

出資轉換의 法的 性質

李 濟 垣

(법학박사, 법무법인 韓美 고문)

【초 록】

“企業構造調整促進을 위한 金融機關協約”에 따라 채권금융기관들과 기업개선 약정 (work-out agreement)을 체결한 회사들 중 회사에 대출을 한 채권금융기관들이 당해 대출 채권을 회사의 주식으로 전환하는 出資轉換이 상당수 이루어지고 있다.

출자전환이 이루어지면 기존주주의 지분율이 하락하고 경우에 따라서는 출자전환을 한 금융기관이 기존 支配株主보다도 많은 주식을 소유하게 되므로 기존의 회사지배구조가 변경되며, 일부 회사의 경우에는 기존 경영진, 즉 소위 owner를 경영일선에서 물러나게 한 후 전문경영인으로 하여금 당해 회사의 경영을 책임지게 하기도 한다. 물론 출자전환이 이루어지는 기업의 수가 한정되어 있으므로 출자전환에 의해 나타나는 기업지배구조가 우리나라에 있어서의 일반적인 기업지배구조가 되기는 어려울 것이나, 적어도 기업지배구조의 주요한 유형으로 자리매김할 가능성을 배제할 수는 없다. 특히 소액주주의 보호에 대한 관심이 높아지고 지배주주의 전횡을 견제하려는 사회적 합의가 이루어지고 있는 상황에서는 출자전환이 이루어진 회사의 지배구조 및 경영형태가 다른 회사들에도 영향을 미칠 수 있을 것이며, 이러한 회사들의 경영성과가 장기적으로 다른 회사들보다 나올 때에는 더욱 그러할 것이다. 본 논문에서는 이러한 출자전환의 방법 및 그에 따른 법적 문제와, 출자전환이 기업지배구조에 미치는 영향에 대하여 살펴본다.

출자전환은 회사가 신주를 발행하는 경우의 하나이므로 출자전환을 하려는 회사채권자들에게 신주가 배정되어야 하며, 이는 기존주주 외의 제3자에게 신주를 배정하는 경우에 해당된다. 이러한 출자전환의 방법으로는 (i) 債權의 現物出資, 先出資 후 債務辨濟, 株式代金の 相計 등 新株의 제3자 배정의 방법과, (ii) 轉換社債發行 등의 방법을 사용할 수 있는데, 本稿에서는 각 방법의 절차 및 각 방법에 따른 문제점은 어떠한 것이 있는지 살펴본다. 그리고 어떠한 채권이 출자전환의 對象債權이 될 수 있는지 살펴본 후, 출자전환을 수행함에 있어 회사 또는 회사의 경영진 및 채권금융기관이 어떠한 법적 책임을 질 가능성이 있는지에 대하여도 살펴본다. 또한 출자전환에 부수되는 조세문제를 간략히 고찰한 후 결론으로서 출자전환이 우리나라 기업들의 회사지배구조에 미치는 영향에 대하여 논한다.

【차 례】

- I. 出資轉換의 意義
 - II. 出資轉換의 方法
 - 1. 第3者配定에 의한 出資轉換
 - 2. 轉換社債의 發行
 - 3. 資本의 減少
 - III. 出資轉換의 對象債權
 - 1. 無擔保債權과 擔保債權
 - 2. 主債權과 保證債權
 - IV. 出資轉換에 대한 異義提起
 - 1. 理事의 損害賠償
 - 2. 新株發行留止請求
 - 3. 資本減少후 出資轉換시 新株의 不公正價額 引受問題
 - 4. 新株發行無效의 訴
 - 5. 債權金融機關의 業務執行指示者로서의 責任
 - V. 出資轉換關聯 租稅問題
 - 1. 債務免除로 인한 益金算入問題
 - 2. 取得稅問題
 - 3. 第2次 納稅義務
 - VI. 結語: 出資轉換과 會社支配構造
-

I. 出資轉換의 意義

出資轉換에 대한 實定法上 定義는 존재하지 아니하나, 기업에 대출을 한 채권자가 당해 채권을 회사의 지분으로 전환하는 것을 일반적으로 出資轉換이라고 할 수 있을 것이다. 회사의 채권자가 제3자에 대하여 갖고 있는 채권을 회사의 增資時에 출자하는 것은 現物出資로서 법원이 선임한 檢査人의 조사 또는 公認된 鑑定人의 감정을 받아 이를 할 수 있음은 명백하다(商法 제290조 및 제299조의2 참조). 그렇다면 회사의 채권자가 당해 회사에 대한 채권을 株式代金納入에 대신한 相計 또는 現物出資의 방법으로 회사에 출자하는 것이 이론상 가능한지 여부가 문제될 수 있다.

이러한 출자전환에 대하여 반대하는 입장에서는 다음과 같은 두 가지 점을 근거로 들 수 있을 것이다. 첫째, 당해 회사에 대한 채권을 주식대금납입에 대신하여 상계하는 것은 “株

주는 納入에 관하여 相計로써 회사에 대항하지 못한다” 라고 규정하고 있는 商法 제334조의 규정에 위반되므로 인정되지 않으며, 당해 회사에 대한 채권의 현물출자를 인정하는 것은 商法 제334조의 규정을 잠탈하는 결과를 가져오기 때문에 인정되지 아니한다는 입장이 있으며,¹⁾ 둘째, 회사의 대차대조표상 자산의 증가를 가져오는 경우에 한하여 현물출자가 인정되어야 한다는 주장이 있을 수 있다.

그러나 회사가 주식을 발행할 때 그 납입대금에 갈음하여 회사 자신에 대한 채권을 양도 받는 것은 이론상으로 무리가 없을 뿐만 아니라 현실적·경제적으로도 인정되어야 한다. 즉, 株式引受人이 회사에 대하여 갖고 있는 채권도 경제적 가치가 있는 것이므로 회사에 대한 채권이 그 성격상 현물출자의 대상이 될 수 없다고는 할 수 없으며, 회사에 대한 채권의 현물출자로 인하여 회사의 부채가 감소되는 한편,²⁾ 회사의 擔保財産이라고 할 수 있는 회사의 자본이 증가함으로써 회사의 다른 채권자들의 지위 역시 한층 강화되게 되므로 이론적으로 이와 같은 현물출자를 부인할 이유가 없다. 현실적으로도 동 채권이 현물출자되지 않으면 계속 회사의 부채로 남게 되어 어차피 회사는 동 채권을 변제하여야 하므로 회사의 입장에서는 동 채권이 현물출자됨으로써 부채비율을 낮추어 회사의 재무구조를 튼튼하게 하는 이점이 있다. 또한 1998년 6월 23일자 法院行政處長 질의회신에서도 “...채권도 현물출자의 목적물이 되는 것이므로 대주주의 회사에 대한 채권을 현물출자하고 그에 관한 검사인의 검사보고서와 그 부속서류를 첨부하여 한 변경등기신청은 수리될 수 있을 것이다” 라고 하고 있어 법원 또한 회사에 대한 채권을 현물출자하는 것이 가능하다는 데에는 별다른異見이 없는 것으로 보인다.³⁾

출자전환이 이루어지면 기존 주주의 지분율이 하락하고 경우에 따라서는 출자전환을 한 금융기관이 기존 支配株主보다도 많은 주식을 소유하게 되므로 기존 지배주주의 입장에서는 어떻게 해서든 피하고 싶은 것이 출자전환이며, 우리나라와 같이 기업에 소위 owner라고 불리는 지배주주가 존재하는 경우에는 더욱 그러하다. 현재 출자전환이 이루어진 기업은 그다지 많지 아니하며 주로 “企業構造調整促進을 위한 金融機關協約”에 따라 채권금융기관들과 기업개선약정을 체결한 기업들, 즉 소위 워크아웃(workout) 대상기업들 중 그 예를 볼 수 있다.

本稿에서는 이러한 출자전환의 방법 및 그에 따른 법적 문제와 출자전환이 기업지배구조

1) 이러한 입장에서 있는 견해로는 林泓根, “現物出資,” 「司法行政」, 1969년 5,6월, 40면 참조.

2) 이와 같이 現物出資의 목적물은 회사의 대차대조표상 자산의 증가를 가져오는 것에 한정되지 않고 그 부채의 감소를 가져오는 것도 무방하다는 입장으로는 大塚市助, “株主の出資義務,” 田中耕太郎編, 「株式會社法講座」, 第2卷(有斐閣, 1956), 492면; 李尙遠, “現物出資에 있어서의 몇 가지 問題點,” 「司法論集」, 第9輯(1978), 515면 참조.

3) 이러한 현물출자에 대하여 회사와 제3자가 공모하여 허구의 채권을 조성한 후 동 채권을 현물출자하게 되면, 회사의 기존 주주 및 기타 이해관계자의 이익을 해하게 될 수 있으므로 채권의 현물출자를 인정함에 있어서 신중을 기하여야 한다는 주장이 있다. 그러나 실제에 있어서 대기업에 대한 현물출자는 금융기관 보유 채권에 한정하여 이루어지고 있으므로(특히 워크아웃이 진행중인 기업에 있어서 그러하다) 대기업에 있어서는 허구의 채권이 출자전환될 가능성은 거의 없다. 소규모 기업에서 채권을 현물출자하는 경우가 많을지에 대하여는 회의적으로 생각되며, 소규모 기업에서 채권의 현물출자가 이루어지는 경우에도 당해 현물출자의 적정 여부는 상법 제290조 및 제299조의2에 따른 검사인 또는 감정인의 조사에 의하여 담보되는 것으로 보아야 할 것이며, 회사에 대한 허구의 채권이 현물출자될 가능성이 존재한다는 이유로 출자전환을 부인할 이유는 없다고 본다.

에 미치는 영향에 대하여 살펴본다. 단, 기업에 대한 채권자는 당해 기업에 부품을 납입한 타 기업, 임금채권을 보유한 당해 기업의 근로자 등 여러 부류가 있을 수 있으나, 현실적으로 출자전환의 주체는 거의 대부분 당해 기업에 대출을 한 금융기관이므로 여기에서도 금융기관이 기업에 대한 대출금을 주식으로 전환하는 것을 전제로 하여 논의를 전개한다.

II. 出資轉換의 方法

출자전환은 회사가 신주를 발행하는 경우의 하나이므로 출자전환을 하려는 회사 채권자들에게 신주가 배정되어야 하며, 이는 기존 주주 외의 제3자에게 신주를 배정하는 경우에 해당된다. 이러한 출자전환의 방법으로는 新株의 제3자 配定, 轉換社債發行 등의 방법을 사용할 수 있는데, 本項에서는 각 방법의 절차 및 각 방법에 따른 문제점에는 어떠한 것이 있는지 살펴본다.

1. 第3者配定에 의한 出資轉換

(1) 債權의 現物出資

신주발행시 회사에 대한 채권자의 채권을 현물출자함으로써 출자전환을 할 수 있다.⁴⁾ 商法상 주식대금과 회사에 대한 채권을 相計하는 것은 인정되지 아니하나(商法 제334조 및 후술 (3) 참조), 재무구조가 불량한 회사의 채무를 자기자본으로 전환시켜 재무구조를 개선하고 기업의 이자부담을 경감시킴으로써 기업의 건실한 발전을 꾀할 수 있다는 점을 고려하여 채권자가 회사에 대하여 가진 채권을 현물출자하는 것은, 이를 인정하는 것이 타당하고 우리 법상으로도 가능하다.

그런데 현물출자의 경우에는 법원이 선임한 檢査人 또는 公認된 鑑定人에 의하여 출자목적물의 가치를 평가해야 하기 때문에 반드시 채권자의 채권액만큼 주식을 배정하는 것이 타당한지에 대하여 이견이 있을 수 있으며, 신주발행회사에 대한 채권을 현물출자할 때 그 채권의 가치평가를 어떻게 할 것이냐에 대하여는 견해가 대립하고 있다. 먼저 장부가격이 100억원인 채권을 현물출자하는 경우, 회사의 입장에서는 회사가 변제해야 할 채무가 100억원 감소하는 것이니 당해 채권자에 대하여 100억원의 주식을 배정하여도 실제에 있어서 회사가 손해를 보는 것은 없으므로 현물출자하는 채권을 장부가격대로 평가해야 한다는 견해가 있다.

위의 견해와는 반대로, 부실기업에 대한 채권을 출자전환하는 경우에는 일반투자자의 보호를 위하여 商法 제452조 제3호를 유추적용하여 상당한 금액을 감액하는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁵⁾ 달리 말하면, 법원이 선임한 검사인이 회사의 재무상태를 기초로 하여 출자

4) 채권금융기관들이 이러한 출자전환을 하기 위해서는 당해 회사의 定款에 채권금융기관들에 대하여 신주를 배정할 수 있다는 규정이 존재하여야 함은 물론이다. 상장회사의 정관 중에는 회사의 경영상 또는 재무상 필요에 의하여 주주 외의 자, 특히 금융기관에게 신주를 배정할 수 있음을 정한 경우가 많이 있다.

5) 권순일, “주식회사에 있어서의 현물출자에 관한 연구,” 서울대학교 석사학위논문(1989), 73면

전환을 하려는 채권자의 회사에 대한 채권액을 평가한 결과, 그 채권의 가치가 장부상의 가액보다 현저히 낮은 것으로 평가될 수 있다는 것이다. 예컨대 채권자가 회사에 대하여 가진 채권액 100억원을 평가한 결과 당해 채권의 실질가치가 30억원에 불과하다고 판정되면 당해 채권자는 그 채권으로써 30억원어치의 주식밖에 인수할 수 없게 된다.

만약 위의 견해들 중 채권을 현물출자할 때에는 商法 제452조 제3호를 유추적용하여야 한다는 후자의 견해를 취한다면, 현물출자시 채권의 장부가액을 전액 인정하는 경우에는 신주를 인수한 채권자가 商法 제424조의2에 규정된 不公正한 價額으로 株式을 引受한 者로 인정되어 公正한 發行價額과의 差額에 상당한 금액을 회사에 지급해야 한다고 인정될 가능성이 있다. 즉, 채권의 권면액이 100억원이고 채권자가 이를 출자전환하여 액면가 100억원어치의 신주를 인수한 경우에는 현물출자된 채권의 가치를 過大評價함에 의하여 현저하게 불공정한 가액으로 주식을 인수하였다고 인정될 수 있다. 이렇게 인정되는 경우, 주식을 인수한 채권자는 공정한 가액과의 차액에 상당한 금액(예컨대 위의 예에서 채권가치가 30억원으로 평가된다면 100억원과 30억원의 차액인 70억원)을 회사에 추가로 지급하여야 하며, 이와는 별도로 당해 신주발행에 관여한 회사의 이사들도 임무를 해태하였다는 이유로 商法 제399조에 따라 회사에 대하여 損害賠償責任을 질 가능성이 있다. 또한 실제에 있어서 채권의 출자전환을 주도한 채권금융기관들도 商法 제401조의2에 따라 주식발행회사 이사들에게 업무집행을 지시한 자로서 회사 또는 제3자에 대하여 손해배상책임을 질 가능성이 있다.⁶⁾

문제는 재무구조가 악화되어 破綻에 처한 회사에 대하여 갖고 있는 채권의 가치를 평가할 기준이 모호하다는 것이다. 재무구조가 악화된 기업에 대한 채권은, 동 기업에 대한 출자전환 등의 지원조치가 이루어지지 않아 회사가 破産에 이르게 되면 동 채권의 가치가 장부가액에 비하여 대단히 낮아질 것이나, 추후 회사가 정상화되는 경우에는 동 채권의 가치가 장부가액과 동일하게 될 것이다.

채권의 출자전환이 이루어지는 시기에 있어서는 회사가 파탄상태에 처하여 있고 출자전환의 대상채권의 가치평가는 출자전환시의 채권가치를 기준으로 하여야 한다는 점을 고려하면 채권의 평가액을 장부가액으로부터 감액하는 것이 논리적이라고 생각된다. 그러나 현실적으로 장부가액 전액을 채권의 가치로 인정하여 주지 아니하는 경우에는 출자전환에 참여할 금융기관들이 당해 출자전환을 받아들이지 아니하기 때문에 채권의 장부가액 전액을 출자액으로 인정하지 않은 예는 찾아보기 어렵다. 뿐만 아니라 출자전환에 참여한 금융기관의 지위가 출자전환에 의하여 채권자로부터 보다 후순위의 주주로 변경된다는 점을 감안하면, 장부가액 전액을 출자액으로 인정하는 경우 일반투자자 보호에 문제가 있다는 주장은 받아들이기 어렵다.⁷⁾ 요컨대, 장부가액 전액을 출자액으로 인정한 출자전환의 법적 효력을 부인하기는 어려운 것으로 판단된다.

참조.

6) 이에 대하여 자세한 것은 후술IV.5. 참조.

7) 출자전환에 참여하지 않는 다른 채권자의 입장에서는 출자전환을 하는 채권자가 투자금액 회수에 있어서 보다 후순위인 주주로 그 지위가 변경되므로 나쁠 것이 없다. 다른 주주들의 입장에서는 채권자인 금융기관들이 출자전환을 하지 아니하는 경우 당해 회사가 破産하였을 때, 어차피 채권자들이 장부가액만큼의 채권액을 먼저 회수하지 아니하는 한 주주들로서는 자신의 투자재원(주식대금)을 회수할 수 없으나, 채권자들이 출자전환을 하는 경우에는 동 채권자들과 기존 주주가 그 지분비율에 따라 회사의 잔여재산분배에 참여할 수 있게 되므로 기존 주주들의 입장에서도 채권자들이 출자전환을 하는 것이 보다 유리하다.

(2) 先出資 후 債務辨濟

채권자가 채무자인 회사(이하 “회사”)에 먼저 출자를 한 후 회사가 그 출자금으로 당해 채권자에게 바로 그만큼의 채무를 변제함으로써 전술한 현물출자에 의한 출자전환과 동일한 결과를 얻을 수 있다. 그런데 이 방법을 사용하는 때에는 채권자의 채권액이 전액 주식으로 전환될 수 있는 반면, 일단은 채권자로부터 회사(실제에 있어서는 주금납입은행)에 주식대금이 지급되어야 하기 때문에 채권자가 일단 주식대금에 해당하는 금원을 준비하여야 한다는 점 때문에 출자전환을 하는 채권자로서는 이 방법을 기피할 수 있다. 또한 출자전환을 하는 채권자가 주식대금을 주금납입은행에 납입하고 회사 측에서 증자등기 후 이 돈을 찾아서 당해 채권자에 대한 부채를 변제하는 시간 동안에 회사의 다른 채권자가 동 금액에 대하여 假押留를 할 수 있다는 문제점이 있다. 현실적으로는 짧은 몇 시간 사이에 법원에 假押留申請을 하여 假押留決定을 받는다는 것이 어려울 것이나, 만일 제3의 채권자가 당해 회사의 채권자들이 회사에 출자한다는 정보를 사전에 입수하는 경우(상장회사의 경우에는 增資를 위한 이사회 결의시에 증권거래소와 금융감독위원회에 신고해야 하기 때문에 제3의 채권자가 당해 증자정보를 미리 입수하는 것이 불가능하지는 않을 것이다) 미리 假押留를 준비할 수 있기 때문에 반드시 불가능할 것으로만은 생각되지 아니한다. 더욱이 자본감소 및 출자전환으로 인하여 경영권을 상실하게 되는 현 지배주주 측에서 위장계열사 등을 동원하여 채권을 행사한다면 현실적으로 이를 막을 방법이 없다.

이와 같은 문제점은 銀行이 출자전환을 하는 경우에는 출자전환을 하는 은행이 회사의 신주발생시에 株金納入金融機關이 됨으로써 해결될 수 있다. 왜냐하면, 은행이 주금납입금융기관이 되는 경우에는 회사에 대한 제3의 채권자가 회사의 신주발행대금에 대하여 가압류를 하는 경우, 與信去來基本約款의 期限利益喪失條項에 따라 가압류의 통지를 동 은행 등에 대하여 발송하는 때 동 은행의 회사에 대한 채권과 동 신주발행대금이 상계되기 때문이다. 즉, 출자전환을 위한 신주발행을 하는 경우, 제3자로부터 가압류통지를 받은 때 동 은행이 회사의 신주인수대금으로서 납입한 금액(이는 회사를 위하여 동 은행이 보관하고 있는 자금으로서 동 신주인수대금에 대하여 회사가 返還請求權을 가지게 된다)과 동 은행이 회사에 대하여 갖고 있는 채권이 相計될 것이다.⁸⁾

(3) 株式代金の 相計

기존 주주 외의 제3자에게 신주를 배정하여 출자전환을 하는 방법으로는 本稿에서 기술하는 債權의 現物出資와 先出資 후 債務辨濟 외에도 新株引受人이 회사에 대하여 갖고 있는 채권으로 株式代金과 相計하는 방법이 있다. 그러나 商法 제334조에서 “주주는 納入에 관하여 相計로써 회사에 대항하지 못한다” 라고 규정하고 있기 때문에 立法論으로는 몰라도 현행 商法하에서는 주식대금의 상계는 허용되지 아니한다고 해석하는 것이 합리적인 해석인

8) 상법 제302조 제2항 제9호에 따르면 주식대금은 은행 기타 금융기관에 납입할 수 있으므로 예금업무를 담당하는 금융기관은 누구나 주식대금의 납입업무를 담당할 수 있다는 것이 논리적인 해석일 것이다. 현재 은행 또는 상호신용금고만이 주식대금납입기관이 될 수 있다는 것이 등기실무이나, 종합금융회사의 경우에도 은행의 별단예금과 유사한 예금항목을 보유하고 있으므로 주금납입기관이 될 수 있어야 할 것이다.

것으로 판단된다. 또한 일반적으로 주식대금의 상계를 허용하게 되면 주식대금과 상계되는 채권의 실제 가치에 상관 없이 동 채권의 장부상 가액 전액이 상계되기 때문에 現物出資의 脫法手段으로 이용될 가능성이 있기 때문에 출자전환시에 주식대금과 당해 회사에 대한 채권의 상계를 허용하는 것은 바람직하지 아니하다고 생각한다.⁹⁾

다만, 회사가 워크아웃의 대상기업이 된 경우와 같이 재무적으로 파탄상태에 빠진 경우 상계를 인정하지 않는 데 따라 어떤 이익이 있을지는 의문이다. 회사가 워크아웃의 대상기업이 된 경우와 같이 재무적으로 파탄상태에 빠진 경우¹⁰⁾ 위 II. 1. (1)에서 설명한 바와 같이 출자전환의 대상채권의 장부가액 전액을 인정하여 현물출자를 하는 것과 주식대금과 대상채권을 상계하는 것을 비교할 때 어느 방법을 취하든 회사에 대하여 어떠한 차이를 가져오지는 아니한다. 또한, 출자전환을 하는 채권자의 채권이 주식으로 전환되면 당해 회사의 다른 채권자의 지위가 강화되는 효과가 있으므로 워크아웃의 대상기업의 경우와 같이 예외적인 경우에는 相計를 인정하는 것이 타당하다고 본다.

한편, 大法院 登記例規 제960호에서는 기업구조개선작업의 대상기업의 구조조정을 위한 금융기관대출금을 출자전환할 때에는 그 대출금과 주식납입대금을 상계할 수 있다고 하는 바, 이는 워크아웃의 원만한 진행을 위한 조치인 것으로 생각되기는 하나 바람직하지 않다고 본다. 왜냐하면, 동 例規는 실질적으로 商法 제334조에 대한 예외를 인정한 것인데, 尙連 登記例規로 商法의 규정내용을 변경하는 것이 가능한 것인지 의문이다. 등기예규는 등기절차에 관한 일종의 지침에 불과하며, 등기예규에 의하여 주식대금의 납입방법 및 그 효과에 관한 실제적 사항을 규정할 수는 없다. 따라서 당해 등기예규에 의하여 주금납입의 경우 상계할 수 없다는 商法 제334조의 규정내용이 변경된 것은 아니나, 현실적으로 동 등기예규에 의하여 기업구조개선작업의 대상기업에 있어서는 주식대금과 당해 회사에 대한 금융기관대출금을 상계하고 있다. 실제에 있어서 상계처리가 불가피하였다면 대법원 등기예규로 처리하는 것보다는 차라리 商法 附則에 (한시적인) 상계허용규정을 두는 것이 낫다고 본다.

2. 轉換社債의 發行

회사의 定款에 전환사채를 기존 주주 외의 제3자에게 발행할 수 있다고 규정하고 있다면,¹¹⁾ 회사에 대한 채권자들이 전환사채를 인수할 수 있다.

商法상 사채대금을 납입하는 데 있어서는 주식대금의 납입과 달리 현금납입만이 가능한 것은 아니고 相計나 代物辨濟도 가능하므로 전환사채를 인수하는 채권자들이 그 채권으로써 사채대금과 상계를 하는 것이 가능하다. 그런데 전환사채를 발행하는 경우에도 신주발행에 있어서와 마찬가지로 이사와 通謀하여 현저하게 불공정한 발행가액으로 전환사채를 인수하는 회사에 대하여 공정한 발행가액과의 차액에 상당한 금액을 지급할 의무가 있기 때문에 (商法 제516조 제1항), 전환사채를 인수하는 회사의 채권자들이 전환사채대금과 상계하는 채권의 가치가 사채대금과 비교하여 현저하게 낮다고 인정되는 경우 전환사채를 인수한 채권자에게 商法 제516조 제1항에 따른 책임이 인정될 가능성이 있다.¹²⁾ 이 경우에는 그 지

9) 주식대금에 대한 상계를 허용할 것인지에 대하여 상세한 것은 이철송, “채권의 출자전환에 따른 법률문제 - 상계가능성을 중심으로,” 「인권과 정의」, 제266호(1998/10), 17면 이하 참조.

10) 이러한 회사는 부채초과상태인 경우가 대부분일 것이다.

11) 상장법인의 경우 통상 그 정관에서 제3자에 대한 전환사채 발행의 경우로서 “긴급한 자금의 조달을 위하여 국내외 금융기관에게 전환사채를 발행하는 경우”를 예시하고 있다.

급청구에 관해 代表訴訟이 인정되고, 理事가 損害賠償責任을 지게 된다. 다만 현물출자에 의한 신주발행의 경우와는 달리 상계로써 사채대금을 대신하는 경우에도 법원이 선임한 검사인의 조사를 받지는 아니한다.

회사가 주권상장법인인 경우, 전환사채의 발행에 관한 이사회 결의가 있을 때 회사는 전환사채발행사실 또는 이사회 결의내용을 金融監督委員會에는 결의일의 익일까지, 證券去來所에는 결의일로부터 1일 이내에 문서 또는 전화로 신고하여야 하며, 전화로 신고한 경우에는 그 내용을 문서로 작성하여 지체없이 우편·인편 또는 팩스로 제출해야 한다(“상장법인 등의 주요경영사항신고 및 사업보고서에 관한 규정” 제4조 제1항; “상장법인 공시규정” 제5조 제16호).

3. 資本의 減少

출자전환이 이루어지는 경우, 먼저 당해 기업의 자본을 감소한 후 대상채권을 자본으로 전환하는 것이 일반적이다. 출자전환 대상기업은 대부분 자본잠식상태에 있기 때문에 동 기업에 대한 채권을 자본으로 전환하는 채권금융기관의 입장에서는 먼저 동 기업의 자본을 감소한 후 출자전환을 하여야 자신들이 인수한 주식의 가치가 유지될 수 있기 때문이다.

(1) 資本減少比率의 算定問題

주식회사의 자본감소에 있어서 減資比率을 얼마로 할 것인지의 문제는 회사의 경영정책상 문제이다. 결론이 누적되어 감자를 하는 경우(소위 名目上的 資本減少)에도 자본의 감소액에 비하여 환급하는 금액이 적을 때에는 그 차액에 상당하는 減資差益이 발생하여 이를 資本準備金으로 적립하여야 하는 등(商法 제459조 제1항 제2호 참조), 자본감소를 위하여 商法 소정의 절차를 따르고 자본감소 후 자본금이 5천만원 이상이 되는 한(商法 제329조 제1항 참조), 減資比率을 결정하는 것은 이사회 권한에 속하는 사항이다. 이러한 감자비율에 반대하는 주주는 자본감소승인주주총회에서 반대를 하면 되는 것이고, 만약 자본감소에 반대하는 주주가 많아 당해 자본감소가 주주총회의 특별결의에 의해 통과되지 못한다면 자본감소를 할 수 없게 될 것이다. 따라서 어느 회사가 자본을 감소하려 할 때, 이에 반대하는 주주로서는 주주총회에서 반대투표를 할 수 있을 뿐이며, 주주총회특별결의에 의하여 자본감소안이 통과된다면 그 절차에 하자가 있지 않는 한, 당해 자본감소는 적법·유효한 것이다.

실무상으로는 대상기업의 주식 시가 및 자산을 실사하여 계산해 낸 純資産價値를 감안하여 감자비율을 정하는 것이 일반적이다. 즉, 실사기관이 산정한 純資産價値와 收益價値¹³⁾ 및 平均市場株價¹⁴⁾를 모두 고려하여 자본감소비율을 정하는 것이 일반적이다. 기업구조조

12) 위 II.1.(1) 참조.

13) 감자비율을 정함에 있어 수익가치를 고려하지 않는 경우도 있다.

14) 이는 대상기업의 기업개선작업 신청일 직전 1개월 평균, 1주일 평균, 최근일 종가를 산술평균한 것이다. 이와 같이 “기업개선작업 신청일”을 기준으로 주가를 산출하는 것은 재무상태가 극히 열악한 기업이 워크아웃에 들어가게 되면 동 회사의 갱생 가능성이 높아지므로 주가가 상승할 것이라는 예상을 전제로 한 것이다. 그러나 대상기업의 주가가 워크아웃 개시 이후에 반드시 상승하는 것은 아니므로 감자 후 1주당 가치가 액면가를 상회하도록 하는 것이 바람직하다는 측면에서, 주식의 시장가격을 고려하지 않고 대상기업의 순자산가치 및 수익가치만을 고려하는 것이 타당하다고 생각한다.

정위원회도 대상기업의 본질가치보다 시장의 수급상황에 큰 영향을 받는 주가의 움직임만을 고려하여 減資基準價를 산정할 경우, 주식으로 전환되는 채권단 대출금의 적정가치를 보장할 수 없으므로 減資基準價의 산정에는 당해 기업의 주가수준 이외에도 대상기업의 순자산 가치 등 재무상태에 대한 고려가 이루어지는 것이 필요하다는 입장을 취하고 있다.¹⁵⁾

실무에 있어서는 어느 경우에는든 자본감소 후 당해 기업의 1주당 가치가 액면가를 상회하도록 하는 선에서 감자비율을 정하고 있으며, 경우에 따라서는 지배주주에게 경영부실에 대한 책임을 묻는다는 측면에서 差等減資를 하는 경우도 있다.¹⁶⁾

(2) 資本減少對象株式에 質權이 設定되어 있는 경우

자본감소대상주식에 質權이 설정되어 있는 경우, 특히 差等減資시 감자비율이 보다 높은 지배주주의 주식에 질권이 설정되어 있는 경우, 동 질권자와 대상기업의 채권금융기관의 이해관계가 충돌한다. 즉, 대상기업의 자본감소 후 출자전환을 하는 채권금융기관으로서 감자비율이 높을수록 유리한 반면, 질권자의 입장에서는 감자비율이 높을수록 담보가치가 감소될 것이므로 불리한 입장에 놓이게 될 것이다.¹⁷⁾

자본감소, 즉 株式併合¹⁸⁾에 찬성하는지의 여부는 質權設定者인 주주가 결정할 사항이지만, 주식병합의 결과로 인하여 담보물인 주식의 가치가 급락하는 경우에는 주주인 질권설정자가 담보권자인 질권자에게 민경環瀾⁶ 책임을 질 수도 있다. 民事上으로는 자본감소에 의하여 담보가치가 감소하였으므로 담보권자에 대하여 질권설정자가 기한의 이익을 상실할 수 있고, 동 자본감소로 인하여 질권설정자가 무자력상태가 되는 경우에는 주주가 동 자본감소에 동의하는 것이 담보권자에 대한 詐害行爲로서 문제될 수도 있다. 刑事上으로 주주는 담보제공자로서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당할 수 있으므로 주주(주주가 법인인 경우에는 그 대표자)가 背任罪에 해당될 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 자본을 감소하는 경우, 주식에 대하여 질권이 설정되어 있으면 자본감소비율에 대하여 동 질권자들의 사전동의(비록 법률상의 요건은 아니지만)를 얻어두는 것이 장래의 분쟁을 예방한다는 측면에서 바람직하다.

III. 出資轉換의 對象債權

1. 無擔保債權과 擔保債權

워크아웃, 즉 기업개선작업시에 이루어지는 출자전환에 있어서는 대부분 無擔保債權이 출

15) 기업구조조정위원회, 「기업개선작업해설(19)」(1998년 10월 28일) 참조.

16) 지배주주의 주식은 5:1의 비율로 주식을 병합하고 기타 소액주주의 주식은 2:1의 비율로 주식을 병합하는 경우를 예로 들 수 있다.

17) 주식의 시장가격이 주식의 경제적 가치를 정확하게 반영한다면 자본감소에 의하여 질권이 설정되어 있는 주식의 담보가치가 하락하지는 않을 것이나, 현실적으로는 순자산이 陰인 회사의 경우에도 주가가 쉼이 되는 것은 아니므로 주식병합에 의하여 질권자의 담보가치가 하락한다고 볼 수 있을 것이다.

18) 주식의 액면가액을 감소하기보다는 주식병합에 의하여 자본을 감소하는 것이 일반적이다.

자의 대상이 된다. 종래 행하여진 출자전환은 주로 會社整理節次에서 이루어진 것들이었는 바, 이와 같이 종래의 회사정리중에 행하여진 출자전환에서 無擔保債權만이 출자전환의 대상이 된 것은, 채권을 출자로 전환하는 경우에는 당해 주식들이 정리채권보다도 후순위에 놓이게 되는데, 담보채권의 경우에는 회사가 파산하는 경우에도 다른 채권에 우선하여 그 채권을 만족시킬 수 있기 때문에 굳이 그 채권을 우선순위가 현저히 떨어지는 주식으로 전환할 필요성이 없었기 때문인 것으로 판단된다. 요컨대, 담보채권을 출자전환의 대상으로 하지 않는 특별한 법적 이유는 존재하지 않으며, 다만 담보채권을 출자의 대상으로 하는 경우에는 被擔保債權이 소멸하기 때문에 당해 채권에 붙은 담보권 역시 소멸한다는 점이 무담보채권을 출자전환하는 경우와 차이가 있을 뿐이다.

2. 主債權과 保證債權

회사가 主債務者인 경우 회사에 대한 당해 채권을 출자전환할 수 있다는 것은 지금까지 살펴본 바와 같으나, 회사에 대한 保證債權의 경우에도 동 채권을 출자전환할 수 있는지에 대하여는 경우를 나누어 살펴보아야 한다. 이러한 보증채권의 출자전환문제는 계열사를 위하여 지급보증을 서거나 계열사의 자금조달을 위하여 보증을 선 금융기관에 대하여 副保證을 한 회사가 구조조정에 들어가는 경우에 특히 문제가 된다.

(1) 一般 保證債權의 경우

1) 滿期가 도래한 경우

채권자가 주채무자에 대하여 대출한 채권 중 滿期가 도래한 부분에 대하여 주채무자가 채권자에게 채무를 변제하지 않은 경우, 채권자는 保證人에 대하여 확정된 채무를 가지게 된다(民法 제428조 및 제430조 참조). 따라서 이 保證債權을 보증인에 대한 출자로 전환할 수 있게 된다.

2) 滿期가 도래하지 않은 경우

주채무자에 대한 채권자의 채권 중 만기가 도래하지 않은 부분에 대하여는 원칙적으로 채권자가 이를 보증인에 대한 출자로 전환할 수 없다. 그러나 만기 전이라도 채권자가 채무자에게 통지함으로써 대출계약을 종료시킬 수 있다는 조항을 대출계약서에 두는 경우가 많다. 이 때에는 동 조항에 따라 주채무자에게 대출채권의 종료통지를 하면 채권자가 주채무자에게 대출채권의 변제를 청구할 수 있으며, 주채무자가 변제하지 않는 경우 채권자는 보증인에 대하여 확정된 채권을 갖게 되고 이를 보증인에 대한 출자로 전환할 수 있게 된다.

일정한 사유(default)가 발생한 경우에는 만기 전이라도 채권자가 주채무자에게 변제를 요구할 수 있다는 규정을 대출계약에 두는 경우가 많은바, 이러한 변제요구시 주채무자가 변제하지 않는 경우 채권자는 보증인에 대하여 확정된 채권을 갖게 되고 이를 보증인에 대한 출자로 전환할 수 있게 된다.

(2) 副保證債權의 경우

금융기관이 보증한 대출채권에 대하여 부보증인이 있는 경우 이러한 부보증인에 대하여 금융기관이 보유하고 있는 채권인 副保證債權을 출자로 전환하는 것이 가능한지 여부에 대해서는 당해 보증채권의 상태에 따라 경우를 나누어 살펴보아야 한다. 즉, ① 대출채권에 대한 주채무자가 동 대출채권의 만기에 그 채무를 변제하지 못하여 보증인인 금융기관이 이를 代位辨濟한 경우, ② 대출채권의 변제기가 도래하였으나, 주채무자가 변제를 하지 아니하고 동 대출채권의 채권자로부터 보증인에 대한 지급청구가 없어 아직 보증인인 금융기관이 변제하지 아니한 경우, ③ 대출채권의 만기가 아직 도래하지 않은 경우를 나누어 각 경우에 보증인인 금융기관이 부보증인에 대한 보증채권을 출자로 전환할 수 있는지 여부로 경우를 나누어서 살펴보아야 한다.

1) 主債務者が 滿期에 債務를 辨濟하지 아니하여 保證인이 代位辨濟한 경우

이 경우에는 보증인인 금융기관이 부보증인에 대하여 확정된 채권을 취득하므로 당해 채권을 출자전환하는 데에 법적으로 문제가 없다.

2) 貸出債權의 滿期가 도래하였으나, 主債務者が 辨濟를 하지 아니하고 債權者로부터 保證인에 대한 청구도 없어 아직 保證인이 代位辨濟하지 아니한 경우

副保證契約의 경우 보증인이 대위변제를 하지 아니하였다더라도 만기가 도래하기만 하면 보증인이 부보증인에 대하여 그 부보증한 금액의 지급을 청구할 수 있다는 규정을 두는 경우가 일반적이다. 따라서 보증인과 부보증인 사이의 부보증계약에 전술한 것과 같은 규정이 있는 경우에는 보증인이 대위변제를 하지 않더라도 만기가 도래하기만 하면 부보증인에 대하여 확정된 채권을 갖게 되므로 보증인은 부보증계약상의 채권을 출자로 전환할 수 있다. 물론, 부보증계약에 전술한 것과 같은 규정이 없는 경우에는 보증인이 대출채권을 대위변제하지 않는 한, 만기가 도래하더라도 보증인의 부보증인에 대한 채권이 확정되지 아니하기 때문에 보증인은 부보증인에 대한 부보증채권을 출자로 전환할 수 없다.

3) 主債務의 滿期 전의 出資轉換의 경우

대출채권의 만기가 도달하기 전에는 원칙적으로 부보증인에 대하여 보증인이 갖고 있는 부보증채권을 출자로 전환할 수 없다. 다만 부보증계약상 보증인이 부보증인에 대하여 事前求償權을 갖고 있다면 보증인은 주채무의 만기 전이라도 당해 부보증채권을 부보증인에 대한 출자로 전환할 수 있을 것이다.

IV. 出資轉換에 대한 異義提起

株主의 新株引受權을 무시하고 신주가 발행되는 경우에는 新株發行無效의 訴의 원인이 되며, 新株引受權을 침해당한 주주는 新株發行留止請求權을 행사할 수 있고, 이사에 대하여 손해배상을 청구하거나 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁹⁾

1. 理事의 損害賠償

주주의 新株引受權을 무시하고 제3자에게 신주를 배정하거나 주주간에 불공평하게 주식을 배정한 경우(商法 제418조 제1항 참조), 定款에 규정된 바와 달리 신주인수권을 부여한 경우, 現物出資를 과대하게 평가한 경우 등에는 이로 인하여 손해를 입은 주주가 회사를 상대로 손해배상을 청구하거나 이사의 제3자에 대한 책임(商法 제401조)을 물어 이사에게 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 이로 인해 회사에 손해가 생겼다면 대표이사 등이 회사에 대하여 손해배상책임을 져야 할 것이다(商法 제399조).

2. 新株發行留止請求

회사가 法令 또는 定款에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 주식을 발행함으로써 주주가 불이익을 받을 염려가 있는 경우에는 그 주주는 회사에 대하여 그 발행을 유지할 것을 청구할 수 있다(商法 제424조). 이러한 新株發行留止請求權은 회사의 違法·不公正한 新株發行에 대하여 개별 주주의 이익을 보호하기 위한 제도이다.

회사의 정관에 제3자에게 신주를 배정할 수 있다는 규정이 있는 경우, 출자전환에 있어서 商法과 定款에 정하여진 절차를 따른다면 당해 출자전환이 신주배정과 관련하여서는 商法 제424조상의 新株發行留止請求의 대상이 될 것으로는 생각되지 아니한다.²⁰⁾

3. 資本減少 후 出資轉換시 新株의 不公正價額 引受問題

商法 제424조의2 제1항에 따르면 “이사와 通謀하여 현저하게 불공정한 발행가액으로 주식을 인수한 자는 회사에 대하여 公正한 發行價額과의 差額에 상당한 금액을 지급” 할 의무가 있다. 출자전환에 있어서 만약 자본감소 후 회사의 주가가 계속 신주발행가격의 산정 기준일 당시의 주가보다 2배 내지 3배 높은 수준을 유지한다면, 액면가로 신주를 인수하는 채권금융기관들의 경우 同條의 책임을 지는 것이 아니냐는 의문이 들 수 있다.

商法이 제424조의2의 규정을 둔 이유는 이사가 특정 주주 또는 제3자에게 불공정한 발행가로 주식을 인수시킨다면, 이는 회사의 자본충실을 해하고 다른 주주들의 1주당 순자산가치를 희석시키므로 어떤 형태로든 회사와 주주의 손실을 보상해 주어야 하기 때문이다. 그러나 출자전환시의 신주발행, 즉 출자전환은 현재 부도 및 청산위기에 몰린 회사를 회생시키기 위하여 채권금융기관들과 회사간의 합의에 의하여 이루어지는 것이다. 따라서 이 출자전환시의 시가가 액면가를 어느 정도 상회한다고 하여, 이사와 신주인수인들이 통모하여 회사의 자본충실을 해하였다고 인정할 수는 없다고 본다. 그러므로 출자전환에 의하여 이사 혹은 출자전환에 참여하는 채권금융기관이 商法 제424조의2에 규정된 책임을 지게 될 것으로는 판단되지 아니한다.

19) 李泰魯·李哲松, 「會社法講義」(博英社, 1999), 656면 참조.

20) 채권자들이 그 채권을 현물출자할 때 상법 제452조 제3호를 유추적용하여 상당한 금액을 감액하여야 한다는 입장에서는, 출자전환되는 채권의 가치가 인수하는 주식의 액면총액보다 현저히 낮다고 평가되는 경우, 즉 현물출자가 과대평가되었다고 인정되는 경우에는 동 신주발행(즉 출자전환)이 新株發行留止請求의 대상이 된다는 주장을 하게 될 것이다.

4. 新株發行無效의 訴

신주발행에 대하여 무효의 원인이 있는 경우에 그 무효의 주장을 일반원칙에 따라 누구든지 언제라도 아무런 제한 없이 할 수 있게 되면, 당해 신주발행이 유효함을 전제로 하여 진전된 모든 법률관계의 안정을 해하게 된다. 따라서 商法은 신주발행의 무효는 訴에 의해서만 주장할 수 있도록 하였다(商法 제429조).²¹⁾ 商法에서 신주발행의 無效事由를 규정하고 있지 않은데, 신주발행의 효력이 생긴 다음에는 법령 또는 정관을 위반한 신주발행이라고 하여 이를 모두 무효로 하면 법률관계의 혼란이 야기되고 거래의 안전을 해할 염려가 크므로, 회사, 주주 및 거래당사자 등 여러 관계자의 이익을 비교형량하여 가급적 무효원인을 엄격히 해석하여야 한다는 것이 일반적 견해이다.²²⁾

이사회의 결의 등 법령 및 정관에 정하여진 절차를 밟아서 이루어진 출자전환에 있어서 문제가 될 수 있는 것은 위 2항 및 3항에서 설명한 것과 같이 출자로 전환되는 채권의 가치가 과대평가될 수 있다는 점이나, 이로 인하여 이사의 손해배상책임이 발생하거나 출자전환을 하는 채권금융기관들이 불공정한 가격으로 신주를 인수한 자로서 책임을 질 가능성은 별론으로 하고, 출자전환에 의하여 이루어지는 신주발행이 무효가 되는 것은 아닌 것으로 판단된다.

5. 債權金融機關의 業務執行指示者로서의 責任

出資轉換對象債權의 과대평가(예컨대 채권을 장부가액으로 평가한 경우)로 인하여 대상기업이 손해를 입었다고 인정되는 경우, 대상기업의 채권금융기관들이 商法 제401조의2에 따라 業務執行指示者로서 책임을 지게 될 가능성이 있다. 즉, 워크아웃 대상기업에 대한 채권을 출자로 전환하는 데 있어서는 채권금융기관들이 주도적 역할을 담당하고 대상기업은 채권금융기관이 결정한 계획에 따라서 출자전환을 하는 것이 일반적인 경우이므로²³⁾ 채권금융기관들은 “회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자”로 인정될 가능성이 높다. 그렇다면 대상기업에 대한 채권을 출자로 전환한 금융기관이 상법 제401조의2 제1항에 따라 실제에 있어서 대상기업, 대상기업의 주주 또는 제3자에 대하여 손해배상책임을 질 가능성이 있는가? 출자전환에 의하여 채권금융기관이 손해배상책임을 질 가능성은 거의 없다고 본다. 첫째, 전술한 바와 같이 출자전환의 대상채권의 평가에 대하여 확정된 기준이 존재하지 아니하며 둘째, 출자전환 대상채권의 과대평가로 인하여 대상기업이 다소 손해를 입는다고 하더라도 동 출자전환이 없으면 결국 대상기업이 재무상태의 악화로 인하여 파산에 이르게 될 것이라는 점 및 출자전환을 하는 금융기관들은 대상기업의 회생을 위하여 보다 선순위의 채권자로서의 지위를 포기하고 후순위권자인 주주가 된다는 점 등을 고려하면, 출자전환에 의하여 대상기업 및 대상기업의 주주 등이 손해를 입었다고는

21) 崔基元, 「新會社法論」(博英社, 1999), 715-716면 참조.

22) 위의 책, 716면 참조; 李泰魯·李哲松, 앞의 책, 674면 참조.

23) 이 경우에 있어서도 대상기업과 채권금융기관들간에 자본감소 비율 및 출자전환대상채권의 범위 등에 관하여 협상이 벌어지기는 하지만, 일단 워크아웃에 들어간 회사로서는 그 채권금융기관과의 협상에 있어서 제대로 협상력을 발휘할 수 없는 것이 실정이므로 대부분 채권금융기관의 뜻이 관철되는 것이 상례이다.

볼 수 없다. 따라서 출자전환을 한 채권금융기관이 상법 제401조의2의 규정에 의하여 손해배상책임을 부담할 가능성의 거의 없다고 본다.

V. 出資轉換關聯 租稅問題

1. 債務免除로 인한 益金算入問題

첫째, 채권자들이 그 채권을 현물출자하거나 전환사채의 대금과 相計處理하는 경우에 평가에서 감액된 채권액만큼 債務免除를 한 것으로 인정되어 당해 금액이 益金에 算入되는지 여부가 문제된다. 즉 현물출자시 법원이 선임한 감사인의 조사에서 채권자의 회사에 대한 채권액이 그 장부가액을 그대로 인정받아 신주를 배정받는 경우에는 債務免除로 인한 益金算入의 문제가 발생하지 아니하나, 예를 들어 장부가액이 100억원인 채권이 80억원의 가치를 가진 것으로 판명되면, 당해 채권자는 80억원어치의 주식밖에 배정받지 못하게 된다. 그러면 회사의 입장에서는 100억원의 채무가 소멸되는 데에 반하여 주식은 80억원어치만 발행하게 되니 20억원의 채무를 면제받는 것으로 인정되며, 이 20억원은 익금에 산입된다. 만일에 현물출자하는 채권액 중 상당 부분이 감사인의 조사에 의하여 감액된다면, 그 결과 상당액이 익금에 산입될 것이며, 이는 회사에게 큰 부담으로 작용할 가능성이 있다. 왜냐하면 이 경우에는 출자전환의 결과 장부상 막대한 이익이 계상되어 법인세를 납부할 의무가 발생하게 되기 때문이다.²⁴⁾

이러한 점을 고려하여 租稅特例制限法 제45조 제1항에서는 워크아웃 대상기업이 1999년 12월 31일 이전에 기업개선험획에 따라 특수관계 없는 채권금융기관으로부터 채무를 감면받는 경우 그 이월결손금을 초과하는 채무면제액에 대하여는 3년 거치 후 3년에 걸쳐 균등액을 분할하여 익금산입할 수 있다고 특례를 두었다. 다만, 일정 요건하에 관할 세무서장의 승인을 얻어 거치기간을 2년 더 연장하여 5년까지 거치할 수 있다.

물론 회사의 누적손실이 상당하다면 전술한 益金算入으로 인해 회사가 납부하여야 할 法人稅額은 실제에 있어 그다지 많지 않거나 아예 없을 수도 있을 것이다.

2. 取得稅問題

자본감소 후에 신주를 발행하기 때문에 출자전환을 하는 채권자들은 적어도 50% 이상의 주식을 보유하는 경우가 많을 것인데, 구조조정대상기업이 비상장법인인 경우에는 당해 채권자들이 地方稅法 제105조 제6항에서 규정하고 있는 寡占株主로 인정되어 取得稅를 납부해야 하는지 여부가 문제된다. 地方稅法상 과점주주는 주주 및 그와 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자들의 소유주식수의 합계가 당해 비상장법인의 발행주식총수의 100분의 51 이상인 자들을 말한다(同法 제22조 참조). 그런데 출자전환을 하는 채권자들은 비록 채권자협의회 구성원으로서 회사와의 관계에 있어서 긴밀한 협조체제를 유지하고 있기는 하나, 상호간에 地方稅法 施行令 제6조 제1항에서 규정하고 있는 특수관계²⁵⁾가 존재

24) 참고로, 자본감소시 발생하는 감자차익은 회계상 資本剩餘金이고 세무상 益金不算入項目이다.

25) 지방세법 시행령 제6조 제1항에서는 “주주 또는 사원이 법인인 경우에는 그 법인의 소유주식

하는 것으로는 볼 수 없으므로 출자전환시에 채권자들이 회사의 부동산이나 기계설비 등에 대한 취득세를 납부할 의무는 발생하지 아니할 것이다.

물론 어느 한 금융기관이 출자전환에 의하여 비상장회사의 주식을 51% 이상 보유하게 되면 당해 금융기관은 회사의 과점주주로 인정되게 될 것이고, 이 경우 회사의 부동산이나 기계설비 등에 대한 취득세를 납부하는 것이 원칙일 것이나,²⁶⁾ 租稅特例制限法 제120조 제5항 제4호에서는 금융기관의 경우 법인에 대한 대출금을 출자전환함에 따라 법인의 주식을 취득하여 과점주주가 된 경우 당해 금융기관에 대하여는 寡占株主取得稅를 과세하지 아니한다고 규정하고 있다.

3. 第2次 納稅義務

채권금융기관이 출자전환 대상기업의 조세채무에 대하여 2차적 지급의무를 부담하는지 여부가 문제될 수 있다.

國稅基本法 제39조에 의거 과점주주 등의 출자자가 해당 법인이 납부할 國稅, 加算金과 滯納處分費의 부족액에 대하여 제2차 납세의무를 지는 것은 당해 법인이 비상장법인인 경우에 한한다. 따라서 출자전환의 대상기업이 상장법인인 때에는 출자전환에 의하여 대주주가 된 금융기관들이 과점주주에 해당하더라도 이러한 납세의무를 부담하지는 아니한다.

대상기업이 비상장법인인 경우에는 國稅基本法 제39조가 적용되므로 출자전환으로 대주주가 된 금융기관들이 과점주주에 해당되는지에 관하여 검토하여야 한다. 국세기본법 제39조에 의하여 2차납세의무를 지는 과점주주는 당해 법인의 발행주식 총수의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자 또는 당해 법인의 경영을 사실상 지배하는 자를 의미한다. 기업구조조정절차의 일환으로 출자전환을 하는 경우 어느 한 금융기관이 대상기업의 주식의 51% 이상을 소유하거나, 단독으로 대상기업의 경영을 지배한다고 보기는 어려우므로 하나의 금융기관이 대상기업의 국세 등에 대하여 2차납세의무를 부담하는 과점주주로 인정될 가능성은 현실적으로 없다. 다만, 기업구조조정 대상기업의 채권금융기관들이 전체로서 國稅基本法 제39조상의 과점주주에 해당될 가능성이 있는지 여부가 쟁점이 될 수 있을 것인데, 채권금융기관협의회 및 동 운영위원회가 기업구조조정 대상기업의 경영을 실질적으로 지배하는 측면이 있는 것은 사실이나, 채권금융기관협의회 소속 금융기관 사이에 國稅基本法 施行令 제20조 제12호에서 규정하고 있는 특수관계가 성립할 여지가 없으므로 채권금융기관이 2차납세의무자가 되는 과점주주에 해당하지는 않는다고 본다.

VI. 結語: 出資轉換과 會社支配構造

기업의 채권금융기관들에 의한 출자전환이 이루어진 경우, 종래 우리나라의 소위 owner 수 등이 발행주식총수 등의 100분의 50 이상인 법인과 소유주식수 등이 해당법인의 발행주식총수 등의 100분의 50이상인 법인 또는 개인”을 당해 법인의 특수관계자로서 규정하고 있다.

26) 그러나 금융기관의 경우에는 대체로 타 기업 지분 소유가 제한되어 있으므로 어느 한 금융기관이 출자전환 대상기업의 주식을 51%이상 보유하는 경우는 현실적으로 거의 없을 것이다. 은행법 제37조 제1항은 “금융기관은 다른 회사의 발행주식의 100분의 15를 초과하는 주식을 소유할 수 없다”라고 규정하고 있다.

중심의 기업지배구조에는 커다란 변화가 올 수 있다. 현재 출자전환이 이루어진 국내기업 중에는 종래의 지배주주의 支分率이 극히 낮아지고 기업개선약정에 따라 출자전환을 실시한 채권금융기관들이 주식의 과반수를 차지하게 되어 당해 기업의 지배구조가 출자전환 전과 완전히 상이하게 된 예도 있다. 이와 같은 출자전환이 얼마나 많은 기업에서 이루어질지는 예측하기 어려우나, 그 진행추이에 따라서는 우리나라 기업지배구조의 새로운 한 축으로 자리잡을 가능성 또한 배제할 수 없다고 본다.

출자전환이 이루어진 기업의 지배구조의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있다.

- ① 소위 owner의 부재
- ② 이사들이 전체적으로 과반수의 지분을 보유한 채권금융기관에 의하여 선임됨
- ③ 상당한 지분(대체로 10% 이내)을 보유한 다수의 대주주의 존재
- ④ 채권금융기관 사이의 합의에 의한 의사결정(대표이사의 선임, 외자유치 등 중요한 사항에 관하여)
- ⑤ 채권금융기관의 경영에의 간섭(특히 회사의 재무관리에 관하여). 이를 위하여 共同管理團 내지 經營管理團과 같은 상설조직을 구성하여 회사에 파견함
- ⑥ 전문경영인의 영입
- ⑦ 종래의 지배주주에 대한 예우(이사회 의장직위의 유지 등) —과도기적·한국적 현상

물론 출자전환이 이루어지는 기업의 수가 한정될 것이므로 출자전환에 의해 나타나는 기업지배구조가 우리나라에 있어서의 일반적인 기업지배구조가 되기는 어려울 것이나, 적어도 기업지배구조의 주요한 유형으로 자리매김할 가능성을 배제할 수는 없다. 특히 소액주주의 보호에 대한 관심이 높아지고 지배주주의 전횡을 견제하려는 사회적 합의가 이루어지고 있는 상황에서는 전술한 바와 같은 출자전환이 이루어진 회사의 지배구조 및 경영형태가 다른 회사들에게도 영향을 미칠 수 있을 것이며, 이러한 회사들의 경영성과가 장기적으로 다른 회사들보다 나올 때에는 더욱 그러할 것이다.

주의할 점은 출자전환에 의하여 금융기관, 특히 은행이 회사에 대한 주요주주로 등장하는 것이 과연 좋기만 한 것인지 여부이다. 최근 은행의 주인을 찾아주자는 논의가 꾸준히 전개되어 왔는바, 재벌을 비롯한 대기업들이 은행의 주인, 아니면 적어도 10% 내외의 지분을 보유한 주요주주로서 은행경영에 암묵적인 영향력을 행사할 때, 재벌이 은행을 통하여 다른 기업을 지배 또는 영향력을 행사할 가능성을 배제할 수 없다.

경제적 힘이 소수의 재벌에게 집중되는 것은 바람직하지 못하다고 본다. 왜냐하면 단기간 이라면 몰라도 장기적으로 자금흐름의 왜곡 및 효율적 투자가 저해될 가능성이 높기 때문이다. 따라서 출자전환에 의하여 은행을 비롯한 금융기관들이 대기업의 지배주주 또는 주요주주로 등장하는 것은 재벌, 즉 産業資本이 金融資本을 지배하지 아니한다는 것을 전제로 하여야 할 것이다.