

세무학회지
제15권 제6호 2014년 12월 pp.347~368
한국세무학회

명의신탁재산의 증여의제 주요쟁점 및 대안*

-대법원 판례와 헌법재판소 결정 동향을 중심으로-

오문성**

<요 약>

본 논문은 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2에서 규정하고 있는 명의신탁증여의제조항과 관련한 주요쟁점들을 대법원판례와 헌법재판소결정을 통하여 도출하고 이에 대한 대안들을 제시하고자 하였다.

첫째, 명의수탁자에게 명의신탁자가 회피한 세목과 세액에 관계없이 증여로 간주하는 금액에 대하여 증여세로 과세하는 현행 규정은 현행규정이 존치하더라도 나름대로 합리적인 기준을 가지고 운영되어야 할 것이다. 이에 대한 합리적인 기준을 보여준 판례가 대법원 2006.5.12. 선고 2004두 7733판결로서 조세회피목적 이외의 다른 목적이 존재하고 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 명의신탁에 같은 조항 단서 소정의 '조세회피목적'이 있었다고 볼 수는 없다고 판시하였는데 이러한 판결의 태도는 현제도하에서 명의신탁을 증여로 의제함에 있어서 나름대로 타당한 기준으로 적용될 수 있다고 생각한다.

둘째, 명의수탁자가 증여세의 일차적 책임을 부담하는 문제는 납부의무의 전환을 통하여 명의신탁자에게 증여세를 부과하고 명의수탁자의 납부의무를 면제하는 것이 명의수탁자의 억울한 상황에 대한 조세불복을 줄여 행정력의 낭비를 막고 명의신탁자의 명의신탁의 요구에 대한 책임의 구분을 명확히 하는 것이 아닌가 생각한다.

셋째, 납세의무자의 부당한 조세회피를 조세범위의 확장조항으로 해결할 것이 아니라 명의신탁의 증여의제는 본래의 취지에 부합되게 조세의 범위를 증여세로 한정하고 명의신탁을 통하여 추가로 회피되는 세목에 대하여는 각각의 세목에서 회피된 부분을 확인하여 그 해당 세목으로 과세 하는 것이 합당한 방법이라고 생각한다.

넷째, 명의신탁은 여러 가지 다양한 목적으로 이용되고 있다. 다양한 목적 중 조세회피의 목적은 그 중 하나라고 할 수 있다. 어떤 명의신탁도 반드시 조세회피의 목적을 가질 것이라고 추정하는 것은 잘못된 판단이며 명의신탁이 이루어진다면 명의신탁의 목적이 무엇인지에 대하여 면밀히 검토해야 할 필요가 있다. 명의신탁의 목적이 단지 조세회피만을 위하여 이루어진 경우는 조세회피

* 본 연구는 2013년도 1학기 한양여자대학교 교내 연구비의 지원에 의해 수행되었습니다.

** 한양여자대학교 교수, cpaos@hanmail.net, 010-3895-8269

논문접수일 2014년 12월 2일 1차수정일 2014년 12월 20일 2차수정일 2014년 12월 22일

게재확정일 2014년 12월 22일

세액의 규모와 관계없이 과세해야하며, 다른 주된 목적이 있고 의도하지 못한 사소한 조세회피가 사후적으로 이루어진 경우는 다른 주된 목적에 대하여 세법이 아닌 다른 법규의 위반에 대하여 판단하여야 하므로 세법이 관여할 부분은 아니며 의도하지 않은 사소한 회피에 대하여는 회피된 세액과 부과되는 증여세액과의 크기를 비교하여 과도하게 증여세액이 부과되는 것은 아닌지에 대한 판단이 필요할 것으로 생각된다. 마지막으로 주된 목적이 있고 의도하지 못했으나 그 조세회피의 규모가 큰 경우 등은 입법취지상 과세를 하여야 할 것이다.

다섯째, 명의신탁을 증여로 의제하는 상속세 및 증여세법 제45조의2의 규정은 증여로 인한 담세력에 기초하여 과세하기보다는 명의신탁을 규제하기 위한 방법으로서 행정법적인 성격을 지니고 있으므로 조세가 개입하여 규제하는 것은 조세의 고유한 기능이 아니며 만약 명의신탁을 통한 조세회피가 이루어진다면 명의신탁자에게 관련 조세(가산세포함)를 부과하면 되는 것이다. 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2의 규정은 이러한 경우에도 명의신탁자에게 관련 조세(가산세포함)를 부과하지 않고 명의수탁자에게 명의신탁자의 회피된 세목 및 세액과 전혀 관련이 없는 액수의 증여세를 부과하고 있는 것이니 이는 헌법상 비례의 원칙과 평등원칙에 위배되어 장기적으로는 명의신탁으로 회피된 세목과 세액과 대응하여 관련 세목에 상당하는 세액을 부과하는 합리적인 방법을 모색하여야 한다.

〈주제어〉 상속세 및 증여세법 제45조의2, 명의신탁증여의제, 조세회피목적

I. 서론

명의신탁이란, 대내적으로 명의신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리·수익하면서 공부상의 소유명의만을 명의수탁자 앞으로 해 두는 것, 다시 말하면 “당사자 간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 재산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것”을 말한다.¹⁾ 명의신탁에 관한 이론은 이처럼 판례에 의하여 정립되었는데 일제 강점기 토지 및 임야조사에서 종종 소유의 재산을 종종 명의로 사정(査定)받을 수 없어서 종종원 명의로 사정받은 데서 연유한다고 한다(지원림, 민법강의, 홍문사, 2008, 594).

현행 「상속세 및 증여세법」(이하 “「상증세법」”이라 부르기로 한다) 제45조의2 제1항 본문은 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등이 필요한 재산(토지와 건물은 제외)의 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 「국세기본법」 제14조에 따른 실질과세원칙에도 불구하고 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 보아 증여세를 과세한다고 규정하고 있다.

「상증세법」 제45조의2 명의신탁재산의 증여의제(이하 명의신탁증여의제라고 부르기로 한다)은 1974년 12월에 최초로 신설되었는데 그 입법취지는 명의신탁제도를 이용하여 이루어지는 조

1) 대판 1993.11.9. 92다31699

세회피행위를 효과적으로 방지하여 조세징의를 실현한다는 취지에서 국세기본법 제14조의 실질과세원칙의 예외를 인정하고 있는 것이다.

명의신탁은 명의신탁자가 실질적인 소유권자인지만 형식적으로는 명의수탁자의 소유로 등기·등록이 되어있어 그 거래의 실질이 증여인지, 명의신탁인지 분간하기 어려워 과세관청에서 증여세를 과세하면 명의신탁이라고 주장하는 경우도 자주 발생하였다. 그리고 명의신탁을 통하여 증여세를 포함한 기타의 세목에 대한 조세회피가 널리 자행되고 있어서 과세관청은 명의신탁에 대하여 일단 증여로 의제하고 조세회피의 목적 없이 명의신탁을 한 경우는 예외적으로 증여세를 부과하지 않는 내용의 입법을 하게 되었다고 생각한다.

본 논문은 현행 「상증세법」 제45조의2에서 규정하고 있는 명의신탁증여의제조항과 관련한 주요쟁점들을 대법원판례와 헌법재판소결정 동향을 통하여 도출하고 이에 대한 대안들을 제시하고자 하였다.

이를 위하여 제Ⅱ장에서는 현행 조문의 내용을 살펴보고, 제Ⅲ장에서는 본조항과 관련한 주요 대법원판례와 헌법재판소 동향을 검토하여 본 조문의 주요쟁점들을 도출하였다. 제Ⅳ장에서는 도출된 쟁점들에 대하여 살펴보고 이에 대한 나름대로의 대안을 제시하였다. 마지막으로 제Ⅴ장에서는 쟁점 및 대안에 대한 정리를 통하여 결론을 내리면서 마무리 하였다.

Ⅱ. 명의신탁재산의 증여의제조항의 내용

1. 명의신탁재산의 증여의제조항의 대상재산

대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하고 대외적 관계에서는 수탁자가 소유명의를 가지고 있는 명의신탁의 특성상 본조항의 적용대상이 되는 재산은 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등이 필요한 재산이다.

그러므로 명의신탁의 대상은 공부에 의하여 소유관계가 표시되는 재화, 즉 등기·등록에 의하여 공시되는 재화에 한하며, 그러한 재화로 부동산 외에 선박, 자동차, 중기나 건설기계 등을 들 수 있다. 반면 동산은 공부상 그 소유관계가 공시될 수 없기 때문에, 그에 대한 명의신탁이 성립될 여지는 없다(지원림, 앞의 책, 595).

대법원 판례²⁾는 “주권발행 전 주식에 관하여 주주명의를 신탁한 사람이 수탁자에 대하여 명의신탁계약을 해지하면 그 주식에 대한 주주의 권리는 해지의 의사표시만으로 명의신탁자에게 복귀하는 것이고, 이러한 경우 주주명부에 등재된 형식상 주주명義인이 실질적인 주주의 주주권을 다투는 경우에 실질적인 주주가 주주명부상 주주명義인을 상대로 주주권의 확인을 구할 이

2) 대판 2013.2.14. 2011다109708

익이 있다”라고 판시하였고 같은 의미의 판례³⁾로는 “주주명의를 신탁한 사람이 수탁자에 대하여 명의신탁계약을 해지하면 바로 주주의 권리가 명의신탁자에게 복귀하는 것이지 주식의 양도를 위하여 새로 법률행위를 하여야 하는 것은 아니다”라고 판시하여 명의신탁의 법적효력을 판례로 인정하고 있다.

실무에서 대부분의 명의신탁은 토지·건물과 주식의 경우에서 이루어지는데, 토지·건물의 경우 1995년 7월 1일부터 시행된 「부동산신탁자명의등기에관한법률」 제4조에 의하여 명의신탁약정 자체가 무효로 되어있고⁴⁾ 위반시 동법 제5조에 의한 과징금을 부과하게 되어있어 「상증세법」상 명의신탁증여의제조항의 적용을 받는 대부분의 자산은 주식의 경우라고 할 수 있다. 그러므로 명의신탁자산의 대부분을 차지하고 있는 토지·건물과 주식의 경우 명의신탁 규제목적으로 토지·건물은 「부동산신탁자명의등기에 관한 법률」 제5조에 의한 과징금을, 주식의 경우 「상증세법」 제45조의2 증여의제를 그 규제수단으로 사용하고 있다고 할 수 있다.

이런 이유로 「상증세법」 제45조의2 제1항 본문에서 명의신탁 대상재산에서 토지와 건물을 제외함으로써 실제로 주식에 이 조항적용에 대부분을 차지하게 되는 상황이 되었다.

2. 증여의제의 시기

그 명의자로 등기 등을 한 날(그 재산이 명의개서를 하여야 하는 재산인 경우에는 소유권취득일이 속하는 해의 다음 해 말일의 다음 날을 말한다)에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다.⁵⁾

이 규정은 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 보는 시기는 명의자로 등기 등을 한 날이며 그 재산이 소유권이 이전되어 명의개서를 하여야 함에도 불구하고 실제소유자가 명의개서를 하고 있지 않은 경우 소유권 취득일이 속하는 해의 다음해 말일의 다음날에 그 이전소유자(명의자)에게 명의신탁한 것으로 보아 증여세를 과세하겠다는 의미이다. 이는 주식을 취득한자가 주식을 취득하고도 그 이전 소유자명의로 취득자명의로 명의개서를 하지 않는 경우 이를 명의신탁으로 보아 과세할 때 이에 대한 증여시기를 규정한 것이라고 할 수 있다.

3. 명의신탁증여의제조항의 예외적용의 징표로서의 “조세회피목적없음”

명의신탁(토지와 건물은 제외)의 경우 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 보게 되

3) 대판 1992.10.27. 92다16386

4) 동법 제8조에 의하면 종중과 배우자 및 종교단체에 대하여 명의신탁을 허용하는 예외규정을 가지고 있지만 조세포탈, 강제집행의 면탈(免脫), 법령상 제한의 회피를 목적으로 하는 경우는 예외규정을 적용하지 않음으로써 부동산의 경우 비정상적 목적의 명의신탁은 원천적으로 할 수 없게 규정하고 있다.

5) 「상증세법」 제45조의2 제1항 본문

지만 여기에도 두 가지의 예외사항⁶⁾이 있다.

조세 회피의 목적 없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 하거나 소유권을 취득한 실제소유자 명의로 명의개서를 하지 아니한 경우와 주식 또는 출자지분(이하 이 조에서 “주식 등”이라 한다) 중 1997년 1월 1일 전에 신탁이나 약정에 의하여 타인 명의로 주주명부 또는 사원명부에 기록되어 있거나 명의개서 되어 있는 주식 등에 대하여 1998년 12월 31일까지의 기간(이하 이 조에서 “유예기간”이라 한다)에 실제소유자 명의로 전환한 경우. 다만, 그 주식 등을 발행한 법인의 주주 또는 출자자(이하 이 조에서 “주주 등”이라 한다)의 대통령령으로 정하는 특수관계인 및 1997년 1월 1일 현재 미성년자인 사람의 명의로 전환한 경우에는 그러하지 아니하다.

『상증세법』 제45조의2 제1항 제1호와 2호는 명의신탁증여의제조항의 예외적 적용의 징표로서 명의신탁을 했음에도 불구하고 조세회피의 목적이 없다든지, 주식 등을 법이 정한 유예기간 내에 실제소유자명의로 전환한 경우 등을 규정하고 있는데 2호의 내용은 법이 요구하는 기간 내에 그 의무를 이행함으로써 증여의제조항이 적용되지 않는 경우이므로 별도의 고찰이 필요한 부분이 아니므로 넘어가고 많은 논쟁거리를 제공하고 있는 “조세회피목적”에 대하여 고찰해보고자 한다.

조세회피는 절세의 경우와 같이 조세부담의 경감을 합법적인 수단에 의하여 도모하나 그것이 조세법규가 예정하지 않은 비정상적 행위에 해당하는 경우이다.(이태로·한만수, 조세법강의, 박영사, 33) 조세회피는 적법한 절세와 위법인 탈세의 중간영역이기는 하지만 과세관청에서는 넓은 의미의 탈세로 보고 있다.⁷⁾

판례는 조세회피행위의 성립에 조세회피의 의도라는 주관적 요건은 필요하지 않다고 보고 있어⁸⁾ 제반거래 형태를 빙자하여 남용함으로써 조세부담을 부당하게 회피하거나 경감시킬 것을 기도하는 뿐만 아니라 이와 같은 의도가 없더라도 그 거래형태가 경제적 합리성을 무시하였다고 인정되는 경우는 조세회피행위의 존재를 인정하여야 한다.

타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우, 실제소유자 명의로 명의개서를 하지 아니한 경우 및 유예기간에 주식 등의 명의를 실제소유자 명의로 전환하지 아니하는 경우에는 조세 회피 목적이 있는 것으로 추정⁹⁾하고 있어 조세회피의 목적이 없음은 이를 주장하는 명의자에게 입증할 것을 요구하고 있다.¹⁰⁾

6) 『상증세법』 제45조의2 제1항 제1호 및 2호

7) 조세회피라는 용어는 대부분 과세관청에서 사용하고 있으며 과세관청에서 조세회피라는 용어를 사용할 때는 탈세라는 의미로 사용할 때가 많다. 하지만 이에 관하여 납세자와 다툼이 있는 경우 법원에서 납세자의 주장을 인용 또는 기각함에 따라 사후적으로는 절세와 탈세라는 2분법적 분류가 될 수밖에 없다.

8) 대판 1983.12.13. 80누496판결

9) 『상증세법』 제45조의2 제2항 다만, 단서조항에서 양도자가 『소득세법』 제105조(예정신고) 및 제110조(확정신고)에 따른 양도소득 과세표준신고 또는 『증권거래세법』 제10조에 따른 신고와 함께 소유권 변경 내용을 신고하는 경우에는 추정조항을 배제하고 있다.

10) 대판 1995.11.14. 94누 11729

4. 회피되는 조세의 범위

현재 명의신탁증여의제조항의 적용을 받는 조세회피목적이 있는 경우에서의 조세란 국세 및 지방세와 관세를 말한다.¹¹⁾ 현행의 「상증세법」은 위와 같이 조세의 범위를 확장하여 모든 조세를 포함하고 있지만 이규정을 연혁 적으로 고찰해보면 초기에는 조세의 범위를 증여세로 한정하고 있었다는 것이 관찰된다. 대법원¹²⁾은 구 상속세법 제32조의2 제1항의 규정은 명의신탁제도를 “증여세를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것을 방지”하려는 데 그 입법취지가 있는 것으로 보고 그 등기 등의 명의를 달리하게 된 것이 증여세를 회피하기 위한 것이 아니라 금융기관으로부터의 금융상의 제재와 고율의 지방세를 모면하기 위한 임시방편 즉, 법령상의 제한이나 기타 이와 유사한 부득이한 사정 때문 이라고 판단하여 이를 증여의제로 볼 수 없다고 판시하여 회피되는 조세를 증여세로 한정하는 판결을 내렸다.

Ⅲ. 대법원판례 및 헌법재판소결정 동향

1. 명의신탁증여의제규정의 위헌성판단(본질적 문제)

명의신탁증여의제규정의 입법 취지는 명의신탁제도를 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지하여 조세정의의 실현한다는 취지에서 실질과세원칙에 대한 예외를 인정¹³⁾한 것이어서 담세력에 기초하여 과세하기 보다는 명의신탁 그 자체를 규제하기 위한 것으로 생각되고 있다. 실질적으로 증여가 아닌데도 증여로 간주하여 명의수탁자를 증여세의 일차적 납세의무자로 규정하는 것은 징벌적인 성격이 강하며 징벌적 성격을 감안하더라도 명의신탁의 원인 제공자인 명의수탁자를 일차적 납세위무자로 규정하지 않은 것은 증여세의 과세구조의 논리적 틀을 깨지 않으려는 데 집착하여 헌법상의 조세공평주의를 위배했다는 비판을 면하기가 어렵다.

행정벌적 증여세를 부과하는 것에 대하여 헌법재판소는 “국가가 과세권을 행사함에 있어 조세의 회피나 면탈을 억제하기 위한 규정을 두는 것과 담세력에 따른 공평한 부담의 실현 수단으로 과세의 종목과 과세방법을 선택하는 등 조세정의의 실현과 국가의 과세기능 측면에서 생기는 여

타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 부동산은 그 명의자로 등기를 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 보되, 다만 그 명의자로의 등기에 있어서 조세회피 목적이 없는 경우에는 그러하지 아니한 것으로 보아야 하고, 이때 그 명의자로의 등기에 있어서 조세회피 목적이 없었다는 점에 관한 입증책임은 이를 주장하는 명의자에게 있다.

11) 「상증세법」 제45조의2 제6항

12) 대판 1992.3.10. 91누 3956

13) 대판 2004. 12. 23. 2003두13649

러 문제를 조정·결정하는 것은 입법자의 광범한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌무효라고 단정할 수 없다”¹⁴⁾라고 하여 합헌결정을 했고, 조세법률주의와 조세평등주의에 위배되는지의 여부에 관하여는 구 상속세법 제32조의2 제1항은 형식적으로나 실질적으로 조세법률주의에 위배되지 아니하고, 국세기본법 제14조의 실질과세원칙의 예외내지는 특례를 둔 것만으로 조세평등주의에 위배되지도 않는다고 하면서 다만, 당해 법률조항에는 무차별한 증여의제로 인한 위헌의 소지가 있으므로 예외적으로 조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고 이와 같이 해석하는 한 헌법 제38조, 제59조의 조세법률주의 및 헌법 제11조의 조세평등주의에 위배되지 않는다는 한정합헌¹⁵⁾ 결정을 내렸다. 즉, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 내렸다.

위의 헌법재판소 결정은 행정벌적 증여세를 부과하는 것에 대하여 입법자의 광범한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌무효라고 단정할 수 없다고 하였으며 조세법률주의와 조세평등주의에 위배되는지의 여부에 관하여는 조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고 이와 같이 해석하는 한 합헌이라는 한정합헌 결정을 내렸다. 이러한 한정합헌 결정에 의하여 1990.12.31. 관련법 개정시 “조세회피의 목적없이”라는 문구가 법률문에 삽입되었다.

명의신탁 증여의제는 명의신탁자의 필요에 의하여 명의수탁자의 명의를 빌려 거래를 하는 경우로서 이는 국세기본법 제14조에 의한 실질과세원칙상 명의신탁자가 명의수탁자에게 증여를 한 것이 아니기 때문에 형식적인 수증자로 보이는 명의수탁자에게 증여세를 부과할 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 과세관청이 명의신탁자가 명의수탁자에게 실제증여를 한 것 인지 명의신탁을 한 것 인지를 분간하기 힘들기 때문에 증여로 의제하여 명의수탁자를 증여세의 일차적 납세의무자로 규정한 것은 담세력이 전혀 없는 명의수탁자에게 과세함으로써 실질적 조세법률주의와 조세평등주의에 위배된다는 생각이다. 탈법목적으로 자주 이용되는 명의신탁거래를 규제하기 위한 수단으로 증여의제를 사용하기 보다는 명의신탁거래를 한 명의신탁자와 명의수탁자에게 그 책임의 크기에 따라 과징금을 부과하고 실제 명의신탁으로 명의신탁자가 회피 하거나 당해 세목(가산세포함)으로 과세함이 수단의 적절성에 부합되는 방법이라고 생각한다.

2. 명의신탁증여의제의 경우 조세회피에서 조세의 범위

조세의 범위와 관련하여 대법원은 “구 상속세법 제32조의2 제1항의 규정은 명의신탁제도를 증여세를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것을 방지하려는 데 그 입법취지가 있는 것으로 보

14) 헌재 1998.4.30. 96헌바87, 97헌바5·29(병합) 전원재판부

15) 헌재 1989.7.21. 89헌마38 전원재판부

고 그 등기 등의 명의를 달리하게 된 것이 증여세를 회피하기 위한 것이 아니라 법령상의 제한이나 기타 이와 유사한 부득이한 사정 때문 이라면 이를 증여로 볼 수 없다고 판시”하였다. 이 사안에서는 명의신탁의 이유가 증여세를 회피할 목적이 아니고 금융기관으로부터의 금융상의 제재와 고율의 지방세를 모면하기 위한 임시방편으로 이루어진 것으로 판단하여 증여의제 규정을 적용할 수 없다고 한 판결이다.¹⁶⁾

이에 반하여 이후 헌법재판소는 명의신탁증여의제 조항의 요건을 구성하고 있는 조세회피목적의 “조세”를 증여세이외의 다른 조세를 포함한다고 하는 것이 합헌적인 올바른 해석이라는 결정을 내렸다.¹⁷⁾

하지만 명의신탁의 증여의제조항은 그 실질이 증여임에도 조세를 회피하기 위하여 명의신탁이라고 주장하는 것을 방지하기 위해서 명의신탁이라는 형식에 불구하고 실질이 증여로 보이기 때문에 증여로 의제한다는 규정으로서 명의신탁제도를 증여세를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것을 방지하려는데 그 입법취지가 있으므로 증여세의 부과대상이 되는 것은 증여와 명의신탁으로 은폐된 증여뿐이라고 보아야한다고 하여 조세의 범위를 증여세로 좁게 해석하는 반대 의견도 있었다.

조세범위의 확장에 동조하는 취지의 현재결정¹⁸⁾으로는 증여세 이외의 다른 조세를 명의신탁에 의하여 회피하는 행위를 제재하기 위하여 그러한 명의신탁에 대하여 조세회피의 목적을 추정하고, 이를 증여로 추정할 수 있도록 조세범위를 확장하는 조항은, 증여세회피의 경우에 관하여 그 입법목적이 정당하고 그 수단이 입법목적의 달성에 적합하며 최소 침해의 원칙에 어긋나지 아니하고 법익 간의 비례가 유지되므로, 비례의 원칙에 대한 침해라고 할 수 없고 평등의 원칙에도 어긋나지 않는다는 결정이 있었다.

조세범위와 관련하여 초기의 대법원판례는 증여세에 국한하였으나 이후 헌법재판소는 명의신탁증여의제 조항의 요건을 구성하고 있는 조세회피목적의 “조세”를 증여세이외의 다른 조세를 포함한다고 하는 것이 합헌적인 올바른 해석이라는 결정을 내렸다. 하지만 조세회피목적의 조세를 증여세에 국한하지 아니하고 증여세이외의 국세, 지방세, 관세까지 확장하는 조세범위의 확장은 명의신탁을 증여의제로 의제하는 기본적인 입법취지가 명의신탁과 실질적인 증여를 잘 분간할 수 없어 증여로 의제하는 것인 만큼 여기에서 더 나아가 다른 세목까지 확장하는 것은 그 방법이 적절하다고 볼 수 없고 만약 명의신탁으로 인하여 회피된 세액이 다른 세목에서 발생했다면 그 세목에서 적절한 방법으로 과세하는 것이 합당하다고 할 것이다. 그리고 명의신탁이 사실인 경우 형식적인 소유자인 명의수탁자에게 외양상 수증자의 지위에 있다고 해서 일차적인 증여세의 부담 의무를 지우는 것은 담세능력을 전혀 고려하지 않아 조세평등주의에도 위배된다고 보아야 한다.

16) 대판 1992.3.10. 91누 3956

17) 헌재 1998.4.30. 96헌바87 전원재판부(병합 ; 헌재97헌바5, 헌재97헌바29, 1998.4.30.)

18) 헌재 2004.11.25. 2002헌바66 전원재판부(찬성5 : 반대4)

3. 조세회피 된 세액과 부과된 증여세액의 크기비교에 따른 조세회피 목적유무 판단의 문제

본 사안과 관련된 대법원판례¹⁹⁾의 고등법원원심²⁰⁾은 명의신탁으로 인하여 실제로 발생하는 조세차질의 규모는 이 사건 주식양도에 대한 양도소득세 계산 시 원고 명의의 인적공제 2,500,000원으로 인하여 감소된 세액 250,000원뿐이고 그 외 어떠한 조세차질도 발생하지 않은 사실 등을 인정하여 이 사건 주식에 대한 명의신탁은 조세회피의 목적 없이 법령상의 제한이나 기타 이와 유사한 부득이한 사정으로 인하여 이루어진 것이라고 봄이 상당하므로, 구 상속세 및 증여세법 제41조의2의 규정에 의하여 증여로 의제할 수 없다고 판단하였으나 이를 파기환송하고 실제로 양도소득세 250,000원 상당이 감액된 점 등을 감안하면, 최모씨가 원고에게 이 사건 주식을 명의신탁 함에 있어 누진세인 종합소득세 등 조세의 부담을 경감시키려는 등의 조세회피 목적이 없었다고 단정할 수는 없다고 판시하여 증여세부과에 정당성을 부여하였다.

1995년부터 2006년까지의 대법원판례는 명의신탁의 경우 실제 조세회피가 이루어진 경우는 물론이고 조세회피가 이루어질 개연성이 있는 사정만으로도 조세회피의 목적이 있다고 인정하였으며 조세회피가 이루어진 경우도 실제 경감된 세액이 부과된 증여세액과 비교하여 매우 미미한 금액임에도 불구하고 조세회피의 목적이 있다고 함으로써 조세회피의 목적의 해석을 매우 넓게 가져가고 있었다.

본 대법원 판례는 원심인 (서울고법 2003.10.9. 선고 2003누1686)판결을 파기환송한 건으로서 원심에서는 원고 명의의 인적공제 2,500,000원으로 인하여 감소된 세액 250,000원뿐이고 그 외 어떠한 조세차질도 발생하지 않은 사실 등을 인정하여 이 사건 주식에 대한 명의신탁은 조세회피의 목적 없이 법령상의 제한이나 기타 이와 유사한 부득이한 사정으로 인하여 이루어진 것이라고 보아서, 구 상속세 및 증여세법 제41조의2의 규정에 의하여 증여로 의제할 수 없다고 판단하였으나 대법원은 감소된 세액이 250,000원이라는 것은 인정하였으나 금액이 미미하다는데 착안하기보다는 조세의 부담을 경감시키려는 등의 조세회피의 목적이 없었다고 볼 수 없어 증여세를 부과하는 것이 정당하다는 판결을 함으로써 감소된 세액과 부과되는 증여세액의 비교보다는 사후적으로 조세회피가 된 사실에 주안점을 둠으로써 증여의제에 대하여 엄격한 잣대를 적용하였다. 하지만 납세자가 미미한 조세회피를 위하여 큰 금액의 증여세를 부담하는 위험을 감수하리라고 생각이 되지 않는 만큼 대법원의 판단이 비례의 원칙에 비추어 비판받을 여지가 있다고 생각한다.

4. 명의신탁 증여의제시 명의수탁자와 명의신탁자의 납세의무

증여세의 경우 수증자는 증여세를 납부할 의무가 있다. 단, 수증자가 주소나 거소가 분명하지

19) 대판 2004.12.23. 2003두13649

20) 서울고법 2003.10.9. 2003누1686

아니한 경우로서 조세채권(租稅債權)을 확보하기 곤란한 경우나 증여세를 납부할 능력이 없다고 인정되는 경우로서 체납으로 인하여 체납처분을 하여도 조세채권을 확보하기 곤란한 경우는 증여자는 수증자가 납부할 증여세를 연대하여 납부할 의무를 지는 것이 증여세납부와 관련한 일반적인 원칙이다.²¹⁾

명의신탁증여의제의 경우 명의신탁자는 증여자로 명의수탁자는 수증자로 간주됨으로 일반적 납부기준에 의한다면 명의수탁자가 일차적 납부의무를 지게 되어 있고 명의신탁자가 연대납세의무를 진다고 할 수 있는데 일반적 원칙과의 차이점은 위의 두 가지의 조건을 만족시키지 못하더라도 명의신탁자가 명의수탁자가 납부할 증여세를 연대하여 납부할 의무를 부담하게 규정하고 있다는 것이다. 이것은 나름대로 명의수탁자가 세부담의 원인을 제공한 만큼 명의수탁자의 책임을 더욱 강화시킨 것이라고 할 수 있다. 하지만 명의신탁의 경우 명의신탁으로 인한 이익을 향유하는 자는 명의신탁자이고 명의신탁자의 요청에 의하여 명의수탁자는 대부분 선의로 그 요청에 따르는 것이 일반적인 상황이므로 증여세의 일차적인 책임을 명의수탁자에게 부담하게 하는 것은 적절한 책임의 배분이라고 볼 수 없다.

이러한 비판과 관련하여 헌법재판소²²⁾는 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 중 누구에게 일차적인 납세의무를 부과할 것인지의 문제는 입법의 재량에 속하고, 명의신탁자와 명의수탁자의 납세책임을 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하는 차별취급은 증여세의 회피기도를 효과적으로 차단하고자 하는 합리적인 이유가 있으므로 평등의 원칙에 어긋나지 않는다고 하였다.

하지만 일반적으로 명의신탁자보다 상대적으로 가벼운 책임을 물어야 할 명의수탁자에게 명의신탁자에 앞서 일차적인 증여세의 납부의무를 지우는 것은 과중한 결과를 초래하게 되어, 심판대상조항들에 의하여 입게 되는 명의수탁자의 불이익은 조세정의와 조세공평의 실현이라는 공익에 비해 훨씬 크다고 할 수 있어서 법익간의 균형성을 잃고 있으며, 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 비례의 원칙에도 위배된다고 할 수 있다.

5. 조세회피목적 이외의 다른 목적이 있었다고 인정되는 경우의 문제

명의신탁은 명의신탁자의 다양한 이유에 따라 이루어지므로 그 이유를 몇 가지로 단순하게 정리하기는 힘들다. 명의신탁증여의제의 대상이 되는 조세회피목적도 그 중 하나이기는 하지만 조세회피목적 이외에도 여러 가지목적이 있을 수 있다. 조세회피목적 이외의 다른 목적이 인정되어 명의신탁증여의제로 보지 않은 경우는 위에서 상법상 발기인 수 증족을 위해서²³⁾와 회사업

21) 「상증세법」 제4조 제4항

22) 헌재 2005.6.30. 2004헌바40 전원재판부(병합 ; 2005헌바24)

23) 대판 2006.5.12. 2004두7733

무처리 절차상의 번거로움을 피하기 위하여²⁴⁾ 등이 있는데 이 경우 에도 다른 목적이 있었다는 것에만 그치지 않고 대부분 조세회피의 가능성이 있을 것으로 기대만 되어서 실현되지 않았거나 아예 조세회피의 가능성이 없거나, 조세회피가 이루어졌다고 하더라도 미미한 경우의 부수조건을 만족시키는 경우에 조세회피의 목적이 없는 것으로 법원은 판단하고 있다.

대법원은 원심²⁵⁾이 원고를 명의수탁자로 하여 주식을 인수함으로써 세법상 각종의 불이익을 받는 과점주주로서의 지위를 면하게 되었고, 소외 2 회사의 이익잉여금이 23억 원을 초과하고 있어 소외 2 회사의 대표이사인 소외 1로서는 언제든지 배당을 실시하여 종합소득세 등을 회피할 가능성이 있었던 점, 주식을 명의신탁한 후 신탁자가 자녀 등에게 해당 주식을 증여하면서 수탁자가 자녀 등에게 매도하는 것처럼 가장함으로써 증여세와 양도소득세의 차액을 회피할 수도 있는 점 등에 비추어 보면, 소외 1이 원고 이름으로 이 사건 제2 주식을 인수함에 있어 조세를 회피할 목적이 있었다고 판단하였으나 고등법원으로 파기환송하였다. 대법원의 판단은 구 상법상 요구되는 발기인의 수를 충족시킬 목적으로 명의신탁을 한 경우 조세회피이외의 뚜렷한 목적이 존재하고 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 명의신탁에 같은 조항 단서 소정의 ‘조세회피목적’이 있었다고 볼 수는 없다고 판시²⁶⁾하였다. 이와 같은 취지의 판례로는 명의신탁의 원인이 조세회피 목적이 아니라 종전의 명의신탁을 해지하고 명의신탁자인 전모씨 앞으로 명의를 회복하는 데 따른 번잡한 절차를 회피하고자 하는 목적이 있었다고 볼 것이고, 그 명의신탁에 부수하여 전모씨가 회피할 수 있는 조세는 양도소득세 정도인데 그 액수가 미미한 점 등에 비추어 이 사건 명의신탁의 목적이 조세회피를 위한 것이라고 단정할 수 없다고 판단한 판례²⁷⁾가 있다.

명의신탁의 경우 그 목적을 분류해보면 증여의제로 간주하기 위한 조세회피의 목적과 조세회피 이외의 목적으로, 조세회피의 금액기준으로 분류해본다면 그 금액이 큰 경우와 미미한 경우로 개념적으로 분류할 수 있다. 목적을 분류하는 경우 사후적으로 조세회피의 목적과 그 이외의 목적이 혼재되는 경우도 상정할 수 있을 것이다. 우리 판례는 조세회피를 판단함에 있어서 그 의도를 기준으로 삼지는 않으므로 결과적으로 조세회피의 금액이 큰 경우는 조세회피목적 이외의 목적이 뚜렷하다고 하더라도 증여의제를 피하기가 힘든 상황이며 단지 증여의제의 상황을 피해갈 수 있으려면 조세회피목적 이외의 뚜렷한 목적이 존재하고 조세회피금액이 미미한 경우만 가능할 것으로 생각된다. 앞에서 이미 검토한바 있지만 2006년을 기점으로 그 이전 대법원 판례는 명의신탁의 경우 조세회피가 이루어질 개연성이 있는 사정만으로도 조세회피의 목적이 있다고 인정하였으며 조세회피가 이루어진 경우도 실제 경감된 세액이 부과된 증여세액과 비교하여

24) 대판 2006.5.25. 2004두13936

25) 원심 서울고법 2004.6.18. 2003누9499

26) 대판 2006.5.12. 2004두7733

27) 대판 2011.3.24. 2010두24104

매우 미미한 금액임에도 불구하고 조세회피의 목적이 있다고 판시하는 경향이 있었음에 반해 이후의 판례는 조세회피목적 이외의 다른 목적이 있었는지에 대한 검토를 하여 다른 목적이 있고 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 경우는 조세회피목적이 없다고 판단하고 있다.

하지만 조세회피목적 이외의 목적과 동시에 조세회피 목적을 가지고 있는 것으로 법원이 판단한 경우는 증여의제로 증여세를 부과하는 것이 타당하다고 판단하였다.²⁸⁾ 갑 회사는 자사주에 관하여 개인주주들과 명의신탁약정을 하면서 주가관리라는 주된 목적 외에 자기주식을 갑 회사 명의로 실명 전환하여 매각할 경우 발생할 법인세 부담을 회피하려는 목적도 갖고 있었다고 본 사례의 경우 조세회피목적 이외의 목적(주가관리)과 조세회피(법인세부담회피)라는 두 가지 목적이 있는 것은 당연히 조세회피의 목적이 있는 것으로 보아 증여세를 과세하는 것이 타당하다고 보았다.

6. 이익잉여금의 자본전입으로 인한 무상주의 증여의제대상여부

주식의 실제소유자와 명의자가 다른 상태에서 주식 발행법인이 이익잉여금을 자본에 전입함에 따라 명의인에게 무상주가 배정된다면 해당무상주도 추가적으로 증여의제의 대상이 되는지에 대한 판단이 필요하다. 대법원²⁹⁾은 명의인에게 무상주가 배정되더라도 발행법인의 순자산이나 이익 및 실제주주의 지분비율에는 변화가 없으므로 실제주주가 무상주에 대하여 자신의 명의로 명의개서를 하지 아니하였다고 해서 기존 주식의 명의신탁에 의한 조세회피 목적 외에 추가적인 조세회피 목적이 있다고 할 수 없는 점 등을 고려하면, 특별한 사정이 없는 한 기존 명의신탁 주식 외에 이익잉여금의 자본전입에 따라 기존 명의수탁자에게 보유주식에 비례하여 배정된 무상주는 구 「상증세법」 제45조의2 제1항 본문에 의한 증여의제 규정의 적용대상이 아니라고 판시하였다. 이익잉여금의 자본전입의 경우 기업회계에서 자산의 증가로 보지 않는 것과는 별개로 세법은 의제배당으로 보아 과세하는 것이 일반적이지만 증여의제의 대상이 되기 위해서는 조세회피의 목적이 있어야 하는데 무상주수령의 경우 조세회피의 추가적인 목적이 개입되었다고 할 수 없으므로 증여의제의 대상이 아니라는 법원의 판단은 수긍할 수 있다.

7. 명의신탁재산 해지 반환 시 「상증세법」 제31조 제4항의 적용여부

증여를 받은 후 그 증여받은 재산(금전은 제외한다)을 당사자 간의 합의에 따라 신고기한 이내에 반환하는 증여반환의 경우에는 처음부터 증여가 없었던 것으로 보지만 반환하기 전에 과

28) 대판 2011.9.8. 2007두17175

29) 대판 2011.7.14. 2009두21352

세표준과 세액을 결정 받은 경우에는 그러하지 아니하다.³⁰⁾ 명의신탁의 경우 명의신탁재산에 대하여 명의신탁을 해지하고 반환하는 경우, 명의신탁을 해지하고 그 소유 명의를 실질소유자로 변경하였다고 하더라도 명의신탁의 효력이 소급하여 소멸하는 것은 아니므로 여전히 증여세의 부과대상이 된다고 판단한 원심³¹⁾을 파기환송하고 구 「상증세법」 제31조 제4항은 증여로 의제된 명의신탁재산에 대하여 명의신탁을 해지하고 반환하는 경우에도 적용된다고 보아야 하고, 이는 명의수탁자가 명의신탁 받은 재산을 명의신탁자 명의로 재산을 반환하는 경우뿐 아니라 명의신탁자의 지시에 따라 제3자 명의로 반환하는 경우도 마찬가지라고 보아야 한다고 판시하여 「상증세법」 제31조 제4항이 명의신탁재산 해지 반환 시에도 적용된다고 판시하였다.

「상증세법」 제31조 제4항에서 동법 제45조의2에 의하여 증여로 의제되는 명의신탁에 대하여 위 규정의 적용을 배제하는 규정을 따로 두고 있지 않고, 증여세 과세표준 신고기한 내에 당사자들의 합의에 의하여 증여재산을 반환하는 경우나 명의신탁 받은 재산을 반환하는 경우 모두 그 재산을 수증자 또는 명의수탁자가 더 이상 보유하지 않게 된다는 면에서 실질적으로 다르지 않으므로 「상증세법」 제31조 제4항은 증여로 의제된 명의신탁재산에 대하여 그 명의신탁을 해지하고 반환하는 경우에도 당연히 적용된다고 보아야 한다.

IV. 명의신탁재산의 증여의제조항의 문제점 및 개선방향

1. 미미한 조세회피액수에 대하여 과도한 증여세액부과와 관련된 문제

명의신탁의 경우 명의신탁을 하기를 희망하는 명의신탁자의 입장에서 보면 조세포탈의 목적을 전혀 의도하지 않은 여러 가지 복잡다기한 원인이 있을 수 있다. 판례는 조세회피행위의 성립에 조세회피의 의도하는 주관적 요인은 필요하지 않다고 보고 있으므로³²⁾ 명의신탁자는 조세포탈목적을 전혀 고려하지 않고 명의신탁을 하였으나 사후적으로 명의신탁이 문제된 상태에서 과세관청은 명의신탁자의 조세포탈을 인지할 수가 있다. 그런데 이 과정에서 의도하지 않은 조세포탈액과 명의신탁 증여의제로 부과되는 증여세액의 차이가 크다면 이를 부과할 때 비례의 원칙측면에서 적절한가를 검토하여야 할 것이다. 대법원은 주식의 명의신탁으로 주식양도에 대한 양도소득세를 산정함에 있어서 원고 명의의 양도소득기본공제가 이루어져 실제로 양도소득세 250,000원 상당이 감액된 점 등을 감안하면, 최모씨가 원고에게 이 사건 주식을 명의신탁 함에 있어 누진세인 종합소득세 등 조세의 부담을 경감시키려는 등의 조세회피 목적이 없었다고

30) 「상증세법」 제31조 제4항

31) 부산고법 2011. 4. 6. 2009누7233

32) 대법 1983.12.13. 선고 80누496판결 확인요망

단정할 수는 없다³³⁾고 하여 명의신탁으로 인하여 실제로 발생하는 조세차질의 규모는 이 사건 주식양도에 대한 양도소득세 계산 시 원고 명의의 인적공제 2,500,000원으로 인하여 감소된 세액 250,000원뿐이고 그 외 어떠한 조세차질도 발생하지 않은 사실 등을 인정하여 이 사건 주식에 대한 명의신탁은 조세회피의 목적 없이 법령상의 제한이나 기타 이와 유사한 부득이한 사정으로 인하여 이루어진 것이라고 봄이 상당하므로, 구 상속세 및 증여세법 제41조의2의 규정에 의하여 증여로 의제할 수 없다고 판단한³⁴⁾ 원심을 깨고 고등법원에 파기환송 함으로써 명의신탁으로 인한 의도하지 않은 조세회피액이 부과되는 증여세액과 비교하여 미미하더라도 조세회피의 목적이 없었다고 볼 수 없기 때문에 증여세부과는 정당하다고 판시하였다.

그러나 이후 대법원은 단지 장래 조세경감의 결과가 발생할 수 있는 가능성이 존재할 수 있다는 막연한 사정만이 있는 경우, ‘조세회피목적’이 있었다고 볼 수 없고 명의신탁이 조세회피목적이 아닌 다른 이유에서 이루어졌음이 인정(예, 상법상 요구되는 발기인 수 충족목적)되고 그 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 명의신탁에 같은 조항 단서 소정의 ‘조세회피목적’이 있었다고 볼 수는 없다고 판시³⁵⁾함으로써 명의신탁자가 조세회피목적이 다른 이유가 명의신탁의 주된 이유이고 그에 부수하여 의도하지 않은 조세 경감액이 부과되는 증여세액과 비교하여 미미하다면 조세회피목적이 있다고 볼 수 없어 증여세를 부과할 수 없다고 판시하였는데 이와 같은 판례의 동향은 2010두24104의 판결의 내용³⁶⁾에도 이어지고 있다. 이와 같은 판례태도의 변화는 명의신탁의 경우 세법이 증여로 의제함에 있어서 조세회피목적이 아닌 다른 주된 목적이 있었고 이로 인하여 사후적으로 미미한 조세회피가 있는 경우는 증여세를 부과하지 않는 것이 그 입법취지에 부합된다고 판단한 것으로서 본법의 적용에 있어서 비례의 원칙측면에서 합당한 판결이라고 생각되지만 이러한 판결이 계속될지는 아직도 의문이다.

2. 명의신탁에 있어서 증여세를 부과하더라도 그 원인행위를 제공한 명의수탁자에게 증여세의 1차적인 납부의무를 부담시키는 것이 합당한가의 문제

본래 증여세는 수증자가 1차적으로 증여세를 납부할 의무가 있으나 수증자의 주소나 거소가

33) 대법원 2006.5.12. 선고 2003두13649판결

34) 서울고등법원 2003.10.9. 선고 2003누1686 판결.

35) 대법원 2006.5.12. 선고 2004두 7733판결

36) 원심은 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 이에 기초하여, 이 사건 주식의 명의신탁은 조세회피 목적이 아니라 종전의 명의신탁을 해지하고 명의신탁자인 전모씨 앞으로 명의회복하는 데 따른 번잡한 절차를 회피하고자 하는 목적이 있었다고 볼 것이고, 그 명의신탁에 부수하여 전모씨가 회피할 수 있는 조세는 양도소득세 정도인데 그 액수가 미미한 점 등에 비추어 이 사건 명의신탁의 목적이 조세회피를 위한 것이라고 단정할 수 없다고 판단하였다.

분명하지 아니한 경우로서 조세채권을 확보하기 곤란한 경우나 증여세를 납부할 능력이 없다고 인정되는 경우로서 체납으로 인하여 체납처분을 하여도 조세채권을 확보하기 곤란한 경우에 한하여 증여자가 수증자와 연대하여 증여세를 납부할 의무를 진다고 규정하고 있다.³⁷⁾

하지만 명의신탁증여의제의 경우는 수증자가 주소나 거소가 분명하지 아니한 경우나 증여세를 납부할 능력이 없다고 인정되는 경우가 아니라 하더라도 수증자와 연대하여 해당 증여세를 납부할 의무를 진다³⁸⁾라고 규정함으로써 수증자, 즉 명의신탁자의 의무를 가중하고 있기는 하다.

명의수탁자를 증여세의 일차적인 납세의무자로 입법자의 재량에 속하고 명의수탁자가 명의신탁에 동조한 책임을 일반 수증자의 납세책임과 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하더라도, 조세의 회피기도를 효과적으로 차단하기 위한 것이라는 합리적인 이유가 있어서 증여의제·추정조항은 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다는 헌법재판소의 결정³⁹⁾이 있지만 명의신탁자가 명의신탁거래를 발생시켜 사회질서를 혼란시키는 책임과 명의수탁자가 대부분 명의신탁자의 친인척에 준하는 친밀도를 가지는 특수관계인인 점을 고려할 때 명의수탁자가 명의신탁에 동조한 책임에 대하여 너무 가중한 책임을 지운다는 생각이다.

명의신탁의 경우에 일반적인 증여와 달리 명의수탁자에게 법에서 정한 두 가지의 특별한 사정이 없음에도 불구하고 명의신탁자의 연대납세의무를 규정함으로써 명의신탁자의 증여자로서의 의무를 가중하고는 있으나 원칙적으로 명의수탁자(수증자)에게 1차적인 납세의무를 부과하여 증여세부담을 지우고 있는 것은 명의신탁을 그 실질에 관계없이 증여로 보고 있기 때문에 증여세의 부과논리에 따른다면 수증자가 증여세의 1차적 납부의무를 지는 것이 당연하다는 논리일 것이다. 하지만 명의신탁을 상속세 및 증여세법상 증여로 간주하여 증여세를 과세하는 취지가 명의신탁이 경제현상을 왜곡 시킴으로써 그러한 현상을 억제하려는 것이기 때문에 수증자에게 증여세 납부를 할수 없는 별다른 상황이 없음에도 증여자에게 연대납세의무를 지우는 방법보다는 납부의무의 전환을 통하여 명의신탁자에게 증여세를 부과하고 명의수탁자의 납부의무를 면제하는 것이 명의수탁자의 억울한 상황에 대한 조세불복을 줄여 행정력의 낭비를 막고 명의신탁자의 명의신탁의 요구에 대한 책임의 구분을 명확히 하는 것이 아닌가 생각한다.

3. “조세회피의 목적 없이”의 조세의 범위를 국세, 지방세와 관세를 포괄한다고 하는 조세범위확장조항에 대한 위헌여부

상속세 및 증여세법 제45조의2 제6항은 “조세회피의 목적 없이”의 조세의 범위를 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다고 규정함으

37) 상속세 및 증여세법 제4조 제1항 및 제4항

38) 상속세 및 증여세법 제4조 제5항

39) 헌재 2012.8.23. 선고 2012헌바173결정

로써 조세의 범위를 증여세만이 아닌 증여세를 제외한 기타의 모든 세금으로 그 범위를 확장하고 있다. 본래 명의신탁의 증여의제는 실제로는 증여를 해놓고도 증여세를 부과하면 증여한 것이 아니고 명의신탁을 한 것이라는 주장을 하는 경우 이를 실제증여와 명의신탁을 구별하기 어렵다는 점에 착안하여 과세하기 시작한 것이라고 할수 있다. 그러므로 증여와 명의신탁은 그 사실관계에 대하여는 과세관청보다는 증여자와 수증자, 명의신탁자와 명의수탁자가 더 잘 알 수밖에 없고 이에 대하여 입증책임을 전환하더라도 과세관청입장에서 확인하기 힘들다고 생각되어 증여의제의 모습으로 나타났다고 생각되어진다. 조세회피목적이 없었음을 입증하는 것은 납세의무자이고 납세의무자는 실제소유자의 내심을 밝혀 조세회피의 목적이 없었음을 입증하여야 하므로 조세범위를 증여세이외의 모든 조세로 확장하는 것은 납세의무자의 예측가능성 및 법적 안정성이 보장되지 않는다는 반대의견⁴⁰⁾에 공감한다.

납세의무자의 부당한 조세회피를 조세범위의 확장조항으로 해결할 것이 아니라 명의신탁의 증여의제는 본래의 취지에 부합되게 조세의 범위를 증여세로 한정하고 명의신탁을 통하여 추가로 회피되는 세목에 대하여는 각각의 세목에서 회피된 부분을 확인하여 그 해당 세목으로 과세하는 것이 합당한 방법이라고 생각한다.

4. 명의신탁거래를 증여로 의제함에 있어서 조세회피목적과 조세회피목적이외의 목적, 이에 따른 조세회피금액과의 연관성과의 관계를 어떻게 정립하여야 하는가?

명의신탁거래는 대부분 주식과 부동산거래에서 이루어지지만 부동산의 경우는 「부동산실권리자명의등기에 관한 법률」에 의하여 명의신탁거래를 금지하고 있어 실제거래는 주식의 명의신탁거래가 대부분이라고 할 수 있다.

명의신탁은 여러 가지 다양한 목적으로 이용되고 있다. 다양한 목적 중 조세회피의 목적은 그 중 하나라고 할 수 있다. 어떤 명의신탁도 반드시 조세회피의 목적을 가질 것이라고 추정하는 것은 잘못된 판단이다. 명의신탁이 이루어진다면 명의신탁의 목적이 무엇인지에 대하여 면밀히 검토해야 할 필요가 있다. ① 명의신탁의 목적이 단지 조세회피만을 위하여 이루어진 것인지, ② 아니면 다른 주된 목적이 있고 의도하지 못한 사소한 조세회피가 사후적으로 이루어졌는지, ③ 다른 주된 목적이 있고 의도하지 못한 사소한 조세회피도 사후적으로 이루어진 적이 없는지, ④ 주된 목적이 있고 의도하지 못했으나 그 조세회피의 규모가 큰 경우 등이 대표적인 경우로 들 수 있을 것이다.

논리적으로 ①의 경우는 조세회피세액의 규모와 관계없이 과세해야하며 ②의 경우는 다른주된 목적에 대하여 세법이 아닌 다른 법규의 위반에 대하여 판단하여야 하므로 세법이 관여할 부

40) 현재 2012.8.23. 선고 2012헌바173결정 중 재판관 김종대의 반대의견

분은 아니며 의도하지 않은 사소한 회피에 대하여는 회피된 세액과 부과되는 증여세액과의 크기를 비교하여 과도하게 증여세액이 부과되는 것은 아닌지에 대한 판단이 필요할 것으로 생각된다. ③의 경우는 세법에서 관여할 바가 전혀 아니며 ④의 경우는 입법취지상 과세를 하여야 할 것이다.

5. 명의신탁을 통한 조세회피를 규제하는 방법으로서 현행 증여의제이외의 기타 합리적인 방법의 모색

명의신탁을 증여로 의제하는 「상증세법」 제45조의2의 규정은 증여로 인한 담세력에 기초하여 과세하기보다는 명의신탁자체를 규제하기 위한 방법으로서 행정법적인 성격을 지니고 있다. 그러므로 구체적 적용과정에서 조세회피목적이 있는 경우에 한하여 과세하게 되는데 납세자의 경우 조세회피가 아닌 다른 목적으로 명의신탁을 하였으나 사후적으로 미미한 조세회피가 이루어졌을 때 막대한 증여세를 부과 당할 수도 있다. 그리고 명의신탁의 원인을 제공한 명의신탁자(증여자로 의제)와 그에 동조한 명의수탁자(수증자로 의제)의 관계에서 증여세과세구조의 틀을 따르다보니 일차적인 납세의무자가 명의수탁자가 되는 문제 등이 논리적으로나 실무적으로 많은 문제점을 야기 시키고 있는데 이에 대하여 위헌 여지는 없는지에 대한 검토가 필요하다.

원칙적으로 명의신탁에 의한 조세회피가 문제가 된다면 그로 인하여 결과적으로 회피된 납세자에게 관련된 세목 예를 들면, 증여세, 법인세, 취득세와 관련된 가산세를 부과하면 된다.

명의신탁을 통하여 명의신탁자가 과점주주의 간주취득에 따른 취득세를 회피하였다면 명의신탁자에게 취득세와 그와 관련된 가산세를 부과하면 되는 것이다. 현행 「상증세법」 제45조의2의 규정은 이러한 경우에도 명의신탁자에게 취득세(가산세포함)를 부과하지 않고 명의수탁자에게 명의신탁자의 회피된 세액과 전혀 관련이 없는 액수의 증여세를 부과하고 있는 것이니 이는 헌법상 비례의 원칙과 평등원칙에 위배된다고 보아야 한다.

증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배되며, 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 있는 경우와 심지어 조세회피를 의도하지 않거나 그러한 인식조차 없이 사실상 명의를 빌려준 경우에 명의신탁을 증여로 보고 증여세를 부과함으로써, 명의신탁재산에 대한 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득하여 담세능력이 없는 명의신탁자를 재산을 증여받은 자와 동일하게 취급하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 평등원칙에 위배된다⁴¹⁾는 대법원판례에서 3인의 대법관의 반대의견도 이 부분에 대하여 헌법상에 위배된다는 의견을 제시한 바 있어 명의신탁의 증여의제를 통하여 명의신탁을 규제하려는 것은 원인행위와 그 결과에 대한 대응이 적합하다고 볼 수 없으므로 장기적으로 이 조문을 폐지하고 명의신탁으

41) 헌재 2005.6.30. 2004헌바40 재판관 김경일, 송인준, 주선희의 반대의견

로 회피된 조세가 있다면 해당 조세의 세목으로 합당한 세액을 부과하는 것이 합리적 이라고 생각한다.

V. 결 론

「상증세법」 제45조의2 “명의신탁재산의 증여의제”조항은 그 실질이 명의신탁이어서 국세기본법 제14조 실질과세원칙에 의하면 증여세를 부과할 수 없음에도 불구하고 증여로 간주하여 증여세를 부과할 수 있게 한 것이다. 하지만 이규정은 명의신탁 그 자체를 금지하는 의도로서 입법된 것으로 이런 목적이라면 명의신탁행위에 대하여 조세가 아니라 과징금을 부과하는 등의 방법을 구사하는 것이 적합했다고 생각한다. 이런 연유로 본 규정은 연혁적으로 오랜 기간 위험시비를 불러일으켰고 지금까지도 이 부분에 대한 논쟁은 끝이 나지 않았다고 본다.

첫째, 명의신탁을 증여로 의제하는 「상증세법」 제45조의2의 규정은 증여로 인한 담세력에 기초하여 과세하기보다는 명의신탁을 규제하기 위한 방법으로서 행정법적인 성격을 지니고 있으므로 조세가 개입하여 규제하는 것은 조세의 고유한 기능이 아니며 만약 명의신탁을 통한 조세회피가 이루어진다면 명의신탁자에게 관련 조세(가산세포함)를 부과하면 되는 것이다. 현행 「상증세법」 제45조의2의 규정은 이러한 경우에도 명의신탁자에게 관련 조세(가산세포함)를 부과하지 않고 명의수탁자에게 명의신탁자의 회피된 세목 및 세액과 전혀 관련이 없는 액수의 증여세를 부과하고 있는 것이니 이는 헌법상 비례의 원칙과 평등원칙에 위배되어 폐지되어야 한다.

이처럼 본 조항은 치명적 논리적 결함과 위험적 성격을 가지고 있어 폐지되어야 하지만 현실적으로 폐지가 힘들 것을 가정하여 둘째 이하에서는 현 규정이 유지된다는 전제하에서 대안을 제시하고자 하였다.

둘째, 명의수탁자에게 명의신탁자가 회피한 세목과 세액에 관계없이 증여로 간주하는 금액에 대하여 증여세로 과세하는 현행 규정은 현행규정이 존치하더라도 나름대로 합리적인 기준을 가지고 운영되어야 할 것이다. 이에 대한 합리적인 기준을 보여준 판례가 대법원 2006.5.12. 선고 2004두 7733판결로서 조세회피목적 이외의 다른 목적이 존재하고 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 명의신탁에 같은 조항 단서 소정의 ‘조세회피목적’이 있었다고 볼 수는 없다고 판시하였는데 이러한 판결의 태도는 현제도하에서 명의신탁을 증여로 의제함에 있어서 나름대로 타당한 기준으로 적용될 수 있다고 생각한다.

셋째, 명의수탁자가 증여세의 일차적 책임을 부담하는 문제는 납부의무의 전환을 통하여 명의신탁자에게 증여세를 부과하고 명의수탁자의 납부의무를 면제하는 것이 명의수탁자의 억울한 상황에 대한 조세불복을 줄여 행정력의 낭비를 막고 명의신탁자의 명의신탁의 요구에 대한 책임의 구분을 명확히 하는 것이 아닌가 생각한다.

넷째, 납세의무자의 부당한 조세회피를 조세범위의 확장조항으로 해결할 것이 아니라 명의신탁의 증여의제는 본래의 취지에 부합되게 조세의 범위를 증여세로 한정하고 명의신탁을 통하여 추가로 회피되는 세목에 대하여는 각각의 세목에서 회피된 부분을 확인하여 그 해당 세목으로 과세 하는 것이 합당한 방법이라고 생각한다.

다섯째, 명의신탁은 여러 가지 다양한 목적으로 이용되고 있다. 다양한 목적 중 조세회피의 목적은 그 중 하나라고 할 수 있다. 어떤 명의신탁도 반드시 조세회피의 목적을 가질 것이라고 추정하는 것은 잘못된 판단이며 명의신탁이 이루어진다면 명의신탁의 목적이 무엇인지에 대하여 면밀히 검토해야 할 필요가 있다. 명의신탁의 목적이 단지 조세회피만을 위하여 이루어진 경우는 조세회피세액의 규모와 관계없이 과세해야하며, 다른 주된 목적이 있고 의도하지 못한 사소한 조세회피가 사후적으로 이루어진 경우는 다른 주된 목적에 대하여 세법이 아닌 다른 법규의 위반에 대하여 판단하여야 하므로 세법이 관여할 부분은 아니며 의도하지 않은 사소한 회피에 대하여는 회피된 세액과 부과되는 증여세액과의 크기를 비교하여 과도하게 증여세액이 부과되는 것은 아닌지에 대한 판단이 필요할 것으로 생각된다. 마지막으로 주된 목적이 있고 의도하지 못했으나 그 조세회피의 규모가 큰 경우 등은 입법취지상 과세를 하여야 할 것이다.

참고문헌

- 국가법령정보센터. 상속세 및 증여세법.
- 대법원. 1983.12.13. 선고 80누496 판결.
- _____. 1992.10.27. 선고 92다16386 판결.
- _____. 1992.3.10. 선고 91누3956 판결.
- _____. 1993.11.9. 선고 92다31699 판결.
- _____. 2004.12.23. 선고 2003두13649 판결.
- _____. 2006.5.12. 선고 2004두7733 판결.
- _____. 2006.5.25. 선고 2004두13936 판결.
- _____. 2011.3.24. 선고 2010두24104 판결.
- _____. 2011.7.14. 선고 2009두21352 판결.
- _____. 2011.9.8. 선고 2007두17175 판결.
- _____. 2013.2.14. 선고 2011다109708 판결.
- 부산고등법원. 2011. 4. 6. 선고 2009누7233 판결.
- 서울고등법원. 2003.10.9. 선고 2003누1686 판결.
- _____. 2004.6.18. 선고 2003누9499 판결.
- 이태로·한만수. 2014. 『세법강의』. 박영사.
- 지원림. 2008. 『민법강의』. 홍문사.
- 헌법재판소. 1989.7.21. 선고 89헌마38 결정.
- _____. 1998.4.30. 선고 96헌바87 결정.
- _____. 2004.11.25. 선고 2002헌바66 결정.
- _____. 2005.6.30. 선고 2004헌바40 결정.
- _____. 2012.8.23. 선고 2012헌바173 결정.

Key Legal Issues and Alternatives Arising from Taxation of the Constructive Gift on the Nominal Owners of Registration Assets -Focusing on the Precedents of Supreme Court and Constitutional Court-

Oh, Moon-Sung*

—〈Abstract〉—

This thesis presents an key legal issues and alternatives arising from article 45-2 of Inheritance Tax and Gift Tax Law by monitoring the precedents of supreme court and constitutional court.

First, nominal owner is levied gift tax regardless of tax avoidance tax item and tax amount of title owner. The precedents of supreme court 2004두7733 shows reasonable criterion for small amount of tax avoidance and excessive amount of gift tax

Second, circumstance of nominal owners of registration assets, though title owner ask for nominal owner, nominal owner primarily responsible for pay gift tax. This method confirms general rule of gift tax. But in regard of principle of weighing the responsibility, it can not explain logically.

Third, broadening of tax item is not the compatible solution to cope with taxpayer's tax avoidance. Constructive gift on the nominal owners of registrations assets is applied gift tax avoidance only, if other tax item is avoided, levied other tax item, not the gift tax.

Fourth, the aim of constructive gift on the nominal owners have various kinds of intention. It is a seriously wrong judgement to estimate that all constructive gift on the nominal owners put into tax avoidance action. The aim and tax amount of tax avoidance is a important criterion levied gift tax Finally, Article 45-2 of Inheritance Tax and Gift Tax Law has a ground that a gift tax is levied on the non gift case regardless of article 14 of the basic law for national taxes. Originally, legislative intent of article 45-2 prohibits taxpayers from constructive gift on the nominal owners of registrations assets for tax-avoidance. In order to achieve this purpose efficiently, using not tax system but penalty. Additionally, if taxpayers uses constructive gift on the nominal owners of registrations assets, tax office must levy evaded tax items. For instance, tax payer make

* Professor, Department of Tax and Accounting, Hanyang Women's University

a money 10,000\$ by tax-avoidance of acquisition tax, tax office must levy acquisition tax including additional tax, not levy Inheritance Tax and Gift Tax Law by Article 45-2. In this reason, in the long view, article 45-2 of Inheritance Tax and Gift Tax Law must go out of force.

〈Key words〉 Article 45-2 of Inheritance Tax and Gift Tax Law, Taxation of the Constructive Gift on the Nominal Owners of Registration Assets, Tax-Avoidance Purpose