

會社의 合併에 대한 小考

全 秉 翼

The Study of a Few Problems on Company Merger.

Jun Byung-ik

目	次
一. 序 論	四. 會社合併에 대한 몇 가지 問題點.
二. 會社合併의 必要性	五. 結 論
三. 會社合併의 本質	

Abstract

The company merger system which is the most perfect form of enterprise concentration has been used for accomplishing various economic purposes such as avoidance of competition, economy in expenditures, rationalization of management, monopoly of market, and protection of domestic enterprise from foreign investment enterprises, etc.

But There are various legal problems in company merger. In this papaper, the author attempts to supplement a few legal problems.

First, the author introduces the theory on the essence of company merger and criticizes it.

Secondly, the author examines the claim right of purchase for stocks, which aims at taking care of stock-holders who are against the company merger.

Thirdly, the author tries to solve various problems on all working conditions according to the theory of investment of spot goods.

Finally, the author analyzes these problems in accordance with a compartive study of law.

一. 序 論

自然人的 경우, 法人格의 取得과 喪失은 出生과 死亡이라는 自然的 現象에 의하여 이루어진다. 그러나 法人은 法에 의한 組織體이기 때문에 그 設立으로 부터 消滅에 이르기까지의 모든 過程은 法에 의하여 形成되어진다. 法人은 처음부터 法에 의한 被造物이요, 그 運命이 法에 맡겨져 있기때문에¹⁾ 複數의 自然人을 法이 하나의 自然人으로 만들수 없는 것과는 달리 複數의 法人을 合해서

1) 金教昌 : 「會社合併의 意義와 性格」, 法政 77년 7月號, 100面.

하나의 法人으로 만들수 있다. 이것이 企業의 集中 및 會社合併이라는 現象이다.

會社企業 그 自体가 企業集中의 한 形態로 볼수 있으나, 이에 그치지 않고 會社企業을 單位로 合同되는 한층 더 큰 企業集中의 형태가 출현하고 있다. 즉, 競爭의 回避, 經營費의 節約, 市場獨占力의 強化, 事業의 擴張, 弱體化한 會社의 救濟, 막강한 資本力을 배경으로 하여 國內市場에 거점을 마련하였거나, 마련하게 될 外國投資企業에 대한 對抗力의 強化등의 經濟的 目的을 위하여 안출된 것이 바로 企業의 集中 및 會社合併등이다. 따라서 會社合併은 産業의 合理的 再編成過程에 있어서 필연적으로 要求되고 있다.

그러나 會社合併에는 學者에 따라, 「그 全体가 베일(Veil)에 쌓여있어 그 法律問題는 明確치 않다」든가 「會社合併에는 어려운 問題가 많다」고 表現하는 바와 같이 理論的으로나 立法的으로 그 未備點의 補完이 절실히 要求된다. 따라서.

本稿에서는 會社合併에 대한 理論的 構成을 재검토하고, 나아가 그 立法的 未備點을 補完하는데 그 目的을 두고, 會社合併의 本質을 究明하고 이에 수반하는 會社合併上의 몇가지 문제점을 論究하려는데 있다.

會社合併上의 法律構成이 그 全体가 Veil에 쌓여있으므로 복잡한 문제가 많다. 따라서 本稿에서는 會社의 종류에 따른 合併을 論究할수 없고, 株式會社에 있어서의 吸收合併을 주로하고, 부수적으로 株式會社의 新設合併을 論究의 對象으로 삼았다. 또 吸收合併에 있어서도 稅法 및 會計學上의 어려운 문제가 많이 있겠으나, 會社의 合併으로 인한 經濟的 弱者의 保護을 위한 몇가지 문제점만 論究의 범위로 삼았다.

會社合併의 研究에 즈음하여 會社合併의 本質에 대한 理論的 再檢討와 立法的 結합을 찾기위하여 現行商法上의 條文研究에 중점을 두었다. 그리고 外國立法例는 주로 日本의 法을 위주로 하였겠지만, 부수적으로 독일, 美國의 制定法 또는 判例를 中心으로 비교검토하는 방법도 아울러 취하였다.

따라서 本論稿의 一般的 概要로는 첫째, 序說에서는 企業集中(會社合併)의 意義와 目的에 대하여 언급하고 둘째, 第二章에서는 會社合併이 現實의이고 必然的인 要請임을 政策的인 改善의 面에서 促求하려고 한다. 셋째, 第三章에서는 會社合併의 本質을 규명함에 있어서 人格合一說(會社合一說)과 現物出資說을 비판하여 會社合併의 本質에 대한 實體를 파악하려는데 있다. 넷째, 第四章에서는 몇가지 문제점을 提示하고 이에 대한 立法的 未備點에 對한 補完에 그 目的을 둔다.

二. 企業合併의 必要性

最近의 世界經濟는 先進資本主義 經濟圈을 中心으로 하는 貿易, 資本去來의 自由化와 이에 대응한 各國 産業經濟의 國際化란 큰 흐름속에서 급속히 재편되는 과정에 있으며, 이러한 潮流는 70年代에 있어서, 우리나라와 같은 개발도상국의 經濟發展 및 産業政策에 중요한 배경이 되고 있음이 自明하다.

資本自由化段階에서는 막강한 資本力을 배경으로 하여 國內市場에 직접 거점을 마련하였거나 마련하게 될 外國投資企業에 대한 對抗力(Countervailing Power)強化 및 産業의 合現的 再編成을 통하여 外國投資企業이 國內經濟에 미치는 충격을 제거 축소하는 方向으로 産業政策의 目標設定이 필요하다. 그리고 이 단계의 産業政策은 産業部分 相互間의 量的 構成에 의한 企業의 擴大보다는 各 産業部分의 單位企業의 質的構造改善에 초점을 두어야 할 것이다.

一般的으로 企業合併은 自由資本主義 經濟體制下에서는 産業界의 自發的인 要請에 의하여 자유로히 성숙되어야 하겠지만, 50年代에 들어와서 世界的으로 資本의 自由化가 형성됨에 따라, 오늘날 國內企業이 外國資本에 대한 對抗力을 유지하기 위하여는 政府主導下의 意識的인 産業再編成 즉, 企業

合併政策을 적극 추진해야 할것으로 믿는다.

1890年 美國의 大合併運動(Great merger movement)으로 부터 1940년대까지의 合併動向은 주로 生産流通部分의 資本의 支配를 위한 企業結合形態로 나타났다. 즉, 競爭의 回避, 經營費의 節約, 市場獨占力의 強化, 事業의 擴張, 弱体化된 會社의 救濟등이 그 經濟的 目的이었다.¹⁾ 이는 自由競爭에서 오는 損害의 防止라는 消極的 意義와 市場獨占을 目的으로 하는 積極的 意義를 가졌던 것이다. 그러나 1950年代 부대의 企業合併은 주로 先進國資本의 海外進出에 따라 資本流入國에서 自國企業의 國際競爭力 強化 및 그 改善을 위한 政策의 일환으로 발전되었다. 즉, 프랑스 정부당국은 外國資本에 대한 國內企業의 경쟁력강화방안으로 企業合併政策을 추진하였다. 企業合併促進機關으로 産業開發委員會를 設置하고, 이로 하여금 産業의 再編成政策의 추진, 産業構造의 高度化 및 그 장해요인 除去에 관한 시책을 주관토록 하였다. 따라서 50년 후반기로부터 64년 상반기까지의 14년동안의 企業合併의 總數는 1,226件으로서 年平均 90件에 달하였다.²⁾ 또 西獨의 경우를 보면, 企業合併은 주로 大企業에서 이루어졌었는데 정부당국의 政策은 연방정부와 주정부의 상호협조하에 企業間의 協力促進 방안을 마련하고 있다. 따라서 60년으로부터 68년까지의 西獨 産業界의 合併을 보면 주로 大規模企業에 많이 이루어졌는데 무려 그 數가 374件에 달하였다.³⁾ 또 日本의 경우를 본다면, 産業再編成政策의 일환으로, 會社의 合併에 있어서는 法人稅의 特別公제 制度를 實施하였다. 따라서 1949년 獨占禁止法이 개정된 이후, 65년까지의 公正去來委員會에서 수리한 企業合併의 件數는 8,665件이며, 61년부터 65년까지에는 4,061件에 달하여 그 증가추세는 점점격증하고 있다.⁴⁾

以上과 같이 世界先進國들의 産業再編成政策의 일환으로 企業合併에 대한 政策은 國內企業發展에 커다란 역할을 하고 있음을 입증하고 있다.

따라서 80년대의 후반 200억불의 수출 目標로 하고있는 우리나라로서는 ① 막강한 資本力을 배경으로 하여 國內市場에 직접거점을 마련하였거나, 또는 마련하게 될 外國投資企業에 대한 對抗力을 강화하고 ② 産業의 合理的 再編成을 통하여, 外國投資企業이 國內經濟에 미치는 충격을 제거 축소하고 ③ 家族企業 및 영세기업의 탈을 벗지 못하여 企業의 社會的 責任을 몰각하는 韓國企業의 취약성을 補完하여 先進國과 국제경쟁에 도전할 수 있는 바탕을 마련해야 할 것이다. 따라서 대규모의 企業이나, 中小企業의 合併은 그 나름대로 政府의 經濟政策面에서나 法律的 政策面에서 그 促進이 시급히 요청된다. 그러나 韓國의 企業者는 企業의 合併(會社의 合併)을 기피 내지 무관심의 태도로 일관하고 있다.⁵⁾

그 理由를 불것 같으면, 우리나라의 中小企業者는 ①企業을 自己의 財產權과 동일시하고 會社合併을 단순한 財產權의 소멸 내지 변경으로 생각하여 會社合併을 단순히 기피하는 경향이 있고 ②業界에는 合併의 必要性을 심각히 느낄만큼 開放體制가 形成되어 있지않고 ③ 合併에 대한 意識形成은 協業化의 정도에서 그치고 있는데, 中小企業의 協業化는 아직 초기단계를 벗어나지 못하고 있으며 ④ 合併을 積極的인 經營合理化의 수단으로 인식하기 보다는 단순히 法律關係의 權利義務에 영향을 주는 法律行爲로서 인식하는 측면이 강하며 ⑤ 合併過程, 合併후의 여러가지 문제점, 특히 경영주도권에 관련된 복잡한 문제를 타결하는 것에 큰 부담을 느끼기 때문인 것으로 생각된다.⁶⁾

1) 徐廷甲：商法(上)，日新社(서울)，1966. 402面.

田中誠二：會社法研究，千倉書房(東京)，1965，407面.

2) 中小企業銀行：「産業政策으로서의 企業合併문제」(調査月報 通권89號(1970년5月號)，中小企業銀行調查部(서울)，1970. 11面.

3) 中小企業銀行：前掲書，11面.

4) 東京商工會議所：中小企業にわける合同，合併の 實態，日本商工會議所調査部(東京)，1966. 32面.

5) 中小企業銀行：前掲書，14面.

6) 中小企業의 合併이 大企業의 合併보다 유리한점은 ①中小企業의 協業化의 필요성은 大企業보다 強하고 ②大企業보다 勞動組合의 압력이 적으며, ③대기업의 合併경우처럼 독점규제의 대상이 될 가능성이 적다는 것이다. (中小企業銀行，前掲書，13面~14面)

以上과 같은 諸利點을 감안하여 우리 政府는 政策面에서 合併을 尊重하거나 稅制面上의 特혜조치를 취하여 産業再編成政策을 시도한다고 할 수 있으나.⁷⁾ 한걸음 더 나아가 企業合併政策에 대하여 보다 적극적인 태도를 가지고, 장기적 안목에서 진지하게 검토할 수 있는 다각적인 정책연구에 역점을 두어야 할 것으로 믿는다.

三, 會社合併의 本質

우리 商法에 있어서 會社合併¹⁾은 一般的으로 合併契約(商522條, 523條, 525條, 603條), 合併決議(商230條, 269條, 522條, 598條), 會社債權者의 保護(商231條, 232條, 269條, 503條, 603條) 創立總會 招集(商526條, 527條, 603條), 合併登記(商233條, 269條, 528條, 602條, 234條, 530條, 603條)에 依하여 그節次가 完了되고 이로서 會社合併의 效力이 생긴다.²⁾

獨逸의 商法은 第339條에 合併의 本質이라 題하여 「株式會社는 清算을 하지 않고 合一될 수 있다」라고 하였다. 그 一項에 讓渡會社의 財産의 全体가 讓受會社에 讓渡하고 그 대신 이 會社의 株式를 부여 받는다. (吸收合併)이라고 하여 合併의 本質을 財産의 合一이라고 明文規定을 두고 있다.³⁾

또, 美國會社法은 「會社合併」을 2個以上の 會社가 全財産을 그 會社의 株式과 交換하여 다른 存續 또는 新設會社에 讓渡하는 것이라고 말한다. 즉 被合併會社의 財産 또는 營業을 合併會社가 被合併會社의 株主에 대하여 발행하는 株券과 交換한 것으로 하였다. 이는 財産의 移動을 간단히 하고, 讓渡會社의 解散, 清算 및 株主에 대한 株券의 分配에 따른 수고와 費用 및 時間을 절약하는데 그 目的이 있다.⁴⁾

그러나 韓國이나 日本商法の 株式會社編에는 合併에 관한 概念定義를 직접적으로 한 規定은 없다. 따라서 會社合併의 本質에 대한 論議가 紛紛하다. 즉, 어떤 學者는 「會社의 合併에는 어려운 문제가 많다」고 전제하고 「이것은 주로 合併의 本質이 충분히 규명되어 있지 않는데 기인하는 것」이라 말한다.⁵⁾ 또 어떤 學者는 「商法中 株式會社法은 가장 研究가 많은 領域이지만 그래도 조금만 파고 들면 모르는 것이 비상히 많다. 그중에서도 會社合併은 그 全体가 베일에 (Veil) 쌓여있어 그 法律問題가 명확치 않다」고 하고 있다.⁶⁾ 또 어떤 학자는 「合併은 營業財産의 移轉과 株主의 수용이 結合된 法律行爲이며 그것은 合併契約, 合併決議, 債權者 保護節次, 合併登記등의 多數의 行爲로 形成되는 節次이다. 따라서 合併의 本質에 관하여 理論的, 統一의인 立論을 하는 것은 不可能하다고 한다」⁷⁾고 하여 合併의 本質의 규명이 어울려을 나타내고 있다.

우리 商法 第174條 및 日本商法 第56條는 會社合併에 관하여 매우 추상적으로 규정하고, 한편 各會社別로 合併의 對內·對外的인 節次에 관한 규정을 하고 있을 뿐, 合併의 概念이나 本質自体에 관하여는 아무런 規定이 없다. 따라서 學說上 合併의 本質을 규명함에 있어서 人格合一說과 現物出資說로 對立 되고 있다.

우리의 通說인 會社合一說(人格合一說, 人格承繼說, 特別契約說)에 의하면 「會社의 合併이란 2個以上の 會社가 合해서 하나로 되는 物權的 效力을 가지는 一種의 特別한 契約」이라 하여⁸⁾ 오로지 社

7) 地方稅法 第128條 第3項의 新說, 同法施行令 第五條3項 4項

1) 會社合併은 企業의 集中形態中 最終段階로 파악하고 있다. 즉 企業연합→企業合同→會社合併으로 발전한다(徐廷甲: 前掲書 402面.)

2) 徐燉珏: 商法講義(上) 法文社(서울), 1970. 500~501面.

3) 獨逸株式法(1965년 6月 改正), 第339條.

4) 李康龍: 「會社合併에 관한 考察」(忠南大學論文集 第13卷 第一號), 忠南大學校(大田), 1974.

5) 竹田省: 「會社合併契約의 承認」(民商法雜誌 第10卷 4號), (東京), 190面.

6) 鈴木英二: 「合併契約の一考察」(小町谷先生古稀記念商法學論文集), 岩波書店(東京), 1965.

7) 仙崎昭三: 「合併本質論」(商事法研究 81號) 商事法研究會(東京), 1965.

團의 움직임(移動)의 면에서 파악하는 것이다. 즉 合併의 概念과 合併契約의 概念을 區別하지 않고 合併 그 自体를 契約으로 보는 것이다.⁸⁾ 그러나 合併이란 말은 合併契約 그 自体와는 엄연히 區別해야 할 觀念이며 合併契約은 合併이라는 節次中에서 가장 중요한 위치를 점하고 있을 뿐이다. 그러나 會社合一說(特別契約說)은 다음과 같은 비판을 받고있다. 즉

① 「매우 로맨틱(Romantie)한 혹은 Hanchenburg의 말을 빌리면 半神秘的인 感情的 說明(half-mistische Gefühle)을 하고 있는 것으로 一場의 比喩이거나 혹은 事實의 結果를 그대로 기술하는데 지나지 않고 法律上 설명으로는 전혀 무가치한 것에 가깝다」고 한다.¹⁰⁾

② 「이 說明은 마치 契約의 締結이란 무엇이냐고 물음에 대하여 當事者가 契約을 成立시키는 것이라고 답하는 것과 같이 法律上 아무런 說明이 되지 못한다. 또 이러한 說明으로서 合併에 대하여 생기는 具體的인 法律問題를 해결할 수 있는 아무런 기준도 발견하지 못한다」¹¹⁾고 한다.

③ 「이 說은 經濟的 說明은 되겠지만 法律的으로는 아무것도 說明한 것이 없다. 人格의 合一이란 常識的인 관찰을 그대로 法律的으로 번역한 것에 지나지 않으며 會社合併에 관한 法律問題의 解決을 위하여 確실한 거점을 마련하지 못한다」고 하였다.¹²⁾

이와같은 비판을 받고있는 會社合一說에 대립하는 現物出資說에 의하면, 會社合併의 本質은 現物出資에 있다고 한다. 즉 解散하는 會社의 營業全部를 現物出資로 하는 新會社의 設立(新說合併) 또는 資本增加로 파악하는 것이다(吸收合併). 다시 말하면, 會社가 合併을 하면 解散會社의 財産이 全体로서 存續會社 또는 新設會社의 持分 또는 株式과 交換되어 이에 收容되는데, 이것을 法律的으로 보면 解散會社의 營業全部를 現物出資로 하는 存續會社의 資本增加 또는 新會社의 設立으로 볼수 있다는 것이다.¹³⁾ 「그리고 會社合併에 관해서 생기는 各種의 問題도 現物出資說에 依한 해석으로서만 正當하게 그리고 確實하게 해결할 수 있는 길을 발견 할 수 있다」고 한다.¹⁴⁾ 그러나 現物出資說은 다음과 같은 비판을 받고 있다. 즉

① 現物出資說은 株式會社合併의 社團法的 契機를 全的으로 滄象한 것으로서 會社를 社團法人으로 規定하고 있는 商法의 해석상 無理가 있다. 合併은 단순히 現物出資에 의한 資本增加라고만 할 것이 아니라 그 보다는 더 包括的인 것으로, 이때에 株主의 合一이라는 社團法的 契機가 維持되어야 한다. 또 會社合併의 本質은 法律上으로도 解散會社의 全財産의 「包括承繼」에 있는 것인데 現物出資說의 合併概念인 「現物出資」「資本增加」 및 「設立」의 어느概念도 包括承繼라는 觀念을 포섭하고 있지 않다. 또 會社合併에 있어서 資本의 增加는 필연적인 것이 아니다. 따라서 資本增加가 없는 合併도 會社合併이다 라고 한다.¹⁵⁾

② 現物出資의 目的物은 積極的 財産이 어야 하며, 營業등과 같이 消極的 財産을 포함하는 것을 現物出資의 目的物로 하는 경우에는 그 全体로서의 價値가 積極的이어야 한다. 따라서 現物出資說에 의

8) 朴元善: 새 商法(上), 修學社(서울), 1973. 499面.

李炳泰: 商法(上) 平定社(서울), 1975. 555面.

9) 요즈음에 와서는 人格合一說을 취하면서도, 合併과 合併契約을 區別하여 合併을 「團體行爲」나 「經過」나 하는 表現을 하게 되었다. (李炳泰: 前掲書, 554面).

10) 竹田省: 「現金의 交付를 隨伴する 會社合併」民商法雜誌5卷5號), 1面以下.

11) 竹田省: 「再び會社の合併について」民商法雜誌 第16卷第6號), 121面.

12) 大隅建一郎: 「會社合併の本質」(竹田古稀記念論文集), 296面.

13) 徐廷甲: 前掲書, 402面.

大森忠夫: 注釋會社法(I), 有斐閣(東京), 1969, 190面.

14) 竹田省: 前掲書 122面.

15) 洪璉基: 「株式會社合併의 本質」(維民洪璉基先生回甲記念論文集·法學的 諸問題), 편집위원회(서울) 1977. 391~398面.

이의 批判은 洪璉基氏가 京城帝大 助教授로 있을때 자기스승인 竹田省의 現物出資說을 비판한 것이다. 이 論文이 있기까지는 現物出資에 대한 정면비판을 한 글이 없었다. 이 論文은 그 以後 現物出資說을 비판하는 古典으로 아직도 日本에서 많이 인용된다고 한다.

하면, 債務超過의 會社를 解散會社로 하는 合併을 인정할수가 없게 된다. 그런데 合併이라는 制度의 效用의 하나는 財産狀態가 惡化된 會社가 다른會社와 合併함으로써 그 企業의 解体를 막을수 있는데 있으므로 債務超過의 會社를 合併의 主体로 인정할수 없는 것은 타당하지 않다고 한다.¹⁶⁾

③ 現物出資說은 合併에 의하여 解散會社의 從業員이 당연히 存續會社 또는 新設會社에 引繼되는 것을 說明하지 못한다고 한다.¹⁷⁾

④ 現物出資說은 資本增加를 수반하지 않는 合併 (이른바 無增資合併)이 인정되는 것을 說明하지 못하다고 한다.¹⁸⁾

⑤ 現物出資라든 個個의 財産에 關하여 個別的인 移轉行爲를 필요로 하는데 會社合併은 본래 權利義務의 承繼가 「包括承繼」라는 것과 兩立되지 않는다고 하여 비판을 받고 있다.¹⁹⁾

이 以外에도 社員現物出資說²⁰⁾과 財産合一說이²¹⁾ 있으나 現物出資說과 거의 理論을 같이 한다.

그런데 本稿의 私見으로는 兩學說中, 現物出資說이 타당하다고 생각된다. 그 理由는 ①現物出資說에 依하면 債務超過의 會社는 合併의 主体로 인정할수 없다는 비판은 너무 形式的 비판에 不過하다. 그런데 合併對象中의 會社의 債務超過란 단순히 貸借對照表에 의한 것만으로 論할 것이 아니라, 會社合併에 즈음하여 固定資産이나 株式을 적정히 평가하고 또 營業權이나 無償取得한 無體財産權등도 評價計上하여 그 結果가 債務超過가 아니면 合併主体가 될수 있을 것이다. 그러나 實際로 이와같은 評價計上에도 債務超過가 된다면 이 會社가 合併의 對象으로 인정할 수 없는 것이 명백하다. ② 無增資의 合併은 現實적으로 存續會社의 資本增加는 아니다. 그러나, 存續會社가 갖는 解散會社의 株式에 대한 新株式의 配定을 수반하는 合併과 위 新株式의 消却에 의한 資本減少를 동시에 행하는 절차라고 보아야 함으로 이 비판은 타당성이 없다. ③ 會社合併에 의하여 解散會社의 從業員이 당연히 存續會社에 引繼되는 것을 說明하지 못한다고 비판을 하나, 解散會社와 從業員과의 사이에 갖는 勞動契約上의 地位도 이른바 現物出資의 目的物인 營業中에 포함된다고 할수 있다. ④ 合併의 反對 立場에서 會社分割을 생각할때, 人格의 分割이라는 것을 생각할수 없고 財産의 分割이라야 論理的으로 합당할 것이다. 따라서 會社合併의 本質은 「解散會社의 全株式을 存續會社 또는 新設會社에 現物出資하는데 있다」 하여야 할것이다.

四. 會社合併上의 몇가지 問題

法人이란 法에 依한 產物이나 自然人은 自然의 現象(生,死)에 依하여 人格을 얻고 상실함에 대하여(民法3條), 法人은 法에 의하여 設立되고 消滅되며 또 人格을 얻고 상실한다(民法31條). 그러므로 複數의 自然人을 法이 하나로 만들수 없지만 複數의 法人을 合하여 하나의 法人으로 만들수는 있다.

會社合併에 대하여 어떤 學者는 「商法中 株式會社法은 가장 研究가 前進된 領域이지만 그래도 조금만 파고들면 모르는 것이 비상이 많다. 그 중에도 會社合併은 그 全体가 베일(Veil)에 쌓여 있어 그 法律問題는 特히 明確치 않다」¹⁾ 또 「會社의 合併에는 어려운 問題가 많다」²⁾고 한바와 같이 實

16) 野津務: 「商法20講」, 有信堂(東京), 1962. 47面.

17) 西原寬一: 會社法(商法講義Ⅱ), 岩波書店(東京), 1963. 38面.

18) 高田源清: 「會社の合併」(商法 演習Ⅰ), 有斐閣(東京), 1964. 196~198面.

19) 服部榮三: 「會社合併의 基本的性質」(民商法 雜誌 創刊 25周年 記念論文集, 上卷), 290面.

20) 金教昌: 「會社の 合併에 關한 綜合的 研究」 司法行政, 1976년 12月號), 39~40面.

21) 鄭熙詰: 「株式會社合併의 本質論의 再檢討」(法學的 諸問題), 維民回甲記念論文편집위원회(서울), 1977. 115~119面.

1) 鈴木: 前掲書, 173面.

2) 竹田: 前掲書, 190面.

際로 法の 解釋上이나, 立法上 未備點이 數多하게 많다. 즉 法典편찬상에서 오는 문제, 稅法上의 問題 등과 같이 會社合併으로 인한 對外的인 것과, 特別利害關係人에 대한 문제, 不公正한 合併에 대한 문제 등과 같이 會社合併으로 인한 對內的인 것이 있는 바, 本稿에서는 合併으로 인한 對內的인 문제의 몇가지를 論究의 對象으로 삼았다.

1. 會社合併上의 反對株主 保護.

會社合併을 反對하는 株主를 위하여 우리의 商法은 合併에 대한 無效의 訴만을 認定하고 있는데 반하여 美國에서는 合併에 대한 無效의 訴는 물론이고 株式買收請求權, 合併留止請求權, 個別株主에 의한 損害賠償請求權 등이 인정되고 있다.³⁾ 또 獨逸株式法에 의하면 理事와 監事는 연대하여 合併으로 인하여 讓渡會社의 株主 및 債權者에 생긴 損害를 賠償할 義務가 있다.⁴⁾ 또 日本商法에서도 株式買受請求權을 會社의 合併이나 營業讓渡의 경우에 다같이 인정하고 있다(日本商法 第48條의 3, 第245條)

우리 商法의 理論的 배후에는, 反對株主(合併에 대한)에게 株式買受請求權을 法定하지 않더라도 株式讓渡의 自由가 保障되고 있는 以上, 하더라도 合併에 反對하는 株主들은 脫退의 길을 모색할 수 있고, 한편 合併에 反對하는 株主들 때문에, 合併에 찬성하는 多數株主들의 合併에 지연적행위나 방해가 되지 않도록 함에 있다. 그러나 實際로는, 우리 商法이 反對株主들에게 株式買受請求權을 인정하지 않으므로서 會社合併을 強制하는 結果가 되고, 이로 인하여 合併反對株主들은 多數次의 原則아래 重大한 財産上의 損失을 받을 뿐만 아니라, 投下資本回收의 길에 큰 장애를 받고 있다. 즉 우리 商法이 反對株主들에게 부여한 合併無效의 訴는 權利救濟의 手段으로 實現可能性이 없다⁵⁾. 또 아무리 株式讓渡의 自由를 인정하여, 脫退 自由의 길을 열어준다 하더라도, 會社合併이 倒産에 직면한 會社更生의 方法으로 利用될때에는⁶⁾ 株價는 不當하게 폭락하여 投下資本回收의 길은 實效를 거둘 수 없고, 또 會社의 物的 基礎의 變動을 가져오므로서 株主의 地位에 變化가 생기고 會社債權者의 信用度에 큰 영향을 미친다.

美國에서는 合併의 方法으로 다음과 같은 것이 利用되는데, 즉 첫째로 自己가 發行하는 議決權 있는 株式을 對價로 하는 營業의 現物出資가 있고 둘째는 制定法上의 合併이며 세째는 自己가 發行하는 議決權 있는 株式과 相換으로 相對方會社가 發行하는 株式을 取得하는 方法 즉 支配株의 取得方法이다. 그런데 美國에서는 이 支配株取得方法이 가장 많이 利用되고 있는데 이것은 稅法上의 免稅의 特典이 있기 때문이다.⁷⁾ 그런데 制定法上의 合併은 投下資本의 回收와 관련하여 발달한 것이다. 즉, 營業을 讓渡하는 경우에 讓受會社는 언제나 讓渡會社의 財産을 金錢으로 買受할 만한 流動資產의 여유가 항상 있는 것이 아니다. 오히려 讓受會社의 議決權 있는 株式을 對價로 하여 現物出資의 形式으로 讓渡會社를 買受하거나, 讓渡會社의 株主에의 殘餘財産 分配請求權의 對價로서 讓受會社의 株式을 分配하는 것이 可能한다면 이것이 流動資產을 잠식하지 않고 便利할 것이다. 다만 이 경우 讓受會社의 株式割當을 拒絶하고, 어디까지나 殘餘財産으로서 金錢分配를 要求하는 株主에 대하여서는 對價로 받은 株式의 一部를 賣却하여 金錢으로 바꾸어 金錢分配를 해주어야 하다는 것이 判例의 태도였다. 이러한 判例의 態度를 發展시켜 制定法上의 合併制度가 발생하였다. 또 讓渡會社의 소멸은 投資한 株主의 期待에 反하고, 投下資本回收에 대한 既得權思想에서 合併反對株主에게 자

3) 李康龍: 前掲書, 70面

4) 1937년 改正獨逸株式法 第三編第一章 第243條

5) 合併의 無效의 訴는 ①우리나라의 訴訟 構造上 難點이 있고 ②無效의 原因을 反對株主로서는 발견하기 힘들다.

6) 會社整理法, 第52條, 第225條, 第226條.

7) 喜多川篤典: 株式會社の法理, 岩波書店(東京). 1964. 235~236面.

己株式을 公正한 價格으로 買受할 것을 要求하는 株式買受請求權 制度가 確立된 것이다.⁸⁾

이와같이 美國의 制定法上의 合併과 株式買受請求權制度의 確立 經위를 보아, 우리 商法에서도 合併反對株主들을 위한 株式買受請求權을 인정해야 할 것이다. 그런데 우리 商法에 株式買受請求權 制度의 設定은 理論적으로 不必要하다고 할 것이다.⁹⁾ 그러나 ①一般的인 株式讓渡方法에 따라 株式을 讓渡하면 된다고 할지 모르나, 앞에서 지적한 바와 같이, 合併의 現實的 理由의 하나로 倒産해가는 會社의 更生의 方法으로 利用될 때는 株價는 不當하게 폭락하여 投下資本回收의 길은 實效를 거두지 못하므로 事實上은 株式讓渡가 不可能할 것이다. 따라서 차라리 會社가 株式買受에 응하도록 한다면 利益을 얻는者와 不利한 者와의 公平을 期할수가 있을 것이다. ②株式買受를 응하면 株式分散을 阻害한다고 생각할지 모르나 會社가 取得한 自己 株式은 곧 처분해야함으로 株式分散에 阻害할 餘려가 없다. ③買受請求에 응하면 企業活動에 악영향을 미친다고 하여 反對한다면, 理論적으로 볼 때 會社合併을 하지말라는 結果가 되고 이러한 合併을 強행하다면 不公正한 合併(株主의 不利益한 대우)의 우려가 있는 것이다. ④買受請求에 응하는 경우 株式評價기준이 모호 하다고 하나 이것은 기술적문제로 해결될 것이고 法律的 問題는 아니다.

따라서 會社合併에 反對하는 株主를 위하여, 解散會社의 消滅은 投資한 株主의 期待에 反하고 投下資本回收에 대한 既得權 思想에서 合併反對株主의 株式買受請求權을 인정해야 할 것이다.

2. 會社合併과 自己株式

株式會社法上 自己株式의 取得이 禁止되는 것은 自己株式을 取得하면 여러가지 弊害가 발생한다. 즉, ①會社가 資本金으로 自己株式을 有償으로 取得하면 資本의 選拂이 되고, 엄격한 資本減少의 節次를 잠탈하는 結果가 된다. ② 自己株式 取得이 對價如何에 따라서는 또 賣却株主만을 우대하는 結果가 되어 株主平等의 原則에 反할 우려가 있다. ③ 上場 操縱의 弊害 ④ 理事에 依한 不當한 投機的 操作의 惡用, ⑤ 理事에 依한 資本參加를 수반하지 아니하는 總會의 議決支配등과¹⁰⁾ 같은 弊害가 지적되고 있다.

그러나, 合理的 理由에서 自己株式取得禁止의 例外가 되는 경우가 있다. 즉, ① 株式 消却의 경우 ② 會社의 合併 또는 다른 會社의 營業全部를 讓受하는 경우 ③ 會社의 權利를 實行함에 있어서 그 目的을 達成하기 위하여 필요한 경우 ④ 委託賣買業을 하는 會社가 委託의 實行으로서 自己株式을 取得할때 ⑤ 信託會社가 自己의 株式을 信託받는 경우 ⑥ 會社가 自己株式을 無償行爲로 因하여 讓受하는 경우등이다¹¹⁾

그런데 會社合併을 함에 있어서 當事會社의 一方 또는 雙方이 他方會社의 株式을 所有하고 있는 경우에 法律적으로 문제가 된다. 즉 吸收合併에 있어서 ① 解散會社가 存續會社의 株式을 所有하고 있을때 ② 存續會社가 解散會社의 株式을 所有하고 있을때 ③ 雙方이 서로 株式을 所有하고 있는 경우가 적지않다. 이 경우 첫째 解散會社가 存續會社의 株式을 가진 경우에 있어서는 解散會社의 全財産을 包括적으로 存續會社에 移轉되는 것이므로, 解散會社가 存續會社의 株式을 所有하고 있는

8) 喜多川：前掲書，241~242面

田中誠二：前掲書，73~74面

9) 株式買受請求權制度의 立法的 設定을 反對하는 理論的 根據를 提示해보면 대략다음과 같다. ①株式의 渡讓方法으로 反對株主의 保護가 可能 ②株式分散의 阻害, ③企業活動에 악영향, ④매수청구權 株式평가 기준의 모호 등이라 할수있다.

10) 河本一郎，現代會社法，商事法研究會(東京). 1964. 133面以下.

松田二郎，株式會社法の理論，岩波書店(東京). 1965. 228~231面.

11) 徐燉珪：前掲書，321面.

것은 解散會社の 財産의 一部가 됨으로 存續會社에 移轉함이 당연하다. 이 경우에는 商法 第341條 2項의 規定에 自己株式 取得禁止의 例外로서 明文規定이 있으니 여기에는 反論이 없을 것이다. 그러나 會社合併으로 인하여 取得한 自己株式은 곧 처분해야 한다(商342條).

둘째의 경우, 存續會社가 解散會社の 株式을 所有하고 있는 경우에는 그 株式이 解散會社の 消滅에 의하면 그 株式도 소멸한다. 따라서 첫째경우와 같이, 合併에 依한 自己株式의 承繼取得은 理論적으로 不可能하다. 뿐만아니라, 存續會社가 解散會社の 株主로서 他의 株主와 같이 合併으로 인하여 발행하는 自己의 新株를 활당받을수 있을까 문제이다. 이에 대하여 우리의 商法이나 日本商法에 明文規定이 없기 때문에 學說上 論議의 對象이 되고 있다. 新株활당을 否定하는 學說에 의하면, 一般的인 新株發行에 즈음하여 會社가 스스로 自己株式을 引受할수 없는 것과 같이, 合併에 있어서도 存續會社가 가진 解散會社の 株式에 대하여 合併으로 인한 新株의 활당을 받는 것은 理論적으로 不可能함은 當然하다고 한다.¹²⁾ 그러나 新株활당을 肯定하는 學說에 의하면 存續會社の 財産의 一部를 構成하는 解散會社の 株式이 별도의 財産인 自己株式으로 전환된다는 것만으로서 自己株式의 取得禁止라고 하는 것은 너무 形式的 理論이라고 한다¹³⁾ 생각컨대, 會社合併에 즈음하여, 存續會社와 解散會社가 合併契約을 체결함에 있어서 商法 第341條의 自己株式取得禁止規定 때문에, 自己財産의 損害를 감수하고 解散會社の 株式을 引受하는 合併契約은 實質적으로 체결하지 않을 것이다. 따라서 보다 實質적으로 해석하여 첫째의 경우와 같이 商法 第341條2項의 規定에 포함시키는 明文條項이 있어야 하겠다.

3. 合併과 勞動契約

우리 民法上 雇傭契約에 있어서 使用者는 勞務者의 同意없이 그 權利를 第三者에게 讓渡하지 못한 다(民657條)고 하였다. 그러나 商法上 會社合併의 效果로서 「消滅會社の 權利義務를 承繼한다」라고 되어 있다(商23條). 따라서 被合併會社는 清算節次없이 合併되므로 그의 모든 權利義務는 特約이 없는 限 生動하는 그대로의 全部 즉 財産과 社員 그리고 勞動者도 모두 移轉하는 것이다. 뿐만아니라 團體協約등과 같은 勞動契約도 그대로 存續會社에 移動하는 것이라고 하는 것이 傳統的 學說이다¹⁴⁾

이에 부응하여, 일찌기 독일에서 會社合併을 함에 있어서 그 權利義務의 內容이 確定的인 것일때는 그것이 移動하는 것은 별다른 문제를 야기시키지 않았다. 그러나 不確定內容의 繼續의 義務¹⁵⁾ (예를들면, Kartel 契約, 競爭禁止契約, 配當保障契約등)는 어떻게 하여야 할 것인가에 문제점이 많았다. 따라서 1917년의 독일의 大審院判決에서 不確定內容의 繼續의 義務는 會社合併으로 存續會社에 移動된다고 判示하였다.¹⁶⁾

그러나 實際로는 解散會社の 勞動契約과 存續會社の 勞動契約과는 현저한 相異점이 있을 수도 있고, 勞動條件其他의 點에서 不統一을 생기게 할 우려가 있다. 이러한 문제에 대하여는 現行法上으로는 해결이 곤란하다.

12) 大隅建一郎: 商法の諸問題, 有信堂(東京). 1971. 332面.

13) 大隅建一郎: 前掲書, 333面.

14) 沈泰植: 勞動法概論, 法文社(서울). 1967. 207面.

15) 伸縮性 있는 繼續의義務라고도 한다. 具體적으로 말하면 競爭禁止契約에 있어서 給付義務의 범위가 數量的으로 確定되지 않고 이것의 決定基準이 될 要因에 의하여 確定되는 경우가 있다. 따라서 競爭禁止契約은 變칙적이고 伸縮성이 있게 된다((大隅; 前掲書, 383面)

16) 大隅: 前掲書, 385~387面.

學者에 따라서는 實際上 타당성이 없다고 많은 비판을 받고 있다.

美國의 制定法은 一般的으로 會社合併에 있어서, 存續會社(또는 新設會社)가 吸收된 會社의 財産을 承繼한다고 규정하고 그 속에 契約도 포함된다고 하였다. 그러나 判例上으로는 雇傭契約(employment contract)과 같은 個人的 役務契約에는 별개의 法則이 적용된다고 한다. 즉 별개의 法則이란 새로운 主人은 從前의 契約에 구속되지 않는다는 것이다.¹⁷⁾

이러한 점으로 보아, 美國의 制定法과 判例의 태도는 論理的으로 合當한 것이라고는 할수는 없어도, 被用者의 利益 保護와 存續會社의 雇傭의 自由에 감안할 때 탄력적인 構成을 하고 있는 것이다. 따라서 우리商法도 美國의 制定法과 같이 解散會社의 權利義務가 當然히 包括的으로 이동할 것이 아니라 現實性에 맞추어 탄력적으로 해석해야 할 것이다.

五. 結 論

會社合併이란 企業集中의 最終段階이다. 즉 企業集中으로 인하여 小企業에서 大企業으로, 單獨企業에서 共同企業으로, 組合企業에서 會社企業으로, 다시 複數會社가 企業結合을 형성한다. 企業結合은 그 初步段階가 企業연합, 다음단계가 企業合同, 그 最後段階가 營業讓渡 또는 會社合併이니, 이는 經濟上으로는 물론 法律上으로도 그 獨立性을 잃어버린 형태이다.

企業集中의 형태는 一般的으로 競爭의 回避, 經營費의 節約, 事業의 擴張, 弱体化된 會社의 救濟 등의 經濟的 目的을 가지고 발전하였다. 그리고 資本의 自由化段階에서는 ①막강한 資本力을 배경으로 하여 國內市場에 직접 據點을 마련하였거나, 마련하게 될 外國投資企業에 대한 對抗力을 강화하고 ② 産業의 合理的再編成을 통하여 外國投資企業이 國內經濟에 미치는 충격을 제거, 축소하고 ③ 家族企業 및 영세기업의 탈을 벗지 못하고 企業의 社會的 責任을 몰각하는 會社企業의 취약성을 補完하여 先進國과 國際경쟁에 도전할수 있는 바탕을 마련하기 위하여는 會社合併은 커다란 意義를 갖는다 하겠다.

會社合併을 함에 있어서는 法律的으로 여러가지 문제가 많다. 따라서, 會社合併의 本質에 대하여는 우리商法上 明文規定이 없기때문에 그 本質을 파악함이 필수적이라고 생각된다. 따라서 우리의 通說인 會社合一說(人格合一說)을 비판하고 現物出資說의 立場에서 會社合併의 本質을 규명하였다 즉 會社合併의 本質은 解散會社의 全株式를 存續會社 또는 新設會社에 現物出資하는 것이다.

會社合併에 즈음하여 反對株主를 보호해야한다. 그 理由는, 讓渡會社의 소멸은 投資한 株主의 期待에 反하고 投下資本回收에 대한 既得權思想에 있다. 그러나 우리商法은 反對株主를 위하여는 合併無效의 訴만 인정하고 있으나 現實的으로 合併無效의 訴는 그 機能을 다하지 못하므로 美國法과 같이 反對株主를 위한 株式買受請求權을 認定해야 하겠다. 또, 株式會社法上 自己株式를 取得하면 一般的으로 여러가지 弊害가 발생함으로 自己株式取得을 禁止하고 있다. 그러나 合理的으로나 法律的으로 허용하는 범위내에서는 自己株式取得禁止에 대한 例外가 인정된다. 따라서 會社合併을 함에 있어서 解散會社가 存續會社의 株式를 所有하고 있을 때에는 商法 第341條2項의 規定에 해당하므로 反論의 여지가 없다. 그러나 存續會社가 解散會社의 株式를 所有하고 있을 때에는 法律上 自己株式取得禁止上의 原則에 따라서 理論的으로 自己株式를 喪失해야 한다. 그러나 現實的으로 생각하여 이 경우에도 商法 第34條2項에 포함시켜야 할 것이다.

또 合併의 效果로 소멸회사의 權利義務는 存續會社에 承繼된다고 한다. 따라서 會社合一說은 確

17) 喜多川; 前掲書, 248~249面.

Homes 裁判官의 말에 의하면, 「原告(新主人·存續會社)가 代身하여 全혀 個人的인 關係에 들어가는 일은 있을수 없다. 原告가 할수있는 것은 前에 存在하였던 것과 전혀 동일한 새로운관계를 被告(勞働者)와 設定하는 것이다. (喜多川: 前掲書, 249面)

定的인 勞動契約이나 不確定內容의 繼續的義務도 당연히 存續會社에 移動된다고 한다. 그러나 美國의 制定法과 같이 雇傭契約과 같은 個人的 役務契約은 별개의 법칙이 적용된다고 보아 合併契約上의 明文規定이 없는 限 存續會社는 새로운 契約關係의 設定을 해야한다고 한다. 따라서 우리 商法에 서도 一面 勞動基本權을 尊重하고, 他面 새主人 밑에서는 새 契約이 체결되어야 할 것이다.

이 以外에도 會社合併에 대한 문제점이 많다. 그리고 合併問題는 商法으로만 해결할 것이 아니고 稅法 會計學과 관련하여 폭넓은 연구가 있어야 하겠다. 現行商法의 會社合併에 대한 규정은 너무나 빈약하므로 실제로 더욱 활용할 수 있도록 보다 合理的이고 상세한 규정을 두어야 할 것이다.

參 考 文 獻

1. 朴元善; 商法概論, 修學社(서울). 1973.
2. 徐煥珪; 商法講義, 法文社(서울). 1970.
3. 徐廷甲; 商法(上), 日新社(서울). 1966.
4. 李炳泰; 商法(上), 平定社(서울). 1975.
5. 河本一郎; 現代會社法, 商事法研究會(東京). 1964.
6. 大隅健一郎; 會社法の諸問題, 有信堂(東京), 1969.
7. 松田二郎; 株式會社法の理論, 岩波書店(東京), 1965.
8. 大隅健一郎; 商法の諸問題, 有信堂(東京), 1971.
9. 大隅健一郎; 商法演習, 有斐閣(東京), 1964.
鈴木竹雄
10. 田中誠二; 商事法研究, 千倉書房(東京), 1966.
11. 田中誠二; 會社法研究, 千倉書房(東京), 1965.
12. 商法學論文集(小町谷先生古稀記念論文集), 東京. 1964.
13. 法學의 諸問題(維民回甲記念論文集), 서울, 1977.
14. 注釋會社法, 有斐閣(東京), 1965.
15. 忠南大學校論文集 第13卷1號, 忠南大學校(大田), 1974.
16. 中小企業 調査月報, 中小企業銀行(서울), 1970.
17. 司法行政, 司法行政學會(서울)
18. 독일 株式法, 國會圖書館, (서울), 1976.
19. 民商法雜誌, 東京, 10卷5號, 16卷6號, 5卷 5號,
20. 喜多川篤典; 株式會社の法理, 有斐閣(東京), 1964.

