

은 구상법에서는 인정되었으나 현행법에서는 폐지되어 인정되지 않는다.

A. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우(제1호)

甲회사가 乙회사를 흡수합병하는데 乙회사의 재산 중에 甲회사의株式이 포함되어 있거나, 甲회사가 乙회사 영업의 전부를 양수하는데 乙회사의 영업재산 중에 甲회사株式이 포함되어 있으면 존속회사 또는 양수회사에 해당하는 甲회사는 자기주식을 취득하게 된다. 영업양수에 의해 자기주식취득이 허용되는 경우는 다른 회사 영업의 전부를 양수하는 경우뿐이며 다른 회사 영업의 일부를 양수하는 경우에는 자기주식취득이 허용되지 않는다.

B. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우(제2호)

회사가 권리를 실행하는 데 있어 자기주식을 취득하는 것 외에는 다른 방법이 없는 경우에는 부득이 자기주식취득이 허용된다. 채권자인 회사가 채권을 실행하려는데 채무자에게 자기회사가 발행한株式 외에는 다른 재산이 없어 이를 대물변제로 받는 경우가 대표적인 예이다. 따라서 채무자의 무자력은 회사의 자기주식취득이 허용되기 위한 요건사실로서 자기주식 취득을 주장하는 회사에게 그 무자력의 입증책임이 있다(대판 1977. 3. 8. 76다1292).

C. 단주의 처리를 위하여 필요한 경우(제3호)

주주가 회사로부터 원시취득하는株式에 단주가 있을 때 회사가 이를 환가하여 주주에게 대금으로 지급하기 위하여 단주를 취득하는 경우이다. 자본금감소, 합병 등과 같이 법이 단주의 처리방법을 따로 규정하고 있는 경우에는 그에 따라야 하고 회사가 이 규정에 따라 단주를 취득할 수는 없다. 회사가 이 규정에 따라 단주를 취득할 수 있는 경우는 통상의 신주발행과 같이 법이 단주의 처리방법을 정하고 있지 않은 경우이다.¹⁵⁵

D. 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우(제4호)

영업양도, 합병 등의 승인결의에 반대하는 주주가 주식매수청구권을 행사하는 경우(제374조의2)와 정관에 의해 양도가 제한되는株式에 대해 회사가 양도를 승인하지 않아 양도인 또는 양수인이 회사에 대하여株式의 매수를 청구한 경우(제335조의2 제4항, 제335조의7 제2항)를 의미한다.

회사가 특정 주주와 사이에 특정한 금액으로株式를 매수하기로 약정함으로써 사실상 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여하여 주주가 그 권리를 행사하는 경우는 여기에 해당하지 않는다. 이 경우는 배당가능이익에 의한 자기주식취득의 요건 하에서만 회사의 자기주식취득이 허용된다(대판 2021. 10. 28. 2020다208058).

③ 해석에 의해 인정되는 자기주식취득

회사의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 없는 경우에는 해석상 자기주식취득이 인정된다.

- ㉔ 무상으로 취득하는 경우, ㉕ 위탁매매업자가 위탁자의 계산으로 자기주식을 매수하는 경우,
- ㉖ 신탁회사가 자기주식의 신탁을 인수하는 경우 등이다.¹⁵⁶

2) 자기주식의 지위¹⁵⁷

㉗ 회사는 자기주식에 관하여 의결권, 신주인수권, 이익배당청구권 등 주주로서의 권리를 행사하지 못한다(제341조의3 제1항).

㉞ 회사는 자기주식으로 교환 또는 상환할 수 있는 사채를 발행할 수 없다(동조 제2항). ㉟ 회사가 보유하는 자기주식은 질권의 목적으로 하지 못한다(동조 제3항).

3) 자기주식의 처리

① 원칙 - 의무 소각

회사가 자기주식을 취득한 때에는 그 취득한 날부터 1년 이내에 소각하여야 한다(제341조의4 제1항).

② 예외 - 보유·처분

A. 보유·처분 사유

다음 중 어느 하나에 해당하는 경우 회사는 자기주식을 보유 또는 처분할 수 있다(제341조의4 제2항).

㉑ 회사가 각 주주에게 그가 가진 주식 수에 비례하여 균등한 조건으로 처분하는 경우, ㉒ 회사가 주식매수선택권을 부여하는 등 임직원 보상의 목적으로 활용하는 경우, ㉓ 회사가 우리스주매수선택권을 부여하는 등 우리스주제도 실시의 목적으로 활용하는 경우, ㉔ 회사가 주식교환·이전이나 합병의 대가로 자기주식을 이전하는 등 법령에서 정하는 바에 따라 활용하는 경우, ㉕ 회사가 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 주주총회 특별결의로 정관에 그 사유를 규정한 경우

B. 절 차

회사는 자기주식을 보유·처분하려면 자기주식 보유·처분 계획을 작성하여 주주총회의 승인을 받아야 한다(제341조의4 제2항). 주주총회의 승인은 매년 받아야 한다(동조 제3항). 자기주식 보유·처분 계획에는 보유·처분 목적 등 일정한 사항을 기재하고 이사 전원이 기명날인 또는 서명하여야 한다(동조 제4항).

③ 자기주식의 처분

A. 원칙 - 주주배정

회사가 자기주식을 처분하는 때에는 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하게 하여야 한다(제341조 제1항).

B. 예외 - 제3자배정

위 보유·처분 사유 ㉑~㉕ 까지의 어느 하나에 해당하는 경우 회사는 주주 외의 자에게 자기주식을 처분할 수 있다(동조 제2항). 주주 외의 자에게 자기주식을 처분하는 경우 ㉑ 처분할 주식의 종류와 수, ㉒ 처분할 주식의 처분가액과 납입기일, ㉓ 주식을 처분할 상대방 및 처분방법은 정관에 규정이 있는 것은 그에 따르고 없는 것은 이사회가 결정한다. 다만 상법에 다른 규정이 있거나 정관으로 주주총회에서 결정하기로 정한 경우에는 그렇지 않다(동조 제3항).

C. 신주발행 절차의 준용

자기주식의 처분에 관하여는 신주발행에 관한 규정의 대부분이 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 준용된다(동조 제4항).

(4) 위법한 자기주식취득

㉔ 배당가능이익이 없거나, 주주총회(또는 이사회) 결의 없이 자기주식을 취득하는 것처럼 제 341조의 요건과 절차에 따르지 않고 자기주식을 취득하였거나, ㉕ 상법 제341조의2에 열거되지 않은 목적을 위하여 자기주식을 취득하면 위법한 자기주식취득이 되는데, 이때 그 취득행위의 효력이 문제된다.

학설의 대립이 있으나 통설·판례는 양도인의 선의·악의를 불문하고 그 취득행위는 절대적으로 무효라고 본다(대판 2003. 5. 16. 2001다44109). 자본금 충실의 원칙은 주식회사에 있어 핵심적인 요청이기 때문이다.¹⁵⁸

4 주식 상호소유의 제한

(1) 의 의

1) 개념

「주식의 상호소유」란 두 회사가 서로 상대방 회사의 주식을 소유하고 있는 상태를 가리키고, 이때 서로 간에 소유하고 있는 상대방의 주식을 「상호주」라 한다.¹⁵⁹ 우리 상법은 ㉔ 자회사의 모회사 주식 취득을 금지하고, ㉕ 모자회사 관계가 아닌 경우에는 상호주의 의결권을 제한하는 방법으로 상호주 소유를 제한하고 있다.

2) 상호주 소유 제한의 이론적 근거¹⁶⁰

① 자본금 충실의 저해

상호주 소유는 출자를 환급하는 결과가 되어 회사의 자본금 충실을 저해한다. 예컨대 A회사가 1,000만원을 증자하고 곧바로 B회사도 1,000만원을 증자하는데, 발행한 신주를 서로 간에 인수한다고 하자. 이 경우 양 회사는 자본금이 각각 1,000만원씩 증가하나 순재산에는 아무런 증가가 없다. 1,000만원이 B회사에서 A회사로 갔다가 다시 A회사에서 B회사로 돌아갔을 뿐이다.

② 회사지배의 왜곡

주식을 상호 소유하면 회사 경영진이 출자 없이 회사를 지배하게 되는 회사지배의 왜곡이 일어난다. A회사와 B회사가 서로 상대방 회사의 주식을 소유한다고 하자. 회사가 소유하는 주식의 의결권은 대표이사를 비롯한 회사 경영진이 행사한다. 따라서 A회사 주주총회에서 B회사가 소유한 A회사 주식의 의결권은 B회사 경영진이 행사하게 되는데, B회사 주주총회에서도 A회사가 소유한 B회사 주식의 의결권을 A회사 경영진이 행사할 것이기 때문에 B회사 경영진은 A회사 주주총회에서 의결권을 행사할 때 A회사 경영진에게 협력할 수밖에 없게 된다. 이로써 A회사의 경영진은 A회사에 출자를 하지 않고도 B회사가 소유하는 A회사 주식을 이용하여 A회사를 지배할 수 있게 된다.

③ 소수지분에 의한 회사 지배

주식을 상호소유하면 회사의 지배주주가 비교적 적은 지분만 가지고도 회사를 지배할 수 있게 되는 폐단이 발생한다.

예를 들어 A회사와 B회사로 구성된 기업집단에서 두 회사가 서로 상대방 회사의 주식을

까지 함으로써 성립한다.

(2) 양도담보권자의 지위

양도담보권자는 대외적으로 주식의 소유자이다. 따라서 회사와의 관계에서, 등록양도담보권자는 모든 주주권을 행사할 수 있고 약식양도담보권자도 명의개서를 하면 주주권 행사가 가능하다. 판례도 “채권담보의 목적으로 주식이 양도되어 양수인이 양도담보권자에 불과하다고 하더라도 회사에 대한 관계에서는 양도담보권자가 주주의 자격을 갖는다”(대판 1993. 12. 28. 93다8719)라고 하였다. 판례는 또 양도담보권자인 양수인이 명의개서까지 마친 경우, 피담보채무가 변제로 소멸하였더라도 주식반환 청구 등의 조치가 없는 한 양수인은 여전히 주주로서 주주권을 행사할 수 있다고 하면서, 양수인의 임시주주총회 소집허가 신청이 권리남용에 해당하지 않는다고 하였다(대결 2020. 6. 11. 2020마5263). 양도담보권자가 담보된 주식을 제3자에게 양도하면 특별한 사정이 없는 한 제3자는 정당하게 주주권을 취득하고 양도담보설정자는 주주권을 상실한다(대판 1995. 7. 28. 93다61338).

(3) 담보권의 실행¹⁹⁵

민법에서와 마찬가지로 양도담보권자는 채무자의 채무불이행 시 우선변제권에 근거하여 담보목적물을 환가하여 청산하는 방식으로 채권의 만족을 얻어야 하고 담보목적물의 소유권을 취득하는 유담보는 허용되지 않는다. 다만 상행위로 인한 채권의 담보에 관해서는 유질계약이 허용되므로, 이를 유추적용하여 상행위로 인한 채권의 담보를 위해 양도담보권이 설정된 경우 양도담보권자는 담보목적물의 소유권을 취득하는 방식으로 채권의 만족을 얻을 수 있다.

제6 주식의 소각·분할·병합

1 총 설

주식의 소각·분할·병합은 주주의 교체 없이 주식이 소멸하거나 수량적으로 증감하여 주주권에 변동이 생기는 원인들이다. 앞서 살펴본 주식의 양도는 주주가 교체될 뿐 주식 자체에는 변동이 없었던 것과 구별된다.¹⁹⁶

2 주식의 소각¹⁹⁷

(1) 의 의

주식의 소각이란 회사의 존속 중에 발행주식의 일부를 절대적으로 소멸시키는 회사의 행위이다. 주식 자체가 소멸한다는 점에서 주식에는 영향이 없고 주권만 무효화시키는 제권판결과 다르다.

(2) 방 법

주식은 자본금 감소에 관한 규정에 따라서만 소각할 수 있다. 다만, 회사가 보유한 자기주식은 그 취득 사유에 관계없이 이사회 결의로 소각할 수 있다(제343조 제1항).

3 주식의 분할¹⁹⁸

(1) 의 의

1) 개념

주식의 분할이란 기존의 주식을 나누어 자본금을 증가시키지 않으면서 발행주식수를 증가시키는 것을 말한다.¹⁹⁹ 예를 들어 시가 10만원짜리 주식 1주를 1:10으로 분할하여 1만원짜리 주식 10주로 만드는 식이다. 주식분할은 일반적으로 주가가 너무 높아서 주식의 유통성이 떨어질 때 주당 가격을 낮춰 주식의 거래를 촉진하기 위해 이루어진다.

2) 액면주식과 무액면주식의 분할

㉠ 액면주식의 분할은 액면분할을 의미한다. 발행주식수를 증가시키면서도 자본금에는 변화가 없어야 하기 때문이다. 액면가를 일정한 비율로 줄이면서 그 역의 배수로 발행주식수를 늘리는 것이다. 예컨대 현재의 액면가 1만원인 주식 1주를 1:2로 분할하여 액면가 5,000원의 신주 2주를 발행하는 것이다. ㉡ 반면 무액면주식의 분할은 종전의 주식을 세분하여 발행주식총수를 증가시키는 의미만을 갖는다.

(2) 요 건

주식 분할에는 액면주식, 무액면주식의 구분 없이 주주총회의 특별결의를 요한다(제329조의2 제1항).

1) 액면주식

㉠ 주식분할은 회사의 자산, 순자산, 자본금에 변동은 가져오지 않고 주주나 채권자의 이해관계에도 큰 영향을 주지 않아 이에 관한 의사결정은 회사 입장에서 그리 중요한 것이 아니다. 그럼에도 주주총회 특별결의를 요하는 이유는 주식을 분할하면 정관의 절대적 기재사항인 액면가가 변하므로 정관변경을 요하기 때문이다(제289조 제1항 제4호, 제434조). ㉡ 주식 분할 후 1주당 액면금액을 100원 미만으로 하지는 못한다(제329조의2 제2항).

2) 무액면주식²⁰⁰

무액면주식의 분할에 의해서는 정관의 절대적 기재사항이 변하지 않으므로 무액면주식의 분할에 주주총회의 특별결의를 요구할 이유는 없다. 그러나 상법이 액면·무액면을 가리지 않고 주식의 분할에는 주주총회의 특별결의를 요하고 있으므로 해석상으로는 무액면주식의 분할에도 주주총회의 특별결의가 있어야 한다고 볼 수밖에 없다.

5 효 과⁸⁸**(1) 회사의 주식매수의무**

회사는 매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다(제374조의2 제2항). “2개월 이내에 주식을 매수하여야 한다” 함은 “2개월 이내에 매수대금을 지급해야 한다”는 의미이다(대판 2011. 4. 28. 2009다72667). 즉 위 2개월은 「주식매매대금 지급의무의 이행기」를 정한 것이다. 반대주주의 주식매수청구권은 형성권이므로 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계 없이 주식에 관한 매매계약이 성립하기 때문이다.

위 2개월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 마찬가지이다. 따라서 매수가액이 위 2개월 경과 후 법원에서 결정되더라도 매수대금에 대한 지연손해금은 위 2개월이 경과한 시점부터 발생한다(대판 2011. 4. 28. 2010다94953).

(2) 매수가격의 결정**1) 협의**

주식의 매수가격은 원칙적으로 주주와 회사 간의 협의에 의하여 결정한다(제374조의2 제3항).

2) 법원의 결정

매수청구기간이 종료하는 날부터 30일 이내에 가격결정에 관한 협의가 이루어지지 않을 경우에는 회사 또는 매수청구를 하는 주주는 법원에 대하여 매수가격의 결정을 청구할 수 있다(제374조의2 제4항). 법원이 매수가격을 결정할 경우에는 회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 공정한 가격으로 이를 산정하여야 한다(제374조의2 제5항).

(3) 매수의 효력발생시기

매수청구한 주식이 회사로 이전하는 시기에 대해 명문의 규정은 없으나 다수설은 상법 제360조의26 제1항을 유추적용하여 회사가 반대주주에게 매매대금을 지급하는 때에 이전한다고 본다(대판 2019. 7. 10. 2018다292975).⁸⁹

6 매수주식의 처분

반대주주의 주식을 매수함으로써 인해 회사는 예외적으로 자기주식을 취득하게 된다(제341조의2 제4호). **이 주식은 자기주식의 처분에 관한 일반원칙에 따라 원칙적으로 취득한 날로부터 1년 내에 소각하여야 한다(제342조의4 제1항).**

7 채권자의 보호⁹⁰

주주의 주식매수청구권 행사에 의해 회사가 주식을 매수하면 상당액의 회사재산이 주주에게 유출되는데, 이는 채권자의 입장에서 책임재산이 감소하는 것이 되어 채권자보호의 문제가 발생한다. 합병과 같이 채권자보호절차가 마련되어 있는 경우에는 별문제가 없겠으나, 상법 제374조 영업양도 등의 경우에는 채권자보호절차가 마련되어 있지 않아 채권자가 피해를 입을 수 있다. 입법의 보완이 필요한 부분이다.

8 주식매수청구의 실효⁹¹

3 사채관리 관련자의 보수·비용

(1) 발행회사의 지급의무

사채관리회사, 사채권자집회의 대표자 또는 사채권자집회 결의의 집행자에게 줄 보수와 그 사무 처리에 필요한 비용은 사채발행회사와의 계약에 의해 약정된 경우에는 그에 따를 것이나, 약정이 없거나 약정된 것 이상의 보수나 비용이 지급되어야 할 경우에는 법원의 허가를 받아 사채를 발행한 회사로 하여금 부담하게 할 수 있다(제507조 제1항). 사채관리회사 등의 직무수행은 주로 사채권자들의 이익을 위한 것이긴 하나 발행회사에게도 이익이 되는 측면이 있어 발행회사가 부담하게 한 것이다.²⁸

(2) 우선변제

사채관리회사, 대표자 또는 집행자는 사채에 관한 채권을 변제받은 금액에서 사채권자보다 우선하여 보수와 비용을 변제받을 수 있다(제507조 제2항).

제6 특수한 사채

1 전환사채

(1) 총 설

1) 의의 및 경제적 기능

전환사채(convertible bond; CB)란 발행회사의 주식으로 전환할 수 있는 권리가 인정된 사채를 말한다. 여기서 주식은 신주를 의미한다. 즉 사채가 새로 발행되는 신주로 전환되어야 전환사채이다. 보유하던 자기주식과 교환할 수는 없다.

전환사채는 투자자에게는 처음에는 안정적인 현금흐름을 누리다가 점차 기업이 성장하여 주식이 치가 커지면 주식으로 전환하여 그 수익을 누릴 수 있는 장점이 있고,²⁹ 회사에게는 전환권을 부여하는 대신 일반사채보다 이율을 낮게 책정함으로써 저렴한 비용으로 자금을 조달할 수 있는 장점이 있다.³⁰

2) 법적 쟁점³¹

전환사채는 주식으로 전환되면 신주가 발행되는 것과 같은 효과가 생겨 주주의 신주인수권을 잠식할 수가 있다. 그래서 상법은 전환사채 발행 시 원칙적으로 주주에게 전환사채의 인수권을 부여하고, 제3자에게 전환사채를 발행할 경우에는 주주총회의 특별결의를 거치게 하는 등 주주의 이해관계에 미치는 영향을 고려하고 있다.

(2) 발 행

1) 발행의 결정

① 결정기관

㉠ 전환사채의 발행 및 구체적인 발행사항은 정관으로 정한 경우 외에는 이사회가 결정한다(제513조 제2항 본문). 그러나 정관으로 주주총회에서 결정하도록 할 수 있다(제513조 제2항 단

채는, 교환사채의 교환은 사채권자의 청구에 의하여 하나, 상환사채의 상환은 회사의 선택 또는 일정한 조건의 성취·기한의 도래에 의하여 한다(제469조 제3항; 령 제23조 제1항 제3호)는 차이가 있다. ㉔ 교환 또는 상환의 대상은 사채발행회사가 발행하는 신주를 제외한 모든 주식과 유가증권이다. 보통은 발행회사가 소유하고 있는 다른 회사의 주식이나 전환사채·신주인수권부사채 등이 될 것이다. 자기주식으로 교환 또는 상환할 수 있는 사채는 발행할 수 없다(제341조의3 제2항). 신주를 발행하여 교환하면 이는 전환사채가 된다.

3) 파생결합사채

유가증권이나 통화 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 자산이나 지표 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 상환 또는 지급금액이 결정되는 사채를 말한다(제469조 제2항 제3호). 파생결합사채는 매우 다양한 유형이 가능하여 구체적으로 그 내용을 규제하는 것은 불가능하다. 상법이 이에 관한 규정을 둔 이유도 규제를 위해서가 아니라 사채발행의 근거를 상법에 마련하여 실무상의 법적 불안정성을 제거하기 위함일 뿐이다.⁴⁶

제7절

회사의 회계

제 1 관 | 총 설

1 의 의

「회사의 회계」라 함은 회사가 주체가 되어 ㉑ 일정한 기간(결산기)을 단위로 하여 대차대조표와 손익계산서의 작성 등을 통해 회사의 재산상태와 손익을 인식·평가하고, ㉒ 이를 기초로 이익 또는 손실을 어떻게 처리할 것인가(예컨대 주주에게 배당할 것인가, 준비금을 적립할 것인가, 결손을 전보할 것인가, 이월할 것인가 등)에 관한 의사결정을 하는 일련의 행위를 말한다.¹

이렇게 회사의 회계에는, ㉑ 회사가 일정한 기간을 단위로 하여 회사의 재산상태와 손익을 평가하여 「이해관계자에게 이에 관한 정보를 제공하는 측면」과 ㉒ 주주에게 영업의 성과를 배분함에 있어서 「채권자보호의 관점에서 그 한도를 규제하는 측면」이 있다.²

2 목적과 기능³

회사의 회계를 통해, ㉑ 회사의 경영자는 과거의 경영성과를 분석·평가하고 이를 바탕으로 앞으로 기업이 나아갈 목표와 방향을 효과적으로 설정할 수 있고, ㉒ 주주는 이익배당을 받아 투자수익을 현실화할 수 있을 뿐 아니라 이사들의 능력을 평가하여 재선임 여부에 관한 정책적 판단을 할 수 있다. ㉓ 그리고 채권자들은 회계를 통해 밝혀진 회사의 재산상태를 기초로 보존조치의 필요성, 채권의 회수 여부 등을 판단·결정한다.

③ 준비금의 자본금전입 vs 주식배당

자본금 증가의 재원이 다르다. 준비금의 자본금 전입은 법정준비금을, 주식배당은 배당가능이익을 재원으로 한다.

- 위와 같은 차이는 이해관계자의 이해관계에 영향을 미치지 않기 때문에 회사법의 시각에서 보면 매우 사소한 것들이다.

주식분할 · 준비금의 자본금 전입 · 주식배당의 비교

		주식분할	준비금의 자본금 전입	주식배당
공통점		납입 없는 신주 발행 → 발행주식총수 증가		
		순자산 변화 ×		
		주주 지분비율 유지		
차이점	결정	주주총회 특별결의	이사회결의 (정관 → 주주총회)	주주총회 보통결의
	자본금	변동 여부	변동 ×	증가
		증가 재원		법정준비금

(3) 성 질

1) 이익배당설

통설은 주식배당을 이익배당으로 본다. 주식배당에 의해 배당금의 지급으로 감소될 재산이 주식의 발행가로 환수되므로 이익배당의 실질이 있다는 점 등을 근거로 한다.⁵⁸

2) 주식분할설

소수설은 주식배당을 배당가능이익의 자본금 전입을 수반하는 주식분할이라 한다. 회사재산이나 지분비율에 아무 변화를 가져오지 않는다는 점, 회사법에서 배당을 다루는 이유는 채권자 보호의 측면에서 회사재산의 유출이 문제될 수 있기 때문인데, 주식배당은 그런 문제가 없기 때문에 이익배당과 같이 취급하는 것은 타당하지 않다는 점 등을 근거로 한다.^{59 1)}

2 요 건⁶⁰

(1) 배당가능이익의 존재

주식배당은 이익의 배당을 주식으로 하는 것이므로 금전배당과 마찬가지로 배당가능이익(제462조 제1항)이 있어야 한다. 다만 회사재산이 유출되지는 않으므로 이익준비금을 적립할 필요는 없다(제458조 단서).

1) 어느 학설을 취하는가에 따라, ㉠ 종류주식을 발행한 경우, ㉡ 주식을 약식입질한 경우, ㉢ 자기주식에 대한 주식 배당 가부에서 결론이 달라질 수 있으나, ㉠㉡에 관해서는 상법에 규정이 있고(제462조의2 제2항, 제341조의3 제1항) ㉢도 학설에 따른 결론을 기계적으로 적용할 것은 아니어서 논의의 실익은 그다지 크지 않다(송옥렬, 「상법강의」(제6판), 1180면).

(2) 신주의 효력발생시기

주식배당을 받은 주주는 주식배당의 결의가 있는 주주총회가 종결한 때부터 신주의 주주가 된다(제462조의2 제4항).

(3) 등록질권의 효력

등록질권자의 권리는 주주가 배당받은 주식에 미친다(제462조의2 제6항 전문). 그리고 등록질권자는 회사에 대하여 주권의 교부를 청구할 수 있다(제462조의2 제6항 후문, 제340조 제3항). 약식질에 관해서는 후술한다.

5 특수 문제**(1) 종류주식과 주식배당**

종류주식을 발행한 회사가 주식배당을 하는 경우 다른 종류의 주식 간에 배당주식의 종류를 달리하여야 하는지 아니면 같은 종류주식으로 배당해야 하는지가 문제된다.¹⁾

이에 관해 상법은 “회사가 종류주식을 발행할 때에는 각각 그와 같은 종류의 주식으로 배당할 수 있다”라는 규정을 두고 있다(제462조의2 제2항 후단).²⁾

(2) 자기주식에 대한 주식배당⁶¹

자기주식에도 주식배당을 하여야 하는가? 회사는 자기주식에 관하여 의결권, 이익배당청구권, 주식배당청구권 등 주주로서의 권리를 행사하지 못한다(제341조의3 제1항). 따라서 자기주식에는 주식배당을 할 수 없다.³⁾

(3) 약식질의 효력⁶²

주식에 설정된 질권의 효력이 주식배당으로 발행된 신주에도 미치는가? 등록질의 효력이 주식배당으로 발행된 신주에도 미친다는 점은 명문의 규정이 있다(제462조의2 제6항).

약식질의 효력이 미치는지에 대해서는 상법에 아무런 규정이 없는데, 이 역시 주식배당의 성질에 관한 학설에 따라 결론이 달라진다. ㉠ 이익배당설에 의하면 약식질의 효력이 이익배당청구권에 미치는지에 관한 학설(적극설·소극설)에 따라 결론이 달라진다. 적극설에 의하면 미치나, 소극설에 의하면 미치지 않는다. ㉡ 주식분할설에 의하면 배당된 주식은 본래 주식의 변형물이므로 약식질의 효력이 당연히 미친다.

1) 이 문제를 주식배당의 성질에 따라 해결한다면 다음과 같은 결론이 된다. ㉠ 이익배당설을 취하면 같은 종류의 주식(즉 보통주)으로 배당해야 할 것이고, ㉡ 주식분할설을 취하면 각 종류주식별로 해당 종류의 주식으로 배당을 해야 할 것이다.

2) 이의 해석에 관해 학설이 대립한다. ㉠ 문언에 충실하게 모두 단일한 종류의 주식으로 배당할 수도 있고 기존의 주식과 같은 종류의 주식으로 배당할 수도 있다는 학설, ㉡ “배당할 수 있다”를 “배당하여야 한다”로 해석하여 기존의 주식과 같은 종류의 주식으로만 배당할 수 있다는 학설, ㉢ 위 규정에도 불구하고 모두 단일한 보통주로만 배당할 수 있다는 학설이 있다(송옥렬, 「상법강의」(제6판), 1181면).

3) 이 문제를 주식배당의 성질에 따라 해결한다면 다음과 같은 결론이 된다. ㉠ 주식분할설에 의하면 자기주식도 이미 발행한 주식인 이상 분할의 대상에서 제외할 수 없으므로 자기주식에도 주식배당을 하여야 한다. ㉡ 이익배당설에 의하면 자기주식에 이익배당청구권이 인정되는가에 따라 결론이 달라지는데, 통설은 자기주식에는 이익배당청구권이 인정되지 않는다고 하므로 이에 의하면 자기주식에 대하여는 주식배당을 해서는 안 된다.

제9절

회사의 조직개편

제1관 | 합병

합병에 관해 각 회사에 공통된 문제는 통칙에서 다루었으므로 여기서는 주식회사의 합병에 특유한 것만 살펴보기로 한다.

1 합병의 절차

(1) 합병계약서의 작성

합병당사회사의 대표기관에 의해 합병에 필요한 사항이 합의되어야 하는데, 주식회사의 합병에는 법정사항을 기재한 합병계약서를 작성하여야 한다(요식주의, 제522조 제1항). 합병계약의 내용을 명백히 하여 사후 분쟁을 방지하기 위함이다.¹ 구체적 내용은 법전을 참조하도록 하고, 여기서는 중요한 몇 가지만 보도록 한다.

1) 흡수합병의 경우(제523조)

① 신주배정 등에 관한 사항(제3호)

존속회사가 합병을 하면서 발행하는 신주 또는 이전하는 자기주식의 총수, 종류와 수 및 소멸 회사 주주에 대한 신주의 배정 또는 자기주식의 이전에 관한 사항.

A. 합병비율

소멸회사 주식 1주에 대하여 존속회사 주식 몇 주를 배정할 것인지를 말한다. 합병비율은 합병당사회사 주주들에게는 합병의 대가로서의 의미를 가지는 것으로,² 이의 결정은 합병계약의 핵심적인 내용이 된다. 합병비율은 합병당사회사의 기업가치에 기초하여 합병당사회사 사이의 협상에 의해 결정된다.³ 합병비율이 불공정한 경우 합병무효의 원인이 되는가에 관해 학설이 대립하는데 이에 관해서는 후술한다.

B. 자기주식에 대한 신주배정 등의 금지

합병으로 존속되는 회사는 자신이 보유하는 합병으로 소멸되는 회사의 주식과 합병으로 소멸되는 회사의 자기주식에 대하여 신주를 배정하거나 자기주식을 이전하여서는 아니 된다(제529조의2).

② 합병교부금의 내용 및 배정에 관한 사항

존속회사가 소멸회사 주주들에게 합병의 대가로 합병교부금을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항(제4호).

A. 합병교부금의 의미⁴

존속회사는 소멸회사의 주주에게 합병대가의 전부 또는 일부를 신주나 자기주식 대신 금전 기타 재산으로 지급할 수 있다. 이때 합병대가로 지급되는 금전 기타 재산을 합병교부금이라 하고, 그와 같은 방식에 의한 합병을 교부금합병이라 한다. 구상법과 달리 2011년 상법 개정

발생도 마찬가지이다.⁵⁰

제6 분할의 효과

1 권리와 의무의 이전

단순분할신설회사, 분할승계회사 또는 분할합병신설회사는 분할회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라서 부분적으로 포괄승계한다(제530조의10). ㉠ 영업재산은 개별재산에 대한 별도의 이전행위나 공시방법 없이도 분할로 인한 등기를 한 때에 자동으로 이전한다.⁵¹ **하지만 분할회사는 자기주식을 단순분할신설회사, 분할합병신설회사 또는 분할승계회사에 이전하여서는 아니 된다(제530조의13).** ㉡ 채무도 마찬가지로 분할등기를 한 때 자동으로 승계되고 채무인수에 대한 채권자의 승낙(민 제454조 제1항)은 필요하지 않다. 분할회사의 채권자는 연대책임, 채권자보호절차 등에 의해 보호되기 때문이다.⁵²

2 분할회사의 채무에 대한 연대책임

분할회사·신설회사·흡수분할합병의 상대방회사는 분할회사 채무에 대하여 연대책임을 진다. 앞에서 상술하였다.

3 주식의 귀속

회사분할을 하면 분할회사의 주주는 신설회사나 승계회사의 주식을 취득한다. 물적분할의 경우에는 분할회사의 주주가 아니라 분할회사가 주식을 취득한다.⁵³ **하지만 분할회사의 자기주식에 대하여는 신주를 배정하여서는 아니 된다(제530조의13).**

제7 분할의 무효⁵⁴

분할의 내용이나 절차의 하자는 분할·분할합병 무효의 소로써만 다룰 수 있다. 분할·분할합병무효의 소는 형성의 소이다. 분할·분할합병 무효의 소에 관해서는 합병무효의 소에 관한 규정이 준용된다(제530조의11, 제529조, 제239조, 제240조). 따라서 소제기의 요건, 절차, 무효판결의 효력 등은 모두 합병무효의 소에서 본 것과 같다. 몇 가지만 본다.

(1) 피 고

분할로 인해 신설된 회사, 존속하는 회사 모두를 공동피고로 하여야 한다. 분할·분할합병 무효의 소는 무효판결의 효력이 분할에 관련된 모든 회사에 미치고 또 합일 확정되어야 하는 필수적 공동소송이기 때문이다.

(2) 분할 무효의 원인

이에 대해 상법에는 아무런 규정이 없으나, 분할계획 또는 분할합병계약의 내용이 강행법규에 위반하거나 현저하게 불공정한 경우, 주주총회 승인결의가 없었거나 그 결의에 하자가 있는 경우, 분할합병을 하면서 채권자보호절차를 흠결한 경우 등을 생각해 볼 수 있다.