

한국증권선물거래소 설립과 관련한 몇 가지 쟁점의 검토*

신 용 진

(법학박사, 한국증권선물거래소 시장감시위원회)

【초 록】

우리 상법상 인정되는 합병이나 분할합병의 경우에 그 효과는 합병등기 또는 분할합병등기에 의하여 발생하게 된다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 일반적으로 합병이나 분할합병시에 합병등기일까지의 소요기간을 감안하여 특정한 날을 정하여 그 날을 기준으로 합병 또는 분할당사자들의 실질적인 재산의 합체가 일어나도록 합병계약서에 기재한다. 이러한 날을 합병을 할 날 또는 분할기일이라 하고 그 일반적 효과는 합병당사자의 재산이 실질적으로 합체되는 날이며, 회계상으로는 합병법인의 개시대차대조표를 작성하는 기준일이 된다. 따라서 상법은 회사의 합병 또는 분할과 관련하여 종전의 합병계약서상의 임의적 기재사항이었던 합병기일을 필요적 기재사항으로 기재할 것을 규정하고 있다(상법 제527조 또는 제530조의6). 이러한 합병을 할 날 또는 분할을 할 날에 관하여는 그것이 어떠한 법률적 의미를 갖는가에 대한 정의규정이나 법률효과에 대한 규정이 없다. 다만, 상법 제522조의2, 제527조의6에서는 합병을 할 날을 합병공시의 기준일이 되는 것으로 규정하고 있는 것으로 이해되는 정도이므로, 예기치 못한 사정으로 합병기일이 합병등기일과 기간적 괴리가 생길 경우 실무상의 곤란한 문제가 발생한다. 본고에서는 상법상의 신설분할합병방식과 유사한 절차를 거쳐 설립된 한국증권선물거래소의 설립과정에서 발생한 합병기일과 관련된 몇 가지의 문제점을 검토하고 아울러 정부의 정책적 결단에 의하여 법률로서 법인간의 통·폐합 등을 단행하는 과정에서 발생할 수 있는 재산권 침해 등과 관련하여 살펴보았다. 결론적으로 한국증권선물거래소법은 합병대상법인의 재산권을 침해할 위험은 있으나 합병대상법인의 공공적 성격에 기한 일정한 법적 제한의 수인, 위헌여부를 판단하는 법리 등에 비추어 동 법률을 위헌으로 볼 정도의 하자는 없으며, 합병기일 또는 분할합병기일은 회계기준의 매수일의 개념을 의용하여 실무상 제기되었던 계산상의 문제를 해결할 수 있다고 보았다.

주제어 : 합병기일 / 합병계약서 / 재산권 침해 / 한국증권선물거래소법 / 한국증권선물거래소

【차 례】

I. 問題의 提起

1. 한국증권선물거래소 설립 주요경과
2. 검토배경

II. 韓國證券先物去來所法の 主要內容과 批判

1. 주요내용
2. 법률에 대한 비판

III. 韓國證券先物去來所法の 基本權 制約 要素

1. 합병당사법인의 기본권 주체여부
2. 한국증권선물거래소법의 기본권 제약요소
3. 한국증권선물거래소법의 위헌여부

IV. 合併期日과 相關한 計算上의 爭點

1. 한국증권선물거래소 합병계약의 내용
2. 실무상 제기된 쟁점

3. 분할합병기일과 소급계산

4. 문제의 해결

V. 맺는 말

I. 問題의 提起

1. 한국증권선물거래소 설립 주요경과

우리나라의 자본시장을 동북아금융시장의 허브로 발전시켜 국가경쟁력 제고라는 정책목표를 달성하기 위하여 정부는 분리운영되고 있던 증권선물시장 및 그 운영주체들을 하나의 법인격으로 통합한 한국증권선물거래소를 설립하고자 한국증권선물거래소법(법률 제7112호)을 제정하였다. 동 법률은 한국증권선물거래소의 설립방법으로 사단법인인 한국증권업협회의 코스닥시장(협회중개시장) 운영부분의 인적·물적조직의 일체를 협회로부터 분할하여 다른 합병대상기관인 사단법인 한국증권거래소, 사단법인 한국선물거래소 및 주식회사 코스닥증권시장과 합병하도록 규정하여 상법상 회사의 신설분할합병과 유사한 형태를 취하였다(법부칙 제2조). 동법은 부칙조항에서 설립절차에 관한 규정을 설치하고 있는바, 설립사무를 담당할 설립위원회를 재정부 차관을 위원장으로 하여 구성하여 정관의 작성과 창립총회의 개최, 설립등기 등 설립업무를 수행토록 하였다. 합병당사법인은 회계법인의 순자산공정가액방법에 의한 자산실사 결과에 근거하여 합병비율을 결정하였으며 각 합병당사법인들의 이사회결의를 통하여 합병계약을 체결하였고 각각의 회원 또는 주주총회의 합병승인을 얻었다.1) 아울러 채권자보호절차를 거쳤으며, 합병기일을 2004년 8월 31일로 정하였고 2005년 1월 19일에 창립총회를 개최하였으며, 1월 27일에 설립등기를 하여 신설법인의 법인격을 취득하였다.

2. 검토배경

일반적으로 기업의 합병 또는 분할은 기업의 구조조정의 수단으로서 기업경영진과 구성원들의 이익에 반하지 않는 범위 내에서 자발적으로 이루어진다. 그러나 농협 등의 통합에서 보듯이 정부가 주도하는 일부 기관의 통·폐합은 대상 기관이나 구성원들의 이익보다는 정책적 결단에 의하는 경우도 있다. 이러한 통·폐합과정을 규정하는 특별법률에 대하여 관련당사자들이 적극적으로 문제를 제기하는 경우도 있고,2) 법률로 통·폐합을 규율하는 경우에도 불명확한 법률의 규정, 당사자들의 이익충돌 등의 이유로 설립과정에서 발생하는 실무상의 문제를 원만히 해결하기 어려운 경우도 있다.

이하에서는 일반적으로 법인의 통·폐합에 따르는 법인의 재산권의 침해문제를 헌법적 관점에서 살펴보고, 합병당사자의 합의가 없는 경우에 재정경제부 장관이 합병계약의 내용을 결정할 수 있도록 규정한 한국증권선물거래소법이 합병당사법인의 재산권을 제한하는 위헌적 요소를 가지고 있는지의 여부와 한국증권선물거래소를 설립하는 과정에서 실무상 제기된 합병계약서상의 합병(분할)기일과 회사의 계산과 관련한 문제에 관하여 해결방안을 검토하고자 한다.

II. 韓國證券先物去來所法의 主要內容과 批判

1. 주요내용

(1) 입법배경

한국증권선물거래소법은 현물시장과 선물시장의 개설 및 운영을 담당하던 4개의 기관을 통합하여 하나의 주식회사 형태의 거래소를 설립하는 것을 주요내용으로 하고 있다.3) 그동안

우리나라의 증권시장의 운영방식을 보면, 현물시장은 사단법인인 증권거래소 및 한국증권업 협회의 협회중개시장운영위원회(이하‘코스닥위원회’라 한다)와 협회중개시장(이하‘코스닥시장’이라 한다)을 운영하는 주식회사형태의 코스닥증권시장(주)4)가 개설·관리·운영을 하여 왔고, 선물시장은 사단법인인 한국선물거래소가 개설·관리·운영을 하고 있었다.

이러한 4개의 기관을 통합하는 방식으로는 지주회사방식과 단일회사방식이 검토되었으나, 통합의 시너지효과를 극대화하는 방안으로 단일회사방식이 타당하다는 정책적 결단에 의하여 단일회사방식을 채택하게 되었다. 다만, 그 설립방법으로는 코스닥위원회를 한국증권업 협회로부터 분할하여 여타의 3개 기관과 합치는 방식을 취하였기 때문에 사상유례가 없는 특별법에 의한 신설분할합병방식에 따라 신설거래소의 설립을 규정하게 된 것이었다.

(2) 주요내용

한국증권선물거래소는 상법상의 주식회사형태를 갖추도록 규정하고 있다(법 제4조). 아울러 법정 자본금의 최저한을 정하고 있으며, 본점소재지를 법률에 명시하고 있다. 정관제정과 변경시에는 재경부장관의 승인을 얻도록 규정함으로써(법 제5조 제2항, 법 부칙 제3조 제5항) 비영리법인이 정관작성시 주무장관의 허가를 얻도록 하는 일반 사단법인의 설립절차와 같이 상법상의 회사이지만 공공성을 담보하는 장치를 두고 있다.5) 법 부칙에서는 신설거래소의 설립에 관한 주요절차를 규정하고 있는바, 합병당사자는 합병계약을 작성하여 각 이사회 승인을 얻어 체결한 후에 이를 회원총회 또는 주주총회의 승인결의를 얻도록 규정하고 있다(법 부칙 제4조 내지 제8조).

특이한 것은 합병당사자간의 합병계약 체결이 지연되는 경우를 대비하여 합병계약의 각 총회의 승인을 법 공포 후 9월 내에 완료하도록 강제하고 있고, 승인주무부처 장관인 재경부장관이 합병계약의 내용을 직권으로 결정할 수 있도록 규정하고 있는 점이다(법 부칙 제6조 제4항 및 제5항). 아울러 법 공포(2004년 1.28) 후 1년 이내에 합병 및 신설거래소의 설립에 관한 모든 절차를 종료하도록 강제하고 있다(법 부칙 제3조 제9항). 신설거래소의 창립에 관하여는 창립총회의 규정을 별도로 두어, 일반 회사기업의 신설합병총회에 유사한 절차를 준용하도록 하고 있다(법 부칙 제9조).

2. 법률에 대한 비판

(1) 합병방식 준용의 문제점

동 법률6)은 한국증권선물거래소의 설립을 회사조직이 아닌 사단법인의 분할과 다른 회사조직이 아닌 사단법인 및 주식회사간의 합병방식에 의하도록 규정하고, 그 주요 설립절차 등은 주식회사의 설립과 관련된 상법규정을 개별조항에서 준용하도록 규정하고 있다. 그러나 동 법률이 상법상의 회사에서 규정하고 있는 ‘분할’‘합병’ 등의 내용과 유사한 규정을 두고 있다하더라도 어디까지나 특별법에 의한 특수한 주식회사의 설립방법을 규정하고 있으므로, 한국증권선물거래소 설립은 엄격히 말하면 상법상의 신설분할합병방식과 유사한 점이 있어도 상법규정을 준용한 설립이라고 할 수는 없을 것이다. 다만, 비영리사단법인을 상법상의 회사로 의제하여 이를 분할하고 합병하는 형태를 취하는 것의 당부에 관하여는 상법에 반한다거나 적용할 수 없다는 논리는 성립할 수 없을 것이다.7) 법인세법의 경우 회사의 분할합병에만 국한하지 않고 단순히 법인의 신설분할합병에 관한 규정을 두고 있으므로 비록 상법의 영역은 아니라고 하여도 우리나라의 법제상 전혀 이질적인 것이라고 볼 수 없다.8) 분할되는 협회의 경우에도 비영리사단법인의 사업을 구분하여 분할할 수 있는지의 여부에 관하여 논란이 있을 수 있다. 생각건대, 비영리사단법인은 사단 자체가 하나의 목적을 지향하고 있다고 보여질 수도 있지만, 내부적으로 각각의 사업부문을 운영할 수 있는 것이고,

특히 한국증권업협회의 경우에는 개정 전의 증권거래법 제172조의29)에 의하여 코스닥위원회
회의 실체를 규정하고 있기 때문에 이를 분할하는 것도 가능하다고 보아야 한다.

(2) 합병당사자의 기본권 침해 등과 관련한 논란

일반론으로서 정부의 정책적 결단에 의하여 순수한 사적 기관이나 단체가 아닌 특수한 지위를 가진 법인이나 조직의 통·폐합관련입법이 해당 법인의 기본권(특히 재산권 등)을 침해하는 경우에 그것이 어느 정도까지 용인될 수 있는가 하는 문제가 제기된다.10) 농협과 수협 및 축협이 통합과정뿐만 아니라, 농업기반공사, 농지개량조합 등의 통폐합, 지역의료보험조합과 직장의료보험조합의 통폐합과정에서도 유사한 논의가 있었으며, 정부가 계획하고 있는 기술신용보증기금과 신용보증기금의 통폐합 등에 있어서도 유사한 논의가 재발될 수 있다. 특히 협회의 경우 코스닥위원회를 분할하는 동 법률이 협회의 재산인 코스닥위원회라는 조직 일체에 대한 평가와 합병대가가 미흡한 것은 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 것이 되는 것이 아니냐 하는 의문을 가져왔으며, 일부 합병당사자는 합병과정에서 단순한 물적자산만의 평가에 의한 합병비율의 산정방식에 문제점을 제기한 바 있다.11)

(3) 기타 문제점

이 밖에도 상법상의 주식회사인 한국증권선물거래소의 정관을 주주나 발기인이 아닌 정부의 승인을 받도록 한 규정의 효력에 관하여 논의가 있었다. 생각건대, 신설거래소의 영리추구만을 위하여 공공성이 훼손되는 경우를 방지하고자 하는 입법취지를 감안하더라도 이는 주주들의 자율권 및 정관작성의 법적 성질에 정면으로 위배되는 것으로서 동 법률조항은 효력이 없다는 견해도 가능할 것이나, 주주들의 권한행사와 정책적 이익간에 비교형량, 투자자 보호라는 법익의 취지에서 무효로 할 필요는 없을 것이다. 다만, 이러한 규정이 없다고 하더라도 정부정책에 위배되는 정관규정이나 영업을 영위한 때에는 간접적 규제수단인 업무감독권, 업무에 대한 인가보류, 이사장 등에 대한 해임요구 등의 권한의 행사로 가능할 것이다.

또한 이사장 등에 대하여는 후보추천위원회의 추천절차를 거치도록 규정하고 있는 규정을 위반한 경우의 이사장 등의 선임결의 효력의 유무효에 관하여 의문이 있을 수 있다. 회사기관의 구성권한은 주주의 고유한 권리의 하나로 보아야 한다. 이러한 기관의 후보자를 후보추천위원회에서 추천하도록 하는 경우에는 기관의 선출에 보다 신중을 기하자는 취지에서는 수긍할 수 있으나, 이러한 절차를 위반하여 예컨대, 후보추천위원회의 추천 없이 총회에서 이사장 등의 선임이 이루어지는 경우 그것이 위법한가. 상법에서 주주제안권 등에 통지된 주총안건에 대한 의안제안권 등을 인정하고 있는 취지, 주주들의 기관구성에 관한 고유권성 등에 비추어 무효라고 볼 수는 없다고 보아야 한다.12)

III. 韓國證券先物去來所法の 基本權 制約要素

일부 합병당사법인은 합병과정에서 한국증권선물거래소법이 헌법상 보장된 기본권인 재산권을 침해할 소지가 있다고 의문을 제기하였다. 즉, 일부 합병대상법인은 합병당사자의 합병대상 자산의 평가방법에 이견을 표명하거나, 동 법률에서 규정하는 합병반대회원 또는 주주에 대한 매수청구권에 관한 규정이 충분한 대가를 받기에는 미흡하다고 주장하면서 그 결과 동 법률이 합병당사자의 재산권을 침해하여 위헌의 소지가 있다고 주장하였다. 그러나 한편으로는 합병당사법인이 기본권의 주체이고, 동 법률이 합병당사법인의 기본권을 일부 제한하고 있다고 하여도 합병당사법인의 공공적 성격에 비추어 어느 정도 제한되는 것은 불가피하다는 견해도 설득력 있게 주장되었다.

1. 합병당사법인의 기본권 주체여부

일부 합병당사자가 주장하였던 동 법률의 헌법상 기본권 제한이라는 주장이 정당화되기 위하여는 우선 헌법이 보장하는 기본권의 향유대상에 자연인과 대비되는 개념의 법인이 해당되는가 하는 문제를 검토하여야 할 것이다. 일반적으로는 법인도 사법상 자연인과 같이 일정한 사법상의 권리의무의 주체(소유권 등)가 된다는 데에는 이론이 없다.¹³⁾

(1) 학 설

헌법이 보장하는 기본권의 향유주체로서 법인을 인정할 것인가에 관하여 학설은 부정설과 긍정하는 견해로 대립되고 있다. 현재에는 법인도 기본권의 주체가 된다고 보는 긍정설이 통설이다. 우선 법인의 기본권주체성을 부인하는 부정설은 세 가지 견해로 갈리고 있다. 제1설은 역사적으로 인권은 자연인을 전제로 하여 성립된 관념이므로 자연인이 아닌 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 한다. 제2설은 법인의제설을 기초로 하여 법인의 활동은 결국 자연인의 활동으로 환원되는 것이므로 자연인의 기본권을 보장하는 것으로 충분하다고 한다. 제3설은 기본권이란 초국가적 성격을 가지는 것이므로 실정법질서에 의하여 비로소 창설되는 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다고 한다.

법인의 기본권주체성을 인정하는 긍정설도 네 가지 견해로 갈리고 있다. 제1설은 법인실체설에 기초하여 법인은 자연인들로 구성되어 있으나 자연인과는 별개의 실체를 가지고 있는 현대사회의 구성요소이므로 법인도 독자적인 기본권주체가 될 수 있다고 한다. 제2설은 법실증주의적 입장에서 자연인과 법인은 그 모두가 규범적 규율의 대상이 되는 것이므로 자연인과 마찬가지로 법에 의하기만 하면 법인에게도 기본권주체성을 인정할 수 있다고 한다. 제3설은 법인을 국가적 통합의 형식과 수단으로 파악하여 국가적 통합을 위하여 필요한 경우에는 법인에게도 기본권주체성을 인정하려는 이른바 동화적 통합이론의 입장이다. 제4설은 법인의 활동은 궁극적으로 자연인의 이익이나 권리의 실현을 목적으로 하는 것이고 그 효과도 자연인에게 귀속되는 것이므로 법인의 기본권주체성을 인정하는 것이 합목적적이라고 주장한다.

(2) 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 법인의 성격에 기초하여 개개의 구체적 사안에 있어서 법인의 기본권주체성의 인정여부를 판단하고 있다. 공법인인 경우에는 기본권의 주체성이 극히 제한적으로 인정되고,¹⁴⁾ 사법인인 경우에는 넓게 인정되며,¹⁵⁾ 공법인과 사법인의 성격이 혼재되어 있는 특수법인인 경우에는 상대적으로 사법인에 비하여 기본권의 주체성이 제약된다고 보고 있다.

(3) 사 건

기본권의 제한에 국한하지 않더라도 법인의 기관구성자가 우리나라 국민이고, 그 법인의 이해는 국민인 자연인에게 귀속하게 되는 것이므로 법인은 국민에 속한다고 보아야 할 것이다. 따라서 법인의 성질상 허용되지 않는 기본권을 제외한 나머지의 기본권의 주체로서 법인도 포함되어야 한다.¹⁶⁾ 그러므로 합병당사법인은 헌법상 보장되는 기본권의 향유주체로서 지위를 가지며, 기본권이 침해되었을 경우에는 그 침해를 제거하기 위한 법적 행위를 할 수 있다.

2. 한국증권선물거래소법의 기본권 제약요소

한국증권선물거래소법은 합병당사자간의 자율적 합의에 기초하여 신설거래소를 설립하도록 규정하고 있으나, 그 근간이 되는 합병계약을 체결함에 있어서 당사자간의 합의가 이루어지지 못하고 일정기간(9월)이 경과하면 재정경제부장관에게 그 내용을 확정할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로(법 부칙 제6조 제5항) 실질적인 측면에서 자유로운 의사결정을 방해하고, 이는 합병당사법인들이 획득하여야 할 합병의 대가의 적정한 산출과 그 산출방식에

대한 합의를 어렵게 하여 결과적으로 합병당사법인들의 재산권을 침해할 소지가 있다고도 볼 수 있다. 실제로 합병과정에서 일부 합병당사자들이 한국증권선물거래소법이 당사자들의 기본권, 특히 재산권의 침해가능성이 있다는 문제를 제기한 바 있음은 앞서 본 바와 같다. 이러한 문제제기는 합병대상 자산의 평가에 따른 합병비율의 산정에 관한 회원들의 입장에서는 선물거래소, 분할되는 조직의 정당한 평가에 대한 당사자의 차원에서는 증권업협회를 중심으로 제기된 바 있다.

그러나 이러한 현실적 제약요소가 있다고 하여 법률이 바로 기본권을 제한하거나 또는 기본권의 침해로 인한 위헌으로 판단되지는 않는다. 헌법이 보장하는 재산권의 내용, 헌법상 기본권 제한의 법리, 개별법률의 규정태도, 정책의 적절성 등을 고려하여야 할 것이다.

(1) 財産權의 內容과 範圍

1) 憲法上의 財産權保障의 內容

우리 헌법 제23조 제1항은 「모든 국민의 재산권은 보장된다」고 규정하는 동시에 그 「내용과 한계는 법률로 정한다」고 규정하고 있는바, 재산권조항은 기타 기본권규정과 다른 특징을 가지고 있다. 즉 통설적인 기본권이론에 따르면 다른 일반적인 기본권들의 경우에는 기본권의 보호영역이 법리상 헌법차원에서 설정되고 입법자에게는 엄격한 헌법적 한계 내에서 기본권을 제한할 수 있는 권능만이 주어지는 데 반해서, 재산권은 그 내용 자체가 입법자에 의해 법률로 정해진다(이른바 제도보장). 그러나 또 한편으로는 헌법 제23조에서 보장하는 재산권은 사유재산권영역에 대한 입법자의 침해를 제한하는 한계설정의 의미를 갖는다. 다만, 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법행정의 자유는 무제한적인 것이 아니고, 과잉금지의 원칙, 자의금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 헌법상의 원칙이나 객관적인 가치질서로서 재산권의 자유보장기능 등에 의해 제한된다. 재산권의 내용으로 열거되는 것들을 보면 재산형성·처분의 자유, 재산권행사시 법률에 의한 제한 외에는 제한을 받지 않을 권리, 정당한 보상을 받을 권리 등을 주요내용으로 한다.

2) 具體的인 財産權의 範圍

우선 헌법상 재산권의 범위는 私法상 재산가치를 가지는 모든 권리와 재화의 범위를 넘어선다. 물건에 대한 절대적인 지배권을 뜻하는 민법상의 소유권에 비해 헌법상 재산권의 범주에는 재산가치 있는 모든 사법·공법상의 권리가 포함된다.¹⁷⁾ 따라서 민법상의 모든 물권은 물론이고 급료청구권, 임차권 등 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 광업권, 어업권 등 특별법상의 권리가 모두 헌법상 재산권에 속한다. 뿐만 아니라 공무원의 급료청구권이나 연금청구권 등과 같은 재산가치 있는 공법상의 권리도 원칙적으로 헌법상의 재산권에 포함된다. 우리 헌법상 명시적인 규정은 두고 있지 아니하지만 상속권도 재산권에 포함되는 것은 물론이다.

조직을 구성하는 개별적인 재산요소를 구별하지 않고 전체로서의 조직이 재산권의 내용에 포함되는지의 문제와 관련하여서는 이른바 ‘자리잡힌 사업체’(eigerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)의 개념을 원용할 수 있다. 현실적으로 한 단위의 인적·물적 종합체로서 인식이 가능하고 또한 그것이 독자적인 경제적 기능을 가지고 있는 경우에는 특정영업과 관련된 신용·영업능력 등의 인적요소와 재화 및 권리 등이 단일복합체로서 재산권에 포함된다고 보아야 한다. 즉 구체적으로 사업운영의 전체가 한 단위의 경제적 가치로 평가되는 것이 사업주의 독자적인 자본투자와 노력의 산물에 해당되는 경우에 이들 재산적 가치들은 경제적인 관점에서 볼 때 물적재산권자의 지위와 재산법적으로 달리 평가할 이유가 없기 때문이다. 여기에는 사업장부동산이나 설비는 물론이고 재고상품, 단골손님, 거래처 등 모든 재산

적 가치가 포함된다.18)

3) 협회 재산권의 내용

(가) 증권업협회와 코스닥위원회의 관계

코스닥위원회는 협회가 증권거래법에서 권한을 부여받은 코스닥시장의 개설·관리·운영업무를 위하여 협회 내에 독립된 사업부형태로 설치한 인적·물적조직이다. 따라서 법인격을 가지는 당사자는 협회이고 직원들의 고용주체도 협회장이 되며, 이러한 사실관계를 바탕으로 합병의 당사자는 코스닥위원회가 아닌 협회가 될 수밖에 없었다. 그러나 코스닥위원회는 증권거래법에 비록 협회 내이기는 하지만 협회와 별도의 설치근거를 가지고 인사 및 예산상의 독립성을 상당한 정도로 보장받고 있는 특수한 조직이라고 할 수 있다. 따라서 협회는 코스닥위원회와 회계를 구분계리하고 수입과 지출을 별도의 계정에서 처리하고, 다만 코스닥위원회의 성격상 코스닥시장에서의 거래대금에 일정비율의 수수료를 운영재원으로 충당하고 있었는데, 시장의 침체에 따라 운영재원이 부족한 경우 그 비용을 협회가 지원할 수 있도록 내부규정으로 정하고 있었다.

(나) 조직일체로서의 재산권

협회는 코스닥위원회는 그 조직일체가 협회의 중요한 재산이므로, 통합과정에서 이러한 코스닥위원회의 재산적 가치에 대한 적절한 평가와 급부를 규정하지 않은 채 한국증권선물거래소법 입법이라는 입법권에 의한 강제통합방식은 헌법상 보장된 재산권의 내용을 침해한 것이 아닌가 하는 의문을 가졌으며, 코스닥시장을 개설하고 발전시키기 위하여 투입한 노력과 비용 등의 무형적 요소를 무시하고, 유형적·물적자산 위주의 자산평가에 기한 합병비율산정에 문제를 제기하였다.19)

(2) 재산권 행사의 제약가능성

합병대상법인의 재산권에는 앞서 본 바와 같이 그간의 투입한 노력과 비용일체의 결과로서 산출되는 조직, 업무방법, 시장의 관리능력 등이 포괄적으로 포함될 수 있으며, 합병당사자들은 자기들의 재산적 가치가 있는 합병대상, 또는 분할대상 재산에 대한 적절한 평가와 대가를 기대할 것이므로, 이러한 평가와 대가에 관해 당사자들이 합의하지 못하는 경우에 정부가 개입하여 그 내용을 결정하는 것은 합병당사자의 재산권의 처분의 자유를 제약하여 재산권을 침해할 위험이 있다.

3. 한국증권선물거래소법의 위헌여부

그렇다면 한국증권선물거래소법이 합병대상법인의 기본권인 재산권을 침해하여 위헌인 법률인가. 기본권의 주체로서 합병당사법인들의 지위를 인정할 수 있음은 앞서 본 바와 같고 재산권도 인정될 수 있고 헌법상의 보장의 대상이 될 수 있다. 다만, 동 법률이 기본권을 제약하는 요소를 내포하고 있다하여도 그 위헌여부를 판단함에 있어서는 합병당사법인들의 영위업무, 법적 성격에 비추어 그 제한 및 수인의 정도를 규명하고 앞서 본 제반 원칙과 법률의 목적 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.20)

(1) 기본권 제한의 정당성 판단기준

헌법상 보장된 기본권을 제한하는 경우, 그것이 정당화될 수 있기 위하여는 우선 형식적으로 정당화되어야 하고(형식적 정당화), 그리고 둘째로, 실질적으로 정당화되어야 한다(실질적 정당화). 기본권 제한의 형식적 정당성의 요건은 법률의 형식이다.21) 이러한 형식적 정당화의 요건이 충족된 후에는 실질적 정당화의 요건이 충족되어야 기본권 제한은 비로소 충분히 정당화된다.

기본권 제한의 실질적 정당성의 요건은 두 가지로 요약될 수 있는데, 하나는 '비례성원칙'이

고 다른 하나는 '본질내용침해금지원칙'이다. 여기에서 비례성의 원칙은 국가에 대한 소극적 행위를 요구하는 경우에는 과잉금지의 원칙으로 해석되고 있다. 이러한 과잉금지의 원칙은 다시 몇 가지의 하위요건으로 구분된다.²²⁾

첫 번째의 중요 하위원칙은 적합성원칙이다. 적합성원칙이란 목적을 달성 또는 촉진하기 위해 '적합한' 수단을 사용하라는 원칙을 말한다. 여기서 적합한 수단이란 목적을 '가능하면 가장 많이' 실현하는 수단, 즉 목적실현을 최대화하는 수단을 말한다. 이러한 의미에서 적합성원칙은 '최대화명령'이라고 부를 수 있다.

두 번째의 하위원칙은 필요성원칙이다. 필요성원칙이란 목적을 달성 또는 촉진하기 위해 '필요한' 수단을 사용하라는 원칙을 말한다. 여기서 필요한 수단이란 목적의 달성을 위해 필요로 인해 동시에 발생할 수 있는 피해를 '가능하면 가장 적게' 만드는 수단, 즉 피해발생을 최소화하는 수단을 말한다. 이러한 의미에서 필요성원칙은 '최소화명령'이라고 부를 수 있다.

과잉금지의 원칙에 비추어 볼 경우 기본권의 제한이 정당화되는 경우는 적합성의 원칙과 필요성의 원칙의 최적화에서 구할 수 있을 것이다. 다만 최적화과정에서 기본권 제한의 정당성을 최소화와 최적화의 사이에서 어느 지점이 최적화 정도인가는 기본권 제한의 과정에서 서로 충돌하는 목적이 경합하고, 각각의 실현을 찬성하는 논거가 제시됨으로써 양자의 비중이 결정되게 된다. 결국 합리적인 기본권 제한의 문제는 서로 충돌하는 목적의 비중을 합리적으로 평가하는 문제이며, 이러한 합리적 비중평가의 문제는 비중을 찬성하는 논거와 반대하는 논거가 제시되고 더 설득력 있는 논거가 무엇인지 결정하는 문제가 된다.

(2) 합병당사법인의 법적 지위

1) 합병당사법인의 주요업무

합병당사법인은 증권선물시장을 개설하고 운영하는 권한을 법률에 의하여 부여받고 있으며 그러한 업무를 위하여 비용을 투입하고 수익을 창출한다. 이러한 합병당사법인들의 법적 성격은 각각의 설립 및 업무영위의 근거를 이루는 법령 및 각종의 관련 규정, 정관 등의 내용을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(가) 증권거래소

증권거래소는 개정된 증권거래법 제71조의 규정에 의하여 회원제 조직인 법인형태로 설립하도록 규정하고 있다. 동조 제1항 후단이 「...설립한다」로 규정하고 있어 이는 설립을 의무화하는 규정으로 보아야 하지만, 그 설립의 주체는 국가 등의 공권력이 아닌 회원이다. 따라서 법률에서 설립을 의무화하고 있지만, 그 주체는 영리회사인 증권회사가 되므로 동조의 규정만으로 공법인이라고 단정하기는 곤란하다.²³⁾ 아울러 증권거래소는 특별법상의 사단법인으로서 증권거래법 외에 민법을 준용토록 하고 있다.

증권거래소의 주요업무는 ① 기업의 상장 및 공시관련 업무, ② 증권시장에서의 매매거래에 따르는 불공정 거래행위 등의 심리, ③ 매매거래의 체결, 청산·결제, ④ 분쟁의 조정 등 유가증권시장에서의 공정한 가격형성을 위한 업무를 행하고 있다. 또한 증권거래소는 증권거래법 제76조(개정전)에 의하여 증권거래소와 유사한 시설의 개설이 금지되므로 업무의 독점성을 보장받고 있다.

(나) 선물거래소

1995년 법률 제5041호로 제정된 선물거래법은 제4조(개정 전의 법률로서 이하 같음)에서 거래소는 회원조직으로서 법인으로 한다고 규정하고 있었고, 영리행위의 금지(제5조 제2항), 거래소 아닌 자의 유사시설개설 금지, 거래소 아닌 자의 선물거래소 및 유사명칭의 사

용금지(제6조), 민법의 준용(제7조) 등을 규정하고 있었다. 따라서 증권거래소와는 달리 선물거래소는 회원제법인조직이기만 하면 논리적으로는 복수로 설립될 수 있었다. 즉 증권거래법에서의 거래소는 기 설립된 한국증권거래소를 가리키는 용어였으나, 선물거래법에서는 새로이 설립될 수 있는 선물거래소에 대한 규정을 두고 있었으므로 합병당사법인인 한국선물거래소를 의미하는 것은 아니었다. 이러한 선물거래법은 1998년 개정시 영리행위의 금지 규정, 유사명칭사용 금지규정을 폐지하였다. 선물거래소가 영위하는 업무는 증권거래법에 의한 증권거래소가 영위하고 있던 업무와 시장만 다를 뿐 대동소이하였다.

(다) 증권업협회(협회중개시장운영위원회)

증권거래법은 1997년 개정시에 협회중개시장이라는 개념을 도입하였으며, 증권거래법 제162조는 협회의 경우에도 회원제 법인조직으로 증권거래법상의 설립을 강제하고 있다. 설립목적으로는 증권업자 상호간의 공정경쟁질서 유지와 투자자보호를 들고 있으며, 주요업무로는 공정경쟁질서의 유지, 증권시장 종사자의 적격성 보장장치로서의 종업원의 연수, 각종 자격시험의 관리가 있으며, 제3시장의 관리업무를 담당하고 있다. 흔히 코스닥시장으로 불리는 협회중개시장은 형식상으로는 증권협회의 관할이었지만 실질상으로는 개정전 증권거래법 제172조의2 내지 제172조의4에 의하여 협회로부터 독립한 코스닥위원회가 업무를 행하고 있었다. 다만, 동 위원회는 코스닥시장의 등록심사 및 운영규정의 제정 등을 주요업무로 하고 있었으며, 협약을 통하여 매매체결이나 공시업무는 다음의 코스닥증권시장(주)에 위임하고 있었다.

구체적으로 협회는 ① 증권거래법에 그 설립의 근거를 두고 있고, 증권회사를 회원으로 하여 그 설립이 강제된다고 해석될 수 있고(개정전 증권거래법 제162조), ② 금융감독위원회가 해야 할 증권회사에 대한 감독업무, 협회중개시장의 운영과 관련된 조정업무, 증권전문인력 운영 및 관리 업무 등을 위임받아 수행하고 있으며(개정전 증권거래법 제162조의2), ③ 협회중개시장의 운영과 관련하여 필요한 기준을 제정할 권한을 부여받고 있으며(개정전 증권거래법 제172조의3), ④ 정관 변경에 대하여 일정한 경우 금융감독위원회로부터 승인을 얻어야 하는(증권거래법 제164조 제2항) 등 공법인적인 성격을 띠고 있는 동시에, ① 증권회사들의 사단법인 설립행위에 의하여 설립되고, ② 회원으로부터 회비를 징수하여 운영되며(증권거래법 제165조), ③ 그 가입을 강제하는 법률규정이 없고, 협회의 운영을 위한 이사회나 임원진의 구성도 협회 구성원의 자치에 달려 있는 등(증권거래법 제170조) 사법인의 성격도 동시에 가지고 있음이 분명해진다.

(라) 코스닥증권시장(주)

증권업협회의 장외시장에서 출발한 코스닥증권시장(주)는 1996년 설립당시에는 코스닥증권거래(주)였으며 그 법적 근거는 개정전 증권거래법 시행령 제14조 제1항 단서에서 찾을 수 있다. 당시의 시행령 제14조는 「제14조(증권회사의 자본금) ①법 제28조 제3항의 규정에 의하여 증권회사의 자본금의 최저한을 500억원으로 한다. 다만, 유가증권시장 외에서의 유가증권의 매매 또는 매매의 중개업무만을 영위하는 증권회사의 자본금의 최저한은 10억원으로 한다. ②법 제28조 제5항의 규정에 의하여 재정경제원장관이 증권회사에 대하여 자본금의 증액을 명할 수 있는 한도는 제1항의 규정에 의한 자본금의 최저한의 2배로 한다」고 규정하여 코스닥증권거래(주)는 제1항단서에 의하여 설립되게 되었다. 다만, 이러한 법적 근거를 재정부장관의 허가요건으로 뒀으로써 코스닥증권시장(주)의 경우에 독점적 지위를 보유하고 있지는 않았다. 따라서 초기에는 협회 및 증권회사들만이 출자한 회사로서 코스닥증권시장(주)의 경우에는 코스닥위원회의 시장운영규정에 따라 업무를 위임받아 이를 수행

하고 있었으나 코스닥위원회와 코스닥증권시장(주)가 하나의 거래소의 기능을 하고 있는 점에 비추어 합병대상법인에 포함되게 되었다.

2) 공익과 사익의 혼재된 특수법인

합병대상법인은 그 조직의 구조는 상이하지만 영위업무 등은 재경부, 금감위 등으로부터 위탁받은 업무가 주요업무라고 할 수 있다. 아울러 설립과 관련한 각종 법률의 근거규정, 영위업무의 법정 및 관련 규정에 의한 업무영위, 업무규정 등의 감독당국의 승인, 유사명칭 등의 사용금지 등의 공공적 성격이 법률에 산재한다. 즉, 합병대상법인인 증권거래소, 선물거래소, 증권업협회는 회원제 사단법인의 형태를 취하고 회원의 이익을 도모하는 등의 기본적인 성질은 사법인이나 각각 설립근거를 특별히 법률에 두고 있으며, 회원의 이익만을 위하는 것이 아닌 국가의 공공재인 자본시장을 개설하고 운영하며 관리하는 공익적인 업무가 더 많은 비중을 차지하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 공공적 성격과 사적 성격이 혼재되어 있는 특별법상의 특수한 법적 지위를 가진다고 할 수 있다.²⁴⁾

(3) 한국증권선물거래소법에 대한 평가

동 법률은 자본시장에 관한 정부의 경제정책의 일환으로 제정된 경제관련 법률의 하나로서, 국민의 기본권을 제한하는 내용보다는 정책을 구현하는 수단을 규정하는 것을 주요내용으로 하고 있으므로, 여타의 법률에 비하여 입법자의 광범위한 재량권이 유보되어 있는 것이 중요한 특징이라고 할 수 있다. 따라서 동 법률의 위헌여부에 관한 평가는 입법목적, 통합이라는 정책이 상위정책목표인 자본시장의 경쟁력 제고라는 수단으로서의 적합성 여부, 통합이 야기할 수 있는 이해관계자들의 피해에 대한 최소화 노력 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

1) 입법목적의 정당성

증권거래의 국제화가 급격히 진행되며, 선진기술 및 다양한 상품이 있는 자본시장으로 자본이 집중되는 현상이 심화됨에 따라 투자자 등 시장 수요자의 영향력이 증대되어 증권산업이 점점 경쟁성을 띠고 있는 상황에서, 경쟁의 우위를 확보하기 위하여 시장간 연계성을 강화하고, 거래비용을 절감하고자 하는 것이 통합거래소법의 입법목적이고, 이러한 입법목적은 국민경제의 발전 차원에서 정당한 것으로 인정된다.

2) 수단의 적합성

(가) 통합에 반대하는 입장

증권시장에서 증권의 매매거래와 관련된 업무를 수행하는 일부기관, 합병에 반대하는 일부 합병당사자 등은 동 법률이 규정하는 증권선물시장의 통합방안은 시장 자체의 통합이 아니라 개별시장의 거래구조를 유지한 채, 시장의 지배구조만을 통합하는 것이기 때문에 정보의 효율성, 대체재의 선택가능성 등 시장효율성을 구성하는 다양한 요소들을 포괄하는 것이 아니며, 독점으로 인한 비효율 때문에 비용상승 가능성도 배제할 수 없다는 주장을 하였다.

(나) 평 가

수단의 적합성 측면은 가장 논란이 많은 부분일 수 있지만, 동 법률의 제정은 시장이 분리된 상황하에서는 청산·결제 및 전산기능에서의 규모의 경제 실현이 곤란하고, 전산투자의 중복·과잉투자를 해결하기 위하여는 분산된 거래 등의 기능을 하나로 통합하는 것이 효과적이고 적절한 방법이라는 입법권자의 판단의 표현이다. 이러한 입법권자의 입장과 반대의 입장은 다른 나라의 증권시장의 추세가 어떠한지, 주장을 뒷받침할 수 있는 객관적이고 합리적인 자료를 얼마나 보유할 수 있는지에 따라서 그 우위가 갈리게 될 것이다.

생각건대, 한국증권선물거래소법은 The Boston Consulting Group의 연구용역결과(2002.

5)를 바탕으로 입법과정에서 공청회 등의 의견수렴을 거치는 등 나름대로 객관성을 확보하기 위하여 노력한 바 있고, 비록 다른 나라의 통합의 경제적 효과 등이 아직 측정되지 않고 있다고 하여도 통합의 비효율성의 효과에 관한 실증적 보고는 더더욱 없다는 점에 비추어보면, 이러한 일련의 과정을 거쳐 제정된 동 법률은 그 합리성이 현저히 의심될 정도는 아니라는 점에서 수단의 적합성이 인정될 수 있다.

3) 피해의 최소화

피해의 최소화는 우선 한국증권선물거래소법의 수단의 정당성이 인정될 경우, “통합”이라는 방식을 택한 것은 달리 입법목적에 달성할 합리적 대안이 없다면 정당하다고 인정될 가능성이 많다. 다만, 법 공포 후 9개월 내에 합병당사자들의 합병결의가 이루어지지 않으면 재정경제부장관이 강제합병권한을 가지는 부분에 대하여는 논란이 있을 수 있다.

(가) 판단근거

통합을 하면서 합병당사자의 기본권을 덜 제한할 수 있는 방법으로는 법률에서 합병반대 당사자들에 대한 매수청구권을 부여하는 외에 합병당사자들이 스스로 변화하는 자본시장의 환경에 맞추어 합병하도록 하고, 정부는 이러한 환경의 변화에 맞추어 알맞은 법을 제정함으로써 합병을 유도하는 경우 피해의 최소화 요건을 충족한다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 대안이 가능한지 여부는 ① 정부가 통합 또는 합병을 유도한 기간이 얼마나 충분했는지 여부, ② 정부의 정책에 대하여 합병당사자들이 얼마나 성실한 태도로 임하였는지 여부, ③ 거래소 통합 등이 경제상황에 비추어 얼마나 시급한지의 여부, ④ 정부가 관계당사자간의 협의를 이끌어 내기 위하여 얼마만큼의 합리적인 노력을 기울였는지 여부 등 실제적·절차적 제반요소를 고려하여 판단될 수 있다.

(나) 평 가

합병과정에서 합병당사자 및 근로자 단체, 일부 지역의 시민단체, 정치권까지 가세하여 다양한 의견을 표명함으로써 완전한 자율적 합의에 의한 통합은 사실상 어려웠다. 이러한 환경에 비추어 보면, ① 정부가 2년여에 걸쳐 통합을 논의해 왔고, 관련 당사자들간의 공청회 및 협의를 유도한 점, ② 관련 당사자들간의 이해관계의 차이가 좁혀지지 않아 협상에 이를 수 있는 여지가 거의 없었던 점 등을 보면, 9개월의 기간이 비교적 단기간인 점을 고려하더라도 재정경제부장관에게 합병조건 결정권을 부여한 자체를 위헌이라고 볼 수는 없다. 입법론적으로는 합병비율 등 합병계약서의 주요사항에 대한 합의가 불성립할 것을 대비하여 부칙조항에 명기하자는 견해도 있었으나 합병당사자간의 의사를 제약할 수 있고, 합병의 본질적인 자율성 등을 감안하여 채택하지 않았다.

4) 법익의 균형성

법익의 균형성 부분은 앞의 조건이 모두 충족되는 경우 인정될 가능성이 많다. 아시아만 보아도 홍콩, 중국, 일본 등의 증권시장간에 경쟁이 심화되고 있고, 거래소를 통합하거나 통합하지 않음으로써 국민경제에 미치는 영향은 심대한 반면, 합병으로 인하여 협회는 관련 대가를 받게 되기 때문에 합병비율이 제대로 평가되기만 하면 그 손해는 크지 않은 것이라고 볼 수 있기 때문이다.

(4) 소 결

기본적으로 유가증권이 거래되는 시장을 통합할 것인지 분리할 것인지는 입법자의 재량에 달려 있는 요소이며, 이는 우리나라 증권시장이 처한 현실 및 장래에 대한 전망, 소요되는 경제적·사회적 비용 등 제반 사정을 스스로 판단하여 선택할 수 있고, 이러한 입법자의 판단과 선택은 관련주체에 대하여 과도하게 기본권을 침해하는 등 특별히 합리성을 결여한 것

이라고 볼 이유가 없는 한 존중되어야 할 것이다. 아울러 합병당사법인들은 앞서 살펴본 바와 같이 공적 기능과 사적 기능을 혼합적으로 가진 특수한 지위에 있음에 비추어 법률에 의한 기본권이 제한되는 경우에도 사적법인들에 비하여 예상되는 그 수인의 정도는 상당히 높다고 하여야 한다.

따라서 한국증권선물거래소법에서 협회의 코스닥시장 영업부분에 대한 처분권을 제한하여 강제 분리·합병시키도록 정하고 있다고 하더라도, 그것이 일방적인 몰수의 형태가 아닌 합병의 방식을 취하여 그 적정한 대가를 지불하도록 예정되어 있는 한, 협회의 재산권이 본질적으로 침해되었다고 보기는 어렵다. 아울러 과잉금지의 원칙에 비추어 보아도 동 법률이 위헌이라고 할 수 없고 합병에 찬성하도록 강요하는 것은 아니므로 협회의 기본권을 제한한다든가, 협회의 재산권을 침해하여 위헌이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.²⁶⁾

IV. 合併期日과 관련된 計算上의 爭點

1. 한국증권선물거래소 합병계약의 내용

한국증권선물거래소의 설립방식은 한국증권선물거래소법 부칙 제2조에서 「거래소는 한국증권업협회의 협회중개시장운영부분을 분할하여 ...와 합병(이하“합병”이라 한다)하는 방법으로 설립한다」고 규정하고 있으며, 합병당사자의 합병계약을 작성하도록 하고, 그 기재사항을 법정하고 있다. 한국증권선물거래소 설립을 위하여 합병대상법인간에 작성·체결한 합병계약서(2004. 7. 15)는 합병당사법인간의 합병비율을 결정하고 있는바, 합병당사법인간의 합의로 지정된 회계법인의 실사결과에 따르면 2004. 3. 31 현재 합병대상법인이 보유중인 자산은 약 1조 2천억원이었으며, 총 자산 중 각 기관의 비중은 증권거래소 82.6%, 선물거래소 4.16%, 코스닥증권시장(주) 12.52%, 협회(코스닥위원회) 0.72%로 산정되어 각각의 회원 또는 주주는 각각의 합병대상법인들에 출자 또는 보유주식수의 비율대로 합병신주를 배정받을 수 있도록 하였다.

합병신주의 귀속과 관련하여 코스닥위원회의 분할대가로 협회가 받게 되는 합병신주는 협회에 귀속하도록 하는 물적분할방식을 택하였고²⁷⁾ 본점을 부산광역시에 두고²⁸⁾ 설립시에 발행하는 주식은 액면가 5천원에 기명식보통주식 2천만주로서 자본금은 1천억원으로 하였다. 합병에 반대하여 회원탈퇴나 주식매수청구권 행사가 있는 경우, 합병승인총회 직전에 순자산공정가액을 재산정하여 배정내역을 확정하도록 하고, 증권거래소, 선물거래소, 코스닥증권은 합병기일(8. 31) 현재의 일체의 자산, 부채를 이전(협회의 경우에는 코스닥위원회 부분에 해당되는 자산과 부채를 이전)하며, 증권업협회의 경우, 합병기일 이전의 행위 또는 사실로 인해 발생하는 우발채무·우발채권 등에 대해서는 그 원인이 되는 행위 또는 사실이 시장운영부분과 관련되면 신설회사에, 확정하기 어려운 경우에는 분할되는 순자산가액의 비율로 각각 귀속하도록 규정하였다. 합병비용은 증권거래소 50%, 선물거래소 25%, 코스닥증권 12.5%, 협회12.5%로 분담도록 하였다.

2. 실무상 제기된 쟁점

한국증권선물거래소법은 특별법으로서 회사조직이 아닌 사단법인과 상법상의 회사에게 분할과 합병이라는 두 가지의 절차를 동시에 규정하면서도 상법상으로도 애매한 합병기일이나 분할합병기일의 효과에 관하여 명확한 규정을 두지 않거나 상법의 규정을 그대로 준용함으로써 합병대상법인 특히 분할되는 협회와 관련하여 발생한 실무상의 어려운 문제, 즉 합병(분할)기일과 합병(분할)등기일간의 기간이 길어질 경우에 분할당사자인 협회와 신설거래소간의 설립비용분담 또는 코스닥위원회라는 피분할조직의 운영경비부담의 주체 등의 문제를 효과적으로 해결하는 데 어려움이 있었다.²⁹⁾

(1) 합병비용 등의 분담주체

합병계약서에 따라 거래소 설립에 필요한 합병비용³⁰⁾은 합병대상법인이 분담하도록 하고 있으며, 협회분담부분은 구 증권거래법 제172조의4³¹⁾에 의하여 구분계리된 코스닥위원회의 계정에서 지출되었다. 그러나 코스닥시장의 지속적인 침체로 추가적인 합병비용분담이 어려워지자 이 합병비용의 분담의 주체를 둘러싸고 문제가 제기되었다.³²⁾

아울러 합병비용의 분담부분 외에도 합병기일 이후 코스닥위원회의 수입이 부족하여 경상운영경비가 부족하게 될 경우 그 부족분을 누가 부담하여야 하는가 하는 문제가 동시에 논의되었다.³³⁾

(2) 쟁점사항의 발생원인

1) 관련 법률의 애매한 태도

한국증권선물거래소법은 신설거래소의 설립방식에 대하여 상법상의 신설분할합병방식과 상당부분 유사하지만, 구체적인 설립방식이나 설립절차에 대하여는 상법에서 규정하는 일부는 수용하고, 일부는 간과하는 등 애매한 태도를 보이고 있다. 예컨대 합병계약서의 기재사항 중 신설분할합병이라면 분할합병을 할 날을 기재하고, 신설합병이라면 합병을 할 날을 기재하도록 상법은 규정하고 있으나(상법 제527조 또는 제530조의6), 한국증권선물거래소법은 협회의 코스닥위원회를 분할한다고 규정하면서도 합병계약서의 기재사항은 신설합병과 마찬가지로 합병을 할 날을 기재하도록 하여 모순을 보여주고 있다(동법 부칙 제4조 제2항 제8호). 물론 설립절차의 간소화측면에서 이해가 될 수 있으나, 이러한 간소화를 위한 입법기술의 방법은 법률상의 정확한 규정이나 일관된 체계를 유지하면서 이루어져야 할 것이다.³⁴⁾

상법 또한 분할합병기일과 관련한 효과에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않기는 마찬가지이다. 즉, 상법은 분할합병기일의 법률적 효과에 관하여 합병공시의 기준일(상법 제530조의7) 정도로만 규정하고 있고 당사자간 자율적 합병계약서상의 기재사항에 맡기고 있다.

2) 이해당자자간의 이익충돌

상법이 합병계약서상의 자율적 합의에 일임하는 주요사항 중 합병당사자가 합병계약서에 예측가능한 것이면 계약서에 반영할 수 있으나 예측할 수 없는 것인 경우에는 통상의 합병계약서상의 선관주의의무에 기초하여 해결하고자 시도할 것이다. 그러나 선관주의의무의 그 적용범위 및 구속력에 관하여 한계가 있다. 일반적으로 회사의 분할인 경우 합병과 유사한 절차를 거치지만, 각 당사자 중 합병당사자와 분할당사자간의 내심적 의사는 다를 수 있기 때문이다. 왜냐하면, 합병만의 경우 각 합병당사자는 동일한 합병의 의사를 가지고 있을 것이나, 분할과 합병이 여러 당사자 사이에 있는 경우 분할당사자는 수익성이 저하되는 사업부분을 분할하여 매각할 수도 있기 때문에 합병당사자만의 합병기일에서의 계산 및 비용부담 등과는 다른 입장이 있을 수 있다. 이러한 경우에 분할당사자는 합병기일 또는 분할합병기일 이후에는 가급적이면 분할한 조직과 단절을 필요로 하고, 따라서 조기에 계산을 확정하고자 할 것이다. 이러한 이해상충은 본 건 설립의 경우에도 분할법인과 합병법인간에 일부 발생하였다고 보여진다.

3. 분할합병기일과 소급계산

(1) 합병계약서의 기재사항 비교

1) 상법규정

상법 제530조의6 제2항은 분할되는 회사의 일부가 다른 회사 또는 다른 회사의 일부와 분할합병을 하여 회사를 설립하는 경우에는 분할합병계약서에 일정한 사항을 기재하여야 한다고 규정하고 있는바, 동 조항에 비추어보면 한국증권선물거래소를 설립하기 위해 분할되는

회사의 일부는 협회(코스닥위원회)이고 다른 회사는 여타 합병대상법인이라고 하여야 할 것이다. 이러한 사항을 열거하면 ① 설립되는 회사의 상호, 목적, 본점의 소재지 및 공고의 방법, ② 설립되는 회사가 발행할 주식의 총수 및 1주의 금액, ③ 설립되는 회사의 자본과 준비금에 관한 사항, ④ 설립되는 회사에 이전될 재산과 그 가액, ⑤ 분할합병 후 채무에 관한 사항, ⑥ 설립되는 회사의 이사와 감사를 정한 경우에는 그 성명과 주민등록번호, ⑦ 설립되는 회사의 정관에 기재할 그 밖의 사항, ⑧ 설립되는 회사가 분할합병을 함에 있어서 발행하는 주식의 총수, 종류 및 종류별 주식의 수, ⑨ 각 회사의 주주에 대한 주식의 배정에 관한 사항과 배정에 따른 주식의 병합 또는 분할을 하는 경우에는 그 규정, ⑩ 각 회사가 설립되는 회사에 이전할 재산과 그 가액, ⑪ 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정, ⑫ 각 회사에서 제530조의3 제2항의 결의(분할합병승인)를 할 주주총회의 기일, ⑬ 분할합병을 할 날이다.

2) 한국증권선물거래소법

한국증권선물거래소법은 부칙 제4조에서 합병계약서에 기재할 사항을 규정하고 있다. 그 내용은 ① 거래소의 명칭 또는 상호·목적·본점의 소재지, ② 거래소가 발행할 주식의 총수 및 1주의 금액, ③ 거래소의 자본금과 준비금에 관한 사항, ④ 거래소가 합병당시에 발행하는 주식의 총수·종류, 종류별 주식의 수 및 주식의 배정에 관한 사항, ⑤ 각 합병대상법인이 거래소에 이전할 재산과 그 가액, ⑥ 합병대상법인의 회원 등에게 지급할 금전을 정한 때에는 그 규정, ⑦ 합병의 승인결의를 할 회원총회 및 주주총회의 기일, ⑧ 합병을 할 날, ⑨ 그 밖에 합병에 관하여 필요한 사항 등을 규정하고 있으나 위의 ③과 ⑤는 상법상의 분할합병 계약서의 기재사항이어서 동 법률의 규정이 의도하는 신설거래소의 설립형태가 무엇인지 다소 혼동스럽다.³⁵⁾

(2) 분할합병기일의 의의 및 효과

1) 분할합병기일의 의의

(가) 상법규정

분할합병기일 또는 합병기일에 관하여 상법에 정의규정이 없음은 물론이고 그 효과도 극히 제한적으로 규정하고 있을 뿐이다. 합병기일 또는 분할합병기일은 회계적 측면에서, 즉 실무상 필요에 의하여 도입된 개념이기 때문이라고 생각된다.

(나) 회계준칙

1998년 4월 1일에 증권선물위원회가 제정한 합병회계준칙 제3조 및 제4조는 합병기일을 「합병이 실질적으로 실행되어 피합병회사의 자산 및 부채와 권리 및 의무가 합병회사에 승계되고 합병대가가 확정되어 합병거래가 사실상 완료된 날」을 말한다고 규정하고 합병회계 처리의 기준일을 합병기일로 한다고 규정하고 있다. 따라서 합병을 하는 합병회사 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사는 합병기일을 기준으로 대차대조표(실무상 이를 개시대차대조표라 한다)를 작성하도록 하였다. 합병회계처리준칙을 대체하는 1999년의 기업인수·합병 등에 관한 회계처리준칙 3.에서 종전의 합병기일대신 매수일이란 개념을 도입하여 「“매수일”이란 피매수회사의 순자산 및 영업활동을 지배하게 된 날을 말한다. 즉 피매수회사의 순자산 및 영업활동이 매수회사로 이전되고 매수인가가 확정되어 기업결합이 사실상 완료된 날을 말한다」고 정의한다.³⁶⁾ 아울러 1999년 4월에 기업회계기준에 관한 해석 49-55(분할·분할합병에 관한 회계처리)에서 「분할합병이란 기업인수·합병 등에 관한 회계처리준칙의 매수일을 말한다」고 하여 합병기일과 분할합병일을 회계상으로는 매수일의 개념으로 처리하고 있다.

(다) 회계기준과 상법의 관계

일반적으로 기업회계기준은 상법의 특별법적인 지위에 있다고 이해되고 있다.³⁷⁾ 따라서 상법보다 우선하여 적용된다.³⁸⁾ 그러므로 일응 합병기일 또는 분할합병기일과 관련된 계산상의 문제는 기업회계기준이 우선적으로 적용된다고 볼 수 있다. 다만 회계기준이 상법상의 계산규정에 대하여만 우선적 적용이 있다고 좁게 해석하여야 할지 아니면 여타의 해석이 필요한 부분까지 널리 우선 적용하여야 할지는 이론이 있을 수 있다. 예컨대 금융감독위원회에서 회계기준에 대한 유권해석을 하고 있는데, 합병기일의 정의에 관하여 동 기관의 해석이 동일한 사항의 법적용에 구속력을 가질 수 있는가는 의문이다. 다만, 회계기준은 상법의 계산규정에 대해서만 적용된다고 보는 경우에도 그러한 계산규정과 관련된 용어 등의 정의, 원용현황 등을 고려하여 상법의 보충규정으로 이해될 수 있을 것이며, 이러한 관점에서 상법의 합병기일 등의 규정은 실무에서 이루어지는 관행을 법률에 반영하였다고 보여지고, 이러한 실무에서의 관행 또는 확립된 원칙은 법률의 해석에서도 고려되어야 한다고 볼 때에 합병기일에 관한 법률상의 의미는 회계상의 정의나 관행에 기초하여 규정할 수밖에 없을 것이다.

2) 분할합병기일의 효과

(가) 상법의 규정

상법상 합병을 한 날 또는 분할합병을 한 날이 공시의무의 기준점이 되기 때문에 1998년 개정시 「합병할 시기를 정한 때에는 그 규정」을 「합병을 할 날」이라고 규정함으로써 필요적 기재사항으로 변경하였다. 분할합병기일과 관련한 효과로서 상법 제530조의7은 분할대차대조표의 공시기준일을 분할등기일 또는 분할합병일로 하고 있다. 즉, 분할되는 회사는 그 분할에 관한 승인총회의 2주 전부터 분할등기일 또는 분할합병을 한 날 이후 6월간 공시하도록 규정하고 있다. 아울러 분할합병에 의하여 설립되는 회사는 당해 회사의 승인총회 2주 전부터 분할합병의 등기를 한 후 6월간 공시하도록 규정하고 있다. 이를 합병의 경우와 비교하여 보면, 사전적 공시기간으로서 제522조의2 제1항에서 합병승인주주총회 2주 전부터 합병기일 이후 6월이 경과하는 날까지이고, 사후적 공시는 제527조의6 제1항에서 합병에 관한 서류 기타사항을 합병을 한 날로부터 6개월간 공시하여야 한다고 규정하고 있다.

통상 일반 기업의 합병의 경우에 합병계약서의 필요적 기재사항인 합병기일은 ① 합병당사자의 물적·인적자산의 실질적 합체가 이루어지는 날, ② 합병으로 신설 또는 존속되는 회사의 신주(합병신주)의 인수인 결정의 기준일, ③ 합병의 효과로서 포괄승계되는 근로자가 확정되는 기준일정도의 의미로 이해될 수 있다.³⁹⁾ 합병기일에 발생하는 이러한 효과는 합병등기시에 확정적으로 성립·이전·승계된다. 상법상 합병기일은 일반적으로 합병신주의 배정일과 같은 날로 하는 것이 일반적이나, 신주발행의 경우 납입기일과 배정일이 다른 것과 마찬가지로 달리하여도 무방하므로⁴⁰⁾ 합병기일의 효과가 합병신주의 구체적 수량을 배정받는 날이라기보다는 배정받을 권리를 가진 자(인수인)를 확정하는 날이 된다.

(나) 한국증권선물거래소법

한국증권선물거래소법은 부칙 제5조에서 합병대상법인의 공시의무를 규정하고 있는바, 그 내용은 상법규정과는 달리 합병승인총회의 1주 전부터 6월간 공시하여야 한다고 규정함으로써 기준일을 정하지 않고 사전적 공시 및 사후적 공시를 합산하여 규정하는 태도를 보이고 있다. 즉, 상법상의 합병기일의 공시기준일이라는 효과는 무시되고 있다. 동 규정은 금융산업의구조개선에관한법률의 제5조 제5항과 상법상의 6월간의 기간을 혼합한 것으로 보여진다.⁴¹⁾

(3) 분할합병기일(합병기일)과 상법상 소급계산

상법상 회사의 분할합병 또는 분할과 관련하여 회계기준이 의미하는 정의를 준용한다는 것은 상법상 계산규정에 회계규정의 소급적 계산규정이 수용되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 소급계산은 분할합병을 할 날 또는 합병기일에 각 당사자는 대차대조표를 작성하여야 하므로 필연적으로 합병기일 또는 분할합병기일 이후에 그 행위가 이루어질 것이고, 이러한 회계상의 기준이 상법에 그대로 수용될 수 있는 것인가 하는 문제가 해결되어야 할 것이다.

1) 상법규정과 소급계산 적용에 관한 논의

상법이 소급적 계산규정을 마련하고 있지 않고 있다고 보는 견해에서는 분할합병을 할 날을 분할기일로 볼 수 없으며 분할의 효력발생일로 보아야 한다고 하며, 다른 측면에서는 합병에서의 합병을 할 날이 합병기일과 같듯이 분할합병에서는 분할기일을 분할합병을 할 날로 보고 분할의 효력발생일인 분할합병등기일과는 다르다고 보는 견해도 있다.⁴²⁾

2) 사 건

상법 제530조의8은 「분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 분할합병의 상대방 회사가 영업권을 취득한 경우에는 그 취득가액을 대차대조표의 자산의 부에 계상할 수 있다. 이 경우에는 설립등기 또는 분할합병의 등기를 한 후 5년 내의 매 결산기에 균등액 이상을 상각하여야 한다」 고 규정하고 있으므로 분할합병의 경우 소급계산규정의 근거로 해석할 수 있다. 왜냐하면 대차대조표 작성시점이 대차대조표에 계상할 시기이고 그 시기는 취득시점의 이후일 것이기 때문이다.

다만, 합병과 관련하여 합병기일과 합병등기일 사이에 발생하는 문제들에 대해 기업회계기준상의 매수법에 의한 매수일을 상법상의 합병시 합병기일과 관련한 계산규정에 적용하는 것이 일반화될 수 있는가 하는 점은 상법 제29조 제2항의 일반적으로 인정되는 공정·타당한 관행에 해당되는가 하는 문제로서 추가적인 논의가 필요하다고 본다. 그러나 일응 생각하면, “공정·타당”하다는 측면에서 보면 회계기준의 법규성에 비추어보아 별 문제는 없을 것이나, “관행”의 측면에서는 이론이 있을 수 있다는 점에서, 즉 회계기준 등에 대한 승인권한이 있는 금감위 등이 국제화되고 있는 추세에 맞추어 변경하는 경우 그것이 관행으로 정착되었다고까지 일반적으로 할 수 있을지는 의문이다. 다만, 「상업장부의 작성」에 관하여 공정타당한 관행이라는 점, 합병이나 분할합병의 경우에 현행 상법규정이 계산상의 문제를 해결할 수 없고, 이를 해결하는 기준이 회계기준에 의하여 제시되고 있는 점 등에 비추어 적극적으로 적용하여도 무방하다고 본다.

4. 문제의 해결

(1) 합병을 할 날=분할합병을 할 날: 계산상 소급

분할합병을 할 날을 분할기일로 보는 경우에는 계산을 소급하여 할 수 있기 때문에 상법에서 그 근거를 찾을 수 있다면 문제해결에 용이할 수 있다. 상법 제530조의7은 분할되는 회사는 분할등기를 한 날 또는 분할합병을 한 날 이후 6월간 공시의무를 부담하고, 합병의 경우에는 합병을 할 날(사전적 공시) 또는 합병을 한 날 이후(사후적 공시) 의무를 부담하므로, 단순분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 분할등기를 한 날=분할의 효력발생일(=분할기일)이 성립하고, 합병의 효력발생일=합병등기일이므로 합병의 효력발생일이 아닌 공시기준일인 합병기일은 단순분할에서의 분할기일과는 다르다.

따라서 분할합병에서는 분할합병을 할 날과 분할을 할 날(분할기일)이 다르고, 개념상으로는 분할합병을 할 날=합병을 할 날이라고 해석되어야 할 것이다. 합병기일이란 합병당사자간 합병의 대가가 지불되거나 지불이 보장되고 현실적으로 합병주체가 합병대상 재산에 지

배권을 행사할 수 있고 수익을 수취할 수 있게 되는 때라고 할 수 있으므로, 합병기일에 당사자가 실질적으로 합체하지만 법률적으로는 합체가 일어나지 않고 합병의 등기에 의한 합병의 효력발생을 조건으로 하는 합체이다.⁴³⁾ 따라서 분할합병기일이란 분할합병으로 설립될 주체가 분할 및 합병대상 재산에 대한 현실적 지배와 수익의 귀속이 가능하여지고, 분할된 회사는 분할의 대가로 지급받을 내용이 확정되는 날이 될 것이다.

(2) 합병비용 등의 분담주체

합병계약서상의 합병기일은 세분하여 보면, 협회의 측면에서는 분할합병기일을 의미하고, 신설거래소의 측면에서는 합병기일을 의미하게 될 것이다. 그러나 상법은 분할기일은 단순한 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에만 인정하는 개념이므로 본 신설거래소의 설립의 경우에는 분할기일이란 용어를 적용할 수 없다. 따라서 한국증권선물거래소법 및 합병계약서상의 합병기일은 분할합병을 할 날을 의미하는 것으로 이해되어야 한다. 이렇게 본다면, 합병비용의 분담 등에 관한 문제는 신설분할합병에 있어서 분할합병을 할 날로 계산을 소급할 수 있으나 하는 문제로 귀결될 것이다. 앞서 본 바와 같이 상법이 소급계산에 관한 규정을 두고 있는지의 여부에 관하여 견해가 일치되고 있지 않은 현실에서는 회계기준의 개념이나 공정타당한 회계관행을 준용하여 합병당사자간의 법적 안정을 피하여야 할 것이다. 그러므로 회계기준의 매수일의 정의에 따라 합병기일(분할합병을 할 날)에 사실상 분할되어 매매가 이루어진 것으로 보아야 한다.

V. 맺는 말

지금까지 한국증권선물거래소 설립을 위한 실무에 참여하면서 설립과정에서 이해가 대립되었던 몇 가지의 논점에 관하여 검토하였다. 우선, 한국증권선물거래소법이 헌법상 보장된 기본권 특히 재산권을 침해하고 있는지에 관하여 재산권의 성질상 제약이 가능하고 동 법률이 적정한 합병대가의 지급절차를 규정하고 있으며, 합병당사자들의 특수한 지위, 경제정책 관련 입법자의 광범위한 재량이 인정됨에 비추어 헌법에 위배되지 않는 것으로 이해하였다. 두 번째 합병관련 실무상의 문제가 되었던 합병기일의 법률적·회계적 의미가 상이하거나 규정이 없는 경우에 이해관계가 다른 당사자간의 이해를 해결할 수 있는 방안을 상법규정 및 회계기준 등을 통하여 살펴보았다. 상법에서 합병기일의 계산상의 소급효를 인정하는 규정이 없다고 하는 경우에 합병기일과 합병효력발생일간의 기간이 길어지고 그 사이에 여러 가지의 문제가 발생하는 경우에 합병계약서상에 이를 정하지 않으면 해결하기 어렵다는 부당한 결론에 이르게 될 위험이 있다. 비록 제3자적 관계에서 등기가 없으면 대항할 수 없고, 법인격이 바탕이 되어 행사할 행위의 효력이 문제가 될 수 있지만, 계산상의 문제는 합병의 효력발생일인 합병등기일과는 달리 적용되어야 한다는 것을 검토하였다.

한국증권선물거래소법은 유례가 없는 입법이라는 점에서 주목할 만하지만, 그 제정과정에서의 면밀한 검토 등이 미흡하지 않았나 하는 아쉬움이 남는다. 하지만, 앞으로의 다수당사자가 관계되는 신설분할합병이나 공적 성격을 가진 특수한 법인간의 분할합병 등에 좋은 선례가 되리라고 본다.

참고문헌

- 권수철·김수삼, “법인의 기본권에 관한 연구—법인의 통·폐합과 관련된 사항을 중심으로,” 『법제개선연구』, 제7집, 법제처, 2001.
권영성, 『헌법학원론』, 신관, 법문사, 1999.

김건식·박정훈·이창희, 『기업회계기준의 법적 지위에 대한 의견』, 한국회계연구원, 2003.
 김성호, “상법상 회사분할과 계산,” 『상사법연구』, 제21호, 한국상사법학회, 2003.
 이덕연, “『補償없는 財産權制限의 限界』와 『國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議』,”
 한국공법학회 연구용역자료, 헌법재판소, 1997.
 이준봉, 『상법상 계산규정과 기업회계기준 사이의 모순 및 조정방안』, 한국증권법학회,
 2003.
 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형,” 『공법연구』, 제29집 제1호,
 한국공법학회, 2000.
 이철송, 『회사법강의』, 제12판, 박영사, 2005.
 정동윤, 『회사법』, 제7판, 법문사, 2003.
 최기원, 『신회사법론』, 제9대정증보판, 박영사, 1999.
 최성근, “증권·선물거래소 통합의 입법과 과제,” 『증권법연구』, 제5권 제1호, 한국증권법학
 회, 2004.
 The Korean Journal of Securities Law, Vol. 6, No. 1, 2005

Finding Solutions about some controversial problems
 incorporating the Korea Exchange

in

Shin, Yong-Jin

ABSTRACT

The effect of consolidation or division & consolidation among contracting parties is accomplished by the end of relating process, including final establishment registration process.

But in the agreement of the consolidation or division & consolidation contract, contracting parties must specify certain date in future for eliminating uncertainty on maintaining the contract and difficulties in accounting problems.(company law §524, §530VI②)

That agreed date may be called ?onsolidation date or division & consolidation date? Contracting parties must transfer all or agreed part of their assets to new incorporating company by that date. Thus, it is true that new company can get legality by the end of consolidation registration or division & consolidation registration, but new company can act practically at that date in some area, specially in accounting procedure.(new company describe Balance Sheet after that date)

1) But our company law does not clarify the definition of ?onsolidation or division & consolidation date? While incorporating the Korea Exchange, consolidated parties and dividend & consolidated party(KSDA) were confronted with problem who is responsible

for paying consolidation costs after that date.

Simultaneously, it was criticised that the Act enacted 2004, for the purpose of incorporating the Korea Exchange by the way of dividing KSDA & consolidating KSE(stock exchange), KOFEX(futures exchange), Kosdaq Securities Market Company) restricts the contracting parties' private property rights which is warranted by Constitutional Rights.

In this article, in spite of uncertain definition on division & consolidation date, I conclude that the incorporating new company is responsible for paying consolidation cost after that agreed date. The Act has some risky provisions to restrict private property rights, but that reason cannot repeal the Act because the contracting parties have private and public status. Therefore, the contracting parties' private rights can be highly restricted to pure private legal entity owing to their public status.

Key word : consolidation date, consolidation agreement, Constitutional Rights, the Korea Exchange Act, the Korea Exchange

* 본 논문은 필자가 한국증권선물거래소 설립준비반에 참여하면서 법무법인 광장의 김현태·남형두·박영옥·윤용준 변호사와 법무법인 화우의 김재영 변호사, 법무법인 지평의 황승화 변호사와의 자문과 토론내용을 토대로 하고 있음을 밝혀두며 유익한 논의에 감사를 드린다. 아울러 설립실무에 1년여의 기간 동안 고생하신 실무반 동료분들께도 수고에 대한 위로의 말씀을 전한다.

1) 이 과정에서 자산평가의 방법에 대하여 합병당사법인간의 이견이 있었는바, 선물거래소는 우리나라 선물시장의 성장성을 반영한 평가방법에 의하여 평가가 이루어져야 한다는 회원들의 의견을 강력하게 주장하였으나 여타 합병당사법인의 동의를 이끌어 내지 못함으로써 선물거래소의 미래가치는 반영되지 않았고, 자산의 장부가액평가보다는 다소 객관적이라 할 수 있는 순자산공정가액법에 의하게 되었다.

2) 축협 등의 통·폐합과 관련된 헌재 2000. 6. 1, 99헌마553 참조.

3) 현물시장과 선물시장의 통합에 관한 경제정책적 효과에 관한 논의는 본고의 범위를 넘는 것이어서 논외로 한다.

4) 1986년 중소기업 등 주식장외시장의 활성화방안에 따라 증권업협회가 장외시장(점두거래시장)을 개설하여 운영하였고, 1987년에 주식장외시장을 개설하였고, 1996년에 중개회사의 설립이 증권거래법 시행령 제14조에 의하여 증권협회의 자회사형태로 자본금 10억원 이상의 증권회사형태로 설립되었으며 초기의 명칭은 코스닥증권거래(주)로 하였다.

5) 한국증권선물거래소의 공공성을 담보하기 위한 장치로는 이외에도 이사장 등 선임에 있어서 재경부장관 등의 해임요구권(법 제8조 제4항), 최대보유비율의 상한선(5%) 설정 및 매각명령(법 제21조) 등을 들 수 있다.

6) 한국증권선물거래소법의 입법과정과 그에 관한 개괄적 문제점의 지적으로는 최성근, "증권·선물거래소 통합의 입법과 과제," 『증권법연구』, 제5권 제1호(한국증권법학회, 2004).

7) 실제로 동 법률의 제정(안)의 입법예고 후 이해당사자들에게 의견을 구하였는바, 일부

기관이 수정의견을 제안하면서 그 근거를 상법상의 신설분할합병의 구조에서 구한 바 있다.

8) 조세특례제한법 제4조 제3항, 법인세법 제44조 등.

9) 2004. 1. 29 개정되기 전의 증권거래법을 말한다.

10) 권수철·김수삼, “법인의 기본권에 관한 연구—법인의 통·폐합과 관련된 사항을 중심으로,” 『법제개선연구』, 제7집(법제처, 2001), 3-43면.

11) 앞의 주 1) 참조. 통합과정에서 이러한 논의는 합병당사자뿐만이 아니라 관련 협회를 통하여도 제기된 바 있다. 다만, 일부 합병당사자는 회원사들의 이익과 합병당사자의 이익을 교량하여 적극적인 주장을 하지 않은 것으로 보인다.

12) 만약 이러한 경우가 발생된다면, 법률 제8조 제4항 및 제17조 제5항에 의하여 재경부장관 또는 금융감독위원회 위원장은 사후적으로 당사자의 해임권고를 할 수 있는 권한을 행사할 수 있다.

13) 권영성, 『헌법학원론』, 신판(법문사, 1999), 290-291면.

14) 헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 자주성, 대학의 자율성 보장에 관하여 서울대학교에 대하여 제한적으로 기본권주체성을 인정(1992. 10. 1, 92헌마68, 78(병합))하였으나, 1998. 3. 26, 96헌마345는 「기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 “수범자”이지 기본권의 주체로서 그 “소지자”가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다」고 하여 공법인의 기본권을 부정하였다.

15) 헌법재판소는 「우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(1991. 6. 3, 90헌마56)」거나 법인의 직업수행의 자유 또는 거주이전의 자유 등 기본권의 주체가 된다(1991. 3. 28, 90헌바42)고 보고 있다.

16) 동지, 권수철·김수삼, 전제논문, 11면.

17) 이른바 ‘지적소유권’에 속하는 저작권, 산업재산권 등의 정신적 재산권은 당연히 재산권에 속하는 것이지만 우리 헌법은 ‘학문과 예술의 자유’(제22조)와 연계하여 보호하고 있다.

18) 이덕연, “『補償없는 財産權制限의 限界』와 『國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議』,” 한국공법학회 연구용역자료(헌법재판소, 1997), 24-25면.

19) 코스닥위원회를 앞서 본 ‘자리잡힌 사업체’의 개념을 적용하면 위원회라는 조직 전체가 한 단위의 종합체로서 인식이 가능하고 독자적 경제적 기능을 가지고 있기 때문에 협회의 재산의 일부를 이룬다고 볼 수 있다. 아울러 경우 코스닥시장이라는 명칭에 대한 브랜드가치, 업무노하우에 대한 영업권 등을 별도의 가치평가대상으로 인식할 수 있으나, 개개의 구성요소별 구분보다는 전체를 하나의 재산적 가치를 가진 객체로 봄이 보다 더 타당하다.

20) 헌법재판소 판례(2000. 6. 1, 99헌마553)는 축협중앙회의 통폐합과 관련하여 「헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다. 축산업협동조합중앙회는 지역별·업종별 축산업협

동조합과 비교할 때 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만, 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없을 것이고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없으므로, 축산업협동조합중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다. 그러나 공법인적인 특성이 축산업협동조합중앙회가 가지는 기본권의 제약요소로 작용하는 것만은 이를 피할 수 없다고 할 것이다」고 판단하고 있다.

21) 우리 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 관한 ‘일반적 법률유보’의 규정으로 그 가운데 “법률로써”라는 문구는 기본권 제한의 형식적 정당화에 대한 요청을 명시적으로 근거짓는 규정으로 이해된다.

22) 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형,” 『공법연구』, 제29집 제1호(한국공법학회, 2000), 8-12면.

23) 이러한 규정형태는 증권협회의 경우에도 그대로 적용되어 증권거래법 제162조 제1항 및 제2항은 회원제 조직인 법인형태로 회원들이 설립을 의무화하고 있다.

24) 실제로 이러한 특수한 지위를 가지는 기관들은 경제정책관련 법률에 특히 많이 존재한다. 증권시장의 경우만 하더라도 예탁결제원(구 증권예탁원), 증권금융은 회사이면서 영리추구를 위한 업무를 수행하는 조직이지만 일정부분 공공적 기능을 하기도 하고, 금융업종관련 협회의 경우 대부분 개별법에 설립근거를 두고 법상 일정한 업무나 권한을 부여받고 있다(증권·은행·보험업종 가운데 은행법은 협회에 관한 설립근거규정을 가지고 있지 않다).

25) 그간 동 법률의 입법과정을 보면, 금융발전심의위원회(2003. 3. 17)에서는 지주회사방식의 거래소를 채택하였으나, 결국 주식회사형태의 단일거래소의 설립을 주요골자로 하는 증권시장 선진화방안을 확정발표하였고(2003. 5. 16), 정부, 학계, 증권선물업계 관계자들이 참여한 증권선물시장효율화방안을 위한 공청회(2003. 8. 20)를 개최, 동년 9월에 한국증권선물거래소법의 입법예고 및 국회 재경위에서의 공청회(2003. 11. 25)를 거쳐 2004년 1월 29일에 제정되었다. 이 과정에서 합병당사자는 물론이고, 합병당사자의 노동조합, 증권시장의 업무의 일부를 담당하는 증권예탁원, 증권전산, 심지어는 금융감독원의 노동조합까지 각자의 입장에서 유리한 주장을 하면서 커다란 우여곡절을 겪었고, 설립과정에서도 이러한 잡음 등이 지속되었다.

26) 한국증권선물거래소법은 부칙 제7조에서 합병에 반대하는 주주나 당사자는 합병승인총회 전에 이의를 제출하고 이러한 회원 또는 주주에 대하여 각 합병대상법인이 매수청구를 하도록 규정한다.

27) 이러한 물적분할방식을 택할 것인지 인적분할방식을 택할 것인지에 관하여 한국증권선물거래소법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하여 협회의 정관이나 설립취지 등을 감안하고 합병당사법인인 협회의 의견을 반영하여 합병계약의 내용이 결정되게 되었다.

28) 이는 법률 제4조 제3항의 규정을 계수한 것인데 이러한 본점소재지를 법률에 강제하는 것이 주식회사의 본질에 반하는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있으며, 특히 창립 당시 주주의 총수 중 1개 주주만이 서울 외에 소재하는 법인인바, 주주의 편익제고 등은 물론이고 회사운영의 비효율 등이 초래될 것은 분명해 보인다. 법률에 본점소재지를 명시하기보다는 정관작성시에 이를 반영하도록 하는 것이 입법기술상 타당하지 않았나 하는 사견이다.

29) 최기원, 『신회사법론』, 제9대정증보판(박영사, 1999), 920-921면; 여기에서는 합병기일과 동기일간의 간격이 길어질 경우에 복잡한 실무상의 문제가 발생될 것이므로 가능한 그 기간을 짧게 할 것을 지적하고 있다. 이러한 기간중에 발생하는 사항을 합병계약서에서

규정하면 될 것으로 보이거나 합병계약체결시 예상하지 못하거나, 법률에 의한 강제적 합병의 경우에 이해가 충돌하면 모든 것을 합병계약서에서 규정하는 것도 용이하지 않다.

30) 동법 부칙 제3조 제10항은 거래소 설립비용은 거래소가 부담한다고 규정하고 있으나, 합병계약서상의 합병에 소요되는 비용이 상법상의 설립비용의 범위 또는 개념과 같은지, 부칙의 설립비용이 상법상의 설립비용과 어떤 관계인지가 불명확하였다. 즉, 부칙의 설립비용은 상법상의 설립비용의 범위를 넘는 개업준비비까지를 포함하고 있으므로, 협회가 부담하여야 할 합병비용의 범위에 관한 의문도 제기된 바 있다.

31) 제172조의4(협회중개시장운영위원회 및 그 사무국의 예산 및 인사) ①협회는 협회중개시장운영위원회의 예산(그 사무국의 예산을 포함한다. 이하 같다)을 협회의 다른 예산과 구분하여야 한다. 이 경우 협회는 회비 그 밖의 협회중개시장의 운영과 관련한 수입 중 협회중개시장운영위원회운영규정에서 정하는 비율에 상당하는 금액을 협회중개시장운영위원회의 예산으로 계상하여야 한다. ②협회는 협회중개시장운영위원회 사무국 직원의 인사를 함에 있어서는 협회중개시장운영위원회의 위원장과 협의하여야 한다.

32) 협회의 입장은 합병비용 등 합병에 소요되는 일체의 비용은 합병기일을 기준으로 코스닥위원회가 분담하여야 하며 협회가 지원하는 경우에는 설립될 거래소가 설립 후 이에 대한 정산의무를 부담하여야 한다고 주장하였다. 이에 반하여 여타의 합병대상기관은 구분계리라는 회계처리방침은 내부적 관계에 불과할 뿐이며 합병계약의 당사자인 협회가 합병계약서상의 합병비용분담의무를 부담하며 정산의무도 없다는 입장을 취하였다.

33) 협회는 일관하여 합병기일 이후에는 협회로부터 분할되는 코스닥위원회는 인적·물적자산이 조직적 일체로서 설립될 거래소로 사실상 이전되었으므로 부담의무가 없고 이를 지원하는 경우에는 설립될 거래소가 추후 상환의무를 부담하여야 한다고 주장하였다. 이에 반하여 여타의 합병대상법인은 코스닥위원회의 운영을 위한 법률관계(계약상의 채무, 특히 근로계약상의 고용주의 지위 등)의 당사자는 협회이므로 협회가 그 부담주체가 되어야 한다고 주장하였다.

34) 즉, 합병계약서 기재사항을 규정하고 있는 동법 부칙 제4조에 제3항을 신설하여 「③ 전2항은 협회의 분할합병의 경우에 준용한다. 이 경우 전2항의 “합병계약서”는 “분할합병계약서”로, “합병의 승인결의”는 “분할합병의 승인결의”로, “합병을 할 날”은 “분할합병을 할 날”로 한다」고 하거나 아예 제4조를 분할합병계약서의 기재사항으로 하고 상법의 규정을 준용할 수 있을 것이다.

35) 상법 제524조에 따라 신설합병의 합병계약서에 기재할 사항을 열거해 보면 ① 설립되는 회사에 대하여 제289조 제1항 제1호 내지 제4호에 계기한 사항(변태설립사항)과 수종의 주식을 발행할 때에는 그 종류, 수와 본점소재지, ② 설립되는 회사가 합병당시에 발행하는 주식의 총수와 종류, 수 및 각 회사의 주주에 대한 주식의 배정에 관한 사항, ③ 설립되는 회사의 자본과 준비금의 총액, ④ 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정, ⑤ 각 회사에서 합병의 승인결의를 할 사원 또는 주주의 총회의 기일, ⑥ 합병을 할 날, ⑦ 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 또는 감사위원회의 위원을 정한 때에는 그 성명 및 주민등록번호.

36) 다만 (3-1)에서 「매수일이란 매수회사가 기업활동에서 생기는 효익을 획득하기 위하여 피매수회사의 재무·영업정책을 실질적으로 지배할 수 있게 된 날이다. 매수당사자의 권익을 보호하기 위해 필요한 모든 조건이 충족되기 전에는 매수회사가 피매수회사를 지배하는 것으로 볼 수 없다. 그러나 법적 절차의 종결이 매수회사가 피매수회사를 지배할 수 있

는 선결조건은 아니다」라고 하여 법률상의 상태보다는 사실상의 상태를 중시하고 있다.

37) 이준봉, 『상법상 계산규정과 기업회계기준 사이의 모순 및 조정방안』 (한국증권법학회, 2003), 28면; 김건식·박정훈·이창희, 『기업회계기준의 법적 지위에 대한 의견』 (한국회계연구원, 2003), 18-23면.

38) 정동윤, 『회사법』, 제7판(법문사, 2003), 585면.

39) 최기원, 전계서, 920면; 이철송, 『회사법강의』, 제12판(박영사, 2005), 838면 참조.

40) 정동윤, 전계서, 822면.

41) 금융산업구조개선에관한법률 제5조 ⑤金融機關이 合併하는 경우에는 商法 第522條의2 第1項의 規定에 불구하고 合併承認을 위한 株主總會日 7日전부터 合併을 하는 각 金融機關의 貸借對照表를 당해 金融機關의 本店에 비치할 수 있다.

42) 김성호, “상법상 회사분할과 계산,” 『상사법연구』, 제21호(한국상사법학회, 2003), 19면.

43) 정동윤, 전계서, 828면.