

전문위원은 그에 적합한 전문지식을 갖추어야 하므로 이 사건 공무원의 채용을 적법한 전문위원의 임용으로 보기 어려우며, 원고도 이 사건 공무원을 전문위원으로 채용하려는 것이 아님을 인정하고 있다.

이와 같은 이 사건 공무원의 담당업무, 채용규모, 전문위원을 비롯한 다른 사무직원들과의 업무 관계와 아울러 원고가 제출한 증거들 및 기록에 의하여 알 수 있는 이 사건 채용 공고의 경위 등을 종합하여 보면, 지방의회에 이 사건 공무원을 두어 의정활동을 지원하게 하는 것은 지방의회의원에 대하여 전문위원이 아닌 유급 보좌 인력을 두는 것과 마찬가지로 봄이 타당하고, 이 사건 공무원이 임기제공무원이라거나 지방의회의원이 위원회의 위원으로 선임되어 안전심사 등의 의정활동을 한다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

그렇다면 이 사건 공무원의 임용은 개별 지방의회에서 정할 사항이 아니라 국회의 법률로써 규정하여야 할 입법사항에 해당하는데, 지방자치법은 물론 다른 법령에서도 이 사건 공무원을 지방의회에 둘 수 있는 법적 근거를 찾을 수 없으므로, 이 사건 공무원의 임용을 위한 이 사건 채용공고는 위법하고, 이에 대한 이 사건 직권취소처분은 적법하다.

따라서 이와 다른 전제에서 이 사건 직권취소처분이 위법하여 취소되어야 한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

#### 4. 결론

그러므로 원고의 이 사건 청구를 기각하고, 소송비용 중 참가로 인한 부분은 원고참가인이, 나머지는 패소한 원고가 각 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장) 김용덕(주심) 김신 이기택

12

### 2017. 3. 22. 선고 2016두51511 판결 [법인세부과처분취소]

[1] 손익이 권리의무 확정 시에 실현되는 것으로 보는 권리의무확정주의를 채택하여 손익의 귀속시기를 명확하게 규정하는 법인세법 제40조 제1항, 제2항, 구 법인세법 시행령 제68조 제1항 제3호 본문 등의 취지

[2] 유동성 공급자인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품을 매도하는 거래를 하면서 투자자들에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 甲에게 법인세

부과처분을 한 사안에서, 甲이 주식워런트증권을 투자자들에게 매도함으로써 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격에서 매도가격을 뺀 금액만큼의 손실이 실현되어 확정되었다고 보아 증권의 매도 시점이 속한 사업연도의 손금에 산입하여야 한다고 한 사례

[3] 유동성 공급자인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품을 매도하는 거래를 하면서 투자자에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 국세기본법 제14조 제2항, 제3항 등을 근거로 甲에게 법인세 부과처분을 한 사안에서, 甲이 대규모의 손실을 조기에 인식하여 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 볼 수 없으므로 처분이 위법하다고 한 사례

#### 【판결요지】

[1] 법인세법 제40조 제1항은 “내국법인의 각 사업연도의 익금과 손금의 귀속사업연도는 그 익금과 손금이 확정된 날이 속하는 사업연도로 한다.”라고 정하고 있고, 법인세법 제40조 제2항의 위임에 따라 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제3호 본문은 ‘상품 등 외의 자산의 양도로 인한 손금’의 귀속사업연도를 ‘그 대금을 청산한 날이 속하는 사업연도’로 정하고 있다. 이처럼 법인세법은 손익이 권리의무의 확정 시에 실현되는 것으로 보는 권리의무확정주의를 채택하여 손익의 귀속시기를 명확하게 규정하고 있다. 이는 납세자의 과세소득을 획일적으로 파악하여 법적 안정성을 도모하고 과세의 공평을 기함과 동시에 납세자의 자의를 배제하기 위한 것이다.

[2] 유동성 공급자(Liquidity Provider)인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권(Equity Linked Warrant) 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품(Over the Counter Derivatives)을 매도하는 거래를 하면서 투자자들에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 甲에게 법인세 부과처분을 한 사안에서, 甲이 주식워런트증권을 투자자들에게 매도함으로써 발행사로부터 인수한 위 증권의 인수가격에서 매도가격을

뺀 금액만큼의 손실이 실현되어 확정되었다고 보아 이를 증권의 매도 시점이 속한 사업연도의 손금에 산입하여야 한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

[3] 유동성 공급자(Liquidity Provider)인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권(Equity Linked Warrant) 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품(Over the Counter Derivatives)을 매도하는 거래를 하면서 투자자에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 국세기본법 제14조 제2항, 제3항 등을 근거로 甲에게 법인세 부과처분을 한 사안에서, 위와 같은 거래를 통하여 기초자산 가격의 등락에 따른 이익의 실현가능성은 유동성 공급자인 甲에게 이전되지만, 발행사는 증권 발행에 따른 확정적인 수수료를 받고 기초자산 가격의 하락으로 손실을 입을 위험이 없어지므로 이를 비합리적인 거래로 단정할 수 없다는 점 등에 비추어 보면, 甲이 대규모의 손실을 조기에 인식하여 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 볼 수 없으므로 이와 다른 전제에서 이루어진 처분이 위법하다고 한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

【참조조문】 [1] 법인세법 제40조 제1항, 제2항, 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제3호 / [2] 법인세법 제40조 제1항, 제2항, 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제3호 / [3] 법인세법 제40조 제1항, 제2항, 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제3호, 국세기본법 제14조 제2항, 제3항

【참조판례】 [1] 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003두10329 판결

【원고, 피상고인】 크레디트스위스증권 (소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 소순무 외 4인)

【피고, 상고인】 남대문세무서장

【원심판결】 서울고법 2016. 8. 23. 선고 2015누70722 판결

【주 문】 상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 법인세법상 손익의 귀속시기(상고이유 제1점)

법인세법 제40조 제1항은 “내국법인의 각 사업연도의 익금과 손금의 귀속사업연도는 그 익금과 손금이 확정된 날이 속하는 사업연도로 한다.”라고 정하고 있고, 법인세법 제40조

제2항의 위임에 따라 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제3호 본문은 ‘상품 등 외의 자산의 양도로 인한 손금’의 귀속사업연도를 ‘그 대금을 청산한 날이 속하는 사업연도’로 정하고 있다. 이처럼 법인세법은 손익이 권리의무의 확정 시에 실현되는 것으로 보는 권리의무확정주의를 채택하여 손익의 귀속시기를 명확하게 규정하고 있다. 이는 납세자의 과세소득을 획일적으로 파악하여 법적 안정성을 도모하고 과세의 공평을 기함과 동시에 납세자의 자의를 배제하기 위한 것이다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003두10329 판결 등 참조).

원심은 원고가 주식워런트증권(이하 ‘ELW’라 한다)을 투자자들에게 매도함으로써 발행사로부터 인수한 ELW의 인수가격에서 매도가격을 뺀 금액만큼의 손실이 실현되어 확정되었다고 보아 이를 ELW 매도 시점이 속한 사업연도의 손금에 산입하여야 한다고 판단하였다.

원심의 위 판단은 위에서 본 법리를 따른 것으로 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 손익의 귀속시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 실질과세원칙의 위반 여부(상고이유 제2점)

가. 국세기본법 제14조는 제2항에서 “세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.”라고 정하고, 제3항에서 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.”라고 정하고 있다.

나. 원심은 다음의 사정 등에 비추어 보면, 원고가 대규모의 손실을 조기에 인식하여 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 볼 수 없으므로 이와 다른 전제에서 국세기본법 제14조 제2항과 제3항 등에 근거하여 이루어진 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

(1) 외국증권업자인 원고는 원고 또는 국내 지점 명의로 ELW를 발행할 수 없게 되자, 유동성 공급자로서 발행사로부터 ELW를 발행가격에 인수하여 투자자들에게 ELW를 매도하고 발행사에게 ELW와 상품내용이 동일한 장외파생상품을 매도하는 방법을 선택하였다.

(2) 이와 같은 거래를 통하여 기초자산 가격의 등락에 따른 이익의 실현가능성은 유동성 공급자인 원고에게 이전되지만, 발행사는 ELW 발행에 따른 확정적인 수수료를 받고 기초자산 가격의 하락으로 손실을 입을 위험이 없었으므로 이를 비합리적인 거래로 단정할 수 없다.

(3) 원고와 같은 유동성 공급자나 발행사는 한국거래소의 최저발행가액규제를 감안할 때 ELW의 발행가액을 임의로 결정할 수 없고, 원고가 ELW를 인수하는 단계에서 추후 최초 투자자에게 매도할 때의 시장가격을 미리 결정할 수도 없어 시가에 근접한 가격으로 이를

인수할 수 있었다고 보기도 어렵다.

(4) 이로 인해 원고가 ELW를 인수하여 매도한 사업연도에는 처분손실만이 반영되고 아직 실현되지 않은 평가손익은 인정받지 못하게 되는 결과가 발생할 수 있지만, 이는 세법 규정에 따른 것으로서 위법하거나 부당하다고 볼 수 없다.

다. 원심판결 이유를 위 규정과 관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 실질과세의 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

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

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

## 13 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결 [증여세부과처분취소]

[1] 구 상속세 및 증여세법 제41조의3 제1항 및 제41조의5 제1항의 규정 취지 / 구 상속세 및 증여세법 제41조의3 제6항에서 정한 ‘신주’에, 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식에 기초하지 아니하고 증여받은 재산과도 관계 없이 인수하거나 배정받은 신주가 포함되는지 여부(소극) / 이러한 신주에 의하여 합병에 따른 상장이익을 얻은 경우, 제41조의3 제6항이 준용되는 제41조의5 제1항에서 정한 증여재산가액에 해당하는지 여부(소극)

[2] 증여재산가액의 계산에 관한 구 상속세 및 증여세법 규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 경우, 개별 가액산정규정에서 규율하고 있는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세범위에서 제외된 거래·행위가 구 상속세 및 증여세법 제2조 제3항의 증여 개념에 해당하더라도 과세할 수 있는지 여부(소극)

[3] 비상장법인인 甲 주식회사가 자신의 임직원이자 甲 회사의 최대주주와 특수관계에 있는 乙 등에게 제3자 배정 방식으로 신주인수권을 부여하여 유상증자를 실시함으로써 乙 등이 주식을 인수하고 5년 이내에 코스닥상장법인인 丙 주식회사가 최대주주이던 甲 회사를 흡수합병하면서 乙 등이 丙 회사의 주식을 배정받자, 과세관청이 흡수합병으로 인한 인수 주식의 가액 증가가 구 상속세 및 증여세법 제41조의5 제1항 또는 제2조 제3항에 정한 과세요건에 해당한다고 보아 乙 등에게 증여세 부과처분을 한 사안에서, 위 법 제41조의5 제1항 및 제3항이 정한 적

용요건을 충족하지 아니하고, 乙 등이 얻은 합병에 따른 주식의 상장이익에 대하여는 위 법 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없으므로 처분이 위법하다고 한 사례

#### 【판결요지】

[1] 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 '상속증여세법'이라 한다) 제41조의3 제1항의 입법 취지는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 얻은 비상장주식의 상장이익에 대하여 증여세를 부과하여 증여나 취득 당시 실현이 예견되는 부의 무상이전까지 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 데에 있고, 제41조의5 제1항은 합병을 통한 상장 역시 비상장주식을 직접 상장하는 것과 실질적으로 차이가 없다는 점을 고려하여 제41조의3 제1항과 같은 취지에서 합병에 따른 상장이익에 대하여 증여세를 과세하도록 하고 있다. 그리하여 상속증여세법 제41조의3 제1항과 제41조의5 제1항은 특수관계에 있는 자가 그 주식을 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 취득한 경우를 그 적용요건으로 규정하고 있고, 제41조의5 제3항 본문에서 준용하는 제41조의3 제6항은 제41조의3 제1항이 적용됨을 전제로 하여 법인이 발행한 신주를 적용대상에 포함시키고 있다.

이러한 위 규정들의 내용과 취지와 아울러 그 문언과 체계에 비추어 보면, 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.

[2] 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 '상속증여세법'이라 한다) 제2조는 제1항에서 타인의 증여로 인한 증여재산에 대하여 증여세를 부과한다고 규정하면서, 제3항에서 '증여'에 관하여 '그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다'고 포괄적으로 규정하고 있다. 다만 납세자의 예측가능성을 보장하고 조세법률관계의 안정성을 도모하기 위하여 증여재산가액의 계산에 관한 상속증여세법의 규정(이하 '가액산정규정'이라 한다)이 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 제외

된 거래·행위가 상속증여세법 제2조 제3항의 증여의 개념에 해당할 수 있더라도 그에 대하여 증여세를 과세할 수 없다.

[3] 비상장법인인 甲 주식회사가 자신의 임직원이자 甲 회사의 최대주주와 특수관계에 있는 乙 등에게 제3자 배정 방식으로 신주인수권을 부여하여 유상증자를 실시함으로써 乙 등이 주식을 인수하고 5년 이내에 코스닥상장법인인 丙 주식회사가 최대주주이던 甲 회사를 흡수합병하면서 乙 등이 丙 회사의 주식을 배정받자, 과세관청이 흡수합병으로 인한 인수 주식의 가액 증가가 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘상속증여세법’이라 한다) 제41조의5 제1항 또는 제2조 제3항에 정한 과세요건에 해당한다고 보아 乙 등에게 증여세 부과처분을 한 사안에서, 비록 乙 등이 甲 회사의 최대주주와 특수관계에 있지만 위 회사의 제3자 배정 방식에 의한 유상증자 절차에서 최대주주와 관계없이 직접 신주인수대금을 부담하여 주식을 인수하였으므로 상속증여세법 제41조의5 제1항 및 제3항이 정한 적용요건을 충족하지 아니하고, 상속증여세법 제41조의5 제1항 등은 그 규정들에서 정하지 아니한 위 주식과 같은 신주의 취득에 대하여는 과세하지 아니하도록 하는 한계를 설정하였다고 보인다는 이유를 들어 乙 등이 얻은 합병에 따른 주식의 상장이익에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 상속증여세법 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이루어진 처분이 위법하다고 본 원심판결에 법리를 오해한 위법이 없다고 한 사례.

**【참조조문】** [1] 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것) 제41조의3 제1항, 제6항, 제41조의5 제1항, 제3항 / [2] 구 상속증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항, 제3항 / [3] 구 상속증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항, 제3항, 제41조의3 제1항, 제6항, 제41조의5 제1항, 제3항

**【참조판례】** [2] 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결(공2015하, 1683), 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014두1864 판결

**【원고, 피상고인】** 원고 1 외 3인 (소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 소순무 외 3인)

**【피고, 상고인】** 분당세무서장 외 3인 (소송대리인 정부법무공단 담당변호사 손호철 외 2인)

**【원심판결】** 서울고법 2016. 10. 5. 선고 2015누45092 판결

**【주 문】** 상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고들이 부담한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. (1) 구 상속세 및 증여세법(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘상속증여세법’이라 한다) 제41조의5 제1항은 “최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 해당 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등이 아닌 자로부터 해당 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등을 증여받거나 취득한 날부터 5년 이내에 그 법인이나 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가한 경우로서 그 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세 과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.”고 규정하고 있고, 제3항 본문은 “제1항과 제2항에 따른 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관하여는 제41조의3 제2항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있다.

한편 상속증여세법 제41조의3 제1항은 ‘최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 해당 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우에는 증여받거나 취득한 날, 증여받은 재산으로 최대주주 등이 아닌 자로부터 해당 법인의 주식 등을 취득한 경우에는 취득한 날부터 5년 이내에 그 주식 등이 증권시장에 상장됨에 따라 그 가액이 증가한 경우로서 그 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세 과세가액 또는 취득가액을 초과하여 일정한 이익을 얻은 경우에는 이를 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다’는 내용으로 규정하고 있고, 제6항은 “제1항을 적용할 때 주식 등의 취득에는 법인이 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수하거나 배정받은 신주를 포함한다.”고 규정하고 있다.

(2) 상속증여세법 제41조의3 제1항의 입법 취지는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 얻은 비상장주식의 상장이익에 대하여 증여세를 부과하여 증여나 취득 당시 실현이 예견되는 부의 무상이전까지 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 데에 있고, 제41조의5 제1항은 합병을 통한 상장 역시 비상장주식을 직접 상장하는 것과 실질적으로 차이가 없다는 점을 고려하여 제41조의3 제1항과 같은 취지에서 합병에 따른 상장이익에 대하여 증여세를 과세하도록 하고 있다. 그리하여 상속증여세법 제41조의3 제1항과 제41조의5 제1항은 특수관계에 있는 자가 그 주식을 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 취득한 경우를 그 적용요건으로 규정하고 있고, 제41조의5 제3항 본문에서 준용하는 제41조의3 제6항은 제41조의3 제1항이 적용됨을 전제로 하여 법인이 발행한 신주를 그 적용대상에 포함시키고 있다.

(3) 이러한 위 규정들의 내용과 취지와 아울러 그 문언과 체계에 비추어 보면, 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.

나. 따라서 원심이 이와 같은 취지에서 비록 원고들이 엔에이치엔게임스 주식회사의 최대주주와 특수관계에 있지만 위 회사의 제3자 배정 방식에 의한 유상증자 절차에서 최대주주와 관계없이 직접 신주인수대금을 부담하여 이 사건 주식을 인수하였으므로 상속증여세법 제41조의5 제1항 및 제3항이 정한 적용요건을 충족하지 아니한다는 취지로 판단한 것은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 제41조의5 제3항 본문에서 준용하는 제41조의3 제6항의 해석 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 상속증여세법 제2조는 제1항에서 타인의 증여로 인한 증여재산에 대하여 증여세를 부과한다고 규정하면서, 제3항에서 ‘증여’에 관하여 ‘그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다’고 포괄적으로 규정하고 있다. 다만 납세자의 예측가능성을 보장하고 조세법률관계의 안정성을 도모하기 위하여 증여재산가액의 계산에 관한 상속증여세법의 규정(이하 ‘가액산정규정’이라 한다)이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 그 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 상속증여세법 제2조 제3항의 증여의 개념에 해당할 수 있더라도 그에 대하여 증여세를 과세할 수 없다고 할 것이다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014두1864 판결 등 참조).

나. 원심은, 상속증여세법 제41조의5 제1항 등은 그 규정들에서 정하지 아니한 이 사건 주식과 같은 신주의 취득에 대하여는 과세하지 아니하도록 하는 한계를 설정하였다고 보인다는 이유를 들어, 이 사건 합병에 따른 이 사건 주식의 상장이익에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 상속증여세법 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없으므로 이와 다른 전제에서 이루어진 피고들의 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 위 법리와 앞에서 본 규정들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 증여세 완전포괄주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

그리고 위와 같은 원심의 판단이 정당한 이상, 원심이 제1심판결 이유를 인용하여 이 사건 합병에 따른 이 사건 주식의 상장이익에 대하여 상속증여세법 제2조 제3항에 근거하여

과세할 수 있다고 가정하더라도 제41조의5 제1항이나 제42조 제1항 제3호를 유추적용하여 증여재산가액을 산정할 수도 없다고 판시한 부분의 당부는 판결 결과에 영향이 없으므로, 이 부분과 관련하여 원심판결에 증여재산가액 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 취지의 상고이유는 나아가 판단할 필요 없이 받아들이지 아니한다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장) 김용덕(주심) 김신 이기택

14

## 2017. 3. 30. 선고 2016두57038 판결 [양도소득세경정거부 처분취소]

[1] 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서의 규정 취지

[2] 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 주거지역 등에 편입되고 또한 도시개발법 등에 따라 환지처분 전에 농지 외의 토지로 환지에정지 지정을 받은 경우, 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서에 따른 양도소득세 면제 제한이 적용되는 시점(=주거지역 등에 편입된 날과 농지 외의 토지로 환지에정지 지정을 받은 날 중 빠른 날)

[3] 甲이 8년 이상 자경한 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 공업지역으로 편입된 후 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지에정지 지정 공고가 난 상태에서 甲이 토지를 양도하고는 공업지역에 편입된 날을 기준으로 양도소득세를 신고하였다가 다시 환지에정지 지정일을 기준으로 과다납부한 양도소득세를 환급해 달라는 경정청구를 하였으나 거부처분을 받은 사안에서, 위 토지는 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서에 따라 甲의 토지 양도소득 중 공업지역 편입일까지 발생한 부분에 대해서만 양도소득세 면제대상이 될 수 있다고 한 사례

### 【판결요지】

[1] 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 단서에서 본문에 의한 양도소득세 면제범위를 제한한 것은, 농지가 주거지역 등에 편입되거나 환지에정지 지정을 받은 후에는 개발이익이 발생하기 시작하여 경제적 가치 면에서 사실상 농지 외의 토지와 다를 바 없게 되므로 그 부분까지 농지로서의 양도소득세 감면혜택을 부여할 필요가 없기 때문이다.

[2] 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조특법’이라 한다) 제69조 제1항 단서의 문언상 주거지역 등 편입과 환지예정지 지정 중 어느 하나의 요건만 충족되면 양도소득세 면제범위가 제한된다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)에 따른 주거지역 등에 편입된 후 순차로 도시개발법 등에 따른 환지예정지 지정을 받은 경우 주거지역 등에 편입된 때부터 이미 사실상 농지 외의 토지로 취급되어 거래가 이루어지므로, 이 경우에는 환지예정지 지정이 아니라 그에 앞서 이루어진 주거지역 등 편입 전까지 발생한 양도소득에 대하여만 양도소득세 면제대상이 된다. 한편 여기에서 ‘주거지역 등’은 주거지역·상업지역 및 공업지역만을 의미하는데, 농지가 국토계획법에 따른 녹지지역에 편입되었다가 이후 도시개발법 등에 따른 환지예정지 지정을 받은 경우와 같이 주거지역 등에 편입됨이 없이 곧바로 환지예정지 지정이 이루어지는 경우도 있을 수 있으므로, 이와 같이 본다고 하여 구 조특법 제69조 제1항 단서 중 ‘환지예정지 지정을 받은 날까지’ 부분이 불필요하거나 무의미하게 되는 것도 아니다. 이러한 점들을 종합하여 보면, 구 조특법 제69조 제1항 단서에 따른 양도소득세 면제 제한은 국토계획법에 의하여 주거지역 등에 편입된 날과 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지예정지 지정을 받은 날 중 빠른 날을 기준으로 적용된다고 보아야 한다.

[3] 甲이 8년 이상 자경한 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 공업지역으로 편입된 후 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지예정지 지정 공고가 난 상태에서 甲이 환지 전에 토지를 양도하고는 공업지역에 편입된 날을 기준으로 양도소득세를 신고하였다가 다시 환지예정지 지정일을 기준으로 과다납부한 양도소득세를 환급해 달라는 경정청구를 하였으나 거부처분을 받은 사안에서, 위 토지는 환지예정지 지정을 받기에 앞서 이미 공업지역으로 편입되었으므로 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 단서에 따라 甲의 토지 양도소득 중 공업지역 편입일까지 발생한 부분에 대해서만 양도소득세 면제대상이 될 수 있다고 보아야 하는데도, 환지예정지 지정일까지 발생한 양도소득에 대하여도 양도소득세가 면제된다고 보아 처분이 위법하다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

**【참조조문】** [1] 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 / [2] 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 / [3] 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항

**【원고, 피상고인】** 원고 (소송대리인 법무법인 새시대 담당변호사 정영일)

**【피고, 상고인】** 북대전세무서장

**【원심판결】** 대전고법 2016. 10. 7. 선고 2016누11542 판결

**【주 문】** 원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 구 조세특례제한법(2015. 12. 15. 법률 제13560호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조특법’이라 한다) 제69조 제1항은 본문에서 농지소재지에 거주하는 자가 8년 이상 직접 경작한 토지의 양도로 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세를 전부 면제한다고 규정하면서도, 그 단서에서는 해당 토지가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)」에 따른 주거지역·상업지역 및 공업지역(이하 ‘주거지역 등’이라 한다)에 편입되거나 「도시개발법」 또는 그 밖의 법률(이하 ‘도시개발법 등’이라 한다)에 따라 환지처분 전에 농지 외의 토지로 환지예정지 지정을 받은 경우에는 주거지역 등에 편입되거나 환지예정지 지정을 받은 날까지 발생한 소득으로서 대통령령이 정하는 소득에 대해서만 양도소득세를 면제하도록 정하고 있다.

이처럼 구 조특법 제69조 제1항 단서에서 본문에 의한 양도소득세 면제범위를 제한한 것은, 농지가 주거지역 등에 편입되거나 환지예정지 지정을 받은 후에는 개발이익이 발생하기 시작하여 경제적 가치 면에서 사실상 농지 외의 토지와 다를 바 없게 되므로 그 부분까지 농지로서의 양도소득세 감면혜택을 부여할 필요가 없기 때문이다. 구 조특법 제69조 제1항 단서의 문언상 주거지역 등 편입과 환지예정지 지정 중 어느 하나의 요건만 충족되면 양도소득세 면제범위가 제한된다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 농지가 국토계획법에 따른 주거지역 등에 편입된 후 순차로 도시개발법 등에 따른 환지예정지 지정을 받은 경우 주거지역 등에 편입된 때부터 이미 사실상 농지 외의 토지로 취급되어 거래가 이루어지므로, 이 경우에는 환지예정지 지정이 아니라 그에 앞서 이루어진 주거지역 등 편입 전까지 발생한 양도소득에 대하여만 양도소득세 면제대상이 된다고 봄이 타당하다. 한편 여기에서 ‘주거지역 등’은 주거지역·상업지역 및 공업지역만을 의미하는데, 농지가 국토계획법에 따른 녹지지역에 편입되었다가 이후 도시개발법 등에 따른 환지예정지 지정을 받은 경우와 같이 주거지역 등에 편입됨이 없이 곧바로 환지예정지 지정이 이루어지는 경우도 있을 수 있으므로, 이와 같이 본다고 하여 구 조특법 제69조 제1항 단서 중 ‘환지예정지 지정을 받은 날까지’ 부분이 불필요하거나 무의미하게 되는 것도 아니다. 이러한 점들을 종합하여 보면, 구 조특법 제69조 제1항 단서에 따른 양도소득세 면제 제한은 국토계획법에 의하여 주거지역 등에 편입된 날과 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지예정지 지정을 받은 날 중 빠른 날을 기준으로 적용된다고 보아야 한다.

2. 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 1990. 4. 23. 대전 유성구 (주소 1 생략) 답 523㎡에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기를 마치고, 2003. 8. 7. 위 토지에 원고 소유의 인접 농지인 (주소 2 생략) 답 67

m<sup>2</sup>를 합병등기하였다. 합병 후 대전 유성구 (주소 1 생략) 답 590m<sup>2</sup>는 그중 104m<sup>2</sup>가 2013. 8. 1. (주소 3 생략)로 분할되어 486m<sup>2</sup>만 남게 되었다(이하 이처럼 분할되고 남은 토지를 ‘이 사건 토지’라 한다).

나. 미래창조과학부장관은 2009. 7. 21. 구 대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법(2012. 1. 26. 법률 제11232호로 법률 제명 변경되기 전의 것, 이하 ‘구 연구개발특구법’이라 한다)에 따라 이 사건 토지가 포함된 대전 유성구 ○○동 일대의 토지를 토지소유자에 의한 환지방식의 사업추진방식으로 개발한다는 내용으로 대덕연구개발특구 2단계 ○○지구 개발계획을 고시하였다.

다. 대전광역시장은 2011. 12. 28. 구 연구개발특구법 제27조 제1항 등에 따라 ‘대덕연구개발특구2단계(○○지구) 개발사업 실시계획 승인고시’를 하였고, 이에 따라 이 사건 토지는 국토계획법상 대전광역시 공업지역으로 편입되었다.

라. 대전광역시 유성구청장은 2012. 10. 25. ○○지구 개발사업조합장에게 ‘대덕연구개발특구2단계(○○지구) 환지계획 인가통보’를 하였고, ○○지구 개발사업조합은 2012. 11. 1. 조합원들에게 환지예정지 지정조서 및 환지예정지 지정설명서를 발송하였는데, 이에 따르면 이 사건 토지의 환지예정지는 △△블럭(가지번 □□□) 229.9m<sup>2</sup>였다.

마. 대전광역시 유성구청장은 2013. 6. 21. 그 효력 발생일을 공고 당일로 하는 대덕연구개발특구 2단계(○○지구) 환지예정지 지정 공고를 하였으며, 이때 이 사건 토지의 환지예정지는 위 환지예정지 지정조서와 동일하게 지정되었다.

바. 원고는 2014. 9. 5. 주식회사 부원유엔아이에 이 사건 토지에 관하여 2014. 9. 1.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 2014. 9. 26. 피고에게 이 사건 토지가 주거지역 등에 편입된 날을 기준으로 감면세액을 29,858,108원으로 계산하여 양도소득세를 신고하였다.

사. 원고는 2014. 12. 31. 피고에게 이 사건 토지에 관한 환지예정지 지정일을 기준으로 감면세액을 43,964,080원으로 계산하여야 한다는 이유로 과다납부한 양도소득세 14,105,972원을 환급하여 달라는 경정청구를 하였으나, 피고는 2015. 2. 25. 이를 거부하는 이 사건 처분을 하였다.

3. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 토지는 2013. 6. 21. 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지예정지 지정을 받기에 앞서 2011. 12. 28. 이미 국토계획법에 따른 공업지역으로 편입되었으므로, 구 조특법 제69조 제1항 단서에 따라 원고의 이 사건 토지 양도소득 중 공업지역 편입일인 2011. 12. 28.까지 발생한 부분에 대해서만 양도소득세 면제대상이 될 수 있다고 보아야 한다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 토지에 관한 환지예정지 지정일인 2013. 6. 21.까지 발생한 양도소득에 대하여도 양도소득세가 면제된다고 보아 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 구 조특법 제69조 제1항 단서의 적용범위

에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 김신 김소영(주심) 이기택

**15** 2017. 3. 22. 선고 2016도16314 판결 [공공단체등위탁선거에관한법률위반]

[1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 정한 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준

[2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제23조에서 정한 ‘당선되게 할 목적’의 의미

[3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 금전 등을 ‘제공’하는 행위와 금전 등의 제공을 ‘지시’하는 행위의 의미 및 지시를 하는 사람과 상대방 사이에 반드시 단체나 직장 등에서의 상하관계나 엄격한 지휘감독관계가 있어야 하는지 여부(소극)

**【판결요지】**

[1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다) 제58조에서 정한 ‘선거운동’이란 위탁선거법 제3조에서 규정한 위탁선거에서의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하고(위탁선거법 제23조), 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단할 때에는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지를 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다.

[2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다)은 공공단체 등의 선거가 깨끗하고 공정하게 이루어지도록 함으로써 공공단체 등의 건전한 발전과 민주사회 발전에 기여하려는 데 입법 목적이 있으므로, 위탁선거법 제23조에서 규정하고 있는 ‘당선되게 할 목적’은 금전·물품·향응, 그 밖의 재산상의 이익이나 공사의 직(이하 이러한 재산상의 이익과 공사의 직을 통틀어 ‘재산상 이익 등’이라고 한다)을 제공받은 당해 선거인 등의 투표행위에 직접 영향을 미치는 행위나 재산상 이익 등을 제공받은 선거인 등으로 하여금 타인의 투표의사에 영향을 미치는 행위 또는 특정 후