



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](#)

법학박사 학위논문

포괄증여의 개념적 한계와
유형별 포괄주의에 관한 연구

- 완전포괄주의, 후자법인 증여의제, 하이브리드 증여 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 세법전공

정재희

포괄증여의 개념적 한계와
유형별 포괄주의에 관한 연구

-완전포괄주의, 후자법인 증여의제, 하이브리드 증여-

지도교수 이창희

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2023년 1월

서울대학교 대학원

법학과 세법전공

정재희

정재희의 박사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 _____(인)

부 위 원 장 _____(인)

위 원 _____(인)

위 원 _____(인)

위 원 _____(인)

초록

후자법인 간접증여에 대하여 증여세 과세를 부인하는 후자법인 판결이 선고된 이후, 상장이익 등 재산가치의 사후적 증가에 대한 증여세에 관한 사건들에서도 개별예시조항의 반대해석상 포괄증여 조항에 따른 과세를 부인하는 판결들이 잇따라 선고되었다. 이러한 일련의 현상을 두고 완전포괄주의의 퇴조로 이해하는 경향이 뚜렷하다. 이 글은 완전포괄주의가 그 취지를 살리면서도 안정적인 기반에서 구현되도록 우선 포괄증여 개념을 이론적으로 정립하여 이를 분명하게 하는 데 초점을 두었다. 한편, 포괄증여 개념을 명확히 적용하는 것만으로 해결되지 않는 두 가지 영역이 있다. 첫 번째로, 현행 후자법인 증여의제 제도(상증세법 제45조의 5)는 그 체계적 결함과 이중과세 문제 등이 있는데 이에 관한 입법적 개선안을 모색한다. 두 번째로, 재산가치의 사후적 증가에 따른 증여(소득세와 증여세가 합쳐졌다는 의미에서 이하 ‘하이브리드 증여’)는 포괄증여 개념이 적용될 수 있는 영역이 아니므로, 유형별 포괄주의를 대체적 과세원리로 세우고자 한다.

완전포괄주의가 채택되기 이전에도 포괄증여 조항이 존재하였던 것은 사실이다. 그러나 ‘이익의 이전’에 관하여 증여자와 수증자 사이의 직접적 법률관계가 전제되어야 하고, 수증자의 이익은 증여자로부터 ‘이전’된 것이어야 한다는 법률주의적·형식논리적 관념으로 인하여 포괄증여가 무력화된 바 있다. 포괄증여의 개념은 직접 또는 간접적인 형태로 재산이나 경제적 이익이 무상으로 이전되는 객관적 결과를 의미한다. 증여의 개념을 이루는 ‘무상성’은 객관적으로 판정하는 것이지, 증여자의 수증자에 대한 주관적인 이익 분여 의사를 필요로 하지 않는다는 점에서 사법상의 증여와 성격을 달리한다. 예컨대 신주를 저가로 발행하면서 발생한 실권주를 다른 주주나 제3자에게 배정하는 경우 신주인수를 포기한 자에게 증여의사가 필요하지는 않다.

다만, 증여자의 주관적 의도를 살펴볼 필요가 있는 경우도 있다. 첫 번째, 비특수관계인 사이에서 비시가거래를 하더라도 시가의 불완전성을 보완한다는 측면에서 ‘거래의 관행상 정당한 사유’가 있으면 증여세의 과세가 배제되는데, 정당한 사유를 판정할 때 증여자의 주관적 의도를 살펴볼 필요가 있다. 두 번째, 보통 증여는 대가 없이 상대방에게 베풀어준다는 의도가 강할 때인데, 그러한 의도도 있지만, 대가성도 일정 부분 부정하기 어려운 경우에는 기타소득의 일종인 사례금(謝禮金)으로, 무상행위의 의도가 주된 경우에는 증여로 볼 수 있다. 한편, 증여는 증여자와 수증자 사이에 직접적인 거래관계가 없는 ‘간접적인’ 형태로도 이루어질 수 있는데 대표적인 것이 법인의 자본거래를 이용하여 어느 주주가 다른 주주에게 부를 무상으로 이전하는 경우이다. 다만, 간접증여의 개념은 지나치게 확대될 위험이 있으므로 주는 자의 손실과 받는 자의 이익이 상당한 수준의 인과성으로 연결되어 있어야 한다.

경제적 이익의 ‘이전’ 유형은 ① 전형적인 증여계약을 통하여 물건이나 재산권을 넘겨받는 경우와 같이 ‘적극적’인 재산이나 이익이 ‘직접적인’인 형태로 수증자에게 이전되는 경우, ② 금전의 무상 또는 저리 대출과 같이 증여자가 자신의 기회를 포기하면서 수증자에게 재산상 이익을 주는 ‘소극적’이고 ‘직접적’인 형태의 이익제공의 경우, ③ 법인을 통한 자본거래 등으로 주주 사이에 간접적으로 이익이 이전되는 경우가 있다. 그 밖에 ④ 증여자가 수증자를 위하여 보험료를 내준 후 수증자가 보험금을 타는 경우(상증세법 제34조 제1항)와 같이 현재에는 장래 이익을 얻을 수 있는 지위를 이전하고, 증여재산에 대한 평가는 장래에 이루어지는 경우처럼 포괄적 증여가 이루어지는 시점과 증여세 과세 시점이 분리되는 때도 있다. 신탁이익의 증여(상증세법 제33조), 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의 2)도 이와 마찬가지로 대상거래 자체는 포괄증여 개념에 해당하지만, 포괄증여 조항을 직접 적용할 때와 비교하여 증여 시기나 증여재산가액 산정 등이 다르게 규율된다. 이러한 규정들은 본래 증여가 아닌 것을 증여세로 규율하는 ‘증여의제조항’과 구별하여 ‘증여특례조항’이라고 부를 수 있다.

후자판결이 선고된 이후 포괄증여 조항의 과세범위는 개별예시조항에서 정해진 과세요건의 반대해석이 가능한지 여부에 달려있다. ❶ 개별예시조항 자체에서 과세대상 이익의 크기를 한정하는 경우 그 경계에 미달하는 영역에 대해서는 과세하지 않겠다는 반대해석이 가능하지만, ❷ 과세요건 중 특정한 거래의 형태를 기술한 부분(양도, 합병, 증자 등)은 원칙적으로 과세의 한계로 작동하기는 어려울 것이며, ❸ 거래당사자간 관계 등(예컨대 특수관계인 사이의 거래)을 규정한 부분은 기본적으로 과세대상을 좁은 형태로 한정하는 것인데, 합리성을 수궁할 수 있으면 반대해석이 가능하다고 볼 소지가 높다.

법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 과세하는 제도는 당초 결손법인과의 거래에 대한 증여의제로 출발하였으나 법인세와 증여세의 세율 차이로 인한 과세의 불공평을 막으려는 목적으로 현재 후자법인 증여의제(상증세법 제45조의5) 제도로 자리 잡았다. 법인을 통한 간접증여가 포괄증여 개념을 충족하는 것은 사실이지만, 법인에 발생한 소득에는 일단 법인세를 물리고 그로 인하여 주주가 얻는 이익은 그것이 배당되거나 주식이 양도되었을 때 비로소 과세하는 것이 세법의 일반 체계라는 점에서 법인세를 과세하는 동시에 그 내부의 주주에 대하여도 증여세를 과세하는 것에 대하여 이론적인 논란이 있다. 또한 현행 제도는 증여이익의 과다 산정 문제나 이중과세 문제가 있으므로 입법적 대안을 살펴볼 필요가 있다.

첫 번째, 법인이 받은 이익을 그대로 주주가 받은 이익으로 환산할 수 있는지 여부이다. 주주의 증여이익을 주주의 주식가치 증가분으로 산정하는 것이 아니라 법인이 받은 이익 자체에 지분율을 곱하여 산정하는 현행 제도는 향후에도 논란이 예상된다. 두 번째, 현행

제도는 (법인세액 + 증여세액)이 지배주주 등이 해당 물건을 직접 증여받았을 경우에 부과되는 증여세액을 초과할 수 없도록 하는 세액공제 방식을 병용하게 되어, 법인세와 증여세의 이중과세 문제는 상당 부분 해소되었다. 그러나 실제 세액계산에 있어서 주주의 증여이익을 과도하게 산정하는 첫 번째의 문제가 여전히 남아있고, 법인이 채무초과여서 증여 후에도 법인의 주식가치가 0원임에도 주주에게 증여세를 과세할 수 있다고 보는 문제가 상존한다. 세 번째, 배당소득과 관련하여 증여가 이루어진 사업연도에 이미 배당이 이루어진 경우라면 증여의제이익에서 배당소득을 공제하는 규정을 상증세법에 마련할 필요가 있고, 증여세가 과세된 이후 배당이 이루어져 배당소득세를 납부하여야 하는 경우에는 소득세법에서 증여의제이익을 배당소득 공제사유로 규정할 필요가 있다. 여기서 한발 나아가, 법인에 대한 증여를 ‘주주에 대한 직접 증여 + 법인에 대한 출자금 납입’으로 재구성하는 근본적인 대안을 모색해보았다. 위와 같이 법인격을 무시하고 주주에게 직접적인 세법상 효과를 부여하는 기준은 지배주주 집단이 ‘과점주주’일 때로 보는 것이 합리적이다. 이를 채택할 경우 주주의 증여이익을 과도하게 계산하는 문제, 법인세와 이중과세 문제 및 배당소득의 공제문제는 대체로 해결될 수 있다.

‘재산가치의 사후적 증가에 따른 이익’을 다루는 하이브리드 증여예시조항은 상증세법 제41조의3(주식 등의 상장에 따른 이익의 증여), 제40조 제1항 제2호(전환사채 등의 주식전환에 따른 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익)이 대표적이다. 하이브리드 증여는 특수관계인 등의 기여행위를 통하여 납세자가 특정자산을 취득한 후, 장래 재산가치가 비약적으로 증가하는 시점에서 미실현이익을 증여세로 거두어들이는 형태를 말한다. 증여예시조항의 구조를 분석해보자면 ① 납세의무자의 범위 또는 기여행위자와 납세의무자의 관계를 규율하는 부분, ② 기여행위의 종류가 서술되는 부분, ③ 구체적인 재산가치 증가사유를 명시하는 부분으로 구분할 수 있다. 하이브리드 증여가 ‘부의 무상이전’이라는 포괄적 증여개념에 포함될 수 있는지에 관하여 논의가 있으나, 필자는 하이브리드 증여는 증여 시점 이후에 증여재산에 대한 평가가 이루어지는 이상, 상증세법 제60조 제1항의 예외가 되므로, 증여예시조항의 과세요건을 벗어나는 경우 명문규정 없이 포괄증여 조항의 힘만으로는 과세할 수 없다고 보았다. 또한 포괄증여 조항에서 별도의 증여개념으로 잡고 있는 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’에 해당하기는 하나, 그 개념의 모호성이나 증여재산 가액 산정의 어려움을 고려할 때, 직접적인 과세의 근거규정이라기보다는 선언적인 규정으로 보아야 한다.

한편 개정 상증세법 제4조 제1항 제6호에서 유형별 포괄조항을 과세의 근거규정으로 신설하였으므로, 하이브리드 증여예시조항의 과세요건을 벗어나는 거래에 대하여도 ‘경제적 실질’이 유사하면 유형별 포괄조항에 따라 과세가 가능하므로, 그 유사성의 기준이 문제된다. 상장이익에 관한 법 제41조의3의 과세요건을 분석하

여 보면 하이브리드 증여의 본질에 대하여 두 가지 관념을 상정할 수 있다. 첫 번째, 위 조항은 당초에 증여받은 주식을 당시에 제대로 평가되기 어려웠으나 주식이 상장되어 주식가치가 증가하였을 때, 사후적으로나마 그 주식에 대하여 제대로 평가하여 증여세를 과세한다는 ‘기존 증여의 사후정산’으로 볼 수 있다. 그렇다면, 기여행위의 본질은 ‘기존의 증여’가 될 것이다. 두 번째, 수증자가 증여자의 기여로 당초 취득하는 재산에는 상장으로 인한 가치 상승의 기회가 내장되어 있는데, 그 기회가 현실화되어 가치가 상승하였을 때 그 가치 상승의 기회를 이전받은 자가 얻은 이익을 증여세로 과세한다는 관념으로 본다면, 기여행위의 본질을 ‘장래기회의 이전’으로 본다.

필자는 모델사례를 통하여 (주식 자체의 증여/자금 증여/주식 유상취득)의 거래형태, 실권주의 발생 여부, 신주대금의 증여 여부의 3가지 요소를 조합한 경우의 수를 만들어 두 가지 관념이 작동하는 모습을 관찰해보았다. 그 결과 신주인수대금을 증여받지 않았으나 실권주나 제3자배정으로 신주의 취득기회만을 받은 경우 ‘기존 증여의 사후정산’은 아니지만 ‘장래기회의 이전’은 긍정할 수 있었다. 상장이익에 관한 법 제41조의3에 따른 과세범위도 기존 증여의 사후정산보다는 장래기회 이전의 범위에 맞추어져 있다. 전환사채 등의 전환권 행사에 따른 이익도 기존 증여와는 무관하게 ‘장래기회의 이전’ 요소만을 가지고 있고, 사후적 재산가치 증가에 따른 이익(제42조의3)에서도 재산취득요건 중 직접 증여를 받는 형태(기존 증여 사후정산과 장래기회 이전이 병존함) 이외에 다른 형태(내부정보 취득, 자금 차입, 담보제공)도 장래기회의 제공 내지 이전에 가깝다. 따라서 하이브리드 증여의 핵심 개념은 ‘장래기회의 이전’이라는 결론에 이르렀다.

이러한 관점에서 상장차익 판결 사안을 보면 기존에 주주는 아니었던 원고가(기존 주식에 대한 증여, 주식매수자금의 증여, 주식 유상취득 어느 경우에도 해당하지 아니함) 증자 과정에서 다른 대주주들이 인수를 포기한 실권주를 자신의 자금으로 재배정받은 경우이므로 기존 증여의 사후정산의 요소는 없으나, 다른 대주주들로부터 장래기회를 이전받은 것으로 볼 수 있다. 따라서 현행 상증세법의 유형별 포괄조항에 의하여 과세할 수 있다고 본다. 다만 당시 유형별 포괄조항이 존재하지 않았고, 포괄 증여 조항만으로 과세할 수 없다고 보는 이상, 과세를 부정한 상장차익 판결의 결론에는 동의한다.

신주인수권 판결 사안에서 ‘법인→은행→증권회사→원고’의 순서로 신주인수권 취득이 이루어졌는데, 원고는 자본시장법상 인수인이 아닌 증권회사로부터 취득하였으므로 증여예시조항의 과세요건에 해당하지 않게 되었다. 위 사안에서 주주가 아니면서 최대주주의 특수관계인인 원고가 신주인수권이 없음에도 제3자배정을 통하여

신주인수권부 증권을 인수할 수 있는 기회를 잡은 것, 그로 인하여 기존 주주와 원고 사이에 ‘장래기회의 이전’이 발생하였으므로, 유형별 포괄조항에 따라 과세할 수 있다고 생각한다. 위 판결 당시에도 유형별 포괄조항이 존재하였음에도 대법원이 소극적인 입장을 취한 것은 아쉬운 대목이다.

지금까지 살펴본 증여세 포괄주의 과세체계는 다음과 같이 정리할 수 있다. ❶ 부의 무상이전을 규율하는 증여는 예시조항과 무관한 영역에서 부의 무상이전 개념을 충족시킬 경우에는 포괄증여 조항에 의하여, 증여예시조항의 요건을 충족시킬 경우에는 증여예시조항에 의하여 과세할 수 있다. 한편 증여예시조항의 거래 유형에는 해당하지만 예시조항의 요건을 충족시키지 못할 경우에는 해당 과세요건의 반대해석이 가능하다면 과세가 배제될 것이고, 반대해석이 가능하지 않다면 여전히 포괄증여 조항에 의하여 과세가 가능할 것이다. 포괄증여 개념에 해당하더라도 내재적 한계나 비과세에 해당할 경우 포괄증여 조항에 따라 과세할 수 없고, 증여특례조항에 의하여 규율될 경우에도 포괄증여 조항이 적용될 여지가 없다.

포괄증여 개념으로 해결되지 않는 첫 번째 쟁점(㉑-1)은 후자법인 증여의제인데, 현행 제도는 증여이익의 과다산정 문제, 배당소득과의 이중과세 문제 등이 있으므로, 근본적인 해결책으로 ‘주주에 대한 직접증여 + 법인에 대한 출자’의 2단계 거래로 재구성하여 법인세 없이 주주에 대한 증여세만을 과세하는 방식으로 입법적 개선을 제안하고, 개정안을 제시하였다. 포괄증여 개념으로 해결되지 않는 두 번째 쟁점(㉑-2)은 하이브리드 증여인데, 통상의 증여와 구별하기 위하여 ‘재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’을 독자적인 증여세 과세대상에서 제외하고, 유형별 포괄조항을 하이브리드 증여예시조항에만 미치도록 하는 입법적 개정안을 제시하였다. 이에 따르면 하이브리드 증여는 증여예시조항이 직접 적용되는 경우와 증여예시조항과 경제적 실질이 유사한 경우로서 유형별 포괄조항이 적극적인 과세근거로 작동할 수 있을 때에만 과세할 수 있다. 유형별 포괄조항은 하이브리드 증여예시조항의 과세요건 중 수증자의 재산취득 과정에서 타인의 기여행위와 관련된 부분에서 주로 문제 될 것인데, 그 기여행위로 인하여 재산가치 상승의 장래기회가 이전되었다면 대체로 과세를 긍정할 수 있을 것이다.

주요어 : 간접증여, 과점주주, 기여행위, 기존 증여의 사후정산, 반대해석, 상장이익, 신주인수권, 완전포괄주의, 유형별 포괄주의, 이중과세, 장래기회의 이전, 재산가치의 사후적 증가, 증여예시조항, 증여의제, 증여특례, 하이브리드 증여, 후자법인 증여의제

학번 : 2012-30359

목차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	1
I. 연구의 배경	1
II. 연구의 목적과 다룰 내용	4
1. 통상의 증여에 대한 완전포괄주의의 적용과 관련하여	4
2. 하이브리드 증여에 대한 유형별 포괄주의의 적용과 관련하여	7
3. 이 글의 주요 구성부분 사이 상호연관성	10
제2절 연구의 방법과 선행연구의 개관	12
I. 연구 방법	12
II. 선행 연구의 개관	15
1. 선행연구 검토의 범위	16
2. 선행연구의 주요 쟁점	16
(1) 완전포괄주의와 관련된 쟁점	16
(2) 하이브리드 증여와 관련된 쟁점	21
3. 선행연구와 본연구의 차별성	23
4. 이 글에서 다루지 못한 논점들	24
제2장 통상의 증여와 완전포괄주의	26
제1절 포괄증여의 개념	26
I. 완전포괄주의 증여세 도입사	26
1. 포괄적 증여간주 조항을 두고 있었던 초기	26
2. 포괄적 증여간주 조항이 무력화된 계기	27
3. 사실상 열거주의로 전환과 유형별 포괄주의의 실패	28
4. '포괄증여 조항'의 등장	30
5. 포괄증여 조항의 최초 시험대 : 주식의 우선매수청구권 관련	31
II. 포괄증여의 개념에 관한 구체적 분석	33
1. 들어가며	33

2. 사법상의 증여 개념	36
3. 증여의 대상 = 물건 + 권리 + 사실상의 권리·경제적 이익	38
4. 포괄증여의 핵심적 개념	42
(1) 무상성의 의미	42
(2) 간접증여에 따른 증여 개념의 확장	55
(3) 재산 또는 이익의 이전	59
Ⅲ. 포괄증여 조항의 내재적 한계	67
제2절 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계	70
I. 개관	70
1. 포괄증여 개념은 개별 예시규정을 모두 '포괄'하는가 : '증여특례조항'의 개념	70
2. 본 절에서 다룰 내용	72
Ⅱ. 흑자법인 판결	73
1. 판례의 개요	73
3. 흑자법인 판결에 대한 찬반 논의	74
Ⅲ. 반대해석의 가능성	77
1. 일반론	77
2. 개별적 사례의 검토 : 비특수관계인 사이 자금차입 문제	80
Ⅳ. 그 밖의 문제	83
1. 완전포괄주의와 실질과세원칙의 적용 문제의 준별	83
2. 포괄증여 조항과 개별예시조항 사이 적용의 우선순위	87
Ⅴ. 논의의 종합	89
제3절 흑자법인 증여의제의 과세체계	93
I. 개관	93
1. 흑자법인 증여의제조항의 도입경위와 문제점	93
2. 이 절에서 다루어질 내용	95
Ⅱ. 법인에 대한 간접증여와 완전포괄주의	97
1. 법인에 대한 간접증여를 증여세로 규율할 필요성	97
2. 포괄증여 조항 적용의 범위와 문제점	99
(1) 포괄증여 조항 적용의 이론적 문제점	99
(2) 포괄증여 개념 ≠ 포괄증여 조항의 적용 범위	101
3. 법인을 통한 간접증여에 관한 법령 변천 과정의 검토	101

(1) 관련 법령의 변천 과정	101
(2) 변천 과정에서 핵심적 문제 : 법인의 이익 ≠ 주주의 이익	105
4. 각 법령의 적용단계별 포괄증여 조항의 적용 범위	111
Ⅲ. 현행 증여의제 제도와 이중과세 문제	112
1. 법인세와 이중과세되는 문제	112
(1) 문제점	112
(2) 비용공제방식의 도입(㉓단계)	113
(3) 세액공제방식의 병용(㉔단계)	114
2. 배당소득세 및 양도소득세와 이중과세되는 문제	115
Ⅳ. 주주에 대한 직접 증여로 보는 대안의 모색	120
1. 문제의 제기	120
2. 미국세법의 취급방식	123
3. 주주에 대한 직접 증여로 보기 위한 요건	125
4. 주주에 대한 직접 증여로 볼 경우 세법적 효과	128
(1) 현금 증여 시	128
(2) 현물 증여 시	129
(3) 주주에 대한 저가양도 시	129
5. 구체적인 개정안의 제시	130
(1) 법인세법의 개정	130
(2) 상증세법령의 개정	132
Ⅴ. 논의의 종합	136
제3장 하이브리드 증여와 유형별 포괄주의	138
제1절 하이브리드 증여예시조항의 구조와 과세요건	138
Ⅰ. 일반론	138
1. 하이브리드 증여세의 개념	138
2. 하이브리드 증여예시조항의 종류와 구조	139
3. 하이브리드 증여예시조항의 출현 배경과 연혁	142
(1) 들어가며	142
(2) 주식 상장 등에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의 3)	142
(3) 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여(상증세법 제40조 제1항 제2호)	144
(4) 재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여(상증세법 제42조의 3)	145

4. 제3장에서 논의할 내용과 전개방향	146
II. 주식상장 등에 따른 이익의 증여 규정의 과세요건과 '상장차익 판결'	147
1. 사례의 제시	148
2. 과세요건의 분석	148
3. 상장차익 판결의 내용	150
III. 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여 규정의 과세요건과 '신주인수권 판결'	151
1. 사례의 제시	151
2. 과세요건의 분석	151
3. 신주인수권 판결의 내용	153
제2절 하이브리드 증여예시조항과 포괄증여 개념	158
I. 하이브리드 증여예시조항에 관한 기존 논의	158
1. 포괄증여 개념에 포섭되기 어렵다는 입장(협의설)	158
2. 포괄증여 개념에 포섭된다고 보는 입장(광의설)	161
II. 포괄증여 조항에 따른 과세 여부	163
1. 상장차익 판결	163
2. 새로운 해석론	164
(1) 개요	164
(2) '재산의 무상이전' 개념에 따라 과세할 가능성	165
(3) '기여에 의한 재산가치 증가' 개념에 따라 과세할 가능성	168
제3절 상증세법의 개정과 유형별 포괄주의의 문제	172
I. 2015. 12. 15. 상증세법 개정의 개요	172
1. 증여의 개념 및 증여세 과세대상의 정비	172
2. 증여재산가액 계산의 일반원칙 정비(제31조)	173
3. 유형별 포괄주의의 채택	174
II. 하이브리드 증여의 개념요소 : '기존 증여의 사후정산'과 '장래기회의 이전'	175
1. 논의의 출발	175
2. 기존 증여의 사후정산 개념	177
3. 장래기회의 이전 개념	180
4. 유형별 포괄주의를 적용하기 위한 핵심 개념 : 장래기회의 이전	181
5. '기존 증여의 사후정산'과 '장래기회 이전'의 차이	185

Ⅲ. 두 가지 판결 사안의 검토	187
1. 상장차익 판결 사안의 검토	187
2. 신주인수권 판결 사안의 검토	188
(1) 2015. 12. 15. 상증세법 개정 전 사안 검토	188
(2) 2015. 12. 15. 상증세법 개정 후 사안 검토	191
Ⅳ. 기타 사례	192
1. '락앤락 사건'	192
2. '신라젠 사건'	195
(1) 사안의 개요	195
(2) 1심 법원(서울행정법원 2020. 1. 9. 선고 2019구합60813 판결) : 원고 승소	195
(3) 2심 법원(서울고등법원 2020. 10. 16. 선고 2020누33840 판결) : 원고 패소	196
(4) 위 판결에 대한 평가	197
제4절 추가적 논의 : 상증세법 제42조의3과 유형별 포괄조항에 관한 분석	200
Ⅰ. 상증세법 제42조의3의 입법취지	200
Ⅱ. 상증세법 제42조의3에 관한 비판적 견해	201
Ⅲ. 각 적용요건별 분석	202
1. 주체요건 : 직업, 연령, 소득 및 재산상태로 보아 자력으로 해당 행위를 할 수 없다고 인정되는 자	202
2. 재산취득요건	203
(1) 특수관계인으로부터 재산을 증여받은 경우	203
(2) 특수관계인로부터 공표되지 않은 내부정보를 취득하여 제3자로부터 취득/특수관계인으로부터 자금 차입/담보제공받아 제3자로부터 취득	205
3. 재산가치 증가사유 요건	206
(1) 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물분할, 지하수개발·이용권 등의 인가·허가 및 그 밖에 사업의 인가·허가(상증세법 시행령 제32조의 3 제1항 제1호)	206
(2) 그 밖에 제1호와 제2호의 사유와 유사한 것으로서 재산가치를 증가시키는 사유(시행령 제32조의 3 제1항 제3호)	209
Ⅳ. Y개발 사건	210
1. 사안의 개요	210
2. 검토	211
제5절 하이브리드 증여예시조항의 과세체계 정리	213

제4장 결론 215

제1절 현행 증여세 과세체계의 정리 215

- I. 증여세 과세의 3가지 유형 215
- II. 증여세 과세대상 등에 관한 개정안의 제시 218
- III. 포괄증여 과세체계도 221

제2절 연구결과의 요약 및 제언 223

- I. 포괄증여 규정과 완전포괄주의 223
- II. 흑자법인 증여의제의 과세체계 226
- III. 하이브리드 증여와 유형별 포괄주의 228

제3절 향후 연구방향 및 제언 234

- I. 향후의 연구방향 234
- II. 필자의 제언 236

참고문헌 237

영문초록 244

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

I. 연구의 배경

돌이켜보면, 2010년 이후 학계는 증여세 완전포괄주의에 관한 담론으로 뜨거웠고, 2011년경 과세관청이 후자법인¹⁾에 대한 증여를 주주에 대한 증여로 보아 과세를 시작한 이래 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결이 선고된 2015년까지 증여세 포괄주의 논쟁은 세법을 다루는 학자나 실무자에게 가장 큰 화두였던 것으로 기억된다. 2003년에 구 상속세 및 증여세법²⁾ 제2조 제3항³⁾이 도입된 이래 개별적인 증여예시 규정이 규율하는 것과 무관한 영역에서 대법원이 포괄증여 조항에 의한 과세를 승인한 바 있으므로,⁴⁾ 사실 위 조항이 과세의 근거로 직접 작동할 수 있는냐는 문제의 핵심이 아니었다. 뜨거운 논쟁이 된 이유는 과세관청이 공교롭게도 후자법인을 통한 ‘간접증여’라는 생소하고 매우 논쟁적인 이슈에 대하여 포괄증여

- 1) 2010. 1. 1. 개정되기 전 구 상속세 및 증여세법 제41조 제1항은 ‘결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중인 법인’을 특정법인이라 명명하고, 그 특정법인에 대한 증여로 인하여 특정법인의 주주가 이익을 얻은 경우에만 증여세의 과세대상으로 정하고 있었다. 위와 달리 ‘결손금이 없고 휴업 또는 폐업 중도 아닌 법인’을 보통 ‘후자법인’으로 불렀고, 후자법인에 대한 증여도 구 상속세 및 증여세법 제2조 제3항에 의하여 증여세를 과세할 수 있을지가 쟁점이 되었다. 이하 이 글에서는 ‘후자법인’을 위와 같은 의미로 사용하겠다.
- 2) 이하 특정한 상속세 및 증여세법을 언급할 필요가 있을 때에는 해당 법령을 별도로 명시하도록 하되, 그렇지 아니한 일반적인 경우 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 대폭 개정된 상속세 및 증여세법을 ‘상증세법’이라 하고, 그 개정 이전의 상속세 및 증여세법은 ‘구 상증세법’이라고만 한다. 위 상속세 및 증여세법의 개정 내용이 이 글에서 가장 자주 다루어지므로 편의상 그렇게 부르기로 하고, 이후 개정된 내용을 소개할 때에는 개정된 날짜를 별도로 특정하기로 한다. 마찬가지로 2016. 2. 5. 대통령령 제26960호로 대폭 개정된 상속세 및 증여세법 시행령을 ‘상증세법 시행령’이라 하고, 그 개정 이전의 상속세 및 증여세법 시행령은 ‘구 상증세법 시행령’이라고만 한다.
- 3) 구 상증세법 제2조 제3항과 개정된 상증세법 제2조 제6호는 개별예시조항 없이 독자적으로 증여세 과세 근거가 되는 조항이라는 점에서 공통된다. 이하에서는 위 조항들을 특별히 구별할 필요가 없을 경우에는 ‘포괄증여 조항’이라고 통칭하기로 한다.
- 4) 대주주의 우선매수청구권에 대한 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결 참조.

조향을 들이대었기 때문이다. 이에 대하여 ‘입법자는 흑자법인과의 거래로 인한 이익에 대해서는 주주에게 증여세를 과세하지 않도록 하는 한계를 설정한 것이다’라는 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결⁵⁾이 선고되었다. 위 판결로 인하여 일단 개별예시조항⁶⁾과 포괄조항의 관계에 대하여 판례 법리로서는 일부 정리가 이루어졌다고 볼 수 있으나, 위 판결로 인하여 증여세 완전포괄주의의 퇴조 내지 후퇴를 우려하는 목소리가 강하다.

세법상 증여의 핵심인 ‘재산상 이익의 이전’이라는 개념은 사법상의 ‘증여계약’과 다르다고는 하지만, 그것을 구체적으로 어떻게 포착해야 할지는 여전히 난제이다. 재산상 이익을 간접적으로 이전해도 된다고 하는데 ‘간접적’의 개념을 어느 범위까지 설정해야 하는지, 이익이 ‘이전’된다는 것의 의미는 무엇인지, 당사자 사이에 무상으로 이익을 준다는 주관적 관념은 있어야 하는지 등의 질문에 대하여 우선 이론적으로 정리될 필요가 있다고 생각하였다. 과거 포괄증여에 따른 과세가 무력화된 주된 이유가 이익의 ‘이전’ 개념에 대하여 폭넓은 인식을 하지 못하였던 것이라는 점을 상기한다면 더욱 그러하다. 한편 포괄적 증여 개념을 충족하는지에 관한 일차적 판단이 이루어진 이후에는 포괄증여 조항과 개별예시조항과의 관계가 문제된다. 흑자법인 판결은 증여예시조항의 과세요건 중 일부는 “종전의 증여의제규정에 의하여 규율되어 오던 증여세 과세대상과 과세범위에 관한 사항을 그대로 유지하려는 입법자의 의사가 반영된 것”이라고 실시하고 있다. 따라서 흑자법인 판결이 언명하고 있는 ‘입법자의 의사’라는 불확정 개념을 어떻게 이해해야 할 것인지를 과제가 여전히 남아 있다고 볼 수 있다.

이후 포괄적 증여 과세에 관한 두 번째 쟁점으로 ‘주식상장 등에 따른 증여이익’과 ‘전환사채 등의 주식전환 등에 따른 증여이익’을 필두로 하는 ‘재산가치의 사후적 증가’에 따른 증여세의 과세 범위와 한계에 관한 문제가 대두되었다. 당초 재산을 특수관계인으로부터 증여받거나 취득한 후, 장래에 주식의 상장이나 전환권의 행사로 주식으로 변환 등 재산가치가 비약적으로 증가하는 어떠한 모멘텀(momentum)이 발생하였을 때 그 재산이 양도될 때를 기다려서 소득과세를 하는 것

5) 이하 ‘흑자법인 판결’이라고 한다.

6) 상증세법 제33조(신탁이익의 증여)부터 상증세법 제42조의 3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)까지 증여행위의 유형을 서술하고 증여재산가액을 계산하는 방식을 규정하는 조항들을 앞으로 ‘개별예시조항’이라고 부르기로 한다. 각주 8번에서 보게 될 ‘하이브리드 증여예시조항’까지도 포함하는 넓은 개념이다. 개별예시조항 중 비교적 새로운 유형인 ‘하이브리드 증여예시조항’이 아닌 것을 ‘통상적 예시조항’이라고 부르겠다.

이 아니라 재산가치의 증가 시점에 미실현이익을 증여세로 미리 걷는 형태의 증여세(소득세와 증여세의 성격을 겸유하므로 이하 ‘하이브리드 증여세’로 부르기로 한다)가 출현하였다. 대기업의 지배주주들이 당초 재산가치가 미약한 비상장주식이나 전환사채 등을 재벌 2세에게 증여하거나 부여한 후 주식상장이나 전환권의 행사로 가치의 비약적인 폭등을 안겨주는 방식으로 증여세의 부담을 최소화하면서 2세에게 경영권을 넘기는 것에 대한 사회적 비난이 거세어졌다. 이에 대하여 재산가치 증가사유가 발생한 단계에서 가치가 상승한 부분을 증여세로 과세하기 위하여 우리 세법만이 가지고 있는 독특한 유형의 세제가 하이브리드 증여세이다.

후자법인 판결 이후 2017년 및 2019년에 ‘상장이익에 대한 증여세’ (법 제41조의3)와 ‘신주인수권 행사 이익에 대한 증여세’ (법 제40조)에 대한 대법원 판결(전자는 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두35691 판결로서 이하 ‘상장차익 판결’이라 하고, 후자는 대법원 2019. 4. 11. 선고 2016두59546 판결로서 이하 ‘신주인수권 판결’이라 한다)이 잇따라 선고되었다. 위 사건들은 개별적인 증여예시 조항에 직접 해당되지 않는 경우에도 포괄증여 조항 내지는 유형별 포괄조항⁷⁾에 의하여 과세할 수 있는지가 문제되었고, 대법원은 두 사건 모두에서 이를 부정하였다.

이후에도 하이브리드 증여예시조항⁸⁾의 과세요건을 직접 충족하지는 못하지만, 포괄증여 조항에 의하여 과세를 하는 사례들이 축적되게 되었다. 대법원은 후자법인 판결의 법리를 원용하면서 그 요건을 벗어나는 행위에 대하여는 입법자가 과세를 하지 않으려는 한계를 설정한 것이므로 과세가 부정된다는 결론을 종종 내린 바 있다. 그러나 이 글의 제3장에서 자세히 살펴보겠지만, 후자법인 판결에서는 증여가

7) ‘유형별 포괄주의’ 또는 ‘유형별 포괄조항’은 법문으로 정의되거나 대법원 판례가 직접적으로 정의하고 있는 개념은 아니다. 보통 ‘유형별 포괄주의’란 열거주의 과세와 완전포괄주의 과세 사이에 중간적인 형태로서 개별규정이 과세대상으로 명시하고 있는 대상과 일정한 유사성이 있는 범주 내에서는 포괄적으로 과세할 수 있다고 보는 강학상의 개념이고, 그러한 과세 근거 규정을 ‘유형별 포괄조항’이라 부른다. 대표적인 예로 2001. 12. 31. 개정된 소득세법 제16조 제1항 13호에서 ‘(열거된 형태의 각 이자소득)과 유사한 소득으로서 금전의 사용에 따른 대가로서의 성격이 있는 것’을 들 수 있다. 완전포괄주의 규정이 도입되기 이전인 2002. 12. 18. 상증세법 제42조 제1항에서 ‘(개별 증여의제 규정)에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 특수관계에 있는 자가 직접 또는 간접적인 방법으로 재산(금전으로 환가할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건과 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 권리를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)과 관련된 거래 또는 행위를 하거나’라고 규정한 것도 대표적인 유형별 포괄조항으로 언급된다. 이 글에서 주로 논의될 유형별 포괄조항은 상증세법 제4조 제1항 제6호(제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익)이다.

8) 제2장에서 주로 다루게 될 상증세법 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여), 제41조의3(주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)은 모두 하이브리드 증여세의 성격을 가진 예시조항이다. 이하 이 규정들을 ‘하이브리드 증여예시조항’이라고 부르기로 한다.

이루어지는 현재 시점에서 ‘부의 무상이전’ 이 이루어졌을 때 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계를 분석하여 개별예시조항의 ‘반대해석상’ 포괄증여 조항에 의한 과세가 제한될 것인지가 주된 문제가 된다. 반면 ‘당초 증여 또는 유상취득’ 등 재산을 취득하게 하는 기여행위가 있고 나서, 어떠한 사건으로 재산가치가 장래에 폭발적으로 증가하였을 때 그 이익을 한꺼번에 증여세로 과세하려는 하이브리드 증여세는 포괄증여 조항이 전제하고 있는 ‘현재 시점에서 부의 무상이전’ 과는 구조적으로 다른 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 하이브리드 증여예시조항과 거래유형은 비슷하나 예시조항의 과세요건에서는 일정 부분 벗어나는 행위에 대하여 독자적인 판결과 동일한 논리로 접근하는 것이 타당한지에 대한 의구심을 피할 수 없었고, 이에 관하여 기존의 연구도 충분하지 못하였다. 그리하여 하이브리드 증여를 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 있다고 볼 것인지, 그렇지 않다면 다른 대체적인 과세원리를 세울 수 없는지도 고민해보게 되었다.

현재 시점에서 평면적으로 부를 대물림해주는 통상적인 의미의 증여와는 달리 하이브리드 증여는 현재 시점에서는 그 상승의 정도나 폭을 가늠하기는 어렵지만, 아무튼 일단 그 재산을 취득하게 해주면 앞으로 집중팔구는 재산가치가 뛰어오를 것이라는 가능성, 즉 ‘장래의 기회’ 를 이전하는 성격이 강하다. 조금 다른 이야기이지만, 몇 해 전 전직 법무부장관 자녀의 입시 부정에 대한 검찰 수사를 놓고 정치적 양 진영 사이에서는 지도층의 특권적인 기회 독점에 대하여 ‘공정과 상식’ 에 입각한 수사인지, 뿌리 깊은 검찰의 기득권 세력이 권력을 남용한 것인지를 두고 뜨거운 논쟁이 된 바 있다. 이후에도 고위공무원들의 인사청문회에서도 잇따라 자녀의 입시나 취업과 관련하여 부여된 ‘기회’ 를 놓고 ‘아빠 찬스’ 니 ‘금수저 흡수저’ 니 하는 논란과 사회적 분노가 끊이지 않고 있다. 지금의 대중은 눈에 보이는 부의 대물림에 대하여 정확하게 상속세나 증여세를 매겨서 경제적인 의미에서 공평을 도모하는 것 못지않게, (그것이 취업이 되었든, 투자의 성공이 되었든) 사회적으로 한정되어 있는 쉽게 보이지 않는 ‘기회’ 또한 공평하게 배분되어야 하고, 권력이나 경제력을 가진 자에게만 독점되어서는 안된다는 사회적 의식이 강하다는 점을 시사하는 것이다.

2015. 12. 15. 개정된 상증세법에서는 기존의 완전포괄주의를 유지하면서도 유형별 포괄주의도 가미하고 있다. 이 글에서는 하이브리드 증여에도 완전포괄주의를 적용하는 것이 타당한지에 관한 질문을 시작으로 하여 완전포괄주의보다는 유형별

포괄주의로 접근하는 것이 타당할 것이라는 전제에서 ‘주식상장 등에 따른 증여이익’ 과 ‘전환사채 등의 주식전환 등에 따른 증여이익’ 을 중심으로 과세요건의 본질이 무엇인지에 대한 탐구를 시작하게 되었다.

이상과 같이 이 글은 흑자법인 판결 사안을 둘러싸고 벌어진 증여세 완전포괄주의의 논쟁을 계기로 포괄적 증여 개념을 이론적으로 어떻게 정립할 것인지, 개별예시조항과의 관계를 어떻게 설정할 것인지에 관한 의문을 연구의 첫 번째 배경으로 삼고 있다. 나아가, 재산가치 상승의 기회가 이전되는 것을 포착하려는 하이브리드 증여세에서 증여예시조항의 요건을 갖추지 못한 행위에 대해서도 흑자법인 판결 사안과 같은 논리와 기준으로 포괄증여 조항을 적용하는 것이 타당한지, 아니면 다른 방식의 과세원리를 세우는 것이 타당한지에 관한 고민이 연구를 시작한 두 번째 배경이 되었다. 물론 이러한 고민은 흑자법인 판결 이래 상장차익 판결이나 신주인수권 판결 등 포괄주의에 의한 증여세 과세가 퇴조하는 일련의 흐름을 감지하면서 비롯되었다(뒤에서 보겠지만, 흑자법인 판결을 두고 ‘증여세 완전포괄주의의 조종(弔鐘)을 울렸다’ 고 표현하는 학자도 있다). 필자는 미약하나마 그 흐름을 돌려세우면서 증여세 포괄주의의 과세원리를 보다 섬세한 형태로 마련하여 증여세 포괄주의를 안정적으로 구현할 수 있는 논리적 기반을 만들어보고 싶었다.

II. 연구의 목적과 다룰 내용

1. 통상의 증여에 대한 완전포괄주의의 적용과 관련하여

첫째, 증여세 과세의 형식상의 한계로 완전포괄주의, 유형별 포괄주의 등 과세요건에 관한 규율이 어떤 방식으로 이루어져야 하는가, 포괄규정과 개별예시조항의 관계를 어떻게 설정해야 하는가에 대한 논의이다. 이에 관하여는 기존의 많은 연구결과가 있고, 흑자법인 판결이 선고됨에 따라 과세의 범위와 한계에 대하여 어느 정도 정리가 이루어진 것으로 볼 수 있으나, 여전히 포괄 증여 개념의 본질이나 내재적 한계를 살펴볼 필요가 있다. 비록 기존에 증여세 완전포괄주의에 관한 찬반론

이나 외국 제도와와의 비교 등에 관하여는 넘칠 정도로 선행 연구가 이루어졌으나, 정착 포괄주의 증여세 과세의 가장 기초적이고 원론적인 개념인 ‘부의 무상이전’을 어떤 개념으로 포착해야 할지에 관한 연구는 충분하지 않았던 것으로 보인다.

우선 포괄증여 개념의 핵심은 누가 뭐라고 해도 ‘재산이나 경제적 이익의 이전’이고 그것이 무상으로 이루어졌다는 데에 있다. 여기서 ‘이전’(transfer)은 어떠한 경제적 이익(a)이 동일한 a의 형태로 다른 사람에게 넘어가는 것이라고 보통 생각하기 쉽다. 그런데 증여예시조항의 면면을 살펴보면 반드시 그렇지 않음을 알 수 있다. 예컨대 B가 A에게 채무를 부담하고 있는데 A가 B에게 그 채무를 면제해 줄 때에도(상증세법 제36조) 어떠한 이익이 적극적인 형태로 넘어가는 것은 아니지만 A는 자신이 누릴 수 있는 경제적 이익을 포기하는 소극적 방식으로 B에게 이익을 이전하는 것으로 볼 수 있다. 또한 경제적 이익의 이전은 당사자 사이에 직접적인 방식뿐만 아니라 ‘간접적’인 방식으로도 이루어질 수 있다. 대표적인 것이 법인을 통한 자본거래로 주주 사이에 간접적으로 이익이 이전되는 경우가 있고, 흑자법인 판결 사안과 같이 법인에게 증여를 함으로써 법인의 주주에게 간접적인 방식으로 이익을 넘겨줄 수도 있다. 이와 같이 경제적 이익이 이전되는 방식에 따라 유형화를 시도해 보고자 한다.

증여가 되려면 재산이나 경제적 이익이 ‘공짜로’, 즉 무상으로 이전되어야 한다. ‘무상으로’는 대가가 없는 것을 뜻하는데 여기서 대가가 경제적인 것이라면 고민할 필요가 없지만 비경제적인 대가가 결부되었을 때는 어떠한지, 대가성은 법률상의 의무와는 어떠한 관계를 가지고 있는지 등을 생각해볼 필요가 있다. 보다 중요한 문제는 위와 같은 ‘무상성’을 당사자가 의식하고 있어야 하는지, 즉 증여 의사가 필요한지 여부이다. 포괄증여 조항의 해석상 원칙적으로 필요하지는 않다고 볼 가능성이 높다. 하지만 무상성에 대한 증여자의 의도를 파악해보는 것은 시가의 불완전성을 보완하여 증여세 과세의 적정성을 도모한다는 측면이나 기타소득(사례금)과 증여에서 유의미한 판별 기준을 제공할 수 있다는 측면에서도 접근해보았다.

포괄적 증여의 개념을 일정부분 정립한 이후에는 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계를 어떻게 설정할 것인지를 구체적으로 검증하는 과정을 다루었다. 흑자법인 판결은 개별예시조항에서 정한 과세요건의 반대해석상 그 과세요건을 벗어나는 경우에는 증여세 과세를 하지 않겠다는 입법자⁹⁾의 의사(내지 입법취지)가 인정된다

9) 법률의 의미를 밝히는 보조수단으로 입법이유서나 국회의 속기록 등을 통하여 입법자의 의사를 탐

면 포괄증여 조항에 의한 과세를 제한하는 취지이므로 그러한 반대해석의 방식과 기준이 문제될 것이다. 이에 관하여는 일반적인 기준 정립을 나름대로 시도해보고, 비특수관계인 사이의 자금 차입 사례 등을 통하여 구체적인 적용에 관하여 검토해 볼 것이다. 그 밖에 포괄증여의 과세대상이 되는 ‘사실상의 경제적 이익’의 개념, 포괄증여 조항과 개별예시조항 사이의 과세의 우선순위에 관한 문제도 더불어 따져 보기로 한다.

포괄적 증여 개념은 경제적 이익의 ‘간접적 이전’을 포함하므로, 증여자와 수증자 사이에 직접적인 거래관계가 반드시 있어야 하는 것은 아니다. 이익의 ‘간접적 이전’을 인정하면 굳이 거래관계의 재구성이 필요 없게 되는데, 이를 망각하면 거래관계의 재구성에 관한 불필요한 논의를 촉발시키기도 한다. 특히 전환사채나 신주인수권부 사채와 관련한 일부 판례 사안¹⁰⁾에서 개별예시조항의 과세요건을 충족하지 못할 때 실질과세원칙의 적용 여부가 핵심 쟁점으로 부각된 바 있지만, 증여세 포괄주의(완전포괄주의와 유형별 포괄주의)의 적용 문제와 실질과세원칙의 적용은 구별되어야 한다는 관점에서 접근해볼 것이다.

마지막으로 수증법인의 법인세와 주주의 증여세 사이의 이중과세 문제가 근본적으로 해결되지 않은 상태에서 포괄증여 조항에 따라 증여세 과세가 이루어졌고, 후자법원 판결은 증여세 과세를 부인하였다. 법인에 재산을 증여함으로써 주주에게 간접적으로 이익을 준 경우 포괄증여 개념을 충족하는 것은 분명하다. 다만 하나의 행위에 대하여 법인을 과세하는 동시에 주주에게 증여세를 과세하는 이중의 세법적 효과를 부여하는 것에 관하여 이론적인 논란이 있다. 이후에 개정된 상증세법 하에서 후자법인 증여예시조항은 증여의제 조항(상증세법 제45조의5)으로 변모하였으

구하는 역사적·주관적 방법과 법제도나 법률이 지향하는 목적에 따른 목적론적 방법 등이 있다. 후자법인 판결에서 ‘입법자’라는 표현을 사용하고 있으나, 사실 입법자라는 말 자체가 대단히 모호하여 학문적으로 사용하는 것을 경계할 필요가 있다. 마치 정치인들이 늘상 ‘국민의 뜻’을 운운하면서 목소리를 높일 때, 언어의 무력함을 느끼는 것과 같은 맥락이다. 후자법인 판결에서 말하는 입법자는 추상적인 의미에서의 국회를 의미할 것이다. 그런데 국회와 같이 추상적인 의미의 국가기관이 어떠한 의사를 형성한다는 것은 현실적이지 않다. 다만 ‘입법자’가 실제 입법에 관여한 구체적인 개개인을 뜻하는 것이라면 1차적으로는 세법개정안을 통과시킨 국회의원들을 의미하는 것이다. 이들은 여론에 가장 민감하게 대응하면서 예컨대 ‘하이브리드 증여세’나 ‘일감몰아주기’와 같이 우리 세법에만 존재하는 독특한 제도를 창안하도록 정부에게 압력을 행사하는 것으로 볼 수 있다. 2차적인 의미에서 세법내용의 전문성, 기술성에 비추어 세법개정안을 작성하는데 관여한 기획재정부 세제실 공무원들을 사실상 의미한다고 볼 수도 있다. 이 글에서는 가급적 모호한 개념인 ‘입법자’라는 표현은 사용하지 않되, 실제 입법에 관여한 사람들의 주관적인 의도를 되돌아볼 필요가 있을 때에만 특정한 대상을 지칭하도록 하겠다.

10) 대법원 2017. 1. 15. 선고 2015두3270 판결 등. 하이브리드 증여예시조항과 관련한 사안이므로 필자의 논지에 따른다면 완전포괄주의가 아니라 유형별 포괄주의의 적용이 문제 되는 경우이지만, 실질과세원칙에 따른 거래의 재구성이 문제의 본질이 아니라는 점은 마찬가지이다.

로 포괄증여 조항의 적용은 더 이상 쟁점이 아니게 되었다. 그러나 ‘증여의제’ 라는 법문상의 표현에도 불구하고 증여가 아닌 것에 대하여 증여세를 물리는 것이 아니라, 본래 증여인 것에 대하여 증여세를 물리는 것이므로, 여전히 법인을 통한 간접증여라는 관점에서 법인이 받은 수증이익을 주주의 이익으로 어떻게 환산할 것인지를 생각해볼 필요가 있다.¹¹⁾ 그 외에도 법인세와 주주에 대한 증여세의 이중과세 문제는 어떻게 처리하는 것이 타당한지, 이후 주주가 배당을 받을 때 발생하는 배당소득세 및 주주가 주식을 양도할 때 발생하는 양도소득세를 주주가 부담한 증여세와 중복되지 않도록 어떻게 조정할지의 문제도 검토대상으로 삼았다.

물론 이 부분 쟁점은 이 논문이 다루는 증여세 포괄주의의 과세형식의 문제와 직접 연결된 것은 아니다. 다만, 후자법인 판결 사안에서 발생한 논란은 근본적으로는 이러한 쟁점들이 해결되지 않은 상태에서 법인을 통한 간접증여에 대하여 포괄증여에 따른 과세가 이루어진 점에서 연유하였고, 현행 상증세법에서도 이중과세 문제가 완전히 해소되지는 못하였다. 또한 대법원은 법인에 증여 이후에도 주식가치가 0원일 때(순자산이 마이너스 상태의 법인으로서 증여 후에도 마이너스 상태가 유지되는 경우) 법인을 통한 간접증여에 대하여 증여세를 부과하는 것이 위법하다는 입장을 거듭 취한 바 있었는데, 현행 상증세법이 이를 증여의제로 규율하고 있음에도 논란이 마무리되었다고 보기 어렵다. 후자법인 증여의제 제도의 바람직한 개선방안과 아울러 법인과 주주에게 이중으로 과세하는 현행 제도와 달리 법인에 대하여 과세하지 않고 주주에 대한 직접 증여로만 취급하는 미국식 대안도 함께 모색해보면서 법인세법과 상증세법령의 구체적인 개정안도 제시해 보았다.

2. 하이브리드 증여에 대한 유형별 포괄주의의 적용과 관련하여

이렇게 후발적 재산가치 증가에 따른 이익을 증여세로 과세하는 규정은 증여세적 요소와 소득세적 요소가 뒤섞여있는 하이브리드 증여세인데, 이것은 두 가지 측면에서 통상적인 증여와는 성격을 달리한다. 우선 전형적인 ‘부의 무상이전’은 재산이나 이익이 상대방에게 ‘이전’ 됨으로써 주는 자의 재산이 줄고 받는 자의 재

11) 이 문제는 포괄증여 조항에 의한 과세가능성의 문제라기보다는, 법인을 통한 간접증여에 대한 과세표준의 계산방식에 관한 문제로 볼 수 있다. 물론 현행 상증세법 제45조의5에서 과세표준의 계산방식에 관하여 규정하고 있지만, 법이론의 차원에서 그 타당성을 검증해보려는 것이다.

산이 늘어난다는 제로섬(zerosome) 게임이 기본적인 양상이 된다. 그러나 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’에 해당하는 상증세법 제41조의 3(상장 이익의 증여) 중 주식을 유상으로 취득하는 경우와 제40조 제1항 제2호(행사형 전환사채 이익)의 경우에 주식을 취득하거나 전환사채를 인수하는 시점에는 거래가 시가로 이루어지므로 증여자에게 현재 손실을 주지 않으면서도 장래에 수증자에게 막대한 이익을 가져다줄 수도 있으므로 전통적 증여와 달리 반드시 제로섬 게임의 구조를 갖추고 있지 않다. 둘째, 전통적인 ‘부의 무상이전’은 이익을 주는 행위와 해당 이익에 대한 평가의 시점이 일치한다. 반면, 하이브리드 증여는 특정한 기여행위¹²⁾가 이루어진 후 사후적으로 재산가치가 증가되는 상황이므로, 기여행위의 시점과 해당 이익에 대한 평가의 시점이 불일치한다. 셋째, 하이브리드 증여는 부의 무상이전(증여세의 과세대상)과 사후적 가치변동(소득세의 과세대상)을 구별하기가 거의 불가능하다는 점 때문에 위 둘을 합하여 증여세를 과세하는 것이 낫다는 정책적 판단을 담고 있으므로, 10년을 단위로 하는 증여세의 합산과세에서 제외하여 따로 과세하고 있다(상증세법 제47조 제1항).¹³⁾

여기서 재산가치를 증가시키는 기여행위(예컨대, 당초 주식의 증여 등)가 있고 이후 재산가치가 증가하는 객관적 상황(예컨대, 주식이 상장되어 주가가 폭등함)이 뒤따랐을 때 당초의 기여행위 자체를 부의 무상이전행위인 ‘증여’로 바라볼 것인지에 관한 본질적인 질문이 뒤따르게 된다. 그렇게 볼 수 있다면 포괄증여 개념과 개별예시조항이 맺고 있는 관계를 규명해야 할 것이다. 그렇게 볼 수 없다면, 이것은 포괄증여 조항이 규정하고 있는 또 다른 증여개념인 ‘기여에 의한 타인의 재산가치의 증가¹⁴⁾’에 해당할 가능성이 높다. ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’라

12) 여기서 ‘기여행위’란 하이브리드 증여예시조항에서 수증자가 장래에 재산가치가 상승할 재산을 취득하는데 도움을 주는 일체의 행위를 의미한다. 예컨대, 상장이익에 관한 상증세법 제41조의3은 기존의 비상장주식을 증여하거나, 유상으로 매도하거나, 돈을 주어 제3자로부터 취득하게 하는 것이므로 기존 재산의 취득과 관련하여 가장 직접적인 형태의 기여행위로 볼 수 있고, 전환사채 등의 전환이익에 관한 상증세법 제40조 제1항 제2호는 장래 재산가치 상승이 예상되는 전환사채 등을 자신의 지분 비율보다 덜 받으면서 특수관계인이 더 받게 하는 것이므로 ‘재산가치 상승의 기회’를 이전하는 형태의 기여행위가 있다고 볼 수 있다. 재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익에 관한 제42조의3은 기존 재산의 증여라는 직접적인 형태의 기여행위도 있지만(제1항 제1호), 특수관계인으로부터 차입한 자금이나 특수관계인의 재산을 담보로 차입한 자금으로 기존 재산을 취득하도록 하는 식의 보다 간접적인 형태의 기여행위도 있으며(제1항 제3호), 공표되지 않는 내부정보를 제공받아 그 정보와 관련된 재산을 유상으로 취득하는 경우(제1항 제2호)와 같이 무형적인 형태의 기여행위도 포함하고 있다. 하이브리드 증여예시조항의 구조와 기여행위의 종류에 관하여는 제3장 제1절 1.2.를 참조.

13) 이창희, 「세법강의」, 박영사, 2021., 1201면.

14) 구 상증세법 제2조 제3항에서 규정된 표현이다. 현행 상증세법 제2조 제6호는 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라고 표현을 수정하였으나, 부의 무상 이전 이외의 방식으로 타인의 재산가치를

는 또 다른 포괄적 개념만으로 하이브리드 증여예시조항에 해당하지 않는 사안에서도 증여세를 과세할 수 있는지가 문제될 것이다. 더불어 상장차익 판결과 신주인수권 판결의 사안분석을 통하여 개별예시조항 중 상증세법 제41조의3, 제40조의 입법 취지나 과세요건을 밝혀나가는 작업도 병행하겠다. 나아가 하이브리드 증여세 중 가장 포괄적이고 원형적인 형태를 가지고 있는 상증세법 제42조의3(재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)의 과세요건과 핵심적 징표에 관하여 판례나 조세심판원 등 사례를 통하여 밝히는 작업을 수행하기로 한다.

한편 2015년 대폭적으로 개정된 상증세법은 하이브리드 증여세를 아우르는 증여 개념을 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’으로 범주화하고(제2조 제6호), 이때의 증여재산을 ‘재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’으로 정의하면서(제4조 제1항 제3호) ‘부의 무상이전’이라는 원래의 포괄증여 개념과는 구별하여 취급하고 있다. 위 개정법에서는 이러한 포괄적 증여 개념 외에도 ‘증여세 과세대상에 각 증여예시 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익’을 과세대상에 추가하였는데(제4조 제1항 제6호), 이는 유형별 포괄주의 규정으로 볼 수 있다. 만약 하이브리드 증여세에서는 포괄증여 조항에 따른 과세가 논리적·현실적으로 어렵다는 가정이 옳다면¹⁵⁾ 유형별 포괄규정에 따른 과세 여부가 향후 중심적인 쟁점이 될 것으로 예상해본다. 따라서 상장차익 판결이 개별예시조항에 해당하지 아니하면 사실상 포괄증여 조항의 적용을 부인하고 있음에도 불구하고, 각 증여예시 규정이 담고 있는 ‘본질’이나 ‘핵심’에 관한 논의는 향후 개정 상증세법에서 유형별 포괄주의가 문제될 경우 상당 부분 실용적인 기능을 담당할 수 있을 것이라 기대해본다.

그렇다면 하이브리드 증여의 핵심적 요소는 과연 무엇일까? 이 글에서는 ‘기존 증여의 사후정산’이라는 관점과 ‘장래 재산가치 상승 기회의 이전’이라는 관념을 중심으로 검토해보려고 한다. 장래기회의 ‘이전’에서도 포괄증여에서 이익의 ‘이전’과 마찬가지로 증여자가 자신이 누릴 수 있는 기회를 소극적으로 포기하여 수증자로 하여금 취득하게 하는 ‘사실상 이전’의 경우도 물론 포함된다고 할 수 있다. 이 부분 논의에서는 상장이익에 관한 사례를 ① 당초 주식의 취득방식(주식

증가시키는 행위를 ‘기여행위’로 부를 수밖에 없다면, 결국 같은 개념으로 보아야 할 것이다.
15) 이에 관하여는 제3장 제2절 II.에서 보게 될 것이다.

자체의 증여/자금의 증여/주식의 유상취득), ② 실권주의 발생여부, ③ 신주인수대금의 증여 여부에 따른 조합을 구성하여 각 사안별로 ‘기존 증여의 사후정산적 요소’와 ‘장래기회의 이전 요소’의 범위를 가늠해보고, 양자 중에 무엇을 가장 핵심적인 요소로 보아야 할지에 관하여 검토해보기로 한다. 이를 토대로 상장차익 판결이나 신주인수권 판결 사안에서 유형별 포괄주의를 적용하였을 경우, 대법원과는 다른 가상적 결론도 제시해보았다.

결론부터 제시하자면, 이 글은 상장차익 판결이나 신주인수권 판결 사안에서 대법원이 포괄증여 조항 자체만으로는 과세할 수 없다고 본 결론이나 전제에는 찬성한다.¹⁶⁾ 다만, 필자는 대법원이 흑자법인 판결 법리를 적용하여 과세불가의 결론을 내린 것은 온당하지 않고, 향후 하이브리드 증여는 흑자법인 판결 법리의 적용영역이 아니라 개정 상증세법에서 신설된 유형별 포괄주의에 따라 처리되어야 하고, 그럴 경우에는 상장차익 판결이나 신주인수권 판결 사안 모두에서 과세가 가능하다고 보는 것은 기존 판례가 취하고 있는 결론과 다른 지점이다.

이상과 같이 현행 증여세 포괄주의의 과세체계는 단순한 형태의 부의 무상이전에 대하여는 ‘완전포괄주의’가 적용되고, 기여에 의한 재산가치의 증가¹⁷⁾를 규율하는 하이브리드 증여에 관하여는 ‘유형별 포괄주의’가 적용되며, 증여의제규정은 (당연하게도) 개별적 과세근거가 있어야 한다는 형식상의 한계를 가지게 된다는 체계를 구상해보았다.

3. 이 글의 주요 구성부분 사이 상호연관성

이 글은 크게 보면 제2장에서 ❶ 포괄증여의 개념과 그에 따른 완전포괄주의의 적용 문제, ❷ 법인을 통하여 주주에게 간접증여를 할 경우 이를 증여의제로 취급하는 현행 상증세법 아래에서 이중과세의 조정 문제 및 법인에 대한 과세 없이 ‘주주에 대한 증여 + 출자’로 구성하는 대안적인 방식의 모색을 다루고 있고, 제

16) 상장차익 판결은 포괄증여 조항이 적용될 수 없음을 명시적으로 판단하였으나, 신주인수권 판결은 과세관청이 포괄증여 조항을 과세의 직접적 근거조항으로 제시하지 아니하여 명시적으로 판단된 바는 없다. 그러나 후자의 경우에서도 포괄증여 조항이 직접적으로 적용될 수 없다는 점은 당연한 전제로 하여 구 상증세법 제2조 제4항(실질과세원칙에 따른 거래의 재구성 조항)의 적용 문제를 다루었다.

17) 현행 상증세법 제4조 제3호의 표현을 따르자면 ‘재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’이다.

3장에서 ③ 하이브리드 증여와 그에 따른 유형별 포괄주의의 적용 문제를 다루고 있다.

①, ②, ③의 각 구성 부분은 어떻게 보면 그 자체가 병렬적으로 존재하는 논점이라고 말할 수도 있다. 다만 ①이 전통적 형태의 부의 무상이전에 대하여 ‘원칙에 기반하여’ (principled based) 그 개념 범위 내에 들어오는 것들을 가급적 과세하려는 가장 원론적인 문제를 다루려는 것이라면, ②는 ①의 원칙에 입각한 방식만으로는 증여이익의 과다 산정 문제, 다른 세목과 이중과세 문제 등이 해결되지 아니하므로 이를 다른 과세체계와의 관계에서 조정하거나 아예 법인격을 꿰뚫는 방식을 제안하는 것이고, ③은 전통적 증여를 다루는 ①과 다른 형태의 과세원리에 입각하고 있는 하이브리드 증여에 대하여 ‘유형별 포괄주의’ 라는 대체적인 과세원리를 세우려는 논의이다. 따라서 이 글은 전반적으로 포괄증여 개념과 한계를 다루면서 완전포괄주의라는 1차적 원리를 서술하고, 후자법인 증여의제와 하이브리드 증여에서는 완전포괄주의로부터 수정된 원리나 체계를 묶어서 서술하고 있다고 보아도 무방할 것이다.

제2절 연구의 방법과 선행연구의 개관

I. 연구 방법

이 글의 주된 목적은 증여세 포괄주의에 관하여 기존의 논문이 전개해온 추상적인 담론의 반복을 지양하고, 조세소송실무에서 발생하는 구체적 사건들에서 이를 해결할 수 있는 유용한 기준을 제시하려는 것이다. 소송상의 법률상 쟁점은 결국 특정한 조항에 대한 질문을 던지는 것이고 법원의 판단은 그 질문에 대한 답을 담고 있다. 일단 기존 문헌에서 다루어지고 있거나 최근 선고된 대법원 판례 사안들을 중심으로 최대한 많은 사례를 다루고자 하였다. 대법원 판례가 없는 사안들은 하급심 판례, 하급심 판례가 없을 때에는 조세심판원 사례를 검토함으로써 우선 실무에서 어떠한 사항들이 문제가 되고 있는지, 그에 대한 법원 등의 판단 내용이 어떠한지를 확인해보았다. 사안을 다룰 때에는 논의에 필요한 범위에서만 사안을 압축하거나 단순화하여 독자의 이해를 도모하되, 중요한 판단 내용은 가급적 원문을 그대로 사용하여 필자의 주관에 개입되는 것을 최소화하려고 하였다.

한편 소송실무의 문제를 해결하기 위하여 법원의 판결을 찾아보고 확인하는 것만이 전부일 수는 없다. 법원의 판결이라는 것은 결국 특정한 사안에서 어떠한 결론이 보다 정의롭거나 공평하다는 재판부의 판단인 것인데, 그 사안 바깥의 다양한 문제에 대하여 법원은 말하여 주지 않는다. 심지어 판단이 존재하는 영역에 있어서도 법원의 판단 근거가 충분한 검토나 논증 과정을 수반하고 있다고 보기 어려운 경우, 하급심 법원의 개별적인 판단이 서로 배치되는 경우, 대법원 판결이 존재하나 판결들 사이에 일관된 원칙이나 기준을 찾기 어려운 경우, 입법부(기획재정부를 포함한 정부 포함)가 대법원의 판단 자체를 뒤집어 새로운 법률을 만드는 경우 등 다양한 상황이 발생할 수 있다.

이러한 경우 단순히 법률조항의 문언해석과 판례만을 가지고 사안을 해결할 수는 없다. 그리하여 관련된 연구문헌이나, 소송당사자의 주장서면 등을 통하여 A 결론 또는 B 결론 사이에 그것을 지지하는 논거들을 생각해보고 무엇이 보다 설득력이

있는지를 판가름해야 한다. 물론 특정한 쟁점에 대하여 상반된 논쟁이 펼쳐지고 ‘나는 어떠한 이유로 A를 지지하고 B를 반대한다’고 주장을 개진할 수는 있다. 그러나 그 논거들이 각자에게 유리한 지극히 당연한 ‘수사’(rhetoric)를 나열하는데 그친다면, 그것은 문제해결에 도움을 주지 못한다. 예컨대 증여세 완전포괄주의에 대한 논쟁을 펼치면서 조세법률주의, 납세자의 예측가능성에 어긋나므로 위헌이라고 주장하는 견해와 우리 사회에서 조세공평이 더 중요한 가치이므로 ‘부의 무상이전’이 있으면 무조건 과세할 수 있다고 주장하는 견해는 마치 진보와 보수의 양 진영에서 서로의 가치를 역설하면서 상대방을 비난하는 정치적 구호만큼이나 공허할 수 있다.

특히 증여세 포괄주의, 소득과세 우선원칙, 이중과세금지원칙 등 거대한 담론의 성격을 가지는 주제들은 하나의 명제만으로 해결되는 것이 아니라 그것을 구성하는 여러 법률조항과 그와 관련된 해석론 및 판례나 유권해석 등으로 매우 촘촘하게 짜인 틀, 구조, 체계 등을 가지고 있고, 그와 상반되는 다른 체계와 일정한 영역에서 교차하게 된다. 위와 같은 착종(錯綜)하는 체계의 틈바구니 속에서 무작위적으로 발생하는 사건들을 해결해야 하는 것이므로, 현재의 체계 자체를 정확하게 인식하는 것이 거대한 주제와 관련된 실제 사례를 해결하는 데 있어서 선행되어야 한다고 생각한다.

본인의 사유(思惟)를 통해서든, 다른 사람의 평석이나 연구논문을 통해서든, 위와 같은 체계를 인식하기 위해서는 세법의 개별 조항들 사이에서 비슷한 것들을 묶어내고, 다른 성격을 가진 것들을 분리해내는 유형화의 작업이 필요하다고 생각하였다. 아울러 이러한 유형화를 위해서 가급적 단순화된 모델사례를 고안하여 우리가 어떠한 해석론을 취할 때 실제 발생하는 효과가 어떠한 것인지를 검증하는 수단을 사용하기도 하였다(예컨대, 하이브리드 증여세에서 유형별 포괄주의를 적용하기 위한 예시 사안, 법인을 통한 간접증여 시 세부담 효과에 관한 사례들).

다른 한편으로 거대한 체계를 이해하고 서술하는데 있어서 그림이나 도표의 중요성은 강조할만하다. 추상적인 담론일수록 언어만을 통해서 설명하는 것은 어렵기 때문에 최대한 시각화된 형상으로 표현하기 위하여 노력하였다. 포괄증여 개념 과세체계도(그림 7), 하이브리드 증여 과세체계도(그림 8), 하이브리드 증여세의 사후정산모형(그림 4), 장래기획 이전모형(그림 5) 등이 그러하다.

이와 같이 이 글은 증여세를 둘러싼 거대한 세법체계에서 증여세의 완전포괄주의

와 유형별 포괄주의의 두 가지 체계를 가급적 시각화하여 직관적으로 이해할 수 있는 설명을 제공하는 것에 주안점을 두었고, 그 과정에서 각 체계를 추상화하고 관념화하는 작업을 진행하였다. 이러한 과정에서 도출되는 결론이나 사상(思想)은 단순히 필자의 머릿속에서 나온 생각에 불과할 뿐, 그것이 다른 법률적, 이론적 논거에 의하여 뒷받침되는 것은 아니라는 비판도 충분히 제기할 수 있다. 그러나 법률이나 제도란 우리의 경험적인 인식의 대상도 아니고, 자연적으로 존재하지 않는 것들이다. 모두 물리적 실체가 뒷받침되지 않은 채 인간의 상상력에 기초하여 거대한 허구를 만들고 그 허구가 실제로 존재한다고 믿는 데서 출발한다.¹⁸⁾ 우리가 당연한 것으로 전제하고 있는 ‘법인’이란 제도가 그렇고, ‘국가’가 그렇고, ‘소유’나 ‘공유’나 하는 개념도 그러하다. 이 글은 결국 우리의 세법이 설정하고 있는 여러 가지 제도를 하나로 묶어 거대한 가상의 관념을 일정한 체계로 정리해보고, 이를 보다 이해하기 쉽게 시각적인 방법으로 설명하며, 그렇게 인식된 전체적인 체계 내에서 구체적인 사안의 해결을 도모하려는 것이다.

이러한 수단을 통하여 일정한 체계가 인식되고 그에 따라 개별적인 법률조항에 대한 나름대로의 해석론이 마련되면, 이를 다시 개별적인 사안에 적용하면서 그 해석론을 보다 구체화하는 과정을 거치도록 하였다. 여기서 사례는 주로 대법원 판결사안(경우에 따라서는 하급심판결 및 조세심판원 사례 포함)을 중심으로 쟁점을 이해하는데 필요한 범위에서 최대한 상세하게 사실관계를 제시하고 그에 대한 판단과정을 정밀하게 분석하고자 노력하였다. 판례 법리의 유효범위와 함의를 파악하기 위해서는 해당 사실관계에 대한 충분한 이해가 전제되어야 한다고 보았기 때문이다. 위와 같이 ‘사례를 통한 문제점의 인식 → 축적된 사례를 유형화하고 분석하여 일정한 체계를 인식하는 과정 → 인식된 체계를 통하여 개별적인 해석론 내지

18) 유발 하라리, 『사피엔스』, 김영사, 조현욱 옮김, 2015., 55-58면에서는 “푸조라는 회사는 우리의 집단적 상상력이 만들어낸 허상이다. 이것은 손으로 가리킬 수 없다. 물리적 실체가 존재하지 않기 때문이다. 하지만 법적 실체로서는 존재한다. 당신이나 나나 마찬가지로 이 회사는 그것이 운영되는 국가의 법에 제약된다. 은행계좌를 열고 자산을 소유할 수 있다. 세금을 내고 소송의 대상이 되며, 심지어 회사를 소유하거나 거기서 일하는 사람과 별개로 기소될 수도 있다. 푸조는 ‘유한책임 회사’라는 특별한 법적 허구의 산물이다. 이런 회사의 이면에는 인류의 가장 독창적인 발명으로 꼽히는 개념이 존재한다. [...] 그 방식은 역사를 통틀어 사제와 마술사가 신과 악마를 창조해낸 방식과 비슷했다. [...] 그 모두가 사람들에게 이야기를 들려주는 것 그리고 그 이야기를 믿게 만드는 것을 중심으로 돌아가는 활동들이다. [...] 신성한 복장을 한 카톨릭 신부가 적절한 순간에 엄숙하게 말을 하면 평범한 빵과 포도주가 신의 살과 피로 바뀐다. [...] 프랑스 의원들에 따르면, 자격 있는 변호사가 적절한 전례와 성찬식을 모두 따른 후 모든 필수 주문과 맹세를 멋지게 장식된 종이에 써놓고 문서의 맨 아래에 멋지게 서명을 날인하면, 그러고서 야릇한 주문을 외우면, 짠! 새로운 회사가 하나 탄생한다”고 서술하고 있다.

입법론을 제시 → 이러한 해석을 개별적인 사례에 다시 적용하는 과정’의 순서로 연구하고자 노력하였다.¹⁹⁾

법의 인식은 대개 추상적인 법리나 개념을 가설적으로 세워놓고, 개별적인 사안에서 그 법리의 적용을 고민하는 과정에서 당초 설정해둔 추상적인 법리나 개념을 옳은 것인지 검증하여 볼 때 그 법리는 비로소 구체성을 획득하여 현실의 사안을 제대로 규율해내는 ‘살아있는’ 법이 될 수 있다. 역으로 추상적인 법리가 확립되어 있으면 개별적인 사안도 그러한 분석틀 내에서 요건사실이 구성될 수밖에 없다. 이와 같이 추상적인 법리와 개별적인 사안은 늘 상호작용하면서 서로 영향을 주는 관계라고 볼 수 있다. 이러한 점을 고려하여 이 글은 대체로 각 절별로 앞부분에서 일반론적인 논의를 전개한 이후 ‘개별적인 사례의 검토’를 곁들이는 구조²⁰⁾를 취함으로써 앞에서 본 일반적인 법리가 현실의 사안에서 구체적으로 작동하는 모습을 보여주기 위하여 노력하였다.

마지막으로, 이 글은 포괄증여 개념을 분석하는 과정에서 주로 미국의 세법과 판례를 필요한 범위 내에서 활용하였다. 증여세는 개별 국가의 역사적 진행에 따라 그 나라 국민들이 가지고 있는 고유한 ‘공평’에 대한 인식이나 관념과 연결되어 있으므로, 외국의 입법례나 해석례가 우리 세법의 해석에 반드시 도움이 된다고 보기는 어렵다. 다만, 우리나라의 증여세 포괄주의가 채택되는 과정에서는 미국의 포괄주의 세제가 상당한 참고가 되었던 것으로 보이고,²¹⁾ 포괄적 증여 개념에 관하여 연구되어있는 우리의 문헌이나 판례 등이 부족한 실정인데, 미국의 세제가 언어적 용이성이나 자료의 접근가능성에서 비교적 유리하다고 보았기 때문이다.

II. 선행 연구의 개관

19) 제3장의 하이브리드 증여세에서 상장차익 판결, 신주인수권 판결 사안을 통하여 문제점을 인식하고, 하이브리드 증여의 개념요소를 ‘기존 증여의 사후정산’ 내지 ‘장래 재산가치 상승의 기회이전’으로 상정해본 후, 다양한 경우의 수를 조합한 예시사례를 통해 각 개념요소가 어떻게 작동하는지를 검증해보았고, 다시 두 개의 판결 사안으로 되돌아가 유형별 포괄주의에 따라 과세할 수 있는지에 대한 결론을 제시하는 순서로 논의를 전개한 것은 본문이 제시한 전개과정의 예라고 볼 수 있다.

20) 예컨대, 제3장 제3절 II.에서는 하이브리드 증여세의 개념요소를 설명하였고, 같은 절 III.과 VI.에서 상장차익 판결 사안과 전환사채 이익 판결 사안 및 기타 사례를 곁들이 분석하고 있다.

21) 이에 관하여는 성낙인, 박정훈, 이창희(이하 ‘성낙인 외 2인’), “상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구”, 「서울대학교 법학」, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003., 248-262면 참조.

1. 선행 연구 검토의 범위

증여세의 과세한계에 관한 사례와 이론적 논의를 찾아보기 위하여 우선 증여세 포괄주의에 대한 깊이 있는 논의를 하고 있는 연구보고서²²⁾를 중심으로 살펴보았다. 2차적으로는 2004년부터 2021년 6월 현재까지의 ‘완전포괄주의’, ‘포괄증여’, ‘제2조 제3항’, ‘이중과세’, ‘후자법인’, ‘간접증여’, ‘기여에 의한 재산가치증가’, ‘재산취득 후 재산가치 증가’, ‘상장이익’, ‘전환사채등 이익’, ‘41조의 3’, ‘42조의 3’ 등을 키워드로 하여 ‘국회도서관 DB’, ‘학술연구정보서비스(Riss)’, ‘DBpia’, ‘Kiss’ 등 국내 학술DB를 통하여 검색하였다. 아울러 검색의 대상은 아니었으나, 기존에 열독한 논문에 소개되어 있는 다른 논문도 찾아볼 가치가 있다면 판단되면 검토의 대상으로 삼아 횡적으로 연구 범위를 확장하기 위해서 노력하였다.

이 글의 대상은 증여세의 과세 한계를 이루는 대원칙들에 관한 것일 뿐이므로, 개별예시조항을 직접적으로 다룬 논문은 가급적 선행 연구로 참고하지 아니하였다. 다만 개별예시조항을 다루고 있더라도 증여세 포괄주의나 이중과세금지와 일정한 관련성을 가지고 있는 경우에는 해당 부분만을 발췌하여 연구에 포함시키기도 하였다. 또한 완전포괄주의의 도입에 관한 찬반론이나 완전포괄주의 규정을 독자적 과세근거로 할 수 있는지에 관하여는 굉장히 많은 논문들이 있으나, 이제는 연혁적인 설명 이상의 가치를 갖기는 어렵고, 논의의 중복을 피하기 위하여 최소한으로만 검토하였다. 학위 논문과 관련하여 법학석사 학위논문은 가급적 참고 대상에서 제외하였으나, 관련된 선행연구가 매우 적은 분야(예컨대, 하이브리드 증여세)에서는 해당 주제를 직접적으로 다룬 석사논문은 참조하기도 하였다.

2. 선행 연구의 주요 쟁점

(1) 완전포괄주의와 관련된 쟁점

22) 대표적으로, 성낙인 외 2인, 전계논문, 163-364면.

1) 완전포괄주의 도입 자체에 대한 찬반론 (조세정책적 측면, 합헌성 측면)

증여세 완전포괄주의가 도입된 2003년 이후부터 활발한 연구대상이 되었다. 증여세 완전포괄주의 도입의 단서가 된 성낙인·박정훈·이창희(2003, 이하 ‘성낙인 외 2인’)의 연구가 대표적이다. 위 글은 기존에 포괄적 증여세 과세가 번번히 좌절하게 된 과거의 입법과 법원 판례의 역사를 조명하고, 미국 등 주요국가의 해외입법과 판례를 살펴보면서 증여세 완전포괄주의를 도입하는 것이 우리의 헌법체계상 입법재량의 범위 내에 있음을 역설하였다. 그리하여 포괄증여 조항을 고안하고, 증여세 과세가액에 관한 조문을 구체적으로 정비하여 제시하였다. 증여세 완전포괄주의가 우리나라에서 채택되는 과정에서 가장 기본적인 이론적·실무적 토대를 제공하였고, 실제 입법과정에도 많은 영향을 준 논문이다.

한편 최명근(2006²³)의 연구는 증여세 완전포괄주의 규정은 과세권 남용과 경제활동상의 예측가능성을 침해하므로 기존의 증여세 열거주의로 복귀하자고 주장한 반대론이고, 유사한 입장으로 이전오(2004년²⁴), 강인애(2006년²⁵)의 연구도 있다. 이들은 대부분 조세법률주의와 관련하여 문제제기를 하는 입장이다. 반면 성낙인 외 2인(2003)은 조세법률주의 하부 원칙인 ‘과세요건 명확주의’와 관련하여 현행 상증세법상 증여예시 규정은 세법 전문가조차 내용을 파악하기 어려울 만큼 복잡하며, 이러한 복잡성은 오히려 납세의무자와의 관계에서 과세요건 명확주의에 해가 된다고 하였다.

2) 완전포괄주의 규정을 독자적 근거로 증여세 과세가 가능한지 여부(완전포괄주의와 증여예시규정의 관계 포함)

박훈(2012)²⁶은 완전포괄주의의 입법취지상 포괄주의 규정만으로 증여세 과세근거가 될 수 있다고 보았다. 다만 납세자의 예측가능성을 위해, 증여세를 부과하기 위해서는 ① 개별예시조항을 우선적으로 검토하고, ② 증여예시규정의 증여세 과세근거와 증여재산가액 계산은 동일한 규정을 적용해야 하며, ③ 마지막으로 증여재산

23) 최명근, “상속과세제도의 합리적 개편방안”, 「한국경제연구원 Issue Paper」 11호, 한국경제연구원, 2006., 101-142면.

24) 이전오, “증여세 완전포괄주의 규정의 문제점”, 「조세연구」 4집, 한국조세연구포럼, 세경사, 2004., 445-478면.

25) 강인애, “증여세 완전포괄주의 과세제도의 도입과 증여의 포괄적 개념”, 「계간 세무사」, 24권 2호, 한국세무사회, 2006., 83-99면.

26) 박훈, “조세불복사례에 나타난 상속세 및 증여세법 제2조 제3항의 의의”, 「조세법연구」 18권 2호, 한국세법학회, 세경사, 2012.

가액 계산의 근거를 명확하게 하기 위해 증여재산가액 계산의 일반규정을 신설할 것을 주장하였다. 위 ③은 실제 2015. 12. 15. 상증세법 개정 시 반영되기도 하였다. 반면 이준봉(2014)²⁷⁾은 구 상증세법 제2조 제3항은 독자적인 과세근거 규정이 될 수 없고, 달리 보더라도 그 증여가액을 계산할 수 있는 규정이 있거나 합리적으로 준용할 수 있는 경우에만 위 조항에 근거하여 과세할 수 있다고 보았다.

한편 증여세 완전포괄주의와 증여예시규정과 관계에 관하여는 박요찬(2011)²⁸⁾은 기존의 증여예시규정과 완전포괄주의 규정이 병존함으로써 야기되는 문제점을 날카롭게 지적한 바 있다. 이 글은 개별예시조항이 정하고 있는 특별 과세요건을 충족시키지 못하는 거래·행위에 대해서는 구 상증세법 제2조 제3항에도 불구하고 증여세를 과세할 수 없다고 주장하면서, 증여예시규정은 예시에 그치지 아니하고 과세대상 거래·행위의 범위를 제한하는 작용도 하기 때문이라고 설명하였다. 사실상 후자법인 판결²⁹⁾의 논리적 근거를 제시한 논문으로 이해된다. 후자법인에 관한 대법원 판결이 선고되기 전에 후자법인 증여 시 주주에 대한 증여세 과세가 가능한지에 관한 개별적 논의로서 과세를 긍정하는 견해로 박훈(2013³⁰⁾), 유철형(2012³¹⁾)이 있었고, 부정하는 견해로 앞서 본 이준봉(2014), 박요찬(2011)이 있었다. 후자법인 판결이 선고된 이후 위 판결의 결론에 반대하는 입장으로 이창희 외 2인(2015³²⁾), 유철형(2016년³³⁾)과 찬성하는 입장으로 강남규(2015³⁴⁾), 이진오(2020³⁵⁾)를 들 수 있다. 특히 이진오(2020)는 후자법인 판결 이후 개별예시조항과 포괄증여 조항의 관계에

27) 이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 「조세법연구」 20권 2호, 한국세법학회, 세경사, 2014., 362-367면.

28) 박요찬, “상속세 및 증여세법의 완전포괄증여규정과 개별예시규정을 중심으로 한 해석론”, 「조세법연구」 17권 1호, 한국세법학회, 세경사, 2011., 217-274면.

29) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결 : 위 판결 중 아래 부분이 특히 그러하다. “개별 가액산정규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 개별 가액산정규정에서 규율하고 있는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세범위에서 제외된 거래·행위가 구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항의 증여의 개념에 들어맞더라도 그에 대한 증여세를 과세할 수 없다.”

30) 박훈, “조세회피방지를 위한 증여세 완전포괄주의 적용의 의의와 한계”, 「사법」 25호, 사법발전재단, 2013.

31) 유철형, “후자법인에 대한 증여시 주주에 대한 증여세 과세 여부”, 「조세법연구」 18권 3호, 한국세법학회, 2012.

32) 이창희·김석환·양한희(이하 ‘이창희 외 2인’), “증여세 완전포괄주의와 후자 영리법인을 이용한 간접 증여”, 「조세법연구」 21권 3호, 한국세법학회, 2015.

33) 유철형, “상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석”, 「조세연구」 16권 3집, 한국조세연구포럼, 2016.9.

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

35) 이진오, “증여세 완전포괄주의의 현상과 전망-대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결을 중심으로-”, 「조세법연구」 26권 2호, 한국세법학회, 2020.

대하여 개별규정 중에 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 없는 규정은 거의 없어 보인다면서, 위 판결은 증여세 완전포괄주의에 대하여 ‘조종’ (弔鐘)을 울린 것이라 평가하기도 하였다.³⁶⁾ 이것은 개별 가액계산규정이 규율하는 거래·행위 중 그 적용요건을 갖춘 것은 과세대상이고 그 적용요건을 갖추지 못한 것은 과세제외대상으로 보는 입장(2분설)에 가까운 것이다. 이와 달리 김석환(2020³⁷⁾)은 개별 가액계산규정이 규율하는 거래·행위 중 그 적용요건을 갖춘 것은 과세대상이고, 그 적용요건을 갖추지 못한 것은 다시 과세대상과 과세제외대상으로 구분된다는 3분설을 지지한다.

3) 기타 증여세 완전포괄주의 전반을 종합적으로 연구한 문헌

김동수의 박사학위 논문(2016³⁸⁾)은 증여세 완전포괄주의의 문제 영역을 ① 증여의 실질을 갖추었으나 증여예시규정이 부존재하는 영역과 ② 증여의 실질이 없으나 예시규정이 존재하는 영역을 구분하였다. 위 논문은 증여세 부과대상 범위가 점점 넓어지면서 소득과세우선원칙과의 충돌이 점점 늘어나고 있고, 각 세법 간의 경계가 모호해지거나 체계가 무너지고, 증여의 성격이 없는 거래까지 과세되는 등 부작용이 발생한 점 등을 이유로 증여세 완전포괄주의 도입은 성공보다는 실패에 가깝다고 결론을 내렸다.

김수의 박사학위 논문(2019³⁹⁾)은 후자법인 판결 이후 완전포괄주의의 실효성이 떨어졌다는 문제점을 인식하고 그 실효성 제고를 위하여 몇 가지 개선방안을 제안하고 있는데, 대표적으로 과세의 사각지대 및 법해석의 모호성을 개선하기 위하여 개별예시조항의 상위단계에서 각 유형별 일반조항의 도입이 필요하다고 주장하였고, 증여재산가액 계산의 일반원칙에 있어서 실질적인 증여액을 반영한 가액계산이 필요하다고 주장하면서, 그 예로 상속세법 제31조에서 ‘통상적인 가치상승분’을 증여재산가액에서 공제하는 점에 대응하여 ‘통상적인 가치하락분’은 증여재산가액에 가산하여 실질적 증여액에 접근하여야 한다고 보았다.

4) 후자법인 증여에 관한 연구

36) 이진오, 전계논문, 200-201면.

37) 김석환, “증여세 완전포괄주의의 어제, 오늘 그리고 내일-상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호의 적용범위와 관련-”, 『법학논총』 37집 2호, 한양대학교 법학연구소, 2020. 153면.

38) 김동수, “증여세 완전포괄주의 시행에 따른 문제점 분석 및 개선방안 연구”, 가천대학교 대학원, 박사학위 논문, 2016. 8.

39) 김수, “상속세 및 증여세법상 완전포괄주의 과세제도에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위 논문, 2019.

이창희 외 2인(2015년)⁴⁰⁾은 구 상증세법 제41조는 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중인 법인을 이용한 간접증여만을 대상으로 하고 있을 뿐, ‘특정법인’이 아닌 법인을 통한 간접증여는 제41조의 적용범위에 들어가지 않고 제2조 제3항에 포섭되는 증여라는 이유로 독자법인 판결에 대하여 비판적인 입장을 취하였다. 2014년 개정 상증세법은 독자법인에 대한 증여를 과세한다는 점을 명시하고 있으나, 주주에게 재산을 직접 증여하는 경우와 비교할 때 한결 세부담이 높다는 문제점은 남아 있으므로, 부과하는 증여세액의 상한을 정하는 조문을 두고, 이 상한액을 계산할 때 이미 부담한 법인세를 차감하는 세액공제방식의 제도개선안을 제시하였다(실제 개정 법도 같은 방식으로 이루어졌다).

김재승(2017년⁴⁰⁾)은 상증세법 제45조의5(특정법인과 거래를 통한 이익의 증여의 제)는 수증자에게 증여이익이 없는 경우(예컨대 증여 후에도 주식가치가 여전히 음수인 경우)에도 과세할 수 있다는 문제점을 지적하면서 그럼에도 불구하고 증여세를 과세하려면 어떤 목적이나 필요가 있어야 하는데, 명의신탁 증여의제 규정에 대한 헌법재판소의 판례를 분석하면서, 본 조항이 헌법에 합치하지 못한다는 주장을 제기하였다.

윤지현(2018년⁴¹⁾)은 세법이론의 시각에서 볼 때 법인에 발생한 소득에는 법인의 소득에 대한 법인세를 물리고 이로 인하여 주주가 얻은 이익은 그것이 배당되거나 주식이 양도되었을 때 비로소 과세되는 것이라는 이유로 법인을 통한 간접증여에 대하여 포괄적 증여세를 과세하는 것에 대하여 이론적으로 반대 입장을 취하고 있다.

안세준(2020년⁴²⁾)은父가子에게 증여할 의도로子가 주주인 법인에 현금 등을 증여하는 경우 우리나라는 자산수증이익에 대하여 법인세를 과세한 후 주주에 대하여 다시 증여세를 과세하고 있는 반면, 미국은 법인세를 과세하지 않고 주주가 직접 증자금을 증여받았다고 보고 증여세만 과세하는 근본적인 차이를 서술하면서, 우리도 미국식으로 주주에 대한 증여세만을 과세하는 방식으로 개정을 제안하였다. 또한 2019년 법개정으로 종전에는 증여이익에서 법인세를 비용공제(deduct)하던 것을

40) 김재승, “상속세 및 증여세법 제45조의 5의 문제점 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 163호, 한국법학원, 2017. 2.

41) 윤지현, “증여세 완전포괄주의는 얼마나 ‘완전포괄적’일 수 있는가?-증여 개념을 포괄적으로 정의하는 ‘방식’에 관한 생각”, 「법학에서 위험한 생각들」, 법문사, 2018.

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

법인세를 세액공제(credit)하게 되어 법인세와 이중과세 문제는 해소되었으나, 영리 법인에 증여된 이익을 주주에게 분배하면 배당소득세가 과세되어 주주에게 직접 증여한 경우에 비하여 여전히 세 부담이 무거운 점을 지적하고 있다.

(2) 하이브리드 증여와 관련된 쟁점

우선 하이브리드 증여세 중 구 상증세법 제42조 제4항(타인의 기여에 의한 재산 가치 증가규정)의 헌법적합성이나 입법론적 타당성을 다룬 연구가 존재하였다. 한국 조세연구포럼(2010⁴³)은 구 상증세법 제42조 제4항은 최초 증여가 있는 후 새로운 미실현 가치 상승에 대하여 납세의무가 성립하지 않았음에도 과세하는 결과가 발생하는데, 이는 증여세가 시점과세임에도 불구하고 기간과세로 과세하는 문제점이 있다고 보았다. 박요찬(2007⁴⁴)은 타인의 기여에 의한 증여규정에 대하여 과세요건에서 정한 기간을 벗어난 기여(예컨대 재산가치 증가가 5년 이후에 발생한 경우)에 대하여는 과세를 하지 않는 것과 비교할 때, 자의적인 차별에 해당하는 것이고, 수증자 스스로 재산가치 상승에 기여한 경우 중 금전적으로 평가할 수 있는 기여인지 여부에 따라 기여가치의 평가를 달리함으로써 증여재산 가액 평가의 자의적인 차별 취급을 하고 있으며, 과세방법적인 측면에서도 형식적으로는 후발적 사건을 계기로 하는 과세이지만, 그 본질은 미실현이익에 대한 과세로서 다른 세법 체계와 비교하였을 때 자의적인 차별에 해당하는 것으로 평등원칙에 어긋난다고 보았다. 이러한 비판적 지적은 상당 부분 경청할만 것이지만, 하이브리드 증여세가 우리 세법 체계 내에서 이미 정착하여 운용되고 있는 이상, 제도 자체의 문제점을 보완할 수 있는 해석론을 고안하는 것이 더 중요한 일이 될 것이다.

이중교(2019⁴⁵)는 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치의 증가에 따른 이익의 증여)의 해석론을 제시하면서, 첫째 개발사업의 시행 등 재산가치 증가사유로 열거된 항목은 한정적 열거로 해석해야 하고, 재산취득 당시 장래에 재산가치 증가사유가 발생하리라는 점을 예견할 수 있는 경우에만 적용하는 것이 타당하다는 점, 둘째, 법인의 재산가치가 증가하여 주주의 주식가치가 증가하는 간접이익에 대해서

43) 책임연구자 이진오, “증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구”, 국세청 용역보고서, 사단법인 한국조세연구포럼, 2010.

44) 박요찬, “증여세의 포괄증여규정 및 개별 예시규정의 위헌성 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2007.

45) 이중교, “재산취득 후 재산가치 증가에 따른 증여세 규정(상속세 및 증여세법 제42조의 3)의 해석론”, 『세무와회계연구』 8권 3호, 한국조세연구소, 2019.

도 증여세 과세대상이 된다고 보는 것이 옳지만, 상장주식은 가격에 영향을 미치는 요소가 다양하고 증여이익을 산정하기도 어려우므로 과세대상에서 제외되어야 한다는 점 등을 제시하였다.

이민현(2016년⁴⁶⁾)은 상증세법 제41조의 3(주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의 5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여)는 비상장주식의 특성상 증여 당시 진정한 가치를 파악하는 것이 쉽지 아니하여 상장으로 드러난 진정한 주식의 가치로부터 증여 당시 평가액을 역산해 애초에 덜 납부한 증여세를 추징하거나 더 납부한 증여세를 환급하는 주식가치 평가의 특례규정이요, 제40조 제1항 제2호(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)의 규정도 증여받은 전환사채의 시가를 파악하기가 힘들기 때문에 정확한 가치를 전환권 행사 시점에야 함께 평가하자는 것으로 제41조의3, 제41조의5와 마찬가지로 재산가치 평가의 특례규정으로 이해한다. 그리하여 위 조항들은 증여예시규정이 아니라 제60조 이하의 ‘제4장 증여재산의 평가’ 파트에 두어야 한다고 주장한다. 반면, 상증세법 제42조의3은 타인의 기여로 인한 재산가치 상승의 이익을 증여세로 과세하기 위한 것인데, 기여행위와 재산가치 상승 간의 인과관계를 인정하기가 쉽지 않을 수도 있으므로, 법문상 요건을 충족하면 일용 과세요건사실의 존재를 추정하되, 수증자에게 증여와 무관한 원인으로 재산가치가 증가한 것이라는 반증을 허용하여야 한다고 보았다.

안세준(2021년⁴⁷⁾)은 하이브리드 증여예시조항이 본래 의미의 포괄 증여 개념(증여가액은 증여한 날을 기준으로 확정하고 증여 이후에 해당 자산의 가치가 증가하여도 증여세를 과세하지 않는다)을 벗어나는 규정이므로 열거적 규정으로 해석해야 하고, 입법론적으로 증여의 정의(제2조 제6호)에서 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’ 과 증여세 과세대상(제4조) 및 제32조(증여재산가액 계산의 일반원칙)의 관련 부분을 삭제해야 한다고 주장하였다.

마지막으로 본 연구 제3장(사후적 재산가치 증가이익 증여규정과 유형별 포괄주의)은 필자의 선행연구(2019년⁴⁸⁾)를 바탕으로 작성하였으나, 이 글에서는 기존 논문의 분석틀에 상당 부분 수정을 가하였고, 상장차익 판결에 대한 결론도 변경하였으

46) 이민현, “재산취득 후 재산가치 증가 이익에 대한 증여세 과세제도 연구”, 서울대학교 대학원, 석사학위 논문, 2016.

47) 안세준, “증여세 완전포괄주의와 본래의미의 증여세 포괄주의”, 「조세법연구」 27권 1호, 한국세법학회, 2021. 다만 위 논문에서는 필자가 사용하는 ‘하이브리드 증여예시 조항’을 ‘본래의미의 포괄주의를 벗어나는 개별 증여규정’이라고 부른다.

48) 줄고, “사후적 재산가치 증가에 대한 포괄적 증여 과세의 한계”, 「조세법연구」 25권 3호, 한국세법학회, 2019.

며, 상속세법 제42조의 3과 관련된 요건과 사례를 새로이 추가하였다.

3. 선행 연구와 본 연구의 차별성

위 논문은 위와 같은 선행연구에 상당한 빛을 지고 있음은 분명하다. 다만 이 글은 조심스럽게나마 아래와 같이 세 가지 점에서 선행연구와 다른 차별성을 가진다고 자평할 수 있다.

첫 번째, 포괄주의 증여세 과세의 근거가 되는 ‘부의 무상이전’ 개념을 보다 정밀하게 분석하여 보았다. 특히 증여개념의 핵심은 ‘재산이나 이익의 이전’인데, 여기엔 증여자가 가진 재산이나 이익이 동일성을 유지하면서 수증자에게 그대로 이전되는 형태뿐만 아니라 저가양도나 저가의 용역제공과 같이 증여자의 기회비용 포기를 통하여 소극적으로 이루어지는 경우도 있을 수 있고, 법인이나 보험, 신탁 등의 기구를 통하여 간접적인 형태로 이루어지는 경우도 포함된다. 이 글은 ‘이익의 이전’에 관한 여러 유형을 분석하여 ‘이익의 이전’의 개념 범위를 명확히 하려는 새로운 시도를 하였고, ‘무상성’과 주관적 의도의 관계에 대하여도 분석해보았다. 나아가 후자법인 판결 이후 과세대상과 과세범위를 한정하려는 ‘입법자의 의사’를 어떻게 이해할 것인지에 대하여 과세요건별로 나름의 유형화를 시도해보았다. 후자법인 판결 이후 다소 위축되어 있는 완전포괄주의가 개별예시조항과의 관계에서 보다 안정적으로 적용될 수 있는 기준을 정립하기 위한 시도였다고 볼 수 있다.

두 번째, 이 글에서는 ‘하이브리드 증여세’를 기존의 완전포괄주의 사안과 차별적으로 취급되어야 하고 유형별 포괄주의에 따라 규율되어야 한다고 주장하는데, 이것은 종래에 논의되지 아니한 새로운 주장이다. 현재까지의 대법원 판결은 완전포괄주의 증여가 문제되는 후자법인 판결 사안(즉 개별예시조항에 대한 반대해석의 허용 여부가 핵심 쟁점이 되는 사안)과 하이브리드 증여에 관한 사안(상장차익 판결 및 신주인수권 판결)에서 양자를 구별하지 않고 있다. 기존 연구문헌도 하이브리드 증여세가 ‘부의 무상이전’이라는 관념을 그대로 담아낼 수 있는지 여부에 관하여 검토가 충분하지 못하고, 단순히 완전포괄주의의 틀 안에서 이해하는 입장이 대부분이다. 위와 같이 하이브리드 증여의 본질을 정확히 이해하지 못하는 상태에서 개

별예시조항을 벗어나는 거래에 대하여 후자법인 판결에서 말하는 반대해석의 기준으로 사안을 해결하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 이 논문에서는 ‘재산의 이전’이라는 통상적 증여 개념과 대비하여, 하이브리드 증여세에서는 ‘기존 증여의 사후정산’과 ‘장래 재산가치 상승 기회의 이전’이라는 추상적인 관념을 설정하고, 상장이익에 관한 모델 사례를 통하여 하이브리드 증여세 과세의 근거 내지 본질이 무엇인지에 관한 분석을 수행하였다. 그리고 위 개념을 중심으로 개정된 상속세법 하에서 유형별 포괄주의를 적용할 수 있다는 생각을 밝혔다. 이것은 얼핏 보면 완전포괄주의 적용범위의 축소라고 볼 수도 있으나, 하이브리드 증여를 완전포괄주의의 틀에서 해방시키고 대체적인 과세원리를 세움으로써 종래에 과세하는 것이 마땅함에도 포괄증여 개념의 그늘 밑에 있어서 과세되지 못하였던 영역을 적정하게 규율하기 위한 새로운 시도라고 평가할 수 있다.

세 번째, 후자법인 증여의제에서 법인세와 이중과세 문제, 배당소득세 및 양도소득세와 증여세의 조정 문제 등은 기존 문헌(앞의 이창희 외 2인, 안세준 등)의 연구를 토대로 정리한 것이다. 다만 이 글은 입법론적으로 주주에 대한 직접 증여로 재구성하는 대안을 모색해보면서 우리 세법이 주주와 법인 사이에 이해관계가 동일하다고 보아 법인격을 무시하고 주주에게 직접적인 세법상 효과를 부여하는 과점주주(제2차 납세의무 및 간주취득세) 제도를 참고할 필요가 있다고 주장하고, 주주에 대한 직접 증여로 볼 경우의 구체적인 세법상 효과를 분석한 것은 기존의 연구에서 약간의 진전이 있었다고 볼만한 대목이다. 이 또한 포괄증여 개념만으로는 해결되지 않는 영역에 대하여 차별적인 규율을 함으로써 남겨진 영역에서 완전포괄주의가 좀 더 구체적, 현실적으로 기능할 수 있다는 생각에 바탕을 둔 것이다.

4. 이 글에서 다루지 못한 논점들

증여세의 과세는 증여세 포괄주의라는 형식상의 한계가 존재할 뿐만 아니라, 대표적으로 소득세와 관계에서 이중과세 금지라는 내용상 한계도 존재한다. 이 글은 증여세 포괄주의의 형식상 한계로서 제시된 ‘입법자의 의사’의 내용 속에는 이중과세 문제도 있다고 착안하여 법인에 대한 간접증여 파트에서는 이중과세의 문제 중 일부를 다루기는 하였으나 전반적인 논의는 하지 못하였다.

그러나 후자법인 판결 사안에서 알 수 있는 것처럼 증여세 완전포괄주의라는 과세형식론은 과세의 내용과 연계하지 않고 무조건적으로 관철될 수 있는 원리는 아니다. 증여세의 적정한 과세한계를 돌아보기 위해서는 자본이득과 수증이익을 처리하는 세법 체계 전반을 돌아보면서 증여세가 갖는 위치나 이중과세 문제까지도 함께 살펴볼 필요가 있다. 또한 소득과세 우선조항과의 관계에서 증여세 포괄주의는 한계에 부딪힐 수 있고 실무상으로도 종종 문제가 되므로, 이 부분 쟁점 역시 증여세 과세의 내용상 한계로서 함께 검토될 필요가 있다. 다만 이 글에서 위 주제까지 다루기에는 지면에 한계가 있어 연구의 범위를 확장하지 못하였다. 또한 상증세법 제42조의 3(재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)은 과세요건이 추상적으로 규정되어 있고, 아직 충분한 선례가 누적되지 못하여 다른 유형의 하이브리드 증여예시 조항에 비하여, 실무상 명확한 기준을 제시하기에는 미흡하다는 점을 고백할 수밖에 없다. 실무례가 쌓이고 후속 연구가 이어졌으면 하는 바람이 있다.

향후 증여세 과세의 내용상 한계로서 이중과세금지나 소득과세 우선조항과의 관계가 조명될 경우 증여세 과세의 형식상 한계를 다루는 이 글과 짝을 이루어 보다 안정적인 증여세 과세의 기준을 마련하여 그에 따라 과세에 관한 예측가능성을 높여 줄 수 있을 것이라 기대해 본다.

제2장 통상의 증여와 완전포괄주의

제1절 포괄증여의 개념

I. 완전포괄주의 증여세 도입사⁴⁹⁾

1. 포괄적 증여간주 조항을 두고 있었던 초기

포괄증여의 개념을 살펴보기 이전에 우리 상속세법의 간략한 연혁을 살펴볼 필요가 있다. 우리나라의 상속세법은 1950. 3. 22.에, 증여세법은 1950. 4. 8.에 별개의 법률로 처음 제정되었다. 이후 1952. 11. 30. 증여세법을 흡수하면서 개정된 구 상속세법은 증여세라는 제도를 아예 없애고, 미리 증여한 재산도 상속 전 1년 이내의 재산은 상속재산에 합산하여 상속세를 과세하고, 그 이전에 증여된 재산도 상속이 이루어진 것으로 간주하여 상속세를 부과하는 체계를 취하였다(제6조, 제31조). 1960. 12. 30. 상속세법의 개정으로 증여 당시에 바로 증여세를 부과하는 제도를 다시 도입하였고(제31조), 동일인에게 3년 내의 증여는 합산하되, 기존에 낸 증여세는 기납부세액으로 공제받는 현재와 유사한 체계를 취하였다(제31조의 3).

당시에도 몇 가지 경우 증여로 간주하는 규정을 두고 있었고, ‘타인으로부터 대가를 지불하지 않거나 또는 현저히 저렴한 대가로써 이익을 받은 자는 그 이익을 받을 때에 있어서 그 이익에 상당한 금액을 증여받은 것으로 간주한다’는 포괄적 증여간주 조항을 두고 있었다.⁵⁰⁾ 행위의 유형을 한정하지 않고 ‘대가를 지불하지

49) 이 부분의 내용은 성낙인 외 2인, 전계논문 179-193면을 참조하면서 필자의 생각을 부가하였다. 참고문헌에서 직접 쓰여진 표현을 사용하는 경우 외에는 인용을 생략하기로 한다.

50) 대표적으로 구 상속세법(1971. 12. 28. 법률 제2391호) 제34조의4(제32조 내지 전조의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 대가를 지불하지 아니하거나 또는 현저히 저

아니하고 ~ 이익을 받은 자' 라고만 규정하고 있으므로, 포괄주의를 취하고 있었다고 볼 수 있었다.⁵¹⁾ 다만 이 시기의 포괄증여 조항에는 '간접적으로' 무상이전을 받은 경우를 규정하고 있지 아니하였던 것은 그 뒤의 포괄증여 조항과 다른 점이다. 또한 당시의 세법 규정은 상속⁵²⁾은 물론 증여에 관하여도 독자적인 개념 정의를 하지 않고 민법상 증여 개념을 차용하는 것처럼 규정되어 있었다.⁵³⁾ 이러한 사정은 뒤에 세법상 증여가 대법원이나 헌법재판소에 의해 민법상 증여와 동일한 것으로 취급되게 된 중요한 원인이 되었다고 볼 수 있다.

2. 포괄적 증여간주 조항이 무력화된 계기

앞서 본 바와 같은 포괄조항은 대략 1950년부터 1979년까지 유지되었는데,⁵⁴⁾ 위 조항이 무력화되는 과정을 대표적으로 보여주는 것이 신주인수와 관련된 두 가지 사례이다. 첫 번째 사건⁵⁵⁾은 A회사의 어떤 주주(원고)가 액면금 1,000원에 3,000주를 인수한 사실에 대하여 과세관청은 원고가 인수한 주식 중에서 구주식의 소유비율을 초과하여 인수한 약 2,700주에 대하여는 다른 구주주들로부터 인수시를 기준으로 주식을 평가한 가액과 주식 액면가액의 차액만큼 증여받은 것으로 간주하여 증여세를 부과한 사안이다. 대법원은 '상법 제418조에 의하면 구주주에게 신주인수권이 있지만, 본건의 경우 전시 긴급명령에 의하여 채권을 전환하여 그 채권 상당의 주

렴한 대가로써 이익을 받은 자는 그 이익을 받을 때에 있어서 그 이익에 상당한 금액을 증여받은 것으로 간주한다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 일부 또는 전부를 면제한다)를 들 수 있다.

51) 성낙인 외 2인, 전계논문, 177면.

52) 그 당시에는 물론 현행 상속세법에도 민법상 상속의 차용개념임을 전제로 하되, 민법상 상속보다 넓은 개념의 상속으로 취급되는 부분을 명시적으로 밝히고 있다(밑줄은 필자 주).

제1조 (상속세 과세대상)

① 상속[유증(遺贈), 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여(제14조제1항제3호의 규정에 의한 증여채무의 이행중에 증여자가 사망한 경우의 당해 증여를 포함한다. 이하 같다) 및 민법 제1057조의2의 규정에 의한 특별연고자에 대한 상속재산의 분여(分與)를 포함한다. 이하 같다]으로 인하여 상속개시일(失蹤宣告로 인하여 相續이 開始되는 경우에는 失蹤宣告日을 말한다. 이하 같다) 현재 다음 각호의 1에 해당하는 상속재산이 있는 경우에는 그 상속재산에 대하여 이 법이 정하는 바에 의하여 상속세를 부과한다.

53) 예컨대 1971. 12. 28. 법률 제2391호 상속세법

제29조의2

① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법에 의하여 증여세를 납부할 의무가 있다.

1. 타인의 증여(贈與者의 死亡으로 인하여 效力이 발생하는 贈與를 제외한다. 이하 같다)에 의하여 재산을 취득한 자(營利法人을 제외한다)로서 증여받을 당시 국내에 주소를 둔 자

54) 성낙인 외 2인, 전계논문, 179면.

55) 대법원 1977. 3. 23. 선고 76구458 판결.

식을 인수하는 경우에는 구주주는 당해 신주에 대하여 신주인수권을 가질 수 없으므로, 원고가 신주인수권을 양수받은 것으로 보고 주식의 액면가와 실제 시가 차액을 증여받은 것으로 의제하여 증여세를 부과한 처분은 위법하다' 고 판단하였다.

두 번째 사례로 서울고등법원 1979. 3. 13. 선고 76구286 판결을 들 수 있다. 1972. 12. 28. 개정된 상속세법 제34조의4는 '대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 대가를 지불하지 아니하거나 현저히 저렴한 대가로써 이익을 받은 자는 그 이익을 받을 때에 있어서 그 이익에 상당한 금액을 증여받은 것으로 간주한다' 는 포괄적 증여 규정을 두고 있었다. 원고들이 다른 주주들의 신주인수 포기 이후 저가로 신주를 인수한 것에 대하여 과세관청이 증여세를 부과하자(당시에는 증자에 따른 이익의 증여예시규정인 현행 상증세법 제39조가 존재하지 않았음), 위 판결은 '구 주주가 신주청약기일까지 청약을 하지 아니하면 신주인수권을 잃게 되어 신주에 관한 어떠한 권리도 없으므로 원고들이 실권주를 구 주주로부터 인수한 것으로 볼 수 없다' 는 이유로 과세를 부정하였다.

위 두 가지 판결에 대하여 선행연구⁵⁶⁾는 간접증여의 경우에도 부를 이전한 당사자 사이에 매매 등 직접적 법률관계를 의제할 수 있어야 증여세를 부과할 수 있다고 생각했기 때문이라고 분석하고 있고, 이를 '법률주의적·형식논리적 사고' 라고 부르고 있다. 필자의 생각도 같다. 두 가지 판결에 뿌리내리고 있는 고정관념은 증여가 되려면 ① 두 사람 사이의 거래나 법률관계가 전제되어야 있어야 하고, ② 수증자의 증여이익은 증여자로부터 받은 것이어야 한다는 점이다. 뒤의 포괄증여 개념에서 자세히 보겠지만, ①은 '간접적' 증여를 부인하는 입장이고, ②는 재산이나 이익의 '이전' 에서 증여자의 이익 포기와 수증자의 이익 취득으로 연결되는 '사실상의 이전' 을 부정하는 입장으로 이해된다. 이러한 사고방식은 다음 항에서 보는 것과 같이 증여세 포괄주의 과세가 실패하고, 주식소각, 감자, 현물출자 등 변칙적인 증여를 통한 조세회피에 대하여 '소 잃고 외양간을 고치는' 반복적인 역사를 만들어가게 된 중요한 계기가 되었다.

3. 사실상 열거주의로 전환과 유형별 포괄주의의 실패

56) 성낙인 외 2인, 181-183면.

제2항에서 본 바와 같이 실권주의 인수를 통한 간접증여에 대하여 법원 판결이 증여세 과세대상임을 부정하자, 1979. 12. 28. 개정법⁵⁷⁾에서는 법인의 신주를 배정받음에 있어서 신주인수권을 포기함으로써 인하여 그 주주와 특수관계에 있는 자가 그의 지분비율을 초과하여 ‘신주를 배정받은 경우’ 얻은 이익에 대하여 증여세를 과세하는 조항을 신설하였으나, 회사가 실권주를 추가배정하지 않고 실권처리한 경우를 규율대상에 포함하지 못하게 되자 1990. 12. 31. 개정된 상증세법 제34조의5에서 여기에 대응한 규정을 추가하였다.

그런데 주식거래를 통한 간접증여에는 다양한 방식이 있을 수 있는데 실권주를 이용한 간접증여에 관하여만 증여의제조항만이 존재하는 점을 이용하여 현물출자, 불균등감자, 합병 등을 통한 변칙증여가 성행하게 되었다.⁵⁸⁾ 1990. 12. 31. 개정법에서는 합병에 관한 조문(제34조의4)과 증자감자에 관한 조문(제34조의5)이 비로소 도입되었고, 현물출자에 따른 이익의 증여 조항(제39조의3)은 2003. 12. 30.에야 신설되게 되었다. 다만 이 과정에서 한가지 특기할만한 점은 1996. 12. 30. 종래의 상속세법은 ‘상속세및증여세법’으로 전면개정하면서 특수관계자 사이의 간접증여에 관한 일반규정을 법 제32조에 추가하게 된 것이다.⁵⁹⁾ 이 시점에야 비로소 증여에 개념에 ‘간접적’이라는 용어가 최초로 등장하게 되었다.

한편 대법원 판례가 법률상의 관점에서 민법상의 증여와 동일한 것으로 평가할 만한 사정이 있는 행위에 대해서만 증여세 과세를 인정하는 입장을 취하게 되자, 국회는 1998. 12. 28. 개정된 상증세법 제42조⁶⁰⁾에서 법에 명시적으로 열거된 유형의 행위에 관하여는 포괄적으로 과세할 수 있다는 조문을 두게 되었다.⁶¹⁾ 그러나 위 조항에 따른 과세 사례가 거의 발견되지 않는 점에 비추어 기존의 포괄증여에 대하여 엄격한 입장을 취하는 판례의 영향 하에서 과세관청은 이러한 유형별 포괄조항을 적극적으로 활용할 엄두를 내지는 못했던 것으로 보인다.

57) 당시 상증세법 제34조의 4 및 상증세법 시행령 제41조의3.

58) 이에 관한 자세한 내용으로는 성낙인 외 2인, 전계논문, 185-194면 참조.

59) 제32조 (증여의제 과세대상)

특수관계에 있는 자로부터 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산이나 법률상 또는 사실상의 권리등을 직접적이거나 간접적으로 무상이전을 받은 경우에는 그 무상으로 이전된 재산이나 권리등에 대하여 증여세를 부과한다.

60) 제42조 (기타의 증여의제)

① 제33조 내지 제41조의2에 준하는 것으로서 제3자를 통한 간접적인 방법으로 재산(金錢으로 換價할 수 있는 經濟的 이익 및 法律上 또는 사실상의 權利를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)이 사실상 무상으로 이전된 경우에는 당해 재산을 이전받은 자가 그 이전받은 때에 제3자를 통하여 당해 재산을 이전한 자로부터 대통령령이 정하는 재산가액을 증여받은 것으로 본다.

61) 이에 관한 자세한 설명으로 성낙인 외 2인, 전계논문, 179-197면.

위와 같이 사실상의 열거규정에 의해서만 증여세를 과세하다 보니 현행 상증세법은 너무 복잡하여 읽어도 무슨 말인지 알 수 없는 상태에 이르러 결과적으로 과세요건이 명확하지 못한 상태가 되었다. 법령이 이렇게 혼란스럽게 된 것은 어떤 행위를 증여세의 과세대상으로 삼을지에 관하여 국회·행정청과 법원·헌법재판소 사이에 견해가 일치하지 못할 때마다 이를 해결하는 수단으로 ‘증여의제’라는 입법형식을 남발해왔기 때문이다.⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 법의 맹점을 이용한 변칙증여는 계속 나타나고 있고 그를 통한 조세회피는 계속되고 있다.⁶³⁾ 요약하자면 매우 복잡하고 어려운 세법체계임에도 불구하고 신중 변칙증여에 대하여는 ‘사후약방문’에 그치는 비효율적인 체계가 구축된 것이다.

이러한 문제점을 인식하여 2003. 12. 30. 개정된 상증세법에서 포괄증여 조항을 두고, 개별 증여의제조항은 예시조항으로 변경하는 일대 전환을 이루게 되었다. 앞서 본 바와 같이 포괄적 증여에 관한 상증세법 체계가 무력화되었던 주된 이유는 기존에 포괄적 증여조항을 두었음에도 포괄 증여의 개념이 사법상의 증여 개념으로부터 독립한 세법의 독자적인 개념이라는 점이 법문상 분명하게 드러나지 못한 상태에서 사법부가 증여 개념을 민법으로부터 차용한 개념으로 이해하고 해석하였다는 점을 들 수 있다. 따라서 기존의 과오를 반복하지 않고 포괄주의 증여세 체계가 원활하게 작동하기 위해서는 우선 법문상 증여에 관한 정의를 민법상의 증여계약과 다르다는 독자성을 분명하게 드러낼 필요가 있고,⁶⁴⁾ 해석상 포괄증여 개념의 구체적 의미를 명료하게 정립하는 것이 매우 중요하다는 점을 알 수 있다.

4. ‘포괄증여 조항’의 등장⁶⁵⁾

62) 성낙인 외 2인, 전계논문, 215면.

63) 성낙인 외 2인, 전계논문, 216면.

64) 이에 관한 법률개정안으로 성낙인 외 2인, 전계논문, 281면 참조. 2003. 12. 30. 최초로 규정된 증여세 포괄조항인 구 상증세법 제2조 제3항의 모태가 되었던 것으로 보인다.

65) 2003. 12. 30. 최초로 입법화되었고, 2015. 12. 15. 개정되기 전의 구 상증세법은 아래와 같은 조항의 형태로 되어 있었다.

제2조(증여세 과세대상)

① 타인의 증여(증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여는 제외한다. 이하 같다)로 인하여 증여일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대하여 이 법에서 정하는 바에 따라 증여세를 부과한다.

1. 재산을 증여받은 자[이하 “수증자”(受贈者)라 한다]가 거주자(본점이나 주된 사무소의 소재지가 국내에 있는 비영리법인을 포함한다. 이하 이 항과 제54조 및 제59조에서 같다)인 경우: 거주자가 증여받은 모든 재산

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 저

상증세법 제2조(정의)

6. “증여”란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다. 다만, 유증, 사인증여, 유언대용신탁 및 수익자연속신탁은 제외한다.

7. “증여재산”이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며, 다음 각 목의 물건, 권리 및 이익을 포함한다.

가. 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건

나. 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리

다. 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익

위 조항은 증여란 「누군가가(주체), 타인에게(상대방), ‘금전으로 가치를 환산할 수 있는 물건 또는 이익 내지 재산적 가치가 있는 권리’ 인 증여재산을(대상) 직접 또는 간접적인 방식으로 무상으로 이전하는 것(행위)」으로 정의하고 있다. 특히 세법상 증여란 ‘행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이’라는 부분은 사법상의 증여계약의 형식에 구애받지 않겠다는 점을 분명하게 드러내고 있고, ‘간접적인 방법’으로도 재산이나 이익을 이전하면 되는 것으로 규정하고 있는 점은 1970년대(각주 50번 참조)의 포괄조항과 구별된다. 이러한 재산을 증여받으면 거주자인 수증자는 증여받은 모든 재산에 대하여 증여세가 부과된다(법 제2조 제1항 제1호). 위 조항에서 언급하고 있는 증여의 다른 개념인 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’은 제3장에서 살펴보기로 한다.

5. 포괄증여 조항의 최초 시험대 : 주식의 우선매수청구권 판결

증여세 완전포괄주의에 관한 논쟁이 본격화되기 이전에 선고된 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882 판결은 포괄증여 조항이 신설된 이후 이에 따른 증여세 과세에 관하여 최초로 대법원 판결이 이루어진 경우이다. 위 판결의 사안은 상장법인이

렴한 대가를 받고 이전(移轉)하는 경우를 포함한다]하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다.

구 상증세법 제2조 제3항과 개정된 현행 상증세법 제2조 제6호, 제4조 제1항은 개별예시조항 없이 독자적으로 증여세 과세 근거가 되는 조항이라는 점에서 공통된다. 앞서 보았듯이 이하에서는 위 조항들을 특별히 구별할 필요가 없을 경우에는 ‘포괄증여 조항’이라고 통칭하기로 하였다.

채무변제에 어려움이 있어 화의절차⁶⁶⁾가 개시되었는데 채권금융기관이 채권을 주식으로 출자전환하면서 기업경영의 정상화를 담보하기 위하여 상장법인의 대주주 10명에게 자신들이 출자전환한 위 회사 주식에 대한 우선매수청구권(시가보다 저렴하게 주식을 살 수 있었음)을 각자의 지분 비율로 부여하였는데, 대주주 9명이 채권금융기관에 대한 우선매수청구권을 포기하고 나머지 대주주 1인인 원고만이 우선매수청구권을 행사하여 주식의 시가와 취득가액 차액 상당의 이익을 얻은 경우 자신의 지분비율을 초과한 범위에서는 포괄조항에 의한 증여로 볼 수 있을지가 문제되었다. 상증세법 제39조가 주식의 증자 시 실권주의 발생으로 인한 주주간 이익의 이전에 대하여 규정을 두고 있는 반면, 이러한 우선매수청구권에 대하여는 별도의 규정이 없었기 때문이다.

포괄증여 조항이 신설되었지만 당시까지만 해도 위 조항에 대한 위헌론이나 선언적 규정으로 독자적인 과세의 근거가 될 수 없다고 보는 견해⁶⁷⁾가 적지 않았으므로 ① 우선 포괄조항만으로 과세를 할 수 있는지가 문제 되었고, 그렇게 볼 수 있더라도 ② 위와 같은 거래형태에서 원고와 다른 대주주들 사이에 이 사건 주식의 시가와 우선매수청구권 행사가격과의 차액 상당의 이익이 무상으로 ‘이전’ 된 것으로 볼 수 있을지 여부였다.

위 판결은 과세를 긍정한 원심을 수긍하면서 ① ‘상증세법 제2조 제3항에서 완전포괄주의에 의한 증여개념을 도입함으로써 증여세의 과세범위를 확대한 점’이라고 실시하여 포괄증여 조항이 증여세 과세의 독자적 근거가 되는 점을 인정하였고, 사안의 우선매수청구권도 ‘재산적 가치가 있는 권리로서 증여재산에 해당’한다고 판단하였다. 나아가 ② 증여재산인 우선매수청구권을 주주들 사이에 직접 이전한 것은 아니하나, “대주주들 내부관계에서 각자의 주식보유비율에 상응한 비율로 그 우선매수청구권을 부여받았다고 볼 수 있음에도 소외 회사의 대주주인 소외인 등 10인이 자신들의 주식보유비율에 상응하는 우선매수청구권을 포기하는 등의 방법으로 원고로 하여금 혼자서 이 사건 우선매수청구권을 행사하게 한 것은 원고의 주식보유비율을 초과한 범위에서는 이 사건 주식의 시가와 우선매수청구권 행사가격과의 차액 상당의 이익을 무상으로 이전한 것으로 볼 수 있어”(밑줄은 필자가 추가)라고 판시하였다. 이것은 기존 주주의 우선매수청구권이 원고에게 계약에 따라

66) 채무자회생법이 제정되기 전의 구 회사정리법에 따른 절차로서 기업회생절차와 유사한 절차이다.

67) 대표적으로 최명근(각주 23번), 이진오(각주 24번), 강인애(각주 25번) 참조.

‘법률적’으로 이전된 것은 아니지만, 기존 주주의 우선매수청구권 포기 및 원고만의 우선매수청구권 행사가 결합되어 재산의 ‘사실상’ 이전을 긍정한 것으로 이해된다.⁶⁸⁾

위 사안에서도 원고가 다른 주주들로부터 우선매수청구권을 양수하는 등의 직접적인 법률관계를 맺은 바 없으므로, 2항에서 본 포괄증여 개념을 무력화시킨 실권주에 관한 1979년 판결의 논리대로라면 증여세 과세가 부정되는 것이 타당하다. 그러나 위 판결은 종래에 인정되지 않았던 ‘사실상의 무상이전’을 인정함으로써 비로소 포괄증여 조항을 제대로 작동시킨 최초의 선례라고 부를 수 있다.⁶⁹⁾ 다만 위 사안은 경제적 이익이 이전된 것이 명백하고, 증여예시에 관한 다른 규정들과도 아무런 관련을 맺지 아니하여 반대해석이 문제되지 않은 사안으로서 뒤에서 보는 바와 같이 ‘후자법인 판결’ 케이스와는 성격을 달리한다.

II. 포괄증여의 개념에 관한 구체적 분석

1. 들어가며

먼저 본격적으로 포괄증여의 개념에 들어가기에 앞서 사법상 증여계약⁷⁰⁾의 속성을 먼저 이해해둘 필요가 있다. 사법상 증여계약은 가장 좁은 의미의 포괄증여가 되는 동시에 사법상 증여계약에서 요구되는 특성이 세법에서는 어떻게 무시되거나 뛰어넘을 수 있는지를 가늠해볼 필요가 있기 때문이다. 두 번째로 포괄증여 조항은

68) 위 판결작성에 참여한 재판연구관이 작성한 판례평석도 같은 견해이다. 하태홍, “가. 대주주들에게 공동으로 부여된 우선매수청구권을 그 중 1인이 단독으로 행사한 경우 증여세 과세대상에 해당하는지 여부(적극) 나. 출자전환주식에 대한 우선매수청구권의 가액 평가방법”, 대법원 판례해설 87호, 법원도서관, 2011., 838면. 다만 위 글에서는 ‘간접적 이전’이라고 표현하고 있다. 이익의 ‘간접적 이전’과 ‘사실상 이전’의 유사점과 차이점에 대하여는 본 절 II.4.(3) 참조.

69) 다만, 이천오, 전계논문(각주 35번), 189면에서는 위 판결에서 포괄증여 조항이 독자적인 과세근거가 되는지에 관하여 명시적인 판단이 없다는 이유로 최초 선례라고 볼 수 없다고 주장한다.

70) 사법상 증여는 보통 민법 제554조의 증여계약을 말하는 것이지만, 반드시 그렇지는 않다. 예컨대 민법 제1114조에 의하여 유류분의 산정의 기초가 되는 재산에 가산되는 ‘증여’는 사용대차나 무이자 소비대차와 같이 민법 제554조의 증여계약에 포함되지 않는 것 또는 채무면제와 같이 단독행위여서 증여계약에 포함될 수 없는 것들도 포함된다. 변동열, “유류분 제도”, 민사판례연구 25권, 민사판례연구회, 2003. 2., 832-833면. 이 글에서 사법상 증여 내지 사법상 증여계약으로 언급하는 것은 민법 제554조의 증여계약만을 의미하는 것으로 한정한다.

과세대상이 아직 법적인 권리로까지 성립하지 못한 단계에서도 ‘재산적 가치가 있는 사실상의 권리’ 나 ‘금전으로 환산할 수 있는 경제적 이익’ 도 과세대상임을 명시하고 있으므로, 법학도들에게 비교적 생소한 이러한 개념을 어떻게 바라보아야 할지에 관하여 생각해볼 필요가 있다.

이러한 기본적 검토가 이루어진 후에는 본격적으로 ‘무상으로’ ‘이익을 이전’ 하는 포괄증여의 핵심 개념에 대하여 분석해보기로 한다. 법문에서 보는 것과 같이 증여의 개념은 ① 행위나 거래의 명칭이나 형식 나아가 목적까지 무엇이든 따지지 않고, ② 당사자 사이에 직접적 거래이든 간접적 거래이든 묻지 않으며, ③ 재산이나 이익이 ‘이전’ (transfer)되어야 하고, ④ 그 과정이 무상(無償)이거나 현저히 낮은 대가를 받고 이루어져야 하며,⁷¹⁾ ⑤ 증여의 상대방은 ‘타인’ 이라는 것이다.

①과 관련하여서는 ‘명칭과 관계없이’ 라는 부분은 당사자가 계약에 어떤 이름을 붙이든 그에 따라 증여인지 여부를 판단하지 않고 실질에 따르겠다는 의미일 것이고,⁷²⁾ ‘형식과 관계없이’ 라는 부분은 민법상의 증여계약의 형식에 얽매이지 않겠다는 의미는 분명하다. 그런데 거래의 ‘목적’ 도 관계없다는 것은 무엇을 의미할까? 당사자가 의도하던 그렇지 않던 그것을 증여의 요건과 관련하여서는 결부시키지 않을 것이고 결과만을 보겠다는 의미로 해석할 수도 있다. 이것은 증여의 ‘증여의도’ 내지 ‘계약성’ 에 관한 문제로 뒤에서 다시 살펴본다. ② 간접적 거래를 통한 재산의 이전은 어떤 것이 있을 수 있는지, 그것이 증여의 개념 범위를 어디까지 확장할 수 있는지도 확인할 필요가 있다.

③ 재산 또는 이익의 ‘이전’ 이란 무엇일까? ‘이전’ 이란 기본적으로 증여자에게 존재하는 재산이나 이익이 변형되지 않은 모습 그대로 수증자에게 넘어가는 것을 의미할 것이다. 그런데 언제나 그러할까? 예컨대 증여자가 보험료를 납부하고 보험금 수령인을 수증자로 하여 보험금을 받도록 하는 경우(상증세법 제34조)에는 증여자가 가지고 있던 현재의 재산(보험료)이 수증자에게 그대로 이전된 것이 아니라, 장래 발생할 이익을 부여하는 것으로 볼 수 있다. 즉 포괄증여에서 이전되는 이익은 그 증여 시점에서 계산하여 증여세 과세대상으로 삼는 것이 원칙이라고 볼 수

71) 현저히 낮은 대가를 받은 경우 그 대가에 상당하는 부분만 유상이고, 그 이상의 부분은 무상으로 이전한 것으로 볼 수 있다.

72) 비슷한 예로 근로기준법 제2조 제1항 제5호에서 “‘임금’이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 말한다”고 규정한 것을 들 수 있다.

있는데, 이익을 얻을 수 있는 지위가 이전되는 시점과 장래 이익이 확정되는 시점에 차이가 발생할 수 있고, 이것을 포괄증여 개념에서 어떻게 취급할 것인지를 생각해볼 필요가 있다.

다른 하나의 문제로 이익이 ‘이전’ 될 때 당사자 사이에 이익을 ‘이전시킨다는 합의’가 필요한지가 문제가 된다. 이것은 다음의 2.항에서 불 사법상의 증여 개념 중 ‘계약성’과 관련된 부분인데, 세법상 증여는 어떻게 취급할 것인지를 생각해볼 필요가 있다.

마지막으로 이익이 이전되는 대상은 언제나 양(+)의 성격을 가진 것은 아닐 수 있다. 예컨대 채무를 면제해주는 것(상증세법 제36조)이나 낮은 이율로 타인에게 금전을 대출하여 주는 경우(상증세법 제41조의 4 제1항 제2호) 돈을 빌려준 자가 상대방에게 제대로 원금을 받거나 적정한 이자를 받고 대출을 하였다면 얻을 수 있었던 가정적인 이익을 포기하는 소극적인 방식으로 상대방에게 이익을 줄 수도 있다. 위와 같이 ‘이익의 이전’은 사전적인 정의보다 더 넓은 의미를 내포하게 되는데, 그와 관련된 거래의 유형을 살펴볼 필요가 있다.

④는 대가가 결부되었는지 또는 대가가 적정한 것인지를 문제삼는 것인데, 위와 같은 무상성(또는 대가가 시가가 아니라는 사정)을 당사자가 인식하거나 의욕하고 있어야 하는지가 ①의 ‘증여의도’의 문제와 연관되어 있으므로 함께 살펴보기로 한다. 뒤에서 다시 보겠지만, 사법상의 증여계약에서는 증여자에게 이익을 무상으로 넘긴다는 의도가 필요하다고 보는데, 세법상의 증여는 달리 보아야 하는가? 달리 보아야 한다면 그 근거는 어디서 찾아야 할까? 그럼에도 불구하고 실제 사안에서는 주관적 무상성이 문제를 해결하는 구체적인 기준으로 작용함으로써 여전히 유용성을 가지고 있는지도 검토해볼 대상이다.

⑤ 포괄증여의 상대방은 ‘타인’으로 정하고 있을 뿐이므로, 거래상대방이 ‘특수관계인’ 등으로 한정된다고 생각할 필요는 없다. 다만 상증세법 제4조 제1항 제2호 단서는 거래상대방이 특수관계인이 아니라면 ‘거래관행상 정당한 사유가 없을 것’이라는 추가적인 관문을 통과할 것만을 요청하고 있다. 개별예시조항에서 특수관계인과의 거래만으로 한정하고 있다면 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계를 어떻게 설정해야 하는지가 문제될 것이다. 이 문제는 제2절(포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계)에서 살펴보게 될 것이다.

2. 사법상의 증여 개념

포괄주의의 첫 번째 출발점은 사법상의 증여계약에서 탈피한다는 의미일 것이다. 그러나 세법상 증여도 1차적이고 가장 전형적인 형태는 사법상 증여계약일 것이다. 증여계약은 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에게 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립한다(민법 제554조). 다만 사법상의 증여계약도 우리가 생각하는 전형적인 경우만 있는 것이 아니라, 나름대로 분석이 필요한 개념이다. 사법상 증여계약의 징표로서 ① 재산상의 출연과 ② 무상성, ③ 계약성을 들 수 있는데, 세법상 증여 개념과 대조해볼 필요가 있으므로 간략히 소개해본다.

① 재산상의 출연(出捐)이란 증여자의 재산의 실체를 감소시킴으로써 수증자의 재산을 증가하는 모든 행위를 뜻한다.⁷³⁾ 전형적으로는 소유권을 이전하거나 채무를 면제해주는 합의를 생각할 수 있을 것이고, 무상으로 상대방에게 물건이나 돈을 사용하게 하는 것은 세법상의 증여개념을 충족하나, 민법은 이에 관하여 사용대차, 무이자부 소비대차라는 전형계약을 인정하고 있으므로 증여계약으로 볼 것은 아니다.⁷⁴⁾ 상대방에게 어떤 이익을 주는 출연행위가 제3자에 대하여 행하여지는 경우에도 제3자와 상대방 사이에 일정한 관계가 있어 출연자가 상대방을 향하여 무상으로 이익을 주겠다는 의사를 표시하고 상대방이 승낙한 때에는 둘 사이에 증여가 성립한다.⁷⁵⁾ 이러한 경우 출연자와 상대방 사이에 세법상 증여에도 해당함은 물론이다. 사법상 증여는 ‘증여자의 재산상 출연’ 과 그로 인한 ‘수증자의 재산증가’ 를 요건으로 한다.⁷⁶⁾ 이것은 주는 자의 마이너스(-)가 받는 자의 플러스(+)로 연결되어야 한다는 의미이고, 세법상 증여 중 ‘통상의 증여’ 도 마찬가지로 볼 수 있다(제3장에서 볼 하이브리드 증여는 이와 다름).

이렇듯 사법상의 증여계약은 당사자 사이에 어떠한 물건의 소유권을 무상으로 이전하기로 하는 전형적인 형태보다는 넓은 개념이지만, 다른 전형계약이나 법률요건에서 정해둔 다른 방식이 있을 때에는 그만큼 대상이 좁혀지는 것으로 이해할 수 있다. 반면 포괄적 증여개념은 사법상 계약의 형식을 묻지 아니하므로, 무상 내지 저율로 자산이나 금전을 빌려줄 경우 당연히 증여에 해당하는 것이고, 이에 관하여

73) 박윤직 편집대표, 「민법주해」 14권, 고영한 집필부분, 박영사, 1992., 20면.

74) 전계서, 21면.

75) 전계서, 21면.

76) 박준서 편집대표, 「주석민법」, 손철우 집필부분, 한국사법행정학회, 2021. 10., 64-65면.

개별예시조항에서 과세의 대상과 범위를 구체적으로 정하고 있다.⁷⁷⁾ 한편 사법상 증여계약의 ‘출연’은 증여자의 재산감소뿐만 아니라 증여자의 재산이 당연히 증가하여야 함에도 증가하지 않도록 하는 행위나 수증자의 재산이 당연히 감소하여야 함에도 감소하지 않도록 하는 행위도 포함한다.⁷⁸⁾ 포괄적 증여의 ‘출연’도 증여자의 재산가치가 절대적으로 감소하는 것만을 의미하는 것이 아니라 자신의 재산이 증가할 수 있는 기회를 포기하는 소극적인 형태를 포함한다. 그러므로 증여자가 상대방에게 이자를 받더라도 저리로 받는 경우에도 재산상의 ‘출연’이 있다고 볼 수 있다.

② 무상이라는 것은 대가가 없는 것, 즉 수증자로부터 대가적인 재산적 이익을 받지 않고 재산적인 이익을 주는 것이다. 무상성은 반대급부가 없을 것을 요구하지만 반드시 아무 것도 받지 않을 것만을 전제하는 것은 아니다. 무상이나, 아니냐는 당사자의 주관적 표준, 즉 당사자의 의사에 기하여 결정하여야 한다는 것이 통설적인 입장인데(주관적 기준설⁷⁹⁾), 뒤에서 보겠지만 당사자 사이에 증여의도가 필요하지 않다고 보는 세법상 증여와 다른 점이다. 양 당사자가 서로 의무를 부담하거나 비용을 지출하더라도 두 사람 사이에서 그것이 대가적 관계에 있다고 생각하지 않는 경우(예컨대, 부담부 증여)도 증여계약의 일종이다. 세법상 저가양도는 당연히 증여에 포함되나 민법에서도 혼합증여(예컨대 부동산의 가치가 3억 원인데 상대방에게 2억 원의 이익을 주기 위하여 1억 원에 매도하는 경우)에 관하여 그 법적 성질이나 취급에 관하여 논의가 있다.⁸⁰⁾

윤리상의 의무이행(예컨대 부양권리자가 아닌 동거자를 부양하는 경우) 또는 예의상의 고려에 따른 급부(예컨대 자기의 생명을 구조해준 사람에게 사례를 하는 경우)도 다른 증여와 구별할 실익은 없고 단순히 증여의 일종으로 보면 된다.⁸¹⁾ 대법원도 “부의금은 상부상조의 정신에 입각하여 [...] 상가의 경제적 부담을 덜어주기 위

77) 상증세법 제41조의 4(금전의 무상대출 등에 따른 이익의 증여), 제42조(재산사용 및 용역제공 등에 따른 이익의 증여).

78) 「주식 민법」, 64면. 채무면제는 단독행위이지만 채무면제가 계약으로 이루어지면 사법상 증여계약의 일종으로 볼 수 있다.

79) 전게서, 71면.

80) 전게서, 43-44면. 일체설은 혼합증여에 대하여 더 이상 유상 부분과 무상 부분으로 계약을 분리할 수 없으므로 원칙적으로 상호융합된 계약 유형들에 대한 유상과 무상의 법규정들을 각각 적용하되 규정이 충돌할 경우에는 계약의 목적, 당사자의 이익 등에 의하여 적용되는 규정의 범위가 결정된다고 보는 입장이다. 한편 분리설은 유상 부분과 무상 부분을 분리하여 각각의 전형계약에 관한 규정을 적용하여야 한다는 입장이다.

81) 「민법주해」 14권, 24면; 日本最高裁判所 1938. 9. 28(民集 17, 1985)도 같은 입장이라고 한다.

하여 증여되는 것이므로 부의금으로 장례비용에 충당되고 남은 것이 있는 경우에는 이를 상속인들에게 상속분에 따라 증여된 것이라 봄이 상당하다” 고 판시하여 증여로 보고 있다.⁸²⁾ 일본의 판례⁸³⁾는 이사가 도의상의 책임을 느껴 회사의 손해전보를 위하여 금전의 급부를 약속하는 것은 증여로 보았다. 이러한 경우 대체로 세법상으로도 증여로 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 일정한 경우 세법상으로는 비과세대상이 될 수도 있고,⁸⁴⁾ 어떤 경우⁸⁵⁾는 기타소득(사례금)이 될 수도 있다.

③ 마지막으로 증여는 ‘계약’ 이므로 재산이나 이익의 이전에 관하여 증여자와 수증자 사이에 합의가 있어야 한다. 이와 달리 세법상 증여는 단독행위나 사실행위에 의해서도 가능하므로 반드시 계약의 형식이 필요하지 않다. 4.의 (3)항에서 다시 살펴보겠지만 이익의 ‘이전’ 에 관하여 증여자와 수증자의 ‘합의’ 를 필요로 하지 않는다는 차이점이 있다. 그 결과 출연을 하는 자와 이익을 받는 자 사이에 직접적인 합의가 존재하기 어려운 ‘간접증여’ 도 증여에 포함시킬 수 있다는 결과가 된다.

3. 증여의 대상 = 물건 + 권리 + 사실상의 권리·경제적 이익

상증세법 제2조 제6호에서 증여를 정의하면서 그 대상은 ‘유형·무형의 재산 또는 이익’ 이라고 밝히고 있지만, 그것만으로는 불충분하다고 생각하였는지 제2조 제7호는 증여의 대상을 다시 물건, 법률상·사실상의 권리, 경제적 이익으로 정의하고 있다.⁸⁶⁾ ‘물건’ 은 민법(제98조)에서 정의하고 있으니 그에 따르면 될 것이고, ‘법률상의 권리’ 는 물건에 대한 소유권⁸⁷⁾을 제외한 물권과 채권 등의 재산권⁸⁸⁾을

82) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다2998 판결.

83) 日本最高裁判所 1938. 9. 28(民集 17. 1985).

84) 제46조(비과세되는 증여재산)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액에 대해서는 증여세를 부과하지 아니한다.

5. 사회통념상 인정되는 이재구호금품, 치료비, 피부양자의 생활비, 교육비, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 것

85) 생명을 구해준 자로부터 사례금을 받은 경우 사법상으로는 증여계약이지만, 세법상으로는 기타소득(사례금)이 성립한다고 보아야 한다. 자세한 내용은 다음 4.(1)(3) 참조.

86) 7. “증여재산”이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며, 다음 각 목의 물건, 권리 및 이익을 포함한다.

가. 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건

나. 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리

다. 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익

87) 물건에 대한 소유권은 ‘물건’ 자체로 볼 것이다.

88) 재산권에는 물권, 채권, 지적재산권, 단체의 구성원 지위에 기하여 가지는 사원권등 있으며, 비제

의미한다.

그런데 ‘사실상의 권리’란 어떤 개념이고, 상증세법에서는 왜 이런 개념을 들여왔을까?⁸⁹⁾ 앞에서 본 바와 같은 법률주의적·형식주의적 사고방식으로 보면 이러한 개념은 들어설 자리가 없어 보인다. 법의 세계에서는 당연하겠지만 법률에 의하여 보호되는 영역 내의 권리나 이익에 대해서만 초점을 두고 그 바깥의 영역은 무시하는 경우가 많다. 예컨대 원고가 기존에 담배소매인 영업을 하고 있는데, 행정청이 법령상 정해진 이격거리(50m)보다 가까운 자리에 다른 사람을 담배소매인으로 지정하였다면, 근접 소매인과의 이격거리를 규정하는 취지가 단순히 담배소매상들 사이의 영업질서와 같은 공익뿐만 아니라 원고와 같은 기존 영업자를 보호하려는 목적도 인정되어야 하고, 그렇게 해석되지 않는다면 기존 업자인 원고가 누리는 이익은 사실상의 이익 또는 반사적인 이익에 불과하여 타인을 담배소매인으로 지정한 행정처분을 다투기 위한 행정소송에서 원고적격을 인정받을 수 없다.⁹⁰⁾ 행정법과 같은 공법뿐만 아니라 민법상 불법행위에서도 위법성을 판단할 때 규범의 보호목적과 같은 법률상의 보호범위를 고려할 때가 있다.⁹¹⁾

포괄증여 조항은 이러한 법률주의적인 사고나 체계와 다르게 ‘사실상 권리’나 ‘경제적 이익’의 이전도 증여세 과세대상이라고 명시하고 있다. 상속이나 증여의 대상이 되는 사실상의 권리는 우선 법률상 권리로 성립하기 이전 단계에서 누리는 기대이익과 같은 종류에 대하여도 인정할 수도 있을 것이다. 예컨대 배당기준일 이후에 피상속인이 사망하였으나 아직 주주총회 결의가 이루어지기 전이라 구체적인 배당청구권이 성립하지 않은 상태에서 상속이 개시되는 경우 배당기대권(=추상적

산권에는 인격권과 가족권 등이 있다. 지원림, 「민법강의」 11판, 홍문사, 2012., 36-37면.

89) 상증세법 제2조 제3호 나.목은 ‘재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리’를 상속재산의 범위에 포함하고 있다.

90) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007두23811 판결. 해당 사안에서 법률상 보호이익을 긍정하였다.

91) 공무원이 법령에서 부과된 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 제3자가 손해를 입은 경우에 제3자에게 손해배상청구권이 발생하기 위하여는 공무원의 직무상 의무 위반행위와 제3자의 손해 사이에 상당인과관계가 있지 아니하면 아니되는 것이고, [...] 공무원에게 직무상 의무를 부과한 법령의 보호목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 가사 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원이 직무상 의무를 위반한 행위와 제3자가 입은 손해 사이에는 법리상 상당인과관계가 있다고 할 수 없다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결). 위 판결은 원고가 노래방을 양수하여 풍속영업규제에 관한 법령에 따라 관할 경찰서장에게 영업자변경신고를 하여 관할 경찰서장이 이를 수리하였는데, 이후 노래방 인근에 학원이 있다는 사실이 확인되자 경찰서장이 영업신고를 반려하여 노래방 영업을 못하게 된 원고가 국가배상청구를 한 사안이다. 대법원은 풍속영업규제에 관한 법령에서 영업신고제도를 마련한 것은 미풍양속의 보존과 청소년 보호 등의 공공일반의 이익을 위한 것일 뿐, 사적인 거래안전을 보호하기 위한 것이 아니므로 경찰서장이 영업신고를 반려한 행위와 원고의 손해 사이에는 상당인과관계가 없다고 판단하였다.

의미의 배당청구권)도 사실상의 권리로서 상속세의 과세대상이 될 수 있다.⁹²⁾ 구체적인 권리의무뿐만 아니라 형성 중인 법률관계 나아가 권리 또는 의무로 구체화되지 않은 재산상의 법률관계 내지 법적지위(청약을 받은 지위, 유동적 무효인 법률행위에 기한 법적 지위)도 상속의 대상이 되므로,⁹³⁾ 그 지위의 이전 당시 경제적 가치를 계산할 수 있다면 상속세나 증여세의 과세대상이 될 수 있다.

예컨대 A가 B와 사이에 토지거래허가구역 내에 1,000만 원짜리 토지를 토지거래허가를 받을 것을 전제로 계약금 100만 원을 주고 매매계약을 체결하였는데, A가 이에 따른 계약상 지위를 B의 동의를 얻어 아들 C에게 양도하였다고 가정해보자. 위 매매계약은 유동적 무효 상태이므로, C는 A로부터 매매계약상 권리는 아니지만 계약상 권리로 성립할 수 있다는 기대권을 받은 것으로 볼 수 있다. 위 매매계약이 허가를 받아 확정적으로 유효하게 되었다면 매매계약상의 권리로서 적어도 100만 원의 값어치는 인정할 수 있고, 상대방 B가 협력의무를 이행하지 아니하고 매매계약을 일방적으로 철회하거나, 토지거래허가가 불발되어 매매계약이 확정적 무효가 되더라도, C는 B를 상대로 손해배상을 청구하거나,⁹⁴⁾ 100만 원의 부당이득반환청구권을 행사할 수 있으므로,⁹⁵⁾ C가 위 기대권을 이전받은 때, 100만 원 상당의 재산적 가치가 있는 ‘사실상의 권리’를 이전받은 것으로 볼 수 있을 것이다.

사실상의 권리의 다른 예로 ‘경영권 프리미엄’을 들 수 있다. 주식의 매수인이 경영권 프리미엄을 지불하는 이유는 기업의 경영권⁹⁶⁾을 확보하기 때문이다. ‘경영권’은 그 자체가 독자적으로 설정되거나 어떠한 법적 지위를 창설하는 권리·권능이 아니므로, 독자적인 양도대상이 되는 법상의 권리가 될 수 없다.⁹⁷⁾ 마찬가지로 ‘경영권 프리미엄’이란 회사의 경영권을 장악하는데 필요한 주식 지분에 주식의 평가가치를 상회하는 할증액으로서 지배주주의 보유 지분에 내재되어 있는 당연한 가치가 아니라 주식의 매수인이 주관적으로 판단하여 협상에 의하여 지불을 결정하

92) 일본세법에서도 동일하게 해석하고 있다. 増井良啓, 「조세법입문」 2판, 안좌진 번역, 박영사, 2018., 472면.

93) 지원림, 전제서, 2006면.

94) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다23825 판결.

95) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97다36965, 36972 판결.

96) 경영권은 경제적 사회적 측면에서는 기업의 대표권, 인사권, 현금흐름의 처분권, 투자 및 사업구성에 관한 결정권 등을 중요요소로 한다. 법률적 측면에서는 주주총회 결의의 통제권, 이사선임을 통한 이사회 구성권, 이사회결의에 대한 통제권, 대표이사 선임권, 대표이사의 권한을 통한 업무집행권 등을 포함한다. 김화진, “경영권 이전과 주주가액 프리미엄”, 「인권과 정의」 427호, 대한변호사협회, 2012. 8., 82-83면.

97) 이철송, “지배주식의 양도와 양도가액의 산정”, 「세무사」 7권 4호(55호), 한국세무사회, 11면.

게 되는 고도의 상대적인 성질을 가지고 있다.⁹⁸⁾ 부자가 공동으로 경영권(아버지 30%, 자녀 20% 지분)을 행사하면서 주식 매수인으로부터 경영권 프리미엄을 각 지분에 따라 받기로 구두협상이나 양해각서를 작성하였으나(다만 아직 계약이 성립하였다고 보기 어려운 단계일 것이다), 정식 계약서를 쓰면서 자녀에 대해서만 독점적인 경영권 프리미엄을 주는 것으로 합의하였다면 아버지가 가진 ‘사실상의 권리’가 이전된 것으로 볼 수도 있을 것이다.

법률상 필요한 절차를 거치기 이전 단계에서 당사자가 누리는 기대권도 생각해볼 수 있다. 대주주가 자신의 주식배당청구권을 포기하여 자녀에게 초과배당을 받게 하는 경우 대주주의 배당청구권은 주주총회에서 결의되어야 비로소 성립하는 것이므로 주주총회의 결의 이전 단계에서는 법률상 권리를 인정하기는 어렵지만, 법인에 배당가능이익이 존재하고 배당결의를 할 가능성이 높은 상태였다면 배당결의 이전 단계라도 대주주의 ‘사실상의 권리’⁹⁹⁾는 존재하였다고 볼 수 있고, 이것이 자녀에게 이전되었다고 평가할 수 있다.¹⁰⁰⁾

한편 ‘경제적 이익’은 2013. 1. 1. 상증세법 개정 시 제31조 제1항에서 증여재산의 범위로 추가되었는데 수증자에게 귀속되는 경제적 가치가 있는 모든 이익을 의미하고, 예컨대 용역을 무상 또는 현저히 낮은 가액으로 받은 이익은 그 자체로 물건이나 권리를 받은 것은 아니지만, 경제적 이익으로 볼 수 있으므로, 포괄적 증여개념에 포함될 수 있다.¹⁰¹⁾ 특히 대법원은 증여세와 관련하여서도 부부 중 일방이 자신의 예금을 담보로 제공하여 타방이 대출을 받게 해 준 경우 용역의 무상제공으로 보아 해당 용역(일종의 보증보험용역)의 시가를 환산하여 과세해야 한다고 판단한 바 있는데,¹⁰²⁾ 이것은 대출을 받을 수 있는 기회를 경제적 이익으로 보는 것이다.

다른 한편 ‘경제적 이익’은 사법상의 권리로 승인되지 아니더라도 경제적 관점에서 파악되는 이익으로 볼 수 있다. 특히 경제적 이익은 예컨대 성매매와 같이 반

98) 김화진, 전제논문, 86면.

99) ‘권리’ 자체가 법적인 개념이므로, ‘사실상의 권리’라는 표현이 어색하게 느껴질 수 있다. 상증세법 제2조 제7호 나.목에서 ‘사실상의 모든 권리’를 언급하고 있는데 이것은 법률적 권리로 성립되기 이전 단계의 기대권 정도로 이해할 수 있다.

100) 다만 2020. 12. 22. 개정된 상증세법 제41조의 2는 초과배당을 받은 자에게 ① 초과배당이익에 대해 소득세를 과세하고, ② (초과배당금액 - 소득세액)에 대해 증여세를 과세하는 명문의 규정을 두고 있다.

101) 기획재정부, “활력있는 경제·튼튼한 재정·안정된 미래-2012년 세법개정안 문답자료”, 2012. 8., 75면.

102) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18458 판결.

사회질서행위가 되어 사법의 체계에서 보호받지 못하는 이익도 형법상 경제범죄(특히 사기죄)의 대상이 될 수 있는 것과 마찬가지로,¹⁰³⁾ 이론적으로는 증여세의 과세 대상이 될 수도 있다. 또한 법에서 소유권을 인정하지 않는 물품(예컨대 도품이어서 민법 제250조에 의하여 선의취득의 대상이 될 수 없는 물건)을 수증자에게 증여한 경우 수증자는 소유자가 될 수는 없지만, 그 물건에 대하여 소유자처럼 행세할 수 있는 경우 사실상의 경제적 이익에 해당하여 증여세를 과세할 수 있다는 정도의 의미로 생각할 수 있다. 이것은 위법소득(뇌물, 횡령금)에 대해서도 소득의 수령자가 해당 소득을 현실적으로 관리지배한다는 측면에서 소득과세가 가능하다고 보는 것과 같은 맥락으로 볼 수 있다.

물론 ‘법’의 세계에서 ‘사실상의 권리’나 ‘경제적 이익’이란 모호한 개념을 들여오는 것은 자칫 증여세의 과세대상에 대한 예측가능성을 떨어뜨리게 될 위험을 불러올 수 있다. 사안의 축적을 통하여 보다 정교하고 섬세한 연구가 필요한 대목이다.

4. 포괄증여의 핵심적 개념

(1) 무상성의 의미

1) 무상성 판정의 출발 : 대가의 부존재

상증세법 제2조 제6호는 타인에게 ‘무상으로’ 재산이나 이익을 이전하는 것이라고 정의하고 있는데, ‘무상으로’ 사전적 의미는 ‘공짜로’ 즉 대가가 없다는 뜻이다. 그런데 위 법조항은 괄호에서 ‘현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다’고 규정하고 있으므로,¹⁰⁴⁾ 세법상 증여의 개념에는 아무런 대가가 없는 거래에 더하여 저가 또는 고가거래와 같이 시가에 부합하지 않는 거래도 개념 속에

103) 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결(부녀가 금품을 받을 것을 약속하고 성행위를 약속하는 것은 반사회질서행위로서 무효이나, 부녀를 기망하여 성행위대가의 지급을 면하는 경우 사기죄의 객체인 경제적 이익을 취득한 것임).

104) 나아가 상증세법 제4조 제1항 제2호는 ‘현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익이나, 현저히 높은 대가를 받고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익’을 증여세 과세대상으로 정하고 있다.

포함시키고 있다.

여기서 ‘대가가 없다는 것’은 개념적으로 어떻게 정의할 수 있을까? 미국세법은 증여로 얻은 재산은 소득에 포함되지 않는다고만 규정하고 있을 뿐,¹⁰⁵⁾ 증여의 개념을 정의하고 있지는 않다. 연방대법원 판례는 ‘증여’(gift)의 핵심적 요소인 ‘무상이전’의 의미를 “애정, 존경, 칭찬, 자선 또는 유사한 심적 충동에 의하여 이루어진 지급액(payments generated by affection, respect, admiration, charity or like impulses)” 등과 같은 “사심 없고 편견 없는 호의에서 받은 금액(proceeds from a detached and disinterested generosity)”으로 정의하였다.¹⁰⁶⁾

듀버스틴(Duberstein) 판결 사안을 요약해보면 다음과 같다. 개인사업자인 D는 잠재적인 고객 명단을 한 법인에게 주었는데, 그 정보는 가치가 있는 것이어서 그 법인은 D에게 그의 사양에도 불구하고 캐딜락을 선물해주는 것으로 화답하였다. 법인은 그 비용을 법인세의 손금이 되는 기부금으로 계상하였으나, 과세관청은 이를 부인하였다. 1심 조세법원은 그 회사가 D에 의해 주어진 용역을 재평가하여 차량을 준 것으로 보인다고 보아 과세관청의 손을 들어주었고, 항소심 법원은 결론을 뒤집었으나, 연방대법원은 법인이 D에게 캐딜락을 준 것은 과거 서비스에 대한 보상이거나 장래에도 유사한 서비스를 해줄 것에 대한 유인이므로 증여로 보기 어렵다고 판단하였다.

연방대법원은 위 사건에서 “단순히 법적 또는 도덕적 의무의 부재만으로 증여가 된다고 보기에 충분하지 않고, 지급하여야 할 ‘법적 또는 도덕적 의무감에 따른 심적 압박에 의한 것’이나 ‘경제적인 이득을 얻기 위한 동기’에서 행해진다면 증여가 아니다”라고 보았다.¹⁰⁷⁾

개념적으로는 위와 같이 볼 수 있으나, 무상행위와 그렇지 않은 행위를 구별하는 것은 현실에서는 쉬운 일이 아닐 수 있다. 우선 재산을 받은 자가 그에 대한 대가로 불만한 것을 제공하는 하지만 그것이 비금전적인 것이라면 증여로 볼 수 있다. 미국 내국세입법 시행규칙에서도 “금전적 가치로 환산할 수 없는 대가”는 무시한다고 밝히고 있다.¹⁰⁸⁾ 예를 들면 아버지가 자녀에게 시험에 합격하면 고급승용

105) 연방내국세법(International Revenue Code, 이하 ‘IRC’) § 102(a).

106) Commissioner v. Duberstein, 363 U.S. 278. 이하 ‘듀버스틴 판결’이라고 한다.

107) “For the Court has shown that the mere absence of a legal or moral obligation to make such a payment does not establish that it is a gift. And, importantly, if the payment proceeds primarily from “the constraining force of any moral or legal duty,” or from “the incentive of anticipated benefit” of an economic nature, it is not a gift.”

108) IRC Reg. § 25.2512-8(a consideration not reducible to a value in money or money’s

차를 선물하겠다고 약속하고 실제로 차를 사준 경우 자녀가 아버지에게 준 심리적 만족은 증여를 부정하게 만드는 대가가 될 수는 없을 것이다.¹⁰⁹⁾

또한 급부를 행할 ‘법률상 의무’가 무상성을 판단하는 기준이 될 수 있는지가 문제된다. 앞서 미국 연방대법원은 ‘듀버스틴(Duberstein) 판결’에서 법적 의무가 없다고 언제나 증여가 되는 것은 아니라고 보았다. 이에 관하여 경우의 수를 나누어 분석한 견해가 있어서 소개한다.¹¹⁰⁾ ① 첫 번째로 법률적 의무의 이행으로 행해 지지는 않았지만 대가적인 성격을 가진 것이 있다. 경제적 가치가 있는 상대방의 어떤 행위에 대하여 무엇인가 보답을 해야겠다는 심적 또는 도덕적 부담을 느끼고 행한 급부나 장래 상대방으로부터 경제적 가치가 있는 어떤 급부를 받을 수 있을 것으로 기대하고 행한 급부는 법률적 의무의 이행으로 행하여진 것은 아니지만 상대방의 경제적 반대급부에 대한 대가적 성격을 가지기 때문에 무상으로 행하여졌다고 볼 수 없다.¹¹¹⁾ 납품업자가 업무상 편의를 봐 준 거래처 직원에게 지급한 금액은 전자에 해당하고, 안경점 업주가 자신의 점포 인근에 새로 개업한 안과의사에게 앞으로 안경을 필요로 하는 환자들을 많이 보내줄 것으로 기대하고 지급한 금액은 후자의 예이다.¹¹²⁾ ② 두 번째로 외형상 법률상 의무의 이행으로 행해진 급부도 실질적으로 대가가 존재하지 않는 무상적 성격이면 증여에 해당한다.¹¹³⁾ 협의이혼하는 배우자에게 그 배우자의 객관적 기여를 훨씬 초과하는 금액을 재산분할 명목으로 지급하기로 약정하고, 그 약정에 따라 해당 금액을 지급하는 것이 그 예가 될 것이다.¹¹⁴⁾

무상성의 개념을 사례¹¹⁵⁾를 통하여 조금 더 구체적으로 살펴보자. 대상 사안의 사

worth, such as love and affection, promise of marriage, ect., is to be wholly disregarded, and the entire value of the property transferred constitutes the amount of gift)

109) 한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 관한 고찰”, 「조세법연구」 17권 2호, 한국세법학회, 2011., 291면.

110) 이하의 내용은 한만수, 전계논문, 292면을 참조하였다.

111) 사건으로는 ‘듀버스틴 판결’ 사안이 이에 가까운 것 같다.

112) 이 경우는 주는 자의 입장에서는 접대비에 해당할 가능성이 높고, 받는 자의 입장에서는 기타소득(사례금)에 가깝다.

113) 한만수, 전계논문, 292면에서는 ‘실질적으로 그 심적 동기가 무상적 성격이면 증여에 해당한다’고 서술하고 있으나, 증여의 주관적 의도가 원칙적으로 인정되어야 한다는 오해가 생길 수 있는 부분이므로, ‘실질적으로 대가가 존재하지 않는 무상적 성격’으로 표현을 다소 수정하였다.

114) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두58901 판결(이혼에 따른 재산분할은 부부가 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 제도로서 재산의 무상이전으로 볼 수 없으므로 그 이혼이 가장이혼으로서 무효가 아닌 이상 원칙적으로 증여세 과세대상이 되지 않는다. 다만 민법 제839조의2 제2항의 규정 취지에 반하여 상당하다고 할 수 없을 정도로 과대하고 상속세나 증여세 등 조세를 회피하기 위한 수단에 불과하여 그 실질이 증여라고 평가할 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 상당한 부분을 초과하는 부분에 한하여 증여세 과세대상이 될 수 있다).

실관계를 보면 갑은 자신이 경영하는 회사에서 나이가 어린 여성인 원고를 만나서 내연관계를 유지하다가 18억 원을 주어 원고가 아파트 전세보증금에 사용하고 전세권설정등기를 마쳤다. 이후 원고는 갑의 요청에 따라 ‘편의상 원고 명의로 아파트에 관한 임대차 계약을 맺었고 갑이 요구하면 언제든 명의변경을 해준다’는 진술서를 작성해주었으며, 실제로 갑은 원고를 상대로 전세권이전등기청구소송을 제기하여 1심에서 승소판결을 받았다. 이후 항소심에서 원고와 갑은 공동으로 전세금을 반환받아 그 중 원고가 9억 원을 받는 것으로 조정이 성립하였다. 과세관청은 원고가 위 돈을 내연남으로부터 무상으로 받은 돈이므로 증여세의 과세대상이 된다고 주장하였고, 원고는 모든 법적 분쟁을 조기에 종결하는 의미의 합의금으로 받은 돈이므로 증여가 되지 않는다고 주장하였다.

결국 원고가 갑으로부터 돈을 받을만한 원인이 존재하거나 적어도 갑의 입장에서도 경제적 반대급부를 누렸다고 볼만한 사정이 있어야 무상성을 부정할 수 있을 것이다. 갑은 원고와 함께 살 집임을 전제로 전세금을 마련해주었고, 갑은 유부남으로서 결혼할 생각이 없었음에도 원고를 현혹하여 계속적으로 내연관계를 유지해온 것으로 보이므로, 원고 입장에서 상대방이 혼인할 의사를 갖고 있음이 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있었던 사정이 인정된다면, 원고에게 위자료청구권이 인정될 것이다. 돈을 내어준 갑의 입장에서는 혼인빙자간음에 대한 ‘정신적 손해배상책임 + 관련 민사소송에서 패소부담의 회피’ 등의 종합적인 고려가 있었을 것이다. 위와 같이 원고가 받은 돈의 성격을 위자료 내지 합의금¹¹⁶⁾으로 보는 이상 증여로 볼 수는 없으며, 다만 위 9억 원 중 위자료를 넘어서는 금액은 원고의 기타소득(사례금)이 될 여지는 있다.¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾ 대상 판결의 원심도 같은 결론에 이르렀고, 대법원은 그 결과를 수긍하였다.

115) 대법원 2015. 7. 9.자 2015두40781 판결(심리불속행).

116) 갑과 원고의 합의 과정에서 갑의 혼인빙자간음책임을 명시적으로 인정하였다면 위자료의 합의로 볼 수 있을 것이나, 그렇지 않다면 원고는 자신의 위자료 청구권이나 소송에서 승소가능성을 포기하는 대가로 9억 원을 받은 것이므로 민법상 화해계약(민법 제731조)에 해당할 가능성이 높다. 화해계약으로 볼 경우 원고는 위 소송에서 자신이 18억 원의 전세권자로 온전히 승소할 수 있는 가능성을 양보하고 9억 원을 받은 것이므로, 무상성이 부정되어 증여가 되기 어렵다.

117) 분쟁이 원만히 종결되도록 협조한 것에 대한 대가를 사례금으로 본 예로 대법원 2016. 5. 24. 선고 2016두30637 판결 참조. 다만 위 금액 중 순수하게 정신적 손해배상에 대한 부분은 소득을 구성하지 아니하므로 공제되어야 할 것이다.

118) 증여와 기타소득(사례금) 및 대가성이 있는 유상계약의 3가지를 개념적으로 구분해볼 필요가 있다. 증여는 대가성이 부정되고, 유상계약(사례에서는 주로 인적 용역계약이 문제됨)은 대가성이 긍정되는 경우인데, 기타소득(사례금) 중 일정한 유형은 인적 용역의 제공에 대한 대가성과 ‘사례(射禮)’라는 무상성이 혼재되어 있다. 다음 (2)항에서 각주 138번의 대법원 2017두30214 판결 사안을 검토할 때 다시 살펴보기로 한다.

요컨대 무상성이란 대가가 없음을 의미하는데, 증여자가 수증자로부터 경제적 가치가 있는 어떤 행위를 이미 제공받은 것에 대한 보답의 차원에서 또는 장래 경제적 가치가 있는 어떤 급부를 받을 것을 기대하고 행하였을 때에도 넓은 의미에서 대가가 있는 것으로 보아야 하고, 자신의 손해배상책임이나 기득권적 지위를 포기하는 경우에도 대가가 존재하는 것으로 볼 수 있다. 다시 말하여 유상계약과 같이 반드시 대가적 의미의 출연을 하지 않더라도 무상성은 부정될 수 있다. 다만 수증자가 증여의 대가로 불만한 어떤 행위를 증여자에게 제공한다고 하더라도 그것이 비금전적 성격을 가지거나 경제적 이익과 관계가 없다면, 여전히 무상성을 유지한다고 볼 수 있다.

2) 증여의도는 필요하지 아니함 (원칙)

앞서 보았듯이 민법상 증여계약의 ‘무상성’에는 증여자의 주관적 의도가 필요하다는 것이 통설적인 입장이다. 따라서 갑이 3억 원 상당의 부동산을 을로부터 1억 원에 매수하는 경우에 갑과 을 사이에 2억 원 상당의 무상 수여에 관한 합의가 존재한다면 이 부분은 증여에 해당하지만, 그러한 합의가 없다면 매매에 해당할 뿐이므로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 발생하였음을 이유로 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부 등이 문제될 수 있다.¹¹⁹⁾

세법상 증여에서도 상대방에게 이익을 분여하려는 의사가 필요한 것일까? 일단 부정적으로 보는 것이 타당해 보인다. 우선 증여의 개념을 정의하는 상속세법 제2조 제6호에서도 ‘거래의 목적 등과 관계없이’라고 표현하고 있다. 이렇듯 법문에서는 이익의 이전만을 요구할 뿐, 그 이익이 이전되는 상황에 대하여 당사자의 내심적 의사를 따지지 않고 있다. 예컨대 특수관계가 있는 사촌 사이에 200원짜리 부동산을 100원에 거래하면서 싸게 파는 당사자가 위 부동산의 가격이 원래 100원이었다고 착각하여 실수로 이러한 거래를 하였다고 하더라도 이익의 이전이 있는 이상 매수인에게 증여세를 과세할 수 있을 것이다. 간접증여의 예를 생각해보면, 신주를 시가보다 저가로 발행하면서 실권주를 다시 배정하는 경우에 신주인수를 포기한 자에게 자신이 손해를 보면서 상대방에게 이익을 주겠다는 의사가 과세요건상 필요한 것은 아니다.¹²⁰⁾

119) 「주석민법」, 43면.

120) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누1343 판결(구 상속세법 제34조의4는 신주인수권을 포기한 주주와 특수관계에 있는 자가 그의 지분비율을 초과하여 신주를 배정받아 이익을 받은 경우에는 신주인수권을 포기한 주주에게 증여의사가 있었는지 여부에 관계없이 증여로 본다)는 규정이므로 이는 추정

미국세법상으로도 사법상의 증여는 대가관계가 없을 것, 즉 두 사람 사이의 증여 의사를 필요로 하지만, 증여세에서 말하는 증여는 당사자의 무상성에 관한 의도를 중요시하지 않는 객관적 개념의 성격을 가지고 있다. 미국 재무부 시행규칙은 “자산을 이전하는 자의 증여의사는 ‘증여’에서 필수적인 개념은 아니고, 증여세의 적용은 공여자의 주관적인 의도보다는 이전(transfer)이라는 객관적 사실과 그것이 이루어지는 상황에 따라 달려있다”고 선언하고 있다.¹²¹⁾

이에 관한 대표적인 사례로 Commissioner v. Wemyss 사례를 살펴보자.¹²²⁾ M부인은 사망한 전남편이 설정한 신탁의 수익자였는데, 수익의 절반은 부인에게, 절반은 아이에게 지급하도록 되어 있었으며, 단 부인이 재혼할 경우 절반의 이익은 아이에게 돌아가는 것으로 약정되어 있었다. 원고는 M부인과 혼전계약(prenuptial agreement)을 체결하였는데, M부인이 신탁이익을 상실하는 것을 보상하는 차원에서 원고가 일정한 주식을 이전하는 것으로 합의하였고, 이후 결혼하였다. 위 사안에서 원고에게 내심의 증여의도가 없다는 점은 비교적 분명함에도 과세관청은 이전된 주식의 가치에 대하여 원고에게 증여세를 부과하였다. 조세법원¹²³⁾은 “재무부시행규칙¹²⁴⁾은 사랑, 애정, 약혼 등 금전적 가치로 환원할 수 없는 대가는 전적으로 무시되고, 이전된 재산의 전체 가치가 증여재산가액이다. 혼인약속 자체는 금전적 대가가 아닐 뿐만 아니라 달리 생각하여 M부인이 신탁수익을 잃어버리더라도 원고에게는 아무런 경제적 이익을 주지 않으므로 마찬가지로 보아 과세를 긍정하였다. 한편 항소심은 증여에 뒤따르는 증여 의도야말로 증여에 있어서 필수적인데 원고에게는 증여의 의도가 없었다는 이유로 조세법원의 판결을 뒤집었다.

연방대법원은 “증여세에 있어서 증여 의도의 판정은 필요 없을 뿐만 아니라, 보다 유용한 외부적인 기준, 즉 이전되는 재산에 비해 경제적 가치에서 적절하고 완전한 대가가 되지 못하는 만큼 증여로 취급된다”면서 ‘통상적인 사업과정(the ordinary course of business)에서 이루어지는 것이 아닌 특정한 상황에서의 재산 이전은 이전되는 재산에 비해 경제적 가치에서 적절하고 완전한 대가가 되지 못하는

규정이 아니라 본래의 의미의 의제규정이라고 할 것이고 ...) 참조. 증여세 완전포괄주의가 채택되기 이전에 선고된 위 판결은 반대로 증여의사가 있어야만 본래의 ‘증여’이므로, 그러한 의사 없이도 과세하는 구 상속세법 제34조의 4는 증여추정규정이 아니라 증여가 아닌 것을 증여로 보는 증여의제규정으로 이해하고 있다.

121) 재무부시행규칙(Treasury Regulation, 이하 ‘재무부시행규칙’이라고 한다) 25.2511-1(g).

122) Commissioner v. Wemyss, 324 U.S. 303 (1945).

123) 조세법원(Tax Court)는 연방법원 중 특정한 재판권을 가지고 있는 특별법원 중 하나로서 1심 조세사건을 담당하고 있다.

124) 1936년판 재무부시행규칙 79 제8조(현행 재무부시행규칙 25.2512-8).

만큼 증여로 취급된다' 면서 재무부 규칙의 내용과 조세법원의 판결을 승인하였다. 위 사건에서 원고는 공짜로 M부인에게 주식을 넘겨준 것이 아니라 M부인이 경제적 손실을 무릅쓰고 본인과 결혼해준 것에 대한 대가라는 인식이 있어서 무상행위의 의도는 존재하지 않더라도, 증여로 보는 것에 지장은 없다는 취지이다.

3) 증여의도를 여전히 살펴보아야 하는 이유

위와 같이 증여자에게 무상행위를 한다는 의도는 원칙적으로 필요하지 않다. 그러나 미국세법에서도 늘 그렇지는 않다. 객관적 이익의 이전만 있으면 과세할 수 있다는 철통같은(ironclad) 원칙을 고수한다면, 허위표시나 사기에 의하여 일방 당사자가 손해를 보는 경우에도 증여가 있다고 보아야 할 것이지만, 독립하고 대등한 당사자 사이의 거래(arm's length standard)라는 기준을 충족한다면 증여세의 과세 대상이 아닌 것으로 볼 수 있다.¹²⁵⁾ 또한, 증여 성립 여부에 관한 주변적인 거래(peripheral transaction)에서도 증여자의 의도를 살펴보아야 한다고 보고 있다. 예컨대, A가 B에 대한 채권이 있음에도 소멸시효가 경과할 때까지 권리를 행사하지 아니하여 그 권리가 소멸되었다면, A의 부작위가 증여의도에 따른 것인지 아니면 채권의 집행가능성이 없어서 행사하지 않은 것인지를 살펴보지 않을 수 없다.¹²⁶⁾

우리 세법에서도 증여자의 증여의도를 살피는 것은 실제 사안을 해결하는데 있어서 다음과 같은 유용성이 있다고 본다. 첫 번째는 증여자의 재산이나 이익 제공 행위에 대하여 대가가 결부된 것인지를 검토하는 과정에서 증여자의 주관적 의도를 어느 정도 살펴보는 것이 불가피하다. 1)항의 듀버스틴 판결 사안에서 보는 바와 같이 그 행위를 표면적으로만 보았을 때에는 법인이 D에게 캐딜락 승용차를 제공하는 행위만이 있을 뿐, 그와 직접적으로 결부된 어떤 대가가 존재하지 않더라도 과거 D가 법인에게 경제적 가치가 있는 정보를 제공한 것에 대한 보답의 차원이라는 출연의 동기를 규명하는 과정이 필요하고, 이러한 범위 내에서는 증여의도를 살피는 것이 필요할 수 있다. 특히 우리 세법에서는 이러한 유형의 소득을 기타소득(사례금)으로 취급하고 있으므로 증여와 기타소득을 구별하는 기준으로 작용할 수 있을 것이다. 두 번째는 거래당사자의 거래동기를 살펴보는 것은 우리 세법체계 내에 존재하는 상증세법 제60조 제3항의 보충적 평가방법과 같은 법정시가의 불완전성을

125) Boris I. Bittker, Lawrence Lokken, 「Federal taxation of income, estates, and gifts」, Boston : Warren, Gorham & Lamont, c1989, 121-31.

126) Boris I. Bittker, Lawrence Lokken, 전게서, 121-22.

보완하는 기능을 할 수 있다. 두 번째 쟁점을 먼저 살펴보기로 하자.

미국세법에서는 저가양도가 이루어지면 시가와 차액 상당을 증여로 간주하고 있지만,¹²⁷⁾ 재무부시행규칙은 이전(transfer)의 개념에 대하여 “보통법상의 개념처럼 반드시 아무런 대가가 없는 경우에 국한되지 않고 이전된 재산의 가치가 대가를 넘어설 때 차액도 포함된다. 다만 통상적인 거래과정에서 발생하는 매매, 교환 또는 다른 형태의 재산의 이전(진실하고, 적정한 범위 이내에서, 증여의 의도가 없는 거래)은 적절한 대가에 따라 이루어지는 시가거래로 취급된다”고 규정하여¹²⁸⁾ 증여의 의도 없이 행하여진 통상적인 거래에서 당사자 간에 책정된 거래가격은 그 거래가격 자체를 시가로 보고 있으므로, 시가 거래인지를 살피는 과정에서 증여의도는 여전히 고려대상이 된다. 부연하자면, 증여는 증여의사 없이 객관적 시가 P1보다 높거나 낮은 가격으로 거래하면 성립할 수 있지만, 객관적 시가가 P1인지 불분명한 상황에서는 당사자가 통상적인 거래과정에서 증여의 의도 없이 거래하면 그 거래가격 자체를 객관적 시가 P1으로 봐줄 수 있다는 것이다.

우리 법에서도 시가는 ‘불특정다수인 사이에 자유로이 거래가 이루어지는 경우에 통상 성립된다고 인정되는 가액’이라고 정의하고 있고(상증세법 제60조 제2항), 불특정다수는 아니더라도 특수관계가 없는 사람 사이에서 거래가격의 조작 없이 합의한 가격이면 거래가격이 바로 시가라고 보아야 한다.¹²⁹⁾ 아파트 거래 시장만 생각해 보더라도 매매대금이 처음부터 결정된다고 보다는 동일 단지의 같은 층, 같은 평의 다른 아파트 거래가격과 같은 객관적 사정뿐만 아니라 당사자의 협상력 내지 주관적 사정(예컨대 급매물)도 영향을 미칠 수 있다. 이들 사이에 거래가격을 조작한다는 생각이 없다면 그 가격 자체가 시가가 될 수 있다. 다만 과세관청이 어떤 사

127) IRC § 2512

(b) Where property is transferred for less than an adequate and full consideration in money or money's worth, then the amount by which the value of the property exceeded the value of the consideration shall be deemed a gift, and shall be included in computing the amount of gifts made during the calendar year.

128) § 25.2512-8 (Transfers for insufficient consideration)

Transfers reached by the gift tax are not confined to those only which, being without a valuable consideration, accord with the common law concept of gifts, but embrace as well sales, exchanges, and other dispositions of property for a consideration to the extent that the value of the property transferred by the donor exceeds the value in money or money's worth of the consideration given therefor. However, a sale, exchange, or other transfer of property made in the ordinary course of business (a transaction which is bona fide, at arm's length, and free from any donative intent), will be considered as made for an adequate and full consideration in money or money's worth.

129) 이창희, 「세법강의」, 박영사, 2021., 1156면.

정으로 그 거래가격은 시가와 부합하지 않고, 납세자가 합리적인 경제인이라면 그러한 거래를 하지 않았을 것이라는 일응의 증명을 하면 ‘거래의 관행상 정당한 사유’가 없다는 점까지 증명된 것으로 본다.¹³⁰⁾ 시가에는 이러한 순수한 의미 외에도 수용가격·공매가격·감정가격 등도 포함되고(상증세법 제60조 제2항), 시가를 산정하기 어려운 경우에는 법정평가액을 시가로 본다(상증세법 제60조 제3항).

그러나 현실적으로 동종의 자산에 대한 거래가 빈번한 경우 외에는 시가를 발견하거나 산정하는 것은 어렵다. 상장주식은 논외로 하더라도, 아파트를 제외한 주택이나 토지 등이 그러하고, 비상장주식은 심각할 정도로 시가를 알기 어렵다. 그리하여 비상장주식의 경우 사실상 보충적 평가방법에 따른 가격이 법정시가처럼 기능하는 경우가 많다. 이러한 상황에서 특수관계가 없는 자들 사이에 고·저가양도와 같은 비시가 거래¹³¹⁾를 하더라도, 거래관행상 정당한 사유가 있으면 증여세를 과세하지 않는 것으로 정하고 있다. 그 이유는 상증세법상 평가가액만이 증여 여부를 판단하는 유일한 기준이라고 전제해버리면, 실제 협상과정을 통한 정상적인 거래임에도 불완전한 시가만을 기준으로 증여세를 과세하여 자유로운 경제활동을 위축시킬 우려가 있기 때문이다. 저가양수에 관한 다음과 같은 대법원 판례¹³²⁾도 이런 용례를 따르고 있다.

구 상증세법 제35조 제2항¹³³⁾의 입법 취지는 거래 상대방의 이익을 위하여 거래가격을 조작하는 비정상적인 방법으로 대가와 시가의 차액에 상당하는 이익을 사실상 무상으로 이전하는 경우에 그 거래 상대방이 얻은 이익에 대하여 증여세를 과세함으로써 변칙적인 증여행위에 대처하고 과세의 공평을 도모하려는 데 있다. 그런데 특수관계가 없는 자 사이의 거래에서는 서로 이해관계가 일치하지 않는 것이 일반적이어서 대가와 시가 사이에 차이가 있다는 사정만으로 그 차액을 거래 상대방에게 증여하였다고 보기 어려우므로, 구 상증세법 제35조 제2항은 특수관계자 사이의 거래와는 달리 특수관계가 없는 자 사이의 거래에 대하여는 ‘거래의 관행상 정당한 사유가 없을 것’이라는 과세요건을 추가하고 있다.

이러한 점들을 종합하여 보면, 재산을 저가로 양도·양수한 거래 당사자들이 그 거래가격을 객관적 교환가치가 적절하게 반영된 정상적인 가격으로 믿을 만한 합리적인 사유가 있었던 경우는 물론, 그와 같은 사유는 없더라도 양도인이 그 거래가격으로 재산을 양도하는 것이 합리적인 경제인의 관점에서 비정상적이었다고 볼 수 없는 객관적인 사

130) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두24495 판결 등.

131) 정상시가로 거래할 경우에는 소득세 문제 외에 증여세 문제는 원칙적으로 발생하지 않는다. 한편 무상양도, 저가양도, 고가양도의 세 가지 형태의 거래를 아우를 수 있는 적절한 용어가 없다. 시가에 따르는 거래를 ‘정상거래’라고 한다면, 그에 반대되는 개념으로 ‘비정상거래’라고 부를 수 있을 것이나, 무상거래인 증여 자체를 비정상거래로 부르는 것도 어색한 면이 있다. 따라서 시가에 따르지 않는 거래라는 의미에서 ‘비시가 거래’라고 부르기로 한다.

132) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두61089 판결. 밑줄 친 부분은 필자가 부가한 것이다.

유가 있었던 경우에도 구 상증세법 제35조 제2항에서 말하는 ‘거래의 관행상 정당한 사유’가 있다고 봄이 타당하다(대법원 2013. 8. 23. 선고 2013두5081 판결 참조).

한편 구 상증세법 제35조 제2항에 따른 과세처분이 적법하기 위해서는 양수자가 특수관계인이 아닌 자로부터 시가보다 현저히 낮은 가액으로 재산을 양수하였다는 점뿐만 아니라 거래의 관행상 정당한 사유가 없다는 점도 과세관청이 증명하여야 한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075 판결 참조).

위 판례 사안을 조금 더 살펴보면, 원고는 중학교 동창 A가 소유한 회사의 지분 50%를 매수하기로 결정하여, 회계법인에 평가를 의뢰한 결과 1주당 18,000원이 나왔고, 이를 감안하여 15,000원(A가 취득한 가액의 3배임)에 매수하였다. 과세관청은 위 주식을 보충적 방법으로 평가한 결과 1주당 약 30만 원으로 보아 원고에게 저가 양수로 인한 증여세를 과세한 사안이다. 비상장주식의 감정평가액은 인위적 조작 가능성이 높으므로 일단 시가가 아니라고 본다면,¹³⁴⁾ 보충적 평가방법에 따른 가액을 시가로 보는 것은 불가피하다. 다만 대법원은 원고와 A가 회계법인의 평가가액을 기초로 거래대금을 최종적으로 결정한 것이 비정상적이라고 보기 어려운 점, A가 원고의 중학교 동창이라고 하나 특별히 원고에게 이익을 분여할만한 관계에 있다고 보기 어렵고, 당시 소유 부동산이 압류되는 등 경제적으로 어려운 상태에 있었던 점, A 입장에서는 취득한 지 2년 만에 취득가액의 3배에 주식을 양도하여 상당한 양도차익을 얻을 수 있었던 점 등에 비추어 ① 거래당사자들이 주식의 객관적 교환가치가 1주당 15,000원이라고 믿을 만한 합리적인 이유가 있었거나, ② A가 위 가격으로 주식을 양도하는 것이 합리적인 경제인의 관점에서 비정상적이라고 볼 수 없는 객관적인 사유는 있었으므로 증여세를 과세할 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 미국 판례(Commissioner v. Wemyss)나 미국 법령에서도 ‘통상적인 사업 과정’에서 ‘증여의도가 없이 이루어진 거래’에 대하여는 그 자체를 시가로 보는

133) 구 상증세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것)

제35조(저가·고가 양도에 따른 이익의 증여 등)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해서는 해당 재산을 양수하거나 양도하였을 때에 그 대가와 시가(시가)의 차액에 상당하는 금액으로서 대통령령으로 정하는 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 한다.

1. 타인으로부터 시가보다 낮은 가액으로 재산을 양수하는 경우에는 그 재산의 양수자

② 제1항을 적용할 때 대통령령으로 정하는 특수관계인이 아닌 자 간에 재산을 양수하거나 양도한 경우로서 거래의 관행상 정당한 사유 없이 시가보다 현저히 낮은 가액 또는 현저히 높은 가액으로 재산을 양수하거나 양도한 경우에는 그 대가와 시가의 차액에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 추정하여 대통령령으로 정하는 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

134) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2008두1849 판결 등 참조.

것도 같은 맥락이라고 이해된다. 다만 그러한 주관적 의도를 시가 자체를 판정하는 단계에서 살필 것이냐, 다음 단계인 ‘거래관행상 정당한 사유’에서 고려할 것이냐의 차이만이 있을 뿐이다. 이와 같이 고·저가양도나 부담부 증여와 같이 유·무상 혼성계약에서 당사자의 주관적 의도 속에 무상성이 존재하는지를 탐구하는 과정은 여전히 필요하고 중요하다고 할 것이다.¹³⁵⁾

주관적 의도가 필요한 또 다른 이유는 다음과 같다. 앞의 1)항에서 본 바와 같이 기존에 경제적 이익을 받은 것에 대한 보답 차원에서 또는 장래 상대방으로부터 받을 수 있는 경제적 이익을 기대하면서 증여하는 경우 등의 상황에서 증여의 무상성은 배제될 수 있으므로, 이익의 이전이 있으면 일단 증여로 볼 여지가 높지만, 그 배후에 무상의 의도를 배제할만한 다른 동기가 발견된다면 증여가 되지 않을 수도 있으므로 그러한 동기를 검토하는 과정에서 증여자의 증여의도의 존부를 따져볼 필요가 생길 수 있다.¹³⁶⁾

또한 우리 세법에서는 이익을 주는 자의 의사를 들여다보는 과정에서 순수한 증여와 기타소득의 일종인 사례금을 구별할 수 있는 기준을 제공한다는 점이다. 증여는 공짜로 이익을 주겠다는 의사가 있는 경우이지만, 사례금은 상대방의 노고나 양보(노고나 양보는 역무의 제공이 될 수도 있고, 자신의 기득권 등을 포기하는 것이 될 수도 있음)에 대하여 일정부분은 대가의 성격을 가지고는 있지만 다른 측면에서는 상대방이 금전으로 환산되기 어려운 어떤 호의를 베풀어준 것에 대한 사례(謝禮)로서 이익을 이전한다는 점에서 대가성이 느슨한 편이어서 상호 간에 대가성을 명확하게 인식하는 통상의 유상거래와는 다른 성격이 있기도 하다. 엄밀히 말하자면 우리 세법상 사례금의 경우에도 이익의 이전이 있으면 포괄적 증여개념을 충족하는지에 대하여 논란이 될 수는 있지만,¹³⁷⁾ 이를 긍정하더라도 동시에 소득세법상 소득을 구성할 경우 소득과세 우선조항(상증세법 제4조의2 제3항)에 의하여 결과적으로 증여세 과세가 제한되므로, 여전히 구별의 실익이 존재한다.

135) 현행 상증세법은 특수관계자가 아닌 자 사이의 거래에 대해서만 ‘거래관행상 정당한 사유가 없을 것’을 증여세 과세의 요건으로 삼고 있고(상증세법 제4조 제1항 제3호), 특수관계자 사이에서는 객관적 시가와 대가의 차이만 있으면 정당한 사유를 묻지 않고 증여세를 과세하고 있다(상증세법 제35조, 제37조, 제41조의 4, 제42조). 김동수, 전계논문, 168면에서는 특수관계자간 거래의 경우에도 당해 거래가 증여의 성격이 없다면, 증여세를 부과하지 않는 것이 타당하다고 주장한다.

136) 1)항에서 본 바와 같이, 미국 연방대법원이 Commissioner v. Wemyss 사례에서 ‘증여 의도의 판정은 필요 없다’고 보면서도, 듀버스틴 판결에서 증여란 ‘사심 없고 편견 없는 호의에서 받은 금액’이므로, ‘경제적인 이득을 얻기 위한 동기’에서 행해진다면 증여가 아니라고 판단한 것도 같은 맥락으로 이해된다.

137) 미국 연방대법원이나 필자의 견해와 같이 대가의 범위를 넓게 설정할 경우에는 소득과세 여부와 관계 없이 증여 개념을 충족하지 못한다고 보아야 할 것이다.

앞서 본 ‘듀버스틴(Dubertein) 판결’을 우리 식으로 보면 무상성이 인정되는 증여와 유상계약상 급부 어느 것에도 해당하지 않고 중간 개념인 사례금에 가까운 것으로 보인다. 비교해볼 만한 대법원 판례 사안으로 원고가 오랜 기간 회장을 비서로서 수행하면서 회장의 형사재판 과정에 관여하고 이른바 ‘옥바라지’까지 하였으나, 원고가 제공한 역무의 객관적 가치에 비하여 회장으로부터 받은 금액이 지나치게 거액인 사안에서 “일시적 인적용역을 제공하고 지급받은 금품이, 제공한 역무나 사무처리의 내용, 당해 금품 수수의 동기와 실질적인 목적, 금액의 규모 및 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려해 보았을 때, 용역제공에 대한 보수 등 대가의 성격뿐 아니라 사례금의 성격까지 함께 가지고 있어 전체적으로 용역에 대한 대가의 범주를 벗어난 것으로 인정될 경우”에는 사례금인 기타소득으로 보는 것이 타당하다고 판단하였다.¹³⁸⁾

다른 사례로 노동조합원의 신분보장 규정에 따른 보상금에 관한 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두44244 판결 사안이 있다. A노조는 노동조합 활동을 하다가 신분상 불이익(구속, 수배, 해고자 등)을 당한 조합원이 있을 때, 구속자, 수배자에게는 매월 통상 임금의 100%를, 해고자는 노동조합 등에 출근하여 조합활동을 성실히 하고 법적인 소송을 제기할 것을 조건으로 매월 통상임금의 100%를 지급하기로 하되, 해고 무효 승소판결을 받아 회사로부터 보상을 받을 경우 기지급 생계비를 환불하기로 하는 ‘신분보장규정’이 존재하였다. 원고는 A노동조합의 노조위원장으로서 2007년 1월 회사에서 해고된 후 2012년 7월까지 상급 단체의 지부장 등으로 재직하였고, 위 기간 중 매월 통상임금 100%, 합계 약 4억 7,000만 원을 지급받아 왔는데, 피고는 위 금액을 기타소득(사례금)으로 과세하였다. 위 사안에서 원고는 노동조합 활동에 대한 대가로서 근로소득에 해당한다고 주장하였고, 원심은 조합원들의 생계보장 등 복지를 위하여 지급되는 상호부조 성격의 돈이므로 기타소득에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹³⁹⁾

우선 근로소득에 해당하는지에 관하여 보면, 구속자나 수배자에게는 조합활동을 조건으로 하지 않고 전액 지급하는 점, 조합에 대한 기여도와 무관하게 지급액수가 일률적으로 규정된 점, 나중에 회사로부터 보상받으면 지원금을 반환하도록 되어

138) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017두30214 판결.

139) 다만, 원심은 상호부조 성격의 돈이라고만 하였을 뿐, 증여세의 과세대상인지, 아니면 비과세대상인지(상증세법 제46조 제5호, 상증세법 시행령 제35조 제4항 제3호 중 ‘부의금 기타 이와 유사한 금품으로서 통상 필요하다고 인정되는 금품’)에 대하여는 판단하지 않았다.

있다는 점에서 원고가 조합활동을 수행하였다고 하더라도 그와 대가적 관계에 있는 임금으로 보기는 어렵다. 또한 조합활동 중 불의의 사고로 사망한 조합원에 대해서 무조건 지급하는 장례비 및 위로금과 달리 지급대상자를 조합활동 중 신분 및 재산상의 불이익을 당한 조합원으로 한정하고 있는 점에 비추어 조합원이 불이익을 당할 위험을 감수하고 주도적인 조합활동을 하였을 뿐만 아니라 해고 후에도 조합활동을 통하여 노동조합에 기여하는 행위에 대한 사례의 뜻으로 금원을 지급하여 종전과 같은 생활을 보장해주기 위한 것으로 보는 것이 자연스럽다. 대법원도 같은 취지에서 사례금으로 판단하고, 원심을 파기하였다.

이와 같이 어떠한 이익을 제공하였을 때 그것이 사례금인지 아니면 증여에 해당하는지를 판가름할 때, 급부를 행하는 자의 내적 의사를 고려하지 않을 수 없다.¹⁴⁰⁾ 한편 대가성의 중간 영역에 있는 ‘사례금’ 과는 달리 상대방이 제공하는 인적 용역에 대한 대가의 성격을 강하게 가지고 있을 때는 소득세법 제21조 제1항 제9호(인적 용역을 일시적으로 제공하고 받는 대가)의 기타소득이 된다.¹⁴¹⁾ 즉 증여는 대가 없이 상대방에게 베풀어준다는 의도가 강할 때이고, 반대로 상대방이 제공하는 인적 용역 등에 대한 대가의 성격이 강하면 소득세법 제21조 제1항 제9호의 기타소득이 되며, 그 중간영역으로서 대가성이 일정 부분 존재하지만 사례의 성격도 혼재되어 있는 경우는 기타소득 중 사례금으로 보는 경우가 많아 보인다.

4) 논의의 정리

지금까지의 논의를 요약하자면 다음과 같다. 대가 없이 재산이나 이익의 이전이 있으면 포괄적 증여 개념을 충족하는 것이 원칙이고, 증여자에게 증여의사가 있는지와 같은 주관적 의도를 살펴볼 필요가 없다. 만약 주관적 의도를 필요로 하게 되면 결국 사법상 증여계약의 개념으로 회귀할 가능성이 있기 때문이다. 다만, 포괄증여에서 대가성은 쌍무계약에서 대가적 의무를 부담하는 것보다는 넓은 개념이므로,

140) 미국 연방대법원이 Duberstein case에서 증여의 개념을 “사심 없고 편견 없는 호의에서 받은 금액(proceeds from a detached and disinterested generosity)”으로 정의하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

141) ‘인적 용역의 일시적 대가’에 해당하면 사례금이 되는 기타소득과 달리 받은 금액의 80%를 일률적으로 필요경비로 공제해주므로(소득세법 시행령 제87조 제1호 나.목), 세법상 유리할 때가 많다. 대법원 2016. 4. 28. 선고 2015두59042 판결은 이동통신회사가 본사 및 계열사의 임직원들이 초고속 이동통신의 신규 고객을 유치할 때마다 그들에게 지급하는 인센티브는 사전약정에 따라 조직적, 체계적으로 이루어졌고, 대가성이 인정되며, 신규고객의 계약해지 등 사유가 발생하면 인센티브를 환수하는 사정에 비추어 인적 용역에 대한 대가에 해당한다는 전제에서 소득세법 제21조 제1항 제17호의 사례금으로 본 과세처분을 취소하였다.

재산이나 이익의 이전 과정에서 직접 대가적 의무를 부담하지 않더라도 수증자로부터 기존에 받았던 어떤 경제적 가치에 대한 보답의 차원이나 장래 일정한 경제적 대가를 받을 것으로 기대하고 제공한 급부는 증여가 아닌 것으로 볼 수도 있다. 특히 우리 세법상 이러한 경우는 수증자에게 기타소득이 되는 ‘사례금’이 될 가능성이 있으므로, 증여자의 주관적 의도를 돌아볼 필요가 있다. 또한 시가가 불분명한 영역에서 특수관계가 없는 자들 사이에서 법정시가와 다른 가격으로 거래가 이루어졌을 경우 증여세 과세를 배제하기 위한 ‘거래관행상 정당한 사유’를 판정하기 위해서도 당사자의 증여 의도를 살펴볼 필요가 있다.

위와 같이 세법상 증여에서 주관적 의도를 따지지 않는 근본적인 이유는 무엇일까? 주관적 의도란 애초에 외부에서 판별하기 어려운 내심의 사실이다. 세법상 증여도 사법상 증여계약과 같이 주관적 무상성을 강조할 경우 그 증명의 어려움으로 인하여 부의 세습 내지 무상 이전에 대하여 공평¹⁴²⁾한 과세를 놓치게 될 위험이 있기 때문이다. 그러나 객관적으로는 이익의 이전이 있더라도 당사자의 내심에서는 이익을 주고받겠다는 의사가 전혀 없는 경우(예컨대 매도인이 제대로 팔면 2억 원을 받을 수 있는 부동산을 시장 정보에 어두워 1억 원에 판 경우)까지 이익을 받은 상대방에게 굳이 증여세를 과세할 필요는 없다고 생각할 수 있다.¹⁴³⁾ 상증세법 제35조 제2항이 특수관계가 없는 자들 사이의 거래에서 ‘거래의 관행상 정당한 사유’가 인정되는 경우는 증여세를 과세하지 않는 것은 앞서 본 바와 같이 시가의 불완전성을 보완한다는 측면도 있지만, 증여의 의사가 없다는 점이 객관적으로 확인된다면 굳이 증여세를 과세할 필요가 없다는 입장을 보여주는 것이기도 하다. 반면, 특수관계인 사이에서 비시가거래를 하였을 때에는 증여 의도가 존재할 가능성이 매우 높다고 보는 것이므로, 상증세법 제35조에서도 ‘거래의 관행상 정당한 사유’ 유무를 따지지 않고 증여세를 과세하는 것으로 이해할 수 있다.

(2) 간접증여에 따른 증여 개념의 확장

증여계약은 증여자와 수증자 사이에 직접적인 계약이 있어야 하고, 이익의 분여

142) 여기서 ‘공평’은 부모의 재력과 관계없이 누구나 인생의 출발점은 공평해야 한다는 강력한 호소력을 가진 개념이고(이창희, 전거서, 1147-1150면), 상속세나 증여세가 소득세에 비하여 높은 세율로 되어 있는 근본적인 이유이다.

143) 2억 원 짜리 부동산을 1억 원에 사서 ‘횡재’를 한 매수인은 이후 위 부동산을 양도할 때 양도소득세로 과세하는 것으로 충분하다고 생각할 수 있다.

도 직접적으로 이루어져야 한다. 그런데 포괄증여 조항은 재산을 ‘간접적인 방법’으로 무상이전하는 경우도 포함하고 있으므로, 증여자와 수증자 사이에 직접적인 거래관계가 필요하지는 않다. ‘간접적인 방법’이란 말을 명확히 개념화하기는 어렵다. 다만 증여자와 수증자 사이에 직접적인 거래를 통한 증여를 제외한 나머지를 의미한다고 보아도 무방할 것이다. 중요한 점은 당사자들의 일정한 행위와 그에 따른 결과(이익의 이전)가 있어야 하고, 둘 사이에 일정한 ‘연결’이나 ‘인과관계’가 있다면 간접적인 방법에 의한 증여로 볼 수 있을 것이다.

다음 항에서 거래의 유형별로 다시 살펴보겠지만, 증자나 감자 등 법인의 자본거래를 악용하여 어느 주주가 다른 주주에게 부를 무상이전하는 경우(상증세법 제38조 내지 제39조의3)에 위 주주들 사이에 직접적인 거래는 존재하지 않지만 증여 개념에 포함된다. 특정인이 법인에 대한 증여를 통하여 그 법인의 주주에게 이익을 주는 경우(구 상증세법 제41조)에도 특정인과 주주 사이에는 거래관계가 없지만 증여세 과세대상으로 인정되는 간접증여로 볼 수 있는데 이에 관하여는 제4절에서 다시 살펴보자. 최대주주 등이 본인이 받을 배당금을 포기하여 특수관계인인 다른 주주가 더 많은 배당금을 받게 하는 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의2)도 직접적 거래관계 없이 법인을 매개로 이익의 이전이 이루어진다는 측면에서 보면 마찬가지이다.¹⁴⁴⁾

이에 대하여 증여의 개념 중 재산을 타인에게 이전하는 ‘간접적인 방법’이 구체적으로 어떤 경우를 말하는지가 불명확하여 납세자에게 법적 안정성과 예측가능성을 배제하고 증여개념을 무제한적으로 확장하는 것으로서 과세요건 명확주의에 위반된다는 견해도 있다.¹⁴⁵⁾ 다른 견해로는 상증세법상의 증여 개념에 포섭될 수 있는 예시규정의 유형을 확인한 후 적어도 그런 유형에서 확인되는 ‘간접적인 방법’을 기준삼아 그 의미를 이해할 수 있다고 보면서도, 자본거래에 관한 증여예시 규정(합병에 따른 이익의 증여에 관한 상증세법 제38조, 증자에 따른 이익의 증여에 관한 상증세법 제39조 등)처럼 간접적인 방법이 매우 여러 단계나 복잡한 과정을

144) 다만, 차등배당에 관하여는 이에 관한 주주총회의 결의가 있어도 이는 상법에서 정한 주주총회의 결의사항에 관한 결의라고 볼 수는 없고, 주주총회와 관계없이 최대주주 등이 본인의 권리를 포기하는 것은 가능하므로, 단체법적 행위로 볼 수 없어 증여자로부터 수증자에게 이익이 직접 흘러들어가는 직접 증여로 보아야 한다는 견해가 있다. 윤태삼·양인준, “상속세 및 증여세법상 증여 개념의 적용범위와 한계”, 「세무학연구」 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3. 20면. 필자의 생각으로는 증여자와 수증자 사이에 배당금을 직접 주고받는 합의가 없는 이상, 법인의 배당금 지급을 매개로 하여 이익의 이전이 이루어지므로 간접증여로 보는 것이 타당해 보인다.

145) 장인애, 2004. 9. 19. “증여세의 완전포괄주의의 과세도입과 증여의 포괄적 개념”, 법률신문 (2004. 9. 19.자).

거치는 경우에는 그 단계의 정도나 복잡한 정도에 비례하여 상증세법상 증여개념의 지표로서 ‘간접적인 방법’의 범위가 매우 넓어지게 되어 법적 안정성이나 예측가능성을 보장하지 못하게 되므로 이러한 거래유형은 포괄증여 조항의 ‘간접적인 방법’의 범위에서 제외하는 것으로 해석하자는 주장도 있다.¹⁴⁶⁾ 즉 자본거래에 관한 증여예시규정은 증여예시조항이 아니라 실질은 증여의제조항이라는 것이다.

‘간접적인 방법’이라는 표현이 명확하다고 보기 어려우므로 위 견해는 법적 안정성을 도모한다는 장점은 있다. 그러나 자본거래에 관한 증여예시규정을 증여의제 규정으로 보게 되면, 비교적 단순한 형태를 간접증여를 제외한 나머지 간접증여에 대해서는 포괄증여 조항에 의한 과세를 부정할 수밖에 없다. ‘간접적인 방법’을 구성하는 절차나 단계가 복잡하다고 하여 이를 증여의 추상적인 개념 정의에서 삭제할 것이 아니라, 그것 또한 간접적인 방법에 포섭시키되, 실제 유사한 형태의 증여예시규정에 대한 반대해석상 포괄증여 조항에 의한 과세를 긍정할 것인지의 문제로 검토하는 것으로 족하다고 본다.

포괄증여 조항에 의한 증여세 과세를 최초로 긍정한 대법원 2008두17882 판결¹⁴⁷⁾ 사안에서도 소외 회사의 화의인가결정, 채권금융기관협의회의 출자전환 및 기존 대주주에 대한 우선매수청구권의 부여, 일정 기한까지 우선매수청구권의 의무행사 등을 내용으로 하는 기업경영개선약정, 대주주 중 원고만에 의한 우선매수청구권의 행사 등 여러 단계의 행위들이 있지만, 다른 대주주가 각 지분비율로 보유하고 있는 우선매수청구권을 행사하지 않고 원고만 행사함으로써 다른 대주주가 누릴 수 있었던 재산적 이익이 법인을 통하여 간접적인 형태로 원고에게 이전되었다는 결과를 확인하는 데 어려움이 없다. 대주주들이 주식우선매수청구권을 지분별로 나누어 가지고 있는데, 다른 대주주들이 우선매수청구권의 행사를 포기하고, 대주주 중 1인만 우선매수청구권을 행사하는 것은 상증세법 제39조 제1항 제1호 가.목(신주를 저가발행하면서 일부 주주가 인수를 포기한 실권주를 다른 주주에게 배정하는 경우)과 거래유형이 비슷하다고 볼 수 있다. 그런데 위 상증세법 규정이 신주를 저가발행하는 형식의 자본거래를 통해 주주들 사이에 이익을 이전하는 경우만을 과세하는 것이고, 위 규정의 거래형식을 벗어나면 비슷한 형태의 거래에 따라 이익이 이전되

146) 윤태삼·양인준, 전제논문, 19-23면.

147) 상장법인의 대주주인 갑 등 10인이 출자전환으로 채권금융기관이 보유하게 된 위 회사 주식에 대하여 가지고 있던 자신들의 주식 우선매수청구권을 포기하는 등의 방법으로 대주주들 중 1인인 원고 혼자서 주식 우선매수청구권을 행사하여 당시 시가보다 훨씬 저렴하게 주식을 매수하도록 한 사안임. 자세한 내용은 본절 I.5. 참조.

어도 과세할 수 없다는 해석이 도출되기는 어려울 것이므로(즉 상증세법 제39조 제1항의 반대해석이 허용된다고 보기는 어려우므로), 포괄조항에 의한 증여세 과세를 긍정하는 것이 옳다.

미국 판례도 일찍이 증여예시조항은 없지만, 부모와 자식이 각각 자본금을 출자하여 새로 회사를 설립하면서 부모가 자신들이 받는 주식의 가치보다 더 많은 재산을 출자한 경우 증여세 과세대상으로 보았고,¹⁴⁸⁾ 감자를 통한 간접증여 역시 증여에 해당하는 것으로 판단하였다.¹⁴⁹⁾ 법인이 증여를 받는다면 주주를 수증의 당사자로 본다.¹⁵⁰⁾

위와 같이 주주간 자본거래나 법인을 매개한 증여 외에 ‘간접증여’의 개념을 어느 정도 추상화해볼 수는 없을까? 증여세 완전포괄주의 도입의 뿌리가 되었다고 볼만한 연구자료는 부를 이전하는 당사자 사이에 직접적 법률관계가 있어야 된다는 생각을 법률주의적·형식논리적 사고로 보고, 그러한 직접적 법률관계가 없이도 무상으로 부가 이전하는 경우를 ‘간접증여’로 이해하고 있다.¹⁵¹⁾ 필자의 사견으로는 여기서 ‘간접적 형태의 이전’이라는 개념은 주는 자의 손실과 받는 자의 이익이 일정한 수준의 인과성으로 연결되어 있는 경우라고 말할 수 있다. 인과관계의 정도를 어느 수준까지 요구할 것인지는 법적 안정성의 차원에서 별도로 논의해볼 필요는 있으나, 현재까지 문제가 된 사례가 많지 아니하여 구체화하는 데에는 한계가 있다. 다만, 앞서 본 바와 같이 법인의 자본거래를 통한 주주간 부의 이전이나, 법인 외에 있는 자가 법인에게 증여를 하여 법인의 주주에게 이익을 주는 경우나, 다음 (3.3)항에서 보는 바와 같이 보험이나 신탁을 통하여 증여자가 제공한 출연이 수증자에게 변형된 형태의 이익으로 이전되는 경우에는 받은 자의 ‘이익’이 주는 자로부터 연유한 것이라는 점이 분명하므로, 위와 같은 인과관계를 인정하는 데 어려움은 없다.

한 가지 더 생각해볼 점은 포괄증여의 개념 속에 ‘간접적인 이전’을 담고 있으므로, 국세기본법 제14조 제3항¹⁵²⁾의 ‘제3자를 통한 간접적인 방법’은 적어도 포

148) Estate of Trenchard v. Comr, 69 T.C.M.(CCH) 2164.

149) Estate of Maggos v. Comr, 79 T.C.M.(CCH) 1861.

150) Georgia L. Kettelman Testamentary Trust v. comr. 86 T.C. 91(1986). 미국 재무부시행규칙 25.2511-1(h)(1). 자세한 내용은 이 논문 본장 제3절 VI.2. 참조.

151) 성낙인 외 2인, 전계논문, 180-181면.

152) 국세기본법 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 세법

괄증여 사안에서는 적용할 실익이 없다고 볼 수 있다. 즉 포괄증여 조항을 직접 적용하는 것으로 족할 뿐, 국세기본법 제14조 제3항을 통하여 거래의 재구성을 할 필요성이 없다는 의미이다.¹⁵³⁾

(3) 재산 또는 이익의 이전(transfer)

1) 이익의 '이전'을 '합의'해야 하나

재산이나 이익이 이전되는 가장 전형적인 모습은 증여자가 a를 가지고 있다가 위 a를 수증자에게 넘기겠다고 서로 합의하는 것이다. 사법상 증여계약은 재산이나 이익의 '이전'이 의사표시의 내용이 되므로 당사자가 '이전'을 의욕해야한다.¹⁵⁴⁾ 그런데 세법상 증여에서도 '이전'에 대하여 위와 같이 전형적인 모습에만 집착할 경우 포괄적 증여세 과세에 상당한 걸림돌로 작용하게 된다.

본절 1의 2.항에서 본 바와 같이 증여세 완전포괄주의가 채택되기 이전의 대법원 판례는 증여세 부과가 경제적 이익의 이전이 있는가에 따라서 결정되는 것이 아니라, 법률적인 관점에서 '신주인수권을 양수받은 것으로 볼' 사정이 있는지에 따라 결정한 것으로 이해하였다.¹⁵⁵⁾ 즉 원고가 저가에 신주를 인수함으로써 주식 가치가 희석되어 구주주들이 손해를 보고 원고가 이익을 보게 된 이상 경제적 이익이 사실상 '이전'된 것은 분명함에도, 구주주가 자신이 가지고 있는 신주인수권을 원고에게 넘겨준 것으로 볼 수 없는 이상, 특수관계자로부터 '이익을 받은' (당시 법문) 것으로 볼 수 없다는 것이다.

을 적용한다.

2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 구 상증세법 제2조 제4항도 비슷한 내용의 조문(다만 국세기본법 조항의 '이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우' 대신 '상속세나 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우'라는 부분만이 다름)을 두고 있었다. 위 조항은 현재 삭제되었으므로, 국세기본법 조항이 상증세 영역에서도 일반적 조세회피 부인조항으로 기능하고 있다.

153) 본장 제2절 IV.에서 이 부분을 다시 논의할 것이다.

154) 다만, 사법상 증여이지만 민법 제1114조에 의하여 유류분의 산정의 기초가 되는 재산에 가산되는 '증여'와 관련하여 이익이 '이전'된다는 '합의' 없이 '사실상 이전'될 경우에도 증여에 포함되는지에 관하여 논의가 있다. 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다(민법 제267조). 유사한 법규정이 있는 일본의 하급심 판결 중에는 공유지분의 포기나 다른 공유자의 지분이 증가하는 것은 당사자의 의사에 기한 것이 아니라, 공유의 본질상 공유자 1인의 이탈로 인하여 다른 공유자의 지분이 반사적으로 증가하게 된 것에 불과하므로 증여에 해당하지 않는다고 본 것이 있다고 한다. 이에 대하여 지분의 증여와 경제적인 효과 면에서는 아무런 차이도 없으므로 유류분에 가산되는 증여에 포함시켜야 한다는 견해도 있다. 변동열, 전계논문, 833면.

155) 성낙인 외 2인, 전계논문, 180면.

그러나 세법상 ‘증여’에서는 그 행위의 형식이 계약일 것을 요구하지 않고, 포괄증여 조항에서도 명시적으로 ‘간접적인 방법’으로 이익을 이전하는 것까지도 증여의 개념에 포함하고 있는 이상, 당사자 사이에서 이익의 이전에 대한 합의 없이, 증여자가 이익을 포기하고, 그 반사적 효과로서 수증자가 그 이익을 취득하는 ‘사실상의 이전’¹⁵⁶⁾도 포함한다고 보아야 한다. 앞서 본장 제1절 1.의 5항에서 본 바와 같이 주식의 우선매수청구권 판결(대법원 2008두17882 판결)에서도 다른 대주주들의 우선매수청구권의 포기과 원고만의 우선매수청구권 행사로 우선매수청구권이 사실상 이전된 경우에도 이익이 이전된 것으로 판단한 것도 같은 맥락이다.

이익의 ‘사실상 이전’과 이익의 ‘간접적 이전’은 같은 개념으로 보아야 할까? 이익의 이전에 대한 합의 없이 이전이 이루어진다는 점에서는 비슷한 개념으로 볼 수 있다. 다만 이익의 ‘사실상 이전’을 ‘증여자의 이익포기 → 법인이나 보험 등 중간 매개체를 통한 수증자의 이익취득’의 개념 정도로 이해한다면, 이익의 ‘간접적 이전’은 반드시 증여자가 이익을 포기하는 경우에만 한정되는 것은 아니므로 보다 넓은 개념으로 볼 수 있다.¹⁵⁷⁾

2) 이전 합의는 필요 없으나, 증여자의 의사에 반해서는 안됨

이익이 ‘이전’ 되는데 당사자 사이에 직접적인 합의가 필요하지 않다는 점은 앞서 살펴보았다. 이익의 이전이라는 것은 증여자와 수증자 사이에 이전에 관한 적극적인 약정은 필요 없을지라도 적어도 증여자의 의사에 반해서는 안 된다는 점에는 별다른 이견이 없을 것이다.¹⁵⁸⁾ 예컨대 합병에 반대하지만 어떤 이유로 주식매수청구권을 행사하지 않은 주주 A가 자신의 의사에 반하여 주식가치가 희석됨으로써 상

156) 반대로 증여자가 어떤 손실을 보는 거래를 선택하고, 수증자가 그 거래를 포기하는 과정에서도 이익이 ‘사실상 이전’될 수 있다. 예컨대 신주를 고가로 발행하였을 때, 신주를 배정받은 자는 신주인수를 포기한 자에게 이익을 사실상 이전한 것이다(상증세법 제39조 제1항 제2호).

157) 예컨대 간접증여 중 증자에 따른 이익의 증여(상증세법 제39조)에서도 실권주가 발생한 경우에는 이익의 사실상 이전이 있다고 볼 수 있지만, 제3자 배정의 경우에는 주주가 처음부터 신주인수를 포기하는 상황이 발생하지 않으므로 이익이 ‘사실상’ 이전되는 것은 아니라고 볼 수 있다. 최대주주 등이 본인이 받을 배당금을 포기하여 특수관계인인 다른 주주가 더 많은 배당금을 받게 하는 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의2)는 이익이 ‘사실상’ 이전되고 ‘간접적’으로 이전되는 것으로 볼 수 있다. 반면, 법인에 대한 간접증여로 주주가 이익을 보는 경우에는 이익이 ‘사실상’ 이전된 것으로 보기는 어렵지만, ‘간접적’으로 이전된 것으로 볼 수 있다.

158) 그렇게 보지 않는다면 재물을 절취 내지 강취당하는 극단적인 경우에도 포괄적 증여 개념이 충족되어야 한다고 보아야 할 것이다. 조심 2013. 7. 3.자 2013서0574 결정도 청구인이 교비를 인출하였다가 반환한 금액에 대하여 학교재단이 청구인에게 금전을 무상대부한 것으로 보아 증여세를 과세한 처분에 대하여 범죄행위인 횡령으로 인하여 취득한 재산을 일반적인 경우에 있어서의 재산의 무상이전이나 무상대부와 관련한 이익의 분여행위와 동일시하기는 어려우므로 처분이 위법하다고 판단하였다.

대방 법인의 주주 B에게 이익을 분여한 결과가 되었을 때, 이러한 상황에서도 주주 A를 증여자, 주주 B를 수증자로 보아야 하는지 문제될 수 있다.¹⁵⁹⁾ 상증세법 제38조는 증여자가 합병에는 반대하는지 여부와 관계없이 결과적으로 재산상 이익이 이전되면 수증자에게 증여세를 부과하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 상황에서는 자발적인 의미에서 ‘이익의 이전’이 존재하는 것으로 볼 수 없으므로, 포괄적 증여개념을 충족하는 것이라 보기 어렵다.¹⁶⁰⁾ 따라서 이러한 특별한 경우에는 증여예시조항이 아니라 증여의제조항으로 보아야 한다.

3) 이익의 이전 시점 : 증여 시점이 원칙이지만 보험·신탁은 예외

이익이 이전되는 시점을 반드시 증여 시점으로 보고, 그 때를 기준으로 증여재산가액을 매겨야할까? 당연히 그래야만 할 것 같다. 이익을 이전하는 것이 ‘증여’이고, 증여 시점에 증여재산가액을 평가하는 것이 원칙이기 때문이다(상증세법 제60조 제1항). 그런데 보험금의 증여(상증세법 제34조)에서는 증여자가 보험료를 내주는 시점과 관계없이 수증자가 나중에 보험금을 지급받는 시점에 증여가 이루어지는 것으로 보고, 신탁이익의 증여(상증세법 제33조)에서도 위탁자가 수탁자를 위하여 신탁계약을 체결하고 일정한 출연을 하는 시점이 아니라, 수탁자가 수익의 원본이나 이자를 받는 시점에 증여가 이루어지는 것으로 본다. 즉 보험금이나 신탁의 이익을 받을 수 있는 지위를 부여하는 시점이 아니라 이후 그로 인한 이익을 실제로 받는 시점을 증여시점으로 간주하고 있으므로, 이익을 이전하는 것으로 보이는 시점과 증여 시점 사이에 괴리가 발생하는 것처럼 보인다. 이러한 예시규정들도 포괄증여의 개념을 충족하고 있는 것으로 볼 수 있을까? 보험금의 증여(상증세법 제34조)에서 증여자인 보험료 납부자가 납부한 보험료와 수증자가 받은 보험금은 동일한 것이 아니므로, 위 규정은 포괄적 증여개념에 포섭될 수 없으므로 증여의제조항의 성격을 가진다고 보는 견해¹⁶¹⁾도 있다.

보험금의 증여 규정을 중심으로 살펴보자.¹⁶²⁾ 상증세법 제34조 제1항의 조문은 아

159) 수증자가 비거주자이거나 주소나 거소가 일정하지 않는 등의 경우에는 증여자도 연대납세의무자가 될 수 있으므로(상증세법 제4조의 2 제6항) 증여자는 자신의 의사에 반하는 자본거래에 대하여 연대납세의무까지 부담해야 하는지 의문이 생길 수 있다. 그러나 자본거래로 인한 이익분여를 포함하여 대부분의 증여예시조항에서는 증여자의 연대납세의무를 배제하고 있으므로(상증세법 제4조의 2 제6항 단서), 특별히 문제될 것은 없다.

160) 윤태삼·양인준, 전계논문, 24면도 같은 견해임.

161) 윤태삼·양인준, 전계논문, 21면.

162) 이 부분에 관한 논의는 개별예시조항에 관한 것이기는 하나, 보험금의 증여의 각 유형을 확인하는 과정에서 포괄증여의 개념이나 이익의 이전 시점에 관하여 설명할 수 있는 계기가 되므로 비교

래와 같다.

제34조(보험금의 증여) ① 생명보험이나 손해보험에서 보험사고(만기보험금 지급의 경우를 포함한다)가 발생한 경우 해당 보험사고가 발생한 날을 증여일로 하여 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 보험금 수령인의 증여재산가액으로 한다.

1. 보험금 수령인과 보험료 납부자가 다른 경우(보험금 수령인이 아닌 자가 보험료의 일부를 납부한 경우를 포함한다): 보험금 수령인이 아닌 자가 납부한 보험료 납부액에 대한 보험금 상당액
2. 보험계약 기간에 보험금 수령인이 재산을 증여받아 보험료를 납부한 경우: 증여받은 재산으로 납부한 보험료 납부액에 대한 보험금 상당액에서 증여받은 재산으로 납부한 보험료 납부액을 뺀 가액

제1항 제1호는 보험이라는 간접적인 수단을 이용하여 대가 없이 재산을 타인에게 이전한 것이므로 보험사고 발생일 현재 납부한 보험료에 대한 보험금 상당액을 증여세 과세가액으로 정한 것이다. 제1항 제2호는 제1항 제1호의 경우와 형평을 고려하여 증여받은 보험료 합계액이 아닌 그에 대한 보험금에서 보험료를 공제한 금액을 증여세 과세가액으로 삼아 보험을 통하여 증가된 재산상의 이익이 과세가액에 포함되도록 한 것이라고 설명된다.¹⁶³⁾ 위 규정은 생명보험과 손해보험에 한하여 적용되고, 상해보험에는 적용되지 않는데,¹⁶⁴⁾ 보험의 다양성에 비추어 편의상 생명보험(저축성 보험과 보장성 보험 포함)에 한정하여 논의하기로 한다.

보험계약에서 상정할 수 있는 증여대상으로서의 보험 관련 이익은 다음과 같이 세가지 유형을 들 수 있겠다.¹⁶⁵⁾ ❶ 유형(지위이전형)으로 보험계약자 및 수익자 지위를 보유하던 보험계약자가 그 지위 내지 그 지위에서 파생된 권리를 타인에게 이전함으로써 그 이익을 타인에게 귀속시키는 유형이다. ❷ 유형(수익자 지정형)은 타인을 보험금 수익자로 지정함으로써 장래 보험사고 발생 시 그 타인에게 보험금을

적 자세히 서술하였다.

163) 임승순, 「조세법」, 박영사, 2017., 899면.

164) 상법 제4편 '보험'은 보험의 종류를 제2장 '손해보험'과 제3장 '인보험'으로 나누고 있고, 생명보험(제2절)과 상해보험(제3절)은 인보험에 속한다. 보험의 분류에서 보험금이 어떻게 정해지는가에 따라 보험사고로 인하여 생긴 손해의 크기에 비례하는 손해보험/손해의 크기에 관계없이 약정된 금액을 지급하는 정액보험이 있다. 한편 보험사고가 발생하는 객체가 무엇인가에 따라 사고발생의 객체가 재산 또는 특정한 물건인 물보험/객체가 사람의 생명 또는 신체인 인보험이 있다. 따라서 현행 상법의 분류체계는 보험금의 결정방식에 관한 분류(손해보험/정액보험)과 보험의 객체에 따른 분류(물보험/인보험)가 혼재되어 있는 셈이다(송옥렬, 「상법강의」 10판, 홍문사, 2020., 230면). 예컨대 상해보험이 치료비의 실비 전보를 목적으로 한다면, 손해보험인 동시에 인보험이 된다(송옥렬, 전거서, 233면).

165) 아래의 ❶ 유형과 ❷ 유형은 김석범, “즉시연금보험의 증여재산 가액평가 방법”, 「대법원 판례해설」 110호, 법원도서관, 2017. 350면에서 분류된 인용례를 참조하였고, ❸ 유형은 필자가 추가하였다.

수령하도록 하는 유형이다. ㉓ 유형(보험료 증여형)은 상증세법 제34조 제1항 제2호와 같이 수증자에게 보험료를 증여하여 수증자가 이를 통하여 보험계약을 체결한 경우 보험사고 발생일을 증여일로 보고 수령한 보험금을 증여재산가액으로 보는 규정이다. ㉓ 유형은 논외로 하고¹⁶⁶⁾ ㉑, ㉒ 유형에 대해서만 살펴보기로 한다.

㉒ 유형은 보험계약자가 자신이 아닌 타인을 보험수익자로 지정하는 경우이므로, 상증세법 제34조 제1항 제1호의 ‘보험금 수령인과 보험료 납부자가 다른 경우’에 해당한다는 점은 별다른 의문이 없다. 이때 수익자를 변경가능하도록 지정한 경우에는 보험계약의 체결 시 또는 보험료의 납부 시에 수증자에게 이익을 확정적으로 이전한 것으로 볼 수 없으므로 포괄적 증여 개념에 당연히 포섭되지는 않고, 보험사고 발생 시를 증여 시점으로 보는 세법 규정이 필요하다. 한편, 수익자를 변경가능하게 지정한 경우는 보험계약의 체결과 더불어 보험료를 납부하였을 때 이미 이익의 이전이 이루어진 것이므로 포괄적 증여라고 볼 수 있다.¹⁶⁷⁾ 우리 상법(제733조, 제739조)은 생명보험과 같은 인보험에서는 보험계약자에게 보험수익자를 지정·변경할 권한을 부여하고 있으므로 통상의 경우는 전자에 해당할 것이다. 전자의 경우라면 보험사고의 발생 시에 비로소 증여가 성립하게 될 것이고, 보험사고가 발생하기 전이라면 확정된 이익이 존재하지 않으므로 증여재산가액을 산정할 수도 없다.¹⁶⁸⁾

그런데 보험계약자 지위를 이전하는 ㉑의 경우에도 상증세법 제34조 제1항 제1호가 적용되어 증여의 성립시기를 보험사고 발생 시로 보고 수령한 보험료에 대하여 위 조항에 따라 증여세를 과세할 것인지에 대해서는 부정적인 견해가 다수로 보인다

166) ㉓ 유형은 보험료의 증여라는 ‘기여행위’를 통하여 그 보험료를 뛰어넘는 보험금을 증여재산으로 본다는 점에서 제3장에서 볼 ‘하이브리드 증여’와 비슷한 성격을 가지고 있다. 예컨대 수증자가 보험계약자로 나서서(보험수익자도 본인) 월 50만 원씩 2년치 월보험료 합계 1200만 원을 매달 증여받아 납부해왔는데, 피보험자의 갑작스런 사망으로 보험금 10억 원을 받게 된 경우, 10억 원을 증여재산가액으로 하고, 1,200만 원에 대한 증여세액을 기납부세액으로 사후정산하는 구조로 볼 수 있다. 실제로 2016. 2. 5. 개정되기 전의 구 상증세법 시행령 제31조의 9 제6항은 법 제42조 제4항(현행의 ‘재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여’에 대응하는 규정임) 각 호 외의 부분에서 “개발사업의 시행, 형질변경, 공유물(共有物) 분할, 사업의 인가·허가, 주식·출자지분의 상장 및 합병 등 대통령령으로 정하는 사유”중의 하나로 제3호에 ‘생명보험 또는 손해보험인 경우에는 보험사고의 발생’을 두고 있었다.

167) 안세준, “증여세 완전포괄주의와 본래의미의 증여세 포괄주의”, 「조세법연구」 27권 1호, 한국세법학회, 2021., 433면. 신탁이익에 관하여도 같은 논리로 위탁자가 신탁을 해지할 수 있는 권리가 없고 지정된 수익자를 변경할 수 없는 등 신탁재산에 대한 위탁자의 지배·통제가 더 이상 존재하지 않는 경우에는 신탁행위가 있을 때 수익자가 신탁의 이익을 받을 권리를 증여받았다고 보고, 그렇지 않은 경우에는 원본 또는 수익이 수익자에게 실제 지급될 때 증여받았다고 보는 것이 포괄 증여 개념에 부합한다고 지적한다.

168) 같은 견해로 김석범, 전제논문, 354면.

다.169) 즉 엄연히 포괄증여가 성립하였음에도 나중에 보험사고가 발생하기 전까지는 전혀 과세할 수 없는 문제가 생기고, 여러 가지 보험사고로 구성된 단일보험계약의 경우 보험사고 발생일별로 증여과세 시기 및 가액산정을 개별적으로 따져보아야 하는 번잡함도 있기 때문이다. 즉 이 견해는 보험계약자 지위 이전 시점에서 포괄적 증여가 성립하는 것으로 보아 증여세를 과세하자는 입장으로 볼 수 있다.

현재까지 과세당국은 보험계약자의 변경을 증여로 보지 않고 보험금의 수령 시점에 증여가 성립하는 것으로 보아 상속세법 제34조 제1항을 적용하는 것이 원칙적인 입장이라고 한다.170) 다만 비교적 최근에 즉시연금보험(생명보험의 일종임)에서 계약자 명의를 이전할 경우에는 그 시점에 이전된 보험계약상 지위를 증여재산으로 보아 과세한 사례가 있었다. 대법원은 위 사건에서 증여재산의 평가와 관련하여 “보험계약상 지위 자체의 시가를 곧바로 산정할 수 있는 적절한 방법이 없는 반면, 증여 시점에 보험계약을 해지하거나 청약을 철회하여 지급받을 수 있는 환급금 또는 보험계약을 그대로 유지하였을 때 받을 수 있는 각종 보험금 등 보험계약상의 지위에서 인정되는 여러 권리의 금전적 가치를 산정할 수 있고, 그와 같은 권리들이 서로 양립할 수 없는 관계에 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그러한 권리들의 가액 중 가장 높은 것이 증여재산의 재산적 가치에 가장 부합하므로 이를 기준으로 증여세를 과세할 수 있다” 고 보면서 약관에 의하여 산출된 해약환급금이 증여재산 가액에 해당한다고 판단하였다.171)

이상과 같이 장래 일정한 이익을 받을 수 있는 지위를 부여할 경우에는 그 시점에서 포괄적 의미의 증여가 이루어진 것으로 볼 수 있을 것이나, 그 전제조건으로서 그 이익을 받는 지위가 변경불가능한 형태로 확정되어야 하고, 그 시점에서 금

169) 김석범, 전계논문, 355면; 정성진, “보험의 상속증여세 과세체계에 관한 연구”, 「조세연구」 17권 3집, 한국조세연구포럼, 2017. 9., 402-406면; 손영철·김종필, “보험상품에 대한 세법적 고찰”, 「법학논총」 24권 3호, 국민대학교 법학연구소, 2012., 229면.

170) 정성진, 전계논문, 402면.

171) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2015두53046 판결. 모친이 9억 원의 즉시연금보험계약에 가입한 뒤 곧바로 보험계약자 지위를 자녀인 원고에게 이전하였고, 원고가 정기금 지급권을 증여받았다면서 상속세법상 평가가액인 약 7억 8,000만 원을 증여재산가액으로 하여 증여세를 신고하자, 과세관청이 원고는 연금보험료 9억 원을 증여받은 것과 경제적 실질이 동일하다고 보아 증여세를 추가로 과세한 사안이다. 위 판결은 결론적으로 정기수급권 평가가액인 7억 8,000만 원과 연금보험료 9억 원의 중간 수준인 해약환급금 약 8억 3,000만 원을 증여재산가액으로 보았다. 위 판결에서는 보험계약상 지위 이전이 포괄적 의미의 증여에 해당한다는 점에 관하여 과세관청과 당사자 사이에 다툼이 없었고, 법원도 이를 전제로 판단한 것이므로, 생명보험에서 보험계약자 지위 이전 시 그 시점에 증여가 성립한다는 일반적인 결론을 내린 것으로는 보기는 어렵다. 다만 위 판결의 검토 과정에 참여한 재판연구관이 작성한 대법원 판례해설(각주 165번)은 상속세법 제34조 제1항을 ①유형에 대해서까지 확장하여 적용하는 것은 어렵고, 계약자 지위 이전 시점에 포괄적 증여의 성립에 따른 증여세 과세를 긍정하는 것이 타당하다는 견해를 취하고 있다.

전적 가치를 계산할 수 있어야 한다는 점이 요구된다는 점을 알 수 있다. 보험금의 증여에서도 보험계약자 지위를 변경하였고 해당 시점에서 보험계약자 지위에 대한 금전적 평가가 가능한 경우에는 해당 시점에서 포괄적 증여 개념인 이익의 ‘이전’은 충족될 것으로 보인다. 다만 상속세법 제34조에서는 포괄적 증여 개념과는 관계없이, 보험금 지급이라는 시점에 증여가 이루어진 것으로 보고, 지급된 보험금이라는 결과를 기준으로 증여재산가액으로 삼고 있으므로, ❶ 유형(지위이전형)에서 상속세법 제34조를 적용한다면 이는 ‘증여특례조항’¹⁷²⁾에 가깝다. 향후 위 유형과 관련하여 증여 시점과 과세기준에 관하여 입법 내지 실무의 정립이 필요한 대목이다.

4) 이익의 ‘이전’에 관한 유형 정리

이익이 이전되는 유형은 ① 거래관계의 직접성이 있는지 여부에 따라 ‘직접적’인 것과 ‘간접적’인 것으로,¹⁷³⁾ ② 이익의 전달 형태에 따라 증여자의 재산이나 이익이 그대로 넘어가는 ‘적극적 이전’과, 증여자가 자신의 이익을 포기하여 결과적으로 수증자에게 이익이 되는 ‘소극적 이전’으로, ③ 이익의 이전 시점에 현존 재산이나 가치가 그대로 넘어가 증여가 되는 ‘현재 이익의 이전’과, 아니면 장래 이익을 얻을 수 있는 지위를 부여하는 것으로 그 이익이 확정되었을 때 증여가 되는 ‘장래 지위의 이전’으로 구분해볼 수 있다. 위와 같이 유형을 구분해보는 것은 이익의 ‘이전’ 형태를 관념화함으로써, 개별적인 사안에서 이익의 이전 유무를 판정할 때 도움이 될 수 있다고 보기 때문이다.

첫째, 이익의 직접적·적극적 이전을 생각할 수 있다. 전형적인 증여계약을 통하여 물건이나 재산권을 넘겨받는 경우는 물론이고, 상속세법 제35조 중 고가양도나 상속세법 제42조 중 고가로 타인의 재산을 사용하거나 용역을 제공받을 경우 증여자의 대가 지급 과정에서 금전 등의 ‘적극적’ 재산이 ‘직접적’인 형태로 수증자에게 흘러들어가는 것으로 볼 수 있다.

둘째, 이익이 직접적·소극적인 형태로 이전되는 경우도 있다. 상속세법 제36조의

172) 포괄증여 개념과 다른 시점에 다른 방식으로 과세한다는 점에서 증여의제로 볼 수도 있으나, 기본적으로 포괄증여 개념 범주에 포함되지만 다소 변형된 형태로 과세가 이루어진다는 점에서 포괄증여 개념과 부합하지 않지만 증여세로 과세하는 ‘증여의제’와 구별할 필요가 있다. 상속세법 제34조(보험금의 증여)와 같은 조항을 앞으로 ‘증여특례조항’이라 부르기로 한다.

173) ‘간접적인 이전’ 중에는 증여자의 이익포기와 중간 매개체를 통한 수증자의 이익 취득의 형태를 가진 ‘사실상의 이전’도 있다는 점은 앞서 살펴보았다.

채무면제는 증여자가 수증자에게 자신의 채권을 포기하는 소극적인 행위를 통하여 수증자에게 채무가 줄어드는 재산상 이익이 발생하게 된다. 상증세법 제35조 중 저가양도나 제42조 중 저가의 용역제공 시에도 증여자는 시가에서 대가 상당의 차액을 받을 수 있는 기회를 포기하면서 수증자에게 차액 상당을 덜 지급하여도 되는 재산상 이익을 주는 것이다. 상증세법 제37조의 부동산 무상사용이나¹⁷⁴⁾, 제41조의 4의 금전의 무상 내지 저리대출도 마찬가지이다. 즉 이러한 유형은 증여자의 기회비용의 포기가 전제되어 소극적인 성격을 띠고, 당사자 사이 직접적인 거래관계에서 발생한다는 공통점이 있다.

셋째, 이익이 법인을 통한 ‘자본거래 등’으로 주주 사이에 ‘간접적’으로 이전되는 형태이다. 자본거래를 통한 주주간 이익의 이전을 규율하는 상증세법 제38조(합병에 따른 이익의 증여), 제39조(증자에 따른 이익), 제39조의2(감자에 따른 이익), 제39조의3(현물출자에 따른 이익), 제40조 제1항 제1호(취득형 전환사채 이익¹⁷⁵⁾), 제42조의2(법인의 조직 변경 등에 따른 이익)가 대표적인 예이다. 법인의 잉여금 배당 과정에서 최대주주 등이 과소배당받음에 따라 특수관계인이 초과배당받은 이익을 과세하는 상증세법 제41조의2도 넓은 의미에서 법인을 매개로 하여 주주 사이에 간접적으로 이익이 이전되는 경우로 볼 수 있다. 법인을 통한 간접증여로 주주에게 이익을 주는 경우도 ‘간접적 이전’에 포함된다고 보는 것이 당연해 보이지만, 다른 한편으로 여러 가지 복잡하고 어려운 문제를 발생시키기도 한다. 이러한 형태의 증여가 포괄증여 개념에 포함될 수 있는지에 관하여는 제3절에서 다루기로 한다.

넷째, 이전되는 이익과 증여로 평가되는 이익이 달라지는 경우이다. 보험이나 신탁계약에서와 같이 증여자가 일정한 재산을 출연하여 보험계약을 체결하거나 신탁을 설정하더라도 그로 인한 이익은 장래에 경제적 이익을 제공받을 수 있는 지위라는 잠정적인 형태에 불과하여 증여 시점과 증여재산가액의 계산은 보험금이나 신탁 이익(원본 내지 수익)을 실제 지급받았을 때의 결과로 측정된다.¹⁷⁶⁾ 이 경우도 증여

174) 물론 다른 측면에서는 타인에게 부동산을 무상으로 사용하도록 하는 것은 타인에게 부동산의 사용권을 넘겨주는 직접적·적극적 이전이라고 볼 수도 있다.

175) 상증세법 제40조 제1항 제1호는 전환사채 등을 저가로 취득하거나 인수함으로써 얻는 이익에 관한 것이고, 제40조 제1항 제2호는 전환사채 등에 대하여 주식전환을 함으로써 교부받은 주식가액이 전환가액을 초과함으로써 얻는 이익에 관한 것이다. 전자를 ‘취득형 전환사채 이익’, 후자를 ‘전환형 전환사채 이익’이라고도 부른다. 전자는 현재 상태에서 경제적 이익이 이전되는 통상의 증여 개념에 부합하는 반면, 후자는 재산가치가 사후적으로 상승함으로써 발생하는 이익으로서 기여형 내지 하이브리드 증여세의 대상이 되어 성격을 달리 한다.

176) 이러한 유형의 ‘이전’은 포괄증여 개념에 부합할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있음은 앞의 3)항

자와 수증자 사이에 직접적인 거래관계가 없이 보험이나 신탁과 같은 기구를 매개로 이익이 이전되므로 거래의 형태는 ‘간접적’ 이라고 볼 수 있다.

위와 같이 재산이나 이익이 ‘이전’ 된다는 것은 다양한 형태로 이해할 수 있다는 점을 유념할 필요가 있다. 과거 포괄증여에 따른 과세가 무력화된 주된 이유가 이익의 ‘이전’ 개념에 대하여 폭넓은 인식을 하지 못하였던 것이라는 점을 상기한다면 더욱 그러하다. 이에 따라 개별예시규정들을 중심으로 이익의 이전 유형을 살펴보고, 일정한 상황, 예컨대 보험이나 신탁에서 수익자에게 장래 이익을 받을 수 있는 확고한 지위를 넘겨주었음에도 그 시점을 증여로 보는 것이 아니라 장래 이익을 수령하는 시점을 증여로 보는 것은 포괄증여 개념과 다른 규율을 한다는 점에서 증여특례조항에 가깝다는 점을 살펴보았다.

III. 포괄증여 조항의 내재적 한계

위와 같이 포괄증여 조항은 증여의 포괄적 개념을 담고 있고, 법 제33조 내지 제42조의 각 예시규정은 이를 구체화하는 규정이다. 따라서 예시규정에 해당하면 포괄적 증여 개념도 충족시키는 것이 당연하다. 그러나 개별예시조항의 문구 자체에는 표면적으로 부합하더라도 앞에서 본 포괄적 증여의 개념을 충족하지 못할 경우에는 원칙적으로 돌아와 증여세를 과세할 수 없다고 보아야 한다. 두 가지 예를 살펴보자.

구 상증세법(2014. 1. 1. 법률 제1112168호로 개정되기 전의 것) 제41조 제1항은 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중인 법인(이하 ‘특정법인’)의 주주의 특수관계인이 그 특정법인에 재산을 무상으로 제공하는 거래 등을 하여 주주가 대통령령이 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 특정법인 주주의 증여재산가액으로 정하고 있었고, 구 상증세법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제25195호로 개정되기 전의 것) 제31조 제1항은 그 이익은 증여재산가액에 주주의 지분비율을

에서 살펴보았다. 참고로 위 유형의 증여는 장래 이익을 얻을 수 있는 지위를 이전한다는 점에서 하이브리드 증여와 유사한 점은 있다. 다만, 하이브리드 증여는 ‘경제적 이익을 받을 수 있는 지위’ 자체가 아니라 기존에 증여받거나 취득한 재산의 ‘가치 상승의 기회’가 이전된다는 점에서 차이가 있다.

곱하여 계산하도록 정하고 있었다.¹⁷⁷⁾ 그런데 법인의 순자산이 마이너스 상태에 있는 법인¹⁷⁸⁾에게 재산을 증여했는데, 증여 후에도 여전히 법인의 순자산이 마이너스인 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 특정법인의 순자산이 -50원(자산 50원, 부채 100원)으로 완전 자본잠식 상태인데, 특수관계인이 법인에 30원을 증여했다고 가정하자. 그렇게 해도 법인의 순자산은 여전히 -20원이다. 다만 법인의 순자산이 -50원인 때보다는 분명히 법인의 사정이 나아진 것이므로 이 때에도 주주에게 이익이 있다고 볼 수 있을지, 아니면 어느 경우이든 주식의 가치는 휴지조각(0원)이므로 이익이 없다고 보아야 할지 문제되었다. 대법원은 부정설을 취하여 주주가 보유한 주식 가액이 증가하지 않은 경우에는 증여세를 부과할 수 없음에도, 시행령이 그러한 이익의 유무나 다과와 무관하게 증여 이익을 규정하고 있으므로 시행령 자체가 무효라고 판단하였다.¹⁷⁹⁾

옳은 결론이다. 법인의 재산 상태가 -50원에서 -20원으로 나아졌다고 해도 그로 인한 이익은 채권자에게 귀속되지, 주주에게 귀속되는 것으로 볼 수 없다. 즉 채권자는 당초에 100원의 채권 중 50원만 받을 수 있었다가, 법인에 대한 증여 이후에 80원을 받을 수 있게 된 것일 뿐, 주주의 주식가치는 여전히 0원으로 보아야 하기 때문이다. 위 사안과 같이 주식가치가 여전히 음수임에도 시행령에서 증여재산가액을 양수로 계산하도록 규정하고 있다면 시행령은 무효로 보아야 하고, 이를 법률에서 담고 있다면 위헌으로 볼 소지가 높다. 이와 같이 증여자에게 실제 경제적 이익이 존재해야 한다는 것은 증여 개념의 내재적 한계로 볼 수 있다. 보다 근본적으로는 법인에게 증여를 하면 경제적으로 법인의 순자산을 증가시킬 뿐만 아니라 법인의 주주에게 주식가치를 증가시키는 이중의 효과를 가져오게 된다. 이 때에 포괄증여의 개념으로 주주에게도 당연히 증여세를 과세할 수 있는지, 아니면 법인을 별개의 법적 실체로 인정하는 이상 법인에 대해서만 세법적 효과를 주어야 하고, 주주에게는 포괄증여의 개념을 적용할 수 없는 내재적 한계를 인정해야 하는지가 문제된다. 이에 관한 내용은 제3절 ‘흑자법인 증여의제의 과세체계’ 부분에서 다시

177) 자세한 조문의 내용은 제3절 II의 [표1]에서 ■ 2010. 1. 1. 개정된 상증세법 부분과 ■ 2003. 12. 30. 개정되고, 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 시행령 부분을 참조할 것.

178) 상증세법과 시행령에서는 ‘결손금이 있는 법인’으로만 규정하고 있는데, 이것은 결손이 누적되어 자본 잠식 상태에 있는 법인과는 구별된다. ‘자본 잠식’이란 법인의 자본금보다 법인의 순자산이 적어지는 단계를 말하고, 여기서 한 발 더 나아가서 자본금이 모두 바닥나고 순자산이 마이너스로 가는 것을 ‘완전 자본잠식’이라고 한다(네이버 지식백과, 금융사전 참조).

179) 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결. 이창희, 전게서, 1211면 각주 289번에서도 ‘법인의 이익을 바로 주주의 이익으로 과세하는 시행령은 모법에 어긋나서 무효이다’라고 언급하면서 위 대법원 판결 등을 적시하고 있다.

다를 것이다.

채무면제에 관해서도 다른 예를 들 수 있다. 법 제36조는 채권자로부터 채무를 면제받으면 그 면제로 인한 이익을 증여재산가액으로 정하고 있는데, 그 이론적 근거를 단순히 부채가 감소했으므로 순자산이 증가했다는 형식적 이유에서 찾는 것이 아니라, 채무자가 당초 채무를 부담하면서 그 대가로 현금이나 어떤 반대급부를 얻었을 것인데, 채무가 면제됨으로써 당초에 얻었던 반대급부가 이익으로 확정되었으므로 과세하는 것이라고 설명할 수 있다.¹⁸⁰⁾ 따라서 증여계약과 같은 편무계약으로 발생한 채무가 면제되는 경우, 보증채무를 부담하였다가 면제된 경우 등에는 어떠한 반대급부를 얻으면서 채무를 부담한 것이 아니므로, 법문상 제36조의 요건이 모두 충족되었음에도 이를 적용하는 것에 대하여 소극적으로 보는 견해¹⁸¹⁾가 있다. 이러한 견해에 따른다면 증여세 완전포괄주의에도 불구하고, 납세의무자에게 증여이익에 상응하는 어떤 담세력이 존재해야 한다는 것이 증여 개념의 내재적 한계가 될 수 있다.

마지막으로 근본적인 내재적 한계로서 개인의 사생활의 자유와 관련된 문제가 있다. 가령 부모가 자식의 과외비를 대는 것을 증여세 과세대상으로 삼아야 하는지, 이것을 긍정한다면 한발 더 나아가 부모가 자식에게 공부를 가르친다면 부모에게는 소득세를 자식에게는 증여세를 물려야한다고 볼 수 있다.¹⁸²⁾ 그러나 국세청이 이를 행정적으로 조사하여 세금을 물리는 것은 불가능할 것이고 설령 가능하다고 해도 이를 받아들이는 사람은 없을 것이다. 결국 “공평의 이념은 자유와 충돌하고, 법은 어디에선가 줄을 그어야 한다.”¹⁸³⁾

180) 윤지현, “채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」 제36조의 해석론 소고(小考)”, 「조세법연구」 25권 1호, 한국세법학회, 2019. 4., 87-88면.

181) 윤지현, 위의 논문, 89-90면.

182) 이창희, 전게서, 1194면.

183) 이창희, 전게서, 1194면에서 사용한 표현임.

제2절 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계

I. 개관

1. 포괄증여 개념은 개별예시조항을 모두 ‘포괄’하는가 : ‘증여특례조항’의 개념

포괄증여 조항은 이른바 ‘원칙중심의 규제’ (Principles based regulation)를 지향하는 것임에도 기존의 증여의제조항을 예시규정으로 전환하여 존치함으로써 ‘규정중심의 규제’ (Rule based regulation)도 여전히 작동하고 있다.¹⁸⁴⁾ 이론적으로 생각해보면 포괄증여 조항이 담고 있는 포괄증여의 개념을 구체화한 것이 개별예시조항이므로 개별예시조항은 당연히 포괄증여 개념을 모두 충족하고 있어야 할 것이다.

그런데, 개별예시조항이 항상 포괄증여 개념과 동일한 내용으로 증여세를 과세하는 것이 아님을 알 수 있다. 앞서 본 바와 같이 보험금의 증여에서도 보험계약자 지위를 이전하는 시점에서 보험계약자 지위에 대한 금전적 평가가 가능한 경우에는 그 시점에 그 이익을 평가하여 포괄증여 조항에 따라 증여세를 과세할 수 있다. 그런데 상속세법 제34조(보험금의 증여)는 보험금의 지급 시점에 증여가 이루어진 것으로 보고, 지급된 보험금이라는 결과를 기준으로 증여재산가액을 산정하고 있으므로, 증여예시가 아닌 ‘증여특례조항’이라고 할만하다.

초과배당의 문제도 마찬가지이다. 만약 최대주주가 자신의 배당금을 포기하고 아들인 다른 주주가 그 지분률을 넘어 초과배당을 받게 하였다면, 최대주주가 아들에게 간접적으로 증여한 것으로 볼 수 있을까? 현행 상속세법 제41조의 2 제1항은

184) 정순섭의 법과 금융, “지금 다시 원칙중심규제를 이야기하는 이유”, 연합인포맥스, 2018. 2. 5.자 기사(<https://news.einfomax.co.kr/news/articleView.html?idxno=3433406>, 2022. 12. 23. 검색). ‘원칙중심의 규제’는 일정한 규제목적 달성을 위해 준수해야 할 행위 기준을 세부적으로 제시하는 것이다. ‘규정중심의 규제’는 일정한 규제목적 달성을 위한 구체적 행위 기준이 아니라 규제의 결과 그 자체를 규정하는 방법이다. 예컨대 ‘고객의 공평한 취급’이라는 규제목적 달성을 위해 규정중심규제에서는 필요한 행위 기준을 규정하는 것이다. 어떤 행위를 해야 하고 어떤 행위를 하면 안 되는지를 상세히 적어주는 것이다. 반대로 원칙중심규제에서는 금융회사는 고객을 공평하게 취급해야 한다는 원칙만을 제시하고, 구체적인 행위 기준은 금융사가 스스로 판단하고 결정하게 하는 것이다.

‘법인의 최대주주 등이 본인이 지급받을 배당금액의 전부 또는 일부를 포기하거나 본인이 보유한 주식 등에 비례하여 균등하지 아니한 조건으로 배당 등을 받음에 따라 그 최대주주 등의 특수관계인이 본인이 보유한 주식에 비하여 높은 금액의 배당을 받은 경우’ 그 금액을 ‘초과배당금액’ 이라고 정의한다. 앞서 살펴본 바와 같이 아직 주주총회의 결의가 이루어지기 전이라 배당청구권이 성립하기 전이라도 배당가능이익이 존재하고 배당결의를 할 가능성이 높은 상태라면 최대주주는 ‘사실상의 권리’로서 배당에 대한 기대권을 가지고 있고, 이익의 ‘이전’에는 최대주주가 배당금액을 포기하고 그 특수관계인이 그 이익을 대신 취하는 ‘사실상 이전’도 포함되므로, 포괄적 증여개념에 해당한다.

그런데 2015. 12. 15. 개정 상증세법이 초과배당에 관한 규정을 최초로 규정하기 이전에는 초과배당을 받은 주주에 대하여 포괄증여 조항과 소득과세 우선조항¹⁸⁵⁾의 관계가 문제되었다. 배당소득이므로 소득세의 과세대상이 되는 한편, 포괄증여 조항에 따라 증여세의 과세대상도 되므로 소득과세 우선조항을 그대로 적용하면 증여세의 과세는 차단된다고 볼 수 있다. 기존 유권해석의 입장도 마찬가지였다.¹⁸⁶⁾

2020. 12. 22. 개정된 상증세법 제41조의 2¹⁸⁷⁾에 관하여 개정세법해설¹⁸⁸⁾은 초과배당을 통한 세부담 회피¹⁸⁹⁾를 방지하기 위하여 수증자에게 ① 초과배당이익에 대해 소득세를 과세하고, ② (초과배당금액 - 소득세액)에 대해 증여세를 과세한다고 밝히고 있다.¹⁹⁰⁾ 결국 초과배당은 포괄증여의 개념을 충족하지만, 소득과세 우선조항

185) 현행 상증세법 제4조의2(증여세 납부의무)

③ 제1항의 증여재산에 대하여 수증자에게 「소득세법」에 따른 소득세 또는 「법인세법」에 따른 법인세가 부과되는 경우에는 증여세를 부과하지 아니한다. 소득세 또는 법인세가 「소득세법」, 「법인세법」 또는 다른 법률에 따라 비과세되거나 감면되는 경우에도 또한 같다.

2015. 12. 15. 개정 전 구 상증세법 제2조 제2항도 동일한 내용을 규정하고 있었다.

186) 기획재정부 재산세제과-927, 2011. 11. 31.자 질의회신; 법규재산 2014-110, 2014. 4. 28.자 질의회신.

187) 제41조의2(초과배당에 따른 이익의 증여)

① 법인이 이익이나 잉여금을 배당 또는 분배(이하 이 항에서 "배당등"이라 한다)하는 경우로서 그 법인의 대통령령으로 정하는 최대주주 또는 최대출자자(이하 이 조에서 "최대주주등"이라 한다)가 본인이 지급받을 배당등의 금액의 전부 또는 일부를 포기하거나 본인이 보유한 주식 등에 비례하여 균등하지 아니한 조건으로 배당등을 받음에 따라 그 최대주주등의 특수관계인이 본인이 보유한 주식 등에 비하여 높은 금액의 배당등을 받은 경우에는 제4조의2제3항에도 불구하고 법인이 배당등을 한 날을 증여일로 하여 그 최대주주등의 특수관계인이 본인이 보유한 주식 등에 비례하여 균등하지 아니한 조건으로 배당등을 받은 금액(이하 이 조에서 "초과배당금액"이라 한다)에서 해당 초과배당 금액에 대한 소득세 상당액을 공제한 금액을 그 최대주주등의 특수관계인의 증여재산가액으로 한다.

188) 국세청, 「2021 개정세법해설」, 272면.

189) 증여자인 최대주주가 받았을 것으로 예상되는 배당금에 대하여 소득세를 부과하지 않는 점을 고려하여 과세형평을 재고하기 위한 것이다. 최대주주는 배당소득에 대한 소득세를 부담하고, 특수관계인은 증여세를 부담하는 것이 타당하다는 주장도 있다. 서윤식, “초과배당에 대한 현행 과세제도의 문제점”, 「조세논총」 2권 4호, 한국조세법학회, 2017., 115-117면.

이나 최대주주에 대한 소득세 부과 등의 문제가 쟁점이 되었고, 개정된 상증세법 제41조의 2는 수증자에게 소득세와 더불어 증여세를 일정 부분 중복하여 과세하는 방식으로 해결하고 있음을 알 수 있다. 이러한 의미에서 상증세법 제41조의 2는 증여예시조항의 형식을 갖추고 있으나 포괄증여 조항과 증여재산가액을 달리 정하고 있는 ‘증여특례조항’이라고 이름 붙일 수 있다.

증여특례조항이든 증여의제조항이든 포괄증여 조항이 아니라 개별 조항에 의하여 증여세의 과세요건과 효과가 주어진다는 측면에서는 동일하다. 그러나 ‘증여특례조항’은 포괄증여 개념에는 해당하지만, 포괄증여 조항을 직접 적용할 때와 증여 시기나 증여재산가액의 산정 등을 다르게 규율하는 것이라고 한다면, 대부분의 증여의제조항¹⁹¹⁾은 해당 과세대상이 포괄증여 개념에 해당하는 것으로 보기 어렵지만, 별개의 목적을 가지고 증여세의 과세대상으로 규율한다는 점에서 다르다고 볼 수 있다.

2. 본 절에서 다룰 내용

제2절에서는 완전포괄주의에 대한 본격적인 논의를 촉발시킨 후자법인 판결 사안과 이를 둘러싼 학계의 논의를 우선 살펴볼 것이다. 후자법인 판결은 ‘원칙중심의 규제’와 ‘규정중심의 규제’ 사이의 긴장 관계 속에서 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계를 어떻게 다루어야 하는지에 관하여 개별예시조항의 ‘반대해석의 가능성’ 문제로 접근하였다. 본 절에서는 이러한 후자법인 판결을 다루면서 반대해석의 가능성과 관련하여 과세요건을 일정한 방식으로 유형화(과세대상 이익의 범위

190) 최근 개정된 제도라서 이에 관하여 연구된 문헌은 찾기 어려우나 인터넷 검색 등을 통하여 세액 계산 사례를 언급해보기로 한다. 아버지가 60%, 아들이 40% 지분을 보유하고 있는데, 총액 10억 원을 배당하면서 아버지는 4억 원(원래 6억 원 → 4억 원), 아들은 6억 원(원래 4억 원 → 6억 원)을 배당받았다면 초과배당금액은 2억 원이다. 아들의 초과배당금 2억 원에 대한 소득세 산출세액은 56,600,000원이다. 2억 원에 대한 증여세 과세대상은 (초과배당금액 - 소득세)이므로 2억 원 - 56,600,000원인 143,400,000원이고, 이에 대한 산출세액은 18,680,000원이다. 즉 2억 원의 소득에 대하여 소득세를 부과하면서 증여세에서 세액공제를 하지 않고 증여재산가액에서 소득세액만을 불완전하게 공제하므로, 일정 부분 소득세와 증여세가 중복하여 과세되는 셈이다. 사례는 ‘안영진 재무코치 연구소’라는 블로그(<https://m.blog.naver.com/dks3305/222278953816>)의 상담사례를 참고하여 이를 보다 단순하게 변형하였다.

191) 상증세법 제45조의2(명의신탁 재산의 증여의제), 제45조의3(특수관계법인과 의 거래를 통한 이익의 증여의제), 제45조의4(특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제)가 그것이다. 다만, 상증세법 제45조의5(특정법인과 의 거래를 통한 이익의 증여의제)는 비록 ‘증여의제’라고 이름 붙이고 있지만, 위와 같은 관점으로 본다면 ‘증여특례’에 가깝다고 할 것인데, 이에 관하여는 제3절에서 다시 언급하기로 한다.

나 크기, 특정한 거래의 형태를 기술한 부분, 거래당사자 간 관계 등)하고 그에 따라 반대해석을 달리 취급할 수 있는지에 관하여 살펴보았다. 이에 관한 예시사례로서 비특수관계인 사이 자금차입의 문제를 살펴볼 것이다.

그 밖의 문제로서 포괄증여 개념의 적용과 실질과세원칙의 구별 문제로서, 포괄증여 개념 중 ‘이익의 간접적 이전’ 이 적용되는 사안에서 실질과세원칙의 적용 필요성이 있는지 여부와 포괄증여 조항과 개별예시조항 사이에서 적용의 우선순위가 있는지 여부도 본 절에서 함께 다루어 보겠다.

II. 후자법인 판결

1. 판례의 개요

주지하다시피, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결(이하 ‘후자법인 판결’)은 외조부가 후자를 내고 있는 법인(손주가 주주임)에 부동산을 증여하고, 위 법인이 위 자산수증이익에 대하여 법인세를 납부하였는데, 그로 인한 손주의 주식 가치가 증가된 이익을 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 있는지에 대하여 부정적으로 판단하였다.

즉 ‘원칙적으로 어떤 거래·행위가 법 제2조 제3항에서 규정한 증여의 개념에 해당하는 경우에는 증여세의 과세가 가능하다’ 고 보면서도 완전포괄주의가 도입된 후에도 ‘개별 가액산정규정은 일정한 유형의 거래나 행위를 대상으로 하여 거래당사자 사이에 특수관계가 존재할 것을 요구하거나, 시가와 거래가액의 차액이 시가의 30% 이상일 것 또는 증여재산가액이 일정 금액 이상일 것 등을 요구하고 있고’ 따라서 이러한 사항은 ‘증여세 과세대상과 과세범위에 관한 입법자의 의사가 반영된 것으로 보아야’ 하므로, ‘개별 가액산정 규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그 중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는 경우에는’ 그 규정에서 벗어난 거래·행위가 ‘법 제2조 제3항의 증여

개념에 들어맞더라도’ 증여세를 과세할 수 없다고 보았다.

그런데 법 제41조 제1항, 시행령 제31조 제6항은 ‘결손법인에 재산을 증여하여 그 증여가액을 결손금으로 상쇄시키는 방법으로 증여가액에 대한 법인세를 부담하지 아니하면서 특정법인의 주주 등에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 증여세를 과세하는 데 그 취지가 있으므로 [...] 결손법인과 거래로 인한 이익 중 결손금을 초과하는 부분이나 휴업·폐업 법인을 제외한 결손금이 없는 법인과 거래로 인한 이익에 대하여는 주주 등에게 증여세를 과세하지 않도록 하는 한계를 설정한 것으로 보아야 한다’고 판시하였다.

2. 흑자법인판결에 대한 찬반 논의

법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 과세할 수 있을지에 관하여 논의가 있으나, 제4절 흑자법인 증여의제에서 본격적으로 다루기로 하자. 대법원 판결이 선고되기 전에도 흑자법인 증여 시 주주에 대한 증여세 과세가 가능한지에 대해서 학자들 사이에서도 과세를 긍정하는 견해¹⁹²⁾와 부정하는 견해¹⁹³⁾가 대립하였다. 흑자법인 판결이 선고된 이후에도 이를 비판하는 입장¹⁹⁴⁾과 찬성하는 입장¹⁹⁵⁾이 대별된다.

과세를 부정하는 견해의 논거는 크게 보면 ① 포괄증여 조항 자체가 과세요건이 될 수 있다고 하더라도, 흑자법인 증여에 따른 증여이익에 대한 적절한 과세표준 계산규정이 없으므로 과세할 수 없다고 보는 입장¹⁹⁶⁾과 ② 개별예시조항 역시 과세

192) 박훈, “조세회피방지를 위한 증여세 완전포괄주의 적용의 의의와 한계”, 「사법」 25호, 사법발전재단, 2013년, 201-203면; 유철형, “흑자법인에 대한 증여시 주주에 대한 증여세 과세 여부”, 「조세법연구」 18권 3호, 한국세법학회, 2012., 426-429면.

193) 이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 「조세법연구」 20권 2호, 한국세법학회, 2014년, 408-409면; 박요찬, “상속세 및 증여세법의 완전포괄증여규정과 개별예시규정을 중심으로 한 해석론”, 「조세법연구」 17권 1호, 한국세법학회, 2011., 415-417면.

194) 대표적으로 이창희·김석환·양한희(이하 ‘이창희 외 2인’), “증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접 증여”, 「조세법연구」 21권 3호, 한국세법학회, 2015., 414-415면, 유철형, “상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석”, 「조세연구」, 경인문화사, 2016., 170-173면.

195) 대표적으로 강남규, 전계논문, 265-266면.

196) 이준봉, 전계논문, 364면; 강남규, 전계논문 265-266면 참조. 특히 후자의 글은 과세관청이 과세표준 계산규정으로 유추적용하고 있는 법 제42조 제1항 제3호는 증여 전후의 주식가치를 각각 계산하여 그 차액을 증여재산가액으로 삼고 있는데, 흑자법인 증여에 적용할 경우 문제점이 발생한다고 지적한다. 예를 들어 상속세법상 상장법인 주식의 시가는 증여일 전후 2개월간의 증가 평균액으로 산정하는데, 위 규정을 그대로 따를 경우 증여 전의 시가나 증여 후의 시가나 모두 증여시점 전후 2개월 증가평균액으로 산정하여야 하니 동일할 수밖에 없어서 문제가 있다.

요건에 관한 규정이고 이러한 과세요건은 일정한 거래 유형 중에 증여세 과세의 대상과 범위를 한정함으로써 과세상의 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는데, 법 제41조는 결손금이 있는 법인에 한정하여 과세를 하려는 입법취지로 볼 수 있다는 입장¹⁹⁷⁾이 있다. 대법원은 ②의 입장을 취한 것으로 이해된다.¹⁹⁸⁾

한편 과세를 긍정하는 견해는 ① 후자법인 증여가 포괄증여 조항에 의하여 증여세 과세대상이 되는 이상 법 제42조 제1항 제3호에서 정한 증여재산가액의 계산방식(그 가액의 변동 전·후 주식가치의 평가차액)은 적절한 수단으로 보이고, ② 법 제41조는 그 적용대상을 특정법인(결손금이 있는 법인과 휴·폐업 법인)으로 한정하고 있는데 그 대상을 ‘모든 법인’으로 역지로 넓혀서 위 조항이 특정법인에 해당하지 않는 법인에 대한 간접증여를 증여세 과세에서 배제한다고 보는 것은 무리한 해석이라고 주장한다.¹⁹⁹⁾ 또 다른 견해²⁰⁰⁾도 개별예시조항은 증여재산가액 산정에 관한 것이고, 국회는 객관적이고 합리적인 가액산정 방법이 있다면 그러한 방법으로 관련 규정을 개정해나가야 할 의무가 있으므로, 개별예시조항이 수시로 개정되고 있다는 점만을 이유로 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 본다면 현행 상증세법 제33조 이하의 개별예시조항이 모두 증여의제규정이라고 해석하는 것과 다를 바 없다고 비판한다.

우선 일반론적인 차원에서 개별예시조항은 증여재산가액 산정에 관한 기술적 규정에 불과하여 과세범위에 영향이 없다는 견해에는 동의하기 어렵다. 증여예시조항의 대부분은 단순히 증여이익의 크기를 산정하는 방법만을 기술하는 것이 아니라²⁰¹⁾ 과세의 대상과 범위를 정하고 있는 경우가 많다.²⁰²⁾ 또 뒤에서 보는 바와 같

197) 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2012구합4753 판결 등의 입장, 박요찬, 전계논문, 416면은 구 상증세법 제42조 제1항 제3호 후단에서 정한 ‘출자·감자·합병·사업양수도·사업교환·법인의 조직변경 등에 의하여 얻은 이익’은 그러한 거래·행위에 한하여 과세하려는 입법자의 의사를 인정할 수 있다고 보았다.

198) 판시 문언은 분명 ②의 입장을 취하고 있다. 한편 위 판결의 검토 과정에 관여한 재판연구관이 작성한 평석(이경훈, “후자의 영리법인과외의 거래를 통한 간접적인 이익의 이전에 대한 증여세 과세의 한계”, 사법 35호, 사법발전재단, 2016., 415면)에서도, ①의 입장은 마치 개별 가액산정규정에 의해서만 증여재산가액을 산정할 수 있는 것으로 오해를 줄 여지가 있고, 재산의 평가는 개별 가액산정규정이나 법 제61조 내지 제65조에 규정된 방법 등을 준용하여 평가할 수 있다고 보아 ①의 입장 대신 ②의 입장임을 분명히 하고 있다.

199) 이창희 외 2인, 전계논문, 395면 및 415면.

200) 유철형, 전계논문, 301-302면. 위 논문에서는 다만 객관적이고 합리적인 방법으로 증여재산가액을 산정할 수 없다면 증여세를 과세할 수 없다고 주장한다.

201) 예컨대 상증세법 시행령 제29조 제3항 제1호 가.목에서 신주의 저가발행 시 실권주를 배정하는 경우 ‘(증자 후 1주당 평균단가 - 1주당 인수가액) × 배정받은 실권주수’로 정하고 있는 산식을 들 수 있다.

202) 예컨대 합병에 따른 이익의 증여(상증세법 제38조, 시행령 제28조)에서 ‘대통령령으로 정하는 대주주’가 합병으로 인하여 얻은 이익을 규정하는 것은 과세대상이 되는 수증자의 범위를 정한 것이

이 흑자법인 판결이 개별예시조항에 대한 반대해석을 통하여 포괄증여 조항의 적용 범위를 제한하는 성격을 가진 것은 분명히 사실이지만, 언제나 반대해석이 허용된다고 결론을 내린 것도 아니므로, 이를 두고 증여의제 시대로 다시 되돌아간 것과 마찬가지로 평가는 지나치다. 다만 반대해석이 어디까지 허용되는 것으로 볼 것인지에 관하여 새로운 논의가 필요한 것일 뿐이다.

흑자법인에 대한 증여세 가부에 관한 결론은 쉽사리 내기는 어렵다. 법인을 통한 간접증여를 통하여 주주에게 이익을 준 것은 분명하고, 구 상증세법 제42조에 따라 증여 전후의 주식가액의 평가차액으로 증여재산가액을 계산한 것에 합리성이 없다고 말하기는 어렵기 때문이다. 다만, 위 과세긍정설도 법인세 중 주주에게 할당되는 부분과 주주에 대한 증여세를 합하면 해당 재산을 직접 주주에게 증여하는 것보다 많은 세금이 부과되는 문제가 있고, 주주의 배당소득세 또는 양도소득세와의 이중과세 문제가 발생하여 이는 입법적으로 개선되어야 한다고 지적하고 있다.²⁰³⁾ 흑자법인 판결 역시 법 제41조는 법인세가 제대로 과세되지 않는 상황, 즉 이중과세가 문제되지 않을 때에만 증여세를 과세하려는 것이 입법자의 의도라고 판시하고 있는 것은, 포괄증여 조항을 직접 적용하는데 가장 장애가 된 것이 이중과세의 문제임을 분명하게 의식한 것이라 생각한다.

곰곰이 생각해보면, 법령상 이중과세 문제가 제대로 정비되지 않은 상태에서 과세관청이 그 부분에 대한 깊은 고민 없이 과세에 나섰을 때, 사법부의 입장에서 과세를 긍정하려면 제2조 제3항이 ‘완전포괄주의’를 취하고 있으니 그 개념에 따라 원칙대로 과세를 하고 (a) 다만 이중과세 문제는 국회가 개선해야 할 몫이고 법원과는 무관한 문제라고 생각하거나, (b) 이중과세 문제도 법원이 소득세법 등의 적극적 해석을 통하여(이는 사실상 불가능해 보인다) 해결할 수 있다고 보아야 할 것이다. 흑자법인 판결 사안에서는 (a)나, (b) 논거 모두 쉽게 동의하기 어려우므로, 필자는 대법원의 결론에 찬성한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 법인에 대한 간접증여는 법인 및 주주에 대하여 이중

고, ‘대통령령이 정하는 이익’으로 합병 후 존속 또는 신설법인 주식의 평가가액의 3억 원 내지 30%를 규정한 것은 과세범위를 정한 것이다.

203) 이창희 외 2인, 전제논문, 408-413면에서는 개정법이 흑자법인 간접증여에 대하여 해당 거래이익에 대한 법인세 상당액을 증여이익에서 공제하는 방식을 취하고 있어 이중과세를 완화하고 있으나, 그마저도 불충분하여 개선될 필요가 있다고 보았다. 이후 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 시행령 제31조 제6항은 위 견해를 받아들여서 소득공제방식이 아닌 세액공제방식을 채택하였다. 나아가 주주가 위와 같이 증여세를 부담한 이후에 그 증여이익을 나중에 배당받거나, 보유주식을 처분하는 경우에도 이중과세가 발생하는 문제를 지적하고 있다. 따라서 이러한 규정이 아예 없는 구 상증세법의 체계 하에서는 이중과세 문제가 더욱 심각하다고 볼 수 있다.

의 경제적 효과를 가지는데, 양자의 세법적 효과를 그대로 인정하면서 포괄증여 개념에 따라 주주에게 증여세를 과세할 수 있는지에 관하여 보다 근본적인 문제가 남아있다. 후자법인 판결이 비록 구 상증세법 제41조 제1항의 반대해석상 증여세를 과세할 수 없다고 보았지만, 뒤집어 생각해보면 법인에 대한 간접증여는 포괄증여 개념에 당연히 해당하는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다. 이에 관한 자세한 논의는 제3절에서 다루기로 하고, 다음 II.항에서 반대해석을 어느 범위에서 허용할 것인지를 살펴보기로 하자.

III. 반대해석의 가능성

1. 일반론

포괄증여 조항의 전면적 적용을 긍정하면서 증여예시조항은 순수하게 증여의 유형을 예로 들면서 증여재산가액 산정만을 다룬 것이라고 보는 입장에 따르면 반대해석은 불가능하다고 볼 여지가 크다. 특히 포괄증여 조항의 문언과 증여 ‘예시’ 조항 또는 증여재산가액 ‘계산’이라는 표현만 보면 더욱 그러하다. 그러나 개별 예시조항의 문언들을 찬찬히 살펴보면 그 자체가 과세의 대상과 과세의 범위까지 정해두고 있는 경우가 많다.

포괄증여 조항이 있음에도 예컨대 증여예시조항 자체에서 ① 과세대상 이익의 크기(예컨대 고·저가양도에서 대가와 시가의 차액이 3억 원 또는 시가의 30% 이상)를 한정하는 경우는 그 경계를 넘어선 부분에 대해서는 과세를 하지 않겠다는 의사를 비교적 명확하게 확인할 수 있다.²⁰⁴⁾ 이 경우 비록 포괄증여 조항에 따라 과세요건에 해당하지만, 포괄증여 조항보다 특별규정으로 볼 수 있는 증여예시조항 자체에서 과세하지 않겠다는 점을 명확히 해두고 있으므로 규범 간의 충돌 문제도 작다.

한편, 어떠한 규정이 과세대상 자체를 기술하는 경우로는 ② 특정한 거래의 형태

204) 다만 예컨대 고·저가양도에서 대가와 시가의 차액이 2억 9,000만 원인 경우에 증여세를 과세하지 않는 것은 입법자가 그 부분을 비과세의 영역으로 남겨두었다기보다는 과세관청이 인정하는 시가에 일정한 오차가 있을 수 있기 때문에 일정한 범위에서 예외를 두었다고 보는 것이 보다 정확할 것이다.

를 기술한 부분(양도, 합병, 증자 등)과, ③ 거래당사자간 관계나 거래상대방의 특성(예컨대 특수관계인 사이의 거래, 결손법인과의 거래) 및 납세의무자의 범위를 규정된 부분으로 구분할 수 있다. ③의 경우 기본적으로 과세대상을 좁은 형태로 한정하는 형태가 많을 것인데, 과세범위를 줄이는 것이 나름 합리적인 입법목적으로 수긍할 수 있는 경우에는 반대해석에 의하여 포괄조항에 의한 과세가 제한된다고 볼 소지가 높다. 후자법인 판결의 법리 실시 부분을 보더라도 특수관계의 존재는 과세대상을 한정하는 성격으로 이해하고 있는 것처럼 보인다.²⁰⁵⁾ 그러나 언제나 그렇다고 단정하기는 어렵고, 다른 규정들과의 체계, 관련 규정의 변천 경위 및 당시까지 과세실무의 태도 등을 종합적으로 되짚어서 생각해볼 필요가 있다.

예컨대 저가발행 증자에 따른 이익의 증여(상증세법 제39조 제1항 제1호²⁰⁶⁾)에서 실권주를 다른 주주에게 배정하는 경우(가.목)에는 특수관계를 불문하고 실권주를 배정받은 자가 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익 전부를 증여재산가액으로 하는 반면, 실권주를 배정하지 않는 경우에는(나.목) 신주를 인수한 자 중 신주인수를 포기한 자의 ‘특수관계인’만 과세대상으로 삼는다. 나.목의 사안에서 신주인수인 중 특수관계인이 아닌 자도 과세할 수 있을까? 실권주를 특정 주주에게 배정하는 경우에는 실권주를 포기한 자의 손실이 실권주를 배정받은 자의 이익으로 그대로 연결되어 우회적 증여일 가능성이 높으므로 가.목에서는 특수관계를 묻지 않고 과세하

205) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결(밀줄은 필자 주) “개별 가액산정규정은 일정한 유형의 거래·행위를 대상으로 하여 거래 당사자 간에 특수관계가 존재할 것을 요구하거나, 시가 등과 거래가액 등의 차액이 시가의 30% 이상일 것 또는 증여재산가액이 일정 금액 이상일 것 등을 요구하고, 이러한 과세대상이나 과세범위에 관한 사항은 수시로 개정되고 있다. 이는 납세자의 예측 가능성과 조세법률관계의 안정성을 도모하고 완전포괄주의 과세제도의 도입으로 인한 과세상의 혼란을 방지하기 위하여 종전의 증여의제규정에 의하여 규율되어 오던 증여세 과세대상과 과세범위에 관한 사항을 그대로 유지하려는 입법자의 의사가 반영된 것으로 보아야 한다.”

206) 제39조(증자에 따른 이익의 증여)

① 법인이 자본금(출자액을 포함한다. 이하 같다)을 증가시키기 위하여 새로운 주식 또는 지분[이하 이 조에서 “신주”(新株)라 한다]을 발행함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 주식대금 납입일 등 대통령령으로 정하는 날을 증여일로 하여 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

1. 신주를 시가(제60조와 제63조에 따라 평가한 가액을 말한다. 이하 이 조, 제39조의2, 제39조의3 및 제40조에서 같다)보다 낮은 가액으로 발행하는 경우: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익

가. 해당 법인의 주주등이 신주를 배정받을 수 있는 권리(이하 이 조에서 “신주인수권”이라 한다)의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 그 포기한 신주[이하 이 항에서 “실권주”(失權株)라 한다]를 배정(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 주권상장법인이 같은 법 제9조 제7항에 따른 유가증권의 모집방법(대통령령으로 정하는 경우를 제외한다)으로 배정하는 경우는 제외한다. 이하 이 항에서 같다)하는 경우에는 그 실권주를 배정받은 자가 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익

나. 해당 법인의 주주등이 신주인수권의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 해당 법인이 실권주를 배정하지 아니한 경우에는 그 신주 인수를 포기한 자의 특수관계인이 신주를 인수함으로써 얻은 이익

는 것이다.²⁰⁷⁾ 반면, 실권주를 특정주주에게 재배정하지 않고 다른 주식에 대해서만 신주인수가 이루어지는 경우에는²⁰⁸⁾ 비록 주식이 저가발행되었다고 할지라도 주주가 증여의 의도와는 무관하게 자신의 판단에 따라 주식을 인수하지 않았을 가능성도 있으므로, 다른 신주인수인 중 (증여의 의도가 의심되는) 특수관계인에 한하여 과세하는 것으로 생각된다. 물론 앞서 본 바와 같이 포괄증여의 개념에서 증여자의 증여 의도(무상성의 인식)는 필요하지 않다고 보았다. 그러나 개별예시조항에서 과세의 대상을 줄여 놓았고, 그렇게 줄여놓은 취지가 증여의도가 의심되는 경우에만 과세하겠다는 입법취지가 추단되는 경우에는 반대해석이 가능하다고 볼 것이다. 따라서 신주인수인 중 특수관계가 없는 자에 대해서는 증여세를 과세할 수 없는 것으로 반대해석이 가능하다.

합병에 따른 이익의 증여 조항은(상증세법 제38조²⁰⁹⁾)에서 ‘특수관계에 있는 법인 간의 합병’으로 거래의 당사자를 제한하고, 증여세의 납세의무자도 ‘대통령령으로 정하는 대주주 등’으로 한정하고 있는데, 특수관계가 없는 법인 간의 합병이나, 특수관계가 있는 법인 간의 합병이라도 대주주가 아닌 자에게도 포괄증여 조항에 따라 증여세를 과세할 수 있을까? 위 조항의 입법취지는 비록 합병 대가의 불균형이 있다고 하더라도 특수관계가 없는 법인 사이에서는 증여의 의도를 인정하기 어렵고, 대주주 외의 자는 불균등한 합병거래를 만들어낼 수 있는 영향력이 없으므로 거래의 당사자나 증여세의 납세의무자를 한정하는 것으로 이해할 수 있다. 그렇다면 마찬가지로 반대해석의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다.

흑자법인 판결에서 법인에 대한 간접증여 시 해당 법인을 결손법인으로 정한 것은 법인세를 부담하지 않으면서 특정 법인의 주주에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 과세한다는 입법목적은 인정하게 되면, 흑자법인에 대해서는 반대해석상 증여세를 과세하지 못하게 된다고 보는 것이다. 그 밖에 특수관계자로부터 금전의 무상사용이익에 대하여 증여세를 과세하는 규정이 있는데, 특수관계가 없는 자 사이에서 금전의 무상사용이익에 대하여 증여세를 과세할 수 있을지에 관하여는 다음 항

207) 같은 견해로 임승순, 전거서, 862면.

208) 물론 이 경우에도 다른 주식의 인수인들은 실권주로 인하여 자신이 매수한 주식의 비율에 비하여 전체 지분비율이 상승하므로, 증여이익이 발생하게 된다.

209) 제38조(합병에 따른 이익의 증여)

① 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 법인 간의 합병(분할합병을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 소멸하거나 흡수되는 법인 또는 신설되거나 존속하는 법인의 대통령령으로 정하는 대주주 등(이하 이 조 및 제39조의2에서 “대주주등”이라 한다)이 합병으로 인하여 이익을 얻은 경우에는 그 합병등기일을 증여일로 하여 그 이익에 상당하는 금액을 그 대주주등의 증여재산가액으로 한다. 다만, 그 이익에 상당하는 금액이 대통령령으로 정하는 기준금액 미만인 경우는 제외한다.

에서 살펴보기로 한다.

비슷한 경제적 효과를 가져오는데 거래의 ‘형식’이 다른 경우는 동일한 거래 ‘유형’ 속에 포함되어 있다고 볼 수 있다. ② 동일한 거래 유형에서 거래의 형식이 다른 경우일 때에는 원칙적으로 과세의 한계로 작동하기 어렵다고 생각한다. 애초에 증여세 포괄주의를 도입한 이유가 사전에 부의 무상이전을 가능하게 하는 온갖 법률적 형식들을 빠짐없이 파악하여 법률에 구체적으로 명시하는 것이 불가능하기 때문이었다는 점²¹⁰⁾을 상기한다면 증여예시조항의 거래의 형식을 벗어난 동일 유형의 거래에 대하여 반대해석을 하는 것은 원칙적으로 피해야 할 것이다.

예컨대 회사가 보유하고 있던 자기주식을 특정인에게 저렴하게 양도한다면 경제적 실질은 신주를 저가발행하는 경우와 다르지 아니하므로 동일한 거래 ‘유형’에서 거래의 ‘형식’이 다른 경우로 볼 수 있다.²¹¹⁾ 위와 같이 보면 (자기주식 외에) 주주가 보유하고 있는 전체 주식가치가 희석되므로, 자기주식을 양수하지 않은 다른 주주들로부터 자기 주식을 양수한 자에게 이익이 흘러 들어가는 결과이니 포괄증여의 개념이 충족된 것으로 볼 수도 있다. 다만, 현행 법인세법 시행령 제10조 제2의 2호가 자기주식의 양도금액을 익금에 포함하여 자본거래가 아닌 손익거래로 취급하고 있으므로 특정인이 회사로부터 자기주식을 저가로 양도받는 것은 상증세법 제35조의 저가양도의 거래유형에도 포함되게 된다. 이때 포괄증여 조항과 상증세법 제35조의 예시규정 중 무엇이 우선할지에 대하여 문제될 수 있는데, 이에 관하여는 다음 IV의 2.에서 살펴보도록 한다.

2. 개별적 사례의 검토 : 비특수관계인 사이 자금차입 문제

2013. 1. 1. 개정되기 전의 상증세법 제41조의4 제1항은 ‘대통령령으로 정하는 특수관계인으로부터’ 1억 원 이상의 금전을 무상으로 또는 적정 이자율보다 낮은 이자율로 대출받은 경우에는 그 금전을 대출받은 날에 1년 단위로 적정 이자율로 계산한 금액 내지 차액을 증여재산가액으로 하는 조항을 두고 있었다. 이후 2013. 1. 1. 개정된 상증세법 제42조의4 제1항은 거래상대방이 특수관계인이 아니라 ‘타

210) 성낙인 외 2인, 전계논문, 225면.

211) 이창희, 전게서, 638면에서는 자기주식의 양도와 신주발행의 경제적 실질은 차이가 없다고 지적한다.

인' 인 경우에도 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 정하게 되었다. 2013. 1. 1. 개정 전 사안에서 과세관청은 원고가 특수관계에 있지 아니한 자로부터 약 2억 4,000만 원을 무이자로 대여받은 행위에 대하여 적정 이자율을 환산하여 구 상증세법 제2조 제3항에 근거하여 증여세를 부과하였다.

① 증여세 부과를 부정하는 견해(원심²¹²) 및 원고)는 제41조의4는 모든 '금전의 무상·저율 대여 거래'를 규율대상으로 하여, 그중 '특수관계자 대여'만을 과세대상으로 규정하고 있는바, 반대해석상 '비특수관계자 대여'를 과세대상에서 제외하는 것이므로, 후자에 대하여는 포괄증여 조항에 근거하여 과세할 수 없다고 보았다. 일반적으로 '비특수관계자 대여'는 거래 관행상 정당한 사유가 존재하는 경우가 대부분이므로, 이에 대해 증여세를 과세할 필요성이 없다는 점에서 '특수관계자 대여'와 달리 취급하여 증여세를 과세하지 않도록 한계를 설정한 것으로 이해하는 것이다. 2013. 1. 1. '비특수관계자 대여'를 과세대상에 추가하고, '거래 관행상 정당한 사유'라는 소극적 요건을 신설한 것은 기존의 과세제외대상을 과세대상으로 전환한 창설적 규정에 해당하는데, 어차피 포괄증여 조항에 의하여 '비특수관계자 대여'에 대해 증여세 과세를 긍정한다면 개정법 하에서 '거래 관행상 정당한 사유'라는 소극적 요건을 적용할 법적 근거가 분명하지 않다는 점도 주장하였다. 또한 피고의 과세논리를 일관하면, 적정 이자율(연 8.5%~9%)보다 낮은 이율의 모든 금전대차거래에 대한 증여세의 과세가 가능하다는 결론이 도출될 수 있다는 점도 논거로 삼았다.²¹³⁾

반면 ② 증여세 부과를 긍정하는 견해(피고)는 제41조의4는 '특수관계자로부터의 금전 무상·저율 대여'를 과세대상으로 하여 이에 관하여 규율하고 있을 뿐, '비특수관계자로부터의 금전 무상·저율 대여'에 대하여는 아무런 규율을 하지 않고 있으므로, 후자가 포괄 증여개념을 충족하는 이상 포괄증여 조항에 근거하여 과세할 수 있다는 것이다. 즉 제41조의4는 '특수관계자 대여'를 과세대상으로 규정한 것일 뿐, 그 반대의 '비특수관계자 대여'를 과세제외대상으로 규정하여 과세상 한계를 설정한 것으로 반대해석할 수 없다고 주장하였다. 당시 상증세법(2015. 12. 15. 개정되기 전의 것) 제42조 제1항에서 '금전, 부동산을 제외한 재산'의 무상·저가 대여의 경우 '비특수관계자 대여'에 대하여도 증여세를 과세하고 있는 이상, 부

212) 서울고등법원 2014. 5. 21. 선고 2013누52911 판결

213) 당시 적용된 구 상증세법 시행령 제31조의7은 현행 상증세법 시행령 제31조의4 제2항과 같이 금융이익이 1,000만 원 이상이 되어야 한다는 제한을 두지 않았다.

동산이나 금전의 대여를 다른 재산의 대여와 달리 취급할 이유가 없으므로, 수증자로서는 ‘비특수관계자 대여’에 대하여도 증여세가 과세됨을 충분히 예측할 수 있다는 점도 논거로 삼았다.

대법원은 후자법인 판결과 같은 논리에서 “특수관계에 있지 아니한 자 간의 금전의 무상대여 등의 거래를 증여세 과세대상에서 제외하고자 하는 취지임이 분명하고, 완전포괄주의 과세제도의 도입으로 인하여 이러한 입법의도가 변경되었다고 볼 수 없으므로, 그 거래로 인하여 금전을 대여받은 자가 얻은 이익에 대하여는 증여세를 과세하지 않도록 하는 한계를 설정한 것으로 보아야 한다”고 판단하여 ①의 입장을 지지하였다.²¹⁴⁾

개별예시조항에서 설정한 과세요건이 포괄증여 조항의 과세한계로 작동될 수 있고, 설령 유사한 구조의 다른 증여예시조항이 더 포괄적인 과세요건을 설정하고 있다고 해도 달리 볼 수 없다는 점을 확인한 판결로 볼 수 있다. 물론 피고의 논리처럼 금전의 저율대부는 특수관계인 사이에서만 규율하고, 부동산의 저가임차²¹⁵⁾는 규율대상을 일반적으로 확대해야할 필연적 근거는 없다. 다만, 완전포괄주의가 채택된 2003. 12. 30. 이전부터 금전의 무상대부에 따른 증여의제는 특수관계인 사이의 거래에만 한정하고 있었고,²¹⁶⁾ 부동산의 저가임대(시가보다 낮은 대가를 지급하고 용역을 제공받는 것)는 완전포괄주의가 채택된 2003. 12. 30. 개정된 상증세법 제42조 제1항에 최초로 규정되었다.²¹⁷⁾ 당시 개정세법해설²¹⁸⁾에서는 유사입법례로 법인세법 시행령 제35조에서 특수관계가 없는 거래에서도 비지정기부금으로 과세를 하는 것을 들면서 ‘특수관계 여부를 불문하고 모든 거래에서 과세하되, 정당한 사유에 관하여 납세자의 입증에 있는 경우에는 과세제외되도록 함’이라고 적고 있다.

위와 같이 상증세법 제42조 제1항을 새로 규정하면서 용역의 제공에 대해서는 과세대상을 모든 거래로 넓혀두었는데 금전의 무상대부에 관한 제41조의4는 그대로 둔 이유는 무엇일까? 현실에서 특수관계가 없어도 가까운 지인들 사이에서 낮은 이자로 돈을 빌려주는 거래가 흔할 것인데, 완전포괄주의를 채택했다고 해도 이러한 거래에 갑작스럽게 국가가 일일이 개입하여 적정이자율과의 차액을 과세하는 것은

214) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두37924 판결

215) 부동산을 임대하는 것은 ‘용역의 제공’에 해당하므로, 구 상증세법 제42조 제1항 제2호의 적용을 받아 특수관계인 사이의 거래에만 한정되지는 않는다.

216) 2003. 12. 30. 개정 전 상증세법 제41조의 4 제1항

217) 2003. 12. 30. 개정된 상증세법 제42조 제1항 제2호.

218) 국세청, 개정세법해설(2004년)

https://txsi.hometax.go.kr/docs_new/customer/elib/pub_view.jsp(2022. 1. 18.자 검색)

과하다는 고려가 바탕이 되었을 것으로 추측된다. 그렇게 본다면 반대해석을 긍정 하는 결론도 어느 정도 수긍할 수는 있다. 그러나 이후 2013. 1. 1. 개정된 상중세법 제41조의 4 제1항은 특수관계인에 한정하지 않고 ‘타인’ 으로부터 금전을 대출받는 경우를 과세대상으로 확대한 것은 완전포괄주의가 채택되고 상당한 기간이 경과되었고 금전의 대여를 부동산 임대와 달리 취급할 필요가 없을 뿐만 아니라, 거래 관행상 정당한 사유가 있을 때에는 과세대상에서 제외하고 있으므로(제41조의4 제3항), 이제는 증여세 완전포괄주의의 본래 취지에 맞추어 과세대상을 확대하여도 되겠다는 고려가 있었을 것이라 추론해본다.

IV. 그 밖의 문제

1. 완전포괄주의와 실질과세원칙의 적용 문제의 준별

앞서 본 바와 같이 포괄증여의 개념에서 증여자가 가진 a가 동일한 a의 형태로 수증자에게 ‘직접적으로’ 넘어가야만 재산이나 이익 ‘이전’ 된 것이라는 법률주의적·형식론적 사고에 간혀있으면, 재산이나 이익이 ‘간접적으로’ 이전된 경우는 본래적 의미의 증여에 해당되지 아니한다고 생각할 수 있다. 그리하여 실질과세 원칙에 따라 당사자 사이의 거래를 직접적인 거래로 재구성해야만 증여세를 과세할 수 있다고 ‘오해’ 할 수 있다.

어떤 회사가 대주주인 원고뿐만 아니라 원고의 친족도 경영권을 분점하고 있었는데, 회사의 주식 전체를 제3자에게 통째로 매각하면서 원고만이 주식 매각시 경영권 프리미엄을 없어서 대가를 가져간 경우라면, 경영권 프리미엄의 이익이 원고로부터 친족에게 ‘이전’ 되었어야 증여세를 부과할 수 있다. 그런데 위 사례에서 원고과 원고의 친족들은 제3자와 각자 거래하였을 뿐이고, 그들 사이에서 경영권 프리미엄을 넘겨준다는 양도 합의는 존재하지 않는다고 가정한다.²¹⁹⁾ 그렇다면 원고과

219) 물론 현실의 사안에서는 이러한 경우 원고와 원고의 친족 사이에 묵시적 합의가 있는 것이 일반적이므로, 직접적인 증여계약을 인정할 여지도 있다. 이 부분에서 제시하는 사례는 개념적 이해를 돕기 위하여 묵시적 합의가 없다는 다소 비현실적 가정을 전제로 한다.

원고의 친족 사이에 경영권 프리미엄을 양도한다는 거래의 재구성이 필요한가? 거래의 재구성도 이론적으로는 가능하다.

예컨대 P와 특수관계인 Q는 같은 주식을 50%를 보유하고 있었는데, 매수법인 A가 시가 7만 5,000원의 주식을 P에게는 10만 원에, Q에게는 5만 원에 매수한 경우를 상정해보자. 여기서 Q의 경제적 이익이 매수법인 A와 거래를 매개로 P에게 ‘간접적’으로 이전되었다고 보면, 단순히 Q가 P에게 25,000원을 증여한 것으로 요건사실을 인정하면 그만이다. 그런데 실질과세원칙에 의하여 재구성을 한다면(즉 조세회피를 도모하지 않았다면 취하였을 정상적인 거래형식으로 바꾸어 보면), Q와 P는 매수법인 A로부터 각 7만 5,000원을 받고, Q가 자신이 받은 돈 75,000원 중 25,000원을 P에게 주는 거래로 재구성하게 될 것이다.

완전포괄주의는 반드시 직접 거래에 의한 이익분여에 국한되지 않고 제3자를 매개로 간접적으로 이익을 분여하는 것도 포함된다. 대표적인 것이 자본거래에 의한 주주간 이익분여이다. 이와 같이 포괄 증여개념에 간접적 이익분여를 전제하는 이상, 이익분여의 당사자 간에 실질과세원칙에 의한 재구성은 불필요하다. 대법원 2008두17882 판결의 대상이 된 우선매수청구권의 포기 사례도 다른 주주들이 우선매수청구권을 포기함으로써 특정 주주가 우선매수청구권을 전부 행사하는 결과를 간접적인 행위에 의하여 실현하는 것으로 충분하고, 별도로 재구성의 문제는 논점이 아니었다. 따라서 위 판결 사안에서 과세관청이 과세근거조항으로 구 상증세법 제2조 제4항을 굳이 적시할 필요는 없었다고 생각된다.

한편 포괄증여 조항을 적용할 문제와 실질과세원칙에 관한 구 상증세법 제2조 제4항²²⁰⁾을 적용하는 문제를 잘 구별하지 못하여 다른 차원의 논쟁이 제기된 사례가 적지 않다. 특히 전환사채와 관련하여 대법원 2017. 1. 15. 선고 2015두3270 판결 사안에서 A법인은 전환사채를 발행하였고 B법인이 전환사채를 인수하였는데, A법인의 최대주주인 원고가 전환사채 인수계약에 포함된 조기상환권(전환사채의 양수를 의미함)을 B법인에게 행사하여 전환사채 중 일부를 취득한 다음 전환권 행사를 통한 신주를 인수하여 신주가액과 전환가액의 차액 상당의 이익을 얻자 피고는 구 상

220) 제2조(증여세 과세대상)

④ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 상속세나 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질(實質)에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항을 적용한다.

실질과세원칙에 관한 국세기본법 제14조 제3항과 동일한 내용을 상증세법에서도 규정한 것이다. 2015. 12. 15. 상증세법 개정 시 국세기본법 제14조 제3항이 있으므로 불필요하다고 보아 삭제되었다.

증세법 제40조 제1항 제2호 나.목²²¹⁾에 의한 증여세를 과세하였다. 문제는 구 상증세법 제40조 제1항 제1호 나.목²²²⁾에서 전환사채의 ‘인수 등’을 개념을 전환사채의 발행 법인으로부터 직접 인수하는 경우와 증권거래법상 인수인으로부터 인수·취득한 경우로 한정하고 있다는 점이었다. B법인이 증권거래법상 인수인에 해당한다고 보기는 어렵게 되자, 피고는 원고가 증여세를 회피하기 위해서 제3자인 B법인을 거치는 방법으로 전환사채를 인수하였으므로 구 상증세법 제2조 제4항에 의하여 원고가 발행법인으로부터 전환사채를 직접 인수한 것으로 거래를 재구성하여 과세할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

그러나 대법원은 A법인과 B법인의 사채인수계약은 A법인 입장에서는 자금 조달이 필요하였고, B법인도 자금을 빌려주면서 안정적인 이자수익을 확보하는 한편, A법인의 경영진에게 조기상환권을 부여하여 경영권의 제한을 최소화할 수 있는 등 정당한 사업목적이 있다는 이유로 조세회피 목적을 부인하였다. 필자의 사견으로도 구 상증세법 제2조 제4항에 관한 판례의 법리는 조세회피의 목적이 압도적인 것으로 평가될 정도에 이르러야 하고,²²³⁾ 당시 주식의 시가상승을 예상하기도 어려웠으

221) 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)

① 전환사채, 신주인수권부사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말한다) 또는 그 밖의 주식으로 전환·교환하거나, 주식을 인수할 수 있는 권리가 부여된 사채(이하 이 조에서 "전환사채등"이라 한다)을 인수·취득·양도하거나, 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

2. 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 하거나 전환사채등을 양도함으로써 얻은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익

나. 전환사채등을 발행한 법인의 최대주주나 그의 특수관계인으로서 주주인 자가 그 법인으로부터 전환사채등을 그 소유주식 수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 인수등을 한 경우로서 전환사채등에 의하여 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환가액등을 초과함으로써 얻은 이익

222) 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여) ①항[생략]

제1호[생략]

나. 전환사채등을 발행한 법인(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 주권상장법인으로서 같은 법 제9조제7항에 따른 유가증권의 모집방법으로 전환사채등을 발행한 법인은 제외한다. 이하 이 항에서 같다)의 최대주주나 그의 특수관계인으로서 주주인 자가 그 법인으로부터 전환사채등을 시가보다 낮은 가액으로 그 소유주식 수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 인수·취득(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제9조제12항에 따른 인수인으로부터 인수·취득한 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 "인수등"이라 한다)함으로써 얻은 이익

223) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963 판결(밀줄은 필자가 부기함) : 구 상증세법 제2조 제4항, 제3항에 의하여, 당사자가 거친 여러 단계의 거래 등 법적 형식이나 법률관계를 재구성하여 직접적인 하나의 거래에 의한 증여로 보고 증여세 과세대상에 해당한다고 하려면, 납세의무자가 선택한 거래의 법적 형식이나 과정이 처음부터 조세회피의 목적을 이루기 위한 수단에 불과하여 그 재산이전의 실질이 직접적인 증여를 한 것과 동일하게 평가될 수 있어야 하고, 이는 당사자가 그와 같은 거래형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 거래 과정을 거친 경우, 그와 같은 거래 방식을 취한 데에 조세 부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 거래 또는 행위 사이의 시간적 간격, 그러한 거래형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

므로 위 조항이 적용될 수 있을지에 회의적이다. 비슷한 유형으로 신주인수권부 사체에 관하여 대법원 2019. 4. 11. 선고 2016두59546 판결(녹십자셀 사건)이 있으나, 자세한 내용은 제3장 부분에서 다시 살펴보기로 한다.

이러한 사안에서 원고가 상증세법 제40조에 의한 증여세 과세를 의식하면서 장래의 경제적 결정까지 모두 계획하면서 이러한 행위를 한 것이 아닌 이상, 구 상증세법 제2조 제4항의 요건을 증명하여 개별예시조항의 과세요건을 충족하는 것은 지난한 과정이 될 수 있다. 위 2015두3270 사안에서도 과세관청이 인수인 개념을 피하기 위하여 제2조 제4항에 집착할 것이 아니라 당시 유형별 포괄조항으로 볼 수 있었던 구 상증세법 제40조 제1항 제3호에 해당한다는 충분한 법리적, 사실적 논거를 제시하였으면 문제의 양상이 달라질 수도 있었던 것으로 보인다.²²⁴⁾ 이 경우도 유형별 포괄조항의 적용과 실질과세원칙의 적용 국면을 다르게 취급해야 한다는 다른 예로 볼 수 있을 것이다.

역으로, 개별예시조항에 의하면 과세를 하는 것이 매우 복잡하거나 다단계로 이루어져야 하는 경우에 구 상증세법 제2조 제4항을 적용하여 쉽게 완전포괄주의에 의한 증여세 과세가 긍정된 사안도 있다. 대법원 2019. 1. 31. 선고 2014두41411 판결 사안이 그렇다. 원고들의 아버지가 자신이 주주인 A법인의 영업부서와 설계부서 등을 원고들이 주주로 있는 B법인(영업손실로 사업중단 상태에 있었음)에 무상으로 영업양도하였고, 그 후 B법인은 위 영업조직을 이용하여 A법인의 영업 및 설계 등을 대행하면서 안정적인 수익을 올리다가, A법인이 B법인을 흡수합병하면서 A법인의 신주를 B법인의 주주인 원고들에게 교부한 사안에서, 대법원은 영업양도, 계열사간 내부거래 및 합병에 이르는 일련의 행위를 원고들이 아버지로부터 구 상증세법 제2조 제4항에 따라 위 신주를 무상으로 교부받은 것으로 재구성하여 증여세를 과세한 원심을 수긍한 바 있다.

만약 이러한 일련의 각 과정마다 개별적인 증여예시조항을 적용하려 하였다면, 우선 1단계로 A법인의 무상 영업양도에 대하여 상증세법 제42조의 2 제1항에 따라 영업양도에 따라 원고들이 보유한 B법인의 지분가액 증가액에 대하여 증여세, 2단계로 B법인이 A법인과 내부거래를 통하여 얻은 B법인의 주식가치가 증가한 이익을 상증세법 제45조의 3의 일감몰아주기에 따른 증여세, 3단계로 A법인과 B법인의 합

224) 원고가 자기 지분비율을 초과하여 인수한 신주인수권에 해당하는 부분은 증여세 과세대상에 해당한다고 볼 수도 있었다. 자세한 이유는 다음 장에서 '신주인수권 판결'을 다룰 때 살펴보기로 한다.

병과정에서 불공정합병이 있었다면 그로 인하여 B법인의 주주가 얻은 이익을 상증세법 제38조의 합병에 따른 증여세를 과세할 수도 있을 것이다. 다만 각 단계마다 증여세 과세요건이나 과세범위를 충족하지 못할 가능성도 적지 않다.

그런데 구 상증세법 제2조 제4항에 의하여 위와 같이 손쉽게 재구성을 할 수 있는지에 관하여 의문이 없지 않다. 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963 판결은 구 상증세법 제2조 제4항, 제3항에 따라 거래를 재구성하기 위해서는 “당사자가 그와 같은 거래형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 거래 과정을 거친 경위, 그와 같은 거래방식을 취한 데에 조세부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 거래 또는 행위 사이의 시간적 간격, 그러한 거래형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하였다. 그런데 이 사건에서 ① 사업부문 양도, ② 계열사간 내부거래, ③ 합병 등 3가지인데, 각 단계별 행위에 사업상 목적 등이 없다고 단정하기 어렵고, 위 단계별 거래들은 총 2년 8개월에 걸쳐 일어났는바, 그 사이의 외부 시장환경이나 법인 자체의 운영상 여러 변수들을 고려하지 않은 채 결과적으로 원고들의 보유 주식가치가 상승하였다는 사정만으로 위와 같은 일련의 행위들이 모두 처음부터 ‘신주 무상 교부’를 도모하되 조세회피를 위한 다단계행위로 보아 과세하는 것은 실질과세원칙에 관하여 대법원이 기존에 취하고 있던 엄정한 입장과 부합하지 않는다는 인상을 지우기 어렵다.

이와 같이 완전포괄주의나 유형별 포괄주의에 의한 증여세 과세문제는 법률의 해석 문제인 반면, 구 상증세법 제2조 제4항에 의한 실질과세원칙의 적용 문제는 규범의 해석과 달리 당해 사안에서만 조세회피행위를 재구성하는 것이므로, 사안별로 적절하게 취사선택되어야 한다. 과세관청은 사안을 섬세하게 인식하고 이에 대한 명확한 대응체계를 수립해 나가야 할 과제를 안고 있다.

2. 포괄증여 조항과 개별예시조항 사이 적용의 우선순위

제1항에서 보았듯이 회사의 경영권을 A와 그 친족이 분점하고 있는데, 위 주식 전체를 제3자에게 통째로 매각하면서 A만이 경영권 프리미엄을 얻어서 대가를 가져갔던 사안으로 다시 되돌아가 보자. 경영권 프리미엄의 간접적 이전을 문제삼아 포

포괄증여 조항으로 과세하기 이전에 원고가 특수관계가 없는 매수법인에게 고가양도한 것으로 보아야 하지 않을까? 그렇게 보면, 정당한 사유가 존재하는지 여부를 별도로 따져야 하고, 세액계산 측면에서도 일정한 금액이 증여이익에서 공제될 수 있다.²²⁵⁾ 여기서 특정한 개별예시조항이 존재하는 영역에서 이에 관하여 간접적 이익분여로 보아 포괄증여 조항을 바로 적용할 수 있는지가 문제된다.²²⁶⁾ 예컨대 P와 특수관계인 Q는 같은 주식을 50%를 보유하고 있었는데, 매수법인 A가 시가 7만 5,000원의 주식을 사면서 P에게는 10만 원을, Q에게는 5만 원을 주는 경우를 상정해보자. 증여의 당사자를 A → P로 보고, 시가 7만 5,000원의 주식을 A가 10만 원에 고가매수함으로써 상증세법 제35조에 따라 25,000원의 증여이익이 발생한다고 보아야 하는지, 아니면 증여의 당사자를 P→Q로 보고, 포괄증여 조항을 적용하여 25,000원의 증여이익이 발생한다고 보아야 하는지를 묻는 것이다.²²⁷⁾

① 부정설은 기본적으로 구 상증세법 제2조 제3항은 개별예시조항이 적용되지 못하는 영역에서 부의 무상이전이 이루어질 경우 그에 대한 과세를 도모하는 보충규범의 성격을 가진다는 이유로 반대하는 입장이다. 위 사안에서 만약 고가양도에 관한 상증세법 제35조를 적용한 결과 정당한 사유가 인정되어 증여세 과세를 못하는 상황이라면 더욱 그럴 것이다. 입법자가 그러한 경우에는 과세를 배제하려는 의도를 가지고 있다고 추단할 수 있기 때문이다.²²⁸⁾ 한편 ② 긍정설은 이와 달리 포괄증여 조항 자체가 직접적인 과세의 근거규정이고, 개별 증여예시규정과 관계에서 보충성을 띠지 않는다는 입장이므로, 상증세법 제35조와 포괄증여 조항 사이에서 증여세액이 높게 계산되는 것을 선택할 수 있다고 보는 것이다. 참고로 상증세법 제43조 제1항도 개별예시조항들 사이에서 둘 이상 동시에 적용될 경우에는 이익이 가장 많이 계산되는 것 하나만을 적용하도록 규정하고 있다는 점도 논거로 들 수 있을 것이다.

225) 김동수, 전계논문, 68면 참조.

226) 하자법인 사안은 개별예시조항의 거래상황과 유사한 영역이지만 개별예시조항의 직접 적용을 받을 수 없을 때, 포괄증여 조항을 적용할 수 있을지에 관한 문제이지만, 본문에서 문제되는 상황은 개별예시조항이 적용되지만, 그와 별도로 포괄증여 조항을 적용할 수 있을지의 문제로 서로 양상이 다르다.

227) 위 사례에서는 두 가지 증여이익이 동일한 것처럼 보이지만, 포괄증여 조항에서는 25,000원 전체를 증여이익으로 과세하는 반면, 고·저가양도에서는 시가에서 대가를 뺀 차액(25,000원)에서 시가(75,000원)의 100분의 30(22,500원)을 초과하는 부분(2,500원)만을 과세할 수 있다(A와 P 사이에는 특수관계가 없으므로 상증세법 제35조 제2항, 상증세법 시행령 제26조 제3항이 적용됨).

228) 김동수, 전계논문 72면 참조. ‘거래관행상 정당한 사유’는 특수관계가 없는 당사자들 사이의 거래를 전제로 하고 있다(상증세법 제4조 제1항 제2호 단서 및 제3호 단서 참조). 부정설이 정당한 사유를 언급하고 있는 것은 고가양도인과 매수인 사이에 특수관계가 없음을 전제로 하는 것이다.

우선 부정설에서 정당한 사유가 인정되는 경우를 전제하는 것은 타당하지 않다. 현행 상증세법 제4조 제1항 제3호에 의하면, 포괄증여에 해당하더라도 특수관계가 없는 자 사이의 거래에서 정당한 사유가 있으면 증여세를 과세하지 않기 때문이다. 예컨대 같은 토지의 지분을 1/2씩 공유하고 있는 A, B가 매수인에게 토지지분을 매각하면서 정당한 사유 없이 A는 10억 원을 받고, B는 20억 원을 받은 경우를 생각해 보자. 위와 같은 사안에서 A와 B 사이에 정당한 사유가 없는데, 매수인과 A 사이에서만 정당한 사유가 생기는 경우를 생각하기 어려운 이상, 개별예시조항과 포괄증여 조항 사이에 정당한 사유의 관점에서 차이가 생긴다고 보기는 어렵다. 정당한 사유가 없어서 증여세의 과세대상이 될 경우에는 양자 사이에 과세범위에 차이가 생길 수 있다. B가 매수인에게 고가양도한 것으로 보면, 상증세법 제35조 제2항에 따라 시가 15억 원과 거래가액 20억 원의 차액 5억 원에서 3억 원을 뺀 2억 원이 증여재산가액이 된다. 반면 포괄증여 조항을 직접 적용할 경우에는 A가 B에게 5억 원의 이익을 분여한 것으로 보아 증여재산가액이 5억 원이 될 것이다.

고가양도 규정은 기본적으로 매수인과 B 사이의 이익분여를 규율하는 것이고, A와 B 사이의 이익분여는 별개의 문제로 보인다. 즉 하나의 거래를 보는 관점에 따라 이익분여의 양상이 달라질 수 있고, 위 사례에서도 매수인이 B에게 A보다 두 배의 값을 치루는 특혜를 준 것이 A의 희생에 바탕을 둔 것이며, A와 B는 특수관계인으로서 이러한 비정상적 거래가 세 사람의 담합에 기인한 것이라면 매도인과 B의 관계는 껍질에 불과한 것이고, 이익분여의 본질은 A와 B 두 사람에게 있다고 보는 것이 옳을 것이다. 따라서 포괄증여 조항을 별도로 적용할 수 있다는 ② 긍정설에 찬성한다.

V. 논의의 종합

이상과 같이 증여의 개념은 당사자의 주관적 의도를 고려하지 않고 무상으로 재산이나 이익이 이전되는 것으로 충분하고, 재산이나 이익이 ‘이전’ 되는 방식은 사법상 증여계약이 예정하는 재산이나 이익이 동일성을 유지하면서 직접적으로 이전되는 형태를 넘어서 증여자가 기회를 포기하고 수증자가 기회를 획득한다는 ‘사

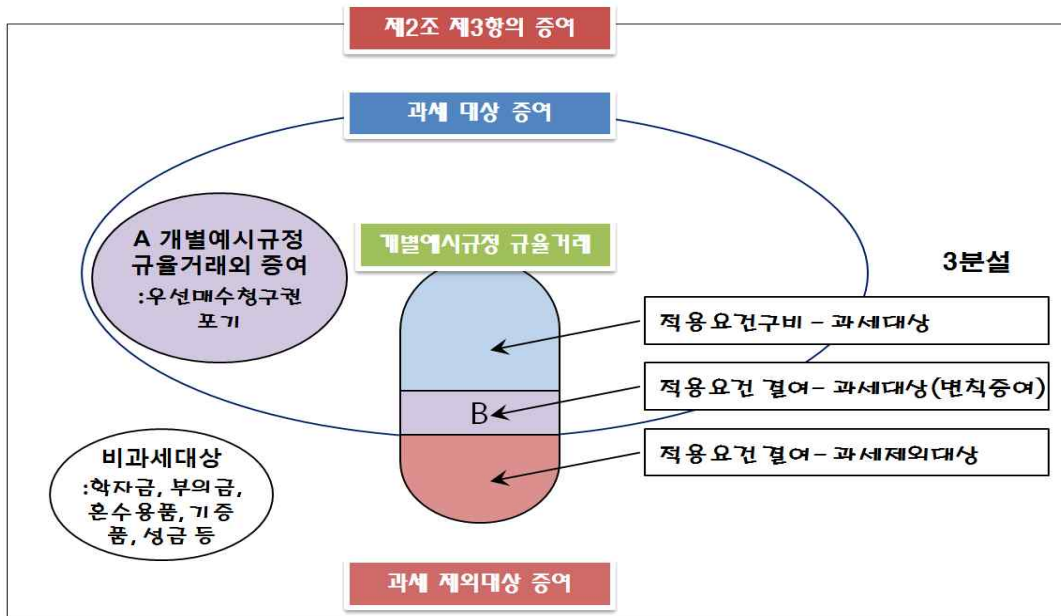
실상의 이전' 도 가능하다. 또한 증여자가 부여한 권리나 재산상 이익이 보험이나 신탁제도를 통하여 변형된 형태로 이전하는 것도 가능하고, 법인이라는 기구를 통하여 간접적인 형태로 이전이 가능함을 살펴보았다.

후자법인 판결 이후 포괄증여 조항과 개별예시조항의 관계는 결국 반대해석의 허용 범위의 문제로 논의가 옮겨진 것으로 보인다. 특정한 예시조항의 과세요건이 어떤 경우에는 그에 해당하지 않으면 과세를 못한다는 방향으로 작동하고, 어떤 경우에는 단지 예시이므로 비슷한 유형에 해당하는 것은 과세를 할 수 있다는 정반대의 방향으로도 작동할 수 있다는 것이므로 그 구별이 쉬워 보이지는 않는다. 마치 어떤 법률조항이 개정되었을 때, 위 조항은 원래 존재하는 법원리를 확인하는 것이므로 개정 전에도 그렇게 해석해야 한다는 입장과 개정조항은 창설규정이므로 위 조항이 신설되기 전에는 오히려 그와 반대되는 해석을 하는 것이 타당하다는 입장이 종종 대립하는 양상과도 흡사하다.

증여 예시조항이 과세대상 자체를 규정하는 경우로는 ❶ 과세대상 이익의 크기를 규정한 부분, ❷ 특정한 거래의 형태를 기술한 부분(양도, 합병, 증자 등)과 ❸ 거래 당사자간 관계나 거래상대방의 특성 (예컨대 특수관계인 사이의 거래, 결손법인과 거래)을 규정한 부분으로 구분할 수 있다. ❶의 경우 후자법인 판결이 명시하였듯이 '과세대상과 과세범위를 제한적으로 규정한 것으로 볼 수 있으므로' 반대해석이 허용된다고 볼 수 있고, ❸의 경우도 입법연혁이나 당시의 과세실무 등을 종합적으로 고려하였을 때, 거래당사자 사이의 관계를 일정한 범위로 제한하는 것에 대하여 나름의 합리성을 발견할 수 있다면 원칙적으로 반대해석이 허용될 여지가 높다. ❷와 같이 거래의 형태를 기술한 부분은 완전포괄주의를 채택하게 된 연원에 비추어 볼 때 부정적으로 보아야 할 것이다.

포괄적 증여세의 개념 체계를 집약적으로 보여주는 그림이 있어서 이를 소개해본다.

[그림 1] 포괄증여 개념체계도²²⁹⁾



즉 재산이나 이익의 무상이전이라는 포괄증여 조항의 개념을 충족하는 많은 거래나 행위들 속에는 개별예시조항이 규율하는 거래의 유형이 있고, 그 유형의 거래에는 과세대상에 포함되는 거래와 포함되지 않는 거래가 병존한다. 예를 들어 지배주주가 결손법인에게 신탁이익을 증여하거나, 보험료를 대납하여 증여하는 형태를 취하더라도, 구 상증세법 제41조에서 정한 재산의 무상제공 등 거래의 유형은 예시에 불과하므로 위 그림의 B에 해당되어 과세할 수 있다. 특수관계인 사이에서 금전을 무상으로 빌려주는 대신 채권의 회수를 지연하는 행위는 법 제41조의4에 직접 해당하지는 않으나 마찬가지로 과세영역에 포함될 것이다.

반면 흑자법인 판결에 따르면 결손법인이 아닌 흑자법인에게 증여하거나(증여의 상대방), 결손법인에 결손금을 초과하여 증여한 부분(증여이익 부분)은 법인세와 과세대상이 겹치지 않는 범위 내에서 과세하려는 입법취지상 과세제외 대상으로 보아야 할 것이고,²³⁰⁾ 저가양도의 유형에서 시가와 대가의 차액이 3억 원 미만인 경우는 그 개념상 포괄증여 조항에 해당함에도 반대해석상 과세에서 제외되어야 한다(그림 1에서 타원 중 B의 아래 칸 부분). 한편 그러한 개별예시조항의 유형과 무관한 거래(예 : 우선매수청구권 포기, 그림 1에서 A영역)는 포괄증여 조항의 개념에 부합하

229) 이경훈, 전제논문, 426면의 도표를 참조함.

230) 다만 현행 상증세법 제45조의 5(특정법인과 거래를 통한 이익의 증여의제)는 이에 대한 예외를 규율하는데, 이에 관하여는 다음 절에서 살펴보기로 한다.

는 이상 과세할 수 있고, 과세표준 계산 규정은 개별예시조항이나 일반적 평가규정 중에 적당한 것을 준용할 수 있다. 마지막으로 위 그림에서 표현되지는 않았으나, 개별예시조항의 요건을 일견 충족하는 것처럼 보이더라도 포괄증여 조항의 내재적 한계에 해당하여 과세할 수 없는 경우(결손법인의 순자산가치가 증여 후에도 음수인 경우, 편무계약에서의 채무면제 등)도 있음은 앞서 살펴보았다.

한편, 증여의 개념에는 재산이나 이익의 ‘간접적 이전’도 포함하고 있으므로, 포괄증여조항 자체에 의하여 과세가 가능하다고 보아야 하지, ‘제3자를 통한 간접적인 방법’으로 세법의 혜택을 부당하게 본다고 보아 실질과세원칙에 관한 국세기본법 제14조 제3항을 적용할 필요는 없다. 과세요건 조항을 해석하여 직접 적용하는 문제와, 과세요건 조항의 해석은 그대로 둔 채 구체적인 사안을 과세요건조항에 맞추어 재구성하는 작업은 분명하게 구별될 필요가 있다.

위와 같은 부의 무상이전에 관한 포괄적 증여의 개념체계는 재산이나 이익의 이전이 있으면 과세가 가능한 것이 원칙인데, 유사한 유형의 거래를 규율하는 증여예시조항이 있으면 그 조항의 반대해석상 포괄조항에 의한 과세가 제한될 것인지의 문제이다. 이와 달리 제3장에서 살펴볼 하이브리드 증여세와 관련된 유형별 포괄주의는 포괄조항에 의한 개념 충족(타인의 기여에 의한 사후적 재산가치의 증가)만으로는 과세의 적극적인 근거가 되기는 어렵고, 증여자의 기여행위에서 추출될 수 있는 공통적인 표지에 포섭되어야만 유형별 포괄조항이 적극적인 과세근거가 될 수 있다는 차이점이 있다. 그 구체적인 내용에 대해서는 제3장에서 논의하기로 하자.

제3절 후자법인 증여의제의 과세체계

I. 개관

1. 후자법인 증여의제 조항의 도입 경위와 문제점

먼저 우리 상증세법은 법인에게 어떠한 형태의 이익을 분여하였을 때 그 주주에게 증여세를 부과하는 제도를 두고 있다. 대표적인 것이 상증세법 제45조의5의 “특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제” (후자법인 증여의제)이고, 그 밖에 상증세법 제45조의3 “특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제” (이하 ‘일감몰아주기 증여의제’로 축약한다) 등이 있다.²³¹⁾

후자법인 증여의제는 지배주주 등이 특수관계법인에게 재산이나 용역을 무상이나 저가로 제공하는 등의 증여를 한 경우 특수관계법인의 주주에게 증여세를 부과하는 제도로서 완전포괄주의가 적용될 수 있는 통상의 증여행위를 법인에게 함으로써 그 법인의 주주에게 ‘간접적’인 형태로 이익을 주는 것이다. 그렇다면 그 자체로 ‘재산상 이익’을 이전하는 것이 되므로, 상증세법 제2조 제6호²³²⁾의 ‘증여’의 개념을 이미 충족하고 있다고 일단 생각할 수 있다. 그럼에도 이러한 규정을 증여예시규정이 아니라 증여의제규정으로 만든 이유는 무엇일까? 왜냐하면 법률에서 ‘A를 B로 본다’는 말(간주 또는 의제)은 ‘A와 B가 원래 같지 않다’는 것을 전제로 하여 ‘일정한 경우에 A와 B를 같이 취급한다’는 것을 의미하거나,²³³⁾ 적어

231) ‘일감몰아주기 증여의제’는 포괄적 증여개념에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 법인 배후의 주주에 대한 직접 증여와의 비교문제가 발생하지 않으므로 이 부분은 별도의 논의대상으로 삼지 않았다.

232) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “증여”란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다. 다만, 유증, 사인증여, 유언대용신탁 및 수익자연속신탁은 제외한다.

233) 윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 『조세법연구』, 16권 1호, 2010., 151-153면. 민법상 상속의 대상이 되지 않지만 상속세의 대상이 되는 것으로 ‘유증’, ‘사인증여’, ‘특별연고자에 대한 상속재산 분여’를 들고 있고, 포괄증여의 개념에 해당되지 아니하나, 증여세의 대상이 되는 것으로 ‘명의신탁재산의 증여의제’를 들고 있다.

도 A가 B에 해당하는지가 불분명할 때 이를 명확하게 하기 위한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

‘하이브리드 증여’와 ‘법인을 통한 간접증여’가 결합된 다른 예를 생각해볼 수도 있다. A법인의 최대주주가 자신의 자녀가 지배하고 있는 B법인(영리법인)에게 곧 상장될 A법인 주식을 증여한 후 위 주식이 상장되어 B법인이 큰 이익을 본 경우를 생각해보자. 이것은 최대주주가 B법인을 통하여 자신의 자녀에게 장래 재산가치 상승의 ‘기회’를 이전하는 것이므로 이 경우 제3장에서 보는 바와 같이 상장이익에 관한 상증세법 제41조의3의 규정을 매개로 한 유형별 포괄주의의 문제로 접근할 수도 있다.²³⁴⁾ 그러나 상증세법 제4조의2 제4항²³⁵⁾은 영리법인이 증여받은 이익에 대하여 법인세가 부과될 경우에는 해당 법인의 주주 등에 대해서는 제45조의3부터 제45조의5에 따라 증여의제된 경우에만 증여세 과세를 인정하고 있으므로 위 증여의제조항의 요건을 충족하지 못하는 행위²³⁶⁾에 대해서는 포괄주의에 의한 증여세의 과세 문제가 발생하는 것을 차단하고 있다.

실제로도 법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 과세하는 현행 제도에 대하여 근본적인 의구심이 제기될 수 있다. 법인을 통한 간접증여라는 하나의 행위는 법인의 수익이 되는 동시에 주주에게도 이익을 주는 두 가지 효과를 가지고 있는데, 여기서 법인에 대한 세법적 효과에 그치지 않고 주주에게도 증여세라는 세법적 효과를 주는 것이 포괄증여 개념 또는 완전포괄주의에 따라 정당화될 수 있는지가 그것이다.

아무튼 흑자법인 증여의제 제도의 변천과정²³⁷⁾을 보면, 당초 상증세법이 이것을 증여가 아니라고 보면서 증여의제로 규율하려고 한 것 같지는 않다. 흑자법인에 대한 간접증여에 관하여 포괄증여 조항에 의한 증여세 과세가 쟁점이 되어 증여세 과

234) 상증세법 제41조의3 제1항은 최대주주의 ‘특수관계인’이 주식을 증여받거나 취득한 경우에 적용되고, 여기서 특수관계인은 최대주주와 일정한 연관이 있는 법인도 포함될 수 있으나(상증세법 시행령 제2조의 2 제1항), 위 법률조항에서 말하는 최대주주의 특수관계인은 증여세 납세의무가 있는 자이어야 하므로(상증세법 제4조의 2 제1항), 증여세 납세의무자가 될 수 없는 영리법인은 포함될 수 없다.

235) 제4조의2(증여세 납부의무)

④ 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.

236) 예컨대 지배주주가 직접 또는 간접으로 보유하는 주식의 비율이 30%를 넘지 아니하여 상증세법 제45조의5 제1항에 의한 증여의제의 요건을 충족하지 못하는 경우를 들 수 있다.

237) 다음 II.에서 보다 자세히 살펴볼 것이므로, 여기서는 간략한 설명만을 제시하겠다.

세를 불허하는 다수의 하급심 판결이 선고되자, 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 제41조 제1항과 하위 시행령은 지배주주 등이 주식보유비율 50% 이상인 특정법인에 대한 간접증여를 개별예시조항에 따른 과세대상으로 추가하였고, 2015. 12. 15. 개정된 상증세법은 위 규정을 상증세법 제45조의5로 이동하고 조문의 제목도 ‘특정법인과 거래를 통한 이익의 증여의제’ 라고 바꾸었다.

이에 관한 2016년 개정세법해설은²³⁸⁾ ‘자산수증이익 등에 법인세가 과세된 법인의 주주·출자자 등에 대한 증여세 과세 범위 규정’ 라는 항목 아래에 “법인의 자산수증이익과 채무면제이익 등에 법인세가 과세되는 경우 그 법인의 주주·출자자 등에 대해서는 증여의제로 규정된 경우에 한하여 증여세 과세” 라고 적고 있다. 이러한 전반적인 과정에 비추어 볼 때, 국회는 종전에 포괄증여 조항에 근거하여 과세한 것을 다시 개별예시조항에 명시하였다가, 다시 논란이 예상되자 이러한 형태의 증여는 포괄증여 개념을 충족하지만, 이중과세의 문제 등 시뮬거리가 생기니 증여예시가 아니라 증여의제 규정에 명시된 범위 내에서만 과세하겠다는 입장으로 이해된다.

2. 이 절에서 다루어질 내용

우선, 법인을 통한 간접증여를 통하여 주주가 받은 이득에 관하여 법인에 대한 법인세 과세와는 별도로 법인의 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것이 포괄증여 개념에 부합하는 것은 맞지만, 포괄증여 조항의 적용 범위 내에 있는 것인지를 되 물어볼 필요가 있다. 포괄증여 개념에 부합하더라도 포괄증여 조항(=완전포괄주의)의 내재적 한계에 해당하거나 개별예시조항의 반대해석이 가능할 경우에는, 포괄증여 조항에 근거하여 증여세를 과세할 수 없다고 보기 때문이다. 이것은 이론적 문제이지만, 후자법인 증여의제의 제도적 기초 내지 정당성과 관련이 있고, 후자법인 증여의제 제도가 증여세 체계 내에서 점하고 있는 위치나 향후 방향성과도 무관하지 않다.

다음으로, 앞의 이론적 논의와 관계없이 현재는 후자법인 증여의제조항으로 법인에 대한 간접증여를 규율하고 있는데 여기에는 다음과 같은 운용상의 난점이 있다.

238) 국세청, 「2016 개정세법해설」, 2016., 139면.

우선 그 증여로 인한 이익을 정확하게 특정하여 계산하고 있는 것인지가 문제되고, 그 증여이익을 법인의 주주에게 증여세로 과세할 때 법인에게 과세되는 법인세와 그 법인의 주주에게 그 거래 전후로 발생하는 소득세(주로 배당소득과 주식양도소득)가 서로 겹치지 않도록 일정한 ‘교통정리’를 해줄 필요가 있다는 것이다. 나아가 이러한 문제를 해석론으로만 해결하기에는 한계가 있으므로, 입법론의 차원에서 근본적인 대안을 생각해 볼 필요도 있다.

비록 위 제도가 비록 증여의제이기는 하나, 순수하게 세금이 아닌 국가의 다른 경제정책적 목표를 추구하거나 제재로서만 기능하는 것이 아니라 본래적 의미의 ‘증여’에 대하여 규율하는 제도인 것은 분명하다. 따라서 증여이익의 계산과 관련한 문제 및 다른 세목과의 이중과세 문제를 증여세 완전포괄주의에 관한 본 장에서 함께 논의해볼 필요가 있다고 생각하였다. 여러 차례 완전포괄주의의 내재적 한계와 관련하여 판례에서 문제가 된 바 있었고, 후자법인 판결에서 반대해석의 근거로 삼은 ‘입법자의 의사’는 과세표준 계산방식의 적정성이나 이중과세의 문제와도 무관하지 않기 때문이다.

① 첫 번째 문제가 법인의 받은 이익을 어떤 방식으로 주주의 이익으로 환산할 것인지이다. 제2장 제1절 III.의 ‘증여개념의 내재적 한계’에서 잠시 살펴보았지만 구 상증세법 제41조 제1항의 결손법인에 대한 증여재산가액의 산정에 관한 대법원 2015두45700 전합판결과 관련된 논의가 있다. 현행 상증세법 제45조의5는 후자법인에 대한 증여를 증여예시에서 증여의제로 전환하고 있으나, 포괄적 증여개념을 충족하고 있어 여전히 증여세의 한 종류로 이해되는 이상 그 증여이익이 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 따라서 후자법인 증여의제의 과세표준 계산방식이 증여이익을 제대로 산정하고 있다고 보아야 할 것인지, 개선한다면 어떤 방식을 생각해볼 수 있는지 II.에서 검토해 보기로 한다.

② 두 번째는 법인의 주주가 부담하는 증여세와 법인이 부담하는 법인세와의 이중과세 문제이다. 이것은 법인세 제도를 두고 있는 이상 주주에 대한 배당소득세의 이중과세와 마찬가지로 구조적으로 발생하는 문제이다. 물론 법인이 아닌 배후의 주주에게 직접 증여할 때와 완전히 동일한 세법적 효과를 가져오는 것은 쉽지 않겠으나, 법인의 형식을 취하고 있다고 하여 지나치게 과세상 불리하게 취급하는 것은 과잉금지원칙과 같은 헌법적 논란으로 이어질 수 있고, 조세중립성에도 문제가 생긴다. 따라서 현재 발생하는 세부담의 정도를 가늠하여 봄과 아울러 향후 바람직한

제도의 설계 방안도 III.에서 모색하기로 한다. 한편, 이러한 증여세가 과세된 이후 법인 내에서 배당이 이루어질 때 배당소득세, 주주가 주식을 양도할 때 발생하는 양도소득세가 과세대상이 중복되는 것은 맞는지, 그렇다면 현재의 제도들은 어떻게 설계되어 있고, 향후 중복과세를 조정하기 위한 바람직한 방향은 어떤 것인지도 III.에서 살펴보기로 한다.

③ 끝으로 후자법인 증여의제에서 법인에게 법인세를 과세하고, 주주에게 증여세를 과세한 이후 이중과세를 다양한 방식으로 조정하는 앞 단계에서의 논의에서 한 발 나아가 후자법인에 대한 증여를 법인에 대한 증여로 보지 않고 후자법인 주주에게 직접 출자금을 증여한 것으로 보면서 법인에 대한 과세 없이 주주에 대한 증여세 과세만으로 처리하는 대안적 방식을 IV.에서 모색해보기로 한다. 이것은 미국 법령에서 취하고 있는 방식인데 법인세와 주주에 대한 증여세로 이중과세 문제를 발생시키지 않으면서, 법인을 통한 간접증여가 배후의 주주에게 직접적으로 증여하는 것에 비하여 증여세의 부담이 회피되는 것을 견제할 수 있는 적절한 보완책이 될 수 있다. 우리 세법에서도 이를 도입하였을 때 후자법인의 주주에 대한 증여세 과세문제와 이후 발생하는 파생적 거래관계(주주에 대한 배당이나, 주식양도 시의 문제)에서 발생하는 문제, 현물 증여나 저가양도가 이루어졌을 때의 후자법인 및 주주에 대한 세법적 효과의 문제 등을 검토해 본 연후에, 향후 입법론으로서 도입할 경우 법령 개정안 등에 관한 필자의 짚막한 생각을 밝히기로 한다.

II. 법인에 대한 간접증여와 완전포괄주의

1. 법인에 대한 간접증여를 증여세로 규율할 필요성

하나의 거래가 법인과 주주에게 동시에 영향을 줄 때 일단 법인이라는 실체를 그대로 긍정한다면 법인에 대해서만 세법적 효과를 부여하는 것이 원칙적인 형태일 것이다. 그렇지 않으면 법인의 대외적인 활동과정에서 발생하는 많은 손익거래를 법인 배후의 주주에게도 세법적 효과를 따져야 하는 복잡한 문제를 발생시킬 수 있

기 때문이다. 같은 간접증여라도 합병, 증자 등 자본거래를 통한 경우에는 법인 자체에는 손익이 발생하지 않고 주주들 사이에서만 이익이 이전되는 것인데 반해, 법인에 대한 간접증여는 법인과 주주 양자에게 동시에 효과가 발생한다는 차이가 있다.²³⁹⁾

그럼에도 법인에 대한 간접증여를 주주에 대한 증여세로 규율해야 한다는 규율해야 한다는 생각은 어떻게 시작되었을까? 보다 세부적인 내용은 2.항에서 살펴보겠지만, 큰 틀에서 생각해보면 핵심은 법인세와 증여세의 세율 차이에 기인한다. 2014. 1. 1. 상증세법 개정 시(다음 2.항의 표 1에서 ㉓번의 경우) 제41조 제1항은 종래 결손법인 외에 지배주주와 그 친족이 지배(시행령에서는 지분비율 50% 이상)하는 영리법인(이하 본 항에서 ‘후자법인’ 이라고만 한다)의 주주의 특수관계인이 후자법인에게 증여하는 경우도 증여세 과세대상으로 추가한 바 있다. 한편, 같은 시기의 상증세법은 제3조 제1항 단서를 신설하여 “특별연고자 또는 수유자가 영리법인인 경우에는 그 영리법인이 납부할 상속세를 면제하되, 그 영리법인의 주주 또는 출자자 중 상속인과 그 직계비속이 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 지분상당액을 그 상속인 및 직계비속이 납부할 의무가 있다” 는 부분을 추가하였다. 이에 관하여 당시 상속세 및 증여세법 일부개정안(대안)²⁴⁰⁾은 ‘유증을 받은 자가 영리법인인 경우 상속세를 면제하는 점을 악용하여 피상속인이 상속인이 주주로 있는 영리법인에 상속재산을 유증이나 사인증여를 하는 경우에 상속인에게 상속세를 과세할 필요가 있고, 앞으로는 영리법인의 주주인 상속인의 지분상당액을 납부하도록 하여 영리법인을 이용한 변칙상속에 대해서도 상속세를 과세하도록 함’ 이라고 설명하고 있다.²⁴¹⁾ 이후 2015. 12. 15. 개정된 상증세법 제3조의2 제2항

239) 위와 같이 법인에게 직접 발생한 효과는 동시에 주주에 대한 간접적인 효과를 수반하게 되므로, 두 가지 효과를 어떻게 처리할 것인지의 문제는 예컨대 회사법 영역에서도 발생할 수 있다. 상법 제401조 제1항은 “이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 예컨대 이사의 횡령으로 회사재산이 감소한 결과 주주가 보유한 주식가치가 감소하는 때와 같은 경우를 ‘주주의 간접손해’라 하는데, 이에 대하여 회사가 이사에게 책임을 추궁하는 것 외에 주주도 위 조항에 근거하여 직접 이사에게 손해배상을 청구할 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 판례(대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결 등)는 이를 부정하고 있다. 한편, 회사의 손해가 회사로 회복되지 않고 주주에게 직접 배상되면 채권자에 우선하여 주주에게 회사재산이 유출되는 결과가 된다는 등의 이유로 반대하는 소수설과 소수주주의 보호에 충분하지 않아서 인정할 필요가 있다고 긍정하는 다수설이 대립하고 있다. 송옥렬, 전거서, 1090면.

240) 국회법률도서관 사이트의 의안정보(<https://law.nanet.go.kr/natlaw/bill/list.do>)에서 검색함.

241) 2014. 2. 21. 신설된 상증세법 시행령 제2조의 2 제2항은 위 지분상당액은 {영리법인에게 면제된 상속세 - (영리법인이 받았거나 받을 상속재산 × 10 ÷ 100)} × 상속인과 그 직계비속이 보유하고 있는 영리법인의 주식 등의 비율로 계산할 것을 정하고 있다. 현행 상증세법 시행령 제3조 제2항도 비슷한 내용을 규정하고 있다. 영리법인이 받을 상속재산에서 10%를 공제하는 것은 영리법인

에서도 같은 내용을 규정을 두어 현재까지 유지되고 있다. 영리법인의 주주가 상속을 받아 상속세를 납부하는 대신 영리법인이 법인세를 냄으로써 상속세를 절감할 수 있는 것은 상속세와 법인세의 세율 차이에 기인하는 것이다.

같은 시기에 만들어진 후자법인에 대한 증여예시조항(2.항의 표 1에서 ③번의 경우)도 위와 같은 차원에서 주주가 직접 재산을 증여받았을 때 부담하는 증여세에 비하여 영리법인을 통하여 증여할 경우 세율의 차이로 인하여 증여세를 회피하는 것을 방지하기 위한 수단으로 고안된 것이라고 추정할 수 있다. 이후 2015. 12. 15. 개정된 상속세법 제45조의5(2.항의 표 1에서 ④번의 경우)에 관한 기획재정부 검토보고서²⁴²⁾에서도 ‘법인세율(10%~22%)이 증여세율(10%~50%)의 절반에도 미치지 못하므로 법인주주에 대한 증여세 과세가 이루어지지 않으면 영리법인을 통한 변칙적인 증여가 빈번하게 이루어질 가능성이 있다’고 입법목적에 확인하고 있다.

위와 같이 법인세의 세율은 보통 20%대이지만, 증여세의 최고세율은 50%에 이르므로, 예컨대 자녀에게 직접 부동산을 증여하여 자녀가 임대사업을 경영하게 하는 대신 자녀가 지배하는 1인 회사를 세워서 그 회사에 자산을 증여하면서 20%대의 법인세만을 부담하고, 자녀는 그 회사를 지배하면서 회사가 해당 자산을 임대업에 제공하게 하는 것이다. 물론, 법인이라는 제도를 취하고 있는 이상 자녀가 회사의 수익금을 함부로 빼내어갈 수도 없고, 배당을 받으면 그 과정에서 별도로 소득세를 부담하게 되므로 결국 과세를 피하는 것은 어렵다고 생각할 수도 있다. 교과서적으로 보면 옳은 생각이지만, 현실에서는 자녀가 여러 가지 가공비용을 만들어 회사 자산을 유출하거나, 과도한 연봉 등의 형식으로 회사에서 이익을 빼내어 가는 일이 자주 발생할 것인데, 이러한 모든 경우를 규제하기에는 과세행정력이 미치지 못한다. 위와 같은 증여세의 회피 상황을 미리 입법으로 규율해야 한다는 필요성이 대두한 것이다.

2. 포괄증여 조항 적용의 범위와 문제점

(1) 포괄증여 조항 적용의 이론적 문제점

²⁴²⁾ 이 부담한 법인세를 빼주는 개념으로 볼 수 있다. 이창희, 전게서, 1162면.
242) 각주 240번 사이트의 의안정보에서 검색하였다.

그렇다면 법인을 통한 증여에 대하여 주주에게 증여세를 부과할 수 있는 방법은 무엇일까? 먼저 생각할 수 있는 것은 국세기본법 제14조 제1항²⁴³⁾의 실질과세원칙을 적용하여 법인에게 증여한 것이 아니라 법인의 배후에 있는 주주에게 증여한 것으로 취급하는 방법을 생각할 수 있다.²⁴⁴⁾ 물론 이론적으로 불가능하지는 않다. 그러나 법인이라는 제도 자체가 주주의 이해관계를 떠나서 존재할 수는 없는 것이므로, 법인에 대한 증여를 명목적인 것으로 보고, 주주에게 실질적으로 귀속된 것으로 불만한 명확한 법적 근거나 기준을 찾기는 어려울 것이고, 그에 따른 혼란과 거래비용은 적지 않을 것이다.

다음으로 생각할 수 있는 방법이 포괄증여 조항에 의하여 주주에게 증여세를 직접 과세하는 것이다. 그러나 포괄증여 개념을 채택하였다고 하여 법인과 그 내부의 주주에 대하여 두 가지 세법적 효과를 동시에 주는 것이 반드시 정당화된다고 보기는 어렵다. 법인의 수익에 대하여 법인세법이 ‘포괄적으로’ 순자산증가설을 취하고 있다고 하여, 예컨대 A법인에게 일정한 수익이 발생하였을 때, A법인에게 법인세를 과세하면서도 그 법인격을 꿰뚫어 A법인의 주주인 B법인의 주식가치가 올라간 이익을 동시에 과세하는 것이 정당화된다고 보기는 어렵기 때문이다.²⁴⁵⁾

그러나 포괄증여 조항에 이익의 ‘간접적 이전’을 명시한 이상 법인에게 자산을 증여하면 주주에게 이익이 간접적으로 이전되는 것이 분명하므로 포괄증여 개념에 따라 주주에게도 증여세를 과세할 수 있게 된다. 그러나 다음과 같은 이론적·현실적인 문제에 부딪힐 수밖에 없다. 먼저, 법인에 대한 증여라는 하나의 행위에 대하여 자산수증의 법인세를 부과하고 다시 자산수증의 자체에 대해서 지배주주 단계에서 과세하는 것은 하나의 거래를 법인과 손익거래인 동시에 주주들의 자본거래로 보는 것이라는 지적도 경청할만하다.²⁴⁶⁾ 법인에 발생한 소득에는 법인의 소득

243) 제14조(실질과세)

① 과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.

244) 이준봉, 전계논문, 369면에서는 영리법인을 통한 증여를 영리법인 지배주주에 대한 증여로 보기 위해서는 실질과세원칙이 적용될 수 있어야 한다고 보았다.

245) 자산의 평가차익은 원칙적으로 익금에 산입하지 않으므로(법인세법 제18조), B법인의 주식가치가 올라갔다고 하여 당연히 B법인의 익금산입 사유가 되는 것은 아니다.

246) 이준봉, 전계논문, 381-383면. 영리법인을 이용한 증여거래가 손익거래라면 자산수증의에 대하여 법인세를 부과하고, 지배주주에게는 배당소득세 또는 양도소득세가 각 부과될 뿐이다. 영리법인을 이용한 증여거래가 자본거래라면 해당 재산을 제공한 특수관계인은 영리법인으로부터 그 시기에 상당하는 주식을 교부받아서 이를 영리법인의 지배주주에게 증여한 것으로 보아야 한다고 주장한다. 현행법의 이중적 취급은 과세체계에도 모순되는 것이며, 이러한 입법례 역시 찾을 수 없다고 지적한다.

에 대한 법인세를 물리고 이로 인하여 주주가 얻은 이익은 그것이 배당되거나 주식이 양도되었을 때 비로소 과세되는 것이라는 이유로 법인을 통한 간접증여에 대하여 포괄적 증여세를 과세하는 것에 대하여 체계적 정합성의 관점에서 의구심을 표명하는 견해도 있다.²⁴⁷⁾ 현실적으로도 다음 III.항에서 보는 바와 같이 법인세 및 배당소득세·양도소득세와 이중과세의 문제를 해결해야 하는 어려움이 있다.

(2) 포괄증여 개념 ≠ 포괄증여 조항의 적용 범위

결국 법인에 대한 간접증여는 이론상 포괄증여 개념에는 당연히 해당한다. 그러나 위와 같은 문제점으로 인하여 포괄증여 개념을 충족함에도 불구하고 포괄증여 조항(=완전포괄주의)의 적용 범위에는 해당하지 않을 수 있다. 즉, 포괄증여 개념은 고정적인 것이지만, 포괄증여 조항은 당시의 입법 상황에 따라 그 적용 범위가 탄력적으로 운용될 수 있다. 완전포괄주의의 내재적 한계에 해당하거나, 기존의 증여예시조항의 반대해석에 의하여 또는 증여특례조항에 의하여 적용 범위가 제한될 수 있기 때문이다. 따라서 법인을 통한 간접증여에 완전포괄주의가 적용되는지 여부를 가리기 위해서는 법령의 변천 경위를 고려하지 않을 수 없다. 그리고 특정 시점의 법령 체계에 따라 포괄증여 조항의 적용범위는 개별적으로 판정할 수밖에 없다.

3. 법인을 통한 간접증여에 관한 법령 변천 과정의 검토

(1) 관련 법령의 변천 과정

법인에 대한 간접증여로 인한 법인의 이익을 어떤 방식으로 주주의 이익으로 환산할 것인지를 검토하기에 앞서 구 상증세법 제41조의 역사를 우선 살펴볼 필요가 있다. 조문별 변천과정은 아래 표와 같다.²⁴⁸⁾

247) 윤지현, “증여세 완전포괄주의는 얼마나 ‘완전포괄적’일 수 있는가?-증여 개념을 포괄적으로 정의하는 ‘방식’에 관한 생각”, 『법학에서 위험한 생각들』, 법문사, 2018., 254-255면. 다만, 주주의 소득을 어느 시점에서 과세할지의 문제는 입법정책의 문제이므로, 소득세와 증여세의 과세시기가 반드시 일치하여야 하는 것으로 볼 수는 없다는 반론도 가능하다.

248) 아래 표 첫줄 부분에서 각 법령의 개정 단계별로 증여세 과세대상을 핵심 키워드로 정리하는 부분은 안세준, “영리법인을 이용한 간접증여에 대한 증여세 과세방식의 변천과정 및 미국의 과세방식과 비교를 통한 시사점”, 『조세법연구』, 26권 2호, 세경사, 2020., 134-146면의 분류체계를 참고하였다.

[표 1] 법인을 통한 간접증여 관련 법령의 변천 경위

<p>❶ 과세대상 ⇨ 증여로 증가된 주식가치(결손법인 에 한정)</p>	<p>❷ 과세대상 ⇨ 증여가액(결손법인 에 한정)</p>	<p>❸ 과세대상 ⇨ 결손법인 + 특정법인 과세 추가 법인세 비용공제</p>	<p>❹ 과세대상 ⇨ 특정법인(결손불 문)만 과세 + 법인세 세액공제</p>
<p>■ 2003. 12. 30. 개 정전 상증세법</p> <p>제41조 (특정법인과 의 거래를 통한 이 익에 대한 증여의제)</p> <p>①결손금이 있거나 휴업 또는 폐업중인 법인(이하 이 條에서 “特定法人”이라 한 다)의 주주 또는 출 자자와 특수관계에 있는 자가 당해 특 정법인에게 재산을 증여하거나 다음 각 호의 1에 해당하는 거래(이하 이 條에서 “財産의 贈與등”이 라 한다)를 통하여 당해 특정법인의 주 주 또는 출자자에게 나누어 준 이익에 대하여는 그 이익에 상당하는 금액을 당 해 특정법인의 주주 또는 출자자가 그와 특수관계에 있는 자 로부터 증여받은 것 으로 본다.</p> <p>[각호 생략]</p>	<p>■ 2003. 12. 30. 개정된 상증세법</p> <p>제41조 (특정법인과 의 거래를 통한 이 익의 증여)</p> <p>① 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업중인 법인(이하 이 條에서 “特定法人”이라 한 다)의 주주 또는 출 자자와 특수관계에 있는 자가 당해 특 정법인과 다음 각호 의 1에 해당하는 거 래를 통하여 당해 특정법인의 주주 또 는 출자자가 이익을 얻은 경우에는 <u>그 이익에 상당하는 금 액을 당해 특정법인 의 주주 또는 출자 자의 증여재산가액 으로 한다.</u> [각호 생략]</p> <p>■ 2010. 1. 1. 개정 된 상증세법</p> <p>제41조(특정법인과 의 거래를 통한 이 익의 증여)</p> <p>① 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중 인 법인(이하 이 조 에서 “특정법인”이라 한다)의 주주 또는</p>	<p>■ 2014. 1. 1. 개정 된 상증세법</p> <p>제41조(특정법인과 의 거래를 통한 이익의 증여)</p> <p>① 결손금이 있거나 휴업·폐업 중인 법 인 또는 제45조의3제 1항에 따른 지배주주 와 그 친족이 지배하 는 영리법인(이하 이 조에서 “특정법인”이 라 한다)의 대통령령 으로 정하는 주주 또 는 출자자의 특수관 계인이 그 특정법인 과 다음 각 호의 어 느 하나에 해당하는 거래를 하여 그 특정 법인의 주주 또는 출 자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 특정법인의 주주 또 는 출자자의 증여재 산가액으로 한다.</p> <p>[각호 생략]</p>	<p>■ 현행 상증세법 (2015. 12. 15. 신 설되어 2019. 12. 30. 최종적으로 개 정됨)</p> <p>제45조의5(특정법인 과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <p>① 지배주주와 그 친족(이하 이 조에 서 “지배주주등”이 라 한다)이 직접 또 는 간접으로 보유하 는 주식보유비율이 <u>100분의 30 이상인 법인(이하 이 조 및 제68조에서 “특정법 인”이라 한다)이 지 배주주의 특수관계 인과 다음 각 호에 따른 거래를 하는 경우에는 거래한 날 을 증여일로 하여 그 특정법인의 이익 에 특정법인의 지배 주주등의 주식보유 비율을 곱하여 계산 한 금액을 그 특정 법인의 지배주주등 이 증여받은 것으로 본다.</u></p> <p>1. 재산 또는 용 역을 무상으로 제공 받는 것</p> <p>② 제1항에 따른 증 여세액이 지배주주 등이 직접 증여받은</p>

	<p>출자자와 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 다음 각호의 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.</p>		<p>경우의 증여세 상당액에서 특정법인이 부담한 법인세 상당액을 차감한 금액을 초과하는 경우 그 초과액은 없는 것으로 본다.</p>
<p>■ 2003. 12. 30. 개정 전 상증세법 시행령</p> <p>제31조 (특정법인의 범위등)</p> <p>⑥ 법 제41조제1항의 규정에 의하여 특정법인의 주주 또는 출자자가 증여받은 것으로 보는 이익은 다음 각호의 1에 해당하는 이익(제1항제1호의 규정에 해당하는 법인의 경우에는 당해 결손금을 한도로 한다)의 상당액으로 인하여 증가된 주식 또는 출자지분 1주당 가액에 제5항에 규정된 자의 주식수를 곱하여 계산한 금액에 의한다.</p>	<p>■ 2003. 12. 30. 개정되고, 2014. 1. 1. 개정 전 상증세법 시행령</p> <p>⑥법 제41조제1항의 규정에 의한 이익은 다음 각호의 1에 해당하는 이익(제1항제1호의 규정에 해당하는 법인의 경우에는 당해 결손금을 한도로 한다)에 제5항에 규정된 자의 주식 또는 출자지분의 비율을 곱하여 계산한 금액(당해 금액이 1억원 이상인 경우에 한한다)으로 한다.</p> <p>1. 재산을 증여하거나 당해 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우에는 증여재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 얻는 이익에 상당하는 금액</p>	<p>■ 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 시행령</p> <p>제31조(특정법인과 거래를 통한 이익의 계산방법 등)</p> <p>① 법 제41조제1항에 따른 특정법인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인으로 한다.</p> <p>3. 증여일 현재 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 법인으로서 법 제45조의3 제1항에 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</p> <p>⑥ 법 제41조제1항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하</p>	<p>■ 현행 상증세법 시행령(2020. 2. 11. 최종적으로 개정된 것)</p> <p>제34조의 5(특정법인과 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <p>☞ 좌측 ①항 해당 내용 삭제(관련 내용을 법률에서 규율)</p> <p>④ 법 제45조의5 제1항에서 "특정법인의 이익"이란 제1</p>

	<p>는 이익"이란 제1호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액에 제3호의 비율을 곱하여 계산한 금액(해당 금액이 1억원 이상인 경우로 한정한다)을 말한다.</p> <p>1. 다음 각 목의 구분에 따른 금액</p> <p>가. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 얻는 이익에 상당하는 금액</p> <p>[...]</p> <p>2. 가목의 금액에 나목의 비율을 곱하여 계산한 금액</p> <p>가. 특정법인의 「법인세법」 제55조 제1항에 따른 산출세액(같은 법 제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액은 제외한다)에서 법인세액의 공제·감면액을 뺀 금액</p> <p>나. 제1호에 따른 이익이 특정법인의 「법인세법」 제14조에 따른 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율(1을 초과하는 경우에는 1로 한다)</p> <p>3. 다음 각 목의 구분에 따른 비율</p> <p>나. 제1항제3호에 해당하는 특정법인의</p>	<p>호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액을 말한다.</p> <p>1. 다음 각 목의 구분에 따른 금액</p> <p>가. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 해당 법인이 얻는 이익에 상당하는 금액</p> <p>[...]</p> <p>2. 가목의 금액에 나목의 비율을 곱하여 계산한 금액</p> <p>가. 특정법인의 「법인세법」 제55조 제1항에 따른 산출세액(같은 법 제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액은 제외한다)에서 법인세액의 공제·감면액을 뺀 금액</p> <p>나. 제1호에 따른 이익이 특정법인의 「법인세법」 제14조에 따른 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율(1을 초과하는 경우에는 1로 한다)</p> <p>☞ 제3호 해당 내용 삭제(관련 내용을 법률에서 규율함)</p>
--	--	---

		<p>경우: 그 특정법인의 지배주주등의 주식보유비율</p>	
--	--	----------------------------------	--

(2) 변천 과정에서 핵심적 문제 : 법인의 이익 ≠ 주주의 이익

위와 같이 조문의 변천과정을 자세히 정리한 이유는 위 조문의 역사를 살펴보는 과정에서 법인을 통한 간접증여를 최초로 과세하게 된 후자법인 판결이 나오게 된 배경을 알 수 있고, 법인을 통한 간접증여에서 증여이익의 본질에 관한 법원과 상증세법의 개정을 실제로 주도해온 것으로 보이는 정부기관²⁴⁹⁾ 사이에 발생한 견해차이와 그로 인하여 빚어진 법령 변천의 과정이 한 번에 녹아들어 있기 때문이다.

법인에 대한 증여를 통하여 주주가 받는 이익은 무엇일까? 비록 1인 회사라도 법인이 증여받은 재산을 주주가 제 마음대로 가져가서 사용하거나 처분할 수 없는 이상,²⁵⁰⁾ 회사가 받은 이익을 주주가 받은 이익과 동일시하기는 어렵다. 구체적인 예

249) 입법부와 행정부가 분리되어 있는 상태에서 세법의 개정주체는 엄연히 국회이지만, 특별히 정치적·사회적으로 이슈가 되지 않는 대부분의 세법 개정안은 기획재정부 세제실의 입안을 거쳐 정부가 제출한 개정안에 대하여 국회가 연말 무렵 새해 예산과 함께 일괄하여 처리하는 것이 통상적인 형태로 보인다. 이하 본 3.에서는 법원과 정부의 입장 차이를 보다 선명하게 드러낸다는 측면에서 기획재정부 세제실이나 국세청 등을 ‘정부기관’이라고 부르기로 한다.

250) 1인 주주의 회사라도 주주와 회사는 별개의 인격체이므로, 주주가 회사의 금원을 임의로 소비하면 횡령죄가 성립한다. 대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1525 판결 등 참조.

를 들어보자.²⁵¹⁾ 법인이 특정거래로 1,000만 원의 이익을 얻었다고 하여 법인에 최종적으로 1,000만 원의 매출이익이 귀속되지는 않는다. 위 거래와 관련된 직접비용(매출원가)이 차감된 금액이라 하더라도 관련된 판매관리비와 세금 등 제비용을 공제해야 한다. 1,000만 원이 최종적으로 회사에 귀속된 이익이라 하더라도, 당해 회사의 10% 지분을 가지고 있는 주주가 곧바로 100만 원의 이익을 얻었다고 할 수 없다. 주주가 얻은 이익은 당해 회사가 1,000만 원의 거래이익을 본 것을 통한 총주주지분가치증가액 × 10%이고, 달리 표현하면 1주당 ‘주식가치증가액 × 보유주식수’가 될 것이다. 위와 같이 법인에 대한 증여로 주주가 받는 이익이 간접적인 형태인 이상, 이익의 산정방식도 법인이 받은 이익 자체가 아니라 주주의 주식가치 증가분이어야 한다는 점에 관하여는 적어도 학계에서는 별다른 이론이 없는 것 같다.²⁵²⁾

위 표의 ①단계인 1996. 12. 30. 개정되고 2003. 12. 30. 개정되기 전의 상증세법 제41조가 신설되기 전에는 부모가 자녀에게 직접 부동산을 증여하는 대신 자녀가 지배하는 법인에 부동산을 증여하여도 자녀는 증여세를 한 푼도 납부하지 않고 그 증여이익에 대하여 상대적으로 세율이 낮은 법인세만을 부담하면서 부동산을 자신의 개인 재산처럼 운용하는 문제가 있었고, 심지어 그 법인에 결혼금이 쌓여있다면 결혼금의 공제로 법인세마저도 제대로 납부하지 않는 문제가 있었을 것이다. 위 조항은 최초로 결혼법인을 이용한 증여에 대하여 ‘특정법인과 거래를 통한 이익에 대한 증여의제²⁵³⁾’라는 제목으로(법인이 받은 이익이 아니라) ‘증가된 1주당 주식가액’에 보유주식수를 곱하여 증여재산가액을 산정하였다. 다만 증여받은 법인의 결혼금 한도에서 증여이익을 계산하는 이상 법인세와 증여세의 이중과세는 문제되지 않았고,²⁵⁴⁾ 증여로 인하여 증가된 주식가치에 대하여 과세하는 형태를 취하고

251) 이하의 내용은 김재승, “상속세 및 증여세법 제45조의 5의 문제점 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 163호, 한국법학원, 2017. 12., 348면을 참조하였다.

252) 김재승, 전제논문 345면, 안세준, 전제논문, 152면에서도 ‘미국과 같이 법인에 대한 증여를 주주에 대한 직접적인 증여로 보지 않고, 우리나라와 같이 법인이 직접 증여받았다고 법인세를 과세한 이상 다시 그 주주에게 증여세를 과세하기 위한 근거는 법인에 대한 증여로 인하여 발생한 주식가치의 증가분이라고 하는 것 외에 다른 논리가 떠오르지 않는다’고 서술하고 있다.

253) 이 당시까지만 해도 증여세 완전포괄주의가 채택되기 이전이었으므로, 증여에서조항을 증여의제로 규정하였다.

254) 예컨대, 특수관계인이 결혼금이 1억 원인 법인에 2억 원을 증여하였고, 특수관계가 있는 지배주주의 지분율이 100%라고 가정하여 보자. 1억 원의 범위 내에서는 법인의 결혼금과 상쇄되므로 법인세가 과세되지 않는 대신, 1억 원의 증여이익을 지배주주에게 증여세로 과세한다. 반면, 나머지 1억 원은 더 이상 공제할 결혼금이 없으므로 법인세가 과세되는 대신, 지배주주에게 추가로 증여세가 과세되지는 않는다. 즉 법인세와 증여세가 동시에 과세되는 상황은 발생하지 않는 것이다.

있었다.

위 조항이 신설된 이후에도 이에 대한 정부기관의 불만은 두 가지 정도였던 것으로 보인다. 일단 법인이 증여받은 재산가액만큼 주주에게 증여세를 물릴 수 없다는 것이다. 예컨대 자녀가 100억 원을 들여 설립한 법인에 4년간 매해 25억 원씩 적자가 발생하여 100억 원의 이월결손금과 0원의 자산을 가진 법인이 있는데, 아버지가 자녀에게 직접 100억 원의 건물을 증여하는 대신, 위 법인에 같은 건물을 증여하고, 자녀는 사실상 자기 개인 재산처럼 사용하고 있다고 가정하자.²⁵⁵⁾ 자녀의 법인은 결손금으로 인하여 100억 원의 자산수증이익에 대하여 법인세를 부담하지 않는 반면, 증여재산가액은 80억 원으로 하여 증여세를 낮출 수 있게 된다.²⁵⁶⁾ 두 번째, 결손금이 있는 정도가 아니라 법인이 채무초과 상태로서 자산을 증여받은 후에도 주식 가치가 여전히 음수로 남아 있으면, 증여 전후로 주식가치가 0원인 것은 마찬가지이므로 법인세는 물론 증여세도 전혀 과세할 수 없게 된다.²⁵⁷⁾ 이러한 상황에서 개인 주주는 법인 명의로 건물을 임대하면서 발생하는 소득을 고스란히 가져갈 수 있음에도 (그 임대료에 따른 법인세나 주주로서의 배당소득에 대한 소득세를 부담하는 것을 별론으로 하고) 그와 같은 경제력의 이전에 대하여 증여세를 전혀 부담하지 않는 문제가 야기되는 것이다.

그리하여 정부기관은 ②단계로 법인이 증여받은 자산을 주주의 지분률로 나누는 가

255) 위와 같이 법인과 주주의 이해관계가 그 범형식에도 불구하고 현실적·경제적인 차원에서 그 구별이 반드시 가능하지 않을 수 있고, 이것을 '동일한 이해관계'라고 부를 수 있다. 윤지현, "과점주주의 존재를 요건으로 하는 두 가지의 제2차 납세의무에 관한 대법원 판결들의 해석방법론 비판", 「조세법연구」 27권 1호, 세경사, 2021., 170면 참조. 이러한 상황에서 국세기본법 제39조는 법인의 체납세액에 대하여 지분율 50%가 넘는 과점주주에게 인적 책임을 확장시키는 제2차 납세의무를 규정하고 있고, 지방세법 제7조 제5항은 과점주주가 된 때에 법인이 보유한 부동산 등에 대하여 취득한 것으로 의제하는 간주취득세를 부과하고 있다. 이들 규정에 대하여는 법인에 대한 간접증여를 주주에 대한 직접 증여로 취급하는 새로운 대안을 다루는 V.에서 다시 살펴보겠다.

256) 안세준, 전제논문, 135-136면에서 들고 있는 사례이다. 보충적 평가방법으로 비상장주식을 산정할 경우 순순익가치는 0원이고(3년간 결손이 발생하였으므로 음수이지만, 0원으로 봄), 순자산가치는 100억 원이므로 양자를 3:2로 가중평균한 가액으로 하면 주식의 가치는 40억 원에 불과하지만, 위 수치가 순자산가치의 80%에 미달하므로 순자산가치의 80%인 80억 원으로 한다(상증세법 시행령 제54조 제1항 단서, 제56조 제1항). 물론 위 ①단계 당시의 상증세법시행령상의 평가규정은 순자산가치와 순순익가치를 단순평균하거나, 순순익가치를 기준으로 하되 순자산가치를 보충적으로 반영하는 등으로 산정방식이 바뀌었으나, 건물 자체의 평가액보다는 주식가치의 상승분이 적어질 수 있는 구조이다.

257) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두4249 판결 사안 참조. 위 판결은 주식가치 상승분을 증여재산가액으로 하는 ①단계의 범령에서 "보충적 평가방법에 따라 1주당 가액을 산정한 결과 그 가액이 증여 등 거래를 전후하여 모두 부수(負數)인 경우에는 증가된 주식 등의 1주당 가액은 없는 것으로 보는 것이 합리적이라 할 것이며, 거래를 전후하여 1주당 가액이 부수로 산정되는 데도 증여재산가액이나 채무면제액 등 거래로 인한 가액만을 주식수로 나누거나 단순히 부수의 절대치가 감소하였다는 이유로 주식 등의 1주당 가액이 증가된 것으로 보는 것은 증여세가 부과되는 재산의 가액 평가에 관한 관계 규정을 전혀 감안하지 아니하는 결과가 되어 관계 규정의 해석상 허용될 수 없다"고 판단하였다.

액을 증여재산가액으로 삼게 되었다. 법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 부과하려면 증여받은 자산 자체가 아니라 주주의 주식가치 상승분이 간접적으로 ‘이전된 이익’이 되는 것임에도 주주가 자산을 직접 증여받은 것에 준하여 증여재산가액을 정한 것이다. 이에 대하여 대법원은 ‘법 제41조에서 최대주주 등이 이익을 얻은 경우’에 그 이익의 계산만을 시행령에 위임하고 있음에도 시행령에서 특정법인이 얻은 이익이 바로 ‘주주 등이 얻은 이익’이 된다고 보아 증여재산가액을 계산하고 있는 점 등을 이유로 시행령이 위임입법의 한계를 벗어났다고 보아 무효로 판단하였다.²⁵⁸⁾

정부기관은 이에 대한 반격으로 ②단계 중 2010. 1. 1. 구 상증세법 제41조 제1항에서 ‘특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령이 정하는 이익을 얻은 경우에는’으로 법률 개정안을 제출하여 위임입법의 논란을 차단하고자 하였다. 한편 후자법인 사건의 하급심에서 ②단계의 구 상증세법 제41조 제1항에서 결손금이 있는 법인 등에게 증여할 경우에만 주주에게 증여세 과세대상으로 정하고 있다는 이유로 후자법인에 대한 증여는 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 없다는 판단을 내리자, ③단계에서 선제적으로 지배주주 등의 법인에 대한 주식보유비율 50% 이상이면서 특수관계인으로부터 증여를 받는 경우 후자법인이라도 증여세 과세대상에 포함하였다(이익의 산정방법을 대통령령에 위임하는 부분은 그대로 유지함). 한편 ④단계에서 2015. 10. 15. 후자법인 판결이 선고되자 2015. 12. 15. 개정된 상증세법 제45조의 5(특정법인과 거래를 통한 이익의 증여의제) 조항을 신설하여 ③단계와 유사한 내용을 증여예시에서 증여의제로 변경하여 규정하기에 이르렀다.

그런데 대법원은 ②단계 중 2010. 1. 1. 개정된 제41조 제1항이 적용되었고 증여 전후로 주식가치가 음수인 사안에서 ‘재산의 무상제공 등의 상대방이 특정법인인 이상 그로 인하여 주주 등이 얻을 수 있는 이익은 그가 보유하고 있는 특정법인 주식 등의 가액 증가분 외에 다른 것을 상정하기 어렵다(밑줄은 필자 주)’면서 ‘그 거래를 전후하여 주주 등이 보유한 주식 등의 가액이 증가하지 않은 경우에는 그로 인하여 주주 등이 얻은 증여이익이 없으므로 개정 법률 조항에 근거하여 증여세를 부과할 수 없다’고 판시하였다.²⁵⁹⁾

또한 최근 대법원은 ③단계(2014. 1. 1. 개정법)에 대해서도 ‘개정법은 특정법인

258) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 판결 참조.

259) 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결. 위 판결에 대한 자세한 논의는 앞서 본 제2장 제1절 Ⅲ.의 ‘포괄증여 조항의 내재적 한계’ 부분을 참조할 것.

의 범위를 확대하였을 뿐, 과세요건에 대하여는 개정 전과 동일하게 규정하고 있으므로’ 문언의 일부 개정에도 불구하고 주주 등이 이익을 얻었음을 전제로 하여 그 이익의 정당한 계산방법만을 대통령에 위임하였음에도 시행령 제31조 제6항이 특정법인에 대한 재산의 무상제공 거래 등이 있으면 그 자체로 주주 등이 이익을 얻은 것으로 간주하는 것은 무효라고 판단하였다.²⁶⁰⁾ ㉓ 단계에서 법인세를 비용공제하는 조항을 두는 등의 이중과세 방지를 위한 조정이 있기는 하였으나, 과세요건 자체는 동일하므로, 일종의 썬더를 박은 셈이다.

위와 같이 대법원은 법인을 통한 간접증여에서 주주가 받는 이익은 주식가치 증가분외에 다른 것을 상정할 수 없음을 여러 차례 확인하였다. 그런데 ㉔ 단계에서는 지금까지 대법원이 주주의 이익으로 볼 수 없는 것을 시행령에서 이익으로 간주하는 것이 잘못되었다고 여러 차례 시행령을 내친 것을 의식해서인지, 제45조의5 제1항에서 ‘그 특정법인의 이익에 특정법인의 지배주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인이 지배주주 등이 증여받은 것으로 본다’ 고 법률 자체에서 증여이익이 존재하는 것으로 ‘간주’ 하게 되었다. 이에 대하여 대법원이 종전과 같은 논리로 증여의제조항을 제한해석할 수 있을 것인지,²⁶¹⁾ 아니면 위헌법률심판제청을 통하여 헌법재판소의 위헌 판단이 내려질 것인지에 관하여 향후 논란이 될 것으로 예상된다.

이와 같이 증여세가 증여의제로 전환되었다고 하여 이제는 문제가 되지 않는 것일까? 증여의제란 증여가 아님에도 증여세를 부과하는 것이므로, 이를 정당화할만한 근거가 필요하다. 헌법재판소도 명의신탁이 있으면 증여를 의제하여 증여세를 부과하는 상증세법 조항에 대하여 ‘조세회피 목적이 있는 명의신탁의 경우에만 적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 않는다’ 는 한정합헌 결정을 한 이래,²⁶²⁾ ‘명의신탁 증여의제’ 규정은 조세회피목적이 있는 경우에 한정하여 증여세를 부과하는 것으로 개정되어 현재까지 그 골격이 유지되고 있다. 이렇게 회피되는 조세가 증여세가 아니더라도 증여세를 부과하는 경우, 이러한 증여세는 성질상 조세라기보다는 명의신탁에 대한 제재적 성격을 가진다.²⁶³⁾

260) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결

261) 예컨대, ‘포괄증여 조항의 내재적 한계로 인하여 상증세법 제45조의 5의 ‘특정법인’에는 증여 이후에도 주식가치가 음수인 법인은 포함되지 않는다’는 식으로 제한해석하는 것을 생각해볼 수 있다.

262) 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정 등 참조.

263) 윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 『조세법연구』 16권 1호, 한국세법학회, 2010., 166-168면.

그렇다면 현행 상증세법 제45조의5에 대하여도 명의신탁 증여의제 규정과 마찬가지로 일정한 행위에 대한 ‘제재’로서 정당화된다고 볼 수 있을까? 사실 지금까지 살펴본 위 조항의 입법적 연혁을 살펴보면, 자산을 증여받은 법인의 주주가 사실상, 경제상의 측면에서는 그 자산을 지배하는 것으로 볼 수 있음에도 주주가 자산을 직접 증여받을 때의 증여세에 비하여 증여세나 법인세(결손금이 있는 경우²⁶⁴)를 덜 내는 것을 방지한다는 소극적인 성격이 강한 것으로 보이고, 이러한 행위 자체를 사회경제적으로 억제해야 한다는 측면에서 접근해 온 것으로 보기는 어렵다. 따라서 거래관계를 주주가 직접 증여받은 것으로 구성할 때에 비하여 오히려 더 큰 조세부담을 지우는 것은 과잉하다고 볼 여지가 있다. 이러한 점은 제재적 성격이 비교적 분명한 ‘일감 몰아주기’ 증여의제와 다소 구별되는 사정이다.²⁶⁵ 따라서 대법원이 종래에 증여이익이 없어서 증여세로 과세할 수 없다고 판단한 부분에 대하여 증여의제로 바꾼다는 것만으로 정당성을 인정받을 수 있을지는 논란이 될 것이다. 이에 관하여 증여 후에도 주식가치가 음수여서 수증자에게 이익이 있다고 보기 어려운데 이러한 경우에도 과세하는 것은 과잉금지 원칙 위배로 위헌소지가 있다고 지적하는 견해도 있다.²⁶⁶

위와 같이 법인에 대한 증여를 그 사법상의 법률관계를 그대로 유지한 상태에서 주주에게 증여세를 과세하면서 그 증여이익을 주주의 주식가치 증가분으로 산정하는 것이 아니라 법인이 받은 이익으로 산정하는 것에 이론적인 정당성이 부여되는 것은 쉽지 않다. 또한 다음 III.에서 보듯 법인의 법인세 및 주주의 소득세와의 이중과세를 조정해야 하는 문제도 해결해야 한다. 그러나 이 같은 이론적인 문제에 못지않게 채무초과 상태의 법인을 통하여 주주가 자산을 증여받음으로써 주주가 사실상의 증여이익을 누리면서도 이에 대한 증여세를 회피하는 현실적인 문제도 해결할 수 있는 대안을 모색해야 할 것이다.

264) ④단계인 현재 종래 결손금이 있는 법인에 대한 증여 부분을 삭제하고 지배주주가 지배하는 법인의 특수관계인이 법인에 대하여 증여하는 경우만을 규율하고 있으나, 이러한 법인에는 결손금이 있는 법인도 포함되므로, 결손금을 이용하여 법인세를 부담하지 않으면서 증여세도 내지 않는 조세회피행위를 규율한다는 의미는 아직 일부 남아있기는 하다.

265) 일감몰아주기 증여의제 조항에 대하여 헌법재판소가 ‘시장의 지배와 경제력의 남용 우려가 있는 일감 몰아주기를 억제하려는 것’이라고 하여 그 제재적 성격을 분명하게 인정한 것과 구별된다[헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌바347, 2017헌바261(병합) 결정].

266) 안세준, 전제논문, 139면.

4. 각 법령의 적용단계별 포괄증여 조항의 적용 범위

2003. 12. 30. 완전포괄주의가 채택되었으므로, 2003. 12. 30. 개정 전인 ①단계에서는 법인을 통한 간접증여에 대하여 완전포괄주의 자체가 문제되지 않았다. 대신 결손법인 등과의 거래를 통한 이익의 ‘증여의제’ 조항을 두었을 뿐이다. ②단계에서 포괄증여 조항이 신설되었으므로, 포괄증여 개념에 따라 흑자법인을 포함하여 법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 과세할 수 있는 상황이 되었다. 그러나 흑자법인 판결이 당시 증여예시조항의 반대해석상 결손법인이 아닌 흑자법인에 증여하였을 때에는 증여세를 과세하지 못한다는 결론을 내렸으므로 포괄증여 조항의 적용범위가 제한되는 결과가 되었다. 또한 판례에 따르면,²⁶⁷⁾ 결손법인에게 증여하여 증여예시조항이 적용되는 경우라도 증여 이후 주식가치가 0원인 경우에는 주주에게 이익이 없어서 증여세를 부과할 수 없다고 보았으니, 일종의 내재적 한계를 인정한 셈이다.

③단계에서는 결손법인뿐 아니라 흑자법인에게 증여하는 경우에도 주주에게 증여세를 과세할 수 있도록 하는 증여예시조항을 마련하였다. 이 국면에서는 흑자법인에 대한 증여는 개별예시조항에 의하여 규율되므로 포괄증여 조항이 적용될 여지는 없다. 다만 포괄증여 개념에 따르면 주주의 증여재산가액은 주식가치 상승분으로 산정하는 것이 자연스러움에도 개별예시조항에서 (법인이 얻은 이익 × 지분율)로 산정하고 있으므로, 증여세를 강화하는 ‘증여특례조항’으로 볼 수 있다. 한편, 대법원은 이 단계에서도 증여 이후 주식가치가 0원인 경우에는 주주에게 이익이 없다는 이유로 증여세를 부과할 수 없다는 입장을 고수하였다.

④단계에서는 결손법인에 관한 내용을 삭제하고 흑자법인 증여의제조항으로 변경하였고, 상증세법 제4조의 2 제4항²⁶⁸⁾에서 명시적으로 포괄증여 조항 등의 적용을 배제하고 있으므로, 포괄증여 조항이 적용될 여지는 없다. 다만, 결손법인 중에서도 지배주주 등의 주식보유비율이 30% 이상일 경우에는 특정법인에 해당하는데, 특정법인에게 증여한 이후에도 주식가치가 0원일 경우에 증여의제조항에 따라 증여세를

267) 각주 258번의 판례 참조.

268) 제4조의2(증여세 납부의무)

④ 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.

과세할 수 있는지에 관하여는 대법원 또는 헌법재판소에서 논란이 일 것으로 예상된다. 결국 ①단계부터 ④단계까지 어느 국면에서도 법인을 통한 간접증여는 포괄 증여 조항의 적용범위에서 제외되는 결과가 되었다.

III. 현행 증여의제 제도와 이중과세의 문제

1. 법인세와 이중과세되는 문제

(1) 문제점

위 표의 ③단계에서 결손법인이 아니라 후자법인에 대한 간접증여도 증여세 과세 대상으로 추가함으로써, 법인에 대한 간접증여에 따른 주주의 증여이익을 산정함에 있어서 올바른 증여이익(주주의 주식가치 상승분)과 괴리되는 문제가 심화된다. 앞서 본 바와 같이 비상장주식의 보충적 평가방법의 산정방식의 구조상 ‘주식가치 상승분 \times 증여받은 자산가액’의 문제뿐만 아니라, 결손법인이 아니라 후자법인이면 법인이 받은 이익은 증여받은 자산가액에서 법인세 비용을 차감해야 하므로, ②단계 수준에 머무른 상태로 증여받은 자산가액을 주주의 지분율로 나누어 과세하게 되면 주식가치의 상승 이익과 더 큰 괴리를 가져오게 된다.

자녀가 100% 주주로서 설립한 법인이 결손금이 없고, 자산과 과거 수익이 모두 0인데, 아버지가 100억 원을 자녀에게 증여하는 대신, 위 법인에 증여한 경우를 상정하여 보자.²⁶⁹⁾ 법인이 받은 이익은 100억 원에 대한 법인세(19억 8,000만 원²⁷⁰⁾와 법인지방소득세(1억 9,800만원²⁷¹⁾)를 공제한 78억 2,200만 원이 되고, 위 증여로 인한 주식가치 증가분은 보충적 평가방법에 의할 때 62억 5,760만 원²⁷²⁾이 된다. 이 상황에서 ②단계에서와 같이 ‘100억 원 \times 주식지분률’로 증여재산가액을 산정하

269) 안세준, 전제논문, 154면, 각주 40번 사례를 참조하였다.

270) 2,000만 원 + 98억 원 \times 20% = 19억 8,000만 원, 법인세법 제55조 제1항.

271) 200만원 + 98억 원 \times 2% = 1억 9,800만 원, 지방세법 제103조의 20 제1항.

272) 순자산가치 7,822,000,000원 \times 80%임. 상증세법 시행령 제54조 제1항 단서.

는 것은 ‘62억 5,760만 원 × 주식지분률’에 비하여 과도한 것은 분명하다.

(2) 비용공제방식의 도입(㉓단계)

그리하여 ㉓단계의 상증세법 시행령 제31조 제6항에서는 ‘법인세 산출세액 × 수증이익이 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율’을 공제하는 규정을 새로 추가하였다. 앞의 사례로 돌아가 살펴보면, 100억 원에서 법인세를 공제한 80억 2,000만 원을 증여재산가액으로 하는 것이다. 여기에 증여세율을 적용하면 35억 5,000만 원²⁷³⁾이 되고, 여기에 법인세와 지방세 부담액(21억 7,800만 원)을 합하면 57억 2,800만 원이 된다. 그러나 이렇게 되면 아버지가 법인을 통하지 않고 자녀에게 100억 원을 직접 증여하였을 때 부담하는 45억 4,000만 원²⁷⁴⁾을 훨씬 상회하게 된다. 이 같은 문제가 발생하는 원인은 법인단계의 수증에 따른 법인세 부담액 중 지배주주(자녀)의 귀속분을 자녀가 부담할 세액에서 공제하는 것이 아니라 과세표준인 증여가액에서 차감하는 형식을 취하기 때문으로 볼 수 있다. 즉 법인단계의 법인세를 주주 단계에서 이중과세 조정을 위하여 세액공제방식이 아니라 소득공제 방식을 설계하고 있는 것이고, 이는 간접적인 방식의 증여에 대하여 일종의 벌(penalty)를 부과하는 결과가 된다.²⁷⁵⁾

필자의 사견으로는 이러한 소득공제방식은 세법기술적 측면에서 보더라도 적절하지 못하다. 보통 양도소득세의 과세표준에서 다른 명목으로 납부한 세액을 차감하는 것은 양도소득과 같이 실현된 자본이득을 과세할 때 이미 과세된 다른 세목이 과세대상과 중복되지는 않으나 그 자체를 현실의 비용으로 보아 차감할 필요가 있는 경우에 적용한다. 예컨대 납세의무자가 부동산을 취득할 때 부담한 취득세와 부동산을 양도할 때 부담하는 양도소득세는 과세대상이 다른 것이지만, 취득세는 부동산을 취득하는 데 반드시 필요한 경비로서 원가화되어야 하는 것이므로, 양도차익을 정확하게 산정하기 위하여 취득세액을 취득원가에 가산해주는 것이다.²⁷⁶⁾

반면 흑자법인을 통한 간접증여로 법인이 부담하는 법인세 중 주주에게 귀속되는 부분과 주주가 부담하는 증여세는 하나의 거래에 대하여 법인이 직접적으로 본 이득과 주주로서 간접적으로 본 이득에 대하여 중복하여 과세하는 것이므로, 소득공

273) = 10억 4,000만 원 + 50억 2,000만 원 × 50%

274) 10억 4,000만 원 + 70억 원 × 50% = 4,540,000,000원

275) 이창희 외 2인, 전제논문, 409면.

276) 소득세법 시행령 제163조 제1항 제1호, 제89조 제1항 제1호.

제로는 충분하지 못할 수 있다.

(3) 세액공제방식의 병용(④단계)

입법자는 2015. 12. 15. 상증세법 제45조의 5의 증여의제조항을 신설하면서도 종전과 같은 소득공제방식을 그대로 유지하다가, 2019. 12. 31. 개정으로 종전의 증여재산가액 산정방식(무상수증이익 - 법인세)을 고수하면서도, 상증세법 제45조의5 제2항을 신설하여 ‘제1항에 따른 증여세액이 지배주주등이 직접 증여받은 경우의 증여세 상당액에서 특정법인이 부담한 법인세 상당액을 차감한 금액을 초과하는 경우 그 초과액은 없는 것으로 본다’고 규정하게 되었다. 즉 증여재산가액의 산정은 소득공제방식으로 하되, (법인세액 + 증여세액)이 지배주주 등이 직접 증여받았을 때의 증여세액을 초과할 수 없도록 한 것으로, 법인세액을 세액공제(credit)한 금액을 증여세액의 한도(cap)로 설정한 것이 된다.²⁷⁷⁾

이로써 법인세와 증여세의 이중과세 문제는 대체로 해결된 것으로 볼 수 있다. 위 (2)항의 사례에서 본 바와 같이 일단 증여세 과세표준(100억 원 - 19억 8,000만 원)에 증여세율을 적용하면 35억 5,000만 원이 되고, 여기에 법인세 19억 8,000만 원을 합하면 55억 3,000만 원이 된다. 그러나 이러한 조치는 아버지가 자녀에게 100억 원을 직접 증여하였을 때 부담하는 증여세 45억 4,000만 원을 초과하므로, 증여세액은 25억 6,000만 원²⁷⁸⁾으로 감축되어야 한다.

다만 법인을 통한 간접증여로 주주가 얻은 이익은 주주의 주식가치상승분으로 보아야 하는데, 법인이 받은 이익을 증여재산가액의 산정기초로 삼는 것으로 인한 문제도 이러한 세액공제로 인하여 해소될 수 있을까? 실제 긍정하는 듯한 견해도 있지만,²⁷⁹⁾ 필자는 동의하기 어렵다. 조금 더 구체적으로 사고를 진전시켜 향후 주주의 주식가치 상승분을 증여재산가액으로 하는 법 개정이 이루어졌다고 가정해보자. 현행 상증세법 제54조 제1항에 의한 보충적 평가방법은 최근 3년간의 순손익가치대 순자산가치를 3:2로 가중평균을 하는데, 법인에 대한 증여이익은 순자산가치로 곧바로 반영되나(상증세법 시행령 제54조 제2항) 순손익가치는 1년전, 2년전, 3년전

277) 안세준, 전계 논문, 143면.

278) = 4,540,000,000원 - 1,980,000,000원. 다만 법인지방소득세 1억 9,800만 원의 추가부담은 남는다.

279) 안세준, 전계 논문 154면. 각주 40번 참조. 다만, 증여로 인한 주식가치 증가분에 대한 증여세액이 한도를 적용한 최종 증여세액보다 더 적은 경우가 발생한다면, 주식가치 증가분을 초과하여 과세할 여지가 있다고 보았다.

의 순손익액의 가중평균액으로 산정하므로, 증여이익이 반영될 수 없다. 따라서 100억 원을 법인에 증여할 경우 특수관계인 주주가 100%를 보유하고 있더라도 주식가치 상승액은 40%인 40억 원에 지나지 않는다고 볼 수 있으나, 가중평균한 값이 순자산가치의 80%에 미달할 경우 순자산가치의 80%를 최소한으로 정하고 있으므로(제54조 제1항 후문), 이를 반영하여 계산하면 72억 원이 수증이익이 된다.²⁸⁰⁾ 만약 법인이 그 해 120억 원(수증이익 100억 원 + 그 외 수익 20억 원)의 소득을 올렸으면, 이에 대한 법인세액 약 19억 8,300만원²⁸¹⁾을 공제하여²⁸²⁾ 계산된 증여재산가액 52억 1,700만 원에 대한 증여세는 21억 4,850만 원²⁸³⁾이 된다. 여기에 법인세액 19억 8,000만 원을 합하면 41억 2,850만 원이 되므로 주주 개인에게 직접 증여하였을 때의 증여세 45억 4,000만 원의 한도는 의미가 없고, 주식가치 증가분을 수증이익으로 볼 경우 법인의 이익을 증여재산가액으로 삼는 현행 제도(주주 개인에게 직접 증여하였을 때 45억 4,000만 원이 한도가 됨)에 비하여 증여세의 부담이 감소한다.

따라서 법인을 통한 간접증여에 대하여 현재와 같이 (증여재산가액 - 법인세액공제)의 방식을 취하고 있다고 하더라도, 비상장법인의 주식에 대한 보충적 평가방법을 전제하였을 때 증여로 인한 비상장법인의 주식가치 상승분만을 수증이익으로 보는 제도에 비하여 증여세의 부담이 과중하다고 볼만한 여지가 충분하다.

2. 배당소득세 및 양도소득세와 이중과세되는 문제

배당소득과 증여세의 이중과세의 문제는 2가지 국면에서 발생할 수 있다. ❶ 첫 번째는 증여가 이루어진 해당 사업연도에 이미 배당이 이루어진 경우 증여의제이익에서 배당소득을 공제해주어야 하는 문제이다. ❷ 다음으로 증여세가 과세된 후 배

280) 예컨대, 100주를 발행한 법인의 주주가 1명이고, 순자산가치가 100억 원으로 1주당 순자산가치가 1억 원, 1주당 순손익가치가 8,000만 원일 경우 법인의 1주당 주식가치는 $\{(8,000만 원 \times 3) + (1억 원 \times 2)\} \div 5 = 8,800만 원$ 이 된다. 이 법인에 100억 원의 재산을 증여하면, 법인의 1주당 순자산가치는 2억 원이 되므로, 법인의 1주당 주식가치는 $\{(8,000만 원 \times 3) + (2억 원 \times 2)\} \div 5 = 1억 2,800만 원$ 이 된다. 그러나 위 수치는 법인의 1주당 순자산가치 2억 원의 80%인 1억 6,000만 원에 미달하므로, 법인의 1주당 가격은 1억 6,000만 원이 된다. 이에 따른 1주당 주식가치 상승액은 7,200만원(=1억 6,000만 원 - 8,800만 원)이고 수증이익은 72억 원(=7,200만 원 \times 100주)이 된다.

281) 전체 법인세액 23억 8,000만 원 \times 100/120(수증재산 100억 원이 사업연도소득금액 120억 원에서 차지하는 비중) = 1,983,333,333원이지만, 100만 원 미만 단위는 버림으로 처리하였다.

282) 세액공제는 한도를 설정하는 것일뿐, 증여재산가액은 여전히 (수증이익 - 법인세 비용)임을 상기해보자.

283) = 10억 4,000만 원 + (22억 1,700만 원 \times 50%)

당이 이루어져 배당소득세를 다시 납부해야하는 경우 소득과세를 조정해주어야 하는 문제가 발생한다(이하 ❶번 문제를 ‘배당소득 이중과세 ❶국면’ 이라 하고, ❷번 문제를 ‘배당소득 이중과세 ❷국면’ 이라 한다).²⁸⁴⁾

❶, ❷국면에 공통된 문제로 증여와 배당소득이 과세대상에서 겹치는지에 대하여 우선 살펴본다. 법인에게 증여된 이익은 배당가능이익을 구성하므로, 배당이 이루어진다면 현행법 하에서는 배당소득에 대한 과세가 이루어지게 된다. 앞서 본 100억 원을 흑자법인을 통하여 간접증여한 경우 법인세와 증여세를 합하여 45억 4,000만 원의 세액을 납부하여야 하지만, 법인세와 지방세를 내고 남은 78억 2,200만 원에 대하여 전액 배당을 한 것에 대하여 배당소득에 대한 과세까지 이루어질 경우 그에 대한 소득세가 27억 5,100만 원이 되어서 지방소득세까지 감안할 경우 조세부담률이 77.64%에 이르게 된다.²⁸⁵⁾ 이 지점에서 배당소득세에 대하여 소득공제를 해주는 것이 합리적이라는 견해가 많다.²⁸⁶⁾

자산수증으로 인하여 법인에 유보된 이익은 배당이나 주식의 양도로 실현될 것인데, 주식의 양도소득에 대하여는 소득세법 시행령 제163조 제10항에 의하면 ‘상증세법 제45조의5까지의 규정에 따라 증여세를 과세받은 경우에는 해당 증여재산가액(같은 법 제45조의3부터 제45조의5까지의 규정에 따라 증여세를 과세받은 경우에는 증여의제이익을 말한다)을 취득가액에 더한다’고 규정하고 있다. 1인 주주가 시가 1만 원짜리 주식 10만 주를 취득하여 보유하고 있다가(주식취득가액 10억 원) 앞서 본 바와 같이 특수관계인이 100억 원을 법인에 증여할 경우 증여재산가액은 80억 2,000만 원²⁸⁷⁾이므로, 향후 주주가 위 주식을 100억 원에 양도할 경우 양도차익은 9억 8,000만원(100억 원 - 10억 원 - 80억 2,000만 원)이 될 것이다.

그렇다면 위와 같이 양도소득세 계산 시 취득가액에 가산하여 주는 이상 배당소득에서는 별도로 공제할 필요는 없는 것인가? 실제로 ‘일감몰아주기 증여의제’에서 2020. 2. 11. 상증세법 시행령 제34조의3 제13항의 신설로 주주가 수혜법인으로

284) 다만 법인을 통한 간접증여는 개인이나 가족이 소규모로 법인을 지배하는 경우에 주로 이루어질 것이고, 이러한 소규모 법인에서 배당을 실시하는 것은 비교적 드물다는 점에서 현실에서는 흔히 일어날 문제는 아닐 것으로 예상된다.

285) 안세준, 전계논문, 146면.

286) 이창희 외 2인, 전계논문, 412면에서는 소득세법 제17조에 제6항을 신설하여 ‘특정법인이 수증한 가액에 해당하는 금액의 배당은 제3항에 따른 배당소득금액에서 제외한다’는 조항을 신설하는 방안을 제시하고 있다. 안세준, 전계논문, 158-159면에서도, 배당소득까지 과세할 경우 세부담률이 과도하다는 문제점을 지적한다. 김재승, 전계논문, 366면에서는 ‘배당소득이 있는 경우 이미 과세된 금액을 차감해주는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다’고 주장한다.

287) 100억 원에서 법인세 19억 8,000만 원을 공제한 수치임.

부터 받은 배당소득이 있을 경우 그 이익을 증여의제이익을 계산할 때 공제하는 규정이 등장하기 전까지는 증여세와 소득세가 이중으로 과세되는 문제가 있었다(배당소득 ①국면의 문제임). 헌법재판소는 ‘지배주주 등은 일감몰아주기로 발생한 이익을 배당하지 않고 수혜법인 내에 유보하는 경향이 있다는 점과 수혜법인의 주식 양도시점에 이르러 지배주주 등의 전체 조세부담이 그 담세력에 상응하도록 과세조정이 행하여진다는 점 등을 근거로 과세조정방식이 불합리하지 않다’는 취지로 판단하였다.²⁸⁸⁾

그러나 청구인은 증여세법 조항이 법인의 배당이 이루어져 소득세가 과세됨에도 증여이익을 산정할 때 이중과세 조정을 해주지 않는 방식으로 제도가 설계되어있음을 지적한 것인데, 헌법재판소가 수혜법인에 유보하는 ‘경향’이 있다는 점을 근거로 삼은 것은 설득력이 부족하다.²⁸⁹⁾ 또한 주식의 양도시점에서야 취득가액 가산이 이루어지는 것은 그 전에 배당이 이루어지는 시점에서 과세조정과는 직접 관계가 없는 문제이며, 비상장주식에 대한 양도소득세의 세율(10~20%)와 종합소득세의 세율(최고 45%) 차이를 고려하면 사후적으로도 충분한 조정이 된다고 보기 어렵다.

근본적으로는 흑자법인에 대한 간접증여를 통하여 주주에게 증여세가 과세된 이익은 주식가치가 증가한 것에 대한 미실현이익이고, 그 이익을 배당가능재원으로 하여 배당이 이루어졌다면 미실현이익이 실현된 것이므로 양자의 과세대상이 중복되는 것은 분명하다.²⁹⁰⁾ 아래 그림에서 보는 바와 같이 현금배당이 이루어질 경우 자본금이나 자본잉여금 등 주주의 투하자본을 전혀 건드리지 않고, 법인에 과세된 이익잉여금 중 배당가능이익을 재원으로 하여 배당하는 것이므로, 전액 배당소득으로 과세할 수 있다. 이와 달리 유상감자(자본감소절차를 통한 주식소각)를 하면서 주식의 시가만큼 대가를 지급하는 경우에는 자본금과 잉여금 중 감자되는 주식에

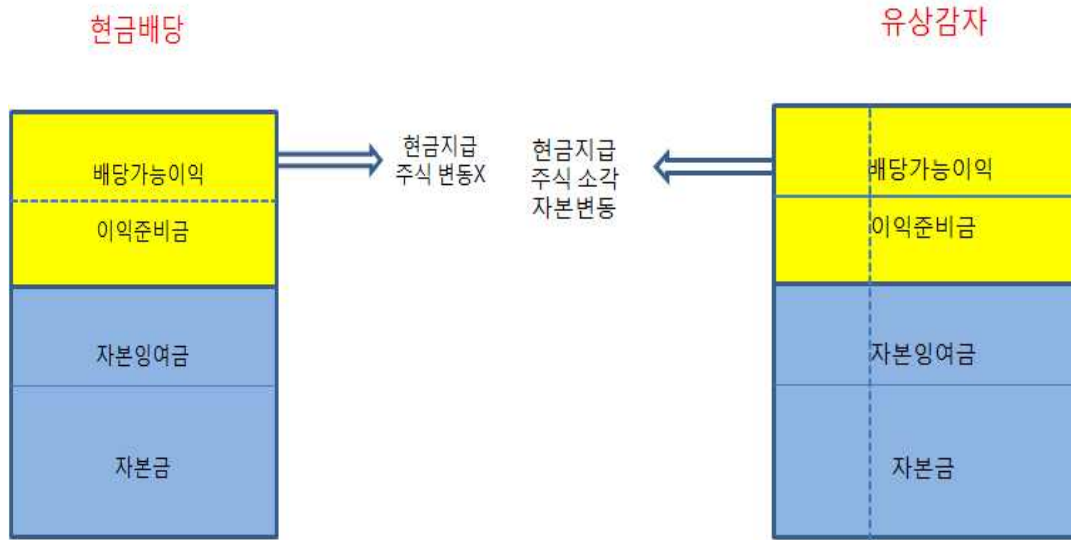
288) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌바347, 471, 2017헌바261(병합) 결정.

289) 물론 해당 사안에서 여러 청구인들이 실제 배당을 받았는지 여부는 결정문상 확인하기 어렵다. 헌법재판의 규범통제는 그 규범 자체의 위헌성 여부를 판단하는 것이므로 청구인에게 실제 배당이 이루어져 있는지 여부는 판단의 직접적인 기준이라고 보기 어렵다. 다만, 헌법재판소는 대주주가 지배하는 법인에서 배당이 잘 이루어지지 않으므로 현실적으로 큰 문제는 아니라는 취지로 판단한 것으로 이해된다.

290) 같은 견해로 이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 「조세법연구」 20권 2호, 세법학회, 2014., 384면; 이창희 외 2인, 전계논문, 411-413면은 배당소득공제가 필요하다고 보지만, 법인의 수증액 중 지배주주의 주식보유비율에 해당하는 금액만큼 주식의 취득가액에 가산하는 방법과 선택가능하다고 본다. 안세준, 전계논문, 158-159면에서는 ① 법인을 통한 간접증여에 대한 증여이익을 주주의 증가된 주식가치에 대하여 증여세를 부과하는 것으로 보는 관점에 의하면, 배당이익을 공제할지 여부는 정책적 재량이라고 보지만, ② 법인을 통한 간접증여를 법인에 대한 증여가 아니라 주주에 대한 증자금의 증여라고 보는 관점에 의하면, 주주에 대한 배당은 증자금의 반환이므로, 이를 배당소득으로 보아서는 안된다고 주장한다.

해당하는 몫이 지급되는 것이므로, 지급대가에서 투하자본(자본금과 자본잉여금)에 해당되는 부분을 공제하여 의제배당소득을 산출하는 것이다. 법인의 자산수증이익으로서 배당가능이익을 구성하는 부분이 주주에 대한 증여세로 과세된 것과 마찬가지로 배당소득세로 과세되는 부분도 당연히 같은 배당가능이익에서 나온 것이다.

[그림 2] 현금배당과 유상감자의 그림



다만 주주(子)가 배당을 받은 재원이 ① 父의 증여 전에 발생한 배당가능이익, ② 父의 증여로 인하여 발생한 배당가능이익, ③ 父의 증여 후에 발생한 배당가능이익으로 구성될 수 있는데, 위 ①, ②, ③의 금액을 선입선출법에 따라 각각 따로 관리하는 방안, ②의 금액이 먼저 배당된 것으로 간주하는 방안을 상정할 수 있다.²⁹¹⁾ 다만 일감몰아주기 증여의제와 관련하여 배당소득 공제를 명문화하고 있는 상증세법 시행령 제34조의 2 제13항에 의하면(배당소득 이중과세 ❶국면에 관한 것임) 수혜법인의 전체 배당가능이익에서 증여의제이익이 차지하는 비율로 안분하고 있다.

일감몰아주기 증여의제 제도는 특수관계법인의 수혜법인에 대한 기여를 통하여 간접적으로 발생하는 주주의 이익을 증여세로 규율하는 제도이고, 후자법인 증여의제 제도는 특수관계인의 법인에 대한 직접적인 증여를 통하여 간접적으로 발생하는 주주의 이익을 증여세로 규율하는 제도라는 점에서 공통점이 있다. 다만 일감몰아주기 증여의제는 제도적 도입배경 등에 비추어 후자법인 증여의제에 비하여 강력한

291) 이창희 외 2인, 전제논문, 412면 참조. 위 논문에서는 선입선출법은 사후관리가 번잡하고,子是 증여세를 선납하였으므로, 후자의 방안이 입법론적으로 타당하다는 의견을 제시하고 있다.

제재의 성격을 가진 것으로 보인다. 위와 같이 일감몰아주기 증여의제 제도에서도 배당소득에 대한 공제 제도를 마련하고 있다는 점에서 후자법인 증여의제에서도 당연히 마련되어야 할 제도적 장치라고 생각한다. 따라서 배당소득 이중과세 ①국면과 관련하여서는 안분법을 따른다면 증여의제이익에서 공제되는 배당소득은 [배당소득 × 증여의제이익/(법인의 사업연도말일 배당가능이익 × 주주의 지분율)]으로 산출할 수 있다고 본다.²⁹²⁾ 또한 배당소득 이중과세 ②국면과 관련하여 소득세법 제17조 제7항에 다음과 같은 내용의 규정을 신설하는 방안을 제시할 수 있다.²⁹³⁾

⑦ 제1항 제1호를 적용할 때, 상속세 및 증여세법 제45조의 5 제1항에 따라 특정법인과 과의 거래를 통한 이익의 증여의제로 인하여 수증자가 증여세를 부담하는 경우 특정법인이 수증한 재산의 가액에 해당하는 금액의 배당은 다음 계산식에 따라 계산한 금액만큼 제3항에 따른 배당소득에서 제외한다.
 [배당소득 × 증여의제이익 / {법인의 사업연도말일 배당가능이익 × 특정법인의 주주 또는 출자자의 주식보유비율}]

이러한 입법적 개선으로 배당소득 공제가 가능해질 경우 배당소득이 공제된 부분(배당소득 ①국면, ②국면 공통)에 대하여는 주식을 양도할 때 주식의 취득가액에서 증여재산가액만큼 가산할 필요는 없다고 생각한다.²⁹⁴⁾ 법인에 대한 간접증여로 주식 가치가 상승한 미실현이익에 대하여 증여세로 한번 과세당한 후, 그 이익이 배당을 통하여 실현이 되었고 이중과세 방지를 위하여 배당소득에 대한 공제로 추가과세가 저지되는 것으로 충분하다. 향후 주식을 처분할 때 발생하는 양도소득은 법인에 대한 간접증여와는 직접 관계가 없는 소득일 것이기 때문이다. 만약 배당이 부분적으로만 이루어졌다면, 배당이 이루어지지 않은 부분에 대해서는 취득가액을 가산하는 것이 타당하다.

예컨대 아버지가 100억 원을 자녀가 100% 주주인 법인에 증여할 경우 증여재산가액은 80억 2,000만 원인데, 법인이 그 중에서 40억 1,000만 원만 자녀에게 배당하였고, 자녀가 향후 자신의 주식(취득가액 10억 원)을 80억 원에 양도한 사안(법인의 사업연도말 배당가능이익은 160억 4,000만 원이고 배당액은 배당가능이익에 안분함)을 가정해본다. 자녀는 25억 6,000만 원을 증여세로 납부하고,²⁹⁵⁾ 40억 1,000만 원을

292) 일감몰아주기 증여의제에 관한 상증세법 시행령 제34조의 3 제13항의 내용을 참조한 것이다.
 293) 위 내용은 기본적으로 이창희 외 2인, 전계논문, 412면에서 제안된 내용을 참조하였다. 다만 위 논문에서는 당시 상증세법인 제41조 제2항을 언급하고 있으나, 현행 상증세법령에 맞추어 조문의 번호를 수정하였고, 배당가능이익 중 수증재산의 가액이 먼저 배당된 것으로 간주하고 있으나, 현행 상증세법 시행령 제34조의 3 제13항의 입장에 따라 안분법을 채택해보았다.
 294) 이창희 외 2인, 전계논문, 413면도 같은 견해이다.

배당받을 때 공제되는 소득은 20억 500만 원²⁹⁶⁾이므로, 배당소득금액은 2,225,550,000원이고²⁹⁷⁾ 이에 대한 배당소득세 715,547,500원²⁹⁸⁾을 낸다. 이후 자녀가 보유주식 전량을 80억 원에 양도하면 양도차익은 80억 원에서 당초 취득가액 10억 원과 취득가액 가산액 60억 1,500만 원²⁹⁹⁾을 차감한 9억 8,500만 원이 된다.

IV. 주주에 대한 직접 증여로 보는 대안의 모색

1. 문제의 제기

지금까지 살펴본 내용을 다시 정리해보면 다음과 같다. 법인이 받은 이익을 주주의 이익으로 어떻게 환산할지에 관하여 현행 후자법인 증여의제 규정은 ‘(특정법인의 이익 - 법인세액) × 특정법인의 지배주주 등의 주식보유비율’로 규정하고 있다. ❶ 이것은 법인의 이익을 주주의 이익과 동일시하는 것으로 법인을 통한 간접증여로 주주가 얻는 이익은 주식가치의 상승이어야 한다는 원론적인 생각과 충돌할 수밖에 없고, 그 결과가 이와 관련된 시행령을 여러 차례 무효로 본 대법원 판결이다. 현재에는 ❷에서 보는 바와 같이 법인세액과 증여세액을 합한 금액이 주주에 대한 직접 증여세액을 초과하지 못한다는 한도를 설정해두고 있지만, 주식가치 상승의 이익을 증여이익으로 보는 제도에 비하여 세부담의 과중 문제는 여전히 남아 있다고 볼 수 있다. ❷ 법인세와의 이중과세 문제는 과세표준을 산정할 때에는 법인세를 비용으로 공제하고 있지만, ‘법인세액 + 증여세액’을 합한 금액이 주주에 대한 직접적인 증여세액을 초과하지 못하도록 한도를 설정함으로써 이중과세 문제를 상당부분 해결하게 되었다. ❸ 배당소득과의 이중과세 문제도 현재는 규정이 미비되어 있지만, 일감몰아주기 증여의제 조항에서도 이를 수용하고 있는 만큼 향

295) 앞서 본 것처럼 증여세는 35억 5,000만 원으로 계산되지만, 증여세액+법인세액(19억 8,000만 원)의 한도가 45억 4,000만 원이므로, 증여세액은 25억 6,000만 원으로 조정된다.

296) = 배당소득 40억 1,000만 원 × (증여의제 이익 80억 2,000만 원/사업연도말 배당가능이익 160억 4,000만 원)

297) = 20억 500만 원(40억 1,000만 원 - 20억 500만 원) + (20억 500만 원 × 11% gross up)

298) = 3억 8,460만 원 + (1,225,550,000원 × 45%) - 220,550,000원(배당세액공제)

299) 증여재산가액 80억 2,000만 원에서 배당소득으로 공제된 20억 500만 원을 차감한 수치이다.

후 이에 대한 입법적 개선을 도모하는 것이 어렵지 않다고 생각한다.

결국 남아있는 핵심적 문제는 법인을 통한 간접증여에서 수증자가 법인이라는 사법상 법률관계의 틀을 그대로 유지하면서도(즉 법인세 과세를 그대로 유지하면서도) 법인이 받은 이익을 그대로 주주가 받은 이익으로 의제하는 제도가 모순 없이 그대로 유지될 수 있는지 여부에 있다.

이에 대해서는 다음과 같은 비판을 피하기 어렵다. 앞의 1.에서 본 바와 같이 증여 이후에도 주식가치가 음수여서 주주의 입장에서 증여이익이 존재한다고 볼 수 없는 경우에도 증여세를 과세하는 것이 정당화되려면, 명의신탁 증여의제에서의 ‘조세회피목적’이나 일감몰아주기 증여의제와 같이 ‘시장에서의 지배와 경제력 남용의 방지’와 같은 뚜렷한 공익적 목적을 인정할 수 있어야 한다. 그런데 법인을 통한 간접증여에 항상 위와 같이 규제되는 것이 마땅한 부정적인 동기가 전제되어 있다고 단정하기 어렵다. 물론 결손금이 존재하거나 법인의 채무가 초과한 상태에서 이를 이용하여 증여세를 회피하는 행위는 충분히 존재할 수는 있다. 그러나 흑자법인 증여의제조항이 이러한 경우만 한정하여 규율대상으로 삼고 있는 것도 아니고, 주주에 대한 직접 증여로 재구성하는 대안적인 해결수단을 통하여 위와 같이 증여세를 회피하려는 주주에 대하여 적절한 규제가 가능하다면 굳이 법적으로 논란의 소지가 적지 않은 위 제도를 고수할 필요가 있는지 의문이다.

만약 ① 법인과의 손익거래나 ② 주주의 자본거래 중 하나만을 선택하여 제도를 설계하면 어떠할까? 결론부터 제시하자면 배당세액공제 제도가 완전하고 법인세와 증여세의 세율이라는 기술적 차이를 무시한다면 어떤 방식을 취하더라도 당사자는 법인세나 증여세를 한 번만 부담하면 되므로 이중과세의 문제는 발생하지 않는다. 예컨대 1인 주주인 법인에 100억 원을 증여하였다가 위 100억 원 모두를 배당하였을 때 세부담 효과를 생각해보자(법인세율과 증여세율은 모두 20%, 배당세액공제는 완전공제). ①의 경우 20억 원의 법인세만을 부담하고, 주주는 배당소득의 과세단계에서 배당세액의 완전 공제로 추가적인 세부담은 없게 된다. 한편 지금의 민사법 체계 하에서 ②와 같이 법인에 대한 증여가 법인격을 꿰뚫고 주주에게 직접적인 이익을 주는 것으로 구성하려면 그 행위가 동시에 주주의 자본금을 증가시킨다는 개념 이외에 다른 경우를 상정하기 어렵다. 즉 특수관계인이 법인의 지배주주에게 증자금을 내어주고 지배주주는 증자금을 법인에 납입한다는 자본거래로 재구성하는 것이다. 방금 본 사례에서 ②방식을 취하더라도 주주가 100억 원에 대하여 20억 원

의 증여세를 납부하면 되고, 이후 100억 원을 배당받더라도 이는 출자의 환급이므로 별도로 소득을 구성하지 않는다.

그러나 현재의 배당세액 공제제도는 법인세율이 10%라는 전제에서 배당소득에 가산하는 금액(소득세법 제17조 제3항) 및 배당세액 공제액(소득세법 제56조 제1항)을 11%로 맞추어서 불완전한 형태로 공제해주므로, ①의 경우 법인 단계에서 20억 원의 세금을 부담하고, 주주 단계에서 배당소득세 11억 2,000만 원³⁰⁰⁾을 부담하게 되어 이중과세가 완전히 제거되지 않는다. 금융소득종합과세 체제 하에서 배당세액 공제는 불완전한 형태일 수밖에 없으므로,³⁰¹⁾ 결국 이중과세의 배제 측면에서는 ①의 방식보다는 ②의 방식이 우월하다고 볼 수 있겠다.

마지막으로, 법인이 받은 이익을 그대로 주주가 받은 이익으로 의제하는 현재의 과세표준 계산방식은 주주에 대한 직접 증여세의 범위 내에서 과세한다는 한도(cap) 설정에도 불구하고, 이월결손금으로 인하여 자산수증익에 대하여 법인세가 과세되지 아니하여 신설된 한도가 적용되지 않는 경우에는 증여로 인한 주식가치 증가분을 초과하여 증여한 가액을 전부 증여한 가액으로 의제하여 과세하는 것은 과도하다는 문제도 지적되고 있다.³⁰²⁾ 법인세를 부담한 뒤 증여세를 과세하는 일반적인 경우에도 현재와 같이 법인에게 증여된 재산가액에서 법인세 비용을 공제한 수치를 증여재산가액으로 보는 이상, 실질적으로 법인세의 세액공제 방식을 취하고 있다고 해도, 주주의 주식가치 증가분을 수증이익으로 취급하는 원론적인 형태의 제도에 비하여 세부담이 과중해질 수밖에 없음은 III.1.(3)에서 본 바와 같다.

이러한 문제를 해결할 수 있는 대안으로 ① 법인에게는 법인세를, 그 지배주주에게는 증여세가 아니라 배당소득세 또는 양도소득세만을 과세하되, 법인격을 악용한 조세회피를 막는 길로 일본의 동족회사 과세(일본 법인세법 제57조) 또는 미국의 유보이익세제(accumulated earnings tax) 등을 도입하여야 한다는 견해³⁰³⁾와 ② 법인에 대한 간접증여를 주주에 대한 직접적인 증자금 증여로 보자는 견해³⁰⁴⁾가 제시되어

300) = {(100억 원 + 11억 원) × 20%} - 11억 원

301) 이창희, 전거서, 577-580면 참조. 만약 금융소득종합과세 대상자에 대한 배당세액 공제를 현실의 법인세율(20% 이상)에 맞추어 완전공제를 해줄 경우, 금융소득에 대하여 14%의 세율로 원천징수되고 배당세액공제의 혜택을 받지 못하는 분리과세 대상자에 비하여 과도한 세금 혜택을 주는 문제가 있음을 지적하고 있다.

302) 안세준, 전거논문, 154면.

303) 이준봉, 전거논문, 388면 이하.

304) 같은 견해로 안세준, 전거논문, 161면(법인에 대한 증여가 실질적으로 주주에 대한 증여로 볼 수 있는 경우에는 현행 법인세법 제15조 제1항에서 법인세 과세대상에서 제외하는 '자본 또는 출자의 납입'에 괄호 부분을 추가하여 '지배주주와 그 친족이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율

있다. ①의 대안은 단순히 법인에 대한 간접증여를 규제할지의 문제보다 훨씬 더 큰 틀을 정하는 문제이므로,³⁰⁵⁾ 이 글에서는 ②안만을 논의의 대상으로 삼는다.

이하에서는 ①안을 채택하고 있는 미국에서는 간접증여의 취급방식에 대하여 먼저 살펴보고, 우리 세법에서 이를 채택한다면 첫째, 필요한 요건은 무엇으로 보아야 할지, 둘째, 그에 따른 과세효과로서, ㉠ 현금증여의 경우, ㉡ 현물증여의 경우, ㉢ 저가양도의 경우로 나누어 그에 따른 과세효과를 개략적으로나마 살펴보기로 한다.

2. 미국세법의 취급방식

미국 세법에서는 법인을 통한 간접증여를 어떻게 다루고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 증여세 차원에서 부의 무상이전이 있었는지는 법인이라는 껍데기는 무시되고 오로지 개인인 주주를 기준으로 판단한다.³⁰⁶⁾ 개인이 법인에게 어떠한 자산을 증여하는 행위를 하였을 때 미국 세법 제102조에 따라 법인의 과세소득이 될 수 없다.³⁰⁷⁾ 그 이유는 증여나 상속으로 인한 소득은 법인이 벌었다고 할 수 없어 법인의 이익이 될 수 없고(earnings and profits), 증자금(contributions to capital)에 가깝다고 보기 때문이다.³⁰⁸⁾

이에 관한 미국 항소법원의 판결³⁰⁹⁾을 소개해본다. 법인의 각 1/8 지분을 공동으로 소유하면서 법인을 운영하던 9형제 중 하나(미혼)가 사망하면서 자신의 소유 지분 1/8을 법인에 유증으로 이전하였다. 법원은 ‘비록 나머지 형제들의 소유지분은 여전히 1/8로 유지되고 있으나, 법인에 대한 통제 및 지배권은 7/56에서 8/56로 늘어난 것이므로,³¹⁰⁾ 형제 중 하나인 원고가 1/56 지분만큼을 유증받은 것으로 볼 수

이 100분의 30 이상인 법인에게 지배주주의 특수관계인이 증여나 유증을 하는 경우를 포함한다’는 문구를 추가하는 것으로 개정할 것을 제안함) 참조.

305) 이창희 외 2인, 전계논문, 406면(유보이익 과세제도를 실시하는 정책적 취지는 법인을 통한 간접증여를 규제하자는 좁은 목적은 아니고 법인세율과 소득세율의 차이를 이용하여 소득을 법인에 유보하여 세부담을 줄이는 행위, ‘일명 법인격 있는 지갑’을 규제하기 위한 제도로 이해한다).

306) Richard B. Stephens, Guy B. Maxfield, Stephen A. Lind, Dennis A. Calfee and Robert B. Smith, 「Federal Estate and Gift Taxation」 (8th edition), Warren, Gorham & Lamont, 2002. p.10-6.

307) IRC § 102

(a)General rule

Gross income does not include the value of property acquired by gift, bequest, devise, or inheritance.

308) 안세준, 전계논문, 150면 참조. 위 논문 각주 35번에서는 이러한 해석은 Revenue Ruling과 같은 정부의 공식적인 해석이 아니라 주석자들의 해석이 그대로 받아들여 내려온 관행이라고 한다.

309) Diebold v. Commissioner of Internal Revenue, 194 F.2d 266 (3d Cir. 1952)

있다. 따라서 원고가 위 주식을 매각하였을 때, 취득가액에는 자신의 1/8 지분에 대한 고유한 취득가액뿐만 아니라 유증받은 주식의 시가에 상당하는 금액도 취득가액에 포함시킬 수 있다' 고 판단하였다.

이에 따라 미국 재무부 시행규칙 § 25.2511-1(h)(1)항에서는 다음과 같이 규정하고 있다.³¹¹⁾ 따라서 법인세는 과세되지 않고 증여자에게 증여세만 과세된다.

개인 B가 법인에게 재산을 이전한 경우에는 다른 개인주주의 지분율만큼 그 다른 개인주주에게 증여한 것이다. 그러나 이러한 원칙에도 예외가 있다. 개인이 자선, 공공, 정치 등의 단체에 재산을 이전한 경우에는 개별사안별 제반 사정을 고려하여 그 단체의 실체를 인정하여 그 단체에 직접 증여한 것으로 볼 수 있다.

이후 법인이 주주로부터 증여받은 자산을 분배³¹²⁾할 경우에는 미국세법 제301조(c)항에 따라 배당소득 부분, 투자원본 회수부분(주식취득원가 충당부분), 양도차익부분으로 3분된다.³¹³⁾ 조금 더 구체적으로 살펴보면 (c)(1)에서는 '배당인 금액은 총수입금액에 산입한다' 고 규정하고 있고,³¹⁴⁾ (c)(2)에서는 '분배 가운데 배당이 아닌 금액은 주식의 순취득가액(adjusted basis of stock)에 충당하여 그에서 차감한다' 고 규정하고 있으며,³¹⁵⁾ (c)(3)에서는 '분배 가운데 배당이 아닌 부분이 주식의 순취득가액을 넘는 만큼은 차익이 매도나 교환하는 재산에서 생긴 것으로 한다' 고 규정하고 있다.³¹⁶⁾

310) 해당 판결은 이에 관하여 구체적으로 다음과 같이 밝히고 있다. “금전적 가치의 종이로서의 지위를 넘어, 주식의 지분은 기업 소유권과 통제권을 나타낸다. [...] 발행된 주식은 주로 주식이 속한 사람들에 의한 기업의 소유와 통제에 대한 비례적 이익의 구현으로서 중요하다”(For beyond its status as paper of monetary value, the share of stock represents rights of corporate ownership and control. [...] issued capital stock is significant primarily as the embodiment of proportional interests of ownership and control of the corporate enterprise by those to whom the stock belongs)

311) A transfer of property by B to a corporation generally represents gifts by B to the other individual shareholders of the corporation to the extent of their proportionate interests in the corporation. However, there may be an exception to this rule, such as a transfer made by an individual to a charitable, public, political or similar organization which may constitute a gift to the organization as a single entity, depending upon the facts and circumstances in the particular case.

312) 미국세법에서 분배(distribution)는 주주에게 주는 현금, 현물, 주식을 모두 합친 말로서 배당, 감자, 자기주식취득 등을 모두 포괄하는 개념이다. 이창희, 「미국법인세법」, 박영사, 2018., 86면.

313) 이창희, 전제서, 74면.

314) (1)Amount constituting dividend

That portion of the distribution which is a dividend (as defined in section 316) shall be included in gross income.

315) (2)Amount applied against basis

That portion of the distribution which is not a dividend shall be applied against and reduce the adjusted basis of the stock.

316) (3)Amount in excess of basis

(A)In general

그렇다면 법인이 주주로부터 증여받은 자산을 주주에게 분배하는 것은 어느 경우에 해당할까? 미국세법은 배당은 배당가능이익(earnings and profits)으로 유보된 것으로부터 나오거나 당사업연도분 배당가능이익에서 나오는 것이라고 규정한다.³¹⁷⁾ 앞서 보았듯이 개인이 법인에게 증여한 것은 법인의 배당가능이익(earnings and profits)을 구성하지 않으므로 이를 분배받는 주주의 입장에서 배당소득이 될 수 없다. 다만 분배액이 주주의 순취득가액을 초과하는 범위 내에서 주식양도소득이 될 수 있을 뿐이다. 결국 미국세법에 의하면 법인세 부담이 문제되지 않으므로 법인세와 주주의 증여세와 사이에 이중과세 문제가 발생하지 않을 뿐만 아니라, 이후 증여받은 자산이 주주에게 분배되었을 때에도 배당소득과 증여세가 중복될 여지가 없다.

3. 주주에 대한 직접 증여로 보기 위한 요건

현행 세법은 법인에 대한 증여 시 자산수증이익을 법인세로 과세하는 것을 전제로 하고 있으므로,³¹⁸⁾ 앞으로 논의할 내용은 법인에 대한 증여를 주주에 대한 직접 증여로 간주하는 제도가 채택될 가능성에 대비한 입법적 논의이다. 우선 ‘법인에 대한 증여가 사실상 주주에 대한 것으로 볼 수 있는 경우’와 같이 거래의 실질을 고려하는 방안³¹⁹⁾과 지배주주 등(지배주주와 친족)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 일정 비율을 넘어서는 특정 법인이 지배주주의 특수관계인으로부터 증여를 받은 경우에는 특정법인의 지배주주 등이 직접 증여받은 것으로 보는 것과 같이 획일적으로 규율하는 방안을 생각할 수 있다. 그러나 사실상 주주에 대한 증여로 볼 수 있는 기준이 명확하지 못하여 또 다른 혼란을 초래할 수 있으므로 후자의 방식이 타당하다고 생각한다.

자산수증이익을 소득과세에서 전면적으로 배제하는 미국세법의 입장을 따르지 않는 한(연방내국세법 제102조 참조, 각주 307번), 지배주주의 주식보유비율은 어느

Except as provided in subparagraph (B), that portion of the distribution which is not a dividend, to the extent that it exceeds the adjusted basis of the stock, shall be treated as gain from the sale or exchange of property.

317) IRC §316 (a)의 (1),(2) 참조.

318) 상증세법 시행령 제34조의 5 제4항 제2호는 특정법인의 이익에 대하여 법인세가 과세되는 것을 전제로 그 산출세액을 증여세 과세표준에서 공제하고 있다.

319) 안세준, 전제논문, 161면, 각주 51번에서 제시하는 방식이다.

정도로 정하는 것이 타당할지에 관하여 생각해보아야 한다. 참고로, 2014. 1. 1. 개정된 상증세법 시행령 제31조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 계산방법 등) 제1항은 지배주주 등의 주식보유비율이 50% 이상인 경우를 요건으로 하다가, 2015. 12. 15. 개정된 상증세법 제45조의 5는 주식보유비율을 30% 이상으로 강화한 바 있다.

구체적인 비율을 생각하기에 앞서 우리 세법에서 주주와 법인 사이에 법인격의 경계를 허물고 법인에게 부여되는 세법적 효과를 주주에게 직접 부여하는 경우는 어떤 것이 있을까? 우선 법인에 대한 지배력의 최고 정점은 발행주식 총수의 2/3를 보유하여 주주총회 특별결의요건(상법 제434조³²⁰⁾)을 충족하는 경우로 생각할 수 있다. 이 경우 법인의 지배주주는 법인의 영업을 양도하거나 중요자산을 처분할 수 있고(상법 제374조), 합병(상법 제522), 분할(상법 제530조의 3)도 가능하기 때문이다. 그러나 필자의 사견으로는 주주총회나 이사회가 활성화되어 있지 아니한 소규모 회사에서 대표이사의 지위에 있다면 통상적인 사업의 운영과정에서 법인의 자산을 손쉽게 유출하거나 처분할 수 있다고 보이므로, 반드시 주주총회 특별결의를 통과시킬 정도의 지배력까지는 필요하지 않다고 생각한다.

세법적인 측면에서는 출자자의 제2차 납세의무(국세기본법 제39조) 또는 법인의 제2차 납세의무(국세기본법 제40조)에 관한 규정을 생각해볼 수 있다. 이들 규정의 공통점은 법인의 의사결정을 좌우할 수 있을 정도의 지위에 서는 과점주주가 있다면, 과점주주와 법인은 그 법적 형식에도 불구하고 현실적·경제적 차원에서 그 구별이 가능하지 않다고 보는 ‘동일한 이해관계’를 인정할 수 있고, 법은 위 이해관계를 주주의 지분비율 ‘50% 초과’라는 고정적 기준을 적용하는 방식을 취한 것이라고 이해하는 견해가 유력하다.³²¹⁾

320) 주주총회 특별결의는 출석한 주주의 의결권의 2/3 이상의 수와 발행주식 총수의 1/3 이상의 수로써 하여야 한다. 발행주식 총수의 2/3 이상이면 다른 주주의 출석여부와 관계없이 항상 특별결의요건을 충족할 수 있다.

321) 윤지현, “과점주주의 존재를 요건으로 하는 두 가지의 제2차 납세의무에 관한 대법원 판결들의 해석방법론 비판”, 『조세법연구』 27권 1호, 한국세법학회, 2021., 170-173면. 참고로 위 논문은 주된 납세의무자의 1차 과점주주가 법인이고 그 법인에 다시 2차 과점주주가 있을 때 2차 과점주주에게 제2차 납세의무의 성립을 부정한 대법원 판결(2019. 5. 16. 선고 2018두36110 판결)을 비판하면서 우선 문리적 해석의 측면에서 국세기본법 제39조는 ‘그 법인에 부과되거나 법인이 납부할 국세’라고 정하고 있을 뿐이므로, 1차 과점주주가 부담하는 제2차 납세의무가 주된 납세의무가 되어 제2차 과점주주에게 제2차 납세의무가 성립하지 않는다고 볼 근거가 없음을 지적한다. 또한 병법인의 주주 을법인, 을 법인의 주주 갑 사이에 각 50%를 초과하는 지분으로 연결되어 갑, 을, 병 사이에 ‘동일한 이해관계’라는 전제가 충족된다고 본다면, 법인격이라는 경계선을 넘어서 납부 책임을 인적으로 확장하는 단계가 반드시 한 번에 국한하여야 할 이유가 없다고 본다. 대법원 판결이 들고 있는 ‘사법질서에 대한 예외’이므로 엄격해석해야 한다는 것은 막연한 방향성에 관한 것일 뿐, 원칙과 예외를 가르는 구체적 기준이 될 수 없다고 비판하고 있다(위 논문 174-182면).

다른 한편, 과점주주의 간주취득세 제도(지방세법 제7조 제5항)를 생각해볼 수 있다. 위 제도는 과점주주가 되면 해당 법인의 재산을 사실상 임의처분하거나 관리·이용할 수 있는 지위에 서게 되어 실질적으로 그 재산을 직접 소유하는 것과 크게 다를 바 없다는 점에서 담세력이 있다고 보기 때문이다.³²²⁾ 위 제도는 법인이 취득세 과세대상 자산을 취득할 당시 취득세를 납부하였는지 여부와 관계없이(즉 취득세를 납부하였어도) 과점주주 자신에게 재차 취득세를 과세하는데, 이것은 중복과세로 보아야 하지 않을까? 그러나 위 제도는 예컨대 대부분 자산이 부동산인 법인이 있는데, 특정인이 위 법인으로부터 부동산을 매수하는 대신 법인을 통째로 매수하여 부동산을 산 것과 경제적으로 비슷한 효과를 얻었음에도 취득세를 부담하지 않는 상황이 발생하게 되므로, 이때에 특정인이 새로 얻게 되는 담세력을 포착하여 취득세를 과세하기 위한 것이다. 따라서 특정 법인이 설립할 당시 취득한 부동산에 대해서는 해당 법인에 과점주주가 있더라도 별도로 취득세를 부과하지 않고, 이후 다른 자가 법인의 주식을 취득하여 최초로 과점주주가 되었을 때에 주식을 한꺼번에 취득한 것으로 보아 취득세를 과세하거나(지방세법 시행령 제11조 제1항), 기존의 과점주주는 그 주식비율이 증가하였을 때에만 그 증가분을 취득으로 보아 과세한다(지방세법 시행령 제11조 제2항).

위와 같이 우리 세법이 주주와 법인 사이에 경제적·사실적 이해관계가 동일하다고 판단하여 법인격을 무시하고 주주에게 직접적인 세법상 효과를 부여하는 기준은 대체로 ‘과점주주’ 여부에 있다고 보아도 무방할 듯하다. 특히 흑자법인 증여의 제는 소규모의 비상장법인에서 자주 이루어질 것으로 보이는데, 비상장법인은 대표이사 선임권을 가진 과점주주가 절대적인 경영권을 누리면서 본인이나 가족을 통하여 법인을 지배하는 경우가 통상적이라 볼 수 있다. 나아가 자신의 가족 외에도 타인이 절반 가까이 지배력을 행사하는 회사에 자신의 소중한 재산을 증여하여 그 타인에게도 이익을 주는 경우란 생각하기 어려우므로, 법인을 통한 간접증여는 대부분 과점주주인 특정집단이 지배력을 발휘하는 폐쇄회사라고 보아도 무방할 것이다.

다만 현행 상속세법 제45조의 5는 지배주주 등의 주식보유비율을 30% 이상으로 정하고 있으므로, 현행 제도에 비하여 증여세 과세를 약화시키는 것이라는 비판이 제기될 수도 있다. 2019. 12. 31. 상속세법 개정시 주식보유비율을 100분의 50 이상에서 100분의 30 이상으로 낮춘 것은 이른바 ‘일감 떼어주기’에 관한 상속세법

322) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2011두26046 판결 등 참조

제45조의 4³²³⁾에서 규정하는 지배주주의 수혜법인에 대한 주식보유비율에 맞춘 것으로 보인다.³²⁴⁾ 그러나 상증세법 제45조의 5는 지배주주와 특수관계에 있는 법인이 자신의 손해나 출연 없이 단지 수혜법인에게 사업기회를 제공함으로써 수혜법인의 주식가치를 상승시킬 때 수혜법인의 지배주주에게 증여세를 과세하는 제도로서 수혜법인과 특수관계법인의 실체를 인정하되 지배주주의 지분비율을 30% 정도로 본 것이다. 한편, 흑자법인 증여의제는 증여자가 자신의 손해를 감수하면서 법인에게 증여를 하였을 때 법인의 존재를 무시하고 주주에게 직접적인 효과를 인정하기 위한 것이므로 지배주주에게 그보다 높은 수준의 지배력이 필요하다고 생각한다.

따라서 지배주주 등(지배주주와 그 친족)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 100분의 50을 초과하는 법인이 지배주주의 특수관계인으로부터 상증세법 제45조의 제1항 각호의 거래를 한 경우에는 특정법인의 지배주주 등이 증여받은 것으로 보아 증여이익을 계산하는 것으로 상증세법 개정을 고려할 수 있다.

4. 주주에 대한 직접 증여로 볼 경우 세법적 효과

(1) 현금 증여 시

우선 지배주주의 특수관계인이 법인에게 현금을 증여할 경우 특수관계인이 지배주주에게 현금을 증여하고, 지배주주가 법인에게 출자금을 납입한 것으로 거래를 재구성하게 된다. 이를 위하여 법인세법에 지배주주의 특수관계인이 특정법인에게 증여한 금액을 지배주주가 납입한 자본잉여금으로 간주하는 규정을 둘 필요가 있다. 위와 같이 법인세가 과세되지 않는 이상, 주주에 대한 증여세와 법인세의 이중과세 문제는 발생하지 아니하므로, 현행 상증세법 제45조의5 제2항에서 지배주주 등이 직접 증여받은 경우의 증여세 상당액을 한도로 설정한 부분, 상증세법 시행령

323) 제45조의4(특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여 의제)

① 지배주주와 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.

324) 국세청, 「2020 개정세법해설」, 2020., 226면.

제34조의 5 제4항에서 특정법인의 이익을 제1호(증여재산가액 등)에서 제2호(법인세 산출세액× 증여이익이 각 사업연도소득금액에서 차지하는 비율)를 빼는 방식으로 산출하는 부분은 각 삭제대상이다.

한편 위와 같이 법인세의 과세대상이 되지 않은 이상, 해당 이익은 배당소득의 과세대상이 되지 않으므로 배당소득의 공제 문제도 발생하지 않는다. 법인의 주주는 자신이 증여세를 낸 증여재산가액만큼 (비록 신주발행은 없었지만) 주식취득가액에 가산한다.

한 가지 어려운 문제는 지배주주인 과점주주(예컨대 70% 보유)가 있고, 지배주주의 친족이 아닌 나머지 주주(30%)가 있을 때 그 나머지 주주에 대해서도 마찬가지로의 취급을 하여야 할 것인 것이다. 이 부분은 법인세 과세대상으로 보자는 생각도 있을 수 있으나, 법인에 대한 하나의 증여를 일부는 손익거래로 다른 일부는 자본거래로 나누는 것은 손익거래로 분류된 부분에서 발생한 이익이 다시 특수관계인의 지분에도 귀속되기 때문에 기술적으로 받아들이기 어렵다.³²⁵⁾ 따라서 나머지 주주에 대해서도 직접 자산이 이전되었다고 보고 증여세를 과세하는 것이 불가피하다.

(2) 현물 증여 시

주주에게 현물을 증여할 경우에는 다소 복잡한 문제가 발생할 것이다. 이때에는 특수관계인이 지배주주 등에게 현물을 증여하고, 주주는 해당 자신을 시가로 현물 출자한 것으로 재구성된다. 따라서 특정법인에게 마찬가지로 법인세가 과세되지 않는다. 주주에게는 현금 증여와 마찬가지로 증여이익에 대하여 증여세가 과세되고, 위 증여이익은 자신의 주식 취득가액에 가산된다. 주주가 위 자산을 현물로 배당받더라도 이는 출자의 환급이므로 배당소득의 과세대상이 되지 않는다. 법인의 입장에서 현물출자받은 자산은 시가가 취득가액이므로(법인세법 시행령 제72조 제3호), 이후 법인이 그 자산을 제3자에게 처분할 때에는 위 취득가액을 손금으로 산정하면 된다.

(3) 주주에 대한 저가양도 시

예컨대 시가 10억 원의 자산을 법인에 5억 원에 양도한 경우 법인은 저가양도로

325) 안세준, 전계논문, 162면.

인한 이익에 대하여 법인세를 부담하지 않는다. 해당 법인의 주주는 시가 차액 5억 원에서 30%인 1억 5,000만 원을 공제한 3억 5,000만 원을 증여재산가액으로 하여 증여세가 과세되고(상증세법 시행령 제34조의 5 제7항³²⁶). 위 증여재산가액은 주주의 주식 취득가액에 가산된다. 주주가 위 자산을 현물로 배당받더라도 위 10억 원 중 3억 5,000만 원은 출자의 환급이므로 배당소득으로 과세되지 않는다. 법인의 입장에서 저가양수한 자산의 취득가액은 어떻게 처리해야 할까? 취득가액을 올려주지 않으면 처분 시에 그만큼 양도소득이 증가하므로 결과적으로 법인세의 과세가 이루어지는 셈이다. 이에 들어맞는 명문규정은 없으나 현물출자받은 자산은 시가가 취득가액이라는 법인세법 시행령 제72조 제3호를 유추적용하여 3억 5,000만 원은 현물출자받은 자산으로 보아 취득가액을 8억 5,000만 원으로 인상해주는 것이 타당하다.

5. 구체적인 개정안의 제시

(1) 법인세법의 개정

현행법에 따르면 특정법인이 지배주주의 특수관계인으로부터 증여받은 이익은 자산수증이익으로서 법인세법 시행령 제11조 제5호(무상으로 받은 자산의 가액)에 따라 익금에 산입되게 된다. 따라서 특정법인의 무상수증이익을 주식발행초과금과 같은 자본잉여금의 하나로 추가하여 익금불산입 사유로 삼는 법률개정이 필요하다. 아래 표와 같은 개정안을 생각해볼 수 있다.

[표2] 법인세법 개정안 신규조문 대비

종전	개정안
제17조(자본거래로 인한 수익의 익금불산입) ① 다음 각 호의 금액은 내국법	제17조(자본거래로 인한 수익의 익금불산입) ① 다음 각 호의 금액은 내국법

326) 제34조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)

⑦ 법 제45조의5제1항제2호 및 제3호에서 “현저히 낮은 대가” 및 “현저히 높은 대가”란 각각 해당 재산 및 용역의 시가와 대가(제6항제2호에 해당하는 경우에는 출자한 재산에 대하여 교부받은 주식등의 액면가액의 합계액을 말한다)와의 차액이 시가의 100분의 30 이상이거나 그 차액이 3억원 이상인 경우의 해당 가액을 말한다. 이 경우 금전을 대부하거나 대부받은 경우에는 법 제41조의4를 준용하여 계산한 이익으로 한다.

<p>인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금에 산입(算入)하지 아니한다.</p> <p>1. 주식발행액면초과액: 액면금액 이상으로 주식을 발행한 경우 그 액면금액을 초과한 금액(무액면주식의 경우에는 발행가액 중 자본금으로 계상한 금액을 초과하는 금액을 말한다). 다만, 채무의 출자전환으로 주식등을 발행하는 경우에는 그 주식등의 제52조제2항에 따른 시가를 초과하여 발행된 금액은 제외한다.</p> <p>2호 ~ 5호 생략</p> <p>6. 분할차익: 「상법」 제530조의2에 따른 분할 또는 분할합병으로 설립된 회사 또는 존속하는 회사에 출자된 재산의 가액이 출자한 회사로부터 승계한 채무액, 출자한 회사의 주주에게 지급한 금액과 설립된 회사의 자본금 또는 존속하는 회사의 자본금증가액을 초과한 경우의 그 초과금액. 다만, 분할 또는 분할합병으로 설립된 회사 또는 존속하는 회사에 출자된 재산의 가액이 출자한 회사로부터 승계한 채무액, 출자한 회사의 주주에게 지급한 금액과 주식가액을 초과하는 경우로서 이 법에서 익금으로 규정한 금액은 제외한다.</p>	<p>인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금에 산입(算入)하지 아니한다.</p> <p>1. 주식발행액면초과액: 액면금액 이상으로 주식을 발행한 경우 그 액면금액을 초과한 금액(무액면주식의 경우에는 발행가액 중 자본금으로 계상한 금액을 초과하는 금액을 말한다). 다만, 채무의 출자전환으로 주식등을 발행하는 경우에는 그 주식등의 제52조제2항에 따른 시가를 초과하여 발행된 금액은 제외한다.</p> <p>2호 ~ 5호 생략</p> <p>6. 분할차익: 「상법」 제530조의2에 따른 분할 또는 분할합병으로 설립된 회사 또는 존속하는 회사에 출자된 재산의 가액이 출자한 회사로부터 승계한 채무액, 출자한 회사의 주주에게 지급한 금액과 설립된 회사의 자본금 또는 존속하는 회사의 자본금증가액을 초과한 경우의 그 초과금액. 다만, 분할 또는 분할합병으로 설립된 회사 또는 존속하는 회사에 출자된 재산의 가액이 출자한 회사로부터 승계한 채무액, 출자한 회사의 주주에게 지급한 금액과 주식가액을 초과하는 경우로서 이 법에서 익금으로 규정한 금액은 제외한다.</p> <p><u>7. 지배주주의 특수관계인으로부터 증여받은 이익: 상속세 및 증여세법 제45조의5 제1항 각호의 거래로 지배주주의 특수관계인으로부터 증여받은 이익</u></p>
---	---

(2) 상증세법령의 개정

① 현행 상증세법 제45조의5와 상증세법 시행령 제34조의5를 부분적으로 수정하는 형태의 개정안을 마련해보았다. 특정법인을 통한 주주에 대한 간접증여 역시 포괄적 증여 개념을 충족할 수 있지만, 앞서 본 바와 같이 특정법인 자체의 법인세 과세를 배제하고, ‘주주에 대한 증여 + 자본금의 납입’으로 거래를 재구성하는 형태이므로, 기존 법령과 같이 증여의제의 형태를 유지하는 것이 바람직하다고 생각하였다. 또한 법인을 통한 간접증여를 전제로 하는 현행 상증세법 제45조의5 제1항이 증여재산가액을 특정법인의 이익에 지배주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산하는 것은 이론적으로 타당하지 않지만, 오히려 주주에 대한 직접 증여로 취급하는 개정법에서는 현행법의 증여재산가액 계산방식은 타당한 것이 된다.

② 과점주주의 지분비율 요건을 차용하기로 하였으므로, 특정법인의 요건을 주식보유비율 100분의 50을 초과하는 것으로 규정할 필요가 있다.

③ 2.항에서 본 바와 같이 미국세법은 개인 B가 법인에게 재산을 이전할 경우에 B의 지분율을 제외한 다른 개인주주의 지분율만큼 다른 개인주주에게 증여한 것으로 본다. 개인 B가 법인에게 보유하고 있는 지분비율만큼은 이른바 ‘자기증여’가 되므로, 증여세의 과세요건을 충족하지 못하기 때문이다. 따라서 증여이익의 계산식상 ‘특정법인의 이익’에 곱하여지는 ‘지배주주등의 주식보유비율’에서 증여자인 ‘지배주주의 특수관계인이 소유하고 있는 특정법인의 주식보유비율을 제외한다’는 문구를 추가할 필요가 있다.³²⁷⁾

④ 4.항에서 본 바와 같이, 수증자를 특정법인의 지배주주 등뿐만 아니라, 지배주주의 친족이 아닌 주주에게도 증여세를 과세하는 것이 불가피하다고 보았으므로,

327) ‘자기 증여’ 부분을 제외하는 것은 주주에 대한 직접 증여로만 재구성하는 새로운 제도와 무관하게 현행 제도를 유지한다고 하더라도 개정이 필요한 대목으로 보인다. 최근 대법원 2022. 12. 29. 선고 2018두59182 판결도 비슷한 맥락에서 불공정자본거래로 인한 부당행위계산부인 등의 적용을 제한한 바 있다. 원고는 A법인의 주주인 동시에 B법인의 주주이기도 한데, A법인은 B법인의 X 사업부문을 분할합병하면서 X 사업부문의 가치를 과대평가하였다. 그러자 과세관청은, 원고가 A법인의 주주로서 불공정합병으로 B법인의 주주에게 이익을 분여하였다는 이유로 구 법인세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29525호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제88조 제1항 제8호 가.목의 부당행위계산부인규정을 적용하여 익금에 산입하는 동시에, 원고는 B법인의 주주로서 불공정자본거래로 특수관계인으로부터 이익을 분여받았다는 이유로 구 법인세법 시행령 제11조 제9호에 따라 익금에 산입한 사안이다. 대법원은 주가가 과소평가된 합병당사법인 A의 주주로서 원고가 얻은 손실과 주가가 과대평가된 합병당사법인 B의 주주로서 원고가 얻은 이익을 통산하여 실질적으로 분여하거나 분여받은 이익이 있는지 밝힌 다음 그 결과에 따라 부당행위계산부인 규정과 익금산입 규정 중 어느 하나를 적용해야 한다고 판단하였다.

수증자를 ‘그 특정법인의 주주’ 로 개정할 필요가 있다.³²⁸⁾ 다른 문제로 특정법인 A의 주주 중 영리법인 B가 있을 경우에는 어떻게 처리해야 할까? 영리법인은 증여세 납세의무자가 아니므로, 위 법조항에 따른 증여세를 과세할 수는 없지만, 앞의 법인세법 제17조 제1항 제7호를 추가하여 A법인의 대한 증여이익을 주주인 B법인이 납입한 자본잉여금으로 취급하는 이상, 법인 주주 B에게도 (증여재산가액 × 지분비율) 상당은 ‘자산의 무상수증이익’ 으로 해석할 수 있으므로 법인세 과세대상이 된다.

⑤ 위와 같이 주주에 대한 직접 증여로 보는 이상, 기존의 이중과세 완화를 위하여 과세표준에서 법인세 산출세액을 공제하는 부분이나, 주주가 직접 증여받은 경우의 증여세액을 과세한도로 설정한 부분은 모두 불필요하여 삭제 대상이다.

[표3] 상증세법 개정안 신구조문 대비

종래	개정안
<p>■ 상증세법</p> <p>제45조의5(특정법인과 의 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <p>① 지배주주와 그 친족(이하 이 조에서 “지배주주등”이라 한다)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 <u>100분의 30 이상인</u> 법인(이하 이 조 및 제68조에서 “특정법인”이라 한다)이 지배주주의 특수관계인과 다음 각 호에 따른 거래를 하는 경우에는 거래한 날을 증여일로 하여 그 특정법인의 이익에 <u>특정법인의 지배주주등의 주식보유비율을</u> 곱하여 계산한 금액을 그 <u>특정법인의 지배주주등이</u> 증여받은 것으로 본다.</p> <p>1. 재산 또는 용역을 무상으로 제공받는 것</p> <p>2. 재산 또는 용역을 통상적인 거래 관행</p>	<p>■ 상증세법</p> <p>제45조의5(특정법인과 의 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <p>① 지배주주와 그 친족(이하 이 조에서 “지배주주등”이라 한다)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 <u>발행주식 총수의 100분의 50을 초과하는</u> 법인(이하 이 조 및 제68조에서 “특정법인”이라 한다)이 지배주주의 특수관계인과 다음 각 호에 따른 거래를 하는 경우에는 거래한 날을 증여일로 하여 그 특정법인의 이익에 <u>특정법인의 주주의 주식보유비율(다만, 지배주주의 특수관계인이 소유하고 있는 특정법인의 주식보유비율을 제외한다)</u>을 곱하여 계산한 금액을 그 <u>특정법인의 주주가</u> 증여받은 것으로 본다.</p> <p>1호~4호 : 좌동</p>

328) 다만, 위와 같이 보더라도 상증세법 시행령 제34조의5 제5항에 따라 증여의제이익이 1억 원 이상인 경우에 과세대상이 되므로, 소액주주는 제외될 가능성이 높다.

<p>에 비추어 볼 때 현저히 낮은 대가로 양도</p> <ul style="list-style-type: none"> · 제공받는 것 <p>3. 재산 또는 용역을 통상적인 거래 관행에 비추어 볼 때 현저히 높은 대가로 양도</p> <ul style="list-style-type: none"> · 제공하는 것 <p>4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 거래와 유사한 거래로서 대통령령으로 정하는 것</p> <p>② 제1항에 따른 증여세액이 지배주주등이 직접 증여받은 경우의 증여세 상당액에서 특정법인이 부담한 법인세 상당액을 차감한 금액을 초과하는 경우 그 초과액은 없는 것으로 본다.</p> <p>③ 제1항에 따른 지배주주의 판정방법, 증여일의 판단, 특정법인의 이익의 계산, 현저히 낮은 대가와 현저히 높은 대가의 범위, <u>제2항에 따른 초과액의 계산</u> 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>②항 삭제</p> <p>③ 제1항에 따른 지배주주의 판정방법, 증여일의 판단, 특정법인의 이익의 계산, 현저히 낮은 대가와 현저히 높은 대가의 범위, 제2항에 따른 초과액의 계산 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>
<p>■ 상증세법 시행령</p> <p>제34조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 삭제 <2020. 2. 11.> ② 삭제 <2020. 2. 11.> ③ 삭제 <2020. 2. 11.> ④ 법 제45조의5제1항에서 “특정법인의 이익”이란 <u>제1호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액</u>을 말한다. <p>1. 다음 각 목의 구분에 따른 금액</p> <p>가. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여 재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 해당 법인이 얻는 이익에 상당하는 금액</p>	<p>■ 상증세법 시행령</p> <p>제34조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 삭제 <2020. 2. 11.> ② 삭제 <2020. 2. 11.> ③ 삭제 <2020. 2. 11.> ④ 법 제45조의5제1항에서 “특정법인의 이익”이란 <u>다음 각 호의 구분에 따른 금액을 말한다.</u> <p>1. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여 재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 해당 법인이 얻는 이익에 상당하는 금액</p> <p>2. 제1호 외의 경우: 제7항에 따른 시가</p>

<p>나. 가목 외의 경우: 제7항에 따른 시가와 대가와의 차액에 상당하는 금액</p> <p>2. 가목의 금액에 나목의 비율을 곱하여 계산한 금액</p> <p>가. 특정법인의 「법인세법」 제55조제1항에 따른 산출세액(같은 법 제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액은 제외한다)에서 법인세액의 공제·감면액을 뺀 금액</p> <p>나. 제1호에 따른 이익이 특정법인의 「법인세법」 제14조에 따른 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율(1을 초과하는 경우에는 1로 한다)</p> <p>⑤ 법 제45조의5제1항을 적용할 때 특정법인의 주주등이 증여받은 것으로 보는 경우는 같은 항에 따른 증여의제이익이 1억원 이상인 경우로 한정한다.</p> <p>⑥ 법 제45조의5제1항제4호에서 “대통령령으로 정하는 것”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.</p> <p>1. 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 것. 다만, 해당 법인이 해산(합병 또는 분할에 의한 해산은 제외한다) 중인 경우로서 주주등에게 분배할 잔여재산이 없는 경우는 제외한다.</p> <p>2. 시가보다 낮은 가액으로 해당 법인에 현물출자하는 것</p> <p>⑦ 법 제45조의5제1항제2호 및 제3호에서 “현저히 낮은 대가” 및 “현저히 높은 대가”란 각각 해당 재산 및 용역의 시가와 대가(제6항제2호에 해당하는 경우에는 출자한 재산에 대하여 교부받은 주식등의 액면가액의 합계액을 말한다)와의 차액이 시</p>	<p>와 대가와의 차액에 상당하는 금액</p> <p>제2호 부분 삭제</p> <p>⑤ 좌동</p> <p>⑥ 좌동</p> <p>⑦ 좌동</p>
---	---

<p>가의 100분의 30 이상이거나 그 차액이 3 억원 이상인 경우의 해당 가액을 말한다. 이 경우 금전을 대부하거나 대부받는 경우에는 법 제41조의4를 준용하여 계산한 이익으로 한다.</p> <p>⑧ 제7항을 적용할 때 재산 또는 용역의 시가는 「법인세법 시행령」 제89조에 따른다.</p> <p>⑨ 법 제45조의5제2항을 적용할 때 증여세 상당액은 같은 조 제1항의 증여일에 제4항제1호의 금액에 해당 지배주주등의 주식보유비율을 곱한 금액을 해당 주주가 직접 증여받은 것으로 볼 때의 증여세로 하고, 법인세 상당액은 제4항제2호의 금액에 해당 지배주주등의 주식보유비율을 곱한 금액으로 한다.</p>	<p>⑧ 좌동</p> <p>⑨항 삭제</p>
---	--------------------------

V. 논의의 종합

이상의 논의를 정리하면 아래의 표와 같다. 법인에게 자산을 증여할 때 법인에 대한 자산수증이익으로 법인세만을 과세하는 제도를 취할 경우에는 ❶의 형태이다. 반대로 법인격을 깨뜨리고 주주에 대한 직접 증여 및 법인에 대한 출자금의 납입형태로 재구성하는 것이 ❷의 형태이다. 이 경우는 주주에 대한 직접 증여이므로, 증여재산가액은 수증된 자산의 가액에 주주의 지분율을 곱하여 산정할 것이고, 법인세를 과세하지 않으므로 법인세 및 배당소득세와의 이중과세 문제는 없다. 다만 주주의 주식 양도소득을 계산할 때 증여재산가액만큼 주식취득가액에 가산한다. ❸의 형태는 법인세를 과세하면서, 법인을 통한 간접증여에 대하여 증여세도 과세하는 경우이다. 이 경우 ‘간접증여’ 이므로 증여재산가액은 ‘수증된 자산가액 × 지분

율' 이 아니라, 주주의 주식가치 증가분으로 산정해야 한다. 또한 앞의 Ⅲ.에서 본 바와 같이 법인세, 배당소득, 양도소득과의 이중과세 조정 문제를 해결해야 한다.

④ 현행제도는 기본적으로 ③의 형태와 유사하지만, 법인을 통한 '간접증여' 임에도 증여세 과세표준은 주주의 주식가치 증가분이 아니라, 주주에 대한 직접증여처럼 '수증된 자산가액 × 지분율'로 산정하는 것은 체계에 맞지 않고, 법인세와 이중과세 문제는 해결되었으나, 배당소득과 이중과세 문제는 개선되어야 한다. 따라서 우선 ③의 형태로 제도개선을 생각해볼 수 있고, 근본적으로는 ②의 형태로 개편하는 것이 보다 간명하다.

[표 4] 법인에 대한 간접증여의 과세유형

제도의 유형	과세표준	이중과세 조정 문제
① 법인세만 과세	자산수증이익	없음
② 주주에 대한 직접증여 과세	수증된 자산가액 × 보유지분율	없음(다만, 주식양도 시 취득가액 가산)
③ 법인세 과세 + 주주에 대한 간접증여 과세	-법인세 : 법인의 자산수증이익 -증여세 : 주주의 주식가치증가분	법인세, 배당소득, 양도소득
④ 현행제도	③에 가까우나, 증여세의 과세표준은 ②에 따르는 모순	법인세(조정○), 배당소득(조정×), 양도소득(조정○)

제3장 하이브리드 증여와 유형별 포괄주의

제1절 하이브리드 증여예시조항의 구조와 과세요건

I. 일반론

1. 하이브리드 증여세의 개념

하이브리드 증여세는 특수관계인의 기여행위에 의하여 당초 재산을 취득한 이후, 장래에 주식의 상장이나 주식전환권의 행사 등 재산가치가 비약적으로 증가하는 어떠한 모멘텀(momentum)이 발생하였을 때 그 재산이 양도될 때를 기다려서 소득과세를 하는 것이 아니라 재산가치의 증가 시점에 미실현이익을 증여세로 미리 걷는 형태의 증여세를 의미하고, 소득세와 증여세의 성격을 겸유한다는 의미에서 붙인 이름이다.

한편 구 상증세법 제2조 제3항은 증여의 개념에 ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것’을 추가하였는데, 이는 ‘재산의 직·간접적 이전’만으로는 입법적으로 뒤쫓는 데 한계가 있다고 판단되자, 향후 미지의 영역에 대하여 기여에 의한 증여개념을 선제적으로 추가함으로써 개념적으로 빠짐없는 이른바 완전포괄주의를 시도한 것이라는 평가가 있다.³²⁹⁾ 다른 견해로 재산가치의 증가에 작용을 끼친 기여자가 당해 평가증의 귀속자에게 그 경제적 이익을 증여하였다고 관념하는 것은 증여개념의 외연을 이탈한 것으로서 조세법률주의에 위반된다는 지적도 있었다.³³⁰⁾ 본장 제2절에서 다시 살펴보겠지만, 하이브리드 증여세는 구 상증세법 제2조 제3항

329) 강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계”, 「조세법연구」, 21권 1호, 한국세법학회, 2015., 220-221면.

330) 강인애, “증여세의 완전포괄주의 과세제도의 도입과 증여의 포괄적 개념”, 법률신문, (2004. 9. 19.)

에서 증여의 개념에 추가된 ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것’에 뿌리를 두고 있다. 위와 같은 ‘기여’에 대하여 기여의 개념이 금전적으로 환산할 수 있는 것만을 의미하는 것인지 아니면 금전으로 환산할 수 없는 것도 포함하는 의미인지, 우연한 기여 내지 전혀 예정하지 아니한 기여행위도 포함하는 것인지 불명확하여 문제가 많다는 견해도 있었다.³³¹⁾ 위와 같이 불명확하다는 지적을 의식해서인지 개정 상속세법 제2조 제6호는 ‘기여에 의하여’라는 부분을 삭제하고 ‘재산가치를 증가시키는 것’이라고만 규정하고 있다.

그러나 다음 2.항에서 보는 바와 같이 ‘기여행위’를 증여자가 수증자로 하여금 당초 재산을 취득하는 데 도움을 주는 행위라고 이해한다면 반드시 불명확한 개념이라고 볼 수 없다.³³²⁾ 다만 이와 다르게 개정 전 규정의 문언을 보면, ‘기여에 의하여’ ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이므로, ‘기여행위’는 재산의 취득 과정에서뿐만 아니라 재산가치의 증가 사유의 발생에도 존재할 수 있다는 반론도 가능하다. 필자는 전자와 같이 해석하는 것이 명확성의 측면에서 타당하다고 본다.³³³⁾ ‘기여행위’를 위와 같이 이해한다면 상속세법 제2조 제6호의 개정에도 불구하고, 개정 전과 특별히 다른 의미라고 볼 수는 없다.

2. 하이브리드 증여예시조항의 종류와 구조

현행 상속세법 제4조 제1항 제3호는 증여세 과세대상으로 제1호(무상으로 이전받은 재산 또는 이익), 제2호(현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전받음으로써 발생하는 이익 등)와 구별하여 ‘재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경

331) 박요찬, 각주 44번의 논문, 139면.

332) 오히려 기여행위를 ‘수증자가 기초 재산을 취득하게 하는 지원행위’라고 제한적으로 이해한다면, ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라는 표현이 단순히 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’보다는 명확하다고 볼 수 있다. 예컨대, 아버지가 아들 소유의 땅에서 개발사업을 시행하여 땅의 가치를 올리는 행위를 하였을 때, 이러한 행위는 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라고 볼 여지가 있다. 그러나 위 사례에서 아버지는 아들이 땅을 취득하는 데 기여행위를 한 것으로 볼 수 없으므로 ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것’을 하였다고 볼 수는 없다.

333) ‘기여행위’를 수증자의 재산 취득 과정에만 한정하는 것은 다음의 두 가지 이유에서이다. 첫째, 현행 하이브리드 증여예시조항은 단순히 재산가치 증가사유(주식의 상장, 전환권 행사 당시 주가의 상승, 개발사업 시행, 형질변경, 사업의 인·허가)가 발생할 것을 요건으로 하고 있을 뿐, 증여자가 재산가치 증가사유 발생에 어떠한 기여를 하거나 영향을 미칠 것을 요건으로 하고 있지 않다. 두 번째, 재산가치 증가사유와 관련하여 기여행위의 방식과 기여의 정도는 매우 다양하고 정형화되기 어려운 것이어서 이 부분을 법률적 평가의 영역으로 끌어들이는 것은 법적 안정성을 저해할 수 있어 보인다. 다만, 하이브리드 증여세의 기초적 이론을 소개하는 이 글에서는 이와 관련하여 더 깊은 논의는 생략하기로 한다.

우의 그 이익' 을 추가하여 현재 상태의 부의 무상이전이 아니라 장래에 사후적 재산가치가 증가하였을 때의 이익이라는 점을 분명히 하고 있다.

기여에 의한 재산가치 증가이익에 대한 증여예시조항은 어떤 것이 있을까? 대표적 규정으로는 상증세법 제42조의3이 있다.³³⁴⁾ 위 조문은 ① 직업, 연령, 소득 및 재산상태로 보아 자력으로 해당 행위를 할 수 없는 자로서 아래와 같은 지원행위를 하는 자의 특수관계인이, ② 재산의 증여, 미공개정보 제공, 자금의 차입이나 담보 제공 등의 지원을 받은 후, ③ 5년 내에 개발사업시행, 형질변경, 사업의 인·허가 등 재산가치 증가사유가 발생하여 이익을 얻었을 것을 [요건]으로 하고, 그 [효과]로 {(재산가치 증가사유 발생일 현재의 재산가액) - (당해 재산의 취득가액) - (통상적인 가치상승분³³⁵⁾) - (가치상승기여분³³⁶⁾}}로 계산된 이익을 증여재산가액으로 한다 (법 제42조의3, 시행령 제32조의3 제3항). 현재의 시가에서 원래의 취득가액과 일정한 기여행위가 없었어도 자연적으로 상승했을 가액 및 토지의 형질변경이나 사업의 인·허가 등 재산가치 증가사유를 만들어내기 위하여 수증자가 자기 돈을 들인 부분을 빼고 남는 부분은 증여자의 기여분에 기인한 것으로 간주하는 것이다.

위 조항의 구조를 분석해보자면 우선 ①은 납세의무자의 범주 내지 기여행위를 하는 자와 납세의무자의 관계가 규율되는 부분이고, ②에는 기여행위의 종류가 서술되며³³⁷⁾, ③에는 구체적인 재산가치 증가사유가 명시된다. 법 제40조(전환사채 등의 주식전환에 따른 이익의 증여) 제1항 제2호 나.목³³⁸⁾에서도 ① 전환사채 등을 받

334) 상증세법 제42조의3이 대표적인 규정이라고 볼 수 있는 이유는 완전포괄주의를 채택한 2003. 12. 30. 개정된 구 상증세법 제2조 제3항에서 '기여에 의한 재산가치 증가'를 포괄적 증여개념에 추가하면서 제42조 제4항 내지 제6항에서 현행법 제42조의3과 유사한 내용을 최초로 규정하게 되었는데, 2004년 개정세법해설에서는 위 개정 내용을 '타인의 기여에 의한 재산가치 증가'로 명명하고 있는 점, 2015. 12. 15. 개정된 상증세법에서 재산가치 사후적 증가로 인한 증여재산가액산정의 일반원칙이 상증세법 제42조의3의 예시규정과 거의 동일한 내용을 담고 있는 점 등을 근거로 추론할 수 있다. 즉 상증세법 제31조 제1항 제3호에서 '재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우'에 관한 증여재산가액의 일반원칙을 '증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치 상승금액'으로 규정하고, 상증세법 시행령 제23조 제1항에서 그 구체적인 계산방법을 정하고 있다. 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여) 제2항도 구체적인 증여재산가액산정방식을 시행령에 위임하고 있는데, 이에 관한 상증세법 시행령 제32조의3 제3항에서 상증세법 시행령 제23조 제1항과 거의 유사한 내용을 규정하고 있다.

335) 증여이익에서 통상적인 가치상승분을 공제하는 것은 하이브리드 증여세의 기초 개념 중 '당초 증여세의 사후정산'과 관련된 것으로 볼 수 있다. 자세한 내용은 제3절 II.5. 참조.

336) 개발사업의 시행, 형질변경, 사업의 인·허가 등에 따른 자본적 지출액 등 당해 재산가치를 증가시키기 위하여 수증자가 지출한 비용을 말한다.

337) 제2절에서 하이브리드 증여의 본질이 '재산의 무상이전'인지 아니면 '기여에 의한 타인의 재산가치 증가'에 해당하는지에 관하여 본격적으로 논의할 것이다. 이 부분에서는 후자에 해당하는 것을 전제로 한 서술이다.

338) 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)

① 전환사채, 신주인수권부사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말한다) 또는

행한 법인의 최대주주나 그의 특수관계인인 주주(나.목의 예)라는 주체(혹은 기여행위자와 관계)가 언급되고, ② 법인으로부터 전환사채 등을 소유주식수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 인수 등을 할 수 있도록 하는 기여행위를 바탕으로, ③ 주식전환 등을 한 날에 전환사채 등에 의하여 교부받은 주식금액이 전환가액을 초과한다는 재산가치 증가사유를 기술하고 있다.

법 제41조의3(주식 등의 상장에 따른 이익의 증여)도 ① 기업의 경영 등에 관하여 공개되지 아니한 정보를 이용할 수 있는 지위에 있다고 인정되는 최대주주 등의 특수관계인이 ② 최대주주 등으로부터 해당 주식을 증여받거나 유상으로 취득 또는 증여받은 재산으로 제3자로부터 취득하는 형태의 기여행위를 통하여 ③ 그 주식을 증여받거나 취득한 날부터 5년 이내에 그 주식 등이 거래소에 상장됨에 따라 그 가액이 증가한다는 재산가치 증가사유를 언급하고 있다.³³⁹⁾ 물론 법 제41조의3(주식 등의 상장에 따른 이익의 증여)이나 법 제40조(전환사채 등의 주식전환에 따른 이익의 증여)가 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’에 해당하는지(상증세법 제2조 제6호 후단), 아니면 ‘재산 또는 이익을 이전하는 것’(상증세법 제2조 제6호 전단)인지에 관하여는 아직 결론내리지 않았다. 이에 관하여는 상장차익 판결 사례를 다루면서 살펴볼 것이다.

위와 같은 증여예시조항들은 재산의 취득 후 주식 등으로 전환, 상장, 합병, 개발사업의 시행 등 사후적인 사정으로 재산가치가 증가한 경우 그 소득이 실현되었을 때 소득세를 과세하는 대신, 입법정책적으로 증여세로 몰아서 한꺼번에 과세하는 조항이다. 즉 통상적인 증여세와 소득세가 함께 섞여 있는 혼종(hybrid) 증여세 조항으로 부를 수 있다. 하이브리드 증여세는 통상 가치가 정점을 이루는 순간을 포착

그 밖의 주식으로 전환·교환하거나 주식을 인수할 수 있는 권리가 부여된 사채(이하 이 조 및 제41조의3에서 “전환사채등”이라 한다)을 인수·취득·양도하거나, 전환사채등에 의하여 주식으로 전환·교환 또는 주식의 인수(이하 이 조에서 “주식전환등”이라 한다)를 함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다. [단서 생략]

2. 전환사채등에 의하여 주식전환등을 함으로써 주식전환등을 한 날에 얻은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익

나. 전환사채등을 발행한 법인의 최대주주나 그의 특수관계인인 주주가 그 법인으로부터 전환사채등을 그 소유주식수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 인수등을 한 경우로서 전환사채등에 의하여 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환가액등을 초과함으로써 얻은 이익

상증세법 제40조 제1항 제1호는 전환사채 자체를 시가와 다르게 인수·취득하여 현재 상태에서 재산의 무상이전이 이루어지므로, 재산가치의 사후적 증가를 요건으로 하는 하이브리드 증여세로는 볼 수 없다. 위 조항의 자세한 요건 분석은 뒤에서 다시 살펴본다.

339) 법 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여)도 법 제41조의3과 구조가 동일하다.

하여 과세하는 것이므로 이후 손실이 발생하였을 때 이를 어떻게 고려하여야 할 것이냐는 미실현이익에 대한 과세 문제가 제기될 수 있다.

3. 하이브리드 증여예시조항의 출현 배경과 연혁

(1) 들어가며

하이브리드 증여예시조항은 외국에서는 찾기 어려운 입법례이다. 미국에서는 과세시기 이후에 일어나는 사건이 증여재산의 평가에 영향을 줄 수 있는지에 대하여 1929년의 미연방대법원은 Ithaca Trust 판결에서 상속개시 후에 발생하는 사건은 재산평가에 영향을 주지 않는다고 판단하였다.³⁴⁰⁾ 독일도 증여세 납세의무는 재산의 이전, 즉 증여의 시점 당시에 이미 성립하고 따라서 증여재산의 가액도 증여 당시의 가액으로 평가된다.³⁴¹⁾ 마찬가지로 증여 뒤의 주가 상승 등 후발적 사정으로 생긴 증가액은 과세대상이 아니라고 보았다.³⁴²⁾ 위와 같이 증여 이후에 발생하는 사건에서 발생한 이익에 대해 증여세를 부과하는 규정은 미국, 독일, 일본 세 나라의 법에서 찾아보기 어렵고, 그 이유를 후발사건에서 사후적으로 생기는 이익은 부의 무상이전에서 생기는 이익은 아니므로, 증여개념을 포괄적으로 정의하더라도 개념 안에 포섭되지 않기 때문이라고 설명하기도 한다.³⁴³⁾ 그렇다면 우리나라에서만 독특하게 위와 같은 규정이 들어서게 된 배경이 있을 것인데, 이에 관하여 살펴보자.

(2) 주식 상장 등에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의 3)

340) Ithaca Trust C.. v. United States, 279 U.S 151 (1929). 위 사건에서 남편이 재산을 남기고 사망하면서 유언으로 부인이 생존하는 동안에는 그 재산의 사용수익권을 부인에게 주고 부인이 사망하면 재산의 소유권이 자선단체로 넘어가도록 하였다. 그런데 이런 상속재산에 대한 세액의 납부기한 전에 부인이 뜻밖에 빨리 사망하는 바람에 상속받은 재산(사용수익권)의 평가가 문제되었다. 남편이 죽던 당시로 계산한다면 부인이 평균여명 기대치로 사용수익권의 가치를 평가하여야 하는 반면, 부인이 실제 생존한 기간이 너무 짧았으므로 사후적 기준으로 본다면 사용수익권의 가치가 너무 높게 평가된 것이 아닌가 하는 의문이 제기된 것이다. 연방대법원은 '과세물건의 가치는 사건 당시의 가치로 평가하여야 하고, 그 가치 역시 미래가 어떻게 될지에 관한 예측에 기초하고 있다. 그 예측이 맞든 틀리든 애초의 가치가 진정한 가치임에는 아무 변함이 없다. 따라서 아내가 누릴 사용수익권의 가치는 사망률표에 따라 계산되어야 한다'고 보았다.

341) 독일 상속세 및 증여세법(Erbchaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz) 제9조 1항 2호.

342) BFH BStB1 1991, 310; 1992, 298 등; 성낙인 외 2인, 전계논문, 96면에서 재인용함.

343) 성낙인 외 2인, 전계논문, 278면.

보통 한국증권거래소 상장이나 한국증권협회 등록이 진행 중인 비상장법인의 상장계획은 기업 바깥에서는 쉽게 접근할 수 없는 내부정보의 성격을 가지게 된다. 법인의 ‘최대주주 등’은 이러한 내부정보에 대한 독점적인 지위를 이용하여 내재가치가 우수하거나 상장을 준비 중에 있는 비상장법인의 주식을 특수관계자에게 증여 또는 매각하거나, 자금을 증여하여 해당 주식을 미리 취득하게 할 수 있다. 이때에는 당시 주식가치에 의하여 계산된 소액의 증여세나 양도소득세를 부담하는 것에 그칠 것인데, 이후 일정기간이 경과하여 비상장법인이 상장되면 내부정보의 미공개로 인하여 적정하게 평가되지 못하였던 주식의 내재가치가 상장을 통해 드러나게 된다. 비상장법인에 대한 법정평가방법은 기업의 ‘미래가치’에 대한 고려 없이 과거지향적이라는 한계를 갖기 마련이다.³⁴⁴⁾ 상장 자체가 회사의 경제적 실체에 영향을 주는 것은 아니지만, 상장기준을 통과하였다는 것은 이미 시장에서 투자가치를 보증받은 것이기 때문에 내재가치 높은 주식인 경우가 많고 결국 상장 이후 대부분 주식가치가 상승하게 된다.³⁴⁵⁾

이러한 사정을 보여준 대표적인 사례를 소개한다.³⁴⁶⁾ 삼성전자 이모 전무는 94년부터 96년까지 삼성그룹 이모 회장으로부터 약 61억 원을 증여받아 증여세 16억 원을 납부한 뒤 나머지 자금으로 1995년 중앙개발(현재의 에버랜드)로부터 그룹 내 비상장회사인 주식회사 에스원 주식 121,880주와 삼성엔지니어링 주식 694,720주를 매입하였다. 주식의 매매가격은 비상장주식에 대한 상증세법상 보충적 평가방법에 따라 정하였다. 이모 전무가 에스원 주식을 산 직후인 1996. 1. 30. 에스원은 주당 공모가 15,000원으로 상장되었고, 삼성엔지니어링은 1996. 1. 24. 상장되었는데, 이모 전무는 상장 후 시세에 따라 두 주식을 매각하여 총 539억 원의 차익을 취득하였다. 이모 전무는 지분매각대금으로 다른 계열사 지분을 추가로 사들였는데, 그 과정에서 양도소득세(당시 상장주식에 대하여는 양도세가 과세되지 않았음)는 물론 증여세의 부담도 없었다.

이에 따라 국회와 행정부는 소득세법령을 개정하여 1999년부터 상장주식이라도

344) 또한 자산가치와 손익가치를 반영하는 비율(현행 상증세법 시행령 제54조에 따라 자산가치 3 : 손익가치 2의 비율)이 자의적이라는 점을 들 수 있다.

345) 한상숙, “비상장주식을 이용한 변칙증여에 대한 과세방법”, 「재정정책논집」, 한국재정정책학회, 1999., 292-293면(이민현, “재산취득 후 재산가치 증가 이익에 대한 증여세 과세제도 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 서울대학교, 2016. 8., 80면에서 재인용함)

346) 이하의 내용은 성낙인 외 2인, 전계논문, 209-210면; 김갑순·정운오·전병욱, “세법의 허점을 이용한 공격적 세무회계와 세금외 비용”, 「세무학연구」 제27권 제2호, 한국세무학회, 2010., 192면. 참조

대주주가 보유하는 상장주식의 대량매매에는 양도소득세를 부과하도록 개정하였고, 1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정된 상증세법은 제41조의3(주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여의제) 규정을 신설하여 최대주주 또는 지분을 25% 이상인 자로부터 그와 특수관계인이 비상장주식을 증여받거나 취득한 경우로서 당해 주식이 증여 또는 취득일로부터 3년 내에 상장되어 증여·취득 시점과 상장 등 이후 3개월이 되는 시점에서의 주식가액이 일정 금액 이상 차이가 나는 경우에는 증여세를 부과하도록 하였다. 이후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정된 상증세법에서는 (a) 특수관계인으로부터 자금을 제공받거나 또는 증여받은 재산을 담보로 차입한 자금으로 특수관계인 외의 자로부터 비상장법인 주식을 취득한 경우, (b) 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수한 주식도 과세대상으로 추가하였다(제41조의3 제5항, 제6항).

(3) 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여(상증세법 제40조 제1항 제2호)

전환사채는 장차 주식으로 전환할 가능성이 있고, 이러한 성질을 이용하여 외부에 공개되지 아니한 기업의 내부정보를 잘 알고 있는 대주주 등이 사모전환사채를 회사로부터 인수하거나 특수관계자에게 취득하게 한 뒤, 당초 예상한 바에 따라 주식가치가 상승하면 이를 주식으로 전환시킴으로써 주식평가액과 전환사채 취득가액의 차액에 상당하는 이익을 자신이나 특수관계인이 취득하도록 하고, 나아가 적은 금액의 세금만 부담하고 특수관계인에게 회사의 지배권을 이전하는 사례가 발생하였다.

위 조항이 출현하게 된 배경이 된 사건을 소개한다.³⁴⁷⁾ 1996. 10. 삼성 계열사인 에버랜드는 99억 5,000만 원의 사모전환사채를 주주배정방식으로 발행할 것을 이사회에서 결의하였다. 그 다음 에버랜드의 법인주주 및 개인주주들이 에버랜드 전환사채 인수를 포기하여 실권하자, 에버랜드는 실권된 전환사채의 상당부분을 자녀들에게 재배정하였는데 장남 이모씨는 1996년에 3회에 걸쳐 에스원 주식을 매각한 대금으로, 나머지 자녀들은 이모 회장으로부터 증여받은 자금으로 전환사채를 인수하였다. 당시에는 전환사채의 주식전환에 관하여 법률상 특별한 기간제한이 없었는데, 이모씨 등 자녀들은 1996. 12. 3. 발행된 에버랜드의 전환사채 중 자신들의 인수분

347) 매일경제, 1993. 12. 18.자 기사(이민현, 전계논문, 64쪽에서 재인용함).

을 1996. 12. 17. 주당 전환가격 7,700원에 주식으로 전환하여 에버랜드의 최대주주가 되었다. 에버랜드는 이후 삼성그룹 전체의 지주회사로 기능하던 삼성생명의 주식을 대량으로 취득하여 삼성생명의 대주주가 되자, 이모씨는 에버랜드를 통해 삼성그룹 전체를 지배할 수 있게 되어 삼성그룹의 경영권과 부가 세습되는 결과가 되었다.

정부는 1996년 초부터 전환사채 등 신종 금융상품을 이용한 변칙 증여를 막기 위한 대책마련에 착수하여 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 개정된 상증세법은 제40조에 전환사채 이익에 대한 증여의제 규정을 신설하여 특수관계인으로부터 전환사채를 취득한 자가 얻은 이익에 상당하는 금액, 즉 전환사채 취득가액과 전환사채를 주식으로 전환하여 교부받을 주식가액과의 차액을 전환사채의 취득 시점에 증여받은 것으로 보아 증여세를 과세하도록 하였다. 그런데 2000. 12. 29. 법률 제6301호로 개정된 상증세법 제40조는 증여의제 이익을 이원화하여 (a) 전환사채 등을 특수관계자로부터 취득하거나, 법인으로 부터 자기 지분을 초과하여 인수하거나, 제3자 배정을 받는 방법으로 전환사채 자체를 저가로 취득하여 얻는 이익과 (b) 전환사채를 특수관계인으로부터 직접 취득하거나, 법인으로 부터 자기 지분을 초과하여 인수하거나, 제3자 배정을 받는 방법으로 취득한 후, 전환권을 행사하여 교부받은 주식가액과 전환가액의 차액 상당의 이익을 별개의 과세대상으로 규율하게 되었다.

(4) 재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여(상증세법 제42조의 3)

위 규정은 완전포괄주의가 채택된 2003. 12. 30. 상증세법 개정으로 제42조 제4항 내지 제6항에서 최초로 규정되었다. 부모가 자녀에게 재산을 증여하거나 직접 또는 관계회사를 통해 대여하고 이 돈으로 재산을 사게 한 뒤 그 재산의 가치가 상승하도록 관리하는 사례가 있다. 이 경우 증여 이후 재산의 가치가 증가한 것이기는 하지만 자녀는 해당 재산을 취득·관리할 능력이 없음을 고려한다면 재산 가치증가는 오로지 부모 덕택이므로, 이러한 재산에 대해서는 부모가 자녀에게 최종 결과물을 증여한 것으로 보아 과세할 필요가 생겼다.³⁴⁸⁾ 2015. 12. 15. 상증세법 개정 시 제42조의3(재산취득 후 재산가치의 증가에 따른 이익의 증여)의 독립조항으로 옮기고 재산가치 증가사유 중 상증세법 제41조의3(주식의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41

348) 이창희, 「세법강의」, 박영사, 2021., 1209면.

조의5(합병 등에 따른 상장 등 이익의 증여)와 겹치는 것으로 볼 수 있는 ‘주식·출자지분의 상장 및 합병’을 삭제하였다.

4. 제3장에서 논의할 내용과 전개방향

하이브리드 증여예시조항도 포괄적 증여개념인 ‘기여에 의한 재산가치 증가’를 구체화는 규정이므로, 위 예시규정에 의하지 않더라도 포괄증여 조항에 따라 과세할 수 있을지가 문제된다. 즉 위에서 본 ①, ②, ③의 요건에 명시되지 아니한 유형에 대하여도 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 있을 것인가? 과세할 수 있다면 그 근거가 ‘재산이나 이익의 이전’인지, ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’인지도 따져보아야 한다. 제1절에서는 일단 상장차의 판결 사안과 신주인수권 판결 사안을 제시하고 각 규정의 과세요건에 해당하는지 여부에 관한 법원의 판단 내용을 제시할 것이다. 두 가지 사안은 위에서 본 과세요건의 본질을 설명하기에 적합한 측면이 있기도 하고, 관련 규정의 체계가 복잡하여 먼저 사례를 중심으로 보는 것이 규정의 내용을 이해하는데 효율적이기 때문이다.

제2절에서는 하이브리드 증여가 부의 무상이전에 관한 완전포괄주의 적용을 받을 수 있는지에 관한 이론적 논의로 출발할 것이다. 즉 하이브리드 증여의 본질이나 포괄증여 조항의 관계를 살펴보고, 상장차의 판결에서 대법원의 입장을 확인해볼 것이다. 이후 하이브리드 증여는 ‘부의 무상이전’ 보다는 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’에 가까운 편이고, 후자 역시 포괄증여 조항에 언급된 개념임에도 포괄증여 조항 자체만으로는 과세하기 어렵다는 필자의 생각을 전개하기로 한다.

만약 포괄증여 조항에 의한 과세를 부정한다면 이후의 주된 논의의 대상은 하이브리드 증여예시조항을 토대로 예시조항을 벗어나는 사안에 대하여 유형별 포괄주의에 의하여 과세할 수 있는지 여부이다. 다만 논의의 대상을 조금 한정할 필요가 있다. 우선 ①의 주체나 관계 요건은 대부분 일정한 기여행위를 하는 특수관계인과 납세의무자의 관계를 정하고 있다. 위 요건을 벗어나는 행위에 관하여도 유형별 포괄조항을 적용할 수 있을까? 유형별 포괄주의란 일정한 행위나 거래를 개별 규정에 빠짐없이 기술하는 것이 곤란하기 때문에 등장한 개념이라는 점을 고려해보면 일단 주체나 관계 요건과는 다소 거리가 멀다고 생각할 수 있다. 이에 관하여는 제3절

V. 기타 사례 중 ‘신라젠 사건’의 하급심 판결과 관련하여 살펴보기로 한다. ③의 재산가치 증가사유에 관한 요건은 상장에 따른 증여이익이나 전환사채 등의 증여이익은 증가사유 자체를 ‘상장’, ‘전환권(또는 신주인수권)의 행사’로 한정하고 있으므로 이를 벗어난 사안에서 실무상 문제된 바가 아직 없어서 별도로 논의할 여지가 크지 않다.³⁴⁹⁾ 다만 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)에서는 재산가치 증가사유가 다양하게 규정되어 있으므로, 여기서 어떠한 공통적인 개념을 추출하여 유형별 포괄주의를 적용할 수 있는지를 제4절에서 살펴볼 것이다.

② 기여행위에 관한 요건은 실제 사례에서도 자주 문제되고, 유형별 포괄주의를 적용하기 위한 중요한 개념 요소(뒤에서 볼 ‘기존 증여의 사후정산’ 또는 ‘장래기회의 이전’)에 관한 논의도 대부분 이곳에 집중될 것이다. 이에 관하여는 제3절 ‘상증세법의 개정과 유형별 포괄주의’의 문제에서 하이브리드 증여의 개념요소(기존 증여의 사후정산 및 장래기회의 이전)를 추출해보고 모델 사례를 제시하여 각 거래 형태의 조합에 따라 위와 같은 개념요소가 어떻게 발현되는지를 분석하는 과정이 따를 것이다. 양자의 개념 요소 중 무엇이 주된 것인지를 가리고 그에 맞추어 유형별 포괄주의를 적용하였을 때 상장차익 판결과 신주인수권 판결 사안에서 과세가 가능하다는 결론을 도출해 보겠다. 또한 최근 사안으로서 ‘락앤락 사건’과 ‘신라젠 사건’을 살펴보면서 앞의 이론적 논의가 구체적으로 적용되는 과정을 되짚어 볼 예정이다.

제4절에서는 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치의 증가에 따른 이익의 증여)의 과세요건을 분석해보고, 여기에 유형별 포괄주의를 어떻게 접목시킬 수 있을 것인지에 관한 검토를 해보았다. 규정 자체가 추상적인 형태로 되어 있고, 선례가 많지 않지만 현재 주어져있는 자료를 토대로 불완전하나마 이론적 분석을 시도하였고 Y개발 사례에 대한 검토도 추가하였다.

II. 주식상장 등에 따른 이익의 증여 규정의 과세요건과 상장차익 판결

349) 다만, 이러한 기여행위 외에 유사한 형태의 다른 행위에 대하여도 유형별 포괄주의에 따라 과세할 여지는 없지 않은데, 이에 관하여는 후술하기로 한다.

1. 사례의 제시³⁵⁰⁾

[상장차익 판결³⁵¹⁾의 사안] 원고는 ○○그룹의 지주회사인 A회사의 대표이사로서 B회사의 유상증자 과정에서 2009. 8. 18. 주주인 A, C, D, E 회사 등(모두 원고와 특수관계가 있음)이 신주인수를 포기하여 발생한 실권주 전부를 인수하면서 2009. 8. 20. 인수대금을 납입하였다. B사는 2010. 11. 26. 코스닥 상장에 성공하여 그로부터 3개월 후(정산기준일)에 주식가치가 크게 올랐다. 원고가 얻은 이익에 대하여 법 제 41조의3 아니면 포괄증여 조항에 따라 과세할 수 있는가?

2. 과세요건의 분석

구 상증세법 제41조의3 제1항³⁵²⁾의 과세요건을 보면, ‘최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 해당 법인의 주식을 증여받거나 유상으로 취득한 경우에는 증여받거나 취득한 날, 증여받은 재산으로 최대주주 등이 아닌 자로부터 해당 법인의 주식 등을 취득한 경우에는 취득한 날로부터 5년 내에’ 라고 규정하고 있고, 제6항에서 ‘제1항을 적용할 때 주식등의 취득에는 법인의 자본을 증가시키

350) 이해의 편의를 위해 ‘상장차익 판결’의 실제 사안을 최대한 단순하게 변형하였다. 다음 항에서 보게 될 ‘신주인수권 판결’의 사안도 마찬가지이다.

351) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두35691 판결. 공간된 판결은 아니지만, 하이브리드 증여에서 조항의 과세요건이 충족되지 않을 경우 포괄증여 조항에 따라 과세할 수 있는지가 문제된 최초의 사례로서 검토할만한 가치가 있다.

352) 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여)

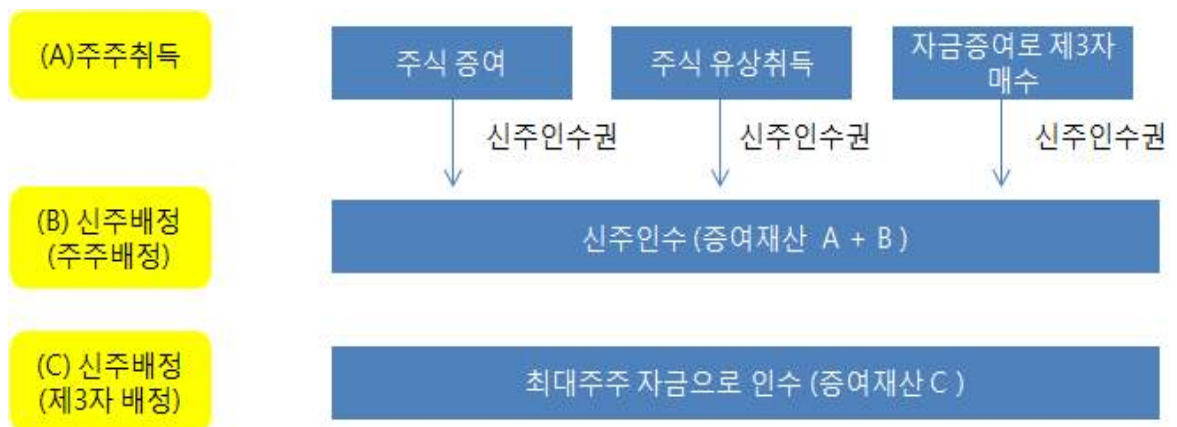
① 기업의 경영 등에 관하여 공개되지 아니한 정보를 이용할 수 있는 지위에 있다고 인정되는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 이 조 및 제41조의5에서 “최대주주등”이라 한다)의 대통령령으로 정하는 특수관계인이 최대주주등으로부터 해당 법인의 주식 또는 출자지분(이하 이 조와 제41조의5에서 “주식등”이라 한다)을 증여받거나 유상으로 취득한 경우에는 증여받거나 취득한 날, 증여받은 재산(주식등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주등으로부터 증여받은 재산을 말한다. 이하 이 조와 제41조의5에서 같다)으로 최대주주등이 아닌 자로부터 해당 법인의 주식등을 취득한 경우에는 취득한 날부터 5년 이내에 그 주식등이 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 거래소허가를 받은 거래소(이하 “거래소”라 한다)에 상장(증권시장에 상장된 것을 말한다)됨에 따라 그 가액이 증가한 경우로서 그 주식등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세 과세가액(증여받은 재산으로 주식등을 취득한 경우는 제외한다. 이하 제41조의5에서 같다) 또는 취득가액을 초과하여 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다. 이 경우 납세자가 제시하는 재무제표 등 대통령령으로 정하는 서류에 의하여 기업가치의 실질적인 증가로 인한 것으로 확인되는 이익은 증여재산가액에 포함하지 아니한다.

[각호 생략]

⑥ 제1항을 적용할 때 주식등의 취득에는 법인이 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수하거나 배정받은 신주를 포함한다.

기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수하거나 배정받은 신주를 포함한다' 고 규정하고 있다.³⁵³⁾ 이것을 보면 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 ❶ (최대주주 또는 제3자로부터) 기존 주식을 직접 취득하는 유형이 있고, ❷ 신주를 발행받은 유형이 있음을 알 수 있다. ❶은 다시 ❶ 최대주주로부터 주식을 증여받은 경우, ❷ 최대주주로부터 주식을 유상으로 취득한 경우, ❸ 최대주주로부터 돈을 증여받아 그 돈으로 제3자의 주식을 매수하여 취득한 경우로 나누어 볼 수 있다. ❷는 다시 ① 주주 배정으로서 위 ❶과 같이 취득한 주식에 기초하여 신주를 배정받는 경우³⁵⁴⁾와 ② 제3자 배정³⁵⁵⁾으로서 ❶과 같은 기초주식은 없지만 최대주주로부터 증여받은 돈으로 신주를 취득하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 이를 도표로 표현하면 아래와 같다.

[그림 3] 상장차익 과세요건 체계도



❶ 주식 취득의 경우를 보면 최대주주로부터 주식을 증여받은 경우와 자금을 증여받은 경우는 기초행위 자체가 증여에 해당하는 점은 의문이 없다. 그런데 ‘주식

353) 상장이익에 관한 기존 판례(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결 등)에 의하면, 제41조의3 제6항의 해석에 관하여 ㉠ 최대주주 등으로부터 증여받거나 취득한 주식에 기초하여 법인으로부터 취득한 신주 또는 ㉡ 최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 법인으로부터 취득한 신주 또는 ㉢ 최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 취득한 주식에 기초하여 법인으로부터 취득한 신주는 적용대상에 해당한다고 보았다.

354) ❶ 단계의 요건을 충족하면 신주배정 단계에서는 자신의 돈으로 취득하던 특수관계자로부터 증여받은 돈으로 취득하던 구별하지 않고 모두 증여세의 과세대상이 된다. 한편 기초가 되는 주식을 자력으로 취득하여 주주배정을 받게 되었으나, 신주인수대금을 증여받아 납입한 경우도 해석상 포함된다고 할 것이다. 2015. 12. 15. 개정전 구 상증세법 제41조의3 제1항의 해석상 그러하다.

355) 주주배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준은 회사가 당초에 주주들에게 신주를 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 달려 있으므로, 주주배정방식을 취하였으나, 주주가 신주인수를 포기하여 회사가 이사회 결의로 제3자에게 처분한 경우는 엄밀히는 제3자 배정 방식이 아니라 ‘주주배정’ 방식이다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결). 다만 이 글에서 제3자 배정은 최초부터 제3자 배정방식으로 신주가 발행된 경우뿐만 아니라, 당초 주주배정 방식이었으나 실권주가 발생하여 결과적으로 제3자에게 배정된 상장차익 판결 사안과 같은 경우도 포함하는 것으로 전제한다.

을 유상으로 취득' 하는 경우는 그 자체는 증여가 아니므로, 기초행위는 증여가 아니라고 볼 수도 있다. 이에 관하여 헌법재판소는 '유상으로 취득한 경우도 비록 주식 그 자체에 대한 증여로는 볼 수 없으나 그 주식은 결국 상장이익을 포함하고 있다는 점에서 최대주주 등이 상장이익을 증여한 것과 경제적 효과가 같다' 고 설명하고 있을 뿐이다.³⁵⁶⁾ 2 단계에서 주주배정은 신주를 인수하게 된 기초 주식의 취득 과정에 증여의 요소가 있다고 볼 수 있고, 제3자배정 역시 신주인수자금에 대하여 같은 측면이 있다고 말할 수 있다. 실제 사안에서 위와 같은 증여의 요소를 갖추지 못하여 법문을 벗어난 경우에는 어떻게 취급해야 할지에 관해서는 제3절에서 다시 살펴보겠다.

3. 상장차익 판결의 내용

위 판결은 일단 "위 규정들의 내용 및 취지와 아울러 그 문언과 체계에 비추어 보면, 법 제41조의3 제6항에서 정한 '신주'에는 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식에 기초하지 아니하고 또한 증여받은 재산과도 관계없이 인수하거나 배정받은 신주가 포함되지 아니하므로, 이러한 신주에 의하여 상장이익을 얻었다 하더라도 법 제41조의3 제1항에서 정한 증여재산가액에 해당한다고 볼 수 없다" 고 법리를 전제한 뒤, "원고가 취득하게 된 이 사건 주식은 ○○ 등 최대주주의 신주인수권 포기 후 원고가 배정받아 자신의 자금으로 인수하게 된 주식에 불과할 뿐, 원고가 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식 또는 증여받은 재산 등에 기초하여 취득한 신주가 아니므로" 법 제41조의3 제1항 내지 제6항에서 정하는 증여재산가액에 해당하지 아니하여 과세대상에서 제외된다고 판단하였다.

즉 원고는 기존 주주가 아니었으므로, 넓은 의미의 제3자 배정을 받은 것인데, 신주인수대금을 최대주주 등으로부터 증여받은 것이 아니라 자신의 돈으로 납입하였으므로, 제41조의3에 따른 과세대상에 해당하지 못하는 것이다. 앞의 도표로 보면, (A)의 기존 주식 취득 과정이 없고, (C)의 제3자 배정 유형에 들어가는데, 신주인수대금을 증여받지 않았으므로 과세요건에 포함되지 못하는 것이다. 이 지점에서 포

356) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2012헌가5 결정

포괄증여 조항의 적용 문제가 대두되었고, 제2절에서 살펴보겠다.

III. 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여 규정의 과세요건과 ‘신주 인수권 판결’

1. 사례의 제시

[신주인수권 판결³⁵⁷⁾의 사안] 원고는 세포치료제 연구개발 등을 영위하는 상장법인 A회사의 대표이사이자 A회사의 최대주주인 B회사의 최대주주이다(다만, A회사의 주주는 아니었다). A회사는 2009. 12. 29. 권면총액³⁵⁸⁾ 80억 원의 신주인수권부 사채를 발행하였다. 하나은행이 이를 모두 인수한 뒤 2009. 12. 30. 신주인수권만을 분리하여 ○○증권에 매도하였고, 원고는 같은 날 ○○증권으로부터 액면총액 40억 원의 신주인수권을 1억 6,000만 원에 인수하였다. A회사는 이후에도 계속 영업손실이 발생하여 2012. 3. 관리종목으로 지정되었고 그 때까지 주가는 계속 하락하다가, 2012. 6. 독집자의 A회사 유상증자 참여가 확정되면서 주가가 급등하였다. 원고는 2012. 10. 9. 행사가격 700원에 신주인수권을 행사하여 당시 1주당 주가가 7,000원이었던 A 주식을 취득하여 많은 이익을 얻었다. 원고가 얻은 이익에 대하여 구 상증세법 제40조 아니면 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 있는가?

2. 과세요건의 분석

구 상증세법 제40조 제1항 제1호는 신주인수권부사채³⁵⁹⁾를 인수, 취득, 양도하는

357) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2016두59546 판결. 마찬가지로 공간된 판결은 아니지만, 하이브리드 증여예시조항의 과세요건을 충족하지 못하는 경우에 유형별 포괄조항에 따른 과세가 문제된 최초의 사례로서 중요한 의미를 가진다.

358) 신주인수권의 권면가액이란 신주인수권이 행사될 때 인수가능한 주식 수를 결정하는 역할을 한다. 위 사건에서 원고는 권면총액 40억 원의 신주인수권을 취득하였고, 나중에 행사하는 시점에 행사가격이 1주당 773원이 되었다. 이에 따라 원고가 인수가능한 주식의 수는 (4,000,000,000원 ÷ 773원)이란 산식에 따라 5,174,644주가 나오게 되었고, 원고가 실제로 인수한 주식수도 5,174,644주로서 거의 일치한다.

과정에서 발생하는 이익을 아래와 같이 세 가지로 분류하고 있다.

- i) 특수관계인로부터 신주인수권부사채를 저가로 취득하는 경우(가.목)
- ii) 발행법인의 최대주주나 그와 특수관계인으로서 주주인 자가 그 법인으로부터(자본 시장법상 인수인으로부터 인수·취득한 경우를 포함, 이하 같음) 지분비율을 초과하여 신주인수권부사채를 저가로 인수·취득하는 경우(나.목)
- iii) 발행법인의 주주 아닌 자로서 최대주주와 특수관계에 있는 자가 그 법인으로부터 신주인수권부사채를 저가로 인수·취득하는 경우(다.목)

i)은 신주인수권부 사채를 특수관계인으로부터 취득할 당시부터 저가로 취득하여 그 상태에서 발생하는 이익을 다루고 있으므로, 특수관계인으로부터 저가양도(제35조)에 준하는 통상적인 부의 무상이전에 해당하고, 사후적 재산가치 증가에 관한 것이 아니다. ii), iii)은 신주인수권부 사채를 저가로 발행하여 주주 사이에 이익을 분여하거나, 주주가 주주 아닌 자에게 이익을 분여하는 법 제39조(증자에 따른 이익의 증여)의 구조를 따온 것이므로, 자본거래를 통하여 경제적 이익이 간접적으로 무상이전되는 것이고 마찬가지로 사후적 재산가치 증가에 관한 것이 아니다.

구 상증세법 제40조 제1항 제2호는 신주인수권의 행사 내지 신주인수권부사채의 양도에 관하여 아래의 세 가지 경우를 증여이익을 규정하고 있다.³⁶⁰⁾

- i) 신주인수권부사채를 특수관계인로부터 취득한 경우로서 신주인수권에 의하여 교부받은³⁶¹⁾ 주식가액이 행사가액을 초과하는 경우(가.목)
- ii) 발행법인의 최대주주나 그와 특수관계인으로서 주주인 자가 그 법인으로부터 지분비율을 초과하여 신주인수권부 사채를 인수·취득하는 경우로서 신주인수권에 의하여 교부받은 주식가액이 행사가액을 초과하는 경우(나.목)
- iii) 발행법인의 주주가 아닌 자로서 최대주주의 특수관계인이 그 법인으로부터 신주인수권부사채를 인수·취득한 경우로서 신주인수권에 의하여 교부받은 주식가액이 행사가액을 초과하는 경우(다.목)

359) 법문은 전환사채, 신주인수권부 사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말함) 등을 '전환사채 등'으로 표현하고 있으나, 신주인수권 판결 사안은 신주인수권부 사채가 문제된 사안이므로, 위와 같이 쓰기로 한다.

360) 위 세 가지 외에 교부받은 주식가액이 행사가액보다 낮은 경우(라.목), 신주인수권부 사채를 특수관계인에게 고가양도하는 경우(마.목)이 있으나, 논의의 집중을 위해 생략하기로 한다.

361) 법문상 '교부받았거나, 교부받을 주식가액'이고, '교부받을 주식가액'은 신주인수권을 행사하기 전에 제3자에게 양도한 경우 그 양도시점에서 신주인수권을 행사한 것으로 의제하여 증여이익을 계산하는 것인데(시행령 제30조 제4항 제2호 참조), 본 사안과는 관계가 없으므로, 논의의 단순화를 위하여 '교부받은 주식'만 상정하기로 한다.

제2호는 신주인수권부사채 자체는 적정한 가격에 인수·취득하였으나, 그 후 법인의 주식가치가 증가하는 사정이 발생하여 신주인수권을 행사하였을 때 주식의 시가보다 행사가가 낮아서 결과적으로 신주인수권을 행사한 자가 이익을 보는 상황에서, 특수관계인 사이에서 이익분여가 이루어지거나(위 i)의 경우), 주주들 사이에 이익분여가 이루어지거나(위 ii)의 경우), 주주들과 제3자 사이에서 이익분여가 이루어지는 상황(위 iii)의 경우)을 상정한 것이다. 이것은 신주인수권의 취득 이후 행사시점에 재산가치가 사후적으로 증가하는 상황에 해당한다. 신주인수권부 사채 자체를 저가로 취득하여 이익을 얻은 경우로 제1호에 해당하는 동시에 신주인수권의 행사로 인하여 이익을 얻어 제2호에도 해당한다면, 양자를 구별하기 위해서 제2호의 이익을 계산할 때에는 제1호의 이익이 있으면 이를 차감하여 계산하도록 정하고 있다(시행령 제30조 제5항 제2호).

3. 신주인수권 판결의 내용

해당 사안을 보면 원고는 A회사의 최대주주인 다른 회사 B의 최대주주이므로, A회사를 기준으로 볼 때 ‘최대주주의 특수관계인’에 해당한다. 다만 원고는 A회사의 주주는 아니었으므로 제2호 나.목은 문제되지 않고, 제3자 배정에 해당하는 제2호 다.목에 해당될 수 있었다. 그런데 위 판결의 원심은 물론, 대법원도 위 조항이 적용되지 않는다고 보았다. 무엇이 문제였을까? 법문을 보면 신주인수권부 사채를 인수하여 취득하는 경우는 제2호 나.목과 다.목 모두 그 상대방을 ‘법인’으로 규정하고 있는 것이 문제였다. 회사가 사채를 발행할 때 이를 1차로 취득하는 것을 보통 ‘인수’라고 하므로 입법자는 그러한 통상적인 상황을 염두에 두고 위와 같이 규정하였을 것이다. 나아가 자본시장법상 인수인이 개입할 경우를 고려하여 제1호 나.목에서 법인으로부터 인수·취득하는 것에는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제9조 제1항에 따른 인수인’으로부터 인수·취득한 경우도 포함하는 것으로 규정하고 이를 다른 호에도 적용하도록 하였다.

그런데 위 사건은 「A회사 → 하나은행(사채인수) → ○○증권(신주인수권증권만 분리하여 매수) → 원고」의 순서로 취득이 이루어졌는데, 원고의 거래상대방인 ○○증권은 채권발행법인도 아니고, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본

시장법')상 인수인도 아니었기 때문에 위 법문에 해당할 수 없게 된 것이다.³⁶²⁾ 그러나 원심은 당초부터 원고가 이 사건 신주인수권을 매수할 것을 예정하고 있었던 점, 원고는 A회사의 최대주주인 B회사의 최대주주로서 내부 정보를 잘 알 수 있는 지위에 있었던 점, 원고가 신주인수권 행사로 인수한 주식을 곧바로 매각하여 약 200억 원의 시세차익을 얻은 점 등을 근거로, 원고가 A회사로부터 직접 신주인수권을 취득할 경우 부담하게 되는 증여세를 부담하게 회피하기 위하여 「A회사 → 하나은행(사채인수) → ○○증권(신주인수권증권만 분리하여 매수) → 원고」의 우회 거래 형식을 취한 것이므로, 구 상속세법 제2조 제4항³⁶³⁾을 적용하여 위 거래관계를 「A회사 → 원고」로 재구성하여 상속세법 제40조 제1항 제3호, 제2호 가.목³⁶⁴⁾이 적용된다고 보았다. 위 사안에서 원고의 거래과정을 조세회피행위로 보아 부인할 수 있을지는 별론으로 하고, 적용한 법률 조항이 타당한 것인지는 의문이 있다.³⁶⁵⁾

그러나 신주인수권 판결은 원심과 달리 ‘①(번호는 필자가 임의로 부가함) A회사는 회사 운영에 필요한 자금을 조달할 필요가 있었고, 하나은행의 요구에 의하여 대표이사인 원고가 신주인수권을 의무적으로 매입해야 했는데, A 회사의 입장에서도 운영자금을 마련하면서 사채와 신주인수권을 분리함으로써 경영상의 제한을 최

362) 자본시장법 제9조 제11항에 의하면, ‘인수’란 증권을 모집·사모·매출하는 것인데, 하나은행→○○증권으로 넘어가는 단계에서는 새로운 증권이 발행된 바 없으므로, 증권의 발행을 전제로 하는 ‘모집’이나 ‘사모’에 해당할 여지가 없고, 50인 이상에 대하여 매수의 청약을 권유한 바도 없어서 ‘매출’에 해당할 수도 없다. 따라서 ○○증권은 자본시장법상 ‘인수인’이 될 수 없다.

363) 구 상속세 및 증여세법(2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 것)

제2조(증여세 과세대상)

④ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 상속세나 증여세를 부담하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질(實質)에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항을 적용한다.

위 조항은 국제기본법 제14조 제3항과 중복되므로 별도로 규정할 필요가 없다고 보아, 2013. 1. 1. 삭제되었다.

364) 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)

① 전환사채, 신주인수권부사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말한다) 또는 그 밖의 주식으로 전환·교환하거나, 주식을 인수할 수 있는 권리가 부여된 사채(이하 이 조에서 "전환사채등"이라 한다)을 인수·취득·양도하거나, 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

2. 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 하거나 전환사채등을 양도함으로써 얻은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익

가. 전환사채등을 특수관계인으로부터 취득한 경우로서 전환사채등에 의하여 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환·교환 또는 인수 가액(이하 이 항에서 "전환가액등"이라 한다)을 초과함으로써 얻은 이익

3. 제1호 또는 제2호에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 전환사채 등의 거래를 하거나 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환 등을 함으로써 특수관계인으로부터 직접 또는 간접적으로 얻은 이익

365) 우선 재구성을 긍정할 경우 주주가 아닌 자로서 최대주주의 특수관계인인 원고가 법인으로부터 신주인수권부 사채를 인수한 경우이므로, 제2호 가.목이 아닌 제2호 다.목이 적용될 사안으로 보인다. 두 번째, 재구성을 긍정할 경우 적용법조는 제2호 다.목으로 특정되는 것이지, 다시 여기에 유형별 포괄주의에 관한 제3호를 덧붙일 필요는 없어 보인다.

소화할 수 있는 장점이 있었던 점³⁶⁶), ② 하나은행은 사채와 분리된 신주인수권을 곧바로 매각함으로써 수익을 조기에 실현할 수 있었던 점, ③ ○○증권 역시 거래에 참여하여 중개수수료 상당의 수입을 얻을 수 있었던 점 등을 이유로 A회사나 하나은행, ○○증권이 각자의 사업 목적에 따른 거래의 결과일 뿐, 조세를 회피하려는 목적이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 그 밖에 신주인수권의 행사가격도 특수관계가 없는 A회사와 하나은행 사이에서 객관적으로 결정된 점, A회사의 주가는 상승과 하락을 반복하다가 2012. 6. 24.경 녹십자의 유상증자 참여라는 우발적 사정으로 주가가 급등한 것이지, 원고의 신주인수권 취득 당시부터 주가 상승을 예상하였다고 보기 어려운 점' 등을 이유로, 조세회피를 목적으로 하는 우회거래라고 볼 수 없어 거래관계를 「A회사 → 원고」로 재구성할 수 없다고 보았다.

위 판결을 이해하기 위해서는 현재 대법원이 거래의 재구성에 관한 국세기본법 제14조 제3항 내지 구 상증세법 제2조 제4항의 적용 요건에 관하여 취하고 있는 입장을 확인해볼 필요가 있다. 구 상증세법 제2조 제4항에 관한 거래의 재구성을 최초로 인정한 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963 판결(이른바 ‘교차증여 판결’)은 위 조항의 적용요건에 관하여 다음과 같이 실시하고 있다(밑줄 및 굵은 표시는 필자 주).

구 상속세 및 증여세법(2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제2조 제4항, 제3항에 의하여 당사자가 거친 여러 단계의 거래 등 법적 형식이나 법률관계를 재구성하여 직접적인 하나의 거래에 의한 증여로 보고 증여세 과세대상에 해당한다고 하려면, **납세의무자가 선택한 거래의 법적 형식이나 과정이 처음부터 조세 회피의 목적을 이루기 위한 수단에 불과하여 재산 이전의 실질이 직접적**

366) 전환사채나 신주인수권부 사채는 보통의 사채(社債)발행으로는 자금을 조달하기 어렵거나, 사채이율이 부담스러운 경우, 주식을 통한 회사의 지배 가능성이란 선택권을 부여하여 보다 쉽게 자금을 조달하거나 사채이자율을 낮추기 위한 금융상품이다. 그런데 실제 신주인수권부 사채가 유행한 금융감독원의 전자공시시스템을 통하여 확인된 2009. 7. 1. ~ 2011. 11. 30. 사모 방식을 통하여 신주인수권부사채를 취득한 금융기관이 발행 당일 신주인수권을 매각 한 내역을 보면, 시중은행의 경우 64건 중 59건(92.2%), 저축은행의 경우 93건 중 63건(67.7%)이 신주인수권부사채가 발행된 당일 최대주주 등 특수관계자에 매각된 것으로 확인된다. 당시에는 인수은행이 신주인수권의 절반 정도를 대주주에게 넘기는 것이 유행이었다고 한다. 대주주 입장에서는 신주인수권을 통하여 지분율이 떨어지는 것을 막을 수 있고, 인수자는 대주주에게 신주인수권 증권을 되팔면서 일정한 이익을 조기에 확보할 수 있으며, 나머지 신주인수권의 절반은 시장에 유통시키거나 주가 상승기에 자신이 직접 행사하는 등 쓸 수 있는 카드가 많아지기 때문이라고 한다. 즉 대주주와 증권인수인의 이해관계가 맞아떨어진 결과로 설명한다(the bell-국내 최고 자본시장미디어, ‘사모BW 절반은 대주주의 몫?’, 2009. 2. 13.자 기사, <https://thebell.co.kr/free/content/ArticleView.asp?key=47950&code=00>). 신주인수권 판결 사안에서도 ○○증권은 자신이 인수한 신주인수권 권면총액 80억 원 중 절반을 원고에게 1억 6,000만 원에 매도하였다.

인 증여를 한 것과 동일하게 평가할 수 있어야 하고, 이는 당사자가 그와 같은 거래 형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 거래 과정을 거친 경위, 그와 같은 거래 방식을 취한 데에 조세부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 거래 또는 행위 사이의 시간적 간격, 그러한 거래 형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

위 판결에 대한 대법원 판례해설³⁶⁷⁾은 미국 판례의 단계거래의 원칙(step transaction doctrine)과 국내 학계의 견해 등을 취합하여 구 상속세법 제2조 제4항의 적용요건을 다음과 같이 제시하고 있다.

① 당사자들이 처음부터 제3자를 통한 간접적 거래 또는 여러 단계의 거래를 특정한 목적에 대한 증여라는 최종 목적달성을 위해 의도된 수단으로 이용한 경우일 것.

② 각각의 제3자를 통한 간접적 거래 또는 단계별 거래들 사이에 어느 하나가 없다면 나머지도 이루어지지 않았을 것이라는 상호의존적인 관계가 존재할 것.

③ 각각의 제3자를 통한 간접적 거래 또는 단계별 거래로 인하여 당사자가 경제적 위험이나 조세채무 등을 부담할 가능성이 없거나 비교적 적으며 그 자체로는 조세회피목적 외에 별다른 사업상 목적이 없는 거래에 불과할 것.

우선 A회사가 신주인수권부 사채를 발행할 당시 원고가 인수할 것이 예정되었고, 불과 이틀 사이에 ‘A회사 → 하나은행 → 한양증권 → 원고’의 순으로 발행·이전되었다는 점에서 ②번 요건은 일응 충족된다고 볼 여지가 있다.

그러나 A회사가 신주인수권부사채를 발행한 것은 원고에게 부를 무상으로 이전(혹은 장래 가치상승의 기회를 이전)하기 위한 것이 아니라 당시 자금사정의 압박이나 경영상 어려움에서 벗어나기 위한 것이었다는 점, 앞서 판시 내용에서도 언급한 바와 같이 A회사, 하나은행, 한양증권의 각 주체가 조세회피와는 무관한 각자의 사업 내지 경영상 목적을 가지고 있었다는 점, 신주인수권의 행사가격도 당초 행사가격(1,116원)이 정해지고, 이후 매 3개월 마다 주가를 반영하여 조정되는 것으로 정해졌는데, A회사의 주가가 등락을 거듭하다가 4개 사업연도 연속 영업손실 발생으로 2012. 3.에는 관리종목으로까지 지정되면서 2012. 5.에는 주가가 1주당 533원까지 하락하였다가 2012. 6.말 녹십자가 유상증자에 참여하면서 주가가 급등하는 추세 속에서 2012. 8.에는 주가의 상승이 아직 덜 반영된 1주당 773원으로 조정된 후 2012.

367) 이정원, “실질과세원칙에 따른 거래의 재구성-이른바 교차증여를 직접증여로 재구성할 수 있는지 여부-”, 대법원판례해설 111호, 법원도서관, 2017., 449-450면.

10.에 위 행사가격에 신주인수권을 행사한 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 처음부터 신주인수권의 발행과 취득 및 행사라는 일련의 행위를 통하여 신주 관련 차익을 얻을 것을 예정하면서 법문상 ‘인수인’ 요건을 피하기 위하여 한양증권을 끼워 넣은 우회거래를 하였다고 보기는 어렵다. 따라서 ❶의 요건(당사자들이 처음부터 제3자를 통한 간접적 거래 또는 여러 단계의 거래를 특정인에 대한 증여라는 최종 목적달성을 위해 의도된 수단으로 이용한 경우일 것) 내지 ❸의 요건(각각의 제3자를 통한 간접적 거래 또는 단계별 거래로 인하여 당사자가 경제적 위험이나 조세채무 등을 부담할 가능성이 없거나 비교적 적으며 그 자체로는 조세회피목적 외에 별다른 사업상 목적이 없는 거래에 불과할 것)은 충족되었다고 평가하기도 어려울 것이다.

다만 신주인수권 판결에서는 구 상증세법 제2조 제4항(실질과세원칙)에 의한 거래관계의 재구성이 가능한지 여부만 문제되었을 뿐, 포괄증여 조항에 의한 과세가 가능한지는 직접 쟁점이 되지 아니하여 원심이나 대법원의 판단 대상이 되지는 않았다. 앞의 제2장 제2절 IV.1.(증여세 포괄주의와 실질과세원칙 적용문제의 준별)에서 보았듯이 조세회피의 목적이 뚜렷한 경우가 아니라면 실질과세원칙을 적용하여 거래관계를 재구성하는 것은 쉽지 않아 보인다.

제2절 하이브리드 증여예시조항³⁶⁸⁾³⁶⁹⁾과 포괄증여 개념

I. 하이브리드 증여예시조항에 관한 기존 논의

소득세법은 양도소득의 의미와 관련하여 양도를 ‘자산에 대한 등기, 등록에 관계없이 매도, 교환, 법인에 대한 현물출자 등으로 자산이 유상으로 사실상 이전되는 것’으로 규정하여(소득세법 제88조 제1항), 당해 자산의 자본이득이 양도거래를 통해 실현되기 전까지는 과세하지 않는 실현주의를 취하고 있다. 그런데 하이브리드 증여예시조항은 재산가치가 사후적으로 증가한 이익에 대해서 양도거래 이전의 미 실현이익을 증여세로 과세하는 특이점을 가지고 있다. 이를 ‘부의 무상이전’ 이라는 포괄적 증여개념의 틀 속에서 이해할 수 있을지에 관하여 다음과 같이 다른 입장이 존재한다. 이에 대한 입장에 따라 예시조항을 벗어난 거래에 대하여 포괄증여 조항이 적용될 수 있는지에 관하여 결론을 달리할 수 있다.³⁷⁰⁾

1. 포괄증여 개념에 포섭되기 어렵다는 입장(협의설)

위 견해는 사후적 가치변동은 포괄적 개념으로 보더라도 증여라 보기 어렵지만, 실제로는 증여 당시의 가치가 불확실한 까닭에 부의 무상이전 부분과 사후적 가치변동 부분을 구별하기가 거의 불가능하다는 점 때문에 둘을 합하여 증여세를 매기

368) 하이브리드 증여예시조항은 상증세법 제40조(전환사채 등의 주식전환에 따른 이익의 증여), 법 제41조의3(주식 등의 상장에 따른 이익의 증여), 법 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 법 제42조의 3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)이다. 다만 본 절에서 주된 논의의 대상은 일차적으로는 법 제41조의3에 관한 것이고(제41조의5는 사실상 여기에 포함될 수 있다), 이차적으로는 제40조에 관한 것이다. 법 제42조의3의 성격에 관해서는 뒷부분에서 다시 다루기로 한다.

369) 첨언하자면, 유력한 견해는 상장이익 증여조항에 대해서는 증여세의 사후정산 구조로 보고, 전환사채의 전환권 행사로 인한 증여이익은 증여세와 소득세의 혼종 형태를 취하고 있다고 본다(이창희, 전거서, 1203면, 1206면 참조). 위 견해에 따르면 두 가지 예시조항을 동일한 차원에서 언급하는 것에 대하여 문제를 지적할 수 있다. 다만 이 글은 제3절에서 보듯 두 가지 증여예시조항을 모두 ‘장래의 기회 이전’으로 접근하고 있으므로, 이하 그러한 전제에서 논의를 전개하기로 한다.

370) 다만, 아래에서 보는 협의설이나 광의설 모두 사후적 재산가치 증가 규정에 대한 이론적인 설명을 하고 있을 뿐이고, 실제 사안에서 개별예시조항에 해당하지 않을 때 포괄증여 조항을 적용할 수 있을지에 관하여 직접적으로 결론을 내리고 있는 것은 아니라는 점을 밝혀둔다.

는 편이 낫다는 정책적 판단을 담고 있다고 본다. 다만 증여가 있는 후 가치가 상승한 부분의 과세는 이미 소득과세의 영역에 속하는 것이지만, 예를 들어 전환사채나 신주인수권부 사채의 시가가 형성되어 있지 않다면 뒤에 전환시점에 확정되는 이익 중에 얼마가 전환사채 등의 취득 당시에 애초에 증여받은 부분이고, 얼마가 증여 이후의 가치변동인지 계산할 길이 없으므로 세무행정의 효율성을 위해서 양자를 하나의 증여세로 묶어 과세하는 것이므로 타당하다는 것이다.³⁷¹⁾ 형식적으로는 증여세를 매기지만, 10년을 단위로 하는 증여세 합산과세에서 제외하여 따로 과세하고(법 제47조 제1항, 제2항)³⁷²⁾, 증여세의 과세가액에 포함된 금액은 양도세에서 재산의 취득가액에 포함하는 등(소득세법 시행령 제163조 제10항) 특별규정을 두고 있어서 실제로는 소득세의 성격을 띠고 있다고 한다.³⁷³⁾

다른 견해로 본래적 의미의 증여세 포괄주의란 ① 미국세법처럼 포괄조항을 제외한 다른 예시규정을 법률에 두지 않고 집행에 필요한 세부사항은 재무부 시행규칙 등 하위법령이나 행정해석에 맡기는 점, ② 증여가액은 증여한 날을 기준으로 확정하고 증여 이후에 해당 재산의 가치가 증가하여도 다시 과세하지 아니하는 점, ③ 증여재산 평가에 대하여 ‘공정시장 가치(fair market value)’란 추상적인 원칙만을 법률에 규정할 뿐, 구체적인 집행은 재무부시행규칙, 행정해석 등에 위임하고 있는 점을 핵심 요소로 한다고 본다.³⁷⁴⁾ 따라서 상증세법 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여) 제1항 제2호는 소득세 과세영역을 증여로 ‘의제’한 규정이고, 상증세법 제41조의3(주식등의 상장에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)은 재산가치 증가사유가 발생하면 그 이후의 가액으로 재평가하겠다는 평가의 특칙으로 이해하면서, 위 규정들은 모두 ‘본래의미의 증여세 포괄주의’에 부합하지 않는다고 지적한다.³⁷⁵⁾

371) 성낙인 외 2인, 전계논문, 128-129면. ; 이창희, 전계서, 1208면(특히 전환사채는 사채가 주식으로 전환하는 것이므로 그 자체가 교환으로서 양도소득세의 과세대상이 됨을 지적한다). 주의할 점은 위 견해는 전환사채의 전환권 행사로 인한 이익은 소득과 증여를 묶어서 증여세로 과세하는 것으로 보지만, 상장으로 인한 이익은 증여세의 사후정산이므로 증여의 실질을 갖춘 것으로 본다(전계서, 1203면).

372) 위와 같이 증여세 과세가액에서 합산하지 아니하므로, 증여세 과세표준도 일반적인 증여재산공제(제53조)가 적용되지 않고, 증여재산가액에서 3,000만 원을 공제한 금액을 과세표준으로 한다(제55조 제1항 제3호).

373) 이창희, 전계서, 1201면.

374) 안세준, “증여세 완전포괄주의와 본래의미의 증여세 포괄주의”, 「조세법연구」, 27권 1호, 한국세법학회, 2021., 422-426면.

375) 안세준, 전계논문, 429-431면.

위와 같이 기초적인 증여행위가 있고, 이후 재산가치 사후증가가 발생한 경우에 포괄적 의미의 증여개념과 맞지 않는다고 하는 견해는 기초적인 증여행위 당시에 증여세의 대상이 되는 증여재산, 즉 ‘금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건(법 제31조 제1항 제1호), 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리(제2호) 내지 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익(제3호)’ 이 존재하지 않고, 장래에 가치가 증가할 것이라는 기대권에 불과한 것으로 보기 때문이라고 이해된다.

이해를 돕기 위하여 참고할만한 판례 사안을 소개하기로 한다. 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010두1484 판결은 부당행위계산부인에 관한 것이기는 하나, 아래와 같이 주식매수선택권을 부여할 당시에 행사가격이 시가보다 높은 경우에는 장래 주식매수선택권을 행사할 때 시가가 상승하여 행사가격을 상회함으로써 주주가 이익을 보더라도 부당행위계산 부인의 대상이 되는 저가양도가 아니라고 보았다.

주식매수선택권의 부여가 저가양도로서 부당행위계산 부인의 대상이 되는지 여부는 주식매수선택권의 행사 시기가 아니라 그 부여 시기를 기준으로 판단하여야 할 것이어서, 만약 주식매수선택권의 부여 당시에 정한 선택권의 행사가격이 부여 당시의 주식의 시가보다 높은 경우에는, 그것이 미공개 내부정보로 인하여 단기간 내에 주가가 상승할 것이 예상되는 경우임에도 이를 반영하지 아니한 채 행사가격을 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이를 부당행위계산 부인의 대상이 되는 저가양도에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

부당행위계산부인의 고가매수·저가양도(줄여서 표현하면 ‘고수저도’ 이다)는 상 중세법상의 고가양도·저가양수(줄여서 표현하면 ‘고도저수’ 이다)와 납세의무자를 달리하고 있을 뿐 서로 짝을 이루고 있는 행위이다. 예를 들어 ❶ 법인이 특수관계에 있는 개인에게 200원 짜리 부동산을 100원에 양도한 경우(저가양도)에는 부당행위계산부인을 통하여 법인에게는 200원을 받고 팔았다고 간주하여 100원을 익금산입하여 법인세로 과세하고, 개인에게는 저가양수로 100원을 증여받았다고 보아 증여세를 과세하는 것인 반면, ❷ 법인이 특수관계에 있는 개인에게 100원 짜리 부동산을 200원에 고가로 매입한 경우(고가매수)에는 법인이 나중에 부동산을 100원에 처분할 때 취득가액을 100원만으로 인정하는 이상 처분손실 100원을 부인하여 법인세를 과세하고, 개인에게는 200원에 법인에 팔 당시에 고가양도로 100원에 대한 증여세를 과세하는 것이다. 따라서 주식매수선택권의 부여 당시에 행사가격이 시가보다 낮지 않게 책정되었음에도 장래 가치가 상승하였다는 점만으로 ‘저가양도’ 로

부당행위계산부인이 안 된다는 논리와 짝을 맞춘다면 반대 측면에서 주식매수청구권의 부여 당시 상대방의 상증세법상 저가양수를 부인하는 논리와 궤를 같이 한다고 볼 수도 있다.³⁷⁶⁾

2. 포괄증여 개념에 포섭된다고 보는 입장(광의설)

하이브리드 증여예시조항에 관한 일반적인 논의는 아니지만, 적어도 상증세법 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여)에 국한하여서는 판례의 주류적인 입장은 증여세의 사후정산 구조로 이해하고 있는 것으로 보이고, 이에 동조하는 학설도 발견된다.

먼저 학설을 살펴보면, 상장이 되면 주식가치가 뛰어오르는 것은 비상장주식의 시가를 보충적 평가방법에 의하여 산정하므로 적절한 평가가 되기 어렵고 주식의 실질적 가치를 반영하지 못하는 수가 있으므로, 상장차익 증여예시조항은 바로 이러한 점을 이용한 증여를 과세대상으로 삼기 위한 것이라고 보는 견해가 있다.³⁷⁷⁾ 상증세법 제41조의3은 포괄증여 조항의 ‘부의 무상이전’을 구체화한 것으로서 다만 평가를 실질화하는 기능을 하는 것으로 바라보는 것이다.

일찍이 대법원³⁷⁸⁾은 법 제41조의3과 거의 유사한 구조를 가지고 있는 제41조의 5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여³⁷⁹⁾)에 관하여 ‘주식 등 재산의 증여 또는 취득 시점에 사실상 무상으로 이전된 재산의 가액을 실질적으로 평가하여 과세함으로써 조세부담의 불공평을 시정하고 과세의 평등을 실현하기 위한 것이다’라고 보았다.

헌법재판소³⁸⁰⁾도 아래와 같이 법 제41조의5에 관하여 증여 당시의 시가를 역산해 내어 증여세를 정산하는 것이고, 부의 무상이전에 관한 제2조 제3항에 반하지 않는다고 보았다.

376) 물론 양도인 쪽에서 과세가 안 된다고 하여 양수인 쪽에서 과세가 안 된다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니므로, 위 대법원 판결이 위 견해대립의 국면에서 어떠한 입장을 취하였다고 말할 수는 없다. 다만, 개념적인 차원에서 이해를 돕기 위하여 소개한다는 점을 밝혀둔다.

377) 이창희, 전거서, 1203면. ; 이태로·한만수, 「조세법」, 박영사, 2018., 847면.

378) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2010도10968 판결(밀줄은 필자가 추가). 이하 박스 부분의 판례 원문을 소개하는 부분에서 표시된 밀줄도 마찬가지이다.

379) 법 제41조의3이 해당 법인이 상장으로 인하여 주식가치가 증가하는 것을 과세하는 조항이라면, 법 제41조의5는 우회상장, 즉 비상장법인이 상장법인과 합병하여 그 효과로 주식가치가 증가하는 것을 과세한다는 차이점만 있다.

380) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌바372 결정.

청구인들은 이 사건 심판대상조항이 증여과세 대상으로 하는 합병상장이익이 상증세법 제 2조 제3항에 따른 증여의 대상에 해당하지 않으므로, 위 조항들은 변칙상속을 징벌할 목적으로 본질적으로 증여과세 대상이 되지 않는 이익에 대하여 증여세를 부과하도록 한 것이라고 주장한다. 그러나 이 사건 심판대상조항은 합병으로 인하여 드러난 가치로부터 ‘증여 당시 재산의 시가’를 역산해 내어, 애초에 덜 납부한 세액을 추징하거나 더 낸 세액을 환급하도록 하는, 증여세의 정산에 관한 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 부의 무상이전에 과세하도록 하는 증여세의 본질에 반한다고 보기 어렵다.

최근 대법원 판례³⁸¹⁾도 법 제41조의3은 증여세의 사후정산이라는 시각을 뚜렷이 드러내면서 나아가 위 조항에 따른 증여세 납세의무의 성립시기는 당초 주식의 증여 또는 취득 시로 보아야 한다고 판단하였다. 다만 그러면서도 증여세 합산배제조항이 증여세 납세의무 성립 이후에 시행되었더라도 정산기준일(합병일로부터 3개월이 되는 날) 이전에 시행되었으면 합산배제조항을 적용하는 것이 합리적이라고 판단하였다.³⁸²⁾

합병상장이익에 대하여 증여세를 과세하도록 하고 있는 이 사건 조항은 주식 등의 증여 또는 취득 당시 실현이 예견되는 부의 무상이전까지 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 취지에서 실제로 합병된 후의 합병상장이익을 증여 또는 취득 시점에 사실상 무상으로 이전된 재산의 가액으로 보아 과세하는 규정이고, 이러한 합병상장이익을 해당 주식 등의 상장일부터 3개월이 되는 날인 정산기준일을 기준으로 계산할 뿐이므로, 이 사건 조항에 따른 증여세 납세의무의 성립시기는 주식 등의 증여 또는 취득 시로 보아야 한다.

위와 같은 견해들은 상장이익 증여규정을 여전히 당초 증여의 사후정산으로 봄으로써 완전포괄적 의미의 ‘부의 무상이전’의 개념 범위 내에 집어넣고 있다고 볼 수도 있다. 다만 그렇게 보더라도 정산의 시점까지 주식 가치에 영향을 미치는 다른 사정이 있다면 이를 가려내야 한다는 정도의 특수성이 있다는 점이 일반적 증여와 다른 점일 것이다.³⁸³⁾ 결국 앞서 본 협의설과 광의설은 부의 무상이전을 시간적 차이를 뛰어넘어서 인정할 수 있을 것인지 여부에 관한 관점의 차이에서 기인하는 것으로 보인다. 물론 ‘현재의 부의 이전’을 인정할 것인지는 상대적인 것으로 해

381) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015두3096 판결.

382) 사건으로는 당초 주식의 증여로부터 5년 이내에 발생하는 후발사건에 따른 증여이익에 관한 증여세 납세의무가 당초 주식의 증여 시점에 성립한다는 것은 지나친 의제로 보인다. 조세채무의 성립이란 특별한 사정이 없는 이상 모든 과세요건이 충족되는 것을 의미하고, 실체법적으로 구체적인 조세채권의 액수가 정해질 것이 요구된다. 조세채권의 확정행위가 뒤따르지만, 이것은 이미 실체법적으로 확정된 조세채권을 절차법적으로 확인하는 행위에 불과하기 때문이다.

383) 예컨대 상증세법 시행령 제31조의3 제1항 제3호에서 ‘기업가치의 실질적 증가로 인한 이익’을 증여이익에서 공제하는 것을 들 수 있다.

당 이익이 얼마나 확실한 것인지에 대한 사실판단의 문제일 수도 있다.³⁸⁴⁾ 그러나 어찌되었든 이를 이론적으로 정립하여야만 포괄증여 조항과의 관계를 혼란 없이 설명할 수 있으므로, 한발 더 나아가보기로 한다.

II. 포괄증여 조항에 따른 과세 여부

1. 상장차익 판결³⁸⁵⁾

기본적으로 하자법인 판결의 법리를 원용하면서, 법 제41조의3의 과세대상에서 제외된 주식의 상장이익에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 포괄증여 조항에 의하여 과세할 수 없다고 판단하였다(밑줄은 필자 주).

한편 법 제2조 제1항은 타인의 증여로 인한 증여재산에 대하여 증여세를 부과하도록 하면서, 제3항에서 '증여'를 포괄적으로 규정하고 있다. 그렇지만 증여재산가액의 계산에 관한 법의 개별 규정이 특정한 유형의 거래·행위 중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고, 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 그 개별 규정이 규율하는 과세대상 내지 과세범위에서 제외된 거래·행위는 법 제2조 제3항의 '증여'의 개념에 들어맞더라도 그에 대하여 증여세를 과세할 수 없다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결 등 참조).

따라서 법 제41조의3 제1항 및 제6항이 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 해당 법인의 신주를 포함한 주식을 증여받거나 유상으로 취득한 경우'만을 적용 대상으로 정하고 있는 것은 최대주주 등의 특수관계자가 주식을 증여받거나 취득하고 이후 상

384) 비슷한 생각으로 윤지현, '증여세 완전포괄주의는 얼마나 완전포괄적일 수 있나', 「법학에서 위협한 생각들」, 법문사, 2018., 250면에서는 '어떠한 재산, 이익을 앞으로 얻을 수 있는 기회나 법적 지위를 이전해줄 때 그러한 기회를 받았을 때 곧바로 증여세를 부과해야 하는가, 그러한 기회를 활용한 결과 실제로 이익을 얻은 시점에 증여로든 소득으로든 과세하는 것이 옳은가의 문제가 발생한다. 예를 들어 주식매수선택권을 대가 없이 취득하는 경우가 있다면 권리 행사 시점에 과세하는 것이 옳을 것이고(소득세법 시행령 제38조 제1항 제17호), 금전채권을 대가 없이 양수하는 것이라면 채권을 행사하여 만족을 얻는 때보다는 양수 시점에 증여세를 물려야 한다고 생각할 것이다. 이러한 경우들을 구별하기 위한 경계선(예컨대 신뢰할만한 평가의 현실적 가능성)이 필요할 것이지만, 쉽지 않다'고 지적한다.

385) 신주인수권 판결은 포괄증여 조항에 의한 과세 여부가 쟁점이 되지 아니하여 판단이 이루어진 바 없다.

장 등에 따른 이익을 얻는 거래의 유형 중 위와 같이 특정한 유형의 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있다. 그러므로 위 개별 규정의 과세대상에서 제외된 주식의 상장이익에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 법 제2조 제3항에 근거하여 증여세를 과세할 수는 없다.

이러한 법리를 전제한 후, 상장차익 판결의 사안에서 ‘원고가 취득한 이 사건 주식은 최대주주인 A 등이 신주인수권을 포기한 후 원고가 배정받아 자신의 자금으로 인수하게 된 주식에 불과할 뿐, 원고가 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식 또는 증여받은 재산 등에 기초하여 취득한 신주가 아니므로, 법 제41조의 3 제1항 및 제6항에서 정하는 증여재산가액에 해당하지 아니하여 과세대상에서 제외되고, 나아가 법 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없다’고 판단하고, 과세를 긍정한 원심을 파기하였다.

2. 새로운 해석론

(1) 개요

상장차익 판결은 상장이익도 기본적으로 포괄증여 조항의 ‘부의 무상이전’에 해당한다는 전제에서 독자법인 판결의 법리를 원용하여 기초가 되는 증여나 주식유상취득의 존부를 과세한계로 보아 포괄증여 조항에 의한 과세를 부정하였다. 상장차익 판결 또는 그 이전에 합병상장이익에 대하여 같은 취지로 선고된 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결에 대하여 원론적인 수준에서 찬반의 입장을 밝히는 글은 보이지만,³⁸⁶⁾ 사후적 재산가치 증가에 대하여 개별예시조항에 해당하지 않을 때 그 본질상 포괄증여 조항을 적용할 수 있을지에 관하여 논의하고 있는 글은 찾지 못하였다.

앞서 본 협의설을 취한다면, 논리적으로 포괄증여 조항의 ‘부의 무상이전’이 아니라 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’에 해당한다고 볼 가능성이 높고, 광

386) 이상우·이혜진, “포괄증여 및 상증세법상 상장차익 증여세 과세에 있어 유상증자 규정의 해석 문제”, 「조세실무연구 9」, KIM&CHANG, 2018., 367면에서 찬성하는 견해를 밝히고 있다; 반면 주승연, “실권주 제3자 배정 시 증자에 따른 이익 증여 해당 여부”, 「국세 617호」, 국세청 세우회, 2018., 39면은 결론에 아쉬움을 표하면서도 다만 상장차익 판결에서 ‘특별한 사정’을 언급하고 있고, 이것은 조세회피목적 등 실질과세원칙을 적용할 수 있는 사정을 의미한다고 주장한다.

의설을 취한다면 ‘부의 무상이전’의 범주에 포섭할 수 있다고 볼 여지가 높다. 위 두 가지 경우를 나누어서 검토할 것이다.

우선 상장차익 판결에 대해서는 다음과 같은 의문이 든다. 당초 위 규정이 도입된 연혁을 보면, 지배주주가 비상장주식을 가지고 있다가 어떤 방식으로든 자녀 등 특수관계인이 저가에 취득할 수 있도록 한 다음에 상장을 통하여 진정한 가치가 드러났을 때 과세하려는 것 아니었던가? 자녀가 당초에 회사 주식을 가지고 있지 않은 상태라면, 최대주주로부터 비상장주식을 증여받아 이를 기초로 신주를 인수하는 방법을 취하면 증여세를 과세당할 것이 뻔하다. 대신 최대주주가 경영권을 행사하여 주주배정에서 실권주를 발생시키거나 또는 제3자 배정을 통해 자녀가 신주를 인수할 수 있는 기회를 만들어 주고, 자녀는 가지고 있던 본인 돈으로 보충적 평가방법으로 저평가된 신주를 대량으로 인수하여 대주주가 되며, 이후 상장이 이루어지면서 상장이익을 누리는 동시에 자연스럽게 경영권을 승계하더라도, 상장차익 판결에 의하면 과세하지 못하게 된다. 위와 같이 최대주주가 특수관계인에게 ‘주식을 취득할 기회를 이전’한 경우에도 과세해야할 필요성은 일단 긍정할 수 있다. 이러한 문제의식을 바탕으로 논의를 진전시켜보자.

(2) ‘재산의 무상이전’ 개념에 따라 과세 가능성

우선 증여재산의 개념에서부터 출발해보자. 법 제2조 제7호³⁸⁷⁾이 규정하는 증여재산의 개념에서 물건(가.목)과 경제적 이익(다.목)은 문언상 금전으로 환산할 수 있어야 함은 분명하다. 재산적 가치가 있는 ‘권리’는 재산권³⁸⁸⁾이라고 볼 수 있고, 문언상으로는 경제적 가치의 환산가능성을 명시하고 있지 아니하나 증여재산가액을 평가하려면 당연히 환산가능성은 전제되어야 한다. 결국 ‘경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산 또는 이익을 직접 또는 간접적인 방법으로 무상으로 이전하는 것’의 개념은 재산이나 이익이 이전되고 그 이전되는 이익은 측정할 수 있

387) 제2조(정의)

7. “증여재산”이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며, 다음 각 목의 물건, 권리 및 이익을 포함한다.

가. 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건

나. 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리

다. 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익

388) 여기서 ‘권리’란 일단 ‘재산적 가치가 있는 법률상 권리’인 재산권을 의미할 것이다. 즉 물권, 채권, 지적재산권, 단체에 대하여 가지는 사원권 등을 들 수 있다. ‘사실상의 권리’란 애매한 개념이지만, 이에 관하여는 제2장 제1절 II. 3. 참조.

다는 것이 핵심이다. 위와 같이 증여 당시 경제적 가치를 계산할 수 있는 이익이라는 점을 전제하면, 경제적 가치를 계산할 수 없는 재산이나 이익이 일단 이전된 후 나중에 경제적 가치가 확정되는 경우까지 이전 시점으로 소급하여 그것이 처음부터 ‘증여재산’의 크기였다고 단정하는 것은 곤란하다.

상장이익을 증여세의 사후정산으로 보는 입장은 증여의 행위 시점과 증여재산을 평가하는 시점은 구분될 수 있다는 것이다. 증여재산은 경제적 가치를 계산할 수 있어야 하는데, 비록 납세의무의 성립 시점인 증여 당시에는 그 경제적 가치를 환산할 수 없지만, 상장 등 법에서 타당하다고 보는 일정한 시점에 그 경제적 가치를 제대로 계산하여 확정할 수 있다는 것이다. 납세의무의 성립 시에 과세요건이 완성되어 실제법상의 조세채무가 발생하고 그 가액은 그 시점에 정해져 있는 것이 원칙이므로,³⁸⁹⁾ 앞서 본 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015두3096 판결이 말하듯 법 제41조의3에 따른 증여세 납세의무 성립 시점을 당초 주식의 증여 또는 취득 시로 보고, 조세채무가 성립한 이후에 후발사건에 따라 과세요건이 완성된다는 것은 예외적인 현상이 될 것이다. 결국 증여세가 부과되는 증여재산의 가액은 증여일 현재의 시기에 따라야 하므로(상증세법 제60조 제1항), 주식 상장에 따른 이익을 포괄적 의미의 증여에 포섭하고 나아가 평가기준일에서도 상증세법 제60조 제1항의 예외가 된다고 하려면 상증세법 제41조의3과 같은 명문 규정이 있어야 가능할 것이다.

뒤에서 하이브리드 증여의 개념요소로 언급되는 ‘장래기회의 이전’을 현재의 재산상 이익의 증여로 볼 수 있는가 역시 같은 맥락의 문제로 볼 수 있다. 장래 상장을 통해 이익을 누릴 수 있는 기회는 분명 그 자체가 권리라고까지 볼 수는 없어도 경제적 이익은 분명하지만, 금전으로 환산할 수 있는 가능성은 그 기회를 이전하는 시점이 아니라 상장이 이루어진 이후이므로, 증여재산 평가의 시점이 그 기회를 ‘이전’하는 시점이 아닌 뒤의 시점으로 미루어진다는 점에서 상증세법 제60조 제1항의 예외가 되는 것은 마찬가지이다. 결국 증여재산이 반드시 현재 경제적 가치를 계산할 수 있는 이익에 한정되느냐 장래에 보유할 수 있는 기회나 이익까지 포함하느냐에 관한 추상적인 담론은 일단 유보해두더라도 어차피 증여재산의 평가 시점에 있어서 예외가 되므로 포괄증여 조항의 힘만으로는 과세할 수 없다는 결론에 이른다.

389) 물론 현재에는 후발적 경정청구 제도가 도입되어 납세의무의 성립 시점 이후에도 과세요건에 영향을 미치는 사건을 반영하고 있으므로, 위와 같은 의미의 원칙성이 다소 약화된 것은 사실이다.

이러한 해석은 상증세법령의 문언이나 체계에 의해서도 어느 정도 뒷받침될 수 있다. 상증세법 제2조 제7호의 “증여재산”이란 ‘증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며’ 그 물건이나 이익은 금전으로 환산할 수 있어야 한다(제7호 가목 및 다목). 그런데 후발적인 재산가치 상승의 이익은 증여로 ‘인하여’ 금전으로 환산할 수 있는 이익이 ‘증여행위’가 이루어지는 시점을 기준으로 볼 때 귀속되는 것이 아니라 증여 이후 ‘후발적 사건’으로 인하여 귀속된다. 또한 상증세법 제47조 제1항은 하이브리드 증여세의 증여재산가액의 일반원칙을 정한 제31조 제1항 제3호³⁹⁰⁾를 필두로 하여 다른 하이브리드 증여예시조항(전환사채 전환 등에 따른 이익에 관한 상증세법 제40조 제1항 제2호, 상장이익에 관한 제41조의3, 상장합병이익에 관한 제41조의5, 재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여에 관한 제42조의3)을 빠짐없이 증여세 합산과세 배제대상으로 정하고 있고, 상속세 과세가액에 가산하는 증여재산가액에도 포함하지 아니하므로(상증세법 제13조 제3항), 보통의 증여세와는 이질적인 형태로 규율하고 있음이 분명해 보인다.

결국 이 사건 조항의 성격을 사후정산으로 보든, 장래기회의 이전으로 보든 증여재산가액 계산의 예외가 되고, 예외조항이 되는 각 하이브리드 증여예시조항을 적용하지 못하는 상황에서 포괄증여 조항(부의 무상이전)만으로 과세할 수 없다고 보아야 한다. 그러한 의미에서 상장차익 판결의 결론 자체는 찬성할 수 있다. 다만, 상장차익 판결은 포괄증여 조항이 적용된다고 일응 전제한 후(다만 ‘부의 무상이전’ 인지 ‘기여에 의한 재산가치 증가’ 인지는 밝히지 않았음) 후자법인 판결의 법리를 원용하면서 최대주주 등의 특수관계자가 주식을 증여받거나 취득하고 이후 상장 등에 따른 이익을 얻는 거래의 유형 중 법이 특정하고 있는 거래유형³⁹¹⁾만을 제한하여 과세의 범위를 한정하려고 한 것이라는 논리전개 과정은 찬성하기 어렵다. 앞에서 포괄증여 조항의 반대해석 가능성(제2장 제2절 III.)에서 보았듯이 증여세

390) 제31조(증여재산가액 계산의 일반원칙)

① 증여재산의 가액(이하 “증여재산가액”이라 한다)은 다음 각 호의 방법으로 계산한다.

3. 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우: 증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치상승금액. 다만, 그 재산가치상승금액이 3억원 이상이거나 해당 재산의 취득가액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금액의 100분의 30 이상인 경우로 한정한다.

391) 신주인수 시에는 ㉠ 최대주주 등으로부터 증여받거나 취득한 주식에 기초하여 법인으로부터 취득한 신주 또는 ㉡ 최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 법인으로부터 취득한 신주 또는 ㉢ 최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 취득한 주식에 기초하여 법인으로부터 취득한 신주에 한정하는 것을 말한다.

포괄주의의 도입 취지를 생각해보면 ‘거래의 형식이나 유형’은 반대해석을 통하여 과세의 한계로 작동하는 것에 대하여 부정적으로 보아야 하기 때문이다.

(3) ‘기여에 의한 재산가치 증가’ 개념에 따라 과세가능성

그렇다면, 상장차익 판결 사안에서 포괄증여 조항 중 ‘기여에 의한 재산가치 증가’ 개념에 따라 과세할 수 있다고 볼 수 있을까? 일단 법문상으로는 포괄적 과세가 가능해보인다. 상속세법 제2조 제6호를 보면 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’을 증여로 정의하고 있고, 상속세법 제4조 제1항 제3호는 ‘재산취득 후 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’에 대하여는 증여세를 부과한다고 규정하고 있다. 증여재산가액 계산의 일반원칙에 관한 상속세법 제31조 제1항 제3호는 ‘재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우’에는 증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치상승금액(다만 3억 원 이상 또는 취득가액 등의 30% 이상인 경우에 한정)을 과세할 수 있다고 규정하고, 상속세법 시행령 제23조³⁹²⁾는 앞서 본 상속세법 시행령 제32조의 3 제3항과 거의 동일한 규정을 두고 있기 때문이다. 법문만 보면 특수관계인이 신주인수를 포기하는 ‘기여행위’를 하였고, 상장 이후 원고의 재산가치가 증가하였으므로 위 증여재산가액 산정 규정에 따라 과세할 수 있을 것처럼 생각된다.

그러나 이에 대해서는 필자는 부정적인 견해를 가지고 있다. 첫 번째 이유는 기여행위 개념의 모호함이다.³⁹³⁾ 타인의 재산가치를 증가시키는 기여행위에는 무수히 다양한 경우가 있을 수 있고, 이를 법적으로 한계지우기 어렵다. 극단적으로 국가가 어떤 경제정책을 편 결과, 특정 부류의 사람이 갖고 있는 특정 종류의 재산으로부터 앞으로 더 많은 수익이 발생할 것으로 예상되어 그 결과 그러한 재산의 가치가

392) 상속세및증여세법 시행령 제23조(증여재산가액 계산의 일반원칙)

① 법 제31조제1항제3호 본문에서 “대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치상승금액”이란 제1호의 가액에서 제2호부터 제4호까지의 규정에 따른 가액을 뺀 금액을 말한다.

1. 해당 재산가액: 재산가치증가사유가 발생한 날 현재의 가액(법 제4장에 따라 평가한 가액을 말한다)

2. 해당 재산의 취득가액: 실제 해당 재산을 취득하기 위하여 지급한 금액(증여받은 재산의 경우에는 증여세 과세가액을 말한다)

3. 통상적인 가치 상승분: 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익과 연평균주가상승률·연평균주택가격상승률 및 전국소비자물가상승률 등을 고려하여 해당 재산의 보유기간 중 정상적인 가치상승분에 상당하다고 인정되는 금액

4. 가치상승기여분: 해당 재산가치를 증가시키기 위하여 수증자가 지출한 금액

393) 현행 상속세법 제2조 제6호는 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라고 하여 ‘기여에 의하여’라는 수식문구를 삭제하였지만, 그렇다고 하여 위 조항의 개념이 달라지거나 모호함이 완화되는 것은 아니다.

올랐어도, 그러한 정책 수립과 집행에 관여한 공무원이 ‘타인의 재산가치를 증가시키는’ 일을 한 것으로 보기에 는 무리가 있다.³⁹⁴⁾ 더 나아가 주식투자의 전문가가 친한 친구에게 대가를 받지 않고 전망이 좋은 주식을 사라고 조언하는 행위도 ‘문언상’ 기여행위에 해당할 수밖에 없지 않은가? 이를 두고 포괄증여 조항에 의하여 과세한다는 것은 상식에 어긋날 것이다. 소득과세 영역에서 이러한 재산가치 증가분은 실현되기 전까지는 과세하지 않는데 하이브리드 증여세는 재산가치가 증가한 단계에서 미실현이익을 과세하는 것이 되므로, 더욱이 함부로 적용하기가 어려운 것이다.³⁹⁵⁾

다른 하나의 논거는 증여재산가액 산정의 어려움이다. 우선 증여의 개념에 관한 상증세법 제2조 제6호는 증여의 개념 중 하나로 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’으로 규정하고 있고,³⁹⁶⁾ 증여세 과세대상에 관한 상증세법 제4조 제1항 제3호는 ‘재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’에 해당하는 증여재산에 대해서는 증여세를 부과한다고 규정하고 있다. 이러한 증여재산은 ‘물건’이나 ‘권리’라기보다는 상증세법 제2조 제7호³⁹⁷⁾ 중 다.목의 증여 후 수증자에게 귀속되는 ‘경제적 이익’이 될 것이니 이는 법문상 금전으로 환산할 수 있어야 한다. 한편 증여행위는 ‘재산가치를 증가시키는 행위’인 기여행위 당시에 이루어지지만, 증여재산은 그 기여행위가 있는 후 재산가치가 상승한 이후에 측정될 수밖에 없다. 이것은 ‘증여세가 부과되는 재산의 가액은 증여일 현재의 시가에 따른다’는 상증세법 제60조 제1항의 예외가 된다. 그래서 상증세법 제31조 제1항은 재산이나 이익을 무상으로 이전받은 경우에는 ‘제4장에 따라 시가로 평가한 가액’이라고 정하고 있으면서도(제1호), 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우에는 ‘증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는

394) 윤지현, 전제논문, 251면.

395) 같은 생각으로 윤지현, 위의 논문, 251면

396) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “증여”란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다.

397) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “증여재산”이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며, 다음 각 목의 물건, 권리 및 이익을 포함한다.

가. 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건

나. 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리

다. 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익

방법에 따라 계산한 재산가치상승금액’ 이라고 정하고 있다(제3호).

그런데 위에서 본 상증세법 시행령 제23조에서 ‘재산가치 증가사유가 발생한 날 현재의 가액’에서 ㉠ 해당 재산의 취득가액, ㉡ 통상적인 가치상승분, ㉢ 가치상승 기여분을 공제하여 증여이익을 계산하는 것은 ㉠, ㉡, ㉢의 요소를 제외한 나머지 가치상승의 요인은 재산가치 증가사유를 발생하게 한 기여행위에 있다고 보는 전제 위에 서있다. 이러한 산정방식은 상증세법 제41조의3(주식등의 상장 등에 따른 이익의 증여) 등에는 가능할 수 있으나, 그 밖의 기여행위의 경우 재산가치 상승에 대한 특수관계인의 기여와 ㉡ 통상적인 가치상승분을 구별하는 것이 실제로 매우 곤란한 상황이 발생할 수 있다.

대표적인 예가 뒤의 제4절 III.에서 보듯 미성년자 등이 특수관계인으로부터 특정 법인의 주식을 증여받고 그 후 그 법인이 보유한 부동산에 대한 개발사업이 시행되어 주식의 가치가 증가한 경우의 사안에서 특수관계인의 기여로 인한 부분과 부동산 개발회사의 통상적인 가치상승분을 구별하기 어렵다는 점을 들 수 있다. 이와 같이 상증세법 제4조 제6호나 제4조 제1항 제3호에서 ‘재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 이익’은 많은 경우 그 경제적 이익이 금전적으로 환산가능하지 못하므로, 직접적인 과세근거규정이란 보다는 개별예시조항에서 단순한 부의 무상이전으로는 설명되지 않는 다른 형태의 예시조항을 개념적으로 담아내기 위한 선언적인 성격의 규정으로 보아야 한다고 생각한다. 다만, 뒤에서 보는 유형별 포괄주의를 채택하더라도 포괄증여 조항에서 여전히 그 개념은 남겨두는 것이 타당할 것이다.

근본적인 해결책은 포괄조항에 의하여 명확한 과세가 이루어지기 어려운 재산가치의 사후적 증가를 상증세법 제4조 제1항의 포괄적 과세대상에서 제외하고, 이를 구체화하고 있는 예시규정(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익에 관한 상증세법 제40조 제1항, 상장이익에 관한 상증세법 제41조의3, 합병에 따른 상장이익에 관한 상증세법 제41조의5, 상증세법 제42조의3)과 경제적 실질이 유사한 유형별 포괄조항을 과세근거로 삼는 것이다.³⁹⁸⁾ 즉 하이브리드 증여세 영역에서는 이론적으로도 현실적으로도 관철하기 어려운 완전포괄주의 과세는 과감히 포기하고, 실천가능한

398) 이에 관한 개정안의 제시는 제4장 제1절 II. 참조. 물론 이와 같이 개정하더라도 상증세법 제2조 제6호의 증여의 개념 속에는 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’을 그대로 유지할 필요가 있다. 하이브리드 증여세에서 포괄적 과세가 아닌 유형별 포괄주의를 취하더라도 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이 증여의 개념 속에는 들어와 있어야 하기 때문이다.

대안으로 유형별 포괄주의 과세로 접근하여 안정적인 과세기준을 정립해보자는 것이다. 그에 대한 구체적 접근방법을 다음 항에서 살펴보자.

제3절 상증세법의 개정과 유형별 포괄주의의 문제

I. 2015. 12. 15. 상증세법 개정의 개요

1. 증여의 개념 및 증여세 과세대상의 정비

종전에 부의 무상이전과 더불어 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’를 증여의 개념으로 정의하고 있었는데, 기여를 삭제하고 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’으로 변경하였다(제2조 제6호). 또한 증여세 과세대상을 정비하였는데(제4조 제1항), 크게 나누어보면 (a) 이론상 부의 무상이전으로 보는데 별다른 어려움이 없는 부분,³⁹⁹⁾ (b) 재산취득 후 재산가치가 증가한 경우의 그 이익(다만 특수관계인이 아닌 자간의 거래에는 거래관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정-제3호), (c) 개별예시조항에 해당하는 경우 그 이익(제4호), (d) 제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익(제6호), (e) 증여추정된 경우의 증여이익(제5호)이 있다. 특히 (b)의 경우 그 개념 정의만으로 포괄조항에 따라 과세하기는 매우 어려울 것이나, (c) 중 법 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여), 제41조의3(주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)에 과세요건에 해당하지 않더라도, (d)의 유형별 포괄조항에 따라 과세가 될 수 있을지가 향후 쟁점이 될 것으로 예상된다. 반면 (a)유형은 여전히 완전포괄주의가 작동하여 후자법인 판결이 내세운 반대해석의 허용 범위가 주된 쟁점이 될 것이다.

한편 후발적 재산가치 증가 규정의 가장 원형적인 형태인 법 제42조의 3의 명칭

399) 제4조(증여세 과세대상)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대해서는 이 법에 따라 증여세를 부과한다.

1. 무상으로 이전받은 재산 또는 이익
2. 현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전받음으로써 발생하는 이익이나 현저히 높은 대가를 받고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익. 다만, 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다.

인 ‘재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여’ 라는 표현을 그대로 따서 제 4조 제1항 제3호에서 과세대상 증여로 다시 적고 있는 것은 후발적 재산가치 증가 유형에 해당되는 예시조항들의 최소한의 공통점을 추상화하여 하나의 개념으로 묶어낸 것으로 이해된다. 개정법이 증여의 개념뿐만 아니라 ‘재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익’ 에 관한 하이브리드 증여예시 규정에 대하여 별도의 과세대상으로 규정하고 다음에서 보듯 증여재산가액 계산에 관한 일반원칙까지 독립적으로 규정한 이상, 현행 상속세법에서 상장이익이나 전환사채 등의 전환권 행사에 따른 이익은 법 제4조 제1항 제3호의 개념을 구체화하는 조항으로 이해되어야 한다. 물론 제2절 II.2.(3)에서 보았듯이 법 제4조 제1항 제3호 자체를 포괄증여 조항으로 보아 과세하는 것은 허용되지 않는다.

2. 증여재산가액 계산의 일반원칙 정비(제31조)

개정 상속세법은 앞서 본 증여의 유형 중 (a), (b)에 대하여 증여재산가액 계산의 일반원칙을 정비함으로써 포괄적 개념의 증여에 포섭되더라도 계산규정이 없다는 이유로 과세가 불가능해지는 상황을 차단하고 있는 것으로 이해된다. 특히 제31조 제1항 제3호는 재산취득 후 재산의 가치가 증가하는 경우에 관하여 ‘증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 재산가치 상승금액’ 으로 규정하고 있고, 시행령 제23조 제1항은 재산가치증가사유 발생한 날 현재의 가액에서 ‘해당 재산의 취득가액’, ‘통상적인 가치상승분’, ‘가치상승기여분’ 을 차감한 가액으로 규정하고 있다. 이 부분 규정은 후발적 재산가치 증가에 따른 증여이익에 관한 기초적 조항이라고 할 수 있는 제42조의3의 이익계산방법인 시행령 제32조의3 제3항과 매우 흡사하다. 그러나 ‘재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’ 을 독자적인 증여세 과세대상으로 삼고 있는 상속세법 제4조 제1항 제3호가 불필요하여 삭제되어야 한다고 본다 면, 증여재산가액 계산의 일반원칙에 관한 이 부분도 마찬가지로 불필요해질 것이다(제4장 제1절 II. 참조).

3. 유형별 포괄주의의 채택

개정법에서 가장 눈여겨볼 대목은 완전포괄주의 개념과 더불어 법 제4조 제1항 제6호에서 ‘제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익’을 두어 일반적인 유형별 포괄조항을 두고 있다는 점이다. 물론 ‘경제적 실질이 유사한 경우’라는 요건이 명확하다고 보기는 어렵다. 하이브리드 증여에서 ‘경제적 실질의 유사성’을 특수관계인 여부, 주관적 의도, 이익의 크기 등으로 규율하는 방식도 가능할 것이다. 다만, 이 글에서는 각 예시조항의 과세요건을 분석하고 각 기여행위의 핵심 요소를 추출하여 이를 과세의 기준으로 삼으려고 한다. 한편, 위 조항은 경제적 실질이 유사할 뿐만 아니라, 각 ‘예시조항을 준용하여 계산할 수 있는 가능성’도 별개의 요건으로 규정하고 있음도 유의할 대목이다.

참고로 유형별 포괄조항은 (a) 1유형 : 문언상 유사성 등 아무런 제한이 없는 경우,⁴⁰⁰⁾ (b) 2유형 : ‘유사한’, ‘준하는’ 등의 제한이 있는 경우,⁴⁰¹⁾ (c) 3유형 : 유사성의 비교대상을 제한하는 경우⁴⁰²⁾를 분류할 수 있다.⁴⁰³⁾ 앞서 본 구 상속세법 제40조 제1항 제3호도 ‘방법’과 ‘이익’으로 유사성의 비교대상을 제한하고 있으므로, 3유형으로 보이고, 개정법상 유형별 포괄조항인 제4조 제1항 제6호는 2유형에 해당하는 것으로 보인다.

400) 예컨대 1990. 12. 31. 개정 전 구 소득세법 시행령 제111조 제2항 제5호의 ‘특수관계에 있는 자와의 제1호 내지 제4호 이외의 거래로 인하여 당해 연도의 총수입금액 또는 필요경비의 계산에 있어서 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때’와 1998. 12. 31. 개정 전 법인세법 시행령 제46조 제2항이 제1호 내지 제8호에서 부당행위계산부인에 해당하는 경우를 열거하면서 제9호에서 ‘기타 출자자 등에게 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 것이 있을 때’라고 규정한 경우가 있다.

401) 그 예로 소득세법 제16조 제1항 제13호는 ‘제1호 내지 제12호의 소득과 유사한 소득으로서 급전의 사용에 따른 대가의 성격이 있는 것’을 이자소득으로 규정하고 있고, 소득세법 제17조 제1항 제7호도 ‘제1호부터 제6호까지 및 제6호의 2의 소득과 유사한 소득으로서 수익분배의 성격이 있는 것’을 배당소득으로 규정하고 있다.

402) 그 예로 2002. 12. 18. 개정된 상속세법 제42조는 ‘제33조 내지 제38조, 제39조의 2, 제41조 및 제41조의 2 내지 제41조의 5에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 직접 또는 간접적인 방법으로 재산과 관련된 거래 또는 행위를 하거나’로 하여 ‘방법’과 ‘이익’ 측면에서 유사성을 비교하도록 규정하고 있다.

403) 이상의 분류와 예시는 백제흙, “유형별 포괄주의 과세조항의 해석과 그 한계”, 「조세실무연구 IV」, KIM&CHANG, 2013., 27-30면을 참조하였다.

II. 하이브리드 증여의 개념요소 : ‘기존 증여의 사후정산’과 ‘장래기회의 이전’

1. 논의의 출발

상장차익 판결은 후자법인 판결의 법리를 적용하여 기존 예시규정의 존재가 과세 한계로 작동하는지 여부를 판단하였다. 그런데 상장차익 판결이 말하는 바와 같이 최초의 증여에 부합하는 어떤 행위(당초 주식 증여, 주식인수대금의 증여, 주식의 유상취득)가 존재한다는 것을 입법자가 과연 과세의 한계로 설정한 것인지 의문을 품을 수도 있다. 즉 법 제41조의3이 애초에 순수한 증여만을 규율하려는 것이 아닌 이상, 당초의 행위에 증여나 증여에 준하는 상황이 없으면 입법자가 과세를 배제하려고 한 것인지는 적어도 후자법인 판결 사안(이중과세 문제)만큼 분명하지는 않다.

제41조의3은 포괄적 증여개념에 관한 광의설의 입장에서 당초 증여세가 부과되는 상황에서 상장이 되면 사후에 정산하는 구조라는 설명은 가능하다. 물론 애초에 최대주주로부터 유상으로 주식을 취득한 뒤 주식이 상장되어 가치가 증가한 경우에는 처음부터 증여세 부과 대상이 아니므로 나중에 주식가치가 증가하여 증여세를 과세하더라도 증여세의 사후정산이 아니라는 반론도 가능하다. 그러나 최대주주로부터 주식을 취득할 당시에는 시가로 취득한 것으로 여겨졌으나 상장된 이후 주식가치가 상승한 결과를 놓고 보면 수증자가 당초 주식을 취득할 때부터 저가로 양수한 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 경우에도 여전히 ‘증여세의 사후정산’으로 볼 수 있다.⁴⁰⁴⁾

한편 최대주주로부터 돈을 증여받아 제3자로부터 주식을 매수한 경우에는 증여 당시에는 돈을 증여받은 것으로 확정될 뿐, ‘증여세’를 사후정산하는 문제는 남지 않는다. 그렇지만 상장이익에 관한 법 제41조의3을 전반적으로 증여세의 사후정산으로 보는 견해⁴⁰⁵⁾는 최대주주가 특수관계인에게 돈을 주어 제3자로부터 주식을

404) 즉 처음에는 시가거래로 보아 증여세를 과세할 수 없었으나, 이후의 결과로 증여세 과세대상임을 인식하여 과세하는 것이나 사후적으로 증여세를 정산하는 셈이다. 필자의 글, “사후적 재산가치 증가에 대한 포괄적 증여 과세의 한계”, 『조세법연구』 25권 3호, 한국세법학회, 2019., 153-156면의 사례분석에서는 특수관계인이 최대주주로부터 주식을 유상으로 취득한 경우에는 기존 증여의 사후정산이라고 보지 않았으나, 이 논문에서는 분석의 틀을 위와 같이 수정하였다.

405) 이창희, 전거서, 1203면은 “위 법조의 뜻은 증여세의 정산, 곧 상장에서 드러난 가치로부터 증여 당시의 시가를 역산해 내어 애초에 덜 납부한 세액을 추징하거나 더 낸 세액을 환급하는 것이다”라고 설명하고 있다.

매수하는 경우이든 최대주주가 자신의 주식을 직접 증여한 경우이든 수증자의 입장에서서는 경제적 실질이 다르지 않다고 보는 듯하다. 즉 최대주주가 돈을 증여했지만, 수증자가 그 돈으로 장래 가치 상승의 개연성이 높은 해당 주식을 매수하는데 사용하였다면, 형식적인 측면에서는 돈 자체를 증여한 것이므로 정산의 문제는 발생하지 않지만, 경제적 결과만을 놓고 보면 주식을 증여받은 것으로 보아도 무방하다는 생각이 바탕이 이루고 있다.⁴⁰⁶⁾ 물론 여기에는 정답은 없다. 다만 결국 최대주주가 특수관계인에게 준 것이 돈이 되었든 자산이 되었든 그것이 어느 정도 예상된 인과과정을 통하여 ‘부풀어 올라’ 마지막 순간에 포착되는 가치에 따라 증여세를 매기겠다는 것이 사후정산의 관념이라면 최대주주로부터 돈을 증여받은 경우는 엄밀한 의미에서는 ‘기존 증여세’의 사후정산으로 볼 수는 없지만 넓은 의미에서 ‘기존 증여’의 사후정산의 범주에 포함하는 것이 옳다고 생각한다.

한편 최대주주로부터 돈을 증여받아 제3자로부터 주식을 매수하는 것을 ‘장래기회의 이전’으로는 볼 수 있을까? 표면적으로 보면 장래 주식가치가 증가될 가능성을 내포한 비상장주식을 최대주주로부터 이전받은 것도 아니므로, 최대주주는 위 증여에도 불구하고 장래에 재산가치가 상승할 기회는 줄어들지 않는 것처럼 보인다. 즉 앞에서 본 포괄적 증여개념의 특징으로서 ‘주는 자의 마이너스가 받는 자의 플러스로 귀결되는 제로섬 게임’의 양상이 벌어지지 않는다는 점을 지적할 수 있다. 그러나 최대주주는 특수관계인에게 돈을 증여함으로써 자신이 제3자로부터 추가로 주식을 매수할 수 있는 ‘기회’를 잃어버린 것으로 볼 수 있다. 앞서 포괄적 증여개념에서 재산의 ‘이전’에 관한 논의⁴⁰⁷⁾에서 보았듯이 재산의 ‘이전’은 반드시 적극적인 형태의 이전만 있는 것이 아니라 증여자의 포기나 수증자의 취득으로 이어지는 ‘사실상의 이전’을 포함한다. 향후 몇 년 내 상장이 예상되는 주식에 관하여 최대주주가 제3자로부터 본인 스스로 매수할 수 있는 기회를 포기하고 특수관계인에게 돈을 주어 타인으로부터 매수하도록 하였다면 장래의 재산가치 상승 기회가 ‘이전’ 되었다고 평가할 수 있다.⁴⁰⁸⁾

406) 상장이익 증여예시조항에 대한 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2012헌가5 결정(이 사건 증여재산가액 조항은 특수관계인이 최대주주등으로부터 증여받은 재산으로 최대주주등 외의 사람으로부터 주식을 취득하는 경우에도 최대주주등으로부터 직접 주식을 증여받거나 유상으로 취득한 경우와 동일하게 증여세 과세대상으로 삼고 있는데, 이는 순수한 상장이익만을 놓고 보면 그 경제적 효과가 동일하기 때문이므로 평등원칙에 위배되지 아니한다)도 비슷한 생각에 기초하고 있는 것으로 보인다.

407) 예컨대, 자산의 저가양도, 금전의 저리대출 등은 증여자의 재산상 이익이 적극적인 형태로 수증자에게 이전되는 것이 아니라 증여자가 매매대금 내지 이자를 더 받을 수 있는 기회비용을 포기한다는 성격을 가진다. 자세한 내용은 제2장 제1절 II.4. 참조

한편, 최대주주로부터 당초 주식을 증여받거나, 주식을 유상으로 취득하는 경우는 최대주주와 특수관계인 사이에서 거래가 이루어진 것으로 서로 통모할 가능성이 크지만, 특수관계인이 최대주주로부터 돈을 증여받아 시장에서 제3자와 거래한 경우는 정상적인 거래라는 측면에서 전자와 동일하게 취급하는 것이 타당한지에 관하여 의구심을 가질 수도 있다. 설득력 있는 지적이지만, 현행법이 위 거래 유형도 동일하게 취급하는 것은 최대주주 및 특수관계인이라는 내부자와 외부의 제3자 간에는 주식의 상장 가능성이라는 정보에 있어서 비대칭성이 있다는 점을 고려한 것으로 볼 수도 있다.

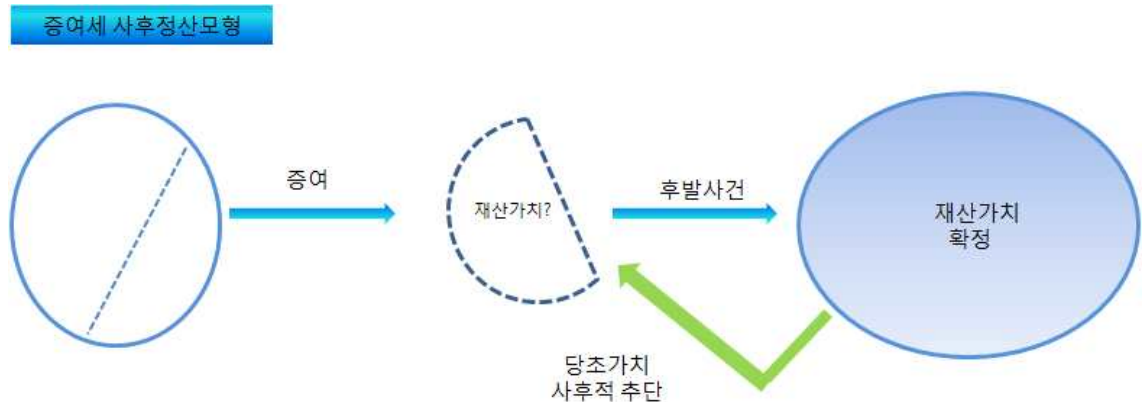
2. 기존 증여의 사후정산 개념

법 제41조의3이 기여행위에 의한 타인의 재산가치 증가의 예시규정에 해당하더라도 해당 기여행위를 한 단계 더 구체적인 개념으로 진전시키기 위해서는 ‘기존 증여의 사후정산’의 개념을 정립함에 있어 ‘재산이나 이익의 무상이전’이라는 포괄적 증여개념을 참조하여 일정 부분 변용할 필요가 있다.

기존 증여의 사후정산이라는 관념을 순수하게 밀어붙인다면 예컨대 당초에 증여받은 주식이 당시에는 제대로 평가되기 어려웠으나 몇 년 내에 주식이 상장되고 그에 따라 주식가치가 증가되는 사건이 발생하였을 때, 처음에 증여받은 주식에 대하여 제대로 평가하지 못하였으나, 당시에 이미 지배주주나 그 특수관계인들 사이에서 어느 정도 예견되었던 사건이 나중에 실현된 것이니 그 시점에서 그 주식이나 돈에 대하여 제대로 평가해보자는 것으로 설명할 수 있다. 이러한 관념을 그림으로 표현하면 아래와 같다.

408) 필자의 전게논문, 153-157면에서는 장래기회의 이전이 아니라고 보았으나, 위에서 본 바와 같이 견해를 수정하였다.

[그림 4] 증여세 사후정산모형



양상이 조금 복잡해져서 특수관계인이 지배주주로부터 1차로 주식을 증여받거나 돈을 증여받아 제3자로부터 주식을 매수한 후 그 주식에 기초하여 유상증자가 이루어져서 신주를 배정받은 경우는 어떠할까?⁴⁰⁹⁾ 예컨대 ㉠ A가 특수관계자인 갑 법인(주식수 50만 주)의 지배주주 B(40%인 20만 주 보유)로부터 당시 시가(=액면가) 1000원인 주식 10만주를 증여받거나 ㉡ 돈으로 1억 원을 증여받아 제3자로부터 10만주를 매수하였다고 가정한다. 위 10만주의 주식에 기초하여 총 50만주의 유상증자 과정에서 지배주주가 인수를 포기하여 발생한 실권주까지 포함하여 시가 1000원인 주식 20만 주를 2억 원에 추가로 인수한 결과⁴¹⁰⁾ 발행주식 총수 100만 주 중 30만주(10만주 + 20만주)를 보유하게 된 경우로서 i) 신주인수대금 2억 원도 지배주주로부터 증여받은 경우와 ii) 신주인수대금은 증여받지 않고 자기 돈으로 낸 경우를 생각해 보자. 다음으로 지배주주가 자기 몫의 신주인수를 하여 실권주가 발생하지 아니함에 따라 A가 자신의 몫인 신주 10만 주만 1억 원에 인수한 결과 함께 20만 주를 보유하게 된 경우로서 iii) 신주인수대금 1억 원도 증여받은 경우와 iv) 신주인수대금 1억 원을 스스로 낸 경우가 있다. 위 각 경우에 5년 내 상장이 이루어져 주식의 시가가 1주당 1만 원이 되어 결과적으로 A가 30억 원(실권주를 인수한 경우) 또는 20억 원(자기 몫의 신주만 인수한 경우) 상당의 ‘주식 부자’가 되었다고 가정하여 보자.

409) 필자의 전계논문, 152-156면까지 사례분석 시 각 거래 유형에 신주인수대금의 증여 여부의 경우의 수만을 달리 하여 분석하였으나, 이 논문에서는 기존 증여의 사후정산의 범위와 장래기획이전의 범위가 달라지는 모습을 모두 포착하기 위하여 각 거래 유형에 ‘신주인수대금의 증여 여부’ 외에 ‘실권주의 발생 여부’도 경우의 수에 추가하였다.

410) A의 지분은 20%이므로 자기 몫으로 10만주, 지배주주가 인수를 포기하여 실권주가 발생(최대주주가 주식을 증여하였거나 유상으로 매도한 경우에는 20% 잔존 지분에 대한 신주인수를 포기한 것이고, 최대주주가 돈을 증여한 경우라면 40% 지분이 있지만 그 중 20% 지분에 대한 신주인수를 포기한 것임)함으로써 10만주를 추가로 배정받았다고 가정한다.

①- i)[기존 주식 10만주를 증여받고, 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 증여받은 경우]의 경우 당초 증여받은 주식(1억 원)과 신주인수대금으로 증여받은 2억 원을 합한 3억 원에 대하여 상장 후 30억 원으로 재평가하여 사후정산하는 과정으로 손쉽게 생각할 수 있다. ①- ii)[기존 주식 10만주를 증여받고, 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 스스로 낸 경우]는 신주인수대금은 스스로 낸 돈이므로 당초 증여받은 주식 1억 원에 대해서만 10억 원으로 사후정산하는 과정이 된다. ①- iii)[기존 주식 10만주를 증여받고, 실권주 없이 10만주만 인수하였으며, 신주대금을 증여받은 경우]에서는 실권주 없이 본인 몫의 신주 10만 주를 추가로 인수하면서 대금 1억 원을 증여받았으므로, ‘2억 원(기존 주식 1억 원+ 신주대금 1억 원)→ 20억 원’에 대한 사후정산 과정으로 볼 수 있다. ①- iv)[기존 주식 10만주를 증여받고, 실권주 없이 10만주만 인수하였으며, 신주대금을 스스로 낸 경우]는 기존 주식 1억 원만 증여받은 것이므로 ‘1억 원 → 10억 원’에 대한 사후정산 과정이 된다.

자금을 증여한 경우도 주식 자체를 증여한 경우와 동일하게 보기로 한 이상 마찬가지로 ②- i)[주식매수자금 1억 원을 증여받고, 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 증여받은 경우]은 3억 원에 대하여, ②- ii)[주식매수자금 1억 원을 증여받고, 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 스스로 낸 경우]는 1억 원, ②- iii)[주식매수자금 1억 원을 증여받고, 실권주 없이 10만주만 인수하였으며, 신주대금을 증여받은 경우]는 2억 원, ②- iv)[주식매수자금 1억 원을 증여받고, 실권주 없이 10만주만 인수하였으며, 신주대금을 스스로 낸 경우]는 1억 원에 대한 사후정산 과정이다.

마지막으로 사안을 달리하여 ③ A가 당초 주식 1만주는 자기 돈으로 지배주주인 B로부터 유상으로 취득하였는데, 실권주가 발생한 경우로서 신주대금을 증여받은 경우(③- i)와 신주대금을 증여받지 아니한 경우(③- ii) 실권주가 발생하지 않은 경우로서 신주인수대금을 증여받은 경우(③- iii)와 신주인수대금을 증여받지 않은 경우(③- iv)도 각각 생각해보자.

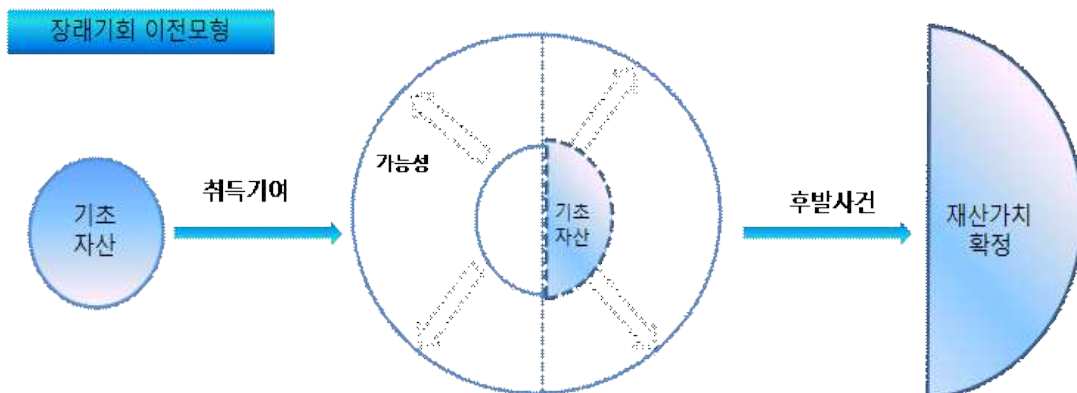
③- i)[기존 10만주를 유상으로 취득하고 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 증여받은 경우]은 지배주주로부터 주식을 유상으로 취득하였으나 뒤에서 가치가 상승한 결과에 비추어 보면 저가양수한 것이므로, 1억 원은 증여세의 사후정산이고, 증여받은 신주인수대금 2억 원도 마찬가지로 ‘3억 원 → 30

억 원’의 구조를 갖추고 있다고 말할 수 있다. ㉔-ii)[기존 10만주를 유상으로 취득하고 실권주 10만주 포함 20만주를 인수하였으며, 신주대금을 스스로 마련한 경우]는 지배주주로부터 유상으로 취득한 1억 원만 증여세의 사후정산으로 볼 수 있으므로 ‘1억 원 → 10억 원’에 한하여 사후정산이다. ㉔-iii)[기존 10만주를 유상으로 취득하고 실권주 없이 10만주만 인수하였으며 신주대금을 증여받은 경우]는 기존에 취득한 1억 원에 신주대금 1억 원을 합한 2억 원에 대하여 사후정산으로 볼 수 있고, ㉔-iv)[기존 10만주를 유상으로 취득하고 실권주 없이 10만주만 인수하였으며 신주대금을 스스로 마련한 경우]는 기존에 취득한 1억 원에 한하여 사후정산이 된다.

3. 장래기회의 이전 개념

㉔(주식 유상취득)의 상황은 현재 상태에서는 재산의 이전으로 볼 수 없지만 지배주주가 장래에 이익을 획득할 수 있는 ‘기회’를 넘겨준 것으로 볼 수 있다. 즉 지배주주가 특수관계인에게 주식을 유상으로 넘기지 않았다면 더 보유하고 있었을 회사 지분을 미리 특수관계인에게 넘겨주었으니 그만큼의 장래에 예상되는 일정량의 부를 넘겨주었다고 평가할 수도 있을 것이다. 즉 아래 그림과 같이 기초가 되는 증여재산 속에는 장래의 재산가치 상승의 기회가 내장되어 있었고, 후발사건이 발생함으로써 그 가능성이 현실화된 것으로 보는 것이다.

[그림 5] 장래기회 이전모형



앞서 본 사례에서 당초 주식을 지배주주로부터 유상으로 취득하고 실권주까지 발생하였다면(㉔- i , ㉔- ii),⁴¹¹⁾ 3억 원 전체에 대하여 30억 원으로 가치가 상승하는 기회가 이전된 것⁴¹²⁾으로 볼 수 있다. 같은 상황에서 실권주가 발생하지 않았다면(㉔- iii), ㉔- iv) 2억 원(유상취득분 1억 원 + 신주인수분 1억 원)에 대하여 20억 원으로 가치상승 기회가 이전⁴¹³⁾된 것이다.

주식 자체를 증여한 경우인 ㉕의 상황에서도 그만큼 지배주주의 당초 지분과 신주인수권이 줄어들었으므로 지배주주가 특수관계인에게 장래의 기회를 이전해준 것으로 볼 수 있다. 즉 지배주주에 의해 실권주가 발생한 경우(㉕- i , ㉕- ii) 합계 3억 원(당초 주식 1억 원 + 신주인수분 2억 원) 전부에 대하여 장래의 기회가 이전된 것으로 볼 수 있고, 실권주가 발생하지 않은 경우(㉕- iii, ㉕- iv)에는 2억 원(당초 주식 1억 원 + 신주인수분 1억 원)에 대해서만 장래기회의 이전으로 볼 수 있다.

한편 ㉖와 같이 지배주주가 특수관계인에게 돈을 주어서 제3자의 주식을 취득하게 하는 경우 표면적으로만 보면 지배주주의 입장에서는 자신의 몫(share)이 줄어들지 아니하므로 장래의 기회를 넘겨준 것은 아니라고 볼 수도 있다. 그러나 앞서 보았듯이 최대주주는 특수관계인에게 돈을 증여함으로써 자신이 제3자로부터 추가로 주식을 매수할 수 있는 기회를 잃어버린 것으로 볼 수 있으므로, 소극적 의미에서 장래기회가 이전된 것으로 볼 수 있다. 다만 실권주가 발생하였는지에 따라서 장래의 기회이전이 3억 원 전체에 미치느냐(㉖- i , ㉖- ii), 2억 원에만 미치느냐(㉖- iii, ㉖- iv)에 차이가 있을 수 있다.

4. 유형적 포괄주의를 적용하기 위한 핵심 개념 : 장래기회의 이전

411) 신주대금의 증여 여부는 장래기회의 이전과는 관계가 없으므로, ㉔- i , ㉔- ii는 동일하게 취급할 수 있다.

412) 지배주주로부터 10만주를 유상취득함으로써 전체 50만주 중 20% 만큼의 가치상승 기회를 이전 받았고, 유상증자과정에서 지배주주가 인수를 포기하여 실권주로 받은 10만 주에 대해서도 증자 후 전체 100만 주 중 10%의 기회를 받은 것이므로, 합계 30%의 기회를 이전받은 것이다.

413) 기회의 '이전'이나 기회의 '제공' 모두 가능한 표현이다. '이전'은 지배주주의 지분이 줄어들면서 특수관계인에게 넘어가는 '주식 유상취득'이나 '주식 증여'에 보다 적합하고, '제공'은 지배주주가 주식자금을 증여하여 자신의 기회를 포기하고 상대방에게 소극적 형태로 넘어가는 상황에서 보다 적합한 표현으로 생각된다. 포괄적 증여인 '재산의 이전'과 대응한다는 의미에서 앞으로는 '기회의 이전'이란 용어로 통일하겠다.

[표 5] 사례분석표

(단위 :원)

	실권주 발생/ 신주대금 증여 여부	사후정산 요소	장래기회 이전 요소	현행법상 과세범위
주식 자체 증여	㉠- i) 실권주 ○ 신주대금 ○	3억 → 30억	3억 → 30억	27억
	㉠- ii) 실권주 ○ 신주대금 ×	1억 → 10억	3억 → 30억	18억
	㉠- iii) 실권주 × 신주대금 ○	2억 → 20억	2억 → 20억	18억
	㉠- iv) 실권주 × 신주대금 ×	1억 → 10억	2억 → 20억	18억
자금 증여	㉡- i) 실권주 ○ 신주대금 ○	3억 → 30억	3억 → 30억	27억
	㉡- ii) 실권주 ○ 신주대금 ×	1억 → 10억	3억 → 30억	18억
	㉡- iii) 실권주 × 신주대금 ○	2억 → 20억	2억 → 20억	18억
	㉡- iv) 실권주 × 신주대금 ×	1억 → 10억	2억 → 20억	18억
주식 유상 취득	㉢- i) 실권주 ○ 신주대금 ○	3억 → 30억	3억 → 30억	27억
	㉢- ii) 실권주 ○ 신주대금 ×	1억 → 10억	3억 → 30억	18억
	㉢- iii) 실권주 × 신주대금 ○	2억 → 20억	2억 → 20억	18억
	㉢- iv) 실권주 × 신주대금 ×	1억 → 10억	2억 → 20억	18억

이상의 내용을 표로 정리해보면 위와 같다. 위 표의 개개의 경우에 사후정산의 요소와 장래기회 이전의 요소가 병존하고 있는데, 현행법상 과세의 범위는 두 가지 요소가 일치할 경우에는 당연히 그에 따르게 되나(아래 표에서 음영표시가 없는 부분, 공통적으로 신주대금을 증여한 경우임), 두 가지 요소의 범위가 일치하지 않을 경우(음영으로 표시된 부분, 공통적으로 신주대금을 증여하지 않은 경우)에는 ‘장래기회의 이전’ 범위에 맞추거나{㉠- iv), ㉡- iv), ㉢- iv)} 또는 양자를 절충하는 형태{㉠- ii), ㉡- ii), ㉢- ii)}로 과세가 이루어지는 점을 알 수 있다.

대표적으로 ㉠- ii)를 살펴보면, 합계 3억 원(30만주)의 주식 전부에 대하여 장래기회가 이전된 것으로 볼 수 있다. 이 중에서 당초 증여된 10만주와 그에 기초하여 추가로 배정받은 10만주를 합한 2억 원 상당의 주식은 현행법상 과세대상이지만, 지배주주에 의하여 실권주가 발생한 10만주 부분은 당초 취득한 주식에 기초하여 취득한 주식이지 아니면서 신주대금을 증여받은 것도 아니므로, 과세대상에서 제외되

어 2억 원이 20억 원으로 증가한 18억 원 부분에 대해서만 과세할 수 있다. 즉 ㉠-iv)와 같은 경우에는 장래기회 이전의 범위에 맞추어 과세가 이루어지는 것으로 볼 수 있지만, ㉠-ii)의 경우에는 사후정산 요소(9억 원)과 장래기회 이전 요소(27억 원)의 중간인 18억 원의 범위에서 과세가 이루어지는 셈이다. 같은 결과가 ㉡-ii), ㉢-ii)에서도 발생한다.

위와 같이 증여세의 사후정산과 장래기회 이전의 범위에 차이가 생기는 이유는 신주대금의 증여가 이루어지지 않을 때에는 신주인수 부분은 증여세의 사후정산과는 무관한 것이지만, 신주대금의 증여가 없더라도 기존 주식에 기초하여 인수하는 부분은 기존 주식에서 이루어진 기회이전의 연장선에 있기 때문이다. 장래기회 자체는 경제적 이익으로 볼 수 있으나, 당시 그 가치를 계산할 수 있는 이익은 못되므로 장래의 기회를 이전하는 것이 현재 시점에서의 부의 무상이전이 될 수는 없고, 그 장래의 기회가 나중에 평가가능한 금전적 이익으로 확정되어야만 비로소 측정가능하다. 동시에 그 행위가 ‘증여’의 요소도 갖추고 있다면(주식 증여, 자금 증여, 주식 유상취득) 가치가 확정되는 시점에서 ‘사후정산’이 동시에 발생할 수 있다. 마찬가지로 증여 시점의 가치로 평가한다는 원칙의 예외가 되므로 현재 시점에서의 부의 무상이전이 될 수 없다.

결국 상속세법 제41조의3에서 여러 거래의 조합에서 공통적으로 추출할 수 있는 개념은 ‘증여세의 사후정산’과 ‘장래기회의 이전’이라고 할 것인데, 실제 과세의 범위는 ‘장래기회의 이전’에 따라 정하는 것이 타당하다는 생각이다. 우선 상속세법 제41조의3에서 정해진 과세범위가 앞의 표에서 본 바와 같이 ‘기존 증여의 사후정산’보다는 ‘장래기회의 이전’ 범위에 상대적으로 가깝다. 다만, ㉠-ii), ㉡-ii), ㉢-ii)의 각 거래유형에서는 당초 취득한 주식에 기초하여 신주를 인수함으로써 기회가 이전될 때에는 과세를 긍정하고, 지배주주의 실권주를 받아서 인수함으로써 기회가 이전될 때에는 과세를 하지 않는다. 그러나 이러한 차이는 신주의 취득이 당초 취득한 주식에 기초한 것이거나, 신주대금을 증여받아 취득한 것이어야 한다는 판례⁴¹⁴⁾를 기계적으로 적용한 결과일 뿐, 당초 취득한 주식에 기초한 것이든, 실권주의 발생에 의한 것이든 기회 이전의 결과를 다르게 취급할만한 합리적인

414) 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결(구 상속증여세법 제41조의3 제6항에서 정한 ‘신주’에는 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식에 기초하지 아니하고 또한 증여받은 재산과도 관계없이 인수하거나 배정받은 신주가 포함되지 아니하며, 이러한 신주에 의하여 합병에 따른 상장이익을 얻었다 하더라도 위 조항이 준용되는 제41조의5 제1항에서 정한 증여재산가액에 해당한다고 해석할 수 없다).

이유는 없어 보인다.⁴¹⁵⁾

한편, 전환사채 등의 전환권 행사에 따른 이익(제40조 제1항 제2호의 ‘행사형 전환사채 이익’)은 기존 증여와는 무관하게 ‘장래기회의 이전’ 요소만을 가지고 있다고 평가할 수 있다.⁴¹⁶⁾ 물론 예컨대 전환사채의 시가가 100원인데 이보다 낮은 70원에 자신의 지분비율을 초과하여 인수·취득하였다면 그 단계에서 1차적으로 30원에 대하여 증여세를 부담하고(제40조 제1항 제1호의 ‘취득형 전환사채 이익’), 전환권의 행사 시점에 교부받은 주식가액이 120원인데 전환사채의 시가가 100원이면 제40조 제1항 제2호에 따라 20원에 대해서만 과세가 이루어지는 과정은 전체적으로 보면 기존 증여의 사후정산으로 볼 수도 있다. 상증세법 시행령 제30조 제1항 제2호에서도 행사형 전환사채 이익을 계산할 때 제1호의 취득형 전환사채 이익으로 과세되는 부분은 제외하고 있다.⁴¹⁷⁾ 그러나 제1호의 취득형 전환사채 이익과 제2호의 행사형 전환사채 이익은 양자가 논리적인 의존관계에 있는 것이 아니라 각자 별개로 발생할 수도 있고, 우연히 동시에 존재할 수도 있는 것이다. 따라서 전환사채 등의 이익의 핵심적 요소 역시 ‘장래의 기회 이전’에 있다고 할 것이다.

사후적 재산가치 증가에 따른 이익(제42조의3)에서도 재산취득요건 중 직접 증여를 받는 형태 이외에 다른 형태(내부정보 취득, 자금 차입, 담보제공)도 장래기회의 제공 내지 이전에 가깝다. 이와 같이 하이브리드 증여 예시조항을 공통적으로 아우를 수 있는 개념은 장래기회의 이전으로 볼 수밖에 없다. 장래기회의 이전이 현재 상태의 부의 무상이전에 대응할 수 있는 포괄성을 획득할 수 있다면, 하이브리드 증여가 굳이 기존 증여의 정산이라는 틀에 얽매일 필요는 없다고 생각한다.

415) 오히려, 당초 취득한 주식에 기초하여 평등하게 신주발행이 이루어질 때보다는 실권주가 발생하여 기회가 이전되는 경우가 증여의 의도가 강할 때가 많을 것이다.

416) 주주가 자신의 지분을 초과하여 전환권 내지 신주인수권을 받거나, 주주 아닌 자가 전환권 등을 받는 것은 기존의 증여와는 무관하고, 주주들 사이에서 또는 주주와 제3자 사이에서 재산가치 상승의 기회가 넘어가는 것이다.

417) 제30조(전환사채등의 주식전환등에 따른 이익의 계산방법 등)

① 법 제40조제1항에 따른 이익은 다음 각 호의 구분에 따라 계산한 금액으로 한다.

1. 법 제40조제1항제1호 각 목에 따른 이익: 법 제40조제1항에 따른 전환사채등(이하 이 조에서 “전환사채등”이라 한다)의 시가에서 전환사채등의 인수·취득가액을 차감한 가액

2. 법 제40조제1항제2호가목부터 다목까지의 규정에 따른 이익: 가목의 가액에서 나목의 가액을 차감한 가액에 다목의 주식수를 곱하여 계산한 가액에서 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 계산한 이자손실분 및 제1호에 따른 이익을 차감하여 계산한 금액. 다만, 전환사채등을 양도한 경우에는 전환사채등의 양도가액에서 취득가액을 차감한 금액을 초과하지 못한다.

가. 제5항제1호에 따른 교부받은 주식가액(전환사채등을 양도한 경우에는 제5항제2호에 따른 교부받을 주식가액을 말한다)

나. 주식 1주당 전환·교환 또는 인수 가액(이하 이 항에서 “전환가액등”이라 한다)

다. 교부받은 주식수(전환사채등을 양도한 경우에는 교부받을 주식수를 말한다)

요컨대, ‘기존 증여의 사후정산’ 과 ‘장래기회의 이전’ 의 차이는 전자는 당초의 거래에 실질적 증여로 불만한 요소를 갖추어야 한다는 것인 반면, 후자는 당초의 거래가 증여의 속성을 갖출 필요는 없고 재산취득의 기회를 부여하는 것으로 족하다는 점에 있다. 여기서 후자와 같이 당초 행위에 증여가 없음에도 ‘증여세’ 를 과세하는 것이 타당한지에 관하여 의문을 제기할 수 있다. 하이브리드 증여세는 ‘증여세 + 소득세’ 를 묶어서 증여세로 과세하자는 것인데, 애초에 증여의 요소가 전혀 없다면 증여세가 아닌 소득세로 과세하는 것이 타당하다는 반론을 예상할 수 있다. ‘재산의 이전’ 이라는 통상적인 개념의 증여만을 생각한다면 그렇게 볼 수도 있다. 그러나 포괄증여 조항은 ‘기여에 의한 재산가치의 증가’ 를 별도의 증여 개념으로 설정하고 있으므로, 증여가 아닌 것에 증여세를 물리는 것으로 볼 수는 없다. ‘장래기회의 이전’ 은 재산취득 과정에서 자신의 기회를 줄이거나 포기하면서 상대방의 기회를 늘려주는 행위로 이해할 수 있으므로, ‘기여행위’ 의 범위를 명확하게 하는 장점이 있다. 달리 보더라도, 소득과세라는 실질을 가지고 그에 필요한 과세체계를 갖추고 있는 이상 그런 이득의 과세에 관한 법규정을 소득세법에 둘 것인지, 증여세법에 둘 것인지는 입법기술의 문제일 뿐이다.⁴¹⁸⁾

‘장래기회의 이전’ 은 ‘재산의 이전’ 이라는 포괄적 증여개념이 사후적 재산가치의 증가가 수반된 하이브리드 증여세에서 나름대로 ‘진화’ 한 개념이라고 생각할 수 있다. 특히 요즈음 들어 ‘금수저, 흙수저’ 의 논란에서 보듯 무언가 출신, 배경, 혈연관계 등으로 ‘금수저’ 들이 다른 사람보다 ‘기회’ 를 더 가져가는 것에 대하여 사람들 사이에서 분노의 대상이 되고, 거기에서 생기는 이익에 대해서는 증여세를 물려야 한다는 생각이 더 강화되고 있다. 사실 출신과 배경 때문에 ‘기회’ 가 균등하게 제공되지 않는 ‘기울어진 운동장’ 에서 기회의 균등을 도모하는 것이 상증세의 근본적인 존재이유라는 점을 상기한다면, ‘장래기회의 이전’ 은 하이브리드 증여세 전반을 관통하는 핵심 개념으로 볼 수밖에 없다.

5. ‘기존 증여의 사후 정산’ 과 ‘장래기회 이전’ 의 차이

‘기존 증여의 사후정산’ 의 개념에 따를 경우 그 세금의 계산구조는 다음의 두

418) 이창희, 전거서, 1208면.

가지 요소가 수반된다고 생각한다. 첫 번째, 당초의 증여에 대하여 향후 예측된 사정이 현실화되었을 때 그 증여세를 정확히 계산하는 것이 주된 목적일 뿐, 해당 기간 중 통상적인 가치 상승에 따른 소득을 과세하기 위한 것이 아니다. 따라서 통상적인 가치 상승분은 과세대상에서 제외할 필요가 있다. 상장이익에 관하여 상증세법 시행령 제31조의3 제1항에서 ‘1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익’을 공제하는 것은 이러한 이유이다. 두 번째, 증여세를 ‘정산’ 하는 것이므로 증여 당시보다 막상 사후에 가치가 더 떨어졌다는 사정이 확인되면 기존에 낸 증여세를 환급해줄 필요가 있다. 상증세법 제41조의3 제4항이 상장 후 정산기준일의 주식가액이 당초 증여세의 과세가액보다 작은 경우에는 증여세를 환급하는 것도 같은 이유로 볼 수 있다.

한편, ‘장래기회의 이전’에 따라 증여세를 과세하는 경우(대표적으로 전환사채 등의 전환에 따른 이익)는 그 이득 중에 증여 부분과 소득부분을 나누는 것이 현실적으로 불가능하여 양자를 하나로 묶어서 과세하는 경우이므로, 입법정책적으로 반드시 증여세의 사후정산 시 필요한 위와 같은 세액계산의 원칙(통상적인 소득의 배제, 당초 증여보다 가치 하락 시 환급)이 적용될 필요는 없다고 생각할 수도 있다.⁴¹⁹⁾ 상증세법 제40조 제1항 제2호의 주식전환 등에 따른 이익을 계산할 때, 전환권 행사 시까지 통상적인 주가상승분을 고려하지 않는 것은 이러한 태도로 볼 수 있다.⁴²⁰⁾ 상장이익에 관한 조문이 이러한 원칙을 반영하고 있는 것은 상대적으로 사후정산의 요소를 더 중요시하고 있는 입법자의 선택의 결과로 보아야 할 것이다.

다만, 이러한 논의는 제도의 설계에 관한 이론적인 문제일 뿐, 현실의 제도가 반드시 이 기준에 꼭 맞아떨어져야 한다는 의미는 아니다. 예컨대 뒤에서 보는 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)에서 특수관계인의 기여형태가 ‘재산을 증여받은 경우’는 증여세의 사후정산으로 볼 수 있는 반면, 그 밖의 기여(내부정보의 제공과 같은 무형적 기여, 자금의 대여나 담보제공 등의 재정적 기여⁴²¹⁾)는 증여세의 사후정산으로 보기는 어렵지만, 입법자는 각 유형의 구

419) 다만, 미실현이득에 대한 과세의 헌법적 정당성에 관한 일반적 한계를 준수하는 것은 별개의 문제일 것이다. 헌법재판소는 토지초과이득세 사건에서 ‘과세대상이익의 공정하고도 정확한 계측 문제, 조세법상의 응능부담(應能負擔) 원칙과 모순되지 않도록 납세자의 현실 담세력을 고려하는 문제, 지가변동순환기(循環期)를 고려한 적정한 과세기간의 설정문제, 지가하락에 대비한 적절한 보충 규정 설정문제 등’을 제시한 바 있다(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49,52 결정)

420) 또한 전환사채 인수, 취득 시보다 전환권 행사시 주가가 더 떨어질 경우에는 전환권을 행사할 이유가 없으므로, 사후환급의 문제가 생기는 것은 어렵다.

421) 물론 자금의 저리대출(상증세법 제41조의4)이나 무상담보제공(상증세법 제37조 제2항) 자체는 부의 무상이전으로 증여세의 과세대상이 되지만, 이러한 지원행위는 자산을 취득하는 계기가 될 뿐,

분 없이 증여이익을 계산하면서 ‘통상적인 가치상승분’은 공제하고 있다.

III. 두 가지 판결의 사안 검토

1. 상장차익 판결 사안의 검토

개정법이 제시하고 있는 ‘재산취득 후 재산가치 증가’라는 것만으로는 소득세가 아닌 증여세가 과세되어야 할 특별한 상황을 상상하기는 쉽지 않다. 결국 앞서 본 바와 같은 법 제41조의3이 내포하고 있는 핵심 개념인 ‘증여세의 사후정산’ 또는 ‘장래기회의 이전’이 있는지를 살펴보아야 한다. 상장차익의 사안은 최대주주의 특수관계인이지만 기존에 주주는 아니었던 원고가(기존 주식에 대한 증여, 주식인수대금의 증여, 주식 유상취득 어느 경우에도 해당하지 아니함) 증자 과정에서 다른 대주주들이 인수를 포기한 실권주를 원고의 자금으로 재배정받은 경우이므로 기존 증여의 ‘사후정산’의 요소는 없다. 다만, 주주가 아닌 원고가 다른 대주주들로부터 재산가치 상승의 장래기회를 이전받은 것으로 볼 수 있다. 같은 취지에서 과세를 긍정한 것이 상장차익 사건의 원심의 입장이다. 즉 법 제41조의3에서 입법자가 과세의 한계를 둔 것은 ‘최대주주 등이 상장이 예정된 주식을 특수관계자에게 취득하게 하는 것’이라고 보고, 거래형태 자체에 대해서는 한계를 둔 것이 아니라고 판단한 것은 위와 같은 사고의 연장으로 볼 수 있다. 기존 주식을 보유하고 있지 아니하여 신주인수권도 없었던 원고가 특수관계인들의 신주인수포기로 재산가치 상승의 기회를 이전받은 것이 분명함에도 신주대금을 증여받지 않았다는 이유만으로 과세에서 벗어나는 결과는 구체적 타당성의 측면에서도 받아들이기 어렵다. 원고가 특수관계인들로부터 기존 주식을 유상취득한 다음 해당 주식에 기초하여 신주를 인수하였다면 과세대상이 되었을 것인데, 두 가지 사안을 달리 취급할만한 이유가 없기 때문이다.⁴²²⁾

그 이익 자체가 하이브리드 증여세에 의하여 정산되어야 할 증여이익이라고 볼 수는 없을 것이다.
422) 원고가 기존 주식 50주를 특수관계인으로부터 유상취득하고, 그에 기초하여 신주 50주를 주주배정받아 함께 100주를 자기 돈으로 취득한 경우와, 기존 주주가 아닌 원고가 신주 100주를 제3자 배정받아 자기 돈으로 주식인수대금을 납입한 경우를 달리 취급할 필요는 없을 것이다.

상장차익 판결의 사안에 개정 상증세법이 적용되었다면, 법 제41조의3, 법 제4조 제4호(법 제41조의3에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익), 제6호(제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익)이 적용되어 과세할 수 있다고 본다. 다만 상장차익 판결은 유형별 포괄조항이 등장하기 이전의 사안이다. 당시 상장이익에 대하여 유형별 포괄조항으로 불만한 것으로 구 상증세법 제42조 제1항 제3호⁴²³⁾가 유일하다. 대상판결의 사안이 신주를 인수한 후 상장으로 이익을 얻은 경우이므로 ‘법 제41조의3에 따른 증여 외에 출자 등 법인의 자본을 증가시키는 거래로 얻은 이익’에 해당할 수 있을까? 그러나 위 제3호는 각종 자본거래에 의한 증여예시 조항과 하이브리드 증여예시 조항들을 열거만 하고 있을 뿐, 재산가치의 증가사유로서 ‘상장’이 언급되지 않았고, 기여행위의 핵심 개념인 ‘장래기회의 이전’으로 불만한 요소도 문언 자체에서 발견하기 어렵다. 증여재산가액의 산정도 ‘소유지분이나 가액의 변동 전·후 평가차액’으로만 보아 상장이익을 계산할 때 공제되는 ‘1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익’도 고려되지 않는다.⁴²⁴⁾ 따라서 사건으로는 제3호를 유형별 포괄조항으로 보기는 어렵다는 생각이다. 상장차익 판결의 결론 자체에는 동의할 수밖에 없는 이유이다.

2. 신주인수권 판결 사안의 검토

(1) 2015. 12. 15. 상증세법 개정 전 사안 검토

423) 제42조(그 밖의 이익의 증여 등)

① 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조, 제41조의3부터 제41조의5까지, 제44조 및 제45조에 따른 증여 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익으로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

3. 출자·감자, 합병(분할합병을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)·분할, 제40조제1항에 따른 전환사채등에 의한 주식의 전환·인수·교환(이하 이 조에서 “주식전환등”이라 한다) 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익 또는 사업 양수·양도, 사업 교환 및 법인의 조직 변경 등에 의하여 소유지분이나 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익. 이 경우 그 이익은 주식전환등의 경우에는 주식전환등 당시의 주식가액에서 주식전환등의 가액을 뺀 가액으로 하고, 주식전환등이 아닌 경우에는 소유지분이나 그 가액의 변동 전·후 재산의 평가차액으로 한다.

424) 구 상증세법 시행령 제31조의 9 제1항 제5호, 구 상증세법 시행령 제31조의 3 제1항 제3호 참조.

신주인수권 판결은 당시의 유형별 포괄조항의 적용에 관하여 ‘구 상증세법 제40조 제1항 제2호에 규정된 것과 방법 및 이익이 유사한 것으로 보기 어려우므로, 구 상증세법 제40조 제1항 제3호⁴²⁵⁾에 해당하지 않고’ 라고 판단하였다.

위 사안에서는 자본시장법상 인수인으로부터의 인수하였는지 여부는 위 규정이 과세의 계기로 삼으려는 의도와 무관한 것으로 보인다. 특히 법 제40조 제1항 제2호는 신주인수권이나 전환권을 행사하여 이익을 얻는 과정에서 특수관계인 사이에서 이익분여가 이루어지거나(가.목), 주주들 사이에 이익분여가 이루어지거나(나.목), 주주들과 제3자 사이에서 이익분여가 이루어지는 상황(다.목)을 상정한 것으로 그 원형은 법 제39조(증자에 따른 이익의 증여)에 두고 있다.

상증세법 제39조에 따라 주식이 저가로 발행되고 실권주가 발생한 경우 (a) 그 실권주에 대하여 다른 사람에게 재배정한 경우와 (b) 실권주를 재배정하지 않은 경우가 있다. (a)의 경우 이익분여는 「실권주주 → 실권주를 배정받은 자」 사이에 이루어지므로, 증여재산가액도 [(증자 후 1주당 평균가액 - 신주 1주당 인수가액) × 배정받은 실권주수]로 산정하는 것이 맞다(시행령 제29조 제2항 제1호). 한편 (b)의 경우 이익분여는 「실권주주 → 그의 특수관계인」으로 법문상 정의되어 있으므로, 증여재산가액도 [(증자 후 1주당 평균가액 - 신주 1주당 인수가액) × (실권주 총수 × 증자 후 신주인수자의 지분비율 × 실권주 총수에서 신주인수자의 특관자의 실권주수가 차지하는 비율)]로 계산하여(시행령 제29조 제2항 제2호) 특수관계인이 실권함에 따라 신주인수자의 지분비율이 상승한 부분만 정확하게 발라내어 산정하는 것이다.

따라서 법 제40조 제1항 제2호 다.목의 핵심은 주주도 아닌 최대주주의 특수관계인이 신주인수권이 없음에도 제3자 배정을 통해 신주인수권부사채를 인수할 수 있

425) 제40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여)

① 전환사채, 신주인수권부사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말한다) 또는 그 밖의 주식으로 전환·교환하거나, 주식을 인수할 수 있는 권리가 부여된 사채(이하 이 조에서 "전환사채등"이라 한다)을 인수·취득·양도하거나, 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 함으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

2. 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환·교환 또는 주식의 인수를 하거나 전환사채등을 양도함으로써 얻은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 이익

다. 전환사채등을 발행한 법인의 주주가 아닌 자로서 최대주주의 특수관계인이 그 법인으로부터 전환사채등의 인수등을 한 경우로서 전환사채등에 의하여 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환가액등을 초과함으로써 얻은 이익

3. 제1호 또는 제2호에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 전환사채 등의 거래를 하거나 전환사채등에 의하여 주식으로의 전환 등을 함으로써 특수관계인으로부터 직접 또는 간접적으로 얻은 이익

는 기회를 잡는 것, 그로 인하여 기존 주주와 최대주주의 특수관계인 사이에 ‘장래기회의 이전’ 이 발생하는 것이다. 그러나 위 조항 또한 재산취득 후 가치증가에 대한 증여 규정이므로 포괄증여 조항만으로는 과세가 어렵고, 유형별 포괄조항 등 다른 보충적 과세근거를 필요로 한다.

신주인수권 판결은 일종의 유형별 포괄주의 조항인 법 제40조 제1항 제3호에 해당하지 않는다고 보았고, 더 광범위한 규정인 제42조 제1항 제3호⁴²⁶⁾에 해당할 수 있으나, 제42조 제3항에 따라 거래의 관행상 정당한 이유가 있으므로 과세할 수 없다고 판단하였다. 그런데 제2호 다.목이 문제되는 상황에서 이익분여의 당사자는 기존주주와 주주아닌 자(최대주주의 특수관계인)이고, 원고는 A회사의 최대주주인 B사의 최대주주이므로 A회사의 기존 주주로부터 최대주주의 특수관계인인 원고에게로 장래의 기회가 흘러 들어가는 상황이다. 다만 원고는 A회사가 아닌 ○○증권(자본시장법상 인수인도 아님)으로부터 신주인수권 증권을 취득하였으므로 위 조항에 직접 해당하지 못하는 것이다. 그런데 원고가 A회사로부터 직접 신주인수권부 사채를 인수한 경우든 증권회사 등을 거쳐서 인수한 경우든 ‘장래기회의 이전’ 이 발생하였으므로, 이를 달리 취급할 이유는 없어 보인다. 중간에 취득한 자는 신주인수권 증권의 취득과정에서 매개체에 불과할 뿐이고, 그가 자본시장법상 인수인인지 여부도 ‘장래기회의 이전’ 과는 무관한 문제이기 때문이다.

따라서 사건으로는 위 사안에서 장래 주식가치가 상승할 수 있다는 기회나 가능성이 최대주주로부터 최대주주의 특수관계인인 원고로부터 이전된 이상, 제40조 제1항 제2호에서 규정한 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 전환사채 등에 의하여 주식으로의 전환 등을 함으로써 특수관계인으로부터 ‘간접적’⁴²⁷⁾으로 얻은 이익

426) 구 상증세법(2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 것)

제42조(그 밖의 이익의 증여 등) ① 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조, 제41조의3부터 제41조의5까지, 제44조 및 제45조에 따른 증여 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이익으로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

3. 출자·감자, 합병(분할합병을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)·분할, 제40조제1항에 따른 전환사채등에 의한 주식의 전환·인수·교환(이하 이 조에서 “주식전환등”이라 한다) 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익 또는 사업 양수·양도, 사업 교환 및 법인의 조직 변경 등에 의하여 소유지분이나 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익. 이 경우 그 이익은 주식전환등의 경우에는 주식전환등 당시의 주식가액에서 주식전환등의 가액을 뺀 가액으로 하고, 주식전환등이 아닌 경우에는 소유지분이나 그 가액의 변동 전·후 재산의 평가차액으로 한다.

③ 대통령령으로 정하는 특수관계인(이하 이 조에서 “특수관계인”이라 한다)이 아닌 자간의 거래로서 거래의 관행상 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.

427) 최대주주인 B회사와 직접적으로 신주인수권을 주고받는 거래를 하지 않고, 법인이 새로운 신주인수권부사채를 발행하고 기존 주주가 아닌 원고에게 신주인수권 증권을 취득시키는 것을 통해 그

에 해당하여 제3호에 해당한다고 볼 수 있다.⁴²⁸⁾ 비록 제3호가 유사성의 비교대상을 ‘방법 및 이익’으로 한정하고 있으나, 앞서 본 하이브리드 증여세의 제도적 취지를 고려한다면, 그것이 법인 자체나 자본시장법상 인수인을 통하여 취득하는 거래 형태로 과세를 제한하는 것이라고 보기는 어렵다. 개정 상증세법에 의하면 제40조 제1항 제2호 다.목, 제4조 제6호(제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익)에 해당하여 증여세를 과세할 수 있다고 본다.⁴²⁹⁾

상장차익 판결이 이에 관하여 소극적인 입장을 취한 것은 대법원이 현재까지 증여세 영역에서 유형별 포괄주의에 의한 과세를 인정할 적이 거의 없다는 연혁적 이유에서 기반한 것으로 추측해볼 수 있으나, 결론적으로 아쉬움이 남는 대목이다.

(2) 2015. 12. 15. 상증세법 개정 후 사안 검토

개정법 제40조 제1항 제1호 나.목은 ‘자본시장법상 인수인으로부터 인수·취득한 경우’와 더불어 ‘대통령으로 정하는 방법으로 인수·취득한 경우를 포함한다’고 규정하고 있고, 개정 시행령 제29조 제4항은 ‘제3자에게 증권을 취득시킬 목적으로 그 증권의 전부 또는 일부를 취득한 자로부터 인수·취득한 경우를 포함한다’고 규정하고 있다. 따라서 신주인수권 판결의 사안과 같이 「A회사 → 하나은행 → ○○증권 → 원고」의 거래구조에서 ○○증권은 제3자인 원고에게 증권을 취득시킬 목적으로 증권을 취득한 자에 해당하므로, 개별 규정에 의한 과세대상에 포섭될 것으로 보인다. 따라서 신주인수권 판결에서 과세의 흠결은 입법적으로 해결되었다.

다만 한 가지 유의할 점은 법 제40조의 요건에 해당되지 아니하여, 법 제4조 제1항 제6호의 유형별 포괄조항의 적용이 문제될 때, 이것은 법 제4조 제1항 제3호의 ‘재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’의 포괄개념에도 해당하므로, 제3호 단서의 ‘다만, 특수관계인이 아닌 자간의 거래인 경우에는 거래의

들 사이에서 이익 분여가 일어났으므로 이익의 ‘간접적’ 이전이라고 볼 것이다.

428) 제2호 다.목은 특수관계인으로부터 얻은 이익으로 한정하고 있지 아니하므로, 기존주주 전체로부터 받은 이익, 즉 원고가 신주인수권을 행사하여 얻은 주식수 전체에 대하여 증여이익을 산정할 수 있다. 반면, 제3호에 의할 경우 ‘특수관계인으로부터 얻은 이익’에 한정하고 있으므로, 원고가 신주인수권을 행사한 주식 중 최대주주인 B회사의 지분비율에 상응하는 만큼만 증여이익을 산정하여야 한다.

429) 다만, 개정법 제4조 제6호에서 ‘특수관계인으로부터 얻은 이익’으로 과세범위를 한정하고 있지 아니하므로, 원칙적으로 기존 주주 전체로부터 받은 이익에 대하여 증여이익을 산정할 수 있다고 할 것이나, 다툼의 소지는 있어 보인다.

관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다’는 조항의 적용을 받을 것으로 예상된다. 전환사채 등을 특수관계인으로부터 직접 취득하는 경우가 아니라, 법인이 발행하여 중간자가 이를 인수하고 이후 납세의무자가 취득하는 경우에는 특수관계의 존부를 중간자와 납세의무자를 기준으로 볼 것이 아니라, 신수인수권의 행사로 인하여 직접적인 영향을 받는 기존 주주로 보아야 할 것이다. 그런데 신수인수권 판결은 제42조 제1항 제3호의 적용을 부인하면서 그 근거로 특수관계자 아닌 자간의 거래로서 거래관행상 정당한 사유가 있다고 판단하였다. 그러나 위 사건의 이익분여 상황은 최대주주와 특수관계인인 원고 사이에 이루어지는 특수관계인 사이의 거래이므로 ‘거래관행상 정당한 사유’는 검토할 여지가 없어 보인다.

IV. 기타 사례

1. ‘락앤락 사건’

상장이익과 관련하여 시사점을 주는 최근 판례⁴³⁰⁾를 하나 더 살펴보자. 원고는 2005년 특수관계인으로부터 돈을 증여받은 후 2005년 말 설립된 주식회사 락앤락(이하 ‘락앤락’)의 발기인으로 참여하여 지분 2%를 인수하였다. 락앤락은 2006년부터 A회사로부터 주력 사업부문을 양수하여 매출액을 증가시키고, 다른 관련회사들을 흡수합병한 이후 2010. 1. 28. 한국증권거래소에 상장되었다. 피고는 구 상증세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항, 제41조의3에 따라서 증여세를 부과하였다. 대법원은 제2조 제3항에 의한 과세를 부인하였는데, 관련 법리를 살펴보면 다음과 같다(밑줄 친 부분은 필자가 추가함).

이 규정의 입법 취지는 최대주주 등에 대한 특수관계인이 얻은 비상장주식의 상장이익에 대하여 증여세를 부과하여 최초 증여 또는 취득 당시 실현이 예견되는 부의 무상이 전까지 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 데에 있다(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결 등 참조). 이 규정의 문언을 보면, 이 규정은 특수관계인이 법인의 주식

430) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2015두40941 판결.

등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우에 그 주식 등의 상장 등에 따른 이익을 증여재산으로 정하고 있을 뿐이고, 법인설립 전 발기인이 자금을 증여받아 신설 법인의 주식을 인수한 경우에 대해서까지 규율한 것이라고 볼 수는 없다.

구 상속증여세법 제41조의3 제1항은 그 규정에서 상세히 정한 법인의 주식 취득 등에 대해서만 적용되고, 그 밖에 법인 설립 전 발기인의 주식 인수 등 다른 유형의 주식 취득에 대해서는 이후 상장으로 이익을 얻더라도 증여세를 부과하지 않도록 한계를 정하였다고 봄이 타당하다. 이러한 결론은 이 규정의 내용과 문언, 입법 취지, 법인 설립 전 발기인의 주식 인수와 설립 이후 미공개 경영 정보를 이용한 주식 취득 사이의 실질상 차이, 납세자의 예측가능성 등을 종합하여 도출할 수 있다. 따라서 이 규정의 적용 요건에 해당하지 않는 주식의 취득 등에 대해서는 위 규정을 유추하여 증여세를 부과할 수 없다.

필자가 밑줄로 표시한 부분을 중심으로 살펴보면, 구 상증세법 제41조의3 제1항431)의 문언상 원고는 최대주주로부터 주식등을 증여받거나 유상으로 취득한 자도 아니고, 발기인으로서 자금을 증여받아 신설법인의 주식을 인수한 경우가 ‘증여받은 재산으로 최대주주 등 외의 자로부터 당해 법인의 주식을 취득하는 경우’ 에도 해당하지 아니하므로, 포괄증여 조항이 문제되는 것이다. 제41조의3 제1항이 ‘그 규정에서 상세히 정한 법인의 주식 취득 등에 대해서만 적용되고’ 그 밖의 다른 유형의 주식 취득에 대해서는 상장으로 이익을 얻더라도 증여세를 부과하지 않도록 한계를 정했다는 것이다.

그러나 위 판례가 이어서 실시하고 있는 ‘문언, 입법취지, 법인 설립 전 발기인의 주식 인수와 설립 이후 미공개 경영 정보를 이용한 주식 취득 사이에 실질상 차

431) 제41조의3 (주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여)

① 기업의 경영 등에 관하여 공개되지 아니한 정보를 이용할 수 있는 지위에 있다고 인정되는 다음 각호의 1에 해당하는 자(이하 이 조 및 제41조의5에서 "최대주주등"이라 한다)와 특수관계에 있는 자가 최대주주등으로부터 당해 법인의 주식 또는 출자지분(이하 이 조 및 제41조의5에서 "주식등"이라 한다)을 증여받거나 유상으로 취득한 경우에는 증여받거나 취득한 날, 증여받은 재산(주식등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주등으로부터 증여받은 재산을 말한다. 이하 이 조 및 제41조의5에서 같다)으로 최대주주등외의 자로부터 당해 법인의 주식등을 취득한 경우에는 취득한 날(이하 이 조 및 제41조의5에서 "증여일등"이라 한다)부터 5년 이내에 당해 주식등이 증권거래법에 따라 한국증권거래소에 상장되거나 한국증권업협회에 등록됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서 당해 주식등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액(증여받은 재산으로 주식등을 취득한 경우를 제외한다. 이하 제41조의5에서 같다) 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 때에는 당해 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

1. 제22조제2항의 규정에 의한 최대주주 또는 최대출자자
2. 내국법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 25 이상을 소유한 자로서 대통령령이 정하는 자

이, 납세자의 예측가능성'을 꼼꼼이 생각해보더라도 양자를 차별적으로 취급해야 할 필연적 근거가 될 수 있는지는 선뜻 동의하기는 어렵다. 판례가 앞부분에서 실시하고 있듯이 위 규정의 입법취지가 '최초 증여 또는 취득 당시 예상되는 부의 무상이전'까지 과세하려는 것이었다면, 돈을 증여받아 기존에 존재하는 비상장회사의 주식을 취득한 후 상장이 된 경우와 대금을 증여받아 새로이 설립하는 회사의 신주를 인수하여 주주가 된 후 상장이 된 경우에 있어서 '예견가능성'의 측면에서 질적인 차이가 있다고 볼 수 있을까? 따라서 후자법인 판결의 법리를 그대로 가져다가 쓰는 것만으로는 사안을 해결하기 위한 유용한 기준을 제시한다고 보기 어렵다.

비록 위 사안은 유형별 포괄주의가 채택된 개정 상증세법 이전의 사안이라는 하지만, 유형별 포괄주의가 적용되는 사안이라고 가정해보자. 앞서 본 바와 같이 상장 등 이익의 증여규정의 핵심은 '장래기회의 이전'이다. 락앤락의 정관작성 당시 원고의 특수관계인 K는 현물출자로 76%를 받아 최대주주가 될 것으로 예상되는 자였고, 원고는 2%를 받기로 예정되어 있는 자였다. 법률주의적·형식논리적 관점에 따라⁴³²⁾ 위 정관 작성 당시를 최초의 기준점으로 삼는다면 원고와 K는 설립 당시부터 원래 받기로 한 각자의 지분이 있을 뿐, K가 자신의 신주인수권을 원고에게 넘겨준 것으로 보기는 어렵다고 볼 수 있다. 그러나 장래기회 역시 '재산의 이전'과 마찬가지로 자신의 기회비용을 포기하는 소극적인 형태로도 이전될 수 있다. 특수관계인 K는 원고에게 돈을 증여함으로써 그 돈을 증여하지 않고 자신이 2%를 추가로 출자할 수 있는 기회를 소극적으로 포기하였고, 원고는 그 돈을 받아 신주를 인수함으로써 K로부터 원고에게 장래기회가 이전된 것으로 볼 수 있다. 따라서 개정 상증세법에 의하면 제41조의3 제1항, 제2항, 제4조 제6호(제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익)에 해당하여 과세할 수 있다고 생각한다. 물론 해당 사안 당시에는 상장이익에 대하여 유형별 포괄조항이 존재하지 않았으므로

432) 제2장 제1절 1.2.에서 언급한 대법원 1977. 3. 23. 선고 76구458 판결 사안에 대한 성낙인 외 2인, 전개논문, 180면에서 언급된 표현으로, 위 판결이 취하고 있는 태도에 관하여 증여세 부과 여부는 경제적 이익의 이전이 있는가에 따라서 결정되는 것이 아니라, 법률적인 관점에서 '신주인수권을 양수받은 것으로 볼' 사정이 있는지에 따라 결정한 것으로 본다. 원고가 저가에 신주를 인수함으로써 주식가치가 희석되어 구주주들이 손해를 보고 원고가 이익을 보게 된 이상 경제적 이익이 사실상 '이전'된 것은 분명함에도, 구주주가 자신이 가지고 있는 신주인수권을 원고에게 넘겨준 것으로 볼 수 없는 이상, 특수관계자로부터 '이익을 받은' 것으로 볼 수 없다는 것은 법률주의적·형식논리적 관점이라고 비판한다.

로, 과세할 수 없다는 위 판결의 결론 자체에는 동의할 수밖에 없다.

2. ‘신라젠 사건’⁴³³⁾

(1) 사안의 개요

신라젠 주식회사(이하 ‘S회사’)에서 L은 1대 주주(특수관계인 포함 7.4%)이면서 사내이사이고, M은 2대 주주(특수관계인 포함 6.6%)이면서 대표이사였으며, 원고는 M의 외삼촌이고 S회사의 주주는 아니었다. 원고는 2014년 비상장회사인 S회사가 발행한 무보증 사모 분리형 신주인수권부사채를 인수하였다가 S회사가 상장한 후인 2016년 및 2017년 두 차례에 걸쳐 위 사채에서 분리된 신주인수권을 1주당 3,500원에 행사하여 주식을 취득하였다. 한편 M도 신주인수권부 사채를 가장 많이 배정받아 신주인수권을 행사한 이후에는 단독지분율이 10%가 넘는 최대주주가 되었다. 원고의 신주인수권 행사 당시 주가는 2016년에는 1주당 20,000원, 2017년에는 약 11,000원이었으므로 각 3,500원에 신주를 인수한 원고는 상당한 이익을 얻었다. 상증세법 제40조 제1항 제2호 다.목은 “전환사채등을 발행한 법인의 최대주주의 특수관계인이 그 법인으로부터 전환사채등의 인수를 한 경우”를 대상으로 하므로, 2대 주주인 M은 최대주주가 아니고, 따라서 M의 특수관계인인 원고는 위 조항에 따른 과세대상이 아니었다. 이에 피고는 개정 상증세법 제4조 제1항 제6호⁴³⁴⁾를 적용하여 증여세 부과처분을 하였다.

(2) 1심 법원(서울행정법원 2020. 1. 9. 선고 2019구합60813 판결) : 원고 승소

1심 법원은 유형별 포괄조항에 의한 과세를 부인하였다. 판결 이유 중 중요 부분은 아래와 같다.

433) 서울고등법원 2020. 10. 16. 선고 2020누33840 판결 사안. 현재 대법원 2020두53224 사건으로 계속 중임.

434) 제4조(증여세 과세대상)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대해서는 이 법에 따라 증여세를 부과한다.
4. 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2 또는 제42조의3에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익
6. 제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익

[...] 이와 같은 인적 요건은 예측할 수 없는 새로운 유형의 금융기법이나 자본거래 등과 전혀 무관하므로, 개정 후 상증세법 제40조 제1항 제2호 (다)목의 경우와 경제적 실질이 유사하다고 평가할 수 있으려면 적어도 신주인수권부사채 등의 인수인이 사실상 최대주주의 특수관계의 지위에 있어야 한다.

다) 만일 피고의 주장과 같이 최대주주의 특수관계인이 아닌 자가 신주인수권부 사채 등을 인수하여 이를 주식으로 전환한 경우에 개정 후 상증세법 제4조 제1항 제6호를 적용할 수 있다고 한다면, 신주인수권부사채 등을 인수한 일반 투자자에게까지 증여세 과세대상이 무한정 확대되고 결국 과세관청의 자의에 따라 과세 여부가 달라지는 등 조세법률관계가 법적 안정성을 해치고 납세의무자의 예측가능성을 지나치게 침해하는 결과가 된다.

(3) 2심 법원(서울고등법원 2020. 10. 16. 선고 2020누33840 판결) : 원고 패소

항소심 법원은 ‘M은 S회사의 대표이사이자 2대 주주로서 S회사의 의사결정에 지배력을 가지고 있었고, 주식전환 후 최대주주가 될 것이 분명하여 그 지위가 S회사의 최대주주인 L과 유사하였다고 볼 수 있으므로, M의 특수관계인인 원고가 신주인수권 행사에 따른 이익을 얻게 되는 거래는 최대주주 L의 특수관계인이 같은 행위로 이익을 얻는 거래와 경제적 실질이 유사하므로 유형별 포괄조항에 의하여 과세할 수 있다’ 고 판단하였다. 유형별 포괄주의를 적용할 수 있다고 본 논거는 아래와 같다.

[...] 위 규정에 따라 개별 가액산정규정을 준용하여 증여세를 과세할 수 있는지 여부를 판단함에 있어 제4호의 각 규정과 유사한 ‘새로운 금융기법이나 자본거래’라는 거래·행위요건만을 기준으로 삼을 것이 아니라 개정 후 상증세법 제40조 제1항 제2호 다목에서 규정하고 있는 것과 같은 ‘최대주주의 특수관계인’이라는 인적 요건까지 포함하여 해당 거래·행위의 경위와 목적, 변칙적인 부의 무상 이전 또는 재산가치의 증가에 대한 증여세 과세의 필요성, 각 개별 가액 산정규정에서 인적 요건을 규정한 취지 등을 종합하여 ‘경제적 실질의 유사성’을 판단하여야 할 것이다. 이때 ‘최대주주의 특수관계인’이라는 인적 요건과 경제적 실질이 유사한 경우란 [...] 직접 또는 형식상 최대주주의 특수관계인은 아니지만, 그 실질 내지 경제적 이익의 귀속 측면에서 최대주주의 특수관계인으로 볼 정도인 경우를 의미한다고 해석된다.

따라서 최대주주는 아니더라도 최대주주에 버금갈 정도로 기업의 의사결정에 영향을

미칠 수 있고 내부정보에의 접근 및 이용가능성이 있는 대표이사나 2대 주주 등의 특수 관계인이 개정 후 상증세법 제40조 제1항 제2호 다목에서 정한 방법에 따른 행위를 함으로써 위 규정이 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 경제적 실질의 유사성을 인정할 수 있고, 단순한 주주이거나 일반투자자의 경우에는 이러한 경제적 실질의 유사성을 인정하기 어려우므로 위와 같은 판단 기준에 따르더라도 과세대상이 지나치게 확대되거나 납세자의 예측가능성이 보장되지 않는다고 볼 수는 없다.

(4) 위 판결에 대한 평가

위 사건의 1심 판결이 선고된 이후 작성된 판례 평석은 1심 판결을 비판하면서 해당 사건에서 유형별 포괄주의가 타당하다고 주장하였다. 즉, ‘경제적 실질이 유사’하다는 말은 법적인 측면에서 외관이나 형식을 기준으로 삼지 않고 경제적인 이해관계를 바탕으로 그 실질을 따져 유사한지를 판단해야 한다는 뜻인데, 이는 법원이 담당해야 할 당연한 역할이자 의무이고, ‘새로운 금융기법과 자본거래’ 인지 여부만으로 유사성을 판단한다면 유형별 포괄조항의 입법취지가 지나치게 축소된다는 점을 지적하였다.⁴³⁵⁾ 또한 유형별 포괄조항의 문언이 “경제적 실질이 유사한 경우 로서”가 아니라 “경제적 실질이 유사한 경우 들”이라고 표현하고 있는 것은 ‘경제적 실질의 유사성’을 이 조항의 적용요건으로 삼은 것이 아니라 개별예시조항을 적용하여 증여가액을 계산할 수 있는 하나의 ‘예시’로서 포함된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

해당 사안을 보면, M은 2대주주였지만 1대주주인 L과 지분 차이도 얼마 나지 않았고, 대표이사의 지위에 있었으며, 신주인수권의 행사 이후 최대주주가 되었다는 점에서 경제적 실질의 측면에서는 최대주주인 L과 ‘버금가는’ 지위에 있었다고 평가할 수도 있다. 항소심에서 1심의 결론을 뒤집고 유형별 포괄주의의 적용을 긍정하는 입장을 취한 것이나, 같은 견해를 취하고 있는 판례 평석도 위와 같은 사안의 특수성을 진지하게 고려한 결과라고 생각된다. 그런데 문제는 유사성을 평가할 수 있는 ‘기준’에 있다.

우선 상증세법 제40조 제1항 제2호 다.목에서 전환사채를 발행한 법인의 ‘최대

435) 이하의 내용은 김석환, “증여세 완전포괄주의의 어제, 오늘 그리고 내일-상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호의 적용범위와 관련-”, 「법학논총」 37집 2호, 한양대학교 법학연구소, 2020., 161-162면 참조.

주주의 특수관계인'으로 주체로 제한하고 있는 취지는 무엇일까? 본절 III.2항에서 보았듯이 위 규정은 주주도 아닌 최대주주의 특수관계인이 신주인수권이 없음에도 제3자 배정을 통해 신주인수권을 취득할 수 있는 기회를 잡는 것, 그로 인하여 기존 주주와 최대주주의 특수관계인 사이에서 '장래기회의 이전'이 발생하는 것을 포착하는 것이다. 늘 그렇지는 않겠지만 최대주주라면 경영권을 행사하여 자신의 특수관계인에게 그러한 기회를 부여할 수 있는 힘을 가지고 있을 가능성이 높고, 장래 회사의 주가가 상승할 것(사안에서 S회사는 장래 상장이 이루어졌음)이라는 회사의 내부정보에 접근이 쉽기 때문이다.

그렇다면 항소심 판결이 표현하는 것처럼 '최대주주에 버금갈 정도로 기업의 의사결정에 영향을 미칠 수 있고 내부정보에의 접근 및 이용가능성이 있는 자'를 법원이 평가하여 판단할 수 있을까? 비록 위 판결에서 '거래·행위의 경위와 목적', '변칙적인 재산가치 증가에 대한 증여세 과세의 필요성', '인적 요건을 규정한 취지' 등을 판단기준을 제시하고 있지만, 필자는 부정적으로 생각한다. 위 사안과 같이 최대주주가 7%를 보유하는데, 2대 주주가 가진 6%는 근소한 차이에 불과하므로 '버금간다'고 할 것인지,⁴³⁶⁾ 그렇다면 2대 주주가 4%나 5%일 때에는 어떠한지, 대표이사의 지위를 가지고 있는 경우와 그렇지 않은 경우는 달리 취급할 것인지, 내부 정보에 접근하고 이용할 가능성은 어떻게 측정해서 얼마만큼 고려해야 할지에 대하여 사람마다 생각이 다를 수 있기 때문이다.

근본적으로 최대주주나 특수관계인은 법률요건의 해당 여부를 손쉽게 판단할 수 있는 개념이다. 마치 상속세법 제40조 제1항 제2호를 적용할 수 있는 기준금액을 1억 원으로 정해둔 것(시행령 제30조 제2항 제2호)과 비슷한 성질이다. 과세대상 이익의 크기에도 유형별 포괄주의를 적용할 수 있다면 이익이 9,990만 원이면 경제적 실질이 유사하다고 보아야 하지 않을까? 그렇다면 어디까지를 유사하다고 보아 선을 그어야 하는지의 문제가 마찬가지로 발생할 것이다. 위와 같이 과세요건에 해당 여부를 명확하게 인식할 수 있는 특성을 가졌다면, 해당 요건에 해당하지 않을 경

436) 물론 '버금간다'의 것의 의미를 주주의 구성에 따라서 최대주주만큼 영향력을 행사할 수 있는지를 평가하여 판단할 수 있다는 취지로 새길 수는 있다. 예컨대 최대주주가 51%, 2대주주가 49%를 행사하는 회사에서는 최대주주의 영향력이 막강하다고 볼 수 있고, 2대 주주가 그에 버금간다고 할 수는 없을 것이다. 다른 경우로 최대주주가 7%, 2대 주주가 6%를 보유하고, 나머지 3% 주주가 10명, 1% 주주가 57명인 경우와 같이 소수지분이 다양하게 분포하고 있다면 7% 최대주주와 6% 2대 주주 사이에 영향력 차이가 크지 않을 수도 있으므로 이러한 경우 '버금간다'고 평가하는 것도 가능할 수 있다. 다만, 항소심 판결이 언급하는 다른 요소와 종합적으로 고려하면서 '경제적 실질이 유사한 경우'를 판단하는 것은 쉽지 않을 것이다.

우 과세대상이 아닐 것이라는 납세자의 신뢰는 한층 높아진다고 볼 수 있다. 역으로 위와 같은 요건을 ‘버금가는’ 과 같은 개별적 평가의 문제로 본다면 납세자의 예측가능성은 심각하게 저해될 수밖에 없을 것이다.

유형별 포괄주의는 과세 근거조항이 일정한 거래나 행위의 형식을 규정하였다고 하더라도, 법에서 다양한 거래를 모두 망라하여 규정할 수 없으므로, 해당 거래와 경제적 실질이 유사한 것이라면 과세할 수 있다고 보는 과세형식론이다. 경제적 실질이 유사한지 여부는 무를 자르듯이 명확하게 선을 긋는 문제가 아니라 법문이 정한 거래와 유사성이 인정되는 일정한 범주에 해당하는지에 대한 종합적인 평가일 수밖에 없다. 애초에 명확하게 선을 긋는 것이 불가능하므로 대표적인 거래 형태만 명시해놓고 같은 범주에 속하는 것인지에 대한 평가를 과세관청이나 법관에게 맡겨 두는 것이므로 ‘특수관계인’의 요건과는 성격을 달리한다고 볼 수 있다.

따라서 앞의 제1절 1.1.의 ‘하이브리드 예시조항의 종류와 구조’ 437)에서 ❶ 기여행위를 하는 자와 납세의무자의 관계가 규율되는 부분(상증세법 제40조 제1항 제2호에서 ‘최대주주의 특수관계인’도 여기에 해당한다)은 원칙적으로 유형별 포괄주의의 적용대상이 된다고 보기는 어렵고, 다만 개별예시조항의 반대해석이 가능한지의 문제로 귀착된다는 생각이다. 최대주주는 경영권을 가지고 있으면서 내부정보에 가장 가까운 자이므로 그의 의사에 따라 기존 주주로부터 특수관계인에게 장래기회를 이전하는 행위를 규율하고자 하는 입법취지를 인정할 수 있는 이상, 그 반대해석상 최대주주가 아닌 자의 특수관계인이라면 상증세법 제40조 제1항 제2호뿐만 아니라 제4조 제1항 제6호의 유형별 포괄조항에도 해당할 수 없다고 생각한다. 물론 최대주주와 비슷한 수준의 권한과 정보를 가진 2대 주주가 장래기회를 이전한다는 명확한 의도를 가지고 주주가 아닌 특수관계인에게 신주인수권을 부여한 경우라면 그 경제적 실질이 유사하다는 점을 부정하기는 어려우므로, 유형별 포괄조항에 따라 과세할 수 있다는 반론도 충분히 가능하다. 향후 대법원의 판단 결과가 주목된다.

437) ❶ 기여행위를 하는 자와 납세의무자의 관계가 규율되는 부분, ❷ 기여행위의 종류, ❸ 구체적인 재산가치 증가사유의 구조로 되어 있다고 보았다.

제4절 추가적 논의 : 상증세법 제42조의3과 유형별 포괄조항에 관한 분석

I. 상증세법 제42조의3의 입법취지

2004년 개정세법해설⁴³⁸⁾에 의하면, ‘미성년자등 직업, 연령, 소득, 재산상태 등으로 보아 자기의 계산으로 형질변경 등의 행위를 할 수 없다고 인정되는 자가 타인의 증여, 기업경영에 관한 내부정보 이용, 특수관계자의 담보 등으로 재산을 취득한 후 5년 이내에 개발사업의 시행 등 재산가치 증가사유가 발생한 것은 재산취득자 자신의 노력에 의하여 가치가 상승한 것이 아니라 타인의 기여에 의하여 증가한 것이므로 이에 대하여 증여세를 과세하기 위한 것’ 이라고 기술하면서 아래와 같은 사안을 예시하고 있다.

<대표적인 적용 사례>

비상장주식의 상장에 따른 이익

- 甲은 父가 대주주로 있는 A법인(비상장법인)으로부터 10억 원을 차입하여 A법인의 주식을 취득
- 주식취득일부터 1년 뒤 A법인이 한국증권거래소에 상장됨(상장 후 주가 100억원).

(종전) 자금차입 그 자체는 재산의 증여가 아니므로 차입한 자금으로 비상장주식을 취득하고 당해 법인이 상장되더라도 시세차익에 대해 증여세 과세 곤란

(개정) 甲과 父가 대주주로 있는 A법인은 특수관계에 해당

甲은 A법인의 도움(자금대여)과 상장이 예정되어 있는 내부정보를 이용하여 비상장주식을 취득하고 시세차익을 얻었으므로 그 시세차익(90억 원)에 대해 증여세 40억 원 과세

438) 국세청, 「개정세법해설」, 2004., 상증세편 제5항 (2) 참조.

II. 상증세법 제42조의3에 대한 비판적 견해

위 조항에 대하여 사후적인 재산가치 증가사유에 따른 이익을 증여세에 포함하여 과세하는 것이 무리하다는 견해가 있다.⁴³⁹⁾ 예컨대 아버지가 토지를 자녀에게 증여하고 그 이후 토지가 개발되어 토지의 가치가 증가된 경우, 만일 증여 당시에 그와 같은 개발을 예상할 수 없었는데 증여 이후에 개발이 이루어진 경우에는 그 증가이익은 양도소득세와 같은 자본이득 과세의 대상이 될 뿐 증여세의 과세대상은 아니므로 이론상 증여세과세가액에 포함되어서는 안 된다고 본다. 또한 증여 행위 당시에 그와 같은 개발행위가 예상되어 있었다면 이미 상당부분 그 요인이 토지가액에 포함되었을 것이고, 따라서 증여재산이 이전된 이후에 가치증가이익이란 증여세과세와 관련하여 특별히 이론상으로 문제될 것이 없으며, 오로지 증여 당시의 증여재산의 실질적 가치의 평가문제로 귀착되는 것이라고 주장한다. 위 규정의 적용범위가 최초의 증여행위 이후 발생하는 경제행위로부터 발생한 가치증가익, 즉 취득행위와 인과관계가 없는 자본이득까지 미치는 것이라면, 상증세법 제2조 제6호의 포괄적 증여개념에 반하는 것으로 볼 수밖에 없다고 지적한다.

다른 견해⁴⁴⁰⁾도 구 상증세법 제2조 제4항, 제41조의3, 제41조의5 및 제42조 제4항 등은 최종의 행위나 거래에 대하여 과세한 이후에 추후에 재산증가 행위 또는 거래행위가 있으면 최초의 신고나 결정을 경정하여 다시 과세한다는 것은 납세의무의 성립 및 확정 법리에 맞지 않다고 지적한다.

앞서 주식 상장 등에 따른 이익의 증여나 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여 조항의 입법연혁에서 알 수 있듯이, 하이브리드 증여에서 조항은 재벌의 변칙적인 경영권 승계에 대하여 조세정의를 바로 세우기 위하여 출현하게 된 우리 세법만의 독특한 조항이고, 이미 뿌리내려진 이러한 방식의 증여세 체계 자체를 부정하기는 어렵다고 본다. 다만 상증세법 제42조의3은 상장이익이나 전환사채 등의 주식전환 이익에 비하여 상대적으로 과세대상이 광범위하고 그만큼 과세요건 자체나 유형별 포괄조항을 적용하는 데 있어서 명확한 기준을 찾기 어렵다는 문제점이 있다. 따라서 입법취지를 정교하게 분석하고 과세권의 자의적 행사를 막기 위한 엄

439) 이하의 내용은 임승순, 전거서, 858면.

440) 박훈, 채현석, 「상속·증여세 실무해설」, 삼일회계법인, 2014., 738면.

정한 해석이 특별히 요구된다고 생각한다.

III. 각 적용요건별 분석

1. 주체요건 : 직업, 연령, 소득 및 재산상태로 보아 자력으로 해당 행위를 할 수 없다고 인정되는 자

보통 미성년자나 청년 등으로 자신의 재산이나 능력으로는 재산가치가 증가되는 기초자산을 취득할 수 없는 경우를 의미한다. 아마도 재산취득자금 등의 증여추정에 관한 상증세법 제45조 제1항의 ‘재산취득자의 직업, 연령, 소득 및 재산 상태로 볼 때 재산을 자력으로 취득하기 어려운 경우’로서 부분을 참조하여 고안한 것으로 보인다. 위 규정은 실무상 많은 다툼이 있다. 나이가 몇 살 이하여야 하는지, 소득이나 재산 상태는 어느 정도 미만이어야 하는지가 명확하지 않다. 또한 ‘자력으로 해당 행위를 할 수 없다’는 개념 역시 우리의 경험적 사실이 아니라 추상적 가치판단에 불과하여 보는 사람마다 논란이 있을 수밖에 없다.

사건으로는 위 주체요건은 삭제하는 것이 타당하다고 본다. 어차피 본인의 직업이나 소득에 비추어 자력으로 당초 자산을 취득할 수 있었는지 여부는 중요하지 않다. 본인의 능력이 있든 없든 특수관계인으로부터 재산을 증여받거나, 특수관계인으로부터 공표되지 않은 내부정보를 받거나, 특수관계인의 자금을 융통하여 자산을 취득함으로써 특수관계인의 기여에 따라 재산취득을 한 것이라는 인과관계가 인정되는 것으로 족하다. 재산취득자금의 증여추정 규정에서는 증여자가 재산 취득자에게 자금을 증여한 것인지가 불명확할 때, 그 증명도를 완화하기 위하여 재산취득자의 무자력, 무능력을 요건으로 제시한 것인 반면, 상증세법 제42조의 3 제1항에서는 법문에서 납세의무자가 재산을 취득하는 과정에서 특수관계인의 기여 형태를 구체적으로 명시하고 있으므로, 굳이 위와 같은 모호한 개념을 다시 따져볼 필요는 없다고 생각한다.

2. 재산취득 요건

(1) 특수관계인으로부터 재산을 증여받은 경우

특수관계인으로부터 특정한 재산을 증여받은 후 5년 내에 일정한 재산가치 증가 사유가 발생하여 그 증가에 따른 이익을 대상으로 하고, 시행령 제32조의3 제3항 제2호에서 증여받은 재산의 경우 증여세 과세가액을 차감하므로, 일단 기존 증여세의 사후정산구조를 갖추고 있으면서, 증여된 재산의 가치 상승의 기회가 이전된 것으로 볼 수 있다.

만약 현금을 증여받아 특정한 재산을 취득한 경우는 여기에 해당할 수 있을까? 상장에 따른 이익에 관한 상증세법 제41조의3 제2항은 최대주주등으로부터 증여받은 재산으로 제3자로부터 취득한 경우를 포함하고 있는 것과 달리 상증세법 제42조의 3(구 상증세법 제42조 제4항 제1호)에서는 이러한 사유를 포함하고 있지 않다. 실제 대법원 2021. 9. 30. 선고 2017두37376 판결 사안에서 이 부분이 쟁점이 된 바 있으므로 살펴보기로 한다.

원고들은 2008. 3. 10. 부친 박씨로부터 현금을 증여받고 같은 날 그 자금으로 1주당 5,000원에 주식회사 P의 주식을 인수하였는데, 그로부터 5년 이내인 2011. 11. 2. 주식회사 A가 주식회사 P를 흡수합병함으로써 주식회사 P의 합병 당시 1주당 주식평가액이 280,179원으로 증가하였다. 피고는, 구 상증세법 제2조 제4항(실질과세원칙)에 의하여 원고들이 부친으로부터 주식회사 P의 주식을 직접 증여받은 것으로 볼 수 있는데, 자신의 계산으로 해당행위를 할 수 없다고 인정되는 원고들이 2008. 3. 10. 부친으로부터 주식회사 P의 주식을 증여받았고, 그로부터 5년 이내에 합병이 있었으므로, 구 상증세법 제42조 제4항 제1호441)에 따른 증여이익이 발생하였다는 이유로 원고들에게 증여세를 과세하였다.

441) 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것)

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.

1. 타인으로부터 재산을 증여받은 경우

사실 위 사건의 사안은 좀 더 복잡하여 부친 박씨는 주계열사인 D강철 주식회사의 최대주주인 주식회사 K의 최대주주로서 D강철을 간접적으로 지배하였는데, 원고들이 지배하는 주식회사 P가 설립된 후 (최대주주 박씨의 신주인수권 포기 하에) 주식회사 A의 유상증자에 참여하여 다수지분권자가 되었고, 주식회사 A는 D강철 주식회사의 전환사채를 인수하여 상당한 지분을 확보함으로써 결국 박씨는 주식회사 K와 주식회사 A라는 양대 회사를 통하여 D강철을 지배하는 구조를 만들었으며, 주식회사 A가 다수지분권자인 주식회사 P를 흡수합병함으로써 주식회사 P의 주주인 원고들이 주식회사 A의 주식을 상당 부분 확보하여 지배권을 분점하게 되는 일련의 흐름이 있었다.

1심은 원고들이 조세회피행위를 하였다고 보고 실질과세원칙에 따라 원고들이 부친으로부터 현금을 증여받아 주식회사 P를 설립한 행위를 원고들이 부친으로부터 주식회사 P의 주식을 직접 증여받은 것으로 재구성한 뒤, 나머지 요건도 충족되었다고 보아 원고 패소판결을 하였다. 반면 원심은 거래의 재구성에 관하여는 1심과 같은 결론을 유지하면서도 “위 조항은 상증세법 제41조의5에서 규정하고 있는 ‘합병에 따른 상장 등 이익의 증여’에 대한 포괄적인 예시규정에 해당하므로, 재산가치 증가 사유로 규정한 ‘주식·출자지분의 상장 및 합병’은 ‘합병에 따른 상장’을 의미한다”는 이유로 (거래의 재구성에 따라) 원고들이 주식회사 P의 주식을 증여받은 것으로 인정된 때로부터 5년 내에 주식회사 A가 주식회사 P를 흡수 합병하였으나, 주식회사 P가 합병에 따라 상장된 경우에 해당하지 않는 이상 구 상증세법 제42조 제4항에서 정하고 있는 재산가치 증가사유가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유로 과세처분을 취소하였고, 대법원은 이러한 원심 판단을 수긍하였다.

이 사건에서는 현금을 증여받아 그 자금으로 주식을 인수한 것을 주식 자체를 증여받은 것으로 재구성할 수 있을지가 쟁점이 되었지만, 재산 자체를 증여받은 후 재산의 가치가 오른 것이나, 현금을 증여받아 그 돈으로 재산을 취득한 후 재산의 가치가 오른 경우나 ‘증여세의 사후정산’이나 ‘장래기회의 이전’이라는 측면에서는 마찬가지이다. 따라서 ‘재산취득 요건’만을 보면 개정 상증세법 제4조 제1항 제4호, 제6호의 유형별 포괄조항에 따라 요건이 충족된 것으로 볼 여지도 있다.

다만, 현행 상증세법 시행령 제32조의3 제1항에서는 종래에 존재하던 ‘주식·출자지분의 상장 및 합병’을 삭제하였으므로, 현재에는 이러한 해석론이 큰 의미가 있다고 보기는 어렵다. 다만 상증세법 시행령 제32조의3 제1항 제3호에서 ‘그 밖

에 제1호 및 제2호의 사유와 유사한 것으로서 재산가치를 증가시키는 사유'를 유형별 포괄주의의 과세근거로 들고 있으므로, 과세관청이 유사한 사안에서 이를 근거로 제시할 가능성은 있다. 그러나 시행령에서 재산가치의 증가사유로 예시하고 있는 개발사업의 시행, 형질변경, 사업인허가, 비상장주식의 한국금융투자협회에의 등록 등에 있어서 위 사유를 하나로 아우를 수 있는 공통개념을 찾기가 어려운 이상, 함부로 그 개념을 확장하기는 어렵고 '합병'이 예시된 사유 중 어느 하나와 유사성을 가지고 있다고 보기 어렵다.⁴⁴²⁾ 따라서 '재산가치의 증가사유' 요건이 충족된 것으로 보기 어려워 판례의 결론에 동의한다. 다만, 주식회사 A가 P를 합병할 당시 합병비율이 불공정하여 P의 주주인 원고들이 이익을 본 경우라면 상증세법 제38조(합병에 따른 이익의 증여)에 해당할 여지는 있어 보인다.

(2) 특수관계인로부터 공표되지 않은 내부정보를 취득하여 제3자로부터 취득/특수관계인으로부터 자금 차입/담보제공받아 제3자로부터 취득

상장이익 규정과는 다른 측면이다. 정보를 제공하는 것은 무형적 기여로 볼 수 있고, 자금이나 담보의 제공은 재정적 기여에 해당한다. 상장이익은 '기존 증여의 사후정산'과 '장래기회의 이전'으로 대별할 수 있는데, 위 요건들은 재산취득과 관련하여 정보나 자금을 제공하는 것으로서 기초행위에 증여의 요소는 없으므로, 일단 '기존 증여의 사후정산'에 해당할 여지는 없다. 상장이익에서는 특수관계인이 자금을 증여하여 수증자로 하여금 제3자로부터 비상장주식을 취득하게 하는 것은 '장래기회의 이전'에 해당한다고 보았다. 그런데, 특수관계인이 수증자에게 내부정보를 주거나, 자금 내지 담보를 제공함으로써 자신이 제3자로부터 해당 자산을 취득할 수 있는 기회가 줄어드는 결과가 되었다면, '장래기회의 이전'에 해당할 수 있을 것이나, 특수관계인의 기회가 줄어들지 않았다면 '장래기회의 이전'이라기 보다는 '장래기회의 제공'에 가까울 것이다. 일반론적으로는 위와 같은 형태가 아니더라도 다른 종류의 무형적, 재정적 지원도 있을 수 있으나, 쉽게 유사한 개념을 상정하기는 어렵다.

'특수관계인으로부터 당해 재산을 직접 유상으로 취득한 경우'는 법문에 열거되어 있지 않으므로 직접 적용은 불가능하다. 다만 사견으로는 특수관계인이 자신

442) 이 부분 쟁점은 재산가치 증가사유 요건에서 다시 다룬다.

의 재산을 수증자에게 취득하게 하는 직접적인 기여행위를 통하여 특수관계인의 장래기회가 수증자에게 이전된 것으로 볼 수 있으므로, 경제적 실질이 유사하여 유형별 포괄조항에 포섭될 수 있다고 사료된다.

3. 재산가치 증가사유 요건

(1) 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물분할, 지하수개발·이용권 등의 인가·허가 및 그 밖에 사업의 인가·허가(상증세법 시행령 제32조의3 제1항 제1호)

개발사업의 시행과 관련하여 조세심판원 사례들을 보면 납세의무자가 부동산개발회사를 설립하거나 그 주식을 취득한 후 분양사업이 일정한 단계에 이르렀을 때 회사의 주식가치를 평가하여 그 평가차액을 개발사업의 시행으로 인하여 재산가치가 증가한 것으로 보아 과세를 하는 사안들이 여러 건 관찰되었다. 이러한 유형의 사례들에서 재산가치 증가사유가 발생한 것인지, ‘개발사업의 시행’ 시점을 언제로 특정할 것인지, 증여재산가액 산정에서 통상적인 기업가치 상승분 등을 어떻게 고려할 것인지에 관하여 매우 혼란스러운 난맥상을 보여주고 있으므로, 이에 관하여 살펴보기로 한다.

우선 부동산 개발회사가 분양사업을 진행하는 것도 ‘개발사업의 시행’으로 볼 수 있을지가 문제된다. 개발이익 환수에 관한 법률 제2조 제2호는 “개발사업”이란 국가나 지방자치단체로부터 인가·허가·면허 등을 받아 시행하는 택지개발사업이나 산업단지개발사업 등 제5조에 따른 사업을 말한다고 규정하고 있다. 제5조 및 관련 시행령을 따라가 보면 앞의 두 가지 사업 외에 도시개발사업, 택지개발사업, 도시정비법에 따른 도시정비사업 등의 다양한 항목을 열거하고 있으므로, 아파트 분양사업이 여기에 해당할 경우에는 문제되지 않는다. 아파트 분양사업이 위 사업들에 해당하지 아니하는 경우에 하급심 판례로는 개발사업을 법령상의 개념보다는 사전적인 의미로 파악하여 공장의 준공이 개발사업의 시행에 해당한다고 본 사례가 있고,⁴⁴³⁾ 아파트 분양사업의 시행이 개발사업의 시행에 해당한다고 본 조세심판원

443) 서울행정법원 2017. 11. 16. 선고 2017구합58755 판결. 그러나 상급심인 서울고등법원 2018. 12. 12. 선고 2017두86721 판결은 개발사업은 개발이익환수에 관한 법률에 따른 개발사업으로 보아야 한다는 이유로 1심 판결을 취소하였다. 현재 위 사건은 대법원 2019두31921 사건으로 계속

결정례⁴⁴⁴)도 있다. 반면 상증세법 제42조의3에서 말하는 ‘개발사업’은 개발이익환수에 관한 법률에서 차용해온 개념으로 보아야 하는 점, 상증세법 시행령 제24조(증여재산의 취득시기) 제1항 제3호 가.목은 타인의 기여에 의하여 재산가치가 증가한 경우 중 개발사업의 시행은 ‘개발구역으로 지정되어 고시된 날’을 증여재산의 취득시기로 보고 있는데, 개발구역의 고시와 지정절차를 거치지 않는 개발사업은 위 조항과 부합하지 아니하므로 부정적으로 해석하는 견해가 유력하다.⁴⁴⁵)

설령 개발사업을 사전적 의미로 이해하더라도 도대체 ‘개발사업의 시행일’을 언제로 특정해야 하는가? 아파트 분양사업을 개발사업이라고 보더라도 주택건설사업계획이 승인된 때로 보아야 하는지, 분양공고일로 보아야 하는지, 분양이 완료된 때로 보아야 하는지, 준공일로 보아야 하는지가 불분명하다. 분양사업의 성공 여부는 결국 분양이 마무리되는 시점에서야 알 수 있을 텐데 주식의 취득일로부터 5년 내에 분양이 마무리되지 못하면 결국 과세할 수 없다는 결론이 된다. 조세심판원도 일관된 입장을 견지하지 못하여 준공일을 재산가치증가사유 발생일로 본 경우도 있고,⁴⁴⁶) 실제 분양이 이루어질 때까지는 그 결과를 예측하기 어려우므로 분양공고일을 재산가치증가사유 발생일로 본 것은 위법하다고 본 예,⁴⁴⁷) 과세관청 스스로도 이를 특정하지 못하고 주식증여일로부터 5년이 되는 날을 재산가치증가사유 발생일로 본 것을 위법하다고 판단한 예⁴⁴⁸)도 있다. 이와 같이 법령이 명시한 재산가치증가사유 발생일에 반드시 재산가치가 급등한다고 단정할 수 없으므로, 기간과세로 체계를 전환하여 취득 후 5년이 되는 시점까지의 가치증가분을 마지막 연도에 평가하여 과세하자는 입법론도 제시된 바 있다.⁴⁴⁹)

다른 차원의 문제로 미성년자 등이 특수관계인으로부터 주식을 증여받고 그 후 법인이 보유한 부동산에 대한 개발사업이 시행되어 주식 등의 재산가치가 증가한 것도 위 조항에 의하여 과세할 수 있을까? 개발사업의 시행으로 인한 가치 증가는 통상 부동산 가치의 증가를 의미하는 것일 텐데, 법인을 통하여 개발사업을 시행함에 따라 주식가치가 증가하는 것도 포함할 수 있을지가 문제된다. 대부분의 조세심

중이다.

444) 조심 2017. 1. 11.자 2015두4986 결정.

445) 이종교, “재산취득 후 재산가치 증가에 따른 증여세 규정(상속세 및 증여세법 제42조의 3)의 해석론”, 「세무와 회계연구」 8권 3호, 한국조세연구소, 2019., 161면.

446) 2017. 1. 11.자 조심 2015부4968 결정, 2015. 6. 29.자 조심 2014부4792 결정 등

447) 2015. 12. 3.자 조심 2014서1982 결정

448) 2015. 10. 7.자 조심 2013부3686 결정

449) 정평조·나성길, “상속세 및 증여세법상 포괄증여규정의 적용상 쟁점과 입법적 해결방안”, 「조세연구」 11권 3호, 한국조세연구포럼, 2011., 51-52면.

판원 결정례는 일단 이를 긍정하는 전제에 서있다. 절충적인 견해⁴⁵⁰⁾는 비상장주식은 법인의 개발행위로 법인의 순자산가치가 증가하면 주주의 주식가치가 증가할 수밖에 없으므로 과세를 긍정하되, 상장주식은 시장을 통한 시세가 형성되어 있고 상장주식의 가격에 영향을 미치는 요소가 다양하므로 과세를 부정한다.

법인을 통하여 개발사업을 시행하고 그에 따라 주식가치가 증가하여 결과적으로 납세의무자의 부가 증가할 경우에도 일단 과세할 필요성은 긍정할 수 있다. 그러나 그 이익을 산정하는 과정에서 문제가 발생한다. 구 상증세법 시행령 제31조의9 제8항에 의하면 재산가치 증가사유가 발생한 현재의 가액에서 ㉠ 당해 재산의 취득가액(증여받은 경우 증여재산가액), ㉡ 통상적인 가치상승분, ㉢ 가치상승기여분(재산가치를 증가시키기 위하여 지출한 비용)을 공제하여 산정하게 된다. 가장 문제되는 것은 ㉡의 통상적인 가치상승분이다. 위 시행령 조항은 이에 대하여 ‘제31조의6 제5항의 규정에 의한 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익과 연평균지가상승률·연평균지가상승률·연평균주택가격상승률 및 전국소비자물가상승률 등을 감안하여 당해 재산의 보유기간 중 정상적인 가치상승분에 상당하다고 인정되는 금액’으로 정의하고 있다. 그런데 과세대상을 부동산개발회사의 ‘주식’으로 정하고 있으므로 제31조의6 제5항에 따라 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익을 산정하여야 할 것이다. 시행령 제31조의6 제5항을 따라가 보면 당해 주식의 증여일 또는 취득일이 속하는 사업연도 개시일부터 재산가치 증가사유 발생일 전일까지 1주당 순손익액의 월간 평균액을 주식 증여일로부터 재산가치 증가사유 발생일까지의 월수로 곱하여 산정하도록 되어 있다.

그런데 부동산 개발회사가 분양사업을 진행할 경우 그로 인한 수익은 각 사업진행 단계에 따라 완만하게 늘거나 줄 수도 있고 반드시 재산가치증가사유 발생일(예컨대 준공일)을 계기로 급격히 늘어난다고 단정하기 어렵다.⁴⁵¹⁾ 일부 심판원 결정례⁴⁵²⁾는 이러한 점을 의식해서인지 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익을 배제하고 연평균 지가상승률을 감안한 토지의 통상적인 가치 상승분을 공제하여 증여세를 과세한 처분을 정당하다고 보기도 하였다. 그러나 토지의 통상적인 가치 상승분을 공제하는 것은 토지를 취득하였다가 개발사업의 시행으로 토지가치가 급등하였

450) 이종교, 전제논문, 169-170면.

451) 참고로, 분양사업은 분양 완료 시에 수익이 일시에 발생하는 것이 아니라, 법인세법 시행령 제69조 제1항에 따라 작업진행률에 의하여 수익과 비용을 계상한다.

452) 조심 2017. 1. 11.자 2015부4968 결정

을 때 적용하는 것이이므로, 분양회사의 주식을 취득하였다가 주식가치가 급등한 것을 과세대상으로 하면서 분양회사가 보유한 토지의 통상적인 가치상승분을 고려하여 증여이익을 산정하는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 근본적으로 구 상증세법 시행령 제31조의9 제8항에서 상장 등에 따른 증여이익의 계산조항인 ‘제31조의6 제5항의 규정에 의한 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익’을 준용하는 것은 통상적인 기업의 성장에 따라 주식가치가 상승하는 부분을 상장과 같이 특별한 요인으로 주식가치가 급상승한 결과에서 배제하기 위한 것인데, 부동산개발회사의 분양사업이 성공하는 것은 통상적인 기업운용으로 주식가치가 상승하는 것이어서 양자를 구별하는 것이 곤란하다.

이러한 상황들은 상증세법 제42조의3을 적용함에 있어서 예시조항 자체가 지나치게 포괄적이고 모호한 개념으로 되어 있어서 유형별 포괄주의로 나아가기도 전에 예시조항 자체를 운용하는 데에도 어려움이 있음을 시사하고 있다.

(2) 그 밖에 제1호와 제2호의 사유와 유사한 것으로서 재산가치를 증가시키는 사유(시행령 제32조의3 제1항 제3호)⁴⁵³⁾

법령에 열거된 사유가 예시적인지 열거적인 것인지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있으나, 위와 같이 유형별 포괄주의 조항을 두고 있는 이상, 법령에 열거된 사유가 순수한 예시라고 보기는 어렵다.⁴⁵⁴⁾ 결국 위 조항은 사회통념상 개발사업의 시행, 형질변경, 사업인허가, 한국금융투자협회⁴⁵⁵⁾ 등록과 같이 재산가치가 증가될 고도의 개연성이 인정되는 경우라 할 것이므로, 불확정개념의 평가 문제가 수반된다.

조세심판원 사례⁴⁵⁶⁾를 하나 살펴보자. 청구인은 2004년 아버지로부터 해운업을 운영하는 쟁점 법인의 주식 전부를 증여받아 소유하게 되었는데, 2009년 다른 회사가 회계법인의 자문을 받아 쟁점법인의 가치를 평가한 후 청구인으로부터 주식을 전량 매수하였고, 이로써 청구인은 당초 주식가액의 7배 수준의 이익을 얻게 되었다. 과세관청은 아버지의 기여에 의하여 주식가치가 증가한 것으로 보아 증여세를 과세하

453) 재산가치 증가사유 자체에 대해서도 유형별 포괄규정이 있지만, 별도로 상증세법 제4조 제1항 제6호에서 제42조의 3의 경우와 ‘경제적 실질이 유사한 경우’를 별도의 과세근거규정으로 정하고 있다.

454) 같은 견해로 이종교, 전제논문, 159면.

455) 한국금융투자협회는 통합자본시장법의 시행에 맞춰 한국증권업협회, 자산운용협회, 한국선물협회가 통합하여 정식 출범한 대한민국 최대의 금융단체이다. 증권시장에 상장되지 아니한 주권의 장외매매거래에 관한 업무도 담당하고 있다.

456) 2014. 5. 15.자 조심 2013서0024 결정

였다. 위와 같이 주식가치가 오른 데에는 해당 법인의 꾸준한 매출증가, 국제유가의 하락, 아버지의 계열사가 해당 법인이 신규선박을 도입하기 위한 자금을 조달할 때 담보를 제공한 결과 등의 복합적인 요인이 작용한 것으로 보인다. 위와 같은 사유들 중 타인의 기여에 의한 것은 계열사의 담보제공 정도라 할 것인데, 다른 요인들을 배제하고 주식가치 증가의 결정적인 원인으로 평가하기는 어렵다. 따라서 유형별 포괄조항의 적용을 부인하는 것이 타당하다.

그럼에도 조세심판원은 청구인은 대학생 시절에 주식을 증여받고 5년 만에 주식가치가 5배 이상 오르는데 청구인이 어떠한 기여도 하지 아니한 점, 계열사가 담보를 제공해준 점 등을 근거로 법령에 열거된 재산가치 증가사유에 준하는 정도의 재산가치 증가사유가 발생한 것으로 판단하였다. 그러나 위 조항은 증여나 내부정보 제공 등 일정한 기여행위가 있고, 장래 가치 상승을 유발할 것으로 확실시되는 개발행위, 사업인·허가 등 정형적인 사유가 그 당시 일정 정도 예상되었으며, 가까운 기간 내에 실제 가치 상승이 실현되었을 때 그 이익을 일거에 몰아서 증여세로 과세하기 위한 것일 뿐, 해당 업종이나 대외 경제상황의 호전과 같은 우연한 사정⁴⁵⁷⁾이나 해당 기업의 견실한 성장과 같은 정상적인 형태의 재산가치 증가까지 증여세로 과세하기 위한 것이 아니다. 위 조항에 근거한 과세실무가 정합성을 갖추지 못하고 예측불가능한 형태로 이루어지고 있다는 또 다른 사례로 볼 수 있겠다.

IV. Y개발 사건⁴⁵⁸⁾

1. 사안의 개요

마지막으로 대법원 사례를 하나 더 제시한다. ○○산업 대주주 김씨와 가족들은 2006. 4. A와 사이에 오산시 양산동 일대 토지(시가화예정지로 지정됨)를 매입하여 부동산개발사업을 공동으로 경영하기로 하고 1주당 액면금 1만원을 납입하고 Y개발 주식회사를 설립하였다. Y개발은 김씨와 A의 자금제공으로 이 사건 토지의 소유자인 주식회사 T로부터 이 사건 토지를 매입하기로 하는 양해각서를 체결하고, Y개

457) '우연한 사정'은 장래 가치 상승이 확실하게 예상되는 상황과 반대되는 개념으로 볼 수 있다.

458) 대법원 2014. 6. 21.자 2014두4238 판결(심리불속행)의 사안이다.

받은 2006. 7. 김씨가 대주주로 있는 ○○산업의 지급보증 하에 타업체로부터 프로젝트파이낸싱 대출 1,250억 원을 받아 위 차입금으로 이 사건 토지의 매매대금 약 860억 원을 모두 지급하고 소유권을 이전받았다. 한편 오산시 양산동 일대에서 다른 시가화예정용지의 50%를 소유한 B회사는 Y개발을 인수하여 Y개발이 보유한 시가화용지까지 포함하여 오산시 양산동 일대를 독점적으로 개발하기 위하여 2006. 12. Y개발의 주식 전부를 1주당 150만 원인 대금 450억 원에 매수하고 대금을 지급하였다. 원고들은 Y개발 주식에 대한 양도소득세를 납부하였으나(취득가액 1주당 1만원, 양도가액 1주당 150만원), 피고는 불과 8개월 만에 주식가치가 150배로 불어난 것은 김씨의 계열사의 지급보증으로 이 사건 토지를 매수할 수 있게 해준 기여에 의한 것이라고 보아, 구 상증세법(2007. 12. 31. 개정되기 전의 것) 제42조 제4항⁴⁵⁹⁾, 제2조 제3항에 의하여 양도세를 환급하고 증여세를 과세하였다.⁴⁶⁰⁾

1심은 원고들이 이 사건 주식을 취득한 이후 이를 B회사에 양도할 당시까지 상증세법 제42조 제4항⁴⁶¹⁾에 규정된 어떠한 사유도 발생하였다고 볼 수 없는 이상 재산가치 증가사유 요건이 모두 충족되지 못하였으므로 구 상증세법 제42조 제4항이 직접 적용될 수는 없고, 재산가치 증가사유 요건과 경제적 실질이 유사하지 못하다는 이유로 원고 승소판결을 하였다. 2심은 피고는 1주당 150만 원을 Y개발 주식의 시가라고 보아 증여세를 과세하였으나, 이것을 실제 거래가액일 뿐 객관적 시가라고 보기 어렵고, 당시 Y개발은 자본이 완전잠식된 상태로서 순자산가치와 순손익가치를 감안한 보충적 평가방법을 적용하면 1주당 150만원이 나올 수 없으므로 증여재산가액 평가가 잘못되었다는 이유로 원고 승소의 결론을 유지하였다. 대법원은 2014. 6. 12.자로 심리불속행기각 판결을 내려 원심의 결론을 확정하였다.

2. 검토

원심은 Y개발의 순자산가치를 위 토지의 취득가액 860억 원으로 보고, 차입금 1,250억의 부채가 있으니 완전자본잠식이라고 판단하였다. 그러나 원고들이 Y개발

459) 현행 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)에 해당하는 조항이다.

460) 중소기업의 비상장주식에 대한 양도소득세의 세율(10%)과 취득가액의 공제로 양도소득세액은 약 1억 2,000만 원인데, 증여세의 세율(최고세율 20%) 등과의 차이로 증여세액은 5억 4,000만 원 정도였다.

461) 5년 이내에 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물분할, 사업의 인.허가, 주식.출자지분의 상장 및 합병 등의 사유로 재산가치가 증가할 것

의 주식을 매각할 당시의 토지 가격이 Y개발의 당초 토지 취득가액에 머무른 것인지는 분명하지 아니하다. 만약 토지의 가액이 1,360억 원으로 평가될 수 있다면, 원고들의 매도가액 450억 원(1주당 150만 원)도 객관적 거래가액으로 시가에 부합한다고 볼 수 있다.⁴⁶²⁾ 따라서 일응 피고의 시가 산정이 적법하다는 전제에서 검토해보자.

우선 ‘재산취득 요건’ 과 관련하여 김씨가 지배하는 ○○산업이 지급보증을 해주는 조건으로 PF 대출이 성사되어 Y개발이 토지를 인수하였다는 점에서 비록 김모씨가 원고들의 주식취득 자금 자체에 대한 담보를 제공한 것은 아니지만, Y개발 주식의 재산가치증가사유인 Y개발의 토지 구입(당시 이미 시가화예정지구로 지정되어 있었음)에 관하여 결정적인 기여를 한 것으로 볼 수 있으므로 다른 요건이 충족된다면 상증세법 제4조 제1항 제4호, 제6호에 따라 ‘제42조의3의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호 각 호의 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익’ 에 해당한다고 볼 여지도 있다.

그러나 ‘재산가치 증가사유’ 요건과 관련하여 이 사건에서 Y개발이 토지를 매수한 2006. 7.부터 주식을 양도한 2006. 12.까지 6개월 사이에 개발사업의 시행, 형질변경, 사업의 인허가 등 사유가 발생한 바 없을 뿐만 아니라, 사회통념상 그에 준할 정도로 토지가치가 상승할만한 고도의 개연성이 있는 사건이 발생한 바 없다. 다만 오산시 양산동 일대 시가화지구 내에서 다른 토지를 취득하여 사업을 진행하던 B회사가 동일 지구 내에서 독점적인 개발사업을 영위하기 위하여 토지를 분점하고 있는 Y개발의 토지가치를 높게 평가하여 주식을 비싸게 사준 것일 뿐이다. 김씨가 당초 이러한 사정까지 예견하여 Y개발을 설립하고 토지매수를 추진한 것인지는 분명치 않다. 다만 원고들은 8개월 만에 150배의 수익을 올린 점에 비추어 Y개발의 설립 당시부터 긴밀한 내부정보를 제공받았을 가능성은 높아 보인다. 원고들의 주식 취득 당시부터 B회사가 같은 시가화지구 내에 있는 쟁점 토지를 소유자로부터 비싸게 취득할 것이라는 개연성이 높은 상황이었다면, 상증세법 시행령 제32조의3 제3호의 ‘그 밖에 제1호 및 제2호와 유사한 것으로 재산가치를 증가시키는 경우’ 에 해당한다고 볼 여지는 있어 보인다. 그런데 위 사건의 판결문에서는 그러한 구체적인 사정까지 드러나 있지는 아니하므로, 과세를 긍정하기는 어려워 보인다.

462) B회사가 원고들로부터 이 사건 주식을 주당 150만 원(총양도가액 450억 원)에 매수하였다는 사실은 이 사건 토지의 가액을 1,360억 원[= 1,270억 원(회사부채) + 450억 원(총양도가액) - 360억 원(회사 내 기타 자산)]으로 평가하였다는 의미이다.

제5절 하이브리드 증여예시조항의 과세체계 정리

하이브리드 증여세의 과세요건은 제1절 1.2.에서 소개한 것처럼 ① 납세의무자의 범위나 기여행위자와 관계, ② 재산취득과정에서 수반되는 기여행위의 종류, ③ 구체적인 재산가치 증가사유를 뼈대로 한다고 볼 수 있다. 납세의무자의 범위를 한정하는 ①에서는 유형별 포괄주의가 적용될 수 없음은 앞의 신라젠 사건에서 이미 보았고, ②와 ③요건을 중심으로 유형별 포괄주의의 적용이 주로 문제될 것이다.

② 기여행위의 유형을 살펴보면, ㉠ 상장이익(상장합병이익 포함)에서는 주식의 증여, 주식 취득자금의 증여, 주식의 유상취득이라는 3가지 기여행위가 있는데 위와 같은 기여행위의 본질은 ‘기존 증여의 사후정산’ 과 ‘장래기회의 이전’ 에 있지만, 궁극적으로는 ‘장래기회의 이전’ 여부에 따라 과세여부가 결정된다고 보는 것이 옳다. ㉡ 전환사채 등 이익은 전환사채를 발행한 후 전환권을 행사하는 시점에서 장래 재산가치가 상승하는 기회를 특수관계가 있는 주주들 상호간이나 최대주주가 주주가 아닌 특수관계인에게 이전하는 형태의 기여행위로서 그 본질은 마찬가지로 ‘장래기회의 이전’ 에 있다. 위와 같은 ‘장래기회 이전’ 의 개념은 ‘재산의 이전’ 이라는 포괄적 증여 개념에서 파생된 것으로 다양한 개별 거래의 유형에 폭넓게 적용할 수 있고, 예측가능성을 가지고 안정적으로 운용될 수 있는 성격을 가지고 있다. 마지막으로 ㉢ 법 제42조의3의 기여행위 중 i) 특수관계인으로부터 재산을 증여받은 경우 역시 ‘기존 증여의 사후정산’ 과 ‘장래기회의 이전’ 에 동시에 해당한다고 볼 수 있다. 나머지 형태의 기여행위(무형적인 것으로 공표되지 않는 내부 정보의 제공, 재정적인 것으로 자금차입 및 담보제공)는 특수관계인의 기회가 줄어들는지 여부에 따라 ‘장래기회의 이전’ 이 긍정되거나 부정될 것이다. 이러한 기여행위는 공통된 개념을 추출하는 것이 용이하지 아니하여 현 단계에서는 예시되지 않은 다른 형태의 기여행위에 대하여 안정적인 법적용 기준을 마련하기는 어려운 것으로 사료된다.

③ 재산가치 증가사유의 요건과 관련하여 ㉠ 상장이익은 ‘주식 취득 후 5년 내 상장’ 이라는 사건을, ㉡ 전환사채 등 이익은 ‘전환권의 행사 시점에서 주가와 행사가 사이에 차액 발생’ 을 내용으로 한다. ㉠의 경우 재산가치 증가사유가 매우

구체적인 형태로 한정되어 있어서 다른 형태의 재산가치 증가사유에 대하여 유형별 포괄조항이 적용될 가능성은 높아 보이지는 않다. ㉠의 경우는 전환사채나 신주인수권부 사채 외에 주식과 연계된 파생상품이나 신종금융상품에서 유사한 형태로 이익이 발생할 때 유형별 포괄조항의 적용이 문제될 수 있으나, 현재로서는 사례가 드문 실정이다. ㉡ 법 제42조의3은 ‘5년 내 개발사업의 시행’, ‘형질변경’, ‘공유물분할’, ‘사업의 인·허가’, ‘비상장주식의 한국금융투자협회 등록’을 재산가치 증가사유로 들고 있는데, 개개의 항목들이 상호 연관성이 희박한 상태로 독립적으로 존재하고 있어서 현재로서는 위 사유를 포괄할 수 있는 공통개념을 추출하는 것은 어렵다. 좀 더 사례가 축적된 이후 향후의 과제로 남겨야 할 부분이라고 생각된다.

제4장 결론

제1절 현행 증여세 과세체계의 정리

I. 증여세 과세의 3가지 유형

이상과 같은 논의를 토대로 증여세 포괄주의 과세는 크게 3가지 종류로 나누어진다고 생각할 수 있다. ❶ 첫 번째 통상적인 형태의 ‘재산의 무상이전’이 이루어지는 경우이다. 이에 대해서는 포괄증여 조항 내지 완전포괄주의가 적용되는 것이 원칙이다.

그런데, ‘재산의 무상이전’이라는 포괄증여 개념에 부합하지만, 포괄증여 조항이 적용될 수 없는 영역도 존재할 수 있다. 우선 상증세법 제33조(신탁이익의 증여), 제34조(보험금의 증여), 제41조의2(초과배당에 따른 이익의 증여)와 같은 ‘증여특례조항’은 포괄증여 개념에 따른 증여세와 비교할 때 증여의 시기를 달리 정하거나, 증여재산가액 별도로 산정하는 등 다른 취급을 하고 있으므로, 그러한 범위 내에서 포괄증여 조항의 적용은 제한될 것이다. 제2장 제3절에서 살펴본 바와 같이 후자법인 증여의제에 관한 상증세법 제45조의5는 ‘증여의제’의 형식을 취하고 있지만, 포괄증여의 개념을 충족하고 있으므로 실질적 성격은 ‘증여특례조항’에 가깝다.

포괄증여 개념을 충족하더라도 상증세법 제46조 등과 같이 비과세의 대상으로 규정하고 있으면, 당연히 포괄증여 조항이 적용될 여지가 없다. 후자법인 증여의제에서 법인이 증여를 받은 후에도 주식가치가 음수인 경우와 같이 포괄증여 조항의 내재적 한계에 해당할 경우 과세가 제한된다. 마지막으로 개별예시조항의 요건에 들어맞으면 그에 따라 과세를 하면 되지만, 개별예시조항의 요건을 충족하지 못한다면, 예시조항 과세요건에 비추어 반대해석상 그러한 요건에 해당하지 않을 경우 입법자가 증여세 과세를 배제하려는 의사를 가졌다면 포괄증여 조항에 의하여 과세할

수 없다고 보아야 한다.

한편 현행 상증세법 제4조 제1항 제6호는 ‘개별예시조항이 규정한 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우’에 관한 유형별 포괄주의 조항을 두었지만, 완전포괄주의에 의한 과세가 허용되고 개별 증여예시조항과의 관계에 따라 적용 범위가 결정되는 이상 유형별 포괄주의 과세조항이 작동할 실익은 매우 적어 보인다. 따라서 입법론적으로는 ❶번 유형의 증여예시조항에 대해서는 유형별 포괄조항을 삭제하는 것이 바람직하다.

❷ 두 번째, 재산가치의 사후적 증가를 증여세 대상으로 하는 하이브리드 증여세의 경우 현행 상증세법 제4조 제1항 제3호⁴⁶³⁾는 ‘재산 취득 후 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익’을 증여세 과세대상으로 규정하고, 법 제31조 제1항 제3호⁴⁶⁴⁾에서 하이브리드 증여에 대하여 증여가액계산의 일반원칙까지 규정하고 있어서 마치 포괄적 과세가 가능한 것처럼 규정하고 있다. 그러나 하이브리드 증여가 부의 무상이전에 해당하지 않는다고 보는 협의설을 따르고, ‘재산 취득 후 재산의 가치가 증가한 경우’라는 문구가 포괄적 과세의 기준으로 작동하기에는 지나치게 광범위하고 공허한 개념이라는 점을 감안하면, 실제로 포괄주의 과세 조항으로 해석하거나 운용하기는 어렵다고 생각한다.

입법론적으로는 제4조 제1항 제3호 및 제31조 제1항 제3호를 삭제하는 것이 타당하다.⁴⁶⁵⁾ 특히 증여재산가액 계산의 일반원칙을 정한 제31조 제1항 제3호 부분을 삭제하더라도, 유형별 포괄주의가 적용될 경우에는 상증세법 제31조 제2항에서 ‘제1항에도 불구하고 제4조제1항제4호부터 제6호까지에 해당하는 경우에는 해당 규정에 따라 증여재산가액을 계산한다’고 규정하고 있으므로, 계산의 근거조항은 마련되어 있다. 오히려 제31조 제1항 제3호 및 이와 연결된 시행령 제23조 제1항은 하이

463) 제4조(증여세 과세대상)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대해서는 이 법에 따라 증여세를 부과한다.

3. 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익. 다만, 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다.

464) 제31조(증여재산가액 계산의 일반원칙)

① 증여재산의 가액(이하 “증여재산가액”이라 한다)은 다음 각 호의 방법으로 계산한다.

3. 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우: 증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치상승금액. 다만, 그 재산가치상승금액이 3억원 이상이거나 해당 재산의 취득가액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금액의 100분의 30 이상인 경우로 한정한다.

465) 같은 견해로 안세준, 전계논문, 449면에서도 이 부분은 본래적의미의 포괄증여에 부합하지 않으므로 삭제해야 한다고 주장한다.

브리드 증여예시조항 중 제42조의3(재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)과 동일한 계산방식을 취하고 있으므로, 위 조항이 아닌 다른 하이브리드 증여예시조항의 유형별 포괄주의가 적용되는 사안에서는 적절한 계산규정이 되기 어렵다.⁴⁶⁶⁾ 따라서 유형별 포괄주의를 정한 상속세법 제4조 제1항 제6호를 하이브리드 증여세의 예시조항에만 한정하는 형태로 개정하는 것이 과세체계를 보다 간명하게 할 수 있다. 즉 하이브리드 증여예시조항에 해당하는 상속세법 제40조 제1항 제2호,⁴⁶⁷⁾ 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여)에 대해서만 유형별 포괄조항을 과세근거로 명시하는 것이 합당하다. 다만 상속세법 제2조 제6호⁴⁶⁸⁾의 ‘증여’의 정의 부분에서 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라는 부분은 여전히 남겨둘 필요가 있다. 포괄조항에 의한 증여세를 과세를 하지 못한다는 의미이지, 하이브리드 증여예시조항에 의한 ‘증여세’ 과세가 가능하려면 여전히 (기여에 의한) 재산가치의 사후적 증가를 증여세 과세대상인 증여의 개념 범위 속에 잡고 있어야 하기 때문이다.

③ 마지막으로 증여의제조항(혹자법인 증여의제 조항은 제외)은 포괄증여의 개념과는 직접 관계가 없고, 오로지 개별증여의제조항의 요건을 충족해야만 과세할 수 있다고 보는 것이 당연하다.

마지막으로, 상속세법 제4조 제1항 제5호는 ‘제44조’ (배우자등에게 양도한 재산의 증여추정) 또는 ‘제45조’ (재산취득자금 등의 증여추정)에 해당하는 경우에 그 재산 또는 이익을 증여세 과세대상으로 별도로 규정하고 있다. 그러나 제44조는 배우자에게 양도의 형식을 취하고 있으나 실제로는 무상이전에 해당하는 경우를 상정

466) 예컨대, 개정 상속세법의 유형별 포괄조항에 의하면, 과세가 가능한 ‘상장차익 판결’ 사안에 관하여 법 제41조의3이나 관련된 시행령을 유추하여 계산하지 않고, 법 제31조 제1항 제3호 및 이와 연결된 시행령 제23조 제1항에 따라 증가한 재산가액에서 (해당 재산의 취득가액 + 통상적인 가치 상승분 + 가치상승기여분)을 공제하여 계산하는 것은 타당하지 않다.

467) 전환사채 자체의 저가인수를 규율하는 제40조 제1항 제1호 나.목, 다목은 불균등증자에 관한 상속세법 제39조와 마찬가지로 자본거래를 통한 간접적인 형태의 현재의 주주간 이익 이전에 관한 것이다. 한편 특수관계인 사이에 전환사채 자체를 저가양수하거나(제1항 제1호 가.목), 전환사채 자체를 고가양도하는 것(제1항 제3호)은 고·저가양도에 관한 상속세법 제35조와 마찬가지로 직접적인 형태의 현재의 재산상 이익을 이전하는 것이다. 반면 제40조 제1항 제2호는 ‘주식으로의 전환’이라는 장래의 사건을 통한 재산가치의 사후적 증가를 다루는 것이므로 하이브리드 증여세의 유형에 해당한다.

468) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “증여”란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다. 다만, 유증, 사인증여, 유언대용신탁 및 수익자연속신탁은 제외한다.

하여 일단 증여로 추정하여 납세의무자에게 증명책임을 전환하는 규정이다. 제45조도 연령, 소득, 재산에 비추어 자력이 없다고 인정되는 자가 자금출처가 확인되지 않는 상태에서 재산을 취득하거나 채무를 상환한 경우 일단 취득자금에 대한 증여를 추정하되, 납세의무자가 취득자금 등의 출처에 관하여 증명하도록 증명책임을 전환한 규정이다. 위 규정들은 재산이나 취득자금 등에 대한 단순한 부의 무상이전을 규율하되, 증명책임을 납세의무자에게 전환하는 규정일 뿐, 증여세의 과세대상을 규율하는 것으로 보기 어렵다.⁴⁶⁹⁾ 따라서 제4조 제1항 제5호도 불필요한 규정으로 삭제하는 것이 바람직하다. 이러한 생각을 바탕으로 증여세의 과세체계와 상증세법 제4조 제1항에 대한 개정안을 II.에서 제시하여 본다.

II. 증여세 과세대상 등에 관한 개정안의 제시

[표 6] 증여세 과세대상 개정안 신구조문 대비

현행 규정	개정안
<p style="text-align: center;">제4조(증여세 과세대상)</p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대해서는 이 법에 따라 증여세를 부과한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 무상으로 이전받은 재산 또는 이익 2. 현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전받음으로써 발생하는 이익이나 현저히 높은 대가를 받고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익. 다만, 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다. 	<p style="text-align: center;">제4조(증여세 과세대상)</p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대해서는 이 법에 따라 증여세를 부과한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 좌동 2. 좌동

469) 추측컨대, 상증세법 제3장 제2절에서 '증여의 추정과 증여의제'를 함께 규정하고 있고, 증여의제에 대하여 상증세법 제4조 제2항이 증여의제에 대하여 별도로 증여세 과세대상으로 규정하고 있는 점을 의식하여 증여 추정에 대하여도 과세근거규정을 마련해둔 것으로 보인다.

<p>3. 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익. 다만, 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다.</p> <p>4. 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2 또는 제42조의3에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익</p> <p>5. 제44조 또는 제45조에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익</p> <p>6. 제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익</p> <p>제31조(증여재산가액 계산의 일반원칙)</p> <p>① 증여재산의 가액(이하 "증여재산가액"이라 한다)은 다음 각 호의 방법으로 계산한다.</p> <p>1. 재산 또는 이익을 무상으로 이전받은 경우: 증여재산의 시가(제4장에 따라 평가한 가액을 말한다. 이하 이 조, 제35조 및 제42조에서 같다) 상당액</p> <p>2. 재산 또는 이익을 현저히 낮은 대가를 주고 이전받거나 현저히 높은 대가를 받고 이전한 경우: 시가와 대가의 차액. 다만, 시가와 대가의 차액이 3억원 이상이거나 시가</p>	<p>(삭제)</p> <p>3. 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2 또는 제42조의3에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익</p> <p>(삭제)</p> <p>4. 제3호 중 제40조 제1항 제2호, 제41조의 3, 제41조의 5, 제42조의 3의 <u>각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제3호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익. 다만, 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다.</u></p> <p>제31조(증여재산가액 계산의 일반원칙)</p> <p>① 증여재산의 가액(이하 "증여재산가액"이라 한다)은 다음 각 호의 방법으로 계산한다.</p> <p>1. 좌동</p> <p>2. 좌동</p>
---	--

<p>의 100분의 30 이상인 경우로 한정한다.</p> <p>3. 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가하는 경우: 증가사유가 발생하기 전과 후의 재산의 시가의 차액으로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 계산한 재산가치상승금액. 다만, 그 재산가치상승금액이 3억원 이상이거나 해당 재산의 취득가액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금액의 100분의 30 이상인 경우로 한정한다.</p>	<p>3. 삭제</p>
--	--------------

III. 포괄증여 과세체계도

이상의 논의를 정리하면 아래 그림과 같다. ❶ 현재 상태에서 부의 무상이전을 규율하는 형태의 증여는 예시조항과 무관한 영역에서 부의 무상이전 개념을 충족시킬 경우에는 포괄증여 조항에 의하여, 증여예시조항이나 증여특례조항의 요건을 충족시킬 경우에는 해당 조항에 의하여 과세할 수 있다. 한편 포괄증여의 개념을 충족하면서 증여예시조항의 영역에는 해당하지만 예시조항의 요건을 충족시키지 못할 경우에는 해당 과세요건의 반대해석이 가능하다면 과세가 배제되는 영역에 해당할 것이고, 반대해석이 가능하지 않다면 여전히 포괄증여 조항에 의하여 과세가 가능한 영역에 포함된다. 정리하자면, 아래 [그림 7]과 같이 포괄증여 개념에 해당하더라도 내재적 한계나 비과세에 해당하는 영역, 개별예시조항이 직접 적용되는 영역과 개별예시조항의 반대해석상 포괄증여 조항이 제한되는 영역⁴⁷⁰⁾ 및 증여특례조항이 적용되는 영역을 제외한 나머지 영역(그림에서 회색 음영으로 표시된 부분)이 포괄증여 조항의 적용 영역이라고 볼 수 있다.

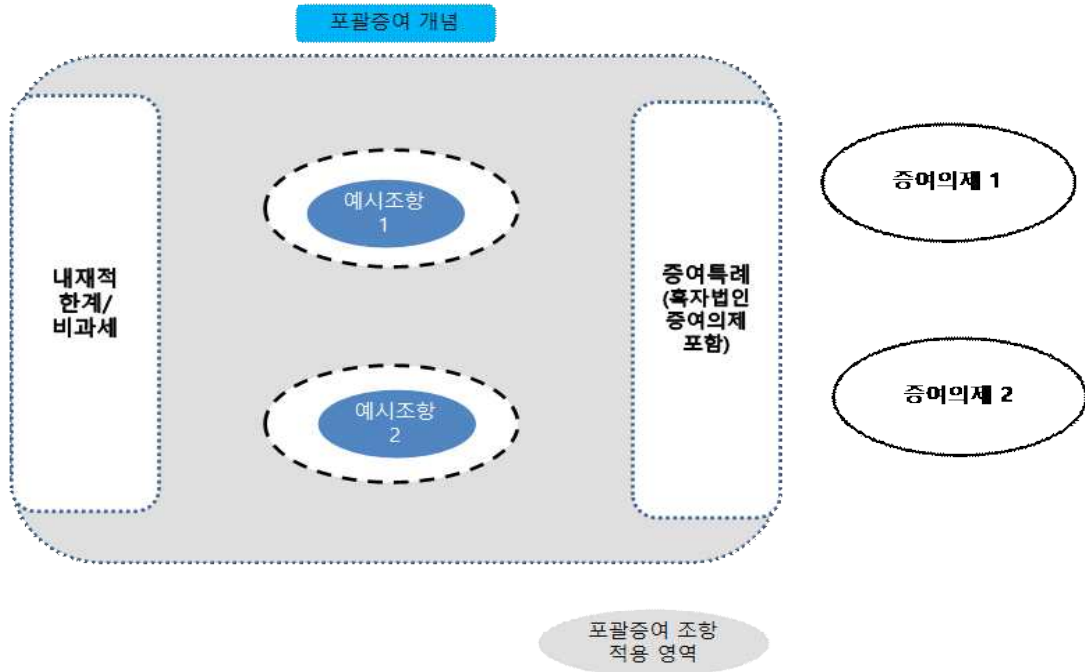
❷ 타인의 기여에 의한 재산가치의 사후적 증가에 따른 증여는 하이브리드 증여 예시조항이 직접 적용되는 경우와 증여예시조항과 경제적 실질이 유사한 경우로서 유형별 포괄조항이 적극적인 과세근거로 작동할 수 있을 때에만 과세할 수 있다. 유형별 포괄조항의 적용이 문제되는 부분은 하이브리드 증여예시조항의 과세요건 중 재산취득 과정에서 타인의 기여행위와 관련된 부분에 집중될 것이며, 대체로 장래 재산가치 상승의 기회가 이전되었다면 유형별 포괄조항의 적용을 긍정할 수 있을 것이다. [그림 8]에서 각 하이브리드 예시조항에 직접 해당하는 영역 및 그에 해당하지 않더라도 증여자로부터 수증자에게 재산가치 상승의 기회가 이전되는 영역에 대하여는 하이브리드 증여세를 과세할 수 있다.

❸ 마지막으로 증여의제조항은 당연히 과세요건을 충족해야만 증여세를 과세할 수 있다. 제2장 제3절 V.와 같이 법인을 통한 간접증여를 주주에 대한 출자금의 증여로 간주하는 체제를 취할 경우에는 비록 포괄증여의 개념을 충족하고 있기는 하지만, 사법상의 법률관계를 재구성하는 것을 전제로 하므로, 현행 상속세법 제45조의 5와 마찬가지로 증여의제조항(이론적으로는 ‘증여특례조항’)으로 규

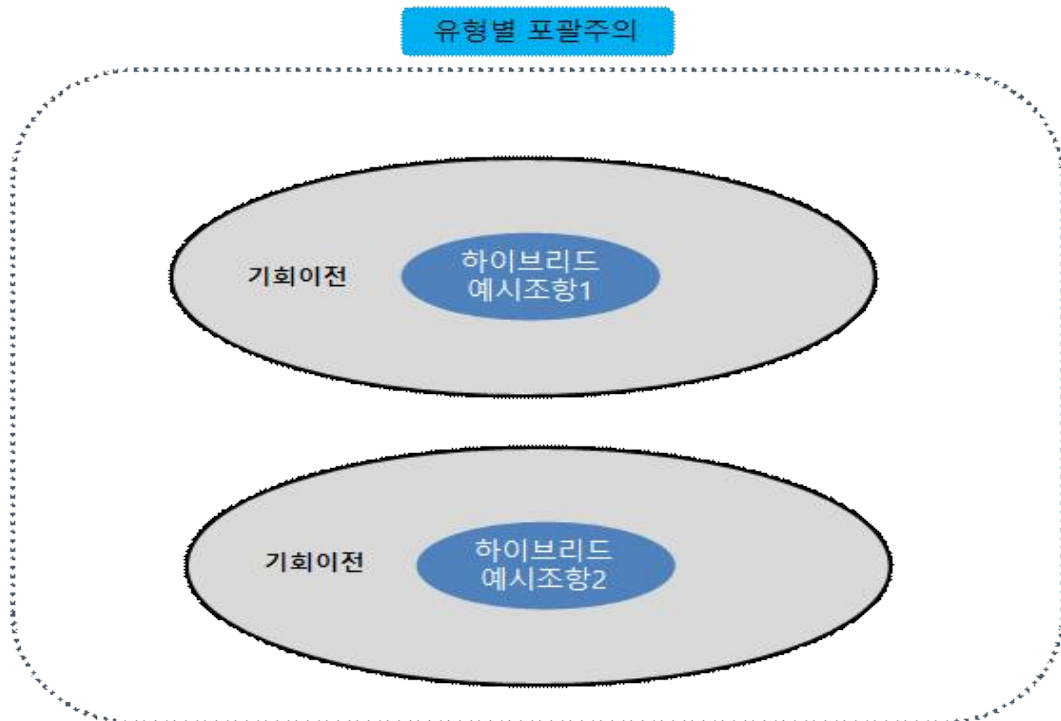
470) [그림 7]의 첫 번째 그림에서 예시조항 1, 2의 바깥에 점선으로 표시된 영역을 의미한다.

을할 필요가 있다.

[그림 7] 포괄증여 개념 과세체계도



[그림 8] 하이브리드 증여 과세체계도



제2절 연구결과의 요약

I. 포괄증여 조항과 완전포괄주의

포괄증여의 개념은 직접 또는 간접적인 형태로 재산이나 경제적 이익이 무상으로 이전되는 것을 의미한다는 점에서 사법상의 증여계약보다는 넓은 외연을 가지고 있다. 여기서 경제적 대가를 바라거나 상대방이 베푸는 경제적 대가에 대한 보답의 성격을 가진 것이면 무상성은 인정되기 어렵다. 다만 수증자에게 기대한 대가가 경제적인 성격의 것이 아니라면 마찬가지로 무상행위로 볼 수 있다.

증여의 개념을 이루는 ‘무상성’은 상대방에게 이익을 분여하려는 의사를 필요로 하지 않는다는 점에서 사법상의 증여계약과는 성격을 달리한다. 예컨대 신주를 저가로 발행하면서 실권주를 수증자에게 배정하는 경우 신주인수를 포기한 자에게 증여의사가 필요하지는 않다. 다만 증여자의 주관적 의도를 살펴보는 것이 여전히 유용할 때가 있다. 첫 번째, 특정 자산에 대한 객관적 시가가 얼마인지 확인하기 어려운 경우 미국 세법에서는 통상의 사업과정에서 증여의 의도가 없이 이루어진 거래에서 형성된 가격은 그 자체를 시가로 보게 되고, 우리 세법에서는 비특수관계인 사이에서 객관적 시가와 다른 가격에 거래를 했더라도, ‘거래의 관행상 정당한 사유’가 있으면 증여세를 과세하지 아니하므로, 이러한 경우 증여자의 주관적 의도를 살펴볼 필요가 있다. 두 번째, 증여는 대가 없이 상대방에게 베풀어준다는 의도가 강할 때이고, 반대로 사례(射禮)의 성격은 별로 없이 상대방이 제공하는 인적 용역 등에 대한 대가의 성격이 강하면 소득세법 제21조 제1항 제19호의 기타소득이 되며, 그 중간영역으로서 대가성이 일정 부분 존재하지만 사례의 성격도 혼재되어 있는 경우는 기타소득 중 사례금(소득세법 제1항 제17호)으로 보는 경우가 많다. 당사자의 ‘주관적 무상성’의 유무나 정도는 위에서 본 증여와 사례금을 구별할 수 있는 유용한 기준으로 작동할 것이다.

이익을 이전할 때 당사자 사이에 이익의 이전에 관한 합의가 필요하지 아니하므로, 이익이 법인이나 보험·신탁 등을 매개로 간접적으로 이전되거나, 증여자의 이

익 포기와 수증자의 이익 취득으로 이어지는 ‘사실상 이전’도 가능하다. 대표적으로 증자나 감자 등 법인의 자본거래를 이용하여 어느 주주가 다른 주주에게 부를 무상으로 이전하는 경우 주주들 사이에 직접적인 거래가 존재하지 않지만 증여 개념에 포함될 수 있다. 특정인이 법인을 통한 증여를 통하여 그 법인의 주주에게 이익을 주는 경우나 최대주주 등이 본인이 받을 배당금을 포기하여 특수관계인인 다른 주주로 하여금 더 많은 배당금을 받게 하는 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의2)도 법인을 통한 간접증여의 예로 볼 수 있다. 다만, 간접증여의 개념이 지나치게 확대될 위험이 있으므로 ‘간접적 형태의 이전’은 주는 자의 손실과 받는 자의 이익이 상당한 수준의 인과성으로 연결되어 있어야 할 것이다.

경제적 이익의 ‘이전’의 유형은 ① 전형적인 증여계약을 통하여 물건이나 재산권을 넘겨받는 경우와 같이 ‘적극적’인 재산이나 이익이 ‘직접적인’인 형태로 수증자에게 이전되는 경우, ② 금전의 무상 또는 저리대출과 같이 증여자가 시가 상당의 이익을 받을 수 있는 기회를 포기하면서 수증자에게 차액 상당을 덜 지급하여도 되는 재산상 이익을 주는 ‘소극적’이고 ‘직접적’인 형태의 이익제공의 경우, ③ 법인을 통한 자본거래 등으로 주주 사이에 간접적으로 이익이 이전되는 경우가 있다. 그 밖에 ④ 증여자가 수증자를 위하여 보험료를 내준 후 수증자가 보험금을 타는 경우(상증세법 제34조 제1항)와 같이 현재에는 장래 이익을 얻을 수 있는 지위를 이전하고, 증여재산에 대한 평가는 장래에 이루어지는 경우처럼 포괄적 증여가 이루어지는 시점과 증여세 과세 시점이 분리되는 때도 있다. 신탁이익의 증여(상증세법 제33조), 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의 2)도 이와 마찬가지로 대상거래 자체는 포괄증여 개념에 해당하지만, 포괄증여 조항을 직접 적용할 때에 비하여 증여 시기나 증여재산가액 산정 등이 다르게 규율된다. 이러한 규정을 ‘증여의제조항’과 구별하여 ‘증여특례조항’이라고 부를 수 있다.

증여세 완전포괄주의에 대한 논쟁을 촉발한 흑자법인 판결에서 대법원은 ‘개별가액 산정 규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그 중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고, 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는 경우에는 그 규정에서 벗어난 거래·행위가 포괄 증여규정의 개념에 들어맞더라도 증여세를 과세할 수 없다’고 하면서 ‘결손금이 없는 법인과의 거래로 인한 이익에 대해서는 주주에게 증여세를 과세하지 않도록 하는 한계를 설정하였다’고 판단하였다.

위 판결이 선고된 이후 포괄증여 조항의 과세범위는 개별예시조항에서 정해진 과세요건의 반대해석이 가능한지 여부에 달려있다고 볼 수 있다. ❶ 개별예시조항 자체에서 과세대상 이익의 크기(예컨대 대가와 시가의 차액이 3억 원 또는 시가의 30% 이상)를 한정하는 경우 그 경계를 넘어선 부분에 대해서는 과세하지 않겠다는 반대해석이 가능하다고 할 것이지만, ❷ 과세요건 중 특정한 거래의 형태를 기술한 부분(양도, 합병, 증자 등)은 원칙적으로 과세의 한계로 작동하기는 어려울 것이며, ❸ 거래당사자간 관계 등(예컨대 특수관계인 사이의 거래)을 규정한 부분은 기본적으로 과세대상을 좁은 형태로 한정하는 것인데, 그와 같은 과세대상의 한정이 나름대로 합리적인 입법목적으로 수긍할 수 있는 경우에는 반대해석에 의하여 포괄조항에 의한 과세가 제한된다고 볼 소지가 높다.

개정 전 상증세법은 특수관계인으로부터 무상 또는 낮은 이자율로 대출을 받은 경우에는 1년 단위로 적정 이자율로 계산한 금액 내지 차액을 증여재산가액으로 정하고 있다가, 2013년 개정으로 거래 상대방을 ‘타인’으로 확대하였다. 대법원(2014두37924 판결)은 위 법률 개정 전의 사안에서 ‘특수관계에 있지 아니한 자 사이의 금전의 무상대여 거래를 증여세 과세대상에서 제외하는 취지’를 인정하여 반대해석상 포괄증여 조항에 의한 과세를 부정한 바 있는데, 그 결론을 수긍할 수 있다.

완전포괄주의는 반드시 직접 거래에 의한 이익분여에 국한되지 않고 제3자를 매개로 간접적으로 이익을 분여하는 것도 포함되므로, 이익분여의 당사자 간에 실질과세원칙에 의한 재구성은 원칙적으로 필요하지 않다. 대법원은 전환사채에 따른 이익에 관한 몇몇 판결에서 거래당사자의 관계를 실질과세원칙에 따라 재구성이 가능한지의 문제에 초점을 둔 바 있으나, 뒤에서 보는 바와 같이 유형별 포괄조항에 의한 과세가능성의 문제로 접근하였으면 하는 아쉬움이 있다. 완전포괄주의나 유형별 포괄주의에 의한 증여세 과세문제는 법률의 해석 문제인 반면, 구 상증세법 제2조 제4항에 의한 실질과세원칙의 적용 문제는 당해 사안에서만 조세회피행위를 재구성하는 것으로 규범의 일반적 해석과 성격이 다르므로, 사안별로 적절하게 취사선택될 필요가 있다.

II. 후자법인 증여의제의 과세체계

법인을 통한 간접증여에 대하여 주주에게 증여세를 과세하는 제도는 당초 결손법 인과의 거래에 대한 증여의제로 출발하였으나 법인세와 증여세의 세율 차이로 인한 과세의 불공평을 막으려는 목적으로 현재 후자법인 증여의제(상증세법 제45조의 5) 제도로 자리 잡았다. 법인을 통한 간접증여가 포괄증여 개념을 충족하는 것은 사실이지만, 법인에 발생한 소득에는 일단 법인세를 물리고 그로 인하여 주주가 얻는 이익은 그것이 배당되거나 주식이 양도되었을 때 비로소 과세하는 것이 세법의 일반 체계라는 점에서 법인세를 과세하는 동시에 그 내부의 주주에 대하여도 증여세를 과세하는 것에 대하여 이론적인 논란이 있다. 또한 현행 제도는 증여이익의 과다 산정 문제나 이중과세 문제가 있으므로 입법적 대안을 살펴볼 필요가 있다.

첫 번째, 법인이 받은 이익을 그대로 주주가 받은 이익으로 환산할 수 있는지 문제된다. 대법원은 여러 차례 법인을 통한 간접증여에서 주주가 받은 이익은 주식가치 증가분 외에 다른 것을 상정할 수 없다고 보면서 법인에 대한 증여 이후에도 법인의 순자산이 마이너스인 경우로서 주식가치가 0원이라면 주주에게 증여세를 과세할 수 없다고 판단하였다. 비록 증여의제로 바뀌었지만 여전히 법인을 통한 간접증여의 본질을 가진 현행 제도에서 주주의 증여이익을 주주의 주식가치 증가분이라는 간접적인 형태로 산정하는 것이 아니라 여전히 법인이 받은 이익이라는 직접적인 형태로 산정하는 현행 제도는 앞으로도 논란이 예상된다.

두 번째, 종래 규정은 법인에게 부과되는 법인세와 주주에게 부과되는 증여세를 이중과세하다가, 법인이 부담한 법인세를 증여재산가액에서 공제하는 소득공제방식으로 변경되었으며, (법인세액 + 증여세액)이 지배주주 등이 해당 물건을 직접 증여 받았을 경우의 증여세액을 초과할 수 없도록 하는 세액공제 방식을 병용하게 되어 이중과세 문제는 상당 부분 해결되었다. 그럼에도 불구하고 현재의 비상장주식의 보충적 평가방법에 따를 때 첫 번째의 문제(주주의 증여이익을 과다하게 산정하는 문제)는 여전히 해소되지 않을 가능성이 크다. 나아가 결손금이 있어서 법인세를 부담하지 않거나, 법인이 채무초과 상태여서 증여 후에도 법인의 주식가치가 0원 이하인 경우에는 과세대상 이익의 과다한 산정 문제는 심각해질 수밖에 없다.

세 번째, 배당소득세 및 양도소득세와 관련하여 이중과세 조정장치가 필요하다.

흑자법인에 대한 간접증여를 통하여 주주에게 증여세가 과세된 이익은 주식가치가 증가한 것에 대한 미실현이익이고, 그 이익을 배당가능재원으로 하여 배당이 이루어졌다면 미실현이익이 실현된 것이므로 과세대상이 중복되기 때문이다. 현재 흑자법인 증여의제 조항은 일감몰아주기 증여의제 제도에서와 같은 배당소득에 대한 공제제도가 마련되어 있지 아니하므로 증여가 이루어진 해당 사업연도에 이미 배당이 이루어진 경우라면 증여의제이익에서 배당소득을 공제하는 규정을 상증세법에 마련할 필요가 있고, 증여세가 과세된 이후 배당이 이루어진 경우라면 배당소득세를 다시 납부하여야 하므로 소득세법에서 배당소득을 공제하는 규정을 마련할 필요가 있다. 위와 같은 입법적 개선으로 배당소득 공제가 가능해질 경우 배당소득이 공제된 부분에 대해서는 주식을 양도할 때 주식의 취득가액에서 증여재산가액만큼 가산할 필요는 없을 것이다.

마지막으로 현행 흑자법인 증여의제 제도는 상당부분 제도적으로 개선되었음에도 불구하고 법인을 통한 간접증여로 주주가 얻은 이익을 주식가치 상승분으로 보아야 한다는 원론적인 생각과 충돌할 수밖에 없고, 아직 이중과세 문제가 완전히 제거되지 못한 상태에 있는 등 문제점을 안고 있다. 또한 이론적인 차원에서 하나의 거래를 법인의 손익거래인 동시에 주주들 사이의 자본거래로 보는 문제점이 있다거나, 법인이 얻은 이익은 배당이나 주식양도가 이루어지기 전까지는 일단 법인의 이익으로만 과세한다는 세법 체계의 정합성에도 맞지 않는다는 지적이 유력하다. 따라서 법인에 대한 법인세만을 과세하는 방식과 주주에 대한 증여세만을 과세하는 방식 중 하나를 선택해야 한다면, 현행 배당소득공제 제도는 이중과세의 문제를 완전한 형태로 해소하고 있지 못하므로, 이론적으로는 주주에게 직접 증여세만을 과세하는 방식이 우월하다고 생각한다. 이에 따라 법인에 대한 간접증여를 주주에 대한 직접적인 증자금 증여로 취급하자는 입법론을 제시하여 보았다.

구체적으로 출자자의 제2차 납세의무(국세기본법 제39조)나 과점주주의 간주취득세(지방세법 제7조 제5항) 제도에 비추어 볼 때, 우리 세법이 주주와 법인 사이에 경제적·사실적 이해관계가 동일하다고 판단하여 법인격을 무시하고 주주에게 직접적인 세법상 효과를 부여하는 기준은 대체로 ‘과점주주’ 여부에 있다고 볼 수 있다. 따라서 지배주주 등(지배주주와 그 친족)이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식 보유비율이 100분의 50을 초과하는 법인이 지배주주나 그 특수관계인으로부터 상증세법 제45조의 제1항 각호의 거래를 한 경우에는 특정법인의 지배주주 등이 증여받

은 것으로 보아 증여이익을 계산하는 것으로 상증세법 개정을 고려할 수 있다.

지배주주의 특수관계인이 법인에게 현금을 증여할 경우 특수관계인이 지배주주에게 현금을 증여하고, 지배주주가 법인에게 출자금을 납입한 것으로 거래를 재구성하게 된다. 법인의 수증이익에 대하여 법인세를 과세하지 아니하므로, 앞에서 본 이중과세의 조정 문제나 배당소득의 공제문제도 발생하지 않는다. 법인의 지배주주는 자신의 증여세를 낸 증여재산가액만큼 주식취득가액에 가산할 필요가 있다. 지배주주의 특수관계인이 법인에게 현물을 증여할 경우에는 특수관계인이 지배주주에게 현물을 증여하고, 주주는 해당 자산을 시가로 현물출자한 것으로 재구성된다. 법인의 입장에서 현물출자받은 자산은 취득가액을 시가로 보게 된다.

III. 하이브리드 증여와 유형별 포괄주의

하이브리드 증여예시조항은 상증세법 제41조의3(주식 등의 상장에 따른 이익의 증여), 제40조 제1항 제2호(전환사채 등의 주식전환에 따른 이익의 증여), 제42조의3(재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익)이 대표적이다. 위 조항들의 구조를 분석해보자면 우선 ❶은 납세의무자의 범주 내지 기여행위를 하는 자와 납세의무자의 관계가 규율되는 부분이고, ❷에는 기여행위의 종류가 서술되며, ❸에는 구체적인 재산가치 증가사유가 명시된다. ❷ 기여행위에 관한 요건은 실제 사례에서도 자주 문제되고, 유형별 포괄주의를 적용하기 위한 중요한 개념 요소(뒤에서 볼 ‘기존 증여의 사후정산’ 또는 ‘장래기회의 이전’)에 관한 논의도 대부분 이곳에 집중된다.

상장차익 판결에서 원고는 최대주주의 신주인수권 포기 후 자신의 자금으로 주식을 인수하였으므로, 최대주주로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식 또는 증여받은 재산 등에 기초하여 취득한 신주가 아니어서 법 제41조의3의 과세요건에 해당하지 않는다고 판단하였다. 한편, 신주인수권 판결 사안에서 원고는 주주가 아닌 최대주주의 특수관계인으로서 법인→은행 →증권회사→원고의 순서로 신주인수권의 취득이 이루어졌다. 법 제40조 제1항 제2호는 법인이나 자본시장법상 인수인으로부터 신주인수권을 취득할 것을 과세요건으로 하고 있는데 원고는 자본시장법상 인수인

이 아닌 증권회사로부터 취득하였으므로 과세요건에 해당하지 않았다. 이에 과세관청은 실질과세원칙을 적용하여 법인으로부터 원고가 직접 취득한 것으로 재구성할 수 있다고 주장하였으나, 신주인수권 판결은 조세회피를 목적으로 하는 우회거래라고 볼 수 없어 재구성을 부인하였다.

두 가지 판결에 내재된 공통의 쟁점으로 하이브리드 증여예시조항이 ‘부의 무상이전’이라는 포괄적 증여개념에 포함될 수 있는지 문제된다. 협의설은 하이브리드 증여는 포괄적 개념의 증여로 보기 어렵지만, 부의 무상이전 부분과 사후적 가치변동 부분을 구별하는 것이 불가능하여 입법정책상 양자를 합하여 증여세로 과세하는 제도로 이해한다. 반면 광의설은 상장이익의 증여규정을 당초 증여의 사후정산으로 봄으로써 포괄적 증여 개념의 범위 내에 있다고 본다. 상장차익 판결은 해당 사안에서 포괄증여조항을 적용할 수 있는지에 관하여 흑자법인 판결의 법리를 원용하면서 법 제41조의3의 과세대상에서 제외된 주식의 상장이익에 대하여는 과세할 수 없다고 판단하였다. 이는 포괄증여 개념에는 해당하되, 개별예시조항의 반대해석상 포괄증여 조항은 적용될 수 없다는 취지이므로, 광의설의 입장에 가깝다.

필자의 생각으로는 상장이익을 증여의 사후정산으로 보든, 장래기회의 이전으로 보든 증여재산의 평가의 시점이 증여 시점 이후로 미루어지는 이상, 상증세법 제60조 제1항의 예외가 되므로 명문의 예외규정 없이 포괄증여 조항의 힘으로는 과세할 수 없다고 생각한다. 한편 하이브리드 증여예시조항은 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’에 해당하고, 포괄증여 조항에서 이를 별도의 증여개념으로 규정하고 있으므로, 이에 따라 과세할 수 있을지가 문제된다. 그러나 기여행위라는 개념의 모호성과 증여재산가액 산정의 어려움을 고려할 때, 포괄증여 조항에서 ‘기여에 의한 타인의 재산가치 증가’를 언급하고 있지만, 해당 부분은 직접적인 과세의 근거 규정이라기보다는 개별예시조항에서 단순한 부의 무상이전으로는 설명되지 않는 다른 형태의 예시조항을 개념적으로 담아내기 위한 선언적인 성격으로 보아야 할 것이다.

한편 개정 상증세법 제4조 제1항 제6호에서 유형별 포괄조항을 과세의 근거규정으로 신설하였으므로, 하이브리드 증여예시조항의 과세요건을 벗어나는 거래나 행위에 대하여 유형별 포괄조항의 적용을 긍정할 수는 ‘경제적 실질’의 핵심적 개념을 무엇으로 볼지가 문제된다. 상장이익에 관한 법 제41조의3의 과세요건을 분석하여 보면 다음과 같은 2가지 개념을 인정할 수 있다. 첫 번째, ‘기존 증여의 사후

정산'은 당초에 증여받은 주식을 당시에는 제대로 평가하기 어려웠으나 몇 년 내에 주식이 상장되고 그에 따라 주식가치가 증가하였을 때, 최초 증여 당시에도 이미 지배주주나 그 특수관계인들 사이에서 어느 정도 예견되었던 사건이 나중에 실현된 것이니 사후적으로 그 주식이나 돈에 대하여 제대로 평가해보자는 것이다. 이 관념에 의할 때 기여행위의 본질은 '기존의 증여'가 된다. 두 번째 '장래기회의 이전'은 수증자가 당초에 취득하는 재산에는 장래 재산가치 상승의 기회가 내장되어 있고, 후발사건이 발생함으로써 그 가능성이 현실화되는 것으로 이해하는 입장인데, 기여행위의 본질을 지배주주가 자신의 주식취득 기회를 특수관계인에게 넘겨 주었다는 점에서 찾고 있다.

모델사례를 (주식 자체의 증여/자금 증여/주식 유상취득)의 거래형태, 실권주의 발생 여부, 신주대금의 증여 여부의 3가지 요소를 조합하여 경우의 수를 만들어본 결과 사후정산 요소와 장래기회 이전 요소의 범위는 대체로 일치한다. 다만, 신주인수대금을 증여받지 않은 경우에는 기존 증여의 사후정산으로는 볼 수 없지만 장래기회의 이전은 긍정되므로, 후자에 의할 때 과세의 범위가 더 넓어지게 됨을 알 수 있다. 상증세법 제41조의3에서 정해진 과세범위는 대체로 '기존 증여의 사후정산'보다는 '장래기회의 이전' 범위에 가깝다. 상장이익은 구조상 기존 증여의 사후정산의 요소도 병존할 수 있지만, 전환사채 등의 전환권 행사에 따른 이익은 기존 증여와는 관계가 없고, '장래기회의 이전' 요소만을 가지고 있다. 재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익(제42조의3)에서도 재산취득요건 중 직접 증여를 받는 형태 이외에 다른 형태(내부정보 취득, 자금 차입, 담보제공)도 수증자가 증여자에게 장래기회를 이전하거나 제공하는 것에 가깝다. 따라서 하이브리드 증여예시조항을 공통적으로 아우를 수 있는 개념은 '장래기회의 이전'으로 보는 것이 타당하다.

이러한 관점에서 상장차익 판결 사안을 보면 기존에 주주는 아니었던 원고가(기존 주식에 대한 증여, 주식인수대금의 증여, 주식 유상취득 어느 경우에도 해당하지 않음) 증자 과정에서 다른 대주주들이 인수를 포기한 실권주를 원고의 자금으로 재배정받은 경우이므로 기존 증여의 '사후정산'의 요소는 없으나, 주주가 아닌 원고가 다른 대주주들로부터 장래 재산가치 상승의 기회를 이전받은 것으로 볼 수 있다. 다만 당시에는 유형별 포괄조항이 존재하지 않았으므로 과세를 부정하는 결론을 취할 수밖에 없으나, 상증세법 개정 후에는 유형별 포괄조항에 따라 과세할 수 있다고 생각한다.

신주인수권 판결 사안에서 과세요건 규정의 핵심은 주주도 아닌 최대주주의 특수관계인이 신주인수권이 없음에도 제3자 배정을 통하여 신주인수권부 사채를 인수할 수 있는 기회를 잡는 것, 그로 인하여 기존 주주와 최대주주의 특수관계인 사이에 ‘장래기회의 이전’이 발생하는 것이다. 위 판결 당시에도 유형별 포괄조항이 존재하였음에도 대법원이 소극적인 입장을 취한 것에는 아쉬움이 남는다.

그밖에 주식회사 락앤락 사건에서는 원고가 특수관계인 K로부터 돈을 증여받아 신설된 위 회사의 발기인으로 참여하여 지분 2%를 인수하였고(K는 현물출자로 76%를 인수함), 이후 위 회사가 상장이 되어 원고가 이익을 얻자 과세관청이 포괄증여 조항에 의하여 과세한 사안에서 대법원은 ‘법인 설립 전 발기인이 자금을 증여받아 신설법인의 주식을 인수한 경우에 대해서까지 규율한 것으로 볼 수 없다’는 이유로 과세한계를 설정한 것으로 보고 포괄증여 조항에 의한 과세를 부정하였다. 당시에는 유형별 포괄조항이 존재하지 않았으므로 어쩔 수 없는 선택으로 볼 수 있으나, K는 원고에게 돈을 증여함으로써 그 돈으로 자신이 추가로 출자할 수 있는 기회를 소극적으로 포기하였고, 원고는 그 돈을 받아 2%를 출자함으로써 K로부터 원고에게 장래기회가 이전되었다고 평가할 수 있다. 따라서 유형별 포괄조항이 적용되었다면 과세할 수 있다고 본다.

한편 최근 신라젠 사건에서 최대주주가 아닌 2대 주주 M의 특수관계인인 원고가 신주인수권을 받은 후 이를 행사하여 얻은 이익에 대하여 항소심 법원은 ‘비록 M이 최대주주는 아니지만 최대주주에 버금갈 정도로 기업의 의사결정에 영향을 미칠 수 있고 내부정보에의 접근 및 이용가능성이 있는 대표이사’라는 이유로 ‘최대주주 L의 특수관계인이 같은 행위로 이익을 얻는 거래와 경제적 실질이 유사하므로 유형별 포괄조항에 의하여 과세할 수 있다’고 판단하였다. 필자의 사건으로는 ‘하이브리드 예시조항의 구조’에서 ❶ 기여행위를 하는 자와 납세의무자의 관계가 규율되는 부분(상증세법 제40조 제1항 제2호에서 ‘최대주주의 특수관계인’도 여기에 해당한다)은 유형별 포괄조항의 적용대상이 된다고 보기는 어렵고, 다만 개별예시조항의 반대해석이 가능한지의 문제로 귀착되므로, 위 항소심의 결론에 동의하기는 어렵다.

상증세법 제42조의3의 주체요건은 ‘직업, 연령, 소득 및 재산상태로 보아 자력으로 해당 행위를 할 수 없다고 인정되는 자’이나, 위 요건 자체가 모호한 가치판단의 성격을 가지고 있고 굳이 필요한 요건도 아니므로 삭제하는 것이 타당하다고 본

다. 재산취득(기여행위) 요건으로 ‘특수관계인으로부터 재산을 증여받은 경우’ 만을 규정하고 있지만, 현금을 증여받아 그 자금으로 재산을 취득한 경우도 유형별 포괄조항에 해당한다고 볼 것이다. 해당 조항은 ‘특수관계인으로부터 공표되지 않은 내부정보를 취득하여 제3자로부터 취득’ 이라는 무형적 기여도 기여행위의 종류로 명시하고 있고, ‘특수관계인으로부터 자금차입 또는 담보제공받아 제3자로부터 취득’ 이라는 재정적 기여도 명시하고 있다.

실무상 빈번하게 문제되는 것은 재산가치 증가사유 요건으로서 ‘개발사업의 시행’ 인데 여기서 개발사업을 법령상의 한정된 개념으로 보아야 할지, ‘개발사업의 시행일’ 을 언제로 특정할 수 있을지에 대하여 명확한 답을 내기 어렵다. 또한 법인을 통하여 개발사업을 시행하고 그에 따라 주식가치가 증가하여 결과적으로 납세의무자의 부가 증가할 경우에 기업의 통상적인 가치상승분을 어떻게 공제하여 증여가액을 산정할 것인지도 난점이다. 위와 같이 재산가치 증가사유나 증여가액 산정규정이 지나치게 포괄적이고 모호한 개념으로 되어 있어 유형별 포괄주의로 나아가기도 전에 예시조항 자체를 운용하는데 있어서도 과세실무가 정합성을 갖추지 못하고 예측불가능한 형태로 이루어지고 있는 것으로 보인다.

끝으로 증여세 포괄주의 과세체계는 다음과 같이 정리할 수 있다. ❶ 현재 상태에서 부의 무상이전을 규율하는 형태의 증여는 예시조항과 무관한 영역에서 부의 무상이전 개념을 충족시킬 경우에는 포괄증여 조항에 의하여, 증여예시조항의 요건을 충족시킬 경우에는 증여예시조항에 의하여 과세할 수 있다. 한편 증여예시조항의 영역에는 해당하지만 예시조항의 요건을 충족시키지 못할 경우에는 해당 과세요건의 반대해석이 가능하다면 과세가 배제되는 영역에 해당할 것이고, 반대해석이 가능하지 않다면 여전히 포괄증여 조항에 의하여 과세가 가능한 영역에 포함된다. 포괄증여 개념으로 해결되지 않는 첫 번째 쟁점(㉑-1)은 후자법인 증여의제인데, 현행 제도는 증여이익의 과다산정 문제, 배당소득과의 이중과세 문제 등이 있으므로, 근본적인 해결책으로 ‘주주에 대한 직접증여 + 법인에 대한 출자’ 의 2단계 거래로 재구성하여 법인세 없이 주주에 대한 증여세만을 과세하는 방식으로 개선을 제안한다. 포괄증여 개념으로 해결되지 않는 두 번째 쟁점(㉑-2)은 하이브리드 증여인데, 하이브리드 증여예시조항이 직접 적용되는 경우와 증여예시조항과 경제적 실질이 유사한 경우로서 유형별 포괄조항이 적극적인 과세근거로 작동할 수 있을 때에만 과세할 수 있다. 유형별 포괄조항은 하이브리드 증여예시조항의 과세요건 중 주로 타인의 기여행

위와 관련된 부분에서 문제될 것인데, 그 기여행위로 인하여 재산가치 상승의 기회가 이전되었다면 대체로 과세를 긍정할 수 있을 것이다.

제3절 향후 연구방향 및 제언

I. 향후의 연구방향

포괄증여 조항에 의하여 증여세를 전면적으로 과세할 수 있다고 해도 해당 증여세가 소득세와 과세대상이 겹침으로써 이중과세 문제가 제기된다면 포괄조항이 과세의 근거가 될 수 있는가의 ‘형식’ 문제와는 다른 차원으로서 과세의 ‘내용’에 관한 문제가 될 수 있다.

후자법인 판결로 돌아가 보면 대법원은 구 상증세법 제41조 제1항은 ‘결손법인에 재산을 증여하여 그 증여가액을 결손금으로 상쇄시키는 방법으로 증여가액에 대한 법인세를 부담하지 않으면서 특정법인의 주주 등에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 증여세를 과세하려는 취지가 있으므로’ 그 반대해석상 결손금이 없는 후자법인과 거래로 인한 이익에 대하여는 주주에게 증여세를 과세하지 못한다고 보았다. 판시 문언으로만 보면 완전포괄주의 증여세 과세에 대한 접근방식을 담고 있지만, 실질적으로는 ‘법인세를 과세해놓고 또다시 주주에게 증여세를 과세하는 행위는 적절치 못하고 이러한 이중과세 문제가 입법적으로 해결되지 못하는 마당에 증여세 포괄조항의 해석을 제한적으로 할 수밖에 없다’는 판단이 내포되어 있다고 볼 여지도 크다.⁴⁷¹⁾ 여기서 소득과세가 증여세 과세의 내용상 한계를 이룰 수 있다는 가정이 성립할 수 있는 것이다. 이 글은 증여세 포괄조항의 반대해석의 기준으로 제시된 ‘입법자의 의사’의 내용 속에는 이중과세 문제도 있다고 착안하여 제2장 제3절 ‘후자법인 증여의제의 과세체계’에서는 이중과세의 문제를 일부로 다루기는 하였으나 지면의 한계로 전반적인 논의는 하지 못하였다.

471) 위 판결의 판시 내용 중(밑줄은 필자가 부가함) ‘이는 결손법인에 재산을 증여하여 증여가액을 결손금으로 상쇄시키는 등의 방법으로 증여가액에 대한 법인세를 부담하지 아니하면서 특정법인의 주주 등에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 증여세를 과세하는 데 취지’라는 부분과 ‘이는 정상적으로 사업을 영위하면서 자산수증이의 등에 대하여 법인세를 부담하는 법인과 거래로 주주 등이 얻은 이익을 증여세 과세대상에서 제외하고자 하는 입법의도에 기한 것’이라는 부분을 보면, 증여가액에 대하여 법인세를 부담하는지 여부가 법인의 주주에게 증여세를 과세할지 여부에 관한 결정적 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다.

‘이중과세’의 문제 유형을 구체적으로 살펴보면 아래와 같다. ❶ 자본이득과세와 수증이익 과세의 전체 구조에서 증여세가 가지는 위치를 살펴볼 필요가 있다. 우리 세법은 기본적으로 자산보유자가 유상거래를 통하여 자본이득을 실현할 때에는 양도소득을 과세하고, 무상거래를 통하여 자산을 이전할 경우에는 수증자에게 실현되지 못한 자본이득까지 평가하여 증여세를 과세하는 체계를 가지고 있다. 한편 어떤 자가 다른 자에게 무상양도로 이익을 분여하면 이익을 분여한 자가 실현할 수 있었으나 실현하지 못한 소득에 대하여 별도로 과세하지 않는 반면, 저가양도로 시가와 차액 상당의 이익을 분여하면 이익분여자에게도 부당행위계산 부인(특수관계가 있을 경우)이나 간주기부금 손금규제(특수관계가 없을 경우) 등으로 과세를 하여 차별적으로 취급을 하고 있다. 한편 이익을 받는 자의 입장에서든 경우에 따라 소득세가 과세될 수도 있고(소득처분의 대상인 경우), 증여세의 과세대상이 될 수도 있다.⁴⁷²⁾ 위와 같이 이익을 주는 자의 미실현자본이득에 대하여 이익을 받는 자의 수증이익과 별개로 과세하는 것이 이론적으로 타당한 것인지 여부 및 이에 관한 현행 세법의 체계를 분석해볼 필요가 있다. 또한 이익을 분여받은 자에게 소득세를 과세할 때도 있고, 증여세를 과세할 때도 있는데, 이러한 차별적 취급에 있어서 일정한 법칙성이나 원리를 발견할 수 있는지, 아니면 단순히 입법자의 우연적 선택의 문제인지도 검증해볼 필요가 있다. 이 문제를 바라보는 입장에 따라서 이중과세 문제나 증여세 과세의 한계가 달리 설정될 수 있기 때문이다.

한편 ❷ 증여세는 소득세의 보완세제라는 측면에서 소득세가 과세될 때 그 자에게 증여세까지 과세되면 사실상 같은 이익에 대하여 이중과세가 될 수밖에 없다. 이 때 포괄적으로 과세되는 증여세는 열거주의를 취하고 있는 소득세와 과세대상이 겹친다면 소득세에 양보해야 한다는 의미에서 소득과세 우선조항이 존재하는 것으로 이해된다. 결국 증여세의 과세범위를 명확히 하려면 소득과세 우선 조항의 법적 성격과 적용 문제를 따지지 않을 수 없다. 하이브리드 증여예시조항에서는 재산가치 사후적 증가 시점 이전에 미리 재산을 처분하는 경우에는 그 시점에서 증여세 과세요건이 충족된 것으로 취급하므로, 납세자가 해당 자산을 처분하고 양도소득세 신고납부를 마친 경우에는 소득세와 증여세 중 무엇으로 과세를 해야 하는지의 문제가 실제 사안⁴⁷³⁾에서도 제기된 바 있다. 또한 고가양도형 거래에서도 양도소득세

472) 특히 이익을 받는 자에게 소득세를 과세할 것인가, 증여세를 과세할 것인가의 문제는 아래 ❷항의 쟁점과 관련되어 있다.

473) 대법원 2020. 10. 29.자 2020두43739 판결(심리불속행) 사안

와 증여세의 과세가 필연적으로 중복될 수밖에 없다. 그러나 아직 이 문제에 대하여 충분한 학문적 검토가 이루어졌거나, 판례가 명확한 해결방안을 제시한 바 없으므로, 향후 이에 관한 논의는 실무적으로도 상당한 유용성이 기대된다.

II. 필자의 제언

이 글은 흑자법인 판결과 잇따른 후속판결에서 뚜렷하게 인식되는 증여세 포괄주의의 퇴조현상을 지켜보면서, 증여세의 과세형식론을 완전포괄주의와 유형별 포괄주의의 이원적 체계로 구상하고 완전포괄주의 영역에서는 포괄증여의 개념을 정립하고 반대해석의 기준을 제시하는 한편, 하이브리드 증여세 영역에서는 이론적으로도 현실적으로도 관철하기 어려운 완전포괄주의 과세는 과감히 포기하고, 실천가능한 대안으로 유형별 포괄주의 과세로 접근하자는 시론(試論)의 성격을 가지고 있다. 즉 두 가지 영역에 차별적인 과세원리와 기준을 제공함으로써 포괄주의 과세의 퇴조 흐름을 막고 실효적이고 안정적인 형태의 포괄주의 과세에 보탬이 되려는 목적에서 이 글을 쓰게 되었다. 이 논문을 계기로 양자의 과세영역을 구분하는 사고가 싹트게 된다면 이 글의 목적은 이루어진 것이다. 향후 증여세 과세의 내용상 한계로서 자본이득 및 수증이익의 과세 구조에서 증여세가 차지하는 위치 및 소득과세 우선조항과의 관계가 조명될 경우 증여세 과세의 형식상 한계를 다루는 이 글과 짝을 이루어 포괄주의 과세의 취지를 구현하면서도 예측가능성도 일정수준 확보할 수 있는 이론적 토대를 마련해줄 수 있을 것이라 기대해본다.

참고문헌

1. 단행본

가. 국내문헌

국세청, 「2004 개정세법해설」, 2004.

국세청, 「2016 개정세법해설」, 2016.

국세청, 「2021 개정세법해설」, 2021.

곽윤직, 「채권각론」(제6판), 박영사, 2014.

곽윤직 편집대표, 「민법주해」 14권, 고영한 집필부분, 박영사, 1992.

마스이 요시히로(増井良啓), 『조세법입문』(제2판), 안좌진 번역, 박영사, 2018.

박훈·채현석, 「상속·증여세 실무해설」, 삼일회계법인, 2014.

송옥렬, 「상법강의」(제10판), 홍문사, 2020.

유발 하라리, 『사피엔스』, 김영사, 조현욱 옮김, 2015.

이창희, 「미국법인세법」, 박영사, 2018.

이창희, 「세법강의」, 박영사, 2021.

이철송, 「회사법강의」, 제19판, 박영사, 2011.

이태로·한만수, 「조세법」, 박영사, 2018.

임승순, 「조세법」, 박영사, 2017.

박준서 편집대표 「주식 민법」, 채권각칙 8, 한국사법행정학회, 2021. 10.

지원림, 「민법강의」(제11판), 홍문사, 2012.

나. 외국문헌

Boris I. Bittker, Lawrence Lokken, 「Federal taxation of income, estates, and gifts」, Boston : Warren, Gorham & Lamont, c1989-

Richard B. Stephens, Guy B. Maxfield, Stephen A. Lind, Dennis A. Calfee and Robert B. Smith, 「Federal Estate and Gift Taxation」 (8th edition), Warren, Gorham & Lamont, 2002.

2. 논문

강인애, ‘증여세 완전포괄주의 과세제도의 도입과 증여의 포괄적 개념’, 『계간 세무사』, 제24권 제2호, 한국세무사회, 2006.

강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계”, 『조세법연구』 제21권 제1호, 한국세법학회, 2015.

기획재정부, “활력있는 경제·튼튼한 재정·안정된 미래-2012년 세법개정안 문답자료”, 2012. 8.

김동수, “증여세 완전포괄주의 시행에 따른 문제점 분석 및 개선방안 연구”, 가

천대학교 대학원 박사학위 논문, 2016. 8.

김석범, “즉시연금보험의 증여재산 가액평가 방법”, 「대법원 판례해설」 110호, 법원도서관, 2017.

김석환, “증여세 완전포괄주의의 어제, 오늘 그리고 내일-상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호의 적용범위와 관련-”, 「법학논총」 제37집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2020.

김수, “상속세 및 증여세법상 완전포괄주의 과세제도에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2019.

김재승, “상속세 및 증여세법 제45조의 5의 문제점 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 제163호, 한국법학원, 2017. 2.

김화진, “경영권 이전과 주식가액 프리미엄”, 「인권과 정의」 427호, 대한변호사협회, 2012. 8.

백제흠, “유형별 포괄주의 과세조항의 해석과 그 한계”, 「조세실무연구 IV」, KIM&CHANG, 2013.

박요찬, ‘상속세 및 증여세법의 완전포괄증여규정과 개별예시규정을 중심으로 한 해석론’, 『조세법연구』 제17권 제1호, 한국세법학회, 세경사, 2011.

박요찬, “증여세의 포괄증여규정 및 개별 예시규정의 위헌성 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2007.

박훈, ‘조세불복사례에 나타난 상속세 및 증여세법 제2조 제3항의 의의’, 조세법연구 제18권 제2호, 한국세법학회, 세경사, 2012.

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

변동열, “유류분 제도”, 민사판례연구 25권, 민사판례연구회, 2003. 2.

사단법인 한국조세연구포럼, “증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구”, 국세청 용역보고서, 2010.

성낙인, 박정훈, 이창희, ‘상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구’, 『서울대학교 법학』, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003,

손영철·김종필, “보험상품에 대한 세법적 고찰”, 「법학논총」 24권 3호, 국민대학교 법학연구소, 2012.

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

안세준, “증여세 완전포괄주의와 본래의미의 증여세 포괄주의”, 「조세법연구」 제27권 제1호, 한국세법학회, 2021.

유철형, “상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석”, 「조세연구」 제16권 제3집, 한국조세연구포럼, 2016.9.

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

윤지현, “상속세 및 증여세의 간주·추정규정의 한계”, 「조세법연구」 16편 1호, 한국세법학회, 2010년,

윤지현, “증여세 완전포괄주의는 얼마나 ‘완전포괄적’ 일 수 있는가?-증여 개념을 포괄적으로 정의하는 ‘방식’에 관한 생각”, 「법학에서 위험한 생각들」, 법문사, 2018.

윤지현, “채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」 제36조의 해석론 소고(小考)”, 「조세법연구」 25권 1호, 한국세법학회, 2019. 4.

윤태삼·양인준, “상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계”, 「세무학연구」 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3.

이경훈, “후자의 영리법인과 거래를 통한 간접적인 이익의 이전에 대한 증여세 과세의 한계”, 사법 35호, 사법발전재단, 2016년.

이민현, “재산취득 후 재산가치 증가 이익에 대한 증여세 과세제도 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2016.

이준봉, ‘영리법인을 이용한 증여와 실질과세’, 『조세법연구』 제20권 제2호, 한국세법학회, 세경사, 2014.

이중교, “재산취득 후 재산가치 증가에 따른 증여세 규정(상속세 및 증여세법 제42조의 3)의 해석론”, 「세무와회계연구」, vol.8.no.3, 한국조세연구소, 2019.

이전오, ‘증여세 완전포괄주의 규정의 문제점’, 『조세연구』 제4집(한국조세연구포럼), 세경사, 2004.

이전오, “증여세 완전포괄주의의 현상과 전망-대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결을 중심으로-”, 「조세법연구」 제26권 제2호, 한국세법학회, 2020.

이정원, “실질과세원칙에 따른 거래의 재구성-이른바 교차증여를 직접증여로 재구성할 수 있는지 여부-”, 대법원판례해설(제111호), 법원도서관, 2017.

이창희·김석환·양한희, “증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접 증여”, 「조세법연구」 20권 2호, 한국세법학회, 2014.

이철송, “지배주식의 양도와 양도가액의 산정”, 「세무사」 7권 4호(55호), 한국세무사회

정성진, “보험의 상속증여세 과세체계에 관한 연구”, 조세연구 제17권 제3집, 한국조세연구포럼, 2017. 9.

정재희, “사후적 재산가치 증가에 대한 포괄적 증여 과세의 한계”, 「조세법연구」 25권 3호, 한국세법학회, 2019.

최명근, “상속과세제도의 합리적 개편방안”, 「한국경제연구원 Issue Paper」 11호, 한국경제연구원, 2006.,

하태홍, “가. 대주주들에게 공동으로 부여된 우선매수청구권을 그 중 1인이 단독으로 행사한 경우 증여세 과세대상에 해당하는지 여부(적극) 나. 출자전환주식에 대한 우선매수청구권의 가액 평가방법”, 대법원 판례해설 87호, 법원도서관, 2011.

한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 관한 고찰”, 조세법연구 17권 2호, 한국세법학회, 2011.

황남석, “상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇가지 쟁점”, 「법학연구」 제28권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2018.

3. 사이트

국회법률도서관 의안정보 : <https://law.nanet.go.kr/natlaw/bill/list.do>

국세법령정보시스템 : https://txsi.hometax.go.kr/docs_new/customer/elib/pub_view.jsp

외국법령 검색 : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>

종합법률정보 : <https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intesrch/sjo022.do>

정순섭의 법과 금융, “지금 다시 원칙중심규제를 이야기하는 이유” ,
연합인포맥스, 2018. 2. 5.자,

<https://news.einfomax.co.kr/news/articleView.html?idxno=3433406>, (2022. 12. 23. 검색)

the bell-국내 최고 자본시장미디어, ‘사모BW 절반은 대주주의 몫?’ , 2009. 2. 13.
자 기사, <https://thebell.co.kr/free/content/ArticleView.asp?key=47950&lcode=00>, (2022.
1. 5.자 검색)

ABSTRACT

A Study on Limitations of Comprehensive Concept of Gift taxation and All-Inclusive System by Types

- Comprehensive Taxation of Gifts, a deemed donation of gift via a
company with surplus, hybrid gift -

Jae Hee, Jung

Major in Tax Law

Department of Law, Graduate school

Seoul National University

After the ruling on ‘the surplus corporation’ denying the taxation of gift tax on indirect transfer of wealth via corporation, cases related to gift tax due to ‘the profits from increase of property values after acquisition’ (such as donation of profits from listing of stocks) were also sentenced to deny taxation under the general provision of comprehensive taxation of gifts. There is a clear tendency to understand this series of phenomena as a decline in ‘Comprehensive Concept of Gift Taxation’ . This article focuses on theoretically establishing and clarifying the comprehensive concept of Gift Taxation so that it can be implemented on a stable basis while maintaining its purpose. On the other hand, there are two areas that cannot be solved just by clearly applying the comprehensive concept of gift taxation. First, the deemed donation of gift via a surplus company(Article 45-5 of the Inheritance Tax and Gift Tax Act) has systematic defects and double taxation problems, So this article proposes a legislative improvement plan. Second, since ‘the profits from increase of property values after acquisition’ (‘hybrid gift’ in the sense that income tax and gift tax are combined) can not be applied to the area of ‘Comprehensive Concept of Gift Taxation’ , ‘All-Inclusive System by

Types' (Any case similar to special exemplary provisions in economic substance is also subject to taxation) should be set as an alternative tax principle.

It is true that even before the adoption of Comprehensive Taxation of Gifts there was a general provision of comprehensive taxation. However, a direct legal relationship between the donor and the recipient should be required on the 'transfer of profits', and the comprehensive concept of gift Taxation has been incapacitated due to the formal logical notion that the beneficiary's profits should be 'transferred' from the donor. The concept of comprehensive gift refers to an objective result of free transfer of property or economic benefits in a direct or indirect form. The 'freeness' that constitutes the concept of a gift is objectively judged, and differs from gifts under civil law in that it does not require the donor's intention to distribute profits to the recipient. For example, if economic benefits generated by issuing new shares at low prices are allocated to other shareholders or third parties, the intention to donate is not required to the person who has given up the acquisition of new shares.

However, in some cases, it is necessary to examine the subjective intention of the donor. First, even if a non-market price transaction is made between non-special related persons, the taxation of gift tax is excluded if there is a 'reasonable cause for common practices of transaction' in terms of compensating for the imperfections of assessment by market price. Second, Normally gifts are when the intention of giving a gift to the other party without compensation is strong. On the other hand, when the intention and consideration of the gift are mixed, it can be regarded as 'an honorarium', which is subject to income tax. Meanwhile, gifts can be made in an 'indirect' form without a direct transaction relationship between the donor and the recipient, and a typical case is when one shareholder transfers wealth to another shareholder free of charge using capital transaction of a corporation. However, since the concept of 'indirect' gift is at risk of excessive expansion, the loss of the donor and the benefit of the recipient must be linked to a considerable level of causality.

The 'transfer' type of economic profit is ① when 'active' property or profit is transferred to the recipient 'directly' such as taking over goods or property rights through a typical gift contract, ② when providing a 'passive' form of profit that generates lost profits to the donor, such as free money or low-interest loans,

③ When there is ‘indirect’ transfer of profits between shareholders through capital transactions of corporations. In addition, ④ In some cases, when the donor transfers the position to gain future profits to the beneficiary, such as the donor pays the premium for the beneficiary, and the beneficiary receives the insurance money in the event of an insurance accident(in Article 34 section (1) of the Inheritance Tax and Gife Tax Act), The time of transfer of profits is separated from the time of gift taxation in the future. Likewise, the target transaction itself corresponds to the comprehensive concept of gifts, but the timing of donation and the calculation of the value of the gifted property are regulated differently compared to the direct application of general provisions of comprehensive gifts. These regulations can be distinguished from the ‘the deemed donation of a gift’ and called ‘gift exceptional provisions’.

After ‘Surplus Corporation Ruling’ is declared, the scope of general provisions of comprehensive taxation of gifts depends on whether it is possible to interpret the opposite of the taxation requirements set in special exemplary provisions. ① If the special exemplary provision limits the size of taxable profits, it can be interpreted that it will not be taxed on the part within the boundary, ② it will be difficult to operate as a limitation of taxation for parts describing a specific form of transaction (transfer, merger, capital increase, etc.), ③ The part that stipulates the relationship between the parties to the transaction (e.g., transactions between related parties) basically limits the taxation to a narrow form, and it is highly likely that the opposite interpretation is possible if rationality can be accepted.

The system of imposing gift taxes on shareholders on indirect transfer of wealth via corporation originally started as a deemed donation of gift for transactions with corporations with deficits, but it is currently established as a deemed donation of gift via a surplus company (Article 45-5 of the Inheritance Tax and Gift Tax Act) to prevent unfair taxation due to differences in corporate and gift tax rates. It is true that indirect gift through a corporation satisfies the concept of comprehensive gift, but there is a theoretical controversy over imposing corporate tax and gift tax on internal shareholders simultaneously. This is because the general system of tax law is that income generated by a corporation is taxed once corporate tax is levied, and profits earned by shareholders are taxed only when it is allocated or stocks are transferred. In addition, the current system has a

problem of overestimating gift profits or double taxation, so it is necessary to explore legislative alternatives.

First, it is whether the profits received by the corporation can be converted into profits received by shareholders. The current system, which calculates shareholders' gift profits by multiplying the profits received by the corporation itself by the share ratio, is expected to be controversial in the future. Second, the current system uses a tax credit method that prevents (corporate tax amount + gift tax) from exceeding the gift tax amount if the controlling shareholder directly receives the product, solving the problem of double taxation of corporate tax and gift tax. However, the first problem of excessively calculating shareholders' gift profits remains in actual tax calculation, and there is still a problem that the gift tax can be levied on shareholders even when the stock value of the corporation is 0 won after the donation. Third, if dividends have already been made in the business year when the gift was made, it is necessary to prepare a regulation in the Inheritance Tax and Gift Tax Act to deduct dividend income from gift tax. And if dividend is made after gift tax is levied and dividend income tax is to be paid, it is necessary to define a deemed donation profits as a reason for deduction of dividend income in the Income Tax Act. Taking a step further, we sought a fundamental alternative to reorganizing gifts to corporations into 'direct gifts to shareholders + payment of capital investment to corporations'. It is reasonable to view the criteria for ignoring the legal personality and giving direct effects to shareholders when the controlling shareholder group is an oligopolistic shareholder. If this is adopted, the problem of excessively calculating shareholders' gift profits, the problem of double taxation, and the problem of deduction of dividend income can be generally solved.

Exemplary provisions of 'hybrid gift' dealing with 'profits from increase of property values after acquisition' are Article 41-3 (Donation of Profits from Listing, ect. of Stocks or Investment Shares), Article 40 section (1) 2. (Donation of Profits Following Conversion of Convertible Bonds ect. into Stocks), and Article 42-3 (Donation of Profits from Increase of Property Values after Acquisition). Hybrid gift refers to a form in which unrealized profits are collected as gift taxes at a time when the value of future property increases dramatically after a taxpayer acquires a specific asset through contribution activities by related

persons. To analyze the structure of exemplary provisions, it can be divided into ❶ parts that regulate the scope of the taxpayer or the relationship between the contributor and the taxpayer, ❷ parts that describe the types of contributing actions, and ❸ parts that specify the reasons for the increase in property value. There is a discussion on whether hybrid gift can be included in the concept of comprehensive gift which is 'free transfer of wealth', but I believe that hybrid gift is an exception to Article 60 section (1) of the Inheritance Tax and Gift Tax Act(an evaluation should be made at the time of the donation), so if it is outside the taxation requirements of exemplary provisions, it cannot be taxed on the strength of general provisions alone. In addition, it falls under the 'increase of the value of one' s property by another' s contribution', which is a separate concept of gift in general provisions of comprehensive taxation, but considering the ambiguity of the concept or the difficulty in calculating the value of the gifted property, it should be viewed as a declarative regulation rather than a direct tax base regulation.

Since Article 4 section (1) 6. of the revised Inheritance and Gift Tax Act newly established all-inclusive system by types as the basis for taxation, If the 'economic substance' is similar for transactions that are outside the taxation requirements of the hybrid gift exemplary provisions, the standard of similarity is crucial because it can be taxed according to the article. By analyzing the taxation requirements of Article 41-3(the Listed Profits), two concepts can be assumed about the nature of hybrid gift. First, the above clause can be seen as a 'post-settlement of existing gifts' in which the donated stock was initially difficult to be properly evaluated at the time, but when the stock value increased due to the listing of the stock, the gift tax is levied. If so, the essence of contributing act will be the 'existing gift'. Second, the property originally acquired by the donor with the donor's contribution contains an opportunity to increase value due to listing, and when the opportunity is realized and the value increases, the nature of the contribution act is regarded as 'transfer of future opportunity'.

Through the model case, I observed that the two concepts work by making a combination of three factors: the type of transaction (gift of the stock/gift of fund/acquisition of the stock for value), whether the forfeited stock occurs or not, and Whether the price of new stock acquisition is donated or not. As a result, if

the acquisition price of new shares was not donated, but only the acquisition opportunity was received through the allocation of the forfeited stock or the allocation to third parties, it was not a 'post-settlement of existing gifts', but a 'transfer of future opportunities' could be affirmed. The scope of taxation under Article 41-3 of the Act on Listed Profits is also adjusted to the scope of future opportunities rather than the post-settlement of existing gifts. Profits from exercising conversion rights of convertible bonds have only the "transfer of future opportunities" factor regardless of existing gifts, and profits from increase of property values after acquisition (Article 42-3) are close to providing or transferring future opportunities. Therefore, it was concluded that the core concept of hybrid gift was 'transfer of future opportunities'.

From this point of view, in the case of 'Profits from Listing Ruling' there is no element of post-settlement of the existing gift, but It can be seen that future opportunities have been transferred from other shareholders. The Plaintiff, who was not a shareholder(not applicable to anything : gift to existing stocks, gift of stock purchase funds, or acquisition of stock for value), was allocated forfeited shares that other major shareholders gave up the acquisition with his funds in the process of capital increase. Therefore, it is considered that it can be taxed in accordance with the provision for All-Inclusive System by Types of current Inheritance Tax and Gift Tax Act.

In the case of 'Subscription Rights Ruling', the acquisition of subscription rights as made in the order of 'corporation → bank → securities company → plaintiff', So the plaintiff purchase it from a securities company, not from an underwriter under the Capital Markets Act, so it did not fall under the taxation requirements of Article 40 section (1) 2. In the above case, the Plaintiff, who is not a shareholder but a related party of the largest shareholder, took the opportunity to acquire the securities with warrants through third-party allocation, resulting in 'transfer of future opportunities' between the existing shareholders and the Plaintiff, so it is considered that taxation can be based on the provision for all-inclusive system by types. It is regrettable that the Supreme Court took a passive position even though there was the provision for all-inclusive system by types at the time of the above ruling.

Key words : all-inclusive system by types, comprehensive taxation of gifts, contribution activity, deemed donation of a gift, deemed donation of gift via a company with surplus, double taxation, gift exceptional provisions, hybrid gift, increase of property values after acquisition, indirect gift, oligopolistic shareholder, post-settlement of existing gifts, profits from listing of stocks, subscription rights, transfer of future opportunity

Student Number: 2012-30359