

自己株式取得에 관한 小考

朴 吉 俊*

- I. 序 言
- II. 自己株式取得禁止의 立法根據
- III. 違法한 自己株式取得
- IV. 適法한 自己株式取得
- V. 自己株式의 會計
- VI. 結 語

I. 序 言

전형적인 物的會社로서의 株式會社는 그 社團的 開放성과 資本團體의 特性으로 인하여 社員인 株主의 자유로운 地位移轉과 投下資本의 回收가 요구되며, 이러한 株式會社의 經濟的 要請은 社員權을 表彰하는 株式의 自由讓渡性에 의하여 제도적으로 보장되고 있다. 그러므로 株式讓渡自由의 原則은 株式會社制度의 本質的 要請에 부응한 株式會社法의 基本原理이다. 따라서 商法은 株式의 自由讓渡性을 절대적인 原則으로 규정하여 定款에 의한 株式讓渡의 制限까지 인정치 않고 强行法規化 하였다(商法 335條1項).^① 이러한 株式讓渡自由의 原則은 會社의 設立과 新株發行을 용이케 하며, 大衆資本의 集積을 가능케 하고, 會社의 解散을 방지하여 恒久的 大企業形態로서 오늘날과 같은 株式會社의 융성을 가져왔다.

그러나 株式의 自由讓渡性을 强行法的으로 규정하는 商法은 株式會社制度의 또 다른 本質的 要請에 의하여 또는 法律政策의 理由에 의하여 그 스스로가 약간의 예외를 인정하고 있다. 그 하나는 權利株讓渡의 制限(商法 319條, 425條)이며, 둘째는 株券發行前의 株式讓渡의 制限(商法 335條2項)이며, 셋째는 自己株式의 取得과 質取의 禁止(商法 341條, 342條)이다.^② 그 중에도 특히 會社의 自己株式取得禁止에 관하여는 그 立法趣旨와 禁止範圍, 그리고 禁止違反의 效果, 나아가 自己株式의 取得이 예외적으로 인정되는 경우와 會社가 保有하는 自己株式의

* 法經大學 法學科 副教授

註 ① 舊商法 第204條第1項 但書는 定款에 의한 株式讓渡의 制限을 인정하였다.

② 商法以外의 特別法에 의한 株式讓渡의 制限으로서는 銀行法 第27條第10號 등 참조.

法律上の地位와 會計處理 등에 관하여 立法例도 구구하며 學者間的 견해도 일치되지 못하므로 會社法上 가장 복잡한 문제로 다루어지고 있다. 本稿에서는 株式會社의 自己株式取得에 관하여 우리 商法을 중심으로 문제점을 검토하여 보려 한다.

II. 自己株式取得禁止의 立法根據

自己株式(treasury stock, eigene Aktien)이란 株式會社가 일단 株式을 발행한 후 그 發行會社가 스스로 再取得하여 保有하고 있는 株式을 말한다. 따라서 自己株式이란 發行이 일단 완료된 株式으로서 「會社가 發行할 株式의 總數」(商法 289條1項3號)中에서 아직 發行되지 아니한 未發行株式과는 다르다.^③ 그런데 우리 商法은 會社의 自己株式取得을 禁止하고(商法 341條), 예외적으로 自己株式을 취득하는 경우에도 株式의 失效 또는 處分節次를 밟도록 규정하고 있다(商法 342條). 그러면 商法이 自己株式에 관하여 株式讓渡自由의 大原則을 스스로 무너뜨리고 自己株式의 取得을 금지시키는 취지는 무엇인가?

이는 理論的으로 고찰할 때 株式會社의 自己株式取得이 株式會社의 社團性에 모순되기 때문이다. 즉 株式會社는 社團法人(商法 169條, 171條1項)이므로 社團法人인 株式會社가 社員權을 의미하는 株式을 취득하여 자기의 構成員이 된다는 것은 理論的으로 自己矛盾이 된다는 것이다.^④ 이러한 理論上的 理由는 會社의 社團法的 性格을 정확히 규명함으로써 自己株式의 原始取得의 不可能성과 적법하게 취득한 自己株式의 權利休止, 그리고 株式消却의 근거로서는 매우 타당한 견해이다.^⑤ 그러나 株式이 發行된 경우에는 하나의 財産權의 客體로서 有價證券化하여 유통되므로 會社가 去來의 客體로서의 自己株式을 취득하는 것이 理論上 반드시 불가능하지는 않으며, 또 商法 기타 特別法이 自己株式의 取得을 예외적으로나마 인정하고 있음은 이를 간접적으로 立證하는 것이다(商法 341條1號~3號, 會社整理法 262條5項). 그러므로 自己株式의 取得을 禁止하는 商法의 趣旨는 理論的 合理性보다는^⑥ 다음과 같은 立法政策的인 理由에서 그 근거를 찾는 것이 타당하다.

(1) 會社의 自己株式取得은 會社의 財産을 減少시켜 會社債權者와 株主의 利益을 침해한다.^⑦ 株金의 全額納入主義를 채택하고 있는 우리나라의 法制下에서는 (商法 295條1項, 305條

註 ③ 英美法에서는 自己株式을 treasury stock이라 하는 바, 이는 일단 發行이 완료된 株式(issued stock)을 會社가 취득하여 會社金庫에 보관중이라는 의미에서 사용되며, 이를 直譯하여 自己株式을 金庫株 또는 社內株라고도 하나 이는 商法上的 用語가 아닐 뿐 아니라 會計學者도 적절한 用語로 생각지 않고 있다. 沼田嘉穂, 會社財務諸表論, 1972, p. 319.

④ 鄭熙喆, 全訂版 商法要論(上), 1972, p. 360.

⑤ 徐燦珪, 全訂 商法講義(上卷), 1969, p. 321.

⑥ 이 밖에 理論的 根據로서 混同의 法理에 反하는 것을 理由로 보는 견해도 있으나(松波仁一郎, 日本會社法, 1959, p. 935.) 證券化한 財産權에는 混同의 法理가 적용되지 않음이 原則이다(民法 509條1項, 어음法 11條3項, 手票法 14條3項 등 참조).

⑦ 鄭熙喆, 前掲書, p. 360; Ballantine, *On Corporations*, 1946, §257 (1); Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, II, S. 78.

1項, 421條) 分割納入主義^⑧에 있어서와 같이 自己株式의 취득에 의하여 실질상 納人義務를 면제케 하는 결과는 초래하지 아니하나, 資本을 財源으로 有償取得하는 경우에는 실질적으로 資本의 一部가 還給되어 資本充實의 原則에 위배되며, 資本以外的 財源에 의하여 有償取得하는 경우에도 會社의 財産狀態를 악화시킬 우려가 있다.

(2) 會社의 自己株式取得을 인정하면 理事에 의한 投機行爲 내지 株價操作의 우려가 있다.^⑨ 즉 會社事情에 정통하여 自己株式의 實價를 잘 아는 理事 등이 株價下落時 自己株式을 買占하여 株價를 상승시킨뒤 이를 다시 投賣함으로써 投資株主를 기만할 가능성이 있으며, 또 악의적인 投機買入을 하지 않는 경우라 할지라도 株價의 유지 내지 登귀를 목적으로 기술적인 操作을 兼行함으로써 一般投資家를 현혹시킬 우려가 있다. 더구나 이 경우에 自己株式의 貸借對照表上的 計上方法이라든가 評價方法의 不健全한 조작에 의하여 위험은 加증된다. 특히 會社의 資本增加時 新株引受를 촉진하기 위하여 또는 決算期 특히 任期終了를 앞둔 理事 등이 그들의 經營實績을 과시하기 위하여 自己株式을 不健全하게 악용할 가능성이 많다.

(3) 理事가 會社의 支配權을 유지하는 수단으로 악용될 우려가 있다.^⑩ 환언하면, 理事가 會社의 計算으로 他人의 名義로 株式을 취득하고 該議決權을 이용하는 경우에는 少數株主와 會社債權者의 利益을 침해하게 된다. 또 이러한 목적의 自己株式取得이 인정된다면 企業의 所有와 經營이 原則적으로 분리되어 있는 現行 商法下(商法 387條 참조)에서 理事가 資本參加 없이 總會決議를 支配하고^⑪ 나아가 아무런 自己危險負擔없이 該 세력을 확장해 나가는 폐단이 생기게 된다.

(4) 會社의 自己株式取得을 인정하면 特定株主만을 우대하게 되어 결과적으로 株主平等의 原則에 위반된다.^⑫ 특히 資本에 의한 有償取得의 경우에는 株式을 賣渡한 株主만이 出資의 還給을 받아 會社의 資産이 위태롭게 되었을 때 該 위험을 他株主에게 전가하게 된다. 또 自己株式을 消却하는 때에는 無償取得의 경우에도 株主平等의 原則에 입각한 資本減少節次(商法 438條이하)의 脫法行爲로 악용될 가능성이 있다.

(5) 自己株式을 會社가 保有하는 경우에는 會社가 損失을 입었을 때 該 損失을 倍加할 우려가 있다. 會社가 營業의 결과 損失을 입는 경우에는 會社가 營業損失을 부담하는 외에 株式의 價格下落으로 인하여 損害를 二重化하게 된다.^⑬

註 ⑧ 分割納入主義의 法制下(舊商法 71條2項, 177條, 213條以下)에서는 有償取得·無償取得을 不문하고 自己株式의 取得에 의하여 納入義務者가 없어지고 실질적으로 納入義務의 免除과 동일한 결과를 가져온다.

⑨ 徐燦珪, 前掲書, p. 321; 鄭熙喆, 前掲書, p. 360; Ballantine, *op. cit.*, § 257 (5) (6); Levy, *Private Corporations and Their Control*, II, 1950, p. 631; Lehmann, *a.a.O.*, S. 79.

⑩ 福岡博之, 自己株式論, 1960, p. 39이하.

⑪ 우리 商法은 少數株主에 의한 會社支配를 억제하기 위하여 議決權없는 株式의 發行은 發行株式總數의 4분의 1을 초과하지 못하도록 되어 있다(商法 370條2項).

⑫ Ballantine, *op. cit.*, § 257 (2) (3); Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, 2 ed., 1949, p. 278; Lehmann, *a.a.O.*, S. 77.

⑬ 徐燦珪, 前掲書, p. 321; 鄭熙喆, 前掲書, p. 360.

위에 열거한 여러가지의 實際的 理由에 의하여 商法은 會社의 自己株式取得을 원칙적으로 금지하고 있다. 그런데 自己株式取得禁止의 立法趣旨을 이러한 실제적인 근거에서만 찾으려 한다면 自己株式取得에 의한 前述의 여러가지 폐단과 우려는 商法 기타 法律上的 다른 個別的인 수단에 의하여도 충분히 방지할 수 있는 것이다. 즉 理事의 會社 또는 第3者에 대한 責任(商法 399條1項, 401條), 理事의 法令・定款違反行爲에 대한 少數株主의 留止請求權(商法 402條)과 代表訴訟(商法 403條), 會社財産을 危殆롭게 하는 罪에 대한 商事刑罰(商法 625條 2號), 有價證券의 時勢操縱禁止(證券去來法 91條)등의 개별적 방법에 의하여도 自己株式取得을 충분히 제한할 수 있다. 그러면 會社法上的 다른 個別的인 制度에 의하여서도 그 목적을 충분히 달성할 수 있는 自己株式의 取得禁止를 商法이 第341條에서 하나의 독립된 一般原則으로 따로 규정하고 있는 이유는 무엇인가? 이는 위의 개별적인 방법에 의하여 會社의 自己株式取得을 금지한다는 것이 불가능한 사실은 아니라 할지라도 그 取得의 禁止請求 내지 責任追窮에 있어서 필연적으로 수반되는 立證責任의 困難性을 배제하거나 완화하기 위하여 하나의 일반적이고 독립된 禁止規定을 두었다고 이해하는 것이 타당할 것이다. 그러므로 商法 第341條의 自己株式取得禁止規定은 위에 설명한 實際的 理由와 舉證責任의 分配를 고려한 立法政策에 의하여 설정 되었다고 본다.^⑭

Ⅲ. 違法한 自己株式의 取得

1. 違法取得의 範圍

商法 第341條는 특정경우를 제외하고는 會社의 自己株式取得을 일반적으로 금지하고 있으므로 自己株式取得禁止의 範圍가 명백한듯 하나 실제상의 적용에 있어서는 그 한계가 반드시 商法 第341條의 規定內容에 따라 확정되지는 아니 하므로 그 適用範圍를 검토하여 볼 필요가 있다.

먼저 自己株式의 原始取得은 會社設立時 또는 新株發行時 會社가 自己의 株式을 引受하는 것을 의미한다. 그런데 이러한 自己株式의 原始取得은 이미 설명한 바와 같이 會社가 동시에 자기의 構成員이 될 수 없다는 社團法理에 모순이 되나, 商法 第341條의 立法趣旨가 반드시 이러한 理論的 根據에만 입각하고 있는 것은 아니므로 원칙적으로 本條에 의한 禁止範圍에 해당한다고는 말할 수 없다.^⑮ 그러나 실제상 會社의 株金納入에 있어 混同의 결과를 초래하거나 會社帳簿上的 公허한 納入이 되어 資本充實의 原則을 침해할 가능성이 있기 때문에 自己株式의 原始取得은 禁止하여야 한다.^⑯ 같은 이유로 會社가 他人의 名義로 會社의 計算으로 自己

註 ⑭ 福岡博之, 前掲書, pp. 162~163.

⑮ 豊崎光衛, 自己株式の取得, 田中耕太郎編, 株式會社法講座 第2卷, 1956, p. 605.

⑯ 특이한 예로서, 필리핀會社法은 納入되지 아니한 失權株式의 公開入札에 있어서 會社의 提示價額에 의한 落札者가 없는 경우에는 自己株式의 취득을 인정하고 있다(필리핀會社法 44條).

株式을 引受하는 것도 금지된다고 보아야 한다(商法 625條2號 참조). 다만 株式이 株主 기타 第3者에 양도되고 額面以上の 價額이 會社에 納入된다면 이미 自己株式은 아니므로 理事의 會社에 대한 損害賠償責任의 문제가 발생할 따름이다.¹⁷ 獨逸의 株式法은 이를 明示의 으로 규정하여 貯藏株(Vorratsaktien)의 引受를 제한하고 있다(獨逸株式法 56條).¹⁸ 그러므로 新株發行時 新株交付單位에 미달하는 端株의 處理方法으로서¹⁹ 會社가 新株를 취득하는 것도 違法이며,²⁰ 自己株式을 會社가 취득한 범위내에서는 新株發行에 관한 變更登記가 종료되었다 하더라도(商法 317條3項) 이를 아직 引受되지 아니한 株式으로 취급하여 理事의 引受擔保責任(商法 428條)을 추궁하여야 할 것이다.

다음에 承繼取得의 경우로서 會社가 그 自體의 名義로 會社의 計算으로 自己株式을 취득하는 것이 금지된 商法 第341條의 法文에 의하여 의문의 여지가 없으나, 會社가 第3者의 名義로 會社의 計算으로 自己株式을 취득하는 경우에 관하여는 同條의 法意가 반드시 명백하지 아니 하다. 그러나 同條의 立法趣旨가 會社의 資本充實을 기하려는 데 있다는 점과 아울러 商法이 「누구의 名義로 하거나를 불문하고 會社의 計算으로 不正하게 그 株式……을 取得」하는 行爲를 「會社財産을 危殆롭게 하는 罪」로 處罰하는 것(商法 625條2號)으로 미루어 보아 自己株式의 取得은 그 名義如何에 불구하고 會社의 計算으로 한 것인 때에는 禁止된다고 봄이 타당할 것이다. 獨逸株式法은 會社의 計算에 의한 自己株式의 取得을 일반적으로 禁止하고 있다(獨逸株式法 71條5項).

동일한 이유로 특히 문제가 되고 있는 것은 會社의 自己株式取得에 있어서 會社가 직접 자기의 計算에 의하지 아니 하고 第3者에 대한 財政補助의 方法에 의하는 경우이다. 즉 會社가 第3者(例: 證券會社, 會社任員, 從業員 등)의 會社株式取得을 위하여 資金을 貸付하는 등의 간접적인 計算方法에 의하여 自己株式을 취득하도록 하는 경우이다. 이에 관하여 英國會社法은²¹ 自己株式取得을 목적으로 會社가 직접이든 간접이든(directly or indirectly), 그리고 貸付(loan), 保證(guarantee), 擔保의 提供(provision of security) 기타 어떠한 方法에 의하거나를 불문하고 일체의 財政補助(financial assistance)를 금지하고 있으나(英國會社法 54條)²²

註 17 會社의 計算으로 되어 있는 自己株式의 經濟的 取得期間中の 利子 등이 문제될 것이다.

18 貯藏株란 第3者가 자기의 名義로 會社의 計算으로 취득한 會社의 株式을 會社의 請求에 의하여 양도하게 되는 自己株式을 말한다. Baumbach-Hueck, *Aktiengesetz*, 13 Auflage, 1968, S. 150.

19 우리 商法에서는 資本減少나 合併으로 인한 株式併합의 경우에 한하여 端株處理方法을 규정하고 있으며(商法 443條, 530條3號), 普通의 新株發行, 準備金の 資本轉入에 의한 新株發行의 경우 등에는 전혀 규정이 없다.

20 美國의 이리노이州 事業會社法(Illinois Business Corporation Act) 第6條는 端株處理를 위한 會社의 自己株式取得을 인정한다.

21 英國會社法은 自己株式에 관하여 가장 엄격한 立法例中的 하나이다.

22 英國會社法改正委員會(Jenkin's Committee)는 少數株主와 會社債權者의 保護를 위하여 株主總會의 特別決議와 理事의 支給能力宣言을 自己株式取得을 위한 財政補助의 要件으로 규정할 것을 진의하였으나, 1967년의 會社法改, 正時 채택되지 않았다. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 1969, p. 113.

우리 商法에는 이에 관한 규정이 전혀 없다. ㉔ 물론 第3者의 會社株式取得을 위한 會社의 資金貸付나 擔保提供 또는 保證債務負擔이 會社의 計算自體는 아니라 할지라도 그 目的이 自己株式取得禁止規定을 잠탈하기 위한 수단으로서 第3者의 自己株式取得으로 인한 실질상의 損益이 會社에 귀속하는 경우에는 會社의 財政補助도 禁止된다고 해석하여야 한다. 더구나 會社의 財政補助가 理事의 投機行爲 내지 株價操作 또는 會社支配權掌握을 목적으로 한 것이라면 自己株式取得의 脫法行爲로 간주하는데 어려움이 없을 것이다.

自己株式의 承繼取得과 관련된 또 하나의 문제는 從屬會社에 의한 支配會社株式의 取得이다. ㉕ 支配會社와 從屬會社의 關係는 法律上 별개의 人格이므로 後者에 의한 前者의 株式取得이 自己株式取得에 해당되지는 아니하나, 經濟的으로는 兩者가 一體를 이루고 있으므로 ㉖ 실질상 自己株式取得과 동일한 피해를 가져오며, 때로는 自己株式取得禁止規定의 脫法的手段으로 악용될 가능성도 있으므로 從屬會社에 의한 支配會社의 株式取得에도 商法 第321條를 類推適用하는 것이 타당하다. 따라서 企業集中의 法的形態로서 株式을 보유하는 경우에도 그 形態가 一般的 資本參加이거나 相互的 資本參加이거나 또는 環狀的 資本參加이거나를 막론하고 이에 준하여 생각하여야 할 것이다. 다만 이 경우에 法的 安全性을 도모하기 위하여 支配會社와 從屬會社의 概念 및 基準을 명확히 할 필요가 있다. 英國會社法에서는 支配會社(holding company)와 從屬會社(subsidiary company)의 關係가 성립되기 위하여는 (1) 支配會社가 從屬會社의 社員으로서 從屬會社의 理事會의 구성을 支配할 것, 또는 (2) 支配會社가 從屬會社의 普通株式資本(equity share capital)의 名目價額의 過半額이상을 保有할 것, 또는 (3) 從屬會社가 다른 會社의 從屬會社이고 그 다른 從屬會社가 다시 第3會社의 從屬會社일 것 등을 요구하고 있다(英國會社法 154條). ㉗ 그 밖에 獨逸株式法 第71條第4項과 英國會社法 第27條, 第54條, 伊太利市民法 第2359條는 從屬會社에 의한 支配會社의 株式取得을 명시적으로 금지하고 있다.

2. 違法取得의 效果

商法은 自己株式取得禁止規定을 위반한 會社의 理事 기타 任員에 대하여 刑事制裁를 가하고 있다(商法 625條2號). 즉 누구의 名義이거나를 불문하고 會社의 計算으로 不正하게 그 株式을 取得한 때에는 理事·監事 기타 會社任員에 5年以下의 懲役이나 10만원이하의 罰金에 처하도록 하고 있다. 따라서 會社財産을 危殆롭게 하는 罪의 構成要件은 自己株式을 「會社의 計算으로」 「不正하게」 취득하는 것이며, 株式取得의 名義는 상관없다. 여기에서 「會社의 計算으로」란 自己株式의 對價를 會社의 負擔으로 支給하고, 그로 인한 損益이 會社에 귀속하는 것을 의미한다. 또 「不正하게」란 違法의 뜻으로서 商法 第341條 違反의 경우를 모두 포

註 ㉔ 伊太利市民法(Codice civil, 1942) 第2358條도 自己株式取得을 위한 第3者에의 貸付行爲를 禁止하고 있다.

㉕ 徐敬珪, 前掲書, p. 321; 鄭熙喆, 前掲書, p. 360; 豊崎光衛, 前掲書, p. 606.

㉖ 大隅健一郎, 會社法の諸問題, 增補版 1964, p. 235.

㉗ Schmitthoff and Thompson, *Palmer's Company Law*, 1968, p. 627.

함하며, 이의 判斷에는 前述한 立法根據가 참작되어야 할 것이다.

自己株式違法取得의 私法上的 效果에 관하여는 전혀 규정이 없어 상당한 논의의 대상이 되며 다음과 같은 견해의 차이가 나타난다.

(1) 無效說: 이미 설명한 바와 같이 自己株式取得禁止規定은 會社의 資本充實과 株主平等의 原則 등을 관철하고 理事의 投機行爲와 株價操作行爲 등을 방지하여 會社債權者와 株主 그리고 一般投資家를 보호하기 위하여 立法政策의으로 설정한 强行法規이므로 이를 위반하는 自己株式取得行爲는 당연히 無效로 본다. 이 견해가 현재 유력하며^㉞ 判例도 이를 따르고 있다.^㉟ 또 獨逸株式法 第71條第5項과 英國會社法 第27條第1項은 自己株式 또는 支配會社의 株式取得을 無效로 규정하고 있다.

(2) 有效說: 自己株式取得禁止에 위반한 會社의 自己株式取得行爲를 당연히 無效로 돌린다면 株式去來의 安全을 침해하게 된다. 즉 會社의 自己株式取得行爲를 無效로 돌린다면 賣渡人인 株主는 去來의 相對方이 누구인가 또 누구의 計算으로 취득하는가까지 조사하여야 하므로 株式去來의 安全性과 迅速性を 확보할 수 없다. 그러므로 自己株式의 取得行爲自體는 有效로 하고, 會社 기타 第3者의 損害는 理事에게 賠償시킴으로써 충분하다고 한다.^㊱

(3) 折衷說: 會社의 自己株式取得을 無效로 할 것이냐 有效로 할 것이냐 하는 문제는 결국 資本充實의 要請과 株式去來安全의 要請中 어느 것에 치중할 것이냐에 따라 그 결과를 달리 하게 된다. 그러므로 兩者를 조화하기 위하여 會社가 自己名義로 自己計算으로 自己株式을 취득하는 경우에는 絶對無效이나 會社가 第3者의 名義로 會社의 計算으로 自己株式을 취득하는 경우와 從屬會社가 支配會社의 株式을 取得하는 경우에는 讓渡人에 惡意가 없는 한 그 取得行爲를 有效로 해석하여야 한다고 한다.^㊲

생각컨대 自己株式取得禁止規定은 理論的 合理性보다는 法律政策的인 合目的性에 그 근거를 두고 있는 强行法規이며, 또 商法 기타 法律上的 개별적인 制度에 의하여서도 會社의 自己株式取得을 충분히 제한할 수 있음에도 불구하고 商法 第341條가 一般豫防的인 見地에서 독자적인 禁止規定을 설정하고 있다는 점으로 미루어 보아 會社의 自己株式取得은 어떠한 경우를 막론하고 당연히 無效이며, 株式讓渡人의 보호나 株式去來의 安全을 위하여는 오히려 理事의 損害賠償責任(商法 401條 참조)을 추궁하는 것이 타당하리라 생각한다.

이와같이 自己株式取得은 당연히 無效이며, 그 이유는 商法 第341條의 强行法規性에 있으므로 自己株式取得을 목적으로 하는 債權契約도 無效로 봄이 타당하다(民法 103條 참조).^㊳ 같

註 ㉞ 徐敬珪, 前掲書, p. 321; 鄭熙喆, 前掲書, p. 360; 金容泰, 商法(上), p. 237.

㉟ 大法 55. 4. 7判, 4287 民上 229號, 大法 64. 11. 12決, 64 判 719.

㊱ 朴元善, 新商法(上), p. 286.

㊲ 車洛勳, 商法(上), p. 326; 徐廷甲, 增訂 新會社法, p. 224; 孫聖奎, 商法II, p. 120.

㊳ 會社가 自己會社株式을 어떤 사람에게 功勞株로 交付하기로 約定한 事件에 있어서 大法院은 「만드시 회사가 자기주식을 취득하지 아니하면 위 약정을 이행할 수 없는 것은 아니고 회사가 주주인 제3자에게 대가를 지불하고

은 이유로 自己株式의 취득을 議決한 株主總會의 決議도 당연히 無效가 된다(商法 380條). 또 自己株式의 取得이 無效이고 그 債權契約도 당연히 效力이 발생치 아니 하므로 自己株式取得契約에 있어서 株式引渡前이면 會社가 相對方에 自己株式의 引渡를 청구할 수 없으며, 株式引渡後이면 會社와 相對方間에 原狀回復의 문제가 발생한다. 즉 株式讓渡人은 代金과 相換하여 株式의 반환을 청구할 수 있고, 會社도 自己株式과 相換하여 代金返還을 청구할 수 있다. 바꾸어 말하면 이 경우에는 不法原因給與의 原則(民法 746條)이 적용되지 아니 한다는 것이다. 이는 商法 第341條가 強行法規이기는 하나 倫理的 要請이라기 보다는 技術的 要請에 基한 것이며, 不法原因給與를 인정한다면 商法이 禁止하는 自己株式取得의 目的이 오히려 달성되기 때문이다.

또 自己株式取得에 의한 私法上的 責任으로서 理事가 違法하게 自己株式을 취득한 경우에는 會社에 대하여 損害賠償責任을 부담하며(商法 399條1項), 또 惡意 또는 重大한 過失이 있는 경우에는 株主 또는 會社債權者에게도 賠償責任을 負擔한다(商法 401條1項).

IV. 適法한 自己株式의 取得

1. 適法取得의 範圍

商法은 원칙적으로 自己株式의 취득을 禁止하고 있으나 自己株式取得이 그 禁止의 立法趣旨에 違背되지 아니 하거나 自己株式取得이 불가피한 경우에는 이를 예외적으로 허용하고 있다.

(1) 株式消却을 위한 때(商法 341條1號) : 會社가 株式을 消却하려면 會社가 일단 自己株式을 취득한 후에야 消却節次를 밟게 되므로 株式消却을 위한 會社의 自己株式取得은 불가피한 것이다. 또 株式은 資本減少의 規定에 의하거나 定款에 정한 바에 따라 株主에게 配當할 利益으로써만 消却할 수 있는 바(商法 343條1項), 前者의 경우에는 株主總會의 特別決議와 會社債權者保護節次를 밟아야 되며, 後者의 경우에는 會社財産에 영향을 미치지 않고 株主와 會社債權者의 利益을 침해하지 아니하므로 自己株式의 取得을 예외적으로 인정한 것이다. 그러나 이와같이 취득한 株式은 지체없이 그 失效節次를 밟아야 한다(商法 342條前段).

清算會社도 清算의 目的範圍內에서 權利能力을 가지고 있고(商法 542條1項, 245條), 또 殘餘財産의 分配를 簡易·迅速하게 할 目的으로 株式消却을 위한 自己株式의 取得이 가능하나 그 消却에 있어서는 會社債權者와 다른 株主를 害하지 않도록 資本減少節次나 定款의 規定에 의하여서만 할 수 있다. 따라서 無償消却은 無妨하다고 본다.⊗

(2) 會社合併 또는 다른 會社의 營業全部의 讓受로 인한 때(商法 341條2號) : 會社의 合併은 當事會社의 財産을 포괄적으로 이전시키는 包括承繼이므로 會社合併時의 自己株式取得은 理

註 제3자로부터 직접 약정자에게 주식을 양도케 할 수도 있는 것이므로 회사의 위와 같은 약정이 강행법규위반의 약정이라거나 원시적으로 이행불능의 약정이라고는 볼 수 없는 것」이라고 判示하였다. 大法1963. 5. 30判, 63다106.

⊗ 福岡博之, 前掲書, p. 31, pp. 202~205.

論上 당연히 인정되어야 한다. 그리고 다른 會社의 營業全部의 讓受는 실질상 合併에 준하여 생각할 수 있으므로 自己株式의 취득을 인정하였다. 또 合併에 있어서는 株主總會의 特別決議(商法 522條)와 債權者保護節次(商法 530條2項), 그리고 營業全部의 讓受에 있어서는 株主總會의 特別決議(商法 374條3號)를 각각 要하므로, 株主와 會社債權者의 利益保護에 있어서도 阻礙을 기할 수 있으므로 自己株式의 取得을 허용하여도 無妨할 것이다.

會社合併으로 인한 가장 보편적인 形態의 自己株式取得은 吸收合併에 있어서 消滅會社가 가지고 있는 存續會社의 株式을 存續會社가 취득하는 것이다. 이 경우에 存續會社는 自己株式을 상당한 時期에 처분하는 것이 原則이나(商法 342條), 그 全部 또는 一部를 消却하여도 無妨하다. ㉓ 문제는 吸收合併時 消滅會社나 存續會社가 가지고 있는 消滅會社의 株式을 처리하는 방법이다. 먼저 消滅會社가 가지고 있던 自己株式은 合併과 함께 당연히 消滅되며, 또 存續會社는 消滅會社의 全財産을 완전히 承繼하고 이 가운데에는 消滅會社가 보유하고 있던 自己株式에 의하여 표창되는 財産도 포함되므로 消滅會社의 自己株式에 대하여는 存續會社의 合併新株를 交付할 必要가 없다(商法 523條3號 참조). 存續會社가 보유하고 있던 消滅會社의 株式에 대하여는 消滅會社의 다른 株主와 같이 存續會社도 新株의 配定을 받아 自己株式의 取得을 할 수 있다고 보는 見解^㉔와 自己株式의 原始取得禁止를 이유로 存續會社에 대한 新株配定도 금지된다고 보는 견해가 있다. ㉕ 생각컨대, 合併前에 他會社인 消滅會社의 株式을 보유하고 있다는 우연한 事實에 의하여 存續會社의 株主로서의 지위를 消滅會社의 他株主와 달리 취급할 필요가 없을 뿐만 아니라 商法 第341條2號의 法文이 會社의 合併으로 「因한 때」라 하여 合併을 原因으로 한 모든 경우의 自己株式取得을 인정하고 있으므로 前說이 타당하다고 본다. ㉖ 다만 이 경우에도 存續會社가 가지고 있던 消滅會社의 株式에 대하여 新株配定을 하지 않을 수도 있으나, 이는 合併時의 存續會社의 經營政策上的 문제이다. 더구나 存續會社가 消滅會社의 株式의 全部 또는 大部分을 보유하고 있던 경우에는 특별히 고려하여야 할 사항이다. ㉗

그리고 이와같이 取得한 自己株式은 상당한 時期에 株式處分을 하여야 한다(商法 342條).

(3) 會社의 權利를 實行함에 있어 그 目的을 달성하기 위하여 필요한 때(商法 341條3號) : 會社가 그 權利를 실행하기 위하여 強制執行, 訴訟上的 和解 등을 하는 경우 相對方이 自己株式以外에 다른 財産이 없으면 이를 부득이 取得할 수 밖에 없으므로 自己株式의 取得을 인정

註 ㉓ 이 때에 自己株式消却으로 存續會社의 資本이 減少한다면 合併節次와 함께 資本減少節次까지 밟아야 함은 물론이다. 福岡博之, 前掲書, p. 207.

㉔ 大隅健一郎, 前掲書, p. 372.

㉕ 福岡博之, 前掲書, p. 207.

㉖ 徐敏珏·金驥鎭·金宗炫, 註釋新商法通覽, 1963, p. 473에서도 같은 見解를 취하고 있는 듯 하다.

㉗ 이 경우 增資되지 아니하는 부분은 合併差益으로서 存續會社의 資本準備금이 된다(商法 459條3號).

한 것이다. 그러므로 이와같이 불가피한 경우가 아닌한 단순히 會社의 債權保全을 위한 豫備手段이나^㉞ 獨逸株式法에 있어서와 같이 「會社의 重大한 損害를 防止하기 위하여」(um einen schwerer Schaden von der Gesellschaft abzuwenden) (獨逸株式法 71條1項1號) 自己株式를 취득하는 것은 허용되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다. 특히 會社의 重大한 損害를 방지할 필요가 있는 경우, 예컨대 競業者에 의하여 投賣되는 自己株式의 還收나 外國資本의 勢力増大를 방지하기 위하여 필요한 경우에는 自己株式의 취득을 인정하는 것이 타당하겠으나 이는 立法論으로서의 별문제로 하고 現行法의 解釋論으로서의 불가능한 일이다.^㉟

또 이와같이 取得한 自己株式은 상당한 時期에 처분하여야 한다(商法 342條).

(4) 會社整理節次中の 自己株式取得(會社整理法 262條5項) : 會社整理節次中 株主는 整理計劃에 의하여 整理會社 또는 新會社의 株式配定을 받고(會社整理法 262條1項), 株主가 된 날로부터 3年內에 株券의 交付를 청구하지 아니하면 당연히 그 權利를 喪失하게 되는바(會社整理法 262條4項) 이 경우 整理會社나 新會社는 自己株式를 取得할 수 있다. 다만 自己株式의 取得이 永續的으로 인정되지는 아니하며, 상당한 時期에 株式를 처분하여야 한다(會社整理法 262條5項後段).

(5) 委託賣買業을 목적으로 하는 會社가 周旋行爲로 自己株式를 취득하는 경우 : 商法에서는 이를 明示的으로 許容하지 아니 하나 委託賣買人은 自己의 名義로서 他人의 計算으로 有價證券의 賣買를 營業으로 하는 者(商法 101條)이므로, 會社가 委託의 實行으로써 自己株式를 取得한다 하더라도 會社의 資産에 영향을 미치지 아니 하므로 그 취득을 인정하고 있다. 또 委託賣買人이 介入權을 행사하여 직접 去來의 相對方으로서의 賣渡人이나 買受人이 된다 하더라도(商法 107條1項) 自己契約으로 禁止되지 않는 한(民法 124條, 證券去來法 28條) 商法 第341條 3號에 의하여 「權利를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 必要」한 경우에 해당되므로 委託賣買人이 介入權行使에 의하여 自己株式를 취득하는 것도 무방하다.^㊱ 獨逸株式法 第71條 第1項4號와 瑞西債務法 第659條第2項4號는 委託賣買會社의 周旋行爲로서의 自己株式取得을 명시적으로 허용하고 있다.

(6) 信託會社의 受託行爲로서의 自己株式取得 : 信託이란 委託者와 受託者와의 특별한 信任關係에 基하여 委託者가 特定財産權을 受託者에게 이전하거나 기타의 처분을 하고, 受託者로 하여금 特定人(受益者)의 利益이나 特定目的을 위하여 그 財産權을 管理・處分하게 하는 法

註 ㉞ 福岡博之, 前掲書, p. 208. 또 우리나라와 동일한 立法例를 채택하고 있는 日本의 判例는 自己株式의 取得이 적극적으로 會社의 利益을 위한 質權設定이나 自己株式取得禁止規定을 잠탈한 목적이 아니고 단순히 會社의 債權을 담보할 목적으로 自己株式를 占有하여 債務履行을 확보하려는 것이라면 自己株式의 占有를 인정하고 있다(日本 東京地裁 昭和 30.5.9. 下民 6. 6.965).

㉟ 獨逸法에서는 前述한 바와 같이 會社의 重大한 損害를 防止하기 위하여 自己株式의 취득을 인정하나 이를 量的으로 제한하여 資本의 100분의 10을 초과하지 못하도록 하고 있다(獨逸株式法 71條1項但書).

㊱ 福岡博之, 前掲書, p. 172.

律關係를 말하며(信託法 2條), 信託財産에는 有價證券도 포함되어 있다(信託業法 10條). 그러므로 信託會社가 委託者로부터 自己株式의 信託을 받은 경우에는 會社名義로 委託者의 計算으로 自己株式을 取得하는 것이므로 會社資産에 영향을 미치지 아니하며, 商法에 規定이 없음에도 불구하고 自己株式取得禁止의 예외로 인정되고 있다. 그러나 信託會社가 自己株式取得의 脫法行爲로서 自己株式의 受託을 받는 것은 信託法에 의하여 엄격히 禁止된다(信託法 6條). 瑞西債務法은 信託會社의 受託行爲로서의 自己株式取得을 명시적으로 허용하고 있다(瑞西債務法 659條2項4號).

(7) 自己株式의 無償讓受: 前述한 바와같이 우리 商法은 株金全額納入主義를 채택하고 있으므로(商法 295條1項, 305條1項, 421條), 會社가 贈與, 遺贈 등의 無償行爲에 의하여 自己株式을 讓受하더라도 會社資産을 減少시켜 會社債權者의 利益을 침해하거나 理事의 投機行爲를 조장할 우려가 없으므로 自己株式取得禁止의 例外로 허용함이 타당하다. 이에 관하여도 獨逸株式法 第71條第1項4號는 명시적으로 인정하고 있으나 우리 商法에는 전혀 規定이 없다.

2. 自己株式의 地位

自己株式의 取得이 예외적으로 인정되어 會社가 適法하게 보유하고 있는 自己株式의 法律上의 地位에 관하여 商法은 議決權의 休止만을 규정하고 있으므로(商法 369條2項), 그 밖의 法律關係에 관하여는 學者들의 견해가 심각한 대립을 이루고 있다. 多數說에 따르면 自己株式을 보유하고 있는 會社는 貸借對照表能力이 있는 證券의 所持人으로서의 地位를 가지고 있는데 불과하므로^④ 自己株式을 기초로 한 株主權은 전부 休止狀態에 들어간다고 한다.^⑤ 이에 반하여 自己株式도 會社가 保有하고 있는 資産에 속한다고 볼 수 있으므로 自益權은 정지되지 아니한다고 한다.^⑥ 그 내용을 상세히 고찰하면 다음과 같다.

(1) 共益權: 議決權에 관하여 商法은 그 休止를 명시적으로 규정하고 있다(商法 369條2項).^④ 이는 이론상 會社가 동시에 자기의 社員이 될 수 없기 때문이며, 또 실제적으로도 議決權을 인정하는 경우에는 理事의 會社支配手段으로 不公正하게 행사될 우려가 있기 때문이다. 같은 이유로 第3者의 名義로 會社의 計算으로 취득한 株式이나 從屬會社가 보유하고 있는 支配會社의 株式에 관하여도 會社와 名義人이 모두 議決權을 行使할 수 없는 것으로 해석함이 타당할 것이다. 獨逸株式法은 이를 明示적으로 규정하고 있다(獨逸株式法 71條6項後段). 會社의 名義로 第3者의 計算으로 自己株式을 취득하는 委託賣買會社나 信託會社의 경우에도 議決權

註 ① 鄭熙喆, 前掲書, p. 361.

② 徐敏珪, 前掲書, p. 323; 鄭熙喆, 前掲書, p. 361; 朴元善, 前掲書, p. 286; 金容泰, 前掲書, p. 237; 孫聖奎, 前掲書, p. 121.

③ 孫珠璣, 新商法(上), p. 390; 徐廷甲, 前掲書, p. 224.

④ 外國의 立法例로는 英國會社法 第27條第3項, 瑞西債務法 第659條第5項, 伊太利市民法 第2357條第2項, 美國의 캘리포니아州會社法 第1714條 등이 議決權의 休止를 명시적으로 규정하고 있다.

은 정지된다. 그리고 自己株式은 議決權이 없는 株式이므로 株主總會時 定足數의 算定의 기초인 發行株式의 總數(商法 368條1項)나, 出席한 株主의 議決權의 數中에 算入되지 아니 한다(商法 371條). 또 會社가 自己株式을 가지고 議決權을 行使한 경우에는 決議取消의 訴의 事由가 된다(商法 376條).

議決權以外的 共益權, 즉 會計帳簿閱覽請求權(商法 466條), 株主總會召集請求權(商法 366條), 株主總會決議取消請求權(商法 376條), 會社解散請求權(商法 520條)등의 權利에 관하여는 商法에 規定이 없으나 議決權과 같이 休止하는 것으로 본다.^④

(2) 自益權: 利益配當請求權 등의 自益權에 관하여는 商法에 전혀 規定이 없으므로 會社의 自己株式取得에 의하여 自益權도 休止하느냐 그렇지 아니하느냐에 관하여는 견해가 대립되고 있다.

먼저 會社가 보유하고 있는 自己株式에 관하여 利益配當請求權(商法 462條)이 休止한다고 보는 견해가 있다.^⑤ 이는 會社가 동시에 자기의 社員이 될 수 없다는 社團法的 理論에 따라 會社는 自己株式에 의하여 어떠한 權利도 취득할 수 없으므로 株主權은 共益權 自益權을 불문하고 완전히 休止되며 利益配當請求權도 行使할 수 없다고 한다.^⑥ 이에 대하여 또 다른 一說은 自己株式도 有價證券화된 客觀的 財産이므로 그 取得과 保有가 적법하게 인정되는 범위 내에서는 하나의 財産權으로서의 株式의 價値를 부인할 수 없으며, 財産權으로서의 利益配當請求權은 自己株式에 의하여도 행사할 수 있다고 주장한다.^⑦ 다만 실제상의 문제로서 會社에 대한 具體的인 利益의 配當은 무의미하므로 計算上 또는 帳簿上 利益이 會社에 귀속될 뿐이라고 한다.^⑧ 물론 利益配當請求權이 株主의 投下資本의 經濟的 目的인 개인의 利益을 확보하기 위한 財産權이라는 면에서 볼 때 後說의 견해에도 수긍이 간다. 그러나 社團法理上의 모순점은 차치하고라도 自己株式의 취득은 예외적으로 불가피한 경우에 한하여 인정되며, 自己株式을 취득하는 경우에도 이를 지체없이 또는 상당한 시기에 處分하도록 規定하여 그 保有를 잠정적·일시적으로만 인정한다는 점으로 미루어 보아 自己株式에 관하여는 利益配當請求權도 休止한다고 보는 것이 타당하다.

다음에 殘餘財産分配請求權(商法 538條)도 休止한다고 본다. 이는 會社解散時 會社의 自己株式에 관하여 殘餘財産分配請求權을 인정한다면 會社와 株主間의 財産分配가 끊임없이 반복

註 ④ 註 ② 참조.

⑤ 註 ② 참조.

⑥ 外國의 立法例 가운데 獨逸株式法은 自己株式으로부터 會社에 아무런 權利도 귀속하지 아니하는 것으로 規定하여 共益權과 自益權을 완전히 정지시키고 있으며(獨逸株式法 71條6項前段), 美國의 캘리포니아州會社法도 自己株式이 議決權이나 利益配當權(voting or dividend right)을 滯有하지 못하는 것으로 規定하고 있다(캘리포니아州會社法 1714條).

⑦ 註 ③ 참조.

⑧ 徐廷甲, 前揭書, p. 224.

되어 清算節次가 종료되지 않기 때문이다.

끝으로 新株引受權(商法 418條)도 休止한다고 본다. 원래 新株引受權은 株主의 比例的 利益을 확보함이 그 목적인데 會社의 自己株式에까지 이를 확장보호할 필요가 없으며, 오히려 自己株式에 新株引受權을 인정한다면 理事가 會社를 支配하는 수단으로 惡用될 우려가 있기 때문이다. 같은 이유로 準備金の 資本轉入이나(商法 461條) 資産再評價法에 의한 再評價積立金の 資本轉入(資産再評價法 28條2項2號)時에 發行되는 無償新株도 配定받을 수 없다고 본다.

3. 自己株式의 處分

商法이 自己株式의 취득을 인정하는 경우에도 이는 어디까지나 잠정적·예외적 현상으로서 그 失效 내지 處分이 요구되고 있다(商法 342條).

먼저 株式消却을 위하여 취득한 自己株式은 지체없이 株式失效의 節次를 밟아야 한다(商法 342條前段). 여기에 株式失效란 特定株式의 消滅을 목적으로 하는 會社의 行爲로서 단순한 事實上의 行爲를 의미하는 것이 아니라 株式消滅을 위한 會社의 意思實現이 있어야 한다. 따라서 株券의 破棄外에 株券臺帳의 抹消 등의 節次를 밟아야 한다. 그리고 이 節次는 商法 第 343條에 의하여 資本減少에 관한 規定에 따라야 함은 물론이다. 또 株式失效의 節次에 있어서는 時間的 餘裕를 필요로 하지 아니하므로 「遲滯없이」 失效시키도록 규정하고 있음을 유의하여야 한다.

다음에 株式消却을 목적으로 하는 경우이외의 自己株式은 상당한 時期에 處分을 하여야 한다(商法 342條後段). 自己株式處分の 時期에 관하여 法文은 「相當한 時期」로 표현하여 株式失效에 있어서와 같이 迅速性を 요구하지 아니한다. 이는 會社가 時間的 餘裕를 가지고 가장 有利하고 적절한 시기에 自己株式을 處分케 함으로써 自己株式의 取得으로 인한 會社의 損失을 방지하려는 것이다.^⑧ 그러므로 그 時期는 理事會가 善良한 管理者의 注意義務에 따라 구체적으로 결정할 문제이다. 또 自己株式의 處分은 新株發行이 아니므로 新株引受權이나 額面未達의 割引發行禁止의 문제가 없으며 오로지 民事上의 賣買契約에 따르게 된다. 會社가 會社債權者에 대한 債務의 履行을 위하여 代物辨濟로 自己株式을 處分할 수 있는가의 문제가 있으나 株式의 評價가 適正한 한 이를 禁止할 必要가 없을 것이다.^⑨

마지막으로 委託賣買會社와 信託會社가 그 營業으로 취득한 自己株式은 取得自體가 形式的 일뿐만 아니라 自己株式의 保有에 의하여 會社·株主·債權者에 대하여 전혀 損失을 가져오지 아니하므로 이를 處分할 필요가 없을 것이다.

註 ⑧ 필리핀會社法에 의하면 自己株式을 아무래나 賣却할 수 있으나 公正한 價格에 의하여 賣却하지 않으면 안되며, 따라서 不公正한 價格으로 賣却한 경우에는 買受人과 理事가 公正價格과의 差額支給義務를 부담한다고 한다. 小宮山正己, フィリピンの會社法, 谷川久編, アジア諸國の會社法, 1970, p. 197.

⑨ 鮫島眞男, 實用株式會社法 III, 1961, p. 168.

理事 기타 會社任員이 株式失效의 節次나 株式處分の 節次를 懈怠하면 5萬원이하의 過怠料에 處하며(商法 635條17號), 이로 인하여 會社에 損害가 발생하는 경우에는 理事의 損害賠償責任이 발생한다(商法 399條參照).⁵²

V. 自己株式의 會計

會社가 適法하게 保有하는 自己株式의 會計處理方法에 관하여 商法에 規定이 없는 관계로 商法學者和 會計學者사이에 懸격한 異見이 들어나고 있다. 自己株式은 그 實體를 어떻게 보느냐에 따라 會計處理의 方法도 달라지고 있다. 그 하나는 自己株式을 資産으로 보는 資産說의 見解이며, 다른 하나는 自己株式을 資本의 減少로 보는 資本減少說이다.⁵³ 資産說에 의하면 自己株式은 다른 有價證券과 같이 자유로운 讓渡價値를 가지고 있으므로 이를 資産으로 볼 수 있으며, 따라서 貸借對照表에 기재하는 경우에도 資産의 部에 計上하게 된다. 이에 반하여 資本減少說에 의하면 自己株式은 이미 納入된 發行濟株式을 會社가 再取得한 것으로서 이 점에서 다른 有價證券과 그 性質을 달리하므로 自己株式의 取得은 實質的인 資本減少에 해당하며, 따라서 이를 貸借對照表에 표시하는 경우에도 資本의 控除로서 計上하게 된다. 위의 兩說中 商法學者는 資産說을 따르며, 會計學者는 資本減少說을 따른다.⁵⁴ 또 立法例도 구구하여 獨逸⁵⁵에서는 資産說에 立脚하고 美國의 一部立法例⁵⁶는 資本減少說을 따르고 있다.⁵⁷

自己株式의 實體를 會社經理와의 관계에서 검토하는 경우 會社가 일단 發行을 완료한 株式을 會社가 再取得하고 이를 다시 處分하는 去來를 資本去來에 속하는 것으로 보는 會計理論에 立脚한다면 自己株式을 資本去來로 處理하여야 한다는 會計學者의 主張은 오히려 당연할 것이다. 그러나 企業의 繼續性을 전제로 하는 商法에서 自己株式의 취득을 一時的으로나마 인정한다면, 自己株式의 會計處理에 관한 特別規定이 없는 한 自己株式도 會社가 保有하는

註 52 이에 관한 필리핀會社法상의 특이한立法은註 50에서 이미 설명하였다.

53 Simons and Karrenbrock, *Intermediate Accounting*, 4th ed. 1964, p. 612; 新井清光, 資本會計論, 1965, p. 146.

54 學說의 對立에 관한 詳細는 福岡博之, 前掲書, p. 139 참조.

55 獨逸株式法 第151條第1項 III. B. 8.

56 美國의 캘리포니아州會社法 第1714條, Rule 3-16 of the Rules of General Application in S.E.C. Reg. S-X. Ballantine, *op. cit.*, p. 538; Baker and Cary, *Cases and Materials on Corporations*, 3rd ed. 1959, pp. 1428~1429. 동일한 立法論이 우리나라에서도 建議되고 있다. 後述 註 57 참조.

57 前述한 바와 같이 우리 商法에는 自己株式의 會計處理에 관한 規定이 전혀 없으나 企業會計準則起草委員會의 「企業會計原則과 關聯된 商法改正建議書」에서는 資本減少說에 입각한 商法改正을 건의하고 있다. 즉 同建議書 第11(自己株式)에서 「自己株式은 一時 資産으로서 保有되게 되는데 그 資産의 性質은 다른 有價證券과는 전혀 다른 것이므로 貸借對照表 資産의 部에 計上하지 않고 資本의 部에 控除의 形式으로 表示」할 것을 力說하였다. 이 建議書는 自己株式의 貸借對照表 表示方法에 있어서는 資本減少說에 立脚하고 있으나 自己株式의 性質은 資産으로 취급하고 있어 그 내용에 論理의 一慣性이 결여되고 있다. 하여간 同建議書는 아직 실현되지 못하고 있다. 新井清光, 前掲書, pp. 146~147 참조.

一般株式과 같은 방법으로 취급하여야 하며 더구나 自己株式의 取得이나 處分으로 法律上 資本의 增減이 발생하지 않기 때문에 自己株式을 資本控除의 형식으로 처리한다는 것은 資本會計의 法的 構造를 파괴하는 것이다.⁵⁸ 또 會計學者는 自己株式에 관하여 利益配當請求權이 없음을 명백히 할 必要에서라도 自己株式을 有價證券으로서 貸借對照表 資産의 部に 計上치 않는 방법을 강구하여야 한다고 한다.⁵⁹ 그러나 이는 自己株式의 法的 價値로서의 自益權의 有無와 經濟的 價値로서의 資本性의 有無를 혼동한 결과이며, 經濟的 價値로서의 資本性의 有無가 法的 價値로서의 自益權의 存否와 필연적으로 결부되는 것은 아니다.⁶⁰ 그러므로 自己株式도 會社가 보유하고 있는 다른 株式과 같이 貸借對照表 資産의 部に 流動資産으로 기재하여야 하며, 다만 自己株式으로서의 實質의 特性을 고려하여 다른 株式과 구분하여 표시하면 될 것으로 본다. 현재 심의중인 財務諸表規則案 第53條에서도 「自己株式은 기타 流動資産인 自己株式의 科目으로 區分하여 表示하고 그 取扱經緯 등을 貸借對照表에 註釋으로 기재한다」고 規定하여 동일한 결론에 도달하고 있다.⁶¹

또 自己株式의 評價方法에 관하여도 商法學者와 會計學者사이에 異見이 들어나고 있으나⁶² 商法에 특별한 規定이 없으므로 株式評價에 관한 商法의 一般規定(商法 452條)에 의하여야 할 것이다. 즉 去來所의 時勢있는 株式은 取得價額에 의하나, 決算期前 1月の 平均價格이 取得價額보다 낮은 때에는 그 時價에 의한다(商法 452條5號). 그리고 去來所의 時勢없는 自己株式도 取得價額에 의하여 評價하여야 할 것이다(商法 452條1號 참조). 이는 自己株式의 資産性을 인정하고 貸借對照表 資産의 部に 計上하는 한 당연하며, 또 去來所의 時勢도 없기 때문에 결국 取得價額에 의할 수 밖에 없는 것이다.⁶³

이러한 商法學者와 會計學者間의 見解差는 自己株式處分の 會計處理에도 반영되어 自己株式의 再賣出에 의한 差益을 商法學者는 營業外利益으로 보며, 會計學者는 資本剩餘金으로 본다.⁶⁴ 自己株式을 流動資産으로 評價·表示하는 한 自己株式의 賣出差益도 다른 有價證券의 賣出差益과 다를 바 없으므로 營業外利益으로 봄이 妥當하다고 본다.

註 58 Ballantine, *op. cit.*, p. 538.

59 企業會計準則起草委員會, 前掲建議書, 第11(自己株式), 「理由」참조.

60 大森忠夫·矢澤惇編集, 註釋會社法(3), 1967, p. 222. 또 美國의 캘리포니아州會社法 第1714條도 自己株式을 配當可能剩餘金(surplus available for dividends)으로 計算할 目的範圍內에서만 資産으로 간주하지 못하도록 규정하고 있다.

61 現行財務諸表規則에는 이에 관한 規定이 전혀 없다. 外國의 立法例로서 獨逸株式法에서는 우리나라의 財務諸表規則案과 같은 規定을 두고 있다(獨逸株式法 151條1項 III. B. 8).

62 商法學者는 原價法, 會計學者는 額面法으로 기울어지고 있다. 新井清光, 前掲書, pp. 147~148.

63 獨逸株式法 第151條 第1項 III. B. 8은 額面價額에 의하여 기재하도록 규정한다.

64 大森忠夫·矢澤惇編集, 前掲書, p. 211. 또 企業會計準則起草委員會의 前掲建議書 第13(資本準備金)에서도 「自己株式의 賣出差益」을 「其他의 資本準備金」으로 積立할 것을 建議하고 있다.

VI. 結 語

위에서 고찰한 바와 같이 世界의 主要한 立法例는 모두 自己株式에 관한 規定을 두고 있으며 우리나라도 수개의 獨立規定에 의하여 自己株式을 규율하고 있다. 그러나 그 내용은 극히 간략하여 自己株式取得禁止의 原則과 例外, 그리고 禁止違反行爲 및 處分懈怠에 대한 制裁와 自己株式의 議決權休止에 관한 범위에 국한되고 있다. 특히 獨逸株式法이나 瑞西債務法 또는 英·美會社法의 상세한 規定과 비교해 볼 때 自己株式에 관한 우리 商法의 立法的 未備는 株式去來에 관한 法律生活의 不安定을 초래할 정도이다. 더구나 自己株式의 會計處理에 관한 法規定의 결여는 違法的인 會計를 公正妥當한 會計慣行化하는 근거가 되고 있다. 물론 商法의 解釋과 比較法的 考察에 의하여 實定商法의 결함이 보충되기는 하나 技術法으로서의 商法의 特殊性에 비추어 보아 法律生活의 혼란을 방지하는 가장 타당한 방법은 立法的 解決인 것이다. 더구나 自己株式取得禁止의 目的을 직접적으로 달성하고, 立證責任의 困難性을 배제하기 위하여 自己株式取得에 관한 獨立規定을 두었다면 좀 더 상세한 規制가 필요로 된다.

그러므로 自己株式의 違法取得의 범위에 自己株式의 法律上的 取得뿐만 아니라 經濟取得 즉 他人名義·會社計算의 自己株式取得, 第3者에 대한 財政補助에 의한 會社의 自己株式取得 그리고 從屬會社에 의한 支配會社의 株式取得까지 포함하도록 하여야 하며, 반면에 適法取得의 범위도 확장하여 解釋上 인정되는 委託賣買會社의 周旋行爲나 信託會社의 受託行爲 그리고 無償讓受로서의 自己株式取得을 추가하고, 나아가 會社의 經營上的 必要에 의하여 自己株式의 取得이 불가피한 경우, 예컨대, 會社의 重大한 損害를 방지하기 위하여 또는 新株發行時의 端株處理의 方法으로서 필요한 경우에도 自己株式의 취득을 인정하여야 할 것이다. 다만 이러한 경우 理事에 의한 惡用을 방지하기 위하여 自己株式의 取得範圍를 量的으로 제한하는 것을 고려할 수 있을 것이다. 그 밖에 自己株式取得禁止違反의 效果를 絶對無效로 하고, 보유중인 自己株式에 관하여 株主權의 全面的 休止 및 그 會計處理方法으로서 自己株式의 別途資產表示方法 등도 상세히 規定하여야 한다.

On the Acquisition of Treasury Stock

Park, Kiljun

Summary

Treasury stock is ordinarily meant to refer to stock which has been issued as fully paid to stockholders and subsequently acquired by the corporation. However, the restriction on the acquisition of treasury stock is a common principle of corporation law including that of Korea. Articles 341 and 342 of Korean Commercial Code are the provisions concerning treasury stock. They prohibit the acquisition of treasury stock to the exclusion of three cases, where the treasury stock must be disposed of on a proper time. The legislative intention of these articles is not based on theoretical reasoning but ascribed to practical purposes of preventing the reduction of corporate assets or the abuse of treasury stocks by directors for their individual speculation or corporate control. But as the provision of the articles is expressed in such a plain and general terms, especially in comparison with German or British legislation, that it is doubtful if the legislative purports of the K. C. C. could be implemented. Accordingly, it is recommended to amend the treasury stock provisions of the existing Korean Commercial Code to the following effects:

1. Such substantial acquisition of treasury stock, as acquisition on corporate account but in a third person's name, acquisition by a third person with the financial assistance of corporation, and the acquisition of holding company's stock by the subsidiaries, must also be prohibited.
2. The illegal acquisition of treasury stock by corporation should be provided void.
3. In addition to the exceptions provided in K.C. C., the acquisition of treasury stock by consignment sale, trust, or gratuitous conveyance must be recognized.
4. As for the legal status of treasury stock in corporation, not only the voting right but also every other right vested in outstanding stock should be declared suspended.
5. The accounting treatment of treasury stock must be stipulated in K. C. C. As for the methods of showing on balance sheet, the treasury stock must be displayed as assets, not as deductions from capital.