

주식명의신탁 증여의제 규정의 적용 범위에 관한 검토

- 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두36971 판결 -*

A Review of the Scope of Application of Inheritance Tax and Gift Tax Act Article 45-2

- Supreme Court Decision 2019Doo36971 Decided June 25, 2020 -

석재아/임지훈

I. 서론

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 시행된 이후, 특수한 경우가 아닌 한 부동산 명의신탁은 그 효력이 부정되는 방식으로 규율을 받게 되었다. 이에 따라, 상속세법** 제45조의2(명의신탁재산의 증여 의제) 제1항 본문의 주요 적용대상은 주식 명의신탁으로 좁혀졌다. 매도·매수가 반복적으로 이루어지는 주식의 특성으로 인해 위 규정에 따른 증여의제대상 주식의 범위를 어디까지로 산정할지에 대한 논의가 이어져 왔다.

위 논의에서, 증여의제된 명의신탁 주식의 매도대금을 사용해 수탁자 명의로 재취득한 주식이 과세대상이 되는지가 주요 논점으로 다루어지고 있다. 대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결에서는 매도된 주식과 재취득한 주식의 실질을 같다고 보아, 매도된 주식에 상속세법 제45조의2 제1항 본문에 의거한 과세가 이미 이루어졌으므로 재취득한 주식에 또다시 과세가 이루어질 수는 없다고 판시하였으며, 대상판결은 이를 그대로 인용하여 결론을 도출하였다.

그러나 본고는 위와 같은 대상판결의 입장과 견해를 달리한다. 우선, 상속세법 제45조의2 제1항을 문언 그대로 ‘증여세’ 부과를 위한 조문으로만 해석할 수 있을지 의문이다. 위 조항의 취지가 행정법상의 의무 위반자에 대하여 가해지는 ‘행정벌’ 부과에 있다면, 재취득한 주식에 대한 과세를 단순히 이중과세로 치부할 수는 없을 것이다. 위 조항의 취지를 명확히 밝히기 위해서는, 학계의 해석론과 헌법재판소 결정례 및 대법원 판결례에 대한 면밀한 검토가 요구된다(본문 II).

또한, 이전 주식의 매도대금을 사용하여 새 주식을 취득하였다고 하여, 양 주식의 실질이 동일하다고 볼 수 있는지에 대하여도 논의가 필요하다. 이전 주식이 매도대

* 본고는 서울대학교 법학평론 제11권(2021. 4.)에 등재된 논문을 학봉상 양식과 분량에 맞게 편집한 논문입니다.

** 대상판결의 판시에서는 ‘구 상속세 및 증여세법’이라고 표기되어 있으나, 본고의 논의는 현행 상속세 및 증여세법 제45조의2 제1항에 대해서도 동일하게 적용될 수 있으므로, 이하에서는 ‘상증세법’으로 통일하여 표현하기로 한다.

금, 매수대금, 새 주식으로 변천되는 과정에서 사실적·규범적 동일성이 유지될 수 있는지에 관하여 본문에서 자세히 분석하고자 한다(본문 III).

한편으로는, 상증세법 제45조의2 제1항이 ‘증여의제’ 라는 문언을 명시하고 있는 한, 그 실제 취지나 양 주식 간의 동일성 여부와 관계없이, 재취득한 주식에 대해 과세할 수 있는지를 결정함에 있어서는 ‘증여’의 형식을 고려해야 한다는 문제점이 지적될 수 있다. 이는 타당한 문제 제기이며, 증여의 형식을 취함에 있어 준수되어야 할 가장 기본적인 원칙은 ‘불합리한 이중과세 및 과도한 세금 부과 지양’이다. 이에 대해서는, ‘주식’ 명의신탁이 갖는 특수성 및 납세액 환급 등의 논점과 함께 구체적으로 검토하고자 한다(본문 IV).

흥미로운 사실은, 원심판결·본고·대상판결이 증여의제대상일(주주명부폐쇄일)의 수탁자 명의 계좌의 잔여 주식 중 몇 주의 주식에 대해 새로이 과세가 이루어져야 하는지에 관하여 모두 다른 입장을 취하고 있다는 점이다. 그렇다면 대상판결의 사안에 각 견해를 적용하여 도출되는 총 증여의제대상 주식 수 및 총 증여의제가액은 서로 얼마나 큰 차이를 보일까? 계산 결과가 내포하는 함의에 대해서도 본문에서 함께 살펴기로 한다(본문 V).

II. 대상판결 개관*

1. 사실관계

소외인(명의신탁자)은 원고(명의수탁자) 명의의 계좌를 사용하여 코스닥상장법인 에스에스씨피 주식회사(이하 ‘SSCP’라 한다.) 주식을 매수하고, 원고 명의로 명의개서를 마쳤다. 이후 소외인은 매수한 주식 중 일부 주식을 매도한 후, 다시 별도의 원고 명의 계좌를 이용하여 SSCP 주식을 매수하고, 원고 앞으로 명의개서를 마쳤다. 이와 같은 주식 매매 및 원고 앞으로의 명의신탁은 2007-2012년에 걸쳐 반복되었다. 주식의 매도대금은 원고 명의 계좌로 입금되었고, 원고는 소외인이 대금을 요구하는 경우 곧바로 소외인에게 이 사건 SSCP 주식의 매도대금을 송금하였다.

부산지방국세청은 위 주식 거래 과정을 조사하였고, 피고(삼성세무서장)는 조사 결과에 따라 원고에게 2007년 내지 2012년 귀속 증여세를 경정·고지하였다.

원고는 피고의 처분에 불복하여 조세심판원에 심판청구를 하였고, 조세심판원은 원고가 소외인으로부터 SSCP 주식을 명의신탁 받은 것으로 보아 원고에게 증여세를 과세한 피고의 처분은 정당하다고 결정하였다.

원고는 조세심판원의 결정에 불복하여 이 사건 소를 제기하였다. 소송의 쟁점은

* 대상판결의 실제 사실관계는 1-8차 주주명부폐쇄일(증여의제기준일)에 걸친 주식 거래 과정을 포함하고 있어 다소 복잡하다. 이에 본고에서는 논의의 편의 및 쟁점의 명확화를 위해 사실관계를 재구성하여 소개하고자 한다. 대상판결의 실제 사실관계는 [별첨] I. 실제 사실관계에 수록하였다.

① 명의개서된 주식 중 구 상속세 및 증여세법 (2013. 1. 1. 법률 제11609호로 개정되기 전의 것, 이하 상속세 및 증여세법을 ‘상증세법’이라 한다.)* 제45조의2에 따라 증여의제대상이 된 명의신탁 주식의 그대로 남아있는 경우 그 주식을 다시 증여의제대상으로 삼을 수 있는지, ② 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대해 다시 과세를 할 것인지 및 ③ 선입선출법과 후입선출법 중 어떠한 방식에 따라 거래대상 주식을 증여의제대상 주식으로 특정할 것인지로, 크게 3가지이다.

2. 조세심판원의 판단(조세심판원 2015. 9. 1.자 2014서5661 결정)

조세심판원은 원고가 별다른 사업을 영위한 적이 없고, 2010년 이후 보험관리사 수입금액도 미미한 점, 원고는 소외인이 100% 출자한 주식회사 에스티엠코퍼레이션으로부터 지급된 가지급금으로 이자지급이나 담보의 설정 등이 없이 주식 거래를 한 점, 소외인은 SSCP의 최대주주로서 대주주 주식 거래 금지, 대주주 주식 취득·양도에 대한 공시의무·양도 시 양도소득세 과세 문제 등을 회피하고 주가방어를 위해 명의를 신탁할 필요성이 있었던 점, 주식 매수자금은 소외인이 원고에게 송금하였고 주식 매도금액은 원고가 소외인에게 송금하였던 점, 전화로 증권사에 주식 거래 주문을 할 때 원고가 구체적인 주식 거래 내용을 말하지 않고 단순히 동 증권사에 별도로 연락할 제3자의 지시대로 처리하라고 하였던 경우가 다수 있었던 점 등에 비추어 원고가 소외인으로부터 SSCP의 주식을 명의신탁 받은 것으로 보아 원고에게 증여세를 부과한 피고의 처분은 정당하다고 결정하였다.

3. 1심판결(서울행정법원 2017. 3. 23. 선고 2015구합80338 판결)

1심판결은 소외인과 원고 간 명의신탁관계가 성립하는지에 대하여, 원고가 특별히 사업을 영위한 적이 없고 소외인의 요청으로 이 사건 SSCP 주식 거래를 시작하기 전까지 주식 거래를 거의 해본 적이 없었던 것으로 보인다는 점에서 원고가 독자적인 자신의 계산으로 이 사건과 같이 장기간에 걸쳐 주식 거래를 하였다는 것은 납득하기 어렵다는 점, 소외인으로부터 돈을 빌렸다고 주장하는 원고의 주장과 달리 차용증이나 영수증이 작성되지 않았다는 점, 원고는 소외인에게 한 달에 두 차례 정도 이 사건 SSCP 주식의 구입 내역을 정리하여 알려주었고, 소외인으로부터 돈을 달라는 요청을 받으면 곧바로 이 사건 SSCP 주식을 매각하여 돈을 주었다는 점 등을 근거로 원고와 소외인 간에는 대여관계보다는 명의신탁관계가 성립한다고 보아야 한다고 판시하였다.

피고가 취한 명의신탁 주식의 증여의제로 인한 증여세 산정 방법이 적법한지에

* 매년 개정되는 세법 규정의 특성상 2007-2012년 귀속 증여세 각각에 적용되는 법률들이 상이할 수 있으나, 상증세법 제45조의2 제1항 규정은 위 기간 동안 특별히 달라진 바가 없으므로 본문과 같이 기재하였다.

대하여는, 아래와 같이 실시하여 기존 법리를 재확인하였다.

최초의 명의신탁 주식의 매도된 후 그 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서되는 이후의 다른 주식에 대하여 각각 별도의 증여의제 규정을 적용하게 되면 애초에 주식이나 그 매입자금이 수탁자에게 증여된 경우에 비하여 지나치게 많은 증여세액이 부과될 수 있어 형평에 어긋나는 점 등을 고려할 때, 최초로 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서된 주식은 그것이 최초의 명의신탁 주식과 시기상 또는 성질상 단절되어 별개의 새로운 명의신탁 주식으로 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 다시 구 상증세법 제45조의2 제1항이 적용되어 증여세가 과세될 수는 없다고 봄이 타당하다(대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결 참조).

이 사건의 경우에는 피고가 각 해당 주주명부 폐쇄일을 기준으로 원고 명의로 명의개서되어 있던 SSCP 주식 중에 기존 증여의제대상이 된 명의신탁 주식의 그대로 남아있는 부분이 있는지 또는 기존 증여의제대상이 된 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 원고 명의로 명의개서된 주식의 존재 여부를 따져보아야 함에도 그러한 조치를 취하지 아니한 채 각 해당 주주명부 폐쇄일 당시 원고 명의로 명의개서되어 있던 SSCP 주식 전부를 새로 명의신탁된 주식으로 보아 증여재산가액을 산정한 잘못이 있다고 하여, 이 사건 처분 중 SSCP 주식 관련 부분을 위법하다고 보아 취소하였다.

4. 원심판결(서울고등법원 2019. 2. 8. 선고 2017누42264 판결)*

원심판결 또한 1심판결과 같이 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대한 과세여부에 관한 위 기존 법리를 재확인하면서도, 구체적인 사실관계에 관하여는 판단을 달리하였다.

원심판결은 현금은 계좌에 입금되는 순간 다른 현금과 혼화되므로 이 사건 SSCP 주식의 매도대금이 원고 명의의 계좌에 입금되면 다른 자금과 혼화되어 특정할 수 없게 되는데, 최초 증여의제대상 주식 산정 기준일인 2007. 11. 9.자 이전부터 계속하여 이 사건 SSCP 주식 거래가 이루어진 증권계좌로 소외인 등에 의하여 여러 차례에 걸쳐 현금 입출금 또는 계좌이체의 방식으로 거래가 있었다는 점, 더욱이 이 사건 SSCP 주식은 많을 때는 하루에 20회 가량, 합계 수만 주씩 매수 또는 매도가 이루어지기도 하는 등 1년에 수만 회 내지 수십만 회씩 매수 및 매도가 이루어졌다는 점, 그리고 그에 따라 매수대금의 출금 및 매도대금의 입금이 이루어졌음에도 불구하고 원고 명의의 증권계좌에 소외 1 등이 입금한 신규자금과의 관계, 주식의

* 피고는 이 사건 상고를 제기한 후인 2019. 6. 20. 원심 판결의 취지에 따라 이 사건 각 처분 중 원심판결의 피고 패소 부분(신용카드 사용대금 및 아파트 취득자금 관련)과, 증여재산가액을 10년 이내에 이루어진 재차증여의 증여세 과세가액에 가산함에 따라 세액이 증가한 부분을 직권으로 취소하였다.

매도, 매수가 반복되는 과정에서 출금된 금원 및 계좌 내에서 현금이 혼화된 특성을 고려하지 아니한 채 원고 명의의 주식 매도대금이 모두 주식 매수에 사용되었다는 전제에서 이루어진 원고의 주장은 받아들일 수 없다고 판시하였다.

또한, 이 사건 SSCP 주식은 매수와 매도가 거듭되어 2008. 2. 22.과 2008. 3. 7. 및 2008. 6. 19. 각각 수량이 0이 되었다가 다시 2008. 12. 28. 7,800주에 이르렀으므로 2008. 12. 28.자 이후의 이 사건 SSCP 주식은 최초로 증여의제된 2007. 11. 9.자 SSCP 주식과 성질상 단절되었음이 분명하다고 판시하였다.

결론적으로 원심판결은 이 사건 SSCP 주식 중 2007. 12. 28.자부터 2011. 12. 28.자까지의 각 SSCP 주식이 최초 증여의제된 2007. 11. 9.자 주식의 매도대금으로 취득한 것이라고 단정할 수 없다고 보아, 이 사건 SSCP 주식과 관련한 피고의 증여세 부과 처분이 적법하다고 하여 1심 판결을 변경하였다.

5. 대법원의 판단

가. 일반론

구 상증세법 제45조의2 제1항 본문은 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 ‘명의개서 등’이라 한다)이 필요한 재산의 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조에도 불구하고 그 명의자로 명의개서 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다고 규정하고 있다.

기명주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못하는 것이어서, 주주명부에 주식의 실제소유자가 아닌 다른 사람 앞으로 명의개서가 되어야 법에 규정된 증여의제 요건인 권리의 이전이나 행사에 명의개서를 요하는 재산에 있어서 ‘실제소유자와 명의자가 다른 경우’에 해당한다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93누14196 판결, 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005두10200 판결 등 참조).

(쟁점 ①) 다만, 해당 주주명부 폐쇄일을 기준으로 주주명부에 실제소유자가 아닌 다른 사람 앞으로 명의개서된 주식 중 이미 이 사건 법률조항에 따라 증여의제대상이 된 명의신탁 주식이 그대로 남아 있는 경우 그 주식은 다시 증여의제대상으로 삼을 수 없다.

(쟁점 ②) 또한 최초로 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서된 주식은 그것이 최초의 명의신탁 주식과 시기상 또는 성질상 단절되어 별개의 새로운 명의신탁 주식으로 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 다시 이 사건 법률조항이 적용되어 증여세가 과세될 수는 없다(대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결 등 참조).

이때 최초로 증여의제대상이 된 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의

로 명의개서된 주식이라는 사정은 납세의무자에게 유리한 것일 뿐만 아니라 그 기초가 되는 사실관계도 대부분 납세의무자의 지배영역 안에 있어 과세관청으로서도 그 증명이 곤란한 경우가 있으므로, 그 증명의 곤란이나 당사자 사이의 형평을 고려하여 납세의무자로 하여금 증명하게 하는 것이 합리적인 경우에는 증명의 필요를 납세의무자에게 돌릴 수 있다.

(쟁점 ③) 거래 당사자의 의사 등 제반 사정을 고려하여 당사자들이 주장한 선입선출법과 후입선출법 중 합리적이라고 판단되는 방식에 따라 증권계좌별로 특정 주주명부 폐쇄일 기준 주식(n차 주식*)과 그 후 취득한 주식이 매도된 시기와 수량을 특정하여야 한다.

나. 이 사건에 대한 판단

원심으로서 먼저 거래 당사자의 의사 등 제반 사정을 고려하여 당사자들이 주장한 선입선출법과 후입선출법 중 합리적이라고 판단되는 방식에 따라 증권계좌별로 1차 주식과 그 후 취득한 주식이 매도된 시기와 수량을 특정한 다음, 2차 주식 중에서 이미 증여의제대상이 된 1차 주식을 제외하고 새로 증여의제대상이 된 주식 수가 얼마인지를 심리하여야 한다. 만약 그 심리 결과 2차 주식 중 새로 증여의제대상이 된 주식이 남아 있다면, 원심은 다음 단계로 그 주식이 최초로 증여의제의 대상이 된 1차 주식의 매도대금을 사용하여 동일인 명의로 재취득한 주식에 해당하는지 심리하여 그 결과에 따라 이 사건 법률조항에 따른 과세 여부를 판단하여야 한다.

그런데도 원심은 2차 주식 중에 이미 증여의제대상이 된 1차 주식이 남아 있는지 등을 심리하여 그 1차 주식을 증여의제대상에서 제외할지 여부를 판단하지 아니한 채 2차 주식이 1차 주식의 매도대금을 사용하여 재취득한 주식이라고 보기 어렵다는 이유만으로 2007. 12. 28. 증여의제분에 대한 증여세 부과처분 전부가 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이 사건 법률조항에 따른 증여의제에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 같은 이유로, 1-8차 증여의제대상 주식에 대한 증여세 부과처분이 모두 적법하다고 판시한 원심의 판단에는 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

* n차 증여의제대상 주식이라는 의미이다. 사안에서 증여의제는 총 8회 이루어졌다. 이하에서는 1-8차 순번의 증여의제대상 주식을 각각 'n차 주식'이라 한다.

Ⅲ. 명의신탁된 주식에 대한 증여의제의 취지

1. 상증세법 제45조의2 제1항의 해석론

가. ‘숨은 증여’ 혹은 ‘조세회피에 대한 제재수단’ *

명의신탁된 재산을 증여된 것으로 보아 증여세를 부과하는 법리가 처음 입법되었을 당시** 학계의 유력한 견해는 해당 규정의 취지가 ‘실질이 증여에 해당함에도 불구하고 증여세를 회피하기 위하여 명의신탁이라고 주장하는 것을 막는 데 있다’고 보는 것이었다. 즉, 등기·등록·명의개서 등을 요하는 재산에 있어 “순수한 명의신탁인지 실질적인 증여인지가 당사자들의 합의에 달려있어 객관적인 판단이 용이하지 않으므로 이 같은 규정을 둔 것” 이라고 보았다.***

이는 당시 대법원이 사법상 법률관계의 판단에 있어 명의신탁의 법률적 효력을 인정하는 등 호의적인 태도를 보여 왔기에, 해당 입법이 명의신탁 자체를 제재하기 위한 것은 아니었을 것이라는 생각에서 기인한다. 즉, 과거의 유력한 견해에 의하면, 상증세법상 명의신탁 증여의제 규정은, 명의신탁으로 은폐된 증여에 대하여 증여세를 부과함에 있어 조세공무원의 증명책임을 덜어 주는 행정편의적 조문에 해당한다.

그러나 오늘날의 통설적인 견해는, 명의신탁 증여의제는 조세회피 목적의 명의신탁을 제재하기 위한 일종의 행정벌이라고 본다.**** 즉, 행정청이 명의신탁을 수단으로 한 탈세행위에 대한 처벌로서 증여세를 부과할 수 있다는 것이며, 이때 과세되는 증여세는 일종의 과징금의 성격을 갖는다.

나. 헌법재판소 결정례 및 대법원 판결례의 입장

초기의 헌법재판소 결정은 “명의신탁이 증여의 은폐수단으로 이용되고 있다거나, 명의신탁의 경제적 실질이 증여와 같다는 고도의 개연성이 있어야” ***** 명의신탁을 증여로 의제할 수 있다고 실시하며, 해당 규정의 목적이 명의신탁으로 은폐된

* 숨은 증여로 보는 견해를 ‘추정설’, 조세회피에 대한 제재로 보는 견해를 ‘제재설’이라 지칭하기도 한다. 강석훈, “명의신탁 주식의 증여의제에 관한 판례의 태도 및 그 해석론”, 특별법연구 제8권(2006), 557면.

** 1974. 12. 21. 신설된 상속세법 제32조의2는 “재산에 대하여 신탁을 설정한 경우에 신탁법 제3조의 규정에 의하여 신탁재산인 사실을 등기 또는 등록하지 아니하거나 증권에 표시하지 아니하거나 주권과 사채권에 관하여는 또한 주주명부 또는 사채원부에 기재하지 아니하고 수탁자의 명의로 등기·등록·표시 또는 기재된 신탁재산은 당해 등기·등록·표시 또는 기재를 한 날에 위탁자가 그 신탁재산을 수탁자에게 증여한 것으로 본다.”고 규정하며 명의신탁재산에 대한 증여의 의제를 조문화하였다.

*** 이태로, 조세법개론, 조세통람사, 1987, 287면, 이창희, 세법강의, 제17판, 박영사, 2019, 1167면에서 재인용.

**** 이창희(주 8), 1171면 이하; 이태로·한만수, 조세법강의, 제13판, 박영사, 2018, 857면 등 참조.

***** 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정.

증여행위에 대하여 증여세를 과세하기 위함이라 해석하였다. 대법원 또한 증여의제 규정에 대하여 “증여를 은폐하여 증여세를 회피하기 위한 수단으로 명의신탁제도가 악용되는 것을 방지하려는 데 그 입법취지” *가 있다고 판시하였다.

그러나 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌바87,97헌바5·29(병합) 결정 이후로, 대법원 및 헌법재판소는 해당 규정의 성질이 행정제재에 해당한다는 방향으로 견해를 전환하였다. 위 결정은 “명의신탁에 의한 조세의 회피는 증여세에 한정된 것이 아니고, 상속세, 소득세 취득세 등 각종의 국세” 등에 대하여도 가능성을 전제로, 명의신탁에 대한 증여의제 규정이 “명의신탁에 대하여 조세회피의 목적을 추정하고, 일정한 예외하에 이를 증여로 추정할 수 있도록 하는” 취지라고 풀이하였다.** 당시 헌법재판소 결정에는 은폐된 증여에 한하여 해당 조문이 적용됨을 전제로 한 반대의견이 있었으나, 2013. 9. 26. 선고 2012헌바259 결정 이후로는 재판관 전원의 합의로 그 성질을 행정적 제재라고 보았다.*** 대법원 역시 증여세뿐만 아니라 다른 조세이더라도 회피할 목적이 있는 명의신탁의 경우 동 규정에 의하여 증여세가 부과될 수 있다고 판단하였으며,***** 나아가 “증여의제 규정이 적용되어 증여세가 부과되었다고 하더라도 당해 거래의 실질이 증여인 것으로 확정되는 것은 아니” *라고 판시하며 ‘증여가 아닌 행위’ 입에도 단지 행정벌의 목적으로 과세하는 취지임을 밝혔다.

다. 검토: 행정적 제재수단으로서의 취지

상증세법 제45조의2가 명의신탁, 특히 주식명의신탁에 대한 증여의제를 규정하고 있는 취지가 종류 여하를 불문하고 조세회피 목적 명의신탁에 대한 행정적 제재에 있다는 헌법재판소 및 대법원의 해석은 타당하다. 동조 제1항 제1호가 “조세회피 목적”을 명시적으로 규정함에도 이를 증여세회피 목적으로 제한하여 해석하는 것

* 대법원 1996. 5. 31. 선고 95누11443 판결; 대법원 1996. 12. 20. 선고 95다20379 판결 등.

** 같은 취지로 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정, 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2005헌바11 결정, 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌바40등 결정, 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 헌바170 결정, 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2012헌바173 결정 등. 한편, 위 결정례들은 1997. 1. 1. 개정에 따라 부동산에 대한 명의신탁이 증여의제대상에서 명문으로 제외된 이후의 것으로, 주식명의신탁에 대한 증여의제 역시 조세회피에 대한 제재를 목적으로 함이 자명하다.

*** 한편, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌바474 결정은 “ ‘조세 회피’ 를 해석·적용함에 있어 조세채권의 실현이라는 일련의 절차에서 조세의 부과와 징수를 구분하여 볼 것은 아니므로” 라고 판시하며, 해당 규정이 제재하고자 하는 대상이 조세의 부과 및 징수 회피를 목적으로 한 명의신탁임을 밝힘으로써 기존 헌법재판소 결정의 입장을 더욱 분명히 하였다.

**** 대법원 1996. 8. 20. 선고 95누9174 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두7733 판결; 대법원 2004. 12. 23. 선고 2003두13649 판결 등.

***** 실제로 대법원은 주식명의신탁으로 양도소득세(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두786 판결), 배당소득세(대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두 19331 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004두13936 판결), 과점주주의 제2차 납세의무(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14335 판결), 지방세법상 간주취득세(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두24104 판결)를 각 회피하려 한 경우 상증세법상 증여의제의 적용대상이 된다고 보았다. 김범준·김희철, “명의신탁 증여의제 규정과 조세회피목적 - 부과회피와 징수 회피에 관한 해석론을 중심으로”, 인권과 정의 제486호(2019), 46면.

* 대법원 2004. 9. 24. 선고 2002두12137 판결.

은 문언에 명백히 반한다. 나아가, 증여와 명의신탁의 법적 성질 및 법률효과를 분명히 구분하는 우리 법제에서 명의신탁의 본질을 증여라 보는 것은 납득하기 어렵다. 특히 대법원 2004. 9. 24. 선고 2002두12137 판결 등은 명의신탁 증여의제가 적용되더라도 재산이 신탁자의 소유에 속한 것이라는 실질에는 변함이 없다고 판시한바, 위 규정의 적용대상을 증여라고 본다면 과세의 취지와 그 사법적 효력 간 상호 모순이 발생한다.

한편 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에서 부동산 명의신탁에 대하여 과징금을 부과*하고 있는 것에 비추어 보아도, 상증세법 제45조의2에 따라 부동산 외의 재산의 명의신탁에 대해 부과되는 증여세의 성질을 행정별로 해석하는 것이 체계적 해석상 정합적이다. 부동산 명의신탁의 경우 법률이 그 효력을 명시적으로 부정하는 반면 주식 명의신탁의 경우 그러하지 않다는 차이가 있으나, 명의신탁을 이용한 조세회피 행위에 대하여 증여세를 부과할지, 이를 아예 금지하는 수단을 택할지는 입법자의 재량**에 맡겨져 있는 것이다. “단체법적 법률관계를 확립적으로 처리”***하고자 하는 취지에 따라 주식명의신탁의 사법상 효력을 인정하되, 그로 인한 사회적 악영향은 조세 형식의 행정적 제재로 해결하고자 한다고 봄이 입법자의 의사에 보다 부합한다.

현행 상증세법은 2018. 12. 31.부로 제4조의2 제2항을 신설하여, 명의신탁 증여의제에 따른 증여세를 주식의 ‘실소유자’에게 부과하도록 함으로써 증여의제의 목적이 조세회피 행위에 대한 제재임을 입법적으로 분명히 하였다. 본래 수증자가 증여세를 납부하는 것이 통상적인 증여세의 입법례임에도, “조세회피 목적으로 명의신탁을 활용하는 주체는 실제소유자라는 점을 감안하여 납세의무자를 변경”****한 것이다.

2. 명의신탁 증여의제의 취지에 비추어 본 대상판결 법리의 타당성

주식명의신탁에 대한 증여의제의 취지가 본래 증여세가 부과되어야 할 증여에 대하여 명의개서의 외관을 통해 이를 회피하고자 하는 행위를 방지하는 것이라면, 대상판결의 판시내용은 타당하다고 볼 여지가 있다. 타인 명의로 명의개서된 주식의 실질이 증여의 측면을 갖는다면, 매도 후 재취득하여 동일인 명의로 명의개서할 경우 그 증여액이 바뀐다고 할 수 없으므로 별다른 자금 투입이 이루어졌다는 사정

* 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제3조(실권리자명의 등기의무 등) ① 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 된다.

제5조(과징금) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 해당 부동산 가액(價額)의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과한다.

1. 제3조제1항을 위반한 명의신탁자
(후략)

** 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정; 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정.

*** 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결.

**** 상속세 및 증여세법 2018. 12. 31. 법률 제16102호 제·개정이유.

등이 없는 한 이에 대하여 추가로 과세할 수 없다고 여길 수 있다. 기존에 과세대상이 되었던 주식을 매도한 뒤 그 대금으로 다시 새로운 주식을 취득한 것이고, 새로이 명의개서한 주식이 기존 주식의 대체물 내지 변형물*에 지나지 아니한다면, 이미 증여세를 부과한 목적물에 재차 증여세를 부과하지 아니할 논리적 정당성을 인정할 수 있다.

그러나 주식명의신탁에 대한 증여의제가 조세회피 목적 명의신탁에 따른 행정적 제재라고 보는 우리 대법원 및 헌법재판소의 견해에 따를 경우, 이러한 관례의 태도는 비일관적이고 부당하다.

대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결은 그 판시 근거를 아래와 같이 제시하였으며, 대상판결은 이를 그대로 인용하여 결론을 도출하였다.

이 사건 법률조항은 … ① … 조세회피목적의 명의신탁행위를 방지하기 위하여 실질과세원칙의 예외로서 실제소유자로부터 명의자에게 해당 재산이 증여된 것으로 의제하여 증여세를 과세하도록 허용하는 규정이므로, 조세회피행위를 방지하기 위하여 필요하고도 적절한 범위 내에서만 적용되어야 하는 점, ② 이 사건과 같은 주식의 경우에 관하여 보면, 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 최초의 명의신탁 주식이 매도된 후 그 매도대금으로 다른 주식을 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서를 한 경우에 그와 같이 다시 명의개서된 다른 주식에 대하여 제한 없이 이 사건 법률조항을 적용하여 별도로 증여세를 부과하는 것은 증여세의 부과와 관련하여 **최초의 명의신탁 주식에 대한 증여의제의 효과를 부정하는 모순을 초래할 수 있어 부당한 점,**** ③ 최초의 명의신탁 주식이 매도된 후 그 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서 되는 이후의 다른 주식에 대하여 각각 별도의 증여의제 규정을 적용하게 되면 애초에 주식이나 그 매입자금이 수탁자에게 증여된 경우에 비하여 **지나치게 많은 증여세액이 부과될 수 있어서 형평에 어긋나는 점** 등을 고려할 때, 최초로 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서된 주식은 그것이 최초의 명의신탁 주식과 시기상 또는 성질상 단절되어 별개의 새로운 명의신탁 주식으로 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 다시 이 사건 법률조항이 적용되어 증여세가 과세될 수는 없다고 봄이 타당하다.

위 판시 중 ② 부분은 ‘증여의제의 효과’를 부정하는 모순을 초래할 수 있다고 보는바, 이는 한차례 증여의제가 적용되어 그 효력 및 성질이 증여로 확정된 이상 이를 다시 증여로 볼 수 없음을 전제로 한다. 그러나 증여의제는 과징금을 부과하는 제재의 기능을 할 뿐 원인행위의 사법상 효력에 어떠한 영향을 미칠 수 없으며, 대상판결의 논거는 증여의제 규정이 적용되었어도 당해 거래가 증여가 되는 것은 아니라고 본 대법원 2004. 9. 24. 선고 2002두12137 판결 및 명의신탁 주식 처분대

* 매도대금으로써 재취득한 주식이 기존 주식의 변형물 내지 대체물에 지나지 아니한다는 점 또한 의심스럽다. 이와 관련하여 III.에서 보다 자세히 다루도록 한다.

** 본 판시 내용 중의 강조는 필자의 것.

금의 반환이 증여재산의 반환이 아니라고 본 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005두10200 판결의 설시에 반한다. 위 판시내용을 증여의제의 ‘행정벌적 효과’를 부정하여 이중제재의 우려를 제시한 것으로 본다고 하더라도, 당해 규정의 취지상 제재의 대상은 개별 조세회피 목적 명의신탁 행위*이기에 선행 제재의 효력이 후행 제재에 모순된다고 볼 근거는 없다.

한편 판시내용 중 ③ 부분은 재차 취득한 주식에 대하여 증여의제가 될 경우 증여된 경우와 비교하여 더 많은 증여세액이 부과되어 형평에 어긋난다고 본다. 증여의제의 성질이 은폐된 증여에 대한 조세라면, 실제 증여된 경우보다 더 많은 증여세를 부과하는 것은 그 자체로 모순이다. 다만, 조세회피행위에 대한 제재로 볼 경우 증여의 경우와 균형이 맞을 필연적 이유는 없다 할 것이다. 물론 행정청이 세금을 부과하거나 위법행위에 대한 행정적 제재를 가하는 행위는 모두 포괄적인 국가행위로서, 법 적용의 형평을 고려하지 않을 수 없다.** 그러나 적어도 위와 같은 판시가 해당 규정의 입법취지 및 법적 성질에 대한 대법원의 일관된 해석론과 배치된다는 점은 자명하다.

결론적으로, 증여의제된 주식의 매도대금으로 재취득한 주식의 명의신탁을 원칙적으로 과세대상에서 제외하는 대법원의 설시는 종래의 확립된 법원의 해석론에 반한다.

IV. 매도된 주식과 새로이 매수한 주식의 非동일성

1. 새로이 명의개서된 주식이 기존 주식의 대체품에 불과한지 여부

설사 증여의제의 취지를 명의신탁의 실질을 증여로 보아 그에 대해 증여세를 부과하는 것으로 본다고 하더라도, 새로이 명의개서된 주식을 매도된 기존 주식의 대체품 내지 변형물에 불과하다고 볼 수는 없다. 기존 주식의 매도대금이 원고(명의신탁자)로부터 소외인(명의신탁자)에게로 이전되고, 다시 소외인이 원고 명의 계좌를 이용해 새 주식을 매수하는 과정에서, 기존 주식과 신규 주식 간의 관계는 단절되기 때문이다.

가. 재취득한 주식을 증여의제대상에서 제외하기 위한 전제 요건

명의신탁 주식의 매도대금을 사용하여 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대해 구 상증세법 제45조의2 제1항에 근거하여 과세할 수 없다는 설시의 전제로, 대상판

* IV. 2. 나.에서 수차례 반복된 주식 명의신탁 행위에 대하여 개별적으로 제재할 필요성이 있음을 보다 자세히 후술한다.

** 주식명의신탁의 법적, 현실적 성질을 고려할 때, 이러한 주장은 실질적 형평의 차원에서도 큰 설득력을 갖지 못하는 것으로 보인다. 이에 관해서는 IV. 2. 이하에서 후술한다.

결에서는 ① ‘최초의 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁 주식의 매도대금으로 주식을 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서를 하여야 한다.’ 라는 적극적 요건과, ② ‘그 주식이 최초의 명의신탁 주식과 시기상 또는 성질상 단절되어 별개의 새로운 명의신탁 주식으로 인정되는 등의 특별한 사정이 없어야 한다.’ 라는 소극적 요건을 제시하였다.

명의신탁 주식을 매도하고 그 대금으로 새로이 수탁자 명의로 주식을 매수하는 경우를 개괄적으로 나타내면 아래와 같다.

주식1 → 금전1 → 금전2 → 주식2*

대법원의 설시에 따르면 ① 금전1과 금전2가 동일하다는 점 및 ② 주식2가 주식1과 시기상 또는 성질상 단절된 별개의 새로운 명의신탁 주식이 아니라는 점이 증명되어야 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대해 다시 과세할 수 없게 된다. 이하에서는 금전1과 금전2는 동일하지 않을 뿐만 아니라(금전1 ≠ 금전2), 주식2는 주식1과 단절된 별개의 새로운 명의신탁 주식이므로(주식1 ≠ 주식2), 대상판결의 사안에서 위 2가지 요건이 충족되지 않았음을 논증할 것이다. 더불어, 설사 2가지 요건이 모두 만족된다고 하더라도, 그 경우 주식2에 다시 과세할 수 없다고 판시한 대법원의 입장이 타당한지에 대해서도 검토할 것이다.

나. 금전1 ≠ 금전2

1) 금전의 소유권 귀속: 점유와 소유의 일치설

금전은 교환 및 지불을 위한 가치의 척도로서 고도의 유통성, 대체성 및 보편성을 지닌다. 이에 따라 “금전은 점유가 있는 곳에 소유권이 있다.” 라는 학설은 민법상의 통설로 받아들여지고 있다. 통설의 입장은 1937년에 독일에서 발표된 막스 카저(Max Kaser)의 논문 “물권법상의 금전(Das Geld im Sachenrecht)” **와, 일본에서 발표된 스에카와 히로시(末川博)의 논문 “화폐와 그 소유권(貨幣とその所有權)” ***의 영향을 받아 형성되었다. 스에카와 히로시는 위 논문에서 점유와 소유의 일치설을 주창하여, ① 금전에 대해서는 선의취득이 적용될 여지가 없다는 점, ② 금전에 관해서는 소유물 반환청구권이 인정될 여지가 없다는 점, ③ 금전의 점유자가 바로 소유자이기 때문에, 타인을 위하여 금전을 점유하는 자는 즉시 금전의 소유권

* 주식1은 매도된 기존 주식을, 금전1은 주식1의 매도대금을, 금전2는 주식2의 매수자금을, 주식2는 재취득하여 새로이 명의개서된 주식을 의미한다.

** M. Kaser, “Das Geld im Sachenrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 143 (1937). 서울오, “금전의 선의취득: 민법 제250조 단서의 학설사”, 법학논집 제19권 제2호(2014), 73면, 주 53에서 재인용.

*** 末川博 「貨幣とその所有權」 経済学雑誌 제1권 제2호 (大阪市立大学経済学会, 1937). 서울오, 위의 논문, 72면, 주 48에서 재인용.

을 취득하게 되고, 이 금전을 자신의 이익을 위해 사용하더라도 자신의 물건을 사용한 것이므로, 타인의 물건을 횡령한 것이 되지 않는다는 3가지 결론을 도출하였다. 그러나 점유보조자가 점유주를 위하여 금전을 소지하는 경우 및 대리점유(직접 점유·간접점유)의 경우에는 예외를 인정하였다.

①과 관련하여서는, 국내 학계에서도 민법 제250조(도품, 유실물에 대한 특례)* 단서를 해석함에 있어 ‘가치의 표상으로 유통되는 금전은 선의취득의 대상이 아니므로’ 그것은 유실물이라도 반환청구를 하지 못한다는 입장이 주요하다.** 그러나 ③과 관련하여서는, 대법원이 “금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은, 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로, 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 한다.” ***라고 판시하여, 횡령죄의 성립 여부를 판단함에 있어서는 통설과 다른 결론을 도출한 바 있다.

그러나 위 설시로부터 대법원이 금전에 있어 ‘원칙적으로’ 점유와 소유가 일치하지 않는다는 입장을 취하고 있다는 결론을 도출하기에는 무리가 있다. 위 판시는 형사법 영역에서 제시된 것으로, 위임자와 수임자 간의 신뢰관계에 대한 규범적 고려에 기해, 위임자를 ‘배반’한 수임자가 횡령죄의 죄책을 지도록 하기 위한 정책적 판단이 결론 도출 과정에 상당 부분 개입되었다고 해석할 수 있기 때문이다. 즉, 대법원이 ‘예외적으로’ 금전에 대한 점유와 소유의 분리를 인정한 것으로 볼 여지도 있으므로, 금전의 소유권 귀속에 대해 대법원이 어떠한 입장을 취하고 있는지 단언하기는 어렵다.

이하에서 본고는 대상판결의 사실관계에서 금전을 ‘가치’의 표상으로 보아 점유와 소유가 일치된다고 보는 경우와, 금전을 일반적인 동산과 같은 ‘물건’으로 보아 점유와 소유가 분리된다고 보는 경우 모두에서, 기존 주식의 매도대금(금전1)과 재취득한 주식의 매수자금(금전2)의 동일성이 인정될 수 없음을 보이고자 한다.

2) 금전을 ‘가치’의 표상으로 보는 경우

조세심판원 결정문에 수록된 사실관계에 따르면, 원고는 주식1을 매수한 상대방으로부터 금전1을 건네받은 후 이를 소외인에게 송금하고, 소외인이 다시 새로이 금전2를 원고에게 송금하였다. 금전을 ‘가치’의 표상으로 보아 점유와 소유가 일치한다는 통설의 입장에 비추어 보면, 금전의 소유권은 계속하여 원고에게 오롯이 귀속되었던 것이 아니라, 그 사이에 소외인의 금전에 대한 점유 내지 소유가 개입

* 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다.

** 주식 민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 250면(김진우 집필).

*** 대법원 1995. 11. 24. 선고 95도1923 판결.

한 것이다. 이때 원고와 소외인에게 순차적으로 귀속되었던 것은 특정 물건으로서의 금전이 아니라, 액수로 표현되는 금전의 ‘가치’였다.

이처럼 금전을 가치의 표상으로 본다면, 금전의 특정성은 유지되기 어렵고, 소유권자 역시 원고 → 소외인, 소외인 → 원고로 2번이나 변동한다. 설사 매도대금인 금전1과 매수자금인 금전2의 액수가 동일하더라도, 이는 가치를 나타낼 뿐 특정성을 지닌 물건을 의미하지는 않는다. 따라서 금전을 가치의 표상으로 보는 경우, 기존 주식의 매도대금을 특정하고, 그 매도대금을 사용하여 새로운 주식을 재취득하라는 대법원 판시의 전제요건은 근본적으로 충족되기 어렵다.

3) 금전을 ‘물건’으로 보는 경우

금전을 일반적인 동산과 같은 ‘물건’으로 본다면, 금전의 점유자와 소유자가 달라질 수 있다.* 이에 따라, 대상판결의 사실관계에서 소외인은 원고를 통해 금전1과 금전2를 간접점유한 것이므로, 처음부터 끝까지 소유권은 소외인에게만 귀속된 것으로 볼 수 있다. 그러나 설사 금전의 소유권 귀속은 변동되지 않았다 하더라도, 원고 명의 계좌와 소외인 명의 계좌 간에 금전 이동이 이루어지는 과정에서 금전1과 금전2의 물리적 동일성은 상실되었다. 전산상의 계좌 대체에는 소외인 명의 계좌가 개설된 은행과 원고 명의 계좌가 개설된 은행이 개입하게 되고, 그 과정에서 해당 은행들이 송·수금하는 금전의 특정성 내지 동일성이 유지되지 않기 때문이다.

원심판결도 최초로 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서한 주식에 대해서는 과세될 수 없다는 기존 법리를 재확인하여 대상판결과 견해를 같이 하면서도, 구체적인 사실판단에 있어서는 “현금은 계좌에 입금되는 순간 다른 현금과 혼화되므로 이 사건 SSCP 주식의 매도대금이 원고 명의의 계좌에 입금되면 다른 자금과 혼화되어 특정할 수 없게 되는데 … 이 사건 SSCP 주식 중 2007. 12. 28.자부터 2011. 12. 28.자까지의 각 SSCP 주식이 최초 증여의제된 2007. 11. 9.자 주식의 매도대금으로 재취득한 것이라고 단정할 수 없다.” 라고 판시하여 결론적으로는 본고의 입장과 같은 태도를 취하였다.

이와 관련하여, 대법원 또한 “뇌물로 받은 돈을 은행에 예금한 경우 그 예금행위는 뇌물의 처분행위에 해당하므로 그 후 수뢰자가 같은 액수의 돈을 증뢰자에게 반환하였다 하더라도 이를 ‘뇌물 그 자체의 반환으로 볼 수 없으니’ ** 이러한 경우에는 수뢰자로부터 그 가액을 추징하여야 한다.” ***라고 판시하였고, “장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의

* 애초부터 원고를 소외인의 점유보조자로, 소외인을 점유자로 본다면, 점유와 소유의 일치설의 입장에서 대상판결의 사실관계는 점유와 소유의 분리가 인정되는 예외상황으로 상정할 수도 있다.

** 강조는 필자의 것.

*** 대법원 1996. 10. 25. 선고 96도2022 판결.

현금을 인출한 경우에 ‘예금계약의 성질’ *상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실 …” **라고 하여, 예금의 형태로 보관된 금전의 물리적 동일성은 상실된다고 판시한 바 있다.

종합하면, 금전을 가치의 표상 혹은 물건 그 어느 것으로 보아도, 대상판결이 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대해 과세하지 못한다는 결론의 첫 번째 전제요건으로 실시한 ‘금전1과 금전2가 동일하다는 점’은 충족될 수 없다.

다. 주식1 ≠ 주식2

주식2는 주식1과 시기상 또는 성질상 단절된 별개의 주식으로 보아야 하므로, 양자 간의 동일성 역시 인정될 수 없다.

우선, 시기의 측면에서 보면, 이 사건 SSCP 주식은 많을 때는 하루에 20회가량, 1년에 걸쳐서는 수만 회 내지 수십만 회가량, 전체적으로는 2007-2012년에 걸쳐 매수 또는 매도가 이루어졌다는 점에서, 주식1의 매도와 주식2의 매수 간의 시간적 간격은 짧게는 24시간 내, 길게는 5년까지도 이를 수 있다. 두 주식의 동일성이 상실되는 시기상 간격이 어느 정도인지에 대한 기준도 불확실할 뿐만 아니라, 매도 직후에 매수가 바로 이루어지는 경우에도, 반복매매가 끊임없이 이루어지는 과정에서 특정한 주식1과 주식2의 관계가 단절되지 않고 유지된다고 볼 수 있을지도 의문이다.

다음으로, 성질의 측면에서 보면, 코스닥상장법인인 SSCP의 주식은 한국거래소(KRX)가 운영하는 코스닥시장에서 거래되고 있었다. 증권사의 중개 하에 주식을 거래하는 코스닥시장에서 거래 상대방을 특정하기는 어렵다.*** 또한, 주식1과 주식2의 거래 시점 사이에 1주당 가격·수량 등의 요소들이 변화하는 경우가 많다.

수량과 관련하여서는, 주식1의 수량을 주식2의 수량과 동일한 것으로 보자는 주장이 있을 수 있다. 그러나 주식1이 1,000주, 주식2가 2,000주인 상황을 가정하면, 2,000주의 주식2 중 주식1과 동일하다고 볼 수 있는 1,000주를 특정하기 위한 타당한 기준이 마련되어 있지 않다. 수량이 동일하더라도 거래 상대방·1주당 가격 등 다른 요소들이 상이하다면, 양자가 동일하다고 볼 수는 없다. 결국 대상판결이 실시한 두 번째 전제요건인 ‘주식2가 주식1과 시기상 또는 성질상 단절된 별개의 새로운 명의신탁 주식이 아니라는 점’ 역시 충족될 수 없다.

라. 실제소유자 - 명의자 간 동일성 변화

‘주식1 → 금전1 → 금전2 → 주식2’가 일견 주식의 거래과정으로만 생각될 수

* 강조는 필자의 것.

** 대법원 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결.

*** 사안과 달리 실물주권 교부를 통해 비상장주식을 거래하는 경우에도, 매도·매수 상대방, 거래 수량, 가격 등 주식 관련 요소의 동일성이 모두 유지되기는 어렵다.

도 있다. 그러나 그 기저에는 아래와 같은 근본적인 상태의 변화가 자리하고 있다.*

주식1(실제소유자 ≠ 명의자) → 금전1(실제소유자 = 명의자)**
→ 금전2(실제소유자 = 명의자) → 주식2(실제소유자 ≠ 명의자)

주식1의 단계에서는 원고에게株式가 명의신탁되어 있으므로,株式의 실제소유자와 명의자가 다르다. 그러나 금전1 및 금전2의 단계에서는 제3자인 거래상대방이株式를 소유하고 있으므로, 실제소유자와 명의자의 괴리는 해소된다. 그러나 주식2의 단계에 이르러 원고에게株式2가 명의신탁되면, 다시 실제소유자와 명의자가 달라진다.

즉, ‘주식1 → 금전1 → 금전2 → 주식2’의 거래과정을 거치면서 실제소유자와 명의자가 다른 경우가 두 번 발생하는 것이다. 구 상증세법 제45조의2 제1항이 “실제소유자와 명의자가 다른 경우”를 부정적으로 보아 이를 교정하고자 하는 규정임을 상기하면, 또다시 실제소유자와 명의자의 괴리를 유발한 주식2도 증여의제 대상이 되어야 한다.

마. 소결

금전1과 금전2의 동일성 및 주식1과 주식2의 동일성이 부정되므로, ① ‘최초의 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 명의신탁株式의 매도대금으로株式를 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서를 하여야 한다.’라는 적극적 요건과, ② ‘그株式가 최초의 명의신탁株式와 시기상 또는 성질상 단절되어 별개의 새로운 명의신탁株式로 인정되는 등의 특별한 사정이 없어야 한다.’라는 소극적 요건은 충족될 수 없다. 또한, ‘주식1→금전1→금전2→주식2’의 거래과정이 구 상증세법 제45조의2에서 규정한 “실제소유자와 명의자가 다른 경우”라는 부정적 상태를 수반한다는 점을 고려하면, 주식2에 대한 과세 필요성은 더욱 제고된다.

2. 사안별 대법원 판례 입장과의 비교·분석

가. 대법원 판례의 동향

대법원은 매도대금으로 재취득한株式를 명의신탁한 경우에 대해 증여의제대상株式수를 제한하는 판시를 한 이래로 일견 유사한 사례들에 대해서도 같은 취지의 판시를 반복해왔다.

* 株式 거래상대방은 명의신탁을 하지 않았다고 가정한다.

** 株式의 실제소유자와 명의자를 의미한다.

대법원은 최초의 명의신탁 주식과 주식의 ‘포괄적 교환’을 통하여 배정받은 신주에 대하여 각각 별도의 명의신탁 증여의제 규정을 적용하여 재차 과세할 수 없다고 보았으며*, 최초로 증여의제대상이 되어 과세되었거나 과세될 수 있는 합병구조의 명의수탁자에게 ‘흡수합병’에 따라 배정된 합병신주에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 다시 명의신탁 증여의제 규정조항을 적용하여 증여세를 과세할 수 없다고 판시하였다.** 나아가, 기존에 명의신탁 되어있던 재산이 주식이 아닌 경우에까지 이를 확대하여, 기명식 전환사채의 명의수탁자가 ‘전환권 행사’로 발행된 주식을 배정·교부받아 자신의 명의로 명의개서 한 경우 원칙적으로 과세대상이 되지 않는다고 보았다.*****

그러나 대법원 2016. 8. 18. 선고 2015두43650 판결에서는 원고 甲이 원고 乙 명의의 증권계좌로 이체한 주식뿐만 아니라 ‘이를 담보로 대출받은 대출금’으로 원고 乙 명의로 취득한 주식도 증여의제대상에 모두 포함하여 피고가 증여세를 부과한 사안에서, 명의신탁 증여의제 규정에 의하여 증여받은 것으로 의제되는 재산은 명의신탁 주식의 매수대금이 아닌 ‘명의신탁 주식 자체’이고, 달리 대출금으로 취득한 주식 부분을 증여의제 되는 재산가액에서 공제하여야 할 사유도 없다고 보아, 피고의 처분이 경제적 실질이나 이중과세금지원칙 등에 반하여 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

나. 검토

주식의 포괄적 교환을 통한 신주 배정과 흡수합병에 따른 신주 발행은 모두 회사법적 조직 변경으로 야기되는 기존 주주의 지위 변경의 결과물이다. 즉, 신주 배정 및 발행은 지배구조 변화에 맞추어 기존 주주의 주식 소유구조를 변경하기 위해 시행되는 것으로서, 주주 개개인 차원에서의 주식 매도·매수와는 확연히 구분된다. 따라서 주주 개인이 기존 주식의 매도대금으로써 동일 수탁인 명의로 재취득한 주식에 대한 과세 여부를 논함에 있어, 위 판례들의 논지를 직접적으로 차용하는 것은 무리가 있다.

전환권 행사의 경우, 일정 기간이 지나면 투자자가 원할 때 주식전환권 행사가 가능하다는 사실은 기명식 전환사채 발행 시부터 이미 예정된 것이고, 전환권 행사 시 기명식 전환사채는 주식으로 전환된다. 그러나 이와 달리, 기존 주식의 매도대금으로 새 주식을 매수하는 경우, 기존 주식에 그 매도대금으로 새로운 주식을 매수

* 대법원 2018. 3. 29. 선고 2012두27787 판결.

** 대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두30644 판결.

*** 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016두1165 판결.

**** 이러한 판례들의 입장은 처분대금으로 취득한 주식을 다른 사람 명의로 명의개서한 경우 과세대상이 된다고 본 대법원 2017. 4. 7. 선고 2012두13207 판결이나 명의수탁자를 변경한 경우에도 증여의제대상이 된다는 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012두14521 판결 등과는 다소 이질적이다. 다만, 대법원 2018. 3. 29. 선고 2012두27787 판결이 주식의 포괄적 교환을 통하여 배정받은 신주가 증여의제에 의한 과세대상이 된다고 본 종전의 판결(대법원 2013. 8. 23. 선고 2013두5791 판결 등)과는 이질적인 판시를 한 점에서 알 수 있듯, 위 판례들의 입장 역시도 바뀔 여지가 존재한다.

할 권리가 부차되어있는 것도 아니며, 새 주식의 매수가 이루어진다고 해서 기존 주식이 그 새로운 주식으로 제도적으로 전환되는 것도 아니다. 따라서 전환권 행사에 관한 판례의 논지도 대상판결의 사안에 차용하기 어렵다.

오히려 기존 주식을 담보로 대출받은 대출금으로 취득한 주식을 과세대상으로 본 대법원 2016. 8. 18. 선고 2015두43650 판결의 사안이 대상판결의 사안과 훨씬 닮아 있다. 주주가 대출금을 상환하지 못하면, 담보로 제공된 주식의 소유권은 민사집행 등을 통해 경락인에게 넘어갈 것이다. 이는 기존 주식이 매도되어 제3자에게 기존 주식의 소유권이 넘어가고 그 매도대금은 주주가 보유하게 되는 대상판결의 상황과 유사하다. 주주가 이후 별도 자금으로 대출금을 상환하더라도, 신규 주식의 취득자금은 기존 주식을 담보로 하여 제공받은 금액이라는 점에는 변함이 없다.

따라서 기존 대법원 판결들과의 유기적인 관계에 비추어 보아도, 대상판결의 사안에서 기존 주식의 매도대금으로 재취득한 주식에 대해 과세하는 것이 이중과세원칙에 반한다고 볼 수는 없다.

향후 대법원이 일견 유사해 보이는 한계 사안들에 대해 판시함에 있어서는 명확히 정립된 기준을 제시할 필요가 있다. 새 주식 취득이 회사법적 지배구조 변경으로 인한 것인지, 전환권이 처음부터 제도적으로 확실히 보장되어 있었던 것인지, 매도한 주식과 새로이 취득한 주식의 동일성이 인정되는지 등이 주요 고려사항으로 기능할 수 있을 것이다.

V. 증여의제대상 주식 제한 법리의 근거 및 타당성 검토

1. 대상판결의 증여의제대상 주식 제한 법리 및 그 근거

가. 증여의제대상 주식 범위에 대한 대법원 판결의 동향

앞선 논의를 통해, 증여의제된 주식의 매도대금으로 재취득한 주식이 다시 증여의제의 대상이 되지 않는다는 대상판결의 법리가 해당 규정의 입법 취지에 반하며, 주식 간의 동일성을 무리하게 인정한다는 점에서 소유권의 기본 법리에 반함을 보였다.

다만 위와 같은 법리를 최초로 실시한 대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결 이후, 대상판결에 이르기까지 대법원은 이러한 법리를 그대로 유지해왔다. 나아가 앞서 소개한 바와 같이 유사한 설시를 반복하며 이러한 법리를 당사자 간의 매도, 매수 등 처분행위뿐만 아니라 합병에 따른 합병신주 발행, 주식의 포괄적 교환 등 회사법적 현상에도 확대한 바 있다.*

* 포괄적 교환을 통해 배정받은 신주가 증여의제대상이 되지 않는다는 것에 대법원 2018. 3. 29. 선고 2012두27787 판결 참조. 나아가 합병신주에 관하여 대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두30644 판결 및

상증세법상 명의신탁재산에 대한 증여의제와 관련하여서는 그 입법 초기에서부터 수많은 논쟁이 있었고, 1986년부터 2017년에 이르기까지 수없이 많은 헌법재판소 결정이 선고되었음에도 이러한 논쟁은 지속되고 있다. 대상판결을 포함한 근래의 판결례가 법문언상 과세요건이나 확립된 해석론에도 불구하고 증여의제대상 주식의 범위를 축소하는 취지의 판시를 거듭한 것은, 이러한 위헌성 및 부당성에 대한 지적을 반영한 것이다. 즉, 대상판결 법리는 해당 규정에 대한 면밀한 해석론이나 주식의 동일성에 대한 법적 논거보다는 과세범위를 축소하여야 한다는 정책적 고려에서 기인한다.

나. 과세대상 주식 제한 법리의 이론적·정책적 근거

대법원 판결례, 헌법재판소 결정례 및 여러 학설은 아래와 같은 근거를 바탕으로 증여의제대상 주식의 범위를 제한하는 법리를 주장한 바 있다.

① 우선 상증세법 제45조의2가 명의신탁의 조세회피 목적을 추정하며, 납세의무자가 조세회피 목적 없음을 입증하여야 하기에,* 과도한 과세가 이루어질 수 있다는 지적이 존재한다. ‘목적이 없다’는 내면의 상태를 입증하는 것은 그 자체로 매우 곤란하기에 그러한 우려는 일응 타당하다. 다만 이는 과세대상 ‘주식’의 성질이 아니라 ‘조세회피목적’의 해석을 통해 해결할 문제이며, 실제로 법원은 “사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 그와 같은 명의신탁에 … 조세회피의 목적이 있었다고 볼 수는 없”**다고 판시하는 등 조세회피 목적을 엄격히 해석하고 있다. 나아가, 해당 규정에 대하여는 “제재에 관한 고유한 법리들이 적용되어야 할 것”***으로, 부당한 제재의 가능성 그 자체를 지적할 것이 아니라 제재로 인한 공익과 그에 수반하는 부당한 제재로 인한 손실을 비교형량할 문제이다.

② 두 번째로, 명의신탁자로 인하여 경제적 이익을 크게 보지 못하는 명의수탁자에게 조세가 부과됨으로써 형평에 반하는 결과가 야기된다는 점이다.**** 명의수탁자는 조세회피 행위로서 직접적인 이득을 얻지 못하였을 뿐 아니라, 명의신탁 행위의 단순 방조자에 불과한 경우가 많을 것이다. 다만 이와 관련하여 명의신탁자가 증여세를 부담하도록 법이 개정*****됨으로써 입법적인 해결이 이루어진바, 현행 법률 하에서는 위와 같은 근거가 설득력을 갖지 못한다.

③ 세 번째로, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 따라 부과되는 부동산 명의신탁에 따른 과징금과 비교하였을 때 액수가 과하다는 지적이 있다.* 실제로,

기명식 전환사채에 관한 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016두1165 판결 또한 참조.

* 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두11220 판결 등.

** 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두7733 판결; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004두13936 판결. 한편, 해당 법리를 근거로 증여의제를 부인한 사례로는 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두24302 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두24104 판결 등.

*** 윤지현, “상속세 및 증여세의 간주추정규정의 한계”, 조세법연구 제16권 제1호(2010), 182면.

**** 김정기, “주식 명의신탁 증여의제의 위헌성과 개선방안”, 법학논총 제29권 제3호(2017), 137-139면.

***** 상속세 및 증여세법 제4조의2 제2항.

양 규정의 과징금(증여세)의 부과율(세율) 및 제척기간을 고려할 때 명의신탁된 재산이 주식인 경우 더 무거운 제재가 가해진다는 점에서, 형평에 반할 우려가 있다.* 다만, 주식명의신탁에서의 제재대상이 신탁자인 점, 주식명의신탁과 부동산 명의신탁은 그 법적 효과 및 경제적 실질이 상이한 점** 등을 고려할 때, 위와 같은 우려가 제재대상을 무리하게 축소할 근거가 되지 않는 것이다.

④ 네 번째로, 명의신탁에 대한 증여의제는 실제 세수 확보 및 납세의무자의 담세력 등과는 무관하게 세금을 부과한다는 비판이 존재한다.*** 해당 규정에 따른 증여세가 조세로서의 기본적 성질이자 원칙인 실질과세원칙의 예외에 해당하기에 그 적용대상을 필요 최소한도로 제한하여야 한다는 것이다. 대상판결은 이를 근거로 맨 처음 명의신탁된 주식을 증여로 의제할 경우 최초의 증여가액을 과세의 한도로 삼아야 한다고 설시하였다. 이는 실상 증여라는 형식을 차용하여 수탁자가 재산을 증여받은 것을 전제로 실질과세원칙을 적용하자는 주장이다. 그러나 상증세법 제45조의2는 명시적으로 실질과세원칙의 적용을 배제하고 있으며, 그 성질이 행정적 제재임을 고려할 때 그 적용범위의 한계가 실질과세원칙에 따라 정해진다고 볼 수는 없다.**** 제재대상과의 논리적 관계를 고려하지 않고 증여라는 형식을 빌어 실질과세원칙을 기계적으로 적용하는 것은, 법제도의 실질을 고려하지 않은 도그마틱한 접근에 불과하다.

⑤ 마지막으로, 주식이 실제로 증여된 경우에 비하여 과도한 증여세가 부과되어 형평에 반한다는 주장이 있다.***** 다만, 후술하듯 수증자와의 형평을 필연적으로 고려하여야 하는지 의문이며, 수증자에 비해 과도한 과세가 이루어진다고 단언하기도 어렵다.

대상판결이 인용하는 대법원 2017. 2. 21. 선고 2011두10232 판결*이 주로 고려한 부분은 ④와 ⑤이다. 실질과세원칙에 반하기에 과세액이 제한되어야 한다는 주장과 증여에 대하여 부과되는 조세와의 형평을 고려하여야 한다는 주장은 본질적으로 일맥상통하는 것으로 보인다. 모두 명의신탁에 대한 증여의제가 갖는 ‘증여’라는 형식에 비추어, 주식이 증여된 경우를 전제로 하여 실질과세 및 조세평등의 원칙을

* 김영순, “명의신탁 증여의제 규정에 대한 최근 대법원의 제한 해석 경향 연구”, 법학논총 제39집 (2017), 12-13면 참조.

* 김완석, “주식 명의신탁에 따른 증여의제제도의 개선방안”, 조세와 법 제9권 제1호(2016), 20면.

** 이와 관련하여 IV. 3. 이하에서 후술한다.

*** 김완석(주 50), 14면.

**** 그보다는, 일반적 제재규정의 원칙에 따라 입법 목적과 조세라는 수단 사이의 합리적 비례관계가 그 적용범위의 한계로서 기능한다고 보는 편이 더 타당할 것이다. 윤지현(주 46), 188면 참조.

***** 김영순(주 49), 12면; 한편 이를 쟁점으로 검토한 것으로 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌바 259 결정 참조.

* 판시 부분 중 “조세회피목적의 명의신탁행위를 방지하기 위하여 실질과세원칙의 예외로서 실제로 유자로부터 명의자에게 해당 재산이 증여된 것으로 의제하여 증여세를 과세하도록 허용하는 규정 이므로, 조세회피행위를 방지하기 위하여 필요하고도 적절한 범위 내에서만 적용되어야” 라는 부분이 ④의 논거를, “최초의 명의신탁 주식이 매도된 후 그 매도대금으로 취득하여 다시 동일한 명의로 명의개서 되는 이후의 다른 주식에 대하여 각각 별도의 증여의제 규정을 적용하게 되면 애초에 주식이나 그 매입자금이 수탁자에게 증여된 경우에 비하여 지나치게 많은 증여세액이 부과될 수 있어서 형평에 어긋나는 점” 이라는 설시는 ⑤의 논거를 각 따르는 것으로 보인다.

만족시키고자 하는 시도에서 비롯된 것으로 보인다.

상증세법 제45조의2 제1항 규정의 성격을 행정별로 평가하는 이상 실질과세 및 조세평등의 논리는 적용될 수 없는 것이나,* 이하에서는 이러한 원칙을 일정 부분 받아들여더라도 주식명의신탁이라는 법현상의 특수성을 고려할 때 대상판결의 문제 의식을 납득하기 어려움을 보이고자 한다. 구체적으로, i) 주식명의신탁 증여의제의 경우 실질과세 및 평등과세 원칙의 판단기준을 주식의 소유권 이전에 한정할 이유가 없고, ii) 매도대금으로 다시 명의신탁할 경우 이를 다시 제재할 현실적인 필요성이 존재하며, iii) 주식을 재차 증여한 경우와 큰 불균형이 존재하지도 않음을 보이고자 한다.

2. 실질과세 및 조세평등의 원칙 위배 여부

가. 주식명의신탁의 특수성

대상판결은 실질과세원칙 및 수증자와의 평등을 근거로 ‘증여된 경우’를 기준으로 삼아 증여의제대상 주식의 범위를 제한하고 있다. 수탁자가 신탁된 재산만큼의 경제적 이익을 얻는 상황이 일반적으로 예정되어 있다면, 이러한 판시는 적어도 세법적 관점에서는 일정 부분 수긍할 여지가 있다. 재산의 증가분만큼 과세를 하는 것이 과세의 기본원칙이기 때문이다. 부동산 명의신탁의 경우, 대외적 처분권한이 명의수탁자에게 온전히 귀속하고, 수탁자가 실제로 이를 환가함으로써 경제적 이익을 누릴 여지가 있기에 이러한 법리를 적용할 여지가 있을 것이다. 당초 부동산명의신탁을 주된 과세대상으로 삼았던 제도의 연혁을 살펴볼 때, 이러한 접근은 다소 간 수긍이 간다.

다만, 주식명의신탁의 경우 부동산과는 그 법률효과 및 경제적 실질이 완전히 상이하다. 주식명의신탁의 경우 명의자가 아닌 신탁자가 대외적으로 주식에 대한 처분권을 행사하고 금전으로 환가할 수 있으며, 나아가 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다251812 판결은 수탁자로부터 주식을 양수한 자의 소유권 취득을 명시적으로 부정한 바 있다.** 대상판결의 사실관계에서도 주식의 처분 및 재취득은 온전히 실소유자인 소외인에 의해 이루어졌으며, 명의자인 원고가 명의신탁으로 인하여 소유권을 행사하거나 경제적 이익을 누린 사정은 보이지 아니한다.

이러한 차이는 주식의 소유권 변동이 명의의 이전을 요건으로 하지 않음에 기인

* 정주백, “2004년도 조세관련 헌법재판소 결정례 회고”, 조세법연구 제11권 제1호(2005), 341면 참조, 윤지현(주 46), 168면, 주 58에서 재인용.

** 다만, 당해 판결은 주식 매수 명의자인 수탁자가 매도인의 금고에 보관되어 있던 주권을 불법적으로 꺼내어 가져간 사안이었고, 이와 유사한 대법원 2002. 6. 25. 선고 2000다63622 판결(미간행)은 주권을 소유하고 있던 신탁자가 수탁자에게 주권을 교부한 바 없었던 사안이었다. 이에 비추어 볼 때, 대법원이 수탁자가 주권을 적법하지 않은 방법으로 취득하였기 때문에 수탁자를 무권리자라고 본 것인지 혹은 주식명의신탁관계에서 수탁자는 대내적으로뿐만 아니라 대외적으로도 처분권이 없어 수탁자를 무권리자라고 본 것인지 명확하지는 않다.

하며, 명의신탁의 전제가 되는 ‘주주명부’는 소유권을 표상하는 공적 장부에 해당하지 않는다고 할 것이다.* 즉, 주식명의신탁은 주식의 소유권과 논리필연적 연관성이 있는 개념이 아니며, 소유권을 무상으로 양도하는 증여와는 법률효과 및 실질이 상이하다. 그렇다면, 주식이 신탁자로부터 수탁자에게 소유권이 이전되었음을 전제로 증여된 경우를 기준으로 삼아 과세대상을 제한하는 것이 타당한지 의문이다.

결과적으로 주식명의신탁을 증여로 의제하는 조문의 형식을 고려하더라도, 주식명의신탁의 특수성에 대한 고찰이 전제되지 않은 상태에서 이를 통상의 증여와 유사하게 규율하여야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다. 명의신탁 증여의제의 위헌성으로 종종 지적되는 것이 행정적 제재의 수단으로서 증여세를 부과함에 따른 체계정당성 위반**의 문제인데, 명의신탁 자체에 따른 법률효과에 대한 고려 없이 규정형식만으로 증여와 유사하게 규율하고자 하는 시도는 오히려 체계정당성 위반에 따른 위헌성을 증대시키는 해석이다.

나. 명의신탁된 주식에 대한 재과세의 필요성

주식명의신탁의 성질이 통상의 증여와 상이하다면, 상증세법 제45조의2에 따라 의제되는 과세대상을 판단함에 있어서도 그러한 실질을 고려하여야 한다. 즉, 판단기준이 주식의 수탁자에게로의 소유권 이전에만 한정되어서는 안 되며 해당 규정이 의도하는 행정적 제재의 효과 및 각 명의신탁 행위에 따라 조세회피로 얻는 이익등을 모두 고려하여 증여의제대상을 산정하여야 한다.*** 한번 증여의제된 주식을 매도한 후 다시 명의신탁한 행위에 수반되는 조세회피 목적을 인정할 수 있다면, 이에 대하여 거듭 과세를 하는 것이 이른바 제재대상과의 논리적 연관성이라는 측면에서 타당할 것이다. 나아가, 그러한 조세회피행위에 수반되는 재산상 이익을 관념할 수 있기에, 세법상 원칙에 위배되지 않는다.

명의신탁된 재산이 부동산인 경우, 수차례 처분과 명의신탁을 반복하면서 누릴 수 있는 조세회피이익을 관념하기는 어렵다. 반면 주식의 경우 그 보유 및 거래에 있어 우리 법제가 다양한 규제를 하고 있기에, 후속 명의신탁으로 얻을 수 있는 조세회피이익이 일반적으로 더 클 수 있다. 예컨대 대주주의 양도소득세, 과점주주의 간주취득세 등 보유하고 있는 주식 수에 따라 더 높이 부과되는 세금이 존재하므로, 높은 지분을 보유하고 있는 주주로서는 시기에 따라 지분비율을 조정함으로써 추가적인 조세회피이익을 추구할 유인이 크다. 나아가, 주주명부상 명의자가 주주권

* 노태원·조현지, “주식명의신탁과 주주명부-대법원 2013. 2. 13. 선고 2011다109708 판결을 중심으로-”, 법학평론 제10권(2020), 382면 이하 참조.

** 김정기(주 47), 142면 참조. 한편 해당 규정의 위헌성 판단 과정에서 위 기준을 언급한 것으로서 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정 참조.

*** 윤지현(주 46), 188면에서 제시하는 “논리적 상관관계”의 존재란 바로 이러한 실질에 대한 고려를 뜻한다고 이해할 수 있을 것이다.

을 행사할 수 있기에 의결권 행사를 위하여 주식 명의를 유동적으로 조정할 필요성이 있는 점, 그리고 차명거래가 빈번히 일어나는 회사일수록 주식 가격의 변동성 및 이에 따른 시세차익이 크다는 점을 고려하였을 때, 일정한 기간 동안 계속적으로 매도 후 명의신탁을 반복하는 행위는 각각 새로운 조세회피이익을 가져다준다고 보는 것이 응당 경험칙에 부합한다.

물론, 수차례 주식을 처분하는 경우에도 조세회피 외의 다양한 목적이 있을 수 있으나, 이러한 과다규제의 가능성은 모든 종류의 의제조항에 본질적으로 내재하는 문제이다. 과다규제의 문제는 구체적 사안에서 조세회피목적의 유무를 따져보아 해결할 문제이지, 대상판결 법리와 같이 구매된 주식을 일괄적으로 과세대상에서 제외함으로써 해결할 것이 아니다.*

다. 증여된 주식의 반환 및 재증여의 경우와 비교

조세평등에 관한 대법원 및 학계의 논의는 주로 재산이 1회 증여된 경우와 한 차례 명의신탁된 주식이 처분 후 재차 명의신탁된 경우에 대한 비교를 전제로 한다. 결과적으로 모든 명의신탁(증여) 행위가 완료된 이후, 수탁자(수증자) 명의로 된 재산이 동일함에도 명의신탁에 대한 과세액이 더 커서 부당하다는 것이 논의의 중핵이다. 이에 대하여, 설령 증여된 경우와 비교하는 것이 타당하다고 할지라도 한차례 증여가 이루어진 경우가 아니라, 증여, 대금반환 및 재증여가 수차례 이루어진 경우와 비교함이 형평에 맞음을 추가적으로 지적하고자 한다. 증여세의 부과 대상이 개별 증여행위라면, 증여의제의 제재 대상은 개별 명의신탁 행위이기 때문이다.

1차로 증여한 주식을 매도하여 수증자가 반환한 뒤에 2차 증여가 이루어진 경우, 명의신탁의 경우 이상으로 증여세가 부과되지 않으려면 2차의 증여에 대하여 조세가 부과되지 않거나, 1차 증여에 대해 조세 환급이 이루어져야 한다. 상증세법 제4조 제4항은 증여재산이 반환된 경우 증여세를 반환하거나 재증여에 대한 증여세를 부과하지 않도록 규정**하나, 이는 증여재산이 환가되지 않고 그대로 반환됨을 전제로 적용되는 규정이다. 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011두8765 판결은 명의신탁된 재산이 그대로 신탁자 명의로 복귀하는 경우에도 제4조 제4항이 적용된다고 판시하기에, 이 경우 증여의제와 증여 간의 차이가 발생할 여지가 없다.

문제가 되는 것은 수증자가 환가 후 금전을 반환하는 사례인데, 상증세법 제4조 제4항이 금전을 적용대상에서 명시적으로 배제하고 있는 점에서 비금전 재산을 수

* 한편, 김완석(주 50), 16면 등은 조세회피액이 아니라 명의신탁 주식가액을 과세기반으로 설정하는 것 자체에 문제가 있음을 지적하며, 이는 각 명의신탁에 대한 조세회피목적이 인정되더라도 필연적으로 직면하는 비판일 것이나, 적어도 현행법령의 규정상 어쩔 수 없는 부분이며, 대상판결이 제시하는 법리가 그에 대한 해결책이 된다고 보기는 어렵다.

** 상증세법 제4조 ④수증자가 증여재산(금전은 제외한다)을 당사자 간의 합의에 따라 제68조에 따른 증여세 과세표준 신고기한 이내에 증여자에게 반환하는 경우(반환하기 전에 제76조에 따라 과세표준과 세액을 결정받은 경우는 제외한다)에는 처음부터 증여가 없었던 것으로 보며, 제68조에 따른 증여세 과세표준 신고기한이 지난 후 3개월 이내에 증여자에게 반환하거나 증여자에게 다시 증여하는 경우에는 그 반환하거나 다시 증여하는 것에 대해서는 증여세를 부과하지 아니한다.

증받은 자가 금전의 형태로 이를 반환하였을 때 환급의 대상이 될지는 불확실하다.* 다만, 상증세법 제4조 제4항은 그 적용 범위를 ‘3개월 내’로 한정하고 있으며, 이후에 재산을 반환하는 경우 증여세의 환급이 없을 뿐 아니라, 당초의 증여와 반환 및 재증여가 모두 거듭하여 과세의 대상이 된다. 주식을 거듭 증여 또는 명의신탁하는 경우 그 간격이 3개월 이상이 되는 경우는 종종 발생할 수 있으며, 대상판결의 사실관계에서도 매도 후 재차 명의신탁이 이루어지기까지 수개월이 경과한 것으로 확인된다. 그렇다면, 오히려 증여의 경우 수증자의 현금 반환에 대한 증여세가 추가로 부과될 여지가 있기에 명의신탁 증여의제에 대하여 상대적으로 과도한 과세가 이루어진다는 주장은 타당하지 않다.

보다 논의를 확장하면, 주식의 반환 및 재증여의 사안은 애당초 주식명의신탁에 따른 증여의제와 기본적 법률관계가 상이함을 알 수 있다. 증여의 경우 반환된 금액에 대하여 이를 재산의 반환으로 보아 환급이 이루어지거나, 그 자체로 증여로 보아 별도의 증여세 부과대상이 되어야 한다. 반면 주식명의신탁의 경우, 명의신탁된 주식의 매도대금을 신탁자에게 반환한 것에 대하여 증여세를 환급할 수 없다는 것이 판례의 입장**이며, 개정법령에 따르면 증여세를 납부하는 자가 실질적으로 이득을 얻은 신탁자인데, 주식의 환가대금을 신탁자가 받았음을 이유로 신탁자에게 증여세액을 환급해주는 것은 상당히 부자연스럽다. 나아가 수탁자가 금전을 반환하는 행위를 증여로 보아 증여세를 부과하는 것 역시 상정할 수 없는데, 애당초 주식에 대한 대내외적 처분권이 신탁자에게 있는 이상 처분대가를 증여받는다고 여길 수 없기 때문이다. 따라서, 증여와 명의신탁의 과세액수의 차이가 큰 형평의 문제를 낳지 않음은 물론, 애초에 증여의 경우와 증여세액을 비교하는 것 자체의 합리성을 의심하지 않을 수 없다.

그럼에도, 주식 가액에 비례하여 산정된 증여세액이 신탁자가 누린 조세회피이익에 비하여 과도하다는 견해는 여전히 존재할 수 있다. 다만 이는 증여세의 부과형식의 문제이지 증여의제대상의 범위 문제가 아니다. 조세회피로 인한 이익 및 그에 대한 제재의 정도를 계산할 일정한 기준은 분명 필요하며, 조문의 해석상 이를 주식의 가액으로 보는 것 외에는 달리 방도가 없다. 주식가액을 기반으로 산정된 과세액이 실제 조세회피이익에 비하여 과도하다면, 이는 별도의 세율을 산정하는 등 입법적으로 해결할 문제이지 대상판결과 같이 특정 주식을 증여세 부과 대상에서 제외하는 해석론을 취할 것은 아니다.

3. 소결

이상에서 살핀 바와 같이 2017년 등장한 증여의제대상 주식 제한법리는 법이론적

* 한편, 금전을 증여받은 자가 이를 비금전재산의 형태로 반환하는 것은 증여재산의 반환에 해당하지 않아 증여세 부과 대상이 된다는 것이 확립된 실무례이다. 2003. 03. 28.자 서일46014-10394, 2010. 7. 22. 자 재산세과-531 등 참조.

** 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005두10200 판결.

으로 필연적이라기보다는, 상증세법상 증여의제대상 주식을 축소하려는 문제의식을 반영한 것으로 보인다.

다만, 이러한 대법원 법리는 ‘주식’ 명의신탁의 특수성을 제대로 고려하지 않고, 수차례 주식을 명의신탁하는 행위의 현실적 비난가능성을 인식하지 못한 것으로 보인다. 이는 결과적으로 형식에 불과한 ‘증여’의 특징을 지나치게 고려하여 판단의 기준으로 삼고, 그에 따라 제재의 중국적인 목적을 충분히 고려하지 못하였음에 기인한다. 물론, 제재수단과 목적의 비례성 내지 논리적 상관관계를 고려하였을 때도 과도하게 과세할 수 있다는 문제의식은 충분히 존재하나, 대상판결 법리가 이에 대한 해결책이 되지는 못한다.

따라서, 상증세법 제45조의2의 문언 형태 및 그 규정 취지에 입각하여 명의신탁된 주식을 그 매수대금과 관계없이 증여의제함이 타당하다. 이에 따라 발생할 수 있는 과다 규제의 문제는 명의신탁 대상 주식에 대한 엄격한 사실인정과 조세회피 목적에 대한 충분한 심사를 통해 해결함이 바람직하다.

VI. 원심판결·본고·대상판결 입장에 따른 증여의제가액 비교

이하에서는 대법원의 우려와는 달리, 대상판결의 사안에서 본고의 논지에 따라 과세하더라도 신탁자 내지 수탁자가 얻는 이익에 비해 ‘지나치게 많은 증여세액’이 부과되지는 않는다는 점을 보이고자 한다.

1. 선입선출법 및 후입선출법

가. 논의의 필요성

특정 증여의제일 기준 계좌의 잔여주식 중 ① 이전 증여의제일의 잔여주식으로서 이미 증여의제대상이 되었던 주식과 ② 이전 증여의제일 이후 특정 증여의제일까지 동안에 새로이 취득된 주식을 구분하기 위해서는 선입선출법 및 후입선출법에 대한 논의가 선행되어야 한다.

이와 관련하여, 대상판결 또한 “거래 당사자의 의사 등 제반 사정을 고려하여 당사자들이 주장한* 선입선출법과 후입선출법 중 합리적이라고 판단되는 방식에 따라 증권계좌별로 1차 주식과 그 후 취득한 주식이 매도된 시기와 수량을 특정”하여야 한다고 판시한 바 있다. 한 가지 주의할 사항은, 위 판시에서 선입선출법 및 후입선출법이라는 용어가 재고자산 평가가 아닌, 매도·매수된 주식의 ‘트래킹(tracking)’ 방식을 나타내기 위해 사용된 것이라는 점이다.

* 원고는 후입선출법을, 피고는 선입선출법을 적용할 것을 주장하였다.

나. 트레이킹(tracking) 방식의 선택

본고에서는 사실관계 및 관련 규정·조세심판원 결정·판례 및 코스닥시장의 거래 실정 등을 분석하여, 두 방식 중 보다 합리적인 가정을 택하고자 한다.

구 소득세법 제98조(2007. 7. 19. 법률 제8531호로 개정되기 전의 것)는 “자산의 양도차익을 계산함에 있어서 그 취득시기 및 양도시기에 관하여는 대통령령으로 정한다.” 라고 규정하고 있다. 구 소득세법 시행령(2007. 10. 17. 대통령령 제20330호로 개정되기 전의 것) 제162조 제1항에서는 “법 제98조의 규정에 의한 취득시기 및 양도시기는 다음 각 호의 경우를 제외하고는 당해 자산의 대금(당해 자산의 양도에 대한 양도소득세 및 양도소득세의 부가세액)을 양수자가 부담하기로 약정한 경우에는 당해 양도소득세 및 양도소득세의 부가세액을 제외한다)을 청산한 날로 한다.” 라고 정하고 있고, 동조 제5항에서는 “제1항 내지 제4항의 규정을 적용함에 있어서 양도한 자산의 취득시기가 분명하지 아니한 경우에는 먼저 취득한 자산을 먼저 양도한 것으로 본다.” 라고 정하고 있다. 즉, 구 소득세법 제162조 제5항은 양도한 자산의 취득시기가 분명하지 아니한 경우에는 ‘선입선출법’을 적용하도록 규정하고 있다.

조세심판원 2011. 6. 3.자 조심2011서0957 결정에 따르면, 증여의제 된 명의신탁 주식도 위 조항의 적용대상이다. 따라서 원칙적으로 주식에 대해 원고 앞으로 명의개서가 되는 날을 과세 기준일로 보되,* 명의개서 일자가 불분명한 예외적인 경우에는 선입선출법을 적용하여야 할 것이다.**

그런데 위 결정에서는 돌연 “증권시장의 주식거래시스템이나 매도주식의 입·출고관리방법과 주식의 양도에 대한 과세방법은 별개의 문제” 라고 실시하며 선입선출법을 적용하여야 한다는 결론을 도출하였다. 이는 “구 조감법 시행령***이 장기보유한 주식수를 후입선출법에 의하여 계산하도록 규정하고 있다 하여 소득세법상 주식의 양도에도 같은 방식이 적용된다고는 볼 수 없으나 ‘모든 증권회사가 후입선출법에 의한 계산이 일반적인 회계원칙과 관행으로 자리잡게 된 이상 이를 존중’ 해야 할 것” 이라는 대법원의 입장****에 반한다. 구 소득세법 시행령에서 주식 취득시기인 명의개서 일자가 분명하다면 그에 따라야 한다는 원칙을 천명하고 있고, 사안의 실질과 유리된 과세는 바람직하지 않다는 점에서, 대법원의 입장이 더욱 타당

* 구 소득세법 시행령 제162조 제1항 제5호.

** 구 소득세법 시행령 제162조 제5항.

*** 장기보유주식의 배당소득에 대한 과세상의 혜택이 부여되는 구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호 조세특례제한법으로 전문 개정되기 전의 것) 제81조의3이 시행됨에 따라 소유주식이 장기보유주식인지를 구분해야 할 필요성이 생겨 대신증권을 포함한 모든 증권회사들은 고객계좌의 잔고주식을 취득일자별로 구분·관리하게 되었고 구 조세감면규제법 시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15976호 조세특례제한법 시행령으로 전문 개정되기 전의 것) 제80조 제7항에 따라 그중 일부가 양도되는 경우 후입선출법에 따라 계좌상 나중에 취득한 주식을 먼저 양도한 것으로 관리하는 방식으로 회계처리하는 것이 관행으로 자리잡았다(서울행정법원 2005. 9. 13. 선고 2005구단3434 판결).

**** 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007두22030 판결.

하다고 생각된다.

대상판결의 사안에서는 각 주식의 명의개서 일자가 분명히 드러나 있다. 각 계좌의 잔여주식 중 새로이 명의개서된 주식 수의 추이를 분석해보면, 거래대상 주식들이 후입선출법에 따라 트레이킹(tracking) 되었음을 알 수 있다. 코스닥시장에서 중개하는 증권사의 일반적인 회계원칙에 비추어 보아도, 코스닥상장법인인 SSCP 주식은 후입선출법에 따라 거래되었다고 보는 것이 합리적이다.

따라서 이하에서는 후입선출법에 따라 특정 증여의제일 기준 계좌 잔여주식 중 ① 이전 증여의제일의 잔여주식으로서 이미 증여의제대상이 되었던 주식과 ② 이전 증여의제일 이후 특정 증여의제일까지 새로이 취득된 주식을 구분하여 증여의제가액을 계산한다.

2. 계산 결과*

본고와 대상판결은 ① 이미 구 상증세법 제45조의2 제1항에 따라 증여의제대상이 된 명의신탁 주식이 그대로 남아 있는 경우 그 주식은 다시 증여의제대상으로 삼지 않는다는 점에서는 의견이 일치하였으나, ② 명의신탁 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 동일인 명의로 명의개서 된 주식은 증여의제대상으로 볼지 여부에 대해서는 견해를 달리하였다. 원심판결은 위 ①에 대해서는 본고 및 대상판결과 의견을 달리하였고, 위 ②에 대해서는 대상판결과 같이 기존 법리를 따르면서도, 사실판단에 있어서는 기존 주식의 매도대금으로 새로운 주식을 재취득했다고 볼 수 없다고 하여 결론적으로는 본고와 견해를 같이하였다.

위와 같은 입장의 차이는 증여의제대상 주식 수의 산정 방식 차이로 귀결된다. 원심판결은 새로이 명의개서 된 주식인지 여부를 따지지 않고, 증여의제일에 원고 명의 계좌에 남아있는 주식 모두를 증여의제대상으로 보았다. 본고는 증여의제일에 원고 명의 계좌에 남아있는 주식 중 이전 증여의제일이 지난 후 새로이 명의개서된 주식만을 증여의제대상으로 보았다. 대상판결은 새로이 명의개서된 주식 중에서도 이전에 명의개서 된 주식의 매도대금으로 구매하였다고 볼 수 있는 주식은 증여의제대상에서 제외하였다. 구체적인 계산 결과는 아래 <표 1> 기재와 같다.**

<표 1> 원심판결·본고·대상판결에 따른 총 증여의제대상 주식 수의제가액

	주식 수(주)	증여의제가액(원)
원심판결	357,221	3,087,662,058
본고	324,443	2,850,250,972
대상판결	314,015	2,768,537,095

* <표 1>~<표 3>과 <표 5>~<표 7>을 비교해보기를 권한다.

** 세부적인 계산 과정은 [별첨] II. 계산 과정에 수록하였다.

종합하면, 원심판결의 방법에 따라 계산했을 때 증여의제대상 주식 수가 가장 많고, 이어서 본고, 대법원의 방법 순이다. 이는 증여의제가액에도 차이를 가져오는데, 이러한 증여의제대상 주식 수 및 증여의제가액 차이가 얼마나 유의미한지 및 타당한지에 대해서는 아래에서 보다 구체적으로 살펴본다.

3. 합의

위 계산에서, 대상판결의 설시에 따른 과세대상 주식 수와 대상판결이 전제한 법리의 부당성을 주장하는 본고의 법리에 따라 산정한 과세대상 주식 수의 차이는 단 10,428주에 불과하다. 이는 전체 과세대상 주식 수의 단 3%가량에 불과한데, 대상판결 법리가 상증세법 제45조의2의 적용 범위를 줄이기 위하여 법규정의 문언과 취지에 반하는 해석을 하고 있음을 고려할 때 상당히 미미한 정도로 생각된다. 증여의제대상 주식의 범위를 축소하려는 대법원 해석론의 정책적 목적의 타당성은 차치하더라도, 해당 법리의 적용이 이를 달성하는 효과적인 수단인지는 불분명하다.

오히려 사안에서 큰 차이를 보이는 것은 원심판결과 본고 논리에 따른 과세대상 주식 수의 차이이다. 본고의 법리에 따른 과세대상 주식 수는 원심판결이 산정한 과세대상에 비하여 32,778주가량 적은데, 이는 증여의제 여부를 판단하는 법리가 아닌, 명의신탁 주식의 산정방식에 관한 차이에 불과하다. 예컨대, 2차 주식의 산정에 있어 본 판결은 1차 주식에서 증여의제된 1,300주가 매도된 적 없이 동일인 명의로 남아있다고 보아 ‘이미 증여의제된 주식’ 으로서 제외하였다. 이는 무엇이 명의신탁된 주식인지, 정확히 몇 주가 명의신탁되어 있고 그중 몇 주가 새로 증여의제에 따른 과세대상이 된 것인지에 대한 사실인정의 문제이다. 나아가, 선임선출 및 후임선출의 선택이 거래당사자의 의사를 합리적으로 해석한 결과라는 대상판결의 관점에서 볼 때, 당사자의 의사해석 내지 계약해석의 문제*이기도 하다.** 이미 증여의제된 행위 내지 주식에 대하여 거듭 과세하는 것은 중복과세금지 내지 행정제재의 성격에 비추어 본 일사부재리의 원칙에 어긋나며, 이러한 결론의 차이에 있어 대상판결 법리와 같은 별도의 해석론이 개입할 여지가 없다. 즉, 적어도 해당 사안에서 차이를 낳는 것은 명의신탁 주식에 대한 사실인정 및 의사해석의 문제일 뿐이며, 대법원 법리와 같이 선불리 특정 사례를 열거하여 원칙과 예외를 전환하는 접근법은 큰 실익 없이 정확한 사안 이해에 혼선을 가져올 따름이다.

한편, 대법원 법리를 전제로 한 과세대상 주식과 본고에 따른 과세대상 주식의

* 한편, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두15780 판결 등이 상증세법상 명의신탁 증여의제의 적용대상이 되기 위해서는 당사자 간의 명의신탁에 관한 합의가 요구된다는 점을 분명히 하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 선임선출법이 전제되지 않더라도 위 문제는 당사자 간의 의사해석의 문제로 귀결될 가능성이 높다고 생각된다.

** 본 사안에서 후임선출법을 적용하는 것이 당사자의 의사 및 거래관행에 비추어 합리적이라는 점에 대하여는 IV. 1.에서 상술한 바 있다.

차이는 ‘중전 증여의제일 이후 주식에 대한 매도가 먼저 이루어졌을 때 해당 주식의 매도가액으로 새로 취득한 주식’ *에 한정된다. 예컨대 본 사안에서, 제3차 주식이 증여의제된 이후 새로이 주식이 매수되기 이전인 2009. 5. 7.에 5,683주가 매도되었는데, 대상판결의 법리에 의하면 해당 매도자금으로 재취득한 주식은 제4차 주식에서 증여의제대상이 되지 않는 반면, 본고의 경우 이를 제외하지 않는다. 한편 후입선출법 하에서 매수가 먼저 이루어졌을 경우, 이를 넘는 대량매도가 뒤따르지 않는 한 ‘중전에 증여의제된 주식이 매도된 경우’ 를 상정할 수 없으므로, 본고와 대상판결의 법리에 따른 차이가 발생할 여지가 없다. 즉, 본고와 대상판결 법리에 따른 결론의 차이는 매우 한정적인 조건 하에서만 발생하므로 대상판결이 우려하는 증여의제 과다적용의 가능성은 높지 않다고 보인다.

나아가, 중요한 것은 차이가 ‘크기’의 문제가 아니라, 법해석에 의하여 그러한 차이를 도출하는 것이 ‘합당한가’이다. 매도대금으로 재취득한 주식을 증여의제 대상으로 인식하는 것이 본 규정의 문언 및 취지에 비추어 타당하다는 점은 III에서 충분히 논증한 바 있다. 실제 결과의 측면을 볼 때, 본고 법리에 따르면 수차례의 매도-매수가 반복되는 경우 매도가 선행하는 경우에 과세대상 주식이 더 많을 여지가 존재하며, 이로 인하여 경제적 실질이 유사한 사안에 대하여 각기 다른 증여세액이 부과될 우려가 있다.** 다만, 이는 해당 법리 자체가 내포하는 문제라기보다는 특정 시점의 주주명부를 기준으로 증여의제를 판단하여 과세표준을 산정하는 실무의 사실인정에 따른 문제이며, 대상판결의 법리와 같이 판단하더라도 이러한 불균형이 언제나 해소된다고 볼 수는 없다.*** 행정청이 특정한 기준점을 정하여 명의신탁 여부를 판단하는 것은 불가피하며, 그 과정에서 증여의제대상이 되지 않는 주식 매수가 존재하는 것은 본고가 논하는 법리와는 무관하다. 이는 오히려 증여의제에 있어 구체적인 사실관계를 확정하는 일이 얼마나 까다로운지를 보여주며, 큰 실익 없이 실무의 사실인정을 복잡하게 만드는 대상판결 법리의 문제점을 여실히 드러낸다.

결과적으로, 본 규정의 적용을 축소하고자 하는 대상판결의 취지는 사안의 결과에 비추어 볼 때 상당 부분 무색한 것으로 보인다. 사실관계와 당사자의 의사를 합리적이고 엄격하게 해석함으로써 법령의 무리한 적용은 충분히 막을 수 있을 것으로 생각되며, 대상판결 법리를 차용하지 않음으로써 추가적으로 증여의제되는 부분

* 엄밀하게, 매수가 먼저 이루어지더라도 어느 특정 시점에서 매도된 총 주식수가 더 많다면, 매도주식의 초과분만큼 기존 증여의제 주식이 매도된 것이므로, 초과분의 매도대금으로 재취득한 주식만큼 본고와 대상판결의 결론에는 차이가 존재한다.

** 예컨대, 대상판결의 법리에 따르면 1,000주가 증여의제된 상황에서 1,000주를 매도하고 그 매도대금을 포함한 금원으로 10,000주를 다시 매수한 경우와, 10,000주를 매수하고 다시 1,000주를 매도한 경우에 동일하게 9,000주를 증여의제대상으로 보게 된다. 한편, 본고에 따르면 매도가 먼저 이루어진 경우 10,000주 전체가 증여의제가 되는 반면, 매수가 먼저 이루어진 경우 대상판결과 같이 9,000주가 증여의제대상이 된다.

*** 주 75의 사례와 같이 매도·매수의 선후에 따라 증여의제대상 주식 수가 달리 산정되지는 않을 것이나, 명의신탁 산정 시점 선후에 따라 동일한 명의신탁 행위에 대하여 다른 정도의 과징금이 부과되는 불균형의 우려가 얼마든지 발생할 수 있다.

은 법규정의 취지 및 구성상 합리적이며 용인 가능한 차이라고 생각된다.

VII. 결론

이상에서 본고는 “이미 명의신탁된 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 명의신탁된 주식은 증여의제대상에서 제외되어야 한다”는 대법원판결의 법리를 비판적으로 검토하였다. 상증세법상 주식명의신탁에 대한 증여의제 조항이 그 타당성 및 체계성에서 문제가 있음은 분명한 사실이고, 이에 따라 그 적용 범위를 제한하는 대상판결의 법리는 상당 부분 지지를 받는 것으로 보인다. 본고 역시도 증여의제의 적용 범위를 무분별하게 확대함을 주장하는 것은 아님을 분명히 밝힌다.

다만, 대상판결이 적용 범위를 제한하기 위하여 제시한 법리가 본 제도의 취지 및 법체계에 적합하지 않은 무리한 해석론임을 지적한다. 첫째로, 대상판결 법리의 근거는 명의신탁 증여의제 규정의 취지가 조세회피에 대한 제재라는 기존의 해석론과 상당 부분 모순된다. 이러한 해석론을 명시적으로 반박할 근거를 제시하지도 않았음에도 새로운 법리를 제시한 것은, 자칫 증여의제가 사법상 증여의 성질을 갖는다고 오도할 위험이 존재한다. 둘째로, 대상판결 법리가 전제하는 매도대금을 매개로 한 전후 주식의 동일성은 우리 사법(私法) 체계상 인정하기 어려우며, 회사법적 법률관계에 의한 주식의 변동과도 분명히 구분될 필요가 있다. 마지막으로 주식명의신탁의 법적 성질 및 경제적 효과를 고려할 때 재차 증여의제대상으로 삼는 것이 세법의 기본원칙에 반한다고 보기 어렵다. 오히려 계속적·반복적으로 이루어지는 차명주식거래를 제재하여야 할 정책적 필요성이 존재한다고 봄이 타당하다.

논리적·법체계적 비판점에도 불구하고, 대상판결은 취지와 형식에 있어 논란이 있는 주식명의신탁 증여의제의 대상을 제한하고자 시도하였다는 점에서 그 의의를 갖는다. 다만, 앞서 살펴보았듯 당해 법리는 논리적 흠결에도 불구하고 증여의제대상 주식을 유의미하게 제한하지 못하며, 오히려 명의신탁된 주식을 합리적이고 확실하게 산정하는 것이 과세표준에 더 큰 영향을 미친다. 이에 본고는 상증세법 제 45조의2의 문언에 충실하게 매도대금의 출처와는 관련 없이 증여의제를 적용하되, 후입선출법에 기반한 주식 수 산정과 조세회피 목적의 엄격한 해석을 통해 실무의 합리성을 도모할 것을 제안한다. 그럼에도 발생할 수 있는 법적용의 문제점은 종국적으로 새로운 입법을 통하여만 해결될 수 있을 것이다. 주식명의신탁에 대한 증여의제가 그 취지 및 법적 특수성에 걸맞게 적용되어야 함을 다시 한 번 강조하며 이 글을 마친다.

[별첨]

I. 실제 사실관계²⁾

원고(명의수탁자)는 소외인(명의신탁자)과 오랜 기간 연인 사이였다. 소외인은 원고 명의로 된 A계좌와 B계좌를 이용하여 <표 2> 기재와 같이 코스닥상장법인 SSCP 주식을 매수·매도하고, 원고 명의로 명의개서를 마쳤다.

<표 2> 1차·2차·3차 주식 거래 과정

일시	계좌	A	B
07.10.16.		매수	매수
		1,300주(1차)	7,800주(3차)
07.11.9.		명의개서	명의개서
		1,300주	7,800주
07.11.19. ~07.11.21.		매수	매도
		6,120주	5,683주
07.11.30. ~07.12.4.		매도	매수
		5,820주	8,750주
~07.12.28.		매수·매도	잔여주식
		수회 반복	10,867주
07.12.28. (주주명부폐쇄일)		잔여주식	
		22,506주(2차)	

주주명부 폐쇄일인 2009. 7. 10.경 B계좌에 남아 있는 SSCP 주식은 10,867주이고, 당시 그와 별도로 원고 명의로 된 C계좌에 3,960주, 원고 명의로 된 D계좌에 139,203주의 SSCP 주식이 각각 남아있었다. 2009. 7. 10.경 위 주식 합계 중 151,913주에 대해 원고 명의로 새로 명의개서가 이루어졌다. 이후 소외인이 원고 명의로 유상증자에 참여하여 받은 SSCP 주식이 2009. 8. 19. B계좌에 2,153주, C계좌에 785주가 각각 입고되었다.

소외인은 <표 3>의 기재와 같이 D계좌³⁾와 C계좌를 통해 주식을 매수·매도하고,

2) 부산지방국세청은 원고가 2007년부터 2012년까지 소외인으로부터 신용카드 사용대금·아파트 취득자금 등을 증여받은 것으로 추정하여 이에 대해서도 증여재산가액을 산정하였다. 본고의 논의는 ‘주식’에 초점을 맞추고 있으므로, 신용카드 사용대금·아파트 취득자금에 대한 사실관계 및 판시는 생략한다.

3) 판시 원문에는 본고의 A계좌에 해당하는 “△△△△△△ 계좌”라고 기재되어 있으나 오기로 보인다.

원고 명의로 명의개서를 마쳤다.

<표 3> 4차-5차-6차-7차 주식 거래 과정

계좌	B		C		D
일시					
09.7.10.	잔여주식 10,867주(4차)	09.7.10.	잔여주식 3,960주(4차)	09.7.10.	잔여주식 139,203주(4차)
09.7.10.	위 4차 주식(154,030주) 중 151,913주에 대해 명의개서 151,913주				
09.8.19.	입고(유상증자) 2,153주	09.8.19.	입고(유상증자) 785주	09.11.20. ~09.12.28	매수·매도 반복 후 전부 매도
09.12.28. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 13,020주(5차)	09.12.28. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 4,745주(5차)	09.12.28. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 0주
10.7.10.4)	위 5차 주식(17,765주) 중 2,153주(B계좌), 785주(C계좌)에 대해 명의개서 2,938주				
		10.7.28.	매도 3,000주		
		10.12.15.	매수 10,283주		
		10.12.29.	매도 2,600주		
		10.12.30. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 9,428주(6차)		
		10.12.30.	명의개서 9,428주		
		11.2.18. ~11.7.4.	매수 8,490주	11.3.3. ~11.7.5.	매수·매도 여러 차례 반복
		11.7.10. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 17,918주(7차)	11.7.10. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 121,368주(7차)

2011. 7. 10.경 위 7차 주식 중 129,858주에 대해 원고 명의로 새로 명의개서가 이루어졌다. 이후 소외인은 <표 4>의 기재와 같이 원고 명의로 된 D계좌를 통해 SSCP 주식을 매수하고, D계좌에 있던 SSCP 주식 455,161주를 원고 명의로 된 E계좌로 대체입고한 다음, E계좌를 통해 SSCP 주식을 매수하였다. 소외인은 2011. 11. 16. E계좌에 있던 SSCP 주식 450,000주를 다른 증권계좌로 대체출고하고, <표 4>의 기재와 같이 E계좌와 C계좌를 통해 SSCP 주식을 거래하였다.

4) 판시 원문에는 “2009. 7. 10.경” 이라고 기재되어 있으나 오기로 보인다.

〈표 4〉 7차·8차 주식 거래 과정

일시	계좌	C	D	E
11.7.10.		위 7차 주식 중 129,858주에 대해 명의개서 129,858주		
		11.8.10. ~11.9.28.	매수 333,793주	
		11.9.30.	D계좌에 있던 SSCP 주식 455,161주를 E계좌로 대체입고	
			11.10.7. ~11.10.26.	매수 191,355주
11.10.24. ~11.12.2.	매도	17,781주		
			11.11.16.	450,000주를 타 증권계좌로 대체출고
			11.11.25. ~11.12.27.	매수·매도 여러 차례 반복
11.12.28. (주주명부폐쇄일)	잔여주식	137주(8차)		
			11.12.28. (주주명부폐쇄일)	잔여주식 4,969주(8차)

부산지방국세청은 2013. 6. 15.부터 2014. 6. 17.까지 원고에 대한 증여세 조사를 실시한 결과, 2007년부터 2011년까지 원고 명의로 취득한 SSCP의 주식 합계 357,221주(이하 ‘이 사건 SSCP 주식’ 이라 한다)에 대해 이를 SSCP의 대표이사이자 최대주주인 소외인이 원고에게 명의신탁한 것으로 보아 <표 5> 기재와 같이 각 주주명부 폐쇄일을 증여의제일로 하여 이 사건 SSCP 주식의 평가액 총 3,087,662,052원을 증여의제가액으로 산정하였다.

〈표 5〉 1-8차 주식 증여의제일·주식 수·주당 평가액·증여의제가액

순번	증여의제일	주식 수(주)	주당 평가액(원)	증여의제가액(원)
1	2007. 11. 09.	1,300	32,868	42,728,400
2	2007. 12. 28.	22,506	31,301	704,460,300
3	2008. 12. 28.	7,800	6,967	54,342,600
4	2009. 07. 10.	154,030	9,814	1,511,650,420
5	2009. 12. 28.	17,765	7,790	138,389,350
6	2010. 12. 28.	9,428	5,467	51,542,876

7	2011. 07. 10.	139,286	4,036	562,158,296
8	2011. 12. 28.	5,106	4,385	22,389,810
합계		357,221		3,087,662,052

출처: 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두36971 판결.

피고(삼성세무서장)는 부산지방국세청의 위와 같은 조사 결과에 따라 2014. 7. 10. 원고에게 2007년 내지 2012년 귀속 각 증여세 합계 2,864,303,420원⁵⁾을 경정·고지 하였다(이하 ‘당초 처분’이라 한다).

원고는 당초 처분에 불복하여 조세심판원에 심판청구를 하였고, 조세심판원의 결정에 불복하여 이 사건 소를 제기하였다. 원고는 원심에서 나중에 취득한 주식을 먼저 처분한 것으로 보는 이른바 ‘후입선출법’에 따라 2차 주식 중 이미 증여의 제대상이 된 1차 주식을 제외한 21,206주를 증여의제대상 주식으로 보아야 한다고 주장하였다. 반면, 피고는 먼저 취득한 주식을 먼저 처분한 것으로 보는 이른바 ‘선입선출법’에 따라 증여의제대상 주식을 특정하여야 한다고 주장하였다.

II. 계산 과정

1. 원심판결

〈표 6〉 원심판결에 따른 증여의제일·주식 수·주당 평가액·증여의제가액

순번	증여의제일	주식 수(주)	주당 평가액(원)	증여의제가액(원)
1	2007. 11. 09.	1,300	32,868	42,728,400
2	2007. 12. 28.	22,506	31,301	704,460,306
3	2008. 12. 28.	7,800	6,967	54,342,600
4	2009. 07. 10.	154,030	9,814	1,511,650,420
5	2009. 12. 28.	17,765	7,790	138,389,350
6	2010. 12. 28.	9,428	5,467	51,542,876
7	2011. 07. 10.	139,286	4,036	562,158,296
8	2011. 12. 28.	5,106	4,385	22,389,810

5) 부산지방국세청이 신용카드 사용대금, 아파트 취득자금 등에 대해 산정한 증여재산가액 1,411,976,368원도 반영하여 과세한 것이다.

합계		357,221		3,087,662,058
----	--	---------	--	---------------

출처: 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두36971 판결.

원심판결의 계산 결과는 대상판결에 수록되어있는 표를 참조하였다.

2. 평석

<표 7> 평석에 따른 증여의제일·주식 수·주당 평가액·증여의제가액

순번	증여의제일	주식 수(주)	주당 평가액(원)	증여의제가액(원)
1	2007. 11. 09.	1,300	32,868	42,728,400
2	2007. 12. 28.	<u>21,206</u>	31,301	<u>663,769,006</u>
3	2008. 12. 28.	7,800	6,967	54,342,600
4	2009. 07. 10.	<u>151,913</u>	9,814	<u>1,490,874,182</u>
5	2009. 12. 28.	<u>2,938</u>	7,790	<u>22,887,020</u>
6	2010. 12. 28.	9,428	5,467	51,542,876
7	2011. 07. 10.	<u>129,858</u>	4,036	<u>524,106,888</u>
8	2011. 12. 28.	<u>0</u>	4,385	0
합계		324,443		2,850,250,972

사실관계에서 분명하지 않아 가정한 사항은 2가지이다. ① 2007.12.4.~2007.12.28. 이후에는 매매가 수회 반복되었다고 기재되어 있어 분명치 않으나, 1차 주식(1,300주)이 2차 주식(22,506주)에 모두 남아있다고 가정하였다. ② E계좌의 8차 주식은 모두 2011.7.10.에 이미 명의개서 되었던 D계좌의 7차 주식(121,368주)에 속하였던 것이라고 가정하였다.⁶⁾

6) 2011. 7. 10.자 명의개서 이후 D계좌로부터 E계좌로 455,161주가 대체입고 되고, 직후에 191,355주 매수 및 타 증권계좌로의 450,000주 대체출고가 이루어져, 2011. 11. 16. E계좌에 196,516주가 남았다. 이처럼 이때까지는 매도는 이루어지지 않다가, 2011. 11. 25. ~ 2011. 12. 27.에 매수·매도가 반복하여 이루어졌다. 반복매매 중에 거의 전량을 매도하였다가 다시 매수한 적이 있다고 가정하지 않는 한, 반복매매 후의 잔여주식인 8차 주식(4,969주)에는 가장 먼저 입고된 7차 주식이 남아있다고 보는 것이 타당하다.

3. 대상판결

〈표 8〉 대상판결에 따른 증여의제일·주식 수·주당 평가액·증여의제가액

순번	증여의제일	주식 수(주)	주당 평가액(원)	증여의제가액(원)
1	2007. 11. 09.	1,300	32,868	42,728,400
2	2007. 12. 28.	<u>21,206</u>	31,301	<u>663,769,006</u>
3	2008. 12. 28.	7,800	6,967	54,342,600
4	2009. 07. 10.	<u>146,230</u>	9,814	<u>1,435,101,220</u>
5	2009. 12. 28.	<u>2,938</u>	7,790	<u>228,870,20</u>
6	2010. 12. 28.	<u>4,683</u>	5,467	<u>25,601,961</u>
7	2011. 07. 10.	<u>129,858</u>	4,036	<u>524,106,888</u>
8	2011. 12. 28.	<u>0</u>	4,385	<u>0</u>
합계		314,015		2,768,537,095

사실관계가 분명하게 드러나지 않은 부분이 있어 다음 3가지 사항을 가정하였다. ① 매도대금으로 다시 주식을 매수하는 경우, 이전 매도 시 주가는 신규 매수 시의 주가와 같다고 가정하였다. ② 6차 주식 중 증여의제대상 주식을 계산함에 있어, 5차 주식(4,745주) 중 3,000주의 매도대금으로 새 주식(10,283주)을 매수하고, 일부(2,600주)를 다시 매도하는 경우, 새 주식(10,283주: 매도대금으로 산 3,000주 및 신규 자금으로 매수한 7,283주) 중 신규 자금으로 매수한 7,283주에서 매도된 것이라고 가정하였다.⁷⁾ ③ E계좌의 8차 주식은 모두 2011.7.10.에 이미 명의개서되었던 D계좌의 7차 주식(121,368주)에 속하였던 것이라고 가정하였다.

7) C계좌의 5차 주식(4,745주)에서 계산이 시작된다. 3,000주를 매도하고, 10,283주를 매수하면, 매수한 10,283주는 ① 매도대금으로 산 3,000주 및 ② 아예 새로 매수한 7,283주로 구성된다. 이후 2,600주를 매도하면, ② 7,283주에서 나간 것이라고 가정한다. 후입선출법에 따르면 신규 주식이 보다 빨리 출고되므로, 이와 같은 가정이 타당하다.

[국문초록]

상속세 및 증여세법 제45조의2는 주식 등 재산에 대한 명의신탁을 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 규정한다. 당해 규정에 대하여 형평성 결여, 법체계상 비정합성 등 비판이 존재하였고, 그 적용 범위를 축소하려는 시도가 제기되어 왔다. 이러한 시도의 일환으로, 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두36971 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다.)은 이미 증여의제된 주식의 매도대금으로 취득하여 다시 명의개서된 주식은 원칙적으로 증여의제 대상이 될 수 없다는 최근의 법리를 다시금 확인하였다.

본고는 크게 세 가지 근거로 대상판결의 법리를 비판하였다. i) 명의신탁 증여의제의 취지가 조세포탈행위 등에 대한 행정벌이라는 주된 해석론에 비추어, 재취득한 주식에 대한 과세가 앞선 증여의제의 효력과 모순되거나 위법한 이중과세에 해당한다고 보기 어렵다. ii) 금전의 성질상 주식 매도대금과 매수대금의 동일성이 인정되기 어렵고, 거래 및 명의신탁 행위에 따라 주식간 동일성이 단절되므로 명의신탁된 주식과 이후 재취득한 주식은 별개의 재산으로 보아야 한다. iii) 주식명의신탁의 성질을 고려할 때 재취득한 주식에 대한 증여의제가 조세평등의 원칙 및 실질과세의 원칙에 크게 반한다고 보기 어렵고, 반복된 명의신탁 행위를 제재할 현실적 필요성이 존재한다.

나아가 본고는 실제 판결의 사실관계에서 증여의제 대상이 되는 주식을 원심, 대상판결 및 본고의 서로 다른 법적 견해에 따라 산정하고, 그에 따른 증여세 부과액을 계산하였다. 위 3가지 결과를 각각 비교함으로써, 대상판결이 재확인한 법리가 과도한 증여세 부과 문제에 대한 실질적인 해결책이 되지 못함을 제시하였다.

결론적으로, 취득대금을 매개로 한 전후 주식의 동일성을 근거로 명의신탁된 주식의 증여의제 인정 범위를 제한함은 타당하지 않다. 그보다는, 상속세 및 증여세법 제45조의2의 문언에 충실한 적용을 통하여 집행의 명확성과 안정성을 도모할 것을 제언한다.

주제어: 주식명의신탁, 상속세 및 증여세법, 조세평등의 원칙, 실질과세의 원칙, 2019두36971, 2011두10232

[Abstract]

A Review of the Scope of Application of Inheritance Tax and Gift
Tax Act Article 45-2

- Supreme Court Decision 2019Doo36971 Decided June 25, 2020 -

Seok Jae Ah & Im Jeehoon

J.D. Candidates, Seoul National University School of Law

According to “Inheritance Tax and Gift Tax Act” Article 45-2(hereinafter referred to as ‘the provision’), title trust of stocks and other property is deemed a contract of gift on which a gift tax ought to be imposed. Supreme Court Decision 2019Doo36971 Decided June 25, 2020(hereinafter called “The Supreme Court Judgment”) reaffirmed the legal principle that the “new” stock purchased in exchange for the payment for the “old” stock, is not subject to re-application of the provision.

This paper criticized the above principle based on the three following foundations; i) Considering that the purport of the provision is to give administrative penalty to tax evasion, taxation on the “new” stock does not contradict with the pre-taxation on the “old” stock and further, cannot be regarded as illegal double taxation. ii) Regarding the nature of money, the payment for the “old” stock cannot be equated with the payment for the “new” stock. Furthermore, the identity between stocks is lost through continuous stock transactions and title trust agreements. Therefore, the “old” stock and the “new” stock should be regarded as separate estates. iii) In the light of distinct characteristics of title trust of ‘stocks’, the provision is not contrary to “the equality of tax burden principle” and “the principle of substantial taxation.”

In conclusion, the Court should not limit the range of stocks which are subject to the provision solely based on the identity between the “old” and “new” stocks without any reasonable ground. Rather, the Court should add clarity and stability to the enforcement of the provision through a faithful application of the terms expressly stipulated in the provision.

Keywords: Title Trust of Stocks, Inheritance Tax and Gift Tax Act, the Equality of Tax Burden Principle, the Principle of Substantial Taxation, 2019Doo36971, 2011Doo10232

[참고문헌]

국내문헌

단행본

- 이창희, 세법강의, 제17판, 박영사, 2019.
이태로, 조세법개론, 조세통람사, 1987.
이태로·한만수, 조세법강의, 제13판, 박영사, 2018.

논문

- 강석훈, “명의신탁 주식의 증여의제에 관한 판례의 태도 및 그 해석론”, 특별법연구 제8권(2006).
김범준·김희철, “명의신탁 증여의제 규정과 조세회피목적 - 부과회피와 징수회피에 관한 해석론을 중심으로”, 인권과 정의 제486호(2019).
김영순, “명의신탁 증여의제 규정에 대한 최근 대법원의 제한 해석 경향 연구”, 법학논총 제39집(2017).
김완석, “주식 명의신탁에 따른 증여의제제도의 개선방안”, 조세와 법 제9권 제1호(2016).
김정기, “주식 명의신탁 증여의제의 위헌성과 개선방안”, 법학논총 제29권 제3호(2017).
노태원·조현지, “주식명의신탁과 주주명부-대법원 2013. 2. 13. 선고 2011다109708 판결을 중심으로-”, 법학평론 제10권(2020).
서울오, “금전의 선의취득: 민법 제250조 단서의 학설사”, 법학논집 제19권 제2호(2014).
윤지현, “상속세 및 증여세의 간주추정규정의 한계”, 조세법연구 제16권 제1호(2010).
정병호, “‘금전은 점유하는 자가 소유한다’는 이론 비판 - 이론의 원조에 대한 비판을 중심으로 -”, 법조 제65권 제1호(2016).
정주백, “2004년도 조세관련 헌법재판소 결정례 회고”, 조세법연구 제11권 제1호(2005).

주석서

- 주석 민법 물권(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

국외문헌

논문

M. Kaser, “Das Geld im Sachenrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 143(1937).

末川博 「貨幣とその所有權」 経済学雑誌 제1권 제2호 (大阪市立大学経済学会, 1937).