기하고 소멸회사를 지배하는 모회사의 주주로 된다.

역삼각합병의 과정을 다시 한번 살펴보면, 우선 A사가 자기의 주식을 현물출자하여 완전자회사인 S사를 설립한다. 그리고 T사를 존속회사로 하고 A사의 자회사인 S사를 소멸회사로 하여 합병한다. T사는 S사가 가진 A사의 주식을 합병으로 취득하고 그 대가로 T사의 주주가 가진 T사 주식은 A사에게 이전한다. 그 후 S사는 소멸한다. 결과적으로는 A사가 완전모회사가 되고 T사는 그 완전자회사가 된다.[24] 이는 사실상 S사의 주식이 T사의 주식으로 전환하는 효과가 있다. 이와 같이 역삼각합병이 이루어지는 이유는 그러한 합병후에 손실이 생긴 경우에 이것을 손금으로 소급하여 합병전의 수익과 상계하는 것이 방해받지 않고자 하려는 있다고 한다.[25] 이밖에도 예컨대, T사가 저작권을 가지고 있는 경우에는 T사가 소멸하기 보다는 존속하는 것이 오히려 저작권을 구성하는 저작인격권 및 저작재산권 까지 용이하게 행사할 수 있는 이점이 있다.[26]

4) 간이합병과 소규모합병

존속회사가 소멸회사의 전체 사외주식 중 90퍼센트 내지 95퍼센트 이상을 가지는 경우에는 소멸회사 주주총회결의 없이 합병할 수 있는 간이합병(short-form merger)[27]과 합병시에 존속

23) 위의 책, 89면.
24) 김재형, 앞의 논문, 86면.
25) 노일석, "미국법상 삼각합병과 주식교환,"「성신법학」제3호, 2004, 72면.
26) Pinto/Branson, 앞의 책, p.146.

회사가 그 규모에 비하여 소량의 신주만 발행하는 것을 전제로 하여 주주총회결의가 요구되지 않는 소규모합병(small-scale merger)[28]도 허용된다.

(4) 자산의 양도

D사가 단순히 C사의 자산의 실질적으로 전부를 매입하는 경우 C사는 그러한 자산취득에 대한 대가와 관련하여 다음의 방법을 고려할 수 있다. 첫째, C사는 그러한 대가를 취득하고 계속해서 D사의 주주이면서 지주회사로서 계속 존속할 수 있다. 둘째, C사를 청산하고 D사로부터 받은 대가를 청산과정에서 C사 주주에게 분배하는 것이다. 미국회사법은 통상 자산의 양도(sale of asset)에 즈음하여, 양 회사의 이사회가 해당 자산의 양도를 승인할 것을 요구하고 있다. 일반적으로 어느 회사의 자산의 전부 또는 실질적으로 전부를 양도하는 경우에는 그 회사의 주주는 그러한 자산양도에 대하여 의결권을 가진다.[29]

(5) 분할

(가) 미국법상 분할제도의 특징

대체적으로 회사의 분할(scission, division)이라 함은 하나의 회사가 둘 이상의 회사로 분리되는 현상을 뜻하며. 이는 합병에 반대되는 제도(demerger)에 해당한다. 미국 회사법에서는 독립된 제도로서의 회사분할에 관해서는 명시적인 규정을 전혀 두지 않고 있다. 그러나 현실에서는 회사가 분할되는 경우가 빈번하게 발생하기 때문에 오히려 회사분할에 대해서는 직접적인 과세를 목적으로 그러한 유형을 연방세법에서 정하고 있다. 미국의 연방세법이 정하고 있는 구체적인 회사분할의 유형으로서

27) 모범회사법 제11.04조.
28) 모범회사법 제11.03(g)조.
29) Pinto/Branson, 앞의 책, p.148.

는 배당형 분할(spin-off), 상환형 분할(split-off) 청산형 분할(split-up) 등 3 가지 유형이 있다.[30]

(나) 분할의 동기

미국의 경우 회사분할을 이용하는 동기는 다양하다. 이를 정리하자면 위험사업 부문에서 발생하는 책임을 배제하거나, 성격이 다른 기업활동을 분리하기 위함이다. 즉, 비효율적인 영업부분을 분리하여 개별적으로 설립함으로써 경영을 독립시키는 방법을 통해 기업가치를 증가시킬 수 있다는 것이다. 개별기업의 차원에서 사업 중 규제대상이 되는 영업부분이 있다면 이를 비규제대상 사업과 분리하기 위하여 이용할 수도 있으며 수익사업을 적자기업 내에서 보호하기 위하여 또는 기업승계나 기업상속의 대책으로 이 제도가 사용되기도 한다, 또한 반독점법 위반을 피하거나, 기업조직재편의 측면에서 기업환경의 변화에 대응하기 위하여 감량경영(lean production) 또는 구조의 경량화(lean structure)를 통하여 다양한 기업형태의 선택을 가능하게 하는 방안중의 하나이다. 이밖에 지주회사의 형성, 주주간의 내분의 해소, 경영진에 대한 감독기능의 강화, 위험부담의 제한, 노무관리의 합리화, 자금조달의 용이, 주가상승의 도모, 이익분산에 의한 절세 등의 수단으로 이용될 수 있으며, 특정 사업부문의 시장가치를 높이거나 그 시장가치를 실현하기 위한 목적에서 행해지기도 한다. 복수의 주에 걸쳐서 사업을 영위하는 회사는 주세(州稅)를 절감하기 위하여 각 주별로 자족적인 사업부문을 분할하기도 한다.[31]

(다) 분할의 유형

1) 배당형 분할

30) 오문석/김길성, “기업분할 과세의 개선을 위한 분석적 고찰,”「회계정보연구」제2권 제1호, 2002, 4면.
31) 황남석, “미국 회사법상의 회사분할제도에 관한 연구,” 「증권법연구」제12권 제3호. 2011, 265면.

배당형 분할(spin-off)의 경우에는 회사를 분할하여 각기 독립된 기업인 자회사를 설립하고, 기존 주주에게는 소유주식의 비율에 따라 신설된 자회사의 주식을 배당하는 것을 말한다. 신규로 자회사를 설립하고, 기존주주의 지분에 비례하여 주식을 배당함으로써 결과적으로 주주 구성상 동일성을 가진 2개의 분리된 회사가 성립되므로 이를 배당형 회사분할의 형태라 할 수 있다. 따라서 보통 새로 설립된 회사의 주주는 그 구성상 기존의 주주와 차이가 없다. 이처럼 배당형 분할의 경우에는 모회사로부터 분리되어 새로 설립된 회사의 주주구성이 모회사와 동일하다는 점에서 모회사 주주의 주식을 감자하지 않고 자회사의 주식을 배당받는 상환형 분할과 차이가 있다.

2) 상환형 분할(split-off)

상환형 분할은 모회사가 그 자산을 현물출자하여 자회사를 설립하고 그 대가로서 취득한 자회사 주식을 모회사의 주식과 교환하여 모회사 주주에게 제공하는 방법이다.[32] 따라서 모회사의 기존주주는 모회사 주식만을 보유하는 자와 신설된 자회사의 주식만을 보유하는 자로 구분됨으로 인하여 모회사의 사업을 분할하는 효과가 있다. 이처럼 상환형 분할에서는 주주의 구성이 변동된다. 더 나아가 모회사가 당사의 주주로부터 취득한 자사주는 소각되어야 하므로 모회사의 자본금은 그만큼 감소한다.[33] 자기주식의 소각으로 유입되는 감자차익을 자본준비금으로 적립하여 차후의 무상증자의 재원으로도 사용할 수 있다. 따라서 상환형 분할은 현물출자에 의한 '분사형 분할'과 '자기주식 취득 및 소각'을 기본적인 내용으로 하고 있다.

3) 청산형 분할(split-up)

청산형 분할은 모회사가 그 자산을 현물출자하여 둘 이상의 자

32) 오문석/김길성, 앞의 논문, 5면.
33) 황남석, 앞의 논문, 268면.

회사를 설립하고 그렇게 설립된 자회사 주식을 모회사의 주주에게 그 소유주식 비율에 따라 분배한 후 모회사가 청산되는 방식이다. 이 방식의 회사분할에 의하면 모회사는 새로운 자회사를 둘 이상 설립하고 청산됨으로 인하여 자회사의 주주는 청산소득을 얻을 수 있다.[34] 이와 같이 청산형 분할은 현물출자에 의한 '분사형 분할', '주식분배' 및 '모회사 청산'을 기본적인 내용으로 하고 있다.

(6) 주식 교환(share exchange)

모범회사법은 주식 교환제도를 규정하고 있다(제11.03조). 주식 교환의 경우 합병과 마찬가지로 주주총회 결의를 거쳐야 한다[제11.04(b)].

마. 일본

(1) 개관

일본회사법상 조직재편제도로는 사업양도, 합병, 분할, 주식교환·이전이 있다. 이들 제도를 의의, 절차, 채권자보호, 반대주주의 주식매수청구권 등을 중심으로 살펴보기로 한다.[35]

(2) 사업양수도

(가) 의의

일본회사법은 사업의 전부 또는 중요한 일부를 양도수하는 경우에 관한 규정을 두고 있다(같은 법 제467조 제1항, 제309조

34) 오문석/김길성, 앞의 논문, 4면.
35) 일본의 법제에 관하여는 神田秀樹,「会社法」, 제15판, 弘文堂, 2013, 311면 이하에 크게 의존하였다.

제2항 제11호).

(나) 사업양수도절차

1) 원칙

양도회사의 경우 이사회 결의와 주주총회의 특별결의가 필요하다(일본회사법 제362조 제4항 제1호, 제467조 제1항 제1호, 제2호, 제309조 제2항 제11호).

양수회사의 경우 중요한 재산을 양수할 경우 이사회의 결의가 필요하고(일본회사법 제362조 제4항 제1호), 다른 회사의 사업전부를 양수할 경우 주주총회의 특별결의가 필요하다(같은 법 제467조 제3항, 제309조 제2항 제11호, 제467조 제2항).

2) 예외(간이사업양도ㆍ약식사업양도)

양도회사의 경우 간이사업양도 및 약식사업양도의 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하지 않다. 간이사업양도는 사업의 중요한 일부 양도로서 양도하는 자산의 규모가 작은 경우이고(같은 법 제467조 제1항 제2호)[36], 약식사업양도는 양수회사가 특별지배회사인 경우이다(같은 법 제468조 제1항). 특별지배회사란 어떠한 주식회사의 총주주의 의결권의 90퍼센트 이상을 '다른 회사' 및 해당 다른 회사가 발행주식 전부를 보유하는 주식회사 기타 이에 준하는 것으로 법무성령에서 정한 법인(일본회사법시행규칙 제136조)이 보유하고 있는 경우 해당 '다른 회사'를 말한다(일본회사법 제468조 제1항).[37]

양수회사의 경우에도 간이사업양수 및 약식사업양수에 대하여 예외가 인정된다. 간이사업양수는 양수회사가 교부하는 양수가

36) 구체적으로는 양도자산의 장부가액이 총자산가액의 20퍼센트 이하인 경우이다.
37) 예를 들어 A사의 의결권부 주식의 90퍼센트 이상을 B사가 단독으로 또는 B사와 그 완전자회사가 공동으로 보유하고 있는 경우 B사는 특별지배회사에 해당하고, A사가 B사에게 사업양도를 할 경우 A사는 주주총회결의를 하지 않아도 된다. 이상 神田秀樹, 앞의 책, 317면.

액(장부가액)이 양수회사의 순자산액의 20퍼센트 이하인 경우이고(같은 법 제468조 제2항), 약식사업양수는 양수회사가 특별지배회사인 경우이다(같은 법 제468조 제1항). 다만, 반대하는 주주가 일정 비율이상인 경우에는 주주총회를 생략할 수 없다(같은 법 제468조 제3항).

(다) 채권자보호

사업양수도에 대하여는 채권자보호절차가 인정되지 않는다.

(라) 반대주주의 주식매수청구권

주주총회 특별결의가 필요한 경우 반대주주에게는 주식매수청구권이 인정된다. 주주총회 특별결의가 생략되는 경우에도 반대주주에게는 주식매수청구권이 인정된다(일본회사법 제469조, 제470조).

(3) 합병

(가) 의의

일본회사법상의 합병은 둘 이상의 회사가 계약에 의하여 1개의 회사로 합체되는 것이라고 한다. 일본회사법은 흡수합병과 신설합병에 관한 정의 규정을 두고 있다(같은 법 제2조 제27호, 제28호). 일본회사법도 합병대가를 유연화하여 존속회사의 지분 이외의 것을 교부할 수 있게 하였다. 합병대가가 유연화되어 있으므로 삼각합병도 가능하다.[38]

(나) 합병절차

38) 神田秀樹, 앞의 책, 322~324면.

1) 원칙

합병계약에서 정한 효력발생일 전날까지 각 합병당사회사는 합병계약에 대하여 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 받아야 한다(일본회사법 제783조, 제784조, 제797조, 제798조, 제804조).

2) 예외

약식합병과 간이합병의 경우에는 주주총회 결의를 생략할 수 있다(일본회사법 제784조 제1항 본문, 제796조).

가) 약식합병

약식합병은 존속회사 또는 소멸회사가 특별지배회사인 경우로서 소멸회사 또는 존속회사는 주주총회 특별결의를 거칠 필요가 없다(일본회사법 제784조 제1항 본문, 제796조 제1항). 예컨대, A사의 의결권 있는 주식의 90퍼센트 이상을 B사가 단독 또는 B사와 그 완전자회사가 공동으로 보유하고 있는 경우 B사는 특별지배회사에 해당한다. 다만, 존속회사가 특별지배회사인 경우에는 ① 합병대가의 전부 또는 일부가 양도제한주식등이고, ② 소멸회사가 공개회사이며 종류주식발행회사라면 소멸회사는 주주총회 결의를 생략할 수 없다(같은 법 제784조 제1항 단서). 또한 소멸회사가 특별지배회사인 경우에는 ① 소멸회사의 주주에 대하여 교부하는 합병대가의 전부 또는 일부가 존속회사의 양도제한 주식인 경우로서, ② 존속회사가 공개회사가 아니라면 존속회사는 주주총회결의를 생략할 수 없다. 약식합병의 경우 주주총회 결의가 생략되는 소멸회사 또는 존속회사의 주주는 법령·정관 위반의 경우 또는 합병대가가 현저히 부당한 경우 합병의 유지를 청구할 수 있다(같은 법 제784조 제2항, 제796조

제2항).[39]

나) 간이합병

흡수합병의 존속회사가 교부하는 합병대가(장부가액)가 존속회사의 순자산액(일본회사법시행규칙 제196조)의 20퍼센트 이하인 경우 주주총회 결의를 거칠 필요가 없다(일본회사법 제796조 제3항). 다만, ① 합병차손이 발생하는 경우, ② 소멸회사의 주주에 대하여 양도제한주식을 교부하는 경우(이상 같은 법 제796조 제3항 단서), ③ 일정한 수 이상의 주주가 반대하는 경우(같은 법 제796조 제4항)에는 주주총회를 생략할 수 없다.

(다) 채권자보호

합병당사회사는 채권자에 대하여 ① 합병의 취지, ② 다른 당사회사의 상호와 주소, ③ 합병당사회사의 계산서류등, ④ 이의가 있는 채권자는 일정한 기간(1개월 이상) 내에 이의를 진술할 것 등의 취지를 관보에 공고하고, '알고 있는' 채권자에 대하여는 각별로 최고하여야 한다(일본회사법 제1항, 제2항, 제799조 제1항, 제2항, 제810조 제1항, 제2항). 단, 관보공고에 더하여 일간신문에 의하여 공고 또는 전자공고를 행한 경우 알고 있는 채권자에 대한 최고도 요구되지 않는다(일본회사법 제789조 제3항, 제799조 제3항, 제810조 제3항).[40]

(라) 반대주주의 주식매수청구권

반대주주 및 일정한 신주예약권자는 주식매수청구권을 갖는다(일본회사법 제785조부터 제788조, 제797조, 제798조, 제806조부

39) 神田秀樹, 앞의 책, 332~334면.
40) 알고 있는 채권자에 대한 최고의 생략은 2004년 개정 사항이다.

터 제809조). 특히 약식합병 또는 간이합병시 주주총회 특별결의를 거치지 않는 경우에도 반대 주주에게는 주식매수청구권이 부여된다(같은 법 제785조, 제786조, 제797조, 제798조).

(4) 분할

(가) 의의

일본회사법에서 회사분할이란 1개의 회사를 2개 이상의 회사로 나누는 것을 말한다. 일본회사법은 구 상법상의 회사분할제도를 승계하면서도 몇 가지 중요한 개정을 하였다.[41] 가장 중요한 것은 물적분할제도를 원칙적인 형태로 하면서 분할의 대가로 교부받은 주식을 현물배당의 형태로 주주에게 교부하는 형식에 의하여 인적분할제도를 행하도록 하였다는 점이다. 이렇게 구성함에 따라 물적분할 후 교부받은 주식의 일부는 주주에게 배당하고 나머지는 분할회사가 보유하는 혼합형의 회사분할도 가능하게 되었다.[42] 일본회사법은 분할대가로 금전 기타 재산을 교부할 수 있도록 하고 있으므로 삼각분할도 가능하다.[43]

(나) 분할절차

1) 원칙

합병과 마찬가지로 분할계약, 분할계획을 작성하고 주주총회 결의에 따라 승인을 받아야 한다.

2) 예외

41) 神田秀樹, 앞의 책, 342면.
42) 神田秀樹, 앞의 책, 344면.
43) 神田秀樹, 앞의 책, 345면.

합병의 경우와 마찬가지로 약식분할과 간이분할의 경우에는 주주총회 특별결의가 필요하지 않다.

3) 잉여금 배당에 의한 사실상의 인적분할

분할회사에게 분할신설회사등의 주식을 분할대가로 교부하는 경우 분할계약에서 정한다면 분할의 효력발생일에 잉여금의 배당을 하여 인적분할과 같은 효과를 누릴 수 있다(일본회사법 제758조 제8호ㅁ). 물적분할과 동시에 교부주식을 현물배당하는 경우에는 배당가능이익의 규제나 기말의 전보책임과 같은 잉여금배당규제가 적용되지 않기 때문이다(같은 법 제763조 제12호, 제792조, 제812조).[44]

(다) 채권자보호

합병과 마찬가지로, 분할회사, 분할신설회사등은 채권자에 대하여, ① 분할하는 취지, ② 다른 분할당사회사의 상호와 주소, ③ 모든 분할당사회사의 계산서류등, ④ 이의가 있는 채권자는 일정한 기간(1개월 이상) 내에 이의를 진술하라는 취지를 관보에 공고하고 '알고 있는 채권자'에게는 각별로 최고하여야 한다(일본회사법 제789조 제1항, 제2항, 제799조 제1항, 제2항, 제810조 제1항, 제2항). 다만, 관보공고에 더하여 일간신문에 공고 또는 전자공고를 행한 경우에는 알고 있는 채권자에 대하여 개별최고를 하지 않아도 된다(분할회사의 불법행위 채권자는 제외한다. 같은 법 제789조 제3항, 제799조 제3항, 제810조 제3항).[45] 회사분할시의 채권자보호는 합병과 비교하여 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 물적분할의 경우 분할회사의 총자산액은 변동이 없으므로 분할후에도 분할회사에 대하여 전액을 청구할 수 있는 채권자에 대하여는 채권자보호절차가 인정되지 않는다. 같은 이유에서

44) 神田秀樹, 앞의 책, 348~349면.
45) 역시 2004년 개정에 의한 것이다. 神田秀樹, 앞의 책, 350면.

사실상의 인적분할시에는 채권자보호절차가 인정된다(일본회사법 제789조 제1항 제2호, 제810조 제1항 제2호).

둘째, 개별 최고가 필요한 경우에 개별 최고를 받지 않은 채권자에 대하여는 분할계약 또는 분할계획상 채무자가 아닌 회사라 하더라도 분할회사는 분할의 효력발생일의 재산액, 분할신설회사등은 승계한 재산액을 한도로 변제의 책임을 진다. 이 한도에서는 중첩적 채무인수에 해당한다(일본회사법 제759조 제2항, 제3항, 제764조 제2항, 제3항).[46]

(라) 반대주주의 주식매수청구권

반대주주는 주식매수청구권을 가진다(일본회사법 제785조부터 제788조, 제797조, 제798조, 제806조부터 제809조).

(5) 주식교환·주식이전

(가) 의의

주식교환·주식이전은 주식회사가 그 주주총회의 특별결의에 따라 다른 주식회사의 완전자회사로 되는 거래이다. 그 모회사가 기존의 회사인 것인 주식교환이고 신설회사인 경우가 주식이전인 것은 우리 법과 다르지 않다.

(나) 주식교환·주식이전 절차

1) 원칙

완전자회사로 되는 회사의 모든 주식을 완전모회사로 되는 회

46) 神田秀樹, 앞의 책, 350면.

사가 취득하고 그 대가로 완전자회사로 되는 회사의 주주가 완전모회사로 되는 회사의 주식등의 대가를 취득하는 것이다. 따라서 각 당사회사의 주주 입장에서는 각 회사의 자산상태와 주식교환·주식이전의 조건이 중요한 문제이다. 따라서 일본회사법은 주식교환계약·주식이전계획의 작성시에 주주총회의 결의에 의하는 것이 원칙이다(일본회사법 제783조, 제784조, 제795조, 제796조, 제804조).[47]

2) 예외

약식주식교환·주식이전의 경우에는 주주총회의 결의가 필요하지 않다.

(다) 채권자보호

주식교환·주식이전에 의하여 당사회사의 재산에는 변동이 없기 때문에 원칙적으로 채권자보호절차는 필요하지 않다. 다만, 주식교환·주식이전의 대가를 완전모회사가 되려는 회사의 주식 이외의 것으로 교부할 경우에는 채권자보호절차가 필요하다(일본회사법 제810조 제1항 제3호).

(라) 반대주주의 주식매수청구권

반대주주는 주식매수청구권을 행사할 수 있다(일반회사법 제785조부터 제788조까지, 제797조, 제798조, 제806조부터 제809조까지).

2. 우리 법에 대한 시사점

47) 神田秀樹, 앞의 책, 355면.

주요국의 입법례를 비교하여 살펴보면, 대체로 조직재편과정에 주주총회의 결의를 요구한다는 공통점이 있다. 법계별로는 대륙법계의 국가들은 채권자보호절차를 대체로 요구한다는 공통점이 있는 반면 미국법은 반대주주의 주식매수청구권을 널리 부연한다는 특징이 있다. 우리 법은 대륙법계와 미국법이 혼합계수되면서 두 법계의 특징이 뒤섞여 있다. 따라서 법을 개정할 경우 혼합계수로 인한 법체계의 충돌이 발생하지 않도록 유의할 필요가 있으며 특히 대륙법계에서 채권자보호절차가 크게 완화되고 있는 추세에 주목할 필요가 있다.

IV. 기업조직재편 제도의 실무상 문제점 및 개선방안

1. 공통사항

가. 채권자보호절차

앞서 각 조직재편제도의 규제차익에 관한 부분에서 본 것과 같이 우리 상법은 합병 및 분할시의 채권자보호절차가 지나치게 엄격하게 규정되어 있어, 대체적인 거래와 규제차익의 문제를 일으킨다. 그 외에 실무상으로도 지나지게 엄격한 채권자보호절차가 유연한 조직재편의 저해요소라는 지적이 있었다.[1] 따라서 다음과 같이 이를 완화하는 것이 타당하다.

우선 개별최고의 대상이 되는 '알고 있는 채권자'의 범위가 문제로 된다. 판례는 회사에 대하여 채권을 주장하는 자와 이를 부정하는 회사 사이에 다툼이 있거나 소송이 계류 중인 경우에도 '알고 있는 채권자'에 포함된다고 본다.[2]

그러나, 실무상으로는 이처럼 넓은 범위의 채권자에게 모두 개별 최고를 하는 것이 사실상 거의 불가능하다.[3] 따라서 이를 완화할 필요가 있다. 예를 들어서「금융산업의 구조개선에 관한 법률」제5조 제3항과 같이 2 이상의 일간신문 공고로 개별최고를 생략할 수 있도록 하거나 공고로 일원화하는 것이다. 혹은 일정 금액 이하의 채권에 대하여는 개별 최고를 요구하지 않는 방안도 있을 수 있다.[4]

입법례를 보면, 독일조직재편법은 개별최고제도를 두지 않고 있다.[5] 일본회사법 제810조 제3항은 정관의 정함에 따라 일간신문에 공고 또는 전자공고를 한 경우 원칙적으로 알고 있는 채권자에 대하여

---

1) 회사분할에 대한 것으로 노혁준, "회사분할시 채권자 보호의 기본 법리",「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013, 224면.
2) 대법원 1964. 6. 16. 선고, 64다5 판결.
3) 이에 따라 실제로 기업들은 분할시 가급적 많은 채권자들에게 개별 최고를 하되, 일부 비금전채권자, 소액채권자 또는 채권의 존부에 관하여 다툼이 있는 채권자에 대하여는 개별 최고를 하지 않는 경우가 많다고 한다. 윤용준, "회사분할시 채권자 보호의 실무상 쟁점",「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013, 300면.
4) 이 견해는 상장회사의 경우 발행주식총수의 1퍼센트 이하의 주식을 보유한 소액주주들에 대하여는 주주총회 소집통지를 공고로 갈음하는 것을 유사한 예로 들고 있다. 윤용준, 앞의 글, 301면.
5) 권기범,「기업구조조정법」, 제4판, 삼영사, 2011, 275면.

개별 최고를 할 필요가 없다고 한다. 다만, 회사분할의 경우 분할회사의 불법행위에 대한 최고는 일간신문에 의한 공고 또는 전자공고로 갈음할 수 없도록 되어 있다. 그 이유는 공해와 같이 다액의 손해배상채무를 지는 회사가 소액의 자산과 함께 그 손해배상채무를 회사분할의 대상으로 할 가능성이 있기 때문이라고 한다.[6]

본 연구에서는「금융산업의 구조개선에 관한 법률」제5조 제3항과 같은 내용으로 규정할 것을 제안하고자 한다(**개정안 제527조의5 제1항 단서 참조**).

나. 각 무효의 소별로 무효사유의 구체화

현재 각 조직재편제도의 하자를 다투기 위하여는 각 제도별로 규정되어 있는 무효의 소를 제기하여야 한다. 그런데 각 무효의 소마다 무효사유가 전혀 정하여져 있지 않다.[7] 따라서 어떤 경우에 각 소를 제기할 수 있는지가 불분명하다. 그러므로 법적 안정성의 측면에서 강학상 무효사유로 열거되는 사유들을 구체적인 무효사유로서 규정할 필요가 있다(**개정안 제360조의14 제1항, 제360조의23 제1항, 제529조 제1항**).

2. 합병

가. 채무초과회사의 합병

채무초과회사를 당사회사로 하는 합병은 부적법하다는 견해와 인격합일설의 입장에서 긍정하는 견해가 대립하고 있다.[8] 등기선례는 채무초과회사를 소멸회사로 하는 흡수합병을 원칙적으로 부적법하게 보고 있다.[9]

---

6) 노혁준, 앞의 글, 263면.

7) 특히 회사분할시 채권자보호절차를 흠결한 경우 연대책임이 부활하는 것 이외에 분할무효사유가 될 수 있는지 여부가 불분명하다. 하급심 판례의 입장은 서로 엇갈린다. 무효사유가 된다는 것으로는 수원지방법원 성남지원 2010. 4. 14. 선고, 2009가합14537 판결, 무효사유가 되지 않는다는 것으로 부산고등법원 2004. 3. 31. 선고, 2003나11424 판결. 윤용준, 앞의 글, 303면.

8) 권기범, 앞의 책, 128~129면.

실무상으로는 채무초과회사라고 하더라도 영업권을 계상하여 채무초과상태가 아닌 것으로 하여 합병을 하고 있는 경우가 적지 않다. 당사자가 필요에 의하여 합병을 하는 이상 상법이 이를 규율할 필요성은 적다고 판단된다. 따라서 현재와 같이 해석에 맡기는 것이 타당하다고 생각된다.

나. 무증자합병

현행법상으로는 법문상 흡수합병의 경우 무증자합병이 가능한지 여부가 불분명하다.[10] 무증자합병은 다음 네 가지 경우에 문제될 수 있다.

(1) 존속회사가 자기주식을 갖고 있는 경우

존속회사가 소멸회사의 주주에게 배정하기에 충분한 자기주식을 갖고 있는 경우에 이를 합병대가로 교부하여 합병할 수 있는지 여부의 문제이다. 현재 긍정설이 유력하고, 독일과 일본의 입법례도 명문의 규정을 두어 허용하고 있다.[11]

(2) 소멸회사가 존속회사의 주식을 보유하고 있는 경우

소멸회사가 존속회사의 주식을 보유하고 이를 존속회사가 포괄승계하는 경우 합병대가로서 소멸회사의 주주에게 교부할 수 있는지의 문제이다. 이에 대하여는 부정설[12] 및 긍정설[13]이 대립하지만, 대법원 등기선례[14] 및 독일 입법례는 긍정설의 입장이다.[15]

---

9) 대법원 등기선례 6-667(2001. 10. 31. 등기 3402-736 질의회답).
10) 이 점은 무증자 포괄적 주식 교환이 가능하다고 밝히고 있는 상법 제360조의6과 대비된다.
11) 권기범, 앞의 책, 133면.
12) 최기원,「신회사법론」, 제14대정판, 박영사, 2012, 1107면.
13) 권기범, 앞의 책, 133~134면.
14) 등기선례 200508-2(2005. 8. 3. 공탁법인과-365 질의회답).
15) 권기범, 앞의 책, 134면.

(3) 존속회사가 완전자회사를 흡수합병하는 경우

상법의 해석론으로는 존속회사는 합병신주를 발행할 수 없다는 견해[16]와 합병신주를 배정할 수도 있고 배정하지 않아도 무방하다는 견해[17]가 대립하고 있다. 전설은 이러한 형태의 주식취득은 상법 제341조의2 제1호가 예정한 범위 밖에 있다고 보는 입장이고,[18] 후설은 합병신주를 배정하여도 이것은 존속회사가 보유하던 소멸회사의 주식이 합병에 의하여 다른 형태의 재산인 존속회사 주식으로 바뀔 뿐이라고 한다.[19] 판례는 법인세법 사건에서 후설의 입장을 취한 바 있다.[20] 학설 대립과 관련하여 존속회사는 합병신주로 배정받은 자기주식을 상법 제342조에 따라 처분하여야 하므로 학설 대립의 실익이 없다는 견해도 있지만[21] 후설의 입장을 취할 경우 그 처분으로 인하여 결과적으로 자본규모가 증가하므로 두 견해의 차이가 없다고 할 수 없다.[22]

이에 관하여 프랑스 및 독일의 입법례는 무증자합병을 하도록 강제하고 있다.[23]

이 문제는 앞서 자기주식 관련 부분에서 검토한 바와 같이 존속회사가 보유하는 소멸회사 주식에 대하여 신주 또는 자기주식을 배정하지 않도록 함으로써 입법적으로 해결할 수 있다(**개정안 제523조 제3호 참조**).

(4) 소멸회사가 발행주식 전부를 자기주식으로 보유하고 있는 경우

이 경우에는 존속회사가 합병신주를 배정할 수 없기 때문에 무증자합병이 발생한다.[24] 해석상 명백하므로 입법적 조치는 필요하지

16) 최기원, 앞의 책, 1107면.
17) 이철송, 앞의 책, 1047면.
18) 전설에서는 상법 제341조의2 제1호를 소멸회사가 존속회사의 주식을 갖고 있는 경우에 그 주식을 존속회사가 포괄승계로 취득할 수 있다는 의미로 제한하여 해석한다. 최기원, 앞의 책, 1107면.
19) 이철송, 앞의 책, 1047면.
20) 대법원 2005. 6. 10. 선고, 2004두3755 판결 등.
21) 권기범, 앞의 책, 149면.
22) 자기주식의 처분은 신주의 발행과 동일한 효과를 갖기 때문이다.
23) 권기범, 앞의 책, 135면.
24) 권기범, 앞의 책, 135면.

않다.

다. 임의준비금의 승계

상법 제459조 제2항은 합병시 존속회사가 소멸회사의 '이익준비금이나 그 밖의 법정준비금'을 승계할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 관련하여, 법정준비금 이외에 임의준비금도 승계할 수 있는지 여부가 문제가 된다. 우리 상법이 우리 학설은 합병차익의 범위 내에서 이를 부정할 이유가 없다고 하고, 우리 입법이 참고로 한 구 일본상법 제288조의2 제6항도 같은 취지로 규정하고 있으므로[25] 법문의 내용을 개정하는 것이 타당하다(**개정안 제459조 제3항 참조**).

라. 소규모합병 요건의 정비

현행 소규모합병의 요건은 ① 합병 후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 10을 초과하지 않을 것과 ② 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 경우에 그 금액이 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액의 100분의 5를 초과하지 않을 것이다(상법 제527조의3 제1항). 그러나, 위 규정은 합병대가가 합병신주임을 원칙으로 하던 개정 전 상법의 입장을 전제로 한 것이다. 따라서, 교부금합병이 가능하게 된 현행 상법하에서는 지분뿐만 아니라 합병교부금을 포함한 전체 합병대가의 비중을 기준으로 하여 소규모합병 해당 여부를 판단할 수 있도록 하여야 할 것이다. 특히 판례는 존속회사의 자기주식을 합병대가로 지급하는 경우 이를 합병신주에 포함시키지 않는다는 입장을 취하고 있는바(대법원 2004. 12. 9. 선고, 2003다69355 판결), 위 자기주식도 합병대가에 포함시킬 수 있도록 입법적 조정이 필요하다.[26]

일본회사법의 경우 「소멸주식회사의 주식수에 1주당 순자산액을

25) 권기범, 앞의 책, 137면.
26) 임재연,「회사법II」, 개정판, 박영사, 2013, 568면.

곱한 금액, 소멸주식회사의 주주에 대하여 교부하는 존속주식회사의 사채, 신주예약권, 신주예약권부사채의 장부가액의 합, 소멸주식회사의 주주에 대하여 교부하는 존속주식회사의 주식 이외의 재산의 장부가액의 합」의 존속주식회사의 순자산액으로서 법무성령으로 정하는 방법에 따라 산정된 금액에 대한 비율이 20퍼센트 이하일 것을 요건으로 한다(일본회사법 제796조 제3항).

위 규정은 합리적이기는 하지만, 너무 번잡하므로 우리의 현실에 맞추어 수정하면, 교부 주식 및 합병교부금을 모두 가액으로 환산하여 그 가액이 순자산액에서 차지하는 비율을 기준으로 하여 소규모합병 해당 여부를 결정하는 방법이 적절할 것으로 본다. 그 반대의 방법, 즉 합병교부금을 주식수로 환산하는 방법도 생각해 볼 수 있지만,[27] 일본회사법의 예와 같이 가액으로 환산하는 편이 보다 간명할 것으로 판단된다(**개정안 제527조의3 제1항 참조**).

마. 삼각합병 관련 규정의 정비

모회사가 직접 소멸회사에게 주식을 발행할 수 있는가? 이에 대하여는 현행법의 해석론으로서는 부정적으로 해석하여야 할 것이다. 모회사는 합병의 당사자도 아니고 모회사의 신주발행에 대하여 소멸회사의 주주가 주금을 납입하는 것도 아니기 때문이다.[28] 이와 관련하여 입법론으로 모회사가 직접 소멸회사에게 신주를 발행할 수 있도록 규정을 둘 필요가 있다는 견해가 지속적으로 제기되어 왔다. 그러나,[29] 아직 제도 도입 초기이고 출자에 대한 납입문제, 제3자 배정 문제 등 기존 회사법리와 조화되지 않는 측면이 강하므로 장기적으로 충분히 검토하여 개정안을 마련하는 것이 타당할 것으로 보인다. 앞서 현황에서 본 바와 같이 현행법에 의하여 삼각합병이 이루어진 바 있기도 하다.[30]

---

27) 송옥렬, "기업구조조정 부분 개정안", 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿), 1면; 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿), 4면.

28) 송종준, "삼각합병의 구조와 관련 법적 문제",「기업법연구」제27권 제3호, 2013, 147면.

29) 송옥렬, "기업구조조정 부분 개정안", 8~9면; 윤영신, "삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제",「상사법연구」제32권 제2호, 2013, 36면

30) 네오위즈게임즈의 자회사인 엔엔에이가 네오위지아이엔에스를 합병하면서 모회사인 네오위즈게임즈의 주식을 합병대가로 지급한 사례이다.

바. 합병계약서의 기재사항

상법 제523조 제8호는 합병계약서의 기재사항 중 하나로 “각 회사가 합병으로 이익배당을 할 때”를 기재하도록 규정하고 있으나, 이는 합병계약 후 합병등기 이전에 존속회사 또는 소멸회사가 이익배당을 하는 것을 뜻한다. 따라서, “각 회사가 합병등기일까지 이익배당을 한 때에는”이라는 의미이다. 합병비율을 정한 후에 예정하지 않았던 이익배당이 있을 경우 합병비율이 불공정해질 것이므로 합병계약 이후 이익배당을 하고자 할 경우 합병비율 결정시 고려할 수 있도록 계약서에 기재하도록 한 것이다. 이 규정은 일본 구 상법 제409조 제7호의 영향을 받은 것인데 이를 옮겨오면서 번역상에 착오가 있다는 지적이 있었다.[31] 따라서 그 취지에 맞도록 개정하는 것이 바람직하다(**개정안 제523조 제8호 참조**).

사. 임원의 임기

상법 제527조의4 제1항은 흡수합병의 경우 존속회사의 이사나 감사로서 합병 전에 취임한 자는 합병계약에 달리 정하지 않는 한 최초로 도래하는 결산기의 정기총회가 종료한 때에 퇴임한다고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 합병에 의하여 주주구성에 변화가 생기므로 새로운 주주들의 의사에 터잡아 경영진을 새로이 구성하겠다는 것이다. 그러나, 흡수합병의 본질에는 맞지 않는 제도이므로 삭제하는 것이 타당하다(**개정안 제527조의4 참조**).[32]

3. 분할

가. 분할당사회사에 대한 명칭 정리

상법은 분할되는 회사, 설립되는 회사, 분할합병의 상대방 회사 등

31) 이철송, 앞의 책, 1051면.
32) 이철송, 앞의 책, 1054면. 일본도 같은 취지의 규정을 두었다가 삭제하였다.

으로 분할당사회사를 지칭하고 있다. 이에 따라 강학상으로도 위 당사회사들은 여러 가지 명칭으로 불리고 있다. 이에 따라 상법의 규정이 번잡하게 되는 문제가 있다. 따라서, 재산이 분리되는 회사를 분할회사, 그 재산을 승계하는 회사는 단순분할 및 신설분할합병의 경우 분할신설회사, 흡수분할합병의 경우 분할합병의 상대방회사로 정리하는 것이 바람직하다(**개정안 제530조의4부터 제530조의7, 제530조의9, 제530조의12 참조**).

나. 분할의 대상

(1) 분할의 대상이 영업에 국한되는지 여부

분할의 대상이 재산인지 혹은 영업인지 여부에 관하여 과거부터 견해의 대립이 있었다. 현재 외국의 입법례를 보면, 프랑스상법은 회사분할의 대상을 적극재산과 소득재산으로 명시하고 있고(같은 법 제236-22조), EU분할지침도 같은 입장이다. 독일조직재편법은 본래 보고자 초안(Referentenentwurf)에서 영업이 아닌 개별 자산만의 분할을 금지하는 규정을 두었으나(보고자초안 제125조 제5항) 입법과정에서 이를 삭제하여 명시적으로 개별 자산을 분할의 대상으로 하고 있다. 일본의 경우 구 상법은 분할 대상을 영업단위로 한정하였으나,[33] 현행 일본회사법은 이러한 제한을 없앴다.

우리나라의 경우를 보면, 영업단위의 분할만이 가능하다는 견해[34]와 개별 자산의 분할도 가능하다는 견해[35]가 대립하고 있다. 법무부의 유권해석은 전자에 가깝다.[36] 생각건대, 우리 상법 규정의 입법연혁 및 문언의 명확성을 고려한다면 해석론상으로는 영업단위만을 분할 대상으로 한 것이라는 견해를 취하기 어렵다. 따라서 남은 문제는 입법론적으로 이를 개정할 것인지 여부이다. 규제차익의 관점에서 검토하여 보면, 자산을 분할 대상으로 함으로써 자

33) 구 일본상법 제373조, 제374조의16.
34) 강현구, "상장회사의 분할의 대상에 관한 연구",「증권법연구」제11권 제3호, 2010, 361면; 이철송, 앞의 책, 1074~1075면.
35) 권기범, 앞의 책, 361면; 홍복기, "상법에 있어서 회사의 분할에 관한 규정의 도입검토",「상사법연구」제17권 제1호, 1998, 360면.
36) 법무부 2004. 3. 11. 법무심의관실-995 상법상 분할합병관련 질의에 대한 회신; 강현구, 앞의 논문, 358면.

산양도와 비교하여 포괄승계의 효과를 누릴 수 있고 유연한 조직재편이 가능하게 된다.[37] 반면 자산양도에 비하여 분할회사는 주주총회특별결의를 거쳐야 하고 연대책임의 부담을 지게 된다. 따라서 자산만을 양도하는 것에 비하여 자산만을 분할하는 경우에 규제차익의 관점에서 유리한 점은 거의 없다. 이에 대하여 자산만을 분할 대상으로 할 경우 자산양도에 비하여 양도차익에 대한 과세의 부담을 면할 수 있고, 포괄승계의 형식을 빌어 양도제한을 회피할 수 있으며, 주주총회 특별결의 및 연대책임은 큰 지장이 되지 않는다는 반론도 있다.[38] 그러나, 양도차익에 대한 과세를 이연하기 위한 요건은 '영업단위가 분할될 것'이다(법인세법 제46조 제2항 제1호 가목). 즉, 세법의 관점에서 별도의 규제가 이루어지고 있다. 또한 분할에 대하여 포괄승계의 효과가 부여되는 것은 사실이지만 '사법상 관계나 공법상 관계를 불문하고 성질상 이전을 허용하지 않는 것'은 제외되므로,[39] 이 역시 문제되지 않는다. 즉, 규제차익의 관점에서 자산만의 분할을 허용하더라도 특별한 문제점은 없다고 하겠다. 따라서 현행법의 규정은 그대로 두는 것이 타당하다고 본다.

나아가, 채무만의 분할이 허용되는가? 이 문제에 대하여 자본충실의 원칙상 허용되지 않는다는 견해만이 있다.[40] 법문상으로는 채무만의 분할도 가능할 것으로 보인다. 분할의 대상은 '재산'이고(상법 제530조의5 제1항 제7호), 채무는 소극재산에 해당하기 때문이다. 그러나, 합병 또는 영업단위의 분할은 장부상 채무초과상태라고 하더라도 자가창설 영업권이 존재할 수 있으므로 이를 허용하더라도 무방한 반면 채무만의 분할은 영업권이 존재할 수 없어 분할신설회사등의 자본충실만을 해할 뿐이다. 따라서 허용되지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 다만, 현재 이 문제에 관하여 특별한 다툼은 없기 때문에 별도의 입법적 조치가 필요할 것으로는 생각되지 않는다.

37) 여러 자산이 이전되지만 영업에 미치지 못하는 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다.
38) 강현구, 앞의 논문, 360면; 권기범, 앞의 책, 361면.
39) 대법원 2011. 8. 25. 선고, 2010다44002 판결.
40) 권기범, 앞의 책, 363~364면.

(2) 이전이 제한되는 권리・의무

원칙적으로 분할당사회사는 분할로 인하여 이전되는 권리・의무를 자유롭게 정할 수 있지만 일정한 경우에는 개별 법령에서 명시적으로 혹은 그 성질상 이전이 제한된다. 일신전속적인 권리・의무가 대표적인 예이다.[41] 대법원 2011. 8. 25. 선고, 2010다44002 판결도 같은 취지이다.[42] 따라서 입법적으로는 이 점을 주의적으로 규정하는 것이 바람직할 것으로 보인다(**개정안 제530조의5 제1항 제7호 단서 참조**).

다. 물적분할의 형태

물적분할의 경우 법문상 "…분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사의 주식의 총수를 취득하는 경우"라고 규정되어 있다. 법문 그대로 읽으면 회사의 신설이 없는 물적흡수분할합병은 허용되지 않는 것으로 해석된다. 그러나 위와 같은 형태의 물적분할을 인정하지 않을 이유가 없다.[43] 독일조직재편법 제1조 제1호와 같이 명문 규정을 두어 인정하는 것이 바람직하다.[44]

다음으로, 두 회사가 각기 일부 사업부문을 출자하여 회사를 신설하고 분할신주를 각기 배정받는 형태의 물적분할합병은 현행법상 허용되는 것인지 여부에 의문이 있을 수 있다. 법문상으로는 '분할되는 회사가' 즉, 단수의 분할회사가 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사의 주식의 '총수'를 취득하는 경우라고 되어 있기 때문이다. 그러나, 현재 위와 같은 형태의 물적분할합병을 인정하지

41) 권기범, 앞의 책, 446면.

42) "상법 제530조의10은 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있다. 즉 회사의 분할합병이 있는 경우에는 분할합병계약서에 따라 피분할회사의 권리의무는 사법상 관계나 공법상 관계를 불문하고 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 분할합병으로 인하여 존속하는 회사에게 포괄승계된다. 한편 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지고, 공동수급체의 구성원 사이에서 구성원 지위를 제3자에게 양도할 수 있기로 약정하지 아니한 이상, 공동수급체의 구성원 지위는 상속이 되지 않고 다른 구성원들의 동의가 없으면 이전이 허용되지 않는 귀속상의 일신전속적인 권리의무에 해당하므로, 공동수급체의 구성원 지위는 원칙적으로 회사의 분할합병으로 인한 포괄승계의 대상이 되지 아니한다."

43) 이철송, 앞의 책, 1093면. 대법원 등기선례는 이를 인정하고 있다. 2003. 10. 8. 제정 대법원 상업등기선례 1-246(공탁법인 3402-239 질의회답).

44) 권기범, 앞의 책, 354면.

않는 견해는 없다.[45] 따라서 법문을 보완할 필요가 있다(**개정안 제530조의12 제2항, 제3항 참조**).

라. 채무초과회사의 분할

(1) 채무초과회사의 단순분할

물적분할의 경우 분할회사가 분할신설회사등의 전주식을 보유하므로 금지할 필요성이 적다. 인적분할의 경우에도 분할을 금지할 이유가 없다. 분할회사의 기존 채권자 보호는 분할회사와 분할신설회사등의 연대책임으로 가능하기 때문이다.[46] 이 문제는 해석에 의하여 해결하도록 하는 것이 바람직하다.

(2) 채무초과회사의 분할합병

먼저, 분할회사가 채무초과인 경우에는 이를 금지할 이유가 없다. 분할회사의 기존 채권자 보호는 분할회사와 분할신설회사등의 연대책임으로 해결하면 되기 때문이다.[47]

다음으로, 분할신설회사등이 채무초과인 경우에는 분할회사 주주 전원의 동의가 있는 경우에 한하여 가능하다는 견해[48]와 분할합병의 다른 절차를 제대로 밟은 경우 분할합병이 가능하다는 견해[49]가 대립하고 있다. 이 문제는 어느 한쪽의 견해가 옳다고 단정하기 어려운 상황이므로 추후 학설과 판례의 전개를 주시하는 편이 바람직하다고 판단된다.

마. 무증자분할합병

45) 권기범, 앞의 책, 354~355면; 노혁준, "회사분할의 법률문제 개관",「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013, 22면; 박태현, "분할의 유형에 따른 법적 쟁점",「BFL」제38호, 2009, 6면.
46) 노혁준, 앞의 글, 23~24면.
47) 노혁준, 앞의 글, 24면.
48) 권기범, 앞의 책, 360면.
49) 노혁준, "부실계열사 합병과 합병비율",「상사법연구」 제27권 제4호, 한국상사법학회, 2009, 256면 이하.

합병의 경우와 마찬가지로 무증자분할합병이 허용되는지 여부가 문제될 수 있다. 분할합병의 상대방 회사가 분할신주의 배정에 충분한 자기주식을 보유하고 있는 경우에는 신주발행이 불필요하므로 자본금증가도 없게 된다. 분할 대상 재산의 가액이 0인 경우도 마찬가지이다.[50]

현행 상법 제530조의6 제1항 제2호는 "분할합병의 상대방 회사가 분할합병을 함에 있어서 발행하는 신주의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수"라고 규정하고 있어 분할합병시에는 반드시 신주를 발행하는 듯한 표현을 사용하고 있다.

따라서, 무증자분할합병의 가능성을 반영하기 위하여는 법문을 개정할 필요가 있다.

바. 현물출자의 검사절차

일반적으로 입법례를 보면 조직재편절차 자체에 관한 검사인(합병검사인, 분할검사인)과 그 과정에서 현물이 출자되는 경우 현물출자에 관한 검사인을 두고 있다. 합병(분할)검사인은 합병(분할)비율의 공정성을 검사하고 현물출자 검사인은 자본충실의 관점에서 현물출자 평가의 공정성을 검사한다.[51]

EU의 제6지침은 분할검사인에 의한 검사(제6지침 제8조 제1항) 외에 일정한 경우 현물출자 검사를 거치도록 하고 있다(제2지침 제27조 제2항). 이때 분할검사인은 현물출자 검사인을 겸할 수 있다(제6지침 제8조 제3항).

독일조직재편법은 분할검사인의 검사절차를 거치도록 하면서(제9조부터 제12조까지, 제125조) 제한적이기는 하지만 일정한 경우 현물출자 검사 또는 설립 검사까지 받도록 규정한다(같은 법 제125조, 제69조, 제75조; 독일주식법 제33조 제2항). 프랑스의 경우에도 원칙적으로 합병(분할)검사인에 의한 검사를 받아야 하고 합병(분할)이

50) 분할 대상 재산의 가액이 0인 경우에 관한 대법원 등기선례도 같은 취지이다. 등기선례 200201-17(2002. 1. 2. 등기 3402-2 질의회답).
51) 권기범, 앞의 책, 404~405면.

현물출자나 특별이익을 수반하는 경우에는 이에 관하여도 합병(분할)검사인에 의한 검사를 별도로 받아야 한다(프랑스상법 제L.236-10조; 프랑스상법시행령 제R.236-7조).[52]

우리 상법은 합병(분할)검사인, 주식의 포괄적 교환·이전 검사인을 두고 있지 않다. 이는 공정성보다 효율성을 우선하는 입장을 취한 것으로 이해할 수 있다. 뿐만 아니라 원칙적으로 현물출자 검사제도도 규정하고 있지 않다. 유일하게 불비례적·신설인적분할의 경우에 한하여 현물출자 검사제도를 두고 있다(상법 제530조의4 제2항 제2문).

그러나 우리 상법 규정은 프랑스상법 L.236-17조 제2항을 어설프게 모방한 것이라는 비판이 있다. 즉, 위 프랑스상법 규정은 "분할회사의 출자만으로 분할신설회사를 설립하는 경우 그 발행주식을 분할회사의 주주들에게 지분비례로 배정하는 경우 제L.236-10조가 규정하는 분할검사인에 의한 검사보고서 작성은 필요하지 않다"라고 규정하고 있는데 그 취지는 주주의 이해관계에 부당한 영향을 미칠 수 있는 불비례적 분할신주 배정시에만 분할검사인에 의한 검사를 받도록 하기 위한 것이다. 따라서 그 분할검사인은 분할비율을 중심으로 분할절차를 검사하게 된다. 그러나 우리 상법은 분할검사인 제도를 두고 있지 않으므로 엉뚱하게 현물출자 검사를 거치도록 한 것으로 추측된다.[53] 현물출자의 검사 자체는 바람직한 측면이 전혀 없다고 할 수 않지만, 분할신주의 불비례적 배정과 자본충실은 관련이 없고 다른 조직재편절차에서 현물출자의 검사를 하지 않는 것과 균형이 맞지 않으며,[54] 최근 국제적 추세가 합병(분할)검사인 및 현물출자검사인에 의한 검사의 범위를 축소하고 있다는 점을 고려한다면[55] 삭제하는 것이 타당하다(**개정안 제530조의4 제2항 후문**).

사. 분할계획서 등의 기재사항

(1) 분할기일

52) 권기범, 앞의 책, 404~405면.
53) 권기범, 앞의 책, 405~406면; 김재문, 앞의 논문, 249면.
54) 모든 조직재편절차는 본질적으로 자산 및 부채의 이전이므로 현물출자와 다르지 않다.
55) 2007년 11월 13일 개정된 EU합병 및 분할지침(2007/63/EC)은 분할검사인의 검사 및 보고서 작성을 당사회사 주주 전원이 동의하는 경우 면제하였다(EU분할지침 제10조).

강학상 분할기일(Spaltungsstichtag)은 분할되는 권리의무가 내부적·실질적으로 분할신설회사등의 것으로 이전되는 날, 즉 분할등기를 제외한 모든 법정절차가 완료되는 예정일을 말한다. EU분할지침 및 독일조직재편법은 분할기일이라는 개념을 '회사의 계산상 분할회사의 행위가 승계회사의 행위로 간주되는 날'이라고 표현하고 있다. 특히, 독일의 통설은 분할기일을 분할회사의 승계대차대조표의 기준일과 일치한다고 본다.[56]

우리 상법의 경우에도 분할합병의 경우에는 제530조의6 제9호로 '분할합병을 할 날'을 규정하고 있다. 단순분할의 경우 분할기일이 누락된 것은 입법의 미비라고 생각된다. 따라서 이에 관한 규정을 둘 필요가 있다(**개정안 제530조의5 제8의2호**).

(2) 분할교부금

현행 상법상으로도 분할회사의 이익배당에 갈음하여 금전 기타 재산을 분할회사의 주주에게 지급할 수 있고, 분할비율의 단액조정을 위하여 금전 티가 재산을 분할회사의 주주에게 지급할 수 있다. 이를 종래부터 분할교부금이라고 하여 허용되는 것으로 해석하여 왔다.[57] 그러나, 이는 분할로 인하여 이전되는 재산에 대한 대가가 아니기 때문에 좁은 의미에서의 분할교부금이라고 보기는 어렵다. 좁은 의미에서의 분할교부금 지급은 현행법상 허용되지 않는다. 특히 2011년 개정 상법은 합병의 경우 명문의 규정을 두어 흡수합병의 경우 합병교부금 지급을 허용하였으나[58] 분할에 관하여는 그와 같은 규정을 두지 않았다. 따라서 그 반대해석으로 분할교부금의 지급은 허용되지 않는다는 데에 대하여 이론이 없다.[59] 그러나, 합병교부금의 취지가 조직재편의 유연화에 있고, 분할이 부분합병(Teilverschmerzung)이라는 점을 고려한다면 좁은 의미의 분할교부금의 지급도 허용되어야 한다. 비교법적

56) 독일조직재편법 제126조; 권기범, 앞의 책, 373면.
57) 권기범, 앞의 책, 380면.
58) 상법 제523조 제4호.
59) 노혁준, 앞의 글, 43면.

으로는 분할교부금의 비중을 제한하는 입법례와 그렇지 않은 입법례가 있다.[60] 현물출자의 경우 일부 현금을 지급하는 것도 가능하다는 것을 생각해 본다면 규제차익의 관점에서도 분할교부금을 허용하는 것이 타당하다.[61]

아. 비안분비례적 분할의 가능성

비안분비례적 분할이란 분할회사의 기존 사원에 대하여 그 지분비율대로 분할신주를 배정하지 않는 형태의 분할을 말한다. 이러한 형태의 분할은 사원집단을 분리하는데 유용하게 사용될 수 있다. 예를 들어 A주식회사의 주주가 갑, 을이 있어서 서로 반목하는 경우 A주식회사를 인적분할하여 B, C주식회사로 나누면서 B주식회사의 주식은 모두 갑에게, C주식회사의 주식은 모두 을에게만 배정하는 것이다. 독일의 경우 독일조직재편법 제123조의 해석론으로서 허용된다고 본다.[62] 우리나라의 경우 현재 논의 자체를 찾아보기 어려운데, ① 분할합병시 분할신설회사등의 주식을 분할회사의 주주들에게 배정할 때 반드시 종전의 지분비례대로 하도록 강제하는 규정이 없고, ② 상법 제530조의4 제2항 제2문은 비안분비례적 분할을 전제로 한 것이며, ③ 주주평등의 원칙 위반도 주주의 동의로 하자가 치유된다는 점을 들어 주주 전원의 동의가 있다면 가능하다고 보는 견해가 있다.[63]

생각건대, 비안분비례적 분할이 분할에 특유한 장점인만큼, 이를 제도적으로 허용하는 것이 바람직하다. 이를 위하여는 우선 앞서 본 바와 같이 분할교부금에 대한 제한을 없애야 할 것이다.

다음으로, 주식평등의 원칙과 관련하여 지분비율보다 적은 주식을 배정받는 주주들 뿐만 아니라 지분비율보다 많은 주식을 배정받은 주주도 동의를 하여야 할 것이다. 지분비율보다 많은 주식을 배정받는 대신 다른 대가를 적게 교부받았을 것이기 때문이다. 현재 학설상으로는 주주 전원의 동의가 필요하다는 견해가 제시되고 있다.[64]

---

60) 김재문, 앞의 논문, 243~244면.
61) 이철송, 앞의 책, 1080면, 1086면.
62) 권기범, 앞의 책, 376면.
63) 권기범, 앞의 책, 377면; 김재문, 앞의 논문, 247면.
64) 권기범, 앞의 책, 377면; 노혁준, 앞의 글, 41면.

독일의 해석론과 국내의 지배적 견해를 고려하여 이 부분도 입법하는 것이 바람직하다고 판단된다(**개정안 제530조의5 제2항, 제530조의6 제4항 참조**).

자. 주주총회 분할승인결의시 의결권배제 종류주주의 의결권

상법 제530조의3 제3항은 주주총회의 분할승인결의시 의결권배제 종류주주도 의결권이 있다고 규정하고 있다. 그러나, 다른 조직재편의 경우 필요한 주주총회결의시 의결권배제 종류주주에게 의결권을 부여하고 있지 않다. 이러한 입법태도와 관련하여서는 두 가지 입장이 대립하고 있다. 찬성하는 견해는 단순분할의 경우 원칙적으로 주식매수청구권을 행사할 수 없도록 하고 있으므로 의결권배제 종류주주를 보호하기 위하여 주주총회에서 의결권을 부여하여야 한다고 본다.[65] 반대하는 견해는 소멸회사의 재산 전부가 이전되는 합병의 경우에도 의결권배제 종류주주에 대하여 의결권이 부여되지 않는 것과 균형이 맞지 않는다고 한다.[66]

의결권배제 종류주주의 이해관계는 그 종류주주총회를 통하여 반영될 수 있고, 단순분할의 경우에도 주식매수청구권을 부여하는 것이 보다 근본적인 문제 해결방안이라고 할 것이므로 위 규정은 개정되는 것이 타당하다(**개정안 제530조의3 제3항, 제530조의11 제1항 참조**).[67]

차. 분할시 주주 부담 가중시 주주 동의

상법 제530조의3 제6항은 "회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 분할 또는 분할합병에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의 외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다"고 규정하고 있다. 그러나 위 규정은 우리 주식회사 법체

65) 손주찬, "주식회사분할에 관한 정부안의 검토",「기업구조의 재편과 상사법: 박길준교수 화갑기념 논문집(I)」, 정문사, 1998, 375면.

66) 권기범, 앞의 책, 411면; 이철송, 앞의 책, 1077면. 위 규정은 주식매수청구권이 인정되지 않는 프랑스법을 무비판적으로 답습한 입법상의 과오라는 지적이 있다. 권기범, "합리적 기업구조조정수단으로서의 회사합병법제 및 회사분할법제의 개선방안",「상장협」제43호, 2001, 49면.

67) 권기범, 앞의 책, 411면; 김재문, 앞의 논문, 239면.

계에 맞지 않는다는 주장이 계속적으로 제기되어 왔다. 위 규정은 프랑스상법 제L.236-5조의 영향을 받은 것인데, 프랑스상법에서는 주식회사 사이 뿐만 아니라 주식회사와 다른 회사간의 분할이 허용되므로 예컨대 분할로 인하여 주식회사인 분할회사의 주주가 합자회사의 유한책임사원으로 되는 경우처럼 합병이나 분할로 인하여 주주의 부담이 가중하는 경우가 발생할 수 있기 때문에 위 규정이 필요하다. 그러나 우리 상법의 경우 주식회사간에만 분할이 가능하기 때문에 분할로 인하여 '직접적으로' 주주의 책임이 가중되는 경우란 있을 수 없다. 분할로 인하여 '사실상' 주주의 책임이 가중되는 경우도 상정할 수는 있겠지만,[68] 현실적으로는 생각하기 어려운 경우들이다. 따라서, 위 규정의 도입 경위, 합병과의 균형, 규정의 모호성 등을 종합적으로 고려한다면 위 규정은 삭제하는 것이 타당하다(**개정안 제530조의3 제6항**).[69]

카. 약식분할제도의 개선

(1) 간이분할

합병의 경우를 보면, 소멸회사의 총주주가 동의하거나 존속회사가 소멸회사 주식의 90퍼센트 이상을 보유하고 있는 경우 소멸회사의 주주총회 승인은 그 이사회의 승인으로 갈음할 수 있도록 규정되어 있다(상법 제527조의2 제1항; 간이합병). 그리고 상법은 위 규정을 분할합병의 경우에만 준용하고 있다(상법 제530조의11 제2항). 분할의 경우 간이분할제도의 범위가 적정한지 여부를 검토할 필요가 있다.

(가) 간이단순분할의 가능성

우선, 법문에 따르면 현행법상 간이단순분할은 인정되지 않는다. 간이합병의 두 가지 선택적 요건 중 단순분할의 경우에는

68) 구체적으로는 권기범, 앞의 책, 412~413면 참조.
69) 권기범, 앞의 책, 414면.

분할신설회사가 분할회사의 주식 90퍼센트 이상을 보유한다는 것은 있을 수 없다. 따라서 분할회사의 주주 전원이 동의하는 경우만을 상정할 수 있는데, 이 경우 전원출석주주총회의 법리에 따라 실제로 주주총회 결의를 개최하지 않아도 무방하다. 따라서 굳이 간이단순분할을 입법할 필요성은 없다고 판단된다.

(나) 간이분할합병의 범위확대 여부

흡수분할합병시 분할회사가 분할합병의 상대방회사의 발행주식총수의 90퍼센트 이상을 보유하고 있는 경우 분할합병의 상대방회사의 주주총회결의를 이사회결의로 대체할 수 있는지 여부에 의문이 있을 수 있으나, 현행법의 해석론으로도 부정적이고,[70] 입법론적으로 이를 인정할 필요성은 없다고 본다.

(2) 소규모분할

합병의 경우, 존속회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 10퍼센트를 초과하지 않는 경우[71] 존속회사의 주주총회 승인은 이를 이사회 승인으로 갈음할 수 있다. 그리고 그 규정은 분할합병의 경우에 준용된다(상법 제530조의11 제2항). 단순분할의 경우 발행하는 신주의 총수가 분할신설회사의 발행주식의 10퍼센트를 언제나 초과하므로 소규모분할이 적용될 수 없다.

이와 관련하여 일본회사법은 분할신설회사등이 기존회사인가 혹은 신설회사인가와 무관하게 분할되는 자산의 장부가액의 합계액이 분할회사의 총자산액의 20퍼센트를 초과하지 않는 경우에는 분할회사의 주주총회의결의를, 분할신설회사등이 분할회사에 대하여 교부하는 분할신설회사등의 주식 등의 분할대가가 분할신설회사등의 총자산액의 20퍼센트를 초과하지 않는 경우에는 분할신설

70) 권기범, 앞의 책, 417면.
71) 다만 소멸회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 경우 그 금액이 존속회사의 최종 대차대조표상 현존하는 순자산액의 5퍼센트를 초과하는 경우에는 그렇지 않다. 상법 제527조의3 제1항 단서.

회사등의 주주총회결의를 생략할 수 있도록 규정하고 있는바(일본 회사법 제784조 제3항, 제796조 제3항; 일본회사법시행규칙 제187조, 제196조), 우리 회사분할에도 이와 같은 소규모분할을 도입하여야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 영업의 일부 양도나 자산양도시에 주주총회결의가 필요하지 않은 경우와 균형을 맞출 필요가 있다고 한다.[72] 그러나, 영업의 일부 양도나 자산양도시에 주주총회결의가 필요한지 여부는 사안별로 정하여지므로 조직재편의 경우와 균형을 맞추기는 어렵다고 판단된다.

타. 채권자보호절차

(1) 이의제기권자의 범위

분할합병의 경우 이의를 제기할 수 있는 채권자의 범위와 관련하여 분할회사의 채권자에게 이 권리가 부여된다는 점은 분명하지만 분할합병의 상대방회사의 채권자에게도 이 권리가 부여되는지 여부는 법문상 분명하지 않다. 그 이유는 현행 조문이 준용형식을 취하고 있기 때문이다. 그러나 해석상 분할합병의 상대방회사의 채권자에게도 이의제기권이 부여되는 것으로 이해되고 있으므로[73] 입법적인 조치는 필요하지 않을 것으로 본다.

(2) 이의제기에 따른 담보제공의무자

채권자가 이의를 제기할 경우 담보를 제공하여야 할 자가 어떤 회사인지가 문제될 수 있다. 예를 들어 A가 분할회사인 갑 주식회사에 대하여 갖는 채권이 분할합병계약에 따라 을 주식회사로 이전될 경우 그 담보를 제공하여야 하는 자는 갑 주식회사인가 혹은 을 주식회사인가?[74] 일본의 해석론으로는 갑 주식회사라고 하는 견해가 유력하지만 독일조직재편법 제133조 제1항 제2문은

72) 권기범, 앞의 책, 417면.
73) 권기범, 앞의 책, 422면.
74) 권기범, 앞의 책, 424면.

을 주식회사로 정하고 있다. 소멸분할의 경우를 상정해 본다면 을 주식회사, 즉, 분할합병의 상대방회사로 명문의 규정을 둘 필요가 있다(**개정안 제530조의9 제5항, 제530조의11 제3항**).[75]

(3) 연대책임과 관련된 문제점

(가) 연대책임의 주체

연대책임의 주체로 상법 제530조의9 제1항은 '분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사'를 들고 있다. 따라서 일단 분할신설회사등이 연대책임의 주체임에는 이론이 있을 수 없다. 문제는 존속분할의 경우 분할회사도 연대책임의 주체에 해당하는가이다. 이는 존속분할에 의하여 채무가 이전될 때 문제가 된다. 일단 명문의 규정으로는 분할회사는 포함되지 않는다고 해석된다.

비교법적으로는 두 가지 입장이 있다. 첫째, 분할회사에게도 본래의 채무에 대한 이행의무가 있는 것으로 하는 입법례가 있다. 연대책임의 주체를 '분할에 참여하는 당사회사들'로 명시하고 있는 독일조직재편법 제133조, 일본회사법이 이에 속한다.[76] 둘째, 분할회사의 의무를 면제하여 주는 입법례가 있다. EU 제6지침이 이에 해당한다.[77]

분할회사의 기존 채권자 보호를 위하여 분할회사도 연대책임을 부담하도록 명문의 규정을 둘 필요가 있다(**개정안 제530조의9 제1항 참조**).

분할신설회사등이 다수인 경우 분할회사와 각 분할신설회사등 사이에 연대책임이 존재하고, 분할신설회사등 상호간에도 연대책임이 존재한다고 보는 것이 지배적인 견해이다.[78] 이 부분은 법문의 해석상 가능하므로 입법적인 조치는 필요하지 않다고

75) 권기범, 앞의 책, 425면. 이에 반하여 분할회사가 담보제공의무를 진다는 견해도 있다. 노혁준, 앞의 글, 63면.
76) 일본회사법 제759조 제2항, 제3항, 제764조 제2항, 제3항, 제789조 제1항 제2호, 제3항.
77) EU제6지침 제12조 제3항, 제6항.
78) 윤용준, 앞의 글, 277면.

판단된다.

한편, 순차분할의 경우 즉, A사가 분할하여 B사를 설립하고 B사를 분할하여 C사를 설립하였다면 A와 B, B와 C뿐만 아니라 A와 C도 상호연대책임을 부담하는지 여부가 문제가 되었다. 이에 대하여 대법원 2006. 10. 12. 선고, 2006다26380 판결은 A와 C도 상호연대책임을 부담한다고 판시하였다.[79] 현재 이 문제에 관하여 이론이 없으므로 해석에 맡겨도 무방하다고 본다.

(나) 연대책임의 대상

상법 제530조의9 제1항은 연대책임의 대상을 '분할 또는 분할합병전의 회사채무'라고 규정하고 있다. 여기서 그 의미가 무엇인지가 불분명하다는 지적이 있어 왔다. 이에 관하여 유력한 견해는 '분할 전에 성립한 분할회사의 채무로서 분할 후에 분할회사에 잔존하는 채무 및 분할에 의하여 각 분할신설회사등으로 이전된 채무'라고 해석하고 있다.[80] 그 이외에 생각할 수 있는 견해로는 ① 분할 전에 성립한 분할회사의 채무로서 분할회사에 잔존하는 채무, ② 분할 전에 성립한 각 분할 당사회사의 채무로서 분할 후 잔존하는 채무 일체, ③ 분할 전에 성립한 분할합병의 상대방회사의 채무만으로 이해하는 견해 등이 있을 수 있다.[81] 생각건대, ①의 견해는 연대책임의 주체에서 분할회사를 제외하는 입장에 대응하는 것이고, ②의 견해는 연대책임의 주체에 분할회사를 포함시킬 경우 분할회사가 분할합병의 상대방회사의 분할 전 채무에 대하여도 연대책임을 진다는 점에서 무리가 있으며, ③의 견해는 분할회사의 채권자 보호 관점에서 미흡하고, 연대책임의 주체에 분할회사를 포함시킬 경우 ②의 견해와 같은 난점이 있다.

따라서, 현행법의 해석론으로는 위 유력설의 견해가 타당하다

79) 위의 글, 277면.

80) 권기범, 앞의 책, 429면; 이철송, 앞의 책, 1098면. 판례는 회사 분할 전에 채무를 발생시킬 수 있는 사실관계만 있고 분할 이후에 법적 채무가 발생하였다면 분할 전의 채무가 아니므로 연대책임의 대상이 아니라고 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고, 2006두18928 판결). 반면 회사 분할 전에 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생하였다면 분할 전의 채무에 해당한다고 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고, 2010다71660 판결).

81) 권기범, 앞의 책, 429면.

고 할 것이나, 법문의 내용이 명확하지 않으므로 입법적으로 이를 분명하게 할 필요가 있다(**개정안 제530조의9 제1항**).

(다) 연대책임의 제한

연대책임을 지울 경우에도 시간적, 재산적으로 제한을 가하지 않으면 너무 가혹하고 원활한 조직재편을 저해할 가능성이 크다.[82] 따라서, EU제6지침이나 일본회사법 제759조 제2항, 제3항과 같이 연대책임을 분할회사로부터 승계한 순자산액으로 제한한거나, 독일조직재편법이 그 시한을 분할 후 5년으로 하는 것과 같이 시간적 제한을 둘 필요가 있다(**개정안 제530조의9 제2항**).[83]

(라) 연대책임의 배제

단순분할시 또는 분할합병시 분할신설회사등은 분할로 승계한 재산에 관한 채무에 대해서만 책임을 진다는 뜻을 분할계획서 또는 분할합병계약서에 기재하여 분할을 승인하는 주주총회의 승인을 얻으면 연대책임이 배제된다(상법 제530조의9 제2항, 제3항). 이 경우 단순분할에서는 채권자보호절차가 부활한다(상법 제530조의9 제4항, 제527조의5).

이 규정은 프랑스상법 제L.236-21조를 모범으로 한 것인데,[84] '분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무'라고 하는 부분은 문언상 불분명하다는 비판이 제기되어 왔다.[85]

이와 관련하여 대법원은 '출자한 재산'을 '특정 영업 및 그 영업에 필요한 재산'이라고 판시하고 있다(대법원 2010. 2. 25. 선

82) 권기범, 앞의 책, 420면.
83) 권기범, 앞의 책, 430면; 이철송, 앞의 책, 1101면.
84) 이철송, 앞의 책, 1102면.
85) 이철송, 앞의 책, 1102~1103면.

고, 2008다74963 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고, 2008다92336 판결). 즉, 특정 영업 및 그 영업에 필요한 재산이 이전되는 경우 그에 속하는 채무를 분할채무로 할 수 있다는 취지로 이해할 수 있다. 이를 반대해석하면 영업 단위의 분할이 아니거나 영업에 속하지 않는 채무가 이전되는 경우 그 채무는 분할채무로 할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 그러한 이러한 해석은 분할당사회사가 자유롭게 분할 대상이 되는 채무를 정할 수 있도록 하는 상법의 규정과 조화되지 않는다.

또한 대법원은 위 문언이 일부라도 채무가 이전되는 경우를 전제로 하는 것이라는 입장을 취하고 있다. 따라서 분할회사의 모든 채무를 승계하지 않기로 한 경우에는 상법 제530조의9 제2항, 제3항이 적용되지 않는다고 한다.[86] 이에 대하여는 판례가 지나치게 법문을 엄격하게 해석한다는 비판이 있어왔다.[87]

본래 위 규정의 모법이라고 할 수 있는 프랑스상법 제L.236-20조는 "분할의 승계회사들은 분할회사의 채무에 대하여 연대하여 채무를 부담한다"로 되어 있고, 제L.236-21조는 "전조의 규정에도 불구하고 승계회사들이 분할회사의 채무를 분할하여 연대책임 없이 일부의 채무를 부담할 것을 정할 수 있다"라고 규정하고 있다. 즉, 분할당사회사들은 원칙적으로 연대책임을 지지만 각각 승계한 채무에 관하여 분할채무를 부담하도록 정할 수 있다는 것이다.[88] 이렇게 하더라도 채권자보호절차가 있으므로 채권자의 보호에는 문제가 없다. 판례의 입장은 엄밀하지 못한 입법에 따른 법문 해석의 불가피한 결과라고 판단되므로[89] 판례의 입장을 반영하기 보다는 모법의 규정을 정확하게 반영하는 편이 낫다고 판단된다(**개정안 제530조의9 제3항, 제4항 참조**).

아울러 입법론적으로는 채권자보호절차에서 공고 및 최고시에 연대책임이 배제된다는 뜻을 기재하도록 하는 것이 바람직하

86) 대법원 2006. 10. 12. 선고, 2006다26380 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2008다96291・96307 판결.
87) 권기범, 앞의 책, 435면.
88) 이철송, 앞의 책, 1102~1103면.
89) 판례의 입장에 따른 문제점은 이철송, 앞의 책, 1105면.

다는 견해가 있다.[90] 타당하다고 판단된다.

(마) 연대책임의 부활

대법원은 단순분할시 채권자보호절차에 하자가 있는 경우 연대책임이 부활한다는 입장을 취하고 있다(대법원 2010. 2. 25. 선고, 2008다74963 판결; 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005두4731 판결; 대법원 2004. 8. 30. 선고, 2003다25973 판결). 다만, 개별최고를 흠결한 경우에 해당 채권자에 대하여 언제나 연대책임이 부활한다는 해석은 지나치게 가혹하고 실무상 회사분할제도의 실효성을 떨어뜨린다.[91]

실제로 판례는 회사가 알고 있는 채권자에게 개별최고를 하지 않았다 하더라도 해당 채권자가 연대책임을 배제하는 방식으로 분할된다는 점을 잘 알고 있었다면 불측의 손해를 입을 우려가 없으므로 연대책임이 부활하지 않는다는 입장을 취하고 있다(대법원 2010. 2. 25. 선고, 2008다74963 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고, 2008다92336 판결). 따라서 개별 최고 요건을 완화할 필요가 있다. 이에 관하여는 이미 앞서 본 바 있다(**개정안 제527조의5 제1항 단서 참조**).

한편, 채권자보호절차에 하자가 있는 경우 연대책임이 부활한다는 것은 판례에 의하여 인정되는 것이므로 법적 안정성을 높이기 위하여 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다.

한편, 분할합병의 경우 언제나 채권자보호절차를 거쳐야 하므로 연대책임의 부활과 연결짓기 어렵다는 견해도 있지만,[92] 양자의 균형을 맞추기 위하여는 단순분할과 동일하게 해석하여 연대책임을 배제할 수 없다고 해석하는 것이 타당할 것이다(**개**

90) 권기범, 앞의 책, 434면.

91) 대법원 2011. 9. 29. 선고, 2011다38516 판결: "이와 같이 분할 또는 분할합병으로 인하여 회사의 책임재산에 변동이 생기게 되는 채권자를 보호하기 위하여 상법이 채권자의 이의제출권을 인정하고 그 실효성을 확보하기 위하여 알고 있는 채권자에게 개별적으로 최고하도록 한 입법 취지를 고려하면, 개별 최고가 필요한 '회사가 알고 있는 채권자'라 함은 채권자가 누구이고 그 채권이 어떠한 내용의 청구권인지가 대체로 회사에게 알려져 있는 채권자를 말하는 것이고, 그 회사에 알려져 있는지 여부는 개개의 경우에 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인바, 회사의 장부 기타 근거에 의하여 그 성명과 주소가 회사에 알려져 있는 자는 물론이고 회사 대표이사 개인이 알고 있는 채권자도 이에 포함된다고 봄이 상당하다."

92) 윤용준, 앞의 글, 304면.

정안 제530조의9 제7항 참조).

(4) 물적분할의 경우 채권자보호절차의 배제

물적분할의 경우 채권자보호절차를 취할 실익이 없다. 물적분할로 인하여 분할회사의 순자산에 변동이 없기 때문이다. 즉, 기존의 순자산 중 일부가 분할신설회사등의 지분이라는 다른 종류의 자산으로 바뀔 뿐이다. 따라서 앞서 본 채권자보호절차의 간소화라는 취지에 맞추어 물적분할의 경우에는 채권자보호절차를 적용하지 않는 것이 타당하다(**개정안 제530조의12 제2항, 제3항**).[93]

파. 분할의 효과

(1) 포괄승계

분할로 인하여 분할회사의 재산으로서 분할계획서 또는 분할합병계약서에 의하여 특정된 것은 분할등기와 동시에 다른 권리의무의 이전절차없이 분할신설회사등으로 이전된다. 따라서 이를 이른바 강학상 '부분적 포괄승계'로 이해하는 견해가 외국 및 우리나라에서 통설적 위치를 차지하고 있다.[94] 일반적으로 포괄승계는 법률에서 그 효과를 부여하는 경우에 인정되는 것이므로 위와 같이 해석하는 것이 지배적인 견해라면 입법에 반영하는 것이 타당하다고 생각된다(**개정안 제530조의10 참조**).

(2) 주권제출공고절차

상법은 회사분할에 관하여 자본감소에서의 주식병합을 위한 주권제출공고절차를 준용하고 있다(상법 제530조의11, 제440조부터 제444조까지). 그러나, 위 준용규정 중 제441조는 제232조에 따른 채

93) 같은 취지, 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 10면.
94) 권기범, 앞의 책, 445~446면; 노혁준, 앞의 글, 66면.

권자보호절차가 종료하지 않으면 주식병합의 효력이 발생하지 않는다는 것인데, 분할 및 분할합병에서는 별도의 채권자보호절차를 마련하고 있기 때문에 준용할 필요가 없다. 입법의 착오로 보인다(**개정안 제530조의11 제1항, 제2항 참조**).[95]

하. 단순분할시 주식매수청구권

상법은 분할합병의 경우에 한하여 반대주주의 주식매수청구권을 부여하고 있다(제530조의11 제2항). 이는 채권자의 이의제출권을 분할합병시에만 허용하고 있는 것에 대응하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 단순인적분할 및 물적분할의 경우에는 반대주주의 주식매수청구권이 인정되지 않는다.[96] 그러나 단순분할의 경우에도 연대책임 이외의 방법으로 소수주주를 보호할 필요성이 있고, 합병 및 영업양도의 경우와의 규제차익을 고려한다면 반대주주에게 주식매수청구권을 부여하는 것이 타당하다. 단순분할도 분할합병이나 합병에 못지 않게 분할회사에 큰 영향을 미친다는 점도 고려하여야 할 것이다.[97] 일본의 경우에는 단순분할시에도 반대주주에게 주식매수청구권을 부여하고 있다(**개정안 제530조의11 제1항, 제530조의12 제2항 참조**).[98]

거. 준비금 승계 규정의 정비

상법 제459조 제2항은 분할, 분할합병의 경우 분할회사의 이익준비금 기타 법정준비금은 분할신설회사등이 승계할 수 있다고 규정하고 있다. 합병의 경우에는 소멸회사가 소멸하므로 모두 승계하면 되지만 분할의 경우 분할회사의 일부가 이전되는 것이므로 어떻게 승계할 것인지 문제가 된다. 일본의 경우에는 법인세법에 규정이 있다. 즉, 일본법인세법은 적격분할의 경우 승계되는 이익적립금은 분할일의 전일이 속하는 사업연도 종료시에 분할회사의 이익적립금에

95) 이철송, 앞의 책, 1085면, 1094면; 노혁준, 앞의 글, 42면.
96) 권기범, 앞의 책, 439면.
97) 김재범, "M&A와 주식매수청구권에 관련된 문제점",「상사법연구」제32권 제2호, 2013, 59~60면.
98) 일본회사법 제785조, 제797조, 제806조. 일본회사법은 인적분할제도를 두지 않고 있다.

분할회사의 순자산 장부가액 중 이전되는 순자산 장부가액이 차지하는 비율을 곱하여 계산한다. 즉, 안분계산을 하는 것이다. 상법에도 같은 취지의 규정을 신설할 필요가 있다(**개정안 제459조 제3항 참조**).

너. 영업권에 관한 규정의 삭제

상법 제530조의8은 "분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 분할합병의 상대방 회사가 영업권을 취득한 경우에는 그 취득가액을 대차대조표의 자산의 부에 계상할 수 있다. 이 경우에는 설립등기 또는 분할합병의 등기를 한 후 5년내의 매 결산기에 균등액 이상을 상각하여야 한다"라고 규정하고 있다. 그러나 분할 또는 분할합병시의 영업권에 관한 회계처리는 국제회계기준,[99] 일반기업회계기준 등에 따르는 것이 실무예이므로 위 규정은 이미 규범력을 잃었다고 판단된다. 따라서 삭제하는 것이 타당하다(**개정안 제530조의8 참조**).[100]

더. 물적분할 준용규정의 정비

물적분할에 관하여는 상법 제530조의12가 "이 절의 규정은 분할되는 회사가 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 경우에 이를 준용한다"라고 규정하고 있다. 그러나, 너무 광범위한 규정을 준용함에 따라 어느 범위까지 준용되는지 여부가 불분명하다. 따라서 준용되는 규정을 명확하게 할 필요가 있다. 특히, 최근 입법경향은 경제성보다는 일반 국민이 쉽게 법률을 이해할 수 있도록 하는데 중점을 두고 있으므로[101] 다소 번잡하더라도 준용규정을 상세하게 풀어서 규정할 필요가 있다(**개정안 제530조의12 참조**).

4. 주식의 포괄적 교환·이전

99) 다만 국제회계기준은 분할, 분할합병에 관한 기준서를 아직 제정하지 않았다.
100) 같은 취지, 최준선, 「회사법」, 제7판, 삼영사, 2012, 713면.
101) 법제처, 「알기 쉬운 법령정비기준」, 제3판, 법제처, 2009, 137면.

가. 주식의 포괄적 교환 대가의 유연화

일본의 경우 포괄적 교환의 대가를 유연화하면서(일본회사법 제768조 제1항 제2호), 일정한 경우 채권자보호절차를 두고 있다(일본회사법 제799조 제1항 제3호, 제789조 제1항 제3호, 제810조 제1항 제3호).[102]

현재 우리나라의 경우 주식의 포괄적 교환시 교부금 지급이 가능하다고 해석하는 견해가 있으나 거의 논의되고 있지 않다.[103]

생각건대 상법 제360조의4 제1항 제3호 단서의 표현을 보면 교부금 지급이 허용된다는 전제하에 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이를 입법적으로 분명하게 하기 위하여 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다고 생각된다. 아울러, 이 경우 완전모회사로 되는 회사의 재산 상태가 악화될 가능성이 있으므로 일본회사법의 예와 같이 채권자보호절차를 두어야 할 것이다(**개정안 제360조의2 제3항, 제4항, 제360조의3 제3항 제2의2호**).[104]

나. 모회사주주에 대한 주식매수청구권 부여의 타당성

미국법에서는 주식교환시에 모회사 주주총회의 결의를 하지 않으므로 모회사의 주주들은 주식매수청구권을 갖지 못 한다[모범회사법 제11.06조(b)]. 반면 일본과 우리 상법은 모회사 주주들에게 주식매수청구권을 부여하고 있다. 일본에서는 그 이유를 조직법적 행위이기 때문이라고 한다. 그러나, 입법론의 입장에서 주식의 포괄적 교환은 신주의 제3자 배정과 다르지 않으므로 주식매수청구권을 부여하지 않아도 기존 주주는 충분히 보호된다는 반론도 있다.[105] 생각건대, 삼각합병과의 규제차익 문제는 있지만 제3자 배정시 주주총회 결의 또는 정관의 근거를 요하는 점을 고려하면 모회사가 되는 회

102) 권기범, 앞의 책, 490면.
103) 이철송, 앞의 책, 1122면.
104) 일본회사법 제799조 제1항 제3호; 江頭憲治郎,「株式会社法」 第4版, 有斐閣, 2011, 874면.
105) 이철송, 앞의 책, 1125면.

사의 주주총회 결의를 요구하는 것이 타당하고, 이 경우 반대주주의 주식매수청구권을 부여하는 것이 다른 조직재편제도와 균형이 맞는다고 판단된다. 따라서 앞서 본 바와 같이 두 제도는 처음부터 대체적인 관계에 있는 제도로 설계된 것인 만큼 완전하게 동일하게 규율할 필요는 없다고 본다.[106]

다. 소규모주식교환의 요건

소규모주식교환의 요건은 ① 모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사 발행주식총수의 5퍼센트를 초과하지 않고, ② 자회사가 되는 회사의 주주에게 지급할 교부금이 최종 대차대조표(상법 제360조의4 제1항 제3호)에 의하여 모회사에 현존하는 순자산의 2퍼센트를 초과하지 않아야 한다는 것이다. 그러나 이 요건은 2011년 상법 개정으로 소규모합병의 요건이 완화된 것과 균형이 맞지 않는다. 따라서 소규모합병의 요건과 균형을 잃지 않도록 개정할 필요가 있다(**개정안 제360조의10 제1항**).

106) 윤영신, 앞의 논문, 39면.

V. 새로운 기업조직재편 제도의 도입 가능성 검토

새로 도입할 것을 고려하여 볼 만한 기업조직재편제도로는 다음의 것들을 들 수 있다. 특히 삼각합병을 허용하면서 삼각주식교환이나 삼각분할을 허용하지 않을 논리적 이유는 없다고 생각된다.[1)]

1. 간이영업양수도

앞서 본 바와 같이 합병과 영업양수도 거래와의 규제차익을 고려하면, 일본회사법 제468조 제1항의 예와 같이 간이영업양수도에 관한 규정을 둘 필요가 있다.[2)] 이 경우 양도회사의 반대주주에 대하여는 주식매수청구권을 인정하여야 할 것이다(**개정안 제374조의2 참조**).

2. 삼각분할(합병)

삼각분할이란 회사분할의 대가로 분할회사에 대해 분할승계회사의 모회사의 주식을 교부하는 것을 의미한다.[3)] 즉, T사가 분할하여 S사에 분할합병되면서 분할합병의 대가로 S사의 모회사인 P사의 주식을 교부하는 것이다.일본에서는 미국 재계와 행정부로부터 강력한 요청을 받아 삼각분할제도를 도입하였다고 하며, 실제로 삼각분할제도를 도입한 일본에서는 삼각합병보다는 삼각흡수분할이 더 많이 이용된다고 한다.[4)] 삼각분할의 한 형태인 삼각흡수분할이란 삼각합병과 유사한 방법으로 하는 "흡수분사형분할"을 의미한다.[5)] 이하에서 예를 들어 설명하기로 한다. 우선 A사는 분할승계법인인 C사의 100퍼센트 모회사이라고 가정하기로 한다. 분할법인인 B사의 乙부문을 분리하고, 그 乙부문을 C사가 승계함과 동시에 C사는 乙부문을 흡수합병한 대가로서 C

1) 윤영신, "삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제",「상사법연구」제32권 제2호, 2013, 17면.
2) 송옥렬, "기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토", 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿), 5면.
3) 일본에서도 자회사에 의한 모회사주식의 취득은 원칙적으로 금지되지만(일본회사법 제135조 제1항), 삼각분할 등의 경우에는 예외적으로 허용된다(같은 법 제800조 제1항).
4) 일본회사법 제758조 제4항 ホ, 제760조 제5항ロ, 제151조.
5) 이는 분할법인에 대해 분할승계법인의 모회사주식 등을 교부하게 되며, 그 구조가 삼각합병으로 유사하기 때문에 삼각흡수분할이라고 부른다.

사의 모회사인 A사의 주식 등을 교부하는 구조이다. 일본에서도 신회사법이 제정되기 이전에는 흡수분사형분할을 위해서는 乙부문을 흡수합병한 대가로 B사에게는 C사의 주식이 교부되었다. 그러나 삼각흡수분할이 가능해지면서 흡수합병의 대가로 C사 주식이 아니라 그 모회사인 A사 주식을 교부하는 것이다. 이 경우 자회사에 의한 모회사 주식의 취득 방법으로서는, 주식시장을 통해서 취득하는 방법, 모회사가 보유하는 자기주식을 자회사에 현물출자 하는 방법, 모회사가 자회사에 제3자 배정증자를 하는 방법을 생각할 수 있다.[6] 삼각흡수분할은 삼각합병과 결과적으로 같은 효과를 발생시키지만 전자가 후자에 비하여 다음과 같은 특징과 이점이 존재한다.[7]

첫째, 완전모회사를 지주회사(완전지주회사)로 두고 있는 자회사(완전자회사, 분할승계회사)가 어느 한 회사(분할회사)의 영업부문을 분할합병하는 경우 그 대가로 그 회사(분할승계회사)의 자기주식을 교부하는 경우에는 그 회사는 더 이상 완전자회사가 될 수 없다. 그러나 삼각흡수분할방식을 이용하는 경우에는 완전지주회사체제를 그대로 유지할 수 있다.

둘째, 현행 세법상 국내법인 중 모회사와 동회사가 지분 100%를 소유하고 있는 완전자회사는 이를 하나의 과세단위로 보고 과세표준 세액을 계산하는 연결납세제도(consolidated tax return)가 인정되고 있는데,[8] 만약에 분할회사의 영업부문을 분할합병하는 대가로 분할승계회사의 자기주식을 교부하는 경우 이와 같은 연결납세제도의 요건을 충족시키지 못하게 된다. 하지만 삼각분할을 이용하는 경우 이러한 요건을 충족할 수 있다.

셋째, 삼각분할의 경우에는 삼각합병과는 달리 승계자산 또는 채무를 선택할 수 있다.

넷째, 삼각흡수분할의 경우에는 양도회사(분할회사)가 분할합병의 대가를 교부받으므로 주주평등의 원칙의 적용을 받지 않음은 물론이고 흡수분할한 회사(분할승계회사)가 양도회사에 대하여 모회사 주식을 비롯하여 현금 등 다양한 유형의 재산을 지급할 수 있지만, 삼각합병의

6) 監査法人トーマケツ, “実際にどうする三角合併,”「MARR」131号, 2005, 44면.
7) 이하의 삼각합병에 대한 삼각분할의 비교우위에 관해서는 황남석,「회사분할 과세론」, 한국학술정보, 2011, 284-285면을 정리한 것이다.
8) 연결납세제도는 2010년 개시 사업연도부터 시행되고 있으며, 이 제도를 이용할 경우 모회사가 자회사로부터 받는 배당금에 전액 면세혜택이 주어지는 등 다양한 세제상의 이점이 있다.

경우에는 양도회사의 (분산된) 주주에 대하여 합병대가를 주주평등의 원칙에 따라 직접 교부하여야 하는 구조인 까닭에 주식 또는 금전을 지급할 수밖에 없게 된다.

이상과 같이 삼각분할이 삼각합병에 비하여 현실적으로 여러 가지 사항에서 비교우위에 있는 만큼 삼각분할도 입법적으로 인정하는 것이 바람직하다.[9] 이를 위하여는 분할대가를 유연화하고 자회사의 모회사 주식 취득금지에 대한 예외규정을 신설할 필요가 있다(**개정안 제530조의6 제1항 제3의2호, 제5항**).

3. 삼각주식교환

삼각주식교환이란 S사와 T사가 S사를 완전모회사로 하는 주식의 포괄적 교환을 하면서 T사 주주에게 S사의 모회사인 P사 주식을 교부하는 것이다. 포괄적 주식교환의 대가가 자유화되고, 자회사의 모회사 주식 취득에 대한 예외가 허용되면 가능하게 된다.[10] 참고로 일본회사법은 삼각주식교환을 규정하고 있다(같은 법 제768조 제1항 제2호)(**개정안 제360조의3 제6항 참조**).

9) 권재열, 앞의 논문, 261~262면.
10) 모범회사법은 포괄적 주식교환의 대가에 제한이 없다. 제11.03조.

VI. 기업조직재편 제도 개선을 위한 상법 개정안

이하에서는 앞서 검토한 내용을 바탕으로 하여 상법의 개정안을 제시하고자 한다.

1. 합병

[개정안 제523조]

현행 조문	개정안
제523조 (흡수합병의 합병계약서) 합병할 회사의 일방이 합병 후 존속하는 경우에는 합병계약서에 다음의 사항을 적어야 한다. 1. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 그 발행할 주식의 총수를 증가하는 때에는 그 증가할 주식의 총수, 종류와 수 2. 존속하는 회사의 증가할 자본금과 준비금의 총액 3. 존속하는 회사가 합병당시에 발행하는 신주의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항 4. 존속하는 회사가 합병으로 소멸하는 회사의 주주에게 제3호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항 5. 각 회사에서 합병의 승인결의를 할 사원 또는 주주의 총회의 기일 6. 합병을 할 날 7. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 정관을 변경하기로 정한 때에는 그 규정 8. 각 회사가 합병으로 이익배당을 할 때에는 그 한도액 9. 합병으로 인하여 존속하는 회사에 취임할 이사와 감사 또는 감사위원회의 위원을 정한 때에는 그 성명 및 주민등록번호	제523조 (흡수합병의 합병계약서) 합병할 회사의 일방이 합병 후 존속하는 경우에는 합병계약서에 다음의 사항을 적어야 한다. 1. 좌동 2. 좌동 3. 존속하는 회사가 합병당시에 발행하는 신주의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주 또는 자기주식의 배정에 관한 사항. 다만, 소멸하는 회사가 보유하는 자기주식 및 존속회사가 보유하는 소멸회사 주식에 대하여는 신주 또는 자기주식을 배정할 수 없다. 4. 좌동 5. 좌동 6. 좌동 7. 좌동 8. 각 회사가 합병등기일까지 이익배당을 하기로 한 때에는 그 한도액 9. 합병으로 인하여 존속하는 회사에 취임할 이사와 감사 또는 감사위원회의 위원을 정한 때에는 그 성명 및 주민등록번호

(해설) 제3호: 합병의 대가로서 신주 이외에 자기주식을 교부할 수 있음을 분명히 하고, 소멸회사가 보유하는 자기주식 및 존속회사가 보유하는 소멸회사 주식에 대하여는 신주 또는 자기주식을 배정할 수 없다는 점을 분명히 정하기로 한다.

제8호: 현행 규정의 입법 표현상의 오류를 수정한 것이다.

(입법례) 제3호: 독일조직재편법 제68조 제1항 제1문, 프랑스상법 제L236-3조 제2항 제2호, 일본회사법 제759조 제1항 제3호 괄호, 제3항, 제753조 제1항 제9호 괄호

제8호: 구 일본상법 제409조 제7호.

[개정안 제527조의3]

현행 규정	개정안
제527조의3(소규모합병) ① 합병후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 10을 초과하지 아니하는 때에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. 다만, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 경우에 그 금액이 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액의 100분의 5를 초과하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 존속하는 회사의 합병계약서에는 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 합병을 한다는 뜻을 기재하여야 한다. ③ 제1항의 경우에 존속하는 회사는 합병계약서를 작성한 날부터 2주내에 소멸하는 회사의 상호 및 본점의 소재지, 합병을 할 날, 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 합병을 한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다. ④ 합병후 존속하는 회사의 발행주식총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 소	제527조의3(소규모합병) ① 합병후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주(소멸하는 회사의 주주에게 자기주식을 교부할 경우에는 이를 포함한다)가 발행주식총수에서 차지하는 비율에 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액을 곱한 금액과 소멸하는 회사의 주주에게 지급하는 금전이나 그 밖의 재산의 가액의 합계가 위 순자산액의 100분의 20을 초과하지 아니하는 때에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. ②~⑤ 좌동

유한 주주가 제3항의 규정에 의한 공고 또는 통지를 한 날부터 2주내에 회사에 대하여 서면으로 제1항의 합병에 반대하는 의사를 통지한 때에는 제1항 본문의 규정에 의한 합병을 할 수 없다. ⑤ 제1항 본문의 경우에는 제522조의3의 규정은 이를 적용하지 아니한다.	

(해설) 개정 상법이 합병교부금을 허용함에 따라 소규모합병 여부를 판단할 때 합병교부금을 포함시켜서 판단할 수 있도록 기준을 수정하였다. 이때 합병신주 및 자기주식을 순자산액으로 환산하여 합병교부금과 더한 후에 전체 순자산액에서 차지하는 비율로 판단하도록 하였다.

(입법례) 일본회사법 제796조 제3항.

[개정안 제527조의5]

현행 규정	개정안
제527조의5 (채권자보호절차) ① 회사는 제522조의 주주총회의 승인결의가 있은 날부터 2주내에 채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 1월이상의 기간내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 한다. ②제1항의 규정을 적용함에 있어서 제527조의2 및 제527조의3의 경우에는 이사회의 승인결의를 주주총회의 승인결의로 본다. ③제232조제2항 및 제3항의 규정은 제1항 및 제2항의 경우에 이를 준용한다.	제527조의5 (채권자보호절차) ① 회사는 제522조의 주주총회의 승인결의가 있은 날부터 2주내에 채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 1월이상의 기간내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 한다. 다만, 채권자에 대한 최고는 10일 이상의 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 2개 이상의 일간신문(「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호가목에 따른 일반일간신문을 말한다)에 공고하는 것으로 갈음할 수 있다. ② 제1항의 규정을 적용함에 있어서 제527조의2 및 제527조의3의 경우에는 이사회의 승인결의를 주주총회의 승인결의로 본다. ③ 제232조제2항 및 제3항의 규정은 제1항 및 제2항의 경우에 이를 준용한다.

(해설) 조직재편제도간의 규제차익 조정을 위하여 채권자보호절차를 완화할

필요가 있다. 따라서, 현행의 엄격한 채권자보호절차를 완화하여 개별 최고를 생략할 수 있도록 하였다. 개정안은 현행「금융산업의 구조개선에 관한 법률」제5조 제3항을 본받은 것이다.

(입법례) 일본회사법 제810조 제3항. 독일조직재편법(개별 최고 규정이 없음).

[개정안 제529조]

현행 조문	개정안
제529조 (합병무효의 소) ① 합병무효는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소만으로 이를 주장할 수 있다. ② 제1항의 소는 제528조의 등기가 있은 날로부터 6월내에 제기하여야 한다.	제529조 (합병무효의 소) ① 합병이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법으로 이루어진 경우 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자는 소만으로 이를 주장할 수 있다. ② 좌동

(해설) 합병무효의 소에 관하여 현행 조문은 그 사유를 규정하지 않고 있다. 따라서 강학상 합병무효의 사유로 들고 있는 것들을 조문에 규정하기로 한다.

2. 분할

[개정안 제530조의3]

현행 조문	개정안
제530조의3(분할계획서·분할합병계약서의 승인) ① 회사가 분할 또는 분할합병을 하는 때에는 분할계획서 또는 분할합병계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다. ② 제1항의 승인결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다. ③ 제2항의 결의에 관하여는 제344조의3제1항에 따라 의결권이 배제되는 주주도 의	제530조의3(분할계획서·분할합병계약서의 승인) ① 좌동 ② 좌동 ③ 삭제 ④ 좌동 ⑤ 좌동 ⑥ 삭제

결권이 있다. ④ 분할계획 또는 분할합병계약의 요령은 제363조에 정한 통지와 공고에 기재하여야 한다. ⑤ 삭제 ⑥ 회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 분할 또는 분할합병에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다.	

(해설) 제3항: 의결권 배제 종류주식에 대하여 분할결의시 의결권을 부여하는 규정에 대하여는 입법상 착오라는 견해가 다수이므로 이를 반영하여 위 규정을 삭제한다.

제6항: 프랑스상법을 참고하여 분할 규정을 입법하는 과정에서 발생한 입법적 과오라는 견해가 지배적이므로 삭제하기로 한다.

(입법례) 제3항: 일본회사법 제783조 제1항, 제795조 제1항.

[개정안 제530조의4]

현행 조문	개정안
제530조의4 (분할에 의한 회사의 설립) ① 이 장 제1절의 회사설립에 관한 규정은 제530조의2의 규정에 의한 회사의 설립에 관하여 이를 준용한다. ②제1항의 규정에 불구하고 분할에 의하여 설립되는 회사는 분할되는 회사의 출자만으로도 설립할 수 있다. 이 경우 분할되는 회사의 주주에게 그 주주가 가지는 그 회사의 주식의 비율에 따라서 설립되는 회사의 주식이 발행되는 때에는 제299조의 규정을 적용하지 아니한다.	제530조의4 (분할에 의한 회사의 설립) ① 이 장 제1절의 회사설립에 관한 규정은 제530조의2의 규정에 의한 회사의 설립에 관하여 이를 준용한다. ② 제1항의 규정에 불구하고 분할에 의하여 설립되는 회사(이하 "분할신설회사"라고 한다)는 분할되는 회사의 출자만으로도 설립할 수 있다. 이 경우 제299조의 규정을 적용하지 아니한다.

(해설) 번잡한 당사자 호칭을 정리하기 위하여 분할신설회사에 관한 정의 규정을 두기로 한다.

[개정안 제530조의5]

현행 조문	개정안
제530조의5(분할계획서의 기재사항) ① 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 분할계획서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 설립되는 회사의 상호, 목적, 본점의 소재지 및 공고의 방법 2. 설립되는 회사가 발행할 주식의 총수 및 액면주식·무액면주식의 구분 3. 설립되는 회사가 분할 당시에 발행하는 주식의 총수, 종류 및 종류주식의 수, 액면주식·무액면주식의 구분 4. 분할되는 회사의 주주에 대한 설립되는 회사의 주식의 배정에 관한 사항 및 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그에 관한 사항 5. 분할되는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 6. 설립되는 회사의 자본금과 준비금에 관한 사항 7. 설립되는 회사에 이전될 재산과 그 가액 8. 제530조의9제2항의 정함이 있는 경우에는 그 내용 9. 설립되는 회사의 이사와 감사를 정한 경우에는 그 성명과 주민등록번호 10. 설립되는 회사의 정관에 기재할 그 밖의 사항 ② 분할후 회사가 존속하는 경우에는 존속하는 회사에 관하여 분할계획서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 감소할 자본금과 준비금의 액 2. 자본감소의 방법 3. 분할로 인하여 이전할 재산과 그 가액 4. 분할후의 발행주식의 총수 5. 회사가 발행할 주식의 총수를 감소하는 경우에는 그 감소할 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 6. 정관변경을 가져오게 하는 그 밖의 사항	제530조의5(분할계획서의 기재사항) ① 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 분할계획서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 분할신설회사의 상호, 목적, 본점의 소재지 및 공고의 방법 2. 분할신설회사가 발행할 주식의 총수 및 액면주식·무액면주식의 구분 3. 분할회사가 분할 당시에 발행하는 주식의 총수, 종류 및 종류주식의 수, 액면주식·무액면주식의 구분 4. 분할회사의 주주에 대한 설립되는 회사의 주식의 배정에 관한 사항 및 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그에 관한 사항. 5. 분할회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 6. 분할회사의 자본금과 준비금에 관한 사항 7. 분할신설회사에 이전될 재산과 그 가액. 다만, 일신전속적인 권리를 이전할 수 없다. 8. 제530조의9제2항의 정함이 있는 경우에는 그 내용 8의2. 분할을 할 날 9. 분할신설회사의 이사와 감사를 정한 경우에는 그 성명과 주민등록번호 10. 분할신설회사의 정관에 기재할 그 밖의 사항 ② 분할회사의 주주에게 그 주주가 가지는 그 회사의 주식의 비율과 다르게 분할신설회사의 주식을 배정할 경우에는 분할회사 주주 전원의 동의를 요한다. ③ 분할후 회사가 존속하는 경우에는 존속하는 회사에 관하여 분할계획서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 감소할 자본금과 준비금의 액 2. 자본감소의 방법

	3. 분할로 인하여 이전할 재산과 그 가액 4. 분할후의 발행주식의 총수 5. 회사가 발행할 주식의 총수를 감소하는 경우에는 그 감소할 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 6. 정관변경을 가져오게 하는 그 밖의 사항

(해설) 전체적으로 분할신설회사라는 명칭을 반영하였다.

제1항 제7호 단서: 대법원 2011. 8. 25. 선고, 2010다44002 판결의 취지를 반영하였다.

제1항 제8의2호: 분할합병의 경우 분할합병기일을 규정한 것에 맞추어 단순분할의 경우에도 분할기일에 관한 규정을 두었다.

제2항: 비안분비례적 분할의 근거 및 요건에 관하여 규정하였다.

(입법례) 제1항 제8의2호: 독일조직재편법 제136조.

[개정안 제530조의6]

현행 조문	개정안
제530조의6 (분할합병계약서의 기재사항) ① 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사(이하 "분할합병의 상대방 회사"라 한다)가 존속하는 경우에는 분할합병계약서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 분할합병의 상대방 회사가 분할합병으로 인하여 발행할 주식의 총수를 증가하는 경우에는 증가할 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 2. 분할합병의 상대방 회사가 분할합병을 함에 있어서 발행하는 신주의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 3. 분할되는 회사의 주주에 대한 분할합병의 상대방 회사의 주식의 배정에 관한 사항 및 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그에 관한 사항	제530조의6 (분할합병계약서의 기재사항) ① 분할되는 회사(이하 “분할회사”라 한다)의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사(이하 "분할합병의 상대방 회사"라 한다)가 존속하는 경우에는 분할합병계약서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 좌동 2. 분할합병의 상대방 회사가 분할합병을 함에 있어서 신주를 발행하는 경우 그 발행하는 신주의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 3. 분할회사의 주주에 대한 분할합병의 상대방 회사의 주식(자기주식을 포함한다)의 배정에 관한 사항 및 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그에 관한 사항. 다만 분할합병의 상대방 회사가 보유하는 분할회사의 주식에 대하여는 신

4. 분할되는 회사의 주주에 대하여 분할합병의 상대방 회사가 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 5. 분할합병의 상대방 회사의 증가할 자본의 총액과 준비금에 관한 사항 6. 분할되는 회사가 분할합병의 상대방 회사에 이전할 재산과 그 가액 7. 제530조의9제3항의 정함이 있는 경우에는 그 내용 8. 각 회사에서 제530조의3제2항의 결의를 할 주주총회의 기일 9. 분할합병을 할 날 10. 분할합병의 상대방 회사의 이사와 감사를 정한 때에는 그 성명과 주민등록번호 11. 분할합병의 상대방 회사의 정관변경을 가져오게 하는 그 밖의 사항 ② 분할되는 회사의 일부가 다른 회사 또는 다른 회사의 일부와 분할합병을 하여 회사를 설립하는 경우에는 분할합병계약서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 제530조의5제1항제1호·제2호·제6호 내지 제10호에 규정된 사항 2. 설립되는 회사가 분할합병을 함에 있어서 발행하는 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 3. 각 회사의 주주에 대한 주식의 배정에 관한 사항과 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그 규정 4. 각 회사가 설립되는 회사에 이전할 재산과 그 가액 5. 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 6. 각 회사에서 제530조의3제2항의 결의를 할 주주총회의 기일 7. 분할합병을 할 날 ③ 제530조의5의 규정은 제1항 및 제2항의 경우에 각 회사의 분할합병을 하지 아니하는 부분의 기재에 관하여 이를 준용한다.	주 또는 자기주식을 배정할 수 없다. 3의2. 분할합병의 상대방 회사가 분할회사의 주주에게 제3호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항 4~11. 좌동 ② 분할회사의 일부가 다른 회사 또는 다른 회사의 일부와 분할합병을 하여 분할신설회사를 설립하는 경우에는 분할합병계약서에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 제530조의5제1항제1호·제2호·제6호 내지 제10호에 규정된 사항 2. 설립되는 회사가 분할합병을 함에 있어서 발행하는 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수 3. 각 회사의 주주에 대한 주식의 배정에 관한 사항과 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그 규정 4. 각 회사가 설립되는 회사에 이전할 재산과 그 가액 5. 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 6. 각 회사에서 제530조의3제2항의 결의를 할 주주총회의 기일 7. 분할합병을 할 날 ③ 좌동 ④ 제530조의5 제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 경우에 이를 준용한다. ⑤ 제1항 제3의2호의 경우 제523조의2를 준용한다.

(해설) 제1항 본문: 분할되는 회사를 “분할회사”로 정의하는 규정을 두기로

한다.

제1항 제2호: 무증자분할합병도 가능하므로 분할합병시에 언제나 신주를 발행하는 것은 아님을 분명하게 규정한다.

제1항 제3호: 분할합병시 신주발행 뿐만 아니라 자기주식의 교부가 가능하다는 점을 분명하게 하고, 다만 분할합병의 상대방 회사가 보유하는 분할회사의 주식에 대하여는 신주 또는 자기주식을 배정할 수 없다는 점을 분명히 한다.

제1항 제3의2호: 분할교부금에 관한 근거규정을 두기로 한다.

제2항: 분할회사와 분할신설회사의 용어를 정리하여 반영하였다.

제4항: 비안분비례적 단순분할에 관한 제530조의5 제2항의 규정을 분할합병의 경우에 준용한다.

(입법례) 제1항 제3호: 독일조직재편법 제125조, 제68조 제1항 제1문 제1호.

제1항 제3의2호: 일본회사법 제800조.

제4항: 독일조직재편법 제133조(해석론)

현행 조문	개정안
제530조의7 (분할대차대조표 등의 공시) ① 분할되는 회사의 이사는 제530조의3제1항의 규정에 의한 주주총회의 회일의 2주전부터 분할의 등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6월간 다음 각호의 서류를 본점에 비치하여야 한다. 1. 분할계획서 또는 분할합병계약서 2. 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할합병의 경우 분할합병의 상대방 회사의 대차대조표 4. 분할되는 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ② 제530조의6제1항의 분할합병의 상대방 회사의 이사는 분할합병을 승인하는 주주총회의 회일의 2주전부터 분할합병의 등기를 한 후 6월간 다음 각호의 서류를 본점에 비치하여야 한다.	제530조의7 (분할대차대조표 등의 공시) ① 분할회사의 이사는 제530조의3제1항의 규정에 의한 주주총회의 회일의 2주전부터 분할의 등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6월간 다음 각호의 서류를 본점에 비치하여야 한다. 1. 분할계획서 또는 분할합병계약서 2. 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할합병의 경우 분할합병의 상대방 회사의 대차대조표 4. 분할회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ② 제530조의6제1항의 분할합병의 상대방 회사의 이사는 분할합병을 승인하는 주주총회의 회일의 2주전부터 분할합병의 등기를 한 후 6월간 다음 각호의 서류를 본점에 비치하여야 한다.

1. 분할합병계약서 2. 분할되는 회사의 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할되는 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ③ 제522조의2제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 서류에 관하여 이를 준용한다.	1. 분할합병계약서 2. 분할회사의 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ③ 제522조의2제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 서류에 관하여 이를 준용한다.

(해설) 분할되는 회사를 분할회사로 정리하였다.

[개정안 제530조의8]

현행 조문	개정안
제530조의8 (분할 및 분할합병에 관한 계산) 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 분할합병의 상대방 회사가 영업권을 취득한 경우에는 그 취득가액을 대차대조표의 자산의 부에 계상할 수 있다. 이 경우에는 설립등기 또는 분할합병의 등기를 한 후 5년내의 매 결산기에 균등액 이상을 상각하여야 한다.	(삭제)

[개정안 제530조의9]

현행 조문	개정안
제530조의9 (분할 및 분할합병후의 회사의 책임) ① 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 또는 분할합병전의 회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다. ②제1항의 규정에 불구하고 분할되는 회사가 제530조의3제2항의 규정에 의한 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 설립되는 회사가 분할되는 회사의 채무중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우 분할되는 회사가 분할후에 존속하는 때에는 분할로 인하여 설립되는 회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담한다.	제530조의9 (분할 및 분할합병후의 회사의 책임) ① 분할회사, 분할신설회사, 분할합병의 상대방회사는 분할 또는 분할합병전의 분할회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다. ② 전항의 경우 분할신설회사, 분할합병의 상대방회사는 분할등기일부터 5년간, 분할회사으로부터 승계한 순자산액의 범위 내에서 연대책임을 진다. ③ 제1항의 규정에 불구하고 분할회사가 제530조의3제2항의 규정에 의한 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 분할신설회사는 분할회사의 채무중에서 승계한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로

③분할합병의 경우에 분할되는 회사는 제530조의3제2항의 규정에 의한 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우에는 제2항 후단의 규정을 준용한다. ④ 제439조제3항 및 제527조의5의 규정은 제2항의 경우에 이를 준용한다.	정할 수 있다. 이 경우 분할회사가 분할후에 존속하는 때에는 분할신설회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담한다. ④ 분할합병의 경우에 분할회사는 제530조의3제2항의 규정에 의한 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 분할합병의 상대방 회사가 분할회사의 채무 중에서 승계한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있다. 이 경우에는 제3항 후단의 규정을 준용한다. ⑤ 제439조제3항 및 제527조의5의 규정은 제3항의 경우에 이를 준용한다. ⑥ 전항의 경우 제527조의5 제3항을 준용함에 있어 분할신설회사는 채권자를 위하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다. ⑦ 제5항 및 제530조의11 제2항의 경우 제527조의5에 의한 채권자보호절차가 법령 또는 정관에 위반되면 해당 채권자에 대하여는 분할회사의 채무에 대한 연대책임을 부담하지 아니함을 주장할 수 없다.

(해설) 분할회사, 분할신설회사, 분할합병의 상대방회사 명칭을 이용하여 법문을 정리하였다.

제1항: 분할회사도 연대책임의 주체로 하는 것이 타당하므로 분할회사를 추가하였다. 또한 연대책임의 대상이 분할회사의 분할 이전 채무임도 명백하게 하였다.

제2항: 일본회사법, 독일조직재편법의 입장을 취하여 연대책임의 범위를 제한하는 규정을 두었다.

제3항, 제4항: 종래부터 프랑스상법 제L.236-21조를 계수하는 과정에서 입법상의 오류가 있었다는 지적이 있었으므로 이를 모법에 따라 수정한다.

제6항: 이의제기에 따른 담보제공의무자가 불분명하므로 이를 분명하게 규정하였다.

제7항: 채권자보호절차에 하자가 있는 경우 연대책임이 부활한다는 것이 판례의 입장인바, 이를 명문으로 규정하였다.

(입법례)

제1항: 독일조직재편법 제133조 제1항. 일본회사법 제759조 제2항, 제3항, 제764조 제2항, 제3항, 제789조 제1항 제2호, 제3항.

제2항: 독일조직재편법 제133조 제3항. 일본회사법 제759조 제2항, 제3항, 제764조 제2항, 제3항

제3항, 제4항: 프랑스상법 제L.236-21조.

제6항: 독일조직재편법 제133조 제1항 제2문.

[개정안 제530조의10]

현행 조문	개정안
제530조의10 (분할 또는 분할합병의 효과) 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라서 승계한다.	제530조의10 (분할 또는 분할합병의 효과) 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라서 포괄승계한다.

(해설) 분할 또는 분할합병으로 인한 권리의무의 이전은 포괄승계의 효과가 부여된다(부분적 포괄승계). 따라서 이를 분명하게 표시하는 것이 바람직하다.

[개정안 제530조의11]

현행 조문	개정안
제530조의11(준용규정) ① 분할 또는 분할합병의 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제440조부터 제444조까지, 제526조, 제527조, 제527조의6, 제528조 및 제529조를 준용한다. 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다. ②제374조제2항, 제439조제3항, 제522조의3, 제527조의2, 제527조의3 및 제527조의5의 규정은 분할합병의 경우에 이를 준용한다.	제530조의11(준용규정) ① 분할의 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제440조, 제442조부터 제444조까지, 제522조의3, 제526조, 제527조, 제527조의6, 제528조 및 제529조를 준용한다. 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다. ② 분할합병의 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제374조제2항, 제439조제3항, 제440조, 제442조부터 제

	444조까지, 제522조의3, 제526조, 제527조, 제527조의2, 제527조의3, 제527조의5, 제527조의6, 제528조 및 제529조를 준용한다. 다만, 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다. ③ 전항의 경우 제527조의5 제3항을 준용함에 있어 분할합병의 상대방회사 또는 분할신설회사는 채권자를 위하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다.

(해설) 현행 규정은 제1항에 분할 및 분할합병을, 제2항에 분할합병의 준용규정을 열거하여 준용규정의 전체적인 내용파악에 어려움이 있었으므로 이를 분리하여 제1항은 단순분할, 제2항은 분할합병에 관한 준용 규정을 제시하기로 한다.

제1항: 단순분할의 경우에도 반대주주의 주식매수청구권을 부여하기로 한다. 제441조를 준용한 것은 입법의 착오라는 지적이 있으므로 이를 삭제한다.

제2항: 제1항과 같은 이유로 제441조를 삭제한다.

제3항: 이의제기에 따른 담보제공의무자가 불분명하므로 이를 분명하게 규정하였다.

(입법례) 제1항: 일본회사법 제785조, 제797조, 제806조.

제3항: 독일조직재편법 제133조 제1항 제2문.

[개정안 제530조의12]

현행 조문	개정안
제530조의12 (물적 분할) 이 절의 규정은 분할되는 회사가 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사의 주식의 총수를 취득하는 경우에 이를 준용한다.	제530조의12 (물적 분할) ① 분할회사는 분할에 의하여 분할신설회사 또는 분할합병의 상대방 회사로부터 그 주식 및 금전이나 그 밖의 재산을 취득할 수 있다. ② 제1항의 경우로서 분할회사가 분할에 의하여 1개 또는 수개의 분할신설회사를

	설립하는 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제440조, 제442조부터 제444조까지, 제522조의3, 제526조, 제527조의6, 제528조, 제529조, 제530조의3부터 제530조의5까지, 제530조의7 및 제530조의10을 준용한다. 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다. ③ 제1항의 경우로서 분할회사가 분할에 의하여 1개 또는 수개의 분할합병의 상대방회사 또는 그 일부와 분할합병하는 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제374조 제2항, 제439조 제3항, 제440조, 제442조부터 제444조까지, 제522조의3, 제526조, 제527조의2, 제527조의5, 제527조의6, 제528조, 제529조, 제530조의3, 제530조의4, 제530조의6, 제530조의7 및 제530조의10을 준용한다. 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다.

(해설) 제1항: 물적분할에 관한 정의 규정을 두었다.

제2항: 제530조의11에서 준용하는 규정들을 일일이 모아서 정리하였다. 연대책임에 관한 규정은 준용하지 않기로 한다. 제441조를 준용한 것은 입법의 착오라는 지적이 있으므로 이를 삭제한다. 단순물적분할의 경우에도 반대주주의 주식매수청구권을 규정하였다.

제3항: 제530조의11에서 준용하는 규정들을 일일이 모아서 정리하였다. 물적분할합병시에는 연대책임 및 채권자보호절차를 준용하지 않도록 한다. 제441조를 준용한 것은 입법의 착오라는 지적이 있으므로 이를 삭제한다.

3. 영업양수도

[개정안 제374조의2]

현행 조문	개정안
신설	제374조의2 (간이영업양도) ① 영업을 양도하는 회사의 총주주의 동의가 있거나 그

	회사의 발행주식총수의 100분의 90 이상을 영업을 양수하는 회사가 소유하고 있는 때에는 제374조 제1항에 따른 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. ② 제1항의 경우에 영업을 양도하는 회사는 영업양도에 관한 계약을 체결한 날부터 2주내에 주주총회의 승인을 얻지 않고 영업을 양도한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다. 다만 총주주의 동의가 있는 때에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항의 공고 또는 통지를 한 날부터 2주내에 회사에 대하여 서면으로 영업의 양도에 반대하는 의사를 통지한 주주는 그 기간이 경과한 날부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다. ④ 제374조의3 제2항부터 제5항까지의 규정은 전항의 주식매수청구에 관하여 이를 준용한다.

(해설) 간이합병과의 규제차익을 조정하기 위하여는 간이영업양수도에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 개정안은 간이합병에 관한 규정을 수정하여 작성하였다.

제1항: 상법 제527조의2 제1항을 수정

제2항: 상법 제527조의2 제2항을 수정

제3항: 상법 제522조의3 제2항을 수정

제4항: 상법 제530조 제2항을 수정

(입법례) 일본회사법 제468조 제1항.

[개정안 제374조의3]

현행 조문	개정안
제374조의2 (반대주주의 주식매수청구권)	제374조의3 (반대주주의 주식매수청구권)

(해설) 제374조의2를 신설하면서 기존 제374조의2를 제374조의3으로 옮긴다.

4. 주식의 포괄적 교환·이전

[개정안 제360조의2]

현행 조문	개정안
제360조의2 (주식의 포괄적 교환에 의한 완전모회사의 설립) ① 회사는 이 관의 규정에 의한 주식의 포괄적 교환에 의하여 다른 회사의 발행주식의 총수를 소유하는 회사(이하 "완전모회사"라 한다)가 될 수 있다. 이 경우 그 다른 회사를 "완전자회사"라 한다. ② 주식의 포괄적 교환(이하 이 관에서 "주식교환"이라 한다)에 의하여 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 신주의 배정을 받음으로써 그 회사의 주주가 된다.	제360조의2 (주식의 포괄적 교환에 의한 완전모회사의 설립) ① 좌동 ② 주식의 포괄적 교환(이하 이 관에서 "주식교환"이라 한다)에 의하여 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 신주의 배정을 받음으로써 그 회사의 주주가 된다. 완전모회사가 주식교환 이전에 완전자회사가 되는 회사의 주주이었던 경우에는 신주를 배정하지 아니한다. ③ 완전모회사가 되는 회사는 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 신주에 갈음하여 금전이나 그 밖의 재산을 지급할 수 있다. ④ 제3항의 경우 제527조의5를 준용한다.

(해설) 제2항 후단: 완전모회사가 주식교환 이전에 완전자회사가 되는 회사의 주주였던 경우 주식교환의 결과 완전모회사의 주식을 교부받으면 자기주식을 취득하는 결과가 되므로 이를 방지하기 위하여 제2항 후단을 신설한다.
제3항: 주식의 포괄적 교환시 교부금 지급이 가능하도록 하기 위하여 명문의 규정을 둔다.
제4항: 주식의 포괄적 교환시 교부금을 지급하는 경우 완전모회사로 되는 회사의 재산 상태가 악화될 수 있으므로 일본회사법의 예와 같이 채권자보호절차를 둔다.

(입법례) 일본회사법 제768조 제1항 제2호, 일본회사법 제799조 제1항 제3호, 제789조 제1항 제3호, 제810조 제1항 제3호.

[개정안 제360조의3]

현행 조문	개정안
제360조의3 (주식교환계약서의 작성과 주주총회의 승인) ① 주식교환을 하고자 하는 회사는 주식교환계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다. ② 제1항의 승인결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다. ③ 주식교환계약서에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다. 1. 완전모회사가 되는 회사가 주식교환으로 인하여 정관을 변경하는 경우에는 그 규정 2. 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 총수·종류와 종류별 주식의 수 및 완전자회사가 되는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항 3. 완전모회사가 되는 회사의 증가할 자본금과 자본준비금에 관한 사항 4. 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 5. 각 회사가 제1항의 결의를 할 주주총회의 기일 6. 주식교환을 할 날 7. 각 회사가 주식교환을 할 날까지 이익배당을 할 때에는 그 한도액 8. 제360조의6의 규정에 의하여 회사가 자기의 주식을 이전하는 경우에는 이전할 주식의 총수·종류 및 종류별 주식의 수 9. 완전모회사가 되는 회사에 취임할 이사와 감사 또는 감사위원회의 위원을 정한 때에는 그 성명 및 주민등록번호 ④회사는 제363조의 규정에 의한 통지와 공고에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 주식교환계약서의 주요내용 2. 제360조의5제1항의 규정에 의한 주식매	제360조의3 (주식교환계약서의 작성과 주주총회의 승인) ① 주식교환을 하고자 하는 회사는 주식교환계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다. ② 제1항의 승인결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다. ③ 주식교환계약서에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다. 1. 완전모회사가 되는 회사가 주식교환으로 인하여 정관을 변경하는 경우에는 그 규정 2. 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 총수·종류와 종류별 주식의 수 및 완전자회사가 되는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항 2의2. 완전모회사가 되는 회사가 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제2호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항 3. 완전모회사가 되는 회사의 증가할 자본금과 자본준비금에 관한 사항 4. 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 5. 각 회사가 제1항의 결의를 할 주주총회의 기일 6. 주식교환을 할 날 7. 각 회사가 주식교환을 할 날까지 이익배당을 할 때에는 그 한도액 8. 제360조의6의 규정에 의하여 회사가 자기의 주식을 이전하는 경우에는 이전할 주식의 총수·종류 및 종류별 주식의 수 9. 완전모회사가 되는 회사에 취임할 이사와 감사 또는 감사위원회의 위원을 정한 때에는 그 성명 및 주민등록번호

수청구권의 내용 및 행사방법 3. 일방회사의 정관에 주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 요한다는 뜻의 규정이 있고 다른 회사의 정관에 그 규정이 없는 경우 그 뜻 ⑤ 주식교환으로 인하여 주식교환에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의 외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다.	④ 회사는 제363조의 규정에 의한 통지와 공고에 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 주식교환계약서의 주요내용 2. 제360조의5제1항의 규정에 의한 주식매수청구권의 내용 및 행사방법 3. 일방회사의 정관에 주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 요한다는 뜻의 규정이 있고 다른 회사의 정관에 그 규정이 없는 경우 그 뜻 ⑤ 주식교환으로 인하여 주식교환에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의 외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다. ⑥ 제3항 제2의2호의 경우 제523조의2를 준용한다.

(해설) 제3항 제2의2호: 주식의 포괄적 교환시 교부금 지급이 가능하도록 하기 위하여 명문의 규정을 두기로 한다.
제6항: 삼각주식교환이 가능하도록 하기 위하여 자회사의 모회사 주식 취득 제한에 관한 예외 규정을 준용한다.

(입법례) 일본회사법 제768조 제1항 제2호.

[개정안 제360조의6]

현행 조문	개정안
제360조의6 (신주발행에 갈음할 자기주식의 이전) 완전모회사가 되는 회사는 주식교환을 함에 있어서 신주발행에 갈음하여 회사가 소유하는 자기의 주식으로서 제342조의 규정에 의하여 상당한 시기에 처분하여야 할 주식을 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 이전할 수 있다.	제360조의6 (신주발행에 갈음할 자기주식의 이전) ① 완전모회사가 되는 회사는 주식교환을 함에 있어서 신주발행에 갈음하여 회사가 소유하는 자기의 주식으로서 제342조의 규정에 의하여 상당한 시기에 처분하여야 할 주식을 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 이전할 수 있다. ② 제360조의2 제2항 후단의 규정은 전항에 준용한다.

(해설) 제2항: 개정안 제360조의2 제2항 후단 규정의 내용을 관철하기 위하여

는 신주발행에 갈음하여 자기주식을 교부하는 경우에도 위 규정을 준용하여야 할 필요가 있다.

[개정안 제360조의10]

현행 조문	개정안
제360조의10 (소규모 주식교환) ① 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 5를 초과하지 아니하는 경우에는 그 회사에서의 제360조의3제1항의 규정에 의한 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. 다만, 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 경우에 그 금액이 제360조의4제1항제3호에서 규정한 최종 대차대조표에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액의 100분의 2를 초과하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제360조의6의 규정에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 이전하는 주식은 제1항의 규정을 적용함에 있어서 이를 주식교환을 위하여 발행하는 신주로 본다. ③ 제1항 본문의 경우에는 주식교환계약서에 완전모회사가 되는 회사에 관하여는 제360조의3제1항의 규정에 의한 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 주식교환을 할 수 있는 뜻을 기재하여야 하며, 동조제3항제1호의 사항은 이를 기재하지 못한다. ④ 완전모회사가 되는 회사는 주식교환계약서를 작성한 날부터 2주내에 완전자회사가 되는 회사의 상호와 본점, 주식교환을 할 날 및 제360조의3제1항의 승인을 얻지 아니하고 주식교환을 한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다. ⑤ 완전모회사가 되는 회사의 발행주식총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 가지는 주주가 제4항에 따른 공고 또는 통지를 한 날부터 2주 내에 회사에 대하여 서면으로 제1항 본문에 따른 주식교환에	제360조의10 (소규모 주식교환) ① 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주가 발행주식총수에서 차지하는 비율에 완전모회사가 되는 회사의 제360조의4제1항제3호에서 규정한 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액을 곱한 금액과 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 지급하는 지급하는 금전이나 그 밖의 재산의 가액의 합계가 위 순자산액의 100분의 20을 초과하지 아니하는 때에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. ②~⑦ 좌동

반대하는 의사를 통지한 경우에는 이 조에 따른 주식교환을 할 수 없다. ⑥ 제1항 본문의 경우에 완전모회사가 되는 회사에 관하여 제360조의4제1항의 규정을 적용함에 있어서는 동조동항 각호외의 부분중 "제360조의3제1항의 주주총회의 회일의 2주전" 및 동조동항제3호중 "제360조의3제1항의 주주총회의 회일"은 각각 "이조제4항의 규정에 의한 공고 또는 통지의 날"로 한다. ⑦ 제1항 본문의 경우에는 제360조의5의 규정은 이를 적용하지 아니한다.	

(해설) 소규모 주식교환과 소규모 합병과의 규제차익을 조정하기 위하여 소규모 주식교환의 요건을 소규모 합병에 준하여 규정하기로 한다.

(입법례) 일본회사법 제796조 제3항, 일본회사법규칙 제196조.

[개정안 제360조의14]

현행 조문	개정안
제360조의14 (주식교환무효의 소) ① 주식교환의 무효는 각 회사의 주주·이사·감사·감사위원회의 위원 또는 청산인에 한하여 주식교환의 날부터 6월내에 소만으로 이를 주장할 수 있다. ② 제1항의 소는 완전모회사가 되는 회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. ③ 주식교환을 무효로 하는 판결이 확정된 때에는 완전모회사가 된 회사는 주식교환을 위하여 발행한 신주 또는 제360조의6의 규정에 의하여 이전한 주식의 주주에 대하여 그가 소유하였던 완전자회사가 된 회사의 주식을 이전하여야 한다. ④ 제187조 내지 제189조, 제190조 본문, 제191조, 제192조, 제377조 및 제431조의 규정은 제1항의 소에, 제339조 및 제340조 제3항의 규정은 제3항의 경우에 각각 이를	제360조의14 (주식교환무효의 소) ① 주식교환이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법으로 이루어진 경우 각 회사의 주주·이사·감사·감사위원회의 위원 또는 청산인은 주식교환의 날부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다. ②~④ 좌동

준용한다.	

(해설) 제1항: 상법 제402조의 유지청구의 소의 사유를 참고하여 무효사유를 구체화한다. 이 사유는 강학상으로 무효사유로 논하여지는 것이다.

[개정안 제360조의23]

현행 조문	개정안
제360조의23 (주식이전무효의 소) ① 주식이전의 무효는 각 회사의 주주·이사·감사·감사위원회의 위원 또는 청산인에 한하여 주식이전의 날부터 6월내에 소만으로 이를 주장할 수 있다. ② 제1항의 소는 완전모회사가 되는 회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. ③ 주식이전을 무효로 하는 판결이 확정된 때에는 완전모회사가 된 회사는 주식이전을 위하여 발행한 주식의 주주에 대하여 그가 소유하였던 완전자회사가 된 회사의 주식을 이전하여야 한다. ④ 제187조 내지 제193조 및 제377조의 규정은 제1항의 소에, 제339조 및 제340조제3항의 규정은 제3항의 경우에 각각 이를 준용한다.	제360조의23 (주식이전무효의 소) ① 주식이전이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법으로 이루어진 경우 각 회사의 주주·이사·감사·감사위원회의 위원 또는 청산인은 주식이전의 날부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다. ② 좌동 ③ 좌동 ④ 좌동

(해설) 개정안 제360조의14 제1항과 같은 취지이다.

5. 기타

[개정안 제459조]

현행 조문	개정안
제459조 (자본준비금) ① 회사는 자본거래에서 발생한 잉여금을 대통령령으로 정하는 바에 따라 자본준비금으로 적립하여야 한다. ② 합병이나 제530조의2에 따른 분할 또는 분할합병의 경우 소멸 또는 분할되는 회사	제459조 (자본준비금) ① 좌동 ② 합병의 경우 소멸 또는 분할되는 회사의 이익준비금이나 그 밖의 법정준비금은 합병·분할·분할합병 후 존속되거나 새로 설립되는 회사가 승계할 수 있다. ③ 분할·분할합병 후 존속되거나 새로 설

의 이익준비금이나 그 밖의 법정준비금은 합병·분할·분할합병 후 존속되거나 새로 설립되는 회사가 승계할 수 있다.	립되는 회사는 분할·분할합병으로 인하여 승계하는 순자산의 장부가액에 비례하여 이익준비금이나 그 밖의 법정준비금을 승계할 수 있다.

(해설) 제2항: 분할·합병시의 법정준비금 승계 규정을 제3항에 신설하면서 현행 제2항의 내용 중 합병에 관한 것만을 남긴다.
제3항: 분할·분할합병시 합병의 경우와 달리 일부 순자산이 이전될 뿐이므로이익준비금이나 그 밖의 법정준비금을 승계하더라도 일부만을 승계할 수 있을 뿐이다. 따라서 그 안분기준을 법에서 규정할 필요가 있다.

(입법례) 일본법인세법 시행령 제9조 제1항 제11호.

VII. 결론

본 연구의 주요 내용을 정리하면 다음과 같다.

1. 각 조직재편제도를 요건과 효과, 이해관계자 보호의 측면에서 상호 비교하여 각 제도간의 규제차익을 발견하였다.
2. 위 규제차익 현황을 바탕으로 하여 각 조직재편제도간의 규제차익을 조정하기 위한 개선안을 연구하여 제시하였다.
3. 특히 공통적인 문제로서 자기주식의 취급에 관한 현행 상법의 규정들을 합리적으로 규율할 수 있는 방안을 모색하였다.
4. 비교법적으로 외국의 입법례를 조사하여 이를 소개하였다. 주요국의 입법례를 비교하여 살펴보면, 대륙법계 국가의 경우 과거 엄격하였던 채권자 보호절차가 크게 완화되고 있는 추세에 주목할 필요가 있다.
5. 판례에서 나타난 사항을 중심으로 각 조직재편제도의 실무에서 발생하고 있는 문제점을 분석하였다. 그 분석 결과를 바탕으로 각 제도별 개선점을 제시하였다.
6. 이상에서 살펴 본 내용을 종합하여 기업조직재편제도에 관한 개정안을 제시하였다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

강현구, “상장회사의 분할의 대상에 관한 연구”,「증권법연구」제11권 제3호, 2010.

권기범, “합리적 기업구조조정수단으로서의 회사합병법제 및 회사분할법제의 개선방안”,「상장협」제43호, 2001.

_____,「기업구조조정법」, 제4판, 삼영사, 2011.

권재열, 개정상법상 기업조직재편제도의 개선내용 및 그 전망,「외법논집」제35권 제4호, 2011.

김동석, “기업의 합병 및 매수”,「경영법률」제4권, 1991.

김재문, “현행 상법상의 분할에 관한 규정 중 몇 가지 입법론”,「기업법연구」제21권 제3호, 2007.

김재범, “M&A와 주식매수청구권에 관련된 문제점”,「상사법연구」제32권 제2호, 2013.

김재형, “M&A 대가의 유연화: 미국법상의 삼각합병과 주식교환을 중심으로,” 「무등춘추」제8호, 2004.

김진방, “경제 민주화와 재벌 개혁”,「사람과 정책」봄호, 2012.

김진수/이준규,「기업인수ㆍ합병(M&A) 과세제도에 관한 연구」, 한국조세연구원, 2006.

김화진, “독일의 기업금융과 자본시장의 최근 변화,”「서울대학교 법학」제43권 제2호, 2002.

노일석, “미국법상 삼각합병과 주식교환,”「성신법학」제3호, 2004.

노혁준, “부실계열사 합병과 합병비율”,「상사법연구」 제27권 제4호, 한국상사법학회, 2009.

_____, “프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구”, 「법제연구」제39호, 2010.

_____ 편,「회사분할의 제 문제」, 소화, 2013.

박태현, “분할의 유형에 따른 법적 쟁점”,「BFL」제38호, 2009.

법제처,「알기 쉬운 법령정비기준」, 제3판, 법제처, 2009.

손주찬, “주식회사분할에 관한 정부안의 검토”,「기업구조의 재편과 상사법: 박길준교수 화갑기념 논문집(I)」, 정문사, 1998.

송옥렬, “기업구조조정 부분 개정안”, 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고(未定稿).

_____, “기업구조조정 법제의 일관성에 대한 검토”, 2012년 법무부 상법특별위원회 발제원고.

송옥렬, “기업분할형 구조조정과 채권자보호의 정합성”, 「기업법연구」제26권 제2호, 2012.

송종준, “상법상 M&A법제의 변화와 과제-2006년 회사법 개정안을 중심으로-,”「기업법연구」제21권 제1호, 2007.

_____, “삼각합병의 구조와 관련 법적 문제”,「기업법연구」제27권 제3호, 2013.

안경봉/박훈, “삼각합병제도와 과세,”「법학논총」제22권 제2호, 2010.

오문석/김길성, “기업분할 과세의 개선을 위한 분석적 고찰,”「회계정보연구」제2권 제1호, 2002.

윤영신, “삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제”,「상사법연구」제32권 제2호, 2013.

이철송,「회사법강의」, 제21판, 박영사, 2013.

임재연,「회사법II」, 개정판, 박영사.

최기원,「신회사법론」, 제14대정판, 박영사, 2012.

최준선,「회사법」, 제7판, 삼영사, 2012.

한국상장회사협의회, “상장법인의 합병·분할 현황과 시사점”,「상장협 ISSUE PAPER」Vol. 11, 2013.

홍복기, “상법에 있어서 회사의 분할에 관한 규정의 도입검토”,「상사법연구」제17권 제1호, 1998.

황남석,「회사분할 과세론」, 한국학술정보, 2011.

_____, “미국 회사법상의 회사분할제도에 관한 연구”,「증권법연구」제12권 제3호, 2011.

_____, “상법상 배당가능이익에 의한 자기주식취득의 쟁점”,「상사법연구」 제31권 제3호, 2012.

2. 일본문헌

江頭憲治郎,「株式会社法」 第 4 版, 有斐閣, 2011, 874면.

監査法人トーマツ, “実際にどうする三角合併,”「MARR」131号, 2005.

神田秀樹,「会社法」, 제15판, 弘文堂, 2013.

3. 구미문헌

Block, Dennis J. et al., “Defensive Measures in Anticipation of and in Response to Unsolicited Takeover Proposals”, 51 *University of Miami Law Review* 623 (1997).

Kallmeyer, Harald, Umwandlungsgesetz, 5.Aufl., 2013.

Lutter, Marcus, Umwandlungsgesetz, 4.Aufl., 2009.

Maulbetsch, Hans-Christoph/Klumpp, Axel/Rose, Klaus-Dieter, Umwandlungsgesetz, 2009.

Merle, Philippe, *Sociétés commerciales*, 16e éd., 2013.

Page, Antony/Katz, Robert A., “Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?”, 34 *Seattle University Law Review* 1351 (2011).

Pinto, Arthur R./Branson, Douglas M., *Understanding Corporate Law*, 3d ed., 2009.

Sagasser, Bernd/Bula, Thomas/Brünger, Thomas R., Umwandlungen, 4.Aufl., 2011.

Windbichler, Christine, Gesellschaftsrecht, 23.Aufl., 2013.