

세무와회계저널
제13권 제3호 2012년 9월 pp.421~448
한국세무학회

개정신탁법 시행에 따른 신탁과세구조의 개선방안

김종해* · 황명철**

<요 약>

개정신탁법이 2012년 7월 26일부터 시행되었다. 개정신탁법의 취지는 변화된 경제현실을 반영하고 글로벌스탠더드에 부합하도록 개선하며, 신탁의 활성화를 위한 법적 기반을 마련하기 위한 것이다. 이는 우리나라의 노령화의 진행에 따른 기존 금융시스템 이외의 다양한 자산 및 자금운용에 대한 욕구가 증대되고 있는 상황에서 신탁에 대한 관심이 높아지는 것과 맥을 같이 한다.

본 연구는 신탁을 통한 조세회피가능성을 최소화함과 동시에 신탁과세제도의 법적안정성을 높이기 위하여 다음의 사항을 검토하여 현행 신탁과세구조를 개선해 보고자 한다.

첫째, 현행 신탁과세이론이 도관이론만을 적용하고 있어 위탁자를 통한 과세이연 등의 문제를 해소하기에는 역부족이다. 따라서 현행신탁과세이론에 실체이론을 도입하여 위탁자중심의 신탁운용 방식에서 수탁자중심의 신탁운용방식으로 전환할 필요가 있다.

둘째, 손익분배기준을 규정할 필요가 있다. 손익분배기준은 개별수익자의 손익이 아닌 전체신탁 재산손익이 기준이 되어야 하며, 분배비율은 신탁계약에 따르면 수익비율과 손실비율이 다를 경우에는 수익비율에 따라 손실비율을 정하여야 한다.

셋째, 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다. 개정신탁법에서도 이에 대한 규정이 없어 신탁을 통한 조세회피가능성이 여전히 존재하고 있는 상황이다. 이를 최소화하기 위해 경제적 효율성측면에서 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다.

넷째, 개정신탁법에서 도입한 수익자연속신탁과 유언대용신탁에서 존재하는 장래이익(future interest)에 대한 적절한 대응 규정을 마련할 필요가 있다. 이러한 이익은 현행 사법상 소유권의 개념과 충돌할 수 있는 여지가 있기 때문에 먼저 사법에서 정리할 필요가 있고, 과세당국이 장래이익의 과세근거를 명확히 할 수 없어 불필요한 조세마찰을 초래할 수 있기 때문이다.

다섯째, 상속세및증여세법 제13조 제1항과 제53조와 관련된 증여재산공제방식인 증여행위별과세 방식에서 기간단위과세방식으로 전환할 필요가 있다. 이는 생전증여로 인하여 증여세및상속세 회피를 방지하는데 한계가 있기 때문이다. 이는 신탁이 다른 제도 비하여 설정기간이 장기이므로 현행 규정이 이에 적절하게 대응하기 어려운 측면이 존재하기 때문이다.

위에서 제시한 본 연구의 개선안이 현행 신탁세제에 반영되어 신탁법과 신탁세제가 서로 안정된 조화를 이루는데 기여하고자 한다.

<주제어> 신탁존속기간, 신탁실체이론, 기간단위과세방식, 장래이익

* 강남대학교 세무학과 겸임교수, dawnsea5@naver.com, 010-8325-7095, 제1저자

** 서울디지털대학교 재경회계학과 교수, taxmch@sdu.ac.kr, 010-5768-1197, 교신저자

논문접수일 2012년 8월

1차수정일 2012년 9월

게재확정일 2012년 9월

I. 서 론

신탁이란 신탁을 설정하는 자(이하 ‘위탁자’라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 ‘수탁자’라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다(신탁법 제2조).

이러한 신탁은 2009년에 신탁법개정안이 마련되었고, 신탁법의 개정취지는 신탁법을 변화된 경제현실을 반영하고, 글로벌스탠더드에 부합하도록 개선하기 위해 기존 신탁법체계를 전면 수정하여 신탁의 활성화를 위한 법적 기반을 마련하려는 것임을 명백히 밝히고 있다. 이러한 개정취지는 우리나라의 노령화의 진행에 따른 기존 금융시스템 이외의 다양한 자산 및 자금운용에 대한 욕구가 증대되고 있는 상황에서 신탁에 대한 관심이 높아지는 것과 맥을 같이 한다.

이러한 신탁은 2012년 7월 26일 개정신탁법이 시행되었고, 이에 따라 현행 신탁제도의 개정을 요구하고 있는 시점이다. 현시점에서 고려해야 할 신탁제도의 주요 논점은 다음과 같다.

첫째, 현행 신탁과세이론이 도관이론만을 적용하고 있어 위탁자를 통한 과세이연 등의 문제를 해소하기에는 역부족이다. 따라서 현행신탁과세이론에 실체이론을 도입하여 위탁자중심의 신탁운용방식에서 수탁자중심의 신탁운용방식으로 전환할 필요가 있다. 이에 따라 신탁을 납세의무자로 간주할 필요가 있다. 둘째, 손익분배기준을 규정할 필요가 있다. 손익분배기준은 개별 수익자의 손익이 아닌 전체신탁재산손익이 기준이 되어야 하며, 분배비율은 신탁계약에 따르고 수익비율과 손실비율이 다를 경우에는 수익비율에 따라 손실비율을 정할 필요가 있다. 셋째, 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다는 점이다. 개정신탁법에서도 이에 대한 제한이 없어 신탁당사자들이 신탁을 통한 조세회피가능성이 여전히 상존하고 있는 상황이다. 이는 조세평등주의를 저해하는 요소 중 하나이다. 넷째, 개정신탁법에서 도입한 수익자연속신탁과 유언대용신탁에서 존재하는 장래이익(future interest)에 대한 적절한 대응방법을 마련할 필요가 있다. 이러한 이익은 현행 사법상 소유권의 개념과 충돌을 예고하고 있어 사법에서 먼저 정리할 필요가 있다. 이는 과세당국이 장래이익의 과세근거를 명확히 할 수 없어 불필요한 조세마찰을 초래할 수 있기 때문이다. 다섯째, 상속세및증여세법 제13조 제1항과 제53조와 관련된 증여재산공제방식인 증여행위별과세방식에서 기간단위과세방식으로 전환할 필요가 있다. 이는 생전증여로 인하여 증여세및상속세 회피를 방지하는데 한계가 있기 때문이다. 이는 신탁이 다른 제도 비하여 설정기간이 장기이므로 현행 규정이 이에 적절하게 대응하기 어려운 측면이 존재하기 때문이다.

본 연구는 이러한 주요 논점을 중심으로 신탁법개정에 따른 신탁제도의 개선방안을 제시하여 신탁법과 신탁제도가 서로 안정된 조화를 이루는데 기여하고자 한다.

연구의 구성은 I 장의 서론에 이어 제II장에서 신탁의 일반이론을 살펴보고, 제III장에서 우

리나라의 현행 신탁과세구조를 검토한다. 제Ⅳ장에서는 개정신탁법 시행에 따른 우리나라 신탁과세구조의 개선방안을 제시하고, 제Ⅴ장에서 요약 및 결론을 기술한다.

Ⅱ. 신탁의 일반이론

1. 신탁의 기본구조

가. 신탁의 성립요건

신탁의 구성요소는 신탁설정의사(trust intent), 신탁재산, 수익자의 확정이나 신탁의 목적, 위탁자, 수탁자, 수익자이고, 이 중 신탁설정의사, 신탁재산, 수익자는 확정될 것을 전제로 한다(Penner 2008, 168-169).

신탁은 계약(위탁자와 수탁자), 유언(위탁자), 신탁선언(신탁의 목적, 신탁재산, 수익자(제106조의 공익신탁의 경우에는 제67조 제1항의 신탁관리인을 말한다)) 등을 특정하고 자신을 수탁자로 정한 위탁자의 선언)을 통하여 성립한다. 이 중 신탁선언은 과거에는 위탁자에 의한 신탁재산의 잠탈 등을 이유로 허용되지 않았지만, 개정신탁법에서 이를 신탁성립방식의 하나로 채택했다.

나. 신탁의 당사자

(1) 위탁자

위탁자(settlor)는 신탁목적의 설정자이자 신탁행위의 당사자¹⁾이며, 재산출연자의 지위를 가진다. 영미법에서는 위탁자가 수탁자에게 재산을 위임함으로써 위탁자에 의한 신탁의 간섭을 최소화했다. 왜냐하면 위탁자와 수탁자의 권리의무가 중복적으로 전개됨으로 인하여 신탁운용의 법률관계가 복잡해지기 때문이다(최수정 2007, 157). 이에 따라 개정신탁법은 수탁자에게 신탁의 변경, 합병·분할, 종료와 같은 중대한 사항이나 신탁목적에 반할 경우에는 위탁자와 합의할 것을 규정하여 위탁자의 권한을 한정하고 있다.

(2) 수탁자

수탁자(trustee)는 신탁계약에 의하여 위탁자로부터 위탁받은 신탁재산을 관리·처분하고, 신탁재산에서 발생한 경제적 이익을 수익자에게 이전하는 역할을 하는 자를 말한다. 수탁자는 신탁재산의 형식적인 소유자로서 신탁사무 등의 역할을 담당하는 등 신탁관계에서 가장 중요한

1) 계약신탁에서는 신탁계약의 일방당사자, 유언신탁에서는 단독행위인 유언의 작성자, 신탁선언에서는 수탁자의 지위를 갖는다.

존재이다. 수탁자의 신탁재산 관리 및 처분과 관련된 의무는 선관주의의무, 충실의무, 공평의무 등이 있다.²⁾

(3) 수익자

수익자(beneficiary)는 수탁자, 신탁재산 등과 함께 신탁에서 기본적인 요소의 하나이며 신탁행위에 기인한 신탁이익을 향수하는 자를 말한다. 현행법상 수익자는 수입수익자(income beneficiary)와 귀속권리자(remaniderman)로 구분된다. 수입수익자는 신탁소득(trust income)의 귀속자로서 소득세와 관련되어 있고, 귀속권리자는 신탁원본을 수령하고 모든 다른 수익자들의 이익이 종료되었을 때 발생하게 된다. 수익자는 신탁법 및 신탁행위에 의하여 인정되는 각종 권리를 갖게 되는데 이러한 권리를 수익권이라고 한다.³⁾ 수익자는 신탁의 사무 처리에 소요된 비용 등을 지급할 의무나 신탁보수지급의무 등이 있다. 한편, 수익자와 관련된 개념은 수익자원칙(beneficiary principle)과 수익자확정성을 들 수 있다.

2. 신탁의 기본구조에 관한 학설

신탁의 기본구조에 관한 학설에는 채권설, 물권설(수익자 실질소유권설), 신탁재산의 실질적 법주체설을 들 수 있다.

가. 채권설

신탁재산에 관한 권리가 완전히 수탁자에게 귀속하고, 수익자는 신탁재산에 관한 권리를 가지는 것은 아니고, 수탁자에 대하여 신탁재산의 관리·처분에 기인한 이익을 향유하는 채권을 가지고 있다는 학설이다(최동식 2006, 56). 이 학설은 19세기 말에 영국과 미국에서 동시에 주장된 학설로서 일본 신탁법에 반영된 통설적 견해이다.⁴⁾

- 2) 이 중 선관주의의무는 수탁자의 재량권범위와 관련되고, 충실의무는 신탁재산의 실질적 소유자인 수익자를 위해서만 행해지는 의무로서 개정신탁법에서 이를 명문화했다. 또한 공평의무는 신탁재산의 수익 및 비용의 분배에 있어서 수탁자의 자의적 분배를 최소화하는 기능을 수행한다.
- 3) 이러한 수익권에는 현재이익(present interests)과 장래이익 또는 기대권(future interests)으로 구분되며, 수익자는 수익권을 포기나 양도할 수 있다. 또한 수익권은 수익자 고유의 권리(interests of the beneficiaries)로서 수익자 지위를 보호하는 중요한 역할을 수행한다. 그리고 복수수익자의 수익권은 서로 다른 수익권에 의하여 자기의 수익권을 제약받으며, 동종 수익권도 수량이나 비율에 의해 서로 제약된다.
- 4) 이 설에 의하면 신탁행위는 ‘재산권의 이전 또는 기타의 처분’과 ‘일정한 목적을 위한 관리·처분’이라는 두 가지 요소로 구성되어 있다. 전자의 신탁행위는 물권적 효력을 부여하고, 후자의 신탁행위는 채권적 효력을 부여하고 있다(新井誠 2002, 35). 전자의 재산권이전은 관리권·처분권뿐만 아니라 그 명목까지 포함하여 위탁자로부터 수탁자에게 법률상 완전히 이전하는 것을 말한다. 후자의 재산권이전은 일정한 목적을 위한 관리·처분의 채권적 구속력을 통하여 신탁재산의 관리·처분을 제한하는 것을 말한다.

나. 물권설

물권설은 수익권을 신탁재산에 관한 물권 또는 물권적 권리로 파악하는 학설이다. 이 견해는 수익자가 신탁재산에 대하여 갖는 수익권을 신탁재산의 실질적인 소유권으로 파악하는 ‘수익자 실질소유권설’과 신탁재산을 구성하는 소유권 등의 권리는 수탁자에게 귀속하고, 수익권은 신탁재산의 소유권과 다른 권리로서 신탁재산에 관한 ‘물권적 권리’로 보는 견해로 나누어진다.⁵⁾

다. 실질적 법주체성설(신탁재산 법주체설)

실질적 법주체성설은 신탁이란 신탁관계 각 당사자로부터 독립한 실질적인 법주체성을 가지는 신탁재산에 관하여 명의 및 배타적 관리권을 가지는 수탁자가 신탁의 이익을 향유하는 수익자의 이익을 위하여 신탁목적에 따라 관리·처분하는 형태를 말한다. 이 관계에서 수익자가 갖는 수익권은 신탁재산의 소유권은 아니고 원칙적으로 실질적 법주체성을 가지는 신탁재산에 관한 채권이지만, 신탁재산과의 물적 상관관계를 가지는 물적 권리를 갖고 있다(四宮和夫 1989, 76-77).⁶⁾

3. 신탁 기본구조의 학설과 신탁과세이론과의 관계

가. 신탁실체이론과 신탁재산 법주체설(실질적 법주체성설) 및 채권설

신탁실체이론은 신탁재산 자체를 하나의 과세상 독립된 주체로 인정하여 세법을 적용하자는

그리고 이러한 구속력은 수익자에 대하여 수탁자에 관한 채권적 청구 형태로 나타나게 된다(안성포 2007, 755). 이를 채권설이라 한다.

- 5) 전자는 영국의 물권설로서 수탁자는 신탁재산의 형식적인 권리자로서, 신탁관계에서 부여된 권한의 범위 내에서 신탁재산을 관리·처분하는 권능만을 갖게 된다. 따라서 수탁자가 부여된 권한을 위반하여 신탁재산을 관리·처분하는 경우, 이러한 관리·처분은 수탁자의 권능에 포함되지 않는 한 관리·처분은 무효이므로, 수익자는 신탁재산의 실질적 소유권자로서 신탁재산을 취득한 제3자에게 자신의 권리를 주장할 수 있다(최동식 2006, 58). 다만, 수탁자는 형식적인 소유권자이지만, 제3자에 관한 관계에서 신탁재산의 ‘소유권자’이므로 제3자가 수탁자의 신탁위반에 대하여 선의·무과실인 경우에는 예외적으로 제3자에게 신탁재산에 관한 소유권을 인정하고 있다.
- 후자는 미국의 물권설로서 신탁재산에 관한 소유권 등의 권리는 수탁자에게 귀속하고, 수익권을 소유권과 분리하여 신탁재산에 관한 물권적 권리로 보고 있다. 이 견해에 의하면, 신탁재산에 관한 수익권은 신탁재산에 관한 권리로서 물권적 권리로 분류되지만 구체적인 내용에는 신탁관계로부터 이익을 향유하는 것을 목적으로 하고 있어서 신탁재산에 관한 일종의 채권적 권리로 보고 있다(최동식 2006, 58).
- 6) 수익권의 법적 성질에 관한 실질적 법주체성설의 이론구성은 수익자가 신탁재산에 대하여 갖는 수익권은 신탁재산에 관한 권리라는 의미에서 물권적 권리로 분류되지만 권리의 구체적인 내용에서는 신탁관계로부터의 이익을 향유하는 것을 목적으로 한 신탁재산에 관한 일종의 채권적 권리라는 설명과 실질적으로는 동일하다고 볼 수 있다(四宮和夫 1989, 60).

견해와 신탁재산이 아닌 수탁자를 납세주체로 하여 신탁과세제도를 운영하자는 견해로 나누어 볼 수 있다(김재진·홍용식 1998, 106).

전자의 신탁재산설은 신탁재산이 독립된 법적 주체라는 입장을 취하는 신탁재산 법주체설의 영향을 받은 견해이고, 후자의 수탁자설은 신탁재산은 수탁자에게 완전히 귀속된다는 신탁행위에 관한 채권설의 영향을 받은 입장이라고 볼 수 있다(홍용식 1999, 154). 신탁실체이론이 신탁을 실체로 보고 과세한다는 점에서 신탁재산 법주체설에 의한 신탁재산설이 타당할 수 있으나, 채권설의 영향을 받은 수탁자설도 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분리하여 독립된 실체로 본다는 점에서 실질적으로 신탁재산설과 차이가 없다(홍용식 1999 59 ; 이종교 2009, 328).

나. 신탁도관이론과 물권설(수익자 실질소유설)

신탁도관이론은 수익권을 신탁재산에 관한 물권 또는 물권적 권리로 파악하는 물권설 중 수탁자는 신탁재산의 형식적 소유자에 불과하고 수익자가 신탁재산에 관하여 가지는 수익권을 신탁재산의 실질적인 소유권으로 파악하는 ‘수익자 실질소유권설’과 관련성이 깊다고 볼 수 있다(김병일 2010, 315).

Ⅲ. 우리나라의 현행 신탁과세구조

1. 신탁의 납세의무자

신탁에서 발생한 경제적 이익은 모두 수익자에게 귀속됨에 따라 소득세법 제2조 제6항 및 법인세법 제5조에서 신탁이익을 신탁이 아닌 수익자에게 귀속시킴으로서 수익자를 납세의무자로 보고 있다. 또한 상속세및증여세법 제9조에서 피상속인 신탁한 재산을 상속재산에 포함시키고 있고, 동법 제33조에서 신탁이익의 증여와 관련하여 위탁자인 피상속인을 납세의무자로 보고 있다. 한편, 소득세법 제2조의2 제6항에서는 신탁의 수익자가 불특정하거나 부존재시에는 해당 신탁소득의 귀속자를 신탁의 위탁자 또는 그 상속인으로 보아 이들을 납세의무자가 된다고 보고 있다.

2. 신탁과세대상 및 신탁소득산정방식

가. 신탁과세대상

현행 세법상 신탁이익은 금전신탁, 불특정금전신탁, 금전외신탁에서 발생한 것을 과세대상으로 한다. 다만, 공익신탁에서 발생하는 신탁이익에 대해서는 과세하지 않고 있다(상속세및증여

세법 제52조). 신탁과세대상은 운용 이익을 금전으로 원금 및 수익을 수익자에게 이전하는 방식인 금전신탁과 신탁인수시에 신탁재산으로 유가증권·금전채권·부동산 등의 금전 이외의 재산으로 구성된 금전외신탁, 그 외에 금전채권신탁과 부동산신탁 등이 있다.

한편, 상속세및증여세법상 상속재산⁷⁾이 되는 신탁재산은 피상속인이 신탁한 재산과 피상속인이 신탁으로 인하여 타인으로부터 신탁이익을 받을 권리를 소유한 경우 그 이익의 상당한 가액으로 보고 있다. 다만, 타인이 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우 그 이익에 상당하는 가액(가액)은 제외한다(상속세및증여세법 제9조 제1항 및 제2조). 신탁이익을 받을 권리를 소유하는 판정은 동법시행령 제25조에 의해 원본 또는 수익이 타인에게 지급되는 경우를 기준으로 한다(동법 제5조). 또한 상속세및증여세법상 신탁이익의 증여는 동법 제33조 제1항 및 제2항에서는 신탁계약에 의하여 위탁자가 신탁이익의 전부 또는 일부를 수령할 수익자를 지정한 경우에는 “원본의 이익을 받을 권리를 소유하게 한 경우에는 수익자가 그 원본을 받은 경우나 수익의 이익을 받을 권리를 소유하게 한 경우에는 수익자가 그 수익을 받은 경우”로 보고 있다. 반면에 수익자가 불특정되거나 아직 부존재하지 아니하는 경우에는 위탁자 또는 그 상속인을 수익자로 보고, 수익자가 특정되거나 존재하게 된 경우에 새로운 신탁이 있는 것으로 보고 있다.

나. 신탁소득금액의 산정

신탁소득금액의 계산은 수익자단계가 아닌 신탁단계에서 수탁자가 법인인 경우에는 신탁재산의 소득을 수탁자의 고유재산과 구분하여, 법인세법 규정에 의하여 각 사업연도 소득금액을 산정하는 순자산증가설에 의한 방법을 취하고 있다. 반면에 수탁자가 개인인 경우에도 자신의 고유재산과 신탁재산을 구분하여 소득세법에 의한 소득금액계산에 있어서 소득원천설에 의한 방법을 취하고 있다. 다만, 신탁소득금액산정 특례로서 현행 소득세법시행령 제26조의2에서는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 한다) 제103조 제1호에 따른 특정 금전신탁으로서 소득세법 제4조 제2항을 적용받는 신탁이 있을 때는 집합투자기구로부터의 이익은 자본시장법에 따른 각종 보수·수수료 등을 제외한 금액으로 보고 있다. 또한 소득세법 제46조의2에서는 “종합소득과세표준 확정 신고 후 예금 또는 신탁계약의 중도해지로 인하여 이미 지난 과세기간에 속하는 이자소득금액이 감액된 경우 그 이자소득금액의 계산에 있어서는 중도해지일이 속하는 과세기간의 종합소득금액에 포함된 이자소득금액에서 그 감액된 이자소득금액을 차감할 수 있다. 다만, 국세기본법 제45조의2의 규정에 의하여 과세표준 및 세액의 경정을 청구한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다.

상속세및증여세법상 신탁이익의 증여에 대한 소득금액의 산정은 상속세및증여세법시행령 제25조에 의하여 산정된다. 신탁이익을 받을 권리의 증여시기는 일정한 경우를 제외하고는 원본

7) 상속세 및 증여세 기본통칙 7-0...1 【상속재산의 범위】 1. 상속재산에는 물권, 채권 및 무체재산권 뿐만 아니라 신탁수익권 등이 포함된다.

또는 수익이 수익자에게 실제 지급되는 때로 한다(상속세및증여세법시행령 제25조 제1항). 다만, 수익자가 수회로 분할하여 원본및수익을 받는 경우에 있어서 그 신탁이익은 동조 제1항의 규정에 의한 증여시기를 기준으로 동령 제61조 제2호의 규정을 준용하여 평가한 가액으로 한다.

다. 수입시기와 원천징수

신탁재산에서 발생하는 소득은 신탁상품별로 다양하게 발생하며, 수입시기는 신탁단계가 아닌 수익자단계를 기준으로 정하고 있고, 소득별로 각 세목에 따른 수입시기를 적용하고 있다. 한편 현행 세법 하에서 신탁은 원천징수의무자로서 이자·배당소득이 발생하는 금전신탁을 주로 운용하는 신탁법인이나 신탁에게도 지위를 부여하고 있다. 원천징수시기는 해당 소득금액 또는 수입금액을 실제로 지급하는 때 또는 지급의제시기이며, 예외적으로 일정한 경우에 한하여 실제로 지급하는 때로 규정하고 있다(소득세법 기본통칙 127-0...5).

IV. 개정신탁법 시행에 따른 우리나라 신탁과세구조의 개선방안

1. 현행 신탁과세방식의 개정방향

현행 신탁세제의 과세이론은 신탁도관이론(trust conduit theory)이다. 이 이론은 신탁재산을 독립적인 실체로 인정하지 않고 단순히 수익자에게 신탁수익을 분배하기 위한 수단 또는 도관(conduit, pipe)으로 보아 신탁소득에 대한 과세는 분배하기 전의 운용과정에서 발생된 소득의 내용에 따라 세법을 적용하여야 한다. 이와 같은 견해는 신탁은 과세상의 실체로 인정되지 않기 때문에 신탁수익에 대해서 납부의무를 부담시키지 않고 신탁 수익을 각 수익자에게 그 지분비율에 따라 분배한 것으로 간주하고 수익자에게 법인·소득세를 부과하게 된다.

이러한 신탁도관이론에 기초한 현행 신탁세제는 실질과세의 원칙을 반영하고 있고 이중과세를 방지하고 있지만, 다음과 같은 문제점이 존재하고 있다. 첫째, 신탁도관이론은 신탁소득을 신탁에 유보하되, 이에 관한 규정이 존재하지 않아서 발생하는 과세이연을 방지할 수 없다. 둘째, 신탁유형에 따라 발생한 법률관계를 토대로 각 유형별로 과세하고 있다. 그러나 이러한 과세방법은 다양한 경제상황과 요구에 따라 다양한 신탁유형이 출현될 경우에 이를 세법에서 개별적으로 대응하게 되는 비효율성을 초래하게 될 것이다(김병일·남기봉 2012, 376). 이와 같은 문제를 해소하기 위하여 현행 신탁세제에 신탁실체이론(trust entity theory)을 가미하여 신탁소득의 과세이연문제를 해소함과 동시에 이를 반영한 신탁과세구조를 마련할 필요가 있다.

새로운 신탁과세구조를 마련하기 위하여 미국의 신탁과세구조와 우리나라의 신탁법과 매우 유사한 일본의 신탁과세구조를 살펴볼 필요가 있다.

미국의 신탁과세구조는 신탁이 신탁소득을 수익자에게 실제로 분배하는 것과 관계없이 1차적으로 신탁소득에 대하여 신탁이 납세의무를 부담하고 있다. 다만, 실제로 신탁소득이 수익자에게 분배된 경우에는 그 부분에 대하여 비과세함으로써 이중과세를 방지하고 있으며(IRC §§ 651(a) and 661(a)), 신탁에 대하여 개별적인 세율구조를 갖고 있다.

일본은 2006년 신탁법의 개정에 따라 2007년 말에 신탁세제를 개정했고, 이에 따라 다음과 같이 세 가지 신탁과세방식을 취하고 있다. 이러한 방식은 소득세, 법인세, 상속세및증여세에서 확인될 수 있다(奥村眞吾 2008, 18)⁸⁾

첫째, 신탁원본전부과세방식(The Full Corpus Taxation)은 신탁재산의 소유자를 현재 수익자로 간주하고, 이러한 간주소유자에게만 과세하는 방식이다(Okamura 2009, 6). 즉 현재 수익자가 신탁의 모든 재산을 소유한 것으로 간주하기 때문에, 수익자가 변경되거나 신탁설정계약이 변경될 때는 신탁의 모든 재산은 위탁자에게서 첫 번째 수익자로 이전된 것으로 간주되거나 전자수익자(the former beneficiary)에게서 다음수익자(the next beneficiary)로 이전된 것으로 간주된다. 이 방식의 특징은 간주소유권과 신탁원본의 간주이전이다.⁹⁾ 이 방식에서는 신탁에 대해서 과세하지 않는다. 이는 현행 일본 수익자등 과세신탁에 해당하는 신탁유형에 적용된다.¹⁰⁾ 수익자등 과세신탁은 도관이론을 근거로 하여 수익자과세원칙을 적용한 유형으로서, 신탁재산에 관한 자산·부채 및 수익·비용은 수익자의 것으로서 취급된다(일본 법인세법 제12조 제1항). 수익자등 과세신탁의 과세구분은 신탁이익이 발생하는 시기에 이루어지며, 수익자단계에서 과세가 이루어지고, 과세시기는 신탁수익이 발생한 직후에 성립된다. 수익자등 과세신탁은 주로 상속 및 증여세와 관련되어 있다.

둘째, 신탁원본분배과세방식(The Divided Corpus Taxation)이다(Okamura 2009, 6-7). 이 방식은 원본의 소유자를 현재 수익자로 간주하고 있고, 간주소유자에게 과세하고 있다. 그러나 하나 이상의 수익자가 존재할 경우 원본에 대하여 각각 수익자의 지분은 수익의 내용에 따라 결정된다. 그리고 이 방식은 일반적으로 개인 및 법인세에서 적용된다. 이 방식은 소위 위탁자신탁의 과세방식으로 위탁자가 특정한 통제력이나 지배력이 있는 신탁을 말한다. 이러한 위탁자가 수익자가 되는 것을 간주하는 효과가 있다. 그러나 이 방식은 첫째방식과 기본적인 논리를 공유하고

8) 일본의 신탁과세 구조를 정리하면 다음과 같다.

신탁의 종류	납세의무자	과세구분	과세방법	과세시기
수익자등 과세신탁	수익자 등	발생시 과세	수익자단계 과세	신탁수익이 발생한 때
집단투자신탁	수익자	수령시 과세	수익자단계 과세	신탁수익을 현실적으로 수령한 때
법인과세신탁	수탁자	신탁시 과세	신탁단계법인 과세	신탁단계에서 수탁자를 납세의무자로 하여 법인세를 과세

9) The result of this taxation is similar to that of I.R.C. §2702, which requires inclusion of the full value of trust corpus into the taxable gift in certain inter vivos trusts ; Okamura 6, 각주8) 재인용.

10) 수익자등과세신탁에는 퇴직연금신탁, 특정공익신탁 또는 법인과세신탁을 제외한다.

있다. 즉 현재수익자가 신탁재산의 소유자로 간주된다는 점이다. 따라서 신탁이 설정되거나 수익자가 변경될 때마다 전부 또는 부분적으로 원본은 이론상 수익자나 수익자 간에 이전된다. 그리고 이러한 가액은 상속세및증여세 부과대상이다. 이 방식도 첫째 방식과 마찬가지로 신탁에 대하여 과세하지 않는다.

셋째, 신탁수입수익과세방식(The Beneficial Interest Taxation)이다(Okamura 2009, 7). 이 방식은 법인으로서 신탁을 처리하는 것이고, 법인의 지분으로 이 수입수익(benefit income)을 처리한다. 즉 이 방식은 신탁의 재산이 아닌 신탁의 수입수익에 초점을 맞추고 있고, 신탁의 소득을 법인의 주식과 같은 이익으로 처리한다. 이 방식은 주로 자회사나 투자기구를 대리하는 법인관련기업신탁과 투자신탁 등 법인과세신탁에게 적용된다. 이 방식에서 일정요건을 충족한 신탁이 법인세를 부담하게 된다. 게다가 원본분배가 아닌 수입수익은 수익자단계에서 부과되므로 이중과세문제는 발생하기 않는다. 이는 현행 일본 법인과세신탁에 해당하는 신탁유형에서 적용되는 방식이다(일본 법인세법 제2조 제29호의 2)¹¹⁾

이상과 같은 미국과 일본의 신탁과세구조의 특징은 신탁을 납세의무자(일본의 수익자등 과세신탁 제외)로 보고 있다는 점이다. 이는 전술한 바와 같이 신탁을 통한 신탁소득의 과세이연방지뿐만 아니라 위탁자 및 신탁 당사자에 의한 조세회피를 방지하기 위한 조치라고 판단된다. 이러한 신탁관련 조세환경은 우리나라도 다르지 않을 것으로 본다. 따라서 우리나라가 채택할 신탁과세구조의 방향은 조세회피를 최소화함과 동시에 신탁제도를 저해하지 않아야 할 것이다.

그리고 우리나라가 채택할 신탁과세구조는 신탁과세이론에 신탁실체이론을 가미할 것인지에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다. 이 문제는 세법상 신탁유형의 분류와도 직접적으로 연관된 것이다. 왜냐하면 신탁의 유형이 다양함으로 각각 신탁별 개별적인 과세방법을 마련하는 것은 비효율적이기 때문이다. 신탁실체이론 도입의 필요성은 과세이연이나 조세회피 등과 같은 문제를 해소할 수 있다는 측면과 신탁운용방식을 위탁자중심에서 전문가인 수탁자중심으로 전환할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다. 이러한 이유는 경제규모의 확대와 그에 따른 다양한 자산유형(파생상품 등)의 등장으로 인하여 신탁재산운영의 전문가인 수탁자의 능력이 더욱더 중시되고 있기 때문이다. 그렇다 하여 위탁자의 신탁재산에 대한 영향력이 축소되는 것도 아니고 수익자의 소유권한이 침해되는 것도 아니다. 왜냐하면 개정신탁법에서 수탁자의 의무가 이전보다 더 강화되고 있기 때문이다.¹²⁾ 이러한 측면에서 신탁세제가 신탁실체이론을 도입하는 것은 현재 경제상황이나 조세환경에 크게 무리가 되는 것은 아니라고 생각된다.

구체적으로 우리나라가 도입할 신탁과세구조는 크게 미국방식과 일본방식을 고려할 수 있다.

11) 법인과세신탁의 유형은 수익증권발행신탁, 수익자가 존재하지 않는 신탁(목적신탁), 자기신탁, 투자신탁 중 증권투자신탁과 공모 등에 의한 투자신탁, 특정목적 신탁으로 구분된다.

12) 개정신탁법에서는 충실의무(신탁법 제33조 및 제34조)와 공평의무(신탁법 제35조)를 명시하여 수탁자의 신탁운용에 관한 의무를 강화하고 있기 때문이다.

미국방식은 이중과세방지과 과세이연을 원천적으로 차단하고 있다는 측면과 미국신탁법상 신탁 유형을 세법상 독립적으로 분류하여 적용하고 있다는 점에서 매우 의미가 있다. 하지만, 영미법계의 법률체계와 현행 사법과의 법률체계의 차이로 인하여 세법과 사법과의 충돌을 야기할 수 있는 단점이 있다. 일본방식은 현행 사법이 일본사법체계와 매우 유사하여 세법과의 충돌을 최소화 할 수 있는 측면과 현행 세법이 일본 세법과 매우 유사하여 일본방식의 적용에 있어서 무리가 없을 수 있지만, 일본 법인과세신탁에 한하여 신탁실체이론을 적용하고 있는 반면, 수익자등 과세신탁에 적용하지 않아서 모든 신탁에 대한 과세이연을 방지하지 못하는 문제가 존재하고 있다. 또한 세법상 신탁유형의 분류에 있어서 일본은 그 종류를 한정하고 있어서 새로운 신탁유형의 출현에 따라 사법 및 세법 등의 개정절차가 추가적으로 필요한 측면이 존재한다.

따라서 우리나라가 채택할 신탁과세구조는 현행 사법과의 충돌을 최소화한다는 측면과 개정 신탁법이 일본신탁법과 유사한 것을 고려할 때, 일본방식을 채택하는 것이 효율적일 수 있다. 즉 일본방식은 세법상 신탁유형에 따라 수익자과세방식(수익자등 과세신탁)과 수탁자과세방식(법인과세신탁)으로 나누고 있다. 다만, 일본방식 중 다음과 같은 점을 수정하여 우리나라 신탁과세구조를 변경할 필요가 있다고 본다.

첫째, 미국방식 중 신탁이 수익자에게 신탁소득을 분배하는 것과 관계없이 매년 신탁소득에 대하여 신탁에게 과세한다는 규정을 도입할 필요가 있고, 신탁에게 과세된 부분에 대하여 수익자가 수탁자로부터 신탁소득을 분배받을 때, 이 부분에 대하여 비과세한다고 규정할 필요가 있다. 그리고 이 규정은 일본방식과 달리 신탁유형과 관계없이 모든 신탁에게 적용할 것을 추가할 필요가 있다. 이를 통하여 과세이연을 원천적으로 차단할 수 있고, 이중과세를 방지할 수 있기 때문이다. 또한 이러한 과세방식은 신탁원본과 신탁수익에 대한 추적기능을 가능케 하여 조세회피를 차단하는 역할로도 활용될 수 있다. 이와 관련하여 신탁법 제37조는 수탁자로 하여금 수탁자의 고유재산과 신탁재산을 분별하여 관리할 것을 정하고 있다. 이 규정에 따라 현행 법인세법 113조 제2항에서도 신탁재산과 고유재산을 구분하고 있을 뿐 원본 및 수익에 대한 구분기준을 마련하고 있지 않다. 다만, 기업회계기준 제105호 신탁업자의 신탁계정에 대한 회계처리기준이 마련되었지만, 현행 신탁도관이론상 신탁원본과 신탁수익의 추적에 있어서 한계가 있기 때문에 이에 대한 입법적 보완이 필요하다.

둘째, 일본의 법인과세신탁은 수익자가 법인이든 개인이든 법인세율을 적용(일본 법인세법 제4조)하고 있기 때문에 개인소득세율을 적용받는 자에 비하여 개인인 수익자는 법인과 개인간의 세율차이로 인하여 조세혜택을 부여받는다¹³⁾ 이 신탁의 납세의무자는 수익자가 아닌 수탁자이기 때문이다. 이와 같은 과세방식은 우리나라처럼 법인세율과 소득세율의 차이가 큰 상황에서 개인수익자에게 큰 조세혜택을 부여하게 된다. 이를 해소하는 방안으로는 신탁에 대한 독립적인 세율구조를 신설하는 것으로서 미국에서 시행하고 있는 제도이다. 이 방안은 현

13) 2009년도 기준 법인의 최고세율이 30%이고, 개인의 소득세율은 40%이다.

행 세제의 변경을 요구하는 것으로서 상당한 논란이 존재하게 될 것이다. 다른 방안은 현행 동업기업과세특례에서 채택하고 있는 방안일 것이다. 즉 동업기업을 법인으로 간주하는 방식이다. 다만, 동업기업에서 배당받은 자가 법인이나 개인일 경우에는 각각의 해당세율을 적용받는다. 즉 동업기업이 법인이지만, 실질적으로 특정한 경우를 제외하고 동업기업이 아닌 동업자가 납세의무를 부담하게 된다. 이를 신탁에도 적용할 수 있을 것이다. 다만, 동업기업은 신탁과 달리 동업기업의 소득의 계산 및 배분명세 신고의무가 부여되어 있다는 면이 다를 뿐이다.¹⁴⁾ 따라서 신탁에게도 동업기업의 소득계산 및 배분명세신고의무를 부여하여 소득의 흐름을 추적하여 그 귀속자에게 과세하는 방법을 고려할 수 있다. 이와 같은 사항이 도입된다면, 일본의 법인과세신탁에서 초래되는 소득세율과 법인세율의 차이로 인한 문제를 해소할 수 있을 것이다.

마지막으로 현행 신탁세제에도 존재하는 위탁자에 대한 과세요건을 강화하여 미국과 영국과 같은 위탁자신탁을 새로이 신설할 필요가 있다. 이를 통하여 위탁자의 지배력기준을 먼저 설정하여야 한다(김병일·남기봉 2012, 378-379). 그리고 신탁유형에 관계없이 위탁자 지배력기준에 해당하면 신탁소득에 대하여 위탁자에게 과세하는 방안이다.

이상과 같은 과세방식의 변경을 통하여 현행 신탁세제에 신탁실체이론을 가미하여 신탁을 납세의무자로 간주할 필요가 있다. 이를 통하여 신탁으로 인한 조세회피 등의 문제를 최소화할 수 있을 것으로 판단한다.

2. 손익분배기준의 설정

손익분배기준은 원본 및 수익의 정확한 구분을 전제로 한다. 이를 통하여 수탁자는 수익자에게 적절한 손익을 분배하고, 과세당국은 이를 기준으로 조세를 부과할 수 있기 때문이다. 이러한 손익분배문제는 주로 복수의 수익자가 존재하는 경우에 발생하게 된다. 이 경우 수탁자의 자의적 분배가능성을 배제하기 어렵기 때문에 미국은 이러한 분배기준을 공평의무(duty of impartiality)에 의하여 근거로 하고 있다. 우리나라도 개정신탁법 제35조¹⁵⁾는 수탁자의 공평의무를 명문화하고 있지만, 손익분배기준에 대하여 구체적으로 명시하고 있지 않으므로 불필요한 조세마찰을 초래할 수 있을 것이다. 이를 해소하기 위하여 입법적인 보완이 필요한 시점이다. 우선 손익분배기

14) 조세특례제한법 제100조의23 동업기업의 소득의 계산 및 배분명세 신고.

① 동업기업은 각 과세연도의 종료일이 속하는 달의 말일부터 3개월이 되는 날이 속하는 달의 15일까지 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 과세연도의 소득의 계산 및 배분명세를 관할 세무서장에게 신고하여야 한다.

② 각 과세연도의 소득금액이 없거나 결손금이 있는 동업기업의 경우에도 제1항을 적용한다.

③ 동업기업은 제1항에 따른 신고를 할 때 각 동업자에게 해당 동업자와 관련된 신고 내용을 통지하여야 한다.

15) 수익자가 여럿인 경우 수탁자는 각 수익자를 위하여 공평하게 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

준을 설정하기 전에 원본 및 수익에 대한 정확한 구분이 필요하다. 이러한 구분은 조세채무를 부담하는 수익자나 승계인에게 자신의 과세소득을 산정함에 영향을 미치고 있고, 다양한 신탁형태의 형태가 출현함에 따라 이에 대한 중요성은 증대될 것이다. 하지만 현행 신탁세제에서는 법인세법 113조 제2항에서는 신탁재산과 고유재산을 구분하고 있을 뿐 원본 및 수익에 대한 구분 기준을 마련하고 있지 않다. 또한 원본 및 수익 구분기준의 부재는 과세당국의 자의적인 원본 및 수익의 구분가능성을 배제하기가 어렵고, 신탁이 원본 및 수익에 대한 구分的 오류로 인하여 납세의무자에게 피해가 발생할 가능성도 존재하고 있다(김병일·김중해 2010, 367).

이와 같은 원본 및 수익의 구분기준의 중요성을 제시한 미국은 통일원본수익법(Uniform Principle and Interest Act : UPIA)에 근거하여 원본 및 수익에 대한 구분을 제시하고 있다. 즉 세무상 원본 및 수익에 대하여 원본을 나무의 줄기로 비유하고 수익을 원본자산에서 발생하는 열매로 보고 원본 및 수익을 구분하고 있다(Jacqueline & Patterson 2004, 108-21). 이러한 구분문제는 실무상 신탁회계상 원본 및 수익에 관한 장부의 관리과정에서 발생하게 된다. 특히 피상속인의 유언이나 신탁증서가 한 사람을 수익자로 다른 사람을 승계인(remainder)로 지정한 경우와 신탁증서의 규정에서 원본 및 수익의 구분을 비상식적으로 행하는 경우, 그리고 비전문가인 신탁이 법률에 의하여 신탁의 원본 및 수익의 구분을 잘못 이해하는 경우이다(Jacqueline & Patterson 2004, 108-22-23). 미국은 이러한 구분문제를 해소하기 위하여 회계기준과 통일원본수익법을 제정하고 신탁이 이에 근거하여 원본 및 수익을 구분하도록 정하고 있다. 이를 통하여 미국은 손익분배기준을 설정하고 있다.

미국의 손익분배기준은 ‘수익비율규정(unitrust)방식과 형평적 재배분(equitable reallocation)방식’이다. 즉, 수익비율규정방식은 당기 회계기간 중에 신탁으로부터 발생한 수입은 그 형식 여하를 불문하고 우선 원본에 편입된다. 그 후 일정한 지출공식(예컨대, 원본의 5% 상당액이라든지, 인플레이션에 2%를 더한다든지 하는 공식)을 사용하여 ‘당기의 수익’으로서 분배금액을 결정한다. 한편, 형평적 재배분방식은 원칙적으로는 형식에 따라서 ‘원본’ 및 ‘수익’을 구별하는 전통적인 관행에 따르지만, 예외적으로 수탁자는 ‘형평적 재배분’을 행하게 된다. 즉 전통적인 방식이 현재의 수입수익자와 잔여권의 수익자의 필요성에 적절하게 대응하지 못하는 경우에는 수탁자는 공평취급의무를 다하기 위하여 수탁자는 수입을 재배분해야 하는 의무를 부담해야 한다는 것이다(Langbein 1996, 669). 이 중 통일원본수익법에서는 형평적 재배분방식을 채택하고 있다.¹⁶⁾

이와 관련하여 우리나라에서도 개정신탁법 제35조 공평의무과 기업회계기준 제105호 신탁업자의 신탁계정에 관한 회계처리기준을 마련하고 있지만, 원본 및 수익의 구분기준 및 손익분배기준으로 보기가 어렵다고 판단한다. 따라서 신탁법에서는 공평의무에 근거한 원본 및 수익의 구분기준을 입법적으로 보완할 필요가 있다. 또한 손익분배기준을 설정하기 위해서는 특정수익자간의 유리·불리함을 따지는 것이 아니라 전체신탁재산에 유·불리함을 기준으로 공평의무에

16) 이에 대하여 UPIA § 104 Trustee's Power to Adjust 참조.

근거하여 마련되어야 한다(이연갑 2009, 39).¹⁷⁾ 따라서 우리나라도 미국의 형평적 재분배방식을 채택할 것을 고려해야 할 것이다. 이와 함께 다음과 같은 후속절차가 필요하다. 첫째, 단일신탁에 복수수익자가 있는 경우에 일방이 신탁의 모든 수익이나 손실을 부담하는 것을 금지할 필요가 있다. 이는 수익자가 신탁소득 이외에 다른 소득과 합산과세 할 때 조세회피를 시도할 수 있기 때문이다. 둘째, 신탁계약시점에서 각 수익자에게 설정된 수익비율이나 손실비율의 변경시에 는 이에 대한 적절한 사유를 과세당국에 신고하고, 이를 과세당국의 심사를 받는 방안을 고려할 수 있다. 적절한 사유로서, 수익이나 손실비율의 변경이 조세회피의도가 있는 경우 등이 포함될 수 있을 것이다. 셋째, 수익자 간 수익비율과 비용비율을 달리 설정하는 것을 금지할 필요가 있다. 이는 동업기업과세특례에서 조합원의 수익비율과 비용비율을 달리 설정하는 것을 금지하고 있는 것과 같은 취지이다. 왜냐하면 사법상 조합이나 신탁을 합유체로 보고 있고 각 제도의 특성도 유사하기 때문이다(김병일·남기봉 2012, 382-383).

3. 신탁존속기간과 신탁세제와의 관계

영구구속금지의 원칙(the Rule Against Perpetuities : RAP)은 지정된 수익자가 권리행사를 하지 못하는 경우나 기대할 수 없는 경우에는 21년 이내에 확정할 수 없는 수익권을 무효로 한다는 의미이다. 이 원칙은 수익권이 수익자에게 귀속되는데 신탁행위로부터 장기간을 유지한다면, 그 기간 동안 신탁재산은 구속되어 물자의 유통을 저해하여 국민경제상의 이익에 반하게 된다. 그 결과 신탁행위는 상당기간을 넘어 귀속할 수익권에 관하여는 무효가 된다는 것이다(최동식 2008, 78).

영미에서는 신탁설정시 생존자들 중에서 명시적 혹은 묵시적으로 특정된 자의 사후로부터 영구불확정기간(perpetuity period)인 21년 내¹⁸⁾에 귀속될(vest) 것이 명백하지 않은 미확정의 장래이익(contingent future interest)을 무효로 만든다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 John Gray (1942)에 의하면, “이익이 확정되지 않았다면 그 이익은 유효하지 않으며, 만약 이익이 확정되었다면 이익의 유효기간은 이익의 발생시점부터 21년을 초과해서는 안된다”고 보아 재산의 영구구속을 제한할 것을 주장하고 있다.

이와 관련하여 미국에서 영구적인 신탁을 제한하는 이유는 다음과 같다(Dukeminier 1986, 1868-1869). 첫째, 재산에 대한 ‘죽은 자의 관리 또는 통제(dead hand control)’를 제한하기 위한

17) 이 경우의 수탁자의 공평의무는 수탁자 재량권의 일탈 또는 남용여부를 판단하는 기준이 된다고 본다.

18) Restatement (Second) of Trust § 62, comment a(1959)에서는 이 기간을 21년으로 하고 있다. 이 기간은 신탁설정시로부터 계산하여 그 신탁에서 지정된 수익자가 생존기간에 21년을 더한 연수이다. 예컨대, 위탁자 S가 생존하는 B를 제1수익자, B의 사망 후에는 B의 장남인 C를 제2수익자, C의 사망 후에는 다시 C의 장남 D를 제3수익자로 하는 것과 같은 신탁에서 B의 생존기간에 21년을 더한 기간 내에 C와 D가 확정되지 아니한 경우에는 C와 D에 대하여 무효가 된다.

것이고, 현재 세대가 해당 재산을 이용할 수 있도록 허용하는 것이 당연하기 때문이다. 둘째, 시장의 요구에 따라 생산적인 발전을 위하여 재산의 시장성과 유용성을 유지하기 위한 것이다. 셋째, 파산자와 채권자로부터 부유한 수익자를 보호할 수 있기 때문에 신탁을 통제하기 위한 것으로서, 경제발전을 위하여 위험성 있는 자본의 이용을 감소시키기 위한 것이다. 이러한 이유는 대부분 경제적 효율성에 기초하고 있다. 그 이유로 인하여, 신탁존속기간을 제한하는 것은 불확정 이익에만 영구구속금지의 원칙을 적용하는 것보다 유리할 수 있다고 보고 있다. 왜냐하면 확정되거나 불확정된(vested or contingent) 장래이익이 존재할 때 마다 이와 같은 이익의 처리는 임의적(compromised)이기 때문이다(Okamura 2009, 4).

이와 같은 미국의 영구신탁제한사유에 대해서 최근 신탁법 및 신탁세제를 개정된 일본도 공감하고 있는 바이다. 그리하여 일본은 제한적이긴 하지만 일본신탁법 제91조에서 이 제도를 수용하고 있는 상황이다. 일본의 신탁법을 거의 수용한 우리나라의 개정신탁법도 크게 다르지 않다.

신탁법상 신탁존속기간을 제한함에 있어서 고려할 사항은 크게 제한기간과 장래이익이다. 첫째, 제한기간은 한 세대의 평균수명과 인구를 기준으로 산정하는 방법을 고려할 수 있다. 실제로 이 제도를 일부 도입한 일본은 평균수명과 인구에 따라 이를 적용한 수익자연속신탁의 경우 마지막 수익자가 남성이라면 97.5년, 여성이라면 104.5년까지 지속될 것으로 보았다(Okamura 2009, 4, 각주4). 이를 고려하여 이 신탁의 존속기간을 30년으로 제한하고 있다. 이에 대하여 우리나라에서도 도입에 찬성하는 학자들이 있다.¹⁹⁾ 둘째, 장래이익과 관련된 사항이다. 이 이익은 현행 사법상 소유권범위에 포함되지 않으며 상속과 관련된 유류분청구문제와 충돌될 수 있다. 미국과 일본이 신탁존속기간의 제한이유를 경제적 효율성이라는 측면에서 볼 때, 이 규정은 신탁세제측면에서 더 밀접한 관계가 있을 것이다. 즉 현행 신탁과세구조는 사망한 자의 관리 또는 통제, 그리고 위탁자의 영향력에 따른 경제적 비효율성이 존재하기 때문이다. 이러한 측면은 신탁의 역사를 보더라도 충분히 추론이 가능할 것이다(현병철·최현태 2007, 77-117). 즉, 사인들은 신탁을 통한 가족구성원에 대한 부의 이전이나 부의 분산을 통하여 정부의 규제나 조세의 회피를 시도해 왔고, 영미국가는 이에 대응하는 지속적인 세법개정이 이루어졌다. 이와 같은 상황은 우리나라도 다르지 않다.

우리나라의 이러한 문제들은 현행 신탁과세구조에서 기인된 것이다. 현행 신탁과세구조는 신탁도관이론을 채택함으로써, 신탁을 납세의무자로 보고 있지 않다. 이는 신탁에 대한 영향력이 수탁자나 수익자가 아닌 위탁자에게 집중되어 있다는 점을 시사하고 있다. 따라서 현행 신탁과세구조는 위탁자에 의한 조세회피행위에 취약한 구조이다.

19) 임채웅(2009)은 실제 사건에서 문제가 되는 경우에는 일본법을 참조하여 30년 정도를 기준으로 하여 사안별로 유무효를 따져 보아야 한다는 견해이고, 최현태(2010)는 신탁되는 재산의 성질에 따라 그 존속기간을 나누어서 신탁재산이 동산 및 부동산의 경우에는 30년으로 하되 지적재산권 등 50년으로 나누어서 보자는 견해이다.

이러한 측면에서 볼 때, 신탁존속기간의 제한은 위탁자와 관련된 사항으로 볼 수 있다. 위탁자가 신탁의 설정자이고, 신탁의 영향력 즉 경제적 지배력이 다른 신탁 당사자들보다 높을 것이다. 이러한 이유로 신탁존속기간제한의 필요성이 분명하다는 점이다.

예를 들어, A위탁자(신탁자)가 미성년자 자녀(B,C)의 생활을 위하여 수탁자 D와 신탁계약을 체결하고, 신탁계약의 내용은 위탁자 A는 자녀 B(수입수익자)에게는 매년 신탁소득 중 지급하기로 했고, 자녀 C(원본수익자)에게는 신탁종료시점에 신탁원본이 이전되며, 신탁계약기간을 20년으로 가정해 보자. 이 경우에 현행 신탁세제는 신탁재산에 귀속되는 소득은 그 신탁의 수익자(수익자가 특별히 정해지지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우에는 신탁의 위탁자 또는 그 상속인)에게 귀속되는 것으로 본다(소득세법 제2조의2 제6항)고 규정하고 있다. 다만, 신탁소득의 귀속시기를 각 소득별로 구분하여 정하고 있다. 따라서 수입수익자가 실제로 수탁자로부터 신탁소득을 지급받는 시점에서 과세할 수 있다고 규정하고 있는 것이다. 또한 신탁계약기간이 종료된 시점에서 신탁원본을 수령하는 원본수익자 또는 신탁이익을 증여받는 자에게 상속세및증여세법 제9조와 상속세및증여세법시행령 제5조²⁰⁾ 그리고 상속세및증여세법 제33조를 상속의 원인이 발생하거나 증여를 지급받는 시점에서 과세할 수 있다고 정하고 있다.

그러나 이 경우에 있어서, 위탁자가 신탁의 지배력과 영향력을 미치는 상황인 다음의 경우를 상정해 보자. 첫째, 위탁자는 신탁계약을 변경하여 수탁자로 하여금 수입수익자인 자녀 B에게 지급할 신탁소득을 신탁에 유보할 것을 지시하여 과세이연행위를 할 수 있을 것이다. 이것이 가능한 이유는 신탁계약이 임의성을 띠고 있기 때문이다. 또한 신탁계약시점에서 위탁자가 수탁자의 권리의무를 제한할 수 있고, 법률이 특정상황에서만 수탁자의 개입을 허용하고 있기 때문에 수탁자가 임의로 신탁계약의 이행을 강행하기도 어렵기 때문이다.²¹⁾ 둘째, 위탁자는 신탁계약기간을 연장할 수 있다. 그러나 현행 신탁과세구조상 연장시점에 대한 세무처리규정을 명시하고 있지 않아서, 위탁자의 조세회피행위를 방조하고 있는 상황이다. 이 경우에 위탁자와 특수관계자는 신탁존속기간이 영구적이고, 이들 간의 계약 역시 임의성이 지배하고 있는 상황에서 자신들에게 유리한 조세환경이 조성될 때까지 기다리거나 자신들에게 유리한 방법을 선택하여 조세회피를 시도할 가능성이 높을 것이다. 셋째, 개정신탁법에서 도입한 수익자연속신탁 및 수익자의 미지정 상태를 장기화로 인하여 신탁소득을 분산시키는 행위를 시도할 수 있을 것이다.

그러므로 이러한 조세회피환경과 신탁재산의 경제적 효율성을 개선하기 위하여 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다. 신탁존속기간을 제한함으로써 다음과 같은 이점이 존재한다. 우선, 신탁존속기간의 제한은 신탁에 대한 위탁자의 지배력을 축소시킬 수 있다. 그리고 전술한 바와 같

20) 상속세및증여세법 제9조 제1항 단서 및 동조 제2항의 규정에 의한 신탁의 이익을 받을 권리를 소유하고 있는 경우의 판정은 제25조의 규정에 의하여 원본 또는 수익이 타인에게 지급되는 경우를 기준으로 한다.

21) 다만, 개정신탁법에서 신탁운용과 관련하여 수탁자 재량권의 확대보다는 수탁자의무를 강화하고 있다.

이 신탁존속기간의 제한은 확정이익이 아닌 불확정이익만에 적용함으로써 이를 이용한 조세회피행위를 제한할 수 있다. 따라서 이의 적용기간과 적용대상은 우리나라의 사회·경제적 상황과 외국의 입법례를 반영하여 점진적으로 확대되어야 한다고 본다. 이러한 틀 안에서 신탁과세구조의 세부적 사항을 검토해야 할 것이다. 다만, 신탁존속기간의 제한으로 인한 신탁의 유연성이 훼손하지 않는 범위 내에서 이를 결정해야 한다고 사료된다.

4. 개정신탁법에 따른 장래이익에 대한 처리방향

장래이익 또는 기대권(future interests)은 영미의 재산법(property law) 중 소유권에서 언급된 것으로서, 장래이익 또는 기대권(이하에서는 ‘장래이익’이라고 한다)은 현재에는 특정재산에 대한 권리를 보유하고 있지 않지만, 장래에 향유할 수 있는 권리를 말한다.²²⁾ 이러한 장래이익은 유언과 신탁에서 생성된다. 즉 “나의 배우자의 여생을 위하여, 우리의 자녀가 잔여권(to my spouse for life, remainder to our children)”을 갖는다(McGovern et al. 2010, 451). 이러한 장래이익은 현재 그리고 즉시 발생하는 권리인 현재이익(present interests)과 대조를 이룬다. 현재이익에는 부동산에 관한 권리 즉, 지역권(easement), 유치권(lien), 담보권(mortgage) 임차권(tenant right) 등이 포함된다. 그러나 이러한 장래이익은 현행 사법상 소유권개념에 포함되지 않으므로 과세근거가 불명확하여 조세법률주의를 침해할 수 있다.

이러한 장래이익은 주로 생전신탁에서 발생하게 되는데, 하나의 재산에 대하여 둘 이상의 수익자가 다른 이익을 취득하게 되는 상황이 발생한다. 이는 개정신탁법의 유언대용신탁²³⁾과 수익자연속신탁²⁴⁾과 관련된 이익이다. 예컨대, 위탁자 A가 수탁자 B에게 자신의 건물을 신탁한 후 자녀인 수익자 C에게 건물의 임대소득을 분배할 것을 정하고 자녀인 수익자 D에게는 A의 사망

22) 예컨대, A가 부동산을 B가 생존하고 있는 동안에는 B에게, B가 사망한 후에는 C에게 증여한 경우 C는 현재에는 부동산에 대한 소유권을 보유하고 있지 않지만, 장래에 B가 사망한 경우에는 부동산의 소유권을 보유할 수 있으므로 C는 부동산에 대한 장래이익이나 기대권을 보유하고 있는 것이다(이상윤 2000, 329)

23) 신탁법 제59조(유언대용신탁)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 신탁의 경우에는 위탁자가 수익자를 변경할 권리를 갖는다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

㉠ 수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁

㉡ 수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산에 기한 급부를 받는 신탁

② 제1항 제2호의 수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

24) 신탁법 제60조(수익자연속신탁)

신탁행위로 수익자가 사망한 경우 그 수익자가 갖는 수익권이 소멸하고 타인이 새로 수익권을 취득하도록 하는 뜻을 정할 수 있다. 이 경우 수익자의 사망에 의하여 차례로 타인이 수익권을 취득하는 경우를 포함한다.

이나 신탁종료 후에 신탁원본(재산)을 분배할 것을 정할 수 있다. 이 때 수익자 C에게 지급되는 이익이 현재이익이고, 수익자 D에게 지급되는 이익이 장래이익이다. 현재이익은 수익자가 즉각적으로 신탁재산을 향유(enjoy)하거나 소유할 권리를 받은 경우인 반면, 장래이익은 수익자가 신탁재산의 권리가 특정기간동안이나 특정사건이 발생할 때까지 지연(delay)되는 경우를 말한다.

이러한 장래이익의 문제로는 잔여권의 확정 또는 불확정(vested or contingent)이다. 예를 들어, 위탁자가 위의 내용처럼 수익자 D를 잔여권자(remainderman)로 지정하고, 자신보다 더 오래 살 것을 가정한 경우 장래이익은 확정적이지만, 위탁자가 위탁자의 사망시점이나 신탁종료시점의 상황에 따라 수익자 D가 잔여권자가 될 수 있다고 한다면, 수익자 D의 잔여권은 불확정된 상태로 존재하게 된다. 이 때 전자는 해제조건(condition subsequent)이고, 후자는 정지조건(condition precedent)이다. 정지조건과 해제조건의 구별은 불확정 잔여권의 이전을 금지하는 사법권 또는 관할권(jurisdictions)에서만 의미가 있을 뿐이다. 즉 잔여권이 나의 아들의 생존하는 후손에게 이전될 것으로 고안된 경우, 그의 아버지 생존기간 동안 아들의 자녀에 의한 이전은 효력이 없게 된다(McGovern et al. 2010, 452).

잔여권이 불확정적인지 확정적인지는 언어적 쓰임(language employed)에 따라 결정된다. 조건적 요소가 잔여권자를 의미하는 표현을 포함하고 있다면, 이 때 잔여권은 불확정적인 상태가 되지만, 이 단어 뒤에 확정된 이익을 준다고 표현되었고 그 문장(clause)에 이익을 처분할 수 있다는 내용이 추가되었다면 그 잔여권은 확정적인 상태가 된다.²⁵⁾ 이와 관련하여 미국의 법원 및 주들은 언어적 세부사항에 대한 검토를 피하고, 확정적이고 불확정적인 잔여권이 이전될 수 있다는 것을 허용하고 있다. 즉, 미국의 다수의 주(州)에서 불확정적인 장래이익의 소유자는 현재 처분할 권리가 있는 재산을 보유하고 있다고 보고 있다.²⁶⁾ 따라서 불확정 잔여권은 일반적으로 잔여권자의 생존을 조건으로 한다는 것으로서 이해할 수 있을 것이다. 그러나 불확정 잔여권은 일반적이지만 항상 잔여권자의 생존을 조건으로 하는 것은 아니다.²⁷⁾

그러나 이러한 장래이익은 현행 사법과 충돌을 야기할 가능성이 높다. 영미법상 소유권과 점유할 수 있는 권리(점유권이라고 부른다)²⁸⁾라는 용어를 혼용하고 사용하고 있는 반면, 대륙법계에서는 소유권과 점유권(그 권원의 정당성 여부와 관계없이 동산이나 부동산을 점유하고 있다는 사실에 기인하여 인정되는 권리)을 명확히 구분하고 있다(서철원 2000, 108). 또한 부동산점유권과 관련하여 미국은 현재 점유할 수 있는 권리와 미래에 점유할 수 있는 권리로 나누고 있다(이상운 2000, 119). 이 중 미래에 점유할 수 있는 권리가 장래이익에 속한다. 반면에 대륙법계

25) Scott v. Brusmon, 569 S.E.2d 385m(S.C.App. 2002) : Goodwine State Bank v. Mullins, 625 N.E.2d 1056, 1074(III.App.1993) 참조.

26) Restatement, Third, of Trusts § 41 cmt. a(2003).

27) Fletcher v. Hurdle, 536 S.W.2d 109(A가. 1976) : Rushing v. Mann, 910 S.W.2d 672(A가. 1995) 참조.

28) 영미법상 점유에는 물건에 대한 사실상의 지배관계 및 타인을 지배관계로부터 배제하고자하는 의사를 성립요건으로 보고 있다. 우리나라는 점유의사가 필요 없는 객관설을 취하고 있다(이상운 2000, 311).

의 시각상 장래이익은 대륙법계의 소유권인 물건을 자신의 물건으로서 직접적·배타적·전면적으로 지배하여 사용·수익·처분할 수 있는 사법(私法)상의 권리라고 보기 어렵고, 우리나라가 점유의 성립요건 중 점유의사가 없는 객관설 즉 물건에 대한 사실상의 지배관계를 채택하고 장래에 향유할 수 있는 권리인 장래이익을 수용하기가 어렵기 때문이다. 그리고 이러한 시각은 일본의 민법상 물권법에서는 절대적 소유권의 원칙(the principle of absolute ownership right)을 천명하고 있는 것과 유사하다. 이는 일본 민법에서 ‘확정이나 불확정(vest or fail)’이라는 개념을 오랫동안 인정하지 않고, 장래이익에 대한 여지도 거의 없는 상태이고, ‘정사(定嗣: 연속되는) 상속재산권(fee tail)’을 허용하지 않고 있기 때문이다(Okamura 2009, 3).

이와 같은 법률체계의 차이로 인하여 장래이익을 현행 민법상 수용하기가 어려울 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 이와 관련된 이익이 발생하는 수익자연속신탁을 현행 신탁법에서 도입하여 시행하고 있는 상황에서 이에 대한 지속적인 논의를 통하여 장래이익의 처리에 대한 접점을 찾아 법적 안정성을 높일 필요가 있다.

이러한 장래이익과 관련하여 미국 재무부는 다음과 같이 해석하고 있다. 즉 “장래이익은 법률 용어로서, 이에는 반환 또는 복귀(reversion), 잔여권 그리고 다른 수익이나 유산이 포함되고, 이 자산이 확정되었거나 불확정된 것과 관계가 없다. 또한 상업적 이용, 점유나 미래시점에 향유가 제한되는 특정한 수익이나 유산에 의해 지원받는 것과 관계가 없다”고 규정하고 있다(Treg. Reg. § 25. 2503-3(a)). 이와 관련된 미국 연방세법의 세무처리는 다음과 같다. 즉, A는 철회불가능신탁의 수탁자인 은행에게 \$500,000을 이전했고, A는 B(55세)의 남은 생애동안 분기마다 모든 신탁소득을 받을 수 있는 수입수익자로 B를 지정할 경우, B의 사망 후 그 재산은 C(25세)이거나 C의 유산으로 이전된다. B는 즉각적인 소득을 향유할 권리에 대하여 무제한적인 권리를 수여받는다. 따라서 B는 현재이익을 갖고 있지만, C는 장래이익을 갖게 된다. 왜냐하면 C는 B가 사망하기전까지는 재산이나 어떠한 신탁소득에 대하여 향유할 수가 없기 때문이다(Anderson et. al. 2008, C12-17). 이 경우 미국은 현재이익에 대해서는 일정한 금액에 대하여 연간면세한도(annual exempt)를 정하고 이에 대하여 증여세를 면제하고 있지만, 장래이익에 대해서는 증여세 부과대상으로 보고 있다.

그러나 현행 세법에서는 장래이익에 대한 과세근거를 찾기 어렵다. 더욱이 장래이익은 이전시점의 자산의 평가방법과 과세시점에 따른 문제점을 내포하고 있다. 즉 자산평가시점을 이전시점으로 할 것인지 아니면 일단 이전시점에서 1차적으로 평가한 후 실제자산이점에서 평가할 것인가의 문제이다. 이는 과세시점과도 직접적으로 연관되어 있다. 왜냐하면 현행 상속세및증여세법상 납세의무자는 수증자이기 때문에 이러한 세금을 납부하기 위하여 증여나 상속받은 자산을 매각하는 상황이 발생하게 됨으로서, 신탁설정목적을 훼손할 수 있기 때문이다(김종해·김병일 2012, 66 재인용).

이와 같은 문제를 해소하기 위하여 신탁법에서 장래이익에 대한 규정을 명확히 밝힐 필요가 있다. 이는 세법상 과세근거를 명확히 할 수 있기 때문이다. 물론 이 과정에서 사법과의 충돌을 최소화할 필요가 있겠지만 미국의 입법례처럼 신탁설정 당시에 잔여권자로 지정된 자가 보유한 장래이익은 그가 위탁자보다 먼저 사망하다라도 확정된 잔여권으로 분류하여 법률관계를 이행할 필요가 있다. 이는 현행 상속법의 법적상속과 다르지 않기 때문이다. 또한 불확정 잔여권과 관련하여 신탁설정당시에 잔여권자가 미지정된 경우나 잔여권발생시점상 잔여권자가 없는 경우에만 장래이익을 불확정장래이익으로 분류할 필요가 있다. 다만, 현행 사법상 불확정 장래이익의 이전은 소유권의 취득으로 볼 수 없으므로, 이러한 불확정이익의 소유자를 위탁자로 보는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 이를 통하여 확정장래이익에 대해서는 각각의 세법을 적용하며, 불확정장래이익에 대해서는 위탁자와 지정받은 수익자와의 법률관계로 해석하고, 이들의 법률행위와 관련된 세법을 적용하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다. 결국 장래이익의 처리문제는 사법체계와 세제 모두를 변경할 것을 제안하고 있는 것이다. 이는 신탁산업이 루프홀(loop hole)로 개발되었고, 이를 사법과 세제가 대응하고 있는 상황에서 장래이익이 미실현이익이라는 측면에서 볼 때(Okamura 2009, 3), 세제측면에서 이에 대한 적극적 대응이 필요한 상황이다. 이에 대한 세무처리 방안은 다음과 같다.

장래이익은 미실현이익이고, 전술한 과세시점과 자산평가방법의 문제점을 고려해 볼 때, 발생할 수 있는 문제는 증여의 완전성 여부에 따른 증여세부과와 장래이익을 상속과세대상에 포함시킬 수 있는지의 문제이다. 우선 미국의 경우 증여의 완전성은 증여자가 재산을 직접적으로 이전하고 이전된 재산이 증여자의 지배력과 통제력에서 벗어난 경우를 말하고 이 때 증여세를 부과할 수 있다. 반면에 증여자의 지배력과 통제력이 존재하면서 재산을 이전한 경우는 증여의 불완전성이라고 말하고, 증여재산에 대하여 증여자의 지배력과 통제력이 상실될 때까지 해당 재산에 대하여 증여세를 부과할 수 없다.²⁹⁾ 이를 확정된 장래이익에 적용해 보면, 귀속자는 확정된 상태이고 과세시점에 따라 증여세나 상속세부과가 어렵지 않다고 본다. 다만, 증여세의 납세의무는 실제로 장래이익이 실현되는 시점까지 이연할 필요가 있으나 이를 불확정된 장래이익에 적용해 볼 때, 불확정이익의 소유자를 위탁자로 간주한다면 증여세문제는 발생하지 않을 것이고, 이를 위탁자의 유산에 포함시킬 필요가 있다.

이를 통하여 신탁의 법률관계를 명확히 하여 법적 안정성 및 예측가능성을 높일 수 있으며, 신탁과 관련된 조세법률관계를 재고하여 불필요한 조세마찰을 최소화할 수 있다고 판단한다.

29) 이는 McGovern et al(2006)에 몇 가지 예외가 존재하는데, Treas. Reg. § 25.2511-2(d)에서 구체적으로 언급되어 있다.

5. 생전증여에 따른 증여세면제방식변경의 필요성

증여세는 상속세의 보완세로서 피상속인 생전에 상속세를 회피하기 위하여 재산을 상속인에게 이전하는 것을 방지하기 위하여 부과되는 조세이다.³⁰⁾ 이러한 증여세는 상속세와 더불어 세대간 부의 이전이라는 측면에서 소득세와 재산세의 접경에 있다. 부의 이전으로 발생한 소득이 세대간 특수행위인지, 불로소득인지에 따라 다양한 정책적 방안을 고려할 수 있다(김진 2009, 15).

그런데 이러한 세대간 부의 이전은 일반적인 특수행위로 볼 수 있다고 본다. 즉, 피상속인이 자신의 배우자나 직계존비속 및 친족들에게 생전에 증여한 재산은 특수행위이다. 이러한 행위에 대하여 현행 상속세및증여세법 제13조(상속재산가액)는 상속개시일 전 10(5)년 이내에 피상속인이 상속인(상속인이 아닌 자)에게 증여한 재산가액을 상속재산가액에 가산하도록 규정하고 있다. 다만, 이 경우에 해당하는 재산은 증여재산가액에 포함되지 않는다. 또한 동법 제53조(증여재산공제)는 배우자로부터 증여를 받은 경우에는 6억원, 직계존속(수증자의 직계존속과 혼인 중인 배우자를 포함 단, 사실혼은 제외한다) 및 직계비속(수증자와 혼인 중인 배우자의 직계비속을 포함한다)으로부터 증여를 받은 경우에는 3천만원, 그리고 미성년자가 직계존속으로부터 증여를 받은 경우에는 1천500만원으로 하고 있고, 기타 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로부터 증여를 받은 경우에는 500만원을 증여과세가액에서 공제하고 있다. 이 경우 수증자를 기준으로 그 증여를 받기 전 10년 이내에 공제받은 금액과 해당 증여가액에서 공제받을 금액을 합친 금액이 각각의 경우에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분은 공제하지 아니한다고 규정하고 있다. 이는 누진율의 측면에서 바라볼 때도 적절한 규정이라고 본다.³¹⁾

이러한 현행 상속세및증여세법의 증여과세방식은 증여행위별과세방식을 취하고 있다. 그러나 증여행위별과세방식은 증여세면제가액만큼 반복하여 수증자에게 지급하여 조세회피를 장기간 시도할 수 있다. 이는 신탁의 설정기간이 장기인 측면을 고려할 때, 위탁자는 이를 적극적으로 활용할 가능성이 있다(김중해·김병일 2012, 70 재인용).

30) 상속세및증여세법상 증여의 개념과 사법상 증여개념이 동일하지 않다. 즉 사법상 증여가 유효하게 성립된 경우라도 부의 무상이전이라는 본질을 갖추지 않으면, 과세대상이 되지 않기 때문이다(이창희 2008, 1072).

31) 이의 입법취지는 피상속인이 생전에 증여한 재산의 가액을 가능한 한 상속세 과세가액에 포함시킴으로써 조세부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러 피상속인이 사망을 예상할 수 있는 단계에서 장차 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인 이외의 자에게 상속과 다른 없는 증여의 형태로 분할·이전하여 고율인 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려는 부당한 상속세 회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위한 것이라는 점이다. 또한 생전증여에 의한 상속세 회피행위의 방지라는 입법목적 달성을 위해서는 일정기간 안에 이루어진 그 증여재산 가액을 상속재산 가액에 가산함으로써 정당한 누진세율의 적용을 받도록 하는 것은 적절한 수단이다(헌법재판소 2006. 7. 27. 2005 헌가4).

이러한 증여행위별과세방식은 민법의 물적편성주의에서 기인한 것으로 보인다.³²⁾ 이는 과거 상속 및 증여의 목적물 중 부동산이 상당수를 차지했기 때문이다. 이러한 물적편성주의는 부동산을 기준으로 등기부를 편성하는 방식으로써 목적부동산인 각각의 토지·건물의 권리관계를 1등기용지에 사용하여 등기부를 편성하는 방식이다. 그러나 이러한 물적편성주의는 어떤 사람이 사망하기 전에는 어떤 재산을 소유하고, 그 중 어떤 것을 증여했는가를 파악하기 어려운 현실이다(이창희 2008, 1055). 즉 특정인이 가지고 있는 부동산의 권리의 총괄조사에는 불리할 수 있다. 이러한 부분을 해소시킬 수 있는 방법이 인적편성주의이다. 즉 부동산의 소유자인 권리자를 기준으로 하여 1인에 1등기용지를 사용하여 편성하는 방식을 말한다. 이는 미국에서 채택하고 있는 방식으로써, 인별로 그가 소유한 부동산이 무엇이고, 어떻게 바뀌는가를 등기하는 제도이다. 이 방식의 장점은 물적편성주의에 비하여 평생에 걸친 증여를 추적하기 수월하다는 점이다. 그러나 현재의 상속 및 증여의 목적물이 부동산에서 주식 등과 같은 다양한 자산이 활용됨에 따라 물적편성방법에서 인적편성방법으로 전환할 필요가 높아지고 있다. 물적편성주의는 부동산 이외에 자산에 대한 추적기능에는 한계가 있기 때문이다. 따라서 조세행정력은 현재의 전산화로 인하여 권리자의 부동산뿐만 아니라 주식 등과 같은 자산의 변동상황을 추적하기가 용이할 것이다. 또한 인적편성주의에 적용함으로써 권리자가 의도적으로 부동산을 주식 등과 같은 자산으로 전환하여 조세회피시도의 가능성을 축소할 수 있다. 그러므로 조세행정력은 이에 대한 추적이 용이해졌기 때문에 증여행위별과세방식에서 미국처럼 기간단위별과세방식으로 전환할 필요가 있다. 이는 신탁뿐만 아니라 다른 제도에서도 적용되어야 할 것이다.

기간단위별과세방식과 관련된 내용은 다음과 같다. 미국 연방세법 제2035조에서는 피상속인의 사망개시일부터 3년 이내에 증여한 경우에 일정한 증여재산을 피상속인의 총유산(gross estate)에 포함시키고 있다. 이 규정은 신탁에게도 적용된다.³³⁾ 그러나 미국은 신탁기간동안 수탁자가 수익자에게 지급한 금액에 대하여 다음과 같은 과세방식을 채택하고 있다. 즉 특정기간의 이익(a term certain interest)개념을 도입하고 있다.³⁴⁾ 특정기간의 이익이란 특정인

32) 물적편성주의는 등기의 대상인 부동산을 표준으로 하여 등기를 편성하는 주의이다. 즉 등기부를 편성하는 방식으로써 목적부동산인 각각의 토지·건물의 권리관계를 1등기용지에 사용하여 등기부를 편성하는 방식이다. 이에 반해 부동산의 소유자인 권리자를 기준으로 하여 1인에 1등기용지를 사용하여 편성하는 방식을 인적편성주의라고 한다. 물적편성주의는 공시방법이 간명하다는 장점이 있지만, 특정인이 가지고 있는 부동산의 권리의 총괄조사에는 인적편성주의가 유리하다. 인적편성주의는 프랑스에서 물적편성주의는 독일 등에서 행하여지고 있다. 우리나라의 부동산등기법은 물적편성주의를 취하여 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1등기용지를 사용하도록 하였다(부동산등기법 제15조).

33) 다만, 미국 연방세법 제2035조(e)에서는 철회가능신탁과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 연방세법 제2035조와 제2038조의 목적상, 위탁자의 권한으로이라는 이유로 피상속인이 소유한 것으로 보는 연방세법 676조에 따른 처리는 이러한 부분이 이 기간 동안 신탁의 어떤 부분의 이전(양도)하는 것은 피상속이 직접적으로 이전한 것으로 본다.

34) 미국은 생애유산, 연금이자, 승계권, 그리고 특정이익의 산정과 관련하여 연방세법 제7520조의 이자를

간동안 신탁재산에 발생한 이익을 수령하는 것을 말한다. 즉 이 이익을 수령 받게 될 자는 신탁 재산에 대한 권한이나 소유권을 보유하는 것이 아니라 특정기간동안 신탁재산에서 발생한 소득을 수령할 권리만이 있을 뿐이다. 그 기간이 종료되면 해당 재산(이익)은 위탁자에게 반환되거나 다른 자에게 이전된다. 미국은 특정기간의 이익을 수령하는 자에 대하여 증여세를 부과하지만 수령자가 가족구성원인 경우에는 증여세를 부과하고 있지 않다(Anderson et al. 2008, C12-11). 이러한 미국의 과세방식은 주로 생전신탁이 위탁자에 의해 설정되므로 가족구성원에게 신탁기간동안 신탁이익을 지급하는 것은 그렇지 않은 자에게 지급하는 것보다 신탁이익에 대한 귀속을 추적하기가 수월하고, 이러한 이익을 위탁자의 사망시점에서 총유산액에 가산할 수 있는 장치가 마련되어 있기 때문이라고 생각된다(김종해·김병일 2012, 71 재인용).

따라서 이에 대한 개선방안은 다음과 같다(김종해·김병일 2012, 71-71 재인용). 첫째, 현행 신탁과세구조에 실체이론을 도입한 후 신탁단계에서 신탁재산의 변동상황을 확인할 수 있는 장치를 마련할 필요가 있다. 둘째, 수탁자가 수입수익자에게 지급하는 일정금액에 대하여 소득세를 부과하되, 증여세연간면제금액은 소득세법의 연금지급액의 상한액³⁵⁾을 기준으로 이를 초과하는 금액에 대해서는 증여세를 부과하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 미국은 연간증여면제 금액으로 \$13,000(2009-2012년 기준)을 면제해주고 있고, 이를 초과한 금액에 대해서는 증여세를 부과하고 있다. 셋째, 미국의 입법례처럼 수익자(자녀)를 위한 부양목적이나 교육비 및 의료비지원목적으로 사용될 금액에 대해서는 과세하지 않는 방안을 함께 고려해야 한다. 이것은 신탁을 통하지 않더라도 통상적인 발생하는 자녀부양을 위한 행위로 볼 수 있기 때문이다.

이와 같은 방안을 통하여 현행 물적편성주의에 의한 증여행위별과세방식에서 인적편성주의에 의한 기간단위별과세방식으로 전환하여 현행 상속세및증여세법 제13조 제1항과 동법 제53조의 입법취지를 그대로 유지할 수 있다고 본다.

표를 기준으로 이전세(transfer tax)를 부과하고 있다. 이자율산정에 있어서 미국국세청과 법원은 어려움이 있었다. 이러한 이자율은 미국의 경우 연금과 관련하여 보통 25년 동안 연금을 수령할 것으로 가정했지만, 의학기술의 발달로 인하여 이자율에 대한 지속적인 수정이 필요하기 때문이고, 이에 따른 재산 평가문제도 과세당국이나 법원의 고민거리가 되고 있다(Melcher & Zuengler 2006, 206). 이에 대한 하나의 대안으로 이익 등 이전시점마다 모든 상황과 사실에 대한 실질조사를 수행할 것을 정하고 있다(Ithaca Trust Co. v. U.S., 279U.S. 151, 155. 1929).

35) 이 금액은 국민연금 등의 최고수령액을 기준으로 산정할 수 있다.

V. 요약 및 결론

개정신탁법이 2012년 7월 26일부터 시행되었는데, 이는 변화된 경제현실을 반영하고 글로벌 스탠더드에 부합하도록 개선하며, 신탁의 활성화를 위한 법적 기반을 마련하기 위한 것이다. 이러한 개정신탁법은 현재 우리나라의 노령화의 진행에 따른 기존 금융시스템 이외의 다양한 자산 및 자금운용에 대한 욕구가 증대되고 있는 상황에서 신탁에 대한 관심이 높아지는 것과 맥을 같이 한다.

개정신탁법의 시행에 더불어 신탁세제 또한 전면개정이 필요한 상황인데, 본 연구에서는 다음과 같은 우리나라의 신탁과세구조에 대한 개선방안을 제시함으로써 신탁을 통한 조세회피가능성을 최소화함과 동시에 신탁제도의 법적안정성을 높일 수 있다고 판단된다.

첫째, 현행 신탁과세이론이 도관이론만을 적용하고 있어 위탁자를 통한 과세이연 등의 문제를 해소하기에는 역부족이다. 따라서 현행신탁과세이론에 실체이론을 도입하여 위탁자중심의 신탁운용방식에서 수탁자중심의 신탁운용방식으로 전환할 필요가 있다. 이에 따라 신탁을 납세의무자로 간주할 필요가 있다.

둘째, 손익분배기준을 규정할 필요가 있다. 이는 위하여 손익분배기준을 개별수익자의 손익이 아닌 전체신탁재산손익을 기준이 되어야 한다. 이를 통해 신탁계약에 따라 설정비율을 원칙으로 하며, 수익비율과 손실비율이 다를 경우에는 수익비율에 따라 손실비율을 정하도록 한다.

셋째, 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다. 개정신탁법에서도 이에 대한 제한이 없기 때문에 신탁을 통한 조세회피가능성이 종전과 같이 상존하고 있는 상황이다. 따라서 이를 최소화하기 위하여 경제적 효율성측면에서 신탁존속기간을 제한할 필요가 있다.

넷째, 개정신탁법에서 도입한 수익자연속신탁과 유언대용신탁에서 존재하는 장래이익(future interest)에 대한 적절한 대응규정을 마련할 필요가 있다. 이러한 장래이익은 현행 사법상 소유권의 개념과 상충될 수 있는 여지가 있기 때문에 사법에서 이를 먼저 정리할 필요가 있다. 만약 그대로 방치할 경우 과세당국이 이에 대한 과세근거를 명확히 할 수 없어서 불필요한 조세마찰을 초래할 수 있기 때문이다.

다섯째, 상속세및증여세법 제13조 제1항과 제53조와 관련된 증여재산공제방식인 증여행위별 과세방식에서 기간단위과세방식으로 전환할 필요가 있다. 이는 생전증여로 인하여 증여세및상속세 회피를 방지하는데 한계가 있기 때문이다. 신탁이 다른 제도 비하여 설정기간이 장기이므로 현행 규정이 이에 적절하게 대응하기 어려운 측면이 존재하기 때문이다.

본 연구에서 제기한 현행 우리나라 신탁세제의 개선방안이 개정된 신탁법과 신탁세제가 서로 안정된 조화를 이루어 가는데 기여하길 바란다.

참고문헌

- 김병일 · 김종해. 2010. “미국의 신탁과세제도와 그 시사점”. 조세연구 제10-1권 : 332-337.
- 김병일. 2010. “신탁법 개정에 따른 신탁과세제도 개편 방향에 관한 연구”. 조세연구 제10-2집 : 303-350.
- 김병일 · 남기봉. 2012. “신탁법상 수익자과세에 관한 연구”. 세무와회계저널 제13권 제1호 : 378-379.
- 김재진 · 홍용식. 1998. 「신탁과세제도의 합리화 방안」 한국조세연구원.
- 김종해 · 김병일. 2012. “생전신탁과세에 관한 연구”, 조세법연구 제18집 제2호 : 44-77.
- 김진. 2009. 「자산이전과세의 개선방안에 관한 연구」 한국조세연구원.
- 서철원. 2000. 「미국 비즈니스 법」 법원사.
- 안성포. 2007. “신탁의 기본구조와 그 법리 - 일본에서의 논의를 중심으로 -”. 중앙법학 제9집 제2호 : 747-775.
- 이상윤. 2000. 「영미법」 박영사.
- 이연갑. 2009. “신탁법상 수탁자의 의무와 권한”. 선진상사법률연구 통권 48호 : 30-52.
- 이종교. 2009. “신탁법상의 신탁에 관한 과세상 논점”. 법조 통권 제639호 : 318-359.
- 이창희. 2008. 「세법강의」 박영사.
- 임채웅. 2009. “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”. 「인권과 정의」 제397호 : 124-143.
- 최동식. 2008. 「신탁법」 법문사.
- 최수정. 2007. 「일본신탁법」 진원사.
- 최현태. 2010. “福祉型信託導入을 통한 民事信託의活性化 - 受益者連續信託을 中心으로 -”. 재산법연구 제27권 제1호 : 1-26.
- 홍용식. 1999. “신탁소득과세에 관한 연구”. 사회과학논집 제12집 제2호 : 149-178.
- 현병철 · 최현태. 2007. 「신탁과 법인의 역사」 세창출판사.
- Jacqueline, A. Patterson, Esq. Haney, Buchanan & Patterson, LLP. 2004. *The Income Taxation Of Trusts & Estates*, [http : //tax.aicpa.org/pdf](http://tax.aicpa.org/pdf), 108-i-61.
- J E Penner. 2008. *The Law of Trusts 6th edition*. Oxford University Press.
- Jesse Dukeminier. 1986. *A Modern Guide to Perpetuities*, 74 Calif. L. Rev.
- John Chipman Gray. 1942. *The Rule Against Perpetuities § 201* 4th ed.
- John H. Langbein. 1996. *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, Faculty Schorship Series, [http : //digitalcommons.lawyale.edu/fss_paper/486](http://digitalcommons.lawyale.edu/fss_paper/486).
- Kenneth E, Anderson · Thomas R. Pope · John L. kramer. 2008. *Prentice Hall's Federal Taxation 2008*, Prentice Hall.
- Peter Melcher and Matthew Zuengler. 2006. *Maximizing The Benifits Of Estate Planning Bet - to - Die Strategies : Clats and Private Annuities*, Marquette Elder's Advisor Volume 7.
- Tadao Okamura. 2009. *Taxation and Trusts in the United States and Japan*. Proceedings from the

- 2009 Sho Sato Conference on Tax Law,
William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, WILL. 2010. *Trusts and Estates
Including Taxation and Future Interests Fourth Edition*, WEST.
- 四宮和夫. 1989. 「信託法」有斐閣.
- 新井誠. 2002. 「信託法(第2版)」有斐閣.
- 奥村眞吾. 2008. 「詳解 信託法の活用と税務」請文社.

Enforcement of Amendment of the Trust Act and the Improvements Plans of the Trust Taxation Structure

Kim, Jong Hae* · Hwang, Myung Cheol**

〈Abstract〉

Newly revised trust law took effect on July, 26, 2012. The intent of the law is to reflect the variance of economic situation, give it better treatment in accord with global standard, and is to establish a foothold of a legal basis to invigorate the trust system. That is to say, the trust attract great attention rather than current existing financial system under the circumstances of entering aging society. In this situation, trust taxation system should be revised completely. To do this, it had to be examined listed below. Through this, legal stability of trust system should be enhanced and minimize tax avoidance.

First, since current trust taxation only applies conduit theory, it is not enough to resolve the issues such as deferred payment of tax through the grantor. Thus, trust operation method should be switched over from center of grantor to center of trustee by introducing entity theory to current trust taxation. Trust should be considered as a taxpayer to do this mentioned above.

Second, to improve this profit and loss distribution standard should be set up depending on whole amount of trusted assets. Through this, profit and loss distribution standard should depends on establish rate by case by case on trust contract. The loss rate should be considered depends upon earning rate if earning rate is different to loss rate taxation to beneficiary on trust.

Third, the trust duration should be set its limit. Since there is no restriction on revised trust law, the tax avoidance possibility still exists through the trust system. To minimize this, trust duration has to be restricted in efficiency of economical aspect.

Forth, there should be a maneuver to future interest of settlor's power of beneficiary appointment in living trusts for the purpose of succession(article 59) and successive interests(article 60) which introduced on revised trust law. Since this interest may crash with the idea of ownership on current civil law, solution on civil law should be seek first. There will be unnecessary tax friction because tax basis of future interest can not be cleared without this solution.

* Adjunct Professor, Department of Tax Science, Kangnam University

** Professor, Dept. of Accounting, Seoul-Digital University

Fifth, it is to be switched over from taxation of per gift action to taxation of period measures on gift tax deduction method which is on Article 13, section 1 and article 53 on inheritance tax and gift tax law. The current regulation is not strong enough to respond strongly against trust because period creation of trust system is much longer than any other else.

Through this, revising trust law will be expected to contributed to invigorate trust system.

〈Key words〉 trust duration limits, entity theory, future interest, period creation of trust system