

## 계획기부 활성화를 위한 법제도 개선방안<sup>1)</sup>

이상신

(서울시립대 세무전문대학원 교수,  
아름다운재단 기부문화연구소 연구위원)

박훈

(서울시립대 세무전문대학원 교수,  
아름다운재단 기부문화연구소 연구위원)

기부 활성화에 기여하는 법제도 개선방안을 모색해 볼 수 있을 것이다.<sup>2)</sup>

계획기부에 대한 법학 이외의 사회복지학, 경제학 등 여러 학문적 논의와 계획기부를 실제 금융권을 매개로 금융상품의 형태중 하나를 선택하는 구체적 논의에 대해서는 이 글의 범위에서 제외한다.

## I. 서설

유산을 자녀에게 무조건적으로 남겨주는 풍토가 조금씩 변화하고 있다. 자녀를 위하여면서 동시에 사회적 기여를 위해서 유산의 일부 또는 전부를 사회에 환원하는 흐름이 나타나고 있는 것이다. 자신이 축적한 부를 사회적으로 환원하는 것에 대한 도덕적 의무를 느껴야 하는지 여부는 논란이 있을 수 있지만, 적어도 자발적으로 유산을 기부하기 위해 사망 전에 미리 계획하는 사례가 조금씩 나타나고 있고, 특히 미국에서는 유산을 생전 계획 하에 기부하는 계획기부의 다양한 형태가 이미 존재하고 있다.

하지만 기부나 유산에 대한 인식이 미국과 우리는 동일하지 않고 자산의 무상이전에 대한 법제도가 달라 미국의 계획기부의 예를 그대로 우리나라에 도입하는 것에는 무리가 따를 수 있다. 그러나 기부의 여러 형태 중 계획기부가 기부의 한 축을 차지하고 있는 미국의 예를 참조하여 기부 자체의 활성화를 사회적으로 지원할 필요가 있다면 계획기부의 법적 구조를 분석하고 이에 대한 미국과 우리나라의 차이를 비교함으로써

1) 본 연구는 아름다운재단의 지원에 의한 것이다.

2) 기부활성화를 위한 전반적인 정책방향에 대해서는 손원익·박태규, “한국의 민간기부에 관한 연구-규모, 구조와 특징, 관련 정책방향”, 한국조세연구원, 2008.2 참조.

## II. 계획기부(planned giving)의 의의와 현황

### 1. 계획기부의 의의

기부를 계획적으로 한다는 의미로서의 "계획기부(planned giving)"는 우리나라 현행법뿐만 아니라 실제 생활에서 널리 쓰이고 있는 개념은 아니다. 계획기부는 planned giving이라는 영문의 표현처럼 자신과 특수한 관계가 없는 자에게 대가없이 무엇인가를 주거나 해주는 것으로서 기부를 즉흥적인 일회성으로 하지 않는 경우를 의미한다고 할 수 있다. "기부"를 "계획"적으로 한다는 의미로 계획기부를 이해한다면 먼저 기부의 의미를 살펴보는 것이 그 첫 걸음이 될 것이다.

우리나라의 경우 기부와 관련된 대표적인 법으로 「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」, 「식품기부 활성화에 관한 법률」, 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 등이 있다. 「식품기부 활성화에 관한 법률」 제2조 제2호에서는 "기부식품"이라 함은 생활이 어려운 자에게 지원할 목적으로 제공된 식품을 말한다고 규정하고 있을 뿐 기부 자체에 대한 정의를 내리고 있지는 않다. 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제15조에서도 "공익법인에 출연(出捐)하거나 기부한 재산에 대한 상속세·증여세·소득세·법인세 및 지방세는 「조세특례제한법」으로 정하는 바에 따라 감면할 수 있다."고 규정하고 있지만, 출연이나 기부에 대한 개념정의를 따로 하고 있지 않다. 다만 「기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률」 제2조 제1호는, 몇 가지의 예외는 있으나 "기부금품"을 환영금품, 축하금품, 찬조금품(찬조금품) 등 명칭이 어떠한 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품으로 정의하고 있다. 즉 반대급부 없이 주는 것을 기부의 특징으로 규정하고 있는 것이다.

기부에 대해 세제상 혜택을 주는 소득세법, 법인세법, 조세특례제한법에는 세제혜택이 주어지는 기부에 대한 개념정의가 보다 자세히 되어 있다. 소득세법시행령 제79조 제1항 제1호는 "특수관계 있는 자가 아닌 자에게 사업과 직접 관계없이 무상으로 지출하는 재산적 증여의 가액"이 기부금에 포함된다고 규정하고 있다. 그러나 기부의 형태는 온전히 무상으로 증여하는 경우만을 말하지 않는다. 소득세법시행령 제79조 제1항 제2호는 "특수관계 있는 자가 아닌 자에게 정당한 사유없이 자산을 정상가액보다 낮은 가액으로 양도하거나 정상가액보다 높은 가액으로 매입함으로써 그 차액 중 실질적으로 증여한 것으로 인정되는 금액"도 기부금에 포함시키고 있기 때문이다. 재산의 이전이 있을 때 이전된 재산 전부의 가액이 아니라 그 재산의 일부가 기부금으로 인정될 수 있음을 보여준 예라 할 수 있다.

미국의 경우 「선한 사마리아인 식품기부법(Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act)」에서 기부의 개념을 정의하고 있다. 동법에서 "기부"라 함은 받는 사람으로 하여금 어떠한 금전적 가치도 요구하지 않고 제공하는 것을 의미하며, 비영리 단체에서 다른 비영리 단체로 제공하는 것은 제외된다. 기부는 아무런 조건이 없는 양도일 때만 공제가 가능하다.<sup>3)</sup> 양도자가 기부를 통해 얻게 되는 만족감 외에 어떠한 혜택도 직접적으로 받지 않아야 진정한 의미의 선물로 인정받을 수 있는 것이다. 따라서 양도자가 자산을 기부하면서 개인적인 혜택을 제공받았다면 제공받은 개인적인 혜택의 공정거래가액을 초과하는 자산의 가치에 대해서만 공제 가능한 기부금액으로 인정받을 수 있다.<sup>4)</sup>

교회에 관련된 것이지만 교회건축을 위한 기부자들을 많이 모집하기 위하여 기부자들의 이름을 오랫동안 기억할 수 있는 기념명판을 건물에

3) If you receive or expect to receive a financial or economic benefit as a result of making a contribution to a qualified organization, you cannot deduct the part of the contribution that represents the value of the benefit you receive (<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p17.pdf> : p.169).

4) United States v. American Bar Endowment, 106 S. Ct. 2426 (1986).

새기는 것은 대가를 받은 것으로 볼 수 없다. 기념명판에 이름이 새겨짐으로 기부에 대한 일종의 대가를 받은 것으로 여겨지지만, 기부행위에 따르는 부수적인 것에 불과하고 기부공제 가능성을 배제할 만큼의 대가성 가치가 있는 것은 아니기 때문이다.<sup>5)</sup> 기부에 대해 세제상 혜택을 줄 때 기부에 따른 대가를 받았는지를 판단하거나 기부금액을 판단할 때 기부시 기부자가 받는 것을 어떻게 평가할지가 쉽지 않음을 보여준 예라 할 수 있다.

우리나라이든 미국이든 대가없이 주어지는 기부를 “계획”한다는 것은 또 어떤 의미일까? 계획기부라는 용어가 미국에서 정착된 개념이라는 점에서 미국에서의 논의를 중심으로 정리하고자 한다.<sup>6)</sup>

계획기부(planned giving)라는 용어를 사용할 때 계획기부 대상 재산의 속성을 강조하는 경우가 있을 수 있고, 계획기부의 과정을 강조하는 경우가 있을 수 있다. 후자의 경우는 기부라는 목표를 달성하기 위해서 계획되고 일정한 시간을 넘어서 수행되는 일련의 행위들의 과정에 초점을 맞추는 것이다. 계획기부의 유형은 자선기부기회의 다양성, 계획과정의 가변성, 그리고 기부자의 소망과 환경에서 오는 차이에 따라 다양한 모습을 가질 수 있다. 이 때문에 계획기부의 유형을 일의적으로 정의하기는 쉽지 않다. 그렇지만 계획기부가 다른 기부와는 다른 세 가지 특징으로 계획기부의 특성을 정리해 볼 수 있다.

첫 번째, 계획기부가 활용되어 실제로 기부가 행해졌을 때의 목적이 기부에 대한 여러 가지 제한의 설치를 통해 기부자에 의해 통제될 수 있다는 점이다. 둘째, 자선단체에 기부된 계획기부재산은 기부자에게 다음 중 하나 혹은 결합된 혜택을 줄 수 있다는 점이다. 즉 기부자에게 자선 소득공제, 자본이득세의 최소화, 상속세 감소, 혹은 기부자 기타 제3자에게 일생동안의 연금소득을 제공할 수 있다. 셋째, 계획기부재산은 기부자에 의해 매우 조심스럽게 다루어진다는 것이다. 전형적으로 기부재산

5) IRS News Release IR-92-4.

6) Richard D.Barrett/Molly E.Ware, CFRE, 「Planned Giving Essentials」(2.ed), Aspen Publishers(2002), pp.3-5.

은 채무 및 부동산계획의 한 부분으로서 결정된다.

계획기부의 이러한 특성 때문에 계획기부시 기부재산은 대체로 다음의 특징을 갖는다. 기부재산은 미래에 사용된다는 점, 현금 이외의 형태의 재산이라는 점, 상대적으로 큰 규모(기부자나 기부받는 단체 모두에 큰 규모)의 재산이라는 점 등이다. 기부재산이 미래에 사용되기 때문에 기부시기를 밝히는 시기와 실제 기부시점에 따라 소유권 등이 이전되는 시기의 격차가 생길 수 있다. 또한 현금 이외의 부동산, 주식 등 재산이 기부재산을 이루기 때문에 평가문제나 민법, 상법 등 여러 사법상 법제도를 함께 고려해 볼 필요가 있다. 미국의 계획기부에 대한 여러 방법이 우리나라에서 적용 가능한 것인가를 검토할 때 이를 그대로 도입할 수는 없고, 민사법분야의 경우 주로 대륙법계를 수용하여 성문법 중심인 우리나라와 관례법 중심인 미국 법제도의 차이를 고려하여야 한다는 의미가 된다. 규모가 크다는 것은 기부자나 기부받는 단체 모두 기부에 대해 신중하게 법적 검토를 면밀히 하고 기부에 따른 추가적인 재정적 부담도 함께 고려해야 할 필요를 의미한다.

본 연구에서는 이러한 특성을 갖는 기부의 유형을 활성화하기 위한 제도적 개선방안에 초점이 맞추어져 있다.

## 2. 계획기부의 현황

### (1) 우리나라의 경우

우리나라의 경우 아직 계획기부 자체에 대한 연구는 많지 않다. 다만 유산을 좀 더 바람직하게 사용하기 위해 계획이 필요하다는 의미에서 “유산기부=계획기부”의 의미로 쓰이는 경향이 많다. 유산기부를, “상속 재산(또는 상속재산이 될 수 있었던 재산)의 일부 또는 전부를 그 소유자의 사망 전에 미리 일정한 계획 하에서 행하는 기부”를 의미하는 것으로 본다면, 유산기부는 ‘기부를 어떠한 목적을 갖고 계획적으로 한다는

의미'를 갖는 계획기부와 유사성을 갖게 된다.

우리나라의 경우 기부의 규모 특히 계획기부의 형태로 하는 기부의 현황 자체를 파악하기는 쉽지 않다. 통계청은 전국 약 17,000 표본가구 내의 만 15세 이상 가구원 37,000여명을 조사대상으로, 2009.7.6을 2009년 조사대상시점으로, 2009. 7. 6.~ 7. 20.(15일간)을 2009년 조사실시기간으로 하여 기부금 현황을 조사한 바 있다.<sup>7)</sup> 설문조사 결과를 표시한 [표 1]을 분석하면, 기부경험자는 32.3%이고, 기부방법은 대상자 직접 후원보다는 사회복지단체, 언론기관, 종교단체 등의 공익단체를 경유한 후원이 많다는 점을 알 수 있다. 그러나 이것만으로 계획기부의 정확한 현황을 알기는 어렵다.

[표 1] 2009년 후원(기부)인구 및 후원(기부)방법

단위 : %

계	후원인구	후원방법					
		대상자 직접 후 원	언론기 관	사회복 지단체	종교단 체	기업(직 장)	기타
100	32.3	15.9	29.5	39.7	23.2	16.8	2.9

참고 : 지난 1년간, 복수응답, 15세 이상 인구 자료임.

출처 : <http://www.kostat.go.kr> [2010.4.5 방문]

한편 계획기부와 유산기부를 동일한 개념이라고 할 수는 없지만, 설문 조사를 통해 유산기부의 의향을 분석한 연구는 있으므로 간접적으로나마 그 규모를 추정해 볼 수는 있다. 그 연구에 따르면, 아름다운 재단의 「기부에 관한 국민여론조사」 결과를 활용하여 우리나라 시민 1,016명 응답자중 1%라도 유산기부의향이 있다고 대답한 사람은 총 190명으로

7) 이에 대한 자료는 통계청 홈페이지(<http://www.kostat.go.kr>)에서 검색가능하다. 조사개요에 대해서는 [http://kosis.kr/metadata/main.jsp?c\\_id=1977013](http://kosis.kr/metadata/main.jsp?c_id=1977013) [2010.4.5 방문] 참조.

18.7%라고 한다.<sup>8)</sup> 하지만 이러한 연구결과에 의하더라도 역시 계획기부 자체의 규모나 유형을 파악하기는 어렵다.

기부를 하는 경우 모두 세제상 혜택이 주어지는 것이 아니고, 또 세제상 혜택이 주어지는 기부라 하더라도 모두가 세제상 혜택을 받기 위한 신청을 하는 것은 아니다. 그렇지만 개인기부의 경우 세제혜택이 주어 진 인원수 및 금액에 대한 통계자료를 국회 조세지출보고서와 국세청의 통계연보에 의해서 확인가능하다. 2009년 국세청 통계연보<sup>9)</sup>에 따르면, 2008년 세제혜택을 받은 개인기부(종합소득신고자에 한한 경우)는 인원 수로는 557,159명, 금액으로는 1,395,708백만원에 달하였다. 이는 실제 기부의 일부규모를 확인할 수 있는 것이지만, 이중 계획기부에 해당하는 것을 구분해 내기는 어렵다. 다만 연령별 기부금 신고현황을 보면 20대 이하 신고자 2만5000명이 241억 원을 기부하여 1인당 97만4000원, 30대는 11만8000명이 2020억 원을 기부하여 1인당 171만6000원, 40대는 20만 명이 4682억 원을 기부하여 1인당 234만5000원, 50대는 15만 명이 4220억 원을 기부하여 1인당 282만2000원, 60대는 5만1000명이 1933억 원을 기부하여 1인당 375만6000원, 70대 이상은 1만3000명이 798억 원을 기부하여 1인당 630만3000원을 기부한 것으로 나타났다. 1인당 기부금은 70대 이상 노년층이 매월 52만원 정도를 기부한 셈이 되어 가장 높은 것으로 나타났다. 70대 이상이 실제 기부를 많이 하며 대개 상속을 목전에 두고 있다는 점 등을 고려한다면 유산기부와 관련한 논의는 현실적인 문제가 되고 있다. 유산기부를 포함한 계획기부에 대한 제도변화의 필요성과 방향을 실증적으로 접근하기 위해서는 이에 대한 국세청의 자료제시 또는 세부적인 설문조사를 통한 연구가 좀 더 계속될 필요가 있다.

## (2) 미국의 경우

8) 강철희·이종은·배문경, "우리나라 시민의 유산기부의향에 관한 연구", 『사회복지정책』 제36권 제2호, 한국사회정책학회, 2009, p.20 참조.

9) 국세청 홈페이지(<http://www.nts.go.kr> [2010.4.5 방문])에서 확인가능하다.

미국 내에서 계획기부(planned giving)는 오래 전부터 활성화되어 있다. 인터넷을 비롯한 논문, 단행본 등에서 planned giving에 대한 기본 설명, 상세한 이론적 논의를 하고 있다는 것에서도 그 활용도를 간접적으로 짐작할 수 있다. 기부자뿐만 아니라 기부단체의 실무자에게 planned giving을 교육하기 위한 다양한 교육프로그램도 제공되고 있다.<sup>10)</sup>

Giving USA(2009)에 나타난 미국의 2008년 기부 현황은, 기부총액 3,076억 달러이며, 그 구성내역은 개인기부 2,292억원 달러(전체의 75%), 기업기부 145억 달러(5%), 재단기부 412억 달러(13%), 유증기부 226억 달러(7%)이다.<sup>11)</sup> 물론 이러한 기부현황이 계획기부에 대한 현황과 바로 대응되는 것은 아니다. 다만 후술하는 다양한 계획기부의 현황 중 유증(Bequest)이 가장 흔한 계획기부로 꼽힌다. 이 외에도 신탁(Trust), 퇴직연금(Retirement plan, 각 개인은 자신의 퇴직을 대비한 저축을 하며, 소유자가 죽을 시 자선단체에 계좌를 넘기는 형태), 유언 등도 활용된다. 또 기부자의 다양한 수요에 맞는 기부방식이 금융상품 개발로 수용되고 있다. 이러한 금융상품을 우리나라에 도입하려는 경우 우리나라의 민법, 상법 등 민사법 외에, 계획기부가 재무계획의 일부로서 활용된다면 세법상 문제도 함께 고려해야 한다. 미국에서 활용되는 계획기부 유형 및 그 적용가능성을 살펴보기 위해 계획기부의 법적 구조를 유형화하여 분석해보고자 한다.

10) 인디애나 대학의 기부센터가 그 한 예이다. 해당 교육프로그램에 대해서는 <http://www.philanthropy.iupui.edu/> [2010.4.5 방문] 참조.

11) [http://www.guidestar.or.kr/board/board.asp?b\\_idx=2326&pg\\_sel=vi&tb\\_id=b\\_donation\\_info](http://www.guidestar.or.kr/board/board.asp?b_idx=2326&pg_sel=vi&tb_id=b_donation_info) [2010.4.5 방문] 참조.

### Ⅲ. 미국법상 계획기부 유형별 법적 구조와 시사점

#### 1. 기부형식의 유형화 기준

기부자의 재산은 현금, 증권, 부동산, 동산 등 다양한 종류가 있고 이를 기초로 한 다양한 방식의 기부가 행해질 수 있다. 또 1회적인 기부일 수도 있으나 정기적인 기부일 수도 있다. 기부자는 기부를 통하여 세제 혜택 이외의 다른 혜택을 받을 수도 있으며, 기부행위는 생전행위에 의할 수도 있으나 유언에 의할 수도 있다. 재산의 이전 방식도 신탁의 설정을 통할 수도 있고 단순한 이전을 할 수도 있다. 이처럼 매우 다양한 형식의 기부가 행해질 수 있으므로 그에 대한 법적인 구조를 파악하려면 다양하게 행해지는 기부 형식의 유형화가 필요하다.

이 글에서는 단순히 기존의 자선단체에 기부를 하는 경우, 새로이 펀드를 만들어 기부하는 경우, 신탁을 설정하여 기부하는 경우의 3가지 유형으로 분류하기로 한다.<sup>12)</sup> 이들 유형마다 기부재산의 소유권 이전 여부 및 시기, 원본과 수익의 귀속주체, 과세상 혜택 등에 있어 차이를 보일 수 있다. 계획기부를 세 가지 큰 유형별로 분류하더라도 모든 유형을 포괄하는 것은 아니며, 이것은 일반적이고 대표적인 것들만을 소개한다는 의미이다. 물론 동일한 유형 내에서도 좀 더 세부적인 유형구분이

12) 계획기부의 법적 유형에 대해서 미국의 문헌에서는 교과서 차원의 기본적인 설명이 이미 보편화되어 있는 실정이다. Richard D.Barrett/Molly E.Ware, CFRE, 「Planned Giving Essentials」(2nd ed), Aspen Publishers(2002), Debra Ashton, 「The Complete Guide to Planned Giving: Everything You Need to Know to Compete Successfully for Major Gifts」(3rd ed), Debra Ashton(2004)의 경우가 그 예이다. 여기에서는 이러한 문헌에서 통상적으로 소개되는 계획기부의 법적 유형을 위 세 가지 유형에 맞추어 재정리하고자 한다. 관련된 부분에서는 해당 부분의 출처를 밝힌다. 위 유형 이외에도 보험상품을 이용한 기부도 있을 수 있다. 보험료는 자신이 지급하지만 보험금을 기부하도록 하는 보험계약도 가능할 수 있다. 여기에서는 이러한 보험상품의 경우는 따로 논하지 않는다.

존재하는데, 역시 일반적이고 대표적인 형태들에 대해서만 그 법적 의미를 살펴보고자 한다.

## 2. 기존의 자선단체에 대하여 기부를 하는 경우

기존의 자선단체에 대하여 기부를 하더라도 실제로 현재의 재산이전이 발생하느냐 아니면 현재 약정이 있더라도 사후에 재산이전이 발생하느냐에 따라 달라질 수 있다. 이것은 달리 말하면 증여와 유증의 차이라고 할 수 있다.

### (1) 대가없는 증여가 있는 경우

예컨대 기부자가 100,000달러의 현금을 자선단체에 기부하거나, 주식이나 부동산 등을 대가없이 기부하는 경우를 말한다. 현금을 기부하는 경우에는 대개 기부자가 여유자금을 가진 부자인 경우가 그 특징이며, 기부자로서는 매우 쉽고 간단하게 기부를 할 수 있고 또 전액에 대해서 소득세공제를 받을 수 있다는 장점이 있다.<sup>13)</sup>

주식 등 평가 가능한 재산을 기부하는 경우에는 그 자본이득과 관련하여 현금과는 다르게 취급된다. 예컨대 기부자가 20,000달러에 구입하여 현재 시가가 100,000달러인 주식을 자선단체에 기부한 경우를 가정하자. 이러한 경우는 높은 평가차익을 가지고 있으면서 자본이득세가 과세되는 부자들과 관련이 있는데, 사례의 경우 100,000달러에 대하여 소득세공제가 행해짐으로써 기부자는 결국 80,000달러에 대한 자본이득세를 회피하는 결과가 된다.<sup>14)</sup> 다만 이와 같은 현물재산을 기부하는 경우에는 평가 문제가 존재하므로, 재산에 대한 공신력 있는 평가시스템도 계획기부의

13) Richard D.Barrett/Molly E.Ware, CFRE, op,cit, p.53

14) ibid.

활성화에 기여하게 된다. 따라서 적절한 평가의 보장 및 그 위반시의 처리에 관한 조치가 필요하게 된다.

미국의 경우 현물재산의 과대평가의 문제가 과세상 문제되고 있다.<sup>15)</sup> 이 문제를 해결하기 위해 2006년 연금보호법(The pension protection act of 2006)<sup>16)</sup>에 따라 과대평가에 대한 가산세를 두 배로 늘리는 등의 제한을 가하는 세법개정이 있었다.<sup>17)</sup>

우리나라의 경우도 과대평가의 경우 가산세 및 조세포탈죄의 적용가능성이 있어 현물재산의 과대평가문제에 대한 제재시스템은 일부 갖추어졌다고 할 수 있다. 다만 그 이전되는 주식·부동산 등 여러 재산의 시가를 산정하는 평가시스템과 평가에 따른 시간과 비용, 평가에 대한 국민의 의식 등은 미국과 비교하여 별도의 검토를 요하는 사항이다.

한편 우리나라의 경우 부동산, 특히 주택에 대한 양도소득세가 증가되어 있고 미등기된 경우에는 양도차익의 70%까지 과세될 수 있다. 부동산 보유세제(종합부동산세 및 재산세 등)의 부담도 적지 않다. 부동산을 취득하는 자의 취득세, 등록세, 농어촌특별세, 지방교육세 등도 큰 부담이 된다. 기부자는 기부에 따른 소득공제 및 재산세 등 보유세 부담의 감소라는 혜택을 받고, 부동산을 증여받는 기부단체의 경우 취득세와 등록세 등 거래단계의 세금 감면을 받게 된다. 양도소득세 증가 및 부동산 거래단계의 세 부담이 높다는 점은 미국과 우리나라의 세제상 차이로 할 수 있다.

15) IR-2010-32, March 16, 2010. 이중 과대평가의 문제를 지적한 문구는 다음과 같다. "Often these donations are highly overvalued or the organization receiving the donation promises that the donor can repurchase the items later at a price set by the donor."

16) 2006년 연금보호법은 1974년 제정된 종업원퇴직금보장법(the Employee Retirement Income Security Act, ERISA)이후 가장 중요한 연금입법으로 평가받는 법이다. 이에 대해 국내문헌에서 그 개요가 소개된바 있다. 박찬호, "미국의 2006년 연금보호법(The pension protection act of 2006)에 대한 소개", 법령정보 Newsletter 2006년 10월호, 한국법제연구원, 2006.10.15, pp.37-43 참조.

17) 위 세법개정의 주된 내용에 대해서는, <http://www.irs.gov/charities/article/0%2C%2Cid%3D161145%2C00.html> [2010.4.5 방문] 참조.

## (2) 대가있는 증여가 있는 경우

증여에 대가가 있는 경우로 생각할 수 있는 것이 저가양도의 경우와 부담부증여의 경우이다. 저가양도는 즉시 현금화가 쉽지 않은 부동산의 경우에 볼 수 있다.

### 가. 저가양도

장기평가익이 있는 부동산을 자선단체에 기부하는 경우에는 세 가지의 중요한 편익이 있다. 첫째 기부금액과 기부자의 소득세공제가 그 자산의 공정시장가치(FMV)와 완전히 일치한다는 것이고, 둘째 기부자는 평가차익에 대한 자본이득세를 피할 수 있고, 그 자산을 양도했을 때 받아야만 하는 양도비용을 피할 수 있으며, 셋째 본인 스스로 지원해 줄 필요가 있겠다고 생각한 자선단체에 기부금을 제공했다는 만족감을 얻게 된다는 점이다.<sup>18)</sup>

장기평가익이 있는 부동산을 자선단체에 기부한 기부자의 소득공제액은 기부한 연도에 그 기부자의 조정후총소득(adjusted gross income)의 30%까지 인정되며, 공제되지 못한 것은 추가로 5년동안 각 연도의 조정후총소득의 30%에 달할 때까지 이월공제가 허용된다.<sup>19)</sup>

예컨대 50,000달러에 구입하여 현재 시가가 200,000달러인 부동산을 50,000달러에 자선단체에 저가양도(Bargain sale) 한 경우, 세법상으로는 차액 150,000달러에 대해서 소득세 공제가 인정되며,<sup>20)</sup> 이외에 기부자는 양도비용을 절감할 수 있고 심정적으로 기부에 대한 만족감을 얻을 수 있게 된다. 물론 150,000달러가 전액 공제되지 않았다면 5년간 이월공제가 허용된다.

저가양도의 문제는 대가없는 일반적인 증여의 경우와 마찬가지로 시가

18) op.cit, p.59

19) op.cit, p.59

20) op.cit, p.53

와 거래된 가액의 차이를 계산해야 된다는 점에서 평가의 적정성이 문제된다.

### 나. 부담부증여

부담부증여는 기부자가 자선단체로부터 기부의 대가를 받는 경우라 할 수 있다. 대가에 해당하는지 여부도 과세상 중요한 쟁점이 될 수 있다. 여기에서는 대가에 해당되는 경우 어떻게 대가를 받고 어떠한 과세상 문제가 있는지에 대한 것에 초점을 맞추고자 한다. 미국법상 인정되는 부담부증여로는 자선연금(Gift annuity) 및 주택에 대한 잔여권(Remainder interest)을 갖는 경우를 들 수 있다.

가장 오래되고 가장 단순하며 가장 대중적인 life-time 기부는 연금을 사용하는 것이며, 이것은 기부와 투자를 결합한 것이다. 이것은 취소할 수 없는 기부이며, 즉시 자선기관의 재산이 되지만 자선기관은 연금수급권자의 평생동안 연금을 지급할 법적 책임을 부담하는 경우이다. 연금지급율은 미국자선연금위원회(American Council on Gift Annuities)의 권고안에 기초해서 결정된다.<sup>21)</sup> 이것은 1927년 자선단체간 격렬한 경쟁을 방지하기 위해 만들어진 것이다. 이것은 현재 1,400개 이상의 대표단체로 구성되어 있으며, 마지막 연금수혜자가 사망한 때에 최초 기부가액의 50% 이상이 기부될 수 있도록 설계되어 있다.

자선연금은 연금과 관련하여 투자관리 및 행정적 기술이 필요하기 때문에 규모가 작은 단체에서는 볼 수 없는 형태이다. 이 자선연금에는 연금이 지급되는 시기에 따라 즉시 연금이 지급되는 형태(Immediate Gift Annuity), 특정 시점부터 지급되는 형태(Deferred Charitable Gift Annuity)로 구분할 수 있다.<sup>22)</sup>

### 가) 기부 연금(Immediate Gift Annuity)

21) <http://www.acga-web.org/giftrates.html> [2010.4.5 방문]에서 권고기준율이 제시되고 있다.

22) op.cit, p.47

자선단체가 종신 수익 동의를 통해 현금이나 상장 증권을 기부받고, 기부자나 또는 기부자가 지정한 수혜자에게 생존 기간 동안 일정 금액을 지급하는 것이다. 자선 기부 연금 동의서의 계약 조건에 따라, 현금이나 상장 증권을 기부받는 대가로 수혜자는 수혜 기간 동안 그리고 경기 변동에 관계없이 계약 당시에 확정된 지급액과 횟수에 따른 수입이 보장된다. 즉 기부자나 기부자가 지정한 수혜자는 자선단체의 가용 자산에 의해 보호를 받게 되며, 수혜자의 수와 연령 등에 따라 지급률이 달라진다. 마지막으로 수혜자가 사망하게 되면, 기부의 잔여 가치가 재단 영구기금에 귀속된다. 이 형태의 기부는 기부자에게 공익성기부금공제, 일정한 기간 동안의 고정된 수입의 확보, 자본이득세의 절감, 상속세의 절감 등의 장점이 있다.<sup>23)</sup>

예컨대 70세인 Mary가 10,000달러에 취득하여 현재 50,000달러인 저배당 주식을 자선단체에 기부한 경우, 그는 정확히 20,233달러의 연방소득세공제를 받을 것이고(이 액수는 나이 및 연간 지급액의 규모에 기초한 것임), 이것은 소득세 신고시 AGI의 30%에 달할 때까지 인정되며 그 해에 전액 공제되지 않으면 추가로 5년간 이월하여 공제된다. 그는 매년 7.5%, 즉 매년 3,750달러의 연금을 받게 되고, 매년 지급액 중 374달러는 15.9년 동안 세금이 면제된다. 50,000달러를 기부할 때에 자본이득세는 부과되지 않는다. 대신에 매년 연금액 중 1,497달러는 첫 15.9년 동안 자본이득으로 과세되며, 이는 70세의 기대수명을 고려한 것이다. 만약 그가 이 주식을 팔고 다시 기부하였다면 아마도 25,000달러의 자본이득세를 납부해야 했을 것이다. 이러한 예에서 보듯이 Mary는 그의 소득을 증가시켰으며, 소득세와 상속세를 절감했다. 그리고 그가 생각했던 것보다 더 많은 기부를 함으로써 만족감을 얻었다.<sup>24)</sup>

미국의 경우에는 기부재산 가액만큼을 기부시점에 기부에 따른 소득공제 혜택을 받고, 그 연금을 받는 시점에 연금소득이 아닌 자본이득으로

23) op.cit, p.47

24) op.cit, p.47의 example

과세하는 것으로 보인다.

우리나라의 경우 연금이 기부에 대한 대가로 인정되면 기부한 때에 연금의 현재가치화한 금액만큼이 대가로 인정되어 양도소득세 과세가 될 것이다. 다만 연금을 현재가치화하는 법적·제도적 뒷받침이 뒤따라야 할 것이다. 재산과 관련한 연금수령의 방식은 최근 금융권에서 하나의 금융상품으로 자리를 잡고 있으며, 이와 관련한 세제상 혜택도 주어지고 있다. 예컨대 주택연금(역모기론)<sup>25)</sup>은 기부의 목적으로 인정되는 것은 아니지만 이와 유사한 법적 구조를 갖고 있다. 다만 주택의 소유권을 즉시 넘기는 형태가 아니고 담보의 형태를 취한다는 점에서 근본적으로 차이가 있다. 주택연금에 대한 지원이라는 차원에서 저당권 설정에 대한 등록세, 교육세, 농어촌특별세 면제, 주택연금 대출이자 비용의 소득공제(주택가격이 3억원 이하 거주, 연간종합소득이 1,200만원 이하, 200만원 한도), 재산세 25% 감면(주택가격이 5억을 초과하는 경우 5억원에 해당하는 재산세액의 25% 감면)이라는 혜택이 주어진다. 주택연금을 받기로 한 경우 주택의 저당권 설정당시 양도소득세 문제는 발생하지 않고 연금을 받는 경우에는 연금소득과세의 적용을 받는 구조이다. 연금을 현재 가치화하여 주택의 저당권 설정당시 양도소득세를 과세하는 형식으로 취급하고 있지는 않다. 사실상 양도라고 할 수 있지만 저당권 설정의 범형식을 취하기 때문에 저당권 설정에 따른 과세문제로 취급하는 것이며, 양도소득세는 계약기간 만료이후 금융기관에 소유권이 이전되는 경우에 문제되지만 1세대 1주택 비과세특별규정을 두고 있다(소득세법시행령 제155조의2). 그 자세한 규정은 다음과 같다.

소득세법시행령 제155조의 2 【장기저당담보주택에 대한 1세대1주택의 특례】

- ① 국내에 1주택을 소유한 1세대가 다음 각호의 요건을 갖춘 장기저당담보대출계약을 체결하고 장기저당담보로 제공된 주택(이하 이 조에서 "장기저당담보주택"이라 한다)을 양도하는 경우에는 제154조 제1항의 규정을 적용함에 있어

25) 해당 금융상품에 대해서는, [http://www.khfc.co.kr/mortgageloan/mortgageloan\\_util02.jsp](http://www.khfc.co.kr/mortgageloan/mortgageloan_util02.jsp) [2010.4.5 방문] 참조.



어 거주기간의 제한을 받지 아니한다. (2005.2.19. 신설)

1. 계약체결일 현재 주택을 담보로 제공한 가입자가 60세 이상일 것
2. 장기저당담보 계약기간이 10년 이상으로서 만기시까지 매월·매분기별 또는 그밖에 기획재정부령이 정하는 방법으로 대출금을 수령하는 조건일 것 (2008.2.29. 직제개정)

3. 만기에 당해 주택을 처분하여 일시 상환하는 계약조건일 것

② 1주택을 소유하고 1세대를 구성하는 자가 장기저당담보주택을 소유하고 있는 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)을 동거불양하기 위하여 세대를 합침으로써 1세대가 2주택을 소유하게 되는 경우 먼저 양도하는 주택에 대하여는 국내에 1개의 주택을 소유하고 있는 것으로 보아 제154조 제1항의 규정을 적용하되, 장기저당담보주택은 거주기간의 제한을 받지 아니한다. (2005.2.19. 신설)

③ 1세대가 장기저당담보주택을 제1항의 규정에 의한 계약기간만료 이전에 양도하는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정을 적용하지 아니한다. (2005.2.19. 신설)

④ 제2항의 규정을 적용받으려는 자는 기획재정부령이 정하는 장기저당담보주택에 대한 특례적용신고서를 「소득세법」 제105조 또는 동법 제110조에 따른 양도소득세 과세표준신고기한 내에 장기저당담보주택에 관한 제1항의 대출계약서와 함께 제출하여야 한다. 이 경우 납세지관할세무서장은 「전자정부법」 제21조 제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 다음 각 호의 서류를 확인하여야 한다. (2008.12.31. 개정)

1. 장기저당담보주택 외의 다른 주택의 토지 및 건축물대장등본
2. 장기저당담보주택의 토지 및 건축물대장등본

#### 나) 기부거치연금(Deferred Charitable Gift Annuity, DCGA)

기부거치연금은 자선 기부 연금과 마찬가지로 경기 변동에 관계없이 계약 당시에 확정된 지급액과 횟수에 따라 수입을 보장하는 기부이다. 그러나 특정 기간(최소한 기부 날짜로부터 1년)이 경과한 후부터 연금이 지급된다. 지급되는 연금 규모는 기부 액수, 기부 당시의 연령, 연금 지급이 시작될 때의 수혜자의 연령 등에 의해 결정된다. 또한 기부자는 기부 연도에 자선 기부로 인한 세금 감면의 혜택을 누릴 수 있다. ‘종신 수익 동의’ 기부는 연금을 지급받는 시기를 기부자가 정할 수 있으므로 은

퇴 계획에도 도움이 되며, 세금을 조절할 수 있는 도구가 될 수도 있다. DCGA는 특히 기부대상자산이 부동산인 경우에 적합하며, IRAs나 Keoghs,<sup>26)</sup> 401(k)s 등을 통해 기부금 공제를 최대화하려는 전문가그룹들의 은퇴계획에 있어서 특히 유용하다.<sup>27)</sup>

예컨대 50세로 외과의사인 Ralph는 10,000달러에 취득하여 현재 50,000달러인 mutual fund의 지분권을 DCGA 조건으로 기부하였다. 그는 29,776달러의 연방소득세공제를 받을 것이고 매년 15.3%로 결정된 7,650달러의 연금을 65세부터 받을 것이다. 게다가 65세 때의 개인 기대수명을 고려하여 매년 지급액 중 209달러에 대하여는 19.9년 동안 세금이 면제될 것이다. 그는 기부당시에는 자본이득세가 부과되지 않으나 19.9년 동안 매년 지급액 중 814달러에 대하여는 자본이득세가 과세된다. 만약 그가 이것을 팔고 다시 기부하였다면, 그는 아마도 40,000달러의 자본이득에 대해 과세될 것이다. 게다가 그의 부동산은 상속세 및 유언검인비용 등을 감소시킬 것이다.<sup>28)</sup>

우리나라의 경우 연금형태를 대가로 받기로 하였다면 기부 당시에 수령하는 것이 아니더라도 기부에 따른 소유권이전시 기부의 대가인 연금수령액을 산정하여 양도소득세 과세가 문제될 것이다.

#### 다) Retained Life Estate Gifts

기부자가 주택을 자선단체에 이전하지만 평생 동안 거주할 권리는 유보하는 형태이다. 이것은 주택이 그의 가장 주요한 자산이고 또 평생 거주하기를 원하지만 사후에 가족을 위한 주택으로서 유지될 필요가 없는 경우에 주로 활용된다. 이를 통하여 평생 거주할 권리의 평가액을 공제한 자선단체의 잔여권(Remainder interest) 가액만큼 소득세 공제가 인정된다.<sup>29)</sup> 이를 통하여 기부자는 기부금공제, 평생동안의 라이프스타일 유

26) Keogh Plans은 미국 자영업자 및 소기업인 퇴직연금의 한 유형이다.

27) op.cit, p.48

28) op.cit, pp.48-49

지, 자본이득세의 회피, 상속세 절감이라는 편익을 기대할 수 있다.<sup>30)</sup> 이에 관한 합의가 있을 때 기부자는 주택이나 별장, 또는 농장에 대해 평생동안 거주할 권리를 유보하고 그에 필요한 관리비용을 부담하면서 자선단체에 그에 대한 권리(a title of a residence)를 이전한다. 조세목적상으로는 이 경우 재산은 "life estate value"와 "gift value"의 두 부분으로 나뉜다.<sup>31)</sup>

예컨대 75세, 70세의 부부가 75,000달러에 매수하여 현재 FMV가 300,000달러인 주택을 공동소유하고 있는 경우를 가정하면, 그들은 세금이나 보험료 등을 지불하면서 재산을 유지할 수 있다. 그러나 이를 자선단체에 기부한 경우 기부자는 그들의 연령과 재산가치를 고려하여 85,346달러의 소득세공제를 받을 것이다. 또 그들은 그 집을 양도했을 경우에 발생할 수 있는 225,000달러의 자본이득에 대한 세금을 줄일 수 있다.<sup>32)</sup> 미국의 경우는 기부시 잔여권(Remainder interest)만큼의 대가를 받은 것으로 보아 자본이득세를 과세하고 기부재산의 현재가치에서 잔여권의 대가를 뺀 만큼을 소득공제로 인정하며, 잔여권에 따라 생활을 하여 임대료 등 별도부담을 지급 않는 것에 대해서는 소득과세를 따로 하지 않는 것으로 판단된다.

우리나라의 경우 소유권과 관련하여 잔여권(Remainder interest)이라는 법적 개념은 존재하지 않는다. 소유권을 이전하고 전세권이나 임대차계약 등에 따라 종전 소유자가 이전대상 자산의 사용을 일부 할 수 있지만, 이러한 경제현상에 미국의 잔여권과 같은 법적 의미를 부여하기는 어렵다. 다만 미국의 경우처럼 소유권을 이전하면서 앞으로 지급할 임대료에 해당하는 금액을 현재가치화한 액수만큼 대가를 받은 것으로 보아 양도소득세를 과세하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 문제는 임대료의 현재가치를 어떻게 구할지 문제된다. 상속세 및 증여세법 제37조에서

29) op.cit, p54

30) op.cit, p49

31) op.cit, pp.49-50

32) op.cit, p.50

부동산 무상사용에 따른 이익의 증여규정이 있어 부동산 무상사용 이익의 계산방법이 있기는 하다. 기부단체와 기부자가 상속세 및 증여세법 시행령 제27조 제3항, 제19조 제2항의 특수관계에 있고 다른 요건을 갖춘 경우(환산가액이 1억원 이상)에는 기부자의 경우 증여세 과세가 문제될 수 있다. 즉 우리나라의 경우는 자산이전 후 기부자가 해당 부동산에 거주하는 경우에는 양도소득과세가 아닌 증여세 과세의 적용을 받을 것으로 판단된다. 증여세 과세시 부동산무상사용기간은 5년을 기준으로 하고, 각 연도의 부동산무상사용이익은 "부동산가액 × 1년 간 부동산사용료를 감안하여 기획재정부령이 정하는 율<sup>33)</sup>"로 환산한 가액에 의한다(상속세 및 증여세법시행령 제27조 제5항).

### (3) 유증(Bequest)

유언에 의해서 기부를 하는 것으로서, 계획기부의 가장 단순하고 중요한 형태이다. 미국 세법상 공익성을 가진 자선단체나 공익성을 가진 트러스트에 생전증여를 하는 경우 또는 유증을 하는 경우 모두 증여세 또는 상속세 과세대상인 재산에서 제외한다.<sup>34)</sup> 생전에 자신의 재산에 대한 통제권을 유보하면서 후에 자신이 선호하는 자선단체에 도움을 주기를 원하는 기부자들에게 매력적인 형태이다. 많은 기부자들은 자발적인 자선이라는 관념보다 상속세를 통한 비자발적 기부라는 관념을 선호하고 있다. 많은 형태의 유증 중 대표적인 것은 다음과 같은 것이다.<sup>35)</sup>

가) 특정유증(Specific Bequest) - 재단에 구체적인 자산을 특정하여 기부할 수 있다: 예를 들면, "본인은 주식 500주를 재단에 유증한다."

나) 채무를 제외한 잔여금 유증(Residuary Bequest) - 모든 빚, 세금

33) 연간 100분의 2임(상속세 및 증여세법 시행규칙 제10조 제1항).

34) John K. McNulty, 「Federal Estate and Gift Taxation」(5th ed.), West Group, pp353-359

35) op.cit, p.51

또는 경비를 제외한 나머지 잔여분의 일부나 전부를 유증으로 지정할 수 있다: 예를 들면, “본인은 모든 채무를 공제하고 남은 유산의 잔여 부분 중 50%를 재단에 유증한다.”

다) 조건부유증(Contingency Bequest) - 어떤 조건하에 유증하는 것을 말한다: 예를 들면, “본인의 배우자가 먼저 사망할 경우, 본인은 일리노이에 소재한 비영리단체인 국제로타리 로타리재단에 (얼마)를 유증한다.”

라) 정액유증(Bequest of a Fixed Amount) : 기부자가 “본인은 재단에 (얼마)를 유증한다.”라고 지정하는 경우이다.

마) 정률유증(Percentage Bequest) : 기부자가 “본인은 재단에 내 재산의 ○○%를 유증한다.”라고 지정하는 경우이다.

바)이연기부(Deferred Gifts) : 기부자의 유언장에 과거에 서술된 이연 기부조건이 포함되어 있을 때 가능한 것이다. 예컨대 유언에 의한 CRT, 유언에 의한 CLT, 유언에 의한 CGA 등이 이러한 조건과 관련되어 사용되는 용어들이다.

미국의 경우에는 2010년 1년동안 한시적으로 상속세(연방세로서 유산세라고도 한다, Estate tax)가 폐지되기는 하지만, 원칙적으로 유증에 의해 사망을 계기로 한 재산의 이전이 있는 경우에는 원칙적으로 상속세 과세가 문제된다. 상속재산을 기부하는 경우 상속세 계산과정에서 그 기부재산은 상속재단에 대한 상속세 계산시 제외한다. 우리나라의 경우에도 공익법인이나 공익신탁을 경유하여 공익법인에 상속재산을 기부한 경우라면 그 상속재산은 상속세 과세가액에 포함시키지 않고 있다(상속세 및 증여세법 제16조, 제17조). 다만 유증은 유언으로써 자기 재산의 일부를 무상으로 타인에게 주는 행위로서 계약인 증여와 구별되기 때문에, 유언에 의한 상속의 활용정도, 유언에 의한 상속시 법령상 유언형식의 제한 등 미국과 우리나라간에 차이가 존재할 수 있다.

### 3. 새로이 기금(Fund)을 만들어 기부하는 경우

기부자가 새로이 Fund를 만들면서 그 Fund에 기부를 하는 방식이다. 이러한 방식으로는 Community Fund와 Donor Advised Fund가 있다. 이러한 Fund는 Trust의 한 형태라고 할 수 있으며, 연령이나 소득 수준에 관계없이 기부를 원하는 사람이면 누구나 관리계좌를 통해 기부할 수 있다는 장점이 있고,<sup>36)</sup> 규모가 작거나 신설 비영리기관에게 매우 유용한 형태이다.<sup>37)</sup> 하나 혹은 수개의 자선단체의 자선목적을 달성하기 위해 하나 혹은 복수의 공공자선단체들이 설립한 자선펀드를 활용하는 경우도 있다.<sup>38)</sup>

새로이 어떠한 단체 등을 설립하여 그곳에 기부를 하는 경우 우리나라의 경우 신탁형과 회사형에 따라 각각의 과세문제가 달라진다. 공익신탁의 문제는 신탁형에 대한 것이고, 공익법인의 문제는 회사형에 대한 것이다. 간접투자의 경우에도 신탁형과 회사형간의 형평성이 문제되듯 기부자가 어떠한 단체를 통해 공익활동에 기여하고자 하는 경우에도 기부관련 공익법인에 대한 법제도와 공익신탁에 대한 법제도의 형평성 문제가 제기될 수 있다. 최근 일본의 경우 공익법인에 대한 법제도 개선 이후 공익신탁을 둘러싼 법제도 개선이 이어진 것도 이러한 맥락의 것이라 할 수 있다. 미국의 Fund의 경우에도 그 자체가 법인격이 부여되는 경우라면 우리나라의 관점에서 보면 공익법인의 설립과 같은 의미를 갖게 된다. 우리나라의 경우 공익법인에 대한 다양한 혜택이 주어지면서 공익법인 악용사례를 방지하기 위한 여러 복잡한 제도적 장치를 두고 있다. 미국의 Fund와 같은 유형에 우리나라의 공익법인의 법리 또는 공익신탁에 대한 법리를 그대로 적용시키는 것은 한계가 있다. 여기에서는 미국의 경우만 일단 소개하기로 한다.

36) op.cit, p.55

37) op.cit, p.52

38) op.cit, p.52

### (1) 공동수익 기금(Community Fund)

여러 개인 기부자들로부터 ‘공동’ 투자 기금을 기부받아 자선기관의 전문 투자자의 관리를 받는 펀드이다. 기부자는 기금의 현 가치에 따라 분할된 ‘단위(Unit)’를 구입하며, 기금의 순이익 가운데 구입한 단위 별로 배당금이 기부자나 기부자가 지정한 수익자에게 분기별로 지급된다. 최소 기부액은 미화 5,000달러로서 현금이나 상장 증권 등을 취소 불능의 상태로 기부하면 된다. 뮤추얼펀드와 마찬가지로 수혜자에게 돌아가는 수익금은 기부금의 시장 가치와 기금의 수익률에 따라 결정된다. 기부자는 현금이나 세금이 면제되지 않는 증권 등을 기부할 수 있다. 마지막 수익자가 사망한 후(대개 1인 또는 2인임), 기부자의 기부금으로 표시되는 Fund의 지분권은 포기된 것으로 보고 자선단체의 재산이 된다. 추가적인 불입은 허용되지만, 배당소득은 수령자에게 전액 과세된다.<sup>39)</sup>

기부자의 입장에서는 단순하고 쉬우며, 매년 actuarial Basis에 의해 계산된 금액만큼 소득세공제가 인정되고, 기부자 또는 그가 지정하는 제3자에게 생존한 동안 소득흐름을 창출할 수 있다는 점에서 유용하다.<sup>40)</sup> setup cost가 필요하지 않다는 점도 장점이 된다.<sup>41)</sup> 이와 같은 pooled income Fund(PIF)는 “off-the shelf”특징을 가지므로 기부자에게는 법적인 수수료가 요구되지 않으며 그래서 100,000달러 미만의 기부자들에게 특히 유용하다.<sup>42)</sup>

예컨대 68세, 66세인 John과 Mary는 10,000달러에 취득한 FMV 50,000달러 주식을 생존한 동안 배당소득을 받는 것으로 하여 PIF에 기부하였다. 이 경우 17,680달러의 연방소득세공제가 인정되며, 미공제분은

39) op.cit, p.46  
40) op.cit, p.55  
41) op.cit, p.46  
42) op.cit, p.46

5년간 이월공제 받을 수 있다. 이들은 첫해에 펀드로부터 5.5%에 해당하는 2,750달러를 받을 수 있으며, 미래의 수령액은 펀드의 소득에 따라 변경될 수 있다. 그들은 자본이득세를 회피할 수 있고, 상속세를 절감할 수 있다.<sup>43)</sup>

### (2) Donor Advised Fund

증증하고 있는 많은 증개회사나 다른 상업적 자산관리자들은 아마도 “Donor Advised Fund”를 제안할 것이다. 이것은 현금이나 주식 등을 기부한 개인들에게 그들의 이름이 들어간 Fund를 가능하게 하는 것으로서, 기부자가 투자전략을 선택한다는 점에 특징이 있다. 즉시 자선기부금 공제를 인정하면서도 실제의 기부는 그들이 선택한 자선단체에 나중에 지출하는 형태의 것인데, 특정한 비영리단체에 대한 자선이 법적으로 요구된다(require)기 보다는 요청된다(request)는 것이 핵심이라고 할 수 있다. 미국에서 가장 큰 자선단체의 하나로 급속하게 성장하고 있는 Fidelity Charitable Gift Fund가 중요한 예에 해당한다. 이것은 최종적인 수익자가 될 자선단체에 대하여 기부를 독립적으로 만드는 새로운 방법을 제공한다. 특히 투자전략의 선택 등 기부자에게 일정한 통제권이 인정된다는 점에서 새로이 등장한 부유한 사업가들이 자선사업을 할 때 점차 중요해지는 통제요소를 기부자에게 제공하며,<sup>44)</sup> 현금기부는 AGI의 50%까지, 자산기부는 30%까지 공제가 인정된다.

## 4. 신탁을 활용하여 기부하는 경우

### (1) 자선 잔여 신탁(Charitable Remainder Trust, CRT)

43) op.cit, pp.46-47  
44) op.cit, p.52

자선 잔여 신탁(Charitable Remainder Trust)은 기부자가 사망하기 전까지 또는 일정 기간 동안 수입을 보장받기 위해 자신의 재산을 신탁하는 것을 말한다. 이러한 신탁은 재산 증식에 따른 세금을 줄이기 위해 그리고 상속 계획에 자선 기부를 포함시키기 위해 많이 이용되고 있다. 지난 1969년 자선단체나 사회복지 기관에 기부를 확산시키려는 목적으로 연방의회에서 제정된 특별법에 의해 인정된 것이다. 트러스트의 돈은 기부자가 쓸 수 있고 사후에 기부한 기관으로 소유권이 넘어가는 형태, 즉 재산의 소유권은 넘겼어도 기부자가 자선 트러스트의 수익을 소득으로 사용할 수 있는 트러스트이며, 여기에는 재산을 내놓은 기부자와 가족의 생계를 일정 부분 보장해 주자는 법 취지가 담겨있다.

자선 잔여 신탁은 현금, 부동산, 상장 증권, 비공모 주식, 채권(세금 면제 채권 포함), 그리고 기타 자산 등을 취소 불능으로 재단에 기부함으로써 가능하다.<sup>45)</sup> 기부자와 재단에 합의한 지급률에 따라 계약 당시 신탁 원금의 최소한 5% 이상의 연금이 지급된다.

CRT의 소득 사용에는 두 가지 종류가 있다. CRAT(charitable remainder annuity trust)는 연금처럼 트러스트의 수익이 얼마든 애초 설정한 고정액을 받는 것이다. CRUT(charitable remainder unitrust)는 트러스트 수익의 일정비율을 분배받는 형태인데, 고정액 지급방식이 인플레이션에 취약하기 때문에 이를 보완할 수 있는 CRUT가 더욱 인기가 높다.

## (2) Charitable lead trust(CLT)

기부자가 신탁을 설정하여 100,000달러의 가치가 있는 주식을 신탁에 이전하고, 신탁으로 하여금 자선단체에 매년 8,000달러씩 15년 동안 지불

45) 연구자들이 방문했던 Boston college의 담당자에 의하면 Boston college의 경우 50만 달러 이상의 자산에 대해서만 trust 형태의 기부를 받는다고 한다.

하도록 지정한 후, 신탁의 종료시에 해당 재산을 기부자의 자(子)에게 돌려주는 형식의 신탁을 말한다. 생전행위로도 가능하고, 유언에 의해서도 가능하다. 이것은 매우 낮은 세금을 부담하면서 궁극적으로 수익자인 가족에게 재산을 이전할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 고평가되는 잠재적 재산을 가지고 있으면서 그 가족은 생존기간 동안 그 자산으로부터의 소득 없이 살아가려는 기부자에게 적합한 형태이다.<sup>46)</sup>

## 5. 시사점

미국 제도에서 나타난 계획기부는 다음과 특성이 나타난다. 첫째 계획기부를 위해 매우 다양한 기부방식이 인정되고 그에 따라 다양한 혜택이 기부자에게 주어진다. 둘째 미국에서 다양한 방식의 계획기부가 인정된다고 하더라도 우리와는 법체계가 다르므로 이를 그대로 인정하기 어렵다. 예컨대 부동산에 대한 권리가 당연히 상속되는 것이 아니고 잔여권(Remainder)이 인정되지 않는 우리 법제에서는 Retained Life Estate와 같은 형식이 인정되기는 어려우며, 자선단체에서 연금을 주는 방식도 인정되기 어렵다. 셋째, 유증(Bequest) 방식은 우리 법제에서도 가능하지만 유류분 등 고려해야 할 점들이 있으며, 후손의 생활보장 등과 관련하여 문제가 있다.

그렇다면 후손의 생활보장 등이 가능하고 절세효과도 동시에 누릴 수 있는 방식으로서 신탁(Trust)이 좀 더 가능성이 있다고 보여지고, 문제는 미국법상의 신탁을 우리 법체계에 적용할 수 있는지 여부에 있게 된다. 신탁은 영미법의 제도를 도입한 것으로서 소유권의 분리 현상 즉 법률적 소유자와 경제적 소유자가 분리되는 현상이 발생한다. 이에 따라 우리 민법과 여러 곳에서 충돌하게 되는데, 이러한 충돌현상을 해소할 수 있다면 계획기부에서 인정되는 CLT, CRAT, CRUT 등의 적용가능성이 있다. 이러한 것들은 공익신탁과 사익신탁의 결합 형태로서 도입필요

46) op.cit, pp.55-56

성 및 도입가능성이 있다고 생각한다. 본 연구에서는 미국법상 신탁을 이용한 계획기부방식의 적용가능성을 중심으로 하여 논하고자 한다.

## IV. 신탁방식을 이용한 미국법상 기부방식의 적용가능성 검토

### 1. 미국의 신탁법 개관<sup>47)</sup>

#### (1) 신탁의 개념

미국에서는 신탁법은 주법뿐이고 national law는 존재하지 않는다. 따라서 주 단위에서 가능한 신탁이 있고, 할 수 없는 신탁이 있다. 현재 신탁법의 통일화를 향한 움직임도 있는데, Uniform Trust Act의 내용은, 크게 2개의 내용으로서, 첫째는 캘리포니아주의 Probate Code를 발전시키는 것, 둘째는 신탁법 리스테인먼트의 Prudent Investor Rule(신중한 투자자의 원칙)에 관련한 것이다. 첫째는 패밀리·트러스트<sup>48)</sup>를 염두에 둔 것으로, 둘째는 투자에 해당하는 수탁자의 의무(Prudentman Rule)와 관련된 특칙을 규정한 형태이다. 덧붙여 채택하고 있지 않은 주도 많이 있다.<sup>49)</sup>

어쨌든 미국법상 신탁이란 신탁설정자가 그의 재산의 보통법상의 법적 권원을 수탁자에게 이전하고, 형평법상의 권원을 수익자에게 배분하는 법적 실체를 말한다. 신탁은 본질적으로 권원을 보통법상의 권원과 형평법상의 권원으로 절단하는 제도이기 때문에, 당사자는 보통법상의 권원과 형평법상의 권원을 동시에 소유할 수 없다. 이것이 동시에 귀속되는 경우에는 혼동으로 되어 trust가 소멸하는 원인이 된다. 예외적으로 수익

47) 大塚正民/樋口範雄(명순구/오영걸역), 「현대미국신탁법」, 세창출판사(2005); 최동식, 「신탁법」, 법문사(2006); Henry R. Cheeseman, "Contemporary Business and Online Commerce Law"(5.ed), Pearson, 2006; <http://www.irs.gov> 등을 참조하여 요약 정리하였음

48) 가족이나 친족간 재산의 관리·분배·이전을 목적으로 하는 trust를 말한다.

49) <http://www2s.biglobe.ne.jp/~yshr-mat/newpage22.htm> [2010.3.24 방문]

자가 복수인 경우에 한하여 일부의 수익자는 수탁자와 겸임할 수 있다.

그러나 신탁설정자와 수탁자는 동일인에게 귀속될 수 있고, 신탁설정자와 수익자가 동일인이 될 수도 있다. 또한 위법한 trust는 계약의 경우와 마찬가지로 무효인 신탁이 된다.

## (2) 신탁의 요소

신탁의 요소는 다음과 같이 정리할 수 있으며, 그 요소 중 하나라도 흠결되면 trust가 종료되든지 아니면 무효가 된다. ①신탁설정자(settlor), ②신탁설정의사, ③신탁의 목적, ④신탁재산, ⑤수탁자, ⑥수익자 등이다.

신탁설정자의 생존 중에 효력이 발생하는 신탁을 생전신탁(Inter vivo trust 또는 Living trust)이라고 하며, 설정자의 유언에 따라 그의 사망 후에 효력을 발생하는 신탁을 유언신탁(Testamentary trust)이라고 한다. 신탁의 요소 중 신탁의 목적은 서면 또는 구두에 의한 명시적 신탁(express trust)의 경우에만 요구되며 법률의 규정에 의해 신탁설정의 의사를 인정하는 묵시적 신탁(implied trust)에는 요구되지 않는다. 또 수익자는 신탁의 이익을 수취하는 신탁수익자(income beneficiary)와 신탁의 종료시에 원본(principal)을 취득하는 잔여권자(Remainderman)로 나눌 수 있다.

Trust에는 수탁자 또는 수익자의 약인(consideration)이 요구되지 않는다. 즉 trust는 계약일 필요가 없으며, 대부분의 trust는 증여나 상속의 수단이다. 또 신탁을 성립시키기 위해서는 수탁자나 수익자의 승낙이 필요하지 않다. 신탁의 설정자는 수탁자 또는 수익자에게 신탁의 성립을 고지할 필요도 없다. 예컨대 상속을 목적으로 하는 trust에는 생전에 그에 대한 고지를 하지 않는 것도 충분히 가능하다.

## (3) 신탁의 본질

신탁에는 고유한 특징이 있는데 그것을 정리하면 다음과 같다.

### 1) 철회불능(Irrevocable trust)

조세상의 혜택을 목적으로 한다면 신탁은 철회불능이므로 신탁설정자는 신탁을 철회할 수 없다. 사전에 신탁을 철회할 수 있다고 정한 경우 즉 철회가능신탁도 설정할 수 있지만 이 경우에는 조세상의 혜택이 인정되지 않고 신탁설정자의 재산으로 취급된다.<sup>50)</sup>

### 2) 영구적 구속금지원칙(Rule against perpetuities)

사익신탁(Private trust)이란 특정의 개인을 수익자로 하는 신탁을 말한다. 사익신탁은 위 원칙에 따라 장기간을 넘어 존속할 수 없다. 이 원칙은 신탁의 존속기간을 제한하여 영속적인 존속을 금지하는 규칙을 말한다. 그 기간은 “신탁 설정 현재의 생존자의 수명+21년”을 상한으로 한다. 신탁의 존속기간을 산정하는 경우 신탁의 당사자는 신탁을 설정할 생존자이어야만 하며, 이러한 규칙에 위반하는 신탁은 무효이고, 신탁으로서 성립하지 않는다.

### 3) Cy pres doctrine

공익신탁(Public trust, charitable trust)이란 종교, 교육 및 복지 등의 공공의 이익을 위해 또는 자선을 목적으로 하여 설정한 신탁을 말한다. 공익신탁에는 Rule against perpetuities를 적용하지 않으므로 장기간에 걸쳐 존속하는 것이 가능하다. 신탁의 목적을 달성하기 곤란하게 된 경우에는 법원은 가능한 한도에서 그 신탁의 목적과 유사한 효과를 달성할 수 있는 신탁으로 변경하여 신탁을 계속하도록 인정할 수 있다. 이것을 Cy pres doctrine(근사성의 원칙)이라고 한다. 이것은 사익신탁에는 인정되지 않는다.

## (4) 신탁의 종류

50) 철회할 수 있는 신탁의 경우에는 위탁자에게 재산의 통제권이 있는 것으로 보아 세법상 양도인신탁(grantor trust)으로 취급된다.

1) 명시적 신탁과 암묵적 신탁

암묵적 신탁이란 신탁설정자의 행위와 상황에 따라 법률에 근거하여 신탁설정자에게 신탁을 성립시킬 의도가 있었다고 인정하여 성립을 인정하는 신탁을 말한다. 이에 Constructive trust(의제신탁)와 Resulting trust(복귀신탁)의 두 종류가 있다. Constructive trust(의제신탁)이란 예컨대 부동산매매에 사기가 있었던 경우, 매수인을 신탁설정자, 매도인을 수익자, 부동산을 신탁재산으로 하는 의제신탁을 인정하는 것이다. Resulting trust(복귀신탁)란 예컨대 신탁의 종료사유가 있는 경우 신탁을 계속하면 신탁설정자를 수익자로 하는 암묵적 신탁이라고 할 수 있다.

2) 사익신탁과 공익신탁

가. 사익신탁 : 사익신탁에는 다음과 같은 종류가 인정된다.

①Constructive trust

②Spendthrift trust(낭비자신탁) : 수익자의 equitable title을 보호하기 위하여 수익자에 의한 수익권의 양도 및 수익자의 채권자에 의한 수익권에 대한 강제집행과 그 이전을 금지하는 사익신탁을 말한다.

③Totten trust(saving account trust) : 신탁설정자가 자신명의의 예금구좌를 개설하여 타인을 수익자로 하여 예금하는 신탁을 말한다. 원칙적으로 신탁을 철회할 수 없다. 다만 totten trust는 잠정적인 신탁이므로, 철회가능한 신탁이다.

나. 공익신탁

공익신탁은 종교, 교육 및 복지 등 공공의 이익을 위하여 또는 자선을 목적으로 하여 설정하는 신탁을 말한다. 공익신탁에서는 특정의 개인을 수익자로 할 수 없다.

3) 생전신탁과 유언신탁

가. 생전신탁(Inter vivo trust, living trust)

생전신탁은 신탁설정자의 생존 중에 성립하여 유효한 것으로 되어 생존 중에 효력을 발생하는 신탁을 말한다.

나. 유언신탁(Testamentary trust)

유언신탁은 신탁설정자의 유언에 따라 만들어져, 유효하게 되고, 신탁설정자가 사망함으로써 효력을 발생하는 신탁을 말한다.

(5) 수탁자의 권한과 의무

1) 수탁자의 묵시적 권한

수탁자는 신탁의 목적을 유지하기 위해 다음과 권한을 갖는다.

- ①신탁의 비용을 지불하는 것
- ②신탁재산을 합리적인 조건으로 매매하는 것
- ③신탁에 대한 사법(司法)상의 청구권을 결재하는 것
- ④신탁을 관리하기 위해 필요한 전문가를 고용하는 것

2) 수탁자의 의무

신인의무(fiduciary duty)를 부담하며, 이는 다음과 같이 주의의무와 충실의무로 나누어 볼 수 있다.

가. 주의의무(duty of care)

- ①적시에 기장을 하여 수익자에게 보고할 의무
- ②원본과 신탁의 이익을 적절하게 배분하여야 할 의무
- ③합리적이고 신중한 사람으로서 자신의 재산을 관리하는 것과 동일한 수준에서 능력을 발휘하고 판단하여 주의를 하여 신탁을 관리할 의무. 따라서 예컨대 특별한 사정이 없는 한 고금리의 무담보대출을 하는 것은 신중하지 못한 것으로서 신인의무에 반한다.

나. 충실의무(duty of loyalty)

충실의무란 수탁자가 자신의 이익을 위한 행동을 할 수 없다는 것을 말한다. 즉 수탁자는 이해상반행위를 할 수 없다. 예컨대 수탁자가 신탁



재산과 수탁자 자신의 개인적 재산을 혼동하는 것은 충실의무에 반하여 신인의무에 반하는 것이 된다.

### 3) 원본과 이익의 배분

신탁원본과 신탁이익의 배분은 수탁자의 신탁운영의 큰 임무가 된다. 수탁자는 신탁증서에서 정한 수탁자의 권한에 따라서 원본과 신탁이익을 배분한다. 신탁증서가 없는 경우에는 대부분의 주에서 통일원본수익법을 수정한 주법에 따르게 되는데, 다음과 같은 방법에 의한다.

가. 신탁이익(income)

①가산 : 수취이자와 수취임대료, 현금배당 기타의 신탁이익

②감산 : 지불이자와 지불임대료, 수리비, 감가상각비, 각종 세금 및 보험료 기타 신탁관리비용

나. 신탁원본(principal)

①가산 : 신탁성립전의 수익, 대여금원본회수, 신탁재산매각액, 수취보험금, 주식배당, 주식배당, 비경상적인 신탁이익

②감산 : 차입금원본상환, 신탁재산취득액, 개량비, 신탁재산소송비용, 비경상적인 신탁비용

### (6) 신탁의 종료

신탁의 종료사유는 다음과 같다.

①혼동 : 수탁자와 수익자가 동일인이 되는 경우 신탁은 소멸한다.

②신탁설정자의 사망 : 신탁설정자의 사망은 원칙적으로 신탁의 소멸사유가 아니다. 다만 신탁증서에 신탁의 종료사유로 한 경우에는 신탁이 소멸한다. 사망에 따라 신탁이 종료하는 당사자를 기준생존자(measuring life)라고 한다.

③신탁설정의사의 부존재 : 원칙적으로 신탁설정자가 신탁을 계속할 의사가 없게되더라도 신탁을 철회할 수 없기 때문에 신탁은 종료되지 않

는다. 다만 신탁증서에서 신탁설정자가 철회할 수 있다고 한 경우, totten trust인 경우에는 철회권이 인정되므로 신탁이 종료할 수 있다.

④신탁의 목적 소멸 : 신탁목적의 달성 또는 신탁목적의 실패 등으로 인해 신탁의 목적이 없게 된 때에는 신탁은 종료된다.

⑤신탁재산이 없게 된 때 : 신탁은 종료된다.

⑥수탁자의 사망 : 수탁자의 사망은 신탁의 종료사유가 되지 않는다. 다만 수탁자가 기준생존자(measuring life)인 경우에는 종료한다.

⑦수익자의 사망 : 수익자의 사망으로 신탁은 종료한다. 대부분의 경우 수익자의 사망은 신탁목적의 달성 또는 신탁목적의 실패가 되기 때문이다.

⑧존속기간의 만료 : 신탁은 존속기간의 만료에 의하여 종료한다.

⑨모든 수익자의 합의 : 모든 수익자의 합의가 있으면 신탁은 종료한다. 그러나 낭비자신탁의 경우는 수익자의 동의로는 소멸하지 않는다. 그것은 채권자로부터 수익자를 보호한다고 말하는 신탁목적에 반하기 때문이다.

### (7) 신탁의 과세

신탁재단은 유언 또는 생존 중의 의사표시에 의해 만들어지며, 수탁자는 재산의 소유권을 이전받고 수익자를 위하여 이를 관리하게 된다. 위탁자로부터 재산의 소유권을 신탁재단에 이전하면 그 재산은 신탁재단의 원본을 형성하며, 그 원본은 소득을 창출하고 지정된 수익자에게 배분되거나 미래를 위해 축적된다. 신탁재단은 매년의 회계소득을 모두 분배할 것, 공익성 단체에 기부하지 않을 것, 원본을 분배하지 않을 것 등 요건을 충족하는 단순신탁과 그 외의 복합신탁으로 분류된다.<sup>51)</sup> 위탁자가 신탁을 취소할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우인 철회가능신탁(Revocable trust)의 경우 신탁에서 발생하는 이익은 위탁자에게 과세되

51) 김영수, 「미국세법」(8판), 세학사(2007), p.464

며 신탁은 과세대상이 되지 않는다. 신탁소득이 실질적으로 수익자에게 이전될 때 증여로 과세된다. 신탁재단이 그 재단의 소득금액 전부를 수익자에게 분배하게 되면 당해 재단에 대하여는 소득세가 과세되지 않는다. 기부자가 세법상 공제를 받기 위해서는 철회불가능신탁이어야 함은 전언(前言)하였다.

## 2. 미국에서의 신탁활용 사례

### (1) 상속수단으로서의 trust

미국에서의 trust는 상속수단으로 활용되는 경우가 많다. 예컨대 미국에서의 부동산권은 당연히 상속되는 것이 아니고 그 권리의 내용을 확인해야 하기 때문에 개인이 사망한 경우에는 그 상속은 법원에서 유언장 검인절차를 통하여 집행하는 것이 원칙이다. 그러나 피상속인의 생전에 발효한 유언 이외의 증서에 의한 재산이전이 있는 경우에는 검인대상에서 제외된다. 이 경우 활용되는 것이 신탁(trust)이다.

미국에서는 사망한 사람의 재산은 검인절차의 대상이 된다. 검인절차는 유언이 존재하는 경우에는 유언의 효력을 확정된 후에 유산을 정리하여 분배하는 절차이고, 유언이 무효이거나 존재하지 않는 경우에는 유산을 정리하여 유언 없는 상속의 규율에 따라 유산의 분배를 행하는 절차이다. 검인대상 재산은 사자의 유언에 따라 혹은 법정상속에 따라 이전하는 재산이 된다. 그에 반하여 사망한 사람의 생전에 발효한 유언 이외의 증서에 기초하여 이전하는 재산은 검인절차의 대상이 되지 않는다.<sup>52)</sup>

이러한 점 때문에 미국에서는 트러스트를 이용한 상속이 많이 이루어지고 있다. 예를 들어 A가 B에게 10만달러를 주면서 그 돈을 10년간 잘 관리하고 있다가 내 아들에게 주라고 했다면, A는 트러스트를 설립한

52) 川口幸彦, 「信託法改正と相続税・贈與税の諸問題」, 税大論叢57號(2008.6), p.338

것이며, A는 신탁 설립자 (Trustor or Grantor)가 되며 B는 신탁 관리인 (Trustee)이 된다. 그리고 아들은 수혜자 (Beneficiary)가 되는 것이다. 트러스트 설립은 구두로도 할 수 있지만 증거상의 이유로 서류로 만들어야 하며 개인의 경우 설립자 자신이 대부분 신탁 관리인을 겸하는 것이 보통이다.<sup>53)</sup> 이처럼 트러스트(trust)가 상속 계획에서 상당히 중요하게 사용되어 미국은 신탁법을 증여법의 한 형태로서 보려고 하는 전통이 현재까지도 강하게 남아 있다.

### (2) 리빙 트러스트의 특징과 장점

이처럼 살아있는 동안 설립하는 여러 종류의 각종 트러스트를 리빙 트러스트라고 한다. 리빙 트러스트는 상속계획으로 활용되는 법적 실체(a legal entity)로서 인정되며, 위탁자의 신탁, 취소 가능 신탁, 생존신탁으로서의 특징을 갖는다.<sup>54)</sup> 이러한 리빙 트러스트는 미국 및 몇몇 유럽국가들의 고유한 재산권 형태이다. 우리나라에도 신탁이라는 제도가 있으나 제3자 신탁, 즉 신탁을 만들고 남을 위해 재산을 신탁에 투자시키는 방법만 인정되고, 미국의 리빙 트러스트처럼 자신을 위해 트러스트를 만들고 그것에 재산을 집어넣는 그러한 법적인 재산권의 형태는 인정되지 않는다.<sup>55)</sup>

이러한 리빙 트러스트가 광범위하게 활용되는 것은 그 장점 때문이다,<sup>56)</sup> 유언의 대체방법으로서, 또는 검인제도 회피를 위한 수단 등으로서

53) [http://www.ukopia.com/ukoCorner/?page\\_code=read&uid=115806&sid=52&sub=70-72](http://www.ukopia.com/ukoCorner/?page_code=read&uid=115806&sid=52&sub=70-72)

54) Henry R. Cheeseman, "Contemporary Business and Online Commerce Law"(5.ed), Pearson, 2006, p.853

55) 따라서 예컨대 사망전 캘리포니아에서 리빙 트러스트를 만드는 경우 모든 재산을 리빙 트러스트에 집어넣는 것이 기본이되, 단지 한국에 있는 재산의 경우 리빙 트러스트라는 제도를 인정하지 않으므로 한국 재산은 리빙 트러스트에 소유권을 이전하는 것이 불가능하다. 한국에서는 리빙 트러스트가 무엇인지 모르기 때문에 명의를 바꿀 수 없기 때문이다. 그러나 이 경우에는 대체로 한국의 재산을 미국에 가지고 들어 올 때 리빙트러스트로 재산을 집어넣는 방법에 의하여 처리될 것이다(2009.10.20). 이에 대한 설명은 다음을 참조. ([http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art\\_id=927187](http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art_id=927187))

활용되어<sup>57)</sup> 상속재판소를 거쳐 재산을 분배하는 경우에 비추어 법적인 절차가 비공개되며, 절차가 좀더 신속하게 진행되고 재산분배절차가 약식으로 처리될 수도 있다는 점에서 유용하다.<sup>58)</sup> 이러한 리빙 트러스트에는 세무상 혜택은 없고 IRS(미국 국세청)는 위탁자가 보유하고 있는 재산으로 간주된다.<sup>59)</sup>

### (3) 리빙 트러스트의 관리

리빙 트러스트를 만드는 목적 중의 하나가 사망시 상속을 피하는 것이므로 그것을 잘 관리해 사망 이후 아무 문제가 없도록 하는 것이 중요하데, 이를 위해서는 그 재산 명의를 리빙 트러스트로 만들어야 한다.<sup>60)</sup>

이미 소유하고 있는 부동산의 경우에 deed를 만들어서 개인의 이름에서 리빙 트러스트로 소유권을 이전해야 하며, 부동산을 구입하는 경우에도 클로즈하기 전에 에스ক্র로 에이전트에게 소유권이 개인의 이름이 아니라 리빙 트러스트로 되어야 한다고 하여 셀러가 deed를 사인할 때 구매자가 리빙 트러스트가 되도록 하여야 한다. 은행구좌나 예금구좌의 경우에는 리빙 트러스트를 만든 뒤 구좌를 리빙 트러스트 이름으로 옮기면 된다. 주식이나 brokerage account의 경우도 은행구좌와 비슷하게 이름을 이전하여 주면 된다. 사업을 corporation, partnership 혹은 LLC등으로 하는 경우 그러한 비즈니스의 권리를 가지고 있을 경우에는 stock certificate의 뒷면에 리빙 트러스트로 모든 주식을 옮긴다고 서명하면 되

56) Henry R. Cheeseman, op.cit, p.854

57) 大塚正民/樋口範雄(명순구/오영걸역), 「현대미국신탁법」, 세창출판사(2005), p.115 이하

58) [http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art\\_id=927195](http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art_id=927195): 2009.10.20

59) 철회가능신탁의 경우에는 신탁자가 생존하는 중에 신탁재산 및 그 수익은 신탁자의 소득으로 보고 소득세는 신탁자에게 부과된다(IRC 제676조). 신탁설정은 증여세의 대상이 되지 않으며, 신탁자가 사망한 경우 신탁재산은 유산세상속세의 대상이 된다(IRC 제2038조).

60) [http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art\\_id=927195](http://www.koreadaily.com/news/read.asp?page=1&branch=NEWS&source=&category=&art_id=927195): 2009.10.20

고, partnership이나 LLC의 경우에는 권리에전에 관련된 간단한 서류를 통해서 모든 권리를 리빙 트러스트로 옮겨야 한다. 생명보험의 경우에, 만일 생명보험만을 위한 Life insurance trust 통해서면 상속세의 혜택을 받기 위해 life Insurance trust가 생명보험의 주인이 되어야 한다. 만일 그러한 trust가 없다면 생명보험의 수혜자를 리빙 트러스트로 바꿀 수도 있다.

## 3. 우리나라 신탁법과의 비교

### (1) 신탁 개념과 관련

미국법상 신탁은 신탁행위를 재산법의 일부로 보아, 신탁재산은 관념화 된 독립적 존재가 되고 신탁은 신탁재산을 중심으로 하여 신탁당사자 뿐만 아니라 제3자도 의제신탁(constructive trust)이라는 법기술을 통하여 신탁관계에 법적으로 포섭될 수 있다.<sup>61)</sup> 즉 미국법에서는 신탁의 설정을 신탁재산을 신탁목적으로 구속하면서 위탁자의 재산권으로부터 분리하는 행위로 보고, 신탁관계 발생 후에는 신탁목적에 구속된 신탁재산은 독립하여 위탁자의 의사로부터 분리된 독자적인 존재가치를 가지게 되어 위탁자와 수탁자는 분리되고 신탁을 수익자와 수탁자사이의 상호 대립관계로 법리구성한다.<sup>62)</sup>

이에 반하여 우리나라에서는 위탁자와 수탁자의 법률행위(채권적 계약)에 의하여 설정하는 것으로 규정하고 있으므로 수익자의 권리는 채권적으로 법리구성을 할 수밖에 없어 양자간의 합의에 의한 제3자를 위한 계약으로 본다.<sup>63)</sup> 신탁을 위탁자와 수탁자 사이의 채권채무관계 내지 계약으로 구성하고 있으므로 위탁자와 수탁자간의 상호 대립관계로 보는

61) 박종찬, “미국신탁법에 관한 연구”, 강원법학 제18호, p.8.

62) 박종찬, 전제 논문, p.6

63) 박종찬, 전제 논문, p.3

경향이 강하다.<sup>64)</sup>

신탁의 개념과 관련한 이러한 기본적인 인식의 차이로 인하여 미국법상 신탁과 우리나라 신탁은 다음과 같은 차이점을 발생시킨다.

즉 미국법상 신탁은 i) 권원을 보통법상의 권원과 형평법상의 권원으로 분할하는 ii) 법적 실체로서, iii) 신탁의 설정은 계약일 필요가 없으며 수탁자나 수익자의 승낙을 필요로 하지 않는다. 미국 신탁법 Restatement도 「제3자를 위하여 하는 계약은 신탁이 아니다」라고 하여 계약과 신탁을 구별하고 있다.<sup>65)</sup>

이에 반하여 우리나라의 신탁법은 i) 보통법상의 권원과 형평법상의 권원이라는 소유권의 분리 현상이 없고, ii) 신탁은 법적 실체가 아니고 법적으로는 수탁자의 재산이 되지만 수탁자는 자신의 고유 재산과 분리하여 관리할 의무는 부담하게 될 뿐이며, iii) 신탁의 설정은 원칙적으로 계약에 의하므로 수탁자의 승낙이 반드시 필요하다. 다만 신탁은 제3자를 위한 계약으로 보지만 신탁설정과 동시에 수익권을 취득하고 별도로 수익의 의사표시를 할 필요는 없다(신탁법 제51조).

또한 iv) 미국법상의 신탁에서는 신탁재단을 법적 실체로 보게 되어 신탁설정자와 수탁자가 동일인에게 귀속되는 것이 인정되지만,<sup>66)</sup> 계약관계로 보는 우리나라에서는 신탁설정자와 수탁자가 동일인이 될 수 없다는 점에서<sup>67)</sup> 상당한 차이가 있다.

v) 이외에도 미국법상 신탁은 리빙트러스트 등의 예에서 보는 바와 같이 민사신탁의 활용빈도가 매우 높으나, 우리나라는 민사신탁의 예는 많지 않고 신탁업법을 통하여 상품으로서의 신탁 즉 상사신탁이 주로 활용되었다는 점에서 차이가 있다.

64) 박종찬, 전계 논문, p.6

65) Restatement of Trust(second) §14

66) 영미법계에서는 위탁자가 자기가 그대로 수탁자가 되는 신탁선언이 19세기 초 이래 인정되고 있다. 신탁선언이라 함은 재산의 common law상의 소유자가 자기 자신을 수탁자로 하여 common law상의 title을 이전하지 않고서 자기 자신으로부터 수익적 재산권을 빼앗아 그 후 자기 자신은 타인을 수익자로 하여 재산권을 보유한다는 뜻의 의사표시를 하는 것에 의하여 신탁설정을 하는 경우를 말한다(박종찬, 전계 논문, p12의 각주 54) 참조).

67) 최동식, 「신탁법」, 법문사(2006), p.54 등 우리나라의 일반적 견해이다.

vi) 우리의 경우 신탁을 계약관계로 보아 채권설의 입장에 따른 낙성계약의 성질을 가지는 것으로 볼 수 있으나, 미국에서는 신탁의 설정을 양도행위인 재산의 처분으로 보아 마치 요물계약과 유사한 것으로 본다.<sup>68)</sup> 즉 증여에 의한 양도, 유증에 의한 양도, 매매에 의한 양도 외에 신탁행위도 양도행위에 의한 재산처분의 하나로 인정하는 것인데, 이러한 처분행위는 다음과 같은 점에서 구별된다.<sup>69)</sup>

먼저 증여와 신탁은, 목적물의 인도가 요건으로 되어 있다는 점에서 공통점을 가지지만, 증여는 양수인의 이익을 위한 양도라는 점에서 제3자의 이익을 위한 양도인 신탁과 구별된다. 유증은 일정한 방식을 요건으로 하지만 신탁은 사기방지법(Statute of Frauds)이 적용되는 경우를 제외하고는 아무런 방식을 요구하지 않는다는 점에서 양자는 구별된다. 또한 매매계약은 장래재산권을 처분한다는 약속인 점에서, 현재 재산권을 처분하는 신탁과 구별되고 따라서 장래의 신탁설정은 “신탁설정”의 문제는 아니고 계약성립의 문제이며 오로지 계약법의 문제로써 처리된다. 그 결과 장래의 신탁설정을 위해서는 約因(Consideration) 내지 약속적 금반언(Promissory estoppel)이 존재하지 않으면 안된다.<sup>70)</sup>

## (2) 신탁의 요소

미국법상 신탁의 요소는 다음과 같이 정리할 수 있으며, 그 요소 중 하나라도 흠결되면 trust가 종료되든지 아니면 무효가 된다. ① 신탁설정자(settlor), ② 신탁설정 의사, ③ 신탁의 목적, ④ 신탁재산, ⑤ 수탁자, ⑥ 수익자 등이다. 이러한 내용은 우리의 신탁법상으로도 동일하다.

신탁설정자의 생존 중에 효력이 발생하는 신탁을 생전신탁(Inter vivo trust 또는 Living trust)이라고 하며, 설정자의 유언에 따라 그의 사망

68) 박종찬, 전계 논문, p.11

69) Restatement of Trust(second), Introductory Note of the Creation of a Trust, p57

70) 박종찬, 전계 논문, p.11 각주49)

후에 효력을 발생하는 신탁을 유언신탁(Testamentary trust)이라고 한다. 현행 신탁법은 위탁자와 수탁자의 계약에 의한 경우 및, 유언에 의한 신탁의 설정방법을 인정하고 있으므로(제2조) 미국법과 동일하다.

신탁이 성립하기 위해서는 “특정의 재산을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 할 것”이 요구된다(신탁법 제1조 2항). 미국의 경우에도 생존자간에 신탁을 설정하려면 신탁을 설정하려는 설정자의 의사표시 외에 수탁자에게 신탁재산을 양도하는 것이 필요하다. 이 경우 반드시 신탁이라는 문언을 사용할 필요는 없고 의사표시의 해석에 의하여 신탁설정의 의사표시가 있었다고 인정되면 족하고 그것 이상으로 무슨 특별한 방식을 필요로 하지는 않는다.<sup>71)</sup> 이처럼 신탁의 설정에는 재산권의 이전이 필요하다.

미국의 경우 수익자는 신탁의 이익을 수취하는 신탁수익자(income beneficiary)와 신탁의 종료시에 원본(principal)을 취득하는 잔여권자(Remainderman)로 나뉘어지지만, 우리 법상으로는 신탁재산으로부터 급부를 받을 권리인 신탁수급권만이 인정되고 신탁의 종료시에 원본을 취득하는 잔여권자는 위탁자에게 인정되는 것이 된다(신탁법 제60조). 위탁자가 신탁종료시의 재산귀속권리자로 되어 있는 것은 재산출연자로서의 지위를 가지기 때문이다.<sup>72)</sup>

### (3) 신탁의 본질

미국의 경우 신탁은 철회불능이라고 해석하는 데 반하여, 우리의 경우 위탁자에게는 원칙적으로 철회권이 인정된다. 신탁계약은 위탁자(수익자)의 이익 촉진을 위하여 체결되는 것이고 사무처리의 수행에 이익을 가지는 것은 그들뿐이므로 원칙적으로 위탁자측은 언제든지 신탁계약을 철회할 수 있어야 하기 때문이다. 다만 타익신탁의 경우 수익자의 권리

71) Restatement of Trust(second) §§23-27  
72) 최동식, 전게서, p.159

를 해칠 수 없다는 제한이 있다.<sup>73)</sup>

또한 영구적 구속금지원칙이 인정되는 미국과 달리 우리 법상으로는 신탁의 존속기간에 관한 규정이 없지만, 상당기간을 넘어 귀속할 수익권에 관하여는 무효가 된다고 해석해야 하며, 다만 미국처럼 공익신탁의 경우에는 이러한 제한이 인정되지 않는다고 본다.<sup>74)</sup>

또한 미국법상 공익신탁의 목적을 달성하기 곤란하게 된 경우 인정되는 Cy pres doctrine(근사성의 원칙)이 우리 신탁법상으로도 인정된다(제72조).

### (4) 신탁의 종류

신탁의 종류는 미국법상의 그것과 큰 틀에서는 동일하지만 수익자의 equitable title을 보호하기 위한 낭비자신탁은 우리 법상 인정되지 않는다는 점에서 차이가 있다.

사익목적에 위한 신탁이 허용되는지 문제될 수 있는데, 우리 신탁법 제1조 2항은 “특정한 목적”을 위한 신탁의 설정을 허용하고 있고, 위탁자 및 그 상속인 또는 이해관계인에 대하여 신탁의 이행을 감독할 권한을 부여하고 있으므로 사익을 위한 목적신탁도 설정될 수 있다는 견해도 있다.<sup>75)</sup>

신탁법상 공익신탁이라면 법 제65조에 열거된 “학술, 종교, 제사, 자선, 기예 기타 공익”을 목적으로 하여야 한다. 공익신탁으로 인정되면 감독주체가 주무관청이 되고 상속세가 면제되며(상중세법 제17조 1항), 신탁재산의 유사목적으로의 전용이 가능해진다(법 제72조). 또한 공익신탁에 대한 기부금도 손금에 산입된다(법인세법 제24조). 영미신탁법에서는 수익자가 존재하지 않더라도 공익신탁이라면 유효하게 설정할 수 있고, 소

73) 최동식, 전게서, p.65

74) 최동식, 전게서, p.78

75) 이연갑, “기부금법과 신탁법리”, p.403 각주66)참조

특세와 자본이득세의 면제, 재산세의 감경, 출연자의 상속세 면제 등 다양한 세제상 우대를 받기 때문에 공익신탁과 사익신탁의 구별이 매우 중요한 법적 쟁점이 되고 있다. 따라서 신탁이 사회일반 또는 사회의 충분한 일부의 이익이 되어야 하고, 개인에게 이익이 되는 경우에는 그것이 신탁의 주된 목적이 아니라 부수적인 목적이어야 공익신탁으로 인정된다.<sup>76)</sup>

### (5) 수탁자의 권한과 의무

우리 법상 수탁자는 신탁재산의 형식적인 귀속자이지만 동시에 그 신탁재산을 수익자의 이익을 위해 관리할 의무도 함께 가지는 것으로 법리 구성을 한다. 이 경우 수익자는 수탁자에 대해서 상대적인 대인권(채권적 청구권)을 가지는 것에 불과하다.

이에 반하여 영미법계는 수탁자와 수익자는 서로 다른 재산권을 가지는 것으로 법리 구성을 한다. 즉 수탁자는 신탁재산에 대하여 Common Law상의 재산권(Legal estate)을 취득하고, 수익자는 Equity상의 재산권(Equitable estate)이라는 서로 다른 재산권을 가지고 있는 것으로 구성하여, 수탁자는 토지를 관리하는 것을 목적으로 하는 Common Law상의 재산권을 수익자는 토지의 이익을 향유하는 Equity상의 재산권을 각각 가짐으로써 하나의 동일한 신탁재산에 대하여 서로 다른 재산권을 가지는 것으로 구성하는 것이다. 다만 신탁재산에 대한 이러한 권리의 분할을 조정하기 위해 고안된 것이 수탁자의 충실의무(loyal duty)이다.<sup>77)</sup>

미국법상 수탁자가 없어도 계약은 성립할 수 있으나, 우리 법상 수탁자는 신탁의 불가결한 요소가 된다.<sup>78)</sup> 이러한 수탁자는 수탁행위의 원인 행위에 의하여 신탁재산의 관리·처분을 해야 할 관리처분권을 가지게

76) 이연갑, 전제 논문, p.403 각주 67)

77) 박종찬, 전제 논문, p.26

78) 최동식, 전제서, p.171

되는데, 신탁행위에 인정된다면 신탁재산의 관리·처분을 기초로 하면서도 이를 넘어 권리취득행위나 채무부담행위, 소송행위에도 미친다.

또한 수탁자는 신탁재산에 대한 선관주의의무(제28조), 수탁자의 고유재산과 분리하여 관리하는 分別관리의무(제30조), 충실의무(제31조), 공평의무, 장부비치 및 설명의무(제33조,34조) 등의 의무를 부담한다. 이는 미국법상의 그것과 거의 같다.

### (6) 신탁의 종료

미국법상 신탁의 종료사유와 관련한 설명은 우리의 경우에도 원칙적으로 같다. 신탁법은 신탁의 목적 소멸(제55조) 및 위탁자에 의한 해지(제56조), 법원 명령에 의한 해지(제57조), 수익자 등에 해지권을 부여하는 해지 특약에 의한 종료(제58조) 등을 규정하고 있으며, 수탁자의 사망 기타 사유로 인한 흡결이나 위탁자의 사망·파산에 의하여는 신탁행위에 특별한 정함이 없는 한 신탁은 종료하지 않기 때문이다.<sup>79)</sup>

### (7) 신탁의 과세<sup>80)</sup>

신탁을 설정하는 경우 위탁자로부터 수탁자에게 재산권이 이전되므로, 위탁자에 대하여는 양도소득세 또는 증여세, 수탁자에 대하여는 취득세의 문제와 함께 등록세가 문제된다. 타익신탁의 경우에는 위탁자로부터 수익자에게 실질적으로 재산이 이전되므로 증여세의 문제가 생긴다.

신탁의 존속 중에는 실질과세의 원칙에 따라 형식적으로는 수탁자에게 귀속하는 신탁의 수익이더라도 수익자가 향수하는 것으로 보아 수익자에게 소득세 또는 법인세를 과세한다. 신탁이 종료하여 신탁재산이 수익자에게 교부되는 경우에는 과세의 문제는 생기지 않으나, 수익자 이외의

79) 최동식, 전제서, p.394

80) 최동식, 전제서, pp.415 -431

자가 귀속권리자인 경우에는 그 시점에 증여세 등의 문제가 생긴다. 공익신탁의 경우에는 위탁자에게는 증여세나 상속세 과세가액에 불산입되거나 기부금공제를 받게 되고, 공익법인은 그 운용수익에 대해 법인세 등이 부과된다.

미국의 경우 철회불능신탁이어야 조세혜택이 인정된다는 점, 그 경우 상속세나 증여세 대상에서 제외된다는 점, 그리고 증여세의 문제가 발생하는 경우에도 미국법은 증여자에게 과세한다는 점 등은 이미 언급하였으므로 생략한다. 미국과 우리나라 신탁 제도의 중요한 차이점을 표로 정리하면 다음 [표 2]와 같다.

[ 표 2 ] 한국과 미국의 신탁법 비교

미국	한국
1. 보통법·형평법, 소유권 분리	1. 소유권 단일성
2. 법적 실체(legal entity)	2. 법적 실체 부정
3. 신탁설정은 양도행위인 재산의 처분	3. 신탁설정은 채권발생인 낙성 계약
4. 신탁설정은 계약일 필요 없음	4. 계약이 원칙
5. 수탁자 승낙 불필요	5. 수탁자 승낙 필요
6. 신탁설정자=수탁자 가능	6. 신탁설정자≠수탁자
7. 수탁자는 common law 재산권(수익자는 Equity상의 재산권 취득)	7. 수탁자는 법률상 소유자
8. 철회가능/철회불능신탁	8. 위탁자의 철회권 인정
9. 민사신탁(공익신탁) 활용도 높음	9. 민사신탁 활용도 낮음(상사신탁이 활용)
10. 증여자에게 증여세	10. 수증자에게 증여세

#### 4. 적용가능성

##### (1) 이론적 검토

미국법상의 신탁은 우리 법체계에 적용이 가능할까. 미국법상의 신탁은 근본적으로 우리 민법과 소유권의 배타성, 신탁재단의 법적 실체성(법인성), 그리고 유류분과의 관계에서 문제가 된다.

먼저 미국법상의 신탁은 하나의 물건에 각각 독립한 legal right와 equitable right가 이중으로 성립하는 제도를 전제로 한다는 점에서, 우리 민법 특히 물권법에서 규정하는 소유권의 배타성, 절대성, 一物一權성과 모순된다.<sup>81)</sup> 우리의 경우, 대법원 판례는 “.....신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전하는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에서 정해진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.....”고 하므로,<sup>82)</sup> 완전한 소유권이 이전되는 것으로 구성하고 있다. 이 점에서 미국법상의 신탁과 다르고 소유권의 배타성과 일물일권성을 유지하고 있다고 본다.

두 번째 미국의 경우 신탁을 법적 실체(entity)로 보고 있으나 우리의 경우에는 법적 실체가 아닌 계약관계로 보고 있어 모순된다. 그러나 신탁재산에 대하여는 그것이 수탁자의 명의로 되어 있더라도 그에 대한 독립성을 인정하고 있다. 즉 신탁재산에 대하여 수탁자의 강제집행을 허용하지 않고(신탁법 제21조), 수탁자에게는 분별 관리의무가 인정되며(동법 제30조), 신탁재산에 속하는 채권과 신탁재산에 속하지 아니하는 채무와는 상계가 인정되지 않고(동법 제20조), 수탁자의 상속재산에 속하지 않는다(동법 제25조). 또한 신탁이 설정된 경우에는 위탁자의 채권자는 신

81) 水野紀子(<http://www.law.tohoku.ac.jp/~parenoir/shintakuhou-kaisei.html>) [2010.3.24 방문]

82) 대법원 2002.4.12. 선고 2000다70460 판결

탁이 설정된 재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없게 되므로, 우리도 실질적으로는 신탁재산에 대하여 독립성을 인정하고 있다. 이 점에 있어서는 미국과 우리나라가 동일하다고 볼 수 있다.

셋째, 신탁 특히 유언신탁을 통해 상속인의 권리를 침해할 가능성과 관련된 것이다. 유언자유 원칙을 취하고 있는 영미법도 유언자유 폐해가 컸기 때문에 피상속인이 가족적인 의무를 완수하지 않는 유언에 대해서는 재판관이 큰 폭으로 수정하는 재량권을 입법적으로 주어 왔으며, 유류분을 가지는 대륙법은 그에 따라 유언의 자유에 제한을 가하고 있는 것은 말할 필요도 없다. 그런데, 예컨대 재산의 소유자가 신탁을 설정해 배우자의 생존 중에는 배우자만을 수익자로 하고, 배우자의 사망 후에는 아이를 수익자로 하는 경우<sup>83)</sup>에는 아이의 유류분을 침해하는 문제가 발생하게 되며, 신탁제도는 이 경우 유류분 제도와 융화(相容)되지 않는다. 또한 예컨대 뉴욕주법은 신탁을 설정한 시점에서 살아 있던 설정자 유족 중 마지막 생존자가 사망한 21년 뒤까지 신탁이 계속할 수 있는 것으로 하고 있다. 즉 유언신탁의 경우 피상속인의 마지막 손자가 사망한 후 21년까지 효과를 가진다고 한다면, 아마 피상속인의 사망 후 100년 정도까지는 설정자의 재산상의 권리의 완전성은 회복하지 않게 된다. 이러한 결과는 대륙법에 입각한 현재의 민법 체계와 도저히 양립할 수 없게 된다.

우리의 경우에는 공익신탁의 경우가 아니면 상당한 기간을 넘는 신탁 설정은 무효라고 보고 있고, 또 유류분권은 강행규정으로 해석하고 있으므로, 자선잔여신탁 등의 도입 여부는 이러한 문제의 해결에 달려있다. 유류분권의 문제는 자산 전체를 신탁하지 않는 한, 그리고 최소한 사망 1년 전에 행해진다면 어느 정도 피해갈 수 있다. 민법 제1114조는 유류분 계산시 산입될 증여는 상속개시 전 1년 이내에 행한 증여만을 대상으로 하고, 예외적으로 쌍방이 유류분권자에게 손해를 미치는 것을 안 경우에만 1년 전의 증여도 가산하는 것으로 되어 있기 때문이다. 또한 최

83) 能見善久, 「現代信託法」, 有斐閣(2004), p11

근 중소기업 가업승계 지원의 차원에서 유류분을 제한하는 입법론 논의<sup>84)</sup>에서 보듯이 사회적 필요에 따라 입법론상 유류분에 대한 제한도 가능할 수도 있다.

결론적으로, 미국법상의 신탁은 우리의 신탁과 다른 점은 있으나 현행 법체계에 맞도록 수정 또는 보완을 통해 수용가능하다. 문제는 현행법 체계의 수정 또는 보완까지 하여 미국법상 다양한 신탁제도를 도입해야 하는가에 대한 사회적 합의일 것이다. 공익신탁에 대한 법적비는 공익법인과의 형평성이라는 관점 이외에 공익증진이라는 사회적 필요를 반영하여야 한다. 공익신탁의 적극적 활용을 위해 공익신탁에 관한 법개정 논의를 하고 있는 일본의 경우는 이러한 관점을 반영한 한 것으로 볼 수 있다.<sup>85)</sup>

## (2) 도입가능한 신탁유형의 검토

미국에서 활용되고 있는 신탁제도 중 공익적 기부와 관련이 있으면서도 우리나라에서 적용가능한 또는 적용이 바람직한 제도로써 검토할 수 있는 것은 자산잔여신탁(CRT)의 경우이다.

일반적인 트러스트와 달리 CRT는 취소가 불가능한(irrevocable) 신탁

84) 심충진·구자은, "중소기업 가업상속 조세지원 제도에 관한 연구", 세무와 회계저널 제10권 제3호, 2009.9, pp.26-27 참조. 해석론을 통해 유류분을 제한하는 견해도 있다. 유언자의 의사를 최대한 반영하고 중소기업 가업상속에 대한 지원이 가능하도록 유류분반환청구권 행사에 대해 해당 상속재산의 일부의 반환이 아닌 가액반환도 가능하다는 견해로서, 김영심, "유류분 반환청구권 관련 소고", 서강법학 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008.12 참조.

85) 일본의 경우 2006년 신탁법이 개정되면서 이와 관련된 법개정이 있었다. "공익신탁에 관한 법률"도 그 중의 하나이다. 이러한 법개정이후 공익신탁 적극적 활용을 위한 공익신탁에 대한 법제도 제안에 대해서는, 新井 誠, 「信託法」(第3版), 有斐閣(2008), pp.425-427 참조. 우리나라의 경우에도 공익신탁제도에 대한 개선안이 계속 논의된 바 있다. 그 예로, 이준성, "公益信託에 관한 研究 : 財團法人과의 比較 및 그 實用化를 中心으로", 진주산업대학교논문집, 동국대학교경주캠퍼스, 1988.12이나 김진우, "公益信託法理와 法政策的 提言 : 公益財團法人制度와의 比較를 통하여", 비교사법 14권 상, 한국비교사법학회, 2001 등을 들 수 있다. 위 연구들은 공익법인과의 형평성에 초점이 맞추어졌다고 할 수 있다.



계좌이기 때문에 애초에 만들 때 설정해둔 조항들을 바꿀 수 없다. 그러므로 처음 트러스트를 설립할 때 면밀한 계획을 세우는 것이 중요하다. 지급되는 돈의 비율이 높을수록 자선 소득세 공제가 낮아지고 심하면 신탁의 원금이 줄어들 수도 있기 때문에 어느 정도의 수익을 활용해야 하는지 면밀히 검토하여야 한다. 통상적으로 CRT 전문가들은 매년 트러스트 소득의 7%내가 적당하다고 권고하고 있다.<sup>86)</sup>

자산잔여신탁의 적용가능성을 검토하면 다음과 같은 장점이 있음을 알 수 있다.

첫째, 세제상 혜택이다. 이 신탁을 설정하고 재산의 소유권을 이전하는 경우에는 세제상 혜택이 있다. 예컨대 기부금에 해당하는 주택과 주식은 현재 가치대로 평가되어 전액 세금공제 혜택을 받고, 주택의 양도소득세는 면제되며 주식 등에 대한 자본이득세도 없다. 둘째, 기부자와 가족의 생계 보장이 가능하다. CRT에 기부한 재산은 이전과 다름없이 가치가 계속 불어나게 된다. 현금 기부의 경우 주식 채권 펀드 등 새로운 투자 자산으로 활용되어, 사망할 때까지 평생 소득을 분배받는 것은 물론 기부자와 배우자 자녀 등 가족 등도 수혜자로 지정해 활용할 수 있다. 셋째, 은퇴-상속 플랜으로도 활용할 수 있다. 무엇보다 기부 금액에 제한이 없고, 부동산이나 주식으로도 얼마든지 기부할 수 있으며 사망 때까지 충분한 자금을 사용할 수 있기 때문이다. 또 CRT에 편입한 자산은 상속세 대상이 되는 유산에 포함되지 않기 때문에 트러스트 수입의 수혜자로 자녀를 설정해두면 상속효과를 보면서 자선기금으로도 활용할 수 있는 장점이 있다. 이처럼 자산잔여신탁은 공익신탁과 사익신탁의 결합 형태로서 도입가능성이 있다고 본다.

86) 중앙일보, "CRT(자선 잔여신탁), 착한 일 하고 돈도 벌고", 2007.10.17자 ([http://www.koreadaily.com/news/read.asp?art\\_id=492494](http://www.koreadaily.com/news/read.asp?art_id=492494)에서 원문 확인 가능)

## V. 결어 : 정책적 제언

본 논문에서는 미국에서 활용되고 있는 다양한 계획기부의 유형을 소개하고 그 중 특히 신탁에 대한 부분을 비교적 자세히 소개하였다. 미국의 재산관련 법이나 세제가 우리나라와 다르다는 점에서 미국의 계획기부에 대한 유형을 그대로 우리나라에 적용시키는 데에는 어려움이 따른다. 그렇지만 자산잔여신탁의 경우처럼 공익신탁과 사익신탁의 결합 형태로서 우리나라에 그 도입이 가능한 것도 있다. 계획기부가 다양한 모습으로 행해질 수 있는데, 현재의 우리 법제도가 그러한 다양한 모습을 막고 있다면 우리나라 재산관련법이나 세제의 기본틀을 훼손하지 않는 범위 내에서 법제도 변화를 할 필요가 있을 것이다.

기부자의 기부의사를 법적 형식으로 뒷받침 할 수 있도록 민법 차원의 유언방식에 대한 것과, 기부의 시기 및 기부 원본 및 수익에 대한 기부자의 의사를 최대한 반영할 수 있는 신탁제도에 대한 것 이 두 가지 차원에서 정책적 제언을 정리해 보고자 한다. 그리고 이러한 정책적 지원사항 함께 고려할 사항도 부언한다.

### 1. 유언을 통한 계획기부 활성화를 위한 유언제도의 유연화

유산기부는 피상속인의 생전 유언을 통해 계획적으로 이루어질 수 있다. 유언이 없다면 법정상속분에 의해 상속재산이 상속인에게 분배될 것이다. 민법 제1065조는 유언의 방식을 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서의 5종으로 제한하고 있고, 민법 제1060조는 민법이 정한 방식에 의하지 아니한 유언은 효력이 발생하지 아니한다고 규정하고 있다. 이처럼 유언방식을 제한하는 결과 피상속인의 뜻에 따라 공익법인 등에 대한 기부가 어려운 경우가 실제 사례에서 발생한 바 있다.<sup>87)</sup> 유언

87) 연세대 사건 등이 그러한 예이다.

방식의 제한은 상속재산의 처분에 대한 피상속인의 진정한 의사를 확인하기 위한 제도인데도 불구하고 경직된 유언방식으로 인해 오히려 유언방식을 제한한 취지에 반하는 결과를 가져올 수 있는 것이다. 물론 사인증여의 형태로 유산기부를 하면 이러한 유언방식의 제한을 받지 않으므로 기부받는 단체는 사인증여의 형태를 통해 유산기부를 받을 수도 있다. 다만 이러한 사인증여는 증여계약의 형태로 이루어지므로 그 단계에서 피상속인의 상속재산 처분을 상속인들이 미리 알게 되어 기부자가 꺼려하는 경우가 있을 수 있다.

5가지 유언 방식의 세부적인 절차를 완화하거나 민법 제1060조의 유언의 요식성을 완화함으로써 피상속인의 본래의 의사에 따른 기부가 이루어지게 하는 방법은 기부활성화를 위한 해결 방식이 될 수 있다. 예컨대 민법상 허용된 유언방식에 따르지 않은 경우 유언의 효력 자체가 없다고 규율할 것이 아니라, 유언자의 상속재산의 진정한 의사가 확인되는 경우에는 방식의 흠결이 치유되도록 하거나 효력이 유지될 수 있도록 하는 것도 하나의 방법이다. 이러한 개선방안에 따르더라도 유류분제도의 활용을 통한 상속인의 최소한의 상속이 보장될 수 있다.

유언방식의 완화는 민법 자체의 개정이 필요하다는 점에서 유언방식을 제한하는 취지를 강조하는 입장의 반대에 부딪칠 수 있다. 이 경우에는 공익법인이나 공익신탁의 경우처럼 상속재산이 공익에 사용되는 경우에 한정하여 유언방식의 단순화를 추진하는 것으로 절충할 수 있다. 실제 소송에서 문제가 되었던 자필증서의 날인요건 등 형식적 요건을 공익법인에 대한 기부의 경우 완화하는 것이 그 한 예이다.

## 2. 신탁제도의 활용성 제고를 위한 다양한 제도적 지원방안

피상속인이 생전에 기부를 하지만 사망 전까지 상속재산의 수익은 자신이 향유하기를 원하는 경우도 있을 수 있고, 사망이후 원본 또는 수익을 상속인에게 향유하고자 하는 경우도 있을 수 있다. 이는 상속재산이

라는 원본의 소유권을 누군가에게 맡기는 신탁제도에 의해 가능할 수 있다.<sup>88)</sup> 위탁자의 다양한 요구를 수용할 수 있고 그 절차가 간단한 신탁제도의 활용이 가능하도록 하는 것과 관련된 제도적 변화로는 신탁법 개정이나 최근 논의가 되고 있는 공익신탁에 관한 법률의 제정이라 할 수 있다.

이러한 사법상 신탁에 대한 법개정 이외에도 신탁제도 활성화를 위한 세제상 지원도 생각해 볼 수 있다. 공익신탁의 경우에는 통상의 기부와 같은 세제상 혜택이 주어질 수 있을 것이다. 상속세 및 증여세법 제17조는 공익신탁재산에 대해 상속세 과세가액 불산입을 인정하고 있다. 즉 상속재산 중 피상속인이나 상속인이 종교·자선·학술 또는 그 밖의 공익을 목적으로 하는 공익신탁을 통하여 공익법인 등에 출연하는 재산의 가액은 상속세 과세가액에 산입하지 아니한다. 또한 공익신탁의 신탁재산에서 생기는 소득에 대해서는 소득세 및 법인세가 비과세된다(소득세법 제12조 제1호, 법인세법 제51조).

그러나 신탁재산 자체나 신탁재산으로부터의 수익이 누군가에게 귀속된다면 그것은 결국 본래의 위탁자와 수익자간 상속세나 증여세, 그리고 소득세 및 법인세가 과세될 수 있다. 신탁제도가 상속수단으로 활용이 될 수는 있지만 신탁과 관련한 과세상 혜택은 공익에 사용된다는 전제가 되지 않으면 주어지기 어려울 것이다.

그런데 신탁재산의 대부분은 공익법인에 귀속되고 신탁재산의 일부 또는 신탁재산으로부터 수익이 위탁자와 특수관계에 있는 자에게 귀속되는 경우에 상속세나 증여세를 추징하는 것이 옳은 것인지는 법제도적으로 검토해 볼 필요가 있다. 이는 위탁자인 피상속인 또는 증여자의 경우 특수관계에 있는 자에게 최소한의 재산이나 수익을 보장받도록 하는 것을 전제로 나머지 재산을 모두 공익법인에 기부하는 경우 재산의 상당부분이 공익법인에 귀속된다는 점에서 사회적으로 긍정적이지만 특수관계에

88) 상속수단으로서 신탁제도의 소개와 위탁자가 신탁계약이나 유언신탁을 통해 사후 재산의 귀속관계를 자유로이 설정하는 경우 상속법과의 충돌문제를 다룬 것으로는, 최수정, "상속수단으로서의 신탁", 민사법학 제34호, 한국민사법학회, 2006.12가 있다.

있는 자에게 재산의 일부가 귀속되는 것을 이유로 상속세나 증여세 부담을 그대로 인정할 것인지에 대한 문제라 할 수 있다.

일정 금액 한도를 두어 위탁자와 수익자가 특수관계에 있는 경우라도 계획기부의 차원에서 기부가 신탁의 형태로 이루어진다면 신탁시점에 기부자에게 기부금에 따른 세제혜택을 허용하고,<sup>89)</sup> 수익자가 기부재산의 원본 또는 수익의 일부를 받을 때에는 이를 소득과세의 원천징수제도 적용을 받도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 기부자나 기부자의 특수관계인에 대한 일정한 생활수준의 보장을 하면서도 완전한 과세면제를 방지하는 방안이 될 수 있다.

### 3. 계획기부 지원 법제도를 악용하는 것에 대한 대비책도 병행

계획기부는 사전에 고액의 자산의 이전을 계획하는 것이라 할 수 있다. 계획 하에 고액의 자산이 이전되지만 그 이전된 자산이 최종적으로 공익목적에 사용된다는 점에서 이를 지원하기 위한 다양한 지원이 모색될 필요가 있고, 유연제도의 유연화 또는 신탁 형태를 이용한 계획기부에 대한 세제확대도 그러한 맥락에서 주장되었다.

그런데 계획기부가 발달된 미국의 경우에는 2010년 3월 16일 미국연방국세청에서 탈세유형을 발표하면서 자산단체의 악용, 신탁제도의 오용 등을 그 중 하나로 들고 있다.<sup>90)</sup> 계획기부의 개념을 이제 정립해 가는 우리나라의 경우 계획기부의 부작용을 우려하여 다양한 계획기부에 대한 법제도적 지원이나 장애해소를 꺼려하는 것이 적절하지 않을 수 있다. 그렇지만 기부에 대한 세제상 혜택이 항상 기부단체의 투명성 확보<sup>91)</sup>와

89) 일본의 경우에 개인이 공익신탁중 일정한 요건을 갖춘 것(인정특정공익법인의 신탁재산이 되도록 지출한 금액은 소득세법상 특정기부금으로 보고 소득공제를 허용하고 있다(일본소득세법 제78조 제3항)). 모든 공익신탁의 경우는 아니고 신탁종료시 신탁재산이 그 신탁재산에 관련된 위탁자에게 귀속되지 않을 것, 신탁사무의 실시에 관한 요건 및 증명에 관한 요건을 갖춘 것(이상은 특정공익법인이 되기 위한 요건임), 일정한 공익목적에 관한 상당한 업적이 유지되어 주무대신의 인정을 받을 것 등의 요건을 갖춘 공익신탁의 경우에 한한다.

90) IR-2010-32, March 16, 2010.

91) 기부단체의 투명성 확보와 기부금 활성화로 연계되는 것으로는, 서희열·심충진·조영탁, "기부

맞물려 논의가 되었던 것과 마찬가지로 계획기부에 대한 법제도적인 지원확대와 계획기부를 통한 조세회피방지는 함께 고려해야 할 사항이라 할 수 있다.

## 참고문헌

강철희·이종은·배문경, "우리나라 시민의 유산기부의향에 관한 연구", 『사회복지정책』 제36권 제2호, 한국사회정책복지학회, 2009

김영심, "유류분반환청구권 관련 소고", 서강법학 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008.12

김진우, "公益信託法理와 法政策的 提言 : 公益財團法人制度와의 比較를 통하여", 비교사법 14권 상, 한국비교사법학회, 2001

박종찬, "미국신탁법에 관한 연구", 강원법학 제18호, 2004.6

박찬호, "미국의 2006년 연금보호법(The pension protection act of 2006)에 대한 소개", 법령정보 Newsletter 2006년 10월호, 한국법제연구원, 2006.10.15

서희열·심충진·조영탁, "기부금 활성화를 위한 투명성 확보방안", 『세무학연구』 제25권 제2호, 한국세무학회, 2008.6

손원익·박태규, "한국의 민간기부에 관한 연구-규모, 구조와 특징, 관련 정책방향", 한국조세연구원, 2008.2

심충진·구자은, "중소기업 기업상속 조세지원 제도에 관한 연구", 세무와 회계저널 제10권 제3호, 2009.9

이준성, "公益信託에 관한 研究 : 財團法人과의 比較 및 그 實用化를 中心으로", 진주산업대학교논문집, 동국대학교경주캠퍼스, 1988.12

최수정, "상속수단으로서의 신탁", 민사법학 제34호, 한국민사법학회, 2006.12

금 활성화를 위한 투명성 확보방안", 세무학연구 제25권 제2호, 한국세무학회, 2008.6 참조.

Boris I. Bittker/Elias Clark/Grayson M.P. McCouch, 「Federal Estate and Gift Taxation」 (9th ed.), Thomson West(2005)

Debra Ashton, 「The Complete Guide to Planned Giving: Everything You Need to Know to Compete Successfully for Major Gifts」 (3rd ed), Debra Ashton(2004)

Henry R. Cheeseman, 「Contemporary Business and Online Commerce Law」(5.ed), Pearson, 2006

John K. McNulty, 「Federal Estate and Gift Taxation」 (5th ed.), West Group(1994)

Richard D.Barrett/Molly E.Ware, CFRE, 「Planned Giving Essentials」 (2nd ed), Aspen Publishers(2002)

能見善久, 「現代信託法」, 有斐閣(2004)

大塚正民/樋口範雄(명순구/오영걸역), 「현대미국신탁법」, 세창출판사(2005)

水野紀子(<http://www.law.tohoku.ac.jp/~parenoir/shintakuhou-kaisei.html>)

新井 誠, 「信託法」 (第3版), 有斐閣 (2008)

川口幸彦, 「信託法改正と相續税・贈與税の諸問題」, 税大論叢57號(2008.6)

<http://www.irs.gov> (미국연방국세청)

<http://www.kostat.go.kr> (통계청)

<http://www.nts.go.kr> (국세청)

<http://www.philanthropy.iupui.edu> (인디아다대학 기부연구소)

<http://www.guidestar.or.kr> (한국가이드스타)

<http://www.acga-web.org/giftrates.html> (미국 기부연금위원회)

[http://www.khfc.co.kr/mortgageloan/mortgageloan\\_util02.jsp](http://www.khfc.co.kr/mortgageloan/mortgageloan_util02.jsp) (한국금융주택공사)