

자기주식제도의 적절한 운용을 위한 과세제도 개선방안*

최성근**

< 목 차 >

- I. 서 언
- II. 자기주식거래에 대한 과세의 기본구조
- III. 자기주식의 취득 및 처분 시의 주식평가와 관련한 과세문제
- IV. 회사의 타인명의 자기계산 발행주식 취득에 대한 과세상의 취급
- V. 기업조직재편 과세제도와 자기주식
- VI. 가족기업에 의한 자기주식제도 남용에 대한 과세상의 취급
- VII. 결 어

I. 서 언

현행 상법 하에서 주식회사는 주주들에게 공평한 기회가 주어지는 한 취득 목적을 불문하고 배당가능이익의 범위 내에서 자기주식을 취득할 수 있다(상법 제341조).¹⁾ 또한 회사는 자기주식을 취득한 후 별다른 제한을 받지 않고 소각하거나 보유하거나 양도할 수 있다. 자기주식은 현재 재무구조 개선, 임직원 성과보상(주식매수선택권 포함) 또는 주식거래 활성화를 비롯하여, 합병·주식교

* 이 논문은 한국조세재정연구원의 「2019 조세전문가 네트워크 사업」의 일환으로 수행한 연구를 수정, 보완한 것이다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 상법은 2011년 개정을 통하여 원칙적으로 금지하던 자기주식의 취득과 보유를 원칙적으로 허용하는 것으로 전환하였다. 상법이 자기주식의 취득 제한을 완화한 주된 이유는 기업이 자기주식을 취득할 경우 재무관리가 크게 유연해지고 이 점이 기업의 대외적 경쟁력을 강화한다는 것이었다, 국회 법제사법위원회, 상법 일부개정법률안 심사보고서, 2011. 3. 10.

환의 대가 지급, 교환사채 발행, 우리사주조합 출연, 신사업·핵심산업 육성, 사내근로복지기금 또는 장학재단 출연, 단주 처리 등 다양한 목적을 위하여 광범위하게 이용되고 있다.²⁾

자기주식에 대한 과세제도를 보면, 구 상법 하에서는 자기주식 취득 자체가 매우 제한되어 있었고 그 보유 또한 취득 목적의 달성에 필요한 최소기간으로 맞추어져 있었던 탓에, 자기주식의 일반적인 이용을 상정한 과세제도가 갖추어져 있지 아니하였다. 그렇다면 상법이 자기주식의 취득과 보유를 원칙적으로 허용하는 내용으로 개정된 후에는 일반적인 이용을 염두에 두고 그 과세제도가 보완되었어야 할 터인데 미흡한 상태로 남아 있는 부분이 적지 않다.

이 논문에서는 자기주식이 다양한 목적을 위하여 광범위하게 이용되고 있고 앞으로도 그럴 것이라는 전제 하에 자기주식제도의 적정한 운용을 위한 과세제도 개선방안을 연구한다.

먼저 자기주식거래에 대한 과세의 기본구조를 취득단계에서의 과세상의 취급과 처분단계의 과세효과로 나누어 분석한다. 다음으로, 자기주식의 취득과 처분시의 주식평가와 관련한 과세문제로서, 자기주식의 고가 또는 저가 취득 및 자기주식의 저가 또는 고가 처분에 따른 이익에 대한 과세방안을 제시한다. 이어서, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 ‘상속세 및 증여세법’(이하 ‘상증세법’이라 한다) 제45조의2³⁾ 또는 동법 제4조의2 제2항⁴⁾을 적용할 수 있는지 여부를 검토한다. 이어서, 적격합병의 요건과 적격인적분할의 요건을 중심으로, 기업조직재편의 원활화를 위한 합병·분할 관련 자기주식 과세제도의 개선방안을 제시한다. 끝으로, 가족기업에 의한 자기주식제도의 남용을 규율하기 위한 과세상의 취급에 대하여 검토한다.

2) 한국거래소, 「2018년도 코스닥시장 자기주식 취득·처분 현황 분석」, 2019.; 한국거래소, 「상장법인 자기주식 취득 현황과 주가동향」, 2017.; 정재은, “자기주식과 대차거래”, 『BFL』 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018, 24면 참조.

3) 상증세법은 제45조의2에서 명의신탁재산의 증여 의제를 규정하고 있는데, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 이 규정을 적용하여 징벌적 성격의 증여세를 부과할 수 있는지의 문제이다.

4) 상증세법은 제4조의2 제2항에서 동법 제45조의2에 따라 재산을 증여한 것으로 보는 경우 명의자가 아니라 실제소유자가 증여세를 납부할 의무가 있다고 규정하고 있는데, 이 규정을 적용함에 있어 타인명의 자기계산으로 발행주식을 취득한 회사를 증여세의 납세의무자로 볼 수 있는지의 문제이다.

II. 자기주식거래에 대한 과세의 기본구조

자기주식거래에 대한 과세는 자기주식을 취득하는 단계와 자기주식을 처분하는 단계에서 각각 문제된다. 발행회사가 자기주식을 취득하는 단계에서 취득 목적이 소각인지 소각 외인지 따라 주주가 받는 대가에 대한 과세상의 취급이 달라진다. 또한 발행회사가 자기주식을 처분하는 단계에서 처분의 내용이 소각인지 양도인지에 따라 발행회사에 대한 과세효과가 달라진다.

1. 자기주식 취득단계에서의 과세상의 취급

자기주식의 취득단계에서는 원칙적으로, 발행회사에 대해서는 과세문제가 발생하지 아니하고, 발행주식을 이전하는 주주에게만 대가에 대한 과세문제가 발생한다. 주주의 발행주식 이전 대가에 대한 과세상의 취급, 즉 소득의 종류는 발행회사가 자기주식을 취득하는 목적이 ‘소각’인지 아니면 ‘소각 외’인지에 따라, 소각목적인 경우 배당소득, 소각 외의 목적인 경우 양도소득으로 구분된다.

1) 발행회사가 소각목적으로 취득하는 경우

발행회사가 소각목적으로 자기주식을 취득하는 경우에는 주주가 받는 대가가 해당 주식의 취득가액보다 크면 그 차액이 배당소득으로 의제된다(소득세법 제 17조 제2항 제1호 및 법인세법 제16조 제1항 제1호). 이 경우 개인주주에게는 금융소득종합과세가 적용될 수 있고,⁵⁾ 법인주주는 회사의 유형에 따라 차등적인 수입배당에 대한 익금불산입을 적용받을 수 있다.⁶⁾

-
- 5) 소득세법에 따르면, 배당소득과 이자소득을 합산한 금액이 연간 2,000만원 이하인 경우에는 배당소득이 분리과세되지만(소득세법 제14조제3항제6호), 그 합산 금액이 연간 2,000만원을 초과하는 경우에는 ① (2천만 원×14%)+(2천만 원 초과 금융소득+여타 종합소득금액)×기본세율, ② (금융소득×14%)+(여타 종합소득금액×기본세율) 중 큰 것에 대하여 종합소득세가 부과된다(소득세법 제62조 참조). 개인주주는 배당소득에 대하여 금융소득종합과세가 적용되는 경우에는 그 대상 배당소득에 대하여 세액공제를 적용받을 수 있다(제17조 제3항 및 제56조).
- 6) 법인세법에 따르면 수입배당에 대하여, 내국법인이 다른 내국법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 50%(주권상장법인의 경우 30%)를 초과하여 출자하고 배당받은 경우 100분의 50, 50%(상장·등록법인의 경우 30%) 이하로 출자하고 배당받은 경우 100분의 30을 익금불산입한다(법인세법 제18조의2). 또한 지주회사의 경우에는 자회사에 대한 출자비용

2) 발행회사가 소각 외의 목적으로 취득하는 경우

회사가 소각 외의 목적으로 주주로부터 발행주식을 이전받고 주주가 발행회사로부터 대가를 받은 경우에는 그 대가는 양도소득에 해당한다. 소각 외의 목적으로 발행회사에 주식을 이전함으로써 주주가 얻는 양도차익에 대해서는, 개인주주의 경우에는 양도소득세가 부과되고(소득세법 제92조 제1항 제3호 등),⁷⁾ 법인주주의 경우에는 각사업연도소득에 대한 법인세가 부과된다(법인세법 제4조 제3항 제4호). 회사가 소각 외의 목적으로 발행주식을 취득하는 경우에는 주주에게 주식의 양도에 대한 증권거래세가 부과된다.⁸⁾

2. 자기주식 처분단계에서의 과세효과

1) 자기주식의 소각에 대한 과세효과

자기주식의 소각은 자본거래⁹⁾에 해당하므로 그 소각에 따른 손익에 대해서는 과세효과가 발생하지 아니한다. 법인세법은 제15조에서 “익금은 자본 또는 출자의 납입 및 이 법에서 규정하는 것은 제외하고 해당 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액으로 한다”라고 규정하여 자본거래

80%(주권상장법인의 경우 40%) 초과 시 수입배당액의 전부, 기준비율 이하 시 수입배당액의 100분의 80을 익금불산입한다(법인세법 제18조의3).

- 7) 상장법인의 소액주주가 거래소에서 보유주식을 양도하는 경우에는 과세되지 않지만, ① 거래소 상장법인의 지분비율이 i. 유가증권시장 경우 1% 또는 10억 원 이상인 대주주, ii. 코스닥시장의 경우 2% 또는 시가 10억 원 이상인 대주주 및 iii. 코넥스시장의 경우 4% 또는 시가 10억 원 이상인 대주주의 보유주식 양도차익, ② 상장법인의 소액주주가 거래소 밖에서 보유주식을 양도하는 경우 및 ③ 비상장법인 주주의 주식 양도차익에 대해서는 양도소득세가 과세된다(소득세법 시행령 제167조의8 제1항 참조). 이 경우 세율은 상장법인과 비상장법인 공통으로, ① 중소기업 주식의 경우에는 i. 대주주(4% 또는 10억원 이상) 100분의 20(3억 초과 100분의 25), ii. 소액주주 100분의 10이고, ② 중소기업 외 주식의 경우에는 i. 대주주 1년 미만 보유 100분의 30, ii. 대주주 1년 이상 보유 100분의 20(3억 초과 100분의 25), iii. 소액주주 100분의 20이다(소득세법 제104조 제1항 제11호).
- 8) 증권거래세의 세율은 비상장주식 0.45%, 유가증권시장 상장주식 0.25%(농어촌특별세 0.15% 포함), 코스닥시장 상장주식 0.25%, 코넥스시장 상장주식 0.10%, K-OTC 상장주식 0.25% 및 상장주식 장외거래 0.45%이다(증권거래세법 제8조 및 동법 시행령 제5조 참조).
- 9) 자본거래란 기업에 대한 소유주의 투자 또는 기업의 소유주에 대한 분배에 의하여 기업과 소유주 간에 자산이 이전되는 거래를 말한다. 기업과 소유주 간의 거래인 자본거래는 기업 내부의 정산을 의미할 뿐 기업의 손익에는 아무런 영향을 미치지 아니한다.

로 인한 수익을 익금에 포함시키지 아니한다. 아울러 동법은 제17조 제1항에서 ‘1. 주식발행액면초과액, 2. 주식의 포괄적 교환차익, 3. 주식의 포괄적 이전차익, 4. 감자차익, 5. 합병차익 및 6. 분할차익’의 자본거래로 인한 수익을 익금불산입항목으로 규정하고 있다. 자기주식의 소각을 자본거래로 보는 것은 법인세법과 상법 및 기업회계가 같다.

2) 자기주식에 양도에 대한 과세효과

상법에서는 자기주식의 양도를 자본거래로 볼 것인지 손익거래로 볼 것인지에 대하여 견해가 나누지만, 기업회계에서는 자기주식의 양도를 자본거래로 취급하고 있다.¹⁰⁾ 법인세법은 자기주식의 양도를 손익거래¹¹⁾로 보아 그 양도차익에 대하여 법인세를 부과한다(법인세법 제15조 제1항 및 동법 시행령 제11조 제2의2호). 이러한 법인세법 규정은 종래의 대법원 판례를 입법화한 것인데, 대법원은 자기주식의 양도성과 자산성이 다른 주식회사가 발행한 주식의 그것과 본질적으로 차이가 없다고 판시하여 왔다.¹²⁾ 발행회사가 자기주식을 양도하는 경우에는 증권거래세가 부과된다.

Ⅲ. 자기주식의 취득 및 처분 시의 주식평가와 관련한 과세문제

1. 문제의 제기

자기주식의 취득과 보유가 이전과 비교하여 대폭 자유로워지다 보니, 회사가 자기주식을 이용할 기회가 많아졌고 이를 남용할 가능성도 커졌다. 회사가 자기주식을 취득하는 거래, 소각하는 거래 또는 양도하는 거래에서 주식의 가격 또는 소각의 대가를 어떻게 평가 또는 산정하느냐에 따라 다양한 유형의 부당한 이익이 발생할 수 있다. 자기주식을 저가로 또는 고가로 취득하거나 저가로

10) 한국국제회계기준(K-IFRS) 제1032호 문단 33. AG36; 일반기업회계기준 제15장 문단 8.

11) 손익거래란 회사의 순자산 변동분 중 소유자와의 자본거래를 제외한 나머지 모든 거래를 말한다. 기업의 영업활동에 의한 손익거래는 수익과 비용을 발생시킨다.

12) 대법원 1980. 12. 23. 선고 79누379 판결; 대법원 1992. 9. 8. 선고 91누13670 판결 등 참조.

또는 고가로 처분하는 경우에는, 자기주식 취득 또는 처분의 직접 당사자인 주주에게 소득세법의 양도가액과 취득가액에 관한 규정(소득세법 제96조, 제97조 등) 또는 법인세법의 익금과 손금에 관한 규정(법인세법 제15조, 제19조 등)을 적용하는 외에, 소득세법 또는 법인세법의 부당행위계산부인 규정(소득세법 제101조 또는 법인세법 제52조)이나 상증세법의 저가 양수 또는 고가 양도에 따른 이익의 증여에 관한 규정(상증세법 제35조)을 적용하여 그 부당한 이익에 대하여 과세할 수 있다. 그러나 자기주식의 취득 또는 처분과 관련해서는 직접 당사자인 주주 이외의 자들도 자기주식의 평가를 왜곡하여 부당한 이익을 취할 수 있는데, 현행 조세법상으로는 이러한 이익에 대하여 과세할 수 있는 제도가 적절하게 구비되어 있지 아니하므로 입법을 통한 보완이 필요하다.

2. 자기주식의 고가 또는 저가 취득에 따른 과세문제

상증세법은 제39조의2에서 회사가 자본금을 감소시키기 위하여 주식을 소각할 때 일부 주주의 주식을 소각하면서 주식의 평가액에 미치지 못하거나 평가액을 초과하는 소각대가를 지급함으로써 특정 주주가 이익을 얻는 경우에는 주주총회 결의일을 증여일로 하여 그 이익에 상당하는 금액을 그 주주의 증여재산가액으로 하도록 규정하고 있다. 회사가 자기주식을 취득하는 경우에도 유사한 상황이 발생할 수 있다. 회사가 자기주식을 취득할 때, 주주들에게 주식의 소유권을 이전할 균등한 기회가 주어지지 않았거나 또는 주어졌다고 하더라도 주주들이 그 기회를 이용하지 아니하여 결과적으로 일부 주주로부터 주식을 취득하면서, 주식의 평가액에 미치지 못하거나 평가액을 초과하는 대가를 주주에게 지급하고 주식을 취득함으로써 특정 주주가 경제적 이익을 얻게 되는 경우가 그러하다.

회사가 거래소를 통하여 자기주식을 취득하는 경우에는 거래소에서 형성된 금액으로 거래가 이루어질 것이므로 이런 문제가 거의 발생하지 아니할 것이다. 그러나 그 외의 방법으로 자기주식을 취득하는 경우에는, 주주평등의 원칙에 반하여 자기주식의 취득이 사법(私法)상 무효가 되는 것은 별론으로 하고,¹³⁾

13) 자기주식 취득이 주주평등의 원칙에 반하여 무효가 되는 경우에는 업무무관 가지급금으로 과세할 것인가 문제될 수 있다. 한편 주주가 자기주식을 취득하려는 발행회사의 거래 상대방이 되는 것을 포기한 경우에는 일부 주주의 주식만 취득대상으로 될 수 있다.

상증세법 제39조의2에서 규정하고 있는 감자에 따른 이익의 증여와 유사한 문제가 발생할 수 있다. 상증세법 제39조의2는 주식소각을 통한 자본금 감소에 적용되는 규정이므로, 이 규정이 그 문언의 해석상 자기주식을 취득하는 경우에까지 적용된다고 보기는 어렵다.

한편 상증세법은 제2조 제6호에서 ‘증여’를 ‘그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우 포함)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라고 정의하여 증여세 완전포괄주의를 규정하고 있고, 제4조에서 증여세 완전포괄주의에 따른 과세대상을 명확히 하기 위하여 ‘무상으로 이전 받은 재산 또는 이익’(동조 제1항 제1호)을 비롯하여 ‘제39조의2를 포함한 증여예시 규정과 경제적 실질이 유사한 경우 등 증여예시 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익’(동조 제1항 제6호 참조) 등을 증여세 과세대상으로 규정하고 있는데, 이들 규정의 입법취지¹⁴⁾에 따른다면 회사의 자기주식 취득과 관련하여 부당한 이득을 취한 일부 주주에 대한 증여세 과세문제에 대하여 별도의 규정을 둘 필요가 없다고 볼 수도 있다.

그렇더라도 납세자의 법적안정성과 예측가능성을 제고하기 위해서는 상증세법에 관련 규정을 신설하거나 상증세법 제39조의2를 개정하여, 자본금 감소를 위한 주식소각의 경우뿐만 아니라 자기주식을 취득하는 경우에도 같은 취지의 과세조치가 취해지도록 하는 것이 바람직하다.¹⁵⁾

상증세법에 관련 규정을 신설하는 방안을 상정하여 ‘자기주식의 취득에 따른 이익의 증여’ 규정의 시안을 제시하면 다음과 같다.

<표 1> 상증세법상 ‘자기주식의 취득에 따른 이익의 증여’ 규정 신설안

<p>상증세법 제39조의4(자기주식의 취득에 따른 이익의 증여)</p> <p>① 법인이 자기주식을 취득하는 경우로서 일부 주주의 주식을 취득함으로써 다음 각 호의 구분에 따른 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.¹⁶⁾</p> <p>1. 자기주식을 시가보다 낮은 대가로 취득한 경우: 주식을 이전한 주주의 특수관계인에 해당하는 주주가 얻은 이익¹⁷⁾</p>

14) 국회 기획재정위원회, 상속세 및 증여세법 일부개정법률안(정부) 검토보고서, 2015.10. 참조.
 15) 김의석, “자기주식 거래의 과세”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 400면 참조.

2. 자기주식을 시가보다 높은 대가로 취득한 경우: 주식을 이전한 주주가 얻은 이익¹⁶⁾
 ② 제1항을 적용할 때 이익의 계산방법 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

3. 자기주식의 저가 또는 고가 처분에 따른 과세문제

회사가 자기주식을 처분할 때, 주주들에게 주식을 취득할 균등한 기회가 완전하게 주어지지 않았거나, 주어졌다고 하더라도 주주들이 그 기회를 이용하지 아니하거나, 또는 자기주식을 제3자에게 처분하여 결과적으로 일부 주주 또는 제3자에게 주식을 처분하면서, 그 주식의 평가액에 미치지 못하거나 평가액을 초과하는 대가를 받은 경우에는 주주 간 또는 주주와 자기주식을 취득한 제3자 간에 증여세 과세대상인 경제적 이익의 이전이 있었는지 여부가 문제될 수 있다.

상증세법은 신주발행에 대해서는 위와 같은 상황에 대응하는 규정을 두고 있다. 상증세법은 제39조 제1항 제1호에서 신주를 시가보다 낮은 가액으로 발행하는 경우에는, ① 해당 법인의 주주 등이 신주인수권의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 실권주를 배정하는 경우에는 그 실권주를 배정 받은 자가 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익, ② 해당 법인의 주주 등이 신주인수권의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 실권주를 배정하지 아니한 경우에는 그 신주 인수를 포기한 자의 특수관계인이 신주를 인수함으로써 얻은 이익, ③ 해당 법인의 주주 등이 아닌 자가 해당 법인으로부터 신주를 직접 배정 받음으로써 얻은 이익, 및 ④ 해당 법인의 주주 등이 소유한 주식 등의 수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 신주를

-
- 16) 상증세법 제39조의2(감자에 따른 이익의 증여) 제1항 단서에서는 “다만, 그 이익에 상당하는 금액이 대통령령으로 정하는 기준금액 미만인 경우는 제외한다”라고 규정하고 있는데(동법 시행령 제29조의2 제2항 ‘감자한 주식 등의 평가액의 100분의 30에 상당하는 가액’과 ‘3억원’ 중 적은 금액), 이러한 단서는 감자나 자기주식 취득과 관련하여 이미 주주 평등의 원칙을 위반한 경우라면 주주 간 불평등을 가중시킬 소지가 있으므로 두지 않는 것이 바람직하다. 상증세법 제39조의 ‘증자에 따른 이익의 증여’에서는 이 같은 단서를 두고 있지 아니하다.
- 17) 상증세법 제39조의2 제1항 제1호에서는 ‘주식을 이전한 주주의 특수관계인에 해당하는 대주주가 얻은 이익’이라고 규정하고 있는데, 이익을 얻은 자를 ‘대주주’로 국한시킬 합리적인 이유가 없다고 보여진다. 감자에 따른 이익의 증여에서도 같다고 할 것이다.
- 18) 상증세법 제39조의2 제1항 제2호에서는 ‘대주주의 특수관계인에 해당하는 주식을 이전한 주주가 얻은 이익’이라고 규정하고 있는데, 이익을 얻은 자를 ‘대주주의 특수관계인’으로 국한시킬 합리적인 이유가 없다고 보여진다. 감자에 따른 이익의 증여에서도 같다고 할 것이다.

직접 배정받음으로써 얻은 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여 재산가액으로 하여 증여세를 부과하도록 규정하고 있다. 또한 상증세법은 제39조 제1항 제2호에서 신주를 시가보다 높은 가액으로 발행하는 경우에는, ① 해당 법인의 주주 등이 신주인수권의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 실권주를 배정하는 경우에는 그 실권주를 배정받은 자가 그 실권주를 인수함으로써 그의 특수관계인에 해당하는 신주인수 포기자가 얻은 이익, ② 해당 법인의 주주 등이 신주인수권의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 실권주를 배정하지 아니한 경우에는 그 신주를 인수함으로써 그의 특수관계인에 해당하는 신주인수 포기자가 얻은 이익, ③ 해당 법인의 주주등이 아닌 자가 해당 법인으로부터 신주를 직접 배정받아 인수함으로써 그의 특수관계인인 주주 등이 얻은 이익, 및 ④ 해당 법인의 주주 등이 소유한 주식 등의 수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 신주를 직접 배정받아 인수함으로써 그의 특수관계인인 주주 등이 얻은 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하도록 규정하고 있다.

회사가 자기주식을 처분하는 경우에도 상증세법 제39조 제1항 제1호 또는 제2호의 경우와 유사한 문제가 발생할 수 있고 이 경우 주주 간 또는 주주와 제3자 간에 경제적 이익의 이전 문제가 발생할 수 있다. 이러한 경제적 이익의 이전을 증여세의 과세대상으로 할 것인지의 문제는 회사의 자기주식 처분 시 주주들에게 주주평등의 원칙이 지켜져야 하는지의 문제가 전제된다. 상법은 제342조 제3호에서 자기주식을 처분하는 경우에는 그 처분할 상대방을 결정하도록 규정하고 있을 뿐 구체적인 방법을 규정하고 있지 아니하다. 이 경우 처분할 상대방을 결정함에 있어 신주발행의 경우와 마찬가지로 주주평등의 원칙이 지켜져야 하는지 여부에 대해서는 견해가 나뉜다. 자기주식 처분 시에도 주주평등 원칙이 지켜져야 한다는 견해가 있고,¹⁹⁾ 주주의 지분에 관한 비례적인 이익이 보호되어야 한다는 취지의 하급심 판결이 있다.²⁰⁾ 이에 대해 자기주식 처

19) 송옥렬, “2011년 개정 회사법의 해석상 주요 쟁점·기업재무 분야를 중심으로”, 『저스티스』 제127호, 2011, 66면; 안성포, “기업재편과 취득한 자기주식의 처분과 소각”, 『법학연구』 제20집 제4권, 인하대학교 법학연구소, 2017, 37면; 김흥기, “2011년 개정상법 및 동법 시행령상 회사재무분야의 주요쟁점과 해석 및 운용상의 과제”, 『기업법연구』 제26권 제1호, 한국기업법학회, 2012, 123-124면 등.

20) 서울서부지법 2006. 3. 24.자 2006카합393 결정; 서울서부지법 2006. 6. 29. 선고 2005가합8262 판결.

분에 관하여 주주들이 갖는 이해를 고려한다면 매수인 선택방법의 공정성이 중요하지만 상법은 매수인 선택에 있어 이런 고려를 하지 않고 이사회 의 재량에 맡기고 있으므로 주주 간에 불평등하다고 하더라도 이를 회사법적인 무효로 다루기는 어렵다는 견해도 있고,²¹⁾ 자기주식의 처분에 신주발행의 법리를 유추적용할 수 없다고 보는 하급심 판결도 있다.²²⁾

자기주식의 처분 시 주주들에게 주주평등의 원칙이 지켜져야 한다는 견해에 따르면, 자기주식의 저가 또는 고가 처분 시 증자에 관한 상증세법 제39조 제1항 제1호 또는 제2호와 유사한 상황이 발생할 경우에 대응할 필요가 있는데,²³⁾ 이들 규정은 증자에 관한 규정이므로 그 문언에 대한 해석상 회사가 자기주식을 처분하는 경우에까지 적용된다고 보기는 어렵다. 전술한 바와 같이, 증여세 완전포괄주의에 관한 상증세법 제2조 제6호와 제4조 제1항 제6호 등의 입법취지에 따르면 회사의 자기주식 처분과 관련하여 부당한 이득을 취한 일부 주주 또는 제3자에 대한 증여세 과세문제에 대하여 별도의 규정을 둘 필요가 없다고 볼 수도 있다.

그렇더라도 납세자의 법적인정성과 예측가능성을 제고하기 위해서는 상증세법에 관련 규정을 신설하거나 상증세법 제39조 제1항 제1호와 제2호를 개정하여 증자의 경우뿐만 아니라 자기주식을 처분하는 경우에도 이와 같은 취지의 과세조치가 취해지도록 하는 것이 바람직하다.²⁴⁾

상증세법에 관련 규정을 신설하는 방안을 상정하여 ‘자기주식의 처분에 따른 이익의 증여’ 규정 시안을 제시하면 다음과 같다.

21) 이철승, 「회사법」, 박영사, 2014, 395-397면; 송중준, “자기주식의 처분절차 규제에 관한 소고”, 법률신문 제3504호, 2006. 11. 9; 이영철, “자기주식의 취득 및 처분과 관련된 몇 가지 쟁점”, 「기업법연구」 제28권 제3호, 한국기업법학회, 2014, 132면 등.

22) 수원지방법원 성남지원 2007. 1. 20.자 2007카합30 결정; 서울북부지법 2007. 10. 25.자 2007카합1082 결정; 서울중앙지법 2015. 7. 7.자 2015카합80597 결정; 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20503 결정.

23) 자기주식의 처분 시 주주평등의 원칙이 지켜질 필요가 없다는 견해에 따르면, 증자에 관한 상증세법 제39조 제1항 제1호 또는 제2호와 유사한 과세가 아니라, 고가 양도의 경우 양수인의 특수관계인인 발행회사의 주주가 얻는 이익에 대한 증여세 과세가, 저가 양도의 경우 양수인이 얻는 이익에 대한 증여세 과세가 각각 문제될 것이다.

24) 김의석, 앞의 논문, 405면 참조.

<표 2> 상증세법상 ‘자기주식의 처분에 따른 이익의 증여’ 규정 신설안

<p><u>제39조의5(자기주식의 처분에 따른 이익의 증여)</u> ① 법인이 자기주식을 처분함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다. 1. 자기주식을 시가보다 낮은 가액으로 처분하는 경우: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익 가. 해당 법인의 주주가 자기주식을 취득할 권리의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 포기한 자기주식을 처분하는 경우에는 다른 자가 그 주식을 취득함으로써 얻은 이익 나. 해당 법인의 주주가 자기주식을 취득할 권리의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 포기한 자기주식을 처분하지 아니한 경우에는 자기주식의 취득을 포기한 주주의 특수관계인이 자기주식을 취득함으로써 얻은 이익 다. 해당 법인의 주주가 아닌 자가 해당 법인으로부터 자기주식을 취득함으로써 얻은 이익 라. 해당 법인의 주주가 소유한 주식의 수에 비례하여 균등한 조건으로 취득할 수 있는 수를 초과하여 자기주식을 취득함으로써 얻은 이익 2. 자기주식을 시가보다 높은 가액으로 처분하는 경우: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익 가. 해당 법인의 주주가 자기주식을 취득할 권리의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 포기한 자기주식을 처분하는 경우에는 다른 자가 그 주식을 취득함으로써 그의 특수관계인인 자기주식의 취득을 포기한 주주가 얻은 이익 나. 해당 법인의 주주가 자기주식을 취득할 권리의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 포기한 자기주식을 처분하지 아니한 경우에는 자기주식을 취득한 자의 특수관계인이 자기주식을 포기함으로써 얻은 이익 다. 해당 법인의 주주가 아닌 자가 해당 법인으로부터 자기주식을 취득함으로써 얻은 그의 특수관계인인 주주가 얻은 이익 라. 해당 법인의 주주가 소유한 주식의 수에 비례하여 균등한 조건으로 취득할 수 있는 수를 초과하여 자기주식을 취득함으로써 그의 특수관계인인 주주가 얻은 이익 ② 제1항을 적용할 때 이익의 계산방법 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

IV. 회사의 타인명의 자기계산 발행주식 취득에 대한 과세상의 취급

1. 문제의 제기

상법은 회사가 자기주식을 자기의 명의로 계산으로 취득할 수 있다고 규정하고 있다(제341조 제1항). 회사가 타인명의 자기계산으로 발행주식을 취득하는 경우가 있을 수 있다. 개인 또는 다른 회사가 주식의 명의자이고 그 발행회사가 실제소유자인 경우에는 상증세법 제45조의2에 따른 증여세 과세여부가 문제될 수 있다.²⁵⁾ 회사가 타인명의 자기계산으로 발행주식을 취득하는 경우에 대해서는 그 과세상 취급을 명확하게 규정한 조문도 없고 해석론도 정립되어 있

25) 상법상 ‘자기계산’과 조세법상 ‘실제소유자’가 반드시 일치하는 개념은 아니라고 할 것인데, 그 차이에 대한 논의는 후속연구로 미루고, 여기에서는 ‘자기계산’이라는 용어를 ‘실제소유자’와 같은 의미로 사용한다.

지 아니한데, 이러한 규율의 불확실성은 자칫 ‘회사의 타인명의 자기계산에 의한 발행주식 취득’을 부추킬 수 있다.²⁶⁾

상증세법 제45조의2의 명의신탁 증여의제 제도는 권리의 이전이나 그 행사에 등기, 등록 또는 명의개서를 요하는 재산에 있어서 실제의 소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조가 정하고 있는 실질과세원칙에도 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제의 소유자로부터 증여받은 것으로 보는 제도인데, 회사의 타인명의 자기계산에 의한 발행주식 취득에 이 규정이 적용되는지 여부가 문제될 수 있다. 또한 2018년 개정 상증세법은 명의신탁재산 증여의제(제45조의2)의 납세의무자에 관한 규정을 변경하였는데(제4조의2 제2항), 회사가 타인명의 자기계산으로 발행주식을 취득한 경우 그 발행회사가 납세의무자가 될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득과 관련해서는 상법과 조세법에 걸쳐 몇 가지 법적 쟁점이 존재한다. 첫째, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득의 사법(私法)상 효력에 대한 것이다. 둘째, 그러한 주식 취득에 대하여 상증세법 제45조의2 또는 제4조의2를 적용하여 발행회사에 증여세를 부과할 수 있는지 여부이다.

2. 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득의 상법상 효력

상법은 주주들에게 공평한 양도 기회를 제공하는 한 취득 목적을 불문하고 배당가능이익의 한도 내에서 ‘회사의 명의로 계산’으로 자기주식을 취득할 수 있도록 규정하고 있다(제341조 제1항 본문 및 단서). 상법상 회사가 자기주식을 취득하면서 주주들에게 공평한 기회를 제공하지 아니하는 경우에는 그 취득의 법적 효력은 무효이다(제341조 제1항 각 호 참조). 이에 대해 배당가능이익을 초과하는 경우에는 무효는 아니고 이사에게 책임을 부과하는 방식으로 취득재

26) 주식의 명의신탁에 대해서는 부동산과는 달리 조세법상의 제재(상증세법 제45조의2) 말고는, ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’ 제3조 제3항에서 규정하는 금지행위(‘특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’ 제2조 제3호에 따른 불법계산의 은닉, 같은 조 제4호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하는 경우)에 해당하는 경우가 아니라면, 별다른 제재가 없다. 그러므로 ‘회사의 타인명의 자기계산에 의한 발행주식 취득’의 경우에는, 사법(私法)상 무효가 되는 경우는 별론으로 하고, 이를 조세법에서 규율되지 아니한다면 법제도의 영역에서 그대로 방치되는 결과가 발생할 수 있다.

원을 규제하고 있다(제341조 제3항 및 제4항). 상법 제341조의2는 제341조에 대한 예외규정으로, 회사의 합병 등의 특별한 사유가 있는 때에는 주주 간 평등 여부나 배당가능이익 유무를 묻지 않고 자기주식을 취득할 수 있다는 취지를 규정하고 있다.

한편 상법은 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 대해서는 별도의 정함을 두고 있지 아니하다. 그 결과 회사가 발행주식을 ‘자기의 계산으로 타인의 명의로’ 취득한 경우 그러한 취득이 허용되는지, 즉 상법상의 자기주식 취득에 해당하는지 여부가 문제가 될 수 있다. ‘회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득’에 대한 상법상의 효력에 대해서는 세 가지 해석론이 가능하다. 자유롭게 취득할 수 있다는 견해, 취득이 금지된다는 견해, 그리고 상법 제341조가 유추적용 된다는 견해가 그것이다.

첫 번째 견해는, 상법에서 특별한 규제를 하지 않는 행위는 회사가 자유롭게 할 수 있는 것이 원칙이고 자기주식 취득에 대해서는 규제를 완화하고자 하는 것이 상법의 기본입장임을 감안할 때, 상법에서 ‘타인명의 회사계산’에 의한 주식 취득을 규제하는 명문의 규정을 두고 있지 않다면 회사가 자유롭게 타인명의 회사계산으로 발행주식을 취득할 수 있다는 해석론이다.

두 번째 견해는, 상법이 ‘회사의 명의로 계산’에 의한 자기주식 취득은 일정한 요건 하에서 허용하고 있지만, 이에 대한 반대해석으로 회사의 타인명의 자기계산에 의한 발행주식 취득은 금지하고 있다는 해석론이다. 상법상 자기주식에 관하여, 구 상법은 ‘금지’하는 경우로 ‘자기계산으로’ 자기의 주식을 취득하는 것을 규정하고 있었지만, 현행 상법은 ‘허용’하는 경우로 ‘자기명의로 자기계산으로’ 자기의 주식을 취득하는 것을 규정하고 있으므로(제341조 제1항), 해석상 당연히 위법한 자기주식 취득²⁷⁾이라고 보거나 상법상 자기주식 취득이 아닌 위법한 취득²⁸⁾이라고 보는 견해이다.

세 번째 견해는, 자기주식의 취득에 대한 규제가 필요한 이유는 회사재산이

27) 김건식·노혁준·천경훈, 『회사법』, 박영사, 2016, 660면; 송옥렬, “개정상법상 자기주식취득과 소각”, 『BFL』 제51호, 서울대학교 금융법센터, 2012, 117-118면; 김홍식, “방어적 자기주식 취득 및 처분”, 『금융법연구』 제3권 제2호, 2016, 217-218면; 이영철, “자기주식의 취득 및 처분과 관련된 몇 가지 쟁점”, 『기업법연구』 제28권 제3호, 2014, 111면; 안성포, “자기주식 취득의 허용에 따른 법적 쟁점”, 『상사법연구』 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011, 77면 등.

28) 남윤경·양명조, “개정상법과 숨은 자기주식의 문제”, 『법학논집』 제18권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 448면, 457면.

주주들에게 매매대금으로 지급되어 그 만큼 회사재산이 감소하는 현상을 통제하기 위함인데, ‘회사의 계산’으로 주식을 취득한 이상 회사명의로 취득하든 타인명의로 취득하든 회사재산이 감소하는 현상은 공통적으로 나타나므로 이들을 달리 취급할 필요가 없다는 해석론이다. 이러한 해석론은 “상법 제341조가 그 문구상 회사명의 회사계산의 경우만을 그 적용대상으로 규정하고 있지만 타인명의 회사계산으로 자기주식을 취득하는 경우에도 제341조를 유추적용 하여야 한다. 즉 회사계산으로 취득한 이상 자기주식 취득행위에 따른 해약이 발생할 우려가 있는 것은 마찬가지인데, 회사명의로 취득하는 경우에는 완화된 조건 하에서 취득이 허용되고 타인명의로 취득하는 경우에는 전면 금지되는 것으로 이해하는 건은 부자연스럽다”라고 주장한다.²⁹⁾

이들 세 가지 해석론 중 첫 번째 해석론을 취하는 학자는 없고, 두 번째 해석론이 대다수의 학자들이 취하고 있는 통설적 견해이며, 세 번째 해석론은 소수설이다. ‘회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득’의 법적 효력에 대하여 법원의 판단이 내려진 바는 없는 것으로 파악된다. 현행 상법이 자기주식의 취득을 원칙적으로 허용하면서 구 상법의 ‘회사의 계산’이라는 표현을 ‘회사의 명의로와 계산’으로 변경한 취지는 자기주식제도의 남용을 방지하기 위한 것이라고 할 것이다. 이러한 입법취지에 비추어 볼 때, ‘회사의 명의로와 계산’에 대한 반대해석으로 회사의 타인명의 자기계산에 의한 발행주식 취득은 금지된다고 보는 것이 타당하다. 통설인 두 번째 해석론에 따른다면, 구 상법 하에서는 주식 취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 주식 취득에 따른 손익이 회사에 귀속되는 경우에는 타인명의라도 적법한 자기주식으로 인정되었지만,³⁰⁾ 현행 상법 하에서는 타인명의인 경우에는 주식 취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 주식 취득에 따른 손익이 회사에 귀속되더라도 상법상 금지되는 위법한 자기주식 취득에 해당한다.³¹⁾

29) 김이수, “타인명의, 회사계산에 의한 자기주식 취득의 판단기준에 관한 고찰”, 『상사판례연구』 제25집 제2권, 한국상사판례학회, 2012, 50면.

30) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다23610 판결 등 참조.

31) 회사가 자기명의 타인계산으로 발행주식을 취득하는 경우도 있을 수 있다. 이 경우는 발행회사가 명의자이고 개인 또는 다른 회사가 실제소유자인 경우인데, 상법 제341조 제1항의 ‘회사는 자기의 명의로와 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다’라는 문언에 대한 반대해석으로 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득은 금지된다는 해석론에 따른다면, 회사의 자기명의 타인계산에 의한 발행주식 취득도 금지된다고 해석하여야 할 것이다.

3. 타인명의 회사계산에 의한 주식 취득에 대한 상증세법 45조의2 또는 제4조의2 적용 여부

1) 자기주식 명의신탁과 상증세법 제45조의2

상증세법 제45조의2의 자산 명의신탁 증여 의제 제도는 권리의 이전이나 그 행사에登記, 등록 또는 명의개서를 요하는 자산에 있어서 실제의 소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조가 정하고 있는 실질과세원칙에도 불구하고 그 명의자로登記 등을 한 날에 그 자산의 가액을 명의자가 실제의 소유자로부터 증여받은 것으로 보는 제도이다.³²⁾ 상증세법의 자산 명의신탁 증여 의제 제도는 특히 주식의 명의신탁에 대한 사전적 예방 또는 사후적 제재로서 중요한 역할을 하고 있다. 그런 이유로 이 제도는 ‘주식 명의신탁 증여의제 제도’라고도 불리운다.

전술한 바와 같이, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득은 금지된다는 해석이 상법상 통설이다. 일반적인 주식 명의신탁은 사법(私法)상으로는 유효하고 상증세법 제45조의2에 따라 증여의제로 과세될 뿐이다. 문제는 상법상 통설에 따른다면 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득의 사법상의 효과가 무효일 터인데, 이 경우 상증세법 제45조의2에서 정하는 증여의제가 적용될 여지가 있겠는지 여부이다.

대법원은 과세소득 여부를 판단함에 있어 경제적 관점에서 보아 현실적으로 지배, 관리하면서 담세력이 있다고 판단되는 경우에는 그 소득을 가득하게 된 원인관계의 적법성 여부를 문제 삼지 아니한다는 ‘경제적 지배론’의 입장을 취하고 있다.³³⁾ 이러한 판례의 취지를 원용한다면, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득이 사법(私法)상 무효라고 하더라도³⁴⁾ 발행회사가 해당 주식을 경제적 관점에서 보아 현실적으로 지배, 관리하고 있다면, 회사의 타인명의 회사계산의 발행주식 취득에 대하여 상증세법 제45조의2의 증여의제를 적용

32) 상증세법 제45조의2의 자산 명의신탁 증여 의제 규정에 따라 부과되는 증여세는 이를 조세라기보다는 행정벌이라고 보는 것이 일반적인 해석의 입장이다.

33) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누5303 판결 등 참조.

34) 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득이 무효로 되는 경우에는, 자기주식 취득 또는 처분이 주주평등의 원칙에 반하여 무효로 되는 경우와 마찬가지로, 업무무관 가지급금으로 과세할 것인지 여부가 문제될 수 있다.

할 수 있다고 할 것이다.³⁵⁾

2) 자기주식 명의신탁과 상증세법 제4조의2

2019. 1. 1.부터 시행되고 있는 2018년 개정 상증세법은 “제1항에도 불구하고 제45조의2에 따라 재산을 증여한 것으로 보는 경우(명의자가 영리법인인 경우 포함)에는 실제소유자가 해당 재산에 대하여 증여세를 납부할 의무가 있다”라고 규정하여(제4조의2 제2항), 동 개정 전 주식 명의신탁에 따른 증여세의 납세의무자에 대한 특례를 변경하였다. 2018년 개정 전 구 상증세법은 제45조의2 제2항에서 “제1항을 적용할 때 명의자가 영리법인인 경우에는 실제소유자(영리법인 제외)가 증여세를 납부하여야 한다”라고 규정하여, 명의자가 영리법인이고 실제소유자가 개인 또는 비영리법인인 경우에는 증여세의 납세의무자를 실제소유자인 개인 또는 비영리법인으로 하는 예외를 두면서, 실제소유자가 영리법인인 경우에는 그러한 예외를 적용하지 아니하는 것으로 하였다.³⁶⁾³⁷⁾ 그러던 것을 2018년 개정 상증세법은 구 상증세법의 제45조의2 제2항을 삭제하고 제4조의2 제2항으로 명의자가 개인이나 비영리법인은 물론 영리법인이라도 증여세의 납세의무자를 실제소유자로 한다는 규정을 신설한 것인데, 개정 상증세법은 제4조의2 제2항에서 영리법인이 납세의무자가 되는 실제소유자에서 제외된다는 표현을 사용하고 있지 아니하다.

상증세법에서 명의신탁 증여의제의 납세의무자에 대한 특례를 둔 것은 비난 가능성 또는 담세력이 없는 수탁자에게 납세의무를 부과하고 있다는 비판을 입법적으로 해결한 것이라고 여겨지는데, 명의신탁은 대부분 명의수탁자가 명의신탁자의 제의를 거절할 수 없는 경우에 이루어진다는 점에서 자기책임의 원칙

35) 마찬가지로, 회사의 자기명의 타인계산에 의한 발행주식 취득이 무효라고 하더라도 타인, 즉 개인 또는 다른 회사가 해당 주식을 경제적 관점에서 보아 현실적으로 지배, 관리하고 있다면, 회사의 자기명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 대하여 상증세법 제45조의2의 증여의제를 적용할 수 있다고 할 것이다.

36) 명의자가 영리법인이고 실제소유자도 영리법인인 경우에는 영리법인인 명의자에게 납세의무가 있다는 것으로 이해된다.

37) 이 조문은 2015년 개정 상증세법에서 신설된 것인데, 2015년 개정 전 구 상증세법은 제4조 제1항에서 “수증자는 이 법에 따라 증여세를 납부할 의무가 있다. 다만, 수증자가 영리법인인 경우에는 그 영리법인이 납부할 증여세는 면제하되, 명의신탁 증여세를 명의자인 영리법인이 면제받은 경우에는 실제소유자(영리법인 제외)가 증여세를 납부할 의무가 있다”라고 규정하고 있었다.

에 부합한다.³⁸⁾ 문제는 개정 상증세법 제4조의2 제2항에서 ‘명의자’에는 괄호로 영리법인이 포함된다고 명시하고 있지만 ‘실제소유자’에는 이러한 표현이 없어서, 영리법인이 제45조의2에 따른 증여의제의 납세의무자가 될 수 있는지 여부가 불분명하다는 것이다. 영리법인은 원칙적으로 증여세의 납세의무자가 되지 아니하지만,³⁹⁾ 상증세법 제45조의2는 그 본질이 과세에 관한 규정이 아니라 제재에 관한 규정이고, 증여가 아닌 것을 증여로 의제하여 과세하는 규정이며, 더욱이 명의신탁 증여의제와 관련하여 해당 법인에 별도의 법인세가 부과되지 아니하므로, 영리법인도 제45조의2에 따른 증여의제의 납세의무자가 될 수 있다는 해석이 타당하다.

V. 기업조직재편 과세제도와 자기주식

1. 문제의 제기

상법상 자기주식의 취득과 보유가 원칙적 금지에서 원칙적 허용으로 전환된 이후에 합병이나 분할 등 기업조직재편 과정에서 자기주식의 취득 또는 처분이 다양한 목적을 위하여 이용되고 있는바, 관련 기업조직재편 과세제도에 미흡한 부분이 있다면 이를 보완할 필요가 있다. 자기주식 관련 기업조직재편 과세제도의 보완은 기업조직재편제도의 활용도를 높이고 거래당사자들의 이해관계를 합리적으로 조정하는데 긍정적인 역할을 할 것이다. 특히 기업조직재편 과정에서 발생하는 자기주식의 취득과 보유는 기업조직재편 과세제도에서 합병 또는 분할 등의 납세자에 대하여 과세이연을 허용하는 적격요건 충족 여부에 결정적인 영향을 미칠 수 있으므로, 이에 대한 규정의 보완은 기업조직재편의 이해관계자들에게 매우 중요한 의미를 가진다. 이하에서는 기업조직재편의 원활화를 도모하면서 기존의 기업조직재편 과세제도와 조화를 이룰 수 있는 자기주식 취득 또는 보유 관련 적격요건 과세제도 개선방안을 제시한다.

38) 종래의 예를 보면 대부분의 사안에서 재력이 없다는 등의 이유로 명의자가 납부하지 아니한 경우 실제소유자가 연대납세의무자로서 납부하였다.

39) 상증세법은 증여세의 납세의무자로 개인과 비영리법인을 상정하고 있다(제4조의2 제1항 등 참조).

2. 적격합병의 요건과 자기주식 문제

1) 합병과세의 기본구조와 적격합병

법인세법은 합병을 피합병법인이 합병 당시 보유하던 자산과 부채를 합병법인에게 포괄적으로 양도하는 것으로 본다. 이에 따라 합병이 이루어지면 합병법인은 피합병법인으로부터 순자산을 양수하고 피합병법인은 그 양도대가를 받으며 피합병법인의 주주들은 그 합병대가를 받는다. 이러한 과정에서 피합병법인, 피합병법인의 주주 및 합병법인에 대하여 과세문제가 발생한다.

피합병법인은 합병법인으로부터 받은 양도가액에서 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액을 뺀 양도에 따른 손익을 당해 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금 또는 손금에 산입하여야 한다(법인세법 제44조 제1항). 합병법인은 합병으로 피합병법인의 순자산을 양도받은 경우에는 그 순자산을 합병등기일 현재의 시가로 양도받은 것으로 본다(법인세법 제44조의2 제1항). 피합병법인의 주주는 합병대가가 피합병법인 주식의 취득가액을 초과하는 경우에는 원칙으로 의제배당으로 과세된다(소득세법 제17조 제2항 제4호 및 법인세법 제16조 제1항 제5호).

한편 법인세법은 기업조직재편의 촉진을 지원한다는 취지에서 일정한 요건을 충족하는 적격합병에 대해서는 과세이연을 인정하고 있다. 법인세법에서 정하는 적격합병의 요건은 ① 사업목적 요건, ② 지분연속성 요건, ③ 사업계속성 요건 및 ④ 고용유지 요건의 네 가지이다(제44조 제2항). 먼저, 사업목적 요건이란 합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간 합병이어야 한다는 것이다. 다음으로, 지분연속성 요건이란 피합병법인의 주주가 합병으로 인하여 받은 합병대가의 총합계액 중 합병법인의 주식의 가액이 100분의 80 이상이거나 합병법인의 모회사의 주식의 가액이 100분의 80 이상이어야 하고, 피합병법인의 지배주주가 합병으로 취득한 주식을 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 보유하여야 한다는 것이다. 이어서, 사업계속성 요건이란 합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계받은 사업을 계속하여야 한다는 것이다. 끝으로, 고용유지 요건은 합병등기일 1개월 전 당시 피합병법인에 종사하는 근로자 중 합병법인이 승계한 근로자의 비율이 100분의 80 이상이고, 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 비율을

유지하여야 한다는 것이다.

위의 요건을 충족하는 적격합병의 경우에는, 피합병법인은 합병법인으로부터 받은 양도가액을 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액으로 보아 양도에 따른 손익이 없는 것으로 할 수 있다(법인세법 제44조 제2항). 적격합병의 요건을 충족하는 합병법인은 피합병법인의 자산을 장부가액으로 양수한 것으로 한다(법인세법 제44조의3 제1항 및 제2항). 적격합병의 경우에는, 피합병법인의 주주가 취득하는 합병법인의 주식은 종전 피합병법인 주식의 장부가액으로 평가되어 의제배당 과세가 이연된다.

2) 합병법인이 보유한 피합병법인 주식(포합주식)과 지분연속성 요건의 충족 여부에 대한 판단

법인세법은 적격합병의 지분연속성 요건으로 피합병법인의 주주가 합병으로 인하여 받은 합병대가의 총합계액 중 합병교부주식 등의 가액이 100분의 80 이상일 것을 규정하고 있다(법인세법 제44조 제2항 제2호). 이와 관련하여 포합주식이 피합병법인 주주의 지분의 연속성에 어떠한 영향을 미치는지가 문제된다.

이에 대해 법인세법은 합병대가의 총합계액 중 합병교부주식 등의 가액이 100분의 80 이상인 경우인지 여부를 판정함에 있어, 합병등기일 전 2년 이내에 취득한 포합주식이 있는 때에는 그에 대해 합병교부주식 등을 배정하더라도 그 가액의 전부 또는 일부를 금전으로 지급한 것으로 보고 지분의 연속성 여부를 판단하도록 규정하고 있다(법인세법 시행령 제80조의2 제3항).

3) 피합병법인이 보유한 피합병법인의 자기주식과 지분연속성 요건 충족 문제

법인세법은 적격합병의 지분연속성 요건과 관련하여 피합병법인의 주주에게 합병교부주식 등을 배정할 때 ‘피합병법인의 주주가 지급받은 합병교부주식 등의 가액의 총합계액 × 각 해당 주주의 피합병법인에 대한 지분비율’에 의하여 계산된 가액 이상의 합병교부주식 등을 배정할 것을 규정하고 있다(법인세법 제44조 제2항 제2호 및 동법 시행령 제80조의2 제4항). 피합병법인이 자기주식을 보유하고 있는 경우 그 자기주식에 대해서도 합병교부주식 등을 배정하여야만 위의 배정요건을 충족하는 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

상법상으로는 피합병법인의 자기주식은 합병이 이루어지면 소멸될 주식이므로 이러한 자기주식에 대하여 합병교부주식을 배정할 수 없다는 견해가 다수설이다.⁴⁰⁾ 실무상으로는 적격합병요건이 미비되는 위험을 방지하기 위하여 피합병법인의 자기주식에도 일단 합병교부주식을 배정하는 경우가 다수 있는데,⁴¹⁾ 합병이 이루어지면 이는 합병법인의 자기주식이 된다. 합병으로 소멸할 피합병법인의 자기주식을 합병법인의 자기주식으로 만들 이유가 없고 이는 지분연속성과도 연관성이 없으므로, 피합병법인의 자기주식은 이를 배정에서 제외하더라도 배정요건을 충족하는데 영향을 미치지 않도록 개정할 필요가 있다.

4) 피합병법인으로부터 승계한 합병법인 발행주식과 사업계속성 요건 충족 문제

법인세법은 적격합병의 사업계속성 요건과 관련하여 합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도 종료일 이전에 피합병법인으로부터 승계한 자산가액의 2분의 1 이상을 처분하거나 사업에 사용하지 아니하는 경우에는 사업계속성 요건을 충족하지 못한 것으로 본다(법인세법 시행령 제80조의2 제7항 본문). 이 경우 피합병법인이 합병 전에 보유하고 있던 합병법인 발행주식을 피합병법인으로부터 승계한 자산으로 보아야 하는지 여부가 문제될 수 있는데, 법인세법은 “다만, 피합병법인이 보유하고 있던 합병법인의 주식을 승계받아 자기주식을 소각하는 경우에는 해당 합병법인의 주식을 제외하고 피합병법인으로부터 승계받은 자산을 기준으로 사업을 계속하는지 여부를 판정하되, 승계받은 자산이 합병법인의 주식만 있는 경우에는 사업을 계속하는 것으로 본다”라고 규정하여(법인세법 시행령 제80조의2 제7항 단서) 문언상으로도 보면 이를 승계받은 자산에 포함시키고 있다.

적격합병 요건으로 사업계속성 요건을 둔 목적은 합병법인이 피합병법인으로부터 승계받은 사업을 계속 영위하도록 하기 위한 것이므로, 승계되어 어떠한

40) 이철승, 앞의 책, 1052면; 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2014, 1193면 외.

41) 국세청 유권해석례 중에 ‘피합병법인의 자기주식 보유분에 대하여 합병신주 미교부시 지배주 배정요건 충족 여부’에 대한 검토의견을 회신한 사례(2011. 12. 28, 법인세과-1039)가 있다. 이는 피합병회사 보유 자기주식에 대한 합병신주 교부 여부는 합병당사자 사이의 합의로 자유롭게 선택할 수 있다는 점을 전제로 한 것이라고 볼 수 있다. 한편 공시된 합병 사례들을 보면, 소멸회사 보유 자기주식에 대하여 합병신주를 배정한 사례와 배정하지 않은 사례가 모두 발견된다. 조현덕·박병권, “자기주식의 법적 지위”, 「BFL」 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018, 15-16면.

사업목적에 사용된다고 볼 수 없는 합병법인 발행주식을 사업계속성 판단을 위한 자산으로 보는 것은 사업계속성 요건에 관한 규정의 취지에 맞지 아니한다. 피합병법인이 보유하고 있던 합병법인 발행주식은 소각뿐만 아니라 처분하는 경우에도 이를 제외하도록 개정할 필요가 있다.

3. 적격 인적분할 요건과 자기주식 문제

1) 분할과세의 기본구조와 적격분할

법인세법은 법인이 분할로 해산하는 경우에는 그 법인의 자산을 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인에게 양도한 것으로 본다. 이러한 과정에서 분할법인, 분할신설법인, 분할법인의 주주 등에 대하여 과세문제가 발생한다. 법인세법은 법인이 분할 후 해산하는 경우를 중심으로 규정들을 두고 있고(제46조부터 제46조의4까지), 그 규정들을 법인이 분할 후 존속하는 경우(제46조의5)에 대해서도 대부분 준용하고 있다. 분할법인 또는 소멸한 분할합병의 상대방법인은 그 양도손익을 분할등기일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 이익금 또는 손금에 산입한다(법인세법 제46조 제1항). 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인에 대해서는 분할법인 등으로부터 승계한 자산을 시가로 양도받은 것으로 보고 과세한다(법인세법 제46조의2 제1항). 분할법인 또는 소멸한 분할합병의 상대방법인의 주주는 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인으로부터 분할로 인하여 취득하는 시가로 평가된 분할대가가 분할법인 또는 분할합병의 상대방법인의 주식을 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액은 의제배당으로 과세된다(소득세법 제17조 제2항 제6호 및 법인세법 제16조 제1항 제6호).⁴²⁾

한편 법인세법은 기업조직재편의 촉진을 지원한다는 취지에서 일정한 요건을 충족하는 적격분할에 대해서는 과세특례를 인정하고 있다. 법인세법은 합병과세와 유사한 내용으로, ① 사업목적 요건, ② 지분연속성 요건, ③ 사업계속성

42) 물적분할은 분할법인 등 자신이 분할대가를 취득하므로 일반적인 자산처분손익과 동일하게 사업부문 처분손익을 계산한다. 분할신설법인 등의 입장에서는 현물출자를 받는 경우와 유사하므로 분할매수차손익에 대한 과세문제가 발생하지 아니하고, 분할법인 등의 주주의 입장에서는 분할대가를 지급받지 않고 보유주식도 소멸하지 아니하므로 의제배당에 대한 과세문제도 발생하지 아니한다.

요건 및 ④ 고용유지 요건의 네 가지 적격분할 요건을 정하고 있다(제46조 제2항). 이들 요건을 모두 충족하는 적격분할의 경우에는, 분할법인 등이 분할신설법인 등으로부터 받은 양도가액을 분할법인 등의 분할등기일 현재의 순자산 장부가액으로 보아 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다(제46조 제2항). 적격분할을 한 분할신설법인 등은 분할법인 등으로부터 자산을 장부가액으로 양도받은 것으로 한다(46조의3 제1항). 적격분할의 경우에는, 분할법인 등의 주주가 취득하는 분할신설법인 등의 주식은 종전 분할법인 등 주식의 장부가액으로 평가되어 의제배당 과세가 이연된다.⁴³⁾

2) 분할법인이 자기주식을 보유한 경우 사업목적 분할요건 충족 여부의 판단

사업목적 분할요건이 충족되려면 분할하는 사업부문이 분리하여 사업이 가능한 독립된 사업부문이어야 하고, 분할하는 사업부문의 자산 및 부채가 포괄적으로 승계되어야 한다(법인세법 제46조 제2항 제1호). 여기에서는 자기주식도 분할사업부문에 관련되는 자산으로 보아 포괄적으로 승계되어야 하는지가 문제된다.

법인세법은 주식 및 그와 관련된 자산·부채만으로 구성된 사업부문은 독립된 사업부문에서 제외하되, 분할법인이 보유한 모든 ‘지배목적 보유주식’ 및 그와 관련된 자산·부채만으로 구성된 사업부문은 독립된 사업부문이 될 수 있다고 규정하고 있는데, 자기주식은 이와 같은 지배목적 보유주식에 해당하지 아니한다(법인세법 시행령 제82조의2 제2항 제3호 및 제3항 제1호). 그러므로 분할법인이 보유한 자기주식을 분할대상에 포함시키지 않는다고 하더라도, 이는 특정 사업부문에 관련된 것으로 보기 어려워 포괄승계요건 위반의 문제가 발생하지는 아닐 것이다.

3) 분할법인 자기주식에 대한 분할신주 배정과 지분연속성 요건 충족 문제

상법상 회사분할 시 분할법인이 보유한 자기주식에 대하여 분할신주를 배정

43) 상중세법은 물적분할 시 분할법인에 대한 과세특례를 두고 있는데, 분할법인이 상중세법 제46조 제2항 각 호의 요건을 충족하는 경우에는 그 분할신설법인 주식의 가액 중 물적분할로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액은 분할등기일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 손급에 산입할 수 있다(제47조 제1항).

할 수 없다는 명시적 규정이 없고 이에 대한 법원의 판단도 없기 때문에, 실무상으로는 인적 분할을 하면서 지분의 연속성 요건을 엄두에 두고 자기주식에 대하여 분할신주를 배정하는 경우가 많다. 그런데 분할법인의 자기주식에 분할신주가 교부되는 경우에는 분할 신설법인에 대한 분할법인 지배주주의 지배력이 증가하는 문제가 있다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

그럼에도 불구하고 조세법 측면에서는 분할법인이 적격분할의 지분연속성 요건을 충족하기 위하여 자기주식에도 분할신주를 배정하지 않을 수 없는 사정이 있다. 상법상 분할법인의 자기주식에 대하여 분할신주를 배정하지 아니하도록 하는 개정이 필요하고,⁴⁶⁾ 조세법상으로는 이로써 분할 신설법인의 주주 구성이 분할법인의 주주구성과 달라지더라도 지분연속성 요건을 충족하는 것으로 인정할 필요가 있다.

4) 분할신주를 분할법인과 분할 신설법인 중 누가 배정받을 것인지의 문제

분할법인이 보유하는 자기주식을 분할대상 자산에 포함시켜 분할 신설법인에 승계시킬 수 있는지에 대하여 상법에 명문의 규정은 없지만, 분할법인은 원칙적으로 분할 신설법인에게 이전할 분할대상을 자유롭게 정할 수 있다는 점에서 자기주식도 분할대상 포함된다고 보아야 할 것이다.⁴⁷⁾ 이 경우 분할 신설법인

44) 최근 대기업들이 회사의 분할 또는 분할합병 등을 통하여 지주회사와 자회사로 분리하면서 분할하기 전에 자기주식의 비율을 적극적으로 확대한 후 분할·분할합병의 방식으로 자회사를 설립하고, 지주회사는 자기주식을 그대로 보유하여 그 자기주식에 대하여 자회사로부터 주식을 배정받아 현행법에 따른 모회사와 자회사, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’에 따른 지주회사와 자회사의 지분 요건을 확보하고 있다. 이러한 분할·분할합병에 따른 회사 분리와 자회사의 지주회사 자기주식에 대한 주식 배정 및 신주발행에 갈음한 자기주식 교부행위는 분할·분할합병 전 회사의 소주주에게 불리하고, 대주주가 지배력을 확대할 수 있게 하는 등 주주 간 소유지분구조 건정성에 악영향을 주고 있다. 김기준의원 대표발의 상법일부개정법률안(의안번호 14071), 2015.2.; 박용진의원 대표발의 상법일부개정법률안(의안번호 837), 2016.7.

45) 분할법인의 주주 구성이 A(50%), B(30%), 자기주식(20%)인 경우 분할로 자기주식에 분할신주를 배정하면 분할 신설법인의 주주구성은 A(50%), B(30%), 분할법인(20%)이 된다. 이에 분할법인의 지배주주인 A는 분할법인의 분할 신설법인에 대한 지분 20%까지 추가로 행사하게 되어 70%의 지분율을 가지게 되는 셈이다. 김동수·이민규·신철민, “자기주식의 회계처리와 세무상 쟁점의 검토”, 『BFL』 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018, 91면.

46) 김기준의원 대표발의 상법일부개정법률안(의안번호 14071), 2015.2.; 박용진의원 대표발의 상법일부개정법률안(의안번호 837), 2016.7. 등 참조.

47) 김동수 외, 앞의 논문, 91면 참조.

이 승계한 자기주식에 대하여 분할법인과 분할 신설법인 중 누구에게 분할신주를 배정할 것인지가 문제된다.

분할의 경우 분할 신설법인이 분할계획서에 따라 분할법인의 권리와 의무를 승계하므로(상법 제530조의10), 분할계획서에서 분할 신설법인이 자기주식을 승계하도록 한 때에는 자기주식에 대한 주주로서의 지위 또한 승계한 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 즉 상법상 유효하게 주식 배정이 이루어졌다면 조세법상으로도 이를 인정하여 지분연속성 요건을 충족하였다고 보는 것이 상법과 조세법 간의 정합성이라는 관점에서 바람직하다.

VI. 가족기업에 의한 자기주식제도 남용에 대한 과세상의 취급

1. 문제의 제기

자기주식의 취득과 보유가 원칙적으로 허용되는 제도 하에서는, 가족기업의 경우 대주주가 보유한 주식을 발행회사에 양도하여 낮은 세율의 양도소득세⁴⁸⁾를 부담하면서 투자를 회수하고도 경영권에 아무런 영향을 받지 아니할 수 있으므로, 자기주식거래가 투자회수의 수단으로 남용될 가능성이 있다. 이러한 가족기업의 자기주식 취득에 대해서는 법인세법상 부당행위계산부인의 적용대상 거래인 무수익자산의 매입에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

2. 자기주식 취득의 무수익자산 매입 해당가능성

무수익자산이란 법인의 수익 창출에 공헌하지 못하거나 법인의 수익과 관련이 없는 자산으로서 장래에도 그 자산의 운용으로 수익을 얻을 가망성이 희박한 자산을 말한다.⁴⁹⁾ 법인세법은 법인이 무수익자산을 매입한 것을 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 부당행위로 규정하면서, 이러한 부당행위를 부인하고 법인의 소득을 계산할 수 있도록 하고 있다(제52조 제1항 및 동법 시행령 제88

48) 중소기업 대주주의 보유주식 양도에 대해서는 과세표준 3억 원 이하 20%, 3억 원 초과 25%의 세율로 양도소득세가 과세된다(소득세법 제104조 제1항 제11호).

49) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003두13267 판결.

조 제1항 제2호). 최근 과세관청이 회사의 자기주식 취득을 무수익자산의 매입으로 보아 과세를 한 사안에서 이를 인정한 하급심 판례가 있었고,⁵⁰⁾ ‘대법원 2020. 8. 20 선고 2017두44084 판결’은 자기주식 취득이 무수익자산의 매입에 해당할 개연성이 있음을 시사하는 판시를 한 바 있다.⁵¹⁾

자기주식을 무수익자산으로 보는 견해는 자기주식이 의결권과 배당청구권 등 주식으로서의 권리가 제한된다는 점에 근거한 것이다. 이러한 견해에 대해서는, 자기주식이 그 자체로 다양한 경영상의 필요에 의하여 취득되는 것이고, 상법 역시 배당가능이익으로 하는 자기주식 취득에 대해서는 취득목적에 제한하고 있지 않으므로 일반적으로는 자기주식을 무수익자산으로 볼 수 없다는 반론이 있다.⁵²⁾ 아울러 자기주식은 회사가 이를 처분함으로써 처분이익을 획득할 수 있는 별도의 유가증권이므로 장래에 수익을 얻을 가망성이 희박한 자산에 해당한다고 보기도 어렵다는 반론이 제기될 수도 있다.⁵³⁾

그렇더라도 가족기업이 재무구조 개선, 임직원 성과 보상, 주식거래 활성화 등의 목적으로 자기주식을 취득하는 경우는 흔치 않을 것이고, 또 가족기업이 자기주식을 장래에 수익을 얻을 가망성 있는 자산으로 보아 취득하는 경우도 드물 것이다. 자기주식 취득이 재무관리의 유연성을 제고한다는 목적 없이 투자자본을 회수하기 위한 수단으로 남용되는 경우라면, 이를 무수익자산의 매입으로 보아 과세하는 것은 상법상 자기주식의 취득을 원칙적으로 허용하는 자기주식제도의 취지에 반하는 것이 아닐 뿐만 아니라 법인세법상 특수관계인과의 거래를 통하여 조세부담을 부당하게 감소시키는 행위를 규제하는 부당행위계산 부인제도의 취지에도 부합하는 것이라고 본다.

50) 서울행정법원 2017. 1. 20. 선고 2016구합73658 판결. 한편 해당 판결의 항소심 법원은 자기주식 취득 자체가 무효라고 보아 업무무관 가지급금으로 인정하였다, 서울고등법원 2017. 8. 30. 선고 2017누35631 판결.

51) 이 판결에서는 부당행위계산부인에 관한 법인세법 제52조 등을 적용할 수 있는 국제거래로 규정한 구 국제조세조정에 관한 법률 시행령 제3조의2 제3호의 ‘수익이 없는 자산의 매입’(현행 동법 시행령 제3조의3 제2호)에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 그 중요한 판단근거의 하나로 ‘상법상 자기주식에 해당하는 위 주식의 보유 자체로 수익이 발생한다거나 주식을 매입하지 아니하면 손실이 발생한다고 볼 만한 사정 등도 찾기 어려운 점’을 제시하였다.

52) 김동수 외, 앞의 논문, 83-84면 참조.

53) 이와 관련하여 참조할 만한 판례로 ‘대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결’이 있다. 이 판결에서 대법원은 회사가 비상장주식을 취득한 후 이를 담보로 제공하였다가 담보권이 실행되어 처분된 사안에서 회사가 처분을 통하여 경제적 이익을 얻었다고 보아 무수익자산이 아니라고 판단하였다.

VII. 결 어

이상에서 자기주식제도를 남용하여 부당하게 이익을 취하려는 행태에 대한 규제방안과 그 밖에 자기주식거래의 과세제도의 체계화를 위한 입법론 또는 해석론을 제시하였다.

회사가 발행주식을 취득할 당시 주주들에게 주식을 양도할 균등한 기회가 완전하게 주어지지 않았거나 주어졌다고 하더라도 주주들이 그 기회를 이용하지 않음으로써 결과적으로 일부 주주로부터만 주식을 취득하면서, 주식의 평가액에 미치지 못하거나 평가액을 초과하는 대가를 주주에게 지급하고 주식을 취득하는 경우에는 특정 주주가 경제적 이익을 얻게 되는 상황이 발생할 수 있는데, 이러한 경제적 이익에 대해서는 이를 증여재산가액으로 보아 과세하는 제도를 명확히 할 필요가 있다. 또한 회사가 자기주식을 처분함에 있어, 주주들에게 주식을 취득할 균등한 기회가 완전하게 주어지지 않았거나 주어졌다고 하더라도 주주들이 그 기회를 이용하지 않음으로써 일부 주주에게만 주식을 처분하거나, 또는 처음부터 또는 주주가 취득을 포기한 자기주식이 제3자에게 양도되면서, 그 주식이 저가 또는 고가로 처분된 경우에는 주주 간 또는 주주와 자기주식을 취득한 제3자 간에 증여세 과세대상인 경제적 이익의 이전이 있을 수 있는데, 이러한 경제적 이익에 대해서도 이를 증여재산가액으로 보아 과세하는 제도를 명확히 할 필요가 있다.

회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득의 경우에는 개인 또는 다른 회사가 명의자이고 발행회사가 실제소유자인 주식 명의신탁으로서, 그 취득이 금지된다고 보는 해석론이 통설이다. 이러한 해석론에 따르면이라도 발행회사가 해당 주식을 경제적 관점에서 보아 현실적으로 지배, 관리하고 있다면, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 대하여 상증세법 제45조의2의 증여의제를 적용할 수 있다고 할 것이다. 또한 해당 증여세는 동법 제4조의2에 따라 실제소유자인 발행회사가 그 납세의무자가 된다고 해석하는 것이 타당하다.

합병과세 적격합병의 지분연속성 요건과 관련하여, 피합병법인이 보유한 피합병법인의 자기주식은 합병이 이루어지면 소멸될 주식이고 또 이러한 주식은 지분연속성과도 연관성이 없으므로, 피합병법인의 자기주식에 합병교부주식을 배정하지 않더라도 지분연속성 요건의 충족 여부에 영향을 미치지 않는 것으로 법인세법을 개정할 필요가 있다. 합병과세 적격합병의 사업계속성 요건과 관련

하여, 피합병법인이 보유하고 있던 합병법인의 주식을 사업계속성 판단을 위한 자산으로 보는 것은 사업계속성 요건의 취지에 맞지 아니하므로 소각뿐만 아니라 처분의 경우에도 이를 제외하도록 개정할 필요가 있다. 또한 분할과세 적격 분할의 지분연속성 요건과 관련하여, 분할법인이 보유한 분할법인의 자기주식에 대하여 분할신주를 배정하는 경우에는 분할 신설법인에 대한 분할법인 지배주주의 지배력이 증가하는 문제가 발생할 수 있으므로, 분할법인의 자기주식에 대하여 분할신주를 배정하지 아니하여 분할 신설법인의 주주 구성이 분할법인의 주주구성과 달라지더라도 지분연속성 요건을 충족하는 것으로 인정할 필요가 있다.

끝으로 가족기업의 경우 대주주가 보유한 주식을 발행회사에 매각하여 보유하게 함으로써 낮은 세율의 양도소득세를 부담하고도 경영권에 아무런 영향을 받지 아니할 수 있으므로 자기주식거래가 투자회수의 수단으로 남용될 가능성이 있다. 이러한 가족기업의 자기주식 취득에 대해서는 법인세법상 부당행위계산부인의 적용대상거래인 무수익자산의 매입에 해당하는지 여부가 검토될 필요가 있다.

투고일 : 2020.11.24. / 심사완료일 : 2020.12.8. / 게재확정일 : 2020.12.23.

[참고문헌]

- 김건식 · 노혁준 · 천경훈, 「회사법」, 박영사, 2016.
- 이철송, 「회사법」, 박영사, 2014.
- 한국거래소, 「2018년도 코스닥시장 자기주식 취득·처분 현황 분석」, 2019.
- _____, 「상장법인 자기주식 취득 현황과 주가등락」, 2017.
- 김동수 · 이민규 · 신철민, “자기주식의 회계처리와 세무상 쟁점의 검토”, 「BFL」 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018.
- 김의석, “자기주식 거래의 과세”, 「법학연구」 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012.
- 김이수, “타인명의, 회사계산에 의한 자기주식 취득의 판단기준에 관한 고찰”, 「상사판례연구」 제25집 제2호, 한국상사판례학회, 2012.
- 김철권, “자기주식의 취득을 둘러싼 조세문제”, 「조세법연구」 제11권 제1호, 세경사, 2005.
- 김홍식, “방어적 자기주식 취득 및 처분”, 「금융법연구」 제3권 제2호, 한국금융법학회, 2016.
- 남윤경 · 양명조, “개정상법과 숨은 자기주식의 문제”, 「법학논집」 제18권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014.
- 박 훈, “자기주식 거래에 관한 상법 개정의 과세문제”, 「조세연구」 제9권 제3호, 한국조세연구포럼, 2009.
- 방문옥, “유가증권시장 상장회사 자기주식 보유 현황”, 「CGS리포트」 제7권 제3호, 2017.
- 송옥렬, “자기주식의 경제적 실질과 그에 따른 법률관계”, 「법경제학연구」 제11권 제1호, 한국법경제학회, 2014.
- _____, “개정상법상 자기주식취득과 소각”, 「BFL」 제51호, 서울대학교 금융법센터, 2012.
- 신기선, “개정상법과 세무문제”, 「조세법연구」 제18권 제1호, 세경사, 2012.
- 안경봉 · 박훈, “상법 회계관련규정의 개정과 세법”, 「조세법연구」 제17권 제3호, 세경사, 2011.
- 안성포, “자기주식 취득의 허용에 따른 법적 쟁점”, 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011.
- _____, “기업재편과 취득한 자기주식의 처분과 소각”, 「법학연구」 제20집 제4호,

- 인하대학교 법학연구소, 2017.
- 이영철, “자기주식의 취득 및 처분과 관련된 몇 가지 쟁점”, 「기업법연구」 제28권 제3호, 한국기업법학회, 2014.
- 이재호, “자기주식처분이익의 과세문제”, 「조세법연구」 제15권 제1호, 한국세법학회, 2009.
- 정연식, “자기주식의 취득과 과세”, 「회계정보리뷰」 제18호, 계명대학교 산학연구소, 2013.
- 정재은, “자기주식과 대차거래”, 「BFL」 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018.
- 정준우, “2011년 개정상법상 자기주식의 취득·처분과 그 규제”, 「한양법학」 제38집, 한양법학회, 2012.
- 조현덕·박병권, “자기주식의 법적 지위”, 「BFL」 제87호, 서울대학교 금융법센터, 2018.
- 최성근, “자기주식 취득거래와 실질과세원칙”, 「한양법학」 제30권 제3집, 한양법학회, 2019.
- 최준선, “자기주식 규제에 대한 일고”, 「기업법연구」 제32권 제2호, 한국기업법학회, 2018.

[국문초록]

자기주식제도의 적절한 운용을 위한 과세제도 개선방안*

최성근**

구 상법 하에서는 자기주식의 취득 자체가 매우 제한되어 있었고 그 보유 또한 취득 목적의 달성에 필요한 최소기간으로 맞추어져 있었던 탓에, 자기주식의 일반적인 이용을 상정한 과세제도가 갖추어져 있지 아니하였다. 상법이 자기주식의 취득과 보유를 원칙적으로 허용하는 내용으로 개정된 후에는 일반적인 이용을 염두에 두고 그 과세제도가 보완되었어야 할 터인데 미흡한 상태로 남아 있는 부분이 적지 않다. 이 논문에서는 자기주식이 다양한 목적으로 광범위하게 이용되고 있고 앞으로도 그러할 것이라는 전제 하에 자기주식제도의 적절한 운용을 위한 과세제도 개선방안을 연구하였다.

먼저, 자기주식거래에 대한 과세의 기본구조를 취득단계에서의 과세상의 취급과 처분단계의 과세효과로 나누어 분석하였다. 다음으로, 자기주식의 취득과 처분 시의 주식평가와 관련한 과세문제로서, 자기주식의 고가 또는 저가 취득과 자기주식의 저가 또는 고가 처분에 따른 이익에 대한 과세방안을 제시하였다. 이어서, 회사의 타인명의 회사계산에 의한 발행주식 취득에 상증세법 제45조의2(명의신탁재산의 증여 의제) 또는 동법 제4조의2(증여세 납부의무) 제2항을 적용할 수 있는지 여부를 검토하였다. 이어서, 적격합병의 요건과 적격인적분할의 요건을 중심으로, 기업조직재편의 원활화를 위한 합병·분할 관련 자기주식 과세제도의 개선방안을 제시하였다. 끝으로, 가족기업에 의한 자기주식제도의 남용을 규율하기 위한 과세방안에 대하여 검토하였다.

주제어 : 자기주식, 자기주식의 취득, 자기주식의 처분, 자기주식 과세, 적격합병, 적격분할, 가족기업

* 이 논문은 한국조세재정연구원의 「2019 조세전문가 네트워크 사업」의 일환으로 수행한 연구를 수정, 보완한 것이다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

A Study on the Measures to Improve the Taxation System
for Treasury Stocks

Choi, Seong-Keun*

The Commercial Act amended in 2011 removed restrictions on the acquisition, holding and disposal of treasury stocks. The taxation system for treasury stocks should have redeemed in accordance with the amendment to treasury stocks of the Commercial Act. Nevertheless, adequate improvements have not been made in the tax laws.

In this article, firstly, as a taxation issue related to stock valuation at the time of acquisition or disposal of treasury stocks, a taxation method for profits from the acquisition of high or low price of treasury stocks, and from the disposal of low or high price of treasury stocks is presented.

Secondly, it will be reviewed whether Article 45-2 or Article 4-2 (2) of the Inheritance and Gift Tax Act can be applied to the stocks acquired in the name of individual or different corporation, in the account of issuer corporation.

Thirdly, focusing on the requirements for qualified merger and qualified division, some measures to improve the taxation system for treasury stocks related to merger and division to facilitate corporate reorganization are suggested.

Lastly, the abuse of treasury stocks by family companies is reviewed.

Key words : treasury stock, acquisition of treasury stocks,
disposal of treasury stocks, qualified merger, qualified division,
family company

* Professor at Yeungnam University Law School, Ph.D. in Law.

