

## 不均等減資에 대한 贈與擬制 문제의 고찰

이 만 우\* · 문 문 수\*\*

논문접수일 : 94. 11

게재확정일 : 95. 1

### 초 록

재산의 무상이전이 있을 경우에는 일반적으로 상속세법에 의하여 증여세가 과세된다. 그런데 상속세법에서는 외관상 증여의 형태를 취하지 않는 경우에도 그 경제적 실질이 증여의 효과를 갖게 되면 증여세를 부과할 수 있도록 여러가지 구체적 경우를 설정하여 증여로 의제 또는 추정하는 규정을 두고 있다. 이러한 규정들은 소득원천설에 근거를 두고 있는 소득세법과 상속세법의 체계상 과세거래에 해당되지 않는 특수한 경우에 대하여 공평과세를 실현하기 위한 보완적 조치이다.

법인의 자본을 감소시키는 경우에 모든 주주의 소유지분이 동일하지 않도록 감소시키는 불균등감자는 비교적 최근에 이러한 상속세법상의 증여의제 규정에 신설되어 특수관계에 있는 대주주가 얻은 이익에 대하여 증여세를 과세할 수 있게 되었다.

본 논문은 상속세법상의 증여세 과세대상과 증여의제 규정을 개관하고 특히 불균등감자 행위가 갖는 경제적 효과를 분석하여 그에 대한 증여의제의 타당성을 살펴봄으로써 이에 대한 현행 상속세법상의 규정이 지니는 문제점을 검토하는데 목적이 있다. 또한 이 문제에 대한 증여의제 규정이 신설되기까지 과세당국의 입장의 변화와 납세자의 행위를 검토하여 법과 도덕의 관계를 돌아보는 계기로 삼고자 한다.

불균등감자의 부의 이전 효과를 분석한 결과 현행 상속세법상의 증여의제 규정은 특수관계에 있지 않은 주주도 감자에 참여할 경우 감자에 참여하지 않은 대주주에게 부과되는 증여세의 과세표준 금액이 특수관계에 있는 주주로 부터의 부의 이전 금액보다 더 크게되는 논리상의 모순점이 발견되었다. 또한 증여의 목적없이 순수하게 자본의 보전을 위하여 행하는 감자에 대하여는 주주평등의 원칙이 지켜진다는 전제하에서 동 증여의제 규정의 적용을 배제하여 주는 배려도 필요할 것으로 보인다.

불균등감자의 과세여부에 대한 과세당국의 입장은 그동안 명확하지 아니하여 혼란을 야기하였으며 입법적으로 해결하려는 노력이 미흡했다는 지적을 면하기 어렵다. 한편 납세자의 행위도 법규정의 미비를 적극적인 세무관리의 수단으로 이용하였다는 점에서 도덕적인 비난을 피할 수 없으므로 궁극적으로는 법을 준수하였다고 보기는 어렵다.

\* 고려대학교 경영대학 교수

\*\* 고려대학교 경영대학 강사

## I. 머리말

재산의 無償移轉이 있게 되면 相續稅法에 의한 贈與稅의 과세대상이 된다. 그런데 상속세법에서는 일반적인 재산의 증여 행위뿐 아니라 외관상 증여의 형태를 취하지 않더라도 그 경제적 실질이 증여의 효과를 갖게되면 증여세를 과세할 수 있도록 여러가지 구체적 경우를 설정하여 증여로 擬制 또는 推定하는 규정을 두고 있다.

이와같은 증여의제 및 추정규정이 필요한 이유는 특히 우리나라 所得稅法과 相續稅法의 체계와 관련이 있다. 우리나라 소득세법은 개인의 純資産의 增加를 가져오는 모든 거래를 과세 대상으로 하지 아니하고 소득의 源泉別로 과세대상을 규정하고 있는 所得源泉說을 채택하고 있다. 또한 상속세법에서는 상속세 또는 증여세의 과세대상을 원천별로 규정하고 있다. 이와같은 세법체계에서는 개인의 순자산의 증가거래가 소득세법과 상속세법의 과세대상에서 모두 제외되는 경우도 발생할 수 있다. 이 중에서 事實上 贈與의 意思로 발생한 거래에 대하여 상속세법상 과세대상에 해당되지 않으면서 동시에 소득세법으로도 보완하지 못하는 경우에는 課稅衡平上 문제가 발생될 수 있다. 이러한 문제점을 해소하기 위하여 상속세법상 증여의제 또는 추정 규정이 마련된 것이다.

法人의 資本金을 減少시킬 때 모든 주주의 소유 지분이 동일하지 않도록 감소시키는 不均等 減資에 대한 贈與擬制 규정은 비교적 최근에 마련되었다. 주지하다시피 이 규정의 신설은 1989년 J기업에서 실시한 불균등감자에 대하여 大株主間에 증여의 사실을 인정한 과세 및 국세심판소의 판결이후 세법의 미비점을 보완하고, 그동안 다소 상반된 과세당국의 입장을 명확히 하려는 노력의 일환으로 이루어졌다. 이로써 상속세법상 증여로 의제 또는 추정되는 다른 행위와 균형을 이루고 과세요건이 규정됨으로써 더 이상의 논란이 불식되었던 것이다.

본 논문은 상속세법상의 증여세 과세대상과 증여의제 규정을 개관하고, 특히 불균등감자 행위가 지니는 경제적 효과를 분석하여 그에 대한 증여의제의 타당성을 살펴봄으로써 이에 대한 현행 상속세법상의 규정이 지니는 문제점을 검토하는데 목적을 두고 있다. 또한 이 문제에 대한 증여의제 규정이 신설되기까지 과세당국의 입장의 변화와 납세자의 행위를 검토하여 法과 道德의 관계를 돌아보는 계기로 삼고자 한다.

본 논문은 전체 5개의 章으로 구성되어 있다. 머리말에 이어서 제Ⅱ장에서는 상속세법상 증여세의 과세대상을 개관한 다음, 제Ⅲ장에서는 불균등감자에 의한 증여의제의 경제적 효과에 관한 분석적 검토를 제시하였다. 이어서 제Ⅳ장에서는 증여의제의 타당성 및 관련 세법 규정의 연혁을 검토하기로 한다. 마지막으로 제Ⅴ장에서는 세법 규정의 불비와 이에 대한 납세자의 대응을 살펴보고 결론을 맺기로 한다.

## Ⅱ. 贈與稅의 課稅對象

### 2.1 贈與의 概念

재산의 無償取得은 相續과 贈與로 구분할 수 있다. 우리나라 세법에서는 증여세법을 별도로 두지않고 상속세법중에 증여세를 규정하고 있는데, 이와같이 단일법에 두가지 조세를 규정하고 있는 것은 양자가 서로 상관관계를 지니고 있기 때문이다. 따라서 증여에 의하여 경제적으로 가치가 있는 재산을 무상으로 취득하게 되면 상속세법에 의하여 증여세를 부과하게 된다. 그러나 이러한 증여세의 과세대상이 되는 증여의 개념에 대하여는 상속세법에서 별도로 규정하고 있지 아니하므로 民法의 규정에 따르게 된다. 그러므로 민법상 증여의 개념을 우선 검토할 필요가 있다.

민법상의 증여는 당사자 일방이 자기의 재산을 무상으로 상대방에게 준다는 의사를 표시하고 상대방이 그것을 승락함으로써 효력이 발생한다(민법 제554조). 따라서 증여의 목적물을 이전시키지 아니하더라도 당사자의 의사합치만으로써 증여는 성립한다.

증여의 법률적 성질은 無償·諾成·片務·不要式的 契約이라는데 있으며 다음의 점을 주의하여야 한다(곽윤직 1990, p.395).

- ① 증여는 債權契約으로서 증여자에게 재산급여의 의무를 부담하는 것이므로 자기에 속하지 않는 타인의 재산이더라도 얼마든지 증여의 목적으로 할 수 있다.
- ② 증여는 諾成契約이며 목적물의 인도, 기타의 출연행위를 실행하지 않더라도 당사자의 의

사의 합치만으로써도 증여는 성립한다.

- ③ 증여는 不要式行爲이다.

## 2.2 相續稅法上的 課稅對象

민법상의 증여가 모두 상속세법상의 증여세의 과세대상이 되는 것은 아니다. 민법상 증여라 하더라도 상속세법의 규정에 의하여 증여세가 과세되지 않는 경우는 다음과 같다.

- ① 死因贈與와 遺贈 등 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여는 상속세가 과세된다(상속세법 제29조의 2 제1항 제1호).
- ② 營利法人이 받는 증여는 純資產의 增加에 해당되므로 법인세가 과세된다(상속세법 제29조의 2 제1항 제1호).
- ③ 소득세법에 의하여 소득세가 과세되는 때에는 증여세는 부과하지 아니한다(상속세법 제29조의 3 제3항).

이와는 반대로 민법상의 증여의 요건에는 해당되지 않는 경우에도 경제적으로 증여와 동일한 효과를 나타내는 것에 대하여 상속세법에서는 이를 증여로 擬制 또는 推定하여 증여세를 부과하는 다음의 규정을 두고 있다.

- ① 信託으로 인하여 위탁자가 타인에게 신탁의 이익의 전부 또는 일부를 받을 권리를 소유하게 한 경우(상속세법 제32조)
- ② 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우(상속세법 제32조의 2)
- ③ 생명보험 또는 손해보험에 있어서 보험금 수취인과 보험금 불입자가 다른 경우에 보험사고가 발생한 때(상속세법 제33조)
- ④ 배우자 또는 직계존비속에게 재산을 양도한 때(상속세법 제34조 제1호)와 특수관계에 있는 자에게 양도한 재산을 그 특수관계에 있는 자가 양수일로부터 3년 이내에 당초 양도자의 배우자 또는 직계존비속에게 다시 양도하는 경우(상속세법 제34조 제2항)
- ⑤ 현저히 저렴한 가액의 대가로서 재산을 특수관계에 있는 자에게 양도하였을 경우(상속

- 세법 제34조의 2 제1항)와 현저히 높은 가액의 대가로서 재산을 특수관계에 있는 자로부터 양수한 경우(상속세법 제34조의 2 제2항)
- ⑥ 타인으로부터 채무의 변제, 인수 또는 제3자에 대한 변제를 받은 자(상속세법 제34조의 3)
- ⑦ 특수관계에 있는 법인이 합병함에 있어서 합병으로 인하여 소멸·흡수되는 법인 또는 신설·존속하는 법인의 대주주가 합병으로 인하여 이익을 받은 경우(상속세법 제34조의 4)
- ⑧ 법인의 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 새로운 주식 또는 지분을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기함으로써 인하여 그 포기한 신주를 다시 배정하는 경우에 그 실권주를 배정 받은 자(상속세법 제34조의 5 제1항 제1호)와 다시 배정하지 아니하는 경우에 당해 신주 인수를 포기한 주주와 특수관계에 있는 대주주(상속세법 제34조의 5 제1항 제1호의 2)
- ⑨ 법인이 자본 또는 출자액을 감소하기 위하여 주식 또는 지분을 소각함에 있어서 일부 주주의 주식 또는 지분을 소각함으로써 인하여 특수관계에 있는 대주주가 얻는 이익(상속세법 제34조의 5 제1항 제2호)
- ⑩ 직업·성별·연령·소득 및 재산상태로 보아 재산을 자력으로 취득하였다고 인정하기 어려운 경우(상속세법 제34조의 6)

민법상의 증여에 해당하나 증여세가 과세되지 아니하는 경우는 상속세나 법인세 또는 소득세가 과세되므로 다시 증여세를 과세할 경우 2중과세의 문제가 발생하는 것을 방지하는 규정이다. 이와 반대로 민법상의 증여의 요건에는 해당되지 않으나 증여세의 과세대상으로 의제하는 경우는 조세법상의 實質課稅原則, 公平課稅原則 등을 실현하기 위한 수단으로 볼 수 있다.

상속세법에서 증여에 대한 명확한 定義를 내리지 않은 상태에서 증여세의 과세대상은 민법을 따르게 되나, 증여세를 회피하기 위하여 재산을 변칙적인 방법으로 실질적으로 증여하는 것을 과세하기 위하여 이러한 증여의제의 규정이 제정된 것이다. 따라서 이는 憲法 제38조와 제59조의 租稅法律主義에 의거하여 제한적으로 열거된 것으로 이해된다. 다만 증여의제의 일부 조항은 당사자의 의사합치에 대한 판단의 자료가 없거나 그 파악이 곤란할 경우 外觀上의 事實에 의하여 증여세를 부과하도록 하고 있어 국세기본법 제14조에서 규정하고 있는 실질과

세의 원칙과 상반되는 것이다. 이에 관하여는 동법 제3조 제1항의 단서에서 실질과세의 원칙에 대한 예외규정을 각 개별세법에서 규정할 수 있도록 하였으며 이에 근거하여 증여세의 경우 증여의제를 규정할 수 있으므로 상반되지는 않는 것으로 이해되고 있다(한국공인회계사회 1993, p.186).

### 2.3 不均等減資의 贈與擬制

법인이 자본 또는 출자액을 감소하기 위하여 주식 또는 지분을 소각함에 있어서 일부 주주의 주식 또는 지분을 소각함으로써 인하여 그와 특수관계에 있는 자로서 대통령령이 정하는 대주주가 얻은 이익중 대통령령이 정하는 이익에 대하여는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다(상속세법 제34조의 5 제1항 제2호).

법인의 자본이 감소하게 되면 채권자에게 불리하게 되며 대내적으로도 주주의 권리의 존재와 범위에 영향을 주게 되므로 상법에서는 엄격한 요건을 규정하고 있다.<sup>1)</sup>

자본의 감소방법으로는 株金額을 減少시키는 방법과 株式數를 減少시키는 방법이 있다. 주금액의 감소에는 名義上의 減資인 切棄와 實質上의 減資인 還給이 있으나 두 방법 모두 정관의 변경을 통하여 모든 주주에게 동일한 효과를 발생시키게 되므로 증여로 의제할 만한 富의 移轉은 일어나지 않는다.

한편 주식수의 감소에는 株式의 併합과 株式의 消却이라는 2가지 방법이 있다. 주식의 병합은 법인의 재산이 사외로 유출되지 않으므로 切棄와 같은 명의상의 감자에 해당되며, 모든 주주에게 동일한 효과를 발생시키므로 역시 부의 이전 문제는 일어나지 않는다. 주식의 소각은 특정한 주식을 절대적으로 소멸시키는 행위로서 그 주식의 주주의 승락을 요건으로 하는지의 여부에 따라 任意消却과 強制消却으로 구분되고, 대가의 지급여부에 따라 有償消却과 無償消却으로 구분된다. 어떠한 방법을 이용하더라도 주식의 소각과정에서는 株主平等의 原則이 지켜져야 한다. 모든 주주의 소유주식이 동일한 비율로 소각되지 않고 특정주주의 주식만을 높은 비율로 소각하는 이른바 不均等 減資의 경우에는 소각되는 주식의 가치와 지급되는 대가가

1) 이하 자본감소와 관련한 상법규정의 내용은 정희철, 상법학원론(상), 박영사, 1984, pp.500~504를 참조하였음.

일치하지 않는 한 주주간에 부의 이전이 발생하기 때문이다.

상속세법에서는 이처럼 여러 감자의 방법 중 부의 이전이 발생하는 주식의 소각을 이용한 경우에 이전되는 부의 금액을 증여로 의제한 것이다. 따라서 주주평등의 원칙이 지켜지지 아니한 경우에는 당연히 증여의제가 되며, 이 원칙이 지켜진 경우에도 부의 이전이 발생되었다면 상속세법의 규정을 적용하여 증여의제로 과세하겠다는 적극적 의지로 이해된다.

주주평등의 원칙이 적용된 임의소각의 경우 주식소각에 따른 경제적 효과는 모든 주주에 대하여 평등하게 미치므로 증여의 의제를 도출해 낼 수 있는 경제적 불평등이 발생할 여지는 없으며 따라서 증여의제의 대상이 되는 주식소각은 주주평등의 원칙이 무시된 경우라는 의견이 있으나(이광재 1992, p.36), 불균등감자의 증여의제는 주주간에 특수관계가 있는 법인에서 조세를 회피하면서 사실상 증여의 효과를 얻는 것을 방지하기 위하여 규정된 것이며 강제·임의소각을 불문하고 적용된다는 취지에 비추어 보아 주주평등의 원칙의 적용유무도 불문한다고 보아야 할 것이다(同旨, 구병주 1991, p. 58).

증여의제는 법인의 모든 주주에게 적용되지 않고 特殊關係가 있음을 요건으로 하고 있다. 이때의 특수관계는 저가 또는 고가양도시 증여의제가 되는 범위와 동일한 바 그 내용은 다음과 같다(상속세법 시행령 제41조의 4 제5항, 동 시행령 제41조 제2항).

- ① 양도자등의 친족
- ② 양도자등의 사용인이나 사용인이외의 자로서 양도자의 자산으로 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이하는 친족
- ③ 양도자등과 위의 ①, ②의 자가 총발행주식 또는 총출자지분의 100분의 30이상을 출자하고 있는 법인
- ④ 양도자등과 위의 ①, ②의 자가 이사의 과반수이거나 설립을 위한 출연금의 100분의 50 이상을 출연하고 그 중 1인이 설립자인 비영리법인
- ⑤ 위의 ③, ④의 자가 총발행주식 또는 총출자지분의 100분의 50이상을 출자하고 있는 법인
- ⑥ 양도자등이 은행법 제30조의 2의 규정에 의한 계열기업군 소속이거나 그 기업의 임원인 경우로서 다음의 하나에 해당하는 관계에 있는 자
  - 가. 계열기업군 소속의 다른 기업
  - 나. 계열기업군을 사실상 지배하는 자

다. 위 나의 친족

- ⑦ 양도자등의 상품 또는 제품을 특약판매하는 자
- ⑧ 양도자의 친지

위의 각 경우에서 ‘양도자’를 ‘주주’로 바꾸면 불균등감자의 경우 증여의제가 적용되는 특수관계의 범위가 되며, ⑧의 조건은 주주와 同鄉關係·同窓關係·同一職場關係 등으로 인하여 친한 사실이 객관적으로 명백한 자를 말하는 바(상속세법 시행규칙 제11조 제2항), 친한 사실의 입증은 과세관청에 있다.<sup>2)</sup>

또한 증여의제의 규정이 적용되기 위하여는 受贈者가 大株主이어야 한다. 대주주란 당해 주주의 지분 및 그와 특수관계에 있는 자의 지분을 포함하여 법인의 총발행주식 또는 출자지분의 100분의 1이상을 소유하고 있는 주주를 말한다(상속세법 시행령 제41조의 4 제4항, 동시행령 제41조의 3 제2항). 지분율은 감자실시후의 상황에 의하여 계산하며, 의결권이 없는 주식은 제외한다.

이처럼 증여의제의 요건으로 증여자와 수증자간에 특수관계가 성립하고, 수증자가 대주주일 것을 열거하는 이유는 본인의 의사와는 관계없이 수증자로 의제되어 뜻하지 않게 증여세의 부담을 안게 되는 善意者를 보호하려는 취지로 판단된다. 이러한 취지는 대부분의 상속세법상 증여의제의 규정에서 상기 두가지 요건을 요구하고 있으나 증자시 실권주를 재배정하는 경우와 같이 수증자의 적극적인 행위가 개재되는 경우에는 이러한 두가지 요건을 필요로 하지 않는다(상속세법 제34조의 5 제1항 제1호)는 점에서 더욱 명확해 진다.

증여로 의제되는 금액은 주식소각시 지급한 1주당 금액이 감자한 주식 1주당 평가액의 100분의 70이하인 경우 다음 산식에 의하여 계산한 금액을 말한다(상속세법 시행령 제41조의 4 제3항).

$$\left[ \begin{array}{l} \text{감자한} \\ \text{주식 1주당} \\ \text{평가액} \end{array} - \begin{array}{l} \text{주시소각시} \\ \text{지급한} \\ \text{1주당 금액} \end{array} \right] \times \text{감자주식수} \times \frac{\text{대주주의} \\ \text{감자후} \\ \text{지분비율}}{\text{대주주와 특수관계에} \\ \text{있는자의 감자주식수}} \times \frac{\text{대주주와 특수관계에} \\ \text{있는자의 감자주식수}}{\text{총감자주식수}}$$

2) 대법원판결 86 누 318, 1987. 1. 20.

### Ⅲ. 不均等減資時의 富의 移轉 效果 分析

불균등감자시의 부의 이전 효과를 분석하여 상속세법 규정의 타당성을 검토해 보기로 한다. 불균등감자를 결정한 O기업의 주주를 세집단으로 분류하여 특수관계에 있는 주주중 소유주식을 소각기로 한 집단을  $S_1$ , 소각치 아니하는 집단을  $S_2$ 라하고, 그 외 특수관계가 성립하지 않는 집단을  $S_3$ 라 하자.

$S_1$ 의 소유주식수를  $N_1$ 이라 하고 마찬가지로  $S_2$ 와  $S_3$ 의 소유주식수를 각각  $N_2$ ,  $N_3$ 라 하며, O기업 주식의 시장가치를 1주당  $P$ 라 하면 감자실시전 O기업의 시장가치  $W(O)_0$ 는 다음과 같다.

$$W(O)_0 = P \times (N_1 + N_2 + N_3)$$

감자결의에 의하여  $N_1$ 중  $\alpha$ 의 비율만큼 소각하며 이때 지급하는 대가를 1주당  $M$ 이라 하면,  $S_1$ 에게 지급되는 총대가는  $MaN_1$ 이며, 감자실시후 O기업의 시장가치  $W(O)_1$ 는 다음과 같다.

$$W(O)_1 = P \times (N_1 + N_2 + N_3) - MaN_1$$

#### 3.1 주주 $S_1$ 의 경우

감자실시전 주주  $S_1$ 의 부는 다음과 같다.

$$W(S_1)_0 = P \times N_1$$

감자실시후 주주  $S_1$ 의 부는 다음과 같다.

$$\begin{aligned}
 W(S_1)_1 &= M\alpha N_1 + \{P \times (N_1 + N_2 + N_3) - M\alpha N_1\} \times \frac{(1-\alpha)N_1}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\
 &= M\alpha N_1 + [P\{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3\} + (P - M)\alpha N_1] \times \frac{(1-\alpha)N_1}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\
 &= M\alpha N_1 + P(1-\alpha)N_1 + \frac{(P - M)\alpha(1-\alpha)N_1^2}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\
 &= PN_1 - (P-M)\alpha N_1 + \frac{(P - M)\alpha(1-\alpha)N_1^2}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\
 &= PN_1 - (P-M)\alpha N_1 \times \left[1 - \frac{(1-\alpha)N_1}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3}\right]
 \end{aligned}$$

감자실시로 인한 주주 S<sub>1</sub>의 부의 변화를 살펴보면 다음과 같다.

$$W(S_1)_1 - W(S_1)_0 = -(P - M)\alpha N_1 \times \left[1 - \frac{(1-\alpha)N_1}{(1-\alpha)N_1 + N_2 + N_3}\right] \dots\dots\dots \textcircled{1}$$

여기에서 P > M 의 조건이 성립하면 ①식의 부호가 陰數가 되므로 S<sub>1</sub>은 감자실시로 부의 감소가 이루어졌음을 알 수 있다. 감자를 이용하여 부의 이전을 이루려는 경우에는 일반적으로 성립된다. 상속세법 시행령 제41조의 4 제3항에서는 주식소각시 지급한 1주당 금액이 감자한 주식 1주당 평가액의 100분의 70이하인 경우에만 증여로 의제하므로 '0.7P ≥ M'을 전제조건으로 하고 있다. 만약 주주 S<sub>1</sub>의 당초 주식의 취득가액이 1주당 A이고 A < M 이라면 소득세법 제26조 제1항에 의거하여 擬制配當으로 보아 소득세가 과세되므로 일반적으로 A ≥ M 이 성립할 것이다. 또한 일반적으로 감자를 이용한 부의 이전은 특수관계자의 지분이 높은 비상장주식임을 감안하면 S<sub>1</sub>의 취득가액 A는 액면가액일 것이므로 A ≤ P 일 것이다. 따라서 P ≥ A ≥ M 의 관계가 성립하므로 S<sub>1</sub>의 부의 변화는 陰數가 된다.

만약 특수한 경우로 A > P 의 상태이라면 P < M 의 감자를 실시할 수도 있는 바 이때에는 반대의 부의 이전이 발생하게 될 것이다. 그러나 현행 상속세법에서는 이러한 특수한 경우에 변칙적인 부의 이전 가능성에 대하여는 증여의제의 규정을 두고 있지 아니하다.

①식을 보면 주주 S<sub>1</sub>의 부의 변화는 소각된 소유주식 αN<sub>1</sub>에 대하여 시장가치보다 낮은 M 을 대가로 지급받아 부의 감소가 이루어진 우변 첫째항과 그로 인하여 상대적으로 가치가 증

가한 O기업에 대한 감자후 S<sub>1</sub>의 지분을 만큼 부의 증가가 이루어진 우변 둘째항의 복합적인 결과임을 알 수 있다.

### 3.2 주주 S<sub>2</sub>와 주주 S<sub>3</sub>의 경우

같은 방법으로 감자실시 전과 후의 주주 S<sub>2</sub>의 부의 상태는 다음과 같다.

$$W(S_2)_0 = P \times N_2$$

$$\begin{aligned} W(S_2)_1 &= \{P \times (N_1 + N_2 + N_3) - M\alpha N_1\} \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\ &= [P\{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3\} + (P - M)\alpha N_1] \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} \\ &= PN_2 + (P - M)\alpha N_1 \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} \end{aligned}$$

감자실시로 인한 주주 S<sub>2</sub>의 부의 변화를 살펴보면 다음과 같다.

$$W(S_2)_1 - W(S_2)_0 = (P - M)\alpha N_1 \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} \dots\dots\dots ②$$

즉 P > M 이 성립하는 한 주주 S<sub>2</sub>는 주식의 시장가치보다 낮은 금액을 대가로 지급하여 증가된 O기업의 가치에 대한 감자후 주주 S<sub>2</sub>의 지분만큼 부의 증가를 얻게 된다.

같은 방법으로 주주 S<sub>3</sub>의 감자로 인한 부의 변화를 요약하면 다음과 같다.

$$W(S_3)_1 - W(S_3)_0 = (P - M)\alpha N_1 \times \frac{N_3}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} \dots\dots\dots ③$$

### 3.3 相續稅法 規定의 檢討

이상에서 살펴 본 감자로 인한 주주 S<sub>1</sub>, S<sub>2</sub>, S<sub>3</sub>의 부의 변화를 종합하면 다음의 관계가 성립한다.

$$\textcircled{1} + \textcircled{2} + \textcircled{3} = 0$$

즉 S<sub>1</sub>의 부의 감소는 S<sub>2</sub>와 S<sub>3</sub>에게 정확히 이전되는 효과를 갖는다. 다만 S<sub>3</sub>는 특수관계에 있지 않으므로 상속세법상 증여의제의 규정을 적용받지 않는 바 그 이유는 전술한 바와 같다.

이제 증여의제의 규정을 적용받는 주주 S<sub>2</sub>의 부의 증가와 상속세법상 증여의제금액을 비교하기 위하여 ②식을 상속세법 시행령 제41조의 4 제3항에서 사용하는 용어로 변환하면 다음과 같다.

P : 감자한 주식 1주당 평가액

M : 주식소각시 지급한 1주당 금액

$\alpha N_1$  : 감자주식수

$$\frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + N_3} : \text{대주주의 감자후 지분비율}$$

따라서 이들 용어를 사용하여 표현하면 ②식은 다음과 같다.

$$\left[ \begin{array}{l} \text{감자한} \\ \text{주식 1주당} \\ \text{평가액} \end{array} - \begin{array}{l} \text{주식소각시} \\ \text{지급한} \\ \text{1주당 금액} \end{array} \right] \times \text{감자주식수} \times \begin{array}{l} \text{대주주의} \\ \text{감자후} \\ \text{지분비율} \end{array}$$

불균등감자에 의한 증여는 주로 비상장주식을 이용하여 발생되므로 주식의 시장가치를 확인하기가 곤란하다. 따라서 상속세법 시행령 제5조에서는 時價를 원칙으로 하되 그 산정이 어려울 경우에는 補充的 評價方法에 의하도록 하고 있다. 주식의 시가와 보충적 평가방법의 결과는 일반적으로 상이할 것이나 그에 대한 논의는 본 논문의 범위를 벗어나는 것이므로 양자가 동일하다는 것을 전제로 한다.

위 식을 보면 동 조항에서 명시된 다음의 마지막 항이 누락되어 있는 것을 알 수 있다.

$$\frac{\text{대주주와 특수관계에 있는 자의 감자주식수}}{\text{총감자주식수}}$$

이 마지막 항은 특수관계에 있는 자에 대해서만 증여의제를 하겠다는 입법취지에 의하여 부

의 이전이라는 실질과는 무관하게 추가된 것이기 때문이다. 우리의 예에서 주주  $S_1$ 과 주주  $S_2$ 는 특수관계에 있으며  $S_1$ 의 소유주식만 소각하였으므로 동 조항에서 추가된 마지막 항의 값은 1이 된다. 따라서 ②식의 값은 그대로 유지되므로 상속세법상 증여로 의제되는 금액을 계산하는 산식은 타당하다.

### 3.4 주주 $S_3$ 의 소유주식도 消却되는 경우

이상의 예를 더욱 확장하여 주주  $S_1$ 의 소유주식 뿐만 아니라 주주  $S_3$ 의 소유주식도 일부 소각하는 경우를 살펴보자. 특수관계에 있는 주주 뿐만 아니라 특수관계에 없는 주주도 감자에 참여한 경우 주주  $S_2$ 의 부의 변화와 그에 따르는 증여의제금액의 타당성을 검토하고자 하는 것이다. 자본의 감소는 주주총회의 特別決議에 의하며, 동 결의와 債權者保護節次 및 주식의 제출과 소각 등의 절차가 완료되면 효력을 발생한다. 따라서 주주가 결의의 取消, 無效, 不存 在確認의 訴를 제기하거나 減資無效의 訴를 제기할 수 있는 瑕疵가 없는 경우 특수관계없는 주주도 본인의 의사에 반하여 감자에 참여하게 되는 경우를 상정해 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

모든 상황은 앞의 예와 같고 다만 주주  $S_3$ 의 소유주식  $N_3$ 중  $\beta$ 의 비율만큼 더 소각기로 결의하였으며, 주주  $S_3$ 에게 지급하는 대가도 1주당  $M$ 으로서 주주  $S_1$ 와 동일하다고 가정하자.

이 경우 주주  $S_2$ 의 부의 변화를 살펴보면 다음과 같다.

3) 불균등감자는 일반적으로 그 주주가 특수관계자로만 구성되어 있는 비상장회사에서 이루어지는 것이므로 현실성있는 경우인지에 대해서는 다소 의문이 있을 수 있으나 본 논문의 목적이 불균등감자의 경제적 효과를 분석하고 상속세법상의 증여의제규정의 타당성을 검토하는데 있으므로 이러한 경우도 살펴볼 필요가 있다.

$$W(S_2)_0 = P \times N_2$$

$$\begin{aligned}
 W(S_2)_1 &= \{P \times (N_1 + N_2 + N_3) - M(\alpha N_1 + \beta N_3)\} \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3} \\
 &= [P\{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3\} + (P - M)(\alpha N_1 + \beta N_3)] \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3} \\
 &= PN_2 + (P - M)(\alpha N_1 + \beta N_3) \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3}
 \end{aligned}$$

$$W(S_2)_1 - W(S_2)_0 = (P - M)(\alpha N_1 + \beta N_3) \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3}$$

전술한 바와 같이 상속세법에서는 위 식에 나타난 부의 증가에 대주주와 특수관계에 있는 자의 감자비율을 추가하여 곱한다. 대주주와 특수관계에 있는 자의 감자주식수는  $\alpha N_1$ 로, 총 감자주식은  $\alpha N_1 + \beta N_3$ 로 표현되므로 위 식에 이를 감안하면 다음의 결과가 된다.

$$\text{증여의제금액} = (P - M)\alpha N_1 \times \frac{N_2}{(1 - \alpha)N_1 + N_2 + (1 - \beta)N_3} \dots\dots\dots ②'$$

이제 ②식과 ②'식을 비교하면 ②식에서 분모의  $N_3$ 가 ②'식에서는  $(1 - \beta)N_3$ 로 변화된 것을 알 수 있다.  $0 \leq \beta \leq 1$  이므로 ②'  $\geq$  ②의 관계가 성립한다. 이는 주주  $S_3$ 도 감자에 참여함으로써 감자후 주주  $S_2$ 의 지분비율이 상대적으로 더욱 높아졌기 때문이다. 즉 주식소각시 주주  $S_3$ 의 소유주식에 대하여도 주식의 시장가치보다 낮은 금액을 대가로 지급함으로써 O기업의 가치는 더욱 증가하였으며, 주주  $S_2$ 의 감자후 지분율은 더욱 높아졌으므로  $S_2$ 의 부의 증가는 더욱 커진 것이다.

한편 상속세법에서는 특수관계에 있는 주주의 주식소각에 따른 부의 증가분만을 증여로 의제하기 위하여 주주  $S_3$ 의 소유주식중 소각되는 주식과 지급하는 대가의 차이로 인한 O기업 가치의 증가분을 제거하기 위하여 마지막 항을 추가로 곱한 것이다. 그러나 주주  $S_3$ 의 주식을 소각함에 따른 주주  $S_2$ 의 부의 증가 효과를 모두 제거하려면 주주  $S_3$ 의 소유주식의 감소로 인한 주주  $S_2$ 의 지분을 상승의 영향도 제거해야 한다. 즉 ②식과 ②'식이 동일해야만 순수하게 특수관계에 있는 주주지분의 소각에 따른 주주  $S_2$ 의 부의 증가액이 계산되는 것이다. 따라서

현행 상속세법은 특수관계에 있는 주주의 주식만을 소각하는 경우를 상정한 것으로서, 특수관계에 없는 주주도 감자에 참여할 경우 특수관계에 있는 대주주가 증여로 의제받게 되는 금액은 입법취지와는 모순되게 커지게 된다. 결국 이러한 모순점은 향후 개선되어야 할 것으로 보인다.

### 3.5 富의 移轉의 다른 方法

불균등감자에 의한 부의 이전외에 다른 방법을 살펴보기로 한다. 앞의 경우와 동일한 상황을 가정하면 부의 이전의 다른 방법으로는 첫째 주주  $S_1$ 이 소유주식  $N_1$ 중  $\alpha$ 의 비율만큼 직접 주주  $S_2$ 에게 증여하는 방법과, 둘째  $\alpha N_1$ 을 시장에서 매각하고 매각대금을  $S_2$ 에게 증여하는 방법이 있다. 이하 각 경우에 부의 변화를 살펴보기로 한다.

첫째 주주  $S_1$ 의 지분중  $\alpha$ 의 비율을 직접 주주  $S_2$ 에게 증여할 경우는 증여세율이  $r$ 이라 할 때 주주  $S_2$ 가  $P\alpha N_1 r$  만큼의 증여세를 과세당하므로 주주  $S_2$ 의 최종적인 부의 증가는  $P\alpha N_1(1 - r)$ 이 된다.

둘째 주주  $S_1$ 의 지분중  $\alpha$ 의 비율을 시장에서 매각하고 매각대금을 주주  $S_2$ 에게 증여하는 경우에는 주주  $S_1$ 이  $\alpha N_1$ 의 매각시에 讓渡所得稅를, 주주  $S_2$ 가 매각대금을 증여받을 때 증여세를 과세당한다. 당초 주식의 취득가액을  $A$ 라 하고, 양도소득세율을  $t$ 라 하며, 주주  $S_1$ 이 주식을 시장가치  $P$ 로 매각한다고 하면, 주주  $S_1$ 의 지분 매각대금은  $P\alpha N_1$ 이 되고 양도차익에 대한 양도소득세는  $(P - A)\alpha N_1 t$ 가 되므로 주주  $S_2$ 에게 증여하는 금액은  $P\alpha N_1 - (P - A)\alpha N_1 t = \alpha N_1\{P(1 - t) + At\}$ 가 된다. 주주  $S_2$ 는 여기에서 증여세를 납부하게 되므로 최종적인 부의 증가는  $\alpha N_1\{P(1 - t) + At\}(1 - r)$ 이 된다.<sup>4)</sup>

두 방법중에서 주주  $S_2$ 의 최종적인 부의 증가 효과가 더 큰 방법이 당연히 선호될 것이다.

두 방법을 비교하기 위하여 첫째 방법에서의 주주  $S_2$ 의 부의 증가액에서 둘째 방법에서의 그것을 차감하면 다음과 같다.

4) 세금의 부담외에 거래비용은 없다고 가정한다. 또한 첫째 방법에서의  $r$ 와 둘째 방법에서의  $r$ 는 증여세율의 누진적 구조로 인하여 상이할 가능성이 있으나 편의상 동일하다고 가정한다.

$$\begin{aligned}
 & P\alpha N_1(1-r) - \alpha N_1\{P(1-t) + At\}(1-r) \\
 & = \alpha N_1\{Pt(1-r) - At(1-r)\} \\
 & = \alpha N_1t(1-r)(P-A) \dots\dots\dots ④
 \end{aligned}$$

우선  $P > A$  인 경우에는 ④식이 항상 양이 되므로 주주  $S_1$ 의 지분을 직접 주주  $S_2$ 에게 증여하는 첫째 방법이 선호된다. 다만 이는  $t > 0$  인 경우 즉 주식의 양도시 양도소득세가 과세되는 경우에만 해당된다. 현행 소득세법상 주식의 매각시 양도소득세가 과세되는 것은 非上場株式<sup>5)</sup>과 不動産等の 過多保有法人의 株式 등 特定株式<sup>6)</sup>의 경우 뿐이다. 따라서 대부분의 상장주식은 양도시 양도차익이 과세되지 아니하므로 ④식에서  $t = 0$  이 되며 이 경우에는 두 방법간에 차이가 없다.

불균등감자에 의하여 부의 이전을 이루려는 법인은 특수관계자의 지분율이 높은 비상장법인일 것이다. 특수관계없는 주주의 지분율이 높으면 감자실시의 경우 부의 유출액이 많아질 것이므로 이를 회피하고자 할 것이며, 상장법인은 상대적으로 지분이 폭넓게 분산되어 있으므로 불리하기 때문이다. 따라서 우리의 관심의 대상을 비상장법인에 한정하면 두 방법 중 첫번째 방법이 선호되는 결과를 가져온다.

3.6 富의 移轉 方法의 比較

불균등감자에 의한 부의 이전과 주주  $S_1$ 의 주식을 직접 주주  $S_2$ 에게 증여하는 방법을 비교해 보기로 한다. 두 방법 중에서 주주  $S_2$ 의 최종적인 부의 증가효과가 더 큰 방법이 당연히 선호될 것이다.

3.6.1 不均等減資에 대한 贈與擬制가 없는 경우

우선 불균등 감자에 대한 증여의제가 없는 경우를 살펴보자. 논의를 간편하게 하기 위하여

5) 소득세법 제23조 제1항 제4호, 동법 시행령 제44조 제6항  
 6) 소득세법 제23조 제1항 제5호, 동법 시행령 제44조의 2

주주 S<sub>1</sub>의 모든 부를 주주 S<sub>2</sub>에게 이전하고자 한다고 가정하면, 주주 S<sub>1</sub>의 주식을 직접 주주 S<sub>2</sub>에게 증여하는 경우 주주 S<sub>2</sub>의 부의 증가를 W(1)라 할 때 다음의 식이 성립한다.

$$W(1) = PN_1(1 - r)$$

불균등감자를 실시하는 경우 주주 S<sub>2</sub>의 부의 증가는 감자로 인한 주식가치의 증가와 주주 S<sub>1</sub>이 주식소각시 받은 대가를 직접 증여한 것으로 구성된다. 이때 M > A 인 경우 주주 S<sub>1</sub>에게 擬制配當 所得稅가 과세된다. 따라서 의제배당 소득세율을 i라 하면 이 때의 주주 S<sub>2</sub>의 부의 증가를 W(2)라 할 때 다음의 식이 성립한다.

$$W(2) = (P - M)N_1 \times \frac{N_2}{N_2 + N_3} + [MN_1 - (M - A)N_1i] \times (1 - r)$$

두 방법간의 차이를 보면 다음과 같다.

$$\begin{aligned} W(2) - W(1) &= (P - M)N_1 \left[ \frac{N_2}{N_2 + N_3} - 1 + r \right] - MN_1(1 - r) + [MN_1 - (M - A)N_1i] \times (1 - r) \\ &= (P - M)N_1 \left( r - \frac{N_3}{N_2 + N_3} \right) - (M - A)N_1i \times (1 - r) \dots\dots\dots \textcircled{5} \end{aligned}$$

0 ≤ M ≤ A 라면 i = 0 이 되므로 ⑤식이 양이 될 조건은 다음과 같다.

$$\text{즉, } r - \frac{N_3}{N_2 + N_3} > 0$$

한편 A < M < P 일때 ⑤식이 양이될 조건을 N<sub>3</sub>에 대하여 정리하면 다음과 같다.

$$N_3 < N_2 \times \frac{(P - M)r - (M - A)i(1 - r)}{(1 - r)\{(P - M) + (M - A)i\}}$$

이상에서 살펴본 바와 같이 불균등감자에 대한 증여의제가 없을 경우에도 특수관계에 있는 주주들이 조세의 부담을 회피하면서 항상 이득을 얻는 것은 아니다. 감자에 참여하지 않는 주주 S<sub>2</sub>와 주주 S<sub>3</sub>의 상대적 지분비율의 크기에 따라 이득을 얻을 기회가 존재하는 것이다. 현실

적으로는 불균등감자를 부의 이전을 위한 변칙적 방법으로 사용하는 기업은 특수관계에 있는 주주들의 지분비율이 절대적으로 높을 것이고, 주식의 시장가치 보다 아주 작은 대가를 지급할 것이며, 그 대가는 취득원가 이하에서 결정될 것이다. 따라서 일반적으로 ⑤식이 양의 값을 가지게 되므로 이를 통하여 이득을 얻게 되는 것이다.

3.6.2 不均等減資에 대하여 贈與擬制가 되는 경우

이제 불균등감자에 대한 증여의제로 증여세가 과세되는 경우를 보자. 주주 S<sub>1</sub>의 모든 주식을 주주 S<sub>2</sub>에게 증여하는 경우 주주 S<sub>2</sub>의 부의 증가는 앞의 W(1)과 동일하나, 불균등감자를 실시하는 경우는 다음과 같이 달라진다.

$$\begin{aligned}
 W(2)' &= (P - M)N_1 \times \frac{N_2}{N_2 + N_3} (1 - r) + [MN_1 - (M - A)N_1i] \times (1 - r) \\
 &= [(P - M) \frac{N_2}{N_2 + N_3} + M - (M - A)i] N_1 \times (1 - r)
 \end{aligned}$$

두 방법간의 차이를 보면 다음과 같다.

$$\begin{aligned}
 W(2)' - W(1) &= [(P - M) \frac{N_2}{N_2 + N_3} + (M - P) - (M - A)i] N_1 (1 - r) \\
 &= - [(P - M) \frac{N_3}{N_2 + N_3} + (M - A)i] N_1 (1 - r) \dots\dots\dots ⑥
 \end{aligned}$$

N<sub>3</sub> > 0 인 한 ⑥식은 M = P ≤ A 인 경우에는 0이 된다. 즉 두 방법간에 차이가 없다. 그러나 그 이외의 경우에는 항상 음이 된다. 즉 불균등감자의 실시는 특수관계 있는 주주들의 부의 감소를 초래한다.

불균등감자에 대한 증여의제는 이처럼 ⑤식을 ⑥식으로 변화시킴으로써 특수관계 있는 주주들이 변칙적인 방법으로 조세의 부담을 회피하면서 증여의 목적을 달성할 수 있는 여지를 제거한 것이다.

## IV. 贈與擬制의 妥當性 및 關聯 規定의 沿革

### 4.1 贈與擬制의 妥當性

이제까지 불균등감자에 의한 부의 이전과 그에 대한 증여의제를 살펴보았다. 그런데 이상의 논의는 특수관계에 있는 주주간에 부의 이전을 목적으로 불균등감자를 행하는 경우만을 대상으로 하였다. 전술한 바와 같이 법인의 자본이 감소하게 되면 채권자와 주주간의 이익에 영향을 미치므로 商法에서는 엄격한 요건을 갖추도록 하고 있으나 그럼에도 불구하고 주식의 소각이라는 방법을 허용하고 있는 이유는 결손금이 누적된 기업이 재무구조를 건실히 하는 길을 확보해 주려는 것이다. 따라서 일반적으로 주식소각을 하는 법인은 소각되는 주식에 대해 낮은 대가를 지급함으로써 減資差益을 발생시키고 이를 이용하여 移越缺損金을 補填할 것이다.

이러한 취지를 인정하여 상법에서는 감자차익은 이월결손금을 보전하도록 하고 이월결손금을 초과하는 금액은 資本準備金으로 적립하도록 하여(상법 제459조 제2호) 배당등으로 사유출하는 것을 금하고 있다. 법인세법에서도 감자차익은 益金에 산입하지 않으며(법인세법 제15조 제1항 제2호), 감자차익의 자본전입에 의하여 지급받는 無償株에 대하여는 익금에 산입하지 않고 있다(법인세법 제19조 제2호).

특수관계에 있는 주주간에 부를 이전하는 변칙적인 증여의 목적으로 불균등감자를 이용하는 경우는 당연히 증여로 의제되어 증여세가 과세되어야 할 것이나, 감자는 통상 사업내용의 축소 또는 결손보전을 위하여 행하여 진다(김익래·강신영 1993, p. 65)는 점에 비추어 볼 때 뜻하지 않게 증여세가 과세되어 주주가 불이익을 받거나 이러한 증여의제 규정으로 인하여 상법상 허용되는 주식소각의 방법을 이용하지 못하게 된다면 문제이다.

현행 상속세법에서는 임의소각이나 강제소각을 불문하고 있으므로 모든 불균등감자에 대하여 획일적으로 적용되어야 할 것이고, 이에 따라 소유주식이 소각되는 주주와 특수관계에 있는 대주주는 증여세가 과세되는 불이익을 받기 때문이다.

소각되는 주식을 결정하기 위해 抽籤 등의 방법으로 株主平等의 原則을 준수하였다면(정회철 1984, p.501) 이는 특정인에게 증여하고자 하는 의사가 존재하지 않으며 마찬가지로 다른

특수관계에 있는 대주주도 수증의 의사표시를 하였다고 볼 수 없다. 따라서 민법상의 증여에도 해당된다고 볼 수 없다.

이에 대한 판례의 입장은 다음과 같다.<sup>7)</sup>

……지분율이 상승된 특정주주와 지분율이 감소된 잔여주주들과의 사이에 명시적인 증여의사의 합치가 없고 감자주주들의 외형적인 재산출연행위는 없어 이를 엄밀히 민법상 증여계약으로 보기는 어렵지만, 감자절차상 주주총회의 결의에서 주주들의 의사의 합동이 있었고 감자주주들이 그들 소유주식을 포기하였으며, 그에 따른 원고법인의 지분율 상당의 주식은 기업회계상으로는 실질적, 경제적으로 원고법인의 순자산의 증가로 볼 것이고 이렇게 순자산이 이동되는 위 관계는 증여에 준하는 거래관계라고 아니 볼 수 없으므로, 이 사건과 같은 불균등 무상감자의 경우도 무상으로 자산을 수증하는 거래로 보아야 하고, 이렇게 보는 것을 조세법률주의나 실질과세의 원칙에 반한다고 볼 것도 못된다 할 것이며 ……감자와 감자주주들의 지분 포기 및 이에 따른 원고의 지분율 증가가 헌법상 보장된 재산권 행사의 한 방법임은 물론이나, 동시에 그것이 과세요건에 해당하면 그에 대한 조세를 부담하여야 함은 국민의 재산권 행사에 결부되어 있는 헌법상 의무임은 부인할 수 없고, 나아가 세법의 규정이 다소 불명확한 점이 있다고 하더라도 법리상의 해석이 가능하고 그 해석이 국민에게 예측불가능한 막대한 손해를 끼치는 것이 아닌 한……그에 따른 조세의 부과는 과세권의 남용에 해당된다고 볼 수 없으며, 세법해석은 엄격하여야 한다는 원칙에도 배치된다고 할 수 없다.

즉 민법상 증여의 개념과 세무상 증여의 개념이 정확히 일치할 필요는 없으며, 민법상의 증여와 유사한 관계가 성립하여 결과적으로 부의 이전이 발생하였다면 실질과세의 원칙에 의하여 증여세가 과세되어야 한다는 것이다.<sup>8)</sup> 상기 판례는 법인주주의 경우를 대상으로 한 것이나 수증의 과세라는 의미를 반드시 민법상의 증여만을 원인으로 하지 아니한다고 판시함으로써 종전부터 제기되어 온 수증의 과세의 의미에 관한 분쟁의 여지를 제거하였다는 점에서 의미가 있다.

7) 서울고등법원판결, 92구7728, 1993. 1. 19.

8) 불균등감자시의 증여의제는 주로 개인주주 상호간에 적용되는 문제이다. 순자산증가설을 취하고 있는 법인세법에서는 익금의 내용이 포괄적으로 규정되어 있으므로 법인주주의 경우는 상속세법상의 증여의제규정이 아닌 법인세법상의 규정만으로도 과세가 가능할 것으로 보인다.

법인주주의 경우에 대하여는 최선집(1993)을 참조할 것.

따라서 현행 상속세법의 규정이나 판례의 입장에 따르는 한 불균등감자는 모두 증여의제를 면키 어렵다. 그러므로 ⑥식에서 보는 바와 같이 특수관계에 있는 주주간에 증여의 목적으로 이러한 방법을 이용할 때는 물론 이월결손금의 보전등의 목적으로 이용할 때에도 부의 감소가 초래된다. 이러한 내용을 깊이 검토하기 위하여는 불균등감자에 대한 증여의제의 연혁을 살펴 볼 필요가 있다.

#### 4.2 關聯 規定의 沿革

불균등감자에 대한 課稅當局의 입장과 國稅審判所 및 法院의 입장은 그동안 많은 例規와 判例가 누적되어 왔다. 이는 경제활동의 다양화에 따른 새로운 거래양식의 출현을 상속세법의 개정을 통하여 적시에 적절히 반영하지 못함에 의한 것이다. 따라서 입법적인 해결이 이루어지기 전까지 각종 예규와 판례들은 불균등감자의 증여의제에 대하여 다소 상반된 입장을 취함으로써 혼란이 야기되었던 것이다. 여기서는 이 문제에 관한 논리의 흐름을 주도한 몇가지 중요 예규와 판례등을 검토해 보기로 한다.

불균등감자에 대하여 확인 가능한 최초의 公的인 見解表明은 1984년 7월 25일의 국세청 예규였다.<sup>9)</sup> 동 예규는 당시의 현행 상속세법 및 소득세법의 규정에 의하여 증여세 및 소득세 문제는 발생하지 않는다고 해석하였던 것이다. 이는 조세법이 갖추어야 할 기본원칙 중에서 가장 중요한 租稅法律主義에 충실한 해석으로서, 상속세법상 불균등감자에 대한 과세요건이 법률로 규정되지 않았으므로 그에 대한 과세행위는 課稅要件 法定主義와 課稅要件 明確主義에 위배된다는 입장이다. 조세법률주의의 존재의의는 국민의 재산권을 보장하면서 法的 安定性과 豫測可能性을 보장하는 데 있다는 점에서 이러한 해석은 설득력을 지닌다.

동 예규이후에는 과세관청의 공적인 견해표명을 믿고 실시한 불균등감자에 대하여 과세할 수 없다는 많은 예규 및 판례가 나오게 되었다. 이러한 입장은 信義誠實의 原則에 입각한 것으로 이해된다. 신의성실의 원칙은 사람이 공동생활을 영위함에 있어서 상대방의 신뢰를 배반하지 아니하도록 신의와 성실을 가지고 행동하여야 한다는 원칙으로서 그 내용은 추상적이고 윤

9) 국세청 재산 01254-2471, 1984. 7. 24.

리적 선택이 농후하다. 따라서 역사적 배경과 시대의 추이에 따라 그리고 사회적 정치적 경제적 문화적 여건의 변천에 따라 다소 차이가 있을 수 있고 서서히 변화해 가기도 하는 것이다. 어떠한 신의성실의 원칙은 법과 도덕을 조화시켜 사회생활을 신의와 신뢰에 찬 공동생활이 되도록 하려는 것이므로 사회공동체의 일원으로서는 마땅히 준수해야 하는 규범인 것이다(최명근 1988, p.65).

국세기본법도 제15조에서 이를 받아들여 납세자가 그 의무를 이행함에 있어서는 신의에 좇아 성실히 하여야 하며, 세무공무원이 그 직무를 수행함에 있어서도 또한 같다고 규정하고 있다. 따라서 상기 국세청 예규이후에는 신의성실의 원칙과 그의 또다른 모습으로서 국세기본법 제18조 제3항에 명시된 禁反言의 原則에 의하여 불균등감자에 대한 증여의제는 이루어 질 수 없는 것이었다.

여기서 고려해야 할 것은 신의성실의 원칙이란 조세의 과세권자에게만 적용되는 것이 아니라는 점이다. 납세자가 그 의무를 이행함에 있어서도 준수하여 법과 도덕을 조화시켜야 한다는 본래의 의미는 과세당국의 공적 견해표명을 악용하는 그릇된 납세윤리에 의해 퇴색되었다. 따라서 이는 불균등감자 행위를 증여세의 과세요건으로 명확히 하는 입법의 필요성을 증대시키게 되었다. 한편 상기 예규는 所得源泉說에 근거하여 과세되는 개인주주에 대한 견해표명에 불과하며 純資産增加說을 따르는 법인주주에 대하여는 법인세법상 명확한 규정이 없다 하더라도 순자산을 증가시키는 자산수증액으로서 익금산입의 대상이 되므로 법인세의 과세는 정당하다는 것이 판례의 입장이다.<sup>10)</sup>

불균등감자에 대한 증여의제의 立法必要性이 증대되는데 반하여 과세당국은 세법에 대한 새로운 해석으로서 이를 해결하고자 하는 시도를 하게 되었다. 즉 1990년 10월 26일의 재무부 예규에서는 상속세법 제29조의 2 제1항에서 타인의 증여에 의하여 재산을 취득하는 자는 증여세 납세의무가 있다고 한 규정을 새로이 해석하여 불균등감자에 대하여도 증여세를 과세할 수 있다고 한 것이다.<sup>11)</sup>

이는 實質課稅의 原則에 입각한 견해로 이해된다. 실질과세의 원칙이 요구되는 이유는 조세법이 과거나 현재의 상황을 바탕으로 미래의 상태를 예측하여 이에 대한 과세요건을 규정함에

10) 서울고등법원판결, 전계 판결

11) 재무부 재산 22607-1033, 1990. 10. 26.

있어서 미래의 상태를 정확하게 망라하여 반영하지 못함으로써 세법의 형식적인 적용이 경제적 실질과 동떨어져서 불공정한 과세 또는 조세회피행위가 유발될 수 있다는 우려에서이다. 그러나 실질과세의 원칙은 형식에 의하여 경제행위를 수행한 사람에게 예측불가능한 조세부담을 주는 등의 부작용을 가져올 수도 있다(이만우 1994, p.43). 따라서 이 원칙이 남용될 경우에는 그에 따라 조세법률주의가 파괴될 위험성이 높으므로 조세법률주의의 내용에 있어서는 형식과세의 원칙이 기본적인 원칙이 되고 실질과세의 원칙은 보완적인 원칙이라 보아야 할 것이다(이철성 1993, p.90).

이러한 점에서 볼 때 상기 재무부예규는 상속세법을 擴張解釋함으로써 법적안정성과 예측가능성을 저해하여 당초의 입장인 조세법률주의를 한 발 후퇴한 것이었다. 이로 인하여 불균등감자에 대한 증여세 과세가 가능해 졌으나 상속세법에는 이의 과세요건에 대하여 아무런 규정이 없으므로 증여로 의제되는 금액의 전액이 과세대상이 되어야 하고 따라서 특수관계자가 아닌 경우에도, 대주주가 아닌 경우에도, 또한 주식의 조각에 대한 대가가 현저히 저렴하지 않은 경우에도 증여세를 과세해야 한다는 문제가 발생한다. 그러나 이는 당시 상속세법에서 증여로 의제되던 거래들과 형평에 맞지 아니하는 것으로서 결과적으로 실질과세가 구현하고자 하는 조세평등주의를 오히려 해하는 모순을 나타내게 되었다.

이러한 모순점은 1990년 12월 31일 상속세법의 개정으로 제34조의 5 제1항 제2호가 신설됨으로써 立法적으로 해결되었다. 따라서 이 조항의 신설은 증여세과세의 일반규정인 상속세법 제29조의 2에 의하여도 과세할 수 있는 불균등감자에 대하여 다른 증여의제규정들과의 법체계상 균형을 맞추고 적용요건을 명확히 하는 목적이었다(이태로 1994, p.343).

이상과 같은 과정을 통하여 불균등감자에 대한 증여의제 규정이 상속세법에 포함되게 되었으며, 이후 일부 문언을 명확히 하는 소폭의 개정을 거쳐 오늘에 이르렀다. 현행 상속세법의 규정이 주식소각의 구체적 형태에 관계없이 획일적으로 적용되며, 따라서 본래 증여의 의사가 없는 경우에도 동 규정의 적용으로 특수관계에 있는 대주주에게 불이익이 발생된다는 점은 전술한 바와 같다. 그런데 증여로 의제하는 거래들은 본래 과세관청이 그 거래의 경제적 실질을 입증한다면 상속세법 제29조의 2의 규정에 의해서도 충분히 과세할 수 있는 것이나, 그 거래가 다른 거래의 모습으로 위장하고 있어서 실무상 그 입증에 용이하지 않으므로 입증책임을 납세자에게 전가하고 일응 증여로 과세한다는 견해(이철송 1991, p.17)에 비추어 볼 때 기업

의 이월결손금을 보전하여 재무구조를 건전하게 하는 순수한 동기에 의하여 주식소각을 실시하는 경우는 동 증여의제 규정의 적용이 배제되어야 할 것이다.

이러한 필요성은 향후 입법적인 보완작업이나 판례등을 통하여 이루어져야 겠으나 불균등감자를 증여로 의제하는 규정이 상속세법에 명시된 이상 그 동기의 순수성에 대한 입증책임은 당연히 납세자에게 있다고 할 것이다.

## V. 맺음말

法이란 어느 사회의 정당한 정치권력이 그 사회의 共同善을 위하여 자연질서에 근거를 두고, 그 사회의 도덕·관습·필요성 등 합리적 가치요소들을 반영하여 정당한 방법으로 제정하거나 확인·적용하는 강제적 사회생활규범으로서 여러 주체들간의 관계에서 최소한의 正義實現 내지 秩序維持를 내용으로 한다(유병화 1994, p.584).

이러한 법에 대한 정의에서 불균등감자에 대한 증여의제 문제를 검토하여 보기로 하자. 법규정은 결과적으로 개인의 의사를 구속하고 제한하게 되는데 이러한 강제규범이 아무런 근거 없이 설정될 수는 없는 일이다. 이러한 내용은 조세법에 있어서 조세법률주의를 가장 중요한 기본원칙으로 여기고 있는 점에서 알 수 있다. 세법의 해석이나 과세요건사실을 인정할 때 그 의미·내용이나 사실의 존부 또는 그 구체적 내용에 관하여 의문이 발생할 수 있다. 이에 대하여 의심스러울 때는 國庫의 利益으로(in dubio pro fisco)해석하는 國庫利益說과 의심스러울 때는 納稅者의 利益으로(in dubio contra fisco)해석하는 納稅者利益說이 있다. 양설 모두 논리적 근거를 지니고 있으나 세법을 납세의무의 한계와 징세권력 행사의 한계를 그어 기본인권의 하나인 재산권을 보장하는 데에 그 목적이 있다고 이해할 때 세법은 헌법이 보장한 재산권에 대하여 예외사항을 규정하는 것이므로 그 해석은 제한적으로 엄격하게 하여야 하고, 따라서 의심스러운 경우에는 납세자의 이익이 되게 해석하고, 또 사실인정을 하여야 한다는 것이 통설이다(최명근 1988, p.143, 이철성 1993, p.115).

세법이 변화하는 경제생활을 모두 반영할 수 없는 것은 당연하지만 불균등감자와 같은 새로

운 행위양식에 대하여 기존 법률의 적용이 어려울 경우에는 납세자의 이익으로 해석하는 입장을 취해야 할 것이다. 따라서 법 규정의 미비로 인한 것을 예규에 의하여 해결하려 하는 것은 안이한 자세이며, 이 점에서 과세당국의 입법적 해결 의지가 미약했다는 지적을 면하기 어려울 것이다.

한편 납세자에 대하여는 세법이 허락하는 범위내에서 수단을 강구하여 세법을 위반하지 않는 어떠한 방법도 사용하여 조세부담을 줄일 수 있는 권리를 가진 사실은 부인될 수 없다(이만우 1994, p.25). 이는 脱稅와 구별되는 節稅를 위하여 납세자가 적극적인 수단을 이용하는 稅務管理의 정당성을 강조한 것으로서 불균등감자에 대한 증여의제 규정이 없는 상황에서 이를 이용하여 조세부담을 경감하고자 하는 노력을 비난할 수만은 없을 것이다.

그러나 법의 구체적 기능이나 적용영역은 여러 주체들간의 관계에서 최소한의 정의실현 내지 질서유지를 하는 것이다. 이러한 최소한의 정의실현은 도덕의 경우와는 달라서 모든 측면에서 올바른 것을 실현하는 것이 아니라 다른 주체들과의 관계에서 각자의 행위한계를 분명히 하는 것이다(유병화 1994, p.586).

이처럼 법의 규정에 한계가 있으므로 정해진 행위의 한계안에서 각자가 자율적으로 행동하도록 양식에 맡기게 되는 것이며, 여기서 道德의 문제가 파생된다. 법과 도덕은 완전히 분리된 별개의 체계가 아니며 법의 내용에는 도덕적 경향이 침투되는 것이다. 신의성실의 개념은 특히 노골적으로 도덕의 의미를 내포하고 있는 규정이다. 전술한 바와 같이 불균등감자를 특수관계에 있는 주주간에 부의 이전을 이루려는 목적으로 이용하려는 납세자들은 이러한 신의성실의 원칙을 어긴 것이다.

이제까지 불균등감자 행위가 지니는 경제적 효과와 그에 대한 상속세법상 증여의제의 규정을 살펴보았다. 불균등감자에 수반되는 부의 이전의 효과는 명백하며 따라서 이에 대한 증여세의 부과는 타당성을 지니고 있다. 그러나 현행 규정은 특수관계에 없는 주주도 감자에 참여할 경우 감자에 참여하지 않은 대주주에 부과되는 증여세 과세표준의 금액이 특수관계에 있는 주주로부터의 부의 이전 금액보다 더 크게 됨으로써 다소 모순되는 점이 있는 것으로 분석되고 있다. 따라서 논리의 일관성을 위하여는 규정의 개정이 필요할 것으로 보인다. 또한 증여의 목적이 없이 순수하게 자본의 보전을 위하여 행하는 불균등감자에 대하여는 주주평등의 원칙이 지켜진다는 전제하에서 동 증여의제 규정의 적용을 배제하여 주는 배려도 필요할 것으로

보인다.

불균등감자에 대한 증여의제 규정이 상속세법에 신설된 것은 비교적 최근의 일로서 그동안 과세당국은 입장을 명확히 하지 못함으로써 혼란을 야기하였다. 따라서 법규정의 미비에 대하여 입법적으로 해결하려는 노력이 미흡했다는 지적을 면하기 어렵다. 한편 납세자의 행위도 법규정의 미비를 적극적인 세무관리의 수단으로 이용하였다는 점에서 그 권리는 인정되어야 하겠으나 증여의 의사가 명백하다는 점에서는 도덕적인 비난을 피할 수 없을 것이며, 따라서 궁극적으로는 법을 준수하였다고 보기는 어렵다.

## 참고 문헌

1. 곽윤직, 민법개설, 박영사, 1990
2. 구병주, 감자 및 증자시의 증여의제, 회계와 세무, 1991. 11월호, pp.56~64
3. 김익래·강신영, 세무회계실무, 한국세무경영사, 1993
4. 유병화, 법철학, 진성사, 1994
5. 이광재, 자본거래를 통한 재산이전과 증여의제(Ⅱ), 월간 조세, 1992. 11월호, pp.32~46
6. 이만우, 세법, 박영사, 1994
7. 이철성, 최신조세법, 박영사, 1993
8. 이철송, 상속세법 주요 개정점의 평가, 월간 조세, 1991. 1월호, pp. 10~18
9. 이태로, 조세법개론, 조세통람사, 1994
10. 정희철, 상법학원론(상), 박영사, 1984
11. 최명근, 세법학 총론, 세경사, 1988
12. 최선집, 불균등무상감자를 이용한 부의 세습에 관한 판례평석, 국세, 1993. 6월호, pp. 10~23
13. 한국공인회계사회, 상속세법요해, 1993

## Issue of Constructive Gift Related to the Unequal Reduction of Stated Capital

Manwoo Lee\* · Moonsoo Moon\*\*

### ABSTRACT

In case where the property is transferred gratuitously the gift tax would be imposed in accordance with the inheritance tax law. Particularly under the provisions on presumption of gift, a gift tax would be imposed even though the act does not appear to take the gift. Such provisions are the supplement to promote the impartiality of taxation. Because of the difference of the scope of taxable income between the corporation tax and the income tax laws, there can be exist unfair situation. The unequal reduction of stated capital among shareholders is presumed as gift by the recently established inheritance provision.

The purpose of this paper is to analyze the wealth transfer on the unequal reduction of stated capital and review its economic nature. Reviewing the legislation process, we attempt to investigate the relation between law and moral. The results reveal a logical inconsistency existing in the constructive gift when non-related party is participated in such unequal reduction.

The taxation bureau should take clear attitude toward such newly arising matters which are not subject to taxation in accordance with the existing tax law. Taxpayers who use it as a means of tax management, however, can not avoid censure for violation of public morals or social ethics.

---

\* Associate Professor, College of Business Administration, Korea University

\*\* Instructor, College of Business Administration, Korea University

