

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2014두14976 증여세부과처분취소  
원고, 상고인 원고  
소송대리인 법무법인(유한) 화우  
담당변호사 임승순 외 3인  
피고, 피상고인 강남세무서장  
원 심 판 결 서울고등법원 2014. 11. 11. 선고 2014누924 판결  
판 결 선 고 2017. 5. 17.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구 상속세 및 증여세법 제39조 제1항 제1호, 제2항의 위헌 여부, 시가의 의미와 적용범위(상고이유 제1·2·7점)에 관한 판단

가. 구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것, 이하 '상증세법'이라 한다) 제39조는 제1항 제1호에서 법인이 신주를 시가(제60조 및 제63조의 규정에 의하여 평가한 가액을 말한다)보다 낮은 가액으로 발행하는 경우 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리를 포기함으로써 실권주를 배정받은 다른 주주(가목) 또는 제3자(다목)가 얻은 이익을 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하도록 규정하고 있고, 제2항에서 제1항 제1호를 적용할 때 신주를 배정받을 수 있는 권리를 포기한 소액주주가 2인 이상인 경우에는 소액주주 1인이 포기한 것으로 보아 이익을 계산하도록 규정하고 있다.

상증세법 제39조 제1항 제1호의 입법취지는 법인이 신주를 시가보다 낮은 가액으로 발행하는 경우 증자에 따른 이익이 실권주를 배정받은 주주 등에게 무상으로 이전되는 효과가 발생하므로 그 이익에 대하여 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 데에 있다. 이사회 결의일과 주식대금 납입일 사이의 주가 상승분 역시 실권주를 배정받은 주주 등이 기존 주주 등으로부터 무상으로 이전받는 이익이라고 할 것이므로, 원칙적으로 주식대금 납입일을 기준으로 주식의 시가를 평가하는 것이 위 조항의 문언과 체계에도 부합한다.

한편 주식 발행에 관한 증권거래법령과 구 「유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정」(2007. 4. 7. 금융위원회 고시 제2008-8호로 개정되기 전의 것, 이하 '유가증권 발행규정'이라 한다)은 신주발행의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 신주의 발행가액 등에 대하여 일정한 제한을 둔 것으로서, 부의 무상이전에 대하여 증여세를 부과하고자 하는 상증세법의 위 조항과는 그 취지와 규율 내용을 달리한다. 따라서 증권거래법령과 유가증권 발행규정에 따라 신주를 발행한 경우에 상증세법의 위 조항에 따라 증

여세가 부과된다고 하여 위 조항이 조세법률주의에 위배된다고 할 수 없다.

상증세법 제39조 제2항은 신주를 배정받을 수 있는 권리를 포기한 소액주주가 2인 이상인 경우 소액주주 1명이 그 권리를 포기한 것으로 보아 이익을 계산하도록 하고 있는데, 이는 증여자별로 증여이익을 계산하는 것이 복잡하고 그 증여가액이 과세 최저한에 미달하여 과세를 못하게 되면 증여세 회피 수단으로 악용될 우려가 있다는 점을 고려한 것이다. 따라서 위 조항은 증자에 따른 이익에 대한 증여세 과세 제도의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 것으로 과잉금지의 원칙 또는 조세평등주의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나. 원심은 상증세법 제39조 제1항 제1호의 위헌 여부에 관하여, 증권거래법령에 따라 이사회 결의일을 기준으로 신주의 발행가액을 정한 경우에 위 조항에 따라 주식대금 납입일을 기준으로 증여세가 과세될 수 있다고 하여 법적 안정성과 예측가능성을 보장하고자 하는 조세법률주의에 위배된다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 원심은 상증세법 제39조 제2항의 위헌 여부에 관하여, 위 조항이 납세자의 피해를 최소화하는 방안을 고려하지 않아 과잉금지원칙에 어긋나거나 조세평등주의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 원심은, 신주의 발행가액이 증권거래법령의 위임에 따라 상장법인이 유상증자하는 경우의 발행가액에 관하여 정하고 있는 유가증권 발행규정에 따라 결정되었다고 하더라도, 위 규정은 신주의 발행조건과 청약권유절차의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 신주발행의 기준 등에 대하여 일정한 제한을 둔 것으로 위 규정에 따른 발행가액을 곧바로 상증세법 제39조 제1항 제1호가 정한 시가로 볼 수 없고, 위 규정에 따라 신주가 발행되었다는 이유만으로 상증세법 제39조 제1항 제1호가 적용되지 않는다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 앞에서 본 법리에 비추어 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 상증세법 제39조 제1항 제1호, 제2항의 위헌성, 그 조항에서 정한 시가의 의미와 적용범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 이 사건 괄호 규정의 적용범위(상고이유 제5점)에 관한 판단

가. 상증세법 제39조 제1항 제1호 가목은 법인이 신주를 시가보다 낮은 가액으로 발행하는 경우 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리를 포기함으로써 실권주를 배정받은 다른 주주가 얻은 이익을 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하도록 규정하면서도, 그 괄호 규정(이하 '이 사건 괄호 규정'이라 한다)으로 '증권거래법에 의한 주권상장법인 또는 협회등록법인(증권거래법이 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되면서 코스닥 상장법인으로 명칭이 변경되었다. 이하 '코스닥상장법인'이라 하고, 주권상장법인과 합하여 '상장법인'이라 한다)이 같은 법 제2조 제3항의 규정에 의한 유가증권의 모집방법으로 배정하는 경우'를 '배정'의 범위에서 제외함으로써 그러한 경우에는 신주를 시가보다 낮은 가액으로 배정받더라도 증여세를 과세하지 않도록 규정하고 있다.

이 규정은 상장법인이 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률로 2009. 2. 4. 폐지되기 전의 것, 이하 같다)에 의한 유가증권의 모집방법에 따라 신주를 발행하는 경우에는 그 발행에 관한 사항을 공시해야 하고 원칙적으로 유가증권시장 등에서 형성되는 주식가격에 근접한 가격으로 발행가액을 정해야 하는 등 관련 법령에서 정한 엄격한 규제를 따라야 하며(유가증권 발행규정 제53조, 제57조 등), 유가증권시장 등에서 유상증자를 통하여 자금을 조달하기 위해서는 어느 정도 할인발행이 불가피하다는 점 등을 감안한 것이다.

그러나 주주배정 방식으로 진행된 유상증자에서 실권주가 발생하여 이를 제3자에게

배정하는 때에는 그 발행가액을 제한하는 규정이 없다. 이에 따라 유가증권 발행규정 제57조의 제한보다도 높은 할인율이 적용된 가액으로 발행된 신주가 제3자에게 배정되어 그 시가와 발행가액의 차액에 해당하는 이익이 무상으로 이전된 경우에는 처음부터 제3자 배정 방식에 의하여 일반적인 모집 또는 그와 마찬가지로의 규제를 받는 간주모집 방법으로 신주를 배정하는 경우와 동일하게 취급하여야 할 이유가 없다. 따라서 이러한 경우에는 설령 구 증권거래법 시행령(2008. 1. 18. 대통령령 제20551호로 개정되기 전의 것) 제2조의4 제4항이 정한 간주모집의 요건을 충족하더라도 이 사건 괄호 규정이 정한 비과세 대상인 '유가증권의 모집방법'에는 해당하지 않는다고 보아야 한다.

나. 원심은, 이 사건 제1차 유상증자가 당초 주주배정 방식으로 진행되었다가 실권주가 발생하자 30%의 할인율을 적용한 발행가액을 정하여 이를 제3자인 원고에게 배정한 것으로서, 제3자 배정방식의 유상증자의 경우 할인율을 10%로 제한하고 있는 유가증권 발행규정 제57조 제2항에 배치되므로, 증권거래법령에 따른 간주모집에 의하여 실권주를 취득한 것에 해당한다고 볼 수 없어 증여세 비과세대상에 해당하지 않는다고 판단하였다.

원심판결이유를 위에서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 이 사건 괄호 규정에 따른 비과세 범위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 미실현이익에 대한 과세(상고이유 제6점)에 관한 판단

가. 상증세법 제39조 제1항 제1호의 문언과 취지 등에 비추어 보면, 실권주를 배정받은 주주 등은 시가보다 낮은 가액으로 신주를 배정받은 때에 이미 증자에 따른 이익을 얻었다고 볼 수 있다. 위 조항과 제3항의 위임에 따라 구 상속세 및 증여세법 시행

령(2015. 2. 3. 대통령령 제26069호로 개정되기 전의 것) 제29조 제4항은 원칙적으로 증여이익 산정 기준일을 주식대금 납입일로 명시하고 있다. 신주를 저가로 발행함으로써 발생하는 증여이익은 자본이익이므로 신주의 발행시점에 이미 실현된 것이지 취득한 신주를 처분할 때에 비로소 실현된다고 볼 것은 아니다. 그리고 주식의 보호예수(保護預受)는 일정한 요건에 해당하는 주주로 하여금 일정기간 동안 주식의 처분을 제한하기 위한 제도로써, 주식가치 하락으로 소수주주에게 발생하는 손해를 방지하려는 데 그 목적이 있다. 만일 보호예수기간 경과일을 증여이익 산정 기준일로 한다면 증여재산가액이 당사자의 의사에 따라 변동될 우려가 있다. 따라서 주식대금 납입일을 기준으로 증여이익을 계산하여 증여세를 부과하더라도 미실현이익에 대한 과세로 볼 수 없고, 이는 그 주식이 보호예수되어 양도할 수 없더라도 마찬가지이다.

나. 원심은 주식대금 납입일을 기준으로 이 사건 제2차 유상증자로 인한 증여이익을 계산하여 증여세를 부과한 처분이 미실현이익에 대한 과세로 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다. 원심의 위 판단은 앞에서 본 법리에 비추어 정당하고, 상고이유 주장과 같이 처분제한이 있는 재산의 증여이익 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 비과세요건으로서의 정당한 사유(상고이유 제3점)에 관한 판단

원심은, 상증세법 제39조 제1항 제1호가 제35조 제2항, 제42조 제3항 등과 달리 '거래의 관행상 정당한 사유'가 있는 경우에 증여세를 비과세한다는 규정을 두고 있지 않은 점 등에 비추어 보면, 원고가 이 사건 각 주식을 취득한 것이 강행규정인 증권거래법령 등에 따른 유상증자에 의한 것이었다는 이유로 증여세를 비과세할 수는 없다고 판단하였다.

원심판결이유를 관련 규정과 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단은 정당하다.

원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 증여세 일반의 비과세 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 5. 비과세 관행(상고이유 제4점)에 관한 판단

조세법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 비과세 관행이 성립되었다고 하려면 상당한 기간에 걸쳐 어떤 사항에 대하여 과세를 하지 않은 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청 자신이 그 사항에 관하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정 때문에 과세하지 않는다는 의사가 있어야 한다. 위와 같은 공적 견해나 의사는 명시적 또는 묵시적으로 표시되어야 하는데, 묵시적 표시가 있다고 하기 위해서는 단순한 과세 누락과는 달리 과세관청이 그 사항에 관하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다. 이 경우 특히 과세관청의 의사표시가 일반론적인 견해표명에 불과한 경우에는 위 원칙이 적용되지 않는다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두5203 판결 등 참조).

제3자 배정방식에 의한 유상증자에 관한 증여세의 비과세 관행이 존재하므로 이 사건 처분이 위법하다는 상고이유 주장은 실질적으로 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정을 다투는 것이어서 적법한 상고이유라고 할 수 없다. 나아가 기록에 비추어 살펴보더라도 과세관청이 제3자 배정방식에 의한 유상증자에 관하여 1주당 평가가액과 1주당 인수가액의 차액에 해당하는 이익에 대하여 상당한 기간에 걸쳐 증여세를 과세하지 않았다는 사실을 인정할 수 없다고 본 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 비과세 관행의 존부에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

#### 6. 가산세(상고이유 제8점)에 관한 판단

원심은 원고에게 가산세를 면할 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 가산세를 면할 정당한 사유에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 7. 결론

원고의 상고는 이유 없으므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            박보영

                  대법관            박병대

                  대법관            권순일

주 심            대법관            김재형