creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

중국 회사분할제도에 관한 연구

2021년 2월

서울대학교 대학원

법학과 상법 전공

엽 무 흠

중국 회사분할제도에 관한 연구

지도교수 천 경 훈

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2020년 11월

서울대학교 대학원
법학과 상법 전공
엽 무 흠

엽무흠의 석사 학위논문을 인준함
2021년 1월

위 원 장 송 옥 렬 (인)
부위원장 노 혁 준 (인)
위 원 천 경 훈 (인)

국 문 초 록

기업의 경쟁력을 강화하기 위한 조직개편의 방법에는 회사합병과 회사분할이 있다. 회사합병에 관하여는 중국 회사법상 비교적 상세한 규정과 다양한 판례가 형성되어 있으나, 회사분할에 관한 법리의 형성은 상대적으로 미진한 편이다.

중국은 1993년 12월 29일 제8기 전국인민대표대회에서 회사법 제7장에 회사분할과 관련된 규정을 도입하였고, 2005년 10월 27일 회사법 제9장이 개정되었다. 그러나 그 내용이 매우 포괄적이고 구체성이 결여되어 회사분할의 개념, 방식 등 기본적인 문제에 대해서도 명확한 해결책이 되지 못하였다. 뿐만 아니라 분할에서의 공정성 확보 등을 비롯한 주주보호 및 채권자보호에 있어서도 미흡한 부분이 많다.

이러한 문제의식 하에 이 논문에서는 현행 중국법상 회사분할 제도에 대해 전반적으로 검토하고, 주주보호 및 채권자보호의 관점에서 회사분할 제도를 분석하였다. 아울러, 비교법적으로 한국 상법에 입각하여 중국의 회사분할 제도의 문제점을 파악하고 이에 대한 개선방안을 모색하는데 목적을 두고, 이하와 같이 연구범위를 설정하였다.

첫째, 중국법상 회사분할의 일반론을 검토하고, 유사한 제도와의 비교를 통한 사례분석을 진행하였다.

둘째, 회사분할에 따른 주주와 채권자의 권익침해를 방지하기 위한 중국의 현행법을 검토하였다. 주주보호에 관한 공시제도, 의결제도, 주식매수청구권과 관련 소송제도를 논의하고, 채권자보호에 관한 채권자이의 절차와 연대책임을 논의하였다.

셋째, 한국 상법과의 비교분석을 통하여, 중국법상 회사분할 제도에서 회사의 자율권을 확보하고 주주와 채권자의 권익침해를 방

지하기 위해 필요한 조치들을 제시하였다.

넷째, 구체적으로 분할 제도의 유연화를 위해서는 회사분할 개념을 명확히 정의하고 유형을 다양화할 것을 제안하였다. 소수주주의 보호를 위해서는 주주에 대한 정보제공, 주식매수청구권 제도의 개선, 분할무효의 소 도입 등을 제안하였다. 채권자보호를 위해서는 채권자에 대한 정보제공, 연대책임 제도의 개선, 채권자이의 절차와 사후 구제수단의 강화를 제안하였다.

결론적으로 회사분할 제도가 중국 회사법 실무에서 유용한 제도로 자리 잡기 위해 해결되어야 할 과제들을 찾아내고, 이 논문은 이러한 문제의 발생을 대비하고자 하는 목적에서 중국의 회사법 및 중국 사회주의 시장경제의 발전에 이바지하고자 한다.

핵심어: 회사분할, 주주보호, 채권자보호
학　번: 2019-24494

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구 배경과 목적 ····· 1

I. 연구 배경 ····· 1

II. 연구 목적 ····· 2

제 2 절 연구 방법과 구성 ····· 3

I. 연구 방법 ····· 3

II. 연구 구성 ····· 4

제 2 장 중국 회사분할제도의 개관 ····· 6

제 1 절 회사분할의 개념과 유형 ····· 6

I. 이론상의 회사분할 ····· 6

II. 중국 회사분할(公司分立)의 개념과 유형 ····· 13

제 2 절 중국 회사분할의 절차 ····· 19

I. 분할방안(分立方案)의 작성 ····· 20

II. 분할방안의 개시 ····· 20

III. 사원총회 또는 주주총회의 결의 ····· 21

IV. 반대주주의 주식매수청구권 ····· 21

V. 자산부채표(資産負債表)와 재산목록(財産清單)의 작성 ····· 22

VI. 채권자보호 절차 ····· 22

VII. 분할의 등기 ····· 22

제 3 절 중국 회사분할제도의 발전연혁 ····· 23

I. 1993년 회사법 제정 전 ····· 23

II. 1993년 회사법 제정 후 ····· 24

III. 2005년 회사법 개정 후 ····· 26

IV. 회사분할제도 입법의 문제점 ····· 28

제 4 절 중국 회사분할의 주요쟁점과 사례 ····· 29
I. 회사분할과 다른 제도와의 구별 ····· 30
II. 자본시장에서의 회사분할 ····· 35
III. 소결 ····· 40

제 3 장 중국 회사분할과 주주보호 ····· 41
제 1 절 문제의 제기 ····· 41
제 2 절 주주보호의 주요수단 ····· 42
I. 분할에 관한 정보공시제도 ····· 42
II. 주주총회의 승인 ····· 47
III. 반대주주의 주식매수청구권 ····· 55
IV. 소송에 의한 주주보호 ····· 63
제 3 절 문제점 ····· 69

제 4 장 중국 회사분할과 채권자보호 ····· 72
제 1 절 문제의 제기 ····· 72
제 2 절 회사분할과 채권자보호의 주요수단 ····· 73
I. 분할에 관한 정보공시제도 ····· 73
II. 채권자이의 절차 ····· 76
III. 연대책임 제도의 도입 ····· 80
제 3 절 문제점 ····· 85

제 5 장 한국 상법상의 회사분할제도와 중국의 비교 ····· 87
제 1 절 한국 회사분할의 방식 ····· 87
I. 존속분할과 소멸분할 ····· 87
II. 단순분할과 분할합병 ····· 88
III. 인적분할과 물적분할 ····· 88

IV. 안분비례형분할과 비안분비례형분할 ····· 88
V. 혼합분할 ····· 89
제 2 절 회사분할과 주주보호 ····· 89
I. 분할정보의 공시 ····· 90
II. 주주총회의 승인 ····· 94
III. 반대주주의 주식매수청구권 ····· 98
IV. 회사분할의 무효 ····· 103
제 3 절 회사분할과 채권자보호 ····· 108
I. 연대책임의 인정 ····· 108
II. 채권자의 이의절차 ····· 111
III. 중국 회사법과의 비교 ····· 114
제 4 절 소결 ····· 117

제 6 장 중국 회사분할제도의 개선방향 ····· 119
제 1 절 분할제도의 유연화 ····· 119
I. 특별법과 회사법 관련 제도의 정합 ····· 119
II. 회사분할 개념의 명확화 ····· 119
III. 분할 유형의 다양화 ····· 120
제 2 절 소수주주보호의 강화 ····· 120
I. 주주 알 권리의 강화 ····· 120
II. 주주총회결의의 완화 ····· 122
III. 주식매수청구권의 개선 ····· 122
IV. 분할무효의 소의 도입 ····· 123
제 3 절 채권자보호의 개선 ····· 124
I. 채권자 알 권리의 강화 ····· 124
II. 회사분할에 대한 연대책임 제도의 개선 ····· 124
III. 채권자이의 절차의 준용 ····· 125
IV. 채권자에 대한 사후 구제권의 개선 ····· 125

제 7 장 결론 ····· 126

참고문헌 ····· 128
Abstract ····· 133

표 목 차

[표 1] 중국 2005년 개정 회사법의 주요 개정내용 ····· 27
[표 2] 회사분할 정보공시 규범 관련 한, 중 비교 ····· 91
[표 3] 분할승인결의 규범 관련 한, 중 비교 ····· 97
[표 4] 주식매수청구권 규범 관련 한, 중 비교 ····· 101
[표 5] 분할 관련 소송 규범 관련 한, 중 비교 ····· 107
[표 6] 채권자보호 규범 관련 한, 중 비교 ····· 115

그 림 목 차

[그림 1] 동북고속도로 주식유한회사 분할 전의 지분구조 37
[그림 2] 동북고속도로 주식유한회사 분할 후의 지분구조 37

제 1 장 서론

제 1 절 연구 배경과 목적

I. 연구 배경

오늘날 치열한 경쟁과 급격한 시장의 변화에 맞서기 위하여 회사는 경제적 규모를 조정할 수 있는 제도를 필요로 한다. 회사분할 제도는 사업구조 재편의 중요한 법 제도로서 1966년 프랑스 상사회사법에서 처음으로 적용된 이후로 기업의 일상경영에서 활용되어 왔다.

중국에서 회사분할은 회사분립(公司分立)으로 칭해진다. 1986년 제정된 <민법통칙(中華人民共和國民法通則)>은 분할에 관한 규정을 이미 두고 있었다. 그 후에 1993년 최초의 <회사법(公司法>은 회사분할을 합병과 함께 제7장(회사의 합병과 분할)에서 규정하였고 회사분할의 결의 사항과 절차 등 원칙적인 규정을 두었다. 그리고 2005년에는 <회사법>에 대해 전면 개정을 하면서, 분할과 관련한 내용도 일부 완화하였다. 그밖에 회사분할에 관한 중요한 하위 법령은 1999년 구 외경무부(外經貿部)와 공상총국(國家工商局)이 공포한 <외국투자기업 합병 및 분할 관련 규정(關於外商投資企業合並與分立的規定)>, 2003년부터 시행한 <최고인민법원의 기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정(最高人民法院關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定)> 및 2006년 개정한 <상장회사정관지침(上市公司章程指引)>이 있다. 그러나 이런 규정들은 구체성이 낮아 회사분할의 정의와 방식 등 기본적인 문제에 대한 명확한 해답이 없을 뿐만 아니라 회사분할 제도의 적용과정에서 실질적인 수요에 대응하지 못하는 등의 문제가 있다. 더 나이가, 회사분할과 관련된 소송에서의 채무 분쟁 역시 지속적으로 발생하고 있다.

2010년 중국에서는 동북고속도로(東北高速公路) 분할사건이 발생했는데 이는 첫 상장회사 분할사건으로 많은 이목을 끌었다. 이 사건은 중국 현행 회사분할 제도가 분할의 방식, 주주의 이익보호, 분할대가의 지급방식, 분할대상의 범위 등에서 실무적 수요에 제대로 대응하지 못하고 있음을 나타낸다. 중국 자본시장의 주관부문(主管部門)인 증권감독관리위원회(證券監督管理委員會)는 이 분할사건이 끝난 직후 <상장회사분할 시행방법(上市公司分立試行辦法)>을 서둘러 제정해 상장회사 분할을 규제하겠다고 밝혔다. 하지만 상장회사의 분할에 관한 어떠한 법률규정도 아직 마련되지 않고 있다. 동북고속도로 분할사건은 회사법 학계의 지속적인 관심을 끌지 못한 판례로 남게 된다. 안타깝게도 이 사건이 발생한지 10년이 지났지만, 중국의 회사분할 제도는 더 이상의 발전이 없었다.

중국학자들은 회사분할에 관한 연구 중에, 동아시아 나라 중 상세한 회사분할 제도를 가진 국가인 한국의 회사분할 제도를 중점적으로 소개하였다. 한국은 중국보다 늦은 1998년에 상법개정을 시행하여 회사분할 제도를 도입하였으나, 중국의 현행 회사분할의 규정보다 한국 상법 제530조의2 내지 제530조의12에서 훨씬 상세한 규정을 두고 있다. 따라서 중국학자들은 중국 실정에 대한 분석과 개선방안에 있어서, 주주보호와 채권자보호를 확정하기 위하여 한국의 분할합병, 물적분할, 분할무효의 소, 채권자이의 절차 등의 제도를 도입하자는 의견을 제기하였다. 이 맥락에서 한국과 중국 회사분할 제도 간의 차이점에 대한 비교법적 검토를 수행할 필요가 있다고 생각한다.

II. 연구 목적

이상과 같은 배경 하에서 중국 회사분할에 관한 법률 및 규범의 부족한 부분으로 인해 아래의 몇 가지 문제를 초래한다. 먼저, 회사분할의 정의를 규정하는 규율은 하위 법령인 <외국투자기업 합병 및 분할에 관한 규정>의 제4조는 회사분할의 기초적인 형태만 규정하고 있으므로 회사경영을 법적으로 완전히 규율하지 못하는 상황이 발생한다. 또한, 중

국에서는 존속분할과 해산분할만 인정하는 이분법을 채택하고 있다. 이와 같은 이분법은 회사분할의 수많은 유형 중 단순분할의 두 가지 형태인데 실제 회사분할의 유형을 간단히 규정할 수 없다는 문제점을 가지고 있다. 특히 다른 국가의 회사법 혹은 상법에서 규정하고 있는 분할합병과 물적분할을 중국에서 찾기 어렵다. 그러므로, 이러한 입법 취지는 회사경영의 자유를 보장하지만, 주주와 채권자 등 이해관계자의 권익침해 위험을 증가시킨다. 예를 들어, 회사분할로 인해 이해관계자에게 피해가 발생할 때 법관이 관련한 규정을 찾지 못할 때 자유심증(自由心證)에 기초한 판단을 내리게 되며 회사 자산분리 행위를 회사분할이 아닌 '영업양도(營業轉讓)'나 '재투자(轉投資)'와 같은 유사한 제도로 인정하게 된다. 이에 주식매수청구권이나 연대책임을 적용할 수 없는 문제가 발생한다. 이와 같은 입법상의 미비함 때문에 중국 회사분할 제도는 상법의 기초적 가치인 효율성과 공정성에 어긋날 수 있다.

따라서 현행 중국 회사분할의 입법미흡 문제는 아직 해결해야 하는 과제로 남아있다. 이 논문은 중국 회사분할에 관한 입법론과 판결례를 연구하여 현행 중국 회사분할 제도의 문제점을 주주보호와 채권자보호 시 측면에서 검토하고 한국 상법상 분할 제도에서 시사점을 찾아 바람직한 개선 방안을 제시하고자 하는 목적이 있다.

제 2 절 연구 방법과 구성

I. 연구 방법

이 논문은 중국의 회사분할 제도의 문제점을 주주보호 및 채권자보호의 측면에서 제기하고 한국법과의 비교검토를 통하여 해결안을 모색하려고 한다. 먼저, 회사분할 제도의 개념을 구체적으로 고찰한다. 다음으로 현존하는 중국의 회사분할 관련 문헌을 연구하여 중국 회사분할 제도의 입법 결함을 검토하고 이에 대한 중국학자들의 주장을 논의한다. 또한,

중국 회사분할 제도 안에서의 주주보호와 채권자보호 적용 상황과 현행 법제의 결함에 따라 발생하는 문제점을 검토한다. 이를 위해 중국의 <회사법>, <증권법>, 최고인민법원의 사법해석 및 증권감독관리위원회의 규정과 한국의 <상법>을 기반으로 중국과 한국의 회사분할에 관한 구체적 규정들을 상세하게 검토하여 비교한다.

그밖에 회사분할에 관하여는 노동자보호 문제, 반독점법규제 문제, 과세 문제 등의 문제가 있다. 이러한 문제는 회사법에 의한 조정의 대상이 아니므로 이 논문에서는 다루지 아니한다.

II. 연구 구성

이상과 같은 연구 방법으로 이 논문은 총 7장으로 구성되며, 다음과 같은 순서로 논의를 전개한다. 제1장 서론 부분에서는 연구의 배경과 목적 또는 연구의 방법과 구성에 관하여 논의한다. 제2장에서는 중국법상 회사분할에 관한 기초 이론과 규정을 객관적으로 고찰한다. 우선 이론상의 회사분할 개념에 대하여 논의하고 중국 회사분할제도의 발전연혁과 구체적인 절차에 대한 설명을 통해 중국 회사분할제도의 불완전한 정의와 유형 분류 등의 문제를 논의하고자 한다. 또한, 회사분할의 사법실행 사례 중에서 발생한 문제점을 고찰하고 중국 사법실행에서 뚜렷하지 않은 투자행위와 분할행위의 판단 기준 및 현행 상장회사분할의 현황을 검토하려고 한다.

제3장에서는 회사의 중요 이해관계자인 주주를 대상으로 한 중국법상 회사분할과 주주보호 제도의 입법 현황을 고찰한다. 중국 회사법상 회사분할 시 주주 권익을 확보할 수 있는 수단으로 존재하는 주주총회특별결의제도, 주식매수청구권, 분할 관련 소송 등의 제도를 각각 구체적으로 설명하고 문제점을 고찰한다. 제4장에서는 또 다른 중요 이해관계자인 채권자에 대한 회사분할과 채권자 보호제도를 고찰한다. 이어서 중국 회사법 제175조와 제176조를 기반으로 채권자에 대한 회사분할의 정보공시와 연대책임 규제를 논의한다. 제5장에서는 한국 회사분할의 입법례와

현황을 비교법적으로 분석하면서 중국 회사분할 제도에 대한 시사점을 도출한다.

제6장에서는 앞에서 논의하였던 부분을 종합하여 이를 토대로 중국이 회사분할 제도를 실시하면서 발생한 문제에 대한 향후 개선방안을 제안하였는데, 그중 분할제도를 유연화하는 것, 소수주주보호를 강화하는 것, 채권자보호를 개선하는 것 총 세 가지 방면으로 제안한다. 마지막 제7장은 결론으로서 전술한 내용을 재정리하면서 결론을 간단히 제시한다.

제 2 장 중국 회사분할제도의 개관

제 1 절 회사분할의 개념과 유형

I. 이론상의 회사분할

1. 개념

회사분할(會社分割) 제도는 1966년에 프랑스 상사회사법(Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales)에서 최초로 성문화되었다.[1] 이를 모델로 하여 유럽공동체(EU)에서는 가맹국 회사법의 조정 작업으로서 1982년 회사법 제6지침[2]을 제정했다. 이어 영국은 1987년 회사합병과 분할규칙[3]을 제정했고, 독일은 1994년 사업재편법[4]을 통해 국내법에 회사분할 제도를 입법화하였다. 한국은 1998년의 상법개정시 기업구조조정 수단의 확충 차원에서 회사분할 제도를 도입하였다. 일본은 2001년 4월의 상법개정시 회사분할 제도를 도입하였고 2006년 5월에 실행한 회사법에서 회사분할과 관련한 내용을 개정하였다.[5] 2001년 중국 대만지역에서는 특별법인 금융지주회사법에서 금융지주회사가 회사분할을 조직조정의 수단으로써 채택하도록 명문화하였으나, 그 후에 회사법 개정 시 전면적으로 회사분할을 규정하였다.[6] 미국

---

1) 프랑스 상사회사법 제6장 제4절(Fusion et scission) 제371-389조 참조.
2) Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982.
3) The Companies (Mergers and Divisions) Regulations 1987.
4) 독일 사업재편법(Umwandlungsgesetz. UmwG 1994) 제3부(Spaltung)제123-173조 참조.
5) 일본 회사법 제3편(組織変更、合併、會社分割、株式交換及び株式移転) 제3장(會社分割) 재757-766조 참조. 권기범, 「현대회사법론(제7판)」, 삼영사, (2017), 180쪽.
6) 대만 <金融控股公司法> 제2장(轉換及分割) 제33-35조 참조. 王文宇, 「控股公司與金融控股公司法」, 中國政法大學出版社, (2003), 79쪽. 王文宇, 「公司

의 경우, 회사분할에 해당하는 조직법적 제도가 아닌 법인세(corporate tax)를 면제해주는 거래 유형으로 spin-off 등의 제도가 활용되고 있다.[7] 이처럼 회사분할 제도는 합병에 상반되는 행위 내지 제도[8]로 세계에서 널리 활용된다. 그러나 회사분할의 개념에 대해서는 국가마다 여러 가지 개념을 사용하고 있는바, 여기서는 광의(廣義)의 회사분할, 최광의(最廣義)의 회사분할과 협의(狹義)의 회사분할로 나누어 설명하고자 한다.

(1) 광의(廣義)의 회사분할이란 분할회사[9]의 적극재산이나 소극재산의 전부 혹은 일부가 분리되어 적어도 하나 이상의 새로운 회사[10] 또는 기존의 승계회사[11]에 포괄승계되고, 그 대가로 승계회사의 주식(사원권)이 원칙적으로 분할회사의 주주(사원)에게 또는 예외적으로 분할회사 자신에게 부여되는 회사법상의 조직법적 행위를 말하는 것이다.[12] 이는 분할회사의 주주(사원)들에게 승계회사나 신설회사의 주식(사원권)을 교부하는 인적분할과 분할회사 자신이 직접 신설회사 또는 승계회사의 권리의무를 받는 물적분할 두 가지 형태를 모두 포함하고 있다.

(2) 또는 회사분할과 동일한 경제적 효과를 얻기 위하여 회사의 사업부문 또는 재산을 자회사에 영업양도, 현물출자, 재산인수와 같은 우회적인 조직재편방식으로 이전하면서 그 대가로 양수회사의 자기주식을 받

法論」, 中國政法大學出版社, (2004), 466쪽.

7) 연방내국세법(Internal Revenue Code) section 355 참조. 하창효, “회사분할(會社分割)에 있어 채권자(債權者)와 소수주주(少數株主)의 보호(保護)”, 「상사판례연구」, 제21잡 제2권, (2008), 163-205쪽.

8) 권기범, 「기업구조조정법」 제5판, 삼영사, (2019), 367쪽. 김동민, “會社分割을 통한 企業構造調整에 관한 硏究: 少數株主 및 債權者保護를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, (2003), 10쪽.

9) 분할을 하는 회사이다. 이는 피분할회사, 양도회사, 분할출자회사 등 여러 용어로 쓰이는바, 이하 ‘분할회사’라 한다.

10) 승계회사 없이 분할회사가 자체적으로 분사시키는 새로운 회사이고, 이하 ‘신설회사’라 한다.

11) 분할의 상대방이 되는 회사이고 분할수입회사 또는 수혜회사, 양수회사 등 여러 용어로 쓰이는바, 이하‘승계회사’라 한다.

12) 권기범, 전게서(주8), 368쪽.

는 등의 방법도 가능하다. 이를 회사법상 명문으로 규정하고 있는 회사분할과 구분하여, '사실상 회사분할(de facto division)'이라 일컫기도 한다.[13] 이는 회사법상 회사분할과 함께 "최광의(最廣義)의 회사분할"에 포함된다.[14] 그러나 이런 '사실상 회사분할'은 그 실행절차가 통일적이지 못하고 번거로우며 양도회사 주주의 지위가 양수회사에 이전되지 않고, 주주나 회사채권자에 대한 권리보호가 충분하지 못할 뿐만 아니라 과세유예의 혜택을 받지 못하여 세제상의 불이익이 수반되는 문제점이 내재되어 있으므로, 현실적으로 회사분할의 경제적 효용을 누릴 수 없는 한계를 갖고 있다.[15]

(3) 협의의 회사분할은 특정 회사의 적극재산과 소극재산을 포함하는 회사재산 총체가 일부분은 분리되어 적어도 하나 이상의 신설회사 혹은 기존회사에 포괄승계되고, 그 대가로 취득한 당해 승계회사의 주식(사원권)을 원칙적으로 분할회사의 출자자인 주주(사원)에게 배정하는 것을 말한다. 대부분 입법례에서 이러한 인적분할을 먼저 규정한 다음 분할회사가 직접 승계회사의 주식(사원권)을 받는 물적분할은 이를 준용하는 것으로 규정하고 있다. 그리하여 인적분할만을 통상적인 분할의 주요 방식으로 파악하는 견해도 있다.[16] 이것은 "협의(狹義)의 회사분할(會社分割)"로 볼 수 있다. 협의의 회사분할은, 분할의 대상이 되는 모든 영업의 권리의무가 포괄승계되는 점 및 재산이전의 대가가 금전이 아닌 신설회사 또는 승계회사의 주식이라는 점에 본질적인 특색을 가지기 때문에 이는 원래적 의미의 회사분할이라 할 수 있다.[17]

2. 유형

---

13) 권기범, 전게서(주5), 206쪽.
14) 김동민, 전게논문(주8), 11쪽. 蘇三永, “公司分立制度研究”, 中國政法大學博士學位論文, (2005), 6쪽.
15) 김동민, 전게논문(주8), 11쪽.
16) 김동민, 전게논문(주8), 11쪽. 蘇三永, 전게논문(주14), 5쪽.
17) 김성호, 「주식회사분할의 법리」, 한국학술정보(주), (2006), 14쪽. 蘇三永, 전게논문(주14), 6쪽.

회사분할의 개념에 대한 다양한 분류가 존재하기 때문에 국가마다 그 형태가 다르다. 주로 다음 유형들을 분류할 수 있다.

(1) 존속분할과 소멸분할

회사분할은 분할 후에 분할회사가 계속 존속여부, 해산여부에 따라 존속분할과 소멸분할로 분류한다.

존속분할은 분할이 성립된 후에도 분할회사가 해산하지 않고 여전히 존속하는 경우를 말한다. 분할회사는 일부의 영업부문을 다른 회사로 분사시키고 나머지 부분을 분할회사 자체가 가진다. 이를 '파생분할' 또는 '불완전분할'이라고도 한다. 그 권리와 의무가 승계된 회사는 하나의 회사이든지 여러 회사이든지 그리고 신설회사이든지 이미 존재하는 회사이든지 모두 가능하다.

소멸분할은 분할과 동시에 분할회사가 청산절차 없이 해산하여 그 권리의무(적극재산·소극재산)가 분할되어 적어도 둘 이상의 신설회사 또는 승계회사에 포괄승계되는 경우를 말한다. 이를 '해산분할'이나 '완전분할'이라고도 한다. 통상의 회사분할이란 이러한 소멸분할을 의미한다.[18]

이러한 존속분할과 소멸분할은 단순분할이나 분할합병과 조합하여 실행하는 때도 얼마든지 가능하다.

(2) 신설분할과 흡수분할

존속분할과 소멸분할은 다시 분할 후 회사가 신설회사인가 기존회사인가에 따라 신설분할과 흡수분할로 나누어진다.

신설분할은 분할회사의 일부 권리가 새로 설립하는 회사에 승계되는 경우를 말한다. 분할 후에 분할회사는 존속되거나 소멸할 수 있다.

흡수분할은 승계회사가 모두 기존회사인 경우와 기존회사와 신설회사

---

18) 김성호, "상법과 기업회계기준의 조화: 상법상 회사분할과 계산", 「상사법연구」, 제21권 제4호, (2003), 11쪽.

가 혼합된 때도 있고, 승계되는 재산의 행방에 따라서 다음과 같은 몇 개의 유형이 있다. ①분할회사의 일부를 기존의 승계회사가 흡수하여 나머지 부분이 분할회사로 계속 존속되는 경우가 있고 ②분할회사의 일부와 기존인 승계회사의 일부가 새로운 회사로 신설되는 경우와 ③혼합된 형태로서 분할회사의 일부는 새로운 회사로, 다른 부문은 기존회사로 흡수되는 경우 또는 일부가 기존회사와 결합하여 새로운 회사를 설립하고 나머지 부분은 새로운 회사가 되는 경우 등이다.

독일, 일본 등의 입법은 모두 신설분할과 흡수분할을 회사분할의 기본적인 유형으로 규정하고 있다. 다만 흡수분할은 승계회사의 측면에서 볼 때 부분적인 합병의 효과가 있으며, 프랑스, 한국 등의 입법에서는 '분할합병'이라고 한다.

(3) 단순분할과 분할합병

분할과 동시에 합병이 발생하는지에 따라 단순분할과 분할합병으로 나뉜다.

분할 시 기존의 승계회사가 존재하지 않으며 분할회사가 단독으로 새로운 회사를 설립하면 단순분할이고, 승계회사가 기존에 존립하여 분할회사의 일부가 이 승계회사에 이전되는 것을 분할합병이라 일컫는다.

프랑스 상사회사법상 분할합병은 소멸분할을 전제로 하는 개념이다. 한국에서는 이러한 전제 없이 분할합병은 다시 흡수분할합병과 신설분할합병으로 구분한다. 흡수분할합병은 분할회사가 영업의 일부를 다른 기존의 회사에 출자하여 그 다른 회사의 일부로 만드는 식으로 자기의 사업을 분할하는 방법이다. 신설분할합병은 분할회사 영업의 일부와 다른 기존회사의 영업의 전부 또는 일부를 합해 새로운 회사를 설립하는 방법이다.

(4) 인적분할과 물적분할

분할의 대가인 주식이 분할회사의 사원(주주)에게 분배되는지, 그렇지 않다면 분할회사 자체에 배당되는가에 따라 인적분할과 물적분할로 구분할 수 있다.

인적분할은 분할의 대가가 분할회사의 사원(주주)에게만 배정되는 형태를 말한다. 그러므로 분할 후 회사의 주식을 분할회사의 주주에게 교부하는 요소가 필수적으로 포함된다.

이에 반하여 물적분할은 분할의 대가를 분할회사의 사원(주주)이 아니라 분할회사 자체에 귀속시키는 것을 말한다. 물적분할은 인적분할과는 달리 분할 이후 분할회사와 승계회사 또는 신설회사가 지배종속 관계를 형성하게 된다는 점에서 이를 수직적 분할 또는 종적 분할이라고 부르기도 한다. 이는 현물출자 등 출자행위와 유사하지만, 재산의 이전이 포괄적으로 이루어진다는 점에서 구분된다.[19] 또는 물적분할은 모회사가 자회사를 설립하거나 기존회사를 지배하는데 유용한 수단으로 활용될 수 있다.

(5) 그 밖의 분류

분할 후 신설회사 또는 승계회사의 주식이 기존의 지주비율에 따라 분할회사의 주주들에게 분배되는 경우와 기존의 지주비율에 따르지 않는 경우가 있다. 이에 따라 안분비례형분할은 지주비율에 따라 신설회사와 승계회사의 주식이 분배되는 유형을 의미하고, 비안분비례형분할은 지주비율에 의하지 아니하고 주식이 분배되는 유형을 뜻한다.

단순분할 또는 분할합병을 통해 회사를 설립할 때 분할회사, 신설회사 또는 승계회사 이외에 제3자를 주주로 참여시킬 수 있을지에 따라 제3자의 참여가 없는 경우를 단독분할설립(또는 단독분할합병설립)이라고 하고, 제3자의 참여가 있는 경우를 모집분할설립(또는 모집분할합병설립)으로 구분하기로 한다.[20]

---

19) 김성호, 전게논문(주18), 12쪽.
20) 한국상사법학회 편, 「株式會社法大系(제3판)」, 법문사, (2019), 536쪽.

3. 각국의 입법례에 따른 분할유형

회사분할을 규정한 최초의 국가인 프랑스는 1966년 구 회사법에서 회사분할을 단순분할(scission)과 합병분할(fusion-scission)로 구분하였다.[21] 그러나 1988년 개정법에서는 scission과 fusion-scission의 구분을 없애고 두 가지 모두를 scission이라는 이름으로 부르며 현행 상법(Code de Commerce) 회사편 제6장(De la fusion et de la scission)에서 분할회사가 소멸되는 소멸분할을 중심으로 규정하고 있다.[22] 프랑스 상법은 한 회사는 분할을 통하여 그들의 사업재산(patrimoine)을 다수의 기존 또는 신설되는 회사에 이전하고, 분할 결과 분할회사는 청상 없는 해산을 발생시키고, 승계회사들의 지분, 주식은 분할회사의 주주들에게 분배된다고 규정하고 있다.[23] 또한, 주식회사 사이에서 또는 유한회사 사이에서만 일부영업의 포괄출자(l'apport partiel d'actif)인 경우를 회사와 출자받은 회사의 합의에 따라 회사분할 제도의 적용을 선택할 수 있다.[24]

EU는 1982년에 회사분할을 전문으로 하는 회사법 제6지침을 발표해 프랑스 모델을 흡수했다. EU 회사법 제6지침은 분할회사가 청산절차 없이 소멸하고(wound up without going into liquidation) 취득한 승계회사의 주식을 분할회사의 주주에게 직접 분배하는 것을 분할의 직접적인 결과로 삼고 회사의 분할형태에 관해 흡수분할(division by acquisition),[25] 신설분할(division by the formation of new companies)[26] 및 양자의 혼합분할 등 3가지를 인정하고 있다. 신설회사 주식의 10%를 초과하지 않는 현금이 분할교부금으로 지급되는 경우 및 분할회사가 해산하

---

21) 이철송, 「회사법강의(제28판)」, (2020), 1135쪽.
22) 노혁준, "프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구: 분할의 효력을 중심으로", 「법제연구」 제39호, 한국법제연구원, (2010), 420쪽.
23) 프랑스 상법 제235-1조 제2항 및 제4항, 제236-3조 제1항 참조.
24) 프랑스 상법 제236-22조 참조.
25) EU 회사법 제6지침 제2조 참조.
26) EU 회사법 제6지침 제21조 제1항 참조.

지 않는 존속분할도 분할 유사 행위로서 제6지침의 규정이 준용된다.[27]

이에 반하여 독일은 1994년 사업재편법에서 회사분할 제도를 명시했고, 분할 후 분할회사가 존속여부를 주요 기준으로 삼아 또는 승계회사의 주식을 분할회사의 주주에게 분배할지에 따라 회사분할을 인적분할(소멸분할 Aufspaltung과 존속분할 Abspaltung)과 자산분리(Ausgliederung)로 구분하고 이를 다시 각각 신설분할과 흡수분할로 구분하고 있다.[28]

일본은 2000년 개정 상법에 회사분할제도를 도입할 때, 독일과 프랑스 모델을 참고하여 회사분할의 유형을 크게 신설분할(新設分割)과 흡수분할(吸收分割)로 나누어 규정하고 있다. 주식회사(株式會社) 또는 합동회사(合同會社)는 흡수분할을 할 수 있고,[29] 분할 후 회사가 신설회사이든 기존회사이든 제한이 없다. 신설분할의 경우에도 마찬가지이다.[30] 원래 상법에서는 물적분할과 인적분할을 모두 인정하고 있었지만 2006년 5월 1일에 시행된 일본 회사법에서는 인적분할을 회사법상의 회사분할 대상에서 제외하고, 물적분할만을 규정하고 있다.

미국의 경우에는 회사법에서 회사분할을 명문으로 규정하지 않지만, 회사조직의 유연성에 있어 spin-offs, spilt-ups, spilt-offs의 거래 유형이 있다.[31] 분할회사가 분할 후에 존속하는 경우(Spin-of, Split-of) 또는 소멸하는 경우(Spilt-up)도 있다. 또한, 분할회사의 주주에게 분할 후 회사의 주식을 어떠한 근거에서 배당하는지에 따라서 이익배당인 경우(Spin-of), 주식소각의 대가인 경우(Split-of)및 잔여재산의 배당인 경우(Spilt-up)로 각각 구분될 수 있다.

II. 중국 회사분할(公司分立)[32]의 개념과 유형

---

27) EU 회사법 제6지침 제24조, 제25조 참조.
28) 독일 사업재편법 제123조 참조.
29) 일본 회사법 제757조 참조.
30) 일본 회사법 제762조 참조.
31) 이철송, 전게서(주21), 1135쪽.
32) 중국에서는 회사분할을 회사분립(公司分立)이라고 칭한다. 그러나 이 논문의 맥락상 용어의 일치성을 유지하기 위해 중국의 회사분립 제도를 논술할 때

1. 개념

(1) 회사법과 관련 해석

2005년 중국 회사법 개정 이후 회사의 분할은 합병(合併), 증자(增資), 감자(減資)와 같이 제9장(제172조 내지 제179조)에서 통일되고 전체적인 기준으로 규정되어, 유한책임회사(有限責任公司)나 주식유한회사(股份有限公司)에 관계없이 적용된다. 회사분할의 개념과 관련하여 구 회사법(1993년 제정회사법, 이하 '구 회사법'이라 한다) 제185조 제1항과 2005년 개정회사법 제176조 제1항은 "회사를 분할하는 경우, 그 재산은 상응하게 분할한다"고 동일하게 규정하고 있다. 하지만 재산의 "상응한 분할"이라고만 규정하고 있어서, 실무에서 그것이 어떻게 이루어져야 하는지가 명확하지 않다. 이 문제는 주주(사원)총회에서 토론하되, 분할결의를 통하며 평등자원(平等自願)의 원칙에 근거하여 당사자들이 협의, 결정한다고 해석되고 있다[33] 또한, 여기에 재산(財産)은 적극재산과 소극재산, 그리고 유체재산(有形財産)과 무체재산(無形財産)을 모두 포함한다.

중국 입법자는 회사분할의 개념을 보다 보완하여 회사의 분할이란 한 회사가 법률·법규에 따라 둘 이상의 회사로 나뉜 법률 행위이라고 해석하였다.[34] 이는 4 가지 특징을 가지고 있다. 1) 회사분할은 회사 자체의 행위이고, 제3자와 협의 없이, 회사 투자자, 즉 회사 주주(사원)총회에 의한 결의로 결정된다. 2) 회사분할은 법에 의거한 법률행위이다. 회사법과 관련 법률·법규에 따라 실시하지 않으면 회사분할은 무효로 된다. 3) 회사분할은 회사조직변경의 한 특별한 형태이다. 분할 후에 분할회사는 완전히 해산되는 것이 아니고 계속 존속할 수도 있다. 4) 회사분할

법조 원문을 인용한 경우를 제외하고는 회사분할이라고 통칭하였다.

33) 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會 編, 「中華人民共和國公司法釋義(2005年版)」, 法律出版社, (2005), 247쪽.

34) 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會 編, 전게서(주33), 247쪽.

후에 해당 회사는 상호 독립된 법인격을 가지게 된다.

(2) 하위 법령

중국 회사분할의 구체적 방식을 총체적으로 파악하는 것은 물론 회사법뿐만 아니라 사법해석(司法解釋), 조세, 등기 등 이 제정한 규정에도 주목할 필요가 있다.

1999년 구 외경무부(外經貿部)와 공상총국(國家工商局)이 공포한 <외국투자기업 합병 및 분할 관한 규정(關於外商投資企業合並與分立的規定)>(이하 "1999년 규정"이라고 한다)은 회사분할에 관하여 비교적 상세하게 규정하였다. 이 규정 제4조에서 회사의 분할은 한 회사가 회사법의 관련 규정에 따라 회사의 최고 권력기관[35]의 결의를 통해 둘 이상의 회사로 나뉘는 것을 가리킨다. 2009년부터 시행한 재정부(財政部)와 국가세무총국(國家稅務總局)이 제정한 부문규장(部門規章)인 <기업재편 업무 기업소득세 처리 관련 몇 가지 문제에 대한 통지(關於企業重組業務企業所得稅處理若幹問題的通知)> 제1조 제6항에서 분할은 한 회사가 자산의 일부 또는 전부를 분리해 기존 또는 신설 회사에 이전하고, 그 대가가 분할회사의 주주에게 분배되는 것으로 규정한다. 하위 규범적 문서에서도 분할의 개념에 대한 정의는 입법의 취약점을 보완하고 그 유용성을 발휘하고 있지만, 회사법적 근거의 각도를 실시하면서 주로 각 주관부문(主管部門, 해당 업무에 대한 주요한 관리를 담당하는 정부 부처)의 관리사항(조세, 등기)을 대상으로 하고 있으므로 회사분할 제도 자체의 구축상의 결여를 보완할 수 없다. 또 이들 주관부문의 규정들은 법률의 효력보다 약하고 각 규정 간 충돌점도 있어 법 적용에 혼선을 빚기 쉽다.

(3) 학술연구

35) 주주(사원)총회는 회사의 기관들 중에서 기초적인 지위에 있는 회사의 최고권력기관이다.

중국 법학 이론계는 분할행위에 대한 설명을 더 보완하고자 하였다. 강평(江平) 교수는 분할이란 한 회사가 법률, 법규에 따라 둘 이상의 회사로 나뉘는 행위를 의미하며, 분할은 하나의 조직법상의 행위로 명확히 설명된다고 하였다.[36] 왕바오수(王保樹) 교수는 회사분할이란 한 회사가 그 재산에 상응하게 분할을 하는 것으로, 청산절차를 거치지 않고 두 개 이상의 회사로 분할하는 것이 회사분할의 중요한 특징이라고 하였다.[37]

따라서 중국에서 회사분할은 한 회사가 둘 이상으로 나뉘는 조직법상의 행위이다. 이는 자회사나 종속회사를 설립하는 투자행위나 경영확장을 위한 계열사를 설립하는 행위가 아니다. 분할 전의 회사와 분할 후의 회사 상호 간, 또는 분할 후의 각 회사 간 지사의 관리 관계는 없으며, 기업집단에서 구성원이 서로 주식을 보유하는 관계가 아닌, 상호 독립된 관계이다.

2. 유형

(1) 관련 규제

현행 중국 회사법은 회사분할의 유형을 규정하지 않았다. 하지만 1993년 <중화인민공화국 회사법(초안)>에서는 분할 후 해산 여부를 기준으로 신설분할(新設分立)과 파생분할(派生分立)로 구분하였다. 그러나 최종 시행된 1993년 회사법은 이 구분 방법을 삭제했다. 이후 1999년 규정은 이 초안의 구분 기준을 다시 채택해 회사분할은 존속분할(存續分立) 혹은 해산분할(解散分立)로 구분하고 있다.

존속분할은 하나의 회사가 둘 이상의 회사로 분리되어 분할회사가 계속 존속함과 동시에 하나 이상의 새로운 회사가 설립되는 것을 말한다.

---

36) 江平 主編, 「新編公司法教程」, 法律出版社, (2001), 151쪽.
37) 王保樹 主編, 「中國商法」, 人民法院出版社, (2010), 272쪽.

이 경우 분할회사의 주주(사원) 수나 등록자본금 등에서 변화가 발생한다. 그리고 새로운 회사는 분할회사와는 다른 독립된 법인격을 취득한다.[38]

해산분할은 하나의 회사가 둘 이상의 회사로 나뉘어 분할회사가 해산되는 것에 이어 둘 이상의 새로운 회사가 설립되는 것을 말한다. 분할회사가 보유하고 있던 자산은 분할계획서에서 정한 바에 따라 새로운 독립된 법인격을 갖는 회사에 배정되고 분할회사는 해산된다.[39]

그러나 두 유형 모두 신설분할에 해당한다. 분할 후 분할회사가 존속하여 그 일부 재산을 신설회사에 출자하는 파생분할도 분할로 회사를 설립한 상황에 해당하기 때문에, 이러한 구분방식은 분할회사가 해산하여 2개 이상의 신설회사를 설립한 경우와 분할회사가 분할 후 존속하는 동시에 또 그 일부의 재산을 1개 이상의 신설회사를 설립한 경우의 차이를 명확히 나타내지 못하고 있으며, 이론상의 분할유형에 근거한 신설분할개념과 혼동될 우려가 있으므로 부적절하다.

(2) 실무 현황

현행 중국법상 회사분할은 흡수분할(또는 분할합병)에 의한 분할을 인정하지 않는다. 존속분할과 해산분할은 모두 단순분할의 형태이다. 그러나 이런 단순분할만으로는 현실적으로 존재하는 기업구조조정의 필요를 충족시키기 어렵다.

실제로 중국 회사들은 분할을 통해 다른 회사들을 합병하는 방식을 회사 조직재편방법으로 많이 채택하고 있다. 즉, 한 회사가 다른 회사의 일부를 흡수하여 경영 규모를 확장하는 것이다. 그러나 현행 중국 회사분할 제도는 흡수분할을 인정하지 않기 때문에 이를 달성하기 위한 분할합병을 하려고 하는 회사는 먼저 상대방 회사가 분할의 절차를 마친 후에 다시 분할된 회사를 합병할 수 있다. 이는 회사분할 제도의 기능성을

38) <외국투자기업 합병 및 분할 관한 규정(關於外商投資企業合並與分立的規定)> 제4조 제2항.
39) 1999년 규정 제4조 제3항.

크게 저하시킨다.

한편, 중국 회사가 분할하는 현실 수요를 보면, 중국 대다수 회사가 분할하는 기본 목적은 간단히 경영 규모를 축소하려는 것이 아니라, 반대로 더 많은 자금을 조달하여 경영 규모를 확대하려는 것이다. 회사분할의 주요 목적 중 하나는 분할회사로부터 그 우량한 자산을 분리하여, 분할회사가 통제하는 효익이 비교적 좋은 새로운 회사를 설립하거나 분할을 통해 자금 조달상의 재무 이익을 얻는 것이다.[40] 사실 이와 같을 경우, 비록 현실적으로 회사에 대해 많은 분할의 수요가 존재한다고 하더라도, 회사법은 현실적인 요구에 대한 적절한 법제를 제공할 수 없다고 간주해야 한다. 회사가 자회사를 설립하는 방법으로 사업 범위를 넓힐 때, 물적분할은 매우 효과적인 수단이 되었다. 하지만 현행 회사분할 제도는 물적분할의 적용 여부에 대해서는 명확하게 설명되지 않은 상태이기 때문에 현실적으로는 일부 자산을 출자해 자회사를 설립하는 방식[41]을 회사분할보다 많이 택할 것이다.

따라서 중국법상의 회사분할은 한 회사가 두 개 혹은 그 이상의 회사로 나뉘는 가장 단순한 분할 형식만을 포함할 뿐(소위 단순분할), 한 회사가 그 일부 재산을 분리하여 다른 하나 혹은 몇 개의 기존회사로 이전하거나, 두 개 혹은 여러 회사가 그 일부 재산을 분리하여 각 회사의 일부 재산을 공동으로 한 개 또는 몇 개의 새로운 회사 설립에 사용하거나, 혹은 한 회사가 재산의 일부를 떼어내면서 분리된 일부 재산으로 다른 회사와 합병하여 새로운 회사를 설립하는 형태(소위 분할합병) 등 복잡한 분할 유형들은 포함하지 않는다.[42]

---

40) 全國人大常委會法制工作委員會, 馬原主編, 「公司法分解適用集成(下)」, 人民法院出版社, (2003), 1268쪽.

41) 이것은 바로 재투자(轉投資)이다. 자산이 너무 많을 때, 원래의 기업은 종종 원 기업의 출자자가 신설회사의 투자자로 나서게 함으로써, 원 기업이 출자자로서의 재투자와 관련된 제한적인 규정을 위반하지 않도록 하는 것이다. 蔣大興, 沈暉, "企業改制與債務承擔", 「公司法律報告(第一卷)」, 中信出版社, (2003), 166쪽.

42) 江平, 전게서(주36), 92쪽. 작자는 둘 혹은 그 이상의 회사가 한 회사를 공동으로 조직하는 상황은 모두 회사분할이 아니라고 생각한다.

3. 소결

중국법상의 회사분할은 한 회사가 둘 이상으로 분리하는 단순분할만 인정하고 있고 한 회사가 부분적으로 재산을 분리하여 다른 기존의 회사로 이전하는 흡수분할이나 분할합병을 인정하지 않는다. 그리고 현행 중국 회사분할 제도는 승계회사의 주식을 분할회사의 주주(사원)에게 배당하는 인적분할만 인정하고 있으므로, 분할회사가 직접 승계회사의 주식을 받는 물적분할인지에 대한 새로운 규율이 필요하다. 중국 현행법과 학계의 통설에 따르면 중국에서의 회사분할은 법인격 분리와 영업 분리의 이중효과가 발생해야 하므로 물적분할이 존재할 수 없는 것이다. 실제적인 물적분할 사례는 자회사 설립으로 분류되어 회사분할과 기능은 비슷하지만 다른 범주에 속한다.[43]

따라서 중국 회사분할 제도는 '협의(狹義)의 회사분할(會社分割)'로 볼 수 있다. 그러나 이는 실제 회사 경영에 있어 기업조직재편의 다양성과 기능성을 만족시키지 못하고 있다.

제 2 절 중국 회사분할의 절차

회사분할은 회사의 중대한 조직재편이면서 동시에 회사의 주주 또는 채권자에게 중대한 영향을 미치는 사안이기 때문에 특정한 절차를 거쳐야 한다. 요약하자면, 회사분할 과정에서 이사회가 회사의 분할의안을 작성하고 결의하고, 회사의 권력기관(權力機構)이 분할하는 결의를 통해 일정한 방식으로 공시한 후 회사의 재산(자산과 부채 포함) 전부 또는 일부를 기존회사나 신설회사에 이전하며, 분할회사의 주주가 분할로 발행된 신주를 취득하여 분할회사가 소멸되거나, 축소된 상태로 존속한다.

---

43) 鳳建軍, “防禦視角下公司分立中的股東權益保護問題研究”, 「商事法論集」第20卷, (2011), 107쪽.

또 분할 후 회사의 상태도 등기로 기재하는데, 이 과정이 곧 분할에 대한 절차적 규칙이다.

I. 분할방안(分立方案)의 작성

회사를 분할하는 경우 먼저 분할계획을 하여야 하고 이 분할계획에 대하여 회사 내의 주주총회나 사원총회의 특별결의를 거쳐야 한다. 통상적으로 분할회사는 주주(사원)총회결의 이전에 이사회가 회사의 분할방안을 작성해야 한다.[44] 그러나 현행 중국 회사법은 분할방안에 어떤 내용이 포함되어야 하는지를 규정하지 않고 있다. 또한, 특별 규범인 중국 공상관리총국의 <회사 합병과 분할 등기 서류 제출 규범(보총)>에서 회사분할의 결의는 분할 유형, 분할 전후 회사의 명칭, 분할 후 회사의 등기자본(註冊資本)과 납입자본(實收資本), 분할 후 주주가 납부하기로 한 경우(認繳)와 실제납입(實繳)한 경우, 분할회사의 채권·채무를 승계하는 방안, 지사 및 다른 회사의 주식을 가진 주식을 처리하는 사정을 포함해야 한다고 규정하고 있다.[45]

II. 분할방안의 개시

분할하려는 회사는 주주(사원)총회 이전에 법적 방법으로 주주(사원)에게 분할방안을 전달하여야 한다. 이에 유한책임회사가 사원총회를 열릴 때, 반드시 회의 소집의 15일 이전에 전체 사원에게 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 단, 회사의 정관이 따로 정해져 있거나 전체 사원이 따로 약속된 경우는 제외한다.[46] 주식유한회사가 주주총회를 열릴 때,

---

44) 중국 회사법(2018년 개정) 제46조와 제108조에 따르면 이사회는 회사의 분할방안을 맡고 있다.
45) 國家工商行政管理總局文件, 工商企字[2011]226, 關於做好公司合併分立登記支持企業兼併重組的意見, 公司合併分立登記提交材料規範（補充）, 四 （一). http://www.gov.cn/banshi/2011-11/29/content_2006123.htm.
46) 중국 회사법(2018년 개정) 제41조.

회의를 소집하는 시간과 장소와 심의하는 사항을 20일 전에 각 주주에게 통지하여야 하며, 임시 주주총회는 반드시 회의 소집의 15일 전에 각 주주에게 통지해야 한다.[47]

III. 사원총회 또는 주주총회의 결의

분할방안을 작성한다면 이를 사원총회 또는 주주총회에 제출하여 동의를 받아야 한다. 회사분할은 특별결의 사안에 해당하므로, 유한책임회사의 경우 사원이 보유하고 있는 결의권의 2/3 이상,[48] 주식유한회사의 경우 출석주주 의결권의 2/3 이상[49]의 찬성을 요한다. 국유독자회사에 관해서는 국유자산관리기구(國有資產監督管理機構, 이하 '국자위'로 칭한다)가 심사하여야 하고 해당 지역정부로부터 비준을 받아야 한다.[50]

분할을 하는 결의는 반드시 분할방안을 승인해야 하고 회사분할계획을 이행하기 위해 기존회사의 정관을 수정하거나 새로 설립된 회사의 정관을 승인하여야 한다.

이 밖에 상장회사의 경우 증권감독관리위원회(證券監督管理委員會, 이하 '증감회'로 칭한다)의 확인비준(核准)을 별도로 받아야 한다.

IV. 반대주주의 주식매수청구권

회사분할에 반대하는 소수주주(사원)의 정당한 권익을 보호하기 위해 중국 회사법은 해당 주주(사원)에게 탈퇴할 수 있는 주식매수청구권을 부여한다. 유한책임회사의 경우 사원총회결의를 반대한 사원은 회사가 합리적인 가격으로 그 매수대금을 넘겨받도록 청구할 수 있다. 사원총회 결의가 통과된 날로부터 60일 이내에 사원과 회사 간에 주식 매수 협의가 이루어지지 않을 경우, 사원은 사원총회 결의가 통과된 날로부터 90

47) 중국 회사법(2018년 개정) 제102조.
48) 중국 회사법(2018년 개정) 제44조 제2항.
49) 중국 회사법(2018년 개정) 제103조 제2항.
50) 중국 회사법(2018년 개정) 제66조.

일 이내에 인민법원에 소를 제기할 수 있다.[51] 주식유한회사의 경우, 주주가 주주총회에서 결정한 분할결의에 이의를 가지고, 회사에 그 주식 인수를 요청할 수 있고 회사는 6개월 이내에 이 주식을 양도하거나 소각하여야 한다.[52]

V. 자산부채표(資産負債表)와 재산목록(財産清單)의 작성

사원총회나 주주총회의 결의가 완료되면, 그 재산은 상응하게 분할하고 자산부채표와 재산목록을 작성하여야 한다.[53]

VI. 채권자보호 절차

회사는 분할결의일로부터 10일 이내에 채권자에게 해당 사항을 통지하여야 하고 30일 이내에 이를 신문에 공고하여야 한다.[54] 공고는 분할 당사회사의 명칭, 분할의 유형과 분할 전후에 각 당사회사의 등기자본을 포함하여야 한다. 회사의 분할하기 전의 채무는 분할 후의 회사가 연대책임을 진다. 단, 회사가 분할하기 전에 채권자와 채무상환에 관한 별도의 약정을 통해 연대책임을 배제할 수 있다.[55] 이에 채권자는 분할 후의 한 회사에 대해서만 채권을 청구하거나 분할 후의 모든 회사에 동시에 채권을 주장할 수 있다.

VII. 분할의 등기

회사가 존속분할을 하는 경우에는 존속회사의 변경사항에 대해서 변경등기를 하여야 하고, 신설회사에 대해서 설립등기를 하여야 한다. 해

51) 중국 회사법(2018년 개정) 제74조 제1항 제2호.
52) 중국 회사법(2018년 개정) 제142조 제1항과 제4항.
53) 중국 회사법(2018년 개정) 제175조 제1항.
54) 중국 회사법(2018년 개정) 제175조 제2항.
55) 중국 회사법(2018년 개정) 제176조.

산분할의 경우에는 분할회사가 해산되므로 말소등기를 하여야 하고, 신설회사에 대에서 설립등기를 하여야 한다. 회사의 합병과 마찬가지로 회사분할의 공시일로부터 45일 이후에 등기를 신청하여야 한다.[56]

등기할 때 다음과 같은 자료를 제출해야 한다. (1) 분할승인 결의나 결정, (2) 분할공고가 게재된 시문, (3) 각 당사회사의 영업등록증 사본, (4) 채무상환 또는 채무담보 현황에 관한 설명, (5) 법률, 행정법규와 국무원 결정(國務院決定)에 따라 비준을 받아야 하는 사항인 경우, 관련 비준서류 또는 허가증서 사본, (6) 분할로 인해, 설립 또는 변경등기를 하는 경우에는 분할 현황을 첨부한 소멸회사의 말소증명을 제출해야 한다. 분할결의나 결정에서 해산회사를 해산하려면 먼저 청산절차를 거쳐야 한다고 명시한 경우를 제외하여 분할 때문에 해산된 회사는 청산절차를 이행하지 않으면, 말소등기를 할 때 청산보고서를 제출하지 않아도 된다.[57]

제 3 절 중국 회사분할제도의 발전연혁

I. 1993년 회사법 제정 전

1981년에 통과된 <중화인민공화국경제계약법(中華人民共和國經濟合同法)>은 이미 회사의 분할을 언급하였으나, 분할 후의 권리의무승계만을 취급하였다.[58] 이어 1986년 제정된 <민법통칙(民法通則)>은 이 경제계약법 규정을 이어갔다.[59] 그리고 분할에 대한 등기의무와 공고의무

56) 회사등기관리조례(公司登記管理條例) 제38조.

57) 國家工商行政管理總局文件, 工商企字[2011] 226, 關於做好公司合併分立登記支持企業兼併重組的意見,公司合併分立登記提交材料規範(補充), http://www.gov.cn/banshi/2011-11/29/content_2006123.htm

58) 중화인민공화국경제계약법(1981 제정) 제27조 제3항: "당사자 일방의 합병이나 분할이 발생한 경우에는 변경 후 당사자는 단독이나 각각 계약을 수행하는 의무를 부담하고 정당한 권리를 향유한다."

위반으로 인해 이해관계자에게 중대한 손해를 발생한 경우의 회사와 법정대표자의 책임에 대해도 규정하였다.[60] 그러나 민법총칙은 그러한 책임의 성격에 대해서는 침묵한다. 특히 민법총칙 하에서는 채권자가 분할된 모든 주체에게 연대책임을 주장할 수 있을지는 불분명하다. 또한 관련 기업과 채권자 간에 체결된 협의에 관해서도 다루지 못한다.

1988년 제정된 <전민소유제공업기업법(全民所有制工業企業法)>에서는 정부와 정부의 주관부문의 비준(批准)사항[61]이라는 점과 분할 시의 재산보호와 채권채무의 정리[62], 그리고 분할에 따른 변경사항에 대한 공시의무에 대해 명시하였다. 이 규칙의 중요한 목표 중 하나는 국유기업들의 이익이 보호되도록 하는 것이다. 비록 이 규칙은 위와 같은 보호를 위협하는 특정 실체나 활동을 명시하지 않았지만, 경영자나 채권자와 같은 개인뿐만 아니라 기타 민간 소유 실체도 그 대상으로 포함한다. 따라서 이 조항은 분할회사의 자산이 경영자와 채권자의 잠재적인 남용으로부터 보호하기 위한 것으로 해석하는 것이 합리적이다.

II. 1993년 회사법 제정 후

중국 최초의 회사법 1993년 <회사법>은 '회사의 합병과 분할'은 법률에 의해 규정되었고, 7개 조항으로 하나의 장을 구성하고 있다. 이는 회사분할을 실시하기 위한 철저한 지침을 제공하고 분할은 주주(사원)총회의 결의사항이고(제182조), 국무원이 권리를 부여한 부처 또는 성급정부(省級政府)의 비준(批准)사항이며(제183조), 분할 시의 채권채무의 승계(제185조 제3항)와 채권자보호절차(제185조 제2항) 및 변경사항 등기의무(제188조)에 대하여 규정하였다. 그 외에 다른 장에서 분할은

59) 중화인민공화국 민법통칙(1986년 제정) 제44조: "기업법인은 분할, 합병과 같은 중요한 사항 변경 시 등기기관에 등기하여 공고하여야 한다. 기업법인이 분할 또는 합병으로 그 권리와 의무는 변경된 법인이 향유하고 인수한다."
60) 중화인민공화국 민법통칙(1986년 제정) 제49조 제1항 제5호.
61) <전민소유제공업기업법(全民所有制工業企業法)> 제18조.
62) <전민소유제공업기업법(全民所有制工業企業法)> 제20조.

주주(사원)총회 특별결의 사항(제38조 제1항 제11호, 제39조 제2항 제103조 제1항 제10호, 제106조 제2항)이고 이사회는 분할방안을 작성한다(제46조 제1항 제7호, 제112조 제1항 제7호)는 것에 대해서도 규정하였다. 또한 사원총회를 두지 않고 이사회가 사원총회의 일부 권리를 행사하는 국유독자회사의 경우에는 분할과 관련하여 국가가 권리를 부여하여 투자한 기구 또는 국가가 권리를 부여한 부처의 비준을 받아야 한다(제66조)고 규정하였다.

1993년 회사법의 특징은 채권자가 분할이 완료되기 전에 언제든지 잠재적 분할을 차단할 수 있다는 것이다.[63] 각 채권자는 미래에 지급액을 확보하기 위해 조기 상환이나 담보를 요구할 권리가 있었다. 회사와 채권자 사이의 협상에서 시간제한이 적용되지 않았기 때문에 채권자들은 잠재적으로 전체 과정을 지연시킬 수 있고 본질적으로 잠재적 거래에 거부권을 행사할 수 있다. 그러나 채권자가 사전에 분할에 대한 통지를 받지 못했거나, 회사가 분할되어 있거나, 분할된 회사와 관련하여 어떠한 합의도 이루지 못했다면, 채권자들의 이의권은 그 가치를 잃을 것이다. 1993년 회사법은 채권자에게 적절한 통지나 상환의 기회를 주지 않고 회사가 분할의 공시를 완료할 경우 회사가 어떤 책임을 지게 될지 명시하지 않았기 때문이다. 또는 회사가 회계 및 등기기관에 제출한 채권자 청구 명단이 정확한지 여부를 확인할 권한이나 실질적인 대책이 채권자에게 주어지지 않았다. 따라서 채권자들이 회사분할에 이의를 제기하는 소송은 대부분 적절한 통보가 없거나 상환 또는 담보를 위한 적절한 협상 기회가 없는 등 절차상 하자가 있다는 주장에 근거한 것이다. 채권자 이의권의 행사 비용이 많이 들고 사후 제재와 억제력이 낮아 '레몬 시장'[64]을 만든 것으로 보인다. '착한' 기업(a good firm)은 채권자에게 통지

---

63) 중국 회사법(1993년 제정) 제185조: “회사가 부채를 변제하지 못하거나 그에 상응하는 담보를 제공하지 못하면 분할을 진행하지 못한다.”

64) Akerlof, George A, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainly ans the Market Mechanism”, QUARTERLY JOURNAL OF EOCOMICS, (1970), 84 (3): 488-500쪽. Ruoying Chen, “Rules and Practice of Corporate Division in China: Sub-optimal judicial practice and conflicting regulatory

후 분할 절차 완료 전 그들의 협의를 위해 다방면으로 노력함에도 채권자들을 다 만족시킬 수 없으며 막대한 불확실성과 소송 위험에 직면할 수 있다. 한편 '나쁜' 기업(a bad firm)은 채권자 이의권을 거부한 후 분할이 이루어진 후 소송을 감수하는 강력한 인센티브를 갖고 있다. 그러므로 법원이 부정하고 결함 있는 회사분할 거래와 관련한 채권자들의 주장으로 범람하는 것은 당연하다.[65] 이에 따라 2003년 중국최고인민법원은 <기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정(關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定)>에서 대두되고 있는 다양한 법적 문제를 해결하기 위한 일련의 사법 해석을 규정하였다.[66]

또 국무원 증감회가 구 국가체개위(國家體改委)와 공동으로 제정한 <국외에서 상장하는 상장회사 정관의 필수조항(到境外上市公司章程必備條款)>, 국가공상행정관리총국(國家工商行政管理總局)이 시행한 <회사등기관리조례(中華人民共和國公司登記管理條例)>도 상장회사의 분할을 명문화한다. 구 외경무부와 공상총국의 <외국투자기업 합병 및 분할 관련 규정(關於外商投資企業合並與分立的規定)>은 중국법률에 따라 중국경내에 설립한 중외합자경영기업, 법인격을 갖고 있는 중외합작경영기업, 외자기업, 외국투자주식유한회사지간의 분할에 명시적으로 적용된다.[67] 이 밖에 중국 증감회의 <상장회사정관지침(上市公司章程指引)>에서 상장회사는 그 정관에 회사가 법에 따라 분할할 수 있다는 조항을 명기할 수 있다.[68]

III. 2005년 회사법 개정 후

1993년 회사법이 시행된 이래, 입법자들과 법원은 문제가 있는 인센티브 구조를 형성하고 있었다. 이에 2005년 회사법에 대해 전면 개정[69]

---

objectives", (2016), 5쪽.

65) Ruoying Chen, 전게논문(주64), 5쪽.

66) <기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정(關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定)> 제12조, 제13조.

67) <關於外商投資企業合並與分立的規定> 제2조.

68) <上市公司章程指引> 제169조.

을 하였고, 분할과 관련한 내용도 일부 개정되었다. 행정기관의 비준을 받아야 하는 요건을 삭제하였고, 채권자에 대한 채무를 상환하거나 상응하는 담보를 제공하지 않는 경우 분할을 진행할 수 없다는 규정을 삭제하는 대신 비교법상 보편적으로 존재하는 연대책임 도입하는 등 채권자 보호절차를 대폭 완화하였으며(제175조, 제176조), 반대주주(사원)에게 주식매수청구권을 부여하였다(제74조 제1항 제2호, 제142조). 그리고 2003년 국유자산감독관리기구(國有資產監督管理局)의 설립으로 국유독자회사의 합병·분할은 국자위가 결정하고 중요한 국유독자회사의 경우에는 국자위가 심사한(審核) 후 관할정부(本級政府)의 비준을 받아야 하는 것으로 개정되었다(제66조 제1항).

중국 회사법은 2013년과 2018년에 일부 개정[70]됐지만 회사분할 관련 내용에는 개정된 사항이 없고 2005년에 개정된 내용이 그대로 유지되고 있다.

<표 1. 중국 2005년 개정 회사법의 주요 개정내용>

1993년 회사법	2005년 회사법
제182조 유한회사가 합병하거나 분할하는 것은 회사의 사원총회에서 결의를 해야 한다.	제176조(회사분할의 통지의무) 회사를 분할하는 경우, 그 재산은 이에 상응하여 분할된다. 회사를 분할하는 경우, 자산부채표와 재산목록을 작성하여야 한다.

69) 그 사이에 1999년과 2004년에 회사법에 대한 일부 개정이 있었으나 회사분할과 관련해서는 개정된 내용이 없었다. 법률 개정과 관련해서 '전면 개정(修訂)'이 이루어지는 경우 조항의 내용은 기존의 내용을 유지하더라도 그 순서는 이동될 수 있으므로 조항이 바뀌게 된다.

70) '일부 개정(修正)'의 경우에는 '개정안(修正案)' 또는 '개정 결정(修改決定)'을 공포하는 방식 중 하나를 선택하게 되는 데 '개정안'의 방식으로 공포하는 경우에는 기존 조항의 순서는 그대로 유지되고 '개정 결정'의 방식으로 공포하는 경우에는 순서에 변경이 있을 수 있다.

제183조 주식회사가 합병하거나 분할하려면 반드시 국무원이 권한을 위임한 부서 혹은 성급 인민정부의 비준을 거쳐야 한다. 제185조 회사분할은 그 자산을 상응하게 분할한다. 회사분할시, 자산부채표 및 자산목록을 작성하여야 한다. 회사는 분할결의일로부터 10일 이내에 채권자에게 통지하고, 30일 이내에 신문에 최소한 3회 공고하여야 한다. 채권자는 통지를 받는 날로부터 30일 이내에, 통지서를 받지 않는 경우는 제1차 공고일로부터 90일 이내에 회사에 채무청산을 요구하거나 또는 상응하는 담보의 제공을 요구할 권리가 있다. 채무를 청산하지 않거나 또는 상응하는 담보를 제공하지 않을 경우 회사는 분할할 수 없다. 회사분할 전의 채무를 사전 협의에 의하여 분할 후의 회사가 부담한다.	회사는 분할결의일로부터 10일 이내에 채권자에게 통지하고, 30일 이내에 이를 신문에 공고하여야 한다. 제177조(회사분할의 채무승계) 회사분할 전의 채무는 분할 후의 회사가 연대책임을 진다. 단, 회사가 분할하기 전에 채권자와 채무상환에 관한 서면 약정을 둔 경우는 예외로 한다.

IV. 회사분할제도 입법의 문제점

중국의 회사분할제도는 주로 <민법전>, <회사법>, <증권법>, <최고법원의 기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정(最高人民法院關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定)>, <회사등기관리조례(中華人民共和國公司登記管理條例)>, <상장기업정관지침(上市公司章程指引)>, <해외 상장회사 정관 필수조항(到境外上市公司章程必備條款)>, <외국투자기업 합병 및 분립 관한 규정(關於外商投資企業合並與分立的規定)>, <회사의 합병분할등기를 잘하여 기업겸병재편을 지원하는 것과 관련한 의견(關於做好公司合並分立登記支持企業兼並重組的意見)> 등 법률에 의해 규정된다.

회사분할제도에 대한 중국의 입법을 종합적으로 분석해보면 아래와 같은 4가지 문제가 있다.

(1) 중국에서 회사분할에 관한 정의는 지금까지 회사법에서 찾지 않고 있으며, 현재 유일한 관련 조항으로 <1999년 규정> 제4조 역시 회사분할의 가장 기본적인 형태에 관해서만 기술하고 있으므로, 회사 실무와 사법 실무에서 회사의 분할행위에 관한 판단은 항상 차이가 있다.

(2) 회사분할 자체의 유형에 대한 법적 규정은 불완전하다. 현재 중국 입법에서 회사분할의 유형은 항상 존속분할과 신설분할의 이분법에 따라 규제되고 있지만 이 두 가지 유형은 단순분할의 범주를 벗어나기 어렵다. 유럽, 일본, 한국 및 기타 국가의 상법 또는 회사법에서는 분할합병과 물적분할 등 다양한 분할유형을 포함하는 것을 비해 중국 회사법을 더 완선할 필요가 있다.

(3) 회사분할 효과에 대하여 간단히 연대책임만 언급한다. 그에 따른 다수 채권 문제에 대한 이론 연구가 부족하다.

(4) 회사분할 관련 규범과 제도가 아직 완전하지 않아 상법의 효율과 공정성 가치를 현재로서는 충분히 반영되지 못하고 있다.

제 4 절 중국 회사분할의 주요쟁점과 사례

중국의 회사분할 실무에서 가장 우선되는 것은 회사법 규칙이 아니라 법원과 주관부문이 분할을 시행하는 방식이다.[71] 특히 회사분할로 자회사를 설립하고자 할 때, 상충하는 법원의 판례들이 존재하며, 자본시장에서 중국 증감회가 대부분의 수평적 회사분할을 승인하지 않는 현상은 중국 회사분할 제도에서 악영향을 한다.

I. 회사분할과 다른 제도와의 구별

폐쇄회사들에 대해서는 사법 관행이 매우 중요하다. 중국 회사법은 회사분할의 개념과 방식을 명문으로 규정하고 있고, 이 법이나 특별법에서 회사분할이 무엇인지에 대한 명확한 규정이 없다. 특히 자산 이전이 관련되는 몇 가지 기업조직재편 행위[72] 구별에는 논란이 흔히 발생한다. 논란은 채권자와 채무자 사이에서 주로 발생하는데 법률이 명확히 정의되지 않은 상황에서 이런 판단은 법원에서 할 수밖에 없다. 이에 따라 아래에 중국 법원이 특정 구조조정 거래와 관련하여 연대책임을 적용할 수 있는지와 관련된 판례들을 분석하였다. 현실에서 법원의 오판율과 관리 비용은 매우 높은 것으로 보이며, 이는 큰 비용이 드는 소송으로 이어져 법원이 채권자의 이익을 보호한다는 목표를 달성하는데 도움이 되지 않아 보인다.

1. 사례 1: 중국수출입은행(中國進出口銀行)과 만보냉장고회사(萬寶冰箱公司) 소송 사건[73]

---

71) Ruoying Chen, 전게논문(주64), 1쪽.

72) 이러한 쟁점은 주로 재투자(轉投資) 및 자산양도와 회사분할 행위를 구분하기에 관한 것이다. 재투자(轉投資)는 투자회사가 다른 회사를 투자하여 피투자회사의 주주가 되는 것이다. 이 용어는 법에서 명문화 된 것이 아닌 중국 법학 학자들이 1993년 회사법과 2005년 회사법에 관련 제도를 요약한 것이다. 중국에서 재투자라고 부르는 이유는 회사 자체가 주주의 투자로 형성된 산물이기 때문에 주주의 투자행위가 주주의 투자로 형성된 법인 자산을 사용하여 다시 투자하는 행위이다.

73) 最高人民法院 (2001) 民終字第166號. 李國光 主編, 「最高人民法院關於企

채무자 만보전기회사(萬寶電器公司)가 에셋 리스트럭쳐링(Asset Restructuring)을 하여 광저우시 정부(廣州市政府)는 국유만보냉장고회사(國有萬寶冰箱公司)를 설립하고 만보전기회사의 자산 및 이에 상응하는 부채와 함께 1억 2천 7백만 위안을 승계했다. 하지만 채권자인 중국수출입은행(中國進出口銀行)은 자기에 대한 채무를 승계하지 않는 만보냉장고회사에 연대책임을 부담하도록 소를 제기했다. 제1심 법원은 만보냉장고회사와 만보전기회사가 지주관계가 없으며 자산양도 관계일 뿐이므로 만보냉장고회사는 어떠한 책임도지지 않는다고 판결했다. 그러나 최고인민법원은 제2심 법원으로 다음과 같이 다른 판결을 내렸다.

"만보전기회사의 구조조정 과정에서 회사 재산의 일부와 부채의 일부가 회사에서 분리되어 만보냉장고회사로 합병되었다. 회사의 재산 및 채무의 일부가 회사에서 직접 분리되어 새로운 회사 설립을 위해 이전되면 회사의 단순분할이지만, 채권자의 동의 없이 분리된 회사는 분할 이전에 분할회사의 채무에 대해 연대책임을 져야 한다. 재산과 채무의 일부가 분리되어 기존 기업과 합병되면 분할합병이 된다. 채권자의 동의 없이 분할 재산을 인수하는 기업은 분할회사의 채무를 인수 가치 범위 내에서 연대책임을 진다. 이를 토대로 만보전기회사와 만보냉장고회사의 구조조정은 분할합병으로 구별된다. 만보전기회사와 만보냉장고회사가 양도계약에서 체결한 채무에 관한 분배 내용은 채권자인 중국수출입은행의 승인을 얻지 못했기 때문에 이 계약의 채무 승계 내용은 중국수출입은행에 적용되지 않는다. 따라서 만보냉장고회사는 승계하는 만보전기회사의 재산 가치 범위 내에서 만보전기회사의 부채에 대해 연대책임을 진다."

즉, 이 사건에서 최고인민법원은 회사의 채무가 자산과 함께 양도되는 것이 회사의 분할이라고 판결했다. 따라서 이러한 상황에서의 채무승계는 회사분할의 채무승계 절차에 따라 처리되어야 한다. 해당 회사들이 자산양도계약을 체결을 통해 자산양도 형태를 취하더라도 법원은 그 본질에 주목해야 한다.

業改制司法解釋條文精釋及案例解析」, 人民法院出版社. (2003), 121-136쪽.

2. 사례 2: 공상은행 산둥분사(工商銀行山東分行)와 신성회사(信誠公司) 소송 사건[74]

채무자인 비료공장(化肥廠)은 부분적인 기업구조조정을 거치고 있었다. 비료공장, 우리사주신탁협회(員工持股會) 및 기타 여러 투자자가 공동으로 신설회사를 설립했다. 그중 비료공장은 7772만 위안의 현물자산을 투자하고 현물자산과 함께 4820만 위안의 부채를 양도하였다. 현물자산과 부채가 상쇄된 후 순자산(淨資產) 2960위안 원을 신설회사에 대한 출자금으로 투자하였고 신설회사 총 자분금의 74%를 소유하였다. 그러나 비료공장의 채권자인 산둥공상은행는 신설회사에 분할회사인 비료공장의 채무에 대한 연대책임을 부담하도록 소를 제기했다.

제2심 법원은 채권자의 청구를 승인했다. 판결에 연루된 법관들과 최고법원 법관들은 이른바 부분적 기업구조조정을 분할에 따른 구조조정행위라고 판결했다. 따라서 회사분할 원칙에 따라 처리해야 하며, 분할된 회사는 재산 수수 범위 내에서 분할회사의 채무에 대해 연대책임을 져야 한다. 여기에서 비료공장은 현물자산과 부채로 타인과 함께 신설회사를 설립했는데 이는 분명히 회사 재투자(轉投資)이지만 법원은 그것을 분할로 다시 자격을 부여하여 신설회사가 자산을 인수하는 범위 내에서 분할회사의 연대책임을 부담하도록 규정했다. 이것은 채권자보호를 강화하였지만 많은 문제를 일으켰다.

3. 사례 3: 난징 화학공업 소송 사건(南京化工案)[75]

장쑤성 난징시 현교화학공업회사(南京市縣郊化工公司, 이하 현교화학공업회사로 칭한다)는 난징시 화학공업총회사(南京市化工總公司)가 투자

---

74) (2003)民二終字第106號. 「最高人民法院公報(第11期)」, (2004), 16-21쪽.

75) (2007)寧民二終字第152號. 樊榮禧, 曹豔 , “公司分立和轉投資的區別與認定”, 「人民司法(案例)」 第6期, (2008), 89쪽.

하여 자본금 140만 위안으로 설립된 국유독자기업이었다. 1992년 11월에 현교화학공업회사와 치샤갈림길용기공장(棲霞岔路口容器廠)이 공동출자 하여 난징시 화학공업용기공장(南京市化工容器廠, 이하 화학공업용기공장으로 칭한다)을 설립했다. 갈림길용기공장은 현금 44만 위안으로 출자했으며, 현교화학공업회사는 56만 위안 가격인 작업장, 토지, 수도와 전기 설치 완비 등 현물재산을 출자하기로 하였다. 하지만 현교화학공업회사는 출자를 이행하지 않았고 상술한 고정자산을 화학공업용기공장으로부터 빌려 사용하였다.

1995년 4월에 현교화학공업회사는 60만 위안으로 독립 법인격을 가진 독자기업(獨資企業)인 차오양 감수제공장(朝陽減水劑廠)을 설립했다. 차오양 감수제공장의 정관에는 현교화학공업회사 회사의 자본금을 배정(調撥)했고 현교화학공업회사는 95%의 고정자산(토지, 부동산, 기계 등 합계 120만 위안)을 차오양 감수제공장으로 이전하였고 등기기관에 등기했다. 등기 서류에 등기된 차오양 감수제공장의 자본금은 60만 위안으로 그 투자자가 현교화학공업회사이었다.

1996년 7월에 현교화학공업회사의 주관부문인 난징시 화학공업총회사는 공문서를 내렸고 현교화학공업회사와 차오양 감수제공장을 분할하는 것을 허가했다. 2005년에 차오양 감수제공장은 조직재편을 하여 신 차오양회사(新朝陽公司)가 1200만 위안으로 차오양 감수제공장을 인수했고 차오양 감수제공장이 신 차오양회사로 명칭을 변경했다.

2001년 6월 5일 난징시 화학공업용기공장은 현무호 신용합동조합(玄武湖信用社)로부터 70만 위안을 대출받았다. 2007년 초까지 화학공업용기공장은 대출계약에 의한 변제 의무를 이행하지 않았기 때문에 현무호 신용합동조합이 법원에 아래 3 가지의 청구를 위하여 소를 제기했다. (1) 현교화학공업회사는 원리금 총 100만 위안을 반환하라고 청구했다. (2) 현교화학공업회사는 미출자한 60만 위안 이내의 보조배상책임을 이행하라고 청구했다. (3) 신 차오양회사와 현교화학공업회사가 연대하여 책임을 이행하라고 청구했다.

제1심 법원은 채무자가 채무를 상환하지 못한 것에 대해 그 책임에

대해 이견이 없다고 판단하였다. 현교화학공업회사는 출자 하자로 인해 인민폐 56만 원의 출자 납부 책임을 져야 했으며, 차오양 감수제공장과 현교화학공업회사의 분할에 관한 공문서로, 분할회사의 채무에 대한 연대 책임을 져야 하므로, 법원은 현교화학공업회사와 신 차오양회사가 연대하여 채무 청산을 해야 한다고 판결하였다.

제2심 법원은 차오양 감수제공장은 현교화학공업회사가 출자해 설립한 회사이고, 이는 기업의 투자행위이며 둘 다 독립한 법인격으로 연대책임을 질 사항이 없다고 판단했다. 원고는 현교화학공업회사의 채권자로서 차오양 감수제공장에 청산책임을 요구할 수 없다. 이에 따라 제2심 법원은 신 차오양회사가 연대책임을 지지 않는다고 판결했다.

4. 문제점

회사분할 시, 분할회사가 여전히 존속하고, 분할의 대가를 회사가 직접 이어받아 주주들에게 배분되지 않는다면, 분할회사가 승계회사의 주주가 되는 것은 회사 재투자(또는 현물출자) 행위와 매우 비슷하다. 예를 들어, 회사가 자산을 양도할 때 회사의 주식이 양도 대가가 된다면, 자산양도행위도 회사의 분할이나 재투자와 결과에 큰 차이가 없다. 그러나 이 세 가지 경우 모두 비슷해 보이지만(모두 자산 이전이 이뤄지는데, 결국 회사 지분을 넘기는 것) 법적인 처우는 다르다. 주주보호의 경우 회사분할 절차는 주주총회 특별결의와 반대주주 주식매수청구권의 장치가 있고, 재투자절차는 이에 해당하지 않으며, 중대한 자산양도는 유한책임회사와 상장회사에서만 적용된다. 채권자보호에 관하여 회사분할에만 연대책임을 적용하고, 재투자와 자산양도 모두 인수회사(또는 피투자회사)가 양수회사(또는 투자회사)의 채무에 대한 연대책임을 부담하도록 요구하지 않는다.

회사 조직재편의 편의를 위해 당사자가 스스로 분할 절차를 선택할 경우, 법관은 법률이 규정한 절차를 제대로 이행했는지를 판단할 수밖에 없다. 관련 절차적 요건이 법률에 들어맞으면 이 같은 분할의 유효성을

인정해야 한다. 그러나 현실적으로 해당 회사가 주식매수청구권 행사를 거부하거나 채무를 회피하기 위하여 재투자(轉投資)나 영업양수도 등 재산의 개별 이전으로 분할의 목적을 달성하고자 할 때 법원이 어떻게 대응해야 하는지가 하는 문제이다.

상술한 세 판례로 보면 법원은 판결에서도 이러한 사건이 분할행위인지, 투자행위인지를 판시하기 어려웠다. 불완전한 회사분할 입법은 회사에 경영 자치권을 부여하면서 법관에게도 지대한 재량권을 주었다. 법원은 분할과 다른 제도를 판단하는 사건에서 거래의 본질을 탐구하고 당사자 스스로 조직재편에 대한 선택을 외면하는 쪽으로 기울었다. 그러나 법관은 회사분할의 개념에 대한 인식이 부족해 거래에 대한 인식이 달라 회사 조직재편과 구조조정에 큰 불확실성을 초래하고 있다. 현행 중국 법원의 대부분 관점은 회사분할과 투자행위의 구분 기준은 분할회사가 승계회사의 주식을 소유하는지의 유부이다.[76] 이와 함께 거래의 실체를 어떻게 인정하느냐에 따라 대가인 주식의 양도행위나 대규모 재투자행위가 전혀 없는 것 아니냐는 실무계의 우려도 있다. 중국에서 이 분할회사 직접 분할의 대가를 가지는 상황을 분할 방식에서 제외되는 판단은 분할의 기능성에 영향을 주게 된다.

II. 자본시장에서의 회사분할

상장회사의 경우 중국에서는 회사분할 사례가 거의 없다. 이에 대하여 중국 증감회에 의한 자본시장의 차선 규제와 국자위의 국유기업 규제를 공전한다는 새로운 설명을 제공한다.[77] 발행자는 증감회의 IPO 승인과 국자위의 승인을 기다리는 데 오랜 시간이 걸릴 수 있다. 또 두 주관부문은 고유한 규제 목표로 인해 회사분할 거래의 가격을 정확히 반대 방향으로 밀어붙일 가능성이 크다. 증감위는 상장회사 주주의 이익을 보호하는 것이고 국자위는 공기업의 수익을 극대화하는 것이다. 공기업이 비

76) 彭冰, “論公司分立行爲的界定”, 「證券法苑」 第9卷, (2013), 628쪽.
77) Ruoying Chen, 전게논문(주64), 1쪽.

국유기업에부터 이익을 얻을 수 있다는 것이다.

이에 따라 중국 자본시장에서 첫 분할(分立上市) 사례를 통해 회사분할에 따른 자본시장에서의 애로점을 고찰하고자 한다. 또 현재 중국 국내 상장회사 대다수는 통상적으로 국가단독출자회사이거나 유한책임회사인 모회사의 분할행위로 탈바꿈하고 상장하는 사례가 많았고, 이는 중국에서 분할재상장(分拆上市, Equity Carve-out)으로 칭한다. 이 절의 마지막 부분은 회략하게 분할재상장(分拆上市)에 대해 소개하고자 한다.

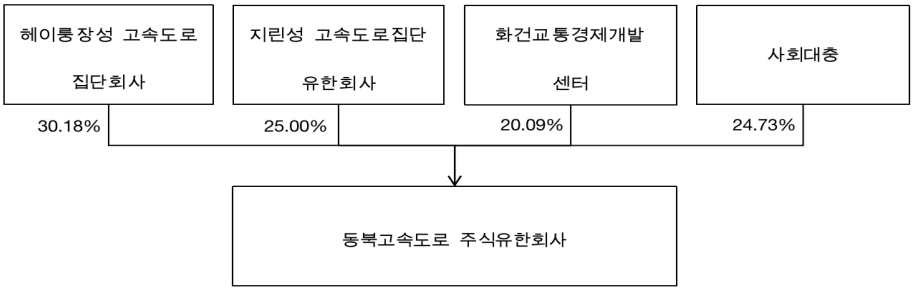
1. 사례: 상장회사의 분할- 2010년 동북고속도로 분할사건(東北高速公路分立案)

(1) 배경

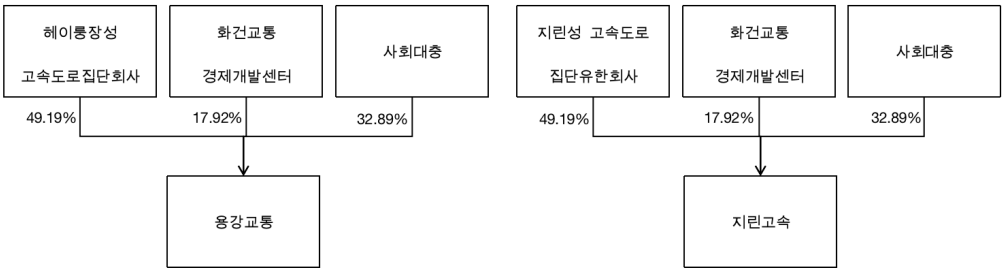
1999년 헤이룽장성 고속도로집단회사(黑龍江省高速公路集團公司), 지린성 고속도로집단유한회사(吉林省高速公路集團有限公司)와 화건교통경제개발센터(華建交通經濟開發中心)가 공동출자하여 동북고속공로 주식유한회사(東北高速公路股份有限公司, 이하 동북고속으로 칭한다)를 설립했고 상해증권거래소에 상장하였다.

2007년 7월에 경영 혼란으로 상해증권거래소가 공고를 내고 동북고속에 대해 특별처리를 실시했다. 동북고속의 지배구조 문제가 지속적으로 개선되지 않고 있기 때문에, 2009년 3월 13일, 동북고속이 주식거래 정지되었고, 2009년 12월 31일 분할을 선포했다. 2010년 3월 19일 동북고속은 흑룡강교통발전주식유한회사(黑龍江交通發展股份有限公司,이하 '용강교통'으로 칭한다), 지린고속도로발전유한회사(吉林高速公路發展有限公司, 이하 '지린고속'으로 칭한다) 두 개의 상장회사로 분할되었고, 이 분할은 중국 주식시장에서 첫 분할 사건이 되었다.

<동북고속도로 주식유한회사 분할 전의 지분구조>



<동북고속도로 주식유한회사 분할 후의 지주분조>



(2) 분할방안

분할보고서[78]에 따르면 동북고속 분할 요점은 다음 세 가지로 요약된다. (1) 해산분할이다. 동북고속은 용강교통과 지린고속 서로 독립된 두 주식회사로 나뉜다. 신설된 회사의 주식은 심사비준을 거친 후 상해증권거래소에 상장되었는데, 분할회사는 법에 따라 해산되어 소멸되었으며, 그 주식도 역시 시장에서 퇴출하였다. (2) 분할회사와 신설회사 간의 지분전환으로 분할회사의 주주가 신설회사의 주주가 된다. 신설회사가 분할회사의 채권·채무를 부담하고 근로자 및 경영업무에 대응하여 이전되었고 분할회사의 자사주도 신설회사의 주식으로 전환했다. 동북고속의 1

78) 동복고속도로 주식유한회사 분할상장보고서, 중국증권감독관리위원회 홈페이지 www.sse.com.cn 참조.

주는 용강교통의 1주와 지린고속의 1주로 바뀌었지만, 두 신설회사의 자본금 합계는 12억 132만 주로 분할회사와 동일하다. (3) 신설회사 간의 주식을 다시 조정한다. 분할 후 상장 전에 黑龍江省高速公路集團公司와 吉林省高速公路集團有限公司는 분할회사의 대주주로 속지원칙(屬地原則)에 따라 자산을 나눠서 지분을 이전했다. 이후, 이 두 대주주는 상대방 성내(省內)의 자산을 더 이상 보유하지 않게 되었다.

(3) 문제점

전체적으로는 이 분할방안이 각 당사자가 윈-윈(win-win)할 수 있다는 데서 긍정적 의미가 있다. 주관부문은 아직 보편성이 없다는 점을 분명히 했지만, 학술계와 실무계가 참고할 만한 모델을 제공한 것은 사실이다. 이 분할은 까다로운 법률적 문제에도 불구하고 방안의 설계와 집행에 있어 다양한 혁신적 방식을 통해 이익관계자들의 수요를 균형 있게 조정해내는 효과를 거두고 있다. 예를 들어, 분할절차와 상장 절차의 연계, 주식을 시장퇴출하고 다시 거래를 시작하는 배정에 관한 방안을 제공했다. 특히 신설회사는 분할 직후 분할회사의 위기를 고려하여, 주식전환(股份置換)을 통해 근원적으로 회사지배구조 문제를 해결했다. 그러나 알려진 긍정적 효과의 반면에 이번 사건을 통하여 더 심각한 문제도 볼 수 있다. 분할하고 상장하는 시행에 대한 구체적인 규정과 방침이 부족해 이 사례의 정착과 추진이 번번이 주관부문과 협의하면서 규제 장벽을 해결해야 했다. 전체 분할방안을 살펴보면 이 분할은 한 특례를 띠고 있어 관련 법 개정에 이바지하지 못했고 이 사건 이후 자본시장에서 다시 상장회사의 분할사례나 관련 법규는 나타나지 않는다.

2. 분할재상장(分拆上市)제도

자본시장에서 분할(分立) 사례가 손에 꼽을 수 있는 반면에 분할재상장(分拆上市) 사례는 셀 수 없을 정도로 많다. 특히 2000년 이후 중국

에서 분할재상장(分拆上市)은 급물살을 탔고 당시 국내 분할재상장(分拆上市)이 허용되지 않자 상장회사들은 해외 분할재상장(分拆上市)을 많이 택했다. 2000년 7월 Jade Bird Skybridge(青鳥天橋, 600657)는 자회사 Jade Bird Universal(北大青鳥環宇)를 분사하고 홍콩에 상장시켰는데 이는 중국 내 상장회사들이 분할재상장(分拆上市)의 첫 사례가 됐다. 이후 Tong Ren Tang(同仁堂, 600085), Tong Fang (同方股份, 600100), TCL그룹(000100), Friendship Group(友誼股份, 600827)등 상장회사들이 잇따라 분할된 자회사를 해외에 상장시키면서 중국 상장시장에서 분할재상장(分拆上市) 붐이 일고 있다.

이 현상을 규율하기 위하여 2004년에 증감회는 <국내 상장회사 종속회사 해외 상장 관련 문제에 관한 통지(關於規範境內上市公司所屬企業到境外上市有關問題的通知)>를 제정했다.[79] 그 후에 동북고속 분할 사건 발생 직후 증감회는 <상장회사분할시행방법(上市公司分立試行辦法)>을 제정하려고 하였으나 결국 큰 진전은 없었다. 하지만 분할보다 분할재상장(分拆上市)에 관한 규정이 먼저 나왔다. 증감회는 2019년 12월에 <상장회사 종속한 자회사 분할에 의한 국내 상장 시행규정(上市公司分拆所屬子公司境內上市試點若幹規定)>[80]을 제정하였다. 상장회사가 회사분할(公司分立)이나 기업분할(企業分拆)을 하려면 모두 중국 증감회의 승인을 받아야 하기 때문에 증감회는 기업분할(企業分拆)을 더 선호하는 현상을 감안하여 나중에 중국 상장회사들이 분할(分立) 대신에 분할재상장(分拆上市)을 통하여 기업조직재편을 진행하는 방식이 보편화될 가능

79) <국내 상장회사의 종속회사 해외 상장 관련 문제를 규제하는 것에 관한 통지(關於規範境內上市公司所屬企業到境外上市有關問題的通知)> 제1조: “상장회사의 종속회사가 해외에서 상장하는 것은 상장회사가 지배권을 가진 종속회사가 해외 증권시장에 주식을 공개 발행하여 상장하는 것을 말한다.”

80) <상장회사 종속한 자회사 분할에 의한 국내 상장 시행규정(上市公司分拆所屬子公司境內上市試點若幹規定)> 제1조: “본 규정에서 상장회사의 분할(分拆)란 상장회사가 일부 업무나 자산을 직접 또는 간접으로 지배하는 자회사의 형태로 국내 증권시장에서 기업공개(首次公開發行股票上市) 또는 구조조정으로 재상장하는 것(實現重組上市)을 가리킨다.”

성이 크다.

중국의 회사분할 제도는 존속분할과 소멸분할만을 규정하고 있고 인적분할과 물적분할을 규정하지 않아 회사분할(公司分立)과 기업분할(企業分拆)의 성격이 다르다고 인식하게 된다. 분할 제도가 분할재상장(分拆上市)의 모든 단계를 포괄할 수 있는지 여부는 분할에 관한 법제규범이 완비하지 못해서 비롯된 것으로서 양자가 다르다면 이해하기 어렵다.

III. 소결

상술한 사례들을 통하여 현행 중국 회사분할 제도의 문제점을 볼 수 있다. 먼저 회사법에 회사분할에 대하여 구체적인 분할 방식과 정의에 대해서 명확한 규정을 찾기 어렵고 분할을 시행하려면 통일한 기준이 없다. 그리고 현행 중국 회사분할 제도에 관해서는 회사법뿐만 아니라 특별법도 많이 존재하고 있다. 따라서 회사법의 효용이 제한되고 사법실행의 혼란도 초래될 수 있다. 또한 회사 실무에서 회사분할과 유사한 다른 수단도 실행되고 있어서 이를 법적으로 구별하지 않으면 회사 실제 운영을 잘 모르는 주주나 채권자 등 이해관계자에게 피해를 야기할 수 있다.

제 3 장 중국 회사분할과 주주보호

제 1 절 문제의 제기

주주는 회사의 출자자이므로, 회사 경영의 성패는 회사 주주의 권익에 직접적인 영향을 미친다. 따라서 주주에게 회사를 감독할 권리를 부여해야 한다. 그러나 주주는 회사의 경영자가 아니며, 일반적으로 경영관리의 전문성이 없으므로, 주주에게 어떠한 감독권을 부여하여야 하는지, 그리고 경영자와 주주 간의 대리문제에 대해 어느 정도로 규정해야 하는지는 매우 중요한 문제이다.

주주는 회사에 대한 일반적인 감독권으로 회계장부의 열람권과 보고회의 청취권 등을 주장할 수 있다. 회사에 중대한 손실이 발생할 때에, 이사회가 주주총회를 소집하여 주주에게 보고해야 하며, 임무에 태만한 이사에 대해서 주주총회의 결의를 통해 이사를 해임할 수 있다. 회사분할의 경우, 이사회의 분할결의에 대해 의사결정기관인 주주총회의 동의가 필요하다. 그런데 주주총회 결의가 자본다수결에 따르는 것이 원칙이지만, 사실상 지배주주의 영향력에서 자유롭기는 어렵다. 이 경우 회사의 분할에 반대하는 소수주주의 권익을 확보하는 것은 사실상 어려울 것이며, 소수주주가 반대하더라도 원칙적으로 회사의 분할절차를 중지하지 못한다. 회사분할의 결과로 해당 회사 자체의 경영에 중대한 변동을 초래하는 경우가 많으므로, 소수주주의 권익을 어떻게 보호할 것인지도 중대한 문제가 된다.

합병과 마찬가지로 회사분할로 인하여 주식이 불공정하게 배정될 여지가 있으므로 주주의 이익이 침해될 여지도 있다. 중국 회사법은 이 점을 고려하여 분할에 대한 주주총회의 승인을 필요로 하게하며, 분할에 관한 정보를 공시하게 하고, 반대주주에게 주식매수청구권을 부여함과 동시에 위법한 분할의 궁극적인 해결책으로서 분할결의 무효 또는 취소의 소 등 보호수단을 규정하고 있다. 이하에서는 각각의 내용을 상세히

소개하고자 한다.

제 2 절 주주보호의 주요수단

회사분할과 주주보호에 관한 규정은 회사분할을 규정하고 있는 중국 회사법 제9장에서 정하지 않고 제2장(유한책임회사의 설립과 기관), 제3장(유한책임회사 사원권의 양도), 제4장(주식유한회사의 설립과 기관) 및 제5장(주식유한회사 주식의 발행과 양도)에서 해당 절차가 적용되는 경우가 규정되어 있다.

I. 분할에 관한 정보공시제도

1. 분할에 관한 정보공시의 필요성

이사회는 주주의 대리인으로서 회사의 사업관리에 관여하며, 대부분 주주는 일상적인 경영 관여하지 않는다. 따라서 대부분의 주주는 회사의 주인임에도 불구하고 정보 우위가 없는 반면에, 대리인은 일상 경영에 종사하면서 자연스럽게 정보를 파악하여 정보 우위를 확보할 수 있고, 따라서 정보 비대칭의 문제가 발생하게 된다.

주주와 이사 간의 정보 비대칭을 해소하기 위해 정보를 충분히 공시하는 것은 주주의 알 권리를 보장하기 위해 필요하다. 회사분할에 대해서도 마찬가지이다. 분할방안이 이사회에 의해 작성된 후에 이를 충분히 공시함으로써, 합리적인 최종 결의를 도출할 수 있고 주주들의 의사를 충분히 반영할 수 있다. 이것은 주주의 알 권리를 보장하기 위한 기본이자, 원칙이라 할 수 있다.

회사분할의 정보 공시는 사전적 공시와 사후적 공시로 나뉜다. 사전적 공시는 권력기관이 분할결의를 하기 전에 공시하는 회사의 분할방안이다. 이는 이사회와 회사의 권력기관 사이의 다툼으로써, 주주의 알 권리

를 보장하여, 합리적인 의사결정을 할 수 있도록 하기 위한 것이다. 사후적 공시는 분할절차가 적절하게 이루어지게 하는 간접보증이고 분할이 공정하지 않거나 적법하지 않으면 주주가 분할무효의 소를 제기하기 위한 자료제공의 의미가 있다.

따라서 주주에게 정확한 정보를 제공하는 것이 중요하므로 회사분할 입법화에서 회사분할과 관련한 정보의 공시 방법을 구체적으로 규정할 필요가 있다.

2. 분할에 관한 정보공시의 절차

(1) 공시의 방식과 시간

중국 회사법 제175조와 제176조에서는 회사분할에 관한 정보의 개시를 주주는 제외한 채권자에게만 적용할 수 있도록 적용한다. 그러나 중국 회사법에서는 회사분할이 주주(사원)총회의 특별결의에 의한 승인을 요하는 것과 관련하여,[81] 주주(사원)총회 소집 시에 통지·공고하도록 규정하고 있다. 주주(사원)총회가 회사분할에 대해 의결하기 전에 주주(사원)는 소집통지에 의하여 회사분할에 관한 정보를 얻고, 결의를 내린 후에는 결의 관련 서류를 법으로 정해진 장소에 비치해야 하기 때문에 주주(사원)는 영업시간 내에 열람할 수 있다. 이는 주주(사원)에게 이의를 제기할 수 있는 충분한 시간과 정보를 제공하고 주식매수청구권의 행사 여부 등을 판단하게 하기 위한 중요한 절차이다.

---

81) 중국 회사법(2018년 개정) 제43조 제2항: “사원총회에서 회사정관을 수정하거나, 자본금의 증자 또는 감자를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또는 회사의 유형을 변경하는 것을 결의할 경우에는, 반드시 3분의 2 이상의 의결권을 가진 주주가 결의하여야 한다.”
제103조: “주주총회의 결의는 회의에 출석한 주주 의결권의 과반수로 의결한다. 단, 주주총회에서 회사정관의 수정, 자본금의 증자 및 감자를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또는 회사의 유형 변경을 의결할 때는 반드시 출석한 주주 의결권의 3분의 2 이상이 찬성하여야 한다.”

1) 사전적 공시

주주(사원)총회 소집은 반드시 회의 시간, 장소 그리고 결의사항을 15일 이전에 유한책임회사의 사원들에게 통지하여야 하고, 20일 이전에 주식유한회사의 주주들에게 통지하여야 한다(회사법 제41조, 제102조 제1항). 임시주주총회는 소집 15일 이전에 주주들에게 통지하여야 하며, 무기명주식을 발행한 경우에는 회의 소집 30일 이전에 소집 시간과 장소 그리고 결의사항을 공고하여야 한다(회사법 제102조 제1항). 여기서 공시의 방식에 대해 현행 회사법 규정에 따르면 무기명주식을 가진 주주에게만 공고하는 것을 허용하고 있다. 그러나 유한책임회사와 주식유한회사(무기명주식을 발행하는 회사와 상장회사 제외함)의 주주(사원)에게는 통지하는 것이 원칙이다. '공고'에 비해 '통지'의 경우, 구성원이 모두 정보 수령을 했는지 개별적으로 확인하는 절차가 요구되므로 이는 회사의 비용 부담을 증가시키고 회사운영의 비효율성을 초래할 수 있다.

또는 상장회사의 경우, 증권법과 다른 특별법에서는 이사회가 분할결의를 한 후에 언론사 게재, 회사 홈페이지 배포 등 방식을 통하여 즉시 공시하도록 요구된다.[82] 여기서 '즉시'라고 지칭할 때 이것이 정확하게

---

82) 중국 증권법(2019년 개정) 제80조: “상장회사 주식의 가격에 상당한 영향을 미칠 수 있는 중대한 사건이 발생하고 투자자가 이를 알지 못하는 경우 상장회사는 즉시 당해 사건 현황을 국무원증권감독관리기구와 증권거래소에 수시 보고하고 사건의 발생원인, 현재의 상태와 예상되는 법률효과에 대하여 공시하고 설명해야 한다. 전항에서 중대 사건은 다음 사항들을 포함한다. (9) 회사가 감자, 합병, 분할, 해산 또는 파산신청의 결정을 할 때...”
<상장회사 정보공시관리방법> 제6조: “상장회사 및 기타 정보공시 의무자는 법에 따라 정보를 공시하며, 공고문고와 관련 예비 심사 서류를 증권거래소에 제출 및 비치하고 중국 증권감독관리위원회가 지정한 매체에 게시해야 한다. 정보공시 의무자가 회사 홈페이지 및 기타 매체에 정보를 게시하는 시점은 지정한 매체에 게시하는 시점보다 우선할 수 없으며, 보고 및 공시 의무를 뉴스 혹은 기자회견 등 어떤 형태로도 대체할 수 없으며, 임시보고 의무를 정기보고 형식으로 대체할 수 없다.”

어떤 의미이며 어느 시점까지를 기준으로 한 것인지 투자자 보호를 위한 명확한 설명이 필요하다고 생각한다.

2) 사후적 공시

중국 회사법은 유한책임회사의 주주에게 이사회 또는 사원총회의 결의를 열람과 복사할 권리를 부여하며,[83] 주식유한회사가 중요한 이사회 또는 주주총회의 기록을 회사에 비치할 것을 요구한다.[84] 또한 주주(사원)가 그 기록을 열람할 권한과 회사의 경영에 대해 건의하거나 질의할 권한을 부여한다.[85] 또는 상장회사에 대하여 특별법에서 분할결의를 형성한 후에 회사의 본점, 증권거래소에 비치하여 사회대중이 열람할 수 있도록 한다.[86]

<상장회사 정보공시관리방법> 제31조: "상장회사는 가장 먼저 발생한 다음과 같은 시점에 중대한 사건의 정보 공시의무를 즉시 이행해야 한다. (1) 이사회 또는 감사회가 해당 중대한 사건에 대한 결의를 형성할 때, (2) 각 당사자가 해당 중대한 사건에 관하여 의향서 또는 계약서를 체결할 때, (3) 이사, 감사 또는 고급관리임원이 해당 중대사건을 알고 보고할 때."

83) 중국 회사법(2018년 개정) 제33조: "주주는 회사정관, 주주회의 기록, 이사회의 결의, 감사회의 결의 및 재무회계보고서를 열람하거나 복사할 권리를 가진다. 주주는 회사의 회계장부 열람을 요구할 수 있다. 주주가 회계장부 열람을 요구할 경우에는 회사에 서면으로 신청하고 그 목적을 설명해야 한다. 회사는 주주의 회계장부 열람요구에 부당 목적이 있어 회사의 합법적 이익에 손해를 가져올 수 있다는 합리적인 근거가 있을 경우 그 열람신청을 거절할 수 있으며 동시에 주주의 서면 신청서를 받은 날로부터 15일 이내에 주주에게 서면으로 답변하고 그 이유를 설명해야 한다. 회사가 열람을 거절할 경우 주주는 인민법원에 소송을 제기하여 회사에 열람권을 허용하도록 요구할 수 있다."

84) 중국 회사법(2018년 개정) 제96조: "주식유한회사는 회사정관, 주주명부, 회사채권근거자료, 주주총회 회의록, 이사회 회의록, 감사회 회의록, 재무회계보고를 회사에 비치하여야 한다."

85) 중국 회사법(2018년 개정) 제97조: "주주는 회사정관, 주주명부, 회사채권근거자료, 주주총회 회의록, 이사회 회의록, 감사회 회의록, 재무회계보고를 열람할 권한과, 회사의 경영에 대해 건의하거나 질의할 권한을 가진다."

86) <상장회사 정보공시관리방법> 제7조: "정보공시 의무자는 정보공시 공고

(2) 공시의 내용

분할방안을 공시하는 방식도 중요하지만 동시에 공시내용 또한 중요하다. 주주(사원)총회 소집통지 내용이 구체적이고 상세할수록 주주(사원)가 주주(사원)총회에 출석하여 의결권을 행사하는데 보다 충분한 정보를 제공할 수 있으므로 주주(사원)의 의결권 행사에 도움이 된다. 그러나 유감스럽게도 현행 회사법 제175조는 자산부채표(資產負債表)와 재산목록을 작성하여야 한다고 규정할 뿐 그 외에 분할방안에 관하여 어떤 구체적인 자료와 내용을 포함해야 하는지에 대한 규정이 없다.

상장회사의 분할 관련 주주총회 소집의 통지 내용과 관하여 <상장회사정관지침> 제55조 제1항에서 구체적인 사항을 규정하고 있다. ① 회의 시간, 장소, 회의 기한, ② 결의 사항, ③ 모든 주주는 주주총회에 출석할 수 있고, 대리인으로 하여금 회의에 출석하여 그 의결권을 행사하게 할 수 있으며, 대리인은 주주가 아니어도 됨을 서면으로 명백히 설명해야 하며, ④ 주주총회에 출석할 권리가 있는 주주의 배당기산일, ⑤ 회의 업무 담당자의 이름과 연락처 등을 통지서에 기재해야 한다.

실무상 주주총회 소집 이전에 주로 공시되는 서류들로는 거래보고서, 가치평가기관, 회계감사법인, 법률사무소의 의견서, 독립이사의 독립의견 및 주주총회 회의자료 등이 있다.

3. 소결

회사분할은 많은 이해관계자의 이익, 특히 소수주주(사원)의 권익과 관련되므로 알 권리는 주주(사원)가 그 의사를 표시하기 위해 의결권을 행사하고 회사를 어느 정도 감독하는 기초이다. 완전한 회사분할 정보공시 제도는 사전적 공시와 사후적 공시를 포함해야 한다. 기타 국가의 입

문 원고와 관련 예비 심사 서류를 상장회사 설립등기 관할 증권감독관리기구에 송부하고, 회사의 본점에 비치하여 사회대중이 열람할 수 있도록 해야 한다.”

법례를 보면, EU 회사법 제6지침은 회사분할의 사전적 정보공시만 규정하고 있고,[87] 한국[88]과 일본[89]은 사전적·사후적 공시를 모두 법으로 규정하고 사전공시 기간은 2주, 사후공시 기간은 6개월로 되어 있어 구체적인 공시의 기재 사상이 다르다. 회사의 분할정보를 추가하는 사후적 공시 절차는 주주, 채권자 등 이해관계자의 이익을 보호하는 데 유리하다.

중국 회사법 제41조와 제102조에서 각각 유한책임회사와 주식유한회사 주주(사원)의 알 권리를 확보한다. 회사법은 회사분할의 정보를 주주(사원)총회의 소집통지와 함께 주주(사원)에게 알려야 한다고 간접적으로 규정하고 있으나 이때 분할정보는 주주(사원)총회에서 회사의 분할을 결의한다는 사실에 국한되며 기타 회사분할 정보에 관련 규정은 없다. 아울러, 증권법상 회사분할 정보공시는 상장회사에만 해당되며 비상장회사가 어떻게 회사분할 정보공시를 할 것인지에 대한 규정은 없다. 또는 중국 회사법 제9장에서는 회사분할 정보공시 제도에서 채권자에 대한 사전통지와 공지만 규정하고 있는 점을 볼 때 회사법은 채권자의 알 권리를 보호하는 측면에 무게를 기울고 있는 것으로 판단된다. 따라서 현행 회사법은 제9장에서 회사의 분할에 대한 법정절차를 보완하고, 특히 주주(사원)총회 분할의 결의가 이루어지기 전에 회사분할의 필요한 정보를 법적으로 명확히 함과 동시에 포괄적 조항(兜底條款)을 추가하고 일정한 자치(自治)를 회사에 부여할 수 있다. 절차상으로는 분할 관련 정보공시의 기한과 방식을 명시하고, 또한 열람권의 보장으로 입법개선의 방향을 제시할 수 있다.

II. 주주총회의 승인

1. 의의

87) EU 회사법 제6지침 제4조 참조.
88) 한국 상법 제530조의7.
89) 일본 회사법 제782조 제1항과 제2항, 제791조 제1항-제3항 참조.

회사분할은 회사 조직의 전반적인 변화이므로 주주의 법적 지위에 중대한 영향을 미치기 때문에 회사분할 이행절차의 공정성을 위하여 회사의 주인인 주주에게 의사결정권을 부여할 필요가 있다.[90] 전통적이고 규범적인 의사결정 모델에 따라 합병이나 분할 등 회사 조직의 변경을 위해서는 주주들의 결의가 필수적이다.[91] 이러한 주주(사원)총회 승인결정은 분할회사뿐 아니라 분할합병의 상대 회사에서도 분할방안에 대한 주주총회 승인결의를 받아야 한다. 또 각국의 입법례는 분할당사회사가 주식회사로서 다양한 종류주식을 발행할 때 분할회사의 주주총회와 종류주주총회의 승인을 받도록 하고 있다.

2. 주요국 입법례

각국 입법례에서는 보편적으로 회사분할에 있어서 분할회사의 주주총회의 특별결의에 의한 승인이 필요하다고 한다. 구체적으로 보면 EU 회사법 제6지침에서는 출석주주의 의결권의 3분의 2 이상 또는 발행 주식총수의 과반수 출석 시에 과반수 승인이 필요하다고 규정하고 있다.[92] 또한, 종류주식을 발행하는 경우, 분할로 인해 그 권리가 침해된다면 당해 종류주주의 승인결의가 필요하다.[93] 프랑스에서 회사분할의 결의요건은 정관변경과 동일하여 4분의 1 이상 의결권을 가진 주주가 출석하고 출석주주 3분의 2 이상의 동의를 요하도록 하고 있다.[94] 종류주주총회가 있는 경우 그 승인도 받아야 한다.[95] 독일에서는 안분비례형분할과 비안분비례형분할로 구분하는 결의요건을 규정하고 있다. 안분비례형분할의 경우에는 자본의 4분의 3의 동의를 요하도록 하고 있고[96] 비안

---

90) 김동민, 전게논문(주8), 67쪽.
91) B. Manning, 'The shareholder's Appraisal Remedy', An Essay for Frank Coker, 72 YALW L.J., (1962), 226-227쪽. 김동민, 전게논문(주8), 67쪽.
92) EU 회사법 제6지침 제5조 제1항 제1문 참조.
93) EU 회사법 제6지침 제5조 제1항 제2문 참조.
94) 프랑스 상법 제236-2조 제2항, 제236-9조, 제236-16조, 제236-22조, 제225-96조 참조.
95) 프랑스 상법 제236-9조 제2항 참조.

분비례형분할의 경우에는 전체 주주의 동의가 필요한 것으로 규정하도 있다.[97] 미국은 주주총회 일반결의를 통해서만 통과시킬 수 있다.[98] 또한 분할에 따른 영업양도와 영업양수를 해야 할 경우 주주총회결의 요건이 각 주에 따라 다르다.[99] 일본에서는 회사의 분할 및 합병을 위해 주주총회는 발행주식총수의 과반수 출석과 출석주주 3분의 2 이상의 동의를 받아야 한다.[100]

3. 중국에서 분할결의의 구체적인 절차

현행 중국 회사법상 회사 유형에 따라 분할 방안에 대한 의사결정 절차는 다음과 같다.

(1) 유한책임회사

중국 회사법 제37조와 제46조에 의하여 유한책임회사가 분할을 진행할 때, 반드시 이사회 결의를 통해 분할방안을 정해야 하며, 사원총회에서 특별결의를 통해 승인해야 한다. 사원총회에서 회사의 분할방안을 결의할 때는 반드시 의결권의 3분의 2 이상의 찬성을 받아 통과시켜야 하며, 그 결의요건을 정관을 통해 변경해서는 안 된다.[101] 또는 유한책임

---

96) 독일 사업재편법 제125조, 제65조 제1항 제2문 참조.
97) 독일 사업재편법 제128조 제1문 참조.
98) 미국 모범회사법 제11.01조 참조,
99) Delaware General Corporation Law, Sec.271.3.Procedure on selling assets: The statute authorizes the sale, lease, or exchange of all or substantially all assets by action of the board of directors, subject to approval, on at least 20 days' notice of the holders of a majority of the voting shares or the written consent of such a majority. See, Edward P. Welch, Andrew J.Turezyn, Folk on the Delaware General Corporation Law Fundamentals, 2001 edition, at 654.
100) 일본 회사법 제309조 참조.
101) 중국 회사법(2018년 개정) 제43조 제2항: “사원총회에서 회사정관을 수정하거나, 자본금의 증자 또는 감자를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또

회사 사원의 수와 규모가 비교적 작은 경우, 집행이사를 지명할 수 있으며, 이사회를 설립하지 않는 소규모 유한책임회사는 집행이사가 이사회의 직권을 행사하기 때문에 반드시 집행이사가 분할방안을 작성하고 사원총회에서 특별결의로 승인해야 한다.[102]

(2) 주식유한회사

중국 회사법 제99조는 제3조 제1항의 규정을 적용하여 주식유한회사가 분할을 할 때는 반드시 이사회 결의를 통해 분할방안을 작성하고 주주총회에서 특별결의로 승인을 받아야 한다. 주주총회가 분할방안에 대해 승인결의를 할 때 출석주주 3분의 2 이상의 찬성을 받아야 통과할 수 있으며, 그 결의요건을 정관 규정을 통하여 약화하지 못한다.[103] 그러나 중국 회사법에서는 종류주식 발행 시, 회사분할이 그 종류주주에게 손해를 끼치면 별도의 종류주주총회 승인결의를 요하는 주주총회에 대한 특별결의의 가중 요건이 결여되어 있다.

(3) 국유독자회사와 외국기업

중국의 법률 특수성 때문에 중국의 국유독자회사(國有獨資公司, 국가가 100% 출자한 회사)는 사원총회를 두지 않고 국유자산감독관리기구에 사원총회의 권한을 부여한다.[104] 외국투자기업(外商投資企業)도 일반

는 회사 유형의 변경을 결의할 경우에는, 반드시 3분의 2 이상의 의결권을 가진 사원이 결의하여야 한다."

102) 중국 회사법(2018년 개정) 제50조: "사원이 비교적 적고 규모가 작은 유한책임회사는 이사회를 설치하는 대신 집행이사 1명을 둘 수 있다."

103) 중국 회사법(2018년 개정) 제103조: "주주총회의 결의는 회의에 출석한 주주 의결권의 과반수로 의결한다. 단, 주주총회에서 회사정관의 수정, 자본금의 증자 및 감자를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또는 회사의 유형 변경을 의결할 때는 반드시 회의에 출석한 주주 의결권의 3분의 2이상이 찬성하여야 한다."

104) 중국 회사법(2018년 개정) 제66조: "국유독자회사는 사원총회를 설치하

적으로 주주(사원)총회를 개최하지 않으며, 그 권한은 이사회가 행사한다.[105]

4. 의결권의 행사 관련 문제

(1) 지배주주 의결권의 제한

중국에서 분할결의가 통과되려면 일반적으로 3분의 2를 기준으로 한 다수결 원칙이 적용된다. 설사 회사분할이 법적 의사결정기관-주주(사원)총회결의에 의해 동의를 받는다고 하더라도, 그 결의는 자본다수결의 원칙으로서 여전히 지배주주의 영향을 받는다. 회사분할에 반대하는 소수주주의 권익은 확보되기 어렵고, 소수주주의 반대에도 회사분할 절차를 중단하는 것은 원칙적으로 불가능하다. 따라서 지배주주가 소수주주

지 않고 국유자산감독관리기구가 사원총회의 직권을 행사한다. 국유자산감독관리기구는 회사의 이사회가 사원총회의 일부 직권을 행사하여 중요 사항을 결정할 수 있도록 위탁할 수 있다. 단, 회사의 합병, 분할, 해산, 자본금의 증자 또는 감자, 회사채권의 발행 사항은 반드시 국유자산감독관리기구의 결정에 따라야 한다. 그 중, 중요한 국유독자기업의 합병, 분할, 해산, 파산 신청 시에는 국유자산감독관리기구의 심사 후, 상급정부에 보고하여 비준을 받아야 한다."

105) <중외합자경영기업 실시조례> 제30조: "이사회는 합자기업의 최고권력기관이며, 합자기업의 모든 중대한 문제를 결정한다."
제32조: "이사회 회의는 이사의 2/3 이상이 출석해야 비로소 개최할 수 있다."
<중외합작경영기업 실시조례>
제24조: "합작기업은 이사회 또는 공동관리위원회를 설립한다. 이사회 또는 공동관리위원회는 합작기업의 권력기관이고 합작기업의 정관에 따라 합작기업의 중대한 문제를 결정한다."
제28조: "이사회 또는 공동관리위원회는 이사 또는 공동 관리 위원 의 2/3 이상이 출석해야 비로소 개최할 수 있다."
<외자기업법 실시세칙> 제17조: "외자기업의 분할, 합병 혹은 기타 원인으로 자본금에 중대한 변동이 발생할 경우, 심사기관의 비준을 받아야 하며, 반드시 중국 공익회계사로부터 감사를 받아야 하고 감사보고서를 제출해야 한다. 심사기관의 비준을 거친 후 공상행정관리기구에 변경등기 절차를 밟아야 한다."

의 이익을 해하는 결정을 내리는 것을 방지하기 위하여 지배주주의 의결권을 제한하는 메커니즘이 필요하다.

외국 입법례를 보면, 지배주주 의결권을 제한하는 방식에는 두 가지가 있다. 하나는 보유주식수가 일정 한도를 초과하면 초과하는 부분의 의결권을 인정하지 않는 방식이다.[106] 독일 주식법(Aktiengesetz)은 의결권이 주식의 액면 가치에 따라 행사되고, 무액면주식을 발행하는 경우에는 그 수에 따라 행사되는데, 비상장회사에서는 정관으로 다수의 주식을 보유한 주주에 대해 최고액 또는 등급을 정하는 의결권상한제(caps on voting rights)와 체감부의결권제(scaled voting plan)의 방법으로써 그 의결권을 제한할 수 있다.[107] 다른 하나의 방식은 법으로 주주총회의 의사정족수를 정해 대주주의 의결권 남용을 늘리는 것이다. 예를 들어, 미국 대부분의 주회사법은 원칙적으로 의결권 있는 주식의 과반수를 의사정족수로 하고 있고, 정관 또는 부속정관을 통해 완화는 3분의 1까지만 허용하고 있다. 만약 정족수를 갖추지 못한다면 주주총회는 다시 날짜를 정하여 연기하여야 한다.[108]

중국 회사법은 주식유한회사의 지배주주 의결권 제한에 관하여 구체적으로 규정하지 않았지만 소수주주의 이익에 미치는 영향을 감안하여 누적투표제(累積投票制)를 도입했다.[109] 이 제도의 가치는 소수주주에게 제도적인 구제방식을 마련함으로써 소수주주의 대표가 이사회 또는 주주총회에 참여할 기회를 주고 회사가 의사결정을 할 때 소수집단의 목소리를 반영하도록 함으로써, 의사결정의 공정성을 강화하고 소수주주와 지배주주의 이익을 일정 정도로 균형을 이루는 것에 있다. 그러나 중국 회사법은 누적투표제를 강제하지 않고 있어 실제 적용에 한계가 있다. 또 현행 회사법은 누적투표제의 구체적인 적용방식에 대한 세부적인 보완이

106) 윤영신, “비공개회사의 복수의결권주식 도입 방안 및 절차에 관한 연구”, 「법학논문집」 제43집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, (2019), 191쪽.
107) 독일 주식법 제134조 제1항 제2문.
108) 송옥렬, “상법상 주주총회 의사정족수의 개선방안”, 「선진상사법률연구 통권」 제91호, 법무부, (2020), 15쪽.
109) 중국 회사법(2018년 개정) 제106조: “주주총회에서 이사, 감사를 선출할 경우 회사정관 또는 주주총회결의에 따라 누적투표제를 실시할 수 있다.”

필요하다.

결의요건 상, 중국 회사법에서는 의결권을 가진 사원과 출석한 주주의 3분의 2의 찬성으로 규정되어 있고, 의사정족수에 대해서는 규정하고 있지 않다. 이와 같은 입법상의 공백은 지배주주와 소수주주 간의 심각한 정보의 비대칭을 야기하므로 회사분할 등 중요한 사항을 다루는 주주총회가 최종 소집될 때 사실상 대주주 간의 '잔치'에 불과하고 실제 출석주주는 과반수 또는 그 이하이므로 해당 결의가 전체 주주나 대다수 주주의 이익을 반영한 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 중국 회사법은 여타 국가의 입법례와 같이 지분한도를 정하여 주주 의결권을 일정 부분 제한하고 출석주주의 비율도 규정할 필요가 있다.

(2) 특별이해관계 주주의 의결권

일반적으로 회사의 주주는 주주총회결의에 관하여 이해관계가 존재하기 때문에 본인의 이해득실을 기준으로 의사결정을 할 수 있다. 그러나 이와 무관한 개인적 입장에서 주주총회결의의 달성 여부와 구체적인 내용에 대하여 특별이해관계가 있는 주주가 개인의 이익을 위해 다른 입장에서 판단하거나 의결권을 행사할 가능성이 있어서 공정한 의결권 행사를 보장하기 어렵다.

따라서 더 원활한 소수주주보호를 위해 현행 중국 상장회사 관련 법률은 주주가 주주총회 결의사항과 특별한 이해관계를 갖는 경우, 해당 주주 및 그 대리인은 보유주식이 갖는 의결권을 행사하여서는 안 된다고 규정하고 있다.[110] 다만, 유한책임회사와 비상장회사는 주주(사원) 또는 실제 지배자에게 담보를 제공하는 경우에 한하여 의결권 배제가 적용된다.[111]

(3) 의결권 없는 주식의 의결권

110) <상장회사정관지침> 제79조, <상장회사증권발행관라방법> 제44조, <상장회사중대자산재편관리방법> 제22조, <상장회사인수관라방법> 제51조.
111) 중국 회사법(2018년 개정) 제16조 제3항.

중국 회사법은 무의결권 주식에 대한 규정이 없다. 일반적으로 주주는 주주총회에서 의견을 반영 및 토론하고 결의무효의 소를 제기하는 등 권한을 행사할 수 있다. 하지만 무의결권 주식은 우선배당권을 전제로 의결권을 포기하기 때문에 무의결권주주에게 의결권을 부여하는 것은 무의결권 주식의 본질적 속성에 어긋난다. 아울러 회사분할의 승인결의로 손해를 입을 경우, 무의결권주주는 종류주주총회에서 의결권을 행사함으로써 자신의 권익을 보호할 수 있다.

(4) 종류주주총회제도의 도입

시장경제의 발전과 자본조달 수단이 다양해지면서 다양한 종류의 주식이 나타나고 있다. 예를 들어, 의결권 있는 주식과 의결권 없는 주식 등의 다양한 주식이 있다. 실제로 회사가 종류주식을 발행할 때 부동한 종류의 주식을 보유한 주주 간의 이익 충돌이 발생할 수 있다. 다수의 주주는 자본다수결 원칙에 따라 특정 종류주주에게 불이익을 주는 결의를 할 수 있어 주주평등 원칙에 위배될 수 있다.

종류주주총회의 핵심은 각 종류주주의 권익에 미치는 의안의 종류에 따라 각각 결의하고 각 종류주주총회의 절대다수의 동의를 받아야만 통과할 수 있다는 것에 있다.[112] 즉, 종류주주의 이익이 침해될 수 있는 사항에 있어서 자본다수결을 제외하고 종류주주에게 직접 거부권이나 이차투표권을 부여함으로써 종류주주의 발언권을 보장할 수 있다. 이 제도는 지배주주의 자본다수결 원칙 남용을 제한하며, 자본다수결과 1주1의결권 원칙을 완화한 조치이다.

여러 입법례에서 회사가 주주총회의 특별결의를 거쳐야 하는 것 외에 회사가 종류주식을 발행하였다면 종류주주들의 승인을 받도록 규정하고 있다. 영국은 회사가 종류주식을 발행할 때, 분할로 인하여 종류주주에게 영향을 끼칠 경우 종류주주총회의 결의를 받아야 한다.[113] EU 회사

112) 韓靈麗, “論類別股東制度的建立”, 「河北法學」第1期, (2005), 24쪽.

법 제6지침과 한국 상법, 그리고 일본 회사법에서도 유사 규정을 두고 있다.[114] 상술한 입법례는 회사분할이 종류주주에게 손해를 주는 것을 종류주주총회 승인결의의 전제로 하고 있는데, 해당 규정은 소수주주 이익의 보호에 유리하지만 손해 여부의 판단 기준이 불분명하여 사법실무상 적용이 용이하지 않다. 따라서 독일 사업재편법은 종류주식을 발행한 회사가 분할 시 모든 상황에서 종류주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다고 명시되어 있다.[115]

중국 회사법에는 종류주주총회 제도가 부재만 사실상 보통주와 우선주, A주식, B주식과 H주식,[116] 유통주와 비유통주 중국에 존재하므로 종류주주총회 제도 도입이 필요하다. 따라서 소수주주의 이익을 더욱 잘 보호하기 위하여 중국도 기타 입법례를 참조하여 회사분할을 포함한 중요한 결의사항을 종류주주총회의 부가 결의요건으로 해야 한다.

5. 소결

중국 회사법은 정관 변경, 합병 및 분할에 관한 주주(사원)총회의 결의요건이 모두 동일하며, 사안에 따라 주주(사원)총회 외의 기타 결의요건을 인정하지 않는다. 그러나 다양한 분할 유형을 도입할 때는 주주(사원)총회 결의의 방식도 다양화될 필요가 있다.

III. 반대주주의 주식매수청구권

---

113) 王保樹, “現代股份公司發展中的幾個趨勢性問題”, 「中國法學」 第6期, (1992), 62-69쪽.

114) EU 회사법 제6지침 제5조 제1항, 한국 상법 제530조의5, 제435조, 일본 회사법 제322조 참조.

115) 독일 사업재편법 제125조와 제65조 제2항 참조.

116) A주식이란 중국 내의 투자자와 요건에 부합되는 중국 외의 기관투자자 및 외국전력투자자를 상대로 발행하는 위안화로 가치가 표시된 주식을 말한다. B주식(境外上市外資股)이란 중국에 있는 외국투자자를 상대로 발행하는 위안화로 가치가 표시되고 외화로 거래하는 주식을 말한다. H주식(境外上市外資股)이란 홍콩 증권시장에 상장된 중국 기업의 주식을 뜻한다.

반대주주의 주식매수청구(appraisal right of dissenters)권이란 자본다수결 원칙에 기초하여 회사의 중대한 사항에 대하여 결의한 경우, 이에 반대하는 소수주주가 이의를 제기할 수 있고, 회사에 합리적인 가격으로 주식을 매수할 것을 청구하고 회사에서 탈퇴할 수 있는 권리이다.[117] 자본다수결 원칙의 존재로 인해, 주주총회의결의는 종종 지배주주가 소수주주 이익을 침해하는 도구가 되며, 회사의 많은 중대한 의사결정이나 거래는 종종 지배주주의 이익과 요구만을 반영하여 소수주주의 이익을 침해한다. 이 때 주주총회결의에 반대하는 소수주주에게 지분을 반환함과 아울러 소수주주들이 주주총회에서 회사분할을 포함한 중대사항에 대해 상정할 능력이 부족하거나 경영진과 이해상충이 존재하기 때문에 본인 소유 주식의 가치를 유지하고 회사로부터 성공적인 탈퇴를 할 수 있으면, 소수주주의 의사를 최대한 존중하고 투자안전을 최후의 보장을 제공한다. 이 제도는 미국에서 최초로 구축된 것이고, 이탈리아, 캐나다, 스페인, 독일, 일본과 한국에서의 도입이 그 뒤를 이었다.

중국에서는 2005년 개정 회사법을 통하여 정식으로 이 제도를 도입하였다. 유한책임회사의 경우, 회사분할에 반대하는 사원은 회사가 합리적인 가격으로 지분을 인수하도록 청구할 수 있다.[118] 주식유한회사 주주가 분할을 승인하는 주주총회결의에 반대하여 주식 인수를 요청할 경우, 회사는 자기주식 취득 규정에 따라 주식을 인수할 수 있다.[119] 하지만, 중국 회사법은 일반 규정을 통하여 주식매수청구권을 정하고 있어 여전히 보완할 점이 존재한다.

---

117)劉俊海,「新公司法的制度創新:立法爭點與解釋難點」,法律出版社, (2006), 215-216쪽.

118) 중국 회사법(2018년 개정) 제74조 제2호: "다음 각호의 사항에 해당될 경우, 사원총회결의에 반대하는 사원이 회사가 합리적인 가격으로 그 지분을 인수하도록 청구할 수 있다.

2. 회사가 합병, 분할하거나 주요 자산을 양도한 경우..."

119) 중국 회사법(2018년 개정) 제142조 제4호: "회사는 자기주식을 취득하지 못한다. 단, 다음 각호의 하나에 해당할 경우 제외로 한다. 4. 주주가 주주총회에서 결정한 합병, 분할 결의에 반대하여, 회사에 주식 인수를 요청하는 경우..."

1. 주체

회사분할에서 탈퇴권을 행사하는 반대주주는 각국이 존재하는 회사분할의 유형에 따라 반대주주의 주체적 범위가 달라진다. 중국은 해산분할과 존속분할의 두 가지 회사분할의 유형만 존재하기 때문에 중국 회사법에 규정된 주식매수청구권은 이 두 가지 유형의 분할에 관하여 이의가 있는 의결권이 있는 사원이나 주주에게 모두 적용된다.

주요국의 입법례에서는 다양한 회사분할의 방식이 존재하기 때문에, 반대주주의 주식매수청구권에 대하여 각국의 규정에는 많은 차이가 존재한다. 한국은 단지 분할합병 시 반대주주의 주식매수청구권을 규정하였을 뿐, 단순분할 시 반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 않고 있다.[120] EU 회사법 제6지침은 비안분비례형분할에 있어서만 분할회사의 주주에게 주식매수청구권을 부여한다.[121] 독일에서 단순분할이건 분할합병이건 나이가 소멸분할이건 존속분할이건 어떤 경우이든 반대주주에 대해서는 주식매수청구권이 보장된다.[122] 일본에서 흡수분할의 경우에 분할회사의 주주가 주식청구권을 행사할 수 있고 간이분할의 경우에는 행사할 수 없다.[123]

중국 회사법은 분할 시 주주(사원)총회결의에 반대한 주주(사원)에 한하여 주식매수청구권을 허용한다. 하지만, 이에 관하여 주주(사원)총회결의 이전에 서면으로 회사분할에 대한 반대의사 및 해당 주주(사원)총회에 불참의사를 밝힌 주주(사원)도 포함하는 것으로 해석해야 한다는 견해도 있다.[124] 주주(사원)총회에 참석하지 않고 그 이전에 분할에 대하여 반대의사를 표한 주주(사원)의 의결권은 주주(사원)총회결의 시 의결권 총수에 산입되지 않으므로, 주주(사원)총회에서 사전에 분할에 반

---

120) 한국 상법 제530조의 11, 제522조의 3 준용.
121) EU 회사법 제6지침 제5조 제2항 참조.
122) 독일 사업재편법 제125조 제1문, 제29조 내지 제34조 참조.
123) 일본 회사법 제785조 제1항 참조.
124) 劉俊海, 「現代公司法」 第三版(上下), 法律出版社, 2015, 729쪽.

대하는 주주(사원)들을 제외하여 결의할 여지가 있다. 또한 주식매수청구권 행사는 주주(사원)총회에서의 반대의사 표시를 전제로 하며 무의결권 주식을 보유하고 있는 주주(사원) 또는 출자에 하자가 있는 주주(사원)들은 이 요건을 충족하지 못하게 된다. 그렇다면 이러한 주주(사원)들도 주식매수청구권을 행사할 수 있는지에 대하여서는 검토가 필요하다.

(1) 무의결권주주

무의결권 주식을 보유한 주주가 주식매수청구권을 행사할 수 있는지의 여부와 관련하여 미국 모법회사법(MBCA)은 원칙적으로 무의결권주주의 주식매수청구권을 인정하지 않고 있다.[125] 반대로 한국에서는 무의결권주주의 주식매수청구권을 명시하고 있다.[126]

중국의 경우 무의결권주주의 주식매수청구권에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이론적으로 의결권이 있는 주주들은 회사의 지배력에 대한 기대가 무의결권주주보다 높을 것이고, 무의결권주주는 종종 우선배당권과 회사가 해산될 때 잔여재산을 우선 분배받을 권리를 가지므로, 회사 경영과정에서의 위험은 의결권이 있는 주주보다 덜 하므로 무의결권주주의 주식매수청구권을 배제하는 것이 합리적이라고 보는 견해가 존재한다.[127] 반면 주식매수청구권은 회사에 중대한 변화가 발생할 경우에만 행사할 수 있고 주주의 이익과 직접적으로 관계되기 때문에 의결권 유무를 구분하기보다 모든 주주를 동일시하여 분할 시 무의결권주주의 의결권이 부활된다는 주장이 있다.[128]

(2) 출자에 하자가 있는 주주

---

125) 미국 모범회사법 13.02(a)(1)(i) 참조.
126) 한국 상법 제530조의 11 제2항.
127) 吳志宇, “論異議股東股份回購請求權”, 「北京工業大學學報」 第7卷第4期, (2007), 58-62쪽.
128) 劉俊海, “論股東的表決權”, 「法律科學」, (1995), 63쪽.

출자에 하자가 있는 주주의 주식매수청구권 행사 가능 여부에 관하여 중국 회사법에서는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 최고인민법원의 <회사법 적용에 관한 몇 가지 문제에 대한 규정(3)>(關於適用<中華人民共和國公司法>若幹問題的規定(三))에서 출자에 하자가 있는 주주의 권리가 비록 일정한 범위에서 제한을 받지만 단순한 출자하자로 주주자격을 부정하여서는 아니 된다고[129] 규정한 점을 감안하면, 출자에 하자가 있는 주주라고 하더라도 주식매수청구권은 행사할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

(3) 주주총회결의에서 의결권 행사를 포기한 주주

중국 회사법은 유한책임회사와 주식유한회사의 주식매수청구권에 관하여 반대의사 표시와 유관 용어의 표현을 다르게 하고 있으므로 해석에 차이의 여지가 있을 수 있다. 주식유한회사의 경우, 명확한 반대의사를 표시하지 않더라도 주식매수청구권이 인정된다고 보는 것이 다수설이다. 그러나 실제 분할 사례에서는 주식매수청구권 행사는 유한책임회사와 마찬가지로 반대의사를 표시한 주주로 자격을 제한하고 있는 것으로 보인다.

2. 절차

중국 회사법 제74조 제2항은 유한책임회사의 사원총회결의가 있은 날로부터 60일 이내에 사원과 회사 간에 주식매수에 대한 협의가 이루어지지 못할 경우, 사원은 사원총회결의일로부터 90일 이내에 인민법원에 소를 제기할 수 있다고 규정한다. 제142조는 자사주 취득의 예외로 분할에 반대하는 주식유한회사의 주주가 주식매수를 요청할 수 있고, 회사

129) <회사법 적용에 관한 몇 가지 문제에 대한 규정(3)>(關於適用<中華人民共和國公司法>若幹問題的規定(三)) 제17조.

가 6개월 이내에 그 주식을 양도하거나 소각하여야 한다고 규정한다. 하지만 본 규정은 주식매수청구권의 행사 절차를 간략히 제시한 것에 불과하므로, 실제 적용이 원활하지 못하다. 관련 외국 입법례에서는 회사분할에 있어서 주주가 주식매수청구권을 행사할 때, 일반적으로 아래의 법정절차를 따라야 한다.

(1) 주식매수청구권의 고지

분할에 관한 승인결의가 있다는 사실을 주주들에게 알리기 위해서는 주주총회 소집절차에 따라 총회 개최 전까지 일정 기간 동안 주주총회에서 심의할 사항을 알려야 한다. 미국과 한국은 회사 조직구조의 조정을 진행할 회사가 주주들에게 탈퇴권이 있음을 알리는 통지를 발송해야 한다.[130] 회사가 주식매수청구권에 관한 권리고지의무를 부담함으로써 일부 주주가 법률에 익숙하지 않아서 청구권을 행사할 수 없고 자신의 권익을 보호할 수 없는 상황을 피할 수 있으며, 소수주주에게 더 나은 법적 보호를 제공하는 이러한 입법례가 중국에 참고적 의의가 있을 것으로 보인다.

(2) 주주총회 이전에 반대주주의 반대통지

많은 국가에서는 주식매수청구권을 행사하려면 반대하는 사항을 결의하기 전에 주주가 회사에 미리 반대 의사를 통지해야 하는데, 각국은 이의통지의 형식과 시점에 차이가 있다. 미국은 이의통지는 서면으로 해야 하며 결의 전에 회사에 보내야 한다고 규정한다.[131] 한국은 서면의 이의통지를 주주총회 소집 전에 회사에 보내야 한다.[132] 일본은 반대주주들은 주주총회결의 전에 이의를 통지해야 하지만 이의통지에 대해서는 구두로 할지, 서면으로 할지에 대해서는 명확한 규정이 없다.[133] 주주가

130) 미국 모범회사법 제13.20조, 한국 상법 제374조 제2항.
131) 미국 모범회사법 제13.21(a)조 참조.
132) 한국 상법 제374조의2.

미리 이의통지를 하도록 규정하는 목적은 회사에 대해 예고하여, 회사가 반대주주의 현황을 파악하고 주주총회결의와 주식매수 준비를 하도록 하는 데 있다.

(3) 반대투표 필요여부

주주에게 미리 이의를 통보한 뒤 반드시 주주총회에서 다시 투표해야 하는지는 각국의 규정에는 차이가 있다. 미국과 일본은 반대주주가 주주총회에서 반대표를 행사해야 한다.[134] 한국 상법에서는 주주총회결의 이전에 반대의 의사표시를 요구하여, 반대주주가 주주총회에서 반대표를 행사할 필요가 없다. 중국 회사법은 유한책임회사의 반대사원이 반대표를 행사해야 하고 주식유한회사의 반대주주에게 분할결의에 대해 이의를 가질 것만을 요구하고 있을 뿐, 논란의 여지를 줄 수 있다. 그러나 주식매수청구권 제도의 취지로부터 볼 때, 이의를 가진다는 표현은 반대투표를 행사하였다고 해석하는 것이 타당한 것으로 생각한다.

(4) 결의한 날부터 일정 기한 내의 청구

주주는 반드시 규정된 기한 내에 회사에 서면으로 정식 주식매수 청구를 제기하여 회사가 공정한 가격으로 자신의 주식을 매수할 것을 요구해야 한다. 만약 주주가 규정에 따라 주식매수청구를 하지 않는다면, 청구권을 상실하게 된다. 하지만, 중국 회사법은 주주가 주식매수청구권의 행사기간을 규정하고 있지 않으므로 권리의 행사기간을 회사가 스스로 정하여 공시하여야 한다.

(5) 매수대금의 산정

주식 매수대금의 산정에 대해 각국 입법례는 주주들이 주식매수청구

133) 일본 회사법 제116조 참조.
134) 미국 모범회사법 13.21(a)(2), 일본회사법 제116조 제2항 참조.

권을 행사할 때 회사와 주주가 먼저 법정기간에 매수대금에 관한 협상을 타결 짓고 해당 기간에 합의가 이루어지지 않는다면 반대주주가 법원에 가격에 대한 재량을 청구하고 회사는 법원이 정한 매수대금을 수용해야 한다고 규정하고 있다.[135] 중국 회사법은 유한책임회사에 대해 이러한 절차를 규정하고 있지만 주식유한회사의 주식매수청구권 행사 때의 매수대금의 산정 절차에 대해서는 명확한 규정이 없으므로 개선의 여지가 있을 것으로 보인다다.

또는 이 매수대금의 산정 방법에 대하여 미국 대부분의 주 회사법은 주식의 공정가치(fair value)를 주식매수대금 산정의 기본 원칙으로 삼고 있다. 구체적인 산정 방법에 대해 미국은 주요 할인현금흐름분석법(DCF법, Discount Cash Flow method)과 비교회사법(the comparable company method) 2가지 방법을 채택한다.[136] 일본 회사법에서는 주식매수대금에 대해 공정한 가격을 규정한다.[137] 중국 회사법은 합리적인 가격이 매수대금 산정의 기본 원칙을 규정하는데, 무엇을 합리저인 가격이라고 하는지에 대해 규정을 정하지 않았으며, 이것은 실질적인 운영에 많은 어려움을 초래하고 있다. 어떤 방법은 한 회사의 가치평가에 사용될 때 상당히 효과적일 수 있지만, 다른 회사를 평가하는 데 사용될 때는 효과가 이상적이지 못할 수 있다. 모든 평가방법은 적용 환경과 회사에 따라 장단점이 갈린다.[138] 따라서 매수대금에 대한 평가방법은 개방적이어야 하며, 상업 관행에 부합된다면 주식가치 평가에 참고가 되어야 한다. 중국 법원도 특정 평가방법에 국한하는 것이 아니라 주식가격에 영향을 미치는 요인에 관하여 회사와 반대주주가 충분한 대질과 항변을 할 수 있도록 해야 한다.

---

135) 顧肖榮, 胡鈞, “論對公司中小股東保護的救濟措施的強化”, 政治與法律第4期, (2004), 40쪽.

136) 魏磊傑, “論美國公司法中的異議股東股份評估權制度”, 研究生法學第3期, (2006), 56-69쪽.

137) 일본 회사법 제117조 참조.

138) 張志強、王春香, 「公司價值評估有效評估與決策的工具」, 華夏出版社, (2001), 229쪽.

(6) 매수대금의 지급방식

각국은 일반적으로 회사가 매수대금을 지급하기 전에 주주가 반드시 회사의 요구에 따라 주식취득증서를 교부해야 한다고 요구한다. 법원은 회사가 매수대금을 지급하기로 판결할 때 통상적으로 주주들이 일시적으로 배당을 받지 못하면 투자기회를 상실하므로 일정한 이자를 지급하도록 요구한다. 이자의 액수는 회사가 소송 과정에서 이 매수대금을 지급하지 않아 감소한 대외 차입금의 이익을 보상하도록 요구하기도 한다. 그리고, 다수의 국가는 회사가 자사주를 취득하는 것을 금지하기 때문에, 회사가 매수한 주식은 반드시 일정 기간 내에 처분해야 한다. 중국 회사법 제142조 제2항에 의하면, 주식유한회사가 반대주주 주식매수청구권을 행사로 인하여 자기주식을 인수한 경우 6개월 이내에 양도하거나 소각하여야 한다.

3. 소결

중국 회사분할 시 반대주주 주식매수청구권의 구체적인 행사절차와 관련해서 거의 규정이 없으므로 이 제도 적용이 어렵고 제대로 기능하지 못할 수 있다. 향후에 실천 과정에서 발생할 논란을 피하기 위하여 관련 입법 또는 해석이 필요하다.

IV. 소송에 의한 주주보호

중국 회사법에서 분할무효의 소에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 회사분할은 주주총회의 승인결의를 통하여 최종적으로 결정되므로 분할결의에 하자가 있으면 결의의 무효 또는 취소를 주장할 수 있을 뿐이고, 결의의 효력을 다투지 않고 분할행위 자체가 무효라고 직접 주장할 수는 없다. 중국 2005년 회사법 제22조에 하자가 있는 결의에 대한 소송제도를 도입하였는데, 구체적으로는 결의무효 제도와 결의취소 제도를 포함

하였다. 이에 따라 분할에 관한 승인결의는 하자가 있으면 무효로 되거나 취소되는 부정적인 법적 효과가 있을 것으로 보인다.

1. 분할결의 무효의 소

회사법 제22조 제1항의 내용과 결합하여 회사분할에 관한 주주(사원) 총회의 결의가 법률 및 행정규정에 어긋나는 경우 무효로 한다. 회사분할에 있어서, 최종적으로는 회사의 권력기관에 의해 결의되기 때문에, 그 결의의 내용이 법률·행정법규에 반하여 무효가 되는 것은 보통 다음과 같은 경우를 포함한다. (1) 주주평등 원칙의 위반, (2) 분할회사 주식의 비안분비례적 배분;[139] (3) 분할회사의 대외 채무는 오직 한 회사가 부담하거나 각 승계회사가 대외 비율적으로 부담한 경우[140]; (4) 분할회사나 승계회사의 자본금은 법정 최소 금액보다 낮게 된 경우, (5) 분할에 관한 주주총회결의는 반대주주의 주식매수청구권을 박탈하는 경우 등 있다.

주주총회결의 일부의 무효가 전체 결의의 효과에 영향을 미치는지는 결의 각 부분의 내용이 분리 가능한지에 의해 결정된다. 결의의 각 사항이 분리불가(不可分)하면 결의 일부의 무효가 전체 결의의 무효로 된다. 결의의 각 사항이 분리가능(可分)성이 있으면 무효의 결의사항 외에 다른 결의사항은 유효하다. 예를 들어 회사분할결의에는 분할 후 회사의 명칭, 자본, 발행주식의 수, 주식교환 비율 등이 포함되며, 분할 후에도 모든 채무를 분할회사가 계속 부담하도록 결의한다면 채무부담의 주체에 대한 이 내용은 무효가 되며, 기타 결의 내용은 유효하다.

내용이 위법한 결의는 절대 무효이기 때문에, 그 결의와 이해관계가 있는 자는(이사, 주주, 채권자 등) 법원에 결의의 무효를 확인해 줄 것을 요청할 권리가 있다.

---

139) 이 결의는 중국에서는 무효 결의에 속하지만, 비안분비례형분할을 허용하는 국가에서는 유효한 결의이다.

140) 중국 회사분할 후 다해 회사가 연대책임을 져야 하기 때문에 이 결의는 대외적으로는 무효이며 내부적으로는 유효하다.

2. 분할에 관한 주주총회결의 취소의 소

중국 회사법 제22조 제2항을 따라 주주(사원)총회 또는 이사회에서 회사의 분할에 관한 회의 소집절차, 결의방식이 법률·행정법규 또는 회사 정관에 위배되거나 결의 내용이 회사정관에 위배되는 경우에 주주(사원)는 결의한 날로부터 60일 이내에 인민법원에 결의의 취소를 청구할 수 있다. 철회 가능한 결의의 하자는 절차상의 하자이므로 무효한 결의의 하자보다 작아야 하기 때문에, 현행 중국 회사법은 원고에 대해서 분할회사 또는 분할회사의 주주에게만 분할에 관한 주주총회결의의 취소의 소를 제기할 수 있고, 결의일로부터 60일 이내에 법원에 결의취소의 소를 제기하도록 하고 있다.

결의의 하자의 구체적인 상황에 대한 실무적인 대표적 예시들은 다음과 같다.[141]

(1) 회의 소집절차의 하자

1) 주주총회 소집 통지의 누락, 예를 들어 일부 주주에게만 통지할 뿐 다른 주주에게는 통지하지 않고 공고를 하지 않을 경우, 2) 통지 기간이 너무 짧고, 예를 들면 유한책임회사가 전체 사원에게 통지하는 기간이 15일보다 짧은 경우, 3) 주주총회의 소집 통지에 소집 사유, 분할방안을 명기하지 않는 경우, 4) 이사회가 분할방안을 의결하지 않을 경우와 5) 이사회 명의로 주주총회를 소집하는 것이다.

(2) 결의방식의 하자

1) 주주총회에 주주가 아닌 자나 대리권이 없는 자가 출석한 경우,

---

141) 劉俊海, 전게서(주124) , 283-284쪽. 朱慈蘊, 「公司法原論」, 清華大學出版社, (2011), 279-280쪽.

2) 회사 정관은 분할에 관하여 전체 주주의 만장일치가 필요하다고 규정하였으나, 실제 결의는 3분의 2에 불과하여 만장일치 동의를 얻지 못하는 경우, 3) 설명의무가 있는 이사가 분할에 관한 주주들의 질의에 대하여 설명을 거절하거나 설명이 불충분하는 경우와 4) 결의가 법정 결의 비율에 미달하는 경우에는 결의방식이 하자에 속한다.

(3) 회사 정관에 위배되는 하자

일반적으로 정관은 회사, 주주, 이사, 감사, 임원 등 내부 구성원을 구속하는 자치적 규칙이기 때문에 강제적 법규를 위반하지 않는 한 각 회사가 정관 내용을 임의로 정하고 정관을 통해 회사를 구속할 수 있기 때문에, 실무상 정관을 위반한 경우는 여러 가지가 있을 수 있다.

3. 분할무효의 소

중국에서는 2003년 11월 최고인민법원이 <회사분쟁사건 심리에 관한 규정(1)(關於審理公司糾紛案件若幹問題的規定 (一))>(의견수집고(征求意見稿)) 제13조에 회사설립무효의 소가 인정된다고 규정하고 있다. 이 초안 작성에 대한 이해가 일관성이 없음을 고려하여, 2006년 12월 18일과 19일에 전문가논증회(專家論證會)에 제출된 <회사법 적용에 관한 규정2(關於適用公司法若幹問題的規定 (二))>에서 이 조항을 사제하였다. 이 때문에 중국 회사법은 회사의 설립무효 제도 및 분할무효 제도를 규정하고 있지 않다는 것이 학자들의 일반적인 견해이다.[142] 하지만 최고인민법원이 2011년 개정한 <민사사건사유규정(民事案件案由規定)>(法[2011]41호)에는 회사분할 분쟁이라고 규정되어 있는데, 전 최고인민법원 해효명(奚曉明) 부원장은 회사분할 분쟁에 대해 회사가 법정 절차에 따라 회사를 신설분할이나 파생분할로 두 개 이상의 회사로 분할

142) 劉俊海, 전게서(주124), 88쪽. 徐偉, “公司分立無效之訴初探”, 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」 第一期, (2004), 51쪽.

하는 분쟁이라고 해석하였다. 회사분할은 주주와 채권자의 이익에 관련되며, 회사분할로 인해 주주나 채권자의 이익을 침해하는 것을 방지하기 위하여 중국 회사법은 회사분할의 법정 절차를 규정하였다. 주주는 분할결의가 그 권익을 침해한다고 생각하거나, 채권자는 회사분할이 법률의 강제적 규정을 위반한다고 여기면, 분할무효의 소를 제기할 수 있다고 주장한다.[143]

1993년 회사법을 시행 기간에 소멸된 기업에 대해 분할무효를 내린 판결[144]이 하나밖에 없고 2005년 회사법 시행 후 유사한 소송이 발생하지 않았다. 따라서 중국 현행 사법 실무에서 주주나 채권자가 분할무효의 소를 제기하지 않음을 볼 수 있다. 이에 대한 해결책으로 현행 회사법상 분할 후의 승계회사가 분할회사의 채무에 대해 연대책임을 지도록 규정되어 있어 분할회사의 채권자들이 통상 분할 후의 승계회사를 공동피고인으로 채택하는 방식으로 채무변제를 요구한다. 따라서 채권자는 우선 분할무효의 소를 제기하고 재산을 원상회복 시킨 뒤 분할회사가 채무를 상환하는 우회적인 방식을 택할 필요가 없게 된다.

따라서 중국 현행법에서 분할무효의 소를 직접 제기할 수 없고 이미 분할 등기를 마친 회사에 대해 법원에 주주(사원)총회 결의 무효 또는 주주(사원)총회 결의 취소의 소를 제기하는 형식은 허용되어 이 소에서 승소 판결을 받은 후에 등기기관에 해당 변경 등기를 철회하도록 하고 있다.

4. 다른 소송제도

회사분할 무효의 소는 바로 확인의 소이며, 법원에서 내린 무효 판결은 이행 내용이 없고 집행력을 갖지 않는다. 따라서 법원이 분할무효를 판결한 후, 소수주주들은 종종 이 하자가 있는 분할로 인한 손실에 대해 지배주주, 이사, 감사 및 임원 등에 대해 이행의 소를 제기하며, 관련 책

143) 奚曉明, 金劍鋒, 「公司訴訟的理論與實務問題研究」, 北京人民法院出版社, (2008), 49쪽.
144) (2008)常民再字第4號.

임자에게 배상을 요구할 수 있다. 물론, 분할의 하자를 이미 보충하고, 법원의 판결로 분할이 유효한 경우, 하자가 있는 분할로 인해 손해를 입은 주주들은 여전히 이행의 소를 제기하여 손해배상을 청구할 수 있다.[145]

주주의 명의로 소를 제기한다는 기초가 동일하지 않은 경우, 주주가 제기하는 손해배상 청구의 소는 일반적으로 직접소송(direct suit)과 대표소송(derivative suit)의 두 가지 방식이 있다. 직접소송은 주주가 단순히 자신의 이익을 보호하고 그 주식소유자의 지위에 기하여 회사나 기타 침해자에게 제기하는 소송을 말한다.[146] 직접소송 제도에 대하여는 중국 회사법 제152조에 명시되어 있다.[147] 대표소송이란 회사의 이익이 타인, 이사 및 기타 고급관리임원 등에게 침해당하고 회사가 그 책임 추궁을 게을리할 경우, 법적 요건에 부합되는 주주가 자기 명의로 회사를 대표하여 소를 제기하는 것을 말한다.[148] 중국 2005년 회사법 제151조 중 주주대표소송 제도는 주주권리 보호에 있어서 특히 소수주주의 권리를 보장한다는 데 의의가 있다.[149]

---

145) 劉文, 張照涓, “公司分立中少數股東權利救濟之探討”, 「中國商法年刊」, (2006), 409쪽.

146) 劉俊海, “論股東的代表訴訟提起權”, 「商事法論集」, 法律出版社, (1996), 87쪽.

147) 이사 고급관리인원이 법률 행정법규 또는 회사정관의 규정을 위반하고 주주의 이익을 침해하였을 경우 주주는 법원에 소를 제기할 수 있다.

148) 趙旭東, 「公司法學」第二版, 高等教育出版社, 2006, 309-310쪽.

149) 중국 회사법 제152조, “이사 고급관리임원이 동법 제149조의 규정사항에 해당될 경우, 유한책임회가의 사원, 주식유한회사에서 180일간 단독 또는 동동으로 회사주식의 100분의 1이상을 소유하고 있는 주주는, 서면으로 감사회 또는 감사회를 설치하지 않는 유한책임회사의 감사에게 법원에 소를 제기할 것을 청구할 수 있다. 감사가 동법 제149조의 규정사항에 해당될 경우, 위 사원은 서면으로 이사회 또는 이사회를 설치하지 않은 유한책임회사의 집행이사에게 법원에 소를 제기할 것을 청구할 수 있다. 감사회와 이사회를 설치하지 않은 유한책임회사의 감사, 또는 이사회 집행이사는 주주(사원)가 위의 서면청구를 제출한 후 소의 제기를 거부하거나 서면청구를 받은 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 않았거나 상황이 긴급하여 바로 소를 제기하지 않으면 회사의 이익이

제 3 절 문제점

비록 현행 중국 회사법은 소수주주의 권익 보호에 관하여 여러 규정을 두었지만, 앞서 언급한 바와 같이 여전히 소수주주의 열세적 지위를 해결하는 것에는 한계가 있다.

우선, 중국 회사법 제175조는 회사가 분할할 때 자산부채표와 재산목록을 작성하도록 규정하고 있을 뿐 분할회사가 분할에 관한 정보를 공시할 의무에 관한 규정은 없다. 회사의 분할은 회사에 중대한 변경사항이므로 법규의 개정을 통해 주주들과 채권자들에게 더욱 정확한 분할정보를 제공할 수 있도록 분할에 대한 공시 내용을 보다 상세하게 규정할 필요가 있다.

중국에서 분할에 대한 결의는 단지 찬성표 의결권 비율을 규정하였을 뿐 의사정족수에 대해서는 제한을 가하지 않았다. 즉, 주주(사원)총회의 주주(사원)가 대표하는 주식 수가 얼마인지에 관계없이 의결권의 3분의 2 이상을 가진 주주(사원)가 동의하기만 하면 승인결의가 이루어질 수 있으므로 대주주가 권리를 남용하여 비교적 작은 의결권과 통제권을 가진 소수주주의 권익을 침해할 수 있다. 현실에서 소수주주의 수가 매우 많고 분산되어 하나의 확정한 지분을 집합하여 형성하기 어렵기 때문에 자본다수결 원칙을 따른 승인결의는 대주주의 의사와 요구만을 반영할 수밖에 있다. 또한, 회사는 일반적으로 종류주식을 발행하는데 중국에서 종류주주총회를 규정하지 않고 무의결권주주가 회사의 분할과정에서 주장을 할 수 없게 하고, 무의결권주주의 권익을 보호하는데 불리하게 된다. 따라서, 중국 법은 외국 입법례를 참조하여 종류주주총회의 소집을

침해되어 손해의 복구가 불가능한 경우. 위 주주(사원)는 회사의 이익을 위하여 자신의 명의로 직접 법원에 소를 제기할 수 있다. 타인이 회사의 합법적인 권리를 침해하고, 회사에 손해를 조성하였을 경우, 동 조항 제1항의 주주(사원)는 상술한 두 조항의 규정에 따라 법원에 소를 제기할 수 있다.”

통하여 특수 주주의 이익을 보호하도록 해야 한다.

또 중국 2005년 회사법은 처음으로 반대주주의 주식매수청구권을 명시적으로 규정하여 소수주주의 이익 보호에 적극적인 작용을 하였으나, 다음 몇 가지 측면에서 보완되어야 한다. 첫째, 가장 큰 문제는 주식매수청구권 행사 절차 유관 규정의 결여이다. 법률상의 절차는 실체 권리의 보장이므로 절차의 미비는 실체 권리의 실현을 해할 것이므로 주주들이 주식매수청구권을 행사하는 절차부터 명확히 해야 한다. 그리고 회사는 주주에게 주식매수청구권이 있음을 통지하도록 의무화해야 하고, 주주가 반대의사의 고지를 할 수 있도록 의무화해야 한다. 또한, 주식매수청구권의 행사 기한과 주식 이전 및 매수대금 지급의 기한을 분명히 해야 한다. 그렇지 않을 경우, 주주들은 합리적인 기한 내에 매수대금을 받을 수 없을 것이고, 회사와 주주 간에도 누가 먼저 주식을 건네고 누가 먼저 지급하는지에 관해 논란이 생길 수 있다. 둘째, 회사가 취득한 자기주식의 처분에 대해 명확한 규정이 있어야 한다. 예를 들면, 소각하거나 기타 주주에게 양도하는 것을 규정해야 한다. 셋째, 반대주주의 주식매수청구권의 행사에 일정한 제한을 두어야 한다. 회사분할에 있어서, 반대주주가 소송의 권리를 남용하는 것을 방지하기 위하여 이미 주식매수청구권을 행사한 반대주주는 더 이상 결의무효의 소를 제기할 수 없게 규정해야 한다.

마지막으로 중국 회사법은 분할무효의 소를 규정하지 않고 있다. 분할회사가 공고나 통지 절차를 이행하지 않거나 분할협의에 위법 또는 부당한 사유가 있는 경우에도 분할회사의 행정책임과 연대책임을 물어 주주의 이익을 보호하는 것이 일반적이다. 분할회사의 행정책임과 연대책임을 묻는 것은 분할을 중지할 수 없고 분할회사가 주주의 이익을 충분히 중시한다고 볼 수도 없다. 실제로 분할회사가 고의로 분할 정보를 통지하지 않고 공고하지 않기 때문에 주주가 제때 분할회사와 협상할 최적의 기회를 잃거나, 연대책임자들이 또 서로 책임을 미루다 보니 채권자들이 관리 이행 비용이 증가한다. 따라서 회사의 분할행위가 채권자와 주주의 이익을 침해할 경우 주주 또는 채권자에게 분할무효의 소를 제기하는 구

제방식과 같은 보호책을 취할 필요가 있다. 이는 주주와 채권자에게 분할에 대한 중지할 수 있는 권리를 부여하고 분할회사에 경고를 줄 수 있어 회사로 하여금 주주보호 절차 또는 채권자보호 절차를 확실하게 이행하도록 할 수 있을 것이다.

제 4 장 중국 회사분할과 채권자보호

제 1 절 문제의 제기

회사를 채무자로 하는 채권의 가치는 다음과 같은 두 가지에 의하여 영향을 받는다. 하나는 회사재산 변화상황이고 또 하나는 회사재산에 대한 주주와 채권자의 분배상황이다.[150] 그리고 통상적으로 채권자는 채무자와의 약정에 따라 사전에 약속한 일정한 급부를 변제기에 지급받을 수 있는데 만약 회사와 채권자 간 약정은 있지만 회사가 채무를 이행할 능력이 없다면 채권자는 기대한 수익을 얻을 수 없다. 또한, 주주는 회사분할에 있어서 주주들의 주주총회에 출석과 동의를 요하지만 채권자의 동의를 필요하지 않으므로 채권자는 주주보다 상대적으로 불리한 지위에 처해 있다. 회사의 경영자나 지배주주의 가장 큰 목적은 기업 이익의 최대화와 기업가치의 유지 및 성장이기 때문에 주주가 채무를 회피할 목적으로 어느 한 회사에 채무를 많이 부담시키거나 재무상황 악화될 회사의 우량사업부에 대한 경영권을 유지하기 위해 분할을 하는 경우, 이러한 주주행동주의로 인해 회생을 받는 채권자의 권익을 보호할 필요성이 있다.[151]

회사분할 제도는 분할회사에서 분리된 영업부문에 대한 분할을 진행한 뒤 승계회사로 포괄적 이전하는 제도이다. 합병과 같이 포괄승계 효과 측면에서 지위가 동하지만, 합병 시 소멸회사의 자간이나 채무를 선별적으로 인수할 수 있는 반면, 분할에서는 분할계획서의 작성을 통해 회사가 어떤 자산이나 부채가 어느 회사로 이전될지를 비교적 자유롭게 결정할 수 있기 때문에 회사분할의 경우 합병에 비하여 채권자보호 필요성이 더 크다고 보인다.[152]

---

150) 정준혁, “합병 및 분할 관련 채권자보호제도 개정 제안”, 「저스티스」 제174호, (2019), 181쪽.
151) 정준혁, 전게논문(주150), 188-189쪽.

회사분할은 회사의 조직재편 행위로서 회사 자산의 양과 질에 영향을 주기 마련이다. 회사 자산의 양과 질은 채권자보호에서의 관건이며 이성적인 채권자는 자본금과 관계없이 회사의 자산 총액과 동적 변화에만 관심을 가진다. 따라서 회사분할에 있어서 채권자에 대한 사전적 보호와 사후적 보호가 관건이다. 즉 회사분할 관련 정보를 적시에 정확하고 제공함으로써 그 알 권리를 보호하고 의사결정을 의한 충분한 정보를 확보할 수 있게 함과 동시에 회사의 분할행위가 채권자에게 불이익을 야기할 경우 효과적으로 책임을 추궁할 수 있는 사후적 구제가 필요한 것이다.

이와 관련 각국 입법례를 살펴보면, 회사분할에 관한 채권자보호 제도는 주로 분할에 관한 충분한 정보공개와 연대책임이나 개별책임을 부담하는 대신 채권자이의 절차를 추궁하는 등으로 되어 있다. 중국 현행 회사법은 채권자에 대한 이의권과 변제 또는 담보제공 청구권을 폐지하였고 분할의 해당사항을 채권자에게 통지 및 공고하여야 하고(제175조 제2항) 채무자와 채무상환에 관한 서면 약정이 없는 한 회사분할 이전의 채무는 분할 후의 회사가 연대책임을 진다고(제176조) 규정하고 있다.

제 2 절 회사분할과 채권자보호의 주요수단

I. 분할에 관한 정보공시제도

1. 정보공시의 기간

분할에 관한 정보가 공개되는 기간은 회사가 채권자에게 분할정보를 통지하거나 공고하는 기간을 말한다. 이는 회사분할에 있어서 채권자의 이익 보호 절차가 시작하는 시점으로서 채권자의 이익 보호에 대한 공시는 시간에 따라 달라진다. 분할정보는 회사분할이 이루어지기 전에 공개

152) 정준혁, 전게논문(주150), 211쪽. 노혁준, 「회사분할의 제 문제」, 소화, (2014), 224쪽.

해야 하며, 채권자가 이의권을 행사할 수 있도록 분할사항을 적시에 알려주는 것이 중요하다. 중국 현행 회사법은 회사가 분할할 때에는 반드시 자산부채표 및 재산목록을 작성하도록 규정하고 있고(제175조 제1항), 회사는 분할에 관한 승인결의를 한 날로부터 10일 이내에 채권자에게 통지하고, 30일 이내에 신문에 공고해야 한다(제175조 제2항). 현행 회사법은 회사분할의 효율성을 높이기 위해 구(舊) 1993년 회사법에서 채권자의 회사분할에 대한 이의절차를 폐지하였기 때문에 회사분할정보는 채권자의 알 권리를 보호하는 역할을 하고 채권자에게 분할회사와 채권의 변제에 대해 조속히 협상을 진행하도록 재촉하고 있다.

회사분할이 이루어진 후 분할에 관한 정보를 공개하는 것은 회사경영의 투명성을 높이고 주주, 채권자가 분할무효의 소 제기 여부에 대한 의사결정에 유요한 정보자원을 제공하는데 유리하다. 일본 회사법은 분할 후 6개월 이내에 분할계획서 등의 서류를 본점에 비치하여 주주, 채권자 및 기타 이해관계자의 열람에 대비한다[153]. 그러나 중국 회사법에서는 주주에게만 이러한 열람권이 인정되고 있다.

2. 정보 공시의 방식

채권자에게 회사의 분할정보를 공시하는 방식에는 공고와 개별통지 두 가지 방식이 있다. 많은 국가에서는 두 가지 방식을 모두 규정하고 있다. 일본 회사법은 회사가 관보(官報)에 공고하고 알고 있는 채권자에게 개별적으로 최고하도록 규정하고 있다.[154]. 또 이 의무가 완화되어 채권자에 대한 개별적 최고 절차를 일간 신문(日刊), 전자공고(電子公告) 등 정관에 규정된 공시방법으로 대체할 수 있도록 하고 있다[155].

중국 회사법에서는 공고와 개별통지의 두 가지 방식을 동시에 채택하고 있다. 또한, 회사를 분할 시에는, 위의 규정에 따라 채권자에게 통지하거나 공고하지 아니하고, 회사 등기기관이 명령을 내려 개정하며, 회

153) 일본 회사법 제801조 제3항 참조.
154) 일본 회사법 제789조 제2항과 제799조 제2항 참조.
155) 일본 회사법 제789조 제3항과 제799조 제3항 참조.

사에 대해 1만 위안부터 10만 위안까지의 벌금을 부과하는 규정이 있다.[156] 이는 강제적 규정으로써, 채권자에게 개별적으로 통지하는 절차에도 완화할 여지가 없다는 것을 보여 주고 있다. 채권자의 알 권리를 더 잘 보장할 수 있지만, 이는 회사분할의 비용을 높일 뿐만 아니라 회사분할의 효율성도 저하시킬 수 있다. 특히 주식유한회사의 채권자가 많아 회사가 모든 해당 채권자에게 개별적으로 통지해야 한다면 회사분할의 효율성이 떨어질 수 있다. 따라서 개별통지 대신 공고를 사용하면 회사의 분할절차가 단순화하고 회사의 개별통지 절차 수행의 비용을 절감되고 회사분할 비용을 절감할 수 있을 것이다. 개별통지 절차를 유지하더라도 일본의 관행을 참고하여 개별통지에 대한 채권자의 범위에 특정된 제한을 부과할 수도 있을 것이다.

3. 정보 공시의 내용

일반적으로 회사분할 정보의 공시내용은 분할방안, 분할협의, 채무상환능력설명서, 분할회사의 자산부채표와 재산목록, 채권자 이의권의 있음 등을 포함하고 있다. 중국 1993년 회사법에서 장기간의 공고하는 방식을 취하고 나아가 그 공고방식도 세 차례 이상하도록 했기 때문에 회사분할의 경우 절차상 많은 제약을 받았다. 2005년 개정 회사법은 회사분할에 관한 공고방식을 간소화하였고 회사가 주주총회결의일로부터 10일 이내에 채권자에게 통지하도록 하고, 30일 이내에 신문에 공고하도록 하였다. 또한, 1993년 회사법에서 규정했던 회사분할 시 채권자이의 절차를 폐지하였다. 그러므로 분할회사가 채권자에게 통지하거나 공고한 내용은 회사분할의 사실에만 국한되며, 그 기능은 채권자에게 이른 시일 이내에 채권 상환을 위해 회사와 협상할 것을 촉구하는 것이다. 현재 중국에서 회사분할 관련 사건에서 채무 회피 문제가 가장 큰 문제로 대두되고 있는 근본 원인은 제공된 회사분할 정보가 부실하기 때문이라는 점을 감안했다[157]. 또 분할정보는 일종 법적 재산이며, 공공상품의 특성이

156) 중국 회사법(2018년 개정) 제204조.

있기 때문에, 반드시 법적으로 그 공시의 품질을 확보해야 한다.

그러므로 중국은 법으로 회사가 분할정보의 품질을 보장할 필요가 있다. 구체적으로 분할계획서, 분할계약서와 채무제표 등에 관한 정보를 회사분할의 필수 정보로 간주하고 제도적으로 분할에 관한 중요한 정보가 진실하고 충분하며 적시에 채권자에게 전달되도록 보장하여, 가능한 빨리 분할회사와 채무이행에 합의함으로써 채권자의 이익을 더욱 잘 보호하도록 한다.

4. 공시의 효과

회사분할 정보가 채권자에게 공시되는 효과는 보통 두 가지가 있다. 채권자의 경우 회사의 분할정보를 통지받은 뒤 법정 기한 내에 회사분할에 대해 이의를 제기하지 않으면 분할의 사실을 승인한 것으로 간주한다. 분할회사의 경우 채권자에게 공시하는 의무를 위반하면 분할무효의 사유로 될 수 있다. 일본 회사법은 분할당사회사가 공고 또는 개별통지를 수행하지 않을 경우 채권자가 해당 회사가 연대책임을 부담하도록 요구할 수 있을 뿐만 아니라 회사의 분할행위를 인정하지 않고 분할무효의 소를 제기할 수도 있다.

중국 회사법에서는 회사가 법 규정에 따라 채권자에게 통지하거나 공고하는 행정적 책임만 지면 분할이 저지되는 일은 없을 것이다. 이는 분할회사가 채권자에게 정보를 공시하거나 통지하는 것은 강제적 의무이며, 채권자에게 회사의 분할정보를 적시에 알려 채권자의 알 권리를 보장하고 이른 시간 내에 회사와 채무의 상환에 합의하도록 재촉하는 역할을 한다.

II. 채권자이의 절차

---

157) 李秉祥, “公司分立理論與我國企業應用的現狀分析”, 「現代管理科學」第10期, (2003), 21-23쪽.

1. 개요

채권자이의 절차는 회사가 분할결의를 한 후 채권자에게 통지 또는 공지를 보내는 것으로, 채권자는 회사분할을 알게 된 후 일정한 기간 이내에 분할에 이의를 제기할 권리가 있으며, 회사에 변제, 담보제공, 신탁재산 설정을 요구할 수 있는 제도이다.

회사분할에 있어서 채권자이의 절차는 채권자보호를 각국에서 채택하고 있는 보편적인 제도이다. 일본에서는 물적분할의 경우, 연대책임을 부담하지 않는 한 분할신설회사의 채권자만 분할회사에 이의를 제기할 수 있고, 분할회사에 잔존하는 채권자는 분할회사에 이의를 제기할 수 없도록 규정하고 있고, 인적분할의 경우에는 연대책임 부담 여부를 불문하고 분할신설회사와 분할회사의 채권자 모두 이의를 제기할 수 있도록 규정한다.[158] 독일 사업재편법에서는 분당사회사가 연대책임을 부담하는 것은 물론, 채권자가 이의를 제시할 수 있는 권리를 부여한다.[159] 분할회사는 분할등기를 한 후, 채권자는 등기공고일로부터 6개월 이내에 이의를 제기하여 분할회사에 대응할 수 있으면 당해 이의를 제기한 채권자에게는 변제 또는 채무와 동일한 가치의 보증을 제공해야 한다고 규정하고 있다.[160]

2. 중국에서 채권자이의 절차의 폐지

과거 중국에서는 채권자 이의권을 인정하여 채권자가 회사에 채무청산을 요구하거나 상응하는 담보를 제공토록 요구할 권리가 있고, 채무를 변제하지 않거나 상응하는 담보를 제공하지 않을 경우 회사는 분할할 수 없다고 규정하고 있다.[161] 하지만 사법 관행에서 이 규정의 활용성은 그

---

158) 일본 회사법 제810조 제1항 제2항, 제763조 제1힝, 제12호 참조. 정준혁, 전게논문(주150), 215쪽.
159) 독일 사업재편법 제133조 제1항 참조.
160) 독일 사업재편법 제125조, 제22조 제1항 참조.
161) 중국 1993년 회사법과 1999년 회사법 제185조 제2항.

다지 강하지 않고 분할무효에 대한 채권자의 주장이 이루어지기 어렵다.[162] 따라서 채권자의 이익을 보다 잘 보호하고 동시에 채권자보호로 인해 회사가 분할에 대한 자치권을 박탈하지 않기 위해서 2005년 회사법 개정을 통해 원래 제185조에 규정된 채권자이의 절차에 관한 내용을 사제했고, 연대책임을 도입하였다. 이러한 변화는 채권자의 이익을 보호하지 않는 것이 아니라 회사와 채권자가 별도의 약정이 없으면 채권자가 분할 전후의 모든 회사에 대해 연대책임을 주장할 수 있는 방식을 인정한 것이다. 이는 회사분할 시에 채권자보호를 강화하였다.[163] 또한, 의사자치의 원칙에 따라, 회사가 채권자의 동의를 받고 분할 이전에 채권자와 채무상환에 관한 협의를 이루면 연대책임을 배제할 수 있다. 채권자가 이뤄진 약정을 따라 약정된 회사에만 변제책임을 주장할 수 있다.

회사법 연혁을 보면, 중국 회사분할에 있어서 채권자이의 제도에 의한 채권자보호 제도로부터 연대책임 제도에 의하는 채권자보호 제도로의 전환이 이루어졌다.[164] 이에 대해 중국학자들 사이에서 견해의 대항이 발생하였다.

(1) 찬성하는 관점

찬성자는 구 회사법 중 채권자이의 제도의 규정이 너무 엄격하였고 개정된 회사법의 규정은 분할의 효율을 높이는데 유리할 뿐만 아니라, 실무에서의 실용성이 반영되어야 한다고 주장했다.[165] 채권자이의 제도의 폐지에 찬성하는 학자들은 주로 세 가지 이유를 기반으로 하는데, 즉 1) 채권자이의 제도가 지나치게 회사 자치에 간섭한다는 것,[166] 2) 분할무효의 소 제도는 법에 규정되어 있지 않기 때문에 이의 제도가 채권

162) 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會 編, 전게서(주33), 249쪽.
163) 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會 編, 전게서(주33), 249쪽.
164) 徐聰, “上市公司分拆上市的債權人利益保護”, 「證券法苑」 第二十四卷, (2018), 162쪽.
165) 趙旭東, 「新舊公司法比較分析」, 人民法院出版社, (2005), 372쪽.
166) 陳俐茹, “從利害關系人之視野解析公司分立”, 中國政法大學博士學位論文, (2006), 61-62쪽.

자보호에 대하여는 실효성이 없다는 것,[167] 3) 또 2005년 회사법은 채권자이의 제도 관련 규정을 폐지하는 동시에 채권자보호에 대한 연대책임을 규정하기 때문에 채권 실현에 대해 담보할 수 있는 책임재산(責任財産)이 감소하는 염려가 않다는 것이다. 이는 채권자가 당사자의 변제나 담보를 받지 못하게 하고, 또한 최종보장을 위한 조치를 취할 수 있도록 하였다.[168]

(2) 반대하는 관점

반대자는 채권자이의 제도가 회사분할 중 채권자보호를 위한 필수적인 제도라고 주장한다.[169] 채권자이의 절차는 사전적 보호 메커니즘이지만 연대책임은 사후적 구제 조치이다. 두 가지 모두 회사분할 시 채권자보호를 위한 철저한 메커니즘을 구성하며 두 제도 모두 무시할 수 없다. 분할에 반대하는 주주가 주식매수청구권을 행사하면 해당 회사는 실제로 자본 감소로 인하여 책임재산(責任財産)이 필연적으로 감소하게 된다. 이때 연대책임 방식만을 통해 채권자의 이익을 충분히 보호할 수 없으며, 채권자에게 사전에 연대책임 배제에 대한 약정은 사실상 경제적 약정 부과라면, 사후적 보호인 연대책임은 회사에 부담이 되는 것은 분명해 보인다.[170]

3, 소결

찬성과 반대 주장 모두가 그렇듯, 2005년 개정 회사법이 채권자이의

---

167) 蘇三永, 전게논문(주14). 124쪽.
168) 陳英驊, “我國公司分立的法律規制”, 西南政法大學博士學位論文, (2014), 136-137쪽.
169) 張穎傑, 李松, “論我國分立制度之構建和完善”, 「經濟特區」 第3期, (2008), 145-147쪽 ; 車傳波, “公司分立法律問題探析”, 「東嶽論叢」第11期, 2010. 174쪽.
170) 陳國紅, “公司分立的債權人利益保護研究”, 華東政法大學碩士學位論文, (2016), 13-14쪽.

제도를 폐지하면서 거래질서의 보호, 거래의 안전성, 및 시장의 효율성을 강조하는 방향임은 의심할 여지가 없다고 보고 있다. 현행 회사법은 회사분할에 있어서 채권자의 사전적 보호에 중점을 두던 데서 사후적 보호로 전환함으로써 회사분할을 장려한다. 채권자보호의 중요성을 부정하거나 배격하지는 않지만, 채권자보호 수단을 약화하고 회사법 제176조에 연대책임을 명기하면서도 세부 규정을 두지 않은 것은 반성할 만하다.

III. 연대책임 제도의 도입

연대책임이란 두 명 이상의 채무자가 공동으로 부담하는 채무 각각에 대해 제반 책임을 져야 하는 책임을 말한다. 이러한 책임 중에서 채권자는 일부분 혹은 전부를 채무자에게 채무의 청산을 요구할 수 있다. 모든 채무자는 공동채무를 갚기 전에 청산(清算)책임을 진다. 각 채무자는 책임에 있어서 선후 순서의 차별이 없으며, 채권자는 동시 또는 순차적으로 연대책임 채무자가 채무를 상환하는 것을 요구할 수 있다. 연대책임은 일종의 가중책임이다. 실질적으로는 공동 채무자가 총 채무 이행의 보장이 되며 특별한 담보 작용을 한다.[171]

초기에 중국은 회사분할 시 채권자에 대한 연대책임을 채택하지 않았다. 1993년 회사법은 회사분할은 사전에 공시하고 채권자의 동의를 얻을 수 없으면 분할을 할 수 없는 '공시+채권자 이의권' 모델을 채택하고 있었다.[172] 이 모델은 채권자가 분할회사의 채무승계방안에 이의를 제기하지 않거나 법정 기한 내에 이의를 제기하지 않으면 채권자가 회사분할에 동의한 것으로 간주한다. 이로 인해 분할회사가 면책될 수 있는 채무이전협의를 하게 되고 채권자의 이의권은 비진정연대책임(不真正連帶責任)[173] 의무에 어긋난다는 특징이 있다. 또는 이러한 과도한 채권자보호

171) 徐聰, 전게논문(주164), 169쪽.
172) 1993년 회사법 제185조.
173) 不真正連帶責任(unreal joint and several liability): 다수의 채권자가 발생원인에 따라 우발적으로 발생한 동일한 내용의 지급에 따라 이행의무를 모두

조치는 분할된 회사경영의 효율성과 이익을 크게 희생시켜 이행기가 도래하지 않은 채무(未到期債務)를 이행하거나 해당 담보를 제공해야 하여 분할회사에 너무 많은 부담을 준다. 따라서 채권자의 이익을 보호하고 회사의 분할행위의 자유를 박탈하지 않기 위하여 2005년 회사법은 '공시+연대책임' 모델로 개정해 사전공시(채권자의 동의가 필요 없음)하고 분할 후 각 주체가 분할 전 채무에 대해 연대책임을 지도록 했다. 연대책임 입장에선 분할 후 승계회사가 분할 전 채무에 대해 무한한 연대책임을 지도록 하는 것은 다른 회사를 일종 책임보증인의 지위에 놓이게 하므로 채무자의 범위를 확장하고 채권자의 채권이 상환받을 수 없는 위험을 감소시켜서, 법률의 공평한 추구를 구현하였다.[174] 또한, 현행 중국 회사법 제9장은 채권자에게 사전에 회사와 채무승계에 관한 약정을 하는 권리를 부여하기 때문에 이 사전 약정이 없으면 사후적 보호 수단으로만 연대책임을 청구할 수 있으므로 채권자 이의권을 폐지되어 연대책임만을 규정하고 있다.

중국 회사법에 따르면 회사분할 전의 채무에 대하여 분할 후의 회사가 연대하여 책임을 진다. 다만, 회사분할 전 채권자와 채무청산을 위한 사전적 서면 약정으로 별도로 약정한 경우 연대책임에서 제외된다.[175] 회사분할 전 채권자와 채무청산을 위한 서면 약정은 분할 후의 회사가 합의된 비율에 따라 채권자에게 채무에 대한 책임을 지고 분할회사는 연대책임이 없음을 채권자와 합의할 수 있다. 즉, 분할 후의 특정 회사만 분할회사의 부채에 대한 책임이 있으며 다른 회사는 분할회사의 부채에 대한 책임이 없다고 할 수 있다. 또는 1999년 중국 <계약법>에서는 당사자가 계약을 체결하여 분할하는 경우 채권자와 채무자는 별도로 약정하는 경우를 제외하고는 분할하는 법인 또는 기타 조합이 동등한 채권을 향유하고 연대채무를 부담한다.[176] 2003년 중국 최고인민법원이 제정한

지게 되고 한 채무자의 이행으로 채무자 전체의 채무가 소멸되는 것을 말한다.

174) 彭冰, "債隨物走原則的重構與發展——企業重大資產出售中的債權人保護", 「法律科學」 第6期, (2008), 147쪽.

175) 중국 회사법(2018년 개정) 제177조.

176) 중국 계약법 제90조.

<기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정(關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定)>은 채권자는 분할 후의 회사에 채권이 있다고 주장하고, 회사분할 시 분할회사의 채무를 부담하는 것에 관한 약정이 있다면, 채권자의 승인을 받아 당사자의 약정에 따라 처리한다고 규정한다. 회사분할 시 분할회사의 채무에 대하여 약정이 없거나 명확하지 않고 또는 약정이 있어도 채권자가 인정하지 않는다면 분할 후의 회사가 연대책임을 져야 한다.[177] 따라서, 중국 연대책임 제도는 주로 채권자와 분할회사 간에 체결된 개별 약정을 제외하고 회사의 분할당사회사가 채무에 대한 연대책임을 진다는 원칙에 근거하고 있음을 알 수 있다. 하지만 이 제도에 대한 회사법상 규정은 아직도 부족함이 존재한다.

1. 책임주체

중국 회사법에서 연대책임의 주체는 분할회사와 분할 후의 존속회사 또는 신설회사이다. 연대책임의 주체 범위 측면에서 다른 국가 및 지역의 관행이 주로 두 가지의 접근 방식이 있다. 하나는 연대책임의 주체가 분할회사와 분할 후의 회사를 모두 포함하며, 이는 분할에 관련된 모든 회사로 확대된다. 독일에서는 분할의 효력이 발생하기 전에 분할회사의 부채에 대하여, 분할에 관여하는 법인은 총 채무자로서 책임을 진다.[178] 또 하나는 연대책임의 주체는 새로 설립된 회사로 제한되며 분할회사를 포함하지 않는다. 프랑스의 경우, 분할로 인해 분할회사의 사업재산을 이전받은 승계회사들은 분할회사의 채무에 관해 상호 연대책임을 부담하게 된다.[179] EU 회사법 제6지침에서도 이 접근법을 채택하고 있다.[180] 중국은 전자를 채택하고 있다.

중국에서 이에 대한 찬성과 반대의 관점이 존재하고 있다. 찬성자는

---

177) <關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定> 제12조.
178) 독일 사업재편법 제133조 제1항 참조.
179) 프랑스 상법 제236-20조 참조. 노혁준, 전게논문(주22), 437쪽.
180) EU 회사법 제6지침 제12조 제3항 참조.

연대책임 주체의 범위에 분할회사도 포함해야 한다고 생각한다.[181] 반대자는 분할 후 연대책임의 주체를 분할회사의 사업재산을 받은 승계회사로 한정해야 한다고 주장한다.[182] 이 논문은 찬성자의 관점에 동의한다.

연대책임의 적용 주체를 승계회사에만 한정해야 한다는 견해는 승계회사의 재산 상황이 분할회사보다 낫다는 예측을 전제로 하는 것이다. 그러나 이러한 전제는 분명히 현실에 맞지 않고, 실제로 회사가 비핵심 자산이나 심지어 부실사업부를 승계회사로 이전하는 경우가 많다. 해당 회사가 핵심이나 우량사업부를 승계회사로 이전해도 회사가 일정한 기간 후 재무구조가 악화될 경우도 있다. 또한, 회사분할에 연대책임을 두는 것은 한 부분의 채권을 보호하는 것이 아니라 회사분할 전의 모든 채무에 대응하는 채권을 평등하게 보호하는 것이다. 분할 후의 승계회사만 분할회사의 채무를 부담하는 것은 분할에 있어서 회사가 채무를 분할회사에 보유하거나 승계회사로 이전할 때 임의로 처리할 수 있으므로 채권자 간의 불평등한 보호로 이어질 수 있으며 연대책임 제도의 공정성을 해칠 수 있다. 부채가 분할회사에 남아있는 채권자는, 분할회사와 승계회사를 청구대상으로 할 수 있고, 이러한 청구에 대한 책임재산은 분할회사가 보유한 재산과 분할회사에서 이전된 재산의 집합이 된다. 따라서 부채재산은 분할 전후에 큰 변화를 겪지 않았고, 심지어 증가할 수도 있다. 채무가 승계회사로 이전되면 채권자는 승계회사에만 청구할 수 있다. 이에 따라 부채 실현을 담보할 수 있는 해당 책임재산은 줄어들게 된다. 따라서 채무를 승계회사로 이전하는 것은 채권자에게 명백히 불공평하며, 채권자를 평등하게 보호하는 원칙에 위배되고 연대책임의 공정성에도 위배된다.

2. 책임의 내용

181) 張穎傑, 李松, 전게논문(주169), 145-147쪽. 蘇三永, 전게논문(주14), 138-139쪽. 陳儷茹, 전게논문(주166), 66-67쪽.

182) 王保樹, 「中國公司法修改草案建議稿: 理由說明與參考立法例」 第一期, 社會科學文獻出版社, 2004.11, 435쪽.

회사분할에 따른 연대책임의 범위에 대하여 두 가지 입법 모델이 있다.

첫 번째는 분할협의에 채무를 부담하는 회사는 자산 전부를 담보로 채무에 대한 상환책임(명확히 약속하지 않은 경우 분할회사가 부담한다)을 지고, 다른 분할당사회사는 승계한 재산 범위 내에서만 유한적 연대책임을 지는 방식이다. 일본에서 분할회사는 분할 시에 잔존재산의 가액과 승계회사는 승계한 재산의 가액을 한도로 연대책임을 부담하도록 규정하고 있다.[183]

두 번째는 범위를 한정하지 않고 연대책임의 적용 주체를 일괄적으로 전체 재산으로 채권자에게 책임을 부담하게 하는 방식이다. 독일에서는 연대책임 채무의 범위에 제한을 두지 않고 있으므로, 분할회사의 기존채권자를 과도하게 보호된다는 지적이 있다.

중국 회사법 제176조의 규정을 살펴보면 중국도 연대책임의 범위를 제한하지 않는 입법 방식을 채택하고 있다. 중국 대다수 학자는 마땅히 연대책임의 범위를 제한해야 하며, 분할에서 연대책임의 범위를 양수된 재산의 범위로 한정해야 한다고 주장한다.[184] 중국은 현재 시장 신용불량이 보편화되어 있고, 현실적으로 분할 등의 조직재변 방식으로 채무를 회피하는 기업이 많다. 채권자가 약자적 지위에 있는 상황에서 실질적으로 더 강한 채권자보호가 필요하기 때문에 분할에 관한 연대책임이 책임범위를 제한해서는 안 된다는 견해가 있다.[185]

3. 책임 행사의 기한

중국 회사법 제176조는 연대책임에 대한 기한을 별도로 규정하지 않고 있다. 중국 일부 학자들은 분할 중인 연대책임 과제에 대해 제척기간

---

183) 일본 회사법 제759조 참조.

184) 車傳波, 전게논문(주169), 174쪽. 陳俐茹, 전게논문(주166), 64쪽. 蘇三永, 전게논문(주14), 140-141쪽.

185) 陳英驊, 전게논문(주168), 137-139쪽. 孟繼超, “公司分立中債權人利益保護研究”, 「哈爾濱學院學報」 第33卷第1期, (2012), 15-19쪽.

(除斥期間)을 규정하여 채권자의 권리 행사를 촉구하고 분할 후 당사회사들의 권리 의무상태를 조속히 확정할 것을 권고하고 있다.[186]

제 3 절 문제점

2005년 개정 회사법은 회사 경영관리의 실제 수요에 부응하고 회사의 발전에 대한 다각화 수요에 대응하고 회사 거래상대방의 이익을 보다 잘 보호하기 위하여 공시절차를 간소화하였고 연대책임 제도가 도입되었으며, 채권자이의 제도를 폐지하였다. 하지만 이러한 규정들은 회사분할에 있어서 채권자에 대하여 정보공시와 연대책임 제도만을 규정하고 있고 두 제도만으로 분할 시 채권자의 이익을 보호하기는 역부족이다. 정보공시 제도는 공시의 구체적인 내용에 대한 법적 요구가 부족한데 이는 채권자의 회사분할에 대한 알 권리를 충분히 보장하지 못한다. 기존의 연대책임 제도에 관하여 연대책임의 범위와 기간이 합리적으로 제한되어 있지 않다. 이는 분할과정에서 당사회사와 채권자의 이익의 균형이 맞지 않아 분할 제도의 효율성과 공정성을 저해하는 문제점을 초래한다. 또 채권자이의 제도는 회사법에 규정되어 있지 않아 회사분할 과정에서의 사업위험은 채권자가 더 많이 이전하게 될 것이다.

이처럼 중국 회사법은 개정 시 채권자보호 절차를 간소화하고, 연대책임 제도로 채권자이의 제도를 대체하며, 사전적 보호를 사후적 구제로 바꾸는 것이 현실적 타당하다. 하지만 회사가 이익 극대화를 원칙으로 회사 경영을 하더라도 시장 거래질서의 공정과 안전을 지킬 책임과 의무가 있다. 회사법은 회사의 경영관리를 규정하는 법률로서, 그 입법의 목적은 회사, 주주의 이익뿐만 아니라 회사 채권자의 이익을 보호하여야 자유, 효율, 공평과 안전을 동시에 고려하여야 한다. 중국 회사법은 회사 채권자의 이익 보호를 중시하지 않는 것이 아니라 회사법 제1조에서 채

186) 張穎傑, 張松, 전게논문(주169), 145-147쪽. 蘇三永, 전게논문(주14), 142쪽. 陳俐茹, 전게논문(주166), 69쪽.

권자와 주주를 평등하게 보호하는 것이 회사법의 입법 목적 중 하나라고 밝히고 있으며, 대부분의 제도가 예를 들어, 자본제도, 법인격부인 제도 등 채권자의 이익을 중시하고 있음을 보여준다. 채권자의 이의권은 회사 합병에서 행사할 수 있지만 회사분할에서는 채권자의 이익을 소홀히 한 것이다. 이와 같은 입법은 당시 중국이 처한 시장경제 환경과 관련되어 있다. 이 논문은 법률이 시장변화의 미래를 예측하고 회사분할에 따른 채권자보호는 시장거래의 공정과 안전을 확보하는 것이라는 것에 동의한다. 채권은 채권자 이익의 근본이며, 경제가 발전하는 특수한 시기에도 채권자의 권리를 희생하는 대가로 시장경제의 장기적인 발전에도 유리지 않다. 따라서 중국 회사법은 채권자보호 수단으로서 채권자이의 제도를 구축해야 하고 이를 탄력적으로 처리해 채권자의 이익을 보호하면서 분할의 효율성을 높여야 한다.

제 5 장 한국 상법상의 회사분할제도와 중국의 비교

제 1 절 한국 회사분할의 방식

한국은 중국보다 늦게 1998년 12월 상법개정을 통하여 회사분할 제도를 도입하였다. 중국에서는 유한책임회사와 주식유한회사 모두 회사분할을 할 수 있지만, 한국에서는 주식회사만의 회사분할을 대상으로 규정하고 있다. 또한 중국은 회사법 제9장에서 3조문만으로 회사분할 제도를 매우 간략하게 규정하고 있는 반면에 한국의 경우에는 상법 제530조의2부터 제530조의12까지 매우 자세하게 규정되어 있다.

중국에서는 존속분할과 소멸분할만 인정하고 있다. 이와 대비 한국 상법에서는 회사분할의 유형을 더 다양하게 설명하고 있다.

I. 존속분할과 소멸분할

한국 상법에서는 존속분할과 소멸분할의 유형을 명백하게 규정하고 있지 않다. 다만, 상법 제530조의2 제1항[187]과 제2항[188]의 표현은 소멸분할 또는 소멸분할합병과 존속분할 또는 존속분할합병으로 이해될 수 있다.[189] 또는 제530조의5 제2항과 제530조의9 제2항에서는 '존속하는 경우에는...'이라고 규정하여 존속분할을 인정하고 있는 것으로 이해된다.

---

187) 한국 상법 제530조의2 제1항: "회사는 분할에 의하여 1개 또는 수개의 회사를 설립할 수 있다."
188) 한국 상법 제530조의2 제2항: "회사는 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립 중의 회사와 합병할 수 있다."
189) 한국상사법학회 편, 전게서(주20), 570쪽.

II. 단순분할과 분할합병

한국 상법 제530조의2 제1항과 제2항에 따르면 회사는 분할에 의하여 1개 또는 수개의 회사를 설립할 수 있고, 회사는 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립 중의 회사와 합병할 수 있다. 이른바 단순분할과 분할합병의 유형을 제시하고 있다.

분할합병은 다시 분할되는 회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 흡수분할합병[190]과 분할되는 회사의 일부가 다른 회사 또는 다른 회사의 일부와 분할합병을 하여 회사를 설립하는 신설분할합병[191]으로 구별할 수 있다. 또는 상법은 2015년 개정을 통하여 삼각분할합병 제도를 도입하였다.[192]

III. 인적분할과 물적분할

한국 상법 제530조의12에서는 분할되는 회사가 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사의 주식이 총수를 취득하는 물적분할의 유형을 허용하면서 분할되는 회사의 주주에게 교부하는 인적분할에 관한 규정들을 준용하고 있다.[193]

IV. 안분비례형분할과 비안분비례형분할

---

190) 한국 상법 제530조의6 제1항: "분할회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 그 다른 회사가 존속하는 경우에는..."

191) 한국 상법 제530조의6 제2항: "분할회사의 일부가 다른 분할회사의 일부 또는 다른 회사와 분할합병을 하여 회사를 설립하는 경우에는... "

192) 한국 상법 제530조의6 제4항: "분할회사의 주주에게 제공하는 재산이 분할승계회사의 모회사 주식을 포함하는 경우에는 분할승계회사는 그 지급을 위하여 모회사 주식을 취득할 수 있다. "

193) 한국 상법 제530조의12: "이 절의 규정은 분할되는 회사가 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사의 주식의 총수를 취득하는 경우에 이를 준용한다."

2015년 상법 개정 이전에 제530조의4 제2항 제2문에서 종전의 주식 비율대로 주식을 배당하는 분할의 경우 분할 후 회사에서의 출자 검사인의 검사를 생략할 수 있도록 규정하고 있는데 간접적으로 비안분비례형 분할도 인정하고 있는 것이 엿보인다. 그러나, 2015년 상법 개정을 통해 이 조문은 폐지되었고 안분비례형분할과 비안분비례형분할을 인정하지 않고 있다.

V. 혼합분할

상법 제530조의2 제3항은 회사는 분할에 의하여 1개 또는 수개의 회사를 설립함과 동시에 분할합병을 할 수 있다고 하여 단순분할과 분할합병 또는 인적분할과 물적분할이 함께 일어나는 경우와 서로 다른 유형의 분할이 함께 일어나는 경우와 같은 혼합분할 또는 복합적 분할을 허용하고 있다.[194)]

제 2 절 회사분할과 주주보호

회사의 분할이 발생되면 이에 따라 주주의 지위와 권한도 영향을 받게 된다. 중국 회사법에서 회사분할은 회사 조직구조의 변경을 이루는 수단을 주주(사원)의 알 권리, 의결권, 탈퇴권과 사후 구제권에 대한 규정을 적용하는 경우이다. 한국 상법도 회사분할 시 주주보호를 중시하여 제11절 회사의 분할에서 분할과 관련한 각종 정보를 사전에 개시하고, 주주총회의 승인을 거치도록 한다. 그 외에 반대주주에 대한 주식매수청구권을 인정하고 분할의 효과를 부정할 수 있는 분할무효의 소를 규정하고 있다. 이 제도들은 중국과 비슷한 점도 있지만 세부 조항에서는 많은 차이가 있다.

---

194) 노혁준, 전게서(주152), 72쪽.

I. 분할정보의 공시

중국 회사법과 한국 상법 제530조의3 제4항은 회사분할의 분할계획서 또는 분할합병계약서를 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 분할계획서 또는 분할합병계약서의 요령과 주주총회의 목적사항을 제363조에서 정한 주주총회 소집통지에 기재하도록 하는 규정을 준용하고 있다.

중국에서 단순분할(존속분할과 소멸분할)만을 인정하는 것과 달리 한국에서는 단순분할과 분할합병을 인정하고 있다. 이에 따라 분할합병의 경우, 분할회사뿐만 아니라 분할합병의 상대방 회사도 분할정보의 공시의무가 있다. 따라서 사전적 및 사후적 공시를 위해 분할회사 또는 분할합병 상대방 회사의 이사로 하여금 주주총회 회일의 2주 전부터 분할등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6개월 간 분할계획서 또는 분할합병계약서, 분할되는 부분의 대차대조표, 분할되는 회사의 주주에게 발행할 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면 등을 본점에 비치하도록 하고 있다. 또한 주주와 채권자는 영업시간 내에 언제든지 위 서류의 열람을 청구하거나 회사가 정한 비용을 지급하고 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있도록 규정하고 있다.[195]

중국 회사법은 제175조에서 회사분할의 경우 자산부채표와 재산목록을 작성하여야 한다고만 요구하고 있고 분할에 대한 정보공시의 구체적인 내용을 규정하지는 않는다. 이와 대조적으로, 한국 상법에서는 분할대차대조표뿐만 아니라 분할 또는 분할합병을 하면서 신주가 발행되거나 자기주식이 이전되는 경우 등의 공시내용을 매우 상세하게 규정하고 있다.

중국 회사법은 유한책임회사의 경우 사원총회 회일의 15일 전부터 전체 사원에게 통지하여야 하고, 주식유한회사의 경우 주주총회의 소집 장소, 시간 및 심의사항을 회일의 20일 전부터 각 주주들에게 통지하여야 하고 임시주주총회는 회일의 15일 전부터 각 주주들에게 통지되어야 하

195) 한국 상법 제530조의7 제1항과 제2항, 제522조의2 제2항.

며, 무기명주식을 발행하는 경우 회일의 30일 전부터 회의 장소, 시간 및 심의사항을 공고하여야 한다고 명시되어 있다. 이 소집통지는 분할결의의 사전적 공시에 대한 규정이고 주주(사원)가 주주(사원)총회의 기록의 열람권과 복사권을 청구하는 방식으로 사후적 공시를 인용할 수 있다고 하고 있다. 이와 대조적으로, 한국 상법 제530조의7에서는 주주총회 회일의 2주 전부터 해야 할 뿐만 아니라 분할의 등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6개월 간 회사분할의 법정 서류를 본점에 비치하여야 한다. 이로써 회사분할에 있어서 주주의 사전적, 그리고 사후적 알 권리를 다 보호할 수 있고 주주의 열람권도 확보된다.

<회사분할 정보공시 규범 관련 한, 중 비교>

중국 회사법	한국 상법
제34조(사원의 열람 복사권) 사원은 회사정관, 사원총회 회의록, 이사회결의, 감사회결의 및 재무회계보고를 열람 복사할 권리를 가진다. 사원은 회사의 회계장부의 열람을 청구할 수 있다. 사원이 회사의 회계장부의 열람을 청구할 경우, 서면으로 청구하고 그 목적을 설명하여야 한다. 회사는 합리적 근거에 의해 사원의 회계장부 열람 목적이 정당하지 않다고 판단할 경우, 열람 청구를 거절할 수 있다. 이때 사원은 서면으로 제출한 청구일로부터 15일 이내에 해당 주주에게 서면으로 답변하고 거절 이유	제363조(소집의 통지) ① 주주총회를 소집할 때에는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 경우에는 회사는 해당 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 통지서에는 회의의 목적사항을 적어야 한다. ③ 제1항에도 불구하고 자본금 총액이 10억원 미만인 회사가 주주총회를 소집하는 경우에는 주주총회일의 10일 전에 각 주주에게

를 설명하여야 한다. 회사가 사원의 열람청구를 거절하였을 경우, 사원은 인민법원에 회사가 열람을 제공하도록 청구하는 소를 제기할 수 있다. 제41조(사원총회 회의의 통지와 기록) 사원총회 회의를 소집할 때는 회의를 소집하기 15일 전에 전체 사원에게 통지하여야 한다. 단, 회사정관에 별도의 규정이 있거나 전체 사원의 별도 약정이 있을 경우는 예외로 한다. 제96조(중요한 서류의 비치) 주식유한회사는 회사정관, 주주명부, 회사채권근거자료, 주주총회 회의록, 이사회 회의록, 감사회 회의록, 재무회계보고를 회사에 비치하여야 한다. 제97조(주주의 열람, 건의와 질의권) 주주는 회사정관, 주주명부, 회사채권근거자료, 주주총회 회의록, 이사회 회의록, 감사회 회의록, 재무회계보고를 열람할 권한과, 회사의 경영에 대해 건의하거나 질의할	서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송할 수 있다. ④ 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있고, 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다. ⑤ 제4항의 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있다. ⑥ 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다. ⑦ 제1항부터 제4항까지의 규정은 의결권 없는 주주에게는 적용하지 아니한다. 다만, 제1항의 통지서에 적은 회의의 목적사항에 제360조의5, 제360조의22, 제374조의2, 제522조의3또는 제530조의11에 따라 반대주주의 주식매수청구권이 인정되는 사항이 포함된 경우에는 그러하지 아니하다. 제530조의7(분할대차대조표 등

권한을 가진다. 제102조(주주총회의 결의) 주주총회를 소집할 때는 회의 소집 장소, 시간 및 심의사항을 회의소집 20일 전에 각 주주들에게 통지하여야 한다; 임시주주총회는 회의소집 15일 전에 각 주주들에게 통지되어야 한다; 무기명주식을 발행하는 경우, 회의소집 30일 전에 회의 장소, 시간 및 심의사항이 공고하여야 한다.	의 공시) ①분할회사의 이사는 제530조의3제1항에 따른 주주총회 회일의 2주 전부터 분할의 등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6개월간 다음 각 호의 서류를 본점에 비치하여야 한다. 1. 분할계획서 또는 분할합병계약서 2. 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할합병의 경우 분할합병의 상대방 회사의 대차대조표 4. 분할 또는 분할합병을 하면서 신주가 발행되거나 자기주식이 이전되는 경우에는 분할회사의 주주에 대한 신주의 배정 또는 자기주식의 이전에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ②제530조의6제1항의 분할승계회사의 이사는 분할합병을 승인하는 주주총회 회일의 2주 전부터 분할합병의 등기를 한 후 6개월 간 다음 각 호의 서류를 본점에 비치하여야 한다. 1. 분할합병계약서 2. 분할회사의 분할되는 부분의 대차대조표 3. 분할합병을 하면서 신주를 발행하거나 자기주식을 이전하는 경

	우에는 분할회사의 주주에 대한 신주의 배정 또는 자기주식의 이전에 관하여 그 이유를 기재한 서면 ③제522조의2제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 서류에 관하여 이를 준용한다.

II. 주주총회의 승인

1. 한국 상법의 규제

한국 상법 제530조의3 제1항에서는 회사가 분할 또는 분할합병을 하는 때에는 먼저 전술한 분할계획서 또는 분할합병계약서를 작성해야 하고, 그 후에 주주총회의 승인을 얻도록 강제하고 있다. 또한 제2항에서는 회사분할로 회사구조가 변경되는 점을 고려하여, 그 승인결의는 정관변경의 특별결의를 거치도록 한다고 규정하고 있다. 더구나 제3항에서는 그 승인결의에 있어서는 무의결권 우선주주에게도 의결권을 인정하고 있다.[196] 따라서 이 결의에 관하여는 무의결권주주가 가진 주식의 수도 발행주식 총수에 산입하여야 한다. 또한 제6항에서는 회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제435조의 규정에 의하여 주주총회 내지 종류주주총회의 특별결의 요건을 가중하여 그 주주 전원의 동의를 얻도록 하고 있다. 그 외에 한국 상법 제368조는 주주총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다고 규정한다.

한편 한국 상법은 분할의 효율성 확보를 위해 간이분할합병 및 소규모분할합병 제도를 도입하고 있다. 제527조의2가 규정하고 있는 간이합

196) 이에 대해 승계회사의 입장에서 분할회사 전부를 흡수합병하는 경우와 달리 분할회사 일부를 분할합병하는 경우에 주주총회에서 무의결권 주주에게 의결권을 부여하는 결과가 되어 형평에 멎지 않는다고 견해가 있다. 한국상사법학회 편, 전게서(주20), 570쪽.

병과 마찬가지로 제530조의11 제2조는 분할회사 주주 전원의 동의가 있거나 흡수분할합병의 상대방 회사가 이미 분할회사 주식의 100분의 90 이상을 소유할 경우에는 분할회사 주주총회의 승인은 이사회의 승인으로 대체할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 제527조의3은 규정하고 있는 소규모합병의 경우와 마찬가지로 흡수분할합병 상대방 회사의 발행신주가 발행주식총수의 100분의 10을 초과하지 아니하면 제530조의11 제2항에 따라 상대방 회사에서의 이사회의 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있다.

2. 문제점

(1) 무의결권주식의 의결권

분할에 있어서 분할회사의 무의결권주식을 가진 주주도 분할결의에서는 의결권을 갖게 된다. 하지만 흡수분할합병 및 신설분할합병의 경우 승계회사의 무의결권주주도 의결권을 갖는지는 의문이다. 또는 무의결권주주는 종류주주로서 별도의 종류주주총회 승인절차가 마련되어 있으며 굳이 분할승인을 위한 주주총회 결의에 의결권이 배제되는 종류주식을 가진 주주도 의결권이 있는 것은 문제가 있다고 여겨진다.

(2) 주주의 부담이 가중되는 경우 주주 전원의 동의

한국 상법 제530조의3 제6항은 회사분할로 인하여 주주의 부담이 가중되는 경우에는 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다고 규정하고 있다. 이때 부담이 가중되는 경우로는 주주가 추가출자의무, 주식인수가액의 분할납입의무 등을 지는 경우를 생각할 수 있으나, 주주유한책임이 원칙으로 되어 있는 현행 상법 하에서 그러한 경우가 실제 허용되기는 어려울 것이므로 현실에서 성립될 수 없는 상황이라고 본다.[197]

---

197) 권기범, 전게서(주8), 447쪽.

(3) 소규모분할의 인정

소규모분할의 경우에는 분할 후 회사에서 발행하는 주식이 비록 소량일지라도 승계회사는 분할회사의 분할 전 채무에 대하여 연대채무를 진다. 따라서 승계회사의 주주에게 분할회사 채무가 많다면 피해를 줄 수 있기 때문에 소규모분할합병을 인정하는 것에 대한 반대의 견해가 있다.[198]

3. 한국 상법과 중국 회사법의 비교

한국 상법과 중국 회사법을 비교했을 때, 먼저 이사회의 승인을 얻어서 주주총회 특별결의에 의한 승인이 필요하다는 점에서 비슷하다. 반면에 차이점은 중국에서는 존속분할과 소멸분할만 인정하고 있고 분할의 부분을 존립 중인 다른 회사와 합병하는 분할합병을 부인한다는 점이다. 따라서 중국에서 분할에 대한 주주총회 특별결의를 해야 하는 분할방안에서 분할회사 독립적으로 하는 분할의 방안만 있고 분할합병과 같은 분할합병 상대방회사와 체결하는 분할합의를 포함하지 않는다. 그 다음, 무의결권주주의 의결권에 대해 현행 중국 회사법은 언급하지 않아서 주주총회에서 의결권이 없는 주식을 가진 주주의 의결권을 인정하고 있지 않다고 이해된다. 그리고 중국에서 종류주주총회에 대한 규정이 없으므로 분할로 인하여 주주의 부담이 가중되는 경우에는 주주 전원의 동의가 있어야 하는 가중 요건이 없다. 또한, 한국 상법에서 분할계획서 또는 분할합병계약서의 요지를 주주총회 소집통지에 기재하도록 되어 있기 때문에 주주보호가 한결 강화되어 있다. 이외에 한국 상법은 주주총회 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다고 규정되어 있다. 중국 회사법에서 이러한 특별한 이해관계가 있는 자의 의결권제한 제도는 이사회결의만 적용하고 있으며 주주(사원)총회에 대

198) 김건식·노혁준·천경훈,「회사법(제4판)」, 박영사, (2020), 809쪽.

해 이러한 제한을 두지 않고 있다.

<분할승인결의 규범 관련 한, 중 비교>

중국 회사법	한국 회사법
제43조 제2항 사원총회에서 회사정관을 수정하거나, 자본금 증자 또는 감소를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또는 회사의 유형을 변경하는 것을 결의할 경우에는, 반드시 3분의 2 이상의 표결권을 가진 사원이 결의하여야 한다. 제61조 1인 유한책임회사는 사원총회를 설립하지 않는다. 사원이 본 법 제37조 제1항에 열거한 사항을 결정하는 경우, 서면 형식으로 하여야 하며, 사원이 서명한 후에 회사에 비치하여야 한다. 제66조 국유독자회사는 사원총회를 설치하지 않고 국유자산감독관리기구가 사원총회의 직권을 행사한다. 국유자산감독관리기구는 회사의 이사회가 사원총회의 일부 직권을 행사하여 중요 사항을 결정할 수 있	제530조의3(분할계획서·분할합병계약서의 승인) ①회사가 분할 또는 분할합병을 하는 때에는 분할계획서 또는 분할합병계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다. ②제1항의 승인결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다. ③제2항의 결의에 관하여는 제344조의3제1항에 따라 의결권이 배제되는 주주도 의결권이 있다. ④분할계획 또는 분할합병계약의 요령은 제363조에 정한 통지에 기재하여야 한다. ⑥회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 분할 또는 분할합병에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다.

도록 위탁할 수 있다. 단, 회사의 합병, 분할, 해산, 자본금 증자 또는 감자, 회사채권의 발행 사항은 반드시 국유자산감독관리기구의 결정에 따라야 한다. 그 중, 중요한 국유독자기업의 합병, 분할, 해산, 파산 신청 시에는 국유자산감독관리기구의 심사 후, 해당 지역의 인민정부에 보고하여 비준 받아야 한다. 제103조 주주총회의 결의는 출석한 주주 의결권의 과반수로 의결한다. 단, 주주총회에서 회사정관의 수정, 자본금 증자 및 감자를 결의하거나, 회사의 합병, 분할, 해산 또는 회사의 유형 변경을 의결할 때는 반드시 출석한 주주 의결권의 3분의 2 이상이 찬성하여야 한다.	

III. 반대주주의 주식매수청구권

1. 한국 상법상의 주식매수청구권

한국 상법 제530조의11 제2항에서는 분할회사의 영업과 재산이 다른 회사와 통합됨에 따라 분할회사 내부에서의 구조 변화가 이루어지며, 이로 인하여 신설회사 또는 분할합병의 상대방 회사에 있어서 지주비율 또는 경영상태에 따라 제374조의2를 준용하여 분할합병의 경우 분할회사 또는 분할합병의 상대방 회사의 주주에게 주식매수청구권을 인정하는 규

정을 두고 있다. 이에 따라 회사분할에 관한 이사회의 승인이 있는 때에 그 결의에 반대하는 주주는 분할계약서를 승인하는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지하고, 그 주주총회의 결의일로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다. 또한, 분할회사에 대해 분할을 의결할 주주총회의 소집통지 또는 공고를 하는 때에는 주식매수청구권의 내용 및 행사방법을 명시하여야 한다. 해당 회사가 그 청구를 받으면 매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 하고 매수가액은 주주와 회사 간의 협의에 의하여 결정할 수 있다. 매수청구기간 종료하는 날부터 30일 이내에 주주와 회사 간의 매수대금에 관한 협의를 이루어지지 아니한 경우에는 법원에 대해 회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 공정한 매수대금의 산정을 청구할 수 있다.

한편 무의결권주식을 소유한 주주도 주식매수청구권을 행사할 수 있다.[199]하지만 소규모분할합병의 승계회사 주주에게는 주식매수청구권을 인정하지 않는다. [200]

2, 문제점

한국 상법은 분할합병의 경우에만 주식매수청구권을 인정한다. 이는 단순분할의 경우에는 분할회사가 분할하여 신설회사의 주식이 지분비율에 따라 분할회사의 주주에게 주어지므로 분할회사의 주주는 종전의 주식과 그에 해당하는 신설회사 주식을 교환하는 셈이 될 뿐 그 신설적인 권리는 변함이 없다는 측면을 고려하여 분할회사의 주주에게 불리한 결과가 되는 경우가 없기 때문에 주식매수청구권을 인정하지 않는다.[201]

---

199) 신현윤, “회사분할에 따른 주주보호제도”, 「법학연구」 제11권 제3호, 연세대학교 법학연구원, (2001), 15쪽.
200) 한국상사법학회 편, 전게서(주20), 574쪽.
201) 손주찬, “주식회사분할에 관한 정부안의 검토”, 「기업구조의 재편과 상사법」, 정문사, (1998), 371쪽.

그러나 단순분할 시에도 특정 주주에게 불리한 경우가 있을 수 있다. 또는 주주보호의 측면에서 분할합병과 단순분할을 구분하여 분할회사로부터 이탈하는 권리를 부여하는 것이 타당하지 않다고 생각한다. 더 나이가, 물적분할의 경우 상법 제530조의12는 설립되는 회사의 총수를 취득하는 경우라고 규정하고 있으므로 물적분할합병은 가능하지 않다는 견해가 있다.[202] 이에 따라, 물적분할의 경우 주식매수청구권을 인정하는지에 관한 문제가 있다.

한편, 회사분할에 있어 주식매수청구권 행사주체의 범위와 관련하여 무의결권을 가진 주주에게도 주식매수청구권을 인정할 것인지가 문제된다. 이에 대하여, 주주총회에 참석할 자격이 없는 무의결권주주에게는 주식매수청구권을 인정할 여지가 없다는 견해가 있다.[203] 또한, 채무초과회사의 경우, 그 주주에게 주식매수청구권을 부여하면 투자자본의 회수를 인정할 때, 분할회사의 자금이 사외로 유출되어 그 책임재산이 감소함으로써 회사채권자가 불이익이 발생할 수 있음으로 해당 회사의 주주에게는 주식매수청구권을 부정하는 견해가 존재한다.

3. 중국회사법과의 비교

한국 상법은 단순분할과 분할합병을 차별하여 분할합병에만 주식매수청구권을 허용할 수 있다. 이러한 차별적 허용을 정당화하는 합리적인 근거는 찾기 어렵다고 본다.[204] 반면, 중국 회사법에서 주식매수청구권은 존속분할이든 소멸분할이든 다 적용할 수 있지만 주식매수청구권에 대한 규정은 원칙적인 문제만을 다루고 있기에 구체적인 상황에서 세분된 문제들은 해결하지 못한다. 또는 한국 상법에서 무의결권 우선주주에

202) 옥무석, 최성근, 윤현석, 「현행 회사합병·분할제도의 평가와 개선방안」, 집문당, (2003), 73쪽. 최기원, 「신회사법론」, 박영사, (2005), 1228쪽. 권기범, 전게서(주8), 479쪽.
203) 양만식, “상법상의 조직변경과 반대주주의 주식매수청구권,” 「경영법률」 제23권 제4호, (2013), 165쪽.
204) 권기범, 전게서(주8), 478-479쪽.

게도 의결권을 인정하고 있어서 무의결권주주가 분할합병 결의를 반대하면 주식매수청구권을 청구할 수 있도록 하고 있다. 비교법적으로 보면 일본은 무의결권 주주에게 의결권을 인정하지 않더라도 주식매수청구권을 부여하고 있다.[205] 이에 반해 중국에서 무의결권 주주에 대해 의결권과 주식매수청구권 모두를 부여하지 않는다.

<주식매수청구권 규범 관련 한, 중 비교>

중국 회사법	한국 상법
제74조 아래 상황의 하나에 해당될 경우, 사원총회 결의에서 반대한 사원은 회사가 합리적인 가격으로 그 주식을 인수하도록 청구할 수 있다. 2. 회사가 합병, 분할하거나 주요 재산을 양도한 경우 사원총회의 결의가 통과된 날로부터 60일 이내에 사원과 회사 간에 주식 매수 협의가 이루어지지 않을 경우, 사원은 사원총회 결의가 통과된 날로부터 90일 이내에 인민법원에 소를 제기할 수 있다. 제142조 회사는 자기주식을 인수할 수 없다. 단, 다음 각호에 해당할 경우 예외로 한다.	제530조의11(준용규정) ②제374조제2항, 제439조제3항, 제522조의3, 제527조의2, 제527조의3 및 제527조의5의 규정은 분할합병의 경우에 이를 준용한다. 제374조의2(반대주주의 주식매수청구권) ①제374조의 규정에 의한 결의사항에 반대하는 주주는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일로부터 20일내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다. ②회사는 제1항의 청구를 받은 날부터 2월 이내에 그 주식을 매수

205) 일본 회사법 제116조 제2항, 제469조 제2항 참조.

4. 주주가 주주총회에서 결정한 합병, 분할결의에 이의를 가지고, 회사에 그 주식 인수를 요청하는 경우... 4의 상황에 해당하는 경우, 회사는 6개월 이내에 양도하거나 소각하여야 한다.	하여야 한다. ③제2항의 규정에 의한 주식의 매수가액은 주주와 회사간의 협의에 의하여 결정한다. ④제1항의 청구를 받은 날부터 30일 이내에 제3항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니한 경우에는 회사 또는 주식의 매수를 청구한 주주는 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있다. ⑤법원이 제4항의 규정에 의하여 주식의 매수가액을 결정하는 경우에는 회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 공정한 가액으로 이를 산정하여야 한다. 제522조의3(합병반대주주의 주식매수청구권) ①제522조제1항에 따른 결의사항에 관하여 이사회의 결의가 있는 때에 그 결의에 반대하는 주주(의결권이 없거나 제한되는 주주를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있

	다. ②제527조의2제2항의 공고 또는 통지를 한 날부터 2주내에 회사에 대하여 서면으로 합병에 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.

IV. 회사분할의 무효

1. 한국 상법상의 회사분할 무효주장

한국 상법 제530조 제1항에서는 회사분할의 무효에 관하여 제529조에서 규정하고 있는 합병무효의 소에 관한 규정을 준용하고 있다.

(1) 당사자와 법원

한국 상법에서 분할절차에 중대한 하자가 있는 경우 등 무효원인이 있는 때에는 분할 또는 분할합병 무효의 상법상 원고자격이 있는 자(주주, 이사, 감사, 청사인, 파산관계인 또는 분할을 승인하지 않은 채권자)가 소의 방법으로만 회사분할의 무효를 주장할 수 있다.

합병의 경우 기존회사는 소멸하므로 피고는 합병 후의 존속회사가 된다. 반면 분할의 경우 기존회사가 분할 이후에도 소멸하지 않는 경우가 많고, 소멸분할인 경우에도 둘 이상의 회사에 재산이 승계되는 것이므로 피고를 누구를 할 것인지의 문제가 발생한다. 분할무효의 소의 결과는 모든 분할 관련 회사에 합일적으로 확정되어야 하므로, 분할회사와 신설회사 또는 분할합병의 승계회사 모두를 피고로 하는 필수적 공동소송으로 볼 것이다. 수개의 신설회사가 신설되거나 수개의 분할회사가 참여하

는 경우에도 원칙적으로 모든 신설회사 또는 분할회사를 피고로 삼아야 할 것이다. 다만 독립될 수개의 분할계획 또는 분할합병계약이 이루어진 것으로 볼 때는 분리하여 판단될 여지가 있다.

분할무효의 소는 회사 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.[206] 합병의 경우 존속회사의 본점소재지에서 제기하면 되기 때문에 별문제가 없으나 분할무효의 경우 분할회사와 신설회사 또는 분할합병의 승계회사의 본점소재지가 다른 경우의 처리가 문제된다. 다른 입법례의 경우 먼저 제기된 소에 적법한 관할을 인정하는 별도의 규정을 두는 경우도 있으나,[207] 한국의 경우 그 처리가 불분명하다. 향후 입법적으로 보완되어야 할 부분이다.

(2) 분할무효의 원인

합병무효의 경우와 마찬가지로 분할무효의 원인에 관하여는 명문의 조항이 없고 해석에 맡겨져 있다. 대표적으로 분할무효 원인으로서 분할계획서 또는 분할합병계약서가 작성되지 않았거나 법령에 흠결이 있는 경우, 분할계획서 또는 분할합병계약서의 내용이 강행법규에 위반되거나 현저히 불공정한 경우[208], 분할계획서 또는 분할계획서를 승인한 주주총회결의에 부존재, 무효, 취소 등 하자가 존재하는 경우, 분할대차대조표 등 공시의무를 제대로 이행하지 않은 경우 등이 있다.[209] 또한, 채권자보호 절차를 제대로 이행하지 않은 것을 단순한 연대책임 복귀 사유로 볼 것인지 나이가 분할무효 사유로 볼 것인지에 관하여 논란이 있다는 것은 앞서 언급한 바와 같다.

쟁점이 되는 것은 분할비율과 분할의 내용이 불공정한 경우이다. 먼저

---

206) 한국 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제186조.
207) 일본에서는 둘 이상의 지방법원이 관할 때에는 먼저 제기한 소의 지방법원이 관할한다. 일본 회사법 제835조 제2항 참조.
208) 예를 들어, 주주평등의 원칙, 자본충실의 원칙 등 위반하는 경우이다. 이철송, 전게서(주21), 1167쪽.
209) 노혁준, 전게서(주152), 347쪽.

분할비율이 불공정한 경우는 분할합병의 경우와 단순분할의 경우를 달리 볼 필요가 있다. 분할합병은 통상 합병 시 합병비율의 불공정이 무효사유로 된다고 할 것이다.[210] 비안분비례형 단순분할이라면 앞서 본 바와 같이 전체 주주의 승인 없이는 실행될 수 없으므로 총주주의 동의 없이 비안분비례형분할을 하였다면 분할무효 사유에 해당한다고 할 것이다.

(3) 분할무효의 소의 절차와 판결

분할무효의 소에 관한 절차와 판결은 기본적으로 합병무효의 소와 동일하다. 분할무효의 소가 제기된 경우 회사는 그 사실을 공고해야 하고, 수개의 소가 제기될 때에 병합심리가 이루어진다.[211] 분할무효의 소는 분할등기가 있는 날부터 6개월 이내에 제기되어야 한다.[212] 이와 관련하여 분할무효 사유로서 주주총회결의에 취소사유가 있음을 주장하는 경우에, 주주총회 취소의 소의 제소기간인 2개월 이내에 분할무효의 소를 제기하여야 하는지가 문제된다. 법원은 분할이나 분할합병을 승인한 주주총회결의에 취소 하자가 있는 경우 반드시 주주총회 결의일로부터 2개월 이내에 취소의 소를 제기하거나 분할무효의 소를 제기하여 그 하자를 주장하지 않더라도 이를 독자적인 분할무효의 원인으로 고려할 수 있다는 입장인 것으로 보인다.[213]

법원은 회사의 청구에 의하여 원고에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있는바, 이때 회사는 원고의 청구가 악의임을 소명해야 한다.[214]

법원은 무효 원인이 된 하자가 보완되고 회사의 현황과 제반사항을 참작할 때 분할을 무효로 하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우 분할무효의 소를 재량기각할 수 있다.[215] 다만 대법원은 “법원이 분할합병무효의 소를 재량기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소 제기 전이나 그 심리

210) 대법원 2008.1.10. 2007다64136.
211) 한국 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제187조, 제188조.
212) 한국 상법 제530조의11, 제529조.
213) 김상곤, 이승환, “분할 관련 소송”, 「BLF」 제54호, (2012), 35쪽.
214) 한국 상법 제530조의11 제1항, 제237조, 제176조 제3,4항.
215) 한국 상법 제530조의11, 제240조, 제189조.

중에 원인이 된 하자가 보완되어야 할 것이나, 그 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것인 경우에는 그 하자가 보완되지 아니하였다고 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 분할합병무효의 소를 재량기각할 수 있다"고 판시한 바 있다.[216] 또한 분할무효의 소를 제기한 원고가 패소하였는데, 그 악의 또는 중대한 과실이 입증된 경우 해당 원고는 회사에 대해 손해배상책임을 지게 된다.[217]

(4) 무효판결의 효력

분할무효 판결의 효력은 기본적으로 합병무효 판결의 효력과 동일하다. 제3자에 대하여도 효력을 미치지만, 소급효는 인정되지 않는다.[218] 분할무효 판결이 확정되면 본점과 지점 소재지에서 신설회사의 해산등기, 승계회사 및 분할회사의 변경등기를 해야 한다.[219]

단순분할인 경우 분할등기 이후 신설회사에 발생한 채무는 분할회사가 부담하는 것이 된다. 분할무효 판결로 인해 신설회사가 해산되고 그 재산은 분할회사에 복귀하므로 당연한 결론이다. 분할합병의 경우에는 승계화회사가 분할 등기 이후 부담한 채무에 대하여 분할회사와 승계회사가 연대하여 변제할 책임을 진다.

2. 중국 회사법과의 비교

중국 회사법에는 한국 상법상 직접 분할무효의 소를 제기할 수 있는 제도에 상응하는 제도가 없다. 그리고 중국 사법제도 실무에서 이러한 분할무효의 소에 관한 판례도 찾을 수 없다. 한국과 같은 분할무효의 소의 효력이 발생하기 위해서는 주주(사원)총회 결의 무효 또는 취소의 소를 제기하고 원고가 다시 승소판결에 의하여 등기기관에 변경등기를 신

---

216) 대법원 2010.7.22. 2008다37193.
217) 한국 상법 제530조의11, 제240조, 제191조.
218) 한국 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제190조.
219) 한국 상법 제530조의11 제1항, 제238조.

청하여야 한다.

<분할 관련 소송 규범 관련 한, 중 비교>

중국 회사법	한국 상법
제22조 회사의 사원총회 또는 주주총회, 이사회의 결의내용이 법률행정법규를 위반하였을 경우 이는 무효이다. 사원총회 또는 주주총회, 이사회의 결의가 소집절차, 의결방식 등에 있어서 법률·행정법규를 위반하였거나, 결의내용이 회사정관을 위반하였을 경우, 주주(사원)는 결의일로부터 60일 이내에 인민법원에 철회 청구의 소를 제기할 수 있다. 주주(사원)가 전항 규정에 따라 소를 제기하는 경우, 인민법원은 회사의 청구에 따라 해당 주주(사원)에게 담보제공을 요구할 수 있다. 회사가 사원총회 또는 주주총회, 이사회의 결의에 따라 이미 변경등기를 마친 사항에 대해 인민법원이 해당 결의의 무효 또는 철회를 판결한 경우, 회사는 회사등기기관에 변경등기 철회를 신청하여야 한다.	제530조의11(준용규정) ① 분할 또는 분할합병의 경우에는 제234조, 제237조부터 제240조까지, 제329조의2, 제440조부터 제443조까지, 제526조, 제527조, 제527조의6, 제528조 및 제529조를 준용한다. 다만, 제527조의 설립위원은 대표이사로 한다. 제529조 (합병무효의 소) ① 합병무효는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소만으로 이를 주장할 수 있다. ②제1항의 소는 제528조의 등기가 있은 날로부터 6월내에 제기하여야 한다.

제 3 절 회사분할과 채권자보호

한국 상법이 회사분할 시 회사채권자에게 보호수단에는 아래 몇 가지가 있다. 첫째로, 분할에 관한 사전적·사후적 공시제도이다. 상법 제530조의7은 분할당사회사는 분할계획서 또는 분할합병계약서 등 법정서류를 주주총회 2주 전부터 분할등기일 이후 6개월간 본점에 비치하여야 한다고 규정하고 있는바, 주주뿐만 아니라 회사채권자도 분할정보를 필요한 시점에서 정확하게 받을 수 있다. 둘째로, 연대책임 제도이다. 분할당사회사는 연대책임을 배제하는 주주총회결의가 없는 한, 분할 전에 성립하고 분할절차의 종료 후에 변제기가 도래한 분할회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담한다.[220] 셋째로, 채권자이의 절차이다. 분할을 승인하는 주주총회결의를 한 후, 분할당사회사로부터 채권자이의 제출에 관한 사항을 공고나 개별적 최고에 의해 알게 된 회사채권자는 회사분할에 대하여 이의를 제출할 수 있다.[221] 마지막으로 회사분할을 승인하지 아니한 회사채권자는 주주총회의 결의에 중대한 하자가 있는 경우에는 비소급적으로 해당 결의의 효력을 부정하는 분할무효의 소를 제기할 수 있다.[222] 공시제도와 분할무효 주장에 관하여 이미 설명하였으므로 아래에서는 연대책임과 채권자이의 절차에 대하여 주로 논한다.

I. 연대책임의 인정

한국 상법 제530조의9 제1항은 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 또는 분할합병 전 회사 채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다고 규정하고 있다. 그런데 한국 상법이 책임주체, 책임대상 등 본 규정을 명확히 기재하지 않음으로써, 이에 대한 해석 논란이 예상되는바, 논란이 되는 각 해당 사항을 아래에서 차례대로 검토해 보겠다.

---

220) 한국 상법 제530조의9 제1,2항.
221) 한국 상법 제530조의9 제4항, 제527조의5.
222) 한국 상법 제530의11 제1항, 제529조.

1. 연대책임의 주체

연대책임의 주체에 대하여 상법 제530조의9 제1항은 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사라 규정함으로써, 분할 후 기존 또는 신설된 모든 회사가 연대책임의 주체가 된다는 점은 분명하다. 이에 따르면 분할회사는 신설회사 또는 승계회사로 이전된 채무에 관하여 연대책임을 지고 신설회사 또는 승계회사는 분할회사에 잔존하는 분할 전의 채무에 관하여 연대책임을 부담하게 된다.

여기서는 복수분할의 경우는 문제가 발생한다. 먼저 신설회사가 다수인 경우는 원칙적으로 분할회사에 잔존하는 채권에 관하여는 모든 신설회사가 연대하여 책임을 부담한다고 봄이 타당하다.[223] 또한, 다수의 분할회사가 하나의 신설회사를 세우는 신설분할합병의 경우에는 신설회사는 각 분할회사에 대해 연대책임을 부담하는 것을 의문이 없으나, 각 분할회사 상호간에는 신설회사에 대해 분할에 따라 시설회사로 이전한 채무에 대해 연대책임을 지는지의 여부가 문제된다. 이에 대하여 분할회사 상호간에는 연대책임이 존재하지 않는다는 것에도 역시 대체로 견해가 일치하고 있는 것으로 보인다.[224] 또는, 순차분할의 경우도 모두 해당 회사가 상호간의 연대책임이 존재한다고 하는 판례가 있다.[225]

2. 연대책임의 대상

상법 제530조의9 제1항에서 연대책임을 지는 채무는 분할 또는 분할합병 전의 회사채무라고 규정하고 있고 이는 분할 후 분할회사에 잔존하

---

223) 이철송, 전게서(주21), 1161쪽. 권기범, 전게서(주8), 475쪽. 노혁준, “회사분할시의 채권자보호”, 「BFL」 제38효, (2009), 서울대학교 금융법센터, 27쪽.

224) 이철송, 전게서(주21), 1161쪽. 권기범, 전게서(주8), 475쪽. 노혁준, 전게논문(주223), 28쪽.

225) 대법원 2006.10.12. 선고 2006다26380 판결.

는 채무와 분할로 승계된 채무를 모두 포함한다. 또한 분할 전에 채무가 아직 성립하지 않았으나 이미 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생한 채무도 포함된다.

한편, 분할의 효력은 분할등기를 한때에 발생하므로 분할 또는 분할합병등기 후의 채무까지도 연대책임을 부담하게 되면 분할회사의 채권자를 과중하게 보호하게 되어 다른 이해관계인과의 형평에 반하게 될 수 있다.[226] 따라서 분할 또는 분할합병 전의 회사 채무는 분할등기 또는 분할합병등기 전의 채무로 보는 것이 타당할 것이다.

그런데 현행 한국 상법은 연대책임의 대상에 대한 제한은 밝히고 있지 않으면서 그 대상에 대하여도 제한 없는 엄격한 책임부담 원칙을 고수하고 있기 때문에, 회사분할의 기동성 및 유연성의 측면에서 문제를 야기하고 있다.

3. 연대책임의 성격

특별한 사정이 없으면 연대책임의 부담에 관하여 분할당사회사 사이에 주관적 공동관계가 없기 때문에 연대책임은 부진정연대책임의 성격에 해당한다.[227]

4. 연대책임의 배제

한국 상법은 분할회사의 채무에 대한 신설회사 또는 승계회사의 연대책임이 배제될 규정을 두고 있다.[228] 즉, 분할되는 회사가 분할에 관한 주주총회 승인으로서 분할로 인하여 설립되는 회사 또는 분할합병의 상대방 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 승계한 재산에 관한 채무에 대해서만 책임을 부담할 뜻을 정할 수 있다. 이에 따라 신설회사, 승계회사는 분할회사로부터 승계한 재산에 관한 채무에 대하여서만 책임을

226) 옥무석, 최성근, 윤현석, 전게서(주202), 118쪽.
227) 대법원 2010.8.26. 2009다95769 판결.
228) 한국 상법 제530조의9 제2,3항.

부담하고 분할회사는 신설회사, 승계회사가 부담하지 않는 채무만을 진다. 이것은 회사가 분할 욕구가 있더라도 연대책임 과중으로 인하여 분할 제도의 이용을 주저할 수 있으므로 자율적으로 책임을 안배할 수 있도록 할 수 있다.[229] 하지만 이 규정을 통하여 연대책임의 최초 목적을 제한할 것이므로, 상법 제530조의9 제1항은 실무에서 거의 적용될 여지가 없게 될 가능성이 크게 되고 채권자의 동의 없이 채무를 주주총회결의로 연대책임을 분리하면 채권자에게 불이익을 입게 될 수 있는 여지가 있다.

II. 채권자의 이의절차

1. 단순분할과 분할합병 두 가지 유형에 따른 요하는 경우

한국 상법은 단순분할과 분할합병을 구분하여 채권자이의 절차를 규정하고 있다.

단순분할의 경우, 한국 상법 제530조의9 제4항에서 연대책임을 배제하기 위하여 제527조의5의 채권자이의 절차를 거쳐야 한다고 규정하고 있다. 즉 단순분할신설회사가 이전되는 재산에 관한 채무만을 부담하기로 할 때에는 분할회사는 채권자이의 절차를 거쳐야 한다. 단순분할로서 연대책임이 인정되는 경우에는 채권자이의 절차는 인정되지 않는다.

분할합병의 경우에는 한국 상법 제530조의11 제2항에서 제527조의5를 준용하여 연대책임의 배제와 상관없이 분할회사와 분할승계회사는 각각 채권자이의 절차를 거쳐야 한다. 분할승계회사는 분할합병으로 인해 합병과 마찬가지의 변화를 겪게 되므로 그 채권자를 보호할 필요가 있다. 또한, 분할회사 채권자로서는 분할승계회사도 자신의 채권에 대하여 연대책임을 지지만 분할승계회사의 재산상태가 부실한 경우에는 변제받지 못할 위험도 있다.

---

229) 이철송, 「합병, 분할의 회사법리와 세제」, 한국상장회사협의회, (1999), 89쪽.

2. 행사 절차

채권자이의 절차는 다음과 같이 진행한다. 먼저 분할승인에 관한 주주총회결의가 있는 날로부터 2주 이내에 채권자에게 분할에 대한 이의를 1개월 이상의 기간 내에 제출하도록 공고하고, 회사가 알고 있는 채권자에 관하여는 개별적으로 통지하며, 이의를 제출한 채권자에 관하여는 변제 또는 변제기가 아직 도래하지 아니한 채권자에 관하여는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(제527조의5 제3항, 제232조 제3항). 만일 회사채권자가 위 이의의 제출기간 내에 이의를 제출하지 않으면 분할을 승인한 것으로 간주하고 있고(제527조의5 제3항, 제232조 제2항), 분할무효의 소를 제기할 수 없다.

3. 행사 주체

공고 또는 통지의 상대방은 채권자이고 이에 금전채권자뿐만 아니라 비금전채권자, 소액채권자, 채권의 존재 여부에 대하여 다툼이 있거나 소송이 계속 중인 채권자 등도 포함된다.[230]

회사가 이미 알고 있는 채권자에 대해서는 개별적으로 이의제출을 최고하여야 한다. 그렇다면 알고 있는 채권자의 범위와 관하여는 논란이 많다.

이에 대해서는 회사의 장부 등에 의하여 성명과 주소가 회사에 알려진 채권자뿐만 아니라 잠재적으로 채권자로 될 수 있는 자에 대해서도 회사는 개별적인 최고를 통하여 이의제출을 최고하여야 할 것이고, 회사가 채권의 존재를 인정한 자에는 회사의 기관(대표이사나 이사, 감사)에 의하여 개인적으로 인지된 자도 이에 포함되어야 한다는 견해가 있다.[231]

---

230) 노혁준, 전게서(주223), 260쪽.

다만 회사가 알고 있는 채권자라 하더라도 당해 회사분할에 관여되어 있고 회사분할을 미리 알고 있는 지위에 있으며, 사전에 회사분할에 대한 이의제기를 포기하였다고 불만한 사정이 있는 등 예측하지 못한 손해를 입을 우려가 없다고 인정되는 경우에는, 개별최고의 대상이 되지 않는다.[232]

4. 공고 또는 개별통지를 거치지 않은 경우의 효과

회사가 알고 있는 채권자임에도 불구하고 공고 또는 통지절차를 제대로 실행하지 않은 경우는 문제가 된다. 단순분할의 경우, 분할회사가 연대책임을 배제하는 내용으로 분할을 실시하면서도 알고 있는 채권자에게 개별적으로 최고하지 않으면 연대책임으로 다시 복귀[233]에 더해 분할무효 사유도 인정될 수 있다고 보인다. 분할합병에서 최고가 누락된 경우 합병과 같이 이를 분할합병 무효사유로 보아야 하는 것이다. 이와 반대로, 분할합병의 경우 모두 최고가 누락된 채권자에게 통지를 거치지 않으면, 분할무효 사유에 해당한다는 견해가 주장될 수 있다.[234] 이에 회사가 이미 연대책임 배제에 관한 주주총회 승인을 얻으면, 이 배제 절차의 흠결이 연대책임으로 다시 복귀를 초래한다고 보인다.

5. 이의절차를 거친 경우의 효과

채권자이의 절차를 거친 경우에는 분할회사 또는 신설회사와 승계회사에 이의를 제출한 채권자에 대해서는 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한

---

231) 권기범, 전게서(주5), 199쪽. 대법원 2011.9.29. 2011다38516 판결.
232) 대법원 2010.2.25. 선고 2008다74963 판결.
233) 대법원 2004.8.30. 선고 2003다25973 판결. 대법원 2011.9.29. 2011다38516 판결.
234) 부산고등법원 2004.3.31. 선고 2003나11424 판결. 대법원 2011.9.29. 2011다38516 판결.

다.[235] 그런데 회사분할로 인하여 이의를 제기한 채권자가 해를 입을 염려가 전혀 없는 경우에도 회사는 변제를 하거나 담보를 제공해야 하는지 문제가 된다.

이를 허용하면 분할회사는 채무변제나 추가적인 담보제공의 방법으로 채권 만족을 앞당기게 되므로 회사의 채무구조가 급격히 악화되어 사실상 회사분할을 곤란하게 하고 상대적으로 다른 채권자의 지위가 불안정하게 되므로 기업구조조정을 행하게 되어 이 경우에는 채권자이의를 할 수 없다는 견해가 있다.[236]

결국, 이 문제는 기업구조조정의 신속성과 활성화를 위하여 회사채권자의 이익보다는 회사의 이익을 우선시할 것인지와 관련된 문제인데, 비록 기업구조조정의 신속성과 활성화를 위하여 필요한 점은 인정되지만, 다른 입법례의 명문 규정에도 없을뿐더러 채권자가 충분한 담보를 확보하였는지에 대한 판단과 입증도 쉬워 보이지 않으므로, 현행 한국 상법 해석으로는 받아들일 수 없을 것으로 생각한다.

III. 중국 회사법과의 비교

우선, 회사분할 공시제도에 대하여, 중국 회사법은 분할결의를 한 후에 통지와 공고해야 한다는 사후적 공시를 규정하고 있다. 한국 상법은 채권자가 주주와 같아 열람과 등사를 요구할 수 있도록 회사가 결의 전후에 모두 회사분할과 관련한 서류를 본점에 비치해야 규정한다. 중국 회사법에서 이러한 열람청구권을 주주에게만 인정하고 있으므로 채권자가 적시하게 회사분할 정보를 취득하는지 문제가 된다. 그리고 한국 상법은 채권자의 이익을 보다 효과적으로 보호 할 수 있도록 공시내용에 대한 상세한 규정을 정하고 있다. 또한, 중국에서는 법률에 따라 채권자에게 제대로 통지 또는 공고를 하지 않는다면 벌금을 지급해야 규정하고 있고, 한국에서는 채권자에게 제대로 통지 또는 공고를 하지 않는다면

235) 한국 상법 제530조의9 제4항, 제530조의11 제2항, 제527조의5 제3항, 제232조 제3항.
236) 김동민, 전게논문(주8), 119쪽.

연대책임의 북귀나 분할무효의 사유로 보인다.

다음으로, 채권자보호 제도에 대하여 한국 상법은 “연대책임” 또는 “개별책임+채권자이의” 방식을 명시하고 있다. 중국 회사법은 “연대책임” 방식만을 인정하고 있다.[237] 사실 중국에서 분할합병을 인정하지 않고 한국에서도 단순분할의 경우 연대책임을 배제하지 않으면 채권자이의 절차를 적용할 수 없으니까 이 경우에서 중국에서 연대책임만을 인정하는 방식보다 큰 차이가 없다. 차이점은 단순분할 시 연대책임이 배제되면 한국에서 채권자에게 이의를 제기할지에 대한 선택권을 준다는 점이다. 하지만 연대책임 배제의 요건은 중국의 경우 채권자와 회사 간의 사전적 서면 약정이고 한국의 경우 주주총회의 해당 결의로 볼 수 있다. 채권자를 보호하기 위한 수단으로 채권자가 연대책임에 대한 적용 및 배제 방법을 승인해야 하므로 채권자의 동의 없이 주주총회로 개별책임을 정당화하는 것을 악용될 여지가 있다. 그래도 채권자이의 절차가 사후적으로 채권자를 두텁게 보호하는 장치이고 전면적으로 생략하면 채권자에 대해 적절하게 보호할 수 있는지의 문제가 된다. 또한, 양국은 연대책임에 적용되는 채무의 범위에 대한 명확한 규정이 없으며 이는 향후 명확히 밝히도록 해야 한다.

마지막으로 한국 상법에 따르면 분할무효 주장에는 채권자가 원고가 될 수 있고 채권자보호 절차상의 하자가 무효원인에 포함되어 채권자에 대한 사후 구제수단으로서 채권자보호 제도가 완성되었다. 현행 중국 회사법에는 분할무효 제도나 합병무효 제도가 없다. 결의무효 및 결의취소의 주장에 대해서는 회사법에 주주가 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 채권자의 사후 구제권에 대하여 현행 중국 회사법에는 개선이 필요한 법적으로 결함이 있을 것이다.

<채권자보호 규범 관련 한, 중 비교>

중국 회사법	한국 상법

237) 정준혁, 전게논문(주150), 214-215쪽.

제175조(회사의 분할) 회사를 분할하는 경우, 그 재산은 상응하게 분할한다. 회사를 분립하는 경우, 자산부채표와 재산목록을 작성하여야 한다. 회사는 분할에 대한 결의를 한 날로부터 10일 이내에 채권자에게 통지하고 30일 이내에 이를 신문에 공고하여야 한다. 제176조(회사 분할 전의 채무승계) 회사의 분할하기 전의 채무는 분할 후의 회사가 연대책임을 진다. 단, 회사가 분할하기 전에 채권자와 채무상환에 관한 서면계약을 체결하여 별도의 약정을 둔 경우는 예외로 한다. 제204조 회사는 합병, 분할, 자본금의 감소 또는 청산 시 본 법의 규정에 의하여 채권자에게 통지 또는 공고하지 아니하며, 회사의 등기기관에서 시정명령을 내리고, 회사는 인민폐 1만 원 이상 10만 원 이하의 벌금에 처한다.	제530조의9(분할 및 분할합병 후의 회사의 책임) ① 분할회사, 단순분할신설회사, 분할승계회사 또는 분할합병신설회사는 분할 또는 분할합병 전의 분할회사 채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다. ② 제1항에도 불구하고 분할회사가 제530조의3 제2항에 따른 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 단순분할신설회사는 분할회사의 채무 중에서 분할계획서에 승계하기로 정한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있다. 이 경우 분할회사가 분할 후에 존속하는 경우에는 단순분할신설회사가 부담하지 아니하는 채무에 대한 책임만을 부담한다. ③ 분할합병의 경우에 분할회사는 제530조의3 제2항에 따른 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 분할승계회사 또는 분할합병신설회사가 분할회사의 채무 중에서 분할합병계약서에 승계하기로 정한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있다. 이 경우 제2항 후단을 준용한다. ④ 제2항의 경우에는 제439조 제3항 및 제527조의5를 준용한다.

	제527조의5(채권자보호절차) ①회사는 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. ③제232조 제2항 및 제3항의 규정은 제1항 및 제2항의 경우에 이를 준용한다.

제 4 절 소결

회사분할과 관련해서는 중국 회사법은 한국 상법과 달리 분할을 유형별로 구분하여 정의하고 있지 않다. 중국 회사법과 한국 상법은 합병의 경우와 마찬가지로 분할계획서의 작성 및 승인에 있어서 주주총회의 승인결의 요건이 서로 다르다. 중국 회사법은 회사분할의 경우에도 회사합병의 경우와 마찬가지로 합병당사회사의 자산부채표와 재산목록을 주주총회 승인 후에 작성하도록 하여 주주들이 회사의 재산 상태를 파악하지 못한 채 승인 또는 반대하도록 하고 있다. 주주보호와 관련해서는 중국 회사법은 회사합병과 마찬가지로 회사분할에서도 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있고, 한국은 반대주주의 주식매수청구권을 합병의

경우에는 항상 인정하지만, 분할의 경우에는 분할합병의 경우에만 인정하고 인적분할과 물적분할의 경우에는 인정하지 않고 있다. 채권자보호와 관련하여 중국 회사법은 한국 상법과 같이 분할회사의 채무에 대하여 신설회사 또는 승계들이 연대책임을 지는 것을 원칙으로 하고 있다. 예외적으로 중국은 채권자와의 사전적 약정에 따라 연대책임을 배제할 수 있도록 하고 있고, 한국은 분할회사 주주총회의 특별결의로 연대책임을 배제할 수 있도록 한 점에서 차이가 있다. 마지막으로 중국 회사법에서는 합병과 분할이 무효로 되는 경우에서 구체적인 법적 절차를 규정하지 않고 있다. 이는 중국 회사법 개선을 필요한 점이다.[238)]

이 논문에서는 회사분할에 관해 한국과 중국의 규정을 위와 같이 서로 비교하여 분석하였다. 현재 중국은 회사분할 제도의 선진화와 국제화를 위하여 큰 노력을 기울이고 있다. 그러나 회사분할 제도가 중국 회사법 실무상 유용한 제도로 자리잡기 위해서는 해결해야 할 과제가 적지 않다. 한국 분할 제도의 경우 중국보다 주주보호 및 채권자보호 장치가 충실하지만, 회사 측면에서 이와 같은 규율이 다소 엄격하여 회사의 자율적인 경영을 방해한다는 비판도 존재한다. 이에 따라 중국과 한국의 두 분할 제도 모두 개선할 필요가 있다고 결론을 내린다.

---

238) 윤현석, “중국 기업구조조정(M&A) 법제에 관한 비교법적 연구”, 「대중국 종합연구 협동연구 총서」, 경제·인문사회연구회, (2011), 71-72쪽.

제 6 장 중국 회사분할제도의 개선방향

제 1 절 분할제도의 유연화

I. 특별법과 회사법 관련 제도의 정합

현행 중국 회사법에 회사분할에 관한 규정은 한국보다 원칙적이어서 실용성이 부족하다는 문제가 있다. 또한, 회사법 외에 회사분할 관련 입법이 서로 다른 법규 및 부문규장(部門規章) 아래로 나뉘어 있어 통일성이 미흡하다. 이러한 입법의 부족과 혼란은 회사분할에 있어서 이해관계자들에게 손해를 끼치게 될 수 있다. 또 회사법은 회사의 법률관계를 조정하는 법규범으로서 같은 경제적 효과를 가진 기업의 조직개편 활동에 대하여 동일한 가치판단에 근거하므로, 원칙적으로 통일된 법규범을 설정하여 법률제도의 공정성을 기하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

따라서 중국 회사법에서 회사분할에 관한 법률의 미비점에 대해 검토하여 현행 회사분할 입법의 제정에 초점을 맞추어야 한다. 회사분할과 관련된 기본적인 사항은 회사의 권리와 의무에 관한 기본법인 회사법에 명시해, 다른 특별법이나 부문규장에 속하여 규정이 겹치거나 법제도 적용을 어렵게 해서는 안 된다.

II. 회사분할 개념의 명확화

중국 회사법은 회사분할의 개념을 명확히 정의하고 있지 않아, 분할의 대상이 되는 재산이 영업을 전제로 한 포괄적 재산의 집합을 말하는 것인지, 아니면 일부의 자산을 말하는 것인지 해석의 논란이 있다. 따라서 회사법에서 회사분할의 개념을 규정하여 분할대상의 재산이라는 것을 분명히 밝히는 것이 타당할 것으로 생각한다.

III. 분할 유형의 다양화

중국 회사법상 회사분할은 한 회사가 둘 이상의 회사로 분사하는 단순분할 방식에 속한다. 한국 상법에서 존재하고 있는 분할합병과 물적분할은 중국 현행법에서 인정하지 않는다. 하지만 시장경제가 끊임없는 발전함에 따라 회사분할도 다양화되고 있다. 회사분할 유형의 단순화를 피하고 회사 발전의 소요에 부응하기 위해 단순분할과 분할합병을 분류 모델로 명시적으로 정의하고 제안하고자 한다. 즉, 회사분할이란 분할회사의 일부 또는 모든 재산이 분리되어 신설회사 또는 기존의 회사에 포괄승계되고, 그 대가로 기존의 회사 또는 신설되는 회사의 주주 또는 분할회사 자신에게 부여되는 것으로 규정되어야 한다. 또는 회사법 제9장에서, 분할효과에 관한 조항을 추가하여 이처럼 분할의 유형(단순분할과 분할합병) 및 분할의 효과(인적분할과 물적분할)를 조합해 회사분할의 유형을 확정해야 할 것이다. 위와 같이 시행될 때 회사경영의 수요를 충족시킬 수 있을 뿐만 아니라 회사분할과 유사한 제도와의 구분을 통해 불필요한 분쟁을 피할 수 있다. 따라서 분할 유형의 다양화는 회사분할의 올바른 개념을 확립하는 것에 중요하다.

제 2 절 소수주주보호의 강화

주주는 회사의 출자자이므로 회사운영의 승패는 회사 주주의 권리와 이익에 직접적인 영향을 미치게 된다. 따라서 주주는 회사를 감독 맡을 권리를 부여받아야 한다. 그러나 주주는 회사의 경영자가 아니며 일반적으로 회사경영관리에 관한 전문지식이 부족하다. 주주가 회사를 감독할 수 있도록 하여야 하지만 회사의 운영에 과도하게 영향을 미치지 않기 위하여 감독권의 한계를 논의할 필요가 있다.

I. 주주 알 권리의 강화

중국 현행 회사법 제176조는 회사의 분할정보에 대한 공시의무를 상세히 규정하지 않고 있으며, 편파적으로 채권자보호와 사회질서의 유지에 치중되어 있다. 회사, 특히 주주이익에 대한 보호는 소홀히 하고 있다. 따라서 현행 회사분할 정보공시에 관한 규정은 공시기간, 방식, 대상 등에 대한 법률규정을 세분화해야 한다.

우선, 중국 현행 회사법 제176조에서 채권자에 대한 공시의무만을 규정하고 있어서 주주가 이 공시의무의 대상을 추가하여야 한다.

다음으로 공시의 기간은 사전적 공시와 사후적 공시 두 가지 유형을 포함해야 한다. 한국 상법 제530조의7 제1항을 참고하여 주주총회일의 2주 전부터 사전공시를 해야 하며, 사후공시는 분할등기를 한 날 이후 6개월 이내로 규정되어야 한다.

정보공시의 방식에 관해서는 분할 관련 정보를 분할회사 본점에 비치해야 하며, 많은 투자자는 영업시간 내에 언제든지 이러한 서류를 열람하거나 회사가 정한 비용을 지급하고 그 서류의 등본 또는 초본 교부를 청구할 수 있어야 한다. 또한, 분할정보를 회사 홈페이지에 올려 주주가 인터넷으로 열람할 수 있도록 하는 것을 통하여 주주의 알 권리를 최대화할 수 있다.

마지막으로, 분할정보에 관한 구체적인 내용은 회사법에서 명시되어 있지 않다. 그러므로 중국 회사법은 소수주주의 권리를 보호하기 위해 분할계획서 또는 분할계약서의 구체적인 내용을 명시해야 한다. 외국의 입법례에서 규정하고 있는 것으로는 분할계획서 또는 분할합병계약서, 분할대차대조표, 분할비율산정서, 분할보고서 및 분할검사보고서 등이 있다. 회사분할 시 회사의 내부기관이 작성한 분할보고서에 더하여 회사 외부의 독립적인 전문가에 의해 적법성을 확보할 수 있는 외부검사인 제도는 회사경영에 관해 전문 지식이 부족한 주주에게 회사분할의 타당성과 정보의 공정성을 확보하기 위함이다. 따라서 중국 회사법은 이 규정의 도입을 고려해 볼 만하다.

II. 주주총회결의의 완화

현행 중국 회사법에서 분할과 관련한 주주총회결의의 필요성 여부를 불문하고 일괄적으로 무두 주주총회에서 특별결의에 의한 분할승인을 받을 것을 요구하고 있다. 한국에서의 간이분할이나 소규모분할과 같이 주주의 이익에 근본적인 변화를 발생하지 않는 일부 거래들에 대해 주주총회결의를 생략할 수 있는 예외를 중국 회사법에서 두고 있지 않다. 신속하고 효율적인 거래를 위하여서는 이사회결의로 대체할 수 있는 보다 탄력적 주주총회결의를 부가할 필요가 있다.

의결권이 없는 주식을 발행하는 경우, 주주가 특별이해관계가 있는 경우와 주주의 부담이 가중되는 상황에 해당하는 별도의 규정이 중국 회사법에서 존재하지 않는다. 따라서 이러한 규정을 회사법개정안에서 논의할 필요가 있다.

또한, 주주총회가 일부 주주들에 의해 지배되는 것을 막고 소수주주를 보호하기 위해서는 의사정족수나 출석주주가 보유한 주식이 일정한 비율에 이르게 요구할 필요가 있다. 더 나이가 소수주주의 의결권 행사를 활성화를 위하여 전자투표방식과 중소투자자서비스센터의 의결권 대리행사 등 방식을 적극 활용하여 소수주주의 의결권이 주주총회결의에 미치는 영향을 강화하여야 한다.

III. 주식매수청구권의 개선

중국 회사법에서는 주식매수청구권 제도를 입법화했지만, 주식매수청구의 행사절차에 대해서는 자세히 규정하지 않아 실무에서 어려움을 겪어 왔으므로, 향후 세부사항에 대한 입법 또는 해석을 보완해야 한다.

중국 현행 회사법에서 존속분할과 소멸분할의 경우에는 모두 주식매수청구권을 인정하지만 분할 유형이 완화됨에 따라 주식매수청구권을 지나치게 폭넓게 인정하면 회사가 자기주식을 취득하게 되어 자본잠식, 회사의 책임재산 축소 등의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 중국 회사법은

회사분할 유형의 확대에 따라 주식매수청구권의 적용 범위를 다시 고려해야 한다.

주식매수청구권과 관련하여 합리적인 매수대금을 보장할 수 있는 협상과 사법평가절차가 마련되어 있지 않은 문제가 있다. 반대주주들이 회사와 매수대금을 협상할 때는 이 주식의 합리적인 가격과 그에 상응하는 이자라는 두 가지 요소를 고려해야 한다. 회사 주식의 합리적인 가격을 평가하는 것은 매우 전문적인 문제라는 점을 고려하여, 이해관계가 상충하지 않는 외부 회계전문가를 통해 산정할 수 있다. 이자는 회사분할이 발생한 날부터 그 매수대금을 지급하는 날까지 발생한 이자이며, 이율은 분할회사가 은행에 지급하던 대출이율로 산정해 이 대출이율의 참조가 없으면 다른 합리적인 이율로 집행할 수 있다. 회사는 이것을 지급할 때는 반드시 해당 서류를 제공하여 그 매수대금의 타당성을 증명해야 한다.

IV. 분할무효의 소의 도입

분할무효의 소는 회사가 분할할 때 존재한 불법행위의 피해자를 구제하기 위한 수단으로 사용될 수 있다. 현행 중국 회사법은 분할무효의 소에 대한 규정하고 있지 않다. 그러나 분할은 당사회사 주주총회결의에 따른 행위이므로, 만약 분할에 관한 승인결의에 법률과 행정법규의 강행규정을 위반한 사유가 있다면 분할과 관련한 이해관계자는 법원에 결의무효 또는 결의취소의 소를 제기할 수 있다. 그럼에도 한국 상법에서 명시하는 분할무효의 소와 상이한 점이 많다. 그러므로 분할무효의 소에 대해서 관련 법령으로 명확히 규정할 필요가 있다.

그런데 분할무효의 판결에 따라 기존 법적 사실에 특정한 영향을 미쳐 불안정한 법적 관계를 초래할 여지도 있다. 따라서 분할무효의 소를 중국에서 도입할 시에, 더욱 신중하고 엄격한 입법 태도를 보이고 이에 대해 적용 가능한 실질적이고 절차적인 요건을 생각해야 한다. 또한, 주주의 권리를 더 강하게 보호하기 위하여 주주가 직접소송을 제기할 수

있는 주주직접소송과 투자자보호기구로서의 소송지원이 같이 규정해야 한다.

제 3 절 채권자보호의 개선

I. 채권자 알 권리의 강화

현행 중국 회사법 176조에는 주주총회결의 전 채권자에 대해 사전적 공시에 관한 규정이 규정해야 한다. 또 채권자에 대한 공시에 필요한 자료도 보완해야 한다. 공시는 채권자가 분할 후 채무의 배분에 대해 회사와 미리 협상할 수 있는 전제 조건이므로 연대책임 배제에는 채권자와 회사 간의 사전 약정이 필요하지만 회사분할은 회사 중대한 사정변경으로서 채권자는 이를 사전에 인지하고 회사와 채무계약을 변경해 자신의 이익을 보호해야 하는지를 협의할 수 있어야 한다.

II. 회사분할에 대한 연대책임 제도의 개선

1. 연대책임 대상의 명확화

현행 중국 회사법에서는 회사분할 시 채권자보호이라는 초점이 맞춰져 있지만, 근본적인 목적은 회사가 분할 시 채권자의 이익보호를 강화하여 회사와 채권자 간의 이익 균형을 이루는 것이다. 분할에 있어서 연대책임의 대상을 명확히 하는 것은 채권자의 청구에 도움이 될 뿐만 아니라 채권자와 채무자 간의 공정성과 채무자 내부의 공정성을 유지하는데 도움이 된다. 연대책임의 대상 채무의 범위가 제한되지 않으면 채권자는 편향되고 분할회사에 부담이 되므로 불공정하다. 또한 연대책임은 회사분할 제도의 필수적인 부분이고 모든 당사자의 이익 균형을 전제로 회사는 조직개편의 수단인 분할을 채택하도록 하는 동기를 부여하여 제

도적 효용을 이루어질 수 있다.

2, 연대책임 행사기간의 명확화

채권자가 연대책임을 청구하는 제척기간을 두지 않아 회사로서는 그 청구권이 오랫동안 지속되어 경영상의 불안정으로 인해 분할 제도를 이용하려는 당사자들의 의사에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이 연대책임의 청구권을 일정 기간 행사하지 않아 소멸하는 제척기간을 법으로 규정할 필요가 있다.

III. 채권자이의 절차의 준용

현행 중국 회사법은 채권자이의절차를 폐지했지만, 앞으로는 회사합병 관련 규범에서 적용 중인 채권자이의절차를 준용할 수 있도록 하여 회사분할과 채권자보호절차를 보완할 수 있게 될 것이다.

IV. 채권자에 대한 사후 구제권의 개선

현행 중국 회사법에는 아직 분할무효의 소가 없으나 채권자가 분할결의 무효의 소 또는 취소의 소에 참여할 수 있는 원고자격을 부여하여야 하여 향후 분할무효의 소에 나설 수 있도록 해야 한다.

제 7 장 결론

중국에 분할을 비롯한 회사의 구조재편은 물론 회사 제도 자체가 국유기업의 개혁을 둘러싸고 도입되면서 중국 정부는 1993년 회사법 제정 시에 분할에 대한 규정도 포함되었다. 그러나 분할 제도가 활용되기 시작한 지가 오래되지 않았기에 분할과 관련한 법률조항이 많지 않으며 입법의 공백이 크다. 또한, 회사의 분할은 회사 구조에 근본적인 변화를 가져오게 되므로, 회사의 이해관계자 특히 주주와 채권자의 이익과 밀접한 관계를 갖는다. 이에 따라, 중국은 2005년에 회사법을 개정하였고 분할 시 반대주주에 대한 주식매수청구권 제도와 채권자에 대한 연대책임 제도를 도입하는 등 분할과정에서 주주와 채권자를 보호하기 위한 노력을 하였다. 하지만, 이러한 회사분할 제도의 유연성에도 불구하고 현행 중국 회사법규정에는 여전히 많은 문제들이 있다.

이 논문은 회사분할 시 주주와 채권자의 보호를 위한 대표적 쟁점인 공시와 의결제도, 주식매수청구권 제도, 연대책임 제도와 채권자이의 제도에 주안점을 두고, 중국의 현행 법제도를 고찰한 후 비교법적 검토를 통해 한국과 기타 법제도에서 얻은 시사점을 살펴본 후 중국의 실정과 사회주의 법치이론에 부합되는 몇 가지 개선방안을 제시하였다.

우선 회사법을 비롯한 법률에서는 분할과 관련한 기본적이고 포괄적인 사항들에 대해서만 정하고 있고, 분할절차에 대한 규제와 이해관계자 보호를 둘러싸고 있는 제도의 구체적인 사항은 모두 분할과 관련한 부문규장으로 정하고 있다. 그러나 부문규장이 규정하고 있는 사항들도 법률이 규정하고 있는 사항들에 비해서는 구체적일지라도, 실제 적용에 있어서 충분히 명확하고 구체적인 것은 아니다. 그러므로 불공정한 분할을 규제하고 소수주주와 채권자의 권리를 보호하면서, 분할과정에서의 제도적 기능뿐만 아니라 관련 소송을 통한 사법적인 구제수단으로도 효과적으로 기능하기 어렵다. 따라서 더 기능적인 유연한 분할이 이루어지려면 회사법에서 회사분할 관련 규정을 통일하고 분할의 유형을 다양하게 해야 한다.

주주보호에 있어서는 회사의 공시의무를 강화하여야 하고, 분할 승인에 대한 주주총회결의 요건은 다수 주주의 의견을 충분히 반영하도록 해야 한다. 또한 반대주주의 주식매수청구권 행사절차와 관련된 규정이 거의 없으므로 관련 절차에 대한 입법 또는 해석이 필요하다. 분할무효의 소에 대한 규정도 명확하지 않으므로 분할무효의 소 등의 소송을 통한 사후적인 구제 수단을 마련해야 한다.

채권자보호에 대하여는, 회사분할의 공시는 사후적뿐만 아니라 사전적으로 확대하여야 하며, 공시의무 관련 책임을 강화하여야 한다. 더 온전한 분할을 실행하기 위해서는 2005년에 도입된 연대책임의 시간적, 재산적 범위를 확정하고, 채권자에게 사후적 이의를 제기하거나 불공정한 분할에 대한 분할무효의 소를 제기할 수 있는 선택권을 부여해야 한다.

결론적으로, 중국에서 10여 년 동안 변함없이 유지된 회사분할 제도는 급변하는 사회적 상황에 맞추어 개정 되어야 할 필요성이 있다. 뿐만 아니라 추후 중화인민공화국 상법 제정과 중국의 특색을 담은 사회주의 법률제도의 완성을 위해 분할 제도의 발전이 시급한 것으로 판단된다.

참 고 문 헌

(저자명 자모순)

국내문헌

<단행본>

권기범, 「기업구조조정법」 제5판, 삼영사, 2019

권기범, 「현대회사법론」 제7판, 삼영사, 2017

김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」 제4판, 박영사, 2020

김건식 외 6인, 「신체계회사법」 제8판, 박영사, 2020

노혁준 편저, 「회사분할의 제 문제」, 소화, 2014

옥무석·최성근·윤현석, 「현행 회사합병·분할제도의 평가와 개선방안」, 집문당, 2003

이철송, 「합병. 분할의 회사법리와 세제」, 한국상장회사협의회, 1999

이철송, 「회사법강의」 제28판, 박영사, 2020

최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2005

한국상사법학회 편, 「株式會社法大系」 제3판, 법문사, 2019

<논문>

김동민, "會社分割을 통한 企業構造調整에 관한 研究: 少數株主 및 債權者保護를 중심으로", 서울대학교 박사학위논문, 2003

김상곤·이승환, "분할 관련 소송", 「BLF」 제54호, 2012

김성호, "상법과 기업회계기준의 조화: 상법상 회사분할과 계산", 「商事法研究」 제21권 제4호, 2003

김성호, 「주식회사분할의 법리」, 한국학술정보(주), 2006

노혁준, "특집 _ 분할과 영업양수도의 법적 쟁점 : 회사분할시의 채권자 보호", 「BFL」 제38권, 서울대학교 금융법센터, 2009

노혁준, "프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구: 분할의 효력을 중심으

로", 「법제연구」 제39호, 한국법제연구원, 2010
신현윤, "회사분할에 따른 주주보호제도", 「법학연구」 제11권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2001
손주찬, "주식회사분할에 관한 정부안의 검토", 「기업구조의 재편과 상사법」, 정문사, 1998
송옥렬, "상법상 주주총회 의사정족수의 개선방안", 「선진상사법률연구 통권」 제91호, 법무부, 2020
양만식, "상법상의 조직변경과 반대주주의 주식매수청구권," 「경영법률」 제23권 제4호, 2013
윤영신, "비공개회사의 복수의결권주식 도입 방안 및 절차에 관한 연구", 「법학논문집」 제43집 제3호, 중앙대학교 법학연구원,2019
윤현석, "중국 기업구조조정(M&A) 법제에 관한 비교법적 연구", 「대중국종합연구 협동연구 총서」, 경제·인문사회연구회, 2011
정준혁, "합병 및 분할 관련 채권자보호제도 개정 제안", 「저스티스」 제174호, 2019

국외문헌

<단행본>

江平 主編, 「新編公司法教程」, 法律出版社, 2001
李國光 主編, 「最高人民法院關於企業改制司法解釋條文精釋及案例解析」, 人民法院出版社. 2003
劉俊海, 「新公司法的制度創新:立法爭點與解釋難點」, 法律出版社, 2006
劉俊海, 「現代公司法」 第三版(上下), 法律出版社, 2015
全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會 編, 「中華人民共和國公司法釋義(2005年版)」, 法律出版社, 2005
王保樹 主編, 「中國商法」, 人民法院出版社, 2010
王保樹, 「中國公司法修改草案建議稿」, 社會科學文獻出版社, 2004

王文宇, 「控股公司與金融控股公司法」, 中國政法大學出版社, 2003
王文宇, 「公司法論」, 中國政法大學出版社, 2004
奚曉明·金劍鋒, 「公司訴訟的理論與實務問題研究」, 北京人民法院出版社, 2008
張志強·王春香, 「公司價值評估有效評估與決策的工具」, 華夏出版社, 2001
趙旭東, 「新舊公司法比較分析」, 人民法院出版社, 2005
趙旭東, 「公司法學」 第四版, 高等教育出版社, 2015
朱慈蘊, 「公司法原論」, 清華大學出版社, 2011

<논문>

車傳波, "公司分立法律問題探析", 「東嶽論叢」 第十一期, 2010
陳國紅, "公司分立的債權人利益保護研究", 華東政法大學 碩士學位論文, 2010
陳俐茹, "從利害關系人之視野解析公司分立", 中國政法大學 博士學位論文, 2006
陳英驊, "我國公司分立的法律規制", 西南政法大學 博士學位論文, 2014
鳳建軍, "防禦視角下公司分立中的股東權益保護問題研究", 「商事法論集」 第二十卷, 2011
顧肖·榮胡鈞, "論對公司中小股東保護的救濟措施的強化", 「政治與法律」 第四期, 2004
韓靈麗, "論類別股東制度的建立", 「河北法學」 第一期, 2005
李秉祥, "公司分立理論與我國企業應用的現狀分析", 「現代管理科學」 第十期, 2003
劉俊海, "論股東的表決權", 「法律科學」, 1995
劉俊海, "論股東的代表訴訟提起權", 「商事法論集」, 法律出版社, 1996
劉文·張照涓, "公司分立中少數股東權利救濟之探討", 「中國商法年刊」, 2006
孟繼超, "公司分立中債權人利益保護研究", 「哈爾濱學院學報」 第三十三

卷 第一期, 2012
樊榮禧·曹豔, “公司分立和轉投資的區別與認定”, 「人民司法(案例)」 第六期, 2008
彭冰, “債隨物走原則的重構與發展——企業重大資產出售中的債權人保護”, 「法律科學」 第六期, 2008
彭冰, “論公司分立行爲的界定”, 「證券法苑」, 2013
蘇三永, “公司分立制度研究”, 中國政法大學 博士學位論文, 2005
王保樹, “現代股份公司發展中的幾個趨勢性問題”, 「中國法學」 第一期, 1992
魏磊傑, “論美國公司法中的異議股東股份評估權制度”, 「研究生法學」 第三期, 2006
吳志宇, “論異議股東股份回購請求權”, 「北京工業大學學報」 第七卷第四期, 2007
徐聰, “上市公司分拆上市的債權人利益保護”, 「證券法苑」, 2018
徐偉, “公司分立無效之訴初探”, 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」 第一期, 2004
張穎傑·李松, “論我國公司分立制度之構建和完善”, 「特區經濟」 第三期, 2008
Akerlof, George A, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainly ans the Market Mechanism”, QUARTERLY JOURNAL OF EOCOMICS, 1970
B. Manning, “The shareholder’s Appraisal Remedy”, An Essay for Frank Coker, 72 YALW L.J., 1962
Ruoying Chen, “Rules and Practice of Corporate Divisions in China: Sub-optimal judicial practice and conflicting regulatory objectives,” Social Science Research Network ISSN1556-5068, 2016

중국법령

중국 민법통칙 中國民法通則, 1986
중국 회사법 中國公司法, 1993년 제정, 2005년 개정
회사등기관리조례 中華人民共和國公司登記管理條例, 1994
해외 상장회사 정관 필수조항 到境外上市公司章程必備條款, 1994
외국투자기업 합병 및 분립 관련 규정關於外商投資企業合並與分立的規定, 1999
최고법원의 기업재편과 관련한 민사분쟁사건 심리에 관한 규정 最高人民法院關於審理與企業改制相關的民事糾紛案件若幹問題的規定, 2003
상장기업정관지침 上市公司章程指引, 2006
회사의 합병·분할등기를 잘하여 기업겸병재편을 지원하는 것과관련한 의견 關於做好公司合並分立登記支持企業兼並重組的意見, 2011

Abstract

A Study on Corporate Division in China

YE MAOXIN

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Mergers and divisions are the main reorganization methods used by modern enterprises to improve their competitiveness. In China, there are relatively detailed regulations and various precedents have been established in the field of corporate merger. However, in the case of corporate division, the formation of legal principles is still relatively insufficient.

Even before China passed its first company law in 1993, to split one firm into two or more was legally permitted. And when the company law in China was substantially amended in the year of 2005, a more comprehensive regime for corporate division was established. But the content is still very summary. Therefore, due to the lack of specific regulations, there is no clear solution to basic

problems such as the concept and method of corporate division. Not only that, but there are also many shortcomings ensuring the fairness of the divisions, such as shareholder protection and creditor protection.

This paper generally reviews the corporate division system based on the existing Chinese law, and analyzes the corporate division system from the viewpoint of protection for shareholders and creditors. In addition, this paper takes Korean commercial law as an example to comparison, to grasp the problems of the Chinese corporate division system and to seek improvement plans. And the research scope has been set as follows.

First of all, this paper reviews the outline of the corporate division of Chinese law and compares its functions with other reorganization methods in actual case analysis.

Second, in accordance with the divisions, this paper reviews the current laws on the protection of shareholders and creditors. There are disclosure system, voting rights, appraisal rights and related lawsuit system for shareholder protection, and the veto rights of creditors and the joint and several liabilities for any liabilities for protection of creditors have been discussed in this paper.

Third, through comparative analysis with Korean Commercial Law, this paper proposes necessary measures to ensure the autonomy of companies and to prevent the infringement of the rights and interests of shareholders and creditors in the corporate division system in China.

Fourth, this paper suggests that the concept of divisions should be clearly defined and its types should be diversified for the flexibility of the division system. For protection of minority shareholders, it was proposed to provide information to shareholders, improve the appraisal right, and introduce the litigation of nullity at divisions. For the protection of creditors, it was proposed to provide information to creditors, improve the joint and several liabilities for any liabilities, and strengthen *ex-post* remedy mechanisms like the rights of dissenting creditors.

In conclusion, there are a number of tasks that must be solved in order for the corporate division system to become a useful system in the practice of Chinese corporate law. This paper intends to contribute to the development of corporate law and the Chinese socialist economic system in preparation for the occurrence of related problems in the future.

Keywords: Corporate division, Protection of Minority Shareholders, Creditor protection
Student Number : 2019-24494