

유럽회사법상 합병방식에 의한 회사설립절차 및 입법적 시사점

Legal Ramifications of Company Establishment Procedures through Mergers Under the Statute for a European Company

오성근*
O, Sung-Keun

목 차

- I. 서설
- II. 합병방식에 의한 설립절차
- III. 입법적 시사점
- IV. 맺음말

국문초록

유럽회사의 설립 근거법은 유럽회사법(Statute for a European Company)이다. 유럽 회사(Societas European or SE)는 공개유한책임회사(European public limited-liability company)로서 자본은 주식으로 구성된다. 동법은 2001년 10월 8일 제정되어 2004년 10월 8일부터 시행되고 있다. 동법은 모두 70개의 조문과 2개의 부칙으로 구성되어 있고, 제1편 일반조항(general provisions), 제2편 회사설립(formation), 제3편 유럽회사의 구조(structure of the SE), 제4편 연차회계 및 결합회계(annual accounts and consolidated accounts), 제5편 청산, 해산, 파산 및 지급정지(winding up, liquidation, insolvency and cessation of payments) 등으로 구성되어 있다.

유럽회사법은 유럽 경제공동체 내의 국가를 초월하여 회사의 설립방식을 규율하고

논문접수일 : 2010.12.20

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

있다. 그리하여 아세안경제공동체, 동아시아공동체 등에 적극적인 참여를 예정하고 있는 우리나라의 경우에도 유럽회사법상 회사설립방식에 대한 연구가 지속적으로 이루어져야할 것으로 보인다. 유럽회사법상 회사의 설립방식은 지주회사방식, 공동자회사방식, 조직변경방식 및 합병방식이 있다.

본고는 유럽회사법상 합병방식에 의한 설립에 관한 내용을 중심으로 살펴보았다. 특히 III.에서는 유럽회사법의 특색을 우리나라의 법제와 비교하여 검토하였다. 이 과정에서는 우리나라에서도 유럽회사법과 같이 합병무효를 배제할 수 있는 제도의 도입 타당성에 대하여 고찰하였다. 유럽회사법은 합병 전 적법성검사를 의무화하여, 합병 후 무효제도를 배제하고 있다. 우리나라는 유럽이사회의 제3지침과 같이 합병무효제도를 두고 있다. 그러나 현실적으로 합병무효제도는 거의 이용되지 않고 있다. 이러한 점에서 중장기적으로 유럽회사법상 합병 전 적법성검사제도를 도입하는 방안을 강구하여야 할 필요성이 있다. 적법성검사제도는 합병의 불공성을 둘러싼 시비를 해결할 수 있는 또 다른 방안이 될 수 있을 것으로 보인다.

주제어 : 합병지침, 합병계획서, 존속회사, 공증인, 감사인

I. 서 설

유럽회사의 설립 근거법은 유럽회사법(Statute for a European Company)이다. 유럽회사(Societas European or SE)는 공개유한책임회사(European public limited-liability company)로서 자본은 주식으로 구성된다(유럽회사법 제1조 제1항·제2항). 동법은 2001년 10월 8일 제정되어 2004년 10월 8일부터 시행되고 있다(동법 제70조). 동법은 유럽공동체(European Community, EC) 조약 제308조에 근거하여 제정된 유럽회사법에 관한 이사회규정(理事會規程)¹⁾(이하 '이사회규정'이라고 한다.) 및 근로자참가에 관한 유럽회사법을 보충하는 이사회지침²⁾(이하 '근로자참가지침'이라고 한다.)에 의거하여 제정되었다.

동법은 모두 70개의 조문과 2개의 부칙으로 구성되어 있고, 제1편 일반조항(general

1) Council Regulation No 2157/2001/EC of 8 October 2001 on the Statute for a European Company(SE).

2) Council Directive No 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees.

provisions), 제2편 회사설립(formation), 제3편 유럽회사의 구조(structure of the SE), 제4편 연차회계 및 결합회계(annual accounts and consolidated accounts), 제5편 청산, 해산, 파산 및 지급정지(winding up, liquidation, insolvency and cessation of payments) 등으로 구성되어 있다.

유럽회사법은 1959년 로테르담대학의 샌더스(Sanders)교수가 제안하였고, 42년 경과 후 성립되었다. 유럽회사법이 제정됨에 따라 유럽은 국가간 기업합병이 용이하게 되었고, 회사법의 상이성에서 발생할 수 있는 비용을 절감할 수 있게 되었다. 그리고 유럽회사법은 공동체 내의 국가를 초월하는 요소를 갖고 있다. 동법의 이러한 요소는 우리나라에게도 시사하는 바가 적지 않다. 왜냐하면 향후 상법, 특히 회사법 분야는 개별 국가의 단일법제보다는 국가간 경제공동체를 유지·발전시킬 수 있는 법 규정이 더욱 증가할 것으로 보이기 때문이다.

우리나라는 종래 세계무역기구(World Trade Organization, WTO) 및 경제개발협력기구(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 등의 다자간 무역교섭에 중점을 두었으나, 최근에는 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA)을 활발하게 추진하고 있다. 2015년을 목표로 하는 아세안경제공동체(AEC)³⁾ 및 아세안·한국·일본·중국이 중심이 되는 동아시아공동체 구상도 계획되어 있다. 만일 이러한 구상이 실현된다면 유럽회사법과 같은 공동체 내의 국가를 초월한 회사법이 성립할 가능성도 전혀 배제할 수 없다. 그러한 경우 유럽회사법은 비교법적 검토를 함에 있어 중요한 대상이 될 수 있을 것이다.

유럽회사는 합병방식, 지주회사방식(formation of a holding SE), 공동자회사방식 및 조직변경의 네 가지 방식으로 설립된다(유럽회사법 제2조 내지 제4조). 즉 유럽회사의 '설립'은 그 방식이 상이하지만, 결국에는 기업의 조직개편의 문제로 귀착된다. 이 논문은 이와 같은 유럽회사법의 설립제도 중 합병방식에 의한 설립절차에 관하여 검토하여 보고자 한다.

한편 유럽회사법은 합병방식에 의한 설립절차에 관한 모든 사항을 규정하고 있는 것은 아니다. 규정이 없는 사항에 관하여는 국내합병에 관한 유럽회사법 제3지침(이하 '합병지침'이라고 한다.)⁴⁾을 국내법화 한 회원국의 법제에 위임되고 있다(유럽회사법

3) 2009년 1월 13일 동남아시아국가연합(ASEAN) 10개 회원국 정상들은 필리핀 세부에서 열린 제12차 정상회담에서 2015년 아세안경제공동체를 발족하는 헌장(憲章) 마련에 합의하였다. 아세안은 당초 자유무역협정(FTA)를 기본축으로 하여 2020년까지 역내 경제공동체설립을 추진하였었다. 그러나 중국과 인도의 경제 경쟁력이 크게 향상됨에 따라 아세안경제공동체의 결성을 5년 앞당기게 되었다.

제18조). 이러한 점에서 이 논문에서는 유럽회사법의 합병방식에 의한 설립절차에 관하여 주로 기술하고, 필요에 따라서는 합병지침도 살펴보고자 한다.

II. 합병방식에 의한 설립절차

1. 설립당사자회사의 초국가성의 요건

유럽회사는 본래 초국가적 회사를 전제로 하므로 설립 시에도 초국가성의 요건에 관한 규정을 두고 있다. 초국가성의 요건에는 ① 합병방식·지주회사·공동자회사방식에 공통적인 요건, ② 지주회사방식·공동자회사방식에 인정되는 요건, ③ 조직변경방식에 관한 요건 등 세 가지 유형이 있다.

이 중에서 ①의 요건에 따르면, 회원국의 법제에 의하여 설립되고 역내에 정관상 주소 및 본점소재지를 두고 있는 회사는 관련회사 중 2개의 회사가 서로 다른 회원국의 법제의 규제를 받는 때에 유럽회사를 설립할 수 있다(유럽회사법 제2조 제1항 내지 제3항). ②의 요건에 따르면, 설립당사자회사 모두 동일 회원국에 속하는 경우에도 유럽회사를 설립할 수 있다. 이 경우 초국가성의 요건은 당해 회사 중 2개의 회사가 적어도 2년간, 기타 회원국 법제의 규제를 받는 자회사 또는 기타 회원국에 지점을 두도록 하고 있다(동법 제2조·제3조). 지주회사방식 및 공동자회사방식은 설립행위의 초국가적 성질을 유지하면서 유럽회사의 설립을 원하는 하나의 회원국의 기업에 대하여 보다 유연성을 부여하고 있는데, 1991년 수정안에서 제시되었다(동수정안 제2조(a)(2)).⁵⁾ ③의 요건에 따르면, 회원국법제에 의거하여 설립되고 역내에 정관상 주소 및 본점소재지를 두고 있는 회사는 2년 이상 기타 회원국 법제의 규제를 받는 자회사를 가져야 한다(동법 제2조 제4항).

따라서 합병방식에 관한 초국가성의 요건은 당사자회사 중 2개의 회사가 서로 다른 회원국 법제의 규제를 받는 데 있다(동법 제2조 제1항).

2. 합병방식에 의한 설립절차 개요

4) Third Council Directive No 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article[54(3)(g)] of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies.

5) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, *The European Statute*, 2003, p.17; Janet Dine, *EC Financial Market Regulation and Company Law*, 1993, p.194.

회원국의 법제에 의거하여 설립되고, 역내에 정관상 주소 및 본점소재지를 두고 있는 회사는 2개 이상의 회사가 서로 다른 회원국 법제의 규제를 받을 것을 조건으로 하여 합병방식에 의거, 유럽회사를 설립할 수 있다. 다만 정관상의 주소와 본점소재지가 동일 회원국에 존재하지 아니하여도 무방하다(유럽회사법 제2조 제1항).⁶⁾

합병방식에 의한 설립은 ① 유럽회사법규칙 제7조 내지 제31조, 그리고 ② 동 규칙이 전혀 규정을 두고 있지 아니한 사항 또는 부분적으로만 규정을 두고 있는 사항에 대하여는 합병지침에 부합하는 것으로서, 각 당사자회사가 준거하고 있는 회원국의 법제(유럽회사법 제18조)에서 정하여진다.⁷⁾

합병은 흡수합병(합병지침 제3조 제1항 참조) 또는 신설합병(합병지침 제4조 제1항 참조)의 방식으로 행하여질 수 있다(유럽회사법 제17조 제2항). 흡수합병의 경우에는 존속회사가 합병과 동시에 유럽회사에 해당되고, 신설합병의 경우에는 신설회사가 유럽회사에 해당된다(동법 동조 제17조 제2항).

위와 같이 유럽회사법은 유럽회사의 설립을 통하여 국제합병을 가능하게 한 점에서 적지 아니한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

3. 이의제기권

회원국은 자국의 행정관청(competent authorities)이 유럽회사법 제25조 제2항의 증서⁸⁾를 발행하기 전에 합병에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 때 회원국의 법제에 준거하는 회사는 합병을 통한 유럽회사의 설립에 참가할 수 없다(동법 제19조 전단). 이의제기권은 공익(public interest)을 이유로만 행사할 수 있고, 법원의 심리에 따라야 한다.⁹⁾ 회원국은 회사주소를 다른 회원국으로 이전하는 때에도 공익을 이유로 이의를 제기할 수 있다(동법 제8조 제14항).

이의제기권은 제8조 제14항 회사주소의 국제이전에 대한 이의제기권보다도 광의의 개념이다.¹⁰⁾ 그것은 제8조 제14항의 이전에서는 이전이 행하여지는 회원국만이 이의를 제기할 수 있는데 대하여 제19조의 합병의 경우는 관계회원국이 모두 이의를 제기할

6) Erik Werlauff, *SE...The Law of the European Company*, 2003, translated by Steven Harris, p.43.

7) Ibid., pp.44~45.

8) 합병에 선행하는 행위 및 절차의 완료를 증명하는 증명서를 말한다.

9) Erik Werlauff, op. cit., pp.45~46.

10) Erik Werlauff, op. cit., p.45.

수 있기 때문이다.

4. 합병계획서의 작성 및 공시

합병당사자회사의 지휘 및 관리기관은 합병계획서(draft terms of merger)를 작성하여야 한다(유럽회사법 제20조 제1항). 유럽회사법상 합병계획서제도는 프랑스법(상법전 제236-6조)의 영향을 받아 합병지침으로 도입되었다. 동법 제20조 제1항의 합병계획서에는 ① 합병당사자회사 및 유럽회사가 되는 회사의 상호와 정관상의 주소, ② 합병비율 및 필요시의 합병교부금(amount of any compensation)의 액, ③ 유럽회사주식의 분배방법, ④ 유럽회사주식에 대하여 이익배당청구권을 부여하여야 할 기일 및 당해 권리에 관하여 정하는 모든 특별한 사항, ⑤ 특별한 권리를 갖는 주주 및 주식 이외의 증권보유자에 대하여 유럽회사가 부여하는 권리 또는 이러한 권리에 대하여 예정된 조치, ⑥ 합병계획서를 검사할 검사인(expert) 및 합병당사자회사의 관리·지휘·감독 또는 감사기관의 구성원에게 부여되는 특별이익, ⑦ 유럽회사의 정관, ⑧ 근로자참가지침에 적합한 것으로서, 근로자참가에 관한 방법 및 그에 따르는 절차 등 관련 정보사항을 기재하여야 한다.¹¹⁾

5. 합병계획서에 관한 통지서의 공시

가. 서

합병당사자회사는 규제를 받는 회원국의 관보(gazette)에 합병계획서에 관한 통지서를 공시하여야 한다(유럽회사법 제21조). 이 통지서에는 회원국의 법제가 추가적인 요건을 두는 때에는 그 요건과 함께 다음과 같은 정보를 기재하여야 한다.¹²⁾ 즉 ① 합병당사자회사의 형태·상호·정관상의 주소(a호), ② 제1지침¹³⁾ 제3조 제2항의 소정의 문서에 따라 합병당사자회사를 위하여 기재되는 등기부 및 그 등기부의 등록번호(b호), ③ 제24조에 의거한 합병당사자회사 채권자의 권리행사방법 및 그 방법에 관한

11) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.17.

12) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.28; Erik Werlauff, op. cit., pp.46~47.

13) First Council Directive No 64/225/EEC 25 February 1964 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member State of companies within the meaning of the second paragraph of Article [48] of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community.

전반적인 정보를 무상으로 얻을 수 있는 대상, ④ 제24조에 의거한 합병당사자회사 소수주주의 권리행사방법 및 그 방법에 관한 전반적인 정보를 무상으로 얻을 수 있는 대상, ⑤ 유럽회사의 예정된 상호 및 정관상 주소 등이 그에 해당한다.

합병비용의 공정성문제는 합병조건 중에서 매우 중요하다. 합병비용¹⁴⁾은 당사자회사 주주의 이익에 크게 영향을 미치고, 합병의 공정성여부를 결정하는 핵심적인 요소이기 때문이다. 유럽회사법은 합병의 공정성, 특히 합병비용의 공정성을 확보하기 위하여 사전공시제도를 두고 있다. 그리고 중립성이 보장되는 검사인제도를 두고 있다.¹⁵⁾

합병방식에 의한 유럽회사설립 시 사전공시제도와 관련한 중요 서류로서는 ① 회사기관에 의한 합병보고서 및, ② 개별검사인 또는, ③ 공동검사인에 의한 검사보고서이다. 이러한 보고서가 요구되는 것은 일반주주의 경우 합병계획서만으로는 합병의 내용을 충분히 이해할 수 없고, 합리적인 판단 하에 의결권을 행사하게 하기 위함이다. 다만 유럽회사법은 공동검사인의 보고서에 관한 규정만을 두고 있다(동법 제22조). 회사기관에 의한 보고서 및 개별검사인에 관한 보고서에 대하여는 동법 제18조에 의거한 제13지침에 관한 규정을 두고 있다. 그리하여 이하에서는 유럽회사법상 공동검사인의 보고서제도와 합병지침상의 회사기관 및 개별검사인의 보고서제도를 이용하는 경우에 발생하는 차이를 분석하고자 한다.¹⁶⁾

나. 회사기관 및 검사인 보고서

합병당사자회사의 지휘 또는 관리기관은 합병계획서 특히 합병비용에 대하여 이를 법적·경제적 관점에서 설명하고, 그 근거를 나타내는 상세한 보고서를 작성하여야 한다. 그리고 당해보고서는 평가에 대하여 특별한 어려움이 있는 때에는 그 취지를 기재

14) 참고로 유럽회사법 및 합병지침의 경우에는 합병비용대신 주식교환비용이라는 용어를 사용하고 있다. 우리나라의 경우는 일반적으로 주식교환비용대신 합병비용이라는 용어를 사용하므로(예를 들면 이철송, 「제18판 회사법강의」, 박영사, 2010, 882면 참고) 본 논문에서도 합병비용이라는 용어를 사용하기로 한다.

15) 이철송, 앞의 책, 882면; 김은경, "EU에서 합병에 의한 유럽주식회사의 형성과 이해관계자의 보호", 「기업법연구」, 제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007, 214면 참조.

16) 본래 유럽회사법이 공동검사인에 의한 보고서에 대하여만 규정하고 있는 점에 대하여 학설상 이견이 있다. Costa 등은 공동검사인의 보고서만이 아니고, 합병지침을 참조함으로써 회사기관 및 개별검사인의 보고서에 대하여도 합병방식에 의한 설립에 적용이 있다고 해석하고 있다(Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.28). 본 논문은 이 학설에 근거하였다. 이에 대하여 Werlauf 등은 합병지침을 참조하지 않고, 이사회규정이 기재하고 있는 바와 같이 공동검사인의 보고서만이 동 방식에 의한 설립에 적용한다고 해석하고 있다(Erik Werlauff, op. cit., pp.47~48.).

하여야 한다(합병지침 제9조).

개별검사인은 법원 또는 행정관청이 선임 또는 승인한다. 회사로부터 독립적인 1인 이상의 검사인은 합병당사자회사를 위하여 합병계획서를 승인하고, 주주에게 제공되어야 할 보고서를 작성하여야 한다. 당해검사인의 자격은 회원국의 법제에 따라 자연인 또는 법인 기타 단체 등이 갖는다(합병지침 제10조 제1항).

이와 같이 검사인의 자격에 대하여는 ① 독립성 및, ② 법원 또는 행정관청이 (a) 개별적으로 선임하거나 또는, (b) 일반적으로 승인을 얻은 전문가이어야 한다는 두 가지 요건만을 정하고 있다.¹⁷⁾

유럽회사법은 합병지침상의 개별검사인제도 대신에 공동검사인제도를 인정하고 있다. 개별검사인은 합병당사자회사를 위하여 행위하는데 비하여, 공동검사인은 당사자회사를 위하여 행위를 한다. 그리고 당사자회사의 공동청구에 의하여 선임된다. 합병당사자회사 중 1사 또는 향후 유럽회사가 속하는 회원국의 법원 또는 행정관청에 의하여 선임된 1인 이상의 독립한 검사인은 합병계획서를 검사하고 전 주주에게 제공하여야 할 단일 보고서를 작성한다(유럽회사법 제22조).

공동검사인제도는 검사비용을 줄인다는 소극적인 목적뿐만이 아니라 검사의 중립성을 촉진한다는 적극적인 의미도 있다.¹⁸⁾ 그리고 검사인은 자기의 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 모든 정보를 각 당사자회사에게 청구할 권리를 갖는다(유럽회사법 제22조). 동 규정의 취지는 검사인의 선임에 대하여 적용되는 법제 이외의 법제의 규제를 받는 합병당사자회사가 정보제공을 거부하는 것을 방지하기 하는 데에 있다.¹⁹⁾

다. 검사보고서의 기재내용

개별검사인 및 공동검사인은 보고서에 주식의 교환비율이 공정하고 타당한지의 여부를 명확히 밝혀야 한다. 이러한 의견표명에는 ① 합병비율에 관한 계획서의 결정에 채택된 하나 또는 수개의 방법, ② 하나 또는 수개의 방법의 구체적 타당성, 그리고 각 방법의 사용에 의하여 얻은 가격 및 그 가격을 산정하게 된 중요한 사실에 관한 의견,

17) Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Oxford : Clarendon Press, 1999, p.106.

18) 현행 합병지침 제10조 제1항에서는 공동검사인제도를 인정하고 있는데, 동 지침의 원안 및 수정안에서는 이를 부정하였다. 그것은 주주가 객관적이고 공정한 정보를 수령하기 위하여 검사인의 보고서는 각 당사자회사별로 작성할 필요가 있다고 보았기 때문이다.

19) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.17; Janet Dine, op. cit., p.28.

③ 평가에 대하여 특별한 어려움이 있는 때에는 그 취지를 기재하여야 한다(합병지침 제10조 제2항).

검사인의 직무의 충실도는 검사인보고서의 기재사항에 의하여 평가된다. 직무의 주된 내용은 합병계획서의 완전성 및 정당성, 특히 합병비율의 공정성에 대하여 검사하는 데에 있다. 합병의 경제적 합목적성, 즉 경영상의 판단은 그 검사대상이 아니다.

그런데 개별검사인제도를 이용하는 경우(합병지침 제10조)와 공동검사인제도를 이용하는 경우(이사회규정 제22조)의 차이점은 당사자회사가 독자적으로 검사인을 선임할 수 있는지의 여부에 있다.²⁰⁾ 개별검사인제도를 이용하는 경우 검사인은 법원 또는 행정관청에 의하여 개별적으로 선임되거나 또는 일반적으로 승인을 받은 전문가이어야 한다. 따라서 회원국은 검사인이 일반적으로 승인받은 전문가인 경우, 각 당사자회사가 독자적 판단으로 검사인 선임제도를 채택할 수 있다. 이 때 검사인은 주주총회에서 선임할 필요는 없고, 지휘 또는 관리기관이 선임할 수도 있다.²¹⁾ 이에 대하여 공동검사인제도를 이용하는 경우 관련검사인은 회사의 공동청구에 의하여 법원 또는 행정관청이 선임하여야 한다. 회원국은 당사자회사가 공동 또는 독자적으로 승인을 받은 전문가 중에서 검사인을 선임하도록 하여서는 아니 된다.²²⁾

라. 소결

유럽회사법과 합병지침은 검사인이 합병조건을 사전에 검사할 것을 요구하고 있다. 그러나 사전검사제도는 사전심사를 통하여 그 결과에서 발생하는 위법 내지 불공정한 합병을 방지하는 데에 그 목적이 있는 것은 아니다. 즉 공적 제도는 아니다. 주주가 합병의안에 대하여 합리적인 의사를 형성하는데 필요한 기초자료, 즉 합병검사보고서를 제공하는 기능이 있을 뿐이다. 이러한 의미에서 검사인제도는 주주자치의 실효성을 확보하기 위한 보조수단이다.

그러나 검사인은 합병조건, 특히 합병비율에 대하여 전문적 입장에서 판단을 내리고, 그 검사결과는 사전에 주주에게 공시된다. 그리하여 합병당사자회사의 기관구성원은 합병비율의 상당성을 신중하게 고려하여 합병교섭을 할 수 있고, 결과적으로 공정한 합병계약이 체결되는 사실상의 효과를 기대할 수 있다.

20) Erik Werlauff, op. cit., p.47.

21) 주주총회에서 검사인을 선임하는 것은 검사인의 선임과 합병계획서승인 양면에 대하여 주주총회를 개최할 필요성을 야기 시키기 때문에 적지 아니한 비용이 소요된다(Erik Werlauff, op. cit., p.47).

22) Erik Werlauff, op. cit., p.48.

6. 주주 및 채권자보호

가. 주주보호

주주는 합병계획서의 승인을 위하여 소집된 총회회의의 1개월 이전부터 ① 합병계획서(draft terms of merger), ② 합병당사자회사의 직전 3영업연도의 회계장부 및 영업보고서(annual reports), ③ 직전연도 회계장부가 합병계획서의 일자보다 6개월 이전에 종료하는 영업연도에 관한 것인 때에는 합병계획서의 날에 앞선 3개월 이내의 기간에 작성된 회계장부, ④ 합병당사자회사의 관리 또는 집행기관의 보고서, ⑤ 감사인보고서 등의 서류를 회사의 본점소재지에서 열람할 수 있다(합병지침 제11조 제1항).

회원국은 합병에 반대하는 소수주주(minority shareholders)를 적절하게 보호(appropriate protection)하기 위한 규정을 둘 수 있다(유럽회사법 제24조 제2항). 유럽회사법 제24조 제2항에 따르면 소수주주는 자기에게 고유한 조항을 둘 수 있는데, 동조 동항은 회원국에 대한 강행규정이 아니고 임의규정이다. 그리하여 소수주주는 회원국이 특별한 규정을 두는 경우에는 적절하게 보호를 받을 수 있지만, 특별한 규정을 두지 않는 때에는 각국의 법제 및 회사정관상 합병승인결의에 관하여 정하는 다수결요건에 의하여만 보호된다.²³⁾

나. 채권자보호²⁴⁾

유럽회사법은 합병당사자회사를 규제하는 회원국의 법제로 하여금 국제합병의 특성을 고려하도록 하고 있다. 이에 따라 회원국 법제는 주식회사의 국내합병과 마찬가지로 ① 합병당사자회사의 채권자(creditors)의 이익, ② 합병당사자회사의 사채권자(holders of bonds)의 이익, ③ 합병당사자회사의 주식이외에 특별한 권리를 표창하는(carry special rights) 증권보유자의 이익을 보호하기 위하여야 한다(유럽회사법 제24조 제1항). 그리고 합병지침의 관련규정을 국내법화한 법규가 적용된다.

합병지침에 따르면 회원국법제는 합병계획서의 공고에 앞서 발생한 채권, 공고 시 이행기가 도래하지 않은 합병당사자회사 채권자의 이익을 보호할 수 있는 규정을 명시하여야 한다(합병지침 제13조 제1항). 그리하여 회원국 법제는 합병당사자회사의 재무상태가 채권자 보호를 요하는 때 또는 채권자가 담보를 취득하지 않고 있는 때에는 해당채권자가 상당한 담보를 취득할 권리를 갖는다는 규정을 두어야 한다(합병지침

23) Erik Werlauff, op. cit., p.49.

24) 이에 관하여는 본 논문 이외에 김은경, 전계논문, 216면 참조.

제13조 제2항). 다만 보호규정은 존속회사(acquiring company)의 채권자와 소멸회사(acquired company)의 채권자 간에 다를 수 있다(동 지침 동조 제3항).

합병지침 제13조의 규정은 합병당사자회사의 사채권자의 집단적 권리행사(collective exercise of their rights)에 대하여 적용한다. 다만 회원국의 법률이 사채권자집회에 관한 규정을 두고, 사채권자집회에서 합병이 승인된 때 또는 개별적으로 사채권자가 합병을 승인하는 때에는 그러하지 않다(합병지침 제14조).

한편 주식 이외에 특별한 권리가 부여된 증권보유자는 소멸회사에서 가졌던 권리와 동등한 권리를 존속회사에서도 갖는다. 다만 ① 회원국의 법률이 증권보유자집회에 관한 규정을 두고 있는 경우 그 집회에서 특별한 권리의 변경을 승인한 때 또는 증권보유자가 개별적으로 자기 권리의 변경을 승인한 때, ② 존속회사가 증권보유자의 증권을 매수할 권리를 가진 때에는 그러하지 않다(합병지침 제15조).

다. 상법상 주주 및 채권자 보호와의 비교

우리 상법은 주주 및 채권자를 보호하기 위하여 사전공시제도를 두고 있다. 합병당사자회사는 합병승인에 관한 주주총회 회일의 2주간 전부터 합병등기 후 6개월이 경과하기 전까지 다음과 같은 서류를 본점에 비치하여 주주 및 회사채권자의 열람이나 복사에 제공하여야 한다(상법 제522조의 2). 즉 ① 합병계약서, ② 소멸회사의 주주에 대한 주식배정사항에 관하여 그 이유를 기재한 서면(합병비율설명서), ③ 합병당사자회사의 대차대조표,²⁵⁾ ④ ③의 대차대조표가 최종 대차대조표가 아닌 때에는 최종 대차대조표, ⑤ 합병당사자회사의 손익계산서, ⑥ ⑤의 손익계산서 이외에 ③의 대차대조표와 함께 손익계산서를 작성한 때에는 그 손익계산서 등이다. ③에서 ⑥의 서류는 상대방회사의 것도 포함하여 공시하여야 한다. 이는 주주가 합병조건의 공정성을 판단하고, 회사채권자가 합병에 대하여 이의를 제기할지의 여부를 판단하는데 필요한 자료를 제공하는데 그 취지가 있다.²⁶⁾

채권자 보호와 관련하여, 합병당사자는 합병결의일로부터 2주간 이내에 합병에 이의가 있는 채권자에게 1개월 이상의 기간을 정하여 이의를 제기할 수 있음을 공고하고, 알고 있는 채권자에 대하여는 개별적으로 최고하여야 한다(상법 제527조의 5). 다만 관보를 이용한 공고와 더불어 회사의 공고지를 활용하여 공고한 때는 알고 있는 채권자에게 개별적으로 최고하지 아니할 수 있다. 기간 내에 이의를 제기하지 아니한 채권

25) 합병승인 주주총회 6개월 이내의 것이어야 한다.

26) 이철송, 전제서, 876면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2010, 469면 참조.

자는 합병을 승인한 것으로 본다(상법 제527조의 5 제3항·제232조 제2항). 이의를 제기한 채권자에게는 변제를 하거나 상당한 담보를 제공하거나 아니면 변제에 필요한 재산을 신탁하여야 한다. 다만 합병으로 채권자의 이익을 해할 우려가 없는 경우에는 그와 같은 대응을 하지 아니할 수 있다(상법 제527조의 5 제3항·제232조 제3항).

한편 주주 및 채권자에 대한 사후공시제도로서 존속회사 또는 신설회사는 합병일자로부터 6개월간 채권자 보호절차의 경과, 합병일자, 소멸회사로부터 승계한 자산액과 채무액 기타 합병에 관한 사항을 기재한 서면, 즉 합병경과서면을 본점에 비치하고, 주주 및 회사채권자의 열람이나 등사에 제공하여야 한다(상법 제527조의 6). 이는 합병 절차에 대하여 공시를 요구함으로써 그 적정한 이행을 간접적으로 담보하는 이외에 합병무효의 소를 제기할 지의 여부를 판단하는데 필요한 정보를 제공하는 데 그 취지가 있다.

위와 같이 우리 상법과 유럽회사법은 합병계약서 등의 공시기간과 주주와 채권자 보호의 면에서 다른 점이 적지 아니하다.

7. 합병계획서의 승인

합병당사자회사의 주주총회는 합병계획서를 승인하여야 한다(유럽회사법 제23조 제2항).²⁷⁾ 주주총회는 합병계획서뿐만 아니라 회사기관 및 감사인의 보고서를 승인하고, 경우에 따라서는 존속회사의 정관의 변경 또는 신설회사의 정관안도 승인한다.²⁸⁾ 유럽회사법상 근로자의 참가는 근로자참가지침에 의하여 결정된다(동법 제23조 제2항). 따라서 이 문제는 주주총회의 권한 밖이다.²⁹⁾ 다만 유럽회사법은 주주총회 개최 시 유럽

27) 흡수합병의 경우 회원국의 법제는 합병지침 제8조의 요건을 모두 충족하는 때에는 존속회사의 주주총회의 승인을 얻지 아니할 수 있다. 동 지침 제8조의 요건에는 ① 합병계획서에 대한 승인여부를 결정하기 위하여 소집된 소멸회사의 총회의 1개월 이전에 존속회사에 관한 합병계획서공시가 제6조에 따라 행하여지는 경우(a항), ② 합병계획서에 대한 승인여부를 결정하기 위하여 소집된 소멸회사의 총회의 1개월 이전에 존속회사의 모든 주주가 제11조 제1항에서 정하는 합병계획서, 연차회계장부, 영업보고서, 시산표 및 합병당사자회사의 관리 또는 집행기관의 보고서, 감사인의 보고서를 회사의 본점소재지(registered office)에서 열람할 수 있는 권리를 가지는 경우(b항), ③ 인수자본(subscribed capital)에 대하여 법정최소비율의 주식을 가진 존속회사의 1인 또는 수인의 주주가 합병승인여부를 결정하기 위하여 개최되는 존속회사의 총회에 대하여 그 소집을 청구할 수 있는 권리는 보유하여야만 하는 경우(c항) 등이 있다. 법정최소비율은 5%를 초과하여서는 아니 된다. 다만 회원국은 의결권이 없는 주식을 법정최소비율이 산입하지 않는다는 취지를 정할 수 있다(Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.17; Janet Dine, op. cit., p.30).

28) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.17.

회사의 등록과 관련하여 근로자참가지침에서 명시하는 근로자참가 방법에 관한 승인을 조건으로 할 수 있음을 명시하고 있다(동법 동조 동항). 이 경우 해당의안은 주주총회에 제출하여야 한다.³⁰⁾ 이 방법은 지주회사의 방식에 의한 설립을 선택함에 있어 당사자회사의 주주총회가 부가할 수 있는 조건(동법 제32조 제6항)과 마찬가지로이다.

유럽이사회규정은 주주총회에서의 합병승인요건에 관한 규정을 두지 않고 있다. 따라서 유럽회사법 제18조의 원칙에 의거 합병지침과 동일한 요건을 요구하고 있다고 할 수 있고, 합병당사자회사의 총주주의 동의는 필요하지 않다.³¹⁾ 합병지침은 합병결정 시 주주총회에서 대표적인 증권 또는 인수자본(subscribed capital)³²⁾ 의결권의 3분의 2이상의 찬성을 얻도록 하고 있다. 다만 회원국 법제는 인수자본의 반액 이상이 주주총회에서 대표되는 때에 한하여 의결권이 단순다수결로 족하다는 취지의 규정을 들 수 있다. 필요에 따라서는³³⁾ 정관변경에 관한 규정을 적용한다(합병지침 제7조 제1항). 수종의 주식(class of shares)을 발행한 때에는, 합병으로 인하여 권리가 침해되는 종류주주의 결의를 거쳐야 한다(합병지침 제7조 제2항).

8. 합병의 적법성 검사

가. 서

유럽회사법은 합병의 적법성(legality)검사제도를 두고 있다(동법 제25조·제26조). 적법성검사는 합병이 성립하기 전에 회원국의 행정관청이 행함으로써³⁴⁾ 합병성립 후의 무효원인을 제거하고, 당사자를 보호하게 된다. 이 점은 우리 상법이 사전 적법성검사제도가 아닌 합병무효제도(상법 제529조)를 들으로써 사후적 조치를 통하여 합병의 적법성을 판단하고 있는 것과 차이가 있다.

합병지침은 회원국에 적법성검사제도의 도입여부를 결정할 수 있는 권한을 위임하고 있다. 이에 비하여 유럽회사법은 이를 의무규정으로 하고 있다. 이 점이 유럽회사법상 합병방식에 의한 설립절차 특색의 하나이다. 적법성검사는 크게 ① 합병당사자회사의 절차

29) Erik Werlauff, op. cit., p.48.

30) Erik Werlauff, op. cit., p.48.

31) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.30.

32) 합병지침에서 인수자본을 언급한 것은 복수의결권의 존재를 고려하였기 때문이다.

33) 예를 들면, 합병을 실현하기 위하여 필요한 자본의 증가를 상정하고 있다(森本 滋, 「EC會社法の形成と展開」, 商事法務研究會, 1948, 327面).

34) 이철송, 전제서, 884면.

적 행위에 대한 검사, ② 합병의 완성 및 유럽회사의 설립에 대한 검사로 나눌 수 있다.

나. 절차적 행위에 대한 검사

합병의 적법성검사대상의 하나는 합병당사자회사의 절차적 행위에 대한 것이다. 합병당사자회사는 회사의 본점소재지가 있는 회원국의 주식회사합병에 관한 법제를 준수하여야 한다(유럽회사법 제25조 제1항). 합병행위를 검사할 임무는 회원국의 행정관청에 수권되어 있다.³⁵⁾ 그러므로 행정관청을 구체적으로 지정하는 것은 회원국이다(동법 제68조 제2항).

유럽회사법은 법원, 공증인(notary) 기타 행정관청으로 하여금 합병에 선행하는 행위 및 절차완료에 관한 증명서를 교부하도록 명시하고 있다(동법 제25조 제2항). 이 증명서는 각 회원국에서 행하는 검사의 타당성을 증명한다. 증명서가 교부되면, 회원국은 합병행위의 적법성에 관한 이의를 제기할 수 없다.³⁶⁾

이밖에 유럽회사법은 합병당사자회사 중 1개사가 속한 회원국의 법제가 합병비율을 검사·수정하는 절차 또는 소수주주에 대한 보상절차를 정하고 있고 관련 규정이 합병등록(registration of the merger)을 방해하지 않는 때에, 그 절차는 합병절차에 관한 규정이 없는 회원국의 상대방회사가 합병계획서 승인 시 상대방회사의 주주에게 그 절차를 준수할 것을 요구할 수 있는 권리가 있음을 명시적으로 인정된 경우에만 적용된다(동법 제25조 제3항).³⁷⁾

유럽회사법 제25조 제2항에 따라 증명서를 교부할 행정관청은 관련 절차가 개시되었음을 이유로 증명서를 교부할 수 있다(동조 동항).³⁸⁾ 다만 증명서에는 관련 절차가 계속 중이라는 사실이 기재되어야 한다(동조 동항). 관련 절차에 의거하여 내려진 결정은 존속회사와 그 회사의 총주주에게 구속력이 있다(동조 동항).³⁹⁾

다. 합병의 완성 등에 대한 검사

합병의 완성 및 유럽회사의 설립절차에 대한 적법성검사는 유럽회사의 정관에 기재되어 있는 본점소재지가 있는 회원국의 법원, 공증인 기타 행정관청 등이 행한다(유럽회사법 제26조 제1항). 행정관청을 구체적으로 지정하는 것은 절차적 행위에 대한 검

35) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.31.

36) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.31.

37) 김은경, 전계논문, 214면 참조.

38) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.32.

39) Erik Werlauff, op. cit., p.51.

사와 마찬가지로 회원국이다(동법 제68조 제2항).

유럽회사법 제26조 제1항의 행정관청은 특히 합병당사자회사가 동일 내용의 합병계획서를 승인하였는지의 여부, 근로자참가에 관한 방법이 근로자참가지침⁴⁰⁾에 따라 정하여지고 있는지의 여부 등에 대하여 검사한다(동법 제26조 제3항).⁴¹⁾ 그리고 행정관청은 유럽회사의 설립이 동법 제15조⁴²⁾에 따라 정관에 기재된 본점소재지가 있는 회원국 법제가 명시하는 요건을 충족시키고 있는지의 여부를 검사하여야 한다(동법 제26조 제4항). 이를 위하여 합병당사자회사는 유럽회사법 제25조 제2항에서 정하는 증명서와 회사가 승인한 합병계획서의 사본을 증명서의 교부시점에서 기산하여 6개월 이내에 행정관청에 제출하여야 한다(동법 제26조 제2항). 증명서가 수리된 후, 유럽회사의 정관에 기재된 본점소재지가 있는 회원국의 행정관청은 회원국에서 행하여진 검사의 타당성에 대한 이의를 제기할 수 없다.⁴³⁾

9. 합병무효제도의 배제

유럽회사는 합병당사자회사 및 유럽회사에 관한 적법성검사가 완료된 후에 등록을 할 수 있다(유럽회사법 제27조 제2항). 합병의 적법성검사를 하지 않은 경우에는 회사 해산원인(grounds for the winding-up)이 된다(동법 제30조 제2항). 유럽회사는 정관에 기재된 본점소재지가 있는 회원국의 법제가 정하는 등기부에 등록하여야 한다(동법 제12조). 유럽회사가 등록되면 합병의 무효를 선언할 수 없다(동법 제30조 제1항). 유럽회사법이 채택하고 있는 방식은 합병지침보다 합리적이라는 평가를 받고 있다.⁴⁴⁾

합병지침의 목적의 하나는 동 지침에서 정하는 합병절차를 준수하면, 합병당사자뿐만 아니라 회사, 제3자 및 주주상호간의 법적 안정성을 확보함으로써 합병무효의 가능성을 억제하는데 있다(합병지침 전문 참조). 그리하여 국내합병은 예외적인 경우에 한하여 무효를 선언할 수 있다(동 지침 제22조). 동 지침 제22조는 합병무효원인으로서

40) 근로자참가지침은 전문, 본문 총 3편과 부속서 총3편으로 구성되어 있다. 제1편은 일반조항, 제2편은 협상절차(negotiating procedure), 제3편은 사기방지조항(miscellaneous provisions)으로 나뉜다. 본문은 17개의 조문이 있다.

41) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.32.

42) 동조에 따르면 유럽회사의 설립은 유럽회사의 정관상 본점소재지가 있는 회원국의 주식회사에 적용하는 법제의 규제를 받는다(제1항). 그리고 유럽회사의 등록은 유럽회사법 제13조에 의거한 공시의 대상이다(제2항).

43) Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, op. cit., p.32.

44) Erik Werlauff, op. cit., p.55.

적법성에 관한 사법상 또는 행정상의 예방적 검사 또는 공정증서에 의한 인증을 결하는 경우 혹은 주주총회의 결의가 국내 법률에 의거 무효 또는 취소의 원인이 된다는 점이 증명된 경우를 들고 있다(동조 제1항 b호). 그리고 회원국의 법제가 적법성에 관한 예방적 검사 이외의 검사의 결과 합병무효를 선언하여야 한다는 취지를 정할 수 있도록 하고 있다(동조 제3항).

이에 대하여 유럽회사법은 유럽회사를 설립하여야 하는 국제합병의 경우, 합병지침이 의무화하지 않고 있는 적법성검사제도를 의무화하고(동법 제25조·제26조), 그 검사가 이행되었다는 점을 조건으로 일단 유럽회사로 등록된 후에는 합병무효를 선언할 수 없다고 규정하고 있다(동법 제30조 제1항). 이러한 점에서 유럽회사법은 제3지침보다 진보적이라고 할 수 있고,⁴⁵⁾ 이는 유럽회사법의 또 하나의 특색이다.

10. 합병의 효과

유럽회사법은 흡수합병과 신설합병의 효과에 관하여 규정하고 있다. 흡수합병은 법률상 다음과 같은 효과를 발생시킨다(동법 제29조 제1항). 즉 ① 소멸회사의 모든 자산 및 부채(assets and liabilities)가 존속회사에 포괄적으로 이전되고(a호), ② 소멸회사의 주주는 존속회사의 주주가 되며(b호), ③ 소멸회사는 그 존속이 정지된다(c호). ④ 존속회사는 유럽회사의 형식을 취하게 된다(d호).

신설합병의 경우에는 법률상 다음과 같은 효과를 발생시킨다(유럽회사법 제29조 제2항). 즉 ① 합병당사자회사의 모든 자산 및 부채가 유럽회사에 포괄적으로 이전되고, ② 합병당사자회사의 주주는 유럽회사의 주주가 되며, ③ 합병당사자회사는 더 이상 존속할 수 없다.

11. 간이합병

유럽회사의 간이합병에 대하여는 유럽이사회규정에서 명시하고 있다. 유럽이사회규정은 어떤 회사가 다른 회사의 주식 100% 또는 다른 회사의 주식을 90%이상 100% 미만을 갖는 경우에는 흡수합병방식으로 유럽회사를 설립할 수 있다고 하여, 간이합병에 관한 규정을 두고 있다(동 규정 제31조). 다만 유럽이사회규정은 우리 상법(제527조의 2 제1항)과는 달리 간이합병에 관한 주주총회의 승인을 생략할 수 없다는 점에서

45) Erik Werlauff, op. cit., p.56.

주의를 요한다.

유럽이사회규정에 따라 완전모회사가 완전자회사를 흡수합병하는 때에는 합병계획서 및 감사인의 보고서 등에 관한 절차(동 규정 제20조 제1항 (b)·(c)·(d), 제22조)를 요하지 않는다(동 규정 제31조 제1항). 구체적으로 보면, 합병계획서에는 ① 합병비율 및 합병교부금의 액, ② 유럽회사주식의 분배방법, ③ 유럽회사주식에 대하여 이익배당청구권을 부여하여야할 기일 및 그 권리에 관한 특별규정 등을 기재하지 아니하여도 무방하다(동 규정 제20조 제1항 (b)(c)(d)). 그리고 감사인의 선임 및 보고서(동 규정 제22조)도 요구하지 않는다. 또한 합병전과 달리 완전자회사의 주주는 완전모회사뿐이므로 합병효과에 의거, 소멸회사의 주주는 존속회사의 주주가 된다는 사실(동 규정 제29조 제1항(b))에 관한 기재도 생략할 수 있다. 다만 합병당사자회사 및 제3지침 제24조에 의거한 주식회사합병에 관한 회원국의 법률은 적용된다.

한편 존속회사가 의결권 있는 주식을 90% 이상 또는 그 밖의 증권을 소유하는 소멸회사를 흡수합병하는 경우, 소멸회사 또는 존속회사 회원국의 법제는 ① 관리 또는 집행기관의 보고서, ② 독립감사인의 보고서 및 ③ 검사에 필요한 서류를 요구할 수 있다.

III. 입법적 시사점

1. 서

앞에서 기술한 바와 같이 유럽회사법은 합병비율의 공정성을 확보하기 위한 합병검사인제도와 합병무효제도를 배제할 수 있는 규정을 두고 있다는 특색이 있다. 따라서 이하에서는 이러한 두 가지 특색을 우리 상법과 비교하여 보면서 입법적 시사점을 제시하고자 한다.

2. 합병비율의 공정성 확보

가. 상법상 합병비율의 공정성확보 제도

(1) 공시제도

우리 상법은 유럽회사법 제22조, 합병지침 제10조와 달리 합병검사인제도를 도입하지 않고 있고, 합병계약서 등의 사전공시제도와 합병에 관한 서류의 사후공시제도를

두고 있다. 즉 상법은 주주 또는 채권자가 합병승인결의 또는 이의여부에 관한 의사결정을 하기 위하여는 사전에 합병의 구체적 사항을 파악할 필요가 있으므로 소정사항을 공시하게 하고 있다(제522조의 2).⁴⁶⁾ 이에 따르면 이사는 합병승인결의를 위한 주주총회의 2주 전부터 합병을 한 날 이후 6월이 경과하는 날까지 합병계약서, 소멸회사의 주주에게 발행하는 주식의 배정사항과 그 이유를 기재한 서면, 합병당사자회사의 대차대조표와 손익계산서를 본점에 비치하여야 한다(동조 제1항). 주주 및 회사채권자는 영업시간 내에는 언제든지 이러한 서류의 열람을 청구할 수 있고, 회사가 정한 비용을 지급하고 등본이나 초본의 교부를 청구할 수 있다(동조 제2항). 그리고 합병의 공정성을 간접적으로 확보하기 위하여 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있다(상법 제522조의 3).

자본시장법은 상장법인이 부실한 회사를 합병함으로써 생기는 폐해, 즉 상장법인의 주주의 손실을 막기 위하여 상장법인이 다른 회사와 합병할 때에는 합병조건 등 합병 관련 사항을 금융위원회에 보고하도록 정하고 있다(동법 제161조 제1항 제6호). 보고인은 이 보고 내용이 부실한 때에 손해배상책임을 진다(동법 제162조).

합병을 한 후 이사는 채권자 보호절차의 경과, 합병을 한 날, 합병으로 인하여 소멸하는 회사로부터 승계한 재산의 가액과 채무액 기타 합병에 관한 사항을 기재한 서면을 합병을 한 날로부터 6월간 본점에 비치하여야 한다(상법 제527조의 6 제1항). 주주 및 회사채권자는 영업시간 내에는 언제든지 이러한 서류의 열람을 청구할 수 있고, 회사가 정한 비용을 지급하고 등본이나 초본의 교부를 청구할 수 있다(동조 제2항).

(2) 합병무효의 소

상법은 합병비율의 공정성을 확보하기 위하여 위에서 기술한 바와 같은 여러 가지 제도를 두고 있으나, 합병비율의 공정성을 최후적으로 보장하는 것은 사법적 구제라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 상법상 합병의 사법적 쟁송방법으로는 합병무효의 소가 있다.⁴⁸⁾ 합병무효의 소는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 합병의 등기가 있는 날로부터 6월내에 제기할 수 있다. 피고는 존속회사 또는 신설회사이다.⁴⁹⁾

46) 이철송, 전계서, 876면.

47) 대법원 2008. 1. 10 판결, 2007다64136; 인천지법 1986. 8. 29 판결, 85가합1526.

48) 합병비율의 불공성이 합병무효의 원인이 되는 지에 대하여는 이를 부정하는 소수설도 있다. 정희철, 「주식회사합병의 본질적 재검토」, 박영사, 1979, 217면.

49) 이에 관한 상세한 내용은 정찬형, 전계서, 471~475면 참조.

나. 입법론

상법은 합병비율의 공정성확보에 필요한 몇 가지 제도를 두고 있으나, 유럽회사법과 달리 합병검사인제도를 도입하고 있지는 않다. 이로 인하여 우리나라의 경우에도 종래부터 합병검사인제도를 도입하고자 하는 논의가 있다. 그 논의는 주로 ① 합병검사인제도는 그 법적 성격이 공정·불공정에 대한 사전심사를 하여 불공정한 합병을 직권으로 규제하는 사법적·공적제도가 아니고,⁵⁰⁾ 단지 합병비율의 공정성에 관한 검사인의 견해를 주주에게 제공하는 자치적 제도에 불과하다는 점, ② 합병검사인에 의한 검사는 현물출자 시 법원이 선임한 검사인의 검사와 다르고, 합병정보의 공시와 합병절차의 공정성을 사전에 심사하여 일정한 법률적 처분을 가할 수 있는 합병신고제도와 다르다는 점, ③ 프랑스와 독일의 경우도 동 제도를 채택하고 있다는 점,⁵¹⁾ ④ 주식회사의 외부감사에 관한 법률상 외부감사인으로서 하여금 합병비율의 공정성을 검사하는 방안도 고려될 수 있지만, 외부감사인은 합병당사자회사의 이사 또는 대주주의 의도대로 선임될 가능성이 크므로⁵²⁾ 공정성검사의 실효성을 확보하기 어렵다는 점 등을 들고 있다.⁵³⁾

이와 관련하여 일본의 경우에도 오래전부터 검사인제도를 도입하여야 한다는 입법론이 제기되어 왔다.⁵⁴⁾ 예를 들면 1981년 5월 9일에 공표된 '대소(공개·비공개) 회사구분 입법 및 합병에 관한 문제점'에서는 합병당사자회사의 경우 합병비율에 대하여 전문가의 검사를 받고, 그 보고서를 합병계약서에 첨부하여야 한다는 제언이 있었다.⁵⁵⁾ 그러나 이 제언은 1986년 5월 15일에 공표된 '상법·유한회사법의 개정시안'에서 채택되지 아니하였고, '합병계약서에는 각 당사자회사 이사의 합병비율에 관한 설명서가 첨부되어야 한다.'는 취지의 시안을 두는데 그치게 되었다.⁵⁶⁾ 그리고 동 시안은 1997년 상법개정시 합병비율설명서의 열람·비치제도로 실현되었다(동법 제408조의 2 제2항 제2호).

당시 일본에서 검사인보고서의 공시제도를 도입하는데 반대한 주요 이유는 ① 주주의 보호는 주식매수청구권으로 족하고, ② 합병비율은 고도의 경영판단에 기하여 결정되는 것이고, 전문가의 검사에 의존할 수 있는 것이 아니라는 점, ③ 전문가의 공정성을 판단

50) 강희갑, "주식회사에 있어서의 합병비율의 공정성," 「상사법논집」(서돈각교수 정년기념), 법문사, 1986, 280면.

51) 윤주한, "기업의 불공정한 합병," 「상사법학」 제2집, 한국기업법학회, 1996, 25면.

52) 정용상, "회사합병의 공정성확보를 위한 입법 소고," 「현대상사법의 제문제」(이윤형선생 정년기념), 법지사, 1988, 87~88면.

53) 윤주한, 전계논문, 1996, 26면.

54) 中村 建, "合併契約書等," 「商法・有限會社法改正試案の研究」, 金融・商事判例 第755号, 1986, 198面.

55) 법무성민사국참사관실자료, 10.8.

56) 법무성민사국참사관실자료, 7.7.

할 수 있는 전문가가 현실적으로 존재하기 어렵다는 점 등에 있었다.⁵⁷⁾ 그리고 경영계는 주로 검사를 하는데 시간과 비용이 소요된다는 이유로 강하게 반대를 하였다.⁵⁸⁾

이후 일본은 2003년 '회사법제의 현대화에 관한 개정시안'에서 재차 합병비율에 관한 검사인제도 또는 조사제도를 도입하자는 주장이 있었다. 그 논지는 ① 현재 실무에서는 합병당사자의 기업 및 주식가치에 대한 정확한 평가 없이 대등합병의 명목 하에 교환비율을 대등하게 하는 합병이 많기 때문에,⁵⁹⁾ ② 각종의 조직개편 시에는 대가의 적정성여부를 검사하는 제도를 도입할 필요성이 있다는 데에 있었다.⁶⁰⁾

그러나 이러한 주장에 대하여는 ① 현행법 하에서도 합병당사자회사 스스로가 대가의 적정성을 확보하기 위하여 제3자평가 등을 활용하고 있고, 그 내용을 적절하게 공시함은 물론 주주 등의 판단을 존중하고 있다는 점, ② 조직변경행위의 대가자체가 상대방회사 및 그 주주와의 교섭에 의하여 결정되는 것이므로 다른 거래와 구별하여 특별한 조사제도⁶¹⁾를 두어야 할 합리성이 없다는 점, ③ 가령, 조사제도를 의무화하여 관련조사에 의거 대가의 수정을 요청받게 되면, 회사간의 합의에도 불구하고 조직개편행위를 할 수 없게 된다는 점. 이는 적지 않은 비용이 소요되는 영업양도 등 다른 행위를 선택하게 하는 원인이 되고, 결과적으로 주주의 이익을 해하게 된다는 반론이 있었다.⁶²⁾

다. 소결

몇 가지 문헌과 상법의 개정과정을 종합적으로 분석하여 보면, 우리나라에서 유럽회사법과 같은 합병검사인제도가 단기간에 도입될 가능성은 크지 않은 것으로 보인다. 그 이유는 우리나라의 경우 합병검사인제도의 도입에 관하여 1970년대부터 1980년대에 걸쳐 꾸준히 논의되어 왔음에도 불구하고, 1998년과 2001년 상법개정으로 합병계약서 등의 사전공시제도와 합병에 관한 서류의 사후공시제도의 개선 및 합병계약서의 기재사항을 법정화(상법 제523조·제524조)하는 것으로 귀착되었기 때문이다. 그리고 우리나라의 경우에도 일본의 경영계와 같은 반대론도 예상할 수 있다.

그러나 현행법 하에서도 합병계약서 등의 작성자는 이사이고, 제3자에게 작성을 의

57) 中村 建, 전계논문, 199面.

58) 中村 建, 전계논문, 200面.

59) 法制審議會會社法部會, "會社法制の現代化に關する要綱試案補足説明," 「旬刊商事法務」 第1678号, 商事法務研究會, 2003, 130面.

60) 法制審議會會社法部會, 전계논문, 130面.

61) 예를 들면 현물출자에 관한 검사인의 조사제도와 유사한 제도를 말한다(法制審議會會社法部會, 전계논문, 131面).

62) 法制審議會會社法部會, 전계 논문, 131面.

되도록 강제하는 조항은 없다. 이 점 현행 상법상 합병계약서만으로는 합병비율의 공정성을 확보하기 위한 수단이 다소 부족하다고 것을 의미한다. 따라서 향후 증장기적으로는 합병비율의 공정성확보에 대한 제도적 장치를 추가적으로 들 필요성이 있고, 유럽회사법상 합병검사인제도는 그 수단의 하나이다.⁶³⁾

2. 합병무효제도의 배제

가. 서

유럽회사법은 합병이 성립하기 전에 각 회원국의 행정관청 등에 대하여 적법성검사를 의무화하고(동법 제25조·제26조), 당해 검사의 이행을 조건으로 하여서만 설립등록이 가능하도록 하고 있다(동법 제27조 제2항). 그리하여 합병성립 후의 합병무효를 배제하고(동법 제30조 제1항), 관계당사자를 보호하고 있다.

우리 상법은 유럽회사법과는 다르지만, 합병지침과 동일하게 합병무효제도를 두고 있다(제236조·제269조·제529조·제603조). 상법상 합병이 무효로 되는 전형적인 예로는 ① 합병을 제한한다는 법규정(상법 제174조 제2항·제3항, 제600조)을 위반한 경우,⁶⁴⁾ ② 합병계약서가 법정요건(제523조·제524조)을 결한 경우, ③ 합병결의에 하자가 있는 경우, ④ 채권자 보호절차(상법 제232조 제269조, 제522조의 2, 제527조의 5, 제630조)를 위반한 경우 등이다.⁶⁵⁾ 그리고 대법원은 합병비율이 불공정한 경우 무효로 보고 있다.⁶⁶⁾ 합병무효의 소는 합병등기 후 6월내에 제기하여야 한다(제236조 제2항·제269조·제529조 제2항·제603조).

나. 상법상 합병무효제도의 활용도

우리나라의 경우 합병무효가 재판상 다툼이 있었던 사례는 많지 않다. 구체적으로 대법원의 중합법률정보 서비스에 게재된 사례를 기준으로 보면, 분할합병무효의 소 등 1건,⁶⁷⁾ 합병철회·주주총회결의취소 1건,⁶⁸⁾ 합병무효 3건,⁶⁹⁾ 건설업면허취소처분취소 1

63) 이철송, 전게서, 884면.

64) 예를 들면 합병회사가 주식회사를 흡수하여 합병한 경우(제174조 제2항).

65) 이철송, 전게서 105면; 정찬형, 전게서, 472면; 김정호, 「회사법」, 법문사, 2010, 600면; 홍복기, 「회사법강의」, 법문사, 2006, 68면.

66) 대법원 2008. 1. 10 판결, 2007다64136.

67) 대법원 2010.7.22. 판결 2008다37193.

68) 대법원 2009. 4. 23. 판결 2005다22701, 22718.

건,⁷⁰⁾ 등 총 6건에 불과하다.

그리고 설립무효의 소의 제소기간이 회사성립의 날로부터 2년인데 대하여(제328조), 합병무효의 제소기간은 합병등기 후 6월내로 제한되어 있다. 이는 신설회사 또는 존속 회사운영의 법적 안정성을 고려한 조치라고 생각한다. 그럼에도 불구하고 현행 단기의 제소기간은 실무적으로 적지 아니한 어려움이 있다. 예를 들면 제소기간의 경과 후 합병당사자회사 중 일방의 분식회계가 발견된 때에는 신설회사나 존속회사에 합류한 주주나 채권자를 보호할 수 없게 되는 문제점이 있다.

한편 총 6건의 사례 중 최근의 2건⁷¹⁾이 합병비율의 공정성여부에 대한 다툼이 포함되어 있어 향후 이에 관한 분쟁이 증가할 수 있음을 시사하고 있다.

비교법적으로 보면 유럽 각국의 법제의 경우 사전검사를 과하는 법제⁷²⁾는 합병무효를 배제하고 있고, 사전검사를 과하지 않는 법제⁷³⁾는 사후적으로 무효제도를 둠으로써 합병의 공정성을 확보하고 있다. 우리나라는 합병에 관하여 사전검사는 존재하지 않고 사후검사, 즉 합병무효제도는 활용도가 낮아 다소 불안정한 상황이다. 따라서 사전검사 또는 사후검사 중 하나의 방식은 제대로 기능할 수 있도록 하여야 한다.

이익형량의 관점에서만 보면, 사전검사를 과하여 합병무효를 배제하는 유럽회사법의 방식이 합병무효제도를 염두에 둔 사후검사방식보다 열등하다고만 볼 수 없다. 왜냐하면 사전 적법성의 검사는 합병에 선행하는 행위 및 절차가 완료되어 있다는 점을 검사하는데 그치기 때문이다(유럽회사법 제25조 제2항). 이러한 점에서 우리나라에서도 중장기적인 관점에서 유럽회사법과 같이 적법성검사제도를 의무화하는 방안을 검토할 필요성이 있다. 이 경우 검사에 소요되는 시간과 비용은 합병무효로 인한 법적 불안정성을 회피하는데 대가라고 할 수 있다.

N. 맺음말

유럽회사법은 유럽 경제공동체 내의 국가를 초월하여 회사의 설립방식을 규율하고

69) 대법원 2008. 1. 10 판결 2007다64136; 대법원 1969. 9. 23. 판결 69다837; 인천지법 1986. 8. 29. 판결 85가합1526제2민사부.

70) 대법원 1993. 5. 27. 판결 92누14908.

71) 대법원 2009. 4. 23. 판결 2005다22701, 22718; 대법원 2008. 1. 10 판결 2007다64136.

72) 이른바 사전검사방식을 말한다.

73) 이른바 사후검사방식을 말한다.

있다. 그리하여 아세안경제공동체, 동아시아공동체 등에 적극적인 참여를 예정하고 있는 우리나라의 경우에도 유럽회사법상 회사설립방식에 대한 연구가 지속적으로 이루어져야 할 것으로 보인다. 유럽회사법상 회사의 설립방식은 지주회사방식, 공동자회사방식, 조직변경방식 및 합병방식이 있다.

본고에서는 유럽회사법상 합병방식에 의한 설립과 관련한 내용을 중심으로 살펴보았다. II.에서는 합병방식에 의한 설립절차 개요, 회원국의 이의제기권, 합병계획서의 작성 및 공시, 합병계획서에 관한 통지서의 공시, 주주 및 채권자 보호, 합병계획서의 승인, 합병의 적법성검사, 합병무효제도의 배제, 간이합병 등의 내용을 중심으로 기술하였다. III.에서는 유럽회사법의 특색을 우리나라의 법제와 비교하여 검토하였다. 특히 우리나라에서도 유럽회사법상 적법성검사제도의 도입효용성에 관하여 고찰하였다. 유럽회사법은 합병 전 적법성검사를 의무화하여(제25조·제26조), 합병 후 무효제도를 배제하고 있다(제30조 제2항). 이 점이 동법의 특색이자 중요한 점이다. 우리나라는 제3지침과 같이 합병무효제도를 두고 있다. 그러나 현실적으로 합병무효제도는 거의 이용되지 않고 있다. 이러한 점에서 증장기적으로 유럽회사법상 합병 전 적법성검사 제도를 두는 것이 합병의 불공성을 둘러싼 시비를 해결할 수 있는 추가 수단이 될 수 있을 것으로 보인다.

참고문헌

- 김정호, 「회사법」, 법문사, 2010.
 이철송, 「제18판 회사법」, 박영사, 2010.
 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2010.
 정희철, 「주식회사합병의 본질적 재검토」, 박영사, 1979.
 홍복기, 「회사법강의」, 법문사, 2006.
- 강희갑, “주식회사에 있어서의 합병비율의 공정성,” 「상사법논집」(서돈각교수 정년기념), 법문사, 1986.
 김은경, “EU에서 합병에 의한 유럽주식회사의 형성과 이해관계자의 보호,” 「기업법연구」 제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007.
 김흥기, “미국형 및 유럽형 M&A 규제제도와 우리나라의 M&A 입법에 대한 시사점,” 「상사관계연구」 제20집 제3권, 한국상사관계학회, 2007.

- 윤주한, “기업의 불공정한 합병,” 「상사법학」, 제2집, 한국기업법학회, 1996.
정성숙, “유럽연합(EU)의 새로운 합병규제법령에 관한 고찰,” 「기업법연구」 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005.
정용상, “회사합병의 공정성확보를 위한 입법 소고,” 「현대상사법의 제문제」(이윤형선생 정년기념), 법지사, 1988.

法制審議會會社法部會, “會社法制の現代化に關する要綱試案補足説明,” 「旬刊商事法務」第1678号, 商事法務研究會, 2003.

森本 滋, 「EC會社法の形成と展開」, 商事法務研究會, 1948.

中村 建, “合併契約書等,” 「商法・有限會社法改正試案の研究」, 金融・商事判例 第755号, 1986.

Carla Tavares Da Costa and Alexander de Meester Bilreiro, *The European Statute*, 2003.

Erik Werlauff, *SE...The Law of the European Company*, 2003, translated by Steven Harris.

Janet Dine, *EC Financial Market Regulation and Company Law*, 1993.

Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Oxford : Clarendon Press, 1999.

[Abstract]

Legal Ramifications of Company Establishment Procedures through Mergers under the Statute for a European Company

O, Sung-Keun

Professor, Law School, Jeju National Univ.

In regulating procedures taken to establish a company, the Statute for a European Company does not regard whether or not it is headquartered in an EU country as an issue to be examined. In that respect, it seems appropriate that academic and

business communities in Korea, anticipating participation from the ASEAN Economic Community and the East Asia Community, should start serious discussions and conduct studies on company establishment procedures and/or the processes required under the Statute for a European Company. Under the Statute for a European Company a company wanting to be fully qualified to operate within the EU must take one of the following forms: a holding company, a joint subsidiary company, a company created through a structural change of a pre-existing legitimate company, or a company created through a merger of pre-existing legitimate companies.

This paper mainly discusses provisions of the Statute for a European Company on company establishment procedures through mergers and related issues. Part II examines procedures through mergers, rights of member countries to appeal, disclosure requirements for merger plans, disclosure of a notice of a merger plan, safeguards for shareholders and creditors, approval of merger plans, deliberation on the lawfulness of a merger plan, exclusion of merger repeal, and finally small-scale mergers. Part III lists similarities and differences of the Statute for a European Company and Korean corporate law. In particular, the author suggests that Korean law, as with its European counterpart, also excludes any merger repeal system in execution.

The Statute for a European Company requires the lawfulness of a merger plan to be examined and determined before the actual merger takes place (Article 25 and 26), which in effect removes the need to include any merger repeal device in the law (Article 30, Line 2). These two matters are among the most unique characteristics and important features. Even though Korean law also takes the approach of excluding merger repeal devices as provided in Directive 3, it is hardly applied to actual cases. From this perspective, the author advises that Korean corporate law require the lawfulness of a merger plan to be examined and determined prior to the actual merger in order to minimize any possible conflicts on fairness issues surrounding future merger activities among companies.

Key Words : Third Council Directive No 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article[54(3)(g)] of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, draft terms of merger, acquiring company, notary, expert

