

## 증여와 비증여의 경계(境界)에 관한 연구

정연대\* · 김완용\*\* · 천태영\*\*\*

### ■ 목 차 ■

I. 논의의 시작 .....	129	IV. 자기증여와 타인증여의 경계 .....	158
II. 증여 개념과 범위의 체계 분석 .....	131	1. 자기증여의 판단기준	
1. 개    요		2. 자기증여에 대한 조정 현황	
2. 증여의 개념 분석		V. 현행 제도에 대한 평가 .....	162
3. 증여 범위의 체계 분석		1. 증여의 범위·한계에 대한 평가	
III. 증여과세와 소득과세의 경계 .....	138	2. 증여과세와 소득과세의 경계에 대한 평가	
1. 증여와 소득의 개념 구별		3. 자기증여 과세에 대한 평가	
2. 증여과세와 소득과세의 적용 관계		VI. 논의의 마무리 .....	169
3. 일반적인 경우 증여·소득의 과세 경계			
4. 법인을 매개로 분여된 이익에 대한 증여·소득의 과세 경계			

\* 제1저자 : 세경, 세무사

\*\* 교신저자 : 한양사이버대학교 재무 · 회계 · 세무학과 조교수

\*\*\* 공동저자 : (주)빗썸에이 감사, 세무사

\*\*\*\* 투고일 : 2025. 8. 21. 1차수정일 : 2025. 10. 2. 게재확정일 : 2025. 11. 6.

### <국문초록>

완전포괄주의하에서 증여의 개념 및 범위의 체계 구조를 분석하는 것은 증여의 경계를 규정하는 역할을 수행한다. 포괄증여의 개념은 증여의 범위를 확장하여 소득과세 영역과 중첩되게 한다. 현행법은 ‘소득우선과세 원칙’을 통해 양자의 과세 경계를 구분하지만, 각 세법은 그 경계를 재조정하는 특례 규정을 둠으로써 이익의 성격에 부합되는 과세가 이루어지도록 하고 있다.

한편, 법인을 통한 주주의 간접이익에 대해서는 포괄증여, 예시적 증여, 의제 증여 규정에 따라 증여세를 먼저 과세하지만, 미리 과세된 증여세는 향후 실현 시점에 소득세 과세와 다시 마주하게 된다. 현행법은 이에 대한 이중과세조정 장치를 마련하고 있으나, 증여의 유형별로 법인세·배당소득세·양도소득세와의 이중과세조정 메커니즘을 불균형하게 운용하고 있다. 나아가 이 과정에서 증여의 실질이 없는 자기증여에 대한 과세 문제가 발생하기도 한다. 자기증여에 대한 과세는 일감떼어주기와 특정법인을 통한 이익의 증여의제 규정을 운용하는 과정에서 나타나는 현상이다.

이처럼 증여의 외연 확장과 증여세·소득세 과세체계의 입법적 미비로 인해 증여와 소득의 경계 설정의 어려움과 중복과세 현상이 발생하는 등 세제 운용상 여러 가지 문제점이 노출되고 있다.

본 연구에서는 현행 제도를 평가하고, 제도 운용상 나타난 문제점을 지적하고 이에 대한 개선방안을 다음과 같이 제안한다.

첫째, 새로운 유형의 행위·거래와 관련된 문제를 해결하거나 과세의 한계를 설정하는 기능을 가진 일반 원칙을 설정하는 등 관련 규정을 정비할 필요가 있다. 둘째, 법인의 소득처분에 따른 과세는 이익의 성격, 상대방과의 관계 등을 고려한 과세가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 셋째, 주주의 간접이익에 대한 이중과세를 방지할 수 있는 통일적 조정 장치를 마련해야 한다. 넷째, 증여의제 규정에서도 자기증여와 같이 증여의 실질이 없는 이익에 대한 과세 배제 기준을 마련할 필요가 있다.

▶ 주제어 : 증여, 소득, 완전포괄주의, 소득우선과세, 간접이익, 자기증여

## I . 논의의 시작

최근 우리나라 과세체계에서 경제적 이익에 대한 과세의 축이 소득과세에서 증여과세로 이동하는 경향이 뚜렷하게 나타나고 있다. 과거에는 재산의 직접 이동에 초점을 맞추어 증여세를 매겨 왔다면, 근래에는 기회 제공, 기여 등을 수단으로 하고 여기에 복잡한 법률관계를 개입시키는 방법을 통해 경제적 이익이 이전되는 현상이 증가하면서 이에 대한 과세 기준과 체계의 개편이 중요한 문제로 대두되고 있다.

단순히 재산을 주고받는 법률관계에서는 증여와 비증여의 경계가 비교적 선명하다. 본 연구에서 ‘비증여’란 증여의 개념에서 벗어난 경우, 증여의 개념에 도달했지만 증여세 과세에는 미치지 못하는 경우, 증여와 소득이 중첩되는 영역에서 소득과세가 이루어지는 경우 중 어느 하나 또는 모두를 아우르는 의미로 규정하고자 한다. 그러나 이익의 전달 과정에 여러 이해당사자나 법률관계가 개입하면 이익을 주고받는 당사자, 이익의 성격과 규모, 그리고 이러한 이익이 증여에 해당하는지, 혹은 소득과세 영역과 중첩되는 것은 아닌지에 대한 판단이 복잡해진다. 이러한 경계의 모호성은 무상으로 이전된 경제적 이익을 빠짐없이 증여로 포섭하려 하는 포괄 증여의 개념과 밀접한 관련이 있다.

현행 「상속세 및 증여세법」(이하 ‘상증세법’이라 한다)은 증여의 개념을 ‘완전하고 포괄적<sup>1)</sup>으로 규정하고 있다. 이른바 완전포괄주의는 무상 이전된 경제적 이익<sup>2)</sup>을 모자람이나 흠 없이 증여의 범위 안에 모두 밀어 넣는 이론이다. 완전

1) ‘완전’의 사전적 의미는 ‘필요한 모든 것이 갖추어져 모자람이나 흠이 없음’이고, ‘포괄’은 ‘일정한 대상이나 현상 따위를 어떤 범위나 한계 안에 모두 끌어 넣음’이다(네이버 국어사전 참조).

2) 본 연구에서 사용하고 있는 ‘경제적 이익’이란 문맥에 따라 재산의 이전, 이익의 이전 또

포괄주의는 이익의 이전 과정에 개입된 법률관계나 인격, 그리고 소득과세의 영역을 통과하여 증여의 경계 안으로 진입하는 것을 가능하게 한다. 이처럼 증여 영역의 확장은 증여와 비증여의 구분, 나아가 증여와 소득의 경계를 불분명하게 하여 세법 적용상 불합리함의 문제를 유발하는 원인으로 작용한다. 예를 들어, 본질적으로 유사하여 개념 구분이 어려운 증여와 소득이 중첩된 영역에서 이익의 성격에 맞지 않는 과세가 이루어지는 경우, 법인을 통한 이익 이전에 있어 증여 영역의 확장과 후속 소득과세로 인해 중복과세가 이루어지는 경우이다. 또한 자기증여(self-gift)와 같이 증여의 성질이 없는 이익을 증여세 과세대상으로 의제하는 법적 결함에 대한 문제에 대한 지적도 있다.<sup>3)</sup>

이와 같이 증여와 비증여의 경계가 흐려지는 현상은 현행 법체계, 특히 포괄증여 개념에 따른 증여의 범위 확대와 더불어 증여과세와 소득과세와 관련된 법체계가 정교하지 못한 탓이라 할 수 있다.

본 연구는 이러한 문제 인식을 바탕으로, 우선 제Ⅱ장에서 논의의 출발점이 되는 증여의 정의 규정에 나타난 개념 요소에 대한 분석과 더불어 증여재산의 유형화에 따른 가액 계산 규정의 구조를 검토한다. 포괄증여 개념상 증여와 소득의 구별은 중요한 문제이므로 제Ⅲ장에서는 증여와 소득을 구별하는 총론적 기준 및 양자에 대한 과세의 적용 관계를 살핀 다음 현행법상 증여와 소득의 과세 경계가 어떻게 설정되고 있는지, 중첩되는 영역에서 이중과세는 어떻게 조정되고 있는지 확인한다. 여기까지가 증여와 소득의 경계에 관한 문제라면 제Ⅳ장에서는 증여의 본질에 부합하지 않음에도 과세 실무상 다툼이 되는 자기증여의 발생구조와 조정 현황에 대해서 검토한 후 제Ⅴ장에서 현행 제도의 문제점과 개선방안을 모색하는 등 현행 제도를 평가하며 본 연구를 마무리한다.

---

는 타인의 재산가치 증가 모두를 의미하거나 때에 따라 이 중 하나만을 의미한다.

3) 정기상, “상속세 및 증여세법상 자기증여의 취급에 관한 고찰”, 『조세법연구』 제29권 제2호, 한국세법학회, 2023.

## II. 증여 개념과 범위의 체계 분석

### 1. 개요

어느 경제적 이익 분여가 증여에 해당하는지 판단하려면 증여의 개념에 대한 분석이 요구된다. 현행 상증세법은 “행위 또는 거래의 명칭 · 형식 · 목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형 · 무형의 재산 또는 이익을 이전(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것”을 증여로 정의하고 있다.<sup>4)</sup> 2003년 상증세법에 독자적인 증여 개념을 도입한 이후 그에 따라 증여의 범위와 과세 경계가 설정되고 있다.

널리 알려진 것처럼 과거에는 증여의 개념을 지나치게 좁게 규정하고 있어 고액자산이나 대기업 사주의 편법 증여를 방지하자는 취지에서 포괄증여 개념을 도입하였다. 개념을 넓게 설정하면 과세 영역을 넓힐 수 있지만, 그 영역의 한계에 다다를수록 어떤 이익이 증여에 해당하는지, 그리고 그 이익의 성격이 무엇인지 점점 더 구분하기 어려워진다. “증여세 완전포괄주의는 얼마나 ‘완전 포괄적’일 수 있는가?”라는 질문<sup>5)</sup>은 포괄증여의 한계 설정이 쉽지 않음을 단적으로 보여주는 예이다. 이러한 한계에도 불구하고 포괄주의 하에서 증여의 개념과 범위의 체계 구조를 분석하는 작업은 증여의 경계를 규정하는 기능으로 작용할 것으로 기대한다.

---

4) 상증세법 제2조 제6호.

5) 윤진수 외 2인(대표 편집자), 『법학에서 위험한 생각들』(제1판), 법문사, 2020, 239~261면 참조.

## 2. 증여의 개념 분석

### 가. 주체 : 증여자

현행법은 증여의 개념을 증여자 관점에서 쓰고 있다. 증여는 능동적인 반면 수증은 수동적이고, 증여의 의사는 증여자의 관점에서 판단할 수 있기 때문이다. 증여는 증여자의 존재를 전제로 성립하고, 증여자는 수증자와 구별되는 존재이다. 이는 ‘타인에게’, ‘타인의’라는 문언에서 확인되고 있다. 다만, 현행법상 증여자의 연대납세의무 배제 또는 합산배제증여 규정을 근거로 증여자를 특정하지 않고도 증여세를 과세할 수 있는 경우도 있다.

### 나. 수단과 목적 : 부의 이전

증여는 ‘행위나 거래’를 수단으로 하고, 그 명칭 · 형식 · 목적 등을 따지지 않는다. 또한 행위나 거래가 직접이든 간접이든 방법과 관계없이 ‘이전’이라는 목적과 결과를 중요한 판단 기준으로 삼는다.

증여자와 수증자 사이에 자본거래가 개입된 경우(①), 영리법인이 개입되어 이익의 이전 과정에서 다양한 유형의 행위와 거래가 발생한 경우(②), 계층적 지배구조를 가진 법인이 개입된 경우(③), 포괄증여의 개념상 무상이전이라는 결과만으로도 증여에 해당할 수 있다. 여기서 ①의 경우에는 상증세법에서 유형화한 예시적 규정을 통해 증여로 연결하고, ②의 경우에는 포괄증여의 개념<sup>6)</sup>을 적용하거나 증여의제 규정을 적용하여 증여에 포섭할 수 있다. 한편 ③의 경우에는 법인격을 무시하고 직접 증여로 재구성할 수 있다.

간접적인 방법은 경제적 이익을 이전하는 주요 수단으로서 완전포괄주의를 실현하는 기능으로 작용하는 한편, 증여의 외연을 확장하는 불확정 개념이라는

---

6) 예를 들어, 재산취득 후 재산가치를 증가시키거나 예시적 규정과 경제적 실질이 유사하여 증여재산가액의 계산이 가능한 때이다.

점에서 장기적으로는 선례의 축적을 통한 사례의 유형화 작업으로 그 개념과 범위를 정립해 나갈 수밖에 없다.<sup>7)</sup>

#### 다. 본질 : 무상성

증여는 재산이나 이익의 이전에 대한 대가를 받지 않는 것을 본질로 한다. 그런데 고저가 양수도<sup>8)</sup>계약의 실질은 매매와 증여의 혼합 계약이므로, 전체 이익 중 무상으로 이전된 이익만을 증여로 선별할 수 있다. 다만, ‘타인의 재산가치를 증가시키는 행위’는 문장의 구조<sup>9)</sup>나 행위의 성격상 무상성이 요구되지 않는다. 만약 타인의 재산가치 증가 기여에 대해서 대가를 받는다면 이것을 증여에 포함할 수 있는지 또는 재산가치증가금액에서 지급한 대가를 뺀 금액을 증여재산으로 계산하는 것이 가능한지 의문이 남는다.

무상성 판단에서 무상이전의 주관적인 의사가 증여의 개념 요소를 구성하는지 문제 될 수 있다. 증여는, 무상으로 ‘이전하려’는 또는 재산가치를 증가‘시키려’는 의도와 ‘이전 또는 증가되다’라는 결과가 중요하다. 이중 의도는 거래나 사실에 개입한 사람의 행위로 환원되는 것이므로 그 판단은 객관적 사실과 그 사실에 대한 당사자의 인식이 중요 기준이 될 것이다.<sup>10)</sup>

또한 무상성(또는 대가성)은 소득과 증여를 구분하는 표지이다. 예를 들어, 거주자 · 비거주자 또는 법인의 특수관계인이 그 특수관계로 인하여 그 거주자 ·

7) 정기상, 앞의 논문, 245면 참조.

8) 현행법은 ‘현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다’라고만 규정하고 있으나, 현저히 높은 대가를 지급하고 이전받는 경우 또한 증여의 성질을 띤다. 이는 상증세법 제4조 제1항 제2호(현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전받음으로써 발생하는 이익이나 현저히 높은 대가를 받고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익에 해당하는 증여재산)에서 구체화 되고 있다.

9) ‘무상으로’라는 문언은 이 문장을 꾸미지 않기 때문이다.

10) 증여의제가 문제 된 사건에서 하급심 법원은 증여의제 규정의 성격상 증여의사의 존부는 요건이 아니라고 판시한 바 있다(서울행정법원 2024. 1. 12. 선고 2023구합55665 판결). 본래 증여에서 무상이전의 객관적 사실의 존재는 주관적 증여의사로 추단될 수 있을 것이다.

비거주자 또는 법인으로부터 받는 경제적 이익으로서 급여·배당 또는 증여로 보지 아니하는 금품은 기타소득으로 과세한다.<sup>11)</sup> 직관적으로 무상성과 대가성은 구별하기 쉬워 보이지만, 위 예시에서 특수관계인이 급여·배당·증여 이외에 어떤 이유로 경제적 이익을 받을 수 있는지, 아울러 근로 제공 또는 주주 지위와의 관련성, 단순히 고마운 마음에서 받은 선물인지를 구분하는 것은 생각처럼 쉽지 않아 보인다.

#### 라. 객체와 상대방 : 재산·이익과 타인

증여의 객체는 유형·무형의 재산 또는 이익이고, 증여의 수단은 증여의 객체를 이전하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것이다. 증여의 객체와 수단을 종합해서 유형화하면 재산의 이전, 이익의 이전, 재산가치의 증가로 분류할 수 있다. 재산의 이전은 전통적 방식의 직접 증여이고, 이익의 이전과 재산가치 증가는 포괄증여와 맞닿아 있는 간접 증여라 할 수 있다. 직접 증여는 증여의 외연이 명확하지만, 간접 증여는 어디까지 증여이고 어디서부터는 증여로 볼 수 없는지 그 경계가 분명하지 않다.

한편 증여의 상대방은 타인이다. 현행법은 증여자의 관점에서 증여를 정의하고 있으므로 타인은 증여자 이외의 다른 사람을 의미한다. 증여의 개념을 완전히 포괄적으로 파악한다고 하더라도 자기 자신에게 증여한다는 것은 상정할 수 없다. ‘적어도’ 본래 증여의 영역 내에서 이 원리는 수정·변경되거나 예외를 두어서는 안 될 것이다.

---

11) 소득세법 제21조 제1항 제13호.

### 3. 증여 범위의 체계 분석

#### 가. 입법 취지

증여의 한계선에 가까워질수록 증여의 사실뿐만 아니라 과세시기의 판단과 과세표준의 계산이 더욱더 어려워진다. 더군다나 완전포괄주의 입법 형식상 모든 유형을 망라한 변칙적 증여 행위에 대한 과세요건을 일일이 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그렇다고 하여 증여 개념은 포괄적으로 규정하면서 과세가액 계산에 관한 규정의 입법이 사실상 불가능하다고 하여 이를 포기한다면 이는 완전포괄주의 과세를 포기하는 것과 같다.<sup>12)</sup>

과거 상증세법은 포괄증여의 개념을 도입하면서 입법 형식상 증여재산가액 계산방법을 일일이 규정하지 못하였다.<sup>13)</sup> 이러한 입법 형식 때문에 법원은 포괄 증여에 따른 과세에 제동을 걸었다. 대법원은 “2015년 개정 전 상증세법은 증여의 개념에 들어맞더라도 가액계산을 할 수 없는 경우 증여세를 과세할 수 없다.”라고 판시하며 과세체계의 불완전성을 지적하였다.<sup>14)</sup> 이러한 한계를 극복하기 위해 상증세법에 증여재산을 유형화하고 그에 따른 가액 계산의 일반원칙을 마련하면서 동시에 기존 예시적 규정을 새로이 정비하고 의제규정을 추가하는 등의 작업을 통해 법률적 명확성을 갖추고자 하였다.<sup>15)</sup> 이렇게 보면 현행법하에서도 증여의 개념에 부합하는 상태와 증여세 과세가 가능한 상태는 구별될 가능성이 있다.

12) 박정우 · 정래용, “증여세 완전포괄주의 제도의 실효성에 관한 연구”, 『홍익법학』 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 48면.

13) 박정우 · 정래용, 위의 논문, 48면.

14) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결.

15) 정연대 · 정지선, “분양사업을 통한 주주의 간접이익에 대한 증여세 과세 쟁점”, 『세무와 회계 연구』 제12권 제1호, 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2023, 80면 참조.

## 나. 증여재산의 유형화

상증세법 제4조 제1항 및 제2항은 <표 1>과 같이 증여재산을 유형화하여 제시하고 있다.

<표 1> 증여재산의 유형화

조문 <sup>(*)1)</sup>	유형	내용
①-1	직접 증여	무상으로 이전받은 재산 또는 이익
①-2	포괄 증여	현저히 낮은 대가를 주고 재산 또는 이익을 이전받음으로써 발생하는 이익이나 현저히 높은 대가를 받고 재산 또는 이익을 이전함으로써 발생하는 이익 <sup>(*)2)</sup>
①-3	포괄 증여	재산 취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우의 그 이익 <sup>(*)2)</sup>
①-4	예시 증여	제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2 또는 제42조의3에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익
①-5	추정 증여	제44조 또는 제45조에 해당하는 경우의 그 재산 또는 이익
①-6	포괄 증여	제4호 각 규정의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익
②	의제 증여	제45조의2부터 제45조의5까지의 규정에 해당하는 경우에는 그 재산 또는 이익을 증여받은 것으로 보아 그 재산 또는 이익

(\*)1) 동그라미 숫자는 항 번호를, 아라비아 숫자는 각호를 의미한다. 예컨대 ‘①-1’은 제1항 제1호를 가리킨다.

(\*)2) 특수관계인이 아닌 자 간의 거래인 경우에는 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우로 한정한다.

큰 틀에서 증여는 본래 증여(①)와 의제 증여(②)로 구분된다. 본래 증여는 다시 그 개념만으로 증여로 포섭 가능한 증여(①-1~3, ①-6), 특정 거래 또는 행위의 과세요건을 정하고 있는 예시 증여(①-4), 입증책임에 따라 증여 사실을 판단하는 추정 증여(①-5)로 세분된다. 본래 증여는 개념 요소를 모두 갖추었다는 전제에서 증여로 포섭할 수 있지만, 요건사실 판단에 다소간 차이가 있

다. 특히 ①-3~6에서는 증여와 비증여의 성격을 제대로 반영하지 못한 상태에서 증여세 과세의 경계선이 그어질 수 있다. 이와 관련된 자세한 내용은 제Ⅲ장에서 다시 논의하기로 한다.

한편 의제 증여에는 명의신탁 증여의제, 이른바 일감몰아주기 또는 일감떼어주기 증여의제,<sup>16)</sup> 특정법인을 통한 이익의 증여의제가 있다. 이중 명의신탁 증여의제는 명의신탁을 규제하기 위한 수단으로 행정별 대신 세금을 부과하는 제도이므로 여기에서는 증여의 표지를 발견할 수 없다. 그러나 나머지 증여의제 이익은 사실상 증여의 표지를 갖추었으나 증여재산가액 계산의 어려움과 소득세·법인세 과세 체계의 부조화 등의 문제 때문에 증여의제라는 법형식을 취한 것으로 보인다.<sup>17)</sup>

#### 다. 증여의 유형화와 증여재산가액의 계산

현행 상증세법은 증여의 유형화 작업 후 증여재산가액의 일반 원칙을 규정하고 있다. 이는 완전포괄주의에 따른 증여재산 평가의 어려움에 대응하기 위함이다.<sup>18)</sup> 관련 내용을 요약·정리하면 <표 2>와 같다.<sup>19)</sup>

16) 일감몰아주기 증여의제의 법문상 정확한 표현은 ‘특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제’이고, 일감떼어주기 증여의제는 ‘특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여 의제’이다. 이하에서는 편의상 일감몰아주기 또는 일감떼어주기로 표현한다.

17) 일감몰아주기를 통한 편법적인 부의 이전이 성행하던 당시 시민단체들은 완전포괄주의를 적용하여 증여세를 과세하라고 정부를 압박하였으나 과세관청은 증여가액을 계산할 수 없다는 이유로 증여세 과세가 무산되었으며 이후 일감몰아주기 증여의제 규정을 도입하였다(박정우·정래용, 앞의 논문, 47면 참조). 또한 특정법인을 통한 이익의 증여의제는 본래 예시적 규정이었으나 2016년 의제규정으로 전환되었다. 한편 증여의제이익에서 증여의 표지가 발견되는지에 관하여는 주석 55) 참조.

18) 임승순·김용택, 『조세법』(제24판), 2024, 886면.

19) 상증세법 제31조.

&lt;표 2&gt; 증여 유형별 증여재산가액 계산

조문	유형	증여재산가액 계산 방법
①-1	직접 증여	증여재산의 시가상당액
①-2	포괄 증여	시가와 대가의 차액 <sup>(*)1)</sup>
①-3	포괄 증여	재산가치상승금액 <sup>(*)2)</sup>
①-4	예시 증여	
①-5	추정 증여	
①-6	포괄 증여	
②	의제 증여	해당 규정에 따라 계산 <sup>(*)3)</sup>

(\*1) 시가와 대가의 차액이 3억 원 이상이거나 30% 이상인 경우로 한정

(\*2) 재산가치상승금액이 3억 원 이상이거나 30% 이상인 경우로 한정

(\*3) 적용 규정에 따라 기준금액 이상인 경우로 한정

어느 수증이익이 포괄증여나 예시 증여에 해당한다고 하더라도 기준금액에 미달하면 증여세 과세로 이어지지 않는다. 증여의 정의에는 부합하지만 사실상 증여의 경계 밖으로 밀려나는 셈이다. 이처럼 증여의 개념에 도달해도 증여세 과세까지 미치지 못하는 경우가 있다. 예를 들어 유증·사인증여처럼 상속의 개념에 흡수된 경우, 비과세 증여재산으로 규정된 경우, 소득과세우선 원칙에 따라 소득세가 과세되는 경우 등이 있다.

### III. 증여과세와 소득과세의 경계

#### 1. 증여와 소득의 개념 구별

##### 가. 소득의 개념 규정

소득을 경제적 이익의 증가를 가져오는 모든 이익으로 파악할 것인지, 아니

면 기존의 부를 감소시키지 않는 상태에서 소비될 수 있는 금액으로 파악할 것인지, 대체로 소득의 개념과 범위는 두 가지 입장에서 논의되었다. 미국연방대법원은 *Eisner v. McComber*. 판결에서 “소득이란 자본, 노동 또는 이 두 가지를 합친 것에서 얻은 이익이고, 자본의 매각·전환을 통해 얻은 이익도 포함된다.”라고 판시하였다.<sup>20)</sup> 이는 제한적 소득 개념에 따른 판단이다. 그러나 1955년 *CIR v. Clennshaw Glass Co.* 판결에서는 위 판결의 제한적 소득 개념을 사실상 폐기하고 순자산증가설의 입장을 따르게 되었다.<sup>21)</sup>

이처럼 소득이라는 말은 선험적 개념이 아니라 목적론적 개념 내지 어떤 목표를 담고 있는 조작적 개념으로 이해할 수 있다.<sup>22)</sup> 그런데 실정법에서 소득의 개념을 정의하고 있지 않은 점, 개인의 과세소득 범위를 지속적으로 확대해 온 점, 현행 소득세법이 표면적으로는 제한적 소득 개념을 택한 것처럼 보이지만 사실상 포괄적 소득<sup>23)</sup> 개념에 가깝다는 점<sup>24)</sup> 등에 비추어 보면 위와 같은 개념 규정은 타당하다.

#### 나. 증여와 소득의 구분 기준

포괄소득 개념하에서는 증여와 소득을 구별하는 실익이 없다. 그러나 무상이익에 대한 과세를 증여세와 소득세로 이원화해서 운용하는 경우에는 어떤 세금

20) 252 U.S. 207. (1920). 주식 배당금이 과세소득이 되는지 문제 된 사건으로 주식 배당금은 단순히 기업의 누적 잉여금을 자본 계정으로 대체하는 것에 불과하고, 기업의 자산 유출이 있었던 것도 주주의 자산이 증가한 것도 아니기 때문에 주식 배당금은 자본 증가에 대한 과세대상이지, 소득에 대한 과세대상은 아니라는 취지의 판결이다.

21) 이창희, “자유와 공평의 타협으로서의 소득 개념”, 『서울법학』 제40권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999, 303면.

22) 이창희, 위의 논문, 305면.

23) 헤이그-사이먼즈(R. Haig and H. Simons)의 포괄소득 정의에 따르면, 소득의 원천, 형태, 실현 여부 등에 관계없이 일정 기간 동안 개인의 경제적 능력 순증기를 모두 소득으로 본다.

24) 같은 뜻으로, 한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 대한 고찰”, 『조세법연구』 제17권 제2호, 한국세법학회, 2011, 282면.

으로 과세하느냐에 따라 과세시기와 세부담이 달라지기 때문에 그 구별의 실익이 생긴다.

과거에 비해 소득세와 증여세의 과세 범위가 점차 확대되고 있으며, 두 세금 모두 과세의 공평을 지향하고 있기 때문에 무상이익이 어느 영역에 속하는지에 대한 판단이 쉽지 않다.<sup>25)</sup> 물론 ‘무상성과 대가성’이라는 총론적 구분 기준이 있기는 하지만, 소득과 증여 두 영역의 경계선을 긋는 것은 어려운 작업임이 틀림없다.

미국 연방대법원 *Commissioner v. Duberstein* 판결<sup>26)</sup>에서 증여의 판단은 인간 행위의 근본 원인에 대한 경험을 사건의 모든 사실관계에 적용하는 것에 근거해야 한다고 보았다. 대법원은 구체적으로 자발적 의사 및 반대급부의 존재, 상대 방과의 관계, 상황과 맥락, 무상가액의 규모, 법적 또는 도덕적 의무 등을 주요 판단 요소로 들었다. 특히 사업 관계에서의 지급은 사업적 성격의 강력한 함의가 있고, 법적 또는 도덕적 의무가 없다는 사실만으로 증여로 볼 수 있는 것은 아니라고 강조하였다. 비록 이 판결에서 제시한 기준을 실정법에 그대로 적용할 수 없다고 하더라도 증여와 소득을 구분하는 데 중요한 시사점을 제공한다.

과거 민법상 증여 및 의제증여에서 시작해서 현재의 포괄증여 개념으로 변화해 온 과정은 증여가 소득을 밀어내는 역사를 평가할 수 있다. 완전포괄주의가 겨냥하는 간접이익은 사실상 실현주의에 기반한 소득과세에 우선하여 미실현이익에 대한 증여과세를 폭넓게 허용한 결과이기 때문이다. 증여세와 소득세 모두

25) 같은 뜻으로, 한만수, 앞의 논문, 289면 : 무상이전 개념의 애매성으로 인해 어떤 수입을 유상으로 취득한 것인지, 아니면 무상으로 취득한 것인지 구분하는 것이 어렵다.

26) 363 U.S. 278 (1960). 납세자 Duberstein은 철강 및 금속 회사의 사장이었다. Duberstein의 회사는 뉴욕에 본사를 둔 금속 회사와 사업을 해왔고, 금속회사의 사장 Burman과 Duberstein은 전화로 업무를 처리해 왔는데, Burman은 전화 통화 중에 Duberstein에게 모호크 제품의 잠재 고객을 알고 있는지 물었고, 이에 Duberstein은 선의로 고객 정보를 제공하였다. Burman은 그 정보가 유용하다고 판단하고 Duberstein에게 캐딜락 자동차를 선물로 주었다. Duberstein은 캐딜락 자동차를 증여받은 것으로 보아 소득신고 대상에서 제외하였는데, 조세법원은 이를 소득으로 판단하였다. 그러나 항소 법원은 그 결정을 뒤집었고, 결국 대법원은 조세법원의 결론(소득)이 틀리지 않았다고 판결한 사건이다.

공평과세를 지향하는 세금이고, 실정법도 이를 반영하여 증여와 소득을 명확히 구분하지 않다 보니, 증여와 소득의 경계선은 계속하여 변화해 온 것이다.

## 2. 증여과세와 소득과세의 적용 관계

### 가. 소득우선과세 원칙의 적용

상증세법은 “증여재산에 대하여 수증자에게 소득세법에 따른 소득세 또는 법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우에는 증여세를 부과하지 아니한다. 소득세 또는 법인세가 소득세법, 법인세법 또는 다른 법률에 따라 비과세되거나 감면되는 경우에도 또한 같다.”라고 규정<sup>27)</sup>(이하 ‘대상 규정①’이라 한다)함으로써 이른바 ‘소득우선과세 원칙’을 선언·확인하고 있다.<sup>28)</sup>

증여와 소득의 경계를 긋는 작업은 입법재량에 속한다. 하나의 무상이익에 대해 소득세와 증여세를 모두 과세할 수 있는 경우라면 어떤 세금만을 매겨야 하는지 쟁점이 될 수 있다. 무상이익에 대해 소득세와 증여세를 모두 과세하는 것은 이중과세로서 허용될 수 없기 때문이다. 대상 규정①은 소득과 증여가 중첩되는 영역에서 그 경계를 분명히 하고, 이중과세를 방지하기 위해 소득세를 먼저 과세하고 소득세가 과세되지 않을 경우 증여세를 과세할 수 있음을 재차 확인하고 있다. 이처럼 소득세를 먼저 과세하는 이유는, 증여세를 소득세의 보완세적 성격으로 인식하기 때문이다.<sup>29)</sup>

27) 상증세법 제4조의2 제3항.

28) 같은 뜻으로, 한만수, 앞의 논문, 312면. 소득우선과세 원칙에 대한 비판은, 한만수, 위의 논문, 312면 ; 김완석, “수증재산에 대한 소득과세 우선의 원칙의 문제점”, 『공법연구』 제39권 제3호, 한국공법학회, 2011. ; 윤석남, “소득세 및 법인세와 증여세의 경합과 조정에 관한 연구”, 『조세논총』 제2권 제1호, 한국조세법학회, 2017. 참조.

29) 대법원 1999. 9. 21. 선고 98두11830 판결. 김완석(2007)은, 증여세를 “무상으로 얻은 경제적 이익 또는 소득에 대하여 부과하는 조세로서 본질적으로 소득세 성격을 갖기 때문에 증여세는 소득세의 일종으로서 특별소득세의 성격을 지니고 있다.”라고 한다(김완석, “자산의 고가양도에 대한 과세상의 논점”, 『조세법연구』 제17권 제3호, 한국세법학

대상 규정① 전문 중 ‘소득세가 부과되는 경우 증여세를 부과하지 아니한다’라는 문언의 의미에 대하여 대법원은 “소득세 과세대상이 되는 경우 증여세를 중복하여 부과할 수 없다.”라고 설시<sup>30)</sup>하면서, 구체적으로 ‘부과되는 경우’란 실제로 부과한 경우가 아니라 ‘과세대상이 되는 경우’라고 설명한 바 있다.<sup>31)</sup> 예를 들어, 종합소득세 부과제척기간은 지났으면서 증여세 부과제척기간은 지나지 않은 경우 증여세를 과세할 수 없으나, 합병상장 시 의제배당소득이 없는 것으로 계산되어 소득세가 과세되지 않는 경우에는 증여세 과세가 가능한 것이다.<sup>32)</sup>

구 상증세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것)은 수증자의 정의 규정을 별도로 두지 않고, 수증자가 영리법인인 경우에만 증여세 납부의무를 면제한다고 규정하였다.<sup>33)</sup> 그 당시 법체계상 영리법인은 증여세 납부의무가 면제되므로, 이 규정은 소득우선과세 원칙을 재차 확인하는 성격의 규정으로 이해하는 것이 가능하였다. 그러나 2015년 개정 상증세법에서 수증자의 정의 규정을 신설하면서 영리법인을 수증자에서 제외하였으므로<sup>34)</sup> 영리법인은 처음부터 증여세 납세의무를 지지 않는다. 그런데도 대상 규정①은 여전히 “법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우에는 증여세를 부과하지 아니한다.”라고 규정하고 있어 이에 대한 의미 규명이 필요해 보인다.

이에 대해서 두 가지 생각이 있을 수 있다. 첫째, 단순히 조문 정비를 하지 못한 것이 아닌가 하는 생각이다. 즉 영리법인은 증여세 납세의무가 없으므로 법인세 부과에 관한 문언을 삭제하여야 한다는 생각이다. 둘째, 조문 정비 누락이 아니라 다른 뜻을 함의하고 있다면, 다시 말해 ‘영리법인의 주주에게 증여

---

회, 2007, 106면).

30) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94누15189 판결.

31) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누3441 판결.

32) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015두3096 판결.

33) 구 상증세법 제4조 제1항.

34) 상증세법 제2조 제9호. : “수증자”(受贈者)란 증여재산을 받은 거주자(본점이나 주된 사무소의 소재지가 국내에 있는 비영리법인을 포함한다) 또는 비거주자(본점이나 주된 사무소의 소재지가 외국에 있는 비영리법인을 포함한다)를 말한다.

세를 과세할 수 없다'라는 보다 넓은 의미로 해석할 수 있는 것이 아닌가 하는 생각이다. 그러나 대상 규정①이 선언적·확인적 성격이라는 점, 제4항에 별도 규정이 있는 점 등에 비추어 보면 두 번째 생각은 맞지 않아 보인다.

#### 나. 영리법인의 주주등에 대한 증여세 과세

대상 규정①을 이어받은 상증세법 제4조의2 제4항은, “영리법인이 증여받은 재산 또는 이익에 대하여 법인세법에 따른 법인세가 부과되는 경우 해당 법인의 주주등에 대해서는 Ⓐ 일감몰아주기 증여의제(제45조의3), Ⓑ 일감떼어주기 증여의제(제45조의4), Ⓒ 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(제45조의5)에 해당하는 경우를 제외하고는 증여세를 부과하지 아니한다.”라고 규정(이하 ‘대상 규정②’라 한다)하고 있다. 이는, 영리법인이 증여받은 재산 또는 이익에 대하여 법인세가 부과되는 경우 해당 법인의 주주에 대해서 증여세를 부과하지 않는 것이 ‘원칙’이나, Ⓐ·Ⓑ·Ⓒ의 경우에는 ‘예외적으로’ 이익을 직접 얻은 영리법인에게 법인세를 부과한 후 다시 그 주주에게 증여세를 부과할 수 있다는 의미로 이해할 수 있다.<sup>35)</sup>

대상 규정②는 ‘영리법인이 증여받은 재산 또는 이익에 대하여 법인세가 부과된다’라는 전제에서 그 주주에게 증여세를 부과할 수 있다고 규정하고 있다. 문언상 ‘증여받은’ 재산 또는 이익이 법인세 과세대상이 되어야 하는데, Ⓐ·Ⓑ에서 영리법인의 이익은 정상적인 사업활동 과정에서 올린 수익에 불과할 뿐 증여받은 이익이 아닌바, 대상 규정②의 문언과 입법의도 간에는 괴리가 있다. 그러나 대상 규정②가 궁극적으로 의도한 것은, 법인세 과세대상이 된 이익이 그 주주의 증여이익으로 환원되면 미래의 소득과세와 중복될 수 있으므로, 포괄증여 개념상 주주에 대한 증여로 볼 수 있는 경우라 하더라도 법인소득에 대한 세법상 과세 체계의 한계를 넘어서 수 없음을 확인하는 것으로도 생각할 수 있다.<sup>36)</sup>

35) 정연대·김효상, 『세법학 기본서의 바이블』(제5판), 세경북스, 2018, 1358면 참조.

36) 같은 뜻으로, 정연대·정지선, 앞의 논문, 90면; 이태로·한만수, 『조세법강의』(제14판),

### 3. 일반적인 경우 증여·소득의 과세 경계

#### 가. 검토 대상

증여와 소득이 중첩되는 영역에서는 증여과세와 소득과세가 상호 경합할 수 밖에 없으므로, 그 경계 획정을 위해서는 명확한 규정이 필요하다. 이를 위해 현행법은 소득우선과세 원칙을 규정하고 있으나, 소득의 개념을 조작적 개념으로 이해하고 증여세의 독자적 존립을 인정한다면, 오히려 증여세가 우선 적용될 여지가 발생하여 소득우선과세 원칙만으로는 복잡한 경계 획정 문제를 완전히 해결하기 어렵기 때문에 개별세법에 다양한 특칙을 마련하고 있다. 더불어 이와는 다른 차원의 문제이기는 하나 재산취득자금의 원천을 밝히는 과정에서 입증의 문제로 변질되어 증여와 소득의 경계가 설정되는 경우가 있다. 이처럼 무상이익을 어떤 종류의 세금으로 과세할 것인지에 관한 판단에는 다양한 세법 규정이 관여하며 상호작용한다.

한편, 증여와 소득이 중첩되는 영역에서 개별 이익의 성격에 맞는 과세를 위한 개별 조항의 내용을 요약·정리하면 <표 3>과 같다.

<표 3> 개별 규정상 증여와 소득의 과세 경합 정리

소득구분	근거법령	내용	과세 구분
종합소득	상증세법§4-2	고가양도소득	소득과세 > 증여과세
고가양도소득	소득세법§96③2	양도가액의제	소득과세 < 증여과세
비열거소득	상증세법§35	고가양도이익	증여과세
타익신탁이익	소득세법§2-3① 상증세법§33	수익자과세신탁	소득과세 & 증여과세
초과배당소득	상증세법§41-2	배당 무상이전	소득과세 & 증여과세

박영사, 2020, 816면. 이태로 · 한만수(2020)는 오히려 주주에 대한 증여세 과세가 가능한 증여의제 3가지의 경우에 실현되지 않은 주식가치 증가분에 대해서 증여세를 과세하는 것이 헌법상 용인될 수 있는지에 관해서 논란의 여지가 있음을 지적하고 있다.

소득구분	근거법령	내용	과세 구분
사외유출소득	법인령§106①1	인정상여등 소득	소득과세 > 증여과세
	법인령§106①3자	주주간부당행위	소득과세 < 증여과세
자금출처미소명	상증세법§45	신고누락소득	소득과세 < 증여과세

#### 나. 유·무상 혼성거래에 따른 무상이익 이전

특수관계인 또는 제삼자에게 시가를 초과하여 자산을 양도하는 경우 해당 이익에 대해서 증여과세와 소득과세가 경합하게 된다. 이 경우 시가 초과이익에 대한 과세내용은 소득우선과세 원칙을 기본으로 하되, 증여세를 먼저 과세한다는 개별 특칙의 존부에 따라 결정된다.

이와 관련된 구체적인 예를 들면 다음과 같다.

- ① 개인사업자A가 재고자산 또는 사업용 유형고정자산을 고가로 양도하고 얻은 이익 : 증여세 우선 과세 규정이 없으므로, 소득우선과세 원칙에 따라 종합소득으로 과세<sup>37)</sup>
- ② 개인사업자B가 비열거소득을 고가로 양도하고 얻은 이익 : 상증세법 제35조(저가 양수 또는 고가 양도에 따른 이익의 증여)에 따라 증여이익으로 과세
- ③ 비사업자인 개인C가 양도소득세 과세대상자산을 특수관계법인 외의 자에게 고가로 양도하고 얻은 이익 : 증여세 우선 과세 규정<sup>38)</sup>이 있으므로 증여 이익으로 과세

37) 예를 들어, 복식부기의무자인 사업자 갑이 사업자 을에게 시가 10억 원인 사업용 유형고정자산에 해당하는 기계장치를 20억 원에 매각한 경우이다. 갑의 기계장치 매각금액 중 시가를 초과한 10억 원은 사실상 을로부터 증여받은 금액임에도 불구하고 소득우선과세 원칙에 따라 종합소득에 대한 납세의무를 지는 것이다.

38) 소득세법 제96조 제3항 제2호는 “특수관계법인 외의 자(특수관계 있는 개인 또는 특수관계 없는 법인을 말한다)에게 자산을 시가보다 높은 가격으로 양도한 경우로서 상증세법 제35조에 따라 해당 거주자의 증여재산가액으로 하는 금액이 있는 경우에는 그 양도가액에서 증여재산가액을 뺀 금액을 해당 자산의 양도 당시의 실지거래가액으로 본다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 증여세를 소득세에 우선하여 과세할 수 있는 특례에 해당한다. 이는 시장 가격과의 불일치를 방지하고 소득의 성격에 맞는 과세를 하기 위함이다.

## 다. 거래의 재구성에 따른 세후소득의 이전

### (1) 신탁이익의 이전

신탁법상 신탁을 위탁자와 수익자가 같은지 여부에 따라 자익신탁(위탁자 = 수익자)과 타익신탁(위탁자 ≠ 수익자)으로 나눌 수 있다. 신탁이익의 이전은 타익신탁에서 발생한다.

신탁재산에 귀속되는 소득에 대해서는 원칙적으로 수익자가 소득세 납세의무를 지고,<sup>39)</sup> 예외적으로 위탁자가 신탁재산을 지배·통제하는 경우 위탁자가 소득세 납세의무를 진다.<sup>40)</sup> 타익신탁을 설정하면 수익자는 신탁계약에 따라 신탁의 수익을 받게 되므로, 신탁 수익이 위탁자에서 수익자로 무상이전되는 효과가 발생하여 수익자는 증여세 납세의무를 진다.<sup>41)</sup>

위탁자과세신탁은 소득세와 증여세 납부주체가 분리되지만 수익자과세신탁에서는 수익자가 소득세와 증여세 모두를 납부해야 한다. 이때 신탁이익 하나의 원천에 소득세와 증여세가 중복해서 과세되는 것은 아닌가 하는 의문이 들 수 있으나, 이러한 의문은 <표 4>를 통해 해소할 수 있다.

<표 4> 사례별 신탁의 세부담 구조

\* 기본 가정 : 신탁소득 1,000 / 소득세 100

사례	가정	소득 <sup>(*)</sup>	증여 <sup>(*)</sup>
사례 1	자익신탁(위탁자A = 수익자A)으로 A가 B에게 세후 신탁이익을 증여한 경우	1,000(A)	900(B)
사례 2	타익신탁(위탁자A, 수익자B)이자 위탁자과세신탁에 해당하는 경우	1,000(A)	900(B)
사례 3	타익신탁(위탁자A, 수익자B)이자 수익자과세신탁에 해당하는 경우	1,000(B)	900(B)

(\*) 괄호는 납세의무자를 의미한다.

39) 소득세법 제2조의3 제1항. 이하에서 이를 ‘수익자과세신탁’이라 부르기로 한다.

40) 소득세법 제2조의3 제2항. 이하에서 이를 ‘위탁자과세신탁’이라 부르기로 한다. 위탁자과세신탁의 요건에 대해서는 소득세법 시행령 제4조의2 제4항 참조.

41) 상증세법 제33조.

사례 1~3에서 소득과 수증액이 모두 같고, 사례 3의 경우 신탁이익이 일단 위탁자에게 귀속되었다가 위탁자가 수익자에게 세후 소득을 증여한 거래로 재구성한다면, 수익자에게 소득세와 증여세를 동시에 과세하더라도 이는 이중과세에 해당하지 않는 것으로 해석할 수 있다.<sup>42)</sup>

## (2) 초과배당에 따라 분여된 이익

‘초과배당’이란 법인이 이익이나 잉여금을 배당하는 경우로서 그 법인의 최대주주가 본인이 지급받을 배당금의 전부 또는 일부를 포기하거나 본인이 보유한 주식에 비례하여 균등하지 않은 조건으로 배당받음으로써 그 특수관계인이 본인이 보유한 주식에 비하여 높은 금액의 배당을 받은 경우 실제 배당받은 금액과 정상 배당금액과의 차액을 말한다.<sup>43)</sup>

상증세법은 소득우선과세 원칙에도 불구하고 초과배당금액에 대한 실제 소득세액을 반영한 금액을 증여받은 것으로 본다. 이는 최대주주가 정상 배당을 받아 세후배당소득을 특수관계인에게 증여한 것으로 거래를 재구성했을 때와 다르지 않다.<sup>44)</sup>

### 라. 법인의 특수관계인에게 무상으로 분여한 이익

영리법인이 부당행위계산부인 규정을 적용받아 특수관계 있는 사람에게 분여한 이익에 대해서는 증여과세와 소득과세가 경합한다. 법인세법상 부당행위계산부인 규정을 적용받아 익금에 산입한 금액이 사외유출된 것이 분명한 경우 그 귀속자에 따라 배당, 상여, 기타소득 등으로 처분하는 것이 원칙이지만, 같은 법 시행령 제88조 제1항 제8호(합병·증자·감자)·제8호의2 및 제9호(같은 호 제8호 및 제8호의2에 준하는 행위 또는 계산에 한정한다)에 따라 익금에 산입한

42) 정연대 외 3인, 『분양사업, 신탁 그리고 세금』(제1판), 상경사, 2023, 34면.

43) 상증세법 제41조의2 제1항.

44) 같은 뜻으로, 기획재정부 재산세제과-434, 2019. 6. 18. : 초과배당은 재산을 무상으로 제공한 거래에 해당함.

금액으로서 귀속자에게 상증세법에 의하여 증여세가 과세되는 금액은 예외적으로 기타사외유출로 처분한다.<sup>45)</sup>

소득처분 구조를 살펴보면 손익거래에서 분여된 이익은 소득으로, 자본거래에서 주주 간 분여된 이익은 증여로 구분·과세한다. 그렇다면 손익거래와 자본거래의 성격을 동시에 갖는 현물출자<sup>46)</sup> 거래 이익이 어떻게 과세되는지 아래 사례를 통해 살펴본다.

ⓐ 회사의 기업가치는 200억 원이고, ⓒ 주주(개인)가 100% 지분을 소유하고 있다. ⓑ 개인은 시가 100억 원인 토지를 Ⓛ 회사에 현물출자하고 그 대가로 시가 150억 원인 신주를 교부받아, Ⓛ 회사의 지분 50%를 보유하게 되었다.

위 사례의 당사자별 과세 내용을 정리하면 <표 5>와 같다.

<표 5> 현물출자 당사자별 과세문제

(단위 : 억 원)

당사자	특수 관계	과세문제	
		Ⓐ의 이익과 과세내용	상대방 손실과 과세내용
Ⓐ vs Ⓛ	있음	Ⓐ 상여 등 소득세 <유형 ①-1> : 50	ⓐ 고가매입 부당행위 : 50
	없음	Ⓐ 고가양도 증여세 <유형 ①-2> : 47 <sup>(*)1)</sup>	ⓐ 의제기부금 : 20 <sup>(*)2)</sup>
Ⓐ vs ⓒ	무관	Ⓐ 현물출자 증여세 <유형 ②> : 50 <sup>(*)3)</sup>	Ⓑ (과세문제 없음)

(\*)1) 고가양도 이익 :  $50 - 3 = 47$

(\*)2) 의제기부금 :  $150 - 100 \times 130\% = 20$

(\*)3) 현물출자 증여세 : ⓑ의 현물출자 전후 재산증가액 50( $300 \times 50\% - 100$ )

45) 법인세법 시행령 제106조 제1항 제1호 및 제3호 자목.

46) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두25248 판결.

<표 5>에서 확인되듯이, ①가 회사 또는 ②주주로부터 받은 이익에 대하여 서로 다른 규정이 적용·경합하고 있다. 우선 <유형 ①-1>(고가매입에 따른 소득처분)과 <유형 ②>(상증세법 제39조의3의 현물출자에 따른 이익이 증여)의 적용 관계에 대하여 조세심판원은 소득우선과세 원칙을 근거로 ①의 이익을 소득으로 보고 있다.<sup>47)</sup> 다음으로, <유형 ①-2>(상증세법 제35조의 고가양도에 따른 이익의 증여)<sup>48)</sup>와 <유형 ②>는 증여세 적용 조항 간의 경합 문제이므로 증여이익이 크게 계산되는 규정을 적용한다.<sup>49)</sup>

#### 마. 입증책임 분배에 따른 증여와 소득의 판정

재산을 취득하거나 부채를 상환하면 순재산이 증가한다. 이러한 증가는 주로 소득 활동, 타인으로부터의 수증, 자산 대체 등의 과정에서 발생한다. 그러나 경제적 능력이 부족한 사람이 자신의 순재산 증가 사유를 충분히 밝히지 못하면 부모 등으로부터 그 자금을 증여받았을 가능성이 높다. 이러한 경우 현행법은 증여로 추정하고 납세자가 증여가 아니라는 사실을 입증하지 못하면 증여로 확정한다.<sup>50)</sup>

증여추정 이익도 포괄증여의 범주에 있으므로, 증여자의 존재·무상성 등 증여의 개념 요소를 갖추어야 한다. 증여추정은 입증책임의 분배 문제로서 자금 출처의 입증은 납세자에게, 납세자에게 자력이 없다는 사실과 증여자에게 증여 할 능력이 있다는 사실은 과세관청에게 배분된다.<sup>51)</sup> 과세관청이 증여자를 특정

47) 조세심판원 2022부0006, 2022. 11. 21. 결정. 조세심판원은 청구법인이 특수관계인으로부터 토지를 고가 현물출자 받은 사건에서 시가초과액을 배당으로 소득처분하여 소득세를 과세한 것은 정당하다고 결정하였다.

48) 현물출자자와 법인 간에 특수관계가 없는 경우 ①는 소득세법상 양도가액 의제 규정(상증세법 제35조 고가양도에 따른 증여이익을 양도가액에서 차감)을 적용받는다.

49) 하나의 증여에 대하여 상증세법 제35조(저가 양수 또는 고가 양도에 따른 이익의 증여)와 상증세법 제39조의3(현물출자에 따른 이익의 증여) 규정이 동시에 적용되는 경우에는 그 중 이익이 가장 많게 계산되는 것 하나만을 적용한다(상증세법 제43조).

50) 상증세법 제45조 제1항, 제2항.

## 150 세무와 회계 연구[통권 제43호(제14권 제4호)]

해야 하는 한 자금출처조사 과정에서 불법소득이나 신고누락소득이 의심되더라도 별건의 세무조사를 통해 확인할 수 있을 뿐, 이를 곧바로 증여로 포섭할 수 없다. 이러한 전제에서는 증여와 소득의 경계가 뚜렷하게 구분된다.

그런데 2021. 12. 21. 법률 제18591호로 상증세법을 개정하면서 증여자의 연대납세의무 배제대상에 증여추정(제45조)을 추가하고, 아울러 증여추정에 의한 증여재산을 합산배제증여재산에 포함하도록 하였다.<sup>52)</sup> 이 개정의 배경에는 대법원 2008두20598 판결이 있었다. 2003년 완전포괄주의를 도입하면서 증여추정 규정의 ‘다른 자로부터 취득자금을 증여받은 것으로 추정한다’는 문구에서 ‘다른 자로부터’를 삭제하였다고 하더라도, 증여는 증여자의 존재를 전제로 하므로, 과세관청의 증여자 특정에 관한 입증책임이 소멸하지 않는 것으로 판시하였다.<sup>53)</sup>

개정 규정은 대법원 판결을 근거로 연대납세의무 배제대상에 증여추정 사안을 추가하여, 과세관청의 입증책임 부담을 덜고 증여추정 제도의 실효성을 제고하였다.<sup>54)</sup> 만약 재산취득자와 친밀한 관계에 있는 사람 중 증여 능력을 가진 사람이 없고, 그로 인해 신고누락소득이나 불법소득의 존재가 강력히 추정된다면 입증책임 분배 과정을 통해 소득이 증여로 치환된다.

---

51) 대법원 1995. 8. 11. 선고 94누14308 판결, 대법원 2004. 4. 16. 선고 2003두10732 판결 등 참조.

52) 상증세법 제4조의2 제6항, 상증세법 제47조 제1항. 개정법률은 2022. 1. 1.부터 시행하고, 구체적으로 이 법 시행 이후 증여를 받는 분부터 적용한다(2021. 12. 21. 개정 부칙 제2조).

53) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두20598 판결. 대법원은 완전포괄주의 과세제도와 증여 추정에 따른 증명책임의 소재나 범위와는 직접 관련이 없고, 증여자의 연대납세의무 제외 대상에 개정 후 규정을 포함시키지 않음으로써 증여추정 규정이 적용되는 경우에도 여전히 증여자를 특정해야 한다고 판시하였다.

54) 한국세무사회, 『2021 개정세법 주요내용』, 2021, 217면.

#### 4. 법인을 매개로 분여된 이익에 대한 증여·소득의 과세 경계

##### 가. 검토 대상

영리법인을 통한 주주의 간접이익과 관련된 상증세법 규정은 다음과 같다.

- ① 상증세법 제4조 제1항 제6호 : 제4호 각 규정(예시적 증여 규정)의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 제4호의 각 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익
- ② 상증세법 제42조의3 : 재산 취득 후 재산가치 증가에 따른 이익의 증여
- ③ 상증세법 제45조의3 : 특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제(이른바 ‘일감몰아주기’ 증여의제)
- ④ 상증세법 제45조의4 : 특수관계법인으로부터 제공받은 사업기회로 발생한 이익의 증여의제(이른바 ‘일감떼어주기’ 증여의제)
- ⑤ 상증세법 제45조의5 : 특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제

이하에서는 영리법인을 통해 주주에게 이익을 분여하는 방식을 다음 세 가지 사안으로 구분하고, 각 사안별 증여이익의 본질을 규명한 후 증여과세와 소득과세의 이중과세조정 방식을 검토한다.

첫째, 최근 많이 논의되고 있는 개발사업의 시행으로 주주에게 경제적 이익을 이전하는 방식이다. 이는 재산가치증가에 따른 예시적 증여(②)와 예시적 증여 유사 포괄증여(①)와 관련된 것이다.

둘째, 특수관계법인에게 일감을 몰아주거나 일감을 떼어 주는 방식이다. 두 방식은 이익 전달 과정과 이중과세조정 구조가 유사하기 때문에 함께 검토한다.

셋째, 특정법인을 통해 이익을 분여하는 방식이다. 이 방식은 이익 전달 과정과 이중과세조정 구조가 ③ · ④ 증여의제와 다르므로 분리해서 검토한다.

## 나. 증여이익의 본질 규명

간접 증여의 전형적인 거래 구조는 특수관계인이 영리법인을 통해 그 주주에게 경제적 이익을 이전하는 것이다. 영리법인을 통한 주주의 간접이익은 예시적 규정 또는 의제 규정을 대입하지 않고 포괄증여 개념만으로도 증여로 포함<sup>55)</sup>할 수 있다. 이때, 주주가 얻은 경제적 이익의 본질을 규명할 필요가 있는데, 이에 대해서는 두 가지 견해의 상정이 가능하다. 하나는 법인을 무시하고 주주가 그 이익을 직접 증여받았다고 보는 것이고, 다른 하나는 주주가 소유한 주식가치 증가분을 증여받았다고 보는 것이다.

우리나라의 법체계상 법인과 주주는 별개의 법적 주체인 점,<sup>56)</sup> 포괄증여 중 하나인 재산취득 후 해당 재산의 가치가 증가한 경우 그 이익에 대하여 증여자의 연대납세의무를 배제하고 있는 점, 대법원은 일정한 사유로 법인의 재산가치가 증가하고 그 결과 증가한 주주의 주식가치는 상증세법 제42조의3(재산취득 후 재산가치증가에 따른 이익의 증여)의 과세대상에 해당한다고 판시한 점<sup>57)</sup> 등에 비추어 보면, 주주가 얻은 간접이익의 본질은 주식가치 증가분으로 규정할 수 있다.<sup>58)</sup>

55) 증여의 개념 표지에는 ‘경제적 이익의 무상이전’뿐만 아니라 ‘타인의 재산가치의 증가’도 포함된다. 일감몰아주기와 일감떼어주기를 통한 특수관계법인의 지배주주의 주식가치 증가 원인은 사업기회의 제공과 포기에 기인한다. 이렇게 보면 두 증여의 제이익 또한 증여의 표지가 있음을 부인할 수 없다. 같은 뜻으로, 박정우·정래용, 앞의 논문, 47면 ; 안세준, “영리법인을 이용한 간접증여에 대한 증여세 과세방식의 변천과정 및 미국의 과세방식과 비교를 통한 시사점”, 『조세법연구』 제26권 제2호, 한국세법학회, 2020, 163면 ; 강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계 —일감몰아주기와 흑자법인 증여의 과세 근거규정을 통한 분석적 접근—”, 『조세법연구』 제21권 제1호, 한국세법학회, 2015, 237면. 이와 반대되는 의견으로, 양인준, “상속세 및 증여세법 제45조의3의 체계적 법해석과 입법대안에 관한 소고”, 『서울법학』 제32권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024, 685면 ; 정기상, 앞의 논문, 261면 ; 윤진수 외 2인, 앞의 책, 257면.

56) 대법원 2022. 11. 10. 선고 2020두52214 판결.

57) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2018두41327 판결.

58) 흑자법인에 대한 증여 사건에서 하급심 법원 또한 증가된 주식가치로 파악하였다(서울

주식가치 증가는 법인의 잉여금 증기를 전제로 한다. 법인은 증가된 잉여금에 대해서 법인세를 납부하고, 주주는 배당 또는 감자·해산·이익소각 시 배당소득세를, 주식양도 시에는 양도소득세를 납부한다. 이렇게 보면 증가된 주주의 지분가치는 사후에 실현될 배당소득 또는 양도소득과 다름없다. 결국 주주가 법인을 통해 이전받은 경제적 이익은 미실현이익으로서 증여와 소득이重첩되는 영역에 있는 것이다.

이와 같이 법인을 매개로 주주에게 이전된 이익은 증여의 개념을 충족하면서 향후 실현 시점에 소득 개념도 충족하게 된다. 주주의 간접이익에 대하여 증여세와 소득세의 이중과세조정이 요구되는 이유이다.

#### 다. 이익의 성격과 이중과세조정 장치

##### (1) 개발사업 시행 방식

직업·연령·소득 및 재산상태로 보아 자력으로 개발사업 등의 행위를 할 수 없다고 인정되는 자가 일정한 사유로 재산을 취득하고 그 재산을 취득한 날부터 5년 이내에 개발사업 시행 등의 사유로 인하여 얻은 이익은 증여에 해당한다.<sup>59)</sup>

내부 정보에 접근 가능한 자녀는 이익 전달의 매개가 될 법인의 주주가 되고, 부모 등의 사업 지원을 받은 법인이 개발사업에 성공하면 기업가치가 증대된다. 이는 곧 자녀의 주식가치 증가로 연결된다. 중간에 개입한 ‘법인’을 매개로, ‘사업 지원’을 수단 삼아 기업가치를 증가시킴으로써 주주 지분가치 증가라

고등법원 2014. 1. 28. 선고 2013누17154 판결). 다만, 현행 상증세법은 직접 증여와 간접 증여의 세액을 비교하여 과세하고 있으므로, 이에 대하여 다른 생각이 가능하다.

59) 상증세법 제42조의3 제1항. 구체적으로 재산가치증가로 예시된 ‘개발사업 시행 등’에는 개발사업의 시행, 형질변경, 공유물(共有物) 분할, 지하수개발·이용권 등의 인가·허가 및 그 밖에 사업의 인가·허가가 있다(상증세법 시행령 제32조의3 제1항 제1호). 최근 대법원은 개발사업의 의미를 ‘행정청의 개발구역 지정·고시가 수반된 것으로서 그 대상 토지를 개발하여 그 토지가치를 증가시키는 사업’으로 판시한 바 있다(대법원 2023. 6. 1. 선고 2019두31921 판결).

는 결과를 낳는 것이다. 여기서 주주가 얻은 경제적 이익의 본질은 기업가치 증가이다. 주주의 지분 가치는 기업가치에 종속되기 때문이다. 그런데 누군가의 지원을 받는 사업 활동이라 하더라도 그 속성상 법률·행정·정치·금융·사회 등 여러 변수와 직면하고 각 분야의 전문가나 관계사와의 협업이 요구된다.<sup>60)</sup> 이러한 점을 고려하면, 주식 가치 증가분에는 ‘사업 지원’이라는 증여의 개념적 요소뿐만 아니라 이와 무관한 사업적 요소도 포함되어 있다. 결론적으로 개발사업 시행으로 인한 이익에는 증여와 소득이 혼재되어 있고, 어느 경우이든 미실현 상태의 이익으로 남는다.

여하한 개발사업으로 벌어들인 이익에 대해서는 일단 법인세가 과세되고, 세후영업이익이 반영된 주식 가치 증가분에 대해서 증여세가 과세된다.<sup>61)</sup> 주주는 ‘개발사업 이익’이라는 동일한 원천에 대하여 재산가치증가세와 발생 시점에는 증여세를, 그 이익을 배당받거나 주식을 양도하는 때는 소득세를 납부하여야 한다. 이것을 이중과세가 아니라고 단정하기 어렵다. 현행법도 이러한 생각을 수용하여 주주가 증여세를 과세받은 경우에는 증여재산가액을 주식 취득가액에 더하는 방법으로 이중과세를 조정하고 있다.<sup>62)</sup>

한편, 예시적 증여의 경우와 경제적 실질이 유사한 경우 등 그 규정을 준용하여 증여재산의 가액을 계산할 수 있는 경우의 그 재산 또는 이익 또한 포괄 증여 개념에 포함된다.<sup>63)</sup> 비록 개발사업의 시행은 아니지만 이와 경제적 실질이 유사한 경우로서 비슷한 방법으로 증여재산가액을 계산할 수 있다면 이 또한

60) 정연대·정지선, 앞의 논문, 68면.

61) 이는 증여이익 계산상 법인세를 비용공제(deduct)하는 방법이고, 이는 법인세와 증여세의 이중과세조정으로 이해할 수 있다.

62) 소득세법 시행령 제163조 제10항 제1호. : 「상속세 및 증여세법」 제3조의2 제2항, 제33조부터 제39조까지, 제39조의2, 제39조의3, 제40조, 제41조의2부터 제41조의5까지, 제42조, 제42조의2, 제42조의3, 제45조의3부터 제45조의5까지의 규정에 따라 상속세나 증여세를 과세받은 경우에는 해당 상속재산가액이나 증여재산가액(같은 법 제45조의3부터 제45조의5까지의 규정에 따라 증여세를 과세받은 경우에는 증여의재이익을 말한다) 또는 그 증·감액을 취득가액에 더하거나 뺀다.

63) 상증세법 제4조 제1항 제6호.

증여세 과세대상이 될 수 있다. 그 이익의 본질은 상증세법 제42조의3 규정의 것과 다르지 않다. 그러나 현행법은 포괄증여 개념에 따른 이익에 대해서는 이 중과세조정에 관한 규정을 두고 있지 않다.

## (2) 일감몰아주기 또는 일감떼어주기 방식

‘일감몰아주기’란 일반적으로 기업집단에 속한 계열사들(특수관계법인)이 지배주주 일가가 출자한 다른 계열사(수혜법인)에게 내부거래를 통해 물량을 몰아줌으로써 수혜법인의 기업가치가 향상되는 것을 말하고,<sup>64)</sup> ‘일감떼어주기’란 수혜법인이 특수관계법인과 직접적인 거래를 한 것은 아니지만 임대차계약·임점계약·대리점 계약 등 수혜법인에게 사업기회를 제공해 수혜법인의 기업가치를 증가시키는 것을 말한다.<sup>65)</sup>

일감몰아주기는 거래처 선정에 지배주주가 관여하는 ‘사업기회 제공’의 성질을 띠고, 일감떼어주기는 ‘사업기회 포기’의 성질을 띠고 있어 두 경우 모두에서 증여의 개념 표지가 발견된다. 특수관계법인의 사업기회의 제공 또는 포기를 통해 수혜법인의 기업가치가 증가하고 그 결과 지배주주의 주식가치가 증가한다. 법인을 매개로 그 주주에게 이익을 전달하는 과정은 개발사업 방식과 유사한 구조를 취하지만, 수혜법인의 기업가치 증가에는 증여 요소보다 사업적 요소가 더 강하게 반영되어 있다는 점에서 개발사업 이익과 차이가 있다.

위 증여의제이익 또한 법인을 매개로 한 주주의 간접이익이므로, 수혜법인의 기업가치 증가액에 대한 증여세와 법인세·배당소득세·양도소득세의 이중과세 문제가 발생한다. 이 경우 법인세는 비용공제 방법으로, 배당소득세는 일정한 범위에서 실제 배당액을 증여의제이익에서 공제하는 방법으로,<sup>66)</sup> 양도소득

64) 정연태·정지선, 앞의 논문, 95면 참조. 일감몰아주기가 세금 없이 부를 이전하는 변칙적인 증여로 활용되면서 이를 과세해야 한다는 사회적 공감대가 확산됨에 따라 공정사회를 구현하고 증여세 완전포괄주의를 보완하기 위하여 2012년 일감몰아주기 증여의제 제도를 도입하였다(국세청, 『2012년 개정세법 해설』, 2012, 108면 참조).

65) 상증세법 시행령 제34조의4 제2항.

66) 상증세법 시행령 제34조의3 제15항, 제34조의4 제6항.

세는 증여의제이익을 취득가액에 더하는 방법으로 조정하고 있다. 개발사업 방식과 달리 배당소득에 대한 이중과세조정까지 고려한 것은 해당 증여의제이익의 성질이 소득에 가깝기 때문인 것으로 이해된다.

### (3) 특정법인에 대한 이익분여 방식

지배주주가 직·간접적으로 지배하는 특정법인에 그 특수관계인이 재산 또는 용역을 무상으로 제공하는 등의 거래를 통해 지배주주가 이익을 얻은 경우 그 이익을 증여로 의제한다. 이때 부과되는 증여세액이 지배주주가 특수관계인으로부터 직접 증여받은 경우의 증여세 상당액에서 특정법인이 부담한 법인세 상당액을 차감한 금액을 초과하는 경우 그 초과액은 없는 것으로 본다.<sup>67)</sup>

특수관계인은 특정법인에 재산을 증여하거나 채무를 면제·인수·변제하는 거래, 재산 또는 용역을 저가로 양도·제공하거나 고가로 양수·제공받는 거래 등을 증여의 수단으로 한다. 이러한 방식의 이익 분여는 중간에 범인이 개재된 사실 외에는 직접 증여와 다르지 않다.

이를 고려해 보면, 다른 증여이익보다 특정법인 주주가 얻은 이익에서 증여의 개념적 특징이 강하게 나타나는 것으로 보인다. 따라서 증여세와 법인세의 이중과세조정은 세액공제(credit)로, 증여세와 양도소득세의 이중과세 조정은 주식의 취득가액에 증여의제이익을 더하는 방식으로 이루어진다.<sup>68)</sup> 다만, 배당소득세에 대한 이중과세조정 장치는 마련하고 있지 않다.

## 라. 정 리

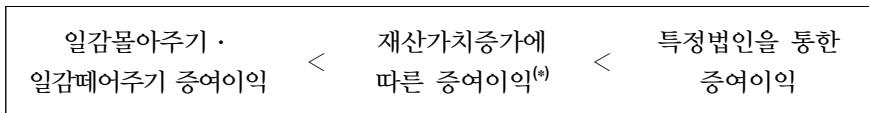
회사의 잉여금은 정상적인 사업 활동 또는 사업과 무관한 수증으로 증가할 수 있다. 회사의 잉여금 증가와 주주의 이익은 견련관계에 있으므로, 그 이익의 본질은 회사 잉여금의 원천을 파악하는 데서부터 출발하여야 한다.

67) 상증세법 제45조의5 제2항. 특정법인에 해당하기 위해서는 지배주주와 그 친족이 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 30% 이상이어야 한다.

68) 주식을 직접 증여하는 경우에도 이와 같은 방식으로 이중과세를 조정한다.

개발사업 시행 방식과 일감몰아주기·일감떼어주기 방식의 경우 정상적인 기업활동 과정을 통해 회사의 잉여금이 증가한 것으로 볼 수 있으므로, 그 주주의 이익은 소득의 성질에 가깝다고 평가된다. 다만, 개발사업 시행 방식의 간접이익은 자력이 부족한 사람을 증여의 요건으로 하기 때문에 일감몰아주기 등의 방식보다는 증여의 색채가 강하다고 할 것이다. 한편, 특정법인을 통한 이익분여 방식은 이익분여 대상 거래의 속성을 고려할 때 중간에 법인이 끼어 있다는 사실 외에는 직접 증여와 다를 바 없으므로, 다른 이익분여 방식과 비교하여 증여의 색채가 가장 강하다고 볼 수 있다.

&lt;표 6&gt; 증여의 성질에 가까운 증여이익



(\*) 증여와 소득에 대한 이종과세조정 방법과 그 정도를 생각해 보면, 예시적 규정 이익이 포괄증여 이익보다 소득에 가까워 보인다.

법인을 매개로 한 주주의 간접이익은 미실현 상태의 이익으로서 증여와 소득의 성질이 혼재되어 있고, 이익분여 방식에 따라 그 성질에 차이가 있다. 현행법상 이종과세조정의 방과 정도는 주주가 얻은 간접이익의 성질에 따라 결정되고 있는 것처럼 보이는데, 관련 내용을 요약·정리하면 <표 7>과 같다.

&lt;표 7&gt; 간접이익 분여 방식에 따른 증여과세와 소득과세 조정

구분	증여 성질	증여세 과세와 조정 방식		
		법인세	배당소득세	양도소득세
① 포괄증여	중	비용 공제	조정 배제	조정 배제
② 재산가치증가	중	비용 공제	조정 배제	취득가액 가산
③ 일감몰아주기	약	비용 공제	과세액 공제	취득가액 가산
④ 일감떼어주기	약	비용 공제	과세액 공제	취득가액 가산
⑤ 특정법인	강	세액 공제	조정 배제	취득가액 가산

## IV. 자기증여와 타인증여의 경계

### 1. 자기증여의 판단기준

본래의 증여에서 “A가 X에게 증여한다.”라는 말은 A ≠ ‘X’인 경우에만 성립한다. A와 X의 인격이 동일하다면 증여에 해당하지 않는 것이다. 만약 A와 X 사이에 법인이 개재된다면 이 경우에도 자기 자신에 대한 증여로 볼 수 있는지 논란이 있다. 이익 전달 과정에 두 개 이상의 법인이 개입된 경우도 마찬가지다. 이처럼 자기증여에 대한 문제는 이익 전달의 매개체로 법인이 개입된 장면에서 나타나는 현상으로 규정할 수 있다. 구체적인 국면으로 들어간다면, <표 8>에서 <Case 3~4>가 될 것이다.

<표 8> 자기증여 발생 거래 구조

사례	증여자	매개체	수증자	비고
Case 1	A	—	A	처음부터 증여에서 제외
Case 2 <sup>(*1)</sup>	A	P법인	A주주	—
Case 3 <sup>(*2)</sup>	Q법인	P법인	A주주	A는 Q법인의 지배주주
Case 4 <sup>(*3)</sup>	Q법인	P법인	R법인주주	A는 Q · R법인의 지배주주

(\*1) Case 2의 경우, 특정법인을 통한 이익의 증여와 관련하여 증여로 보지 않는다는 해석이 확립되어 있기 때문에 자기증여의 과세문제는 생기지 않는다.

(\*2)  $\boxed{A\text{주주}} \rightarrow Q\text{법인} \rightarrow (\text{이익분여})- P\text{법인} \leftarrow \boxed{A\text{주주}}$  (화살표는 지배 관계)

(\*3)  $\boxed{A\text{주주}} \rightarrow Q\text{법인} \rightarrow (\text{이익분여})- P\text{법인} \leftarrow R\text{법인주주} \leftarrow \boxed{A\text{주주}}$  (화살표는 지배 관계)

이익을 분여한 주체가 법인인 경우 또는 이익을 분여받은 법인의 주주가 법인인 경우로서 양쪽 법인의 주주가 동일인인 경우 자기증여의 과세문제가 제기

되는 것이다. 대법원은 일감몰아주기 증여의제 사건에서 자기증여의 판단과 관련하여, 첫째 이익을 분여한 자와 이익을 얻은 주주가 동일인인지, 둘째 거래로 인한 이익과 손실이 주주에게 귀속되어 그 재산가치가 실질적으로 증가하였는지를 따져볼 필요가 있다고 설시하였다.<sup>69)</sup>

증여세 과세대상인 이익의 이전은 증여자의 관점에서 서술된 개념이다. 그리고 법인을 통해 이전된 이익은 주주의 지분가치 증가로 귀결된다. 예를 들어, Q법인이 P법인에 이익을 분여함으로써 A주주의 지분가치가 증가하였다면, 이는 Q법인 자체가 아닌 지분가치가 감소한 Q법인의 주주가 증여한 것으로 보아야 한다. 단순히 Q법인과 A주주의 인격이 별개라는 형식적 이유를 들어 자기 증여에서 배제하는 것은 합당하지 않다. 또한 Q법인 주주의 지분가치 감소액과 P법인 주주의 증가액이 일치하는지를 자기증여의 판단 기준으로 삼는 것 또한 타당하지 않다. 복잡한 법률관계 속에서 손실이 이익으로 치환될 때 각 주주의 실제 손익이 왜곡되기 때문이다.

자기증여에 대한 과세 쟁점은 법인을 통한 주주의 간접이익이 본래의 증여에 해당하거나 증여로 의제되는 모든 장면에서 나타날 수 있다. 결국 자기증여의 판단은 증여자와 수증자의 동일성 기준을 따라야 하고, 이때 동일성은 주주가 얻은 간접이익의 본질, 법인과 주주의 경제적 실체, 이익 전달의 구조 등의 고려하에 그 판단이 이루어져야 할 것이다.

## 2. 자기증여에 대한 조정 현황

### 가. 일감몰아주기 증여의제

이익분여 구조상 일감을 받는 법인과 일감을 주는 법인의 지배주주가 같은 사람이면 자기증여가 성립할 수 있다. 최초 입법 당시에는 이러한 상황을 예견

---

69) 대법원 2022. 11. 10. 2020두52214 판결. 이 판결에 관한 비판적 내용에 대해서는, 정기상, 앞의 논문, 263~266면 참조.

하지 못했던 것 같다. 의제규정의 성격이라든가 법인은 주주와 구별되는 별개의 법적주체라는 형식 논리만으로 자기증여를 과세대상에 포함하는 법적 구성에 대한 비난을 피하기 어려웠다. 다음 해 정부는 수혜법인의 지배주주가 100% 출자한 완전지배법인에 대한 매출액 비율을 특수관계법인거래비율에서 차감하도록 법령을 개정하였다.<sup>70)</sup> 국세청은 개정 취지를 밝히며 “특수관계법인의 주주를 고려하지 않고 지배주주에게 증여세를 과세하면 ‘자기증여’의 문제 발생 가능성이 있다.”라는 점을 지적하였다.<sup>71)</sup> 그러나 자기증여의 조정 범위를 완전지배관계로 제한함에 따라 100% 미만인 지분관계에서 여전히 자기증여를 증여로 의제하는 불합리함이 남아 있었다. 이 문제는 2014년 상증세법 시행령에 “수혜법인이 특수관계법인과 거래한 매출액에 지배주주등의 그 특수관계법인에 대한 주식보유비율을 곱한 금액을 과세제외매출액에 포함한다.”라는 규정<sup>72)</sup>을 마련함으로써 해소되었다.

#### 나. 일감떼어주기 증여의제

매출을 올릴 기회를 제공하는 것이 일감몰아주기라면 사업 자체의 기회를 제공하는 것은 일감떼어주기이다. 일감떼어주기는 특수관계법인이 직접 수행하는 사업과 밀접한 관련이 있는 사업의 기회를 받거나 다른 사업자가 수행하고 있던 사업기회를 제공받는 경우를 대상으로 한다.

수혜법인의 지배주주가 동시에 특수관계법인의 주주인 경우로서 지배주주의 경영의사결정에 따라 특수관계법인이 사업기회를 포기하고 수혜법인에 제공함으로써 수혜법인의 기업가치가 증가하였다면 이 또한 자기증여에 해당하는지 문제 될 수 있다. 현행법은 수혜법인의 주식보유비율이 50% 이상인 특수관계법인으로부터 사업기회를 제공받는 때에만 증여로 의제하지 않는다.<sup>73)</sup> 조세심

70) 2014. 2. 21. 시행령 25195호로 개정되기 전의 구 상증세법 시행령 제34조의2 제10항.

71) 국세청, 『2013년 개정세법 해설』, 2013, 228면 참조.

72) 2014. 2. 21. 시행령 25195호로 개정된 구 상증세법 시행령 제34조의2 제12항 제3호.

73) 상증세법 제34조의4 제8항.

판원은 의제규정의 성격상 과세제외 요건에 해당하지 않는다면 실질적으로 자기증여에 해당하더라도 증여세가 과세될 수 있다는 입장이다.<sup>74)</sup>

#### 다. 특정법인을 통한 이익의 증여의제

특수관계인이 특정법인에 이익을 분여하면 특수관계인은 손실을 보고 특정법인은 이익을 얻는다. 특수관계인이 입은 손실은 특정법인을 투과하며 그 주주의 이익으로 치환된다. 경제적 효과 측면에서 특정법인이 법인세를 납부하는 것을 제외하고는 특수관계인이 지배주주에게 직접 증여한 것과 다를 게 없다. 현행 상증세법은 이러한 이익 전달 구조를 반영하여 지배주주가 부담하는 증여세와 직접 증여에 대한 증여세와 법인세의 합계액 중 적은 금액을 증여세로 부과한다.<sup>75)</sup>

이와 같은 이익 전달 및 과세 구조에도 불구하고 현행법에는 자기증여에 관한 명문의 규정이 없다. 다만, 과세관청은 “특정법인의 주주가 특정법인에 재산을 증여하는 경우 그 지분비율만큼은 자기증여에 해당하고,<sup>76)</sup> 특정법인의 주주인자가 주주로 있는 법인이 특정법인에 증여한 경우에는 자기증여에 해당하지 않는다.”라는 입장을 취하고 있다.<sup>77)</sup>

74) 조세심판원 2023구10773, 2024. 3. 21. 결정. 지배주주가 A법인(수혜법인)의 주식을 30% 이상 소유하고, B법인(특수관계법인)이 A법인의 주식을 100% 소유한 경우로서 B법인이 A법인에게 사업기회를 제공한 사건이다.

75) 상증세법 제45조의5 제2항.

76) 서면-2016-상속증여-4883, 2018. 11. 12. 외 다수.

77) 기준-2015-법령해석재판-0087, 2015. 6. 1.

## V. 현행 제도에 대한 평가

### 1. 증여의 범위·한계에 대한 평가

현재의 증여 개념은 무상이전된 이익을 모자람이나 흠 없이 증여에 포함하기 위해 다양한 수사를 사용하고 있다. 증여의 개념이 포괄적이고 추상적인 이상 포괄 과세를 위한 후속 규정들 또한 포괄적일 수밖에 없다. 불확정 개념을 구체화하기 위해 다시 불확정 개념을 끌어들임으로써 증여세 과세체계는 불확정 개념의 사슬 구조가 되었다.

대법원은 증여의 개념을 확인적·선언적 규정이 아니라 효력규정으로 보고 있다.<sup>78)</sup> 증여에 해당하는 이상 증여세 과세가 가능하다는 것이다. 이처럼 증여의 정의 규정의 성격과 불확정 개념의 사슬 구조하에서 증여의 경계는 사실상 과세권자에 의해 획정될 수밖에 없다. 이는 조세법률주의가 경계하는 ‘자의에 따른 과세’를 허용하는 것과 다르지 않다. 그렇다고 하여 포괄증여의 효용을 부인한다는 의미는 아니다. 증여의 범위를 아무리 넓게 설정한다고 하더라도 최소한 증여의 개념과 후속 과세체계가 과세의 한계를 설정하는 기능으로 작동 할 수 있을 정도의 일반 원칙과 체계를 갖추어야 한다는 의미이다.<sup>79)</sup>

이러한 인식 아래에서 현행 일반 원칙과 과세체계를 보완하기 위한 입법적 개선안을 제안하면 다음과 같다.

첫째, 상증세법 제4조 제6호(예시 유사 포괄증여)의 적용 기준 및 예시적 규정과의 관계를 보다 구체화하는 것을 생각해 볼 수 있다. 제6호는 예시적 증여

78) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008두71882 판결, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두13266 판결 등 참조.

79) 윤진수 외 2인, 앞의 책, 249면 참조.

규정을 벗어난 거래·행위라 하더라도 증여세를 과세할 수 있는 근거 규정으로서 완전포괄주의 과세를 구체적으로 실현하기 위한 수단이 되는 조항이다. 그러나 ‘경제적 실질이 유사한 경우 등’에 대한 기준뿐만 아니라 제6호와 예시적 규정과의 적용 관계가 분명하지 않다. 최근 대법원은 제6호의 적용 범위에 대하여 “예시적 규정이 설정한 증여세 과세의 범위와 한계에 들어맞지 않아 증여세 과세대상에서 제외되는 거래·행위도 특별히 과세대상으로 삼기 위한 별도의 규정으로 볼 수 없다.”라고 판시하였다.<sup>80)</sup> 이와 같은 해석은 완전포괄주의의 도입취지에 반하는 것이다. 따라서 예측가능성을 제고하고 완전포괄주의의 실효성을 확보하기 위해서는 ‘예시적 규정에 따른 거래·행위에 해당하지 않는 경우라도 해당 규정을 준용하여 증여재산가액을 합리적으로 계산할 수 있는 경우’로 개정함으로써 제6호와 예시적 규정의 적용 관계를 보다 명확히 해 둘 필요가 있다. 아울러 ‘경제적 실질이 유사한 경우 등’의 구체적 판단 기준으로서 ‘예시적 규정의 입법취지, 경제적 이해관계, 증여이익의 발생구조, 이익 계산구조, 그 이익에 부과되는 조세부담 체계 등이 유사한 경우’를 시행령에 구체화하는 것도 생각해 볼 수 있다.<sup>81)</sup>

둘째, 제삼자 거래에는 사적자치에 대한 간섭이 최소화될 수 있도록 현재보다 안전지대를 넓게 설정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 포괄증여 또는 예시적 증여 규정상 제삼자 간 거래의 경우 ‘거래 관행상 정당한 사유’가 있거나 그렇지 않은 경우에도 일반적으로 30% 또는 3억 원 기준에 미달하면 증여로 보지 않는다. 여기서 정당한 사유에 관한 판단은 입증책임의 문제이고, 이에 대한 입증책임은 원칙적으로 과세관청에 있다.<sup>82)</sup> 그러나 과세관청이 시가의 입증을 통해 정당한 사유가 없다는 사실을 입증하면 입증의 필요가 납세자에게 전환되고, 납세자는 시가를 벗어나 거래하였다는 특별한 사정을 증명해야 한다.<sup>83)</sup> 사

80) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2020두53224 판결.

81) 서울행정법원 2022. 1. 21. 선고 2020구합68592 판결 ; 정연대·정지선, 앞의 논문, 85면 참조.

82) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두22075 판결.

실상 입증책임이 납세자에게 전가되고 있는 셈이다. 따라서 재삼자 거래에 대해서는 납세자의 입증책임을 덜어줄 수 있는 입법적 보완이 필요해 보인다.<sup>84)</sup>

이전오 외 3(2011)은 완전포괄주의와 과세요건명확주의의 적용 관계를 ‘날카로운 칼날 위에 서 있는 상태’에 비유하며, 이를 통해 과세권 남용과 과세권 포기 사이의 위태로운 상황에 직면해 있음을 지적하고 있다.<sup>85)</sup> 증여의 개념이 포괄적이라 하더라도 일반 원칙을 설정함으로써 각 개념이 상호작용하고, 하나의 전체적인 의미를 형성하는 법체계를 가질 수 있도록 해야 할 것이다. 이로써 포괄 과세체계가 새로운 유형의 행위·거래와 관련된 복잡한 문제를 해결하거나 과세의 한계를 설정하는 기능으로 작동될 수 있을 것이다.

## 2. 증여과세와 소득과세의 경계에 대한 평가

### 가. 소득우선과세 원칙에 대한 평가

현행법은 증여와 소득이 중첩되는 영역에서 소득우선과세 원칙에 따라 과세 문제를 해결한다. 다만, 이 원칙의 기계적 적용은 이익의 본질과 괴리된 과세를 초래할 수 있기 때문에 개별세법상 특칙을 통해 재조정하고 있다. 과거에 비해 증여와 소득의 과세 기준이 상당 정도 정립된 것으로 보이지만, 소득우선과세 원칙에 따른 현행법의 과세체계는 두 가지 측면에서 보완이 필요해 보인다.

첫째, 초과배당에 따른 이익의 증여(상증세법 제41조의2)와 신탁이익의 증여(상증세법 제33조)는 거래의 재구성에 따른 세후소득의 이전이라는 측면에서 유사성이 있다. 상증세법 제41조의2는 “초과배당액이 소득인가? 증여인가?”라는 질문에 대해서 “제4조의2 제3항에도 불구하고 초과배당금액에서 관련 소득세 상당액을 공제한 금액을 증여재산가액으로 한다.”라고 답하고 있다. 이러한 면

83) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두24495 판결.

84) 시가에 대한 입증보다 정당한 사유에 대한 입증이 현실적으로 더 어렵기 때문이다.

85) 이전오 외 3인, “증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구”, 한국조세연구포럼, 2010, 13면.

에서 본다면 상증세법 제33조 제1항에도 ‘제4조의2 제3항에도 불구하고’라는 문언을 추가하여 선택이익에 대한 증여세와 소득세 과세 관계를 명확히 할 필요가 있다.

둘째, 법인이 특수관계인에게 분여한 이익에 대해 이익의 성격을 고려하지 아니하고 소득우선과세 원칙을 따르는 현행법의 태도는 개선되어야 한다. 현행 법은 이익분여의 수단이 된 거래를 손익거래와 자본거래로 구분한 다음 손익거래에서 분여된 이익은 소득세로 부과하고, 자본거래에서 분여된 이익은 주주 간의 문제로 보아 증여세를 과세<sup>86)</sup>하는 구조를 취하고 있다. 아울러 원론적으로 증여에 해당하는지는 자발적 의사, 무상성, 상대방과의 관계, 상황과 맥락, 법적 또는 도덕적 의무 등이 깊이 고려되어야 하고, 이 중에서도 특히 상대방과 맺고 있는 경제적 이해관계가 중요하다고 할 것이다. 이러한 점들을 감안할 때 소득처분에 따른 의제소득 과세와 관련해서는 다음 측면에서 개선이 필요해 보인다. 우선, 임직원이나 주주가 아닌 자에게 분여된 이익은 증여과세로 전환하는 것이 타당하다. 증여의 판단 기준을 고려한다면 법인이 특수관계인에게 이익을 분여하게 된 동기와 목적, 경제적 이해관계 등에 따라 증여세 과세 여부를 결정하는 것이 타당하겠지만,<sup>87)</sup> 모든 소득처분 사항에 대해 증여의 판단기준을 대입하여 일일이 판단해야 한다면 행정의 복잡성을 유발할 수 있다. 따라서 이익분여의 상대방이 임직원 또는 주주인 경우에는 현행과 같이 소득과세로 유지하고, 기타의 자인 경우에는 증여과세로 전환하는 것이 타당하다. 다음으로, 고가 현물출자를 통해 현물출자자가 얻은 이익은 법인의 손실이 아니라 기존주주의 손실에 기인하고 있으므로, 그 이익을 증여과세로 전환하는 것이 타당하다고 본다. 이를 위해 소득처분 사항을 규정한 법인세법 시행령 제163조 제1항

86) 이와 관련하여 김완석(2011)은 법리적으로 무리한 조항이라 평가한다(김완석, 앞의 논문, 336면).

87) 한만수(2011)는, 법인과 사용인 간의 고저가 양수도 거래로 사용인에게 분여된 이익의 성격이 근로의 대가가 아니라 위로의 동기에서 이루어진 경우 증여로 보는 것이 타당하고, 이를 일률적으로 상여로 간주하는 것은 실질에 반하는 취급이라는 점을 지적하고 있다(한만수, 앞의 논문, 308).

제1호 라목(기타소득 처분 규정)을 삭제하고, 제3호(무조건 기타사외유출 처분 규정)에 바목[제88조 제1항 제1호(자산을 시가보다 높은 가액으로 현물출자받은 경우로 한정한다)에 따라 익금에 산입한 금액으로서 귀속자에게 상증세법에 의하여 증여세가 과세되는 금액], 카목(귀속자가 제1호 가목 내지 다목 외의 자인 경우로서 익금에 산입한 금액)을 신설하여 고가현물출자로 인한 이익과 인정기타소득을 증여과세로 전환하는 입법적 보완이 필요하다.

#### 나. 증여추정에 대한 평가

증여자의 연대납세의무를 배제하는 것과 증여자 특정 사이의 관련성에 대한 논의는 차치하더라도, 과세관청은 증여자를 특정하지 않고 자금출처 부족액을 증여로 확정할 수 있다. 과세관청으로서는 신고누락소득에 대한 추가적인 확인 없이도 증여세 과세가 가능하게 된 셈이다. 이는 자칫 과세관청의 신고누락소득 적출에 대한 소극적 행정 집행의 문제를 유발할 수 있다. 비록 과세관청의 입증책임이 완화되었다고 하더라도 자금원천이 신고누락소득인지, 타인의 증여 자금인지를 밝히는 것은 과세관청의 책무이므로 자금의 원천을 명확히 밝혀 그에 따른 적절한 과세가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

#### 다. 법인을 매개로 분여된 이익에 대한 평가

주주의 간접이익에 대한 증여세 과세 범위와 이익의 계산, 그리고 미실현이익에 대한 이중과세조정 문제는 증여세 과세체계가 직면한 현실적인 난제이다. 만약 현행법이 이에 대한 명확한 대안을 내놓을 수 없다면 포괄증여가 추구하는 공평과세의 이상은 실질적인 효과를 기대하기 어려울 수밖에 없다. 편법 증여를 의도한 사람에게 예측가능성을 배제하는 것이 바람직하다는 과격한 주장도 있다.<sup>88)</sup> 그러나 조세정의는 납세자의 예측가능성 보장과 적절한 세부담, 조

---

88) 박정우 · 정래용, 앞의 논문, 55면.

세회피 방지 사이 정교하게 균형을 이루는 지점에서 합리적인 조정을 통해 실현되어야 한다.

주주의 간접이익에 대한 과세 유형은 포괄증여, 예시적 증여, 의제 증여로 구분할 수 있고, 그 구분에 따라 각기 다른 방식으로 이중과세조정이 이루어지고 있다. <표 7>(간접이익 분여 방식에 따른 증여과세와 소득과세의 조정 현황)에서 제시된 것과 같이, 증여의 유형별로 법인세·배당소득세·양도소득세와의 이중과세조정 메커니즘이 불균형하게 운용되고 있다.

포괄증여의 경우 배당소득세와 양도소득세에 대한 조정 규정이 전혀 마련되어 있지 않은 점은 재산권 침해로 인한 위헌적 요소로 평가될 수 있다. 반면, 예시적 증여의 대표적 사례인 재산가치증가에 따른 이익의 경우 배당소득세와의 이중과세조정 장치가 마련되어 있지 않다. 특정법인을 통한 이익의 증여의제 또한 같은 문제가 지적되고 있다.<sup>89)</sup> 이와는 대조적으로 일감몰아주기 또는 일감떼어주기로 인한 증여의제의 경우 배당소득세·양도소득세 과세에 대한 이중과세 조정 제도를 모두 갖추고 있다. 이러한 차별적 조치는 특정 증여의제이익을 합리적 이유 없이 우대하는 결과로 이어져 형평성 문제를 야기할 수 있다.

주주가 얻은 간접이익의 본질이 미실현 소득이라는 점과 실현주의를 원칙으로 하는 소득과세의 성격을 함께 고려해 보면, 실현 시점의 소득세 과세는 미실현이익에 대하여 미리 과세한 증여세와 마주할 수밖에 없다. 이 문제와 관련하여 현행 상증세법은 ‘법인과세—주주과세 허용’의 세 가지 사유를 규정하고, 개별 조항에서 부분적 조정 장치를 마련하고 있으나, 이러한 체계 구조하에서는 증여세에서 소득세로 이어지는 이중과세를 전반적으로 조정하지 못하는 한계에 봉착할 수밖에 없다.

이와 같은 법체계상의 문제를 해결하기 위해서는 첫째, 상증세법 제4조의2 제4항의 법인과세 후 주주과세가 허용되는 예외적 사유에 ‘포괄증여(상증세법 제1항 제3호, 제6호), 예시적 증여 규정(상증세법 제42조의3)에 따라 주주의 간접

---

89) 안세준, 앞의 논문, 146면.

이익에 대하여 증여세가 과세되는 경우'를 추가하여야 한다. 둘째, 증여의 유형과 관계없이 배당소득세와의 이중과세조정을 위한 일반 규정—예를 들어, “이 법 제4조 제1항 제3호 및 제6호, 제42조의3, 제45조의5의 규정에 따라 영리법인의 주주등에게 증여세를 부과한 이후 해당 법인이 증여세 부과의 대상이 된 영리법인의 이익을 재원으로 주주등에게 배당하는 경우 법정 산식에 따라 계산한 증여세액을 해당 배당소득에 대한 종합소득세에서 차감한다.”라는 규정—을 신설하는 것이다. 셋째, 소득세법 시행령 제163조 제10항 제1호에 ‘상증세법 제4조 1항 제3호 및 제6호(증여세과세가액을 주식취득가액에 가산)’를 추가하여 포괄증여이익에 대해서도 증여세와 양도소득세의 이중과세를 조정할 수 있는 근거를 마련하는 방안이다. 넷째, 주주가 얻은 간접이익의 본질은 미실현이익이므로 증여세 과세 이후 가치하락에 대한 조정 규정을 마련하여 현존하는 이익에 대한 과세가 이루어질 수 있도록 하는 입법적 배려가 필요해 보인다.

### 3. 자기증여 과세에 대한 평가

본래의 증여에서 자기증여에 대한 과세는 어떠한 경우에도 허용될 수 없다. 관념적으로나 법리적으로나 자기 자신에게 증여한다는 것은 상정할 수 없기 때문이다. 그러나 증여의 실질이 없는 경우에도 법적 요건만 충족하면 증여로 간주하는 증여의제 규정을 운용하는 과정에서 해당 규정의 성격 및 법인격의 분리라는 법형식으로 인해 자기증여가 증여세 과세대상이 되는 불합리함이 발생하고 있다. 이러한 문제는 증여의제 규정 중 일감떼어주기와 특정법인을 통한 이익의 증여의제에서 나타나고 있다. 먼저, 일감떼어주기 증여의제의 경우 특수관계법인이 직접 수행하던 사업을 포기하고 수혜법인에게 그 기회를 제공하면 특수관계법인은 기회이익을 상실하고 수혜법인은 현실적인 이익을 얻게 된다. 이로 인해 각 법인의 지배주주가 보유한 주식가치는 반대 방향으로 움직인다. 다음으로, 특정법인을 통한 이익의 증여의제 역시 특수관계 있는 법인이 특정법인에 이익을 분여하면 그 이익은 특정법인을 투과하여 그 주주에게 직접

증여된 것으로 간주되는 거래로 재구성된다. 이 과정에서도 각 법인의 지배주주가 보유한 주식가치는 반대로 움직인다.

이처럼 특수관계법인이 분여한 이익이 중간에 개재된 법인을 투과하여 그 지배주주에게 이를 것으로 본다면, 반대로 그 이익이 특수관계법인을 투과하여 다시 그 주주의 손실로 치환된다고 보는 것이 논리에 정합한다.<sup>90)</sup> 따라서 일감 떼어주기 또는 특정법인을 통한 이익의 증여의제 규정에서도 이익을 분여한 법인과 수혜법인 또는 특정법인의 지배주주가 동일한 경우에는 그 지분비율에 해당하는 부분만큼은 증여의제이익에서 제외하도록 하는 입법적 개선이 필요하다고 할 것이다. 이러한 개선을 통해 법체계의 일관성을 확보하고 경제적 실질에 부합하는 과세를 실현할 수 있을 것이다.

## VI. 논의의 마무리

완전포괄주의의 도입 이후 경제적 이익의 무상이전이 기회 제공, 기여, 법인을 매개로 한 간접이익 이전 등 다양한 법률관계와 거래를 통해 이루어지면서 증여의 범위가 크게 확대되었다. 이에 따라 완전히 포괄적인 증여 개념의 한계 선이 어디까지인지, 무상이익을 소득과 어떻게 구분할 것인지, 나아가 주주의 간접이익에 대한 이중과세조정 메커니즘을 어떻게 설정할 것인지에 대한 문제 가 제기되고 있다.

포괄증여는 증여의 경계를 확장하여 소득과 세 영역과 중첩되게 한다. 현행법은 ‘소득우선과세 원칙’을 통해 양자가 중첩되는 영역의 과세 경계를 설정한다. 그러나 이 원칙의 기계적 적용은 이익의 본질과 괴리된 과세를 유발할 수 있어 세법은 특칙을 통해 그 경계를 조정하고 있다. 한편, 법인을 통한 주주의 간접

---

90) 같은 뜻으로, 정기상, 앞의 논문, 264면.

이익은 포괄증여의 한계선에 자리 잡고 있어 그 본질을 규명하는 것이 중요하다. 해당 이익은 포괄증여, 예시적 증여, 의제 증여 규정에 따라 증여세를 먼저 과세하지만, 이는 미실현이익에 대한 과세로서 향후 소득과세와 중첩한다. 현행법은 이에 대한 이중과세조정 규정을 마련하고 있으나, 증여의 유형별로 법인세·배당소득세·양도소득세와의 이중과세조정 메커니즘을 불균형하게 운용하고 있다. 이는 증여세 과세체계가 직면한 현실적인 난제임이 분명하다. 더욱이 법인을 통한 이익 분여 과정에서 증여의 실질이 없는 자기증여에 대한 과세 문제가 발생한다. 자기증여에 대한 과세는 일감떼어주기와 특정법인을 통한 이익의 증여의제 규정을 운용하는 과정에서 두드러지게 나타나는 현상이다.

이처럼 증여의 외연 확장과 더불어 이와 관련된 증여세·소득세 과세체계의 미비로 인하여 증여와 소득의 구분이 모호해지고, 양자가 중첩되는 영역에서는 이중과세 현상이 발생하는 등 세제 운용상 여러 가지 문제점이 노출되고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 다음과 같은 입법적 개선이 필요하다.

첫째, 증여의 범위를 설정하는 일반 원칙을 정비하여 새로운 유형의 행위·거래와 관련된 복잡한 문제를 해결하거나 과세의 한계를 설정하는 기능으로 작동될 수 있도록 하여야 한다. 둘째, 고가 현물출자에 따른 이익과 인정기타소득을 증여세 과세대상으로 전환하여야 한다. 셋째, 주주가 얻은 간접이익의 경우 이중과세를 방지할 수 있는 통일적 조정 장치를 마련하여야 한다. 넷째, 지배주의 지분비율에 상응하는 금액을 증여의제 대상에서 제외하는 등 자기증여에 대한 명확한 입법적 기준을 마련하여야 한다.

본 연구는, 포괄증여 개념에서 출발하여 증여과세와 소득과세의 관계, 나아가 이중과세조정에 대한 문제를 체계적이고 심층적으로 분석하며 이에 대한 입법적 개선안까지 도출하였다는 점에서 그 의미가 있다고 생각한다. 다만, 연구의 주제와 범위의 제약 때문에 일부 소주제에 대해서는 단편적 서술과 검토에 그친 한계가 있으나, 완전포괄주의의 실효성을 높이기 위한 증여의 개념적 한계를 구체적으로 규명하였다는 점에서 본 연구의 가치가 있다고 본다.

## 參 考 文 獻

### 1. 단행본

- 국세청, 『2012년 개정세법 해설』, 2012.
- \_\_\_\_\_, 『2013년 개정세법 해설』, 2013.
- 윤진수 · 한상훈 · 안성조(대표 편집자), 『법학에서 위험한 생각들』(제1판), 법문사, 2020.
- 이태로 · 한만수, 『조세법강의』(제14판), 박영사, 2020.
- 임승순 · 김용택, 『조세법』(제24판), 2024.
- 정연대 · 김완용 · 장정진 · 김효상, 『분양사업, 신탁 그리고 세금』(제1판), 상경사, 2023.
- 정연대 · 김효상, 『세법학 기본서의 바이블』(제5판), 세경북스, 2018.
- 한국세무사회, 『2021 개정세법 주요내용』, 2021.

### 2. 논 문

- 강남규, “기여에 의한 재산가치 증가에 대한 포괄증여 과세의 법적 한계 — 일감몰  
아주기와 흑자법인 증여의 과세 근거규정을 통한 분석적 접근—”, 『조세  
법연구』 제21권 제1호, 한국세법학회, 2015.
- 김완석, “자산의 고가양도에 대한 과세상의 논점”, 『조세법연구』 제17권 제3호,  
한국세법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “수증재산에 대한 소득과세 우선의 원칙의 문제점”, 『공법연구』 제39권  
제3호, 한국공법학회, 2011.
- 박정우 · 정래용, “증여세 완전포괄주의 제도의 실효성에 관한 연구”, 『홍익법학』  
제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 안세준, “영리법인을 이용한 간접증여에 대한 증여세 과세방식의 변천과정 및 미국  
의 과세방식과 비교를 통한 시사점”, 『조세법연구』 제26권 제2호, 한국세법  
학회, 2020.
- 양인준, “상속세 및 증여세법 제45조의3의 체계적 법해석과 입법대안에 관한 소  
고”, 『서울법학』 제32권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024.

- 윤석남, “소득세 및 법인세와 증여세의 경합과 조정에 관한 연구”, 『조세논총』 제2권 제1호, 한국조세법학회, 2017.
- 이전오 · 최봉길 · 정지선 · 권오현, “증여세 완전포괄주의 과세제도 정착을 위한 법령 등 제도개선 연구”, 한국조세연구포럼, 2010.
- 이창희, “자유와 공평의 타협으로서의 소득 개념”, 『서울법학』 제40권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999.
- 정기상, “상속세 및 증여세법상 자기증여의 취급에 관한 고찰”, 『조세법연구』 제29권 제2호, 한국세법학회, 2023.
- 정연대 · 정지선, “분양사업을 통한 주주의 간접이익에 대한 증여세 과세 쟁점”, 『세무와 회계 연구』 제12권 제1호, 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2023.
- 한만수, “소득과 수증의 과세상 관계에 대한 고찰”, 『조세법연구』 제17권 제2호, 한국세법학회, 2011.

<Abstract>

**A Study on the Boundary Between Gift and Non-Gift**

Yeon Dae Jeong\* & Wan Yong Kim\*\* & Taeyoung Chun\*\*\*

Under the comprehensive taxation principle, analyzing the conceptual and structural framework of gifts serves to define the boundaries of what constitutes a gift. The concept of inclusive gifts expands the scope of gift taxation, resulting in an overlap with the domain of income taxation. The current law distinguishes between the two tax categories based on the “priority principle of income taxation” but each tax law includes special provisions that readjust this boundary to ensure that taxation corresponds to the nature of the benefit.

Meanwhile, in the case of indirect benefits to shareholders through a corporation, gift tax is first imposed based on the rules of inclusive gifts, exemplary gifts, or deemed gifts. However, the gift tax levied in advance may later overlap with income taxation at the time the benefit is actually realized. The current law provides mechanisms to prevent double taxation in this regard ; however, it operates these double taxation adjustment mechanisms unevenly across different types of gifts in relation to corporate income tax, dividend income tax, and capital gains tax. Furthermore, in this process, issues arise regarding the taxation of self-gift that lack the substance of a true gift. Taxation of self-gift arises in the process of applying the deemed gift provisions on related-party transactions and on benefits through specific corporations.

As such, the expansion of the scope of gifts and the deficiencies in the legal framework of gift and income taxation have revealed various issues in the operation of the tax system, including difficulties in defining the boundary between gifts and income, and the occurrence of double taxation.

This study evaluates the current system, points out issues arising in its

---

\* First Author : CTA, Sekyung

\*\* Corresponding Author : Assistant Professor, Department of Finance, Accounting & Taxation, Hanyang Cyber University

\*\*\* Co-Author : CTA, Statutory Auditor, Bithumb A Co., Ltd.

operation, and proposes the following improvements.

First, it is necessary to revise the relevant regulations by establishing general principles that resolve issues related to new types of acts and transactions or set limits on taxation. Second, taxation on the disposition of corporate income should be carried out in a manner that considers the nature of the benefits and the relationship with the counterparties. Third, a unified adjustment mechanism should be established to prevent double taxation on shareholders' indirect benefits. Fourth, in the deemed gift provisions, it is necessary to establish exclusion criteria for taxing benefits that lack the substance of a gift, such as self-gifts.

► **Key Words** : gift, income, the comprehensive taxation principle, priority principle of income taxation, indirect benefit, self-gift