



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法學碩士學位論文

# 법인의 재산 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 대한 타당성

-증여세 부과에 대한 문제점 및 조세회피에 대한 대응방안을 중심으로-

2015년 2월

서울대학교 대학원

법학과

이 제 승

# 법인의 재산 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 대한 타당성

-증여세 부과에 대한 문제점 및 조세회피에 대한 대응방안을 중심으로-

지도교수 이창희

이 논문을 석사학위논문으로 제출함

2014년 10월

서울대학교 대학원

법학과

이 제 승

이제승의 석사학위논문을 인준함

2014년 12월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부 위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문 초록

영리법인은 과세기간 동안 발생한 소득에 대하여 법인세 납부의무를 부담할 뿐 수증재산에 대하여 증여세 납부의무를 부담하지 않는다. 개인은 영리법인이 증여세 납부의무를 부담하지 않고, 또한 법인세율이 통상 증여세율보다 낮은 점을 이용하여, 재산을 다른 개인이 아니라, 다른 개인이 지배하는 영리법인에게 증여함으로써 증여세 부담을 줄이려는 시도를 하기도 한다. 특히 회사 지배주주의 경영권 승계와 관련하여, 회사 지배주주는 자신의 아들이 아닌, 자신의 아들이 지배하는 법인에게 회사 주식을 증여함으로써 회사의 경영권 승계 과정에서 발생할 수 있는 증여세 부담을 줄이려고 시도할 수 있는데, 만약 위 주식 증여 사안에서 법인의 수증재산이 지주회사 발행 주식이라면, 회사 지배주주의 아들은 자신이 지배하는 법인을 통하여 지주회사에 대한 경영권을 행사할 수 있고, 나아가 지주회사를 통하여 기업집단 전체에 대한 경영권을 행사할 수 있게 되는바, 이러한 점을 감안하면 법인의 재산 수증으로 인한 경제적 효과 및 이로 인한 세금 절감의 효과가 작다고 볼 수 없을 것이다.

법인에 대한 증여행위에 대해 과세관청은 증여세 완전포괄주의 도입 전에는 법인의 재산 수증 시 법인에게 이에 대한 법인세를 부과하는 만큼 주주에게 별도로 증여세를 부과하지 않는다는 입장을 유지하였다. 그러다가 증여세 완전포괄주의 도입 이후 종전 입장을 변경하여, 법인에 대한 주식 증여를 “새로운 수법의 경영권승계의 한 유형”으로 보아 주주에게 증여세를 부과하고 있다. 달리 말해 과세관청은 법인의 수증으로 인한 주주의 주식가치 상승이 “제3자의 기여에 의한 타인의 재산가치 상승”에 해당하므로, 상속세 및 증여세법상 증여의 정의 조항 등에 근거하여 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 수 있다고 보는 것이다. 수증법인의 주주들은 보유 주식의 가치상승분에 대한 증여세 과세를 처음 겪는 상황에서 증여세 부과처분에 불복하여 소를 제기하고 있고, 2014. 12. 현재 증여세 부과처분 취소소송에서 다수의 하급심 판결이 선고되었으나, 증여세 부과처분의 적법성에 대한 하급심 판결의 결론이 재판부에 따라 엇갈리는 등 하급심 판결에도 불구하고 증여세 부과처분의 적법성에 대한 논란은 계속되고 있다.

이러한 상황에서 본 논문은 (i) 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 적법한지{이하 “(i)번 사항”}, (ii) 만약 증여세 부과가 적법하지 않다고 할 경우, 법인을 이용한 조세 회피에 어떠한 방식으로 대처하는 것이 적정한지{이하 “(ii)번 사항”}를 검토할 목적으로 작성되었다.

우선 (i)번 사항과 관련하여, 증여세 부과처분 취소소송에서 ① 증여세가 법인세 또는 배당소득세와의 관계에서 이중과세인지(이하 “①번 쟁점”), ② 상증세법 제42조 제1항 제3호(그 밖의 이익의 증여 등)가 증여세 부과의 근거조문이 되는지(이하 “②번 쟁점”)가 핵심 쟁점으로 다루어지고 있어, 본 논문에서도 증여세의 이중과세 여부 및 상증세법 제42조 제1항 제3호의 과세 근거조문 해당 여부에 대하여 검토하였다. 우선 ①번 쟁점인 증여세의 이중과세 여부를 판단하기 위하여, 증여세의 성격 및 증여세, 법인세와 소득세 간의 관계를 검토하였고, 검토 결과 증여세는 소득세 및 법인세와 마찬가지로 “소득”에 대한 과세로서, 사실상 소득세의 성격을 가지며, 상증세법과 소득세법 역시 이러한 인식에 기초하여 동일한 수증재산에 대한 소득과세(소득세, 법인세)와 증여세의 중복과세를 금지하는 다수의 규정을 두고 있음을 확인하였다. 이러한 인식을 기초로 살펴본 결과, 법인의 수증 사안에서 법인세의 과세대상이 되는 소득(수증재산)과 주주에 대한 증여세의 과세대상이 되는 증여이익(주식가치 상승분) 및 주주의 배당소득의 원천이 된 재산(수증재산)이 모두 법인의 수증재산으로서 동일하므로, 증여세는 법인세 및 수증재산을 재원(財源)으로 하는 배당소득에 대한 배당소득세와의 관계에서 이중과세라는 결론에 이르게 되었다. 이중과세라고 해서 반드시 위법한 것은 아니지만, 법인의 수증 사안에서 주주에게 증여세를 부과할 경우, 주주의 세 부담의 합계액은 수증재산의 약 80%에 이르게 되므로, 주주에 대한 증여세 부과는 사실상 수증재산에 대한 몰수의 효과를 가져오는 것으로서 헌법상 재산권 보장 원칙에 반할 뿐만 아니라, 동일한 수증재산에 대한 소득과세와 증여세의 중복과세 금지를 규정한 상증세법 제2조 제2항에 반하여 허용되지 않는다고 봄이 타당하다는 결론을 얻게 되었다.

다음으로 ②번 쟁점과 관련하여, 과세관청은, 법인의 재산 수증이 상증세법 제42조 제1항

제3호의 “사업 양도·양수 등”에 해당하는 것으로 보아 동 호를 근거로 주주에게 증여세를 부과하고 있어, 과세관청 주장의 타당성을 검토하기 위하여 동 호의 입법연혁 및 동 호에 규정된 거래 유형인 “법인의 조직 변경”, “사업 양수·양도”의 의미를 살펴보았다. 그 결과 동 호 후단의 “사업 양수·양도”는 상법상 영업양수도가 아니라 “사업이나 영업 자체를 현물출자하는 거래”로 이해하는 것이 타당한데, 법인의 수증은 “사업이나 영업 자체를 현물출자하는 거래”가 아니므로 동 호 후단의 “사업 양수·양도”에 해당하지 않고, 이외 동 호에 규정된 다른 거래유형에 해당하지도 않으므로, 결국 상증세법 제42조 제1항 제3호는 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 대한 근거조문이 되지 못한다는 결론에 이르게 되었다.

법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 이중과세이고, 따라서 법인세와 증여세의 동시 부과가 허용되지 않음이 밝혀진 상황에서, (ii)번 사항과 관련하여 법인을 이용한 조세 회피에 대한 대응방안으로서, 입법론으로서 법인의 수증재산에 대하여 법인격이라는 법률 형식의 겉껍질을 뚫고 자연인인 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안이 허용되는지 검토하였고, 위 방안이 허용된다는 전제 하에 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과요건 및 주주의 증여이익 산정 방법의 적정성에 대해 검토하였다. 검토 결과 주식회사의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과할 것인가의 문제는 거래비용을 고려하여 결정할 문제이지, 주식회사가 법인이기 때문에 반드시 법인세를 부과해야 한다는 식의 논리필연적 결론을 내릴 수 있는 문제가 아니며, 만약 법인의 수증 시 증여세 납부의무를 부담할 자를 일정한 범위 내의 주주로 제한함으로써 주주 단계에서 증여세를 직접 부과·징수해도 거래비용이 많이 들지 않게 한다면, 법인의 수증 시 주주 단계에서 직접 증여세를 부과·징수하는 것을 불허할 이유가 없다는 결론에 이르게 되었다. 이러한 인식을 바탕으로 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과요건에 대한 입법안을 마련하였고, 나아가 법인세, 배당소득세 및 증여세의 이중과세 조정을 염두에 두고 법인의 수증 시 주주의 증여이익 산정 방법에 대한 입법안을 마련하였다.

주요어 : 법인에 대한 증여, 법인을 이용한 조세회피, 이중과세, 증여세와 소득세의 관계, 상증세법 제42조 제1항 제3호의 성격, 증여세 완전포괄주의

학 번 : 2003 - 22034

# 목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 논의의 순서	2
제2장 주주에 대한 증여세 과세의 배경	5
제1절 증여세 완전포괄주의의 도입	5
1. 서설	5
2. 이론적 근거	6
3. 도입 취지	6
4. 2003. 12. 30. 개정 상증세법(법률 제7010호)의 내용	7
가. 주요 내용	7
나. 조문 구조	8
제2절 증여세 과세에 대한 과세관청의 입장 변경	10
제3장 현행 법인세법 및 소득세법 체계 하에서 주주에 대한 증여세 부과의 문제점	15
제1절 서설	15
제2절 증여세의 성격 및 법인세, 소득세와 증여세의 관계	16
1. 증여세의 성격	16
2. 법인세, 소득세와 증여세의 관계	17
가. 서설	17
나. 상증세법 제2조 제2항	18
다. 구 상증세법 제41조	20
라. 상증세법 제4조 제1항 단서	21
마. 2003. 12. 30. 개정 상증세법에 대한 입법 과정에서의 논의 등	22
바. 소결	26
제3절 증여세의 이중과세 여부	27
1. 이중과세의 개념	27
2. 증여세의 이중과세 여부	28
가. 과세관청의 주장	28



나. 하급심 법원의 판단-----	30
(1) 주식 증여 사건-----	30
(2) 부동산 증여 사건-----	30
다. 증여세의 이중과세 여부에 대한 판단-----	31
(1) 법인세와 증여세의 이중과세 여부-----	31
(2) 배당소득에 대한 소득세와 증여세의 이중과세 여부-----	32
(3) 주식 증여 사건에서 하급심 법원 판단의 문제점-----	32
(4) 소결-----	33
제4절 주주에 대한 증여세 부과에 헌법 및 법률 위반-----	34
1. 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 헌법 위반-----	34
가. 헌법재판소 결정-----	34
나. 주주에 대한 증여세 부과를 허용할 경우 주주의 세 부담-----	35
다. 이중과세 조정 조항의 부존재-----	38
2. 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 상증세법 위반-----	38
3. 결론-----	40
제5절 상증세법 제42조 제1항 제3호의 증여세 부과 근거조문 해당 여부-----	40
1. 서설-----	40
2. 증여세 부과에 근거조문-----	41
가. 상증세법 제42조 제1항 제3호에 대한 과세관청의 주장-----	41
나. 하급심 판결-----	42
(1) 주식 수증 사건-----	42
(2) 부동산 수증 사건-----	43
다. 상증세법 제42조 제1항 제3호의 입법연혁-----	45
라. 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호에 추가된 거래유형--	47
(1) 법인의 조직변경-----	47
(2) 사업 양수·양도-----	51
마. 소결-----	55
제6절 결론-----	56
<b>제4장 법인을 이용한 조세회피에 대한 대응방안-----</b>	<b>58</b>
제1절 서설-----	58
제2절 법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안의 허용 여부-----	61

1. 서설-----	61
2. 주식회사와 법인세-----	62
3. 결론-----	64
제3절 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 요건-----	64
1. 서설-----	65
2. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율-----	66
가. 유보이익에 대한 과세제도-----	66
(1) 미국의 개인지주회사세(Personal Holding Company Tax)-----	66
(2) 미국의 유보이익세(Accumulated Earnings Tax)-----	68
(3) 일본의 특정 동족회사(同族會社) 유보금 과세-----	68
(4) 1949. 11. 7. 제정 법인세법(법률 제62호)상 유보금 과세-----	69
나. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율-----	70
3. 지배주주 등의 주식보유비율 산정 방법-----	71
가. 상증세법 제 41 조에 따른 주식보유비율 산정 방법-----	71
나. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율 산정 방법-----	72
4. 수증법인에 상장법인의 포함 여부-----	73
5. 증여세 과세 대상 거래의 범위-----	75
6. 증여세 납세의무자의 범위-----	76
7. 결론-----	77
제4절 법인의 수증 시 주주의 증여이익 산정 방법-----	79
1. 2014. 1. 1. 개정 상증세법 제41조에 따른 주주의 증여이익 산정 방법-----	79
2. 2014. 1. 1. 개정 상증세법 제41조에 따른 증여이익 산정 방법의 문제점--	80
가. 법인세와 증여세의 이중과세 문제-----	80
나. 배당소득세와 증여세의 이중과세 문제-----	80
3. 주주의 증여이익 산정 방법에 대한 입법안-----	81
가. 수증재산의 익금불산입-----	81
(1) 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 과세규정-----	81
① 2014. 1. 1. 개정 상증세법 제3조 제1항 단서-----	81
② 영리법인을 이용한 변칙상속 관련 상증세법 개정안-----	82
③ 소결-----	83
(2) 영리법인의 수증 시 주주의 증여이익 산정 방법-----	84
나. 배당소득 계산 시 지배주주 등의 증여이익 공제-----	85

4. 결론-----	85
제5절 결론-----	86
제5장 결론-----	89
참고문헌-----	94
<b>ABSTRACT</b> -----	<b>96</b>

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

개인은 증여받은 재산에 대하여 고율의 세율에 따른 증여세 납부의무를 부담한다. 반면 영리법인은 과세기간 동안 발생한 소득에 대하여 법인세 납부의무를 부담할 뿐 수증재산에 대하여 상속세 및 증여세법(이하 “상증세법”)에 따른 증여세 납부의무를 부담하지 않는다.<sup>1</sup> 일반적으로 법인세율이 증여세율보다 낮은 점을 이용하여, 개인은 증여세 부담을 줄이기 위해 재산을 다른 개인에게 증여하는 것이 아니라 다른 개인이 지배하는 영리법인에게 증여하기도 한다. 특히 회사 지배주주의 경영권 세습과 관련하여, 회사 지배주주는 자신의 아들에게 직접 증여하는 경우 발생할 증여세 부담을 감안하여 자신의 아들이 지배하는 법인에게 회사 주식을 증여하고, 회사 지배주주의 아들은 법인을 통하여 자신의 아버지가 지배주주로 있는 회사의 경영권을 이전받기 위한 시도를 하기도 한다.

법인<sup>2</sup>이 재산을 증여받는 경우 법인의 자산액수가 증가하고 이로 인하여 주주의 주식가치가 상승한다. 과세관청은 2003. 12. 30. 개정 상증세법(법률 제7010호) 시행 전에는 법인의 재산 수증으로 인한 주주의 주식가치 상승에 대하여 법인이 법인세를 납부하는 이상 주주에게 증여세를 부과하지 않는다는 입장을 유지하였다. 그러나 2003. 12. 30. 개정 상증세법이 증여세 완전포괄주의를 도입하자 과세관청은 2007년에 들어와서 법인의 수증으로 인한 주주의 주식가치 상승분에 대하여 주주에게 증여세를 부과할 수 있다는 취지의 유권해석<sup>3</sup>을 하면서 종전 입장을 변경하였다. 이후 2010년에 들어와서 과세관청은 대기업의 지배주주가 2008년경 자신의 아들이 지배주주로 있는 비상장회사에 대기업 계열사

---

<sup>1</sup> 상증세법 제4조 제1항

<sup>2</sup> 본 논문에서는 논의의 편의상 영리법인 중 주식회사를 법인으로 칭한다.

<sup>3</sup> 국세청, 서면인터넷방문상담 4팀-1767, 2007. 5. 29.

발행 주식을 증여한 사안에서, 비상장회사의 주주인 아들들에게 주식가치 상승분에 대한 증여세를 부과하였고,<sup>4</sup> 이를 시작으로 법인이 재산을 수증한 다수의 사안에서 주주의 주식가치 상승분에 대하여 증여세를 부과하고 있다. 2014. 7. 현재 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승분에 대한 증여세 부과가 적법하다는 것이 과세관청의 확고한 입장이라고 할 수 있다.

반면 주주들은 보유 주식의 가치상승분에 대한 증여세 과세를 처음 겪는 상황에서 증여세 부과처분에 불복하여 소를 제기하고 있다. 증여세 부과처분 취소소송에서 하급심 판결이 선고되었으나, 증여세 부과처분의 적법성에 대한 하급심 판결의 결론이 재판부에 따라 엇갈리는 등 하급심 판결에도 불구하고 증여세 부과의 적법성에 대한 논란은 계속되고 있다.

본 논문은 (i) 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 적법한지, (ii) 만약 법인세와 증여세의 동시 부과가 허용되지 않는다고 할 경우, 법인을 이용한 조세회피에 대한 대응 방안으로서 법인의 수증재산에 대하여 법인세를 부과하지 않은 채 위 수증재산이 주주에게 직접 증여된 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과하는 것이 허용되는지 검토하고, (iii) 만약 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것이 허용된다고 할 경우, 주주에게 증여세를 부과하기 위한 요건 및 주주의 증여이익을 산정하는 방법을 연구하는 것을 그 목적으로 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 논의의 순서

본 논문의 연구 범위 및 논의의 순서는 다음과 같다.

우선 제2장에서 과세관청이 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과하게 된 배경을 살펴

---

<sup>4</sup> 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결의 사안

보고, 과세관청의 증여세 부과에 계기가 된 증여세 완전포괄주의의 내용을 간단히 소개한다.

제3장에서는 현행 세법 체계 하에서 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 문제점을 검토한다. 주주에 대한 증여세 부과에 적법성 여부와 관련하여 (i) 증여세가 법인세 및 배당소득에 대한 소득세와의 관계에서 이중과세에 해당하는지, (ii) 과세관청이 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 근거조문으로 들고 있는 상증세법 제42조 제1항 제3호가 증여세 부과에 근거조문이 될 수 있는지 살펴본다. 구체적으로 증여세가 이중과세 인지를 검토하기 위하여 증여세의 성격 및 법인세, 소득세와 증여세의 관계를 살펴보고, 증여세가 이중과세라고 할 경우 이것이 헌법상 재산권 보장의 원칙에 위배되는지 또한 소득과세와 증여세의 중복과세 금지를 선언한 상증세법 제2조 제2항<sup>5</sup>에 위배되는지 검토한다. 한편 상증세법 제42조 제1항 제3호<sup>6</sup>가 증여세 부과에 근거조문이 될 수 있는지를 놓고 논란이 계속 되고 있는데,<sup>7</sup> 이를 검토하기 위하여 동 호의 입법연혁을 검토한 후 동 호에 규정된 거래 유형인 “법인의 조직 변경”, “사업 양수·양도”의 의미에 대해 살펴

---

<sup>5</sup> 상증세법 제2조 제2항은 “증여재산에 대하여 소득세 내지 법인세가 부과되는 경우 증여세를 부과하지 아니한다”고 규정하고 있다.

<sup>6</sup> 상증세법 제42조 (기타이익의 증여 등)

① 제33조 내지 제41조, 제41조의3 내지 제41조의5, 제44조 및 제45조의 규정에 의한 증여 외에 다음 각호의 1에 해당하는 이익으로서 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

3. 출자·감자, 합병(분할합병을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)·분할, 제40조제1항의 규정에 의한 전환사채 등에 의한 주식의 전환·인수·교환(이하 이 조에서 “주식전환등”이라 한다) 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래로 인하여 얻은 이익 또는 사업양수도·사업교환 및 법인의 조직변경 등에 의하여 소유지분 또는 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익.

<sup>7</sup> 상증세법 제42조 제1항 제3호가 증여세 부과에 근거조문이 될 수 있는지는 증여세 부과처분 취소소송의 주된 쟁점이 되고 있다(서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722판결, 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 등).

본다.

제4장에서는 법인의 수증 시 법인세를 부과하면서 이와 동시에 주주에게 증여세를 부과하는 것이 허용되지 않는다는 전제 하에, 입법론으로서 법인의 수증 시 법인의 수증재산에 대하여 법인격이라는 법률 형식의 겹겹질을 뚫고 자연인인 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안의 타당성을 검토한다. 이와 관련하여 (i) 법인을 도관(導管)으로 보아 법인 소득의 실제 분배 여부와 상관 없이 법인의 소득이 주주에게 귀속된 것으로 보아 주주 단계에게 직접 과세하는 것이 허용되는지, (ii) 만약 허용된다고 할 경우 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 요건을 어떻게 설정하고, 주주의 증여이익을 어떠한 방식으로 산정하는 것이 적정한지 검토한다.

제5장에서 이상의 논의를 정리한다.

## 제2장      법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세의 배경

### 제1절      증여세 완전포괄주의의 도입

#### 1.      서설

과세관청은 2005년까지만 해도 흑자법인이 특수관계자로부터 증여받은 재산에 대하여 법인세 납부의무를 부담하는 경우 흑자법인의 주주가 위 재산 수증에 대하여 증여세 납부의무를 부담하지 않는다는 입장을 유지해왔다.<sup>8</sup> 그러다가 과세관청은 2007년에 들어와서 흑자법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승분에 대한 증여세 과세는 상증세법 제2조 또는 제42조 등에 해당하는지를 사실 판단하여 결정할 사안이라고 하면서, 흑자법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 수 없다고 한 종전 입장을 변경하였다.<sup>9</sup>

과세관청의 이러한 입장 변경은 2003. 12. 30. 개정 상증세법을 그 근거로 한다. 위 개정 상증세법은 증여세 완전포괄주의를 도입한 법률로 평가받는데, 이하에서 과세관청이 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과하게 된 배경을 살펴보기 위하여 (i) 증여세 완전포괄주의의 이론적 근거, (ii) 도입 취지 및 (iii) 2003. 12. 30. 개정 상증세법의 내용에 대하여 간단히 검토한다.

#### 2.      이론적 근거

---

<sup>8</sup> 국세청은 2005. 4. 11.자 질의회신(국세청 서면4팀-539, 2005. 4. 11.)에서, 상증세법 제41조의 “특정법인(결손법인 등)”에 해당되지 않는 법인으로서 특수관계자로부터 증여받은 재산에 대하여 법인세가 과세되는 경우에는 증여세가 과세되지 않는다는 취지로 답변하였다.

<sup>9</sup> 국세청은 2007. 5. 29.자 질의회신(국세청 서면인터넷방문상담 4팀-1767, 2007. 5. 29.)에서, 특정법인에 해당하지 않는 법인이 타인으로부터 재산을 증여받거나 재산 또는 용역을 시가보다 낮거나 높은 가격으로 거래함으로써 주식가치가 증가한 것에 대하여 당해 법인의 주주에게 증여세를 과세할 수 있는지 여부는 사실판단 사항이라고 답변하였다.



피상속인이 사망 전에 재산을 미리 증여할 경우 상속세를 회피할 수 있는바, 상속세제의 실효성을 확보하기 위하여 마련된 것이 증여세라고 할 수 있다.<sup>10</sup> 증여세가 상속세의 보완과세로서의 역할을 수행한다는 사실을 감안하면 증여세의 과세대상이 되는 재산의 범위는 상속세와 일치해야 한다.<sup>11</sup> 그런데 상속은 모든 권리·의무의 포괄적 이전으로서, 상속세가 완전포괄 과세로 되어 있으므로, 상속세의 보완과세인 증여세도 민사법상의 증여 개념에 얽매이지 않고 완전포괄주의를 채택해야 한다는 것이 증여세 완전포괄주의의 이론적 근거라고 할 수 있다.<sup>12</sup>

### 3. 도입 취지

증여세 완전포괄주의가 도입되기 전에는 상증세법의 개별증여규정에 해당하는 경우에만 해당 거래에 대하여 증여세를 부과할 수 있었다. 이에 사경제주체(私經濟主體)들은 상증세법상 개별증여규정을 잠탈하는 행위를 통해 증여세 납부의무를 면하면서 부(富)를 변칙적으로 증여하는 일이 빈번하게 발생하였다. 사경제주체들의 변칙증여가 있으면 과세당국이나 입법자들은 개별증여규정을 보완하여 새로운 증여에 대한 입법을 통하여 이를 규제하려 하였고, 사경제주체는 다시 새로운 유형의 변칙증여를 시도하는 악순환이 반복되었다.

사전에 부의 무상이전을 가능하게 하는 모든 법률적 형식들을 파악하여 법률에 명시하는 것이 불가능하므로,<sup>13</sup> 변칙증여에 대처하기 위하여 증여세 완전포괄주의를 도입해야 한다는 주장이 힘을 얻었고, 이러한 주장들에 기초하여 2003. 12. 30. 개정 상증세법은 과세유

---

<sup>10</sup> 이창희, 세법강의 제12판(2014년판), 박영사, 1089면

<sup>11</sup> 이창희, 앞의 책, 1089면

<sup>12</sup> 이창희, 앞의 책, 1089면

<sup>13</sup> 성낙인, 이창희, 박정훈, “상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구”, 법학 44권 4호, 서울대학교 법학연구소, 225면

형을 일일이 열거하지 않더라도 사실상 재산의 무상이전이 있는 경우 증여세를 부과할 수 있다는 내용의 증여세 완전포괄주의를 도입하였다.<sup>14</sup>

결국 상증세법에 열거되지 않은 새로운 유형의 변칙증여에 대하여 증여세를 부과할 수 있도록 하는 것이 증여세 완전포괄주의의 도입 취지라고 할 수 있다.

#### 4. 2003. 12. 30. 개정 상증세법의 내용

##### 가. 주요 내용<sup>15</sup>

2003. 12. 30. 개정 상증세법은 변칙적인 상속·증여에 사전적으로 대처하기 위하여 민법상 증여와 구별하여 “그 행위 또는 거래의 명칭, 형식, 목적 등에 불구하고 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형, 무형의 재산을 타인에게 직접 또는 간접적인 방법에 의하여 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가로 이전하는 경우를 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것”을 증여로 하여 증여의 개념을 새롭게 마련하였다.<sup>16</sup>

또한 2003. 12. 30. 개정 상증세법은 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아” 상증세법 제2조 제3항의 증여에 해당하는지 여부를 판단할

---

<sup>14</sup> 국회 재정경제위원회, 상속세 및 증여세법 중 개정법률안 심사보고서, 2003. 12., 1면

<sup>15</sup> 4의 가.항의 내용은 “상속세 및 증여세법 중 개정법률안 심사보고서” 3면부터 5면까지의 내용을 정리한 것이다. 국회 재정경제위원회, 상속세 및 증여세법 중 개정법률안 심사보고서, 2003. 12., 3~5면

<sup>16</sup> 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제2조 제3항

수 있도록 하였다.<sup>17</sup>

나아가 증여세 과세대상과 관련하여 종전에는 기본적으로 과세대상이 되는 원래 의미의 “증여”와 그에 해당하지 않지만 증여세 부과와 관련하여 증여로 의제하는 14개의 거래 유형 - 흔히 “증여의제” - 이 있었다. 그러나, 이러한 입법체계를 취할 경우 원래의 “증여”가 아니고 증여의제규정으로 열거되어 있지도 않는 사항은 아예 과세하지 못하는 문제가 있었다. 그리하여 종전의 증여의제규정의 내용을 보완하여 이를 증여재산가액의 계산에 관한 예시규정으로 전환하고, 예시되지 아니한 재산의 무상이전이나 가치증가분 등에 대하여도 증여세를 과세할 수 있도록 하는 포괄규정을 마련하였다.<sup>18</sup>

## 나. 조문 구조

2003. 12. 30. 상증세법 개정 전에는 ① 민법상 증여를 의미하는 일반적 증여 조항(2002. 12. 18. 개정 상증세법(제6780호) 제2조), ② 유·무형의 재산을 직·간접적으로 무상이전 받은 경우 증여세를 부과한다는 내용의 일반적 증여의제 조항(2002. 12. 18. 개정 상증세법 제32조<sup>19</sup>), ③ 14개 유형의 개별 증여의제 열거규정, ④ 유사유형 증여의제 규정(2002. 12. 18. 개정 상증세법 제42조<sup>20</sup>)이 있었다.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제2조 제4항

<sup>18</sup> 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제33조 내지 제42조

<sup>19</sup> 2002. 12. 18. 개정 상증세법 제 32 조 (증여의제 과세대상)

특수관계에 있는 자로부터 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산(금전으로 환가할 수 있는 경제적 이익 및 법률상 또는 사실상의 권리를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 직접적이거나 간접적으로 무상이전을 받은 경우에는 그 무상으로 이전된 재산에 대하여 증여세를 부과한다.

<sup>20</sup> 2002. 12. 18. 개정 상증세법 제 42 조 (기타의 증여의제)

① 제 33 조 내지 제 38 조, 제 39 조의 2, 제 41 조 및 제 41 조의 2 내지 제 41 조의 5 에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 특수관계에 있는 자가 직접 또는 간접적인 방법으로 재산(금전으로 환가할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건과 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 권리를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)과 관련된 거래 또는 행위를 하거나 법인의 합병·

그러나 2003. 12. 30. 개정 상속세법은 (i) 개정 전 위 ①, ②, ③, ④의 증여를 모두 포괄하는 증여의 정의 조항을 마련하고, (ii) 개정 전 ②번의 일반적 증여의제 조항 및 개정 전 ④번의 유사유형 증여의제규정(유형별 포괄주의 조항)을 유형별 포괄주의가 아닌 일반적 포괄주의,<sup>22</sup> 즉 완전포괄주의로 전환하며,<sup>23</sup>(iii) 개정 전 ③의 14개 유형의 열거규정을 예

---

분할 및 감자 등에 참여 또는 참여하지 아니함으로써 통상적으로 지급하여야 하는 대가를 지급하지 아니하고 재산 또는 소유지분의 평가액이 변동됨에 따라 직접 또는 간접적인 이익을 얻은 경우로서 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그에 상당하는 이익을 증여받은 것으로 본다..(생략)..

② 제 1 항·제 3 항 또는 제 33 조 내지 제 41 조의 5 에 준하는 것으로서 제 3 자를 통한 간접적인 방법으로 재산이 사실상 무상으로 이전된 경우에는 당해 재산을 이전받은 자가 그 이전받은 때에 제 3 자를 통하여 당해 재산을 이전한 자로부터 대통령령이 정하는 재산가액을 증여받은 것으로 본다.

<sup>21</sup> 국회사무처, 제16대 국회 제243회 재정경제위원회회의록(법안및청원심사소위원회) 제7차, 2003. 11. 10., 3면

<sup>22</sup> 국회 재정경제위원회 전문위원은 2003. 11. 10. 제243회 국회 재정경제위원회 회의에서 “일반적 포괄주의”라는 용어를 사용하면서 상속세법 개정안의 내용을 설명하였다. 위 전문위원이 작성한 “상속세 및 증여세법 중 개정법률안(정부 제출) 검토보고(2003. 10.)” 5면에는 “②{일반적 증여의제 조항(제32조)}·④{유사유형 증여의제 조항(제42조, 유형별 포괄주의)}의 규정을 완전포괄주의로 전환”한다고 기재되어 있는바, 위 검토보고의 내용을 감안할 때 국회 재정경제위원회 전문위원은 제243회 국회 재정경제위원회 회의 당시 “일반적 포괄주의”라는 용어를 완전포괄주의의 의미로 사용한 것으로 이해된다.

<sup>23</sup> 2002. 12. 18. 개정 상속세법은 증여의제로 열거된 유형과 유사한 형태로 이루어지는 부(富)의 무상이전을 과세하기 위하여 제42조(기타의 증여의제)를 두고 있었다. 그러다가 2003. 12. 30. 개정 상속세법이 증여의 개념을 확대하면서(상속세법 제2조 제3항), 개별예시규정과 유사한 형태의 부의 무상이전에 대하여 증여세 과세를 함과 동시에 확대된 증여의 개념(경제적 가치를 계산할 수 있는 유형, 무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것)을 구체적으로 예시하기 위하여 기존 “기타의 증여의제” 규정을 “기타 이익의 증여 등”(상속세법 제42조)에 대한 규정으로 개정한 것으로 이해된다(사법연수원, 상속세 및 증여세법 연구(2010), 141면). 한편 국회 재정경제위원회 전문위원은 2003. 11. 10. 상속세법 개정안 설명 당시 유형별 포괄주의라는 용어와 대비시키기 위하여, 즉 개별

시규정으로 전환하는 내용으로 상증세법을 개정하였다.<sup>24</sup>

2003. 12. 30. 개정 상증세법상 완전포괄주의의 도입에 따른 증여세 과세 범위의 확대를 표로 정리하면 아래와 같다.

[완전포괄주의 도입에 따른 증여세 과세 범위의 확대]<sup>25</sup>

증여세			
민법상 증여	증여의제·추정		새로운 유형
계약에 의한 재산의 직접 이전	일반 거래를 통한 재산의 무상이전	자본거래를 통한 재산의 무상이전	2002. 12. 18. 개정 상증세법상 증여의제 유형과 유사한 경우
	열거주의		형식 등에 관계 없이 재산의 직·간접 무상 이전
	유형별 포괄주의		
	완전포괄주의(일반적 포괄주의)		

## 제2절 증여세 과세에 대한 과세관청의 입장 변경

결손법인의 경우 재산 수증에도 불구하고 결손금 덕분에 법인세 부담을 지지 않는다. 이

예시규정과 유사한 형태가 아니더라도 증여의 개념에 해당하면 일반적으로 증여과세를 할 수 있다는 의미를 나타내기 위하여 “일반적 포괄주의”라는 용어를 사용한 것으로 이해된다.

<sup>24</sup> 국회사무처, 제16대 국회 제243회 재정경제위원회회의록(법안및청원심사소위원회) 제7차, 2003. 11. 10.,3면

<sup>25</sup> 국세청, 개정세법해설(2004) 중 상속세 및 증여세법, 6면

에 결손법인의 주주의 특수관계인들이 결손법인에게 재산을 증여함으로써 세금 부담 없이 부(富)를 결손법인의 주주에게 무상으로 이전하는 일이 발생하였고, 상증세법은 이러한 유형의 조세회피를 방지하기 위하여 결손법인의 수증 시 결손법인의 주주에게 증여세를 부과할 수 있다는 내용의 규정<sup>26</sup>을 마련하게 되었다.

상증세법 제41조가 법인세 부담 없이 부의 무상이전이 일어나는 것을 방지하기 위해 마련된 규정인 만큼, 과세관청은 2003. 12. 30. 증여세 완전포괄주의가 도입된 이후에도, 혼자법인의 수증 시 수증재산에 대하여 법인세가 부과되므로 주주에게 증여세를 부과할 수 없다는 종전 입장을 유지하였다.<sup>27</sup> 그러다가 과세관청은 2007년에 들어와서 혼자법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 여부는 상증세법 제2조 또는 제42조 등에 해당하는지를 사실 판단하여 결정할 사안이라고 하면서, 주주에 대한 증여세 부과가 가능하다는 취지로 종전 유권해석을 변경하였다. 이후 2010년에 들어와서 과세관청은, 대기업을 지배주주가 자신의 아들이 대주주로 있는 비상장회사에 대기업 계열사 주식을 증여한 사건에서, 대기업을 지배주주의 아들이 보유 주식의 가치상승이라는 이익을 얻은 것으로 보아 대기업 지배주주의 아들에게 주식가치 상승분에 대한 증여세를 부과하였다.<sup>28</sup>

이와 관련하여 개인이 보유주식을 통하여 회사를 직접 지배하는 경우와 자신이 지배하는 법인으로 하여금 회사 발행 주식을 보유하게 함으로써 위 법인을 통하여 간접적으로 회사를 지배하는 경우를 비교해 보면, 양자의 경제적 효과가 반드시 동일하다고 보기는 어려울 것이다. 부연하면 주주가 회사에 대하여 가지는 권리로서 (i) 회사의 운영에 참가하는 것을 목적으로 하는 권리, 즉 의결권,<sup>29</sup> 이사·감사의 해임청구권<sup>30</sup> 등의 공익권(共益

---

<sup>26</sup> 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제6항

<sup>27</sup> 국세청 서면 4탐-885, 2004. 6. 17., 국세청 서면4탐-409, 2005. 3. 22., 국세청 서면 4탐-539, 2005. 4. 11.

<sup>28</sup> 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결(각주 4)의 사안

<sup>29</sup> 상법 제369조

<sup>30</sup> 상법 제385조, 제415조

權)과 (ii) 회사로부터 경제적 이익을 받는 것을 목적으로 하는 권리, 즉 이익배당청구권,<sup>31</sup> 잔여재산분배청구권<sup>32</sup> 등의 자익권(自益權)이 있는데, (i) 공익권 행사의 경우 개인이 보유주식을 통하여 회사에 대한 의결권 등을 직접 행사하는 경우와 자신이 지배하는 법인을 통하여 의결권 등을 간접적으로 행사하는 경우 간에 큰 차이가 없다고 할 수 있다. 반면 (ii) 자익권의 경우, 개인이 회사 발행 주식을 보유하고 있으면 회사로부터 배당이나 잔여재산분배 등을 직접 받을 수 있으나, 개인이 법인을 통하여 간접적으로 회사를 지배하는 경우, 위 법인이 회사로부터 배당이나 잔여재산을 분배받아도 이를 주주에게 배당하지 않는 한, 개인은 해당 재산을 수령하지 못하게 된다. 실제 배당은 기업의 순자산이 일정 금액(자본금, 자본적립금, 이익준비금 및 소정의 미실현이익의 합계액)을 초과한 경우에 실시할 수 있는 것으로서,<sup>33</sup> 만약 법인이 상법 제462조<sup>34</sup>의 배당 요건을 갖추지 못하는 경우 개인은 배당을 받지 못하게 되는바, 이러한 점을 감안할 때 개인이 보유주식을 통하여 회사를 직접 지배하는 경우와 자신이 지배하는 법인을 통하여 간접적으로 지배하는 경우의 경제적 효과가 반드시 동일하다고 볼 수는 없을 것이다.

다만, 지배주주의 경우 굳이 법인으로부터 배당을 받지 않아도 급여, 상여금 등 배당 이외의 방법으로 법인의 재산을 외부로 유출할 수 있을 것인바, 지배주주가 법인으로부터 배당을 받지 못한다고 하여도 그것이 지배주주에게 반드시 중대한 불이익이라고 보기는 어려울 것이다. 또한 친족 간 주식 증여는 주식 발행 회사에 대한 경영권 이전을 핵심적인 내용으로 하는데, 개인이 지배하는 법인이 회사 주식을 증여받을 경우 개인은 위 법인을 통하여 회사에 대한 경영권을 행사할 수 있을 것인바, 이러한 점을 감안할 때 증여세 부과와 관련해서는 법인에 대한 주식 증여의 경우 회사의 경영권이 법인의 지배주주에게 이전될 수 있다는 점에 초점을 맞추어 증여세 부과의 적법성 여부에 대한 논의를

---

<sup>31</sup> 상법 제462조

<sup>32</sup> 상법 제538조

<sup>33</sup> 상법 제462조

<sup>34</sup> 상법 제462조는 이익배당의 요건에 대해 규정하고 있다.

진행하여도 문제가 없을 것으로 생각된다.

대기업 지배주주의 주식 증여 사안<sup>35</sup>으로 돌아와 살펴보면, 회사의 지배주주가 회사 경영권 이전을 위해 자신의 아들에게 회사 주식을 증여하는 경우, 아들은 고율의 세율에 따른 증여세 납부의무를 부담한다. 반면 회사의 지배주주가 자신의 아들이 대주주로 있는 법인에게 회사 주식을 증여하는 경우, 위 수증법인은 자산수증이익에 대하여 법인세만 납부하면 된다. 그런데 통상 법인세율이 증여세율보다 낮으므로, 회사의 지배주주는 자신의 아들이 지배하는 법인에 회사 주식을 증여함으로써 증여세율과 법인세율의 차이에 해당하는 세금을 절감할 수 있고, 회사 지배주주의 아들은 자신이 지배하는 법인을 통하여 아버지가 대주주로 있는 회사에 대한 경영권을 간접적으로 행사할 수 있게 된다. 즉 회사의 지배주주와 그의 아들은 일견 법인에 대한 주식 증여 거래를 통하여 증여세를 회피하면서 회사 경영권의 세습이라는 목적을 달성하였다고 볼 수도 있을 것이다.<sup>36</sup>

과세관청은 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사안(각주 4의 사안)에서 위 주식 증여 거래를 변칙증여의 일종으로서 “새로운 수법의 경영권승계의 한 유형”으로 인식하였다.<sup>37</sup> 즉 과세관청은 회사의 지배주주가 아들에게 주식을 직접 증여하려는 의사를 가지고 있었으나 세 부담을 줄이기 위하여 아들이 지배하는 법인에게 회사 주식을 증

---

<sup>35</sup> 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결(각주 4)의 사안

<sup>36</sup> 만약 법인의 수증재산이 지주회사 발행 주식인 경우, 수증법인의 대주주는 위 수증법인을 통하여 지주회사에 대한 경영권을 행사할 수 있고, 나아가 지주회사를 통하여 기업집단 전체에 대한 경영권을 행사할 수 있게 된다. 각주 4와 26에서 이미 인용한 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결의 사안에서 대규모 기업집단의 회장은 계열사 주식을 자신의 아들이 지배하는 비상장회사에 증여하였는데, 위 계열사는 당시 대규모 기업집단의 지주회사에 대한 주식 9.8%를 보유하고 있었다. 위 사건에서 서울행정법원은 회장의 아들이 지배하고 있는 비상장회사가 회장의 주식 증여로 인하여 지주회사의 주식 중 11%를 직·간접적으로 소유하게 되었고, 이에 따라 회장의 아들이 실질적으로 지주회사의 차순위 최대주주가 되었다고 사실인정을 하였다.

<sup>37</sup> 과세관청은 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사건에서 위와 같이 주장하였다.



여하였다고 본 것이다. 과세관청은 새로운 유형의 변칙증여에 대처하기 위하여 증여세 완전포괄주의를 도입한 이상 법인의 수증거래에 대해서도 2003. 12. 30. 개정 상증세법을 적용하여 주주에게 증여세를 부과할 수 있다고 판단하였고, 이에 따라 위 사안에서 상증세법 제2조 제3항 및 제42조 제1항 제3호를 적용하여 주주에게 증여세를 부과하였다.

## 제3장      현행 법인세법 및 소득세법 체계 하에서 주주에 대한 증여세 부과 문제점

### 제1절    서설

현행 법인세법 및 소득세법 하에서 법인이 재산을 증여받는 경우 법인은 수증재산에 대한 법인세 납부의무를 부담하고, 법인이 주주에게 배당을 하는 경우 비로소 주주는 배당소득에 대한 소득세 납부의무를 부담한다. 즉 법인의 소득이 주주에게 배당되기 전까지 주주는 법인의 증가된 소득에 대한 소득세 납부의무를 부담하지 않는다.

한편 2003. 12. 30. 개정 상증세법은 “기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것”을 증여의 개념에 포함시켰다.<sup>38</sup> 그 결과 법인이 제3자로부터 재산을 증여받는 경우 주주는 제3자의 기여에 의하여 주식가치가 상승하였다고 볼 수 있으므로, 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과해야 한다는 입론 역시 가능하게 되었다.

이처럼 법인의 소득 증가 시 주주에 대한 과세 여부를 놓고 현행 법인세법, 소득세법과 상증세법은 일견 상충된 입장을 취하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 상황에서 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 적법한지를 검토하기 위하여 증여세의 성격 및 법인세, 소득세와 증여세의 관계를 미리 살펴볼 필요가 있다. 따라서 이하에서는 현행 세법 하에서 증여세의 성격 및 법인세, 소득세와 증여세의 관계를 먼저 살펴본 후 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 이중과세인지, 만약 이중과세라고 할 경우 증여세 부과가 헌법상 보장된 재산권 침해에 해당하는지, 나아가 소득과세와 증여세의 중복과세 금지를 규정한 상증세법 제2조 제2항 위반에 해당하는지 검토하도록 한다.

---

<sup>38</sup> 상증세법 제2조 제3항

또한 과세관청은 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 근거조문을 상증세법 제42조 제1항 제3호<sup>39</sup>로 보아 법인의 수증으로 인한 주주의 주식가치 상승분을 주주의 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하고 있는데, 이와 관련하여 상증세법 제42조 제1항 제3호가 주주에 대한 증여세 부과에 근거 조문이 될 수 있는지 검토한다.

## 제2절 증여세의 성격 및 법인세, 소득세와 증여세의 관계

### 1. 증여세의 성격

소득세법상 소득의 개념에 대한 순자산증가설의 입장에 따르면 소득이란 일정기간 내에 있어서 납세자의 순자산의 증가를 의미한다.<sup>40</sup> 그런데 개인이 증여받은 경우 개인의 순자산이 증가되므로, 수증에 의한 이익은 넓은 의미에서 소득의 개념에 포함된다고 볼 수 있다.<sup>41</sup>

한편 법인세법은 법인세 과세대상인 각 사업연도의 소득을 익금의 총액에서 손금의 총액을 공제한 금액으로 정의한다.<sup>42</sup> 법인세법상 익금이란 “자본 또는 출자의 납입 및 법인세법에서 규정하는 것은 제외하고 해당 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액”을 의미한다.<sup>43</sup> 그런데 법인에 대한 증여는 자본의 납입 및 법인세법에서

---

<sup>39</sup> 상증세법 제42조 제1항 제3호는 “출자, 감자, 합병, 분할, 전환사채 등에 의한 주식의 전환, 인수, 교환 등 법인의 자본을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익 또는 사업양수, 양도, 사업교환 및 법인의 조직 변경 등에 의하여 소유지분이나 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익”을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하는 규정이다.

<sup>40</sup> 임승순, 조세법(2013년도판), 박영사, 364면

<sup>41</sup> 소득을 순자산증가설의 입장에서 파악하면, 자본이득이나, 일시적 소득, 상속이나 증여 등과 같은 은혜적, 우발적 이득이 모두 개념상 소득에 포함된다(임승순, 앞의 책, 364면).

<sup>42</sup> 법인세법 제14조

<sup>43</sup> 법인세법 제15조 제1항

규정하는 것을 제외하고 “해당 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액”에 해당하므로, 증여로 인한 이익 역시 법인세 과세대상인 법인의 소득에 포함된다.<sup>44</sup>

결국 소득의 개념을 순자산증가설의 입장에서 파악하면, 수증에 의한 이익 역시 소득세 법상 또는 법인세법상 소득을 구성하므로,<sup>45</sup> 즉 재산의 무상이전으로서의 증여도 순자산 증가의 일종에 해당하여 그 본질을 소득으로 볼 수 있기 때문에, 증여세는 소득세 및 법인세와 마찬가지로 “소득”에 대한 과세로서의 성격을 가진다.<sup>46</sup> 다시 말해 증여세는 증여에 의하여 무상으로 취득한 수증재산에 대하여 부과하는 조세로서 본질적으로 소득세의 성격을 지닌다고 할 수 있다.<sup>47</sup>

## 2. 법인세, 소득세와 증여세의 관계

### 가. 서설

무상수증액도 순자산증가액의 성질을 가지므로 수증자에게 증여세를 부과하지 않는 대신 소득세나 법인세를 부과하는 제도를 둘 수 있다.<sup>48</sup> 그런데 정책적으로 특정한 유형의 무상수증액에 대해 증여세 대신 소득세나 법인세를 부과하는 것으로 소득세법이나 법인세

---

<sup>44</sup> 한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 대한 고찰”, 조세법 연구 [XVII-2], 사단법인 한국세법학회, 310면

<sup>45</sup> 임승순, 앞의 책, 838면,

<sup>46</sup> 이동식, “소득세와 증여세의 이중과세조정 문제”, 특별법연구 제8권, 특별소송실무연구회, 529면; 다만 수증에 의한 이익의 경우 소득의 실현이 지속적으로 이루어지는 것이 아니고, 또한 대가적 출연 없이 소득의 실현이 이루어지기 때문에 소득세 또는 법인세와는 세목을 달리하여 과세하고 있을 뿐인 것이다. 이동식, 앞의 논문, 529면

<sup>47</sup> 김완석, “수증재산에 대한 소득과세 우선의 원칙의 문제점”, 공법연구 39집 3호(2011년), 한국공법학회, 326면

<sup>48</sup> 한만수, 앞의 논문, 310면, 312면

법에서 규정하고 있다면, 수증액에 대하여 증여세를 부과한다는 상증세법의 규정이 있다고 하여 다시 증여세를 부과할 수 없음은 증여세의 “소득” 과세로서의 성격에 비추어 볼 때 당연한 것이다.<sup>49</sup> 이러한 법리를 명문으로 규정한 것이 상증세법 제2조 제2항<sup>50</sup>이라고 할 수 있다.<sup>51</sup>

상증세법은 제2조 제2항과 같이 법인세, 소득세와 증여세의 관계를 유추할 수 있는 규정들을 두고 있는데, 이하에서는 법인세, 소득세와 증여세의 관계에 대하여 직·간접적으로 규정하고 있는 (i) 상증세법 제2조 제2항, (ii) 상증세법 제41조, (iii) 상증세법 제4조 제1항 단서에 대하여 살펴보고, (iv) 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제2조 제3항에 대한 입법 과정에서 논의된 살펴봄으로써 법인세, 소득세 및 증여세의 관계를 검토하도록 한다.

#### 나. 상증세법 제2조 제2항

상증세법 제2조 제1항<sup>52</sup>은 영리법인을 처음부터 증여세 납세의무자의 범위에서 제외하고 있으며, 상증세법 제4조 제1항 단서 역시 수증자가 영리법인인 경우 당해 영리법인이 납부할 증여세를 면제한다고 규정하고 있다. 즉 영리법인이 재산을 수증한 경우 영리법인은 수증재산에 대하여 법인세 납부의무를 부담할 뿐 증여세 납부의무를 부담하지 않는다.

한편 상증세법 제2조 제2항은 “제1항에 규정된 증여재산에 대하여 수증자에게 소득세법에 따른 소득세, 법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우(제45조의3에 따라 증여로 의

---

<sup>49</sup> 한만수, 앞의 논문, 310면, 312면

<sup>50</sup> 상증세법 제2조 제2항은 “증여재산에 대하여 수증자에게 소득세법에 따른 소득세, 법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우(제45조의3에 따라 증여로 의제되는 경우는 제외한다)에는 증여세를 부과하지 아니한다”고 규정하고 있다.

<sup>51</sup> 한만수, 앞의 논문, 310면, 312면

<sup>52</sup> 상증세법 제2조 제1항은 거주자, 비거주자, 내국·외국 비영리법인을 증여세 납세의무자로 규정하고 있다.

제되는 경우는 제외한다)에는 증여세를 부과하지 아니한다..(생략)..”고 규정하고 있다. 위 상증세법 제2조 제2항의 괄호 안에 규정된 상증세법 제45조의3은 소위 일감 몰아주기 증여의제 규정으로서, 수혜법인이 특수관계법인과의 거래를 통하여 이익을 얻는 경우 수혜법인의 주주에게 증여세를 부과한다는 내용을 담고 있는데, 상증세법 제45조의3이 영리법인에게도 적용되므로, 상증세법 제2조 제2항 역시 수증자가 영리법인인 경우에도 적용되는 조항이라고 할 수 있다. 그 결과 상증세법 제2조 제2항은, 수증자가 비영리법인인 경우뿐만 아니라 영리법인이어서 증여재산에 대하여 영리법인에게 법인세가 부과되는 경우 증여세를 부과하지 않는다는 의미로 해석될 수 있다.

그런데 앞서 말한 바와 같이 상증세법 제2조 제1항 및 제4조 제1항 단서는 영리법인의 경우 수증재산에 대하여 증여세 납부의무를 부담하지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 이러한 마당에 상증세법 제2조 제2항을 “수증재산에 대하여 영리법인에게 법인세가 부과되는 경우 당해 영리법인에게 증여세를 부과하지 않는다”는 의미로 해석할 경우, 동 조항은 상증세법 제2조 제1항 또는 제4조 제1항 단서의 내용을 재차 확인하는 규정 이상으로서의 의미를 가지지 못하게 된다.<sup>53</sup> 그런데 입법자가 동일한 내용을 가지는 규정을 반복해서 규정할 이유가 없는바, 위와 같은 해석은 그 타당성에 의문이 제기된다.

뿐만 아니라 상증세법 제2조 제2항은 괄호 안에서 “제45조의3에 따라 증여로 의제되는 경우는 제외한다”고 규정하고 있다. 상증세법 제2조 제2항의 구조를 감안하면, 괄호 안의 규정은 괄호 밖의 규정에 대한 예외로서의 성격을 가진다. 그런데 괄호 안의 규정인 상증세법 제45조의3은 수혜법인이 특수관계법인과의 거래를 통하여 얻은 이익에 대하여 법인세 납부의무를 부담함에도, 수혜법인의 주주가 증여세 납부의무를 부담한다는 내용을

---

<sup>53</sup> 법인이 최대주주의 특수관계인으로부터 부동산 및 주식을 증여받은 사건(서울행정법원 2013. 5. 24. 선고 2012구합4999 판결 사안)에서, 원고들의 소송대리인은 상증세법 제2조 제2항이 수증재산에 대한 법인세와 증여세의 중복과세 배제를 선언한 규정이라고 설명하면서 위와 같이 주장하였다.

가지는바, 괄호 밖의 규정은 이와 반대되는 의미, 즉 “증여재산에 대하여 법인이 법인세 납부의무를 부담하는 경우 당해 법인의 주주가 증여세 납부의무를 부담하지 않는다”는 의미로 해석될 수 있다.<sup>54</sup>

결국 상증세법 제4조 제1항 단서가 영리법인의 증여세 면제에 대하여 규정하고 있음에도 불구하고, 상증세법 제2조 제2항이 동일한 내용을 재차 반복해서 규정할 이유가 없는 점, 상증세법 제45조의3은 수혜법인의 법인세 납부의무에도 불구하고 수혜법인의 주주에 대한 증여세 납부의무를 규정하고 있는데, 상증세법 제2조 제2항의 괄호 밖의 규정은 조문 구조 상 이와 반대되는 의미를 가지는 점을 감안할 때, 상증세법 제2조 제2항은 법인이 수증재산에 대하여 법인세 납부의무를 부담하는 경우 주주가 이에 대한 증여세 납부의무를 부담하지 않는다는 의미로 해석될 수 있을 것이다.

#### 다. 구 상증세법 제41조

흑자법인에 대한 증여는 법인의 이익을 구성하여 법인세의 과세대상이 된다.<sup>55</sup> 반면 결손법인에 대한 증여의 경우 수증재산 중 결손인 부분에 대해서는 법인세를 납부할 의무가 없으므로 법인세 납부 없이 부(富)가 증여자로부터 결손법인의 주주에게로 무상으로 이전되는 일이 발생한다.<sup>56</sup> 이처럼 결손법인이 결손 부분에 대하여 법인세 납부의무를 부담하지 않는 점을 이용하여 변칙증여가 발생할 수 있는데, 이러한 변칙증여 시 발생할 수

---

<sup>54</sup> 각주 53의 서울행정법원 2012구합4999 판결 사안에서 원고들의 소송대리인은 위와 같이 주장하였다. 또한 다른 논문 역시 “상증세법 제2조 제2항은 증여재산을 수증받은 법인에게 법인세가 과세되는 경우에는 그 주주에게 증여세를 과세하지 아니한다는 취지로 해석하여야 한다. 위 괄호에서 법인의 주주에게 과세되는 상증세법 제45조의3의 일감몰아주기 규정을 제외하는 규정을 신설한 것도 그러한 전제에 서 있는 것이다.”라고 하면서 각주 53의 서울행정법원 2012구합4999 판결 사안에서의 원고들 주장과 동일한 취지로 설명하고 있다{이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 조세법연구[20-2] (2014년 8월), 사단법인 한국세법학회, 383면}.

<sup>55</sup> 임승순, 앞의 책, 873면

<sup>56</sup> 임승순, 앞의 책, 873면

있는 과세의 흠결을 막기 위하여 마련된 규정이 상증세법 제41조이다.<sup>57</sup>

상증세법 제41조에 따르면, 결손법인이 증여를 받아 결손법인의 주주가 이익을 얻는 경우 당해 주주가 증여세 납부의무를 부담하는데, 이 때 2013. 9. 9. 개정 상증세법 시행령 (대통령령 제24710호) 제31조 제6항은 상증세법 제41조의 입법취지를 고려하여 결손금을 한도로 주주의 증여재산가액을 산정한다고 규정하고 있었다. 다시 말해 동 조항은 결손법인의 수증재산 중 결손금을 초과하는 부분에 대해서는 주주에게 증여세를 부과하지 않았는데,<sup>58</sup> 이는 법인이 법인세를 납부하는 부분에 대해서는 주주에게 증여세를 부과하지 않는다는 입법의사가 반영된 것으로 이해될 수 있을 것이다.

#### 라. 상증세법 제4조 제1항 단서

상증세법 제4조 제1항 단서는 “수증자가 영리법인인 경우에는 그 영리법인이 납부할 증여세를 면제한다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 세법에서 말하는 법인의 의미를 살펴볼 필요가 있는데, 다수의 학설은 세법에서 말하는 법인을 주주에게서 독립된 실재(實在)라기보다는 소득을 계산하는 주관적 과세단위로 보고 있다.<sup>59</sup> 이러한 관점에서 보면, 영리법인이 납부할 세금을 부담하는 자는 사실상 영리법인의 주주라는 결론에 이르게 된다.

---

<sup>57</sup> 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008두6813 판결은 “구 상증세법 제41조 제1항, 구 상증세법 시행령 제31조 제1항 제1호는 결손금이 있는 특정법인에게 재산을 증여하여 그 증여가액을 결손금으로 상쇄시킴으로써 증여가액에 대한 법인세를 부담하지 않으면서 특정법인의 주주 등에게 이익을 주는 변칙증여에 대하여 증여세를 과세하는 데 동 조항의 입법취지가 있다”고 판시하였다.

<sup>58</sup> 상증세법 시행령은 2014. 2. 21. 영리법인을 이용한 변칙증여에 대한 과세를 강화한다는 명목으로 개정되었는데, 2014. 2. 21. 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항은 주주의 증여이익을 결손금을 한도로 계산한다는 문구를 삭제하였다.

<sup>59</sup> 이창희, 앞의 책, 493, 495면; 법인이 주주에게서 독립한 실재라는 논리를 끝까지 밀어붙이면 법인 그 자체의 소득이란 법인이 주주에게 지급하였거나 지급할 금원도 빼고 계산하여야 한다는 결론에 이르고, 이렇게 된다면 법인의 소득이란 항상 0원이 될 수밖에 없을 것이다(이창희, 앞의 책, 512면).



따라서 상증세법이 영리법인에 대하여 증여세 납부의무를 면제한다는 규정을 두었을 때 위 규정에 따라 증여세 면제의 혜택을 받는 자는 사실상 영리법인의 주주가 되는데, 입법자는 상증세법 제4조 제1항 단서를 통하여 영리법인의 주주에게 증여세를 면제하는 대신 영리법인 단계에서 법인세를 걷고 영리법인이 이를 재원으로 하여 이익배당을 하는 경우 영리법인의 주주에게 소득세를 부과하려는 의사를 가지고 있었다고 볼 수 있을 것이다.

만약 이와 달리 상증세법 제4조 제1항 단서에도 불구하고 영리법인의 수증 시 영리법인의 주주에게 증여세를 부과할 수 있는 것으로 동 조항을 해석하는 경우, 입법자가 당초 상증세법 제4조 제1항 단서를 통하여 달성하고자 했던 입법취지는 몰각될 것이다.

#### **다. 2003. 12. 30. 개정 상증세법에 대한 입법 과정에서의 논의 등**

과세관청은 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제2조 제3항의 증여의 개념에 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”가 포함되는데, 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승을 기여에 의한 타인의 재산가치 증가로 볼 수 있으므로, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 가능하다는 입장을 취하고 있다.

상증세법은 “기여”의 의미를 설명하는 규정을 두고 있지 않은 바, (i) “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”를 증여의 개념에 포함시킨 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제2조 제3항에 대한 입법 과정에서의 논의 및 (ii) 상증세법이 재산가치 상승분에 대한 증여세 과세를 명시적으로 규정하고 있는 조항을 살펴보는 일은 증여세 완전포괄주의 도입 이후 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승을 증여세 과세 대상으로 볼 수 있는지를 판단하는 데 도움이 될 것이다.

이와 관련하여 2003. 12. 30. 개정 상증세법의 입법 과정에서의 논의를 먼저 살펴보면, 국

회의원이 입법 과정에서 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”를 증여의 개념에 포함시킬 경우 과세권의 남용이 우려된다는 취지의 질문을 하자, 당시 재정경제부 담당공무원은 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”는 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제4항<sup>60</sup>에 대한 것으로서 이는 미성년자 등 극히 일부분에 대해서 적용되는 것이라고 답변하였다.<sup>61</sup> 즉 2003. 12. 30. 개정 상증세법에 대한 입법 과정에서의 논의를 살펴보면, 입법자가 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승을 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”의 한 유형으로 인식하지는 않았던 것으로 이해된다.

한편 재산가치 상승분에 대한 증여세 과세를 규정하고 있는 조항으로 상증세법 제42조 제4항이 있는데, 동 조항은 “미성년자 등이 타인으로부터 증여 등의 방법으로 재산을 취득한 후 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물분할, 사업의 인·허가, 주식의 상장, 합병 등의 재산가치 증가사유로 인하여 재산가치 증가의 이익을 얻은 경우 위 이익을 증여세 과세대상으로 한다”는 취지로 규정하고 있다.<sup>62</sup> 또한 상증세법 제41조의3(주식 또는 출자지분의 상장 등에 따른 이익의 증여), 제41조의5(합병에 따른 상장 등 이익의 증여) 및 제

<sup>60</sup> 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제 42 조

④ 미성년자 등 대통령령이 정하는 자가 다음 각호의 사유로 인하여 재산을 취득하고 그 재산을 취득한 날부터 5년 이내에 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물분할, 사업의 인·허가, 주식·출자지분의 상장 및 합병 등 대통령령이 정하는 사유(이하 이 조에서 "재산가치증가사유"라 한다)로 인한 당해 재산가치의 증가에 따른 이익으로서 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.

1. 타인으로부터 재산을 증여받은 경우
2. 특수관계에 있는 자로부터 기업의 경영 등에 관하여 공표되지 아니한 내부정보를 제공받아 당해 정보와 관련한 재산을 유상으로 취득한 경우
3. 특수관계에 있는 자로부터 차입한 자금 또는 특수관계에 있는 자의 재산을 담보로 차입한 자금으로 재산을 취득한 경우

<sup>61</sup> 국회사무처, 제16대 국회 제243회 재정경제위원회회의록 제7호, 2003. 11. 10., 5면

<sup>62</sup> 국세청 역시 “개정세법 해설(2004)”이라는 책자에서 상증세법 제42조 제4항 내지 제6항을 “타인의 기여에 의한 재산가치 증가”라는 제목으로 설명하고 있다. 국세청, 개정세법해설(2004) 중 상속세 및 증여세법, 17면

40조(전환사채 등의 주식전환 등에 따른 이익의 증여) 역시 제42조 제4항과 마찬가지로 수증자가 일정 재산(주식 또는 전환사채)을 증여받은 후 비상장회사의 상장, 비상장회사의 합병, 전환사채의 주식전환과 같은 재산가치 증가사유로 인하여 이익을 얻은 경우 그 이익에 대하여 증여세를 부과한다고 규정하고 있다.

상증세법상 전환사채의 주식전환(상증세법 제40조), 비상장주식의 상장(상증세법 제41조의3), 비상장회사의 합병(상증세법 제41조의5)에 관련된 조문들에는 부의 무상이전이라는 실질에 증여세를 부과하는 부분도 있고, 증여 이후의 가치증가에 증여세를 부과하는 부분도 있다.<sup>63</sup> 부의 무상이전 부분은 실무적 어려움이 있더라도 이론상으로는 포괄증여라는 개념에 답아 증여세를 부과해야 마땅하지만, 사후적 가치변동 부분은 수증자가 증여를 받은 시점 이후의 가치변동이므로 증여의 포괄적 개념으로 보더라도 이를 증여로 보기 어려운 부분이 있다.<sup>64</sup> 다만 실제로는 증여 당시의 가치가 불확실한 까닭에 부의 무상이전 부분과 사후적 가치변동 부분을 구별하기가 거의 불가능하고, 따라서 둘을 합하여 증여세를 부과하는 것이 낫다는 정책적 판단 하에 사후적 가치변동 부분에 대해서도 증여세를 부과하고 있는 것이다.<sup>65</sup>

이처럼 사후적 가치변동 부분에 대해서 형식적으로는 증여세를 부과하지만 실제로는 소득세의 성질을 가지고 있기 때문에 10년을 단위로 하는 증여세 합산과세에서 제외하여 따로 과세하고,<sup>66</sup> 증여세의 과세가액에 포함된 금액은 재산의 취득가액에 포함하는<sup>67</sup> 등 특별규정을 두고 있다.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> 이창희, 앞의 책, 1110면

<sup>64</sup> 이창희, 앞의 책, 1110면

<sup>65</sup> 이창희, 앞의 책, 1110면

<sup>66</sup> 상증세법 제47조

<sup>67</sup> 소득세법 시행령 제163조 제10항

<sup>68</sup> 이창희, 앞의 책, 1110~1111면

또한 상속세법 제42조 제4항도 다른 조항들과 마찬가지로 미성년자에게 증여한 재산의 사후적 가치증가 부분을 증여로 보기 어려운 면이 있지만, 증여 이후의 가치가 부모 덕분이라는 점에서 자식이 성년에 이르는 시점에 가서 부모가 최종 결과를 증여한 것으로 보더라도 무리가 없다는 판단 하에 사후적 가치증가 부분에 대해서도 미성년자에게 증여세를 부과하고 있는 것이다.<sup>69</sup> 다만 상속세법 제42조 제4항에 따라 세금을 낸 금액은 다른 증여세와는 분리과세하고 또한 소득세 목적상 취득가액에 포함한다는 내용을 두어 소득세의 실질을 부여하고 있음은 전환사채의 주식전환(상증세법 제40조), 비상장주식의 상장(상증세법 제41조의3), 비상장회사의 합병(상증세법 제41조의5)에 관련된 증여세 조문에서와 마찬가지로이다.<sup>70</sup>

결국 상속세법의 일부 조항들이 증여 이후 재산가치 증가분에 대한 증여세 과세를 규정하고 있기는 하지만, 위 재산가치 증가분에 대한 과세는 사실상 소득과세의 성질을 가지는 것이다. 다만 증여세 완전포괄주의 도입 과정에서 개별증여의제 규정인 상속세법 제42조 제4항, 제40조, 제41조의3, 제41조의5에 따른 과세 유형도 증여의 개념에 포함시켜야 했기에, 위 조항들에 규정된 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”도 완전포괄주의 하에서 불가피하게 증여의 개념에 포함된 것이라고 할 수 있다.

증여세 완전포괄주의는 당초 증여로 과세되어야 할 부분을 법원이 조세법률주의에 근거한 엄격해석의 원칙에 매몰되어 그에 대한 과세를 인정하지 않았던 까닭에 이에 대한 반성으로 도입된 것이라고 볼 수 있다. 따라서 증여세 완전포괄주의의 도입을 통하여 증여세 과세 범위를 넓힐 경우, 이는 마땅히 증여로 취급되어야 했으나 조세법률주의에 기하여 증여세 과세가 허용되지 않던 부분을 그 대상으로 하여야 할 것이지, 애당초 소득과세로서의 성질을 가지나 정책적인 판단 하에 증여세를 부과하였던 부분까지 그 대상에 포함시켜 증여세 과세의 범위를 확장할 것은 아니라고 생각된다. 달리 말해 상속세법 중

---

<sup>69</sup> 이창희, 앞의 책, 1117면

<sup>70</sup> 이창희, 앞의 책, 1117면

소득과세로서의 실질을 지니는 증여세 과세 조항에 대해서는 증여세 완전포괄주의의 도입에도 불구하고 상증세법 문언에 충실하게 과세 범위를 설정하는 것이 타당하고, 단순히 특정 거래로 인한 이익이 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”에 해당한다고 하여 이를 증여세 과세 대상에 포함시킬 것은 아니다. 증여세 완전포괄주의의 도입 취지가 소득과세로서의 실질을 가지는 부분에 대한 과세 대상의 확대에 있지 않기 때문이다.

결국 2003. 12. 30. 개정 상증세법에 대한 입법 과정에의 논의를 감안할 때 입법자들이 법인의 재산 수증 시 주주의 주식가치 상승분을 증여세 과세 대상으로 예정하지는 않았던 것으로 보이는 점, 또한 상증세법상 재산가치 상승분에 대한 증여세 과세규정들<sup>71</sup>이 사실상 소득과세로서의 실질을 가지고 있어 증여세 완전포괄주의의 도입에도 불구하고 이러한 유형의 증여세 과세를 확대할 필요가 없어 보이는 점을 감안할 때, 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승분을 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”의 한 유형으로 보아 증여세 과세를 하는 것이 타당하다고 보기는 어려울 것이다.

## 바. 소결

상증세법 제2조 제2항, 2013. 9. 9. 개정 상증세법 시행령 제31조 제6항 및 상증세법 제4조 제1항 단서의 내용을 살펴보면, 상증세법은 법인이 수증재산에 대하여 법인세를 부담하는 경우 주주의 주식가치 상승분에 대한 증여세 부과를 예정하지 않은 것으로 보이고, 또한 2003. 12. 30. 개정 상증세법에 대한 입법 과정에서의 논의를 살펴보면, 입법자가 법인의 수증 시 주주의 주식가치 상승을 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”의 한 유형으로 인식하지는 않았던 것으로 이해된다.

나아가 증여세 완전포괄주의를 도입하는 과정에서 “기여에 의한 타인의 재산가치 증가”가 증여의 개념에 포함되기는 하였으나, 사실 상증세법에 규정된 “기여에 의한 타인의

---

<sup>71</sup> 상증세법 제40조, 제41조의3, 제41조의5, 제42조 제4항

재산가치 증가분”에 대한 과세 조항들(상증세법 제40조, 제41조의3, 제41조의5, 제42조 제4항)은 소득과세로서의 성격을 가진다. 증여세 완전포괄주의는 증여로서의 성격을 가지는 거래를 빠짐 없이 과세하자는 데 그 의의가 있는 것이지 소득과세의 범위를 확대하자는 데 그 의의가 있는 것이 아닌바, 증여세 완전포괄주의의 도입에도 불구하고, 사후적인 재산가치 증가분에 대한 증여세 과세는 상증세법상 개별예시조항에 규정된 것 이외에는 허용되지 않는다고 봄이 타당한 것으로 생각된다.

결국 위와 같은 점을 감안할 때, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과는 법인세 및 배당소득세와 중복되어 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

### 제3절 증여세의 이중과세 여부

#### 1. 이중과세의 개념

이중과세란 동일한 경제적 담세력의 원천 내지 동일한 과세물건(경제적 이익)에 대하여 중복된 조세부담을 지우는 것이다.<sup>72</sup> 따라서 두 개 이상의 조세가 동일한 경제적 담세력을 원천으로 하거나 또는 동일한 과세물건(경제적 이익)을 대상으로 하는 경우 이를 흔히 “이중과세”라는 말로 표현한다.

그런데 현행 헌법 하에서 동일한 과세물건에 대하여 둘 이상의 조세를 중복적으로 과세한다고 하여 이를 두고 바로 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.<sup>73</sup> 현행법상 동일한 과세물

---

<sup>72</sup> 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2006헌바102 결정; 이준봉, 앞의 논문, 382면. 한편 이동식, 앞의 논문, 526면은 “세법 영역에서 이중과세라는 단어는 흔히 접하게 되는 단어이지만 정확한 개념정의는 되어 있지 않은 실정이다”라고 하면서, “이중과세 문제의 핵심은 하나의 과세대상에 대해 중복적으로 과세권 행사가 행해지는 것이다”라고 설명하고 있다.

<sup>73</sup> 김완석, 앞의 논문, 328면; 정주백, “이중과세금지원칙”, 서울시립대법학연구소 특성화관련세미나 공법과 세법의 교차적 쟁점, 서울시립대법학연구소(2007), 23면

건에 대하여 수입부가가치세와 관세 또는 동일한 과세물건에 대하여 부가가치세와 특별 소비세를 중복적으로 부과하고 있는데 이를 반드시 헌법에 위반된다고 볼 수 없는 것과 같은 이치이다.<sup>74</sup> 다만 일반적으로 이중과세를 하지 않고 있다는 점이나, 이중과세로 인하여 세부담이 과중하게 될 우려가 있다는 점에서, “이중과세”라는 “딱지”가 일단 붙게 되면, 그 정당성에 대하여는 좀 더 비판적인 시각에서 살펴보게 되는바, 이러한 점에서 이중과세로 부를 수 있는 경우인지를 살펴보는 것은 의미를 가진다.

## 2. 증여세의 이중과세 여부

### 가. 과세관청의 주장<sup>75</sup>

법인이 부동산을 증여받은 사건 및 법인이 주식을 증여받은 사건에서, 원고인 수증법인의 주주는 법인이 수증재산에 대하여 법인세 납부의무를, 주주가 법인으로부터 배당받은 소득에 대하여 소득세 납부의무를 부담함에도 불구하고, 과세관청이 주주에게 주식가치 상승분에 대한 증여세를 재차 부과하는 것은 동일한 소득에 대한 이중과세로서 허용되지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 과세관청은 ① 법인세와 증여세의 이중과세 주장에 대하여 (i) 법인세는 소득의 귀속주체에게, 증여세는 증여재산의 귀속주체에게 부과하는 세금으로서 납세의무자가 다르고, (ii) 법인세는 수증재산을 상증세법의 시가평가방법에 따라 평가한 가액 전체를 대상으로 하는 것이고, 증여세는 법인의 재산 수증으로 인한 주주의 주식가치 상승분을 대상으로 하는 것으로서 부과대상 및 과세표준의 계산방법이 다르며, (iii) 법인세와 증

---

<sup>74</sup> 이동식, 앞의 논문, 529면

<sup>75</sup> 제3절 2. 가의 내용은 (i) 각주 4의 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사안, (ii) 서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722 판결 사안 및 동 사건의 항소심에서의 과세관청 주장을 요약한 것이다.

여세는 담세력의 기초<sup>76</sup>를 달리하므로 증여세가 법인세와의 관계에서 이중과세에 해당하지 않는다고 주장하였다.

또한 ② 배당소득에 대한 소득세와 증여세의 이중과세 주장에 대하여, 과세관청은 배당소득에 대한 소득세는 법인의 이익이 주주에게 처분됨으로써 주주가 향유하는 이익에 대하여 소득세법에 따라 과세되는 것이고, 증여세는 주주의 주식가치 상승분에 대하여 상속세법에 따라 과세되는 것이므로, 두 조세는 과세대상과 적용법률, 과세요건, 세율 등이 모두 다르므로 이중과세에 해당하지 않는다고 주장하였다.

나아가 과세관청은 ③ 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2006헌바102 결정<sup>77</sup>에 따르면, 이중과세에 해당한다고 해서 바로 위법한 것이 아니라<sup>78</sup> 이중과세가 납세의무자의 담세력을 초과하여 재산권을 침해할 경우 비로소 위법하게 되는데, 법인의 수증 시 법인의 법인세 부담과 주주의 증여세 부담이 과중하다고 볼 수 없으므로, 실령 주주에 대한 증여세 부과가 이중과세에 해당한다고 할지라도 위법하지 않다고 반박하였다.

---

<sup>76</sup> 담세력의 기초의 의미에 대하여, 과세관청은 소득세, 법인세의 경우에는 소득의 창출 또는 자산의 증가라는 단순한 사실을 포착한 것임에 반하여, 증여세의 경우에는 공평의 이념을 구현하고 상속세제의 실효성을 확보하기 위하여 부의 무상이전이라는 사실을 포착한 것인바, 소득세 및 법인세에서 담세력의 기초와 증여세에서 담세력의 기초가 다르다고 주장하였다.

<sup>77</sup> 헌법재판소는 위 사건에서 입법자가 동일한 담세력에 대하여 법 형식상 두 개의 세목으로 나누어 조세를 부과할 것인지, 아니면 단일한 세목으로 부과할 것인지는 입법재량의 영역에 속한다고 하면서, 법인의 양도소득에 대하여 법인세 외에 특별부가세를 부과하고 있는 구 법인세법(2001. 12. 31. 법률 제6558호로 개정되기 전의 것) 제99조 제1항 제1호, 제2호, 제2항 전단, 제3항 제1호 본문 및 제2호가 조세법률주의에 위배되어 재산권을 침해하는 조항은 아니라고 판단하였다.

<sup>78</sup> 과세관청은 재화의 수입 시 동일한 과세대상에 대하여 관세, 개별소비세, 부가가치세 등을 2중, 3중으로 부과하고 있고, 지방세법은 소득세 또는 법인세가 부과된 동일한 소득에 대하여 지방소득세를 다시 부과하고 있는데, 이 점에 비추어 볼 때도 현행 세법 상 이중과세 자체가 위법은 아니라고 주장하였다.



## 나. 하급심 법원의 판단

서울행정법원은 증여세가 이증과세에 해당하는지에 대하여 법인이 주식을 증여받은 사건과 법인이 부동산을 증여받은 사건에서 각기 다른 판단을 내렸는데, 두 판결의 주요 내용을 정리하면 아래와 같다.

### (1) 주식 증여 사건 (서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결)

대기업의 지배주주가 자신의 아들들이 지배주주로 있는 비상장회사에 대기업 계열사 주식을 증여한 사건에서, 서울행정법원은 (i) 법인세와 증여세의 이증과세 주장에 대하여, 대기업 지배주주의 주식 증여로 인하여 수증법인인 비상장회사가 납부한 법인세와 수증법인의 주주들에게 부과된 증여세는 그 소득의 귀속자, 부과 대상 및 납세의무자, 과세표준의 계산방법이 모두 다르므로 증여세 부과가 이증과세에 해당하지 않고, (ii) 배당소득에 대한 소득세와 증여세의 이증과세 주장에 대하여, 배당소득에 대한 소득세는 법인의 이익이 주주에게 처분됨으로써 주주가 향유하는 이익에 대하여 소득세법에 따라 과세되는 것이고, 증여세는 주주들이 보유한 비상장회사의 주식가치가 상승함에 따라 증가한 주주들의 재산에 대하여 증여세법에 따라 과세되는 것이므로, 그 과세대상과 적용되는 법률 및 과세요건, 세율 등이 모두 달라, 증여세 부과가 이증과세에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이는 앞에서 살펴본 과세관청의 주장을 거의 그대로 받아들인 결과이다.

### (2) 부동산 증여 사건 (서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722 판결)

법인의 대주주의 조부가 법인에게 부동산을 증여한 사건에서, 서울행정법원의 다른 재판부는 수증법인이 증여받은 부동산에 대하여 법인세를 부담하였음에도 불구하고 과세관청이 이러한 사정을 전혀 고려하지 않은 채 수증법인의 부동산 수증으로 인한 주주의 주식 가치 상승분에 대하여 증여세를 부과하였는바, 이는 유사한 거래유형에 대한 증여세 부

과 규정인 상증세법 제41조와 비교해 볼 때, 합리적인 이유 없이 조세부담에 있어서 현저한 차이를 가져오는 것으로서 형평에 반한다고 판시하였다. 즉 서울행정법원은, 과세관청이 수증법인의 법인세 납부 사실을 전혀 고려하지 않은 채 주주의 증여재산가액을 산정하였는바, 이러한 증여재산가액 산정 방식에 문제가 있음을 지적한 것이다.

## 다. 증여세의 이중과세 여부에 대한 판단

### (1) 법인세와 증여세의 이중과세 여부

“이중과세”라는 말이 가진 함의가 앞서 살펴본 바와 같이 제한적이지만, 그래도 이중과세라고 할 경우 세부담이 과중하게 될 우려가 높아 그 정당성을 비판적인 시각에서 살펴 보게 된다는 점에서, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 이중과세로 부를 수 있는 경우인지를 따져보는 것에 의미가 없지는 않다.

법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세가 법인세와의 관계에서 이중과세인지를 검토하기 위하여, 증여세와 법인세가 동일한 경제적 담세력의 원천 내지 동일한 과세물건(경제적 이익)을 대상으로 하는지 살펴보아야 한다.

앞에서 언급한 것처럼 특히 소득과세에서 “이중과세” 여부를 따지는 기준은 과세대상이 된 “순자산의 증가”, 곧 소득이 각각의 과세에서 동일한가 하는 것이다. 그런데 법인세의 과세대상이 되는 소득과 증여세의 과세대상이 되는 증여재산은, 물론 과세를 할 때 그 순자산 증가의 효과가 귀속되는 사람은 다르지만 그 경제적 원천이 법인의 수증재산이라는 의미에서 기본적으로 동일하다. 즉 법인은 수증재산으로 인한 순자산 증가분에 대하여 법인세 납부의무를 부담하는데, 바로 그 수증재산으로 인하여 주주의 주식가치가 상승하는 것이다. 결국 1개의 증여행위의 효과를 법인의 관점에서 표현한 것이 수증법인의 자산가치 증가이고 주주의 관점에서 표현한 것이 바로 주식가치 상승인바, 법인의 수증

시 법인세와 주주에 대한 증여세는 법인의 수증재산이라는 동일한 과세물건(경제적 이익)을 대상으로 하는 것으로서 이중과세라고 볼 수 있다.

### (2) 배당소득에 대한 소득세와 증여세의 이중과세 여부

법인이 수증재산을 원천으로 하여 주주에게 배당을 실시하는 경우 주주는 배당소득에 대한 소득세 납부의무를 부담하는데, 이 때 주주의 배당소득의 원천이 된 재산과 주주의 주식가치 상승을 일으킨 재산은 모두 법인의 수증재산으로서 동일하다.<sup>79</sup> 따라서 배당소득에 대한 소득세와 주주에 대한 증여세는 모두 법인의 수증재산이라는 동일한 과세물건(경제적 이익)을 대상으로 하고 있어 이중과세라고 봄이 타당하다.

### (3) 주식 증여 사건에서 하급심 법원 판단의 문제점

각주 4의 사안인 주식 증여 사건(서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사건)에서 서울행정법원은 수증법인인 비상장회사가 납부한 법인세와 수증법인의 주주들에게 부과된 증여세는 그 소득의 귀속자, 부과 대상 및 납세의무자, 과세표준의 계산방법이 모두 다르므로 증여세 부과가 이중과세에 해당하지 않는다고 판단하였다.

그런데 법인의 소득이란 사실 법인을 소득의 계산 단위로 삼아 법인 단계에서 계산한 주주의 소득에 법인의 소득이란 이름을 붙인 것이고,<sup>80</sup> 세법에서 말하는 법인이란 소득의 계산단위로서 주주의 집합을 의미한다고 볼 수 있다.<sup>81</sup> 결국 법인의 소득은 사실상 주주에게 귀속된다고 할 수 있고, 또한 법인세의 궁극적 납세의무자 역시 주주라고 할 수 있는바, 법인세와 증여세가 그 소득의 귀속자 및 납세의무자가 다르기 때문에 이중과세에

---

<sup>79</sup> 송동진, “법인에 대한 증여로 인한 주주의 이익이 증여세 부과 대상인가”, 법률신문, 2012. 8. 6., 12면

<sup>80</sup> 이창희, 앞의 책, 493면

<sup>81</sup> 이창희, 앞의 책, 495면

해당하지 않는다는 하급심 법원의 판단은 세법상 법인의 의미를 지나치게 형식적으로 이해한 것으로서 그 타당성에 의문이 제기된다.

또한 앞서 말한 바와 같이 법인세와 증여세 모두 법인의 수증재산을 과세물건(경제적 이익)으로 하고 있는바, 법인세와 증여세의 부과 대상이 다르다고 보기 어렵고,<sup>82</sup> 나아가 과세표준의 계산방법이 다르다는 것은 이중과세 여부 판단에 아무런 영향을 미치지 않는바, 세금 부과 대상 및 과세표준의 계산방법이 다르므로 증여세 부과가 이중과세에 해당하지 않는다는 하급심 판단 역시 설득력을 가지기 어렵다.

#### (4) 소결

법인의 수증 사안에서 법인세, 배당소득세 및 증여세는 모두 법인의 수증재산이라는 동일한 과세물건(경제적 이익)을 대상으로 하고 있으므로, 증여세는 법인세 및 배당소득세와의 관계에서 이중과세라고 봄이 타당하다. 이에 대해 일부 하급심 법원은 법인세와 증여세의 납세의무자가 다르기 때문에 증여세가 법인세와의 관계에서 이중과세에 해당하지 않는다고 주장하나, 세법에서 말하는 법인이란 소득의 계산단위로서 주주의 집합이라고 볼 수 있고, 따라서 법인세의 납부의무자 역시 궁극적으로 주주라고 볼 수 있는바, 법인세와 증여세의 납세의무자가 다르기 때문에 증여세가 이중과세가 아니라는 판단은 그 타당성에 의문이 제기된다.

### 제4절 주주에 대한 증여세 부과의 헌법 및 법률 위반

#### 1. 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과의 헌법 위반

---

<sup>82</sup> 1개의 증여행위의 효과를 법인의 관점에서 표현한 것이 수증법인의 자산가치 증가이고 주주의 관점에서 표현한 것이 바로 주식가치 상승인바, 법인의 수증 사안에서 법인세와 증여세의 과세물건이 다르다고 보기 어렵다.

## 가. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 “헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 사유재산권은 사유재산에 관한 임의적인 이용, 수익, 처분권을 본질로 하기 때문에 사유재산의 처분금지를 내용으로 하는 입법조치는 원칙으로 재산권에 관한 입법형성권의 한계를 일탈하는 것일 뿐만 아니라 조세의 부과 징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙으로 재산권의 침해가 되지 않는다고 하더라도 그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에는 그것도 재산권의 침해가 될 수 있는 것이다”고 판시한 바 있다.<sup>83</sup> 동일한 과세물건에 대하여 중복적으로 과세를 한다고 해서 이것이 바로 헌법에 위반된다고 볼 수 없지만,<sup>84</sup> 위 헌법재판소 결정에 따르면, 동일한 과세물건에 대한 중복과세로 인하여 납세의무자의 사유재산에 대한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우 이중과세는 재산권의 침해가 되어 헌법에 위반된다는 평가를 받게 된다.

또한 헌법재판소는 동일인에 대한 토지초과이득세와 양도소득세의 이중과세 여부가 쟁점이 된 사안<sup>85</sup>에서, “토초세는 이득의 미실현단계, 즉 토지의 보유단계에서 과세한다는 점에서 어느 정도 재산세적인 성격을 띠고 있다 하더라도, 본질적으로는 양도소득세와 마찬가지로 소득세의 일종이라고 보아야 함은 이미 밝힌 대로이고, 토초세가 그 과세대상으로 삼고 있는 이득은 양도소득세의 그것과 완전히 중복되고 있을 뿐만 아니라, 과세목적 또한 크게 다르지 아니하므로 양세의 과세대상 중 중복되는 부분은 원칙적으로 이중과세에 해당한다고 보지 아니할 수 없다. 따라서 양도소득세 부과 시 양도소득세와 중복과세의 성격을 가진 기발생 토초세를 정산하는 문제가 완전히 해결되어 있지 아니하는 한 이중과세 문제로 인한 토초세제도 자체의 합헌성에 의문이 없을 수 없다”고 하여 토

<sup>83</sup> 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌가19 결정

<sup>84</sup> 김완석, 앞의 논문, 328면; 정주백, 앞의 논문, 23면

<sup>85</sup> 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52(병합) 결정

지초과이득세와 양도소득세가 이중과세에 해당하여 위헌이라고 판단하였다.<sup>86</sup> 달리 말해 헌법재판소는 토지초과이득세를 양도소득세와 마찬가지로 소득세의 일종으로 본 후 토지초과소득세와 양도소득세가 과세대상으로 삼고 있는 이득이 동일하고, 과세목적 또한 다르지 않으므로 양 세가 이중과세에 해당하는데, 양도소득세 부과 시 토지초과소득세를 정산하고 있지 않으므로 토지초과이득세가 이중과세에 해당하여 위헌이라고 판단한 것이다.

법인의 수증 사안으로 돌아와 살펴보면, 앞서 말한 바와 같이 법인세와 증여세의 과세대상이 동일하고, 또한 증여세는 소득과세의 일종으로서 법인세, 소득세와 증여세의 과세목적도 다르지 않다. 따라서 위 헌법재판소 결정에 따르면, 법인세 내지 수증재산을 재원(財源)으로 하는 배당에 대한 소득세 부과 시 주주에 대한 증여세를 정산하지 않는 한 주주에 대한 증여세 부과는 이중과세로서 위헌이라는 판단을 받게 될 것이다.

따라서 이하에서 (i) 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 사유재산에 대한 증여자의 처분의 자유 내지 납세의무자의 이용, 수익, 처분권에 대한 중대한 제한으로서 재산권의 침해에 해당하는지, 또한 (ii) 현행 세법상 수증재산에 대한 법인세 내지 수증재산을 재원으로 하는 배당에 대한 소득세 부과 시 주주에 대한 증여세를 정산하는 조항이 존재하는지 살펴보기로 한다.

#### 나. 주주에 대한 증여세 부과를 허용할 경우 주주의 세 부담

법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과를 허용할 경우 주주의 세 부담이 얼마나 되는지 알아보기 위하여, 1인 주주{이하 “갑(甲)”} 회사(이하 “A회사”)가 제3자로부터 시가 10억 원 상당의 재산을 증여받은 경우를 상정해 보기로 한다.

---

<sup>86</sup> 김완석, 앞의 논문, 329면

세법에서 말하는 법인이란 소득의 계산단위로서 주주의 집합을 의미한다고 볼 수 있으므로,<sup>87</sup> 1인 주주 회사에서 법인세 납부의무를 부담하는 자는 사실상 1인 주주인 갑(甲)이라고 할 수 있다. 따라서 A 회사가 10억 원 상당의 재산을 증여받을 경우, 갑(甲)은 이로 인하여 ① (법인세율이 20%<sup>88</sup>임을 전제로) 법인세 2억 원의 납부의무를 부담하게 된다. 또한 ② A 회사가 법인세 납부 후 남은 수증재산 전부(8억 원)를 갑(甲)에게 배당할 경우, {갑(甲)에게 적용되는 소득세율이 38%<sup>89</sup>임을 전제로} 갑(甲)이 실제로 받은 금액은 8억 원이지만 배당세액공제(imputation) 제도를 감안하여 위 8억 원에 2억 원{=8억 원 × 20%/(100% - 20%)}을 가산(gross-up)한 10억 원을 갑(甲)의 소득에 포함시키게 된다. 위 10억 원이라는 소득에 갑(甲)에게 적용되는 소득세율(38%)를 곱한 소득세액은 3억 8천만 원이 되지만, 배당소득공제 제도를 감안할 때 갑(甲)은 위 3억 8천만 원에서 법인세액 2억 원을 공제한 1억 8천만 원을 배당소득세로 납부하게 된다. 결국 갑(甲)은 ① 법인세 2억 원 및 ② 배당소득세 1억 8천만 원을 합한 3억 8천만 원을 세금으로 납부하게 된다.

이러한 상황에서 만약 주식가치 상승분에 대한 증여세 부과까지 허용할 경우, ③ 갑(甲)은 주식가치 상승분(10억 원<sup>90</sup>)에 대한 증여세 4억 원(10억 원×40%<sup>91</sup>)을 부담하게 된다.

결국 A회사의 10억 원 상당의 재산 수증으로 인하여 갑(甲)이 궁극적으로 부담해야 하는 조세액은 총 7억 8천만 원(① 2억 원+ ② 1억 8천만 원+ ③ 4억 원)에 이르게 된다.

---

<sup>87</sup> 이창희, 앞의 책, 495면

<sup>88</sup> 2014. 7. 1. 개정 법인세법 제55조 제1항에 따르면, 내국법인의 과세표준이 2억 원 초과 200억 원 이하인 경우 법인세율이 20%이다.

<sup>89</sup> 2014. 12. 23. 개정 소득세법 제55조 제1항에 따르면, 종합소득과세표준이 1억 5천만 원을 초과하는 경우, 종합소득에 적용되는 세율은 38%이다.

<sup>90</sup> A 회사의 10억 원 상당의 재산 수증으로 인하여 A회사의 순자산이 10억 원 증가한 것으로 볼 수 있고, 따라서 A 회사의 주식가치가 10억 원 가량 상승하였다고 볼 수 있다.

<sup>91</sup> 갑(甲)에게 적용되는 증여세율이 40%임을 전제로 한다.

독일의 연방헌법재판소 제2부는 1995. 6. 22. 재산세 헌법불일치 판결에서 반액과세의 원칙(Halbteilungsgrundsatz)에 기초하여 기대수익(Sollertrag)에 대한 조세부담의 합계액이 교살세 내지 몰수적 조세의 수준이 아니라고 하더라도 세금으로 징수되는 부분이 기대수익의 50%를 초과하게 되면 “소유권의 행사는 동시에 사적유용성과 공공의 이익에 적합하여야 한다”는 연방 헌법 제14조 제2항에 위반된다는 판결<sup>92</sup>을 하였다.<sup>93</sup> 위 독일의 연방헌법재판소 판결이 우리나라에서 그대로 유효하다고 볼 수는 없지만, 조세부담의 한계와 관련하여 위 판결이 일응의 기준을 제공한다고 볼 수는 있을 것이다.<sup>94</sup> 위 독일 연방헌법재판소 판결에 비추어 보면, 법인의 수증 사안에서 주주의 세 부담의 합계액은 단순히 수증재산으로 인한 기대수익의 50%를 초과하는 것을 넘어서 수증재산 자체의 약 80%에 육박하고 있는바, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과는 일응 납세의무자의 사유재산에 대한 이용, 수익, 처분권에 대한 중대한 제한으로서 재산권의 침해에 해당한다고 보아도 무리가 아닐 것이다.

또한 헌법재판소가 판시한 바와 같이, 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 사유재산권은 사유재산에 관한 임의적인 이용, 수익, 처분권을 본질로 하기 때문에 사유재산의 처분금지를 내용으로 하는 입법조치는 원칙적으로 재산권에 관한 입법형성권의 한계를 일탈하는 것이다.<sup>95</sup> 그런데 법인의 수증 사안에서 제3자의 A회사에 대한 증여 행위로 인하여 수증자{갑(甲)}에게 수증재산의 약 80%에 달하는 세금이 발생하는바, 주주에 대한 증여세 부과는 사유재산에 대한 제3자의 처분의 자유를 중대하게 제한하는 것이라고 볼 수 있다.

---

<sup>92</sup> Klaus Tipke & Joachim Lang, Steuerrecht. Dr. Otto. Schmidt, 2010, pp.129-131; 김완석, 앞의 논문, 329면에서 위 독일 연방헌법재판소 판결을 재인용하였다.

<sup>93</sup> 김완석, 앞의 논문, 329면

<sup>94</sup> 김완석, 앞의 논문, 329면

<sup>95</sup> 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌가19 결정



결국 수증재산에 대하여 소득세 내지 법인세와 증여세를 중복적으로 과세할 수 있다고 해석할 경우 소득세와 증여세의 세율을 합친 세율수준이 거의 몰수에 가깝기 때문에 이중과세가 교살세 내지 몰수적 조세에 해당하여 헌법에 위반된다고 볼 수 있고,<sup>96</sup> 따라서 법인의 수증 사안에서도 주주에 대한 증여세가 다른 조세 부담을 함께 고려할 때 사실상 몰수의 효과를 가져오는 것으로서 헌법에 위반된다고 봄이 타당할 것으로 생각된다.

#### 다. 이중과세 조정 조항의 부존재

앞서 토지초과이득세에 대한 헌법재판소 결정을 통해 살펴본 바와 같이, 법인의 수증 사안에서 법인세 내지 배당소득세 부과 시 주주에 대한 증여세를 정산해야 하는데, 현행 세법은 이들 세금 부과 시 주주가 기 납부한 증여세를 정산하는 조항을 두고 있지 않다. 따라서 위 헌법재판소 결정과 마찬가지로, 법인의 수증 사안에서 주주에 대한 증여세 부과 역시 이중과세로서 헌법에 위반된다고 봄이 타당할 것이다.

### 2. 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과의 상증세법 위반

현행 소득세법과 상증세법은 수증재산에 대하여 소득세와 증여세의 이중과세를 허용하고 있지 않다고 해석하여야 한다.<sup>97</sup> 우선 상증세법 제2조 제2항은 “증여재산에 대하여 수증자에게 소득세법에 따른 소득세, 법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우(제45조의3에 따라 증여로 의제되는 경우에는 제외한다)에는 증여세를 부과하지 아니한다”고 함으로써 소득과세와 증여세의 중복과세가 허용되지 않음을 분명히 하고 있다.

또한 소득세법은 수증자가 수증재산을 양도하는 경우에 증여일 현재 상증세법 제60조<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> 김완석, 앞의 논문, 329면

<sup>97</sup> 김완석, 앞의 논문, 330면

<sup>98</sup> 상증세법 제60조부터 제66조까지의 규정들은 재산 평가에 대한 규정들이다.

부터 제66조까지의 규정에 따라 평가한 가액을 그 재산의 취득 당시의 실지거래가액으로 의제하여 양도차익을 산정하도록 하고 있다.<sup>99</sup> 원래 증여받은 재산은 취득가액이 0원이지만, 수증재산에 대하여 증여세를 과세하고 있기 때문에 그 증여세의 과세가액만큼 취득가액으로 인정하여 양도가액에서 공제하도록 함으로써 증여세 과세가액 부분에 대한 소득세와 증여세의 중복과세를 배제하고 있는 것이다.<sup>100</sup>

나아가 소득세법은, 증여받은 자산의 취득 당시의 실지거래가액을 산정할 때 상증세법 제33조부터 제42조까지의 규정에 따라 증여세를 과세받은 경우에는 해당 증여재산가액이나 그 증·감액을 취득가액에 더하거나 빼도록 하여 증여세와 양도소득세의 이중적인 과세를 방지하는 장치를 두고 있다.<sup>101</sup> 예를 들면 저가양수한 재산에 대하여 상증세법 제35조 제1항 및 제2항에 따라 증여세가 과세되었다면 그 저가양수한 자산의 취득가액은 그 자산의 취득 당시의 실지거래가액에 저가양수에 따른 증여재산가액을 가산한 금액으로 하여 양도차익을 산정함으로써 증여세 과세가액 부분에 대한 소득세와 증여세의 중복과세를 배제하고 있는 것이다.<sup>102</sup>

이처럼 소득세법과 상증세법은 수증재산에 대한 소득세와 증여세의 이중과세를 방지하기 위한 다양한 조항들을 두고 있는바, 소득세법과 상증세법은 소득세와 증여세의 이중과세를 허용하고 있지 않다고 봄이 타당하다. 그런데 법인의 수증 사안에서 법인은 자산 수증으로 인한 법인세를, 그 주주는 수증재산을 재원으로 하는 배당소득에 대한 소득세를 부담함에도 과세관청은 법인의 수증 시 주주에게 재차 증여세를 부과하고 있는바, 이는 중복과세 금지를 규정한 상증세법 제2조 제2항 및 소득세법상 중복과세 배제조항들의 취지에 반하는 것으로서 위법하다고 볼 수 있을 것이다.

---

<sup>99</sup> 김완석, 앞의 논문, 330면

<sup>100</sup> 김완석, 앞의 논문, 330면; 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006두1326 판결

<sup>101</sup> 소득세법 시행령 제163조 제10항

<sup>102</sup> 김완석, 앞의 논문, 330면

### 3. 결론

법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 경우, 주주의 세 부담의 합계액은 앞서 살펴본 예에서 수증재산의 약 80%에 이르게 된다. 이는 수증재산에 대한 납세의무자(수증자)의 사용, 수익, 처분권한에 대한 중대한 제한이면서 동시에 증여자의 사유재산 처분의 자유에 대한 심각한 제한이라고 할 수 있다. 결국 과세관청의 증여세 부과는 사실상 수증재산에 대한 물수의 효과를 가져오는 것으로서 헌법상 재산권 보장 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.

또한 상증세법 제2조 제2항은 수증재산에 대하여 소득과세가 이루어지는 경우 증여세를 부과할 수 없다는 내용의 소득과세 우선의 원칙을 선언하고 있고, 소득세법 역시 소득세와 증여세의 중복과세를 피하기 위한 다양한 조항들을 마련해 놓고 있다. 이러한 상황에서 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과하는 것은 상증세법 제2조 제2항 및 소득세법의 규정 취지에 반할 뿐만 아니라 이를 정당화할 수 있는 사유 역시 찾기 어렵다는 점에서 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.

## 제5절 상증세법 제42조 제1항 제3호의 증여세 부과 근거조문 해당 여부

### 1. 서설

과세관청은 상증세법 제42조 제1항 제3호를 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과의 근거조문으로 본 후 동 호의 증여재산가액 산정 방식에 기초하여 주주에게 증여세를 부과하고 있다. 구체적으로 과세관청은 상증세법 제42조 제1항 제3호가 주주의 주식가치 상승과 관련된 증여재산가액을 평가하는 방법에 대하여 규정하고 있으므로 상증세법 시

행령 제31조의9 제1항 제5호에 따라 법인의 재산 수증 전·후의 주식가치의 차액을 주주의 증여재산가액으로 보아 증여세를 부과할 수 있다고 주장하는데, 이와 관련하여 상증세법 제42조 제1항 제3호가 증여세 부과에 근거조문이 될 수 있는지 검토한다.

## 2. 증여세 부과의 근거조문

### 가. 상증세법 제42조 제1항 제3호에 대한 과세관청의 주장<sup>103</sup>

상증세법 제42조 제1항 제3호는 “출자, 감자, 합병(분할합병을 포함함), 분할, 제40조 제1항에 따른 전환사채 등에 의한 주식의 전환, 인수, 교환 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익 또는 사업양수·양도, 사업교환 및 법인의 조직 변경 등에 의하여 소유지분이나 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익”으로서 상증세법 시행령으로 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 그 이익을, 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과한다고 규정하고 있다.

상증세법 제42조 제1항 제3호의 성격에 대하여 과세관청은 동 호는 포괄적 예시규정인데, 이는 간접적인 방법에 의한 부의 무상이전 또는 기여에 의한 타인의 재산가치 증가 등과 같이 전형적인 증여에는 해당하지 않지만 상증세법 제2조 제3항의 증여에 포섭될 수 있는 증여에 대하여 그 증여재산가액을 평가하는 방법을 직접 제시한다는 점에서 의미를 가진다고 주장한다. 나아가 과세관청은 동 호가 포괄적 예시규정이라는 인식에 기초하여 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정된 거래유형(출자, 감자, 합병, 분할, 주식전환, 사업양수도, 법인의 조직변경 등)은 예시일 뿐이며, 일정한 거래가 법인의 자본을 변동시키거나 또는 주주의 소유지분이나 그 가액을 변동시키기만 하면 해당 주주에게 증여세를 부과할 수 있는데, 법인의 수증으로 인하여 주주의 소유지분의 가액이 변동되므로, 법인의

---

<sup>103</sup> 과세관청은 각주 4의 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사안 및 각주 7의 서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722 판결 사안 등에서 2의 가.항과 같은 주장을 하였다.

수증 시 주주의 주식가치 상승에 대하여 상증세법 제42조 제1항 제3호를 적용하여 증여세를 부과할 수 있다고 설명한다.

## 나. 하급심 판결

서울행정법원은 상증세법 제42조 제1항 제3호가 주주에 대한 증여세 부과처분의 근거조문이 될 수 있는지에 대하여 법인의 주식 수증 사건과 법인의 부동산 수증 사건에서 서로 다른 판단을 내렸다. 법인의 주식 수증 사건 및 부동산 수증 사건의 각 판결 내용을 정리하면 다음과 같다.

### (1) 주식 수증 사건(서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결)

대기업의 지배주주가 자신의 아들들이 지배주주로 있는 비상장회사에 대기업 계열사 주식을 증여한 사건<sup>104</sup>에서, 서울행정법원은 법인에 대한 주식 증여가 상증세법 제42조 제1항 제3호 후단의 거래 유형인 “사업의 양수·양도 등”에 해당하여 동 호에 따라 주주의 증여재산가액을 산정할 수 있다고 판시하였다. 그 내용 중 일부를 요약하면 아래와 같다.

[서울행정법원 2011구합42543 판결 중 일부 요약]

① 어느 회사의 주식 전부를 양도하는 것이 회사의 목적사업의 전부 또는 일부를 포괄적으로 이전하는 영업의 양도보다 회사의 사업내용이나 조직에 더욱 중대한 변화를 초래하는 것으로 볼 수 있는 점, ② 대기업 지배주주가 대기업 계열사 발행 주식을 자신의 아들들이 대주주로 있는 비상장회사에 증여함으로써, 자신의 아들들이 실질적으로 대기업 그룹의 차순위 주주로서의 지위를 누리게 된 점, ③ 증여세 완전포괄주의를 도입하면서도 기존의 증여의제규정이던 상증세법 제42조를 삭제하지 않은 것은 어떠한 경우 증여세가 과세되는지에 관한 예측가능성을 부여하기 위

<sup>104</sup> 각주 4의 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사안

하여 변칙적인 거래유형의 예시를 든 것으로 보이고, 증여세 과세대상을 반드시 법에 명문으로 규정된 유형에 한정하는 것으로 판단되지는 않는 점, ④ 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정된 사업의 양도는 대등한 교환가치의 교환을 일반적인 전제로 하고 있는바, 이러한 경우에도 주식가치의 변동이 있는 경우 그 변동분이 일정가액을 넘어서면 증여세를 부과하겠다는 것이 입법자의 의도인데, 하물며 아무런 대가를 지급하지 않는 증여로 인하여 주식가치가 증가하였음에도 이를 과세하지 않는다면 과세형평에 반하는 점 등을 종합하여 보면 대기업 계열사 발행 주식의 증여는 상증세법 제42조 제1항 제3호의 사업의 양도에 준하는 사유로서 “사업양도 등”에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 주식 증여로 증가한 원고들 소유의 비상장회사 주식 가치변동을 법에서 규정한 증여로 본 후 상증세법 제42조 제1항 제3호를 적용하여 그 증여재산가액을 산정한 증여세 부과처분이 적법하다.

**(2) 부동산 수증 사건(서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722 판결)**

한편 법인의 대주주의 조부(祖父)가 법인에게 부동산을 증여한 사건<sup>105</sup>에서 서울행정법원의 다른 재판부는 상증세법 제42조 제1항 제3호가 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세의 근거조문이 될 수 없다고 판단하였다. 그 내용 중 일부를 요약하면 아래와 같다.

[서울행정법원 2012구합4722 판결 중 일부 요약]

상증세법 제42조 제1항 제3호의 전단에는 법인의 자본을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익을 규정하고 있다. 이는 법인의 합병·분할 및 감자 등에 참여 또는 참여하지 아니함으로써 통상적으로 지급하여야 하는 대가를 지급하지 않고 재산 또는 소유지분의 평가액이 변동됨에 따라 얻은 직접 또는 간접적인 이익에 관하여 과세하기 위한 규정이라 할 것인데, 제3자가 법인에게 재산을 증여한 행위는 자본거래가 아니라 손익거래이므로 위 제3호의 전단에서 정하고 있는 거래 유형에 해당하지 않는다.

<sup>105</sup> 각주 7의 서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4722 판결 사안

상증세법 제42조 제1항 제3호 후단은 “사업양수도, 사업교환 및 법인의 조직변경 등”에 의하여 소유지분이나 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익을 규정하고 있는 바, 여기서 말하는 거래 유형은 주주의 소유지분이나 그 가액이 변동되는 모든 거래를 의미한다고 볼 수는 없고(주주의 소유지분의 가액이 변동되는 모든 거래를 의미한다는 것은 법인의 모든 거래를 의미한다는 것과 다를 바가 없게 되어 상증세법 제42조 제1항 제3호 후단의 규정을 둔 의미가 없게 된다), 적어도 사업양수도, 사업교환 및 법인의 조직변경과 유사한 거래유형을 의미한다고 보아야 하는데, 법인에 대한 증여의 경우 사업양수도, 사업교환 및 법인의 조직변경 등의 거래유형에 해당하지 않음이 명백하고, 달리 이와 유사한 거래 유형이라고 볼 만한 사정도 없다. 따라서 법인의 수증 시 과세관청이 상증세법 제42조 제1항 제3호를 준용하여 주주의 증여재산가액을 계산한 것이 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 납세자의 예측가능성이나 과세형평에도 반하여 위법하다.

이와 유사한 취지에서 법인이 부동산을 증여받은 사건에서 서울고등법원 2014. 1. 28. 선고 2012누28058 판결 역시 “상증세법 제42조 제1항 제3호는 법인의 자본이 변동되는 자본거래, 법인의 사업내용과 성격이 변동되는 사업양수도, 사업교환, 법인의 종류가 변동되는 조직변경 등의 경우를 규정한 것이지, 이러한 변동이 없는 자산취득의 경우까지를 규정한 것은 아니라고 하면서, 위와 같은 변동이 없는 자산취득은 일반적인 손익거래로서 법인의 소득에 영향을 미치지 않지만, 법인의 자본구조나 기업으로서의 성격 등에 변동을 초래하는 것은 아니기 때문에 자본거래나 사업양수도, 사업교환 등과 동일하거나 유사한 것으로 볼 수 없다”는 취지로 실시하면서, 상증세법 제42조 제1항 제3호가 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세의 근거조문이 될 수 없다고 판단하였다.

#### 다. 상증세법 제42조 제1항 제3호의 입법연혁

상증세법 제42조 제1항 제3호가 주주에 대한 증여세 과세의 근거조문이 될 수 있는지를 검토하기 위하여 위 조항의 개정 전 조문을 살펴보는 일은 의미가 있을 것이다. 위 조항

의 개정 전 조문인 2000. 12. 29. 개정 상증세법(법률 제6301호) 제42조 제1항은 아래와 같이 규정하고 있었다.

[2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항]

제 42 조 (기타의 증여의제)

① 제 38 조·제 39 조의 2·제 41 조 또는 제 41 조의 3 에서 규정하는 것과 방법 및 이익이 유사한 경우로서 특수관계에 있는 자가 직접 또는 간접적인 방법으로 법인의 합병·분할·감자 등에 참여하거나 참여하지 아니함으로써 통상적으로 지급하여야 하는 대가를 지급하지 아니하고 소유지분 또는 그 평가액이 변동됨에 따라 직접 또는 간접적인 이익을 얻은 경우로서 상속세 또는 증여세를 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그에 상당하는 이익을 증여받은 것으로 본다. 이 경우 특수관계에 있는 자 및 이익의 계산 등에 관하여는 제 38 조 내지 제 41 조 또는 제 41 조의 3 의 규정을 준용한다.

개정 전 조문의 입법취지를 살펴보기 위하여 자본거래의 의미를 먼저 검토하면, 법인세법은 “증자, 감자, 배당과 같이 법인의 소득에 영향을 줄 수 없는 단체법상의 집합적 법률행위 내지 그에 따른 계산”을 자본거래라고 부르면서,<sup>106</sup> 이러한 자본거래를 법인의 손익이 발생하는 손익거래와 구분하고 있다.

그런데 증자, 감자, 합병 등의 자본거래에서 주식의 발행가액, 감자가액, 합병비율 등이 시가를 제대로 반영하지 않을 경우 주주 간 부의 무상이전이 발생한다.<sup>107</sup> 예를 들어 증자를 하면서 기존 주식가치보다 낮은 발행가액으로 증자한다면 신주주가 이득을 보고 구주주는 손해를 보게 된다.<sup>108</sup> 또한 두 개 회사가 합병하는 과정에서 합병비율이 두 회사의 주식가치를 제대로 반영하지 못할 경우, 주식가치가 저평가된 회사의 주주들의 부(富)가 주식가치가 고평가된 회사 주주들에게로 무상으로 이전되는 일이 발생하게 된다. 이

<sup>106</sup> 이창희, 앞의 책, 529면; 법인세법 제17조

<sup>107</sup> 이창희, 앞의 책, 969면

<sup>108</sup> 이창희, 앞의 책, 1104면



처럼 자본거래를 통하여 주주들 간에 부가 무상으로 이전됨에도, 과세관청은 과거 조세 법률주의에 따른 엄격해석의 원칙이 강조되던 상황 하에서, 주주들 간에 직접적인 법률 행위가 존재하는 것이 아니기 때문에 주주들에게 증여세를 부과할 수 없었고, 그 결과 자본거래는 과거 재벌들이 증여세나 상속세를 피하면서 재산을 물려받는 수단으로 널리 활용되었다.<sup>109</sup>

이에 대처하기 위하여 상증세법은 합병, 분할, 증자, 감자 등 자본거래를 통한 부의 무상 이전에 대해 증여세를 부과하는 조문인 ① 합병시 증여의제, ② 증자에 따른 증여의제, ③ 감자에 따른 증여의제 조항 등을 신설하였고, 위와 같은 증여의제조항과 유사한 거래인 신중 변칙거래를 규제하기 위하여 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항(기타의 증여의제)을 마련하였다.<sup>110</sup> 구체적으로 위 상증세법 제42조 제1항은 특수관계인이 법인의 합병, 분할, 감자 등에 참여하거나 참여하지 않음으로써 이익을 얻은 경우 특수관계인의 이익에 대하여 증여세 부과를 할 수 있다고 규정하는데, 동 조항은 자본거래를 이용한 조세회피 목적의 변칙증여에 사전적으로 대처하기 위하여 “자본거래에 대한 증여세 과세체계를 개선·보완할 목적”으로 마련된 것으로 이해될 수 있을 것이다.

이러한 취지에서 도입된 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항은 합병, 분할, 출자, 감자 등의 기존 거래유형에, 2003. 12. 30. 상증세법 개정 당시 “사업 양수·양도, 사업교환 및 법인의 조직변경 등”의 거래유형이 더해져 현행 상증세법 제42조 제1항 제3호의 모습

---

<sup>109</sup> 이창희, 앞의 책, 970면

<sup>110</sup> 법제처 홈페이지([www.law.go.kr](http://www.law.go.kr))에는 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제39조(증자, 감자에 따른 증여의제), 제40조(전환사채 등에 의한 증여의제), 제42조(기타의 증여의제)의 입법 이유와 관련하여 “합병, 분할, 증자, 감자 등의 자본거래를 이용하여 특수관계에 있는 자가 이익을 얻은 경우로서 그 이익이 이 법(상증세법)에서 열거하고 있는 증여의제조항에서 정하고 있는 이익과 유사한 경우에는 증여세를 과세할 수 있도록 하는 등 새로운 금융기법을 이용한 변칙증여에 사전적으로 대처할 수 있도록 자본거래에 관한 증여세 과세체계를 개선, 보완함(법 제39조, 제40조, 제41조)”이라고 기재되어 있다.

을 갖추게 되었다.

라. 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호에 추가된 거래유형

(1) 법인의 조직변경

2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호는 후단에 “사업 양수·양도, 사업 교환 및 법인의 조직변경 등”을 열거하면서 이들 거래 등에 의하여 소유지분 또는 그 가액이 변동됨에 따라 얻은 이익이 있는 경우 당해 이익을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다고 규정하고 있다.

위 제3호에 열거된 유형 중 법인의 조직변경을 살펴보면, 조직변경은 협의로는 법인이 그 인격의 동일성을 유지하면서 다른 종류의 법인으로 전환되는 것을 의미하지만,<sup>111</sup> 광의로는 합병, 분할 등 일반적인 조직재편을 의미하기도 한다.<sup>112</sup> 상증세법은 조직변경의 의미를 명확히 규정하고 있지 않으나, 상증세법 시행령 제15조 제6항은 제3호 가.목은 “합병·분할 등 조직변경에 따라 주식 등을 처분하는 경우. 다만 처분 후에도 상속인이 합병법인 또는 분할신설법인 등 조직변경에 따른 법인의 최대주주 등에 해당하는 경우에 한한다”라고 규정하고 있는바, 위 상증세법 시행령 규정은 상증세법이 “조직변경”이라는 용어를 협의의 조직변경이 아닌 광의의 조직변경, 즉 합병, 분할 등 일반적인 조직재편의 의미로 이해하는 것이 아닌가라는 생각을 갖게 한다.

실제 입법자는 제42조 제1항 제3호의 입법 당시 서로 공통점이 있는 거래를 동 호 후단

---

<sup>111</sup> 법인세법 제78조; 조직변경 중 주식회사에서 유한회사로의 조직변경 절차를 살펴보면, 주식회사는 주주총회를 거쳐 조직변경을 결의한 후 구 주권을 제출하고 출자좌수를 배정받는다(박요찬, “증여세의 포괄증여규정 및 개별예시규정의 위헌성 연구”, 세무학연구 제24권 제4호, 2007년 12월, 125면)

<sup>112</sup> 김재광, “법인의 조직변경과 과세상 문제점”, 조세법연구[12-2], 사단법인 한국세법학회, 376면

에 함께 열거하였을 것인데, 사업양수도 및 사업교환은 기업구조재편으로서의 성격을 가진다는 점, 상증세법 제42조는 “그 밖의 이익의 증여 등”이라는 제목에서도 드러나듯이 포괄적 예시규정으로서 이해되고 있고,<sup>113</sup> 또한 2003. 12. 30. 개정 상증세법 입법 과정에서 국회 재정경제위원회 전문위원이 작성한 “상속세및증여세법 중 개정법률안 검토보고”<sup>114</sup>에도 제42조가 포괄규정으로 설명되고 있는 점을 감안할 때, 제3호 후단에 열거된 “조직변경”을 협의의 조직변경이 아닌 광의의 조직변경으로 이해하는 것이 동 조항의 입법취지에 보다 부합하는 해석일 것으로 생각된다. 조직변경을 협의의 의미가 아니라 광의의 의미로 이해하여야 다양한 형태의 기업구조재편을 동 호의 “조직변경”에 포섭시킬 수 있고, 이에 따라 기업구조재편 과정에서 발생할 수 있는 다양한 형태의 부의 무상이전에 대해 증여세 부과를 할 수 있을 것이기 때문이다.

상증세법 제42조 제1항 제3호에 열거된 “조직변경”을 합병, 분할 등을 포함하는 일반적인 조직재편의 의미로 이해할 경우, 구체적으로 어떠한 거래들이 동 호의 조직변경에 포함되는지 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이와 관련하여 조직재편, 즉 기업구조개편은 크게 기업결합과 기업분할로 나뉘어지는데, 법인세법 및 조세특례제한법은 기업결합과 관련하여 합병, 자산의 포괄적 양도, 주식의 포괄적 교환·이전을, 기업분할과 관련하여 인적분할, 물적분할, 현물출자 시 과세특례에 대해 규정하고 있다.<sup>115</sup>

한 기업이 다른 기업에게 사업용 자산의 대부분을 양도한 후 청산하는 형태의 자산의 포괄적 양도는 합병과 법률적 성질이나 형식을 달리하지만, 경제적 기능이나 실질이 유사한 기업구조재편 제도의 하나로 인식되고 있다.<sup>116</sup> 또한 법인이 현물출자에 의해 자회사를 설립하는 경우 또는 기존 법인에 현물출자를 함으로써 출자법인이 피출자법인 주식의

---

<sup>113</sup> 사법연수원, 앞의 책, 139면

<sup>114</sup> 국회 재정경제위원회 전문위원, “상속세및증여세법 중 개정법률안(정부제출) 검토보고(2003. 10)”, 3면

<sup>115</sup> 법인세법 제44조 내지 제50조, 조세특례제한법 제37조

<sup>116</sup> 임승순, 앞의 책, 707면; 조세특례제한법 제37조

대부분을 소유하게 되는 경우에도 사실상 물적분할과 동일한 분산효과를 거둘 수 있어,<sup>117</sup> 현물출자는 사실상 기업분할의 효과를 가지는 기업구조재편 제도의 하나로 인식되고 있다.

이처럼 합병, 분할은 상법에 규정된 방식 이외에도 다양한 방식으로 이루어질 수 있고, 또한 조직재편도 합병, 분할 이외에 여러 가지 방식으로 행해질 수 있는바, 만약 상증세법이 제42조 제1항 제3호에 “합병”, “분할”만을 규정할 경우, 다양한 방식으로 행해지는 조직재편 및 이 과정에서 발생할 수 있는 부의 무상 이전에 효과적으로 대처하지 못하는 문제가 발생할 수 있을 것이다. 이에 입법자는 제3호 후단에 합병, 분할을 포함하여 일반적인 조직재편으로서의 의미를 가지는 “조직변경”을 규정함으로써 기업구조재편 과정에서 발생할 수 있는 다양한 유형의 변칙증여에 대처하도록 할 필요가 있었을 것으로 생각된다.

또한 회사가 그 인격의 동일성을 유지하면서 다른 종류의 회사로 전환되는 협의의 조직변경의 경우, 조직변경 과정에서 회사의 자본의 크기가 변동되지 않을 수 있다. 일례로 주식회사가 유한회사로 조직변경하는 것과 관련하여, 상법은 조직변경 시 자본금 제한에 대한 규정으로서, “조직변경의 경우에는 회사에 현존하는 순자산액보다 많은 금액을 자본금의 총액으로 하지 못한다”는 규정만을 두고 있을 뿐이다.<sup>118</sup> 따라서 주식회사에서 유한회사로 조직변경하려는 회사가 자본금보다 더 많은 금액의 순자산을 보유하고 있는 경우, 위 회사는 기존 자본금과 동일한 액수를 유한회사의 자본금 총액으로 정함으로써 자본의 크기를 변동시키지 않은 채 조직변경을 할 수 있다. 결국 협의의 조직변경의 경우 상증세법 제42조 제1항 제3호 전단의 “법인의 자본(출자액을 포함)을 증가시키거나 감소시키

---

<sup>117</sup> 임승순, 앞의 책, 701면

<sup>118</sup> 상법 제604조 제2항; 이철송, 회사법강의 제21판, 박영사, 129면; 한편 조직변경하려는 회사가 상법 제604조 제2항의 제한을 위반하여 회사에 현존하는 순자산액보다 많은 금액을 자본금총액으로 정하더라도 조직변경의 효력에는 영향이 없고, 조직변경을 결의할 당시의 이사들의 전보책임의 문제가 생길 뿐이다(이철송, 같은 책, 1165면).

는 거래”로 보기 어려운 면이 있는바, 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호는 이러한 점을 감안하여 “조직변경”을 전단의 거래 유형인 “출자, 감자..(생략)..등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래”와 구분하여 동 호 후단에 규정한 것이 아닌가 생각된다.

한편 (i) 동 호의 개정 전 조문인 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항이 자본거래를 이용한 변칙증여에 대처하기 위하여 마련된 규정인 점, (ii) 실제 조직재편 거래의 유형으로서 앞서 살펴본 합병, 자산의 포괄적 양도, 주식의 포괄적 교환·이전, 인적분할, 물적분할, 현물출자 등이 모두 주식거래로서의 성격을 가지는 점을 감안할 때, 상증세법 제42조 제1항 제3호 후단의 “조직변경”은 조직재편 거래 중 법인에게 새로운 소득을 발생시키지 않는 거래로 이해하는 것이 보다 합리적인 해석일 것으로 생각된다.

참고로 미국세법은 “조직재편(reorganization)의 당사자인 회사(대상회사)가 조직재편 계획에 따라 조직재편의 상대방 회사(인수회사)의 주식 또는 유가증권과 자신의 자산(Property)을 교환하는 경우, 조직재편의 당사자 회사(대상회사)에게 어떠한 손익도 인식되지 않는다”고 규정하면서,<sup>119</sup> 회사에게 세금이 부과되지 않는 조직재편(비과세대상 조직재편) 거래로 7가지 거래 유형을 제시하고 있다.<sup>120</sup> 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “조직변

---

<sup>119</sup> 미국세법 제361조(회사 손익의 불인식)(Nonrecognition of gain or loss to corporations) (a)

<sup>120</sup> 미국세법 제368조(조직재편의 정의)(Definition relating to corporate reorganizations)(a)(1)은 아래 7가지 유형의 거래를 비과세대상 조직재편(reorganization)으로 정의하고 있다.

1. 합병(A 유형)
2. 인수회사가 자신의 의결권 있는 주식의 전부 또는 일부를 발행하여 교부하고 그 대가로 대상회사의 주식을 취득함으로써 대상회사에 대한 지배권을 획득하는 경우(B 유형)
3. 인수회사가 자신의 의결권 있는 주식의 전부 또는 일부를 발행하여 교부하고 그 대가로 대상회사가 소유한 자산의 실질적인 전부를 취득한 후 대상회사가 청산하는 경우(C 유형)
4. 회사가 자산의 전부 또는 일부를 상대방 회사에게 양도하는 대가로 상대방 회사의 주식을 취득하여(현물출자) 상대방 회사에 대한 지배권을 확보한 후 조직재편 계획에 따라 상

경”은 앞서 말한 바와 같이 법인에게 소득을 발생시키지 않는 거래로 이해되어야 할 것 인바, 미국세법상 비과세대상 조직재편(reorganization)의 거래유형을 살펴보는 일은 상증 세법 제42조 제1항 제3호의 “조직변경”의 거래 형태를 이해하는 데 참고가 될 것이다.

## (2) 사업 양수·양도

회사분할에서 분할의 대상이 되어 이전되는 재산은 개개의 재산이 아니라 회사의 영업목적에 위하여 조직화되고 유기적 일체로서 기능하는 재산인 영업(營業)을 의미한다.<sup>121</sup> 영업을 이전한다는 측면에서 보면 회사분할은 “영업양도에 의한 현물출자”와 유사하다.<sup>122</sup> 특히 존속분할을 하는 경우 회사가 존속하면서 일부의 영업을 이전되므로 영업 일부의 양도에 의해서도 회사분할과 마찬가지로 영업을 분할하는 효과를 얻을 수 있다.<sup>123</sup> 예를 들어 가전과 반도체를 영위하는 회사가 반도체 부문은 자신이 수행하고, 가전부문을 분리하고자 할 때, 회사분할에 의하여 신설회사를 설립하면서 가전부문을 이전하거나 타회사와 합병시킬 수도 있으나, 굳이 회사분할에 의하지 않더라도 자회사를 설립하면서 가전영업을 현물출자 방식으로 양도하거나 다른 회사에 가전영업을 현물출자 방식으로 양도하는 방법을 취할 수도 있을 것이다.<sup>124</sup> 뿐만 아니라 회사가 물적분할을 하면 분할회사가 직접 상대방회사의 주식을 소유하게 되므로, 영업 자체를 현물출자하는 거래는 물적

---

대방 회사의 주식을 회사의 주주에게 분배하는 경우(D 유형)

5. 자본구조의 변화(Recapitalization)(E 유형)
6. 회사의 상호(identity), 구조(form), 주소(place) 등의 단순한 변경(F 유형)
7. 조직재편의 당사자 회사가 법원의 승인을 받은 조직재편 계획에 따라 상대방 회사에게 자신이 보유한 자산의 전부 또는 일부를 양도하는 경우(G 유형)

<sup>121</sup> 이철송, 앞의 책, 1074~1075면

<sup>122</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면

<sup>123</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면

<sup>124</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면

분할과 그 모습이 더 유사하게 된다.<sup>125</sup>

이처럼 회사가 자신이 존속하는 것을 전제로 영업의 일부를 분할하고자 할 때, 회사는 기능은 같으면서 법적 효과를 달리하는 존속분할, 물적분할 또는 영업양도라는 세 가지 방법을 자유로이 선택할 수 있다.<sup>126</sup> 이러한 상황에서 만약 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호에 단순히 “분할”만을 규정할 경우, 법인은 사업이나 영업 자체를 현물출자하여<sup>127</sup> 사실상 분할과 동일한 경제적 목적을 달성하면서도 주주들은 동 호에 따른 증여세 과세를 면하는 결과가 발생할 수 있을 것이다. 이에 상증세법 제42조 제1항 제3호는 분할뿐만 아니라 이와 실질적으로 동일한 경제적 기능을 가지는 “사업이나 영업을 현물출자하는 거래”를 규정함으로써 변칙증여에 대처하도록 할 필요가 있었을 것으로 이해되고, 이를 위해 동 호 후단에 “사업 양수·양도”를 규정한 것이 아닌가 생각된다.

한편 한 회사의 사업(소멸법인)이 다른 회사(존속법인)에게로 전부 넘어가고 소멸법인의 주주는 존속법인의 주주가 되는 변화는 반드시 합병에서만 가능한 것이 아니다.<sup>128</sup> 일례로 소멸법인이 자산·부채를 포괄적으로 존속법인에 현물출자 방식으로 양도한 후 해산·청산하면서 양도대가로 받은 존속법인 주식을 잔여재산으로 소멸법인의 주주에게 나누어 줄 경우, 이는 합병과 거의 동일한 경제적 효과를 가지는데, 이러한 유형의 “자산의

---

<sup>125</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면; 이철송, 회사법강의, 1075면은 프랑스의 회사분할제도에 대해 소개하면서 “분할과 관련하여 주목할 것은 l'apport partiel d'actif(영업일부의 출자)라는 것이다. l'apport partiel d'actif란 회사가 독립적으로 가동할 수 있는 영업의 일부를 다른 회사에 출자하는 것을 뜻하는데, 출자하는 회사와 출자받는 회사의 합의에 의해 회사분할(scission)제도의 적용을 선택할 수 있다(프랑스 회사법 371-1조)..(생략).. 즉 l'apport partiel d'actif은 우리의 존속분할에 해당하는 것이다”라고 설명하고 있다. 요약하면 프랑스에서 영업일부의 출자(l'apport partiel d'actif)는 회사분할의 한 유형으로 여겨진다고 볼 수 있다.

<sup>126</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면

<sup>127</sup> 사업이나 영업 자체를 현물출자하였으나, 그 평가가 제대로 이루어지지 않은 경우 주주 간 부의 무상이전이 발생한다.

<sup>128</sup> 이창희, 앞의 책, 629~630면

포괄적 양도”는 사실상 합병으로 불리고 있다.<sup>129</sup>

앞서와 마찬가지로, 만약 2003. 12. 30. 개정 상증세법이 제42조 제1항 제3호에 단순히 “합병”만을 규정할 경우, 법인은 사업이나 영업 자체를 현물출자하여 사실상 합병과 동일한 경제적 효과를 거두면서도 법인의 주주들은 동 호에 따른 증여세 과세를 면하는 결과가 발생할 수 있을 것인바, 동 호는 합병뿐만 아니라 이와 유사한 경제적 효과를 가지는 “사업이나 영업을 현물출자하는 거래”를 열거함으로써 기업구조재편 과정에서 발생할 수 있는 변칙증여에 대처하도록 할 필요가 있었을 것으로 생각되고, 이를 위해 동 호 후단에 “사업 양수·양도”를 규정한 것이 아닌가 생각된다.

이상의 내용을 정리하면, 상증세법 제42조 제1항 제3호 후단의 “사업 양수·양도”는 상법에서 말하는 영업양수도를 의미하는 것이 아니라, “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”, 다시 말해 일부의 표현에 따르면 “영업양도에 의한 현물출자”<sup>130</sup>를 의미한다고 봄이 타당할 것이다.<sup>131</sup>

만약 이와 달리 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “사업 양수·양도”를 손익거래로서의 사업양수도로 이해하는 경우, 법인이 사업양수도 거래를 통해 소득을 얻고 그 소득에 대하여 법인세를 납부하였음에도 법인의 주주는 동 호에 따라 증여세를 납부하여야 한다는

---

<sup>129</sup> 이창희, 앞의 책, 630면

<sup>130</sup> 이철송, 앞의 책, 1075면은 “회사분할은 영업양도에 의한 현물출자와 흡사하다”고 하면서 “영업양도에 의한 현물출자”라는 표현을 사용하였다.

<sup>131</sup> 일부 학설 역시 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “사업양수도”에 대해 설명하면서 “부의 무상이전과 관련된 사업양수도는 「영업양수 이사회결의→ 영업양수도 계약체결 → 주식의 발행」의 절차를 밟게 될 것이므로, 「이사회 결의의 집합적 합동행위, 단체법상의 유상양도계약, 입사계약의 혼합계약」으로 구성되어 있다고 볼 것이다”라고 설명하고 있다. 즉 위 학설은 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “사업양수도”를 사업이나 영업을 현물출자하는 거래로 이해하고 있다 (박요찬, 앞의 논문, 125면).



결론에 이르게 된다. 그런데 현행 상증세법은 동법 제45조의3의 경우<sup>132</sup>를 제외하고, 법인의 손익거래가 있을 때 법인의 주주에게 증여세를 부과하는 경우가 없다. 실제 수 많은 손익거래 중 유독 사업양수도만 다른 손익거래와 구분하여 법인의 법인세 납부의무에도 불구하고 주주에게 증여세를 부과할 이유가 없는바, 이 점을 감안할 때 동 호의 “사업 양수·양도”를 손익거래로서의 영업양수도로 이해해야 한다는 주장은 설득력을 가지기 어렵다.

뿐만 아니라 2003. 12. 30. 개정 상증세법 제42조 제1항 제3호는 “합병”, “분할”, “사업 양수·양도”, “법인의 조직 변경” 등을 열거하면서 당해 법인의 주주가 해당 거래로 인하여 이익을 얻은 경우 위 주주에게 증여세를 부과한다고 규정하고 있다. 위 제3호에 열거된 “합병”, “분할”, “법인의 조직 변경”은 모두 기업구조재편 거래에 해당하는데, 이들 거래는 앞서 2. 라. (1)에서 살펴본 바와 같이 법인의 소득에 영향을 미치지 않는 거래라는 공통점을 가지고 있다. 나아가 위 상증세법 제42조 제1항 제3호가 서로 공통점이 있는 거래들을 전단과 후단에 함께 열거하였을 가능성이 높고, 또한 동 호의 개정 전 조문인 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항이 자본거래를 이용한 변칙증여에 대처하기 위하여 도입된 규정이라는 점까지 감안한다면, 동 호 후단의 “사업 양수·양도” 역시 “조직변경”과 마찬가지로 법인에게 새로운 소득을 발생시키지 않는 거래, 즉 “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”로 보는 것이 보다 합리적인 해석일 것으로 생각된다.

결국 상증세법 제42조 제1항 제3호가 서로 공통점이 있는 거래들을 전단과 후단에 함께 열거하였을 가능성이 높은데, 위 제3호에 열거된 “합병”, “분할”, “법인의 조직 변경”은 모두 법인의 소득에 영향을 미치지 않는 거래라는 공통점을 가지는 점, 수 많은 손익거래 중 유독 사업양수도만 법인의 법인세 납부의무에도 불구하고 주주에게 증여세를 부과할 이유가 없는 점을 고려할 때, 동 호의 “사업 양수·양도”는 상법상 영업양수도를 가리키는 것이 아니라, “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”를 의미한다고 봄이 타당할

---

<sup>132</sup> 상증세법 제45조의3은 소위 일감 몰아주기에 대한 증여의제 규정이다.

것이다.

#### 마. 소결

상증세법 제42조 제1항 제3호의 개정 전 조문인 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항이 자본거래를 이용한 신종 변칙증여에 대비하기 위하여 마련된 규정인 점, 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정된 “출자, 감자, 합병, 분할, 법인의 조직변경 등”이 모두 법인에게 소득을 발생시키지 않는 거래에 해당하는데, 입법자가 서로 공통점을 가지는 거래를 동 호에 규정하였을 가능성이 높은 점, 만약 동 호의 “사업 양수·양도”를 손익거래로서의 사업양수도의 의미로 이해할 경우, 위 손익거래에 대하여 법인이 법인세 납부의무를 부담함에도 불구하고, 주주가 증여세를 납부하여야 한다는 결론에 이르게 되는데, 이는 현행 법인세법 및 상증세법 체계에 반하는 점을 감안할 때, 위 제3호에 규정된 “사업 양수·양도”를 상법상 영업양수도가 아니라 “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”로 이해하는 것이 보다 합리적인 해석일 것으로 생각된다.

그런데 법인의 수증은 손익거래이지 자본거래가 아닌 바, 이것이 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “사업 양수·양도 등”에 해당한다고 보기 어렵다. 나아가 법인의 수증이 제3호 후단의 다른 거래 유형에 해당하지도 않으므로, 결국 상증세법 제42조 제1항 제3호는 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 대한 근거조문이 될 수 없다고 봄이 타당하다.

#### 제6절 결론

이중과세란 동일한 경제적 담세력의 원천 내지 동일한 과세물건(경제적 이익)에 대하여 중복된 조세부담을 지우는 것을 의미한다. 법인의 수증 사안에서 법인세, 배당소득세 및 증여세의 과세물건이 모두 법인의 수증재산으로 동일하므로, 주주에 대한 증여세는 법인세 및 배당소득세와의 관계에서 이중과세라고 볼 수 있다.

그런데 특정 과세가 이중과세라고 해서 항상 위법하다는 결론에 이르는 것은 아니므로, 해당 과세가 이중과세라고 할 경우 당해 과세가 헌법상 재산권 보장 원칙에 위배되는지, 나아가 다른 세법 조항 위반에 해당하는지 살펴볼 필요가 있다. 법인의 수증 사안에서 주주에 대한 증여세 부과를 허용할 경우, 앞서 살펴본 예에서 주주의 세 부담은 수증재산의 약 80%에 이르게 된다. 소득의 약 80%에 달하는 세금 부과는 당해 소득을 사실상 몰수하는 결과를 가져온다고 보아도 무리가 아닌바, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과는 수증재산에 대한 수증자의 사용, 수익, 처분권한 및 위 수증재산에 대한 증여자의 처분권한을 증대하게 제한하는 것으로서 헌법상 재산권 보장 원칙에 위배된다고 볼 수 있을 것이다. 나아가 상증세법 제2조 제2항은 수증재산에 대하여 소득과세가 이루어지는 경우 증여세를 부과하지 못한다고 규정하고 있는바, 법인의 수증 시 법인에게 법인세를, 수증재산의 배당 시 주주에게 배당소득세를 부과함에도 불구하고 주주에게 재차 증여세를 부과하는 것은 상증세법 제2조 제2항에 반하여 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.

한편 상증세법 제42조 제1항 제3호를 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과에 대한 근거조문으로 볼 수 있는지 쟁점이 되는데, (i) 상증세법 제42조 제1항 제3호의 개정 전 조문(2002. 12. 18. 개정 상증세법 제42조 제1항)이 자본거래를 이용한 신종 변칙증여에 대처하기 위하여 마련된 규정인 점, (ii) 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정된 거래들, 즉 출자, 감자, 합병, 분할, 법인의 조직변경 등은 모두 법인에게 소득을 발생시키지 않는 거래라는 공통점을 가지는데, 입법자가 동 호 전단 및 후단에 서로 공통점을 가지는 거래를 열거하였을 가능성이 높은 점, (iii) 만약 동 호의 “사업 양수·양도”를 상법상 영업양수도, 즉 손익거래로 이해하는 경우, 법인이 사업양수도를 통하여 얻은 소득에 대하여 법인세 납부의무를 부담함에도 법인의 주주가 다시 증여세를 납부해야 한다는 결론에 이르게 되는데, 수 많은 손익거래 중 유독 사업양수도만 다른 손익거래와 구분하여 법인세 납부의무에도 불구하고 주주에게 증여세를 부과할 이유가 없는 점, (iv) 법인은 “자산의 포괄적 양도” 방식을 통해 합병과 사실상 동일한 경제적 효과를, “영업양도에 의한 현물출자” 방

식을 통해 분할과 사실상 동일한 경제적 효과를 얻을 수 있는데, 만약 상속세법이 제42조 제1항 제3호에 “합병” 또는 “분할”만 규정할 경우 주주들은 “자산의 포괄적 양도” 내지 “영업양도에 의한 현물출자”를 통해 증여세 과세를 면할 수도 있게 될 것인바, 입법자로서는 이를 방지하기 위하여 제3호에 “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”라는 의미로서 “사업 양수·양도”를 규정할 필요가 있었던 것으로 이해되는 점 등의 사정을 종합할 때, 동 호의 “사업 양수·양도”는 상법상의 영업양수도가 아니라 “사업이나 영업 자체를 현물출자하는 거래”, 즉 일부의 표현에 따르면 “영업양도에 의한 현물출자”로 이해하는 것이 보다 합리적인 해석일 것으로 생각된다.

그런데 법인의 수증 사안에서 법인의 수증은 손익거래이지 자본거래가 아니므로 상속세법 제42조 제1항 제3호 후단의 “사업 양수·양도 등”에 해당하지 않고, 나아가 동 호 후단의 다른 거래 유형에 해당하지도 않으므로, 결국 상속세법 제42조 제1항 제3호는 주주에 대한 증여세 부과에 근거조문이 될 수 없을 것으로 생각된다.

## 제4장      법인을 이용한 조세회피에 대한 대응방안

### 제1절    서설

법인의 재산 수증 시 수증재산에 대한 법인세 및 주주에 대한 증여세의 동시 부과가 허용되지 않는다고 할 경우 법인을 이용한 조세회피 시도에 대한 대응책으로서, (i) 법인의 수증 시 법인격이라는 법률 형식의 겹겹질을 깨뜨고 자연인인 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안과 (ii) 법인이 적정수준을 넘는 이익을 내부에 유보하고 있는 경우 유보이익에 대해 법인세를 추가로 부과하는 방안<sup>133</sup>을 생각해 볼 수 있다.

(i)번의 “주주에 대한 직접 증여세 부과 방안”은 법인의 무상거래를 통한 조세회피에 대한 대응방안은 될 수 있으나, 법인의 유상거래를 통한 조세회피에 대해서는 아무런 대응책을 제시하지 못한다. 반면 (ii)번의 “유보이익 과세방안”은 법인의 유·무상거래를 불문하고 법인의 유보이익 자체에 대해 과세를 하는 것이기 때문에, 이는 법인의 유상거래를 통한 조세회피에 대해서도 대응책이 될 수 있다. 실제 법인을 이용한 조세회피가 법인에 대한 증여행위 자체에 의해서가 아니라 법인의 이익유보에 의해 발생한다는 점을 감안한다면,<sup>134</sup> “유보이익 과세방안”이 일응 법인을 이용한 조세회피에 대한 보다 근본적인 대

---

<sup>133</sup> 조세중립성을 감안하면 개인기업 또는 동업기업이나 조합기업의 형태로 사업을 하는 경우와 법인의 형태로 사업을 하는 경우 간에 세 부담의 차이가 없어야 한다. 그런데 소득세법의 경우 누진세율을 적용하기 때문에 소득 구간이 높은 경우 소득세율이 법인세율보다 높고, 법인이 이 점을 이용하여 이익을 내부에 유보하는 경우 주주 단계에서 납부해야 할 소득세를 회피할 수 있어 법인 형태로 사업을 하는 경우가 세 부담 면에서 유리하게 된다. 이처럼 법인이 이익을 내부에 유보할 경우 조세회피가 발생할 수 있는데, 미국과 일본은 이러한 조세회피에 대한 대응방안으로서 법인의 유보이익에 대하여 추가로 법인세를 부과하는 제도인 유보이익세(accumulated earning tax), 개인지주회사세(personal holding company tax) 및 특정 동족회사(同族會社) 유보금 과세 제도를 각각 시행하고 있다.

<sup>134</sup> 법인이 배당을 정기적으로 실시하면, 법인과 주주가 부담하는 세액의 합계액이 개인이 개인기

응책이라고 할 수도 있을 것이다.

다만 조세회피에 대한 대응책을 논의하는 과정에서 해당 방안의 현실적인 도입 가능성을 함께 고려하여야 할 것인데, (ii)번의 “유보이익 과세방안”의 도입 가능성과 관련하여, 우리나라 법인세법은 이미 유보이익에 대한 과세제도라고 할 수 있는 적정유보초과소득에 대한 법인세 제도를 시행하였다가 이를 폐지한 바 있다.

구체적으로 1990. 12. 31. 개정 법인세법<sup>135</sup>은 대규모기업집단에 속하는 폐쇄회사(상장법인이 아닌 회사)나 그렇지 않더라도 법에 정한 규모를 넘는 회사<sup>136</sup>가 적정유보소득을 초과하여 소득을 유보하는 경우 그 초과유보소득에 대하여 25%의 세율을 적용하여 산출한 세액을 일반 법인세에 추가하여 과세하도록 함으로써 적정유초과보소득에 대한 법인세를 규정하였다.<sup>137</sup> 이는 비상장법인이 소득을 과다하게 사내에 유보함으로써 소득세 부담을 회피하는 것을 방지하기 위한 목적에서 도입되었는데,<sup>138</sup> 동 제도가 도입된 당시부터 “이것이 주주의 입장에서 볼 때 미실현이득에 대한 과세이므로 합리성이 결여되어 있고, 국내기업의 위약한 재무구조 및 부족한 투자재원을 감안할 때 시기상조라는 점”을 들어 비판하는 견해<sup>139</sup>가 제기되었고, 이후에도 동일한 취지의 비판이 계속되어 오다가 2001. 12. 31. 개정 법인세법에 와서는 적정유보초과소득에 대한 법인세가 기업이익의 사내유보를

---

업 형태로 사업을 하는 경우 부담하는 세액보다 많거나 같아 조세회피가 발생하지 않는다.

<sup>135</sup> 1990. 12. 31. 개정 법인세법(법률 제4282호)

<sup>136</sup> “법에 정하는 규모를 넘는 회사”란 “각 사업연도종료일 현재의 주식발행자본금액 또는 출자금액이 50억원을 초과하거나 자기자본의 총액이 100억원을 초과하는 법인”을 말한다(1990. 12. 31. 개정 법인세법 제22조의2 제1항); 이창희, 앞의 책, 520면

<sup>137</sup> 1990. 12. 31. 개정 법인세법 제22조의2; 김원목, “유보이익세의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문(2003년 2월), 34면

<sup>138</sup> 김원목, 앞의 논문, 34면; 제13대 국회 제151회 제19차 본회의회의록(부록 1)(1990. 12. 18.), 98면

<sup>139</sup> 제13대 국회 제151회 재정경제위원회회의록 제7호 (1990. 12. 8.), 46면; 김원목, 앞의 논문, 35면

통한 자기자본 확충을 저해한다는 이유로 폐기되기에 이르렀다.<sup>140</sup> 외환위기 직후 기업의 유동성 확보 및 재무구조 개선이 시급하다는 점도 적정유보초과소득에 대한 법인세 폐지의 주요 논거 중 하나가 되었는데,<sup>141</sup> 2014년 현재 해외 수출이 둔화되고 내수 역시 침체되고 있는 상태에서 기업의 유동성 확보 및 재무구조 개선의 필요는 현재에도 계속되고 있다고 할 수 있다.

또한 우리나라는 2014. 3. 18. 개정 법인세법에서 유보이익에 대한 과세의 일종이라고 할 수 있는 기업소득 환류세제를 도입하였다.<sup>142</sup> 기업소득 환류세제란 일정 규모 이상의 법인<sup>143</sup>을 대상으로 하여 기업소득을 투자, 임금증가, 배당에 활용토록 유도하기 위하여 임금증가, 배당 등이 당기 소득의 일정액에 미달한 경우 추가로 법인세를 부과하는 제도를 의미한다.<sup>144</sup> 적정유보초과소득에 대한 법인세는 법인의 이익유보를 통한 조세회피를 방지하기 위한 목적에서 마련된 것인 반면, 기업소득 환류세제는 투자나 임금증가 등을 유도함으로써 기업소득이 가계소득 증가로 환류되는 선순환구조를 유도할 목적으로 마련된 것<sup>145</sup>이라는 점에서 차이를 가지지만, 양 조세는 모두 기업소득을 대상으로 추가로 법인세 부담을 지운다는 점에서 공통점을 가진다고 할 수 있다. 기업소득 환류세제의 도입에 따라 일정 규모 이상의 기업들은 추가 법인세를 납부할 의무를 부담하게 되었는데, 이러한 상황에서 조세회피를 방지한다는 명목으로 다시금 기업에게 추가 법인세 부담을 지울 경우 이에 대한 조세저항이 적지 않을 것이다.

결국 1990년경에 도입되었던 적정유보초과소득에 대한 법인세가 기업의 유동성 확보 및

---

<sup>140</sup> 김원목, 앞의 논문, 35면

<sup>141</sup> 기획재정부, 2014년 세법개정안 주요내용 설명자료(2014. 8. 6.), 10면

<sup>142</sup> 2014. 3. 18. 개정 법인세법 제56조

<sup>143</sup> “일정규모 이상의 법인”이란 자기자본이 500억원을 초과하는 법인(중소기업 제외)이나 상호출자제한기업집단에 속하는 법인을 의미한다(법인세법 제56조 제1항).

<sup>144</sup> 기획재정부, 2014년 세법개정안 주요내용 설명자료(2014. 8. 6.), 7면

<sup>145</sup> 기획재정부, 2014년 세법개정안 주요내용 설명자료(2014. 8. 6.), 7면

재무구조 개선의 필요성 등을 이유로 2001년경 폐지되었는데, 현재 국내외 경기 악화로 인하여 기업의 유동성 확보 및 재무구조 개선의 필요는 이전보다 더 높아졌다고도 볼 수 있다. 또한 기업에게 추가 법인세 부담을 지우는 기업소득 환류세제가 새롭게 도입된 상황에서 조세회피 방지를 명목으로 다시금 추가 법인세를 부과할 경우 이에 대한 조세저항이 적지 않을 것인바, 이러한 점을 감안할 때 현 상황에서 유보이익에 대한 과세제도를 도입하는 것은 현실적으로 쉽지 않을 것으로 예상된다.

결국 유보이익에 대한 과세제도의 도입을 기대하기 쉽지 않은 상황에서, 법인의 수증 시 법인격이라는 법률 형식의 겉껍질을 꿰뚫고 자연인인 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안을 법인을 이용한 조세회피에 대한 보다 현실적인 대응책으로 생각해 볼 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 (i) 법인을 이용한 조세회피에 대한 대응책으로서 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안이 현행 세법 체계상 허용되는지, (ii) 만약 허용된다고 할 경우, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 요건을 어떻게 설정해야 하는지, (iii) 법인세, 배당소득세 및 증여세의 이중과세 문제를 해결하기 위하여 법인의 수증 시 주주의 증여이익을 어떠한 방식으로 산정해야 하는지에 대해 검토하기로 한다.

## 제2절 법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안의 허용 여부

### 1. 서설

우리나라 세법은 2009년경 동업기업 과세특례를 도입하여 일부 기업의 경우 법인세를 부과하지 않고, 사원에게 바로 세금을 부과할 수 있도록 하였으나,<sup>146</sup> 이는 인적회사나 일부 유한회사 등을 그 적용 대상으로 할 뿐 주식회사에게는 적용되지 않는다. 현행 세법은

---

<sup>146</sup> 조세특례제한법 제100조의15; 이창희, 앞의 책, 530면



주식회사의 경우 법인의 소득에 대하여 법인세를, 법인의 소득이 주주에게 배당된 때 비로소 주주에게 소득세를 부과하는 이중적 과세체계를 따르고 있는데, 이러한 과세체계 하에서 주식회사의 수증 시 법인격이라는 법률 형식의 겉껍질을 꿰뚫고 주주에게 직접 과세하는 것이 허용되는지 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 주식회사와 법인세

주식회사의 경우 동업기업 세제를 적용하지 않고 있는데, 그 이유는 주주 단계에서 세금을 부과·징수할 경우 거래비용이 많이 든다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 주식회사는 주주의 유한책임과 주식의 자유로운 이동을 특징으로 하는 결과 다수의 소액주주들이 존재하고 주주 지위도 수시로 변동되는데, 이러한 주식회사에 동업기업 세제를 적용할 경우 과세행정에 들어가는 비용이 너무 커지는 관계로 주식회사에 동업기업 세제를 적용하는 것이 현실적으로 불가능하다고 할 수 있다.<sup>147</sup>

그러나 모든 주식회사가 다수의 주주에 의해 운영되는 것은 아니며, 만약 소수의 사람이 모인 기업 운영이 주식회사의 형태로 이루어지는 경우 그에 따라 주주 단계에서 조세를 징수하더라도 과세행정에 많은 비용이 발생하지 않는다면, 이러한 형태의 주식회사에 반드시 법인세 납세의무를 지워야 할 사회·경제적 필요는 없을 것이다.<sup>148</sup> 실제 미국세법이 Corporation이라 할지라도 소규모 폐쇄회사(S Corporation)라면, 그러한 회사에 대해서는 법인세를 부과하지 않고 회사를 통해 얻은 주주의 소득을 주주 단계에게 바로 과세할 수 있도록 하고 있는데,<sup>149</sup> 이 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

결국 주식회사에 법인세를 부과할 것인가, 아니면 주주를 바로 과세할 것인가는 어느 쪽

---

<sup>147</sup> 윤지현, 동업기업세제 도입에 따른 기업형태별 적절한 과세방안에 관한 연구, 조세법연구 14-2(2008년), 사단법인 한국세법학회, 34면

<sup>148</sup> 이창희, 독일법상 인적회사와 조합의 과세, 조세학술논집 제19집(2003년), 176면

<sup>149</sup> 이창희, 앞의 논문, 180~181면

이 거래비용이 더 싼 제도인가를 검토하여 결정할 문제이지 주식회사가 법인이기 때문에 법인세를 부과해야 한다는 식의 논리필연적 결론을 내릴 수 있는 문제가 아니다.<sup>150</sup> 마찬가지로 주식회사의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과할 것인가의 문제 역시 거래비용을 고려하여 결정할 문제로서, 만약 법인의 수증 시 증여세 납세의무를 부담하는 자를 일정한 범위 내의 주주로 제한함으로써 주주 단계에서 증여세를 직접 부과·징수해도 거래비용이 많이 들지 않게 한다면, 법인의 수증 시 주주 단계에게 증여세를 부과·징수하는 것을 불허할 이유가 없을 것이다.

참고로, 미국세법은 최초 소득세법 제정 당시 회사를 독립된 과세대상이 아닌 주주의 소득을 정하는 데 있어 투시(pass-through)의 대상으로만 인식하였다가(1862년 소득세법) 이후 회사소득세를 주주과세의 선납방식의 회사 과세 방식으로 이해하게 되었고(1894년 소득세법),<sup>151</sup> 이후 사회·경제적 변화에 맞추어 1913년 소득세법에서는 회사를 주주와는 구분되는 독립된 납세의무자로 인식하기에 이르렀다.<sup>152</sup> 다만 1913년 소득세법은 회사를 주주와 구분되는 독립적인 납세의무자로 보면서도, 회사가 누진세를 회피하기 위한 목적으로 설립되거나 악용되는 경우 법인격을 무시하고 주주에게 과세할 수 있도록 하거나,<sup>153</sup> 회사가 배당에 대한 주주과세를 피할 목적으로 이익을 유보하는 경우 유보이익이 마치 주주들에게 분배된 것으로 보아 주주에게 과세하는 규정을 두는 등<sup>154</sup> 입법자들은 과세행정상의 효율을 우선적 고려사항으로 삼아<sup>155</sup> 법률을 설계하였던 것으로 이해된다.

---

<sup>150</sup> 이창희, 앞의 논문, 181면

<sup>151</sup> 김석환, “미국 소득세제의 기원에 대한 소고”, 조세법연구[15-2] (2009년 8월), 사단법인 한국세법학회, 225면

<sup>152</sup> 이창희, 앞의 책, 519면

<sup>153</sup> 이창희, 앞의 책, 519~520면에서 Tariff Act of 1913, II. A. 38 Stat. 114(1913) Subdivision 2. 166-167을 재인용

<sup>154</sup> 김석환, 앞의 논문, 220면에서 1913 IRC ch. 16, II(A) (2), 38 Stat. 114. 166~167을 재인용

<sup>155</sup> 김석환, 앞의 논문, 225면

결국 미국세법 상 회사소득세(Corporate Income Tax)에 대한 변천 과정에서 나타나는 바와 같이, 기업과세에 있어 입법자들의 우선적 고려사항은 주주들이 기업형태를 통해 번 소득에 대해 어떻게 하면 과세행정상의 효율을 제고할 수 있겠는가 하는 점이었지<sup>156</sup> 법인 이면 법인세를 부과하여야 한다는 식의 법 도그마에 따른 세금 종류의 선택이 아니었던 것으로 이해된다. 따라서 비록 현행 세법이 주식회사의 경우 이중적 과세체계를 따르고 있지만, 이러한 이중적 과세체계가 제대로 작동하지 않는 경우 일정한 요건 하에서 법인의 소득을 주주의 소득으로 보아 주주 단계에서 직접 세금을 부과·징수하는 것도 허용된다고 봄이 타당할 것으로 생각된다.

### 3. 결론

주식회사에게 법인세 납세의무를 지우는 이유는 투자자의 소득을 그 길목인 주식회사 단계에서 과세하는 것이 각 주주 단계에게서 과세하는 것보다 효율적이기 때문이지, 이외 법인세를 과세할 논리필연적인 이유가 존재해서가 아니다.<sup>157</sup> 따라서 소수의 사람에 의해 운영되는 주식회사의 경우, 주주 단계에서 조세를 부과·징수해도 거래비용이 많이 발생하지 않을 것이고, 이러한 주식회사에 반드시 법인세를 부과해야 할 사회·경제적 필요는 없을 것이다.<sup>158</sup> 마찬가지로 법인의 수증 시 법인의 소득(수증재산)을 주주의 소득으로 보아 주주에게 직접 증여세를 부과할 수 있는지의 문제 역시 거래비용을 고려하여 결정할 문제로서, 도관과세로 인한 거래비용이 많이 들지 않는 경우, 법인의 수증 시 주주를 과세단위로 삼아 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것도 허용된다고 봄이 타당할 것이다.

## 제3절 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 요건

---

<sup>156</sup> 김석환, 앞의 논문, 225면

<sup>157</sup> 이창희, 앞의 논문, 177면

<sup>158</sup> 이창희, 앞의 논문, 176면

## 1. 서설

법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세요건의 설정과 관련하여 2014. 1. 1. 개정 상증세법(법률 제12168호) 제41조<sup>159</sup>를 살펴볼 필요가 있다. 위 개정 상증세법 제41조는 영리법인을 이용한 변칙증여에 대한 과세를 강화하기 위하여 같은 조 제1항의 “특정법인”의 범위에 “지배주주 등의 주식보유비율이 50% 이상인 영리법인”을 추가하였고, 그에 따라 결손법인 또는 휴·폐업법인뿐만 아니라 흑자법인에 대한 증여 시 일정한 요건 충족 하에 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것이 가능하게 되었다.

위 개정 상증세법 제41조는 흑자법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하면서도 다른 한편으로 흑자법인의 수증재산을 법인의 익금에 산입하여 법인세를 부과하도록 하고 있어 동 조항에 따른 증여세 과세를 도관과세로 보기 어렵다. 그렇지만 동 조항은 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 수 있는 요건을 구체적으로 정하고 있는바, 개정 상증세법 제41조는 법인의 수증재산을 주주가 직접 증여받은 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과하는 내용의 입법안 마련 시 좋은 참고가 될 것이다.

---

<sup>159</sup> 상증세법 제 41 조(특정법인과 거래를 통한 이익의 증여) ① 결손금이 있거나 휴업·폐업 중인 법인 또는 제 45 조의 3 제 1 항에 따른 지배주주와 그 친족이 지배하는 영리법인(이하 이 조에서 "특정법인"이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주 또는 출자자의 특수관계인이 그 특정법인과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 하여 그 특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다.

1. 재산이나 용역을 무상으로 제공하는 거래

2...(생략)..

3...(생략)..

4. 그 밖에 제 1 호부터 제 3 호까지의 거래와 유사한 거래로서 대통령령으로 정하는 거래

② 제 1 항에 따른 특정법인, 특정법인의 주주 또는 출자자가 얻은 이익의 계산, 현저히 낮은 대가 및 현저히 높은 대가의 범위는 대통령령으로 정한다.

이하에서 법인을 이용한 조세회피가 어떠한 경우에 주로 발생하는지 살펴본 후 이를 기초로 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세요건을 어떻게 정하는 것이 타당한지 검토하도록 한다.

## 2. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율

### 가. 유보이익에 대한 과세제도

앞서 말한 바와 같이 법인을 이용한 조세회피는 법인의 이익유보에 의하여 발생한다. 미국과 일본은 법인의 이익유보를 통한 조세회피에 대응하기 위하여 법인의 유보이익에 대하여 추가로 법인세를 부과하는 제도를 시행하고 있으며, 우리나라 역시 과거 유보이익에 대한 과세제도인 동족회사(同族會社) 유보금 과세제도를 두고 있었다.<sup>160</sup> 미국과 일본에서 시행되고 있거나, 과거 우리나라에서 시행되었던 유보이익에 대한 과세제도들은 모두 법인의 이익유보를 통한 조세회피에 대한 대응책으로서 마련된 것들인데, 현재 법인의 수증사안에서 조세회피에 대한 대응책으로서 검토되고 있는 “주주에 대한 직접 증여세 부과 방안” 역시 법인을 이용한 조세회피에 대한 대응책이라는 점에서 공통점을 가지는바, 미국, 일본에서 시행되고 있거나, 과거 우리나라에서 시행되던 유보이익에 대한 과세제도의 과세 요건을 살펴보는 일은 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과 요건(구체적으로 과세요건으로서 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율)을 정하는 데 참고가 될 것이다. 이하에서 유보이익에 대한 과세제도들의 과세요건을 간단히 살펴보도록 한다.

#### (1) 미국의 개인지주회사세(Personal Holding Company Tax)

소득세율이 법인세율보다 높은 경우, 고소득 납세자는 높은 개인소득세 부담을 피하기

---

<sup>160</sup> 1949. 11. 7. 제정 법인세법 제17조

위하여 법인을 설립하여 사업활동을 한 후 법인의 이익을 내부에 유보할 유인을 가진다.<sup>161</sup> 이에 미국세법은 일정한 요건을 갖춘 법인의 경우 납세자가 높은 개인소득세 부담을 피하기 위하여 법인을 설립한 후 이를 개인기업의 형태로 운영한 것으로 보아 법인에게 개인지주회사세를 부과하고 있다.

개인지주회사(Personal Holding Company)가 되기 위해서는 주식소유요건과 소득요건<sup>162</sup>을 모두 충족해야 한다. 주식소유요건과 관련하여 5명 이하의 개인 주주들이 과세연도의 마지막 6개월 동안 어느 한 시점이라도 전체 주식가액의 50% 이상을 직·간접적으로 보유해야 하며,<sup>163</sup> 이 때 ① 개인의 친족이 소유한 주식, ② 주식회사, 파트너쉽(조합), 유산(기금)이 직, 간접적으로 보유한 주식, ③ 개인이 파트너쉽의 구성원인 경우 다른 구성원이 소유한 주식 혹은 ④ 주식을 취득할 권리를 행사할 수 있는 옵션(주식매수선택권, 전환사채 등)도 해당 주주가 소유한 것으로 의제된다.<sup>164</sup>

정리하면 미국세법에 따르면, 5명 이하의 주주들이 직·간접적으로 50% 이상을 보유하는

---

<sup>161</sup> 장근호, 주요국의 조세제도 미국편(I), 한국조세연구원, 459면

<sup>162</sup> 소득요건과 관련하여 조정된 법인소득의 60% 이상이 개인지주회사의 소득으로 구성되어야 한다{미국세법 제542조(a)(1), 제542조(a)(2)}. 여기서 “개인지주회사의 소득”이란 배당, 이자, 연금, 로열티, 임대료, 인적용역소득 등을 의미한다{미국세법 제543조(a)}; 장근호, 앞의 책, 460면; 김원목, 앞의 논문, 27면

<sup>163</sup> 김원목, 앞의 논문, 28면

<sup>164</sup> 미국세법 제544조; 장근호, 앞의 책, 460면; 김원목, 앞의 논문, 28면. 한편 김원목의 전제 논문은 주식소유요건 중 의제적인 소유요건의 대체적인 내용을 아래와 같이 설명하고 있다.

- ① 회사, 조합, 신탁 등이 직, 간접적으로 소유한 주식은 그 구성원, 수익자가 비율적으로 소유하는 것으로 본다.
- ② 개인의 친족이 소유한 주식은 그 개인이 소유하는 것으로 본다.
- ③ 개인이 파트너쉽의 구성원인 경우 다른 구성원이 소유하는 주식은 그 개인이 소유하는 것으로 본다.
- ④ 주식매수선택권을 가진 개인은 주식을 소유하는 것으로 본다.
- ⑤ 전환사채 등 주식으로 전환할 수 있는 유가증권은 발행주식으로 본다.

법인으로서, 법인의 조정된 일반소득의 60% 이상이 개인지주회사의 소득(수동적 소득, passive income)으로 구성된 회사는 개인지주회사로 간주되며,<sup>165</sup> 이 경우 배당되지 않은 소득에 세율(20%)을 곱하여 세액을 산정한다.<sup>166</sup>

## (2) 미국의 유보이익세(Accumulated Earnings Tax)

미국세법은 법인의 소득을 배당하지 않은 채 유보함으로써 주주의 소득세를 회피하기 위한 목적으로 설립되거나 이용되는 회사에 유보이익세를 적용한다.<sup>167</sup> 미국세법 제532조에 따르면 개인지주회사(personal holding company),<sup>168</sup> subchapter F 하에서 법인세가 면제된 법인 및 수동적 외국투자회사(passive foreign investment company)<sup>169</sup>를 제외하고 법인의 소득을 배당하지 않은 채 유보함으로써 주주의 소득세를 회피하기 위한 목적으로 설립되거나 이용되는 모든 회사에 유보이익세가 적용된다.<sup>170</sup> 1984년 이전에는 미국 국세청이 전통적으로 폐쇄회사에 유보이익세를 과세해 왔으나,<sup>171</sup> 1984년 미국세법 제532조(C)가 신설되어<sup>172</sup> 현재 유보이익세는 법인의 주주의 수와 상관 없이 적용된다.<sup>173</sup>

## (3) 일본의 특정 동족회사(同族會社) 유보금 과세

일본의 법인세율도 높은 소득 구간에 대한 소득세율보다 낮기 때문에 개인기업의 형태로 사업을 운영하는 것보다는 법인의 형태로 사업을 운영하는 것이 세 부담 면에서 대부분

---

<sup>165</sup> 장근호, 앞의 책, 460면

<sup>166</sup> 미국세법 제541조; 장근호, 앞의 책, 461면

<sup>167</sup> 미국세법 제532조; 장근호, 앞의 책, 463면; 김원목, 앞의 논문, 7면

<sup>168</sup> 개인지주회사는 미국세법 제542조에서 정의된다.

<sup>169</sup> 수동적 외국투자회사는 미국세법 제1297조에서 정의된다.

<sup>170</sup> 미국세법 제532조(a), (b)

<sup>171</sup> 김원목, 앞의 논문, 7면

<sup>172</sup> 김원목, 앞의 논문, 7면

<sup>173</sup> 미국세법 제532조(c)

유리하다.<sup>174</sup> 동족회사(同族會社)<sup>175</sup>는 세 부담을 줄이기 위하여 배당을 하지 않은 채 내부 유보를 늘리는 유인을 갖게 되는데, 이 경우 동족회사의 내부 유보를 방치하게 되면 개인기업과의 사이에 과세형평이 맞지 않게 된다.<sup>176</sup> 따라서 일본은 개인기업과의 과세형평을 기하기 위하여 동족회사가 일정 한도액을 초과하여 이익을 유보하는 경우 통상의 법인세액 외에 특별세율에 의한 세액을 가산하는 특정 동족회사 유보금 과세제도를 시행하고 있다.<sup>177</sup>

특정 동족회사(同族會社)란 “회사의 주주 1인 및 그와 법인세법 시행령에서 정하는 특수관계에 있는 개인 및 법인”이 그 회사의 발행주식총수의 50%를 넘는 주식을 보유하는 회사를 의미하는데,<sup>178</sup> 일본 법인세법은 회사의 주주 1인 및 그의 특수관계인이 50% 이상의 지분을 보유하는 회사인 특정 동족회사를 유보금 과세 대상 법인으로 정하여 과세를 하고 있다.<sup>179</sup>

#### (4) 1949. 11. 7. 제정 법인세법(법률 제62호)상 유보금 과세

동족회사란 “주주 또는 사원의 1인과 이들의 친족, 사용인 기타 법인세법 시행령으로 규정하는 출자관계 있는 법인 등 특수관계 있는 자의 주식금액 또는 출자금액의 합계가 그 법인의 주식금액 또는 출자금액의 2분의 1 이상에 상당하는 법인”을 의미하는데,<sup>180</sup> 1949. 11. 7. 제정 법인세법은 동족회사를 유보이익에 대한 과세 대상 법인으로 규정하였

---

<sup>174</sup> 국중호, 주요국의 조세제도(일본 편), 한국조세연구원(2009. 10.), 155면

<sup>175</sup> 동족회사란 소위 말하는 오너(owner) 기업으로 소유와 경영이 명확하게 구분되어 있지 않아 회사와 개인의 의사결정이 동일한 기업을 말한다(국중호, 앞의 책, 154~155면).

<sup>176</sup> 국중호, 앞의 책, 156면

<sup>177</sup> 일본 법인세법 제67조 제1항, 제2항; 국중호, 앞의 책, 156면

<sup>178</sup> 일본 법인세법 제67조 제1항, 제2항

<sup>179</sup> 일본 법인세법 제67조 제1항, 제2항

<sup>180</sup> 1949. 11. 7. 제정 법인세법 제17조



다.

동족회사는 가족경영체제를 갖는 회사 내지 폐쇄회사로서 소득을 회사 내에 용이하게 유보함으로써 주주의 배당소득세를 회피하면서 회사 내에 부를 축적할 수 있었는데, 위 제정 법인세법은 이익을 유보한 동족회사에게 일반 법인세만을 부과하는 것이 과세형평에 어긋나는 점을 고려하여 동족회사로 하여금 일반 법인세 외에 추가로 법인세를 부담하도록 하였다.<sup>181</sup>

#### 나. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율

법인의 수증 사안에서 조세회피는 법인의 이익유보에 의해 발생하므로, 이익유보가 발생할 가능성이 높은 법인을 수증법인으로 삼아 주주에 대한 증여세 과세 요건을 설정하는 것이 타당할 것이다.

이와 관련하여 우리나라 제정 법인세법 및 일본 법인세법은 “주주 1인 및 그 특수관계인의 주식보유비율의 합계가 50% 이상인 법인”을 이익유보가 빈번히 발생할 수 있는 법인으로 보아 이들 법인을 유보이익에 대한 과세 대상 법인으로 규정하였다.<sup>182</sup> 실제 이익 배당은 주주총회 결의로 정하는데,<sup>183</sup> 지배주주 등이 50% 이상의 주식을 보유하고 있는 경우, 지배주주 등은 자신의 의사에 따라 배당에 대한 의사결정을 할 수 있고, 또한 단독으로 경영권을 행사할 수 있음을 기화로 법인의 재산을 배당 이외의 방법으로 외부로 유출시킨 후 무배당 결정을 할 가능성이 있다.

---

<sup>181</sup> 김원목, 앞의 논문, 31면

<sup>182</sup> 1949. 11. 7. 제정 법인세법 제17조, 일본 법인세법 제67조 제1항, 제2항

<sup>183</sup> 상법 제462조 제2항

결국 위와 같은 점을 감안할 때 우리나라 제정 법인세법 및 일본 법인세법이 “주주 1 인 및 그 특수관계인의 주식보유비율의 합계가 50% 이상인 법인”을 이익유보가 빈번히 발생할 수 있는 법인으로 보아 이들 법인을 과세대상 법인으로 설정한 것에 합리성을 인정할 수 있을 것이고, 나아가 법인의 수증 사안에서도 “지배주주 및 그 특수관계인의 주식보유비율이 50% 이상인 법인”을 이익유보가 일어날 수 있는 법인으로 보아 이들 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과하는 것으로 과세요건을 정할 경우, 그러한 과세요건 설정에 합리성을 인정할 수 있을 것으로 생각된다.<sup>184</sup>

참고로 2014. 1. 1. 개정 상증세법(이하 “개정 상증세법”) 제41조 및 동법 시행령 제31조 역시 “지배주주와 그 지배주주의 친족(이하 “지배주주 등”)의 주식보유비율이 50% 이상인 법인”을 법인의 수증시 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인으로 규정하고 있다.<sup>185</sup>

### 3. 지배주주 등의 주식보유비율 산정 방법

#### 가. 개정 상증세법 제 41 조에 따른 주식보유비율 산정 방법

개정 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제1항 제3호는 지배주주와 그 친족의 주식

---

<sup>184</sup> 미국세법은 개인지주회사세의 경우 “5 인 이하의 주주들의 주식보유비율의 합계가 50 % 이상인 법인”을 과세대상법인 중 주식소유요건을 충족한 법인으로 규정하고 있다. 그러나 2 인 이상 5 인 이하 주주들의 주식보유비율의 합계가 50% 이상인 경우, 이들 2 인 이상 5 인 이하 주주들의 의견이 서로 다르면, 최대주주가 배당에 대한 의사결정을 단독으로 하기 어려울 것이다. 따라서 법인의 수증 사안에서 “5 인 이하의 주주의 주식보유비율 합계가 50% 이상인 법인”을 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인으로 삼기보다는 “주주 1 인 및 그 특수관계인의 주식보유비율의 합계가 50% 이상인 법인”을 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인으로 삼는 것이 보다 합리적이지 않나 생각된다.

<sup>185</sup> 상증세법 시행령 제31조 제1항 제3호

보유비율이 50% 이상인 법인을, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 “특정법인”의 범위에 포함시키고 있는데, 이 때 지배주주 등의 주식보유비율은 “직접보유비율”과 “간접보유비율”을 합하여 계산한다.<sup>186</sup>

“직접보유비율”이란 보유하고 있는 법인의 주식을 그 법인의 발행주식총수로 나눈 비율을 의미하고,<sup>187</sup> “간접보유비율”이란 지배주주 등과 수증법인 사이에 주식보유를 통하여 한 개 이상의 법인(이하 “간접출자법인”<sup>188</sup>)이 개재되어 있는 경우 각 단계의 직접보유비율을 모두 곱하여 산출한 비율을 의미한다.<sup>189</sup>

#### 나. 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율 산정 방법

지배주주 등은 자신의 지분뿐만 아니라 간접출자법인이 보유하고 있는 지분에 대해서도 영향력을 행사할 수 있다. 즉 수증법인에 대한 지배주주 등의 직접보유비율이 50%에 미치지 않는다고 할지라도, 간접보유비율을 합산한 주식보유비율이 50% 이상인 경우, 지배주주 등은 간접출자법인에 대한 영향력을 행사함으로써 수증법인의 배당에 대한 의사결정을 단독으로 할 수 있을 것이다. 따라서 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율 산정 시 개정 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제1항 제3호와 마찬가지로, 지배주주 등의 직접보유비율만이 아니라 간접보유비율까지 합산하여 주식보유비율을 산정하도록 하는 것이 보다 합리적일 것으로 생각된다.

---

<sup>186</sup> 상증세법 시행령 제31조 제1항 제3호

<sup>187</sup> 상증세법 시행령 제34조의2 제1항 제1호

<sup>188</sup> “간접출자법인”이란 구체적으로 (i) 지배주주 등이 발행주식총수의 30% 이상을 출자하고 있는 법인, (ii) 지배주주 등 및 (i)에 해당하는 법인이 발행주식총수의 50% 이상을 출자하고 있는 법인, (iii) 위 (i), (ii)호의 법인과 수증법인 사이에 주식 보유를 통하여 하나 이상의 법인이 개재되어 있는 경우에는 해당 법인을 의미한다(상증세법 시행령 제34조의2 제14항).

<sup>189</sup> 상증세법 시행령 제34조의2 제2항

#### 4. 수증법인에 상장법인의 포함 여부

개정 상증세법 제41조는 상장법인을 “특정법인”의 범위에서 제외하고 있지 않다. 그 결과 현행 상증세법에 따르면, 지배주주 등이 50% 이상의 주식을 보유한 법인이 상장법인인 경우에도 그러한 상장법인의 수증 시 그 지배주주 등에 대한 증여세 부과가 가능한데, 이와 관련하여 상장법인을 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위에 포함시키는 것이 적절한지 문제된다.

이를 위해 비상장법인과 상장법인의 성격을 살펴볼 필요가 있는데, 비상장법인은 소수의 주주에 의해 설립된 회사로서 그 주식의 양도가 제한되고, 주주의 대부분이 경영에 참가하는 모습을 보이고 있다.<sup>190</sup> 비상장법인은 주주가 회사의 경영진인 경우가 많으므로 이들은 회사의 소득을 배당하기보다는 급여, 상여금 등의 명목으로 분배받는 예가 많다.<sup>191</sup> 또한 주식의 공개시장이 없기 때문에 주식의 가격관리가 불필요하므로, 이익배당도 지배주주의 의사에 따라 이루어지기 마련이므로, 지배주주가 소득세를 회피하기 위해 무배당 결정을 할 가능성이 많게 된다.<sup>192</sup>

반면 상장회사는 이익규모의 변동에 불구하고 정기적으로 안정적인 수준의 이익배당을 하는 경향이 있다.<sup>193</sup> 이는 주식이 널리 분산되어 있어서 개인이 자기 마음대로 배당정책을 좌우할 수 없는 지배구조라는 것도 이유가 될 수 있고, 또한 관련 법률 규정에 의하여 상장법인의 기업 내용이 공시되고 재무관리의 규제를 받는 것이 배당압력으로 작용한다는 점도 그 근거가 될 수 있다.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>191</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>192</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>193</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>194</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

한편 우리나라는 법인의 이익유보를 통한 조세회피에 대처하기 위하여, 1967. 11. 29. 개정 소득세법(법률 제1966호)에서 지상배당(紙上配當) 과세제도를,<sup>195</sup> 1990. 12. 31. 개정 법인세법(법률 제4282호)에서 적정유보초과소득에 대한 법인세 과세제도를 두고 있었는데, 이들 세제는 모두 비상장법인을 과세대상으로 하고 있었다. 구체적으로 1967. 11. 29. 개정 소득세법은 내국법인 중 비공개법인의 당해 사업연도의 소득으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 유보된 소득에 대하여는, 위 유보소득에서 당해 사업연도의 법인세액 및 이익준비금을 공제한 차액을 주주 등에게 배당한 것으로 보고 주주 등에게 지상배당세를 부과하였고,<sup>196</sup> 1990. 12. 31. 개정 법인세법은 “자본금이 50억 원을 초과하거나 자기자본이 100억원을 초과하는 비상장법인”과 대규모기업집단에 속하는 비상장법인의 경우 “이들의 소득 과다유보에 따른 소득세 부담의 회피를 방지하기 위하여”<sup>197</sup> 적정유보초과소득에 대한 법인세를 부과하였다.<sup>198</sup>

결국 상장법인의 경우 회사 이익을 지배주주 등의 일방적인 의사에 따라 내부에 유보하기 어려운 지배구조를 가지고 있는 점,<sup>199</sup> 실제 법인의 이익유보를 통한 조세회피에 대처하기 위하여 마련된 세제인 지상배당세와 적정유보초과소득에 대한 법인세 역시 모두 비상장법인을 과세대상으로 하고 있었던 점을 감안할 때, 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위에 상장법인을 포함시킬 필요성은 높지 않을 것으로 생각된다. 따라서 비상장법인만을 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위에 포함시키는 것이 타당하지 않나 생각된다.<sup>200</sup>

<sup>195</sup> 제12대 국회 제128회 제18차 본회의회의록(부록 1), 26면

<sup>196</sup> 1967. 11. 29. 개정 소득세법 제22조 제2항

<sup>197</sup> 제13대 국회 제151회 제19차 본회의회의록(부록 1), 98면

<sup>198</sup> 1990. 12. 31. 개정 법인세법(법률 제4282호) 제22조의2

<sup>199</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>200</sup> 과세관청은 법인의 수증 사례에서 수증법인이 주로 비상장법인인 경우 주주에게 증여세를 부과하고 있다. 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세가 쟁점이 된 다음 사건들, 즉 ① 서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합4777 판결 사안, ② 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2012구합4760 판

## 5. 증여세 과세 대상 거래의 범위

개정 상증세법 제41조는 “지배주주와 그 친족이 지배하는 영리법인의 대통령령으로 정하는 주주 또는 출자자의 특수관계인”<sup>201</sup>이 특정법인과 무상거래를 하는 경우를 특정법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세 요건으로 삼고 있다.<sup>202</sup> 예외적인 경우를 제외한다면, 지배주주 등의 특수관계인 이외의 자가 법인에게 증여하는 일을 상정하기 어려운 바, 개정 상증세법 제41조가 흑자법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세 대상이 되는 거래를 “흑자법인과 그 지배주주 등의 특수관계인 간의 무상거래”로 한정된 것에 합리성을 인정할 수 있을 것이다. 따라서 법인의 수증 시 지배주주 등이 해당 재산을 직접 증여받은 것으로 보아 지배주주 등에게 증여세를 부과할 경우에도, 개정 상증세법 제41조와 마찬가지로 증여세 과세 대상이 되는 거래의 범위를 “법인과 지배주주 등의 특수관계인 간의 무상거래”로 제한하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.

---

결 사안, ③ 서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합42543 판결 사안, ④ 서울행정법원 2013. 5. 24. 선고 2012구합4999 판결 사안 및 ⑤ 서울행정법원 2012구합23907 판결 사안에서 수증법인은 모두 비상장법인이었다.

<sup>201</sup> “지배주주와 그 친족이 지배하는 영리법인의 대통령령으로 정하는 주주 또는 출자자의 특수관계인”이란 (i) 영리법인의 지배주주 등의 배우자 또는 직계존비속 및 (ii) 영리법인의 지배주주 등의 배우자 또는 직계존비속이 최대주주 등으로 있는 법인을 의미한다. 상증세법 시행령 제 31 조 제 5 항

<sup>202</sup> 상증세법 시행령 제 31 조

⑤ 법 제 41 조 제 1 항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 주주 또는 출자자의 특수관계인”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1..(생략)..

2. 제 1 항 제 3 호에 해당하는 특정법인의 경우: 그 특정법인의 지배주주등과 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 관계에 있는 자

가. 배우자 또는 직계존비속

나. 가목에 해당하는 자가 최대주주등으로 있는 법인

## 6. 증여세 납세의무자의 범위

개정 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제6항 제3호 나목은 특정법인의 수증 시 증여세 납세의무자의 범위를 지배주주 및 그 친족으로 한정하고 있는데,<sup>203</sup> 이러한 증여세 납세의무자의 범위 제한이 적정한지, 나아가 법인의 수증 시 주주가 수증재산을 직접 증여받은 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과할 경우에도 증여세 납세의무자의 범위를 지배주주 및 그 친족으로 제한하는 것이 타당한지 살펴볼 필요가 있다.

주식회사는 주주 유한책임 및 주식의 자유로운 이동을 특징으로 하고 있어 주식회사에 다수의 소액주주가 존재할 가능성이 높다. 이러한 상황에서 만약 법인의 수증 시 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족” 이외의 자로 확대할 경우, 과세관청은 주주에 대한 증여세 과세를 위해 수시로 변동되는 주주 현황을 파악하여야 하고, 다수의 소액주주들 역시 증여세 신고·납부를 위해 지배주주 등의 특수관계인과 법인 간의 증여거래 상황을 항상 파악하고 있어야 하는데, 이는 많은 거래비용을 필요로 한다. 즉 법인의 수증 시 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족” 이외의 자로 확대할 경우, 과세행정비용을 포함한 거래비용이 지나치게 커지는 관계로 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 불가능해질 수 있다.

뿐만 아니라 다수의 소액주주들까지 증여세 납세의무를 부담한다고 할 경우, 소액주주들은 법인의 수증으로 인하여 현실적으로 이익을 얻은 것이 없음에도 불구하고 법인의 수증 시 증여세를 납부해야 하고, 그 결과 증여세 납부를 위해 다른 재산을 처분해야 하는 상황에 직면할 수 있다. 즉 증여세 납세의무자의 범위를 소액주주들까지로 확대할 경우, 소액주주들은 유동성 문제를 겪을 수 있다.

나아가 지배주주 등의 특수관계인이 법인에게 재산을 증여하는 경우, 이들은 사실상 지

---

<sup>203</sup> 상증세법 시행령 제31조 제6항 제3호 나목

배주주 및 그 친족에게 이익을 주려는 의사로 증여행위를 했다고 볼 수 있는바, 특수관계인의 의사를 감안할 때에도 역시, 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족”으로 한정하는 것이 합리적이라고 할 수 있다.

결국 과세행정비용을 포함한 거래비용, 소액주주들의 유동성 문제 및 증여자인 특수관계인의 의사를 감안할 때, 개정 상증세법 제41조가 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족”으로 한정하는 것에 합리성을 인정할 수 있을 것이고, 따라서 법인의 수증시주주가 해당 재산을 직접 증여받은 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과하는 경우에도, 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족”으로 제한하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

## 7. 결론

법인을 이용한 조세회피는 법인의 이익유보에 의해 발생한다. 따라서 법인의 수증시주주에 대한 증여세 과세요건을 정할 경우에도, 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인을 법인의 이익유보가 발생할 가능성이 높은 법인으로 제한하는 것이 합리적이다. 이와 관련하여 법인을 이용한 조세회피에 대처하기 위하여 마련된 우리나라의 1949. 11. 7. 제정 법인세법상 유보금 과세제도 및 일본의 특정 동족회사(同族會社) 유보금 과세제도는 모두 “주주 1인 및 그의 특수관계인이 50% 이상의 지분을 보유하고 있는 법인”을 유보이익 과세 대상 법인으로 정하거나 정하고 있었다. 실제 지배주주 1인 및 그 특수관계인의 주식보유비율이 50% 이상인 법인의 경우, 지배주주가 배당 여부를 일방적으로 결정하여 무배당 결정을 할 가능성이 있는바, 이러한 점을 감안할 때 법인의 수증시주주가 해당 재산을 직접 증여받은 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과할 경우, 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위를 “지배주주 및 그 친족의 주식보유비율이 50% 이상인 법인”으로 제한하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.



수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율을 산정하는 방식과 관련하여, 지배주주 등은 자신의 지분뿐만 아니라 간접출자법인이 보유하고 있는 지분에 대해서도 영향력을 행사할 수 있는 만큼, 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율 산정 시 개정 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제1항 제3호와 마찬가지로, 지배주주 등의 직접보유비율만이 아니라 간접보유비율까지 합산하여 주식보유비율을 산정하는 것이 합리적이다.

수증법인의 범위에 상장법인을 포함시킬지와 관련하여, 상장법인은 여러 가지 공시의무가 있어 주가를 관리할 필요가 있고 이를 위해 배당의 압력을 받는다.<sup>204</sup> 또한 상장법인의 경우 회사 이익을 지배주주 등의 일방적인 의사에 따라 내부에 유보하기 어려운 지배구조를 가지고 있는바,<sup>205</sup> 이러한 점을 감안할 때 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위에서 상장법인을 제외시키는 것이 타당할 것으로 판단된다.

증여세 과세대상 거래의 범위와 관련하여, 지배주주 등의 특수관계인 이외의 자가 법인에게 증여를 할 가능성이 높지 않으므로, 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 수 있는 거래의 범위를 “지배주주 등의 특수관계인과 법인 간의 무상거래”로 제한하는 것이 합리적이다.

마지막으로 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족” 이외의 자로 확대할 경우, 과세관청 및 다수의 소액주주들에게 거래비용이 많이 발생하게 되고, 또한 소액주주들은 증여세로 인하여 유동성 문제를 겪을 수 있다. 나아가 특수관계인 역시 지배주주 등에게 이익을 주기 위해 법인에게 증여를 하였다고 볼 수 있는바, 특수관계인의 의사를 감안할 때에도 역시 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족”으로 제한하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

---

<sup>204</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

<sup>205</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

## 제4절 법인의 수증 시 주주의 증여이익 산정 방법

### 1. 개정 상증세법 제41조에 따른 주주의 증여이익 산정 방법

개정 상증세법 제41조 및 동법 시행령 제31조 제6항에 따르면, 법인의 수증 시 지배주주 등의 증여이익은 수증재산에서 해당 수증재산으로 인한 법인세<sup>206</sup>를 공제한 금액에, 지배주주 등의 주식보유비율을 곱하여 산정한다.<sup>207</sup> 즉 개정 상증세법 제41조는 수증재산에서 당해 수증재산으로 인하여 발생할 것으로 추정되는 법인세를 공제한 금액에, 지배주주 등의 주식보유비율을 곱하여 지배주주 등의 증여이익을 산정하고 있다.

지배주주 등의 증여이익 산정 방식을 표로 정리하면 아래와 같다.

---

<sup>206</sup> “법인세”는 수증법인의 법인세 산출세액에, 해당 수증재산이 수증법인의 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율을 곱하여 산정한다.

<sup>207</sup> 상증세법 시행령 제 31 조 제 6 항

법 제 41 조 제 1 항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 이익”이란 제 1 호의 금액에서 제 2 호의 금액을 뺀 금액에 제 3 호의 비율을 곱하여 계산한 금액(해당 금액이 1 억원 이상인 경우로 한정한다)을 말한다.

#### 1. 다음 각 목의 구분에 따른 금액

가. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 얻는 이익에 상당하는 금액  
나..(생략)..

#### 2. 가목의 금액에 나목의 비율을 곱하여 계산한 금액

가. 특정법인의 법인세법 제 55 조 제 1 항에 따른 산출세액(같은 법 제 55 조의 2 에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액은 제외한다)에서 법인세액의 공제·감면액을 뺀 금액  
나. 제 1 호에 따른 이익이 특정법인의 법인세법 제 14 조에 따른 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율(1 을 초과하는 경우에는 1 로 한다)

#### 3. 다음 각 목의 구분에 따른 비율

가...(생략)..

나. 제1항 제3호에 해당하는 특정법인의 경우: 그 특정법인의 지배주주 등의 주식보유비율

[지배주주 등의 증여이익 산정 방식]<sup>208</sup>

[수증재산 - 법인세\*] × 지배주주 등의 주식보유비율

\*법인세 = 법인세 산출세액 × 수증재산/각 사업연도 소득금액

## 2. 개정 상증세법 제41조에 따른 증여이익 산정 방법의 문제점

### 가. 법인세와 증여세의 이중과세 문제

개정 상증세법 제41조와 법인세법은 법인의 수증재산을 법인의 익금에서 제외하는 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 수증법인은 수증재산 전체에 대한 법인세를, 지배주주 등은 증여이익(수증재산에서 해당 수증재산으로 인하여 발생할 것으로 추정되는 법인세를 공제한 금액에, 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액)에 대한 증여세를 납부할 의무를 부담하게 된다. 따라서 개정 상증세법 제41조에 따른 경우 지배주주 등의 증여이익 부분<sup>209</sup>이 한 번은 법인세로, 다른 한 번은 증여세로 과세되어 법인세와 증여세의 이중과세 문제가 해결되지 않은 채 남아 있게 된다.

### 나. 배당소득세와 증여세의 이중과세 문제

개정 상증세법 제41조와 소득세법은 지배주주 등의 증여이익을 지배주주 등의 배당소득에서 제외하는 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 지배주주 등의 증여이익 부분이 한 번은 증여세로, 다른 한 번은 배당소득세로 과세되어 증여세와 배당소득세의 이중과세 문제가 해결되지 않은 채 남아 있게 된다.

<sup>208</sup> 국세청, 2014 개정세법 해설, 208면

<sup>209</sup> “지배주주 등의 증여이익”이란 수증재산에서 해당 수증재산으로 인하여 발생한 것으로 추정되는 법인세를 공제한 금액에, 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액을 의미한다.

### 3. 주주의 증여이익의 산정 방법에 대한 입법안

#### 가. 수증재산의 익금불산입

##### (1) 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 과세 규정

###### ① 개정 상속세법 제3조 제1항 단서

증여세율이 일반적으로 법인세율보다 높다는 점을 이용하여 개인에게 증여를 하는 것이 아니라 개인이 지배하는 법인에게 증여를 하는 것과 마찬가지로, 상속세율이 일반적으로 법인세율보다 높다는 점을 이용하여 개인에게 유증(遺贈)을 하는 것이 아니라 개인이 지배하는 법인에게 유증을 하는 일이 발생하기도 한다. 개정 상속세법은 이러한 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 과세를 강화하기 위하여 상속세법 제3조 제1항 및 동법 시행령 제2조의2 제2항을 개정하였는데, 동 조항들에 따른 상속인의 상속세 산정 방법을 살펴보는 일은 영리법인의 수증 시 지배주주 등의 증여이익 산정 방식에 대한 입법안을 마련하는 데 참고가 될 것이다.

상속세법은 당초 수유자(受遺者)가 영리법인인 경우 그 영리법인이 납부할 상속세를 면제하였다.<sup>210</sup> 그러다가 피상속인이 상속인에게 직접 유증을 하는 것이 아니라 상속인이 주주로 있는 영리법인에게 유증을 하면서 상속세 부담을 경감시키는 일이 발생하자, 개정 상속세법은 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 과세를 강화하기 위하여 수유자가 영리법인인 경우 그 영리법인이 납부할 상속세를 면제하되, 다만 그 영리법인의 주주 중에 상속인과 그 직계비속이 있는 경우 상속세법 시행령으로 정하는 바에 따라 계산된 지분 상당액을 그 상속인과 그 직계비속이 납부하는 것으로 상속세법을 개정하였다.<sup>211</sup> 그 결

<sup>210</sup> 2013. 5. 28. 개정 상속세법 제3조 제1항

<sup>211</sup> 2014. 1. 1. 개정 상속세법 제3조 제1항

과 피상속인이 상속인과 그 직계비속이 주주로 있는 법인에게 유증하는 경우, 상속인과 그 직계비속은 일정 금액을 상속세로 납부하게 되었는데, 이와 관련하여 상속인과 그 직계비속의 지분상당액 계산방법을 표로 정리하면 다음과 같다.<sup>212</sup>

[상속인과 그 직계비속이 납부할 지분상당액의 계산]<sup>213</sup>

<p>상속인과 그 직계비속이 납부할 지분상당액의 계산</p> <p>[영리법인에게 면제된 상속세 - 유증재산에 대한 법인세*]× 상속인과 그 직계비속이 보유하고 있는 주식보유비율</p> <p>*유증재산에 대한 법인세 = [영리법인이 유증받은 상속재산×10%**]</p> <p>**Gross-up 제도 감안 10%로 이중과세 조정</p>
--

개정 상속세법 제3조 제1항 및 동법 시행령 제2조의2 제2항에 따르면, 영리법인의 주주이자 상속인 내지 그 직계비속인 자는 영리법인에게 면제된 상속세와 유증재산에 대한 법인세 간의 차액에, 상속인과 그 직계비속이 보유하고 있는 주식보유비율을 곱한 금액을 상속세로 납부할 의무를 부담하게 된다.

결국 영리법인을 이용한 변칙상속과 관련하여, 영리법인의 주주이자 상속인 내지 그 직계비속인 자는 영리법인에게 면제된 상속세 중 유증재산에 대한 법인세를 초과하는 부분<sup>214</sup>에 대해서만 상속세 납부의무를 부담하게 되므로, 개정 상속세법 제3조 제1항에 따른 경우 유증재산에 대한 상속세와 법인세의 이중과세의 문제는 발생하지 않는다.

② 영리법인을 이용한 변칙상속 관련 상속세법 개정안

<sup>212</sup> 2014. 1. 1. 개정 상속세법 제3조 제1항 및 상속세법 시행령 제2조의2 제2항

<sup>213</sup> 국세청, 2014 개정세법 해설, 189면

<sup>214</sup> 보다 정확히 말하면, 영리법인에게 면제된 상속세와 유증재산에 대한 법인세 간의 차액에 상속인 및 그 직계비속의 주식보유비율을 곱한 금액을 의미한다.

한편 기획재정부는 2013. 8.경 영리법인을 이용한 변칙상속에 대처하기 위하여 상속세법 개정안(이하 “기획재정부 개정안”)을 마련하여 입법예고를 하였다. 영리법인을 이용한 변칙상속 관련 기획재정부 개정안의 내용은 아래 표와 같다.

[기획재정부 개정안]<sup>215</sup>

1. 상속인이 영리법인의 주주인 경우 영리법인에게 면제된 상속세를 상속인이 납부
  - \* 상속인의 상속세 = 영리법인에게 면제된 상속세 × 상속인의 주식보유비율
2. 상속세가 과세된 상속재산은 법인세 과세에서 제외함(익금불산입)
  - \* 상속세가 과세된 상속재산= 해당 상속재산가액×상속인 주식보유비율
3. 상속인의 주식보유비율을 초과하는 상속재산 부분은 법인세로 과세

기획재정부는 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 상속세 과세를 강화하기 위하여 (i) 상속인이 영리법인의 주주인 경우 영리법인에게 면제된 상속세를 상속인의 주식보유비율만큼 상속인이 납부하도록 하고, (ii) 상속세가 과세된 상속재산(영리법인이 유증받은 상속재산가액에 상속인의 주식보유비율을 곱한 금액)은 영리법인의 익금에 불산입하여 법인세 과세대상에서 제외시키며, (iii) 상속세가 과세되지 않은 상속재산, 즉 상속재산 중 상속인의 주식보유비율을 초과하는 부분은 영리법인의 익금에 산입하여 법인세를 과세한다는 내용의 상속세법 개정안을 마련하였다.<sup>216</sup>

위 기획재정부 개정안에 따르면, 상속세가 과세된 상속재산 부분은 영리법인의 익금에서 제외되는바, 영리법인이 유증받은 재산에 대한 상속세와 법인세의 이중과세 문제는 발생하지 않게 된다.

③ 소결

<sup>215</sup> 기획재정부, 상속세및증여세법 일부개정법률안(2013. 9.), 5면

<sup>216</sup> 기획재정부 개정안은 실제 입법으로 이어지지 않았다.

개정 상속세법 제3조 제1항은 영리법인을 이용한 변칙상속에 대한 과세를 강화하기 위하여 변칙상속에 대한 과세 규정을 신설하면서도 영리법인에게 면제된 상속세 중 유증재산에 대한 법인세를 초과하는 부분에 대해서만 상속인이 상속세 납부의무를 부담하게 함으로써 영리법인이 유증받은 재산에 대한 상속세와 법인세의 이중과세를 조정하고자 하였고, 기획재정부 개정안 역시 변칙상속에 대한 과세를 강화하기 위하여 영리법인에게 면제된 상속세를 상속인의 주식보유비율만큼 상속인이 납부하도록 하면서도, 상속세가 과세된 상속재산 부분에 대해서는 영리법인의 익금에서 제외함으로써 영리법인이 유증받은 재산에 대한 상속세와 법인세의 이중과세를 조정하고자 하였다.

## (2) 영리법인의 수증 시 주주의 증여이익 산정 방법

개정 상속세법 제3조 제1항 및 기획재정부 개정안은 모두 상속세 과세를 강화하면서도 영리법인의 유증재산에 대한 법인세와 상속세의 이중과세를 조정하고 있는바, 개정 상속세법 및 기획재정부 개정안에 따른 상속세 계산 방법은 모두 법인의 수증 사안에서 주주의 증여이익에 대한 입법안 마련 시 참고가 될 것이다.

법인을 이용한 조세회피에 대한 대응책으로서 “법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안”은 법인의 수증재산을 주주가 직접 증여받은 것으로 본다는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 법인의 수증 시 주주의 증여이익을 산정하는 경우에도 이러한 전제에 맞추어, 기획재정부 개정안과 같이 (i) 법인의 수증재산에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액을 지배주주 등의 증여이익으로 하되, (ii) 증여세가 과세된 수증재산(법인의 수증재산가액에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액)에 대해서는 법인의 익금에서 제외하여 수증재산에 대한 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하고, (iii) 증여세가 과세되지 않은 수증재산, 즉 수증재산 중 지배주주 등의 주식보유비율을 초과하는 부분은 법인의 익금에 산입하여 법인세를 부과하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

#### 나. 배당소득 계산 시 지배주주 등의 증여이익 공제

지배주주 등에게 배당소득세를 부과할 경우, 증여세와 배당소득세의 이중과세를 조정하기 위하여, 지배주주 등이 법인으로부터 배당받은 금액에서 지배주주 등의 증여이익<sup>217</sup>을 공제한 금액을 지배주주 등의 배당소득으로 보아 소득세를 부과하는 것이 타당할 것이다. 따라서 위와 같은 내용의 이중과세 조정조항을 소득세법 또는 상증세법에 마련할 필요가 있다.<sup>218</sup>

#### 4. 결론

법인의 수증 시 주주가 해당 재산을 직접 증여받은 것으로 보아 주주에게 증여세를 부과할 경우, (i) 법인의 수증재산에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액을 지배주주 등의 증여이익으로 하되, (ii) 증여세가 부과된 수증재산(수증재산에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액)은 법인의 익금에서 제외시키고, (iii) 증여세가 부과되지 않은 수증재산(수증재산 중 지배주주 등의 주식보유비율을 초과하는 부분)은 법인의 익금에 산입하여 법인세를 부과함으로써 수증재산에 대한 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하는 것이 타당하다.

또한 법인의 수증 사안에서 지배주주 등에게 배당소득세를 부과할 경우, 지배주주 등이

---

<sup>217</sup> “지배주주 등의 증여이익”은 법인의 수증재산가액에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱하여 산정한다.

<sup>218</sup> 참고로 상증세법상 소위 일감몰아주기 증여의제 규정(상증세법 제45조의3)은 배당소득세와 증여세의 이중과세를 조정하기 위한 조항(상증세법 시행령 제34조의2 제13항)을 두고 있다. 구체적으로 상증세법은 수혜법인의 지배주주 등의 증여의제이익 계산 시, 지배주주 등이 수혜법인의 사업연도 말일부터 증여세 과세표준 신고기한까지 수혜법인으로부터 배당받은 소득이 있는 경우, 위 배당소득 중 일정 금액을 해당 출자관계의 증여의제이익에서 공제하도록 함으로써 배당소득세와 증여세의 이중과세를 조정하고 있다.



법인으로부터 배당받은 금액에서 지배주주 등의 증여이익을 공제한 금액을 지배주주 등의 배당소득으로 보아 배당소득세를 부과하도록 하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

## 제5절 결론

법인을 이용한 조세회피 시도에 대한 대응책으로서 법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이와 관련하여 현행 세법이 동업기업 세제를 주식회사에 적용하지 않고 있어 법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것이 허용되는지 문제될 수 있는데, 주식회사에게 법인세를 부과하는 이유는 투자자의 소득을 그 길목인 주식회사 단계에서 과세하는 것이 각 주주 단계에게서 과세하는 것보다 효율적이기 때문이지, 주식회사에게 반드시 법인세를 부과해야 할 논리필연적인 이유가 존재해서가 아니다.<sup>219</sup> 주식회사에 법인세를 부과할 것인지, 아니면 주주를 바로 과세할 것인지는 거래비용을 검토하여 결정할 문제인바,<sup>220</sup> 법인의 이익유보로 인하여 법인세와 소득세의 이중적 과세체계가 제대로 작동하지 않는 상황에서, 만약 증여세 납세의무자를 일정한 범위 내의 주주로 제한함으로써 주주 단계에서 증여세를 직접 부과·징수해도 거래비용이 많이 들지 않도록 한다면, 법인의 수증 시 주주 단계에게 증여세를 부과·징수하는 것도 허용된다고 봄이 타당할 것이다.

법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 과세요건 설정과 관련하여, 지배주주 1인 및 그 특수관계인이 50% 이상의 주식을 보유하고 있는 법인의 경우, 지배주주가 배당 여부를 일방적으로 결정하여 무배당 결정을 할 가능성이 있으므로, 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위를 “지배주주 및 그 친족의 주식보유비율이 50% 이상인 법인”으로 제한하는 것이 합리적일 것으로 생각된다. 또한 지배주주 등은 자신의 지분뿐만 아니라 간접출자법인이 보유하고 있는 지분에 대해서도 영향력을 행사할 수 있

---

<sup>219</sup> 이창희, 앞의 논문, 177면

<sup>220</sup> 이창희, 앞의 논문, 181면

는 만큼, 수증법인에 대한 지배주주 등의 주식보유비율 산정 시 지배주주 등의 직접보유 비율만이 아니라 간접출자법인을 통한 간접보유비율까지 합산하여 주식보유비율을 산정 하는 것이 타당할 것이다.

한편 상장법인은 회사 이익을 지배주주 등의 일방적인 의사에 따라 내부에 유보하기 어려운 지배구조를 가지고 있고,<sup>221</sup> 또한 우리나라 상장법인의 경우 지배주주 등의 주식보유비율이 높지 않아 실제 법인에 대한 증여가 일어날 가능성도 높지 않으므로, 주주에 대한 증여세 부과가 가능한 수증법인의 범위에서 상장법인을 제외시키는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한 지배주주 등의 특수관계인 이외의 자가 법인에게 증여를 할 가능성이 희박하므로, 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과할 수 있는 거래의 범위를 “지배주주 등의 특수관계인과 법인 간의 무상거래”로 제한하는 것이 합리적이다.

한편 증여세 납세의무자의 범위를 “지배주주 및 그 친족” 이외의 자로 확대할 경우, 거래비용이 많이 발생하고, 또한 소액주주들은 증여세로 인하여 유동성 문제를 겪을 수 있는바, 이러한 점을 감안할 때 증여세 납세의무자를 “지배주주 및 그 친족”으로 제한하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.

주주의 증여이익 산정 방법과 관련하여, 법인의 수증 시 지배주주 등이 해당 수증재산을 직접 증여받은 것으로 보아 지배주주 등에게 증여세를 부과하는 것인 만큼, 법인세와 배당소득세는 증여세와 양립하기 어려운 세금인 것으로 보이고, 따라서 증여세와 법인세의 이중과세를 조정하기 위해 (i) 법인의 수증재산에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액을 지배주주 등의 증여이익으로 하되, (ii) 증여세가 과세된 수증재산은 법인의 익금에서 제외시키고, 증여세가 과세되지 않은 수증재산만을 법인의 익금에 산입하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한 증여세와 배당소득세의 이중과세를 조정하기 위해, 지배주주 등에게 배당소득세를 부과할 경우 지배주주 등이 법인으로부터 배당받은 금액에서 지배

---

<sup>221</sup> 김원목, 앞의 논문, 63면

주주 등의 증여이익을 공제한 금액을 지배주주 등의 배당소득으로 보아 배당소득세를 부과하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

## 제5장 결론

개인은, 증여세율이 법인세율보다 높고, 법인의 경우 증여세 납부의무를 부담하지 않는 점을 이용하여, 다른 개인에게 증여하는 것이 아니라 다른 개인이 지배하는 법인에게 증여를 함으로써 세금 부담을 줄이려는 시도를 하기도 한다. 과세관청은 증여세 완전포괄주의 도입 이전에는 법인의 수증 사안에서 주주에 대한 증여세를 부과하지 않다가 증여세 완전포괄주의 도입 이후 종전 입장을 변경하여 상증세법 제2조 제3항<sup>222</sup> 및 제42조 제1항 제3호를 과세 근거조문으로 삼아 수증법인의 주주에게 증여세를 부과하고 있다.

수증법인의 주주들은 과세처분에 불복하여 취소소송을 제기하고 있는데, 위 증여세 부과 처분 취소소송에서 (i) 증여세가 법인세 또는 배당소득세와의 관계에서 이중과세인지, (ii) 상증세법 제42조 제1항 제3호가 증여세 부과의 근거조문이 되는지가 핵심 쟁점으로 다루어지고 있다. 우선 (i) 이중과세에 대해 먼저 살펴보면, 소득세법상 소득의 개념을 순자산 증가설의 입장에서 파악하면, 수증에 의한 이익 역시 소득세법상 납세자의 순자산의 증가를 가져오므로 소득의 개념에 포함되고, 따라서 증여세는 소득세 및 법인세와 마찬가지로 “소득”에 대한 과세로서의 성격을 가진다. 다시 말해 증여세는 증여에 의하여 무상으로 취득한 수증재산에 대하여 부과하는 조세로서 본질적으로 소득세의 성격을 지니며,<sup>223</sup> 상증세법 역시 이러한 인식에 기초하여 동일한 수증재산에 대하여 소득과세와 증여세의 중복과세가 허용되지 않음을 분명히 하고 있다.<sup>224</sup> 이러한 인식을 기초로 법인의 수증 시 주주에 대한 증여세가 법인세 내지 배당소득세와의 관계에서 이중과세인지 살펴보면, 이중과세란 동일한 과세물건(경제적 이익)에 대하여 중복된 조세부담을 지우는 것을 의미하는데, 법인의 수증 사안에서 법인세의 과세대상이 되는 소득(수증재산)과 주주에 대한 증여세의 과세대상이 되는 증여재산(주식가치 상승분)은 그 경제적 원천이 법인

<sup>222</sup> 상증세법 제2조 제3항은 증여의 정의 규정이다.

<sup>223</sup> 김완석, 앞의 논문, 326면

<sup>224</sup> 상증세법 제2조 제2항

의 수증재산으로 동일하다. 또한 법인이 수증재산을 재원으로 하여 배당을 실시하는 경우 주주는 배당소득세를 납부하는데, 이 때 주주의 배당소득의 원천이 된 재산과 주주의 주식가치 상승을 가져온 재산은 모두 법인의 수증재산으로서 동일하므로,<sup>225</sup> 증여세는 법인세 및 배당소득세와의 관계에서 이중과세라고 할 수 있다. 이중과세라고 해서 반드시 위법한 것은 아니지만, 이중과세라는 “딱지”가 붙게 되면, 그 정당성에 대하여는 좀 더 비판적인 시각에서 살펴보게 된다. 법인의 수증 사안에서 주주에게 증여세를 부과할 경우, 앞의 예에서 살펴본 바와 같이 주주의 세 부담의 합계액은 수증재산의 약 80%에 이르게 된다. 이는 사실상 수증재산에 대한 몰수의 효과를 가져오는 것으로서 헌법상 재산권 보장 원칙에 반한다고 봄이 타당할 것이다. 나아가 법인이 법인세 납부의무를, 주주가 배당소득세 납부의무를 부담하는 상황에서, 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과하는 것은 동일한 수증재산에 대한 소득과세와 증여세의 중복과세 금지를 규정한 상증세법 제 2조 제2항에 반하는 것으로서 허용되지 않는다고 봄이 타당하다.

다음으로 (ii)번 쟁점과 관련하여, 과세관청은 법인의 재산 수증이 상증세법 제42조 제1항 제3호의 “사업 양도·양수 등”에 해당하는 것으로 보아 동 호를 근거로 주주에게 증여세를 부과하고 있는데, 과세관청의 이러한 주장은 다음과 같은 점에서 설득력을 갖기 어렵다. 우선 ① 상증세법 제42조 제1항 제3호의 개정 전 조문인 2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항은 자본거래를 이용한 변칙증여에 대처하기 위하여 마련되었다. 상증세법 제42조 제1항 제3호는 기본적으로 개정 전 조문(2000. 12. 29. 개정 상증세법 제42조 제1항)과 유사한 구조를 가지고 있으며, 다만 개정 전 조문의 거래 유형에 “사업 양수·양도”, “사업교환”, “법인의 조직 변경 등”의 거래유형이 더해져 현재의 모습을 갖추게 되었을 뿐이다. 이러한 입법 연혁을 가지는 상증세법 제42조 제1항 제3호가 법인의 수증이라는 손익거래로 인하여 주주의 소유지분의 가액이 증가된 경우 주주에게 증여세를 부과하기 위해 마련된 규정이라고 보기는 어려울 것이다. 또한 ② 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정된 거래들, 즉 출자, 감자, 합병, 분할, 법인의 조직변경 등은 모두 기업구조재

---

<sup>225</sup> 송동진, 앞의 논문, 12면

편 거래로서 법인에게 소득을 발생시키지 않는 거래라는 공통점을 가진다. 입법자가 동 호에 서로 공통점을 가지는 거래를 열거하였을 가능성이 높은바, 이 점 역시 동 호의 “사업 양수·양도”를 손익거래로서의 사업양수도, 즉 상법상 영업양수도의 의미로 이해 하기 어렵게 만든다. 만약 이와 달리 동 호의 “사업 양수·양도”를 손익거래로서의 사업 양수도의 의미로 이해하는 경우, 법인이 사업양수도 거래를 통하여 얻은 소득에 대하여 법인세 납부의무를 부담함에도 불구하고 법인의 주주가 다시 증여세를 납부해야 한다는 결론에 이르게 된다. 그런데 현행 상증세법은 동법 제45조의3의 경우를 제외하고, 법인의 손익거래가 있을 때 법인의 주주에게 증여세를 부과하는 경우가 없다. 실제 수 많은 손 익거래 중 유독 사업양수도만 다른 손익거래와 구분하여 법인의 법인세 납부의무에도 불 구하고 주주에게 증여세를 부과할 이유가 없는바, 동 호의 “사업 양수·양도”를 손익거 래로 이해할 수 있다는 주장은 이 점에서도 설득력을 가지기 어렵다. ③ 마지막으로 상 증세법이 제42조 제1항 제3호에 자본거래의 대표적인 유형이라고 할 수 있는 “합병” 또 는 “분할”만 규정할 경우, 사경제주체들은 합병과 유사한 효과를 가지는 “자산의 포괄적 양도” 내지 분할과 유사한 효과를 가지는 “영업양도에 의한 현물출자” 거래를 통해 부 (富)를 무상으로 이전하면서 증여세 과세를 면하려고 할 것인바, 입법자는 이를 방지하기 위하여 제3호에 “사업 또는 영업 자체를 현물출자하는 거래”를 규정함으로써 다양한 유 형의 기업구조재편 과정에서 발생할 수 있는 변칙증여에 대처하도록 할 필요가 있었을 것으로 이해되고, 이를 위해 동 호 후단에 “사업 양수·양도”를 규정할 필요가 있었을 것으로 생각된다.

결국 위와 같은 사정을 종합할 때, 동 호의 “사업 양수·양도”는 상법상의 영업양수도가 아니라 “사업이나 영업 자체를 현물출자하는 거래”, 즉 일부의 표현에 따르면 “영업양도 에 의한 현물출자”로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그런데 법인의 수증은 손익거래이지 “사업이나 영업 자체를 현물출자하는 거래”가 아니므로 이를 상증세법 제42조 제1항 제3 호의 “사업 양수·양도”로 보기 어렵고, 나아가 법인의 수증이 동 호에 규정된 다른 거 래유형에 해당하지도 않으므로, 상증세법 제42조 제1항 제3호는 법인의 수증 시 주주에

대한 증여세 부과에 근거조문이 되지 못한다고 봄이 타당하다.

법인의 수증재산에 대하여 법인세와 증여세를 동시에 부과할 수는 없는 상황에서, 법인을 이용한 조세회피 시도에 대한 대응책으로서 법인의 수증 시 법인격이라는 법률 형식의 꺾꺾꺾을 꿰뚫고 자연인인 주주에게 직접 증여세를 부과하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이와 관련하여 현행 세법은 동업기업 세제를 주식회사에 적용하지 않고 있어 주식회사의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과하는 것이 허용되는지 문제될 수 있는데, 주식회사에게 법인세 납세의무를 지우는 이유는 투자자의 소득을 그 길목인 주식회사 단계에서 과세하는 것이 각 주주 단계에게서 과세하는 것보다 효율적이기 때문이지, 이외 법인세를 부과할 논리필연적인 이유가 존재해서가 아니다.<sup>226</sup> 주식회사에 법인세를 부과할 것인지, 아니면 주주를 바로 과세할 것인지는 거래비용을 검토하여 결정할 문제로서,<sup>227</sup> 법인의 이익유보로 인하여 법인세와 소득세의 이중적 과세체계가 제대로 작동하지 않는 상황에서, 만약 증여세 납세의무자를 일정한 범위 내의 주주로 제한함으로써 주주 단계에서 증여세를 직접 부과·징수해도 거래비용이 많이 들지 않도록 한다면, 법인의 수증 시 주주에게 증여세를 부과·징수하는 것도 허용된다고 봄이 타당할 것이다.

법인의 수증 시 주주에게 직접 증여세를 부과할 경우, 주주에 대한 증여세 과세요건의 설정이 중요한 의미를 가지는데, 우선 과세대상이 되는 수증법인의 범위와 관련하여, 법인을 이용한 조세회피는 법인의 이익유보에 의해 발생하므로 법인의 이익유보가 발생할 가능성이 높은 법인을 수증법인으로 삼는 것이 타당하다. 이와 관련하여 지배주주 등의 주식보유비율이 50% 이상인 법인의 경우 지배주주 등은 자신의 의사에 따라 배당 여부를 결정할 수 있고, 또한 배당 이외의 방법(급여, 상여금)으로 회사 재산을 유출할 수 있어 무배당 결정을 할 가능성이 높은바, 주주에 대한 증여세 과세요건 설정 시 지배주주 등의 주식보유비율이 50% 이상인 법인을 수증법인으로 삼는 것이 합리적일 것으로 생각

---

<sup>226</sup> 이창희, 앞의 논문, 177면

<sup>227</sup> 이창희, 앞의 논문, 181면

된다. 또한 상장법인의 경우 회사 이익을 지배주주 등의 일방적인 의사에 따라 내부에 유보하기 어려운 지배구조를 가지고 있으므로 상장법인은 과세대상이 되는 수증법인의 범위에서 제외하는 것이 타당하고, 나아가 지배주주 등의 특수관계인 이외의 자가 법인에게 증여를 하는 것을 상정하기 어려우므로, 지배주주 등의 특수관계인과 법인 간의 무상거래를 (주주에 대한 증여세 부과가 가능한) 과세대상 거래로 삼는 것이 적절할 것으로 생각된다.

또한 법인의 수증 시 증여세 납세의무자의 범위를 지배주주 등 이외의 자로 확대할 경우, 거래비용이 많이 들게 되고, 또한 소액주주들은 실제 배당받은 금액이 없음에도 불구하고 증여세 납부의무를 부담하게 되어 세금 납부를 위해 다른 재산을 처분해야 하는 문제가 발생할 수 있는바, 이러한 문제들을 감안할 때 증여세 납세의무자를 지배주주 등으로 제한하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.

한편 법인의 수증 시 주주의 증여이익의 산정과 관련하여, 주주의 증여이익은 수증재산에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱하여 산정하되, 법인세와 증여세의 이중과세를 조정하기 위하여 증여세가 부과된 수증재산 부분(수증재산가액에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액)은 법인의 익금에서 제외하고, 증여세가 부과되지 않은 수증재산, 즉 지배주주 등의 주식보유비율을 초과하는 수증재산 부분에 대해서만 법인의 익금에 산입하여 법인세를 부과하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한 지배주주 등의 배당소득세와 증여세의 이중과세를 조정하기 위하여, 지배주주 등에게 배당소득세를 부과할 경우, 지배주주 등이 법인으로부터 배당받은 총 금액에서 지배주주 등의 증여이익(법인의 수증재산가액에 지배주주 등의 주식보유비율을 곱한 금액)을 공제한 금액을 지배주주 등의 배당소득으로 보아 소득세를 부과하는 것이 타당할 것이다.



## 참 고 문 헌

### 1. 문헌

#### (1) 단행본

- 국중호, 『주요국의 조세제도 일본편』, 한국조세연구원, 2009
- 사법연수원, 『상속세 및 증여세법 연구』, 사법연수원 출판부, 2010
- 이창희, 『세법강의』 (제12판), 박영사, 2014
- 이철송, 『회사법강의』 (제21판), 박영사, 2013
- 임승순, 『조세법』 (2013년도판), 박영사, 2013
- 장근호, 『주요국의 조세제도 미국편(I)』, 한국조세연구원, 2009

#### (2) 논문

- 김석환, “미국 소득세제의 기원에 대한 소고”, 『조세법연구』 [15-2], 세경사, 2009
- 김완석, “수증재산에 대한 소득과세 우선의 원칙의 문제점”, 『공법연구 제39집 제3호』, 사단법인 한국공법학회, 2011
- 김원목, “유보이익세의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2003
- 김재광, “법인의 조직변경과 과세상 문제점”, 『조세법연구』 [12-2], 세경사, 2006
- 박요찬, “증여세의 포괄증여규정 및 개별예시규정의 위헌성 연구”, 『세무학연구 제24권 제4호』, 한국세무학회, 2007
- 성낙인, 이창희, 박정훈, “상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구”, 『법학 44권 4호』, 서울대학교 법학연구소, 2003
- 송동진, “법인에 대한 증여로 인한 주주의 이익이 증여세 부과 대상인가”, 법률신문 4053호, 법률신문사, 2012. 8.
- 윤지현, “동업기업 세제 도입에 따른 기업형태별 적절한 과세방안에 관한 연구”, 『조세법

- 연구』 [14-2], 세경사, 2008
- 이동식, “소득세와 증여세의 이중과세조정 문제”, 『특별법연구 제8권』, 박영사, 2006
- 이준봉, “영리법인을 이용한 증여와 실질과세”, 『조세법연구』 [20-2], 세경사, 2014
- 이창희, “독일법상 인적회사와 조합의 과세”, 『조세학술논집 19집』, 한국국제조세협회, 2003
- 정주백, “이중과세금지원칙”, 서울시립대법학연구소 특성화관련세미나 공법과 세법의 교차적 쟁점, 서울시립대법학연구소, 2007
- 한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 대한 고찰”, 『조세법연구』 [17-2], 세경사, 2011

## 2. 인터넷 사이트

- 국세청 국세법령정보 <https://taxi.hometax.go.kr/docs/main.jsp>
- 기획재정부 법령정보 <http://www.mosf.go.kr/law/law01.jsp>
- 대법원 종합법률정보 <http://glaw.scourt.go.kr>
- 법제처 <http://www.moleg.go.kr>
- 일본 국세청 <http://www.nta.go.jp>
- WESTLAW <http://westlaw.co.kr>

# **Abstract**

## **A Study on legitimacy of gift tax on shareholders at the time of the company's receipt of donated property**

Rhee, Jeseung

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

In corporate succession, a controlling shareholder occasionally uses a legal loophole which exempts for-profit companies from inheritance tax obligation in an attempt to reduce the burden on inheritance tax by donating his share of the company to a company where his son is a controlling shareholder. The taxing authority has considered the above transaction as a type of irregular inheritance transfers (in particular, a type of new methods of corporate succession) and has been levying gift tax on the shareholders of the receiving company pursuant to Article 2, Paragraph 3 and Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Inheritance Tax and Gift Tax Act (the "Act").

However, in order to levy gift tax on shareholders' increased stock value at the time of the company's receipt of donated property, it must first be reviewed whether such gift tax would be considered a double taxation in its relationship with corporate tax and income tax on

dividend income and further on whether the calculation method for the value of donated property under Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Act is reasonable. To do so, there is a need to examine the characteristics of gift tax and the relationship between gift tax, corporate tax, and income tax. Gift tax fundamentally has the characteristics of tax on gratuitous “income,” so it would be difficult to distinguish its purpose from corporate tax or income tax. Based on the above foundation, the Act has provisions where it can be presumed that the Act did not intend to levy gift tax on the shareholders when the company bears burden of corporate tax on the donated property, for example, Article 2 Paragraph 2 of the Act and Article 31, Paragraph 6 of its Enforcement Decree as amended on November 9, 2013.

Considering on the above, a double taxation means eliminating a duplicate tax burden on the same source of economic taxable capacity and the same taxable property (economic gain), and in case of the company’s receipt of donated property, it could be said that the economic source of the taxable property for corporate tax (an income) and the taxable property for gift tax (a donated property) is the same (the property received by the company). Further, in case where the company uses the received property in distributing dividend to its shareholders, such shareholders bear burden of income tax obligation on their dividend income. In that instance, the property that became the source of the shareholders’ dividend income and the increase portion of the shareholders’ stock value is the same (the property received by the company), so gift tax on the shareholders at the time of the company’s receipt of donated property can be considered a double taxation in its relationship with corporate tax and income tax on dividend income. Further, if gift tax is allowed to be levied on the shareholders at the time of company’s receipt of donated property, the amount of the shareholders’ tax burden would be approximately 80% of the property received by the company when considering corporate tax of the company, income tax on dividend income, and gift tax on the increased stock value. This exceeds the taxable capacity of tax obligors, which would mean that the property rights of the shareholders are infringed, so it would be

reasonable to consider that levying such gift tax on the shareholders cannot be allowed.

In addition, with regard to the reasonableness of the calculation method for value of donated property at the time of the company's receipt of property, the taxing authority has been calculating the value of the donated property for the shareholders in accordance with Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Act. However, when considering the fact that Article 42, Paragraph 1 of the Act as amended on December 18, 2002, which was later amended as Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Act as amended on December 30, 2003, was enacted in preparation of new irregular inheritance transfers using capital transactions and that all of the transactions regulated under Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Act as amended on December 30, 2003 (*e.g.*, investment, reduction, merger, division, organizational restructuring, etc.) are capital transactions, the said provision could be understood to apply to capital transactions. But, the company's receipt of donated property is a profit and loss transaction rather than a capital transaction, so Article 42, Paragraph 1, Item 3 of the Act cannot be the grounds for levying gift tax on the shareholders when the company receives donate property.

As the result, where corporate tax and gift tax cannot both be levied in relation to the company's receipt of donated property under the interpretation of current tax law, the plan to directly levy gift tax on the shareholders by excluding the property received by the company from the scope of the company's income as a countermeasure against a tax avoidance attempts using for-profit companies.