

## 일감몰아주기 규제의 문제점 및 위헌성 검토<sup>1)</sup>

최승재 / 변호사 · 전 경북대 법학전문대학원 교수 (lawntech1@naver.com)



일감몰아주기 규제는 공정거래법, 형법, 세법, 회사법 등에서 다양하게 이루어지고 있다. 특히 2011년 상증세법 제45조의3와 상법의 회사편에 제397조의2 회사 기회유용 규정이 신설되어 일감몰아주기를 규제하게 되었다. 현재도 추가로 형사적인 규제의 강화(조세범처벌법의 적용 등)나 공정거래법상의 부당지원행위에서의 현저성 요건을 삭제하는 방안 등이 일감몰아주기 규제에 제시되고 있다.

일감몰아주기를 바라보는 관점은 철저한 경제분석을 통하여 개별사안별로 합리적으로 이루어져야 한다. 복수의 기업을 계열회사나 자회사로 두고 있는 기업집단이 기업집단의 지배구조를 어떻게 가져갈 것인가 하는 것은 기업집단이 가장 효율적인 구조로 스스로 결정할 문제이며, 계열사간 거래는 거래를 통한 시너지 창출을 목적으로 하는 것으로 기업집단의 수직계열화와 계열사간 거래는 효율성, 보안성, 신속성 등을 이유로 이루어지는 것이므로 이러한 거래와 비정상적인 거래를 구별하지 않고 일률적으로 규제하는 것은 정책적인 타당성이라는 면에서 의문이 있다. 2011년 신설된 상증세법 제45조의3(증여의제과세)은 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법 제23조 위반의 소지가 있으므로 이 점에 대해서 전향적으로 신중하게 검토할 필요성이 있으며, 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 개정하여 현저성 요건을 없애는 등의 방법으로 일감몰아주기를 규제하겠다는 방안 역시도 부당성 요건과 함께 현저성 요건이 부당지원행위 규정을 위헌적이지 않도록 하는 규제의 정당성을 부여하는 요소라는 점을 감안하여 신중하게 고려하여야 한다.

### 1. 소위 일감몰아주기 과세를 위한 상증세법 제45조의3 신설

□ 2011년 정기국회에서 일감몰아주기를 억제하고자, 상속증여세법을 개정하였음<sup>2)</sup>.

- 기업집단내 계열사간 상품용역 거래에 따른 이익에 대해 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하는 내용을 담은 상증세법 제45조의 3이 신설되었음.
- 수혜법인의 세후 영업이익에 대해 특수관계법인과의 거래비율이 30%를 초과하고 내부지분율이 30%이상이고 수혜법인의 지배주주 지분율이 3%를 초과하는 경우 증여세를 부과하는 내용으로 내부거래비율과 지분율에 비례하여 상증세를 부과하는 것을 내용으로 함.

1) 본고는 필자의 개인적인 견해이며, 필자가 속한 단체의 견해가 아님을 밝힙니다.

2) 기존의 필자의 주장은 최승재, “소위 "일감몰아주기"에 대한 과세방안의 비판적 검토”, KERI Brief 11-21 (2011); 최승재, “일감 몰아주기에 대한 상속세 과세 논란에 대한 검토”, KERI Brief 11-06 (2011).

## 2. 일감몰아주기와 경제적 효율성

### □ 기업의 경제적 자율성 확보의 필요성

- 자본주의는 경제주체의 자율적인 이윤추구행위의 결과로 사회공동체 전체의 부의 증가를 도모하고자 하는 체제임. 기업은 스스로가 자신의 행위로 인한 손익의 귀속주체이므로, 경제적 효율성을 달성할 수 있는 거래방식을 가장 잘 파악하고 있는 주체임.
- 기업집단 계열사간 거래에 대해 일률적으로 증여성 거래로 보고 과세하는 방안은 계열사간에 정상적인 가격으로 거래되는 경우에 대해서도 과세하게 되어 기업의 자율권을 과도하게 침해할 우려
- 계열사간 거래는 증여목적의 유무에 따라 결정되는 것이 아니며 거래를 통한 시너지 창출에 있으며, 기업집단은 이러한 효율성에 근거하여 형성되는 것임. 기업집단의 수직계열화와 계열사간 거래는 효율성, 보안성, 신속성 등을 이유로 경영전략 측면에서 이루어지는 것이므로 이러한 거래를 일률적으로 양적 제한을 두어 과세하는 것은 정책적인 타당성이라는 면에서 의문이 있음.
- 내부거래비율, 영업이익, 소수지분율은 증여성 거래 판단에 있어 부적절한 기준요건
  - 계열사간 거래비율의 크기는 주식의 시세차익과 다른 개념으로서 거래의 효율성에 따라 결정되며, 영업이익은 계열사간 내부거래 효과뿐만 아니라 해당 기업고유의 경영노력 등 여러 요인에 의해 영향을 받음.

### □ 조세의 효율과 형평

- 조세부과가 경제적 효율을 포기하면서 달성하려는 목표가 조세의 형평이라면 달성하려는 조세의 형평성 및 포기하는 경제적 효율성에 대한 실증분석이 필요함.
- 지배주주·친족의 소유로 인해 증여목적의 계열사간 거래비율이 높아지며 그러한 거래로 증가된 내부거래가 영업이익을 증가시켜 결과적으로 기업가치를 높여 증여의 효과를 유발했다는 실증적 증거가 제시되지 못했음.
- 영업이익, 주식가치 등 기업성과는 계열사간 내부거래비율이나 지배주주·친족의 소유 여부뿐 아니라 경영전략, 산업성장율, 수출조건, 고용비용 등 다양한 요인에 의해 영향을 받기 때문에 수혜여부를 판단하는데 있어서 엄밀한 분석이 필요

### 3. 일감몰아주기 과세의 경제적 영향

- 기업구조의 자율성 훼손
  - 복수의 기업을 계열회사나 자회사로 두고 있는 기업집단이 기업집단의 지배구조를 어떻게 가져갈 것인가 하는 것은 기업집단이 가장 효율적인 구조로 스스로 결정할 문제임.
  - 인터넷 사업을 하는 A사가 이동통신사업을 A사의 내부부서로 돌지, 아니면 별도의 회사를 설립할 것인지에 대한 법제도가 중립적으로 취급하도록 하는 것이 경제주체의 자율성을 가장 잘 확보할 수 있는 방안임.
- 비정상적인 개별 기업의 비대화와 이로 인한 비효율 우려
  - 계열사간 거래에 대한 과세를 통하여 계열사간 거래에 대하여 법적으로 규제를 하면, 그 결과로 기업들은 계열기업의 수를 줄이고 관련 기업을 합병하거나, 신규사업은 기존의 회사의 한 부서로만 수행하려고 할 우려가 있음.
  - 기업지배구조의 제한을 통한 비정상적인 개별 기업의 비대화는 궁극적으로 기업내부의 자원배분의 왜곡을 발생시킬 우려가 있음. 특히 신규사업의 경우에는 기존사업에 비하여 투자우선순위에서 밀려서 기업의 혁신성을 저해할 위험이 있음.

### 4. 영업이득에 대한 일감몰아주기 과세의 위헌적 요소

- 미실현이익에 대한 과세
  - 미실현이익을 과세하여야 한다고 주장하는 논자는 실현되지 아니한 이익도 언젠가는 실현될 이익이므로 이익의 일종이고, 그러한 이상 미실현이익에 대한 비과세는 공평의 문제가 있다고 주장하는 논자도 있음. 또한 미실현이익에 대해서 과세하지 아니하고 실현이익에 대해서만 과세를 하는 경우에는 소위 동결효과(Chilling effect)가 발생하여 시장에서의 거래를 제한하게 된다는 점도 실현이익만을 과세하는 제도가 오히려 조세정책상으로도 문제가 있다는 주장도 같은 논지인 것으로 보임.
  - 그러나 계열사 거래(일감 몰아주기)에 대한 과세는 아직 발생하지 않은 이익(미실현이익)에 대한 과세로 토초세와 같은 위헌의 소지가 있음.
    - 이는 토초세가 미실현이익에 대하여 과세를 하는 경우 헌법재판소가 우려하였던 원본잠식을 통한 재산권 침해의 우려와 같은 현상이라고 볼 수 있음. 반면 손실도 감안을 하려면 과세관청이 과도한 행정적인 부담을 가지게 됨.

- 증여세 또는 소득세 과세대상인 수혜법인의 지배주주 입장에서는 수혜법인의 순익이 증가하면 배당재원이 늘어나게 되어 배당을 받는 경우 그 배당소득에 대해서는 종합소득세를 부담하게 됨. 수혜법인은 법인세를, 주주는 배당소득세를 이미 납부하고 있음에도 불구하고 일감을 특수관계에 있는 계열사에 몰아 받았다는 이유만으로 주가가 오를 경우 주가상승분을 증여받은 것으로 보아 이에 대하여 또 중복적으로 과세하는 것은 타당하지 않음. 왜냐하면 주식이라는 다양한 주가변동요인이 영향을 미치는 지표를 과세의 대상으로 삼았을 경우 일감몰아주기가 있어도 주가가 떨어질 수도 있고, 그 반대로 움직일 수도 있어 납세자를 설득하기도 어렵고, 제도의 정당성을 찾기도 어렵기 때문임.
  - 이와 같은 점들을 감안하면 개정 상증세법이 주식 가치 상승분을 과세대상으로 하지 않은 것은 타당한 판단임.
  - 주식가치상승분에 대한 자본이득 과세가 필요하다면 상증세법 제45조의3과 같은 방식의 과세가 아니라, 일반적으로 발생하는 모든 주식거래에 대한 자본이득세(capital gain)를 과세하는 것이 정도(正道)일 것임.
  - 영업이득에 대한 과세는 일감몰아주기를 하면 영업이익이 발생하게 되고, 영업이득에 대해서 과세를 하게 되면 주식가치 상승분에 대한 과세에 비하여는 인과관계의 면에서 더 가깝다고 생각할 수 있음. 그러나 여전히 미실현된 배당 등에 대한 과세로서 위헌성이 문제됨.
  - 주식가치 상승분이 아닌 영업이익에 대한 과세를 한다고 하더라도 여전히 문제점이 해소된 것은 아님. 물량이 증가하면 많은 경우 영업이익이 증가할 수 있을 것이나, 영업이익은 주주가 직접 향유할 수 있는 것이 아니라는 점에서 영업이익에 대한 과세는 미실현 배당 등에 대한 과세임.
- 주주에게 이익이 현실화될 때 과세하여야
- 회사가 주주에게 이익을 돌려주는 방법은 이익배당, 자기주식취득, 이익에 의한 주식소각<sup>3)</sup> 등 세 가지가 있음.
  - 배당가능이익의 범위에서 주주평등을 유지하면서 이루어지는 자기주식취득 또는 이익에 의한 주식소각은 주주나 채권자에 미치는 경제적 효과의 면에서 이익배당과 완전히 동일함.<sup>4)</sup> 다만 자기주식취득은 유상감자와 자기주식취득, 이익배당, 이익에 의한 주식소각은 채권자 보호의 측면에서만 차이가 있을 뿐임.

3) 2011년 개정상법에서는 주식소각제도 중 자본금감소에 의한 소각제도는 그대로 존치하면서(상법 제343조 1문) 이익소각제도를 본질적으로 그와 동일한 것으로 보고 하나의 제도로 통합하여 이익소각제도를 폐지하였음. 본고에서는 구법상 이익소각을 표현하기 위해서, 이익에 의한 소각이라는 점을 명확하게 하기 위하여 이익에 의한 주식소각이라고 칭함.

4) 대법원은 “법인이 자본감소절차의 일환으로 상법 제341조 제1호에 따라 주식을 소각하여 출자금을 환급받기 위한 목적에서 땅인으로부터 주식을 취득한 사안에서, 주식의 양도차익을 땅인에 대한 배당소득으로 의제하여 위 법인에게 원천징수분 배당소득세를 고지한 처분은 적법”하다고 본 원심판단을 수긍하였음(대법원 2010.10.28. 선고 2008두19628 판결 【배당소득세부과처분취소】).

- 회사의 이익을 주주에게 반환하는 세 가지 방법은 배당가능이익의 범위에서 이루어지는 한 채권자보호의 측면에서도 차이가 없기 때문에 법적으로 동일하게 취급되어야 하며,<sup>5)</sup> 그리고 2011년 개정된 상법에서도 이러한 취지가 반영되었음.
- 회사의 주주는 청산이 아닌 다음에는 이익배당, 자기주식취득, 이익에 의한 주식소각(이하 “배당 등”이라고 함) 등의 방법을 통하여 회사의 영업이익은 주주에게 귀속될 수 있음.
- 배당여부는 회사가 결정하는 것이므로 주주로서는 영업이익을 현실화할 수 있는 방법은 배당 등이지 영업이익 자체가 아님. 상법에서의 이익배당은 자본충실의 관점에서 이루어짐. 채권자의 이익을 보호하기 위하여 일정한 금액은 주주에게 유출할 수 없도록 하고 있는 바, 이러한 제한에 따라 회사가 배당할 수 있는 한도가 배당가능 이익임.<sup>6)</sup>
  - 회사의 배당정책은 회사의 경영상 주요의사결정사항으로 통상 성장기 회사는 배당을 적게 하는 대신 주주들이 시장에서 주식을 매각하여 차익을 얻도록 하고, 성숙기 회사는 배당을 후하게 하는 방식으로 주주들의 투자를 유지시킴.
- 영업이익에 과세를 하는 것은 이런 측면에서 오히려 실질적으로 주주가 바로 매각을 하면 현실화할 가능성이 있는 주가 상승분에 대한 과세보다 더 먼 인과관계를 가지고 있고 주주가 스스로 의사결정을 할 수 없는 경우가 더 많을 것임.
- 영업이익에 대한 증여세 과세는 실제 이익을 얻은 것은 수혜기업이고, 주주가 그 이익을 현실화하는 방법은 주식의 매각(capital gain)이나 배당(dividend; distribution)이라는 점을 생각하면 도대체 수증익이 무엇인지를 알 수 없음. 일감을 몰아주면 그 결과 영업이익이 증가할 것이고, 영업이익의 증가는 궁극적으로 주식가치의 증가로 이어질 것이므로 몰량몰아주기를 통하여 증가한 영업이익이나 주식가치 증가분에 대하여 증여세를 과세할 수 있다는 것이 일감몰아주기 과세를 하려고 하는 입법자들의 사고의 기초인 것으로 보임.
- 그러나 영업이익에 대한 증여세 과세를 설계하려면 수증자라고 말해지는 주주들이 얻는 것이 무엇인지를 생각하여야 할 것임. 주주들이 영업이익을 현실화할 때 그 현실화된 소득 증가에 대해서 직접 과세를 하면 될 것임.

## 5. 정책대안

- 현행 증여의제과세 제도가 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법 제23조 및 제11조를 위반의 소지가 있으므로 이 점에 대해서 신중하게 검토할 필요성이 있음.
  - 계열사 간 거래가 정상적 가격으로 거래됐는지 여부에 대한 엄밀한 검정이 수행되어야 함에도 불구하고 계열사 간 거래를 일률적으로 증여성 거래로 보는 시각이 문제

5) 송옥렬(2011), 상법강의, 홍문사 1058면.

6) 송옥렬, 앞의 책, 1059면.

- 영업이익에 대해 계열사 간 거래비율과 소유지분에 따라 상증세를 과세하는 일률적 방식은 기업집단의 효율적 거래를 제한하고 기업 활동을 억제시키는 문제를 유발
  - 계열사 간 거래가 유발할 수 있는 문제에 대해서는 공정거래법상의 부당지원행위규제 및 증권집단소송 등 다양한 규제 장치가 도입되어 있고, 기업의 내·외부 견제시스템이 정착되어 지배구조에 대한 견제역할을 수행하고 있음. 2011년 개정상법상의 회사기회유용법리까지 도입하였음.
  - 논리적·실증적 분석을 통하여 일감몰아주기에 대한 증여과세의 위헌가능성을 분석적으로 재고할 필요가 있음.
- 만일 현행 일감몰아주기 과세를 유지한다고 하더라도 배당소득세를 부담하는 경우에는 기납부 배당소득세를 증여세 과세에서 공제하는 것과 같은 이중과세 방지장치를 도입하여야 함.
- 한편 영업이익이 배당이 이루어질 경우 배당소득세와의 조정이 이루어질 필요가 있음.
    - 만일 배당소득이 있는 것으로 의제하는 것이 입법재량의 문제로 합헌이라고 하더라도 실제적으로 배당소득세가 과세된 경우에는 단일한 배당소득에 대해서 동일인에게 중복적으로 과세하는 것이 되어 이중과세의 문제가 발생함.<sup>7)</sup>
  - 만일 배당가능한 이익이 있다고 해서 증여세 과세를 하고, 이후에 실제로 배당이 되었다고 해서 다시 배당소득세에 대한 과세를 한다면 이는 이중과세의 문제가 발생하게 될 수 있으므로 이 부분에 대한 조정장치를 마련할 필요가 있음.
- 만일 일감몰아주기 과세를 법에서 정한 특수관계에서 발생하는 이익에 대해서 하려면, 당해 기업이 동종 거래에서 입게 되는 손실에 대한 고려도 하여야 할 것임.
- 영업이익에 대해서는 과세는 하지만, 영업손실에 대하여 과세환급을 하거나 하는 장치는 없음.
    - 이익에 대해서만 지속적으로 과세할 경우 원본 손실(재산권 침해)이 발생할 수 있음.
    - 만일 증여의제해서 영업이익에 대한 과세를 한다면 재산권 침해를 막기 위하여 손실에 대한 고려를 할 수 있는 장치도 정책적으로 고려할 필요성이 있다고 봄.

7) 대법원은 “구 소득세법(2006. 12. 30. 법률 제8144호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 제1호가 규정하고 있는 의제 배당소득, 즉 주식의 소각 또는 자본의 감소로 인하여 주주가 받은 재산의 가액에서 그 주주가 당해 주식을 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액 중에는 기업경영의 성과인 잉여금 중 사외에 유출되지 않고 법정적립금, 이익준비금 기타 임의적립금 등의 형식으로 사내에 유보된 이익뿐만 아니라 유보된 이익과 무관한 당해 주식의 보유기간 중의 가치 증가분도 포함되어 있을 수 있으나, 위 법률조항이 이를 별도로 구분하지 않고 모두 배당소득으로 과세하고 있는 것은 입법정책의 문제이고 그 밖에 의제배당소득의 입법 취지, 조세징수의 효율성이라는 공익적인 측면 등에 비추어 보면 위 법률조항이 입법자의 합리적 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없어 그로써 조세평등주의를 규정한 헌법 제11조에 위배된다거나 재산권보장을 규정한 헌법 제23조에 위배된다고 볼 수 없다.”라고 하여 주식의 소각 또는 자본의 감소로 인하여 주주가 받은 재산의 가액에 의제배당과세에 대해서는 실질적인 배당으로 보아 합헌이라고 본 바 있음. (대법원 2010.10.28. 선고 2008두19628 판결 【배당소득세부과처분취소】).

- 공정거래법상 부당지원행위 규정을 일감몰아주기에 적용하기 위해서 현저성 요건을 삭제하는 것은 타당성이 의심됨.
  - 부당지원행위는 기본적으로 단일한 정상가격을 정하도록 하는 것이 목적인 규제수단이 아니므로, 합리적인 범위를 정하여 그 범위를 넘는 가격결정만을 문제 삼아야 함. 이런 점에서 범위를 정하는 역할을 하는 현저성 요건이 부당성 요건과 결합되어야 타당한 규제결과를 도출할 수 있음.<sup>8)</sup>

---

8) 이에 대한 추가적인 논의는 최승재(2009), 부당지원행위규정 개정론, 경쟁법연구시리즈 3 참조.