

# 부부재산공유제와 증여세과세\*

이 동 식\*\*

## 차 례

- I. 문제의 제기
- II. 부부재산제에 대한 민사법적 이해
  - 1. 의의
  - 2. 우리나라의 경우
  - 3. 외국의 경우
  - 4. 소결
- III. 부부간 자산증여에 대한 증여세 과세제도 일반론
  - 1. 증여세 과세대상으로서의 증여의 개념
  - 2. 증여세 납세의무자
  - 3. 부부간 자산이전에 대한 증여세 과세여부
  - 4. 상증세법상 부부간 자산이전에 대한 증여세 과세시 몇 가지 특이점
- IV. 부부재산공유제가 적용되는 부부에 대한 증여세 과세문제
  - 1. 쟁점
  - 2. 사실관계 등
  - 3. 조세심판원의 판단
  - 4. 법원의 판단
  - 5. 독일의 입법례
  - 6. 부부재산공유제하의 부부간 자산이전에 대한 증여세과세 가능여부
- V. 결론

\* 이 논문은 2016학년도 경북대학교 연구년 교수 연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2018 10. 30. / 심사일자 : 2018. 11. 26. / 게재확정일자 : 2018. 11. 29.

## I. 문제의 제기

어느 사회에서나 가장 기본이 되는 생활공동체인 가정은 혼인에 의하여 형성된다. 남녀가 법적으로 혼인을 하게 되면 기본적으로 친족관계를 구성하게 된다<sup>1)</sup>. 또한 혼인은 부부의 재산관계에도 영향을 미치고 동거·부양·협조의무 등 비재산적인 측면에서도 중요한 법적 효과를 발생시킨다. 이와 같이 혼인은 다양한 사법적(私法的) 효력을 가진다.

그런데 부부가 혼인을 하면 세법의 적용과 관련해서도 중요한 변화가 발생한다<sup>2)</sup>. 세법적으로 혼인은 그 성립 뿐만 아니라 해소도 중요한 의미를 가진다<sup>3)</sup>. 세목상으로는 소득세과세에도 중요한 영향이 있고, 상속세와 증여세에도 영향이 있다. 그 중 이 글은 혼인한 부부 간에 혼인중 무상으로 자산을 이전하는 행위가 증여세 과세에 미치는 영향을 연구대상으로 한다.

우리의 증여세과세체계는 부부간 자산이전에 대해서 기본적으로 6억원을 초과하는 금액에 대해서는 증여세를 과세하고 있다. 이러한 증여세 과세시 부부가 민법적으로 어떠한 부부재산제를 적용받고 있는지에 대해서는 특별히 관심을 두지 않고 있다. 혼인한 부부가 보유한 재산의 귀속방법에 대해서는 다양한 입법방식이 존재한다<sup>4)</sup>. 우리 민법은 부부별산제를 법정재산제로 하면서, 예외적으로 부부재산약정에 의하여 부부재산공유제가 적용될 수 있도록 하고 있다<sup>5)</sup>. 부부별산제를 적용받는 부부의 경우에는 부부간 증여에 대해 증여세과세를 하는 것이 그리 문제되지 않는다. 문제는 부부의 재산관계에 대해 부부재산공유제가 적용되는 경우이다. 부부재산공유제의 적용을 받는 부부의 경우 부부의 재산은 공유인데 이 경우에도 부부간에 무상으로 자산을 이전하면 증여세를 과세할 수 있는지가 문제된다. 우리나라의 경우에는 지금까지 대부분의 부부가 법정재산제

1) 민법 제767조(親族의 定義): “配偶者, 血族 및 姻戚을 親族으로 한다”

2) 신한미, “혼인과 그 해소에 관련된 조세문제”, 「가사재판연구」 I, 서울가정법원 가사재판연구회, 2007, 205-262쪽.

3) 박훈, “이혼과 세법”, 「조세법 연구」 X-2, 한국세법학회, 2004, 449쪽 이하.

4) 부부재산법제에 대해서는 참고, 이화숙, 부부재산관계법, 세창출판사, 2000.

5) 민법 제829조-제831조.

인 부부별산제를 적용받고 있었기 때문에 이 문제가 그리 논란이 되지 않았다. 하지만 최근 두 개의 사례에서 부부재산공유제의 적용을 받는 부부간의 자산이전행위가 확인되어 행정청이 증여세부과처분을 하였고 이 처분의 적법성여부가 조세심판원과 법원에서 문제된 바 있다. 이에 대해 조세심판원은 증여세를 과세하는 것이 타당하다는 입장이고<sup>6)</sup>, 법원은 과세할 수 없다는 입장이다<sup>7)</sup>.

우리나라의 경우 부부재산공유제를 취하는 부부가 많지 않으므로 이러한 사안에 대한 과세가능여부의 논의가 중요하지 않다고 평가할 수도 있다. 하지만 만약 이러한 문제에 대해 현재 법원의 입장처럼 증여세를 과세하지 않는 것으로 법해석이 확정되면 증여세 과세에 입법적 결함(loophole)이 노출되어 심각한 조세불공평의 문제를 초래할 수도 있다. 그렇기 때문에 비록 아직 이러한 사례가 빈번하게 등장하고 있는 것은 아니지만 이 경우 과연 증여세 과세를 해야 하는지 여부를 신중하게 점검해 보고, 또 필요하면 입법적 조치도 고민해 보아야 한다.

이를 위해 우선 아래 II.에서는 부부재산제에 대한 민사법적 이해를 정리하고, III.에서는 부부간의 자산증여에 대한 증여세과세 일반론을 정리하며, IV.에서는 이 글의 핵심주제인 부부재산공유제가 적용되는 부부간 자산증여에 대해 증여세 과세를 어떻게 해야 하는지에 대해 지금까지 조세심판원과 법원에서 문제된 사건을 중심으로 사실관계와 당사자의 주장 그리고 관련법령을 정리한 후 심판원과 법원의 판결내용을 정리하고, 과연 어떠한 결론이 타당한지에 대해 나름의 평가를 해보고자 한다.

6) 조심2014서1029사건, 2014. 5. 23(국승); 조심2015서5636사건, 2016. 6. 24(국승).

7) 서울고등법원 2015. 7. 7. 선고 2015누30212판결; 대법원 2015. 11. 17. 선고 2015두49337판결(심리불속행, 국패).

## Ⅱ. 부부재산제에 대한 민사법적 이해

### 1. 의의

이 글의 핵심 주제 중의 하나인 부부재산공유제는 부부재산제(marriage settlement)의 일종이다. 부부재산제라 함은 부부의 재산관계를 어떻게 규율할 것인지 여부를 결정하는 제도를 말한다. 부부재산제를 어떤 내용으로 구성할 것인지 여부는 기본적으로 각국 입법자의 몫이다.

부부재산제는 당사자의 약정에 따른 선택여부에 따라 법정재산제와 약정(또는 선택)재산제로 나눌 수 있다<sup>8)</sup>. 약정재산제는 결혼하는 부부가 합의하여 부부재산의 규율내용을 결정하는 것이고, 법정재산제는 그러한 합의가 없거나 합의가 존재하였더라도 그 합의가 추후 효력을 상실하는 경우 법률에서 정한 바에 따라 재산관계를 규율하는 것을 말한다<sup>9)</sup>.

부부재산제는 혼인중 취득한 부부재산의 소유권귀속방법에 따라 부부별산제(separate property system)와 부부재산공유제(community property system) 그리고 양자의 절충형인 유예공동제(deferred community)로 나눌 수도 있다. 부부별산제는 혼인중 부부가 각자의 명의로 취득한 재산을 명의자의 단독소유로 인정하는 것이고, 부부재산공유제는 혼인중 취득한 재산의 경우 그 명의자가 누구인지를 불문하고 부부의 공유재산으로 인정해주는 제도이며, 유예공동제는 혼인중에는 부부별산제처럼 각자의 단독재산으로 취급하지만, 이혼하는 경우에는 공유제로 이해하여 혼인중 증가한 재산의 절반씩을 부부간에 배분케 하는 제도이다<sup>10)</sup>.

---

8) 당사자의 약정에 의해 부부재산제를 결정할 수 있는 경우도 당사자가 모든 형태의 부부재산제를 임의로 약정할 수 있는 것이 아니고 법률에서 허용하고 있는 유형 중 하나만을 선택할 수 있는 것으로 규정하는 경우도 있다. 그러한 대표적인 입법례로는 독일민법을 들 수 있다.

9) 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 58쪽.

10) 독일의 법정재산제인 Zugewinnngemeinschaft가 유예공동제라고 할 수 있다.

## 2. 우리나라의 경우

민법은 혼인중 부부가 취득한 재산의 소유권 귀속방법과 관련하여 법정재산제로는 부부별산제를 채택하고 있다<sup>11)</sup>. 즉, 배우자 일방이 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 혼인 전부터 가진 고유재산과 함께 배우자 본인의 특유재산으로 하고, 부부중 누구에게 속한 것인지 여부가 분명하지 아니한 재산의 경우에만 부부 공유로 추정한다<sup>12)</sup>. 부부별산제하에서 고유재산과 특유재산으로 분류되는 재산에 대해서는 소유자인 배우자가 일방적으로 재산의 처분을 결정할 수 있다<sup>13)</sup>.

민법은 이러한 법정재산제 이외에 부부로 하여금 재산관계에 대하여 법률이 정하고 있는 내용과 다른 내용으로 약정을 체결할 수 있도록 허용하고 있다(약정재산제)<sup>14)</sup>. 다만, 민법은 당사자가 약정을 통해 체결할 수 있는 부부재산제의 구체적 유형을 제시하지는 않고 있다<sup>15)</sup>. 그러나 이러한 부부재산약정제도를 통하여 부부 일방이 혼인중 취득한 재산에 대해 부부재산공유제를 채택할 수 있는 것은 분명하다. 부부재산공유제를 취하는 경우 그 재산의 관리·처분을 어떻게 해야 하는지에 대해서도 민법에서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 이에 대해서는 결국 당사자들이 약정을 통해 모든 것을 정해야 하는 상황이다. 이러한 부부재산약정은 반드시 일정한 형식으로 할 필요는 없다. 그래서 구두로 약정할 수도 있다<sup>16)</sup>. 하지만 이와 같은 부부재산약정을 기초로 부부가 제3자에게 대항할 수 있기 위해서는 혼인신고 전 약정을 하고 이를 등기부에 등기해야 한

11) 민법 제829조제1항, 제830조.

12) 민법 제830조.

13) 부부별산제를 취하는 외국의 입법례(예, 독일)는 비록 혼인 중 재산제를 별산제로 하더라도 배우자 일방 명의의 재산의 처분에 일정한 제한을 두는 경우가 대부분이다. 그 재산은 부부의 공동생활의 기초가 되고 이혼시에는 재산분할의 대상이 되기 때문이다. 조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 『비교사법』 제12집 제2권, 한국비교사법학회, 2005. 6, 45-46쪽.

14) 민법 제829조.

15) 프랑스나 독일은 당사자가 약정을 통해 선택할 수 있는 부부재산제의 유형과 내용을 법률에서 규정하고 있다. 조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 『비교사법』 제12집 제2권, 한국비교사법학회, 2005. 6, 38-48쪽.

16) 이경희, 가족법, 법원사, 2006, 88쪽.

다<sup>17)</sup>. 우리나라의 부부재산약정제도는 1958년 민법 제정 때부터 도입되었다. 그러나 실제 이 제도가 처음 활용된 것은 2001년에 들어와서이다. 그 이후 매년 10건 이하의 부부재산약정등기가 이루어지고 있다고 한다<sup>18)</sup>.

민법상 부부재산약정이 유효하려면 이처럼 혼인신고 전 약정을 체결해야 하며 그 약정은 혼인의 성립과 동시에 효력을 발하고 혼인이 종료하면 효력을 상실한다. 혼인전 체결된 부부재산계약은 원칙적으로 혼인중 변경하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 받아 변경할 수 있다<sup>19)</sup>. 부부재산약정으로 혼인 성립 전이나 혼인 종료 후의 재산관계를 규율할 수는 없다고 보고 있다<sup>20)</sup>.

### 3. 외국의 경우

#### (1) 독일의 경우

독일은 법정재산제로 유예공동제(Zugewinnngemeinschaft)를 채택하고 있다<sup>21)</sup><sup>22)</sup>. 이는 혼인 중에는 별산제와 유사하게 운영하고 이혼시에는 혼인 중 증가한 이익(잉여재산 혹은 부가이익)을 청산하는 방식이다. 혼인 중 부부는 기본적으로는 각자 자신의 재산을 독자적으로 관리·처분할 수 있다<sup>23)</sup>. 그래서 자산의 소유관계는 혼인으로 변하지 않는다<sup>24)</sup>. 그러나 배우자가 자신의 전체 재산(im ganzen Vermögen)이나 공동의 가정생활을 위해

---

17) 민법 제829조제4항. 등기에 대한 세부절차는 「법인과부부재산계약등기처리규칙」(대법원규칙)에서 규정하고 있다.

18) 2007년까지의 등기실태를 조사한 연구에 따르면 매년 최소 1건 최대 10건이 등기되었다고 한다. 하승완, “부부재산약정제도의 이용실태와 개선방안”, 「법학연구」 제33집, 한국법학원, 2009. 2, 201쪽.

19) 민법 제829조제2항단서.

20) 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 57쪽.

21) “Zugewinnngemeinschaft”라는 독일어는 유예공동제로 번역되기도 하지만 부가이득공동제로 번역되기도 한다. 황남석, “독일 상속세 및 증여세법 해제 및 번역(2)”, 「계간세무사」(2018 여름호), 한국세무사회, 2018, 112쪽.

22) 아래의 선택부부재산제 중 하나를 선택하지 않으면 자동으로 유예공동제가 적용된다. § 1363 Abs. 1 BGB.

23) § 1365 BGB.

24) § 1361 Abs.2 BGB.

필요한 물건을 처분하려고 하는 경우에는 소유권 귀속여부와 관계없이 상대방 배우자의 동의를 받아야 한다<sup>25)</sup>. 독일 부부의 거의 대부분은 이러한 법정재산제를 부부재산제로 채택하고 있다.

그 외에 독일민법은 부부가 법정재산제 이외에 부부별산제(Gütertrennung)와 부부재산공유제(Gütergemeinschaft) 중 하나를 선택할 수 있도록 하고 있다<sup>26)</sup>. 선택부부재산제 중의 하나인 부부별산제와 법정재산제인 유예공동제의 차이점은 전자는 이혼을 할 때 혼인 중 취득한 재산에 대해 정산을 하지 않는 것이고 후자는 정산을 해야 하는 점이다. 선택부부재산제로서 부부재산공유제에 따르면 혼인중 부부의 일방이 취득하는 재산은 혼인 중에도 부부의 공동소유가 되며 따라서 재산관리도 공동으로 하고 이혼 시에는 정산을 해야 한다. 우리나라와 달리 부부는 혼인 중에도 이러한 부부재산제에 대해 약정을 할 수 있으며, 한번 체결한 약정은 언제든지 변경할 수 있다<sup>27)</sup>.

## (2) 프랑스의 경우<sup>28)</sup>

프랑스는 법정재산제로 소득공동제(communauté d'acquêts)를 채택하고 있다. 이 제도는 혼인 중 부부의 재산을 고유재산과 공동재산으로 분류한다. 고유재산은 혼인전 부부 각자가 소유한 재산을 의미하고, 공동재산에 속하는 것은 혼인 후 취득한 재산과 소득 및 급여 그리고 고유재산에서 비롯된 과실 및 수익을 들 수 있고<sup>29)</sup>, 또 법에서 공동재산으로 추정하는 재산도 공동재산이 된다. 고유재산은 명의자 단독소유이고, 공동재산은 공동소유로 인정한다. 재산의 관리에 있어서도 각 배우자는 자신의 고유재산에 대해서는 단독으로 관리·처분할 수 있고<sup>30)</sup>, 공동재산에 대해서는

25) §§ 1365 Abs. 1 und 1367 Abs. 1 BGB.

26) 부부별산제와 부부재산공유제 이외의 부부재산제를 당사자가 약정하지는 못한다.

27) § 1408 BGB.

28) 프랑스민법상 부부재산제에 대해서는 법전의 경우에는 명순구, 「프랑스 민법전」을 참조하였고, 그 외 조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 「비교사법」 제12집 제2권, 한국비교사법학회, 2005. 6, 38-43쪽을 참조하였다.

29) 프랑스민법 제1401조.

30) 프랑스민법 제1428조.

부부 각자가 단독으로 관리·처분할 수 있는 것을 원칙으로 하되, 중요한 행위에 있어서는 공동관리를 하게 된다<sup>31)</sup>.

그 외 프랑스민법은 약정재산제로 별산제와 유예공동제 중 당사자가 선택할 수 있도록 하고 있다<sup>32)</sup>. 혼인한 부부가 선택한 부부재산제는 혼인 후에도 변경이 가능하다. 다만, 혼인성립 후 최초 2년까지는 이를 변경할 수 없다.

### (3) 영국의 경우

영국의 경우에는 독일이나 프랑스와 달리 부부재산제에 대한 일반적 규정이 없다. 즉 법정재산제라고 할 만한 것도 없으며 당사자가 부부재산관계에 대해 계약을 체결해서 해결할 수 있는 제도도 법제화되어 있지 않다<sup>33)</sup>. 영국의 부부재산관계는 이와 관련한 개별적인 법률규정과 판례에 의해 형성되어져 있다고 할 수 있다. 결론적으로 영국의 부부재산제는 엄격한 부부별산제를 기본으로 한다. 다만, 영국에 있어서 부부재산의 가장 중요한 부분을 차지하는 부부가 거주하는 주택(혼인주택)의 소유권자 결정과 관련하여 판례는 일부 공유제와 유사한 판단기준을 제시하기도 한다<sup>34)</sup>.

31) 경합관리라 함은 배우자 중 일방이 공동재산을 단독으로 관리·처분할 수 있는 것을 말하고, 공동관리는 상대방 배우자의 동의를 받아야만 행위를 할 수 있는 것을 말한다. 프랑스민법은 공동관리를 해야 하는 경우를 규정하고 있는데 그 외에는 경합관리를 하게 된다. 조은희, “유럽부부재산제의 통일화에 대한 전망”, 「법학논문집」 제31집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2007, 19-20쪽.

32) 프랑스법상 유예공동제는 독일의 법정재산제인 유예공동제와 유사하지만 차이점도 존재한다. 프랑스의 제도는 독일과 유사하게 이혼시 재산에서 혼인초의 재산을 공제한 것을 잉여소득으로 파악하고 이를 배우자간에 배분하는 점에서 공통적인데 그 배분하는 재산의 범주를 정함에 있어서 프랑스와 독일은 차이점이 있다. 조은희, “유럽부부재산제의 통일화에 대한 전망”, 「법학논문집」 제31집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2007, 17-18쪽.

33) 조은희·전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004, 79쪽.

34) 혼인주택의 취득에 부부가 모두 금전적으로 기여한 경우 해당 주택의 소유권은 그 주택의 소유자 명의가 배우자 일방 단독명의로 되어 있든, 공동명의로 되어 있든 관계 없이 부부가 동등하게 공유한 것으로 취급한다. 조은희·전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004, 83쪽.



#### (4) 미국의 경우

미국의 경우 부부재산제에 대해서는 연방이 결정하는 것이 아니고 50개의 주들이(States) 각자의 지역 내에서 거주하는 부부의 부부재산제에 대해 결정하게 된다. 현재 42개주는 부부별산제를 법정재산제로 취하고 있다. 나머지 8개주는<sup>35)</sup> 법정재산제로 부부재산공유제를 취하고 있다. 예컨대, 그 8개 주 중 하나인 Texas주의 가족법(Family Code)에서는 부부 각자가 혼인전 소유한 재산과 혼인 중 증여, 유증, 상속을 원인으로 취득한 재산 등은 단독재산으로 하고, 부부가 혼인 중 취득한 단독재산을 제외한 그 밖의 재산은 공동재산으로 한다고 규정하고 있다<sup>36)</sup>.

부부재산공유제를 취하고 있는 주들의 경우에는 대부분 부부가 혼인전 부부재산관계에 대해 계약을 체결할 수 있도록 하고 있는데 다만 프랑스나 독일처럼 부부가 부부재산계약을 통해 선택할 수 있는 계약 유형을 법률에서 직접 제시하는 경우는 드물다고 한다<sup>37)</sup>.

#### 4. 소결

민법상 혼인 중 부부가 취득한 재산에 대해 부부별산제를 취하는지 아니면 부부재산공유제를 취하는지 여부에 대해서는 다양한 입법방식이 존재하고 있다. 부부별산제와 부부재산공유제는 혼인이 지속되는 중 부부가 취득한 재산의 민법상 소유권귀속을 어떻게 할 것인지 여부를 결정하는 문제이다.

법정재산제로 별산제를 채택하고 있는 나라로는 우리나라 이외에 독일과<sup>38)</sup> 미국의 42개 주를 들 수 있고<sup>39)</sup>, 부부재산공유제를 법정재산제로 취하고 있는 나라로는 프랑스와 로마법을 계수한 다수의 국가들과 대다수 동유럽국가들, 그리고 텍사스주를 포함한 미국의 8개주를 들 수 있다. 법

35) Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington.

36) Sec.3.002, Subchapter A, Chapter 3, Subtitle B, Title 1, Family Code.

37) 이화숙, 부부재산관계법, 세창출판사, 2000, 93쪽.

38) 독일의 법정재산제인 잉여공동제도 혼인 중에는 부부별산제와 유사하게 운용이 된다.

39) 영국의 경우에도 기본적으로 이 그룹에 속한다고 평가할 수 있다.

정재산제로 부부별산제를 채택하는 경우에는 이혼시 재산분할을 인정하는 경우가 대부분이다<sup>40)</sup>.

많은 국가들은 이러한 법정재산제 이외에 부부가 합의하여 자신들에게 적용되는 부부재산제를 정할 수 있도록 하고 있다. 구체적으로 어떤 형태의 약정재산제를 채택할 수 있는지 여부에 대해 전적으로 당사자에게 위임하는 경우도 있고(우리나라), 법률에서 그 유형을 정해두고 그 중 한 방식을 선택하게 하는 입법방식(독일)도 존재한다. 약정재산제로 당사자가 선택할 수 있는 부부재산제도 크게 나누어 보면 부부별산제와 부부재산공유제로 나눌 수 있다.

### Ⅲ. 부부간 자산증여에 대한 증여세 과세제도 일반론

#### 1. 증여세 과세대상으로서의 증여의 개념

증여세는 증여에 의한 재산이전을 과세대상으로 하는 세목이다. 증여세 과세대상으로서의 증여의 범주를 어떻게 이해할 것인지와 관련해서는 독일, 프랑스, 미국 등 대부분의 국가가 민법상 증여보다는 더 넓은 개념으로 증여를 정의하고 있다. 우리나라의 경우 종래 증여세 과세대상으로서의 증여의 범주를 민법상 증여와 동일시할 것인지 여부와 관련하여 견해대립이 있었다<sup>41)</sup>. 대체적으로 증여세 과세대상으로서의 증여는 원칙적으로 민법상 증여를 의미하지만, 그 외의 거래행위일지라도 실질적으로 무상의 재산이전이 있다고 볼 수 있는 경우에는 입법자가 개별적으로 증여의 규정을 입법해 둔 경우에 한하여 증여세 과세대상으로 할 수 있다는 입장이었다. 하지만 개별적 증여의제규정에 의하여 계속되는 새로운 부의 무상이전 행위들에 대해 효과적으로 대응하는 것에는 한계가 있었다. 그래서 입법자

40) 우리나라와 독일의 경우 모두 법정재산제하에서는 혼인중 취득한 재산에 대해 명의자 단독재산으로 취급하지만 이혼시에는 재산분할을 인정하고 있다.

41) 김민호, “조세법에 있어서 차용개념의 해석과 적용에 관한 연구-조세회피행위방지와 관련하여-”, 「공법연구」 제31권 제1호, 한국공법학회, 2002, 27쪽 이하; 이동식, “사법질서의 세법에서의 의미”, 「공법연구」 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002, 467쪽 이하.

는 2003. 12. 30. 「상속세 및 증여세법」(이하 “상증세법”이라 함)을 개정하면서 소위 완전포괄주의에 입각한 증여개념을 입법하였다<sup>42)</sup>. 이러한 입법에 대해서는 여전히 찬반논란이 가시지 않고 있는 상황이다<sup>43)</sup>.

완전포괄주의 증여개념을 규정하고 있는 현행 상증세법 제2조제6호는 증여를 “그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계없이 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것…”이라고 정의하고 있다. 이는 증여라는 차용개념을 세법이 경제적 실질설에 따라 새롭게 정의한 것으로 이해할 수 있다<sup>44)</sup>.

이때 경제적 실질설에 따라 증여를 이해한다는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지와 관련해서는 다음의 두 가지 점을 지적할 수 있다. 첫째, 유희행위나 다단계행위와 같이 복잡한 거래구조를 취한 경우에 있어서 그러한 복잡한 거래구조를 부정하거나 민법상 증여가 아닌 소비대차 등 다른 법률행위방식을 취한 경우에 있어서 그러한 소비대차 등 다른 법률행위를 세법상 부인하고 직접적으로 증여자와 수증자간에 증여가 있는 것으로 이해하는 것이다. 이것이 경제적 실질설에 따른 증여개념에 내포된다는 것에는 이견(異見)이 없을 듯하다. 둘째는 증여의 경우에는 통상 민법상 소유권과 같은 권리의 이전을 통해 수증자가 이익을 향유하지만, 예외적으로 민법상 권리의 이전은 없지만 경제적인 측면에서 수증자에 해당하는 이에게 사실상 이익이 이전되었다고 볼 수 있는 경우도 있을 수 있는데 이러한 경우에 대해서도 경제적 실질설에 입각한 증여개념에 기초하여 증여세를 과세할 수 있는지 여부이다. 이와 관련하여 상증세법 제2조제6호는 “유형·무형의 재산 또는 이익을 이전(移轉)(현저히 낮은 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하거나 타인의 재산가치를 증가시키는 것”이라고 증여를 정의하고 있다. 이러한 문언을 고려할 때 단순히 법률적으로

42) 성낙인 외 2, “상속세 및 증여세의 완전포괄주의”도입방안에 관한 연구“, 「법학」 제44권, 서울대학교 법학연구소, 2003, 163쪽 이하.

43) 임승순, 조세법, 박영사, 2016, 889-890쪽.

44) 이동식, 일반조세법, 준커뮤니케이션즈, 2018, 233쪽.

소유권등 권리가 이전되는 경우뿐만 아니라 경제적인 측면에서 이익이나 가치가 이전된 경우에도 증여로 이해하는 것으로 볼 수 있다<sup>45)</sup>.

## 2. 증여세 납세의무자

증여세 납세의무자를 증여자로 할지 수증자로 할지 여부는 입법정책적인 문제이다. 특히, 이 문제는 상속세 과세방식과 밀접한 연관이 있다. 상속세를 유산세로 운용하는 나라는 증여세를 주로 증여자에게 과세하고, 유산취득세방식으로 운용하는 나라는 수증자에게 과세하는 것이 보통이다<sup>46)</sup>.

하지만 현재 우리나라는 상속세는 유산세방식으로 과세하면서,<sup>47)</sup> 증여세는 수증자에게 부과하고 있다. 대신 상속세법은 수증자의 주소 또는 거소가 불분명하여 조세채권을 확보하기 곤란한 경우 등에 있어서 증여자에게 연대납세의무를 부과하고 있다<sup>48)</sup>.

프랑스와 독일도 우리나라처럼 증여세납세의무자를 기본적으로는 수증자로 규정하고 있다<sup>49)</sup>. 단, 독일의 경우에는 증여자도 납세의무자가 된다고 규정하고 있다<sup>50)</sup>. 상속세에 대해서는 프랑스는 유산세방식을 취하고

---

45) 현행 상속세법 규정을 보면 그러한 경우를 다수 발견할 수 있다. 예컨대, 제41조의5에 따른 합병에 따른 상장이익에 대한 증여세 과세 또는 제42조의3에 따른 재산취득후 재산가치 증가에 따른 이익에 대한 증여세 과세도 그러한 경우에 해당한다.

46) 상속세를 유산세 방식으로 과세한다는 것은 이 세금을 자산세로 이해한다는 것인데 이 자산은 원래 피상속인 소유이므로 원래 피상속인이 납부해야 하는 것으로 이해한다. 다만, 피상속인이 사망하여 권리의무귀속주체가 될 수 없으므로 부득이 상속인으로 하여금 대신 납부하게 하는 것이다. 즉, 상속세를 유산세로 이해하면 원래 상속세납세의무자는 재산의 소유자인 피상속인이 되어야 하는 것이다. 이러한 상속세에 대응하는 증여세의 경우에도 마찬가지로 증여자가 납세의무자가 되는 것이 논리적이게 된다. 반면, 상속세를 유산취득세방식으로 과세하는 경우에는 이 세금을 수익세로 이해하는 것이며, 상속세 납세의무자는 당연히 수익의 귀속자인 상속인이 납세의무자가 되어야 하며, 이에 대응하는 증여세 역시도 수증자가 납세의무자가 되어야 하는 것이다.

47) 물론 우리나라의 상속세가 순수한 의미의 유산세방식은 아니다. 이태로·한만수, 조세법강의, 박영사, 2016, 723-24쪽.

48) 상속세법 제4조의2제5항. 단, 명의신탁증여의제의 경우에는 증여세납세의무자인 명의자에게 주소가 거소가 불분명한지 여부를 불문하고 증여자에게 연대납세의무를 부과한다.

49) 안창남, 주요국의 조세제도-프랑스편, 한국조세재정연구원, 2009, 335쪽.

50) § 20 Abs. 1 ErbStG.

있고<sup>51)</sup>, 독일은 유산취득세방식을 취하고 있다. 증여세납세의무자를 증여자라고 하고 있는 대표적인 입법례로는 미국을 들 수 있다. 미국의 경우 상속세는 유산세방식으로 운영한다.

### 3. 부부간 재산이전에 대한 증여세 과세여부

#### (1) 우리나라의 경우

우리나라의 경우 부부간 자산증여는 아래에서 설명하는 상증세법 제46조제5호에 의한 비과세, 증여재산공제에서의 특례 등이 존재하기는 하지만 기본적으로 증여세 과세대상으로 규정하고 있다. 부부간의 자산양도의 경우에도 경매에 의한 취득등 법률이 정한 예외적인 경우를 제외하고는 자산의 가액을 증여받은 것으로 추정하여 증여세를 과세한다<sup>52)</sup>. 배우자가 자산을 취득하였는데 그 자금이 배우자의 연령, 소득, 재산상태 등을 고려하였을 때 자금의 출처가 분명치 않은 경우에 재산의 취득자금을 증여받은 것으로 추정하여 증여세를 과세하기도 한다<sup>53)</sup>.

#### (2) 외국의 경우

부부간 자산증여에 대해 증여세를 과세할지 여부는 입법례에 따라 차이가 있다. 우리나라의 경우처럼 부부간 자산증여에 대해 증여세를 과세하는 입법례가 대부분이다. 부부재산공유제를 법정재산제로 하고 있는 프랑스 뿐만 아니라 혼인중에는 사실상 부부별산제와 유사하다고 할 수 있는 유예공동제를 법정재산제로 취하고 있는 독일의 경우에도 부부간 자산증여에 대해서는 기본적으로 증여세를 과세한다. 부부간 자산증여에 대해 증여세를 과세하지 않는 입법례도 존재한다. 대표적으로는 미국을 들 수 있다. 미국의 경우에는 1982년 이후에는 배우자 일방이 자신의 배우자에게 증여한 재산에 대해서는 전액 증여공제(marital deduction)를 허용하

51) 안창남, 주요국의 조세제도-프랑스편, 한국조세재정연구원, 2009, 320쪽.

52) 상증세법 제44조. 이 경우 양도소득세는 부과하지 않는다.

53) 상증세법 제45조.

고 있어서<sup>54)</sup> 실제적으로 증여세 부담을 지지 않는다<sup>55)</sup>.

#### 4. 상증세법상 부부간 재산이전에 대한 증여세 과세시 몇 가지 특이점

##### (1) 부양의무 이행과 증여세

민법은 다양한 형태의 부양의무를 규정하고 있다. 민법 제826조는 부부간 부양의무를 규정하고 있고, 제913조는 부모(친권자)의 자녀에 대한 부양의무를, 제974조 이하는 그 외 친족간 부양의무의 법적 근거가 된다. 부부간 부양의무와 미성년자녀에 대한 부양의무는 제1차적 부양의무라고 하며, 부양의무를 이행할 수 있는 자력이 있는 자의 사회적 지위나 재산 상태를 고려하여 부양권자인 배우자나 미성년자녀를 부양의무자 본인의 생활수준으로 보장하여야 하는 것을 그 내용으로 한다<sup>56)</sup>. 그 외 친족간 부양의무는 제2차적 부양의무라고 하며 부양을 받을 자가 자기의 자력(資力) 또는 근로(勤勞)에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다<sup>57)</sup>. 따라서 부부간 부양의무의 범주는 경제활동을 하는 배우자가 가사노동에 전념하는 배우자에게 단지 공동의 생활비를 제공하여 주는 것뿐만 아니라 그 배우자가 증여자와 동일한 수준의 여가활동이나 사회활동을 하기 위해 필요한 재원을 이전해주는 것 까지 포함한다고 해야 한다.

이처럼 민법상 부양의무자가 부양권자를 부양하기 위해 자산을 증여하는 경우 이에 대해서 증여세를 과세를 할 수는 없다고 할 것이다<sup>58)</sup>. 이를 위해 상증세법 제46조제5호는 “피부양자의 생활비, 교육비”로 지급된 금품에 대해 증여세를 비과세한다고 규정하고 있다. 이때 피부양자의 생활

54) Sec. 2525(a) IRC.

55) 장근호, 주요국의 조세제도-미국편(I), 한국조세재정연구원, 2009, 823쪽.

56) 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 53-54쪽.

57) 민법 제975조.

58) 부양의무의 이행처럼 자산을 무상으로 이전해야 법적인 의무가 있어 이전한 것은 증여세과세대상으로서의 증여가 아니고, 그 대상은 증여자의 임의의 의사에 따라 증여한 경우로 한정되어야 한다.

비 또는 교육비로 지급된 금품으로 비과세되는 것은 필요시마다 직접 이러한 비용에 충당하기 위하여 증여로 취득한 재산을 말한다.

## (2) 부부간 증여에 대한 증여재산공제

### 1) 증여재산공제제도 일반론

증여세는 증여받은 재산의 가액에서 증여자과 수증자의 관계를 고려하여 법률이 정한 일정한 가액을 공제(증여재산공제)한 뒤 세율을 곱하여 세액을 계산한다. 이러한 증여재산공제제도의 성격에 대해 헌법재판소는 일종의 조세혜택으로 이해하고 있으며<sup>59)</sup>, 그 금액의 설정에 대해서는 “수증자와 증여자 사이의 인적 관계의 친밀도, 증여자의 재산형성에 대한 수증자의 기여도, 부의 세습과 집중 완화라는 법의 취지, 상속세의 보완적 성격을 가진 증여세의 과세목적 등 여러 가지 사정을 고려하여 각각의 수증자의 지위에 따라 사회통념상 적정한 수준으로” 정하게 되며<sup>60)</sup>, “공제가 허용되는 인적 범위나 공제의 한도, 수 개의 증여가 있는 경우 공제의 방법 등 그 구체적인 내용의 형성에 관하여는 광범위한 입법재량이 인정된다 할 것이므로, 그 내용이 명백히 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 할 것이다”라고 판시한 바 있다<sup>61)</sup>.

### 2) 부부간 증여에 대한 증여재산공제제도

배우자로 부터 증여를 받는 경우 6억원을 증여재산가액에서 공제한다<sup>62)</sup>. 배우자의 경우에는 다른 친족 등에 비해 증여재산 공제금액이 상대적으로 큰 편이다<sup>63)</sup>. 증여세는 증여세회피행위를 방지하기 위해 10년간의 증여가액을 합산해서 과세하는 것이 원칙이므로<sup>64)</sup> 배우자 증여재산공제

59) 헌법재판소 2008.07.31. 선고 2007헌바13 전원재판부결정.

60) 헌법재판소 2008.07.31. 선고 2007헌바13 전원재판부결정.

61) 헌법재판소 2008.07.31. 선고 2007헌바13 전원재판부결정.

62) 상속세법 제53조.

63) 직계존속으로부터 증여를 받는 경우에는 5천만원(수증자가 미성년자인 경우 2천만원), 직계비속으로부터의 증여의 경우에도 5천만원, 그 외 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로부터 증여를 받는 경우에는 1천만원을 공제한다.

금액 6억원도 10년 이내 공제금액을 합산하여 계산하며 그 초과금액은 공제하지 아니한다<sup>65)</sup>. 배우자로부터의 증여를 이유로 6억원을 공제받기 위해서는 「민법」상 유효한 혼인관계가 전제되어야 한다<sup>66)</sup>. 또한, 수증자가 거주자이어야 한다<sup>67)</sup>.

부부간의 자산증여에 대해 6억원이라고 하는 상당히 큰 금액의 증여재산공제를 인정하는 이유로는 재산형성에 대한 수증자인 배우자의 기여도를 고려해야 하는 점<sup>68)</sup>을 들 수 있다.

### (3) 배우자의 자금에 의한 자산취득과 증여세

부부별산제를 법정재산제로 하는 현행 민법하에서 배우자 한쪽이 다른 배우자로부터 대가를 지불하지 않고 금전을 이전받게 되면, 생활비나 교육비로 비과세되거나 6억원의 증여재산공제를 받는 것을 제외하고는, 모두 증여세 과세대상이 된다. 단지 혼인중 내조의 공이 있었다는 주장만으로는 과세처분을 취소할 사유가 되지 않는다. 그래서 예컨대, 배우자의 자금으로 부동산을 취득하였는데 그 부동산 명의는 자금소유자 본인이 아니라 그 배우자 명의로 된 경우 증여의 규모가 일반적으로 내조의 공으로 인정할 수 있는 규모라고 하더라도 증여재산공제규모를 초과하는 한 일단 증여세가 과세된다. 이때 증여세 과세대상이 부동산의 취득자금인지 부동산 자체인지도 논란이 될 수 있다. 부동산취득행위 자체를 명의

64) 상증세법 제47조제2항.

65) 상증세법 제53조제2문.

66) 상증세법 통칙 53-46...1.

67) 상증세법 제53조.

68) 배우자가 자신의 배우자의 재산형성에 기여한 부분을 대가를 지불하지 않고 이전받는 방법으로는 혼인관계를 유지하면서 증여를 받거나, 이혼을 하면서 재산분할제도를 이용하는 방법이 있다. 후자에 대해 과거에는 증여세 과세대상으로 규정을 하고 있었는데(1998. 12. 28. 개정 이전 구 「상속세법」 제29조의2제1항제1호) 헌법재판소는 재산분할제도는 본질적으로 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산을 청산하는 의미를 가지는 것이므로 이에 대해 증여세를 과세하는 것은 위헌이라고 판단하였고(헌재 1997. 10. 30. 선고 96헌바14판결) 그래서 현재는 증여세를 과세하지 않는다. 이처럼 이혼시 재산분할제도를 통해 자신의 기여분을 이전받는 것에 대해 증여세를 과세하지 않는데 혼인관계를 유지한 상태에서 자신의 기여분을 이전받는다고 하여 모두 증여세를 과세한다면 이는 헌법 제36조제1항의 정신에 반하는 것이 된다.



자인 배우자가 수행했다면 취득자금을 증여받은 것으로 보아야 할 것이고, 자금소유자가 취득행위를 하였다면 부동산 자체가 증여된 것으로 보게 될 것이다. 일반적으로는 전자로 과세되는 경우가 다수일 것이다. 그런데 이 경우 부부간 부동산명의신탁은 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하는 경우를 제외하고는 허용되는 점을 이용하여<sup>69)</sup>, 부동산등기의 명의자인 배우자가 명의신탁을 주장하면 어떻게 되는가? 만약 이러한 주장이 받아들여진다면 실제 자금의 주체인 배우자는 자신의 자금으로 자신이 부동산을 취득해서 단지 명의만을 자신의 배우자 명의로 한 것이므로 증여세가 부과될 여지가 없게 된다. 이 문제는 부부의 일방이 혼인중 자기명의로 취득한 재산에 대해서는 명의자의 특유재산으로 추정하는 민법 제830조제1항의<sup>70)</sup> 해석론과도 밀접한 연관이 있다. 대법원은 민법 제830조제1항에 의하여 부부의 일방이 혼인 중 단독 명의로 취득한 부동산은 그 명의자의 특유재산으로 추정되고, 이 추정을 번복하기 위해서는 명의자로 등기된 자의 상대방 배우자가 실제로 당해 부동산의 대가를 부담하여 그 부동산을 자신이 실질적으로 소유하기 위해 취득하였음이 입증되어야 하므로, 단순히 등기명의자가 아닌 다른 배우자가 매수자금의 출처라는 사정만으로는 무조건 특유재산의 추정을 번복하여 당해 부동산에 대하여 명의신탁이 있었다고 볼 수는 없고 관련 증거들을 통하여 나타난 모든 사정을 종합하여 다른 일방 배우자가 당해 부동산을 실질적으로 소유하기 위하여 그 대가를 부담하였는지 여부를 개별적·구체적으로 가려 명의신탁 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다<sup>71)</sup>. 만약 이러한 입증이 충분치 않다고 판단되면<sup>72)</sup> 명의신탁주장은 받아들여지지 않고 대신 부동산취득자금에 대한 증여가 성

69) 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제8조.

70) 민법 제830조제1항: “夫婦의 一方이 婚姻前부터 가진 固有財産과 婚姻中 自己의 名義로 取得한 財産은 特有財産으로 한다”

71) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두8068판결.

72) 입증책임은 납세자에게 있다는 것이 법원의 입장이다. 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두8068판결: “이 경우 당해 부동산이 명의자의 특유재산이 아니고 다른 일방 배우자로부터 명의신탁된 것이기 때문에 그 취득자금을 증여받은 것으로 볼 수 없다는 점에 대하여는 납세자가 이를 주장·입증하여야 한다”

립되어 증여세가 과세된다.

## IV. 부부재산공유제가 적용되는 부부에 대한 증여세 과세문제

### 1. 쟁점

현행법상 부부간의 자산증여에 대해서는 증여세를 과세하지만, 이때 민법상 부부재산제가 어떤 영향을 미치는지에 대해서는 지금까지 논의가 거의 없었다. 그런데 최근 이것이 쟁점이 된 사례가 두 개 등장하였다. 아래에서는 그 중 한 개 사건의 사실관계를 제시하고<sup>73)</sup> 당사자의 주장과 관련 법률규정 그리고 이에 대한 조세심판원과 법원의 판단을 소개한 뒤<sup>74)</sup>, 이 쟁점에 대한 외국의 입법례로 독일의 입법례를 소개하고자 한다. 그리고 마지막으로 이 쟁점에 대해 어떠한 견해대립이 있을 수 있는지 각각의 논리를 제시해 보고 나름의 결론을 제시해 보기로 한다.

### 2. 사실관계 등

#### (1) 사실관계

청구인 갑(甲)과 그 배우자 을(乙)은 모두 외국 국적자로서 우리 세법상 비거주자에 해당한다. 을(乙)은 조선관련 제조업체인 A국 B회사로 부터 국내 대형조선소에 납품계약 체결과 관련한 용역을 제공하고 B회사로 부터 용역수수료(이하 “쟁점용역수수료”라 함)를 국내 은행 대외계정(이하 “이 사건 예금계정”이라 함)으로 송금받았다.

73) 문제가 된 사건은 조심2014서1029사건(2014. 5. 23.)과 조심2015서5636사건(2016. 6. 24.)인데 아래의 사실관계는 후자 사건의 사실관계이다. 하지만 조심2014서1029사건도 당사자만 다를 뿐 그 사실관계의 주요부분은 조심2015서5636사건과 매우 유사하다. 이에 대해서는 이 글 IV. 4. (1) 부분을 참조하기 바란다.

74) 조세심판원의 결정은 조심2015서5636사건의 결정문을 인용한 것이고, 서울행정법원과 서울고등법원의 판결은 조심2014서1029사건에서 납세자가 심판청구에서 청구기각이 된 후 제기한 소송과 관련한 판결이다. 조심2015서5636사건은 현재 법원에 계속되어 있을 것으로 추측이 된다.

갑(甲)은 을(乙) 명의의 이 사건 예금계정에서 현금 3,382,973,890원(이하 “쟁점금액”이라 함)을 인출하여 국내 부동산 3건(이하 “쟁점부동산”이라 함)을 자신의 명의로 취득하였다.

S 지방국세청장(이하 “조사청”이라 함)은 2014.6.~2014.12. 기간 동안 갑(甲)의 쟁점부동산 취득자금 12,055,285,524원의 자금출처를 조사한 결과, 갑(甲)이 쟁점금액을 을(乙) 명의의 계좌에서 인출하여 지불한 사실을 확인하였다. 조사청은 이처럼 갑(甲)이 을(乙) 단독 명의의 예금계좌에서 쟁점금액을 인출하여 자신의 명의로 부동산을 취득한 행위는 「상속세 및 증여세법」상 증여세 과세대상임에도 불구하고 갑(甲)이 증여세를 납부하지 아니한 것으로 보아 증여세 결의안을 C 세무서장(이하 “처분청”이라 함)에게 통보하였고, 처분청은 이에 따라 2015. 2. 11. 갑(甲)에게 증여세 1,744,666,710원을 결정·고지하였다(이하 “쟁점증여세부과처분”이라 함).

## (2) 당사자의 주장

### 1) 청구인의 주장

갑(甲)과 을(乙)은 부부로 1982년경 미국으로 이민하여 1990년 말 경부터 외국 국적을 취득하여 현재 한국세법상 비거주자에 해당하며 쟁점금액은 을(乙)이 국외에서 용역을 제공하고 받은 외화 용역수수료를 국내 은행에 송금하여 원화로 보유하고 있던 중 그 일부를 인출하여 쟁점부동산의 취득대금으로 지급한 것이다.

청구인 갑(甲)의 거주지인 외국은 부부재산공유제를 법정재산제로 채택하고 있다. 「국제사법」 제38조제1항과 제37조에 따르면 갑(甲)과 을(乙)의 부부재산관계에 대해서는 부부가 모두 외국 국적을 가진 자이므로 해당 국가의 법을 적용해야 한다. 이에 따르면 혼인 전 배우자 일방이 취득한 재산은 고유재산(분리재산)으로 명의자 단독 소유이지만, 부부 중 일방이 혼인중 취득한 재산과 발생한 소득은 부부공유로 본다. 이 사건에서 쟁점용역수수료는 을(乙)이 결혼기간 중에 취득한 소득으로 갑(甲)과 을(乙)의 공유재산이다. 을(乙)명의의 이 사건 예금계정에서 쟁점용역수수

료의 일부를 인출하여 갑(甲)이 자신의 단독명의로 쟁점부동산을 취득하였어도 그 부동산 역시 부부공유재산이다. 따라 갑(甲)이 쟁점금액을 을(乙)명의로 계좌에서 인출하여 쟁점부동산의 대금으로 지불하였다고 하여 이에 대해 증여세를 과세할 수는 없다.

## 2) 처분청의 주장

갑(甲)의 배우자 을(乙)의 국외원천소득이 국내부동산 취득자금으로 사용되었고, 미국 세법 및 「국제사법」상 부동산에 대하여 일방적으로 미국 주소지에 의한 부부재산제도를 강제하지 아니한 것이 법리상 확인되므로, 이에 대해서는 결국 부동산 소재지국법을 준거법으로 결정하여야 하는 것이며, 국내에서 발생한 증여행위에 대하여 소득의 원천에 따라 양국의 준거법을 동시에 적용할 수는 없는 것이므로 국내원천소득에 준하여 국내법을 준거법으로 적용함이 타당하다.

설혹 「국제사법」에 따를 때 갑(甲)과 을(乙)간의 재산관계에 대해 외국의 가족법이 적용되어야 한다고 하더라도 「국제사법」 제7조에 따르면 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정”은 그 준거법과 관계없이 대한민국법률규정이 적용되어야 하는데 증여세 과세를 위한 「상속세 및 증여세법」 여러 규정들은 바로 그러한 강행규정에 해당한다고 할 것이다.

## (3) 관련 법률규정

### 1) 「상속세 및 증여세법」의 관련규정들 75)

이 사건의 쟁점증여세부과처분을 위한 「상속세 및 증여세법」상 관련 규정은 아래와 같다.

구 「상속세 및 증여세법」 제2조(증여세 과세대상) ① 타인의 증여(증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여는 제외한다. 이하 같

---

75) 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 법임.

다)로 인하여 증여일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증여재산에 대하여 이 법에서 정하는 바에 따라 증여세를 부과한다.

1. 재산을 증여받은 자[이하 "수증자"(受贈者)라 한다]가 거주자(본점이나 주된 사무소의 소재지가 국내에 있는 비영리법인을 포함한다. 이하 이 항과 제54조 및 제59조에서 같다)인 경우: 거주자가 증여받은 모든 재산
2. 수증자가 비거주자(본점이나 주된 사무소의 소재지가 국내에 없는 비영리법인을 포함한다. 이하 이 항과 제4조제2항, 제6조제2항 및 같은 조 제3항에서 같다)인 경우: 비거주자가 증여받은 재산 중 국내에 있는 모든 재산과 거주자로부터 증여받은 국외 예금이나 국외 적금 등 대통령령으로 정하는 재산

- 이하 생략 -

③ 이 법에서 "증여"란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등과 관계 없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전[현저히 저렴한 대가를 받고 이전(移轉)하는 경우를 포함한다]하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다.

제4조 제4조(증여세 납부의무) ① 수증자는 이 법에 따라 증여세를 납부할 의무가 있다. 다만, 수증자가 영리법인인 경우에는 그 영리법인이 납부할 증여세를 면제하되, 제45조의2에 따른 증여세를 명의자인 영리법인이 면제받은 경우에는 실제소유자(영리법인은 제외한다)가 그 증여세를 납부할 의무가 있다.

② 수증자가 증여일 현재 비거주자인 경우에는 국내에 있는 수증재산과 거주자로부터 증여받은 국외 예금이나 국외 적금 등 대통령령으로 정하는 수증재산에 대해서만 증여세를 납부할 의무를 진다.

- 이하 생략 -

## 2) 「국제사법」의 관련규정들

甲과 乙은 미국시민권자이며 이 사건에서 청구인의 핵심쟁점 중의 하나가 본인에 대해서는 미국 텍사주 가족법이 부부재산관계의 준거법으로 적용되어야 한다는 것이다. 따라서 이러한 경우에 있어서 준거법을 정하는 방법을 규정하고 있는 「국제사법」 규정들도 관련규정으로 중요한 역할을 하게 된다.

「국제사법」 제3조(본국법) ①당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 그 국적중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.

② 당사자가 국적을 가지지 아니하거나 당사자의 국적을 알 수 없는 때에는 그의 상거소(常居所)가 있는 국가의 법(이하 "상거소지법"이라 한다)에 의하고, 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다.

③ 당사자가 지역에 따라 법을 달리하는 국가의 국적을 가지는 때에는 그 국가의 법선택 규정에 따라 지정되는 법에 의하고, 그러한 규정이 없는 때에는 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 의한다.

제7조(대한민국 법의 강행적 적용) 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

제37조(혼인의 일반적 효력) 혼인의 일반적 효력은 다음 각 호에 정한 법의 순위에 의한다.

1. 부부의 동일한 본국법
2. 부부의 동일한 상거소지법
3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법

제38조(부부재산제)

- ① 부부재산제에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다.
- ② 부부가 합의에 의하여 다음 각 호의 법 중 어느 것을 선택한 경우에는 부부재산제는 제1항의 규정에 불구하고 그 법에 의한다. 다만, 그

합의는 일자와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 경우에 한하여 그 효력이 있다.

1. 부부중 일방이 국적을 가지는 법

2. 부부중 일방의 상거소지법

3. 부동산에 관한 부부재산제에 대하여는 그 부동산의 소재지법

③ 외국법에 의한 부부재산제는 대한민국에서 행한 법률행위 및 대한민국에 있는 재산에 관하여 이를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 이 경우 그 부부재산제에 의할 수 없는 때에는 제3자와의 관계에 관하여 부부재산제는 대한민국 법에 의한다.

④ 외국법에 의하여 체결된 부부재산계약은 대한민국에서 등기한 경우 제3항의규정에 불구하고 이를 제3자에게 대항할 수 있다.

### 3. 조세심판원의 판단

“청구인은 부부가 비거주자로서 「국제사법」에 따라 본국법을 적용받는 경우 쟁점금액은 부부공동재산이므로 증여재산이 아니라고 주장하나, 「상속세 및 증여세법」 제2조 제1항 제2호는 ‘수증자가 비거주자인 경우에는 비거주자가 증여받은 재산 중 국내에 있는 모든 재산에 대하여 이 법에서 정하는 바에 따라 증여세를 부과한다’고 규정하고 있고, 같은 법 제4조 제5항은 ‘수증자가 증여일 현재 비거주자로서 국내에 있는 수증재산에 대하여 증여세 납세의무를 지는 경우 증여자도 수증자와 연대하여 증여세를 납부할 의무를 진다’고 규정하고 있다.

이 건의 경우, 비거주자인 청구인이 국내재산인 쟁점부동산을 취득하기 위하여 쟁점금액을 증여받은 경우 증여세 과세대상인지 여부는 「국제사법」에 따른 본국법이 아니라 국내 세법에 따라 결정되는 것으로 해석되고, 「상속세 및 증여세법」 제2조 제1항 및 제4조 제2항은 수증자가 비거주자인 경우에도 국내에 있는 수증재산에 대하여 증여세를 납부할 의무를 진다고 규정하고 있는 점, 청구인은 배우자 계좌에서 쟁점금액을 출금하여 쟁점부동산을 취득하고 단독 명의로 소유권이전등기한 점, 쟁점금액에는 처분청이 배우자의 국내원천소득으로 판단한 금액이 포함되어 있

는 점 등에 비추어 청구인이 쟁점부동산을 취득하기 위하여 쟁점금액을 배우자로부터 증여받았다고 봄이 타당하다 할 것이므로 처분청이 청구인에게 이 건 증여세를 부과한 처분은 잘못이 없다고 판단된다.”<sup>76)</sup>

#### 4. 법원의 판단

##### (1) 개관

위 사건과 매우 유사한 사실관계에서 법원은 조세심판원과 달리 부부 재산공유제의 적용을 받는 부부간 자산의 무상이전에 대해서 증여세를 과세할 수 없다는 입장을 밝힌바 있다. 이 사건에서는 미국시민권자로서 텍사스주에 거주하는 부부 A와 B간의 자산거래에 대한 증여세과세가 문제되었다. B는 혼인중 자신의 명의로 국내에 부동산을 취득하여 보유하고 있었는데 그 부동산에서 발생한 임대보증금 일부를 A가 자신 명의의 계좌로 이체받은 후 그 돈으로 국내에서 부동산을 취득하여 A 명의로 등기를 하였다. 처분청은 A가 B 소유의 부동산에서 발생한 임대보증금 일부를 자신 명의의 계좌로 입금받은 것에 대해 B로부터 증여받은 것으로 보아 수증자인 A와 증여자인 B(연대납세의무)에게 증여세 부과처분을 하였다. 이에 대해 조세심판원은 앞의 사건과 마찬가지로 납세자의 청구를 기각하였다<sup>77)</sup>. 그 후 이 사건의 청구인이 소송을 제기하였고 제1심에서는 원고의 청구를 인용하는 판결이 있었고, 항소심법원인 서울고등법원도 2015. 7. 7. 제1심법원과 동일하게 청구를 인용하는(국패) 판결을 하였다. 이에 대해 행정청이 상고하였지만 대법원이 2015. 11. 17. 심리불속행 결정을 하여 사건이 종결되었다(2015두49337판결). 아래에서는 이 사건에 있어서 법원의 판결내용을 소개하기로 한다.

##### (2) 서울행정법원 2014. 11. 27. 선고 2014구합60207판결

“원고들은 미국 국적을 가진 부부인바, 국제사법 제38조(부부재산제)

76) 조심2015서5636(2016.07.04.).

77) 조심2014서1029(2014. 5. 23.).



제1항은 ‘부부재산제에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다’고, 제37조는 ‘혼인의 일반적 효력은 다음 각호에 정한 법(제1호 : 부부의 동일한 본국법)의 순위에 의한다’고 규정하고 있으므로, 부부인 원고들의 재산에 관하여는 부부별산제를 원칙으로 하고 있는 민법 규정이 아니라 원고들의 동일한 본국법 규정이 우선 적용된다.

한편 원고들의 거주지인 미국 텍사스주 가족법(FAMILY CODE)은 ‘양 배우자가 혼인기간 중 취득한 단독재산을 제외한 재산은 공동재산이다’(TITLE 1. SUBTITLE B. CHAPTER 3. SUBCHAPTER A. Sec. 3.002), ‘양 배우자들이 혼인기간 또는 혼인의 해산 기간 중 취득한 재산은 공동재산으로 추정한다. 단독재산으로 인정되기 위한 증거의 정도는 분명하고 납득할 만하여야 한다’(위 SUBCHAPTER A. Sec. 3.003.)고 규정하고 있다. 이 사건으로 돌아와 보건대, 원고들은 미국 국적(텍사스주 거주)의 부부로서 혼인 기간 중 이 사건 관련 부동산 및 이 사건 빌라를 취득하였으므로 위 두 부동산은 원고들의 공동재산이라고 봄이 상당하고, 원고들 공동재산인 이 사건 관련 부동산에서 나온 임대보증금(이 사건 쟁점금액)으로 원고들 공동재산인 이 사건 빌라를 구입한 이상 이 사건 쟁점금액이 원고 B로부터 원고 A에게 증여되었다고 볼 수는 없다. 따라서 원고 B가 원고 A에게 이 사건 쟁점 금액을 증여하였음을 전제로 한 이 사건 처분은 위법하다.”<sup>78)</sup>

### (3) 서울고등법원 2015. 7. 7. 선고 2015누30212판결

#### 1) 관련 법리와 준거법

원고들은 미국 국적을 가진 부부이고, 국제사법 제38조 제1항은 ‘부부재산제에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다.’라고, 같은 법 제37조는 ‘혼인의 일반적 효력은 다음 각호에 정한 법(제1호 : 부부의 동일한 본국법)의 순위에 의한다.’라고 각 규정하고 있으므로, 원고들 재산의 귀속과 관련하여서는 부부별산제를 원칙으로 하고 있는 민법 규정이 아니라 원

78) 서울행정법원 2014. 11. 27. 선고 2014구합60207판결. 판결문에 등장하는 당사자의 실명은 저자가 임의로 비실명처리하였다.

고들의 동일한 본국법 규정이 우선 적용된다.

한편 원고들의 거주지인 미국 텍사스주 가족법(FAMILY CODE)을 보면 ‘양 배우자들이 혼인기간 중 취득한 재산은 부부 공유재산으로 추정되고 (Property possessed by either spouse during … of marriage is presumed to be community property), 배우자가 혼인 이전에 소유하였던 재산(the property owned … by the spouse before marriage), 혼인기간 중 증여, 유증, 상속을 원인으로 취득한 재산(the property acquired by the spouse during marriage by gift, devise, or descent)은 특유재산(separate property)이다.’라고 규정하고 있고, 위 규정에서 정한 재산(property)에는 부동산(real property) 및 동산과 채권(personal property) 등이 포함된다.

## 2) 이 사건 쟁점금액의 소유권 귀속

위 국제사법 제38조 제1항, 제37조, 미국 텍사스주 가족법 등의 규정에 비추어 보면, 특별한 사정이 없는 한 미국 국적(텍사스주 거주)의 부부인 원고들이 혼인기간 중에 취득한 이 사건 관련 부동산과 이 사건 빌라 및 이 사건 관련 부동산을 임대하고 수령한 임차보증금은 원고들 공유에 속한다고 봄이 상당하다.

따라서 비록 원고 B가 단독명의로 이 사건 관련 부동산을 임대하고 임차보증금을 수령하였다고 하더라도, 원고들 사이에서는 임차보증금이 부부 공유재산이므로 원고 A가 원고 B로부터 임차보증금 중 일부인 이 사건 쟁점금액을 증여받았다고 볼 수 없어 이와 다른 전제에 선 이 사건 처분은 위법하므로 취소되어야 하고 이 점을 지적하는 원고들의 주장은 이유 있다.”<sup>79)</sup>

---

79) 서울고등법원 2015. 7. 7. 선고 2015누30212판결. 이 판결에서는 국제사법 제38조제3항의 적용여부도 하나의 쟁점으로 판단되었으나 이 글의 주제와 관련하여 중요한 쟁점은 아니므로 인용하지 않았다.

## 5. 독일의 입법례

부부재산공유제가 적용되는 부부간에 자산을 증여한 경우 증여세를 과세할 수 있는지 여부는 민법과 세법의 충돌을 야기할 수 있는 문제이므로 적어도 부부간의 자산증여에 대해 증여세를 과세하는 국가라면 이 문제에 대해 명확한 입법조치가 필요하다고 할 수 있다. 하지만 우리가 비교대상으로 연구하는 국가들 중에는 그러한 입법적 조치를 한 경우는 독일이 유일하다. 따라서 아래에서는 이와 관련한 독일의 입법례를 소개하고자 한다.

독일의 부부재산제는 법정재산제가 유예공동제(Zugewinnngemeinschaft)이고 선택부부재산제로는 부부별산제(Gütertrennung)와 부부재산공유제(Gütergemeinschaft)가 있다. 그 중 혼인중 배우자간 증여에 대한 증여세 과세문제가 특별히 문제되는 경우는 부부재산공유제(Gütergemeinschaft)를 선택한 부부에 한정된다. 그 외의 경우에 있어서 혼인 중 부부간의 재산관계는 혼인 전과 마찬가지로 부부는 각자 자신의 명의로 취득한 재산을 소유하는 것이므로 그들간에 증여가 발생하는 경우 일반적인 증여세 과세법리에 의해 증여세가 과세된다.

부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산증여에 대한 증여세 과세문제는 부부재산공유제합의를 하는 시점과 그 이후의 개별적 재산취득단계에서 부부재산공유제합의의 효과로 재산취득자의 배우자의 자산이 증가하는 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다<sup>80)</sup>. 통상 혼인하는 시점에 부부재산제에 대해 합의를 한다고 전제해 보면 전자는 혼인하는 시점에 발생하는 증여세 문제가 되고, 후자는 혼인 중에 발생하는 증여세 문제가 될 것이다<sup>81)</sup>. 전자의 경우에는 현행 독일 상증세법상 증여세과세가 된다. 즉, 자산이 많은 배우자가 그렇지 않은 배우자와 혼인하면서 부부재산공유제합

80) 예컨대, 혼인한 배우자 갑이 자신의 명의로 부동산을 취득하게 된 경우 그 부동산이 부부재산공유제의 적용을 받지 않는 특별재산(Sondergut)이나 유보재산(Vorbehaltsgut)이 아닌한 그 부동산은 민법적으로 갑 자신 및 갑과 부부재산공유제를 합의한 배우자 을의 공동재산(Gesamtgut)이 되며 각자 50%씩의 지분을 가지게 된다. § 1416 BGB.

81) 물론 독일은 혼인 중에도 부부재산계약을 변경할 수 있으므로 혼인중에 부부재산공유제합의를 할 수도 있다.

의를 하는 경우 배우자 일방으로부터 다른 일방으로 사실상 자산이전이 이루어지는데 그로 인하여 상대방에게 증가한 재산적 가치는 증여세 과세대상이 되는 것이다<sup>82)</sup>. 독일 “상속세 및 증여세법(Erbchaftsteuer-und Schenkungsteuergesetz, ErbStG) 제7조제1항제4호가 이에 대해 규정하고 있다. 이 규정은 1974년 세법개정으로 추가된 조문이다. 1973년 이전에는 이러한 조문이 존재하지 않았는데 독일연방재정법원(BFH) 판례는 “공동소유의 부부재산제를 형성하려는 부부의 의도를 존중하여” 부부재산공유제합의 그 자체는 증여세 과세대상이 아니라는 입장이었다. 다만 판례는 일정한 조건 하에 행해진 부부재산공유제합의의 경우에는 그 합의로 인하여 배우자에게 증가한 재산적 가치에 대해 증여세 과세를 해야 한다는 입장이었다<sup>83)</sup>. 법원은 당사자들이 사실상 상속의 목적으로 생전에 부부재산공유제를 합의하여<sup>84)</sup> 증여세 과세를 피하려고 한 것이 밝혀지는 경우에는 증여세를 과세해야 한다는 입장이었다. 그런데 1974년 법개정으로 현재는 이러한 요건이 충족될 필요 없이 부부재산공유제를 합의하고 그 시점에 배우자에게 자산가치의 증가가 이루어진다면 바로 증여세 과세대상이 되게 된다. 1974년 법개정 이전의 연방재정법원판례의 입장과 1974년 입법자의 중요한 견해차이는 부부재산공유제를 형성하려는 부부의 가족법적 동기에 대해 전자는 증여세 과세에서 그대로 존중한 것이고 후자는 그것이 증여세 과세에 영향을 끼칠수 없다는 점을 명확하게 하였다는 점이다.

82) 이 경우가 독일 민법상으로 증여가 되는 지 여부가 문제되는데 아주 예외적인 경우에만 민법상 증여를 인정한다고 한다(BGH v. 27. 11. 1991 IV 266/90, NJW 1992, 558). Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuergesetz 49. EL 2015, § 7 Rn. 307.

83) BFH v. 29.1. 1964 II 78/60 U, BStBl. III 1964, 202; BFH v. 25. 5. 1966 II 159/63, BStBl. III 1966, 521.

84) 독일은 혼인 중에도 부부재산공유제합의를 할 수 있으므로 배우자가 혼인초기에는 법정재산제인 유예공동제를 적용받다가 배우자 일방의 사망이 임박하여 부부재산공유제를 합의하게 되면 그 합의에 의해 사실상 상속이 이루어지는 것과 같은 효과가 발생하게 된다. 물론 이러한 경우 부부재산공유제합의는 유예공동제의 종료로 의미하므로 이 경우 배우자 일방은 유예공동제의 청산을 요구할 수 있는데(§§ 1372 und 1378 BGB) 그 청산에 따른 금액은 증여세가 비과세되므로(§ 5 Abs. 2 ErbStG) 결국 그 청산에 따라 요구할 수 있는 금액을 초과하는 금액만이 증여세 과세대상이 된다. Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuergesetz 49. EL 2015, § 7 Rn. 311.

후자의 경우, 즉 부부가 부부재산공유제를 합의한 후 각자 명의로 개별적 재산을 취득하는 단계에서 부부재산공유제합의의 효과로 재산취득자의 배우자의 자산이 증가하는 것에 대해 증여세과세를 할 것인지 여부와 관련해서 현재 독일 상증세법은 명확한 규정은 두지 않고 있지만 해석상으로는 증여세 과세를 하지 않는 것으로 보고 있다<sup>85)</sup>. 이 경우에는 소득 획득을 하는 때 순간 재산분할이 이루어지는 것으로 이해를 하며, 이혼시 재산분할에 대해 과세하지 않는 것과 동일한 법리로 비록 혼인중이긴 하지만 증여세 과세를 위한 전제조건이 충족되지 않은 것으로 이해하는 것이다.

## 6. 부부재산공유제하의 부부간 자산이전에 대한 증여세 과세 가능여부

### (1) 개요

부부간 자산증여에 대해 증여세를 과세한다고 할 때 논란이 발생할 여지가 없는 경우는 이혼시 재산분할을 인정하지 않는 순수한 부부별산제를 채택하는 경우이다. 부부별산제를 취하지만 이혼시 재산분할을 해야 하는 경우와 부부재산공유제를 취하는 경우에 있어서 부부간 자산의 무상이전에 대해 증여세를 부과하려고 하면 논란이 있을 수 있다. 그 중 이 글의 연구대상은 부부재산공유제를 채택한 부부간 자산의 무상이전에 대해 증여세과세를 할 수 있는지 여부이다.

### (2) 증여세 과세를 위한 소유권귀속 결정기준

#### 1) 쟁점

부부재산공유제를 적용받는 부부간에 자산이전을 한 경우 증여세과세를 할 수 있는지 여부에 대한 논의를 본격적으로 하기에 앞서 증여세 과세를 위한 소유권귀속 결정기준에 대해 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 결

85) Dietmar Moench, Eheleiche Güterstände und Erbschaftsteuer - Steuerbare Erwerbe vor und während der Ehe, DStR 1989, Heft 10, S. 301.

국 이러한 사건에서 조세심판원과 법원의 입장이 통일되지 않는 배경에는 이 쟁점에 대한 인식의 차이가 존재하기 때문이다. 완전포괄주의증여개념이 입법된 이상 증여세과세대상으로서의 증여가 민법상 증여계약에 국한되지 않는다는 것은 적어도 현행법 해석상 분명하다고 할 수 있다. 다만 이처럼 세법상 증여세 과세대상이 되는 증여가 되기 위해서 사법적(私法的)인 측면에서의 소유권귀속이 증여자에게서 수증자에게로 이전되어야만 하는지 여부는 아직 논의된 바 없다. 즉, 증여세과세대상인 증여의 존재를 인정하기에 앞서 민법상 소유권귀속에 대한 결정이 선행되어야 하는지 여부이다<sup>86)</sup>.

## 2) 견해대립

이에 대해서는 대략 다음과 같은 두 가지 입장이 존재할 수 있다. 첫째 입장은 세법상 증여세 과세대상이 되는 증여가 되기 위해서는 사법적(私法的)인 측면에서의 소유권귀속이 증여자에게서 수증자에게로 이전되어야만 한다는 입장이다. 이 입장은 사법상 온전한 소유권 이전이 수반되지 않는 경우에는 수증자에게 증여로 인한 담세력의 이전이 존재하였다고 할 수 없다는 점을 그 논거로 할 수 있다. 둘째 입장은 반드시 사법적(私法的)인 측면에서의 소유권귀속의 이전이 수반되어야만 하는 것은 아니라는 입장이다. 이 입장은 증여로 인한 담세력을 법적인 측면에서 파악할 이유는 없고 사실적인 측면에서 인정되면 충분하다는 것을 그 근거로 들 수 있다. 왜냐하면 증여제도 응능과세원칙이 적용되는 세금인데 이 원칙에 따르면 세금은 “납세자의 능력”에 기초하여 과세되어야 하는데 이때 납세자의 능력이라 함은 “납세자의 경제적 지불능력”을 의미하는 것으로 이해되기 때문이다<sup>87)</sup>.

첫째 입장은 서울고등법원 2015누30212판결이 그 기초로 하고 있는 입

86) 이 문제가 비거주자의 국내소재 자산에 대한 증여세 과세에 있어서는 부부재산관계에 대한 “준거법”결정(국제사법 제37조 및 제38조)이 국내 상증세법적용(상증세법 제4조제2항)보다 우선해야 하는지 여부의 문제가 되어 진다. 이 문제는 또한 국제사법 제7조의 해석적용에 있어서도 중요한 이슈이다. 이에 대해서는 위 조세심판원과 법원판결의 관련부분을 참조하기 바란다.

87) 이동식, “응능과세원칙”, 「공법연구」 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004, 622쪽.

장으로서 실질과세원칙 중 귀속의 실질과 관련하여<sup>88)</sup> 법적 실질설이 취하는 입장이라고 할 수 있다<sup>89)</sup>. 둘째 입장은 두 개의 조세심판원결정이 그 기초로 하고 있는 입장으로<sup>90)</sup> 경제적 실질설이 취하는 입장이라고 할 수 있다.

### 3) 소결

통상의 증여사례에서는 증여세과세대상으로서의 증여가 성립하기 위해서는 민법상 소유권귀속의 이전이 있어야 함은 분명하다. 하지만 이 글에서 논의하고 있는 부부재산공유제를 적용받는 부부간 자산의 무상이전처럼 특수한 경우에 대해서도 과연 그러하여야 하는지에 대해서는 의견대립이 있을 수 있다. 이 부분에 대해서는 독일과 같이 입법적 조치를 해서 명확하게 정리를 하는 것이 필요해 보인다. 그러한 조치가 없는 현행법 해석으로는 둘째 입장이 좀 더 현실적으로 타당하고 논리적일 수 있다고 본다. 증여세 과세대상인 증여를 파악함에 있어서 완전포괄주의를 입법한 입법자의 취지는 경제적 실질에 따른 증여세과세를 하기 위함이다. 경제적 실질에 따라 증여를 이해한다는 것은 “거래형식”을 파악함에 있어서 뿐만 아니라, “소유권귀속 여부”에 대해서도 적용되는 것이다. 부부재산공유제를 합의한 부부간에 자산의 이전이 있는 경우 비록 민법의 논리에 따르면 소유권이전이 없다고 할 수 있을지언정 증여세 과세와 관련하여서는, 실질적으로 부의 무상이전이 있다고 보아야 한다.

88) 국세기본법 제14조제1항: “과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.”

89) 서울고등법원은 소유권귀속결정을 위한 준거법이 「국제사법」 제38조제1항과 제37조에 의하여 외국법이 되고 그 법에 따르면 부부재산은 공유재산이 되므로 「국제사법」 제7조에 따르면더라도 우리나라의 상증세법이 이 사안에 적용될 수 없다는 논리이다.

90) 조심20141029결정; 조심2015서5636결정.

### (3) 증여세 과세 가능여부에 대한 견해대립

#### 1) 쟁점

부부재산공유제를 적용받는 부부중 일방이 자신의 배우자의 자산에서 자금을 인출하여 부동산을 취득하고 그 부동산을 자신 명의로 등기한 경우 민법적으로는 자금을 인출한 자산도 공유이고, 그곳에서 인출한 자금으로 취득한 부동산도 공유가 된다. 그럼에도 이러한 경우에 증여세 과세가 가능한지 여부가 논란이 된다. 이 문제는 특히 공유물분할에 대한 증여세과세 일반법리와의 관계설정이 중요하다. 민법적으로는 부부재산별산제를 취하는 부부간에는 증여가 성립할 수 있지만 부부재산공유제를 취하는 부부간에는 원칙적으로 증여가 성립할 수 없을 것이다. 하지만 현행 상증세법상 증여는 민법상 증여개념과 다르므로 민법상 증여가 성립할 수 없다고 하여 세법상 증여세 과세대상이 되는 증여가 되지 않는 것은 아니다. 이러한 경우에 증여세과세를 하는 것이 옳은 것인지 여부에 대해서는 입법적 조치가 필요해 보인다. 그러한 조치가 되지 않은 현재의 상황에서는 해석론에 의해 해결할 수밖에 없다.

#### 2) 긍정설과 부정설의 논거

아래에서는 위 쟁점에 대해 현행법상 증여세가 과세가능하다는 견해(긍정설)의 논리와 과세가 불가능하다는 견해(부정설)의 논리를 차례로 제시해 보고자 한다<sup>91)</sup>.

우선 긍정설은 현행 상증세법은 민법상 부부재산제와 별도로 부부간의 자산증여에 대해 증여세 과세여부를 판단해야 한다고 이해한다. 즉, 배우자 일방이 경제활동을 하여 획득한 소득을 그 배우자의 단독소유로 할 것인지 부부의 공유재산으로 할 것인지 여부는 민법의 과제이지만, 증여세는 그러한 민법상 소유권귀속과 별개로 부의 실질적 무상이전에 대해 과세를 하는 것이며 부부재산공유제를 취하는 부부간에도 사실상 부(富)

91) 아직 이에 대해 국내에서는 논의가 이루어지고 있지 않으므로 실제로 긍정설과 부정설이 대립하는 것은 아니다. 따라서 아래에서의 설명은 실제 학자들의 주장이 아니라 저자가 생각하는 각 주장의 나름의 논리라고 할 수 있다.



의 이전은 있는 것이므로 증여세과세를 해야 한다고 이해하는 것이다. 이 설은 증여세과세를 위한 소유권귀속결정에 있어서 반드시 민법적인 소유권의 이전이 이루어져야만 증여세과세대상이 되는 증여가 성립하는 것은 아니라는 입장과 연결되어진다. 또한 긍정설은 부부별산제를 취하는 부부와 부부재산공유제를 취하는 부부의 세부담형평성을 그 근거로 들 수도 있다. 즉, 부부재산제의 유형과 관계 없이 배우자의 재산형성에 대한 기여도는 증여재산공제금액(6억원)의 범위 내에서만 비과세하고 나머지는 동일하게 과세해야 한다는 것이다.

이와 달리 부정설은 부부재산공유제를 취하는 경우 부부의 재산은 그 명의와 관계 없이 부부의 공유재산이 되므로 공유재산을 공유자간에 그 지분에 따라 이전한 경우 원칙적으로 증여세 과세대상으로서의 증여가 성립하지 않는다는 법리에 따라<sup>92)</sup> 증여세를 과세해서는 안 된다고 주장하게 된다. 이 설은 증여세과세를 위한 소유권귀속결정에 있어서 반드시 민법적인 소유권의 이전이 전제되어야 한다는 입장과 연결되어진다. 또한 이 설은 독일의 입법례에서 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산이전에 대해 증여세과세를 하지 않는 점, 그리고 우리 세법상 부부가 이혼을 하는 경우 재산분할청구권행사에 의해 자산이전을 받는 것에 대해 증여세과세를 하지 않는 점도 그 논거로 들 수 있다.

### 3) 소결

일단 부부간의 자산이전에 대해 원칙적으로 증여세를 과세하고, 부부재산공유제를 택한 부부에 대한 별도의 특례규정이 없는 현행법 해석으로는 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산이전에 대해서도 그 금액이 상증세법 제46조제5호에 의해 비과세되지 않거나, 부부재산공제금액 6억원을 초과하는 한은 증여세를 과세하는 것이 타당하다고 본다. 만일 그렇

92) 대구고법 1997. 4. 3. 선고 96구2720판결. 공유물의 분할은 법률상 공유자 상호간의 지분의 교환 또는 매매이고, 공유자가 그들의 지분비율로 공유물을 분할한 경우에는 지분의 교환 또는 매매만 있을 뿐 증여는 문제되지 아니하며, 다만 특정 공유자가 그의 지분을 초과하여 다른 공유자의 지분까지 분할받은 경우에만 그 초과부분에 대하여 증여가 성립될 수 있을 뿐이다.

지 않으면 결혼이라는 제도를 통하여 부의 무상이전을 하더라도 증여세를 전혀 과세하지 못하게 되고<sup>93)</sup> 중국에는 배우자의 사망에 따른 상속세마저도 생전 증여를 통해 모두 증여하게 되면 상속세마저도 무력화시키는 문제점이 발생한다<sup>94)</sup>.

부부별산제와 부부재산공유제는 혼인 중인 부부의 재산의 “민법상” 소유권귀속을 결정하는 문제이므로 두 유형을 민법적인 측면에서 설명하면 큰 차이가 있을 수 있다<sup>95)</sup>. 하지만 경제적 실질이라는 측면에서 본다면 큰 차이가 없다고 할 수 있다. 왜냐하면 부부별산제를 취하는 경우에 있어서 민법적으로 부부의 재산은 명의자의 “단독재산”으로 추정되지만 그 실질은 “공동재산”으로 이해되고 있기 때문이다. 그 논거로는 부부별산제를 취하는 부부도 이혼을 하면 재산분할청구권을 행사할 수 있는데<sup>96)</sup> 이때 재산분할의 법적 성격에 대해 통설과 판례가 모두 “공동재산의 청산”의 성격을 가진 것으로 설명하고 있는 점을<sup>97)</sup> 들 수 있다<sup>98)</sup>. 그렇다면 그러한 실제적인 측면에서의 차이점이 존재하지 않음에도 불구하고 부부별

93) 자산이 많은 일방이 자산이 없는 상대방과 결혼을 하여 부부재산공유제를 합의하고 혼인중 자신의 재산을 상대방에게 이전하는 것에 대해 증여세를 과세하지 못한다면 결혼이라는 사회제도는 세금없는 부의 이전을 가능하게 하는 장치가 될 수 있게 된다.

94) 부부재산공유제의 경우에 부부간 공유지분을 어떻게 할 것인지 여부도 중요한데 민법에서 아무런 규정을 두지 않고 있는 점도 주목해야 한다.

95) 부부재산공유제를 취하는 경우에는 단독명의로 부부의 일방이 취득한 재산도 공유재산이 되지만, 부부별산제를 취하는 경우에는 명의자 단독소유재산이 된다. 물론 현행 법상 부부재산공유제라는 것이 구체적으로 어떤 내용인지(예, 관리·처분권이 누구에 있는지 여부)에 대해서는 「민법」이 침묵하고 있는 관계로 부부재산공유제하의 부부의 재산관계가 어떻게 되리라는 것을 설명한다는 것이 어려운 측면이 있다.

96) 민법 제839조의2(협의상 이혼), 제843조(재판상 이혼).

97) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516판결; 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 98쪽; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016, 1846쪽. 다수설과 판례는 공동재산의 청산 이외에도 이혼후 배우자의 부양의 성질도 가진 것으로 이해하는데 이에 대해서는 부양의무는 혼인중 부부에게만 존재한다는 점을 근거로 이를 부정하는 견해도 있다(지원림, 민법강의, 홍문사, 2016, 1846쪽).

98) 즉, 부부별산제를 취하는 부부의 경우에도 혼인중 부부 일방이 취득한 재산은 실질적으로 부부의 공동재산이며 그럼에도 불구하고 부부간의 자산증여에 대해 증여세를 과세해야 한다는 것이 현행법의 입장이므로, 별도의 다른 규정이 존재하지 않는 한, 과세상 실질에 있어서 큰 차이가 없는(민법상 소유권귀속에 대한 설명에 있어서는 큰 차이가 있지만) 부부재산공유제를 취하고 있는 부부간의 자산이전에 대해서도 증여세를 과세하는 것이 합리적이라는 것이다.

산제를 취하는 부부에 대해서는 증여세를 과세하고 부부재산공유제를 취하는 부부에 대해서는 과세하지 않는다면 이는 불공평한 과세라고 할 것이다. 바로 이러한 점이 일반적인 공유물분할과 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산증여가 증여세과세에서 다른 취급을 받아야 하는 이유인 것이다. 만일 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산증여에 대해 증여세를 과세할 수 없다는 법원의 입장이 확고해지면 혼인하는 부부들은 법이 개정되지 않는 한 증여세를 회피하기 위하여 부부재산약정을 체결하게 될 것이다. 하지만 현행 민법상 부부재산약정제도는 매우 불완전한 형태로 규정되어 있어 부부가 그러한 약정을 체결하는 경우에는 부부간의 재산관계가 매우 혼란스러운 사태를 맞이하게 될 것이다<sup>99)</sup>. 우리의 법이 혼인하는 부부들을 그러한 혼란으로 몰고 가서는 안 된다고 본다.

하지만, 장래적으로 이 문제는 조세입법자가 좀 더 명확한 기준을 제시해 줄 필요가 있다고 할 것이다. 이 쟁점은 민법과 세법의 이해충돌이 있다고 볼 수 있는 분야이므로 외국의 입법례를 참조하여 좀 더 명확한 결론을 제시해 줄 필요가 있다. 특히, 최근 우리 민법상 부부재산제에 대한 개편논의가 활발하므로<sup>100)</sup> 그 개편과 연계하여 부부간 자산증여에 대한 증여세과세문제도 새롭게 정리할 필요가 있다고 할 것이다.

## V. 결론

혼인은 부부의 신분뿐만 아니라 재산관계에도 여러모로 변화를 줄 수 있다. 혼인이 부부의 재산관계에 주는 영향을 부부재산제라고 한다. 우리 민법은 법정재산제로 부부별산제를 취하고 있고(이혼시 재산분할을 통해 공동재산의 청산을 유보함), 당사자는 그와 달리 부부재산공유제를 약정

99) 민법상으로는 부부재산공유제를 합의할 수 있다고 하지만 부부간의 공유지분이 어떻게 되는지도 명확하지 않아 당사자의 합의내용에 따라 매우 다양한 형태의 부부재산공유제가 존재할 수 있게 되어 있다. 예컨대 경제활동을 하는 배우자의 전 재산을 상대방 배우자의 몫으로 하는 것은 현행법해석론으로 허용되지 않겠지만 상당한 부분을 배우자 몫으로 하는 합의는 충분히 허용된다고 할 것이다. 조은희·전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004, 26-27쪽.

100) 조은희·전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004.

할 수 있다(이 경우에도 이혼시 재산분할은 해야 함). 이 약정이 유효하려면 혼인성립 전에 약정을 하여야 하며 한번 체결된 약정은 혼인 중에는 원칙적으로 변경하지 못한다. 제3자에게 약정으로 대항할 수 있기 위해서는 혼인성립시까지 등기를 해야 한다. 이러한 부부간 약정재산제는 아직까지 우리 사회에서는 많이 활용되고 있지 않으며, 그 법률관계에 대해 민법에서도 거의 규정을 준비해두지 않고 있다.

혼인한 부부간 재산증여는 증여세 과세대상이다(이혼시 재산분할에 의한 재산이전에 대해서는 증여세과세를 하지 않음). 이러한 부부간 자산이전에 대한 증여세과세가 부부재산공유제를 취하는 부부간에도 가능한지 여부가 몇 개의 사례에서 문제되었다. 조세심판원은 과세가 가능하다는 입장이고 법원은 불가능하다는 입장이다. 아직 그 사례가 많지 않고 결혼하는 부부들이 부부재산약정을 체결하는 경우도 그다지 많지는 않으므로 이것이 큰 문제가 아니라고 할 수도 있다. 하지만, 이 이슈는 그 파급효과를 고려했을 때 진지하게 고민해서 결론을 내려야 한다. 이 문제는 경우에 따라서는 부부간 자산증여에 대한 증여세과세제도 자체가 무력화될 수 있는 위험성도 내포하고 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 대법원은 이에 대해 심리불속행결정을 한 바 있다<sup>101)</sup>. 이는 이 사안의 중대성을 고려할 때 적절한 조치가 아니라고 생각한다.

이 글을 통해 개인적으로 현행법의 해석상 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산증여에 대해서도 증여세를 과세해야 하는지 여부에 대해 긍정설과 부정설의 논리를 제시하고 일단 현행법 해석론으로는 긍정설을 지지한다는 입장을 밝혔다. 하지만 장래적으로는 입법자가 입법을 통하여 이 부분에 대해 좀 더 명확한 결론을 제시할 필요가 있다고 본다. 마침, 최근 민법상 부부재산제의 개편논의가 활발하게 진행되고 있다고 한다. 그 개편과 연계해서 부부재산제의 형태에 따른 부부간 상속·증여에 대한 과세문제도 새롭게 정리가 되기를 기대해 본다.

---

101) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2015두49337판결.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

- 김민호, “조세법에 있어서 차용개념의 해석과 적용에 관한 연구-조세회피행위방지와 관련하여-”, 「공법연구」 제31권 제1호, 한국공법학회, 2002.
- 박훈, “이혼과 세법”, 「조세법 연구」 X-2, 한국세법학회, 2004.
- 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015.
- 성낙인 외 2, “상속세 및 증여세의 완전포괄주의” 도입방안에 관한 연구“, 「법학」 제44권, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 신한미, “혼인과 그 해소에 관련된 조세문제”, 「가사재판연구」 I, 서울가정법원 가사재판연구회, 2007.
- 안창남, 주요국의 조세제도-프랑스편, 한국조세재정연구원, 2009.
- 이경희, 가족법, 법원사, 2006.
- 이동식, “사법질서의 세법에서의 의미”, 「공법연구」 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002.
- 이동식, 일반조세법, 준커뮤니케이션즈, 2018.
- 이동식, “응능과세원칙”, 「공법연구」 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004.
- 이태로·한만수, 조세법강의, 박영사, 2016.
- 이화숙, 부부재산관계법, 세창출판사, 2000.
- 임승순, 조세법, 박영사, 2016.
- 장근호, 주요국의 조세제도-미국편(I), 한국조세재정연구원, 2009.
- 조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 「비교사법」 제12집 제2권, 한국비교사법학회, 2005. 6.
- 조은희, “유럽부부재산제의 통일화에 대한 전망”, 「법학논문집」 제31집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2007.
- 조은희·전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004.

지원림, 민법강의, 홍문사, 2016.

하승완, “부부재산약정제도의 이용실태와 개선방안”, 「법학연구」  
제33집, 한국법학원, 2009.

황남석, “독일 상속세 및 증여세법 해제 및 번역(2)”, 「계간  
세무사」 (2018 여름호), 한국세무사회, 2018.

## II. 외국문헌

Dietmar Moench, Eheleiche Güterstände und Erbschaftsteuer - Steuerbare  
Erwerbe vor und während der Ehe, DStR 1989, Heft 10.

Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuergesetz 49. EL 2015.

## <국문초록>

남녀가 법적으로 혼인을 하게 되면 기본적으로 친족관계를 형성하게 되지만 혼인은 부부의 재산관계에도 영향을 미친다. 이러한 부분에 대해서는 민법 제4편에서 규율하고 있다. 이처럼 혼인은 다양한 사법적(私法的) 효력을 야기하는 것 이외에 세법의 운용에도 큰 영향을 미친다. 그 중 이 글은 혼인한 자간의 재산관계와 그것이 증여세 과세에 미치는 영향을 연구대상으로 하고 있다. 혼인한 부부가 보유한 재산의 귀속에 대해서는 크게 두 개의 입법방식, 즉 부부별산제와 부부재산공유제가 존재한다. 그 중 우리 민법은 부부별산제를 법정재산제로 규정하고 있다. 하지만 예외적으로 약정을 통해 부부재산공유제가 적용되는 부부도 존재할 수 있다. 우리의 증여세제는 지금까지 부부별산제가 적용되는 부부를 전제로 하여 부부간의 증여에 대해 증여세를 과세하고 있었다. 그런데 부부의 재산관계에 대해 부부재산공유제가 적용되는 경우 그러한 부부간의 자산증여에 대해서도 동일하게 증여세과세를 할 수 있는지 여부가 실무적으로 문제되고 있다. 동일한 사실관계에 대해 법원은 증여세를 과세할 수 없다는 입장이고 조세심판원은 과세를 해야 한다는 입장이다. 아직 우리나라의 경우 부부재산 공유제를 취한 부부가 많지 않으므로 이러한 사안에 대한 과세가능여부의 논의가 중요하지 않다고 평가할 수도 있지만 만약 이러한 문제에 대해 현재 법원의 입장처럼 증여세를 과세하지 않는 것으로 법해석이 확정되면 증여세 과세에 중대한 입법적 결함(loophole)이 되어 심각한 조세불공평의 문제를 초래할 수 있다. 그렇기 때문에 비록 아직 이러한 사례가 빈번하게 등장하고 있는 것은 아니지만 이러한 경우 과연 증여세 과세를 해야 하는지 여부를 신중하게 점검해 보아야 할 필요성이 있다고 할 것이다. 만일 법원의 입장이 옳다고 한다면 결혼하는 부부들은 부부재산약정을 통해 증여세제도를 무력화시킬 수 있는 여지도 있다. 이 글을 통해 개인적으로 현행법의 해석상 부부재산공유제를 취하는 부부간의 자산증여에 대해서도 증여세를 과세해야 하는 논리를 제시

하였다. 이러한 입장이 타당한지 여부에 대한 검증은 독자의 몫이다. 다만 이 글은 지금까지 우리사회에서 문제가 되지 않았던 부부재산공유제를 취하는 부부를 전제로 하여 증여세과세가능여부를 검토하였다는 점에서 중요한 의의가 있다고 생각한다. 아직까지 우리사회에서 결혼하는 부부는 부부재산제에 대해 크게 고민을 하지 않고 법정재산제의 적용을 받고 있지만 미래에는 어떻게 변화할지를 알 수 없는 상황이다. 우리나라의 부부재산제관련 민법규정들도 매우 부실한 상황이고, 상속세법도 다양한 부부재산제를 전제로 하여 합리적으로 정비해두어야 할 것이다.

**주제어** : 증여세, 부부재산제, 부부별산제, 부부재산공유제, 민법과 세법



## Community Property System and Gift Tax

Lee, Dong-Sik\*

Marriage forms a minimal social unit. Marriage can affect not only relative relationship but also possession of property. Regarding legal issues related to marriage, mainly the civil law, especially the family law section, regulates. However, marriage has also a significant legal effect in terms of taxation. This article deals with the taxation of gift tax among them. In Korea, if you give more than 600 million won in assets to your husband and wife, the donee must pay the gift tax. However, there has been little research into the influence of the marital property system on the taxation of gift tax on the donation between married couples.

There are two legislative approaches to the attribution of property held by married couples. The one is separate property system, the other is community property system. Under separate property system, husband and wife own property separately. The community property system recognizes marital property of married couple as a common property of married couple. The legal property system in Korea is separate property system. However, married couples can adopt the community property system as a marital property system by their agreement. Currently, most Korean couples are subject to separate property system as a marital property system.

There is no legal problem to levy the gift tax on the donation between couples who are subject to separate property system. The problem is the donation of asset between couples who are subject to the community property system. In community property system, most property acquired during marriage (except for gifts or inheritances) is considered community

---

\* Professor of Law school, Kyungpook National University

property. community property means property owned jointly by both partners. Some argue that the gift tax can not be taxed between married couples who are subject to the community property system. In this paper, we examine whether these arguments are valid.

**Key Words :** Gift tax, Marriage settlement, Seperate property system, Community property system, Civil Law and Tax Law