

서울고법2017누35631 (2017.08.30)

비추어(舊 상법의 일반개념 준용)

이 자기주식 취득을 원칙적으로 금지하고 있었던 취지에 비추어 볼 때,
위 관련 규정이 정한 절차와 방법에 따르지 않은 자기주식의 취득은 당연히 무효라고 봄이 상당하다.

자기주식의 취득은 허용되지 아니한다는 상법 개정 전의 자기주식 취득의 일반원칙은 여전히 유효하다.

자기주식 취득의 문제는 **실질과세원칙**(대법원2001두622, 2002.12.26.), 배당과 불균등감자(대법원2008두19635, 2010.10.28.),
배당과 업무무관가지급금(대법원2016두49525, 2019.6.27.) 등 고려해야 할 것들이 너무 많다. 불가능하다.

대법원 입장

① 상법 자기주식 취득 절차

구 상법과 동일하게 자기주식 취득은 원칙(취지)적으로 금지 자기주식 취득 조건 엄격함

② 상법 자기주식 취득 일반원칙(舊 상법과 동일) (취득목적(취지) : 배당가능 내 업무관련(실제 재무구조 개선) 및 상법상 배당가능이외 예외허용)

(형식적인 것에만 방법 모색)

※ 일반 (보험)컨설팅 과 세무사는 상법상 절차와 방법만 강조 일반 개념(자기주식 취득 목적)은 간과 ※
당초 특정주주의 선택적 매입과 ★자본충실(자본의 환급)의 원칙 저해

(상장회사의 주식처럼 이월결손금의 보전 같은 개념이 아님)★

과세관청(국세청) 입장

① 우회증여 활용 조세회피 목적

② 최초 소유자 직접거래 간주

처음 주식을 소유한 자가 직접 법인에 양도하고 소각을 했기 때문에 처음 주식을 소유한 자에게 배당소득세(원천징수 15.4%)를
종합소득세 합산 부과하겠다는 입장 (대가와 - 당초취득자의 취득가액 = 차액 의제배당)

조세회피(특수관계인의 주주구성=주주평등의 원칙저해))가 아니라는 입증?

구 상법 자기주식 취득 불가의 예외규정(업무관련) (대법원 구상법의 일반원칙 준용/업무관련성 자본충실(기초)의 원칙 저해)에 의한 취득아니면
입증하기 불가능하다고 여겨짐(비취집).

배우자 증여 후 자기주식 취득 이익소각 과세문제

대법원 2001두622 (2002.12.26)
대법원 2001다44109 (2003.05.16)
대법원 2008두19635 (2010.10.28)
대법원 2012두27091 (2013.05.09)
② 서울행법 2016구합73658 (2017.01.20)
③ 서울고법 2017누35631 (2017.08.30)
대법원 2016두49525 (2019.06.27)
서울고법 2020누41377 (2021.04.08)
④ 대법 2017두63337 파기환송 (2021.07.29)

조심 2011중1749 (2012.04.23)
조심 2015전596 (2015.06.25)
① 조심 2016서1700 (2016.07.07)
조심 2018중199 (2018.09.19)
조심 2017중4926 (2018.10.25)
심사소득 2020-1 (2020.05.06)
조심 2020부1593 (2020.09.15)

청구인 주장

대법원 2015두3270 (2017.01.25)
서면 2017-부동산-1755 (2017.08.28)
대법원 2015두49320 (2017.04.07)
대법원 2017두57516 (2017.12.22)

선우회계법인 주황규팀장

Web > <http://tax4041.co.kr/>

Daum cafe > <https://cafe.daum.net/transtax>

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

※ 개정된 상법 규정을 적용한다고 하더라도 상법의 자기주식의 취득 일반원칙은 여전히 유효
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’
하하는게 아니라 비상장법인은 부채비율이 높아지며 추가하락 회사의 손해

① 자본충실의 원칙 [자본적 기초 저해]

상장회사 처럼 이월결손금 보전(재무구조개선)

② 주주평등의 원칙 [주주 이익 침해]

투기행위의 위험

③ 채권자의 이익 침해

대표이사 등에 의한 불공정한 회사 지배

회사의 지배권을 유지하는 수단으로 이용

경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 자

① 당초 증여자 가지급금 인정이자 [증여일~소각일]

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

VS

상법요건 결여 원인무효

상법상 이사회 결의를 거친 단서조항

① 원상회복 시 까지 가지급금 인정이자 계산 [증여일 ~ 지급액 원상회복시까지]

자금흐름

가지급금[F/S] 정리 상계

소명 불가

당초 증여자 귀속 (금융흐름)

소명 불가

명의신탁

증여자 당초 주식 취득시 자금

소명 불가

차명주식

차명주식 해결

소명 불가

잉여금처리

내용 파악

특수관계인 [주주의 구성]

비상장주식 평가

배우자에 대한 쟁점주식과 관련하여
조세회피 청구인이 선택한 법적형식 조세회피의 목적에서 비롯
부당행위계산부인 대법원 2002두11479(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.

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 경과 등

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

자기주식 취득의 목적 주주 통지(절차적 위법)

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

(treasury stock)

[개정전 상법] 제341조 [자기주식의 취득]

회사는 다음의 경우외에는 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하지 못한다.

1. 주식을 소각하기 위한 때
2. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업 전부의 양수로 인한 때
3. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때
4. 단주의 처리를 위하여 필요한 때
5. 주주가 주식매수청구권을 행사한 때

상법 제341조 제3호

“회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때” 란?
회사가 그의 권리를 실행하기 위하여 강제집행, 담보권의 실행 등에 당하여 채무자에 회사의 주식 이외에 재산이 없는 때에 한하여 회사가 자기 주식을 경락 또는 대물변제 등으로 취득할 수있다고 해석되며 따라서 채무자의 무자력은 회사의 자기주식취득이 허용되기 위한 요건사실로서 자기주식 취득을 주장하는 회사에게 그 무자력의 입증책임이 있다.

상법 제462조[이익의 배당]

- ① 회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다.

1. 자본금의 액
2. 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액
3. 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액
4. 대통령령으로 정하는 미실현이익

- ② 이익배당은 주주총회의 결의로 정한다.
다만, 제449조의2[재무제표 등의 승인에 대한 특칙]제1항에 따라 재무제표를 이사회가 승인하는 경우에는 이사회의 결의로 정한다.

- ③ 제1항을 위반하여 이익을 배당한 경우에 회사채권자는 배당한 이익을 회사에 반환할 것을 청구할 수 있다.

- ④ 제3항의 청구에 관한 소에 대하여는 제186조를 준용한다.

[전문개정 2011.4.14] [[시행일 2012.4.15]]

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

[개정후 상법] 제341조[자기주식의 취득]

- ① 회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명외와 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다.
다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조[이익의 배당]제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다.
 1. 거래소에서 시세[時勢]가 있는 주식의 경우에는 거래소에서 취득하는 방법
 2. 제345조[주식의 상황에 관한 종류주식]제1항의 주식의 상황에 관한 종류주식의 경우 외에 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령[상법 시행령 제9조[자기주식 취득 방법의 종류 등]으로 정하는 방법
- ② 제1항에 따라 자기주식을 취득하려는 회사는 미리 주주총회의 결의로 다음 각 호의 사항을 결정하여야 한다.
다만, 이사회의 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회의 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다.
 1. 취득할 수 있는 주식의 종류 및 수
 2. 취득가액의 총액의 한도
 3. 1년을 초과하지 아니하는 범위에서 자기주식을 취득할 수 있는 기간
- ③ 회사는 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조[이익의 배당]제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못할 우려가 있는 경우에는 제1항에 따른 주식의 취득을 하여서는 아니 된다.
- ④ 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조[이익의 배당]제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못함에도 불구하고 회사가 제1항에 따라 주식을 취득한 경우 이사는 회사에 대하여 연대하여 그 미치지 못한 금액을 배상할 책임이 있다.
다만, 이사가 제3항의 우려가 없다고 판단하는 때에 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

상법 제341조의2[특정목적에 의한 자기주식의 취득]

회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조[자기주식의 취득]에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다.

1. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우
2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우
3. 단주[端株]의 처리를 위하여 필요한 경우
4. 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우

[전문개정 2011.4.14] [[시행일 2012.4.15]]

상법 제342조의2[자회사에 의한 모회사주식의 취득]

- ① 다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사(이하 "모회사"라 한다)의 주식은 다음의 경우를 제외하고는 그 다른 회사(이하 "자회사"라 한다)가 이를 취득할 수 없다. [개정 2001.7.24.]

1. 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 때
2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때

- ② 제1항 각호의 경우 자회사는 그 주식을 취득한 날로부터 6월이내에 모회사의 주식을 처분하여야 한다.

- ③ 다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사는 이 법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다. [개정 2001.7.24.]

[본조신설 84·4·10]

상법 시행령 제9조[자기주식 취득 방법의 종류 등]

① 법 제341조[자기주식의 취득]제1항제2호에서 “대통령령으로 정하는 방법”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법을 말한다.

1. 회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하여 주식을 취득하는 방법
2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제133조[공개매수의 적용대상]부터 제146조[조사 및 조치]까지의 규정에 따른 공개매수의 방법

② 자기주식을 취득한 회사는 지체 없이 취득 내용을 적은 자기주식 취득내역서를 본점에 6개월간 갖추어 두어야 한다.

이 경우 주주와 회사채권자는 영업시간 내에 언제든지 자기주식 취득내역서를 열람할 수 있으며, 회사가 정한 비용을 지급하고 그 서류의 등본이나 사본의 교부를 청구할 수 있다.

상법 시행령 제10조[자기주식 취득의 방법]

회사가 제9조[자기주식 취득 방법의 종류 등]제1호에 따라 자기주식을 취득하는 경우에는 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 법 제341조[자기주식의 취득]제2항에 따른 결정을 한 회사가 자기주식을 취득하려는 경우에는 이사회회의 결의로써 다음 각 목의 사항을 정할 것.
이 경우 주식 취득의 조건은 이사회가 결의할 때마다 균등하게 정하여야 한다.
 - 가. 자기주식 취득의 목적
 - 나. 취득할 주식의 종류 및 수
 - 다. 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전이나 그 밖의 재산(해당 회사의 주식은 제외한다. 이하 이 조에서 “금전등”이라 한다)의 내용 및 그 산정 방법
 - 라. 주식 취득의 대가로 교부할 금전등의 총액
 - 마. 20일 이상 60일 내의 범위에서 주식양도를 신청할 수 있는 기간(이하 이 조에서 “양도신청기간”이라 한다)
 - 바. 양도신청기간이 끝나는 날부터 1개월의 범위에서 양도의 대가로 금전등을 교부하는 시기와 그 밖에 주식 취득의 조건
2. 회사는 양도신청기간이 시작하는 날의 2주 전까지 각 주주에게 회사의 재무 현황, 자기주식 보유 현황 및 제1호 각 목의 사항을 서면으로 또는 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지할 것.
다만, 회사가 무기명식의 주권을 발행한 경우에는 양도신청기간이 시작하는 날의 3주 전에 공고하여야 한다.
3. 회사에 주식을 양도하려는 주주는 양도신청기간이 끝나는 날까지 양도하려는 주식의 종류와 수를 적은 서면으로 주식양도를 신청할 것
4. 주주가 제3호에 따라 회사에 대하여 주식 양도를 신청한 경우 회사와 그 주주 사이의 주식 취득을 위한 계약 성립의 시기는 양도신청기간이 끝나는 날로 정하고, 주주가 신청한 주식의 총수가 제1호나목의 취득할 주식의 총수를 초과하는 경우 계약 성립의 범위는 취득할 주식의 총수를 신청한 주식의 총수로 나는 수에 제3호에 따라 주주가 신청한 주식의 수를 곱한 수 [이 경우 끝수는 버린다]로 정할 것

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

자기주식취득과 소각에 대한 세법의 적용 규정은 개정 상법의 규정과는 무관한데도 절세의 비법으로 통하고 있다.

아마 그 이유는, 구.상법은 자기주식 취득을 원칙적으로 금지하면서 ‘상당한 시기’에 주식을 처분하여야 한다고만 정하고 있어 주식의 보유 기간에 대한 의문이 있었으나,
개정 상법은 자기주식의 취득을 원칙적으로 허용하고 이에 맞추어 자기주식의 처분기한을 없앴으로써 자기주식취득과 소각이 폭 넓게 허용되고 있는 것으로 오해를 하고 있는 데에 있다고 본다.

대법원[대법원2001다44109, 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 폐해를 생기게 할 우려가 있다”고 하였다.

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.

상법 제340조의2(주식매수선택권)

① 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제434조(정관변경의 특별결의)의 주주총회의 결의로 회사의 설립·경영 및 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자[被用者]에게 미리 정한 가액[이하 "주식매수선택권의 행사가액"이라 한다]으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리[이하 "주식매수선택권"이라 한다]를 부여할 수 있다.

다만, 주식매수선택권의 행사가액이 주식의 실질가액보다 낮은 경우에 회사는 그 차액을 금전으로 지급하거나 그 차액에 상당하는 자기의 주식을 양도할 수 있다.
이 경우 주식의 실질가액은 주식매수선택권의 행사일을 기준으로 평가한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 제1항의 주식매수선택권을 부여할 수 없다.

1. 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 가진 주주
2. 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 자
3. 제1호와 제2호에 규정된 자의 배우자와 직계존비속

③ 제1항에 따라 발행할 신주 또는 양도할 자기의 주식은 회사의 발행주식총수의 100분의 10을 초과할 수 없다.

④ 제1항의 주식매수선택권의 행사가액은 다음 각 호의 가액 이상이어야 한다.

1. 신주를 발행하는 경우에는 주식매수선택권의 부여일을 기준으로 한 주식의 실질가액과 주식의 권면액[券面額] 중 높은 금액.
다만, 무액면주식을 발행한 경우에는 자본으로 계상되는 금액 중 1주에 해당하는 금액을 권면액으로 본다.
2. 자기의 주식을 양도하는 경우에는 주식매수선택권의 부여일을 기준으로 한 주식의 실질가액

[전문개정 2011.4.14] [[시행일 2012.4.15]]

상법 제340조의3(주식매수선택권의 부여)

① 제340조의2(주식매수선택권)제1항의 주식매수선택권에 관한 정관의 규정에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 일정한 경우 주식매수선택권을 부여할 수 있다는 뜻
2. 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수
3. 주식매수선택권을 부여받을 자의 자격요건
4. 주식매수선택권의 행사기간
5. 일정한 경우 이사회결의로 주식매수선택권의 부여를 취소할 수 있다는 뜻

② 제340조의2(주식매수선택권)제1항의 주식매수선택권에 관한 주주총회의 결의에 있어서는 다음 각호의 사항을 정하여야 한다.

1. 주식매수선택권을 부여받을 자의 성명
2. 주식매수선택권의 부여방법
3. 주식매수선택권의 행사가액과 그 조정에 관한 사항
4. 주식매수선택권의 행사기간
5. 주식매수선택권을 부여받을 자 각각에 대하여 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수

③ 회사는 제2항의 주주총회 결의에 의하여 주식매수선택권을 부여 받은 자와 계약을 체결하고 상당한 기간내에 그에 관한 계약서를 작성하여야 한다.

④ 회사는 제3항의 계약서를 주식매수선택권의 행사기간이 종료할 때까지 본점에 비치하고 주주로 하여금 영업시간내에 이를 열람할 수 있도록 하여야 한다.

[본조신설 99·12·31]

상법 제340조의4(주식매수선택권의 행사)

① 제340조의2(주식매수선택권)제1항의 주식매수선택권은 제340조의3(주식매수선택권의 부여)제2항 각호의 사항을 정하는 주주총회결의일부터 2년 이상 재임 또는 재직하여야 이를 행사할 수 있다.

② 제340조의2(주식매수선택권)제1항의 주식매수선택권은 이를 양도할 수 없다.

다만, 동조제2항의 규정에 의하여 주식매수선택권을 행사할 수 있는 자가 사망한 경우에는 그 상속인이 이를 행사할 수 있다.

[본조신설 99·12·31]

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
①	국세기본	이 사건 주식양도 거래의 실질이 자본의 환원에 해당하므로 그 양도차익은 자본감소에 따른 의제배당소득에 해당함 【국승】 (1심 판결과 같음) 이 사건 주식양도, 이 사건 합병, 이 사건 주식소각 등 단계적으로 이루어진 일련의 거래 내지 행위는 주식을 직접 양도하여 주식소각을 통한 자본을 환원받은 것과 동일한 연속된 하나의 행위 또는 거래라고 평가할 수 있는 바, 그 양도차익을 자본감소에 따른 의제배당소득으로 보아 과세한 처분은 적법함	서울고법2020누41377 (2021.04.08)

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
②	소득세	이 사건 주식의 거래는 주식소각방법에 의한 자본감소절차의 일환으로 이루어진 것이라고 볼 수 있음 【국승】 가. 소득세법 제17조 제2항 제1호는 제1항 제3호에 따른 의제배당의 하나로 “주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전, 그 밖의 재산의 가액 또는 퇴사·탈퇴나 출자의 감소로 인하여 사원이나 출자자가 취득하는 금전, 그 밖의 재산의 가액이 주주·사원이나 출자자가 그 주식 또는 출자를 취득하기 위하여 사용한 금액을 초과하는 금액”을 정하고 있고, 제39조 제6항의 위임에 따라 배당소득의 수입시기를 정하고 있는 소득세법 시행령 제46조 제4호는 소득세법 제17조 제2항 제1호에서 정한 의제배당소득의 수입시기를 “주식의 소각, 자본의 감소 또는 자본에의 전입을 결정한 날(이사회 결의에 의하는 경우에는 상법 제461조 제3항의 규정에 의하여 정한 날을 말한다)이나 퇴사 또는 탈퇴한 날”로 정하고 있다. 나. 원심은 제1심 판결 이유를 인용하여 다음과 같이 판단하고 있다. 의제배당소득은 일반적인 주식 양도소득과는 달리 소득세법 시행령 제46조 제4호에서 정한 주식의 소각 등 결정일에 그 수입시기가 도래한다. 이 사건에서도 원고가 이 사건 주식의 소각을 결정한 날인 2012. 4. 5. 이 양도주주들의 배당소득 수입시기로서 소득의 실현시기가 된다. 따라서 피고가 원고에게, 위 소득의 수입시기를 2012년으로 보아 의제배당으로 인한 배당소득세를 원천징수할 것을 고지하고, 위 소득의 실현 이전에 지급된 주식대금을 전금급(업무무관가지급금)에 불과하다고 보아 그에 대한 인정이자 상당액을 익금산입하여 법인세를 과세한 이 사건 처분에 아무런 위법이 없다.	대법2016두49525 (2019.06.27)

전심이력

조심2016서1700 ▶ 서울행법2016구합73658 ▶ 서울고법2017누35631 ▶ 대법2017두63337 ▶

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
③	법인세	상법 규정을 위반한 자기주식 취득은 당연무효에 해당하며, 경제적 합리성을 결여한 자기주식취득행위는 부당행위계산 부인대상에 해당함 【국승】 자본충실의 원칙과 주주평등의 원칙에 비추어 볼 때 상법에 위반된 자기주식 취득은 당연무효에 해당하며, 자기주식 취득대금은 업무무관 가지급금에 해당하며, 자기주식취득행위는 부당행위계산 부인대상에 해당함	서울고법2017누35631 (2017.08.30)

- 주주 전원에게 회사에 주식 양도를 신청할 수 있음을 통지하면서 위 2012. 10. 23.자 이사회에서 정한 상법 시행령 제10조 제1호 각 목의 사항 중 ‘자기주식 취득의 목적’, ‘주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전이나 그 밖의 재산(이하 ‘금전등’이라 한다)의 산정 방법’, ‘양도의 대가로 금전등을 교부하는 시기와 그 밖에 주식취득의 조건’을 누락
- 이 사건 주식 거래를 하면서 마이너스 통장에서 대출을 받아 한OO에게 매수대금 11억 원을 지급하였고, 취득한 이 사건 주식을 자본조정 항목으로 회계처리하였는데, 재무상태표상 원고의 미처분이익잉여금은 2011. 12. 31.을 기준으로 17,276,428,636원이고 2012. 12. 31.을 기준으로 15,342,722,205원이었다.

가) 상법 규정 위반 여부

- (1) 상법 제341조 제1항 본문은 “회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명의로 자기의 주식을 취득할 수 있다”고 규정하고, 제2호는 ‘각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법’을 규정하고 있으며, 상법 시행령 제9조 제1항 제1호에 의하면 ‘회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하여 주식을 취득하는 방법’이 이에 해당한다.

상법 시행령 제10조 제1호에 의하면 위와 같은 방법으로 자기주식을 취득하는 경우

자기주식 취득의 목적(가목), 취득할 주식의 종류 및 수(나목), 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전 등의 내용 및 그 산정 방법(다목), 주식 취득의 대가로 교부할 금전등의 총액(라목), 20일 이상 60일 내의 범위에서 주식양도를 신청할 수 있는 기간(마목, 이하 ‘양도신청기간’이라 한다), 양도신청기간이 끝나는 날로부터 1개월의 범위에서 양도의 대가로 금전 등을 교부하는 시기와 그 밖에 주식 취득의 조건(바목)을 이사회 결의로써 정해야 하고,

제2호에 의하면 회사는 양도신청기간이 시작하는 날의 2주 전까지 각 주주에게 회사의 재무 현황, 자기주식 보유 현황 및 위 사항들을 서면으로 또는 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지하여야 한다.

또한 상법 제341조 제1항 단서는 “다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조 제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다”고 규정하고, 제462조 제1항은 “회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다”고 규정하면서 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.

이에 의하면 회사는 특정한 목적이 없어도 주주평등의 원칙에 따라 상법이 정하는 절차와 방법으로 배당가능이익의 범위 내에서 자기주식을 취득할 수 있다.

- (2) 위 인정사실에 의하면, 원고는 그 주주들에게 회사에 대하여 주식 양도를 신청할 수 있음을 통지하면서 상법 시행령 제10조 제1호 가목, 다목, 바목의 사항을 통지하지 않았으므로 이 사건 주식 거래는 상법 시행령 제10조 제2호를 위반한 위법이 있다.

또한 자본충실의 원칙과 주주평등의 원칙에 비추어 볼 때, 배당가능이익의 범위 내에서 자기주식을 취득할 수 있다는 것은 단순히 회계장부상 존재하는 배당가능이익의 금액 범위 내에서 자기주식을 취득할 수 있다는 의미가 아니라 배당가능이익을 재원으로 자기주식을 취득할 수 있다는 의미로 해석되므로, 원고가 이 사건 주식을 자본조정 항목으로 회계처리하였고 원고의 재무상태표에 2011년 말일과 2012년 말일을 기준으로 미처분이익잉여금을 보유하고 있는 것으로 기재되어 있더라도, 원고가 이 사건 주식의 매수대금 11억 원을 마이너스 통장에서 대출 받아 지급하였다는 점과 위와 같이 대출을 이용한 이유에 대해서 별다른 해명을 하지 못하는 점에 비추어 보면, 원고가 이 사건 주식 거래 당시 배당가능이익을 재원으로 이 사건 주식을 취득했다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 주식 거래는 상법 제341조 제1항 단서를 위반한 위법이 있다.

나아가 위 인정사실과 인정증거 및 을 제3, 4호증의 각 기재에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉,

① 특수관계자

- ① 원고의 주주들은 모두 대표이사 한OO의 자녀들이거나 그들이 100% 지분을 소유한 회사, 원고의 자회사 등으로 그 구성이 모두 **대표이사 한OO와 밀접한 관계**에 있었다는 점,
- ② 원고가 주주 전원에게 회사에 주식 양도를 신청할 수 있음을 통지한 것에 대하여 한OO만이 양도 신청을 하였고 결국 원고는 **한OO로부터만 자기주식을 취득한 점**, ●주주평등&특수관계자
- ③ 자회사의 모회사 주식 취득은 원칙적으로 금지되어 있어(상법 제342조의2) 원고의 자회사인 주식회사 △△은 **당초부터 원고의 주식을 취득할 수 없었던 점**, ●자기주식취득 일반(취지)원칙 위반
- ④ 한OO는 이 사건 주식을 **비상장주식의 평가방법**에 따라 2011. 12. 31.자로 평가한 10,939원을 가감하여 11,000원에 양수한 점, ●가감 (정확한 금액)
- ⑤ 한OO는 이 사건 주식 거래와 관련한 **세무조사를 받으면서 생활 자금이 필요**해서 이 사건 주식을 원고에게 양도하였다고 답하였고 ●★결론은 자본의 환급(사적사용) 생활자금임★
원고의 감사인 문OO도 같은 취지의 확인서를 작성한 점, ●**유형적으로 분류하여 명시**★
- ⑥ 원고의 2012. 10. 23.자 이사회 의사록에는 **자기주식 취득의 목적이 ‘이익잉여금으로 자기주식을 취득함으로써 과다한 이익잉여금 적립으로 인한 재무적 낭비를 제거하고 주주의 주식가치를 제고하기 위함’**이라고 기재되어 있으나 이에 대해 원고의 상무이사인 정OO은 자기주식을 취득하고자 함을 **법무사에게 설명하고 자문을 구해 위 부분을 작성하였다고 확인서를 작성한 점**, ●★상법위반(상법 일반원칙(취득목적 개념위반)업무무관 자본환급 사적사용) & 조세회피목적★
●**배당가능이익 뿐만 아니라 회사내 지급 유동성 현금성자산(보통예금)이 있어야 함.& 가지금금 변제 목적**
- ⑦ 원고는 이 사건 주식을 취득하고 **매매대금을 마이너스 통장에서 인출**하여 한OO에게 지급함으로써 그에 대한 대출금 이자까지 부담하고 있음에도 현재까지 자기주식을 매각하지 않고 있고 이 사건 주식 거래 이후에도 한OO로부터 2014년도에 100,000주, 2015년도에 100,000주를 취득한 점,
- ⑧ 원고가 이 사건 주식 거래를 통해 매입한 자기주식은 그에 대한 배당을 받지 못하고 이 사건 **주식 거래로 주주간 경영권에 변동이 발생하는 것도 아닌 점** 등에 비추어 보면, 원고가 실질적으로는 ‘**각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로**’ 자기주식을 취득한 것이 아니라 ●주주평등원칙 위반 & 업무무관 & 형식적 절차와 별개로 실질과세원칙(실질적 특정주주만 매입)
처음부터 한OO가 보유하고 있던 주식만을 취득하려고 한 것이었다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 주식 거래는 상법 제341조 제1항 제2호를 위반하였다고 볼 수도 있다.

나) 상법 규정을 위반한 자기주식 취득의 효력

자기주식의 취득은 허용되지 아니한다는 상법 개정 전의 자기주식 취득의 **일반원칙은 여전히 유효하다.**

- (1) 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것) 제341조 제1항은 “회사는 다음의 경우 외에는 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하지 못한다”고 규정하여 각 호의 주식 소각이나 회사의 합병 등 예외적인 경우를 제외하고는 **원칙적인 자기주식 취득 금지**를 규정하고 있었는데, 이는 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 폐해를 생기게 할 우려가 있으므로 **유형적으로 분류하여 명시**★
상법이 **일반 예방적인 목적에서 이를 일률적으로 금지하는 것을 원칙**으로 하면서 **예외적으로 자기주식의 취득이 허용되는 경우를 유형적으로 분류하여 명시하고 있던 것**이다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결 참조). 그러나 상법이 2011. 4. 14. 개정되면서 위와 같이 상법과 그 시행령이 정한 절차와 방법에 따른 자기주식 취득을 허용하였는바, **★개정 전의 상법이 자기주식 취득을 원칙적으로 금지하고 있었던 취지에 비추어 볼 때, 위 관련 규정이 정한 절차와 방법에 따르지 않은 자기주식의 취득은 당연히 무효라고 볼이 상당하다.**
- (2) 따라서 앞서 본 바와 같이 상법과 그 시행령이 정한 절차와 방법에 따르지 않은 원고의 이 사건 주식 거래는 무효이고, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.
- (3) 이에 대하여 원고는, 원고가 그 주주들에게 회사에 대하여 주식 양도를 신청할 수 있음을 통지하면서 상법 시행령 제10조 제1호 가목, 다목, 바목의 사항을 통지하지 않았더라도 원고의 주주들 모두 위 사항을 충분히 알 수 있는 지위에 있었으므로 이 사건 주식 거래가 무효라고 볼 수 없다는 취지로 주장하나, 원고의 통지 누락에도 불구하고 개별 주주들이 위 사항에 대해 실제로 인식하고 있었다는 점에 대한 아무런 자료가 없고, 설령 개별 주주들이 회사의 통지와는 상관없이 위 사항을 인식하고 있었거나 인식할 수 있었다고 하더라도 자기주식 취득은 회사와 주주들뿐만 아니라 그 채권자의 이익과도 관련되는 법률관계이므로 개별 주주들의 주관적 인식가능성 유무에 따라 상법 시행령 제10조 제2호를 위반한 위법이 치유된다고 볼 수도 없다. 원고의 위 주장은 이유 없다(또한 이 사건 주식 거래에 상법 제341조 제1항 제2호와 제1항 단서를 위반한 위법도 있음은 앞서 본 바와 같다).

자기주식 취득의 문제는 실질과세원칙(대법원2001두622, 2002.12.26.), 배당과 불균등감자(대법원2008두19635, 2010.10.28.), 배당과 업무무관가지급금(대법원2016두49525, 2019.6.27.) 등 고려해야 할 것들이 너무 많다. 불가능하다.

2) 업무무관 가지급금 해당 여부

- 가) 법인세법 제28조 [지급이자의 손금불산입]와 같은 법 시행령 제53조[업무무관자산 등에 대한 지급이자의 손금불산입]가 규정하고 있는 지급이자 손금불산입의 대상이 되는 업무무관 가지급금에는 순수한 의미의 대여금은 물론 구상금채권 등과 같이 채권의 성질상 대여금에 준하는 것도 포함되고(대법원 2006. 10. 26. 선고 2005두1558 판결 참조), 매매계약이 처음부터 무효이거나 나중에 취소되는 등으로 효력이 없는 때에는 양도인이 받은 매매대금은 원칙적으로 양수인에게 원상회복으로 반환되어야 할 것이어서 이를 양도인의 소득으로 보아 양도소득세의 과세대상으로 삼을 수 없음이 원칙이므로(대법원 2011. 8. 25. 선고 2010두25152 판결 참조), 법인이 자기 주식의 취득을 위하여 지급한 주식매매대금이 법인세법 제28조[지급이자의 손금불산입] 제1항 제4호 나목에 정한 업무무관 가지급금에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 그와 같은 자기주식의 취득이 무효라면 원칙적으로 그 주식매매대금은 주식취득의 대가로 지급된 것이 아님을 전제로 판단하여야 한다.
- 나) 앞서 본 바와 같이 한OO는 원고의 주주로서 특수관계인에 해당하고, 원고의 이 사건 주식 거래는 상법에 위반한 취득행위로서 무효라고 봄이 상당하므로, 원고가 한OO에게 지급한 이 사건 주식의 매수대금은 이 사건 주식의 취득 대가로 지급된 것이 아니라 법률상 원인 없이 지급된 것이어서 원고로서는 한OO로부터 이를 즉시 회수하여야 할 것이다.
- 그럼에도 원고는 오히려 이 사건 주식 취득의 유효를 주장하면서 정당한 사유 없이 그 회수를 회피하거나 포기하고 있으므로 이 사건 주식의 매수대금은 원고가 특수관계인인 한OO에게 업무와 무관하게 지급한 가지급금으로 보아야 할 것이다.
- 따라서 이와 다른 전제에서 한 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 부당행위계산 해당 여부

- 가) 법인세법 제52조[부당행위계산의 부인]의 부당행위계산이라 함은 납세자가 정상적인 경제인의 합리적 거래형식에 의하지 아니하고 우회행위, 다단계행위 그 밖의 이상한 거래형식을 취함으로써 통상의 합리적인 거래형식을 취할 때 생기는 조세의 부담을 경감 내지 배제시키는 행위 계산을 말하고, 그 경제적 합리성의 유무에 대한 판단은 제반 사정을 구체적으로 고려하여 그 거래행위가 건전한 사회통념이나 상관행에 비추어 경제적 합리성을 결한 비정상적인 것인지의 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2002두11479 판결 등 참조).
- 나) 앞서 본 바와 같이 원고는 한OO로부터 이 사건 주식을 매수하는 방법으로 대주주이던 한OO에게 납입자본금을 반환함으로써 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 주주 및 채권자의 이익을 해하고 주주평등의 원칙도 위반하였는바, 이와 같은 경위로 원고가 한OO에게 법률상 원인 없이 지급한 이 사건 주식의 매수대금을 회수하지 않고 있는 것은 건전한 사회통념이나 상관행에 비추어 경제적 합리성을 결한 비정상적인 행위로서 법인세법 시행령 제88조 제1항 제6호 및 제9호의 ‘금전을 무상 또는 시가보다 낮은 이율 등으로 대부하거나 제공한 경우’ 또는 ‘그에 준하는 행위’에 해당하여 부당행위계산 부인의 대상이 된다고 할 것이다. 따라서 이 와 다른 전제에서 한 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

전심이력

조심2016사1700 ▶ 서울행법2016구합73658 ▶ 서울고법2017누35631 ▶ **대법2017두63337** ▶

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
4	법인세	자기주식 취득목적 통지를 누락이 상법상 당연무효에 해당하는지 및 자기주식취득은 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미 【국패】 상법상 자기주식 취득목적 통지를 누락한 것은 당연무효에 해당하지 않으며, 배당가능이익을 재원으로 한다는 것의 의미는 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않음	대법2017두63337 [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 누락**하였고, **차입금으로 자기주식을 취득하였다는 등의 이유로 이 사건 거래가 상법 및 그 시행령을 위반하여 무효라는 전제 하에**, 원고가 한○○로부터 회수하지 않은 **주식양도대금이 업무무관 가지급금에 해당**한다고 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○○로부터 **만 주식을 양수**한 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 무효**라고 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 명시**하였고 실제로 원고가 한○○에게 **주식양도대금을 지급한 날은 양도신청기간 다음 날이었던 점**에다가 **주주들의 관계, 주주들이 이 사건 거래를 전후하여 이익을 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 판결한다.

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
5	법인세	<p>청구법인이 대주주로부터 취득한 자기주식의 거래대금을 업무무관가지급금으로 하여 과세한 처분이 부당하다는 청구주장의 당부 【기각】</p> <p>청구법인이 쟁점주식을 자기주식으로 취득하는 과정에서 개정된 「상법」에 따른 절차를 위배한 것으로 보이지 아니하나, 대표이사를 제외한 나머지 모든 주주는 주식양도를 청구하지 아니하여 결국 대표이사만 쟁점주식을 양도하게 되었고, 이는 실질적으로 청구법인이 특정주주만 선택하여 그 주식만 취득한 것이 되어 「상법」을 위배하였다고 볼 수 있는 점, 청구법인의 쟁점주식 취득은 고령의 대표이사가 상속에 대비하기 위하여 자기주식으로 취득하도록 한 것으로 보이는 점 등에 비추어 처분청이 쟁점주식 취득대금을 업무무관가지급금으로 보아 과세한 처분은 잘못이 없음</p>	조심2016서1700 (2016.07.07)

[주문]

심판청구를 기각한다.

[이유]

상고이유를 판단한다.

1. 처분개요

가. 청구법인은 1988년에 설립되어 방위산업 관련 화공약품의 제조·판매업을 영위하는 법인으로, 2012.11.27. 대표이사 및 대주주인 한000로부터 청구법인이 발행한 주식 100,000주(액면가액이 000원이고 전체 주식의 6.25%이며, 이하 “쟁점주식”이라 한다)를 000원(1주당 000원)에 취득하여 이를 자기주식으로 보유하고 있고, 쟁점주식 양도 전후의 청구법인 주주 현황은 아래 <표1>과 같다.

000

한편, 쟁점주식 양도와 관련하여 한000는 2012년 귀속 양도소득세 000원(양도가액 000원, 취득가액 000원)을 신고·납부하였다.

나. 000국세청장은 2015.11.16.부터 2015.12.30.까지 청구법인에 대한 조사를 실시하여 쟁점주식 취득은 「상법」의 규정을 위반한 것으로 주식소각을 위한 것이 아니라고 보아 쟁점주식 매매대금 11억원을 업무무관가지급금으로 하여 연도별 관련 지급이자 및 인정이자 합계 000원을 손금불산입 및 익금산입하고, 2016.3.1. 이를 한000의 상여로 소득처분하여 청구법인에게 소득금액변동통지를 하였으며, 000세무서장은 2016.4.4. 청구법인에게 2012~2014사업연도 법인세 합계 000원을 경정·고지하고, 한000가 기납부한 양도소득세는 이를 환급하였다.

000

다. 청구법인은 이에 불복하여 2016.4.25. 심판청구를 제기하였다.

2. 청구법인 주장 및 처분청 의견

가. 청구법인 주장

쟁점주식은 「상법」에 따라 적법하게 취득한 것이므로 이를 무효로 보아 업무무관가지급금으로 과세한 처분은 잘못이다.

- (1) 청구법인은 자기주식 취득과정에서 「상법」 제341조(자기주식의 취득) 및 「상법 시행령」 제9조(자기주식 취득 방법의 종류 등)와 제10조(자기주식 취득의 방법)의 규정에 의한 이사회 및 주주총회 결의를 이행하였고, 청구법인의 모든 주주에게 자기주식 취득을 위한 통지의무를 이행함으로써 모든 주주에게 동일한 가격으로 매매할 수 있는 균등기회를 부여하여 주주평등원칙을 침해하지 아니하는 등 「상법」상 의무와 절차를 모두 이행하였다.

청구법인의 자기주식 취득이 양도주주에게 유리할 수도 불리할 수도 있으므로, 자기주식 취득은 이익배당처럼 모든 주주에게 일률적으로 적용 되는 것이 아니며, 주주와 양수하는 청구법인 사이의 개별적 매매거래로서 매도의사가 없는 주주가 있을 수 있기 때문에 주식 수에 따른 일률적 매매가 이루어질 수는 없다. 따라서 ‘주식 수에 따른 균등 취득이 아니므로 쟁점주식 취득이 「상법」을 위배한 무효’라는 처분청의 주장은 잘못된 것이다.

- (2) 처분청은 청구법인이 쟁점주식을 자기주식으로 취득한 목적이 불분명하므로 위법하다는 취지로 주장하나, 현행 「상법」상 자기주식 취득함에 있어 금액의 한도만 규정되어 있을 뿐 목적은 제한은 없으므로 “과다한 이익잉여금 적립을 해소하고 주주의 주식가치를 제고”하기 위한 청구법인의 취득 목적은 합법적이다.

- (3) 납세의무자는 경제활동을 함에 있어서 동일한 경제적 목적을 달성하기 위하여 여러 가지 법률관계 중 하나를 선택하여 법률행위를 할 수 있는 것이고, 과세관청은 특별한 사정이 없는 한 그 법률행위를 존중하여야 할 것인데, 실질과세원칙에 의하여 당사자의 거래행위를 그 형식에 불구하고 조세회피행위라 하여 그 행위의 효력을 부인하려면 명백하고 구체적인 과세근거를 제시하여야 할 것이다.

쟁점주식을 양도한 한OOO가 자신의 주식이라는 자산을 포기하고 현금이라는 자산을 취득하기 위하여 주식 양도라는 법률 행위를 한 것은 전적으로 자신의 자유의지에 의한 것이고, 이러한 법률 행위를 부인하고 매매라는 행위를 자금의 대여로 보려면 명백하고 구체적인 근거를 제시하여야 할 것이나, 처분청은 이에 관하여 별다른 근거 없이 과세처분을 하였다.

- (4) 쟁점주식을 양도한 한OOO는 쟁점주식에 대한 주주로서의 권리를 포기함으로써 명실상부한 매매행위가 이루어졌고 법률관계는 확정되어 수년간 매매주식에 대한 주주로서의 모든 권리가 배제되었다.

청구법인의 배당금 결의시 쟁점주식은 제외되었고, 주주총회에서의 의결권도 배제되었는바, 이처럼 매매의 법률관계는 확정되었고 실질과 형식이 모두 부합하므로 쟁점주식 거래를 인정하여야 한다.

- (5) 처분청은 쟁점주식 거래가 한OOO가 상속세를 절감하면서 자녀들에게 부(富)를 이전하기 위한 것이라고 하나 이는 잘못된 것이다.

자기주식 취득으로 이익배당액이 자기주식을 배제함으로 인한 기존 주주의 이익이 증가함은 자기주식 취득으로 인한 일반론적 결과이지, 한OOO와 청구법인의 주주에게 한정된 특정 현상은 아니므로 한OOO가 자녀에게 이익을 분여하기 위하여 청구법인이 자기주식을 취득한 것이라고 본 처분청의 주장은 잘못된 판단이다.

- (6) 청구법인의 쟁점주식 취득거래로 양도인 한OOO의 상속가능한 재산이 감소되었다는 처분청의 주장은 사실과 다르다.

조심2016서1700
[2016.07.07]

상속재산은 주식만 해당하는 것이 아니고 부동산, 예·적금 등 모든 재산을 망라하여 합산되는 것임에도, 쟁점주식 거래로 비상장주식이라는 재산이 감소하고, 보통예금이라는 다른 재산이 증가하였으므로 한OOO의 상속가능재산이 감소하였다는 처분청의 주장은 잘못이다.

나. 처분청 의견

청구법인이 쟁점주식을 취득한 것은 「상법」을 위반한 것이고, 그 목적도 대표이사 한OOO의 상속문제에 기인하므로 정당한 거래로 볼 수 없다. 따라서 쟁점주식 매매대금을 업무무관가지급금(무수익자산의 매입)으로 보아 과세한 처분은 잘못이 없다.

(1) 청구법인의 쟁점주식 취득은 「상법」에 위배된다.

(가) 2011.4.14. 개정되기 전의 상법 제341조(자기주식의 취득)는 ‘주식 소각 등 일정한 경우 외에는 자기주식을 취득하지 못한다.’라고 규정하였다가 ‘회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다.’라고 개정하면서

각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하도록 하고 있는바,

청구법인은 한OOO의 아들 3명을 비롯한 특수관계에 있는 법인들의 주식은 취득하지 아니하고 한OOO가 보유한 쟁점주식만 취득함으로써 균등하지 않은 자기주식 취득이 되었으므로 이는 「상법」을 위반한 것이다.

(나) 청구법인은 자기주식을 취득하기 전에 모든 주주에게 균등하게 기회를 부여하였으니 「상법」상 그 의무를 다하였다고 주장하면서 법학자의 논문에서 실린 해석을 제시하고 있으나, 이는 법 조문을 엄격하게 해석하지 아니한 결과이다.

(2) 청구법인은 쟁점주식을 업무와 무관한 목적으로 취득하고 매매대금을 한OOO에게 지급하였으므로 업무무관가지급금에 해당한다.

(가) 개정된 「상법」에는 자기주식의 취득목적에 대한 규정이 없고, 처분청도 쟁점주식 거래로 인하여 취득하는 자기주식의 취득목적의 적법성 여부를 검토한 것이 아니다.

(나) 처분청은 청구법인이 자금을 차입하여 이자비용을 지출하면서 대표이사인 한OOO로부터 무수익자산(쟁점주식)을 매입한 거래가

법인의 업무관련 거래에 해당하는지 여부를 검토하였고,

청구법인의 이사회 의사록과 이사회에 참석했던 사내이사, 양도인인 한OOO 및 청구법인의 감사로부터 다음의 사항들이 확인되어 청구법인이 뚜렷한 업무목적 없이 쟁점주식을 취득한 것으로 판단하게 되었다.

1) 청구법인의 쟁점주식 취득과 관련한 이사회 의사록의 취득 목적은 “이익잉여금으로 자기주식을 취득함으로써 과다한 이익잉여금 적립으로 인한 재무적 낭비를 제거하고, 주주의 주식가치를 제고하기 위함”으로 기재되어 있으나, 당시 이사회에 참석했던 사내이사 정OOO은 조사 당시 제출한 확인서에 의하여 ‘회사의 자기주식 취득과 관련하여 법무사에게 자문을 구하였고, 법무사가 알려준 내용으로 이사회회의록 1번 항목 자기주식 취득 목적을 작성하였다’고 진술하여 청구법인이 구체적인 자기주식 취득 목적이 없었음이 확인되었다.

2) 처분청이 한OOO에게 우편으로 질문서를 보내 회신받은 바에 의하면 한OOO는 생활자금이 필요해서 처분한 것으로 확인되고, 청구법인의 감사 문정석도 한OOO가 개인자금이 필요해서 주식을 매매한 것으로 알고 있다는 확인서를 제출하였다.

(3) 청구법인과 한OOO의 쟁점주식 거래에는 한OOO의 자녀들에 대한 부(富)의 이전목적이 포함되어 있다.

(가) 청구법인의 쟁점주식 취득으로 경영권에 변동이 발생하지 아니하고, 또한 청구법인의 주주는 100% 특수관계자로 구성되어 있으며, 이에 따라 오로지 한OOO만 쟁점주식을 청구법인에게 양도하였고 나머지 주주는 청구법인의 자기주식 취득에 응하지 아니하였다.

(나) 청구법인은 이자비용을 지출하고 있으면서도 현재까지 쟁점주식을 매각 또는 소각하지 아니하고 있고, 오히려 2014년과 2015년에도 한OOO로부터 계속하여 각 100,000주씩을 취득하여 자기주식으로 보유하고 있으며, 구체적인 처분계획도 없다.

(다) 쟁점주식 취득거래로 인한 부수적인 효과로서 한OOO의 자녀들에게 배당이 이전되는 효과가 발생하는 것이고, 실제로 청구법인이 쟁점 자기주식을 취득한 후 2014.7.28. 현금배당을 실시하였으며, 자기주식이 배당에서 제외된 만큼 한OOO의 자녀에게 배당이 증가하였고, 청구법인의 미처분 이익잉여금이 2012년말 현재 000원, 2015년말 현재 000원으로서 고액의 현금배당이 가능한 자원을 보유하고 있으므로 향후 배당을 실시할 경우 한OOO의 자녀에게 배당될 금액이 더욱 증가하게 된다.

(라) 「조세특례제한법」에 따라 2017.12.31.까지 중소기업 주식의 경우 할증평가가 배제되고 그 이후 상속 또는 증여가 이루어질 경우 할증평가대상이 되는바, 고령의 한OOO가 상속재산이 될 청구법인의 주식(중소기업 주식)을 청구법인에게 자기주식으로 양도하면 회사의 경영권은 전혀 침해받지 않으면서 할증평가 대상이 되는 주식이 감소하게 되는 부수적인 효과가 있다.

조심2016서1700
(2016.07.07)

(4) 위와 같이 청구법인이 한OOO로부터 쟁점주식을 취득한 것은 청구법인의 수익 창출에 공헌하지 못하고 이와 관련이 없으며, 장래에도 그 자산의 운용으로 수익을 얻을 가망성이 희박한 무수익자산을 취득한 것으로서 경제인의 입장에서 대단히 부자연스럽고 불합리한 행위로 볼 수밖에 없으므로, 「법인세법」 제52조(부당행위계산의 부인) 등에 따라 부당행위계산부인하여 과세한 처분은 잘못이 없다.

3. 심리 및 판단

가. 쟁점

청구법인이 대주주로부터 취득한 자기주식의 거래대금을 업무무관가지급금으로 보아 과세한 처분의 당부

나. 관련 법령

(1) 국세기본법(2011.12.31. 법률 제11124호로 개정된 것)

제14조 【실질과세】 ② 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.

(2) 법인세법(2011.12.31. 법률11128호로 개정된 것)

제4조 【실질과세】 ② 법인세의 과세소득이 되는 금액의 계산에 관한 규정은 소득·수익 등의 명칭이나 형식에도 불구하고 그 실질내용에 따라 적용한다.

제28조 【지급이자의 손금불산입】 ① 다음 각 호의 차입금의 이자는 내국법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 때 손금에 산입하지 아니한다.

4. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 내국법인이 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액
(차입금 중 해당 자산가액에 상당하는 금액의 이자를 한도로 한다)

가. 제27조 제1호에 해당하는 자산

나. 제52조 제1항에 따른 특수관계인에게 해당 법인의 업무와 관련 없이 지급한 가지급금 등으로서 대통령령으로 정하는 것

제52조 【부당행위계산의 부인】 ① 납세지 관할 세무서장 또는 관할지방국세청장은 내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 대통령령으로 정하는 특수관계인(이하 “특수관계인”이라 한다)과의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하 “부당행위계산”이라 한다)에 관계없이 그 법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 수 있다.

② 제1항을 적용할 때에는 건전한 사회 통념 및 상거래 관행과 특수관계인이 아닌 자 간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(요율·이자율·임대료 및 교환 비율과 그 밖에 이에 준하는 것을 포함하며, 이하 이 조에서 “시가”라 한다)을 기준으로 한다.

(3) 법인세법 시행령(2012.4.13. 대통령령 제23724호로 개정된 것)

제53조 【업무무관자산등에 대한 지급이자의 손금불산입】 ① 법 제28조 제1항 제4호 나목에서 “대통령령으로 정하는 것”이란 명칭여하에 불구하고 당해 법인의 업무와 관련이 없는 자금의 대여액(괄호 생략)을 말한다. 다만, 기획재정부령이 정하는 금액을 제외한다.

제88조 【부당행위계산의 유형 등】 ① 법 제52조 제1항에서 “조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

2. 무수익 자산을 매입 또는 현물출자받았거나 그 자산에 대한 비용을 부담한 경우

(4) 상법(2011.4.14. 법률10600호로 개정된 것)

제341조 【자기주식의 취득】 ① 회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명의로 자기의 주식을 취득할 수 있다.
다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조 제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다.

2. 제345조 제1항의 주식의 상환에 관한 종류주식의 경우 외에 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법
- ② 제1항에 따라 자기주식을 취득하려는 회사는 미리 주주총회의 결의로 다음 각 호의 사항을 결정하여야 한다. 다만, 이사회의 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회의 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다.

1. 취득할 수 있는 주식의 종류 및 수
2. 취득가액의 총액의 한도
3. 1년을 초과하지 아니하는 범위에서 자기주식을 취득할 수 있는 기간

(5) 상법 시행령(2012.4.10. 대통령령 제23720호로 개정된 것)

제9조 【자기주식 취득 방법의 종류 등】 ① 법 제341조 제1항 제2호에서 “대통령령으로 정하는 방법” 이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법을 말한다.

1. 회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하여 주식을 취득하는 방법

제10조 【자기주식 취득의 방법】 회사가 제9조 제1호에 따라 자기주식을 취득하는 경우에는 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 법 제341조 제2항에 따른 결정을 한 회사가 자기주식을 취득하려는 경우에는 이사회의 결의로써 다음 각 목의 사항을 정할 것.
이 경우 주식 취득의 조건은 이사회가 결의할 때마다 균등하게 정하여야 한다.

가. 자기주식 취득의 목적

나. 취득할 주식의 종류 및 수

다. 주식 1주를 취득하는 대가로 교부할 금전이나 그 밖의 재산(해당 회사의 주식은 제외한다. 이하 이 조에서 “금전등” 이라 한다)의 내용 및 그 산정 방법

라. 주식 취득의 대가로 교부할 금전등의 총액

마. 20일 이상 60일 내의 범위에서 주식양도를 신청할 수 있는 기간(이하 이 조에서 “양도신청기간” 이라 한다)

바. 양도신청기간이 끝나는 날부터 1개월의 범위에서 양도의 대가로 금전등을 교부하는 시기와 그 밖에 주식 취득의 조건

3. 회사에 주식을 양도하려는 주주는 양도신청기간이 끝나는 날까지 양도하려는 주식의 종류와 수를 적은 서면으로 주식양도를 신청할 것

4. 주주가 제3호에 따라 회사에 대하여 주식 양도를 신청한 경우 회사와 그 주주 사이의 주식 취득을 위한 계약 성립의 시기는 양도신청기간이 끝나는 날로 정하고,
주주가 신청한 주식의 총수가 제1호 나목의 취득할 주식의 총수를 초과하는 경우 계약 성립의 범위는 취득할 주식의 총수를 신청한 주식의 총수로 나눈 수에 제3호에 따라
주주가 신청한 주식의 수를 곱한 수(이 경우 끝수는 버린다)로 정할 것

(6) 조세특례제한법

제101조 【중소기업 최대주주 등의 주식 할증평가 적용특례】 「상속세 및 증여세법」 제63조를 적용하는 경우 같은 법 제63조 제3항에 따른 중소기업의 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자의 주식 또는 출자지분을 2017년 12월 31일 이전에 상속받거나 증여받는 경우에는 같은 법 제63조 제3항에도 불구하고 같은 법 제63조 제1항 제1호 및 제2항에 따라 평가한 가액에 따른다.

다. 사실관계 및 판단

(1) 청구법인의 쟁점주식 취득과정을 요약하면 아래 <표3>과 같다.

OOO

(2) 청구법인의 2012.10.23. 이사회 의사록을 보면, 쟁점주식의 취득가액을 「상속세 및 증여세법」에 의한 비상장주식의 평가방법에 따라 2011.12.31.자로 평가한 OOO원을 가감하여 1주당 OOO원으로 의결한 사실이 나타난다.

(3) 한OOO가 쟁점주식의 양도와 관련하여 처분청에 제출한 답변서(2015.12.22.)의 주요내용은 다음과 같다.

OOO

(4) 청구법인은 위와 같이 취득한 쟁점주식을 처분하거나 소각하지 아니하였고, 2014.5.27. 및 2015.2.6. 한OOO로부터 자기주식 각 100,000주를 추가로 취득하여 총 297,407주(쟁점주식은 분할 등으로 일부 주식수가 감소)의 자기주식을 보유하고 있는 사실이 심리자료에 의해 확인된다.

(5) 금융감독원 전자공시시스템에 의하면 청구법인의 재무현황은 다음과 같다.

OOO

(6) 이상의 사실관계 및 관련 법령 등을 종합하여 살피건대, 「국세기본법」 제14조 제2항 및 「법인세법」 제4조에 법인의 과세소득이 되는 금액의 계산에 관한 규정은 소득·수익 등의 명칭이나 형식에도 불구하고 그 실질내용에 따라 적용하도록 규정하고 있는바,

청구법인이 쟁점주식을 자기주식으로 취득하는 과정에서 개정된 「상법」에 따른 절차를 위배한 것으로는 보이지 아니하나, 그 과정에서 한OOO를 제외한 나머지 모든 주주(위 <표1>과 같이 나머지 주주는 한OOO의 아들 또는 아들이 주식을 전부 소유한 회사 그리고 청구법인의 자회사이다)는 주식매수를 청구하지 아니하여 결국 한OOO만 쟁점주식을 양도하게 되었고 이는 실질적으로 청구법인이 특정주주만 선택하여 그 주식만 취득한 것이 되어 「상법」을 위배하였다고 볼 수 있는 점, 한OOO는 쟁점주식 외에도 2014년과 2015년에 청구법인에게 보유주식을 자기주식으로 양도하였고 당시에 다른 주주는 참여하지 아니한 것으로 확인된 점, 청구법인은 쟁점주식을 취득하면서 자금이 부족하여 대출(마이너스통장)을 받아 대금을 지급한 것으로 나타나는 점, 고령의 한OOO가 상속재산이 될 주식을 청구법인에게 자기주식으로 양도하면 경영권은 전혀 침해받지 않으면서 나머지 보유주식이 상속될 경우 할증평가될 가능성을 낮출 수 있어 보이는 점 등에 비추어 청구법인의 쟁점주식 취득은 고령의 한OOO가 상속에 대비하기 위하여 자기주식으로 취득하도록 한 것으로 보이므로 청구법인의 입장에서는 업무와 무관한 자산을 취득한 경우에 해당한다. 따라서 처분청이 쟁점주식 취득대금을 업무무관가지급금으로 보아 과세한 처분은 달리 잘못이 없다고 판단된다.

4. 결론

이 건 심판청구는 심리결과 청구주장이 이유 없으므로 「국세기본법」 제81조 및 제65조 제1항 제2호에 의하여 주문과 같이 결정한다.

번호	세목	제목	문서번호 [납세자번호]
6	기타	<p>자기주식취득 금지규정에 위반한 자기주식 취득 및 제3자명의 자기주식 취득은 무효임 【기타】</p> <p>[1] 주식회사가 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하는 것은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 주주 및 채권자의 이익을 해하고 주주평등의 원칙을 해하며 대표이사 등에 의한 불공정한 회사지배를 초래하는 등의 여러 가지 폐해를 생기게 할 우려가 있으므로</p> <p>상법은 일반예방적인 목적에서 이를 일률적으로 금지하는 것을 원칙으로 하면서, 예외적으로 자기주식의 취득이 허용되는 경우를 유형적으로 분류하여 명시하고 있으므로 상법 제341조, 제341조의 2, 제342조의 2 또는 증권거래법 등에서 명시적으로 자기주식의 취득을 허용하는 경우 외에, 회사가 자기주식을 무상으로 취득하는 경우 또는 타인의 계산으로 자기주식을 취득하는 경우 등과 같이, 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하거나 주주 등의 이익을 해한다고 할 수 없는 것이 유형적으로 명백한 경우에도 자기주식의 취득이 예외적으로 허용되지만, 그 밖의 경우에 있어서는, 설령 회사 또는 주주나 회사채권자 등에게 생길지도 모르는 중대한 손해를 회피하기 위하여 부득이 한 사정이 있다고 하더라도 자기주식의 취득은 허용되지 아니하는 것이고 위와 같은 금지규정에 위반하여 회사가 자기주식을 취득하는 것은 당연히 무효이다.</p> <p>[2] 회사 아닌 제3자의 명의로 회사의 주식을 취득하더라도 그 주식취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 그 주식취득에 따른 손익이 회사에 귀속되는 경우라면, 상법 기타의 법률에서 규정하는 예외사유에 해당하지 않는 한, 그러한 주식의 취득은 회사의 계산으로 이루어져 회사의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 있는 것으로서 상법 제341조가 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다.</p> <p>[3] 주식회사의 자본충실의 원칙상 주식의 인수대금은 그 전액을 현실적으로 납입하여야 하고 그 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못하는 것이므로 회사가 제3자에게 주식인수대금상당의 대여를 하고 제3자는 그 대여금으로 주식인수대금을 납입한 경우에, 회사가 처음부터 제3자에 대하여 대여금채권을 행사하지 아니하기로 약정되어 있는 등으로 대여금을 실질적으로 회수할 의사가 없었고 제3자도 그러한 회사의 의사를 전제로 하여 주식인수청약을 한 때에는, 그 제3자가 인수한 주식의 액면금액에 상당하는 회사의 자본이 증가되었다고 할 수 없으므로 위와 같은 주식인수대금의 납입은 단순히 납입을 가장한 것에 지나지 아니하여 무효이다.</p>	<p>대법2001다44109 [2003.05.16]</p>

[주문]

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

상고이유를 본다.

1. 상고이유 제2점에 대하여

가. 주식회사가 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하는 것은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 주주 및 채권자의 이익을 해하고 주주평등의 원칙을 해하며 대표이사 등에 의한 불공정한 회사지배를 초래하는 등의 여러 가지 폐해를 생기게 할 우려가 있으므로 상법은 일반예방적인 목적에서 이를 일률적으로 금지하는 것을 원칙으로 하면서, 예외적으로 자기주식의 취득이 허용되는 경우를 유형적으로 분류하여 명시하고 있다. [상법 제341조].

그러므로 상법 제341조(자기주식의 취득), 제341조의 2(특정목적에 의한 자기주식의 취득), 제342조의 2(자기주식의 질취) 또는 증권거래법 등에서 명시적으로 자기주식의 취득을 허용하는 경우 외에, 회사가 자기주식을 무상으로 취득하는 경우 또는 타인의 계산으로 자기주식을 취득하는 경우 등과 같이, 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하거나 주주 등의 이익을 해한다고 할 수 없는 것이 유형적으로 명백한 경우에도 자기주식의 취득이 예외적으로 허용되지만[대법원 1996.6.25. 선고, 96다12726 판결 참조], 그 밖의 경우에 있어서는, 실령 회사 또는 주주나 회사채권자 등에게 생길지도 모르는 중대한 손해를 회피하기 위하여 부득이 한 사정이 있다고 하더라도 자기주식의 취득은 허용되지 아니하는 것이다.

그리고 위와 같은 금지규정에 위반하여 회사가 자기주식을 취득하는 것은 당연히 무효이다[대법원 1964.11.12.자 64마719 결정 참조].

한편, 상법 제625조(회사재산을 위태롭게 하는 죄) 제2호는 "누구의 명의로 하거나를 불문하고 회사의 계산으로 부정하게 그 주식을 취득하는 행위"를 처벌대상으로 규정하고 있다.

이들 규정을 아울러 고찰할 때, 비록 회사 아닌 제3자의 명의로 회사의 주식을 취득하더라도, 그 주식취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 그 주식취득에 따른 손익이 회사에 귀속되는 경우라면, 상법 기타의 법률에서 규정하는 예외사유에 해당하지 않는 한, 그러한 주식의 취득은 회사의 계산으로 이루어져 회사의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 있는 것으로서 상법 제341조(자기주식의 취득)가 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다고 할 것이다.

나. 다른 한편, 주식회사의 자본충실의 원칙상 주식의 인수대금은 그 전액을 현실적으로 납입하여야 하고 그 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못하는 것이므로[상법 제295조(발기설립의 경우의 납입과 현물출자의 이행), 제334조, 제421조(주식에 대한 납입), 제422조(현물출자의 검사)] 회사가 제3자에게 주식인수대금상당의 대여를 하고 제3자는 그 대여금으로 주식인수대금을 납입한 경우에, 회사가 처음부터 제3자에 대하여 대여금채권을 행사하지 아니하기로 약정되어 있는 등으로 대여금을 실질적으로 회수할 의사가 없었고 제3자도 그러한 회사의 의사를 전제로 하여 주식인수청약을 한 때에는, 그 제3자가 인수한 주식의 액면금액에 상당하는 회사의 자본이 증가되었다고 할 수 없으므로 위와 같은 주식인수대금의 납입은 단순히 납입을 가장한 것에 지나지 아니하여 무효라고 할 것이다.

다. 원심이 적법하게 인정한 사실에 의하면, ○○종합금융주식회사(이하 "○○종금"이라 한다)의 제안에 따라 원고는 원고 또는 그가 지정하는 자의 이름으로 ○○종금의 유상증자에 참여하기로 하되, 100억원을 ○○종금으로부터 대출받아 이를 신주인수의 청약대금으로 ○○종금에 납입하고, 인수한 주식 전부를 ○○종금에 담보로 제공하며, ○○종금이 영업정지를 받는 등의 사유가 발생하는 경우에는 그 전일자로 ○○종금에 대하여 원고가 위 주식의 매수(환매)를 청구할 수 있는 권리가 발생한 것으로 간주하고 그 매수가격을 발행가액으로 하여 원고의 위 대출금채무와 상계된 것으로 보고 이자 등 일체의 채권에 대하여 ○○종금의 권리가 상실되는 것으로 계약을 체결하였다는 것인바, 이는 결국 원고가 청약하는 신주인수대금을 ○○종금이 대출의 형식으로 제공하여 납입하게 하지만 원고에게는 그 대여금상환의 책임을 지우지 아니하고 그 주식인수에 따른 손익을 ○○종금에 귀속시키기로 하는 내용의 계약이라고 할 것이고, 따라서 이 계약의 실질은 ○○종금의 계산아래 ○○종금이 원고 또는 원고가 지정하는 자의 명의로 ○○종금 스스로 발행하는 신주를 인수하여 취득하는 것을 목적으로 하는 것으로서, 앞에서 본 법리에 비추어 자기주식의 취득이 금지되는 유형에 해당한다고 할 것이므로, 위 계약은 대출약정을 포함한 그 전부가 무효라고 할 것이고, 그 계약에 따라 원고가 ○○종금의 대여금으로 신주대금을 납입한 것 역시 무효라고 할 것이다.

라. 그렇다면 위 계약에 기초하여 원고와 ○○종금 사이에서 이루어진 100억원의 대출약정은 무효이므로 위 대출약정에 따른 원고의 채무는 존재하지 아니한다고 할 것이고, 그 계약에 따라 대출금으로 원고에게 입금되었던 금원은 신주인수대금명목으로 다시 ○○종금에 입금되었으므로 원고가 대출금상당의 부당이득을 한 것으로 볼 수도 없다고 할 것이다.

마. 원심판결의 이유설시가 적절하지는 아니하나, 위 대출약정에 따른 원고의 대출원리금 기타 일체의 채무가 존재하지 아니한다고 본 결론에 있어서는 정당하고, 원심판결에, 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.

2. 상고이유 제1점에 대하여

피고는 이 사건 주식매수 및 상계약정이 유효하다는 결론에 따를 때 원고만이 주금을 환급받는 결과로 되어 다른 일반주주들에 비하여 원고에게 특별한 이익을 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위배된다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 계약은 ○○종금이 자기주식을 취득하는 것을 목적으로 하는 것으로서 자기주식의 취득금지에 위배되어 그 전체가 무효이고, 이에 따라 이에 포함된 주식매수 및 대출약정 등도 모두 무효로 되는 것으로서 상고이유의 주장은 이와 다른 전제에서 주장하는 것으로 이유없다 할 것이다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

피고는 이 사건 주식매수 및 상계약정이 파산채권자를 해함을 알고 한 행위이거나 파산자의 의무에 속하지 아니함에도 불구하고 지급정지나 파산신청이 있는 후에 한 채무소멸에 관한 행위이므로 파산법상의 부인권을 행사한다고 주장하나, 원고와 ○○종금 사이의 계약이 앞에서 본 바와 같은 이유로 모두 무효인 이상, 그 주식매수대금과 대여금 사이에 상계가 이루어질 여지는 없고, 따라서 피고가 상계약정에 대하여 부인권을 행사할 이유나 필요도 없다고 할 것이므로, 이와 다른 견지에서 위 계약이 유효함을 전제로 하는 위 주장은 이유없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.