

| 번호 | 세목  | 제목  | 문서번호<br>[납세자번호]              |
|----|-----|---|------------------------------|
| 4  | 법인세 | 자기주식 취득목적 통지를 누락이 상법상 당연무효에 해당하는지 및 자기주식취득은 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미<br><b>【국패】</b><br>상법상 자기주식 취득목적 통지를 누락한 것은 당연무효에 해당하지 않으며, 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미는 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않음 | 대법2017두63337<br>(2021.07.29) |

대표이사에게 이익을 반환하려는 목적 (과도한 해석?)

개정상법이란 “2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정된 상법” 을 말합니다.  
 동 상법규정은 1년의 유예기간을 거쳐 2012.4.15.부터 시행

※상법개정취지 : ①상장·비상장회사 간 불균형 해소 ②주주의 용이한 자본회수

경영상 목적으로 취득했다고 볼만한 다른 사정이 없으며 舊 상법 유형적으로 분류하여 명시

자기주식 취득

[자본충실의 원칙(자본유지위협) 저해] - 배당가능이익범위 · 배당지급액 (보통예금)보유 여부 × / 기본개념(대원칙/취득내용) ×

① 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조(이익의 배당)제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다.

② 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령(상법 시행령 제9조(자기주식 취득 방법의 종류 등)으로 정하는 방법

[주주평등의 원칙 침해] - 기본개념(대원칙/취득내용) · 불균등감자

제10조(자기주식 취득의 방법)

[취득과정 상법 (형식) 절차] 위반시 소명 불가

‘회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하여 주식을 취득하는 방법’

① 자본충실의 원칙 (자본적 기초 저해)

회계장부상 배당가능이익 범위 (실질적 재원여부 판단하지 않는다. 차입 지급 가능) 실질적 배당가능 재원 여부를 의미 ×

② 주주평등의 원칙 (주주 이익 침해)

결과의 균등이 아닌 기회의 균등 (균등한 조건으로 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 / 공고)

③ 채권자의 이익 침해

대표이사등에 의한 불공정한 회사 지배

회사의 지배권을 유지하는 수단으로 이용

경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 자

① 당초 증여자 가지급금인정이자 (증여일~소각일)

② 이익소각 의제배당 취득가액 당초 증여자의 취득가액 (소각일) / 원천징수(15.4%) · 종합소득세

VS

상법요건 결여 원인무효

① 원상회복 시 까지 가지급금 인정이자 계산 (증여일 ~ 지급액 원상회복시까지)

상법상 이사회 결의를 거친 단서조항

업무무관 과도한 해석?

특수관계인 (주주의 구성)

비상장주식 평가

배우자에 대한 쟁점주식과 관련하여

조세회피 청구인이 선택한 법적형식 조세회피의 목적에서 비롯 ×

부당행위계산부인 대법원2002두11479(2004.02.13)

실질과세원칙

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.

| 자금흐름                  | 가지급금(F/S) 정리 상계             | 가능여부?                |
|-----------------------|-----------------------------|----------------------|
|                       | 당초 증여자 귀속 (금융흐름)            | 소명 불가                |
| 명의신탁<br>차명주식<br>잉여금처리 | 증여자 당초 주식 취득시 자금<br>차명주식 해결 | 소명 불가<br>소명 불가<br>가능 |

① 가지급금 (특수관계인&업무무관)

② 의제배당 취득가액 당초 증여자  
 대가와 취득가액의 차액 수증인

대법원2005두1558 (2006.10.26)

대법원2010두25152(2011.08.25)

① 당사자의 의사(모든 주주) 취득자(수증인)의 목적 및 소각 주주 포기자의 의사(경위) “각 주주 자신의 재산권행사 및 타인(배우자·컨설팅·세무대리인)의 관여” ×

② 계약체결의 경위

③ 대금의 결정 방법

④ 거래의 경과등

⑤ 거래의 전체 과정(형식만 보는데 아님)을 실질적(주금의 환급)으로 (개념)파악

당초 특정(일부)주주만 취득

취득목적 (사실관계에 따라 합리적인 거래)

업무무관 vs 업무관련

ex) 과도한 이익잉여금 적립에 따른 재무적 낭비 제거 및 법인의 주식가치 제고

대금의 결정 방법

· 간주취득세

- 자기 주식 소각 후 다음 유상양수시 비율 증가시 (증가율)

· 주식 양도차익은 양도소득 VS 배당소득

- 회사와 양수도 거래를 했다 하더라도 출자의 환급(소각)은 배당소득임

- 양도소득세로 과세되기 위해서는 출자의 환급이 아니라는

근거가 필요함

## 상법

상법 규정  
위반 여부

## 세법

## 공통

| 번호 | 세목  | 제목   | 문서번호<br>[납세자번호]              |
|----|-----|--|------------------------------|
| 4  | 법인세 | 자기주식 취득목적 통지를 누락이 상법상 당연무효에 해당하는지 및 자기주식취득은 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미<br>【국패】<br>상법상 자기주식 취득목적 통지를 누락한 것은 당연무효에 해당하지 않으며, 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미는 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않음 | 대법2017두63337<br>(2021.07.29) |

[주문]

원심을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

[이유]

상고이유를 판단한다.

## 1. 사안의 개요

가. 원고는 한○○, 그 아들인 박AA, 박BB, 박CC 및 그들이 지분 전부를 소유하고 있는 주식회사 甲, 원고의 자회사인 주식회사 乙이 주주인 비상장회사로, 2012.경 임시주주총회 및 이사회 결의로 자기주식을 취득하기로 하고 주주들에게 자기주식 취득의 통지를 하였다.

나. 원고는 2012. 11. 27. 한○○로부터 자기주식 10만 주를 11억 원에 양수하였는데, 그 대금은 신용대출을 받아 지급하였다(이하 이 사건 거래라고 한다).

다. 피고는 원고가 주주들에게 자기주식 취득의 통지를 하면서 이사회에서 결의한 사항의 일부를 누락하였고, 차입금으로 자기주식을 취득하였다는 등의 이유로 이 사건 거래가 상법 및 그 시행령을 위반하여 무효라는 전제 하에, 원고가 한○○로부터 회수하지 않은 주식양도대금이 업무무관 가지금금에 해당한다고 보고, 2016. 4. 1. 원고에게 2012 내지 2014 사업연도 법인세의 과세표준과 세액을 경정·고지하였다(이하 이 사건 처분이라고 한다).

## 2. 상고이유 제1점에 관하여

가. 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 제2호는 **회사는 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라**

**자기의 명의로 자기의 주식을 취득할 수 있다고 규정**하고,

그 위임에 따른 상법 시행령 제9조(자기주식 취득 방법의 종류 등) 제1항 제1호는 "법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 제2호에서 대통령령으로 정하는 방법이란 **회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하여 주식을 취득하는 방법**을 말한다."라고 규정하고 있다.

그리고 상법 시행령 제10조(자기주식 취득의 방법) 제1호는 회사가 위와 같은 방법으로 자기주식을 취득하려는 경우에는

**이사회**의 결의로 자기주식 취득의 목적(가목), 취득할 주식의 종류 및 수(나목), 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전이나 그 밖의 재산의 내용 및 그 산정 방법(다목), 주식 취득의 대가로 교부할 금전 등의 총액(라목), 20일 이상 60일 내의 범위에서 주식양도를 신청할 수 있는 기간(마목), 양도신청기간이 끝나는 날부터 1개월의 범위에서 양도의 대가로 금전 등을 교부하는 시기와 그 밖에 주식 취득의 조건(바목)을 정하도록 규정하고, 제2호는 회사가 일정 기한까지 각 주주에게 제1호 각 목의 사항 등을 서면이나 전자문서로 통지하도록 규정하고 있다.

나. 원심은 원고가 주주들에게 자기주식 취득의 통지를 하면서 **자기주식 취득의 목적**, 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전의 산정 방법, 양도의 대가로 금전 등을 교부하는 **시기를 누락**하였고, 원고가 한○○로부터만 주식을 양수한 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어

원고가 처음부터 한○○가 보유하고 있던 주식만을 취득하려 한 것으로 볼 수 있으므로,

이 사건 거래는 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 제2호, 상법 시행령 제10조(자기주식 취득의 방법) 제1,2호를 위반하여 무효라고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 제2호, 상법 시행령 제9조(자기주식 취득 방법의 종류 등) 제1항 제1호, 제10조 제1,2호에서 **회사가 일정한 방법과 절차에 따라 자기주식을 취득하도록 정한 취지는 주주들에게 공평한 주식양도의 기회를 보장하려는 데에 있다.**

2) 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고는 이사회에서 상법 시행령 제10조(자기주식 취득의 방법) 제1호 각 목이 정한 사항을 결의한 다음 모든 주주들에게 자기주식 취득의 통지를 하였으나 그 통지서에 자기주식 취득의 목적등이 누락된 사실을 알 수 있다.

그런데 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정,

즉 원고의 이사회에서 결의한 자기주식 취득의 목적은 **과다한 이익잉여금 적립으로 인한 재무적 낭비를 제거하고 주식가치를 제고하기 위한 것인 점, 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전은 「상속세 및 증여세법」이 정한 비상장주식의 평가방법에 기초하여 산정된 점,**

원고는 자기주식 취득의 통지를 하면서 양도신청기간을 명시하였고 실제로 원고가 한○○에게 주식양도대금을 지급한 날은 양도신청기간 다음 날이었던 점에다가 주주들의 관계, 주주들이 이 사건 거래를 전후하여 이의를 제기한 것으로 보이지도 않는 점 등을 고려하여 보면, 원고가 자기주식 취득의 통지를 하면서 이사회에서 결의한 사항의 일부를 누락하였다는 이유만으로 주주들의 공평한 주식양도의 기회가 침해되었다고 보기 어렵다.

또한 원고가 모든 주주들에게 자기주식 취득의 통지를 한 점 등에 비추어 보면,

원심이 든 사정만으로 원고가 처음부터 한○○가 보유하고 있던 주식만을 취득하려고 하였다고 단정할 수 없다. 따라서 이 사건 거래를 무효로 볼 수 없다.

라. 그런데도 원심은 이와 다른 전제에서 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 **자기주식 취득의 절차, 주주평등원칙 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.**

### 3. 상고이유 제2점에 관하여

가. 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항은 본문에서 회사는 일정한 방법으로 자기의 주식을 취득할 수 있다고 규정하면서 단서에서 "다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조(이익의 배당) 제1항 각 호의 금액을 뺀 금액(이하 배당가능이익이라고 한다)을 초과하지 못한다."라고 규정하고, 상법 제462조(이익의 배당) 제1항은 각 호에서 자본금의 액(제1호), 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액(제2호), 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액(제3호), 대통령령으로 정하는 미실현이익(제4호)을 규정하고 있다.

나. 원심은 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 단서는 배당가능이익을 재원으로 자기주식을 취득하여야 한다는 것을 의미하는데 **차입금에 의한 자기주식 취득은 배당가능이익을 재원으로 한 것이 아니라는 전제 하에, 원고가 차입금으로 자기주식을 취득한 이상, 이 사건 거래는 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 단서를 위반하여 무효라고 판단**하였다.

다. 그런데 배당가능이익은 채권자의 책임재산과 회사의 존립을 위한 재산적 기초를 확보하기 위하여 직전 결산기상의 순자산액에서 자본금의 액, 법정준비금 등을 공제한 나머지로써 회사가 당기에 배당할 수 있는 한도를 의미하는 것이지 **회사가 보유하고 있는 특정한 현금을 의미하는 것이 아니다.**

또한 회사가 자기주식을 취득하는 경우 당기의 순자산이 그 취득가액의 총액만큼 감소하는 결과 배당가능이익도 같은 금액만큼 감소하게 되는데, 이는 회사가 자금을 차입하여 자기주식을 취득하더라도 마찬가지이다.

따라서 상법 제341조(자기주식의 취득) 제1항 단서는 **자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.**

라. 그런데도 원심은 이와 다른 전제에서 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 자기주식 취득의 한도인 배당가능이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장도 이유 있다.

### 3. 결론

**그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결**한다.