

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2016두43411 양도소득세 등 경정거부처분취소  
원고, 상고인 원고  
소송대리인 법무법인 지평  
담당변호사 김태형 외 2인  
피고, 피상고인 반포세무서장  
소송대리인 법무법인 가온  
담당변호사 강남규 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 6. 1. 선고 2015누45863 판결  
판 결 선 고 2020. 6. 18.

## 주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사안의 개요와 쟁점

가. 원고의 양도소득세 경정청구와 피고의 거부처분

1) 원고는 2011. 10. 18. 형인 소외인에게 주권상장법인 ○○내화 주식회사(이하 '○○내화'라 한다)의 발행 주식 116,022주(이하 '이 사건 상장주식'이라 한다)를 시간외 대량매매 방식으로 매도하면서 그 매매대금을 당일 한국거래소 최종 시세가액(이하 '한국거래소 최종 시세가액'을 줄여서 '종가'라 한다)인 1주당 65,500원 합계 7,599,441,000원(이하 '이 사건 매매대금'이라 한다)으로 정하였다. 소외인은 이 사건 상장주식을 매수함으로써 ○○내화의 총 발행 주식 4,000,000주 중 702,549주를 보유한 ○○내화의 최대주주가 되었다.

2) 원고는 2012. 2. 29. 이 사건 매매대금을 양도가액으로 하여 이 사건 상장주식의 양도와 관련된 양도소득세 등을 신고·납부하였다.

3) 광주지방국세청장은 2013. 6. 10. ① 구 소득세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23588호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제167조 제5항(이하 '이 사건 시행령 조항'이라 한다)에 의하여 준용되는 구 「상속세 및 증여세법」(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증세법'이라 한다) 제63조 제1항 제1호 가목 및 제3항을 적용하면, ○○내화는 원고를 포함한 '최대주주 등'(최대주주 및 그와 특수관계에 있는 주주를 말한다. 이하 같다)이 발행주식총수의 50%를 초과하여 보유하고 있으므로 평가기준일인 2011. 10. 18. 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 종가 평균액 64,178원에 최대주주 등 할증률 30%를 가산한 1주당 83,431원(64,178원 × 130/100)을 이 사건 상장주식의 1주당 '시가'로 보아야 하는데, ② 그럴 경우 원고는 특수관계에 있는 형 소외인에게 이 사건 상장주식을 '시가'보다 낮은 가격인 1주당 65,500원으로 계산하여 이 사건 매매대금에 양도함으로써 양도소득에 대한 조세부담을

부당하게 감소시켰다고 봄이 타당하므로, ③ 결국 원고가 양도가액으로 신고한 이 사건 매매대금은 부인되어야 하고 위 '시가'에 따라 양도가액을 산정하여야 할 것을 전제로 원고에게 양도소득세 등을 수정신고할 것을 안내하였다.

4) 위와 같은 안내에 따라 원고는 2013. 6. 12. 피고에게 이 사건 상장주식의 '시가'를 1주당 83,396원으로 산정하여 양도소득세 등을 수정신고하면서 양도소득세(가산세 포함) 512,644,352원을 추가로 납부하였다. 그런 다음 원고는 2013. 7. 26. 위 '시가'가 아니라 이 사건 매매대금을 양도가액으로 보아야 한다는 등의 이유를 들어 피고에게 양도소득세의 경정청구를 하였으나, 피고는 2013. 9. 10. 거부처분을 하였다.

#### 나. 쟁점

원고의 상고이유 주장에 따른 이 사건의 쟁점은 ① 피고의 거부처분의 핵심 근거인 이 사건 시행령 조항이 법률의 위임 범위를 벗어나거나 그 내용이 헌법상 재산권을 침해하는 등으로 위헌·위법하여 무효인지 여부(상고이유 제2점)와 ② 이 사건 시행령 조항이 무효가 아니라고 하더라도, 이 사건 상장주식에 관한 원고와 소외인 사이의 매매는 통상적인 상관행에 따른 것으로 경제적 합리성이 있는 등 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 거래로는 볼 수 없어 부당행위계산 부인의 대상이 될 수 없는지 여부(상고이유 제1, 3점)이다.

### 2. 상고이유 제2점에 관한 판단

#### 가. 이 사건 시행령 조항의 입법 근거와 내용

##### 1) 양도소득에 관한 부당행위계산 부인 제도

구 소득세법(2012. 1. 1. 법률 제11146호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제101조 제1항에서 정한 부당행위계산 부인 제도는, 거주자가 특수관계에 있는 자와의 거래

에서 정상적인 경제인의 합리적인 방법에 의하지 아니하고 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 각 호에 열거된 거래형태를 빙자하여 남용함으로써 조세부담을 부당하게 회피하거나 경감시켰다고 하는 경우에 과세권자가 이를 부인하고 법령에 정한 방법에 의하여 객관적으로 타당해 보이는 양도소득이 있는 것으로 의제하는 제도이다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016두50686 판결 등 참조). 이는 실질과세 원칙을 구체화하여 공평과세를 실현하고자 함에 그 입법 취지가 있다.

한편 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 제1호는 '거주자가 특수관계 있는 자에게 시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도한 때' 즉 저가양도를 부당행위계산 부인에 관한 위 법률조항이 적용될 수 있는 행위 유형 중 하나로 규정하고 있다. 이에 따르면 특수관계에 있는 자들 사이의 저가양도의 경우 과세관청은 이를 부인하고 법령이 정하는 방법으로 양도소득을 새로이 계산할 수 있게 되는바, 문제는 저가양도인지 여부를 가리고 정당한 양도소득을 새롭게 산정하기 위한 기준으로서 양도 당시 자산의 '시가'를 평가하는 방법을 어떻게 설정할 것인가이다.

## 2) 양도자산의 '시가'를 규율하는 법규명령으로서 이 사건 시행령 조항

구 소득세법은 부당행위계산 부인의 기준이 되어야 할 양도자산의 '시가'에 관하여 그 의미나 평가방법을 스스로 구체화하여 규율하고 있지는 않다. 다만 양도소득의 부당행위계산에 관한 제101조 제5항에서 '부당행위계산에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다'라고 규정하였고, 이 사건 시행령 조항은 바로 위 제101조 제5항의 위임에 따라 입법된 것이다.

이 사건 시행령 조항은 "구 소득세법 시행령 제167조 제3항의 규정을 적용함에 있어서 '시가'는 구 상증세법 제60조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액에

의한다."라고 정하고 있는데, 이에 따르면 저가양도 여부를 판단하는 기준으로서 양도 자산의 '시가'는 구 상속세법의 위 규정들을 적용하여 평가할 것이 요구된다.

이 사건 시행령 조항이 준용하는 대표적인 규정들을 살펴보면, 구 상속세법은 상속세나 증여세가 부과되는 재산의 평가를 상속개시일 또는 증여일 현재의 '시가'에 의하도록 하고, '시가'라 함은 불특정 다수인 사이에 자유롭게 거래가 이루어지는 경우에 통상적으로 성립된다고 인정되는 가액이라고 정하고 있다(구 상속세법 제60조 제1항 전문, 제2항 전단). 특히 이 사건에서 문제된 상장주식의 시가평가에 관한 구 상속세법의 규정들(이하 '상장주식 시가평가 조항'이라 한다)을 보면, ① 상장주식은 평가기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 종가의 평균액을 '시가'로 본다는 것이고(구 상속세법 제60조 제1항 후문, 제63조 제1항 제1호 가목), ② 최대주주 등이 보유하는 주식에 대해서는 그 보유 비율에 따라 20% 또는 30%의 비율로 할증하여 평가한 금액을 '시가'로 본다는 것이다(구 상속세법 제63조 제3항).

### 3) 상장주식의 양도와 관련된 이 사건 시행령 조항의 의미

이 사건 시행령 조항이 준용하는 구 상속세법의 상장주식 시가평가 조항을 적용하면, 양도소득의 부당행위계산 대상 여부를 판단할 때에 양도대상 상장주식의 '시가'는 특별한 사정이 없는 한 구 상속세법 제60조 제1항 후문에 의하여 제63조 제1항 제1호 가목의 평가방법에 따라 산정한 양도일 이전·이후 각 2월간에 공표된 매일의 종가 평균액을 '시가'로 보아야 하고, 상장주식의 양도가 최대주주 등 사이에서 이루어진 경우 그 '시가'는 위 평균액에 구 상속세법 제63조 제3항에 의한 할증률을 가산한 금액으로 평가하여야 한다.

대법원은 그동안 이 사건 시행령 조항이 적법·유효하다는 전제에서 이 사건 시

행령 조항을 적용하여 내린 과세처분의 적법성을 긍정하여 왔다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두4770 판결, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두9140 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두13061 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두4421 판결 등 참조).

나. 이 사건 시행령 조항이 법률의 위임 범위를 벗어난 것인지 여부

1) 법규명령이 법률의 위임 범위를 벗어났는지 여부는 직접적인 위임 법률조항의 형식과 내용뿐만 아니라 그 밖에 법률의 전반적인 체계와 취지, 목적 등도 아울러 고려하여 법률의 위임의 범위나 한계를 객관적으로 확정하는 다음 그 법규명령의 내용과 비교하여 판단하여야 하는 것이므로 그 법규명령의 내용이 위와 같이 확정된 법률의 위임 범위 내에 있다고 인정되거나 법률이 예정하고 있는 바를 구체적으로 명확하게 한 것으로 인정되면 그 법규명령은 무효로 되지 아니한다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002도6931 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도3795 판결 등 참조).

2) 앞서 본 법리에 비추어 살피건대, 이 사건 시행령 조항이 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 준용한 것을 두고 법률의 위임 범위를 벗어남으로써 조세법률주의에 위배되었다고 평가하기는 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 이 사건 시행령 조항과 관련하여 법률이 위임한 규율대상, 그 위임의 내용과 범위의 기본사항은 다음과 같이 해석된다.

① 먼저 구 소득세법 제101조 제5항이 대통령령에서 정할 것을 위임한 '부당행위계산에 필요한 사항'에는 부당행위계산의 기준이 포함된다. 구 소득세법 제101조 제1항 등에서 규정하고 있는 부당행위계산 부인 제도의 입법 목적과 의의를 고려하면, 과세관청이 세법상 납세자가 선택한 행위나 계산을 '조세회피를 위한 부당한 것'으로 평가하기 위해서는 그 근거 내지 기준이 마련되어야 하기 때문이다. 이러한 부당행위

계산 부인에 필요한 기준에 양도자산의 '시가'에 관한 평가 규정이 포함되어야 함은 분명하다.

② 구 소득세법이 양도자산의 '시가'의 의미를 명시적으로 정의하거나 그 평가 방법에 관하여 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 '시가'의 사전적 의미 및 '시가'가 부당행위계산 부인의 기준 내지 근거로서 기능하여야 하는 점 등을 고려하면 부당행위계산 부인에 관한 구 소득세법의 규정들에 대한 해석으로도 '시가'의 의의 내지 개념적 징표를 어렵지 않게 도출할 수 있다. 즉 '시가'의 개념에 관하여 법률의 명시적 규정이 없는 상황에서도 대법원은 '시가'를 원칙적으로 정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가격이라고 정의하면서 그러한 '시가'를 산정하기 어려울 때는 객관적이고 합리적인 방법으로 평가한 가액도 포함하는 개념이라고 판시하였는데(대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7302 판결 등 참조), 이러한 해석과 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

③ '시가'의 의의 내지 개념적 징표는 구 소득세법의 해석 이외에도 같은 취지의 정의 규정을 두고 있는 구 상증세법 제60조 제2항과 구 법인세법 제52조 제2항을 통해서도 확인할 수 있다. 이로써 위와 같은 '시가'의 의의 내지 개념적 징표는 이 사건 시행령 조항의 내용이 법률의 위임 의사를 벗어났는지 여부를 가리는 주요한 기준이 된다.

④ '시가'의 의의 내지 개념적 징표를 위와 같이 이해하더라도 그러한 '시가'를 찾기 위한 평가방법은 다양할 수밖에 없는데, 구 소득세법 등은 그에 관한 구체적인 입법지침을 제시하지 않은 채 위임을 통하여 이 사건 시행령 조항의 입법자에게 상당한 정도의 입법재량을 부여하였다. 다음과 같은 사정을 고려하였기 때문이다.

즉 구 소득세법 제105조 제1항의 규율대상인 '부당한 행위·계산'은 현실적

으로 매우 다양한 형태를 취하고 그 생성·변화가 극심하므로, 이를 법률이 직접 정형화하여 규정한다는 것은 입법기술상 매우 곤란하다. 위와 같은 조세회피행위의 특성을 고려하면, 입법자로서는 부당행위계산 부인 제도의 본질적인 부분을 불확정개념 등을 통해 규정한 뒤, 법률에서 하위법령에 구체적인 내용을 정하도록 위임하는 형식을 취함이 불가피하다. 또한 구 소득세법 제101조 제5항이 대통령령에 위임한 '부당행위계산에 필요한 사항'은 사회·경제현실의 변화 등에 따라 즉시 탄력적으로 대처할 필요가 있는 부분이므로, 대통령령에의 위임의 필요성이 인정된다(헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바269 결정 등 참조).

나) 이 사건 시행령 조항은 법률의 위임 범위 내에서 그 위임 취지를 실현한 것이다.

① 이 사건 시행령 조항에서 상장주식의 '시가'를 평가하는 방법을 규정한 것이 구 소득세법의 위임에 따른 것임은 분명하다.

② 이 사건 시행령 조항은 '양도대상 자산이 최대주주 등이 보유한 상장주식인 점' 및 '양도 거래의 당사자들이 특수관계에 있다는 점'에서 비롯된 조세회피의 가능성에 주목하여 부당행위계산 부인을 통하여 실질과세원칙을 구현하기 위한 것이다. 한편 그와 같은 조건에서 거래된 상장주식의 '시가' 즉 '정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가격'을 객관적이고 합리적으로 산정하는 방법을 찾기는 쉽지 않다. 바로 이러한 상황에 탄력적으로 대처하기 위하여 이 사건 시행령 조항의 입법자에게 상당한 정도의 입법재량을 부여하였다는 점에서, 이 사건 시행령 조항이 상장주식의 시가평가의 방법으로 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 준용한 것은 법률의 위임 목적에도 부합한다.



③ 위와 같은 사정들에다가 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 시행령 조항의 내용 자체가 헌법상 재산권을 침해하였다거나 평등의 원칙에 반한 것으로 볼 수 없다는 점을 함께 고려하면, 이 사건 시행령 조항이 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 준용한 것은 법률의 위임 범위 내에서 그 위임 취지를 구체적으로 명확하게 한 것으로 볼 수 있을 뿐, 법률의 위임 범위를 벗어난 것이라고 평가하기는 어렵다.

다. 이 사건 시행령 조항의 내용이 위헌인지 여부

1) 헌법상 재산권의 침해 등 여부

가) 이 사건 시행령 조항 중 '거래일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 증가 평균액을 상장주식의 시가로 간주하는 규정'의 합리성과 정당성을 인정할 수 있다.

한국거래소에서 거래되는 상장주식은 증권시장의 동향에 따라 시세 변동의 폭이 매우 커 거래가 체결된 특정 시점의 시세가액만으로는 주식의 내재적 가치를 합리적으로 평가하기 어렵다. 특히 한국거래소에서 거래되는 상장주식을 평가기준일 하루만을 기준으로 평가하면, 양도 이후 주가의 단기적인 변동에 따라 양도계약을 해제하고 하락한 주가를 기준으로 재차 양도하는 행위를 반복하여 과세행정에 혼란이 야기되거나, 법인의 내부정보에 쉽게 접근할 수 있는 사람들이 주가 상승이 임박한 시점에 주식을 양도하는 등 주식의 양도가 양도소득세 부담을 회피하면서 큰 이익을 분여하기 위한 수단으로 악용될 가능성이 있다.

이 사건의 경우에도 원고가 ○○내화 총 발행주식 4,000,000주 중 약 2.9%에 해당하는 이 사건 상장주식 116,022주를 증가를 기준으로 하여 시간외대량매매 방식으로 매도할 당시 ○○내화는 최대주주 등이 총 발행주식 중 약 60.17%를 보유하고 있

었는데, 원고와 같은 대주주는 위 매도 당일 장 종료 무렵에 비교적 소량의 주문만으로 ○○내화 상장주식의 증가를 의도한 방향으로 움직이게 하는 것이 용이하므로, 거래당일의 증가만을 기준으로 상장주식의 '시가'를 평가하게 되면 그 상장주식의 내재적 가치를 정확하게 산정하지 못할 우려가 있다.

이러한 이유로 평가의 시적 범위를 확장하여 평가기준일 당시의 상장주식의 내재적 가치를 보다 더 정확하게 산정할 필요성이 있는데, 거래일 이전·이후 각 2월의 기간은 상장주식의 내재적인 가치를 평가할 때 적절한 기간으로서 납세자의 예측가능성을 현저하게 해할 정도로 길다고 할 수도 없다[헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2014헌바363, 364(병합) 결정 등 참조].

나) 이 사건 시행령 조항 중 '최대주주 등이 보유하는 상장주식의 양도 당시의 시가를 산정할 때, 현실적으로 경영권 이전의 결과가 발생하였는지 따지지 않고 그 최대주주 등의 주식 보유 비율에 따라 일정한 비율의 할증률을 가산하는 규정' 역시 합리성과 정당성을 긍정할 수 있다.

일반적으로 주식은 각 단위 주식이 나누어 갖는 주식회사의 자산가치와 수익가치를 포창하는 것에 불과하지만, 최대주주 등이 보유하는 주식 등은 그 가치에 더하여 당해 회사의 경영권 내지 지배권을 행사할 수 있는 특수한 가치, 이른바 '경영권 프리미엄'을 지니고 있다. 이 사건 시행령 조항의 입법 목적은 이러한 회사의 경영권이 정당한 조세부과를 받지 아니하고 낮은 액수의 세금만을 부담한 채 이전되는 것을 방지하기 위하여 적정한 과세를 위한 공정한 평가방법을 두고자 하는 것이다(헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌바65 결정 참조).

그런데 최대주주 등이 보유한 상장주식은 최대주주 등의 경영권 유지와 밀접

한 관련이 있으므로 일반 주주가 보유한 상장주식에 비하여 양도성 등에 차이가 있어 거래현실상 일반적으로 그 가치가 높게 평가되는 점을 반영할 필요가 있다. 따라서 현실적으로 경영권 이전의 결과가 발생하는지와 무관하게 최대주주 등 보유의 상장주식을 그 지분 비율에 따라 일률적으로 20~30% 정도 할증 평가하여 일반 주주가 보유한 주식보다 더 큰 가치를 인정하여 '시가'를 산정하는 것은 합리적 입법재량의 범위 내에 있다고 볼 수 있다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두8292 판결, 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017두48451 판결 등 참조).

다) 부당행위계산 부인 규정은 특수관계에 있는 당사자들이 정한 거래가액이 법령에서 정한 '시가'와 차이가 난다는 사정만으로 어떠한 예외도 없이 적용되는 것은 아니고, 거래행위의 여러 사정을 구체적으로 고려하여 그 거래행위가 건전한 사회통념이나 상관행에 비추어 경제적 합리성이 있다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 적용이 배제될 가능성이 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004두7993 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006두13909 판결, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016두50686 판결, 대법원 2018. 12. 28. 선고 2017두47519 판결 등 참조). 이런 면에서도 이 사건 시행령 조항을 가리켜 최대주주 등의 재산권이나 계약자유의 원칙을 침해하는 것으로 평가하기는 어렵다.

## 2) 헌법상 평등원칙 위배 여부

가) 구 소득세법과 마찬가지로 구 법인세법(2013. 1. 1. 법률 제11603호로 개정되기 전의 것) 역시 제52조에서 부당행위계산의 부인 제도를 규정하고 있다. 다만 상장주식의 시가평가와 관련해서는, 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항과 달리, 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제

89조 제1항에서 상장주식을 한국거래소에서 거래한 경우 해당 주식의 '시가'는 그 거래일의 종가에 따른다고 규정하고 있다. 즉 부당행위계산 부인을 위한 상장주식의 시가 평가와 관련해서는, 상장주식을 개인이 양도한 경우와 법인이 양도한 경우에 각각 규율하는 법령이 다르다.

나) 이 사건 시행령 조항이 상장주식의 시가평가와 관련하여, 구 법인세법 시행령 제89조 제1항을 준용하지 않고 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 준용한 것은 다음과 같은 이유에서 합리적인 입법재량의 범위 내에 있다고 봄이 타당하다.

소득세법상 '시가'의 개념과 상증세법상 '시가'의 개념은 모두 '정상적인 유상거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가치'라는 점에서 동일하다. 따라서 소득세법에서 상증세법의 규정을 준용하는 그 자체를 위헌·위법으로 평가할 수는 없다. 오히려 이 사건 시행령 조항의 입법자에게는 상장주식의 시가평가 방법에 관하여 법인세법의 규정을 준용할 것인지 아니면 상증세법의 규정을 준용할 것인지에 대하여 비교적 넓은 입법재량이 있다고 보아야 한다.

그런데 이 사건 시행령 조항이 준용하는 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항의 내용 자체가 합리적 입법재량의 범위 내에 있음은 앞서 본 바와 같거니와 다음과 같은 사정들도 함께 고려하면 이 사건 시행령 조항이 상장주식의 시가평가와 관련하여 개인과 법인을 합리적 이유 없이 차별한 것으로 평가할 수 없다.

부당행위계산 부인의 대상이 되는 저가양도에는 부분적으로 증여와 같은 '재산의 무상이전'이라는 특수성이 있다. 즉 저가양도라는 것 자체가 인정되는 때에는, 그 안에는 '재산의 무상이전'이 포함될 수밖에 없는데, '무상으로 이전된 재산의 가액'을 결정짓는 것은 결국 양도대상이 되는 재산의 시가이기 때문이다(시가 - 대가 = 무상이

전 가액). 따라서 부당행위계산 부인 규정에서 '시가'가 보다 의미 있게 적용되는 국면은 '재산의 무상이전'과 관련된 부분이라고도 볼 수 있다.

이런 점에 비추어 보면, 저가양수에 따른 이익의 증여에 관하여 규정한 구 상증세법 제35조 제1항에서 정한 '대가와 시가의 차액'과 구 소득세법상 부당행위계산 부인 규정이 적용됨에 따라 양도인에게 추가로 인정되는 소득금액은 특별한 사정이 없는 한 같은 금액이어야 한다. 이 사건 시행령 조항은 상증세법상 '시가'와 소득세법상 '시가'는 특별한 사정이 없는 한 동일하여야 한다는 위와 같은 관점에 따른 것으로도 볼 수 있어 그 합리성을 충분히 긍정할 수 있다.

위와 같은 사정 이외에도 이 사건 시행령 조항은, 양도인이 법인인 경우에는 상대적으로 거래가액과 증빙자료의 조작이 어렵고 장부 등 증빙자료의 조사를 통한 실지거래가액의 파악이 용이한 데 반해, 양도인이 개인인 경우에는 거래당사자들이 통모하여 거래나 자금 이동의 시기를 조작하거나 계약 해제 및 재계약 등의 외관을 꾸며내기가 상대적으로 용이하고 과세관청이 그러한 사정을 밝혀내기 어렵다는 점을 고려한 것으로도 보인다.

#### 라. 소결론

이 사건 시행령 조항을 위헌·위법하여 무효라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 상장주식의 '시가'는 이 사건 시행령 조항에 의하여 준용되는 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항에 따라 이 사건 상장주식의 양도일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 종가 평균액에 최대주주 등 할증률을 가산한 금액으로 보아야 한다.

같은 취지에서 원심이 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 따라 원고가 수정신고 당시 적용한 이 사건 상장주식의 '시가'가 타당하다고 판단한 것은 앞서 본

법리에 따른 것으로서 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같은 양도소득에 관한 소득세법상 부당행위계산 부인 규정에서 말하는 '시가'에 대한 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 3. 상고이유 제1점 및 제3점에 관한 판단

원심은, 원고가 ○○내화의 지배권과 결부된 이 사건 상장주식을, 양도일 이전·이후 각 2개월 간의 종가 평균액에 할증률을 적용한 시가평가액인 1주당 83,396원보다 현저히 낮은 1주당 65,500원에 양도한 것은 경제적 합리성을 무시한 비정상적인 거래에 해당한다는 이유로, 피고의 경정청구 거부처분이 적법하다고 판단하였다.

관련 규정과 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 양도소득에 관한 소득세법상 부당행위계산 부인 규정에서 말하는 경제적 합리성에 관한 법리오해, 사실오인, 심리미진 등의 잘못이 없다.

### 4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태약의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

### 5. 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태약의 반대의견

이 사건의 결론은 상장주식 양도로 인한 양도소득세의 과세요건 중 부당행위계산 부인으로 인한 양도차익의 기준이 되는 '시가'에 관하여 구 소득세법에서 직접 규정하지 않고 이 사건 시행령 조항에서 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 적용하도록 한 부분이 모법의 위임 범위를 벗어나는 등으로 헌법과 법률에 위배되는지 여부에 달려있다. 이 사건 시행령 조항을 적법한 것으로 보는 다수의견에 대하여는 위임입법의

한계, 헌법에 규정된 조세법률주의와 조세평등주의 원칙 등에 비추어 찬성할 수 없다.

가. 양도소득에 관한 부당행위계산과 이 사건의 쟁점

1) 양도소득에 관한 부당행위계산 규정

가) 양도소득 금액은 양도가액에서 필요경비 등을 공제한 금액으로 하고(구 소득세법 제95조 제1항), 자산의 양도가액은 양도 당시의 양도자와 양수자 간에 실제로 거래한 가액(이하 '실지거래가액'이라고 한다)에 따른다(구 소득세법 제96조 제1항). 이처럼 양도소득세의 과세표준인 양도차익을 산정할 때에 기준이 되는 실지거래가액이란 객관적인 교환가치를 반영하는 일반적인 시가가 아니라 실지의 거래대금 그 자체 또는 거래 당시 급부의 대가로 실제로約定된 금액을 말한다(대법원 1999. 2. 9. 선고 97누 6629 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009두19465 판결 등 참조).

나) 양도소득에 관한 구 소득세법 제101조 제1항에 정한 부당행위계산이란, 거주자가 특수관계에 있는 자와의 거래에서 정상적인 경제인의 합리적인 방법에 의하지 않고 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 각 호에 열거된 거래형태를 빙자하여 남용함으로써 조세부담을 부당하게 회피하거나 경감시켰다고 하는 경우에 과세권자가 이를 부인하고 법령에 정한 방법에 의하여 객관적으로 타당해 보이는 양도소득이 있는 것으로 의제하는 제도로서(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016두50686 판결 등 참조), 실질과세 원칙을 구체화하여 공평 과세를 실현하고자 하는 데에 그 입법 취지가 있다(대법원 1997. 2. 14. 선고 95누13296 판결 등 참조). 이 사건에서 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 제1호에서 정하고 있는 '특수관계 있는 자에게 시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도한 때'에 해당하는지 여부가 문제된다. 그런데 이때의 '시가'에 관하여 구 소득세법은 직접 규정하지 않고 있고, 부당행위계산에 관한 구 소득세법 제101조 제5항(이하

'이 사건 모법 조항'이라고 한다)에서 '부당행위계산에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다'고 규정하고 있을 뿐이다.

다) 이에 따라 구 소득세법 시행령 제167조 제5항(이하 '이 사건 시행령 조항'이라고 한다)은 '제3항의 규정을 적용함에 있어서 시가는 상증세법 제60조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액에 의한다'고 규정하고 있다.

## 2) 재산의 평가에 관한 구 상증세법 규정

가) 상증세법은 상속세나 증여세가 부과되는 재산의 평가를 상속개시일 또는 증여일(이하 '평가기준일'이라 한다) 현재의 시가(時價)에 의하도록 하고, '시가'란 불특정 다수인 사이에 자유롭게 거래가 이루어지는 경우에 통상적으로 성립된다고 인정되는 가액이라고 규정하고 있다(구 상증세법 제60조 제1항 전문, 제2항 전단).

나) 그런데 상증세법은 '상장주식'의 평가에 관하여 다음과 같은 두 가지 특칙을 두고 있다. 첫째, 상장주식은 평가기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 종가의 평균액을 '시가'로 본다는 것이고(구 상증세법 제60조 제1항 후문, 제63조 제1항 제1호가목), 둘째, 최대주주 등이 보유하는 주식에 대해서는 그 보유비율에 따라 20% 또는 30%의 비율로 할증하여 평가한 금액을 '시가'로 본다는 것이다(구 상증세법 제63조 제3항).

이러한 상증세법의 규정은 법인세법의 관련 규정과 다음과 같은 점에서 대비된다. 즉, 구 법인세법은 제52조 제1항에서 부당행위계산의 부인 제도를 규정하여 내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 특수관계인과의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에 과세권자가 이를 부인하고 그 법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산하도록 하고, 제2항에서 이를 적용



할 때에는 건전한 사회 통념 및 상거래 관행과 특수관계인이 아닌 자 간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(이하 이 조에서 '시가'라 한다)을 기준으로 한다고 규정하고 있다. 그리고 이때의 '시가'에 관하여 구 법인세법 시행령 제89조 제1항은 상장주식을 한국거래소에서 거래한 경우 해당 주식의 '시가'는 그 거래일의 종가에 따른다고 규정하고 있다.

### 3) 이 사건의 쟁점과 종전 대법원 판례

가) 이 사건의 쟁점은, ○○내화의 최대주주 등인 원고와 그의 형인 소외인이 이 사건 상장주식을 매매 당일의 한국거래소 최종 시세가액인 종가를 기준으로 매매대금을 정하여 거래한 행위가 구 소득세법 제101조 제1항에서 규정하는 '양도소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우'에 해당하는지 여부이고, 구체적으로는 이러한 행위가 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 제1호에서 규정하는 '시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도할 때'에 해당하는지 여부이다.

나) 그런데 이 사건 시행령 조항에 의하여 준용되는 구 상증세법 제60조 제1항 후문, 제63조 제1항 제1호 가목 및 나목, 제63조 제3항(이하 이와 같이 준용되어 이 사건 시행령 조항의 일부가 된 위 규정을 '이 사건 준용 규정'이라고 한다)을 적용하면, 양도소득의 부당행위계산 대상 여부를 판단할 때에 양도하는 상장주식의 시가는 특별한 사정이 없는 한 구 상증세법 제60조 제1항 후문에 의하여 제63조 제1항 제1호 가목의 평가방법에 따라 산정한 양도일 이전·이후 각 2월간에 공표된 매일의 종가 평균액을 시가로 보아야 하고, 상장주식의 양도가 최대주주 등 사이에서 이루어진 경우 그 시가는 위 평균액에 구 상증세법 제63조 제3항에 의한 할증률을 가산한 금액으로 평가하여야 한다는 결론에 이르게 된다. 종래 대법원은 이 사건 시행령 조항이 유효하다는

전제에서 위 결론과 같은 취지로 판단하였다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두4770 판결, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두9140 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두13061 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두4421 판결 등 참조).

다) 원심은 종전 대법원 판례의 법리를 따라, 이 사건 준용 규정에 의하여 원고가 수정신고 당시 적용한 시가가 타당하고, 이 사건 상장주식 양도는 시가에 의한 정상적인 거래라고 할 수 없다는 등의 이유로, 구 소득세법 제101조의 양도소득에 관한 부당행위계산 규정을 적용한 피고의 경정청구 거부처분이 적법하다고 판단하여, 위 거부처분의 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였다.

나. 이 사건 시행령 조항의 위헌·위법 여부에 관한 판단

1) 조세법률주의 원칙 위반 및 위임입법의 한계 일탈의 점에 관하여

가) 입법권은 국회에 속하고(헌법 제40조), 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있으므로(헌법 제75조), 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐이고, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다(대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 전원합의체 판결, 대법원 2009. 5. 21. 선고 2005두1237 전원합의체 판결 등 참조).

특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질

적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지 여부, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지 여부나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지 여부, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 여부 등을 구체적으로 따져 보아야 한다(대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두 30878 전원합의체 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결 등 참조).

그런데 헌법 제38조는 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다'고 규정하고, 제59조는 '조세의 종목과 세율은 법률로 정한다'고 규정함으로써 조세법률주의를 채택하고 있다. 이러한 조세법률주의 원칙은 국민에게 납세의무를 부과하기 위해서는 조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적, 본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고, 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등 납세의무에 관한 기본적, 본질적 사항을 규정하는 것은 허용되지 않음을 의미한다. 그러므로 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의 원칙에 위배된다(대법원 1982. 11. 23. 선고 82누221 전원합의체 판결, 대법원 1987. 9. 22. 선고 86누694 전원합의체 판결, 대법원 2000. 3. 16. 선고 98두11731 전원합의체 판결, 대법원 2009.

3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결, 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결 등 참조).

나) 소득세법은 양도소득세의 과세대상이 되는 양도소득금액을 계산할 때에 자산의 양도가액은 그 자산의 양도 당시의 실지거래가액에 따르도록 하면서도(구 소득세법 제96조 제1항), 부당행위계산 제도를 통하여 그 실지거래가액이 구 소득세법 제101조 제1항에서 규정하는 '특수관계에 있는 자와의 거래로 인하여 그 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우'에는 과세관청은 그 거래자의 행위 또는 계산과 관계없이 소득금액을 계산할 수 있도록 하고 있다. 이러한 부당행위계산 제도의 취지에 비추어 볼 때, 부당행위계산의 대상이 되는 저가양도에 해당하는지는 자산 양도 당시의 실지거래가액이 만약 그 자산의 양도가 특수관계에 있는 자와의 거래가 아닌 정상적인 거래에서 이루어졌거나 이루어졌을 가격으로 볼 수 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 대법원 판례 역시 구 소득세법 시행령 제167조 제3항에서 저가양도의 기준으로 규정하고 있는 '시가'는 정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가격을 의미한다는 입장을 취하여 왔다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두8751 판결, 대법원 2012. 6. 14. 2010두28328 판결 등 참조).

이 사건 시행령 조항은 '구 소득세법 시행령 제167조 제3항의 규정을 적용함에 있어서 시가는 구 상속세법 제60조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액에 의한다'고 규정하고 있다. 이는 소득세법상 부당행위계산의 대상인 저가양도의 기준이 되는 '시가'를 상속세법상 상속세나 증여세가 부과되는 재산가액의 평가방법에 의한다는 의미다. 그런데 상속세법 역시 재산가액의 평가를 평가기준일 현재의 '시가', 즉 불특정 다수인 사이에 자유롭게 거래가 이루어지는 경우에 통상적으로 성립된다고 인정

되는 가액으로 한다고 규정하고 있고(구 상속세법 제60조 제1항 전문, 제2항 전단), 여기에서 '시가'의 의미는 구 소득세법 시행령 제167조 제3항 제1호에서 규정하는 '시가'의 의미와 다르지 않다.

그러나 이 사건 시행령 조항 중 이 사건 준용 규정에 의하면 이러한 '시가' 개념과는 달리 상속세법이 별도로 규정한 평가방법에 따라 평가한 가액을 법령에 의하여 의제된 '시가'로서 소득세법상 부당행위계산을 할 때에도 판단기준으로 삼아야 한다. 즉, 상장주식은 평가기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 종가의 평균액을 '시가'로 보아야 하고, 최대주주 등이 보유하는 주식인 경우에는 그 보유비율에 따라 20% 또는 30%의 비율로 할증하여 평가한 금액이 '시가'라는 것이다.

상속세법이 이 사건 준용 규정을 둔 것은 무엇보다 상속세나 증여세의 공정한 과세라는 상속세법의 목적을 실현하기 위한 것이다(상속세법 제1조). 이에 대해서는 상속세나 증여세의 공정한 과세라는 상속세법의 목적을 감안하더라도 헌법이 보장하는 재산권을 침해한다거나 조세평등주의에 반한다는 비판이 제기되고 있다. 그러나 상속세나 증여세는 국가의 재정수입 확보라는 일차적인 목적 이외에도 부의 세습과 집중을 완화하여 국민의 경제적 균등을 도모하고자 하는 목적도 있음을 고려할 필요가 있다(헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌가19 결정 참조). 그리하여 헌법재판소는 상속재산이나 증여재산의 가액은 상속개시일 또는 증여일을 기준으로 평가하는 것이 원칙이라고 하더라도 상장주식은 증권시장의 동향에 따라 시세 변동의 폭이 매우 크므로 평가기준일 이전이나 평가기준일 이후의 시세가액까지 고려하도록 한 것이 합리성을 결한 것이라고 보기 어려우므로 헌법에 위배되지 않는다는 입장을 취하고 있다[헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2014헌바363, 364(병합) 결정 참조]. 또한 헌법재판소는 상속세나

증여세가 부과되는 재산이 최대주주 등의 보유주식이라 하더라도 당해 회사의 재무구조, 경영여건 등에 따라서 회사의 경영권에 별도의 가치가 형성되지 않은 경우가 있을 수 있음을 인정하면서도, 다른 한편 개별 회사의 주식 등이 포함하는 지배권의 가치를 정확하게 증명하는 것은 당사자나 과세관청 어느 편의 입장에서도 용이한 일이 아닌 점을 고려할 때 그 가치를 구체적으로 평가하여 과세하는 입법을 택하지 않았다고 해서 자의적인 입법이라고 할 수 없고, 그 상장주식의 양도가 경영권 프리미엄의 이전을 수반하지 않은 경우라고 하더라도 이를 일일이 파악하는 것이 용이하지 않은 점 등을 고려할 때 이러한 주식을 다른 주주의 보유주식 등과 달리 취급하면서 그 예외를 인정하지 않는 일률적인 규율방식을 취하였다고 하더라도 이를 자의적이거나 임의적인 입법이어서 헌법에 위배된다고 할 수 없다고 결정하였다(헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌바65 결정 참조).

그러나 소득세법은 개인의 소득에 대하여 소득의 성격과 납세자의 부담능력 등에 따라 적정하게 과세함으로써 조세부담의 형평을 도모하는 것을 목적으로 한다는 점에서 상속세법과 차이가 있다(소득세법 제1조). 즉, 소득세법은 거주자의 소득을 종합소득·퇴직소득·양도소득 등으로 구분하고 그중에서 양도소득세는 자산의 유상거래로 발생한 소득을 과세표준으로 규정하고 있는 데 반하여, 상속세법은 상속이나 증여와 같은 재산의 무상이전을 세원으로 포착하여 그 재산의 평가액을 과세표준으로 삼는다. 이 때문에 소득세법은 자산의 양도가액은 양도 당시의 양도자와 양수자 간에 실제 거래가액에 따르도록 정하는 등 과세요건인 양도소득금액의 계산에 관하여 상세한 규정을 두고 있는 데 반하여(소득세법 제96조 등 참조), 상속세법은 상속재산과 증여재산의 평가에 관하여 별도 항목을 마련하고('제4장 재산의 평가') 여기에서 일반적으로 사

용되는 '시가' 개념과 달리 법령에 정한 일정한 경우에는 상증세법이 별도로 규정하고 있는 평가방법에 따라 평가한 가액을 '시가'로 의제하는 규정을 두고 있다(구 상증세법 제60조 제1항 후문, 제2항 후단, 제3항 참조). 이와 같이 양도소득세와 상속세 및 증여세는 그 조세의 성격과 과세요건이 상이하기 때문에 상증세법상의 시가 규정은 그 취지에 맞게 상속재산 및 증여재산의 가액 평가에 한하여 적용되어야 하고, 만약 이를 소득세법상 양도소득금액을 계산하는 데 적용한다면 '발생하지 않은 소득'에 대하여 소득세를 부과하는 결과를 초래하여 소득세법상 응능부담(應能負擔) 원칙이나 납세자의 재산권보장 원칙에 위배될 우려가 있다.

다) 결론적으로, 이 사건 시행령 조항은 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 조세법률주의 원칙에 위배되어 무효라고 보는 것이 옳다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째로, 이 사건 시행령 조항 중 이 사건 준용 규정에 의하면 이 사건 상장주식의 양도가액은 구 소득세법 제95조 제1항에 정한 실지거래가액이 아니라 구 상증세법 제60조 제3항에 따라 양도일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 종가의 평균액에 할증률 30%를 가산한 금액으로 보게 된다. 이는 명백히 국민의 납세의무에 관한 기본적인, 본질적 사항인 과세요건이므로 조세법률주의 원칙에 따라 마땅히 국회가 법률로써 정하여야 할 사항이다. 상증세법에서 이를 법률로 규정한 것도 바로 이러한 이유 때문이다. 이 사건 시행령 조항처럼 하위 법령에서 상위 법령을 준용하는 것도 이례적이다. 가히 '위임입법으로의 도피'라고 할만하다. 정부가 이러한 내용의 법률안을 제출하지 않은 것은 입법과정에서 위헌 여부가 논란될 것을 우려한 것이고 가사 법률로 확정되더라도 헌법재판소의 위헌 심사를 피할 수 없기 때문일 것이다. 국회가 법률로 직접 규율하여야 할 사항을 행정입법으로 규율하는 것은 입법권의 침해이고, 이를 바로잡는

것은 법원의 책무이다. 법원이 이러한 책무를 다하지 못하면 시민의 자유와 재산권이 위태롭게 된다.

둘째로, 이 사건 모법 조항은 '부당행위계산에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다'고 규정하고 있다. 이는 법률의 시행에 필요한 집행명령을 발할 수 있다는 의미일 뿐, 그것이 양도가액이나 양도차액 등과 같은 과세요건에 관한 법규의 제정까지도 포괄적으로 대통령령에 위임한 규정이라고 볼 수 없다(대법원 1995. 4. 25. 선고 94재다 260 전원합의체 판결, 대법원 2000. 3. 16. 선고 98두11731 전원합의체 판결 등 참조). 이와 같이 해석하지 않는다면 이는 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석을 하는 것이어서 조세법률주의 원칙에 위배된다. 이 사건의 경우 이 사건 상장주식의 양도가액을 그 실지거래가액이 아니라 양도 당시 예측하기 어려운 양도일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 증가의 평균액에 할증률 30%를 가산한 금액으로 의제하여 이를 기준으로 저가양도인지 여부를 판단하라는 것인데, 이는 '부당행위계산에 필요한 사항'이라고 볼 수 없다.

## 2) 상위 법령 위반의 점에 관하여

가) 헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다는 평등원칙을 선언하고 있다. 이와 같은 평등원칙이 세법 영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2004. 10. 27. 선고 2003두1165 판결 참조). 또한 국세기본법 제18조 제1항은 "세법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재



산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 한다."라고 규정함으로써 조세평등주의 원칙과 납세자 재산권 보장의 원칙을 규정하고 있다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2010두 3138 판결 참조).

나) 이러한 원칙에 비추어 볼 때, 이 사건 준용 규정이 상위 법령에 위배되는지 여부를 살펴본다.

첫째로, 이 사건 준용 규정에 의하면, 양도한 자산이 상장주식인 경우 그 '시가'는 양도일 현재 총가가 아니라 양도일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 총가의 평균액에 의하여야 한다. 이는 자산의 양도가액은 양도 당시를 기준으로 하여야 한다는 구 소득세법 제96조 제1항에 위배될 뿐만 아니라, 구 소득세법 제101조 제1항에 정한 부당행위계산 대상 여부의 판단 기준시점은 거래 당시라는 원칙에도 반한다(대법원 1989. 6. 13. 선고 88누5273 판결, 대법원 1999. 1. 29. 선고 97누15821 판결, 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두1731 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2007두14978 판결 등 참조). 이러한 점을 감안하여 구 법인세법 시행령 제89조 제1항 역시 상장주식을 한국거래소에서 거래한 경우 해당 주식의 시가는 그 거래일의 총가에 따른다고 규정하고 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 소득세법과 상증세법은 각기 그 입법목적과 과세요건이 상이함에도 불구하고 상증세법에서 상속재산 및 증여재산의 평가에 관한 규정을 둔 취지를 고려하지 않은 채 법률에 근거 없이 이 사건 시행령 조항으로 위 규정을 양도 소득금액을 계산하는 데 준용하였기 때문에 이러한 결과가 발생하는 것이다.

둘째로, 이 사건 준용 규정 중 최대주주 등이 보유하는 주식의 평가에 관한 할증률 규정을 본다. 상장회사 최대주주 등의 보유 주식이라 하더라도 당해 회사의 재무구조, 경영여건 등에 따라서는 회사의 경영권에 별도의 가치가 형성되지 않은 경우

나 당해 상장주식의 양도가 이른바 '경영권 프리미엄'의 이전을 수반하지 않는 경우도 있음은 이미 살펴보았다. 그럼에도 불구하고 이러한 경우까지 일률적으로 위와 같이 할증하여 평가한 가액을 '시가'로 보아 양도차익을 의제하는 것은 소득세법상 부당행위 계산 제도의 취지에 반한다. 그리고 이는 특정의 납세의무자를 합리적인 이유 없이 불리하게 차별하는 것이고, 그 재산권을 부당하게 침해하는 것으로서 헌법상 조세평등원칙 및 국세기본법 제18조 제1항에 위배된다고 보아야 한다(대법원 1992. 7. 14. 선고 92누4048 판결, 대법원 1998. 6. 23. 선고 97누20366 판결, 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌바65 결정 등 참조).

3) 이 사건 시행령 조항에서 이 사건 준용 규정을 제외하면 부당행위계산 규정을 적용하는 데 어려움은 없는지 살펴본다.

부당행위계산은 특수관계에 있는 자 사이의 일정한 거래가 사회통념이나 관습에 비추어 볼 때 합리적인 경제인이 취할 정상적인 거래로 볼 수 없어 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에 할 수 있는 것이다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누7637 판결 참조). 대법원은 종래 부당행위계산의 대상이 되는 저가양도의 기준으로 규정되어 있는 '시가'는 원칙적으로 정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가격을 의미하는 것이지만 이는 객관적이고 합리적인 방법으로 평가한 가액도 포함하는 개념으로서 사업자와 특수관계 없는 자와의 정상적인 거래에서 형성되는 가격 또는 제3자 간에 일반적으로 거래된 가격이 여기에 해당하고 그와 같은 거래 실례가 없는 경우에는 제반 사정을 참작하여 산정한 가격(대법원 2009. 9. 24. 선고 2007두7505 판결, 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두1731 판결 등 참조), 공신력 있는 감정기관의 감정가격(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두28328 판결 등 참조) 등도 여기에 포함된다고 판

단하여 왔다.

이러한 판례 법리에 따르면, 상장회사 최대주주 등이 보유하는 상장주식이 양도된 경우 그 상장주식이 그 법인의 경영권이나 지배권과 관계가 있거나 경영권이나 지배권 프리미엄이 함께 이전되었다는 등의 특별한 사정이 있는 때에는 그 거래일의 종가는 그 회사의 주식만을 양도하는 경우의 객관적 교환가치를 반영하는 것으로서 양도된 상장주식의 시가로 볼 수 없다. 이 경우 과세관청으로서는 해당 상장주식이 특수관계 없는 자 사이의 정상적인 거래에서 형성되는 가격 또는 제3자 간에 일반적으로 거래된 가격을 시가로 보아 과세할 수 있고, 그와 같은 거래 실례가 없는 경우에는 공신력 있는 감정기관의 감정가격이나 제반 사정을 참작하여 객관적이고 합리적인 방법으로 평가한 금액 등을 시가로 인정하여 그에 따라 부당행위계산을 할 수 있다. 이러한 특별한 사정과 시가에 대한 증명책임은 과세관청에 있다.

#### 4) 소결

가) 이상에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 시행령 조항이 상장주식의 양도로 인한 양도소득세의 과세요건인 양도차익을 계산하는 데 상증세법상 재산의 평가에 관한 규정을 준용하도록 한 부분은 헌법 제40조, 제75조에 규정된 위임입법의 한계, 헌법 제38조, 제59조에 규정된 조세법률주의 원칙에 위배되고, 헌법 제11조 제1항, 국세기본법 제18조 제1항에 규정된 조세평등원칙, 납세자 재산권보장 원칙에 위배되며, 모법인 구 소득세법 제96조 제1항 등의 규정에도 위배되므로, 이는 결국 무효라고 볼 수밖에 없다.

이를 정리하면 다음과 같다. 이 사건 시행령 조항 중 구 상증세법 제60조 제1항 후문 즉, '이 경우 제63조 제1항 제1호 가목 및 나목에 규정된 평가방법으로 평가

한 가액을 시가로 본다.'는 부분과 구 상증세법 제63조 제3항 가운데 '구 상증세법 제 60조 제2항을 적용할 때에도 구 상증세법 제63조 제3항을 적용하도록 규정한 부분'을 준용하는 부분은 무효이다.

나) 이와 달리 이 사건 시행령 조항 중 상증세법 제60조 제1항 후문을 준용하는 부분이 유효하다는 전제에서, 양도소득의 부당행위계산 대상 여부를 판단할 때에 양도하는 상장주식의 시가는 특별한 사정이 없는 한 구 상증세법 제60조 제1항 후문에 의하여 제63조 제1항 제1호 가목의 평가방법에 따라 산정한 양도일 이전·이후 각 2월 간에 공표된 매일의 종가 평균액만이 시가로 간주되고, 양도하는 주식을 최대주주 등이 보유하는 경우 그 시가는 위 평균액에 구 상증세법 제63조 제3항에 의한 할증률을 가산한 금액이라는 취지로 판시한 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두4770 판결, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008두9140 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두13061 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두4421 판결 등은 위 견해에 저촉되는 범위에서 이를 변경하여야 한다.

#### 다. 원심 판단의 당부

이러한 법리에 비추어 원심의 판단을 살펴본다.

원심은 이 사건 상장주식의 매매는 불특정 다수인 사이의 거래가 아니라 쌍방이 합의한 거래이므로 그 거래가격을 거래일 종가로 정하였다 하더라도 이를 '시가'에 의한 정상적인 거래로 볼 수 없고, 매매당사자가 ○○내화의 최대주주 등이므로 30%의 최대주주 할증액을 가산하지 않은 금액을 원고에게 적용되는 '시가'라고 할 수 없으며, 과세관청으로서 양도가격과 '시가' 사이에 차이가 있다는 점만 증명하면 되고 양도가격을 '시가'로 보아야 하는 특수사정은 납세의무자가 증명하여야 한다고 판단하였다.

그러나 이 사건에서 원고가 그와 특수관계에 있는 자인 소외인에게 양도한 이 사건 상장주식이 ○○내화의 경영권이나 지배권과 관계가 있다거나 경영권 프리미엄이 함께 이전되었다는 등의 특별한 사정에 관하여 아무런 주장·증명이 없으므로, 이 사건 상장주식의 '시가'는 그 양도일의 종가로 보는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 특별한 사정에 대한 증명책임은 과세관청에게 있다고 보아야 한다.

그럼에도 원심은 이 사건 시행령 조항이 유효하다고 단정하고, 이 사건 상장주식의 '시가'는 구 상증세법의 상장주식 시가평가 조항을 적용하여 이 사건 상장주식의 양도일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 종가 평균액에 최대주주 등 할증률을 가산한 금액이라는 잘못된 전제에서, 피고의 경정청구 거부처분이 적법하다고 판단하고 이에 대한 원고의 주장을 배척하였다.

원심의 판단에는 소득세법상 양도소득에 관한 부당행위계산 규정에서 말하는 '시가'에 관한 법리와 이 사건 시행령 조항의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 원고의 상고이유 주장은 정당하다. 그러므로 원심판결을 파기하고 이 부분을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하여야 한다.

라. 결론

이상과 같이 반대의견을 표시한다.

재판장          대법원장          김명수

주 심      대법관      권순일

              대법관      박상옥

              대법관      이기택

              대법관      김재형

              대법관      박정화

              대법관      안철상

              대법관      민유숙

              대법관      김선수

              대법관      이동원

              대법관      노정희

대법관      김상환

대법관      노태악