

세법연구 19-03

증여세 완전포괄주의 제도의 개선방안에 관한 연구

2019. 10

세법연구 19-03

증여세 완전포괄주의 제도의 개선방안에 관한 연구

2019. 10

연 구 진

연구책임자

김 무 열 초빙연구위원

공동연구원

이 형 민 공인회계사

윤 석 현 공인회계사

목 차

I. 서론	7
II. 우리나라의 증여세 완전포괄주의 제도	10
1. 의의	10
가. 상속세 및 증여세 일반	10
나. 증여세 완전포괄주의 개념 및 도입배경	11
다. 주요 입법연혁	13
2. 현행 「상증세법」상 완전포괄주의 관련 내용	18
가. 증여 및 증여재산의 개념	19
나. 증여세 납부의무	20
다. 증여세 과세대상	21
라. 증여재산가액 계산의 일반원칙	28
3. 「조세법」의 일반 원칙과의 관계	29
가. 조세법률주의와 조세공평주의	30
나. 실질과세원칙	32
III. 증여세 완전포괄주의에 관한 판례분석	38
1. 개요	38
2. 주요 증여유형별 판례분석	40
가. 주식 우선매수청구권 포기에 따른 증여	40
나. 주식의 포괄적 교환에 따른 증여	41
다. 계열사 간 일감 몰아주기에 대한 공정거래위원회 과징금부과 사례	43

라. 흑자영리법인을 통한 간접증여	46
마. 비특수관계인 간 자금대여에 따른 증여	49
바. 상장을 통한 주식가치 증가에 대한 증여	51
사. 신주인수권부사채 인수의 증여세 과세요건에 관한 사례	53
아. 개발사업 전 토지매입에 따른 재산가치 증가분에 대한 증여	54
자. 전환사채의 전환권행사에 따른 차익에 대한 증여	56
차. 조세회피 목적만을 위한 교차증여	58
카. 비특수관계인 간 주식 고가양도에 따른 증여	61
3. 소결	62
가. 판례에 대한 요약 및 평가	62
나. 구 「상증세법」 제2조 제3항 및 개별예시규정 간의 관계	65
다. 다단계거래 및 우회거래에서 실질과세원칙 적용	68
라. 증여의 실질 여부에 따른 과세판단 및 정당한 사유의 입증책임	69
IV. 주요국 증여세 완전포괄주의 제도	71
1. 미국	72
가. 상속·증여세 제도 일반	72
나. 법 규정상의 완전포괄주의	76
다. 변칙적 증여거래에 대한 주요 판례	85
2. 일본	92
가. 상속·증여세 제도 일반	92
나. 법 규정상의 완전포괄주의	97
다. 변칙적·간접적 증여거래에 대한 주요 판례	102
3. 독일	109
가. 상속·증여세 제도 일반	109
나. 법 규정상의 완전포괄주의	113
다. 변칙적 증여거래에 대한 주요 판례	122

4. 국제비교	124
가. 상속·증여세제 일반	124
나. 증여세 완전포괄주의 관련 내용	128
다. 포괄증여세제 적용의 구체적 예	133
V. 문제점 및 개선방안	136
1. 우리나라 포괄증여세제 제도 운영에 대한 전반적 평가	136
2. 실질과세원칙 적용 기준의 정립	139
가. 현황 및 문제점	139
나. 개선방안	141
3. 증여유형예시와 평가방법의 분리	144
가. 현황 및 문제점	144
나. 개선방안	146
4. 증여유형 간 세부담의 불균형 해소	148
가. 현황 및 문제점	148
나. 개선방안	151
5. 타인의 재산가치를 증가시키는 행위에 대한 과세	152
가. 현황 및 문제점	152
나. 개선방안	155
6. 증여의제규정	157
가. 현황 및 문제점	157
나. 개선방안	158
7. 증여의 실질이 없는 거래에 대한 과세제외	160
가. 현황 및 문제점	160
나. 개선방안	161
VI. 결론	163
참고문헌	166

표 목차

〈표 II-1〉 상속세 및 증여세의 세수비중 추이	11
〈표 II-2〉 증여세 과세대상 개별예시규정 내용	23
〈표 II-3〉 증여세 과세대상이 되는 증여추정	26
〈표 II-4〉 「상증세법」상 증여의제규정	27
〈표 II-5〉 증여재산가액 계산의 일반원칙	29
〈표 III-1〉 판례유형별 내용 요약	63
〈표 IV-1〉 미국의 증여세 과세대상 거래 유형 예시	80
〈표 IV-2〉 일본의 특례조치와 일반조치 비교	96
〈표 IV-3〉 일본 「상속세법」상 증여의제규정	98
〈표 IV-4〉 일본 「상속세법 기본통달」 내용	99
〈표 IV-5〉 독일의 상속세 및 증여세 계산 시 인적공제 금액 및 적용 세율	112
〈표 IV-6〉 독일 「상증세법」 제7조 제1항에서 포괄규정에 대한 보충 규정	117
〈표 IV-7〉 상속증여세제의 일반사항 국제비교	127
〈표 IV-8〉 증여세 완전포괄주의에 관한 내용 국제비교	132
〈표 IV-9〉 포괄증여세제 적용의 구체적 예 국제비교	135
〈표 V-1〉 증여세 과세대상 결정을 위한 기준금액 및 기준비율	149

I. 서론

- 증여세는 타인으로부터 재산을 무상으로 취득하는 것에 부과하는 세목으로, 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등에 불구하고 사실상 부의 무상이전이 있을 경우 이를 과세대상으로 포섭하기 위해 2003년 말 「상속세 및 증여세법」(이하 「상증세법」)에 완전포괄주의 규정¹⁾을 도입함
 - 증여세 완전포괄주의 도입 전 열거주의 및 유형별 포괄주의 등으로는 새로운 경제환경에서 변칙적 부의 이전을 효과적으로 대응하는 데 한계를 보였기 때문임
 - 완전포괄주의에서 증여는 경제적 실질에서의 부의 무상이전을 말하므로 기본적으로 계약에 의한 것을 한정하는 「민법」상의 증여²⁾와는 다른 것으로 완전포괄주의 도입 당시 「상증세법」에서 증여의 개념을 창설적 규정으로 정의함

- 증여세 완전포괄주의는 과세관청과 납세자의 예측가능성 저하로 조세분쟁이 일어날 소지는 있지만 변칙적 부의 무상이전에 대해 과세를 한다는 점에서 공평과세를 실현하며 부의 재분배를 통한 사회계층 간 갈등해소에 기여하는 데에 이론적 합리성을 갖음
 - 기존 법의 허점을 이용한 증여세 회피행위를 막기 위해 사후적으로 개별 증여의 제규정을 계속적으로 신설하는 방식은 근본적인 한계를 지님
 - 향후에도 신종 자본거래나 금융기법을 이용한 변칙적 부의 이전거래 발생이 예견되므로 이에 대해서도 과세하는 법적 근거를 마련하여 조세공평을 실현하는 것이 요청됨

1) 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 「상속세 및 증여세법」(2004. 1. 1부터 시행)

2) 당사자 일방이 무상으로 일정한 재산을 상대방에게 준다는 의사를 표시하고, 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약을 말함(「민법」 제554조)

- 그러나 완전포괄주의의 실제 적용 사례에서 도입취지에 부응하지 못하는 사법부 판단이 나오는 등 그 실효성에 의문이 제기되고 있으며 이에 과세관청은 입법적 보완을 지속하고 있음
 - 완전포괄주의 규정에 의한 증여세 과세는 2008년부터 본격적으로 이루어지기 시작하였으며 이때부터 조세분쟁사례가 나타나기 시작함³⁾
 - 그러나 개별예시규정⁴⁾의 과세요건을 충족하지 못하는 새로운 유형의 거래에 대해 개별예시규정을 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 보는 해석에 따라 과세가 불가능하다는 법원의 판결⁵⁾이 계속되고 있음
 - 과세관청은 2013년에는 포괄적인 증여 개념에 대응하는 일반적인 증여이익의 계산방법인 ‘증여재산가액 계산의 일반원칙’을 제정하였 2016년부터는 경제적 실질이 유사한 개별예시규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우를 과세대상으로 명문화하는 등 입법적 보완을 시도함

- 따라서 본 연구에서는 완전포괄주의 증여세제가 도입된 지 15년이 흐른 현 시점에서 그동안의 운용 성과를 평가하고 문제점을 파악하여 동 제도의 실효성을 높일 수 있는 방안을 제시하고자 함
 - 우리나라의 완전포괄주의 제도 도입의 취지 및 입법상의 구체적 내용, 그동안 축적된 판례 내용 분석, 주요국 관련 입법 및 운용 사례 등을 참고하여 문제점 분석 및 개선방안 도출을 수행함
 - 특히 사실상 부의 이전에 해당하면 법에서 예시되지 않은 거래 유형이더라도 증여세를 과세하도록 실효성을 높이기 위해서 다음과 같은 사항을 중점적으로 고찰함
 - 경제적 실질 적용에 대한 판단기준의 정립

3) 감사원, 「주식변동 및 자본거래 과세실태 보고서」, 2013. 3. p. 17.

4) 완전포괄주의 도입 전 증여의제규정으로써 완전포괄주의 도입 후에는 증여재산가액 산정을 위한 예시규정으로 남겨놓은 규정을 말하며 자세한 내용은 제2장을 참고

5) 흑자영리법인인 통한 간접증여 사례(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결), 비특수관계인 간 자금대여에 따른 증여 사례(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두37924판결) 등 이후 일련의 판결로 자세한 내용은 제3장을 참고

- 증여유형예시와 평가방법의 분리 등 입법적 보완
 - 완전포괄주의 적용에 관한 과세 범위를 명확하게 한계를 설정
 - 다만 일부 학계에서 여전히 완전포괄주의 제도에 대하여 조세법률주의 측면에서 위헌성이 제기되고, 납세자의 예측가능성과 법적안정성 차원에서 제도의 타당성에 대한 반대론이 있으나 이러한 논의는 연구범위에서 제외함
- 본 연구의 방법으로는 기존 국내외 연구보고서, 학술논문, 정기간행물, 판례의 판결문, 최신화된 인터넷 사이트 방문 등 문헌적 연구를 이용함
- 본 보고서는 제1장 서론을 포함하여 총 6개 장으로 구성됨
- 제2장에서는 우리나라 완전포괄주의 제도의 도입배경 및 입법연혁, 현행 법 규정상의 내용에 대해 살펴봄
 - 제3장에서는 완전포괄주의 제도의 실제 적용과 관련된 우리나라 법원의 판례분석 및 쟁점사항에 대해 정리함
 - 제4장에서는 우리나라보다 비교적 오랫동안 완전포괄주의 제도를 운용하고 있는 미국, 일본, 독일 등 주요국 입법 현황과 운용사례를 살펴봄
 - 제5장에서는 앞에서 논의한 내용을 분석하여 문제점을 파악하고 완전포괄주의 제도 운용의 실효성을 높일 수 있는 개선방안을 제시함
 - 제6장 결론에서는 본고 내용을 요약·정리함

II. 우리나라의 증여세 완전포괄주의 제도

1. 의의

가. 상속세 및 증여세 일반

- 상속세는 피상속인의 사망으로 무상으로 이전되는 재산에 부과하는 조세로 재정수입 확보 측면뿐만 아니라 부의 공정한 분배 및 변칙 세습의 방지라는 사회정의와 경제 민주화의 실현을 정책수단으로 활용함⁶⁾
- 증여세는 재산을 증여받은 자에게 부과하는 국세로 상속세 및 소득세의 보완적 성격을 가짐
 - 증여재산에 증여세를 부과한다는 것은 무상으로 이전되는 상속재산에 상속세를 부과하는 것과 형평을 맞추므로써 생전증여를 통해 상속세 회피를 막을 수 있으므로 양자를 필연적으로 함께 고려하여야 함⁷⁾
 - 또한 증여세는 증여에 의한 수증자의 무상 재산증가를 담세능력으로 포착하는 조세로 소득세가 미치지 못하는 누진세율을 통해 부의 재분배를 강화한다는 점에서 소득세의 보완세 또는 특별소득세 성격을 가짐⁸⁾

6) 현재 1997. 12. 24. 선고 96헌가19, 판례집 9-2, pp. 762~779.

7) 상속재산가액 산정 시 피상속인 사망 전 10년 이내의 상속인으로서의 증여재산가액을 합산하는 규정이 대표적 보완규정이라 할 수 있음

8) 김완석, 「자산의 고가양도에 대한 과세상의 논점」, 『조세법연구』 제13집 제3호, 2007, pp. 106~107.

- 이러한 상속세 및 증여세는 전체 세수에서 차지하는 비중이 2% 미만 수준임에도 불구하고 중요한 정책수단 중 하나로 다루어져 왔음
- 세수 비중은 미미하지만 국민적 관심은 타 세목에 비하여 떨어지지 않으며), 개인별로 납부하는 금액기준으로는 많다고 볼 수 있고 특히 재벌이나 고액 자산가들에게는 큰 부담이 될 수 있음

〈표 II-1〉 상속세 및 증여세의 세수비중 추이

(단위: 조원, %)

연도	총조세(A)	국세(B)	상속세 및 증여세(C)	총세수비중 (C/A)	국세비중 (C/B)
2017	345.79	265.38	6.79	1.96	2.56
2016	323.02	242.56	5.35	1.66	2.46
2015	288.87	217.88	5.04	1.75	2.31
2014	267.24	205.51	4.63	1.73	2.25
2013	255.69	201.9	4.29	1.68	2.12

자료: 국세청, 『2018 국세통계연보』; 『지방세통계연감』

나. 증여세 완전포괄주의 개념 및 도입배경

- 증여세 과세대상을 포착하는 방식으로써 완전포괄주의란 과세요건에 대하여 법률에 상세히 규정하는 대신 과세요건을 포괄적으로 규정하여 과세권자가 원래 의도한 과세요건뿐만 아니라 이와 유사한 행위나 경제적 실질을 모두 포함하여 과세하도록 입법하는 것을 말함
- 즉 세법에 구체적으로 증여 유형으로 열거되지 않았더라도 증여계약뿐만 아니라 같은 법률효과를 수반하는 행위인 재산·권리·경제적 이익의 무상이전에 대하여 증여세를 부과하고자 함¹⁰⁾

9) 재산형성과정의 정당성에 대한 불신과 회의가 크고, 부의 세습은 정당하지 못하다는 생각이 널리 퍼져 있는 경우에는 고율의 상속·증여 세제를 통하여 이를 차단 내지 억제할 필요성에 대한 공감대가 폭넓게 형성될 수 있음(차진아, 「현행 상속세제의 헌법적 의의와 문제점 - 이른바 완전포괄주의를 중심으로」, 『고려법학』 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6, p. 138)

- 그러나 우리나라는 완전포괄주의 대신 그동안 열거주의로 증여세 과세대상을 규율 해옴으로써 새로운 금융기법 및 자본거래 등을 이용한 재벌 일가의 변칙적인 부의 이전에 효과적으로 대응하지 못하였다는 비판을 받았음
- 2004년 이전에는 「상증세법」상 증여의 개념을 별도로 두지 않아 「민법」상 증여 및 증여의제규정에 해당되지 않는 이상 재산의 무상이전이 있는 경우에도 과세할 수 없었음
 - 기존 열거주의하에서 재벌의 변칙증여를 효과적으로 막을 수 없다고 판단하여 정부는 제한적 포괄주의, 유형별 포괄주의 도입 등으로 과세권을 점차 강화하였으나 한계를 지닐 수밖에 없었음
 - 제한적 포괄주의란 일부 증여의제 대상을 시행령에서 열거할 수 있도록 하고 증여의제 유형이 제3자를 통하여 우회된 경우에도 과세할 수 있다는 내용임¹¹⁾
 - 유형별 포괄주의란 일정한 증여의제규정을 두고 그 유형과 유사한 자본거래는 전부 증여세를 부과할 수 있다는 내용임¹²⁾
- 이에 정부는 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 「상속세 및 증여세법」을 개정하여 「민법」상 증여의 개념과는 별도로 세법상의 증여 개념을 포괄적으로 정의하고 기존의 증여의제 열거규정을 예시규정으로 전환하는 방법으로 완전포괄주의제도를 도입하였음
- 기존에는 증여세 과세대상인 증여 범위를 「민법」상의 증여와 증여로 의제하는 14가지 유형 및 이와 유사한 경우로 열거(‘유형별 포괄주의’)하여 규정하는 까닭에 열거되지 않은 새로운 유형의 변칙적 증여는 과세할 수 없었음

10) 김두형, 「완전포괄주의 증여의제 입법의 과제」, 『조세법연구』, 9-1, 한국세법연구회, 2003, p. 84.

11) 1998. 12. 28. 개정된 「상증세법」 제42조 제1항에서는 개별적인 증여의제규정(동법 제 33조 내지 제41조의2)에 준하는 것으로써 제3자를 통하여 간접적인 방법으로 재산을 사실상 무상이전하는 경우도 증여세 과세대상에 포괄되도록 규정함으로써 이른바 제한적 포괄주의를 도입함(차진아, 「현행 상속세제의 헌법적 의의와 문제점 - 이른바 완전포괄주의를 중심으로」, 『고려법학』 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6, p. 142. 재인용)

12) 2000. 12. 29. 「상증세법」 제42조 제1항을 개정하여 합병·감자 등에 관한 증여의제규정인 「상증세법」 제38조, 제39조의2, 제41조, 제41조의3에 유사한 경우를 포괄하도록 하는 유형별 포괄주의를 도입함(재정경제위원회, 「상속세 및 증여세법개정법률안 심사보고서」, 2000. 12, p. 5)

- 증여세 완전포괄주의 도입은 새로운 변칙증여 행위가 있을 때마다 그에 대한 증여의제규정을 사후적으로 마련하던 방식으로는 과세권을 적절히 행사할 수 없다는 한계가 있음을 전제로 함
- 완전포괄주의 도입은 새로운 유형의 증여행위를 사전에 대처할 수 있도록 하여 조세부담의 공평성과 경제정의 실현으로 사회계층 간 갈등을 해소하고 편법 증여를 차단하는 데 목적이 있음
- 완전포괄주의 제도가 정착되어 부와 경영권의 부당한 세습이 불가능하게 되면 경제·사회적으로 긍정적 효과를 기대할 수 있음

다. 주요 입법연혁

- 「상증세법」상 그동안의 개정과정은 법의 흠결을 이용한 고액자산가들의 조세회피 전략과 이를 보완하기 위한 정부의 과세전략이 누적된 결과라고 할 수 있음

1) 완전포괄주의 제도 도입 이전까지의 연혁

- 우리나라 증여세 과세제도는 1950년 4월 「증여세법」¹³⁾이 도입된 이후 1979년 개정 전까지 입법 형식에서 포괄주의 개념 틀을 유지하였으나 변칙적인 부의 무상 이전을 적절히 대응하지 못하였음¹⁴⁾
- 당시 판례상으로 증여세 과세대상 사례에서 「민사법」상 증여의 개념을 주로 적용하여 증여 범위를 좁게 해석¹⁵⁾하였기 때문임

13) 「증여세법」은 1950. 4. 8. 법률 제123호로 제정되었다가 1952. 11. 30. 법률 제261호로 「상속세법」에 통·폐합되었음. 「상속세법」은 1950. 3. 22. 법률 제114호로 먼저 제정됨

14) 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』 제21집 제3호, 한국세법학회, 2015. 11, p. 383.

15) 「민법」상 증여계약이 성립된 것만 증여세를 과세할 수 있다는 전제하에 입각한 판결(대법원 1979. 4. 24. 선고 78누423판결)

- 1979년 「상증세법」상 포괄주의 규정은 삭제되었고 1990년대 후반 제한적·유형별 포괄주의가 도입되기 전까지 열거주의 방식으로 새로운 증여세 과세대상 거래를 추가했음
 - 이러한 열거주의 과세방식은 실권주 배정이나 불공정 합병 등 기타 변칙적인 자본거래를 통한 부의 무상이전을 과세하지 못하는 사례가 빈번해짐
 - 새로운 유형의 변칙적인 증여가 나타날 때마다 과세하기 위하여 사후에 개별 증여의제규정이 계속 추가됨

- 1998년 말 「상증세법」 전면개정 시 제한적 포괄주의 및 유형별 포괄주의 규정을 도입한 이후부터 2003년 말까지 14가지 증여의제 유형을 계속 확장하여 증여세 과세를 강화하는 방향으로 나아감
 - 이러한 제한적 또는 유형별 포괄주의 규정은 대체로 선언적 규정으로 해석되었으며 이를 보충하기 위해 기타 증여의제규정을 신설하였으나 과세요건과 과세가액산정방식을 구체적으로 예시하지 못하여 실효성에 의문이 제기됨
 - 1999년부터는 간접거래 등에 대한 포괄과세방법을 도입하여 변칙증여에 대응할 수 있도록 함
 - 법에서 열거하는 증여의제 유형과 유사한 변칙증여에 대하여 법령보완 없이 과세하는 근거를 마련하고 법 외의 새로운 유형의 특수관계인 간 경제적 이익의 무상이전에 대하여는 시행령에서 과세요건을 정하여 과세하도록 함¹⁶⁾
 - 2001년부터는 법령에 열거되지 않은 새로운 형태의 자본거래에도 과세할 수 있도록 합병, 증자, 감자, 전환사채 등 6가지 유형의 부당한 자본거래를 통한 이익의 분여에 대해 과세요건과 가액계산방법을 마련함

- 그러나 끊임없이 새로운 형태로 나타나는 변칙증여에 대해 효과적으로 대응할 수 없다는 판단하에 근본 대책으로 결국 2003년 말 완전포괄주의 규정¹⁷⁾을 도입함

16) 구 「상증세법」 제32조 '증여의제 과세대상' 및 동법 제42조 '기타의 증여의제'를 개정함

17) 2003. 12. 30. 법률 제7010호

- 유형별 포괄주의 방식으로는 여전히 14가지 유형 이외에 재산의 무상이전이나 가치 상승분이 있어도 증여세를 과세하지 못하는 문제가 있었기 때문에 이를 개선하기 위함임

2) 완전포괄주의 제도 도입 이후의 연혁¹⁸⁾

- 2011년 말 법개정¹⁹⁾ 시 특수관계법인과의 거래를 통한 이익에 대한 증여의제, 일명 일감 몰아주기를 통한 변칙증여에 대한 과세근거를 「상증세법」 제45조의3에서 마련함²⁰⁾
 - 특수관계법인을 이용하여 일감 몰아주기 방법으로 부를 이전하는 변칙증여 사례를 방지하기 위해서 수혜법인의 지배주주 등이 얻는 이익을 증여로 의제하는 규정이 신설됨
 - 이는 현행 완전포괄주의 제도에도 불구하고 일정요건 충족 시 해당 거래를 증여로 의제하여 과세근거를 명확히 하기 위함
- 2013년에는 예시된 증여 외에 새로운 유형의 변칙증여 행위에도 과세하도록 증여세 완전포괄주의 실효성을 높이기 위해 「상증세법」 제32조에 증여재산가액 계산의 일반원칙을 신설함²¹⁾
 - 이는 포괄적인 증여 개념에 대응하는 일반적인 증여이익의 계산방법이 규정되어 있지 않아 법에서 열거되지 않은 유형의 증여행위는 적극적으로 과세하지 못하는 문제점을 보완하기 위함

18) 증여세 완전포괄주의 제도 도입 이후 2005. 7. 13. 법률 제7580호, 2007. 12. 31. 법률 제8828호, 2008. 12. 26. 법률 제9269호, 2010. 1. 1. 법률 제9916호, 2010. 12. 27. 법률 제10411호, 2011. 12. 31. 법률 제11130호, 2013. 1. 1. 법률 제11609호, 2014. 1. 1. 법률 제12168호, 2015. 12. 15. 법률 제13557호, 2016. 12. 20. 법률 제14388호, 2017. 12. 19. 법률 제15224호, 2018. 12. 31. 법률 제16102호 등의 「상증세법」 개정이 있었으며 이중 증여세 완전포괄주의 관련 중요 사항만을 아래에서 기술함

19) 2011.12.31. 법률 제11130호

20) 이후 2013년 8월 13일에 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조의2【특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지】를 신설함

21) 2013.1.1. 법률 제11609호

- 또한 2013년 법개정 시 금전 무상대출 등에 따른 이익의 증여 대상에 비특수관계인도 포함시킴
 - 비특수관계인 간 자금 대차와 관련하여 하급심 법원 등에서 처분을 취소하는 판결이 나오자 이에 대하여도 증여세를 과세하기 위하여 「상증세법」 제41조의4에 증여자를 종전의 '특수관계인'에서 '타인'으로 개정함

- 2014년에는 특정법인과 거래를 통한 이익 증여에서 특정법인에 흑자 영리법인을 포함하는 개정을 함²²⁾
 - 특정법인의 주주 등과 특수관계에 있는 자가 특정법인과 거래하는 경우 특정법인의 주주 등이 받은 이익에 증여세가 부과되는 바, 특정법인의 범위에 결손법인 및 휴업·폐업 법인 외에 일정 요건²³⁾의 흑자 영리법인이 추가됨
 - 흑자 영리법인에 재산을 이전할 경우 해당 법인은 법인세를 부담하는데 해당 법인 주주까지 완전포괄주의하의 증여세를 과세할 수 있는지 하급심에서 많은 논란²⁴⁾이 있었던 바, 증여세 부과에 명확한 과세근거를 마련하기 위하여 관련 법을 개정함

- 2015년 12월 15일 법개정²⁵⁾ 시에는 구 「상증세법」 제2조, 제4조, 제31조에 분산되어 중복적으로 규정된 증여 및 증여재산에 관한 정의규정, 증여세 과세대상, 증여재산가액 계산의 일반원칙 등을 이해하기 쉽도록 체계적으로 정비함
 - 특히 증여세 과세대상 조항에서 열거된 증여예시규정 요건을 충족하지 못하더라도 증여세 완전포괄주의에 따라 과세가 가능한 범위를 명확히 함

22) 2014. 1. 1. 법률 제12168호

23) 「상증세법」 제45조의3 제1항에 따른 지배주주와 그 친족의 주식보유비율이 100분의 50 이상인 법인

24) 과세를 긍정한 사례로 조심 2011중1310(2011. 12. 13), 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543판결 등이 있었고 과세를 부정한 사례로 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누26786판결, 서울고등법원 2013. 11. 28. 선고 2013누17161판결, 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누28034판결, 서울고등법원 2013. 7. 11. 선고 2012누37571판결 등이 있었음

25) 2015. 12. 15. 법률 제13557호

- 즉 예시규정에서 정한 거래·행위와 경제적 실질이 유사한 경우 등 예시규정을 준용하여 증여재산가액을 산정하는 경우 이를 준용하는 규정²⁶⁾을 신설함

- 아울러 2015년 12월 15일 법개정 시 최대주주 등의 특수관계인이 받는 초과배당이 익에 대한 증여예시규정(제41조의2), 특수관계법인으로부터 사업기회를 제공받은 수혜법인의 주주에 대한 증여의제, 일명 일감 떼어주기 규정(제45조의4)을 신설함
 - 차등배당을 통하여 이익을 분여하는 사례에 대한 조치로 특수관계인이 본인의 보유지분을 초과하여 받는 배당을 증여로 보아 초과배당금액에 증여세를 과세하는 규정을 신설함
 - 또한 특수관계법인으로부터 사업기회를 제공받은 수혜법인 주주의 이익에 대하여 수혜법인은 3년간 영업이익에 지배주주 지분율을 곱한 금액을 증여로 의제하여 과세하는 규정을 신설함

- 또한 2015년 12월 15일 법개정 시 기존 제37조 【부동산 무상사용에 따른 이익의 증여】, 제42조 【그 밖의 이익의 증여 등】²⁷⁾를 수정 및 정비하고 제41조 특정법인과 거래를 통한 이익의 증여규정을 증여의제규정으로 전환함
 - 부동산을 무상으로 제공받아 얻은 이익에 대한 과세규정을 종전의 ‘특수관계인’에서 ‘타인’으로 증여자의 범위를 확대하고, 타인의 부동산을 무상으로 이용하여 금전 등을 차입함에 따라 이익을 얻은 경우에도 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 하는 규정을 신설함
 - 또한 완전포괄주의와 예시규정과의 관계에서 논란이 있던 제42조²⁸⁾를 증여유형에 따라 3개의 별도 조문으로 구성하도록 개정하여 예시규정임을 명확히 함

26) 「상증세법」 제4조 제1항 제6호

27) 제42조【그 밖의 이익의 증여 등】(삭제, 2015. 12. 15)

28) 구 「상증세법」 제42조는 그 밖의 증여이익에 대한 과세로 제33조 내지 제41조의5 등 개별예시규정에서 포섭하지 못한 내용을 과세하고자 보완적·포괄적으로 규정했으나 이미 구 「상증세법」 제2조 제3항에서 포괄적 규정이 존재하므로 제42조 해석에 대해 모호한 측면이 있음

- 구 「상증세법」 제42조 제1항 제1호 및 제2호의 규정은 제42조 【재산사용 및 용역제공 등에 따른 이익의 증여】, 구 제42조 제1항 제3호의 규정은 제42조의2 【법인의 조직 변경 등에 따른 이익의 증여】, 구 「상증세법」 제42조 제4항의 규정은 제42조의3 【재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여】로 분리함
- 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여규정은 제41조에서 증여 예시적 성격으로 규정하였으나 제45조의5로 이관하여 증여의제규정으로 전환시킴으로써 과세논란에 대한 문제를 종식시킴
- 2018년 말에는 제45조의2 명의신탁재산 증여의제규정에서 명의신탁재산에 대한 증여세 납세의무자를 명의자에서 실제소유자로 변경함²⁹⁾
 - 명의신탁재산에 대하여 종전에는 명의자에게 과세하고 실제소유자에게는 연대납세의무만 부여했으나 조세회피 목적으로 명의신탁을 활용하는 주체는 실제소유자라는 점을 감안하여 납세의무자를 실제소유자로 함

2. 현행 「상증세법」상 완전포괄주의 관련 내용³⁰⁾

- 완전포괄주의 방식의 증여세 부과 규정으로는 제2조【증여 및 증여재산의 정의】, 제4조【증여세 과세대상】, 제4조의2【증여세 납부의무】, 제31조【증여재산가액 계산의 일반원칙】, 제33조 내지 제42조의3【개별예시규정³¹⁾】, 제44조 및 제45조【증여 추정】, 제45조의2 내지 제45조의5【증여의제】 등이 있음

29) 2018. 12. 31. 법률 제16102호

30) 가장 최근에 개정된 2018. 12. 31. 법률 제16102호를 이하에서 '현행 「상증세법」'이라 함

31) 과세대상 증여재산의 해당하는 예시이며 증여재산가액산정을 위한 예시규정이라고도 함. 「상증세법」 제3장 '증여세의 과세표준과 세액의 계산' 내에서 제1절 '증여재산'에 위치함

가. 증여 및 증여재산의 개념

- 「민법」상 증여란 증여자와 수증자 사이에 증여의사 표시 및 이의 승낙으로 증여계약이 성립하는 것을 의미하며 증여의 이행으로 증여자가 부담하는 채무가 소멸되는 것을 말함³²⁾

- 그러나 「상증세법」상 과세대상으로 하는 증여행위는 「민법」보다 포괄적인 개념이라 할 수 있음
 - 증여의 개념을 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로, 타인에게 유형·무형의 재산 또는 이익을 무상으로 또는 현저히 낮은 대가를 받고 이전하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것으로 규정함³³⁾
 - 여기서 '타인의 재산가치를 증가시키는 것'이란 증여자로부터 수증자로 이전한 재산자체를 증여재산으로 보지 않고 추후에 증가한 재산의 가치를 증여재산으로 봄

- 즉 「상증세법」상 증여는 형식, 방법, 범위 등을 불문하고 수증자의 경제적 이익을 증가시키는 모든 행위 또는 거래를 증여로 봄으로써 증여세 완전포괄주의에 부합되는 개념이라 할 수 있음
 - 유형별 포괄주의가 가진 세법상 허점을 막기 위하여 증여의 범위를 법률에서 구체적으로 유형을 규정하지 않고 모든 재산과 권리 및 경제적 이익의 무상이전행위를 모두 증여의 범위에 포함하도록 한 것임
 - 또한 증여 해당 여부는 경제적 실질에 따라 판정해야 할 것임³⁴⁾
 - 즉 제3자를 통해 거래하거나 실질적으로 거래한 것을 수회로 나누어 거래하는 경우 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 단계마다 하나의 경제거래로 보아 증여 여부를 판정해야 함

32) 「민법」 제554조

33) 「상증세법」 제2조 제6호

34) 「국세기본법」 제14조 실질과세원칙이 적용되며, 자세한 내용은 후술함

- 한편 '증여재산'이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말하며, 구체적으로 다음의 물건, 권리, 이익을 포함하는 개념임³⁵⁾
 - 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건
 - 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리
 - 금전으로 환산할 수 있는 모든 경제적 이익
 - 2013년 1월 1일 법개정 시 우회거래 등을 통해 수증자의 경제적 이익이 증가한 경우에도 과세대상임을 명확히 하기 위해 도입한 규정임

- 상기 내용을 종합해 볼 때 「상증세법」 제2조 제6호 및 제7호는 자체로 충분히 과세 근거로 규정된 것이라 판단됨
 - 다만 증여재산가액의 합리적 계산의 도출을 전제로 해야 할 것임

나. 증여세 납부의무³⁶⁾

- 증여세는 취득과세형제도로 납부의무는 원칙적으로 수증자이며 거주자 여부에 따라 납부범위가 달라짐
 - 거주자(비영리법인 포함)는 증여로 취득한 재산의 소재가 국내인지 국외인지를 불문하고 납세의무가 있으며 비거주자(비영리법인 포함)는 국내에 있는 증여재산에만 증여세 납부의무가 있음
 - 다만 증여재산에 대하여 수증자에게 「소득세법」에 따른 소득세 또는 「법인세법」에 따른 법인세가 부과되는 경우에는 증여세를 부과하지 않음³⁷⁾
 - 「상증세법」 제45조의2 명의신탁재산에 대한 증여의제의 경우에는 명의자가 아닌 실제 소유자에게 증여세 납부의무가 있음

35) 「상증세법」 제2조 제7호

36) 「상증세법」 제4조의2 제1항 내지 제4항 참조

37) 이른바 소득과세우선원칙이라 함

- 영리법인이 증여를 받는 경우에는 법인세를 부과할 뿐 증여세는 부과하지 않으며 증여받는 법인의 주주에게도 경제적 이익이 있다 해서 주주에게 증여세를 과세하지 않는 것이 원칙임
- 만일 영리법인 주주에게 과세하면 하나의 증여에 법인세와 증여세를 이중으로 과세하게 되므로 불합리함
- 다만 다음 증여의제규정이 적용되는 경우 주주에게도 증여세가 부과될 수 있음
 - 특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(법 제45조의3)
 - 특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제(법 제45조의4)
 - 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(법 제45조의5)

다. 증여세 과세대상

1) 개관

- 일반적으로 과세대상이라 함은 세법에 의한 납세의무가 성립하기 위하여 필요한 물적 기초 즉, 조세가 부과되는 객체로서 당해 세법이 정한 물건, 행위 또는 사실 등의 세원의 존재를 말함
- 「상증세법」에서는 다음 중 어느 하나에 해당하는 증여재산의 경우 과세대상으로써 증여세를 부과하고 있음³⁸⁾

38) 「상증세법」 제4조 제1항 및 제2항

- 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 비특수관계인 간 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정함
- ③ 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 이익
다만 비특수관계인 간 거래인 경우에는 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정함
- ④ 개별예시규정(제33조 내지 제42조의3)에 해당하는 경우 그 재산 또는 이익
- ⑤ 증여추정(제44조 및 제45조)에 해당하는 경우 그 재산 또는 이익
- ⑥ ④의 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 ④의 각 규정을 준용하여 증여 재산가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익
- ⑦ 증여의제(제45조의2 내지 제45조의5)에 해당하는 경우 그 재산 또는 이익

- 증여세의 과세대상 중 상기 ⑥은 해당 증여행위 또는 거래가 개별예시규정에 정확하게 들어맞지 않더라도 '경제적 실질의 유사성'을 기준으로 적극적으로 과세하려는 규정이라 볼 수 있음
 - 결국 증여세 완전포괄주의제도의 실효성은 개별예시규정에 해당하지 않는 행위·거래에 관하여 '경제적 실질'의 정확한 해석 및 적용에 달려 있다고 판단됨

2) 개별예시규정(「상증세법」 제33조 내지 제42조의3)

- 2004년 「상증세법」상 완전포괄주의 증여의 개념 도입으로 종전에 증여의제의 성격이었던 개별규정들은 증여재산가액의 계산규정으로 틀을 바꾸어 예시적 규정으로 전환됨
 - 완전포괄주의 개념 도입 전 「민법」상 증여에 해당하지 않으면서 증여세를 교묘히 회피하고자 했던 편법적인 부의 무상이전 거래에 과세하기 위해 증여의제규정을 계속하여 신설해 옴

- 현행 「상증세법」 제33조 내지 제42조의3에 해당하는 17개 개별예시규정은 과세요건과 증여이익계산방법 등이 구체적으로 기술되어 있음
- 이러한 17가지 개별예시규정은 거래유형의 성격에 따라 6가지 손익거래, 8가지 자본거래, 3가지 기타거래 유형으로 분류하기도 함³⁹⁾

〈표 II-2〉 증여세 과세대상 개별예시규정 내용

근거	제목	주요 내용	거래성격
제33조	신탁이익의 증여	• 신탁으로 인하여 위탁자가 타인에게 신탁의 이익의 전부 또는 일부를 받을 권리를 소유한 경우에는 신탁이익을 받을 권리의 가액을 수익자의 증여재산가액으로 함	손익거래
제34조	보험금의 증여	• 보험계약 체결 후 계약에서 정한 보험사고가 발생한 경우에 보험금 수령인과 보험료 납부자가 다른 경우 보험금 상당액을 보험금 수령인의 증여재산가액으로 함	손익거래
제35조	저가양수 또는 고가양도에 따른 이익의 증여	• 특수관계 여부를 불문하고 시가보다 높은 가액으로 재산을 양도하거나 시가보다 낮은 가액으로 재산을 양수한 경우에 이로 인해 이익을 받은 자는 그 대가와 시가 차액에 상당하는 금액으로 법소정의 금액을 증여재산가액으로 함 • 비특수관계인 간 거래에서는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우에만 적용됨	손익거래
제36조	채무면제 등에 따른 증여	• 채권자로부터 채무를 면제받음으로써 생긴 이익에 해당되는 금액을 증여재산가액으로 함	손익거래
제37조	부동산 무상사용에 따른 이익의 증여	• 타인의 부동산(그 부동산 소유자와 함께 거주하는 주택은 제외)을 무상으로 사용함에 따라 이익을 얻은 경우에는 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 함 • 또한 타인의 부동산을 무상으로 담보 이용하여 금전 등을 차입함에 따라 이익을 얻은 경우에는 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 함	손익거래

39) 박훈, 「상속세 및 증여세 관련 판례의 동향과 전망」, 『조세법연구』 제22집 제3호, 한국세법학회, 2016. 11. p. 243.

〈표 II-2〉의 계속

근거	제목	주요 내용	거래성격
제38조	합병에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 특수관계에 있는 법인 간 불공정합병비율을 이용하여 합병하는 경우 일정금액 이상의 이익을 대주주가 얻는 경우 그 가액을 증여재산가액으로 함 	자본거래
제39조	증자에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 법인의 신주발행 시 신주 발행가액이 평가액에 미달하거나 초과하는 경우 차액에 상당하는 경제적 이익을 증여재산가액으로 함 • 구체적으로는 실권주를 재배정하는 경우와 재배정하지 않는 경우, 저가인수 또는 고가인수 등으로 나누어 증여이익을 산정함 	자본거래
제39조의2	감자에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 법인의 감자 시 시가보다 낮거나 높은 대가로 불균등 감자하는 경우 주식 등을 소각한 주주와 특수관계인에 해당하는 대주주 등에게 경제적 이익이 이전된 경우에는 이에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 함 	자본거래
제39조의3	현물출자에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 현물출자에 의하여 주식 등을 시가보다 낮은 가액으로 인수함으로써 현물출자자가 이익을 얻거나 주식 등을 시가보다 높은 가액으로 인수함으로써 현물출자자와 특수관계인에 해당하는 주주 등이 이익을 얻은 경우에는 해당 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 함 	자본거래
제40조	전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 전환사채 등의 인수, 양도, 주식전환 시 공정가액보다 낮거나 높은 가액으로 거래되는 경우 일정금액을 증여재산가액으로 함 	자본거래 (일부 손익거래 포함)
제41조의2	초과배당에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 법인의 최대주주 등이 배당을 받지 아니하거나 보유지분에 비하여 과소 배당을 받음으로써 최대주주 등의 특수관계인이 본인의 보유지분을 초과하여 배당받는 경우에는 일정 금액을 증여재산가액으로 함 	자본거래
제41조의3	주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 최대주주 등의 특수관계인이 비상장주식을 증여받거나 또는 유상취득한 후 5년 이내에 그 주식이 상장되어 정산기준일 현재 상장에 따른 이익이 일정 기준 이상에 해당할 경우 소정의 금액을 증여재산가액으로 함 	자본거래
제41조의4	금전 무상대출 등에 따른 이익의 증여	<ul style="list-style-type: none"> • 금전을 무상대출하거나 낮은 이자율로 대출하는 경우 이에 따른 경제적 이익이 기준금액을 초과하는 경우 소정의 금액을 증여재산가액으로 함 	손익거래

〈표 II-2〉의 계속

근거	제목	주요 내용	거래성격
제41조의 5	합병에 따른 상장 등 이익의 증여	• 최대주주 등의 특수관계인이 해당 비상장주식의 증여·취득 후 5년 이내에 해당 비상장법인이 특수 관계에 있는 상장법인과 합병하는 때에 정산기준 일 현재 소정의 평가차액을 증여재산가액으로 함	자본거래
제42조	재산사용 및 용역제공 등에 따른 이익의 증여	• 재산의 사용 또는 용역의 제공으로 일정한 기준금액 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액(시가와 대가의 차액)을 증여재산가액으로 함	기타거래
제42조의2	법인의 조직변경 등에 따른 이익의 증여	• 주식의 포괄적 교환 및 이전, 사업의 양수도, 사업 교환 및 법인의 조직변경으로 소유지분이나 가액이 변동됨에 따라 기준금액 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액(소유지분이나 가액의 변동 전·후 재산평가차액)을 증여재산가액으로 함	기타거래
제42조의3	재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여	• 직업, 연령, 소득 및 재산상태로 보아 자력으로 해당 행위를 할 수 없다고 인정되는 자가 특수관계인 으로부터 재산을 취득하고 취득일로부터 5년 이내 개발사업의 시행, 형질변경 등 재산가치 증가사유 로 인하여 기준금액 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 금액을 증여재산가액으로 함	기타거래

3) 증여추정

- 증여추정은 증여가 있었는지 여부가 불분명하지만 일정 사실의 확인으로 미루어 이를 증여로 추정하는 것으로써 과세관청의 과세권 확보를 위해 마련된 규정임
 - 개인 간 개별적 증여는 수증자에 의하여 증여세를 국가에 신고하고 납부해야 하나 이를 이행하지 않으면 과세관청은 증여사실을 알지 못하여 증여세를 과세하지 못할 수 있음
 - 증여추정은 과세요건에 대한 입증책임과 관련되므로 과세대상을 규정하는 완전 포괄주의 개념과 직접적 연관성은 없어서 완전포괄주의 도입 전후의 성격이 달라진 것은 아님⁴⁰⁾

40) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세 연구포럼, 2010. 10, p. 97.

- 다만 증여추정은 반대 증거가 제출되면 증여세 과세규정 적용을 면할 수 있음
- 「상증세법」에서는 배우자 등에게 양도한 재산 및 재산취득자금에 대한 다음 두 가지 증여추정규정을 두고 있음

〈표 11-3〉 증여세 과세대상이 되는 증여추정

근거	제목	주요 내용
제44조	배우자 등에게 양도한 재산의 증여추정	<ul style="list-style-type: none"> • 배우자 또는 직계존비속에게 양도한 재산은 양수자에 대한 증여로 추정함 • 특수관계인에게 재산을 양도하고 그 특수관계인이 3년 내에 다시 양도인의 배우자나 직계존비속에게 양도하는 경우에는 당초 양도자가 그의 배우자 등에게 직접 증여한 것으로 추정함
제45조	재산취득자금 등의 증여추정	<ul style="list-style-type: none"> • 재산 취득자의 직업, 연령, 소득 및 재산 상태 등으로 볼 때 재산을 자력으로 취득했다고 인정하기 어려운 경우로서 입증금액의 합계액이 취득재산가액의 일정 부분에 미달하는 경우 증여받은 것으로 추정함 • 채무자의 직업, 연령, 소득 및 재산 상태 등으로 볼 때 채무를 자력으로 상환하였다고 인정하기 어려운 경우로서 입증금액의 합계액이 채무상환가액의 일정 부분에 미달하는 경우 증여받은 것으로 추정함

4) 증여의제

- 증여의제란 ‘「민법」상 증여계약에 의한 증여’뿐만 아니라 ‘증여의 형식을 갖추고 있지 않아 증여로 볼 수 없는 경우’에 이를 증여로 의제(간주)하여 증여 개념에 포섭하여 과세하는 규정임
 - 일반적으로 증여의제는 성격상 증여로 볼 수 없으나 과세목적 달성을 위해 증여와 동일한 효과를 가져오는 예외적인 경우에 적용함
 - 따라서 납세자의 재산권 보호와 예측가능성을 침해하지 않도록 법에 엄격하게 과세요건을 규정해야 함

- 증여의제규정 요건에 정확히 해당하지 않지만 해당 거래 또는 행위가 증여의제와 유사한 경우에는 그 유사성에도 불구하고 포괄주의 증여 개념 적용에 따른 증여세 과세도 원천적으로 어려울 것으로 판단됨
- 증여의제규정 속성상 일정 요건 충족 시에만 과세하고 요건을 벗어난 거래는 과세를 제한하는 성격을 지니기 때문임

- 「상증세법」에서는 다음의 4가지에 대하여 증여의제규정을 두고 있음

〈표 II-4〉 「상증세법」상 증여의제규정

근거	제목	주요 내용
제45조의2	명의신탁재산의 증여의제	<ul style="list-style-type: none"> • 조세회피목적이 없는 경우 및 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁재산인 사실을 등기한 경우 등을 제외하고 권리의 이전이나 행사에 등기·등록·명의개서 등을 요하는 재산을 실질소유자가 아닌 자에게 등기 등을 한 때에는 당해 재산을 실질소유자가 명의자에게 증여한 것으로 간주함 • 명의신탁제도가 조세회피수단으로 악용되는 것을 방지하기 위하여 실질과세원칙을 희생시키더라도 명의신탁을 증여로 의제하여 과세하도록 함
제45조의3	특수관계법인과외 거래를 통한 이익의 증여의제	<ul style="list-style-type: none"> • 특수관계법인으로부터 일감을 받은 법인인 수혜법인의 사업연도를 기준으로 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 일정 비율을 초과하는 경우에 해당 수혜법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족이 수혜법인의 영업이익을 기준으로 계산한 일정 이익을 증여받은 것으로 의제함 • 특수관계법인을 이용하여 부를 이전하는 변칙적인 증여 사례를 방지하기 위함임
제45조의4	특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제	<ul style="list-style-type: none"> • 지배주주와 특수관계에 있는 법인(중소기업과 수혜법인의 주식보유비율이 50% 이상인 법인은 제외)으로부터 사업기회를 제공받은 경우에 그 제공받은 사업기회로 인하여 발생한 수혜법인의 이익을 기준으로 계산한 일정금액을 지배주주 등이 증여받은 것으로 의제함

〈표 II-4〉의 계속

근거	제목	주요 내용
		<ul style="list-style-type: none"> • 증여의제이익이 발생한 수혜법인의 지배주주 등은 정산사업연도의 정산증여의제이익에 대한 증여세액과 당초 증여의제이익에 대한 증여세액과의 차액을 정산함
제45조의5	특정법인과 거래를 통한 이익의 증여의제	<ul style="list-style-type: none"> • 특정법인이 그 법인의 주주 등과 특수관계가 있는 자와 거래를 함으로써 이익을 얻는 경우 그 거래를 통한 특정법인의 이익에 해당 주주 등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 주주 등이 얻은 증여이익으로 의제함 • 특정법인에는 결손금 법인 및 휴·폐업 법인 외에 지배주주 등이 보유한 지분비율 50% 이상인 흑자영리법인도 포함됨 • 2015년 12월 15일 법개정 전에는 구법 제41조에서 특정법인과 거래를 통한 이익의 증여를 증여예시적 성격으로 규정했으나, 2015년 12월 15일 법개정 시 증여의제규정으로 전환함

라. 증여재산가액 계산의 일반원칙

- 2013년부터 증여재산가액 계산의 일반원칙을 도입하여 예시된 증여유형 외에 새로운 유형의 변칙적인 증여행위에도 적극적으로 과세하도록 함
 - 이전에는 포괄적인 증여의 개념에 대응하는 일반적인 증여이익 계산방법이 규정되지 않아 법에서 열거되지 않은 증여행위에는 과세부과가 어려운 측면이 있음
 - 다만 새로운 유형의 증여에 대해 기존 증여예시규정이 유추적용되는 경우라면 기존 예시규정에 따라 증여재산가액을 계산하기 때문에 결국 동 조항의 신설은 ‘확인적 의미’를 가지는 것에 지나지 않는다는 시각도 있음⁴¹⁾
 - 아직까지 증여재산가액 계산의 일반원칙에 대한 구체적인 해석사례가 없는 상황임

41) 김동수, 「증여세 완전포괄주의 시행에 따른 문제점 분석 및 개선방안 연구」, 가천대학교 박사학위논문, 2016, p. 157.

- 증여 유형에 따라 재산 등을 무상으로 이전받은 경우, 재산 등을 현저히 낮거나 높은 대가를 수수하고 이전하는 경우, 재산취득 후 가치가 증가하는 경우, 개별예시규정 등으로 각각 구분하여 증여재산가액 계산의 원칙을 정비함

〈표 II-5〉 증여재산가액 계산의 일반원칙

구분	유형	계산 원칙
1	재산 또는 이익의 무상이전	증여재산의 시가(「상증세법」 제60조 내지 제66조로 평가한 금액) 상당액
2	재산 또는 이익을 현저히 낮거나 높은 대가로 이전	시가와 대가의 차액(시가와 대가의 차액이 3억원 이상이거나 시가의 30% 이상인 경우에 한함)
3	재산취득 후 재산가치 증가	증가사유가 발생하기 전과 후의 재산 시가의 차액(재산가치 상승액이 3억원 이상이거나 가치증가 사유 발생 전의 시가상당액의 30% 이상인 경우에 한함)
4	증여 개별예시규정(제33조 내지 제42조의3)	개별예시규정에서 정한 가액으로 계산
5	증여추정(제44조 및 제45조)	증여추정규정에서 정한 가액으로 계산
6	‘4’의 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우	개별예시규정 각 규정을 준용하여 계산
7	증여의제(제45조의2 내지 제45조의5)	증여의제규정에서 정한 가액으로 계산

3. 「조세법」의 일반 원칙과의 관계

- 여기서 논의되는 「조세법」의 일반 원칙은 「조세법」에 적용되는 헌법상의 원칙과 세법상의 원칙을 의미함

가. 조세법률주의와 조세공평주의

- 조세법률주의⁴²⁾는 과세요건을 법률에서 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보호함과 동시에 경제생활에 법적안정성과 예측가능성을 보장하기 위한 것임
 - 조세법률주의하에서는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 세율 등의 과세요건이 법률에 명확하게 규정될 것이 요구됨⁴³⁾
 - 증여세를 규정하는 「상속세 및 증여세법」도 조세법률주의의 예외는 아님

- 그러나 현대의 경제활동은 점차 복잡하고 다양해지고 있으며 경제활동의 국제화 및 신종 금융기법 등의 출현으로 과세대상을 완전히 포착하기 점점 어려워지고 있음
 - 현행 조세법률주의체계에서는 「상증세법」에 명시되지 않은 부의 무상이전에 증여세를 부과하기 어려운 상황이 초래될 수 있음

- 이러한 새로운 유형의 변칙적 부의 무상이전을 규제하기 위해 도입한 증여세 완전포괄주의규정은 조세평등주의 내지 조세공평주의를 실현하기 위한 것이나 조세법률주의와 필연적으로 대립될 수밖에 없음
 - 조세공평주의란 개별 경제적 사정에 따른 부담의 평등으로 이해될 수 있으며 이는 납세능력에 상응하는 과세원칙 내지 응능부담의 원칙으로 통용됨⁴⁴⁾
 - 「상증세법」상 완전포괄주의규정은 법률에 구체적으로 과세요건을 표시하지 않고 포괄적으로 규정함으로써 사실상 재산의 무상이전을 모두 과세하는 것임
 - 이러한 완전포괄주의규정은 기존 조세법률주의상의 해석과 충돌하는 문제가 생기며 위헌성 논란도 제기됨⁴⁵⁾

42) 「헌법」 제59조

43) 이를 과세요건법정주의 및 과세요건명확주의라 함

44) 헌재 1999. 11. 25. 선고 98헌마55, 판례집 11-2, pp. 593~613.

45) 헌재 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66, 판례집 16-2, pp. 313~344; 헌재 2014. 7. 24. 선고 2012헌바370, 판례집 26-2, pp. 79~87; 헌재 2006. 6. 29. 선고 2004헌바8, 판례집 18-1, pp. 219~238; 헌재 2016. 3. 31. 선고 2013헌바372, 판례집 28-1, pp. 366~387 등 다수에서 위헌은 아니라는 결정을 내린바 있음

- 완전포괄주의 원칙은 조세법률주의의 중요 내용인 과세요건명확주의에 비추어 볼 때 추상적인 규정을 둘 수 밖에 없는 한계가 있으므로 과세관청의 자의적 해석과 적용으로 인한 과세권 남용이 일어날 가능성이 상존함
 - 입법자의 조세정의 실현을 위한 완전포괄주의 도입 의도에도 불구하고 근본적인 추상성 및 포괄성으로 인하여 자의적인 해석으로 특정인에게 불리하게 적용된다면 오히려 조세공평주의에도 악영향을 미칠 수 있음
 - 일반적으로 과세요건을 규정한 법률은 일의적이고, 명확해야 하며 불확정개념이나 개괄조항을 함부로 사용하면 과세관청의 자의적인 해석을 초래하여 조세법률주의를 해칠 수 있음

- 그러나 완전포괄주의는 변칙적인 증여가 만연함으로써 조세형평성을 저해하는 현실을 극복하기 위한 불가피한 선택으로 볼 수 있음
 - 완전포괄주의 원칙은 「헌법」 제11조 세법 영역에서 평등원칙의 구현이라 할 수 있는 조세평등주의와 「국세기본법」 제14조의 실질과세원칙에 부합됨
 - 조세법규는 해석상 모호함이 없도록 명확히 규정할 것이 요청되지만 당해 조세법규의 체계 및 입법취지에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없음⁴⁶⁾
 - 세법의 규율대상인 경제현상은 천차만별이며 끊임없이 변화하므로, 모든 것을 구체적이고 명확하게 규정하기란 입법기술상 불가능함

- 결국 「상증세법」상 완전포괄주의에 대해 법적안정성과 예측가능성을 저해하지 않고 합리적인 해석으로 법률 등이 정하는 의미·내용을 인식할 수 있도록 규정하는 불확정개념이 들어오는 것을 전면적으로 배제할 수는 없을 것임

- 또한 조세법률주의를 견지하면서도 조세공평주의와의 조화를 위하여 납세의무의

46) 헌재 1995. 2. 23 선고 93헌바24, 판례집 7-1, pp. 188~221 등; 헌재 1995. 11. 30 선고, 94헌바40, 판례집 7-2, pp. 616~645 등; 헌재 1996. 8. 29 선고 95헌바41, 판례집 8-2, pp. 107~126; 헌재 2002. 12. 18 선고, 2002헌바27, 판례집 14-2, pp. 840~855 외 다수

중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그중 경제현실의 변화나 새로운 자본기법에 대응하기 위한 세부적인 사항에 관해서는 법률보다 탄력성 있는 행정입법에 이를 위임할 필요성도 허용될 수 있음⁴⁷⁾

- 다만 법률의 위임은 구체적이고 개별적으로 한정된 사안에 행해져야 하며 일반적이고 포괄적 위임은 금지됨⁴⁸⁾
- 그러나 규율하는 대상이 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이라면 위임입법으로 이를 규율하더라도 조세법률주의의 관점을 보다 완화할 수 있음⁴⁹⁾

나. 실질과세원칙

1) 세법해석의 원칙⁵⁰⁾

- 현행 증여세 완전포괄주의 적용에 관한 해석 방향을 명확히 제시하기 위해서는 일반적인 법해석 원칙 중 합목적성 해석의 내용과 범위를 검토할 필요가 있음
 - 「국세기본법」 제18조 제1항에서는 세법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 않아야 한다고 규정함
- 세법에서 과세의 형평과 조항의 합목적성은 목적론적 해석 방법⁵¹⁾을 필요로 한다고 볼 수 있음

47) 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 즉시 대응할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정할 사항에 관하여 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성 있는 행정입법에 위임하는 것이 허용될 수 있음(헌재 2002. 1. 31. 선고 2001헌바13, 판례집 14-1, pp. 36~48; 헌재 2003. 4. 24. 선고 2002헌가6, 판례집 15-1, pp. 340~350; 헌재 2006. 7. 27. 선고 2006헌바18, 공보 118호, pp. 1138~1146 등)

48) 「헌법」 제75조

49) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼 2010. 10, pp. 90~92.

50) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼 2010. 10, pp. 30~40.

51) 법학에서 일반적으로 받아들여지는 해석방법은 문법적, 체계적, 역사적, 목적론적 해석으로 나눌 수 있음(백태승, 『민법총칙(제4판)』, 법문사, 2009, pp. 57~59)

- 목적론적 해석은 법의 목적에 부합하도록 조리에 맞게 법규정을 해석하는 것이며 이는 각 개별세법의 제정 목적을 우선적으로 고려하여 접근해야 할 것임
 - 목적론적 해석은 또한 법의 목적과 달리 해석되어 부당하고 사리에 맞지 않는 해석을 방지하는 해석방법임
 - 「조세법」은 엄격해석을 원칙⁵²⁾으로 하지만 과세대상의 경계선에 있는 경우에는 이러한 목적론적 해석을 통해 규정의 적용 여부를 판단할 수 있다고 봄
- 또한 목적론적 해석은 경제적 실질을 고려한 해석으로 「국세기본법」 제14조 실질과세원칙과 함께 고려해야 함
- 법을 해석할 때에는 하나의 조문으로 그 의미를 해석해서는 안 되며 전체 법체계에 비추어 입법자가 그 규정을 통하여 실현하려 했던 의도를 파악해야 함

2) 「국세기본법」 제14조 ‘실질과세원칙’의 내용⁵³⁾

- 실질과세원칙은 조세 회피 등을 위해 어떤 행위나 거래가 행해진 경우에 법률행위의 형식이 존재함에도 불구하고 이를 부인하거나 재구성하여 경제적 실질에 부합시켜 과세하는 세법 적용의 원칙이라 할 수 있음
- 우리나라는 「국세기본법」 제14조에서 실질과세원칙을 규정하고 있으며 조세평등주의를 실현하기 위한 것이므로 각 개별세법 또한 이러한 목적하에서 해석해야 할 것임

52) “조세법률주의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석 하는 것은 허용되지 않는다.”라고 하여 세법의 해석방법을 실시하고 있음(대법원 1994. 2. 22. 선고 92누18603판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002두6781판결 등 다수)

53) 홍성훈·박수진·이형민, 『주요국의 조세회피방지를 위한 일반규정 비교연구』, 한국조세재정연구원, 2016. 12, pp. 20~26.

「국세기본법」 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.
- ② 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.
- 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 세법을 적용한다.

□ 「국세기본법」 제14조는 1974년 최초 제정(1974.12.21. 법률 제2679호) 시에 제1항과 제2항만을 두었으나 2007년 개정 시(2007. 12. 31. 법률 제 8830호) 제3항을 추가로 신설함

□ 일반적으로 제1항을 귀속의 실질, 제2항을 거래내용의 실질이라 칭하며, 제3항은 제1항 및 제2항에 적용되는 일반조세회피방지규정이라 불리어지기도 함

- 제3항은 도입 당시 일반조세회피방지규정으로 평가되었고 위 규정이 적용될 경우 해석론과는 별개로, 일단 「국세기본법」 제14조 자체의 실질과세원칙에 따른 재구성이 가능한 것으로 여겨짐⁵⁴⁾
- 다만 제3항 도입 이전에 2003년 말 완전포괄주의를 도입하면서 다단계거래 내지 우회거래에 대해 과세 근거를 마련하고자 「상증세법」 제2조 제4항⁵⁵⁾에서 먼저 유사한 규정⁵⁶⁾이 신설된 바 있음

54) 윤지현, 「실질과세원칙과 가장행위에 관한 고찰」, 『중앙법학』 9집 2호(하), 2007, p. 938.

황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학연구』 제28권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2018. 9, p. 322.

55) 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 상속 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항의 규정을 적용한다.

56) 「상증세법」상 규정 외에도 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제3항에서도 관련 규정이 2006년 5월 24일에 신설된 바 있음

- 동 「상증세법」상 규정은 「국세기본법」 제14조 제3항과의 중복 입법 문제로 인하여 2015년 12월 15일 법개정 시 삭제됨

- 상기 제14조 제1항 및 제2항은 외관이나 형식보다는 사실이나 실질을 보아 과세 하라는 내용을 담고 있으나 사실이나 실질을 판단하는 데 어떤 방식으로 어디까지 가능할 것인가에 대한 구체적인 요건을 제시하지 못함
 - 즉, 적용 효과는 규정하고 있으나 어떠한 경우에 대해 적용할 것인가는 구체적으로 규정하지 않음

- 여기서 「국세기본법」 제14조 제1항 및 제2항의 '실질'의 의미를 이른바 법적 실질로 볼 것인지, 아니면 경제적 실질로 볼 것인지에 따라 조세회피규제 가능 여부가 달라짐
 - 법적 실질은 「조세법」 해석에서 사법상의 해석과 동일해야 하고 사법형성을 그 대로 존중해야 한다는 입장임
 - 사법적으로 유효하면 실질이 있는 것이어서 세법상으로도 유효한 행위로 인정해야 한다는 것임
 - 특별한 규정이 없는 한 납세자의 법적안정성과 예측가능성을 존중해야 하고 재산권을 부당히 침해해서는 안 된다고 보는 입장임
 - 어느 행위가 조세회피행위에 해당한다고 보아 이를 부인하기 위해서는 조세법률주의에 근거한 개별적이고 구체적인 별도의 규정이 필요하다는 입장임
 - 경제적 실질은 거래구조 이면의 경제적 효과를 중시하여 조세법적 차원에서 독립적 해석이 가능하고, 사법 형성도 무시할 수 있다는 입장임
 - 법적 효력과는 무관하게 오로지 경제적인 의미에서 실질을 의미한다는 것임
 - 조세부담의 공평을 실현하기 위하여 거래를 경제적 관점에서 파악하여 경제적 효과에 기초한 과세를 해야 한다고 봄

- 「국세기본법」 제14조 제3항이 신설되기 전 우리나라는 법적 실질 입장에서 각 세법에 개별적인 조세회피방지규정만을 두고 있다고 보는 것이 일반적이었음⁵⁷⁾
- 그러나 「국세기본법」 제14조 제3항을 신설하여 일반적 조세회피방지를 위해 경제적 실질에 기반한 실질과세원칙을 공고히 하고자 함⁵⁸⁾
 - 종래 대법원 판례가 제14조 제2항을 조세회피행위 부인의 근거규정으로 보지 않은 것에 대한 반작용으로 동 규정이 마련됨
 - 결국 실질과세원칙은 제한된 요건을 갖춘 제3항의 도입에 따라 비로소 구체적 사안에서 납세자가 채택한 조세회피 거래형식을 부인하고 과세관청에 의해 거래를 재구성할 수 있게 됨
 - 기존 개별·구체적인 부인규정이 없는 한 조세회피행위를 규제할 수 없다는 소극적인 입장에서 벗어나 실제 동 규정 도입 이후 최근 판례 흐름을 보면 경제적 실질에 기반한 해석 적용이 점차 확대되는 추세임⁵⁹⁾
- 「국세기본법」 제14조 제3항은 이른바 일반조세회피방지규정을 적용하기 위한 구성요소를 대체적으로 갖춘 것으로 파악됨
 - 일반조세회피방지규정의 구성요소란 (i) 납세자의 어떠한 거래 또는 행위(객관적 요소), (ii) 조세혜택, (iii) 그러한 거래 또는 행위의 조세회피의도(주관적 요소)를 말함
 - 이에 대응하여, 「국세기본법」 제14조 제3항에서는 ‘제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법’, ‘이 법 또는 세법의 혜택’, ‘세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것’을 각각 규정함
 - 여기서 ‘부당’이란 개념은 정의하지는 않았으나 부당행위계산부인 관련 판례에

57) 최선재, 『우리나라의 GAAR 및 조세회피행위의 규제에 대한 최근 판례의 동향 연구』, 2016, p. 44.

58) 정재희, 『조세회피행위 규제의 법적용단계별 고찰』, 2013, p. 346.

59) 2012년 1월 19일에 선고된 ‘대법원 2008두8499 전원합의체 판결’ 이후로 조세회피 목적이나 세법의 혜택, 경제적 합리성 등을 근거로 경제적 실질에 기반한 판결을 다수 냄. 동 판결은 비록 제1항 귀속의 실질을 내세웠으나 주요 판단 근거는 제3항 기준을 제시함에 의의가 있음

서 경제적 합리성의 결여, 즉, 일반인이라면 통상 선택할 합리적인 거래형식을 취하지 않아 부적합하거나 자연스럽지 못한 경우를 의미함⁶⁰⁾⁶¹⁾

- 다만 '조세회피의도(세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것)'가 납세자의 사업목적⁶²⁾에 비추어 어느 정도 수준일 때에 거래의 재구성이 가능한지는 명확하게 규정하지 않음

□ 한편 증여세 완전포괄주의 적용과 관련하여 2015년 12월 15일 「상증세법」 개정 시 개별예시규정에서의 거래와 정확히 일치하지 않더라도 이와 '경제적 실질'이 유사한 경우에 이를 증여세 과세대상으로 함을 명확히 함⁶³⁾

- '경제적 실질' 개념의 도입은 종래 단순히 '개별예시규정과 동일하거나 이와 유사한…….' 또는 '개별예시규정을 유추 적용할 수 있는 경우에는…….'과 구분되는 것으로 결국 「국세기본법」 제14조(또는 제14조 제3항)의 실질과세원칙의 적용을 떼어놓고 생각할 수 없게 됨
 - 제3항에서 거래의 재구성을 가능하게 하는 기본원리는 제1항 귀속의 실질, 제2항 거래내용 실질의 구현에 적용될 수 있음
- 「국세기본법」 제14조의 실질과세원칙의 규율을 받는 동시에 「상증세법」상 구체적 규정을 둬으로써 부의 변칙적 증여를 통한 조세회피를 적극적으로 차단하겠다는 취지임

60) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2007두14978판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008두15541판결 등

61) 거래 결과가 부당한 행위가 아니라, 어떤 거래 형식을 취함으로써 다른 형식을 취하였다면 받을 수 없었을 세법의 혜택을 부당하게 받는 것, 즉, 거래의 형식이 부당하다는 것을 말함

62) 조세회피 목적 외의 여타 모든 목적을 포괄하는 개념임

63) 「상증세법」 제4조 제1항 제6호

Ⅲ. 증여세 완전포괄주의에 관한 판례분석

1. 개요

- 2004년 도입된 증여세 완전포괄주의 제도는 납세자와 과세관청 사이에 많은 분쟁을 불러일으켰으며, 결국 법원의 판시를 통해 다양한 개별 사안에 동 제도 적용에 관한 구체적 해석이 이루어짐
- 포괄주의 과세제도는 과세여부 및 과세가액 산정방법 등이 불분명할 수 있어 과세관청 입장에서는 집행상 어려움이 예상되었고, 납세자 입장에서는 법적안정성이나 예측가능성 측면에서 납세의무 이행이 용이하지 않았음
 - 동 제도의 시행으로 과세범위 등이 포괄적으로 규정되어 변칙적인 증여행위에 대한 사전대처는 가능해졌으나 상대적으로 법령에서 구체적으로 열거하지 않은 사례는 조세분쟁이 많이 발생한 것으로 파악됨
 - 2004년부터 2007년까지는 과세관청이 완전포괄증여규정을 과세근거로 하여 과세한 사례를 찾기 어려웠으며 이는 과세관청도 적용에 소극적이었던 것으로 추정됨⁶⁴⁾
- 완전포괄주의 개념은 본질적으로 추상성과 모호성을 가질 수밖에 없으므로 구체적 사안에서 법원의 판단을 통해 실효성 여부를 살펴보는 것이 필요함
 - 일관성 있는 판례의 축적은 납세자의 예측가능성과 법적안정성이 향상될 수 있고 조세공평주의 기준이 정립될 수 있음

64) 감사원, 「주식변동 및 자본거래 과세실태 보고서」, 2013. 3, p. 17.

- 이하에서는 완전포괄주의 개념 적용과 관련하여 그 성격과 한계를 설명할 수 있는 주요 판례를 유형별로 정리하고 과세관청의 입법적 대응도 살펴봄
 - 다만 판결 선고일 당시 「상증세법」은 현행 2019년 「상증세법」과 다를 수 있으므로 이를 고려하여 해석해야 함
 - 하기 대법원 판례에서 적용되는 「상증세법」은 모두 완전포괄주의 규정에 대한 적극적 보완이 이루어지기 시작한 2013년 증여재산가액 계산의 일반원칙 제정 전으로 ‘구 「상증세법」’으로 표기함

- 지난 10여 년간 증여세 완전포괄주의 관련 주요 분쟁 유형은 다음과 같음
 - 구 「상증세법」 제2조 제3항⁶⁵⁾에서 정한 증여의 개념에 해당되면 예시규정이 없더라도 과세가 가능하다는 판례 또는 예시규정이 있어야 과세가 가능하다는 판례
 - 흑자영리법인에 재산을 증여한 경우 그 법인의 주주에게 증여세를 부과한 판례
 - 특수관계가 없는 자와의 거래에서 저가·고가양도에 따른 이익의 증여를 계산할 때 거래관행상 정당한 사유에 해당 여부를 판례
 - 금융산업 발전으로 다양한 금융상품 등장과 고도화된 자본거래 기법의 출현으로 발생한 새로운 증여세 과세유형에 대한 판례

65) 2015. 12. 15. 「상증세법」 개정 이전에는 동 조항이 증여세 완전포괄주의 개념에 관한 핵심 규정이었음

2. 주요 증여유형별 판례분석

가. 주식 우선매수청구권 포기에 따른 증여

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결)

〈사실관계〉

A사는 1998.9.2. 법원으로부터 화의인가결정을 받았고, A사의 채권자인 B, C, D사는 2002.11.29. A사의 경영정상화와 채권자의 손실을 최소화하기 위해 B, C, D사의 A사에 대한 채권 합계 400억원을 7,500원당 1주로 출자전환하기로 결의하였으며, 2003. 6. 24.에 A사에 대한 채권을 출자 전환하여 주식을 취득하였다.

위 결의 당시 채권금융기관협의회는 A사의 기존 대주주들의 경영정상화 노력을 독려하기 위해 기존 대주주 및 그가 지정하는 제3자에게 위 출자전환 주식의 35% 내에서 우선매수청구권을 부여하여 대주주들이 채권금융기관을 상대로 1주당 5,000원에 출자전환 주식을 매수할 수 있도록 결의하였고, 이에 A사의 대주주 중 1인 갑은 자신의 지분비율을 초과하여 우선매수청구권을 행사하였다.

과세관청은 갑이 우선매수청구권을 포기한 다른 대주주들로부터 그들의 지분비율별로 해당 권리를 증여받아 이를 행사함으로써 주식을 취득한 것으로 판단하여 증여세를 부과하였다.

〈판단〉

우선매수청구권은 재산적 가치가 있는 권리로서 증여재산에 해당할 수 있고, 이는 대주주들 모두에게 부여된 것이므로 대주주들 내부관계에서는 각자의 주식보유비율에 상응한 비율로 그 우선매수청구권을 부여받았다고 볼 수 있음에도 다른 대주주들이 이를 포기하는 등의 방법으로 갑으로 하여금 혼자서 우선매수청구권을 행사하게 한 것은 갑의 주식보유비율을 초과한 범위에서는 위 주식의 시가와 우선매수청구권 행사가격과의 차액 상당의 이익을 무상으로 이전한 것이므로 증여세 과세대상에 해당한다.

우선매수청구권은 그 행사가격과 주식의 시가와의 차액 상당의 이익을 얻을 수 있는 권리인 점에서 신주인수권과 유사하므로 신주인수권증권 또는 신주인수권증서의 가액 평가방법에 관한 「상증세법」의 규정을 준용하여 증여이익을 산정한다.

- 상기는 우선매수청구권은 구 「상증세법」 제33조 내지 제42조의 증여예시규정 어디에도 명확하게 해당되지 않지만 구 「상증세법」 제2조 제3항을 근거로 과세대상임을 인정한 판례임⁶⁶⁾
 - 구 「상증세법」 제2조 제3항을 직접 근거로 들어 판시한 최초 사례라 할 수 있음

- 증여재산의 가액 산정은 개별예시규정 중 하나를 유추적용할 필요 없이 사실판단에 관한 문제로 접근하여 가장 합리적인 방법을 준용하고 있음
 - 가액 계산의 방법이 결과적으로는 「상증세법」 제39조 제1항 제1호 나목의 소정 거래유형과 유사함에도 불구하고 굳이 개별예시규정 중 하나에 해당한다거나 유추적용할 수 있다는 점을 언급하지는 않음

- 결국 상기 판례는 구 「상증세법」 제2조 제3항이 단순한 확인적·선언적 규정이 아니고, 과거 증여의제로 예시된 변칙증여의 개별적 규정 적용 및 구체적 계산규정 없이도 독자적으로 과세할 수 있다는 대표적인 판례라 할 수 있음
 - 다만 증여이익의 합리적 계산 도출이 가능하다는 점을 전제로 함

나. 주식의 포괄적 교환에 따른 증여

(대법원 2014. 4. 24. 선고 2011두23047판결)

〈사실관계〉

원고들은 비상장법인인 갑의 주주들로서 2004. 8. 9. 협회등록법인인 을과 갑 사이의 포괄적 주식교환계약에 따라 원고들이 소유하던 갑회사 주식 1,200만주를 을에게 양도하고, 그 대가로 을의 신주 12,029,040주를 교부받았는데, 당시 을회사는 「증권거래법」에 따라 이 사건 주식의 기준가격을 주당 2,064원으로 산정하였다.

과세관청은 「증권거래법」 절차에 따라 산정한 이 사건 주식 가액 2,064원과 구 「상증세

66) 오문성, 「현행 상속세 및 증여세법상 완전포괄주의 증여의 문제점 및 개선방향」, 『정책연구』 2016-3호, 한국경제연구원, p. 18.

법」(2005. 7. 13. 법률 제7580호로 개정되기 전의 것) 제63조 제1항에 따라 산정한 증자 후 가액인 2,235원 사이에 주당 171원의 차이가 남에 따라, 원고들이 신주를 저가에 인수하여 을회사의 기존 주주들로부터 이익을 증여받은 것으로 보아 증여세를 부과하였다.

〈판단〉

원고들이 증권거래법 절차에 따라 적법하게 산정된 가액에 따라 주식을 인수하면서 증여이익에 대한 인식이 없었다고 하더라도, 소정의 과세요건을 충족하는 이상 과세대상에서 제외할 수는 없다.

완전자회사의 주주가 주식의 포괄적 교환을 통하여 이익을 얻었는지 여부는 완전자회사의 주주가 완전모회사에 이전한 완전자회사의 주식에 대한 「상증세법」상의 평가액과 완전모회사로부터 배정받은 신주에 대한 「상증세법」상의 평가액의 차액, 즉 교환차익이 존재하는지 여부에 따라 결정된다.

즉, 상법상의 주식의 포괄적 교환에 의하여 완전자회사의 주주가 얻은 이익에 대하여는 '재산의 고가양도에 따른 이익의 증여'에 관한 「상증세법」 제35조 제1항 제2호, 제2항이나 '신주의 저가발행에 따른 이익의 증여'에 관한 「상증세법」 제39조 제1항 제1호 (다)목을 적용하여 증여세를 과세할 수 없고, '법인의 자본을 증가시키는 거래에 따른 이익의 증여'에 관한 「상증세법」 제42조 제1항 제3호를 적용하여 증여세를 과세하여야 할 것이다.

- 상기 판례는 구 「상증세법」 제2조 제3항 완전포괄주의에 의한 증여 개념에는 포섭되나 증여이익 산정에서 유추적용 대상 개별예시규정이 둘 이상 존재하여 납세자와 과세관청 간에 분쟁을 일으켰던 사례임
 - 납세자 입장에서는 어느 개별예시규정을 적용하여 증여세 과세표준을 신고하여야 하는지 불분명한 상황으로 완전포괄주의 제도하에서 예측가능성과 법적안정성이 저해될 수 있음을 보여주는 사례임

- 주식의 포괄적 교환으로 주주가 얻은 이익의 계산방법에 대해 하급심에서 많은 논란이 있었으며 대법원에서는 '법인의 자본을 증가시키는 거래에 따른 이익의 증여'에 관한 구 「상증세법」 제42조 제1항 제3호를 적용하여 증여세를 과세하여야 한다고 판시함

- 하급심에서는 단순한 자산 고가 양도거래에 해당하여 「상증세법」 제35조를 적용해야 하는지, 신주의 저가인수에 해당하여 「상증세법」 제39조를 적용해야 하는지 등에 초점이 있었음
- 결국 상기 판례는 예측가능성 측면에서 증여세 완전포괄주의 적용의 일정 한계를 표출했다고 보임⁶⁷⁾
 - 주주 입장에서는 주식의 포괄적 교환에 따른 이익에 대해 주식을 양도하고 그로 인한 양도소득세 신고는 별개로 하더라도 주식 양도 관련 규정이 아닌 「상증세법」상 자본거래 관련 조문에 따라 증여세까지 납부해야 한다는 사실은 기대하기 어려운 측면이 있음
- 이후 2015년 12월 15일 법개정으로 「상증세법」 제42조의2【법인의 조직 변경 등에 따른 이익의 증여】에서 주식의 포괄적 교환 및 이전에 따라 소유지분의 변동에 의한 이익이 있는 경우 증여재산가액 산정의 일례로 명시함

다. 계열사 간 일감 몰아주기에 대한 공정거래위원회 과징금부과 사례⁶⁹⁾

(서울고등법원 2009. 8. 19. 선고 2007누30903판결⁶⁸⁾)

〈사실관계〉

글로벌비스는 현대자동차 기업집단 내의 물류업무를 일원화·통합화하기 위해 2001.2. 설립한 물류 전문업체로서 현대자동차 기업집단의 A가 40%(10억원), 그의 장남 B가 60%(15억원)를 출자하였다.

이후 현대자동차, 기아자동차, 현대모비스, 현대제철은 자신들 제품의 생산·판매에 부수하는 완성차 배달탁송, 철강운송 등 각종 물류업무를 새롭게 설립된 계열회사인 글로벌비스에게 사업양수도나 수의계약 방식을 통해 대부분 몰아줌으로써 2001년 3월부터 2004년

67) 김동수·윤태화, 「증여세완전포괄주의 도입의 성과와 한계에 관한 분석적 연구」, 『회계정보연구』, 제34권 제1호, 한국회계정보학회, 2016. 2, p. 237.

6월까지 총 5,687억원 상당을 글로비스와 거래하였다. 글로비스는 2004년 3월 100억원을 현금배당하고 100억원을 주식배당하였으며, 2005년 12월 주식시장에 상장되었다.

한편 글로비스의 대주주인 B는 2004년 11월 글로비스의 지분 25%(약 75만주, 액면가 5,000원)를 유럽의 해운회사에게 1억\$(주당 약 13만 3,000원, 총 1,059억원)에 매각하고 동 자금으로 엠코, 기아자동차, 이노션 등의 기업집단 현대자동차 계열회사들의 지분을 확보하였다.

이에 2007. 9. 5. 공정거래위원회는 현대자동차 기업집단에 소속되어 있는 현대자동차, 기아자동차, 현대모비스 및 현대제철이 계열회사를 부당하게 지원한 행위에 대해 시정명령과 함께 624억원의 과징금을 부과하기로 의결하였다. 공정거래위원회는 현대자동차, 기아자동차, 현대모비스 및 현대제철이 '현저한 규모의 유리한 거래를 통한 부당행위'로 특수관계에 있는 글로비스를 지원하였다고 판단하였다.

〈판단〉

위와 같은 공정거래위원회의 결정에 대하여 서울고등법원은 공정거래위원회의 과징금 산정이 위법하지 않다고 판단하였다. 즉 현대자동차 기업집단 계열회사들이 원고 글로비스와 운송계약을 체결한 행위가 공정거래법 소정의 '지원행위'가 아니라는 주장을 받아들이기 어렵다고 하고, 원고 글로비스와 운송계약을 체결한 행위는 국내 화물운송주선업체들과 경쟁관계에 있는 원고 글로비스의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 화물운송주선업 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

- 상기는 변칙적인 부의 이전행위 중 사회적으로 많은 논란을 일으킨 현대자동차 기업집단의 계열회사 총수 일가가 지배한 글로비스에 일감을 몰아준 사건에 대한 공정거래위원회 과징금 부과 적법성 여부를 판단한 사례임

68) 본 판례의 상급심 판결(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494판결)이 있으나 대법원 판결에서는 현대자동차 기업집단의 타 계열사 간 정상거래가액 산정에 관한 일부 쟁점만을 한정하여 논의했으므로 본고에서는 고등법원판례를 일감 몰아주기 사례 관련 중요 판례로 인용함

69) 정래용·조남희, 「증여세 완전포괄주의에 관한 연구」, 『홍익법학』, 제12권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, pp. 252~259.

- 본 판례에서 공정거래위원회는 이와 같은 지원행위에 대해 최초로 직접적인 제재⁷⁰⁾를 가함

- 상기 사례와 관련 「상증세법」상 완전포괄주의를 적용하여 과세가 가능할지에 대해 많은 논란이 있었음
 - 구 「상증세법」 제2조 제3항에서 ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증대시키는 행위’를 직접 적용하거나 구 「상증세법」 제42조 제1항 제2호에서 ‘타인에게 높은 대가를 받고 용역을 제공하는 경우’를 유추적용하여 과세하는 방안 등이 논의됨

- 그러나 과세관청은 일감 몰아주기 거래에 대해 완전포괄주의 제도 도입에도 불구하고 유추적용 대상 증여예시규정이 없고 합리적 방법에 따른 증여이익 계산도 불가능한 것으로 판단하여 과세에 소극적이었음
 - 증여이익을 합리적으로 계산할 수 없다면 납세자에 의한 신고 자체를 기대할 수 없음
 - 또한 「상증세법」과 「공정거래법」은 입법목적이 다르므로 「공정거래법」상 규율 대상을 원용하여 「상증세법」상 과세가액을 산정할 수도 없음
 - 일감 몰아주기 증여세 부과와 관련된 외국사례도 찾을 수 없음
 - 일감 몰아주기에 관한 증여의제규정을 마련한 이후에도 법 제정 이전의 사례에 대해 완전포괄주의 입법취지에 따라 소급하여 과세하는 것도 검토하였으나 2011. 12. 31. 이전의 일감 몰아주기에 대한 증여세는 합리적인 증여재산가액 산정이 곤란하여 과세가 불가능하다는 결론을 내림⁷¹⁾

- 이후 2011년 말 제45조의3【특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제】 및 2015년 12월 15일 제45조의4【특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제】를 신설하여 계열사 간 일감 몰아주기 및 떼어주기에 대한 증여세 과세근거를 마련함

70) 공정거래위원회, 제2007-504호

71) 기획재정부 재산세제과-664, 2014. 9. 24.

- 증여의제규정은 일정 요건을 충족할 경우 실질적 증여 사실의 존재 여부와 관계없이 소정의 계산방법에 의한 증여재산가액을 증여세 과세대상으로 간주하는 것임
- 그러나 이러한 입법방식은 문제가 발생할 때마다 완전포괄주의의 관련 예시 규정으로 사후 추가하는 것으로 완전포괄주의 규정의 본질적 한계를 드러낸 것으로 볼 수 있음

라. 흑자영리법인을 통한 간접증여

(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결⁷²⁾)

〈사실관계〉

A는 비상장법인인 B법인의 총 발행주식 5,000주를 100% 소유하고 있다가 2006. 2. 27. 구 「상증세법」상 특수관계인 C에게 그중 4,182주(83.64%를 액면가액이 주당 일만원에 양도하였다.

동 주식의 양도일 다음날 C의 외조부 D는 B법인에 약 63억원 상당의 부동산을 증여하였다. 이 당시 B법인은 흑자법인이었고 B법인은 증여받은 부동산을 자산수증익으로 하여 2006 사업연도 법인세 약 15억원을 신고납부하였다. 부동산의 증여 전후 B법인 주식의 구 「상증법」상 보충적 평가방법에 의한 가액을 보면, 증여 전에는 주당 16만 7,710원이었고, 증여 후에는 주당 77만 59원이었다.

과세관청은 동 사건과 관련하여 「상증세법」상 결손금이 있는 법인 및 휴업·폐업중인 법인의 주주 등과 특수관계가 있는 자가 특정법인에 재산을 무상으로 제공하는 등의 거래를 하여 그 주주 등이 얻은 이익이 1억원 이상인 경우를 증여세 과세대상으로 하는 구 「상증세법」 제41조의 적용요건을 만족시키지는 못하지만 D가 B회사에 증여한 부동산으로 인하여 증가한 C의 지분가치가 구 「상증세법」 제2조 제3항에서 규정하는 증여의 개념에 포섭되는 것으로 판단하여 합리적인 증여가액의 산정은 구 「상증세법」 제42조 제1항 제3호를 준용하여 과세하였다.

〈판단〉

납세자의 예측가능성 등을 보장하기 위하여 증여세의 개별 가액산정규정이 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 규율하는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세

범위에서 제외된 거래·행위가 구 「상증세법」 제2조 제3항 증여의 개념에 들어맞더라도 그에 대한 증여세를 과세할 수 없다고 할 것이다.

즉, 구 「상증세법」 제41조 제1항은 정상적으로 사업을 영위하면서 자산수증이익 등에 대하여 법인세를 부담하는 법인과의 거래로 인하여 주주 등이 얻은 이익을 증여세과세대상에서 제외하고자 하는 입법의도에 기한 것이고 완전포괄주의 과세제도의 도입으로 인하여 이러한 입법의도가 변경되었다고 볼 수 없으므로, ‘결손법인과 거래로 인한 이익 중 결손금을 초과하는 부분’이나 ‘휴업·폐업 법인을 제외한 결손금이 없는 법인과의 거래로 인한 이익’에 대하여는 주주 등에게 증여세를 과세하지 않도록 하는 한계를 설정한 것으로 보아야 한다. 따라서 이와 같은 이익에 대해 이를 증여세 과세대상으로 하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 「상증세법」 제2조 제3항을 근거로 하여 주주 등에게 증여세를 과세할 수 없다.

- 상기 판례는 완전포괄주의 개념의 세제를 취한 구 「상증세법」 제2조 제3항과 증여재산가액 산정방법에 관한 규정(구 「상증세법」 제33조 내지 제42조)의 관계를 판단한 최초 대법원 판례임
 - 동 대법원 판례 이전에는 유사한 상황⁷³⁾에 대해 하급심에서 과세를 긍정하는 사례⁷⁴⁾ 및 과세를 부정하는 사례⁷⁵⁾가 대립했음
- 대법원은 개별예시규정에 대한 입법자의 의도 등을 고려할 때 흑자영리법인을 통한 특수관계인 사이의 간접 증여거래에 증여세를 부과할 수 없다고 결론내리며 그 판단의 근거는 다음과 같음

72) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두25177판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두15224판결, 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014두40722판결 등도 같은 취지의 사례임
 73) 흑자영리법인의 대주주와 특수관계에 있는 자가 부동산이나 주식 등을 해당 법인에 저가양도나 증여 거래를 하여 해당 법인 주주의 주식가치가 증가하는 상황임
 74) 조심2014부4224 2014. 12. 31, 조심2014중0175 2014. 6. 16, 조심2011서4821 2014. 11. 25, 조심2012전0204 2012. 4. 27, 조심2014부0356 2014. 4. 8, 조심2014중1604 2014. 6. 26, 조심2014중0431 2014. 3. 18, 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543판결 등 다수
 75) 조심2012구536 2012. 7. 17, 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누26786판결, 서울고등법원 2013. 11. 28. 선고 2013누17161판결, 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누28034판결, 서울고등법원 2013. 7. 11. 선고 2012누37571판결, 서울고등법원 2014. 1. 22. 선고 2013누17772판결, 서울고등법원 2013. 10. 31. 선고 2013누14827 판결 등 다수

- 첫째, 어떤 거래나 행위가 구 「상증세법」 제2조 제3항에서 정한 증여 개념에 해당하는 경우 증여세를 과세할 수 있음
 - 둘째, 구 「상증세법」 제33조 내지 제42조상 개별예시규정은 일정한 요건을 규정하고 있고 또한 수시로 개정되고 있는데 이러한 점에서 증여세 과세대상과 과세범위를 유지하려는 입법자의 의사가 반영된 것이라 볼 수 있음
 - 셋째, 개별예시규정이 특정한 유형의 거래행위를 규율하면서 그중 일정한 거래 행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있음
 - 넷째, 개별예시규정에서 규율하는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세범위에서 제외된 거래·행위가 구 「상증세법」 제2조 제3항 증여의 개념에 해당하더라도 그에 대한 증여세를 과세할 수는 없음
- 결론적으로 상기 판례는 완전포괄주의하 과세대상을 구체화하였다는 점에서 의미가 있지만 완전포괄주의의 입법취지에 반하는 측면이 있고 판결 해석상으로 논리적 한계를 보임⁷⁶⁾
- 즉 구 「상증세법」 제2조 제3항은 증여세 과세의 독자적인 근거조항이 된다는 것을 인정하면서도 종전 증여의제조항이 적용되던 시기와 마찬가지로 개별예시규정에 있는 요건을 충족하는 경우에 한하여 증여세를 부과할 수 있다는 해석을 동시에 하고 있음
 - 대상판결의 취지에 따른다면 개별예시규정은 모두 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 해석할 수밖에 없어 그 결과 완전포괄주의 개념 적용으로 인한 과세 의미가 없어질 수 있음
 - 구 「상증세법」 제33조 내지 제42조까지 개별예시규정은 모두 일정한 요건하에 거래나 행위에 따른 증여재산가액 산정방법을 규정하고 있다고 보여짐

76) 유철형, 「상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석」, 『조세연구』 16-3, 한국조세연구포럼, 2016. 9, p. 145; 오문성, 「판례를 통해서 본 증여세 완전포괄주의」, 『주식평가변동조사-실무해설』, 2016. 3. 1.

- 상기 대법원 판례 이후 2015년 12월 15일 「상증세법」 개정으로 개별예시규정이었던 구 「상증세법」 제41조 【특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여】를 증여의제 규정인 제45조의5 【특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제】로 전환함으로써 흑자법인을 통한 간접증여 논란을 종식함⁷⁷⁾
 - 증여의제로 규정하면 완전포괄주의 정의 규정과 개별예시규정 간의 관계를 파악하는 문제가 아니라 요건을 완벽하게 만족시키는 거래에 대하여 증여로 간주하게 됨으로써 판단의 여지를 없애는 효과가 있음
 - 이러한 사후적 증여의제 방식의 입법규정 신설은 완전포괄주의 적용의 한계를 보여주는 것임

마. 비특수관계인 간 자금대여에 따른 증여

(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두37924판결)

〈사실관계〉

A는 자금대여자인 B와 고향 선·후배 사이로 장내파생상품의 투자에 상당한 명성을 갖고 있는 B로부터 투자자문을 받아오던 중 2003년 B에게 원금보장 조건으로 일정액의 자금의 투자운용을 위임하였으나 투자손실을 본 사실이 있고, B는 원금보장 약정에 따라 동 투자자금을 분할 상환하였으며, 이후 A가 자녀교육상 필요한 자금 대여를 요청하자 B가 기존 투자원금을 상환한 이후 2007년부터 필요한 자금을 무상으로 대여해 주었다.

과세관청은 쟁점금액에 대하여 2007년부터 2010년까지 이자상당액(증여재산가액)을 산정하여 2012.6.7. A에게 과세처분하였다.

〈판단〉

구 「상증세법」 제41조의4 제1항은 특수관계인 간 금전의 무상대여 등의 거래에 한정하여 증여이익을 산정하도록 규정하고 있고, 구 「상증세법」 제42조 제1항 제1호는 부동산

77) 증여 개별예시규정으로써 「특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여」에서 흑자영리법인을 특정법인에 포함시키는 규정은 2014년 초에 마련됨

과 금전을 제외한 나머지 재산의 경우에만 특수관계에 있지 아니한 자 간의 무상사용 등의 거래에 대하여 증여이익을 산정하도록 규정하고 있다. 이는 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. 따라서 이와 같은 이익에 대하여는 이를 증여세 과세대상으로 하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 「상증세법」 제2조 제3항 등을 근거로 증여세를 과세할 수 없다.

- 상기 사례는 금전 무상대출에 의하여 경제적 효과가 발생한 경우에 당사자가 특수관계에 있는지 여부를 불문하고 그 경제적 실질에 따라 증여세를 부과할 수 있다고 보아 과세한 사건임
 - 유사한 거래에 대해 하급심⁷⁸⁾에서는 사금융거래에서 차용증서 없이 금전을 무상대여한 점, 고액의 금전대차거래임에도 불구하고 별도의 담보제공이나 상환기일 약정이 있는 거래가 아닌 점 등을 이유로 거래 관행상 정당한 사유가 없는 것으로 보아 완전포괄주의에 의한 증여세 부과가 타당하다고 봄

- 그러나 대법원에서는 개별예시규정이 특정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 보는 경우에는 구 「상증세법」 제2조 제3항에 의한 과세가 불가능함을 판시함⁷⁹⁾
 - 즉, 구 「상증세법」 제41조의4 제1항 및 구 「상증세법」 제42조 제1항 제1호 등에서 ‘특수관계’ 여부에 따라 과세범위와 한계를 달리함을 입법자가 의도한 것이라 파악함

- 참고로 2013년 초 금전 무상대출에 따른 이익 증여의 적용대상을 확대하여 특수

78) 조심2010중3650 2012. 3. 8, 조심2013서305 2013. 3. 19 등

79) 김동수·윤태화, 「증여세 완전포괄주의 도입의 성과와 한계에 관한 분석적 연구」, 『회계정보연구』, 제34권 제1호, 한국회계정보학회, 2016. 2, p. 232.

관계 있는 자 간 대출뿐만 아니라 특수관계 없는 자 간 대출에도 적용하도록 「상증세법」 제41조의4를 개정하였음

바. 상장을 통한 주식가치 증가에 대한 증여

(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926판결⁸⁰⁾)

〈사실관계〉

비상장법인인 갑회사의 단독주주(최대주주)인 을회사와 특수관계에 있는 병은 2006년 및 2007년 두 차례에 걸쳐 갑회사의 제3자 배정방식 유상증자 절차에서 최대주주와 관계 없이 직접 신주인수 대금을 부담하여 주식을 인수하였다. 갑회사는 2008년에 상장법인인 정 주식회사 주식을 매수하여 그 최대주주가 되었고, 정회사는 2010. 7. 7. 갑회사를 흡수합병하였으며, 그에 따라 병은 정회사의 주식을 배정받았다.

이에 대하여 과세관청은 병이 위 유상증자 절차에서 주식을 인수한 후 5년 이내에 갑회사가 상장법인인 정회사와 합병됨에 따라 정회사의 주식을 배정받아 그 가액이 증가된 것은 2011. 12. 31. 개정 전의 구 「상증세법」 제41조의5 제1항 또는 제2조 제3항이 정한 과세요건에 해당한다고 보아 병에게 증여세 부과처분을 하였다.

〈판단〉

비록 병이 갑회사의 최대주주와 특수관계에 있지만 동 회사의 제3자 배정방식에 의한 유상증자 절차에서 최대주주와 관계없이 직접 신주인수대금을 부담하여 주식을 인수하였으므로 구 「상증세법」 제41조의5 제1항 및 제3항이 정한 적용요건을 충족하지 아니하고, 구 「상증세법」 제41조의5 제1항 등은 그 규정들에서 정하지 아니한 위 주식과 같은 신주의 취득에 대하여는 과세하지 아니하도록 하는 한계를 설정한 것으로 보이기 때문에 병이 얻은 합병에 따른 주식의 상장이익에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 구 「상증세법」 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없다.

80) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2015두40941판결도 비슷한 취지의 판결임. 법인설립 전 발기인의 주식인수 등 소정 외의 다른 유형의 주식취득에 대해서 이후 상장으로 이익을 얻더라도 증여세를 부과할 수 없다는 취지임

- 상기 판례에서는 구 「상증세법」 제41조의5를 직접 적용할 수 있는지에 대해 판단하고 있는데 결론적으로 과세요건에 해당되는 ‘신주’에 해당하지 않아 과세할 수 없다고 판시함
 - 과세대상이 되는 ‘신주’에는 특수관계인에 해당하는 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 취득한 경우로 한정하는 것으로 해석하였음
 - 위 사례는 자신이 출연한 자금으로 신주를 인수한 경우임

- 또한 위 사례의 주식 취득에 따른 상장이익에 대하여 앞서 대법원 판결⁸¹⁾과 마찬가지로 개별예시규정은 증여세의 과세대상과 과세범위를 제한하는 역할을 한다는 점에서 구 「상증세법」 제2조 제3항에 의해서도 증여세를 부과할 수 없다고 판시함⁸²⁾
 - 즉 개별예시규정에서 증여세 과세대상 및 과세범위와 관련된 거래나 행위를 규정하고 있는 경우에 해당 규정에서 제외된 거래나 행위에 대하여는 그것이 구 「상증세법」 제2조 제3항의 증여 개념에 부합한다 할지라도 과세할 수 없다는 점을 분명히 함

- 상기 판례 역시 납세자의 법적안정성과 예측가능성을 높였다는 의의가 있는 반면 완전포괄주의 적용의 일정 한계를 보여주었음

81) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결

82) 이진오, 「2017년 조세법 중요판례」, 『인권과 정의』 Vol. 473, 대한변호사협회, 2018. 5, p. 152.

사. 신주인수권부사채 인수의 증여세 과세요건에 관한 사례

(대법원 2019. 5. 30. 선고 2017두49560판결)

〈사실관계〉

갑 주식회사의 최대주주인 A는 갑회사가 다른 금융기관에게 발행한 신주인수권부사채 중 신주인수권을 2009. 11. 23에 분리·인수하였으며 이를 2011. 9. 16에 행사하여 신주를 취득하였고, 이에 과세관청은 A의 신주인수권 행사이익에 대하여 증여세 부과처분을 하였다.

〈판단〉

전환사채 등(신주인수권부사채 포함)을 발행한 법인의 최대주주나 그와 특수관계에 있는 자로서 주주인 자가 그 법인으로부터 전환사채 등을 소유주식 수에 비례하여 균등한 조건으로 배정받을 수 있는 수를 초과하여 인수·취득한 경우로서, 전환사채 등을 시가보다 낮은 가액으로 인수함으로써 얻은 이익과 전환사채 등에 의하여 주식으로의 전환함으로써 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환가액을 초과함으로써 얻은 이익은 증여세 과세대상이다.

그러나 구 「상증세법」⁸³⁾ 제40조 제1항에서 정한 인수인은 전환사채 등의 발행법인을 위하여 제3자에게 취득의 청약을 권유하여 전환사채 등을 취득시킬 목적으로 이를 취득하는 자를 의미할 뿐이고, 이러한 목적 없이 단순한 투자목적으로 취득하는 자는 특별한 사정이 없는 한 인수인에 해당하지 않는다고 봄이 타당하므로 증여세 부과를 취소한다.

- 상기 판례는 전환사채 등의 저가인수 및 저가 주식전환에 따른 이익의 과세를 판단함에 있어 구 「상증세법」 제40조 제1항 제1호 나목 및 제2호 나목 ‘인수인’의 요건을 한정적 열거규정으로 엄격하게 해석하여 증여세 부과를 배척한 사안임
- 해당 사례에서 A는 단순 투자목적으로 신주인수권부사채를 취득한 것에 불과하여

83) 2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전

“전환사채 등의 발행법인을 위하여 제3자에게 취득의 청약을 권유하여 전환사채 등을 취득시킬 목적으로 이를 취득하게 한 자”에 해당하지 않는다고 판단함

- A가 얻은 세제혜택이 「국세기본법」 제14조 제3항에 따른 다단계거래 또는 우회거래를 통해 얻은 이익인지 여부를 판단하지 않았음

□ 상기 판례 역시 앞의 대법원 판례와 마찬가지로 개별예시규정상 과세요건 및 과세범위를 엄격 해석하여 구 「상증세법」 제2조 제3항 증여의 개념에 포섭되더라도 납세자의 예측가능성 및 법적안정성 측면에서 과세할 수 없다고 판시한 사례임

- 2016년 12월 20일 법개정으로 상기 전환사채 등과 관련된 이익의 증여 시 인수인의 범위에 자본시장법상 인수인 외에 사모(私募)의 방법으로 자본시장법에 따른 인수인으로부터 취득하는 자와 제3자에게 증권을 취득시킬 목적으로 그 증권의 전부 또는 일부를 취득한 자를 포함하도록 함

아. 개발사업 전 토지매입에 따른 재산가치 증가분에 대한 증여

(대법원 2014. 7. 10. 선고 2014두4238판결)

〈사실관계〉

A가 대주주로 있는 갑회사의 주도로 2006. 4. 10. 주택건설업, 부동산 분양 및 시행업을 목적으로 하는 을회사를 설립하였는바, A의 특수관계인 B는 을회사의 주식을 인수하여 출자에 참여하였다. 을회사는 2006. 7. 25. 오산시 도시기본계획에 의하여 시가화예정용지로 편입되던 쟁점 토지를 매수하기로 하는 부동산 매매계약을 체결하였다. 이후 쟁점 토지에 관한 개발사업의 인·허가 지연으로 사업진행이 불투명한 상태에서 당시 시가화예정용지의 약 50%를 실질적으로 보유하고 있었던 을회사의 관계사인 병회사를 통해 을회사 발행주식 전부를 인수할 것을 제의하였고, B를 포함한 을회사의 주주들은 2006. 12. 28. 병회사에 보유 주식 전량을 양도하는 계약을 체결하여 2007.3.5.까지 잔금을 수령하였다. B는 2007. 5. 31. 을회사 주식의 양도가액과 취득가액 차액에 대하여 양도소득세를 신고·납부하였다.

과세관청은 B가 주주로 참여한 을회사는 B와 특수관계인에 해당하는 A의 담보제공 등에 의하여 쟁점 토지를 취득하였고, 이로 인하여 B의 1주당 평가금액이 증가하였으므로, 구 「상증세법」 제2조 제3항, 제42조 제4항⁸⁴⁾에 따라 B에게 증여세를 부과하고, B가 납부한 양도소득세를 환급하라는 취지의 세무조사결과를 통보하였다.

〈판단〉

B가 주식을 취득한 이후 이를 양도할 당시까지 구 「상증세법」 제42조 제4항에 규정된 어떠한 사유도 발생하였다고 볼 수 없는 이상, 재산가치 증가사유의 요건이 충족되었다고 볼 수 없으므로 구 「상증세법」 제42조 제4항을 직접 적용할 수는 없다.

또한 B가 이 사건 주식의 양도차익을 누릴 수 있었던 것은 병회사의 경영 판단에 따른 것일 뿐 구 「상증세법」 제42조 제4항에서 열거하는 사유들과 같이 장래의 재산가치 증가 발생이 객관적으로 예정되는 경우라고 볼 수 없으므로 그 경제적 실질이 유사하다고 보기 어려운 점, 타인의 기여에 의한 증여는 그 양태가 매우 다양하고 정형화되어 있지 아니하여 보다 제한적으로 해석할 필요성이 있는 점, 특정인의 기여가 재산가치 증가에 영향을 미치는 정도를 측정하기 곤란하여 증여재산가액산정이 용이하다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, B의 거래행위에 구 「상증세법」 제42조 제4항 제2호가 유추적용된다고 보기도 어려워 과세를 취소한다.

- 상기 판례는 타인의 기여로 재산가치가 증가한 경우 이를 완전포괄주의 개념 적용하여 과세가 가능한지에 대한 판단 사례임
- 즉, 독점적으로 개발사업을 시행할 경우 사업이익을 극대화할 수 있다는 판단에 따라 관련 토지를 확보함으로써 향후 누릴 것으로 예상되는 개발사업 이익을 보상해 준다는 측면에서 관련 주식을 고가에 양수하게 한 사실이 쟁점임

84) 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(“재산가치증가사유”)로 그 재산가치의 증가에 따른 이익으로써 대통령령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

1. 타인으로부터 재산을 증여받은 경우
2. 특수관계인으로부터 기업의 경영 등에 관하여 공표되지 않은 내부 정보를 제공받아 그 정보와 관련된 재산을 유상으로 취득한 경우
3. 특수관계인으로부터 차입한 자금 또는 특수관계인의 재산을 담보로 차입한 자금으로 재산을 취득한 경우

- 조세심판원의 결정례⁸⁵⁾ 판단에서는 완전포괄주의 적용으로 과세가 가능하다고 결정한 바 있음
 - 취득한 주식의 양도차익이 본인 노력이 아니라 특수관계인의 판단과 기여에 의하여 재산 가치가 증가한 것으로 인정되므로 구 「상증세법」 제2조 제3항 및 동법 제42조 제4항 제2호에 의한 증여세 과세대상에 해당한다고 판단함

- 그러나 대법원에서는 개별예시규정에서 정한 과세조건을 벗어나는 거래·행위에 대해 완전포괄증여규정에도 불구하고, 다음을 이유로 과세대상을 일정한 범위로 제한할 필요가 있다고 할 것이므로 과세할 수 없다고 결론내림
 - 구 「상증세법」 제42조 제4항 적용요건을 엄격 해석하여야 한다는 점, 타인의 기여에 의한 증여는 보다 제한적으로 적용되어야 한다는 점, 가액산정상의 어려움이 있다는 점 등을 근거로 판단하였음

자. 전환사채의 전환권행사에 따른 차익에 대한 증여

(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015두3270판결)

〈사실관계〉

A는 갑회사의 최대주주이자 대표이사이다. A는 갑회사가 2005. 12. 9. 을회사에게 발행한 전환사채를 약정에 따라 2006. 12. 29.에 조기상환권을 행사하여 을회사로부터 전환사채를 양수하였다. A는 2007년 갑회사의 상장 이후 2008. 11. 18. 전환사채의 전환권을 행사하여 수령한 우선주를 보통주로 전환·취득하였다.

이에 과세관청은 2011. 7. 7. A가 보통주 중 A의 소유주식비율을 초과하여 인수·취득한 부분에 대하여 당시 주가(1,675원)와 전환가액(1,201원)의 차액 상당을 증여받았다는 이유로 증여세 부과처분을 하였다.

85) 조심2010서2148 2011. 5. 27.

〈판단〉

전환사채 발행부터 A의 조기상환권 및 전환권 행사에 따른 갑회사 신주취득까지 시간 간격이 있는 일련의 행위들이 별다른 사업상 목적 없이 증여세를 부당하게 회피하거나 감소시키기 위해 비정상적으로 이루어진 행위로서 실질 A에게 소유주식비율을 초과하여 신주를 저가로 인수하도록 하여 시가와 전환가액의 차액 상당을 증여한 것과 동일한 연속된 하나의 행위 또는 거래라고 단정하기는 어려우므로 구 「상증세법」 제2조 제4항을 적용하여 증여세를 과세할 수는 없다.

- 상기 판례는 구 「상증세법」 제2조 제4항에 따라 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 증여세를 부당하게 감소시킨 경우 경제적인 실질에 따라 연속된 하나의 행위 또는 거래로 재구성하여 과세할 수 있는지가 쟁점이었음
 - 구 「상증세법」 제2조 제4항은 조세회피행위에 대처하기 위해 실질에 따라 과세할 수 있도록 한 규정임

- 결론적으로 전환사채 발행부터 조기상환권 및 전환권 행사에 따른 신주취득까지 일련의 행위들이 별다른 사업상 목적 없이 증여세를 부당하게 회피하기 위해 비정상적으로 이루어진 행위로 볼 수 없다고 판시한 사례임
 - 전환사채 발행 및 상환청구권 행사는 자금조달 또는 투자수익 조기회수 등 사업상 목적이 있음
 - 처음부터 이 사건은 전환사채 발행과 조기상환권 및 전환권 행사라는 일련의 행위를 통하여 전환차익을 얻을 것을 예정했었다고 보기 어려움
 - 또한 일련의 행위가 처음부터 주가 상승을 예정하고 당해 회사의 대주주에게 주가 상승으로 인한 이익을 과다하게 분여하기 위한 목적을 가지고 그 수단으로 이용된 행위로 단정하기도 어려움

- 상기 판결은 구 「상증세법」 제2조 제4항⁸⁶⁾을 적용하려면 당해 거래에 조세회피목

86) 실질과세원칙을 규정한 「국세기본법」 제14조 제3항 내용과 동일함

적 이외의 다른 사업상의 목적 유무를 살펴보아야 한다는 점을 강조함으로써 우회 행위에 대한 실질과세원칙 적용 기준을 밝혔다는 점에서 의미가 있음⁸⁷⁾

- 납세의무자는 경제활동을 할 때 동일한 경제적 목적을 달성하기 위해 여러 가지 법률관계 중 하나를 선택할 수 있고 과세관청은 특별한 사정이 없는 한 당사자들이 선택한 법률관계를 존중해야 함
- 또한 여러 단계의 거래 후 결과에는 손실 등의 위험 부담에 대한 보상뿐만 아니라 외부적인 요인이나 행위 등이 개입될 수 있으므로 결과만을 가지고 실질이 증여행위라고 단정할 수는 없음

차. 조세회피 목적만을 위한 교차증여

대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963판결)

〈사실관계〉

갑, 을(갑의 여동생), 병(을의 배우자)은 모두 A회사의 주주이다. 갑은 2010년경 자녀와 외손자녀들인 원고 1내지 7에게 A회사의 주식을 증여하려고 하였고, 그 무렵 을과 병도 자녀인 원고 8, 9에게 A회사 주식을 증여하려고 했는데, 각자 직계후손에게 직접 증여하기보다는 서로의 후손에게 교차하여 증여하는 경우 조세부담이 경감된다는 세무사의 조언에 따라 증여세를 줄이기 위한 목적으로 일정 주식을 상대방의 직계후손에게 상호 교차증여하기로 약정했다.

위 약정에 따라 갑은 2010. 12. 30. A회사 주식을 원고 1내지 7에게 각각 증여하는 한편, 을과 병의 자녀인 원고 8, 9에게도 각 8,000주씩 합계 1만 6,000주를 증여하였다. 을과 병도 같은 날 A회사 주식을 원고 8, 9에게 증여하는 한편, 원고 1내지 7에게도 합계 1만 6,000주를 증여하였다.

과세관청은 이 사건 교차증여의 경제적 실질은 갑이 직계비속인 원고 1내지 7에게 합계

87) 이진오, 「2017년 조세법 중요판례」, 『인권과 정의』, Vol. 473, 대한변호사협회, 2018. 5, p. 137; 허원, 「2017년 상속세 및 증여세법 판례회고」, 『조세법연구』 24(1), 한국세법학회, 2018. 4, pp. 439~440.

1만 6,000주를 직접 증여하고, 을과 병이 그 자녀인 원고 8, 9에게 합계 1만 6,000주를 직접 증여한 것이라고 보아, 구 「상증세법」 제2조 제4항을 적용하여 원고들에게 2010년 분 증여세에 관하여 ① 원고 1내지 7에게는 을과 병으로부터 받은 증여분을 갑으로부터 받은 증여분에 포함하고, ② 원고 8, 9에게는 갑으로부터 받은 증여분을 반분하여 각각을 병으로부터 받은 증여분에 포함하여 다시 산정한 증여세를 원고들에게 부과하는 처분을 하였다.

〈판단〉

갑, 을, 병이 A회사 주식 합계 1만 6,000주씩을 증여한 것은 증여자들 사이에 상대방의 직계후손에게 동일한 수의 동일 회사 주식을 교차증여하기로 한 약정에 따른 것으로서, 약정 상대방이 자신의 직계후손에게 주식을 증여하지 않는다면 자신도 증여하지 않았을 것이다. 이 사건 교차증여로써 증여자들은 자신의 직계후손에게 A회사 주식을 직접 증여하는 것과 동일한 효과를 얻으면서도 합산과세로 인한 증여세 누진세율 등의 적용을 회피하고자 하였고, 이러한 목적이 아니라면 굳이 교차증여 약정을 체결하고 직계후손이 아닌 조카 등에게 주식을 증여할 이유가 없었다. 결국 갑, 을, 병은 각자의 직계비속인 원고들에게 A회사 주식을 증여하면서도 증여세 부담을 줄이려는 목적하에 그 자체로는 합당한 이유를 찾을 수 없는 교차증여를 의도적으로 이용한 것으로 볼 수 있다. 이러한 점들을 종합해 보면, 이 사건 교차증여는 구 「상증세법」 제2조 제4항에 따라 그 실질에 맞게 재구성하여 을과 병의 원고 1 내지 7에 대한 각 증여분은 갑이 위 원고들에게 직접 추가로 증여한 것으로, 갑의 원고 8, 원고 9에 대한 각 증여분은 을과 병이 위 원고들에게 직접 추가로 증여한 것으로 보아 증여세를 과세할 수 있다고 할 것이다.

- 상기 판례는 조세회피 목적이 아니라면 달리 교차증여를 할 이유가 없는 사건에 대해 구 「상증세법」 제2조 제4항⁸⁸⁾에 따라 실질에 맞게 사건을 재구성하여 과세해야 한다는 사례임⁸⁹⁾

88) 제2조【증여세 과세대상】④ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우, 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항의 규정을 적용한다.

89) 유사한 취지의 판결로 대법원 2019. 1. 31. 선고 2014두41411 판결이 있음. 구 「상증세법」 제2조 제4항을 적용해 A법인이 B법인에게 무상으로 영업을 양도한 후 B법인을 흡수합병한 것을 연속

- 구 「상증세법」 제2조 제4항은 행위 또는 거래를 우회하거나 변형하여 여러 단계의 거래를 거침으로써 증여 효과를 달성하면서도 증여세를 부당하게 감소시키는 조세회피행위에 대처하기 위해 마련된 규정임
 - 이는 거래 형식을 부인하고 실질에 따라 과세할 수 있도록 한 것으로 실질과 세원칙을 증여세 차원에서 규정하여 조세공평을 도모하고자 함

- 또한 상기 판례는 ‘경제적 실질’에 따른 실질과세원칙을 적용하여 과세하기 위해서는 법원이 정확하게 사실판단을 해야 한다는 점을 확인함⁹⁰⁾
 - 과세근거의 사실판단 사항으로 다음의 요건을 종합적으로 고려해야 한다고 제시함
 - 납세의무자가 선택한 거래의 법적 형식이나 과정이 처음부터 조세회피 목적을 위한 수단에 불과하여 그 재산이전의 실질이 직접적인 증여를 한 것과 동일하게 평가될 수 있는지 여부
 - 당사자가 그와 같은 거래 형식을 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 거래 형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담 가능성

- 구 「상증세법」 제2조 제4항은 2015년 12월 15일 법개정으로 삭제되었으나 동일한 취지의 내용이 「국세기본법」 제14조 제3항에 규정되었으므로 여전히 다단계거래나 우회거래에 대해 실질과세원칙에 따른 증여세 부과가 가능한 것으로 판단됨

된 하나의 거래로 보고 A법인의 대주주이자 경영자인 갑 등이 위 거래를 통해 자신의 자녀이자 B 법인 주주들이었던 원고들에게 A법인 합병 신주를 교부한 것이므로, 원고들에게 A법인 지분을 증가분만큼의 재산을 무상으로 증여했다고 보아 증여세를 부과한 것은 타당하다고 판결한 사례임

90) 이진오, 「2017년 조세법 중요 판례」, 『인권과 정의』, Vol. 473, 대한변호사 협회, 2018. 5, pp. 138~139; 허원, 「2017년 상속세 및 증여세법 판례회고」, 『조세법연구』, 24-1호, 한국세법학회, 2018. 4, pp. 445~446.

카. 비특수관계인 간 주식 고가양도에 따른 증여

(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075판결)

〈사실관계〉
 갑 주식회사와 을 주식회사 사이에 2006. 4. 19.에 체결된 주식의 포괄적 교환계약에 따라, 갑회사 주주 A가 갑회사 발행주식을 을회사에 이전하고 그 대가로 을회사 발행주식을 교부받았는데, 이에 대하여 과세관청이 교환계약에서 정한 갑회사 발행주식과 을회사 발행주식의 평가액이 객관적인 교환가치를 반영했다고 볼 수 없다는 이유로 「상증세법」상 보충적 평가방법에 따라 갑회사 발행주식 가액을 새로 산정한 다음 구 「상증세법」 제35조 제2항⁹¹⁾에 따라 A에게 증여세를 부과하였다.

〈판단〉
 구 「상증세법」 제35조 제2항에 의해 증여세 부과처분이 적법하기 위해서는 양도자가 특수관계에 있는 자 외의 자에게 시가보다 현저히 높은 가액으로 재산을 양도하였다는 점 뿐만 아니라 거래의 관행상 정당한 사유가 없다는 점도 과세관청이 증명해야 한다.

갑회사와 을회사가 「증권거래법령」에 따라 주식가격을 평가하였고 외부평가기관의 적정 의견을 받아 교환비율을 산정한 점, 주식교환이 법령에 따라 공정하고 투명하게 이루어진 점, 을회사 등이 A를 비롯한 갑회사 주주들에게 이익을 분여하여 줄 만한 사정이 없는 점, 교환계약을 전후하여 을회사 주가가 급등하였던 점 등을 종합하면 A가 을회사와 주식을 교환한 것이 ‘거래의 관행상 정당한 사유 없이 시가보다 현저히 높은 가액으로 재산을 양도한 경우’에 해당한다고 볼 수 없으므로 과세처분은 위법하다

□ 상기 판례는 특수관계없는 자 간의 거래에서 관행상 정당한 사유가 없다는 점을 과세관청이 증명해야 한다는 점을 최초로 밝혔다는 점에서 의의가 있음⁹²⁾

91) 제35조【저가·고가양도에 따른 이익의 증여 등】 ② 제1항 규정을 적용함에 있어서 특수관계에 있는 자 외의 자 간에 재산을 양수 또는 양도한 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유 없이 시가보다 현저히 낮은 가액 또는 현저히 높은 가액으로 재산을 양수 또는 양도한 경우에 한하여 그 대가와 시가와의 차액에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 추정하여 대통령령이 정하는 이익에 상당하는 금액을 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

92) 이후 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두20915판결(제35조 관련), 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두24495판결(제42조 관련)에서도 거래의 관행상 정당한 사유의 부존재를 과세관청이 입증해야 한다고 판시함

- 본 대법원 판결 이전의 하급심 판결에서는 정당한 사유에 대한 입증책임은 ‘그 사유를 주장하는 자’에게 있다고 보았음⁹³⁾
- 결국 특수관계없는 자간의 거래에서 경제적 이익이 분여되었다고 하더라도 그에 대해 증여세를 과세하기 위해서는 당해 거래가 실질적인 증여의 성격을 가진 점에 대해 과세관청의 입증을 요구하고 있음⁹⁴⁾
- 여기서 ‘증여의 실질’이란 증여자의 증여의도가 있는 거래를 의미하며 사업 등 다른 목적을 위한 행위의 부대적인 결과로 발생한 이익이전일 경우 이를 과세대상 증여에서 배제하는 것이 논점임
- 비특수관계인 간의 거래는 일반적으로 당사자의 이해관계가 상충하는 경우가 많으며 각 당사자가 충분한 정보를 가진 상태에서 자유의사에 따라 거래하는 것이 타당함
- 증여의 실질 존재는 완전포괄주의 적용의 한계로써 기능해야 함을 보여줌

3. 소결

가. 판례에 대한 요약 및 평가

- 상기 판례는 2004년 증여세 완전포괄주의 제도 도입 후 동 제도의 주요 보완이 이루어졌던 2013년 이전까지의 것들로 현행 「상증세법」의 해석 및 적용, 판단에는 일정 한계를 지님
- 증여의 개념, 증여재산의 범위, 증여세 과세대상, 증여재산가액 계산의 일반원칙 등의 법 체계는 2013년 이후 조금씩 변화함

93) 심사증여2010-81 2010. 9. 2, 서울행정법원 2011. 9. 1. 선고 2011구합7366판결 등

94) 김동수·윤태화, 「증여세 완전포괄주의 도입의 성과와 한계에 관한 분석적 연구」, 『회계정보연구』, 제34권 제1호, 한국회계정보학회, 2016. 2, p. 242.

- 증여세 완전포괄주의 도입은 새로운 변칙적 거래 유형에 대해 과세를 목적으로 제정되었으나 실제 사례들을 살펴보면 완전포괄주의 도입에 따라 증여세 과세가 가능하게 된 부분은 매우 제한적임
 - 구 「상증세법」 제2조 제3항 포괄적 증여과세의 취지에는 대체로 인정했지만 구체적 사안의 판단에서는 다시 개별예시규정에서의 과세요건을 충족하는 경우에만 한하여 증여세 과세가 가능하다는 판례가 대부분임
 - 이는 완전포괄주의 도입 전 개별 증여의제규정이 존재하던 때와 크게 달라진 바 없는 상황임

- 이는 조세공평주의 실현을 목적으로 경제적 실질에 의한 과세를 하기보다는 조세 법률주의에 기반한 납세자의 예측가능성 및 법적안정성을 더욱 중시하는 법원 판단에 따른 것으로 보임
 - 무리한 유추·확장해석을 경계하고 엄격 해석의 원칙에 기반하여 판단함

- 완전포괄주의 세제 규정과 관련된 구 「상증세법」상의 해석을 상기 판례들을 중심으로 정리하면 다음과 같음

〈표 III-1〉 판례유형별 내용 요약

유형	판결 내용 및 의의	구체적 사례
1	개별예시규정에 열거되지 않은 거래로써 구 「상증세법」 제2조 제3항 개념에 포섭되고 증여재산가액을 합리적으로 산정할 수 있는 경우 과세가 가능함	‘가. 주식 우선매수청구권 포기에 따른 증여(대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결)’ 사례
2	구 「상증세법」 제2조 제3항 증여 개념에 포함되나 증여재산가액 산정방법에 있어 어떠한 개별예시규정을 준용할지 논란이 있는 경우 납세자의 예측가능성을 떨어뜨릴 수 있음	‘나. 주식의 포괄적교환에 따른 증여(대법원 2014. 4. 24. 선고 2011두23047판결)’ 사례
3	유추적용 대상 개별예시규정도 없고 증여 이익 계산도 어려운 경우에는 과세가 불가능함	‘다. 계열사 간 일감 몰이주기에 대한 공정거래위원회의 과징금부과 사례(서울고등법원 2009. 8. 19. 선고 2007누30903판결)’ 사례

〈표 Ⅲ-1〉의 계속

유형	판결 내용 및 의의	구체적 사례
4	구 「상증세법」 제2조 제3항 증여 개념에 포섭되고 개별예시규정의 과세유형과 유사하나 개별예시규정에서 정하는 과세요건과 정확히 일치하지 않는 경우에는 과세가 불가능함	‘라. 후자영리법인을 통한 간접증여(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결), 마. 비특수관계인 간 자금대여에 따른 증여(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두37924판결), 바. 상장을 통한 주식가치 증가에 대한 증여(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926판결), 사. 신주인수권부사채 인수의 증여세 과세요건에 관한 사례(대법원 2019. 5. 30. 선고 2017두49560판결)’
5	타인의 기여에 의한 재산가치 증가분에 대한 과세는 재산가치증가 요건 등을 객관적으로 엄격 해석하여 제한적으로 접근해야 함	‘아. 개발사업 전 토지매입에 따른 재산가치 증가분에 따른 증여(대법원 2014. 7. 10. 선고 2014두4238판결)’ 사례
6	다단계거래나 우회거래에서는 실질과세원칙을 통해 증여세 과세여부를 판단함	‘자. 전환사채의 전환권행사에 따른 차익에 대한 증여(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015두3270판결), 차. 조세회피 목적만을 위한 교차증여(대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963판결)’ 사례
7	일정한 비특수관계인 간 거래에서 관행상 정당한 사유가 있는 경우 증여세를 과세하지 않으며 입증책임은 과세관청이 부담함	카. 비특수관계인 간 주식 고가양도에 따른 증여(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075판결)’ 사례

- 한편 완전포괄주의 세제 시행 이후 과세관청 및 납세자 간의 조세분쟁 과정 중 또는 판결 후 증여세 과세대상으로 포섭하기 위해 지속적으로 관련 개별예시규정을 사후 보완했으며 이는 우리나라 현행 완전포괄주의 세제의 본질적 한계를 나타낸다고 볼 수 있음
- 2013년 초 「상증세법」 제41조의4 금전 무상대출에 따른 이익 증여의 적용대상을 특수관계인뿐만 아니라 비특수관계인까지 확대함
- 2014년에는 특정법인과 거래를 통한 이익의 증여로 특정법인에 후자 영리법인을 포함하는 개정을 하였고, 이후 2015년 12월 15일에는 관련 규정을 증여의제규정으로 전환함

- 2015년 12월 15일에는 「상증세법」 제42조의2 【법인의 조직 변경 등에 따른 이익의 증여】에서 주식의 포괄적 교환 및 이전에 따라 소유지분 변동에 의한 이익이 있는 경우를 포함함

나. 구 「상증세법」 제2조 제3항 및 개별예시규정 간의 관계

- 정부는 2004년 완전포괄주의 제도 도입 시 모든 부의 무상이전을 증여세 과세대상으로 하고, 증여의제규정은 모두 증여재산가액산정에 관한 개별예시규정으로 전환했다는 점을 명확하게 밝힘⁹⁵⁾
- 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결(주식 우선매수청구권 포기에 따른 증여)과 대법원 2014. 4. 24. 선고 2011두23047판결(주식 포괄적 교환에 따른 증여)은 완전포괄주의 세제의 도입 취지에 어느 정도 부합하는 판결이라 할 수 있음
- 어떤 거래·행위가 구 「상증세법」 제2조 제3항에 해당하는 경우 개별예시규정이 없다고 하더라도 다양한 개별예시규정이나 보충적 평가방법에 따라 증여재산가액을 합리적인 방법으로 산정할 수 있는 한 증여세를 과세할 수 있다고 판시함
 - 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결에서는 「상증세법」 제63조의 보충적 평가방법을, 대법원 2014. 4. 24. 선고 2011두23047판결에서는 구 「상증세법」 제42조 제1항 제3호를 유추하여 준용한 평가가액을 증여재산가액으로 산정함
- 그러나 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결(후자영리법인을 통한 간접 증여) 및 그 이후 판례에서는 개별예시규정이 과세 범위와 한계를 설정한 것이어서 그 요건을 갖추지 못한 경우에는 별도의 과세근거규정이 없는 한 구 「상증세법」 제2조 제3항에 해당하더라도 증여세를 과세할 수 없다고 판시함⁹⁶⁾

95) 국세청, 『완전포괄주의 증여세 과세제도 해설』, 2004. 4, pp. 19~22.

96) 본 2015년 대법원판결과 앞의 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결이 서로 대립되는 판례인지에 대해 논란이 있을 수 있음. 둘 다 과세대상으로써 「상증세법」 제2조 제3항에 해당하는 것을 인정한 사안이지만 전자는 증여세 과세가 안 된다는 결론을, 후자는 증여세 과세가 된다는 결론을

- 본 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결은 완전포괄주의 세제 규정인 구 「상증세법」 제2조 제3항과 개별예시규정 간의 관계를 최초로 정립한 사례라 볼 수 있음
- 대법원은 다음과 같은 사항을 실시하면서 완전포괄주의 제도에서 증여세 과세대상을 제한적으로 적용해야 한다고 판단함
 - 어떤 거래나 행위가 구 「상증세법」 제2조 제3항에서 정한 증여의 개념에 해당하는 경우에는 원칙적으로 증여세를 과세할 수 있음
 - 개별예시규정은 일정한 요건을 규정하고, 이러한 사항은 수시로 개정되었는데 이런 점에서 구 「상증세법」은 종전의 증여의제규정과 동일하게 증여세 과세대상과 범위를 유지하려는 입법자의 의사가 반영된 것임
 - 개별예시규정이 특정한 유형의 거래행위를 규율하면서 그중 일정한 거래행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 그 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 보는 제한적으로 해석해야 함
 - 즉, 개별예시규정에서 규율하는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세범위에서 제외된 거래·행위에는 구 「상증세법」 제2조 제3항 증여의 개념에 해당하더라도 증여세를 과세할 수 없음
- 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결 취지에 따른다면 현행 개별예시규정은 모두 일정한 요건을 규정하고 수시로 개정되는 점에 비추어 볼 때 개별예시규정이 모두 과세의 범위와 한계를 설정한 규정으로 해석될 수 있어⁹⁷⁾ 변칙적 부의 이전에 대해 효과적으로 과세 대응을 하기가 곤란함

내렸기 때문임. 그렇지만 후자는 우선매수청구권에 대해 「상증세법」 제33조 내지 제42조에서 증여세 과세의 한계를 정한 경우가 아니고, 전자는 휴업·폐업 법인을 제외한 결손금이 없는 법인과외 거래로 인한 이익 등에 대해 「상증세법」 제41조 제1항에서 증여세 과세의 한계를 정한 경우라 본다면 두 판례가 정면으로 배치된다고 보기는 어려움(박훈, 「상속세 및 증여세 관련 판례의 동향과 전망」, 『조세법연구』 제22집 제3호, 한국세법학회, 2016. 11, p. 241).

97) 유철형, 「상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석」, 『조세연구』, 16-3, 한국조세연구포럼, 2016. 9, p. 171.

- 이는 「상증세법」 제33조 내지 제42조의3 규정이 실제적으로는 기존 증여의제 규정처럼 작동하고 있음과 다를 바 없음
- 개별예시규정은 예시적 성격으로써의 기능이면 충분한 것이며, 이를 과세의 범위와 한계를 설정한 것이라고 보기에는 완전포괄주의 체계하에서 모순될 수 있음
 - 증여세 과세대상의 판단과 증여재산가액 계산 방법의 선정은 별개로 이루어지는 것이 합리적임
 - 구 「상증세법」 제2조 제3항 규정은 모든 부의 무상이전을 증여세 과세대상으로 하였고, 또한 종전의 증여의제규정은 증여재산가액산정에 관한 예시규정으로 전환되었다고 국세청에서 확인한 바 있음
 - 따라서 어떤 행위가 증여에 해당하는 경우 그 유형에 부합하는 개별예시규정이 있으면 그 규정에 따라 증여재산가액을 산정하고, 그러한 개별예시규정이 없는 경우에는 가장 객관적이고 합리적인 방법으로 증여재산가액을 산정할 수 있음⁹⁸⁾
- 이러한 대법원 해석에서 완전포괄주의 적용의 한계를 극복하기 위하여 2015년 12월 15일 「상증세법」 개정 시 '개별예시규정과 경제적 실질이 유사한 경우 등 개별예시규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우'를 과세대상으로 함을 명시함
 - 결국 납세자의 예측가능성 및 법적안정성, 조세부과의 공평성 등을 참작한 '경제적 실질과의 유사성'에 대한 판단에 따라 향후 대법원 판례 흐름이 바뀔 수도 있음

98) 유철형, 「상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석」, 『조세연구』 16-3, 한국조세연구포럼, 2016. 9, p. 170.

다. 다단계거래 및 우회거래에서 실질과세원칙 적용⁹⁹⁾

- 다단계거래 또는 우회거래 행위와 관련하여 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015두3270판결(전환사채의 전환권행사에 따른 이익의 증여), 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963판결(교차 증여)에서는 실질과세원칙 적용과 관련하여 각기 다른 판결을 내놓음
 - 여기서 실질과세원칙이란 구 「상증세법」 제2조 제4항을 말하며 현행 「상증세법」에서는 중복입법의 문제로 2015년 12월 15일 삭제되었으며 「국세기본법」 제14조 제3항에 동일한 내용이 규정됨
- 구 「상증세법」 제2조 제4항에서는 조세공평을 위하여 2이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 증여세를 부당하게 감소시킨 경우에 경제적인 실질에 따라 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 과세하도록 규정함
 - 증여세 과세대상이 되는 행위 또는 거래를 우회하거나 변형하여 여러 단계의 거래를 거침으로써 증여 효과를 달성하면서도 부당하게 증여세를 감소시키는 조세 회피행위에 대처하기 위하여 실질에 따라 과세하도록 함
- 상기 두 판례에서는 2이상의 우회거래가 이루어졌으며 이를 조세회피를 위한 하나의 거래로 재구성할 수 있을지가 쟁점이었음
 - 전자에서는 전환사채 발행부터 조기상환권 및 전환권 행사에 따른 신주취득까지 시간 간격이 있는 일련의 행위들이 증여세를 부당하게 감소시키기 위하여 비정상적으로 이루어진 행위로 그 실질이 소유주식비율을 초과하여 신주를 저가로 인수하도록 한 하나의 거래라고 볼 수 있는지가 쟁점이었음
 - 후자에서는 증여대상 동일 주식을 A와 B 각각의 직계비속에 증여하지 않고 서로의 직계비속에게 교차증여한 경우 이를 자신의 직계비속에게 직접 증여한 것으로 재구성하여 볼 수 있는지가 쟁점이었음

99) 이천오, 「2017년 조세법 주요판례」, 『인권과 정의』 제473호, 대한변호사협회, 2018. 4, pp. 135~139.

- 대법원에서는 다음과 같은 이유로 전자는 과세가 부당함을, 후자는 과세가 타당함을 판결함
 - 전환사채나 신주인수권을 발행한 행위 및 원고가 양수한 행위 등에는 자금조달 또는 투자수익 조기회수 등의 목적이 있고, 원고가 얻은 이익은 발행회사의 영업활동 부진 등의 위험을 감수한 대가로 보여지므로 시간 간격이 있는 일련의 행위들이 별다른 사업상 목적 없이 비정상적으로 이루어진 행위로 보기 어려움
 - 증여자들 간의 합의에 의한 교차증여 약정은 직계비속에게 직접 증여하는 것과 동일한 효과를 누리면서 단지 합산과세를 배제시켜 증여세 부담을 줄이려는 목적 외에 다른 목적을 찾을 수 없음

- 상기 사례의 판결 취지를 살펴볼 때 다음과 같은 사항을 종합적으로 판단하여 향후 다단계거래 또는 우회거래에 대한 실질과세원칙을 적용해야 할 것으로 판단됨
 - 납세자는 동일한 경제적 목적을 달성하기 위해 여러 가지 법률관계 중의 하나를 선택할 수 있고 동 법률관계는 원칙적으로 존중되어야 함
 - 여러 단계의 거래를 거친 후 결과는 손실 등의 위험 부담에 대한 보상뿐만 아니라 외부적인 요인이 개입될 수 있으므로 경제적 이익을 얻었다는 결과만으로 과세대상이라 판단해서는 안 됨
 - 당해 거래에 조세회피목적 이외의 다른 사업상의 목적이 있는지, 다단계행위 간의 시간적 간격, 당사자의 의도, 그러한 거래 형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등을 고려해야 함

라. 증여의 실질 여부에 따른 과세판단 및 정당한 사유의 입증책임

- 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075판결이 나온 이래 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두20915판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두24495판결 등에서는 비특수관계인 간의 고·저가 거래에서 거래의 관행상 정당한 사유의 입증책임은 과세관청에 있음을 명시함
 - 동 판결 이전에는 ‘그 사유를 주장하는 자’에게 해당 입증책임이 있었음

- 과세관청에서 자의적으로 특수관계 없는 자와의 정당한 거래에 대해 이를 부인하여 과세권을 행사한다면 납세자 입장에서는 부당하게 재산권이 침해될 수 있으므로 과세관청에 보다 엄격한 입증책임을 부담할 것으로 판단됨
- 거래의 관행상 정당한 사유가 있는지 여부는 당해 거래의 경위, 거래 당사자의 관계, 거래가액의 결정과정 등을 감안하여 적절한 교환가치를 반영한 거래였다고 볼 수 있는지 여부 등 구체적인 사실을 확인하여 판단할 사항임
 - 적절한 교환가치에는 금전적 대가뿐만 아니라 직접적으로 금전 환산이 불가능한 추상적 거래조건 등이 포함될 수 있으므로 이러한 증여의사가 없거나 실질적 분여이익이 없는 거래에는 '거래의 관행상 정당한 사유'의 존재 입증을 통해 증여세 부과를 제한하는 것으로 판단됨
- 결국 경제적(금전적) 이익이 이전되었다고 하더라도 모두 과세할 수 있는 것은 아니며 증여세를 과세하기 위해서는 당해 거래가 증여의 실질을 갖춘 거래라는 점을 입증할 필요가 있다고 볼 수 있음
 - '증여의 실질'과 관련하여 현행 「상증세법」 제2조 제6호 '증여'의 의미를 살펴볼 필요가 있는데 증여자의 의사에 기한 것을 의미하고 적어도 증여자의 의사와 무관하거나 반하는 경우는 제외된다고 봐야 함¹⁰⁰⁾
 - 그러나 개별예시규정으로 열거된 「상증세법」 제38조, 제39조, 제39조의2, 제39조의3, 제40조 등에서는 증여자의 이익분여 의사와 무관하게 증여세가 과세되므로 동 규정은 증여의제 성격에 가깝다고 볼 수 있음
- 현행 「상증세법」 제4조 제1항 제2호 【현저한 차이의 고·저가 거래】 및 제3호 【타인의 재산가치 증가 거래】, 제35조, 제37조, 제41조의4, 제42조, 제42조의2에 존재하는 '거래의 관행상 정당한 사유'는 모두 실질적으로 증여의 성격을 가지지 않는 거래를 증여세 과세대상에서 제외하는 장치로 기능함

100) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여 개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』, 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 18.

IV. 주요국 증여세 완전포괄주의 제도

- 아래에서는 우리나라보다 과거부터 비교적 오랫동안 완전포괄주의 증여세제를 운용한 미국, 일본, 독일의 사례를 검토함
 - 각국의 포괄증여세제 관련 법률 및 판례 등을 살펴봄으로써 조세 공평을 실현하고 납세자의 예측가능성과 법적안정성을 높일 수 있는 방안을 모색함
 - 다만 각국의 사회·문화·역사적 배경이 다르고 소득세 등 다른 세제와의 연관성도 같이 고려해서 평가해야 하므로 증여완전포괄규정만의 단순 비교는 주의가 필요함

- 한편 일부 국가는 상속세 및 증여세를 폐지하는 대신 자본자산의 상속 또는 증여에 대해 자본이득세를 과세함
 - 캐나다는 1972년 세계 최초로 상속·증여세를 폐지했으며, 호주는 1977년부터 1984년까지 상속세 및 증여세를 단계적으로 폐지함
 - 두 국가 모두 상속·증여세를 폐지하는 대신 상속·증여자산으로부터 발생한 자본이득에 대해 자본이득세를 부과하기 시작함
 - 영국은 상속세 제도는 있으나 증여는 증여세가 아닌 자본이득에 대한 과세를 시행함
 - 다만 증여시점에 자산의 처분으로 보아 그 자본이득에 과세할 때 공정시장가치로 처분한 것으로 의제하므로 결국 순자산가치의 증가분을 과세대상으로 한다는 점에서 이는 완전포괄주의의 또 다른 유형이라고 볼 수도 있음¹⁰¹⁾

101) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼, 2010. 10, p. 29.

1. 미국

가. 상속·증여세 제도 일반¹⁰²⁾

1) 개요

- 미국에서는 연방정부 차원¹⁰³⁾에서 이전세제(Transfer Tax System)의 형태로써 유산세(Estate Tax), 증여세(Gift Tax), 세대생략세(Generation-Skipping Transfer Tax)를 부과함
 - 유산세¹⁰⁴⁾는 1916년 양도자의 사망으로 발생한 자산 처분에 대하여 부의 이전에 세금을 부과하는 방식으로 도입·정착되었음
 - 증여세와 세대생략세는 유산세를 회피할 목적으로 생전증여 또는 세대생략 이전 방식을 통해 재산을 이전하는 경우 이를 과세할 목적으로 각각 1932년 및 1976년에 도입·정착되었음
 - 세대생략세는 자녀세대를 건너뛴 생전증여의 경우 또는 상속을 통해 세대를 건너뛴 유산신탁기금(Trust)에 대한 권리를 이전하는 경우에 유산세 및 증여세의 최고세율(40%)을 적용하여 부과하는 세금임
- 유산세의 납세의무자는 사망시점에 미국 시민 또는 미국 거주자에 해당하는 피상속인이며 증여세 납세의무자는 원칙적으로 증여자임¹⁰⁵⁾

102) 원종학·이형민·홍성열, 「주요국의 상속·증여세제 현황 및 최근 동향」, 『세법연구』, 한국조세재정연구원, 2012. 12, pp. 20~34.

103) 연방정부 이외에 주정부 차원에서 상속세(inheritance tax) 및 증여세가 부과되기도 함

104) 상속세 부과 방식으로는 유산세 방식(estate tax)과 유산취득세 방식(inheritance tax)이 있는 바, 유산세는 피상속인의 재산 전체를 단위로 하여 조세를 부과하고 유산취득세는 각 상속인이 상속받는 재산을 단위로 하여 조세를 부과하는 방식임. 미국은 유산세 방식, 일본과 독일은 유산취득세 방식을 취함

105) IRC Sec. 2502(d)

- 만일 증여자가 세금을 납부하지 않으면 그 수증자가 증여세를 연대하여 납부할 책임이 있음¹⁰⁶⁾
- 유산세와 증여세는 최초 도입 후 별개로 운영되다가 증여행위를 이용한 조세회피를 방지하기 위해 1976년 유산세와 증여세에 대한 세율 및 면세범위 통일, 통합세액공제(unified transfer tax credit)의 도입 등 그 체계를 일원화하여 운영하기 시작함
 - 1976년 이전의 증여세는 유산세 세율의 75% 수준이었으므로 생전 증여를 통해 유산세 회피가 가능했음¹⁰⁷⁾
- 통합세액공제란 납세자가 평생 동안 증여나 상속을 통해 납부할 세액을 상쇄할 수 있는 공제금액을 말하며¹⁰⁸⁾, 2019년 기준 통합세액공제 ‘기본 재산가액 면세점(Basic Exclusion Amounts: BEA)’은 1,140만달러임¹⁰⁹⁾
 - 2017년 12월부터 시행된 「세제개혁법」 ‘조세감면 및 일자리법(the Tax Cuts and Jobs Act: TCJA)’에 따라 기존 BEA(500만달러 대)를 2배로 늘림
 - BEA는 2018년 1,118만달러로 시작하여 이후 물가연동되다가 2026년 이후부터는 다시 2017년 이전 수준으로 축소할 예정임
 - 통합세액공제는 피상속인이 평생에 걸쳐 증여한 자산에 대해 증여세를 공제하는 데 사용하거나 사망 당시 유산세를 공제하는 데 그 미사용분을 사용할 수 있음
 - 생존 배우자는 ‘사망 배우자의 미사용 면세점 금액(unused exclusion amount of their deceased spouses)’을 사용할 수도 있음
- 1976년 이후 유산세 및 증여세제는 부시 행정부하에서 일시적으로 축소 내지 폐지 논의가 있었으나 2011년 이후부터는 다시 동일한 세율구조를 적용, 통합세액

106) IRC Sec. 6324(b)

107) 장근호, 『주요국의 조세제도 - 미국편』, 한국조세연구원, 2009. 10, p. 781.

108) IRC Sec. 2010, Sec. 2505

109) IRC Sec. 2010(c)(3)(C): Rev. Proc. 2018-57, 2018-49 I.R.B. 827

공제제도의 적용 등 큰 틀을 2019년 현재까지 이어오고 있음

- 부시 행정부는 2001년부터 2007년까지 유산세 및 증여세 최고세율의 단계적 인하를 시행하고 2010년 유산세와 세대생략세의 잠정적 폐지 등을 논의했음¹¹⁰⁾
 - 그러나 오바마 행정부는 2010년 12월 17일 법개정¹¹¹⁾으로 유산세 폐지 등을 막고 다시 2000년 이전의 유산세 및 증여세제를 회복시킴
 - 이후 트럼프 행정부도 2017년 12월 ‘조세감면 및 일자리법(the Tax Cuts and Jobs Act: TCJA)’에서 BEA 확대를 제외하고는 유산세 및 증여세제의 기본 구조를 그대로 유지함
- 2017년 기준 미국의 총조세수입에서 유산세 및 증여세가 차지하는 비율은 0.70% 수준임¹¹²⁾
- 2017년 이전 당해 비율은 2016년 0.67%, 2015년 0.61%, 2014년 0.66%, 2013년 0.69%로 대체로 1%를 넘지 않는 수준임

2) 유산세 및 증여세의 과세구조

- 유산세는 총 유산에서 일반 공제항목을 차감하고 조정된 과세대상 증여를 가산하여 과세표준을 계산하며, 과세표준에 누진세율을 곱해서 산출한 잠정유산세에서 통합세액공제, 기납부 증여세액공제 등을 차감하여 납부할 세액을 산출함
- 생전에 증여한 증여재산 중 1976년 이후 분을 ‘조정된 과세대상 증여(adjusted taxable gifts)’로 하여 과세표준에 가산함
 - 총 유산의 가액은 집행인이 달리 정하지 않는 한 피상속인의 사망으로부터 6개월이 지난 시점에 공정시장가치(fair market value)로 평가함

110) The Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001, EGTRRA.

111) Tax Relief, “Unemployment Insurance Reauthorization, and Job Creation Act of 2010,” TRUIRJCA.

112) 미국 국세청, <https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-all-years-irs-data-books>, 검색 일자: 2019. 5. 31.

- 공정시장가치란 양 당사자가 관련 사실에 대해 합리적 수준의 지식을 바탕으로 자발적으로 거래하고자 하는 가격을 말함¹¹³⁾
- 세율은 최저 18%에서 최고 40%(과세표준 100만달러 초과)의 12단계 누진세율 구조임
 - 증여세 세율구조도 이와 동일함
- 증여세는 현 시점의 증여와 이전 시점(1932년 이후 증여된 재산가액) 증여와 합하여 누적 과세방식을 취하며 증여재산의 공정시장가액 평가, 세율 적용 및 통합 세액공제, 기납부 증여세액공제 적용 등에서는 유산세 계산과 유사함
 - 합산대상 이전 시점의 증여재산가액은 이전 증여 당시의 재산 평가액으로 함¹¹⁴⁾
- 증여세는 기본적으로 1년 단위 기간과세¹¹⁵⁾이며, 증여자 1인을 기준으로 수증자 별로 매년 일정액의 한도까지는 비과세¹¹⁶⁾ 혜택을 부여함
 - 2019년 현재 연간 비과세 한도액은 1만 5,000달러이며¹¹⁷⁾ 증여세가 원천적으로 면제된 동 한도 이내의 증여가액은 유산세 계산시 조정된 과세대상 증여에도 포함되지 않으며 사용가능 통합세액공제 BEA 잔액을 감소시키지도 않음
 - 동 비과세 규정은 ‘현재의 권리(present interest)’에서만 적용되며 ‘미래의 권리(future interest)’에 대해서는 적용되지 않음
 - 현재의 권리란 수증자가 자산과 이로부터의 소득에 대해 즉각적인 소유 및 사용이 가능한 것을 말하나, 미래의 권리는 그러한 소유나 사용권리가 특정 시점 이전까지는 발생하지 않는 것을 말함¹¹⁸⁾
- 또한 거주자인 배우자에게 증여¹¹⁹⁾, 자선단체 기부금¹²⁰⁾ 등은 제한 없이 증여세

113) Treas. Reg. §20.2031-1(b)

114) Treas. Reg. §25.2504-1

115) IRC Sec. 2501(a)

116) IRC Sec. 2503(b)

117) Rev. Proc. 2018-57, 2018-49 I.R.B. 827

118) Treas. Reg. §25.2503-3(b)

119) IRC Sec. 2523

가 비과세되며 일정한 요건의 교육비 및 의료비 지출¹²¹⁾도 과세면제됨

- 전반적으로 미국의 증여세제는 부의 집중을 막기 위한 목적인 상속세제와 유기적 관계에 있으며 일정 수준까지 부의 이전에 대해서는 우리나라에 비하여 비과세 한도가 상당히 크다고 볼 수 있음¹²²⁾
 - 증여세제는 유산세의 선납이라는 성격이 두드러지며 상속세제를 완결짓는 성격을 지니면서 한편으로는 상속세를 완화하는 성격도 가지고 있음
 - 또한 증여의 개념을 폭넓게 포섭하면서도¹²³⁾ 대신 통합세액공제와 매년 비과세 한도 금액 규정 등을 통해 거액이 아닌 일정 수준까지의 증여는 일반적으로 비과세되어 최부유층에 초점이 맞춰졌다는 특징이 있음

나. 법 규정상의 완전포괄주의

1) 개요

- 미국에서 과세대상으로써 ‘증여’의 개념은 사법상의 증여에만 한정되는 것이 아니며 보다 폭넓게 규정되어 왔음¹²⁴⁾
 - 사법상 증여가 아니더라도 세법상의 증여가 될 수 있음¹²⁵⁾
 - 이전에 관한 증여자의 의사는 본질적인 요소는 아니고 증여세의 적용은 주관적 동기보다는 이전이라는 객관적 사실 및 증여가 행해진 상황에 기초함
 - 즉, 증여세 과세대상으로써 ‘증여’는 대가관계 유무 및 증여의사를 필요로 하는 사법상의 증여보다 넓은 개념임

120) IRC Sec. 2522

121) IRC Sec. 2503(e)

122) 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 흑자영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』 제21권 제3호, 한국세법학회, 2015. 11, p. 397.

123) 자세한 내용은 다음 단락에서 설명함

124) 1936년부터 재무부 시행규칙에서 세법상 증여의 개념을 사법상의 증여와는 다른 것으로 규정함

125) Treas. Reg. §25.2511-1(g)(1), Treas. Reg. §25.2512-8

- 미국의 「내국세법」에서는 증여의제규정을 별도로 두지 않으며 사법상의 증여만을 과세대상으로 국한하지 않기 때문에 변칙적이고 간접적 거래에 의한 증여도 원칙적으로 모두 과세대상임¹²⁶⁾
- 완전포괄주의 세제와 관련된 미국의 「내국세법(Internal Revenue Code)」에서는 추상적인 개념 규정만 있을 뿐이고 구체적인 과세유형은 규정하지 않음
 - 포괄규정으로 「내국세법」은 제2501(a)조 【과세대상 증여의 정의】, 제2511(a)조 【과세대상 증여의 범위】, 제2512(b)조 【증여세 과세요건】를 들 수 있음
- 「내국세법」 제2501(a)조에서는 “거주자 또는 비거주자인 개인이 증여(gift)로 재산을 이전하는 경우에는 1년 단위로 제2502조에 따라 계산한 세액을 부과한다”라고 규정하여 증여세 과세대상을 추상적으로 정의함
 - 제2502조는 여러 해에 걸쳐 증여한 재산을 합산하여 과세표준을 산정하고, 누진세율을 적용하여 증여세를 산출한다는 내용임
 - 일정한 요건의 비거주자에게 무형자산의 이전, 일정한 정치 단체에 재산 이전, 특정 외국법인 주식 등은 증여세 과세대상에서 제외하도록 규정함
 - 보상받지 못한 용역의 제공은 과세대상이 아닌 것으로 해석함¹²⁷⁾
- 「내국세법」 제2511(a)조에서는 “제2501조에 따른 세금은 이전의 방식이 신탁이든 아니든, 증여가 직접적이든 간접적이든, 재산이 부동산이든 동산이든, 유형재산이든 무형재산이든 관계없이 적용한다”라고 하여 제2501조에 더하여 과세범위를 포괄적으로 규정함

126) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제 44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 250.

127) Bittker & Lokken, 2019 Thomson Reuters Tax and Accounting Part 18. Gift Tax Chapter ¶ 121.3 transfers of property

- 재무부 시행규칙에서도 “증여세는 간접적으로 일어나는 증여에도 적용하는 것으로 재산권이 타인에게 무상으로 이전되거나 수여되는 거래는 어떤 수단이나 방식을 쓰더라도 증여세 과세대상이 된다”라고 규정함¹²⁸⁾
- 「내국세법」 제2512(b)조에서는 “재산이 금전 가치에 있어서 상당하고 충분하다고 할 수 없는 대가로 이전되는 경우에는 그 대가의 가치를 넘는 재산 가치의 금액을 증여로 본다”라고 규정함으로써 증여의 요건을 직접적으로 명시함
- 다만 제2512(b)조와 관련하여 재무부 시행규칙에서 “사업의 정상적 과정(in the ordinary course of business)에서 일어나는 매매, 교환, 기타의 재산처분은 금전이나 금전으로 환산한 가치를 충분히 받은 것으로 본다”라고 하여 일정한 증여세 과세배제 요건을 제시함¹²⁹⁾
- 여기서 ‘사업의 정상적 과정’임을 인정받으려면 ① 진실되고(bona fide) ② 상호간 대등한 관계이고(at arm's length) ③ 증여의사가 없는(free from any donative intent) 등의 세 가지 요건을 충족해야 함
 - 어느 특정 거래가 ‘사업의 정상적인 과정’에서 발생하여 비과세 대상이 되는지 여부는 ‘증여자의 증여의사’가 중요한 고려요소임¹³⁰⁾
 - 미국법에서 증여세는 증여자에게 부과된다는 점을 감안하면 적어도 증여자 의사에 반하여 무상이전이 발생한 경우에는 증여자에게 증여세를 부과하기가 힘들 것임을 추론할 수 있음¹³¹⁾
- 미국에서는 이상과 같이 증여세 과세대상을 포괄적으로 정의하는 법조항에 대하여 위헌시비가 없으며 법적안정성을 위해 법원은 행정부 시행명령을 최대한 존중하는

128) Treas. Reg. §25.2511-1(c)

129) Treas. Reg. §25.2512-8

130) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』, 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 11.

131) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』, 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 14.

태도를 취함¹³²⁾

- 미국에서의 조세법률주의는 반드시 과세요건법정주의나 과세요건명확주의를 가리키는 것은 아님
 - 법률의 개별적·구체적인 위임이 없다고 하더라도 행정부가 제정한 명령은 원칙적으로 국민을 구속하며 다만, 그것이 국회가 제정한 법률을 위반할 수 없을 뿐임
- 미국 세법은 법률에 여러 가지 구체적 위임규정이 있음과 동시에 재무부장관이 법률의 시행에 필요한 모든 규칙과 규정을 정하는 포괄위임규정을 두고 있음¹³³⁾
- 또한 법의 구체적 위임 없이 제정된 명령도 불합리하고 법률에 명백히 위반되지 않는 한 유효하며¹³⁴⁾ 법률의 포괄위임규정에 의거한 시행명령이 '법률이 남겨 놓은 공백'을 보충하며 법원은 자신의 판단으로 행정기관의 합리적 해석을 대체할 수 없음¹³⁵⁾

2) 증여 유형 및 증여예시규정

- 미국의 「내국세법」에서는 특정 거래유형에 대한 증여세 과세대상 여부 및 그 기준 및 요건 등을 제시함
 - 부부가 제3자에게 증여한 재산은 부부가 각각 반반씩 증여한 것으로 간주함¹³⁶⁾
 - 자산에 대한 '소유권 지명 권한(power of appointment)'을 행사, 포기 혹은 조건 없이 양도하는 경우에는 과세대상 증여임¹³⁷⁾
 - 직접적인 세대 생략 증여(direct skip)의 경우 양도인이 납부한 증여세도 증여세 과세표준에 포함함¹³⁸⁾

132) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 261.

133) IRC Sec. 7805(a)

134) CIR v. South Tex. Lumber Co., 333 U.S. 496(1948)

135) Peoples Fed. Sav. & Loan Ass'n of Sydney v. CIR, 948 F2d 289(6th Cir. 1991)

136) IRC Sec. 2513

137) IRC Sec. 2514

138) IRC Sec. 2515

- 이혼에 따른 재산권분할 중에 서면합의로 의해 양도되는 자산은 증여세가 비과세됨¹³⁹⁾
 - 수증자는 증여를 거부할 수 있으며 증여로 간주되지 않으려면 자산 양도가 이루어진 시점으로부터 9개월 이내에 거절 의사를 증여자에게 제시해야 하며 서면에 의한 취소가 불가능한 거절이어야 함¹⁴⁰⁾
 - 특정 종신물권(Life Estates)을 사망 배우자로부터 상속받아 부부공제를 선택한 후 생존 배우자가 생전에 이 자산을 처분하면 생존 배우자의 증여세 과세대상이 됨¹⁴¹⁾
 - 종신물권이란 배우자가 생존한 동안 자산에서 창출되는 소득을 받을 수 있지만 사망 이후 잔여 자산의 소유자를 지정할 수 없는 자산을 말함
- 또한 증여에 대한 포괄적 정의에 맞추어 재무부 시행규칙에서는 과세대상 거래의 증여 유형을 예시로(for example) 10가지 열거함¹⁴²⁾
- 다만 증여재산가액 산정과 관련된 구체적 규정은 존재하지 않음

〈표 IV-1〉 미국의 증여세 과세대상 거래 유형 예시

1	법인을 통한 간접증여	<ul style="list-style-type: none"> • 법인이 개인에게 재산을 무상이전하는 경우 법인의 주주가 해당 개인에게 증여하는 것으로 봄 • 만약 그 개인이 해당법인의 주주일 경우 그의 지분에 해당하는 금액을 초과하는 금액만큼 타 주주로부터 증여받은 것으로 봄 • 개인이 법인에 재산을 무상이전하는 경우에는 해당 법인의 개인 주주에게 그 지분율에 비례하는 금액만큼 증여가 이루어진 것으로 봄 • 다만 자선단체, 공공단체, 정당단체 및 이와 유사한 단체 등의 법인에 대해서는 상황에 따라 해당 단체 자체 증여로 볼 수도 있음
2	제3자에 대한 연금 불입의무 조건의 존재	<ul style="list-style-type: none"> • 어떠한 개인이 재산을 이전받음에 있어 이에 상응하는 제3자에 대한 연금납부 의무가 존재하는 경우에는 해당 금액을 원 증여자의 제3자에 대한 증여로 봄

139) IRC Sec. 2516

140) IRC Sec. 2518

141) IRC Sec. 2519

142) Treas. Reg. §25.2511-1(h)

〈표 IV-1〉의 계속

3	제3자를 위한 용역의 대한 보수지급	<ul style="list-style-type: none"> • B가 C에게 용역을 제공하기로 약정한 것에 대해 B에게 대가를 지불하는 때에는 B에 의해 제공된 용역에 보수가 충분하고 적절한지 여부에 따라서 C에게 증여(또는 B와 C 모두에게 증여)가 될 수 있음
4	공동소유 금융재산의 인출	<ul style="list-style-type: none"> • A가 자신 및 B를 위한 공동은행계좌(joint bank account)를 개설한 후, B가 자신의 이익을 위하여 해당 계좌의 금전을 인출하는 경우 A의 수익부분에 대한 상환의무를 지지 않는 부분은 A로부터 증여가 있는 것으로 봄 • A가 자신 및 B와 공동 수급 조건의 미국저축채권(U.S. savings bond)을 구입한 경우, 이후 B가 해당 채권을 양도한 후 금전으로 수령하는 때에는 A의 수익금에 대한 상환의무를 지지 않는 부분은 B에 대한 증여가 있는 것으로 봄
5	생존자권 (survivorship)의 해약	<ul style="list-style-type: none"> • A가 자신의 자금으로 재산을 취득한 후 해당 자산을 자신 A의 명의 및 타인 B의 생존자권(공유재산의 권리를 생존자가 취득하는 권리)으로 공동 등기한 경우, 이후 어느 일방이 생존자권 계약관계를 해약한다면 해당 자산가치의 절반만큼은 B에게 증여한 것으로 봄
6	불확정 잔여지분권 (vested remainder interest)의 양도	<ul style="list-style-type: none"> • 어떤 개인이 불확정 잔여지분권(개인의 생존을 전제로 함)을 소유하고 있을 때 해당 권리를 취소불가능 조건으로 전부 또는 일부를 양도할 경우 증여세 과세대상 이전이 됨
7	신탁 원본 (corpus)의 이전	<ul style="list-style-type: none"> • 신탁을 취소하는 권한 또는 신탁의 이익을 변경할 수 있는 권한이 없는 신탁계약에 있어 A가 신탁에 재산을 이전하는 경우 B가 평생 동안 수입을 얻을 수 있고 B의 사망 시에 신탁이 종료되며 원본은 A에게 반환됨(A가 생존하고 있는 경우) • 만약 A가 B보다 먼저 사망하는 경우 신탁의 원본은 C에게 이전되어 전체 재산가치에서 A가 보유한 지분을 차감한 금액만큼 증여된 것으로 봄
8	보험계약의 수익금	<ul style="list-style-type: none"> • 어떤 개인이 새로운 생명보험에 가입하거나 기존 가입된 일반보험의 보험료를 지불함에 있어 해당 보험 수익금이 다른 수혜자(보험가입자 자신 또는 그의 유산에 귀속되지 않을 것)에게 지급되는 경우 생명보험가치 또는 불입 보험료는 증여된 것으로 봄
9	공유재산에 의한 생명보험가입	<ul style="list-style-type: none"> • 남편과 부인의 공유재산으로 남편의 생명보험을 가입하여 제3자를 수익자로 지정한 경우 남편의 사망 시 보험수익금의 절반은 부인에게 증여가 있는 것으로 봄
10	배우자 생존자권에 의한 연금의 이전	<ul style="list-style-type: none"> • 근로자의 연금 수령에 있어서 근로자가 자신만을 위한 퇴직연금 수령 또는 자신 및 배우자의 생존자권(survivorship) 형태로 축소 수령의 선택권이 있을 때 후자를 선택하는 경우 이후 근로자의 사망 시에 상대방 배우자에 대한 증여가 발생한 것으로 봄 다만 적격 연금(qualified plans) 등의 형태는 증여세가 면제됨

- 상기 개별예시규정에서 볼 수 있듯이 다음과 같은 대표적인 간접 증여 유형에 대해 증여세를 부과하는 것으로 파악됨¹⁴³⁾
 - 통제권을 갖고 있거나 특수관계가 있는 회사를 이용하여 증여하는 행위(유형 1)
 - 실질적 수혜자에게 이전 의무를 발생시키는 조건으로 우회적으로 표면적인 제3자에게 재산을 증여하는 행위(유형 2 및 3)
 - 수증자의 채무를 간접적으로 탕감하는 행위(유형 4)

- 한편 국세청 통칙에서도 기업구조조정으로 인한 주주 간 자본거래에서 증여세 과세대상이 될 수 있음을 예시함¹⁴⁴⁾
 - 회사의 자본을 재구성(recapitalization)하는 경우 이로 인한 회사 및 주주에게 소득이 발생하지 않더라도 주주 간에 각자 소유한 주식의 가치가 변동되었다면 증여가 일어난 것으로 봄

3) 실질과세원칙 및 일반조세회피방지규정¹⁴⁵⁾

- 미국에서 조세회피방지를 위한 일반 규정은 법원의 판례를 통해서 확립되었고 대표적으로 실질과세원칙(substance over form rule)이 있음
 - 실질과세원칙은 Gregory 사건(1935)¹⁴⁶⁾의 판결을 통해 처음으로 확립되었고, 세법의 해석과 적용에 있어서 거래행위의 형식이 아닌 실질에 따라 이루어져야 한다는 의미임
 - 형식이란 납세자가 채택한 사법상 유효한 법률행위(legal transaction) 방식을 의미하며, 실질이란 그 법률행위의 이면에 존재하는 경제적 사실관계를 의미함
 - 실질과세원칙을 적용하면 납세자가 채택한 거래형식은 부인되고 해당 거래의 실질에 따라 거래의 재구성(recharacterizations)이 허용됨

143) Bittker & Lokken, 2019 Thomson Reuters Tax and Accounting Part 18. Gift Tax Chapter ¶ 121.1 IDENTIFYING DONOR-INDIRECT GIFTS

144) Revenue Ruling 86-39

145) 홍성훈·박수진·이형민, 『주요국의 조세회피방지를 위한 일반규정 비교연구』, 한국조세재정연구원, 2016. 12, pp. 33~39.

146) Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465(1935)

- 실질과세원칙은 사업목적 원칙(business purpose doctrine), 가장행위 원칙(sham transaction doctrine), 경제적 실질 원칙(economic substance doctrine), 단계거래 원칙(step transaction doctrine) 등 사법상 원칙들로 분화됨¹⁴⁷⁾
 - 이러한 사법상 원칙들은 실질과세원칙의 적용에 있어서 법원은 여러 개의 원칙을 통합하여 적용하며 각 원칙별로 명확하게 구분되는 것은 아님
 - 사업목적 원칙은 납세자가 수행한 거래가 사업목적이 결여된 경우 해당 거래로 인해 발생한 조세혜택을 부인한다는 내용임
 - 동 원칙은 주관적 측면의 경제적 실질을 의미한다는 평가가 있음¹⁴⁸⁾
 - 가장행위 원칙은 거래사실에 대한 가장(sham) 즉, 거래당사자 간 의도가 도모된 거래형식과 차이가 있는 경우 세법상으로는 실질에 맞게 거래당사자 간 의도에 따른다는 내용임
 - 경제적 실질 원칙은 납세자의 거래가 객관적 경제적 실질이나 조세감면 이외의 주관적 사업목적이 존재하지 않는 경우 그 거래로부터 발생된 조세혜택을 부인하는 내용으로 실질과세원칙 관련 사법상 원칙들 중 가장 중심적이라 할 수 있음¹⁴⁹⁾
 - 단계거래 원칙은 형식적으로는 독립된 거래지만 실질적으로 연관되어 있어 일련의 거래들을 세무목적상 실질에 맞게 통합한 단일거래로 처리할 수 있다는 내용임¹⁵⁰⁾

147) 이동식, 「미국 세법상 실질과세원칙의 의미와 역할」, 『공법연구』, 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, p. 320.

148) Rice's Toyota World, Inc. v. C.I.R., 752 F. 2d(4th Cir. 1985)

149) 이동식, 「미국 세법상 실질과세원칙의 의미와 역할」, 『공법연구』, 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, p. 333.

150) 이를 적용하려면 납세의무자의 조세회피의도(주관적인 내심의 의사를 기준으로 판단하는 것이 아니고 거래의 단계에서 생성된 객관적 요소들을 종합하여 판단함), 각 단계별 행위 간 시간적 근접성, 과세요건 해당사실의 발생에 관하여 사전적으로 검토한 후, 납세의무자가 처음 단계의 거래를 시작할 때 다음 단계의 거래를 이어나갈 의무가 있는지의 여부, 일련의 행위들이 처음부터 최종 목적에 이르기 까지 하나의 거래에 대한 구성요소인지의 여부 및 각 단계의 거래행위들이 다른 단계의 거래행위들 없이는 아무런 의미를 가지지 못하는지의 여부 등을 종합적으로 고려해야 함(황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『연세대학교 법학연구』 제28권 제3호, 2018. 9, pp. 323~324)

- 그러나 미국의 증여세제하에서는 소득세제에서 발생하는 조세회피 유인이 상대적으로 적은 것으로 평가됨¹⁵¹⁾
 - 조세회피방지규정과 관련한 증여세 부과 판례를 거의 찾을 수 없음¹⁵²⁾
 - 상기 사법상 원칙들 중 경제적 실질 원칙은 2010년 법제화되어 미국 「내국세법」 Section 7701(o)¹⁵³⁾으로 법제화된 바 있으나 그 내용이 사업행위와 관련된 연방소득세만을 대상으로 하므로 증여세의 실질과세원칙 적용과는 무관한 것으로 판단됨¹⁵⁴⁾

4) 증여재산평가

- 증여재산가액은 증여일 현재의 공정시장가치(fair market value)로 평가하고 있음¹⁵⁵⁾
 - 공정시장가치란 거래당사자들이 관련 사안에 대해 합리적인 정보를 가진 상태에서 강요되지 않고 자발적으로 거래할 때의 가격을 의미함
 - 재무부 시행규칙에서는 주식 및 채권, 사업지분, 어음(notes), 연금 및 유니트러스트(unitrust)¹⁵⁶⁾, 생명보험계약 등 재산의 종류별로 광범위하고 세부적인 공정시장가치 산정방법을 규정함¹⁵⁷⁾

151) Bittker & Lokken, 2019 Thomson Reuters Tax and Accounting Part 18. Gift Tax Chapter ¶ 121.1 IDENTIFYING DONOR-INDIRECT GIFTS

152) 파트너십이나 유한회사(LLC)를 이용하여 해당 사원에 대한 재산의 간접증여에 있어 단계거래원칙을 적용하여 국세청이 증여세를 부과한 바 있으나 대법원에서는 해당 거래가 형식과 실질이 일치하여 이 원칙을 적용하는 것이 타당하지 않다고 판시한 판례는 있음(Linton v. US, 638 F. Supp. 2d 1277(WD Wash. 2009), Heckerman v. US, 2009-2 USTC ¶ 60,578(WD Wash, 2009))

153) Clarification of economic substance doctrine

154) IRC Sec. 7701(o)에서 거래의 경제적 실질이 존재한다고 판단하기 위해서는 객관적 요건으로써 해당 거래가 연방소득세 효과와 구별되는 의미 있는 방식으로 납세자의 경제적 지위에 변화를 가져 오고, 주관적 요건으로써 납세자는 해당 거래에 참여하는 데 연방소득세 효과와 구별되는 실질적인 사업목적(substance business purpose)이 있어야 함. 거래의 구성에서 납세자의 사업목적이 존재한다면 조세회피의 의도가 있더라도 그 거래는 유효한 것으로 봄(홍성훈·박수진·이형민, 『주요국의 조세회피방지를 위한 일반규정 비교연구』, 한국조세재정연구원, 2016. 12, p. 39)

155) IRC Sec. 2512(a), Treas. Reg. §25.2512-1

156) 수익자가 전 자산의 공평한 시장가격 일정률을 매년 받는 신탁

157) Treas. Reg. §25.2512-2~25.2512-6

- 한편 가족회사 주식 등의 권리 이전이나 소멸 등 지분 재편과정을 통해 지분을 다른 가족구성원에게 증여하는 경우에는 증여당시의 평가액을 단순한 시장가치로 하지 않고 보다 엄격한 산식으로 증여재산가액이 과소평가되지 않도록 하는 규정이 있음¹⁵⁸⁾
- 이는 실제 진정한 주식 등의 가치가 증여시점의 공정가액보다 높거나 향후 높아질 것을 아는 당사자가 이러한 내부정보를 숨긴 채 가족의 일원에게 증여함으로써 증여세를 줄이는 것을 막기 위한 규정임
- 1990년 이전까지는 부모가 자식에게 증여한 주식은 증여한 후 얼마의 기간이 경과하였든지 상관없이 모두 상속당시 시가로 재산에 가산하여 상속세를 부과함으로써 증여 이후의 가치 상승분도 모두 과세한 적도 있음¹⁵⁹⁾

다. 변칙적 증여거래에 대한 주요 판례

- 미국은 법에서 증여에 관한 포괄적 개념 정도만을 규정하고 구체적인 개별 사실관계에 초점을 맞춘 판례를 통해 과세의 타당성을 판단함
- 미국은 대표적 「판례법」 국가로서 여러 축적된 판례를 통해 이러한 포괄입법 방식의 증여세제를 보완함
- 변칙증여에 대한 미국 사법부의 태도와 관련하여, 증여재산가액 계산방식이 없거나 과세요건이 불명확하다는 이유, 사법상 증여 개념이나 법기술적인 이유를 들어 증여세 과세대상이 아니라고 보지 않음¹⁶⁰⁾

158) 이를 'estate freeze(유산의 고정)' 문제라 하며, IRC Sec. 2701에서 특정 법인 주식 또는 파트너십 지분의 이전에 대한 특별 평가규정을 둠

159) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 258.

160) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 254; 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 후자 영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』, 제21권 제3호, 한국세법학회, 2015. 11, p. 398.

- 다만 통합세액공제금액이 매우 크고 독립당사자 간 거래가격을 존중하므로 증여세를 부담하는 사례는 극히 제한적인 부분일 것으로 추정됨

□ 아래에서는 주요 변칙적 증여거래의 유형별로 대표 판례를 살펴봄¹⁶¹⁾

1) 과세대상 증여의 범위

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

〈사실관계〉

1939년에 있었던 사건으로 어떤 여자가 어떤 남자와의 혼인조건으로 주식을 요구하여 받았는데 동 행위는 사법상의 개념으로는 증여에 해당되지 않는 것이었다. 그렇다면 이러한 주식의 이전이 증여세 과세대상인가라는 것이 문제되었다.

〈판단〉

세법이 말하는 증여란 반드시 사법상의 증여에만 한정되는 것이 아니라는 사건 당시의 재무부 규칙(CFR 79 제8조)이 법의 올바른 해석이고 이 사건에서 증여세를 부과해야 마땅하다고 판시하였다.

- 상기 판례에서는 세법은 사법상 증여의 개념을 차용하는 것이 아니고 포괄적으로 교환가치 대상이 된 재산가치 이전을 모두 증여세 과세대상으로 보아 과세대상 증여의 범위를 설정함
 - ‘인간의 지혜가 짜낼 수 있는 온갖 방식’의 증여 유형에 대해 증여세를 과세한다고 함

161) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제 44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, pp. 249~254.

2) 금전의 무상 또는 저리 대여

(Dickman v. Commissioner 465 U.S. 330(1984)판결)

〈사실관계〉

부모가 자식에게 무이자로 돈을 빌려주는 행위, 또는 부모와 자식이 함께 주주를 구성하는 회사에 부모가 무이자로 돈을 빌려주는 행위가 증여세 과세대상에 해당하는지 여부가 문제되었다. 금전의 무상사용을 증여로 볼 수 있는지 여부와 법인을 통한 간접적인 방법으로 증여로 볼 수 있는지 여부가 쟁점이었다.

〈판단〉

재산의 사용가치 역시 재산이라고 판시하면서 미수령 이자상당액을 증여재산가액으로 과세해야 한다고 하였다.

- 상기 판례는 재산에 관한 여러 권리 중 가장 중요한 것은 재산을 사용할 권리이므로 이를 넘겨준 것은 재산의 이전에 해당되어 관련 이자상당액을 증여한 것으로 봄
- 「내국세법」에서도 시장금리 이하로 자금을 대여하면 채권자는 증여를 제공함(증여세 부과)과 동시에 이자소득을 받는 것으로(소득세 부과) 간주하는 규정을 둬¹⁶²⁾

3) 용역의 무상공급

(Commissioner v. Hogle, 165 F2d. 352(10th Cir. 1947판결 및 Estate of Blass v. Commissioner, 11 T.C.M. (CCH) 622, T.C.M.(P-H) ¶52,194(1952)판결))

162) IRC Sec. 7872

〈사실관계〉

첫 번째 사례는 부모가 자식에게 투자상담을 무료로 해주고 자식이 그로 인하여 혜택을 받은 사건으로 미국 국세청이 투자상담의 가액에 증여세를 부과한 사건이고, 두 번째 사례는 어떤 사람이 자기가 발굴한 투자기회를 친족에게 제공한 것이 증여세 과세대상인지가 문제된 사건이었다.

〈판단〉

두 사례 모두에서 관련 용역에 대해 증여세를 과세할 수 없다고 판시하였다.

- 상기 판례에서는 「내국세법」 제2501조 증여세 과세대상으로 하는 ‘재산의 이전 (transfer of property)’의 범위에 용역(service)의 무상공급은 포함되지 않는다고 봄
- 용역(service)과 재산(property)은 서로 다른 별개의 개념으로 판단함

4) 불공정가액에 의한 법인 출자

(Estate of Trenchard v. Comr 69 T.C.M.(CCH) 2164(1995)판결)

〈사실관계〉

어머니와 세 명의 자녀가 각각 자본금을 출자하여 회사를 설립했는데 어머니는 자신이 받는 주식의 가치보다 더 많은 재산을 출자하여 그녀가 출자한 재산과 그 대가로 받은 주식 가치 간의 차액이 발생했다.

〈판단〉

법인에 이전되는 재산의 가치가 대가로 받는 주식의 가치보다 높다면 그 차액만큼 어머니의 부가 자식의 부로 이전되는 것으로 이 사건의 고가출자는 증여세 과세대상이다.

- 상기 판례는 법인에 고가출자함으로써 간접적으로 경제적 이익을 자녀에게 이전하는 것이 과세대상 증여에 해당하는지 여부가 쟁점이었던바 대법원은 법인의 주식

을 이용한 주주 간 간접적 이익 분여도 과세대상임을 확인함

- 원고는 이 사건 법인의 설립이 진정한 사업상 거래로써 선의의 협상을 거치고 증여의사 없는 일상적 거래에 해당하므로 이를 증여세 과세대상에서 제외할 것을 주장하였으나 배척됨

5) 불공정·불균등 감자

(Estate of Maggos v. Commissioner 79 T.C.M.(CCH) 1861(2000)판결)

〈사실관계〉

어머니와 아들이 함께 어느 회사의 주주로 있다가 어머니 소유주식만을 대상으로 감자한 사건에서 주식의 공정가액보다 낮은 가액으로 유상감자하였다.

〈판단〉

실제 어머니 주식의 가치를 3백만달러로 계산하여 감자했지만 법원은 주식의 공정가치가 490만달러라 평가한 다음 차액 190만달러에 대해 어머니가 아들에게 이익을 이전한 것으로 보아 이를 증여세 과세대상이라고 판시하였다.

- 상기 판례 역시 공정가액에 의하지 않은 불균등 감자를 통해 법인 주주 간에 간접적으로 경제적 이익을 분여한 것에 대해 증여세 과세대상임을 확인함

6) 배당수령권의 포기

(Snyder v. Comr. 93 T.C. 529(1989)판결)

〈사실관계〉

어머니와 자녀들이 함께 어느 회사의 주주로 있었는데, 어머니는 비누적정 우선배당을

받을 권리가 있는 우선주를 가지고 있었고 자녀들은 보통주를 가지고 있었다. 회사의 정관에 의하면 회사가 일정기간 동안 우선배당을 지급하지 못하면 비누적적 우선주주는 이를 누적적 우선주로 전환할 권리가 있었다. 실제 우선배당을 실시하지 못하는 상황이 발생했음에도 불구하고 어머니는 이 권리를 행사하지 않았다.

〈판단〉

법원은 누적적 우선주로의 전환권 포기로 인해 자녀들에게 경제적 이익의 증가가 발생된 것으로 보아 이를 증여세 과세대상으로 판결했다.

- 상기 판례에서는 배당수령권의 포기로 인해 발생한 간접적인 자녀들의 재산가치 증가분을 증여세 과세대상으로 보았음
 - 부작위에 따른 경제적 이익의 이전도 증여세 과세대상이 될 수 있는 사례임

7) 주주와 법인 간의 재산 거래

(Georgia L. Kettman Testamentary Trust v. Comr. 86 T.C. 91(1986)판결)

〈사실관계〉

어느 회사의 발행주식 총수의 1/6을 소유한 주주가 72만 6,122달러의 가치가 있는 재산을 48만달러를 받고 회사에 매도했다.

〈판단〉

법원은 차액 24만 6,122달러의 5/6에 해당하는 20만 5,101달러를 재산매각 주주가 타 주주에게 증여한 것으로 보아 증여세 과세가 타당하다고 판단했다.

- 상기 판례는 특정 주주로부터 법인이 증여를 하거나 증여를 받는다면 타 주주를 증여나 수증의 당사자로 본다는 내용임¹⁶³⁾

163) 관련된 내용이 재무부 시행규칙 §25.2512-1(h)(1)에 규정됨

- 한편 미국에서 법인을 통한 주주 간 간접 증여 사례는 우리나라에 비해 미미한 수준이며 이는 미국 고유의 유보이익세제(accumulated earnings tax)¹⁶⁴⁾나 개인 지주회사과세제도(personal holding company tax)¹⁶⁵⁾에 의한 영향으로 판단됨¹⁶⁶⁾

8) 사업의 정상적 과정에서 발생한 거래

(Estate of Redstone v.C.I.R US Tax court, No. 8401-13(2015))

〈사실관계〉
 A는 아버지 B 및 형 C와 함께 가족기업에서 일했다. 이 가족기업은 후에 주식회사로 A, B, C가 지분 1/3씩 갖는 것으로 하여 설립 및 등록했다. 이후 A는 주주 간 불화로 인하여 동 사업을 떠나게 되었으며 이와 동시에 A의 지분에 해당하는 금액의 환급을 요구 하였으나 B는 주식회사 설립 당시 A의 실제 자본납입액이 지분 1/3에 미달하였고 또한 A의 지분은 A의 자녀를 수익자로 하는 ‘구두 신탁(oral trust)’ 계약에 의해 이전될 예정 이었다는 이유로 환급을 거부했다.
 이와 같은 분쟁의 해결을 위해 긴 소송과정을 거쳤으며 이를 통해 A와 B는 A의 지분 중 1/3은 A의 자녀를 위한 신탁에 이전하고 지분의 나머지 2/3에 해당하는 부분만큼만 회사로부터 5백만달러를 보상받는 것으로 합의했다. 과세관청은 실제 A의 자녀를 위한 신탁에 넘겨진 A의 지분 중 1/3에 해당하는 부분에 대해 증여로 보아 과세했다.

〈판단〉
 B의 주장에 따른 구두 신탁의 존재는 근거가 없는 점, A는 지분의 2/3만이라도 환급을 받고자 불가피하게 A와 타협을 시도했던 점 등을 고려해 볼 때 해당 거래는 진실되고 (bona fide) 상호 대등하고(at arm's length) 증여의사(donative intent)가 없는 것으로 판단되므로 증여세 부과가 부당함을 판시하였다.

164) IRC Sec. 531

165) IRC Sec. 541

166) 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 흑자영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』 제21권 제3호, 한국세법학회, pp. 405~406.

- 상기 판례에서는 자녀에 대한 주식 이전에 대해 금전상 충분한 대가를 받았는지 여부가 논쟁이 되었으며 다음 세 가지 판정요소로 사업의 정상적 과정에서 발생한 거래로 보아 증여세 과세대상이 아님을 판시함
 - 주주 상호간 분쟁은 실제로 공모나 가장행위가 없는 것이었으며 자녀에 대한 주식 이전은 분쟁 해결을 위하여 수행된 진실된 것이었음
 - 주주 간의 이해상충을 해결하기 위해 상호 대등한 관계에서 각자의 변호사 자문을 받아들여 분쟁을 해결하고자 함
 - 자녀에 대한 주식이전은 애정에 기반한 것이라기보다는 회사로부터 일부의 보상 수령을 확정하기 위한 불가피한 해결 방안이었음을 비추어 볼 때 자녀에 대한 증여의사가 있었다고 보기 어려움

2. 일본

가. 상속·증여세 제도 일반¹⁶⁷⁾

1) 개요

- 일본의 상속세는 1905년, 증여세는 1947년부터 부과했으며¹⁶⁸⁾, 유산의 취득(무상의 재산취득)에 담세력이 있다고 보고 과세하는 것이므로 가득한 소득을 과세하는 개인소득세를 보완하는 성격임¹⁶⁹⁾
 - 개인소득세와 마찬가지로 상속제도 누진세율을 적용함으로써 부의 재분배를 도모하는 역할을 함

167) 원종학·이형민·홍성열, 「주요국의 상속·증여세제 현황 및 최근 동향」, 『세법연구』, 한국조세재정연구원, 2012. 12, pp. 47~64.

168) 1950년 샤우프(Shoup) 세계개혁안에 따라 일생의 모든 상속과 증여를 누적 과세하는 방식으로 상속세와 증여세를 통합하였으나, 세무행정집행상의 어려움으로 인하여 1953년부터 일생 누적 과세를 폐지하고 상속세와 증여세를 별도로 과세함

169) 고선·송은주·유지선, 「외국의 상속세 및 증여세 과세 현황 및 명의신탁에 대한 과세사례 분석」, 『세법연구』, 한국조세재정연구원, 2011. 9, p. 26.

- 상속세는 상속, 유증, 사인증여로 재산을 취득하는 자에게 그 재산의 취득 시점의 시가를 과세가격으로 하여 부과함
 - 따라서 납세의무자는 상속인, 유산을 받은 자, 사인증여에 의한 수증자, 피상속인으로부터 상속 시 정산과세제도의 적용을 받는 재산을 취득한 자임

- 일본의 상속세는 상속인이 취득한 재산가액을 과세물건으로 하는 유산취득과세방식을 기초로 하면서 피상속인의 유산액을 과세물건으로 하는 유산과세방식을 가미한 형태임(법정상속분과세방식에 의한 유산취득과세방식)
 - 우선, 상속세 총액 산정 시에는 실제 유산분할과 관계없이 유산총액 및 법정상속인의 수, 그리고 법정상속분이라는 객관적인 기준에 따라 산정함
 - 그 다음 상속세 총액을 실제 상속인이 상속받는 비율에 따라 산출세액을 계산하고 이 산출세액으로부터 개인적인 사정을 고려한 세액공제 조정이 이루어져 각자의 상속세액을 산출함

- 증여세는 원칙적으로 개인 간의 증여(사인증여 제외)로 취득한 모든 재산을 과세 대상으로 하며 이 외에 본래의 증여와 동등한 경제적 이익을 발생시키는 것도 증여에 포함
 - 증여세는 상속과세가 존재한다는 전제하에서 생전증여를 이용해 상속과세를 회피하려는 것을 방지하기 위해 부과하는 것으로 우리나라처럼 상속세의 보완적 성격을 가짐¹⁷⁰⁾
 - 증여세의 납세의무자는 수증자이며, 일년 동안의 증여재산을 합하여 누진세율을 적용하는 기간세 형태를 취하고 있음
 - 다만 법인이 개인에게 증여하는 경우 증여세 대신 소득세(기타소득)가 부과됨

- 2013년에 통과된 「상속세법」의 개정안이 2015년 1월 1일 이후 개시되는 상속분부터 적용함

170) 한상국, 『상속·증여세제의 개편에 관한 해외사례 연구』, 국회예산정책처, 2013. 12, p. 62.

- 상속·증여세 최고세율을 기존 50%에서 55%로 인상함
 - 상속세 기초공제를 '5천만엔 + 1천만엔×법정상속인수'에서 '3천만엔 + 600만엔×법정상속인수'로 인하함
 - 미성년자공제는 '10만엔(종전 6만엔)×20세까지 남은 연수'로 인상하고, 장애인공제는 '10만엔(종전 6만엔)×85세(종전 70세)까지 남은 연수'로 인상함
- 2017년 기준 일본의 총 조세에서 상속세 및 증여세가 차지하는 비율은 2.24%임¹⁷¹⁾
- 2017년 이전 당해 비율은 2016년 2.17%, 2015년 1.99%, 2014년 1.99%, 2013년 1.82%로 대체로 약 2% 내외 수준임

2) 상속·증여세의 과세구조

- 상속세는 법정상속지분에 따른 각 법정상속인의 취득금액¹⁷²⁾에 세율을 곱한 산출세액의 합계를 상속세 총액으로 확정 후, 실제 취득한 상속비율에 따라 계산된 상속인별 산출세액에서 각종 세액공제액을 차감하여 납부세액을 산출함¹⁷³⁾
- 상속세가 과세되는 재산은 금전으로 환산할 수 있고 경제적 대가가 있는 모든 재산이며, 간주상속재산¹⁷⁴⁾, 피상속인으로부터 사망 전 3년 이내에 증여로 취득한 재산, 상속 시 정산과세 제도의 적용을 받는 증여재산도 포함함
 - 법정상속지분에 따른 각 법정상속인의 취득금액에 적용되는 세율은 최저 10%에서 최고 55%로 8단계 누진세율 구조임

171) 일본 국세청, 『국세통계연보』, FY2017, <http://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/gaiyo2017/sozei.htm>, 검색일자: 2019. 6. 27.

172) 법정상속지분에 따른 각 법정상속인의 취득금액 = (각 상속인의 과세가격의 합계 - 기초공제액) × 각 법정상속인의 법정상속지분

173) 일본 국세청, <http://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/sozoku/4152.htm>, 검색일자: 2019. 7. 1.

174) 간주상속재산에는 사망보험금, 생명보험계약에 관한 권리, 사망퇴직금, 신탁재산, 유언에 의해 현저하게 낮은 가액으로 양도가 이루어진 재산 등이 있음

- 증여세 과세방법에는 역년과세와 상속 시 정산과세 두 가지 종류가 있음
 - 역년과세란 그해 1월 1일부터 12월 31일까지 타인으로부터 증여받은 재산의 가액을 합산하여¹⁷⁵⁾ 과세가격을 계산하는 방법임
 - 과세가격에서 기초공제금액(110만엔)을 공제한 후, 10~55% 누진세율을 적용하여 증여세를 산출하는 방식임¹⁷⁶⁾
 - 1년 동안 받은 재산합계액이 110만엔 이하라면 증여세는 부과하지 않으며, 증여세 신고도 필요 없음
 - 역년과세 시 증여세율은 상속세보다 과세구간 적용금액이 낮아, 같은 재산이 동일인에게 이전될 경우 증여세 부담이 상속세 부담보다 높은 편임¹⁷⁷⁾
 - 다만 역년과세 방식이므로 기간별 분산 증여를 통해 세 부담을 낮출 수 있음

- 상속 시 정산과세 제도는 60세 이상의 부모 또는 조부모가 20세 이상의 자녀¹⁷⁸⁾ 또는 손자에게 재산을 증여하는 경우에 선택할 수 있는 증여세 제도로 증여자별로 1년간 증여받은 재산가액을 합산하여 과세가격을 계산함
 - 증여일에 증여세를 납부한 후 증여자 사망일에 당해 증여재산가액과 상속재산가액을 합산하여 상속세를 계산하고, 증여일에 납부했던 증여세를 기납부세액으로 공제받는 제도임
 - 증여재산가액 합계에서 복수년도에 걸쳐 사용할 수 있는 2,500만엔 한도의 특별공제액을 차감한 후 20% 단일세율을 적용하여 증여세를 계산함
 - 상속 시 정산과세는 수증자(자녀 또는 손자)가 증여자(부모 또는 조부모)마다 선택할 수 있으나, 일단 선택하면 선택한 연도 이후 그 증여자가 사망할 때까지 계속 적용되고 역년과세 방법으로 변경할 수 없음

175) 이전연도 증여분에 대해 누적과세하지 않음

176) 2015년 1월 1일 이후부터 증여세는 일반증여재산과 특별증여재산으로 구분하여 세율을 적용함. 특별증여재산용 세율(특별세율)은 수증자가 증여일이 속한 해의 1월 1일 현재 20세 이상의 직계비속이라면 조부모로부터 손자로의 증여, 부모로부터 자녀로의 증여인 경우에 적용함

177) 한상국, 「상속·증여세제의 개편에 관한 해외사례연구」, 국회예산정책처, 2013. 12, p. 75.

178) 증여일이 속한 해의 1월 1일을 기준으로 60세 이상 및 20세 이상을 판단함

- 한편 일본은 원활한 사업승계를 지원하기 위해 ‘비상장주식 등에 상속세 및 증여세 납부유예 제도’를 운영함
- 상속세 납부유예 제도는 경영자의 상속 또는 유증으로 그 친족인 후계자가 취득한 자사 주식의 80%에 해당하는 부분에 대해 상속세 납세를 유예해주는 제도임
 - 증여세 납부유예는 현 경영자로부터의 증여로 그 친족인 후계자가 취득한 자사 주식의 100% 상당액의 납세를 유예해주는 제도임
 - 2018년 일본 정부는 향후 10년을 ‘사업승계 실시집중 기간’으로 정하고, 법개정을 통한 세제지원 등 정책 지원을 더욱 강화함¹⁷⁹⁾
 - 상속세 납부유예 비율을 기존 80%에서 100%로 확대하고, 납부유예 대상인 주식 수 상한선을 철폐하는 등 상속세 납부유예 제도의 적용 요건을 완화함

〈표 IV-2〉 일본의 특례조치와 일반조치 비교

구분	특례조치	일반조치
사전 계획 책정	5년 이내에 특례 승계 계획 제출 (2018. 4. 1~2023. 3. 31)	불필요
적용기간	10년 이내의 증여·상속 등 (2018. 1. 1~2027. 12. 31)	없음
대상주식수	전체주식	총 주식수의 최대 3분의 2까지
납세유예비율	100%	증여 : 100%, 상속 : 80%
승계 패턴	최대 3명의 후계자에게 승계	1명의 후계자에게 승계
고용확보요건	최근 인력난을 감안, 동 요건을 충족하지 못한 경우에도 납세유예 지속 가능	승계 후 5년간 평균 80% 고용 유지가 필요
사업 지속이 곤란한 경우 ¹⁸⁰⁾ 납부 면제	있음 ¹⁸¹⁾	없음

자료: 일본 국세청, <http://www.nta.go.jp/publication/pamph/sozoku-zoyo/201905/01.pdf>, 검색일자: 2019. 7. 24를 참고하여 저자 재작성함

179) 박희원, 「한국과 일본의 중소기업 가업승계 현황 및 시사점」, 『산은조사월보』, 제762호, KDB 미래전략연구소, 2019. 5, p. 57.

180) ① 과거 3년 중 2년 이상 적자 등의 경우, ② 과거 3년 중 2년 이상 매출 감소 등의 경우, ③ 이자부 부채 \geq 매출 6개월분의 경우, ④ 유사 업종의 상장 기업의 주가가 전년 주가보다 낮은 경우, ⑤ 심신 장애로 인해 후계자에 의한 사업 지속이 곤란한 경우(양도·합병)

181) 주식 양도·회사 해산 시, 그 대가를 바탕으로 상속(증여)세액을 재계산한 세액과 과거 배당금 등의 합계액이 당초 납세가 유예된 세액을 밑돌 경우 그 차액이 면제됨

나. 법 규정상의 완전포괄주의

1) 개요

- 일본은 법률적으로 「민법」상 증여가 아니더라도 그 경제적 실질이 유사한 경우에 대해서 증여의제대상(「상속세법」 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제9조의2)으로 규정하고 있음
 - 「상속세법」 제2조의2에서 증여세 과세대상으로 정한 것은 「민법」상의 증여임¹⁸²⁾
- 한편 「상속세법」 제9조에서는 “제5조부터 제8조까지 규정을 제외하고 대가를 지불하지 않거나, 현저하게 낮은 대가의 지불로 이익을 받은 경우 그 이익 상당액을 증여로 취득한 것으로 본다.”라고 규정하기 때문에 일본은 포괄증여세제를 채택했다고 볼 수 있음
 - 변칙적·간접적 증여는 이러한 포괄적 증여의제규정에 의거하여 과세함
 - 세부적인 과세 유형은 우리나라의 기본통칙에 해당하는 「상속세법 기본통달」¹⁸³⁾에서 규정함
 - 「상속세법 기본통달」은 예시규정의 성격을 가지고 있으며 판례를 통해 증여세 과세대상으로 인정된 포괄증여 사안을 「상속세법 기본통달」에 추가하면서 납세자의 예측가능성과 법적안정성을 제고함¹⁸⁴⁾

182) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 13.

183) 통달은 상급행정청의 하급행정청에 대한 명령으로, 행정조직 내부에서는 구속력을 갖지만, 국민에 대하여 구속력을 갖는 법률은 아니어서 통달은 조세법의 법원이 아니나 실제로 대부분의 조세행정은 통달에 의거하여 이루어지며, 납세자 측에서 다투지 아니하는 한 「조세법」의 해석 및 적용에 관한 대다수의 문제는 통달에 따라서 해결된다. 현실적으로 통달은 법원과 마찬가지로 기능을 수행하고 있다는 견해가 일반적임(이기욱, 「일본의 문서회답절차 제도」, 한국조세연구소, 2008. 11, p. 6)

184) 김동수, 「증여세 완전포괄주의 시행에 따른 문제점 분석 및 개선방안 연구」, 가천대학교, 2016. 12, p. 46.

- 일본에서는 이러한 증여세 포괄주의에 대해 위헌론을 제기하는 학자도 있으나, 전체적으로는 위헌론이 크게 부각되지는 않음¹⁸⁵⁾
- 그 이유는 과세관청이 기본통달에서 과세대상이 되는 유형을 미리 열거하고 있으며, 열거된 사항 외에는 과세를 자제하는 것으로 추측됨

2) 증여 유형 및 증여예시규정

- 일본 「상속세법」에서 증여의제로 규정하는 내용은 <표 IV-3>과 같음

<표 IV-3> 일본 「상속세법」상 증여의제규정¹⁸⁶⁾

조문	구분	내용
§5	생명보험 또는 손해보험 계약	생명보험 또는 손해보험 계약의 보험료 전부 또는 일부가 보험금 수취인 이외의 사람에게 부담된 경우, 보험사고로 보험료를 수취한 보험금 수취인 이외의 자가 부담한 비율만큼 보험금 수취인이 증여받은 것으로 간주
§6	정기금 급부 계약	정기금 계약과 관련하여 그 부금과 보험료의 전부 또는 일부가 정기금 수취인 이외의 사람에게 부담된 경우, 정기금 급부 사유가 발생했을 때 정기금 수취인 이외의 자가 부담한 비율만큼 정기금 수취인이 증여받은 것으로 간주
§7	재산의 저가양수	현저하게 낮은 가액의 대가로 재산을 양도받았을 경우, 해당 대가와 재산의 시가와와의 차액에 상당하는 금액을 해당 재산을 양도한 사람으로부터 증여에 의해 취득한 것으로 간주
§8	채무의 면제·인수·변제	대가를 지불하지 않거나 현저하게 낮은 가액의 대가로 채무의 면제·인수·변제로 이익을 받은 경우, 해당 채무의 면제·인수·변제와 관련된 채무에 상당하는 금액을 증여로 취득한 것으로 간주
§9의2	신탁의 수익자	적정한 대가를 부담하지 않고 해당 신탁의 수익자가 되는 사람이 있는 경우에는, 신탁의 효력이 발생했을 때 신탁의 위탁자로부터 증여로 취득한 것으로 간주

185) 김상필·김선득, 「증여세 완전포괄주의 실태 및 문제점」, 『국제경상교육연구』 제2권 제1호, 한국국제경상교육학회 2005. 3, p. 175.

186) 김동수, 앞의 글, pp. 43~44.

- 「상속세법」 제9조 포괄적 증여의제규정과 관련한 「상속세법」 기본통달은 “이익을 받은 사람의 재산의 증가 또는 채무의 감소가 있을 경우 등을 말하고 노무의 제공 등을 받는 경우는 제외한다.”고 원칙을 정한 뒤, 각각의 유형 및 평가방법에 대해 제9조의2부터 제9조의13의 내용을 따르도록 규정하고 있음¹⁸⁷⁾

〈표 IV-4〉 일본 「상속세법 기본통달」 내용

조문	구분	내용
9-2	주식 또는 출자액이 증가한 경우	<p>동족회사의 주식 또는 출자액이 다음의 경우로 증가한 경우 그 주주 또는 사원은 다음의 자로부터 주식 또는 출자액의 증가된 부분에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 취급함</p> <p>(1) 회사에 무상으로 재산의 제공이 있는 경우 당해 재산을 제공한 자</p> <p>(2) 시가보다 현저히 낮은 가액으로 현물출자가 있는 경우 해당 현물출자를 한 자</p> <p>(3) 대가를 받지 않고 회사의 채무 면제, 인수 또는 변제가 있을 경우 해당 채무의 면제, 인수 또는 변제를 한 자</p> <p>(4) 회사에게 시가보다 현저하게 낮은 가격의 대가로 재산을 양도하는 경우 당해 재산을 양도한 자</p>
9-3	회사가 자력을 상실한 경우에 사채 제공	<p>동족회사의 임원, 업무집행사원이 회사가 자력을 상실한 경우 9-2의 (1)~(4)의 방법으로 사채를 제공한 때에는 회사가 받은 이익 중 회사의 채무초과액에 상당하는 부분의 금액은 9-2에도 불구하고 증여로 취득한 것으로 취급하지 아니함</p>
9-4	동족회사의 신주인수권	<p>동족회사가 신주를 발행하는 경우 해당 신주인수권의 전부 또는 일부를 동족회사 주주의 친족 등에게 부여하고 이들이 신주를 취득했을 때는 해당 주주의 친족 등이 신주인수권을 해당 주주로부터 증여로 취득한 것으로 취급함. 단, 해당 신주인수권이 근로소득 또는 퇴직소득으로 소득세가 과세되는 경우는 제외함</p>
9-5	증여로 취득한 것으로 간주하는 신주인수권 수의 계산	<p>9-4에서 증여로 간주되는 신주인수권 수의 계산 산식을 규정함</p>
9-6	합동회사 등의 증자	<p>동족회사인 유한회사 및 합자회사의 증자도 9-4 및 9-5를 준용함</p>

187) 김동수, 앞의 글, p. 45.

〈표 IV-4〉의 계속

조문	구분	내용
9-7	동족회사의 신주 발행에 있어 실권주와 관련된 신주를 발행하지 않았을 경우	신주발행 시 실권주를 배정하지 않아 결과적으로 신주 발행 전 지분율을 초과하여 신주를 취득한 자는 실권 주자인 친족 등으로부터 일정 금액에 상당하는 이익을 증여로 취득한 것으로 취급함
9-8	혼인의 취소 또는 이혼으로 재산 취득이 있는 경우	일반적으로 혼인의 취소 또는 이혼에 따른 재산의 분할로 취득한 재산은 증여로 취득한 재산으로 보지 않음
9-9	재산의 명의 변경이 있는 경우	부동산, 주식 등의 명의변경이 있었으나 대가수수가 이루어지지 않은 경우 증여로 취급함
9-10	무이자 금전 대여 등	특수관계인 상호간에 무상 또는 무이자로 토지, 가옥, 금전 등의 대여가 있는 경우 증여로 취급함
9-11	부담부증여 등	부담자증여 또는 부담부유증이 있는 경우 그 부담액이 제3자의 이익에 귀속되는 때에는 제3자가 부담액에 상당하는 금액을 증여 또는 유증으로 취득한 것으로 봄
9-12	공유 지분 포기	공유재산의 공유자 한 명이 그 지분을 포기(상속포기는 제외)했을 때 또는 공유자가 상속인 없이 사망한 때는 해당 공유자의 지분을 다른 공유자들이 그 지분에 따라 증여 또는 유증으로 취득한 것으로 취급함
9-13	신탁이 합의 등으로 종료된 경우	법 제9조의3 제1항에서 규정하는 수익자연속형신탁 이외의 신탁 중 수익권이 복층화된 신탁(수입수익자와 원본수익자가 다른 신탁)이 「신탁법」 제164조 규정으로 종료되었을 경우에는 원칙적으로 해당 원본수익자가 종료 직전에 수입수익자가 가진 수입수익권 가액에 상당하는 이익을 수입수익자로부터 증여로 취득한 것으로 취급함

자료: 일본 국세청, http://www.nta.go.jp/law/tsutatsu/kihon/sisan/sozoku2/01/06.htm#a-9_1

3) 실질과세원칙 및 일반조세회피방지규정¹⁸⁸⁾

□ 일본은 「국세통칙법」에서 실질과세원칙에 관련된 조항이 입법되지 않았고, 단지 개별

188) 정승영, 「일본에서의 실질과세원칙에 대한 논의와 시사점」, 『조세와 법』, 5-2, 2012. 12, pp. 1~17.

세법상 실질과세원칙 중 ‘귀속의 실질주의’에 관한 내용만 명문화함

- 개별 세법 중에서는 「소득세법」, 「법인세법」, 「지방세법」에서 실질과세원칙에 관한 내용을 입법함
 - ‘행위 및 계산에 대한 실질주의’는 세법상 당연히 인정되는 조리의 범위 및 개념으로 보았기 때문에 개별 세법상의 명문 조항으로 설계하지 않음
 - 일본에서는 위와 같은 점에 기초하여 실질과세원칙과 관련된 명문 조항을 창설적 규정이 아닌, 확인적 규정이라고 보는 것이 대다수의 견해임
- 성문화된 일반조세회피방지규정은 없으나 실질과세원칙을 조세회피행위의 영역에서 구체화하는 대표적 규정으로 ‘동족회사의 행위·계산의 부인에 관한 규정’이 있음
- 해당 조항은 행위 또는 계산에서 특수관계인 간의 거래가 있고, 이를 통해 조세 부담이 부당하게 감소하는 결과가 발생한다면, 이에 대한 세법상의 효과를 부인하고, 경정처분을 하도록 하는 내용을 규정함
 - 동족회사의 행위·계산의 부인에 관한 규정은 「소득세법」, 「법인세법」뿐만 아니라 「상속세법」과 「지가세법」에서도 규정함
- 따라서 일본은 법제상의 구체화를 통한 실질과세원칙의 체계적 구현보다는 법원의 해석에 따라 실질과세원칙이 구현되는 구조를 갖추
- 최근에는 조세회피 사안에 대해 입법취지를 고려한 목적론적 해석을 적용한 경우가 나타남¹⁸⁹⁾

4) 증여재산평가

- 증여세 과세대상이 되는 재산평가는 「상속세법」에서 특별히 규정된 것을 제외하고는 증여로 재산을 취득한 시점의 시가로 함¹⁹⁰⁾

189) 홍성훈·박수진·이형민, 『주요국의 조세회피방지를 위한 일반규정 비교연구』, 한국조세재정연구원, 2016. 12, p. 10.

190) 일본 「상속세법」 제22조

- 증여재산을 취득한 시점이란 계약의 효력 발생일 또는 증여가 이행되는 때를 의미함
- 재산평가 기본통달에서 시가란 과세시기¹⁹¹⁾에 각각의 재산 현황에 따라 불특정 다수의 당사자 간 자유로운 거래가 이루어지는 경우 통상 성립한다고 인정되는 가액으로 규정함
- 「상속세법」 제23조부터 제26조의2에서는 지상권, 영소작권, 정기금에 관한 권리, 입목의 평가방법을 규정하며, 그 외에 자산은 구체적인 평가방법이 없어 과세실무상 재산평가 기본통달에 따라 평가함¹⁹²⁾

다. 변칙적·간접적 증여거래에 대한 주요 판례

- 일본은 「상속세법」 제2조의2에서 증여세 과세대상을 증여로 취득한 재산으로 규정하고, 변칙적·간접적인 증여는 포괄적 증여의제규정인 「상속세법」 제9조와 기본통달을 근거로 과세하고 있음
 - 「상속세법」이 명문으로 증여의제규정을 두지 못한 부분에 관하여는 기본통달에서 그 구체적인 과세대상을 정하여 납세자의 예측가능성을 제고하고 집행의 일관성을 도모하는 방식을 취함¹⁹³⁾
- 아래에서는 변칙적·간접적 증여거래와 관련한 일본의 주요 판례를 살펴봄

191) 재산평가 기본통달에서는 상속세와 증여세 과세대상이 되는 재산의 취득일을 과세시기라고 함

192) 稅務大學校, 相續稅法 基礎編, p. 91, <http://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/souzoku/pdf/30/00.pdf>, 검색일자: 2019. 7. 3.

193) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』, 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 14.

1) 과세대상 증여의 범위

(昭和38年12月24日 最高裁 昭和37(才) 1007)¹⁹⁴⁾

〈사실관계〉

합자회사가 증자하면서 각 사원이 기존의 지분비율과 다른 비율로 증자에 참가하고, 증자 인수가격을 낮은 가격으로 정함으로써 사원 상호간에 부를 이전한 사건에 대해 포괄규정에 의거하여 증여세를 부과했으며, 납세의무자는 조세법률주의에 위반되어 위헌이라고 주장했다.

〈판단〉

최고재판소는 “상고인들이 얻은 이익은 「상속세법」 제9조에 의해 증여로 취득한 것으로 보아야 마땅하다.”라고 판시하였다.

- 상기 판례는 불균등 증자를 통해 사원 상호간에 경제적 분여한 것을 증여세 과세 대상임을 확인함
 - 포괄적 의제규정에 관한 해석론의 초석을 이루는 것으로 「상속세법」 제9조의 포괄증여규정은 조세법률주의에 위배되지 않는다고 판결함

2) 법인을 통한 간접 증여

(昭和53年5月11日 大阪地方裁判所 昭和45(行ウ)38)¹⁹⁵⁾

〈사실관계〉

아버지가 보유한 비상장회사인 X사 주식 7,038주를 아들이 지배하는 Y사(흑자 영리법

194) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 272.

195) 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』, 제21권 제3호, 한국세법학회, pp. 399~400.

인)에 저가양도한 것에 대하여 Y사에는 저가양수액을 익금산입하여 법인세를 증액경정하고, 아들에게는 Y사 주식가치 상승에 따른 경제적 이익의 향유를 이유로 증여세를 부과한 것이 이중과세에 해당하는지 문제된 사건이었다.

〈판단〉

해당 양도에 의해 T사의 대부분의 지분을 가진 아들이 X사 주식을 간접적으로 소유하는 결과가 된 점을 비추어보면 아들이 재산상의 이익을 얻었다고 인정되는 한도에서 아버지로부터 아들에게 증여가 있었다고 보는 것이 상당하다고 판시하였다.

- 상기 판례에서는 법인을 통하여 증여하는 경우 법인의 주주를 증여자와 수증자로 보아 증여세를 과세함
 - 법원이 이익의 귀속주체를 판단함에 있어 실질과세원칙을 적용한 것으로 당사자들이 취한 거래형식은 아버지와 Y사의 주식매매이지만 아들이 X사의 주식을 간접적으로 보유함으로써 실질적인 거래는 아버지로부터 아들에게 저가 주식양도로 본 것임

(平成27年4月22日 東京高等裁判所 稅務訴訟資料 第265号 - 71)¹⁹⁶⁾

〈사실관계〉

할머니가 보유한 유한회사 E사의 4만 7,995구좌를 어머니와 아들이 주주로 있는 동족회사 C사와 D사에 저가양도한 경우, C사와 D사의 자산가치 상승에 따라 어머니와 아들에게 경제적 이익이 이전되어 증여세를 부과할 수 있는지가 쟁점이 되었다.

〈판단〉

실질적으로 해당 회사의 자산가액이 증가함으로써 양도자로부터 동족회사의 주주에 대해 증여가 있던 것과 같은 경제적 이익을 이전한 것으로 볼 수 있으므로 주식 또는 출자 가액 증가액에 상당하는 금액이 증여로 취득한 것이라고 판시하였다.

196) 일본 국세청, <http://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/soshoshiryo/kazei/2015/pdf/12654.pdf>, 검색일자: 2019. 7. 10.

- 상기 판례 역시 동족회사에게 시가보다 현저하게 낮은 가액의 대가로 재산을 양도한 경우, 양도한 자와 동족회사의 주주 사이에 특수관계가 있는 것이 일반적임을 감안하면 경제적 이익이 이전된 것으로 볼 수 있음

3) 자금의 이동을 통한 증여

(平22.4.22, 裁決事例集No.79)¹⁹⁷⁾

〈사실관계〉

아내 명의의 퇴직금 계좌에서 남편이 대표이사로 재직 중인 H사 명의의 계좌로 290백만엔이 이체되었다가 H사가 남편 명의 계좌로 해당 대출금의 일부를 변제한 사실로 남편이 아내로부터 증여를 받은 것이라고 추정한 건에 대해 남편이 채무에 대한 변제이기 때문에 증여가 아니라고 조세불복을 제기한 사건이었다.

〈판단〉

아내가 남편의 예금 계좌를 유용했다는 남편의 주장은 추측에 불과하며 유용에 대한 구체적인 증빙 서류가 없기 때문에 남편의 청구를 기각하고, 일련의 자금 이동은 「상속세법」 제9조에서 규정한 대가의 지불 없이 이익을 받은 경우에 해당한다고 인정했다.

- 상기 심판례에서는 계약 형태를 불문하고 대가를 지불하지 않고 경제적 이익을 받은 경우는 증여에 따른 취득으로 간주하여 증여세 과세대상이라고 하였음

197) 일본 국세불복심판소, <http://www.kfs.go.jp/service/JP/79/29/index.html>, 검색일자: 2019. 7. 8; 세무 소송(大阪地方 平成24年6月1日, 稅務訴訟資料 第262号 - 113)에서도 과세관청이 승소함

4) 조인트 테넌시(Joint Tenancy)¹⁹⁸⁾

(平成29年10月19日 名古屋地方裁判所 税務訴訟資料 第267号 - 130)¹⁹⁹⁾

〈사실관계〉

일본의 납세자가 조인트 테넌시 형식으로 미국 캘리포니아 주에 위치한 부동산을 배우자(피상속인)의 자금으로 매입한 것에 대해 「상속세법」 제9조의 적용이 가능한지가 쟁점이 되었다.

〈판단〉

부동산 구입 대금은 모두 배우자가 부담하여 납세자는 구매 대금을 부담하지 않고 부동산 지분의 2분의 1을 취득한 것으로 인정하는 것이 타당하므로 「상속세법」 제9조에 따라 부동산 구매 대금의 2분의 1 가격에 상당하는 금액을 배우자로부터 증여로 취득한 것으로 간주한다고 판시하였다.

- 상기 판례에서 납세자는 조세회피의도가 없었다고 주장했으나, 법원은 조세회피의도의 유무가 간주증여 성립 여부를 판단하는 데 좌우하지 않는다고 함

198) 조인트 테넌시는 두 명 이상의 사람이 부동산 등을 공동 소유하는 형태로 공동소유주 중 한 사람이 사망하면 지분이 상속되지 않고 생존한 공동소유주에게 이전되는 특징이 있음. 조인트 테넌시가 성립되기 위해서는 ① 두 명 이상의 사람이 동시에 소유권을 취득할 것 ② 모두 동일한 증서에 의해 소유권을 취득할 것 ③ 각자의 지분이 균등할 것 ④ 소유주들이 재산 전체를 점유할 것이라는 네 가지 요건을 충족해야 함(참고: 일본 국세청, <https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kenkyu/ronsou/65/06/pdf/006.pdf>)

199) 일본 국세청, <http://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/soshoshiryo/kazei/2017/pdf/13079.pdf>, 검색일자: 2019. 7. 10.

5) 차지권의 무상 취득

(平成25年1月24日 新潟地方裁判所 税務訴訟資料 第263号 - 13)²⁰⁰⁾

〈사실관계〉

납세자가 집을 짓기 위하여 장인이 소유하는 토지를 1982년부터 무상으로 임차하다가 2004년 권리금 지불 없이 매달 7만엔의 임대료를 지급하기로 하는 임대차 계약을 체결한 것에 대해 납세자가 장인으로부터 차지권 상당액을 증여받은 것으로 볼 수 있는지가 쟁점이 되었다.

〈판단〉

해당 토지는 차지권 설정 시 권리금을 지불하는 거래관행이 있다고 인정되는 지역에 소재하기 때문에 해당 토지를 사용하는 권리의 가액은 재산평가 기본통달에 따라 자가용지로서의 가액에 임차비율을 곱하여 산정해야 한다고 판시하였다.

- 상기 판례는 권리금의 지불이 일반적인 지역에서 권리금 등 기타 일시금의 지불 없이 임대차계약을 체결하는 경우 차지권 상당액의 증여가 있는 것으로 봄
- 부모의 토지를 사용대차²⁰¹⁾한 토지를 사용하는 권리의 가액은 0으로 취급되며, 사용대차 토지는 부모로부터 상속 시 상속세의 대상이 됨²⁰²⁾

200) 일본 국세청, <https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/soshosiryu/kazei/2013/pdf/12137.pdf>, 검색일자: 2019. 7. 10.

201) 지대나 권리금의 지불 없이 토지를 임차하는 것을 의미함

202) 일본 국세청, <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/taxanswer/zoyo/4552.htm>, 검색일자: 2019. 7. 10.

6) 사망 공제금의 수령

(平成26年6月18日 大阪高等裁判所 平成26(行コ)6)²⁰³⁾

〈사실관계〉

사망한 부친이 회원으로 있던 사단법인의 공제 제도에 따라 수급권자로 지정된 아들이 사망 공제금을 수령했는데 사망 공제금이 「상속세법」 제9조에서 규정하는 간주증여재산에 해당하는지가 쟁점이 되었다.

〈판단〉

사단법인의 공제 제도에 근거해 수령한 사망 공제금은 회원의 상호부조를 목적으로 한 공제금으로 증여와 같은 경제적 이익의 이전이 있었다고 볼 수 없으므로 간주증여재산에 해당하지 않는다고 판시하였다.

- 상기 판례에서는 「상속세법」 제9조 ‘대가를 지불하지 않고 이익을 받은 경우’라고 보기 위해서는 증여와 같은 경제적 이익의 이전, 즉 일방 당사자가 경제적 이익을 잃음으로써 타방 당사자가 어떠한 대가를 지불하지 않고 경제적 이익을 향유한 것이 필요하다고 해석함
- 법원은 실질적으로 증여·유증과 같은 경제적 이익을 받은 경우 조세회피를 방지하고 세부담의 공평성 관점에서 취득한 경제적 이익을 증여로 취득한 것으로 보고 증여세를 과세하는 것이 「상속세법」 제9조 취지라고 설명함
- 부친이 사단법인에 납부한 부담금은 공제금의 수급 자격에 관한 것으로 정액이며, 사단법인 탈퇴 시에는 원칙적으로 부담금이 반환되지 않기 때문에 부친이 납부한 부담금에 상당하는 경제적 이익의 이전이 있다고 보지 않음

203) TabisLand, <https://www.tabisland.ne.jp/news/news1.nsf/8b211256f025013549256619001ba559/d64f4c73e4cd19a349257e2d007a585b?OpenDocument>, 검색일자: 2019. 7. 8.

3. 독일

가. 상속·증여세 제도 일반²⁰⁴⁾

1) 개요

- 독일에서 상속·증여세는 「상속세법」 및 「증여세법」²⁰⁵⁾에서 규율하며 그 수입이 주정부에 귀속되는 연방세이며 상속에 의한 재산취득과 증여에 의한 재산 취득에 대해 동일한 공제항목 및 세율을 적용함으로써 서로 유기적으로 통합관리함
 - 상속·증여세제는 1906년에 최초로 도입함
 - 상속과 증여에 적용되는 세율은 생전 증여재산과 상속재산에 대해 세부담의 중립성이 보장되도록 그 높이와 누진구조가 동일하게 설정됨²⁰⁶⁾

- 독일에서는 취득과세 형태의 상속·증여세 제도를 시행함
 - 상속인이나 수증자에게 발생한 면세 대상이 아닌 부의 증가는 과세대상인 재산의 취득으로 본다고 규정함²⁰⁷⁾
 - 결국 상속세 및 증여세는 상속인이나 수증자의 경제적 능력의 증가를 기초로 존재하며 순자산증가설의 의미의 소득에 부과하는 조세라 할 수 있음²⁰⁸⁾

- 납세의무자는 재산을 취득하는 상속인 또는 수증자로 하고 있음²⁰⁹⁾

204) 원종학·이형민·홍성열, 「주요국의 상속·증여세제 현황 및 최근 동향」, 『세법연구』 12-8, 한국조세재정연구원, 2012. 12, pp. 20~34.

205) Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, ErbStG이라 하며 이하에서는 ‘독일 「상증세법」’이라 함

206) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 - 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 298.

207) 독일 「상증세법」 제10조 제1항

208) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 - 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 281.

209) 독일 「상증세법」 제2조

- 다만 증여세액은 수증자와 증여자가 서로 연대하여 납부할 책임이 있음
 - 만일 조건부 상속 및 증여에 따라 재산을 취득한 경우에는 조건부 상속 또는 증여 조건으로 수혜를 받는 자가 납세의무자가 됨
- 2017년 기준 독일의 총 조세수입에서 상속세 및 증여세가 차지하는 비율은 0.83% 수준임²¹⁰⁾
- 2017년 이전 당해 비율은 2016년 0.99%, 2015년 0.93%, 2014년 0.85%, 2013년 0.75%로 대체로 1%를 넘지 않는 수준임

2) 상속세 및 증여세의 과세구조

- 상속 또는 증여에 의한 과세대상은 납세의무가 발생하는 사안, 즉 사망으로 인한 재산 취득, 생존자 간 증여에 의한 취득, 조건부 상속 또는 증여, 가족재단 등으로 규정함²¹¹⁾
- ‘조건부 상속 또는 증여’란 피상속인이나 증여자의 의지로 특정한 목적과 결부되어 재산 증가가 일어나는 것을 말하며 취득된 자산의 가치에서 이 특정 목적을 실현하기 위해 지출한 가치를 차감한 부분에 과세함²¹²⁾
 - ‘가족재단’이란 재단이나 기타 단체의 보유 자산이 특정한 가족이나 가족들의 이해관계를 충족시키기 위한 목적과 결부되어 있는 경우 자산이 재단으로 최초 이전 이후 매 30년마다 재단의 자산을 과세대상으로 보는 규정을 말함²¹³⁾
 - 재단 등을 이용한 세대를 뛰어넘는 상속·증여세의 회피행위를 막고자 1974년에 동 제도를 도입함

210) OECD statistics, Details of Tax Revenue - Germany, 2018.

211) 독일 「상증세법」 제1조 제1항

212) 독일 「상증세법」 제8조

213) 독일 「상증세법」 제1조 제1항 제4호

- 상속세 또는 증여세 계산방식은 거의 유사하며, 과세대상 상속 및 증여재산에서 법정공제항목을 차감하여 과세표준을 산정하고 산출세액에서 기납부 증여세액공제 및 외국납부세액공제를 차감하여 최종 납부할 세액을 산출함
 - 상속개시일(또는 증여일)로부터 소급하여 10년간 피상속인(또는 증여자)으로부터 증여받은 것이 있으면 증여당시의 가액은 과세유산금액 또는 증여가액에 합산하여 과세표준을 산정하고 관련 기납부 증여세액을 세액공제해 줌²¹⁴⁾
 - 법정공제항목이란 장례비용 및 관련 경비 등 피상속인 및 증여자의 부채, 인적공제와 사업용 재산 및 주택 등의 물적공제를 말함
 - 동 인적공제는 상속인 또는 수증자에게 적용되는 금액이며, 동일인으로부터의 상속·증여는 10년간 합산됨²¹⁵⁾
 - 예를 들어 개별 자녀들은 10년간 양쪽 부모로부터 각각 40만유로를 비과세로 상속 또는 증여받을 수 있음

- 배우자 간 주택 증여 및 사회통념상 인정되는 축하금은 비과세이며 또한 독일에서 정식으로 인정되는 교회(bona fide church)·유대인문화센터·자선단체·정당·정부 및 지자체에 기부한 상속·증여재산도 비과세함²¹⁶⁾

- 독일에서 상속세 및 증여세 산정 방식의 특징 중 하나는 피상속인과 상속인, 증여자와 수증자 간 관계의 친인척도에 따라 세 개의 과세등급으로 분류하여²¹⁷⁾ 보다 긴밀한 관계일수록 높은 인적공제와 낮은 세율을 적용함

214) 독일 「상증세법」 제14조

215) 독일 「상증세법」 제14조 제1항

216) 독일 「상증세법」 제13조 제16항

217) 독일 「상증세법」 제15조

〈표 IV-5〉 독일의 상속세 및 증여세 계산 시 인적공제 금액 및 적용 세율

(단위: EUR, %)

구분	인적공제(특별인적공제 포함)	세율
1등급 : 배우자 및 「민법」상 파트너, 자녀 (의붓자녀 포함), 손자녀(증손자녀 포함), 부모 및 조부모(상속의 경 우)	배우자 및 「민법」상 파트너 : 756,000 자녀, 사망자녀의 자녀 : 400,000~452,000 손자녀 : 200,000 기 타 : 100,000	7~30
2등급 : 형제자매, 조카, 계부모, 사위 및 며느리, 배우자의 부모, 이혼한 배 우자 및 전 「민법」상 파트너, 부모 및 조부모(증여의 경우)	20,000	15~43
3등급 : 1등급 및 2등급에 속하지 않는 자	20,000	30~50

자료 : IBFD, <http://www.ibfd.org/>, 검색일자: 2019. 7. 3.

- 또한 독일에서는 상속·증여세 과세로 인한 사업체의 지속적인 운영에 어려움을 덜어주기 위해 관련 자산의 상속·증여에는 비교적 큰 공제혜택(물적공제)을 부여함²¹⁸⁾
- 대상이 되는 사업 자산은 독일에 거주하는 기업에 농업, 임업을 포함한 사업용 자산과 지분(지분율 25% 이상 보유)임
 - 사업 재산이 2,600만유로 이하일 경우 85%(5년간 사업지속) 또는 100%(7년간 사업지속) 공제함
 - 단 사업 재산이 2,600만~9,000만유로일 경우에는 75만유로당 1%씩 공제율을 감소함
- 전반적으로 독일의 상속·증여세제에서는 가족의 부를 가족 구성원이 승계하는 것을 하나의 자연권으로 보며 개인의 재산권에 추가하여 가족의 재산권을 부분적으로 인정하는 경향이 큼²¹⁹⁾

218) 독일 「상증세법」 제13a조 및 제13b조

- 가업과 관련된 사업 자산에 대한 상속·증여에 보다 폭넓게 공제혜택을 부여함
- 직계비속이 부모로부터 상속·증여받는 경우 80만유로까지 10년간 비과세되며 초과분에 적용되는 세율도 7~30% 수준(최고세율 30%는 과세표준 2,600만유로 부터 적용)으로 우리나라보다 그 부담수준은 낮은 편임

나. 법 규정상의 완전포괄주의

1) 개요

- 독일은 1974년부터 ‘무상출연’이라는 개념을 사용하여 포괄증여세제를 운영하며 이전에는 「민법」상 증여 개념을 혼용하여 증여세를 규율함²²⁰⁾
 - 1906년 「상증세법」 최초 도입 시 「민법」상 증여를 과세대상으로 규정하고 이와 유사한 행위들을 증여와 동일시하는 규정(증여의제규정)을 두고 증여의제규정을 추가하는 방식으로 운영함
 - 1909년부터는 「민법」상 증여 이외에 무상출연도 증여세 과세대상이라고 규정함으로써 「민법」상 증여와 무상출연이라는 이원적 구조로 운영함
 - 1922년부터 1974년까지는 「민법」상 증여 이외에 ‘그 밖의 다른 모든 무상출연’이 과세대상이 된다고 규정함으로써 무상출연이 「민법」상 증여를 포괄하는 상위개념이 됨
 - 1974년 세법 전면개정 시에는 「민법」상의 증여라는 표현이 삭제되고 ‘무상출연’으로 일원화되어 현재에 이룸
- 현행 독일 「상증세법」 제7조에서는 생존자 간 증여에 대해 제1항 제1호에서 기본적인 정의를 포괄적으로 규정함²²¹⁾

219) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도-독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 301.

220) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 262.

221) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 286.

- 제7조 제1항 제1호에서는 생존자 간의 증여란 “생존자 간에 무상출연을 통해 자발적으로 행해지는 재산의 제공으로 증여자의 비용으로 수증자가 이익을 취득하는 모든 경우²²²⁾”라고 정의함
 - 다만 증여자에게서 줄어드는 자산이 수증자에게서 늘어나는 자산과 동일해야 한다는 것을 의미하거나 요구하지는 않음으로써 제3자를 매개로 한 간접적 방식의 증여도 과세대상이 될 수 있다고 보임
- 금전으로 평가될 수 없는 반대급부는 부의 증가의 존부를 결정할 때 고려하지 않으며,²²³⁾ 증여가 어떤 행위의 사례로 이루어졌거나 조건부 또는 부담부 계약의 형태로 이루어졌던 간에 그것을 이유로 증여세 과세대상에서 제외되지는 않음²²⁴⁾
- 또한 「상증세법」 제10조 제1항에서도 과세대상이 되는 재산의 취득을 ‘수증자에게 발생한 부의 증가’로 포괄적으로 규정함
 - 구체적 부의 내용은 시행령에도 기술되어 있지 않으며 다만 이와 관련하여 발생한 비용이나 부채는 과세대상 산정에서 제외함
- 만일 계약에 의한 급부와 반대급부의 가치가 일치하지 않는 것이 명백하다면 부분 증여에 해당하여 해당 부분만 과세됨
 - 계약은 증여되는 부분과 대가가 정당하게 지불되는 부분으로 양분되어 이 경우 둘로 나누어 보아서 대가가 수반되지 않는 계약만을 증여로 과세되는 것으로 봄²²⁵⁾

222) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird

223) 독일 「상증세법」 제7조 제3항

224) 독일 「상증세법」 제7조 제4항

225) 연방조세관보, 1982, 83; 1982, 714

- 독일에서 위 포괄규정에 의한 「상증세법」상의 증여 개념²²⁶⁾이 「민법」상의 증여보다 훨씬 넓은 것으로 보는 것이 확립된 판례이자 통설임²²⁷⁾
 - 독일 「민법」 제516조 제1항에서 “양 당사자가 그 출연이 무상으로 이루어지는 것이라는 점에 관해 의사가 합치된 때”에 증여에 해당하지만 「상증세법」에서는 “출연자의 비용으로 수익자로 하여금 이익을 취득(무상출연)하게 하는 때”에 증여에 해당함
 - 즉 「상증세법」상의 증여는 ‘증여자과 수증자 사이에 출연의 무상성에 관한 합의’는 필요 없고 단지 ‘무상성 및 이에 따른 수익자의 이익취득’에 대한 출연자의 주관적 인식 내지 의욕만이 요구됨²²⁸⁾
 - 출연자는 자신이 이행하는 급부의 무상성을 적어도 ‘문외한의 관점’에서라도 파악하고 있어야 하고, 무상성에 대한 의욕이 결여되는 경우 독일 「상증세법」 제7조 제1항 제1호에 따른 무상출연은 존재하지 않는 것으로 봄²²⁹⁾
 - ‘무상성’과 ‘이익취득’에 관한 주관적 요건은 출연자의 구체적인 의사가 아니라 평균적 거래관념에 따라 판단되어야 하고, 객관적으로 출연이 무상이면 이에 관한 출연자의 주관적 의사가 추정된다고 함²³⁰⁾

- 상기에서 논의한 독일의 증여포괄규정과 관련하여 명확성 원칙 관점에서 연방헌법 재판소상 조세법률의 위헌성 여부가 다투어진 바는 없음²³¹⁾

226) 「민법」상 증여계약의 범위를 벗어나지 않도록 해석하는 경향이 있어 제한적 포괄주의로 보기도 함(이전오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼, 2010. 10, p. 26)

227) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 265.

228) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 267; Meincke, a.a.O., §7 Rn.76 ff

229) 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여 개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』 제34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3, p. 13.

230) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 267; Tipke/Lang, a.a.O., § 13 Rn.121; Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O., Tz.285 ff; Kobor, a.a.O., S. 91.

231) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 268.

- 상속·증여세에 관해서는 일반 재산권의 제한에 비해 입법자에게 보다 광범위한 형성권한이 인정된다고 보기 때문임

2) 포괄규정에 대한 보충 규정

- 주석서²³²⁾에서는 제7조 1항 1~5호, 7~10호 내용이 과세대상이 되는 생존자 간의 증여에 해당하는 사안을 모두 망라한 것으로 봄
 - 증여세 과세대상에 대한 정의는 비록 열거주의 체제²³³⁾로 구성됐지만 내용적으로는 포괄적 개념을 수용한 것으로 판단됨²³⁴⁾
- 독일 「상증세법」 제7조 제1항 제2~5호와 제7-10호에서는²³⁵⁾ 제7조 제1항 제1호의 기본적인 정의에 더하여 보완적, 대체적 과세대상 행위를 설명함²³⁶⁾
 - 이러한 무상출연에 대한 보완적, 대체적 규정들은 경제적 의미로 보아 제7조 제1항의 증여의 의미에 포섭되는 것으로 납세자의 법적안정성과 예측가능성을 높여줌
 - 제2~4호와 제7~10호는 보완적 과세대상 행위로서 증여자가 요구한 조건을 이행하여 재산을 취득하거나 증여자가 법률행위에 첨부 요구한 조건이 성취됨으로 인해 그에 상응하는 반대 급부 없이 취득한 재산 등을 규정함²³⁷⁾
 - 제5호는 대체적 과세대상 행위로 상속 포기에 대한 대가로써 취득하는 재산에 대해 규정함²³⁸⁾

232) Tipke/Lang, p. 503; J.P.Meinke, ErbStG, 2002, Muenchen

233) 독일 「상증세법」 제7조 제1항에서는 생존자 간의 증여 유형으로 제1호부터 제10호까지(제6호 제외) 열거하고 있음

234) 김유찬, 「독일 상속증여세제도의 정책시사점」, 『조세학술논집』 19, 한국국제조세협회, 2003. 2, p. 118.

235) 2008. 11. 27. 세법개정으로 제6호(상속의 조기청산의 경우)는 삭제되었음

236) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 287.

237) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 288.

238) 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도 독일편』, 한국조세연구원, 2009. 8, p. 288.

〈표 IV-6〉 독일 「상증세법」 제7조 제1항에서 포괄규정에 대한 보충 규정

구분	내용
제2호	증여자가 요구한 조건을 이행하여 재산을 취득하거나 증여자가 법률행위에 첨부 요구한 조건이 성취됨으로 인해 그에 상응하여 반대급부 없이 취득한 재산
제3호	수증자가 승낙함으로써 제3자에 대해 급부가 지정되거나 수증자의 승낙을 얻기 위해 급부를 자발적으로 부담함으로써 누군가가 취득한 재산
제4호	부부 중의 일방이 재산공유제(「민법」 제1415조)의 합의로 얻는 부의 증가
제5호	상속의 포기에 대한 대가로써 취득하는 재산
제7호	1순위 상속인이 2순위 상속인에게 후순위 상속의 지위를 배려하여 상속개시 전에 지급하는 재산
제8호	생존자 간 재단사업에 기인한 재산의 이전(재산의 연계를 목적으로 하는 외국법에 준거한 펀드의 설립 혹은 펀드에 대한 증여도 동일하게 취급)
제9호	재산의 연계를 목적으로 하는 재단법인 또는 사단법인의 청산으로 얻는 재산(재산의 연계를 목적으로 하는 외국법에 준거한 펀드의 청산으로 얻는 재산이나 펀드의 존속기간 중에 얻은 재산도 동일하게 취급)
제10호	유예된 조건부, 시기부 또는 종기부로 주어진 청구권에 관한 조건이나 사건의 성립 이전 시점에 그 대가로써 주어지는 이득

- 추가로 「상증세법」 제7조 제5항 내지 제7항에서는 증여와 관련된 생존자 간 주주 및 지분소유자(사원) 지위의 승계에 대한 규정을 두어 일정한 자본거래 유형을 과세대상으로 예시함
 - 인적회사의 사원으로 지분을 취득한 경우 사원의 퇴사 또는 회사의 해산 시에 만일 그 이익취득액이 지분의 장부가격을 초과하는 경우에는 청산조건부로 과세 대상 증여가 발생한 것으로 봄²³⁹⁾
 - 인적회사의 사원으로 참가하면서 출자금, 회사에 대한 노무, 기타 급부에 상응하지 않게 과도하거나 통상 제3자에게는 인정되지 않을 정도의 이윤분배를 받은 경우에는 과도한 이윤분배 부분은 독자적인 증여에 해당되는 것으로 봄²⁴⁰⁾

239) 독일 「상증세법」 제7조 제5항
 240) 독일 「상증세법」 제7조 제6항

- 인적회사 또는 자본회사에서 사원 또는 주주의 퇴사로 그 지분이 다른 타인에게 양도되는 경우 퇴사 시 지분 가격이 지분환급금을 상회하는 때에는 증여가 발생한 것으로 봄²⁴¹⁾
 - 유한회사에서 정관상 사원의 퇴사 시 그 지분을 소각하기로 규정된 경우 퇴사 시 지분 가격이 환급금을 상회하는 때에는 그로 인해 발생한 잔존 사원들의 지분의 가치상승은 퇴사 사원에 의한 증여에 해당함²⁴²⁾
- 이상의 「상증세법」 제7조 제1항 제2~5호, 제7~10호, 제5항 내지 제7항에서 행위들은 충분히 포괄규정²⁴³⁾에 포섭될 수 있으나 명문의 규정으로써 그 행위들이 과세대상인 증여에 해당한다는 점을 입법자가 명시한 '예시적 또는 주의적 규정'이라 할 것임²⁴⁴⁾
- 따라서 위 예시적 규정에 해당하지 않는 비유형적 거래에도 포괄적 규정의 증여 개념에 해당한다면 「상증세법」 제7조 제1항 제1호나 조세회피방지를 위한 일반규정²⁴⁵⁾에 따라 변칙적인 부의 이전거래에 대해 증여세를 과세할 수 있음
- 예컨대 부부 상호간의 출연행위, 액면가에 의한 신주인수, 지분·주식의 무상소각, 출자비율을 변경하는 증자 등 가족관계 또는 회사를 이용한 변칙증여 모두 위 포괄 규정에 의한 증여로 파악하여 증여세 과세대상으로 포섭할 수 있음²⁴⁶⁾
 - 또한 장기간 주택의 무상 제공, 무이자 금전 대여 등도 과세대상이 될 수 있음

241) 독일 「상증세법」 제7조 제7항 전단

242) 독일 「상증세법」 제7조 제7항 후단

243) 독일 「상증세법」 제7조 제1항 제1호

244) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대 법학연구소, 2003. 12, p. 265; Tipke/Lang, Steuerrecht. 17. Aufl., Köln 2002, § 13 Rn.127; Troll/Gebel/Jülicher, a.a.O., § 7 Rn.15; Kobor, a.a.O., S. 87

245) 독일 「조세기본법(Abgabenordnung)」 제42조

246) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 265.

- 다만 증여 후 주가 상승 등 후발적 사정으로 인한 재산가치 증가액은 증여세 과세대상이 아닌 것으로 봄²⁴⁷⁾

3) 실질과세원칙 및 일반조세회피방지규정²⁴⁸⁾

- 독일에서는 ‘법 형성 가능성²⁴⁹⁾의 남용(Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts)’을 이용한 조세회피를 막기 위해 1977년 「조세기본법」 제42조에서 관련 규정을 마련함
 - 조세회피방지를 위해 1919년 「제국조세기본법(Reichsabgabenordnung)」 제5조 경제적 관찰방법(Wirtschaftliche Betrachtungsweise)²⁵⁰⁾ 조항이 최초로 도입됨
 - 「제국조세기본법」 제5조는 세법적용의 대상은 사법상 행위방식 자체가 아니라 그 방식에 놓인 경제적 실상이어야 한다는 것을 주된 내용으로 함
 - 이후 「제국조세기본법」 제5조는 1934년 「조세조정법」 제6조에 부분적 이관 후 1977년 「조세조정법」이 폐지되고, 「조세기본법」이 제정되면서 ‘경제적 관찰방법’의 내용은 명시적으로 반영되지 않았으나 법실무에서는 여전히 인정되는 것으로 평가됨²⁵¹⁾
- 「조세기본법」 제42조는 법 형성 가능성의 남용이 있는 경우 거래를 재구성하여 조세를 부과할 수 있다고 보며 이는 「내국세법」 전반과 「조세절차법」 등의 영역에서 법률의 입법상 흠결에 대한 법 형성(Fortbildung von Steuergesetzen)에 적용됨²⁵²⁾

247) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 263; BFH BStBl 1991, 310; 1992, 298 등 Tipke/Lang, 제13장 169문단

248) 홍성훈·박수진·이형민, 『주요국의 조세회피방지를 위한 일반규정 비교연구』, 한국조세재정연구원, 2016. 12, pp. 56~63.

249) 법에 의해 허용된 다양한 행위구성방식을 의미함(이동식, 「독일의 일반규정을 통한 조세회피행위 방지」, 『공법연구』, 제31집 제4호, 사단법인 한국공법학회, 2003, p. 350)

250) 세법상 실질에 따른 법 적용방법이라고도 칭함(이동식, 「조세회피행위 방지를 위한 별도 입법의 필요성」, 『공법연구』, 제28집 제4호, 사단법인 한국공법학회, 2000, p. 437)

251) 이동식, 「조세회피행위 방지를 위한 별도 입법의 필요성」, 『공법연구』, 제28집 제4호, 사단법인 한국공법학회, 2000, p. 438.

252) Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht 20. Auflage, Köln, 2010, § 5 Rz. 97

- 동조 제1항에서는 “법률상 행위형성의 자유를 남용하여 세법은 회피할 수 없으며 남용이 존재하는 경우 조세청구권은 그 행위의 경제적 상황에 상응하는 법률 행위방식이 선택되어졌을 때에 발생하는 것처럼 계산된다”라고 규정함
 - 동조 제2항에서는 “제1항은 동항의 적용을 배제한다는 명시적 규정이 없는 한 적용된다”라고 규정함
- 법 남용이 있는 것으로 보아 「조세기본법」 제42조를 적용하기 위해서는 다음 세 가지 요소를 고려해야 함²⁵³⁾
- 부적합한 법률 행위(inappropriate legal constructions)
 - 경제적 정당성 등 다른 합리적 이유 없이 번거롭고 인위적인 거래구조를 채택해 조세부담의 경감만을 목적으로 이행된 법률 행위는 부적합함²⁵⁴⁾
 - 조세부담의 경감(reduction of taxes) 또는 조세혜택(tax benefits)
 - 납세자가 채택한 처리방식의 실제 세법 효과와 적절한 법률적 처리방식의 가설적인 효과를 비교하여 조세부담의 경감 여부를 객관적으로 판단함
 - 남용의도(intention of abuse)
 - 과세관청이 입증하는 조세부담의 경감 등 객관적 사안의 존재에 대해 납세자가 반대사실을 입증하지 못하면 납세자의 남용의도에 주관적 요소가 존재하는 것으로 봄
 - 다만 사업상이나 기타 경제적 이유가 그로 인한 조세상의 이익보다 충분히 중요하다고 인정될만큼 ‘압도적(überwiegend)’일 경우 남용의도는 없는 것으로 봄²⁵⁵⁾

253) 법 남용에 대한 법률상 정의는 명확하지 않으며, 독일 법원의 판례에 남용의 의미가 구체화됨. 독일 법원은 선택된 법률행위구성이 부적합하고, 조세경감에 이용되고, 경제적 내지 그 밖의 다른 상당한 이유로 정당화되지 않으면 남용이 존재한다고 판정함(이동식, 「독일의 일반규정을 통한 조세회피행위 방지」, 『공법연구』 제31집 제4호, 사단법인 한국공법학회, 2003, p. 352)

254) 복잡하고 비정상적인 거래관계를 형성한 것이 경제적 이유나 개인적 기타 동기에 기인한 것이라면 정당성이 인정되나 독일의 지배적 견해로는 조세외적 이유가 그로 인한 조세상의 이익보다 충분히 중요하다고 인정될 만큼 ‘압도적(überwiegend)’이어야 한다고 봄(황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학연구』 제28권 제3호, 2018. 9, p. 327)

255) 황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학연구』 제28권 제3호, 2018. 9, p. 327.

- 또한 이러한 조세외적 이유는 '사전 계획에 따라 거래관계를 통제할 수 있는' 상황이 아닐 때만 적용되는 것으로, 결국 제한적으로 인정될 수 있음²⁵⁶⁾

- 조세회피방지를 위한 일반규정을 적용함에 있어서 '납용적인 조세혜택'이 있었는지에 대한 입증책임은 일차적으로 과세관청에 있음²⁵⁷⁾
 - 일반적으로 과세관청은 과세근거가 되는 사실(steuerbegründende Tatsache)과 세금이 증액되는 사실(steuererhöhende Tatsache)에 대하여 입증책임이 있음²⁵⁸⁾
- 한편 독일의 실질과세원칙의 적용과 관련된 판례로 미국의 단계거래원칙에 해당하는 법적용을 한 사례도 나타나고 있음²⁵⁹⁾

4) 증여재산평가

- 증여세의 납세의무는 재산의 이전, 즉 증여 당시에 성립하므로 증여재산의 가액도 증여 당시 가액으로 평가함²⁶⁰⁾
- 기본적으로 증여재산평가는 평가법(Bewertungsgesetz(Valuation Law)) 제1부(part 1)에 규정된 일반적 평가규정에 의한 공정가액으로 평가하되 지분, 토지, 광물자원, 외국소재 재산 등은 특별 규정을 둠²⁶¹⁾

256) 황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학연구』 제28권 제3호, 2018. 9, p. 327.

257) 독일 「조세기본법」 제88조, 제42조 제2항

258) 독일 민사소송법상 통설인 규범설(Normentheorie)에 따름(이창희·박정훈·김의석·최계영·정유진, 『불성실 납세행태 근절을 위한 절차법적 제재방안에 관한 연구』, 국세청 연구용역보고서, 서울대학교 산학협력단, 2012, p. 93)

259) BFH v. 9. 11. 2011 - X R 60/09, BStBl. II 2012, 638, Rn. 51; Tipke/Lang, Steuerrecht, 23.Aufl., 2018, §5 Rn. 123, 132(황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학』, 제28권 제3호, 2018. 9, p. 323. 주석 참조)

260) 독일 「상증세법」 제9조

261) 독일 「상증세법」 제12조

- 주식회사나 유한회사의 지분(주식)은 「평가법」 제11조 제2항 공정가격으로 산정되며 영업권이나 유사한 권리의 가치는 제외하여 평가함
 - 토지는 「평가법」 제19조 납세의무 발생시점의 토지소유가치를 기준으로 평가함
 - 광물자원은 자산가치 하락에 대한 감모상각이 허용되는 경우 이를 반영하여 평가함
 - 외국소재 부동산 및 사업용 자산은 「평가법」 제31조 규정을 적용함
- 한편 2016년 개정으로 가족기업(family business)의 자산에 대한 할인평가제도가 도입됨²⁶²⁾
- 분배 및 인출 제한, 지분 처분 제한, 퇴직금 보상 제한 등에 관해 정관이나 법령에 규정된 경우, 가업을 위한 사업자산공제 적용 전에 적격자산에 대해 공정 시장가치의 30%를 감액 평가함

다. 변칙적 증여거래에 대한 주요 판례

- 독일은 증여세 과세대상인 재산의 취득을 ‘수증자에 대한 부의 증가’로 포괄적으로만 규정하므로 결국 구체적인 증여의 범위 및 요건 등은 개별적 판례를 통해 판단해야 함
- 아래에서는 주요 변칙적 증여거래 유형별로 대표 판례를 살펴봄²⁶³⁾

262) KPMG, “Current tax information for our clients”, 2016. 11. 25, p. 3; “German Inheritance and Gift Tax Reform 2016 for Business,” <http://law-intax.com/2016/11/07/german-inheritance-and-gift-tax-reform-2016-for-businesses>, 검색일자: 2019. 3. 11; EY, “Germany: Tax exemptions for business assets under the amended Inheritance and Gift Tax Act,” 2017. 3, p. 6.

263) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제 44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, pp. 249~254.

1) 신주발행 시 저가인수

(BFH, U. v. 30. 5. 2001 - II R 6/98 - BFH/NV 2002, 26 판결)

〈사실관계〉
유한회사가 자본증가를 행함에 있어 제3자가 출자인수를 하였는데 그 유한회사 지분의 통상 거래가격이 신주 출자액을 상회하였다.

〈판단〉
이러한 신주의 저가인수는 기존 사원의 비용으로 제3자가 이익을 취득한 것으로 「상증세법」상 증여에 해당한다.

- 상기 판례에서는 일반적 거래관행에 비추어 외관상 제3자의 지출과 수익이 현저하게 차이가 나면 그것으로 무상성에 대한 의욕이 인정되어 「상증세법」상 과세대상 증여에 해당한다고 봄
- 실제로 그 어떤 행위의 동기가 제3자에게 이익을 부여하기 위한 것이었는지 아니면 단순히 회사 경영의 계속성을 도모하기 위한 것이었는지는 중요하지 않다고 함

2) 금전의 무상 대여

(BFH, U. v. 4. 3. 2015 - II R 19/13)²⁶⁴⁾

〈사실관계〉
납세자가 토지와 건물을 구입·개조하기 위해 이란에 본사를 둔 X사와 상환기간을 20년으로 하여 대출 계약을 체결하였는데 처음 8년간은 무이자, 나머지 12년간은 Libor+2%로 금리를 설정했다.

〈판단〉

처음 8년간 대출에 대해 이자를 받지 않는 것은 X사의 비용으로 납세자가 이익을 취득한 것으로 「상증세법」상 증여에 해당한다.

- 상기 판례에서 X사가 다른 방식으로 자본을 수익성 있는 곳에 투자할 수 있는 객관적인 가능성이 있음에도 무이자로 대출을 실행한 것은 증여자가 자신의 행위에 대한 무상성을 인정한 것으로 「상증세법」 제7조가 적용되어 증여세 과세대상에 해당한다고 봄

4. 국제비교

- 이상에서 살펴본 미국, 일본, 독일의 내용을 바탕으로 상속·증여세제 일반, 증여세 완전포괄주의와 관련된 내용 및 구체적 사례 등을 우리나라 제도와 함께 비교, 분석함

가. 상속·증여세제 일반²⁶⁵⁾

- 우리나라 상속세 및 증여세 제도는 1950년에 각각 도입했으나 미국, 일본, 독일에서는 이보다 앞선 시점에 관련 제도를 도입했음
 - 미국은 1916년(상속세)과 1932년(증여세), 일본은 1905년(상속세)과 1947년(증여세), 독일은 1906년에 관련 제도를 도입함
 - 우리나라를 포함한 4개국 모두 증여세를 상속세에 대한 보완세 개념으로 파악함

264) Wolters Kluwer, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/959b1305-633d-31c5-b131-98eaf9e1f311?searchId=63295350>, 검색일자: 2019. 9. 24.

265) 원종학·이형민·홍성열, 「주요국의 상속·증여세제 현황 및 최근 동향」, 『세법연구』, 12-8, 한국조세재정연구원, 2012. 12, pp. 20~34.

- 우리나라는 1952년, 미국은 1976년, 일본은 1950년에 상속세 및 증여세의 통일적 체계가 성립됨

- 상속세 부과방식은 유산형과 유산취득세형, 증여세 부과방식은 유산형과 취득과세형으로 나뉘며 국가마다 상이함
 - 상속세의 경우 우리나라와 미국은 유산형 방식으로 과세하나 일본과 독일은 유산취득세형 방식으로 과세함
 - 증여세의 경우 미국은 증여자의 전체 증여자산을 과세대상으로 하는 유산형 방식이나 우리나라, 일본, 독일은 취득과세형을 기반으로 함

- 증여세를 증여시점과세 방식으로 할지 기간과세 방식으로 할지는 국가마다 상이함
 - 우리나라와 독일은 증여재산의 취득시점에 증여세 납세의무가 성립함
 - 미국과 일본은 1년을 단위로 그 기간의 증여재산을 합산하여 기간과세함

- 증여세의 1차적 납세의무자를 수증자로 할 것인지 증여자로 할 것인지는 국가마다 상이함
 - 미국은 증여자, 우리나라 및 일본, 독일은 수증자를 1차적 납세의무자로 함

- 2017년부터 과거 5년간 상속세 및 증여세가 그 나라 전체 세수(국세 및 지방세 등 포함)에서 차지하는 비중은 일본, 우리나라, 독일, 미국 순서로 높게 나타났으며 절대적 수준은 모두 3% 미만임
 - 일본은 2% 내외이며 우리나라도 2%에 육박하는 데 반해 미국과 독일은 1%에 미치지 못하는 수준임

- 피상속인이 생전에 재산을 분산하여 증여함으로써 상속세 및 증여세 부담을 회피하려는 것을 방지하기 위해 각국은 이전시점의 증여재산에 대해 일정 기간 합산하여 상속세나 증여세를 누진적으로 부과하는 규정을 둠

- 우리나라와 독일은 상속세 및 증여세 계산 시 이전 10년간의 증여재산가액을 합산함
 - 미국은 상속세의 경우 1976년 이후, 증여세의 경우 1932년 이후의 모든 증여 재산을 합산하도록 함
 - 일본은 상속세의 경우 이전 3년간의 증여를 합산하고 있으나 증여세의 경우 이전의 증여재산을 합산하지 않는 1년 단위 과세를 함
 - 다만 낮은 수준의 증여세 부담을 통해 직계비속에게 생전에 재산을 원활히 이전하고자 '상속 시 정산과세제도'를 선택한 경우 무조건 상속세 계산 시 합산 대상이 됨
- 과세표준 구간을 고려한 직계비속에 대한 상속·증여세 최고세율 수준은 우리나라와 일본이 상대적으로 높은 편임
- 우리나라는 과세표준 30억원 초과분에 대해 50%, 일본은 과세표준 6억엔(상속) 및 4,500만엔(증여) 초과에 대해 55% 최고세율을 적용함
 - 다만 일본에서는 1년 단위의 분산 증여가 가능하므로 우리나라보다 증여세 부담이 크다고 보기는 어려움
 - 미국은 과세표준 1백만달러 초과구간에서 40%, 독일은 과세표준 2,600만유로 초과구간에서 30% 최고세율을 적용함
- 직계비속에 대한 증여의 경우 각 국가는 일정 기간 동안의 일정 금액까지 비과세 규정을 두며 우리나라에 비해 상대적으로 비과세 혜택이 큰 편으로 판단됨
- 우리나라는 수증자별로 10년간 5천만원(미성년자는 2천만원)의 비과세 규정이 있음
 - 미국은 증여자별·수증자별로 연간 1만 5,000달러 비과세 규정이 있으며 개인의 생존기간 동안 1,140만달러²⁶⁶⁾의 통합세액공제 제도가 있음
 - 일본은 수증자별로 연간 110만엔 비과세 규정이 있음
 - 독일은 증여자별·수증자별로 10년간 40만유로 비과세 규정이 있음

266) 재산가액 기준으로 약 2,800만달러 수준임

- 또한 미국을 제외하고 우리나라, 일본, 독일에서는 기업의 승계를 지원하기 위해 일정 요건하의 관련 자산 이전에 대한 지원책을 둠
 - 우리나라는 매출액 3천억 미만의 기업에 최대 500억원(30년 이상 경영)까지 상속공제가 가능하며 생전 증여의 경우 최대 100억원까지 저율(10% 또는 20%)의 과세 적용이 가능함
 - 일본은 비상장 중소기업에 주식 수의 2/3 한도까지 상속 시 80% 및 증여시 100%, 특별조치 적용 시 전체주식에 대해 100% 상속세 및 증여세 납부유예가 가능함
 - 독일은 사업의 규모 제한 없이 최대 2,600만유로까지 상속·증여공제 가능함

〈표 IV-7〉 상속증여세제의 일반사항 국제비교

항목	한국	미국	일본	독일
도입연도	1950년	1916년(상속), 1932년(증여)	1905년(상속), 1947년(증여)	1906년
상속·증여세 부과방식	유산형(유산취득세형 방식 일부 가미)/취득과세형	유산형/유산형	유산취득세형(유산형 방식 일부 가미)/취득과세형	유산취득세형/취득과세형
증여세 계산구조	시점과세	기간과세	기간과세	시점과세
증여세 납세의무자	수증자	증여자	수증자	수증자
상속증여세 세수비중	1.66~1.96	0.61~0.70	1.82~2.24	0.75~0.99
상속세 계산 시 이전 증여 합산기간	10년	1976년 이후 모든 재산	3년	10년
증여세 계산 시 이전 증여 합산기간	10년	1932년 이후 모든 재산	-	10년
상속증여세 최고세율 (직계비속기준)	50% (30억원 초과)	40% (1백만달러 초과)	55% (상속: 6억엔 초과, 증여: 4,500만엔 초과)	30% (2,600만유로 초과)

〈표 IV-7〉의 계속

항목	한국	미국	일본	독일
증여세 비과세 한도 (직계비속기준)	10년간 5천만원 (미성년자 2천만원)	연간 15,000달러, 통합세액공제 1,140만달러 (세액기준)	연간 110만엔	10년간 40만 유로
기업승계 공제	매출 3천억원 미만 기업 최대 500억원 상속공제, 증여 시 100억원 이하에서 10%~20% 세율 적용 후 상속 시 정산	없음	비상장중소기업에 한해 80%(상속) 또는 100%(증여) 납부유예 가능. 특별조치 적용 시 전체주식에 대해 100% 납부유예 가능	규모제한 없이 최대 2,600만 유로까지 상속증여공제 가능

나. 증여세 완전포괄주의 관련 내용

- 우리나라를 비롯한 미국, 일본, 독일은 모두 증여세 완전포괄주의에 관한 법 규정이 있음²⁶⁷⁾
- 우리나라는 「상증세법」 제2조 제6호에서 증여의 개념을 “그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로, 타인에게 유형·무형의 재산 또는 이익을 무상으로 또는 현저히 낮은 대가를 받고 이전하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것”으로 규정함
 - 미국은 「내국세법」 제2501(a)조 및 제2511(a)조에서 “개인이 증여재산을 이전하는 데에는 이전 방식이 신탁이든 아니든, 증여가 직접적이든 간접적이든, 재산이 부동산이든 동산이든, 유형재산이든 무형재산이든 관계없이 과세한다”라고 규정함

267) 이러한 증여 포괄규정과는 별도로 증여세의 보완적 성격으로 소득세제를 살펴볼 때, 미국은 순자산증가설에 입각하며 우리나라, 일본, 독일은 기본적으로 소득원천설을 기본으로 하되 일부 순자산증가설을 제한적으로 가미하여 운용함

- 또한 「내국세법」 제2512(b)조에서는 “재산이 금전의 가치에 있어서 상당하고 충분하다고 할 수 없는 대가로 이전되는 경우에는 그 대가의 가치를 넘는 재산 가치의 금액을 증여로 본다”라고 규정함으로써 포괄적 증여의 요건을 제시함
 - 일본은 「상속세법」 제9조에서 “동법 제5조부터 제8조까지 규정을 제외하고 대가를 지불하지 않거나, 현저하게 낮은 대가의 지불로 이익을 받은 경우 이익 상당액을 증여로 취득한 것으로 본다”라고 규정함
 - 독일은 「상증세법」 제7조 제1항 제1호에서 생존자 간의 증여란 “생존자 간에 무상출연을 통해 자발적으로 행해지는 재산의 제공으로 증여자의 비용에 의하여 수증자가 이익을 취득하는 모든 경우”이라고 규정함
- 어떠한 거래나 행위가 일정 요건을 충족시킨다면 과세대상 증여로 보는 ‘증여의제’ 규정이 있는 국가는 우리나라와 일본이 있으며 미국과 독일은 동 규정이 존재하지 않음
- 우리나라는 「상증세법」 제45조의2 내지 45조의5에서 명의신탁재산, 일감 몰아주기 및 일감떼어주기, 특정법인과의 거래에 대한 증여의제규정을 둠
 - 일본은 「상속세법」 제5조 내지 제8조, 제9조의2에서 보험계약, 정기금 급부 계약, 재산의 저가양수, 채무의 변제, 신탁의 경우에 있어 증여의제규정을 두고 있음
- 우리나라 및 주요국에서는 증여세 포괄규정에 대한 납세자의 예측가능성과 법적인 정성을 높이기 위해 법률 및 행정부 규칙 등에서 증여세가 과세되는 예시적 성격의 사례를 제시함
- 우리나라는 「상증세법」 제33조 내지 제42조의3에서 증여재산가액의 산정을 위한 예시로 총 17가지(손익거래 6가지, 자본거래 8가지, 기타거래 3가지)를 열거함
 - 2004년 「상증세법」상 완전포괄주의 증여의 개념 도입으로 종전에 증여의제 성격이었던 규정들이 그 틀을 바꾸게 됨

- 미국은 재무부 시행규칙 25.2511-1(h)에서 통제권이 있는 회사를 이용한 간접 증여, 실질적 수혜자에게 이전 의무를 발생시키는 조건으로 표면적 제3자에 대한 증여, 채무변제행위 등 10가지를 과세대상으로 예시함
 - 일본은 「상속세법 기본통달」 9-2~9-13에서 판례를 통해 증여세 과세대상으로 인정된 자본거래, 무이자 금전대여 등 포괄증여 사안을 추가하는 방식으로 예시함
 - 독일은 「상증세법」 제7조 제1항 제2호 내지 제5호 및 제7호 내지 제10호, 동법 제7조 제5항 내지 제7항에서 어떠한 조건이 성취됨으로 인해 그에 상응하는 반대급부 없이 취득한 재산, 주주나 사원 지위의 승계와 관련된 자본거래 등을 증여로 예시함
- 우리나라와 미국은 어떠한 거래나 행위에 정당한 사유가 있거나 사업의 정상적 과정에 해당하면 증여로 보지 않는 특별배제요건을 둠
 - 우리나라는 시가와 현저한 차이의 고·저가 거래, 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우 등에서 비특수관계인 간 거래의 관행상 정당한 사유가 있으면 과세배제를 한다는 규정이 있음
 - 미국은 진실되고(bona fide), 상호간 대등한 관계이고(at arm's length), 증여 의사가 없는 등의 세 가지 요건을 만족할 경우 이를 사업의 정상적 과정에서 발생한 거래로 보며 충분한 대가를 받은 것으로 의제하여 증여세 과세를 배제하는 규정이 있음
 - 주요국의 사례를 살펴볼 때 과세대상이 되는 증여의 실질의 존재 판단과 관련하여 증여자의 의사는 중요한 고려요소이며 증여의사와 무관하거나 반하게 재산이 이전된 경우는 증여의제가 아닌 한 증여세 과세대상이 아니라고 볼 수 있음
 - 우리나라는 「상증세법」 제2조 제6호에서 증여 개념은 증여자의 의사에 기한 것을 전제로 한다고 볼 수 있음
 - 미국에서 증여의사는 과세대상 증여의 판별 시 절대적인 요소는 아니나 사업의 정상적 과정에 의한 거래를 판단함에 있어 중요하며 증여세는 증여자에게 부과된다는 점을 감안하면 적어도 증여자의 의사에 반하게 무상이전이 발생하는 경우에는 증여자에게 증여세를 부과하기가 힘들 것임

- 일본에서 원칙적으로 증여는 「민법」상 증여에 한정되므로 증여의사는 필수 요소이며 증여의사가 없는 거래에는 개별적 증여의제규정이나 포괄적 증여의제규정에서 정한 것만 증여세를 과세할 수 있음
 - 독일에서는 무상성에 대한 의욕이 결여되는 경우 과세대상 무상출연은 존재하지 않는 것으로 보며 다만 이러한 무상성의 의욕은 출연자 구체적 의사가 아니라 객관적이고 평균적 거래관념에 따라 판단되어야 함
- 변칙적인 증여를 통한 증여세 회피를 막기 위해 우리나라를 비롯한 주요국들은 각 국가의 포괄증여세제 외에 실질과세원칙 또는 일반적 조세회피방지규정을 통해 이를 규제하고 보완함
- 우리나라에서는 「국세기본법」 제14조 실질과세원칙을 통해 조세회피행위에 대해 그 법률행위의 형식이 존재함에도 불구하고 이를 부인하거나 재구성하여 경제적 실질에 부합시켜 과세하도록 함
 - 동 「국세기본법」에서는 귀속의 실질, 거래내용의 실질, 다단계거래나 우회거래를 통한 조세회피를 막기 위한 일반 규정 등의 내용을 담음
 - 미국에서는 단계거래원칙(step transaction doctrine) 등 판례법으로써 실질과세원칙(substance over form rule)이 있으나 증여세제와 관련해서는 조세회피유인이 상대적으로 적은 것으로 평가됨
 - 일본에서는 동족회사의 행위·계산의 부인에 관한 규정을 제외하고는 법제상의 실질과세원칙은 없으며, 법원의 해석에 따라 최근에는 조세회피 사안에 대해 입법취지를 고려한 목적론적 해석이 적용되는 사례가 나타나는 추세임
 - 독일에서는 「조세기본법」 제42조에서 법형성 가능성의 남용이 있는 경우 경제적 실질에 맞게 거래를 재구성하여 조세를 부과하는 일반적 남용방지 규정을 둠
- 증여재산평가와 관련하여 각 국가들은 재산의 종류별로 법이나 행정규칙상에서 별도로 관련 규정이 있으며, 우리나라를 제외한 주요국들은 포괄적인 증여의 개념에 대응하는 일반적인 증여이익의 계산방법을 별도로 규정하지는 않음

- 우리나라는 증여개별예시규정 및 증여의제규정 내에서 소정한 평가방법을 적용 (유추적용 포함)하거나 그 외의 경우에는 「상증세법」 제60조 내지 제66조의 일반적 평가규정으로 증여이익을 산출하도록 함
 - 증여개별예시규정이나 증여의제규정 등에서 각 과세요건뿐만 아니라 증여이익의 계산방법까지 자세히 기술한 점이 타국가와 대별되는 특징임
- 미국에서는 「내국세법」 제2512(a)조에서 증여재산평가는 공정가액에 의한다는 규정을 두고 관련 재무부 시행규칙(25.2512-2~6)에서 재산종류별 구체적 평가방법을 기술함
- 일본에서는 「상속세법」 제22조에서 증여재산가액은 원칙적으로 시가에 의한다고 규정하며 재산종류별로 구체적 평가는 「상속세법」 제23조 내지 제26조의2 및 재산평가기본통달에 의함
- 독일에서는 증여재산평가를 평가법(Bewertungsgesetz) 제1장에 규정된 일반적 평가규정에 의하되 지분, 토지, 광물자원, 외국소재 재산 등에는 특별 규정을 둠

〈표 IV-8〉 증여세 완전포괄주의에 관한 내용 국제비교

항목	한국	미국	일본	독일
포괄적 규정 관련 법규	「상증세법」 제2조 제6호	「내국세법」 제2501(a)조, 제2511(a)조, 제2512(b)조	「상속세법」 제9조	「상증세법」 제7조 1항 제1호
증여의제규정 존부	있음 (「상증세법」 제45조의2 내지 제45조의5)	없음	있음 (「상속세법」 제5조 내지 제8조, 제9조의2)	없음
증여개별예시규정	「상증세법」 제33조 내지 제42조의3	재무부 시행규칙 25.2511-1(h)	「상속세법 기본통달」 9-2 ~ 9-13	「상증세법」 제7조 제1항 제2호 내지 제5호 및 제7호 내지 제10호, 제7조 제5항 내지 제7항

〈표 IV-8〉의 계속

항목	한국	미국	일본	독일
증여세 과세배제 요건	비특수관계인 간 거래의 관행상 정당한 사유	사업의 정상적 과정에서 발생한 거래	-	-
증여의사가 증여세 과세판단에 미치는 영향	증여자의 의사에 기한 것을 전제함	필수 요소는 아니나 어느 정도 중요한 것으로 파악됨	증여의제규정을 제외하고는 필요한 요소임	필요한 요소임
실질과세원칙 또는 일반적 조세회피방지규정에 의한 증여세 부과 가능성	「국세기본법」 제14조	판례법상 실질과세원칙이 있으나 증여세제하의 조세회피유인은 상대적으로 적은 것으로 평가됨	동족회사 계산행위 부인규정 외의 성문화된 실질과세원칙은 없음	「조세기본법」 제42조에서 일반적 남용방지 규정을 둠
증여재산평가	개별예시규정 및 증여의제규정에서의 평가방법 적용, 그 외는 「상증세법」 제60조 내지 제66조	「내국세법」 제2512(a)조 및 관련 재무부 시행규칙	「상속세법」 제23조 내지 제26조의2 및 재산평가 기본통달	「평가법」 제1부 등

다. 포괄증여세제 적용의 구체적 예

- 우리나라를 포함한 조사대상 주요국의 관련 법 및 판례를 살펴보았을 때 실질적인 부의 무상이전 내지 무상취득에 대해 증여 포괄개념에 맞추어 다양한 과세사례가 있음
- 통제권이 있는 회사나 파트너십을 이용한 재산이전 거래, 보험계약·신탁·채무변제를 통한 간접증여, 무상이나 저리의 금전 대여, 합병·증자·감자·불균등 배당 등을 통한 변칙적 자본거래 등에 대해서는 공통적으로 모두 과세하는 것으로 파악됨

- 다만 우리나라의 판례에서와 같이 포괄적 증여 개념에는 부합하지만 개별예시규정에서 정한 요건을 충족시키지 못하였다거나 증여이익을 합리적으로 계산할 수 없어 증여세 부과가 불가능하다는 판례는 주요국에서 찾을 수 없음
- 다만 미국과 일본에서는 용역의 무상(자가 포함)공급에 대해 과세하지 않는 것으로 파악됨
 - 우리나라는 「상증세법」 제42조 제1항 제3호에서 용역을 무상으로 제공받았을 때 일정금액 이상의 이익에 대해 증여세를 과세함
 - 미국은 「내국세법」 제2501(a)조 및 관련 판례에서, 일본은 「상속세법」 제9조와 관련된 기본통달에서 용역의 무상제공을 과세 제외함
 - 다만 독일에서는 관련 내용이 명확히 파악되지 않음
- 또한 ‘타인의 재산가치를 증가시키는 행위’, 즉 증여시점 이후의 재산가치 상승분에 대한 증여세 과세는 우리나라를 제외하고 조사대상 주요국들은 시행하지 않는 것으로 파악됨²⁶⁸⁾
 - 우리나라는 「상증세법」 제2조 제6호 및 제4조 제1항 제3호에서 타인의 재산가치를 증가시키는 것, 즉 재산취득 후의 가치상승분을 과세대상으로 한다고 규정하며 증여개별예시규정에서도 상장이나 합병 등 내부정보를 이용하여 주식 등의 재산가치가 증가한 경우 이를 일정 요건하에 과세하도록 함
 - 미국에서는 부모가 자식에게 증여한 주식은 모두 상속당시 시가로 상속재산에 가산하여 상속세를 부과함으로써 증여 이후의 가치 상승분도 모두 과세한 적도 있으나 1990년에 동 제도를 폐지함
 - 다만 가족회사의 주식 등의 권리 이전이나 소멸 등 지분 재편과정을 통해 증여하는 경우 해당 주식의 평가를 보다 엄격하게 하여 추후 주식가치 상승분에 대한 증여세 회피를 막고자 하는 규정(「내국세법」 제2701조)이 있음

268) 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』, 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12, p. 278.

- 한편 우리나라에서 증여의제로 과세하는 명의신탁재산에 대한 과세, 일감몰아주기 및 일감떼어주기에 대한 과세 사례는 조사대상 주요국에서 찾을 수 없음

〈표 IV-9〉 포괄증여세제 적용의 구체적 예 국제비교

항목	한국	미국	일본	독일
통제권이 있는 회사를 통한 간접거래, 보험계약신탁·채무변제를 통한 간접증여, 무상이나 저리의 금전대여, 변칙적 자본거래	과세	과세	과세	과세
용역의 무상공급	과세(「상증세법」 제42조 제1항 제3호)	비과세	비과세	확인되지 않음
타인의 재산가치를 증가시키는 행위	과세(「상증세법」 제2조 제6호, 제4조 제1항 제3호 등)	비과세	비과세	비과세
명의신탁재산, 일감 몰아주기 및 일감떼어주기	증여의제로써 과세	비과세	비과세	비과세

V. 문제점 및 개선방안

- 이하에서는 앞서 살펴본 우리나라의 증여세 완전포괄주의 법 규정과 관련 사례에 대한 법원의 판단, 주요국의 사례 등을 종합하여 우리나라의 증여세 완전포괄주의 제도 운영에 대한 전반적 평가 후 문제점을 분석하고, 개선방안을 도출하고자 함

1. 우리나라 포괄증여세제 제도 운영에 대한 전반적 평가

- 완전포괄주의 증여세제는 입법된 지 15년이 흘렀음에도 불구하고 여전히 논란이 있음
 - 완전포괄주의 적용에 따른 과세처분이 실제로 이루어지고 있고 이에 대한 법원의 판단이 이어지면서 개별적 쟁점들에서 증여세 부과 범위를 어떻게 설정해야 하는지 계속하여 논란이 되고 있음
 - 학계에서도 포괄증여세제에 대한 원론적인 당부, 위헌성 여부 논쟁도 계속 제기 되는 실정임
- 그러나 완전포괄주의 세제가 조세평등주의 실현을 목적으로 기존 증여의제로 포섭하지 못했던 변칙적 부의 이전에도 대응하여 작동할 수 있다는 점에서 그 당위성이 인정되고 거스를 수 없는 방향이라 판단됨
 - 「민법」상 증여형식이 아닌 다양한 방식의 증여거래에 대해 그때마다 증여의제 입법방식으로 과세규정을 마련하여 조세회피를 막는 데는 한계를 지닐 수밖에 없음
 - 따라서 기존 증여의제규정을 증여재산가액을 산정하기 위한 예시 규정으로 남겨

둔 채, 어떤 거래가 포괄적 증여 개념에 포함된다면 원칙적으로 증여세 과세대상이 될 수 있도록 함

- 그러나 2013년에 발표한 감사원 보고서를 보면 구 「상증세법」 제2조 제3항 포괄규정에 근거한 실제 증여세 과세가 용이하지 않음을 알 수 있음²⁶⁹⁾
 - 2007년 말까지는 완전포괄주의에 근거한 증여세 부과는 거의 이루어지지 않았으며, 2008년부터 구 「상증세법」 제42조 제1항 제3호 등을 근거로 흑자영리법인을 통한 간접증여 사안에 대해 과세가 시작되었다고 함
 - 2012년 9월까지 증여포괄규정에 근거하여 증여세를 부과한 건수는 16건, 432억원에 불과했음
 - 증여포괄규정만을 적용한 결과 과세대상 해당 여부에 대한 판단이 쉽지 않다는 점, 증여재산가액을 객관적으로 산정하기 어렵다는 점 등을 들
- 실제 증여세 부과에 따른 납세자의 불복에 대해 그동안 법원의 판례를 살펴보면 완전포괄주의로 증여세 부과가 가능한 부분은 매우 제한적이며 따라서 원래의 입법의도에 맞게 운용되었는지 회의적임
 - 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두17882판결은 구 「상증세법」 제2조 제3항의 포괄적 규정을 독자적인 과세근거로 삼아 「상증세법」상의 보충적 평가방법으로 증여재산을 평가하여 과세한 최초의 사례였음
 - 그러나 이후 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266판결을 포함한 일련의 판결²⁷⁰⁾에서 구 「상증세법」 제2조 제3항 규정에서 증여세 부과가 가능함을 인정하면서도 해당 거래가 개별예시규정에서 정한 과세요건에 정확히 일치하지 않는다는 이유로 과세를 부인한 사례가 주류를 이룸

269) 감사원, 『주식변동 및 자본거래 과세실태 보고서』, 2013. 3, pp. 17~18.

270) 앞서 제3장에서 마. 비특수관계인 간 자금대여에 따른 증여(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두37924판결), 바. 상장을 통한 주식가치 증가에 대한 증여(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두55926판결), 사. 신주인수권부사채 인수의 증여세 과세요건에 관한 사례(대법원 2019. 5. 30. 선고 2017두49560판결) 등이 이에 해당함

- 한편 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015두3270판결, 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963판결 등 2017년 이후에는 다단계거래나 우회거래에 있어서 구 「상증세법」 제2조 제4항 실질과세원칙에 의한 판단 사례가 나타나기 시작함
- 이 중 개별예시규정 성격에 대한 대법원의 입장을 살펴보면 개별예시규정이 과세의 한계와 범위를 규율하는 과세요건이 포함된다는 점에 착안하여 단순한 증여예시규정이 아닌 실제적 과세규정으로 보았음
 - 즉, 개별예시규정은 단순한 거래·행위의 예시만이 아니라 그 이외 거래·행위의 범위를 제한하는 개별특별과세요건들이 있는 것으로 해석함
 - 그러나 이러한 판단은 완전포괄주의 세제 도입 당시 모든 부의 무상이전을 과세하고자 하였고 종전의 증여의제규정을 삭제하지 않고 증여재산가액산정의 예시규정으로 남겨놓았다는 점에서 입법취지에 부합하지 않음
 - 결국 과거 증여의제규정에 의한 과세방식과 별다른 차이가 없다는 비판을 받음
- 이러한 법원의 문언해석 내지 엄격해석의 원칙에 기반한 증여세 과세범위 제한에 대한 반작용으로 과세관청은 과세대상 예시를 추가하고 증여재산가액 계산의 일반원칙을 도입하는 등 사후적으로 개정작업을 지속적으로 하고 있음
 - 2013년에는 예시된 증여유형 외에 새로운 유형의 변칙적인 증여행위에도 적극적으로 과세할 수 있도록 포괄적인 증여 개념에 대응하는 일반적인 증여이익의 계산방법인 ‘증여재산가액 계산의 일반원칙’을 신설함
 - 금전 무상대출 등에 따른 이익의 증여 시 비특수관계인으로서의 확대(2013), 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여에 있어서 특정법인에 흑자 영리법인을 추가(2014), 초과배당이익에 대한 증여예시규정 신설(2015), 부동산 무상사용에 따른 이익의 증여 시 비특수관계인으로서의 확대(2015) 등 개별예시규정을 계속하여 보완·추가함
 - 2015년 12월 15일 ‘개별예시규정과 경제적 실질이 유사한 경우 등 개별예시규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우’를 과세대상으로 함을 명시함

- 증여세 완전포괄주의의 적용은 궁극적으로 실제 개별 사안에서 실현되는 것이므로 조세평등을 구현하기 위한 이러한 입법적 보완 노력이 향후 법원의 판단에 실제적으로 어떻게 영향을 미칠지 주목할 필요가 있음
 - 현재까지 2013년에 제정된 증여재산가액 계산의 일반원칙 및 2015년 말에 제정된 증여세 과세대상으로 '개별예시규정과 경제적 실질이 유사'한 거래와 관련된 대법원의 판단은 아직 생성되지 않은 상태임

- 이하에서는 현재의 증여세 완전포괄주의 제도에 대한 개별 현황 및 문제점을 분석하고 제도의 실효성을 제고할 수 있는 구체적인 개선방안을 살펴봄

2. 실질과세원칙 적용 기준의 정립

가. 현황 및 문제점

- 「상증세법」에서는 제33조 내지 제42조의3에서 증여재산가액 계산을 위한 개별예시규정이 있음
 - 완전포괄주의 규정 도입에 따라 기존 각 증여의제규정도 포괄규정에 포함되므로 원칙적으로 삭제해도 무방하나 증여유형 및 증여재산가액 계산의 예시규정으로 전환하여 법적안정성과 예측가능성을 높이고자 존치한 것임²⁷¹⁾

- 이러한 개별예시규정의 성격과 완전포괄증여규정의 관계에 따라 완전포괄주의 증여세제하에서 증여세 과세대상과 범위가 완전히 달라질 수 있음
 - 완전포괄주의 도입취지 및 기존 증여의제규정의 증여재산가액 산정으로 예시 전환을 고려해 볼 때 「상증세법」상 '증여'의 개념에 해당하면 개별예시규정의 요건을 갖추지 못하더라도 증여세 과세가 타당할 것으로 판단됨

271) 박정준, 「상속세 및 증여세 법령 개정해설(1)」, 『월간조세』, 2004. 4, p. 138.

- 다만 객관적이고 합리적인 방법으로 증여재산가액을 산정하는 것이 가능함을 전제로 함
- 그러나 개별예시규정이 단순한 예시적인 규정이 아니라 일정한 유형의 거래에 대한 과세요건을 별도로 규정한 것으로 보면 증여세 부과대상이 축소될 수 있으며, 이와 관련하여 해석상으로도 많은 논란이 되고 있음²⁷²⁾
 - 2004년 이후 입법자는 계속하여 개별특별과세요건을 개정하고 있다는 점 등을 근거로 완전포괄증여규정은 정의 규정일 뿐 개별예시규정이 증여과세요건규정이 라고 하여 개별예시규정에서 정한 과세요건을 충족시키지 못한 거래는 완전포괄 증여규정을 직접 적용하여 과세할 수 없다는 것이 대법원의 입장임
- 2015년 12월 15일에는 증여세 포괄적 규정과 개별예시규정 간의 관계에 대한 논란을 줄이고자 법개정 시 증여세 과세대상 및 가액산정방법 등을 정비함
 - 즉 「상증세법」 제2조에서는 증여의 포괄적 정의를, 제4조에서는 증여세 과세대상을, 제31조에서는 증여재산가액의 일반원칙을 재정비함
 - 결국 이러한 개정은 개별예시규정상의 증여유형은 예시일 뿐이고 증여포괄규정에 부합하면 과세할 수 있음을 보다 명확히 함
- 구체적인 증여세 과세대상을 기술한 현행 「상증세법」 제4조 제1항에서는 포괄적 규정 적용에 의한 과세대상(제1호 내지 제3호)과 개별예시규정 등에 대한 과세대상(제4호, 제6호)을 동시에 정함
 - 제1호 내지 제3호에서는 「상증세법」 제2조 제6호 및 제7호에서 규정한 증여 및 증여재산의 정의에 부합하는 재산 이전(현저한 고·저가 양도 포함) 및 재산 가치 증가에 따른 이익을 과세대상으로 한다고 함
 - 제4호에서는 「상증세법」 제33조 내지 제42조의3에 해당하는 개별예시규정을, 제6호에서는 제4호와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우를 과세대상으로 함

272) 자세한 내용은 제3장을 참고

- 결국 개별예시규정은 증여재산가액을 산정하는 예시일 뿐이며 어떤 행위가 증여세 과세대상이 되는 경우 개별예시규정 중에서 경제적 실질을 고려하여 그 행위로 발생한 증여재산가액을 가장 합리적으로 산정할 수 있는 규정이 어느 것인지 검토해야 함

나. 개선방안

- 2015년 12월 15일 경제적 실질에 의한 증여세 과세를 명문화함으로써 향후 공격적인 과세관청의 증여세 부과가 예상되므로 자의적인 해석을 최대한 배제할 수 있는 합리적인 기준을 세우는 것이 필요함
 - 「상증세법」상 ‘포괄적 증여’라는 근본적 추상성의 한계를 극복하기 위해 개별예시규정 이외 거래에도 사실적 부의 이전에 대해 과세가 가능하도록 ‘경제적 실질’이라는 개념을 판단기준으로 도입함
- ‘경제적 실질’이라는 개념 정의는 세법상으로 규정되어 있지 않으나 세법적용의 원칙으로 「국세기본법」 제14조에서 실질과세원칙을 참고할 수 있음
 - 일반적으로 ‘경제적 실질’이라 함은 법적 형식보다는 이면의 경제적 효과를 중시하는 것을 말하며 조세부담의 공평을 실현하기 위해 거래를 경제적 관점에서 파악하고 경제적 효과에 기초한 과세를 행해야 한다는 입장임
 - 「국세기본법」 제14조 제1항을 귀속의 실질, 제2항을 거래내용의 실질이라 칭하며, 제3항은 제1항 및 제2항에 적용되는 일반조세회피방지규정이라 함
 - 제3항에서는 다단계거래나 우회거래에서 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우 그 ‘경제적 실질’ 내용에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위를 한 것으로 보아 거래를 재구성할 수 있다고 함
 - 2007년 제3항이 도입되기 전 제1항 및 제2항의 실질을 ‘법적 실질’로 보는 경향이 컸으나 제3항 도입 이후에는 경제적 실질에 기반한 세법 전체에 적용되는 일반적 조세회피방지규정이 확립된 것으로 평가함

- 결국 실질과세원칙은 제한된 요건을 갖춘 제3항의 도입에 따라 비로소 구체적 사안에서 납세자가 채택한 조세회피 거래형식을 부인하고 과세관청에 의해 경제적 실질에 따라 거래를 재구성할 수 있게 됨
- 판례상으로도 2012년 1월 19일에 선고된 ‘대법원 2008두8499 전원합의체 판결’²⁷³⁾ 이후로 경제적 실질에 기반한 판결을 다수 내놓으며²⁷⁴⁾, 주요한 공통적 판단기준은 다음과 같이 정리할 수 있음²⁷⁵⁾
 - (경제적 합리성이 결여된) 어떠한 거래 또는 행위(객관적 요소)
 - 조세혜택 또는 조세부담의 경감
 - 조세회피의도 내지 목적(주관적 요소)
 - 조세회피 목적 유무는 당사자가 그러한 거래형식을 채택한 이유와 목적, 거래의 경위, 사업목적상 합리성이 있는지 여부, 각각의 거래 또는 행위 사이의 시간적 간격, 그러한 거래형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등을 종합하여 판단함
- 조사대상 주요국 중 미국과 독일에서도 경제적 실질에 기반한 실질과세원칙 내지 일반조세회피방지규정을 두어 포괄증여세제를 보충하는 역할을 하며 납세자가 취하는 거래형식(객관적 요소) 및 조세회피의도(주관적 요소) 등을 고려해 경제적 실질 여부를 판단한다는 공통점이 있음

273) 본 판결은 「국세기본법」 제14조 제1항【귀속의 실질】을 근거로 내린 판결이나 ‘조세회피의 목적’을 조세회피행위에 대한 실질과세원칙의 적용을 위한 명시적인 조건으로 실시했다는 점에서 종래의 유사 판결과 큰 차이가 있음. 본 판결에서는 가장행위론 또는 각 세법상의 개별·구체적 부인규정 필요론을 제시하지 않고 「국세기본법」 제14조 제3항 도입취지와 유사한 내용을 들어 실질과세원칙에 따라 거래를 재구성하여 과세할 수 있다는 점에서 의의를 가짐. 본 판례 이후에서도 「국세기본법」 제14조 제1, 2항에 근거하여 납세자의 거래형식 부인여부를 판단하면서도 조세회피의 목적이나 세법의 혜택, 경제적 합리성이 결여된 거래 등을 판단근거로 삼음

274) 완전포괄주의규정에 의한 증여세 과세 사례로는 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015두3270판결, 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963판결 등이 있음

275) 그동안의 대법원 판례를 분석해 보면 우리나라에서 실질과세원칙에 따른 거래의 재구성이나 실질에 따른 귀속이 가능한 경우와 불가능한 경우에 대해 모두 적용되는 명확하고 일관된 기준을 제시하고 있다고 보기는 어려우나 기존 판례 및 국제적 일반조세회피방지규정을 참고하여 대체적인 공통적 기준을 추출함

- 미국은 판례법상 실질과세원칙 중 하나인 단계거래 원칙(step transaction doctrine) 및 성문법상의 경제적 실질 원칙 등이 있음
 - 단계거래 원칙에서는 구속력 있는 약정 검증, 거래의 상호의존성 검증, 최종 목적 검증 등의 방법을 통해 납세자의 조세회피의도를 파악하고 실질에 따라 통합하여 하나의 행위로 거래를 재구성하여 과세하는 방식임
 - 경제적 실질 원칙에서는 객관적 요건으로써 조세 효과와 구별되는 경제적 지위에 변화를 가져오는 거래구조가 존재하고, 주관적 요건으로써 실질적인 사업 목적이 있는 경우 경제적 실질이 있는 것으로 보아 거래를 재구성하지 않는다는 원칙임
 - 독일은 경제적 관찰방법에 기반하여 법 형성 가능성의 남용이 있는 경우 거래를 재구성하여 조세를 부과할 수 있다는 일반조세회피방지규정이 있음
 - 부적합한 법률행위, 조세부담의 경감, 남용의 의도가 있는 경우 법 남용이 있는 것으로 보아 거래를 재구성함
- 특히 ‘경제적 실질’의 판단기준 중 주관적 요소인 ‘조세회피 목적’에 대해서는 납세자의 의사를 기준으로 판단하는 것이 아니라 거래 단계에서 생성된 객관적 요소들을 종합하여 판단하는 것이며, 사업목적의 유무 및 비중과 연결되어 고려해야 함
- 우리나라를 비롯한 미국과 독일에서는 조세회피의도 유무의 판단을 결국 겉으로 드러나는 객관적 상황에 의해 가려지는 것으로 봄
 - 다만 납세자가 선택한 거래구조에 조세회피 외에 사업목적이 있는 경우 미국과 독일은 각각 판단을 달리하며, 우리나라는 아직 이에 대한 확립된 입장이 없는 것으로 보이므로²⁷⁶⁾ 향후 사업목적의 비중이 어느 정도일 때 실질과세원칙을 배제할 수 있을지에 대한 논의가 진행되어야 함

276) 어떠한 사업목적에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다는 이유로 조세회피 목적을 부정할 수도 있고, 반대로 다른 주된 사업목적과 아울러 조세회피 의도도 있었다는 이유로 조세회피 목적을 인정할 수도 있어서 이러한 상황은 납세의무자의 예측가능성과 법적안정성을 현저하게 침해할 수 있음

- 미국에서는 사업목적이 존재한다면 조세회피 의도가 있더라도 그 거래는 경제적 실질이 있는 것으로 보아 거래를 재구성하지 않음
- 독일에서는 사업상의 이유가 조세상의 이익보다 충분히 중요하다고 인정되는 경우 납용의 의도는 없는 것으로 보며, 또한 이러한 사업상의 이유는 사전 계획에 따라 거래관계를 통제할 수 없을 때만 적용되는 것으로 제한적으로만 인정함

3. 증여유형예시와 평가방법의 분리

가. 현황 및 문제점

- 완전포괄주의 세제가 도입됨에 따라 납세자는 자신의 어떠한 거래 또는 행위가 과세대상이 되는지, 또한 과세대상에 해당된다면 납부할 세액을 어떻게 계산하여 신고해야 하는지는 법 규정을 통해 예측할 수 있어야 함
 - 증여세는 정부에 의한 부과방식으로 납세의무가 확정되는 세목이지만 납세자의 자발적 신고를 전제로 함
- 우리나라의 증여세가 포괄주의 입법을 취한 이상 포괄증여규정을 단순히 확인적·선언적 규정으로 볼 수만은 없을 것으로 법률에 의해 과세요건이 충족되는 경우 과세대상으로 보아야 하고 평가방법도 구체적인 근거가 있어야 함
 - 어떠한 거래 또는 행위가 증여로써 과세될 수 있는지 여부는 「상증세법」상 증여의 정의 내지 증여세 과세대상 규정으로 결정해야 함
 - 거래의 형식이나 명목, 직·간접 방법이나 그 대상이 되는 재산의 종류에도 불구하고 재산 또는 이익을 이전하였는지 등의 요건을 충족할 경우 개별예시규정과 관계없이 증여세 부과대상이 되어야 함
 - 다만 이 정의는 지나치게 추상적이고 불명확하므로 이를 해석하여 적절한 범위와 한계를 정하는 일반적 사항을 정립하는 것은 별개의 문제임

- 그리고 증여세 과세대상이 되는 거래나 행위가 있을 시 이를 합리적으로 평가하여 과세가액을 산정할 수 있어야 하며, 적어도 가액산정 적용방법 및 적용기준 미비로 증여세 부과가 불가능한 사례는 없어야 함

- 그러나 현행 「상증세법」상 포괄증여개념과 개별 증여재산가액 계산 산정을 위한 개별예시규정 체계만으로는 입법취지에 부합하는 증여세 완전포괄주의를 제대로 구현하는데 한계를 보임
 - 대법원은 개별예시규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 볼 수 있는 경우 개별예시규정에서 규율하고 있는 거래·행위 중 증여세 과세범위에서 제외된 거래·행위가 증여 개념에 들어맞더라도 증여세를 과세할 수 없다고 봄
 - 즉, 대법원은 이러한 구체적 과세요건을 주된 근거로 증여재산가액 산정에 관한 개별예시규정을 2003년 말 이전의 증여의제규정과 동일하게 해석함

- 이러한 대법원의 태도는 완전포괄주의 세제를 도입하면서 기존 증여의제규정을 증여재산가액산정을 위한 예시 규정으로 별다른 수정 없이 존치시킴에 따라 과세요건이 그대로 남아 있게 된 것에 기인함
 - 결국 개별예시규정상의 상세한 과세요건을 충족하지 못하는 경우 완전포괄주의에 의한 과세도 불가능하다는 법원의 판단이 지속되었음
 - 기존의 증여의제규정은 「민법」상 증여의 성격을 가지지 않는 거래를 증여로 의제하는 것이므로, 조문 안에 과세요건과 평가방법을 구체적으로 규정할 수 밖에 없는 필연적 이유가 있음
 - 만일 2003년 말 완전포괄주의 증여세제로의 전환 시 증여의제 과세요건 규정을 모두 삭제하고 유형만을 남겨놓았다면 다른 결과가 나타났을 것으로 판단됨

- 물론 이러한 상황을 극복하기 위해 2013년에 증여재산가액 계산의 일반원칙을 도입하고 2015년 말에 개별예시규정과 경제적 실질이 유사한 경우도 증여세 과세대

상으로 한다는 규정을 신설하는 등 입법적 보완은 있었으나 근본적 한계를 지닐 수밖에 없음

- 증여재산가액 계산의 일반원칙은 포괄적 증여 개념에 대응하여 도입되었으나 원칙적·선언적 규정에 지나지 않아 구체적인 사례의 평가 등에 적용하기에는 일정 한계가 있음
- 개별예시규정과 ‘경제적 실질이 유사한 경우 등’을 준용하여 증여세 과세대상으로 삼는다는 규정은 증여재산가액 계산규정만을 준용하는 것인지, 과세요건(과세배제 요건 포함)도 준용하는 것인지 명확하지 않아 논란이 제기될 수 있음

나. 개선방안

- 이러한 개정 노력에도 불구하고 만일 개별예시규정에 의한 과세거래 해석에 대한 법원의 태도가 변화하지 않는다면 개별예시규정상의 과세요건과 증여재산가액 계산규정을 분리하고 각각의 준용규정을 별도로 두는 입법적 보완을 고려해 볼 수 있음
- 즉, 개별예시규정상의 과세요건을 포함한 과세유형의 내용은 주요국처럼 단순히 증여 과세대상으로써의 예시적 성격으로 남겨두고 구체적인 증여재산 산정방법은 다른 일반적 증여재산평가와 함께 별도 체계로 규정하는 방안을 도입할 수 있음²⁷⁷⁾
 - 미국은 재무부 시행규칙에서 증여세 과세대상 유형의 예시를 두며, 또 다른 재무부 시행규칙에서 재산종류별 구체적 평가방법을 규정함

277) 다만 우리나라는 미국이나 일본과는 달리 행정입법에 관해 그 법원성을 인정하지 않으려는 경향이 있으므로 증여유형 예시 및 평가방법 등의 구체적 기술에 대해 법적안정성을 중시하는 법률에 의할지, 신속한 대응에 유리한 시행령 또는 시행규칙 등에 의할지는 보다 면밀한 법적 검토가 필요할 것임(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 위배됨(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006두8648 전원합의체 판결 등))

- 일본은 「상속세법 기본통달」에서 과세예시유형을 열거하며 증여재산평가는 「상속세법」 및 재산평가 기본통달에서 규정함
- 독일은 「상증세법」에서 대략적인 증여유형을 예시하며 평가법에서 구체적인 증여재산가액을 평가하고 있음

□ 특히 불균등 자본거래에 따른 주주 간 이익증여 같은 경제적으로 유사한 증여유형의 경우에는 통합하여 보다 일반적이고 포괄적인 체계로 정돈할 필요가 있음

- 현재 합병·증자·감자·현물출자에 따른 증여이익, 전환사채 등의 주식전환 이익 등에서 각 경우의 과세요건을 상세히 기술하면서 과세대상, 특수관계인 등 상세요건을 조금씩 다르게 규정하여 과세회피가 가능하거나 형평에 맞지 않을 가능성이 존재함

□ 아울러 납세자의 예측가능성을 높이기 위해 경제상황 및 판례 등을 반영해 증여유형 예시 및 관련 평가방법을 지속적으로 추가할 필요가 있음

- 완전포괄주의 세제하에서는 본질적으로 모든 증여대상을 열거할 수는 없지만 기본적인 원칙 외에 급속도로 변화하는 거래 환경에 발맞추어 융통성 있게 관련 구체적 규정을 추가하고 보완해야 함
 - 일본은 판례를 통해 증여세 과세대상으로 인정된 포괄증여 사안을 「상속세법 기본통달」에 추가하고 있음
- 또한 과세예시규정의 추가뿐만 아니라 경제상황이나 판례 등을 통해 파악된 과세되지 않는 예시 유형도 비과세 규정에 지속적으로 추가하는 입법보완도 필요함
 - 조세회피의도가 없는 행위나 정책목적상 비과세가 바람직한 거래 등에 대해서는 과세되지 않도록 보다 구체적 예시를 추가해야 함

4. 증여유형 간 세부담의 불균형 해소

가. 현황 및 문제점

- 현행 「상증세법」상 개별예시규정 및 증여의제규정 등에서는 증여세 비과세 규정²⁷⁸⁾ 및 증여재산공제와는 별도로 증여유형별 세부담을 지우기 위한 최소한의 기준금액 또는 기준비율을 둬²⁷⁹⁾
 - 주요 비과세 규정으로는 국가나 지방자치단체로부터 증여받은 재산의 가액, 우리사주조합원이 소정의 방법으로 주식을 취득하는 경우 주식의 시가와 취득가액과의 차액, 사회통념상 인정되는 이재구호금품·치료비·피부양자의 생활비·교육비 등이 있음
 - 증여재산공제란 수증자를 기준으로 이전 10년간 합산하여²⁸⁰⁾ 증여자가 배우자인 경우 6억원, 직계존비속인 경우 5천만원(직계존속 미성년자 자녀로의 증여는 2천만원), 기타 친족의 경우 1천만원을 증여재산가액에서 공제해주는 제도를 말함
- 구체적으로는 증여이익이 증여재산의 시가 등의 일정비율(30%) 또는 일정금액(1천만원, 1억원, 3억원) 등으로 기준을 설정하여 충족 여부에 따라 증여세 과세를 결정함

278) 「상증세법」 제46조

279) 개별예시규정 외에 「상증세법」 제31조 증여재산가액 계산의 일반원칙에서도 재산을 현저히 낮은 대가를 주고 이전받거나 현저히 높은 대가를 받고 이전한 경우, 재산취득 이후 재산가치가 증가하는 경우에도 3억원 및 30% 과세기준을 둬

280) 다만 「상증세법」 제31조 제1항 제3호, 제40조 제1항 제2호·제3호, 제41조의3, 제41조의5, 제42조의3, 제45조의2 내지 제45조의4까지 규정에 따른 증여재산(“합산배제증여재산”)의 가액은 제외함. 이와 같은 증여이익은 일반적인 증여와 달리 증여자를 확정하거나 부의 무상이전과 보유자산의 가치증가 부분을 구분하기 어렵고, 누진세율을 회피하는 수단으로 이용될 가능성도 낮아 동일인으로부터 받은 복수의 증여를 합산과세함으로써 분할증여로 인한 누진세액 경감을 방지하려는 재차증여 합산과세의 취지에 맞지 않는다고 보았음(대법원 2017. 9. 26. 선고 2015두3096판결)

- 본질적인 증여와 동일하여 과세기준이 없는 경우, 증여 전·후의 평가가 수반되지 않아 가액기준만 설정하는 경우, 비특수관계인 간의 다양한 거래 양태를 감안하여 과세기준을 높게 설정할 필요가 있을 시에는 비율기준만 설정하는 경우, 증여 전·후의 평가차액에 대해 과세하는 예로는 가액기준 및 비율기준을 동시에 두는 경우 등으로 나뉨²⁸¹⁾

〈표 V-1〉 증여세 과세대상 결정을 위한 기준금액 및 기준비율

기준금액 설정 없는 규정	신탁이익의 증여(제33조)
	보험금의 증여(제34조)
	채무면제 등에 따른 이익의 증여(제36조)
	증자에 따른 이익(실권주를 재배정하는 경우, 신주를 불균등 배정하는 경우)의 증여(제39조)
	현물출자에 따른 이익(저가인수)의 증여(제39조의3)
	전환사채 등의 주식전환에 따른 이익(고가양도)의 증여(제40조)
	초과배당에 따른 이익의 증여(제41조의2)
	명의신탁재산의 증여의제(제45조의2)
	특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(제45조의3)
	특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제(제45조의4)
	특정법인과의 거래를 통한 이익(재산 또는 용역을 무상으로 제공, 채무변제)의 증여의제(제45조의5)
30% 및 3억원 기준금액 설정 규정	저가·고가 양도에 따른 이익의 증여(제35조)
	합병에 따른 이익의 증여(제38조)
	증자에 따른 이익(실권주를 재배정하지 않는 경우)의 증여(제39조)
	감자에 따른 이익의 증여(제39조의2)
	현물출자에 따른 이익(고가인수)의 증여(제39조의3)
	주식 등의 상장 등에 따른 이익의 증여(제41조의3)
합병에 따른 상장 등 이익의 증여(제41조의5)	

281) 박훈, 「조세회피방지를 위한 증여세 완전포괄주의 적용의 의의와 한계」, 『사법』 통권 25호, 사법발전재단, 2013, p. 192.

〈표 V-1〉의 계속

	법인의 조직변경 등에 따른 이익의 증여(제42조의2)
	재산취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여(제42조의3)
	특정법인과의 거래를 통한 이익(재산 또는 용역을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공하는 경우)의 증여의제(제45조의5)
30% 및 1억원 기준금액 설정 규정	전환사채 등의 주식전환에 따른 이익(저가인수)의 증여(제40조)
30%의 기준금액 설정 규정	재산사용 및 용역제공에 따른 이익(시가보다 낮거나 높은 가액으로 제공하는 거래)의 증여(제42조)
1억원의 기준금액 설정 규정	부동산 무상사용에 따른 이익(부동산 무상사용)의 증여(제37조)
	전환사채 등의 주식전환에 따른 이익(주식전환)의 증여(제40조)
1천만원 기준금액 설정 규정	부동산 무상사용에 따른 이익(담보이용하여 차입 시의 이익)의 증여(제37조)
	금전무상대출 등에 따른 이익의 증여(제41조의4)
	재산사용 및 용역제공에 따른 이익(무상거래)의 증여(제42조)

□ 또한 개별예시규정 중 제35조, 제37조 내지 제42조의3까지 규정에서는 비특수관계인과의 거래 외에 특수관계를 전제로 증여재산가액을 별도로 산정하고 있는 경우도 있음

○ 이 중 다음에 대해서는 특수관계 없는 자 간의 거래에 있어서 '거래의 관행상 정당한 사유'가 있는 경우에는 증여세를 과세하지 않는다고 규정함

- 저가·고가 양도에 따른 이익의 증여(제35조)
- 부동산 무상사용에 따른 이익의 증여(제37조)
- 금전무상대출 등에 따른 이익의 증여(제41조의4)
- 재산사용 및 용역제공에 따른 이익의 증여(제42조)
- 법인의 조직변경 등에 따른 이익의 증여(제42조의2)

- 그러나 이러한 각기 다른 기준금액(또는 기준비율) 또는 특수관계 유무에 따른 증여세 부과 여부는 소액거래에 대한 과세관청의 행정 부담 및 납세자의 증여세 부담을 덜어 주기 위한 기준이기는 하나 증여유형 간 세부담의 불균형을 초래하여 완전포괄주의 도입 취지와는 상충될 수 있음
 - 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적에도 불구하고 사실상 부의 무상이전에 해당하는 경우 증여세를 부과하겠다는 완전포괄주의의 취지에 비추어 현행 개별예시규정들의 각기 다른 조건의 합리성을 찾기 어려움
 - 완전포괄주의 증여세제를 규정하였다 하더라도 현행 구체적인 예시규정에 의해 증여재산가액이 일관성 없이 축소되므로 완전포괄주의 증여세 과세가 아니라 일 정액 초과분에 대한 증여세 과세가 이루어지는 결과가 나타남²⁸²⁾

- 또한 증여세 완전포괄주의 하에서 현행 개별예시규정은 유사한 형태의 거래에도 각 조문마다 과세대상의 범위 및 과세요건과 과세가액 산정방법이 서로 달라 제도의 내용이 지나치게 복잡하고 이해하기 어려운 측면이 있음
 - 예를 들어 ‘법인을 매개로 한 자본거래’라는 유사한 공통점을 갖는 합병, 증자, 감자, 현물출자, 전환사채의 주식전환 등에 있어서 지나치게 상세하고 서로 다른 과세요건 규정을 두고 있음

나. 개선방안

- 이전되는 부의 발생 원인에 따라 증여유형 간 조세중립성이 유지될 수 있도록 일반거래, 자본거래 등 합리적 구분을 통해 동등한 과세기준금액이 설정되어 증여유형 간 세부담의 균형을 이루는 방안이 필요함
 - 증여세 완전포괄주의가 도입된 이후에도 개별예시규정에 나타난 증여유형 간 세부담의 불균형을 그대로 유지한다는 것은 포괄주의 과세취지와 부합하지 않음
 - 과거 증여의제규정이 별다른 수정 없이 개별예시규정으로 전환된 것에 기인함

282) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼, 2010. 10, p. 98.

- 한편 개별예시규정에서 과세기준과는 별도로 배우자, 직계존비속, 기타친족 등에 대한 증여에 대해 10년간 일정금액의 증여재산공제 제도가 있으므로 이러한 증여재산공제의 규모도 함께 고려하여 통일된 체계를 마련할 필요가 있음
- 조세공평을 위해 과세기반을 확대해야 한다는 완전포괄주의 세제의 취지를 감안 하더라도, 소액거래 과세에 대한 납세자의 조세저항을 낮추고 시간적, 인적 자원의 제약을 고려할 때 납세협력비용 및 징세비용의 증가를 막는 것이 필요하며, 일정 규모 이상의 변칙적 재산이전거래에 보다 초점을 맞출 필요가 있음
- 우리나라의 증여재산공제 규모(직계비속 기준 5천만원(미성년자는 2천만원))는 주요국의 공제 수준에 비해 낮은 수준인 것으로 보임
 - 미국은 증여자별·수증자별로 연간 1만 5,000달러(원화 약 1,800만원²⁸³)의 비과세 규정이 있으며 개인의 생존기간 동안 1,140만달러(원화 약 137억원)의 통합세액공제 제도가 있음
 - 일본은 수증자별로 연간 110만엔(원화 약 1,200만원²⁸⁴)의 비과세 규정이 있으며 역년과세방식의 증여세 납부 선택 시 이전 증여에 대한 누진합산과세 부담이 없음
 - 독일은 증여자별·수증자별로 10년간 직계비속에 대한 40만유로(원화 약 5억 원²⁸⁵)의 비과세 규정이 있음

5. 타인의 재산가치를 증가시키는 행위에 대한 과세

가. 현황 및 문제점

- 현행 「상증세법」에서는 증여의 정의(제2조 제6호), 증여세 과세대상(제4조 제1항 제3호) 규정에서 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 증여로 보고 재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우 그 이익을 증여세 과세대상으로 함

283) 1,200원/달러 적용 시의 결과임

284) 11원/엔 적용 시의 결과임

285) 1,300원/유로 적용 시의 결과임

- 수증자(또는 재산취득자) 자신의 노력이 아닌 타인의 기여에 의한 재산가치 증가분을 '증여'로 보는 것으로 공평과세를 구현하기 위한 것으로 볼 수 있음
- 또한 상기 포괄규정에 대한 구체적 사례라 할 수 있는 다음 증여의 개별예시규정에서도 일정 요건의 재산가치 증가분에 대해 증여재산가액을 산정하고 있음²⁸⁶⁾
 - 비상장주식을 5년 이내에 상장한 경우 시세차익을 증여로 과세한다는 규정(「상증세법」 제41조의3)
 - 증여일로부터 5년 이내에 합병에 따른 상장 등 이익에 대해 증여로 과세한다는 규정(「상증세법」 제41조의5)
 - 미성년자 등이 재산을 취득한 날로부터 5년 이내에 개발사업 시행 등의 사유로 재산가치가 증가한 경우 그 가액을 증여로 과세한다는 규정(「상증세법」 제42조의3)
- 이와 같은 규정은 법 논리상 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있음

1) 납세의무의 성립 및 확정 법리와의 모순

- 증여세와 관련된 납세의무의 성립²⁸⁷⁾ 및 납세의무의 확정²⁸⁸⁾ 원리에 의하면 납세의무는 증여로 재산을 취득하는 때에 성립하고 그 과세표준과 세액을 정부가 결정하는 때에 구체적으로 확정됨
- 그러나 재산가치 증가분에 대한 증여세 과세는 최초의 무상 재산이전 행위에 대해 납세의무가 성립·확정된 것으로 보아 일단 증여세를 과세하고 일정기간 내에 다른 경제행위에 따라 다시 경정결정 방식으로 증여세를 추징하는 바 납세의무의 성립

286) 이러한 개별예시규정 외에 2012년 일감몰아주기 및 2016년 일감떼어주기 등의 증여의제 과세 규정도 비슷한 취지임

287) 「국세기본법」 제21조 제2항 제3호

288) 「국세기본법」 제22조 제3항

및 확정외 일반원리에 모순됨²⁸⁹⁾

- 증여세의 납세의무 성립시기는 '재산을 취득하는 때'인데 '타인의 재산가치를 증가시키는 것'과 관련된 과세대상의 납세의무 성립시기가 불분명함에 기인함
 - 일반적으로 과세권자의 경정결정은 납세의무자의 신고 또는 과세관청의 결정으로 납세의무가 확정된 이후 오류 또는 탈루가 발견된 때에 이를 시정하는 행정처분이나 타인의 기여에 의한 재산가치 증가분 과세는 당초 증여(또는 취득)행위의 연속으로 보아 과세하는 방식이므로 이에 해당하지 않음
 - 이미 증여세 과세대상이 되는 행위가 완성된 것으로 보아 증여세를 부과한 후, 미실현가치 증가에 대해 다시 2차적으로 납세의무가 성립 확정된다는 전제하에 애당초의 과세처분을 경정하는 방식의 과세는 문제가 있음
- 즉 경정결정은 이미 완성된 행위 또는 거래에 대한 행정처분에 해당하나 재산가치 증가분에 대한 과세는 최초거래 이후 발생거래에 대한 완성되지 않은 별개의 거래로 보는 것으로 경정결정 처분은 논리적 모순이 있음²⁹⁰⁾
- 결국 재산가치 증가분에 대한 과세는 소득세 등과 같이 기간과세를 하겠다는 취지이므로 시점과세를 하는 일반적 증여세 부과 체계와 모순이 발생함

2) 미실현이익에 대한 과세문제

- 재산가치를 증가시키는 행위에 대한 증여세 과세는 취득일부터 재산가치증가사유 일까지 상승된 가치인 미실현 이익에 대해 과세하는 것으로 환가되지 않은 이상 수증자의 고유소득으로 이를 부담해야 하므로 응능과세 원칙에 부합하지 않음²⁹¹⁾

289) 정래용·조남희, 「증여세 완전포괄주의에 관한 연구」, 『홍익법학』 제12권 제2호, 2011, pp. 267~268; 정평조·나성길, 「상속세 및 증여세법상 포괄증여규정의 적용상 쟁점과 입법적 개선 방안」, 『조세연구』 제11권 제3집, 한국조세연구포럼, 2011. 12, p. 50.

290) 이진오, 「증여세 완전포괄주의 시행 1년에 즈음하여」, 『월간조세』 영화조세특집, 2005. 1, pp. 63~64.

291) 이진오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼, 2010. 10, p. 90.

- 이는 과세관청이 납세자의 재산권을 무리하게 침해한다는 비판이 제기될 수 있음
- 또한 증여재산의 미래가치 증가라는 증여자의 의도에 의한 증여세 과세표준으로써 정확한 미실현 이익의 계산은 객관성을 확보하기 어려움
 - 재산가치 증가사유가 발생한 날 현재 가액이 과연 증여자로 인한 가치증가인지가 핵심이나 재산가치 증가의 구체적인 사유를 특정하는 것은 어려운 측면이 있음
 - 일반적으로 재산가치 증가 전후의 재산평가액에서 통상적 가치상승분, 재산취득자의 가치상승 기여분 등을 차감하고 있으나 재산 가치는 당해 재산평가방법에 따라 얼마든지 변동될 수 있음
 - 또한 「상증세법」 제41조의3, 제41조의5, 제42조의3에서는 최초 증여일로부터 5년 이내의 가치 증가분만 과세대상으로 하는데, 5년이라는 기간 기준도 자의적임

3) 불확정 개념의 사용

- 증여포괄규정의 일반적 개념으로 '타인의 재산가치를 증가시키는 것'을 과세대상으로 규정하나 과세요건명확주의와 과세요건법정주의를 원칙으로 하는 조세법률주의, 과잉금지의 원칙 등에 위반될 수 있어 과연 동 조문만으로 포괄증여 과세가 가능할지는 의문이 제기됨
 - 납세자의 예측가능성을 현저히 떨어뜨릴 수 있을 만큼 과세대상을 확대하는 정책은 비판을 받을 수 있음

나. 개선방안

- 과세기반 확대를 목적으로 하는 포괄증여세제가 도입되더라도 증여세 과세범위가 무한정 넓어져서는 안 될 것임
 - 납세자의 예측가능성 저하와 조세부담의 가중을 막기 위해 과세대상 범위와 한계를 합리적으로 설정할 필요가 있음

- 다만 과세범위 및 세부담 수준의 결정은 증여세 고유의 영역에서만 결정될 문제는 아니며 상속세나 소득세 등 세제 전체의 구조하에서 증여세의 정책적 기능을 고려하여 판단할 문제임

- 타인의 재산가치를 증가시키는 것, 즉 증여시점 이후의 재산가치 증가분에 대한 증여세 과세는 입법정책상의 문제로 과세가 불가능한 것은 아니나 완전포괄주의의 명확한 경계선을 설정한다는 취지에서 해당 이익에 대해 증여세가 아닌 자본이득세로의 전환을 고려해 볼 수 있음
 - 과세대상에 관하여 소득세와 증여세가 경합할 경우 어느 것을 우선 적용할 것인지 입법정책의 문제로써 우리나라는 「상증세법」 제4조의2 제3항에서 ‘소득과 세우선원칙’을 규정함
 - 세법을 적용할 때 가급적 소득과세우선원칙에 합치되도록 증여세의 과세체계가 운영되는 것이 바람직함
 - 조사대상 주요국에서도 증여 이후 재산가치 상승분에 대한 증여세 과세 사례는 찾아볼 수 없으며 특히 미국은 관련 규정을 1990년에 폐지한 바 있음
 - 미국은 현재 가족회사의 주식 등의 권리 이전이나 소멸 등 지분 재편과정을 통해 지분을 다른 가족구성원에게 증여하는 등 특수한 경우에 한해 엄격한 평가규정으로 증여 이후 재산가치 상승분에 대한 증여세 회피를 막고 있음

- 만일 형평 추구를 위한 정책적 필요에 따라 현행 규정을 유지하고자 한다면 납세 의무의 성립시기, 「상증세법」상 엄밀한 평가방법 도입 등에 대해 보다 정교한 입법 보완이 요구됨
 - 「국세기본법」 제21조 제1항 제3호에 증여세의 납세의무 성립시기는 증여로 재산을 취득하는 때이므로 타인의 재산가치를 증가시키는 것과는 조화되지 못할 수 있어 개정이 필요함
 - 재산가치 증가에 따른 증여세 과세 후 만일 해당 자산의 처분시점에 가치가 하락했다면 당초 납부했던 증여세를 환급해주는 규정도 마련할 필요가 있음

6. 증여의제규정

가. 현황 및 문제점

- 2004년 초 완전포괄주의 제도 도입 이후 기존 ‘명의신탁재산의 증여의제’ 외에 현재까지 추가로 세 개의 증여의제규정을 마련함
 - 차명거래를 규제하기 위한 명의신탁재산에 대한 증여의제규정은 증여추정규정으로 존재하다가 1998. 12. 28. 법개정(법률 제5582호)으로 증여의제규정화되었고 세밀한 부분이 계속 개정되어 현재에 이름(「상증세법」 제45조의2)
 - 2011년 말에는 일감몰아주기 거래를 규제하기 위해 ‘특수관계법인과 거래를 통한 이익에 대한 증여의제’ 규정을 마련함(「상증세법」 제45조의3)
 - 2015년 12월 15일에는 일감떼어주기 거래를 규제하기 위하여 ‘특수관계법인으로부터 사업기회를 제공받은 수혜법인의 주주에 대한 증여의제’ 규정을 마련함(「상증세법」 제45조의4)
 - 또한 2015년 12월 15일에는 「상증세법」 제41조에서 예시적 규정으로 열거한 ‘특정법인과 거래를 통한 이익의 증여’ 규정을 증여의제규정으로 전환함(「상증세법」 제45조의5)

- 그러나 이러한 증여의제규정의 신설·확대 입법은 ‘증여가 아닌 거래’를 ‘증여거래’로 간주함으로써 조세부과의 공평성을 저해시킬 수 있고, 부당과세에 대한 납세자의 재판받을 권리 및 법원의 심사권을 약화시켜 국민의 재산권이 침해될 수 있다는 측면에서 문제점이 있음
 - 증여추정과는 달리 증여의제규정하에서는 ‘증여의 실질’에 해당하지 않는다는 반증이 존재하더라도 납세자는 이를 주장할 수 없고 법원의 심사대상이 되지도 않음
 - 실질은 증여가 아님에도 증여세로 부과되는 점은 증여의제규정 자체가 내포하는

의미에서 실질과세원칙과 무관하고, 이는 곧 담세력에 따라 부과되는 것이 아님을 나타냄

- 증여의제규정에 대해 헌법재판소는 조세정책상 특정한 요건이나 사실을 증여로 의제하여 증여세를 부과할 필요가 있고, 어떤 사항을 증여로 의제하여 과세할 것인지는 원칙적으로 입법자 형성의 자유에 속하지만 일정 한계를 설정하도록 함²⁹²⁾
- 즉, ‘증여세제의 본질에 반하는 자의적 방식으로 또는 특정의 납세의무자들을 합리적 이유 없이 차별하거나 우대한다든지 하는 방식’으로 증여의제 제도를 마련하는 것은 조세법률주의와 조세평등주의라는 헌법적 한계를 벗어나는 것으로 위헌이라고 판단함

나. 개선방안

- 증여의제규정에 대해 「상증세법」의 도입 전제인 ‘증여의 본질’에 부합하는지, 「상증세법」 외에 다른 법적·행정적 수단은 없는지, 비례의 원칙이나 과잉금지 원칙 등 헌법적 측면²⁹³⁾에서는 문제가 없는지 등의 검토가 필요하며 최소한의 입법으로 제한하는 것이 바람직함
- 특히 명의신탁재산 증여의제, 일감몰아주기 및 일감떼어주기 증여의제규정에 대해서는 여러 선행연구에서 증여세 부과를 통한 규제의 적정성 등이 의문이 제기되는바 현행 완전포괄주의 체계하에서 그 존치에 대해 검토할 필요가 있음

292) 헌재 1997. 10. 30. 선고 96헌바14, 판례집 9-2, pp. 454~477.

293) 명의신탁재산에 대한 증여의제규정에 대해 헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마38결정, 판례집 1, pp. 131~154; 헌재 1998. 4. 30. 선고 96헌바87, 판례집 10-1, pp. 410~434; 97헌바5·29(병합)결정, 판례집 10-1, pp. 410~434; 헌재 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66결정, 판례집 16-2, pp. 314~344; 헌재 2005. 6. 30. 선고 2004헌바40, 판례집 17-1, pp. 946~972; 2005헌바24(병합)결정, 판례집 17-1, 946~972; 헌재 2012. 8. 23. 선고 2012헌바173결정, 판례집 24-2, pp. 553~566; 헌재 2015. 7. 30. 선고 2014헌바474결정 및 헌재 2017. 12. 28. 선고 2017헌바130, 판례집 29-2, pp. 392~403 전원재판부 결정 등 다수에서 위헌은 아니라고 판결함

- 조사대상 주요국에서 이러한 증여의제 사례에 대한 증여세 과세규정은 파악되지 않음
 - 명의신탁재산에 대한 증여의제규정의 성격에 대해서는 국가에서 부정적으로 보는 차명거래 행위에 대해 일종의 제재로써 증여세를 부과한다는 것이 일반적인 견해이므로²⁹⁴⁾ 증여세 부과가 아닌 다른 행정법상의 규제만으로 가능할지에 대한 검토가 필요함
 - 일감몰아주기 및 일감떼어주기를 통한 재벌의 변칙적 부의 이전에 대한 규제는 「상법」이나 「공정거래법」 등의 틀 안에서 기업의 의사결정구조에 영향을 주어 제재를 강화하는 방안을 고려할 수 있음
 - 또한 일감몰아주기 및 일감떼어주기는 추후 자본이득세로 과세가 실현될 수 있으므로 '소득과세우선원칙'이 적용되는 증여세 체계하에 돌지 검토할 필요가 있음
- 또한 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제규정은 일정 과세요건을 충족할 때에만 적용되므로 실질적인 부의 이전이 있었음에도 불구하고 이러한 의제 규정을 악용하여 조세회피가 발생할 수 있을지에 대한 검토가 필요함
- 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여가 증여의제 입법 형식을 취한 이상 비슷한 유형의 거래는 증여의제규정만 적용되고 증여의제요건을 충족하지 못한 경우에는 다시 완전포괄주의 규정을 근거로 과세하는 것은 쉽지 않을 수 있음²⁹⁵⁾
 - 예를 들어 흑자영리법인과의 거래를 통한 이익에 대해 본 규정을 적용할 경우 지배주주의 주식보유비율 요건 50%에 미달하면 증여세 부과 자체가 어려울 가능성이 높음
 - 조사대상 주요국에서는 법인과 지배주주 간의 거래를 통해 법인의 다른 주주가 이익을 얻는 경우 구체적 과세요건을 필요로 하는 의제 규정이 아닌 증여포괄규정 및 예시규정 등으로 과세가 가능한 것으로 보여짐

294) 김세현, 「차명거래 규제에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 박사논문, 2018. 8, p. 93. 재인용

295) 유철형, 「상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석」, 『조세연구』 16-3, 한국조세연구포럼, 2016. 9, pp. 176~179.

박훈, 「상속세 및 증여세 관련 판례의 동향과 전망」, 『조세법연구』 22-3, 한국세법학회, 2016. 11, pp. 242~243.

7. 증여의 실질이 없는 거래에 대한 과세제외

가. 현황 및 문제점

- 완전포괄주의 도입은 과세대상의 무한정 확대를 의미하는 것은 아니며, 열거된 과세요건을 충족하더라도 증여의 실질이 없는 거래에 대해 과세하거나 증여행위와 관련 없는 이익에 과세하는 것은 바람직하지 않음
- 증여자의 증여의사가 없는 거래, 비금전적 경제효과를 포함했을 때 증여이익의 실재성이 의문시되는 거래 등에는 ‘증여의 실질’이 있다고 보기 어려움
- 증여세는 증여재산의 경제적 가치를 정당하게 산정한 가액을 기초로 하여 과세해야 함은 물론이고 납세자가 아무런 경제적 이익을 얻지 못했다면 원칙적으로 증여세를 부과할 수 없음
- 특정법인과외의 거래를 통한 이익 증여와 관련하여 납세자에게 실제로 이익이 발생하지 않은 경우까지 증여세를 과세한다고 해석하는 시행령은 무효에 해당한다는 판례가 나온바 있음²⁹⁶⁾
- 우리나라의 「상증세법」에서는 자산의 고·저가 양도, 타인의 재산가치를 증가시키는 행위, 재산의 무상 또는 고·저가 사용이나 용역의 무상 또는 고·저가 제공 등에 있어서 비특수관계인 간 거래의 관행상 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 증여의 실질이 없는 것으로 보아 과세제외하도록 함
- 이는 행정편의주의적인 과세권을 지양하고, 특수관계 없는 자와의 거래에서는 부의 이전 행위 등에 대해 과세권을 보다 제한적으로 행사할 필요가 있음을 보여줌
- 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075판결이 나온 이후로는 거래의 관행상 정당한 사유의 입증책임은 과세관청에 있음을 명확히 함

296) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결, 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결

- 그러나 특정 거래유형 중 비특수관계인 간의 거래 관행상 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 증여의 실질이 없는 거래에 대한 명확한 과세 제외 조문이 없는 상황이므로 납세자는 부당한 과세에 대해 재산권이 침해될 가능성이 있음
 - 특히 개별예시규정으로 열거된 「상증세법」 제38조(합병), 제39조(증자), 제39조의2(감자), 제39조의3(현물출자), 제40조(전환사채 등의 전환) 등에서는 증여자의 이익분여 의사와 무관하게 증여세를 과세함

나. 개선방안

- ‘증여의 실질’의 존재에 대한 판단은 완전포괄주의 적용의 한계선으로 기능해야 함
 - 증여의 실질 여부 판단은 당해 거래의 경위, 거래 당사자의 관계, 증여의 의사 존부, 거래가액의 결정과정 등을 종합적으로 고려하여 적정한 교환가액을 산정해 거래했다고 볼 수 있는지 확인과정을 거쳐야 함

- 조사대상 주요국에서도 해당 거래가 사업의 정상적 과정에서 이루어졌는지, 증여의사는 존재했는지 등에 입각하여 증여의 실질이 결여된 거래는 증여세를 부과하지 않도록 함
 - 미국에서는 진실되고(bona fide) 상호간 대등한 관계이고(at arm's length) 증여의사가 없는 등의 세 가지 요건을 만족시킬 경우 이를 사업의 정상적 과정에서 발생한 거래로 보며 충분한 대가를 받은 것으로 의제하여 증여세 과세를 배제하도록 함
 - 일본에서는 기본적으로 증여는 「민법」상 증여에 한정되므로 증여의사는 필수 요소이며 의제규정이 아닌 한 증여의사 없는 거래는 증여세를 부과할 수 없음
 - 독일에서는 증여자의 무상성에 대한 의욕이 결여되는 경우 과세대상 무상출연은 존재하지 않는 것으로 보며, 다만 이러한 무상성의 의욕은 증여자의 구체적 의사가 아니라 객관적이고 평균적 거래관념에 따라 판단하고 있음

- 또한 ‘거래의 관행상 정당한 사유’의 입증은 증여의 실질, 즉 증여의사 등을 판단하는 기준이므로 비특수관계인뿐만 아니라 특수관계인 간의 거래에도 적용되는 일반기준으로 기능하는 것이 바람직함
- 일반적으로 특수관계인 간의 거래에는 이익 이전 시 증여의도가 있다고 추정되는 점, 증여의도의 성격상 과세관청의 입증이 곤란하다는 점 등을 감안하여 입증책임을 납세자에게 두는 방안을 고려할 수 있음

VI. 결론

- 2003년 말 증여세 완전포괄주의 도입은 세법에 구체적 증여유형으로 열거되지 않았더라도 증여계약뿐만 아니라 같은 법률효과를 수반하는 행위로 인한 재산·권리·경제적 이익의 무상이전에 대해 증여세를 부과하기 위함임
 - 새로운 변칙증여행위가 발생할 때마다 증여의제규정을 사후적으로 마련하던 방식으로는 과세권을 적절히 행사할 수 없는 한계를 보임
 - 완전포괄주의의 도입은 새로운 유형의 증여행위에 사전에 대처할 수 있도록 하여 조세부담의 공정성 실현으로 사회계층 간 갈등을 해소하고 편법 증여를 차단하는 데 그 목적이 있음

- 완전포괄주의 제도 도입 후 10여년이 흐른 현 시점까지 납세자와 과세관청 사이에 많은 분쟁을 불러일으켰으며, 결국 법원의 판시를 통해 다양한 개별 사안에서 동 제도 적용에 관한 구체적 해석이 생성됨
 - 포괄주의 과세제도는 과세 여부 및 과세가액 산정방법 등이 불분명할 수 있어 과세관청이나 납세자 입장에서 법적안정성이나 예측가능성 저하로 많은 논쟁이 있음

- 그러나 실제 그동안의 법원 판단을 살펴보면 완전포괄주의 도입에 따라 새로운 유형에 대한 증여세 과세가 가능한 부분은 매우 제한적임
 - 포괄적 증여과세의 취지에 대해서는 대체로 인정하지만 구체적 사안의 판단에서는 다시 개별예시규정에서의 과세요건을 충족하는 경우에 한하여 증여세 과세가 가능하다는 판례가 대부분임
 - 법원의 입장에서는 조세공평주의 실현을 목적으로 경제적 실질에 의한 과세를

하기보다는 조세법률주의에 기반한 납세자의 예측가능성 및 법적안정성을 더욱 중시하는 입장에 있기 때문인 것으로 판단됨

- 이러한 법원의 엄격 해석의 원칙에 기반한 증여세 과세범위 제한에 반작용으로 정부는 과세대상 예시를 추가하고 증여재산가액 계산의 일반원칙을 도입하는 등 사후적 개정작업을 지속적으로 하고 있으며, 이에 대한 법원의 구체적인 해석은 아직 나오지 않은 상황임
 - 2013년에는 예시된 증여유형 외에 새로운 유형의 변칙적인 증여행위에도 적극적으로 과세할 수 있도록 포괄적인 증여 개념에 대응하는 일반적인 증여이익의 계산방법인 '증여재산가액 계산의 일반원칙'을 신설함
 - 2015년 12월 15일 '개별예시규정과 경제적 실질이 유사한 경우 등 개별예시규정을 준용하여 증여재산가액을 계산할 수 있는 경우'를 과세대상으로 함을 명시함

- 본 연구에서는 현행 우리나라 「상증세법」의 내용 및 현재까지의 판례분석, 주요국의 입법례 등을 참고하여 증여세 완전포괄주의 제도의 실효성을 제고하는 개선방안을 도출하였음
 - 완전포괄주의 세제는 조세평등주의의 실현을 목적으로 기존 증여의제로 포섭하지 못했던 변칙적 부의 이전에도 대응하여 작동할 수 있다는 점에서 그 당위성은 부인할 수 없으며 거스를 수 없는 방향이라 판단됨

- 구체적으로 증여포괄규정과 개별예시규정 간의 관계 설정에서 개별예시규정은 문언 그대로 증여유형의 예시적 성격으로 기능하며 포괄규정의 과세요건을 충족하면 증여세를 과세해야 한다는 측면에서 실질과세원칙 적용 기준의 정립, 증여유형예시와 평가방법의 분리를 제안함
 - 세법적용의 원칙으로 「국세기본법」 제14조 실질과세원칙을 참고하여, 거래를 이면의 경제적 관점에서 파악하여 거래를 재구성하는 등 경제적 효과에 기초하여 과세하는 구체적인 기준을 마련하는 것이 필요함

- 또한 개별예시규정상의 과세요건을 포함한 과세유형의 내용은 단순히 증여 과세 대상으로서의 예시적 성격으로 남겨두고 구체적인 증여재산 산정방법은 다른 일반적 증여재산평가와 함께 별도 체계로 규정하는 방안을 고려할 필요가 있음

- 또한 완전포괄주의 증여세제하에서 과세 범위가 무한정 확대되는 것을 막기 위해 일정 한계선을 정하고, 합리적이고 체계적인 증여세 체계를 유지하는 방안을 추가 제안함
 - 이전되는 부의 발생 원인에 따라 증여유형 간 조세중립성을 유지하도록 일반거래, 자본거래 등 합리적 구분을 통해 동등한 과세기준금액이 설정되어 증여유형 간 세부담의 형평을 이루는 방안 마련이 필요함
 - 증여시점 이후의 재산가치 증가분에 대한 증여세 과세는 입법정책상의 문제이기는 하나 완전포괄주의의 명확한 경계선을 설정한다는 취지에서 해당 이익에 대해 증여세가 아닌 자본이득세로의 전환을 고려할 수 있음
 - 증여의제규정은 ‘증여의 본질’에 부합하는지, 「상증세법」 외에 다른 법적·행정적 수단은 없는지, 비례의 원칙이나 과잉금지 원칙 등 헌법적 측면에서 문제가 없는지 등을 고려하여 최소한의 입법으로 제한하는 것이 바람직함
 - 증여의 실질 존재에 대한 판단은 완전포괄주의 적용의 한계선으로 기능해야 하며 ‘거래의 관행상 정당한 사유’의 입증은 비특수관계인뿐만 아니라 특수관계인 간의 거래에도 적용되는 일반기준으로 기능하는 것이 바람직함

- 결국 증여세 완전포괄주의 제도의 정착 및 실효성 제고를 위해서는 법원의 전향적 태도 변화가 수반되어야 하며 이와 함께 지속적인 입법 보완 및 세무행정에 대한 신뢰성 제고 노력도 병행해야 할 것임

참고문헌

- 경제분석팀, 『국제비교를 통해 본 우리나라 상속·증여세제 현황 및 개선방안』, 한국경영자총협회, 2018. 10.
- 고선·송은주·유지선, 「외국의 상속세 및 증여세 과세 현황 및 명의신탁에 대한 과세사례 분석」, 『세법연구』 11-01, 한국조세재정연구원, 2011. 9.
- 구재완·윤태화, 「증여세 완전포괄주의 시행에 따른 문제점과 개선방안:시행 이후 새로운 과세사례를 중심으로」, 『상업교육연구』 Vol. 126 No. 3, 한국상업교육학회, 2012.
- 국중호, 『주요국의 조세제도-일본편』, 한국조세재정연구원, 2009. 10.
- 김동수, 「증여세 완전포괄주의제도 시행에 따른 문제점 분석 및 개선방안 연구」, 가천대학교, 2016.
- 김동수·윤태화, 「증여세 완전포괄주의 도입의 성과와 한계에 관한 분석적 연구」, 『회계정보연구』 제34권 제1호, 한국회계정보학회, 2016. 2.
- 김병일, 「상속세 및 증여세제의 개편방안 - 최명근 선생의 정책제안을 중심으로」, 『조세연구』 17(3), 한국조세연구포럼, 2017. 9.
- 김상필·김선득, 「증여세 완전포괄주의 실태 및 문제점」, 『국제경상교육연구』 제2권 제1호, 글로벌경영학회, 2005. 5.
- 김세현, 『차명거래규제에 관한 연구』, 서울대학교 대학원, 2018. 8.
- 김유찬, 「독일 상속증여세제도의 정책시사점」, 『조세학술논집』, 한국국제조세협회, 19, 2003. 2.
- 김유찬·이유향, 『주요국의 조세제도-독일편』, 한국조세재정연구원, 2009. 10.
- 김재진·김민경·김영린·유현영, 『주요국의 상속·증여세제 비교분석』, 한국조세재정연구원, 2015. 12.

- 박정우·정래용, 「증여세 완전포괄주의 제도의 실효성에 관한 연구」, 『홍익법학』 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 박훈, 「상속세 및 증여세 관련 판례의 동향과 전망」, 『조세법연구』 22-3, 한국세법학회, 2016. 11.
- _____, 「조세회피방지를 위한 증여세 완전포괄주의적용의 의의와 한계」, 『사법』 Vol. 1 No. 25, 사법발전재단, 2013.
- 성낙인·박정훈·이창희, 「상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구」, 『법학』 제44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 10.
- 오문성, 『판례를 통해서 본 증여세 완전포괄주의』, 텍스넷, 2016. 3.
- _____, 「현행 상속세 및 증여세법상 완전포괄주의 증여의 문제점 및 개선방향 - 상속세 및 증여세법 제2조 제3항과 개별예시규정의 관계를 중심으로 -」, 『정책연구』, 16-3, 2016. 5.
- 원중학·이형민·홍성열, 「주요국의 상속·증여세제현황 및 최근 동향」, 『세법연구』 12-8, 한국조세재정연구원, 2012. 2.
- 유철형, 「상속세 및 증여세법상 개별예시규정의 해석」, 『조세연구』 16-3, 한국조세연구포럼, 2016. 9.
- 윤지현, 「채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」 제36조의 해석론 소고(小考)」, 『조세법연구』 Vol. 25 No. 1, 한국세법학회, 2019.
- 윤태삼·양인준, 「상속세 및 증여세법상 증여개념의 적용범위와 한계」, 『세무학연구』 제 34권 제1호, 한국세무학회, 2017. 3.
- 이동건, 「증여세 완전포괄주의 입법체계에 대한 소고」, 『KICPA』 2017년 7월호, 한국공인회계사회 2017. 7.
- 이동식, 「독일의 일반규정을 통한 조세회피행위 방지」, 『공법연구』 Vol. 31 No. 4, 한국공법학회, 2003.
- 이전오 외 3인, 『증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구』, 한국조세연구포럼, 2010. 10.
- 이전오, 「2017년 조세법 중요 판례」, 『인권과정의』 Vol. 473, 대한변호사협회, 2018. 5.

- 이창희·김석환·양한희, 「증여세 완전포괄주의와 흑자 영리법인을 이용한 간접증여」, 『조세법연구』 제21권 제3호, 한국세법학회, 2015. 11.
- 장근호, 『주요국의 조세제도-미국편 1』, 한국조세재정연구원, 2009. 10.
- 정래용·조남희, 「증여세 완전포괄주의에 관한 연구」, 『홍익법학』 제12권 2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.
- 정지선·윤성만, 「조세심판원의 결정사례분석을 통한 증여세 완전포괄주의의 적용현황」, 『세무학연구』 제32권 제4호, 한국세무학회, 2015. 12.
- 정평조·나성길, 「상속세 및 증여세법상 포괄증여규정의 적용상 쟁점과 입법적 개선방안」, 『조세연구』 11(3), 한국조세연구포럼, 2011. 12.
- 차진아, 「현행 상속세제의 헌법적 의의와 문제점 - 이른바 완전포괄주의를 중심으로 -」, 『고려법학』 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6.
- 최준영·박종수, 「초과배당에 따른 이익의 증여에 관한 연구」, 『조세법연구』 vol.24 no.2, 한국세법학회, 2018.
- 한상국, 『상속증여세제의 개편에 관한 해외사례연구』, 국회예산정책처 연구용역보고서, 2013. 12.
- 허원, 「2016년 상속세 및 증여세법 판례회고」, 『조세법연구』 23(1), 한국세법학회, 2017. 4.
- 황남석, 「상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 해석론에 관한 몇 가지 쟁점」, 『법학연구』 제28권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2018. 9.
- EY Private Client Services network, “Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2018,” 2018.

국가법령 정보 센터, <http://www.law.go.kr/main.html>

삼일아이닷컴, <http://www.samili.com/>

한국조세재정연구원, <http://www.kipf.re.kr/>

세계법제정보센터, <http://world.moleg.go.kr/>

한국 국세청, <https://www.nts.go.kr/>

독일 통계청, https://www.destatis.de/DE/Home/_inhalt.html

미국 국세청, <https://www.irs.gov/>

일본 국세청, <http://www.nta.go.jp/>

미국 재무부, <https://home.treasury.gov/>

미연방대법원, <https://www.supremecourt.gov/>

IBFD, <https://www.ibfd.org/>

EY, https://www.ey.com/en_gl

Bloomberg Tax&Accounting, <https://pro.bloombergtax.com/tax/>

세법연구 19-03

증여세 완전포괄주의 제도의 개선방안에 관한 연구

발 행 2019년 10월 31일

저 자 김무열 · 이형민 · 윤석현

발행인 김유찬

발행처 한국조세재정연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 336

TEL: 044-414-2114(대) www.kipf.re.kr

등 록 1993년 7월 15일 제2014-24호

조 판 및
인 쇄 (주)계문사

© 한국조세재정연구원 2019

ISBN 978-89-8191-980-1

* 잘못 만들어진 책은 바꾸어 드립니다.



세법연구 19-03

증여세 완전포괄주의 제도의 개선방안에 관한 연구

kipf 한국조세재정연구원

세종특별자치시 시청대로 336
TEL: (044)414-2114 www.kipf.re.kr

