

企業合併에 關한 研究

林義澤
經營學科

(要約)

오늘날 우리는 貿易伸張이란 國內外的인 課題앞에 國際競爭에 있어서 有利한 立場을 確保하기 爲하여는 資本의 合同, 同種 業種間의 過熱된 競爭을 避하고 企業合同의 完全한 形態인 會社 合併은 當然한 時代의 要請이기도 하다.

企業의 集中現象의 한 形態인 企業合併은 經營의 合理化 市場獨占, 營業分野의 多邊化 例産 會社의 救濟等 諸般 經濟上의 目的을 爲하여 認定되고 있다.

合併은 企業合同의 가장 完全한 形態로서 會社法은 勿論 勞動關係法, 經濟法의 關心의 焦點이 된다.

A Study on Merger of Corporation

Lim Iey-Tack
Dept. of Management

<Abstract>

Nowadays Company Merger is proper for the occasion not only to get profitable trade expansion in the inside and outside of the country but also to avoid Combined capital and on overheated economy, bet ween the same Kind enterprise. But there is a lots problems legally on company merger, It is difficult to Understand the essentials of company merger because it had no the rules. Merger of Corportion as one type of concentration is the recognized institution for Various economic purposes such as

rationalization of management, expansion of business, avoidance of competition monopoly of market, realization of scale economies, diversification of business field, restoration of bankrupt corporation and the like, In reality, merger of Corporations are practised for Various purposes in many Countries and it is the main target of Corporation Law, and labor Law in the Senes that is the legal and economic integration of main economic subjects.

I. 序 論

우리 經濟에 있어서 問題로 抬頭되고 있는 産業마다 經濟力 集中의 增大는 全體 經濟力으로 보아 經濟力이 大規模 企業으로 集中되는 커다란 要因이 되고 있다.

이러한 集中이 많은 分野에서의 獨寡占의 進行¹⁾으로 消費者의 被害 中小企業의 몰락, 經濟合理化的 懈怠로 인한 國際 競爭力의 弱화 등을 招來케 한다.

이와같은 弊端이 있는 企業統合과 經濟力 集中의 規制는 오늘날 우리 經濟가 當面한 時急한 課題이기도 하다.

그래서 合併은 企業合同의 가장 完全한 形態이므로 그것이 미치는 經濟的 影響은 國際的 競爭力과 消費者 大衆保護問題에 이르러 法の 울타리를 넘어 政治的, 經濟政策的인 問題로 化하고 적게는 法の 울타리 속에서 獨占禁止法이 合併과의 關聯아래 考察의 對象이 된다.

企業合併의 意義와 規制

經濟發展과 더불어 一面에 있어서 企業의 巨大化 傾向이 있을뿐 아니라 他面에 있어서는 企業의 結合 乃至 集中이 일어나는 傾向이 있다.

이는 消極的으로는 自由競爭에서 오는 損害를 막고 積極的으로는 市場의 獨占을 企圖할 必要가 있기 때문이다.²⁾

美國의 경우 商法上의 合併以外에 株式 및 資産의 取得을 Merger라고 稱하고 있으며³⁾

獨逸에서는 企業間的 資本的 人的·組織的인 結合을 通하여 企業活動을 單一한 管理體制下에 統合시킴으로서 個別企業의 經濟的 獨立을 消滅시키는데 企業間的 統合의 過程 및 形態를 말하는 것으로 하고 있다.

日本의 경우도 一定한 去來分野에 있어서 競爭을 實質的으로 制限하는 株式保有 任員兼任, 合併 營業讓受 등을 企業統合으로 하고 있다.⁴⁾

1) 갈브레이스에 依하면 獨寡占 經濟下에는 官僚組織과 政府官吏들 사이에 官僚制度 撼着이 一般化되고 政治와 經濟의 腐敗過程이 深化되고 國家에 依한 支配力으로 業種間 調整이 失敗된다고 한다.

John K. Galbraith, Economics and public purpose 1973.

2) 田中誠二, 會社法研究, 407p.

3) 松下滿雄, 美國獨占禁止法, 1984, 103p.

4) 令村成和, 注解經濟法(上), 1985, 405p.

企業統合의 形態中에는 세가지 重要한 形態가 있는바 周知하는 바와 같이 칼텔(Cartel) 트라스트(trust) 콘체른(Conzern)이 이것이다. Cartel은 各 企業이 相互間에 獨立性을 가지면서도 一定한 條件을 履行하도록 協定하는 것이다. 協定の 內容에 따라서 條件Cartel 價格 Cartel 生産 Cartel 等으로 나누어진다. Cartel은 實地에 있어서 單一한 條件에 關한 協定이 아니고 여러가지 條件에 關한 協定인 것이 普通이다. 中央에 共同機關을 設置하여 目的 達成을 強化하는 境遇 이것을 高級 Cartel이라하며 Syndicate는 代表的 例에 屬한다. Cartel의 目的은 競爭 排除가 主目的이며 附隨的으로 市場獨占을 꾀하는 경우도 있다.

Cartel의 法律上의 形態는 普通의 債權 契約 形態를 採擇하는 경우와 法人의 形態를 採擇하는 경우가 있다.

Trust는 Cartel에 比하여 훨씬 強力한 企業集中의 形態이다. 이것은 市場의 獨占을 爲하여 各 企業體가 그 獨立性을 完全히 喪失하여 버리고 合同하는 것을 말하는 것이다.

Trust는 原則적으로 말하면 多數의 企業體가 完全히 合同하여 그 法的 獨立性을 喪失하고 單一한 企業體를 만들때에 形成되는 것이다.

그러나 中小企業體가 trust에 參加하는 企業의 株式을 一部分 所有하여 이것을 가지고 實質的으로 參加企業의 運營權을 掌握하게 될때에도 成立될 수 있는 것이다. 이러한 경우의 中小企業體를 特株會社라고 한다. (holding Company) Trust의 特質을 明白히 하기 爲하여 Cartel과 Trust의 特質을 比較하면

- a) 企業의 獨立性: Cartel은 各 參加企業體의 獨立性을 喪失치 아니하나 Trust는 喪失한다.
 - b) 結合의 形態: Trust는 市場獨占이 主目的이므로 同種 産業의 水平的 結合인 경우도 있고 原料에서 完成品까지의 垂直統合의 경우도 있다.
- 그러나 垂直統合이 더 重要한 意味를 갖고있다. 이에 反하여 Cartel은 競爭에 隨伴하는 損害 回避가 第一目的이므로 同種 産業間의 水平的 統合이 普通이다.
- c) 拘束力의 強弱: Trust는 各 參加 企業體가 獨立性을 잃으므로 參加企業을 強力하게 拘束할 수 있으나 Cartel은 參加 企業體가 獨立性을 가지고 있으므로 拘束力이 大端이 弱한 것이다.

Kongern: 同一한 資本原流에 屬하는 多數의 企業體가 法的으로 獨立性을 가지면서 中心企業의 統制에 服從하고 있는 企業集團을 말하는 것이다.

財閥의 結成目的은

- ① 各企業間의 生産技術 生産物의 需給 金融等の 經濟的 連結및 其他의 經濟外的 體結을 通하여 相互間의 利益을 促進하고
- ② 多角經營을 하므로써 資本의 危險을 分散시키고
- ③ 又한 경우에 따라서는 市場을 獨占하려고 하는 것이다. 財閥에 있어서는 中心企業의 資本이 一血族의 所有인 경우도 있었으나 반드시 그런것도 아니고 少數의 各個人所有도 있으며 相當數의 各個人의 所有가 될 수도 있다.

財閥에는 金融企業이 從屬되는 경우가 많으나 金融企業이 中心企業의 位置를 차지하여 傘下의 企業을 支配하는 경우에는 金融獨占體가 成立하게 되며 이를 固有한 意味

에 있어서의 Konzern이라고 하는 사람도 있다.

獨占規制法上の 企業統合概念은 各國의 獨占禁止法上の 手般에 依한 事業活動全體의 統一的인 支配를 基本的 特質로 한다고 할 수 있다.⁵⁾

日本은 二次大戰后 占領軍에 依하여 이른바 財閥解體政策의 一環으로 財閥形成을 容易하게 하는 것으로 認定되는 商法の 規程을 改正하였다.

分割納入制度 廢止는 集中排政策과 더불어 이러한 歷史的 政治的 背景을 가지고 있는 것이다. 이 代價로서 授權資本制度和 無額面株制度 株主地位의 強化 株主總會에서의 地位強化로서 決議要件의 強化 決議權의 制限을 簡單히 許容치 않는것 無議決權株의 制限 累積投資로 決議權 保障, 株主總會를 通하지 아니한 監督的 權利로서 留止請求權 代表訴訟帳簿 閱覽權等 美國의 判例法上の 制度의 採擇이었고 株主의 財産的 地位의 強化로서 投下 資本回收을 爲한 自由讓渡性과 株式買取 請求權 制度를 設定하였다.

株式의 絶對的 自由讓渡性 保障制度는 他國의 類例없는 日本憲法上の 戰爭施棄條項과도 같은 것으로⁶⁾ 看做되고 있다. 그 후 다시 改正되었지만 Konzern과 法の 規制, 企業의 Konzern을 어느 程度 認定하느냐는 經濟政策的 問題에 있어서는 二次大戰后 여러 나라에서 美國을 본받아 獨占禁止法을 制定하여 企業集中을 國家의 統制下에 두고 있다.

西獨에 있어서는 連邦廳에 届出 義務를 規程하고 있을뿐 集中을 制限하거나 別途로 國家의 承認下에 두지는 않고 있다.

이에 反하여 日本에서는 占領軍의 集中排除政策에 依하여 私的 獨占의 禁止및 公正去來의 確保에 關한 法律이라는 競爭制限禁止法이 制定되었다.

日本의 獨占 禁止法은 最初에 合併에 關하여 認可制를 採擇하였으나 事前届出制로 改正되어 公正去來委員會가 規制하려고 하면 届出后 30日內에 審判開始決定 乃至 勸告를 하도록 되어있다.

卽 會社는 公正去來委員會에 届出을 要하고 届出受理後 30日을 經營하기까지는 合併을 해선 안된다. 又한 外資導入과 證券消化 促進을 目的으로 株式保有制限 役員費化 制限 營業表裏渡等 從來의 規定을 緩和하고 企業綜合制限條을 大幅緩和하였다.

다음 2가지 경우에는 合併은 禁止된다.

1. 當該 併合에 依하여 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하게 되는 경우
2. 當該 合併이 不公正한 去來方法에 依한 것일 경우

上記 規程은 合併이 市場 支配力을 形成하는 寡點狀態를 招來하는 것을 意味하고 이는 現實的 支配力이 아니고 市場支配의 可能性으로 足한것으로 한다.⁷⁾

그러나 이러한 合併은 規制하는 獨禁法 規程은 政府通産省 및 企業의 利益에 埋沒된

5) 令村成和, 獨占禁止法, 1977, p. 70.

金忠煥, 公正去來法解説1987, p. 53.

李南基, 新公正去來法, 1987, p. 147.

우리나라의 경우 一般的으로 個別企業의 經濟的 獨立性이 없어지고 事業活動의 意思決定이 結合되어가는 企業間的 資本的 人的 組織的 結合을 意味하는 것으로 보고 있다.

6) 矢澤淳, 鴻常夫, 會社法 展開 課題, p. 46.

7) 法律新報, 1978, 8. 獨占禁止法 變質過程 宮坂富之助, 大型合併, p. 41.

政治家와 官僚에 依하여 이른바 新産業秩序政策의 이름으로 事實上 後退하고 有名無實化되어 구 財閥系 Konzern의 再編에 強固한 基盤을 주어가고 있는 實情인 것이다.⁸⁾

美國에서는 私의生活 또는 不當한 去來制限을 하고 또는 不公正한 去來方法을 使用한 事業者는,被害者에 對하여 損害賠償의 責任을 진다.

또한 事業者는 故意 또는 過失이 없었음을 證明하여 前項의 規程을 免할 수 없다.

即 被害받은 個人이 直接으로 裁判所에 請求한다. 確定하면 被害額의 3倍를 賠償할 수 있다. 日本에서는 3倍補償制度는 없다.

美國에서는 이 法律의 發生過程에서 1890年 以前의 大統領 選舉에서 反獨占政策을 하지 않으면 當選이 不可能한 程度로 思想이 一般化하였다.

Sherman Act制定의 前의 일이다. 獨占은 個人의 基本權인 自由의 侵害라는 思想이 一般人 가운데 意識化되어 定着하고 있는 것이다.

19世紀 美國의 獨占의 악날함은 或者의 帝國主義가운데서 여기에 따르는 것은 獨占到에 따르느냐 아니면 獨占到에 依하여 破滅하느냐 라고 했을 程度인 것이다. 그리고 美國은 市民이 스스로 獨占到에 對해서 直接으로 反抗하나 日本에서는 公正去來 委員會가 代身해 준다는 差異點이 있는 것이다.

美國에서는 獨占到이 明白한 惡이라 獨禁法 違反의 經營者는 두번다시 實業界에 그 地位를 세울 수 없는 強盜와 같은 破廉恥罪로 認識될 程度의 精神的 土壤이 이루어져 있는 것이다.

따라서 이러한 意味에서의 企業이란 獨占規制法上에서 말하는 事業者의 概念과 一致한다고 思料된다.⁹⁾

獨占을 爲한 合併이 放任된채로 獨禁法은 制限되지 아니하고 價格監視機構를 만들어 管理價格을 統制한다는 것은 經濟統制法時代로 逆行한다는 非難을 免치 못할 것이다.¹⁰⁾

(別表 1, 2參照)

우리 韓國에 있어서도 製造會社가 別途로 販賣會社를 子會社로서 設立하여 親子關係會社로서 並存하는 경우가 점차 많아져 가고 있으며 合併은 이들 親子會社間에서 이루어지는 경우가 日本의 경우엔 49%로서 가장 높은 比率을 나타내고 있음이 報告되어 있다.¹¹⁾

이리하여 親會社는 子會社를 支配하고 子會社의 大部分의 流通資產을 無利子나 또는 極히 값싼 利子로서 利用하게 되며 子會社에서 原價보다 싼값으로 製品을 販賣케 하거나 子會社의 株主와 債權者는 親會社와 그 株主나 經營者의 利益을 爲한 것이 되어 親子會社는 끝내 合併으로 나아가게 되고 따라서 合併에 當하여서는 子會社의 株主와 會社 債權者는 損害를 免치 못하게 되는 것이다.

이러한 危險은 어떤 方法으로든지 回避되지 않으면 안될 것이다.

西獨은 株式法 改正으로 이러한 支配從屬關係에 있는 會社間에 秩序를 賦與하려고 하였다.

8) 前掲法律新報, p. 24, 獨占禁止法 變質過程.

9) 參考로 英國의 1973年 法第63條2項은 企業을 事業活動 또는 그 一部로 定義하고 있다.

10) 獨禁法15條 大型合併 円宗昭信.

11) 商事法研究293號.

〈別表 1〉 企業結合 件數 (81.4~86上半期) (朝鮮日報 1987年3月14日字)

* ()안은 %를 표시.

	'81	'82	'83	'84	'85	상반기	'86 상반기	합계
주식취득	81(54.7)	125(43.4)	132(62.9)	75(32.5)	71(41.0)	38(40.9)	37(43.0)	521(45.9)
임원겸임	8(5.4)	66(22.9)	21(100.0)	22(9.5)	12(6.9)	8(8.6)	17(19.8)	146(12.9)
합 병	34(23.0)	31(10.8)	17(8.1)	38(16.5)	40(23.1)	22(23.7)	15(17.4)	175(15.4)
영업양수	10(6.8)	12(4.2)	16(7.6)	21(9.1)	9(5.2)	3(3.2)	7(8.1)	75(6.6)
회사신설	15(10.1)	54(18.7)	24(11.4)	75(32.4)	41(23.6)	22(23.7)	10(11.6)	219(19.3)
합 계	148(100.0)	288(100.0)	210(100.0)	231(100.0)	173(100.0)	93(100.0)	86(100.0)	1136(100.0)

參考 1967~1976(10年間) 合併 173件中 新設合併은 韓國綜合化學(1973年) 1件뿐임.

〈別表 2〉 계열·비계열별 기업합병건수 (81.4~85.12) (韓國經濟新聞 1987年7月28日字)

구분	총건수	계열	비계열	30대기업군	계열	비계열
합병	160	144	16	72	65	7

이것이 西獨의 株式法改正에서의 Konzern法에 關한 考察을 必要로 하게 하는 所以이다.

現存하는 西獨의 株式會社 가운데 70%가 Konzern에 依하여 相互 連結되어 있다는 西獨經濟社會의 現實에 基礎를 두고 있는 것이며 이러한 企業의 結合關係하는 事實關係에 對하여 法律規律을 賦與함을 目的으로 하고 이로써 企業結合에서 일어나는 各種 危險에 對處하는데 그치고 있다. 이 法은 다시 編入이라는 새로운 會社의 結合 形式을 創設하였다.

이것은 實際上은 合併의 效果를 發生하나 編入된 會社는 依然히 法人格 따라서 權利能力을 가지고 있다. 親會社는 編入된 會社에 對하여 完全한 指揮力을 取得하고 編入된 會社의 財産을 自由 處分할 수 있는 代身 親會社는 編入된 會社의 貸借對照表上 損失을 補償해야하고 이는 請求權의 形態를 取하며 新會社는 編入된 會社의 債權者에 對하여도 이 會社와 함께 直接으로 責任을 지며 이 編入은 國內에 住所가 있는 雙方 株式會社間에서만 可能하도록 한 것이다.

獨逸新株式法에 있어서 Konzern親制의 最大의 特色은 支配會社의 從屬關係에 對한 事實上的 支配를 合法化하는 代價로서 被支配會社와 그 小數株主및 債權者의 保護豫附畜置가 Konzern의 支配權力行使와 同時에 自動적으로 動作하겠끔 法律上으로 規程되어 있다는 點이다. 卽 Konzern의 支配의 合法化는 支配契約이 兩會社間에 締結되므로써 이루어진다.

이 支配契約締結은 從屬會社의 總會의 承認이 必要한 同時에 이 支配契約에는 從屬會社및 그 小數株主 債權者의 保護豫防措置에 關한 約束이 記載되어 公示의 原則에 따라 商業登記簿에 登記하여야 비로소 支配契約은 效力을 發生하여 여기에 記載할 保

護豫防措置란 다음과 같은 것이다.

- a) 從屬會社의 支配契約期間中の 法定準備金 積立 및 그 維持 義務
- b) 支配會社에 依한 損失負擔 義務
- c) 支配契約 終了時의 支配會社의 會社債務에 對한 擔保提供 및 保證義務
- d) 支配會社에 依한 被支配會社의 小數株主를 爲한 利益配當의 保證條項
- e) 配當保證의 相當性의 確保—株主에 依한 配當 保證의 相當性의 與否의 法院에 對한 檢査請求權
- f) 株主에 依한 自己의 株式과 支配會社 株式과의 交換請求權
- g) 自己의 株式의 支配企業에 對한 買取 請求權의 行使
- h) 交換 또는 支拂代價의 相當性與否의 法院에의 檢査 請求權

勿論 支配契約의 締結만으로는 支配企業이 從屬企業으로 하여금 그 利益을 提供케 할 수는 없다.

이를 爲하여는 別途로 利益供與契約을 締結치 않으면 안된다.

그밖에 株主總會에 있어서의 올바른 意思形成을 保障하기 爲하여 다음과 같은 規程이 있다.

1. 親會社의 株式을 子會社가 所有하고 있는 경우 그 子會社의 所有하고 있는 株式에 對하여는 議決權은 行使할 수 없다.
2. 相互參加의 경우 雙方의 會社가 相互間에 他會社에 對하여 50%以上의 比率로서 參加하고 있는 경우에는 雙方의 會社는 서로 從屬하고 있는 것으로 看做되고 어느 側에서도 議決權을 行使할 수는 없다.
3. 從屬企業에 對한 支配力을 自己株式取得 禁止를 潛脫하기 爲하여 利用하는 것은 許容되지 아니한다. 따라서 從屬會社가 支配會社의 株式을 取得할 수 있는 것은 그 支配會社가 自己의 株式을 取得할 수 있는 것과 同一條件下에서만 可能하다.
4. 從屬會社는 支配會社의 增資의 경우에 그 株式을 引受할 수 없다.
5. 決算檢査人은 株式會社의 年度決算書 檢査에 있어서 當該 株式會社를 支配하는 會社에 對해서나 當該 株式會社를 支配하는 會社에 對해서나 當該株式會社에 對해서도 說明이나 證明을 求할 權利가 있고 特別 檢査人도 마찬가지다.

그밖에 Konzern 貸借對照表 Konzern 損益計算書 Konzern 營業報告書를 作成하게 하며 個人企業의 個別的 決算보다도 Konzern決算을 重視하고 土位會社의 理事에 依하여 그 會社의 決算日에 이것을 作成케 하였고 資本參加關係의 通知制度로 公示의 原則을 強化하여 어떤 企業이 어떤 株式會社의 株式의 1/25以上을 取得되면 그 企業은 그 뜻을 株式會社에 通知하게 하였으며 이 通知義務는 通半數參加 卽 50% 以上을 갖게된 경우에도 發生하며 通知받은 會社는 新聞과 營業報告書에서 이를 公告하도록 되어 있다.¹²⁾

우리나라에서도 競爭의 排除에 의한 獨寡占의 弊害는 우리 經濟의 特有한 狀況때문에 일찌기 現實化되었다. 이미 1963年9월에 公正去來法이라는 이름의 法案이 國會에 提公된바 있었고 1969年4월에 다시 獨占規制法案이 國會에서 檢討된바 있었다. 그러나 이러한 法案들은 廣範圍한 社會的 輿論의 뒷받침을 받고있음에도 不拘하고 本格的

12) 獨逸의 Konzern法 海外商事法務, 1976年 54號, p. 12. 新獨逸 株式法 概略

인 審議의 對象으로 되지도 못한채 會期 滿了로 因한 自動폐기로 成立하지 못하였다.

그러다가 1980년에야 “獨占規制및 公定去來에 關한 法律”이 制定되어 施行되기에 이르렀다. 그리고 近來에 企業의 門어말式 擴張을 막기 爲한 企業結合規制의 強力한 意志를 關係機關에서 보였으나 이것도 獨占規制法改正에 그대로 反映되지 못하였다.

資本主義의 國民經濟는 그 歷史的 過程에서 國家의 干涉으로부터의 自由를 그 本質로 삼고 있으나¹³⁾ 이것은 經濟外的 制約이 社會的 生産力의 發展을 制約하고 있었던 前近代의 社會에 對한 否定으로서의 內容이며 國家의 經濟的 干涉으로부터의 安全한 自由를 意味하는 것은 아니다.

그래서 資本主義經濟는 自由主義의 合理性을 회복하기 爲하여, 또 社會的 欲求의 充足을 爲하여 獨寡占 規制 乃至 公正去來法의 施行 等 國家의 干涉을 必要로 하게 된 것이다.

營業의 自由에는 營業하는 것의 自由와 營業活動의 自由의 두가지 內容이 包含되어 있다.¹⁴⁾

營業하는것의 自由에는 開業의 自由, 營業의 自由(維持, 存續, 廢業)가 있으며 營業活動의 自由에는 營業으로서 어떠한 內容및 樣態의 活動을 하겠는가 하는 自由이다.¹⁵⁾

따라서 獨占規制法은 既存 또는 潛在의인 競爭者를 市場에서 排除하려고 하는 獨占 및 不當한 去來拒絶等을 禁止하므로서 親規로 營業을 開始하는 自由및 營業을 維持存시키는 自由가 確된다.¹⁶⁾

憲法上的 營業의 自由에 對한 制限은 公共의 福利에 適合한 即 許容되는 것이고(憲法第37條2項) 獨占規制法은 公正하고 自由로운 競爭을 促進하므로서 一般 消費者의 利益을 確保하고 國民經濟의 民主的이고 健全한 發展을 促進하는 것을 目的으로 하고 있다.

따라서 營業의 自由는 憲法上 公共福利에 依한 制限이 相當한 程度로 許容되는 것으로 生覺된다.

○ 完全 開示의 理論과 合併

安全 開市의 理論과 會社의 合併의 問題는 近代 資本主義의 支柱인 大會社의 成長의 樣式과 密接히 關連되어 있다. 株式會社는 3가지 重要한 方法에 依하여 그 支配下에 있는 富를 增大시킬 수 있다.

첫째로 當該會社의 收益의 再投資 둘째는 公開市場을 利用한 會社證券의 發行에 依

13) 岡田與好는 營業의 自由는 歷史的으로는 國家에 의한 營業産業規制로부터의 自由일 뿐만 아니라, 무엇보다도 營業의 獨占과 制限으로부터의 自由이며 人權으로서 追求되어야 함. 獨占??營業??自由 1975, p. 31.

14) 丘秉朔, 新憲法學原論, 1988, p. 508.

15) 竹內昭夫, 現代企業法講座(企業法 總論) 1984, p. 251. 令村成和, 「經濟活動과 行政介入」, 成田賴明篇 增刊「行政法의 爭點」, p. 318: 以外에 營業의 自由에 對하여는 職業選擇의 自由가 단지 從事할 職業을 決定할 自由뿐만 아니라 그 職業을 行하는 自由(營業의 自由)를 包含한다고 하여 營業의 自由를 職業選擇의 自由에 包含되는 것으로 보는 自由見解와 營業의 自由를 財産權의 保障에 依하여 保護되는 것으로 보는 見解가 있다.

우리나라에서는 職業選擇의 自由는 營業의 自由보다 넓은 概念으로 營業의 自由는 마땅히 職業選擇의 自由에 包含되는 것으로 본다.

16) 竹內昭夫, 前掲書, p. 252.

한 新資本의 增加

셋째는 證券의 購入 또는 交換에 依한 他會社의 支配의 獲得이다.¹⁷⁾

첫째것은 配當可能한 純所得을 社內留保하는 것이며 1922년부터 1927년에 이르는 동안 美國의 108個의 大會社는 配當可能한 純所得의 38.5%를 社內留保하였다.

둘째로 大會社의 成長의 55%以上은 追加諸證券의 公衆에의 發行에 依하여 卽 一般投資家에 對하여 發行되었다는 것은 極히 重要的 事이다.

셋째로 諸 大會社를 成長시키는 세번째의 훌륭한 方法은 合同 또는 合併에 依한 事이다. 1919年에서 1929年까지의 11年間 美國의 200個의 大會社로서 收된 49社 以上이 一時에 또는 上記期間中의 어느 時期에 同一List에 收錄된 다른 大會社와 合併함으로써 消滅하였다. 前記한 List에 올려진 諸會社가 吸收한 小規模會社의 全部를 記錄하는 것은 廣大한 作業이라 生覺된다.

美國에 있어서의 1920年代의 이러한 資本主義의 物결이 오늘날 이웃나라인 日本에 蔓어닥쳐 大型合併의 社會的 問題를 일으키고 있는것은 興味있는 일이 아닐 수 없다.

어쨌던 오늘날 株式의 分散은 極度에 이르러 어른과 어린이를 包含한 美國人의 8名中 1人이 美國의 1個 또는 數個의 會社의 株式를 所有하고 있는 것이다.

이러한 株式의 分散을 뒷받침하는 것은 完全 開示의 理論이다.

1933年의 證券法의 基本原理는 會社의 公開帳簿를 健全한 會計慣行에 따라서 作成하여야 한다는 것과 이 會計帳簿는 會社와 利害關係없는 公認會計士에 依하여 監査되어야 한다는 것이었다. 美國에서는 投資者에 提供되는 會社의 會計上의 情報는 稅務官置 또는 會社에 資金을 貸付하는 銀行 其他의 債權者에 對한 것과 同一한 것이 아니면 안되는 것이다.

一般의 投資大衆도 會社의 部內者와 同一한 情報를 얻을 수 있어야 한다는 生覺이 發達한 것이다.

다시 投資者는 어떤 證券에 投資할 것인가?를 決定하기 爲하여 必要的 모든 重要事項을 알려주는 計劃趣旨書를 交付받도록 되어 있으며 이러한 原理에 立脚하여 證券去來法이 制定되어 있는 것이다. 會社內容의 完全公開는 投資를 誘因하는 重要的 要求라는 事實이 證券 業界에 是認되어 있다.

株式所有의 分散은 企業의 形態가 小規模의 家族的 企業에서 大規模의 公開的 企業으로 發展하여 감에 따라 高度化하여 지금 이것은 非單 美國의 現象에 그치지 않고 獨逸, 英國, 日本에까지 이러한 傾向이 나타나게 되었다.

株式所有의 分散은 株式會社의 授權資本의 制度와 같이 會社資本의 達調方法에 屬하는 것이다.

株式의 廣範圍한 分散을 뒷받침해 주는 것은 美國에 있어서는 1920年代부터 始作된 從業員 持株制度와 消費者 持株運動이었다.¹⁸⁾

이런 意味에서 우리 資本市場 育成에 關한 法律이 公開法人이나 上場法人의 從業員에게 新株發行의 경우 發行株式의 10%內에서 新株優先引受權을 保障한 것은 劃期的인 일이었다. 그러나 尙今도 株主로부터 直接達되는 自己 資本의 比率이 적고 金融

17) 近代株式會社와 私有財産, p. 51 日譯版, Berle & Means

18) Berle & Means, 日譯版 近代株式會社와 私有財産.

機關을 통한 間接的 他人資本의 調達에 依存하는 率이 너무나 높은 우리의 實情이다. 이것은 우리나라의 會社가 一般投資家에 對하여 有明한 Brandeis判事의 이른바 『個人의 機會에 對한 侵害의 恐怖』 會社에 依한 資本의 吸收에 對한 恐怖의 對象이 되고 있기 때문인지도 모른다.

그러나 初期의 會社는 모두 이러한 恐怖의 對象이 되어 왔다. 어쨌든 우리들의 會社의 資本의 供給人인 큰 金融機關(銀行保險會社等)은 投資에 있어서 自己自身을 保護할 수가 있으므로 이들 큰 金融機關에 있어서는 投資者 保護의 方法은 그렇게 必要한 것은 아닌 것이다.¹⁹⁾

投資者가 自己의 貯蓄을 企業에 投資하게 되면 될수록 이들 投資者를 保護하는 立法上은 더욱 必要하게 되는 것이다. 安全開示의 理論이 投資者 保護를 爲하여 얼마나 必要한 것인가?는 前述한 바와 같다. 따라서 株式의 分散을 云々하기 前에 充分한 法의 準備가 必要한 것이다.

合併에 關聯하여 會社의 內容은 어느 程度 開示되는 問題에 關하여

會社가 合併決議를 할때에는 그 決議가 있을날로 부터 2週間內에 財産 目錄과 貸借對照를 作成하여야 한다고 規程하고 있을 뿐이다.

이에 對하여 日本 商法이 合併貸借對照表를 本店에 備置하여야 하고 株主와 會社債權者는 이의 閱覽을 求하고 또는 謄本이나 抄本을 請求할 수 있게 한 것은 한 層더 開市의 原則을 充實한 것이라고 할 것이다.

卽 合併은 資本의 再構成이며 投資資本의 한 形態인 것이므로 그 內容을 投資家에게 公開하는 것은 다른 證券投資의 경우와 마찬가지로 投資의 誘因으로서 必要한 일이기 때문이다.

또한 그들은 上場株의 議決權의 代理行使의 勸誘에 關한 規則(日本證券 去來委員會 規則 第13號) 第1條에서 證券去來所에 上場되고 있는 株式의 發行會社의 株式에 對하여 自己 또는 第三者에게 그 議決權의 行使를 代理시키려고 하는 勸誘를 할려고 하는 者는 勸誘를 받을者에 對하여 勸誘와 同時에 또는 이에 앞서서 議決權의 代理行使에 關하여 參考가 된 書類를 提供하지 않으면 안된다고 規定하고 이 參考書類란 것은 株主總會의 議決事項이 會社의 合併에 關한 것인 경우에는

1. 合併 契約書의 內容
2. 合併 當事會社의 最近事業年度末의 貸借對照表
3. 合併 當事會社의 最近事業年度의 損益計算書라고 規定하고 있어서

完全開市의 理論을 採擇하고 있다. 合併當事 公事間에 Konzern 關係가 存在할 경우에는 그 株主와 債權者 保護問題는 連結財務諸表의 問題로서 完全開市의 必要性을 가장 잘 說明해 주는 것이다.

그러므로 이에 對하여 간단히 살펴보기로 한다.

連結財務諸表制度의 法律化와 合併 A D R 發行이나 世銀借款의 問題가 있는 國家間에 있어서는 美國의 證券關係法令이나 美國의 證券去來所法에 基하는 規則에 依해 財

19) 美國과 日本의 會社法, p. 368.

務諸表의 連結이 強制되거나 아니면 相慣例에 依하여 法院으로부터 財務諸表의 問題가 生겨난 것이다.

日本에 있어서는 有數한 會社들이 自發적으로 그 會社와 系列會社의 業績을 總合한 連結 財務諸表(例하면 그 會社와 그 會社의 直[○]間接으로 50%를 超過하는 株式을 保有하는 主要한 子會社의 財務諸表를 連結한 것)

여기서는 內部勘定및 重要한 內部去來額은 除去되었다를 自然的으로 新聞公告하고 있는 例가 있는 것이다.

이것은 美國에 있어서 日本會社의 轉換債發行의 必要에서 作成한 것이고 實質的 株主人 A D R 所株人인 美國人에게 公하는 것은 自己나라 株主들에게도 公表하는 것이 좋다고 生覺하여 自發的 新聞公告를 하고 있는 것이라고 한다.

連結財務諸表가 公開的으로 問題된 것은 1967년부터이고 이는 粉飾決算防止對策의 하나로서 問題視된 것이다.

例를 들면 親會社의 利益을 크게 表示하기 爲하여 現實的으로는 販賣會社인 子會社에 商品을 賣却處分하고 引渡해 버리면 子會社에서는 商品의 賣却이 全然 이루어지지 않더라도 現在의 價格企業中心의 會計原則이나 이를 前提로 하는 法制下에서는 아무런 規則도 할 수 없는 것이다.

이에 對하여 財務諸表를 連結하여 連結貸借對照表 連結損益計算書의 形態를 取하면 子會社가 商品을 賣却하기 까지는 親會社의 利益으로서 表示되지 않게 되므로 이러한 넓은 意味 卽 實質的 意味에서 粉飾을 防止할 수가 있다는 것이 이 制度의 意義라고 할 것이다.

單純한 監査에 거치지 아니하고 結合企業에 있어서 企業經理內容의 完全하고도 眞實한 公開의 目的을 達成하려면 連結財務諸表의 必要性을 結合企業이 全體로서 얼마나 資産과 負債를 가지며 外部와는 얼마나 去來를 하고 그 結果 얼마나 利益을 올리고 있는나를 親子會社를 會社의 本支店과 同一視하여 親會의 投資勘定과 自會社의 資本勘定の 相殺消去 兩者間의 債權債務의 相殺消去 兩者間의 損益去來의 相殺消去를 하여야 한다는 結論이다.

우리는 結合 企業關係에 있는 親子會社에 있어서의 合併에 있어서 連結財務諸表에 依하지 아니하는 限 單純한 合併貸借對照表가 어떻게 그 少數株主와 債權者를 保護할 수 있겠는지? 疑心하지 아니할 수 없는 것이다.

連結財務諸表의 採擇에 있어서 漸進主義論이나 會計慣行育成論, 連結納稅申告制度의 採用論이 없는바 아니지마는 적어도 合併하려는 會社間의 結合企業의 關係가 있을 경우에는 合併으로 因한 株主 地位의 變化 그가진바 議決權에의 影響 또 合併으로 因하여 生기는 會社의 物質財産的 基礎에 있어서의 甚한 變動은 적어도 合併貸借對照表는 連結貸借對照表임을 要求하여야 한다는 最低線이라도 設定하는 것이 妥當하지 않을까? 合併으로 因한 變動이 少數株主와 債權者에게 주는 영향은 親子關係의 單純한 繼續으로 因한 少數株主와 債權者에게 주는 영향에는 도저히 比較할 수 없이 크다.

美國에 있어서는 戰前에 이미 連結表示를 要求하고 있었고 英國은 1948年 會社改正法 獨逸은 1965年 改正에서 連結表示를 強制하고 佛蘭西도 1936年 그 作을 認定하는

限 據規定을 든 것이다.

그러나 美國은 稅法上 連結納稅申告가 먼저 制度化되고 日本에서는 東京證券去來所의 行政措置로서 上場會社에 連結表示를 要求하며 連結表示의 制度化的 促進을 期하고 있는 것은 注目할만한 事實이 아닐 수 없다.

II. 株式의 相互保有와 合併

1. 特別利害關係人の 議決權排除와 合併

株主는 原則으로 株主總會에서 議案에 關하여 議決할 權利를 가지는 것인데 議案에 對해서 特別 利害關係 있는 者에게 議決權의 行使를 認定하면 會社나 他株主를 害하고 自己에게 利益이 되도록 行使할 可能性이 있기 때문에 이들은 그러한 경우에 限하여 議決權을 갖지 않는 것으로 規定되어 있는 것이다.

그런데 特別利害關係 一般株主에게는 平等하게 關係하지 아니하고 當該 特定한 株主의 利益에만 特別 關係하는 것을 말하는데 商業上은 包括적으로 特別利害關係人으로 規定되고 있을 뿐으로 具體적으로 어떠한 者가 特別利害關係人이 되느냐? 하는 點은 學說上 다툼이 있는 것이다. 이 點에 關聯하여 合併에 있어서는 從來 다음과 같은 問題가 있다.

即 合併의 決議가 行하여지는 경우에 合併當事會社의 一方이 他方의 株主인 경우에 그 會社가 株主로서 決議權을 行使할 수 있는가? 하는 것이다. 이에 對해서는 肯定說과 否定說이 나누어져 있다.

肯定說에 依하면 合併은 組織法上의 行爲이고 거기에는 協同關係는 存在하나 利益相反 行爲는 存在하지 아니한다.

合併契約에 依하면 兩會社의 人的 物的 要素가 하나로 되는 物權的 效果가 發生하는 것으로 對 價値關係에서 出發하는 債權契約과는 相異한 것이고 假令 合併으로서 當事會社間의 利益相反을 생기게 할 行爲라고 하더라도 合併은 當事會社의 合一을 招來하므로 이러한 利益의 對立은 結局 解消한다.

合併은 社團法上의 現象이고 單純한 去來法上行爲와는 달라서 商法の 이 規定은 去來上의 行爲에는 그 適用을 制限하여야 한다고 主張한다.²⁰⁾

이에 對하여 否定說은 合併이 完成된 狀態에서는 利害를 超克하는 關係이지만 그것이 이루어지는 段階에서는 決議의 對象이 되는 合併條件(合併契約書)에 對하여 相互間에 利害가 對立하는 것으로서 去來關係와 類似한 面이 있고 例컨데 親會社가 子會社를 吸收合併코저 하는 경우에 子會社의 合併決議에 있어서 親會社가 株主로서 그 決議權을 行使할 수 있느냐 하면 이때 合併에 關한 株式의 割當比率等에 關하여 親會社는 子會社의 株主로서 가지는 利益에 基하여서가 아니고 合併의 相對方으로서의 利

20) 田中耕太郎 商法學特殊問題, p. 262.

鈴木竹雄 會社法, p. 115.

石井, 大隅 全訂會社法論中券, p. 38.

害關係에 基하여 그 議決權을 行使하는 것이 豫想되고 또한 이에 依하여 子會社에서의 親會社 以外の 株主는 그 株主로서의 利益에 損害를 입게된다.

따라서 子會社의 合併決議에 있어서는 그 合併의 相對方인 親會社는 特別利害關係에 該當하고 그 議決權을 行使할 수 없다고 主張한다.

그리고 否定說을 支持하는 또다른 學者는 Konzern關係에 있어서 이른바 特別利害關係人으로서 어느 範圍의 者가 議決權行使에서 除外될 것이냐? 하는 問題에 對하여 日本의 學說의 傾向이 否定說에 기울어지는 것을 非難하면서, 이들 肯定說은 主張하기를 萬若 多數株主들을 特別利害關係人으로 規定하여 議決權을 行使하지 못하게 하면, 不當하게도 少數者들만의 議決로서 決議가 成立하므로 資本團體인 株式會社의 本質과 서로 모순되는 것이라고 主張하지마는 그러나 이러한 肯定說에 따르면 事後救濟條項을 有名無實하게 만들고 同案의 存在理由를 無視하는 結果가 되므로 不當하고 議決權을 行使할 수 없었던 경우에 決議가 현저하게 不當하고 그 株主가 議決權을 行使하였다면 이를 阻止할 수 있었을 때에는 그 株主는 그 決議의 날로부터 2月內에 決議의 取消 또는 變更의 訴를 提示할 수 있다.

그리고 獨逸株式法上 親會社의 株式을 子會社가 가지고 있을 경우에 親會社 株主總會에서 子會社의 議決權 行使는 親會社의 意思에 依하여 決定되므로 이것을 自己株式取得과 同一視하여 子會社에 依한 議決權 行使를 否定하는 見解가 있으나 親會社와 自會社는 別個의 人格이므로 自己株式取得의 경우와는 同一視할 수는 없지마는 子會社와 親會社는 經濟的 一體의 關係에 서기 때문에 特別 利害關係있는 者로서 子會社가 가지고 있는 親會社의 株式에 對해서는 議決權을 行使할 수 없다.

왜냐하면 決議에 依하여 直接으로 權利를 얻고 義務를 免하는 者는 勿論이고 다시 이러한 者와 經濟的 一體의 關係에서는 者도 議決權의 行使에 依하여 會社自體의 利益을 害할 憂慮가 있다고 하고 萬若 그렇지 않으면 自己와 經濟的 一體關係에 있는 다른 者에게 株式을 讓渡하여 이에 依하여 이 規定을 潛脫하게 되기 때문이라고 한다.²¹⁾

그러나 肯定說과 否定說의 中間에 서서 Konzern關係에 있는 會社가 同 Konzern關係內의 他會社의 株式을 가지는 경우에는 特別 利害關係人이 되는 경우가 많을 것이나 各 경우에 따라서 決定할 수 밖에 없다고 하는 學說도 있다.²²⁾

生覺컨데 合併이 社團法人의 現象이고 組織法上의 行爲이므로 特別 利害關係人의 議決權을 肯定하는 見解는 合併本質에 關하여 人格合一說을 取하는 結果라고도 할 수 있다.

그러나 現物出資說을 取하는 見地에서는 合併은 解散會社의 營業全部를 現物出資로 하는 新會社의 設立(新設合併) 또는 存續會社의 資本增加(吸收合併)라고 하므로²³⁾ 合併에 全혀 去來法的 要素가 없다고는 하기 어렵다. 또한 人格의 合一이란 合併을 事後的으로 觀察한 結果이며 그 人格의 合一의 過程을 無視하는 것이다. 따라서 合併을 “事前的”으로 觀察하는 경우에는 合併의 過程에 浸透해 들어오는 企業家들의 利益追求에 따르는 利害關係를 看過할 수 없다. 또한 外國의 立法例를 考察하건데

21) 松田二郎 株式會社法の 理論, p. 303.

22) 田中誠二 例解商法, p. 395.

23) 竹田省: 商法の 理論과 解釋, p. 221.

佛蘭西 商事會社法은 다른 會社가 그 會社의 1/10을 超過하는 資本部分을 가질 때에는 參加會社의 株式을 갖지 못한다.

이 會社가 그 株式을 갖게된 때에는 命令이 定하는 期間內에 讓渡하여야 하고 이 株式에 關하여 決議權을 行使하지 못한다. 라고 規定하고 있으며 英國會社法은 從屬會社(子會社)에 依한 持株會社(親會社) 株式의 取得을 全面的으로 禁止하고 會社가 自己會社나 또는 그 持株會社와 株式의 購入 또는 買入申請을 爲한 財政援助條項의 禁止를 規定하고, 또 從屬會社는 原則으로 親會社의 會合에서 議決權을 行使할 수 없다고 規程하고 있으며, 獨逸株式法도 從屬會社(子會社)는 自己株式取得이 許容되는 것과 同一條件에 該當하는 경우 以外에는 支配會社(親會社)의 株式을 取得할 수 없고 또한 子會社의 所有하고 있는 親會社의 株式에 基하여는 議決權을 行使할 수 없다.

美國에서는 特別利害關係가 理事會에서는 問題가 되고 있으나 株主總會에서는 Majority를 가진 者의 發言權을 封鎖하므로 資本의 多數決을 前題로 하는 株式會社 機構의 否定이 되기 때문에 株主總會에서 特別 利害關係人의 排除制度는 없다고 하나 그러나 Ballantine에 依하면 美國에서는 子會社에 依하여 所有하고 있는 親會社의 株式은 적어도 議決權에 關한限 金庫株와 같이 取扱되고 이러한 株式은 親會社의 理事들에 依하여 金庫株처럼 그들의 地位를 維持하기 爲하여 그 議決權이 行使된다.

그러나 經營者側에 依한 이러한 間接的인 議決權의 行使는 다른 株主들에게 偏派的이고 權利濫用이 될 危險이 너무 많기 때문에 政策的인 理由에서 子會社의 所有한 親會社의 全株式에 對한 議決權을 剝奪하라는 要求가 있을 程度이다. 이러한 權利濫用에 對한 確固한 證據를 要求하는 것은 너무 過重한 責任을 負擔시키는 結果가 될 것이다.

會社의 經營者側이 그들의 地位를 確保하기 爲하여 親會社의 理事會 構成을 爲한 投票에 利用할 目的으로 親會社의 어떤 形態의 株式을 子會社가 保有하도록 한다는 것은 참을 수 없는 일이라고 한다.

以上과 같이 外國의 立法例는 子會社의 所有한 親會社의 株式에 對하여 그 議決權의 行使를 禁止하거나 또는 적어도 甚한 憂慮를 나타내고 있는 것이다.

그리고 特別 利害關係人의 議決權排除問題가 親子會社에 關한 限 子會社에 依한 親會社 株式取得을 禁止하는 方向으로 立法이 되어질때 그 問題는 스스로 消滅하는 것임을 注意하지 않으면 안된다.

적어도 相互持株의 問題에 關한 限 現行法 아래에서 이것이 自己株式取得禁止의 原則에 어느 程度 該當하는가 하는것을²⁴⁾ 解決하려고 하는 많은 學說은 結實을 보지 못했다.

元來 自己株式取得이 禁止되는 것은 自己株式을 取得하면 다음의 弊害가 發生하기 때문이다.

即 會社가 資本金으로서 自己株式을 有償取得하면 資本의 還拂이 되고 嚴格한 資本減少規程의 節次를 潛脫하는 結果가 된다.

○ 不公正한 合併

24) 田代有嗣 株式의 相互保有에 關하여 商事法研究, p. 356.

合併에 관한 紛爭 解決을 우리 商法은 合併 無效의 訴制度를 두고 있다. 그러나 合併 無效의 訴가 提起된 事例는 極히 적으며 特히 合併 無效의 判決이 내린 事例는 더욱 적다. 더구나 이 訴에 對하여는 解釋論上의 問題點도 많은 것이다.²⁵⁾

그러나 美國法上에서는 이 合併無效訴訟以外에도 合併에 관한 留止請求權과 個別的 株主의 直接訴訟權이 認定되고 있음은 前述한 바와 같다.

元來 商法上의 無效訴訟의 特質은 法の 判斷에 앞서서 法律 要件의 瑕疵가 重大한 것에 對하여 누구나가 어디에서나 또 언제나 그 無效의 確認을 裁判上 또는 裁判外에 있어서도 또 누구에게 對해서도 主張할 수 있는 것인데 單只 그것은 法律關係의 劃一的 確定的 必要性和 法律關係의 安定을 確保할 必要性에서 大量的 去來가 迅速하게 定型的으로 反復하며 이루어지는 企業的 法律關係에서는 반드시 이 無效를 訴로서만 主張하게 하고 訴의 提起人을 法律로서 限定하고도 그 提起時間도 短期로 決定하며 그 判決에 對世의 效力을 認定하고 合併時부터 無效判決 確定時까지의 既往의 法律關係를 尊重하며 그 無效의 效力을 將來에 向해서만 發生하도록 하는데 있다.

그러나 企業生活의 “法典으로부터의 逃避의 現象이 흐르고 있는 우리 社會에서는 合併無效訴訟의 事例가 흔하지 않는 것은 오히려 當然한 것인지도 모른다.²⁶⁾

船長이 船舶의 競買權에 關하여 法院의 許可가 아니고 海運港灣廳의 認可가 豫定되는 것과 같다. 이것은 船舶의 修繕不能이라는 判斷의 技術性에 基因한다.

어쨌던 첫째로 企業生活의 法院으로부터의 逃避現象의 是認이란 理由와 둘째 法律의 專門家가 恒常 企業去來의 經濟的 技術的 知識을 兼有하지 않는다는 理由에 依하여 社會合併에 關한 紛爭解釋 方式으로서 우리 實定 商法이 無效의 訴만을 規程한 것은 疑問을 갖지 않을 수 없다. 法院의 判斷이 많은 時間을 要한다는 것은 企業의 生理와는 調和되지 않는다.

따라서 無效訴訟과는 別途로 萬若 美國法上의 留置請求權을 認定한다면

1. 事前的 紛爭 解釋이 可能하고
2. 法院의 介入을 보다 적게 할 수 있고
3. 班 合法性의 判斷에 꿈이지 않고 不公正性이라는 合目的性의 判斷을 導入하게 되는 등의 보다 合理的인 理由가 있다고 할 것이다.

그러므로 여기에서는 美國法上의 不公正한 合併의 留置請求權에 關聯하여 合併에 있어서의 “不公正이란 어떤 경우인가”를 具體적으로 簡單히 言及하면

1. 普通株式에 對하여 議決權없는 償還優先株式을 配當하는 경우
2. 全資產을 賣却하고 그 賣却된 資產보다 훨씬 큰 比率을 나타내는 株式이 被合併 會社에 提供되는 경우 그 資產을 購入한 企業의 株式所有者들은 損失을 입는다.
3. 株主의 權利에 對한 等閑視의 경우
4. 被合併會社의 合併會社에 對한 寄與度의 評價나 將來의 展望과 可能的 收益率의 無視
5. 合併當事會社間의 理事나 職員의 兼任은 그것 自體만으로는 不公正한 것은 아니다.

25) 上柳克郎, 經營法學全集第2卷, p. 303.

26) 石井照久: 商法에 있어서의 基本問題, p. 6.

6. 明白하고 確實한 反對證據가 없는限 公正性은 確定된다.

7. 累된 未拂配當金 除去를 目的으로 優先株式의 整理를 企圖하며, 이 目的으로 子會社를 만들어 (paper corporation) 合併하는 경우에도 公正性은 認定된다.

○ 合併과 勞動契約

合併의 경우에 勞動契約은 承繼하는가? 商法은 合併을 包括承繼로 構成하고 있으므로 民法上의 特別承繼의 경우와 같이 勞動者의 承諾을 要하는 것으로 할 것이 아니고 被吸收會社는 清算節次없이 合併되어가므로 그 모든 企業은 生動하는 그대로 全部 卽 財産과 社員 그리고 勞動者도 모두 移動되는 것으로 따라서 團體協約도 그대로 合併會社와의 사이에 存續하는 것으로 生覺하는 것이 傳統的 學說로 되어 있다.

그러나 前會社와 그 勞動組合사이에 結合된 勞動協約과 合併한 會社가 從來부터 그 勞動組合과의 사이에 締結한 勞動協約과의 사이에 相異點이 생기고 勞動條件 其他의 點에서 不統一을 생기게 할 問題가 發生할 수 있다. 이 點은 現行法制로서는 解決치 못한 問題點인 것이다.

生覺컨데 合併을 人格의 合一現象으로 보는 從來의 通說的 見解가 團體協約이 그대로 合併會社에서도 存續하게 되는 것으로 生覺하는 것은 當然한 結論일지도 모른다.

그러나 合併에 對한 債權者 保護條項의 債權者 속에는 債金債權者로서의 勞動者를 除外한 一般的인 勞動者로서 勞動基本權에 立脚한 考慮는 配慮되어 있지 아니하다. 또한 合併이 이른바 大型合併의 形態를 取할 경우에는 經濟的으로 勞動의 需要獨占現象에 直面케 될 것이다.

이 境過에 從來의 團體協約의 承繼를 固執하는 것은 勞動者의 權益을 無視하는 結果를 招來할 것이다.

美國의 制定法은 合併에 關하여 一般的인 경우 存續會社는 吸收된 會社의 財産을 承繼한다고 規程하고 그 속에 契約도 包含된다.

그러나 吸收된 會社의 貴重한 被用者는 存續會社에게 그들의 從來의 有利한 雇傭契約의 條件을 지키게 할 수가 있는가? 하는 問題에 對하여는 이를 個人的인 Service의 契約으로 보고 이와 相異한 別個의 法則이 支配하는 것으로 하고 있다. 그 一般原則은 새로운 主人 밑에서는 그들의 契約에 拘束되지 않는다는 것이다.

Holmes의 裁判官은 말하기를

“原告가 代身하여 全혀 個人的인 關係에 들어가는 일은 있을 수 없다. 原告가 할 수 있었던 것은 前에 存在하였던 것과 全혀 同一한 새로운 關係에 들어가는 것 뿐이었다. 結婚은 古法에서는 一種의 써-비스였는데 써-비스는 返復할 수 있으되 代替할 수는 없다”고 했다.

他方에 있어서 被用者는 存續會社에게 그들의 從來의 雇傭契約의 條件을 지키게 할 수가 있다.²⁷⁾

또한 合併을 機會로 解産할려면 그것이 雇傭契約에 明示되어 있어야 한다고 하고 이것 없는 解雇는 契約違反에 因한 損害賠償義務가 있다고 한다.

또한 뉴욕 火災保險會社의 代理店 契約의 期間滿了前의 合併에 依하여 雇傭關係가 終了할 경우 存續會社에 對하여 損害賠償의 請求로 할 수가 있고

他方 存續會社에 對하여서는 何等 役務를 할 義務는 없다고 하였다.

그리고 被用者의 雇用の 請求에 對하여 存續會社와 同一內容에 對하여 雇傭契約締結을 要하는 것으로 하여 存續會社에 選擇의 余地를 주는 것도 있고 事情에 따라서는 雇傭關係의 默示의 引受를 容認하는 余地있음을 示唆하는 것도 있다.

要컨대 美國法은 被用者의 利益保護와 存續會社의 고용의 自由의 調整에 強力的인 構成을 하고 있는 것이다.²⁷⁾

生覺컨대 合併의 目的은 多樣한 것이며 營業의 多角化 生産事業活動의 集中 競合排除 株式額面變更, 生産工程의 一貫, 設置技術의 集結 營業의 結合에 이르고 있다.²⁸⁾

要는 合併目的이 經營의 合理化에 있는 것이다. 따라서 이에 따르는 勤勞條件의 實質的 低下를 防止하여야 할 것이다.

Ⅲ. 結 論

獨占規制法案은 競爭制限行爲의 是正命令을 通하여 獨占을 規制하고 價格, 生産流通을 實質的으로 制限한 目的으로 契約協定 決議談合, 또는 其他行爲를 한때에는 이를 競爭制限行爲로서 申告하도록 하는 同時에 獨占事業을 列擧하여 그 內容을 申告케 하고 獨占規制 委員會로 하여금 價格操作行爲 不當한 去來條件等 行爲를 審議하도록 하고 있으나 이는 獨占事業體의 形成自體는 放任하면서 單只 그로부터 流出하는 價格 其他의 技業的 獨占現象만을 規制한다는 弱點을 지니고 있다.

또한 資本主義 發達の 歷史에서 빼놓을 수 없는 獨占과 會社合併의 關聯性을 無視하고 있음을 是認해야 할 것이다.

따라서 明確히 合併에 關하여도 規程하고 持株會社도 禁止하는 規程을 해야만 할 것이다.

獨逸株式法에 株式會社間의 結合關係 規律하는 Konzern法을 世界에서 最初로 規程한 것은 커다란 法의 前進이다.

合併反對株主의 保護에 關하여 美國의 制定法과 判例가 細密히 考慮하고 있는 바에 比하면 우리 商法은 買取請求權과 事前的 保護措置로서의 留置請求權을 合併이 不法인 경우뿐만 아니라 不公正한 경우에도 認定함이 좋을 것이다.

특히 不公正性은 合目的性은 合目的性의 判斷이며 事業上 判斷의 問題에 屬하기 때문에 株主權利에 對한 等閑視의 程度가 甚한 경우가 아니면 이를 公正한 것으로 推定하는 것이 좋을 것이다.

合併에 있어서 會社內容의 公開는 보다 더 치밀하게 規定하여야 하고 合併貸借對照表는 作成하는데 그칠 것이 아니라 本店에 備置하여야 하고 株主와 會社債權者는 그

27) 美國과 日本의 會社法, p. 344.

28) 喜多川, 株式會社의 法理, p. 250.

29) 最近의 株式會社 合併의 實態, 商事法研究 293號.

關覺을 求하고 謄抄本을 請求할 수 있게 해야 할 것이다.

親子會社가 있는 會社의 貸借對照表는 綜合貸借對照表라야 하고 單一한 會社로서가 아니라 結合關係에 있는 Konzern自體를 單位로 한 貸借對照表를 作成토록 해야 할 것이다. 雇用契約과 營業讓渡의 關係에서는 被用者와 營業讓渡 當事者의 三者間에 合意가 없는 限 營業讓受人은 雇用契約을 承繼하지 아니하고 被用者도 營業의 讓受人에게 勞務를 提供할 義務가 없다는 日本의 判例가 있다. (大阪地判 1959年 9月22日 判例時報 205號)

被用者는 當該事件에 있어서 營業讓受人에 依하여 解雇되고 영어 讓受人에 依하여 새로 고용되어 同一한 地位에서 繼續 일하고 있었더라도 讓渡人은 退職金을 支給해야 한다는 것이다.

合併에 關하여 이러한 判例는 없으나 個人的 業務 供給에 對한 未履行契約도 合併契約에 別다른 約定이 없는 限 通說은 當然히 存續會社에 移轉하는것 같이 生覺하는 모양이나 이는 合併契約書에 詳細히 定하지 않는 限 無意味하다. 왜냐하면 當然히 合併本質에 關한 人格合一說에 根據하여 商法에 置重한 解釋이 되기 때문이다.

이 問題는 첫째 勞動基本權을 尊重하는 意味에서 둘째로 合併의 本質에 關하여 人格合一說을 擇하지 않는다는 理由에서 셋째로 大型合併이 勞動의 需要獨占을 가져오기 때문에 勞動契約을 새로이 締結할 必要에서 넷째로 英美法의 強力的인 法律構成은 法的安定性을 害친다는 點에서 Holmes 判事의 말과 같이 合併에 關하여 勞動契約은 返復할 수 있으되 代替할 수 없다.

卽 새로이 締結해야 한다고 해야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 韓東燮, 經濟活動 規制의 限界, 法制日報. (1965. 6)
 金麟濟, 會社法의 結合企業의 側面에 關한 研究, 忠南上論文集, 1974.
 姜熙甲, 獨逸株式法上의 綜合企業 關東大論文集, 1975.
 金教昌, 會社合併의 意義와 性質, 司法行政學會, 1977.
 金秉翼, 會社合併에 對한 小考, 海洋大學 出版部, 1978.
 朴元善, 새 商法 修學社, 1973.
 金學洙, 企業合併의 規制에 關한 研究, 서울大出版部, 1972.
 李康龍, 會社合併에 關한 考案, 忠南大出版部, 1974.
 李廷煥, 新經濟原論, 獨占禁止法의 變質過程 法律新聞, 1978. 8.
 吉求榮助, 經濟法學의 基礎理論 1974 中央經濟社.
 加藤良三, 自由市場 經濟와 獨禁法1976千倉 書房.
 青木昌彦, 經濟體制論, 1977, 東洋經濟新聞.
 大偶健郎, 會社法 概論 東京有斐閣 1976.
 大偶健郎, 會社의 法形態의 濫用 有斐閣, 1969.

- 鈴木竹雄, 新版會社法 東京弘文堂, 1976.
田中誠二, 會社法研究, 東京商事法研究會, 1971.
田中耕太郎, 會社法概論, 岩波書, 1955.
石井照久, 商法(上), 新法律學 演習調整, 1959.
酒井後雄, 영국의 E.C 加盟과 會社法으로의 影響.
戶塚登, 미국法에 있어서의 會社의 解散, 星川長七先生還磨紀念論文集.
矢澤淳, 鴻常夫, 會社法の 展開와 課題, 1946.
上柳克郎, 河本一郎, 企業經營과 法, 有斐閣, 1983.
喜多川, 株式會社의 法理.
Frederich wallach, Introduction to European Commercial Law 1953.
Robert Love, Commercial Law, London 1964.
L C. B. Gower The principles of Morden Company Law 1977.