creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학 석사학위논문

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여에 관한 연구

2023 년 2 월

서울대학교 대학원
법학과 세법전공

김 지 현

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여에 관한 연구

지도교수 이 창 희

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2022 년 11 월

서울대학교 대학원

법학과 세법전공

김 지 현

김지현의 석사 학위논문을 인준함

2023 년 1 월

위 원 장 윤 지 현 (인)

부 위 원 장 송 옥 렬 (인)

위 원 이 창 희 (인)

국문초록

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정은 1996년 상증세법 전면개정시 법인세와 증여세 모두 부담하지 않는 변칙증여에 대처하기 위해 도입되었다. 이후 증여의제 규정에서 증여 규정, 그리고 다시 증여의제 규정으로 규제의 틀이 변화해 왔고, 특정법인의 범위나 특정법인의 주주가 얻은 것으로 보는 이익의 범위도 점차 확대되는 방향으로 개정되었다. 이와 같은 관련 법령의 개정은 주로 기존 규정에 의한 과세 가능 범위와 그 한계 등에 관한 법원 판결이 선고되면서 그에 대한 대응 차원에서 이루어져 온 측면이 있다.

이 과정에서 실무상 여러 문제가 제기되었는데 그 중에서도 증여이익 산정방법에 관한 2014년 개정 전후의 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 및 동 시행령 조항이 무효인 경우 구체적인 증여이익을 산정할 수 있는지 여부가 크게 문제되었다.

우선 증여이익 산정방법에 관한 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력과 관련하여, 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 '주주가 얻은 이익'은 주주가 보유한 지분의 가치 상승분으로 해석하는 것이 타당하다. 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인의 주주 등이 이익을 얻지 않은 경우에도 특정법인이 얻은 이익을 그대로 주주 등이 얻은 것으로 보아 과세하므로 모법의 규정취지와 위임범위를 벗어난 것으로서 무효이고, 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 본질적인 내용에 있어서는 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항과 다를 바 없으므로 여전히 무효이다.

위와 같이 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효인 경우 구체적인 가액산정규정이 없음에도 증여세 완전포괄주의 하에서 증여세를 부과할 수 있는지 문제되었다. 우선 특정법인에 대한 증여 전후로 주주가 보유한 지분가치가 증가하지 않은 경우에는 2015년 개정 전 상증세법 제41조 하에서는 그 주주에 대한 증여이익을 산정할 여지가 없을 것이다. 만일 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가하였다면 2014년 개정 전 상증세법이 적용되는 2013. 12. 31.까지의 증여분의 경우 순자산가치에 의해 주식가치가 평가될 것이므로 특정법인에 대한 증여로 인하여 주식 가치가 증가한 부분만큼을 (결손법인에 대해서는 당해 결손금을 한도로) 증여이익으로 산정하는 것이 타당하다. 한편 2014년 개정 상증세법이 적용되는 2014. 1. 1. 이후의 증여분의 경우 증여이익의 합리적인 산정 방법 등에 관한 객관적인 결론 도출이 쉽지 않아 증여이익 산정에 관한 상증세법 시행령 규정이 흠결된 상태에서 증여세 부과는 납세자의 예측가능성을 훼손할 우려가 있다.

2015년 개정된 상증세법 제45조의5 증여의제 규정은 증여예시규정을 증여의제규정으로 다시 전환하고, 특정법인이 얻은 이익을 곧 주주가 얻은 이익으로 보는 기존의 시행령 내용은 그대로 유지하면서 그 산정 방법을 시행령이 아닌 법률에서 직접 규정하였다. 이는 특정법인에 대한 증여 후 그 주식 가치가 여전히 음수(-)에 머무른다 하더라도 증여 행위에 대한 세금을 물려야 한다는 정책적 필요에 의한 불가피한 선택이었는데, 이에 따라 당초 의도한 증여세 완전포괄주의의 역할이 유형별로 축소되는 결과가 초래되었다.

한편, 2015년 개정 상증세법 제45조의5는 기존과 같이 기여에 의한 재산가치 증가의 관점에서 볼 때 주주가 이익을 얻지 않은 부분에 대해서까지 증여세를 부과하게 되는 문제가 있으므로, 법체계상 완전히 들어맞지는 않지만 재산의 간접적 이전의 측면으로 이해하는 것이 합리적이다.

2015년 개정된 상증세법 제45조의5는 특정법인 주주의 증여이익 산정방법의 주요한 내용을 법률 규정 그 자체에 규정함으로써 기존 대법원 전원합의체 판결에서 문제되었던 위임입법의 한계 일탈 소지는 제거되었다. 그리고 2015년 개정 상증세법 제4조의2 제3항은 법인을 통한 간접증여에 대한 과세체계를 재정비하여 일감몰아주기, 일감떼어주기, 특정법인과의 거래를 통한 증여의제의 경우를 제외하고는 법인이 자산수증익에 대한 세금을 부담한다면 주주에게 증여세를 물리지 않는다는 기본 원칙을 선언하였다.

그러나 2015년 개정된 상증세법 제45조의5 제1항의 위임에 따른 2016년 개정 상증세법 시행령은 기존과 같이 비용공제 방식으로 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하였는데, 이는 조세중립성 차원에서 문제가 있었다.

이후 2019년 개정된 상증세법 제45조의5는 특정법인의 범위를 지배주주등의 지분율이 30% 이상인 법인으로 확장 및 일원화하고, 증여세 한도를 신설하는 등 기존 규정에서 지적되었던 문제점을 개선하고자 하였으나, 증여세와 배당소득세의 이중과세 조정, 조세회피목적에 대한 고려 등을 통해 법체계적 정합성을 높이고 구체적 타당성을 도모해 나갈 필요가 있다.

주요어: 특정법인, 간접증여, 위임입법의 한계, 완전포괄주의, 증여의제
학 번: 2005-21771

목 차

제1장 서론 ····· 1
제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 방법과 범위 ····· 2
제3절 본 연구의 한계 ····· 3

제2장 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 일반론 ····· 5
제1절 입법취지 ····· 5
1. 입법배경 ····· 5
2. 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정 신설 ····· 5
3. 특정법인의 범위 확대 ····· 6
제2절 관련 법령의 개정 연혁 ····· 7
1. 2003년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 내용 ····· 7
가. 2003년 개정 전 상증세법령 규정 내용 ····· 7
나. 증가된 주식의 1주당 가액의 산정방법 ····· 8
다. 주식가치의 음수(-)의 감소를 양수(+)의 증가와 마찬가지로 볼 것인지 ··· 9
2. 2003. 12. 30. 개정된 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 ····· 9
3. 2010. 1. 1. 개정된 상증세법 제41조 제1항의 내용 및 문제점 ····· 11
4. 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 제41조 제1항과 2014. 2. 21. 개정된 상증세법 제31조 제6항의 내용 및 문제점 ····· 11
5. 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상증세법 제45조의5 ····· 12
6. 2019. 12. 31. 법률 제16846호로 개정된 상증세법 제45조의5 ····· 13
제3절 다른 법률 규정과의 관계 등 ····· 14
1. 증여세 과세특례 ····· 14
2. 연대납세의무 면제 ····· 15
3. 특정법인 주식 양도시 이중과세 조정 ····· 15

제3장 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 ··· 16
제1절 문제의 소재 및 쟁점 ····· 16

1. 들어가며 ····· 16
2. 관련 규정 및 판례의 입장 ····· 16
3. 관련 쟁점 및 논의의 범위 ····· 18
제2절 위임입법의 한계 일반론 ····· 18
1. 과세요건 법정주의 ····· 18
2. 포괄위임의 금지 ····· 20
제3절 증여세 완전포괄주의의 의의와 한계 ····· 21
1. 2003년 증여세 완전포괄주의 도입 배경 ····· 21
2. 증여세 완전포괄주의의 내용 ····· 22
3. 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결 ····· 23
4. 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18458 판결 ····· 23
5. 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결 ····· 24
제4절 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계 ····· 25
1. 들어가며 ····· 25
2. 구 상증세법 제41조 제1항의 성격 및 내재적 한계 ····· 26
가. 법인에 대한 증여가 '기여에 의한 재산가치 증가' 인지, '재산의 간접적 이전' 인지 여부 ····· 26
나. 2003년 개정되어 2015년 개정되기 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 의미와 문제점 ····· 27
다. 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계에 대한 올바른 해석 방법 ····· 27
라. 소결 ····· 36
제5절 2016년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 ····· 36
1. 문제의 소재 ····· 36
2. 증여 전후 주식가액에 따른 유형 분류 ····· 37
가. 유형 분류 ····· 37
나. 유형별 쟁점 ····· 38
3. 특정법인에 대한 증여 등 거래 전후로 주식가치가 음수에서 음수로 그 절대값이 감소한 경우 주주가 어떠한 이익을 얻었다고 평가할 수 있는지 여부 ····· 38
가. 기존 판례의 입장 ····· 38
나. 견해 대립의 상정 ····· 39
다. 검토: 이익부정설 ····· 40

4. 주식가액의 증가가 있는 경우 시행령 조항에 따라 증여이익을 계산할 수 있는지 여부 ····· 46
가. 쟁점의 정리 ····· 46
나. 견해 대립의 상정 ····· 47
다. 검토 ····· 48
5. 2015년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 ····· 49
제6절 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효인 경우 구체적인 증여이익의 산정 가부 ····· 50
1. 무효인 시행령에 의한 과세처분이 위법한지 여부 ····· 50
가. 증여세 완전포괄주의 도입 전 판례의 원칙적인 입장 ····· 50
나. 증여세 완전포괄주의 도입 이후 생각해 볼 문제 ····· 51
2. 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항이 무효인 경우 주주에 대한 증여이익을 산정할 수 있는지 ····· 53
가. 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가하지 않은 경우 ····· 54
나. 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가한 경우 ····· 56
1) 2014년 개정 전 상증세법이 적용되는 증여의 경우 (2013. 12. 31.까지 증여분) ····· 54
2) 2014년 개정 상증세법이 적용되는 증여의 경우 (2014. 1. 1. 이후 증여분) ····· 55

제4장 증여의제 규정으로의 회귀 ····· 61
제1절 증여의제 규정으로 회귀의 불가피성 ····· 61
제2절 상증세법상 증여의제 규정의 의미 ····· 62
제3절 2015년 및 2019년 개정 상증세법 제45조의5 제1항의 성격 및 해석론 ····· 63
1. 가능한 견해 대립의 상정 ····· 64
가. 제1설: 기여에 의한 재산가치 증가로 보는 견해 ····· 64
나. 제2설: 재산의 간접적 이전으로 보는 견해 ····· 64
2. 검토 ····· 65

제4절 2015년 개정 상증세법 제45조의5의 구체적 내용 ····· 66
1. 위임입법의 한계 일탈 소지 제거 ····· 66
2. 법인을 통한 간접증여에 대한 과세체계 재정비 ····· 66
3. 법인세 산출세액 비용공제 방식의 문제점 ····· 67
제5절 2019년 개정 상증세법 제45조의5의 구체적 내용 ····· 69
1. 특정법인의 범위 확장 및 일원화 ····· 69
2. 증여세 한도 신설 ····· 70
3. 이중과세 문제가 해결되었는지 여부 ····· 71
제6절 입법론 ····· 71
1. 배당소득세와의 이중과세 조정 ····· 72
2. 조세회피목적 부존재시 과세 제외 ····· 74

제5장 결론 ····· 77

참고문헌 ····· 80
Abstract ····· 83

제1장 서론

제1절 연구의 목적

영리법인이 증여를 받는 경우 개인의 경우와 달리 증여세를 납부할 의무가 없다. 영리법인은 순자산증가설에 따라 증여재산가액이 각 사업연도 소득금액에 포함되어 법인세를 납부하므로 법인세와 증여세의 이중과세를 방지하기 위한 것이다. 한편 영리법인의 주주는 민사법상 증여의 당사자가 아니므로 원칙적으로 증여세가 부과되지 않는데, 이로 인해 결손법인에 대한 증여가 있더라도 법인세를 납부하지 않으면서도 주주에게 간접적인 이익을 가져다주는 변칙적인 증여 방법으로 이용될 여지가 있었다. 이에 따라 1996. 12. 30. 「상속세 및 증여세법」(이하 '상증세법') 전면개정시 제41조[1]를 신설하여 특정법인의 지배주주 등의 특수관계자가 당해 법인에게 재산을 증여하는 등 거래를 통해 그 지배주주 등에게 이익을 주는 경우 주주 등이 얻은 이익에 상당하는 금액을 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하였다. 이후 2003. 12. 30. 상증세법 개정시 증여세 완전포괄주의가 도입되면서 기존의 증여의제 규정은 증여 규정으로, 증여재산가액 산정방법은 기존의 '주주등이 얻은 이익'에서 '특정법인이 얻은 이익'으로 변경되었으며,[2] 이와 관련하여 최근까지 무려 세 차례에 걸쳐 대법원 전원합의체 판결을 통해 증여재산가액 산정에 관한 관련 시행령 규정이 무효로 선언되는 이례적인 상황이 벌어지기도 하였다.[3]

두 번째 전원합의체 판결 이후 입법부는 상증세법상 기존의 증여 규정을 다시금 증여의제 규정으로 변경하였는데,[4] 다만 증여재산가액 산정방법은 2003년 개정 이

---

1) 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익에 대한 증여의제) ① 특정법인의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 당해 법인에게 재산을 증여하거나 기타 이와 유사한 거래를 통하여 당해 법인의 주주 또는 출자자에게 나누어준 이익에 대하여는 그 이익에 상당하는 금액을 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 그 특수관계에 있는 자로부터 증여받은 것으로 본다.
② 제1항에 규정하는 특정법인, 특수관계에 있는 자, 재산의 증여와 유사한 거래의 범위 및 특정법인의 주주 또는 출자자에게 나누어 준 이익의 계산에 관하여는 대통령령이 정하는 바에 의한다.

2) 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여) ① 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업중인 법인(이하 이 조에서 "특정법인"이라 한다)의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 당해 특정법인과 다음 각호의 1에 해당하는 거래를 통하여 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 당해 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다. (이하 생략)

3) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결, 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결

4) 제45조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인(이하 이 조 및 제68조에서 "특정법인"이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주등(이하 이 조에서 "특정법인의 주주등"이라 한다)과 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 제2항에 따른 거래를 하는 경우에는 그 특정법인의 이익에 특정법인의 주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주등이 증여받은 것으로 본다.

전 증여의제 규정 당시의 ‘주주등이 얻은 이익’이 아닌 증여 규정 당시의 ‘특정법인이 얻은 이익’으로 존치시켰다. 이와 관련하여 이제는 시행령이 아닌 상증세법 규정 자체의 타당성이 문제되는 국면에 이르렀다.

이와 같이 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정은 그 규정 형식이 증여의제에서 증여로, 다시 증여의제로 변경되었고, 한편으로 구체적인 증여재산가액 산정 규정과 관련하여서는 대법원 판례와 입법부 간 장기간에 걸친 갈등 상황이 초래되기도 하였다. 증여의제규정의 형식을 택한 현행법 체제 하에서는 시행령의 위헌·위법 여부가 아닌 법률 자체의 문제점에 관한 논의로 국면이 전환되었다.

특정법인과의 거래로 인한 이익의 증여 관련 규정은, 대법원 판례에 따른 세법 규정의 변천, 그리고 입법부와 사법기관 간 입장 차이에 따른 두 기관 간 대응과 규범의 변화 과정을 장기간에 걸쳐 보여주는 것이라는 점에서 연구의 가치가 있다고 보인다. 그리고 수차례에 걸친 규정의 개정 과정에서 그동안 문제되어 온 실무상 쟁점에 대해 살펴보는 것도 이후 이 규정의 입법 방향을 올바르게 설정하는 데에 참고할 수 있는 중요한 자료가 될 것으로 생각된다.

제2절 연구의 방법과 범위

이 연구는 사회과학분야의 연구방법으로 일반적으로 활용되는 문헌 연구방법에 의한다. 즉, 연구주제와 관련 있는 기존의 저서와 논문, 판례 평석 등을 바탕으로 관련 논의를 정리하고, 대법원 판례와 하급심 판결 등을 중심으로 실무에서 문제가 된 구체적인 쟁점들을 중심으로 검토하였다.

이 연구의 범위는 다음과 같다.

첫째, 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 일반론에 대해 검토한다. 상증세법상 특정법인과 거래를 통한 이익 증여 규정의 입법 취지와 관련 법령의 개정 연혁, 다른 법률 규정과의 관계 등에 대해 살펴본다.

둘째, 2015년 개정 전 상증세법상 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정과 관련하여 실무상 크게 문제된 두 쟁점을 위주로 검토한다. 우선 2014년 개정을 전후한 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력을 두고 대법원 전원합의체 판결이 세 차례에 걸쳐 선고되었는데, 이와 관련하여 위임입법의 한계 일반론, 증여세 완전포괄주의의 의의와 한계 등을 살핌으로써 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계를 도출한다. 그 다음 2003년 개정된 상증세법 위임에 의한 2003년 개

정 상증세법 시행령 제31조 제6항, 2010년 개정된 상증세법의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항, 2014년 개정된 상증세법의 위임에 의한 2014년 개정 상증세법 제31조 제6항의 각 효력에 관하여 검토한다.

그리고 만일 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효라면 구체적인 증여이익을 산정할 수 있는지를 증여세 완전포괄주의 도입 전후, 특정법인에 대한 증여로부터 주주가 이익을 얻었는지 여부, 2014년 개정된 상증세법의 시행 전후로 나누어 연구한다.

마지막으로, 2015년 개정된 상증세법상 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정이 증여의제 규정으로 재전환된 것과 관련하여 그 불가피성과 상증세법 체계에 미친 영향, 2015년 개정된 상증세법 제45조의5와 이후 2019년 개정된 상증세법 제45조의5의 의의와 문제점, 그리고 향후 개선 가능한 사항을 입법론적 관점에서 검토한다.

제3절 본 연구의 한계

일반적으로 법인에 대한 증여와 관련하여 '법인에 대한 증여'가 곧 '주주에 대한 증여'라고 보는 견해가 있을 수 있고, 한편 '법인에 대한 증여'는 주주에게 '보유주식가치 증가분' 상당의 증여라는 간접적인 효과를 가져온다고 보는 견해가 있을 수 있다. 두 견해는 헌법 합치 여부 또는 당위의 문제라기보다는, 법인에 대한 증여를 개념적·구조적으로 어떻게 이해할 것인지, 그리고 소득세제와 증여세제 간 우선 순위에 대한 견해 차이로 볼 수 있다.

그리고 위 두 견해 중 어떠한 견해를 택하느냐에 따라 주주의 증여이익 산정, 이중과세 조정 등 이후 논의가 달라질 수 있다.

가령, 전자의 견해에 의하면 주주의 증여이익은 곧 법인의 수증익이 될 것이고, 법인세와 증여세의 이중과세 조정은 필수적이다. 또한 동 견해는 법인에 대한 증여가 있을 경우 증여세제를 우선하는 원칙과 일맥상통한다.

한편, 후자의 견해에 의하면 주주의 증여이익은 법인의 수증익과 같을 수도 아니면 더 작거나 더 클 수도 있으며, 법인과 그 주주가 각각 증여를 받은 것으로 보기 때문에 법인세와 증여세의 이중과세 조정은 반드시 필수적인 것이 아닐 수 있다. 동 견해는 법인에 대한 증여가 있을 경우 소득세제 우선원칙과 일맥상통한다.

다만, 2015년 이후 소득세제 우선 원칙이 선언됨으로써 일반적으로는 이중과세 문제가 대두될 여지가 없어졌다.

이하 이 글은 법인을 이용한 간접 증여 일반이 아닌, 상증세법상 특정법인으로 정

의된 일부 법인에 대한 증여 규정의 타당성에 논의의 범위를 한정하고 있다. 이에 부득이 특정법인에 대한 증여(의제) 규정에 대한 법해석론과 입법론을 중심으로 살펴보기로 한다.

이 글의 전체적인 논의는 유일하다거나 불가피한 이론적 전제에 서 있다기보다 가능한 두 입장 중 어느 하나의 입장을 선택한 것이며, 이러한 점에서 한계를 갖는다.

제2장 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 일반론

제1절 입법취지

1. 입법배경

영리법인은 증여를 받은 경우 일반적으로 증여재산가액을 각 사업연도 소득금액에 포함하여 법인세를 납부하게 되므로(순자산증가설), 동일한 과세대상에 대한 법인세와 증여세의 이중과세를 방지하기 위하여 증여세의 납세의무를 부담하지 않는다. 한편, 영리법인이 증여를 받았을 경우 그 법인의 주주에게도 간접적으로 증여에 따른 경제적 이익이 발생한다고 볼 여지가 있지만, 주주의 이익에 대하여는 배당 또는 주식의 양도 시점에서 소득세가 과세되므로 일반적으로 증여를 받는 법인의 주주에게는 증여세가 과세되지 않는 것으로 이해되어 왔다. 그런데 영리법인의 자산수증이익 또는 채무면제이익 중 이월결손금의 보전에 충당한 것은 법인세법상 익금불산입되어 이에 대하여는 법인세가 과세되지 않는다.[5)]

그 결과 이러한 측면을 악용하여 이월결손금이 누적된 법인을 인수하고 그 법인의 주식을 자녀에게 증여한 다음, 당해 법인에 이월결손금 범위 내에서 부동산 증여나 채무 면제 등을 통해 법인세나 증여세를 부담하지 않고도 자녀 등에게 실질적으로 재산을 증여하는 효과를 거둘 수 있는 조세회피행위를 할 여지가 있었다.

2. 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정 신설

이에 따라 1996. 12. 30. 전부 개정되어 1997. 1. 1. 시행된 상증세법은 제41조[6)]를 신설하여, 특정법인(결손법인, 휴・폐업 법인)의 주주 등과 특수관계 있는 자가 특정법인에 재산을 증여하거나 그 밖에 이와 유사한 거래를 통하여 동 법인의 주주 등에게 나누어 준 이익을 증여로 보아 과세하도록 하는 규정을 두게 되었다.

---

5) 법인세법 제18조(평가이익 등의 익금불산입) 다음 각 호의 금액은 내국법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금에 산입하지 아니한다.
6. 무상으로 받은 자산의 가액과 채무의 면제 또는 소멸로 인한 부채의 감소액 중 대통령령으로 정하는 이월결손금을 보전하는 데에 충당한 금액

6) 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익에 대한 증여의제) ① 특정법인의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 당해 법인에게 재산을 증여하거나 기타 이와 유사한 거래를 통하여 당해 법인의 주주 또는 출자자에게 나누어준 이익에 대하여는 그 이익에 상당하는 금액을 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 그 특수관계에 있는 자로부터 증여받은 것으로 본다.
② 제1항에 규정하는 특정법인, 특수관계에 있는 자, 재산의 증여와 유사한 거래의 범위 및 특정법인의 주주 또는 출자자에게 나누어 준 이익의 계산에 관하여는 대통령령이 정하는 바에 의한다.

이는 앞서 본 바와 같이 결손법인에 재산을 증여하고 그 증여가액을 이월결손금으로 상쇄시킴으로써 법인세를 부담하지 않으면서도 그 주주에게 이익을 주는 변칙증여에 대해 증여세를 과세하는 데 입법취지가 있다.[7][8]

다만 이월결손금이 없는 휴·폐업 법인은 자산수증이익 또는 채무면제이익에 대하여 법인세를 부담하여야 하므로, 휴·폐업 법인을 특정법인의 범위에 포함시킨 취지는 결손법인의 경우와 동일하게 보기 어렵다.

이에 관하여는 휴·폐업 법인을 특정법인의 범위에 포함시킨 취지가 휴·폐업 중인 법인을 다른 사업목적 없이 오직 증여세를 회피하기 위한 일종의 도관으로 악용하는 경우를 방지하고자 함에 있다는 설명[9] 이외에, ① 법인세를 부담하지 않는 범위 내에서 증여로 과세할 수 있도록 휴·폐업 법인의 범위를 제한하여야 한다는 반론[10] 및 ② 사업을 계속하기 위하여 인수한 휴·폐업 법인은 신설법인이나 영업 중인 법인과 다를 바 없으므로 과세를 제한하여야 한다는 반론[11] 등이 존재하였다.

3. 특정법인의 범위 확대

결손법인과 휴·폐업법인을 통한 간접증여를 과세하자 아예 2세가 지배하는 흑자법인에게 증여하는 새로운 현상이 나타났다. 2세 개인에게 증여할 경우의 증여세에 비해 2세가 지배하는 법인에 증여할 경우의 법인세가 더 낮기 때문이다.[12] 이에 2014. 1. 1. 법률 제12168호로 개정된 상증세법 제41조 제1항[13]과 2014. 2. 21. 대통령령 제25195호로 개정된 상증세법 시행령 제31조 제1항[14]은 흑자 영리법인을 이용

---

7) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008두6813 판결

8) 다만, 이에 대해서는 결손금이란 법인의 국가에 대한 일종의 채권으로서 재산권적 성질을 갖고 있음에도 위 법령은 그 재산적 가치를 전혀 인정하지 않음으로써 결손금이 없는 법인과 합리적 이유 없는 자의적인 차별을 하고 있다는 비판이 있다. 최원, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정에 대한 헌법적 고찰”, 조세법연구 16권 2호, 한국세법학회, 2010, 175-177면 참조.

9) 최원, 위의 논문, 178면.

10) 삼일인포마인 법조문별 해설

11) 최원, 앞의 논문, 190면.

12) 이창희, 『세법강의』(제19판), 박영사, 1212면 참조.

13) 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여) ① 결손금이 있거나 휴업 ·폐업 중인 법인 또는 제45조의3제1항에 따른 지배주주와 그 친족이 지배하는 영리법인(이하 이 조에서 “특정법인“이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주 또는 출자자의 특수관계인이 그 특정법인과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 하여 그 특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다. (이하 각호 생략)

14) 제31조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 계산방법 등) ① 법 제41조제1항에 따른 특정법인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인으로 한다.

1. 증여일이 속하는 사업연도까지 「법인세법 시행령」 제18조제1항제1호의 규정에 의한 결손금이 있는 법인. 이 경우 결손금은 법 제41조제1항의 규정에 의하여 재산의 증여등에 의한 결손금 보전 전의 것으로 하되, 증여일이 속하는 사업연도의 결손금은 법 제41조제1항의 규정에 의한 재산의 증

한 변칙 증여에 대한 과세를 강화하기 위하여[15] '지배주주 등의 주식보유비율이 50% 이상 영리법인'을 특정법인의 범위에 추가하였다. 대법원은 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결 등을 통하여 "휴업·폐업 법인을 제외한 결손금이 없는 법인과의 거래로 인한 이익"에 대해서는 이를 증여세 과세대상으로 하는 별도의 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 구 상증세법 제2조 제3항 등을 근거로 주주 등에 증여세를 과세할 수 없다는 입장을 취하였는데, 이후 입법을 통하여 일정 범위의 흑자 영리법인을 특정법인의 범위에 추가한 것으로 이해된다.[16]

또한 2014. 2. 21. 개정 전까지 상증세법 시행령 제31조 제1항은 특정법인의 범위에서 상장법인은 제외하였으나, 2014. 2. 21. 개정된 상증세법 시행령 제31조 제1항은 이와 같은 제한을 폐지하여 상장법인의 경우에도 일정 요건 충족시 특정법인에 해당할 수 있도록 하여 범위를 넓혔다.

이후 2019년 개정된 상증세법은 기존의 결손법인과 휴·폐업법인, 흑자법인의 구분을 폐지하고, 지배주주 등이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 30% 이상인 법인을 특정법인으로 규정함으로써 과세대상 법인과 주주를 일원화하였다. 기존 규정은 흑자법인의 지분율 요건(50% 이상) 등으로 인하여 동일 기업이 흑자법인에서 결손법인으로 전환되는 시기, 증여 시기 등에 따라 과세 여부가 달라지는 문제가 있었는데, 위 개정 규정은 결손·흑자법인에 따라 지분율 요건과 과세대상 주주 등이 달라지는 점을 개선한 것이다.[17]

제2절 관련 법령의 개정 연혁

1. 2003년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 내용

가. 2003년 개정 전 상증세법령 규정 내용

여등의 금액을 「법인세법」의 규정에 의하여 익금에 산입하기 전의 것으로 한다.
2. 증여일 현재 휴업중이거나 폐업상태인 법인
3. 증여일 현재 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 법인으로서 법 제45조의3제1항에 따른 법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족(이하 "지배주주등"이라 한다)의 주식보유비율(제34조의2제1항제1호에 따라 계산된 직접보유비율과 같은 조 제6항에 따라 계산된 간접보유비율을 합하여 계산한 비율을 말한다. 이하 같다)이 100분의 50 이상인 법인

15) 국세청, 2014년 개정세법 해설, 207~208면

16) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결에 대해서는, 결손법인 등 특정법인이라는 범주는 애초 흑자법인을 포섭하지 않으므로 흑자법인을 통한 증여는 제41조를 통과한 것이 아니고, 증여이익의 계산이 가능한 이상 흑자법인을 통한 간접증여 역시 2014년 전의 법에서도 증여라고 보는 것이 타당하다는 비판이 있다. 이창희·김석환·양한희, "증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접증여", 조세법연구 21권 3호, 한국세법학회, 2015, 381면 참조.

17) 기획재정부, 2019년 간추린 개정세법, "13. 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제 정비(상증법 제45조의5, 상증령 제34조의4)" 참조.

2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전 상증세법(이하 '2003년 개정 전 상증세법') 제41조는 결손법인 또는 휴·폐업법인의 주주 또는 출자자의 특수관계자가 당해 특정법인에 대한 재산 증여 등 거래를 통하여 당해 특정법인의 주주 또는 출자자에게 나누어 준 이익에 대하여는 그 주주 또는 출자자가 그 이익에 상당하는 금액을 특수관계자로부터 증여받은 것으로 본다고 규정하였다(증여의제 규정).

또한 2003. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정되기 전 상증세법 시행령(이하 '2003년 개정 전 상증세법 시행령') 제31조 제6항[18]은 상증세법 제41조 제2항의 위임에 따라, 특정법인의 최대주주 등의 증여의제이익을 증여재산가액 등으로 인하여 '증가된 주식 등의 1주당 가액'에 해당 최대주주 등의 주식수를 곱하여 계산하도록 규정하였다. 따라서 증여 등으로 인하여 최대주주 등에게 이익이 있다고 하기 위해서는 '주식의 1주당 가액'이 증가해야 하였다.

위와 같이 증가된 주식의 가액을 기준으로 이익의 존부를 판단한 것은, 상증세법 제41조의 취지가 특수관계에 있는 자의 증여 등으로 법인세의 부담 없이 주주가 이익을 얻는 것을 막기 위한 것인데, 수증자가 아닌 주주는 본질적으로 주식의 실질적 가액 증가로 인해 이익을 얻는 것 이외에는 달리 이익을 취할 방법을 상정하기 어렵기 때문이었다.

나. 증가된 주식의 1주당 가액의 산정방법

'증가된 주식의 1주당 가액'은 증여 등 거래 전과 후의 주식가액을 비교하여 산정하여야 하므로, 비상장주식의 경우 증여세가 부과되는 재산의 가액평가에 관한 관련 규정에 따라 원칙적으로 시가에 의하여 그 가액을 비교하되, 그 시가를 산정하기 어려운 경우에는 보충적 평가방법에 따라 거래 전후의 가액을 산정하여야 하였다.

2003년 개정 전 상증세법 시행령 제54조 제1항, 제2항은 비상장주식의 보충적 평가방법에 관하여 원칙적으로 순손익가치[19]에 의하되, 순손익가치가 순자산가치[20]에 미달하는 경우에는 순자산가치에 의하도록 규정하였다.[21]

---

18) 1999. 12. 31. 상증세법 시행령 개정 당시 제31조에 제4항이 신설됨에 따라 제5항이 제6항으로 이전되었다.

19) 1주당 가액 = 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액 ÷ 금융기관이 보증한 3년만기회사채의 유통수익률을 감안하여 국세청장이 정하여 고시하는 이자율

20) 1주당 가액 = 당해 법인의 순자산가액 ÷ 발행주식 총수

21) 다만 2004. 1. 1.부터는 순손익가치와 순자산가치를 각각 3:2의 비율로 가중평균한 가액에 의하도록 하면서, 부동산 과다보유 법인의 경우에는 순손익가치와 순자산가치를 각각 2:3의 비율로 가중

다. 주식가치의 음수(-)의 감소를 양수(+)의 증가와 마찬가지로 볼 것인지

법령에서 정한 평가방법에 따라 산정한 증여 등 거래 전후의 주식 1주당 가액이 ① 0원보다 큰 값, 즉 (+)에서 더 증가한 경우[22]에는 '증가된 주식의 1주당 가액' 산정에 아무런 문제가 없었지만, ② 0원보다 작은 값, 즉 (-)에서 (+)로 증가하거나 ③ (-)에서 (-)이지만 그 절대값이 줄어든 경우에는 음수(-)의 감소를 양수(+)의 증가와 마찬가지로 보아 그 증가된 절대값을 '증가된 주식의 1주당 가액'으로 볼 것인지, 아니면 0원을 초과하여 (+)로 증가된 부분만을 '증가된 주식의 1주당 가액'으로 볼 것인지가 문제되었다.

이에 관하여 과세실무는, 증여재산가액 등을 당해 법인의 발행주식 총수로 나누어 계산한 1주당 증가이익에 최대주주의 주식수를 곱하여 산정해야 하고, 증여 등 거래 후의 1주당 가액이 반드시 양수(+)가 되어야 하는 것은 아니므로, 증여 등 거래 전후의 1주당 가액이 모두 음수(-)인 경우에도 실제 증가치를 계산하여야 한다는 입장이었다.[23]

그러나 판례는 과세실무의 입장과는 달리, 1주당 주식가치 증가분은 증여 등 거래를 전후한 주식 등 가액 차이로 산정하여야 하고, 그 가액이 증여 등 거래 전후 모두 음수(-)라면 1주당 주식가치 증가분은 없다고 보는 것이 합리적이라는 이유로, 주식 등의 1주당 가액이 (-)에서 (-)이지만 그 절대값이 줄어든 경우에는 주주가 이익을 얻은 것으로 볼 수 없고, (-)에서 (+)로 증가한 경우에는 0원을 초과하여 (+)로 증가한 부분만을 증여이익으로 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두4249 판결[24], 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두4727 판결[25]).

2. 2003. 12. 30. 개정된 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력

평균하고, 청산절차가 진행 중이거나 사업자의 사망 등으로 인하여 사업의 계속이 곤란하다고 인정되는 경우에는 순자산가치에 의할 수 있도록 개정되었다.

22) 결손금이 있다는 것은 법인의 부채가 자산을 초과하여 자본잠식 상태에 있다는 것을 가리키는 것이 아니라 당해 사업연도의 손금총액이 익금총액을 초과하는 상태에 있다는 것을 의미한다. 따라서 초기에 많은 투자를 하고 이윤의 회수가 늦어지는 법인의 경우에는 일시적으로 결손금이 발생하더라도 부채가 자산을 초과하는 자본잠식 상태에 있는 것이 아니므로, 증여 등 거래 전후의 주식 1주당 가액이 (+)로 산정된다.

23) 국심 2000서2432, 2001. 3. 13., 국심 2005서322, 2005. 6. 28.

24) 주식의 1주당 가액이 채무면제 거래를 전후하여 모두 음수(-)였던 사안에 관한 것으로서, '증가된 주식 등의 1주당 가액'의 산정방법에 관한 최초의 판결이다.

25) 주식의 1주당 가액이 채무면제 거래 전에 음수(-)였다가 거래 후에 양수(+)로 된 사안에 관한 판결이다.

한편 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 상증세법(이하 '2003년 개정 상증세법') 제41조 제1항은, 결손법인 또는 휴·폐업법인의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 재산 또는 용역의 무상제공 등 거래로 인해 이익을 얻었다면 동 금액을 주주 또는 출자자의 증여재산으로 한다고 규정하였다.

그리고 2003. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정된 상증세법 시행령(이하 '2003년 개정 상증세법 시행령') 제31조 제6항은 '증여재산가액 등에 주주의 주식비율을 곱하여 산정한 금액(당해 금액이 1억 원 이상인 경우에 한함)'을 증여이익으로 하도록 그 내용이 변경되었다. 이는 주식의 가치가 음수(-)에서 음수(-)로 증가한 경우에도 증여세를 부과하고자 하는 종래 과세관청의 입장[26]을 입법으로 관철하려 한 것이라고 한다.[27]

그러나 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항은 특정법인의 주주 등이 이익을 얻었음을 전제하고 있는데, 위와 같은 계산방법에 의하면 증여 등 거래 후 주식의 1주당 가액이 음수(-)인 경우에도 이익이 존재하는 것으로 보게 되어 앞서 본 대법원 2003두4249 판결 및 2004두4727 판결 등의 취지에 배치되는 문제가 발생하였다.

게다가 2003년 개정 상증세법 시행령 부칙 제6조는 "제31조 제6항의 개정규정(동항 중 1억 원의 금액 기준에 관한 사항을 제외한다)은 이 영 시행 후 증여세를 결정하거나 경정하는 분부터 적용한다"고 규정함으로써, 개정 시행령의 시행일인 2004. 1. 1. 전에 이미 과세요건 사실이 완성된 경우에도 소급하여 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항을 적용하도록 하는 문제도 있었다.

이에 대해 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결[28]은, 우선 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항에 따르면 특정법인에 대한 증여가 있더라도 주주 등이 실제로 이익을 얻지 않았다면 증여세가 부과되지 않을 것인데, 2003년 개정 상증세법 제31조 제6항은 특정법인에 대한 증여가 있다면 그 자체로 주주 등이 이익을 얻었다고 간주하여 증여세를 부과하므로, 모법의 취지에 반할 뿐 아니라 그 위임범위를 벗어나 무효라고 판단하였다. 또한 2003. 12. 30. 개정된 상증세법 시행령 부칙 제6조는 2003년 개정 시행령 시행 전 과세요건 사실이 완성된 것에 대하여도 위 개정 시행령 본칙 규정을 소급적용하도록 하고 있는데, 위 개정 시행령 본칙

---

26) 과세관청의 입장은 특정법인과의 거래를 통한 부의 무상이전에 대하여 실질적인 부의 이전을 고려하지 않고 단지 주식 가액의 외관상 수치가 음수(-)라는 이유로 과세할 수 없다는 것은 조세법의 근간이 되는 조세평등주의 및 실질과세원칙에 반하는 결과라는 것이다.

27) 조성권, "구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조 제6항 및 부칙 제6조의 무효 여부", 대법원 판례해설(제80호, 2009 상), 법원도서관, 2009. 12., 219면; 이전오, "2009년 조세법 중요 판례", 인권과 정의 98호, 대한변호사협회, 2010, 111면.

28) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006두9818 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두747 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009두3309 판결 등도 같은 취지이다.

규정이 무효인 이상 위 부칙 규정 역시 효력이 없다고 판단하였다.

3. 2010. 1. 1. 개정된 상증세법 제41조 제1항의 내용 및 문제점

2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정된 상증세법(이하 '2010년 개정 상증세법') 제41조 제1항은 기존의 '이익을 얻은 경우'를 '대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우'로 변경하여 위임의 근거를 명시하였으나, 증여이익의 계산방법에 관한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항을 포함한 다른 규정들은 개정되지 않은 채 그대로 유지되었다. 국세청, 기획재정부에서 매해 발간하는 개정세법 해설상 관련 개정의 취지는 언급되어 있지 않다.[29]

그러나 앞서 본 대법원 2006두19693 전원합의체 판결의 취지는, 주주가 이익을 얻은 경우 그 이익으로 볼 수 있는 '주주의 주식 가치 증가분'만을 증여재산가액으로 산정하도록 2003년 개정 시행령 조항을 개정하여야 한다는 것으로 이해할 수 있으므로, 2010년 개정 법률 조항의 개정에도 불구하고 2003년 개정 시행령 조항에 그대로 유지된 증여이익의 계산방법은 여전히 위와 같은 판례의 취지에 배치되는 것으로 볼 여지가 있었다.

이에 대해 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결은, 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법인 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 규정 취지에 반하고 위임범위를 벗어난 것으로서, 2010. 1. 1. 상증세법 개정에도 불구하고 여전히 무효라고 판단하였다. 즉, 2010년 개정 법률 조항 하에서도 2003년 개정 시행령 조항은 여전히 무효라는 취지이다.

4. 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 제41조 제1항과 2014. 2. 21. 개정된 상증세법 제31조 제6항의 내용 및 문제점

2014. 1. 1. 법률 제12168호로 개정된 상증세법(이하 '2014년 개정 상증세법') 제41조 제1항은 '지배주주와 그 친족이 지배하는 일부 영리법인'도 과세대상에 포함시킴으로써 위 규정이 적용되는 특정법인의 범위를 확대하였으나, 그 특정법인의 주주 또는 출자자가 얻은 이익과 관련된 '대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우' 부분은 변경되지 않았다.

2014. 2. 21. 대통령령 제25195호로 개정된 상증세법 시행령(이하 '2014년 개정

29) 이하 제3장 제4절에서 상세히 논한다.

상증세법 시행령’) 제31조 제6항은 ‘대통령령으로 정하는 이익’을 ‘증여재산가액 등에서 납부 법인세액 중 소득금액에서 증여재산가액이 차지하는 비율 상당액을 공제한 다음, 최대주주 등의 지분 비율을 곱하여 계산한 금액(당해 금액이 1억 원 이상인 경우에 한함)’으로 규정하였다.

앞서 본 대법원 2006두19693 전원합의체 판결과 대법원 2015두45700 전원합의체 판결의 취지는 당시 시행 중이던 상증세법 제41조 제1항의 해석상 주주가 이익을 얻은 경우 그 이익으로 볼 수 있는 ‘주주의 주식 가치 증가분’을 증여재산가액으로 산정하도록 관련 시행령 조항을 개정하여야 한다는 것으로 이해할 수 있다. 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법인 2014년 개정 상증세법 제41조가 특정법인을 확대하여 규정한 데에 따른 이중과세의 문제를 완화하기 위해 수증자의 증여이익을 산출함에 있어 특정법인과의 거래와 관련하여 특정법인의 법인세 일부를 공제하는 것으로 일부 개정되었다. 그러나 특정법인에 대한 증여시 그 자체로 주주 등이 동일한 이익을 얻었다고 간주함으로써, 주주 등의 이익 유무나 다과와 무관하게 증여세를 부과하는 것은 2003년 개정 시행령 조항과 본질적으로 동일하였고, 따라서 여전히 위와 같은 판례의 취지에 배치되는 것이 아닌지 논란이 있었다.

이에 대해 최근 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결은 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항 역시 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항의 규정 취지에 반하고 그 위임범위를 벗어난 것으로서 무효라고 판단하였다.

5. 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상증세법 제45조의5: ‘증여의제’ 규정으로 회귀 및 증여재산가액을 시행령이 아닌 법률에서 직접 규정

2015. 12. 15. 상증세법 개정 전에는 구 상증세법 제41조에서 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여를 예시적 성격으로 규정하고 있었으나, 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상증세법(이하 ‘2015년 개정 상증세법’)은 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여를 증여의제 규정으로 전환하였고, 이에 따라 기존의 구 상증세법 제41조는 삭제되었다. 국세청, 기획재정부에서 발간한 개정세법 해설상 관련 개정의 취지는 언급되어 있지 아니하다.

다만, 2015. 12. 31. 이전에 특정법인의 주주등과 특수관계가 있는 자가 해당 특정법인과 거래한 경우에는 상증세법 제45조의5의 개정규정에도 불구하고 종전의 구

상증세법 제41조에 따르며, 이 경우 증여세 과세표준의 신고기한에 대해서는 상증세법 제68조 제1항[30] 본문에도 불구하고 상증세법 제68조 제1항 단서의 개정규정을 적용하였다(부칙 제10조[31]).

2015. 12. 15. 신설된 상증세법 제45조의5 제1항은 특정법인의 주주등과 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 재산이나 용역의 무상제공 등 거래를 하는 경우에는 그 "특정법인의 이익"에 특정법인의 주주 등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주 등이 증여받은 것으로 본다고 규정하고, 2016. 2. 5. 대통령령 제26960호로 신설된 상증세법 시행령(이하 '2016년 개정 상증세법 시행령') 제34조의4 제4항은 상증세법 제45조의5 제1항에서 "특정법인의 이익"이란 '증여재산가액 등에서 납부 법인세액에 대한 소득금액 중 증여재산가액 비율 상당액을 공제한 금액'을 의미한다고 규정하여, 기존과 마찬가지로 비용공제 방식으로 이중과세를 조정하고자 하였다.

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제에 따른 증여세 과세표준신고 및 납부기한은 특정법인의 법인세법 제60조 제1항[32]에 따른 과세표준의 신고기한이 속하는 달의 말일부터 3개월이 되는 날이다(상증세법 제68조 제1항 단서 후단, 제70조 제1항 제3호[33]).

6. 2019. 12. 31. 법률 제16846호로 개정된 상증세법 제45조의5: 결손법인, 휴·폐업법인 및 흑자법인의 구분 폐지

2019. 12. 31. 법률 제16846호로 개정된 상증세법(이하 '2019년 개정 상증세법')

---

30) 제68조(증여세 과세표준신고) ① 제4조의2에 따라 증여세 납부의무가 있는 자는 증여받은 날이 속하는 달의 말일부터 3개월 이내에 제47조와 제55조제1항에 따른 증여세의 과세가액 및 과세표준을 대통령령으로 정하는 바에 따라 납세지 관할 세무서장에게 신고하여야 한다. 다만, 제41조의3과 제41조의5에 따른 비상장주식의 상장 또는 법인의 합병 등에 따른 증여세 과세표준 정산 신고기한은 정산기준일이 속하는 달의 말일부터 3개월이 되는 날로 하며, 제45조의3 및 제45조의5에 따른 증여세 과세표준 신고기한은 수혜법인 또는 특정법인의 「법인세법」 제60조제1항에 따른 과세표준의 신고기한이 속하는 달의 말일부터 3개월이 되는 날로 한다.

31) 제10조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 특정법인의 주주등과 특수관계가 있는 자가 해당 특정법인과 거래한 경우에 대해서는 제45조의5의 개정규정에도 불구하고 종전의 제41조에 따른다. 이 경우 증여세 과세표준의 신고기한에 대해서는 제68조제1항 본문에도 불구하고 제68조제1항 단서의 개정규정을 적용한다.

32) 제60조(과세표준 등의 신고) ① 납세의무가 있는 내국법인은 각 사업연도의 종료일이 속하는 달의 말일부터 3개월 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 납세지 관할 세무서장에게 신고하여야 한다.

33) 제70조(자진납부) ① 제67조나 제68조에 따라 상속세 또는 증여세를 신고하는 자는 각 신고기한까지 각 산출세액에서 다음 각 호의 어느 하나에 규정된 금액을 뺀 금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 납세지 관할 세무서, 한국은행 또는 우체국에 납부하여야 한다.
3. 증여세의 경우에는 제69조제2항에 따라 공제하는 금액

은 기존의 결손법인과 휴·폐업법인, 흑자법인의 구분을 폐지하고, 특정법인을 '지배주주 등이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 30% 이상[34]인 법인'으로 지분율 요건만 존치함으로써 과세대상을 일원화하는 등 기존의 제45조의5 규정을 대폭 개정하였다(상증세법 제45조의5 제1항). 이는 흑자법인의 지분율 요건(50% 이상) 등으로 동일 기업이 흑자법인에서 결손법인으로 전환되는 시기, 증여시기 등에 따라 과세 여부가 달라지는 문제가 있어 결손·흑자법인에 따라 지분율 요건, 과세대상 주주 등이 달라지는 점을 개선한 것이라고 한다.[35]

또한 동조 제2항은 제1항에 따른 증여세액이 지배주주 등이 직접 증여받은 경우의 증여세액에서 특정법인이 부담한 법인세액을 차감한 액수를 초과할 경우 그 초과액은 없다고 본다는 증여세 한도 규정을 신설하였다. 그 위임에 의한 2020. 2. 11. 대통령령 제30391호로 개정된 상증세법 시행령(이하 '2020년 개정 상증세법 시행령') 제34조의5[36] 제4항은 특정법인의 이익을 산정하는 구체적 방법을 규정하면서 제5항에서 증여의제이익이 1억 원 이상인 경우에 한하여 증여세를 과세한다고 규정하고 있다.

제3절 다른 법률 규정과의 관계 등

1. 증여세 과세특례

2015년 개정 전 상증세법 제43조 제1항은 하나의 증여에 대하여 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조, 제41조의3부터 제41조의5까지, 제44조 및 제45조가 둘 이상 동시에 적용되는 경우[37]에는 각 해당 규정의 이익이 가장 많게 계산되는 것 하나만을 적용한다고 규정하였고, 2015년 개정 상증세법 제43조 제1항은 하나의 증여에 대하여 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2, 제42조의3, 제44조, 제45조 및 제45조의3부터 제45조의5까지의 규정이 둘 이상 동시에 적용되는 경우[38]에는 그 중

34) 또 다른 증여의제 규정인 일감떼어주기 규정의 지분율 요건과 동일하게 맞추었다.
35) 국세청, 2020년 개정세법해설, 226-227면 참조.
36) 기존의 상증세법 제34조의4에서 조문 이동한 것이다.
37) 제33조(신탁이익의 증여), 제34조(보험금의 증여), 제35조(저가·고가 양도에 따른 이익의 증여 등), 제36조(채무면제 등에 따른 증여), 제37조(부동산 무상사용에 따른 이익의 증여), 제38조(합병에 따른 이익의 증여), 제39조(증자에 따른 이익의 증여), 제39조의2(감자에 따른 이익의 증여), 제39조의3(현물출자에 따른 이익의 증여), 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여), 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여), 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의4(금전 무상대출 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제44조(배우자 등에게 양도한 재산의 증여 추정), 제45조(재산 취득자금 등의 증여 추정)

이익이 가장 많게 계산되는 것 하나만 적용하도록 정하였다.

특정법인과의 거래를 통한 이익을 계산함에 있어서 그 이익과 관련한 거래 등을 한 날부터 소급하여 1년 이내에 동일한 거래 등이 있는 경우에는 각각의 거래 등에 따른 이익(시가와 대가의 차액)을 해당 이익별로 합산하여 금액 기준을 계산한다(상증세법 제43조 제2항).

2. 연대납세의무 면제

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의 경우 증여자에 대한 연대납부의무가 면제된다(상증세법 제4조의2 제6항 단서).

증여세의 납부에 있어서는 원칙적으로 수증자가 증여세를 납부할 수 없을 때에는 증여자가 연대납세의무를 부담하나, 세법에서 정한 과세요건을 충족함에 따라 세법상 증여로 보아 과세하는 경우 수증자에 대한 조세채권 확보가 곤란하다고 하여도 증여자에게 연대납부의무를 지우는 것은 조세형평상 지나친 경우에 해당한다고 본 것이다.

3. 특정법인 주식 양도시 이중과세 조정

특정법인과의 거래를 통한 증여(또는 증여의제) 조항에 따라 증여세를 과세받은 경우로서 그 특정법인의 주식을 양도한 경우에는 해당 증여재산가액 또는 증여의제이익, 또는 그 증감액을 취득가액에 더하거나 빼도록 규정함으로써(소득세법 제97조 제1항 제1호 가목, 소득세법 시행령 제163조 제10항 1호), 증여세로 과세된 부분은 과세에서 제외하고 있다.

---

38) 제33조(신탁이익의 증여), 제34조(보험금의 증여), 제35조(저가 양수 또는 고가 양도에 따른 이익의 증여), 제36조(채무면제 등에 따른 증여), 제37조(부동산 무상사용에 따른 이익의 증여), 제38조(합병에 따른 이익의 증여), 제39조(증자에 따른 이익의 증여), 제39조의2(감자에 따른 이익의 증여), 제39조의3(현물출자에 따른 이익의 증여), 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여), 제41조의2(초과배당에 따른 이익의 증여), 제41조의3(주식등의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의4(금전 무상대출 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조(재산사용 및 용역제공 등에 따른 이익의 증여), 제42조의2(법인의 조직 변경 등에 따른 이익의 증여), 제42조의3(재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여), 제44조(배우자 등에게 양도한 재산의 증여 추정), 제45조(재산 취득자금 등의 증여 추정), 제45조의3(특수관계법인과의 증여를 통한 이익의 증여 의제), 제45조의4(특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여 의제), 제45조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)

제3장 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력

제1절 문제의 소재 및 쟁점

1. 들어가며

증여세 완전포괄주의 도입으로 증여의제규정에서 증여예시규정으로 전환된 2003년 상증세법 개정 이후, 상증세법상 특수법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정이 증여의제 규정으로 전환되기 전까지 상증세법령은 관련 규정의 개정을 거듭해 왔고, 이와 관련하여 관련 시행령 규정의 무효를 선언하는 대법원 전원합의체 판결이 최근까지 세 차례나 선고되었다. 첫 번째 전원합의체 판결은 2003년 개정 상증세법 제41조의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항의 무효를 선언하였고, 두 번째 전원합의체 판결 역시 이와 동일한 규정에 대해 무효를 선언한 것인데, 다만 그 모법은 2010년 개정 상증세법 제41조라는 점에서 규범적인 차이가 있었다. 이후 2021. 9. 9.에는 2014년 개정 상증세법 제41조의 위임에 의한 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항의 무효가 선언되기에 이르렀다.

2. 관련 규정 및 판례의 입장

2010년 개정 전 상증세법 제41조 제1항은 “결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중인 법인(특정법인)의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 당해 특정법인과 다음 각 호의 1에 해당하는 거래를 통하여 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 당해 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다.”고 규정하고, 제2항은 그 이익의 계산방법 등을 대통령령에 위임하였다. 한편, 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법인 상증세법 제41조 제1항의 규정에 의한 이익은 증여재산가액 등(결손금이 있는 법인의 경우 당해 결손금을 한도로 함)에 그 최대주주 등의 지분 비율을 곱하여 계산한다고 규정하여(당해 금액이 1억 원 이상인 경우에 한함), 법인의 증여재산가액을 그대로 주주의 증여재산가액으로 하였다.

대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결은, 2010년 개정 전 상증세법 제41조 제1항이 특정법인에 대한 증여로 그 최대주주 등이 이익을 얻은 경우를

전제로 그 이익의 계산만을 하위법령에 위임하고 있음에도, 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인의 수증익을 그대로 주주 등이 얻은 증여이익으로 계산하도록 하였음을 이유로 들며, 위 시행령 조항은 모법의 취지에 반하고 그 위임범위를 일탈하여 무효라고 판시하였다.

이후 2010년 개정된 상증세법 제41조 제1항은 특정법인의 주주 등이 "이익을 얻은 경우"라는 문구를 "대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우"로 변경하였으나, 대법원이 무효라고 판단한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 2014년 개정되기 전까지 그대로 유지되었다.

대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결은 위 대법원 2006두19693 판결과 사실상 같은 취지에서 2010년 개정된 상증세법 제41조 제1항의 위임에 따른 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항도 모법의 규정 취지에 반하고, 그 위임범위를 벗어나 무효라고 판시하였다.

이후 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항은 기본적으로 2014년 개정 전 상증세법 제41조의 내용을 유지하면서도 특정법인의 범위에 "법 제45조의3 제1항에 따른 지배주주와 그 친족이 지배하는 영리법인"을 추가함으로써, 동 규정의 적용범위를 흑자영리법인에까지 확장하였다. 흑자영리법인이 특정법인의 범위로 포섭됨에 따라 법인세와 증여세의 이중과세 조정 필요성이 대두되었고(다만, 2014년 개정 전 법률에서도 '특정법인' 중 '결손법인'에 대한 증여재산가액이 결손금을 한참 초과하는 경우 법인세와 증여세가 이중으로 부과되는 문제는 있었고, 휴·폐업법인의 경우에도 결손금이 없는 이상 법인세와 증여세의 이중과세 문제는 상존하였던 것이 사실이나, 이 문제는 흑자영리법인의 경우 두드러진다), 이에 따라 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 증여재산가액 등에서 법인세 산출세액[39] 중 그 법인의 소득금액에서 증여재산가액이 차지하는 비율 상당 금액(법인에 대한 증여로 인한 법인세 납부세액 증가분을 법인의 전체 소득금액 대비 증여재산가액의 비율로 단순화하여 산출한 뒤, 이를 증여재산가액에서 빼주려는 취지로 보인다)을 공제한 금액을 기초로, 각 최대주주등이 보유한 주식비율에 따라 증여세액을 산출한다는 규정을 신설하였다. 이는 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하고자 하는 취지의 개정이었으나, 이후 제4장에서 보듯이 위 규정은 여전히 법인세와 증여세의 이중과세 문제를 완전히 해결하지는 못하는 불완전한 규정이다.

이와 관련하여 최근 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결은, 2014년 개정된 상증세법 제41조 제1항은 특정법인에 대한 증여를 통해 그 주주 등

39) 구체적으로는 '특정법인의 법인세 산출세액(토지 등 양도소득에 대한 법인세액은 제외)에서 공제·감면액을 제한 금액'을 말한다.

이 이익을 얻었을 경우를 전제로 그 주주등의 보유지분가치 증가분의 산정방법만을 대통령령에 위임한 규정인데, 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인에 대한 증여등이 있으면 주주 등의 이익의 유무 또는 다과와 무관하게 증여세를 납부하도록 규정하고 있다고 하면서, 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법의 규정 취지에 반하고 그 위임범위를 벗어난 것으로서 무효라고 판단하였다.

3. 관련 쟁점 및 논의의 범위

이하에서는 위임입법의 한계 일반론에 대해 검토한 다음, 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항 및 동 시행령의 위임입법의 한계 일탈 여부에 대해 살펴본다.

위임입법의 한계와 관련한 논의 국면은 크게 ① 법률이 어디까지 시행령에 위임할 수 있는지 여부의 문제, ② 시행령이 법률의 위임범위 내에서 제정되었는지 여부의 문제로 구분할 수 있다.[40]

위 ①과 관련하여 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정의 연혁과 밀접한 관계가 있는 증여세 완전포괄주의의 의의와 한계, 그리고 이를 통해 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계에 관하여 먼저 검토한 뒤, ②와 관련하여 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항, 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항, 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항의 위임에 의한 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항의 각 효력의 순서로 살펴본다.

위 세 차례에 걸친 개정 과정에서 대법원 판례의 입장에도 불구하고 기본적으로 크게 다르지 않은 위임 구조가 유지되었으므로, 먼저 개정된 규정에 대한 이하의 논의는 이후의 논의와도 공통되는 쟁점이다. 따라서 논의의 중복을 피하기 위해 이후 개정 사항에 관한 이하의 논의는 해당 규정에 특유한 내용만을 다룬다.

제2절 위임입법의 한계 일반론

1. 과세요건 법정주의

국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항과 국가의 통치조직과 작용에 관한 본질

40) 강우찬, “외부세무조정제도를 규정한 관련 시행령 규정이 모법의 위임범위를 일탈한 것인지 여부”, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015, 283면.

적인 사항은 반드시 국회가 정해야 하고, 이를 행정부에서 정하도록 위임할 수는 없다(헌법재판소 2001. 4. 26.자 2000헌마122 결정, 헌법재판소 1998. 5. 28.자 96헌가1 결정). 위임이 금지되는 대표적인 예가 조세법률주의이다. 이를 달리 표현한 '과세요건 법정주의'란 조세의 종목과 세율은 물론 그 밖의 과세요건(납세의무자, 과세물건, 과세표준 과세기간 등)과 조세의 부과·징수 절차를 상위법규인 헌법에 위배되지 않는 유효한 법률로 정해야 한다는 원칙을 말한다. 조세의 감면 등에 관한 사항도 감면요건에 해당하는 한 실체적, 절차적 내용이 여기에 포함된다.

과세권의 행사는 국민의 재산권에 대한 국가권력의 침해이므로 조세법률주의는 납세의무의 내용과 한계가 법률로 정해질 것을 요한다. 헌법 제59조의 조세법률주의는 과세요건을 정한 법률의 목적과 내용이 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 법치주의를 의미하므로, 해당 법률은 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 모든 원칙에 부합하여야 한다(헌법재판소 1992. 2. 25.자 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3 결정).

과세요건 법정주의의 요청상 법률의 근거 없이 명령, 규칙에서 새로운 과세요건을 설정할 수 없고(이른바 '법률 유보의 원칙'), 법률 규정에 위반된 명령, 규칙은 효력을 가질 수 없다(이른바 '법률 우위의 원칙'). 그렇다고 하여 과세요건을 모두 법률로 정해야 하고, 구체적 위임 없는 명령은 무효라는 식의 생각은 당위가 아니다.[41] 법률에 구체적 위임이 없더라도 위임명령이나 집행명령의 내용이 법률을 올바로 해석한 것이면 법원이 이를 채택해야 한다.[42] 한편 위임명령이나 집행명령이 법률의 의미 내용에 어긋난다면 그 자체로 합헌적이거나 합리적인 내용을 담고 있다고 하여도 구속력이 생기지 않는다.[43]

또한 경제 현상의 복잡·다기화에 따라 적극적이고 다양한 국가기능이 요구되고, 행정기능의 양적 확대와 질적 변화가 초래되는 한편 행정의 내용이 전문화되고 적기성이 중요해졌는데, 입법부인 국회는 이에 적시에 대응하기 어려운 면이 있어 조세분야에서 위임입법이 가속화되는 경향이 있다.

판례는 위임입법의 모법 위배 여부를 판단하는 기준으로, 하위 법령이 규정한 내용이 입법부가 형식적 법률로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지 여부, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려해야 하고, 위임 규정 자체의 의미 내용이 명확함에도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지, 하위 법령의 내용이 모법

41) 이창희, 앞의 책, 29면
42) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두2716 판결
43) 이창희, 앞의 책, 30면

으로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다는 점 등을 제시하면서, 구체적으로 납세의무자에게 조세 납부의무 외에 과세표준과 세액을 계산하여 신고해야 하는 의무까지 부과하는 경우, 신고의무 이행에 필요한 기본적인 사항과 신고의무 불이행시 납세의무자가 입게 될 불이익 등은 납세의무를 구성하는 기본적·본질적 내용으로서 법률로 정해야 한다고 판단하였다.[44]

2. 포괄위임의 금지

헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하고 있다. 이는 위임명령에 규정될 내용을 위임하려면 "법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로" 정해서 해야 하고, 포괄적으로 위임하면 안 된다는 것을 의미한다.[45] 이를 '포괄위임의 금지'라고 하며, "행정권에 의한 자의적 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의 원칙을 달성"하고자 하는 것이다.[46]

'구체적으로 범위를 정하여'의 의미에 관하여 판례는 "법률에 대통령령 등 하위법령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야" 한다는 입장이다(헌법재판소 2014. 5. 29.자 2012헌마515 결정).

그리고 위 '예측가능성'과 관련하여 판례는 "예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다"는 입장이다.[47] 위임의 구체성과 명확성이 요구되는 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다.[48]

---

44) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결[과세관청의 법무법인에 대한 조정반지정 거부처분의 근거규정이 된 구 법인세법 시행규칙(2014. 3. 14. 개정 전의 것) 제50조의3 및 구 소득세법 시행규칙(2013. 2. 23. 개정 전의 것) 제65조의3이 모법인 법인세법 제60조 제1항 및 제2항 제2호와 소득세법 제70조 제1항 및 제4항 제3호의 위임범위를 벗어나 무효라고 판단하였다.], 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결 등

45) 헌법재판소 2013. 10. 24.자 2012헌바368 결정

46) 헌법재판소 2013. 10. 24.자 2012헌바368 결정

47) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결, 헌법재판소 2013. 10. 24.자 2012헌바368 결정 등

48) 헌법재판소 2014. 3. 27.자 2012헌바55 결정("명확성 원칙은 모든 법률에 같은 수준으로 요구되는

한편, 과세요건의 범위를 애매하게 정한 법률에 대해 위헌 또는 합헌이라고 본 판례들을 일관하는 기준을 찾기는 어렵지만,[49] 과세요건의 범위를 애매하게 정한 법률에 대한 판례의 입장을 종합하면 중요하고 본질적인 내용은 법률에서 정해야 하고, 나머지는 위임할 수 있다는 입장으로 요약될 수 있다(이른바 '본질성' 설).[50]

제3절 증여세 완전포괄주의의 의의와 한계

앞서 제2절에서 위임입법의 한계 일반론에 관하여 살펴보았는데 구체적인 사안에서 시행령 규정이 법률의 위임 범위를 일탈하였는지 여부를 판단하기 위해서는 당해 법률 조항의 해석이 선행되어야 할 것이다. 그리고 상증세법 규정의 시행령에 대한 위임 범위와 한계를 제대로 해석하기 위해서는 2003년 도입된 증여세 완전포괄주의의 의의와 취지, 그 적용상의 한계 등에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

구체적으로 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정은 2003년 증여세 완전포괄주의 도입 전부터 증여의제 형식으로 존재하였고, 포괄주의 도입 이후에는 증여예시규정으로 전환되는 한편 법률상 다른 과세요건은 거의 그대로 유지하면서도 시행령상 증여세 과세표준 산정방식만을 달리하였다. 따라서 2003년 이후 상증세법 및 동 시행령상 특정법인을 통한 증여 규정을 검토하기 위해서는 그에 앞서 2003년 증여세 완전포괄주의 도입 전후의 상황과 도입 이후 법원의 입장, 그리고 법령 개정 연혁 등을 살펴볼 필요가 있다.

이하에서는 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항 및 동 시행령의 위임입법의 한계 일탈 여부라는 구체적인 쟁점에 대한 검토를 위해 필요한 범위로 논의를 한정하여 검토하기로 한다.

1. 2003년 증여세 완전포괄주의 도입 배경

것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 법률이 제정된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 명확성 원칙을 어느 경우에나 일률적으로 엄격히 관철하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 따라서 법률에 어느 정도 보편적이거나 일반적 개념의 용어를 사용하는 것은 불가피하고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성을 갖추었는지 여부가 가려져야 한다. 한편 법률 규정에 그 뜻이 분명하지 아니하고 여러 가지 해석이 가능한 표현이 포함되어 있다 하더라도, 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 뜻을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성 원칙에 반한다고 할 수 없다.")

49) 이창희, 앞의 책, 26면

50) 이창희, 위의 책, 26면

종래 상증세법은 증여세 과세대상과 관련하여 별도의 증여 개념을 두지 아니하여[51] 민법상 증여와 증여의제규정에서 정한 경우 외에는 재산의 무상이전이 있어도 증여세를 과세하지 못하였고, 이를 이용한 각종 변칙증여가 생겨났다. 이에 대한 사회적 비난이 거세졌고, 다양한 유형의 변칙 증여에 대처하여 공평과세를 실현하기 위해 모든 부의 무상이전에 대해 증여세를 과세할 수 있는 포괄주의 입법의 필요성이 대두되었다.[52]

2. 증여세 완전포괄주의의 내용

2003. 12. 30. 전면개정된 상증세법은 증여세 완전포괄주의를 도입하여 증여세 과세대상이 되는 '증여'의 개념을 포괄적으로 규정하였다. 즉, 상증세법 제2조 제3항은 "그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것"을 과세대상인 '증여'로 규정하였고, 동조 제4항은 "제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항의 규정을 적용한다."라고 규정함으로써 적어도 문언상으로는 모든 부의 이전이 사실상 증여세 과세대상인 '증여'로 포섭되었다.

이와 함께 기존의 개별적인 증여의제규정은 증여시기와 증여재산가액 산정 등에 관한 예시규정으로 전환되었다.[53]

---

51) 1996. 12. 30. 종래의 상속세법이 상증세법으로 전부개정되었을 때 상증세법 제2조 제1항은 증여세 과세대상에 관하여 "타인의 증여로 인하여 증여일 현재 증여재산이 있는 경우에는 그 증여재산에 대하여 이 법이 정하는 바에 의하여 증여세를 부과한다."라고만 규정하고, 증여의 개념에 관한 별도 규정을 두지 않았다.

52) 국회 재경경제위원회, 「상속세 및 증여세법 중 법률개정안 검토보고서」, 2003, 6-9면

53) 즉, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 전면개정된 상증세법은 증여재산가액 산정규정으로 제33조(신탁이익의 증여), 제34조(보험금의 증여), 제35조(저가·고가양도에 따른 이익의 증여 등), 제36조(채무면제 등에 따른 증여), 제37조(부동산 무상사용에 따른 이익의 증여), 제38조(합병에 따른 이익의 증여), 제39조(증자에 따른 이익의 증여), 제39조의2(감자에 따른 이익의 증여), 제39조의3(현물출자에 따른 이익의 증여), 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여), 제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여), 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의4(금전무상대부 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조(기타이익의 증여 등)를 두었다. 그리고 동법은 증여추정규정으로 제44조(배우자등에 대한 양도시의 증여추정), 제45조(재산취득자금 등의 증여추정)을, 증여의제규정으로 제45조의2(명의신탁재산의 증여의제)를 규정하였다.

3. 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결

대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결은 완전포괄주의에 관한 첫 번째 판결로서 대주주의 우선매수청구권 포기가 특수관계인인 다른 대주주에 대한 증여인지, 그렇다면 그 가액은 어떻게 산정할 것인지 문제되었다.

위 판결에서 대법원은 상증세법 제2조 제3항에 의한 증여세 과세를 인정하면서, 우선매수청구권의 평가는 상증세법상 신주인수권 평가방법을 준용할 수 있다고 하여 포괄주의 입법 취지를 수용하는 입장을 보였다.[54]

이는 상증세법 제2조 제3항이 증여세 과세를 위한 독자적인 효력 규정이 될 수 있음을 인정한 첫 판례였으나, 동 조항과 증여예시규정 간 관계에 대해서는 따로 설시하지 않았다.[55]

4. 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18458 판결

부의 정기예금채권을 담보로 자인 원고가 은행에서 저리대출을 받은 사안에서 대법원은 위 대출을 받을 수 있게 한 것은 "원고에게 정기예금의 담보가치를 일정기간 사용하게 하여 금전대출에 관한 신용을 무상으로 공여한 것으로 일종의 용역제공으로 인한 이익의 증여에 해당한다"고 전제하였다. 이어 "그에 따른 증여재산가액은 상증세법 제42조 제1항 제2호, 동 시행령 제31조의9 제2항 제1호 등 규정에 따라 원칙적으로 당해 거래와 유사한 상황에서 불특정 다수인 간 통상적으로 지급되는 시가로 산정해야 한다"는 이유로, 이와 달리 과세관청이 금전의 저리대부에 따른 증여이익의 계산에 관한 상증세법 제41조의4 제1항 제2호를 유추적용하여 '대출금액에 적정이자율을 곱하여 계산한 금액에서 원고가 실제 지급한 이자 상당액을 뺀 금액'을 증여재산가액으로 산정하여 한 증여세 부과처분은 위법하다고 판단하였다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18458 판결).

즉, 위 판결은 부의 정기예금채권을 담보로 자인 원고가 은행에서 저리대출을 받은 것이 포괄적 증여 개념에는 해당하나 그 재산가액 산정방법이 없거나 불합리하다는 이유로 과세를 부정하였다. 동 판결의 취지에 따라 2015. 2. 3. 상증세법 시행령 제31조의9 제1항 제1호 가목[56]에 '타인의 재산을 무상으로 사용하여 금전 등을

54) 김석환, "증여세 완전포괄주의의 어제, 오늘 그리고 내일-상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호의 적용범위와 관련-", 법학논총 37권 2호, 한양대 법학연구소, 2020, 147면

55) 김석환, 위의 논문, 148면

56) 제31조의9(그 밖의 이익의 증여 등) ①법 제42조제1항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익"이란 다음 각 호의 구분에 따라 계산한 이익을 말한다. <개정 2010. 2. 18.,

차입할 때 담보로 제공한 경우’에 관한 증여가액 산정방법이 규정되었다.

5. 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결

흑자 영리법인에 대한 증여시 그 주주에 대한 증여세 과세 가능 여부가 문제된 사안에서, 대법원은 “결손법인의 결손금에 한하여 증여세를 과세하던 종전의 규정은 결손법인에 재산을 증여하여 증여가액을 결손금으로 상쇄시키는 등의 방법으로 증여가액에 대한 법인세를 부담하지 아니하면서 특정법인의 주주 등에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 증여세를 과세”하고자 하는 취지였는데, 여기에는 “정상적으로 사업을 영위하면서 자산수증이익 등에 대하여 법인세를 부담하는 법인과의 거래로 주주 등이 얻은 이익을 증여세 과세대상에서 제외하고자 하는 입법의도”가 있었고, 완전포괄주의가 도입되었다 하여 이러한 입법의도가 바뀌었다고 볼 수 없으므로, 이에 대해 증여세를 과세하는 별도의 규정 등 특별한 사정이 없는 한 상증세법 제2조 제3항 등을 근거로 증여세를 과세할 수 없다고 판단하였다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결).

위 판결로써 증여가액 계산의 예시규정의 적용 여부에 따라 증여세 과세 가능 여부를 검토하는 판례상 기준이 자리 잡았다고 볼 수 있는데, 이에 대해서는 지지[57]와 비판[58]이 엇갈리는 등 많은 논란이 있었다.

또한 위 판결에서는 개별 가액산정규정에 의한 증여세 과세의 한계가 문제되었다. 이와 관련하여 위 판결의 의미를 가장 잘 설명하고 있는 대법원 보고연구관 작성 문헌에서는 ① 관련 개별 가액산정규정이 규율하는 거래·행위 중 그 적용요건을 갖춘 것은 과세대상이고, 그 적용요건을 갖추지 못한 것은 과세제외대상으로 보는 견해(이른바 ‘2분설’), ② 개별 가액산정규정이 규율하는 거래 행위 중 그 적

2012. 2. 2., 2015. 2. 3.>

1. 법 제42조제1항제1호 및 제2호 중 무상으로 재산을 사용하거나 용역을 제공받은 경우: 다음 각 목의 구분에 따라 계산한 금액

가. 타인의 재산을 무상으로 사용하여 금전 등을 차입할 때 담보로 제공한 경우: 무상으로 사용한 재산의 가액에 제31조의7 제2항에 따른 적정 이자율을 곱하여 계산한 금액에서 금전 등을 차입할 때 실제로 지급하였거나 지급할 이자를 뺀 금액

57) 위 판결을 지지하는 입장은 개별 예시규정에서 증여세 과세대상 및 과세범위와 관련된 거래나 행위를 규정하는 경우 여기서 제외된 거래나 행위에 대해서는 그것이 구 상증세법 제2조 제3항의 증여 개념에 부합하더라도 과세할 수 없다는 점이 분명하게 되었다는 입장이다. 증여세 완전포괄주의를 명목으로 하는 자의적인 과세권 행사에 제동을 걸어 납세자의 법적 안정성과 법체계에 대한 신뢰를 보장하게 되었다고 한다. 이전오, “2015년 조세법 중요 판례”, 인권과정의 456호, 대한변호사협회, 2016, 183면 이하; 백제흠, “세법의 논점”, 박영사, 2016, 263-264면

58) 위 판결에 대한 비판적인 입장은 특정법인이 아닌 법인을 통한 간접증여는 제41조의 적용범위에 들어가지 않고, 제2조 제3항에 포섭되는 증여이며, 증여가액 계산이 가능하므로 과세해야 한다고 한다. 이창희·김석환·양한희, 앞의 논문, 415면

용요건을 갖춘 것은 과세대상이고, 그 적용요건을 갖추지 못한 것은 다시 과세대상과 과세제외대상으로 구분된다는 견해(이른바 '3분설')를 상정해 볼 수 있다고 하면서, 3분설의 입장에서 대법원 2013두13266 판결은 앞서 본 대법원 2008두17882 판결과 상충되는 것이 아니라고 한다.[59]

즉, 위 판결은 개별 증여예시규정에 해당하지 않는 경우 이를 모두 과세대상에서 제외하자는 취지가 아니라 동 개별 예시규정이 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 인정되는 경우에만 그렇다는 취지로서, 개별 증여예시규정에 해당하지 않더라도 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 해석되지 않는 경우에는 상증세법 제2조 제6호의 증여에 해당하면서 그 증여가액을 합리적으로 계산하는 방법이 있다면 과세대상이 될 수 있음을 인정한 것으로 해석된다.[60]

위 판결은 이러한 기준을 바탕으로, 흑자영리법인을 통한 간접증여를 개별 가액산정규정(구 상증세법 제41조)과 동일한 유형의 거래로 범주화한 다음, 동 예시규정은 결손법인이나 휴·폐업법인만을 대상으로 하는 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 판단하여, 그 밖의 영리법인은 과세대상에서 제외하는 것으로 해석하였다.

이후 대법원은 구 상증세법 제41조의3[61](주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여) 및 제40조[62](전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)와 관련된 사건에서 위 2013두13266 판결에서 설시한 법리를 원용하여 증여세 과세가 위법하다고 판단하였다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두35691 판결, 대법원 2019. 4. 11. 선고 2016두59546 판결).

제4절 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계

1. 들어가며

이상과 같이 과세요건의 본질적인 부분은 기본적으로 법률로 정해져야 하고, 예측가능성을 벗어나 명령, 규칙에서 새로운 과세요건을 설정하거나 법률 규정에 위반된 명령이나 규칙은 효력을 가질 수 없다. 그리고 법률은 구체적으로 범위를 정하여 시행령에 위임할 수 있으며, 누구라도 법률로부터 시행령 등에 규정될 대강의 내용을 예측할 수 있어야 한다.

---

59) 이경훈, "흑자의 영리법인과의 거래를 통한 간접적인 이익의 이전에 대한 증여세 과세의 한계", 사법 35호, 사법발전재단, 2016, 422-429면
60) 김석환, 앞의 논문, 153면
61) 2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 상증세법 제41조의3을 말한다.
62) 2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 상증세법 제40조를 말한다.

또한 시행령이 법률의 위임 범위를 일탈한 것인지 판단하기 위해서는 당해 법률 규정에 대한 해석을 통해 그 내재적 한계를 파악하는 과정이 선행되어야 한다.

2. 구 상증세법 제41조 제1항의 성격 및 내재적 한계

가. 법인에 대한 증여가 '기여에 의한 재산가치 증가' 인지, '재산의 간접적 이전' 인지 여부

2003년 개정되어 2015년 개정되기 전 상증세법 제2조 제3항은 '증여'를 '직·간접적인 방법으로 타인에게 재산을 무상이전하거나, 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것'이라고 하여 포괄적으로 규정하고 있다. 이와 같은 정의 규정에 의하면 상증세법상 증여에 해당하는 경우는 크게 ① 직접적인 방법으로 타인에게 재산을 무상이전, ② 간접적인 방법으로 타인에게 재산을 무상이전하는 경우, ③ 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 경우 등으로 구분해 볼 수 있다.

완전포괄주의 증여 규정에서 기여에 의한 재산가치 증가와 재산의 이전에 의한 증여를 구분할 실익이 있는지 의문이라는 유력한 견해도 있으나,[63] 상증세법상 증여의 범위가 포괄적이라 하더라도 이는 결국 상증세법 제2조 제3항 정의 조항에서 규정하는 각각의 개념 표지를 종합한 결과이므로 기여에 의한 재산가치 증가와 재산이 간접적 이전이라는 개념 표지를 구분하여 살펴보는 것은 이후 논의를 명확하게 함에 있어 유용한 틀이 될 수 있다.

다만, 이는 선험적으로 알 수 있는 성질의 것이 아니라 해석이나 이론 구성, 입법의사 등에 따라 달라질 문제이므로, 전반적인 사정을 종합하여 사후적으로 확인할 수 있는 것이다. 만일 이러한 문제가 우선 규명되지 않은 채로 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력을 논한다면 각기 다른 입장에서 논의의 평행선을 달릴 수 밖에 없으므로 이론적 검토가 선행되어야 한다.

특정법인에 대한 증여는 증여이익을 받는 자를 문제되는 거래의 상대방이 아니라, 그 상대방의 주주인 제3자로 본다는 점에서, 과연 기여에 의한 재산가치 증가인지, 재산의 간접적 이전인지 문제될 수 있다.

우선 재산의 간접적 이전으로 보는 입장에서는, 증여의 목적물은 법인을 도관 삼아 실질적으로는 주주에게 이전된 것으로서, 주주에 대한 증여의 목적물은 '법인

63) 이창희·김석환·양한희, 앞의 논문, 392면, 각주 18

에게 증여된 목적물 그 자체’로 보아야 하고, 이 경우 실질적 수증자인 주주에게 증여세를 부과함에도 불구하고 형식상 수증자인 법인에 대한 법인세 부과는 옳지 못하다.[64]

한편, 만일 기여에 의한 재산가치 증가로 이론 구성할 경우, 법인은 법인대로 증여의 목적물을 증여받고, 그 주주는 주주대로 그로 인한 ‘보유지분 가치 상승분 상당의 이익’을 증여받은 것으로 볼 수 있고, 이 경우 법인의 자산수증익에 대한 법인세 과세를 유지하면서도 그 주주에 대한 증여세 부과가 정당화될 수 있다.[65]

나. 2003년 개정되어 2015년 개정되기 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 의미와 문제점

그렇다면 증여세 완전포괄주의를 도입한 상증세법 하에서는 주주가 얻은 이익을 이중 무엇으로 볼 것인가. 위와 같이 일응 (아직 실현되지 않았지만) 기여에 의한 재산가치 증가나, 자신이 지분을 보유하고 있는 법인이 얻은 이익을 고스란히 자신의 이익으로 보는 간접적인 증여로 볼 수 있는 가능성을 생각해 볼 수 있다. 그리고 2003년 개정된 상증세법 상 포괄적 증여 개념 표지에 의하면 이론상 양자 모두 상증세법상 ‘증여’ 개념으로 포섭 가능하다.

앞서 본 바와 같이 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인과의 거래를 통한 주주의 증여이익에 관하여, 2003년 개정 전에는 ‘특정법인의 주주가 보유한 주식 등의 가치 증가분’으로 규정하던 것을, 2003년 개정 이후에는 ‘특정법인이 증여받은 이익’으로 변경하였다.[66] 위와 같은 논리 구조에 의하면 이는 상증세법 시행령이 특정법인과의 거래를 통한 증여를, 기존에 ‘기여에 의한 재산가치 증가’(2003년 개정 전 상증세법 제31조 제6항)로 보던 것을 ‘재산의 (간접적) 이전’(2003년 개정 상증세법 제31조 제6항)으로 이론 구성을 달리하고자 한 것으로 해석할 수 있다.

다. 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계에 대한 올바른 해석 방법

64) 강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계”, 조세법연구 21권 1호, 한국세법학회, 2015, 248-250면

65) 강남규, 앞의 논문, 250-251면

66) 2015년 상증세법 개정으로 기존에 시행령에 규정하고 있던 증여이익 산정방식을 법률로도 끌어올려 규정하였으나, 기존과 동일하게 특정법인이 증여 받은 이익 그 자체를 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 얻은 이익으로 보고 있다.

위와 같이 2003년 개정되어 2016년 개정되기 전 상증세법 시행령 제31조 제6항이 의미하는 바는 비교적 명확하고 직선적이다. 그렇다면 그 모법인 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항이 취하고 있는 입장은 무엇인가. 동 조항은 어떻게 해석할 수 있고, 어떻게 해석되어야 옳은가.

2003년 개정 이후 2015년 개정되기 전까지 상증세법 제41조 제1항은 개정 단계에 따라 ① 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항, ② 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항, ③ 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항으로 나누어 볼 수 있는데, 대체로 대동소이하나 약간씩 문구가 변경되어 왔으므로 이하에서는 각 규정별로 내재적 한계와 시행령에 대한 위임의 범위를 검토한다.

1) 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항의 경우

우선 2003년 개정된 상증세법 제41조 제1항은 증여세 과세 계기를 "당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 이익을 얻은 경우"라고 하여 문언상 명확하게 주주가 이익을 얻은 경우를 전제로 하고 있다. 그렇다면 동 조항이 내포하고 있는 위임 범위의 한계는 어떻게 해석하여야 옳은가.

가) 문언해석

2003년 개정 상증세법 제41조 제1항은 법문상 주주가 어떠한 이익을 얻었음을 전제로(즉, 사실 판단의 영역), 그에 대하여 증여세 부과라는 규범적 조치가 이루어지는 구조로 이루어져 있다.

또한 2003년 개정 전 상증세법 제41조 제1항은 증여세 과세대상을 특정법인에 대한 증여를 통하여 "당해 특정법인의 주주 또는 출자자에게 나누어 준 이익"이라고 규정하던 것을, 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항은 특정법인에 대한 증여를 통해 "당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 이익을 얻은 경우"로 개정하였다. '나누어 주다'는 증여자의 시각에서의 동사 표현이고, '얻다'는 수증자 입장에서의 동사 표현이라는 점을 고려하면 문구는 다르지만 사실상 같은 상황을 묘사한 것으로 볼 수 있다.

따라서 2003년 개정 전 상증세법에서 특정법인에 대한 증여를 어떻게 취급해 왔는지, 그리고 2003년 증여세 완전포괄주의 도입 이후 상증세법상 '주주가 얻은 이익'의 해석이 달라질 수 있는지 여부를 확인해 볼 필요가 있다.

나) 법령의 연혁 및 법적 안정성과 예측가능성에 대한 고려

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 관련 규정은 1996. 12. 30. 상증세법 제41조에 의제규정으로 신설된 이래 2003. 12. 30. 상증세법 및 동 시행령이 개정되기 전까지 '주주등이 보유한 주식등의 가액증가분'을 주주등이 얻은 이익으로 의제해 왔다.[67]

2003년 개정 전 상증세법 제41조는 '증여의제' 규정이었기 때문에 동 법률 및 시행령 규정은 당시 '증여'의 좁은 개념이나 범위에 구애받지 않고 특정법인과의 거래와 관련하여 마땅히 그 주주에게 과세되어야 한다고 생각하는 경우를 과세요건으로, 그리고 그 이익의 범위를 증여의제이익으로 규정해 왔을 것이다. 따라서 2003년 상증세법 개정으로 증여 개념이 포괄적으로 확장되었다 하더라도 동법 제41조 제1항의 문언에 별다른 변동이 없는 이상 갑자기 동항이 주주가 보유한 주식가치 증가가 아닌 특정법인에 대한 증여 그 자체가 과세요건으로 돌변하였다고 해석할 만한 근거가 부족하다.

다) 개정취지

한편 2003년 개정된 상증세법은 증여세 완전포괄주의를 도입하였는데, 동법 제41조 제1항의 개정취지는 "열거한 증여의제규정을 증여재산가액의 계산에 관한 예시규정으로 전환하는 등 완전포괄주의를 도입하여 변칙적인 상속·증여에 사전적으로 대처하도록"하는 것 이외에는 따로 확인하기 어렵다.[68]

라) 소결

이상에서 본 바와 같이 문언해석, 입법취지, 법체계 등을 종합적으로 고려할 때 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항은 '특정법인에 대한 증여로 그 주주가 보유한 주식등 가치가 증가'하였음을 전제로, 그 증여이익의 계산방식만을 시행령에 위임한 규정으로 해석함이 타당하다.

---

67) 2003년 이전에도 2003년 개정 규정과 마찬가지로 구체적인 증여이익의 산정방법은 상증세법 시행령에서 규정하였다.
68) 국세청 발간 2004년 개정세법 해설 176면 참조

2) 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 경우

대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결이 2003년 개정 상증세법 제31조 제6항을 무효 선언한 이후, 2010년 개정 상증세법은 특정법인과의 거래를 통해 "그 특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우"라고 하여 '대통령령으로 정하는'이라는 문구를 새로 추가하였다. 다만, 그 위임에 따른 시행령 규정은 위 대법원 2006두19693 판결에서 무효 선언한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항의 규정을 그대로 유지하였다.

2010년 상증세법 개정시 추가된 '대통령령으로 정하는'이라는 문구와 관련하여, 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항이 특정법인의 주주 등이 이익을 었었음을 전제로 이익의 구체적인 계산방법을 시행령에 위임한 것인지, 아니면 특정법인의 주주 등이 어떠한 경우에 이익을 얻은 것으로 볼지를 정하는 규정인지 다시금 문제되었다.

2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 성격 및 내재적 한계에 관한 논의도 앞서 살펴본 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항에 관한 것과 상당 부분 중복되므로, 이하에서는 논의의 중복을 피하기 위해 2010년 개정 상증세법에 특유한 내용을 중심으로 살펴본다.

가) 문언해석

2010년 개정 상증세법 제41조 제1항은 기존의 "이익을 얻은 경우"가 "대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우"로 변경된 것 이외에는 2010년 개정 전 상증세법 제41조 제1항과 그 내용과 법문 구조가 동일하다.

따라서 문언해석상 이와 달리 주주가 얻은 이익의 범위라는 사실 인정의 영역에서부터 시행령으로 다른 어떠한 것으로 의제 또는 의율할 수 있다고 보이지 않는다. 특정법인에 대한 증여를 전후로 주주 등의 보유지분가치가 실제 증가하지 않았다면 상증세법 제41조 제1항에서 증여세 부과의 전제로 삼고 있는 '주주 등이 얻은 이익이 없다'고 해석하는 것이 일응 위 규정에 대한 타당한 문언 해석으로 보인다.

나) 개정취지

그렇다면 과연 입법의 취지와 목적도 과연 그러했는가를 살펴볼 필요가 있다. 우선 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항이 주주가 이익을 얻지 않은 경우에도 이익을 얻은 것으로 간주하여 증여세를 과세하기 위하여 개정되었다고 명시적으로 밝히고 있는 자료는 찾아볼 수 없다. 즉, 국세청 발간 2010년 개정세법해설 및 기획재정부 발간 2009년 간추린 개정세법은 상증세법 제41조 제1항의 개정 내용에 언급하고 있지 아니하다. 다만, 상증세법 일부개정법률안(대안)의 제안이유 중 "그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것"이라는 다소 포괄적인 기재가 위 규정 개정과 관련된 것으로 추정되는 유일한 문구이며,[69] 국회 기획재정위원회 회의록[70] 및 국회 본회의 회의록[71]에서는 이러한 언급마저 생략되었다.

그러나 2010년 상증세법 제41조 제1항 개정의 계기일 것으로 추단되는 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결의 입장과 관련 규정의 개정 연혁을 고려했을 때 2010년 상증세법 개정 당시 입법부의 의사는 '대통령령이 정하는'이라는 문구 추가를 통해 특정법인의 주주가 실제 이익을 얻었는지, 얼마의 이익을 얻었는지 여부와 무관하게 시행령으로써 법인이 얻은 이익을 곧바로 주주가 얻은 이익으로 '의제'하고자 한 것임을 비교적 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

다) 하급심 판결의 엇갈린 입장

이와 같이 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항은 문언 해석과 목적론적 해석이 충돌하는 지점에 놓여 있었고, 이에 2017. 4. 20.자 대법원 전원합의체 판결 선고 전 하급심 판결은 다음과 같이 입장이 엇갈렸다.

우선 서울행정법원 2015. 6. 11. 선고 2014구합74480 판결은 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항을 의제규정으로 전제하였다. 즉, 2009. 3. 19.자 대법원 전원합의체 판결의 취지 및 구 상증세법 제41조 제1항의 문언 등을 종합하면, 구 상증세법 제41조 제1항은 주주가 얻은 이익의 계산은 물론 어떠한 경우에 주주가 이익을 얻은 것으로 보는지에 대해서도 대통령령에 위임하는 취지이고, 구 상증세법 시행령 제

69) 상속세 및 증여세법 일부개정법률안(대안)(의안번호 7325, 제안연월일: 2009. 12. 31., 제안자: 기획재정위원장)

70) "2건의 정부안을 통합한 상속세 및 증여세법 일부개정법률안(대안)은 배우자 상속공제 절차를 간소화했고, 계부·계모의 증여도 직계존속과 동일하게 증여세를 공제하는 등의 납세 편의를 제고하는 것이었습니다. 법률 용어를 순화하고 체계를 간결하게 해서 일반 국민이 법률을 쉽게 이해할 수 있도록 조정하는 것도 하였습니다." 제285회 국회 기획재정위원회회의록 제1호, 7면

71) "상속세 및 증여세법 일부개정법률안(대안)은 배우자 상속공제 절차를 간소화하고 계부·계모의 증여도 직계존속과 동일하게 증여세를 공제하는 것을 골자로 하고 있습니다." 제285회 국회본회의 회의록 제3호, 9면

31조 제6항은 모법에 위임규정이 새로 생겼으므로 더 이상 무효라고 볼 수 없다는 것이다.

이에 대한 항소심인 서울고등법원 2016. 1. 13. 선고 2015누49377 판결은 위 2014구합74480 판결을 인용하는 한편, 구 상증세법 제41조 제1항이 "특정법인의 주주 등이 얻는 이익"을 대통령령에 위임하면서 그 범위를 명시적으로 특정하지는 아니하였다 하더라도 위 조항에 있어서의 내재적인 위임의 범위나 한계는 충분히 인정될 수 있다고 할 것이므로, 위 조항이 포괄위임금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 판단하였다.[72]

한편, 서울행정법원 2016. 4. 7. 선고 2015구합74586 판결은 이와 다른 관점에서, 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항은 헌법 위반으로 볼 수 없으나, 구 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법에서 위임한 범위를 넘어 증여세 과세요건을 창설하였으므로 조세법률주의에 관한 헌법 제38조, 제59조 및 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조에도 위반되어 그 효력을 인정할 수 없다고 판시하였다. 또한 위 판결은, 구 상증세법 시행령 제31조 제6항에 의하면 주주 등이 실질적인 이익을 얻지 못하였음을 증명한 경우에도 이익이 의제되어 증여세 과세가 가능하다는 점에서 재산권 침해 소지도 있다고 판단하였다.

그러나 이에 대한 항소심인 서울고등법원 2016. 9. 22. 선고 2016누44362 판결은, 구 상증세법 제2조 제1항 및 제3항, 제31조 제1항의 내용 및 구 상증세법 제2조 제3항이 완전포괄주의에 의한 증여개념을 도입하여 증여세 과세범위를 확대한 점, 이에 따라 기존의 증여의제 규정들이 증여재산가액의 계산규정으로 바뀌었고, 구 상증세법 제41조 제1항도 그중 하나인 점 등에 비추어 볼 때 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 내재적인 위임의 범위나 한계는 충분히 인정될 수 있으므로 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 하여 피고의 항소를 인용하였다. 나아가 동 판결은 위 조항은 주주가 얻은 이익의 계산뿐만 아니라 어떠한 경우에 주주가 이익을 얻은 것으로 볼 것인지에 관하여도 대통령령에 위임을 하는 취지로 보이므로 구 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법에 위임규정이 새로 생김으로서 더 이상 무효라고 볼 수 없다는 입장을 피력하였다.[73]

이와 같이 하나의 법률 조항의 해석을 두고 두 가지 다른 입장이 팽팽하게 대립하였다는 점에 비추어 보더라도 개정된 법 문언이 개정 취지로 추정되는 뜻을 제대로 담고 있지 못하였음을 확인할 수 있다.

---

72) 처분청은 2017. 4. 20. 대법원 전원합의체 판결 선고 직후인 2017. 4. 24. 처분을 직권 취소하였고, 동 사건은 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016두32169 판결(파기자판 각하)로 종결되었다.

73) 처분청은 2017. 4. 20. 대법원 전원합의체 판결 선고 직후인 2017. 4. 26. 처분을 직권 취소하였고, 동 사건은 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016두57199 판결(파기자판 각하)로 종결되었다.

라) 이후 개정 내용에 대한 고려

또한 2015. 12. 15. 상증세법 개정시 제41조가 삭제되고 제45조의5[74]가 증여의제 규정으로 신설되었는데, 2015. 10. 작성된 상증세법 일부개정법률안 검토보고서는 '특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여를 증여예시적 성격의 규정에서 증여의제 규정으로 전환' 한다고 기재하고 있다. 따라서 이는 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항이 간주규정이 아님을 전제로 한 법률개정으로 볼 수 있다.

마) 소결

따라서 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 '대통령령으로 정하는 주주가 얻은 이익' 은 2003년 개정 상증세법 제41조 제1항과 마찬가지로 주주가 보유한 지분의 가치 상승분으로 해석하는 편이 타당하고, 이는 동 조항에 대한 법률 해석의 내재적 한계가 될 것이다.

3) 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항의 경우

2014년 개정 상증세법 제41조 제1항은 기본적으로 특정법인의 범위를 확대하고 법인세 이중과세를 조정하고자 한 것 이외에는 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항과 대동소이하였고, 특히 그 개정시기는 2017년 대법원 전원합의체 판결이 내려지기 전이었으므로 입법부의 의사는 기본적으로 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항과 동일하다고 볼 수 있다. 따라서 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항의 내재적 한계는 기존 규정과 마찬가지로 해석하는 것이 합리적이며, 그 세부 이유는 다음과 같다.

---

74) 제45조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인(이하 이 조 및 제68조에서 "특정법인"이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주등(이하 이 조에서 "특정법인의 주주등"이라 한다)과 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 제2항에 따른 거래를 하는 경우에는 그 특정법인의 이익에 특정법인의 주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주등이 증여받은 것으로 본다.
1. 대통령령으로 정하는 결손금이 있는 법인
2. 증여일 현재 휴업 또는 폐업 상태인 법인
3. 증여일 현재 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 법인으로서 제45조의3제1항에 따른 지배주주와 그 친족의 주식보유비율이 100분의 50 이상인 법인

가) 문언해석

2014년 개정 상증세법 제41조 제1항 및 동 시행령 제31조 제6항은 일부 내용이 변경되었으나, 전면적인 개정으로 보기 어렵다. 즉, 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항은 특정법인에 포함되는 유형을 확대하였을 뿐, 나머지 과세요건은 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항과 동일하게 정하고 있다. 따라서 이는 여전히 특정법인에 대한 증여 등으로 인해 그 주주 등이 상증세법상 이익을 얻었음을 전제하는 것으로 보인다.

나) 개정취지

2014년 상증세법 및 동 시행령 개정 당시는 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항 규정에 대한 대법원의 최종 판단이 내려지기 전이었다.[75] 국세청이나 기획재정부에서 발간한 개정세법 해설상으로도 관련 개정의 취지는 언급되어 있지 않다.

따라서 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항은 "특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우"라는 기존의 상증세법 문구를 시행령으로 주주 또는 출자자가 얻은 이익의 범위를 자유롭게 정할 수 있음을 전제로 한 입법으로 생각된다.

다) 세법 전반의 체계적 해석

2014년 이전까지는 특정법인의 범위가 결손법인 및 휴·폐업법인, 그마저도 비상장법인으로 국한되었으나, 2014년 상증세법 개정으로 그 범위가 흑자 영리법인 및 상장법인으로까지 확대되었다. 이에 기존에는 법인세와 증여세의 이중과세 문제가 그리 크게 대두되지 않았지만, 2014년 상증세법 개정 이후에는 자산수증익에 대해 법인세가 실제 과세되는 경우가 많아지게 되어 법인세와 증여세의 이중과세 문제가 본격적으로 대두되었다.

세법 이론상 법인의 소득은 곧 주주의 소득이 되지만, 그렇다고 하여 이러한 주주

75) 종래 대법원은 두 차례에 걸쳐 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 통해 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법인 2003년 개정 법률 조항 및 2010년 개정 법률 조항의 규정 취지 및 위임범위를 벗어난 것으로서 무효임을 선언하였다(대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결, 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결).

소득에 바로 세금을 물리기보다, 우선 법인에 대한 소득에 대해 법인세를 부과하고, 주주에게는 그것이 추후 배당되거나 주식이 양도될 때 그에 대한 세금을 부과한다는 것이 법인 과세에 관한 세법의 기본적 이론 체계이다.[76] 그러나 2014년 당시 시행되던 법인세법상 2014년 개정 상증세법 제41조에 따라 특정법인의 주주에게 증여세가 부과되는 경우에는 특정법인에 대한 자산수증익에 대하여 법인세를 부과하지 않는다는 취지의 조문을 따로 두고 있지 아니하다.[77]

이러한 점에 비추어 보더라도 법인세가 부과되는 법인의 소득을 바로 주주의 소득으로 간주하여 증여세를 부과하여야 한다는 해석은 세법 전반의 체계적 해석에 부합하지 않는다.

라) 상증세법의 체계적 해석

또한 만일 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항을 특정법인에 대한 증여로 인한 주식 가치 상승분이 아닌, 그 이외의 잠재적이거나 가정적인 이익까지도 시행령으로 정할 수 있도록 위임하는 규정으로 해석한다면 이는 증여의제적 성격을 가진다고 보는 것이다.

그런데 상증세법은 2003년 개정 이래 2014년 개정법에 이르기까지 증여의제규정들이 따로 존재함에도 불구하고 제41조를 증여예시규정 부분에 존치시켜 왔다. 따라서 2014년 개정 상증세법 제41조는 증여예시규정이라는 상증세법상 체계적 위치를 살리는 방향으로 해석할 필요가 있다.

마) 소결

따라서 일부 문언이 개정되기는 하였으나 2014년 개정 상증세법 제41조 역시 2003년 및 2010년 개정된 법률 조항과 같이 특정법인에 대한 증여등 거래를 통해 그 주주등이 이익을 얻었음을 전제로, “주주 등이 보유한 특정법인 주식 등의 가액 증가분”의 정당한 계산방법만을 시행령에 위임한 규정이라고 보는 것이 타당하다.

---

76) 윤지현, “증여세 완전포괄주의는 얼마나 ‘완전포괄적’일 수 있는가?- 증여 개념을 포괄적으로 정의하는 ‘방식’에 관한 생각”, 『법학에서 위험한 생각들』(대표편집: 윤진수・한상훈・안성조), 법문사, 2018, 254-255면, 김석환, 위의 논문, 151면 각주 14에서 재인용)

77) 2014년 개정 상증세법 및 동 시행령은 법인세 납부세액만큼을 비용공제 방식으로 조정하고 있으나, 이는 완전한 이중과세 조정 방법으로 볼 수 없으며, 여전히 동일한 증여목적물에 대하여 법인세와 증여세를 동시에 부과하는 형국이다.

라. 소결

이상과 같이 2003년 이래 2015년 개정 전까지 3차례 개정되어 온 상증세법 제41조 제1항은 모두 특정법인에 대한 증여등 거래를 통해 특정법인의 주주 등이 보유지분 가치 증가라는 이익을 얻을 것을 증여세 과세요건으로 하는 규정으로서, 그에 대한 구체적인 계산방법만을 시행령에 위임하였다고 보는 것이 타당하다.

이와 같은 논의를 바탕으로 이하에서는 결과론적으로 어떤 차이가 있는지 구체적으로 살펴본다. 즉, 증여이익 산정방법에 관한 상증세법 시행령 제31조 제6항이 상증세법 제41조 제1항에서 위임한 대로 주주가 이익을 얻은 경우에 한하여 증여세를 부과하는가, 그리고 주주가 얻은 이익을 초과하여 증여세를 과세하는 것은 아닌가 등에 초점을 맞추어 살펴볼 필요가 있다.

제5절 2016년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력

1. 문제의 소재

2003년 개정 상증세법 제41조 제1항은 기존의 증여의제 형식을 증여예시 규정으로 전환한 정도의 개정이었으나, 동 규정의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 증여이익을 기존의 '특정법인 주주가 보유한 지분의 가치증가분'이 아닌 '특정법인이 얻은 증여이익 그 자체'로 의율함으로써 내용상 실질적인 변화가 있었다.

즉, 2003년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인의 주주 등이 증여받은 것으로 보는 이익을, 증여 등으로 얻는 이익 상당액(제1호)으로 인해 증가된 주식 또는 출자지분(이하 편의상 "주식")의 1주당 가액에 해당 최대주주 등의 주식수를 곱하여 산정하도록 하였다. 따라서 증여 등으로 인해 최대주주 등에게 이익이 있다고 보기 위해서는 '주식의 1주당 가액이 증가'한 것이 전제되어야 하였다.

이와 같이 증가된 주식의 가액을 기준으로 주주의 이익 유무를 판단하는 것은, 위 규정의 취지가 특수관계 있는 자의 특정법인에 대한 증여로 인해 그 주주가 법인세나 증여세 부담 없이 이익을 얻는 것을 막기 위한 것인데, 주주는 자신이 수증자가 아닌 이상 본질적으로 주식의 가치 증가라는 이익을 얻는 것 이외에는 달리 이익을

취하는 경우를 상정하기 어렵기 때문이었다고 한다.[78]

그런데 2003년 개정 상증세법 제31조 제6항이 주주의 증여재산가액 산정방법을 갑자기 변경하면서, 특정법인에 대한 증여 등 거래 전후로 주식가치가 음수(-)에서 음수(-)로 그 절대값만이 감소한 경우 과연 주주가 어떠한 이익을 얻었다고 평가할 수 있는지, 그리고 주식가액의 증가가 있다 하더라도 위 시행령 규정에 따라 증여이익을 산정하는 것이 타당한지 여부 등의 문제가 새로이 대두되었다.

이와 관련하여 논의를 분명히 하기 위해 우선 증여 전후 주식가액의 유형을 구분하여 살펴본 다음, 채무초과법인과 흑자영리법인의 경우를 나누어 특정법인 주주의 이익 유무를 검토한다.

이는 비단 2003년 개정 상증세법의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령뿐 아니라, 2010년 개정 상증세법의 위임에 의한 2003년 개정 상증세법 시행령[79], 그리고 2014년 개정 상증세법의 위임에 의한 2014년 개정 상증세법 시행령에 있어서도 공통되는 쟁점인바, 이하에서 함께 살펴본다.

2. 증여 전후 주식가액에 따른 유형 분류

가. 유형 분류

증여를 전후한 주식가액의 변화와 관련한 유형은 크게 ① 양수(+)에서 양수(+)로 증가한 경우, ② 음수(-)에서 양수(+)로 증가한 경우, ③ 음수(-)에서 음수(-)로 증가한 경우로 분류할 수 있다. 이하에서는 이해의 편의를 위해 가상의 단순한 사례를 통해 구체적으로 검토한다. 이하의 주식가치 산정은 주식가액이 상증세법상 보충적 평가방법, 그 중에서도 순자산가치방법으로 평가될 경우를 전제로 하였다.

① 유형 : 양수(+)에서 양수(+)로 증가한 사안

자본금이 100원, 자산이 200원(= 자본금 100원 + 이익 100원)인 특정법인이 있다고 가정하자. 이 법인에 결손금 110원이 발생하여 순자산인 90원이 된 상태에서 210원을 증여받은 경우 그 주식가액은 (+)90원에서 (+)300원으로 증가한다.

---

78) 구남수, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제”, 대법원 판례해설(제48호, 2003 하), 법원도서관, 7-9면. 조성권, “상속세 및 증여세법 시행령(2003. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정된 것) 제31조 제6항 및 부칙 제6조의 무효 여부”, 대법원 판례해설(제80호, 2009 상), 법원도서관, 215면 각주 19)에서 재인용

79) 앞서 살펴본 바와 같이 2010년에는 모법인 상증세법 제41조 제1항만 개정되었을 뿐, 시행령은 2003년에 개정된 문구 그대로 유지되었다.

② 유형 : 음수(-)에서 양수(+)로 증가한 사안

위와 같이 자본금이 100원, 자산이 200원(= 자본금 100원 + 이익 100원)인 특정법인에 이번에는 결손금 210원이 발생하였다고 하자. 이로써 순자산은 (-)10원이 되고, 여기에 310원을 증여받은 경우 주식가액이 (-)10원(또는 0원, 상속재산평가준칙 제61조는 평가가액이 음수(-)인 경우에는 가액이 없는 것으로 한다고 정하고 있고, 주주는 유한책임을 가지므로, 표현 방식의 문제라고 볼 수 있다. 이하 ③유형에서도 동일하다)에서 (+)300원으로 증가한다.

③ 유형 : 음수(-)에서 음수(-)로 증가한 사안

위와 같이 자본금이 100원, 순자산이 200원인 특정법인에 이번에는 250원의 결손금이 발생하였다고 하자. 이로써 순자산은 (-)50원이 되고, 여기에 40원을 증여받은 경우 주식가액은 (-)50원(또는 0원)에서 (-)10원(또는 0원)으로 증가한다.

나. 유형별 쟁점

우선 ②, ③유형 중 주식가액이 음수(-)에서 음수(-)로 증가한 부분에 대하여 증여이익을 계산할 수 있는지 문제된다. 주식 가액의 증가가 전혀 없음에도(음수에서 음수로 증가한 경우 결국 0원에서 0원으로 증가한 것과 다름없어 주식 가액 증가가 없다) 증여이익을 계산할 수 있는지 여부의 문제이다.

또한 ①, ②유형에서 양수(+)에서 양수(+)로 증가한 부분에 대하여도 과연 시행령 조항에 따라 증여이익을 계산할 수 있는지 문제된다. 이 경우는 주식 가액의 증가가 있다는 점에서 앞의 논의와 구별된다.

3. 특정법인에 대한 증여 등 거래 전후로 주식가치가 음수에서 음수로 그 절대값이 감소한 경우 주주가 어떠한 이익을 얻었다고 평가할 수 있는지 여부

가. 기존 판례의 입장

앞서 살펴본 바와 같이 기존의 판례는 과세실무와는 달리, “증가된 주식 등의 1

주당 가액”은 증여 전후의 주식 가액을 비교하여 산정해야 하고, 증여 전후 가액이 모두 음수(-)라면 “증가된 주식 등의 1주당 가액”은 없다고 봄이 합리적이라는 이유로, 주식 등의 1주당 가액이 음수(-)에서 음수(-)이지만 그 절대값만이 줄어든 경우에는 주주가 이익을 얻은 것으로 볼 수 없고, 음수(-)에서 양수(+)로 증가한 경우에는 0원을 초과하여 양수(+)로 증가한 부분만을 증여이익으로 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두4249 판결, 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두4727 판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003두11872 판결[80]).

이후 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결은 위와 같은 취지를 명시적으로 반영하여 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항을 무효로 선언하였고, 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결도 위와 같은 입장을 전제로 2010년 개정 상증세법 제41조 제1항 하에서도 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 여전히 무효라고 판단하였다. 최근 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결 역시 같은 입장에서 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항을 무효로 선언하였다.

그렇다면 과연 이와 같이 일관되게 유지되어 온 판례의 입장은 타당한 것인가, 그렇다면 그 근거는 무엇인가.

나. 견해 대립의 상정

증여 등 거래를 전후하여 주식가액이 음수로서 그 절대값만이 감소한 경우 특정법인의 주주에게 어떠한 이익이 있었다고 볼 수 있는지 여부와 관련하여, 이익의 존재를 부정하는 견해와 이익의 존재를 긍정하는 견해의 대립을 상정해 볼 수 있다.[81] 편의상 전자를 이익부정설, 후자를 이익긍정설이라고 한다.

1) 이익부정설

우선 증여 등 거래를 전후하여 주식가액이 여전히 음수로서 절대값만이 줄어든 경우 특정법인의 주주에게 어떠한 이익이 있었다고 볼 수 없다는 입장을 상정해 볼

80) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003두11872 판결은, 고가발행 실권주의 재배정에 의한 증여의제의 경우, 증자로 인하여 주식발행회사의 순자산가액이 (-)에서 (+)로 증가된 경우 그 증여가액의 계산과 관련하여 회사의 순자산가액이 ‘0’원을 초과하여 (+)로 증가된 증자 부분만이 증여의제의 과세대상이 된다고 판시하였다.

81) 이 쟁점에 관한 명시적인 논의를 발견하지 못하였으나, 이하 가능한 견해의 대립을 상정하여 기술하였다.

수 있다.

즉, 증여 등 거래를 전후하여 주식의 가액이 음수(-)에서 음수(-)로 증가한 부분에 대하여는 특정법인의 주주에게 재산 증여의 효과가 발생하였다고 볼 여지가 없고, 특정법인이 증여받음으로써 주식 가액이 음수에서 음수로 증가하는 부분과 관련한 증여이익은 특정법인의 주주가 아닌 특정법인의 채권자에게 귀속된다는 입장이다.

2) 이익긍정설

한편, 증여 등 거래를 전후하여 주식가액이 여전히 음수로서 절대값만이 줄어든 경우에도 특정법인의 주주에게 어떠한 이익이 있었다고 보는 입장을 상정해 볼 수 있다.

즉, 증여 등 거래를 전후한 가액이 음수에서 음수로 증가한 경우에도 계속기업의 경우 그 주식 가치가 0원 이상으로 증가하게 되는 시점이 빨라진다는 점에서, 특정법인의 주주에게 이익이 있는 것으로 볼 수 있다는 것이다.

다. 검토: 이익부정설

특정법인에 대한 증여 이후에도 여전히 그 주식가치가 음수(-)라 하더라도 그 주주에게 잠재적 이익이 생겼다고 볼 여지가 있다는 점, 그리고 증여 전후로 특정법인의 주식가치가 음수(-)라 하더라도 특수관계인이 특정법인에게 증여를 하였다는 사실 자체로 향후 그 주주가 어떠한 이익을 향유하게 될 것으로 '추정'해 볼 수 있다는 점 등을 고려하면 이익긍정설도 수긍할 부분이 있다.

그러나 과연 증여 당시 상증세법상 주주가 그 보유주식가치 증가라는 이익을 얻었다고 평가할 수 있는지에 관하여는, 다음과 같은 사정을 종합할 때 기존 판례가 일관되게 취해 온 이익부정설이 타당하다고 생각된다.

1) 다른 증여세 부과 국면과의 형평성

특정법인과의 거래 전후로 주식가치가 여전히 음수(-)라도 줄어든 부의 절대값 만큼 주주가 이익을 얻었다고 볼 경우, 세법상 경제적 실질이 동일한 다른 거래와 비교할 때 형평에 반하는 결과가 초래될 수 있다.

가령, 결손금 있는 법인에 대한 가수금 채권을 갖고 있는 특수관계자가 이를 면제

하는 대신 출자전환을 통해 신주를 시가보다 높은 가액으로 발행받아 이 주식을 주주에게 증여하는 경우 출자전환 전·후의 주식 1주당 가치가 모두 0 이하라면 주주가 증여받은 이익은 없으므로(상증세법 시행령 제29조 제3항 단서), 증여세와 법인세 모두 부과되지 않는다.

또한 만약 주식가액이 음수(-)로 산정되는지 여부에 관계없이 산술적으로 계산된 증여 등 전후의 주식가액의 차액을 증여로 의제하여 과세하는 것으로 볼 경우, 특정법인에 대해 증여 또는 채무면제 등을 한 후 그 비상장주식 자체를 증여하는 경우 그 주식의 시가(또는 평가액)가 0원에 미달하면 실질적인 재산의 이전이 없어 증여세 과세대상에서 제외되는데, 이익긍정설에 의하면 증여 등 거래 후 주식의 가액이 0원에 미달하여도 증여세 과세대상이 되어 형평에 맞지 않는다.[82] 거래의 순서를 바꾸어도 결과에 있어 유의미한 차이가 없다면 세법에서도 이를 동일하게 취급하는 것이 합당할 것이다.

2) 증여 등 거래 이후에도 주식가치가 음수(-)로 산출되는 경우 당장 그 법인을 청산하더라도 주주에게 돌아갈 이익이 없음

주식회사의 주주는 주식을 보유하면서 사업성과에 따른 배당을 받고 최종적으로는 잔존자산의 청산가치에 따라 배분을 받게 되므로, 비상장주식의 순자산가치에 따라 1주당 가액을 산정할 경우(결손법인의 경우에는 순자산가치에 의하여 평가하는 경우가 대부분이다), 증여 또는 채무면제를 받고도 순자산가치가 음수(-)라면 그 법인을 당장 청산하더라도 주주에게 돌아갈 이익이 전혀 없는 것이다. 그럼에도 증여로 인한 이익이 있다고 보아 증여세를 부과하는 것은 담세력을 고려하지 않은 과세로서 부당하다.[83]

구 상증세법 시행령(2016. 2. 5. 대통령령 제26960호로 일부개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제1호 단서[84]는 해산 중인 법인의 주주와 특수관계 있는 자가 당해 법

82) 강석훈, “특정법인과의 거래를 통한 증여의제의 경우, 주식의 1주당 가액이 부수(-)에서 정수(+)로 증가된 때의 증여의제가액의 산정 방법”, 조세판례백선 2, 박영사, 2016, 437-438면

83) 대법원 1996. 2. 15. 선고 94누16243 전원합의체 판결은, 구 상속세법시행령의 관계 규정에서 규정하는 비상장주식이나 출자지분의 보충적인 평가방법의 요소 중 순자산가액평가법은, 다른 요소인 수익력가치평가법이나 유사상장법인 비교평가법이 법인의 계속가치를 전제로 평가하고 있는 것과는 달리, 법인이 청산될 것을 가정하는 이른바 청산가치에 의한 평가를 전제로 하고 있는 것으로 보아야 할 것이라고 판시하였다.

84) 제31조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 계산방법 등) ② 법 제41조제1항제4호에서 “유사한 거래“라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.
1. 당해 법인의 채무를 면제ㆍ인수 또는 변제하는 것. 다만, 해산(합병 또는 분할에 의한 해산을 제외한다)중인 법인의 주주 또는 출자자 및 그의 특수관계인이 당해 법인의 채무를 면제ㆍ인수 또는 변제한 경우로서 주주등에게 분배할 잔여재산이 없는 경우를 제외한다.

인의 채무를 면제·인수 또는 변제한 경우로서 주주에게 분배할 잔여재산이 없다면 이 법령의 과세요건에서 제외하고 있는데, 분배할 잔여재산이 없다는 것은 곧 주주의 주식가치가 0 이하라는 의미이고, 이는 주주의 주식가치가 0 이하인 경우는 '주주가 얻은 이익'이 없어 과세대상이 될 수 없다는 사실을 인정하는 것이기도 하다.[85]

조세심판원 역시 법인 해산 결의 후 주요자산 매각, 건설업 등록 말소, 신규 수주 실적 전무 등으로 볼 때 사실상 해산 중인 법인에 해당하고, 채무면제 후에도 주주에게 분배할 잔여재산이 없으며, 보증 등으로 인하여 부득이 채무를 면제한 경우에는, 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여에 해당하지 않는다는 입장이다(조심2012서4182, 2012.12.28.).

이와 같이 특정법인에 대한 증여가 특정법인의 경제적 여건이나 보증 등 관계상 부득이하게 이루어진 경우도 있을 수 있으므로, 이를 언제나 특정법인의 주주에게 이익을 이전하기 위한 것이라고 단정할 수는 없다.

3) 상속재산평가준칙 및 과세실무 역시 가치가 음수(-)인 주식의 가액을 0으로 보는 입장이었고, 2009년 상증세법 시행령 개정 이후에는 보충적 평가방법에 의한 주식가액이 음수(-)로 산출될 여지가 없게 됨

당해 법인이 채무초과 상태에 있어 그 주식가액이 음수(-)로 산정된다면 적어도 해당 주식이 청산에 따른 자산적 가치를 지닌다고 보기 어렵다. 이와 같은 취지에서 상속재산평가준칙 제61조[86]는 비상장주식을 평가한 가액이 음수(-)인 경우에는 그 가액이 없는 것으로 한다고 규정하고 있었다.

과세실무 역시 "증여재산인 비상장주식을 평가함에 있어 주식발행법인이 최근 3년간 결손이 발생한 경우에는 순자산가치로 평가하는 것이며, 순자산가치가 부수인 경우에는 0으로 평가하는 것"이라는 입장이었다(서면인터넷방문상담4팀-11, 2006.01.05.).

또한 비상장주식의 보충적 평가방법과 관련하여 종래 상증세법 시행령 제56조 제1항은 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액 산정시 그 가액이 음수인 경우에는 이를 0으로 한다고 규정해 왔는데, 이후 2009. 2. 4. 대통령령 제21292호로 일부 개정된 상속세법 시행령 제55조 제1항[87]은 기존의 순손익가치 평가방법과의 일관성

85) 최원, 앞의 논문, 181-182, 각주 58)
86) 제61조[비상장주식의 평가액이 부수인 경우] 제42조에 의하여 비상장주식을 평가한 가액이 부수인 경우에는 당해 주식의 가액은 없는 것으로 한다.

을 유지하기 위해 순자산가액(= 평가기준일 현재 당해 법인의 자산 가액 - 부채)이 0원 이하인 경우에도 이를 0으로 한다고 개정하였다. 따라서 2009. 2. 4. 이후 보충적 평가분의 경우 음(-)의 가치가 산출될 여지가 없게 되었다.

이에 2009년 이후 과세실무는 "비상장주식을 보충적 평가방법으로 평가하는 경우로서 1주당 순손익가치와 순자산가치가 모두 부수인 경우에는 그 평가액은 영(0)으로 하는 것"이라는 입장을 취하고 있다(상증, 재산세과-40, 2012.02.07. 등).

이러한 입장에 의하면 2009년 상증세법 시행령 개정 이후에는 기술적으로는 증여 전후로 주식가액은 0이 되어 상증세법상 주주의 보유지분 가치가 증가한 것으로 평가하기 어렵다.

4) 증여 등 거래 전후로 주식가치가 음수(-)로 산출되는 경우 그 증여로 인한 이익은 주주가 아닌 채권자들의 이익에 불과함

상증세법은 증여세의 과세대상을 '증여로 인한 증여재산'으로 삼으면서(제2조 제1항), '증여'에 관하여 경제적 가치를 계산할 수 있는 재산을 타인에게 무상으로 이전하거나 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것으로 정의하고(제2조 제3항), '증여재산'을 경제적 또는 재산적 가치가 있는 물건이나 권리로 정하고 있다(제31조 제1항).

그런데 증여 등 거래를 전후한 가액이 모두 음수(-)라면 이는 통상 증여 등 거래 이후에도 순자산가치가 음수(-)로 산출됨을 의미할 것인데,[88] 이 경우 특정법인에 대한 증여에 따른 증여이익은 증여 당시를 기준으로 하면 (법인을 무시하는 투시과세제도에 따르더라도) 특정법인의 주주가 아닌 특정법인의 채권자에게 귀속될 뿐이다. 그렇다면 이는 채권자에 대한 증여인가. 채권자는 본래 특정법인으로부터 만기일에 채권액 및 이자 상당액을 돌려받을 재산적 권리를 보유하는 자이므로 이를 채권자에 대한 '증여'로 의율하기는 어렵다고 생각된다. 그러나 법인에 대한 증여가 반드시 주주 또는 채권자에 대한 증여 중 하나로 귀결되어야 하는 것은 아니므로, 채권자에 대하여 증여세를 부과할 수 없다고 하여 주주가 순자산가치가 여전히

87) 부칙 <제21292호, 2009.2.4.> 제3조(비상장주식 평가에 관한 적용례) 제54조 제3항 및 제55조 제1항의 개정규정은 이 영 시행 후 최초로 비상장주식을 평가하는 분부터 적용한다.

88) 2005. 1. 1. 이후 증여분의 경우 예외적으로 사업개시 전의 법인, 사업개시 후 3년 미만의 법인, 최근 3년 내 기간 중 계속 결손금이 발생한 법인 등의 비상장주식 보충적 평가시 순자산가치법을 적용할 수 있다. 한편, 순자산가치법이 아닌, 순손익가치와 순자산가치의 가중평균법을 적용하는 경우에도 종래부터 순손익가치가 음수인 경우에는 이를 0으로 하여 왔으므로, 주식가치가 음수(-)로 산출되었다는 것은 순자산가치가 음수(-)로 산출되었음을 의미한다고 볼 수 있다.

음수(-)인 경우에까지 증여세를 부담하여야 한다는 주장은 논리적이지 않다.

가령 특정법인의 순자산이 (-)100원으로 완전자본잠식 상태이고, 200원의 채무를 지고 있으며, 특수관계인으로부터 50원 상당의 자산을 증여 받아 순자산이 (-)50원이 되었다고 하자. 이러한 경우 법인의 순자산은 여전히 음수(-)이지만 증여 전에 비해서는 사정이 나아졌다고 볼 여지가 있다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 법인의 재산 상태가 (-)100원에서 (-)50원으로 나아졌다 하더라도 그로 인한 이익은 적어도 당장은 주주가 아닌 채권자에게 귀속되는 것이다.[89] 가령 특정법인에 대해 200원의 채권을 보유하는 채권자를 상정해 보면 동 채권자는 당초 200원의 채권 중 100원만 받을 수 있었는데, 법인이 증여를 받음으로써 150원을 변제받을 수 있게 되기 때문이다.[90]

유한책임을 지는 주주는 법인의 채권자에 대하여 주주 개인의 재산으로 변제할 의무를 부담하지 않으므로 위 채권자가 100원만 받을 수 있었다가 150원을 받을 수 있게 되었다는 것은 주주 개인의 사재(私財)와는 관련이 없는 사정이다.

5) 계속기업을 가정하더라도 증여세 납세의무 성립일 당시 재산상 이익이 있다고 보기 어려움

다만, 주주가 법인을 청산하지 않고 사업을 계속할 경우에는 법인에 대한 재산의 무상제공으로 인하여 그 주식 가치가 0 이상으로 증가하게 되는 시점을 더 빨리 앞당길 수 있는데 이러한 측면에서는 주주에게도 이익이라고 볼 수 있는 여지도 있다.[91] 그러나 증여세를 과세함에 있어 과세물건은 증여세 납세의무 성립일을 기준으로 수증자가 증여로 얻게 되는 재산상의 이익이라고 할 것이어서 이와 같은 사업을 계속 영위하여 생기는 이점은 달리 이를 과세하는 법률 규정을 두지 않는 이상 증여세의 과세물건을 구성한다고 보기 어렵다.

가령, 자산이 100원이고 부채가 150원인 특정법인에 그 주주가 특수관계에 있는 자가 재산 40원을 무상으로 제공하였다고 가정할 때, 재산의 제공 전·후로 부채와 자산의 차이가 50원에서 10원으로 감소되어 외관상 주주가 이익을 얻고 있는 것처럼 보이나, 재산의 제공 후에도 자산의 수액은 140원이고 부채는 150원으로 부채가 자산을 여전히 10원만큼 초과하고 있으므로 주주의 입장에서는 이 특정법인을 청산

89) 정재희, “사후적 재산가치 증가에 대한 포괄적 증여 과세의 한계”, 조세법연구 25권 3호, 한국세법학회, 2019, 126면
90) 채권자가 위 채권을 제3자에게 양도하는 경우 그 대가로 150원을 받을 수 있다.
91) 최원, 앞의 논문, 182면

하고 새로운 법인을 신설하여 위 특정법인의 자산을 140원에 인수할 경우[92] 특정법인이 변제하여야 할 음수인 순자산의 가액 10원은 변제하지 않고도 동일한 영업행위를 유지할 수 있게 된다.

즉, 주주의 입장에서는 특정법인의 부채가 자산을 초과하고 있는 경우 그 정도에 상관없이 그 주식의 가치는 0이 될 뿐 부채와 자산의 차액을 변제해야 할 의무가 있다고 보는 의미의 음수가 되지는 않는다.

6) 그 밖에 주주에게 어떤 실질적 이익이 있다고 보기 어려움[93]

주식회사의 주주는 납입자본금 외로는 책임을 지지 않는 소위 유한책임을 지고 있기 때문에 주식의 가치는 최하 0일 수밖에 없어, 무상 제공 전의 주식가치도 0이고, 제공 후에도 0이어서 그 증가된 주식가치도 0이므로 주주가 얻은 이익은 없게 된다.

재산의 무상 제공 후 주식가치가 음수인 경우에는 법인을 그 즉시 청산하여도 주주는 법인으로부터 아무런 잔여재산을 취득할 것이 없고, 주식의 가치가 음수로 산정된다고 하여 청산시 부채가 자산을 초과하고 있는 부분에 대하여 주주의 유한책임 원칙상 주주 개인이 추가로 부담하여야 할 금전적 의무도 전혀 없으므로 재산의 무상 제공으로 인하여 주주가 얻는 이익은 없다고 할 수 있다.[94]

또한 주식가치가 음수(-)인 주식을 양도하는 경우에도 양도 당시 주식가치가 음수(-)로 산정된다고 하여 주식 매수인에게 매매대금을 '지급'하는 것은 아니므로 증여 당시 기준으로 실질적인 주식가치는 0과 마찬가지이다.

7) 소결

물론 결손법인이나 휴면법인 등의 주식을 저가에 자녀에게 취득시킨 뒤 당해 법인에게 재산을 증여하거나 채무를 대신 변제하는 등으로 지원하여 우량기업으로 성장시킴으로써 (법인세 및) 증여세의 부담 없이 부를 이전하는 방식의 변칙적 증여행위를 방지할 필요성이 있음은 부인할 수 없다.

---

92) 부채가 자산을 초과하고 있는 경우에도 그 법인을 청산하지 않고 현실적으로 유지하여야 할 가치가 있을 수 있다고 하는 반론 - 즉, 장부상 또는 명목상으로 순자산가치가 음수이나 그 법인의 실질가치는 양수라는 -이 있을 수 있으나, 이는 그 자산과 부채에 대한 평가의 적절성에 관한 문제라고 한다. 최원, 앞의 논문, 182면 각주 59.

93) 최원, 앞의 논문, 182-183면 참조.

94) 강석규, <조세법쟁론>, 삼일인포마인, 2020, 1211면 참조

또한 특히 계속법인의 경우 특정법인에 대한 증여 후 그 1주당 가액이 여전히 음수(-)라 하더라도 증여로 인해 1주당 가액이 증가함으로써 음의 절대값이 감소하였다는 측면에서는 지배주주 등이 무상으로 얻은 이익이 잠재적으로나마 존재함에도 불구하고 증여세를 과세하지 못하는 것은 부당하다는 시각도 충분히 타당하다.

그러나 위와 같이 음수(-)의 절대값이 감소하였다 하더라도 당해 주식의 가치가 종전과 마찬가지로 여전히 음수(-)로 산정되는 이상 법인은 자본잠식 상태를 벗어나지 못한 것이고, 적어도 증여 당시의 이러한 상황만을 전제로 할 경우 그 주주들이 세법상 어떤 이익을 보았다고 평가하기 어려운 측면이 있다.

4. 주식가액의 증가가 있는 경우 시행령 조항에 따라 증여이익을 계산할 수 있는지 여부

가. 쟁점의 정리

①유형, ②유형에서 특정법인에 대한 증여를 통해 그 주주는 미실현이익이기는 하나 보유 주식 가치가 0원에서 양수(+)로 증가한 부분만큼 이익을 얻은 것으로 볼 수 있다. 이에 대해 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항에 따라 증여이익을 산정하여 과세할 수 있는지 여부가 문제된다(다만, 2003년 개정되어 2014년 개정되기 전 상증세법 시행령 하에서는 결손법인의 경우 그중에서도 그 결손금을 한도로 한 금액에 대해 증여세가 부과된다).

특정법인이 어떠한 재산을 증여받은 경우 증여 전후 주식의 증가액은 경우에 따라 법인에 대한 증여재산가액과 동일할 수도, 이보다 클 수도, 작을 수도 있다.

특정법인에 대한 증여재산가액이 그 주주가 보유한 주식가치 증가액과 달라지는 이유는 무엇인가. 특정법인에게 100을 증여한 사안을 상정해 보자. 이 경우 특정법인의 주주가 얻은 이익, 즉 그 보유주식가치 증가액은 원칙적으로 100이 될 것이다. 그러나 법인에게 동일한 가액의 목적물을 증여하였더라도 그 법인의 당시 재무상황 등에 따라 그 주식 가치 증가분은 달리 평가될 수 있다. 가령, 특정법인에게 100의 현금을 증여한 경우, 만일 당시 그 법인에게 현금이 매우 긴요한 상황이었다고 한다면 위 증여로 인한 법인의 주식가치는 100 이상으로 증가할 수 있다. 반면, 100의 가치를 가지는 증여 목적물이 당시 그 법인에게 별다른 필요가 없는 것이었다면 그 기업의 가치 증가분은 100 이하가 될 수도 있는 것이다.

물론 이와 같이 특정법인에 대한 증여재산가액과 그 주식가치 증가액이 일치하지

않는 상황은 법인에 대한 증여 자체가 아닌 당해 법인의 재무상황 등 여타의 사정에서 기인한 것이기는 하나, 앞서 살펴본 바와 같이 2014년 개정 전후 상증세법 제41조 제1항은 그 해석상 특정법인의 주주등이 보유지분 가치 증가라는 이익을 얻을 것을 증여세 과세요건으로 하는 규정이므로, 그로 인해 주주의 보유주식가치가 얼마나 증가했는지 살펴볼 필요가 있다.

이에 따라 ㉮ '주식가치 증가액 > 증여재산'인 경우, ㉯ '주식가치 증가액 = 증여재산'인 경우, ㉰ '주식가치 증가액 < 증여재산' 등 세 가지 경우로 나누어 볼 수 있다.

㉮, ㉯의 경우에는 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항에 따라 주주의 증여이익을 계산하더라도 별다른 문제가 없다고 볼 수 있다. ㉯의 경우 주식가치 증가액을 그대로 반영한 평가로서 문제가 없고, ㉮의 경우에는 위임규정인 상증세법 제41조 제1항이 예정한 한도 내에서 증여재산가액을 산정한 것이므로 국민의 재산권을 침해하지 않는다. 다만, ㉰의 경우에 동 조항에 따라 증여이익을 계산하는 것은 모법의 취지에 어긋날 소지가 있는 것은 아닌지, 그렇다면 동 조항의 효력은 어떻게 보아야 하는지 문제된다.

나. 견해 대립의 상정[95)]

1) 전부무효설

특정법인이 수증자인 이상, 주주로서는 본질적으로 주식의 실질적 가액증가로 인하여 이익을 보는 것 이외에는 달리 이익을 취할 수 없다는 입장이다. 만일 주주가 법인이 받은 증여재산으로써 '주식가치증가분' 외의 이익을 얻는 예외적인 경우를 상정할 수 있다면 그에 맞게 적정하게 증여이익을 계산하여야 할 것이지, 일반적으로 주주의 증여이익을 곧바로 '증여재산가액'으로 계산하는 것은 담세력에 따른 적정한 과세가 아니다.

2) 일부무효설

증여로 인하여 주주가 어떠한 이익을 얻은 이상 그 주주에게 얼마의 증여세를 매길 것인지는 입법정책의 문제라는 입장이다. 가령 증여 전후 주식의 가액이 ①유형

95) 이 쟁점에 관한 명시적인 논의를 발견하지 못하였으나, 이하 가능한 견해의 대립을 상정하여 기술하였다.

에 있어 (+)에서 (+)로 증가하는 경우와 ②유형 중 0원에서 (+)로 증가하는 경우 최대주주 등이 '이익을 얻었다'는 점에는 이론이 없으므로, 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항에 따라 증여이익을 계산할 수 있다.

2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항은 이익이 발생하였을 것을 전제로 그 이익계산방법을 정한 특칙이고, 나아가 주식의 가액 증가분 계산방법에 관한 특칙으로 볼 수 있다.

②유형에 있어서는 다음과 같이 증여 전의 주식 가액을 0원으로 보아 주식 가액 증가분에 비례하여 증여이익을 평가해야 한다. 예를 들어, 특정법인이 100원의 현금을 증여받았는데, 증여 전후의 보충적 평가방법에 따른 가액이 각 (-)80원과 (+)10원인 경우에는 증여이익은 100원(☜ 증여재산가액)이 아니라 11.1원[= 100원 × (10원 / 90원)]으로 계산하면 되는 것이다.

다. 검토

앞서 살펴본 바와 같은 상증세법 제41조 제1항의 체계적, 내재적 한계상 증여이익으로 계산되는 금액은 증여로 인한 주식의 가액증가분을 초과할 수 없다. 만일 주주가 법인이 받은 증여재산으로써 '주식가치증가분' 외의 이익을 얻는 예외적인 경우를 상정할 수 있다면 그에 맞게 한정적으로 증여이익을 계산하여야 할 것이지, 일반적으로 주주의 증여이익을 곧바로 '증여재산가액'으로 계산하는 것은 모법의 위임범위를 일탈한 것으로 부당하다.

시행령 일부무효설은 (-) 영역과 (+) 영역에 관하여 서로 다른 잣대를 사용하는 데에서 근본적인 난점이 있다. 애초에 (-) 영역인지 여부는 '주식가액'으로 판단하는데, 그 영역이 (+)로 이동하였다고 하여 갑자기 '증여재산가액'으로 판단하는 것은 논리모순되는 면이 있다. 또한 주식가치가 (-)에서 (+)로 변동하는 경우 증여재산가액만을 가지고 주식가액이 (-)에서 0원이 되는 시점을 찾을 수 없다는 난점도 있다.

일부무효설은 '순자산가치가 양수인 영역에 관한 한 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항은 증여이익 계산에 관한 특칙으로서 유효'하다는 입장이지만, 이러한 논리에 따르면 순자산가치가 음수인 영역에서는 왜 그와 같은 '특칙'을 적용할 수 없는 것인가라는 의문에 답하기 곤란하다. 일부무효설은 결국 '시행령 전부유효설'의 논리에 의할 때 성립 가능한 견해라 할 것이고, 따라서 시행령 전부무효설이 타당하다.

5. 2015년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력

앞서 검토한 바와 같이 2003년 및 2010년 개정된 상증세법 제41조 제1항은 보유주식의 가액이 증가하지 않더라도 주주가 이익을 얻었다고 간주하여 증여세를 과세하는 규정으로 보기 어려우므로, 특정법인 주주의 이익 유무와 무관하게 특정법인의 자산수증익을 바로 그 주주의 이익으로 간주한 2003년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 모법의 취지에 반하고 그 위임범위를 일탈하여 무효라고 볼 수 있다. 이와 같은 취지의 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결 및 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결은 타당하다.

또한 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 상증세법 제41조가 특정법인을 확대 규정함에 따른 이중과세의 문제를 고려하여 수증자의 증여이익 산출시 특정법인과의 거래와 관련하여 특정법인이 부담한 법인세를 공제하는 것으로 그 내용이 일부 변경되었으나, 특정법인에 대한 증여가 있으면 그 자체로 주주 등이 이익을 얻었다고 간주함으로써, 실제 주주 등이 얻은 이익의 유무 또는 다과와 무관하게 증여세를 부과하도록 하는 것은 2003년 개정되어 2014년 개정되기 전 상증세법 시행령 규정과 동일하다. 따라서 2021년 선고된 대법원 전원합의체 판결 취지와 같이 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항 역시 모법인 상증세법 제41조의 규정 취지에 반하고 그 위임범위를 벗어나 무효라고 해석함이 타당하다.

세 차례에 걸친 대법원 전원합의체 판결의 결론은 관련 규정의 해석상 부득이한 것이었으며, 이와 같은 과세상 난점은 입법적으로 해결할 필요가 있었다.

제6절 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효인 경우 구체적인 증여이익의 산정 가부

앞서 검토한 바와 같이 만일 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효라면 과연 증여이익을 산정할 수 있는지 여부가 문제된다. 즉, 법률에서 대통령령으로 구체적인 산정방법을 위임하였음에도 불구하고 그에 관한 시행령 규정이 흠결된 상황에서 법원이 증여이익을 산정할 수 있을 것인가의 문제이다. 이 문제 역시 증여세 완전포괄주의와 완전히 별개로 볼 수 없으며, 2003년 완전포괄주의 도입 이전 및 이후로 구분해서 살펴볼 필요가 있다.

1. 무효인 시행령에 의한 과세처분이 위법한지 여부

가. 증여세 완전포괄주의 도입 전 판례의 원칙적인 입장

상증세법은 아니지만 소득세법 시행령이 무효인 사안에서 과거 대법원은 무효인 시행령 규정에 기한 과세처분은 전부가 위법하다고 판단하였다. 즉, 대법원은 실지거래가액이나 시가표준액이 아닌 국세청장이 조사한 가격에 의하여 양도차익을 계산하도록 규정한 구 소득세법 시행령(1978. 4. 24. 대통령령 제8960호로 개정된 것) 제170조 제10항은 모법인 당시의 소득세법(1977. 12. 19. 법률 제3015호로 개정된 것) 제23조 제2항, 제5항, 제45조 제1항, 제60조, 동 시행령 제115조의 각 규정에 저촉될 뿐만 아니라 달리 법률상의 근거 규정도 없는 무효의 규정이라고 판단한 다음, 무효의 규정을 과세표준의 근거로 한 과세처분은 단순히 과세표준액 산정을 잘못한 경우와는 달리 그 처분 전부가 위법하다고 판시하였다(대법원 1983. 7. 12. 선고 82누148 판결).

또한 증여세 완전포괄주의 도입 전 상증세법 시행령이 무효인 사안에서도 대법원은 증여가액산정에 관한 상증세법 시행령 규정이 무효라고 선언하면서 그에 기한 증여세 부과처분은 위법하여 취소되어야 한다는 취지로 판단하였다. 즉, 구 상증세법 시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15971호로 개정되기 전의 것) 제27조 제5항[96]은 헌법상의 실질적 조세법률주의와 재산권 보장, 과잉입법금지의 원칙 등에 위반되어 모법인 구 상증세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제37조 제3

96) 제27조 (토지무상사용권리의 증여의제 적용범위등) ⑤ 법 제37조제1항의 규정에 의한 토지무상사용이익은 다음의 산식에 의하여 계산한 가액에 의한다.
건물이 정착된 토지 및 당해 건물에 부수되는 토지의 가액×1년간 토지사용료를 감안하여 총리령이 정하는 율×제51조 제1항의 규정에 의한 지상권의 잔존년수

항[97]의 내재적 위임 범위와 한계를 벗어나 무효라고 할 것인데(대법원 2003. 10. 16. 선고 2001두5682 전원합의체 판결[98] 참조), 원고가 1998. 9.경 아버지 소외인과 어머니 소외인이 지분을 소유한 토지 위에 건물을 신축하여 그 무렵부터 토지를 사용한 데 대하여, 피고가 토지무상사용이익을 증여받은 것으로 의제하여 위 시행령 규정에 따라 그 가액을 산정한 다음 증여세를 부과한 처분은 무효인 위 시행령 규정에 근거한 것이어서 위법하다고 한 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2002두10377 판결).

나. 증여세 완전포괄주의 도입 이후 생각해 볼 문제

그렇다면 2003년 증여세 완전포괄주의를 도입한 이후의 상증세법에서도 이와 마찬가지로 보아야 하는가. 이는 대략적인 과세근거규정은 존재하되 구체적인 가액산정규정에 공백이 있다는 측면에서 상증세법 제2조 제3항에 해당하나 개별적인 증여예시규정이 없는 경우 증여세 과세가 가능한가의 문제와도 일면 맞닿아 있다고 볼 수 있다.[99]

---

97) 제37조 (토지무상사용권리의 증여의제) ③ 제1항 및 제2항의 규정을 적용함에 있어서 특수관계에 있는 자의 범위, 증여시기, 주택의 범위, 토지무상사용이익의 계산방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

98) "구 상속세및증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항은 건물(당해 토지소유자와 함께 거주할 목적으로 소유하는 주택을 제외한다)을 소유하기 위하여 특수관계에 있는 자의 토지를 무상으로 사용하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 당해 토지무상사용이익을 토지소유자로부터 증여받은 것으로 보고, 그 제3항은 위 규정을 적용함에 있어서 토지무상사용이익의 계산방법 등은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 그 위임을 받은 같은법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15971호로 개정되기 전의 것) 제27조 제5항은 토지무상사용이익을 '건물이 정착된 토지 및 당해 건물에 부수되는 토지의 가액 × 1년간 토지사용료를 감안하여 총리령이 정하는 율 × 제51조 제1항의 규정에 의한 지상권의 잔존연수'라는 산식에 의하여 계산한 가액으로 규정하고, 제51조 제1항은 그 잔존연수에 관하여 민법 제280조 및 제281조에 규정된 지상권의 존속기간을 준용하도록 규정함으로써, 결국 토지무상사용이익은 견고한 건물의 경우에는 30년, 그 이외의 건물의 경우에는 15년간 존속하는 것을 전제로 산정되는바, 위 토지무상사용이익은 최단존속기간이 보장된 물권인 지상권과는 달리, 적용되는 잔존연수의 기간 중 매매, 상속 등으로 인한 토지나 건물의 소유권 변동, 건물의 멸실, 유상사용으로의 전환 등에 따라 언제든지 소멸할 수 있는 것인 점, 위 산식에 따른 기간 도중 위 이익이 사정변경에 따라 소멸하는 경우에도 미경과분에 대하여 환급하거나 공제해 주는 제도를 마련하지 아니한 채 일률적으로 30년 또는 15년의 장기간 동안 존속하는 것으로 의제하는 것은 조세행정의 편의만을 염두에 두어 납세의무자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로 보이는 점, 위 산식에 의하면 견고한 건물의 경우 중간이자를 고려함이 없이 일시에 30년분을 산정함으로써 그 이익의 가액이 토지가액의 60%에 이르러 토지무상사용이익의 성질 등을 감안하면 납세의무자에게 지나치게 가혹하다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 위 구 상속세및증여세법시행령 제27조 제5항의 규정은 헌법상 실질적 조세법률주의와 재산권보장, 과잉입법금지의 원칙 등에 어긋나 모법인 위 구 상속세및증여세법 제37조 제3항의 내재적 위임 범위와 한계를 벗어남으로써 무효라고 봄이 상당하다."

99) 대법원은 종래 상증세법 및 동 시행령에 재산의 평가방법에 관한 규정이 없어 가액을 산정할 수 없는 경우 당해 자산의 시가는 객관적이고 합리적인 방법에 의해 평가한 가액에 의할 수 밖에 없고, 이 경우 과세관청이 행한 평가방법이 객관적이고 합리적인 것이면 적법하다는 입장을 취해 왔으나(대법원 1994. 12. 22. 선고 93누22333 판결, 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002두4440 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두14257 판결 등), 일반적인 자산의 시가 평가를 특정법인과의 거래를

이와 관련하여 구 상증세법 제2조 제3항에 해당하는 경우 그와 동일 또는 유사한 개별예시규정이 없다 하더라도 객관적이고 합리적인 증여재산가액 산정방법이 있다면, 그에 따라 증여세를 과세할 수 있다는 유력한 견해가 있다.[100]

대법원 역시 동일 또는 유사한 개별예시규정이 없다 하더라도 어떤 행위가 구 상증세법 제2조 제3항[101]의 증여세 과세대상에 해당하고, 그 증여재산가액을 객관적이고 합리적인 방법으로 산정할 수 있다면 증여세를 과세할 수 있다는 입장을 피력한 바 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결, 대법원 2014. 4. 24. 선고 2011두23047 판결).

즉, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결은 증여재산으로서 출자전환 주식에 대한 우선매수청구권의 시가 산정방법이 문제된 사안에서, 우선매수청구권은 그 행사가격과 주식의 시가와의 차액 상당의 이익을 얻을 수 있는 권리인 점에서 신주인수권과 유사하므로 신주인수권증권 또는 신주인수권증서의 가액 평가방법에 관한 상속세 및 증여세법의 규정을 준용하여 우선매수청구권을 행사하여 취득한 주식의 가액에서 그 취득에 소요된 비용을 차감하는 방식으로 산정한 원심판단을 수긍한 바 있다.

한편, 대법원은 증여세 완전포괄주의 도입 이후, 특정 거래가 포괄적 증여 개념에는 해당하지만 재산가액 계산방법이 없거나 불합리하다는 이유로 증여세 과세를 부정하기도 하였다.[102] 즉, 부의 정기예금채권을 담보로 자인 원고가 은행으로부터 저리의 대출을 받은 사안에서, 대출을 받을 수 있게 한 것은 원고에게 정기예금의 담보가치를 일정 기간 이용하게 하여 금전대출을 위한 신용을 무상으로 공여한 것으로서, 일종의 용역제공으로 인한 이익의 증여에 해당한다고 판단하였다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18458 판결). 나아가 동 판결은 "그에 따른 증여재산가액은 상증세법 제42조 제1항 제2호, 상증세법 시행령 제31조의9 제2항 제1호 등의 규

통한 증여이익의 산정과 동일한 문제로 보기는 어렵다.

100) 유철형, "상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석", 조세연구 16권 3집, 한국조세연구포럼, 2016, 168면; 이창희・김석환・양한희, 앞의 논문, 394-396면 등

101) 제2조(증여세 과세대상) ③ 이 법에서 "증여"란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전[현저히 저렴한 대가를 받고 이전(移轉)하는 경우를 포함한다]하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다.
제4조의2(경제적 실질에 따른 과세) 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 상속세나 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 이 법에서 정하는 바에 따라 상속세나 증여세를 부과한다. [본조신설 2013. 1. 1.]
제31조(증여재산의 범위) ⑥ 대통령령으로 정하는 특수관계인이 아닌 자 간의 거래가 제32조제3호에 해당하는 경우로서 거래의 관행상 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우 그 거래로 인한 이익은 증여재산에 포함하지 아니한다. <신설 2013. 1. 1.>

102) 김석환, 앞의 논문, 149면

정에 따라 원칙적으로 당해 거래와 유사한 상황에서 불특정 다수인 사이에 통상적으로 지급되는 대가인 시가에 의해 산정하여야 한다는 이유로, 이와 달리 피고가 금전의 저리 대부에 따른 증여이익의 계산에 관한 상증세법 제41조의4 제1항 제2호를 유추적용하여 '이 사건 대출금액에 적정이자율을 곱하여 계산한 금액에서 원고가 실제 지급한 이자 상당액을 뺀 금액'을 증여재산가액으로 산정하여 원고에게 증여세를 부과한 이 사건 처분은 위법하다"고 판단하였다.[103][104]

따라서 판례의 입장은 증여재산가액을 객관적이고 합리적인 방법으로 산정할 수 있다면 증여세를 과세할 수 있지만, 재산가액 계산방법이 없거나 불합리한 경우에는 증여세를 과세할 수 없다는 것으로 요약될 수 있다.

2. 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항이 무효인 경우 주주에 대한 증여이익을 산정할 수 있는지

2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항이 무효인 경우 특정법인에 대한 증여 등을 통해 주주 등이 얻을 수 있는 이익이란 양(+)의 주식가치 증가분 외에는 상정하기 어려우므로[105] 상증세법 제41조 제1항에서 말하는 증여이익의 내용이 주주 등이 보유한 주식가치 증가분을 의미하는 것으로 파악하여도 무리 없을 것이라는 견해가 있을 수 있다.[106]

이는 앞서 살펴본 2014년 개정 전후 상증세법 제41조 제1항에 대한 해석론에 비추어 볼 때 논리적으로 일관되고, 충분히 수긍 가능한 주장이다. 다만 좀더 구체적으로 따져보면 시행령 규정이 무효로 흠결된 상황에서 특정법인의 주주에 대한 증여이익을 언제나 객관적이고 합리적인 방법으로 산출할 수 있는 것은 아니고, 특히

---

103) 이후 위 판결의 취지에 따라 2015. 2. 3. 상증세법 시행령 제31조의9 제1항 제1호 가목에 증여가액 산정방법을 규정하였다.

104) 이에 대해서는 증여세 포괄규정의 입법형식과 취지를 고려할 때 납세자의 거래나 행위가 상증세법 제2조 제3항의 증여 개념에 해당한다면 증여예시규정 중 하나에 해당하지 않더라도 증여예시규정 중 유사한 거래유형에 다른 증여재산가액의 산정방법을 적용할 수 있다고 해석해야 한다는 비판적 견해가 있다. 이창희・김석환・양한희, 앞의 논문, 394면 참조.

105) 이는 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결의 판시 내용에서도 언급된 내용이기도 하다.

106) 강동훈, "특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 - 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결과 관련한 추가 쟁점의 해결 방안을 중심으로-", 「재판자료집: 행정실무VI (제139집)」, 법원도서관, 2020, 370면; 흑자 영리법인이 특정법인의 범위에 포함되기 전 상황에서 흑자 영리법인에 대한 증여를 이유로 그 주주에게 증여세를 부과할 수 있는지, 그렇다면 그 액수는 얼마인지와 관련하여, 유철형, "흑자법인에 대한 증여시 주주에 대한 증여세 과세 여부", 조세법연구 18권 3호, 한국세법학회, 2012, 429면은 상증세법상 비상장주식의 평가방법을 고려할 때 흑자법인에 대한 증여를 이유로 그 주주에게 증여세를 과세하는 경우 증여재산가액은 증여받은 법인의 증여 전후 주식가치를 상증세법상 보충적 평가방법에 따라 산정하고, 그 차액을 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하는 것이 (당시) 현행법상 조세저항을 줄이는 한 방안이라는 입장을 제시하였다.

2014년 개정 상증세법 하에서 이루어진 증여의 경우 더욱 그러하다.

이하에서는 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가하지 않은 경우와 증가한 경우로 구분하여 검토한다.

가. 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가하지 않은 경우

만일 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분의 가치가 양수(+)의 값으로 증가하지 않았다면 상증세법에서 규정한 과세요건이 충족되었다고 보기 어렵고, 따라서 그 주주에 대한 증여이익을 산정할 여지가 없을 것이다. 구체적으로는 가령 당초 특정법인의 순자산가액이 음수(-)인 경우 특정법인에 대한 증여재산가액이 특정법인의 음(-)의 순자산가액의 절대값보다 작아서 증여 이후에도 주주의 지분 가치가 여전히 음수(-)로 산출되는 경우이다.

나. 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가한 경우

한편, 만일 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분의 가치가 양(+)의 값으로 증가한 경우라면 일응 법률에서 규정한 과세요건은 충족되었다 할 것이고, 구체적인 증여가액산정의 단계로 넘어가게 된다. 따라서 증여이익을 합리적인 방법으로 산정할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

이와 관련하여 2014년 상증세법 개정을 기점으로 특정법인의 범위와 증여가액산정의 방법이 달라졌으므로, 그 전과 후를 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

1) 2014년 개정 전 상증세법이 적용되는 증여의 경우 (2013. 12. 31.까지 증여분)

우선 2014년 개정 전 상증세법 제41조 제1항은 특정법인의 범위에 결손법인과 휴·폐업법인만을 포함하였고, 또한 이는 비상장법인으로 제한되었다. 당시 상증세법령은 이러한 유형에 속하는 법인의 경우 순자산가치에 의해 주식가치를 평가하도록 규정하였다[상증세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28638호로 일부개정되기 전의 것) 제54조 제4항 제2호, 제3호].

따라서 위와 같은 특정법인에 대한 증여가 있을 경우 통상 법인에 대한 증여재산

가액이 곧 순자산가치 증가액이 되고, 만일 증여 전 특정법인의 순자산가액이 양수(+)였다면 특정법인에 대한 증여재산가액이 그대로 그 주주가 얻은 이익이 될 것이다.

한편 당초 증여 전 특정법인의 순자산가액이 음수(-)였다면 특정법인에 대한 증여재산가액이 특정법인의 음(-)의 순자산가액의 절대값보다 작을 경우, 음(-)의 순자산가액을 0으로 만들고 난 나머지 금액이 주주가 얻은 이익이 될 것이다.

또한 2014년 개정 전 상증세법까지는 결손법인에 대한 증여와 관련하여 그 주주에게 증여세를 과세하는 취지가 결손법인이 결손금 상당액까지는 위 증여로 인한 법인세를 납부하지 않아 과세 공백이 생긴다는 것이었으므로, 결손법인에 대해서는 여전히 당해 결손금을 한도로 한 금액을 증여받았다고 보고 그로 인한 주주의 증가된 주식 가액을 증여이익으로 산정하는 것이 합리적이라고 생각된다.

2) 2014년 개정 상증세법이 적용되는 증여의 경우 (2014. 1. 1. 이후 증여분)

(가) 결손법인의 경우 증여이익의 한도 설정 여부

앞서 본 바와 같이 2014. 2. 21. 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 결손법인의 경우 당해 결손금을 한도로 증여이익을 산정하도록 하였음에 반하여, 2014. 2. 21. 개정된 상증세법 시행령 제31조 제6항은 결손법인의 경우에도 결손금을 한도로 증여이익을 산정하지 않았다.

결손법인의 결손금을 한도로 한다는 것은 법인에 대한 증여가 있더라도 익금이 결손금과 상쇄되는 부분에 대해서는 법인세가 부과되지 않으므로 그만큼에 대해서는 주주에게 증여세를 물릴 필요가 있다는 고려에서 비롯된 것인데, 2014년 상증세법 개정시 결손법인을 여전히 특정법인에 포함하면서도 2014년 개정된 상증세법 시행령 제31조 제6항에서는 결손금 한도 규정을 없앰으로써 한 차례의 증여 등 거래에 대해 법인세 이외에 주주에게 재차 증여세를 부과하는 꼴이 되었다. 형식적으로는 결손금 한도 규정 삭제 및 특정법인 유형 추가 등 법문 일부만 개정되었으나, 이로써 특정법인에 대한 증여세 부과의 취지 자체에 대한 근본적인 변화가 시도된 것으로 볼 수 있다.

그러나 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항이 위임입법의 범위를 일탈한 것으로 판정됨으로써 특정법인의 주주 등이 얻은 이익의 '합리적인' 산정방법은 오리무중이 되었다. 이와 관련하여서는 크게 다음과 같은 두 가지 견해가 가능하다.

첫째, 2014년 개정 전 상증세법령의 입장과 같이 결손법인에 대해서는 결손금을

한도로 증여세를 부과하여야 한다는 입장이다. 결손법인에 대한 증여로 그 주주가 얻은 이익의 원천을 결손금을 이용하여 법인세를 회피할 수 있다는 점에서 찾는 기존의 관점을 그대로 유지하는 것이다.

둘째, 2014년 개정 상증세법은 2014년 개정 전 규정과는 달리, 결손법인이나 휴·폐업법인뿐 아니라 흑자영리법인(지배주주등이 50% 이상을 보유하는 영리법인)을 적용대상으로 새로이 포함하였다는 점을 고려하면 결손법인의 주주에 대한 증여세액을 결손금으로 한정할 필요가 없다는 입장이다.

다만, 위 두 번째 견해는 앞서 언급한 바와 같이 기존의 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정의 '취지'가 중대하게 바뀌었음에도 불구하고, 법규 체계상 이를 명확하게 하는 별다른 변화도 없이 법인을 통한 간접 증여시 법인 자체에 대한 법인세 부과뿐 아니라 주주 개인에 대한 증여세 부과의 이중과세를 인정하는 꼴이 되어 자연스럽게 받아들이기 어려운 측면이 있다. 증가된 주식 또는 출자지분의 가액을 증여이익으로 '의제'하였던 당시에도 결손법인의 경우 결손금을 한도로 증여이익을 산정하였다(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 상증세법 제41조 제1항 및 2013. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정되기 전 상증세법 시행령 제31조 제6항).

2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항 규정이 무효 선언된 이상, 2014년 개정 상증세법 제41조에서 처음으로 확장된 특정법인에 대한 증여 관련 과세를 위한 시행령 규정이 없는 상태에서 위 법률 규정만을 근거로 증여세를 과세하기는 어려워 보인다.

(나) 2014년 이후 상장법인도 특정법인으로 포섭되면서 시행령 규정이 없는 상황에서 증여이익의 합리적인 산정이 더욱 어려워짐

2014년 개정 상증세법 제41조 제1항은 2014년 상증세법 개정 이전에는 상장법인은 특정법인의 범위에서 제외되었으나, 2014년 상증세법 개정으로 기존의 결손법인과 휴·폐업법인 이외에도 지배주주 등이 지배하는 영리법인을 특정법인의 범위에 새로이 추가되면서, 비상장법인으로 특정법인의 범위를 한정하는 규정이 삭제되었다.

그런데 상증세법은 상장법인인지, 특정법인의 유형에 따라 주식 평가방법을 달리하고 있다. 즉, 상증세법은 상장주식의 평가에 관하여 비상장주식의 경우와는 달리 '평가기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 최종 시세가액의 평균액'으로 규정하고 있다(상증세법 제63조 제1항 제1호 가목)

이러한 산식에 따르면 상장법인의 경우 증여 전후 시가가 같은 수치가 나오기 때문에 특정법인에 대한 증여로 인한 주주의 주식가치 증가분은 항상 0으로 산출될 수 밖에 없다.[107] 그렇다고 하여 상장주식의 평가를 오로지 특정법인에 대한 증여로 인한 주주의 지분 가치 증가분 산정 목적으로만 보충적 평가 방법을 적용한다는 것은 법적 근거가 없을 뿐 아니라, 상증세법 체계상 합리적이지도 않다.

특정법인 주주의 주식가치 증가분을 주주의 증여재산가액으로 상정하면 된다는 주장도 충분히 가능하지만,[108] 좀 더 나아가 생각해 보면 상장법인과 비상장법인을 모두 포섭할 수 있는 합리적인 증여이익 산정 근거가 부족하다. 따라서 2014년 개정 상증세법상 특정법인 주주가 보유한 지분의 가치증가분을 산정하는 일반적으로 '합리적인 방법'을 도출하는 과정에는 이와 같은 여러 가지 난관이 있다.

(다) 합리적 산정 방법이 일반화되기 어려운 경우 납세자들의 예측가능성이 훼손될 우려가 있음

앞서 본 바와 같이 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항이 무효임에도 불구하고 특정법인에 대한 증여시 그 주주에 대한 증여이익을 산정하여 증여세를 과세하기 위해서는, 증여이익 산정에 관한 다른 유사한 규정을 준용하거나 기타 객관적이고 합리적인 산정방법을 도출할 수 있어야 할 것이다.

그러나 만일 앞서 본 것처럼 특히 2014년 개정 상증세법의 경우 법 제41조를 증여예시규정 중 하나로 둔 법체계는 그대로 유지하면서도 시행령으로서 동 규정에 의한 증여세 과세 취지를 실질적으로 변경하는 한편, 상장법인과 흑자영리법인도 특정법인의 범위로 포섭하여 과세대상을 확대하였기 때문에, 이 경우 일반적으로 준용할 수 있는 규정을 찾기 어렵다. 뿐만 아니라 생각해 볼 수 있는 증여이익 산정 방식의 경우의 수가 여러 가지인 관계로 일반적으로 적용 가능한 객관적이고 합리적인 산정방법을 도출해 내기도 쉽지 않다.

물론 구체적인 사안에 따라 그때 그때 합리적인 증여이익 산정방법을 도출하여 적용하는 방안도 생각해 볼 수 있겠지만, 이는 과세 주체 또는 심판 주체에 따라 주관적인 해석이나 성향이 개입된 자의적인 과세처분, 결정 또는 판결 등이 내려질

---

107) 강남규, 앞의 논문, 266면도 이 점을 지적하고 있다.

108) 이와 관련하여 유철형, "흑자법인에 대한 증여시 주주에 대한 증여세 과세 여부", 429면은 상증세법상 비상장주식의 평가방법을 고려할 때 흑자법인에 대한 증여를 이유로 그 주주에게 증여세를 과세하는 경우 증여재산가액은 증여받은 법인의 증여 전후 주식가치를 상증세법상 보충적 평가방법에 따라 산정하고, 그 차액을 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하는 것이 (당시) 현행법상 조세저항을 줄이는 한 방안이라는 입장을 피력하고 있으나, 이는 기본적으로 비상장법인을 전제로 한 논의로서 상장법인에 그대로 적용되기 어렵다.

가능성이 농후하기 때문에 납세자의 예측가능성을 훼손할 우려가 있다.

흑자 영리법인에 관한 대법원 판결 역시 2014년 개정 전 상증세법 제41조는 법인세가 제대로 과세되지 않는 상황, 즉 이중과세가 문제되지 않는 경우에만 증여세를 과세하려는 것이 입법부의 의도라고 판시하였는데, 이는 상증세법 제2조 제3항의 직접 적용시 가장 문제가 되는 것이 이중과세의 문제임을 밝힌 것으로 해석하는 견해가 있다.[109]

위 견해는, 법령상 이중과세 문제가 제대로 해결되지 않은 상황에서 과세관청이 증여세 부과처분을 했을 때, 법원이 동 과세의 적법성을 인정하기 위해서는 상증세법 제2조 제3항이 완전포괄주의를 취하고 있으므로 원칙대로 과세를 하고, 다만 ① 이중과세 문제는 입법부가 개선할 문제로서 법원과는 무관하다고 선을 긋거나, ② 이중과세 문제도 법원이 소득세제에 대한 적극 해석을 통해 해결할 수 있다고 보아야 할 것인데, 어느 경우이든 법원이 선택하기 쉽지 않은 문제라고 밝히고 있다.[110]

(라) 2013년 신설된 상증세법상 증여재산가액 계산의 일반원칙에 의하더라도 특정법인에 대한 증여의 경우 해당 규정에 따라 증여재산가액을 산정하도록 명시하고 있음

2013. 1. 1. 신설되어 2014년 상증세법 개정 당시 시행 중이던 상증세법 제32조는 '증여재산가액 계산의 일반원칙'으로서 동조 제2호는 '… 제41조 … 에 해당하거나 이와 유사한 경우에는 해당 규정에 따라 계산한 금액'으로 한다고 규정하고 있다. 그런데 상증세법 제41조의 과세요건을 구체화하는 동 시행령 제31조 제6항 규정이 무효인 이상 그에 따라 증여재산가액 산정을 할 수 없게 되었다.

(마) 상증세법 제42조 제4항 또는 상증세법 제32조 제3호 나목의 유추적용이 가능한지 여부

상증세법 제42조 제4항은 미성년자 등이 타인으로부터의 재산 증여 등 사유로 재산을 취득하고 그로부터 5년 이내에 일정한 재산가치증가사유로 재산가치가 증가하였다면, 그로 인한 일정 기준 이상의 이익을 얻은 경우 그 이익을 증여재산가액으로 한다고 규정하고 있고, 동조 제5항은 위와 같은 이익은 "재산가치증가사유 발생일 현재의 해당 재산가액, 취득가액(증여받은 재산의 경우에는 증여세 과세가액을

109) 정재희, 앞의 논문, 130면
110) 정재희, 위의 논문, 130면

말한다), 통상적인 가치상승분, 재산취득자의 가치상승 기여분 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액으로 한다" 고 규정하고 있다.[111] 위 규정은 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 상증세법에서 도입된 것으로, 2013년 증여재산가액 계산의 일반원칙 규정인 상증세법 제32조가 신설되기 이전에도 존재하였다. 또한 동 조항은 상증세법 제32조 제3호 나목[112]과 사실상 동일한 산정방법을 규정하고 있다.

위 법률 규정의 위임에 따른 상증세법 시행령 제31조의9 제8항[113]은 위 '대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액'은 재산가치증가사유가 발생한 날 현재의 가액에서 '당해 재산의 취득가액 + 통상적인 가치 상승분 + 수증자의 가치상승기여분'을 뺀 금액으로 규정하고 있다.

이와 관련하여 개별 증여예시규정상 근거가 없는 경우에도 이론상 상증세법 제2조 제3항과 증여재산가액 계산의 일반원칙에 관한 제32조를 근거로 과세할 여지가 있는데, 법률에 개별 증여예시규정이 있음에도 불구하고 과세할 수 없다는 것은 균

---

111) 제42조(그 밖의 이익의 증여 등) ④ 미성년자 등 대통령령으로 정하는 자가 다음 각 호의 사유로 재산을 취득하고 그 재산을 취득한 날부터 5년 이내에 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물(共有物) 분할, 사업의 인가·허가, 주식·출자지분의 상장 및 합병 등 대통령령으로 정하는 사유(이하 이 조에서 "재산가치증가사유"라 한다)로 인한 그 재산가치의 증가에 따른 이익으로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다. <개정 2011.12.31>

1. 타인으로부터 재산을 증여받은 경우
2. 특수관계인으로부터 기업의 경영 등에 관하여 공표되지 아니한 내부 정보를 제공받아 그 정보와 관련된 재산을 유상으로 취득한 경우
3. 특수관계인으로부터 차입한 자금 또는 특수관계인의 재산을 담보로 차입한 자금으로 재산을 취득한 경우

⑤ 제4항에 따른 이익은 재산가치증가사유 발생일 현재의 해당 재산가액, 취득가액(증여받은 재산의 경우에는 증여세 과세가액을 말한다), 통상적인 가치상승분, 재산취득자의 가치상승 기여분 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액으로 한다. 이 경우 그 재산가치증가사유 발생일 전에 그 재산을 양도한 경우에는 그 양도한 날을 재산가치증가사유 발생일로 본다.

112) 제32조(증여재산가액 계산의 일반원칙) 제31조의 증여재산은 다음 각 호의 방법으로 계산한다.

3. 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 다음 각 목의 금액

나. 타인의 기여에 의하여 재산가치가 증가하는 경우: 재산가치 증가사유가 발생하기 전과 후의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 이익에 상당하는 금액

113) 제31조의9(그 밖의 이익의 증여 등) ⑧ 법 제42조제5항 전단에서 "대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액"이란 다음 제1호의 가액에서 제2호부터 제4호까지의 가액을 각각 뺀 것을 말한다. <개정 2010. 2. 18., 2013. 9. 9.>

1. 당해 재산가액 : 재산가치증가사유가 발생한 날 현재의 가액(법 제4장의 규정에 의하여 평가한 가액을 말한다)
2. 당해 재산의 취득가액 : 실제 취득하기 위하여 지불한 금액(증여받은 재산의 경우에는 증여세 과세가액을 말한다)
3. 통상적인 가치 상승분 : 제31조의6제5항의 규정에 의한 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익과 연평균지가상승률·연평균주택가격상승률 및 전국소비자물가상승률 등을 감안하여 당해 재산의 보유기간중 정상적인 가치상승분에 상당하다고 인정되는 금액
4. 가치상승기여분 : 개발사업의 시행, 형질변경, 사업의 인·허가 등에 따른 자본적지출액 등 당해 재산가치를 증가시키기 위하여 지출한 비용

형에 맞지 않는다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 이하에서 보는 바와 같이 비록 효력은 없으나 기존에 증여재산가액에 관한 시행령 규정이 마련된 적이 있기 때문에 객관적이고 합리적인 산정방법을 도출하기에 난망한 측면이 있다.

우선 앞서 본 바와 같이 결손법인의 경우 결손금을 한도로 증여세를 부과할 것인지 여부, 상장주식과 비상장주식에 있어 동일한 산정방법을 적용할 것인지 아니면 각각 다른 산정방법을 적용할 것인지 여부에서 논란이 여전히 있을 수 있다.

또한 상증세법 제42조 제4항이나 상증세법 제32조 제3호 나목은 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익(재산가치 상승액이 3억원 이상이거나 가치증가사유 발생 전의 시가 상당액의 30% 이상인 경우에 한함)을 얻은 경우에 한하여 적용되는 반면(상증세법 시행령 제31조의9 제7항[114]), 무효화된 기존의 상증세법 시행령 제31조 제6항은 증여재산가액이 1억원 이상인 경우에 한하여 증여세를 부과하도록 규정한 바 있다. 따라서 위 규정상 산정방법을 준용한다 하더라도 증여세 부과를 위한 최소 증여재산가액의 설정 여부 및 그 기준 등에 있어서 논란이 있을 수 있다.

그리고 상증세법 제42조 제4항이나 상증세법 제32조 제3호 나목에 의한 계산방식은 주로 자산이 처음 이전될 당시 자산에 내재되어 있던 재산가치의 사후적 정산의 성격을 갖는 경우에 활용된다. 가령, ‘주식 상장에 따른 이익의 증여’의 경우 장래 일어날 ‘주식의 상장’이라는 사건이 최초 자산의 이전 당시 미리 예정되어 있다고 보면서 그 범위를 5년으로 정하고 있다(상증세법 제42조 제4항).

미래의 사건이 예측가능한 경우에도 실제 과세시점에서 평가된 재산가치 증가액은 당초 내재된 가치에서 발생한 부분 이외에 기업의 실질적인 가치증가분과 같은 통상적인 가치상승분과 기타 외부적 우발적 시장상황에 의해 발생한 부분 등이 포함될 수 있다. 그러나 법은 통상적 가치상승분은 이를 과세가액에서 공제하는 반면, 나머지 상승요인은 평가가 불가능하다는 점에서 이를 구분하지 않고 전체를 증여세 과세대상으로 삼고 있다.[115] 과세대상이 복합적인 반면 과세기술상 그 구분이 불가능한 경우 어느 한쪽으로 과세하는 것은 입법기술상 허용될 수 있을 것이고,[116] 이러한 산정방법은 일정 기간을 두고 증여자산의 재산가치가 증가하는 경우에는 불가피하게 적용될 수 있을 것이다. 그러나 증여나 채무면제 등과 ‘동시에’ 보유 주식 가치의 증가분을 포착해야 하는 특정법인과의 거래를 통한 증여의 경우에는 합리적인 증여재산가액 산정방식으로 보기 어렵다.

---

114) 제31조의9(그 밖의 이익의 증여 등) ⑦ 법 제42조 제4항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익”이란 제7항 각 호 외의 부분에 따라 계산된 금액(이하 이 항에서 “재산가치상승금액”이라 한다)이 3억원 이상이거나 그 재산가치상승금액이 같은 항 제2호부터 제4호까지의 금액의 합계액의 100분의 30 이상인 경우의 해당 재산가치상승금액을 말한다.

115) 임승순, 앞의 책, 938면

116) 임승순, 앞의 책, 938면

제4장 증여의제 규정으로의 회귀

제1절 증여의제 규정으로 회귀의 불가피성

2015년 개정 상증세법은 증여세 완전포괄주의 원칙에 부합하도록 증여 및 증여재산의 개념과 과세대상 증여재산의 범위를 명확히 하는 등 증여세 규정 전반을 정비하는 한편, 특정법인 증여 세제는 기존의 예시적 규정에서 증여의제 규정으로 다시 전환하였다. 특히 특정법인이 그 법인의 주주 등과 특수관계 있는 자와 거래함으로써 이익을 얻는 경우 그 거래를 통한 특정법인의 이익에 해당 주주 또는 출자자의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 특정법인의 주주 또는 출자자가 증여받은 것으로 보아 증여세를 과세함을 명확히 하였다(기존 상증세법 제41조 삭제 및 제45조의5[117] 신설).

위 개정법률이 제안된 배경은 무엇일까. 시기적으로 위 개정 법률의 의안(의안번호: 1916828)은, 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항을 무효로 선언한 대법원 2015두45700 전원합의체 판결의 원심 판결[118] 선고일로부터 약 4개월 뒤이자 대법원 판결 선고 전인 2015. 9. 1. 정부에 의해 제안되었다.

2014년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 "특정법인의 주주 등이 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우"에 대한 가능한 해석론은 ① 동 법률 조항은 주주 등이 이익을 얻은 경우를 과세요건으로 하되 단지 주주가 얻은 구체적인 이익의 계산방법만을 시행령에 위임하였다고 보는 입장, 또는 ② 단순히 주주가 얻은 이익의 계산방법뿐 아니라 어떤 경우 주주가 이익을 얻은 것으로 간주할 것인지까지 위임하였다고 보는 입장 중 하나일 것이다. 그리고 앞서 제3장 제6절에서 살펴본 바와 같이 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결 이전에 선고된 하급심 판결은 이 중 하나의 엇갈린 입장을 택하여 왔다.[119][120]

---

117) 제45조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인(이하 이 조 및 제68조에서 "특정법인"이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주등(이하 이 조에서 "특정법인의 주주등"이라 한다)과 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 제2항에 따른 거래를 하는 경우에는 그 특정법인의 이익에 특정법인의 주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주등이 증여받은 것으로 본다. (이하 각호 생략)

118) 서울고등법원 2015. 5. 19. 선고 2014누68715 판결

119) 서울행정법원 2015. 6. 11. 선고 2014구합74480 판결 및 서울고등법원 2016. 1. 13. 선고 2015누49377 판결, 서울행정법원 2016. 4. 7. 선고 2015구합74586 판결 및 서울고등법원 2016. 9. 22. 선고 2016누44362 판결 등 참조

120) 다만 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결의 원심 판결(서울고등법원 2015. 5. 19. 선고 2014누68715 판결)은 2014년 개정 전 상증세법 제41조는 특정법인에 대한 증여로 인해 그 주주가 얻은 증여이익을 시행령에서 정하는 금액으로 '간주'하는 것이라는 취지로 원고 패소 취지로 판단한 1심 판결(서울행정법원 2014. 10. 8. 선고 2014구합7206 판결)을 인용하여 원고의 항소를 기각하였다.

이러한 상황에서 기획재정부는 당초 의도한 입법취지를 좀더 명확히 살리고 해석에 대한 혼선이나 더 이상의 논란을 피하기 위해 위 규정을 다시 증여의제규정으로 전환하고 조문의 위치도 증여의제 편으로 이동한 것으로 보인다.

즉, 지속적인 증여 또는 채무면제 등을 통해 특정법인의 주주들에게 재산을 나누어줄 의도가 있다 하더라도 앞에서 살펴본 바와 같이 주식 가치가 여전히 음수(-)인 상황에서는 특정법인에 대한 증여가 이루어지는 시점에 주주에게 재산을 나누어줄 위험이 현실화되었다고 보기 어려운 것이 사실이다. 그러나 가령 -50이었던 주식가치가 증여로 인해 0이 되었다면, 형식적으로는 주식가치가 증여 전후로 모두 0이지만 그 주주가 특정법인에 대한 증여재산가액 상당의 어떠한 증여이익을 향유했다고 보아야 할 정책적 필요가 여전히 존재하였던 것으로 보인다.[121]

특히 2014년 전까지는 특정법인을 주로 결손법인의 결손금을 한도로 과세하던 것을 2014년 개정 상증세법은 흑자 영리법인도 특정법인의 범주에 넣어서 과세하기 시작하였는데, 2014년 개정 전까지는 동일 목적물에 대해 법인세와 증여세가 이중으로 과세될 가능성이 드물었으나, 2014년 개정 이후에는 같은 목적물에 대한 법인세와 증여세의 이중과세 문제가 정면으로 대두되었다. 이러한 상황에서 자산수증익에 대한 법인세 과세를 기존대로 유지하려고 하다 보니 그로 인한 법 체계상 모순 등으로 인하여 입법부는 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정을 더 이상 일반적인 증여예시규정으로 존치하기 어렵다고 판단하고, 부득이 증여의제규정으로 전환한 것으로 생각된다.[122]

제2절 상증세법상 증여의제 규정의 의미

2015년 상증세법 개정으로 상증세법상 증여의제 규정[123]은 기존의 명의신탁재산의 증여의제(제45조의2), 특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(제45조의3, 이하 “일감몰아주기 규정”), 특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제(제45조의4, 이하 “일감떼어주기 규정”) 등 3개 규정에, 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(제45조의5) 규정이 추가되었다.

이중 상증세법 제45조의2의 명의신탁재산의 증여의제 규정은 1975년 종래 상속세법에 도입된 것으로서[124] 원래 의미의 증여세라기보다는 차명거래에 대한 벌과금적

121) 안세준, 앞의 논문, 136면
122) 안세준, 위의 논문, 143면
123) 2015년 개정 상증세법 제3장 제2절 ‘증여 추정 및 증여의제’ 편에서 규정하였다.
124) 1975년 상속세법상 의제규정으로 도입된 이래, 1997년 상증세법상 추정규정으로 전환되었고, 1999년 다시 의제규정으로 전환되었다.

성격을 갖는 반면,[125] 제45조의3의 일감몰아주기 규정은 2011년 상증세법 개정시 도입되었고, 제45조의4의 일감떼어주기 규정과 제45조의5의 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제 규정은 2015년 상증세법 개정으로 신설되었다.

기존의 유력한 견해에 의하면 완전포괄증여 개념의 도입 이후 상증세법상 이미 증여의 개념 자체가 상당히 확장되어 있기 때문에 입법부는 더 이상 증여의 실질을 갖고 있음에도 증여세를 부과할 수 없는 거래의 존재를 상정하고 있지 않고, 따라서 명의신탁 증여의제 규정 이외의 새로운 증여의제 규정이 생긴다면 이는 실질과세원칙과는 무관하게, 다른 목적을 달성하기 위한 수단일 수 밖에 없다고 하였다.[126]

그러나 2015년에 이르러 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정이 증여의제규정으로 전환됨으로써 증여의제의 범위가 확장되는 한편, 당초 완전포괄주의 증여세제 하에서라면 있을 필요가 없는 규정이 입법부가 원하는 방식의 과세 방식을 관철하기 위하여 증여의제 규정으로 편입된 것으로 볼 수 있다.[127]

또한 이와 관련하여 법인을 통한 간접증여에 대한 과세체계를 재정비함으로써[128] 결과적으로 당초 의도한 증여세 완전포괄주의의 역할이 유형별로 축소되었다.

제3절 2015년 및 2019년 개정 상증세법 제45조의5 제1항의 성격 및 해석론

2015년 개정 상증세법 제2조는 '증여'의 정의를 기존의 '직·간접 방법으로 타인에게 재산을 무상이전하거나 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것'에서 '직·간접 방법으로 타인에게 재산 또는 이익을 이전하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것'으로 개정하였다. 타인의 재산가치를 증가시키는 증여와 관련하여 '기여에 의하여'라는 문구가 삭제되었으나, 직·간접적 방법에 의한 '타인의 재산가치 증가'라는 개념표지가 남아 있는 이상 실질적인 차이는 없다고 보이므로, 이하에서는 앞에서와 마찬가지로 '기여에 의한 재산가치 증가'와 '재산의 간접적인 이전'으로 구분하여 살펴본다.

2015년 및 2019년 증여의제규정으로 개정된 상증세법 제45조의5 제1항의 '특정법인의 지배주주등이 증여받은 것으로 보는 이익'은 어떻게 해석할 수 있을까. 앞

125) 윤지현, "상속세 및 증여세의 간주·추정 규정의 한계", 조세법연구 16권 1호, 한국세법학회, 2010, 188면
126) 윤지현, 앞의 논문, 188면
127) 이창희, 앞의 책, 1151면("제45조의 5는 해석론상 증여개념에 포섭할 수 있는가라는 시비 때문에 증여로 의제한다고 정했지만 원래의 성질상으로 일종의 예시규정이고 합산과세한다.")
128) 상세 내용은 이하 제3절 2.항에서 살펴본다.

서 살펴본 것처럼 2015년 개정 이후 상증세법은 특정법인과의 거래를 통해 그 주주가 얻은 것으로 보는 이익의 산정 방법을 법률 그 자체에 명시함으로써, 주주의 증여이익 산정과 관련하여 기존에 지적되었던 위임입법의 한계 일탈 여부는 더 이상 문제되지 않고, 법률 자체가 타당한지의 문제만 남았다.

1. 가능한 견해 대립의 상정

가. 제1설: 기여에 의한 재산가치 증가로 보는 견해

우선 종전 규정과 마찬가지로 여전히 '기여에 의한 재산가치 증가'로 보는 입장이 있을 수 있다. 즉, 현행 과세방식도 법인에 대한 증여로 증가한 주주의 주식가치에 대해 증여세를 과세하는 것으로 보는 입장이다.

이러한 입장에 의하면 자산수증익에 대해서는 순자산증가설에 따라 법인세를 과세할 수 있고, 이와 별도로 특정법인에 대한 증여로 인해 그 주주의 주식 가치가 증가하였다면 여기에 대해서도 별도로 증여세를 부과할 수 있다는 논리가 성립한다. 다만 동일한 기회에 법인세와 증여세가 이중 부과될 경우 같은 목적물이 특정법인의 주주에게 직접 증여되었을 경우 과세액보다 세액이 커지는 문제가 있을 수 있으므로, '정책적 배려'로 비용공제(2015년 개정 상증세법 및 2016년 개정 상증세법 시행령의 경우) 또는 세액공제(2019년 개정 상증세법의 경우) 방식으로 이를 일부 조정하고자 하였다는 설명이 가능하다.[129]

나. 제2설: 재산의 간접적 이전으로 보는 견해

한편 상증세법 제45조의5 제1항을 재산의 '간접적 이전'으로 보는 견해가 있을 수 있다. 즉, 특정법인을 통한 간접증여는 그 주주에게 직접 증여한 것과 같다고 보는 입장으로, 이 경우 위 제1설과 정반대의 논의가 성립한다. 현행 과세관행상 자산수증익에 대해 법인세를 과세하고 있으므로 증여세 과세단계에서 법인세만큼을 비용공제(2015년 개정 상증세법 및 2016년 개정 상증세법 시행령의 경우) 또는 세액공제(2019년 개정 상증세법의 경우) 방식으로 조정해 준다는 것이다.

이 견해는 동법에서 특정법인의 자산수증익을 곧 그 주주가 얻은 이익으로 보는 것과도 부합한다.

---

129) 안세준, 앞의 논문, 153면

2. 검토

우선 제1설의 입장은 종전과 마찬가지로 증여 후에도 주식가치가 음수이어서 수증자에게 이익이 있다고 보기 어려운 경우에도 증여세를 과세하게 되고, 증여로 인한 주식가치 증가분을 넘어서 과세하는 경우가 발생할 수 있다는 문제가 있다. 이러한 관점에서 보면 2015년 개정 상증세법 제45조의5 제1항은 주주가 이익을 얻지 않은 경우, 또는 이익을 보지 못한 부분에 대해서까지 증여세를 부과하는 문제가 있다.[130]

이와 관련하여 입법연혁과 더불어 현행법령을 있는 그대로 해석했을 때 정책당국은 제1설의 입장을 취하는 것으로 추정된다는 견해가 있다.[131] 그러나 2015년 개정 상증세법 제45조의5 제1항을 종전 법 규정과 마찬가지로 해석해야 하는가.

앞서 제3장에서는 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항에 대해 특정법인과의 거래를 통해 '그 주주 등이 보유지분 가치 증가라는 이익을 얻을 것'을 증여세 과세요건으로 하는 규정으로 해석하였다. 그러나 2015년 개정 상증세법 제45조의5 제1항은 특정법인의 이익을 그 주주등이 증여받은 것으로 본다고 명시하고 있으므로 '특정법인이 이익을 얻을 것'을 증여세 과세요건으로 하는 규정으로 해석된다.

그리고 당초 증여의제규정이었던 2003년 개정 전 상증세법 제41조 제1항은 2015년 개정법과는 달리 '특정법인과의 거래를 통하여 그 주주등이 이익을 얻을 것'을 증여세 과세요건으로 하였으므로, 2015년 개정 상증세법 제45조의5 해석시 이에 구애받을 것은 아니다.

따라서 상증세법 제45조의5는 '특정법인에 대한 증여'에 관한 관점을 종전의 기여에 의한 재산가치 증가에서 재산의 간접적 이전으로 전환한 것으로 평가할 수 있다.[132] 다만, 이와 같이 볼 경우 법인세 및 배당에 대한 소득세 등과의 관계에서 법체계적 정합성이 결여된다는 문제가 있으므로, 제2설 역시 2015년 이후 개정된 상증세법 제45조의5에 대한 완벽한 설명은 되지 못한다.

이하에서는 2015년 및 2019년 개정 상증세법 제45조의5의 각 내용과 개선된 점

---

130) 김재승, "「상속세 및 증여세법」 제45조의5의 문제점 및 개선방안", 저스티스 통권 제163호, 한국법학원, 2017. 12.; 안세준, 앞의 논문, 153면

131) 안세준, 위의 논문, 153면

132) 물론 2016년 개정 전 상증세법 시행령은 특정법인과의 거래를 통한 증여를 재산의 간접적 이전으로 보는 입장에서 규정해 왔으나, 모법인 상증세법은 이와 달리 기여에 의한 재산가치 증가의 관점에서 규정해 왔음은 앞서 상세히 검토한 바 있다.

및 보완이 필요한 점 등에 대해 구체적으로 살펴본 뒤, 위 제2설의 관점에서 입법론상 개선되어야 할 점에 관하여 검토한다.

제4절 2015년 개정 상증세법 제45조의5의 구체적 내용

1. 위임입법의 한계 일탈 소지 제거

2015년 개정 상증세법은 '증여재산가액의 계산' 부분에서 규정하던 '특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여'에 관한 기존의 제41조 규정을 삭제하고, '증여추정 및 증여 의제'에 관한 부분에 '특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제'에 관한 제45조의5를 신설하여, 특정법인이 이익을 얻은 경우 그 이익에 특정법인의 주주 등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주 등이 증여를 받은 것으로 의제하도록 법률에 규정하였다.

이로써 더 이상 '시행령이 모법의 규정 취지에 반하거나 모법의 위임범위를 초과'하는 등 2009년 및 2017년 대법원 전원합의체 판결에서 제기되었던 것과 같은 형태의 문제가 제기될 여지는 없게 되었다.

2. 법인을 통한 간접증여에 대한 과세체계 재정비

2015년 개정 상증세법은 특정법인과의 거래를 통한 증여를 증여의제 규정으로 다시 전환하는 동시에, 법인이 자산수증익에 대해 세금을 부담한다면 제45조의3(일감몰아주기), 제45조의4(일감떼어주기), 제45조의5(특정법인 증여)의 경우를 제외하고는 주주에게 증여세를 부과하지 않는다는 기본 원칙을 선언하였다(제4조의2 제3항[133][134][135]).

한편 공교롭게도 2015년 개정 상증세법은 2003년 증여세 완전포괄주의 도입으로 신설되었던 '경제적 실질에 따른 과세' 규정[136][137]을 삭제하였다. 이미 일반법인

133) 제4조의2(증여세 납부의무) ③ 영리법인이 증여받은 재산 또는 이익에 대하여 「법인세법」에 따른 법인세가 부과되는 경우(법인세가 「법인세법」 또는 다른 법률에 따라 비과세되거나 감면되는 경우를 포함한다) 해당 법인의 주주등에 대해서는 제45조의3부터 제45조의5까지의 규정에 따른 경우를 제외하고는 증여세를 부과하지 아니한다.

134) 2015년 개정 전 상증세법에서는 일감몰아주기 증여의제의 경우를 제외하고, 수증자에게 소득세, 법인세가 부과되는 경우 증여세를 부과하지 않는다고 규정하고 있었다(제2조 제2항).

135) 2018. 12. 31. 법률 제16102호로 개정된 상증세법에서는 제4조의2 제4항으로 이동하였다.

136) "제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항의 규정을 적용한다."

국세기본법 제14조 제3항[138]이 동 조항과 같은 취지의 규정을 규정하고 있고,[139] 증여로 포섭 가능한 범위를 축소하고자 하는 의도가 입법자료에 달리 나타나 있지 않다는 점에서 증여세 완전포괄주의를 약화시키고자 한 것은 아니라고 볼 수 있다.[140]

그러나 위 제4조의2 제3항 및 제45조의5가 동시에 신설된 점을 종합하여 볼 때 이제는 적어도 법인에 대한 증여의 형식을 가진 간접 증여에 대해서는 그것이 법인세 부과대상이라면 (그것이 개념상 주주에 대한 증여에 해당하더라도) 그 주주에 대한 증여세를 따로 부과하지 않는다는 점은 분명해졌다고 볼 수 있다.

즉, 위 규정이 시행된 2016. 1. 1.[141] 이후에는 법인을 통한 간접증여는 증여개념 그 자체에서는 제외되고, 일감몰아주기, 일감떼어주기, 특정법인 증여의 경우에만 예외가 인정된다.[142] 이와 같이 2015년 개정 상증세법은 비단 일부 규정의 신설에 그치지 않고, 증여세 완전포괄주의를 채택한 2003년 개정 상증세법 이후 다소 경계 또는 체계가 명확하지 않았던 '법인을 통한 (간접) 증여'를 증여 '의제'의 영역으로 포섭함으로써 상증세법상 '증여'라는 포괄적인 개념 중 '법인을 통한 (간접) 증여'는 원칙적으로 포함되지 않는다는 점을 분명히 하였다.

다만, 위 세 규정에 포함되지 않으면서 법인을 통해 부의 무상이전을 꾀하는 여타의 경우를 과세할 수 없다는 문제는 여전히 남아있다. 가령 합병 등 자본거래를 통해 중간 법인에 부를 이전할 경우 세율이 낮은 법인세만 내면 되고 증여세는 회피할 수 있는 것이다.[143] 다만 이와 같은 법적 공백은 적어도 현행 상증세법 체계상으로는 더 이상 법원의 판결 등에 의한 해석이 아닌, 증여의제 규정 자체의 개정을 통해 입법적으로 해결해야 할 문제가 되었다.

3. 법인세 산출세액 비용공제 방식의 문제점 : 법인세와 증여세의 불완전한 조정

137) 이 조항은 당초 상증세법 제2조 제4항에 규정되었으나, 2013. 1. 1. 상증세법 개정시 제4조의2로 옮겨갔다가, 2015년 상증세법 개정시 삭제되었다.

138) 제14조(실질과세) ③ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.

139) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963 판결에는 구 상증세법 제2조 제4항의 규정취지가 현행 국세기본법 제14조 제3항에 승계·반영되어 있다는 설시가 포함되어 있다.

140) 윤지현, "분리형 신주인수권부 사채를 이용한 어느 거래유형에 관한 증여세 부과의 문제 검토", 판례실무연구 13권, 박영사, 2020, 720면

141) 상증세법(법률 제13557호, 2015. 12. 15.) 부칙 제1조

142) 이창희, 앞의 책, 1179면

143) 이창희, 위의 책, 1179면

한편, 2015년 개정 상증세법 제45조의5 제1항은 기존과 달리 법률 자체에서 특정법인의 주주 등이 증여받은 것으로 보는 이익의 대략적인 산정방법(= 특정법인의 이익 × 특정법인의 주주 등의 주식보유비율)을 규정하는 한편, 2016년 개정 상증세법 시행령 제34조의4 제4항은 그 구체적인 산정방법을 2016년 개정 전 상증세법 제31조 제6항과 동일하게 규정하였다(= 특정법인이 얻은 증여이익 - 특정법인에 대한 증여로 인한 법인세 산출세액 증가분).

즉, 2016년 개정 상증세법 시행령은 기존과 같이 '비용공제' 방식으로 증여세와 법인세의 이중과세를 조정한다는 취지인데, 이는 다음과 같은 문제가 있다.

가령, 특정법인이 가액 1000 상당의 자산을 증여받고, 이로 인한 법인세 증가분은 10, 증여세율은 30%인 상황을 가정해 보자. 이와 같이 특정법인이 증여거래의 상대방인 경우, 특정법인이 부담할 법인세 증가분 중 특정법인의 주주가 보유한 지분 상당액은 5(= 10 × 1/2), 특정법인의 주주가 부담할 증여세액은 148.5(= (1000-10) × 1/2 × 30%)로 산출되고, 특정법인의 주주가 직접 부담하는 증여세 및 법인을 통해 간접 부담하는 법인세는 총 153.5가 된다. 반면, 만일 동일한 목적물을 특정법인이 아닌 그 주주 개인에게 직접 증여할 경우 수증자가 부담할 증여세액은 150(= 1000 × 1/2 × 30%)로 산출된다.

즉, 이와 같이 법인세를 비용공제 방식으로 조정하는 경우 특정법인을 통한 증여가 그 주주 개인에 대한 직접 증여에 비해 개인이 직·간접적으로 부담하는 총세액이 항상 더 높게 나타나게 된다(만일 이후 특정법인이 자산수증익을 주주에게 배당한다면 직접 증여의 경우와 비교하여 간접 증여의 세부담은 한층 더 증가한다).

이는 법인을 통한 증여에 수반되는 비용을 항상 더 비싸게 만들기 때문에 조세중립성[144] 관점에서 볼 때 문제가 있으며,[145] 이러한 비중립적인 세제를 정당화할 만큼 법인에 대한 증여를 억제해야 할 어떤 정책적 이유를 생각하기 어렵다. 또한 법인을 통한 증여를 억제하고 주주에 대한 직접 증여를 유도한다는 취지가 위와 같은 조정 방식이 최초 도입된 2014년 개정 상증세법 시행령 개정 관련 자료에 나타나 있지도 아니하다.

특정법인의 범위가 결손법인과 휴·폐업법인으로 제한되었던 2014년 개정 전 상증세법 하에서도 흑자영리법인에 대한 증여시 제2조 제3항을 근거로 그 주주에 대한 증여세를 부과할 수 있어야 한다는 견해에 의하더라도, 2014년 개정 상증세법령

144) 여러 기회를 똑같이 과세하여 세금이 경제주체의 의사결정을 왜곡하지 않는 것을 말한다. 이창희, 위의 책, 33면

145) 시장이 완전경쟁상태에 있을 경우 조세중립성을 유지하는 것이 사회전체의 부를 극대화하는 것이며, 경제조정이라는 목적이 법에 따로 없는 이상 세법은 조세중립성을 실현할 수 있는 방향으로 해석되어야 한다. 한편 경쟁상태가 아니거나, 경쟁상태이더라도 정부가 어떤 정책적 이유로 경제에 개입하는 법제를 두는 경우 비중립적 세제가 정당화될 수 있다고 한다. 이창희, 위의 책, 82면

과 관련하여 흑자법인 간접 증여시 법인세액 상당의 비용공제를 통한 이중과세 완화 규정은 불충분한 방식으로서 개선될 필요가 있다고 하였다. 또한 특정법인의 주주가 증여세를 부담한 이후 그 증여이익을 이후 배당받거나 주식을 처분하는 경우에도 이중과세가 발생할 수 있음을 지적하고 있다.[146]

제5절 2019년 개정 상증세법 제45조의5의 구체적 내용

이후 2019년 개정 상증세법[147]은 과세대상을 확대 일원화하고, 증여세 한도를 신설하는 등 기존 규정에서의 실무적, 이론적 문제를 개선하고자 하였다.

1. 특정법인의 범위 확장 및 일원화

우선 2019년 개정 상증세법 제45조의5 제1항은 특정법인의 범위를 확대하여 과세범위를 늘렸다. 기존의 결손법인, 휴・폐업법인, 흑자영리법인(제45조의3 제1항에 따른 지배주주와 그 친족의 주식보유비율이 50% 이상인 법인)으로 특정법인을 구분하여 정의하는 방식 대신 '지배주주와 그 친족이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 30% 이상인 법인'으로 통일하여 그 범위를 확대하였고, 그에 따라 과세대상 주주도 일원화되었다. 당초 2003년 상증세법 개정 전에도 사업상 거래 등을 통해 자식 등이 지배하는 법인으로 부를 이전하는 경우에 대하여 증여세 부과 범위를 결손법인, 휴・폐업법인뿐 아니라 모든 법인으로 확대하자는 논의가 있었으나,[148] 약 15년이 지난 이후에야 입법화된 것이다.

2019년 개정 전 상증세법 규정은 결손법인인지, 흑자법인인지 여부에 따라 지분율 요건, 과세대상 주주 등을 달리하다보니, 같은 법인이라도 흑자법인에서 결손법인으로 전환되는 시기, 증여시기 등에 따라 과세 여부가 달라지는 문제가 있었다.[149] 가령 결손법인이던 법인이 중간에 흑자법인으로 전환되었을 때 지배주주등의 지분율이 50%에 미치지 않으면 같은 법인이라도 증여세 과세대상에서 제외되는 등 불합리한 측면이 있었는데,[150] 이러한 과세 공백을 입법으로 해결하였다.

---

146) 이창희・김석환・양한희, 앞의 논문, 408-413면
147) 2020. 1. 1. 이후 증여받는 분부터 적용된다.
148) 성낙인・박정훈・이창희, "상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구", 서울대학교 법학연구소, 2003. 10., 132면
149) 국세청, 2020 개정세법 해설, 226-227면
150) 결손법인의 경우 더 이상 결손금을 한도로 증여세를 과세하지 않는 상황에서 지분율 요건을 따로 두지 않은 반면에 흑자법인의 경우 지배주주등의 지분율이 50% 이상일 것이 요구되었기 때문에 발생한 문제이다.

2019년 개정 상증세법 제45조의5에서 도입된, ‘지배주주등의 지분율 30% 이상’이라는 특정법인 요건은 상증세법 제45조의4[151][152] 일감떼어주기 규정의 ‘수혜법인’ 지분율 요건과 동일하다. 이는 기본적으로 특정법인에 대한 증여와 일감떼어주기 모두 법인을 통한 간접증여라는 측면에서 유사한 구조를 가진다는 고려가 반영된 것으로 보인다.

2. 증여세 한도 신설

또한 2019년 개정 상증세법은 특정법인과의 거래로 인한 그 주주의 증여세액은 같은 증여이익을 지배주주등이 직접 증여받았을 경우의 증여세액에서 특정법인이 해당 거래로 얻은 이익에 대해 부담한 법인세액을 차감한 금액을 한도로 한다는 조항을 신설하였다(제45조의5 제2항). 즉, [직접 증여받은 경우 증여세액 - 간접 증여받은 경우 법인세액]을 한도로 증여세를 부과한다는 것으로서, 동일한 가치의 목적물을 직접 증여받은 경우와 간접 증여받은 경우의 총 세 부담을 같게 맞춘다는 취지이다.

이러한 한도를 두고 있지 않았던 2019년 개정 전 상증세법에 대해서는 특수관계인으로부터 제공받은 재산 또는 기여에 대해 자산수증익으로 법인세를 부과하고, 같은 자산수증익에 대해 다시 그 지배주주에게 증여세를 부과하는 것은 하나의 경제적 이익에 대해 대상만을 달리한 이중과세로서 부당하다는 비판이 있었다.[153]

2014년 개정되어 2019년 개정되기 전 상증세법은 증여재산가액 산정시 특정법인이 수증가액에서 이로 인한 법인세 증가분 상당액을 공제하도록 하여 비용공제 방식으로 이중과세를 일부 조정하고자 하였으나, 앞서 본 바와 같이 이는 여전히 법인을 통한 간접증여가 직접증여에 비해 세부담이 항상 더 높게 산출되는 구조였다. 2019년 개정 상증세법은 여기에서 더 나아가 전체적인 세액을 비교하여 세액공제 방식으로 법인을 통한 간접증여가 주주에 대한 직접증여에 비하여 불리한 결과가

151) 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상증세법에서 신설된 규정이다.

152) 제45조의4(특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여 의제) ①지배주주와 그 친족(이하 이 조에서 “지배주주등”이라 한다)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 100분의 30 이상인 법인(이하 이 조에서 “수혜법인”이라 한다)이 지배주주와 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 법인(대통령령으로 정하는 중소기업과 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인은 제외한다)으로부터 대통령령으로 정하는 방법으로 사업기회를 제공받는 경우에는 그 사업기회를 제공받은 날(이하 이 조에서 “사업기회제공일”이라 한다)이 속하는 사업연도(이하 이 조에서 “개시사업연도”라 한다)의 종료일에 그 수혜법인의 지배주주등이 다음 계산식에 따라 계산한 금액(이하 이 조에서 “증여의제이익”이라 한다)을 증여받은 것으로 본다. (이하 생략)

153) 이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 조세법연구 20권 2호, 한국세법학회, 2014, 383면. 또한 이는 영리법인을 이용한 증여가 손익거래이면서 자본거래라는 의미가 되어 현행 과세체계에 저촉될 뿐 아니라 외국 입법례도 찾기 어렵다.

되지 않도록 조정한 것이다.[154]

이는 특정법인을 통한 간접적인 증여로 인한 세액이 같은 금액을 주주가 직접 증여받은 경우에 비해 더 크게 산출된다면 균형에 맞지 않다는 당연한 고려가 반영된 개정으로,[155] 이로써 주주 개인에 대한 증여와 법인을 통한 증여라는 두 거래 간 조세중립성이 사실상 확보된 것으로 볼 수 있다.

증여세 완전포괄주의를 명목으로 법인을 통한 증여의 과세대상자가 무한정 거슬러 올라가는 것을 피하면서도 법인세율이 증여세율보다 낮은 상황에서 중간에 법인을 끼워 세금을 피하는 것을 막고자 함이 당초의 입법 의도였다는 점을 고려해 볼 때[156] 위와 같은 개정 방향은 결과론적으로 타당하다. 특정법인의 자산수증익에 대한 법인세 과세를 유지하는 상황에서 이는 최대한의 절충적인 타협점이었다고 생각된다.

3. 이중과세 문제가 해결되었는지 여부

동일한 경제적 이익에 대하여 중간에 있는 법인에 법인세를 과세한 후 그 지배주주에게 다시 증여세를 과세하는 방식은 '증여의제'로 전환된 이후에도 개념적·이론적으로는 이것이 과연 어떤 성격의 소득인지에 관한 의문을 낳을 수 있지만,[157] 위와 같이 총 세액을 조정함으로써 결과적으로는 사실상 이중과세 논란에서 벗어나게 되었다.

다만, 장기적으로는 영리법인을 통한 현행 규정을 개정하여 법인에 대한 증여를 실질적으로 주주에 대한 증여로 볼 수 있는 경우에는 법인세를 과세하지 않음을 법률로써 분명히 하고, 그 주주에게 증여세만 과세하는 것이 영리법인을 통한 간접증여의 본질에 부합하는 과세 방식이라는 비판이 여전히 제기되고 있다.[158] 이는 제45조의5를 특정법인을 통한 재산의 간접적 이전이라는 관점에서 볼 때 타당한 주장으로 생각된다.

제6절 입법론

154) 다만, 세액공제하는 법인세에서 지방세 부분은 고려하지 않기 때문에 직접 증여한 경우에 비하여 지방세만큼 더 크다. 안세준, "영리법인을 이용한 간접증여에 대한 증여세 과세방식의 변천과정 및 미국의 과세방식과 비교를 통한 시사점", 조세법연구 26권 2호, 한국세법학회, 2020, 145면.
155) 이태로·한만수, <조세법강의>, 박영사, 2020, 871면 참조.
156) 이창희, 앞의 책, 1153면
157) 안세준, 앞의 논문, 160면
158) 안세준, 위의 논문, 160면 참조

이상과 같이 당초 증여의제규정으로 등장하였던 특정법인과의 거래를 통한 증여규정은 증여세 완전포괄주의 도입과 함께 증여예시규정으로 전환되어 기능하던 중 그 증여이익 산정규정이 위임입법의 한계를 일탈하였다는 이유로 대법원과의 관계에서 여러 차례 시련을 겪어 왔고, 2016년 이후에는 마침내 증여의제규정으로 전환되어 기존의 위임입법의 한계 일탈이라는 문제는 더 이상 발생할 여지가 없게 되었다.

한편 이로써 상증세법은 포괄적인 증여 개념과 다양한 증여의제의 유형이 공존하는 모습을 하게 되었는바, 이는 기존의 상증세법 연혁과 법기술적 한계, 그리고 입법부의 의사가 충돌하는 상황에서 다소 불가피하였던 절충의 지점으로 생각된다.

특정법인과의 거래를 통한 증여 규정은 증여의제 규정으로 전환된 이후에도 이론 및 실무상 제기되어 온 문제점을 반영하여 점차 개선되어 왔다. 그러나 현행 규정은 여전히 운영상의 미비점을 일부 갖고 있으며, 이는 다음과 같이 장·단기적 과제로 구분하여 생각해 볼 수 있다.

이하의 논의는 상증세법 제45조의5를 재산의 간접적 이전으로 이론 구성하는 입장을 전제로 한 것이다.

1. 배당소득세와의 이중과세 조정

현행법상 법인이 수증한 이익을 지배주주에게 배당하는 경우 지배주주는 그 배당소득세를 고스란히 납부하게 되어 증여세와 배당소득세의 이중과세 문제가 상존하고 있다. 2019년 상증세법 개정으로 기존의 법인세와 증여세 간 이중과세 문제가 상당 부분 해소되었으나, 영리법인에 증여된 이익을 주주에게 분배하면 다시 소득세가 과세되므로 주주에게 직접 증여한 경우에 비해 여전히 전체적인 부담 세액이 더 많게 된다.[159]

따라서 입법론으로서 자산수증익에 대해 법인세가 과세되었더라도 그 이익이 주주에게 분배되는 경우 배당소득에서 제외시킬 필요가 있다. 이를 위해 또 다른 증여의제 규정인 상증세법 제45조의3 일감몰아주기 과세 규정을 참고할 수 있을 것이

159) 안세준, 앞의 논문, 143~146면은 각 경우의 실효세율을 구체적으로 비교하고 있다. 가령, 100억원을 특정법인 주주에게 직접 증여할 경우 세율은 45.4%이다. 100억원을 특정법인을 통해 간접 증여시, ㉠ 그 주주에 대한 증여세가 없을 경우 실효세율은 19.8%(지방세 포함시 21.87%)이 되고, ㉡ 그 주주에 대한 증여세를 고려할 경우 실효세율은 45.4%(단, 지방세 포함시 47.38%)로서 지방세를 고려하지 않을 경우 양자의 세율은 동일하다. 한편, 100억원을 영리법인을 통해 증여 후 그 주주에게 배당할 경우 ㉢ 그 주주에 대한 증여세가 없더라도 실효세율이 47.31%(단, 지방세 포함시 52.04%)로 직접증여시보다 높게 되고, ㉣ 그 주주에게 증여세가 부과되면 실효세율이 72.91%(단, 지방세 포함시 77.64%)나 된다.

다. 기획재정부는 2019년 세법개정안에서 특정법인과의 거래를 통한 증여의제 과세요건 중 지분율 요건을 상증세법 제45조의4 일감떼어주기 지분율 요건과 동일하게 하기 위해 종전의 50%에서 30%으로 개정한다고 밝혔는데, 이는 기획재정부도 양자의 본질이 영리법인을 통한 간접증여라는 측면에서 동일하게 본다는 점을 시사한다.[160]

현행 상증세법 제45조의3 제5항[161] 및 동 시행령 제34조의3 제13항[162][163]은 일감몰아주기에 따른 증여의제이익을 산정함에 있어 지배주주등이 수혜법인의 사업연도 말일부터 증여세 과세표준 신고기한까지 수혜법인 또는 간접출자법인으로부터 배당받은 소득이 있다면 일정한 배당소득을 해당 출자관계의 증여의제이익에서 공제하도록 하고 있다(단, 공제 후 금액이 음수인 경우 영으로 본다).

일감몰아주기 증여의제 규정[164]과 특정법인과의 거래를 통한 증여의제 규정에 따른 증여세 과세표준 신고기한은 모두 수혜법인(일감몰아주기의 경우) 또는 특정법인

---

160) 안세준, 위의 논문, 156면 각주 42 참조

161) 제45조의3(특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ⑤ 제1항에 따른 지배주주의 판정방법, 지배주주의 친족의 범위, 특수관계법인거래비율의 계산, 수혜법인의 세후영업이익의 계산, 주식보유비율의 계산 및 그 밖에 증여의제이익의 계산에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

162) 배당이익 조정에 관한 위 시행령 규정은 당초 2018. 2. 13. 대통령령 제28638호로 개정된 상증세법 시행령에서 제34조의3 제6항으로 신설되었다.

163) 제34조의3(특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)⑬ 제11항을 적용할 때 지배주주등이 수혜법인의 사업연도 말일부터법 제68조 제1항에 따른 증여세 과세표준 신고기한까지 수혜법인 또는 간접출자법인으로부터 배당받은 소득이 있는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 해당 출자관계의 증여의제이익에서 공제한다. 다만, 공제 후의 금액이 음수(陰數)인 경우에는 영으로 본다.<개정 2014. 2. 21., 2022. 2. 15.>

1. 수혜법인으로부터 받은 배당소득: 다음 계산식에 따라 계산한 금액. 이 경우 배당가능이익은「법인세법 시행령」 제86조의3 제1항에 따른 배당가능이익(이하 이 항에서 "배당가능이익"이라 한다)으로 한다.

$$\text{배당소득} \times \frac{\text{제11항에 따라 계산한 직접 출자관계의 증여의제이익}}{(\text{수혜법인의 사업연도 말일 배당가능이익} \times \text{지배주주등의 수혜법인에 대한 직접보유비율})}$$

2. 간접출자법인으로부터 받은 배당소득: 다음 계산식에 따라 계산한 금액

$$\text{배당소득} \times \frac{\text{제11항에 따라 계산한 간접 출자관계의 증여의제이익}}{[\text{간접출자법인의 사업연도 말일 배당가능이익} + (\text{수혜법인의 사업연도 말일 배당가능이익} \times \text{간접출자법인의 수혜법인에 대한 주식보유비율})] \times \text{지배주주등의 간접출자법인에 대한 직접보유비율}}$$

164) 위 일감몰아주기 증여의제 규정은 증여의제이익의 계산을 수혜법인의 사업연도 단위로 하고, 수혜법인의 해당 사업연도 종료일을 증여시기로 보고 있다(상증세법 제45조의3 제3항).

(특정법인과의 거래의 경우)의 법인세법상 과세표준의 신고기한이 속하는 달의 말일부터 3개월이 되는 날로 동일하므로(상증세법 제68조 제1항 단서), 특정법인과의 거래를 통한 증여의제 규정에 있어서도 일감몰아주기 증여의제 규정과 마찬가지로 배당소득 이중과세 조정 규정을 두는 것이 타당하다.

2. 조세회피목적 부존재시 과세 제외

현행 세제와 같이 증여 등 거래의 상대방인 법인에 대한 법인세 과세가 유지되는 이상, 그 주주가 법인이 얻은 이익을 고스란히 증여받은 것으로 보아 증여세를 과세하는 논리는 입법정책상 필요에 의한 '의제' 이외에 다른 것을 찾기 어렵다. 이와 같은 증여의제의 필요성은 법인이 직접 증여받은 경우의 법인세와 그 주주가 같은 금액의 이익을 직접 증여받을 경우의 증여세 간 차액이 있을 경우 이를 이용한 조세회피 가능성을 사전에 차단하고자 함일 것이다. 특히 흑자법인에 대한 증여와 관련하여 증여 목적물의 처분권 이전에 대해서는 이미 소득세제인 법인세가 부과되었으므로 과세 자체가 흠결되었다기보다, 증여세와 법인세 간 세율 차이가 있을 뿐이다.[165]

그런데 증여의제 규정은 과세관청이 그 전제사실을 증명하면 증여로 의제되는 것이어서 납세자는 그 전제사실의 부존재를 입증하지 않는 이상 증여사실이 없다고 다투거나 증명할 수 없다. 이러한 측면에서 증여의제는 증여추정에 비해 납세자에게 불리하고, 위헌의 시비도 계속 일어난다. 실제 2015년 개정 상증세법 제45조의5 규정과 관련하여서도, 동 규정은 특정법인이 이익을 얻었음에도 여전히 완전자본잠식의 상태를 벗어날 수 없어 그 주식의 장부가치가 음수인 점에 변함이 없더라도 그 주주에게 증여가 있던 것으로 의제하게 되는 등 보충적 평가방법에 의한 평가액과도 일치하지 않고, 이익의 본질에 반하는 문제점이 있다거나,[166] 실제 증여이익이 없음에도 불구하고 증여세를 과세하려면 그렇게 해야만 하는 어떤 목적이나 필요가 있어야 할 것인데 조세회피목적이나 정당한 사유 등 예외를 인정하지 않는 현행의 일률적인 과세는 조세법률주의, 조세평등주의, 과잉금지원칙에 위배될 소지가 있다[167]는 등의 비판적 견해가 여전히 존재한다.

---

165) 강남규, 앞의 논문, 252면. 동 논문은 흑자법인 증여와 관련하여 그 주주에게 추가로 증여세를 부과하여야 한다는 관념은 아버지에서 아들에게 직접 증여가 이루어진 경우와 비교할 때 증여 목적물에 대한 실질적인 처분권이 주주에게 이전될 때 증여세 과세가 흠결되었다는 점에 착안한 것이라는 취지의 주장이 있다고 하면서, 증여목적물의 처분권 이전에 대해서는 법인세라는 소득세제로 과세되므로 이는 옳지 않은 주장이라고 한다.

166) 강석규, <조세법쟁론>, 삼일인포마인, 2020, 1336면 참조.

167) 김재승, "「상속세 및 증여세법」 제45조의5의 문제점 및 개선방안", 저스티스 통권 제163호, 한국법학원, 2017. 12.; 정윤옥・김상기, "특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 - 대법원 2017. 4.

특정법인을 통한 증여 규정의 경우 상증세법에 도입된 초기 단계부터 조세회피목적을 따로 요하지 않는 것으로 해석되어 왔다.[168] 다만, 상증세법 시행령은 해산(합병 또는 분할에 의한 해산은 제외) 중인 법인의 주주 또는 출자자 및 그의 특수관계인이 당해 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제한 경우로서 주주 등에게 분배할 잔여재산이 없는 경우를 증여세 과세대상에서 제외해 왔을 뿐이다.[169]

입법론으로 가급적 증여의제 규정을 대신 증여추정 규정으로 전환하여 납세자가 증여사실이 없었음을 입증할 수 있는 기회를 부여하거나,[170] 특정법인과의 거래를 통한 증여에 있어서도 명의신탁 주식의 증여의제 규정과 마찬가지로 납세자가 조세회피목적의 부존재를 증명하면 과세 제외되는 범위를 좀더 확장할 필요가 있다. 특히 이는 상증세법 제45조의5를 재산의 간접적 이전이라는 관점에서 해석할 때 더욱 요구되는 사항이다. 증여의 상대방인 법인을 도관으로 취급하는 것이 전제되기 때문이다.

이와 관련하여 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전 명의신탁 증여의제 규정 적용 배제를 위해 조세회피목적이 없다고 인정되기 위해 법원이 제시한 기준을 참고할 수 있다. 법원은 주식 명의신탁과 관련하여 조세회피목적이 없다고 인정하기 위해서는, (i) 조세회피목적이 없다고 인정될 정도로 조세회피와 상관 없는 뚜렷한 다른 목적이 있고, (ii) 명의신탁 당시에나 장래에 있어 회피될 조세가 없다는 점을 객관적이고 납득할 만한 증거자료에 의하여, (iii) 통상인이라면 의심을 가지지 않을 정도로 증명하여야 한다고 판단하였다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두11120 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010두24968 판결, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013두16982 판결 등). 한편, 명의신탁이 조세회피목적이 아닌 다른 이유에서 이루어졌음이 인정되고, 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과한 경우에는 조세회피목적이 있었다고 볼 수 없다고 하였다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두19331 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두786 판결).

위와 같은 대법원의 조세회피목적 판단기준은 특정법인과의 거래를 통한 증여의제 규정에 대해서도 참고할 수 있을 것이다. 동 규정과 관련하여서는 특정법인의

---

20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결", 인권과 정의 470호, 대한변호사협회, 2017. 12., 22면 참조

168) 2003년 개정 전 상증세법 제41조는 증여의제 규정으로서 결손법인의 주주 등과 특수관계에 있는 자가 당해 법인에게 증여하거나 채무를 면제하는 등의 경우 그로 인해 동 법인의 주식이 증가하여 주주 등이 사실상 이익을 얻은 경우에는 증여자 또는 채무면제자의 증여의사 유무에 관계 없이 이를 증여로 본다는 '의제' 규정으로서 증여세 회피목적과 무관하게 증여세가 과세되었다(대법원 2000. 2. 11. 선고 99두2505 판결 등).

169) 2000. 12. 29. 대통령령 제17039호로 일부개정된 상증세법 시행령 제31조 제2항 제1호 단서로 신설되었다.

170) 강석규, 앞의 책, 1298면

주주가 아닌 법인에 증여를 할 만한 다른 사정에 대해 증명이 있어야 할 것인데, 이 경우 특정법인에 대한 출자가 아닌 증여의 방식을 택한 이유에 대해서도 납득할 만한 설명이 필요할 것이다.

제5장 결론

특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정은 1996년 상증세법 전면개정시 법인세와 증여세 모두 부담하지 않는 변칙증여에 대처하기 위해 도입되었다. 이후 증여의제 규정에서 증여 규정, 그리고 다시 증여의제 규정으로 규제의 틀이 변화해 왔고, 특정법인의 범위나 특정법인의 주주가 얻은 것으로 보는 이익의 범위도 점차 확대되는 방향으로 개정되었다. 이와 같은 관련 법령의 개정은 주로 기존 규정에 의한 과세 가능 범위와 그 한계 등에 관한 법원 판결이 선고되면서 그에 대한 대응 차원에서 이루어져 온 측면이 있다.

이 과정에서 실무상 여러 문제가 제기되었는데 그 중에서도 증여이익 산정방법에 관한 2014년 개정 전후의 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력 및 동 시행령 조항이 무효인 경우 구체적인 증여이익을 산정할 수 있는지 여부가 크게 문제되었다.

우선 증여이익 산정방법에 관한 2014년 개정 전후 상증세법 시행령 제31조 제6항의 효력과 관련하여, 2015년 개정 전 상증세법 제41조 제1항의 '주주가 얻은 이익'은 주주가 보유한 지분의 가치 상승분으로 해석하는 것이 타당하다. 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항은 특정법인의 주주 등이 이익을 얻지 않은 경우에도 특정법인이 얻은 이익을 바로 주주 등이 얻은 이익으로 보아 과세하므로 모법의 규정취지와 위임범위를 벗어난 것으로서 무효이고, 2014년 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 본질적인 내용에 있어서는 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항과 다를 바 없으므로 여전히 무효이다.

위와 같이 증여이익 산정방법에 관한 시행령이 무효인 경우 구체적인 가액산정규정이 없음에도 증여세 완전포괄주의 하에서 증여세를 부과할 수 있는지 문제되었다. 우선 특정법인에 대한 증여 전후로 주주가 보유한 지분가치가 증가하지 않은 경우에는 2015년 개정 전 상증세법 제41조 하에서는 그 주주에 대한 증여이익을 산정할 여지가 없을 것이다. 만일 특정법인에 대한 증여 전후로 그 주주가 보유한 지분 가치가 증가하였다면 2014년 개정 전 상증세법이 적용되는 2013. 12. 31.까지의 증여분의 경우 순자산가치에 의해 주식가치가 평가될 것이므로 특정법인에 대한 증여로 인하여 주식 가치가 양수(+)로 증가한 부분만큼을 (결손법인에 대해서는 당해 결손금을 한도로) 증여이익으로 산정하는 것이 타당하다. 한편 2014년 개정 상증세법이 적용되는 2014. 1. 1. 이후의 증여분의 경우 결손법인에 대한 증여이익 한도 설정 여부, 상장법인과 비상장법인을 모두 포괄하는 증여이익의 합리적인 산정 방법 등에 관한 객관적인 결론 도출이 쉽지 않아 증여이익 산정에 관한 상증세법 시행령 규정이 흠결된 상태에서 증여세 부과는 납세자의 예측가능성을 훼손할 우려가

있다.

2015년 개정된 상증세법 제45조의5 증여의제 규정은 증여예시규정을 증여의제규정으로 다시 전환하고, 주주가 특정법인이 얻은 이익이 곧 주주가 얻은 이익으로 보는 기존의 시행령 내용은 그대로 유지하면서 그 산정 방법을 시행령이 아닌 법률에서 직접 규정하였다. 이는 특정법인에 대한 증여 후에도 그 주식 가치가 여전히 음수(-)에 머무른다 하더라도 증여 행위에 대한 세금을 물려야 한다는 정책적 필요에 의한 불가피한 선택이었는데, 이에 따라 당초 의도한 증여세 완전포괄주의의 역할이 유형별로 축소되는 결과가 초래되었다.

한편, 2015년 개정 상증세법 제45조의5는 기존과 같이 기여에 의한 재산가치 증가의 관점에서 볼 때 주주가 이익을 얻지 않은 부분에 대해서까지 증여세를 부과하게 되는 문제가 있으므로, 법체계상 완전히 들어맞지는 않지만 재산의 간접적 이전의 측면으로 이해하는 것이 합리적이다.

2015년 개정된 상증세법 제45조의5는 특정법인 주주의 증여이익 산정방법의 주요한 내용을 법률 규정 그 자체에 규정함으로써 기존 대법원 전원합의체 판결에서 문제되었던 위임입법의 한계 일탈 소지는 제거되었다. 그리고 2015년 개정 상증세법 제4조의2 제3항은 법인을 통한 간접증여에 대한 과세체계가 재정비하여 일감몰아주기, 일감떼어주기, 특정법인과의 거래를 통한 증여의제의 경우를 제외하고는 법인이 자산수증익에 대한 세금을 부담한다면 주주에게 증여세를 물리지 않는다는 기본 원칙을 선언하였다.

그러나 2015년 개정된 상증세법 제45조의5 제1항의 위임에 따른 2016년 개정 상증세법 시행령은 기존과 같이 비용공제 방식으로 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하였는데, 이는 언제나 특정법인을 통한 증여가 그 주주 개인에 대한 직접 증여에 비해 개인이 직·간접적으로 부담하는 총세액이 항상 더 높게 되어 조세중립성 차원에서 문제가 있었다.

이후 2019년 개정된 상증세법 제45조의5는 특정법인의 범위를 지배주주등의 지분율이 30% 이상인 법인으로 확장 및 일원화하고, 증여세 한도를 신설하는 등 기존 규정에서 지적되었던 문제점을 개선하고자 하였다. 특히 증여세 한도 규정은 특정법인을 통한 간접적인 증여의 증여세액이 같은 금액을 주주가 직접 증여받은 경우에 비해 더 크게 산출된다면 균형에 맞지 않다는 당연한 고려가 반영된 것으로서, 조세중립성 차원에서 타당한 개정이며, 총 세액 조정을 통해 결과적으로는 사실상 이중과세 논란에서도 벗어나게 되었다. 다만, 특정법인에 대한 법인세 부과가 유지되는 이상 법체계상 정합성 문제는 상존하고 있다.

이상과 같이 당초 증여의제규정으로 등장하였던 특정법인과의 거래를 통한 증여

규정은 증여세 완전포괄주의 도입과 함께 증여예시규정으로 전환되어 기능하던 중 그 증여이익 산정규정이 위임입법의 한계를 일탈하였다는 이유로 대법원과의 관계에서 여러 차례 시련을 겪어 왔고, 2016년 이후에는 마침내 증여의제규정으로 전환되어 기존의 위임입법의 한계 일탈이라는 문제는 더 이상 발생할 여지가 없게 되었다.

이와 같이 특정법인과의 거래를 통한 증여 규정은 증여의제 규정으로 전환된 이후에도 이론 및 실무상 제기되어 온 문제점을 반영하여 점차 개선되어 왔으나, 증여세와 배당소득세의 이중과세 조정, 조세회피목적에 대한 고려 등을 통해 법체계적 정합성을 높이고 구체적 타당성을 도모해 나갈 필요가 있다.

참 고 문 헌

1. 논문

강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계”, 조세법연구 21권 1호, 한국세법학회, 2015.

강동훈, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 - 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결과 관련한 추가 쟁점의 해결 방안을 중심으로-”, 「재판자료집: 행정실무Ⅵ(제139집)」, 법원도서관, 2020.

강석훈, “고가발행 실권주의 재배정에 의한 증여의제의 경우, 증자로 인하여 주식발행회사의 순자산가액이 (-)에서 (+)로 증가된 경우 그 증여가액의 계산방법”, 대법원 판례해설(제53호, 2004년 하), 법원도서관, 2005. 6.

강우찬, “외부세무조정제도를 규정한 관련 시행령 규정이 모법의 위임범위를 일탈한 것인지 여부”, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015.

구남수, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제”, 대법원 판례해설(제48호, 2003 하), 법원도서관, 2004. 7.

김동수・윤태화, “증여세 완전포괄주의 도입의 성과와 한계에 관한 분석적 연구”, 회계정보연구 34권 1호, 2016.

김석환, “증여세 완전포괄주의의 어제, 오늘 그리고 내일-상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호의 적용범위와 관련-”, 법학논총 37권 2호, 한양대 법학연구소, 2020.

김재승, “「상속세 및 증여세법」 제45조의5의 문제점 및 개선방안”, 저스티스 통권 제163호, 한국법학원, 2017. 12.

박훈, “조세회피방지를 위한 증여세 완전포괄주의 적용의 의의와 한계”, 사법 1권 25호, 사법발전재단, 2013.

안세준, “영리법인을 이용한 간접증여에 대한 증여세 과세방식의 변천과정 및 미국의 과세방식과 비교를 통한 시사점”, 조세법연구 26권 2호, 한국세법학회, 2020.

_____, “증여세 완전포괄주의와 본래의미의 증여세 포괄주의”, 조세법연구 27권 1호, 한국세법학회, 2021.

유철형, “흑자법인에 대한 증여시 주주에 대한 증여세 과세 여부”, 조세법연구 18권 3호, 한국세법학회, 2012.

_____, “상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석”, 조세연구 16권 3집, 한국조세연구포럼, 2016.

_____, “2017년 상속세 및 증여세법 판례 회고”, 세무학연구 35권 4호, 한국세무학회, 2018.

윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 조세법연구 16권 1호, 한

국세법학회, 2010.
_____, “채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」제36조의 해석론 소고(小考)”. 조세법연구 25권 1호, 한국세법학회, 2019.
_____, “분리형 신주인수권부 사채를 이용한 어느 거래유형에 관한 증여세 부과의 문제 검토 완전포괄주의의 입법의도와 미국 세법의 증여세제를 중심으로”, 판례실무연구 Vol. XIII, 박영사, 2020.
이경훈, “흑자의 영리법인과의 거래를 통한 간접적인 이익의 이전에 대한 증여세 과세의 한계”, 사법 제35호, 사법발전재단, 2016.
이용우, “2014. 2. 21. 개정 전의 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조 제6항의 무효 여부”, 대법원 판례해설(제111호, 2017 상), 법원도서관, 2017.
이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 조세법연구 20권 2호, 한국세법학회, 2014.
이중교, “2009년도 국세기본법 및 재산 관련 세법 판례 회고”. 조세법연구 16권 2호, 한국세법학회, 2010.
이창희・김석환・양한희, “증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접증여”, 조세법연구 21권 3호, 한국세법학회, 2015.
정윤옥・김상기, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 - 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결”, 인권과 정의 470호, 대한변호사협회, 2017. 12.
정재희, “사후적 재산가치 증가에 대한 포괄적 증여 과세의 한계”, 조세법연구 25권 3호, 한국세법학회, 2019.
조성권, “구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조 제6항 및 부칙 제6조의 무효 여부”, 대법원 판례해설(제80호, 2009 상), 법원도서관, 2009. 12.
조일영, “증여세 회피목적이 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제 규정인 구 상속세 및 증여세법 제41조에 의한 증여세 과세요건인지 여부”, 대법원 판례해설(제65호, 2006년 하), 법원도서관, 2007. 7.
최원, “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 규정에 대한 헌법적 고찰”, 조세법연구 16권 2호, 한국세법학회, 2010.
허원, “2017년 「상속세 및 증여세법」 판례회고”, 조세법연구 24권 1호, 한국세법학회, 2018.

2. 단행본

강석규, <조세법쟁론>, 삼일인포마인, 2020
박훈・채현석・허원, <상속・증여세 실무해설>, 삼일인포마인, 2020
이창희, <세법강의>, 박영사, 2021

임승순, <조세법>, 박영사, 2020
허영, <한국헌법론>, 전정16판, 박영사, 2020

Abstract

A Study on Donating Profits through Transactions with Specific Corporations

Jihyun Kim
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

The provision which deems profits to have been donated through transactions with a specific corporation was first introduced into the Inheritance and Gift Tax Law ("the ITL") in 1996 to cope with gift tax avoidance. Since then, the regulatory frame has changed from taxation on deemed profits to taxation on profits, and then again to taxation on deemed profits. In line with the changes, the scope of a specific corporation or taxable profits of its shareholders has been expanded. Such transitions are largely related to and influenced by several Supreme Court decisions which clarified the taxable scope of the provision and its limits.

However, various legal issues were raised in practice along the way. They include, among others, the validity of Article 31(6) of the Enforcement Decree of the ITL before and after its 2014 revision. It has also been highly debated whether gift taxes can be specifically calculated and imposed on shareholders of a specific corporation.

First of all, regarding the validity of Article 31(6) of the Enforcement Decree before and after the 2014 revision, it is reasonable to interpret the "profits earned by shareholders" of Article 41(1) of the ITL before the 2015 revision as "the increased value of shareholders' stake". However, Article 31(6) of the Enforcement Decree of the ITL before the 2014 revision provides that the profits obtained by a specific corporation are immediately attributed to shareholders, etc. It goes beyond the purport of the ITL and the scope of its delegation, which

makes it invalid. Also, Article 31(6) of the Enforcement Decree of the ITL, as amended in 2014, is still invalid as it is essentially the same as that before the amendment in 2014.

Second, if the enforcement decree provision on the method of calculating gift profits is invalid, it is questionable whether gift taxes can still be imposed. For the gift made by December 31, 2013, where the ITL before the amendment in 2014 applies, it would be reasonable to calculate the gift profit of shareholders with the increased value of shares due to the gift, only if the value of the stake increases due to the gift. On the other hand, for the gift made after January 1, 2014, where the ITL after the amendment in 2014 applies, it is difficult to come up with a reasonable and objective method to calculate the gift profit. Lack of objective calculation method makes it difficult for taxpayers to predict their possible tax burdens.

Article 45-5 of the ITL, as amended in 2015, converted the previous provision to the deemed gift tax provision, while at the same time, continuing to regard the profits of a specific corporation as the profits of its shareholders, and stipulated the same method of gift profit calculation directly in the law, not in the Enforcement Decree. It was an inevitable choice out of the policy need to impose taxes on the gift even though the value of shares keeps negative. As a result, the intended role of the complete-comprehensive gift taxation system has shrunk.

On the other hand, Article 45-5 of the ITL, as amended in 2015, could possibly impose taxes even in case of no actual profits of shareholders, saying the increase in property values due to contributions. Therefore, it is reasonable, though not completely proper, to understand the amended Article 45-5 from the perspective of indirect transfer of properties.

Also, Article 45-5 of the ITL, as amended in 201, eliminated the risk of being rendered invalid by providing the calculation method of gift profits in the law itself. And Article 4-2(3) of the ITL, as amended in 2015, reorganized the gift tax system concerning indirect donations through a corporation and declared the

basic principle that if a corporation bears tax on donated assets, gift taxes would not be imposed on its shareholders, except for the cases, as stipulated in Article 45-3, 45-4, and 45-5 of the ITL.

However, the Enforcement Decree of the ITL, as amended in 2016 in line with the delegation of Article 45-5(1) amended in 2015, adjusted double taxation of gift taxes and corporate taxes, employing the cost deduction method as before, which still remained problematic in terms of tax neutrality.

On the other hand, Article 45-5 of the ITL amended in 2019 seeks to expand and unify the scope of a specific corporation into a corporation with a controlling shareholder's stake of more than 30%, and put an upper limit on the gift tax, etc. However, it is still necessary to further improve the propriety and soundness of the legal system, by decreasing the risk of double taxation and tax avoidance as well.

Keywords: specific corporation, indirect donation, limitations of delegated legislation, complete-comprehensive system of gift tax, deemed gift
Student Number: 2005-21771