자기주식 관련 법규해설 (I) : 자기주식의 보유 · 처분의 자유와 효용의 확대

– 법무법인 세종 석좌교수 이철송 –

I. 자기주식의 규제완화

회사가 자기주식을 취득하면 유동자산이 감소되고, 경영진에 의해 불건전한 목적으로 남용될 소지도 있어 회사법상 전통적인 규제대상이었습니다. 그러나 자기주식은 회사의 재무관리를 유연하게 할 뿐 아니라, 주가의 관리나 경영권의 방어에도 활용될 수 있는 등 그 효용이 뛰어나므로 경영자의 입장에서 강한 유혹을 느끼는 거래입니다. 자기주식의 폐단은 법적 관리를 통해 예방이 불가능한 것은 아니므로, 기업계의 희망을 받아들여 1994년 이래 구 증권거래법에서는 자기주식의 취득을 폭넓게 허용해 왔고, 상법에서도 2011년 개정을 통해 배당가능이익의 범위에서 자기주식의 취득을 허용하기에 이르렀습니다. 입법정책의 대전환이라 할 만한데, 동시에 주목할 만한 일은 자기주식의 보유와 처분을 자유롭게 한 것입니다. 또 회사가 각종 자본거래에서 자기주식을 대가로 활용할 수 있게 함으로써 자기주식의 효용을 높혀 왔습니다. 2015년 말의 상법개정에서는 합병, 분할, 주식교환 등의 조직개편에서 조직개편의 대가를 자기주식으로 지급할 수 있도록 하였으므로 자기주식의 효용은 더욱 커졌습니다. 한편 자기주식이 경영권방어에 활용될 수 있다면 공격자의 입장에서는 반대의 이해를 갖게 되므로 자기주식의 활용에 대한 법적 다툼이 회사법학의 중요한 과제로 등장하였습니다. 이글에서는 상법상 허용되는 자기주식의 보유, 처분, 활용범위를 살펴보고 종종 벌어지는 자기주식에 관한 다툼의 본질이 무엇인지도 검토해 보기로 하겠습니다.

II. 자기주식 보유의 자유

1) 2011년 개정전 상법에서는 자기주식의 취득은 원칙적으로 금지하고, 합병이나 영업양도 등 회사의 조직법적 거래에 부수하여 파생적으로 일어나는 불가피한 비자발적 취득만 허용하였습니다(이를 "특정목적에 의한 취득"이라고 부릅니다. 상법 제341조의2). 지금도 배당가능이익에 의하지 않는 취득은 이러한 경우에만 허용됩니다. 이같이 개정전 상법하에서의 자기주식은 불가피하게 생긴 예외적 현상이므로 속히 해소해야 한다는 생각에서 지체없이 처분하도록 하였습니다(2011년 개정전 상법 제342조).

2) 그러나 상법개정에 의해 자기주식의 취득은 통상적인 재무활동이 되었으므로 조속한 처분을 독려하는 것이 오히려 불합리한 규제가 되었습니다. 그러므로 상법에서 자기주식은 취득후 지체없이 처분하라는 규정을 삭제하였습니다. 이로

인해 자기주식은 항구적인 보유가 가능해졌습니다.

배당가능이익의 범위에서 취득한다는 것은 배당가능이익을 사용하여 취득하라는 의미로 풀이해야 하지만, 이는 취득시의 제한에 그치고, 배당가능이익을 사용하여 취득한 후에는 배당가능이익이 소진되고 설령 결손이 난다 해도 자기주식을 처분할 의무는 없습니다.

3) 배당가능이익에 의한 취득뿐만이 아니라 특정목적에 의해 취득한 자기주식(상법 제341조의2에 의한 취득) 역시 보유기간에 제한이 없습니다. 일단 취득이 이루어진 이상 취득재원에 의해 보유를 차별하는 것은 무의미하기 때문입니다.

III. 자기주식의 처분의 자유

상법은 자기주식의 보유를 자유롭게 허용할 뿐 아니라, 회사의 필요에 따라 이사회의 결의로 자기주식을 자유롭게 처분할 수 있게 하였습니다(상법 제342조)(이 규정은 자기주식과 관련하여 매우 중요한 뜻을 가지므로 뒤에 다시 상세히 설명합니다). 자기주식의 「처분」이란 자기주식을 타인에게 이전하거나 타인을 위한 권리를 설정하는 행위를 말합니다. 매매, 교환, 대물변제와 같은 유상의 권리이전, 질권설정, 신탁과 같은 권리설정도 포함합니다. 회사의 영리성의 관점에서 합리성이 인정된다면 무상의 처분(증여)도 제342조의 처분이 될 수 있습니다(예: 자기주식을 공익단체에 기부하는 것). 상법 제342조의 규정에 의해 자기주식은 별다른 용도의 제한이 없이 회사가 처분, 사용할 수 있지만, 상법은 자기주식을 특정한 자본거래의 대가로 활용할 수 있는 길을 열어 놓았습니다. 어느 부분에서는 명문으로 자기주식을 대가로 할 수 있음을 규정하였지만, 어느 부분에서는 법문의 당연한 해석으로 허용되기도 합니다.

1. 활용범위

1) 상환주식의 상환수단

회사가 상환주식을 발행하고 상환할 때, 2011년 이전에는 상환수단을 명문으로 정하지 않았으므로 금전으로만 상환할 수 있다고 해석하였으나, 개정법에서는 현금외의 유가증권 기타 재산으로도 상환할 수 있도록 하였습니다(상법 제345조 제4항). 이 「유가증권 기타 자산」에서 회사가 보유하는 자기주식을 제외할 이유가 없으므로 회사는 자기주식으로 상환할 수도 있다고 해석됩니다. 그런데 회사가 상환주식을 다른 종류주식으로 상환하는 것은 허용되지 않으므로(동조항), 자기주식이 보통주식일 경우에 한해 상환수단으로 쓸 수 있습니다. 자기주식의 처분은 이사회의 결의가 있어야 하므로 자기주식을 상환수단으로 사용하는 것도 당연히 이사회결의를 요하지만, 이는 동시에 상환주식의 상환방법이므로 상환가액, 상환기간 등 다른 상환조건과 함께 정관에 정하여야 합니다(상법 제345조 제1항).

2) 이익배당의 지급수단

상법은 이익배당을 금전이외의 재산으로 할 수 있다고 규정하는데(상법 제462조의4 제1항), 이 「금전이외의 재산」에는 회사가 보유하는 자기주식도 포함된다고 보아야 하므로 이익배당을 자기주식으로 할 수도 있습니다. 이를 위해서는 미리 정관에 규정을 두어야 합니다(동조항). 자기주식으로 배당을 하는 것도 자기주식의 처분이므로 상법 제342조에 의해 이사회의 결의를 요하지만, 특정연도에 배당을 함에 있어 자기주식에 의한 배당을 포함하여 현물배당을 하기 위해서는 배당을 결의하는 주주총회(이사회가 결정하는 회사의 경우에는 이사회)에서 자기주식으로 현물배당을 한다는 뜻을 결의하여야 합니다.

3) 종류사채 및 상환사채의 상환수단

상법은 주주 아닌 자에게 자기주식으로 교환하는 교환사채를 발행하거나, 주주 아닌 자에게 자기주식으로 상환하는 상환사채를 발행할 때에는 사채를 발행할 상대방에 관하여 정관에 규정이 없으면 이사회가 결정한다고 규정하는데(상법시행령 제22조 제2항, 제23조 제2항), 이는 자기주식으로 사채를 교환 또는 상환할 수 있음을 전제로 한 것입니다. 어차피 교환사채와 상환사채는 이사회의 결의로 정하므로(상법시행령 제22조 제1항, 제23조 제1항) 자기주식으로 교환, 상환하는 교환사채나 상환사채를 발행할 상대방을 정관의 규정 또는 이사회의 결의로 정하라는 것은 별 의미를 갖지 못합니다. 그럼에도 불구하고 이같은 규정을 둔 이유는, 주주 아닌 자에게 자기주식으로 교환, 상환하면 주주들의 지분율에 변동이 생기는 중요한 사안임을 의식은 하되, 상법 제342조에서 자기주식의 처분은 일반적으로 이사회의 결의로 할 수 있다고 한 것과 균형을 맞추기 위한 것입니다.

4) 합병 등 조직개편의 대가

2015년 개정상법에서는 합병, 분할, 주식의 포괄적교환·이전과 같은 조직개편에서의 대가를 유연화하면서 일부의 경우 자기주식을 활용하는 것을 허용하였습니다. 구체적으로는 흡수합병시에 존속회사가 소멸회사의 주주에게 합병대가를 자기주식으로 교부할 수 있게 하고(상법 제523조 제3호), 분할흡수합병시에는 분할승계회사가 분할회사의 주주에게 자기주식으로 분할대가를 지급할 수 있게 하였습니다(상법 제530조의6 제1항 제2호). 그리고 주식의 포괄적 교환에서 있어서 주식교환계약으로 정할 사항의 하나로, 완전모회사가 완전자회사의 주주에게 교환대가를 자기주식으로 지급할 수 있게 하는 명문의 규정을 두었습니다(제360조의3 제3항 제2 호). 그러나 2015년 개정이전에도 주식교환계약서에 기재할 사항으로 정하지는 않았지만, 자기주식으로 교환대가를 지급할 수 있음을 전제로 한 규정을 두었으므로(제360조의6) 2015년 개정에서 자기주식의 교부를 새로이 허용한 것은 아닙니다.

5) 대물변제

이상 언급한 자본거래에서는 각 개의 근거규정에 의해 자기주식을 대가로 지급할 수 있지만, 관련규정이 정한 절차나 근거에 의하지 않고도 자본거래의 상대방인 자와의 개별약정에 의해 자기주식을 대물변제의 수단으로 활용할 수 있습니다. 예컨대, 정관에 현물배당을 한다는 규정도 없고, 배당결의에서 자기주식에 의한다는 결의를 한 적도 없지만, 배당을 받는 주주와의 개인법적 약정(민법 제466조 대물변제의 약정)에 의해 회사가 주주에게 배당금에 갈음하여 자기주식을 교부할 수 있습니다. 다른 거래도 다 마찬가지입니다. 대물변제로 자기주식을 제공하는 것은 상법 제342조가 정하는 자기주식의 처분이므로 이사회의 결의가 있어야 합니다.

2. 평가의 공정성

1) 평가의 중요성

자기주식을 취득 및/또는 처분할 때에는 자기주식을 얼마로 평가하느냐, 즉 자기주식을 얼마에 취득하고, 타인에게 얼마의 대가에 상응하게 이전하느냐가 중요한 문제입니다. 적정한 가격에 미달하는 가격으로 취득하거나 적정한 가격을 초과하는 가격으로 처분한다면 회사에 이익이 되므로 회사 입장에서 문제될 것이 없지만, 적정한 가격을 초과한 가격으로 평가하여 취득하거나 적정한 가격에 미달하는 가격으로 평가하여 처분한다면 회사에 손실을 초래하므로 이사의 손해배상책임이 추궁될 것이고(상법 제399조), 다른 요건을 충족한다면 형법상 배임죄(형법 제355조 제2항)가 문제될 수도 있습니다. 그리고 처분의 상대방이 누구냐에 따라 법인세법상 부당행위계산으로 다루어져 부인의

대상이 될 수 있습니다(법인세법 제52조). 다소 이례적이긴하나, 회사가 특수관계인인 개인으로부터 시가보다 낮은 가액으로 인수할 경우, 그 시가와의 차액 상당액은 법인세법상 익금으로 산입되어 법인세가 과세되게 규정되어 있습니다(법인세법 제15조 제2항 제1호).

2) 평가의 기준

자기주식을 위한 평가기준이 따로 있는 것은 아니고, 통상의 주식의 평가와 같은 방법으로 평가한다고 보면 됩니다. 모든 재산에 관해 적용할 수 있는 일반론이지만, 주식의 평가기준의 선택을 위해 출발점으로 삼을 수 있는 것은 장부가(帳簿價)입니다. 일반적으로 장부가는 취득가로서 주식을 취득하기 위해 회사가 지급한 비용이고, 현재 회사의 회계에서 인식하고 있는 가치입니다. 그러나 공정한 가격이란 회사가 실제 시장에서의 처분을 통해 실현할 수 있는 교환가치이어야 하므로 시가(時價)에 따라 평가하는 것이 원칙입니다. 회사가 수시로 객관적인 가치에 따라 장부가를 수정해 오지 않은 이상 시가와는 괴리가 있게 마련이고, 장부가는 자산의 처분손익을 계산하기 위한 기초로 사용됩니다.

주식의 시가는 당해 주식을 발행한 회사의 기업가치를 뜻하므로 그 평가는 매우 복잡하고 어렵습니다. 상장회사의 경우에는 주식의 시세가 형성되므로 일응 이 株價를 기초로 계산하지만, 주가는 변동이 심하므로 어느 시점의 주가로 평가하느냐는 문제가 제기되고, 비상장 주식의 경우에는 이같은 주식의 시세가 존재하지 않으므로 다른 기준에 의해 평가해야 합니다.

특별법에서 특별한 용도로 주식의 평가방법을 정한 예가 더러 있습니다. 가령 상장회사간 또는 상장회사와 비상장회사간의 합병에 있어 합병비율을 정하기 위해 주식평가를 할 때 평가의 기준을 자본시장법이 제시하고 있고, 주식매수선택권의 행사에 관련해서도 같은 기준을 제시하고 있습니다(자본시장법 제165조의4, 제165조의5, 동령 176조의5, 제176조의7). 이러한 평가기준은 합리적인 기준의 예시로서의 기능을 할 뿐, 절대적이고 강행적인 기준이 될 수는 없지만, 당해 행위(합병 등)을 함에 있어서는 일응 공정한 평가라는 사실상의 추정을 받을 수 있습니다.

자기주식을 처분할 때의 평가에 관해서는 이같은 예시적인 기준이나마 마련된 바 없습니다. 실무에서는 일반적으로 상속세 및 증여세법이 정한 평가방법이 무난한 기준으로 이용되고 있으므로 자기주식도 이에 따라 평가한다면 세무적인 관점에서는 가장 안전한 선택이라고 할 수 있지만, 상황에 따라서는 그 가격이 항상 공정한 가격을 의미하는 것은 아닐 수 있으므로 주의를 요합니다.

IV. 자기주식의 소각

2011년 개정전에는 주주총회의 특별결의를 거쳐 이익으로 주식을 소각할 수 있는 제도를 두었는데(개정전 상법 제342조의2), 2011년 개정법에서는 이를 삭제하였습니다. 그리하여 주식의 소각에 관련된 규정은 상법 제343조만 남았습니다. 동조 제1항은 “주식은 자본금 감소에 관한 규정에 따라서만 소각할 수 있다. 다만 이사회의 결의에 의하여 회사가 보유하는 자기주식을 소각하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있습니다. 이 규정의 본문은 예전부터 있었지만, 단서는 2011년 개정시에 신설되었습니다. 부언 설명하면, 주식은 자본감소의 절차에 따라 하는 원칙이지만, 자기주식은 이사회의 결의만으로 소각할 수 있다는 뜻으로 해석되는데, 동 조항과 관련하여서는 입법론적 비판과 다양한 해석론이 대립하고 있습니다.

V. 자기주식거래의 과세

자기주식을 취득 혹은 처분하는 것은 당해 회사 및 거래 상대방에 대한 과세의 계기가 될 수 있습니다. 여기서는 회사에 대한 과세효과만을 다루겠습니다.

1) 자기주식처분손익의 과세

기업회계에서는 회사가 자기주식을 처분하여 이익이 발생한 경우에는 자기주식처분이익으로 하여 자본잉여금으로 처리하고, 손실이 발생하면 자기주식처분이익의 범위내에서 상계처리하고, 미상계된 잔액은 자본조정의 자기주식처분손실로 회계처리하여 사업연도 손익에 영향을 미치지 않도록 합니다(일반기업회계기준 15.9). 그러나 법인세과세를 위한 사업연도소득계산에 있어서는 자기주식의 양도가액은 익금으로, 그 장부가액은 손금으로 처리하므로 그 차익은 과세소득을 이룹니다(법인세법 시행령 제11조 제2호의2, 제19조 제2호). 과거 판례는 합병으로 인해 소멸회사가 보유하는 존속회사의 주식을 존속회사가 승계하여 처분한 경우 이는 자본거래에 해당한다거나 그 차익은 합병차익을 이룬다는 이유로 과세소득이 아니라고 보았습니다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000두1720판결; 동 2005. 6. 10. 선고 2004두3755판결). 그러나 이 경우의 자기주식의 양도차익이 합병차익을 이룬다는 것은 합병차익의 개념을 벗어나는 판단으로 보입니다. 2009년 법인세법 시행령의 개정으로 위 예의 존속법인이 자기주식을승계하여 처분한 경우를 포함하여 자기주식의 양도금액은 일괄적으로 익금으로 보는 규정을 신설하였으므로 현재는 자기주식의 처분이익은 일률적으로 과세소득으로 다루어집니다(법인세법 시행령 제11조 제2호의2).

2) 부당행위계산부인

법인이 과세소득을 줄이려고 특수관계인과 비정상적인 가격으로 거래를 하는 경우에는 부당행위계산이라 해서 과세청이 그 거래를 부인하고 정상적인 거래로 치환하여 과세합니다(법인세법 제52조 제1항). 회사가 자기주식을 취득하거나 처분할 때 거래소를 이용하지 않는 한 대부분 특수관계인과의 거래에 해당할 것이므로(특수관계인의 범위는 법인세법 제87조 참조) 가격이 시가를 벗어나 회사의 손실을 초래할 경우(고가양수, 저가양도)에는 이 부당행위계산부인의 대상이 될 수 있습니다.

3) 자기주식소각익의 과세

앞서 상법 제342조 제1항 단서의 해석론으로, 액면주식을 소각하면 자본금이 감소하므로 액면주식은 동 단서의 적용에서 제외해야 한다고 설명하였습니다. 그러나 실무에서 동 규정을 문리해석하여 액면주식을 소각하면 소각익이 발생할 수 있습니다. 소각익은 액면미만의 가격으로 자기주식을 취득해 보유하다가 소각하면 액면만큼 자본이 감소하므로 취득가를 제한 잔액만큼의 소각차익이 발생합니다. 이 차익은 법인소득계산상 익금에 불산입하는 감자차익의 성격을 가지므로 과세대상이 아닙니다(법인세법 제17조 제4호).

상기의 사항에 대하여 궁금하신 사항이 있으신 분은 아래 연락처로 연락하여 주시면 보다 자세한 내용을 상담하여 드리도록 하겠습니다.

- 이동건 파트너변호사 TEL. 02 316 4297 E-Mail. tglee@shinkim.com
- 김현진 파트너변호사 TEL. 02 316 4246 E-Mail. hjikim@shinkim.com
- 이숙미 파트너변호사 TEL. 02 316 4016 E-Mail. smlee@shinkim.com

SHIN&KIM
법무법인 세종

법무법인 세종의 뉴스레터의 게재된 내용 및 의견은 일반적인 정보 제공 목적으로 발행된 것이며, 어떤 구체적 사안에 대한 법률적 의견을 드리는 것이 아님을 밝힙니다.

The content and opinions expressed within SHIN & KIM's regular newsletter are provided for general informational purposes only and should not be considered as rendering of legal advice for any specific matter.

http://www.shinkim.com