

# 기업합병법제의 개선방안 연구

Legislative Measures for Promoting Merger &  
Consolidation

연구자: 최성근(연구위원)

Choi, Seong-Keun

**한국법제연구원**

## 목 차

제 1 장 연구의 목적 및 범위 · 내용 .....	5
제 2 장 합병에 관한 회사법제의 문제점 및 개선방안 .....	9
I. 합병대가의 유연성 제고 .....	9
1. 현금교부합병 .....	9
2. 삼각합병 .....	11
II. 약식합병제도에 대한 검토 .....	13
1. 서 설 .....	13
2. 간이합병제도와 소규모합병제도 .....	14
3. 약식합병제도의 문제점 및 개선방안 .....	16
제 3 장 합병에 관한 조세법제의 문제점 및 개선방안 .....	21
I. 피합병법인의 청산소득에 대한 과세제도 보완 .....	21
1. 합병과 청산소득 .....	21
2. 청산소득의 계산구조 .....	22
3. 포함주식 .....	23
II. 주주의 의제배당소득에 대한 과세유예제도의 도입 .....	24
III. 합병평가차익에 대한 과세이연 대상자산범위의 확대 .....	25
1. 합병평가차익 과세이연 대상자산범위의 문제점 .....	25
2. 합병평가차익 과세이연 대상자산범위의 확대방안 .....	29
IV. 그밖의 검토사항 .....	30
1. 부가가치세의 과세여부 .....	30
2. 증권거래세의 과세여부 .....	31

제 4 장 합병에 관한 도산법제의 문제점 및 개선방안 .....	33
I. 서 설 .....	33
II. 정리회사의 합병에 관한 회사정리법 규정의 내용 .....	35
1. 개 요 .....	35
2. 정리계획의 합병에 관한 기재사항 .....	36
3. 합병에 관한 상법 등의 규정의 특례 .....	39
III. 정리회사의 합병에 관한 회사정리법 규정의 문제점 및 개선방안 ...	41
1. 합병의 추진주체 .....	41
2. 정리회사에 관한 정보의 제공 .....	42
3. 합병후 정리절차의 조기종결 .....	43
참고문헌 .....	45

## 제 1 장 연구의 목적 및 범위 · 내용

자본주의의 발달과 함께 세계경제는 대량생산, 대량소비의 구조로 발전하여 왔으며, 현재 산업구조가 변화하여 개인의 창의성이 발휘되는 소규모 기업의 장점이 거론되기는 하나 양산체제가 경제를 선도함에는 장래에도 기본적인 변화를 생각하기 어렵다. 대량생산, 대량소비의 구조하에서는 규모의 경제(economies of scale)가 기업의 중심적인 경제논리라고 할 수 있다. 합병은 가장 완전한 기업결합형태로서 규모의 경제는 물론 생산·관리의 효율화, 이윤의 극대화 또는 기업의 사회적·정치적 입지의 강화라는 순기능을 가진다.

1997년말 경제위기 이후 1998년과 1999년 그리고 2001년에 3회 연이은 상법의 이례적인 개정이 있었는데,<sup>1)</sup> 합병제도와 관련하여 본다면 1998년 개정에서 기업구조조정을 지원한다는 취지로 합병절차를 간소화하기 위한 소폭의 개정이 있었다. 1998년 개정상법은 합병을 촉진하기 위하여, 흡수합병의 경우 종래의 간이합병제도의 적용범위를 확대하고 새로이 소규모합병제도를 도입하였고, 신설합병의 경우에는 설립위원제도를 폐지하고 창립총회를 생략할 수 있도록 하였으며, 합병에 관한 채권자의 이익기간을 2월에서 1월로 단축하였다.<sup>2)</sup>

조세법에 있어서는 특히 1998년 법인세법 개정에서 합병세제에 관한 괄목할만한 개선이 있었는데, 합병차익에 대한 과세이연제도를 도입하였고 이월결손금의 승계를 인정하였다. 종래에는 합병법인이 피합병법인의 자산을 승계함으로써 발생하는 합병차익을 익금에 산입하여 과세하였는데, 1998년 법인세법은 평가차익 중 토지·건물의 양도차익은 이를 다시 손금에 산입시켜 평가차익으로 인한 조세부담이 발생하지 않도록 하고 추후 감가상각하거나 매각시에 평가익을 실현시켜 과세하도록 하였다. 그 결과 부동산의 비중이 큰 회사를 흡수합병할 경우 조세부담 없이 평가익을 발생시

1) 1998년, 1999년 및 2001년의 연이은 상법개정은 기업구조조정의 촉진과 기업경영의 투명성·효율성 제고가 주된 목적이었다. 입법목적별로 주요개정사항을 분류하면 다음과 같다.

<표> 입법목적별 사항분류

켜 재무구조를 개선시킬 수 있게 되었다. 또 1998년 법인세법은 합병법인이 피합병법인의 이월결손금을 승계할 수 있도록 하였는데, 이로 인하여 재무구조가 취약한 회사를 흡수합병할 경우 재무구조상의 손실을 조세부담의 감소로 전보받을 수 있게 되었다.

또한 도산법제에 있어서도 합병과 관련한 개정이 있었는데, 1999년 회사정리법 개정시 그간의 상법개정과 관련하여 보완이 필요한 합병관련규정들을 정비하였다.

전술한 바와 같이 1997년말 경제위기 이후 상법·조세법·도산법 등의 개정을 통하여 합병절차를 간소화하고 합병제도의 이용을 활성화하기 위한 각종 세제조치를 마련하였으며 기타 관련규정들을 정비하였지만, 아직도 합병에 관한 기업의 수요를 충분히 반영하고 있지 못하다는 지적이 적지 않다. 또한 관련법제도의 변화가 양과 질에 있어 괄목할 만한 것이었던데 비하여, 법개정을 위한 준비기간 자체가 짧고 적절한 의견수렴과정을 거치

목 적 구 분	개 정 사 항
기업구조조정 촉진	회사합병절차의 간소화(1998) 회사분할제도의 도입(1998)
	주식교환제도·주식이전제도 도입(2001)
기업경영의 투명성 제고	주주제안제도의 신설(1998) 누적투표제도의 도입(1998) 이사의 충실의무 신설(1998) 업무집행지시자등의 책임 강화(1998) 소수주주권의 행사요건 완화(1998)
	감사위원회제도 도입(1999)
	영업의 중요부분 양수에 대한 주주총회 특별결의 의무화(2001) 이사의 정보접근권 강화 및 업무집행상황 보고의무 신설(2001) 제3자 신주인수권 제한을 통한 주주의 신주인수권 강화(2001)
	주식최저액면액 인하 및 주식분할제도 도입(1998) 이사수 자율화(1998) 중간배당제도 도입(1998)
기업경영의 효율성 제고 등	주식매수선택권제도 도입(1999) 자기주식의 취득제한 완화(1999) 주주총회 의장의 질서유지권한 부여(1999) 주주총회 서면결의 및 통신수단에 의한 이사회 참석 인정(1999) 이사회내 각종 위원회제도 도입(1999)
	법원에 대한 주식매수가격 결정 직접청구 허용(2001) 주주총회 특별결의에 의한 주식매수 소각 허용(2001)

2) 상세한 내용에 관하여는 ‘최성근, “1998년 상법개정 중 기업구조조정촉진 관련사항에 관한 소고”, 법제연구 통권 제15호, 1998.12, 221~236면’을 참조할 것.

지 아니한 관계로 입법상의 흠결이 드러나는 부분도 있다. 이하에서는 가장 완전한 기업결합형태인 합병의 활용도를 제고한다는 목표하에, 회사법제, 조세법제 및 도산법제의 합병과 관련한 몇가지 주요쟁점사항을 중심으로 문제점을 분석하고 개선방안을 제시한다.

제 1 장 연구의 목적 및 범위 · 내용

## 제 2 장 합병에 관한 회사법제의 문제점 및 개선방안

합병이란 상법의 절차에 따라 2개이상의 회사가 그 중 1개의 회사만 존속하고 나머지 회사들이 소멸하거나 전부 소멸하여, 청산절차를 거치지 않고 회사의 모든 권리·의무를 존속회사나 신설회사가 포괄적으로 승계하고 사원을 수용하는 회사법상의 법률행위를 말한다.

합병은 흡수합병과 신설합병의 두 가지로 나뉜다. 흡수합병이란 수개의 합병당사회사 중 1개회사만 존속하고 나머지 회사는 소멸하며, 존속회사가 소멸회사의 권리·의무를 포괄적으로 승계하고 사원을 수용하는 합병을 말한다. 신설합병이란 합병당사회사가 모두 소멸하고, 신설된 회사가 소멸회사의 권리·의무를 포괄적으로 승계하고 사원을 수용하는 합병을 말한다. 회사법은 합병을 흡수합병과 신설합병으로 구분하여 각각의 절차와 내용을 정하고 있다.

이하에서는 회사법상 과제로 남아 있는 합병의 제문제 중 합병대가와 약식합병제도를 검토하고 개선방안을 제시한다.

### I. 합병대가의 유연성 제고

#### 1. 현금교부합병

상법은 흡수합병의 경우 합병계약서에 ‘존속하는 회사가 합병당시에 발행하는 신주의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항(제523조제3호)’과 ‘존속하는 회사가 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 금액(제523조제4호)’을 기재하도록 하고 있고, 신설합병의 경우 ‘설립되는 회사가 합병당시에 발행하는 신주의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항(제524조제2호)’과 ‘각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 금액(제523조제4호)’을 기재하도록 하고 있다. 즉, 상법에서는 흡수합병이건 신설합병이건 간

에 소멸하는 회사의 주주에게 존속회사 또는 신설회사의 주식 이외에 일정액의 현금을 지급하는 것을 허용하고 있다. 이와 같이 지급되는 현금을 ‘합병교부금’이라 하는데, 실제로 지급되는 예를 보면 그 목적과 형태가 매우 다양하다.

본래 합병교부금은 합병비율의 단수조정을 위하여 지급되는 경우를 예정한 것이나 현실적으로는 이러한 단수조정 외에도 이익배당 또는 감자환급을 위하여 지급되는 예도 적지 아니하다.<sup>3)</sup> 특히 이익배당교부금은 해산회사의 결산기가 합병기일 전에 도래하지만 결산주주총회를 합병기일 전에 개최하는 것이 불가능한 경우 결산주주총회에 의한 이익배당에 갈음하여 금전을 지급하는 것으로, 실제로 그러한 예가 많다. 또한 해산회사의 결산일이 합병기일 훨씬 후에 도래하는 경우에도 당해 영업년도 초일부터 합병기일까지의 이익배당을 합병교부금의 형태로 하면서, 합병신주에 대한 존속회사의 이익배당은 합병기일로부터 기산하여 일할배당하도록 정하는 예도 빈번하다.

문제는 어느 한도까지 합병교부금의 지급을 허용할 것인가인데, 합병교부금의 개념범위를 이익배당이나 감자환급을 위하여 지급되는 경우도 포섭하는 것으로 본다면, 이익배당교부금이나 감자환급교부금이 합병승인 주주총회의 의결을 거쳐 각 주주의 지주수에 비례하여 즉, 주주평등의 원칙에 따라 이루어지는 한 현행법의 해석상 별다른 제약이 없다고 할 것이다.<sup>4)</sup> 이러한 해석론에 대해서는 ①사실상 미국에서 인정되는 현금교부합병(cash-out merger)을 인정하는 결과로 되고,<sup>5)</sup> ②해산회사 주주들의 지

3) 이익배당교부금이나 감자환급교부금도 이를 합병교부금의 개념에 포섭시킬 것인가에 대해서는 출자반환은 금지되어야 하므로 합병비율의 단수조정을 위해서만 인정된다는 부정설과 해산회사의 순자산의 범위 내에서 자유라는 긍정설로 견해가 나뉘는데, 긍정설이 우리나라와 일본의 다수설이다, 권기범, 기업구조조정법(제2판), 삼지사, 1999. 6, 133~134면.

4) 최기원, “회사합병의 법률관계”, 상장협, 1987 추계호, 19면 참조.

5) 미국에서는 역사적으로 소멸회사의 주주가 존속회사의 주식을 교부받는 합병만이 인정되다가, 현재는 거의 모든 법령에서 이 요건이 삭제되어 소멸회사 주주에게 존속회사의 증권 또는 다른 회사의 증권, 현금, 기타 재산 또는 이것들을 섞어서 줄 수 있다[모범사업회사법(Model Business Corporation Act; MBCA) 11.01(b)(3). Cal. Corp. §1101, Del. GCL §251(b)]. 이에 기초하여 현금교부합병(cash-out merger)이나 삼각합병(triangular merger) 등이 자유롭게 허용되고 있다.

주율이 합병후의 존속회사 또는 신설회사에서 부당하게 감소되어 그만큼 장래의 이익배당 기타 회사지배에서 제외되며, ③감자환급을 위한 합병교부금의 산정시 장래의 수익을 충분히 감안하지 아니하는 때에는 해산회사의 주주에게 불리하게 된다는 문제점을 제기하면서, 독일 기업재편법·프랑스 상사회사법 및 EU 합병지침의 입법례에 좇아 합병교부금을 일정한 한도로 제한하는 것이 좋다는 견해가 있다.<sup>6)</sup>

유동성 있는 회사의 운영을 위해서는 주주의 구성이 단순한 것이 유리한 경우가 있다. 이러한 경우 소멸회사의 소수주주를 현금교부합병을 통하여 배제하는 것이 효과적일 수 있다. 기업의 경쟁력제고를 위한 구조조정수단으로의 합병의 활용도를 높이는 차원에서 입법적으로 현금교부합병을 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 소멸회사 주주의 보호는 합병대가의 공정성 보장과 반대주주의 주식매수청구권으로 해결될 수 있는 문제라고 판단된다.

## 2. 삼각합병

합병대가를 존속회사 또는 신설회사의 주식 또는 합병교부금만으로 한정하지 아니하는 경우 더욱 다양한 형태의 결합이 가능하다. 그 대표적인 예가 미국 등에서 인정하고 있는 삼각합병이다. 삼각합병(triangular merger)이란 존속회사 또는 소멸회사의 모회사의 주식을 합병의 대가로 제공하는 합병이다.<sup>7)</sup> 삼각합병이란 명칭은 합병에 관계하는 당사회사가 3자가 존재한다는 데서 붙여진 명칭이다. 삼각합병은 합병시에 당사회사 중 어느 회사가 소멸회사가 되느냐에 따라 정삼각합병(forward triangular merger)과 역삼각합병(reverse triangular merger)으로 나뉜다.

6) 권기범, 전거서, 138면. 이 견해에 의하면 합병교부금의 한도를 정함에 있어서 전술한 독일(기업재편법 제54조제4항, 제68조제3항 등), 프랑스(상사회사법 제372조제4항) 및 EU(합병지침 제3조제1항)의 입법례가 규정하는 합병신주 액면총액의 10%라든가 현행 상법 제375조의 사후설립이 규정하는 5%가 일용 고려할 만한 기준이 될 것이라고 한다.

7) 삼각합병은 미국과 캐나다의 실정법에서 이를 채용하고 있고, 실무적으로 후술하는 주식교환보다 활용빈도가 높다고 한다, 中東正文, 株式交換による持株會社の設立, 商事法務, No. 1482, 1998.2.15, 4면.

정삼각합병이란 이하의 수순으로 행하여지는 합병을 말한다. 즉, A회사가 B회사를 100% 자회사로 하기 위하여 정삼각합병을 실행하는 경우를 상정하면, ①A가 100% 자회사 C를 설립하고, ②B와 C가 B를 소멸회사, C를 존속회사로 하여 합병하며, ③소멸회사 B의 주주에 대하여 합병의 대가로 존속회사 C의 주식이 아닌 존속회사 C를 보유하고 있는 A회사의 주식을 교부하는 수순이 된다. 이로써 A회사의 100% 자회사인 C가 B회사의 사업을 포괄승계함과 동시에 종래의 B회사의 주주 전부는 A회사의 주주로 된다. 이와 같은 방법이 가능한 것은 우리 상법의 경우 합병당사회사의 주식 또는 금전 이외에는 합병의 대가로 허용되지 아니하고 자회사(C)가 모회사(A)의 주식을 보유하는 것이 금지되고 있지만(상법 제523조제3호·제4호, 제524조제2호·제4호 및 제342조의2), 미국에서는 이들 양자가 모두 허용되고 있기 때문이다.

역삼각합병이란 이하의 수순으로 행하여지는 합병을 말한다. 즉, A회사가 B회사를 100% 자회사로 하기 위하여 역삼각합병을 실행하는 경우를 상정하면, ①A회사가 100% 자회사 C를 설립하고, ②B회사와 C회사가 B회사를 존속회사, C회사를 소멸회사로 하여 합병하며, ③소멸회사 C의 주주인 A회사에 대하여 합병의 대가로 존속회사 B의 주식을 교부하면서, 존속회사 B의 주주에 대하여는 B회사가 보유하고 있는 A회사의 주식을 교부하는 수순이 된다. 이로써 A회사는 B회사를 100% 자회사로 함과 동시에 종래의 B회사의 주주 전부는 A회사의 주주로 된다. 이와 같은 방법이 가능한 것은 전술한 정삼각합병의 예에 더하여, 미국에서는 합병계약의 조건으로 존속회사(B회사)의 주주가 보유하는 주식에 대하여 강제적으로 다른 회사(A회사)의 주식으로 교환할 것을 정하는 것이 허용되고 있기 때문이다.

삼각합병은 미국 등에 있어서 합병대가의 유연성 등에 의존한 제도로서,<sup>8)</sup> 이를 지주회사의 설립에 응용하는 경우에는 현재의 사업회사를

8) 삼각합병의 역사는 합병대가의 유연화의 역사라고 할 수 있다. 이는 동시에 기업결합의 유연화와 다수결의 한계와의 갈등의 역사라고 볼 수 있다. 통상적으로 행하여지는 합병을 자산융합형 기업결합이라고 표현한다면 그 응용인 삼각합병은 주식취득형 기업결합이라고 표현할 수 있을 것이다. 즉, 당사회사가 법인격을 융합시키지 아니하고 주식의 이동이라는 형태로 결합이 완료된다, 上揭論文, 4面.

100% 자회사로 지주회사의 산하에 편입시키는 것이 가능하다.<sup>9)</sup> 또한 삼각합병의 경우에는 대규모의 자금조달이 필요하지 아니하다는 이점이 있다. 정삼각합병에 있어서는 사업회사의 권리·의무를 포괄승계한 회사가 존속회사로서 지주회사 산하에 편입되기 때문에 자산을 장부가액 그대로 인계할 수 있다. 더욱이 역삼각합병에 있어서는 사업회사의 법인격이 변경되지 아니하기 때문에 인·허가 등의 지위도 바뀌지 아니한다. 다만, 우리의 상법하에서는 합병의 대가로 신설회사나 존속회사의 주식 또는 합병교부금만이 가능하기 때문에 존속회사 또는 소멸회사의 모회사의 주식을 합병의 대가로 제공하는 삼각합병이 허용될 여지는 없다고 할 것이다.<sup>10)</sup> 그러므로 삼각합병제도를 도입을 논의하려면 합병대가의 유연성 문제가 선결되어야 한다.

## II. 약식합병제도에 대한 검토

### 1. 서 설

합병절차에 있어서 주주총회의 승인결의는 주주보호를 위하여 가장 중요한 절차이지만 회사로서는 승인결의를 위한 주주총회의 소집이 가장 큰 시간적·비용적인 부담을 주는 절차이기도 하다. 이러한 문제를 일부 해결하기 위하여 상법은 주주총회의 승인결의를 요하지 않고 이사회의 결의만으로 합병이 가능한 두 가지 예외를 두고 있는데, 1995년 상법개정에서 도입되어 1998년 보완된 간이합병제도와 1998년 개정상법에서 도입된 소규

9) 물론 지주회사의 설립에 있어서는 조직의 운영상 반드시 100%의 주식의 취득이 요청되는 것은 아니지만, 자회사주주의 보호·기업집중문제 등에 배려한다면 완전자회사로서 회사조직을 형성하는 것이 바람직할 것이다. 물론 기업매수방식이나 제3자신주발행방식에 의하는 경우 지배주식의 취득은 가능하겠지만, 이에 응하지 아니하는 주주가 있을 가능성이 높고 100%의 주식을 취득하는 것은 현실적으로 불가능하다. 특히 기업매수의 경우에는 매수가격에 불만을 갖는 주주도 있을 것이고, 차후 고가에 양도하려고 매수에 응하지 아니하는 주주도 적지 아니할 것이다. 또한 상속 등에 의하여 실제로 주식을 보유하고 있는 자를 특정할 수 없는 경우도 예상해 볼 수 있다, 上揭論文, 3面.

10) 일본의 경우도 상법상 삼각합병이 허용되지 아니한다고 보는 것이 해석론상 다수설의 입장이다, 神田秀樹, “持株會社と商事法”, 商事法務, 1479號, 1998.1.5, 74面; 上揭論文, 3面.

모합병제도가 그것이다. 이하에서는 이들 제도의 내용을 살펴보고 그 문제점과 개선방안을 검토한다.

## 2. 간이합병제도와 소규모합병제도

### (1) 간이합병제도

간이합병제도는 1995년 상법개정시 도입된 약식합병제도인데, 1995년 개정상법은 흡수합병의 경우 피합병회사의 총주주가 동의하거나 소멸회사의 발행주식총수를 합병회사가 소유하고 있는 경우 피합병회사의 이사회 의 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있도록 하였다(구상법 제522조제1항 단서). 1998년 개정상법은 합병을 촉진한다는 취지에서 여기에 더하여 간이합병제도의 적용범위를 합병회사가 소멸회사의 발행주식총수의 100분의 90이상을 소유하고 있는 경우로 확대하였다(제527조의2제1항).

한편 주주총회의 생략과 관련하여 소멸회사의 주주를 보호하기 위하여, 소멸회사에 대하여 합병계약을 작성한 날로부터 2주간내에 주주총회의 승인을 얻지 않고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(제527조의2제2항). 주주는 공고 또는 통지를 한 날로부터 2주간내에 회사에 대하여 합병반대의 의사를 통지하고, 그 2주간이 경과한 날로부터 20일내에 자기가 소유하는 주식의 매수를 청구할 수 있다(제522조의3제2항).

간이합병제도(short form merger)에 관한 외국의 입법례를 보면, 미국의 경우 모범사업회사법(Model Business Corporation Act; MBCA)에서 100분의 90이상으로 정하고 있고,<sup>11)</sup> 델라웨어주·캘리포니아주·뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일하게 규정하고 있다.<sup>12)</sup>

11) 미국 모범사업회사법 제11.04조 참조.

12) 간이합병제도는 미국에서 주로 비상장인 폐쇄회사를 흡수합병하는 경우 합병절차를 간소화하기 위하여 합병을 예정하고 존속회사가 사전에 소멸회사의 주식을 취득하는 방식으로 활용되고 있다고 한다.

## (2) 소규모합병제도

1998년 개정상법은 전술한 바와 같이 합병을 촉진한다는 취지에서 간이 합병제도의 적용범위를 확대함과 아울러 소규모합병제도를 신설하였다. 흡수합병의 경우 존속회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 5를 초과하지 아니하는 때에는<sup>13)</sup> 존속회사의 이사회가 승인으로 주주총회의 승인을 갈음할 수 있고 합병반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 아니한다(제527조의3제1항 본문 및 제5항). 그러나 합병교부금이 지급되는 경우 그 금액이 존속회사의 최종 대차대조표상 현존하는 순자산액의 100분의 2를 초과하는 때에는 통상의 합병의 경우와 마찬가지로 주주총회의 승인이 요구된다(제527조의3제1항 단서).

한편 주주총회의 생략과 관련하여 존속회사의 주주를 보호하기 위하여, 존속회사의 합병계약서에 주주총회의 승인을 생략하고 합병을 한다는 뜻을 기재하도록 함(제527조의3제2항)과 아울러 존속회사에 대하여 합병계약서를 작성한 날로부터 2주간내에 소멸회사의 상호·본점소재지·합병일 및 주주총회의 승인을 생략하고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지할 의무를 부과하였다(제527조의2제2항). 또한 소규모합병에 반대하는 소수주주의 보호를 위하여, 존속회사의 발행주식총수의 100분의 20이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 위의 2주간내에 회사에 대하여 서면으로 소규모합병에 반대한다는 의사를 통지한 때에는 주주총회의 승인을 생략할 수 없다(제527조의3제4항).

소규모합병제도(small scale merger)에 관한 외국의 입법례를 보면, 일본상법상의 소규모합병제도는 1998년 개정상법에서 신설된 소규모합병제도의 직접적인 모델이 되었고,<sup>14)</sup> 미국의 경우는 모범사업회사법에서 존

13) 발행주식총수의 100분의 5이라는 기준은 사후설립(제375조)의 요건(자본의 100분의 5를 초과하는 금액의 자산취득)과 균형을 맞춘 것이다. 즉, 자본의 100분의 5에 미달하는 자산의 취득에 대해서는 주주총회의 특별결의를 요하지 아니한다는 법리를 합병에 적용한 것이다. 이러한 기준은 합병계약체결시뿐만 아니라 합병등기시까지 계속 충족되어야 할 것이고, 100분의 5라는 경계점은 순수한 신주발행분만을 기준으로 한다고 보아야 할 것이다, 권기범, 전거서, 199면 참조.

14) 일본상법 제413조의3.

속회사가 발행하는 신주의 총수가 발행주식총수의 100분의 20을 초과하지 아니하는 경우에는 이사회 결의만으로 합병할 수 있도록 정하고 있으며,<sup>15)</sup> 델라웨어주·캘리포니아주·뉴욕주 등 대부분의 주의 회사법에서도 이와 동일하게 규정하고 있다.<sup>16)</sup>

### 3. 약식합병제도의 문제점 및 개선방안

#### (1) 약식합병에서의 반대주주 확정문제

간이합병절차에서 소멸회사는 합병계약서를 작성한 날로부터 2주 내에 주주총회의 승인을 얻지 않고 합병한다는 뜻을 공고하거나 주주들에게 통지하여야 한다(제527조의2제2항). 주주는 이 공고 또는 통지를 한 날로부터 2주 내에 회사에 대하여 합병에 반대하는 의사를 통지할 수 있으며, 반대의 통지를 한 주주는 다시 위 2주가 경과한 날로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하는 주식의 매수를 청구할 수 있다(제522조의3제2항).

소규모합병절차에서는 주주에 대한 공시절차로서 존속회사는 합병계약서를 작성한 날로부터 2주 내에 주주총회의 승인결의 없이 합병을 한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다(제527조의3제3항). 그렇다면 존속회사의 발행주식총수의 100분의 20이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 이 통지일로부터 2주 내에 회사에 대하여 서면으로 합병에 반대하는 의사를 통지함으로써 주주총회의 결의를 생략하는 것을 저지할 수 있다(제527조의3제4항).

따라서 회사는 간이합병을 위한 주주에게 통지나 공고, 소규모합병을 위해 주주에게 하는 통지나 공고를 할 때에 통지, 공고대상인 주주를 여하히 확정할 것이냐는 문제가 제기된다. 통지나 공고의 시점에서 주주확정을 위한 별도의 조치없이 통지, 공고를 한다면 그 이후 2주 이내에도 주식이 거

15) 미국 모범사업회사법 제11.03조(g).

16) 이들 입법례에서는 소멸회사의 규모가 존속회사에 비하여 현저하게 작은 경우에는 그러한 합병은 존속회사에 있어서 주주의 이해에 중대한 영향을 미치는 사항이라기보다는 경영판단의 범주에 속하는 것이라고 보아 소규모합병을 인정하고 있다.

래되므로 통지, 공고 당시의 주주가 아닌 주주가 주식매수청구권을 행사하거나 소규모합병에 반대하는 일이 생길 수도 있다. 그 자체가 위법한 것은 아니지만, 회사로서는 반대주주를 관리하기가 매우 곤란하게 될 것이다. 간이합병의 경우 우선 주식매수청구권만을 행사할 목적에서 주식을 양수하는 자가 생길 수 있고, 주주가 간이합병이나 소규모합병에 반대하는 의사표시를 해놓고 주식을 양도하는 수도 있어 매수청구를 하는 수량을 예측할 수 없으며, 소규모합병의 배제요건의 충족여부를 판단하기가 어려워질 수 있다.

이러한 불편을 해소하기 위해서는 통지나 공고시에 반대가능한 주주를 확정하기 위한 기준일을 설정하도록 하여야 하지만 시간적으로 불가능한 면이 있다. 즉, 기준일을 공고하려면 기준일로부터 2주간 전에 하여야 하는데(제354조제4항), 상법은 간이합병 또는 소규모합병의 통지, 공고가 있으면 주주가 그로부터 2주간 내에 매수청구 또는 반대의 의사표시를 하도록 정하고 있기 때문에 기준일의 설정이 무의미해진다.

이는 입법의 착오로서, 합리적으로 해결을 모색한다면 회사는 주주총회의 승인 없이 합병한다는 통지나 공고를 하고자 할 때에는 이 날을 기준일로 하여 사전에 기준일을 공고하든지 주주명부를 폐쇄하여야 할 것이다.<sup>17)</sup>

## (2) 소규모합병의 주식매수청구

소규모합병에서는 반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 않는다(제527조의3 제5항). 회사의 입장에서 본다면 주주총회의 결의를 생략한다는 것 보다는 반대주주의 주식매수청구를 허용하지 않는다는 것이 경제성을 부여하는 요인이 될 것이다.

그러나 다른 회사의 영업을 양수하는 경우에는 규모에 불구하고 주주총회의 특별결의를 거치고 반대주주에게 주식매수청구권을 부여하여야 하는데(제374조제1항제3호), 영업양수보다 중요한 사안이라 할 수 있는 합병을 하면서 이사회 결의로 족하도록 하고 반대주주의 주식매수청구권을

17) 이철송, 회사법강의, 박영사, 2000, 821면.

인정하지 아니하는 것은 그 목적의 정당성에도 불구하고 균형을 잃은 입법이라는 비판을 면하기 어렵다.<sup>18)</sup>

기업구조조정수단 간의 주주보호제도의 상호균형을 확보한다는 차원에서 영업양수의 경우에도, 소규모합병의 발행주식총수의 100분의 5 기준에 대비하여, 양수하는 자산의 가액이 순자산의 100분의 5를 초과하지 아니하는 경우에는 이사회는 결의로 족하도록 하고 반대주주의 주식매수청구권을 인정하지 아니하도록 하거나 소규모합병의 경우에도 반대주주의 주식매수청구권을 인정하는 방안을 강구할 필요가 있다. 양자 중 하나를 선택한다면, 주식매수청구권이 합병 또는 영업양수도의 중대한 장애요인으로 작용하고 있는 현실을 감안할 때 전자의 방안이 바람직할 것이라 생각한다.

참고로 소규모합병과 관련하여 미국 델라웨어주 회사법은 주식매수청구권을 인정하지 않고 있으나[미국 델라웨어주 회사법 제251조(f)], 일본 상법은 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있다(일본 상법 제413조의 3제5항).

### (3) 소규모합병의 제한사유

상법은 소규모합병절차에 대한 예외로서 다음의 두 가지 경우에는 주주총회의 결의를 생략할 수 없도록 정하고 있다.

그 하나는 소멸회사의 주주에게 교부금을 지급하는 경우로서, 교부금이 존속회사의 순자산액의 100분의 2를 초과하는 경우에는 발행주식요건이 충족되더라도 주주총회의 결의를 생략할 수 없다(제527조의3제1항 단서). 이는 합병신주의 발행물량을 줄이면서 그 대신 필요한 나머지 부분은 이를 합병교부금으로 처리하는 편법을 방지하기 위한 것이다.<sup>19)</sup>

다른 하나는 존속회사의 일정비율의 주주가 합병반대의사를 표시한 경우인데, 존속회사의 발행주식총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 위에 언급한 주주에 대한 통지나 공고일로부터 2주간 내에 회사에 대하여 서면으로 합병에 반대하는 의사를 통지한 때에는 주주총회

18) 상계서, 822면 참조.

19) 菊池洋一, 平成9年改正商法の解説(3), 商事法務, 1464호, 1997. 7, 24面.

의 결의를 생략할 수 없다(제527조의3 제4항).

주주총회를 생략할 수 있는 소규모합병을 저지하는 기준으로서의 발행주식의 100분의 20이상이란 어떤 합리적인 근거가 있는 것이 아니고 단지 편의적인 수치에 불과하다. 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주주가 반대한다면 주주총회에서 합병승인이 부결될 가능성이 있다. 따라서 소규모 합병의 요건이 존속회사의 발행주식의 100분의 5 이하의 신주를 발행하는 것과 연결하여 발행주식의 100분의 5를 초과하는 주식을 가진 주주가 반대할 경우로 정하는 것이 바람직하다고 판단된다.<sup>20)</sup>

---

20) 이철송, 전게서, 823면 참조.

## 제 2 장 합병에 관한 회사법제의 문제점 및 개선방안

## 제 3 장 합병에 관한 조세법제의 문제점 및 개선방안

경영상의 이유에서 합병의 필요성을 느끼더라도 이를 실천하기 위해서는 소요되는 비용을 고려하지 않을 수 없다. 그 비용에 관한 고려에서 결정적인 비중을 차지하는 것 중의 하나가 조세부담이다. 이는 합병을 계기로 그 간에 누적 또는 이연된 과세요소가 일시에 실현되기 때문이다.

합병으로 인하여 발생하는 과세문제는 주주에 대한 과세문제와 회사에 대한 과세문제로 나누어 볼 수 있고, 회사에 대한 과세문제는 다시 소멸회사에 대한 과세문제와 존속회사 또는 신설회사에 대한 과세문제로 구분할 수 있다. 이 중 주주에 대한 과세문제는 주주가 개인인 경우는 소득세법에서, 법인인 경우는 법인세법에서 정하고 있다. 그리고 합병과 관련된 회사에 대한 과세문제는 법인세법에서 다루고 있다.

1998년 법인세법 개정 이전에는 합병당사회사의 조세부담이 과중하다는 이유로 합병을 단념하는 사례가 많았는데, 이를 시정하기 위하여 1998년 개정법인세법에서는 기업구조조정을 지원하는 차원에서 합병에 대한 과세를 크게 완화하였다.

이하에서는 합병에 대한 과세를 완화한 1998년 법인세법 개정에도 불구하고 기업구조조정에 저해요인을 작용하고 있는 몇가지 문제점을 검토하고 개선방안을 제시하고자 한다.

### I. 피합병법인의 청산소득에 대한 과세제도 보완

#### 1. 합병과 청산소득

상법은 회사의 해산사유로 ①존립기간의 만료 기타 정관으로 정한 사유의 발생, ②합병·합자회사에서는 총사원의 동의, 주식회사에서는 주주총회의 특별결의, 유한회사에서는 사원총회의 특별결의, ③주식회사 이외의 회사의 경우 사원이 1인으로 된 때, ④합병, ⑤분할 또는 분할합병, ⑥파산, ⑦법원의 명령 또는 판결을 정하고 있다(상법 제227조, 제269조, 제517조

및 제609조제1항). 이 중에서 ①, ②, ③, ⑦의 경우는 법인이 청산절차를 거치게 되므로 그 법인에게 잔여재산이 있는 때에는 청산소득에 대한 법인세가 과세된다.

합병, 분할 또는 분할합병에 있어서는 피합병법인 또는 분할법인의 단계에서 각 사업년도의 소득으로 실현되지 아니한 이익(자산의 가액상승분)이 합병법인이나 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인으로 이전되는 것을 계기로 그 미실현이익이 합병대가나 분할대가에 반영된다. 이 때 합병, 분할 또는 분할합병의 경우도 법인의 해산과 같은 청산소득에 대한 과세문제가 발생하는데, 1998년 개정법인세법에서는 이를 해결하기 위한 특례규정을 도입하였다(법인세법 제80조 및 제81조).

## 2. 청산소득의 계산구조

합병으로 인하여 피합병법인의 청산소득이 과세되는 이유는 합병전에 피합병법인의 각 사업년도소득으로 실현되지 않은 이익 즉, 미실현이익이 합병을 계기로 재평가됨으로써 자본이익이 발생하기 때문이다. 청산소득의 금액은 합병로 인하여 해산하는 피합병법인의 주주 등이 합병법인으로부터 받은 합병대가의 총합계액<sup>21)</sup>에서 피합병법인의 등기일 현재의 자기자본의 총액<sup>22)</sup>에서 공제한 금액이다(법인세법 제80조제1항).

피합병법인에게 청산소득에 대한 과세가 행해지는 지의 여부는 합병대가의 총액여부 즉, 취득하는 주식의 가액에 따라 달라진다. 주식의 취득가액은, 합병등기일 현재 1년이상 계속하여 사업을 영위한 내국법인간의 합병

21) '합병대가의 총합계액'은 ①피합병법인의 주주가 합병로 인하여 취득하는 주식의 가액과 금전 기타 재산가액의 총합계액, ②합병법인이 합병등기일 전 2년 이내에 취득한 피합병법인의 주식(포합주식) 등의 취득가액, ③합병법인이 납부한 피합병법인의 청산소득에 대한 법인세와 소득할주민세를 합한 금액으로 한다(법인세법시행령 제122조제1항).

22) '자기자본의 총액'이란 자본금과 잉여금의 합계액을 말한다. 법인세법은 이를 계산함에 있어 다음의 두 가지를 고려하고 있다. ①합병등기일 후에 국세기본법에 따라 환급되는 법인세액이 있을 때에는 이를 자기자본의 총액에 가산한다(법인세법 제80조제3항 및 제79조제3항). 또한 ②이월결손금이 있는 경우에는 그 이월결손금은 합병등기일 현재 그 법인의 자기자본 총액에서 상계하여야 한다. 다만, 상계하는 이월결손금은 자기자본의 총액 중 잉여금을 초과하지 못하며, 초과하는 이월결손금이 있는 경우에는 이를 없는 것으로 본다(법인세법 제80조제3항 및 제79조제4항).

이고 합병법인으로부터 받는 합병대가의 총합계액 중 주식 등의 가액이 95%의 요건을 갖춘 경우, 액면가액 또는 출자금액으로 할 수 있다(법인세법시행령 제14조제1항제1호(가)목, 법인세법 제44조제1항제1호 및 제2호).

청산소득은 피합병법인이 자기자본을 초과하여 합병법인으로부터 교부받은 주식가액과 합병교부금의 합계액으로서 피합병법인은 청산소득으로, 그 주주는 의제배당소득으로 과세된다. 합병으로 인한 청산소득이 특히 문제되는 것은 포함주식의 경우이다.

### 3. 포함주식

합병법인과 피합병법인이 합병을하기로 약정하고 합병을 용이하게 할 목적으로 합병법인이 피합병법인의 주식을 취득하였다가 합병을 하게 되면 피합병법인의 주식양도차익에 대한 과세와 합병으로 인한 청산소득 과세가 충돌하게 되고, 이 과정에서 피합병법인의 청산소득에 대한 조세부담이 부담하게 감소되는 경우가 발생할 수 있다.<sup>23)</sup> 즉, 피합병법인이 합병전에 주식을 양도하지 않고 합병하는 경우와 합병에 앞서 주식을 합병법인에게 양도하는 '포함주식'이 있는 경우 조세부담의 차이가 크게 발생할 수 있다.

종전의 법인세법에서는 합병법인이 피합병법인의 주식, 즉 포함주식을 소유하고 있고 이에 대해 합병대가를 지급하지 않는 경우, 이로 인해 청산소득을 부당히 감소시킨다고 인정될 때에는 포함주식의 취득가액을 합병대가에 합산하여 청산소득을 계산하였다. 이에 대해 1998년 개정법인세법에서는 이 규정을 합병 전 2년 이내에 취득한 포함주식에 한하여 적용하도록 하고, 청산소득을 부당히 감소시킨다는 요건을 삭제하였다(법인세법 제80조제2항).

23) 만일 피합병법인의 자산을 시가로 평가증하여 합병하면, 합병시점의 자기자본의 총합계를 초과하여 합병대가를 받게 되고 이 때 피합병법인은 청산소득에 대한 과세, 피합병법인의 주주에게는 의제배당소득에 대한 과세가 발생한다. 그러나 피합병법인의 주주가 합병전에 주식을 합병법인에게 양도하고 합병하는 경우 피합병법인의 주주는 주식양도차익에 대한 과세만을 부담하게 되고, 또 합병법인이 포함주식의 소각손을 영업권으로 계상하여 감가상각비를 손급에 산입하게 되면, 막대한 조세혜택을 얻을 수 있다, 이우택, 기업합병분할의 과세체계에 관한 연구, 한국조세연구소, 1999, 178~179면.

포합주식의 취급에 대한 1998년 개정법인세법의 규정과 관련하여, 포합주식에 대하여 일률적으로 정하기보다는 합병법인의 취득하는 동기에 따라 달리 규율하는 것이 바람직하다고 본다. 예컨대 포합주식을 합병과 상관없이 특수관계자가 아닌 제3자인 법인이 공정하게 취득하고 있다가 경제적 여건의 변화로 인하여 피합병법인과 합병을 갑자기 행하는 경우에는 그 주식의 차액에 대하여 피합병법인의 청산소득으로 과세한다는 것이 타당하지 않다고 할 것이다. 따라서 포합주식에 대한 합병법인의 청산소득에 대한 과세는 합병을 전제로 한 취득인지 청산소득을 부당하게 감소시킬 의도로 취득한 것인지에 따라 달리 정하는 것이 합리적일 것이라고 판단된다.<sup>24)</sup>

## II. 주주의 의제배당소득에 대한 과세유예제도의 도입

피합병법인의 주주는 일면 합병으로 인하여 단순히 합병법인의 주식을 교환하는데 불과하므로 이를 과세하는 것은 기업구조조정의 목적으로 하는 합병을 저해하는 요인이 될 수 있다. 그러므로 일정한 요건에 충족하는 경우에는 피합병법인의 주주에게도 합병평가차익과 마찬가지로 과세이연의 효과를 부여하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

합병의 경우에는 합병법인의 주식의 취득가액에 5% 이내의 합병교부금을 가산하여 계산한다. 그리고 합병교부금이 5%를 초과하는 경우에는 의제배당소득으로 과세된다. 또한 피합병법인의 주주는 합병비율에 따라 주식을 취득하는데, 피합병법인이 합병계약에 따라 그 주식을 배정함에 있어 이를 임의로 조절하는 것이 가능하기 때문에 조세회피행위를 배제할 수 없다. 법인세법에서는 특수관계자인 법인 간의 합병에 있어서 주식 등을 시가보다 높거나 낮게 평가하여 불공정한 비율로 합병한 경우를 부당행위계산의 유형에 포함시켜 과세하고 있다(법인세법시행령 제88조 제1항제8호(가)목).

24) 채수열, “기업합병과세에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 1999. 2, 152~153면 참조.

따라서 합병을 통한 조세회피행위가 있는 경우에는 법인주주에 대해서는 법인세법상 부당행위계산유형으로, 개인주주에 대해서는 상속세및증여세법상 증여의제에 포함시켜 해결하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 합병으로 인하여 발생하는 의제배당소득 중 이익잉여금의 분배에 상당하는 부분을 제외한 순자본이득에 해당하는 부분에 대해서는 과세유예의 혜택을 법인과 마찬가지로 부여하는 것이 조세의 형평에 부합하는 것이라 할 것이다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. 합병평가차익에 대한 과세이연 대상자산범위의 확대

법인세법 제44조제1항에서는 ‘합병법인이 피합병법인의 자산을 평가하여 승계하는 경우 그 승계한 자산의 가액 중 당해 자산에 대한 합병평가차익에 상당하는 금액’에 한하여 손금산입할 수 있도록 규정하고 있다. 합병법인의 입장에서는 피합병법인의 자산·부채를 포괄적으로 승계하기 때문에 모든 자산을 평가하여 발생하는 평가차익에 대하여 과세이연을 하는 것이 조세부담의 완화 측면에서 유리하다.

이하에서는 과세이연의 대상자산범위를 부동산으로 한정하고 있는 현행 법인세법 규정의 문제점을 검토하고 그 확대방안을 제시한다.

#### 1. 합병평가차익 과세이연 대상자산범위의 문제점

##### (1) 재고자산

재고자산은 기업의 정상적인 영업활동과정에서 판매를 목적으로 단기간 보유하고 있는 재화 또는 용역, 판매를 목적으로 생산과정에 있는 재화 또는 용역, 판매목적의 재화나 용역을 생산함에 있어서 단기간에 소비되어야 할 재화, 판매활동 및 일반관리 활동에 있어서 단기간 소비되어야 할 재화를 말한다. 구체적으로 법인세법시행령은 재고자산의 범위로 제품 및 상품

25) 한만수, 기업구조조정 조세법론, 세경사, 1999, 288면 참조.

(부동산매매업자가 매매를 목적으로 소유하는 부동산을 포함하며, 유가증권 등을 제외한다), 반제품 및 재공품, 원재료 및 저장품을 들고 있다(법인세법시행령 제73조제1호).

합병으로 인하여 재고자산을 취득하는 경우에는 피합병법인의 장부에 계상한 출자가액 또는 승계가액으로 승계하는 것이 법인세법상 원칙이다. 그러나 합병에 관한 회계처리에서는 자산·부채를 공정가액으로 평가하는 것이 일반적이다. 따라서 자산평가에 있어서 법인세법과 합병에 관한 회계처리에 차이가 있다는 점으로 인하여 합병되는 자산에 대한 합병평가차익의 과세문제가 발생할 수 있다. 이는 법인세법에서 합병으로 인하여 승계되는 자산 중 과세이연되는 자산이 부동산에 한정되고 있기 때문이다(법인세법시행령 제80조제1항).

합병법인은 피합병법인의 재고자산이 시가<sup>26)</sup>를 초과하지 않는 한 재고자산을 어떤 가액기준에 의하여 승계하든 상관없다고 할 것이다.<sup>27)</sup> 그러므로 재고자산도 과세이연의 자산 범위에 포함시켜야 하며, 만일 시가를 초과하는 부분에 대하여는 법인세법 제52조의 부당행위계산부인 규정을 통하여 과세하면 될 것이다.

## (2) 고정자산

기업회계기준에서는 자산을 크게 유동자산<sup>28)</sup>·고정자산으로 구분하고 고정자산을 투자자산<sup>29)</sup>·유형자산<sup>30)</sup>·무형자산<sup>31)</sup>으로 나누고 있다. 법인

26) 시가란 당해 거래와 유사한 상황에서 당해 법인이 특수관계자 외의 불특정다수인인과 계속적으로 거래한 가격 또는 특수관계자가 아닌 제3자간에 일반적으로 거래된 가격을 말한다(법인세법시행령 제89조제1항).

27) 이우택, 전계서, 121면 참조.

28) 유동자산을 다시 당좌자산과 재고자산으로 나뉘고, 당좌자산에는 현금 및 현금등가물·단기금융상품·유가증권·매출채권·단기대여금·미수금·미수수익·선급금·선급비용·기타의 당좌자산으로 분류된다. 재고자산은 위에서 언급한 바와 같다.

29) 투자자산에는 장기금융상품, 투자유가증권, 장기대여금, 장기성매출채권, 투자부동산, 보증금, 이연법인세차, 기타의 투자자산 등이 이에 해당한다.

30) 유형자산에는 토지·건물·구축물·기계장치·선박·차량운반구·건설중인 자산·기타의 유형자산이 이에 해당한다.

31) 무형자산에는 영업권, 산업재산권(특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권등), 광업권, 어업권, 차지권(지상권 포함), 창업비, 개발비, 기타의 무형자산이 이에 해당한다.

세법에서는 고정자산의 범위에 대한 구체적인 규정이 없으나, 감가상각자산의 범위에서 유형고정자산,<sup>32)</sup> 무형고정자산<sup>33)</sup>을, 평가대상자산의 범위에서 재고자산, 유가증권,<sup>34)</sup> 화폐성 외화자산 및 부채, 이연자산<sup>35)</sup>을 정하고 있다(법인세법시행령 제24조 및 제73조).

피합병법인은 합병되는 고정자산을 장부가로 승계하는 것이 일반적이겠지만, 만일 시가로 승계한다면 합병평가차익에 대한 과세문제가 발생할 수 있다.

### ① 감가상각자산

감가상각이란 토지를 제외한 영업용 고정자산의 경우 시간의 흐름에 따라 물리적으로 소모되거나 경제적 또는 기능적으로 낙후되기 때문에 그 자산에 투하된 비용을 자산의 내용연수에 따라 순차로 각 사업년도에 배분하는 것을 말한다. 감가상각절차에 따라 계상된 비용을 감가상각비라 한다. 감각상각비를 계산하는 요소로는 취득가액, 내용연수, 잔존가액이 있고, 이들 계산요소를 평가하는 방법<sup>36)</sup> 즉, 감가상각방법에 따라 감가상각비의 차이가 발생한다. 감가상각자산은 장부가로 승계하는 것이 원칙이지만, 시가로도 승계할 수 있다.

먼저 합병시에 승계하는 고정자산에 대한 취득가액을 피합병법인의 장부가로 승계하는 경우에는 피합병법인의 본래 취득가액에서 감가상각충당금의 누계액을 공제한 금액이 되어 과세되지 않는다. 그러나 고정자산을 시가로 평가하여 승계하는 경우에는 시가평가액에서 취득에 따른 부대비용을

32) 유형고정자산으로는 건축물, 차량 및 운반구, 공구, 기구 및 비품, 선박 및 항공기, 기계 및 장치, 동물 및 식물, 기타 자산과 유사한 유형고정자산을 들고 있다(법인세법시행령 제24조제1항제1호).

33) 무형고정자산으로는 영업권, 의장권, 실용신안권, 상표권, 특허권, 어업권, 해저광물자원개발법에 의한 채취권, 유료도로관리권, 수리권, 전기가스공급시설이용권, 공업용수도시설이용권, 수도시설이용권, 열공급시설이용권, 광업권, 전신전화전용시설이용권, 전용측선이용권, 하수종말처리장시설관리권, 수도시설관리권, 댐사용권을 들고 있다(법인세법시행령 제24조제1항제2호).

34) 유가증권에는 주식등, 채권 등이 이에 해당한다(법인세법시행령 제73조제2호).

35) 이연자산은 창업비, 개업비, 연구개발비, 사채발행비, 사용수익기부자산가액을 말한다(법인세법시행령 제73조제4호).

36) 법인세법에서는 감가상각방법으로 정액법, 정율법, 생산량비례법을 허용하고 있다(법인세법시행령 제26조).

가산한 금액이 될 것이므로 장부가와의 차액에 대한 부분은 과세이연의 대상이 되어야 한다.

다음으로 고정자산에 대한 감가상각방법은 하나의 상각방법만을 적용하여야 하는데 합병에 의해 양 회사의 감가상각방법을 어떻게 적용하느냐의 문제가 발생할 수 있다. 상각방법이 다른 법인이 합병한 경우에는 소관 세무서장의 승인을 얻어 상각방법을 변경할 수 있다(법인세법시행령 제27조 제1항제1호).

## ② 이연자산

이연자산이란 어느 영업연도에 지출된 비용으로서 그 일부를 후년도에 비용으로 상각시키기 위하여 당해 연도의 자산으로 기재한 비용을 말한다. 즉, 법인이 지출하는 비용 중 그 지출에 의한 효과가 그 지출의 일 이후 1년 이상에 걸쳐 나타나는 자산이다. 상법에서 정하고 있는 이연자산의 종류로는 창업비, 개업비, 신주발행비용, 사채발행비용, 액면미달금액, 사채차액, 배당건설이자, 연구개발비 등이 있다(상법 제453조 이하).

이와는 달리 법인세법에서는 이연자산으로 창업비,<sup>37)</sup> 개업비,<sup>38)</sup> 연구개발비,<sup>39)</sup> 사채발행비,<sup>40)</sup> 사용수익기부자산가액<sup>41)</sup>을 정하고 있기 때문에(법인세법시행령 제73조제4호), 상법상의 이연자산과는 차이가 있다.

이연자산도 감가상각자산과 마찬가지로 장부가로 승계하는 것이 원칙이지만, 시가로도 승계할 수 있다. 합병법인이 장부가로 승계한 경우, 이연

37) 법인세법상 창업비란 상법 제290조제4호에 규정에 의한 지출과 설립등기를 위하여 지출한 세액 및 등기수수료를 말한다(법인세법시행령 제77조제1항제1호).

38) 법인세법상 개업비란 창업비 외에 회사설립 후 영업개시일까지 개업준비를 위하여 지출한 비용을 말한다(법인세법시행령 제77조제1항제2호).

39) 법인세법상 연구개발비란 신제품·신기술의 연구 또는 개발활동과 관련하여 비경상적으로 발생한 비용으로서 미래의 경제적 효과와 이익을 기대할 수 있는 것을 말한다(법인세법시행령 제77조제1항제3호).

40) 법인세법상 사채발행비란 사채모집공고비, 금융기관 및 증권회사수수료, 사채권발행비, 등록세 등 사채발행을 위하여 직접 필수적으로 지출된 비용을 말한다(법인세법시행령 제77조제1항제4호).

41) 법인세법상 사용수익기부자산가액이란 금전 외의 자산을 국가 또는 지방자치단체, 조세특례제한법상 조합법인 또는 법인세법상 비영리법인에게 기부한 후 그 자산을 사용하거나 그 자산으로부터 수익을 얻는 경우 당해 자산의 장부가액을 말한다(법인세법시행령 제77조제1항제5호).

자산의 미상각액 즉, 손금에 산입하지 아니한 금액은 합병법인에게 승계할 수 있다(법인세법시행령 제85조제1항제3호 및 법인세법시행규칙 제42조).

법인세법은 합병평가차익에 대한 과세이연의 요건으로 합병등기일 현재 1년이상 사업을 영위한 법인을 정하고 있다(법인세법 제44조제1항제1호). 이연자산 중 창업비는 법인설립일이 속하는 사업연도의 개시일부터 5년 동안, 개업비는 개업일이 속하는 사업연도의 개시일부터 3년 동안, 연구개발비는 계상한 사업연도개시일부터 5년 이내, 사채발행비는 사채발행일로부터 최종 상환일까지, 사용수익기부자산가액은 당해 자산의 사용수익기간에 따라 매 사업연도에 균등액을 손금에 산입하도록 하고 있다(법인세법시행령 제77조제2항제1호 및 제2호).<sup>42)</sup>

## 2. 합병평가차익 과세이연 대상자산범위의 확대방안

재고자산, 고정자산 중 감가상각자산, 이연자산 등을 과세이연 대상자산에 포함시키지 아니한 것은 모든 고정자산의 평가차익에 관하여 과세이연을 허용할 경우 기업들이 감가상각액을 확대하기 위하여 남용할 것이 예상되기 때문이며, 그러한 이유로 대상자산을 비교적 과세이연 후의 사후관리가 용이하고 과세이연의 효과가 큰 부동산에 한정하는 것이라고 한다.<sup>43)</sup> 아울러 우리 나라 법인의 자산보유현황을 감안하여 자산 중 부동산이 차지하는 비중이 크다고 보아 과세이연할 수 있는 자산을 부동산으로 한정하는 것으로 추측된다.

42) 이연자산이나 무형고정자산은 존재의 형태가 없는 보이지 않는 자산이라는 점에서 유사하다. 그러나 상표권, 영업권 등 무형고정자산은 법률의 규정에 의하여 전속적으로 그 권리 등을 사용함이 인정되며 이를 타인에게 양도할 수 있는데 반하여, 이연자산은 법률 등의 규정에 의한 것도 아니고 자산으로서의 가치도 없기 때문에 양도할 수 없다고 한다. 또한 무형고정자산은 일반 고정자산과 같이 임의상각으로서 매년 상각한도액의 범위 안에서는 상각비를 얼마로 계상하든 감가상각을 하지 않든 임의이나, 이연자산의 경우는 상각기간 중 매년 균등액을 상각하여야 한다. 이와 같이 이연자산의 성격이 다양하기 때문에 자산성을 인정할 만한 것도 있고, 자산성이 극히 불안정한 것도 있어 승계여부를 확일적으로 정하는 것이 매우 어렵다, 이종규·최영록·조남복, 법인세법해설, 중앙경제사, 1999, 730면.

43) 이철송, “회사분할제도의 구조와 과세효과(4)”, 국세 388호, 1999. 6, 16면.

그러나 향후 법인의 자산 중 부동산의 비중이 점차 낮아지게 되면, 법인의 입장에서는 분할평가차익에 대한 과세이연의 과세상 혜택을 얻기 힘들게 될 것이다. 외국의 입법례를 보더라도 자산을 부동산으로 한정하고 있는 규정은 그 어디에도 찾아 볼 수 없다. 또한 분할의 유형 중 하나인 물적분할의 경우에는 과세이연이 되는 자산에 대하여 법인세법상 아무런 제한의 규정을 두고 있지 아니하여 모든 자산에 대한 양도차익이 과세이연의 대상이 된다면 점에서 과세의 형평이 유지되지 못하고 있다. 합병의 경우에도 물적분할과 마찬가지로 과세이연 대상자산의 범위를 확대하는 것이 타당하다고 본다.

#### IV. 그밖의 검토사항

##### 1. 부가가치세의 과세여부

부가가치세는 재화 또는 용역의 공급이나 재화의 수입에 대하여 부과한다(부가가치세법 제1조제1항). 그리고 부가가치세법상 재화의 공급이라 함은 계약상 또는 법률상의 모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것을 말한다(부가가치세법 제6조). 합병도 계약상의 원인으로 인하여 발생하는 것이므로 당연히 부가가치세의 과세대상에 포함된다.

그러나 합병에 대한 부가가치세의 부과는 합병법인에게 상당한 부담으로 작용하게 된다. 물론 합병법인이 사후에 買入稅額으로서 공제받을 수 있겠지만, 먼저 지출하여야 하는 매출세액이 크기 때문에 법인의 조직개편을 저해할 요인이 될 것이다. 따라서 이에 대한 명확한 규정을 둘 필요가 있다.

합병에 대한 부가가치세의 부과는 합병법인에게 부담으로 작용하므로 부가가치세법에서도 이를 부과하지 않는 방안을 고려하여야 한다.

참고로 현행 부가가치세법에서 합병과 대응될 수 있는 구조조정수단인 '사업의 포괄적 양도'에 관하여 동법 제6조제6항제2호에서 규정하고 있다. 사업의 포괄적 양도는 사업장 별로 그 사업에 관한 모든 권리와 의무를 포괄적으로 승계시키는 것을 말한다(부가가치세법시행령 제17조제2항). 즉, 사업용 재산을 비롯한 물적·인적 시설 및 권리의무를 포괄적으로 양도하

여 사업의 동일성을 유지하면서 경영주체만을 교체시키는 것이기 때문에<sup>44)</sup> 사업의 양도를 재화의 공급으로 보지 않는다.<sup>45)</sup> 따라서 합병도 그와 성격이 유사한 사업양도와 같이 부가가치세법상 재화의 공급에 해당하지 않는 행위로 규정하여야 할 것이다.

## 2. 증권거래세의 과세여부

주권 또는 지분의 양도에 대하여는 증권거래세를 부과하도록 정하고 있다(증권거래세법 제1조).<sup>46)</sup> 형식적으로 보면 합병의 경우 피합병법인의 주주에게 합병법인의 주권 등을 양도하므로 증권거래세의 과세대상인지의 여부가 문제된다. 이에 대하여 과세한다면 대부분의 경우 거래상 징수하여야 하는 납세의무자는 합병법인이나(증권거래세법 제3조제3호), 거래세의 실질부담은 피합병법인의 주주에게 이전된다. 따라서 피합병법인의 주주는 실질적으로 양도에 따른 차익이 없음에 불구하고 증권거래세를 부담하여야 한다는 문제가 발생한다. 이러한 해석은 거래의 배후에 존재하는 경제적인 이익을 과세대상으로 파악하는 유통세인 증권거래세의 취지와는 부합하지 아니한다.

이러한 해석상의 문제는 증권거래세법에서 합병이 증권거래세의 과세대상인지의 여부에 관하여 명백히 하고 있지 않기 때문인데, 이와 같은 해석상의 문제를 해소하기 위해서는 법인세법상 일정한 요건을 갖춘 합병의 경우에는 증권거래세에 대한 비과세양도행위로 정하여 입법으로 의문을 해소하는 것이 바람직하다고 본다.

44) 대판 1987. 7. 21. 선고 87누139; 대판 1993. 1. 19. 선고 92누15420; 대판 1998. 7. 10. 선고 97누12778; 대판 1999. 5. 14. 선고 97누12082 등 참조.

45) 사업의 양도를 재화의 공급으로 보지 아니하는 것은 그것이 특정재화의 개별적 공급을 과세요건으로 하는 부가가치세의 공급의 본질적 성격에 맞지 않을 뿐 아니라 사업의 양도는 일반적으로 거래금액과 그에 관한 부가가치세액이 커서 그 양수자는 거의 예외 없이 매입세액을 공제받을 것이 예상되어 이와 같은 거래에 대하여도 매출세액을 징수하도록 하는 것은 사업양수자에게 불필요한 자금압박을 주게 되기 때문이라고 한다, 이태로·안경봉, 조세법강의, 박영사, 2001, 546면.

46) 증권거래세법에서 '양도'라 함은 계약상 또는 법률상의 원인에 의하여 유상으로 소유권이 이전되는 것을 말한다(제2조제3항).

제 3 장 합병에 관한 조세법제의 문제점 및 개선방안

## 제 4 장 합병에 관한 도산법제의 문제점 및 개선방안

### I. 서 설

도산의 위기에 처한 기업은 그 해결방안으로 사적 정리에 의하든가 아니면 파산·화의 또는 회사정리와 같은 도산절차 중 하나를 선택하게 된다.<sup>47)</sup> 사적 정리란 법적 절차에 의하지 아니하고 채무자가 중심이 되어 사태를 해결하는 임의적인 채무정리방법을 말한다. 도산절차란 채무자가 지급을 할 수 없는 때, 채무자가 지급을 정지한 때, 채무를 완제할 수 없는 때 또는 회사가 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없거나 지급불능·지급정지·채무초과의 사실이 생길 염려가 있는 때 법원의 관여를 구하여 해결을 도모하는 절차를 말한다.

도산기업의 처리방안으로 사적 정리와 도산절차를 비교해 볼 때, 채무자인 기업과 채권자 등 이해관계인 간에 채무정리에 관한 원만한 합의가 도출될 수 있는 경우이거나 합병·기업매수·영업양도·자산매각 등에 의한 시장적 해결이 가능한 경우가 아니라면, 그 퇴출을 사적 정리에 맡기기보다는 포괄적 강제집행절차 내지는 집단적 채권추심절차라고 할 수 있는 도산절차에 의하도록 유도하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 왜냐하면 사적 정리는 채무자가 중심이 되어 사태를 해결하는 임의적인 채무정리방법이라는 점에서 비용은 다소 적게 들 수 있으나, 채무자의 자력이 부족하고 채권자가 다수인 경우에는 도산절차와는 달리 채권자들에 대한 ‘공평한 변제’

---

47) 전통적인 經濟學理論에 의하면 도산이란 ‘자본주의의 자유경제체제하에서 비효율적인 기업을 도태시켜 적자생존을 가능케 함으로써 경제전반의 효율성을 제고시키는 현상’이라 하여, 시장경제에 의하여 계속기업으로서 부적합한 기업이 정리되는 경제현상의 하나로 보고 있다. 한편 法學理論에 의하면 도산은 그 범위가 대폭 축소되어 ‘법원의 관여를 구하여 해결을 도모하는 것이 허용되는 경우로서 지급불능, 지급정지, 채무초과 또는 회사가 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없거나 지급불능·지급정지·채무초과의 염려가 있는 재정적 파탄 내지는 중대한 경영위기의 상태’를 말한다.

를 기대하기 어려울 뿐만 아니라 채무자의 ‘새로운 출발(fresh start)’도 용이하지 아니하기 때문이다.

현행 도산절차에는 파산, 화의 및 정리절차가 있다. 먼저 파산절차란 채무자가 경제적으로 파탄한 경우 총채권자에게 공평한 변제를 할 것을 목적으로 하여 채권자의 재산관계를 청산하는 재판상의 절차를 말한다. 다음으로 화의절차란 파산절차를 행하는 대신에 채무자가 채권자와 합의한 내용에 따라 채무를 변제하면서 사업의 계속을 도모하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 끝으로 정리절차란 재정적 궁핍으로 경제적 파탄에 직면하였으나 갹생의 가치가 있는 주식회사에 대하여, 채권자·주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정하고 사업의 재건을 도모하는 것을 목적으로 하는 제도이다.

합병은 도산절차에 있어서도 도산기업 갹생의 효과적인 수단으로 활용될 수 있다.<sup>48)</sup> 현행 도산절차 중 기업의 계속을 전제로 하는 합병과 결합될 수 있는 도산절차는 도산기업의 갹생을 목적으로 하는 화의절차와 정리절차이다. 화의의 경우에는 경영권이나 사원 또는 주주의 권리에 변동이 없으므로 통상의 절차에 의하여 합병을 진행할 수 있다. 한편 정리절차가 진행중인 회사는 정리계획에 의하지 아니하고는 합병할 수 없다. 이는 정리절차 외에서의 합병을 인정하면 재산의 귀속관계, 관리인의 관리권이 미치는 범위, 상대방회사의 채권자·주주의 취급 등이 문제될 것이기 때문이다.

이하에서는 회사정리법을 중심으로 정리절차가 진행중인 회사의 합병에 관하여 살펴보고, 정리절차에 있어서의 합병의 활용을 촉진한다는 관점에서 현행법제도의 개선방안을 제시한다.

---

48) 특히 화의 또는 정리절차가 진행중인 기업은 통상 대외신뢰도가 저하되어 있어 갹생에 필요한 신규자금을 조달하기가 용이하지 아니한데, 합병 또는 분할은 추가적인 자금소요를 거의 유발하지 아니하면서 기업의 구조를 발본적으로 재편할 수 있다는 점에서 도산기업의 입장에서는 매우 매력적인 갹생수단이라고 할 수 있다.

## II. 정리회사의 합병에 관한 회사정리법 규정의 내용

### 1. 개 요

정리절차가 진행중인 회사는 정리계획에 의하지 않고는 합병할 수 없다(회사정리법 제52조). 이는 정리절차 외에서의 합병을 인정하면 재산의 귀속관계·관리인의 관리권이 미치는 범위·상대방회사의 채권자와 주주의 취급 등이 문제가 될 것이고, 합병은 정리회사 갱생의 구체적인 방법의 하나로서 정리계획에서 정해져야 할 것이기 때문이다.

정리계획에서 합병이 정하여진 경우에 정리회사에 대하여는 합병에 관한 상법상의 절차의 상당부분이 생략된다. 회사정리법은 정리절차가 진행중인 회사의 합병과 관련하여 상법상의 공시제도·채권차보호절차·반대주주의 주식매수청구권·합병무효의 소 등에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다(제258조 및 제258조의2).

다만, 상대방회사에 있어서는 상법규정에 따라 합병절차가 진행되어야 하므로, 정리회사에 있어서 정리계획의 작성·성립과 상대방회사에 있어서 합병절차가 보조를 맞추어 진행되어야 할 것이다. 회사정리법은 상대방회사의 주주총회에 의한 합병계약서 승인결의를 정리계획인가의 요건으로 하고 있다.

합병의 효력이 발생하는 시기는 계획인가결정시가 아니라 합병의 등기를 한 때이다(상법 제530조, 제530조의11, 제233조 및 234조 참조). 정리계획의 인가에 의하여 발생한 권리변경상태는 합병 또는 분할의 등기를 한 때 즉, 합병의 효력발생시에 종국적으로 실행된다. 그러므로 존속회사 또는 신설회사의 주식의 배정을 받는 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주는 인가결정시에 주식인수인이 되며, 합병의 등기시에 주주가 된다(제258조 제2항 및 제258조의2제2항). 합병에 의하여 주주 또는 사채권자가 된 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주는 3년내에 주권 또는 사채권의 교부를 청구하지 아니하면 그 권리를 상실한다(제262조).

## 2. 정리계획의 합병에 관한 기재사항

정리회사를 당사자로 하는 합병에 있어서 정리계획에 기재되어야 할 사항은 상법상 합병계약서의 기재사항과 거의 동일하다. 왜냐하면 정리회사는 정리계획만으로 합병을 진행시킬 수 있지만 상대방회사는 주주총회에서 합병계약서의 승인을 받아야 하는데, 그 합병계약서의 기초가 되는 것이 정리계획상의 합병에 관한 기재사항이기 때문이다. 그렇다고 하더라도 정리계획에 요구되는 기재사항이 상법상 합병계약서의 기재사항과 전적으로 일치하는 것은 아니고, 정리절차의 특성상 합병계약서에 기재가 요구되는 사항의 일부가 배제되거나 새로운 사항이 추가되기도 한다. 나아가 정리절차중에 진행되는 합병에 대하여는 상법 등의 합병에 관한 규정의 광범위한 특례가 인정되고 있다.

### (1) 흡수합병

#### 1) 상법상 합병계약서의 기재사항과 비교

정리회사를 당사자로 하는 흡수합병에 있어서 정리계획에 기재할 것이 요구되는 사항과 상법상 흡수합병의 합병계약서에 요구되는 기재사항을 비교해보면 다음과 같다.

<표 1>

정리계획의 기재사항(회사정리법 제224조)	합병계약서의 기재사항(상법 제523조)
1. 다른 회사의 상호 2. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 그 발행하는 주식의 총수를 증가하는 때에는 그 증가할 주식의 종류와 수, 그 주식에 대한 주주의 신주인수권의 제한에 관한 사항과 특정한 제삼자에 부여할 것을 정한 때에는 이에 관한 사항	1. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 그 발행할 주식의 총수를 증가하는 때에는 그 증가할 주식의 총수, 종류와 수 2. 존속하는 회사의 증가할 자본과 준비금의 총액

정리계획의 기재사항(회사정리법 제224조)	합병계약서의 기재사항(상법 제523조)
3. 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주에 대하여 발행할 신주의 종류, 수와 그 배정에 관한 사항 4. 존속하는 회사의 증가할 자본과 준비금의 액 5. 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 금전을 지급하거나 사채를 배정할 것을 정한 때에는 그 규정 6. 다른 회사에 있어서의 합병계약서 승인결의를 위한 주주총회의 일시 7. 합병을 할 날	3. 존속하는 회사가 합병당시에 발행하는 신주의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항 4. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 5. 각 회사에서 합병의 승인결의를 할 사원 또는 주주의 총회의 기일 6. 합병을 할 날 7. 존속하는 회사가 합병으로 인하여 정관을 변경하기로 정한 때에는 그 규정

## 2) 정리계획 기재사항의 구체적인 적용

정리회사를 당사자로 하는 흡수합병은 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있는데, ①정리회사가 합병의 상대방회사에 흡수되는 ‘피흡수형’, ②상대방회사가 정리회사에 흡수되는 ‘흡수형’ 및 ③합병당사자가 모두 정리회사인 ‘병합형’이 그것이다.<sup>49)</sup> 정리계획상의 기재사항은 흡수합병의 형태에 따라 구체적인 적용에 차이가 있을 수 있다. 흡수형의 경우에는 정리회사가 존속하므로 ‘합병으로 인하여 소멸하는 회사의 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주에 대하여 발행할 신주’가 문제되지 아니하고, 또 병합형에 있어서는 ‘합병계약서 승인을 위한 주주총회의 일시’가 문제되지 아니할 것이다.

한편 정리회사를 당사자로 하는 합병에 있어서는 존속하는 회사가 소멸하는 회사의 주주에 대하여 합병의 대가로 새로이 주식을 발행하여 배정하는 외에 금전을 지급하거나 사채를 배정할 수 있다. 합병교부금의 한도에

49) 피흡수형 또는 흡수형에 있어서는 미리 정리계획 외에서 별도의 회사를 설립해 두고 정리계획에서 그 별도의 회사를 상대방회사로 하여 합병하는 경우가 있을 수 있다. 병합형은 동일자본계통의 회사가 모두 정리하게 된 결과 정리절차를 이용하여 합병하는 것이 좋은 예가 될 것이다, 임채홍·백창훈, 회사정리법(하), 한국사법행정학회, 1998. 10, 234면.

관하여는 전술한 바와 같이 합병비율조정의 한도에 한하는가에 대하여 찬·반양론이 있는데, 정리절차중에 진행되는 합병에 있어서는 이를 합병비율조정의 한도에 한한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 기업의 갱생이라고 하는 정리절차의 목적을 달성하기 위해서는 현금의 사외유출을 가급적 억제할 필요가 있고, 또 합병비율조정에 필요한 최소한의 현금이상을 지급하는 경우에는 공정·형평의 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 특히 피흡수형 또는 병합형의 경우에는 공정·형평의 문제가 발생할 개연성이 크다고 할 것이다.<sup>50)</sup> 신설합병의 경우도 마찬가지이며, 분할교부금의 경우도 같다고 할 것이다. 동일한 이유로 현금에 갈음하여 사채를 발행하는 경우에도 합병비율의 한도에서 발행하여야 할 것이다.

## (2) 신설합병

### 1) 상법상 합병계약서의 기재사항과 비교

정리회사를 당사자로 하는 신설합병에 있어서 정리계획에 기재할 것이 요구되는 사항과 상법상 신설합병의 합병계약서에 요구되는 기재사항을 비교해보면 다음과 같다.

<표 2>

정리계획의 기재사항(회사정리법 제225조)	합병계약서의 기재사항(상법 제524조)
1. 다른 회사의 상호 2. 신회사의 상호, 목적, 본점 및 지점의 소재지와 공고의 방법 3. 신회사가 발행할 주식의 종류와 수 4. 신회사설립시에 정하는 신회사가 발행할 주식의 총수에 대한 주주의 신주인수권의 제한에 관한 사항과 특정한 제삼자에 부여할 것을 정한 때에는 이에 관한 사항	1. 설립되는 회사에 대하여 제289조 제1항제1호 내지 제4호에 계기한 사항과 수종의 주식을 발행할 때에는 그 종류, 수와 본점소재지 2. 설립되는 회사가 합병당시에 발행하는 주식의 총수와 종류, 수 및 각 회사의 주주에 대한 주식의 배정에 관한 사항 3. 설립되는 회사의 자본과 준비금의 총액

50) 상계서, 235면 참조.

정리계획의 기재사항(회사정리법 제225조)	합병계약서의 기재사항(상법 제524조)
5. 정리채권자, 정리담보권자 또는 각 회사의 주주에 대하여 발행할 주식의 종류 및 수와 그 배정에 관한 사항 6. 신회사의 자본과 준비금의 액 7. 각 회사의 주주에게 금전을 지급하거나 사채를 배정할 것을 정한 때에는 그 규정 8. 제224조제6호와 제7호에 제기한 사항	4. 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정 5. 제523조제5호와 제6호에 제기한 사항

### 2) 정리계획 기재사항의 구체적인 적용 등

정리회사를 당사자로 하는 신설합병의 경우 정리계획에 요구되는 기재사항도 대체로 상법상 신설합병의 합병계약서에 요구되는 기재사항에 준한다. 또한 신회사의 정관에 기재하여야 할 사항(상법 제289조제1항 참조)과도 대체로 일치한다. 다만, 상법상의 정관작성은 합병당사회사에서 각각 선임된 설립위원이 행하는 것이지만(상법 제175조제1항 및 제527조), 정리회사에 있어서는 관리인이 설립위원의 임무를 대신하게 된다(제247조제2항). 그렇다고 하더라도 정관의 기본적 기재사항은 정리계획에 기재되어 있으므로, 관리인이 그와 다른 내용을 정관에서 정할 수는 없을 것이다.

한편 신설합병에 있어서는 정리계획에서 구회사(정리회사)가 행정청으로부터 부여받은 허가·인가·면허 기타 처분에 의한 권리의무를 신회사에 이전할 것을 정한 경우에는, 신회사는 다른 법령의 규정에도 불구하고 그 권리의무를 승계한다(제267조). 또한 신회사가 구회사(정리회사)의 조세채무를 승계할 것을 정리계획에서 정한 때에는 신회사는 조세를 납부할 책임을 지며, 구회사(정리회사)의 조세채무는 소멸한다(제268조).

### 3. 합병에 관한 상법 등의 규정의 특례

정리절차중에 진행하는 합병의 경우 당사자인 정리회사에 대하여는 다음과 같은 상법 등의 규정의 특례가 인정되고 있다(제258조).

(1) 합병에 관한 상법등의 규정의 적용배제

- 1) 상법 제522조의2(합병계약서 등의 공시), 제522조의3(합병반대주주의 주식매수청구권), 제527조의5(채권자보호절차), 제527조의6(합병에 관한 서류의 사후공시), 제529조(합병무효의 소)와 증권거래법 제191조(주주의 주식매수청구권)의 규정은 적용하지 아니한다.
- 2) 상법 제530조(준용규정)제3항에서 준용하는 동법 제443조(단주의 처리)제1항 단서에 정한 사건은 정리법원의 관할로 한다.
- 3) 상법 제530조(준용규정)제2항의 규정에 불구하고 동법 제237조 내지 제240조(이상 합병무효의 소 관련규정), 제374조제2항·제374조의2제2항 내지 제4항(이상 주식매수청구권 관련규정) 및 제439조제3항(채권자보호 관련규정)의 규정은 준용하지 아니한다.

(2) 사채의 발행에 관한 상법 등의 규정의 특례의 준용

제256조(사채의 발행에 관한 상법 등의 규정의 특례)의 규정은 제224조(흡수합병)제5호 또는 제225조(신설합병)제7호의 규정에 의하여 주주에게 사채를 배정한 경우에 준용한다. 이 경우에는 주주는 합병의 효력이 생긴 때에 사채권자가 된다.

(3) 등기사항

- 1) 합병으로 인한 회사의 해산 또는 변경의 등기의 촉탁서 또는 신청서에는 계획인가의 결정서의 등본 또는 초본 외에 합병계약서를 첨부하여야 한다.
- 2) 합병으로 인한 설립등기의 촉탁서 또는 신청서에는 계획인가의 결정서의 등본 또는 초본 외에 합병계약서, 정관, 창립총회의 의사록, 대표이사에 관한 이사회 의사록, 합병의 상대방인 다른 회사가 선임한 설립위원의 자격을 증명하는 서면을 첨부하여야 한다.

### Ⅲ. 정리회사의 합병에 관한 회사정리법 규정의 문제점 및 개선방안

전술한 바와 같이 회사정리법은 정리절차가 진행중인 회사의 합병은 정리계획에 의하여 추진하도록 함과 아울러 상법상의 절차를 대폭 생략할 수 있도록 정하고 있다. 현행 법제도하에서 정리절차가 진행중인 회사가 합병을 갱생의 수단으로 채용함에 있어서는 몇가지 장애요인이 있다. 즉, 회사정리법상의 합병에 관한 규정은 합병의 당사자간의 의사의 합치가 있는 이후의 절차의 진행에 관한 것으로, 합병에 관한 의사의 합치를 도출해내기까지의 과정과 합병 이후의 예측가능성에 대한 배려가 없다. 이하에서는 정리절차가 진행중인 회사의 합병을 촉진한다는 관점에서, 현행 회사정리법상의 합병의 추진주체·정리회사에 관한 정보의 제공 및 합병후 정리절차의 조기종결에 관한 문제점들을 살펴보고 그 개선방안을 제시한다.

#### 1. 합병의 추진주체

통상적인 합병의 경우에는 대표이사(또는 이사회)가 주도적으로 상대방을 물색하고 내부·외부의 의사를 조율해가면서 합병에 관한 의사의 합치를 도출해낸다. 그러나 정리절차가 진행중인 회사의 경우에는 합병을 주도할 주체가 불분명하다. 또한 합병의 상대방이 되고자 하는 자도 누구를 상대로 협상을 진행하여야 하는지 가늠하기가 쉽지 아니하다.

현행 회사정리법하에서는 일응 정리계획안을 작성·제출할 수 있는 관리인, 채권자 또는 주주가 합병을 추진할 수 있다고 해석할 수 있다(제189조 및 제190조 참조). 그러나 현실적으로 관리인은 합병에 자신의 이해가 직접적으로 걸려 있지 아니하고 합병으로 인한 정리절차의 조기종결이 경우에 따라서는 자신에게 불리할 수도 있으므로 합병을 적극적으로 추진할 유인이 없다고 할 것이다. 채권자와 주주의 경우에는 합병에 직접 이해관계가 걸려 있으므로 이를 적극 추진할 유인을 가지고 있기는 하지만, 채권자는 기존의 채권액만을 보장받으면 되므로 기업가치의 극대화를 추구하지 아니할 수도 있다. 반면에 주주는 부채를 변제한 나머지 몫을 가지게 되므로 채권자의

이익을 희생하면서 자신의 이익을 추구할 기회주의적인 유인을 가진다.

정리회사의 경우마다 처해 있는 상황이 같지 아니하므로, 회사정리법에서 일률적으로 추진주체를 정할 필요는 없고, 관리인·채권자·주주간에 잠재적인 경쟁을 유지하는 것이 합리적일 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 채권자와 주주는 수적으로 다수이고 다양한 이해관계를 가지며 또 각자의 이익에만 충실한 경향이 있으므로 합병을 추진함에 있어 비효율이 초래될 수 있다. 그러므로 현실적으로는 합병의 주체를 일원화할 필요성이 크다고 할 것이다. 그렇다면 누구를 합병의 추진주체로 할 것인가가 문제인데, 현행 정리절차가 채무자가 아닌 법원이 주도하는 경성의 갱생절차인 이상 관리인으로 합병의 추진주체를 일원화하는 것이 현실적인 대안이라고 생각한다.<sup>51)</sup>

다만, 관리인으로 추진주체를 일원화하려면 관리인이 이해관계자 전체의 이익을 위하여 합병을 적극적으로 추진할 책무를 부여함과 아울러 유인을 제공하여야 할 것이다.<sup>52)</sup> 이를 위해서는 먼저 관리인에게 주의의무(제98조의4)에 더하여 회사가치의 극대화 즉, 채권자와 주주의 이익 보호에 대한 충실의무를 규정할 필요가 있다. 다음으로 현재 법원이 정하도록 되어 있는 보수(회사정리법 제284조) 이외에 선임시 회사와 관리인간의 계약에 의하여 주식매수선택권 기타 성과급을 제공할 수 있는 근거규정을 마련할 필요가 있다고 본다.

## 2. 정리회사에 관한 정보의 제공

정리회사가 합병을 추진하려면 상대방이 있어야 하고, 그 합병희망자를 유치하려면 정리회사의 자산, 부채, 미래수익력 등에 대한 정보가 이해관

51) 최성근, 도산절차의 일원화에 관한 연구, 한국법제연구원 연구보고 99-08, 1999. 12, 36면 참조.

52) 현재의 법원실무를 보면, 서울지방법원 파산부의 경우 관리인들에게 M&A를 추진할 동기를 부여하기 위하여 인센티브제도를 시행하고 있는데, 관리인이 능동적으로 신규자본을 물색·유입하거나 우량기업과 합병 등에 성공하는 때에는 3억원의 범위내에서 특별보수를 지급하거나 주식매수선택권을 부여하고 있다고 한다, 서울지방법원 파산부 실무준칙 제1호(관리인 선정·감독 기준) 및 실무준칙 제5호(정리회사 M&A에 관한 준칙) 참조.

계자에게 충분히 제공되어야 하는데, 현행 법제도에서는 이에 대한 고려가 미흡하다. 정리회사의 채권자는 채권자협의회를 통하거나 관리인에게 요청하여 정리절차관련자료의 제공받을 수 있으나(제173조의4 및 제53조의2), 제3자 즉, 채권자 이외의 이해관계자는 법원에 비치된 제한된 서류를 열람할 수 있을 뿐이다(제183조 및 제178조 내지 제181조의2). 즉, 현행 법제도하에서는 합병의 그 상대방에 되고자 하는 자는 채권자 이외의 이해관계인의 지위에서 제178조 내지 제181조의2에서 정하는 사항에 관한 정보만을 열람할 수 있을 뿐이다.

정보의 경중에 따라 비밀유지의 정도를 달리하는 것은 당연한 일이지만, 정리회사의 합병을 촉진하고자 한다면 그 상대방이 되고자 하는 의사가 있는 자에게 정리회사에 관한 중요정보에 접근할 수 있는 여지를 주어야 한다. 회사정리법은 제173조의4에서 법원, 관리인 및 정리회사의 채권자협의회에 대한 자료제공 등에 관하여 정하고 있는데, 합병의 상대방이 되고자 하는 의사가 있는 자에 대해서도 관리인의 동의 또는 법원의 허가를 요건으로 하여 이와 동일한 정도의 자료제공을 허용하는 것이 바람직할 것이라고 본다.

### 3. 합병후 정리절차의 조기종결

정리절차가 진행되는 동안 회사의 경영과 관리·처분에 관한 권한은 관리인에게 전속되므로 주주 및 이사의 권한은 제한을 받게 된다(회사정리법 제53조). 이 점은 정리절차가 진행중인 회사와 합병을 하고자 하는 잠재적인 상대방회사로 하여금 합병을 주저하게 하는 요인으로 작용할 수 있다. 특히 정리회사를 흡수하여 경영권을 장악하고자 하는 경우에는 더욱 그러하다.

회사정리법은 제271조에서 ‘정리계획에 따른 변제가 시작된 이후 정리계획의 수행에 지장이 없다고 인정되는 때’에 정리절차의 종결을 결정할 수 있다고 정하고 있고, 실무적으로는 제1회 변제기일 이후부터 조기종결을 허용하고 있다. 합병에 있어서는 대부분의 경우 부채에 대한 담보가치가 증가하므로, 정리회사의 합병을 촉진하기 위해서는 대법원 예규를 통하여

#### 제 4 장 합병에 관한 도산법제의 문제점 및 개선방안

제1회 변제가 있기 전이라도 조기에 정리절차를 종결할 수 있는 가능성을 넓혀 놓는 것이 바람직하다고 본다.

## 참고문헌

- 권기범, 기업구조조정법, 삼지원, 1999.
- 이우택, 기업합병분할의 과세체계에 관한 연구, 한국조세연구소, 1999.
- 이종규 · 최영록 · 조남복, 법인세법해설, 중앙경제사, 1999.
- 이철송, 회사법강의, 박영사, 2000.
- 이철송, 합병 · 분할의 회사법리와 세제, 한국상장회사협의회, 1999.
- 이태로 · 안경봉, 조세법강의, 박영사, 2001.
- 임채홍 · 백창훈, 회사정리법(상)(하), 한국사법행정학회, 1998.10.
- 채수열, “기업합병과세에 관한 연구”, 경희대 박사학위논문, 1999. 2.
- 최기원, “회사합병의 법률관계”, 상장협, 1987 추계호.
- 최성근, 도산절차의 일원화에 관한 연구, 한국법제연구원 연구보고 99-08, 1999.12.
- 최성근, “1998년 상법개정 중 기업구조조정 촉진 관련사항에 관한 소고”, 법제연구 통권 제15호, 1998.12.
- 한만수, 기업구조조정 조세법론, 세경사, 1999.
- K. C. Burke, *Federal Income Taxation of Corporations and Stockholder*, West Group, 1996.
- P. H. Schonewille, “Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, *Inter Tax*, 1992.1.

참고문헌

A. Michelsen, “*Tax treatment of corporate losses*”, IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXIIIa, Kluwer The Netherlands, 1999.

中東正文, 株式交換による持株會社の設立, 商事法務, No. 1482, 1998.2.15.

神田秀樹, “持株會社と商事法”, 商事法務, 1479號, 1998.1.5.