

자회사를 이용한 자기주식의 취득

00대학교 법학전문대학원 교수

000

〈설 문〉

甲회사는 乙회사 주식을 매입하여 경영에 참여할 계획을 세우고 상당수량의 乙회사 주식을 매입하기 시작하였다. 乙회사의 대표이사 A는 甲회사의 행위는 乙회사의 이익에 반하는 적대적인 주식매점으로서, 경영권이 甲회사에게 이전되면 乙회사뿐만 아니라 회사채권자 및 종업원 모두에 대하여도 중대한 손해가 된다고 판단하고, 乙회사가 과반수의 출자를 하고 있는 丙회사에게 乙회사의 주식을 매입하도록 지시하였다. 이에 따라 丙회사의 대표이사 B는 丙회사의 명의로 C로부터 乙회사주식의 상당수량을 매입함으로써 사외유통되고 있는 乙회사의 주식을 고갈시켰다. 그 후 甲회사는 乙회사의 경영권확보에 필요한 수량을 추가로 취득할 수 없게 되자, 자기가 소유하는 대부분의 乙회사주식을 시장에서 매각하였다.

- (1) 甲회사는 丙회사에 의한 乙회사주식의 취득이 상법 제341조에 위반된 행위라는 이유로 乙회사의 대표이사 A에 대하여 손해배상책임을 추궁하는 대표소송을 제기할 수 있는가.
- (2) 丙회사는 乙회사주식의 매각처분에 의하여 거액의 손실이 발생할 것이라고 생각하고, 당해 주식의 양도인인 C에 대하여 상법 제341조와 제342조의2를 위반하였다는 이유로 양도의 무효를 주장하여, 주권을 C에게 반환하고 매매대금의 반환을 청구할 수 있는가.

I. 논점의 정리

설문은 자회사를 이용해서 모회사의 주식을 매집토록 지시하여 경영권을 방어하는 경우이다.

- (1) 설문 (1)의 해결을 위하여는 먼저 상법상 자기주식취득의 개념과 그 허용범위에 관한 검토가 전제되어야 할 것이다. 그리하여 상법상 허용될 수 없는 위법한 자기주식취득

이 성립하면 그러한 행위를 하도록 한 이사에 대한 민사책임을 추궁하는 문제가 검토될 수 있을 것이다. 특히 여기서는 경영권의 방어를 위한 자기주식취득의 위법성 문제도 고려되어야 한다.

- (2) 설문 (2)의 해결을 위하여는 기본적으로는 자기주식취득 또는 자회사의 모회사 주식취득의 사법상 효력이 검토되어야 할 것이며, 그것의 무효를 인정한다고 할 경우에 그 무효를 주장할 수 있는 자의 범위를 검토하여야 할 것이다. 그리고 그 무효에 따른 법적 처리의 문제도 기술하여야 한다.

II. 자기주식취득의 개념과 그 인정범위

1. 자기주식취득금지의 취지

상법 제341조는 일정한 경우를 제외하고는 회사는 자기주식을 취득할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 회사의 자기주식취득은 실질적으로 출자를 환급하는 결과가 되어 자본충실의 원칙에 역행하고, 회사의 임원들이 회사의 정보를 이용하여 내부자거래를 통해 부당이득을 취할 우려가 있으며, 자기주식을 취득함으로써 불공정한 회사지배를 초래할 수 있기 때문이다. 한편 상법 제342조의2는 원칙적으로 자회사가 모회사의 주식을 취득하는 것을 금지하고 있다. 자회사는 모회사와 실질적·경제적으로 동일체라고 할 수 있는데, 자회사의 모회사 주식취득은 자기주식취득의 경우와 마찬가지로 모회사간 주식의 상호보유를 초래하여 자본의 공동화, 회사지배의 왜곡, 사단성의 파괴 등의 폐해가 있기 때문에 이를 금지하고 있는 것이다.

2. 자기주식취득의 개념과 취득금지의 적용범위

(1) 자기주식취득의 개념

자기주식의 원시취득은 법률의 규정과는 관계없이 이론상 당연히 금지된다. 상법 제341조에 의하여 금지되는 자기주식취득은 유상에 의한 승계취득이다. 여기서 금지되는 승계취득은 그 취득의 명칭은 불문하고 그 계산의 주체가 회사인 것으로 족하다.

(2) 자회사를 이용한 자기주식취득의 허용여부

1) 문제점

자회사를 개입시켜 모회사의 주식을 취득하는 경우도 자기주식취득의 금지범위에 포함시킬 수 있을 지가 문제이다.

2) 자회사를 이용한 자기주식취득의 형태

① 모회사가 자회사의 계산으로 하되 자신의 명의로 자기주식을 취득하는 경우, ② 자회사의 명 및 계산으로 모회사주식을 취득하도록 자회사의 이사에게 모회사의 이사가 지시

하는 경우, ③ 자회사가 모회사의 계산으로 하되 자신의 명의로 모회사주식을 취득하는 경우 등이 여기에 해당한다.

3) 자회사를 이용한 자기주식취득의 허용여부

전술한 ③의 경우에는 모회사가 자기주식을 취득하는 것으로서 금지되는 것은 이론이 없다. 그러나 모자회사 사이에는 단순한 지배종속관계뿐만 아니라 재산적 일체관계에 있다고 볼 것이고, 따라서 모회사 주식취득에 있어서 그 명의 또는 계산의 귀속주체가 어느 쪽이더라도 모회사측에도 결과적으로 자기주식취득에 수반되는 제반의 폐해를 인정할 수 있으므로 위의 모든 경우에 있어서 자회사에 의한 모회사주식취득도 자기주식취득금지의 적용대상이라고 볼 것이다. 한편 상법은 자회사에 의한 모회사 주식의 취득을 금지하고 있는데(제342조의2), 자회사가 누구의 명의로 하든 자회사의 계산으로 모회사의 주식을 취득하는 경우에는 상법 제342조의 2도 아울러 적용된다.

(3) 방어적 자기주식취득의 허용여부

1) 문제점

주식매점에 의하여 경영권을 취득하려는 외부의 시도로부터 회사의 이익과 경영권을 방어하기 위해 자기주식을 취득하는 경우에 이를 적법한 자기주식취득으로서 인정할 것인지 여부가 문제된다.

2) 허용여부

이에 대하여는 상법상 이사의 선관주의의무와 충실의무의 견지에서 회사의 이익을 위하여 필요한 경우에는 이사는 적절한 방어행위를 할 수 있다고 보는 견해가 다수설이고 타당하다. 한편으로 자기주식의 취득은 그 동기와 상관없이 상법 제341조에 의한 금지대상임으로 양자가 상호충돌하는 문제가 제기된다. 이에 대하여는 오로지 경영권만을 방어할 목적으로 하는 방어적 자기주식취득은 상법 제341조의 적용과 관계없이 위법하여 금지되나, 단순한 경영권방어라기 보다는 주주, 회사의 채권자, 노동자의 이익 등 회사 전체의 이익보전을 위하여 불가피하게 자기주식을 취득하여 적대적인 기업매수에 대항하는 것은 상법 제341조의 규정에도 불구하고 허용된다고 볼 것이다. 다만 여기에는 방어권의 남용이 우려되는 문제가 있으므로 그러한 자기주식취득에 의한 방어사유의 정당성을 대상회사에게 스스로 입증할 책임을 부과하는 것이 타당할 것이다.

Ⅲ. 자기주식취득금지위반의 사법상 효력

1. 금지위반의 효력

(1) 문제점

상법 제341조에 위반하여 회사가 자기주식을 취득한 경우 그 취득행위의 사법상 효력이 어떠한지 문제된다. 이는 상법 제342조의2에 위반한 자회사의 모회사주식취득의 경우에도

그대로 적용된다고 보는 것이 통설이다. 여기에서는 자기주식취득금지위반의 경우를 중심으로 보기로 한다.

(2) 견해의 대립

1) 절대적무효설

자기주식의 취득은 양도인의 선약을 불문하고 언제나 무효라는 견해로서, ① 자기주식취득금지에 위반한 자기주식취득은 주식회사의 본질인 자본충실의 원칙을 침해하는 것이며, ② 제341조는 강행규정임을 근거로 제시한다.

2) 유효설

제341조를 단속규정에 불과한 것으로 보아 이에 위반한 취득행위자체는 유효하다는 견해이다. 이 입장에서는 본조를 위반한 경우 단지 이사의 책임만이 문제된다고 한다.

3) 상대적무효설

원칙적으로 무효설을 취하면서도, 거래안전을 위해 예외를 인정해야 한다는 견해이다. ① 제1설은 본조를 위반한 취득은 무효이지만, 양도인이 선의인 경우는 유효로 된다고 본다. ② 제2설은 본조를 위반한 취득은 무효이지만, 양수인인 회사·회사채권자·주주를 위하여 양도인은 언제나 무효를 주장하지 못하며, 회사·회사채권자·주주도 거래안전을 위하여 양도인이 선의인 한 무효를 주장하지 못한다는 견해이다. ③ 제3설은 본조를 위반한 취득은 양도인의 선약을 불문하고 무효이지만, 전득자와 같은 선의의 제3자에게는 그 무효를 가지고 대항하지 못한다는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 “상법 제341조에 위배하여 한 회사의 자기주식취득행위는 당연무효이다(대판 1964.11.12, 64마719).”라고 판시하여 절대적무효설을 취하고 있다.

(4) 검토 및 설문의 경우

회사의 자본충실의 원칙은 주식회사의 본질적 요소이고, 이러한 자본충실을 기하고자 하는 것이 본조의 입법목적이므로, 이를 강행규정으로 보아야 할 것이다. 따라서 이에 위반한 자기주식의 취득행위의 사법상 효력은 양도인의 선약을 불문하고 절대적 무효라고 보는 것이 타당하다.

2. 주식양도의 무효와 법적 처리

(1) 무효의 주장자

상법 제341조에 의한 자기주식취득금지의 입법취지를 고려할 때 보호되어야 할 자는 자기주식을 취득하는 발행회사와 자회사, 그 주주, 채권자, 일반투자자이기므로 무효의 주장은 이들에게만 한정된다. 그리고 자회사에 의한 위법한 모회사주식취득의 무효를 주장할 수 있

는 자에 관하여도 그러한 주식취득으로 모회사의 주주, 채권자가 불이익을 받는 것이므로, 이들과 모회사에게 무효의 주장을 인정할 것이다. 그러나 양도인은 자기주식의 양도에 의하여 자기가 원하는 결과를 달성하였고, 또 양도인에게 무효의 주장을 허락하면 양도인에게 사후적으로 추가상승을 이용한 투기의 기회를 제공하는 결과로 되어 양도인에게는 무효의 주장을 인정할 수 없다고 볼 것이다.

(2) 불법원인급여의 문제

1) 문제점

자기주식취득이 무효로 되는 경우에 당해 주식의 양도계약은 무효이므로, 이행전이라면 회사는 양도주주에 대하여 주권의 인도를 청구할 수 없다. 그런데 이행이후라면 회사의 자기주식취득이 상법 제341조를 위반한 것이므로 무효로 되고 회사는 이를 취득할 수 없으므로 양도주주가 한 주권의 인도가 불법원인급여가 된다 할지라도 회사는 그 주권을 양도주주에게 반환하여야 한다. 그러나 주권인도의 반대급여인 매매대금은 그것이 불법원인급여가 되는지의 여부에 따라 결과가 다르게 된다.

2) 검토

이에 대하여는 민법상 불법원인급여에 있어서 불법이란 선량한 풍속 기타 사회질서의 위반을 말하고 법률정책적 차원의 강행규정위반의 경우는 이에 포함되지 아니한다고 보는 것이 통설이다. 이에 따르면 회사의 자기주식취득금지규정의 위반은 법률정책상의 강행법규의 위반으로써 여기의 불법에 해당하지 않는다. 그러므로 이 경우에 주권을 반환한 회사는 양도주주에 대하여 매매 대금의 반환을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.

3. 자기주식취득과 이사의 책임

회사의 이사 등이 상법 제341조에 위반하여 자기주식을 취득한 경우에는 회사에 대하여 연대하여 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사의 자기주식취득이 인정되더라도 임무해태에 해당하는 때에는 이사는 그로 인하여 회사가 받은 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조). 그러나 이사가 경영권의 방어를 위하여 회사 전체의 이익을 고려하여 한 자기주식취득의 적법성은 인정될 수 있을 것이므로, 그 허용요건이 입증되는 한 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 지지 않는다고 볼 것이다. 그리고 이사는 악의 또는 중대한 과실로 자기주식을 취득함으로써 제3자에게 손해를 끼친 때에는 제3자에 대하여도 연대하여 손해배상책임을 진다(상법 제401조).

IV. 설문의 해결

1. 설문 (1)에 대하여

자회사인 丙회사가 모회사의 지시에 의하여 모회사인 乙회사주식을 취득하는 것은 실질적으로는 모회사의 계산에 의하여 이루어진 것이라 할 수 있으므로 이것은 상법 제341조와

제342조의2를 위반한 것으로서 위법한 행위로 된다. 다만 乙회사가 甲회사의 경영권방어를 위하여 자회사인 丙회사로 하여금 자기회사의 주식을 취득토록 지시한 목적 또는 동기는 회사전체의 이익을 보전하기 위한 것이라고 적시하고 있으므로 그러한 목적에서 행하여지는 자기주식취득이라면 적법하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그러한 목적에 대한 입증책임은 방어의 주체인 乙회사에게 전환된다고 할 것이다(위법성의 추정).

2. 설문 (2)에 대하여

자기주식취득금지에 위반한 취득행위의 사법적 효력에 대하여 무효설에 따르면 丙회사와 C간의 주식양도계약은 C의 선의·악의를 구별할 필요 없이 언제나 무효가 된다. 그 무효를 주장할 수 있는 자의 범위는 그 위반으로 불이익을 받을 관계에 있는 자이므로, 모회사는 물론이고 자회사도 무효를 주장할 수 있다. 따라서 丙회사는 C에 대하여 주식양도의 무효를 주장할 수 있다. 그 무효주장의 결과로써 丙회사는 자신이 소유하고 있는 乙회사 주식을 C에게 반환하고, C에 대하여 이미 지급한 매매대금의 반환을 청구할 수 있을지가 문제인데, 丙회사의 C에 대한 매매대금의 지급이 민법 제746조에 의한 불법원인급여에는 해당한다고 볼 수 없으므로 丙회사는 C에게 매매대금의 반환을 청구할 수 있다고 볼 것이다.