

세무와회계저널  
제11권 제2호 2010년 6월 pp.133~175  
한국세무학회

## 증여세 완전포괄주의의 문제점과 개선방안

김갑순\* · 정지선\*\* · 임규진\*\*\*

### <요 약>

증여의 경우에는 증여자과 수증자간에 이해관계가 일치할 때는 증여사실 자체를 은폐하기 용이하기 때문에 열거주의에 의해서는 부의 무상이전을 효과적으로 차단하기 어렵다. 이러한 문제점 때문에 우리나라는 1999년 1월 1일부터 제한적 포괄주의를 도입·시행하였으며, 2001년 1월부터는 변칙증여행위가 빈번하게 발생하는 6가지 유형의 자본거래에 대해 증여의제 과세요건과 분여이익의 계산방법을 상증세법에 예시로 규정하고 이와 유사한 자본거래를 통하여 특수관계자에게 무상으로 분여한 이익에 대해서는 증여세를 과세할 수 있는 유형별 포괄주의 과세방식을 채택하였다. 하지만 정부는 비록 이러한 조치들을 통해 증여세의 과세범위가 많이 확대되었지만, 변칙적인 상속·증여행위의 대부분이 자본거래를 통하여 일어나고 있으므로 유형별 포괄주의 과세방식으로 부의 무상이전을 완전히 방지할 수 없다고 보았다. 특히 다양한 금융상품과 정보통신산업의 발전에 따라 기존 세법에서 규정하고 있지 않은 새로운 거래 유형이 등장하였고, 이를 이용한 다양하고 변칙적인 부의 세습 가능성이 높아졌다. 그래서 정부는 이를 차단하기 위해서 완전포괄주의 증여세제를 2004년 1월 1일부터 도입하였다.

그러나 이와 같이 도입된 완전포괄주의는 입법 정책적인 차원의 정당성에도 불구하고 법리상 중요한 문제점을 안고 있다. 완전포괄주의에 따른 일반적 포괄규정은 과세요건이 불명확하고 이중과세에 따른 위험 가능성이 있다. 또한 시행령상의 증여세 부담자에게 일방적으로 부당한 조항으로 인해 조세평등에도 위배되는 결과를 초래하고 있다.

본 연구에서는 현행 완전포괄주의 과세제도의 문제점과 개선방안을 현행 법령과 조세행정, 명의신탁에 대한 증여의제 제도 및 기타 항목으로 구분하여 제시한다. 그리고 완전포괄주의에 대한 보완책으로서 기부금 신탁제도의 도입을 제안한다.

<주제어> 증여세, 열거주의, 포괄주의, 조세법률주의, 조세평등주의

\* 동국대학교 경영대학 교수, kks@dongguk.edu, 02-2260-3293, 제1저자

\*\* 건양대학교 세무학과 조교수, stopline@konyang.ac.kr, 011-9140-9973, 교신저자

\*\*\* 성균관대학교 박사과정 수료, newsky19@skku.edu, 010-3773-0622, 공동저자

## I. 서 론

상속세와 증여세는 모두 재산의 무상이전을 그 대상으로 하고 있다. 차이가 있다면 상속세가 재산보유자의 사망을 계기로 그 유산에 대하여 부과되는데 반하여, 증여세는 생존 중에 이루어진 무상이전에 부과된다는 점이다. 국가가 이러한 무상이전에 대하여 과세하고자 하는 취지는 공정한 경쟁, 부의 편중완화를 통한 사회통합의 달성, 다른 조세와의 형평 등을 들 수 있다.

우리나라에서는 여러 차례의 입법 수정 과정을 거치며 상속과 증여에 대한 세법이 발전해 왔다<sup>1)</sup>. 2003년까지는 세법에서 민법상의 증여 개념을 차용하여 규정했다. 하지만 실질적으로 증여에 해당하지만 민법상의 증여에 해당되지 않아 납세의무자의 조세회피행위가 빈번하였으며, 이러한 입법상의 미비점을 보충하기 위해 증여의제제도<sup>2)</sup>를 도입하였다. 그러나 증여의제제도만으로는 부유층의 변칙적인 상속과 증여를 차단하기에는 한계가 있었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 유형별 포괄주의를 도입하였다. 하지만 이와 같은 유형별 포괄주의도 일부 부유층의 신종 자본거래 또는 새로운 금융상품을 이용한 편법적인 증여를 효과적으로 방지하지는 못하였다. 이에 따라서, 실질적인 증여에 해당하면 증여세를 과세하는 완전포괄주의를 도입하였다.

즉, 상속세및증여세법<sup>3)</sup>은 그 동안 재산의 무상이전에 대한 과세방법을 종전의 유형별 포괄주의에서 2004년 1월 1일부터 완전포괄주의를 도입하여 세법에서 별도의 증여개념을 창설하여 증여세의 과세대상을 포괄적으로 규정하였다. 또한, 종전의 열거규정인 증여의제 규정을 예시규정으로 전환하여 국민의 법적안정성과 예측가능성을 보장하면서 사법상의 형식이 무엇이든 사실상 재산의 무상이전에 해당하는 경우에는 증여세의 과세대상임을 명문으로 규정하였다. 이와 같

1) 우리나라 증여세제 연혁은 크게 5단계로 구분할 수 있다. 즉, 조선 상속세령(증여세제가 존재하지 않았던 1950년 이전), 독립된 증여세법의 제정(1950년~1952년), 증여세법이 상증세법에 흡수된 기간(1952년~1996년), 세법의 명칭이 상증세법으로 전문 개정된 기간(1996년~2003년), 완전포괄주의 증여세제로의 개편(2004년 이후)이 그것이다.

2) 열거주의에 따른 증여의제의 태생적인 한계를 이용하여 변칙증여를 성공시킨 대표적인 사례가 삼성에버랜드전환사채 변칙증여사건이다. 삼성그룹은 1996년에 전환사채를 이용하여 이건희 회장의 아들 이재용씨에게 에버랜드 지배권을 변칙증여하였다. 이 사건 발생 10년 후인 2005.10.4 서울중앙지법(2005.10.04. 선고 2003고합1300판결)은 에버랜드가 전환사채를 발행한 목적이 삼성그룹의 지주회사인 에버랜드 지배권 이전을 위한 것이라고 판시하였다. 재판부가 판결문에서 “이 사건은 주주배정을 가장하였을 뿐 이재용씨에게 증여하기 위해 전환사채를 발행하였다”라고 적시하였다. 이러한 신종금융상품을 이용하여 에버랜드 회사 돈 969억원이 국가과세권 밖으로 우회하여 증여세를 면탈하고 이재용씨에게 무상 이전된 것도 문제지만, 삼성그룹의 지주회사인 에버랜드 지배권이 지배주주의 2세에게 변칙적으로 대물림 되는 것에 문제의 본질이 있는 것이다. 이 사건은 삼성그룹에 의해서 즉시 항소되었다. 이에 대한 대법원 2009. 5.29. 선고 2007도4949 판결에서는 다수의견이 변칙증여 논점보다는 전환사채 발행의 무효여부와 회사 및 주주에 대한 손해 등에 대해서만 주로 판단하여 마무리 되었다. 이 사건은 증여의제를 우회하여 증여세를 회피한 상징적인 사건이라고 할 수 있다.

3) 이하에서는 상증법이라고 한다.

이 완전포괄주의를 도입함으로써 부유층과 대기업의 변칙적인 상속 및 증여행위와 신중 자본거래 및 새로운 금융상품을 이용한 편법적인 증여행위에 대하여 과세할 수 있는 계기를 마련하였다.

이와 같은 완전포괄주의의 도입으로 인하여 부의 무상이전에 대한 효율적인 과세와 경영권의 세습 완화를 통한 조세정의의 실현을 기대할 수 있게 되었다. 그러나, 이러한 완전포괄주의는 기본적으로 그 입법방식이 추상적일 수밖에 없이 때문에 근본적인 문제점이 있다고 할 것이다. 왜냐하면, 추상적인 입법은 헌법상의 조세법률주의와 조세평등주의 및 재산권 규정에 위반될 가능성이 높아서 위헌성의 논란이 있을 수밖에 없기 때문이다.

완전포괄주의 과세방식에 대해서는 도입 당시에 이미 민간기구와 일부 재정학자들은 부의 편중과 변칙적인 세습을 방지하고 조세부담의 형평성과 실질과세의 원칙하에 조세정의가 실현될 수 있다는 이유로 도입에 찬성하였다<sup>4)</sup>. 반면에 사법기관과 일부 법률학자들은 법률 안정성과 납세자들의 예측가능성을 침해할 가능성이 높은 행정 편의적인 발상에 불과하다는 이유로 도입을 반대하였다. 모든 제도는 나름대로의 장점과 문제점을 안고 있다. 완전포괄주의 과세방식 또한 조세회피를 원천적으로 차단할 수 있다는 조세행정상의 장점은 있지만, 과세대상 해당여부를 과세기관이 임의적으로 판단할 수 있기 때문에 납세자의 권리가 침해될 수 있는 문제점이 있다. 따라서, 조세법률주의의 위반여부를 중심으로 한 위헌성 문제와 시행과정에서 예상되는 부작용을 도출하여 이 제도의 조기정착을 위한 대응방안을 모색해 볼 필요가 있다.

그런가 하면 완전포괄주의 과세 제도를 도입한지 벌써 5년 이상이 경과하였음에도 불구하고 아직까지 완전포괄주의 도입취지에 맞게 이루어진 과세사례를 찾아보기 어렵다. 그리고 완전포괄주의의 도입에 따라 창설된 “증여”의 개념이 매우 추상적이고 포괄적으로 규정됨에 따른 문제가 있다. 즉, 추상적이고 포괄적인 “증여”에 대한 개념 규정으로 인해 이 규정만으로는 어떤 행위에 대하여 증여세를 과세할 것인지 아닌지, 나아가 그 행위가 증여세의 과세대상이 된다면 증여재산가액을 어떻게 산정할 것인지, 또 어떤 시점을 기준으로 과세할 것인지의 여부가 매우 불분명하다.

본 논문은 다음과 같이 구성되어 있다. 먼저 II장에서는 완전포괄주의에 대한 이론적 논의의 내용을 요약하여 살펴본다. 이어서 III장에서는 현행 완전포괄주의 과세제도의 문제점과 개선방

4) 찬성론의 주된 근거는 다음과 같다. 첫째, 실질적인 부의 이전을 통한 변칙적인 상속 또는 증여가 현실에 엄연히 존재함에도 불구하고 이를 과세하지 않음으로써 실질적인 담세력에 따른 조세부담이라는 실질과세의 원칙에 배치되는 결과를 초래한다. 둘째, 아무런 세부담 없이 증여를 받은 자는 증여받은 자산을 비합리적으로 활용할 수 있게 된다. 그리고 이러한 과세영역의 흠결은 경제주체로 하여금 세부담 없이 변칙적으로 부를 이전하게 부추기게 된다. 또한 각 경제주체는 변칙적인 부의 이전에 정당한 세부담이 미치지 않는 범위 내에서 불필요한 비용을 소비하게 되어 배분의 왜곡을 발생시킬 수 있다. 셋째, 완전포괄주의의 포기는 부의 편재현상에 대한 철저한 과세권의 행사를 포기하는 것을 의미한다. 이러한 사회정의 및 사회공평의 원리에 위배된 세제운용은 조세회피를 유발하여 탈세풍토를 유발한다. 넷째, 조세회피는 주로 부유층에 의하여 이용되므로 하위소득계층과의 세부담을 불공평하게 만드는 요인이 된다.

안을 현행 법령과 조세행정, 명의신탁에 대한 증여의제 제도 및 기타 항목으로 구분하여 제시한다. 그리고 IV장에서는 완전포괄주의에 대한 보완책으로서 기부금 신탁제도의 도입을 제안하고, 마지막으로 V장에서 연구를 요약하고 결론을 맺는다.

## II. 완전포괄주의 관련 이론적 논의

### 1. 완전포괄주의 과세제도의 개요 및 도입목적

완전포괄주의 과세제도의 도입 이전에는 상증세법 제2조에서 증여세의 과세대상을 규정하였지만, 이러한 방법으로는 상증세법에 열거되지 아니한 새로운 유형에 대하여는 상속세 또는 증여세를 과세하지 못하는 한계가 있었다. 이에 2003년 12월 30일 상증세법을 개정하여 완전포괄주의를 도입하고, 이에 맞는 증여개념을 상증세법에 새로이 규정하였다.

상증세법 제2조 제4항에서는 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 2이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항의 규정을 적용한다”라고 규정하여 제3자를 통해 우회하거나 거래형식을 변형함으로써 정상거래임을 가장하는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라서 증여세의 과세대상 여부를 판정할 수 있도록 하여 증여세 과세의 실효성을 제고하였다.

증여세 완전포괄주의 도입으로 민법상 의미의 증여나 실질적인 증여뿐만 아니라 그 실질이 증여는 아니라고 하더라도 조세정책상 증여로 볼 필요가 있는 경제거래까지 모두 증여로 보아 과세하는 입법형식을 띠게 되었다. 즉, 증여세의 과세요건에 대하여 법률에 상세하게 규정하는 대신에 포괄적 규정을 둠으로써 조세법률에 구체적으로 그 유형이 규정되어 있지 않더라도 모든 재산·권리 및 경제적 이익의 무상이전행위에 대하여 증여세를 부과하려는 것이 증여세 완전포괄주의의 도입목적이라 하겠다(이전오 2005, 58).

### 2. 완전포괄주의 증여규정의 체계

#### 가. 증여세의 과세체계

증여세의 과세방식은 납세의무자를 증여자 또는 수증자로 하느냐에 따라서 증여자 과세방식과 수증자 과세방식이 있는데, 우리나라의 경우에는 상속세 관하여는 유산세방식을 취하면서, 증여세의 경우에는 수증자 과세방식이라는 이상적인 방법을 채택하고 있다.

#### 나. 상증세법상 증여규정의 체계 및 평가

2003년 개정된 상증세법은 증여세에 있어서 종래 많은 위헌성 논란을 겪어온 포괄주의 과세 방식을 도입하였는바, 그 규정의 개략적인 체계와 내용은 다음과 같다<sup>5)</sup>.

개정법은 증여세 과세대상을 규정하고 있던 종전 법 제2조 제1항과 제2항<sup>6)</sup>에 더하여 제3항과 제4항을 신설하였다. 즉, 상증세법 제2조 제3항은 “이 법에서 증여라 함은 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등에 불구하고 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 타인에게 직접 또는 간접적인 방법에 의하여 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가로 이전하는 것을 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것”이라고 규정하고, 제4항에서는 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 2이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 증여세를 부당하게 감소시키는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 제3항을 적용한다”라고 규정하고 있다. 한편, 상증세법은 위 규정 외에 상증세법 제33조 내지 제42조에서 증여의 개별예시규정을 정하고 제44조 내지 제45조의2에서 증여추정 및 증여의제규정을 두고 있다.

이처럼 현행 상증세법은 포괄증여규정을 두면서, 또 다시 개별예시규정을 두는 특이한 입법 구조를 취하고 있다. 이는 종전의 상증세법이 민법상 증여개념을 차용하여 증여의제규정을 두었지만, 현행 상증세법은 증여의제 개념을 포함한 포괄증여개념을 두고 있으면서, 종전의 증여의 제규정을 개별적인 예시규정을 전환하면서 나타난 현상이다. 위의 개별규정에 대한 조문순서의 배열은 일정한 기준에 의한 것이 아니라, 과세의 필요성 있을 때마다 조문을 신설하였기 때문에 배열의 규칙성이 없다고 할 것이다(박요찬 2007, 54).

상증세법 제2조와 제31조에서 증여세 과세대상과 증여재산의 범위에 관하여 포괄주의 방식을 채택함에 따라 개별적인 사항에 관한 증여의제라는 법 기술은 더 이상 불필요하게 되었다. 그에 따라 종전의 개별적 의제규정들은 모두 증여의 예시규정으로 전환되었는데, 구체적으로 개별조문의 제목에서 ‘의제’라는 표현이 모두 빠지고 규정내용도 증여재산가액의 산정방식을 규정하는 것으로 정리되었다.

- 
- 5) 우리 세법상 증여세 과세에 있어서 문제가 되는 것은 무상성의 요건을 결여한 부분까지 증여로 의제하는 데에 있는 것이며(예컨대 명의신탁재산의 증여의제), 증여세를 과세하기 위해서는 증여재산에 대한 평가의 과정을 거쳐야 하므로 대부분의 경우에는 평가에 관한 규정의 보완이 있어야 비로소 실효성 있는 과세가 가능할 것이다.
- 6) 제1항은, “타인의 증여로 인하여 증여일 현재 다음 각 호의 증여재산이 있는 경우에는 그 증여재산에 대하여 이 법이 정하는 바에 의하여 증여세를 부과한다”라고 규정하여, 수증자가 거주자인 경우에는 거주자가 증여받은 모든 증여재산(1호)을, 수증자가 비거주자인 경우에는 증여받은 재산 중 국내에 있는 모든 재산(2호)을 각각 증여세 과세대상으로 규정하고 있다. 제2항은 “제1항에 규정된 증여재산에 대하여 소득세법에 의한 소득세와 법인세법에 의한 법인세 및 지방세법의 규정에 의한 농업소득세가 수증자에게 부과되는 때에는 증여세를 부과하지 아니한다”라고 규정하고 있었다.

개별적인 규정 중에서 과세요건의 내용이 변동된 것도 있다. 즉, 특수관계자간의 거래만을 규율하던 저가·고가양도(법 제35조)에 관하여 특수관계가 없는 자간의 거래라도 거래의 관행상 정당한 사유가 없는 경우에는 그 적용이 있도록 하였고, 종전에 토지의 무상사용권리만을 증여의제 대상으로 삼았던 것을 부동산 전체에 대한 무상사용권으로 그 대상을 확대하였으며, 현물출자에 의한 주식의 인수에 관하여도 이를 증여의 한 형태로 새로이 규정하였다.

한편, 상증세법에 ‘기타이익의 증여 등’이란 제목으로 개별적인 증여규정 외에, 재산의 무상 또는 저가·고가사용, 용역의 무상 또는 저가·고가제공, 출자·감자·합병 등 법인의 자본거래를 통한 이익의 제공 또는 사업양수도·사업교환 및 법인의 조직변경 등을 통한 이익의 제공, 개발사업의 시행 등 증여 후 재산증가사유의 발생으로 증가한 이익 등을 유형별로 포괄적으로 과세하도록 하는 규정을 신설하였다.

그런데, 상증세법 제2조 제3항의 증여의 개념 중 ‘기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것’이라는 신설규정 부분은 그 개념 자체가 불분명할 뿐 아니라 과연 증여세의 과세대상을 논하는 데 있어서 그와 같은 개념정의가 필요한 것인지 의문이 든다. 입법자의 의도는 예컨대 전환사채를 증여하고 그 이후 주식으로 전환시키거나, 주식을 양도한 후 상장이나 합병 등을 통하여 주식의 가치를 증가시키는 것과 같은 경우 등을 염두에 둔 것으로 여겨지지만, 위와 같은 증가이익은 이미 증여 당시에 증여목적물에 내재되었던 가치가 증여 이후에 현실화된 것일 뿐 증여 이후에 새로이 형성된 이익은 아니기 때문이다. 따라서 이는 결국 증여 목적물의 평가의 문제로 돌아갈 뿐이며 적절한 평가방법을 어떻게 정립하는가 하는 것이 문제의 핵심이라고 생각된다(임승순 2008, 784).

한편 종전의 배우자 등에 대한 양도시의 증여추정(제44조)과 재산취득자금 등에 대한 증여추정(제45조) 규정은 그 기본적인 내용을 그대로 존속하면서도, 가장 문제가 되는 명의신탁재산에 대한 증여의제규정은 조문의 위치만 바뀐 채 현행 법 하에서도 유일하게 증여의제규정으로 존속하게 되었다.

전체적으로 보면, 현행법은 증여개념의 포괄적 규정과 이를 보완하는 개별적 및 유형별 예시규정으로 구성되어 있는데 규정의 해석, 운영과정에서 이들 사이의 상관관계를 어떻게 파악하고 정립할 것인가 하는 것은 결코 간단한 일이 아니라 하겠다<sup>7)</sup>. 나아가 증여세 과세를 위해서는 어

7) 예컨대 결손금이 있는 법인의 주주와 특수관계에 있는 자가 결손법인에 재산을 무상제공하여 법인의 주주에게 이익을 제공한 경우 증여세를 과세하도록 한 규정(법 제41조 제1항)과 별도로 법 제2조와 제31조 등 포괄적 규정에 근거하여 이익의 제공대상이 결손법인인 아니라거나 혹은 제공주체가 법인의 주주와 특수관계가 없는 경우에도 증여세 과세가 가능할 것인가의 문제 등이 야기될 수 있다. 그러나 과세의 유형에 대하여는 포괄주의가 적용된다고 보더라도 법이 민법상의 증여에 의하여 포괄되기 어렵다고 보는 특정한 과세유형을 상정하여 과세대상과 과세범위 등 그 요건을 명문으로 규정한 경우에는 이를 일종의 세법상 증여의 한계를 설정한 것으로 보아 조세법률주의 내지 그에 기초한 납세자의 신뢰보호의 차원에서 그 내용과 다른 과세는 원칙적으로 허용되기 어렵다고 보아야 할 것이다.

떠한 형태로든 적절한 재산의 평가 등 수증이익의 산정방법이 선결되어야 하므로 그와 같은 합리적인 평가방법의 모색이 앞으로의 증여세 과세의 중요한 과제가 되었다고 할 수 있다. 이와 같은 점 등을 고려하여 볼 때, 현행법은 그 포괄적 개념규정에 불구하고 종래의 유형별 포괄주의에 비하여 더 많은 과세베이스를 창출하는 시스템이라고 단정할 수 있는지 의문이며, 특히 지나치게 복잡다기한 규정의 내용은 장래 극복하여야 할 하나의 과제라고 할 것이다(임승순 2008, 785).

### 3. 완전포괄주의에 대한 헌법적 고찰

기본적으로 자체 수입이 없는 무산국가인 조세국가는 당해 조세가 재원이기 때문에 국가는 강제적으로 금전부담인 조세를 부과하게 되었으며, 이는 근본적으로 국민의 기본권인 재산권과 충돌하게 되었다. 이에 따라서, 종래 군주의 자의적인 과세권의 행사로부터 국민의 재산권을 보장하기 위해서 조세법률주의 원칙이 성립되었다<sup>8)</sup>. 이러한 조세법률주의와 더불어 조세평등주의는 조세법규의 합헌성 심사에 가장 중요한 기준이 되었고, 헌법규범 중에 법치주의 원리와 관련하여 중요한 의미를 가지게 되었다(김성수 2002, 846).

또한 현대의 조세국가는 조세 등 각종 공법상의 부담금들을 강제적으로 부과하게 되고 국민의 기본권인 재산권 보장과 충돌이 발생할 수밖에 없다. 조세지출의 급격한 증가로 인해 모든 국민에 부과되는 조세부담이 증가하게 되었고 이것은 조세마찰과 조세쟁송을 증가시키고 있다. 따라서 조세부과에 대한 정당성 확보<sup>10)</sup>가 필요하게 되었고, 이것을 국가의 최고 규범인 헌법 이념의 합치에서 찾고 있다(소순무 1997, 490). 다음에서는 조세 부과에 대한 헌법적 근거를 살펴보고자 한다.

- 
- 8) 중세의 학자 토마스 아퀴나스(Thomas. von. Aquinas)는 조세의 징수는 그것이 공공의 이익을 위한 것이라면 비록 강제성을 띠면서 과세된다고 하더라도 도덕적으로 하등의 잘못이 없으나, 그렇지 않고 국왕이나 영주가 정당한 근거 없이 강제로 징수한다면 그것은 도둑이나 마찬가지라 하였다.
- 9) 유럽에서는 19세기에 이르러 국가의 과세권 행사가 법률과 개인의 기본권에 기속되는 통치형식이 일반화되었다.
- 10) 조세의 헌법 이론적, 철학적 근거에 대한 설득력 있는 논거를 제시하는 작업인 조세 정당화 이론은 크게 ‘일반적 조세 정당화론’과 ‘개별적인 조세 정당화론’으로 구분된다. 일반적 정당화 이론이란, 현행법에 의한 국가가 부과·징수하는 조세는 전체적으로 정당한 것이지, 만약 그렇지 못하다면 그 원인과 대안은 어디에서 찾을 것인지, 납세자는 왜 정당한 조세만을 납부할 의무를 가지는지 등의 문제에 대한 해법을 찾기 위한 이론적 모색을 말한다. 이에 비하여 개별적 조세 정당화론은 소득세, 법인세, 부가가치세 등 개별 조세는 무엇을 근거로 정당한 것으로 평가 받을 수 있는 지에 대한 이론적 근거를 제시하는 작업이다.

### 가. 조세법률주의

법치주의의 조세법적인 표현인 조세법률주의 때문에 조세의 부과 및 징수에 있어서는 반드시 헌법적인 근거가 요구되는데, 조세법률주의는 민주주의와 법적안정성에 그 근거를 두고 있다. 주권자인 국민이 대표자를 통하여 스스로 부담할 조세를 결정하여야 한다는 민주주의는 현대 국가의 구조적 원리로 이미 확립되어 있다. 민주주의 외에 조세법률주의에서 요구되는 것은 법적안정성이다. 국민이 향후 자신의 경제활동의 과정 또는 결과에 있어서 부담하여야 할 조세를 사전에 명확히 알 수 있을 것이 요구된다. 이러한 법적안정성과 예측가능성은 국가에 의해 시행이 보장되고, 행정부가 함부로 고칠 수 없는 성문법률에 의하여 보장되는 것이 가장 효과적이다. 이에 우리나라의 헌법 제38조와 제59조에서는 ‘국민은 법률이 정하는 바에 의해서 납세의 의무를 진다’는 것과 ‘조세의 종목과 세율은 법률로 정한다’라고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다.

여기서 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적안정성과 예측가능성을 보장하는 것이다<sup>11)</sup>. 판례는 조세법률주의의 핵심적인 내용으로 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 들고 있다<sup>12)</sup>. 또한, 행정편의적인 확장해석 또는 유추해석의 금지 및 실질과세의 원칙도 조세법률주의 내용이라고 보고 있다. 그 이외에 소급과세금지의 원칙을 포함시키는 견해(권영성 2004, 842), 조세평등

#### 11) 헌법재판소 1989.7.21, 선고, 89헌마38 결정

우리 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하였고, 제59조에 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정하였다. 이러한 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 이른바 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 핵심적 내용으로 삼고 있는 바, 먼저 조세는 국민의 재산권 보장을 침해하는 것이 되기 때문에 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것이 과세요건 법정주의이고, 또한 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행에 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고, 일의적(一義的)이어야 한다는 것이 과세요건 명확주의라고 할 수 있다. 그렇다면 위 헌법규정들에 근거한 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하겠다는 것이라고 이해된다.

#### 12) 헌법재판소 1989. 7. 21, 89헌마38 ; 헌법재판소 1995. 11. 30, 91헌바1 ; 헌법재판소 1999. 12. 23, 99헌가2 ; 헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌바27 ; 헌법재판소 2006. 6. 29. 2005헌바76 등 ; 이에 대하여 과세요건법정주의와 과세요건명확주의라는 개념을 부인하는 해석도 있다. 이러한 견해에 따르면 법적 안정성과 관련하여 전통적인 조세법률주의의 해석은 국민이 각종 법령 및 행정부의 내규를 쉽게 접할 수 있는 오늘날에는 타당하지 않다는 견해이다. 그 대표적인 사례로서 미국, 프랑스와 같이 법률의 내용에 반하지 않는 한 행정부가 자유롭게 법규를 정할 수 있다는 것이다(이창희 2006, 20-21면).

주의를 포함시키는 견해(김철수 2004, 1067 ; 성낙인 2003, 731)와 합법성의 원칙, 소급과세금지의 원칙 및 납세자의 권리보호원칙 등을 포함시키는 견해(홍성방 2002, 763)가 있다.

과세요건법정주의는 “조세는 국민의 재산권을 침해하는 것이기 때문에 납세의무를 발생하게 하는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등 과세요건과 조세의 부과·징수 절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 한다.”는 원칙을 말한다.<sup>13)</sup> 따라서 과세요건뿐만 아니라 조세의 부과·징수절차도 법률로 정해야 한다. 한편, 과세요건명확주의는 과세요건에 관한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것을 의미한다<sup>14)</sup>. 법률이 존재하더라도 명확하게 규정되지 않으면 과세관청 또는 법원이 임의적으로 재량을 행사하여 법적 안정성과 예측가능성을 침해할 여지가 존재하기 때문에 과세요건명확주의가 요구된다. 그러나 조세법 규정이 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법 취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 과세요건명확주의에 위반된다고 할 수 없다<sup>15)</sup>.

한편, 과세요건법정주의 및 과세요건명확주의는 현실의 행정에 있어서 문자 그대로 관철될 수는 없고, 위임입법과 일반조항 및 불확정개념의 사용은 불가피하다. 그렇지만 그 사용에는 일정한 한계가 있으며, 그 한계를 넘을 경우에는 조세법률주의에 반하게 된다. 즉, 위임입법의 경우 합리적인 필요성이 있을 경우 행정부에 위임할 수 있지만, 법률에서 위임하되 일반적·포괄적 위임이 아닌 개별적·구체적으로 위임하여야 한다. ‘구체적인 범위’는 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다<sup>16)</sup>. 일반조항이나 불확정개념 역시 일률적인 기준을 제시할 순 없지만 지나친 불명확성은 조세법률주의에 위배된다.

조세법률주의는 조세부담의 민주성뿐만 아니라 법적안정성을 보장함을 그 사명으로 할 것이다. 정보통신의 수단이 발달한 오늘에 있어서 과세요건이 법률에 규정되어 있는 행정규칙에 규정되어 있는 정보를 인지하는 것 자체는 별다른 어려움이 없다. 그렇지만 그 제정절차 및 신뢰도 측면에서 보면 법률과 기타의 하위법규와는 현저한 차이가 있음을 부인할 수는 없겠다. 법률은 국민의 대표기관인 국회에서 여러 이해관계인의 조정을 거쳐 신중하게 제정·개정된다. 또한 법률은 모든 행정입법보다 상위의 규범인 까닭에 신뢰성이 높다. 특히 현대에 있어서 재산권이 국민에게 갖는 중요성을 감안할 때 재산권의 침해를 야기하는 과세에 관한 중요사항은 법률에서 명확하고 상세하게 규정하는 것이 타당하다고 하겠다. 조세법률주의에 대한 법률유보원칙이

13) 헌법재판소 1989. 7. 21. 89헌마38 등.

14) 헌법재판소, 1992. 12. 24, 90헌바21 등.

15) 헌법재판소, 2006. 2. 23. 2004헌바100. 당해 조항이 법관의 보충적 해석(법관의 법보충작용)을 통하여 그 의미가 충분히 구체화, 명확화될 수 있으면, 과세요건 명확주의에 어긋난다고 할 수 없다.

16) 헌법재판소 1997.10.30. 선고 96헌바92.

무너지다면 이와 유사한 개념이면서 동시에 밀접하게 연결되어 있는 죄형법정주의 역시 도전을 받게 될 것이기 때문이다(민태욱 2003, 6-7).

#### 나. 완전포괄주의와 조세법률주의의 관계

완전포괄주의는 그 입법방식이 추상적일 수밖에 없는 근본적인 한계가 있고, 이로 인해 납세자와 과세관청 사이에 조세마찰이 생기고 과세관청의 집행 및 세무행정에 어려움이 발생하는 것이다. 완전포괄주의의 반대론에서 주장하고 있는 제1의 논거는 조세법률주의이다. 즉, 완전포괄과세주의는 과세요건법정주의 및 과세요건명확주의에 위반되어 위헌이라는 것이다. 조세법률주의에 기초하여 완전포괄주의를 반대하는 견해를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 부의 무상이전을 과세한다는 식의 포괄규정이 과세의 근거가 된다면 그러한 법률은 과세요건명확주의에 어긋난다. 과세요건을 법률로 규정하였다 하더라도 그 내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 국민의 경제생활의 안정성과 예측가능성을 보장하기 어렵게 되고, 또한 조세법규의 해석에 있어서 과세관청에 의한 자의가 개입되어 조세법률주의를 형해화할 위험이 존재한다. 조세법에 있어서 과세요건에 관한 규정은 침해적 성질을 가지고 있기 때문에 과세요건을 포괄적으로 규정하면 국민의 예측가능성과 법적안정성을 침해하는 결과가 되어 조세법률주의에 위배된다(성낙인·박정훈·이창희 2003, 302-305).

둘째, 포괄규정에 의해서만 과세하는 것이 아니라 법률에는 일반규정만 둔 채 구체적 과세요건을 하위 명령에 위임하는 방식을 생각할 수도 있는데, 이러한 방식은 과세요건법정주의에 어긋난다. 과세요건법정주의란 조세에 관한 주요사항은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률로써 규정하여야 한다는 것으로서, 법률의 구체적 위임 없이 시행령이나 시행규칙을 제정하여 과세요건을 확대·변경·축소하는 것은 허용되지 않는다는 의미이다. 즉, 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다. 여기에 어긋나는 방식의 포괄주의 과세는 포괄위임입법을 허용하게 되고, 이는 조세법률주의가 지향하려고 하는 원칙, 즉 조세법률에 의해 재산권 보장에 대한 과세권력의 침해적 한계를 확정하려는 헌법의 원칙이 무너지는 것을 의미한다(최명근 1997, 159-160).

셋째, 완전포괄주의의 도입은 조세법의 해석방법을 뛰어넘는 해석방법을 허용하게 된다. 조세법률주의의 요청 또는 권력분립의 원칙에 의하여 조세법 해석의 방법은 일차적으로 엄격한 문리해석을 행하여야 하며, 제한된 범위 내에서 다른 해석방법이 허용된다. 여기서 말하는 엄격한 문리해석은 문언에 충실한 해석으로, 유추해석과 확장해석을 금지하는 것이다. 이처럼 조세법의 해석에 있어서 문리해석이 중시되는 이유는 당해 법규의 문언에 대한 국민의 일반적 신뢰를 중시하기 때문이다. 특히, 오늘날 납세자가 정부의 일방적 부과과세제도에 의해 조세채무를 부담하는 것이 아니라 주요 조세에서 국민이 자기 스스로의 위험부담 아래 조세법규를 해석하여 자진 신고·납부하는 신고납세제도를 채택하고 있기 때문에, 조세법규의 문언이 납세자인 국민의

행위규범적 측면에서 가장 중요한 해석의 소재가 된다. 그런데, 문제는 증여과세에 완전포괄주의를 도입하는 경우 그 규정의 포괄성으로 인하여 과세권자에게 무한한 유추해석을 허용하는 결과가 될 뿐만 아니라 과세기관에게 폭넓은 재량적 판단권을 부여하여 이를 남용하게 된다는 데 있게 된다. 이는 조세법이 허용하고 있는 해석방법을 일탈하는 것으로 허용될 수 없는 것이다(김두형 2002, 399-400).

반면에 완전포괄주의의 도입을 찬성하는 측에서는 “소득 있는 곳에 세금 있다”는 원칙을 관철시키기 위해 상속세와 증여세에 있어서 완전포괄주의는 불가피한 조치이며, 포괄적인 과세요건이 다소 추상적인 용어로 규정된다고 하더라도 적법한 입법절차만 거친다면 헌법에서 명시하고 있는 조세법률주의도 침해하지 않는다고 한다.

찬성론에 따르면 유형별 포괄주의로는 신종 파생금융상품이나 선진 금융기법을 이용해 세금 없이 2세에게 부를 대물림하는 재벌들의 세습작전을 막기 어려우므로, 변칙증여에 대해 빠짐없이 과세하려면 완전포괄주의는 불가피한 선택이라고 한다. “완전포괄주의를 통하여 현행 제도의 허점을 보완해 상속·증여세제를 정상화하고 공평과세를 실현하는 데 기여할 수 있다면 오히려 헌법상의 또 다른 요청인 조세평등주의, 즉 조세에 있어서의 평등원칙에 부합되는 측면이 있다”는 것이다. 또한 “증여세 포괄주의는 무슨 새로운 과세 방법을 도입하려고 하는 게 아니라 증여세에 부여된 특권을 없애 세제를 정상화하고 공평과세를 실현하려는 것일 뿐”이고, “법조문은 추상적인 개념으로 정의되기 때문에 포괄주의적 속성을 띤다”고 주장한다. 그러면서 “현행 수 천개에 이르는 국내법 중 유독 상속세법만 유형을 열거해 이에 해당할 경우에 한해 적용하는 예외 지대로 남아있”으므로, “증여세에 있어서의 포괄주의는 증여세에만 있는 특권을 없애 특권적인 증여세를 다른 조세와 동일하게 만들자는 것은 지극히 상식적인 주장”이라는 것이다.<sup>17)</sup>

#### 다. 조세평등주의<sup>18)</sup>

외국의 입법례와는 달리 우리 헌법에는 조세평등주의<sup>19)</sup>를 명문으로 규정하고 있지는 않다.

17) 최영태(참여연대 조세개혁팀장)의 말. 한겨레신문, 2003. 1. 8. 참조.

18) 고대의 경우에도 조세평등의 문제가 국가운영에 있어 가장 중대한 사안이었음을 로마제국의 세정개혁을 통해서 살펴보면 3세기의 로마제국은 정치, 경제, 사회적 혼란으로 현물조세의 부과비율이 대폭 증가하였고 현물조세의 확대에 의해 조세징수의 자의성과 강제성이 심화되었다. 이에 따라 조세 부과의 형평성을 복원하는 것이 시급한 과제로 등장하였다. 이때 지배자였던 디오클레티아누스 황제는 납세자를 확대하고 불공평성을 제거하기 위해 조세개혁을 단행하게 되었다. 전 제국에 동일한 조세 산정의 원리를 제시하여 지역별 조세부담의 차이를 줄였을 뿐만 아니라 지역별 납세의 편차를 줄이기 위해서 속주민과 정복민 사이의 차별을 없애는 근본적인 조치를 취하였다. 이것은 자의로 부과되던 조세 부과에 제동을 걸고 납세자들의 재산권을 보장하기 위한 일련의 조치였다. 이러한 개혁은 자의성과 개혁성이 심화되던 특권적인 조세제도를 폐지하고 제국의 모든 시민들이 균등하게 제국 정부의 통제 대상이 되게 함으로써 명실상부하게 로마제국을 하나의 단일제국을 만드는데 결정적인 계기가 되었다는 평가를 받고 있다(정기문 1999, 79).

하지만, 조세평등주의는 헌법 제11조 제1항에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지의 원칙에 대한 조세법적인 표현이며, 정의의 이념에 따라 “평등한 것은 평등하게”, “불평등한 것은 불평등하게” 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있다<sup>20)</sup>. 비록 헌법은 아니더라도 국세기본법 제18조 제1항과 제19조는 과세관청에 의한 법 적용에 있어서 공평하여야 한다는 원칙을 정하고 있다. 경제활동을 하여 소득을 창출하고 부를 축적하면 원칙적으로 과세대상이 된다는 것, 즉 모든 국민이 평등하게 조세를 부담해야 한다는 것이 조세평등주의이다. 따라서 조세평등주의는 과세에 있어서 일반성과 보편성이 요구된다는 것을 의미한다(성낙인 · 박정훈 · 이창희 2003, 330).

### III. 완전포괄주의 과세제도의 문제점과 개선방안

#### 1. 법령의 문제점 및 개선방안

##### 가. 조세법률주의상의 문제점 및 개선방안

조세법률주의는 역사적으로 국가의 자의적인 과세로부터 국민의 재산권을 보호하기 위한 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 헌법상의 기본원칙으로 확립되어 있기 때문에 증여세의 경우에도 조세법률주의의 취지에 따라야 함은 당연하다.

그런데, 현대의 경제활동은 복잡 · 다양하며, 경제의 개방화 및 국제화 때문에 그 정도가 더욱 심화되고 있다. 그 결과 법률이 예측하지 못하였던 경제활동의 유형이 등장하고, 이로 인하여 재산이 사실상 무상이전되는 일이 발생하고 있다. 이러한 예측하지 못한 거래에서 발생한 재산의 무상이전에 대하여 증여세를 부과하고자 할 때 걸림돌이 되는 것이 조세법률주의이다. 왜냐하면, 조세법률주의가 요구하고 있는 명확하고 자세한 법률규정으로는 예측하지 못하는 방법으로 행하여지는 것에 증여세를 부과할 수 없기 때문이다. 이러한 문제를 극복하고 사실상의 증여에

19) 조세법 분야에서의 평등실현을 보장하는 조세평등주의는 학자에 따라, 조세평등의 원칙, 조세공평의 원칙, 조세부담공평의 원칙, 과세공평주의 등으로 달리 언급되고 있으나, 본질적으로 동일한 개념으로 파악된다(헌법재판소, 1989. 7.21 선고 89헌마38). 조세법 등을 연구하는 공법학자들은 조세평등주의를, 재정학자들은 조세공평주의 내지 조세부담공평의 원칙으로 주로 언급하고 있지만, 우리 헌법재판소는 대체로 조세평등주의로 통일하여 사용하고 있다(이에 대하여 ‘평등’과 ‘공평’은 차이가 있다고 설명하는 견해가 있다(이창희 1998. 111)).

20) 조세평등주의는 이미 1789년 프랑스혁명 당시 인간 및 시민의 권리선언 제13조에 다음과 같이 명시되어 있다. “정치권력의 유지와 행정활동의 비용을 마련하기 위해서 사회 전체적인 공통부담은 불가피한 것이다. 이러한 공통부담은 국가 모든 국민들의 재산 상태에 따라서 균등히 배분되어야 한다.” 이후 조세평등주의는 1831년 벨기에 헌법 제112조, 1850년 프로이센 헌법 제101조, 1919년 바이마르공화국 헌법 제134조 등에 규정되기에 이르렀다.

대하여 과세할 수 있는 해결책으로 제시된 대표적인 사례가 증여세에 대한 완전포괄주의이다. 이는 법률에 과세요건을 구체적으로 표시하지 않고 포괄적으로 규정함으로써 사실상의 이전을 모두 과세하고자 하는 것이다. 따라서, 완전포괄주의는 당연히 조세법률주의에 대한 기존의 해석과 충돌하는 문제가 발생하게 된다.

#### (1) 과세요건명확주의의 측면

과세요건명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것이다. 세법이 침해규범인 이상 과세요건을 법률로 명확하게 정하여 예측가능성을 보장해야 함은 너무나 당연하다. 헌법재판소가 판시하였듯이 “과세요건을 정한 조세법률 규정의 내용이 지나치게 추상적이고 불명확하여 과세관청의 자의적 해석이 가능하고 그 집행이 자유재량에 맡겨지도록 되어 있다면 그 규정은 과세요건명확주의에 어긋나는 것이어서 헌법상 조세법률주의원칙에 위배된다.”<sup>21)</sup>고 보아야 마땅하다.

이처럼 조세법규는 해석상 애매함이 없도록 명확히 규정될 것이 요청되지만, 조세법규에 있어서도 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 것은 다른 법률의 경우와 다를 바 없다. 따라서 당해 조세법규의 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명하여질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정이 과세요건명확주의에 위반된다고 할 수 없다<sup>22)</sup>. 나아가 급변하는 경제현실을 규율 대상으로 한다는 점에서, 세법은 다른 법보다 훨씬 강한 정도로 포괄성을 필요로 한다고, 헌법재판소는 판시<sup>23)</sup>하고 있다고 본다.

헌법상 과세요건명확주의의 원칙에 따라 상속·증여세 완전포괄주의는 그 입법취지가 아무리 정당하다고 하더라도 그것을 실천할 조세법규의 형식 또는 내용이 조세법의 원리 및 헌법이념에 위반되어서는 안 된다. 그런데 완전포괄주의에 관한 규정은 과세요건 및 과세표준의 산정 방법에 대하여 불명확한 입법형식을 띠는 데(민태욱 2003, 9), 이것은 조세법률주의의 핵심적 내

21) 헌법재판소 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정 : 1994.8.31. 선고, 91헌가1 결정 등

22) 같은 취지 헌법재판소 2002.6.27. 선고, 2001헌바44 결정.

23) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 헌바24결정 : “과세요건명확주의는 과세요건과 절차 및 그 법률효과를 규정한 법률규정은 명확하여야 한다는 것이나, 법률은 일반성·추상성을 가지는 것으로서 법률규정에는 항상 법관의 법보충작용으로서 해석의 여지가 있으므로, 조세법규가 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정을 무효라고 할 수는 없다.”

헌법재판소 2005. 5. 30. 선고, 2000헌바81결정 : “과세요건명확주의 문제는, 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가, 입법기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등의 기준에 따른 종합적인 판단을 요하는 것이다.”

용인 과세요건명확주의에 위배될 가능성이 높다고 할 것이다(同旨 ; 이전오 2004, 21-22).

2003년 개정법 제2조 제3항은 추상적·일반적인 개념규정이므로 이 규정만으로는 문제되는 어떤 행위가 있을 경우에 그 행위에 대하여 증여세가 과세될 것인지 아닌지, 나아가 그 행위가 증여세 과세대상이 된다면 증여재산가액을 어떻게 산정할 것인지 예상하기 어렵다. 특히, 개별 조문에서 증여재산가액의 예시형태로나마 규정되어 있지 않은 형태의 새로운 거래행위가 발생한 경우에 그것이 과세대상이 되는 증여에 해당되는지 여부 및 증여에 해당한다고 보는 경우에 증여재산가액을 어떻게 산출할 것인지는 오로지 과세관청의 자의에 맡겨져 있다는 결론에 이르게 되는 바, 이것은 예측가능성과 법적 안정성을 핵심가치로 하는 조세법률주의의 본질에 정면으로 반한다. 그렇다면 현행 법률은 증여대상의 판단 및 증여재산가액의 산정과 관련하여 법적 안정성과 예측가능성을 침해하고 있으므로 헌법위반의 소지가 높다<sup>24)</sup>고 할 것이다(同旨 ; 이전오 2005, 62-63).

## (2) 과세요건법정주의의 측면

과세요건법정주의란 납세의무를 발생하게 하는 납세의무자, 과세물건, 과세표준 및 세율 등 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙이다.

증여세에 대한 완전포괄주의가 도입된 개정법은 종전 법률상의 증여의제 및 추정 과세체계를 예시규정으로 변경하고, 열거된 것 외에 사실상 재산을 무상 또는 저렴한 대가를 지급하고 재산을 이전받은 경우 증여세를 과세할 수 있도록 포괄규정을 신설하되, 경제적 이익의 계산방법에 관한 일반 규정을 두고 세부적인 산정방법은 법률 또는 시행령에 예시규정을 두는 방식을 취하고 있다.

이러한 증여세 완전포괄주의는 법률에는 일반규정만 둔 채 구체적 과세요건을 하위 명령에 위임하는 방식을 취하기 때문에, 헌법재판소의 판례에 따를 경우 “처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으

24) 이에 반해 완전포괄주의의 도입을 찬성했던 측에서는 “소득 있는 곳에 세금 있다”는 원칙을 관철시키기 위해 상속·증여세의 완전포괄주의는 불가피한 조치이며, 포괄적인 과세요건이 다소 추상적인 용어로 규정된다고 하더라도 적법한 입법절차만 거친다면 헌법에서 명시하고 있는 조세법률주의도 침해하지 않는다고 하였다. 이는 유형별 포괄주의로는 신종 과생금융상품이나 선진 금융기법을 이용해 세금 없이 2세에게 부를 대물림하는 재벌들의 세습작전을 막기 어렵기 때문이라고 보았다. 따라서 변칙적 증여에 대해 빠짐없이 과세하려면 완전포괄주의는 불가피한 선택이며, 완전포괄주의는 현행 제도의 허점을 보완해 상속·증여세제를 정상화하고 공평과세를 실현하는데 기여할 수 있다면 오히려 헌법상의 또 다른 요청인 조세평등주의, 즉 조세에 있어서의 평등원칙에 부합되는 측면이 있다는 것이다. 즉, 현행 수천 개에 이르는 국내법 중 유독 상속·증여세법만 유형을 열거해 이에 해당할 경우에 한해 적용하는 예외 지대로 남아있다는 것이다(성낙인·박정훈·이창희 2003, 304).

로 규정되어야 한다.”고 판시하고 있다<sup>25)</sup>. 과세요건법정주의에 위배될 가능성이 높다고 할 것이다<sup>26)</sup>. 증여세 완전포괄주의는 포괄위임을 허용하게 되고, 이는 조세법률주의가 지향하려고 하는 원칙, 즉 조세법률에 의한 재산권 보장에 대한 과세권력의 침해적 한계를 확정하려는 헌법의 원칙이 무너지는 것을 의미한다고 할 것이다<sup>27)</sup>.

### (3) 개선방안

증여세 완전포괄주의가 성공적인 제도로 정착하기 위해서는 완전포괄주의의 일반적 규정이라 할 상증세법 제2조 제4항이 위헌 시비로부터 자유로울 수 있는 입법 정책적 개정방안이 핵심적인 관건이라 할 수 있다. 동 규정은 거래양태를 지나치게 광의적으로 파악하였다는 지적, 즉 거래양태의 구체성이 결여되어 과세요건명확성의 원칙에 위배된다는 것이 위헌 논란의 핵심이다.

그렇다면 입법기술적으로 상증세법 제2조 제4항을 그대로 존치시키면서 증여거래 양태를 좀 더 세부적으로 분류하여 구체화 된 증여거래 양태별로 포괄적 증여규정을 추가 입법하면, 상증세법 제2조 제4항의 과세요건이 보다 더 명확해지며 거래 참여자들에게 예측가능성과 법적안정성을 제공할 수 있을 것이다. 일반적 포괄규정 제2조 제4항을 명확히 하기 위해서 ‘일반거래의 증여’, ‘자본거래의 증여’에 대한 별도의 포괄 증여규정을 추가 입법하여 상기 조항에 대한 위헌

25) 헌법재판소, 2003. 12. 18, 2002헌바49 등.

26) 헌법재판소의 과세요건법정주의에 대한 입장을 정리하면, 다음과 같다. 즉, ① 위임은 인정되지만 과세요건 중 최소한 가장 중요한 과세대상 내지 과세물건을 법정하지 않은 채 포괄적으로 위임하면 안 된다. ② 위임에 의하여 규정될 내용과 범위를 예측할 수 있을 정도의 구체적이고 명확하게 법률에서 규정하여야 한다.

27) 증여의제 규정 등을 예시된 것에 준하는 정도로 해석시 헌법에 위반되지 않는다는 해석도 있다. 이 견해에 따르면 개정된 상증세법은 증여세완전포괄주의의 도입으로 변칙적인 상속·증여에 사전적으로 대처하기 위하여 민법상 증여와 구별하여 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등에 불구하고 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 타인에게 직접 또는 간접적인 방법에 의하여 무상으로 이전하는 것 또는 타인의 기여에 의하여 재산의 가치가 증가하는 것을 증여세 과세대상이 되는 증여로 하여 증여의 개념을 새롭게 마련하였는바, 여기서 ‘경제적 가치’의 개념은 그 의미가 불명확한 것이라고 할 수 없다고 한다. 이는 어떤 사람이 경제적 가치나 이익을 이전받았다는 사실에 다툼의 소지가 생기는 경우는 거의 생각하기 어렵기 때문이라고 한다. 또한 경제적 가치나 이익의 금액이 얼마인가에 대해서는 다툼의 소지가 있지만, 가치나 이익의 존부 자체는 거의 언제나 분명히 드러나기 마련이고, 따라서 경제적 가치나 이익의 ‘금액’은 사실 확정의 문제일 뿐이라고도 한다. 나아가 과세가액의 산정기준이 법률상 명백히 정해져 있지 않고 그에 관한 다툼의 소지가 있다고 하여 과세요건명확주의에 어긋난다고 말하기는 어렵다고 한다. 사실 분쟁이란 언제나 사실에 관한 다툼을 안고 있기 마련이며, 이 다툼을 해결하는 것이 바로 법원의 역할이고, 법원은 절차법과 증거법의 원칙에 따라 사실을 확정하면 된다고 본다. 즉, 세금에 관한 분쟁도 이 점에서 다른 분쟁과 달리 보아야 할 이유가 없으며, 법원이 일정한 절차를 밟아 사실을 중국적으로 확정할 수 있는 이상 사실관계에 관한 다툼을 낳을 가능성이 있다고 해서 법률 자체가 위헌이라고 말할 수는 없다고 하는 것이다(오용식 2004, 64면).

논란을 완화시킴은 물론 완전포괄주의 조문 체계가 조세법률주의에 합치할 수 있도록 하는 보완입법이 요구된다. 아울러 기본통칙을 정비하여 그 기본통칙을 통하거나 국세청 및 기획재정부의 일관성 있는 법령해석과 법원의 판결 등을 통하여 증여받은 이익의 산정방법 및 증여시기 등 과세요건을 예시하는 방법이 완전포괄주의 과세방법에 오는 한계점을 극복하고 국민들의 법적 안정성과 예측 가능성을 도모함과 동시에 과세관청의 과세집행의 일관성 등을 유지할 수 있다(고경희 2006, 67).

그러나, 증여세 완전포괄주의가 이미 입법화된 현실에서 우선적으로는 과세관청은 개정 상증세법에 개별규정으로 예시되지 아니한 거래 유형에 대하여는 가급적 증여세 부과를 삼가고, 증여세를 부과할 필요를 느끼는 새로운 유형의 거래가 나타난 경우에는 우선 그 행위 유형과 과세요건 및 증여재산가액에 관한 개별규정을 신설하는 방법으로 납세자에게 법적 안정성과 예측 가능성을 부여한 뒤에 법을 적용하는 것이 타당할 것이다(同旨; 이진오 2005, 65).

## 나. 중복과세의 문제점 및 개선방안

### (1) 중복과세의 문제점

현행 세법 체계하에서 소득과 수증은 개념상 엄격히 구분되는 것이 아니라, 거주자의 수증액에 대해서는 원칙적으로 증여세를 부과하되, 소득세의 과세대상이 되는 수증액에 대해서는 증여세를 부과하지 않는 상호 보완적 관계에 있다. 즉, 상증세법은 “증여재산에 대하여 소득세법에 의한 소득세, 법인세법에 의한 법인세 및 지방세법에 의한 농업소득세가 수증자에게 부과되는 때에는 증여세를 부과하지 아니한다”고 하고(상증세법 제2조 제2항), “수증자가 영리법인인 경우에는 당해 영리법인이 납부할 증여세를 면제한다”고 규정하고 있다(상증세법 제4조 제1항 단서). 이는 재산의 무상이전에 대하여 소득세나 법인세가 부과되면 증여세는 부과되지 않는다는 것을 규정한 것이라고 할 것이다<sup>28)</sup>.

그런가하면 중복과세 및 이중과세의 문제는 차별적 과세 내지 차별대우 금지를 내용으로 하는 헌법 제11조의 조세평등주의뿐만 아니라, 국가가 과세권 행사라는 이름 아래 법률의 근거나 합리적인 이유 없이 국민의 재산권을 침해하는 것을 막자는 헌법 제23조의 재산권 보장 규정에도 위반된다<sup>29)</sup>.

28) 이와 같이 증여세가 특별소득세의 성격을 가지고 있는데, 우리나라의 세법은 소득세 또는 법인세를 증여세보다 먼저 과세하도록 하고 있는 것이다. 그러나, 이러한 입법방식의 정당성에 있어서는 의문이다. 이에 대한 구체적인 내용은 (김완석 2009)의 내용을 참조하기 바란다.

29) 일반적으로 중복과세와 이중과세를 같은 뜻으로 혼용하여 사용하는 경향이 있지만, 본 논문에서는 편의상 정상적인 과세방법으로서 甲의 A라는 행위에 대해서 a라는 세금을, B라는 행위에 대해서 b라는 세금을 부과하는 것이 바람직하다는 전제하에서 甲이 어떠한 법률행위 A를 하였을 경우 그에 대해 a(이를테면 증여세)라는 세금이 부과된 이후에 (경정결정 등을 통하여) 또다시 a'(증여세)라는 동일 세목의 세금이 부과되는 것을 중복과세라고 보고, 甲의 A라는 한 행위에 대해 a(증여세)라는 세금과 b(예를

이런 중복과세의 차원에서 상증세법 제42조 제4항을 보면, 그 위헌의 소지가 다분하다. 이 규정에서는 미성년자 등이 타인의 증여 등의 사유로 재산을 취득한 이후, 5년 이내에 개발사업 등을 하여 재산가치가 증가한 경우, 대통령령이 정한 재산가치 증가이익에 대하여 증여세를 부과하도록 규정하고 있다. 이 규정에 따르면, 최초에 무상으로 재산을 이전하거나, 타인의 기여에 의하여 재산의 가치가 증가하는 행위 또는 거래가 있으면 일단 증여세를 과세하고 5년 이내에 다른 경제행위 또는 상장, 합병, 개발사업 시행, 지목변경 등과 같은 거래로 인한 재산의 증가가 있으면, 경정결정<sup>30)</sup>을 통하여 증여세를 추징하는 형태로 다시 증여세를 부과하게 된다.

그러나, 이와 같이 최초의 증여행위 이후의 경제행위 내지 거래의 실체를 무시하고 이것과 최초의 증여를 합하여 하나의 증여가액으로 합하는 것은 납세의무의 성립 및 확정의 법리에 어긋난다고 할 것이다. 즉, 국세기본법 제21조에 따르면, 증여세의 납세의무는 증여에 의하여 재산을 취득한 때에 성립하고, 국세기본법 제22조와 시행령 10조의 2에 따라 그 과세표준과 세액을 정부가 결정하는 때에 구체적으로 확정되는 바, 이미 증여세의 과세대상이 되는 행위 또는 거래가 완성되어 납세의무가 성립 및 확정되고 증여세가 부과된 이후에 별도의 행위 또는 거래에 의하여 수증자의 재산이 증가하였다고 하여 당초의 과세처분을 경정하는 것은 중복과세라 하겠다. 즉, 최초의 거래행위에 대하여 과세한 이후에 재산증가행위 또는 거래행위가 있으면, 최초의 신고 또는 결정을 경정하여 다시 과세한다는 것은 납세의무의 성립 및 확정의 법리에 맞지 아니한다. 만약에 나중의 행위 또는 거래를 당초 행위의 일부 또는 연장선상의 행위로 보아서 전체를 하나의 경제행위 또는 거래로 보겠다면 최초의 행위에 대하여서는 과세하지 않는 것이 법리에 합치한다.

다시 말해, 상증세법 제42조 제4항은 최초에 무상으로 재산을 이전하거나 타인의 기여에 의하여 재산의 가치가 증가하는 행위 또는 거래가 있으면 일단 증여세를 과세하고 5년 이내에 다른 경제행위 또는 거래(상장, 합병, 개발사업시행, 지목변경 등)로 인한 재산의 증가가 있으면 경정결정을 통하여 증여세를 추징하는 형태로 다시 증여세를 부과하게 된다. 그러나, 증여세의 납세의무는 증여에 의하여 재산을 취득하는 때에 성립하고(국세기본법 제21조), 그 과세표준과 세액을 정부가 결정하는 때에 구체적으로 확정되는 바, 이미 증여세의 과세대상이 되는 행위 또는 거래가 완성되어 납세의무가 성립 및 확정되고 증여세가 부과된 이후에 별도의 행위 또는 거래에 의하여 수증자의 재산이 증가하였다고 하여 당초의 과세처분을 경정하는 것은 중복과세인

들자면 양도소득세 등)라는 다른 세목의 세금이 같이 부과되는 것을 이중과세라고 보아서 중복과세라는 용어를 사용하였다.

30) 과세권자의 경정결정은 납세의무자의 신고 또는 과세관청의 결정에 의하여 납세의무가 확정된 이후에 오류 또는 탈루가 발견된 경우에 이를 시정하는 행정처분이다. 즉, 경정결정은 이미 완성된 행위 또는 거래에 대하여 추후에 평가 또는 계산을 달리하는 내용의 행정처분인 것이지 이미 완성된 행위가 아닌 별개의 행위에 대하여 이미 완성된 당초 행위의 연속된 행위라고 보아서 당초의 신고 또는 결정을 시정하는 행정처분은 아니다.

것이다. 이러한 중복과세는 차별적 과세 내지 차별대우의 금지를 내용으로 하는 헌법 제11조의 조세평등주의는 물론, 국가가 과세권 행사라는 이름 아래 법률의 근거나 합리적 이유 없이 국민의 재산권의 침해를 막자는 의미의 헌법 제23조의 재산권보장 규정에도 위반된다.

## (2) 개선방안

상증세법 제42조의 과세체계는 취득행위는 증여세의 과세대상이며, 양도행위는 양도소득세의 과세대상으로 보면서, 취득부터 양도시점까지 증가된 자본가치는 증여로 보아 증여세를 과세하고 추후에 양도소득세를 정산할 때에 증여세를 공제한다는 것이다. 상속세와 증여세는 재산의 무상이전에 대하여 과세되는 자본이전세(transfer tax)이고, 자본이득세(capital gains tax)는 재산의 유상 거래시 실현되는 이득에 대하여 부과되는 조세이다. 그런데 동 조항은 양도소득으로 포착할 자본이득을 증여와 반복해서 포착하여 한 묶음의 개별거래를 자본이전과 자본이득이라는 두 개념의 잣대로 측정하고 있다. 즉, 증여받은 재산을 보유하다 양도하여 얻은 이익은 분명한 자본이득임에도 불구하고 굳이 자본이전으로 추가하여 파악하고자하는 것은 무리라고 할 수 있다.

자본이득세의 역할 중에는 상속세 및 증여세의 회피를 방지하는 기능도 있는 바, 자본이득세만 과세한다면 조세법의 원리에 합당하며 이중과세에 따른 위헌의 문제도 제거된다. 그러므로 상증세법 제42조 제4항은 이중과세요소를 완전히 제거하여 헌법에 합치하는 방향으로 개선하는 것이 바람직할 것이다<sup>31)</sup>. 즉, 증여세는 과세하지 않고 양도소득세만을 과세하는 방향으로 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다.

## 2. 행정상의 문제점 및 개선방안

### 가. 과세관청에 유리한 시장평가의 문제점 및 개선안

#### (1) 과세관청에 유리한 시장평가의 문제점

완전포괄주의의 도입과 함께 상증세법 시행령 제49조 제5항을 신설하였다. 신설 이유는 2003

31) 이중과세 문제는 상속세 및 증여세법 제31조 제4항 및 제5항을 적용할 때에도 문제가 된다. 동 규정에 따르면, 금전은 당초 증여일로부터 3월 또는 6월 이내에 반환하는 경우에도 증여세가 과세된다. 금전의 경우에는 동일한 물건을 반환했는지 여부 등의 확인이 곤란하여 반환시 증여세 과세를 제외하는 증여 재산에서 제외하도록 규정하고 있다. 동 규정으로 인하여, 당초 금전을 증여하였다가 여러 가지 사정에 의하여 증여자와 수증자간의 합의에 의하여 증여를 취소하여 당초 증여받은 금전을 그대로 반환한 사실(예를 들어, 계좌이체 등 예금계좌로 입금된 금전을 출금한 사실이 없이 그대로 동일한 계좌로 이체하는 경우) 객관적으로 확인이 뭉에도 불구하고 증여세가 과세되게 된다. 이로 인하여 반환할 사정이 있는 금전임에도 불구하고 증여세의 부담으로 반환하지 못하게 하는 문제가 발생한다. 이런 문제를 해결하기 위해서는 재산을 증여받았다가 당해 재산 그대로 당초 증여일로부터 3월 이내에 또는 6개월 이내에 반환하는 경우 증여세 과세대상에서 제외하는 증여재산에 금전을 포함시킬 필요가 있다.

년까지는 수증받은 당해 재산에 대한 매매사례가액 등만을 시가로 인정하고, 당해 재산과 면적, 종류, 용도, 종목이 동일하거나 유사한 다른 재산의 매매사례가액 등은 시가로 인정하지 아니하는 불합리한 점이 있었기 때문이다.

그러나, 증여세를 신고하는 수증자는 유사한 다른 매매사례가 있는지에 대한 행정정보를 대부분 모른다고 할 것이며, 행정정보를 독점하는 과세관청은 인근 필지 등의 다른 매매사례가격을 상세히 포착할 수 있기 때문에 위 개정은 과세관청에 일방적으로 유리한 개정이라 할 수 있다. 즉, 행정정보를 독점하는 행정관청은 납세의무자가 감정평가액에 의해 신고를 하면, 감정가액 이상의 매매사례가격으로 상증세를 부과할 수 있으므로 동 규정은 납세자에게 불리하고 과세관청에는 일방적으로 유리한 평가방법인 것이다.

## (2) 개선방안

증여세를 과세하기 위해서는 증여재산에 대한 평가과정을 거쳐야 하므로 재산의 평가에 관한 규정이 제대로 정비되어야 실효성 있는 과세가 가능하다. 재산을 증여받은 증여세 신고 의무자는 유사한 거래에 대하여 실제로 적용된 가격을 확인하기가 매우 어렵기 때문에 과세관청은 증여세의 자진신고일로부터 일정기간 이내에 유사한 매매사례가액이 있는지의 여부를 확인하여 납세의무자가 평가한 가액 이상의 유사매매사례가액이 있는 경우 그 매매 사례가격을 기준으로 납세의무자에게 수정신고를 권장하도록 하는 관련 법령의 보완이 필요하다. 또한, 증여세의 신고의무자가 과세관청이 독점하고 있는 유사한 거래에 대한 실행가격의 정보를 열람할 수 있도록 하는 제도개선이 요구된다<sup>32)</sup>.

## 나. 납세자의 권리침해 문제점 및 개선방안

### (1) 절세할 권리 침해 여부

완전포괄주의는 납세자의 절세권을 침해할 소지가 다분하다. 절세<sup>33)</sup>란 각종 세법이 인정하고 있는 바에 따라서 조세부담의 적법한 경감을 도모하는 것을 말하며 통상 세법상의 각종 특혜 또

32) 조세심판원 2008. 10. 23. 선고 국심 2007서3489에서 조세심판원(당시엔 국세심판원)은 납세의무자가 취득한 당초 가액은 기준시가의 100분의 80 이상(상속세 및 증여세법 제61조, 제62조, 제64조 및 제65조)이므로 세무서장의 소급감정요건에 해당하지 않음에도 조사관청이 법적인 근거 없이 소급감정하여 시가로 본 처분이 부당하다는 주장을 인용하여 납세의무자의 손을 들어 주었다. 처음에 조사관청에서 인근 토지의 매매유사사례를 기준으로 과세를 했을 때 보통의 납세자들은 이의신청이나 소송까지 가는 것에 상당한 부담을 느끼게 된다. 또한 소송까지 가서 승소하더라도 여러 가지 경제적인, 물질적, 시간적인 손실이 크다. 따라서 이에 대한 보완책이 요구된다 할 것이다.

33) OECD보고서인 ‘납세자의 권리와 의무(Taxpayer Right and Obligation)’에서는 납세자의 권리의 하나로써 절세권을 ‘정당한 조세액 이상을 지급하지 않을 권리’라고 표현하고 있으며 모든 납세자에게는 조세회피와 구별되는 절세를 위한 정당한 세무계획행위가 허용되며, 세법이 허용하는 각종 조세감면과 공제를 위하여 세무당국의 조력을 받을 수 있다고 한다.

는 경감조치를 활용하는 것을 말한다<sup>34)</sup>. 이처럼 전세는 실정법상 적법한 조세부담 경감방법을 이용하는 것이므로 모든 납세의무자에게 허용된다. 그런데, 완전포괄주의의 도입으로 정보가 풍부한 행정관청에 비해 불리한 입장에 처하게 되는 납세의무자의 전세권을 박탈할 위험이 증대되었다.

## (2) 개선방안

가산세의 제재 및 형사상 형벌의 제재를 받는 탈세와 달리, 전세행위의 경우에는 조세법상 아무런 불이익을 받지 않는다. 현행법상으로는 변칙증여 역시 법이 명시적으로 과세대상으로 삼고 있지 않으므로 탈세보다는 전세에 가깝다. 이와 같이 개념상으로는 탈세와 전세가 구별되지만, 실제로는 양자를 구별하기는 쉽지 않다. 이를테면 완전포괄주의가 실질적으로는 전세이지만, 포괄주의는 법규정에 따라 효력을 발생시키므로 실제와 부합하지 않는 과세행위가 나타날 수도 있기 때문이다.

즉, 완전포괄주의 하에서는 과세요건의 중심이 되는 과세대상의 해당여부를 거의 전적으로 과세기관이 판단하므로 조세의 행정편의주의의 현상이 더욱 심화될 개연성이 있는 것이다. 따라서 이에 대한 대비책의 마련이 시급하다고 할 것이다.

## 3. 명의신탁에 대한 증여의제 제도의 문제점 및 개선방안

### 가. 명의신탁의 증여의제 개요

여기서는 완전포괄주의 과세제도 하에서의 증여규정이 아니더라도 현행 상증세법에서 완전포괄주의 과세체계와 유기적인 관련을 갖는 핵심적인 증여규정들의 문제점을 도출하여 그 개선안을 제시하고자 한다. 명의신탁재산을 증여로 의제하는 규정은 1974년 12월 21일에 최초로 신설되어 지금에 이르고 있다. 다만, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률이 1995년 7월 1일부터 시행됨에 따라 부동산(토지·건물)은 증여의제 대상에서 제외되었고, 지금은 주식을 타인명의로 주주명부에 등재한 경우에 이를 증여로 보아 증여세를 부과하는 경우가 대부분이다.

그 동안에 명의신탁재산을 증여로 의제하는 규정에 대하여 상증세법 제45조의2 규정은 그 법률의 위헌성, 과세규정의 획일성, 과세범위의 불명확성 등과 관련하여 상당히 논란이 많이 제기되어 헌법재판이 이루어졌지만, 위헌결정은 나지 않았다. 과세당국은 위헌논란이 일 때마다 법률규정을 강화 내지 보완하였고, 대법원 또한 거의 모든 경우에 증여세 과세가 정당하다고 해석

34) 이와 관련하여 미국의 Lerner Hand판사는 “모든 사람은 가능한 한 자기의 조세부담이 낮아지도록 그의 업무를 정리할 수 있다. 납세의무자는 국고에 최대한 많이 세금을 납부하는 모범행위를 선택해야 할 의무를 지지 아니한다. 즉, 자신의 조세부담을 증가시킬 애국적 의미도 없는 것이다”라고 판시하여 전세가 모든 납세의무자에게 허용됨을 법리로 표명했다.

하는 태도를 취함으로써, 지금에 이르러서는 주식 등에 대하여 명의신탁이 이루어지면 증여세 과세를 피할 길이 없는 쪽으로 결론이 나는 경우가 대부분이다.

그럼에도 불구하고 명의신탁재산의 증여의제 규정에 대한 위헌 논란이 끊이지 않고 있고, 명의신탁이 있게 되면 무차별적으로 조세회피목적이 있다고 보아서 증여세를 과세하는 것은 지나치다는 비판이 계속되었다.

비판의 대상이 되었던 증여의제 규정이나, 명의신탁한 재산은 명의자에게 그 소유권이 실제 무상이전 되었기 때문에 증여세 과세대상으로 삼는 것이 아니며 명의신탁을 이용한 변칙적인 증여행위를 차단할 목적에서 조세벌의 성격으로 과세하는 것이므로 완전포괄주의 과세제도하의 증여의 개념에 해당하지 않지만 증여로 의제하여 과세하는 동 규정을 폐지하지 않고 존치하게 한 것이다. 즉, 완전 포괄주의에서는 증여의제가 있을 수 없으나 동 규정은 명의신탁에 대한 조세벌의 성격이므로 종전 규정을 유지한 것이다(김선득 2005, 201).

특히, 상증세법 제45조의 2 규정은 이른바 “명의신탁”에 대한 증여세 과세규정으로서 그 법률의 위헌성, 과세규정의 확실성, 과세범위의 불명확성 등과 관련하여 상당히 논란이 많았던 조항에 해당한다. 비판의 대상이 되었던 증여의제 규정이나, 명의신탁한 재산은 명의자에게 그 소유권이 실제 무상이전 되었기 때문에 증여세 과세대상으로 삼는 것이 아니며 명의신탁을 이용한 변칙적인 증여행위를 차단할 목적에서 조세벌의 성격으로 과세하는 것이므로 완전포괄주의 과세제도하의 증여의 개념에 해당하지 않지만 증여로 의제하여 과세하는 동 규정을 폐지하지 않고 존치하게 한 것이다.

#### 나. 명의신탁 증여의제 규정의 적용범위

##### (1) 적용대상 재산

상증세법 제45조의 2에서는 1995년 7월 1일부터 일명 부동산실명법이 시행됨에 따라 1998년 12월 28일 개정 법률에 의해 명의신탁 증여의제 대상에서 토지와 건물을 제외한 규정을 그대로 유지하고 있고, 제1항 단서에서 조세회피목적이 없는 경우와 실명전환기간 중에 전환을 한 경우에는 증여의제규정을 적용하지 않는다는 규정을 두고 있다. 결과적으로 현행법에서 명의신탁에 따른 증여의제 규정의 주된 적용대상은 차명주식이다. 따라서 여기서는 명의신탁재산과 증여의제 규정의 적용범위에 관해 그 적용대상과 적용되는 조세가 증여세에 한정되는가 등을 중심으로 검토하기로 한다.

현행 상증세법 제45조의2 제1항 본문에서 “권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)”과 “명의개서”를 요하는 재산인 경우 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제 소유자로부터 증여받은 것으로 본다라고 규정하고 있어 등기, 등록, 명의개서 등을 요하는 재산이 무엇인지 살펴본다.

1995년 7월 1일 부동산실명법의 시행에 따라 토지와 건물은 그 대상에서 제외되었는데, 그 이

유는 부동산실명법 제4조에 의해 부동산에 관한 명의신탁약정은 무효이고, 그에 따라 물권변동 자체가 일어나지 않으므로 이를 이용한 조세회피라는 것은 원칙적으로 있을 수 없게 되어 이에 대한 증여의제 규정이 무의미하게 되었기 때문이다<sup>35)</sup>.

위와 같이 토지와 건물이 그 대상에서 제외됨에 따라 등기를 요하는 재산은 그 의미가 없어졌다 해도 과언이 아니고, 등기를 요하는 재산은 자동차, 항공기, 중기, 특허, 의장, 실용신안 등과 같은 지적재산권의 등록과 같은 등록이 효력발생요건인 경우와 저작재산권의 양도 등과 같은 등록이 대항요건인 경우를 의미하며, 명의개서는 실체상의 권리자의 변경에 대응하여 증권상 혹은 장부상의 명의인을 고쳐서 기재하는 것을 의미한다(이전오 1992(a), 73).

## (2) 적용되는 조세의 범위에 대한 학계의 논의

헌법재판소의 위헌 결정<sup>36)</sup> 이후 1990년 12월 31일 개정 법률에 의해 조세회피목적이 없는 경우에는 증여의제규정을 적용하지 아니한다는 규정을 신설하여 그 이후 조세회피목적의 의미에 관해서는 그 회피되는 조세의 범위에 관해서 증여세를 회피하는 것을 의미하느냐, 아니면 어떠한 조세라도 회피할 목적을 의미하는 것이냐로 그 논의의 방향이 옮겨졌다(윤지현 2006, 81). 물론 1993년 12월 31일 세법의 개정으로 증여세 이외의 국세·지방세 및 관세도 포함된다고 입법적으로 해결된 이후 현행법에 이르고 있지만, 위 규정은 여전히 위헌소지가 있는 등 그 문제점을 내포하고 있어 논의의 실익이 있다고 할 것이다.

35) 그러나, 부동산실명법 제4조 제2항 단서 규정 즉, “다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방 당사자가 되고, 그 타방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”에 해당되어(강학상 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우) 수탁자 명의의 등기가 예외적으로 유효하게 처리되는 경우에는 이를 설명하기 어렵다고 판단된다. 특히, 대법원은 “부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제4조 제1항 제2항에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이 전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐이라 할 것인데, 그 계약명의신탁약정이 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 시행 후인 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득하였다고 할 것이다”라고 판시하여(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결), 부동산실명법 이후에 매도인이 선의인 계약명의신탁이 이루어진 경우 소유권은 수탁자에게 완전히 이전되고, 다만 매매대금 상당을 수탁자가 부당이득한 것으로 보고 있다. 따라서, 위와 같이 수탁자에게 완전히 소유권이 이전되는 경우 조세회피목적이 있다면 명의수탁자는 부동산가액과 매매대금 상당의 차액을 부당이득했다고 보여지므로 이러한 경우 명의신탁자에게 부동산실명법상의 과징금을 부과하는 것 이외에 명의수탁자에 대한 제재방안을 검토해야 할 것으로 생각된다.

36) 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38.

이에 대한 학계의 주장은 한정설과 비한정설로 나뉘고 있다. 먼저 한정설의 입장은 명의신탁 재산의 증여의제규정은 조세법률주의 및 실질과세의 원칙, 나아가 헌법상 재산권의 보장에 비추어 볼 때 많은 문제점을 내포하고 있어 가능한 한 제한적으로 해석되어야 하고, 위 의제규정을 모든 국세와 지방세 등 다른 조세에까지 확대하는 것은 위 조항의 본래의 입법취지를 벗어나기 때문에 한정설의 입장이 타당하다고 한다(이전오 1992(b), 92).

이에 반하여 비한정설의 입장은 법 규정에서 “증여세” 회피목적이라고 규정하지 않고 “조세” 회피목적이라고 규정하고 있어 증여세에 한정할 필요가 없고, 증여세도 소득세의 일종인 이상 소득세의 회피목적과 무관할 수 없기 때문에 회피되는 조세의 범위는 증여세뿐만 아니라 그 밖의 조세까지 포함해야 한다고 한다(우창록 1997, 68-69).

#### 다. 명의신탁 증여의제 규정의 문제점

그 동안 명의신탁 증여의제 규정이 헌법에 위반되지 않는가하는 재판이 네 번이나 있었지만, 위헌결정은 나지 않았다<sup>37)</sup>. 과세당국은 위헌논란이 제기될 때마다 법률규정을 보완·강화하였고, 대법원 또한 증여세 과세가 정당하다는 해석론을 피력함으로써, 주식 등에 대한 명의신탁이 이뤄지면 증여세 과세를 피할 수 없는 쪽으로 결론이 나는 것이 대부분이었다. 그럼에도 불구하고 명의신탁재산의 증여의제 규정에 대한 위헌 논란이 그치지 않고 있으며, 명의신탁이 있게 되면 무차별적으로 조세회피목적이 있다고 보아 증여세를 과세하는 건 지나치다는 비판이 계속되고 있다(이전오 2006, 14).

##### (1) 실질과세원칙의 위배 여부

명의신탁에 대한 증여세 과세규정인 상속세법 제45조의 2<sup>38)</sup>는 실질과세의 원칙과 관련하여 많은 논란이 있다. 실질과세의 원칙을 규정하고 있는 국세기본법 제14조는 형식과 실질이 다른 때에는 실질에 따라 과세하도록 하고 있다. 이것을 증여세에 적용하면, 실질적으로 무상으로 재산을 취득하여 그로 인하여 재산의 증가가 있을 때에 과세가 부과되는 근거가 된다. 상속세 및 증여세법은 법상으로는 증여에 해당하지 아니하나 경제적으로 증여와 같은 효과가 발생하는 경

37) 헌법재판소 1989.7.21. 선고 89헌마38 결정 ; 헌법재판소 1998.4.30. 선고 96헌바87, 97헌바5·29(병합) 결정 ; 헌법재판소 2004.11.25. 선고 2002헌바66 결정 ; 헌법재판소 2005.6.30. 선고 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 결정

38) 이 규정은 그 법률의 위헌성, 과세규정의 확실성, 과세범위의 불명확성과 관련하여 상당히 논란이 많았던 조항에 해당한다. 완전포괄주의에서는 증여의제가 있을 수 없으나, 동 규정이 폐지되지 않고 존치된 것은 명의신탁에 대한 조세별의 성격이 강조되었기 때문이다. 비판의 대상이 되었던 증여의제 규정이나 명의신탁한 재산은 명의자에게 그 소유권이 실제 무상이전 되었기 때문에 증여세 과세 대상으로 삼은 것은 아니며 완전포괄주의 과세제도하의 증여의 개념에 해당하지 않지만 명의신탁을 이용한 변칙적인 증여행위를 차단할 조세 정책적 목적에서 조세별의 성격으로 과세하는 것이므로 폐지하지 않고 존치하게 되었다.

우에 조세를 부과하여 조세의 형평을 구하고자하는 취지이다.

“권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다”는 상속세법 제45조의 2의 명의신탁재산에 대한 증여의제규정은 사실상 재산을 증여받은 것임에도 불구하고 이를 은폐하고 명의신탁이라는 이유로 증여세의 부담을 부당하게 회피하는 것을 방지하고자하는 취지였지만, 신탁재산에 대한 관리권과 처분권이 없어 실질소득이 없는 명의자에게 조세를 부과한다는 것은 국민의 재산권을 보장한 헌법 정신에 반한다는 것, 실질과세의 원칙에 위배하여 경제적 실질을 무시한 채 과세하도록 한 것 역시 헌법에 위반된다는 것, 단순한 명의대여에 의한 명의신탁의 경우에 신탁재산의 전부를 무차별적, 무조건적으로 증여로 간주함은 형평성을 크게 해쳐서 과세요건의 기본 원칙과는 배치되는 결과를 가져오게 된다는 문제가 발생한다.

다시 말해, 국세기본법 제14조에서는 “과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다”라고 하여 형식과 실질이 서로 상이한 때에는 실질에 따라 과세하도록 하고 있다. 실질과세의 원칙을 증여세에 적용하면 실질상 무상으로 재산을 취득하였는지의 여부와 그로 인하여 재산이 증가하여야 과세근거가 된다. 상속세법상 명의신탁재산의 증여의제 규정은 법률상 증여가 아닌 경제적 거래를 세법상 증여로 보아 증여세를 부과하겠다는 것이 그 핵심으로 명의신탁의 경우 단지 공부상의 명의만을 그 소유자로 한 경우 경제적인 이득의 이전은 발생되지 않는다는 점에서 “이득 있는 곳에 조세 있다”는 과세요건의 기본원칙과 배치되는 결과를 가져오는데, 이는 조세의 이름을 빌려서 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수밖에 없다.

또한, 과세소득 내지 담세력이 일체 없음에도 불구하고 과세소득 내지 담세력을 법률규정으로 발생시켜서 조세를 부과하는 경우는 없다. 따라서 과세소득 내지 담세력이 전혀 발생하지 않았음에도 불구하고 법률의 규정으로 담세력을 창출시켜서 증여세를 부과하는 것을 가리켜 실질과세원칙의 예외라는 논리를 내세워 합리화 할 수는 없고, 명의신탁재산의 증여의제 규정은 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해하기 때문에 헌법에 위반된다고 할 것이다(이전오 2006, 15). 이러한 점에서 법문상 특별히 “국세기본법 제14조의 규정에 불구하고”라고 규정하여 과세소득 내지 담세력이 있는 경제적 거래 자체는 존재하지만 그것이 누구에게 귀속되는 것인가 하는 점에 대하여 원칙적 귀속자인 실질소유자가 아니라 명의자에게 귀속된 것으로 보아 과세하기 위하여 실질과세원칙에 대한 예외 내지 특례를 인정하고 있으며<sup>39)</sup>, 이는 국세기본법 제3조 제1항의 우선적용 배제규정에 의하여도 조세법률주의에 명백히 위반되는 사항은 아니다<sup>40)</sup>.

39) 1994.12.21. 개정 전의 구 소득세법 제7조.

40) 대법원 1987.8.18. 선고. 87누185.

그러나, 이러한 실질과세원칙에 대한 예외 내지 특례는 개별 세법에서 무제한으로 인정되는 것은 아니고 그 효력의 범위를 최소한으로 축소하여 규정함으로써 국세부과의 기본원칙이 무너지지 않도록 할 뿐만 아니라 확실적인 의제규정으로 인하여 구체적 사안에 따라 실체적 진실이 무시되지 않을 수 있는 장치를 마련하여야 할 것이라는 점 등에서 비판의 대상이 되고 있다.

그런가하면, 헌법재판소<sup>41)</sup>와 대법원<sup>42)</sup>은 명의신탁재산에 대한 증여의제규정을 무제한적으로 증여세를 과세하는 것이 아니고 조세회피 목적의 유무로 과세의 적법성을 판단하고 있다. 따라서, 이 조항이 특유하게 갖고 있는 실질과세원칙에 대한 예외 내지 특례는 단행세법에서 무제한으로 인정된 것은 아니고 조세의 공평이라든가 조세채권 확보를 위한 부득이한 경우에 한정되어야 하는 바 본조의 그 효력범위를 최소한으로 축소하여 규정함으로써 국세 부과의 기본원칙이 무너지지 않도록 할 뿐만 아니라 확실적인 의제규정으로 인하여 구체적 사안에 따라 실체적 진실이 무시되지 않을 수 있는 장치를 마련하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

## (2) 조세평등주의 위배 여부

명의신탁재산에 대한 증여의제 규정의 본질은 조세가 아니라 형벌 내지 행정벌이라고 볼 수 있다. 그렇다면 명의신탁을 주도하여 위법성의 정도가 심한 명의신탁자에 대한 제재로서 증여세를 부과하여야 하지만, 가벌성의 정도가 훨씬 약한 중범 내지는 방조범에 불과한 명의수탁자에게 고율의 증여세를 부과하는 것은 행위의 위법성에 상응하지 않을 뿐만 아니라 명의신탁자와 명의수탁자를 근거 없이 차별하는 것으로서 평등원칙에 어긋난다고 할 것이다.

한편, 명의신탁재산에 대한 실질적인 권리 내지 이익이 아니라 단순히 권리의 외양만을 취득하여 담세능력이 없는 명의수탁자를 실질적으로 증여받은 자와 일률적으로 동일하게 취급하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 명의수탁자를 자의적으로 불리하게 취급하는 것<sup>43)</sup>으로서 이런 점에서도 명의신탁재산의 증여의제 규정은 조세가 담세능력 내지 경제적 급부능력에 따라 배분되어야 한다는 조세평등주의에 위배되는 것이다<sup>44)</sup>.

41) 대법원 1987.8.18. 선고. 87누185.; 대법원 1989. 9. 12. 선고 88누 2618.

42) 헌법재판소 1989.7.21. 결정. 89헌마 38.

43) 예를 들면 명의신탁자에게 실제로 증여받은 것은 전혀 없고, 단지 호의만으로 형식적인 자신의 명의만 빌려준 경우(A)가 있을 수 있다. 그리고 회사 혹은 기관을 소유한 어떤 사주나 대표 등이, 자신의 사익 혹은 집단의 이익을 위해 자신의 명령을 받는 상하관계에 있는 해당 조직의 힘없는 사원 등에게 명의신탁을 거절하면 해고할 수도 있다는 등 일신상의 위협을 가해 마지못해 수락하게 한 경우(B)와 변칙 증여라는 악의의 목적으로 통정하여 명의신탁을 자행하여 실제로 증여를 받은 자(C)가 있을 때, A와 B, C의 경우를 동일하게 취급하여 조세별적 성격이 강한 명의신탁 증여의제로서 고율의 증여세를 부과하는 것은 C에게는 응당 타당하겠지만, A와 B의 사례에도 일률적으로 적용한다면 부당한 조치라고 생각한다.

44) 헌법재판소 2005.6.30. 결정 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 반대의견 참조.

### (3) 과잉금지의 원칙<sup>45)</sup> 위반 여부

입법자가 입법을 함에 있어서 국민의 기본권을 제한하려는 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 헌법상의 원칙을 말한다(권영성 2004, 359). 이하에서는 명의신탁 증여의제 규정을 과잉금지원칙에 따라 목적의 정당성은 인정된다는 전제하에 수단의 적합성, 피해의 최소성 및 법익의 비례성 여부를 살펴보겠다.

#### 1) 수단의 적합성 내지 피해의 최소성 여부

첫째, 조세는 본래 재정수입의 확보 이외에도 경기조절, 특정 경제활동의 조장 또는 억제, 소득재분배를 통한 사회적 형평의 추구 등 여러 가지 부차적인 기능을 가지고 있지만, 어느 경우이든 간에 위법행위에 대한 제재인 형벌·벌금·과료·과태료 등과는 본질을 달리한다. 그런데, 명의신탁재산의 증여의제 규정은 실질적인 담세력이 전혀 없는 명의수탁자에게 무차별적으로 증여세를 부과하는 것이기 때문에 국민의 재산권을 보장한 헌법정신에 반하는 것이며, 그 본질은 형사벌 내지 행정적 제재라고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 ‘형사처벌 내지 행정적 제재의 조세화’인 명의신탁재산의 증여의제 규정은 조세의 본질에 위반되는 것이고 그 입법목적은 고려한다고 하더라도 적합한 수단이 아니다. 그런가하면 본 조의 입법목적이 증여은닉 및 조세회피방지에 있으니 만큼 명의신탁의 목적이 반드시 조세회피에만 있지 않는 한 무차별적으로 명의신탁에 대하여 증여세를 과세하는 것은 국민의 재산권을 보장한 헌법정신에 반하는 것이다(김선득 2005, 202).

둘째, 증여세가 형사처벌 내지 과징금에 비하여 납세자의 피해를 최소화시키는 수단인지도 의문이다. 부동산의 명의신탁이 부동산실명법 위반으로 처벌되는 경우는 드물 뿐만 아니라 가령 처벌이 된다고 하더라도 대개는 벌금형을 받는 데에 그친다. 한편, 부동산에 관하여 명의신탁을 한 자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위 안에서 부동산가액, 위반 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부 등 여러 가지 사정을 고려하여 과징금이 유연하게 부과된다. 이에 비하여 세무조사 과정에서 주식의 명의신탁 사실이 밝혀져서 세금을 부과 받는 경우가 부동산의 명의신탁으로 인한 형사처벌 또는 과징금 부과처분을 받는 예보다 현실적으로 훨씬 많을 뿐만 아니라, 증여세는 일률적인 기준에 따라 최고 50%의 세율로 중과세되게 된다(이전오 2006, 16).

45) 비례성의 원칙 또는 과잉제한금지의 원칙이라고도 한다. 이는 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·수단의 적합성·피해의 최소성(침해의 최소성)·법익의 균형성 등을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.

## 2) 법익의 균형성에 대하여

명의신탁을 이용하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 경우<sup>46)</sup>에 대해 높은 세율의 증여세를 부과하는 것은 납세의 공평성과 공익을 위해 감안하더라도, 단순한 명의대여에 의한 명의신탁의 경우, 신탁재산의 전부를 무차별·무조건적으로 증여로 간주하여 담세능력이 전혀 없는 명의수탁자에게 막중한 금전적인 부담을 지우게 되는 과중한 결과를 초래하게 되어 법익간의 균형성을 잃고 있다고 보아야 할 것이다.<sup>47)</sup>

## 라. 개선방안

### (1) 근본적 해결방안

명의신탁재산의 증여의제 규정은 실질과세의 원칙 및 조세평등주의에 위배되고, 법체계의 정당성에도 어긋나며 최소 침해 및 비례의 원칙 등에 어긋나는 위헌적인 규정이므로 폐지하여야 한다.

### (2) 입법적 해결방안

위에서 살펴본 바와 같이 원칙적으로 명의신탁에 대한 증여의제 규정은 폐지하는 것이 바람직하겠지만, 증여세 회피 등으로 인하여 당해 제도를 폐지하기 어렵다면 명의신탁재산의 증여의제 규정의 적용범위를 엄격하게 제한하고, “조세회피의 목적”을 “증여세회피의 목적”으로 고쳐서 증여세를 회피하기 위하여 명의신탁을 이용한 경우에만 증여세를 부과하도록 법을 개정하여야 한다. 다시 말해 회피되는 조세의 범위는 “증여세”에 한정하도록 해야 할 것이다. 따라서 현행 상증세법 제45조의2 제1항 제1호의 “조세회피의 목적 없이”는 “증여세회피의 목적 없이”로 개정하고, 다른 국세, 지방세, 관세를 포함한다는 제6항은 삭제하여야 할 것이다.

헌법재판소는 본 조항을 무제한적으로 적용하여 증여세를 과세하는 것이 아니고 조세회피 목적의 유무로 과세의 적법성을 판단하고 있다. 대법원도 구체적인 사안에 있어 유연하고 탄력적으로 증여의제규정을 해석하고 있다.<sup>48)</sup> 아울러 증여세를 부담하는 주체를 부동산명의신탁과의

46) 어느 주주가 그 소유의 주식 중 일부를 타인(명의수탁자) 명의로 등재하여 됨으로써 배당소득세를 수십만원 회피하였다고 하여, 아무런 재산상 이득도 얻은 바 없는 명의수탁자에게 증여세를 수천만원 내지 때에 따라서 수익원을 과세하는 경우를 상정해 볼 수 있다.

47) 헌법재판소 2005.6.30. 결정 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 결정의 반대의견.

48) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두7733 ; 명의신탁 증여의제에 있어서 조세회피목적의 인정 범위  
명의신탁이 조세회피목적이 아닌 다른 이유에서 이루어졌음이 인정되고 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 조항 단서 소정의 조세회피목적이 있었다고 볼 수는 없고, 명의신탁에 있어서 조세회피의 목적이 없었다는 점에 관한 입증책임은 이를 주장하는 명의자에게 있다고 판시한 판결로서, 2006년 판결 중에서 매우 주목할 만하다. 종래 대법원은 명의신탁 증여의제와 관련하여 조세회피목적이 없었다는 납세자의 주장을 거의 인정하지 않았는데, 이에 대해서는 구

법체계 형평상 명의수탁자가 아닌 명의신탁자로 해야 할 것이며, 최소한 명의신탁자를 주된 납세의무자로 하고, 명의수탁자를 제2차 납세의무자로 하여야 할 것이다. 즉, 명의신탁재산에 대한 증여의제의 본질이 조세의 외형을 빌린 제재 내지 처벌이라고 본다면, 수증자를 제2차 납세의무자로 함은 모르되 주된 납세의무자로 하는 것은 부당하고 반사회성이 두드러진 증여자를 납세의무자로 하도록 법을 개정하여야 한다(同旨 ; 이전오 2006, 17).

### (3) 합리적 해석방안

종전 대법원의 주류적 태도는, 현실적으로 조세회피가 이루어지지 않더라도 추상적인 조세회피의 가능성이 있는 이상 명의신탁된 주식에 대하여 조세회피목적이 있다고 보아 증여로 의제할 수 있다고 해석함으로써 조세회피목적이 없는 명의신탁은 거의 인정하지 않았다<sup>49)</sup>.

위와 같은 대법원의 경직된 태도와 다르게 학설 및 일부 하급심판례는 조세회피와 관련 없는 명의신탁행위의 주요 의도는 따로 있고 부수적으로 조세부담 경감이 있는데 불과한 경우엔 조세회피의 목적을 인정하여서는 아니 된다고, 조세회피 의도가 현실화되지 않고 나아가 조만간 그러한 결과가 분명히 예상되지 않는 상태라면 조세회피의 목적이 없다고 봐야 한다는 등과 조세회피목적의 범위를 축소 해석하여 명의신탁 증여의제 규정의 문제점을 줄여 보려는 시도를 하였다.

그런데, 대법원 2006.5.12. 선고 2004두7738판결에 따르면, 주식의 명의신탁이 상법상 요구되는 발기인의 수 충족 등을 위한 것으로서만 장래 조세경감의 결과가 발생할 수 있다는 막연한 사정만 존재한 경우의 명의신탁에는 조세회피목적이 있다고 볼 수 없다고 하였다. 이에 따르면, 명의신탁을 하게 된 중요한 이유가 따로 있는 경우에는 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 발생하거나 장래 조세경감의 가능성이 생긴다 하더라도 증여의제 과세요건인 조세회피목적은 없다고 보아야 할 것이므로 타당한 결론에 도달했다 여겨진다. 단 이 대법원 판결은, 현실적으로 조세회피가 이뤄지지 않았을지라도 잠재적 조세회피 가능성이 있다면 명의신탁된 주식에 대해 회피목적이 존재한다고 봐 증여의제를 할 수 있다고 해석해 온 종전 판례들과 모순된다고 보이나, 이 부분에 대해서는 아쉽게도 어떠한 언급도 없다. 다시 말해, 이 판결은 그 사건에 국한된 특별한 사실관계 안에서만 의미를 지니는 것인지, 아니면 명의신탁재산의 증여의제 규정

---

체적 타당성 및 과잉금지원칙에 크게 반한다는 비판이 지배적이었다. 대법원은 위 2004두7733 판결을 통해 종래의 입장을 사실상 바꾸었으며, 이후 세 차례에 걸친 대법원 판결들(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004두13936 판결 등)에서 위 2004두7733 판결의 입장을 다시 확인하였다. 위 판결들은 조세회피목적의 유무에 관한 명확한 판단기준을 제시하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 지니며, 이로써 명의신탁 증여의제 규정에 내재된 위헌성도 다소나마 경감되었다. 종래 명의신탁의 동기 및 조세회피결과와 발생 여부를 묻지 않은 채 증여세를 부과하던 과세 관행도 위 대법원 판결들로 인해 크게 바뀌리라 예상된다(소순무 2007, 10).

49) 대법원 1999.7.23. 선고 99두2192 판결 ; 대법원 2004.12.23. 선고 2003두13649판결 ; 대법원 2005.1.27. 선고 2003두4300판결 등

의 광범위한 적용에 대해 그동안의 비판을 수용해, 명의신탁을 하게 된 중요한 근거가 별도로 있는 사례에선 장래의 조세경감 가능성이 설령 있다 하더라도 증여의제 과세요건인 조세회피목적은 없다고 보아야 한다고 일반적으로 처음 밝힌 것인지 분명하지 아니하다. 앞으로 이 사항에 관해서 대법원은 전원합의체 판결을 통해 일관된 입장을 표명해야 하겠다(이전오 2006, 18).

#### 4. 기타 문제점 및 개선방안

##### 가. 연속거래의 증여간주

###### (1) 문제점

2003년 개정법 제2조 제4항은 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 상속세 또는 증여세를 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적인 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 본다고 규정하고 있다. 둘 이상의 거래를 연속된 하나의 행위 또는 거래로 본다는 바탕 위에서 개정법 제41조의3은 비상장주식을 5년 이내에 상장한 경우의 시세차익을 증여로 과세한다고 규정하고, 제41조의5는 증여일로부터 5년 이내 합병에 따른 상장 등 이익에 대한 증여세 과세를 규정하고 있으며, 제42조 제4항은 미성년자 등이 재산을 취득한 날로부터 5년 이내에 개발사업의 시행 등의 사유로 재산가치가 증가한 경우에는 증여세를 부과한다고 규정하고 있다.

그러나, 2003년 개정법 제2조 제4항, 제41조의3, 제41조의5, 제42조 제4항 등은 납세의무의 성립 및 확정에 관한 법리에 어긋날 뿐만 아니라, 최초의 증여행위 이후에 별도로 이루어진 경제행위 내지 거래의 실체를 무시하고 이것과 최초의 증여를 합하여 하나의 행위 또는 거래로 파악하는 논리상 모순을 범하고 있다. 과세당국은 둘 이상의 개별적인 거래를 하나의 연속된 행위로 보아서 과세할 수 있는 근거로 미국 세법상의 Step Transaction Doctrine을 원용할지 모르겠으나, Step Transaction Doctrine은 실질과세원칙의 한 내용으로서 판례상 ① 각각의 거래가 서로 연관되어 있고 당사자의 의도가 처음부터 추후의 행위에 따른 특정한 결과를 의욕한 것이어야 하고(End-Result Test), ② 각각의 거래는 다른 거래가 없다면 나머지 거래도 이루어지지 않을 것이란 상호의존적 관계에 있어야 하고(Mutual Interdependence Test), ③ 처음 단계의 거래가 이루어지는 시점에 나중 단계의 거래까지 행하기로 하는 구속이 있어야 하고(Binding Commitment Test), ④ 시간상 근접한 것(The Proximity In Time)이라는 요건을 모두 충족되는 경우에만 적용될 수 있는 것이지 간접적인 관련성이 있다고 하여 별개행위의 실체를 무시하고 여러 개의 행위를 무조건 하나의 행위로 간주할 수 있다는 원칙이 아니다. 개정법 제41조의3, 제41조의5, 제42조 제4항 등의 규정은 End-Result Test 기준은 충족할 수 있을지 몰라도 나머지 기준을 충족하기는 어렵기 때문에 미국 세법상의 Step Transaction Doctrine에서 연속거래의 증여간주규정의 이론적 근거를 찾는 것은 무리(이전오 2005, 64-65)라고 봄이 상당하다.

## (2) 개선방안

비상장주식이 상장된 경우의 시세차익, 합병에 따른 상장이익 등 capital gain에 대하여서는 무리하게 증여세를 부과하려고 할 것이 아니라 주식의 양도차익에 대하여 과세하는 쪽으로 나아가는 것이 바람직하고(개정법이 완전포괄주의를 도입하여 재벌의 변칙 상속·증여행위를 방지하려는 입법목적은 자본거래에 대한 양도소득세의 부과하여 달성하는 것이 옳다) 미성년자 등이 재산을 취득한 날로부터 5년 이내에 개발사업의 시행 등의 사유로 재산가치가 증가한 경우의 이득에 대하여서는 그 재산의 처분시에 양도소득세를 부과하는 것이 마땅하지, 전혀 이질적인 행위들을 묶어 하나의 행위로 간주하여 증여세를 과세하는 것은 법리적으로 옳지 않다(이전 오 2005, 65).

## 나. 세수에 미치는 영향

### (1) 문제점

상증세의 조세총액 대비 세수비중을 살펴보면, 2001년은 1.06%, 2002년은 0.89%, 2003년은 1.23%, 2005년은 1.05%, 2006년은 1.8%에 불과하다(김진, 2008, 20). 그리고 상증세의 GDP대비 세수비중을 살펴보면, 2002년은 0.13%, 2003년은 0.18%, 2006년은 0.28%에 불과하다(김진, 2008, 21). 증여세 완전포괄주의를 도입하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 향후에도 상증세의 조세총액 대비 세수비중은 2%를 넘기 힘들다고 보이므로 적어도 세수효과 측면에서 완전포괄주의의 도입은 별다른 의미가 없다고 할 것이다.

### (2) 개선방안

조세의 회피 또는 탈루로 인한 조세정의의 문제는 증여세보다는 오히려 소득세·부가가치세·법인세 등에서 광범위하게 발생하고 있다. 특히 일반인을 대상으로 거래하는 자영업자들의 평균 소득과약률이 30%수준에 지나지 않으므로 이로 인하여 매년 엄청난 규모의 소득세·부가가치세가 탈루되고 있다. 전체 세수 중에서 소득세·법인세·부가가치세가 대부분을 차지하는 것을 감안하면 조세정의의 확보는 이들 조세에서 더욱 시급한 것이다. 따라서 조세정의의 실현은 소수의 재벌가에 대한 과세만이 주대상이 되고, 기대효과를 달성하기 위해서는 위헌론을 감수하여야 하는 증여세 완전포괄주의보다는 소득세·법인세·부가가치세 부분에서의 탈루방지와 평등한 과세를 위한 제도적인 개혁이 더욱 절실하다(민태욱 2003, 12-13).

## 다. 과세권의 남용가능성

### (1) 문제점

열거주의에 있어서는 과세대상의 명확한 규정을 통해 국민의 조세부담에 대한 예측가능성을

보장하는 반면에, 포괄주의는 명확한 법률이 없더라도 과세대상이 된다고 판단하는 모든 경제적 이익을 과세대상으로 삼기 때문에 포괄주의 하에서는 조세부담에 대한 예측가능성과 국민의 재산권 보장의 보장 정도가 열거주의에 비해 낮을 수밖에 없게 된다.

증여세 완전포괄주의가 도입된 현재로선 과세권력의 남용의 위험이 상존할 수 있다. 왜냐하면 부의 무상이전이 있는지, 만약 있다면 그 가액이 얼마인가에 대하여 대부분의 경우에 전적으로 세무공무원의 주관적 판단에 맡기는 방식을 피할 수 없기 때문이다. 이는 결국 과세관청의 사실판단에 모든 것을 맡길 수밖에 없게 되므로 과세권의 자의적 남용 우려를 잠재우기 힘들 것이다(이전오 2004, 22).

## (2) 개선방안

과세권의 남용을 막기 위한 방안으로서 증여세 과세를 위한 증여받은 이익의 산정방법, 증여시기 등 구체적인 내용을 시행령이나 시행규칙에서 수시로 충분한 예시규정으로 규정하는 방안을 들 수 있다. 나아가 개정 작업이 원활이 이뤄지지 못하고 있는 기본통칙을 정비하여 그 기본통칙에 의하거나 국세청 및 기획재정부의 일관성 있는 법령해석과 법원의 판결 등을 통하여 증여받은 이익의 산정방법 및 증여시기 등 과세요건을 예시하는 작업을 병행해야 하겠다. 이를 통해 완전포괄주의 과세방법에서 오는 한계점을 극복하고 국민들의 법적안정성과 예측 가능성을 도모함과 동시에 과세관청의 과세집행의 일관성 등을 유지할 수 있을 것이다(고경희 2006, 67).

# IV. 기부금 신탁제도 도입을 통한 완전포괄주의의 보완

## 1. 실질적인 증여로서 기부에 관한 고찰

### 가. 실질적 증여로서 기부

기부금은 무상 또는 정상적인 반대급부의 지급 없이 타인에게 양도되지만, 민법 및 세법상 증여와 달리 공익적 목적이 인정되는 대상이다. 이는 자신의 일상적인 경제적 이익을 지출하는 행위와 다르게 기부금에 대해서 조세 인센티브(incentive)를 부여하는 것은 기부금이 단순히 지출이 아니라, 공익적 가치와 결과를 창출해내는 특수한 성격을 가지고 있기 때문에 실질에 대한 고려가 필요하고, 이를 반영할 필요가 있다 하겠다.

다시 말해 증여는 당사자의 일방(증여자)이 무상으로 재산을 상대방에게 준다는 의사표시를 하고, 상대방(수증자)이 그것을 승낙함으로써 성립하는(민법 제554조) 무상·낙성·편무·불요식<sup>50)</sup>의 계약이다<sup>51)</sup>. 증여는 전형적인 무상증여로서 오늘날 자본주의 경제사회에서는 그 사회

50) 증여에 대하여 외국입법례는 서면에 의하는 요식행위로 하는 경우가 많다. 한국 민법은 아무런 방식을

적·경제적 작용이 매우 적으며, 자선·종교·교육·문화 또는 학술 등의 특수한 목적을 위한 증여인 예컨대 기부<sup>52)</sup>만이 큰 의의를 가진다. 즉, 기부금은 타인에게 사업과 직접 관계없이 무상으로 지출하는 것으로서 재산적 가치가 있는 것을 말하고 실질적으로는 증여에 해당한다. 기부금은 순자산을 감소시키는 점에서는 손금에 해당되고 공익을 위한 것이라면 장려되어야 할 성질의 것이지만, 사업과 직접 관계없이 지출되기 때문에 수익에 대응하는 비용으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 이를 모두 손금으로 인정하면 조세부담을 감소시켜 실질적으로는 국고에서 기부금을 부담하는 결과가 되고 자본충실을 저해하여 주주 등 출자자나 일반 채권자의 권익을 침해하게 된다. 따라서 세법은 기부금의 공공성의 정도에 따라서 손금산입의 범위를 달리 정하고 있다<sup>53)</sup>.

#### 나. 조세법상 기부금 규정

우리나라 상증세법상 기부라고 표현하여 특별히 기술한 규정은 없는 반면에 소득세법 제34조 상 기부는 자산의 무상공여이므로 순자산감소의 원인인기는 하지만, 수익에 대응하는 것이 아니므로 회계학적으로는 필요경비에 산입될 수 없는 것이 원칙이다. 그러나, 세법에서 일정한도까지 손금산입을 허용하는 이유는 그것이 국민들의 사회복지활동을 촉진하는 등 사회적으로 유익한 경우가 많기 때문이다. 소득세법상 기부금은 소득범위 내 전액 필요경비에 산입되는 법정기부금, 일정한 한도액의 범위 내에서 필요경비에 산입되는 지정기부금 및 전액 필요경비불산입되는 비지정기부금 등으로 구분할 수 있다.

그런가하면 법인세법 제24조에서 규정하고 있는 기부금은 법인이 자기의 의사에 따라 타인에게 법인의 사업과 직접 관계없이 무상으로 지출하는 재산적 증여의 가액을 가리킨다. 통상의 기부의 개념은 공익성을 띤 재산의 출연행위를 뜻하지만, 세법상의 기부금 개념은 그보다 훨씬 더 광범위하여 증여계약에 의한 증여뿐 아니라 채무면제, 면책적 채무인수, 제3자를 위한 변제, 현

---

요하지 않는 불요식행위로 하고 있으나, 서면에 의하지 아니한 증여는 이행이 있기 전에 각 당사자가 해제할 수 있게 하고 있다(민법 제555조). 증여의 효력은 증여자가 약속한 재산을 수증자에게 줄 채무를 부담하는 것이나, 증여자는 특약이 없는 한, 원칙적으로 담보책임을 지지 아니한다.

- 51) 증여의 목적인 물건 또는 권리에 하자나 흠이 있어도 책임을 지지 아니한다. 그러나 증여자가 그 하자나 흠을 알고 있으면서 알리지 않았을 경우에는 책임을 지고, 부담부증여의 경우에는 그 부담의 한도에서 매도인과 같은 담보책임을 진다(민법 제559조). 참고로 부산고등법원 2009. 5. 7. 선고 2008가합12371 판결 [채무부존재확인]에 따르면 경암 송금조 회장이 기부금으로 부산대학교에 대해 305억원을 캠퍼스건설 및 연구지원기금으로 출연하겠다는 기부약정을 체결했다. 그 후 이 기부약정에 따라 약정액 305억원 중 195억원을 출연하였는데, 기부약정의 경우 부담부 증여에 해당되고 부산대측이 의무를 이행하지 아니하여 해제되었기에 잔존 채무(110억원)가 없다고 주장하였으나 부담부 증여라 함은 수증자에게 일정한 급부를 할 채무를 부담시키는 것을 말하고, 이 사건의 경우 사용 목적 또는 방법을 지정함에 지나지 않는 것으로서 부담부 증여에 해당된다고 볼 수 없다고 판시하였다.
- 52) 증여와 기부는 영어로는 둘 다 'gift'라고 동일하게 표현된다.
- 53) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91누11285 판결.

저한 저가양도, 고가 매입 등의 경제적 이익의 제공을 포함한다<sup>54)</sup>. 기부는 자산의 무상공여이므로 법인의 순자산 감소의 원인이기는 하지만, 법인의 기업활동과 무관한 지출로서 본래 수익에 대응하는 비용으로 인정될 수 없다. 그러나, 법인이 독립된 인격을 가지고 기업활동을 하는 사회적 존재로서 어느 정도의 기부행위는 불가피하고, 또한 사회적으로 유익한 경우가 있기 때문에 일정 범위 내에서 손금산입을 허용하고 있는 것이다(임승순 2008, 618-619).

## 2. 한국의 총체적 사회문제 대비를 위한 기부제도 담론

### 가. 초고령 및 저출산 사회로의 진입

UN에서는 해당국가의 노인인구비율이 7%를 넘으면 “고령화사회”, 14%이상이면 “고령사회”, 20%이상이면 “초고령사회”로 정의한다. 우리나라는 2000년에 이미 고령화사회에 진입했으며, 2019년에는 고령사회로 2026년에는 초고령사회로 진입할 것으로 예상하고 있다. 이에 따라 우리나라는 경제활동 인구 감소, 국민연금 재정 악화, 노인부양 부담 증가, 독거노인·여성노인 증가, 농·어업인구의 감소 등 결코 간과할 수 없는 문제점에 직면하고 있다.

이를 경제적인 관점에서 보면 수요와 공급측면에서 공급을 늘리는 것(다출산)으로 노령화추세를 조절할 수 있지만, 세계보건기구(World Health Organization)의 ‘보건통계 2009’를 통해 본 나라별 평균 출산율에 따르면 우리나라 여성 1인당 평균 출산율은 1.2명으로 조사대상 193개국 가운데 최하위이다. 이는 2007년 통계 기준으로 전년에 이어 2년째 세계 최저를 기록한 것으로 체코, 폴란드, 우크라이나 등이 한국과 마찬가지로 심각한 저출산 국가로 나타났다. 반면에 미국은 2.1명, 프랑스와 영국이 각각 1.9명과 1.8명을 유지했고, 중국은 1.7명을 나타냈다. 그런가하면, 아프리카의 니제르와 아프가니스탄이 각각 7.2명과 7.1명으로 가장 높은 출산율을 보였으나, 이들 국가의 평균 기대수명은 51세와 42세로 세계 최하위권에 머무른 반면에 우리나라의 평균 기대 수명은 79세(남성은 76세, 여성은 82세)로 세계 28위를 기록했다.

### 나. 저출산 현상이 초래할 대학의 위기

저출산 문제의 연장선상으로 우리나라의 2009년 기준 전국 198개 4년제 대학 가운데 신입생을 70%도 채우지 못한 곳이 20여개에 달한다. 2009년 1학기 전국의 A대학은 모집인원 2,070명

54) 양도가액과 정상이액과의 차액을 기부금에 포함시키고 있는 법인세법시행령 제35조 제2호의 모범위배가 문제된 사안에서 판례는 법인세법 제24조 소정의 기부금에는 순수한 무상양도뿐 아니라 거래의 외형은 유상양도의 형태를 취하고 있더라도 당해 자산이 현저하게 낮은 가격으로 양도되어 양도가액과 정상이액과의 차액이 실질적으로 증여되었다고 인정되는 경우까지 포함되므로 이와 같은 취지를 규정하고 있는 시행령 제35조 제2호는 모법에 위배되지 않는다고 판시하였다(대법원 1993. 5. 25. 92누18320).

의 22.1%인 447명만 충원했고, 경북의 B대학도 신입생 충원율이 28.2%에 불과했다. 대학이 신입생을 못 받는 현상은 앞으로 더 심해질 것이다. 대학입학 연령인 18세 인구는 2011년 69만 1,000명을 정점으로 감소하기 시작해 2030년엔 40만4,000명으로까지 줄어든다는 전망이다기 때문이다.

이와 같이, 대학의 위기감이 고조되면서 정부는 대학개혁을 위한 구체적인 행동에 착수했다. 대학선진화위원회를 구성하고 부실 사립대학의 합병과 폐교 등 구조개혁 방안을 논의하고 있다. 대학선진화위원회는 부실대학을 판정하는 평가지표를 만들고, 현지 실태조사를 거쳐 퇴출 대상 대학을 판정할 계획인 것으로 알려지고 있다. 그러나, 사립대학은 물론이고 국립대학 구조개혁의 당위성과 방향에 대한 합의기반이 취약해 향후 전망을 낙관할 수만은 없다. 국공립대-사립대, 수도권대학-지방대학, 일반대학-전문대-특수대를 망라하는 중장기적인 구조개혁의 청사진과 이를 위한 종합적인 재정계획은 없는 실정이다. 반면에 우리보다 먼저 고령화사회를 맞은 일본의 경우 저출산에 따른 학생수 감소로 고심하는 대학들이 고령자를 위한 대학원을 신설하는 등 정년을 맞는 단카이(團塊)세대 유치를 위해 적극적으로 움직이고 있다<sup>55)</sup>.

위와 같은 부정적인 환경적 요인이 예측되지만, 수요측면에서 보면 다양한 사회안전망을 확보함으로써 충격을 완화할 수 있을 것이다. 경기가 불경기로 접어들어 정착육하는 것을 수요와 공급조절방법으로 연착륙으로 유도할 수 있듯이 다양한 사회안전망이 급격한 노령화사회에서 연착륙을 이끌 수 있을 것이다. 예를 들어 다양한 사회안전망 중 국민연금제도는 기금고갈 논란에도 불구하고 ‘최소한의 기본적인 노후생활 보장대책’으로 생각된다. ‘최소한’의 의미는 노후준비에 있어 국민연금은 기본적인 생활보장이며, 최근 논의되는 기업연금이 표준생활을 보장하고, 1994년부터 시중에서 취급하는 개인연금이 좀 더 여유 있는 생활보장 수단으로 3단계 보장 장치로 좀 더 세밀한 사회안전망을 만들 수 있지 않을까하는 그나마 긍정적인 전망을 해본다. 증여세 완전포괄주의의 보완으로서 이와 같은 취지로 논의를 하고자 하는 것이 바로 실질적으로 증여에 해당하는 기부금에 신탁제도를 도입하여 이를 활성화하는 방안이다. 다시 말해 저출산율로 인한 각 대학의 등록금 수요의 재정적 대안은 물론 고령화사회 연착륙을 이끌 수 있는 사회안전망으로서 자신의 뜻에 맞는 대학에 기부를 하고 연금형태로 반대급부를 받을 수 있게끔 대

55) 단카이세대란 1947~49년 출생한 일본의 전쟁 베이비붐 세대를 의미하는 것으로, 2007년부터 시작되는 정년퇴직으로 일제히 은퇴하기 때문에 일본 사회는 이들의 공백을 우려하며 ‘2007년 문제’라는 신조어를 만들어냈다. 도쿄의 명문 사립대 가운데는 단카이세대를 대상으로 하는 학부를 설립하려는 움직임도 있다. 일본사립대협의회는 단카이세대의 유치가 “경영의 안정화에 공헌한다”고 발표했다. 일본 대학은 심각한 저출산의 영향으로 대학 지원자와 정원이 같아지는 ‘전원 입학시대’를 맞았으며, 2005년 6월 한 사립대학의 경우에는 정원을 채우지 못해 도산하기도 했다. 또한 2007년부터 5년간 대학 입학 연령인 18세가 되는 인구는 600만명인데 비해 같은 기간 60세가 되는 인구는 1,100만명으로 2배에 가까운 것으로 나타났다. 이런 상황에서 대학들이 정년퇴직으로 여유를 갖게 된 330여만 명의 단카이세대에 눈을 돌리는 것은 당연한 일이다. 경제력이 풍부한 단카이세대도 여론조사에서 은퇴 후 재교육과 문화활동에 높은 관심을 나타내고 있다.

학의 기부금 신탁제도를 도입하자는 것이다.

### 3. 완전포괄주의의 보완책으로서 기부금 신탁제도의 도입방안

전술하였듯이 현행 상증세법은 2004년 개정을 통해 완전포괄주의를 채택하고 있다. 상증세법 제2조 제3항은 ‘증여’를 그 행위 또는 거래의 명칭·형식·목적 등에 불구하고, 경제적 가치를 계산할 수 있는 유무형의 재산을 타인에게 직접적 또는 간접적인 방법에 의하여 무상 또는 현저히 저렴한 대가로 이전하는 경우와 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것으로 보고 있다. 즉, 형식 등 외형에 집착하지 않고, 경제적인 가치가 이전되는 경우를 포괄하여 증여로 규정하고 있으며, 다양한 유형의 경제 행위를 포괄할 수 있는 체계를 갖추었다고 하겠다.

그런데, 상속세와 증여세의 기본적인 성격이 소득세의 보완적인 성격이란 점까지 감안하게 된다면, 소득세법 및 법인세법상의 기부금의 출연대상 역시 확장해서 인정할 필요성이 크다고 볼 수 있다. 그런가하면, 현행 조세제도상의 기부금을 취급하는 기부금의 제공 대상은 제한적 범위를 가지고 있다. 그러므로 기부금의 범위 및 출연 대상 확장시켜, 궁극적으로 기부 방식의 다양화도 추구할 수 있는 긍정적 변화가 필요하다.

다시 말해 증여의 경우 완전포괄주의를 도입하여, 다양한 경제적 가치가 있는 대상이 당사자 사이에 이동이 있으면, 이에 대해서 누락됨이 없이 과세하는 구조를 갖추고 있지만 기부의 경우에는 이와 달리 손금으로 인정됨에 있어, 형식 차이를 이유로 차별적 취급을 당하는 문제점을 안고 있다고 생각된다.

증여의 경우 완전포괄주의를 도입하여, 다양한 경제적 가치가 있는 대상이 당사자 사이에 이동이 있으면, 이에 대해서 누락됨이 없이 과세하는 구조를 갖추고 있지만 기부의 경우에는 이와 달리 손금으로 인정됨에 있어, 형식 차이를 이유로 차별적 취급을 당하는 문제점을 안고 있다.

특히, 기부금의 출연대상이 현금(또는 현금성 자산)이나 유형자산에 국한되어 있으나, 기부가 포괄적 의미의 증여에 포섭되고, 사실 기부로 인정되지 않는 경우에 증여세가 부과되는 점을 감안한다면, 증여에서 보는 증여재산의 대상과 일치시켜야 조세제도 전반의 통일성을 기할 수 있을 거라 생각된다. 이러한 측면에서 볼 때, 평가가 가능한 경제적 이익이라는 단순한 형태로 제한할 것이 아니라, 다양한 기부가 활용될 수 있는 여건도 마련할 필요성이 크다.

#### 가. 현행 기부제도의 실태 및 문제점

증여세에 있어서 완전포괄주의를 보완하고 고령화와 저출산 문제 등의 대비책의 하나로서 기부문화 확산을 위해서는 기부 의식의 개선과 제도적인 개선이 요구된다. 그러나 기부 의식의 개선은 단기간에 불가능하므로 제도적인 개선을 통한 기부문화의 확산방법을 강구할 필요가 있다. 우리나라에서도 기부문화가 확산되고 있고, 2000년을 기점으로 개인기부가 법인기부를 앞서고

있다. 그렇지만, 개인기부는 거의 대부분 종교단체에 대한 기부(약80%)이며, 그 이외에 대한 기부실적은 매우 적다.

반면에 미국의 2005년도 자선기부금 2,600억 달러 중 종교단체에 대한 기부액은 930억 달러(35.8%), 교육단체에 대한 기부금이 390억 달러(14.7%)를 기록했다. 이와 같은 결과 뒤에는 미국대학의 경우 기부자의 개별적인 사정을 고려한 다양한 형태의 기부방식을 가지고 있기 때문이다. 우리나라의 많은 대학들이 높은 등록금으로 비난을 받음에도 불구하고 대부분 재정난에 처하여 있기 때문에 기부금 수입을 확대할 필요성이 절실하다고 본다. 더군다나 고등교육기관의 질을 높이기 위해서는 교원 및 시설의 확충을 포함한 대규모 투자가 절실하지만, 우리나라 대학의 재정상황은 열악하다. 대학이 건실한 재정구조를 유지하기 위하여서는 기부금 수입의 비중이 대폭 커져야 한다(손원익 2007, 10-12).

그런데, 우리나라의 현행 제도상으로는 기부형태가 획일적이어서 기부희망자의 합리적인 요구를 충족시킬 수 없다. 예를 들면, 기부희망자 중에는 전 재산 또는 대부분의 재산을 대학에 기부하는 대신에 사망시까지 안정적인 생활비의 지급을 원하는 경우가 있지만, 현행 제도 하에서는 기부자에 대한 금전적 보상은 허용되지 않고 있는 실정이다.

우리나라도 일정한 요건을 충족한 기부자에게 생계비 등의 일정금액을 지급하는 조건부 기부 내지 기부신탁제도를 허용하고, 조세혜택을 부여함으로써 대학의 기부금 유치를 촉진하고 기부문화를 확산할 필요가 있다(이전오 2007, 7-8). 이를 위해서 장기적으로는 관련 법률을 모두 검토·개정함으로써 여러 가지 기부형태를 인정하고, 그에 따른 세제상 혜택을 부여할 필요가 있지만, 우선 단기적으로 증여세 완전포괄주의를 보완할 수 있도록 가장 간단한 형태의 기부신탁제도를 도입하여 운영해 볼 필요가 있다.

#### 나. 기부금 신탁제도의 도입

기부자가 대학에 기부하는 데에는 여러 가지 동기와 목표가 있을 것이다. 이와 같은 다양한 동기를 충족시키기 위해서 미국의 하버드 대학<sup>56)</sup>과 예일 대학<sup>57)</sup>은 다양한 형태의 기부를 제공하고 있다<sup>58)</sup>. 이와 같은 미국의 여러 가지 형태의 기부 중에서 우리가 참고할 수 있는 단순한

56) 하버드 대학의 기부형태는 평생 수익형 기부(Life Income Gifts) · 유증(Bequests) · 은퇴계획(Retirement Plans) 및 기타(Other Creative Options)로 구분할 수 있다. 이 경우 평생 수익형 기부란 공익 잔여재산 신탁(Charitable Remainder Trusts ; CRTs)과 공익 연금형 기부(Charitable Gift Annuities) 및 합동수익기금(Pooled Income Funds)이 있으며, 기타에는 공익선행신탁(Charitable Lead Trust)과 생애부동산권(Retained Life Estate)이 있다.

57) 예일 대학의 기부 형태는 유증(Bequest), 연금형 기부(Charitable Gift Annuities), 잔여재산 연금신탁(Charitable Remainder Annuity Trusts), 잔여재산 단일형 신탁(Charitable Remainder Unitrusts), 공익선행신탁(Charitable Lead Trust), 합동수익기금(pooled income fund), 생애부동산권(Retained Life Estate), 유언에 의한 생애수익형 기부(Testamentary Life Income Gifts), 퇴직자산의 기부(Gifts of Retirement Assets) 등이 있다.

제도는 공익 잔여재산 신탁(Charitable Remainder Trust)과 공익 연금형 기부(Charitable Gift Annuity)이다. 공익 잔여재산 신탁과 공익연금형 기부는 기부자가 재산을 이전하고 그 대신에 일정한 반대급부를 받는다는 점에서 기본적으로 동일하고, 그 밖에 기부시점에서 소득공제 혜택을 받고, 기부자의 사망 또는 신탁이나 계약종료시에 기부재산이 대학에 최종적으로 귀속되는 점에서도 같다. 다만, 공익 잔여재산 신탁은 기부자가 재산을 대학이 아니라 신탁에 기부하고 신탁으로부터 일정한 수익을 지급받지만, 공익연금형 기부는 기부자가 재산을 직접 대학에 기부하고 대학으로부터 일정한 수익을 지급받는다는 점에서 양자는 근본적인 차이가 있다.

우리나라의 경우 신탁법이 제대로 발달하지 않은 제도적 현실과 국민의 보편적인 감정에 비추어 볼 때에 미국과 같은 다양한 기부신탁제도를 광범위하게 전면적으로 허용하는 것은 시기 상조라고 할 것이다. 따라서 우선은 미국식의 다양한 기부형태 중 가장 간단한 기부신탁제도를 도입하여 그것에 조세혜택을 부여하는 방식이 적절하다. 즉, 미국대학들이 갖추고 있는 다양한 기부신탁 형태 중에서 가장 단순한 형태인 공익 잔여재산 신탁(Charitable Remainder Trust)과 공익 연금형 기부(Charitable Gift Annuity)에 한하여 우선 도입하는 것이 적당하다고 본다.

이를테면 우리나라의 경우 60세 이상의 개인이 1억원 이상의 현금·유가증권·부동산을 대학에 기부하고, 기부자 또는 기타 수익자(2인까지)가 대학으로부터 정기적으로 고정금액을 지급받는 형태의 단순한 기부신탁 형태에 한하여 세제상 혜택을 주는 것이 증여세 완전포괄주의의 보완으로서도 바람직하다.

위와 같은 내용을 위해서는 다음과 같은 관련 세법의 개정이 필요하다.

#### 다. 관련 법령의 개정<sup>59)</sup>

##### (1) 소득세법 제34조(기부금의 필요경비 불산입) 개정

현행 소득세법 제34조 제2항 제6호에 괄호를 신설하고 앞서 설명한 기부신탁의 내용을 시행령 제80조의 2를 신설하는 등의 방법으로 시행령에 반영한다.

##### (2) 상속세법 제16조(공익법인 등의 출연재산에 대한 상속세 과세가액 불산입) 개정

대학에 기부한 재산에서 생기는 이익이 상속인 등에게 귀속되는 경우에도 대학의 출연재산이 상속세 과세가액에 산입되지 않도록 상속세법 제16조 제3항에 단서를 신설하고, 같은 법 시행령 제12조에 2항을 신설하여 관련 내용을 규정할 필요가 있다.

58) 이에 대한 자세한 내용은 (이전오 2007, 31-46)의 내용을 참조하기 바란다.

59) 이에 대한 자세한 내용은 (이전오 2007, 58-71)의 내용을 참조하기 바란다.

### (3) 상속세법 제17조(공익신탁재산에 대한 상속세과세가액 불산입) 개정

대학이 운영하는 공익신탁의 수익자가 상속인 또는 피상속인이 지정한 자이거나 공익신탁의 종료 시에 잔여신탁재산이 상속인 등에게 귀속되는 경우에도 공익신탁을 통하여 대학에 출연하는 재산가액을 상속세과세가액에 산입하지 않도록 상속세법 제17조를 개정하고 같은 법 시행령 제14조를 대폭 개정하여야 한다.

### (4) 상속세법 제48조 개정

대학이 기부자로부터 출연 받은 재산을 출연자 및 그 친족 등에게 사용·수익하게 하는 경우에도 증여세과세가액 불산입의 혜택을 주도록 상속세법 제48조 제3항 단서를 개정하고, 같은 법 시행령 제39조를 개정하거나 시행령 제39조의 2를 신설할 필요가 있다.

### 라. 완전포괄주의 보완으로서 기부 신탁제도 도입효과

실질적 증여로서 기부금의 신탁제도를 도입하면 증여세 완전포괄주의 보완책으로서 제도적 개선 효과로서, 점차 음성화되고 복잡다기해지는 변칙증여 대신 기부수령자 측면에서는 투명성이 강화되고, 기부자에게는 제도적 편의를 제공받을 수 있을 것이다. 또한 간단한 형태의 기부신탁에 대해서는 단순한 기부와 동일한 세제 혜택을 부여받게 된다. 앞서 언급한 공익 연금형 기부와 공익 잔여재산 신탁은 노령화 사회와 저출산 등으로 인한 문제점에 대응하기 위해 단기간에 도입 가능하고, 이를 통해 대학을 수혜기관에 포함시키는 형태로 수혜자 지정 기부금 제도 역시 병행될 수 있을 것이다. 이로서 대학 기부금에 대한 세제 혜택으로 교육 및 학습의 진정한 의미를 회복하여 향후 고등연구인력 확보 및 사회우수인재 양성계획에 긍정적 효과가 기대된다. 저출산과 고령화 사회에 부딪친 대학재정 위기 탈출 방법의 하나로 고찰해 본 이와 같은 결과는 대학교뿐만 아니라 공익법인 외에 기타 기관 단체 등도 적절히 제도화해서 활용할 수 있을 것이다. 나아가 개선된 기부제도의 유형을 비슷한 상황에 처해 있는 국가들에게 역할모델로서 제도 수출은 물론 국제적 영향력을 확보할 수 있게 될 것이다. 결국 이는 증여세 완전포괄주의 보완은 물론 기부방법의 다양화 기여와 기부문화 확산에 촉매제 역할을 수행할 수 있을 것이다.

## V. 요약 및 결론

1988년에 설립된 헌법재판소는 그 동안 많은 법률에 대하여 위헌심판을 하였는데, 특히 조세법의 영역에서 조세법률주의 또는 조세평등주의에 위배된다는 것을 근거로 하여 위헌결정이 많았다. 즉, 2006년 12월말까지 조세법 분야에 대한 위헌결정의 내역은, 단순위헌결정 34건, 헌법불합치결정 8건, 한정위헌결정 7건, 한정합헌결정 5건으로 집계되고 있다. 아울러, 2004.8.31.까지의 헌법재판소 통계에 따르면, 위헌법률심판사건에 대한 위헌결정(한정합헌, 한정위헌, 일부

위헌, 헌법불합치 결정 등 포함)사건 총수 137건 중 세법과 관련된 건수가 47건에 이르러 약34%를 차지하고 있다(이전오 2008, 267).

예측하지 못한 수단을 통하여 부의 무상이전이 발생하는 데도 불구하고 과세의 근거가 되는 법률규정이 없다는 이유로 과세를 하지 못한다는 것은 결과적으로 조세정의에 어긋나는 것이 된다. 이 점에서 완전포괄주의는 호소력을 지닌다(허상수 1993, 224).

그러나, 조세법률주의를 희생하면서까지 완전포괄주의를 통하여 조세정의를 추구하여야 할 당위성을 판단하기 위해서는 시각을 좀 더 넓혀 전체 조세의 상황과 연계하여 살펴볼 필요가 있다(민태욱 2003, 11-12). 이러한 관점에서 증여세의 경우 현금증여 및 복잡한 거래를 통한다면 과세관청이 과세대상을 파악하기 힘들다. 더군다나 2009년부터 자본시장과 금융투자업에 관한 법률<sup>60)</sup>이 시행됨에 따라 더욱 활성화된 자유경제체제를 선택하고 있는 이상 일반인의 현금 등을 통한 증여대상의 포착은 한계가 있을 수밖에 없으며 완전포괄주의를 적용한다고 해서 어느 정도의 효과가 있을 것인지 의문이 들고, 세수의 획기적인 증대라든지 부의 무상이전의 방지가 획기적으로 향상될 것으로 기대하기는 어렵다.

한편, 조세의 회피 또는 탈루로 인한 조세정의의 문제는 증여세보다는 오히려 소득세·부가가치세·법인세 등에서 광범하게 발생하고 있다. 전체 세수 중에서 소득세·법인세·부가가치세가 대부분을 차지하는 것을 감안하면 조세정의의 확보는 이들 조세에서 더욱 시급한 것이다. 또한 조세탈루는 아니지만 법제도적으로 인정하고 있는 주식양도차액에 대한 비과세·부동산양도에 대한 비과세 및 기준시가과세 등으로 인하여 역시 엄청난 규모의 불평등이 발생하고 있다. 이러한 조세부담의 불평등 역시 국가의 조세행정이 해결하여야 하는 긴급한 문제이다.

따라서, 조세정의의 실현은 소수의 재벌가에 대한 과세만이 대상이 되는, 그렇지만 기대효과를 달성하기 위해서는 위헌론을 감수하여야 하는, 증여세 완전포괄주의보다는 소득세·법인세·부가가치세부분에서의 탈루방지와 평등한 과세를 위한 제도적인 개혁이 더욱 절실하다(민태욱 2003, 12-13). 만약 재벌개혁의 일환으로 추구하는 것이라면 지배구조와 관련된 상법규정<sup>61)</sup> 및 관련규정<sup>62)</sup>들을 개선하는 것이 더 효과적일 것이다.

60) 법률 제9784호로서 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제1조).

61) 주식을 발행한다면 상법상 많은 규제를 받게 되고 또한 공시해야 하며 세간의 관심을 끌게 되지만, 삼성에버랜드 전환사채발행 당시만 해도 사채발행은 그다지 큰 관심을 끌지 않았고 비교적 규제도 적었으며 더욱이 전환사채를 발행한다면 사채를 발행하고 곧 주식으로 전환한다면 주식 발행과도 같은 효과를 누릴 수 있기 때문일 것이다. 또한 1996년 당시에는 전환사채의 주식전환에 관한 기간의 특별한 법률상의 제한이 없었기에 1996. 10 초순경 주주 우선 배정방식으로 에버랜드의 전환사채를 발행할 것을 이사회에서 의결 한 다음 에버랜드의 법인 주주 및 개인 주주들이 에버랜드의 전환사채를 인수할 것을 포기하여 실권하고 실권 전환사채를 제3자인 이x용씨 등에게 배정하였고, 그들은 이를 1996. 12. 17.에 그 전환사채를 1주당 7,700원의 전환가격에 주식으로 각 전환하여 에버랜드 주식의 약 64%

증여세는 증여자와 수증자간에 그 이해관계가 일치하는 경우 증여사실 자체를 은폐하기가 용이할 뿐만 아니라 증여의제의 과세요건과 분여이익의 계산 방법 등이 상증세법에 열거되어야 증여세를 과세할 수 있는 열거주의 과세방식을 채택하고 있었기 때문에 부의 무상이전을 효과적으로 차단하지 못하고 있었다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 단순 열거주의 과세방식에서 진일보하여 제3자를 통한 거래에 대해서는 증여세를 과세할 수 있는 제한적 포괄주의를 1999년 1월 이후에 시행하여 왔다. 또한, 2001년 1월부터는 변칙증여행위가 빈번하게 발생하는 6가지 유형의 자본거래는 증여의제 과세요건과 분여이익의 계산방법을 상증세법에 예시로 규정하고 이와 유사한 자본거래를 통하여 특수관계자에게 무상으로 분여한 이익에 대해서는 증여세를 과세할 수 있는 유형별 포괄주의 과세방식으로 전환하였다. 이러한 조치를 통하여 증여세의 과세범위가 많이 확대되었지만, 변칙적인 상속·증여행위의 대부분이 자본거래를 통하여 일어나고 있는 점을 감안할 때 기존의 과세방식으로는 부의 무상이전을 완전히 방지할 수 없었다고 보았다. 특히 다양한 금융상품과 정보통신산업의 발전에 따라 새로운 거래 유형이 등장할 가능성이 높다는 점 등을 감안하여 다양하고 변칙적인 부의 세습을 차단하기 위해서 완전포괄주의 증여세제를 2004년 1월 1일부터 도입하였다.

그러나 이와 같이 도입된 완전포괄주의가 입법정책적으로 아무리 정당성을 갖는다고 할지라도 일반적 포괄규정의 과세요건이 불명확하고 법률에 이중과세의 위헌성 조항이 있고, 시행령에 증여세 부담자에게 일방적으로 부당한 조항이 있다면, 완전포괄주의는 그 입법목적이 크게 훼손됨은 물론 조세평등에도 위배되는 결과를 초래하게 된다. 따라서 완전포괄주의가 우리사회의 공평과세 및 부의 재분배에 충실히 기여하는 성공적인 제도로 정착하기 위해서는 앞에서 예시한 문제점들에 대해 그에 따른 개선안 및 보완책을 통해 드러난 법령상 흠결들을 헌법상의 조세법률주의와 조세평등주의의 원리에 합치하는 방향으로 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다.

에 해당하는 합계 1,254,777주를 취득하였다. 하지만 우리 상법에서는 1997. 4. 증권관리위원회의 상장법인재무관리규정에 의하여 사모전환사채의 경우 발행 후 1년간 주식전환이 금지되는 반면, 공모전환사채의 경우에는 전환금지기간이 기존 6개월에서 3개월로 단축되었다. 이런 과정을 통하여 비교적 용이하게 전환사채를 발행하고 2달이라는 짧은 기간에 이를 주식으로 전환하여 100억원이라는 자금으로 자산총액이 1조에 육박하는 에버랜드의 최대 주주가 될 수 있었던 것이다.

그러나 개정상법에 의하면 주주 이외의 자에 대한 전환사채의 발행은 엄격한 제한을 두고 있다. 즉 신기술의 도입과 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에만 전환사채를 발행할 수 있도록 하고 있다. 전환사채는 사채라고는 하지만 전환권의 행사로 주식으로 변할 수 있으므로 기존 주주들의 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 즉 전환사채의 발행으로 기존 주주들의 지분이 감소되면서 전환가액에 따라서는 재산적 손실이 발생할 수도 있기 때문이다 (정찬형 2003, 1039).

- 62) 현재 증권 발행 및 공시 등에 관한 규정 제5-21조 내지 제5-23조에서 전환사채의 발행제한 및 전환가액 산정·수정에 대해 규제를 하고 있어, 어느 정도 입법적으로 해결은 되었지만, 증권상장법인에 대해서만 적용하도록 규정되어 있어 삼성에버랜드와 같은 비상장법인에는 적용되지 않기 때문에 비상장법인사채 뿐만 아니라 비상장법인을 모기업으로 하는 기업집단 등에서 편법적인 경영권 승계를 위해 전환사채가 악용될 소지가 남아있다.

## 참고문헌

- 고경희. 2006. “완전포괄주의 과세제도하에서 합리적인 증여세 과세방안에 관한 연구”. 연세대학교 대학원.
- 국세청. 2001. 『2001년 국세통계연보』.
- \_\_\_\_\_. 2008. 『2008년 국세통계연보』.
- 김두형. 2002. “세법상 증여의 개념과 증여의제 규정”. 연세법학연구 제8권 제2호.
- 김선득. 2005. “증여세 완전 포괄주의에 관한 연구”. 상지대학교 대학원.
- 김성수. 2002. “국가과세권과 법치주의 원리”. 정천 허영박사 정년기념논문집. 박영사.
- \_\_\_\_\_. 2004. 『세법』. 법문사.
- 김완석. 2009. 『수증재산에 대한 소득세와 증여세의 경합과 그 조정에 관한 연구』. 한국조세연구소.
- 김 진. 2008. “상속세 및 증여세 과세제도 합리화방안 연구”. 한국조세연구원.
- 김철수. 2004. 『헌법학개론』. 박영사.
- 권영성. 2004. 『헌법학원론』. 법문사.
- 민태욱. 2003. “증여세완전포괄주의의 문제점”. 연세법학연구 9집 2권.
- 박요찬. 2007. “증여세의 포괄증여규정 및 개별 예시규정의 위헌성 연구”. 한국세무학회 춘계학술 발표 논문집. 한국세무학회.
- 성낙인. 2003. 『헌법학』. 법문사.
- \_\_\_\_\_. 박정훈 · 이창희. 2003. “상속세 및 증여세의 완전포괄주의 도입방안에 관한 연구”. 서울대학교 법학 제44권 제4호.
- 소순무. 1997. “조세법의 헌법적 조명”. 헌법 문제와 재판(하). 재판자료 제77집. 법원도서관.
- \_\_\_\_\_. 2007. “2006년 분야별 중요판례분석-조세법”. 법률신문.
- 손원익. 2007. “기부문화 활성화 방안”. 기부문화 활성화 및 공익법인의 투명성 제고방안. 한국조세연구원.
- 오용식. 2004. 4. “증여세완전포괄주의 도입과 조세법률주의”. 월간조세.
- 우창록. 1997. “명의신탁의 증여의제와 조세회피목적”. 판례연구 10집. 서울지방변호사회.
- 유철형. 2009. “완전포괄주의 증여세제의 실태와 개선방안”. 변호사 제39집. 서울지방변호사회.
- 윤지현. 2006. “주식 명의신탁에 관한 증여의제규정의 적용여건에 관하여”. 월간조세 219호. 영화조세통람.
- 이전오. 1992(a). “명의신탁에 대한 증여의제규정의 적용범위(上)”. 인권과 정의 189호. 대한변호사협회.
- \_\_\_\_\_. 1992(b). “명의신탁에 대한 증여의제규정의 적용범위(下)”. 인권과 정의 190호. 대한변호사협회.
- \_\_\_\_\_. 1994.6. “세정개혁의 전제와 과세”. 월간 『공인회계사』.
- \_\_\_\_\_. 2004. “증여세 완전포괄주의 규정의 문제점”. 조세연구 제4집. 한국조세연구포럼.
- \_\_\_\_\_. 2005. 1. “증여세 완전포괄주의의 시행 1년에 즈음하여”, 월간조세.

- \_\_\_\_\_. 2006.8.14. ‘명의신탁재산의 증여의제 규정의 위헌성’. 법률신문.
- \_\_\_\_\_. 2007. “대학의 기부금 신탁제도 도입방안에 관한 연구”. 교육인적자원부.
- \_\_\_\_\_. 2008. “조세법의 헌법합치적 입법론에 관한 연구”. 한국조세연구소.
- 이창희. 1998. “세법의 헌법적 기초에 관한 시론”. 조세법연구Ⅳ. 한국세법학회.
- \_\_\_\_\_. 2006. 『세법강의』. 박영사.
- 임승순. 2008. 『조세법』. 박영사.
- 정기문. 1999. “디오클레티아누스황제의 세제 개혁”. 역사교육 72호. 한국역사교육학회.
- 정지선·김선중. 2006. “명의신탁의 법률관계와 증여세 과세의 타당성 여부”. 조세연구 제6집. 한국조세연구포럼.
- 정찬형. 2003. 『상법강의(상)』. 박영사.
- 최명근. 1997. “포괄증여의제규정의 위헌성 소고”. 조세법연구 Ⅲ. 한국세법학회.
- 최명근. 2001. “상속과세 유형전환 및 합리화에 관한 연구”. 한국조세연구원.
- 허상수. 1993. “상증세법상 증여간주규정”. 조세사건에 대한 제문제(하), 재판자료 제61집. 법원도서관.
- 홍성방. 2002. 『헌법학』. 헌암사.

# A Study on the Complete-Comprehensive System of the Gift Tax

Kim Kap-Soon\* · Chung Ji-Sun\*\* · Lim Gyu-Jin\*\*\*

## 〈Abstract〉

It may be easy to cover up the fact of gift in case that the donor and the donee have the same interests, and thus the gratuitous handover of wealth cannot be effectively blocked. To solve such a problem, the limitary-comprehensive system has taken effect from January 1, 1999. And from January of 2009, 6 cases of capital transactions, from which abnormal gift frequently occurs, are reckoned as a kind of gift and the distribution of profits on the inheritance tax law, and it was converted into the comprehensive system in order that the gift tax can be levied on the profits that were gratuitously distributed to the person with special relationship through the capital transaction similar to it. Such measures have widened the assessable scope of the gift tax, but it appeared that it might be difficult to perfectly prevent the gratuitous handover of wealth in view of the fact that abnormal inheritance and gift are conducted through capital transaction. Particularly from January 1, 2004, the gift taxation based on the complete-comprehensive system has been applied in that there is a strong possibility that transaction will take a new aspect as various financial products have come out and telecommunication industries have been developed.

However, the problem is that although the complete-comprehensive system legislatively deserves enforcing, the complete-comprehensive system may cause remarkable damage to the purpose of legislation and also may be against the principle of tax equity in the event that the requisites to taxation are indefinite, and it may cause double taxation, and the enforcement decree may be unjust for the ones to pay the gift tax. Accordingly, the above-mentioned problems need to be improved and complemented under 'no taxation without representation' and the principle of tax equity, in order that the complete-comprehensive system may be a successful system to contribute to the realization of impartial taxation and the redistribution of wealth.

Thus, it is expected that the complete-comprehensive system will be legislatively ameliorated to the end that it may meet 'no taxation without representation' and the principle of tax equity, and that gift will be researched more deeply.

<Key words> Gift Tax, Schedule System, Comprehensive System, No Taxation Without Representation, Principle of Tax Equity

\* Professor, Business School, Dongguk University

\*\* Ph.D, Assistant Professor, Department of Taxation, Konyang University

\*\*\* Ph.D, Candidate, School of Law, Graduate School, Sungkyunkwan University