

## 제9장 회사의 자본조달

회사설립 후에 새로운 자금수요가 생기면 회사는 자기자본 또는 타인자본의 조달을 통해 자금의 필요성을 충족시킨다. 회사가 발행한 주식의 액면총액, 즉 주주가 회사운영을 위해 출자한 주식대금을 뜻하는 자본이 자기자본이고 제3자에게서 자금을 차용하는 것이 타인자본이다. 단기자금을 차용하는 경우도 있지만 장기의 자금을 일반대중으로부터 집단적·대량적으로 조달하기 위해서는 社債를 발행한다.

### 9-1. 신주발행

#### (1) 의의

회사성립후 회사의 자본조달을 목적으로 이사회결의로 수권자본의 범위내에서 미발행주식을 발행하는 것. 신주인수인이 주금을 납입하므로 회사의 재산이 증가한다.

#### (2) 신주인수권

##### 1) 의의

신주를 발행하는 경우에 다른 사람에 우선하여 신주를 인수할 수 있는 권리를 말한다(418). 기존주주의 이익보호와 회사의 자금조달의 기동성을 어떻게 조달하느냐에 따라 입법태도가 다르다.

i) 상법은 원칙적으로 주주의 신주인수권을 규정하고 있다(주주배정). ∴ 주주의 지배적 이익과 경제적 이익을 보호하기 위해.

ii) 예외적으로 정관에 규정함으로써 주주의 신주인수권을 제한하고 제3자에게 신주인수권을 부여하여 제3자배정하거나 신주인수권을 인정함이 없이 공중에게서 모집할 수 있다(420조 5호). 다만 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다.

단, 상장법인이 유상증자를 하는 경우에, 종업원이 소유하는 주식수가 발행주식 총수의 20/100이 될 때까지는 유상증자본의 20/100의 범위내에서 종업원(우리사주 조합원)이 우선적으로 신주배정을 받을 권리가 있다.

신주인수권은 양도가 가능한데, 정관 또는 이사회결의 (또는 주주총회의 결의)로 양도할 수 있다고 정한 경우에만 회사에 대해 유효하게 양도할 수 있다(416조 5호). 그리고 신주인수권의 양도는 신주인수권증서의 교부에 의해야만 한다(420조의 3). 신주인수권증서는 정관 또는

이사회 결의 (또는 주주총회 결의)로 신주인수권을 양도할 수 있다는 것을 정한 경우에 한해, ① 청구기간내에 주주의 청구가 있는 때에만 발행한다고 정한 경우에는 청구한 주주에게(416조 6호), ② 청구기간 등의 정함이 없는 경우에는 신주청약기일 2주간전에 모든 주주에게 발행해야 한다(420조의 2-1).

신주인수권증서의 교부가 아닌 다른 방법으로의 신주인수권양도(지명채권양도방법)와 정관 또는 이사회결의 (또는 주주총회결의)로 신주인수권의 양도를 정하지 않은 경우에는 신주인수권의 양도를 회사에 대항하지 못한다. 회사가 추인할 수 있는지는 문제된다.

### (3) 신주의 인수.배정.납입

신주인수권증서를 발행한 경우에는 신주인수권증서에 의하여, 신주인수권을 발행하지 않은 경우에는 주식청약서에 의해 신주인수의 청약을 한다(420, 420조의 4-1). 신주인수권증서를 상실한 자는 회사로부터 주식청약서를 교부받아 그것에 의해 주식의 청약을 할 수 있으나(420조의 4-2), 상실된 신주인수권증서에 의한 주식인수의 청약이 있으면 이것이 우선하고 주식청약서에 의한 청약은 효력을 잃는다.

신주인수권자에게는 당연히 신주를 배정해야 하고, 모집의 경우에는 회사에서 자유롭게 배정한다.

신주의 인수인은 납입기일에 그 인수가액의 전액을 납입하고(421), 현물출자를 하는 자는 납입기일에 지체없이 출자목적의 재산을 인도하고 권리의 설정 또는 이전에 등기나 등록을 요하는 경우에는 그 서류를 완비하여 교부해야 한다(425, 305-2, 306, 318).

신주인수인이 납입 또는 현물출자를 한 경우에는 납입기일의 다음날부터 주주가 된다(회사 설립시는 설립등기후에 주주가 된다). 그런데 이 경우 신주에 대한 이익이나 이자배당에 관하여는 정관이 정하는 바에 따라 그 청구를 한 때가 속하는 영업연도의 직전영업연도말에 주주가 되는 것으로 할 수 있다(423-1 2문). ∴ 이익이나 이자의 배당에 관하여는 정관규정에 의해 동액배당을 할 수도 있고 일할배당을 할 수도 있다.

납입기일까지 납입 또는 현물출자의 이행을 하지 않으면 그 인수인에게 배정된 신주는 당연히 실권되고(423-2, 실권주) 그 주식의 인수인은 회사에 대해 손해배상책임을 진다. 그러나 실제로는 청약시에 청약증거금을 납입하므로 납입문제는 발생하지 않는다.

### (4) 변경등기

신주발행의 효력이 생기면 발행주식총수, 주식의 종류와 수에 변경이 생기고, 자본이 증가하므로 소정의 기일내에 변경등기를 해야 한다(317-3, 183).

## (5) 이사의 자본충실책임

자본증가의 변경등기후에도 인수되지 않은 주식과 인수청약이 취소된 주식은 이사가 공동으로 인수한 것으로 본다(428). 인수한 주식에 대해서는 이사가 납입책임을 진다(333-1).

## 9-2. 社債발행

(1) 사채의 의의 - 주식회사가 일반 대중의 투자자로부터 비교적 장기의 자금을 집단적·대량적으로 조달하기 위하여 債券발행의 형식으로 부담하는 채무이다. 주식회사만 발행가능하고 유한회사는 발행할 수 없다(600조 2항, 604조 1항 단서).

### (2) 주식과의 차이점

- 1) 주식은 자기자본, 사채는 타인자본. 사채는 정해진 변제기에 변제해야 한다.
- 2) 주식은 회사의 이익있는 경우에만 이익배당, 사채는 이익유무와 관계없이 확정이자 지급
- 3) 주주는 주주총회에 참석해 의사결정할 권한있는 기관이지만 사채권자는 회사업무와는 관계없는 채권자.

⇒ 그러나 회사의 자금조달의 편의를 위해 주식과 사채는 서로 접근해 가고 있다.

- 주식의 사채화 : 무의결권주식, 상환주식
- 사채의 주식화 : 전환사채, 신주인수권부사채, 이익참가부사채

① 전환사채 - 일정한 기간에 주식으로 전환할 수 있는 권리가 인정된 사채.

② 신주인수권부사채 - 사채권자에게 신주인수권이 부여된 사채. 우리 상법상 원칙적으로 주주에게 신주인수권이 있는데, 신주인수권부사채권자에게는 신주인수권이 인정된다.

>전환사채와 신주인수권부사채의 소유자에게는 장래에 신주가 발행된다. 즉 전환사채와 신주인수권부사채는 잠재적 주식인 것이다. 그래서 상법은 전환사채와 신주인수권부사채를 발행하는 경우에도 신주의 발행과 마찬가지로 기존주주에게 우선인수권을 부여하고 있다. 따라서 전환사채와 신주인수권부사채를 주주 이외의 자에게 발행하는 경우에는 결과적으로 주주의 신주인수권이 침해되므로, 상법은 418조 2항 단서와 같이 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위한 필요성이 있어야 한다고 규정하고 있다(513조 3항 2문, 516조의 2 제4항 2문).

③ 이익참가부사채 - 사채이율에 따른 이자의 지급을 받는 외에 배당가능이익이 있는 경우에는 이익배당에도 참가할 수 있는 권리가 부여된 사채.

### (3) 사채의 종류

1) 기명사채 - 사채권에 사채권자의 성명이 기재. 회사는 社債原簿에 사채권자를 기록해야 한다(488). 기명사채의 양도는 양수인에게 사채를 교부하고 회사에게 사채원부에 명의개서할 것을 청구해야 한다(479-1).

2) 무기명사채 - 사채권에 사채권자의 성명이 미기재. 무기명사채의 양도는 양수인에게 사채교부하는 것으로 족하다.

⇒ 사채권자는 언제든지 양자간의 상호전환을 회사에 청구할 수 있다. 그러나 정관에 사채권을 기명식 또는 무기명식에 한할 것으로 정한 때에는 그렇지 않다(480). 실제로는 무기명사채권이 대부분이다.

#### (4) 사채의 모집

사채는 이사회결의로 발행한다(469).

사채총액은 최종의 대차대조표에 의하여 회사에 현존하는 순자산액의 4배를 초과하지 못한다(470조 1항). 회사는 전에 모집한 사채총액의 납입을 시킨 후가 아니면 다시 사채를 모집하지 못한다(471). 각 사채의 금액은 1만원 이상이어야 하고, 동종의 사채는 금액이 균일하여야 한다(472).

(5) 이자지급 - 사채에는 이자가 붙는데 기명사채의 경우는 사채원부에 기재된 사채권자에게 지급되고(488), 무기명사채의 경우는 利券소지인에게 이권과 교환으로 지급된다(486).

(6) 사채의 상환 - 사채의 상환은 사채권과 교환하여 한다. 상환금액은 사채권의 권면액이 보통이나 할증상환도 가능하다(473). 단 이 경우 할증액은 각 사채에 대하여 동률이어야 한다.

(7) 사채권자집회 - 사채권자의 이해에 중대한 관계있는 사항을 결의하는 회사 밖에 존재하는 임시기관.

## 제10장 회사의 합병

### (1) 의의

2개 이상의 회사가 상법의 규정에 의해 청산절차를 거치지 않고 합쳐짐으로써 1개 이상의 회사의 소멸과 권리의무의 포괄적 이전을 생기게 하는 회사법상의 제도이다. 흡수합병은 한 회사는 소멸하고 다른 한 회사는 존속하여 소멸한 회사를 흡수하는 것이고, 신설합병은 두 회사 모두 소멸하고 신회사가 설립하는 것이다. 우리 나라에서는 주로 흡수합병이 이루어지고 신설합병은 극히 드물다.

둘 이상의 회사를 하나로 합치는 경우에 법인의 원칙대로 하면 각각의 회사의 해산등기→청

산등기→새로운 회사의 설립등기를 해야 한다. 이러한 불편을 없애기 위해 회사법에서 합병제도를 창설하였다. 물론 영업양도의 방법도 있으나 불편하다.

## (2) 합병의 자유와 제한

회사는 합병할 수 있다(174-1). 그러나 i) 합병의 일방 또는 쌍방이 주식회사 또는 유한회사인 경우는 합병후 주식회사 또는 유한회사이어야 한다(174-2. ∴유한책임사원의 책임가중을 방지하기 위해). ii) 주식회사와 유한회사가 합병하여 주식회사가 되기 위하여는 법원의 인가가 필요하고(600-1. ∴주식회사 설립절차의 회피를 방지하기 위해), 유한회사가 되기 위하여는 주식회사의 사채를 상환한 후이어야 한다(600-2. ∴유한회사는 사채를 발행할 수 없기 때문). iii) 해산후의 회사는 존립중의 회사를 존속회사로 하는 경우에 한하여 합병을 할 수 있다(174-3).

## (3) 합병의 절차

1) 합병계약 - 양 회사의 대표기관이 합병계약서를 작성하여 교환한다.

2) 합병대차대조표의 공시(522조의 2, 603) - 주식·유한회사는 합병결의를 위한 총회의 2주간 전부터 합병대차대조표를 작성해 공시해야 한다. 인적회사는 소수의 출자사원에 의해 설립된 회사이므로 합병대차대조표 작성 안해도 합병의 부인에 대한 판단이 가능하다고 보아 합병대차대조표의 공시규정을 두고 있지 않다.

3) 합병결의 - 인적회사는 총사원의 동의를 얻어야 하고(230, 269), 물적회사는 사원총회의 특별결의를 얻어야 한다(522-3, 598).

주식회사의 경우 합병으로 인해 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 되는 경우에는 그 종류주주총회의 결의를 얻어야 하고(436), 합병을 반대하는 주주에게는 주식매수청구권이 주어진다(530).

4) 채권자의 이익(232) - 회사는 합병의 결의가 있는 날로부터 2주간내에 2월이상의 기간을 정하여 회사채권자에게 이익이 있으면 제출할 것을 공고하거나 알고 있는 채권자에 대하여는 각별로 이를 최고하여야 한다. 이익을 제출한 채권자에게는 변제하거나 상당한 담보를 제공하거나 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다. 채권자가 위 기간내에 이익을 제출하지 않은 때에는 합병을 승인한 것으로 본다.

5) 신설합병의 경우 설립위원 선임(175) - 신설합병의 경우에는 합병결의와 동일한 방법으로 각 회사에서 설립위원을 선임해야 하고, 정관작성 기타 설립행위는 이 설립위원이 공동으로 해야 한다.

6) 기타 - 존속회사나 신설회사가 자본회사인 경우에, 흡수합병의 경우에는 이사가 보고총회를 소집하여 합병사항을 보고해야 한다(526, 603). 그러나 이사회는 공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다. 신설합병의 경우에는 설립위원이 창립총회를 소집하여 필요사항을 결의해야 한다(527). 인적회사는 총사원 동의로 합병하므로 굳이 보고하지 않아도 된다.

7) 합병등기(233, 269, 528, 602) - 위의 절차가 끝난 후 존속회사는 변경등기, 신설회사는 설립등기, 소멸회사는 해산등기를 해야 한다.

#### (4) 합병의 효과

- 1) 신설회사의 신설, 존속회사의 정관변경, 소멸회사의 소멸(청산절차 없이 소멸)
- 2) 권리의무의 포괄적 이전 - 동산·부동산·유가증권은 인도·등기·교부 없어도 권리이전의 효력이 생긴다.
- 3) 소멸회사 사원은 존속회사 또는 신설회사의 사원이 되는 것이 원칙이다. 즉, 신주를 발행한다(523-3, 524-1). 그러나 합병교부금을 지급받는 일도 있다.
- 4) 소송법상의 효과 - 소송당사자인 법인이 합병으로 인해 소멸한 경우에는 소송절차가 중단되고 존속법인 또는 신설법인이 소송절차를 계수해야 한다(민소 212-1).