

<논 문>

자기주식 취득과 무수익 자산 과세

— 대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두31263 판결 —

김 범 준*

|| 목 차 ||

I. 서론	5	2. 무수익 자산의 정의, 요건, 사례	
II. 대상 판결의 사실관계와 판시	6	3. 무수익 자산에 대한 이론적 검토와 대법원 입장의 분석	
1. 사실관계와 쟁점		V. 대상 판결의 이론적·실무적 의미와 과제	29
2. 1심 및 원심법원의 판결		1. 논의의 방향	
3. 대법원의 판단		2. 대상 판결의 분석	
III. 자기주식 취득에 관한 상법 개정과 과세관청의 대응	12	3. 대상 판결의 이론적 한계와 실무적 의미	
1. 자기주식 취득에 관한 상법 개정		4. 자기주식 취득 사례에 관한 대법원의 과제	
2. 과세관청의 대응과 대상 판결의 의미		VI. 결론	41
IV. 무수익 자산의 정의·요건 및 대법원 입장의 검토	18		
1. 무수익 자산 조항의 특징			

* 서울시립대학교 법학전문대학원 부교수

** 투고일 : 2024. 6. 28. 1차수정일 : 2024. 7. 21. 게재확정일 : 2024. 8. 12.

<국문초록>

이 글의 목적은 대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두31263 판결(이하 ‘대상 판결’)을 평석하고, 무수익 자산에 관한 판례 법리의 발전 방향을 제시하는 것이다. 이 글에서는 무수익 자산 과세에 관한 대법원판결을 비교·분석함으로써 대상 판결의 이론적 한계와 실무적 의미를 살펴보고, 자기주식 취득 과세의 실무 동향을 전망하였다. 이 글의 연구 내용은 다음과 같다.

구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행되기 전의 것)에서는 자기주식 취득이 무효일 가능성이 컸으므로, 과세관청은 업무무관 가지 급급 논리(법인세법 시행령 제53조, 제88조 제1항 제6호 및 제9호)에 터 잡아 자기주식 취득회사에게 법인세 부과처분을 하였다. 그러나 현행 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행된 것)에서는 자기주식 취득의 무효를 전제로 과세처분을 하기가 어렵다. 그리하여 과세관청은 처분사유로 무수익 자산 조항(법인세법 시행령 제88조 제1항 제2호)을 들었으며, 대상 판결은 이러한 과정을 잘 보여준다.

대상 판결은 주식 가치 제고 및 시세차익 가능성을 근거로 들면서, 자기주식이 무수익 자산에 해당하지 않는다고 판단하였다. 시세차익 가능성에 관한 판시는 무수익 자산의 요건인 교환가치에 관한 것이고, 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두 44084 판결(이하 ‘스틱 판결’)과 함께 과세 및 소송 실무에 많은 영향을 미치리라 생각한다.

다만 대상 판결에는 다음과 같은 한계가 있다. 첫째, 대법원은 ‘주식 가치 제고’를 이유로 자기주식을 무수익 자산으로 보지 않았으면서도 사용가치 또는 업무관련성에 관한 근거를 제대로 들지 않았다. 둘째, 대법원판결의 문구만으로는 주식 가치 제고의 법적 성격이나 지위를 제대로 알기 어렵다. 셋째, 대상 판결은 스틱 판결과 일관되지 않는다.

이러한 문제를 해결하기 위한 이 글의 연구 결과는 다음과 같다. 대법원은 후속 사례에서 업무관련성의 성격 또는 지위를 밝히고, 자기주식 취득에 관한 판단 기준을 세우며, 판결 이유를 구체적으로 제시하여야 한다. 앞으로 과세관청은 유효한 자기주식 취득에 고가매입 조항(법인세법 시행령 제88조 제1항 제1호)을 적용할 것으로 보인다. 이때에는 경제적 합리성이 중요하며, 개별 사례에서 구체적인 판단 요소를 세워야 한다.

▶ 주제어 : 자기주식, 무수익 자산, 업무관련성, 사용가치, 교환가치

I. 서론

구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행되기 전의 것)은 주식회사의 자기주식 취득을 엄격히 제한하였으므로, 자기주식 취득이 무효일 가능성이 컸다. 그리하여 과세관청은 자기주식 취득의 무효를 전제로, 자기주식을 취득한 주식회사(이하 ‘자기주식 취득회사’)에게 법인세 부과처분을 하였다.

현행 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행된 것)은 자기주식 취득의 요건을 낮추었다. 그에 따라 자기주식 취득이 무효일 가능성이 작아지자, 과세관청은 자기주식 취득회사에 대한 과세 논리를 보완하였다. 구체적으로 과세관청은 자기주식 취득을 법인세법 시행령 제88조 제1항 제2호(이하 ‘무수익 자산 조항’)의 무수익 자산 매입으로 본 다음, 자기주식 취득회사에게 법인세법 제52조의 부당행위계산부인 규정을 적용하였다. 부당행위계산부인 규정은 법인이 특수관계인과 정상적·합리적이지 않은 방법으로 거래를 함으로써 조세 부담을 부당하게 줄인 경우(이하 ‘부당행위계산’), 이를 세법상 부인한 다음 객관적이고 타당한 소득을 의제하여 과세하는 제도(이하 ‘부당행위계산부인 규정’)이다.¹⁾ 법인세법 시행령 제88조 제1항 각 호는 부당행위계산에 해당하는 거래를 정하였는데, 무수익 자산 조항도 그 가운데 하나이다.

이 글에서는 무수익 자산에 관한 대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두31263 판결(이하 ‘대상 판결’)을 살펴보고, 의미와 한계를 평가하려고 한다. 먼저 대상 판결의 사실관계와 판시를 요약한다(Ⅱ). 다음으로 자기주식 취득에 관한 상법 개정을 정리하고, 과세관청의 대응 및 판례 동향을 분석한다(Ⅲ). 나아가

1) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2017두35165 판결.

무수익 자산의 요건을 살펴보고, 무수익 자산 조항이 다투어진 대법원판결을 검토한다(IV). 끝으로 자기주식 취득에 관한 다른 판결과 대상 판결을 비교한 다음, 대상 판결의 의미·한계 및 앞으로 해결할 과제를 논증한다(V).

II. 대상 판결의 사실관계와 판시

1. 사실관계와 쟁점²⁾

가. 원고의 자기주식 취득 과정

원고(내국법인)의 주주는 2015. 11. 당시 A(지분율 90%) 및 B(A의 아들, 지분율 10%)이었다. A와 B는 각각 원고 회사의 대표이사 및 사내이사이었다.

원고는 2015. 11. 20. 임시주주총회를 열었다. 주주 전원은 임시주주총회에서 ① ‘원고가 상법 제462조 제1항의 배당가능이익³⁾ 안에서 70,000주의 자기주식을 취득하는 것’ 및 ② ‘주식양도 신청기간을 2015. 12. 4.부터 2015. 12. 23.까지로 정하는 것’을 의결하였다. 원고의 이사 전원 및 감사 1인은 같은 날 이사회에서 ① 취득 대상인 자기주식의 종류와 수, ② 주식 1주당 교부할 금액 및 산정 방법, 총 취득가액, 주식양도의 신청 기간, 매매대금 교부 시기 등을 만장일치로 의결하였다.

원고는 같은 날 이사회 결의 내용, 원고의 재무상태, 자기주식 보유 현황 등을 주주들에게 통지하였다. A는 2015. 12. 8. 원고에게 59,000주의 주식양

2) 아래의 내용은 서울행정법원 2021. 11. 9. 선고 2019구합52898 판결을 정리한 것이다.

3) 자기주식 취득가액 총액은 ‘직전 결산기의 대차대조표 순자산액에서 상법 제462조 제1항 각 호의 금액을 뺀 값’, 즉 ‘배당가능이익’을 넘을 수 없다. 상법 제341조 제1항 단서.

도 신청을 하였으나, B는 그러하지 않았다. 원고는 주식양도의 신청 기간이 지난 2015. 12. 24. A로부터 자기주식(전체 주식의 32.78%, 이하 ‘이 사건 주식’)을 양수하였다(이하 ‘이 사건 주식 거래’).

나. 원고의 자기주식 취득자금 조달 및 재무상태

원고는 2015. 12. 22. 제3자로부터 2,500,000,000원을 빌렸고, 같은 달 24. 은행으로부터 600,000,000원의 ‘한도 대출’⁴⁾을 받았으며, 같은 달 28. 또 다른 제3자로부터 3,000,000,000원을 빌렸다. 원고는 A에게 같은 달 24. 30,000주에 대한 대금 3,052,170,000원을, 같은 달 29. 29,000주에 대한 대금 2,950,431,000원을 지급하였다(두 금액을 통틀어 이하 ‘이 사건 매매금액’).

2014년 말 현재 원고의 미처분 이익잉여금은 29,407,003,812원이었고, 원고는 2018년 말 현재까지 이 사건 주식을 줄곧 보유하고 있다.

다. 피고의 법인세 부과처분 및 처분사유

(1) 이 사건 매매금액의 성격과 처분사유

피고(역삼세무서장)는 2017. 11. 원고에게 2015 사업연도 귀속 법인세 부과 처분(이하 ‘이 사건 처분’)을 하였다. 이 사건 처분의 핵심은 이 사건 매매금액을 ‘원고의 A에 대한 대여금’으로 본 것이다. 그에 따라 피고는 대여금에 대한 (인정)이자를 원고의 익금에 산입하면서 원고의 지급이자 일부를 손금에서 제외하는 내용으로 이 사건 처분을 하였다.

여기서 눈여겨볼 부분은 이 사건 매매금액을 대여금으로 취급하는 과세 논리이다. 피고는 이 사건 주식 거래가 무효 또는 유효인 경우로 나누어 각 상황에 관한 과세 논리를 따로 들었다. 전자가 ‘업무무관 가지급금 논리’, 후자가 ‘무수익 자산 조항’이다. 아래에서 두 가지 처분사유를 정리한다.

4) 위 ‘한도 대출’에 관한 서울행정법원 2021. 11. 9. 선고 2019구합52898 판결의 문구는 ‘마이너스 대출’이다.

(2) 무효인 자기주식 취득과 업무무관 가지급금 논리

피고의 첫 번째 처분사유는 ‘이 사건 주식 거래가 상법에 어긋난 자기주식 취득이어서 무효이므로, 이 사건 매매금액을 원고의 A에 대한 업무무관 가지급금으로 보아야 한다’라는 것이다. 피고는 이 사건 주식 거래가 무효인 이유로, ① 원고가 자기주식 거래에 관한 상법상 통지기한을 지키지 않은 점(이하 ‘제1 근거’) 및 ② 원고가 (배당가능이익 자체가 아니라) 차입금으로 이 사건 매매금액을 지급한 점(이하 ‘제2 근거’)을 들었다.

여기서 말하는 ‘업무무관 가지급금’은 법인이 업무와 관련 없이 특수관계인에게 지급한 대여금으로서,⁵⁾ 민법상 소비대차뿐 아니라 그와 비슷한 채권을 포함한다.⁶⁾ 이 사건 주식 거래가 무효라면, 원고는 이 사건 매매금액에 관한 반환청구권, 즉 가지급금 채권을 가진다. 피고 주장대로라면 원고는 A로부터 가지급금에 대한 이자를 받았어야 하나, 그러하지 않았다.

법인이 업무무관 가지급금 채권을 가지고 있는데도 특수관계인으로부터 이자를 받지 않는 것은, 법인세법 시행령 제88조 제1항 제6호 및 제9호의 부당행위계산에 해당한다.⁷⁾ 이때의 법률 효과는 두 가지이다. 첫째, 법인세법 시행령 제89조 제3항에 따라 계산한 이자(이하 ‘인정이자’)가 원고의 익금에 산입된다. 둘째, 업무무관 가지급금이 인정되면, 해당 법인이 제3자에게 지급한 차입금 이자 가운데 일부가 손금에서 제외된다.⁸⁾ 그리하여 피고는 ① 인정이자 익금산입 및 ② 지급이자 손금불산입을 내용으로 하는 이 사건 처분을 하였다. 이처럼 자기주식 무효 및 업무무관 가지급금을 전제한 피고의 처분사유를 이 글에서는 ‘업무무관 가지급금 논리’라고 부른다.

5) 법인세법 제28조 제1항 제4호 (나)목, 같은 법 시행령 제53조 제1항.

6) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013두20127 판결.

7) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두16561 판결 ; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2014두4719 판결 ; 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017두36045 판결.

8) 법인세법 제28조 제1항 제4호 (나)목, 법인세법 시행령 제53조.

(3) 자기주식과 무수익 자산 조항

피고의 두 번째 처분사유는 ‘이 사건 주식거래가 유효일 경우 자기주식이 부당행위계산부인 규정의 무수익 자산에 해당하므로, 이 사건 매매대금을 원고의 A에 대한 대여금으로 보아야 한다’라는 것이다. 피고는 자기주식이 무수익 자산이라는 근거로, 자기주식에 의결권·공익권·이익배당청구권이 인정되지 않는 점을 들었다(이하 ‘제3 근거’). 위 근거가 맞으면, 피고는 무수익 자산을 전제로 원고에게 법인세 부과처분을 할 수 있다.

대법원 2000. 11. 10. 선고 98두12055 판결에 따르면, 법인이 특수관계인으로부터 무수익 자산을 매입하는 것은 특수관계인에게 매입대금 상당액을 대여한 것과 같다. 따라서 과세관청은 부당행위계산부인 규정에 따라 대여금에 관한 인정이자를 계산하여 해당 법인의 익금에 산입할 수 있다. 인정이자의 익금산입 기간은 무수익 자산의 취득일부터 이를 처분하여 매입대금을 회수할 때까지이다.⁹⁾

한편 피고는 위 대여금을 업무무관 가지급금으로 보아 원고의 지급이자를 손금에서 제외하였다.¹⁰⁾ 요컨대 무수익 자산 조항에 따르면, 피고는 ① 인정이자 익금산입 및 ② 지급이자 손금불산입이라는 이 사건 처분을 유지할 수 있다.

9) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두44084 판결.

10) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2017두36045 판결 역시 과세관청이 무수익 자산에 관한 대여금을 업무무관 가지급금으로 본 다음 지급이자를 손금불산입한 사례이다. 다만 과세관청은 불복 과정에서 처분사유를 변경하였다.

2. 1심 및 원심법원의 판결¹¹⁾

가. 업무무관 가지급금에 대한 판단

1심 및 원심판결은 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017두63337 판결(이하 ‘삼양화학 선행판결’)의 법리를 인용한 다음, 제1, 2 근거에 관한 피고 주장을 받아 들이지 않았다. 자세한 판단 내용은 다음과 같다.

첫째, 현행 상법 제341조 제2항 제2호 및 같은 법 시행령 제9조와 제10조는 자기주식 취득에 관하여 이사회 결의 및 주주 통지 절차를 정하였다. 삼양화학 선행판결에 따르면, 이는 주주들에게 공평한 주식양도 기회를 주기 위한 것이다. 원고는 이사회 결의를 거쳐 주주에게 통지하였는데, 현행 상법 시행령 제10조 제2호의 통지기한을 지키지 못하였다. 그러나 주주 A 및 B는 모두 이사이므로, 2015. 11. 20. 이사회에서 자기주식 계획과 절차를 모두 알았을 것으로 보인다. 따라서 이 사건 주식 거래를 무효라고 볼 수 없다.

둘째, 현행 상법 제341조 제1항 단서에 따르면, 자기주식 취득가액 총액은 배당가능이익을 넘을 수 없다. 삼양화학 선행판결은 위 조항이 차입금에 의한 자기주식 취득을 금지하는 것이 아니라고 판시하였다. 원고의 자기주식 취득 총액은 배당가능이익을 넘지 않으므로, 이 사건 주식 거래가 현행 상법 제341조 제1항 단서에 어긋나 무효라고 볼 수 없다.

나. 무수익 자산에 대한 판단

원심판결은 아래의 이유로 이 사건 주식을 무수익 자산으로 보지 않았다.

첫째, 원고는 이 사건 주식을 다시 팔 수 있으므로, 자기주식처분손익이 생길 수 있다. 원고는 이 사건 주식을 소각하지 않더라도 유통가능성을 없

11) 서울고등법원 2022. 12. 16. 선고 2021누73098 판결. 원심판결은 1심판결(서울행정법원 2021. 11. 9. 선고 2019구합52898 판결)을 그대로 인용하면서 몇 가지 판단을 더하였다.

애거나 원고의 안정적인 영업 활동으로 주식 가치를 올릴 수 있다. 원고의 영업이익, 당기순이익, 미처분 이익잉여금을 고려할 때, 원고의 기업 가치가 없다고 볼 수도 없다.

둘째, 원고가 언제 이 사건 주식을 처분할지는 경영상 판단의 문제이며, 현행 상법은 자기주식의 처분 기한을 정하지 않았다. 따라서 원고의 주주가 임원 또는 그 가족들이어서 이 사건 주식이 제3자에게 매각될 가능성이 낮다는 이유로, 이 사건 주식을 무수익 자산으로 볼 수 없다.

셋째, 원고가 차입금으로 이 사건 매매금액을 지급한 것은 무수익 자산의 판단과 관련 없다.

3. 대법원의 판단

대상 판결은 원심판결에 법리 오해 등의 잘못이 없다고 판단한 다음, 업무무관 가지급금 및 무수익 자산에 관한 피고의 상고를 모두 기각하였다.

먼저 대법원은 이 사건 주식 거래가 현행 상법에 어긋나지 않아 적법·유효하므로, 이 사건 매매금액이 업무무관 가지급금에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이는 피고의 제1, 2 근거가 옳지 않다고 본 것이다.

나아가 대상 판결은 이 사건 주식이 무수익 자산에 해당하지 않는다고 판시함으로써, 피고의 제3 근거를 받아들이지 않았다. 대법원은 아래와 같이 원심판결의 판단 근거를 인용하였다. 첫째, 원고는 이 사건 주식 취득으로 원고의 주식 가치를 올릴 수 있다. 둘째, 원고의 영업 활동과 미처분 이익잉여금 규모에 비추어 볼 때 원고는 이 사건 주식 취득으로 시세차익을 얻을 수 있다. 요컨대 대법원이 자기주식을 무수익 자산으로 보지 않은 까닭은, ① 자기주식 취득에 따른 주식 가치 제고 및 ② 자기주식의 처분에 의한 시세차익 가능성 두 가지이다.

Ⅲ. 자기주식 취득에 관한 상법 개정과 과세관청의 대응

1. 자기주식 취득에 관한 상법 개정

가. 구 상법

구 상법 제341조는 원칙적으로 회사의 자기주식 취득을 금지하였다. 예외적인 자기주식 취득 사유는 주식 소각, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부에 대한 양수, 회사의 권리 실행, 단주 처리, 주주의 주식매수청구권 행사, 주식매수선택권 부여 등이었다.¹²⁾ 대법원은 예외 사유 없는 자기주식 취득을 무효로 보았다.¹³⁾ 따라서 무효인 자기주식 거래의 매도인은 매매대금을 매수인에게 부당이득으로 반환하여야 한다.¹⁴⁾

회사가 주식 소각 목적으로 자기주식을 취득하면, 곧바로 자기주식에 관한 실효 절차를 밟아야 한다. 그 밖의 이유로 자기주식을 취득한 경우 회사는 상당한 시기 안에 자기주식이나 질권을 처분하여야 한다.¹⁵⁾

나. 현행 상법

현행 상법은 회사의 자기주식 취득 사유를 두 가지로 정하였다.

첫째, 회사는 현행 상법 제341조 제1항에 따라 배당가능이익으로 자기주식을 취득할 수 있다. 자기주식 취득 목적에 관한 제한은 없다.¹⁶⁾ 그 절차는

12) 구 상법 제341조 단서, 제341조의2.

13) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결 ; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2005다 75729 판결.

14) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800 판결.

15) 구 상법 제342조.

다음과 같다. 먼저 회사는 미리 자기주식 취득에 관하여 주주총회 결의로 취득 대상인 주식의 종류와 수, 취득가액의 총액 한도, 자기주식 취득 기간을 정해야 한다.¹⁷⁾ 다음으로 회사는 이사회 결의로 모든 주주에게 자기주식 취득 목적, 취득할 주식의 종류와 수, 취득 대가의 내용과 산정 방법, 양도 신청기간 등을 정하고, 양도신청기간의 2주 전까지 모든 주주에게 이를 통지하여야 한다.¹⁸⁾

둘째, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업 전부에 대한 양수, 회사의 권리 실행, 단주 처리, 주주의 주식매수청구권 행사 등의 사유가 있을 때 회사는 현행 상법 제341조의2에 따라 자기주식을 취득할 수 있다.

대법원은 현행 상법에서도 상법상 요건 및 절차에 어긋난 자기주식 취득을 무효로 본다. 예컨대 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다208058 판결에 따르면, 회사가 퇴직 임원으로부터 자기주식을 취득하는 약정은 무효이고, 퇴직 임원은 자기주식 매매대금을 회사에게 부당이득으로 반환하여야 한다.

현행 상법은 자기주식 보유기간에 관한 제한을 없앴으므로, 회사는 자기주식을 계속 보유할 수 있다.¹⁹⁾ 현행 상법 제342조는 회사가 정관 또는 이사회 결정으로 자기주식을 처분할 수 있도록 정하였다.

다. 자기주식의 지위

상법은 자기주식의 의결권을 인정하지 않을 뿐 아니라, 주주총회 결의 요건인 발행주식총수에 자기주식 수를 넣지 않는다.²⁰⁾ 또한 자기주식에는 이익배당청구권과 잔여재산분배청구권이 인정되지 않는다.²¹⁾ 요컨대 자기주식

16) 임재연, 『회사법 I』, 박영사, 2024, 496면.

17) 현행 상법 제341조 제2항. 회사 정관이 이사회의 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정한 경우에는 이사회 결의로써 위 내용을 정할 수 있다. 같은 항 단서.

18) 상법 시행령 제9조 제1항 제1호, 제10조 제1호와 제2호.

19) 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2024, 434면.

20) 현행 상법 제369조 제2항, 제371조 제1항.

21) 임재연, 위의 책, 487면 ; 이철송, 위의 책, 438면.

의 공익권 및 자익권은 모두 정지된다.

2. 과세관청의 대응과 대상 판결의 의미

가. 구 상법에 관한 과세 논리

(1) 무효인 자기주식 취득에 대한 법인세 부과처분

앞서 보았듯이 상법에 어긋난 자기주식 취득은 무효이고, 회사는 상대방에게 자기주식 매매대금에 관한 부당이득 반환채권을 행사할 수 있다. 과세관청은 이를 업무무관 가지급금으로 본 다음, 자기주식 취득회사에게 법인세 부과처분(인정이자 익금산입 및 지급이자 손금불산입)을 하였다. 그런데 구 상법에서 자기주식 취득은 제한적으로 허용되었으므로, 자기주식 취득이 무효일 가능성이 컸다. 예컨대 회사가 자기주식을 취득하려면, 회사와 제3자 사이의 합병·영업양수가 있거나 주주(또는 임직원)가 회사를 상대로 주식매수청구권(또는 주식매수선택권)을 행사하여야 했다.²²⁾

그리하여 회사는 특수관계인으로부터 자기주식을 취득하면서, 대개 구 상법 제341조 제1호의 주식 소각을 목적으로 내세웠다. 한편 구 상법 제342조는 소각 목적의 자기주식에 대하여 곧바로 실효 절차를 밟도록 정하였으나, 많은 경우 회사는 자기주식을 그대로 보유하였다. 과세관청은 이러한 방식의 자기주식 취득을 무효라고 판단한 다음, 자기주식 매매대금을 업무무관 가지급금으로 보았다. 요컨대 과세관청은 업무무관 가지급금 논리에 따라 자기주식 취득회사에게 법인세 부과처분(인정이자 익금산입 및 지급이자 손금불산입)을 하였다.

(2) 대법원 2012. 3. 29. 2011두32119 판결(심리불속행 기각) 및 유사 사례

업무무관 가지급금 논리가 적용된 대표적인 사례는 대법원 2012. 3. 29.

22) 구 상법 제341조 제2호부터 제5호, 제341조의2.

2011두32119 판결(심리불속행 기각, 이하 ‘대법원 2011두32119 판결’)이다. 대법원 2011두32119 판결의 회사는 2006년부터 2007년까지 코스닥시장에 상장하려고 노력하였다. 회사의 대표이사는 제3자에게 투자를 권유하였고, 제3자는 상장 차익을 얻기 위하여 회사 주식을 매수하였다. 상장 실패 이후 제3자가 투자금의 반환을 요청하자, 회사는 2008. 9. 및 10. 제3자로부터 자기주식을 취득하면서 투자금 전액을 돌려주었다. 이 과정에서 회사는 2008. 8. 29. 자기주식 취득에 관한 이사회를 열었으며, 이사회 회의록의 자기주식 취득 목적은 ‘재매각 또는 주식 소각’이었다.

과세관청은 2009. 11. 5. 회사에게 자기주식 취득에 관한 소명자료 제출을 요구한 다음, 2010. 4. 12. 회사에게 법인세 부과처분을 하였다. 위 법인세 부과처분은 자기주식 취득의 무효를 전제로 업무무관 가지급금에 대한 인정 이자를 익금산입하고, 회사의 지급이자를 손금불산입한 것이다. 회사는 이때까지 자기주식의 매각 또는 소각에 관한 아무런 조치를 하지 않다가, 2010. 4. 20. 임시주주총회를 열어 소각 결의를 하였다. 원심판결²³⁾은 회사의 주식 소각 목적 및 자기주식 취득의 효력을 모두 부인한 다음, 법인세 부과처분이 적법하다고 판단하였다. 회사는 대법원에 상고하였으나, 대법원 2011두32119 판결은 회사의 상고를 기각하였다.

업무무관 가지급금 논리는 하급심 확정판결에서도 찾을 수 있다. 예컨대 서울고등법원 2008. 10. 21. 선고 2008누13462 판결²⁴⁾ 및 부산지방법원 2014. 9. 4. 선고 2014구합20521 판결²⁵⁾은 자기주식 취득 무효 및 업무무관 가지급금의 존재를 전제로, 법인세 부과처분(인정이자 익금산입, 지급이자 손금불산입)의 적법성을 긍정하였다. 위 판결들이 그대로 확정된 점에 비추어 볼 때,

23) 대전고등법원 2011. 12. 1. 선고 2011누1571 판결.

24) 위 판결의 회사는 제3자 명의 및 회사 계산으로 자기주식을 취득하였고, 서울고등법원은 자기주식 취득을 무효로 판단하였다.

25) 위 판결의 회사는 임직원의 주식매수선택권 행사를 자기주식 취득 사유로 들었으나, 부산지방법원은 회사 주장을 받아들이지 않은 다음 자기주식 취득을 무효로 판단하였다.

각 판결의 납세의무자는 과세관청 주장이 법리적으로 옳다고 받아들였던 것 같다.

이 과정에서 과세관청은 업무무관 가지급금 논리를 구 상법의 자기주식 취득 사례에 관한 원칙적인 처분사유로 삼았던 듯싶다.²⁶⁾ 그러자 자기주식 취득 사유의 존재 여부에 관한 사실인정이 후속 사례의 주요 쟁점이 되었다. 예컨대 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012두27091 판결(이하 ‘대법원 2012두27091 판결’)의 과세관청 및 원심법원²⁷⁾은 소각 목적 없는 자기주식 취득의 무효 및 업무무관 가지급금에 터 잡은 법인세 부과처분의 적법성을 긍정하였다. 그러나 대법원은 소각 목적이 있다고 본 다음, 원심판결을 파기환송하였다. 대법원 2011두32119 판결과 대법원 2012두27091 판결은 모두 업무무관 가지급금 논리를 전제하되, 소각 목적의 존재에 관한 사실인정에서 그 결론이 달라졌다.²⁸⁾

나. 현행 상법에 관한 과세 논리 및 대상 판결과의 관계

현행 상법에서 회사는 일정한 절차를 거쳐 배당가능이익으로 자기주식을 취득할 수 있다. 게다가 소각과 같은 취득 목적은 아예 자기주식 취득의 효력에 관한 요건이 아니다. 따라서 종전처럼 자기주식 취득의 무효를 전제로 과세처분을 하거나 소송 과정에서 처분의 적법성을 유지하기는 어려워졌다.

26) 이 글에서는 상법 개정에 따른 과세관청의 대응을 정리하기 위하여 업무무관 가지급금 논리를 살펴보았으므로, 그 타당성에 대해서는 따로 검토하지 않는다. 다만 ‘회사가 특정 주주에게 자금을 지원하기 위하여 자기주식을 취득한 경우에만 업무무관 가지급금으로 보아야 한다’라는 비판이 있다. 이종교, “자기주식의 취득에 관한 과세상 쟁점”, 『세무와 회계 연구』 제37호, 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2024, 17면.

27) 서울고등법원 2012. 11. 16. 선고 2012누12121 판결.

28) 대법원 2012두27091 판결은 소각 목적의 판단기준으로 당사자 의사, 계약서 내용과 경위, 대금의 결정 방법 등을 들었다. 대법원 2019. 6. 27. 선고 2016두49525 판결도 같은 취지이다.

특히 삼양화학 선행판결은 자기주식 취득에 관하여 두 가지 중요한 판시를 하였다. 첫째, 주주의 공평한 주식 양도 기회가 침해되지 않는 경우 절차상 하자가 있더라도 자기주식 취득은 무효가 아니다. 둘째, 자기주식 취득가액이 배당가능이익을 넘지 않는 범위에서 회사는 차입금으로 자기주식을 취득할 수 있다. 그러므로 과세관청이 절차상 하자과 자금 출처를 이유로 자기주식 취득의 무효를 주장하는 것도 어렵다.

그리하여 과세관청은 자기주식 취득회사에게 과세처분을 할 때 자기주식 취득이 유효인 경우에 관한 처분사유를 새로 들었다. 그것이 바로 무수익 자산 조항이다. 요컨대 과세관청은 현행 상법의 자기주식 취득 사례에서 업무무관 가지급금에 관한 종전 논리뿐 아니라, 무수익 자산 조항을 처분사유로 제시하였다.

이러한 과세관청의 대응을 잘 보여주는 사례가 대상 판결이다.

먼저 과세관청은 자기주식 취득의 무효에 터 잡아 업무무관 가지급금 논리를 적용하였다. 이에 따른 처분사유가 제1, 2 근거이다. 그러나 대상 판결은 자기주식 취득의 무효 주장을 받아들이지 않았다. 이는 삼양화학 선행판결을 따른 것이다.

다음으로 과세관청은 자기주식 취득의 유효를 전제로 무수익 자산 조항을 적용하였다. 그에 관한 처분사유가 제3 근거이다. 따라서 대상 판결의 핵심 쟁점은 제3 근거의 타당성 여부, 즉 ‘자기주식을 무수익 자산으로 볼 수 있는지’이다.

IV. 무수익 자산의 정의 · 요건 및 대법원 입장의 검토

1. 무수익 자산 조항의 특징

자기주식이 무수익 자산인지를 판단하려면, 무수익 자산의 정의 및 요건을 살펴보아야 한다. 법인세법 제52조 제4항은 부당행위계산 유형을 같은 법 시행령에 맡겼고, 같은 법 시행령 제88조 제1항 제2호는 무수익 자산의 매입을 부당행위계산 유형의 하나로 정하였다. 그런데 법인세법 시행령에는 무수익 자산의 정의 또는 요건이 없으므로, 그에 관한 해석은 대법원에 맡겨져 있었다. 아래에서는 먼저 대법원이 제시한 무수익 자산의 정의와 요건을 정리한다. 다음으로 몇몇 사례에 나타난 대법원의 판단 기준과 결론을 검토하고, 대법원 입장을 분석한다.

2. 무수익 자산의 정의, 요건, 사례

가. 정의와 요건

대법원 2000. 1. 10. 선고 98두12055 판결(이하 ‘고려화학 판결’)은 무수익 자산의 정의와 요건을 처음으로 밝혔다.²⁹⁾ 이에 따르면, 무수익 자산은 ① 수익 파생에 기여하지 못하거나 법인의 수익과 관련이 없고, ② 앞으로 그 운용으로 수익을 얻을 가능성이 희박한 자산이다. 이러한 정의는 ‘무수익’이라는 용어에 근거한 것이다.

일반적으로 자산의 경제적 가치는 ‘사용가치’와 ‘교환가치’로 나뉜다. 이

29) 변희찬, “골프회원권과 무수익자산”, 『대법원판례해설』 제35호, 법원도서관, 2001, 805면.

러한 시각에서 보면, ① 요건과 ② 요건은 각각 자산의 ‘사용가치’와 ‘교환가치’를 뜻한다고 볼 수 있다.³⁰⁾ ① 요건은 자산을 사용하더라도 수익을 얻는데 이바지하지 못하는 상황이다. ② 요건은 자산을 사용 이외의 방법(예컨대 매각)에 제공하더라도 수익을 일으킬 가능성이 매우 낮은 경우를 뜻한다. 사용가치와 교환가치가 모두 없어야 어느 자산이 무수익 자산에 해당한다.³¹⁾ 이 글에서는 사용가치와 교환가치를 통틀어 ‘수익관련성’이라고 부른다.

대법원은 고려화학 판결의 정의 및 요건에 따라 무수익 자산 여부를 판단하였다. 바꾸어 말하면, 대법원은 사용가치 또는 교환가치를 무수익 자산의 주요사실³²⁾로 삼았다. 아래에서 무수익 자산을 긍정 또는 부정판결의 사실관계와 판단 근거를 분석한다.

나. 무수익 자산을 긍정한 판결

(1) 고려화학 판결

고려화학 주식회사(이하 ‘고려화학’)의 자회사(특수관계인)가 골프회원권을 분양하지 못하자, 고려화학은 1991. 7. 4. 자회사로부터 총 100구좌의 골프회원권을 매수하였다. 과세관청은 위 골프회원권을 무수익 자산으로 보아 고려화학에게 법인세 부과처분을 하였다.

원심판결은 아래의 사실을 인정한 다음, 법인세 부과처분의 적법성을 긍정하였다.³³⁾ 첫째, 골프회원권에 대한 투자는 고려화학의 목적사업과 관련이

30) 조세심판원 2018서0327 결정(2019. 2. 15.) 역시 같은 용어를 썼다. 무수익 자산의 개념을 사용가치와 교환가치로 설명한 문헌으로는 강석규, 『조세법 쟁론』, 삼일인포마인, 2024, 720~721면; 송동진, 『법인세법』, 삼일인포마인, 2023, 387면(각주 221).

31) 강석규, 위의 책, 721면.

32) 주요사실은 법률효과의 발생 여부를 판단하는 데 직접 필요한 요건사실이다. 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다31855 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다 68884 판결.

33) 서울고등법원 1998. 6. 23. 선고 97구35438 판결.

없다. 둘째, 고려화학은 임직원 체력단련 및 고객 접대 목적의 골프회원권을 이미 충분히 가지고 있었다. 셋째, 골프회원권 시세가 떨어지고 있었고, 고려화학은 법인세 부과처분 당시(1996. 6. 16.)까지 골프회원권을 처분하지 않았으며, 골프회원권으로 생긴 다른 수익이 없었다.

대법원은 이러한 사실관계 및 원심판결을 인용한 다음, 골프회원권이 무수익 자산이라고 판단하였다.

(2) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두44084 판결(이하 ‘스틱 판결’)

(가) 사실관계³⁴⁾

비상장 내국법인 스틱인베스트먼트 주식회사(이하 ‘스틱’)는 국내외 투자자로부터 투자를 받아 펀드를 결성·운영하는 벤처캐피탈(venture capital)이다. 스틱은 2005. 7. 19. 사우디아라비아왕국 소재 법인인 ZAD Investment Company(이하 ‘ZAD’)에게 제3자 배정 방식으로 신주 665,000주(지분율 9.1%)를 발행하면서, ZAD에게 풋백옵션(put back option)을 부여하였다. 풋백옵션 약정에 따르면, 스틱 주식이 2008. 12. 31.까지 상장되지 않을 경우 ZAD는 60일 이내에 스틱에게 위 주식 665,000주를 풋백옵션 행사금액(ZAD의 주식인수가액에 일정 이자를 더한 금액)에 매도할 수 있었다.

스틱 주식은 2008. 12. 31.까지 상장되지 않았고, ZAD는 그로부터 60일 이내에 풋백옵션을 행사할 수 있었다. ZAD는 풋백옵션을 행사하지 않다가, 2010. 2. 스틱과 풋백옵션 행사기간을 2011. 12. 31.까지 연장하는 추가약정서를 체결하였다. 추가약정서의 작성일자는 2009. 2. 20.이었다. 스틱은 2010. 7. 1.부터 2011. 8. 1.까지 ZAD의 스틱 주식을 풋백옵션 행사금액 합계 약 113억 원에 매수하였다. 당시 위 스틱 주식을 「상속세 및 증여세법」(이하 ‘상증세법’)의 보충적 평가방법으로 계산한 값(이하 ‘보충적 평가액’)은 약 37억 원(1주당 약 5,600원)이었다.

34) 아래의 내용은 스틱 판결의 1심판결(서울행정법원 2016. 9. 22. 선고 2015구합 79192 판결) 및 조세심판원 결정(조세심판원 2014서3014, 2015. 8. 18.)을 정리한 것이다.

과세관청은 자기주식 취득의 유효를 전제로,³⁵⁾ 스틱이 특수관계인인 ZAD로부터 자기주식을 시가보다 높게 매수하였다고 보았다. 그리하여 과세관청은 부당행위계산부인 규정 가운데 법인세법 시행령 제88조 제1항 제1호(특수관계인 간 고가매입, 이하 ‘고가매입 조항’)를 적용한 다음, 2014. 4. 1. 스틱에게 소득금액변동통지를 하였다. 소득금액변동통지의 내용은 약 76억 원(위 113억 원과 37억 원의 차액)을 스틱의 익금에 산입하면서 ZAD에 대한 배당으로 소득처분을 하는 것이었다. 이에 따라 스틱은 ZAD의 국내원천 배당소득에 대한 원천징수의무를 지게 되었다.

그런데 「국제조세조정에 관한 법률」(이하 ‘국조법’) 제4조 제2항 본문에 따르면, 부당행위계산부인 규정은 원칙적으로 국제거래³⁶⁾에 적용되지 않는다. 다만 예외적으로 부당행위계산부인 규정이 적용되는 국제거래는 자산의 무상 이전, 채무 면제, 무수익자산 매입, 출연금의 부담, 합병이나 신주 발행과 같은 자본거래뿐이다.³⁷⁾ 스틱이 불복 과정에서 이를 지적하자, 과세관청은 소득금액변동통지의 처분사유를 고가매입에서 무수익 자산 매입으로 바꾸었다.³⁸⁾

35) 자기주식 취득의 유효는 스틱과 과세관청 사이에 다툼 없는 사실이었고, 대법원도 자기주식 취득의 유효를 전제로 무수익 자산 여부를 판단하였다.

36) 국제거래는 비거주자 또는 외국법인이 거래 당사자인 거래를 뜻한다. 국조법 제2조 제1항 제1호. ZAD는 외국법인이므로, 스틱과 ZAD의 자기주식 거래는 국제거래이다.

37) 국조법 제4조 제2항 단서, 같은 법 시행령 제4조. 위와 같은 내용은 스틱 판결의 적용 법령인 구 국조법(2011. 12. 31. 법률 제11126호로 개정되기 전의 것) 제3조 및 같은 법 시행령(대통령령 제23600호로 개정되기 전의 것) 제3조의2에서도 같았다.

38) 과세관청은 스틱의 자기주식 취득에 국조법상 정상가격체제를 적용할 수 없었다. 정상가격체제의 적용 대상은 지분을 50% 이상의 국외특수관계인 사이의 국제거래이나, ZAD의 스틱 지분율은 9.1%이었기 때문이다. 과세관청이 처분사유를 고가매입에서 무수익 자산 매입으로 교환적으로 변경한 것은 과세처분 유지를 위한 어쩔 수 없는 조치이었다. 이러한 경위는 조세심판원 결정(조세심판원 2014서3014, 2015. 8. 18.)에서 확인할 수 있다. 같은 취지의 설명으로 성수현,

(나) 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 스틱의 자기주식 취득을 무수익 자산 매입으로 판단하였다. 첫째, ZAD가 풋백옵션 행사권리를 잃었으므로, 스틱은 ZAD로부터 자기주식을 취득할 의무가 없었고, 그 밖에 자기주식을 취득할 업무상 필요가 없었다. 둘째, 스틱이 자기주식 취득으로 수익을 얻었거나 자기주식을 취득하지 않을 경우 손실을 입을 것이라는 사정이 없었다. 셋째, 스틱은 ZAD로부터 자기주식을 약 113억 원에 취득하였다가, 2012. 8. 30. 최대주주에게 당시의 보충적 평가액인 약 43억 원(1주당 약 6,500원)에 매각하였다. 또한 스틱 주식은 결국 상장되지 않았다.

다. 무수익 자산을 부정한 판결

(1) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003두13267 판결(이하 ‘미도파 판결’)

주식회사 미도파(이하 ‘미도파’)는 1997. 5. 계열사(특수관계인)로부터 약 193억 원에 주식회사 코리아헤럴드·내외경제신문 발행 주식(이하 ‘코리아헤럴드 주식’)을 취득하였다가, 대한종합금융 주식회사(이하 ‘대한중금’)에게 담보로 제공하였다. 과세관청은 코리아헤럴드 주식을 무수익 자산으로 보아 과세처분을 하였다.

대법원은 아래와 같은 이유로 코리아헤럴드 주식을 무수익 자산으로 보지 않았다. 첫째, 코리아헤럴드 주식에 대한 담보권이 실행되자, 미도파는 대한중금에 대한 연대보증채무에서 벗어날 수 있었다. 둘째, 코리아헤럴드 주식을 매각한 계열사는 주식 매매대금을 다른 계열사의 운영 및 채무변제에 사용하였다. 이로써 미도파의 대한중금에 대한 연대보증채무 부담이 줄어들었다. 셋째, 미도파의 연대보증채무가 소멸하자, 미도파는 대한중금에

“자기주식 취득에 대한 부당행위계산 부인의 적용 — 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두44084 판결을 중심으로 —”, 『조세법연구』 제27권 제3호, 한국세법학회, 2021, 338면. 스틱 판결은 국제거래 및 자기주식 취득의 유효에 터 잡은 것이라는 점에서, 구 상법상 자기주식 취득에 관한 나머지 대법원판결과 다르다.

게 담보로 제공하였던 다른 주식을 회수한 다음 이를 매각하여 채무를 변제할 수 있었다. 넷째, 코리아헤럴드 주식 취득이 미도파의 목적사업과 직접적으로 관련되지 않더라도, 위와 같은 수익 발생이 있었으므로 코리아헤럴드 주식을 무수익 자산으로 볼 수 없다.

(2) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013두20127 판결

(이하 ‘이수페타시스 판결’)

주식회사 이수페타시스(이하 ‘이수페타시스’)의 사업목적은 통신·네트워크·휴대전화 부품의 제조·판매이고, 이수건설 주식회사(이하 ‘이수건설’)는 이수페타시스의 특수관계인이다. 이수페타시스는 2007. 12. 특수관계가 없는 시행사들로부터 아파트·호텔을 분양받고, 분양대금을 시행사들에게 지급하였다. 시행사들은 위 분양대금으로 이수건설에 대한 대여금 및 공사미수금채무를 변제하였다.

원심법원은 아래와 같은 이유로 위 아파트·호텔을 무수익 자산으로 본다. 첫째, 법인세 부과처분의 적법성을 긍정하였다. 첫째, 아파트·호텔의 구입·투자는 이수페타시스의 사업목적과 관련이 없다. 둘째, 위 아파트·호텔의 실제 이용가치는 낮았을 뿐 아니라, 가치 상승에 따른 수익도 기대되지 않았다. 셋째, 이수페타시스는 이미 임직원 숙소를 가졌고, 2006년에 당기순손실을 기록하였다. 그런데도 이수페타시스가 대규모 자금을 들여 미분양 아파트·호텔을 취득한 것은 이례적이다.

대법원은 다음과 같은 이유로, 원심판결을 파기환송하였다. 첫째, 이수페타시스는 새로운 임직원 기숙사를 물색하고 있었는데, 아파트·호텔은 임직원의 복리후생시설 또는 연수시설로 쓰일 수 있었다. 이수페타시스는 아파트·호텔을 취득함으로써 그렇지 않을 때보다 관련 비용을 줄일 수 있었다. 그러므로 분양계약 당시 아파트·호텔이 이수페타시스의 수익에 기여할 가능성이 없었다고 볼 수 없다. 둘째, 이수페타시스는 아파트를 분양받은 다음, 실거래가 하락을 이유로 환매권을 행사함으로써 분양대금 및 이자를 돌려받았다. 셋째, 이수페타시스는 연 60일 동안 호텔을 임직원 복리후생시설

또는 연수시설로 썼고, 나머지 기간에는 위탁관리회사에게 호텔의 운영을 맡겨서 배당수익금을 받았다. 넷째, 이처럼 이수페타시스는 분양계약 당시에 아파트·호텔의 운용수익 또는 시세차익을 기대할 수 있었으므로, 아파트·호텔은 이수페타시스의 수익과 전혀 관련이 없는 자산이 아니다.

(3) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두52913 판결

(이하 ‘파라다이스 판결’)

주식회사 파라다이스(이하 ‘파라다이스’)는 법인등기부상 목적사업인 ‘주택 건설 및 부동산개발’을 위하여 특수관계인으로부터 토지를 320억 원에 매입하였다. 이는 감정평가법인의 평가액 320억 9,000만 원보다 낮았다. 파라다이스는 위 토지의 개발에 관한 자세한 계획을 마련하였는데, 특히 관할 관청이 아파트 건설에 관한 인허가를 거부할 경우 거부처분에 대한 행정소송으로 인허가를 받으려고 하였다. 실제로 광주시장이 파라다이스의 주택건설 사업계획승인 신청을 거부하자, 파라다이스는 1심법원에 행정소송을 제기하여 인용판결을 받았다. 다만 항소심법원은 원고패소판결을 선고하였고, 위 판결은 그대로 확정되었다.

과세관청은 위 토지를 무수익 자산으로 보아 파라다이스에게 법인세 부과처분을 하였다. 대법원은 앞서 설명한 사실관계를 인용하면서 법인세 부과처분의 위법성을 긍정하였다. 특히 대법원은 ① 파라다이스의 토지 매입 당시 수익을 얻으려는 계획이 있었던 점 및 ② 수익가능성 역시 있었으나 결과적으로 사업 착수가 이루어지지 못한 점을 판단 근거로 들었다.

3. 무수익 자산에 대한 이론적 검토와 대법원 입장의 분석

가. 무수익 자산과 업무무관자산의 관계

(1) 쟁점의 정리

앞서 살펴본 대법원판결에서 다룰 첫 번째 쟁점은 무수익 자산과 업무무

관자산의 관계이다. 고려화학 판결은 수익관련성을 무수익 자산의 정의와 요건으로 들면서도, 법인의 사업목적을 고려하여 무수익 자산을 긍정하였기 때문이다. 그렇다면 법인의 목적사업과 자산 사이의 관련성, 즉 ‘업무관련성’을 무수익 자산의 주요사실로 보아야 할까?

한편 법인세법은 제27조 제1호에서 업무와 관련 없는 자산(이하 ‘업무무관 자산’)을 따로 정하였다. 따라서 위 의문은 곧 법인세법의 두 가지 용어, 즉 무수익 자산(법인세법 시행령 제88조 제1항 제2호)과 업무무관자산(법인세법 제27조 제1호)의 관계에 관한 문제이기도 하다.

(2) 무수익 자산과 업무무관자산의 차이

먼저 법인세법 시행령 제88조 제1항 제2호는 (‘업무무관자산’이 아니라) ‘무수익 자산’을 부당행위계산부인의 대상으로 정하였다. 또한 업무관련성은 대법원이 밝힌 무수익 자산의 정의와 요건에 없다. 그렇다면 업무관련성을 무수익 자산의 주요사실로 보기 어렵다.

다음으로 무수익 자산과 업무무관자산의 요건은 서로 다르다. 전자는 어느 자산이 취득회사의 수익 창출에 기여할 가능성이 없을 때 인정되나, 후자의 요건은 어느 자산이 법인의 업무와 직접 관련되지 않은 것이다. 업무와 관련 없는 자산이라도 수익에 기여할 수 있고, 반대로 업무와 관련 있는 자산에서 수익이 생기지 않을 수도 있다. 그러므로 두 용어는 서로 구별되어야 한다.³⁹⁾

나아가 두 용어를 둘러싼 법적 효과와 입법 취지도 다르다. 무수익 자산의 요건이 갖추어질 경우, 과세관청은 법인세법 제52조에 따라 인정이자를 익금산입함으로써 법인세 부과처분을 할 수 있다.⁴⁰⁾ 법인세법 제52조의 부

39) 이창희, 『세법강의』, 박영사, 2024, 1111면; 김완석·황남석, 『법인세법론』, 삼일인포마인, 2024, 712면; 송동진, 앞의 책, 삼일인포마인, 2023, 386면; 이종교, 『조세법개론』, 삼일인포마인, 2024, 513면; 한만수, 『조세법강의』, 박영사, 2023, 613면.

40) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013두20127 판결; 대법원 2020. 12. 10. 선고 2017두

당행위계산부인 제도는 특수관계인 사이의 비정상적인 거래로써 회사의 법인세 부담을 줄이는 것을 막기 위한 것이다.

이와 달리 어느 자산이 업무와 직접적으로 관련되지 않으면, 과세관청은 법인세법 제27조에 따라 해당 자산의 취득·관리에 관한 비용 또는 차입금 이자의 일부를 손금에 산입하지 않는다. 법인세법 제27조의 입법 취지는 법인세법 제19조 제2항의 손금 범위를 명확히 밝히고 다툼의 가능성을 줄이는 것이다.⁴¹⁾ 나아가 업무와 관련 없는 자산을 취득한 법인이 차입금에 관한 이자를 지급하면, 지급이자가 법인세법 제28조에 따라 손금에 산입되지 않는다. 법인세법 제28조의 입법 취지는 차입금에 의한 기업 확장이나 재무구조 악화를 막고 회사 자금을 생산적으로 쓰도록 하기 위함이다.⁴²⁾

요컨대 무수익 자산과 업무무관자산은 정의·요건·효과·취지에서 서로 다르다. 따라서 업무관련성은 무수익 자산 판단에 관한 주요사실이 아니다.

(3) 업무관련성과 수익관련성의 관계

앞서 보았듯이 무수익 자산 여부는 주요사실인 사용가치 또는 교환가치에 따라 판단되어야 하고, 업무관련성은 주요사실이 아니다. 다만 이와 별개로 업무관련성이 수익관련성의 존재 여부에 관한 간접사실⁴³⁾에 해당할 수 있다. 예컨대 어느 자산에 업무관련성이 있으면, 그렇지 않은 경우보다 사용가치의 인정 가능성이 커진다. 그러므로 무수익 자산에 해당할 가능성도 그만큼 작아진다.

35165 판결. 고려화학 판결 및 스틱 판결에 따르면, 과세관청은 무수익 자산의 매입대금을 거래 상대방에게 대여한 것으로 보아 인정이자를 취득회사의 익금에 산입하고, 그에 관한 소득금액변동통지를 한다.

41) 김완석·황남석, 앞의 책, 477면.

42) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006두1647 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2001두10790 판결.

43) 간접사실은 주요사실의 존재 여부를 판단하는 데 도움이 되는 사실이다. 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다62254 판결; 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결; 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다13823 판결.

이때 업무관련성 여부에 관한 판단 기준은 법인등기부상 사업목적으로 한정되지 않는다. 법인등기부상 사업목적에 해당하지 않으나 회사의 수익 창출 또는 비용 감소에 기여할 수 있는 자산이 있기 때문이다. 예컨대 회사의 임직원 기숙사 취득에 업무관련성이 없다고 보기는 어렵다.

한편 업무관련성이 없는 자산에도 교환가치가 있을 수 있다. 이러한 자산은 무수익 자산이 아니다. 따라서 업무관련성의 부존재가 곧바로 무수익 자산을 긍정하는 근거는 아니다.

(4) 대법원판결의 평가

비록 대법원판결에 명확히 나타나지는 않았으나, 대법원은 앞서 살펴본 내용에 따라 무수익 자산을 판단하는 것으로 보인다. 먼저 고려화학 판결은 고려화학의 목적사업에 골프회원권 투자가 없음을 지적하였다. 다음으로 미도파 판결 및 이수페타시스 판결은 코리아헤럴드 주식 또는 아파트·호텔 취득이 미도파 또는 이수페타시스의 목적사업과 관련이 없음을 인정하면서도, 이들의 사용가치 또는 교환가치를 긍정하였다. 나아가 파라다이스 판결은 토지를 무수익 자산으로 보지 않았는데, 그 근거 가운데 하나가 파라다이스의 사업목적(주택건설 및 부동산개발)이었다. 이러한 판결들은 업무관련성을 수익관련성 요건의 간접사실로 고려한 결과로 보인다.

나. 수익관련성의 판단 기준과 범위

(1) 개 관

앞서 살펴본 무수익 자산의 정의와 요건에 비추어 볼 때, 특수관계인 사이의 거래 대상이 법인세법상 무수익 자산에 해당하려면, 해당 자산의 사용가치 및 교환가치가 모두 인정되지 않아야 한다. 이를테면 자산을 사용하더라도 수익이 생기지 않거나 비용을 줄이지 못하고 매각 등의 방법으로도 수익을 얻지 못할 때, 비로소 무수익 자산의 요건이 갖추어지게 된다. 아래에서 사용가치와 교환가치의 판단 기준을 살펴본다.

(2) 사용가치의 판단 기준과 사례

취득회사가 자산의 사용으로 수익을 얻거나 다른 비용을 줄일 수 있는 경우에 모두 사용가치가 인정된다고 보아야 한다. 여기서 말하는 사용은 자산의 본래 용도뿐 아니라 그 밖의 목적(예컨대 임대 또는 위탁 등)으로 활용하는 것을 포함한다. 어느 경우이든지 자산이 회사의 순자산 및 법인세를 늘릴 수 있으므로, 부당행위계산부인 규정의 적용 대상으로 삼을 필요가 없기 때문이다.

대법원도 같은 입장으로 보인다. 먼저 고려화학 판결을 보면, 고려화학은 체력단련 및 접대 목적으로 상당수의 골프회원권을 이미 보유하고 있었다. 이 상태에서 새로 취득한 골프회원권은 체력단련 및 접대에 관한 사용가치를 갖기 어렵다. 고려화학 판결이 기존 골프회원권 보유 사실을 판단 이유로 제시한 것은 이러한 맥락으로 이해된다.

한편 미도파 판결은 ‘미도파가 코리아헤럴드 주식을 담보에 제공함으로써 미도파가 여러 채무에서 벗어날 수 있었던 사정’을 위 주식의 사용가치로 보았다. 이수페타시스 판결은 아파트·호텔을 무수익 자산으로 보지 않았다. 대법원은 그 근거로 ① 아파트·호텔이 복리후생시설 또는 연수시설로 쓰일 수 있었던 사정과 ② 이수페타시스가 호텔을 자산운용회사에게 위탁하여 운용수익을 얻은 사실을 들었다. 이들 판결은 그 밖의 목적에 터 잡아 사용가치를 인정한 사례이다.

자산의 사용가치는 매매계약 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 부당행위계산인지를 판단하는 시점은 거래 당시, 즉 계약을 맺을 때이기 때문이다.⁴⁴⁾ 달리 말하면, 자산이 사후적 사유로 사용되지 않은 사실은 매매계약 당시의 사용가치를 부인하는 근거가 아니다. 파라다이스 판결 역시 같은 취지이다.

44) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2007두14978 판결 ; 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두1731 판결.

(3) 교환가치의 판단 기준과 사례

교환가치가 인정되려면, 앞으로 재산을 처분할 때 매각차익이 생겨야 한다. 그런데 매각차익은 그 자산의 취득가액 및 처분 당시의 시가에 의하여 정해진다. 따라서 교환가치의 부존재를 이유로 무수익 자산을 긍정하려면, 미래의 시가가 취득가액보다 커질 가능성이 매매계약 시점에 인정되지 않아야 한다.

대법원은 자산을 처분한 사례와 그렇지 않은 사례에서 교환가치를 부인하였다. 먼저 스틱 판결은 약 70억 원의 매각차손이 실제로 생긴 사실에 터잡아 자기주식을 무수익 자산으로 보았다. 다음으로 고려화학 판결은 골프회원권이 처분되지 않은 상태에서 교환가치를 부정하였다. 대법원은 그 근거로 ① 골프회원권 시세가 떨어지고 있었던 사정 및 ② 고려화학이 골프회원권을 처분하지 않은 사실을 들었다.

V. 대상 판결의 이론적 · 실무적 의미와 과제

1. 논의의 방향

스틱 판결과 달리, 대상 판결은 자기주식을 무수익 자산으로 보지 않았다. 그런데 대법원은 자세한 근거를 제시하지 않은 채 자기주식 취득에 따른 ① 주식 가치 제고 및 ② 시세차익 가능성 두 가지에 관한 원심판결을 짧게 수긍하는 방식으로 피고의 상고를 기각하였다. 나아가 스틱 판결을 비롯한 다른 대법원판결과 달리 대상 판결에는 업무관련성에 관한 판시가 아예 없다. 따라서 대상 판결만으로는 대법원의 정확한 의도를 알기 어렵다.

여기서 대상 판결의 선고 직전에 확정된 대법원 2023. 4. 13. 2023두31256 판결(심리불속행 기각, 이하 ‘삼양화학 후행판결’)을 살펴볼 필요가 있다.⁴⁵⁾ 삼양

45) 삼양화학 선행판결의 환송 전 원심판결(서울고등법원 2017. 8. 30. 선고 2017누

화학 후행판결 역시 대상 판결처럼 자기주식이 무수익 자산에 해당하지 않는다고 판단하였기 때문이다. 아래에서는 삼양화학 후행판결의 관점에서 대상 판결의 두 가지 근거를 분석한다. 나아가 스틱 판결과 대상 판결을 비교함으로써, 대상 판결의 이론적 한계와 실무상 의미를 짚어본다. 끝으로 자기주식 취득과 부당행위계산부인 규정에 관한 과제를 검토한다.

2. 대상 판결의 분석

가. ‘자기주식 취득에 따른 주식 가치 제고’에 관한 검토

(1) ‘주식 가치 제고’와 사용가치의 관계

자기주식의 자익권과 공익권은 모두 정지되므로, 자기주식에서는 자익권 및 공익권이 아닌 다른 용도에 의한 사용가치가 있는지를 살펴봐야 한다. 대상 판결은 자기주식이 무수익 자산이 아니라고 판시하면서, 자기주식 취득에 따른 ‘주식 가치 제고’를 근거로 들었다. 그런데 앞서 보았듯이 대상 판결뿐 아니라 1심 및 원심판결은 업무관련성에 관하여 판단하지 않았다. 그렇다면 대법원은 주식 가치 제고를 자기주식의 사용가치에 관한 이유로 보았을까?

여기서 생각할 쟁점은 ‘주식 가치 제고가 회사를 위한 사용가치인지’이다. 흔히 주주 이익 보호와 경영권 방어가 자기주식 취득의 대표적인 동기로 알려져 있다.⁴⁶⁾ 회사가 자기주식을 취득하면, 거래 대상인 주식 수가 줄

35631 판결)은 자기주식 취득의 절차 및 한도 위배를 이유로 자기주식 취득을 무효로 보고, 업무무관 가지급금 논리에 더 잡은 법인세 부과처분의 적법성을 인정하였다. 그러나 삼양화학 선행판결은 자기주식 취득의 무효 사유에 관한 환송 전 원심판결을 파기하고 서울고등법원으로 환송하였다. 환송 후 원심판결(서울고등법원 2022. 12. 16. 선고 2021누53186 판결)은 자기주식 취득의 유효를 긍정한 다음, 자기주식이 무수익 자산에 해당하지 않는다고 판단하였다. 삼양화학 후행판결은 환송 후 원심판결을 그대로 확정하였다.

46) 정동윤(감수), 『상법 회사편 해설』, 법무부, 2012, 106~107면 ; 이철송, 앞의 책,

어 들기 때문이다. 그리하여 나머지 주식의 가치가 오를 뿐 아니라,⁴⁷⁾ 적대적 매수자의 주식 취득이 어려워진다. 그런데 이러한 혜택을 받는 자는 대개 (회사가 아니라) 나머지 주식을 보유한 주주 또는 현재의 지배주주이다.

게다가 대상 판결의 원고처럼 소수 주주로 이루어진 비상장회사 또는 폐쇄회사에서는 자기주식 취득으로 나머지 주식의 가치를 높이거나 경영권을 방어할 필요성이 크지 않다.⁴⁸⁾ 따라서 대상 판결의 사례에서 주식 가치 제고를 회사에 대한 사용가치로 보기는 어렵다.

(2) 삼양화학 후행판결의 판단과 의미

여기서 삼양화학 후행판결의 환송 후 원심판결⁴⁹⁾을 살펴본다. 환송 후 원심법원은 삼양화학공업 주식회사(이하 ‘삼양화학’)의 자기주식 취득을 무수익 자산의 매입으로 보지 않았다. 환송 후 원심판결이 제시한 이유는 ‘삼양화학의 자기주식 취득으로 나머지 주주의 주식 가치가 올라갔으므로, 자기주식 취득 거래에 업무관련성이 있다’라는 것이었다. 과세관청은 환송 후 원심판결에 대하여 상고하였으나, 대법원은 과세관청의 상고를 기각하였다.

요컨대 환송 후 원심법원은 업무관련성을 무수익 자산의 판단 기준으로 전제한 다음, 주식 가치 제고를 업무관련성의 근거로 삼았다. 대법원은 이러한 판단을 그대로 확정하였다. 대상 판결이 삼양화학 후행판결에 이어 곧바로 선고된 점에 비추어 볼 때, 대상 판결 역시 같은 논리를 따른 것으로 보인다.

418~419면.

47) 예컨대 다른 주주의 배당 또는 유상증자에 따른 배정 비율이 늘어나므로, 나머지 주식 가치가 오른다.

48) 최성근, “자기주식제도의 적정한 운용을 위한 과세제도 개선방안”, 『영남법학』 제51호, 영남대학교 법학연구소, 2020, 25면.

49) 서울고등법원 2022. 12. 16. 선고 2021누53186 판결.

나. '자기주식 취득에 의한 시세차익 가능성'에 관한 검토

대상 판결은 원고가 이 사건 주식으로 시세차익을 얻을 수 있다고 보았다. 이 사건 주식의 시세차익 가능성은 결국 이 사건 주식의 교환가치가 앞으로 이 사건 매매금액보다 커질 수 있는지에 관한 문제이다. 또한 주식의 교환가치는 회사의 경영 성과와 자산 상태로 정해진다. 대상판결의 사실관계에 따르면, 원고의 2014년 영업이익과 당기순이익은 각각 177,028,894원 및 2,804,942,462원이었고, 2014년 말 미처분 이익잉여금은 29,407,003,812원이었다.

위와 같은 경영 성과와 자산 상태를 고려하면, 이 사건 주식 거래 당시 기준으로 이 사건 주식에서 시세차익이 생기지 않을 것이라고 보기는 어렵다. 대법원도 이 사건 주식의 취득으로 인한 시세차익 가능성을 긍정하면서, 원고의 영업활동과 미처분 이익잉여금 규모를 근거로 들었다.

한편 삼양화학 후행판결도 자기주식의 교환가치를 인정하였는데, 환송 후 원심판결의 이유는 다음과 같다. 첫째, 삼양화학은 2011. 12. 31. 기준의 보충적 평가액인 1주당 10,939원을 고려하여 1주당 11,000원으로 자기주식을 취득하였다. 둘째, 회계법인이 2019. 12. 31. 평가한 주식 가치는 1주당 17,172원이었다. 셋째, 삼양화학의 매출액은 자기주식 취득 이후에도 계속 늘어났다. 넷째, 삼양화학의 기업가치는 견고하고, 삼양화학은 자기주식을 매각함으로써 시세차익을 얻을 수 있다.

3. 대상 판결의 이론적 한계와 실무적 의미

가. 주식 가치 제고에 관한 이론적 한계

(1) 구체적인 판시의 부재

대상 판결에 관하여 지적할 점은, 대법원이 '주식 가치 제고'를 이유로 이 사건 주식을 무수익 자산으로 보지 않았으면서도 그에 관하여 구체적인 판

단을 하지 않았다는 점이다. 그리하여 주식 가치 제고가 주요사실인 사용가치 또는 간접사실인 업무관련성 가운데 어느 것의 근거인지가 명확하지 않다. 대상 판결 및 삼양화학 후행판결의 경위와 판시에 비추어 보면, 대법원이 두 판결에서 업무관련성을 무수익 자산의 주요사실로 보았을 가능성도 있다.

이미 보았듯이 무수익 자산의 정의와 요건은 대법원의 해석에 맡겨져 있다. 이러한 상황에서 대법원이 판단 이유를 자세히 밝히지 않으면, 무수익 자산에 관한 일관적인 법리를 세우기 어렵다. 또한 과세관청과 납세자의 예측가능성도 떨어진다.

(2) 법적 성격에 관한 의문

대법원이 주식 가치 제고를 사용가치에 관한 근거로 보았다면, ‘주주들의 경제적 이익이 회사를 위한 사용가치에 해당할 수 있는지’라는 의문이 남는다. 대상 판결이 주식 가치 제고를 업무관련성에 관한 근거로 삼았다더라도, 위 의문은 해결되지 않는다. 업무관련성은 수익관련성에 관한 간접사실이므로, 주식 가치 제고라는 업무관련성이 주요사실인 사용가치를 뒷받침할 수 있어야 하기 때문이다. 그러나 이미 보았듯이 주식 가치 제고를 회사에 대한 사용가치의 근거로 보기는 어렵다.

그 밖에 대상 판결 또는 삼양화학 후행판결이 업무관련성을 무수익 자산의 주요사실로 보았을 가능성도 있다. 삼양화학 후행판결의 환송 후 원심판결은 업무관련성을 긍정하였을 뿐이고, 사용가치에 관하여 따로 판단하지 않았기 때문이다. 이때에는 대법원이 스스로 밝힌 무수익 자산의 정의 또는 요건에 맞지 않을 뿐 아니라, 종전 판례에도 어긋난다.

(3) 대법원판결 사이의 비일관성

1주당 가치가 0보다 큰 상황에서 회사가 자기주식을 취득하면, 특별한 사정이 없는 경우 나머지 주식의 가치는 올라간다. 자기주식의 자익권 및 공익권이 정지되고, 시장에서 유통되는 주식 수가 줄어들기 때문이다. 한편 대

상 판결 또는 삼양화학 후행판결은 자기주식 취득이 무수익 자산 매입에 해당하지 않는다는 근거로 주식 가치 제고를 들었다. 이러한 논리에 따르면, 대부분의 자기주식은 무수익 자산이 아니다. 현행 상법은 배당가능이익의 존재를 전제로 자기주식 취득을 허용하는데, 배당가능이익이 있는 회사의 주식은 양(+)¹⁾의 값을 가질 가능성이 크기 때문이다.

문제는 이러한 사정이 스틱 판결에서 전혀 고려되지 않았다는 것이다. 스틱이 자기주식을 취득·처분하였을 때의 보충적 평가액은 각각 1주당 약 5,600원 및 6,500원이었고, 지분율은 9.1%에 이르렀다. 그러므로 자기주식 취득으로 나머지 스틱 주식 가치가 올라갔을 가능성이 크다. 그러나 대법원은 주식 가치 제고를 고려하지 않은 채 업무관련성을 부정한 다음, 자기주식을 무수익 자산으로 보았다.

게다가 대상 판결 및 삼양화학 후행판결의 자기주식 취득은 회사의 주식 취득 의무가 없는 상태에서 이루어졌다. 대법원은 두 판결에서 주식 가치 제고를 근거로 업무관련성을 긍정하였다. 그러나 스틱 판결은 스틱에게 자기주식 매입 의무가 없었음을 이유로 업무관련성을 부정하였다.

대법원이 세 판결을 심리하면서 이와 같은 차이점을 고려하지 않았는지 또는 고려하였는데도 다른 결론에 이르렀는지는 명확하지 않다. 그러나 어느 경우이든지 스틱 판결과 대상 판결(또는 삼양화학 후행판결)은 일관적이지 않다.

나. 시세 차익 가능성에 관한 실무적 의미

앞서 보았듯이 대상 판결은 몇 가지 이론적 한계를 갖고 있으나, 교환가치에 터 잡아 자기주식을 무수익 자산으로 보지 않았다는 점에서 실무적으로 중요하다. 특히 대상 판결과 삼양화학 후행판결은 자기주식의 교환가치에 관한 판단 기준으로 회사의 영업이익, 당기순이익, 이익잉여금, 상중세법상 보충적 평가액 등을 들었다. 이들은 회사의 경영 성과와 자산 상태를 보여주는 대표적인 요소이다.

다만 시세차익은 취득가액과 장래의 시가에 의하여 정해진다. 따라서 자산의 시가가 오를 가능성이 있더라도, 취득가액이 지나치게 높으면 결국 시세차익이 생기지 않는다. 이를테면 스틱 주식의 보충적 평가액은 1주당 5,600원(취득 당시)에서 1주당 6,500원(처분 당시)으로 올랐다. 그러나 스틱의 취득가액이 높았기 때문에 결국 약 70억 원의 매각차손이 생겼다. 스틱 판결이 대상 판결 또는 삼양화학 후행판결과 달리 교환가치를 부정한 것은 이러한 사실관계를 고려한 결과로 이해될 수 있다.

4. 자기주식 취득 사례에 관한 대법원의 과제

가. 업무관련성의 성격 또는 지위에 관한 법리 제시

대법원이 제시한 무수익 자산의 요건은 사용가치와 교환가치이다. 따라서 업무관련성은 무수익 자산의 주요사실이 아니라, 수익관련성을 뒷받침하는 간접사실이다. 그러나 대법원판결은 이에 관한 법리를 밝히지 않았다.

나아가 대상 판결 및 삼양화학 후행판결은 업무관련성의 근거로 주식 가치 제고를 들었다. 그러나 주식 가치 제고는 회사에 대한 사용가치의 근거가 아닐 뿐 아니라, 두 판결의 원심법원은 사용가치에 관하여 아무런 판단을 하지 않았다. 특히 대상 판결과 삼양화학 후행 판결의 자기주식은 교환가치를 가지고 있었으므로, 그 자체로 이미 무수익 자산에 해당하지 않는다. 그런데도 두 판결은 굳이 업무관련성에 관하여 따로 판단하였다. 그렇다면 오히려 두 판결은 업무관련성을 주요사실로 보았을 수 있다. 이러한 추측이 맞으면, 두 판결은 대법원이 스스로 밝힌 무수익 자산의 정의와 요건에 어긋난다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는, 대법원이 앞으로 있을 무수익 자산 판결에서 업무관련성의 성격 또는 지위에 관한 법리를 명확히 밝혀야 한다.

나. 자기주식 취득 사례에 관한 판단 기준의 정립

대상 판결, 삼양화학 후행판결, 스틱 판결의 쟁점은 ‘자기주식이 무수익

자산인지'이었으나, 결론은 달랐다.

먼저 스틱 판결에서도 자기주식 취득으로 나머지 주식의 가치가 올랐을 가능성이 크다. 자기주식 취득 당시에 스틱 주식의 1주당 가치가 0보다 컸기 때문이다. 그러나 대법원은 대상 판결 및 삼양화학 후행판결과 달리 스틱 주식의 가치 제고를 고려하지 않았다.

다음으로 스틱 판결은 업무관련성을 부정하였는데, 그 근거로 '스틱이 자기주식 매입 의무가 없는데도 자기주식을 취득한 사실'을 들었다. 그러나 상법에 따른 자기주식 취득을 회사의 업무와 관련되지 않은 것으로 볼 수 있을까? 게다가 법적 의무의 부존재가 곧바로 업무관련성을 부인하지는 않는다.⁵⁰⁾ 더군다나 대상 판결 및 삼양화학 후행판결의 자기주식 취득 역시 법적 의무 없이 이루어졌으나, 두 판결들은 주식 가치 제고를 이유로 자기주식 취득의 업무관련성을 긍정하였다.

요컨대 대상 판결과 삼양화학 후행판결은 업무관련성을 무수익 자산의 판단 요소로 삼았으나, 그 기준을 제대로 세우지 못한 것으로 보인다. 대법원은 후속 사례에서 자기주식 취득에 관한 판단 기준을 세워야 한다.

다. 납세자 및 과세관청을 위한 판결 이유 제시

앞서 보았듯이 대상 판결 및 삼양화학 후행판결의 근거와 결론은 스틱 판결과 다르다. 그러나 대법원은 이러한 입장 변화에 관한 이유를 제대로 밝히지 않았다.

먼저 삼양화학 후행판결은 심리불속행 기각으로 사건을 종결하면서, 대법원 단계의 법리를 전혀 제시하지 않았다. 다음으로 대상 판결은 주식 가치 제고 및 시세차익 가능성에 관한 원심판결을 짧게 수긍하는 방식으로 피고

50) 벤처 캐피탈인 스틱 입장에서 보면, (비록 법적 의무가 없더라도) 장래의 펀드 결성·운용을 위하여 ZAD로부터 자기주식을 취득할 업무상 필요가 있었을 수 있다. 한편 '법적 의무가 없는 자기주식 취득은 무수익 자산의 판단 요소가 아니라 부당행위계산부인 규정의 경제적 합리성에 관한 문제이다'라는 견해가 있다. 성수현, 앞의 논문, 334면.

의 상고를 기각하였다. 그리하여 대상 판결은 여러 가지 뜻으로 이해될 수 있고, 납세자와 과세관청은 대법원의 의도를 정확히 알 수 없다. 결국 대법원판결은 하나의 사건에 대한 일회적 판단에 그칠 뿐이고, 납세자 또는 과세관청에게 예측가능성을 줄 수 없다.

위와 같은 문제를 해결하기 위해서는 대법원이 무수익 자산에 관한 판결 이유를 자세히 밝혀야 한다. 무엇보다도 대법원이 기존 판결과 다른 근거로 판단을 할 때에는 심리불속행 제도보다 판결 선고로써 구체적인 판결 이유를 제시하여야 한다. 그래야만 대법원판결이 의미 있는 선례로 남을 뿐 아니라, 무수익 자산에 관한 불필요한 분쟁을 줄일 수 있다.

라. 유효한 자기주식 취득의 경제적 합리성에 관한 판단

(1) 현행 상법상 자기주식 취득과 부당행위계산부인 규정

현행 상법은 자기주식 취득의 사유와 절차를 완화하였으므로, 자기주식 취득이 무효일 가능성이 작아졌다. 특히 삼양화학 선행판결과 대상 판결은 주주평등원칙에 어긋나지 않는 절차상 하자를 자기주식 취득의 무효 사유로 보지 않았다. 따라서 현행 상법 아래에서 자기주식 취득의 무효를 전제로 업무무관 가지급금 논리를 적용하는 것은 어렵다.

한편 과세관청이 무수익 자산 조항을 적용하기도 쉽지 않다. 자기주식 취득에 따른 주식 가치 제고 또는 시세차익 가능성이 인정되면, 무수익 자산에 해당하지 않기 때문이다. 삼양화학 후행판결과 대상 판결에 따르면, 매출액·영업이익·이익잉여금 등을 유지하는 회사 사례에서 자기주식 취득에 의한 주식 가치 제고 또는 시세차익 가능성을 부인하기는 어렵다.

(2) 유효한 자기주식 취득에 대한 고가매입 조항의 적용 가능성

이러한 상황에서 과세관청이 생각할 수 있는 과세 방안은 법인세법 시행령 제88조 제1항 제1호의 고가매입 조항이다. 위 방안의 핵심은, 회사가 자기주식을 시가보다 비싸게 취득할 경우 거래가액과 시가 사이의 차액을 익

금산입함으로써 자기주식 취득회사에게 법인세 부과처분을 하는 것이다. 실제로 구 상법 시행 당시 과세관청은 자기주식 취득의 유효를 전제로, 고가매입 조항을 적용하였다.

예컨대 국세청 유권해석 법인 46012-135, 2002. 3. 11.은 자기주식의 고가매입이 부당행위계산부인 규정의 적용 대상이라고 밝혔다. 또한 대법원 2014. 11. 13. 2014두10677 판결(심리불속행 기각)의 과세관청은 자기주식 취득에 고가매입 조항을 적용하여 법인세 부과처분을 하였다. 원심법원은 고가매입 조항의 적용을 긍정하되, 자기주식 취득에 경제적 합리성이 있다고 보아 법인세 부과처분을 취소하였다. 과세관청이 대법원에 상고하였으나, 대법원은 상고를 기각하였다.

한편 회사가 자기주식을 양도한 금액은 원칙적으로 익금에 산입된다.⁵¹⁾ 바꾸어 말하면 법인세법은 자기주식을 자산으로 취급한다.⁵²⁾ 대법원 역시 자기주식의 취득과 매각을 법인세 과세대상, 즉 자산의 손익거래로 본다.⁵³⁾ 나아가 삼양화학 후행판결의 원고는 환송 후 원심 단계에서 ‘자기주식 취득은 자본거래이므로, 자기주식 자체를 자산으로 볼 수 없다’라고 주장하였다. 그러나 환송 후 원심판결은 자기주식 취득을 손익거래로 판단하였으며, 삼양화학 후행판결은 심리불속행 기각으로 종결되었다. 이러한 법인세법 및

51) 법인세법 시행령 제11조 제2호의2. 다만 자기주식소각이익은 법인세법 제17조 제4호의 감자차익에 해당하여 익금에 산입되지 않는다. 법인세법 제17조 제4호. 김완석·황남석, 앞의 책, 209면.

52) 김완석·황남석, 위의 책, 209면과 727면.

53) 예컨대 대법원 1995. 4. 11. 선고 94누21583 판결. 한편 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두3755 판결에 따르면, 합병법인이 합병에 따라 피합병법인 보유 합병법인 주식(자기주식)을 취득하였다가 처분하는 것은 자본거래이고, 그 처분이익은 합병차익이어서 익금산입대상이 아니다. 그러나 법인세법 시행령 제11조 제2호의2는 위와 같은 자기주식처분이익을 손익거래로 보아 익금산입대상에 넣었다. 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018두54323 판결은 위 시행령 규정이 법인세법의 위임 범위를 넘거나 조세법률주의에 어긋나지 않는다고 판단하였다. 이로써 자기주식을 자산으로 보는 법인세법 및 대법원 입장은 더욱 명확해졌다. 대법원 2021. 9. 30. 선고 2017두66244 판결도 자기주식이 자산임을 전제한 것이다.

대법원 태도에 비추어 볼 때, 과세관청은 현행 상법상 유효한 자기주식 취득에 고가매입 조항을 적용할 것으로 보인다.

(3) 고가매입 조항의 적용에 관한 전망과 과제

(가) 고가매입 조항의 적용 요건

자기주식 취득에 고가매입 조항을 적용하려면, 회사의 자기주식 취득가액과 시가 사이의 차액이 3억 원 또는 시가의 5% 이상이어야 한다.⁵⁴⁾ 한편 현행 상법은 자기주식 취득의 방법으로 ① 거래소에서 취득하는 방법, ② 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제133조부터 제146조까지의 규정에 따라 공개매수를 하는 방법, ③ 회사가 모든 주주에게 자기주식 취득의 통지 또는 공고를 하는 방법을 정하였다. 그런데 위 ①과 ②의 경우에는 자기주식 취득가액이 시가에 해당할 가능성이 크므로, 고가매입 조항을 적용하기 어렵다.

또한 비상장회사가 위 ③의 방법으로 자기주식을 취득하더라도, 취득가액과 보충적 평가액의 차액이 3억 원 또는 보충적 평가액의 5% 미만이면, 고가매입 조항을 적용할 수 없다. 비상장주식의 시가가 명확하지 않을 때에는, 보충적 평가액이 시가이기 때문이다.⁵⁵⁾ 과세관청이 삼양화학 후행판결 및 대상 판결에서 고가매입 조항을 처분사유로 들지 않은 것도 이를 고려한 결과로 보인다. 예컨대 삼양화학은 2011. 12. 31. 기준의 보충적 평가액인 1주당 10,939원을 고려하여 1주당 11,000원으로 자기주식을 취득하였다.

(나) 경제적 합리성에 관한 판단의 중요성

요컨대 현행 법령의 자기주식 취득에 고가매입 조항을 적용할 수 있는 상황은, 비상장회사가 위 ③의 방법에 따라 자기주식을 취득하고 취득가액과 보충적 평가액의 차액이 3억 원 또는 시가의 5% 이상인 경우이다. 그런데 대법원에 따르면, 특수관계인 사이의 거래가액이 시가와 다르더라도 경제적

54) 법인세법 시행령 제88조 제3항.

55) 법인세법 시행령 제89조 제2항 제2호.

합리성이 있는 거래에는 부당행위계산부인 규정을 적용할 수 없다.⁵⁶⁾ 경제적 합리성의 유무는 특수관계인 거래가 건전한 사회통념 또는 상관행에 어긋나거나 경제인의 시각에서 볼 때 불합리한지에 따라 판단된다.⁵⁷⁾ 따라서 자기주식 취득에 고가매입 조항이 적용되는 상황에서 과세처분의 적법성을 판단하려면, 경제적 합리성 요건을 따로 검토하여야 한다.

예컨대 대법원 2020. 12. 10. 선고 2017두35165 판결의 원고는 비상장주식을 거래사례가액(1주당 20,000원) 및 보충적 평가액(1주당 7,507원)보다 높은 가액(1주당 23,518원)에 취득하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 경제적 합리성을 긍정하였다. 첫째, 원고가 비상장주식을 취득할 당시 비상장주식 발행회사의 매출액이 크게 늘었다. 둘째, 위 발행회사는 기업공개와 상장을 준비하였고, 원고의 취득일로부터 약 4년 뒤에 코스닥 시장에 상장되었다. 셋째, 원고는 발행회사의 상장 직전에 비상장주식 일부를 매각하여 약 33억 원의 양도차익을 얻었다. 넷째, 원고가 거래사례가액 또는 보충적 평가액보다 높은 가액으로 비상장주식을 취득한 것은 미래가치를 고려한 것이므로, 경제적 합리성이 인정된다.⁵⁸⁾

그렇다면 취득가액과 시가가 다른 자기주식 취득에서 주로 다루어질 쟁점은 고가매입 조항 및 경제적 합리성이 되리라 생각한다. 특히 비상장회사의 경영 실적 또는 재무 구조가 개선되거나 상장을 준비하는 등 미래가치에 영향을 미칠 만한 사유가 있을 때, 경제적 합리성이 중요하게 다루어질 것으로 보인다. 앞으로 개별 사례에서 판례를 쌓아감으로써 이에 관한 다툼을 해결하여야 한다.

56) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두12822 판결 ; 대법원 2010. 5. 13. 선고 2007두14978 판결. 황남석, “법인세법상 부당행위계산부인 적용시 비상장주식의 시가 평가에 관한 쟁점 — 대법원 2023. 12. 21.자 2023두54006 판결을 중심으로 —”, 『조세와 법』 제17권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024, 156면.

57) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2004두7993 판결.

58) 거래가액이 시가 또는 보충적 평가액과 다른 사례에서 경제적 합리성을 긍정한 판결로는 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016두50686 판결과 대법원 2018. 12. 28. 선고 2017두47519 판결 등이 있다.

VI. 결 론

이 글에서 대상 판결을 분석한 내용은 다음과 같다.

구 상법에서는 자기주식 취득이 무효일 가능성이 컸으므로, 과세관청은 업무무관 가지급금 논리를 적용하여 자기주식 취득회사에게 법인세 부과처분을 하였다. 그러나 현행 상법에서는 자기주식 취득의 무효를 전제로 과세 처분을 하기가 어렵다. 그리하여 과세관청은 자기주식 취득회사에 대한 처분사유로 무수익 자산 조항을 들었으며, 대상 판결에서 이러한 과정을 확인할 수 있다.

대상 판결은 주식 가치 제고 및 시세차익 가능성을 근거로 자기주식이 무수익 자산에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이 가운데 시세차익 가능성 부분은 무수익 자산의 요건인 교환가치를 반영한 것이고, 스탁 판결과 함께 후속 사례의 중요한 판단 기준이 되리라 생각한다.

그러나 대상 판결에는 다음과 같은 한계가 있다. 첫째, 대법원은 ‘주식 가치 제고’를 이유로 이 사건 주식을 무수익 자산으로 보지 않았다. 그러나 그에 관한 구체적인 판단이 없을 뿐 아니라, 사용가치 또는 업무관련성에 관한 근거가 제대로 밝혀지지 않았다. 둘째, 대상 판결이 제시한 주식 가치 제고의 법적 성격이나 지위가 명확하지 않다. 셋째, 대상 판결은 스탁 판결과 일관되지 않는다. 이러한 문제를 해결하려면, 대법원은 후속 사례에서 업무관련성의 성격 또는 지위를 명확히 밝히고, 자기주식 취득에 관한 판단 기준을 세우며, 판결 이유를 구체적으로 제시하여야 한다.

앞으로 과세관청은 유효한 자기주식 취득에 대하여 고가매입 조항을 적용할 것으로 보인다. 이때에는 경제적 합리성이 중요하며, 개별 사례에서 구체적인 판단 요소를 세워야 한다.

參 考 文 獻

- 강석규, 『조세법 쟁론』, 삼일인포마인, 2024.
- 김완석·황남석, 『법인세법론』, 삼일인포마인, 2024.
- 변희찬, “골프회원권과 무수익자산”, 『대법원판례해설』 제35호, 법원도서관, 2001.
- 성수현, “자기주식 취득에 대한 부당행위계산 부인의 적용 — 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두44084 판결을 중심으로 —”, 『조세법연구』 제27권 제3호, 한국세법학회, 2021.
- 송동진, 『법인세법』, 삼일인포마인, 2023.
- 이중교, “자기주식의 취득에 관한 과세상 쟁점”, 『세무와 회계 연구』 제37호, 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2024.
- _____, 『조세법개론』, 삼일인포마인, 2024.
- 이창희, 『세법강의』, 박영사, 2024.
- 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2024.
- 임재연, 『회사법 I』, 박영사, 2024.
- 정동윤(감수), 『상법 회사편 해설』, 법무부, 2012.
- 최성근, “자기주식제도의 적절한 운용을 위한 과세제도 개선방안”, 『영남법학』 제51호, 영남대학교 법학연구소, 2020.
- 황남석, “법인세법상 부당행위계산부인 적용시 비상장주식의 시가평가에 관한 쟁점 — 대법원 2023. 12. 21.자 2023두54006 판결을 중심으로 —”, 『조세와 법』 제17권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024.

<Abstract>

**Are Treasury Stocks Nonperforming Assets for Tax Purposes?
: Theoretical and Practical Implications of Supreme Court Ruling
2023Du31263 (April 27, 2023)**

KIM, BeomJune*

The objective of this article is to analyze the Supreme Court of Korea (“SCK”) decisions on tax treatment of treasury stocks. The main ideas of this article are summarized as follows.

Before the 2012 Commercial Act, it was strictly prohibited for a company to acquire treasury shares so that the acquisition of treasury stocks was likely to be invalid in most cases. Therefore, the National Tax Service (“NTS”) had a tendency to levy tax impositions on the acquiring company based on the assumption that treasury stock transactions were invalid. Also, the SCK followed this position.

The 2012 Commercial Act relaxed treasury stock regulations, which led to the result that treasury share transactions were valid in many cases. In response to such a change, the NTS has argued that treasury stocks fall under nonperforming assets for tax purposes in order to apply Article 52 of the Corporate Income Tax Act to the acquiring company. The SCK Ruling 2023Du31263 (April 27, 2023, “Ruling”) rejected the NTS’ position by providing two legal grounds, that is, the improvement of stock value and the possibility of capital gains resulting from acquiring treasury shares. The latter one is in regard to the “exchange value” requirement of nonperforming assets. The Ruling will have an impact on future practices together with the SCK Ruling 2017Du44084 Decision (August 20, 2020, “STIC Decision”).

However, there are several theoretical flaws in the SCK’s position. First, even though the conclusion of the Ruling was rooted in the concept of business relatedness, the SCK did not provide specific explanations. Second, the legal nature or status of business relatedness is not clear. Third, the SCK has rendered contradictory decisions in the Ruling and the STIC Decision. In order to solve

* University of Seoul, Law School, Associate Professor

such problems, the SCK should clarify the characteristic of business relatedness, establish specific criteria for treasury stock transactions, and provide concrete legal grounds for whether treasury stocks are nonperforming assets in its subsequent decisions.

Finally, it is likely that the NTS will apply the overpayment clause to valid treasury stock transactions between related parties. In this case, the requirement of economical reasonableness will be a key issue and the SCK should provide specific factors in future cases.

▶ **Key Words** : treasury shares, nonperforming assets, business relatedness, use value, exchange value