

미국 연방소득세법상 역삼각합병에 관한 과세 특례

정 봉 진*

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 미국법상 역삼각합병의 의의, 효용과 발전과정
- III. 미국 연방소득세법상 역삼각합병제도에 대한 과세 이연
- IV. 결론(역삼각합병과 관련하여 미국 연방소득세법이 우리에게 주는 시사점)

I. 서론

정부는 지난 2011.4.14. 상법 개정(2012.4.15.부터 시행, 2011.4.14. 개정된 상법을 이하 “2011년 개정 상법”이라고 한다)을 통하여 합병 시 합병 대가로 존속회사가 소멸회사의 주주들에게 존속회사의 모회사의 주식을 지급할 수 있도록 하는 정삼각합병(forward triangular merger)제도를 도입하였다. 2011년 상법 개정 전까지만 해도 합병대가는 합병 당사회사인 존속회사의 주식으로 한정하고 있었기 때문에 존속회사의 모회사 주식을 합병대가로 교부하는 정삼각합병은 불가능하였으나 2011년 상법 개정으로 이런 제한을 풀어 정삼각합병이 가능하게 된 것이다. 정부는 나아가 2015.11.12. 상법 개정(2016.3.2.부터 시행, 2015.11.12. 개정된 상법을 이하 “2015년 개정 상법”이라고 한다)을 통하여 2011년 개정 상법에 의하여 도입된 삼각합병제도의 외연을 확장하여 ① 주식의 포괄적 교환시에 인수 모회사 주식을 교부할 수 있도록 하는 삼각주식교환제도를 도입하였고(제360조의3 제3항 제4호, 제6항) ② 이러한 삼각주식교환을 통하여 역삼각합

* 영남대학교 법학전문대학원, 교수

병(reverse triangular merger)이 가능하도록 하였으며 ③ 회사 분할합병 시 분할회사(대상 회사)의 주주에게 인수 모회사 주식을 교부할 수 있도록 하는 삼각 분할합병(제530조의6 제1항 제4호 제4항)도 허용하였다.

정삼각합병, 삼각주식교환, 역삼각합병, 삼각분할합병 등과 같이 인수 모회사의 주식을 이용하여 자회사와 대상 회사 간에 합병, 주식의 포괄적 교환, 분할합병 등의 조직재편을 하는 것을 삼각조직재편이라고 한다. 삼각조직재편은 조직재편의 대가로 인수 모회사의 주식을 이용함으로써 조직재편 대가의 유연화를 도모하고 있다. 이와 같은 삼각조직재편의 핵심적 요소는 ① 자회사에 의한 인수 모회사 주식의 취득 허용과 ② 조직재편 대가의 유연화에 있다. 즉, 2011년 상법 개정 전에는 자회사에 의한 인수 모회사 주식의 취득이 구 상법 제342조의2에 의해 엄격히 금지되어 있었으나¹⁾ 2011년 개정 상법은 구 상법 제342조의2의 개정을 통하여 합병, 주식의 포괄적 교환, 분할합병 등의 조직재편을 함에 있어 자회사에 의한 모회사 주식 취득을 허용하였다(제360조의3 제6항, 제523조의2 제1항, 제530조의6 제4항). 아울러, 2011년 상법 개정 전에는 합병비용의 조정이나 단주 처리의 경우 외에는 합병 대가를 존속회사의 주식으로만 지급하도록 하였으나(구 상법 제523조 제4호) 2011년 개정 상법과 2015년 개정 상법을 통하여 주식교환계약서에 “완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제2호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항”을 적도록 하고(상법 제36조의3 제4호), 흡수합병의 합병계약서에 “존속하는 회사가 합병으로 소멸하는 회사의 주주에게 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항”을 신설하였으며(제523조 제4호), 분할합병계약서에 “분할승계회사가 분할회사의 주주에게 제3호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항”을 기재하도록 함으로써(제530조의6 제4항) 조직재편 대가에 대한 제한을 모두 없앴기 때문에 존속회사의 모회사 주식도 “그 밖의 자산”으로서 조직재편 대가로 지급할 수 있게 되었다. 그 결과 정삼각합병, 삼각주식교환, 역삼각합병, 삼각분할합병 등의 삼각조직재편이 가능하게 된 것이다.

1) 김지환, “삼각합병의 활용과 법적 과제”, 『기업법연구』 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2001.12, 75면; 송종준, “삼각합병의 구조와 관련 법적문제”, 『기업법연구』, 제27권 제3호, 한국기업법학회, 2013.9, 144면.

원래 삼각조직재편은 모든 사람에게 동일한 법률이 적용되는 우리나라와는 달리 각 주마다 서로 다른 법률이 존재하는 미국에서 1960년대 후반 경 다른 주에 있는 회사와 조직재편을 하기 위한 방안으로 시행되기 시작하였다. 이러한 삼각조직재편에 과세혜택까지 인정되면서 오늘날 미국에서는 삼각조직재편을 이용한 기업 간의 M&A가 활발하게 이루어지고 있다.

한편, 국내 M&A 시장은 1997년 금융위기 이후 크게 위축되었다.²⁾ 이러한 M&A 시장 침체는 기업이 자율적으로 사업구조를 재편해 핵심역량에 집중하는 것을 제약하고, 기업 구조조정을 지연시키는 요인이 되어 왔다. 이에 정부는 시장 기능에 의한 효율적인 자원배분을 통해 경제의 역동성을 제고하기 위한 목적으로 상술한 바와 같이 2차례에 걸쳐 상법을 개정하여 삼각조직재편 제도를 도입한 것이다.³⁾

이 논문은 삼각조직재편 제도 중 2015년 개정 상법을 통하여 우리나라에 도입된 역삼각합병 제도에 대한 미국 연방소득세법(Internal Revenue Code, IRC) 상의 과세 특례 규정을 살펴보고 미국 연방소득세법이 우리에게 시사하는 바를 검토하는 것을 목적으로 한다. 먼저 제II장에서는 미국법상 역삼각합병 제도의 의의, 효용과 발전 과정을 소개하고, 제III장에서는 역삼각합병에 관한 미국 연방소득세법상 과세 특례 규정을 설명하며, 마지막으로 제IV장에서는 역삼각합병제도와 관련하여 미국법이 우리에게 시사하는 바를 알아본다.

II. 미국법상 역삼각합병의 의의, 효용과 발전과정

1. 개론

미국의 회사법은 다양한 방식의 기업인수제도를 인정하고 있다. 그 중 가장 중요한 기업인수 방식의 구분은 합병형(merger-type) 기업인수와 매도형(sale-type) 기업인수의 구분이다. 합병형 기업인수의 경우에는 대상 회사의 주주들이 최종적으로 인수 회사의 주식을 취득하게 되고 인수 회사는 인수 회사 자신의 영업과 대상 회사의 영업을 모두 영위하게 된다. 그 결과, 합병형 기업

2) 국내 M&A 거래 건수는 다음과 같다: 2009년 819건, 2010년 811건, 2011년 629건, 2012년, 525건, 2013년 400건. 기획재정부, “M&A 활성화 방안”, 2014.3.6. 자 보도자료.

3) 기획재정부, “M&A 활성화 방안”, 2014.3.6. 자 보도자료.

인수에 있어서는 대상 회사의 주주가 합병에 의하여 탄생한 회사에 대해서 계속적으로 지분을 가지게 된다. 이에 반해서 매도형 기업인수에 있어서는 대상 회사의 주주가 최종적으로 현금(또는 예컨대, 인수 회사가 발행한 채권 등)을 취득하게 되고, 대상 회사나 인수 회사 어느 회사에도 더 이상 지분을 가지지 못하게 되고 퇴출당하게 된다.

합병형 기업인수에는 기본적으로 네 종류의 기업인수가 포함된다. 전통적인 성문법상 두 당사자 간의 합병(traditional statutory merger), 주식 교환(stock-for-stock exchange 또는 stock swap), 주식과 영업의 교환(stock-for-assets exchange), 삼각합병(triangular merger)이 그것이다. 한편, 매도형 기업인수에는 기본적으로 두 종류의 기업인수가 포함된다. 인수 회사가 현금을 주고 대상 회사의 영업을 인수한 후 대상 회사는 해산되고 대상 회사의 주주가 그 현금을 분배받는 형태의 기업인수, 즉 영업 양수(assets-sale-and-liquidation)와 주식 양수(stock sale)가 그것이다. 전통적인 성문법상 두 당사자 간 합병은 우리 회사법상의 합병과 동일한 것으로서 두 회사가 청산절차를 거치지 아니하고 합쳐지면서, 소멸하는 회사의 모든 권리의무가 존속회사(흡수합병의 경우) 또는 신설회사(신설 합병의 경우)에 포괄적으로 승계되는 것을 의미한다. 합병 당사 회사 중 하나의 회사가 존속하면서 소멸하는 회사의 권리의무를 승계하는 것이 흡수합병(merger)이고, 모든 회사가 소멸하면서 새로운 회사를 설립하는 것이 신설합병(consolidation)이다.

흡수 합병은 다시 통상의 흡수 합병과 삼각합병의 두 종류로 나뉜다. 이는 존속회사가 소멸회사의 주주에게 제공하는 합병 대가의 종류에 따른 분류인데, 존속회사의 주식(신주 또는 자기주식)이나 그 밖의 자산(금전 등)이 합병 대가인 경우가 통상의 흡수합병이고, 존속회사의 모회사 주식이 합병 대가인 경우가 삼각합병이다. 삼각합병은 두 당사자 간에 이루어지는 통상의 흡수합병과 달리 세 당사자, 즉, 인수 모회사(acquiring corporation), 인수 모회사가 삼각합병을 위하여 특별히 설립한 자회사(subsidiary), 그리고 대상 회사(acquired corporation)간에 이루어진다.

2. 역삼각합병의 의의

다른 회사를 인수하려는 회사는 여러 가지 이유로 대상회사와 직접 합병하

는, 소위 전통적인 성문법상 두 당사자 간의 합병 방식 대신 다른 방식을 선택하는 경우가 있다. 그 중 하나의 방식이 바로 삼각합병이다. 삼각합병은 가장 대표적인 삼각조직재편제도로서 정삼각합병과 역삼각합병의 두 종류가 있다. 정삼각합병은 인수대상 회사를 자회사에 합병하는 방식이고, 역삼각합병은 자회사를 인수대상 회사에 합병하는 방식이다. 이 두 종류의 삼각합병은 모두 인수 모회사가 자회사를 통해 대상회사를 합병하면서 대상회사의 주주에게 자회사의 주식이 아닌 모회사 주식을 합병 대가로 지급한다는 점에서 동일하나, 정삼각합병의 경우에는 자회사가 대상 회사를 흡수합병하고, 역삼각합병의 경우에는 자회사가 대상회사에 흡수 합병된다는 점에서 서로 다르다.

정삼각합병에서는 인수 모회사가 대상 회사를 인수하기 위하여 먼저 자신의 주식(신주 또는 자기주식)을 현물 출자하여 별도의 완전 자회사를 설립하고 인수 모회사는 자회사의 신주를 배정받는다. 따라서 자회사의 유일한 자산은 1인 주주인 인수 모회사의 주식뿐이다. 물론 인수 모회사는 기존의 자회사를 이용할 수도 있다. 그 다음 단계로서 자회사가 대상 회사를 흡수합병하고 대상 회사의 주주에게 인수 모회사로부터 현물 출자받은 인수 모회사의 주식을 합병 대가로 교부한다. 이와 같이 정삼각합병에서는 대상 회사의 주주들이 존속회사(즉, 인수 모회사의 자회사)의 주식을 취득하는 대신 자회사가 소유하고 있던 인수 모회사의 주식을 취득한다. 그리하여 대상 회사는 인수 모회사의 자회사에 흡수되어 소멸하고 대상 회사의 주주는 인수 모회사의 주주가 되며, 인수 모회사는 존속회사인 자회사의 완전 모회사가 된다. 그러나 역삼각합병에서는 인수 모회사가 대상 회사를 인수하기 위하여 설립한, 인수 모회사의 완전 자회사가 대상 회사에 흡수되어 소멸하고, 대상 회사가 존속회사로서 계속 존재하므로, 인수 모회사가 소유하고 있던 자회사 주식은 대상 회사의 주식으로 변환되어 대상 회사가 인수 모회사의 완전자회사가 된다. 역삼각합병의 경우 인수 모회사의 주식은 이와 같이 우선 자회사에게 발행되고 그 다음 대상 회사의 주주들에게 양도되기도 하지만(이를 “drop-down”⁴⁾이라고 한다), 인수 모회사의 주식이 대상 회사 주주들에게 직접 발행되기도 한다.

상술한 바와 같이 우리나라도 2015년 개정 상법에 의하여 역삼각합병제도를 도입하였다. 그러나 우리나라의 2015년 개정 상법 하에서는 미국의 경우와는

4) 이 “drop-down” 용어는 인수모회사가 자신의 주식을 현물 출자하여 자회사를 설립하고 자회사로 하여금 이 인수모회사 주식을 이용하여 대상회사를 인수하게 하는 것을 의미한다.

달리 역삼각합병이 하나의 통일된 절차로 진행되지 않고, 다음과 같이 삼각주식교환과 합병의 2 단계를 걸쳐 이루어진다. 즉, ① 먼저 1 단계(주식의 포괄적 교환 단계)로 자회사가 인수 모회사의 주식을 취득한 후, 그 인수 모회사 주식과 대상 회사 주식 간의 주식의 포괄적 교환에 의하여 자회사가 대상 회사의 주식을 취득함으로써 대상 회사의 주주들은 인수 모회사의 주주로 편입되고, 자회사는 대상 회사의 모회사가 되며, 대상 회사는 인수 모회사의 완전 손자회사가 된다. ② 그 후 2 단계(합병 단계)로 손자회사(대상 회사)가 자회사를 흡수합병하면서 합병 신주를 인수 모회사에게 교부하면 인수 모회사와 대상 회사 간에 완전 모자회사 관계(즉, 인수 모회사가 모회사가 되고 대상회사가 자회사가 된다)가 형성된다. 이와 같이 2015년 개정 상법은 역삼각합병을 상법상의 삼각조직재편의 한 형태인 삼각주식교환을 통해 가능하도록 하였다.⁵⁾

한편, 미국에는 역삼각합병과 동일한 경제적 효과를 달성하는, 다른 기업조직재편 방식이 존재한다. 그것은 바로 주식 교환(stock-for-stock exchange or stock swap)이다. 그럼에도 불구하고 미국에서 주식 교환 대신 역삼각합병을 이용하는 이유는 무엇일까? 그것은 미국 대부분의 주에서는, 주식 교환의 경우에 인수 모회사에 의한 대상 회사 주식의 100% 취득이 대상 회사의 일부 반대 주주에 의하여 방해받을 수 있으나, 역삼각합병의 경우에는 대상 회사의 주주 모두를 그들의 의사와 상관없이 축출하고 대상 회사의 주식 100%를 인수 모회사가 취득할 수 있기 때문이다. 즉, 원래 미국의 주식 교환제도 하에서는 우리 회사법상의 주식의 포괄적 교환제도와는 달리, 인수 모회사와 대상 회사 주주 간에 개별적인 주식교환계약을 체결하여 인수 모회사의 주식과 대상 회사의 주주가 보유하고 있는 대상 회사 주식을 서로 교환한다(이를 “주식의 자발적 교환제도”(voluntary stock swap)라고 부른다).⁶⁾ 이와 같이 미국의 주식 교환제도 하에서는 대상 회사의 주주 개개인이 독립적으로 주식 교환 여부를 결정하므로, 만일 대상 회사의 주주 중 일부라도 주식 교환에 반대하면, 인수 모회사는 대상 회사의 주식 100%를 취득하지 못하게 되는 결과가 발생한다. 이와 같이

5) 나무법무사합동사무소 공식 블로그, “역삼각합병의 도입과 활용사례”, 2016.3.18. 미국에서는 우리나라의 2015년 개정 상법에 의하여 도입된, 2 단계로 이루어지는 역삼각합병과 같이 형식적으로는 역삼각합병이 아니면서도 실제적으로는 역삼각합병과 동일한 기능을 하는 절차를 사실상의 역삼각합병(de facto reverse triangular merger)이라고 부른다. Steven L. Emanuel, *Corporations and Other Business Entities*(7th ed.), Wolters Kluwer, 2013, at 405-408.

6) Steven L. Emanuel, *Corporations and Other Business Entities*(7th ed.), Wolter Kluwer, supra note 5, at 361.

“주식의 자발적 교환제도”를 채택하고 있는 미국 대부분의 주에서는, 주식 교환의 경우 인수 모회사에 의한 대상 회사 주식의 100% 취득이 대상 회사의 일부 반대 주주에 의하여 방해받을 수 있으나, 역삼각합병에서는 대상 회사의 모든 주주들을 그들의 의사와는 상관없이 축출시킴으로서 대상 회사 주식의 100%를 취득할 수 있게 된다. 그 결과 미국에서는 주식 교환보다 역삼각합병이 선호되고 있는 것이다.⁷⁾ 그러나 이와 같은 역삼각합병 제도의 장점은 “주식의 비자발적 교환제도(involuntary stock swap)”를 채택하고 있는 미국의 일부 주에서는 인정되지 않는다. “비자발적 주식교환제도”를 채택하고 있는 미국의 일부 주 회사법 하에서는 대상 회사의 주주총회가 주식교환계약을 승인하면 주식 교환에 반대하는 대상 회사 주주들도 주식교환계획에 구속되고 따라서 반대 주주들의 주식도 인수 모회사에 이전되고, 다만 반대 주주들은 주식매수청구권을 갖게 될 뿐이다. 그리하여 이와 같이 주식의 비자발적 교환제도를 가지고 있는 주에서는 인수 모회사와 대상 회사 사이의 주식 교환 계약에 의하여 대상 회사 주주의 주식 전부가 인수 모회사에 이전되고, 인수 모회사는 그 대가로 대상 회사 주주에게 인수 모회사 주식을 발행해 줌으로써 대상 회사가 인수 회사의 완전 자회사가 되는 한편, 대상 회사의 주주는 인수 모회사의 주주가 된다. 이 미국의 “비자발적 주식교환제도”는 우리나라 상법 제360조의 2에서부터 제360조의 14까지에 규정되어 있는 “주식의 포괄적 교환제도”와 동일한 것이다. 이와 같은 “비자발적 주식교환제도”하에서는 인수 모회사가 대상 회사의 주식 전부를 취득하는 동시에 대상 회사의 주주가 인수 모회사의 주주가 된다는 점에서 역삼각합병과 완전히 동일한 결과를 가져 온다.⁸⁾ 원래 미국의 주식 교환제도는 삼각합병제도로부터 시사받아 만들어 진 것이다. 이와 같이 역삼각합병과 비자발적 주식교환제도는 양자 모두 인수 모회사가 대상 회사의 100% 주식을 취득하고 대상 회사 주주가 인수 모회사 주주가 된다는 점에서 동일한 결과를 가져 오지만, 역삼각합병의 경우에는 자회사 설립이라는 절차를 먼저 거쳐야 하는 반면에, 비자발적 주식교환제도에서는 이와 같은 우회적 절차를 거치지 않고 즉시 인수 모회사가 대상 회사를 완전 자회사 형태로 지배할 수 있기 때문에 역삼각합병보다 간편한 제도라고 할 수 있다. 이와 같이 주식의

7) 정봉진, “역삼각합병이 계약상 권리 양도 금지 조항에 미치는 영향에 관한 미국법 연구”, 『아주 법학』 제8권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014, 281면.

8) 송옥렬, 『상법강의 제6판』, 홍문사, 2016, 1197면.

비자발적 교환은 자회사의 신설을 필요로 하는 역삼각합병을 회피하면서도 동일한 경제적 효과를 달성하기 위하여 고안된 방법으로서 매우 간편한 방법이라는 장점이 있으나, 역삼각합병에 비하면 인수 모회사의 주주총회 결의를 요한다는 단점도 있다. 그리하여 오늘날 미국에서는 주식교환제도보다는 역삼각합병이 실무상 더 많이 이용되고 있다.

3. 역삼각합병의 효용

아래에서 역삼각합병의 효용을 ① 삼각합병 전반(즉, 역삼각합병과 정삼각합병)이 일반 조직재편제도보다 유리한 점과 ② 역삼각합병이 정삼각합병보다 유리한 점으로 나누어 설명한다.

1) 삼각합병과 일반 조직재편제도의 비교

삼각합병에 의하여 인수 모회사가 대상회사를 인수하여 실질적으로 기업결합의 효과를 누릴 수 있는 결과는 인수 모회사와 대상회사가 직접 합병하거나, 주식 교환 제도를 통하여 완전 자회사 관계를 만들거나, 영업 양수 또는 주식 양수 제도를 이용하는 등 다른 여러 가지 방법에 의해서도 가능하다.⁹⁾ 그런데도 불구하고 미국에서 일반 조직재편제도보다는 삼각합병 방식을 선호하는 이유는 삼각합병제도가 다음과 같은 장점을 가지고 있기 때문이다.

(1) 간편한 기업인수 방법

인수 모회사의 합병 승인 주주총회가 불필요하고 인수 모회사의 합병 반대 주주들에게 주식매수청구권(appraisal rights)이 인정되지 않기 때문에 인수 모회사가 대상 회사를 손쉽게 인수하여 자회사로 둘 수 있다. 삼각합병에서는 인수 모회사는 합병의 실질적 당사자로서 기업인수의 경제적 효과를 향유하지만(즉, 모회사와 대상 회사 간에 합병하는 효과가 발생하지만) 법률적으로는 자회사와 대상 회사가 합병을 하는 것이고 모회사는 합병의 당사자가 아니기 때문이다.¹⁰⁾

9) 나무법무사합동사무소 공식 블로그, “역삼각합병의 도입과 활용사례”, 2016.3.18.

10) 서지영, “기업의 조직재편제도에 관한 법적 연구 - 삼각조직재편제도를 중심으로-” 성균관대학교 대학원, 법학석사학위논문, 2014, 48면.

(2) 대상회사 채무로부터의 단절

인수 모회사의 자산을 대상 회사의 부채로부터 보호할 수 있다. 즉, 삼각합병에서는 법률적으로 자회사와 대상회사가 합병 계약의 당사자이고 인수 모회사는 합병의 직접당사자가 아니므로 합병 후에도 인수 모회사와 대상회사는 서로 별개의 법인격을 유지하게 되어 대상 회사의 채무가 인수 모회사에 자동적으로 승계되는 것을 차단할 수 있다.¹¹⁾

(3) 일반 조직재편과 동일한 과세 혜택

삼각합병은 일반 조직재편과 동일하게 과세혜택을 누릴 수 있다. 즉, 삼각합병은 미국 연방소득세법상 과세특례가 적용되는 적격합병으로 인정되어 양도 차익이 없는 것으로 보아 과세이연의 혜택을 누릴 수 있기 때문에 매우 유용한 제도로 인식되고 있다.¹²⁾

(4) 우회상장 효과

인수 모회사가 상장법인인 경우라면 대상 회사의 주주는 우회상장과 같은 효과를 얻을 수 있다.¹³⁾

2) 역삼각합병과 정삼각합병의 비교

한편, 역삼각합병과 정삼각합병을 서로 비교해 보면, 역삼각합병은 인수 모회사가 대상 회사의 영업을 합병 전과 동일하게 운영할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 즉, 역삼각합병에 있어서는 대상 회사가 그 소유자만 인수 모회사로 변경될 뿐, 해체되지 아니하고 독립법인으로서의 지위를 그대로 유지하므로(정삼각합병의 경우라면, 대상 회사가 존속회사가 아니기 때문에 합병에 의하여 소멸되었을) 종래 대상 회사가 가지고 있던 인·허가권, 제3자와 맺은 계약상의 권리, 프랜차이즈, 양도 불가능한 독점사업권, 지적재산권 등이 계속해서 존속회사인 대상 회사의 소유로 남게 된다.¹⁴⁾ 이와 같이 역삼각합병은 거래의 구조적 특성

11) 윤희웅·김가영, “삼각합병에 대한 법적 검토”, 『증권법연구』 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013, 284면.

12) 안경봉·박훈, “삼각합병제도와 과세”, 『법학논총』 제22권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2010.12, 284-285면.

13) 황현영, “상법상 교부금합병과 삼각합병의 개선방안 연구”, 『상사판례연구』 제25집 제4권, 한국상사판례학회, 2012, 257면.

상 합병 이후에도 대상회사가 존속하기 때문에 대상 회사가 보유하고 있는 양도 불가능한 계약이나 자산, 또는 채권 등이 양도금지특약(anti-assignment clause) 등과 관련한 문제를 일으키지 않고 합병을 실행할 수 있어 매우 자주 이용되어 왔다. 그러나 최근 미국에서는 역삼각합병이 이루어질 경우 대상 회사가 자산, 계약 및 채권 등을 그대로 소유함에도 불구하고 양도금지특약에 위배된다는 주장과 판례가 제기되어 문제가 되고 있다. 즉, 대상회사가 제3자와 체결한 계약에 그 제3자의 동의없는 계약상 권리의 양도를 금지하는 규정이 있을 경우, 만일 그와 같은 양도금지특약에도 불구하고 역삼각합병이 이루어지면 그 제3자가(역삼각합병은 권리양도 금지 조항에 위반하는 것이라고 주장하면서) 대상회사의 계약 위반을 이유로 계약을 해제할 수 있는지 여부와 관련하여 미국 실무에서는 논쟁이 벌어지고 있다.¹⁵⁾

원래 미국의 보통법에 있어서, 계약에 포함된 양도금지조항은 법적 구속력이 있고 계약 상대방의 동의없는 계약상 권리의 양도를 효과적으로 방지한다. 그러나 합병과의 맥락에서 볼 때, 양도금지조항이 항상 계약상 권리의 양도를 금지할 수 있는 것은 아니다. 미국 법원은 대상 회사와 제3자간의 계약이 그 제3자의 동의없는 계약상 권리의 양도를 금지하고 있음에도 불구하고, 역삼각합병이 이루어진 경우, 대상 회사의 계약상의 권리가 양도된 것인지 여부와 관련하여 서로 다른 두 가지 접근방법을 채택하고 있다. 그 중 하나는 형식주의적 접근방법이다. 여기서는 양도금지특약이 있음에도 불구하고 계약상의 권리, 지적재산권 사용권, 인·허가권, 장기 임차권이나 franchise 등이 양도될 수 있는지 여부는 법원의 “양도” 라는 용어의 해석에 달려 있다고 한다. 이 견해에 의하면, “역삼각합병”은 “양도”의 개념에 포함되기 때문에 양도금지조항을 위반하는 것이 된다고 해석한다. 이와 같은 견해를 따르는 대표적인 법원은 California

14) Stephanie Hoffer & Dale A. Oesterle, Tax-Free Reorganizations: The Evolution And Revolution Of Triangular Mergers, 108 Nw. U. L. Rev. 1083, Spring 2014 Symposium; 이영철, “2014년 상법개정안의 삼각주식교환제도에 관한 법적 검토”, 『기업법연구』 제29권 제3호(통권 제62호), 한국기업법학회, 2015.9, 180-181면.

15) 미국에서는 역삼각합병과 관련된 중요한 법률문제로 ① 기업공개(initial public offering) 수단으로서의 역삼각 합병 문제(대상 회사 (존속회사)가 상장회사인 경우라면 자회사(소멸 회사) 주주는 우회상장과 같은 효과를 얻게 된다), ② 역삼각합병에 대한 과세(taxation) 문제(소득세법상 역삼각합병도 과세특례가 적용되는 적격합병으로 인정되어 양도차익이 없는 것으로 보아 과세이연이 인정되고 있다), 그리고 ③ 계약상 권리의 양도 금지 특약이 역삼각합병에 미치는 영향 문제(anti-assignment clauses in reverse triangular mergers) 등이 논의되고 있다.

주의 연방법원과 주 법원으로서 이 법원에서는 역삼각합병의 거래 구조에서도 대상 회사의 양도 불가능한 자산 및 채권 등이 양도금지특약을 위반하는 양도에 해당할 수 있다고 해석하고 있다. 그 대표적인 판결인 SQL Solutions, Inc. v. Oracle Corp.¹⁶⁾ 판결에서 California 주 북부지역 관할 연방지방법원은 피합병회사(대상회사)가 역삼각합병을 통해 합병회사(인수 모회사)의 자회사가 된 경우, 이는 “근본적인 법적 지배구조의 변경”이 발생한 경우이기 때문에 대상 회사의 자산 및 채권 등이 인수 모회사로 양도된 것으로 볼 수 있다고 하면서, 해당 자산 및 채권 등에 대하여 양도금지특약이 존재할 경우, 역삼각합병은 이를 위반하는 것이라 판시하였다. 이와 같은 형식주의적 접근방법과는 달리 미국에서는 전통적으로 역삼각합병에 있어서 대상 회사가 제3자와 체결한 계약에 양도금지조항이 포함되어 있다고 하더라도 그 제3자의 동의는 불필요하다고 해석하는 기능주의적 접근방법을 채택해 오고 있다.¹⁷⁾ 이와 같은 기능주의적 접근방법을 따르는 대표적인 법원은 Delaware 주 법원이다. Delaware 주 형평법 법원(Court of Chancery)은 2013년 Meso Scale Diagnostics, LLC v. Roche Diagnostics GmbH¹⁸⁾ 판결에서 Delaware 주 법상 역삼각합병은 “법률의 규정에 의한 권리의 양도(assignment by operation of law)”에 해당하지 않는다고 판시하였다. Delaware 주 형평법 법원의 판결에 따르면, 자산 또는 권리 등의 소유자가 합병 거래 전후로 동일한 경우, 이러한 합병은 법률의 규정에 의한 양도에 해당하지 않는다고 보고 있다.

4. 미국법상 역삼각합병제도의 발전 과정

대표적인 삼각조직재편제도인 삼각합병제도는 원래 미국에서 창안되고 발전되어 온 제도이다. 미국에서는 1960년대에 들어와서 비로소 삼각합병을 허용하는 법 규정들이 만들어지기 시작했다. 그 전까지만 해도 미국은 전통적인 성문법 상의 두 당사자 간의 합병(traditional statutory merger)의 경우 소멸회사의 주주가 취득할 수 있는 합병의 대가를 존속회사의 주식으로만 국한하고 있었다. 따라서 판례¹⁹⁾는 조직재편에 있어서 대상회사의 주식을 취득하고 그 대가로 모회사의

16) 1991 WL 626458 (N.D. Cal. Dec. 19, 1991).

17) 정봉진, 앞의 논문, 281면.

18) 62 A.3d 62 (Del. Ch. Feb. 22, 2013).

주식을 교부하는 것을 금지하였고, 따라서 종래 보통법에 의하여 인정되어 오고 있던 삼각합병은 허용되지 않았다. 그러나 1968년 미국 연방 의회는 연방 소득세법 개정을 통하여 section 368(a)(2)(D)에서 조직재편의 당사자 개념을 확장하여 자회사를 지배하는 인수 모회사를 조직재편의 당사자에 포함시키고 나아가 1969년에는 자회사가 대상회사의 영업전부 또는 자산의 실질적 전부(substantially all)를 양수하는 경우에도 모회사 주식을 합병 대가로 지급하는 것을 허용함으로써 정삼각합병을 조직재편의 한 유형으로 인정하였다.²⁰⁾ 미국 연방 의회는 다시 1971년에 연방 소득세법을 개정하여 section 368에 section 368(a)(2)(E)를 추가함으로써 역삼각합병도 조직재편의 한 유형으로 인정하였다.²¹⁾

한편, 회사법상으로는 1961년 최초로 New York 주가 회사법(Business

19) *Groman v. Commissioner*, 302 U.S. 82(1937); *Helvering v. Bashford*, 302 U.S. 454(1938).

20) 1968년 미국 연방 의회는 § 368를 개정하여 § 368(a)(2)(D)를 다음과 같이 추가하였다: “The acquisition by one corporation, in exchange for stock of a corporation(referred to in this subparagraph as “controlling corporation”) which is in control of the acquiring corporation, of substantially all of the properties of another corporation which in the transaction is merged into the acquiring corporation shall not disqualify a transaction under paragraph (1)(A) if (i) such transaction would have qualified under paragraph (1)(A) if the merger had been into the controlling corporation, and (ii) no stock of the acquiring corporation is used in the transaction. Congress also added to § 368(b) language that made it clear that P is a party to the reorganization when it qualifies under § 368(a) (2) (D).” 아울러, 1968년 미국 연방 의회는 다음과 같은 문장을 IRC § 368(b)에 추가하였다: “In case of a reorganization qualifying under paragraph I(A) of subsection (a) by reason of paragraph (2)(D) of that subsection, the term “a party to the reorganization includes the controlling corporation referred to in such paragraph (2)(D).” 이와 같은 IRC 개정으로 인하여 정삼각합병이 동 조항에 규정된 요건을 충족하면 과세이연의 혜택을 받게 되었다. Charles Michael Ginnings & Raymond M. Jones, *Triangular Mergers In Texas*, 12 Hous. L. Rev. 307, 1974-1975, at 318.

21) 1971년 미국 연방 의회는 § 368를 개정하여 § 368(a)(2)(E)를 다음과 같이 추가하였다: “A transaction otherwise qualifying under paragraph (1) (A) shall not be disqualified by reason of the fact that stock of a corporation(referred to in this subparagraph as the “controlling corporation”) which before the merger was in control of the merged corporation is used in the transaction, if-(i) after the transaction, the corporation surviving the merger holds substantially all of its properties and of the properties of the merged corporation(other than stock of the controlling corporation distributed in the transaction); and (ii) in the transaction, former shareholders of the surviving corporation exchanged, for an amount of voting stock of the controlling corporation, an amount of stock in the surviving corporation which constitutes control of such corporation.” 아울러 § 368(b)의 마지막 문장도 개정하여 인수 모회사를 § 368(a)(2)(E)에 의하여 세제 혜택을 받는 적격 조직재편의 한 당사자로 만들었다. 이와 같은 미국 연방 소득세법 개정으로 인하여 역삼각합병이 조세 이연의 혜택을 받는 조직재편으로서의 지위를 취득하게 만들었다. Ginnings & Jones, *Triangular Mergers In Texas*, supra note 16, at 318.

Corporation Law)을 개정하여 section 902(a)(3)에서 인수 모회사의 주식을 합병 대가로 이용하는 삼각합병을 허용하였고, Delaware 주도 1967년 회사법(General Corporation Law)을 개정하여 section 251(b)(5)에서 합병법인이 현금이나 합병 당사자 아닌 회사의 주식 또는 증권을 합병대가로 교부하는 것을 인정함으로써 삼각합병을 입법화하였다. 그 이후 다른 주들도 그 뒤를 따라 현재 미국의 모든 주 회사법이 삼각 합병을 허용하고 있다.²²⁾ Delaware 주 회사법은 합병계약서에 기재하여야 할 사항으로 “각 당사회사의 주식을 흡수합병 또는 신설합병의 존속회사 또는 신설회사의 주식 또는 기타의 증권으로 전환하는 방법, 수령하게 되는 현금, 자산, 권리 또는 다른 회사 혹은 조직체의 증권”을 규정하고 있다(§ 251(b)(5)). 이와 같은 주 회사법의 변화에 영향을 받아 1984년의 개정모범회사법(Revised Model Business Corporation Act, RMBCA) section 11.02(c)(3)에서도 주 회사법의 개정 내용을 그대로 승계하여 모회사의 주식이 직접 대상회사의 주주에게 교부될 수 있도록 함으로써 삼각합병을 인정하였다. 오늘날 미국 각 주의 회사법과 모범사업회사법은 정삼각합병과 함께 역삼각합병도 모두 허용하고 있다.

Ⅲ. 미국 연방소득세법상 역삼각합병에 대한 과세 이연

역삼각합병이 미국 연방소득세법상 과세 이연의 혜택을 누리기 위해서는 아래에서 설명하는 성문법적 요건(Statutory Requirements)과 사법적 요건(Judicial Requirements)을 충족하여야 한다. 성문법적 요건은 미국 연방소득세법에 규정된 요건이고, 사법적 요건은 성문법적 요건에 추가하여 법원이 판례에 의하여 부과한 요건이다.

1. 비과세 조직재편의 성문법적 요건

1) 조직재편과 단순 매매의 구분

미국 연방 소득세법은 기업인수와 관련하여 회사법상 합병형 기업인수/매도형 기

22) N. Y. Bus. Corp. Law § 902(a)(3); Del. Gen. Corp. Law § 251(b)(5); MBCA § 11.02(c)(3).

업인수의 분류 방식에 대응하는 분류 방식을 사용하고 있다. 즉, 미국 연방소득세법은 미국의 회사법이 합병형 기업인수라고 부르는 것을 “조직재편”(reorganization)이라고 부르고, 매도형 기업인수라고 부르는 것을 단순히 “매매”(sale)라고 부르고 있다. 미국 연방소득세법상 “조직재편”에는 전통적인 성문법상 두 당사자 간의 합병 {IRC § 368(a)(1)(A)}, 주식 교환(stock-for-stock exchange){IRC § 368(a)(1)(B)}, 주식과 자산의 교환(stock-for-assets exchange) {IRC § 368(a)(1)(C)}, 정삼각합병 {IRC § 368(a)(2)(D)}과 역삼각합병{IRC § 368(a) (2)(E)}이 포함되고, 단순 “매매”에는 현금을 대가로 지급하고 영업을 양수하는 영업양수와 현금을 대가로 지급하고 주식을 양수하는 주식양수가 포함된다.

그러면 미국 연방소득세법이 기업인수를 조직재편과 단순 매매로 분류하는 이유는 무엇인가? 그것은 간단히 말해서, 조직재편의 경우에는 연방 소득세법상 과세 특례가 인정되기 때문이다. 즉, 삼각합병과 같은 삼각조직재편의 경우에는 대상회사의 주주가 인수 모회사의 주식을 받게 되는데, 세법의 일반원칙상으로는 인수 모회사의 주식이 대상회사의 주주에게 교부될 때에 주식 양도 차익(capital gain)에 대하여 소득세가 부과되어야 하지만 미국 연방 소득세법은 일정 요건이 갖추어진 조직재편의 경우에는 모회사 주식의 교부 시에는 소득세를 부과하지 않고 조직재편 종료 후 대상회사 주주가 그 모회사 주식을 처분할 때에 소득세를 부과하는, 소위 과세 이연(tax deferral)의 혜택을 부여하여 중복 과세의 부담을 면해 주고 있다. 그러나 단순 매매의 경우에는 대상회사의 주주가 인수 모회사로부터 합병대가로 받은 주식의 양도 차익에 대하여 즉시 세금을 부과하고 과세이연을 인정하지 않는다. 이와 같이 미국 연방 소득세법은 합병, 회사분할, 주식교환 등의 조직재편에 있어 동법 제368조에 열거된 일정한 적격요건을 구비한 경우에는 과세이연을 인정해 주고 있는데, 그 적격요건은 A에서부터 G까지 7가지로 분류되어 있다(IRC § 368(a)(1)). 미국 연방소득세법이 과세 이연의 특례를 인정하는 7가지 조직재편은 A형 조직재편(전통적인 회사법상의 두 당사자 간의 합병), B형 조직재편(주식교환), C형 조직재편(자산인수), D형 조직재편(분할), E형 조직재편(자본재구성), F형 조직재편(조직변경), 그리고 G형 조직재편(도산기업 조직재편) 등이다.²³⁾ 정삼각합병과 역삼각합병은 A형 조직재편의 일종으로서 A형 조직재편과 동일하게 과세 이연의 특례를 인정받고 있다.

23) 김진수, 「주요국의 구조조정 세제와 시사점」, 한국조세연구원, 2010.10, 87-88면.

2) 역삼각합병에 대한 과세 이연 혜택의 부여 과정

미국에서 여러 가지 조직재편 유형 중 역삼각합병을 비롯한 삼각합병에 대하여 부여하는 과세 이연의 혜택은 다음과 같은 과정을 거쳐 가능하게 되었다. 즉, 1968년 10월 24일 이전에는, 대상회사가 자회사에 흡수합병되고 인수 모회사의 주식이 대가로 이용될 경우, 연방소득세법 section 368(b)가 인수 모회사를 A형 조직재편의 당사자로 취급하지 않았기 때문에 그와 같은 주식은 비과세 혜택을 받을 수 없었다.²⁴⁾ 그러나 1968년 10월 24일, 미국 연방 의회가 연방 소득세법 제368조를 개정하여 section 368(a)(2)(D)를 추가하고 section 368(b)를 개정하여 인수 모회사를 조직재편의 당사자로 규정하였다. 그 결과, 정삼각합병이 다음과 같은 요건을 충족할 경우 A형 조직재편으로 인정되어 과세 이연의 혜택을 받을 수 있게 되었다: “① 대상 회사 자산의 실질적 전부가 자회사에 귀속되고; ② 만일 대상 회사가 인수 모회사에 직접 흡수합병되었다면 그 거래가 A형 조직재편으로 인정되었을 것이며; 그리고 ③ 자회사의 주식이 그 거래에 이용되지 않았을 것.” 나아가 1971년 1월, 미국 연방 의회가 연방소득세법 제368조를 다시 개정하여 section 368(a)(2)(E)을 추가함으로써 역삼각합병이 다음과 같은 요건을 충족할 경우 A형 조직재편으로 인정되어 과세 이연의 혜택을 받을 수 있게 되었다: “① 존속하는 대상회사에 자회사와 대상회사 자산의 실질적 전부가 귀속되고, ② 인수 모회사의 의결권주가 대상회사의 의결권주 및 무의결권주의 최소 80%와 교환될 것(대상회사 주식의 부족분은 모회사의 주식 이외의 다른 대가로 취득될 수 있다){IRC § 368(a)(2)(E)}.”²⁵⁾

3) 역삼각합병에 대해 과세이연의 혜택을 부여하기 위한 성문법적 요건

(1) 개요

상술한 바와 같이 역삼각합병의 경우에는 대상회사의 주주가 인수 모회사의

24) See *Helvering v. Bashford*, 302 U.S. 454 (1938); *Groman v. Commissioner*, 302 U.S. 82 (1937); See also Sefire, *Recent Developments in Acquisition and Reorganization*, 48 TAXES 829 (1970).

25) Stephen T. Dean & Charles H. Egerton, *Acquisitive Reorganizations: The “Other” Method Of Buying Or Selling A Corporate Business*, 27 U. Fla. L. Rev. 935, 1974-1975, at 947-949.

주식을 받게 되는데, 세법의 일반원칙상으로는 인수모회사의 주식이 대상회사의 주주에게 교부될 때 주식 양도 차익에 대하여 소득세가 부과되어야 하지만 미국 연방 소득세법상 일정 요건을 구비한 역삼각합병에 대하여는 모회사 주식의 교부 시에는 소득세가 부과되지 아니하고 역삼각합병 절차 종료 후 대상회사의 주주가 그 모회사 주식을 처분할 때에 소득세가 부과되도록 하는, 소위 과세 이연의 혜택을 주고 있다. 아래에서 역삼각합병이 과세 이연의 혜택을 받기 위한 성문법적 요건을 좀 더 자세하게 설명한다.

(2) 요건

미국 연방소득세법 section 368(a)(2)(E)는 인수 모회사의 주식을 이용하여 A형 조직재편이 이루어질 수 있도록 하는 조직재편제도인 역삼각합병을 허용하고 있는바, 어떤 거래가 역삼각합병으로 인정받아 과세 이연의 혜택을 누리기 위한 요건은 다음과 같다:

① 그 거래가 인수 모회사 주식의 이용이라는 요소를 제외하고는 A형 조직재편으로서의 모든 요건을 구비하여야 한다.

② 그 거래 종료 후 대상 회사(존속 회사)는 자기 자산의 실질적 전부와(그 거래에서 교부된 인수 모회사 주식을 제외하고는) 자회사(소멸회사)의 자산의 실질적 전부를 소유하여야 한다.

③ 대상 회사의 기존 주주들은 대상 회사의 의결권주 및 무의결권주의 최소 80%와 인수 모회사의 의결권주를 서로 교환하여야 한다. 대상 회사의 잔여 주식 20%는 인수 모회사의 의결권주 이외의 자산(소위 “boot”)²⁶⁾으로 취득할 수 있다(I.R.C. § 368(a)(2)(E), § 368(c) and Reg. § 1.368-2(j)).

(3) 해설

역삼각합병은 A, B 및 C형 조직재편과 유사하다. 역삼각합병은 정삼각합병의 경우와 마찬가지로, “자산의 실질적 전부”(a substantially-all-of-the-properties) 요건을 내포하고 있다. 그러나 역삼각합병에서의 그 요건은 정삼각합병의 경우와는 달리 대상회사와 자회사 양자의 자산의 실질적 전부로 확대되었다. 정삼각합병에서는 정삼각합병 종료 후 자회사는 대상 회사 자산의 실질적 전부만

26) 이 “boot”라는 용어는 비과세 혜택을 받지 못하는 재산 또는 현금으로서 비과세 혜택을 받는 다른 재산과 함께 취득되는 것을 의미한다.

보유하면 된다. 나아가 section 368(a)(2)(E)는 역삼각합병의 경우에 자회사를 지배하고 있는 인수 모회사의 의결권주와 대상 회사의 의결권주 및 무의결권주의 최소 80%가 서로 교환될 것을 요구하고 있다. 이 요건은 B형 조직재편의 의결권주/주식 교환 요건과 유사하다. B형 조직재편은 대상 회사의 주식과 인수 모회사 주식의 교환거래로서 회사법상 주식과 주식 교환형 기업인수가 이에 해당한다. 우리나라 회사법상으로는 주식의 포괄적 교환이나 주식의 포괄적 이전, 삼각주식교환이 이에 해당한다고 볼 수 있다. B형 조직재편은 자회사가 자신의 의결권주(또는 모회사의 의결권주) 전부 또는 일부와 교환하여 대상 회사의 “지배”주식(controlling stock interest)을 취득하는 것을 가리키는데(IRC § 368(a)(1)(B)), 자회사가 주식교환 후 대상 회사의 의결권주의 최소한 80% 이상을 취득하고, 대상 회사의 다른 종류의 주식(무의결권)의 최소한 80% 이상을 취득할 경우, 자회사는 대상 회사를 “지배”(control)한다고 할 수 있다(IRC § 368(c)). 그러나 B형 조직재편과는 달리 역삼각합병에서는 인수 모회사의 의결권주를 대가로 대상 회사를 지배²⁷⁾하는 주식을 취득하는 한 boot의 사용이 허용된다. B형 조직재편에서는 대상 회사 주주들이 수령하는 합병대가는 자회사 또는 인수 모회사의 의결권주만이어야 하고 boot는 사용할 수 없다. 한편, 지배가 “합병 과정에서”(“in the transaction”)에서 가능하게 될 것을 요구하는 section 368(a)(2)(E)의 요건은 B형 조직재편 요건보다 엄격하고 따라서 인수 회사가 이미 대상 회사 주식의 20% 이상의 주식을 보유하고 있는 경우에는 역삼각합병이 불가능하게 된다.²⁸⁾

2. 비과세 조직재편의 사법적 요건

조직 재편이 역삼각합병을 비롯한 연방소득세법상 7가지 비과세 조직재편 유형 중 어느 하나에 해당하는 경우에도(즉, 위에서 설명한 “비과세 조직재편의 성문법적 요건”을 충족하는 경우에도), 과세 이연의 혜택을 누리기 위해서는 아래에서 설명하는 “비과세 조직재편의 사법적 요건”도 충족하여야 한다. “비과세 조

27) 상술한 바와 같이, 자회사가 주식교환 후 대상 회사의 의결권주의 최소한 80% 이상을 취득하고, 대상 회사의 다른 종류의 주식(무의결권)의 최소한 80% 이상을 취득할 경우, 자회사는 대상 회사를 “지배”한다고 한다(IRC § 368(c)).

28) Dean & Egerton, *Acquisitive Reorganizations: The “Other” Method of Buying Or Selling A Corporate Business*, supra note 21, at 947-949.

직재편의 사법적 요건”은 ① 투자지분 계속성의 원칙(The Continuity-of-Interest Doctrine), ② 사업상 목적의 원칙(the Business-Purpose Doctrine), 그리고 ③ 사업 활동의 계속성 원칙(The Continuity-of-Business-Enterprise Doctrine)을 가리킨다. 이 “비과세 조직 재편의 사법적 요건”은 연방소득세법에 규정된 적격요건(즉, 비과세 조직재편의 성문법적 요건) 이외에 미국 연방대법원이 명문의 규정이 없음에도 불구하고 추가적으로 요구하고 있는 요건으로서 연방소득세법의 규정만으로는 어떤 조직재편이 비과세 조직재편인지 여부를 판단하기 어려울 뿐만 아니라 비과세 조직재편이 조세회피의 목적으로 남용되는 문제가 발생할 수 있으므로 이를 사전에 예방하기 위하여 부과한 요건이다.²⁹⁾

1) 투자지분 계속성의 원칙

“투자지분 계속성의 원칙은 대상 회사 주주가 조직재편으로 인하여 탄생한 회사(존속회사)에 대하여 계속해서 투자지분(continuity of interest)을 가지고 있어야 한다는 원칙이다. 즉, 대상 회사 주주는 합병대가로 현금(합병교부금)을 수령함으로써 주주의 지위를 상실해서는 안 되고 그가 받는 합병대가의 대부분이 인수 모회사의 주식이어야 한다는 것이다. 조직재편과 달리 단순 매매에 있어서는 대상 회사가 자신의 자산을 현금을 받고 매도하거나(영업양도) 대상 회사의 주주가 자신의 주식을 현금을 받고 매도하기 때문에(주식양도) 대상 회사의 주주가 단순 매매로 인하여 탄생한 회사(존속회사)에 대하여 계속적인 이해관계를 갖지 못하는 결과가 발생한다.

미국 연방소득세법 제368조에서 과세이연의 혜택을 부여하고 있는 7가지 조직재편 제도 중 A형 조직재편은 상술한 바와 같이 회사법상 합병에 해당하는 것으로서 1918년에 세법에 규정되었다. A형 조직재편의 기본적 요건은 그 거래가 주 회사법상의 합병에 관한 규정에 따라 진행되어야 한다는 것이다. 따라서 예를 들어 회사 합병에 관한 규정인 모범회사법 § 11.02에 해당하는 미국 각 주의 회사법 규정에 따라 진행된 합병은 A형 조직재편에 해당하게 되어 과세이연의 혜택을 받게 된다. 전통적으로 각 주의 성문법상 합병에 관한 규정은 대상 회사 주주가 인수 회사의 보통주 이외의 합병 대가는 취득하지 않는 거래

29) 김진수, 앞의 논문, 115면.

에만 적용되어 왔다. 그러나 앞에서 설명한 바와 같이, 오늘날 미국에 있어서 거의 모든 주의 합병에 관한 법률은 현금, 채권 그리고 우선주를 비롯하여, 인수 회사의 보통주 이외의 합병 대가를 대상 회사의 주주들이 취득하는 경우에도 합병 방식을 이용할 수 있도록 개정되었다. 그러나 조직재편의 경우, 대상 회사 주주에게 과세 이연의 혜택을 주는 주된 이유는 예컨대, 합병에 있어서 대상 회사의 주주가 가지는 지분은 대상 회사의 보통주에서 인수 회사의 보통주로 그 형식만 변경되는 것과 같이, 대상 회사의 주주가 인수 회사에 있어서도 그 형식만 변경된 채 계속 지분을 가지기 때문이다. 그리하여 만일 성문법상의 합병에 있어서 대상 회사의 주주가 받는 합병 대가가 인수 회사의 보통주 이외의 것이라면 대상 회사의 주주에게 과세 이연의 혜택을 부여할 근거는 더 이상 존재하지 않게 된다. 그리하여 미국 법원은 합병에 있어서 대상 회사 주주가 주식 양도 차익에 대하여 과세 이연의 혜택을 누리지 못하고 즉시 세금을 납부해야 하는 결과를 회피하기 위해서 A형 조직재편이 반드시 충족하여야 할 요건으로 “투자 지분 계속성”(continuity of interest) 요건을 부과하였다. 그 결과 대상 회사 주주는 인수 회사의 주식을 취득함으로써 대상 회사에 대하여 가지고 있던 투자 지분을 인수 회사에 대해서도 계속 가져야 하게 되었다. 그러나 A형 조직재편에서 대상 회사 주주가 취득하는 대가 중 정확하게 얼마가 인수 회사의 주식이어야 하는지는 불분명하다. 그러나 대상 회사 주주가 취득하는 전체 합병 대가의 50% 이상이 인수회사의 주식으로 구성되어 있다면 투자 지분 계속성 요건이 충족된다는 사실은 분명하다.³⁰⁾ 미국 연방소득세법은 A형 조직재편으로 흡수합병, 신설합병, 정삼각합병과 역삼각합병 등 네 가지 종류를 규정하고 있다. 따라서 역삼각합병이 A형 조직재편으로 과세이연의 혜택을 받기 위해서도 대상 회사의 주주가 수령하는 전체 합병 대가의 50% 이상이 인수 회사의 주식이어야 하고 만일 그러하지 못하면 “투자지분계속성”이 인정되지 않아 과세이연의 혜택을 받을 수 없게 된다.³¹⁾

2) 사업상 목적의 원칙

사업상의 목적(business-purpose)이 없으면 조직재편으로 인정받지 못한다.

30) Treas. Reg. § 1.368-1(b); Rev. Proc. 77-37, 1977-to c.b. 568.

31) Hoffer & Oesterle, Tax-Free Reorganizations, supra note 10 at 1094.

이 사업상 목적의 원칙은 조직재편이 단순히 조세 회피만을 목적으로 이루어져서는 안되고 “영업 또는 회사 차원의 목적”이 존재하여야 한다는 원칙이다.³²⁾

3) 사업 활동의 계속성 원칙

사업 활동의 계속성(continuity-of-business-enterprise)이 필요하다. 조직재편이 단순히 회사 해산의 한 단계이어서는 안 되고, 조직재편에 의하여 취득한 자산과 관련된 영업 활동이 계속되어야 한다는 것이다. 다만 조직재편 후의 법인이 조직재편 전의 법인과 동일한 사업 활동을 계속할 필요는 없다. 이 요건은 인수 모회사가 대상 회사의 사업 중 최소한 중요한 사업 하나를 계속하거나, 자신의 영업 활동 중에 대상회사의 중요한 자산의 상당 부분을 사용할 경우 충족된다.³³⁾

IV. 결론(역삼각합병과 관련하여 미국 연방소득세법이 우리에게 주는 시사점)

우리나라의 2015년 개정 상법은 역삼각합병을 비롯하여 다양한 조직재편 방식을 도입하여 인수합병과 투자활동 촉진하고 있다. 그러나 기업들이 실제 역삼각합병 등과 같은 조직재편 방식을 이용함에 있어 가장 중시하는 것은 세제상 혜택의 유무이다. 삼각합병, 역삼각합병, 삼각주식교환, 삼각분할합병 등 새로운 제도가 도입되어도 세제 혜택이 수반되지 않으면 기업은 과세부담으로 인해 새로운 제도를 이용하기 어려운 한계가 있기 때문이다. 따라서 역삼각방식의 M&A 제도를 이용하는 경우에도 과세이연을 받을 수 있도록 조세특례를 인정해 주는 것이 필요하다. 그런데 현행 법인세법은 삼각합병에 관하여는 과세특례가 적용되는 적격합병으로 인정하여 양도차익이 없는 것으로 보아 과세이연을 인정하고 있다.³⁴⁾ 즉, 정부는 지난 2011. 12. 31. 법인세법 제16조 제1항 제5호

32) Treas. Reg. § 1.368-1(c) (1955).

33) Treas. Reg. § 1.368-1(c)-(d) (2011). 김진수, 앞의 논문, 115-117면; ㈜프론티어 M&A, “삼각합병(Triangular Merger)에 대한 과세문제(미국)”, 1면.

34) 법인세법 제44조 제2항 제2호, 제44조의 3 제1항. 안경봉·박훈, 앞의 논문, 284-285면 ;

및 제44조 제2항 제2호를 개정하여(2012.4.15. 시행), 합병법인이 피합병법인의 주주에게 합병법인의 완전모법인 주식을 100분의 80 이상 배정하는 경우에는 합병 시 양도차익을 과세 이연할 수 있도록 하였다. 그러나 2011.12.31. 개정 전 법인세법은 합병 시 양도차익 등의 과세이연 요건 중 하나로 합병법인이 피합병법인 주주에게 지급하는 합병 대가의 80% 이상을 합병법인 주식으로 지급하도록 규정하고 있었기 때문에 인수 모회사 주식을 합병 대가로 이용하는 역삼각합병의 경우에는 과세이연의 혜택을 받을 수 없었다.³⁵⁾ 2011.12. 31. 개정된 우리나라 법인세법상 적격합병의 요건은 구체적으로 다음과 같다: “① 합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병일 것, ② 피합병법인의 주주 등이 합병으로 인하여 받은 합병대가의 총합계액 중 합병법인의 주식 등의 가액이 100 분의 80 이상이거나 합병법인의 모회사의 주식 등의 가액이 100 분의 80 이상인 경우로서 그 주식 등이 대통령령으로 정하는 바에 따라 배정되고, 대통령령으로 정하는 피합병법인의 주주 등이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 주식 등을 보유할 것(법인세법 제44조 제2항 2호), ③ 합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계 받은 사업을 계속할 것(법인세법 제44조 제2항 3호).”³⁶⁾

이상, “M&A합성화를 위한 세법적 개선방안, 최근 M&A 활성화방안의 주요쟁점과 과제”, 「한국 경제법학회 학술대회 자료집」, 2014.6, 11면 이하.

35) 윤희웅·김가영, 앞의 논문, 305면.

36) 윤영신, “삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제”, 「상장회사감사회회보」 제163호, 한국 상장회사협의회, 2013.7, 4면. 2011.12.31. 개정된 법인세법상 적격합병에 관한 제44조와 제44조의 3의 규정 전문을 아래에 소개한다:

제44조(합병 시 피합병법인에 대한 과세) ① 피합병법인이 합병으로 해산하는 경우에는 그 법인의 자산을 합병법인에 양도한 것으로 본다. 이 경우 그 양도에 따라 발생하는 양도손익(제1호의 가액에서 제2호의 가액을 뺀 금액을 말한다. 이하 이 조 및 제44조의3에서 같다)은 피합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금 또는 손금에 산입한다.

1. 피합병법인이 합병법인으로부터 받은 양도가액
2. 피합병법인의 합병등기일 현재의 자산의 장부가액 총액에서 부채의 장부가액 총액을 뺀 가액(이하 이 관에서 “순자산 장부가액”이라 한다)

② 제1항을 적용할 때 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 합병의 경우에는 제1항 제1호의 가액을 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액으로 보아 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 제2호 또는 제3호의 요건을 갖추지 못한 경우에도 대통령령으로 정하는 바에 따라 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다.

1. 합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병일 것. 다만, 다른 법인과 합병하는 것을 유일한 목적으로 하는 법인으로서 대통령령으로 정하는 법인의 경우는 제외한다.

그러나 2011.12.31. 개정된 법인세법이나 그 후 개정되어 현재 시행되고 있는 법인세법 어디에도 역삼각합병에 관해서는 삼각합병에서와 같은 과세 이연의 특례 규정을 두고 있지 않다.³⁷⁾ 앞에서 설명한 바와 같이 미국에서는 역삼각합병을 비롯한 조직재편 제도 전반에 걸쳐 이미 오래 전부터 과세혜택을 주고 있다. M&A의 방식 선택에 있어서 중요한 기준이 되는 것은 그것이 비과세로 되는가 하는 것이기 때문이다. 우리나라에서도 역삼각합병의 실효성을 제고하기 위해서는 과세 혜택을 마련해 주는 것이 매우 중요하다. 법인세법 정비를 통하여 역삼각합병도 과세특례가 적용되는 적격조직재편으로 인정되어 양도차익이 없는 것으로 보아 과세이연이 인정되도록 함으로써 역삼각합병이 M&A의 활성화라는 당초의 입법취지를 살릴 수 있도록 하여야 할 것이다.³⁸⁾

투고일 : 2016.10.25. / 심사완료일 : 2016.12.10. / 게재확정일 : 2016.12.20.

2. 피합병법인의 주주 등이 합병으로 인하여 받은 합병대가의 총합계액 중 합병법인의 주식 등의 가액이 100분의 80 이상이거나 합병법인의 모회사의 주식 등의 가액이 100분의 80 이상인 경우로서 그 주식 등이 대통령령으로 정하는 바에 따라 배정되고, 대통령령으로 정하는 피합병법인의 주주 등이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 주식 등을 보유할 것.

3. 합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계 받은 사업을 계속할 것.

제44조의3(적격 합병 시 합병법인에 대한 과세특례) ① 제44조 제2항 또는 제3항에 따라 양도손익이 없는 것으로 한 경우 합병법인은 제44조의2에도 불구하고 피합병법인의 자산을 장부가액으로 양도받은 것으로 한다. 이 경우 장부가액과 제44조의2제1항에 따른 시가와의 차액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 자산별로 계상하여야 한다.

37) 지난 2016년 2월 25일, 정부는 역삼각합병, 삼각주식교환, 삼각분할합병 등 나머지 세 종류의 삼각조직재편에 관하여도 세제를 지원하는 계획을 발표한 바 있다. 세제 지원 내용은 삼각합병의 경우와 마찬가지로 위 세 종류의 삼각조직재편에 있어서도 주식양도차익 과세를 역삼각합병, 삼각주식교환, 삼각분할합병 등으로 취득한 주식을 처분할 때까지 이연하는 것이다. 기획재정부는 이와 같은 내용을 담은 법인세법 시행령 개정안을 조만간 마련, 향후 부처협의·국무회의 심의 등을 거쳐 6월 중 확정 및 공포할 예정이라고 설명하였다. 그러나 현재까지 그와 같은 법인세법 시행령 개정안을 마련되지 않은 것으로 보인다.

38) 윤영신, 앞의 논문, 48면, 이영철, 앞의 논문, 175-222면. 정부는 지난 2016.9.2. 상법 개정으로 삼각분할합병이 허용됨에 따라 분할법인 등의 주주가 분할합병의 상대방 법인의 모회사 주식을 100분의 80이상 받는 경우에도 주식양도차익에 대한 과세이연을 허용할 것으로 내용으로 하는 법인세법 일부 개정법안을 국회에 제출하였다.

[참고문헌]

I. 국내문헌

- 권기범, 「기업구조조정법 (제4판)」, 삼영사, 2011.
- _____, 「현대회사법론 (제5판)」, 삼영사, 2014.
- 송옥렬, 「상법강의 제6판」, 홍문사, 2016.
- 이철송, 「회사법강의(제20판)」, 박영사, 2012.
- 임재연, 「미국기업법」, 박영사, 2009.
- _____, 「회사법 II」, 박영사, 2012.
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2015.
- 최기원, 「신회사법론(제14판)」, 박영사, 2012.
- 최준선, 「회사법 (제9판)」, 삼영사, 2014.
- 강희주, “삼각주식교환제도의 법구조와 기업의 활용전략”, 「상장협연구」 제71호, 한국상장회사협의회, 2015.4.
- 김지환, “삼각합병의 활용과 법적 과제”, 「기업법연구」 제25권 제4호, 한국기업법학회, 2001.12.
- 김진수, “주요국의 구조조정 세제와 시사점”, 한국조세연구원, 2010.10.
- 기획재정부, “M&A 활성화 방안”, 2014.3.6. 자 보도자료.
- 나무법무사합동사무소 공식 블로그, “역삼각합병의 도입과 활용사례”, 2016.3.18.
- 서지영, “기업의 조직재편제도에 관한 법적 연구 - 삼각조직재편제도를 중심으로 -” 성균관대학교 대학원 법학석사학위논문, 2014.
- 송중준, “삼각합병의 구조와 관련 법적문제”, 「기업법연구」 제27권 제3호, 한국기업법학회, 2013.9.
- _____, “역삼각합병제도의 도입을 둘러싼 상법상의 쟁점”, 「상사법연구」 제33권 제1호, 한국상사법학회, 2014.
- 안경봉 · 박 훈, “삼각합병제도와 과세”, 「법학논총」 제22권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2010.12.
- 윤영신, “삼각합병제도 도입과 활용상의 법률문제”, 「상장회사감사회회보」 제163호, 한국상장회사협의회, 2013.7.
- 윤희웅 · 김가영, “삼각합병에 대한 법적 검토”, 「증권법연구」 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013.

- 이 상, “M&A합성화를 위한 세법적 개선방안, 최근 M&A 활성화방안의 주요 쟁점과 과제”, 「한국 경제법학회 학술대회 자료집」, 2014.6.
- 이영철, “2014년 상법개정안의 삼각주식교환제도에 관한 법적 검토”, 「기업법연구」 제29권 제3호(통권 제62호), 한국기업법학회, 2015.9.
- 정봉진, “역삼각합병이 계약상 권리 양도 금지 조항에 미치는 영향에 관한 미국 법연구”, 「아주법학」 제8권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014.
- (주)프론티어 M&A, “삼각합병 (Triangular Merger)에 대한 과세문제 (미국)”
- 황현영, “상법상 교부금합병과 삼각합병의 개선방안 연구”, 「상사판례연구」 제25집 제4권, 한국상사판례학회, 2012.

- William L. Cary & Melvin A. Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, Foundation Press, 1995.
- James D. Cox & Thomas Lee Hazen, Cox and Hazen on Corporations 2nd Edition, December 17, 2002.
- Stephen T. Dean & Charles H. Egerton, Acquisitive Reorganizations: The “Other” Method Of Buying Or Selling A Corporate Business, 27 U. Fla. L. Rev. 935, 1974-1975.
- Steven L. Emanuel, Corporations and Other Business Entities(7th ed.), Wolters Kluwer, 2013.
- Charles Michael Ginnings & Raymond M. Jones, Triangular Mergers In Texas, 12 Hous. L. Rev. 307, January, 1975.
- Stephanie Hoffer & Dale A. Oesterle, Tax-Free Reorganizations: The Evolution And Revolution Of Triangular Mergers 108 Nw. U. L. 1083, Spring 2014 Symposium.
- Sefeire, Recent Developments in Acquisition and Reorganization, 48 Taxes 829, 1970.
- David Shine, Applicability of Anti-Assignment Clauses in Reverse Triangular Mergers, M&A Lawyer, Vol. 11 No.1, 2007.

[국문초록]

미국 연방소득세법상 역삼각합병에 관한 과세 특례

정 봉 진*

미국 연방 소득세법은 합병, 회사분할, 주식교환 등의 조직재편에 있어 동법 제368조에 열거된 적격요건을 구비할 경우에는 과세이연을 인정해 주고 있다. 미국 연방 소득세법 제368조에 의하여 과세 이연의 혜택을 받는 조직재편에는 7가지가 있는데, A형 조직재편(회사법상의 합병), B형 조직재편(주식교환), C형 조직재편(자산인수), D형 조직재편(분할), E형 조직재편(자본재구성), F형 조직재편(조직변경), G형 조직재편(도산기업 조직재편) 등이 그것이다. 미국 연방소득세법은 A형 조직재편에 속하는 조직재편으로 흡수합병, 신설합병, 정삼각합병과 역삼각합병 등 네 가지 종류를 규정하고 있다. 우리나라도 지난 2015년 상법을 개정하여 ① 주식의 포괄적 교환 시에 인수 모회사 주식을 교부할 수 있도록 하여 삼각주식교환제도를 도입하고 ② 이러한 삼각주식교환을 통하여 역삼각합병이 가능하도록 하였으며 ③ 회사 분할합병 시 분할회사(대상 회사)의 주주에게 인수 모회사 주식이 지급될 수 있도록 하는 삼각분할합병도 허용하였다. 원래 역삼각합병과 같은 삼각조직재편은 각 주마다 서로 다른 법률이 존재하는 미국에서 1960년대 후반 경 다른 주에 있는 회사와 조직재편을 하기 위한 방안으로 시행되기 시작하였다. 이러한 삼각조직재편에 과세혜택까지 인정되면서 오늘날 미국에서는 역삼각합병을 이용한 기업 간의 M&A가 활발하게 이루어지고 있다. 이와 같이 M&A의 방식 선택에 있어서 중요한 기준은 그것이 비과세로 되는가 하는 것이다. 따라서 역삼각합병의 실효성을 제고하기 위해서는 과세 혜택을 마련해 주는 것이 매우 중요하다. 우리나라도 미국 연방소득세법과 마찬가지로 법인세법 정비를 통하여 역삼각합병도 과세특례가 적용되는 적격조직재편으로 인정하여 과세이연의 혜택을 받을 수 있도록 함으로써 역삼각합병이 M&A의 활성화라는 당초의 입법취지를 살릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

* 영남대학교 법학전문대학원, 교수

주제어 : 역삼각합병, 미국 연방 소득세법, 비과세 조직재편, 과세 이연, A형 조직재편.

[Abstract]

Tax-Referral Benefit to the Reverse Triangular Merger
under the U.S. Internal Revenue Code

Chung, Bong-Jin*

In the United States, section 368 of the Internal Revenue Code recognizes the seven types of corporate acquisition structures that qualify as tax-deferred reorganizations, among which the following three type of reorganization are most important: ① Type “A” Reorganization (statutory merger or consolidation); ② Type “B” Reorganization (stock-for-stock acquisition); and ③ Type “C” Reorganization (stock-for-assets acquisition). The forward triangular merger and the reverse triangular merger are generally treated as Type “A” Reorganization. Prior to October 24, 1968, if the target corporation was merged into the acquiring corporation and stock of the acquiring corporation’s parent was utilized as consideration, such stock could not receive tax-free benefit since section 368(b) did not provide for the treatment of the parent as a “party to a reorganization” in type “A” mergers. Effective October 24, 1968, Congress added section 368(a)(2)(D) to the Code. This addition to the statutory definition of a reorganization provides that a forward triangular merger will qualify as a type “A” merger if certain requirements are satisfied. Simultaneously, section 368(b) was amended to make the parent corporation a “party to a reorganization.” In 1971 Congress again amended section 368 by adding section 368(a)(2)(E), which amendment provides that a reverse triangular merger will qualify as a type “A” merger if certain requirements are satisfied. The last sentence in § 368(b) makes the parent corporation a “party to reorganization.” In 2015, Korean Commercial Code also adopted the reverse triangular merger system. In Korea, however, the reverse triangular

* Law Professor, Youngnam University, School of Law

merger is not granted tax-deferred reorganization treatment. For the purpose of more smooth implementation of the reverse triangular merger, it is urgent to allow the tax referral benefit to the reverse triangular reorganizations by amending the Korean Corporate Income Tax Laws.

Key words : Reverse triangular merger, The U. S. Internal Revenue Code, Tax-free reorganization, Tax-referral, Type A reorganization