

**출처** : 日刊 **NTN**(일간NTN) (http://www.intn.co.kr)

Daily **NTN**

홍성대 세무사 2019.09.20 09:22

## ‘양도’ 냐? ‘자본환급’ 이냐?...자기주식 취득과 주식소각의 쟁점

“자기주식 취득과 소각을 ‘주식양도’ 로 보면 양도소득, ‘자본금의 환급’ 으로 보면 배당소득”

홍성대 세무사

-자기주식취득과 소각에 따른 세법적용 <1>

-자기주식취득과 소각에 따르는 일련의 주식거래가 자산거래에 해당하는지 자본 환급에 해당하는지에 대한 판단과 관련하여 [대법원 2016두49525, 2019.6.27.]

자기주식취득과 소각에 따르는 일련의 주식거래가 자산거래에 해당하는지 자본 환급에 해당하는지는 실질과세의 원칙상 단순히 당해 계약서의 내용이나 형식에만 의존할 것이 아니라, 당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체과정을 실질적으로 파악하여 판단해야 한다는 것이 대법원의 일관된 판결이다.

**그럼에도 불구하고 “자기주식소각을 통한 미지분이익잉여금 처리” 방식을 유용한 비법으로 소개되고 있다.**

일간신문을 통한 광고와 검색어 방식에 의한 홍보로 인해, 납세자로 하여금 정말로 지금까지 알지 못했던 해결책이 있을 것 같다는 생각이 들게 한다. **자기주식취득과 소각에 따르는 세법적용의 문제는 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하고 소각하는 일반적인 경우를 말하고, 합병 등 특정목적에 의한 불가피한 자기주식취득과 소각은 해당되지 않는다.**

즉 회사재산의 사외유출이 있는 유상소각을 말하는 것으로서, 소각목적의 자기주식취득은 회사재산의 사외유출이 있는 유상소각에 해당된다.

최근 대법원의 판결(대법원 2016두49525, 2019.6.27.)에 의미를 두어야 할 점은, 주식의 취득에서부터 소각에 이르기까지 상당한 기간이 경과하였음에도, 이러한 사정들만으로 회사에게 주식을 취득할 당시 주식소각 또는 자본 환급의 목적이 없었다고 단정할 수 없다고 한 점이다.

이 점은 자기주식의 취득과 소각은 보유 기간의 문제가 아니라 자기주식취득에 대해 엄격함이 적용되어야 한다는 것이다.

이 연구보고서는

[1] 자기주식소각에 대해 자기주식취득을 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하는 일반적인 경우(상법 제341조)의 사례인

- 자기주식취득과 소각을 배당소득과 불균등감자로 보는 경우
- 자기주식취득과 소각을 업무무관 가지금금과 배당소득으로 보는 경우
- 소각목적 자기주식취득을 업무무관 가지금금으로 보지 않는 경우
- 합병 등 특정목적에 의한 자기주식취득의 유형인 ‘합병 시 취득한 자기주식 소각 차손익을 자본의 증감으로 보는 경우’ 에 대해 분석하고 있으며,

[2] 자기주식 매각에 대해서는 합병 등에 따라 불가피하게 취득하게 되는 자기주식의 경우(상법 제341조의2)의 사례인 ‘합병시 자기주식취득과 매각에 대한 자본거래와 손익거래 판단’ 에 대해 분석하고 있다.

자기주식취득과 주식소각의 일련의 거래에서 확고한 것은

“당해 계약서의 내용이나 형식과 아울러 당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체과정을 실질적으로 파악하여 판단해야 한다(대법원2001두6227, 2002.12.26.)” 는 실질과세 원칙을 천명하고 있다.

주식소각을 통한 미지분이익잉여금의 처리에 관심을 보이는 기업들은 세무 정보와 세법 지식이 부족한 중소기업들이 대부분이다. 우리 중소기업의 대다수의 주주는 특수관계인으로 구성되어 있다.

이와 같은 주주구성 특징과 특정 주식에 대해서만 주식소각을 하는 것은 실질과세 원칙에서 볼 때 매우 위험한 거래일 수밖에 없다. 자기주식취득과 소각에 대한 세법의 적용 규정은 개정 상법의 규정과는 무관한데도 절세의 비법으로 통하는 이유는, 아마도 구 상법은 자기주식 취득을 원칙적으로 금지하면서 “상당한 시기” 에 주식을 처분해야 한다고 통하고 있어 주식의 보유 기간에 대한 의문이 있었으나,

개정 상법은 자기주식의 취득을 원칙적으로 허용하고 이에 맞추어 자기주식의 처분기간을 없앴으로써 자기주식취득과 소각이 폭 넓게 허용되고 있는 것으로 오해를 하고 있는 데에 있다고 본다.

국세신문은 “경영권승계와 자본거래세무” 분야의 전문가인 홍성대 세무사가 분석한 “자기주식취득과 소각에 따른 세법적용” 을 연재한다. [보고서의 내용과 계산의 일부는 필자의 『자본거래와 세무』, 『자본거래세무 계산실무』를 참고하였음을 밝힌다]. /편집자 주

## I. 논점의 시작

[1] 근래 들어 자기주식소각을 미지분이익잉여금을 처리하기에 유용한 비법으로 소개가 되면서, 각종 언론이나 검색어를 통해 절세방법으로 홍보하고 있다. 이들의 홍보 내용을 보면, “기업이 주식매입 대가로 현금을 지급하고 이를 통해 취득했던 자기주식을 소각하게 된다면, 자기주식 0원인 상태가 되고 이를 사는데 활용했던 이익잉여금도 자기주식의 가치만큼 감소하기 때문에 깔끔하게 미지분이익잉여금을 정리할 수 있다” 는 것이다. 이 경우 주식의 양도자는 주식양도에 대해 낮은 세율의 양도소득세만 부담하게 된다는 것이다. 이와 같은 자기주식의 유상취득과 무상소각은 정확히 표현하면 기업의 순자산 감소 효과를 가져 온다. 주주들이 대표이사의 가족들로 구성된 비상장 회사로서는 자기주식취득과 소각으로 현금을 확보하면서 회사재산의 사외유출로 인해 주식의 가치를 떨어뜨리고, 특정주주의 자본 확대로 이어져 경영권승계의 일환으로 활용되고 있다.

그러나 여기서 비법이라고 소개되는 자기주식취득과 소각은 필자의 앞선 보고서 “가지금금 정리와 자기주식 취득의 절세 방식들” 에서 이미 살펴보았듯이, “가지금금 정리에 해법, 해결책이 있다? 해결책은 애초에 없다. … 가지금금 정리에 조금의 절세가 도움이 된다고 한다면 우리의 과세체계가 완벽하게 마련되어 있지 않은 상황에서 벌어지는 불가피한 과세불균형의 한 현상을 활용하는 방법들로서, … 이를 해결책이라고까지 할 수는 없는 것이다” 라고 했다.

자기주식취득과 소각도 가지금금 정리와 마찬가지로 해결책이 없을 뿐더러 비법은 더더욱 아니다.

앞선 보고서인 “가지금금 정리와 자기주식 취득의 절세 방식들” 에서 “가지금금 정리 솔루션” 의 피해를 볼 수 있는 기업들은 중소기업 중에서도 회사의 시스템이 잘 갖추어져 있지 않은 기업, 또는 모든 세무적인 업무를 오너 스스로 챙기는 중소기업들에서 발생할 가능성이 높다고 하였다. “자기주식취득과 소각의 비법” 의 경우도 피해를 볼 수 있는 대상은 “중소의 기업들과 기업인들” 이다.

[2] 자기주식취득과 주식소각에 따르는 세법적용의 문제는 자기주식의 취득 문제와 주식소각 문제(소각소각)가 동시에 발생된다. 자기주식취득과 주식처분(처분손익)에 따르는 세법적용의 문제와는 다른 것이다.

자기주식취득과 주식소각에 대한 쟁점은 주식취득의 적정여부와 함께 주식의 거래(취득과 소각)가 양도인지 또는 자본의 환급인지의 여부이다.

자기주식취득과 주식소각의 일련의 거래가 양도일 경우는 양도소득이 되고 자본 환급일 경우는 배당소득이 된다. 양도소득과 배당소득의 세율은 각 10%~45%의 세율로 서로 차이가 난다.

**자기주식취득과 소각에 따르는 세법적용에 대한 대법원의 판결은 일관되고 있다.**

즉 특별한 경우를 제외하고 주식거래(자기주식취득과 소각)는 주식소각 방법에 의한 자본감소 절차의 일환으로 이루어진 것으로서 주주에 대한 자본의 환급에 해당하므로 그로 인하여 주주가 얻은 이득은 **익제배당소득을 구성**한다는 것이다.

[3] 이번 보고서의 시작이 되었던 대법원(대법원 2016두49525, 2019.6.27.)의 판결(이하 “이 사건” 이라고 한다)은 의미가 있다. 필자가 받은 자기주식취득과 소각에 대한 질문과 상담의 대부분 내용들이 자기주식을 취득한 후 상당한 기간이 지나서 소각을 하는 경우라면 익제배당의 문제는 없을 것이 아니냐는 것이다.

이 사건의 경우 상법 개정 전의 사건이기는 하나, 취득이 제한되어 있는 자기주식을 취득하였고(상법, 2011.4.14. 개정되기 전), 소규모 비상장 회사로서 주주들이 모두 대표이사의 친인척들로 회사가 전체 주식의 49.8%나 되는 주식을 취득하였고, 이 사건에서 의미를 두고 싶은 것은 자기주식을 취득하고 상당한 기간(1년 3개월)이 지난 후에 주식을 소각했다는 점이다. 이 점은 자기주식의 취득과 소각은 보유기간의 문제가 아니라 자기주식취득에 대해 엄격함이 적용되어야 한다는 것이다.

자기주식취득과 처분(소각)에 이르는 보유기간의 문제를 개정 상법이 허용하고 제한을 두지 않고 있지만 세법을 적용하는데 있어서는 특히 관심을 가져야 할 부분이다.

[4] 즉 자기주식취득과 소각에 대한 세법의 적용 규정은 개정 상법의 규정과는 무관한데도 절세의 비법으로 통하는 이유는, 아마도 구 상법은 자기주식취득을 원칙적으로 금지하면서 ‘상당한 시기’ 에 주식을 처분해야 한다고만 정하고 있어 주식의 보유 기간에 대한 의문이 있었으나, 개정 상법은 자기주식의 취득과 소각으로 현금을 확보하고 이에 맞추어 자기주식의 처분기간을 없앴으로써 자기주식취득과 소각이 폭 넓게 허용되고 있는 것으로 오해를 하고 있는 데에 있다고 본다.

대법원(대법원 2001다44109, 2003.5.16.)은 자기주식취득을 엄격히 적용하는 이유에 대해 “회사의 자기주식 취득이 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 주주 및 채권자의 이익을 해하고 주주평등의 원칙을 해하며 대표이사 등에 의한 불공정한 회사지배를 초래하는 등의 여러 가지 피해를 생기게 할 우려가 있다” 고 했다.

이와 같은 대법원의 판결에서 알아야 하는 것은 개정 상법이 자기주식의 취득을 원칙적으로 허용하고는 있지만 자기주식취득으로 인해 초래되는 문제들은 변동될 수 없는 것으로, 자기주식취득의 문제들은 개정 상법과는 무관한 것이며 세법적용에 있어서도 상법 개정 전과 달리진 것이 없다.

[5] 자기주식소각을 통한 미지분이익잉여금의 처리에 대한 세금문제는 이미 오래전부터 “주식거래는 주식소각 방법에 의한 자본감소 절차의 일환으로 이루어진 것으로서 주주에 대한 자본의 환급에 해당하므로 **그로 인하여 주주가 얻은 이득은 배당소득**” 이라는 것은 확고하다.

이번 기회에 자기주식취득과 소각의 세법적용 문제를

① 자기주식취득을 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하는 일반적인 경우(상법 제341조)의 유형(사례인 ‘자기주식취득과 소각을 배당소득과 불균등감자로 보는 경우’ , ‘자기주식취득과 소각을 업무무관 가지금금과 배당소득으로 보는 경우’ , ‘소각목적 자기주식취득을 업무무관 가지금금으로 보지 않는 경우’ 와

② 합병 등 특정목적에 의한 자기주식취득의 유형인 ‘합병 시 취득한 자기주식 소각 차손익을 자본의 증감으로 보는 경우’ 에 대해 분석해보고, 추가적으로 자기주식취득과 처분(매각)의 세법적용 문제를 소각목적의 자기주식취득이 아니라 합병 등 특정목적에 의한 자기주식을 취득하는 경우(상법 제341조의2)의 사례인 ‘합병 시 자기주식취득과 매각에 대한 자본거래와 손익거래 판단’ 에 대해 분석하고 있다.

[6] “대표인이 현신한 30년, 그 시간의 가치를 찾아 드리겠습니다. 기업승계, 가지금금/자사주, 배당/이익소각, 주식명의신탁” 한 일간신문의 광고 문구이다. 감동적이며 무엇인가 있을 것 같다. 필자가 이와 같은 형식의 보고서(「가지금금 정리와 자기주식 취득의 절세 방식들」 등)를 쓸 때마다 생각이 드는 것은, 비법이니 해결책이니 하는 이러한 현상이 우리 세제의 문제인지 국민의식의 문제인지, 과세당국에 대한 신뢰의 문제인지 생각해 보지 않을 수 없게 한다.

세금을 내지 않는 미지분이익잉여금의 처리 방법은 없다. “절세 비법은 애초부터 없다”

## II. 자기주식취득과 주식소각

자기주식취득과 소각에 대해 간략히 설명하면, 자기주식취득은 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하는 일반적인 경우(상법 제341조)와 합병, 주식매수청구권 행사 등 특정목적에 의한 자기주식을 취득하는 경우(상법 제341조의2)가 있다.

주식소각인 자본금 감소(상법 제439조)는 결손보전 등과 같이 회사재산의 사외유출이 없는 주식소각 방식과 유상감자와 같은 회사재산의 사외유출이 있는 방식의 주식소각이 있다. 자기주식취득과 소각에 따르는 세법적용의 문제에서 자기주식취득은 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하고 소각하는 일반적인 경우를 말하고, 합병 등 특정목적에 의한 불가피한 자기주식취득과 소각은 해당되지 않는다.

또한 주식소각은 결손보전을 위한 것과 같이 회사재산의 사외유출이 없는 방식의 자본금 감소가 아닌 회사재산의 사외유출이 있는 유상소각을 말한다. 자기주식취득과 소각에 따르는 세법적용의 문제는 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하고(유상취득하고) 회사재산의 사외유출이 없는 방식으로 자본금을 감소(무상감자)하는 경우에 발생하는 세법적용 문제를 말한다.

즉 자기주식취득과 소각을 일련의 거래로 보아, 이때 소각 목적으로 자기주식취득을 한 경우 자기주식취득과 소각에 따르는 주식거래를 주식의 양도로 볼 것인지, 아니면 자본금의 환급으로 볼 것인지에 따라 그 주식 거래대금이 양도소득인지, 아니면 배당소득인지로 구별된다.

이때 소득의 종류를 구별하는 판단 기준은 “주식의 매도가 자산거래인 주식 양도에 해당하는지 또는 자본환급인 주식소각이나 자본 환급에 해당하는지는 법률행위 해석의 문제로서 거래의 내용과 당사자의 의사와 함께 기초로 판단해야 하지만, 실질과세의 원칙상 단순히 계약서의 내용이나 형식에만 의존할 것이 아니라,

당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체 과정을 실질적으로 파악하여 판단해야 한다” 는 대법원(대법원 2012두27091, 2013.5.9. 외 다수의 판결은 일관되고 있다.

주식거래가 자본의 환급에 해당하는 경우 그 거래가 “주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전, 그밖의 재산의 가액이 주주에 그 주식을 취득하기 위해 사용한 금액을 초과하는 금액” 은 익제배당에 해당된다(소득세법 제17조 제2항 제1호).

여기서 ‘소각’ 의 의미에 대해서 대법원(대법원 2016두56998, 2017.02.23.; 서울고법 2015누67474, 2016.10.05.)은 주식의 소각에 관한 구 상법 제343조 제1항은 “주식은 자본감소에 관한 규정에 의해서만 소각할 수 있다.

그러나 정관의 정한 바에 의하여 주주에게 배당할 이익으로써 주식을 소각하는 경우에는 그러하지 아니하다” 라고 규정하고 있고,

이와 같이 이익이나 자본의 감소” 라고 규정하지 않는다고 하더라도 구 상법이 이를 주식소각의 하나로서 명시하고 있고, 구 소득세법 제17조 제2항 제1호가 “주식의 소각이나 자본의 감소” 라고 규정하고 있는 이상,

구 소득세법 제17조 제2항 제1호 중 “주식의 소각” 에 이익소각” 에 이익소각이 포함됨은 관련 규정의 문언상 명확하다고 하면서,

만일 입법자가 이익소각을 익제배당이 아닌 현금배당과 동일하게 취급하고자 했다면 구 소득세법 제17조 제2항 제1호 중 ‘주식의 소각’ 이라는 문언은 불필요한 것이라고 하였다.

또한 구 상법상 자본감소 등반되지 않는 주식소각은 이익소각 밖에 없으므로 구 소득세법 제17조 제2항 제1호 중 ‘자본의 감소’ 외에 ‘주식의 소각’ 은 이익소각을 염두에 둔 문언으로 봐야 하기 때문이라고 하면서, 일반적인 주식소각과 자본감소는 함께 이루어지는 경우가 많기는 하지만, 상법상 자본감소를 등반하지 않는 주식소각이 가능하고 주식소각을 등반하지 않는 자본감소도 가능한데, 이와 같이 ‘상식’의 소각이나 자본의 감소” 라고 규정한 것은 이를 고려한 것으로 보인다고 했다.

그러나 개정 상법에서는 이익소각제도를 폐지하고 이사회외의 결의에 따라 자기주식을 소각하는 경우에는 자본금 감소에 관한 규정을 따를 필요가 없도록 했다(개정 상법 343조 제1항 단서).

이익소각의 경우 자본의 변동 없이 이익을 반환하게 되나 실질적으로 자기주식취득 후 주식을 소각하는 것과 경제적으로 동일하므로(순자산의 감소 측면에서) 자기주식의 취득을 허용한 개정 상법에서는 회사가 이익소각이 필요한 경우 자기주식을 취득한 후 소각하면 되고 특별히 이익소각을 둘 필요가 없는 것이다.

그런데 현행 소득세법에서는 주식의 ‘소각’ 이라는 용어는 그대로 두고 있다.

앞의 대법원의 판결에 따르면 소득세법의 주식의 ‘소각’ 이 이익소각을 의미하고 있었는데, 이익소각(자본감소가 등반되지 않는 주식소각) 제도가 상법에서 폐지되었으므로, 이행 세법의 익제배당은 자본(정확하게는 자본금)의 감소(액면주식의 주금액 일부를 주주에게 돌려주고 나머지 금액으로 새로운 주금액을 삼는 주금액 감소방식인 주식소각을 등반하지 않는 자본감소 포함)만 국한된다고 봐야 할 것이다.

자기주식취득을 엄격히 규정하고 있는 이유를 다음과 같이 설명하고 있다(최춘서, 「회사법」, 2012년 시행 개정 회사법).

① 자본유지를 위해서서 자본충실의 원칙에 반하고 회사채권자와 주주의 이익을 해치는 결과가 된다. 즉 주가가 하락하면 회사의 손해가 이중으로 확대되며, 유상취득의 경우에는 실질적으로 주금의 환급이 되고,

② 투기행위의 위험이 있다. 즉 자기주식을 취득함으로써 부당한 투기나 주가를 조작해 주주가 투자자의 이익을 해칠 우려가 있고, 일부의 주주에게만 유리한 투자회수의 기회를 부여하므로 주주평등의 원칙에 반하며,

③ 자기주식의 의결권을 이용해서[타인명의로 취득하는 경우(상법 § 225 2)] 회사의 지배권을 유지하는 수단으로 이용할 우려가 있다는 것이다.

이와 같이 합병 등 특정목적에 의한 자기주식의 취득과 같이 불가피한 경우가 아니라면 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득하는 일반적인 경우(자기주식취득이 엄격하게 적용돼야 한다는 것을 알 수 있다.

홍성대 세무사

- 한양대 행정학 석사
- 국제공무원교육원 교수(법인세)
- 현)경영권원 승계 8 차수거래 컨버전스 대표

- www.som-ct.com

◆저 서

-자본거래와 세무
-경영권승계와 자본거래
-자본거래세무 계산실무
-자본거래세무관련 논문 외

출처 : 日刊 **NTN**(일간NTN) (http://www.intn.co.kr)