

# 기업의 도산 관련 조세제도에 관한 연구

2010. 11

김완석 · 정지선

## 서 언

회사의 도산제도라고 함은 기본적으로 회생절차와 파산절차를 의미한다. 우리나라는 도산제도의 근간을 이루는 회사정리법과 화의법 및 파산법 등의 법률을 1962년에 제정하여 회사정리절차와 화의절차 및 파산절차로 구성된 도산제도의 기본적인 틀을 이루었다.

1997년 말 외환위기 전까지는 도산사건이 많지 않았지만, 외환위기를 겪으면서 많은 기업들이 재정적인 어려움에 빠져 도산사건이 급증하게 되었다. 그리하여, 정부에서는 도산사건의 효율적인 처리를 위해서 도산 관련 법률을 몇 차례 개정하였지만, 미흡한 것으로 평가되자 도산법의 통합을 추진하였으며, 채무자회생및파산에관한법률을 2006년 4월 1일부터 시행하고 있다.

이와 같은 도산과 관련된 조세제도의 주된 쟁점은 채무면제이익에 대한 과세문제, 양도차익에 대한 과세문제, 이월결손금의 승계 및 기업의 도산시 조세채권의 취급과 관련된 문제로 구분된다.

과거의 연구들은 이러한 도산과 관련된 전반적인 조세제도의 문제점과 그에 대한 개선방안에 관한 연구가 미흡한 실정이다. 본 연구에서는 이와 같이 체계적으로 정비되어 있지 아니한 도산 관련 조세제도에 관한 전반적인 문제점과 이에 대한 개선방안을 제시함으로써 조세법률관계의 예측 가능성과 법적 안정성을 제고하고, 납세협력비용의 감소와 납세순응도를 제고하며, 합병 관련 세제와의 연관성을 감안하여 조세제도의 전반적인 합리화 방안을 제시하고 있다.

회생 가능한 도산기업이 조세문제 때문에 회생이 불가능하게 되는 것은 국가 전체적인 입장에서 바라볼 때 바람직하지 않음은 당연하다고 할 것이다. 본 연구를 통하여 기업의 파산이나 회생절차가 보다 효

율적이고, 효과적으로 이루어질 수 있기를 기대한다. 즉, 기업의 회생 절차 또는 파산절차를 효율적으로 수행하는 데 방해가 되는 조세제도를 개선함으로써, 기업의 경쟁력을 강화할 수 있는 계기가 될 수 있기를 기대한다.

본 연구는 서울시립대학교 세무전문대학원의 김완석 교수와 건양대학교 세무학과의 정지선 교수의 공동연구 결과물이다. 연구진은 원내 세미나 및 보고서 검토과정에서 유익한 논평 및 의견을 제시하여 주신 익명의 심사자에게도 감사의 뜻을 표시하고 있다.

끝으로 본 연구의 내용은 전적으로 저자의 개인적인 견해이며 본 연구원의 공식적인 견해가 아님을 밝혀둔다.

2010년 11월

한국조세연구원

원장 원 윤 희

## 요약 및 정책시사점

회사의 도산제도라 함은 기본적으로 재정적인 파탄에 처한 회사에 대하여 회생이 가능한 경우에 회생을 도모하기 위한 회생절차와 회생이 어려운 회사에 대하여 그 회사의 재산을 환가하고 처분하는 파산절차를 의미한다.

우리나라는 도산제도의 근간을 이루는 회사정리법과 화의법 및 파산법 등의 법률을 1962년에 제정하여 회사정리절차와 화의절차 및 파산절차로 구성된 도산제도의 기본적인 틀을 이루었다.

1997년 말 외환위기 전까지는 도산사건이 많지 않았지만, 외환위기를 겪으면서 많은 기업들이 재정적인 어려움에 빠져 도산사건이 급증하게 되었다. 그리하여, 정부에서는 도산사건의 효율적인 처리를 위해서 도산 관련 법률을 몇 차례 개정하였지만, 미흡한 것으로 평가되자 도산법의 통합을 추진하였다. 즉, 채무자회생및파산에 관한 법률은 참여정부의 출범 직후 입법을 추진하여 수정된 제1차 법안을 기초로 이를 일부 수정한 제2차 법안을 2004년 11월 16일 국회에 제출하였다. 국회가 제2차 법안에 대하여 관계기관에 의견조회를 하는 과정에서 법원은 97개 항목에 대한 수정의견을 제시하였고, 이를 반영한 수정안을 만들기 위한 논의가 법원과 법무부 사이에 계속되어 2005년 2월 23일 단일 수정안을 마련하였고, 위 수정안이 일부 수정되어 2005년 3월 2일 국회 본회의를 통과하고, 2005년 3월 31일에 공포되어 2006년 4월 1일부터 시행되고 있다.

도산절차에는 파산절차와 회생절차가 있는데, 파산절차는 개인 또는 법인이 재정적으로 파탄하여 그 변제능력으로는 총채권자에 대한 채무를 완제할 수 없는 상태에 이르렀을 때 강제적으로 채무

자의 전 재산을 관리·환가하여 총채권자의 공평한 금전적 만족을 추구하는 재판상의 절차이다. 이에 반하여, 회생절차는 재정적 궁핍으로 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 법원의 감독하에 채권자, 주주 및 기타 이해관계자의 이해를 조정하여 그 사업의 효율적인 회생을 도모하기 위한 재판상의 절차이다.

한편, 우리나라의 도산 관련 조세제도의 주된 쟁점 및 문제점으로는 크게 채무면제이익에 대한 과세문제, 양도차익에 대한 과세문제, 이월결손금의 승계 및 기업의 도산시 조세채권의 취급과 관련된 문제로 구분된다.

이러한 도산 관련 조세제도의 문제점과 그러한 문제점에 대한 개선방안을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 개인사업자가 파산하는 경우에 발생하는 채무면제이익에 대하여는 소득세법상 명문규정이 없기 때문에 해석상 논란이 제기되고 있다. 따라서 소득세법에서 명문으로 비과세소득으로 규정하거나, 법인의 경우처럼 비과세하는 것이 바람직하다. 또한, 사업과 관련없는 채무면제이익의 경우에는 현행법의 해석상으로는 증여세의 과세대상으로 볼 수밖에 없지만, 과세의 형평을 위하여 상속세 및 증여세법에 명문으로 증여세의 과세대상에서 제외하거나 비과세 대상으로 규정하여야 한다.

둘째, 법인인 도산기업의 경우 채무면제이익에 대하여 3년 거치 3년 분할하여 익금에 산입하도록 하고 있는데, 이러한 방식보다는 당해 회사의 재고자산이나 고정자산의 취득가액에서 삭감조정하는 방법으로 변경하여야 한다. 한편, 출자 전환 채무면제이익의 경우에는 자기자본을 확보할 수 있는 등 기업의 회생에 있어서 더 바람직하기 때문에 일반적인 채무면제이익의 경우보다 더 과감한 조세특례를 인정하는 것이 바람직하다.

셋째, 회생절차에 있어서 채권자 간의 형평성을 도모하기 위해서는 회생계획의 인가결정을 받은 법인이 채무의 일부를 면제받은 경

우에는 비금융기관인 채권자의 채권의 경우에도 특례의 대상에 포함하여야 할 것이다.

넷째, 우리나라의 경우에는 합병과 분할 등의 경우에 있어서 양도차익에 대한 과세이연요건을 각각 별도로 규정하고 있는데, 실질적으로 동일한 내용에 대하여 별도의 과세이연에 관한 기준을 정하는 것은 부당하기 때문에 통일적인 규정이 필요하다고 할 것이다. 또한, 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에는 조세특례제한법에서 한시적으로 규정할 것이 아니라, 법인세법에서 항구적인 과세이연 규정을 두는 것이 타당하다고 할 것이다.

다섯째, 도산회사의 경우에는 회생계획에 따라 행해지는 재조직에 대해서는 채권자들에게 대가를 배정하는 것을 세법에서 받아들여서 과세이연기준을 별도로 마련할 필요가 있으며, 이월결손금의 승계의 경우에도 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 허용하도록 할 필요가 있다.

여섯째, 파산절차에 있어서 조세채권은 원칙적으로 재단채권에서 제외하되, 이러한 방법이 어렵다면, 최소한 재단채권의 변제순위와 관련하여 파산채권자의 공동이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용은 조세채권을 비롯한 다른 재단채권보다 우선변제받도록 하는 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다. 한편, 파산절차에 있어서 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 재단채권으로 인정하는 규정을 삭제하고, 개별법상 채권의 내용을 일일이 검토하여 재단채권으로 취급할 필요성이 인정되는 것에 한하여 재단채권 조항에 구체적으로 열거하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

일곱번째, 회생절차에 있어서 조세채권에 대하여 기본적으로 회생채권으로 하면서, 일부에 한하여 조세우선권을 고려함으로써 조세우선권과 채권자평등원칙의 조화를 고려한 현행 입법태도는 기본적으로 타당하다고 할 것이다.

마지막으로, 가산금을 재단채권 또는 공익채권으로 하는 것은 다른 채권자의 권리를 현저하게 침해하는 것이므로 가산금의 경우에는 재단채권 또는 공익채권에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이와 같이, 도산과 관련된 조세제도의 정비를 통하여 기업의 파산이나 회생절차가 보다 효율적이고, 효과적으로 이루어질 수 있기를 기대한다. 즉, 조세제도가 기업의 회생절차 또는 파산절차를 효율적으로 수행하는 데 방해가 되는 조세제도를 개선함으로써, 기업의 경쟁력을 강화할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

# 목 차

제1장 서론	13
제1절 연구의 필요성 및 목적	13
제2절 연구의 방법 및 주요 연구내용	14
제2장 회사의 도산 관련 조세제도의 현황	17
제1절 개요	17
제2절 채무면제이익에 대한 과세제도	19
1. 서설	19
2. 개인의 경우	20
3. 법인의 경우	21
제3절 양도차익에 대한 과세제도의 현황	31
1. 의의	31
2. 양도차익에 대한 과세제도의 현황	32
제4절 이월결손금의 승계	49
1. 합병시 이월결손금의 승계	50
2. 분할시 이월결손금의 승계	52
제5절 기업의 도산시 조세채권의 취급	54
1. 조세우선권의 일반론	55
2. 파산절차에 있어서의 조세채권의 취급	58
3. 회생절차에 있어서의 조세채권의 취급	63
제3장 주요 국가의 도산세제도와 그 시사점	70
제1절 미국의 도산세제	70

1. 미국 도산제도의 일반 .....	70
2. 기업청산에 따른 과세제도 .....	78
3. 채무면제이익에 대한 과세제도 .....	81
4. 재조직시 양도차익에 대한 과세제도 .....	84
5. 재조직시 이월결손금의 승계 .....	87
6. 조세채권의 취급 .....	89
제2절 일본의 도산세제 .....	90
1. 일본 도산제도의 일반 .....	90
2. 기업의 청산에 따른 과세제도 .....	97
3. 기업회생 등에 의한 채무면제이익에 대한 과세제도 .....	102
4. 조직재편에 의한 특정자산의 양도손실 등 .....	107
5. 재조직시 이월결손금의 승계 .....	110
6. 조세채권의 취급 .....	114
제3절 주요 국가의 도산 관련 조세제도의 시사점 .....	114
1. 미국의 도산 관련 조세제도의 시사점 .....	114
2. 일본의 도산 관련 조세제도의 시사점 .....	117
제4장 도산 관련 조세제도의 쟁점과 정비방안 .....	119
제1절 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안 .....	119
1. 개인의 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안 ..	119
2. 법인의 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안 ..	121
제2절 양도차익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안 .....	133
1. 통일성의 결여에 따른 쟁점과 정비방안 .....	133
2. 과세이연요건의 쟁점과 정비방안 .....	136
제3절 이월결손금 승계제도의 쟁점과 정비방안 .....	138
1. 이월결손금 승계제도에 있어서의 쟁점 .....	138
2. 이월결손금 승계제도의 정비방안 .....	139
제4절 조세채권의 취급에 대한 쟁점과 정비방안 .....	141

1. 파산절차에 있어서 조세채권의 쟁점과 정비방안 .....	142
2. 회생절차에 있어서 조세채권의 쟁점과 정비방안 .....	155
3. 도산절차에 있어서 가산금의 쟁점과 정비방안 .....	157
제5장 요약 및 결론 .....	161
참고문헌 .....	164

## 표목차

<표 2-1> 합병에 따른 법인세 등의 과세제도의 개요 .....	3
<표 2-2> 회사의 분할에 따른 법인세 등의 과세제도의 개요 .....	9
<표 3-1> 청산소득에 대한 법인세율 .....	101

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 필요성 및 목적

회사의 도산제도와 함은 재정적인 파탄에 처한 회사에 대하여 그 회생이 가능한 경우에 있어서 회생을 도모하기 위한 회생절차와 회생이 어려운 회사에 대하여 그 회사의 재산을 환가하고 처분하는 파산절차를 말하는데, 이와 같은 회생절차와 파산절차에 대하여는 채무자회생 및 파산에 관한 법률에서 규율하고 있다.

도산회사에 대한 회생계획은 막대한 채무를 정리하고 새로운 사업 구조와 재무구조하에서 기업을 계속하는 채무재조정을 그 주된 내용으로 한다. 그런데, 기존 주주들과 경영진을 그대로 유지한 채 채무를 일부 탕감받고 나머지는 변제기 유예를 받는 소극적인 방식은 당해 회사가 재차 도산에 이를 위험이 상존하기 때문에, 일반적으로 기업의 인수와 합병 등과 같은 적극적인 회생방안이 채택된다<sup>1)</sup>. 이와 같은 도산과정에는 채무면제이익에 대한 과세문제, 재조직시 자산의 양도차익에 대한 과세문제, 이월결손금의 승계문제, 파산절차나 회생절차에 있어서 조세채권의 취급에 관한 문제 등 여러 가지 조세문제가 발생한다. 특히, 기업이 도산하여 갱생을 도모하는 경우 가장 결정적인 고려요소의 하나를 이루는 것이 조세이다.

이와 같이 회사의 도산과정에는 여러 가지 조세문제가 발생하고 있음에도 불구하고, 이에 대한 체계적인 연구가 이루어지지 않고 있다.

---

1) 이의영, 「회사도산세제의 개선방향에 관한 연구 -효율적 도산제도 운용을 위한 조세법적 접근-」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 8, p. 273.

즉, 박정우·이현선(2000. 2)·심인숙(2007. 5)·이중교(2009. 4)·최성근(2009. 8) 및 최완주(1999) 등의 연구에서는 도산과 관련하여 조세채권의 취급에 대한 문제점과 이에 대한 개선방안을 제시하였으며, 이의영(2008. 12) 및 최성근(2008. 6 및 2009. 2) 등의 연구에서는 채무 면제이익에 대한 현행 제도의 문제점 및 개선방안을 제시하고 있지만, 도산 관련 조세제도에 있어서의 전반적인 연구는 아직 이루어지지 않고 있는 실정이다. 한편, 이의영(2008. 12)과 주영식(2006. 2)의 연구는 도산과 관련된 전반적인 내용에 대하여 살펴보고 있지만, 이의영(2008. 12)의 경우에는 현행법의 해석론이 미비하며, 주영식(2006. 2)의 연구는 전반적인 연구라기보다는 조세채권의 취급에 대한 연구에 치중되어 있다. 이와 같이 현재 회사의 도산과 관련된 세제에 대하여는 단편적인 연구는 다수 존재하지만, 도산 관련 세제에 대한 전반적인 연구를 한 문헌은 찾아보기 힘든 실정이다.

이러한 실정에서 회사의 도산 관련 조세제도의 전체적인 문제점과 이에 대한 개선방안을 모색하는 것은 매우 중요한 과제라고 할 것이다.

이를 위해서 우리나라의 현행 기업의 도산과 관련된 조세제도의 내용을 살펴보고, 미국과 일본 등 외국의 도산 관련 세제와 비교하여 시사점을 도출하고, 우리나라의 도산 관련 세제의 문제점을 제기하고, 그에 대한 합리적인 개편방안을 도출하고자 한다.

이와 같이 체계적으로 정비되어 있지 아니한 도산 관련 조세제도에 관한 전반적인 문제점과 이에 대한 개선방안을 제시함으로써 조세법률관계의 예측 가능성과 법적 안정성을 제고하고, 납세협력비용의 감소와 납세순응도를 제고하며, 합병 관련 세제와의 연관성을 감안하여 조세제도의 전반적인 합리화 방안을 제시하고자 한다.

## 제2절 연구의 방법 및 주요 연구내용

본 연구는 연구의 특성상 문헌연구의 방법에 의하고자 한다. 즉, 단

행본과 학술논문 및 연구보고서 등을 검토하여 본 연구를 수행하고자 한다. 그리고 기업의 도산과 관련된 조세법령의 해석상 논점과 제도적인 문제점을 파악하기 위해서 헌법재판소와 대법원의 판례 등을 참조하고자 한다.

이와 같이 문헌연구의 방법에 의하여 현행 도산과 관련된 조세제도 중에서 해석상 논란이 되고 있는 부분을 명확하게 함과 동시에 제도적인 문제점에 대한 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

한편, 본 연구는 다음과 같은 순서로 진행하고자 한다.

먼저, 제2장에서는 회사의 도산 관련 조세제도에 대하여 살펴보고자 한다. 제1절에서는 현행 도산제도에 대한 일반적인 내용에 대하여 살펴보고, 제2절에서는 채무면제이익에 대한 과세제도에 대하여 살펴보고자 한다. 그리고 제3절에서는 양도차익에 대한 과세제도, 제4절에서는 이월결손금의 취급에 대하여 살펴보고, 제5절에서는 조세채권의 취급에 대하여 살펴보기로 한다.

제3장에서는 우리나라의 도산 관련 조세제도의 문제점과 개선방안을 살펴보기에 앞서, 미국과 일본의 도산 관련 제도와 세제에 대하여 살펴보고, 이에 대한 시사점을 도출하고자 한다. 먼저, 제1절에서는 미국의 도산 관련 제도와 세제에 대하여 살펴보고, 제2절에서는 일본의 도산 관련 제도와 세제에 대하여 살펴봄, 제3절에서는 미국과 일본의 도산 관련 세제의 시사점에 대하여 살펴보고자 한다.

제4장에서는 도산 관련 세제 중에서 쟁점이 되는 채무면제이익, 양도차익, 이월결손금의 승계문제 및 조세채권의 취급에 대한 각각의 문제점과 그에 대한 개선방안을 도출하고자 한다.

먼저, 채무면제이익의 경우 이를 과세할 것인지, 아니면 과세하지 않을 것인지에 대하여 논란이 지속되고 있으므로 이에 대한 명확한 입법적인 해결방안을 제시하며, 회사의 도산으로 인하여 재조직(합병, 분할, 영업양도 등)에 따른 자산의 양도차익에 대하여 과세하는 것이 타당한지의 여부에 대한 검토를 통하여 합리적인 입법방향을 제시하

고자 한다. 또한, 회사의 도산으로 인한 재조직시에 이월결손금의 승계 여부에 대한 검토와 이에 대한 합리적인 입법방향을 제시하고, 회사의 도산시에 조세채권의 우선문제가 명확하지 않은 문제점이 지속적으로 제시되고 있으므로, 이에 대한 명확한 입법적인 해결방안을 제시하고자 한다.

마지막으로, 제5장에서는 앞의 연구내용을 요약하고, 결론을 맺고자 한다.

## 제2장 회사의 도산 관련 조세제도의 현황

### 제1절 개요

우리나라의 경우에는 1962년에 도산제도의 근간을 이루는 회사정리법과 화의법 및 파산법 등의 법률을 제정하여 회사정리절차와 화의절차 및 파산절차로 구성된 도산제도의 기본적인 틀을 이루었다.

1997년 말 외환위기 전까지는 도산사건이 많지 않았지만, 외환위기를 겪으면서 많은 기업들이 재정적인 어려움에 빠져 도산사건이 급증하게 되었다. 그리하여, 정부에서는 도산사건의 효율적인 처리를 위해서 도산 관련 법률을 몇 차례 개정하였지만, 미흡한 것으로 평가되자 도산법의 통합을 추진하였다. 즉, 채무자회생및파산에관한법률은 참여정부의 출범 직후 입법을 추진하여 수정된 제1차 법안을 기초로 이를 일부 수정한 제2차 법안을 2004년 11월 16일 국회에 제출하였다. 국회가 제2차 법안에 대하여 관계기관에 의견조회를 하는 과정에서 법원은 97개 항목에 대한 수정의견을 제시하였고, 이를 반영한 수정안을 만들기 위한 논의가 법원과 법무부 사이에 계속되어 2005년 2월 23일 단일 수정안을 마련하였고, 위 수정안이 일부 수정되어 2005년 3월 2일 국회 본회의를 통과하고, 2005년 3월 31일에 공포되어 2006년 4월 1일부터 시행되고 있다<sup>2)</sup>.

이와 같은 채무자회생및파산에관한법률의 제정으로 회사정리절차와 화의절차가 통합되어 화의절차가 폐지되는 등의 진전이 있었지만, 종전의 개별법에 규정되어 있던 내용을 대부분 그대로 옮겨오고, 부분

---

2) 주진암, 「도산절차에서 가산금·중가산금의 지위」, 『법조』, Vol. 625, 법조협회, 2008. 10, p. 122.

적으로 문제되는 조항을 개정하는 형식을 취하였을 뿐 실질적으로 각 도산절차를 통일적으로 규정하는 단계에까지는 이르지 못하였다고 할 것이다<sup>3)</sup>.

도산절차에는 파산절차와 회생절차가 있는데, 파산절차는 개인 또는 법인이 재정적으로 파탄하여 그 변제능력으로는 총채권자에 대한 채무를 완제할 수 없는 상태에 이르렀을 때 강제적으로 채무자의 전 재산을 관리·환가하여 총채권자의 공평한 금전적 만족을 추구하는 재판상의 절차이다. 이에 반하여, 회생절차는 재정적 궁핍으로 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 법원의 감독하에 채권자, 주주 및 기타 이해관계자의 이해를 조정하여 그 사업의 효율적인 회생을 도모하기 위한 재판상의 절차이다<sup>4)</sup>.

이와 같이 도산절차에 대하여는 채무자회생및파산에관한법률에서 규정하고 있으며, 기본적으로 파산절차와 회생절차로 구분된다. 그러면, 이와 같은 도산기업에 있어서 조세는 어떠한 측면으로 이해하는 것이 바람직한 것인지의 여부가 문제된다. 즉, 도산기업을 일반적인 기업과 동일하게 보아야 할 것인지, 새로운 실체로 볼 것인지, 담세력이 없는 납세자로 볼 것인지, 징수편의의 입장에서 볼 것인지 또는 기업 구조조정을 지원해야 할 필요가 있는 기업으로 볼 것인지의 여부가 문제되는 것이다.

기본적으로 도산기업에 있어서는 일반적인 기업과 다르게 보는 것이 타당할 것이다. 즉 도산기업의 경우에는 기업의 구조조정을 지원해야 할 필요가 있는 기업으로 보는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면, 도산기업을 일반적인 기업과 동일하게 보아서 법인세 등을 과세하게 되면, 조세 부담 때문에 회생할 수 있는 기업이 파산하는 등의 문제점이 발생할 수

3) 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, p. 131.

4) 최성근, 『회생절차 기업인수도·합병제도의 개선방안 연구』, 한국법제연구원, 2007, p. 12.

있으며, 도산기업의 경우에는 일반기업과 동일하게 조세를 징수하고자 하여도 실질적으로 징수할 방법이 없기 때문이다.

한편, 우리나라의 도산 관련 조세제도의 주된 쟁점 및 문제점으로서 는 크게 채무면제이익에 대한 과세문제, 양도차익에 대한 과세문제, 이 월결손금의 승계 및 조세채권의 취급과 관련된 문제로 구분된다.

따라서 이하에서는 이러한 내용으로 구분하여 조세제도의 현황에 대하여 살펴보고자 한다.

## 제2절 채무면제이익에 대한 과세제도

### 1. 서설

회생절차에 있어서 수립되는 회생계획의 경우에는 일반적으로 채권자들이 채권의 전부 또는 일부를 면제하게 되는데, 이러한 채무면제에 있어서 도산회사는 채무면제이익이 발생하게 된다. 이러한 채무면제이익의 경우 도산회사 등이 개인인지, 또는 법인인지의 여부에 따라서 그 과세상의 취급도 달라지게 된다.

채무의 면제로 인한 이익은 기본적으로 증여로 볼 수 있다. 즉, 채무의 면제나 소멸은 재산상의 이익을 얻은 것이기 때문에 자산의 수증이익과 경제적으로 동일하다고 할 것이다. 이러한 관점에서 현행 세법은 기본적으로 채무면제이익에 대하여는 증여세를 과세하고 있는 것이다. 물론, 채무면제이익을 받은 자가 법인인 경우에는 익금으로 보아 법인세를 과세하고 있다.

이하에서는 채무면제이익에 대한 과세제도를 채무면제를 받은 자가 개인인 경우와 법인인 경우로 구분하여 살펴보기로 한다.

## 2. 개인의 경우

개인의 채무면제이익의 경우에는 당해 채무면제이익이 사업과 관련된 것인지의 여부에 따라서 과세상 취급이 달라진다. 왜냐하면, 개인의 채무면제이익이 사업과 관련된 경우에는 소득세가 과세되고, 사업과 관련이 없는 경우에는 증여세가 과세되기 때문이다.

이하에서는 이와 같은 개인의 채무면제이익에 대한 과세상 취급에 대하여 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

### 가. 사업과 관련이 있는 경우

개인이 사업과 관련하여 무상으로 받은 재산의 가액과 채무의 면제 또는 소멸로 인하여 발생하는 부채의 감소액은 이를 총수입금액에 산입한다<sup>5)</sup>. 다만, 거주자가 무상으로 받은 자산의 가액과 채무의 면제 또는 소멸로 인한 부채의 감소액 중 이월결손금의 보전에 충당된 금액은 해당 과세기간의 소득금액을 계산할 때 총수입금액에 산입하지 아니한다<sup>6)</sup>. 즉, 사업과 관련된 채무의 면제 등의 경우에는 원칙적으로 소득세가 과세되는 것이다.

부연하면, 사업소득자가 파선선고 후에 면책결정 또는 회생절차나 개인회생절차에 의한 면책을 받은 경우에 그 감소액은 일반적인 사업소득자의 채무면제이익과 동일하게 총수입금액에 산입하며, 법인과 같은 과세특례제도는 적용되지 아니한다.

### 나. 사업과 관련이 없는 경우

개인이 사업과 관련없이 채무를 면제받은 경우에는 소득세의 과세

5) 소득세법 시행령 제51조 제3항.

6) 소득세법 제26조 제2항.

대상이 되는 것이 아니라, 증여세의 과세대상이 된다. 즉, 채권자로부터 채무를 면제받거나 제3자로부터 채무의 인수 또는 변제를 받은 경우에는 그 면제나 인수 또는 변제로 인한 이익에 상당하는 금액(보상액을 지급한 경우에는 그 보상액을 뺀 금액으로 한다)을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 하는 것이다<sup>7)</sup>.

한편, 채무의 면제에 따른 증여의 경우에 수증자가 증여세를 납부할 능력이 없다고 인정될 때에는 그에 상당하는 증여세의 전부 또는 일부를 면제한다<sup>8)</sup>. 개인 채무자에게 파산선고 후 면책결정 또는 회생절차나 개인회생절차에 의한 면책으로 채무면제이익이 발생한 경우에는 그 수증자인 개인 채무자에게 증여세를 납부할 능력이 없다고 보아 증여세를 면제하는 것이다.

### 3. 법인의 경우

#### 가. 일반적인 경우

##### (1) 익금산입

법인세법상 익금이란 자본 또는 출자의 납입 및 법인세법에서 규정하는 것을 제외하고, 당해 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액으로 하도록 하고 있다<sup>9)</sup>.

따라서 채무의 면제 또는 소멸로 인하여 생기는 부채의 감소액은 결과적으로 법인의 순자산을 증가시키는 거래에 해당하기 때문에 당연히 익금을 구성하는 것이다<sup>10)</sup>. 또한, 채무의 출자전환으로 주식 등을

---

7) 상속세및증여세법 제36조.

8) 상속세및증여세법 제4조 제3항.

9) 법인세법 제15조 제1항.

10) 법인세법 시행령 제11조 제6호.

발행하는 경우에는 당해 주식 등의 법인세법 제52조 제2항에 따른 시가를 초과하여 발행된 금액은 익금에 산입한다<sup>11)</sup>. 즉, 주식발행액면초과액은 자본거래에 해당하기 때문에 익금에 산입하지 아니하지만, 채무의 출자전환으로 주식 등을 발행하는 경우에는 당해 주식 등의 시가를 초과하여 발행된 금액은 채무면제이익으로 보아 법인세를 과세하는 것이다.

이 경우에 채무의 출자전환에 따른 채무면제이익의 과세제도가 주식의 시가가 액면가를 초과하는 경우에만 적용될 것인지, 아니면 주식의 시가가 액면가액에 미달하는 경우에도 적용될 것인지의 여부가 문제인데, 법인세법에서는 회생절차 등 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례제도는 발행가가 시가를 초과하는 경우를 예정하면서 시가가 액면가액에 미달하는 경우에는 액면가액을 초과하는 경우를 적용대상으로 하고 있다. 따라서 법인세법의 출자전환 채무면제이익에 대한 과세제도는 시가가 액면가액을 초과하는 경우뿐만 아니라 액면가액에 미달하는 경우에도 적용대상이 된다고 보아야 할 것이다<sup>12)</sup>.

## (2) 이월결손금 충당액의 익금불산입

채무의 면제 또는 소멸로 인한 부채의 감소액 중에서 다음 중 어느 하나에 해당하는 이월결손금의 보전에 충당한 금액은 익금에 산입하지 아니한다<sup>13)</sup>. 이와 같은 이월결손금에 충당하는 것은 결과적으로 미래의 일정한 사업연도의 소득금액을 계산할 때에 사용될 수 있는 결손금을 감소시키기 때문에 과세이연에 해당한다고 할 것이다.

### ① 법인세법 제14조 제2항의 규정에 의한 결손금으로서 법인세법

11) 법인세법 제17조 제1항 단서.

12) 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국제조세협회, 2009. 2, pp. 181~182.

13) 법인세법 제18조 제8호 및 법인세법 시행령 제18조.

제13조 제1호의 규정에 의하여 그 후의 각 사업연도의 과세표준 계산에 있어서 공제되지 아니한 금액

- ② 법인세법 제60조의 규정에 의하여 신고된 각 사업연도의 과세표준에 포함되지 아니하였으나, 다음 중 어느 하나에 해당하는 결손금 중 법인세법 제14조 제2항의 규정에 의한 결손금에 해당하는 것
  - ㉠ 채무자회생및파산에관한법률에 따른 회생계획인가의 결정을 받은 법인의 결손금으로서 법원이 확인한 것
  - ㉡ 기업구조조정촉진법에 의한 경영정상화계획의 이행을 위한 약정이 체결된 법인으로서 채권금융기관협의회가 의결한 결손금

그런데, 도산상태에 빠진 회사의 경우에는 일반적으로 구조적으로 결손금이 많기 때문에 채무면제이익을 받게 되면 결손금에 충당하게 된다. 이처럼, 이월결손금을 모두 채무면제이익에 충당하는 것은 당해 이월결손금이 위의 특례 결손금이 아니라면 회사의 입장에서는 반드시 유리하다고만은 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 회사가 재건된 이후의 사업연도에 이익을 많이 획득하게 되면 채무면제이익에 의한 이월결손금이 전부 소진되었기 때문에 누진세율구조에 의하여 많은 법인세를 부담할 수 있기 때문이다<sup>14)</sup>.

#### 나. 재무구조개선계획 등에 따른 기업의 채무면제이익에 대한 과세특례

##### (1) 의의

회생절차란 재정적인 어려움으로 인하여 파산에 직면한 채무자에

---

14) 이의영, 전제논문, p. 137.

대하여 법원의 감독하에 채권자 등이 이해를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하기 위한 재판상의 절차를 말한다. 즉, 회생절차라 함은 모든 이해관계자들의 권리행사가 집중될 경우에 회사가 파탄에 이르는 물론 권리행사 자체도 만족스럽지 못하게 되기 때문에 채무자와 채권자의 상호 이해와 함께, 채무자의 회생을 위하여 채권자가 손실을 분담하면서 장래에 보다 나은 권리의 충족을 기대하면서 현재의 권리행사를 자제하는 제도인 것이다.

한편, 이와 같은 회생절차에 있어서 법인이 채무를 감면받은 경우에는 당연히 법인세법상 익금에 해당한다. 그러나, 이러한 채무의 감면액을 바로 익금에 산입하게 되면 경영정상화 등을 제대로 이룰 수 없기 때문에 조세특례제한법에서는 일정한 요건을 충족한 경우에 한하여 과세이연을 허용하고 있다.

이하에서는 조세특례제한법상의 과세이연에 대한 내용을 보다 자세히 살펴보고자 한다.

## (2) 과세특례의 내용

### (가) 채무를 면제받은 기업

2012년 12월 31일까지 내국법인이 금융기관으로부터 채무의 일부를 면제받은 경우로서 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 소득금액을 계산할 때 그 면제받은 채무에 상당하는 금액은 해당 사업연도와 해당 사업연도의 종료일 이후 3개 사업연도의 기간 중 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3개 사업연도의 기간 동안에 균분한 금액 이상을 익금에 산입한다<sup>15)</sup>.

① 채무자회생및파산에관한법률에 따른 회생계획인가의 결정을 받

15) 조세특례제한법 제44조 제1항.

은 법인이 금융기관으로부터 채무의 일부를 면제받은 경우로서 그 결정에 채무의 면제액이 포함된 경우

- ② 기업구조조정촉진법에 따른 경영정상화계획의 이행을 위한 약정을 체결한 부실징후기업이 같은 법에 따른 채권금융기관으로부터 채무의 일부를 면제받은 경우로서 그 약정에 채무의 면제액이 포함된 경우 및 같은 법 제24조에 따른 반대채권자의 채권매수청구권의 행사와 관련하여 채무의 일부를 면제받은 경우
- ③ 내국법인이 대통령령이 정하는 바에 따라<sup>16)</sup> 채권을 보유한 금융기관간의 합의에 따라 채무를 면제받은 경우
- ④ 적기시정조치에 따라 채무를 면제받은 경우

또한, 기업구조조정투자회사법에 따른 약정체결기업이 기업구조조정투자회사로부터 채무를 출자로 전환받는 과정에서 채무의 일부를 면제받는 경우 그 채무면제이익은 해당 사업연도와 해당 사업연도의 종료일 이후 3개 사업연도의 기간 중 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3개 사업연도의 기간 동안 균분한 금액 이상을 익금에 산입한다<sup>17)</sup>.

#### (나) 채무를 면제한 금융기관 등

채무를 면제한 금융기관과 기업구조조정촉진법에 따른 채권금융기관(기업구조조정투자회사법에 따른 기업구조조정투자회사는 제외한다)은 해당 사업연도의 소득금액을 계산할 때 그 면제한 채무에 상당하는 금액을 손금에 산입한다<sup>18)</sup>.

---

16) 경영정상화계획 이행을 위한 특별약정에 따라 채무를 면제받은 경우를 말한다(조세특례제한법 시행령 제41조 제2항).

17) 조세특례제한법 제44조 제2항.

18) 조세특례제한법 제44조 제4항.

### (3) 익금산입

채무를 면제받은 법인이 채무면제이익 전액을 익금에 산입하기 전에 사업을 폐업하거나 해산하는 경우에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금에 산입하지 아니한 금액 전액을 익금에 산입한다<sup>19)</sup>.

이와 같이 전액을 익금에 산입하는 이유는 채무자회생및파산에관한 법률이나 기업구조조정촉진법에 따라 채무의 면제를 받은 채무자인 법인이 사업을 계속하는 것을 지원하기 위하여 과세유예의 혜택을 주는 것인데, 사업을 폐지하거나 해산하는 경우에는 과세유예에 대한 혜택의 부여에 대한 정책적 근거가 상실되었기 때문이라고 한다<sup>20)</sup>.

## 다. 회생절차 등 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례

### (1) 의의

채무의 출자전환이란 채권자가 채무자인 기업의 채무를 탕감하여 주는 대신에 당해 기업의 주식을 취득하는 채무조정방법을 의미한다. 채무의 출자전환은 주로 채권금융기관이 채무자인 회사의 구조조정을 지원하기 위해서 기존의 대출금을 출자로 전환하는 것을 말하는데, 1997년 외환위기 이후에 다수의 Work Out Plan에서 활용되었다. 기업들이 이와 같이 출자전환을 하는 이유는 기본적으로 기업의 채무 및 이자부담을 줄여주는 대신에 기업의 경영을 향상시켜서 수익을 높이기 위함이라고 할 수 있다. 또한 채권자가 출자전환을 하게 되면 경제 전체적으로는 기업의 도산을 막아서 신용경색을 완화하고, 실업자를

19) 조세특례제한법 제44조 제3항.

20) 한만수, 「자본구조조정 및 채무조정의 과세효과에 관한 고찰」, 『조세법 연구』, XIV-1, 한국세법학회, 2008. 4, pp. 41~42.

구할 수 있으며, 금융권 부실의 확산을 방지할 수 있다<sup>21)</sup>.

출자전환이란 넓게는 채권자가 대출금 채권을 당해 회사의 주식발행으로 인한 주금액 납입과 상계하는 것을 의미하고, 좁게는 부도위기에 몰린 회사가 고정적인 이자지급 및 원금상환으로 인한 유동성 경색을 해소함과 동시에 적극적인 자구노력의 일환으로 채권자에게 대출채권을 일정한 비율로 자사의 주식과 교환할 것을 합의하는 것을 말한다. 만약, 금융자산의 건전성을 위해서 대출금을 회수하게 되면, 그에 따라 기업이 연쇄적으로 도산하게 되고, 이는 다시 부실채권을 발생시켜서 금융기관의 자기자본비율이 하락하는 악순환이 발생하게 된다. 이를 해소하기 위한 방안이 필요한데, 그것이 대출금의 출자전환인 것이다.

이러한 출자전환을 통하여 도산회사의 경우에는 일부 채무를 변제받고 나머지를 자본으로 전환할 수 있게 될 뿐만 아니라, 잔존 구 채무액과 신주 가액의 차액만큼 실질적으로 채무를 면제받는 결과가 되어 일부 채무담당이 이루어져 채무구조가 개선되는 장점이 있다. 또한, 이러한 채무구조 개선의 이점은 제3자에 의한 회사의 인수를 용이하게 하는 유인으로 작용한다<sup>22)</sup>.

대출채권을 출자전환하는 경우에는 두 가지 방법을 선택할 수 있다. 하나는 채권을 현물출자의 방식으로 출자전환하는 것이고, 다른 하나는 금전출자의 형식을 취하되, 납입할 주금과 자기의 채권을 상계하는 방법이다<sup>23)</sup>. 즉, 이해관계인에게 새로 납입 또는 현물출자를 시키지 아니하고 종래의 권리에 갈음하여 신주를 발행하거나, 이해관계인들에

21) 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국제조세협회, 2009. 2, p. 186.

22) 이의영, 「출자전환시 채무면제이익에 대한 법인세 과세문제」, 『사법논집』, 제47집, 법원도서관, 2008. 12, p. 532.

23) 박정우·김승범, 「기업갱생을 위한 조세 및 법률제도의 정비방안 -대출채권의 출자전환 방법을 중심으로-」, 『세무와 회계저널』, 제4권 제1호, 한국세무학회, 2003. 11, p. 127.

게 종래의 권리에 갈음하여 신주인수권을 부여하여 그들에게 새롭게 납입 또는 현물출자를 시켜서 신주를 발행하는 것이다.

현물출자에 의한 방법은 채권자가 채무자인 회사에 대하여 가지고 있는 채권을 동 회사에 출자하는 형태를 말한다. 현물출자의 형식을 빌어 출자전환을 하려면 다음과 같은 조사절차를 밟아야 한다. 즉, 회사설립시에 현물출자하는 경우에는 변태설립사항으로 정관에 기재하여야 하며<sup>24)</sup>, 법원이 선임한 검사인의 조사를 받거나, 감정인의 감정을 받아야 한다<sup>25)</sup>.

주금납입 상계에 의한 방법은 대출채권 출자전환의 가장 간단한 방법으로 채권자가 인수하는 주식의 납입대금과 채권자가 당해 기업에 대해 갖고 있는 채권을 상계하는 것을 의미한다. 상법이 주금의 납입 의무와 주식인수인이 갖는 채권의 상계를 금지하는 규정<sup>26)</sup>과 조화될 수 있는지의 여부가 관건이 된다.

새로운 주금의 납입 없이 기존의 채권에 대해서 주식을 배정하는 출자전환이 우리나라의 상법상 허용되는지의 여부에 대하여 상법상 주금납입에 대한 상계금지 규정의 위반 여부와 현물출자 관련 규정의 잠탈 여부 등을 두고 논란이 없지는 않지만, 채무자회생및파산에관한법률 제206조에서 이를 허용하는 명시적인 규정이 있기 때문에 이는 허용되는 것으로 보는 것이 타당하다.

## (2) 과세특례의 내용

채무의 출자전환으로 주식 등을 발행하는 경우에는 당해 주식 등의 시가를 초과하여 발행된 금액은 익금에 산입한다<sup>27)</sup>. 즉, 주식 등의 시

24) 상법 제290조 제2호.

25) 상법 제299조 제1항, 제299조의 2.

26) 상법 제334조.

27) 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서.

가를 초과하여 발행된 금액은 실질적으로는 채무면제이익과 동일하기 때문에 익금에 산입하는 것이다<sup>28)</sup>. 부연하면, 채무의 출자전환으로 주식 등을 발행하는 경우에는 당해 주식 등의 시가를 초과하여 발행된 금액을 제외한다는 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서 규정의 의미는 출자로 전환되는 채권의 원리금 가액이 그 출자전환으로 발행되는 주식의 시가를 초과하는 경우 그 차액을 채무면제이익으로 본다는 의미인 것이다. 이는 곧 채권자가 채무자 법인에 대하여 가지는 전체 채권액 중에서 발행 주식의 시가에 해당하는 금액만 주식의 발행가액으로 납입하고, 그 초과액은 면제시켜 준 것으로 간주한다는 것이다<sup>29)</sup>.

그러나, 주식 등의 시가를 초과하여 발행된 금액 중에서 다음의 금액은 이를 당해 사업연도의 익금에 산입하지 아니하고, 그 이후의 각 사업연도에 발생한 결손금의 보전에 충당할 수 있다<sup>30)</sup>.

- ① 채무자회생및파산에관한법률에 따라 채무를 출자로 전환하는 내용이 포함된 회생계획인가의 결정을 받은 법인이 채무를 출자전환하는 경우로서 당해 주식 등의 시가(시가가 액면가액에 미달하는 경우에는 액면가액)를 초과하여 발행된 금액
- ② 기업구조조정촉진법에 따라 채무를 출자로 전환하는 내용이 포함된 경영정상화계획의 이행을 위한 약정을 체결한 부실정후기업이 채무를 출자전환하는 경우로서 당해 주식 등의 시가(시가가 액면가액에 미달하는 경우에는 액면가액)를 초과하는 금액
- ③ 당해 법인에 대하여 채권을 보유하고 있는 금융실명거래및비밀보장에관한법률 제2조 제1호의 규정에 의한 금융기관과 채무를

28) 현행 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서의 규정이 없었던 구 법인세법(2005년 12월 31일 법률 제7838호로 개정되기 전) 시행 당시 실무에서는 출자전환된 주식의 시가와 구 채무액수 간의 차액을 주식발행초과금으로 처리하여 면세혜택을 누렸다(이의영, 전제논문, p. 537).

29) 同旨; 한만수, 「자본구조조정 및 채무조정의 파세효과에 관한 고찰」, 『조세법연구』, XIV-1, 한국세법학회, 2008. 4, p. 21.

30) 법인세법 제17조 제2항 및 법인세법 시행령 제15조 제4항.

출자로 전환하는 내용이 포함된 경영정상화계획의 이행을 위한 협약을 체결한 법인이 채무를 출자로 전환하는 경우로서 당해 주식 등의 시가(시가가 액면가액에 미달하는 경우에는 액면가액)를 초과하는 금액

현행 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서가 없던 (구)법인세법 시행 당시에는 출자전환된 주식의 시가와 채무액수 간의 차액은 주식발행초과금으로 처리하여 익금에 산입하지 아니하였다. 즉, 시가초과액은 법인세를 과세하지 아니하였던 것이다. 그러나, 2005년 12월 31일 법률 제7838호로 채무의 출자전환으로 주식 등을 발행하는 경우 주식 등의 시가를 초과하여 발행된 금액을 주식발행초과금에서 제외하는 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서가 신설됨에 따라 출자전환된 구 채무액과 신주의 시가(단, 시가가 액면가액에 미달하는 경우에는 액면가액)간의 차액은 채무면제이익과 그 실질적으로 동일하다는 입장에서 원칙적으로 당해 사업연도의 익금에 산입하며, 그 법인에게 이월결손금이 있는 경우에는 당해 이월결손금의 보전에 충당하도록 된 것이다.

### (3) 익금산입

내국법인이 익금에 산입하지 아니한 금액 전액을 결손금의 보전에 충당하기 전에 사업을 폐지하거나 해산하는 경우에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액 계산에 있어서 결손금의 보전에 충당하지 아니한 금액 전액을 익금에 산입한다<sup>31)</sup>.

31) 법인세법 시행령 제15조 제5항.

### 제3절 양도차익에 대한 과세제도의 현황

#### 1. 의의

도산상태에 처한 회사의 경우에는 다른 회사로의 인수 또는 합병 등 회사의 재조직(reorganization)에 의하여 갱생을 꾀할 수 있으며, 대규모 회사의 경우에는 기존 경영주가 경영을 지속적으로 수행하면서 회사를 갱생시키는 방식보다는 인수 또는 합병 등과 같이 적극적인 회사의 재조직 방식이 실무상으로는 많이 활용되고 있는 실정이다.

이와 같이, 도산회사의 재조직은 합병·분할·영업양도·제3자 배정 신주인수·신회사 설립 및 주식의 포괄적 교환·이전 등 여러 가지 방식에 의하여 이루어질 수 있는데, 현행 채무자회생및파산에관한법률에서는 도산회사의 경우에는 재조직이 보다 용이하게 이루어질 수 있도록 여러 가지 특칙을 인정하고 있다<sup>32)</sup>. 도산회사의 특칙에 대한 내용을 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 회생절차개시 이후에 회생계획인가 전이라도 관리인은 채무자의 회생을 위하여 필요한 경우에 법원의 허가를 얻어서 채무자의 영업 또는 사업의 전부나 중요한 일부를 양도할 수 있다<sup>33)</sup>.

둘째, 법원은 채무자의 사업을 청산할 때의 가치가 채무자의 사업을 계속할 때의 가치보다 크다고 인정하는 때에는 일정한 자<sup>34)</sup>의 신청에 의하여 청산(영업의 전부 또는 일부의 양도, 물적 분할을 포함한다)을 내용으로 하는 회생계획안의 작성을 허가할 수 있다. 다만, 채권자 일반의 이익을 해하는 때에는 그러하지 아니하다<sup>35)</sup>.

---

32) 이의영, 「회사도산제도의 개선방향에 관한 연구 -효율적 도산제도 운용을 위한 조세법적 접근-」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 8, pp. 147~148.

33) 채무자회생및파산에관한법률 제62조 제1항.

34) 일정한 자란 관리인, 채무자, 목록에 기재되어 있거나 신고한 회생채권자·회생담보권자·주주 및 지분권자를 말한다.

셋째, 회생계획의 인가 전에 영업 또는 사업의 전부나 중요한 일부를 양도하는 경우, 주식회사인 채무자의 부채총액이 자산총액을 초과하는 때에는 법원은 관리인의 신청에 의한 법원의 결정으로 주주총회의 특별결의에 갈음할 수 있다.

넷째, 회생계획상의 영업양도의 경우에는 반대주주의 주식매수청구권이 허용되지 아니한다<sup>36)</sup>.

한편, 상법상 자본충실의 원칙과 관련하여 채무초과상태에 있는 도산회사를 대상으로 하는 제조직이 인정될 수 있는지의 여부에 대한 논란이 있는데, 채무초과상태에 있는 회사를 소멸회사로 하고, 합병신주를 발행하지 않는 무증자합병은 가능하다고 보아야 할 것이다<sup>37)</sup>. 그러나, 주식의 포괄적 이전 및 교환의 경우에는 자본충실의 원칙상 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다<sup>38)</sup>. 이에 대하여 주식의 포괄적 교환과 이전이 부실기업의 유력한 구조조정 수단으로서 효용이 있고, 무증자 합병의 경우처럼 무증자 주식교환이 인정된다면 자본증가의 한도액에 관한 상법 규정을 위반하는 것이 아니므로, 적어도 도산회사를 대상으로 하는 무증자 주식교환은 가능하다고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다<sup>39)</sup>.

## 2. 양도차익에 대한 과세제도의 현황

### 가. 합병의 경우

회사의 합병이라 함은 둘 이상의 회사가 하나의 회사가 되기 위해서 합병당사회사 중에서 하나의 회사를 제외한 나머지 합병당사회사 또

35) 채무자회생및파산에관한법률 제222조 제1항.

36) 채무자회생및파산에관한법률 제261조 제2항.

37) 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2007, p. 852.

38) 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2007, p. 912.

39) 이의영, 전제논문, pp. 151~152.

는 모든 합병당사회사가 소멸하고, 소멸회사의 권리 및 의무를 청산절차 없이 포괄적으로 존속회사나 신설회사가 승계하며, 사원을 수용하는 효과를 발생시키는 단체법상의 행위를 의미한다.

합병이 되면 피합병법인·합병법인·피합병법인의 주주 및 합병법인의 주주에 대한 법인세와 소득세 및 증여세 등의 납세의무가 발생하게 된다.

이와 같은 합병에 따른 과세제도의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2-1> 합병에 따른 법인세 등의 과세제도의 개요

납세의무자	과세대상소득
피합병법인	양도손익에 대한 각 사업연도의 소득에 대한 법인세(법법 44)
합병법인	1. 양도가액과 순자산시가와의 차액의 분할 익금 또는 손금 산입(법법 44의2② 및 ③) 2. 이월결손금의 승계와 공제 제한(법법 44의3② 및 45) 3. 자산·부채 및 세무조정사항의 승계(법법 44의2① 및 44의3②)
피합병법인의 주주	1. 합병에 따른 의제배당(법법 16 V, 소법 17② IV) 2. 불공정합병에 따른 익금(부당행위계산부인에 의한 익금 포함) 및 증여(법령 11 IX 및 88① VIII, 相法 38)
합병법인의 주주	불공정합병에 따른 익금(부당행위계산부인에 의한 익금 포함) 및 증여(법령 11 IX 및 88 ① VIII, 相法 38)

위의 표에서 나타나는 바와 같이 회사의 합병에 있어서는 합병법인과 피합병법인 및 당해 주주들에게 복잡한 조세문제가 발생하게 되는데, 이하에서는 이러한 조세문제 중에서 기업의 도산과 관련된 피합병법인의 양도손익에 대한 과세제도와 그 특례제도에 한정하여 살펴보고자 한다.

### (1) 양도손익에 대한 과세

내국법인이 합병으로 인하여 해산하는 경우에는 당해 법인의 자산을 합병법인에게 양도하는 것으로 본다. 이 경우 그 자산의 양도에 따라 발생하는 양도손익은 피합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 각 사업연도의 소득을 계산할 때 익금 또는 손금에 산입하여야 한다<sup>40)</sup>. 즉, 피합병법인이 합병법인에 양도한 자산의 양도손익은 각 사업연도의 소득에 대한 법인세로서 과세하는 것이다.

피합병법인의 자산의 양도에 따라 발생하는 양도손익은 피합병법인이 합병법인으로부터 받은 양도대가에서 피합병법인의 합병등기일 현재 순자산의 장부가액을 차감하여 계산한다<sup>41)</sup>. 이 경우 피합병법인이 합병법인으로부터 받은 양도가액이란 합병대가의 합계액(합병법인으로부터 받은 주식 등의 가액과 금전·그 밖의 재산가액의 합계액)을 말한다. 그리고 순자산장부가액이란 피합병법인의 합병등기일 현재 자산의 장부가액 총액에서 부채의 장부가액 총액을 뺀 가액을 의미한다.

### (2) 적격합병에 대한 과세특례

#### (가) 의의

법인의 합병에 의하여 피합병법인은 합병법인으로부터 합병대가를 받고 모든 자산과 부채를 합병법인에게 넘겨준다. 따라서, 피합병법인이 합병으로 인하여 해산하는 경우에는 당해 법인의 자산을 합병법인에게 양도하는 것이며, 당해 양도에 따라서 발생하는 양도손익은 피합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때에 익금 또는 손금에 산입하여 법인세를 과세하는 것이다.

40) 법인세법 제44조 제1항.

41) 법인세법 제44조 제1항.

그러나, 합병에 의한 양도차익을 합병등기일이 속하는 사업연도에 전부 익금에 산입하여 법인세를 과세하게 되면, 법인세의 과중한 부담으로 인하여 법인 간 합병을 통한 기업의 구조조정을 억제하는 결과를 초래하게 된다. 따라서, 당해 합병이 사업목적으로 이루어지며, 지분과 사업의 계속성이 유지되는 경우에는 그 양도손익에 대한 법인세의 과세이연을 허용한다. 즉, 일정한 요건을 충족하는 합병의 경우에는 피합병법인의 양도손익에 대하여 당해 사업연도에 법인세를 과세하지 아니하고, 합병법인이 당해 자산을 처분할 때까지 법인세의 과세를 유예하는 것이다.

#### (나) 적격합병의 요건

##### 1) 일반적 적격합병의 요건

현재 우리나라의 법인세법은 적격합병(qualified fusion)의 요건으로서 사업목적과 지분의 계속성 및 사업의 계속성을 규정하고 있다. 즉, 다음의 요건을 모두 충족하는 합병의 경우에 한하여 양도손익에 대한 법인세의 과세이연을 허용하는 것이다<sup>42)</sup>.

첫째, 합병이 사업목적(business purpose)으로 이루어져야 한다. 즉, 사업상의 필요에 의하여 합병이 이루어져야 하는 것이다. 이 경우 사업목적으로 이루어진 합병인지의 여부는 합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병인지의 여부에 의해서 판단하도록 하고 있다. 즉, 신설합병의 경우에는 피합병법인이 합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 법인이어야 하며, 흡수합병의 경우에는 피합병법인과 합병법인 모두 합병등기일 현재 1년 이상 계속하여 사업을 영위하던 법인인 경우에 한하여 당해 합병을 사업목적에 의한 합병으

---

42) 법인세법 제44조 제2항.

로 하는 것이다.

둘째, 지분의 계속성(continuity of proprietary interest)이 유지되어야 한다. 지분의 계속성이 유지되기 위해서는 피합병법인의 주주가 받는 합병대가의 총합계액 중에서 주식 등의 가액이 80% 이상으로서, 당해 주식 등이 대통령령이 정하는 바에 의하여 배정되며, 대통령령으로 정하는 피합병법인의 주주 등이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 당해 주식 등을 보유하여야 하는 것이다. 즉, 합병대가의 합계액 중에서 합병교부주식 등의 가액이 80% 이상이어야 적격합병이 되는 것이다. 왜냐하면, 피합병법인의 주주가 받는 합병대가가 주로 금전이라는 주식의 매각과 같기 때문에 과세특례를 적용할 필요가 없기 때문이라고 할 것이다<sup>43)</sup>.

셋째, 사업의 계속성(continuity of business enterprise) 요건을 충족하여야 한다. 즉, 합병법인은 당해 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지는 피합병법인으로부터 승계받은 사업을 지속적으로 영위하여야 한다.

## 2) 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 합병에 대한 특례

대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 적격합병의 요건 중에서 지분의 계속성 요건과 사업의 계속성 요건을 갖추지 못한 경우에도 대통령령으로 정하는 바에 따라 적격합병에 따른 과세특례를 적용받을 수 있도록 하고 있다.

## 3) 완전지배법인의 합병에 대한 특례

내국법인이 발행주식총수 또는 출자총액을 소유하고 있는 다른 법

43) Karen, C.Burke, *federal income taxation of corporation and stockholders in a Nutshell*, West Publishing Co., 1996, p. 232.

인을 합병하는 경우에는 적격합병의 요건을 갖추지 못한 경우에도 적격합병에 따른 과세특례를 적용받을 수 있다<sup>44)</sup>. 완전지배법인의 경우에는 경제적으로 동일한 실체로 볼 수 있기 때문에 별도의 제한 없이 적격합병으로 인정하도록 하고 있는 것이다.

#### (다) 과세특례의 내용

적격합병의 요건을 모두 갖춘 합병의 경우에는 양도손익을 계산할 때 양도가액을 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산장부가액으로 보아 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다<sup>45)</sup>. 양도가액을 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산장부가액으로 하면 양도손익이 영(0)이 되어 그 차액이 발생하지 않기 때문에 법인세를 부담하지 않게 되는 것이다. 이 경우 합병법인은 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액을 승계하는 것이므로 합병법인이 당해 자산을 처분할 때까지 그 양도차익에 대한 법인세의 과세가 이연되는 것이다.

#### 나. 분할의 경우

회사의 분할(Spaltung, scission)라 함은 회사가 그 재산의 일부 또는 전부를 분리하여 신설회사나 존속회사에 포괄적으로 승계하고, 그 대가로서 신설되는 회사 또는 존속하는 회사의 주식이나 출자지분이 분할되는 회사 또는 분할되는 회사의 주주 또는 사원에게 부여되는 회사법상의 제도를 의미한다<sup>46)</sup>. 즉, 하나의 회사가 일정한 방법에 의하여 분리되어 둘 이상의 회사로 되는 것을 의미하는 것이다.

이 경우에 재산과 사원이 분리되는 회사를 분할회사(gespaltene

44) 법인세법 제44조 제3항.

45) 법인세법 제44조 제2항.

46) 권기범, 『기업구조조정법』, 삼지원, 1998, p. 272.

Gesellschaft : company being devided) · 괴분할회사<sup>47)</sup> 또는 분할전 회사<sup>48)</sup>라고 하는데, 상법에서는 ‘분할되는 회사’로 표현하고 있다. 분할되는 회사가 분할 후 존속하는 경우에 당해 회사를 존속하는 회사라고 부른다. 그리고 분할회사로부터 재산을 포괄승계받고 자기의 주식 또는 출자지분을 교부하는 회사를 수혜회사(begünstigte Gesellschaft : recipient companies)라 한다. 수혜회사를 상법에서는 ‘분할에 의하여 설립되는 회사 · 분할합병으로 인하여 설립되는 회사’ 및 ‘분할합병의 상대방회사’로 각각 구분한다.

그런데, 법인세법은 분할회사를 ‘분할법인’으로, 신설분할합병에 있어서 분할신설법인에 합병되어 소멸하는 법인을 ‘소멸한 분할합병의 상대방법인’이라고 부르고 있다. 그리고 수혜회사는 ‘분할신설법인’ 및 ‘분할합병의 상대방법인’으로 구분하고 있다.

회사의 분할제도는 복합적인 사업을 영위하는 대기업에 있어서 특정사업부문의 기능별 전문화 · 부진사업이나 적자사업의 분리에 의한 경영의 효율화 · 주주 간의 이해의 조정 · 종업원의 인사관리의 효율화와 인건비의 절감 등을 위하여 활용되고 있다.

회사의 분할이 이루어지게 되면 분할법인 · 소멸한 분할합병의 상대방법인 · 분할신설법인 및 분할합병의 상대방법인의 법인세, 분할법인 · 소멸한 분할합병의 상대방법인 · 분할신설법인 및 분할합병의 상대방법인의 주주에 대한 소득세 및 증여세 등의 납세의무에 영향을 미치게 된다.

회사의 분할에 따른 법인세 등의 과세제도를 정리하면 아래 표와 같다.

47) 손주찬, 『상법(상)』, 박영사, 1998, p. 475; 최기원, 『상법학신론(상)』, 박영사, 1998, p. 433; 정찬형, 『상법강의(상)』, 박영사, p. 466.

48) 정찬형, 위의 책, p. 466.

&lt;표 2-2&gt; 회사의 분할에 따른 법인세 등의 과세제도의 개요

납세의무자	과세대상소득
분할법인 또는 소멸한 분할합병의 상대방법인	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 양도손익에 대한 각 사업연도의 소득에 대한 법인세(법법 46)</li> <li>2. 물적분할로 인한 자산양도차익에 대한 법인세(법법 47)</li> </ol>
분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 양도가액과 순자산시가와의 차액의 분할 익금 또는 손금 산입(법법 46의2② 및 ③)</li> <li>2. 이월결손금의 승계와 공제 제한(법법 46조의3② 및 48의4)</li> <li>3. 자산·부채 및 세무조정사항의 승계(법법 46조의2 ①, 46조의3②)</li> </ol>
분할법인 또는 소멸한 분할합병의 상대방법인의 주주	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 분할에 따른 의제배당(법법 16 VI, 소법 17②VI)</li> <li>2. 불공정분할합병에 따른 익금(부당행위계산부인에 의한 익금 포함) 및 증여(법령 11 IX 및 88① VIII, 相法 38)</li> </ol>
분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인의 주주	불공정분할합병에 따른 익금(부당행위계산부인에 의한 익금 포함) 및 증여(법령 11 IX 및 88 ① VIII, 相法 38)

이와 같이 법인의 분할의 경우에는 분할법인과 분할신설법인 및 그 주주들에게 복잡한 조세문제가 발생하는데, 이하에서는 이러한 조세문제 중에서 물적분할로 인한 양도차익의 손금산입 특례에 한정하여 살펴해보도록 한다.

#### (1) 의의

물적분할이란 분할법인이 그 재산의 일부를 포괄승계의 방법으로 신설되는 수해회사에게 양도하고 그 대가로서 분할회사 자신이 수해회사의 주식을 부여받는 형태의 분할이다. 물적분할은 영업양도와 매우 유사하나, 그 대가가 반드시 주식인 점, 분할재산의 승계가 법률상

당연한 포괄승계라는 점 및 수혜회사가 기존회사 이외에 신설회사일 수도 있다는 점에서 차이가 있다<sup>49)</sup>. 이와 같은 물적분할은 지주회사의 설립·분사 등을 통한 기업의 구조조정의 수단으로 매우 유용한 제도이다.

물적분할을 하게 되면 분할법인은 수혜회사에게 사업의 일부, 즉 자산 등을 이전하게 되고 이로 인하여 자산의 양도차익이 발생하게 된다. 이와 같은 자산의 양도차익에 대하여 한꺼번에 법인세를 과세하게 되면 세부담의 과중으로 인하여 원활한 회사분할을 저해하게 된다.

따라서 회사의 분할을 통한 기업의 구조조정을 지원하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 물적분할에 대하여는 그 물적분할에 따른 자산양도차익 상당액을 손금에 산입할 수 있는 특례를 마련하고 있다. 즉 물적분할에 따른 자산양도차익 상당액의 손금산입 특례는 그 자산양도차익 상당액에 대한 법인세를 물적분할에 의하여 취득한 분할신설법인의 주식의 처분시까지 유예하여 주는 과세이연제도의 일종이다.

## (2) 손금산입의 요건

적격물적분할의 요건을 갖춘 물적분할(Ausgliederung)이어야 한다. 즉, 사업목적·지분의 계속성 및 사업의 계속성의 요건을 갖추어야 한다. 다만, 지분의 계속성에 있어서 분할법인이 분할신설법인으로 부터 받은 분할대가는 그 전액이 분할신설법인의 주식일 것을 요구하고 있다.

한편, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 지분의 계속성 및 사업의 계속성의 요건을 갖추지 못한 경우에도 자산의 양도차익에 상당하는 금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 손금에 산입할 수 있다.

---

49) 최기원, 앞의 책, p. 1177.

### (3) 손금산입액의 범위

분할법인이 물적분할에 의하여 취득한 분할신설법인의 주식의 가액 중 물적분할로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액에 대하여 분할등기일이 속하는 사업연도의 소득금액계산에 있어서 이를 손금에 산입할 수 있다<sup>50)</sup>.

위에서 물적분할로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액을 법문대로 해석한다면 물적분할에 따라 출자한 자산의 평가액에서 자산의 장부가액을 차감한 금액의 의미로 받아들여야 할 것이다. 그러나 물적분할이란 분할회사의 적극재산뿐만 아니라 소극재산까지 분할신설법인에게 포괄적으로 출자하는 것이므로 분할회사가 분할신설법인에게 출자한 자산에는 본래의 자산뿐만 아니라 부채까지도 포함한다고 새겨야 할 것이다. 그러므로 물적분할로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액을 분할법인이 출자한 순자산의 평가액(자산의 평가액에서 부채의 평가액을 차감한 금액)과 순자산의 장부가액(자산의 장부가액에서 부채의 장부가액을 차감한 금액)과의 차액의 의미로 새기는 것이 타당할 것이다.

그런데 분할법인이 출자한 순자산의 평가액은 분할법인이 물적분할에 의하여 취득한 주식의 시가가 된다. 그러므로 물적분할에 있어서 자산의 양도차익은 물적분할로 취득한 주식의 시가에서 분할신설법인에게 이전한 자산의 장부가액에서 분할신설법인에게 이전한 부채액을 차감한 금액을 차감하여 산정한다.

### (4) 손금산입액의 익금산입

분할법인이 양도차익상당액을 손금에 산입한 후 3년 이내의 범위에

---

50) 법인세법 제47조 제1항.

서 대통령령으로 정하는 기간에 다음 중 어느 하나에 해당하는 사유가 발생할 경우 분할신설법인 등은 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 양도받은 자산의 장부가액과 분할등기일 현재의 시가와와의 차액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 익금에 산입한다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ① 분할신설법인 등이 분할법인으로부터 승계받은 사업을 폐지하는 경우
- ② 분할법인이 분할신설법인 등으로부터 받은 주식을 처분하는 경우

#### 다. 현물출자의 경우

##### (1) 과세특례의 내용

내국법인(이하 “출자법인”이라 한다)이 다음의 요건을 갖춘 현물출자를 하는 경우 그 현물출자로 취득한 현물출자를 받은 법인(이하 피출자법인이라 한다)의 주식가액 중 현물출자로 발생한 자산의 양도차익에 해당하는 금액은 대통령령이 정하는 바에 따라 현물출자일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 손금에 산입할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 ② 또는 ④의 요건을 충족하지 못하는 경우에도 자산의 양도차익에 해당하는 금액을 손금에 산입할 수 있다<sup>51)</sup>.

- ① 출자법인이 현물출자인 현재 5년 이상 사업을 계속한 법인일 것
- ② 피출자법인이 그 현물출자일이 속하는 사업연도의 종료일까지 출자법인으로부터 승계받은 사업을 계속할 것
- ③ 다른 내국인 또는 외국인과 공동으로 출자하는 경우 공동으로 출

51) 법인세법 제47조의 2 제1항.

자하는 자가 출자법인의 특수관계자가 아닐 것

- ④ 출자법인(위 ③)에 따라 출자법인과 공동으로 출자한 자를 포함한다)이 현물출자일 다음 날 현재 피출자법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 80% 이상의 주식 등을 보유하고, 현물출자일이 속하는 사업연도의 종료일까지 주식 등을 보유할 것

## (2) 익금산입

출자법인이 양도차익상당액을 손금에 산입한 후 3년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 기간에 다음 중 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하는 경우에 피출자법인은 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 출자받은 자산의 장부가액과 현물출자일 현재의 시가와와의 차액(시가가 장부가액보다 큰 경우만 해당한다)을 익금에 산입한다. 다만, 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다<sup>52)</sup>.

- ① 피출자법인이 출자법인으로부터 승계받은 사업을 폐지하는 경우
- ② 출자법인이 피출자법인으로부터 받은 주식 등을 처분하는 경우

## 라. 영업양도의 경우

도산회사가 영업의 전부 또는 일부를 양도하는 경우에는 양도대가에서 양도 당시의 장부가액을 차감한 금액이 양도손익이 된다. 이와 같이 양도차익이 발생한 경우에 앞에서 살펴본 합병 또는 분할의 경우와는 달리 세법에서는 당해 양도차익을 과세이연하는 특별규정을 두지 않고 있었다. 그러나, 2009년 12월 조세특례제한법의 개정으로 자산의 포괄적 양도에 대하여도 합병 또는 분할의 경우와 동일하게

---

52) 법인세법 제47조의 2 제2항.

과세특례제도를 도입하였는데, 그 내용을 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

### (1) 과세특례의 내용

내국법인(이하 “피인수법인”이라 한다)이 다음의 요건을 모두 갖추어 대통령령으로 정하는 바에 따라 자산의 대부분을 다른 내국법인(이하 “인수법인”이라 한다)에 양도(이하 “자산의 포괄적 양도”라 한다)하고 그 대가로 인수법인의 주식 또는 출자지분(이하 “주식 등”이라 한다)을 받고 청산하는 경우 양도하는 자산의 가액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 장부가액으로 할 수 있다. 이 경우 법인세법 제79조에 따른 해산에 의한 청산소득금액은 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액으로 한다<sup>53)</sup>.

- ① 자산의 포괄적 양도일 현재 1년 이상 계속하여 사업을 하던 내국법인 간의 양도·양수일 것
- ② 피인수법인이 인수법인으로부터 그 자산의 포괄적 양도로 인하여 취득하는 인수법인의 주식 등의 가액과 금전, 그 밖의 재산가액의 총합계액(이하 “인수대가”라 한다) 중 의결권 있는 인수법인의 주식 등의 가액이 100분의 95 이상이고, 피인수법인 또는 대통령령으로 정하는 피인수법인의 주주 등이 자산의 포괄적 양도일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 주식 등을 보유할 것
- ③ 인수법인이 자산의 포괄적 양도일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피인수법인으로부터 승계받은 사업을 계속할 것

또한, 인수법인이 피인수법인의 자산을 장부가액으로 양도받은 경우 자산의 포괄적 양도일 현재의 법인세법 제13조 제1호에 따른 피인수법인의 결손금과 피인수법인이 각 사업연도의 소득금액 및 과세표

53) 조세특례제한법 제37조 제1항.

준을 계산할 때 익금 또는 손금에 산입하거나 산입하지 아니한 금액, 그 밖의 자산·부채 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 인수법인이 승계한다. 이 경우 인수법인이 승계한 피인수법인의 결손금 및 자산·부채 등은 자산의 포괄적 양도일이 속한 사업연도 및 이후 사업연도의 피인수법인의 소득금액을 계산할 때 없는 것으로 본다.

한편, 위의 요건을 모두 갖추어 자산을 포괄적으로 양도하고 해산하는 경우 피인수법인의 주주 등이 해산으로 인하여 분배받는 법인세법 제16조 제1항 제4호에 따른 분배금의 의제액 또는 소득세법 제17조 제2항 제3호에 따른 의제배당은 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액으로 한다.

## (2) 익금산입

피인수법인의 자산을 장부가액으로 양도받은 인수법인(결손금 등을 승계받은 경우를 포함한다)은 대통령령으로 정하는 기간에 다음 중 어느 하나의 사유가 발생하는 경우에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 양도받은 자산의 장부가액과 인수대가와의 차액, 승계받은 결손금 중 공제한 금액 등을 대통령령으로 정하는 바에 따라 익금에 산입한다<sup>54</sup>).

- ① 인수법인이 피인수법인으로부터 승계받은 사업을 폐지하는 경우
- ② 피인수법인 또는 대통령령으로 정하는 피인수법인의 주주 등이 자산의 포괄적 양도로 인하여 취득한 인수법인의 주식 등을 처분하는 경우

---

54) 조세특례제한법 제37조 제6항.

## 마. 주식의 포괄적 교환 및 이전의 경우

회사는 주식의 포괄적 교환에 의하여 다른 회사의 발행주식의 총수를 소유하는 완전모회사가 될 수 있는데, 주식의 포괄적 교환에 의하여 완전모회사의 자회사가 되는 회사의 주주가 가지는 자회사의 주식은 완전모회사가 되는 회사에게 이전하고, 완전자회사가 되는 회사의 주주는 완전모회사가 발행하는 신주의 배정을 받음으로써 완전모회사의 주주가 된다.

한편, 회사는 주식의 포괄적 이전에 의하여 완전모회사를 설립하고 완전자회사가 될 수 있는데, 주식이전에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주가 소유하는 그 회사의 주식은 주식이전에 의하여 설립하는 완전모회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 주식이전을 위하여 발행하는 주식의 배정을 받음으로써 그 완전모회사의 주주가 된다.

이러한 주식의 포괄적 교환과 이전은 그 실질에 있어서는 합병과 거의 동일하지만, 합병계약이 아니라 주식교환 또는 이전계약이 체결되며, 법률효과에 있어서도 두 회사가 하나의 회사가 되는 것이 아니라 완전모자회사관계가 된다는 점에 있어서 차이가 있다. 이러한 차이점 때문에 세법에서는 합병과는 다른 별도의 과세특례규정을 두고 있는데, 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 주식의 포괄적 교환 및 이전에 대한 과세특례

#### (가) 과세특례의 내용

내국법인이 다음의 요건을 모두 갖추어 상법 제360조의2에 따른 주식의 포괄적 교환 또는 상법 제360조의15에 따른 주식의 포괄적 이전(이하 “주식의 포괄적 교환 등”이라 한다)에 따라 주식의 포괄적 교환

등의 상대방 법인의 완전자회사로 되는 경우 그 주식의 포괄적 교환 등으로 발생한 완전자회사 주주의 주식양도차익에 상당하는 금액에 대한 양도소득세 또는 법인세에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 완전자회사의 주주가 완전모회사의 주식을 처분할 때까지 과세를 이연받을 수 있다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 ② 또는 ③의 요건을 갖추지 못한 경우에도 주식양도차익에 상당하는 금액에 대한 과세를 이연받을 수 있다<sup>55)</sup>.

- ① 주식의 포괄적 교환·이전일 현재 1년 이상 계속하여 사업을 하던 내국법인 간의 주식의 포괄적 교환 등일 것
- ② 완전자회사의 주주가 완전모회사로부터 교환·이전대가를 받은 경우 그 교환·이전대가의 총합계액 중 주식의 가액이 100분의 80 이상이고, 완전모회사 및 대통령령으로 정하는 완전자회사의 주주가 주식의 포괄적 교환 등으로 취득한 주식을 교환·이전일이 속하는 사업연도의 종료일까지 보유할 것
- ③ 완전자회사가 교환·이전일이 속하는 사업연도의 종료일까지 사업을 계속할 것

#### (나) 익금산입

완전자회사의 주주가 제1항에 따라 과세를 이연받은 경우 완전모회사는 완전자회사 주식을 장부가액으로 취득하고, 이후 대통령령으로 정하는 기간에 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생하는 경우 완전모회사는 주식의 포괄적 교환 등으로 취득한 완전자회사 주식의 장부가액과 주식의 포괄적 교환·이전일 현재의 시가와의 차액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 익금에 산입한다<sup>56)</sup>.

- ① 완전자회사가 사업을 폐지하는 경우

55) 조세특례제한법 제38조 제1항.

56) 조세특례제한법 제38조 제2항.

- ② 완전모회사 또는 대통령령으로 정하는 완전자회사의 주주가 주식의 포괄적 교환 등으로 취득한 주식을 처분하는 경우
- (2) 주식의 현물출자 또는 교환 및 이전에 의한 지주회사의 설립 등에 대한 과세특례

(가) 과세특례의 내용

내국법인의 주주(현물출자의 경우에는 내국인 주주에 한정한다)가 2012년 12월 31일까지 주식의 현물출자, 상법 제360조의2의 주식의 포괄적 교환 및 상법 제360조의15의 주식의 포괄적 이전(이하 “현물출자 등”이라 한다)에 따라 독점규제및공정거래에관한법률에 따른 지주회사(금융지주회사법에 따른 금융지주회사를 포함한다. 이하 “지주회사”라 한다)를 새로 설립하거나 기존의 내국법인을 지주회사로 전환하는 경우(주식의 포괄적 교환에 의하여 금융지주회사법 제2조 제1항 제1호에 따른 금융기관 및 금융업의 영위와 밀접한 관련이 있는 회사를 기존의 금융지주회사의 자회사로 편입시키는 경우를 포함한다.) 그 현물출자 등으로 인하여 취득한 주식의 가액 중 그 현물출자 등으로 인하여 발생한 양도차익에 상당하는 금액에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 주주가 해당 지주회사의 주식을 처분할 때까지 양도소득세 또는 법인세의 과세를 이연받을 수 있다<sup>57)</sup>.

(나) 양도소득세 또는 법인세의 납부

위 (가)에 따라 양도소득세 또는 법인세의 과세를 이연받은 주주는 다음 중 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 대통령령으로

57) 조세특례제한법 제38조의2 제1항.

정하는 바에 따라 그 과세를 이연받은 양도소득세 또는 법인세를 납부하여야 한다. 이 경우 ③ 및 ④의 사유에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 양도소득세 또는 법인세 납부금액에 가산하여 납부하여야 한다.

- ① 지주회사가 지주회사에 해당하지 아니하게 되는 경우. 다만, 독점규제및공정거래에관한법률 등 지주회사의 기준을 정한 법령의 개정으로 지주회사에 해당하지 아니하게 된 경우로서 대통령령으로 정하는 경우는 제외한다.
- ② 양도소득세의 과세를 이연받은 주주가 현물출자 등 또는 자기주식교환으로 인하여 취득한 지주회사 또는 전환지주회사의 주식을 증여하거나 그 주식의 상속이 이루어지는 경우
- ③ 전환지주회사가 지주회사로 전환한 날의 다음 날부터 2년이 되는 날까지 지분비율미달자회사의 주식을 독점규제및공정거래에관한법률 제8조의2 제2항 제2호 각 목 외의 부분 본문에서 정한 비율 미만으로 소유하는 경우
- ④ 전환지주회사의 발행주식총수 중 해당 주주 및 그 친족이 소유한 주식 수의 합계가 자기주식교환일(자기주식교환이 여러 차례에 걸쳐 이루어진 경우에는 전환지주회사가 지주회사로 전환한 날부터 2년이 되는 날) 현재 가장 많은 경우 그 주주 및 그 친족(이하 이 항에서 “최대주주”라 한다)이 자기주식교환을 한 경우로서 그 최대주주가 독점규제및공정거래에관한법률에 따른 자회사의 임원으로 취임하게 된 경우

#### 제4절 이월결손금의 승계

계속기업인 법인의 과세표준은 기간과세의 원칙에 따라서 매 사업연도 단위로 산정되는데, 이 경우 각 사업연도의 소득이란 특정한 사업연도에 속하는 이익의 총액에서 당해 사업연도에 속하는 손금의 총

액을 공제한 금액을 의미하며, 손금이 익금보다 큰 경우에는 결손금이 발생하게 되는 것이다.

이월결손금이란 결손금으로서 그 후의 각 사업연도의 과세표준 계산에 있어서 공제되지 아니한 금액을 말한다. 이러한 이월결손금은 원칙적으로 각 사업연도의 개시일 전 10년 이내에 개시한 사업연도에 발생한 것은 법인세의 과세표준 산정에 있어서 공제한다.

따라서 합병과 분할 및 영업의 양도 등에 있어서 피합병법인 등의 이월결손금을 승계하는지의 여부는 장래 조세부담에 있어서 매우 큰 차이가 발생하게 되는 것이다.

특히, 도산회사의 경우에는 구조적으로 이월결손금이 많을 수밖에 없으며, 이러한 도산회사가 합병 또는 분할 등을 하는 경우에는 일반적으로 소멸법인이 되는데, 합병법인 등의 경우에는 도산회사의 이월결손금을 승계할 수 있는지의 여부가 합병 등을 할 것인지에 대한 의사결정에 있어서 매우 중요한 요인이 된다고 할 것이다.

이하에서는 이러한 이월결손금의 승계 중에서 합병과 분할의 경우 이월결손금 승계에 대하여 살펴보기로 한다.

## 1. 합병시 이월결손금의 승계

### 가. 제도적 취지

이월결손금이 있는 결손법인이 이월결손금이 없는 다른 내국법인과 합병하는 경우 다른 내국법인을 합병법인으로 하게 되면 피합병법인의 이월결손금을 공제받을 수 없게 된다. 즉, 피합병법인의 이월결손금은 합병법인에게 승계되지 않는 것이다.

그러나 기업구조조정을 지원하기 위하여 합병에 따른 법인세 부담을 완화하여야 할 필요성이 있고, 이월결손금의 공제제도가 기간과세제도의 모순점을 시정 또는 완화하기 위한 법적 장치라는 점 등을 고려하여

조세회피를 목적으로 하지 않는 일정한 요건을 충족한 적격합병의 경우에는 피합병법인으로부터의 이월결손금 승계를 허용하고 있다.

#### 나. 이월결손금의 공제요건

합병법인이 피합병법인의 자산을 장부가액으로 양도받은 경우 피합병법인의 합병등기일 현재의 결손금을 대통령령으로 정하는 바에 따라 승계한다<sup>58)</sup>. 합병법인이 피합병법인의 자산을 장부가액으로 양도받은 경우란 적격합병의 요건을 갖춘 합병을 가리킨다. 즉, 적격합병의 요건을 갖춘 합병의 경우에는 원칙적으로 이월결손금의 승계를 허용하는 것이다.

#### 다. 이월결손금의 공제범위

합병등기일 현재 피합병법인의 결손금은 이를 합병법인의 결손금으로 보아 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서 합병법인의 각 사업연도의 과세표준을 계산할 때 공제한다. 즉, 조세회피를 목적으로 하는 합병을 막기 위하여 피합병법인으로부터 승계한 결손금은 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서만 공제할 수 있도록 제한하고 있는 것이다.

#### 라. 승계자산에 대한 내재손실의 공제 제한

합병법인은 합병등기일 이후 5년 이내에 끝나는 사업연도에 발생한 피합병법인으로부터 양도받은 자산의 처분손실, 즉 내재손실(built-in loss)을 해당 사업연도마다 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 받

---

58) 법인세법 제44조의 3 제2항.

생한 소득금액의 범위에서 손금에 산입한다. 이 경우 손금에 산입하지 아니한 처분손실은 피합병법인으로부터 승계한 결손금으로 보아 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서 합병법인의 각 사업연도의 과세표준을 계산할 때 공제한다<sup>59)</sup>. 조세회피 목적의 합병을 방지하기 위하여 내재손실의 손금 산입 및 이월결손금 공제를 제한한 것이다.

## 2. 분할시 이월결손금의 승계

### 가. 의의

이월결손금이 있는 분할법인 등이 완전분할에 의하여 소멸하더라도 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인은 분할법인의 이월결손금을 승계받을 수 없다. 즉 분할법인 등의 이월결손금은 분할신설법인 또는 분할합병의 상대방법인에게 승계되지 않는 것이다.

그러나, 기업의 구조조정을 지원하기 위하여 법인의 분할에 따른 세부담을 완화하여야 할 필요성이 있고, 이월결손금의 공제제도가 기간과세제도의 모순점을 시정 또는 완화하기 위한 법적 장치인 점 등을 고려하여 조세회피를 목적으로 하지 않는 적격분할의 경우에는 분할신설법인 등이 분할법인 등의 이월결손금을 승계받을 수 있도록 특례를 인정하고 있다.

### 나. 이월결손금의 승계요건

분할신설법인 등이 분할법인 등의 자산을 장부가액으로 양수한 경우 분할법인 등의 분할등기일 현재의 결손금을 대통령령으로 정하는

---

59) 법인세법 제45조 제3항.

바에 따라 승계한다<sup>60)</sup>. 분할신설법인 등이 분할법인 등의 자산을 장부가액으로 양수한 경우란 적격분할의 요건을 갖춘 경우를 가리킨다. 즉, 적격분할의 요건을 갖춘 분할의 경우에는 원칙적으로 이월결손금의 승계를 허용하는 것이다.

#### 다. 이월결손금의 공제범위

적격분할의 경우 분할신설법인 등이 승계한 분할법인 등의 결손금은 분할법인 등으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서 분할신설법인 등의 각 사업연도의 과세표준을 계산할 때 공제한다<sup>61)</sup>. 즉, 조세회피를 목적으로 하는 분할을 막기 위하여 분할법인 등으로부터 승계한 결손금은 분할법인 등으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서만 공제할 수 있도록 제한하고 있는 것이다.

#### 라. 분할합병에 따른 이월결손금의 공제 배제

분할합병의 상대방법인의 분할등기일 현재 결손금은 분할합병의 상대방법인의 각 사업연도의 과세표준을 계산할 때 분할법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위에서는 공제하지 아니한다<sup>62)</sup>. 다만, 중소기업 간 또는 동일사업을 영위하는 법인 간에 분할합병함으로써 분할법인으로부터 승계받은 사업에 속하는 소득금액과 그 밖의 사업에 속하는 소득금액을 각각 별개의 회계로 구분경리하지 않은 경우에는 그 소득금액을 대통령령이 정하는 자산가액 비율로 안분 계산한 금액으로 한다.

---

60) 법인세법 제46조의3 제2항.

61) 법인세법 제46조의4 제2항.

62) 법인세법 제46조의4 제1항.

#### 마. 승계자산에 대한 내재손실의 공제 제한

분할신설법인 등은 분할등기일 이후 5년 이내에 끝나는 사업연도에 발생한 분할법인등으로부터 양수한 자산의 처분손실, 즉 내재손실(built-in loss)을 분할법인 등으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위에서 해당 사업연도의 소득금액을 계산할 때 손금에 산입한다. 이 경우 손금에 산입하지 아니한 처분손실은 분할법인 등으로부터 승계한 결손금으로 보아 분할법인 등으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위 안에서 분할신설법인 등의 각 사업연도의 과세표준을 계산할 때 공제한다<sup>63)</sup>. 조세회피 목적의 분할을 방지하기 위하여 내재손실의 손금 산입 및 이월결손금 공제를 제한한 것이다.

#### 제5절 기업의 도산시 조세채권의 취급

현행 채무자회생및파산에관한법률에 의하면 파산절차에 있어서는 조세채권을 재단채권으로 규정하여 파산절차에 의하지 않고 수시로 변제할 수 있는 특권을 부여하고 있다. 그리고 회생절차의 경우에는 다른 일반적인 채권과 동일하게 회생채권으로 규정하고 있지만, 각종 특례규정을 두어 조세우선권을 위한 배려를 하고 있다. 즉, 조세채권의 경우에는 파산절차의 경우와 회생절차의 경우에 있어서 각각 상이하게 취급하고 있는 것이다.

따라서, 이하에서는 도산기업이 파산하는 경우와 회생절차의 경우로 구분하여 조세채권의 취급에 대하여 살펴보고자 한다. 한편, 이러한 취급을 살펴보기 전에 조세우선권의 일반론에 대하여도 함께 살펴보고자 한다.

63) 법인세법 제46조의4 제3항.

## 1. 조세우선권의 일반론

### 가. 조세우선권의 의의

조세우선권이란 조세채권과 공과금 및 기타의 채권이 납세자의 재산에서 경합적으로 징수되거나 변제되는 경우에는 조세채권이 공과금 및 기타의 채권보다 우선하여 징수하는 것을 의미한다<sup>64)</sup>.

이와 같은 조세우선권은 동일한 채무자에 대하여 조세채권과 기타의 채권이 경합되고, 그 채무자의 전재산이 경합청구된 채권을 변제하기에 부족한 경우에 문제된다. 왜냐하면, 이와 같은 경우에는 조세채권자와 기타 채권자 상호간의 이해가 대립되기 때문이다.

일반적인 채권의 경우에는 무담보채권 상호간에는 채권자 평등의 원칙에 의하며, 담보없는 채권과 담보있는 채권 간에는 담보있는 채권이 우선하고, 담보있는 채권 상호 간에는 담보권의 순위에 따라서 우선변제 순위가 결정된다. 그런데, 조세우선권은 이러한 사법상 우선관계 등에도 불구하고, 조세의 경우에는 우선징수되는 것이다<sup>65)</sup>.

### 나. 조세우선권의 인정근거

#### (1) 인정근거에 대한 견해

조세우선권의 인정근거에 대하여는 조세의 무대가성, 조세의 공시성, 조세의 공익성, 조세의 우선공제성 및 조세담보의 특수성 등을 들 수 있다<sup>66)</sup>. 이하에서는 이러한 주장근거 중에서 무대가성 이론과 공시

---

64) 국세기본법 제35조 제1항.

65) 최명근, 『세법학총론』, 세경사, 2007, pp. 503~504.

66) 이중교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, pp. 127~128.

성 이론 및 조세의 공익성에 대하여 살펴보고자 한다.

#### (가) 무대가성 이론

일반채권의 경우에는 일반적으로 반대급부를 수반하지만, 조세채권의 경우에는 개별적인 반대급부를 수반하지 아니한다. 이러한 무대가성 때문에 조세채권의 경우에는 일반채권보다 그 급부의 이행 가능성이 희박하다. 따라서, 조세채권은 우선징수의 효력에 의하여 그 이행가능성의 희박성이 보충되어야 징수확보를 기할 수 있다고 한다.

#### (나) 공시성 이론

일반채권은 당사자의 의사표시에 의해서 발생하고 그 내용이 확정되며, 이러한 일반채권이 제3자의 채권과의 관계에서 우선변제를 받기 위해서는 담보권을 설정·공시하여야 한다. 그런데, 조세채권의 성립에는 당사자의 의사가 개입될 여지가 없고, 조세법률이 정한 과세요건의 충족에 의하여 자동적으로 성립하고 조세채무자의 신고행위나 조세채권자의 부과행위에 의하여 확정된다. 따라서 과세요건을 정한 조세법률은 공포되어 있는데, 이러한 공포는 공시와 같기 때문에 조세우선권이 인정된다고 한다<sup>67)</sup>.

#### (다) 조세의 공익성

조세는 국가나 지방자치단체의 존립을 위한 재정적인 기초를 형성하는 것으로서 공익적인 성격이 강하기 때문에 다른 채권에 우선하여 징수하여야 한다고 한다.

67) 최명근, 『세법학총론』, 세경사, 2007, pp. 504~505.

## (2) 결어

조세법률관계의 성질에 대하여는 과거에는 권력관계설과 채권채무관계설의 대립이 있었는데, 오늘날에는 권력관계설은 그 설득력을 잃고, 국가와 납세자 사이의 대등한 관계를 바탕으로 하는 채권채무관계설이 타당한 것으로 받아들여지고 있다. 이와 같이 볼 경우에 조세의 공시성, 무대가성, 우선공제성, 조세담보의 특수성 등에 의하여 조세우선권을 도출하는 것은 충분한 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 즉, 조세는 국가 또는 지방자치단체의 존립을 위한 재정적인 기초가 된다는 공익성을 가지고 있으므로 법률이 조세징수의 편의를 위하여 특별히 조세우선권을 인정한 것이라고 보는 것이 타당할 것이다<sup>68)</sup>. 부연하면, 조세채권의 우월성이라고 하는 것은 과세고권의 본질로부터 나오는 것이 아니라 세입의 확보 차원에서 국가의 재정수요에 필요한 조세채권의 충족을 도모하기 위한 것이고, 조세채권의 사채권에 대한 우월성도 그와 같은 관점에서 기술적으로 고려되어야 하는 것이다<sup>69)</sup>. 다시 말하면, 조세채권이 사채권보다 강제집행절차에 있어서 우선순위를 보장받아야 한다면 이는 조세수입이 국가운영의 근간이 되는 것이므로 그 공익적인 성격에 따라서 부득이하게 우선권을 보장해 주는 것에 불과한 것이지, 조세채권의 경우에는 법률상 당연히 그 존재가 공시되기 때문에 우선권을 인정하여도 제3자의 불측의 손해가 없다거나, 조세채권의 우선권을 인정하지 않으면 그 임의적인 이행을 확보할 수 없기 때문에 당연히 우선권을 인정하여야 한다는 식의 국고주의적인 발상은 그 설득력이 없다고 할 것이다.

68) 同旨; 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, pp. 128~129.

69) 同旨; 최성근, 『도산절차의 형평성 확보를 위한 법제개선방안』, 한국법제연구원, 2004, p. 33.

## 2. 파산절차에 있어서의 조세채권의 취급

### 가. 파산절차에 있어서의 채권의 구분

파산절차에 있어서의 채권은 파산채권과 별제권 및 재단채권으로 구분된다. 또한 파산채권은 우선권 있는 파산채권과 일반적인 파산채권 및 후순위 파산채권으로 구분할 수 있다.

먼저, 파산채권이란 파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권을 말한다<sup>70)</sup>. 이 경우 우선권 있는 파산채권이란 파산재단에 속하는 재산에 대하여 일반의 우선권이 있는 경우를 말하고<sup>71)</sup>, 후순위 파산채권이란 다른 파산채권이 모두 변제되고, 잔여재산이 있는 경우에 한하여 변제받을 수 있는 것으로서 다음의 것으로 한다<sup>72)</sup>.

- ① 파산선고 후의 이자
- ② 파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상액 및 위약금
- ③ 파산절차참가비용
- ④ 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료
- ⑤ 기한이 파산선고 후에 도래하는 이자 없는 채권의 경우 파산선고가 있을 때부터 그 기한에 이르기까지의 법정이율에 의한 원리의 합계액이 채권액이 될 계산에 의하여 산출되는 이자의 액에 상당하는 부분
- ⑥ 기한이 불확정한 이자 없는 채권의 경우 그 채권액과 파산선고 당시의 평가액과의 차액에 상당하는 부분
- ⑦ 채권액 및 존속기간이 확정된 정기금채권인 경우 각 정기금에 관하여 ⑤의 규정에 준하여 산출되는 이자의 액의 합계액에 상당하는 부분과 각 정기금에 관하여 ⑤의 규정에 준하여 산출되는 원

70) 채무자회생및파산에관한법률 제423조.

71) 채무자회생및파산에관한법률 제441조.

72) 채무자회생및파산에관한법률 제446조 제1항.

본의 액의 합계액이 법정이율에 의하여 그 정기금에 상당하는 이자가 생길 원본액을 초과하는 때에는 그 초과액에 상당하는 부분 별제권은 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 가지는데, 이러한 별제권은 파산절차에 의하지 아니하고 우선적으로 변제를 받을 수 있다<sup>73)</sup>. 즉, 별제권이란 파산재단에 속하는 특정재산에 대하여 우선적 또는 개별적으로 변제받을 수 있는 권리를 말한다.

한편, 재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제하며, 파산채권보다 우선하여 변제하는데, 재단채권의 범위는 다음과 같다<sup>74)</sup>. 즉, 재단채권이란 파산재단 전체로부터 변제를 받을 수 있는 청구권이라는 점에서 파산채권과 동일하지만, 파산채권과 같이 파산절차를 통하여 배당이라는 형태로 평등한 변제를 받는 것이 아니라, 파산절차에 의하지 않고 수시로 직접 파산관재인으로부터 개별적으로 파산채권자보다 먼저 변제를 받을 수 있다는 점이 서로 상이하다. 그리고 파산채권이 파산선고 전의 원인에 의하여 생기는 청구권임에 대하여, 재단채권은 예외도 있지만, 그 대부분이 파산선고 후에 파산재단에 대하여 생긴 채권이다<sup>75)</sup>.

- ① 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권
- ② 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 제446조의 규정에 의한 후순위파산채권을 제외한다). 다만, 파산선고 후의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것에 한한다.
- ③ 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용
- ④ 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권

73) 채무자회생및파산에관한법률 제411조 및 제412조.

74) 채무자회생및파산에관한법률 제473조·제475조 및 제476조.

75) 전병서, 『도산법』, 법문사, 2007, pp. 197~198.

- ⑤ 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 파산선고 후 파산재단에 대하여 생긴 청구권
- ⑥ 위임의 종료 또는 대리권의 소멸 후에 긴급한 필요에 의하여 한 행위로 인하여 파산재단에 대하여 생긴 청구권
- ⑦ 제335조 제1항의 규정에 의하여 파산관재인이 채무를 이행하는 경우에 상대방이 가지는 청구권
- ⑧ 파산선고로 인하여 쌍무계약이 해지된 경우 그 때까지 생긴 청구권
- ⑨ 채무자 및 그 부양을 받는 자의 부조료
- ⑩ 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금
- ⑪ 파산선고 전의 원인으로 생긴 채무자의 근로자의 임차금 및 신원보증금의 반환청구권

재단채권은 기본적으로 그 성질상 파산채권자들의 공동의 이익을 위한 것이라고 할 수 있다. 그 대표적인 것이 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용이다. 그런데, 조세채권, 즉 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권의 경우에도 재단채권의 범위에 포함하여 우선변제권을 인정하고 있는데, 그 이유는 조세채권의 공익적인 성격을 고려한 것이라고 할 것이다.

## 나. 파산절차에 있어서의 조세채권의 취급

### (1) 조세채권의 취급

조세채권의 경우에는 현행 국세기본법에서 우선권을 부여하고 있기 때문에 우선권 있는 파산채권으로 분류될 것처럼 보이지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 채무자회생및파산에관한법률 제473조 제2호에서는 후순위 파산채권을 제외하고는 모두 재단채권으로 하도록 규정하고 있다.

이와 같이 조세채권을 재단채권으로 하고 있는 이유는 조세의 공공적인 성격 때문이라고 할 것이다. 다만, 파산선고 전에 파산재단에 속하는 재산에 대하여 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수 우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함한다)에 기한 체납 처분을 하는 때에는 파산선고에 의하여 그 처분의 속행을 방해하지는 못한다<sup>76)</sup>.

결과적으로, 파산선고 전의 원인으로 인한 것인지 또는 파산선고 후의 원인으로 인한 것인지의 여부를 가리지 아니하고, 조세채권은 기본적으로 모두 재단채권으로 보는 것이다. 이 경우, 후순위 파산채권에 속하는 것은 제외한다고 규정하고 있는데, 채무자회생및파산에관한법률을 제446조 제1항의 규정에 의하면 실질적으로 후순위 파산채권에 속하는 조세는 없다고 보아야 할 것이다.

한편, 채무자회생및파산에관한법률에서는 후순위정리채권의 개념을 삭제하고, 조세 등의 청구권에 관하여 의견청취만으로 가능한 유예기간을 종전의 2년에서 3년으로 연장하면서 구 회사정리법에서 명시되지 않았던 조세의 감면도 징수권자의 동의를 받도록 명시하는 한편, 구 회사정리법 제122조 제1항이 국세징수법 또는 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권이라고 규정하였던 것을, 현행법에서는 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로 규정하여 그 적용대상을 축소하였다<sup>77)</sup>.

## (2) 가산금의 취급

가산금의 경우에 있어서 문제되는 것은 조세채권에 기한 파산선고

76) 채무자회생및파산에관한법률 제349조 제1항.

77) 주진암, 「도산절차에서 가산금·증가산금의 지위」, 『법조』, Vol. 625, 법조협회, 2008. 10, p. 123.

후의 가산금이 재단채권에 해당하는지 또는 후순위 파산채권에 해당하는지의 여부이다.

먼저, 재단채권에 해당한다는 견해는 가산금은 기본적으로 이자 또는 손해지연금과 비슷한 성격을 가지고 있기는 하지만, 그 계산기간 또는 계상방법 등이 서로 상이하야 양자를 동일하게 보는 것은 어렵기 때문에 후순위 파산채권에 해당하지 아니하며, 재단채권에 해당한다고 한다<sup>78)</sup>. 한편, 후순위 파산채권에 해당한다는 견해는 파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상액 및 위약금에 해당하는 가산금과 증가산금은 후순위 파산채권에 해당한다고 보아야 한다고 한다<sup>79)</sup>.

생각건대, 채무자회생및파산에관한법률 제446조 제1항 제2호에서 파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상금이라고 규정하고 있을 뿐 직접적으로 가산금을 규정하고 있는 것은 아니며, 사법상의 이자 또는 지연손해금과 가산금이 유사한 측면이 있지만, 동일한 것은 아니므로 현행법의 해석상으로는 가산금이 후순위 채권에 해당한다고 보는 것은 무리가 있다고 할 것이다<sup>80)</sup>. 결과적으로, 현행법의 해석상으로는 가산금도 조세채권과 마찬가지로 재단채권에 해당한다고 해석할 수 밖에 없다고 할 것이다.

78) 주진암, 「도산절차에서 가산금·증가산금의 지위」, 『법조』, Vol. 625, 법조협회, 2008. 10, pp. 149~155.

79) 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, p. 335.

80) 同旨; 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, p. 142; 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, p. 326.

### 3. 회생절차에 있어서의 조세채권의 취급

#### 가. 회생절차에 있어서의 채권의 구분

회생절차에 있어서는 채권의 종류를 크게 회생채권과 공익채권으로 구분할 수 있다. 또한, 회생채권의 경우에는 우선권 있는 회생채권과 일반 회생채권으로 구분할 수 있다.

먼저, 회생채권이란 채무자에 대하여 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권, 회생절차개시 후의 이자, 회생절차개시 후의 불이행으로 인한 손해배상금 및 위약금 등으로 한다<sup>81)</sup>. 그리고 회생담보권은 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것으로 한다. 다만, 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상금이나 위약금의 청구권에 관하여는 회생절차개시결정 전달까지 생긴 것에 한한다<sup>82)</sup>.

회생절차에 있어서는 담보채권자의 개별적인 권리행사를 방지할 경우 기업의 재건 및 경쟁을 위해 필요한 생산설비 등의 일실을 초래하여 회생이 불가능해질 수 있다. 따라서 채무자회생및파산에관한법률은 담보채권자도 일반채권자와 마찬가지로 회생절차에 참가하도록 강제하고, 회생절차 이외에서의 담보권 실행을 금지하고 있다. 즉, 담보채권자는 담보물의 가치에 의하여 담보되는 채권액에 대하여 회생담보권자가 되어 일반채권자인 회생채권자보다는 유리하게 취급되지만, 회생채권자와 마찬가지로 회생계획에 따라 장래에 변제를 받을 수 있는 것에 그친다.

회생담보권은 실제적 권리가 아니라 회생절차상의 권리이기 때문에

81) 채무자회생및파산에관한법률 제118조.

82) 채무자회생및파산에관한법률 제141조 제1항.

실체적 권리인 담보권과는 그 내용 및 성격이 일치할 수는 없다. 그렇다고 하더라도 양자는 서로 밀접하게 연관되어 있으므로, 채무자회생 및파산에관한법률은 회생담보권은 회생채권과 구별하여 취급함으로써 그 이익을 보호하고 가능한 한 담보제도의 근본이 파괴되지 않도록 배려하고 있다<sup>83)</sup>.

한편, 공익채권은 다음의 청구권을 말하는데<sup>84)</sup>, 공익채권은 일반적으로 이해관계자들의 모두에게 이익이 되는 공익적인 성격이 강한 채권을 의미한다. 즉, 공익채권이란 일반적으로 회생절차개시 후의 원인에 의하여 발생한 것으로서 회생절차의 수행 또는 기업의 재건에 필요한 비용을 지출하기 위해서 인정되는 채무자에 대한 청구권을 의미하는 것이다.

- ① 회생채권자, 회생담보권자와 주주·지분권자의 공동의 이익을 위하여 한 재판상 비용청구권
- ② 회생절차개시 후의 채무자의 업무 및 재산의 관리와 처분에 관한 비용청구권
- ③ 회생계획의 수행을 위한 비용청구권. 다만, 회생절차종료 후에 생긴 것을 제외한다.
- ④ 제30조 및 제31조의 규정에 의한 비용·보수·보상금 및 특별보상금청구권
- ⑤ 채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 자금의 차입 및 그 밖의 행위로 인하여 생긴 청구권
- ⑥ 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권
- ⑦ 제119조 제1항의 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권

83) 최성근, 「도산법상 회생절차에서의 조세채권 관련 제도」, 『조세법연구』, XV-2, 한국세법학회, 2009. 8, p. 41.

84) 채무자회생및파산에관한법률 제179조 제1항.

- ⑧ 계속적 공급의무를 부담하는 쌍무계약의 상대방이 회생절차개시 신청 후 회생절차개시 전까지 한 공급으로 생긴 청구권
- ⑨ 다음의 조세로서 회생절차개시 당시 아직 납부기한이 도래하지 아니한 것
  - ㉠ 원천징수하는 조세. 다만, 법인세법 제67조의 규정에 의하여 대표자에게 귀속된 것으로 보는 상여에 대한 조세는 원천징수된 것에 한한다.
  - ㉡ 부가가치세·개별소비세 및 주세
  - ㉢ 본세의 부과징수의 예에 따라 부과·징수하는 교육세 및 농어촌특별세
  - ㉣ 특별징수의무자가 징수하여 납부하여야 하는 지방세
- ⑩ 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금
- ⑪ 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자의 근로자의 임차금 및 신원보증금의 반환청구권
- ⑫ 채무자 또는 보전관리인이 회생절차개시신청 후 그 개시 전에 법원의 허가를 받아 행한 자금의 차입, 자재의 구입 그 밖에 채무자의 사업을 계속하는 데에 불가결한 행위로 인하여 생긴 청구권
- ⑬ 제21조 제3항의 규정에 의하여 법원이 결정한 채권자협회의 회생절차에 필요한 비용
- ⑭ 위의 ① 내지 ⑬에 규정된 것 외의 것으로서 채무자를 위하여 지출하여야 하는 부득이한 비용

회생채권과 회생담보권의 경우에는 그 권리의 전부 또는 일부를 변제할 수 있지만, 공익채권의 경우에는 그 전부를 변제하여야 한다<sup>85)</sup>. 한편, 공익채권은 회생절차에 의하지 아니하고 수시로 변제하며, 회생채권과 회생담보권에 우선하여 변제한다. 다만, 채무자의 재산이 공익채권의 총액을 변제하기에 부족한 것이 명백한 때에는 법령에 정하는

85) 채무자회생및파산에관한법률 제193조 제1항.

우선권에 불구하고 아직 변제하지 아니한 채권액의 비율에 따라 변제한다<sup>86)</sup>.

#### 나. 회생절차에 있어서 조세채권의 취급

회생절차에 있어서 조세채권은 기본적으로 회생채권과 공익채권으로 구분된다. 따라서 이하에서는 회생채권과 공익채권으로 구분하여 살펴보고자 한다. 한편, 조세채권과 더불어 가산금의 취급이 문제된다. 따라서 가산금에 관한 취급도 같이 살펴보고자 한다.

##### (1) 회생채권

현행 채무자회생및파산에관한법률 제118조는 조세채권에 대하여 별도의 예외규정을 두고 있지 않기 때문에, 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 조세채권은 통상의 재산상 청구권과 동일하게 회생채권에 해당한다. 이 경우 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 조세채권이라 함은 회생절차개시 전에 성립된 조세채권, 즉 회생절차개시 전에 법률에 의한 과세요건이 충족된 조세채권을 말한다. 따라서 부과처분이나 납기가 회생절차개시 이후라도 성립시기가 회생절차개시 전이라면 회생채권에 해당하는 것이다<sup>87)</sup>.

조세채권은 일반적인 회생채권과 동일하게 신고를 요하고 개별적인 권리행사가 금지되며, 회생계획을 세움에 있어서 기간의 유예 및 감면 등이 가능하다. 부과처분이나 납부기한이 회생절차 개시 후라 할지라도 조세채권의 성립시기가 회생절차 개시 전이라면 회생채권에 해당하고, 당해 납세의무가 확정될 필요는 없다.

86) 채무자회생및파산에관한법률 제180조.

87) 최완주, 「정리절차와 조세」, 『재판자료』, 제86집, 법원도서관, 2000. 7, p. 535.

한편, 도산기업의 회생을 위해서 조세우선권이 자제되더라도 국가 재정의 근본을 이루는 조세채권은 기타의 회생채권과 동일하게 취급할 수는 없으므로, 채무자회생및파산에관한법률은 조세채권의 취급에 대하여 몇 가지 특칙을 두고 있다. 회생절차개시신청의 통지 및 회생절차에 관한 의견진술, 회생절차 개시신청이 있는 경우의 중지명령 및 포괄적 금지명령에 대한 특칙, 회생절차 개시결정에 따른 금지·중지에 대한 특칙, 회생계획 인가결정에 따른 효력 상실에 대한 특칙, 조세채권에 대한 변제금지의 예외, 회생계획에서의 권리변경에 대한 특칙, 조세채권의 신고 및 조사대상 제외, 조세채권에 대한 이의, 조세채권의 부인권 행사대상 제외 등이 그것이다<sup>88)</sup>.

## (2) 공익채권

조세채권의 경우 회생절차의 개시결정 이전에 과세요건이 충족된 경우에는 그 부과처분이 회생절차의 개시 후에 있는 경우라고 하더라도 회생채권이 된다. 그리고 회생절차 개시 후의 원인으로 생긴 조세채권의 경우에는 공익채권이 된다.

한편, 회생채권 중에서 원천징수하는 조세, 부가가치세, 개별소비세, 교육세, 농어촌특별세, 특별징수의무자가 징수하여 납부하여야 하는 지방세로서 납부기한<sup>89)</sup>이 도래하지 아니한 것은 공익채권이 된다. 이러한 조세들은 일반적인 조세와는 달리 실질적인 납세의무자는 따로 있고, 원천징수의무자 등은 실질적인 납세의무자로부터 세금을 징수하여 보관하고 있다가 국가 또는 지방자치단체에 이를 납부할 의무를 지고 있는 징수기관에 지나지 않는다고 한다. 따라서 이러한 조세는 원천징수의무자 등이 국가 또는 지방자치단체를 위하

88) 최성근, 「도산법상 회생절차에서의 조세채권 관련 제도」, 『조세법연구』, XV-2, 한국세법학회, 2009. 8, p. 44.

89) 여기서 납부기한이란 법정납부기한을 말하는 것으로 보아야 할 것이다.

여 보관하고 있는 돈으로서 실질적으로 회생회사에 속하지 아니한 재산이라고 볼 수 있기 때문에 국가나 지방자치단체에 환취권자와 비슷한 지위를 부여한다는 취지에서 이를 특별히 공익채권으로 규정한 것이라고 한다<sup>90)</sup>.

다만, 채무자회생및파산에관한법률은 법인세법 제67조의 소득처분의 규정에 의하여 대표자에게 귀속된 것으로 보는 상여, 즉 인정상여에 대한 조세는 원천징수된 것에 한하여 공익채권으로 본다고 규정하고 있는데, 이는 현행 세법상 원천징수되는 조세채권은 소득금액변동통지서가 법인에게 송달된 때에 성립과 동시에 확정되는바, 회생절차개시 후에 회사가 소득금액변동통지의 송달을 받게 되면 조세채권이 공익채권이 되어 회사로서는 조세채권의 변제를 위하여 재산을 유출해야 하는 상황에 놓이게 됨으로써 회사의 갱생에 지장을 초래하기 때문이다<sup>91)</sup>.

### (3) 가산금의 취급

가산금의 경우에는 그 성격이 조세와 다른 면이 많기 때문에 조세와는 달리 취급할 것인지, 아니면 조세와 동일하게 취급하여야 할 것인지의 여부가 문제인데, 일반적으로 조세와 동일하게 취급하여야 한다고 한다. 즉, 본세가 회생절차개시 전에 성립하였고 가산금도 회생절차개시 전에 발생한 경우에는 가산금은 회생채권에 해당한다고 한다. 또한, 본세가 회생절차개시 전에 성립하였지만, 가산금이 회생절차개시 후에 발생한 경우에는 본세가 회생채권이기 때문에 그에 기한 가산금도 회생채권으로 보아야 한다고 한다. 한편, 본세가 회생절차개시 후에

90) 최완주, 「정리절차와 조세」, 『재판자료』, 제86집, 법원도서관, 2000. 7, p. 536.

91) 이중교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, p. 133~134.

생긴 공익채권에 해당한다면 이에 기한 가산금은 본세에 따라 역시 공익채권이라고 보아야 한다는 것이다<sup>92)</sup>.

---

92) 최완주, 「정리절차와 조세」, 『재판자료』, 제86집, 법원도서관, 2000. 7, pp. 548~549.

## 제3장 주요 국가의 도산세제도와 그 시사점

주요 국가의 조세제도를 살펴볼 때에는 일반적으로 영미권 국가와 일본 이외의 대륙법계 국가인 독일 또는 프랑스 등의 입법례를 살펴보는 것이 일반적이라고 할 것이다. 그러나, 도산 관련 조세제도의 경우에는 독일과 영국 등의 경우에는 별다른 특례를 인정하지 않고 있다.

따라서, 이하에는 도산과 관련하여 조세제도에 있어서 특례를 인정하고 있는 미국의 제도와 함께 우리나라의 조세제도와 매우 유사한 형태를 취하고 있는 일본의 도산 관련 조세제도의 내용에 대하여 살펴보고, 그러한 내용을 바탕으로 하여 우리나라에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

### 제1절 미국의 도산세제

#### 1. 미국 도산제도의 일반

미국의 경우에는 우리나라의 경우와 비슷하게 기업 등의 도산과 관련된 회사의 정리와 화의 및 파산 등 각 개별적인 도산절차를 하나의 법률인 연방파산법(Bankruptcy Code)에서 규정하고 있다.

이러한 연방파산법은 1938년에 근대 파산법으로서의 형식을 정비하여 제정되었다. 그 이후에 시대적인 요청에 부합할 수 있는 도산처리 절차의 변화에 맞추기 위해서 1978년에 전면개정을 거쳐서 현재의 형태로 정비되었으며, 그 이후 몇 번의 개정을 거쳐서 오늘에 이르고 있다<sup>93)</sup>.

미국 연방법령의 제11편(Title 11, U.S. Code)인 연방파산법은 총 9

개의 장으로 구성되어 있다. 제1장에서는 총칙(General Provisions), 제3장 사건관리(Case Administration), 제5장 채권자·채무자 및 재단(Creditors, Debtors, and the Estate)까지는 제9장을 제외한 모든 연방도산절차에 적용되는 통칙규정이며, 제7장 청산(Liquidation), 제9장 지방자치단체의 채무조정(Debt Adjustment of a Municipality), 제11장 회생(Reorganization), 제12장 정규소득이 있는 가족농어업인의 채무조정(Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income), 제13장 정기적인 소득이 있는 개인의 채무조정(Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income) 등이 각 개별적인 사항에 적용된다. 또한 제15장 국제도산(Ancillary and Other Cross-Border Cases)은 2005년 개정법에 의해 추가된 것으로 UN국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)가 제정한 국제도산에 관한 모델법(Model Law on Cross-Border Insolvency)을 국내법화한 규정이다.

또한, 연방파산법에 근거한 절차는 연방법원의 하나인 파산법원(United States bankruptcy court)의 감독하에서 이루어진다. 이러한 파산법원은 도산절차에 직접 관계가 있는 사건의 거의 모든 것에 대하여 사법적인 판단을 할 수 있다. 그리고 이외는 별도로 파산사건에 관한 관리행정을 행하는 사법부의 기관으로 연방관리관(U.S. Trustee)이 있다. 연방관리관은 관재인 후보자의 명단작성, 관재인의 감독, 채권자회의의 소집, 채권자위원회 위원의 임명 등을 행한다<sup>94)</sup>.

---

93) Business Laws, Inc., Corporate Counsel's Guide to Bankruptcy Law, Thomson/West, 2007.

94) 미국 연방사법부 홈페이지 참조. <http://www.justice.gov/ust/>

## 가. 도산절차의 개시와 그 효과

### (1) 신청

도산절차는 신청(petition)에 의해 개시되는데, 이 경우 신청은 채무자가 스스로 신청하는 경우(voluntary case)<sup>95)</sup>와 채권자가 신청하는 경우(involuntary case)<sup>96)</sup>로 구분할 수 있다.

채권자가 신청하는 경우에는 총채권자의 수가 12인 미만이면 각각의 채권자가 단독으로 신청할 수 있지만, 총채권자의 수가 12인 이상인 경우에는 3인 이상의 채권자가 공동으로 신청하여야 한다.

한편, 어떠한 경우에도 신청 채권자의 채권액의 합계가 13,475달러 이상이어야 한다<sup>97)</sup>. 이는 채권자의 무분별한 도산신청을 억제하기 위한 금액적인 기준이라고 할 수 있을 것이다.

### (2) 관재인의 선임

연방파산법 제7장에 근거한 절차의 경우에는 반드시 관리인(trustee)이 선임되어야 하며, 관리인은 도산재단의 대표자가 된다<sup>98)</sup>. 연방파산법 제11장의 경우에는 통상적으로는 채무자(구 경영단)가 관리인의 입장에서 계속하여 사업을 할 수 있으며, 이것을 점유채무자(debtor in possession, "DIP")라고 한다. 다만, 점유채무자에게 사기행위나 중대한 경영과오 등의 정당한 사유가 있는 경우에는 이해관계자 또는 연방관리관의 신청에 의해서 파산법원이 관리인의 선임을 명령

95) 11U.S.C. §301.

96) 11U.S.C. §303. 다만, 채권자 신청에 의해 개시될 수 있는 것은 연방파산법 제7장과 제11장에 근거한 절차만으로 한정된다.

97) 이는 2007년 4월 1일 현재의 금액이며, 3년마다 소비자 물가지수에 따라 조정된다(11U.S.C. §104. 참조).

98) 11U.S.C. §323.

할 수 있다<sup>99)</sup>.

### (3) 채권회수절차 등의 자동적 정지

채무자 또는 채권자의 신청에 의하여 도산절차가 개시되면 채무자에 대한 소송 등의 법적 절차나 채무자로부터의 채권징수행위 등 거의 모든 것이 금지된다<sup>100)</sup>. 절차개시의 신청이 있게 되면, 법원의 별도의 명령 등을 받은 것과 동일한 효력이 발생하기 때문에 자동적으로 정지되는 것이다. 자동적 정지(automatic stay)의 효력은 징수소송에서 뿐만 아니라, 예를 들면 승소판결의 집행, 담보권의 설정이나 대항력의 구비 및 실행, 상쇄 등에도 미친다. 법원은 정당한 사유가 있는 경우에는 채권자 등의 이해관계자의 요구에 의하여 개별적으로 자동정지를 해제한다. 이 경우, 정당한 사유라 함은 자동정지를 계속함에 따라서 본래 기대할 수 있는 채권의 회수를 할 수 없는 경우를 포함한다.

## 나. 개별 도산절차

### (1) 청산

연방파산법 제7장에서는 청산형 도산처리절차에 대하여 규정하고 있다. 즉, 연방파산법 제7장은 기업과 개인 쌍방에 적용되며, 채무자는 전 재산(개인의 경우는 제외재산<sup>101)</sup>을 제외)으로 채무의 일부를 변제

99) 11U.S.C. §1104.

100) 11U.S.C. §362.

101) 본래 원칙적으로 채무자의 모든 재산적 권리는 도산재단을 구성하지만 개인 채무자의 일정한 재산은 여기에서 제외된다. 그 결과 그러한 제외재산(exemptions, exempt property)은 도산절차에 근거하여 처분이나 배분의 대상이 되지 않고 채무자가 보유할 수 있다. 여기서 제외재산은 원칙적으로 채무자가 거주하는 주법이 정한 압류면제재산이다. 일반적으로는 거주용부동산(homestead exemption), 자동차, 가구,

하고 기업의 경우는 절차완료 후에 해산하고, 개인의 경우에는 남은 채무에 관한 면책을 얻는다. 도산절차 후 합리적인 기간 내에 채권자 집회(meeting of creditors)를 개최하여<sup>102)</sup> 채권자에 대한 심문<sup>103)</sup>이 이루어진다. 다만, 제11장 회생(Reorganization)절차와 달리 채권자 위원회의 설치 유무는 임의적으로 선택할 수 있다<sup>104)</sup>.

도산절차의 개시결정(order for relief) 후에는 신속하게 연방관리관(U.S. trustee)이 예비 관리인(trustee)의 명부에 있는 관리인 후보 중에서 임시관리인(interim trustee)을 선임하고<sup>105)</sup>, 제1회 채권자회의에서 관리인이 선임되기 전까지 관리인의 직무를 수행한다<sup>106)</sup>. 만약, 채권자회의에서 관리인이 선임되지 않으면 임시관리인이 관리인이 되는 것이다<sup>107)</sup>. 한편, 채권자는 그 권리를 행사하기 위하여 제1회 채권자회의일로부터 90일 이내에 채권증명신고(filing of proof of claim)를 해야 한다<sup>108)</sup>.

청산절차의 가장 큰 목적 중 하나는 채권자에 대한 공평하고 질서 있는 분배(distribution)이다. 우선, 가장 먼저 분배되는 것은 담보채권으로, 담보채권은 담보물의 가치의 범위 내에서 완전히 변제된다. 또한 담보물의 가치가 피담보채권액을 넘는 경우는 우선적 청구권(priority claim)<sup>109)</sup>이나 기타의 무담보채권<sup>110)</sup>의 지급에 충당된다<sup>111)</sup>.

---

직업상 필요한 서적이거나 도구 등이 포함된다.(11U.S.C. §522.)

102) 11U.S.C. §341(a).

103) 11U.S.C. §343.

104) 11U.S.C. §705.

105) 11U.S.C. §701.

106) 도산재단을 대표한다(11U.S.C. §323).

107) 11U.S.C. §702.

108) 11U.S.C. §501.

109) 다음의 무담보채권이나 도산관계의 비용은 우선적 청구권이며, 도산재단의 재산가운데 우선적으로 지급된다(11U.S.C. §507, 726(a)(1)).

1. 배우자와 자녀 등의 양육비에 관한 채권
2. 공익비용(administrative expenses). 공익비용의 주된 것에는 도산재단의 충실히 사용된 비용, 관리인의 보수, 채권자에 의한 도산절차 개시 신청비용 등이 있다(11U.S.C. §503).

(2) 회생

제11장 회생은 회생형 도산처리절차를 내용으로 하고 있으며, 채무자 스스로 채무 정리안을 작성하여 채무자 주도의 회생이 가능하다(이른바 'DIP'형). 회생절차는 채권자 또는 채무자의 신청에 의해서 개시되며, 이 경우에는 개별적인 채권징수행위는 금지된다.

- 
3. 채권자에 신청에 의한 경우에 신청시부터 절차 개시결정 또는 관리인의 선임 가운데 빠른 시기에 발생한 채무자의 통상의 거래에서 발생한 채권
  4. 신청 전 180일 이내에 발생한 급여·수수료 등에 근거한 채권, 다만 채권자 한명당 10,950달러(이 금액은 2007년 4월 1일 현재의 금액이며 이것은 3년마다 소비자 물가지수에 따라 조정된다(11U.S.C. §104. 참조)를 한도로 한다.
  5. 신청 전 180일 이내에 발생한 종원업후생계획의 지급의무에 근거한 채권, 다만 종업원 한명당 상기의 4에서의 지급을 포함하여 10,950달러(이 금액은 2007년 4월 1일 현재의 금액이며 이것은 3년마다 소비자 물가지수에 따라 조정된다(11U.S.C. §104. 참조)를 한도로 한다.
  6. 곡물생산자 및 어업종사자의 일정한 채권, 다만 채권자 한명당 5,400달러(이 금액은 2007년 4월 1일 현재의 금액이며 이것은 3년마다 소비자 물가지수에 따라 조정된다(11U.S.C. §104. 참조)를 한도로 한다.
  7. 개인 채권자가 가재(家財)의 구입과 관련하여 지급한 선금금의 반환청구채권. 다만 채권자 한명당 2,425달러(이 금액은 2007년 4월 1일 현재의 금액이며 이것은 3년마다 소비자 물가지수에 따라 조정된다(11U.S.C. §104. 참조)를 한도로 한다.
  8. 일정한 조세채권
  9. 연방예금보험공사 등이 금융기관인 채무자가 가진 일정한 채권
  10. 유증운전 등에 의해 발생한 사상사고에 근거한 손해배상청구채권
- 110) 우선적 청구권을 전액지급하고도 채단에 재산이 있는 경우에는 기타의 무담보채권자에 지급된다. 이 가운데에도 다음과 같은 우선순위가 있으며, 이들을 전액 지급하고도 잔여재산이 있으면 채무자에 지급된다(11U.S.C. §726(a)(2)~(6)).
1. 적시에 신청한 무담보채권
  2. 적당한 시간을 벗어나서 도착한 무담보채권
  3. 징벌적 손해배상이나 벌금 등에 근거한 채권
  4. 이자
- 111) 11U.S.C. §506.

회생절차 개시 후 합리적인 기간 내에 채권자회의를 개최하여<sup>112)</sup> 채무자에 대한 심문을 행하게 된다<sup>113)</sup>. 파산절차의 개시선언 후에는 가급적이면 빠른 시일 내에 연방관리관은 채권액이 큰 순서대로 7명의 무담보채권자로부터 채권자위원회(committee of creditors)<sup>114)</sup>를 구성하여야 한다<sup>115)</sup>. 회생절차에 있어서는 채무자(구 경영단)가 관리인과 같은 권한을 가지고 계속하여 사업을 영위할 수 있는데, 이것을 점유채무자(debtor in possession, “DIP”)라 한다.<sup>116)</sup> 이 경우 채무자는 언제든지 회생절차를 청산절차로 이행(convert)할 수 있다. 즉, 이해관계자가 정당한 사유로 인하여 신청한 경우에는 법원은 청산절차로 이행하거나, 회생절차의 신청을 각하할 수 있는 것이다. 정당한 사유란 예를 들면, 회생의 합리적인 가능성이 없는 경우와 회생안의 실행가능성이 없는 경우 또는 채무자의 행위에 의해서 채권자의 권리가 침해당하는 경우 등이다<sup>117)</sup>.

파산신청에 의해서 채무자의 사업을 정지시키지 않고 사업을 계속 하면서 채무자의 회생을 목적으로 하기 때문에 이해관계자의 신청에 의해 법원이 사업을 계속적으로 금지시키지 않는 한 관리인(통상적으로 점유채무자)이 사업을 계속한다<sup>118)</sup>. 이를 위해서는 회생계획(reorganization plan)이 필요하며, 이 회생계획에 의해 채권자나 채무자 주주의 권리를 변경한 후에 계획에 근거하여 채무자가 채무를 변제하여 사업을 재건하게 된다.

도산절차의 개시가 선언된 후 120일 간은 채무자만이 회생계획을 제출할 수 있다<sup>119)</sup>. 채무자가 120일이라는 기간 동안 회생계획을 제출

---

112) 11U.S.C. §341(a).

113) 11U.S.C. §343.

114) 채권자위원회는 필요적 기관이며 무담보채권자의 권익을 대표한다.  
(11U.S.C. §1103.)

115) 11U.S.C. §1102.

116) 11U.S.C. §1107.

117) 11U.S.C. §1112.

118) 11U.S.C. §1108.

하지 않은 경우에는 채권자·채권자위원회 또는 주주 등 다른 이해관계자들도 회생계획을 제출할 수 있다<sup>120)</sup>. 이 경우, 회생계획의 핵심을 이루는 것은 지급방법의 변경 등 채권자의 권리취급이다.

이와 같이 제출된 회생계획은 우선 각 그룹<sup>121)</sup>에 있어서 채권자의 과반수 또는 채권액의 2/3 이상의 찬성에 의해서 승인(acceptance)되어야 한다<sup>122)</sup>. 또한, 원칙적으로 모든 그룹의 승인이 필요하지만, 예외도 인정된다<sup>123)</sup>.

필요한 그룹의 승인을 얻게 되면 법원은 채권계획이 제11장 소정의 요건(공익비용의 전액지급 또는 채권계획의 실현가능성 등)을 만족하는지를 심사한 후에 확정(confirmation)하게 된다<sup>124)</sup>.

채무자는 회생계획과 파산법원의 명령에 따라서 채무를 변제하고, 사업을 계속할 의무를 부담한다<sup>125)</sup>. 회생계획에 근거하여 의무를 부과한 경우에는 채무자는 도산형태에서 탈피(emerge from bankruptcy)한 것이 되며, 통상적인 기업으로서 사업을 계속해서 영위하게 된다.

119) 11U.S.C. §1121(b).

120) 11U.S.C. §1121(c).

121) 각 채권자는 그 채권의 내용이나 성질에 의해 몇 개의 그룹(classes)으로 나뉘며, 변제순위의 우선 등을 고려하면서 실질적으로 동등한(substantially similar)채권을 가진 채권자는 동일한 그룹에 속하게 된다(11U.S.C. §1122(a)).

122) 11U.S.C. §1126(c).

123) 다음과 같이 예외도 인정되고 있다.

- ① 회생계획에 의한 권리 내용이 변경되지 않은 그룹이나 채권 전액이 이미 지급된 그룹은 이익을 침해하지 않기(not impaired) 때문에 승인을 얻을 필요는 없다(11U.S.C. §1126(f)).
- ② 이익이 침해된 하나의 그룹이 승인에 반대하고 있는 경우에 있어서도 이익을 침해된 다른 그룹 가운데 적어도 한 그룹이 승인하거나 회생계획이 공평(fair and equitable)하여 반대그룹을 불공평하게 차별(discriminate unfairly)하지 않는다면 불승인의 그룹이 있어도 법원은 회생계획을 승인할 수 있다(11U.S.C. §1129(a)(10), 1129(b)).

124) 11U.S.C. §1141.

125) 11U.S.C. §1142.

## 2. 기업청산에 따른 과세제도

기업의 도산, 특히 법인이 도산하는 경우에는 청산이 필요하며, 완전히 청산되는 경우에는 세무상 법인은 존재하지 않게 된다. 기업이 도산하는 경우에는 도산절차에 의해서 기업의 자산이 분배되며, 담보 채권 등이 정산된 후에 남은 재산에 대해서는 주주 등에게 잔여재산을 분배해야 한다. 이러한 경우에는 청산계획(a plan of liquidation)이 필요하지만, 법인이거나 그 이사회의 형식적인 행위는 불필요하다. 법인의 청산이유는 많지만 청산계획을 채택하고 주주에게 600달러 이상을 분배하는 경우에는 정보신고서(information returns)를 제출해야 한다. 법인은 청산분배(a liquidating distribution)날에 수령자에게 자산을 매각한 것으로 하여 해당 자산의 분배손익을 인식해야 한다<sup>126)</sup>. 청산하는 법인의 주식상환에 의해서 당해 주주는 자본이득 또는 자본손실이 발생하게 된다. 완전한 청산에 있어서의 분배는 주식이나 교환의 수취로 취급되어 통산의 소득에 산입되어야 할 배당으로 되지 않는다. 다만, 자회사와 관련된 청산이나 조직재편성의 일부로 하는 청산에 대해서는 청산법인과 그 자회사의 쌍방에서 손익의 인식에 관한 예외적인 취급이 있다.

### 가. 청산법인의 손익인식

완전한 청산에 있어서 청산법인은 자산의 청산분배에 대하여 해당 자산을 완전한 시장가치로 매각한 것으로 보아 손익을 인식하여야 하지만, 지분의 80% 이상을 소유하고 있는 자에게 자산을 분배하는 경우에는 손익을 인식하지 아니한다.

한편, 조직재편성에 관한 IRC의 규정이 손익을 인식하지 않도록 규

---

126) IRC §331 및 336.

정하고 있는 경우에는 교환 또는 분배에 관한 손익도 인식하지 아니한다. 또한, 관련자에 대한 자산의 분배에 대하여도 분배가 비례 안분되거나 부적격자산이 아닌 경우를 제외하고는 손익을 인식하지 아니한다.

#### 나. 자회사의 청산

완전한 청산에 있어서 지분을 80% 이상 소유하고 있는 모회사에 대한 자산의 분배의 경우에는 청산 자회사는 어떠한 손익도 인식하지 아니한다<sup>127)</sup>. 그러나, 청산절차에 있어서 소수주주가 자산을 수취하는 경우에는 분배법인은 수익을 인식하지만, 손실은 인식하지 아니한다. 또한, 청산에 있어서 미국 지주회사의 외국법인에 대한 분배는 미국 지주회사가 5년 이상 존재하는 경우에는 배당으로 보아 과세한다<sup>128)</sup>.

청산 자회사의 부채를 변제하기 위해서 지분을 80% 이상 소유하고 있는 모회사에 분배된 자산의 경우에는 청산분배로 취급하여 분배법인은 손익을 인식하지 아니한다.

#### 다. 주주의 손익

청산거래에 의해 청산법인과 그 주주 쌍방은 손익의 실현과 인식을 하지 않는다<sup>129)</sup>. 청산법인은 청산계획에 따라서 주주에 대한 자산의 분배 또는 자산의 매각에 대하여는 손익을 인식한다. 또한, 주주에 대한 청산분배는 주식의 교환과 동일하기 때문에 주주의 자본이득이 된다. 그러나, 청산법인이 해산예정법인(collapsible corporation)인 경우 상환 교환으로부터 실현된 수익은 자본이득이 아닌 통상의 소득이 된다.

부분청산(partial liquidation)으로 법인의 사업계획의 일부로서 행해

---

127) IRC §337.

128) IRC §332.

129) Rev Rul §1.331-1.

진 부분은 청산법인의 법인주주로 행해진 경우 반드시 주식과 교환 청산분배로서 취급되지 않는다. 그러나, 분배가 법인주주의 주식의 상환이며, 또한 주주의 법인에 있어 지분의 감소를 검토하는 기준이 만족되는 경우의 상환은 주식과 교환의 지급으로 분배에 해당하는 것이다. 사업개혁에 관한 비법인주주에 해당하는 상환으로 분류된다.

## 라. 해산예정법인

해산예정법인은 일반적으로 법인의 재고자산이 되는 자산을 주로 생산 또는 구입하기 위해 조성되거나 사용된 법인으로 법인의 주식을 매각 또는 교환하는 것에 의해 주주가 잠재적인 소득을 실현하는 것을 목적으로 하는 것이다<sup>130)</sup>. 이 규정의 목적은 주주가 통상소득으로 과세된 것을 자본이득으로 과세되는 것으로 전환할 수단으로서 사업을 행한 법인형태를 이용하는 것을 방지하기 위해서이다. 예를 들면 단일 빌딩건설을 위해 법인을 설립하고 빌딩의 완성과 동시에 매각 전에 법인의 주주는 그 주식을 제3자에 매각한다. 이 법인은 소득을 실현하지 않았기 때문에 과세되지 않지만, 본래의 주주는 자본이득을 얻는다.

본래의 주주는 빌딩의 공정한 시장가치가 법인주식을 넘는 범위에서 수익을 계상한다. 법인은 빌딩을 매각한 통상의 소득을 인식하고 주주는 세후 이익의 분배로부터 통상의 소득인 배당을 수취한다. 여기서 해산예정법인의 주식의 매각 또는 교환으로부터 실현된 수익은 다음의 경우 통상적인 소득으로 취급된다.

- ① 주주가 법인의 주식의 5%를 소유한 경우
- ② 연도 중에 매각 또는 교환으로부터 실현한 수익의 70%를 초과한 법인에 의해 생산된 자산에 귀속되는 경우
- ③ 수익이 자산의 제조, 건설 또는 생산 완료 후 3년 이내에 실현하

---

130) IRC §341(b)(1).

는 경우

### 3. 채무면제이익에 대한 과세제도

#### 가. 개요

통상적으로 채권자가 채무자에 대하여 그 채무를 일부 또는 전부를 면제한다면 이는 채무자의 소득이 된다. 미국의 연방세법에서도 예외는 아니며, 채무면제소득(Discharge of Indebtedness income)이라 하여 과세소득을 구성하게 된다<sup>131)</sup>. 따라서, 원칙적으로 채무면제이익(income from discharge of indebtedness)은 총익금에 산입된다<sup>132)</sup>. 채무면제액이 전액인지 아니면 일부인지는 묻지 않고 총수익금에 산입되는 것이다. 납세자가 그 채무를 액면금액 미만으로 지급한 경우에도 채무면제이익은 계상된다. 원칙적으로 법인의 주주가 법인에 채권을 호의에 의해 포기한 경우 채권의 원본 금액은 법인의 총수입금에 해당한다<sup>133)</sup>.

하지만, 기업의 도산 등에 의하여 파산법 절차에 따른 채무면제이익이나 납세자의 채무초과 등에 대해서는 채무면제이익을 소득계상에서 제외하는 특례를 정하고 있다. 즉, 채무면제이익을 총익금에 산입하지 않는 특례를 정하고 있는 것이다<sup>134)</sup>.

---

131) IRC §61(a)(12).

132) IRC §61(a)(12).

133) Rev Rul §1.61-12(a).

134) IRC §108.

## 나. 채무면제이익의 소득계상 특례

### (1) 총익금에 산입하지 않는 경우

위에서 살펴본 바와 같이 채무면제이익은 원칙적으로는 과세소득을 구성하게 된다. 그러나, 도산법에 의하여 채무가 면제된 경우, 납세자의 채무초과<sup>135)</sup>에 따라서 채무를 면제하는 경우 등에는 익금에 산입하지 아니한다<sup>136)</sup>.

### (2) 채무면제이익의 공제순서

도산법에 의한 채무의 면제와 채무초과상태인 납세자에 대한 채무 면제의 경우로서 소득금액에 산입하지 않는 채무면제이익은 다음의 순서로 각 금액에서 공제한다<sup>137)</sup>. 결과적으로 이러한 채무면제이익에 대한 법인세 등의 비과세는 영구적인 과세제외가 아니라 과세이연에 해당하는 것이다.

- ① 채무면제를 행한 과세연도의 결손금액 및 해당 연도로 이월된 결손금을 공제한다.
- ② 채무면제를 행한 과세연도로 이월된 또는 해당 과세연도로부터 이월된 투자세액공제액 및 시험연구비의 세액공제액을 공제한다.
- ③ 채무면제를 행한 과세연도의 다음 과세연도 개시일의 최저한세의 세액공제액을 공제한다.

---

135) 채무초과의 경우란 채무가 자산의 시가를 초과하고 있는 경우이다. 여기서의 판정은 채무면제를 행하기 전의 자산과 부채에 근거하여 이루어진다.(IRC §108(d)(3)), 또한 채무초과의 경우에 면제된 채무 가운데 총익금에 산입되지 않은 금액은 부채가 자산의 시가를 초과한 금액에 한정된다(IRC §108(a)(3)).

136) IRC §108(a)(1).

137) IRC §108(b)(1)(2).

- ④ 채무면제를 행한 과세연도의 순자본손실 및 해당 과세연도로 이월된 순자본손실액을 공제한다.
- ⑤ 채무면제를 행한 과세연도의 다음 과세연도 개시일에 납세자가 가진 자산의 기초가액을 감액한다<sup>138)</sup>. 이 경우에 감액하는 금액은 채무면제 직후의 자산의 기초가액의 합계와 채무면제 직후의 부채의 합계액을 넘는 금액 이하이다<sup>139)</sup>.
- ⑥ 채무면제를 행한 과세연도로부터 이월되어 사업활동에 실질적으로 참여하지 않은 활동에서 발생한 결손금 또는 세액공제액을 공제한다.
- ⑦ 채무면제를 행한 과세연도로 이월된 또는 해당 과세연도로부터 이월된 외국세액을 공제한다.

위와 같은 공제액 가운데 ①과 ④ 및 ⑤의 경우에는 총익금에 산입되지 않는 채무면제이익의 금액이 공제대상이 되며, ②와 ③ 및 ⑦의 경우에는 총익금에 산입되지 않은 금액의 약 33%가 공제의 대상이 된다. 그리고 ⑥의 결손에 대해서는 총익금에 산입되지 않은 채무면제이익의 금액이 대상이 되며, 세액공제에 대해서는 총익금에 산입되지 않은 채무면제이익의 약 33%가 공제대상이 된다<sup>140)</sup>.

또한, 상기의 공제순서에 추가적으로 우선 감가상각대상자산의 기초가액을 감액하는 것을 선택할 수 있다<sup>141)</sup>.

#### 다. 도산법에 의한 채무면제이익의 취급

연방파산법상에 의하여 도산이 진행되는 경우의 채무면제이익에 대하여 즉 납세자가 도산과 관련된 법원의 관할하에 있는 경우, 채무의

---

138) IRC §1017(a).

139) IRC §1017(b)(2).

140) IRC §1017(b)(3).

141) IRC §108(b)(5).

면제에 대하여 법원의 허가가 있는 경우 또는 법원이 허가한 회생계획 등에 의한 경우에는 채무면제이익에 대하여 소득계상에서 제외하는 특례를 적용받게 된다<sup>142)</sup>. 이와 같이 도산으로 인하여 납세자가 채무 면제를 받은 경우에는 당해 채무면제이익은 소득에서 제외되는데, 그 금액은 채무초과금액에 한정된다<sup>143)</sup>.

이와 같이, 도산을 원인으로 한 채무면제이익이 소득금액의 계산상 제외되는 경우에는 그에 상응하는 채무자의 세무사항이 감액되어야 한다<sup>144)</sup>. 즉, 채무면제이익에 대한 특례제도는 영구적인 비과세가 아니라, 과세이연이라고 할 것이다. 이는 위에서 채무면제이익의 공제순위와 같이 자산의 취득가액에 대해서는 그 감액순서는 해당 채무를 담보하는 사업용 부동산, 동산, 재고자산을 제외한 사업용 자산, 비사업용 자산의 순서로 취득가액이 감액되며, 자산의 취득가액은 채무면제 직후 납세자의 자산채무액을 초과한 만큼만 감액된다<sup>145)</sup>.

한편, 채무자는 위와 같은 순서로 소득공제나 세액공제 등을 하는 것 대신에 감가상각자산의 취득가액을 감소시키는 방법을 선택할 수 있으며, 그 경우에는 취득가액 전부가 감액된다.

#### 4. 재조직시 양도차익에 대한 과세제도

##### 가. 개요

통상적으로 기업의 합병이나 인수 등의 재조직이 발생하는 경우에는 일정한 자산을 처분하게 되며, 이 경우에는 원칙적으로 당해 거래로부터 발생하는 기업 및 주주의 소득은 과세대상이 된다. 다만, 산업

---

142) IRC §108(d)(2).

143) IRC §108(a)3).

144) IRC §108(b)(1).

145) IRC §1017(b)(2).

계의 강력한 요청에 의한 정책적인 배려로서 일정한 요건을 충족하는 경우에는 비과세 재조직으로 인정하는 경우가 있다.

이 경우, 비과세 재조직으로 인정받기 위해서는 IRC §368(a)의 유형별 요건을 충족하여야 한다. 여기서 말하는 유형별 요건은 A형부터 G형까지 7종류<sup>146)</sup>의 법인조직재편성(corporate reorganization)의 요건이다. 이러한 유형은 조직재편성계획에 의한 교환거래에 대하여 법인 및 주주의 양자에 대하여 원칙적으로 비과세(손익인식이연)하는 규정을 두고 있다<sup>147)</sup>.

이러한 법인조직재편의 유형 가운데 G형은 도산(파산)처리에 따라 다른 법인으로 자산을 이전하는 유형이다. G형 조직재편은 도산한 법인이 그 자산의 전부 또는 일부를 다른 법인에게 이전하지만, 조직재편계획에 따라서 당해 자산의 양수법인이 그 주식 또는 증권을 주주에게 전부 또는 일부를 분배하는 것이다. 파산절차에 의한 해당 법인의 양도는 G형 조직재편으로서 과세특례가 적용된다<sup>148)</sup>. 다만, 이 경우에는 사업의 계속성 요건을 충족하여야 한다.

#### 나. G형조직의 요건 및 과세상 취급

##### (1) G형조직의 요건

G형 조직에 있어서는 투자의 계속성(Continuity of interest), 사업 목적 및 사업의 계속성, 주식 등의 분배요건 요건 등을 만족해야 한다.

---

146) 여기서 말하는 7종류의 법인재편성은 다음과 같다. 즉, Type A(법인의 합병(흡수합병 및 신설합병), Type B(주식과 주식의 교환), Type C(주식과 자산의 교환), Type D(자산과 주식의 교환), Type E(자본의 재편), Type F(단순한 법률상의 형식변경) 및 Type G(도산처리에 따른 다른 법인에의 자산이전)를 말한다.

147) IRC §354(a)(1) 및 361(a).

148) IRC §368(a)(3)

이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 투자의 계속성(Continuity of interest) 요건을 충족하여야 한다. 도산회사의 채권자들은 G형 조직으로 재편되면 회사의 소유권자로 간주되는데, 이는 도산회사의 채권자들이 결국 그 회사의 운명과 직결되기 때문이다. 따라서, 조직의 재편에 따른 주주와 해당 도산기업의 채권자가 수령하는 주식을 모두 계산하여 과세이연의 충족 여부를 판단하는 것이다.

둘째, 사업목적(Continuity of Purpose) 및 사업의 계속성(Continuity of Business Enterprise) 요건을 충족하여야 한다. 즉, 취득 기업이 대상 기업의 종전 사업을 계속하여 영위하거나, 대상 법인의 종전 사업용 자산의 중요한 부분을 사업에 사용하는 경우에는 사업목적 및 사업의 계속성 요건을 충족하는 것으로 보는 것이다<sup>149)</sup>.

셋째, 주식 등의 분배요건이 충족되어야 한다. G형 조직이 되기 위해서는 대상회사가 그 자산과 교환된 주식 등에 대하여 새로운 주식 등으로 교환함에 있어서 어떠한 이득이나 손실도 인식하지 아니한다<sup>150)</sup>. 이는 주식 간의 교환만을 원칙으로 하는 것이다. 하지만, 도산회사는 채권자에게 주식을 교부해야 하지만, 예외적으로 채권을 주식으로 교환하는 것도 인정된다<sup>151)</sup>. 또한, 이 경우 취득회사는 대상회사의 자산의 실질적 전부를 취득해야 한다<sup>152)</sup>.

## (2) G형 조직의 과세취급

G형 조직의 대상회사, 주주, 채권자, 취득회사 등에 대한 과세상 취급은 통상적인 비과세 재편조직과 동일하지만, 그 특성상 몇 가지 예외

149) Reg. §1.368-1 (d).

150) IRC §354.

151) Mark A. Frankel, 「Federal Taxation of Corporate Reorganization」  
66 Am. Bankr. L.J. 55, 1992, p. 77.

152) IRC §354(b).

를 인정하고 있는데, 그 내용을 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 대상회사는 자산 등과 교환으로 취득하는 주식에 대하여는 이익 또는 손실을 인식하지 아니한다.

둘째, 취득회사의 경우에는 대상회사의 자산과 교환함에 따라 발행하는 주식의 경우에는 이익이나 손실을 인식하지 아니한다.

셋째, 대상회사의 주주 또는 채권자가 취득회사의 주식 등을 교부받은 경우에도 원칙적으로 이익이나 손실을 인식하지 아니한다<sup>153)</sup>. 다만, 예외적으로 대상회사의 유가증권에서 발생한 이자에 대하여 그 대가를 받는 경우에는 이자소득으로 취급하여 과세하며<sup>154)</sup>, 채권자가 받은 주식 등의 액면가액이 구 주식의 액면가액을 초과하는 경우에는 자본이득으로 본다<sup>155)</sup>.

## 5. 재조직시 이월결손금의 승계

### 가. 개요

기업의 결손금의 경우에는 당기의 손실을 그 이전 과세연도의 과세소득에서 공제하는 소급공제와 다음 연도 이후의 과세연도의 과세소득에서 공제하는 이월공제방식이 있다<sup>156)</sup>. 미국의 경우에는 소급공제 기간은 2년으로 하고, 이월공제는 20년까지 허용하고 있다<sup>157)</sup>.

그렇다면, 도산회사의 재조직의 경우에는 당해 결손금이 승계되는지의 여부는 조세법상 매우 중요한 문제라고 할 것인데, 통상적으로 G형 조직재편과 같은 비과세 조직의 경우에는 이월결손금에 대한 승계를 인정하고 있다<sup>158)</sup>. 하지만, IRC는 결손금 공제에 대한 제약을 두고

---

153) IRC §354(a)(1).

154) IRC §354(a)(2)(B).

155) IRC §356(d)(2).

156) IRC §172.

157) IRC §172(b)(1)(A).

있다. 즉 다음과 같은 사건이 발생하면 이월된 결손금에 대한 제약을 가하게 된다<sup>159)</sup>.

첫째, 결손법인의 주주가 50%를 초과하여 변경되는 경우에는 결손금을 재계산하여야 한다.

둘째, 결손법인이 사업을 계속하지 아니한 경우에는 이월결손금은 승계되지 아니한다. 즉, 이월결손금은 없는 것으로 하는 것이다.

셋째, 자산의 평가이익은 지배권 획득 이전의 결손과는 상계할 수 없다.

넷째, 조세회피목적이 있다고 인정되는 경우에는 포괄적 부인규정을 두어 이월결손금을 공제할 수 없도록 하고 있다<sup>160)</sup>. 즉, 이윤이 발생하는 기업이 손실기업 등을 인수하여 소득공제 등을 받아 조세를 회피하는 것을 방지하기 위하여 조세회피목적이 있다고 인정되는 경우에는 이월결손금의 공제를 적용받을 수 없는 것이다.

이와 같이 조직재편 등 변경 후의 과세연도의 과세소득 가운데 변경 전의 결손과 상계되는 금액은 해당 연도에 적용된 IRC §382조의 제약 공제금액을 초과하지 않아야 한다<sup>161)</sup>. 여기서 결손금의 한도는 원칙적으로 신 결손법인의 소유권 변화 이전 주식의 시장가치에 표준수익율(long-term tax exempt rate)을 곱한 것으로 한다<sup>162)</sup>.

#### 나. 도산기업에 대한 특례

도산기업의 경우는 IRC §382(a)의 결손금 제약을 적용받지 않고 IRC §382(1)(5) 또는 IRC §382(1)(6)을 선택하여 적용받는다. 우선 IRC §382(1)(5)는 소유권 변화 직전에 해당 회사가 연방파산절차 등의

---

158) IRC §381(a).

159) IRC §382.

160) IRC §269.

161) IRC §382(a).

162) IRC §382(a).

절차가 진행되고 있으며, 소유권의 변화 후에 결손기업의 주주들과 적격 채권자들이 새로운 회사의 주식의결권 및 그 가치의 50% 이상을 소유하게 되는 경우에는 이월결손금의 공제를 적용받을 수 있는 것이다. 또한, IRC §382(1)(6)은 채무회사가 소유권 변화 이후에 증가된 회사가치를 기초로 하여 IRC §382조의 결손계약 범위 금액을 계산할 수 있도록 한 것이다. 따라서, 채무회사는 G형 재조직 후 가치상승에 근거하여 이월결손금 공제액을 증가시킬 수 있게 된다.

## 6. 조세채권의 취급

미국의 연방도산법은 도산절차에서의 채권순위를 초선순위 우선채권, 선순위 우선채권, 일반 무담보채권, 후순위채권의 순서로 정하고 있으며, 연방도산법 제507조 a항은 선순위 우선채권을 1순위에서 10순위까지 규정하고 있다. 이러한 우선채권 중에서 조세채권인 소득세, 재산세, 원천징수세, 고용세, 소비세, 관세, 조세별과금, 조세이자채권 등의 조세채권은 8순위로 규정되어 있다.

이와 같이 조세채권은 8순위로 규정되어 있는데, 이러한 순위는 과거에 비하여 많이 낮아진 것이다. 조세채권이 1867년 도산법에서는 절차비용에 이어 2순위 우선권이 부여되었는데, 1938년 도산법 개정시에는 4순위, 1978년에는 6순위, 1984년 개정시에는 7순위까지 밀리다가, 1994년 개정시에는 8순위까지 밀리게 되었다.

다만, 조세채권이 8순위의 우선채권보다 우선권을 가지는 경우가 있다. 즉, 이미 tax lien이 성립한 조세채권의 경우에는 파산절차상 담보채권으로 취급되기 때문에 일반 우선채권보다 먼저 변제를 받을 수 있다. 그리고 파산재단의 재산을 관리하기 위해서 지출한 비용의 경우에는 재단관리비용이기 때문에 1순위가 부여된다. 파산절차가 개시되고 파산재단의 관리기간 동안 발생한 조세채권의 경우에도 재단비용에 포함되어 1순위의 우선변제권을 가지는 경우가 있으며, 비자발적 신청

시 파산신청일과 구제명령일 사이에 발생한 조세채권의 경우에는 2순위로 취급받는다. 한편, 파산신청일 90일 이내에 발생한 임금의 경우에는 제3순위의 우선권을 가지는데, 우선권 있는 임금채권에 대한 소득세 원천징수세액과 사회보장세의 근로자 부담분의 경우에도 임금채권의 일부이기 때문에 이에 대한 조세채권의 경우에도 제3순위의 우선권을 가지는 것으로 보아야 할 것이다<sup>163)</sup>.

## 제2절 일본의 도산세제

### 1. 일본 도산제도의 일반

일본에 있어서 도산처리제도는 법적인 처리와 임의적인 처리로 구분된다. 먼저, 법적인 처리에 의한 도산은 법원의 감독하에 행하게 되는 도산처리 절차로서 경제주체가 경제적으로 완전하게 파산한 경우뿐만 아니라 파산할 우려가 있는 경우까지 포함하는 것이 일반적이다. 대체적으로 이러한 법적인 처리에 의한 도산의 경우에는 청산형과 회생형으로 나누어져 있으며, 그 도산법제에 있어서는 청산형 법제와 회생형 법제로 나누어져 있다. 청산형 법제에는 파산법(破産法)과 회사법의 특별청산이 있으며, 회생형 법제로는 회사갱생법(會社更生法)과 민사재생법(民事再生法)이 있다<sup>164)</sup>. 청산형은 도산상태로 된 채무자의 자산을 환가하여 채권자에게 변제하는 것을 목적으로 하는 제도이며, 채무자가 법인인 경우에는 그 존속 및 회생을 예정하지 않는 것이다. 회생형은 도산상태가 된 채무자의 재산을 바로 환가 및 분배하는 것이 반드시 예정되지 않고 채권자들의 권리를 변경(채무의 면제, 기

163) 조영식, 「파산과 조세」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 2, pp. 36~37.

164) 柳川範之外 2名, 「倒産處理法制の機能と企業金融上の諸問題に關する再檢討—企業再生促進の觀點からの考察—」, CARF-J-012, 2005. 6, pp. 7~8.

간의 유예, 분할변제 등)한 뒤에 현재 보유하고 있는 재산을 기초로 하여 이익을 획득하여 권리변경 후 채무를 변제하는 등에 의해 채무자의 사업 또는 경제생활의 경제적 재생을 목적으로 하는 제도이다.

이와 같은 법적 절차에 따라 법원이 그 도산절차 등에 관여하는 경우에는 채권자 간의 공평성과 투명성이 확보되는 이점이 있지만, 시간과 비용이 많이 들고 신청을 행한 것만으로 ‘도산’이라고 불리어 기업에 좋지 않은 이미지를 확산시키는 결점을 가지고 있다<sup>165)</sup>. 그래서 채무자가 채권자들과 임의로 협의하여 재산관계를 처리하기도 한다. 이는 법적인 처리에 대비되는 개념으로 임의적인 처리 또는 사적정리(私的整理)라고도 한다. 채무자가 개인인 경우에는 경제적 회생을 목적으로 하지만, 법인인 경우에는 청산을 목적으로 하는 경우와 회생을 목적으로 하는 경우가 있다. 법적인 도산절차와는 달리 채권자와 채무자의 당사자간의 합의에 근거하여 채권을 처리하게 된다. 이러한 임의적인 처리는 법적인 도산처리와 달리 국가기관에 의한 감독이 없기 때문에 시간적 및 경제적으로 유리하다고 할 수 있지만, 정리에 반대하는 채권자를 구속하는 수단이 없고, 불평등한 정리가 작성될 가능성이 높은 것 등의 부정이 행해지기 쉬운 폐해도 있다.

이와 같이 기업 등의 도산처리에 있어서는 법적인 처리와 임의적인 처리가 존재하지만, 이하에서는 법적인 처리, 즉 법적인 절차의 근거법령을 중심으로 도산처리를 살펴보고자 한다.

## 가. 청산형법제

### (1) 파산법

파산법에 의해 규정된 파산절차는 법원이 선임한 파산관재인이 지

---

165) 竹下 進一, 「任意整理における租税徴収の諸問題」, 『税大論叢』, 40号, 税務大學校, 2002, p. 459.

급불능 또는 채무초과 상태인 자의 재산을 청산하는 것을 목적으로 하는 절차이다. 즉, 파산절차 개시의 신청에 의해 개시되며, 파산채권확정절차, 파산재단관리절차를 거쳐 파산절차종결의 결정과 면책 및 복권으로 종결되는 일련의 법적인 절차를 규율하고 있다. 이와 같은 파산법상의 파산절차를 간략하게 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 파산절차의 개시는 원칙적으로 파산절차 개시의 신청에 의해서 시작된다<sup>166)</sup>. 채무자가 개인인 경우에는 파산신청은 채무자의 영업소, 주소, 거소 또는 재산을 가지고 있는 때에 한하여 신청할 수 있으며, 법인 및 기타의 사단 또는 재산인 경우에는 일본에 영업소, 사무소 또는 재산을 가진 때에 한하여 신청할 수 있다<sup>167)</sup>. 파산절차 개시의 신청부터 파산절차 결정까지 채무자의 재산은 파산절차 개시 결정전의 보전조치가 이루어진다<sup>168)</sup>.

둘째, 법원은 파산절차의 개시신청이 있는 경우에 파산절차 개시의 원인으로 된 사실이 있다고 인정되는 때는 파산절차 개시의 결정을 한다<sup>169)</sup>. 다만, 파산절차의 비용 예납이 없는 경우와 부당한 목적으로 파산절차 개시의 신청이 있는 경우 및 기타 신청이 성실하지 않은 경우에는 제외한다<sup>170)</sup>.

셋째, 법원은 파산절차 개시결정과 동시에 파산관재인을 선임<sup>171)</sup>하면 파산재단에 속한 재산의 관리 및 처분의 권리는 파산관재인에 전속하고<sup>172)</sup>, 법원의 허가를 얻어 임의매각 등의 처분을 할 수 있다<sup>173)</sup>.

넷째, 파산관재인은 일반조사기간의 경과 후 또는 일반조사기간일의 종료 후에 있어서 파산재단에 속한 재산의 환가 종료 후에 있어서

---

166) 破産法 第30條 第1項.

167) 同法 第4條 第1項.

168) 同法 第28條 第1項.

169) 同法 第30條 第1項.

170) 同法 第30條 第2項.

171) 同法 第74條 第1項.

172) 同法 第78條 第1項.

173) 同法 第74條 第2項.

는 파산절차 폐지를 제외하고, 지체 없이 신고한 파산채권자에 대하여 배당을 해야 한다<sup>174)</sup>.

다섯째, 법원은 배당 등이 종료된 후 채권자 집회가 종결한 때 또는 기간이 종료된 때에는 파산절차 종료결정을 해야 한다<sup>175)</sup>.

## (2) 회사법의 특별청산

청산중의 주식회사는 청산이 종료되기까지는 주식회사로서 존속하고<sup>176)</sup>, 청산종료등기를 행하기까지 정기주주총회도 개최하여야 한다<sup>177)</sup>.

해산한 경우로 합병의 경우 및 파산절차가 종료되지 않은 경우 이외와 설립무효의 소송과 관련된 청구를 인용하는 판결이 확정된 경우에는 청산의 개시원인이 된다<sup>178)</sup>. 청산절차는 재산목록 등을 작성<sup>179)</sup>, 채무의 변제, 채권자에 대한 공고 등<sup>180)</sup>, 잔여재산의 분배 등으로 이루어진다.

한편, 채권자의 보호를 위하여 주주 등의 신청에 의한 특별청산이 있다. 특별청산의 절차로서 청산중인 주식회사의 채무초과의 의문이 있는 경우 등에는 도산처리절차의 하나로 분류된 특별청산절차가 이용된다<sup>181)</sup>. 또한, 채권자·청산인·감사 또는 주주는 특별청산개시의 신청을 할 수 있다<sup>182)</sup>.

청산인은 현재의 사무를 종료시키고 채권회수·부동산을 환가하는

---

174) 同法 第195條 第1項.

175) 同法 第220條 第1項.

176) 會社法 第476條.

177) 同法 第491條.

178) 同法 第475條.

179) 同法 第492條.

180) 同法 第499條.

181) 同法 第510條.

182) 同法 第511條.

등 자산의 전부를 현금화한다. 부채총액의 확정 후 채권자회의나 감사위원회의 감독·보조를 받아 청산사무를 집행한다. 협정이나 채권자와의 개별화<sup>183)</sup>에 의한 채무의 면제를 받아 자산과 부채가 동액이 되지만 자산초과의 상황이 된 단계에서 청산절차를 종료한다. 특별청산이 종료된 경우 또는 필요가 없게 된 경우에는 채권자의 신청에 근거하여 법원이 종료결정을 한다. 특별청산종료의 원인으로 한 종결결정이 있는 경우에는 청산회사의 법인격은 소멸한다<sup>184)</sup>.

## 나. 희생형 법제

### (1) 회사갱생법

회사갱생법은 법적 정리 가운데 가장 엄격한 법원의 감독과 채권자의 강제력을 가지고 대규모인 주식회사의 도산처리나 재생을 목적으로 하는 법률이다. 동법은 1952년에 제정되어, 2003년도의 개정으로 그 절차가 대폭 간소화되었다.

회사갱생법은 단순히 무담보채권을 권리변경의 대상으로 하는 것뿐만 아니라 담보권이나 조세채권·노동채권 등의 우선채권에 대해서도 권리변경의 대상으로 하고 더욱이 주주의 권리를 제한하는 특징이

---

183) 채무초과시에는 채권자에 채권의 일부 내지 전부면제 등의 요구를 해야 한다. 그 방법으로서 개별화해의 방법과 협정에 의한 방법이 있다. 협정에 의한 방법이란 청산인이 채무의 일부면제 및 변제방법을 정한 협정안을 작성하고 이것을 채권자회의에 신청, 채권자회의에서 이것을 가결한 후 법원의 인가결정을 받아 실행하는 방법이다. 이 협정안이 가결되기 위해서는 출석채권자의 과반수로 결석채권자의 채권을 포함하여 총채권액의 4분의 3 이상의 채권을 가진 채권자의 동의가 필요하다. 개별화해에 의한 경우란 청산인이 일부 또는 전부의 채권자와 개별로 교섭을 하고 채무를 감액하여 받아 해결하는 방법이다. 채무대책을 위해 특별청산의 경우에는 개별화해의 방법으로 청산하게 된다.

184) 同法 第574條.

있다. 즉, 부채부분만이 아니고 자산·자본부분이나 회사조직의 재편성을 도모하여 기업의 재건을 목적으로 하는 법률이다. 이러한 회사갱생법의 절차를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 회사가 사업을 계속하는 것이 현저하게 지장을 받아 변제기에 채무를 변제할 수 없는 경우 또는 파산에 이를 우려가 있는 경우에 회생갱생절차를 신청한다<sup>185)</sup>.

둘째, 회사갱생의 신청권자는 채무자회사, 자본의 10% 이상에 상당하는 채권을 가진 채권자, 발행주식 총수의 10% 이상의 주식을 가진 주주 등이다<sup>186)</sup>.

셋째, 회사갱생절차가 이루어지면 법원은 갱생절차 개시결정까지의 기간에 파산, 화의, 강제집행 또는 담보권의 실행 등 다른 절차의 중지를 명하는 것이 가능하다. 또한, 법원은 갱생절차결정 전에도 채무자회사의 자산의 보전처리를 명할 수 있다<sup>187)</sup>.

넷째, 법원은 갱생절차의 개시결정과 동시에 한 사람 또는 수인의 갱생관재인을 선임·지명한다. 갱생관재인이 지명되면 종래의 경영진은 원칙적으로 그 결정권을 잃고 갱생관재인의 감독하에 있게 된다<sup>188)</sup>.

다섯째, 관재인은 갱생채권 및 갱생담보권의 신고기간의 종료 후 갱생계획안을 작성하여 법원에 제출해야 한다. 또한 채무자회사, 채권자, 주주에도 갱생계획안 제출권이 인정되고 있다<sup>189)</sup>.

여섯째, 갱생계획안은 채권자, 주주는 그 우선권에 근거하여 담보권자, 우선채권자, 일반무담보채권자, 우선주 주주, 보통주 주주에 각각 세분되어 그 투표를 행하고 찬성을 얻어야 한다. 모든 계획안에 동의한 경우 법원은 그 계획안이 공정·공평의 원칙에 합치하는 등 기본적

---

185) 會社更生法 第30條.

186) 同法 第30條.

187) 同法 第37條·第39條·第67條.

188) 同法 第46條.

189) 同法 第189條·第190條.

인 조건을 만족하면 허가한다<sup>190)</sup>.

일곱째, 갱생계획이 수행되거나 또는 수행이 확실하다고 인정되기 까지 법원은 계획의 실행현황에 대한 감독을 계속한다<sup>191)</sup>.

## (2) 민사갱생법

민사갱생법은 종래 화의법(和議法)을 대신하여 2000년에 제정 및 시행된 법률이다. 동 법률은 경제적으로 어려운 채무자의 사업 또는 경제생활의 재생을 목적으로 하고 있는 도산법의 하나이다. 또한, 민사 재생절차를 이용할 수 없는 채무자의 범위에 대해서는 법률상의 제한은 없고, 개인·주식회사 및 기타의 법인 등이 이행할 수 있지만 주로 중소기업의 재생에 이용되는 것을 상정하고 있다. 민사갱생법의 절차를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 회사가 사업의 계속에 현저히 지장을 받아 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 경우 또는 파산 우려가 있는 경우에 민사갱생법의 절차신청을 할 수 있다<sup>192)</sup>.

둘째, 채무자 회사와 모든 채권자는 민사갱생법의 절차를 신청할 수 있다<sup>193)</sup>.

셋째, 종래의 화의절차와 같이 신청 후 법원은 채무자 자산의 보전 처분을 할 수 있다. 또한, 새로운 규정으로서 무담보채권자의 강제집행이나 가압류 등의 권리행사를 개별적으로 중지·취소할 수 있는 ‘중지명령, 취소명령’ 및 모든 무담보채권자의 권리행사를 일률적으로 금지할 수 있는 ‘포괄적 금지명령’이 도입되어 있다.

넷째, 아래의 다섯째의 경우를 제외하고 갱생신청 후에도 구 경영진

190) 同法 第205條·第232條·第233條·第234條.

191) 同法 第209條.

192) 民事再生法 第21條.

193) 同法 第21條.

이 계속하여 경영권 및 자산의 관리처분권을 유지한다. 다만, 회사 사업의 전부 또는 중요한 일부를 양도하는 경우에는 법원의 허가를 필요로 한다. 또한 통상 경영행위의 범위를 넘는 행위에 대해서는 법원의 판단으로 법원의 허가를 필요로 할 수 있다.

다섯째, 법원은 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 필요하다고 인정되는 경우에는 감독위원을 선임한다. 감독위원이 선임되면 채무자는 법원이 지정한 행위에 대하여 감독위원의 동의를 얻어야 한다. 또한 법원은 채무자의 자산관리, 처분에 현저히 문제가 있다고 판단한 경우에는 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 재생관재인을 선임한다<sup>194)</sup>. 재생관재인이 선임되면 모든 경영권, 자산관리처분권은 재생관재인에 이관되어 구 경영진은 그 권한을 잃는다<sup>195)</sup>.

여섯째, 채무자는 재생계획안을 작성하여 채권자회의(무담보채권자)에서 가부투표가 이루어진다. 투표의 결과 출석채권자수의 과반수로 신청채권총액의 1/2 이상의 동의를 얻은 경우에는 법원은 그 계획안을 허가한다<sup>196)</sup>.

일곱째, 재생절차의 과정에서 감독위원이 선임되고 있는 경우에는 계획허가 후 3년간 관재인이 선임된 경우에는 변제 종료일까지 법원이 감독을 계속한다<sup>197)</sup>.

## 2. 기업의 청산에 따른 과세제도

청산기업은 청산의 목적범위 내에서 청산종료 전까지는 존속하는 것으로 한다. 청산절차에 의해 선임된 청산인은 회사의 재산을 모두 처분하는 등의 청산절차를 완료하면 등기를 행하고 회사는 소멸한

---

194) 同法 第54條~第61條.

195) 同法 第64條~第78條.

196) 同法 第171條·第174條.

197) 同法 第188條.

다<sup>198)</sup>. 이러한 회사법상의 청산과 대응되는 법인세법상의 대응은 자산을 처분하기까지 오랜 기간을 필요로 하는 경우 많고 남은 재고상품의 판매나 자산의 임대에 의해 수익이 발생하는 경우도 있기 때문에 잔여재산이 확정된 최후의 사업연도를 제외하고 각 사업연도마다 통상의 경우와 같이 각 사업연도의 소득에 대한 법인세액을 계산하고 이것을 청산사업연도의 예납신고로서 납부를 계속한다. 또한 청산 가운데에 잔여재산의 일부를 분배한 경우는 그 분배에 의해 발생한 청산소득에 대한 예납신고를 행한다. 그리고 남은 재산이 최종적으로 확정된 시점에서 청산소득에 대한 청산확정신고를 행하고 청산중에 납부한 예납세액의 청산을 하여 법인세와 관련한 사무를 종결한다.

#### 가. 청산소득금액

청산소득액은 잔여재산의 가액에서 해산시점에서 자본금 등과 이익적립금 등의 합계액을 차감한 금액으로 한다<sup>199)</sup>. 여기서 자본금은 해산시점에서 출자액의 합계액을 의미하고, 이익적립금 등은 해산시점에서 법인에 유보되고 있는 과세 완료된 소득의 합계액을 의미하고 있어 이들에 대해서는 청산법인의 과세관계가 발생하지 않는다. 다만, 잔여재산의 가액 중에서 자본금과 이익적립금을 초과하는 부분은 법인세가 과세되지 않은 부분을 의미하므로 청산소득금액이 된다.

#### 나. 잔여재산의 가액

잔여재산은 금전뿐만 아니라 현물까지 포함된다. 현물에 의한 경우는 분배시의 시가에 의해 잔여재산가액을 산정한다. 또한, 청산중에 다 음의 금액이 발생한 경우에는 잔여재산의 가액에 산입한다.

---

198) 會社法 第929條.

199) 法人稅法 第98條.

### (1) 법인세액 등

청산과정에서 납부한 조세 중에서 법인세 및 그 부대세(가산세, 연체세), 도부현민세 및 시정촌민세, 사업세, 도부현민세와 사업세와 관련된 연체금, 과소신고가산금, 불신고가산금 및 증가산금 등은 잔여재산의 가액에 산입한다.

법인세 등은 각 사업연도의 소득금액 계산상 손금불산입되지만<sup>200)</sup>, 청산소득금액을 계산하는 경우에는 잔여재산의 가액에 포함하여 과세 대상 소득이 되는 청산소득에 포함된다.

### (2) 기부금

청산중에 지출된 기부금액은 잔여재산에 산입된다<sup>201)</sup>. 다만, 기부금 중에서 국가 또는 지방공공단체에 대한 기부금과 지정기부금 및 청산업무의 수행상 통상 필요하다고 인정되는 것은 잔여재산의 가액에 산입하지 아니한다.

### (3) 소득세액

청산중에 지급을 받은 이자 등, 배당 등, 급부보전금, 이익, 차익, 이익의 분배 또는 상금의 지급에 대하여 과세된 소득세액에 대하여 소득세액의 공제<sup>202)</sup> 또는 소득세액의 환급<sup>203)</sup>을 받은 경우는 그 공제 또는 환급을 받은 금액에 상당한 금액은 잔여재산의 가액에 산입한다<sup>204)</sup>.

---

200) 同法 第94條.

201) 同法 第95條 第1項.

202) 同法 第100條.

203) 同法 第109條·第135條.

204) 同法 第96條.

#### (4) 해산한 법인의 주식 등을 취득한 동시에 사업을 승계한 경우

해산을 한 보통법인 또는 협동조합 등의 1인 및 그와 특수관계가 있는 자가 그 법인의 발생주식 총수 등의 2분의 1 이상을 취득한 사실이 있고, 그 취득이 그 법인의 사업의 전부 또는 중요한 부분을 승계하기 위하여 행한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 법인의 무형고정자산 이외의 잔여재산의 가액이 주식 등의 가액 총액에 만족하지 못한 경우에는 그 만족하지 못한 금액에 상당한 액은 그 법인의 영업권으로 보아 그 법인의 해산에 의한 청산소득의 금액을 계산한다<sup>205)</sup>.

#### 다. 이익적립금액 등의 범위

이익적립금액 등이란 해산시의 이익적립금액에서 다음의 금액을 가산한 금액을 말한다<sup>206)</sup>.

##### (1) 수취배당 등으로 정산중에 받은 금액

수취배당 등의 익금불산입의 규정<sup>207)</sup>에 해당하는 배당금액으로 관계법인 주식에 해당하지 않는 주식에 관한 것과 관계법인 주식에 관한 금액의 합계액을 이익적립금액 등에 포함한다<sup>208)</sup>.

##### (2) 청산중에 환급을 받은 법인세액 등

청산중에 환급받거나 미납 국세 또는 지방세에 충당된 금액 중에서

---

205) 同法 第98條.

206) 同法 第93條 第2項.

207) 同法 第23條 第1項.

208) 同法 第93條 第2項 第2号 .

다음에 해당하는 것은 이익적립금액 등에 포함되어 청산소득에서 제외된다<sup>209)</sup>.

- ① 손금불산입된 연체세·가산세·과태료·연체금 및 가산금
- ② 소득세액의 환급금
- ③ 결손금의 이월환급에 의한 환급금
- ④ 외국법인세 중에서 공제대상 외국법인세에 상당한 부분 및 연체세의 부담액
- ⑤ 벌금·과료·과징금 및 기타 연체금

라. 청산소득에 대한 법인세액

(1) 청산소득에 대한 법인세율

청산소득에 대한 법인세율은 법인의 종류에 따라 다음의 <표 3-1>과 같이 정해져 있다<sup>210)</sup>.

<표 3-1> 청산소득에 대한 법인세율

(단위: %)

해산일	보통법인의 법인세율	협동조합 등의 법인세율
1987. 4. 1 ~ 1989. 3. 31	37	24.8
1989. 4. 1 ~ 1990. 3. 31	35.2	
1990. 4. 1 ~ 1998. 3. 31	33	
1998. 4. 1 ~ 1999. 3. 31	30.7	23.1
1999. 4. 1 ~	27.1	20.5

209) 同法 第93條 第2項 第3号 .

210) 同法 第99條.

청산소득에 대한 법인세율이 각 사업연도의 소득에 대한 법인세율보다도 낮은 이유는 청산중에 납부한 사업세가 청산소득금액에 포함되어 있기 때문에 그 조정을 행하기 위함이다.

## (2) 소득세액 공제

청산중에 지급을 받은 이자 등, 배당 등, 급부보전금, 이익, 차익, 이익분배 또는 상급에 대하여 과세된 소득세액은 각 사업연도의 소득에 대한 법인세액에서 소득세액 공제의 규정을 준용하여 원본의 소유기간에 상당하는 소득세액을 청산소득에 대한 법인세에서 공제한다<sup>211)</sup>.

## 3. 기업회생 등에 의한 채무면제이익에 대한 과세제도

### 가. 개요

회사갱생법이나 민사재생법 등에 의해서 채무의 면제 등을 받거나 평가변경 등에 의해서 수익이 발생하는 경우에는 그 이전 7년 이내보다 전에 발생한 결손금을 공제할 수 있다. 채무의 면제나 평가방법의 변경에 의한 수익은 일반적으로 거액인 경우가 많으며, 이전 7년 이내에 발생한 이월결손금만으로는 공제하지 못하고, 결과적으로 이들의 수익에 대한 법인세가 과세되는 상황이 발생할 수 있다. 그럴 경우에는 채무자를 회생시키기 위하여 면제한 채무액의 일부가 과세를 통하여 국고에 수납되는 문제가 발생하게 된다. 채무자의 재생을 목적으로 하는 회사갱생법 또는 민사갱생법 등의 취지가 과세에 의해서 방해되어서는 안되는 것이다. 또한, 이러한 제도는 회사갱생법 등에 근거하는 경우와 민사재생법 등에 근거하여 평가익을 계상하는 경우 및 민사갱

---

211) 同法 第100條 第1項.

생법 등에 의한 채무의 면제나 임원 등으로부터 사적인 재산을 제공받은 경우에 있어서 각각 공제방법이 상이하다.

#### 나. 회사갱생법 등에 의한 경우

회사갱생법 등에 의한 회생절차 개시의 결정이 있는 경우 당해 법인이 채무면제 또는 임원 등으로부터의 금전 등의 증여에 의한 사적재산의 제공 또는 평가변경에 의하여 익금에 산입된 금액이 있는 경우에는 적용연도 전의 각 사업연도에 발생한 결손금액으로 일정한 금액에 달하기까지의 금액은 적용연도의 손금에 산입된다<sup>212)</sup>.

##### (1) 적용대상이 되는 행위와 금액

적용대상이 되는 행위와 금액은 채무면제와 임원 등으로부터의 사적재산의 제공 및 평가변경을 의미하는데, 이에 대하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 채무면제 등이란 회생절차 개시의 결정이 있을 때에는 그 법인에 대하여 회사갱생법에 규정되어 있는 회생채권 등을 가진 자로부터 채무의 면제를 받은 경우 또는 회생채권 등이 채무면제 이외의 사유에 의하여 소멸하고, 그 소멸된 채무와 관련된 이익이 발생하는 경우 그 채무의 면제를 받은 금액 또는 소멸한 채무와 관련된 이익의 금액을 말한다<sup>213)</sup>.

둘째, 임원 등으로부터의 사적재산의 제공이란 회생절차의 개시결정에 따라서 그 법인의 임원 또는 주주 등인 자 또는 임원 또는 주주였던 자로부터 금액이나 기타 자산의 증여에 의해 사적재산을 제공받은 경우, 그 증여를 받은 금전 또는 금전 이외의 자산가액을 말한다<sup>214)</sup>.

212) 同法 第59條 第1項.

213) 同法 第59條 第1項 第1号.

셋째, 평가변경이란 법인세법 제25조 제2항(자산 평가액의 손금불산입 등)에 규정된 회사갱생법 등에 의한 평가변경으로서 그 적용연도에 있어서 익금에 산입된 금액을 말한다<sup>215)</sup>.

## (2) 손금산입액의 계산과 결손금의 처리

적용연도에 있어서 손금에 산입될 금액은 위의 (1)에 의한 금액의 합계액과 적용연도 종료시 전사업연도 이전부터 이월된 결손금액의 합계액 중에서 적은 금액으로 한다<sup>216)</sup>. 결과적으로, 7년 이내에 발생한 결손금액보다 전에 발생한 결손금을 우선적으로 공제하는 것이다.

## 다. 민사갱생법 등에 의한 평가변경이 있는 경우

민사갱생법의 규정에 의해서 회생절차 개시의 결정 등의 사실이 있는 경우에는 그 법인이 자산평가를 행한 경우에는 적용연도 전의 각 사업연도에 발생한 결손금액에서 소정의 금액에 달하기까지의 금액은 적용연도에 손금에 산입한다<sup>217)</sup>.

### (1) 적용대상이 되는 행위와 금액

적용대상이 되는 행위와 금액은 법인세법 제25조 제3항(자산의 평가액의 익금불산입 등) 또는 법인세법 제33조 제3항(자금의 평가의 손금불산입 등)의 규정에 있어서 민사갱생법 등의 회생계획인가의 결정에 의해 평가를 행한 경우에 그 적용연도의 소득금액의 계산상 익금에

214) 同法 第59條 第1項 第2号.

215) 同法 第59條 第1項 第3号.

216) 同法 第59條 第1項.

217) 同法 第59條 第2項 第3号.

산입된 금액에서 손금에 산입된 금액을 감산(減算)한 금액을 말한다.

(2) 손금산입액의 계산과 결손금의 처리

적용연도에 있어서 손금에 산입되는 금액은 위의 (1)에 의한 금액 중에서 그 적용연도의 소득금액까지의 부분과 적용연도 종료시에 전사업연도 이전부터 이월된 결손금의 합계액 중에서 적은 금액으로 한다.

위의 (1)에 의한 금액 중에서 그 적용연도의 소득금액까지의 부분 중에서 그 적용연도의 소득금액은 청색신고서의 제출에 의해 결손금의 이월공제액을 적용하기 전의 금액으로 하며, 적용연도 종료시에 전사업연도 이전부터 이월된 결손금도 청색신고서의 제출에 의한 결손금의 이월액 이외의 부분이 대상이 되기 때문에 동 규정은 청색신고서의 제출에 의한 결손금의 이월공제보다 우선적으로 적용되는 것이다.

결과적으로, 이전 7년 이내에 발생한 결손금보다 전에 발생한 결손금액을 우선적으로 공제하는 것이다

라. 민사재생법상의 채무면제나 임원 등으로부터 사적재산을 받은 경우

민사재생법의 규정에 의해 회생절차 개시의 결정 등이 발생한 경우로서 그 법인이 채무면제, 임원 등으로부터 금전 등의 증여에 의한 사적재산의 제공을 받은 경우에는 적용연도 전의 각 사업연도에서 발생한 결손금으로서 소정의 금액에 달하기까지의 금액은 적용연도의 손금에 산입된다<sup>218)</sup>.

218) 同法 第59條 第1項 第1号 및 第2号.

## (1) 적용대상이 되는 행위와 금액

적용대상이 되는 행위와 금액은 채무면제와 임원의 사적재산의 제공 등인데, 이에 대하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 채무면제 등은 민사강생법의 규정에 의한 회생절차의 개시사실이 있는 경우로서 그 법인에 대하여 채권이 있는 자로부터 당해 채권에 대하여 채무의 면제를 받은 경우 또는 그 채권이 채무면제 이외의 사유에 의하여 소멸하고, 소멸한 채무에 대한 이익이 발생하는 경우 그 채무의 면제를 받은 금액 또는 소멸한 채무와 관련된 이익의 금액을 의미한다<sup>219)</sup>.

둘째, 임원 등의 사적재산의 제공이란 민사강생법의 규정에 의한 회생절차의 개시사실이 있는 경우에는 그 법인의 임원 또는 주주 등의 자나 종전의 임원이나 주주 등이었던 자로부터 금전이나 그 이외의 자산의 증여에 의해서 사적재산의 제공을 받은 경우로서 그 증여를 받은 금전 및 금전 이외의 재산가액을 의미한다<sup>220)</sup>.

## (2) 손금산입액 계산과 결손금의 처리

적용연도에 있어서 손금에 산입되는 금액은 위의 적용대상이 되는 금액 중에서 그 적용연도의 소득금액까지의 부분과 적용연도 종료시에 전사업연도 이전부터 이월된 결손금의 합계액 중에서 적은 금액으로 한다<sup>221)</sup>.

위에서 적용대상이 되는 금액 중에서 그 적용연도의 소득금액은 청색신고서의 제출에 의한 결손금의 이월공제액을 적용한 후의 금액을 말하며, 이월된 결손금액이란 청색신고서의 제출에 의한 결손금의 이

---

219) 同法 第59條 第1項 第1号

220) 同法 第59條 第1項 第2号.

221) 同法 第59條 第1項 第2号.

월에 의한 손금산입액을 공제한 후의 금액이 대상이 되기 때문에, 당해 규정은 청색신고서의 제출에 의해 이월결손금의 이월액이 있는 경우에는 당연히 청색신고서의 제출에 의한 결손금의 이월공제를 행하게 된다.

한편, 이와 같은 채무면제나 사적재산의 제공에 의하여 채무면제를 손금에 산입하는 경우에는 7년 이내에 발생한 결손금을 먼저 공제하고, 7년 이전에 발생한 결손금은 그 다음으로 공제한다.

#### 4. 조직재편에 의한 특정자산의 양도손실 등

##### 가. 개요

적격조직재편과 비적격조직재편의 조세법상 가장 큰 차이점은 이전하는 자산의 이익에 대하여 재조직시에 과세할 것인지, 아니면 과세이연할 것인지의 차이라고 할 수 있다. 이 경우, 적격조직재편에 해당하는지 또는 비적격재편에 해당하는지의 여부는 재조직시의 상황에 의하여 판단하기 때문에 재조직을 행하기까지 완전지배관계에 있는 경우에는 부당행위계산부인규정에 해당하지 아니하는 한 적격재편에 해당하여 과세되지 않고 자산을 이전할 수 있다. 한편, 적격조직재편에 있어서 손실이 포함된 자산을 이전받은 경우로서 당해 자산을 단기간 보유한 후에 양도한 경우에는 그 양도손실은 손금에 산입되지 아니한다.

##### 나. 적용되는 기간

특정자산의 양도 등 손실액의 손금불산입 규정은 합병법인 등이 적용기간 내에 양도 등을 하는 것에 한한다. 이 경우, 적용기간이란 합병법인 등에 있어서 특정적격합병 등 사업연도 개시일로부터 3년을 경과한 날까지의 기간을 말한다. 다만, 위의 3년을 경과한 날이 특정 자본

관계<sup>222)</sup>가 발생한 날 이후 5년을 경과한 날 후로 되는 경우에 있어서는 그 5년을 경과하는 날까지의 기간을 말한다. 따라서 다음 중에서 빠른 날의 다음날 이후에 특정자산을 양도한 경우에는 손금불산입 규정은 적용되지 않는다.

- ① 특정적격합병 등 사업연도 개시일부터 3년을 경과한 날
- ② 특정자본관계가 발생한 날 이후 5년을 경과하는 날

#### 다. 특정자산의 범위

특정자산에는 특정인수자산과 특정보유자산이 있으며, 어떠한 것도 특정자본관계가 발생한 날 전부터 가지고 있는 것을 전제로 하고 있다<sup>223)</sup>. 이 경우, 특정인수자산이란 특정자본관계법인이 특정자본관계 발생일 전부터 보유하고 있던 자산으로 특정적격합병 등에 의해 합병법인 등에 이전된 자산을 말하며, 특정보유자산이란 합병법인 등이 특정자본관계발생일 전부터 보유하고 있던 자산을 말한다.

하지만, 법인에 대하여 자산의 양도 등의 행위를 소극적으로 하려는 효과를 목적으로 하고 있지만, 재고자산 가운데 판매할 것을 목적으로 하고 있는 자산이나 판매목적 유가증권과 같은 시가평가를 원칙으로 하는 자산에 대해서까지 양도 등의 행위를 소극적으로 하려고 하는 것은 아니다. 따라서 재고자산, 단기판매상품, 판매목적 유가증권 등은 특정자산에서 제외한다<sup>224)</sup>.

222) 어느 한쪽의 법인이 다른 한쪽의 법인의 발행주식 등의 총수 50%를 초과한 수의 주식을 직접 또는 간접적으로 보유한 관계가 있는 경우 등을 말한다.

223) 同法 第62條の7 第2項.

224) 同法 施行令 第123條の8 第2項.

## 라. 특정자산양도손실액

### (1) 계산의 방법

특정자산양도 등 손실액이란 특정인수자산과 특정보유자산에 대하여 발생한 다음의 금액의 합계액을 말한다.

- ① 특정인수자산 = 양도·평가변경·도산 및 기타 이와 유사한 사유에 의한 손실의 합계액 - 양도 및 평가변경에 의한 이익의 합계액
- ② 특정보유자산 = 양도·평가변경·도산 및 기타 이와 유사한 사유에 의한 손실의 합계액 - 양도 및 평가변경에 의한 이익의 합계액

### (2) 평가손의 손금산입이 있는 경우와의 관계

특정인수자산 또는 특정보유자산에 대하여 재해에 의한 현저한 손상, 회사갱생법에 의한 회생계획인가의 결정에 의한 평가변경을 행한 경우 등 법인세법 제33조 제2항의 규정에 의해 평가손의 손금에 산입된 경우에 있어서도 그 손실은 특정자산양도 등 손실액으로 된다<sup>225)</sup>.

## 마. 특정자산양도 등 손실액의 특례

특정적격합병 등과 관련된 합병법인, 분할승계법인 또는 피현물출자법인은 특정적격합병 등 사업연도 이후의 적용기간 내의 날에 속한 각 사업연도에 있어서 특정자산(인수자산과 보유자산)과 관련된 특정자산양도 등 손실액에 대하여는 위의 계산을 대신하여 다음의 방법을

---

225) 同法 施行令 第123條の8 第3項.

선택할 수 있다<sup>226)</sup>.

첫째, 특정자본관계법인의 시가순자산액이 장부가액순자산액 이상의 경우에는 특정자산(인수자산과 보유자산)과 관련된 특정자산양도 등 손실액은 없는 것으로 된다.

둘째, 특정자본관계법인의 시가순자산이 장부가액순자산액에 만족하지 않는 경우에는 적용기간 내의 날이 속하는 각 사업연도에 있어서 특정자산(인수자산과 보유자산)과 관련된 특정자산양도 등 손실액은 다음의 금액 중에서 큰 금액으로 한다.

- ① 그 사업연도에 있어서 특정자산의 양도손액 등
- ② 장부가액순자산 초과액에서 아래의 ㉠과 ㉡의 합계액을 차감한 금액
  - ㉠ 청색신고서에 의한 결손금 이월공제의 규정에 의하여 인수가 인정되지 않은 피합병법인 등의 결손금액 특례를 적용하는 경우에 있어서 각 대상사업연도의 장부가액순자산 초과액에 상당하는 특정자산의 양도손실 상당액 등
  - ㉡ 그 사업연도 전의 적용기간 내의 날에 속하는 사업연도에 있어서 특정 인수자산과 관련된 특정자산의 양도손실액 등으로서 상기의 장부가액 순자산 초과액에 달하기까지의 금액

## 5. 재조직시 이월결손금의 승계

적격합병 또는 합병유사 적격분할형 분할이 이루어진 경우에는 피합병법인 등의 적격합병 등의 전 7년 내 사업연도에 있어서 발생한 미처리결손금액은 합병법인 등에 인계되어 합병법인 등의 전 각 사업연도에 있어서 발생한 결손금액으로 보아 청색신고서에 의한 결손금의 이월공제의 규정이 적용될 수 있다<sup>227)</sup>. 하지만, 아래의 경우에는 그 결

226) 同法 施行令 第123條の9 第1項.

227) 同法 第57條 第2項.

손금이 인정되지 않는다.

### 가. 이월결손금액의 승계가 인정되지 않는 경우

피합병법인 등과 합병법인 등과의 사이에 특정자본관계에 의해 특정자본관계가 있고, 또한 특정자본관계가 합병법인 등에 있어서 합병 등 사업연도 개시일의 5년 전 이후에 발생하고 있는 경우로 그 적격합병 등이 공동사업요건을 만족하지 않는 경우에는 미처리결손금액으로 결손금액에 포함되지 않는다<sup>228)</sup>. 여기서 특정자본관계는 위에서 언급한 바와 같이 어느 한 법인이 다른 한 법인의 발행주식 총수의 50%를 초과한 주식 등을 직접 또는 간접적으로 보유한 관계가 있는 경우를 말한다. 또한 공동사업요건이란 사업상호관련요건<sup>229)</sup>, 공동적 규모요건<sup>230)</sup>, 피합병사업의 적정규모계속요건<sup>231)</sup>, 합병사업의 적정규모계속요건<sup>232)</sup>, 특정임원취임요건<sup>233)</sup> 등을 말한다.

228) 同法 第57條 第3項.

229) 피합병법인 등의 피합병 등 사업과 적격합병 등과 관련된 합병법인 등의 합병 등 사업과의 상호관련이 있어서야 한다는 요건이다.

230) 공동적 규모 요건은 다음의 규모의 비율이 대략 5배를 초과하지 않는 것을 말한다.

1. 피합병 등 사업과 합병 등 사업의 각각 매출금액
2. 피합병 등 사업과 합병 등 사업의 각각의 종업자의 수
3. 피합병법인 등과 합병법인 등의 각각의 자본금 혹은 출자금 또는 이에 준하는 것

231) 피합병사업의 적정규모계속요건이란 피합병 등 사업이 피합병법인 등과 합병법인 등과의 사이로 특정자본관계가 발생한 때로부터 적격합병 등의 직전까지 계속하여 영위하고 있으며, 또한 피합병법인 등에 있어서 특정자본관계발생시와 적격합병 등의 직전에 있어서 피합병 등 사업의 규모와의 비율이 대략 2배를 초과하지 않는 것을 말한다.

232) 합병사업의 적정규모계속요건이란 합병 등 사업이 합병법인 등과 피합병법인 등과의 사이로 특정자본관계가 발생한 때로부터 해당 적격합병 등의 직전까지 계속하여 영위하고 있으며, 또한 합병법인 등에 있어서 특정자본관계 발생시와 적격합병 등의 직전에 있어서 합병 등 사업의 규모의 비율이 대략 2배를 초과하지 않는 것을 말한다.

## 나. 적격합병 등에 의한 자기의 이월결손금이 되지 않는 경우

법인과 특정자본관계법인과 사이에서 그 법인을 합병법인, 분할승계법인 또는 피현물출자법인으로 한 적격합병, 적격분할 또는 적격현물출자가 이루어지고 또한 특정자본관계가 그 법인의 합병 등 사업연도 개시일의 5년 전의 날 이후에 발생하고 있는 경우에 있어서 그 적격합병 등이 공동사업요건에 해당하지 않는 경우에는 합병 등 사업연도 이후의 각 사업연도에 있어서 청색신고서에 의한 결손금 이월공제의 규정이 제한된다.

### (1) 결손금액이 없는 것으로 보는 합병 등의 결손금액

합병법인 등에 있어서 결손금액 가운데 다음에 계기하는 결손금액은 인정되지 않는다.

- ① 특정자본관계사업연도 전의 사업연도에서 전 7년 내 사업연도에 상당한 사업연도에 있어서 발생한 결손금액
- ② 특정자본관계사업연도 이후의 각 사업연도에서 전 7년 내 사업연도에 해당하는 사업연도에 있어서 발생한 결손금액 가운데 특정자산 양도 등 손실금액에 상당하는 금액으로 이루어진 부분의 금액

### (2) 결손금액이 없는 것으로 보는 합병 등의 결손금액 특례

합병법인 등에 있어서 결손금액 가운데 인정되지 않는 금액은 (1)

---

233) 특정임원취임요건이란 피합병법인 등의 적격합병 등의 전에 있어 특정임원의 어느 자와 합병법인 등의 적격합병 등의 전에 있어서 특정임원의 어느 자와 특정합병 등 후에 합병법인 등의 특정임원이 될 것으로 예상되는 것을 말한다.

에 의한 계산에 대신하여 다음의 계산으로 할 수 있다<sup>234)</sup>.

첫째, 특정자본관계사업연도 직전의 시가순자산초과액이 미처리결손금 이상인 경우에는 결손금액이 없는 것으로 하여 결손금액으로 인정하지 않는다.

둘째, 특정자본관계사업연도 직전의 시가순자산초과액이 미처리결손금액에 만족하지 않는 경우에는 인계가 인정되지 않는 결손금 가운데 (1)의 첫째 결손금액은 제한대상금액이 특정자본관계 전 미처리결손금액의 가장 오래된 것으로부터 이루어진 것으로 하여 전 7년 내 사업연도에 해당하는 사업연도 다음에 계기하는 금액을 공제한 금액으로 하여 (1)의 둘째에 계기한 결손금액은 없는 것으로 한다.

- ① 그 사업연도의 제한대상금액과 관련된 특정자본관계 전 미처리결손금
- ② 그 사업연도의 특정자본관계 전 미처리결손금 가운데 적격합병 등의 날에 속하는 사업연도의 전(前)사업연도까지의 각 사업연도에 있어서 손금액에 산입된 금액 및 각 사업연도에 있어서 이 규정에 의하지 않는 것으로 되는 것

셋째, 특정자본관계사업연도 직전의 장부가액 순자산 초과액이 대상사업연도의 특정자산양도 등 손실액에 만족하지 않는 경우에는 위 (1)에 계기하는 금액은 각각 다음의 금액으로 한다.

- ① (1)의 첫째에 계기하는 결손금액
- ② 장부가액 순자산초과액에 상당하는 금액이 각 대상사업연도에 준한 사업연도에 있어서 특정자산양도 등 손실상당액 가운데 가장 오래된 것으로 이루어진 것으로 한 경우의 각 사업연도마다 다음의 ㉠과 ㉡을 공제한 금액
- ㉠ 각 대상사업연도에 준한 사업연도의 장부가액 순자산초과액에 상당한 특정자산양도 등 손실상당액

---

234) 同法 施行令 第113條 第1項 및 第4項

- ㉔ 합병법인 등에 있어서 청색신고서에 의한 결손금의 이월공제에 의하여 공제된 금액 및 결손금의 이월에 의한 환급계산의 기초가 된 것 및 이 규정에 의하지 않는 것으로 되는 것

## 6. 조세채권의 취급

회사경쟁법과 파산법에 의한 조세채권의 지위는 우리나라와 유사하다. 그러나, 2005년 1월 1일 파산법이 개정되어 재단채권의 범위가 다소 축소되었다. 즉, 파산절차 개시 당시를 기준으로 하여 납기가 도래하지 않은 것과 납기로부터 1년을 경과하지 않은 것은 재단채권으로 하되, 그 이외의 조세채권은 우선적 파산채권으로 한다. 그리고 파산절차 이후의 원인으로 생긴 조세채권의 경우에는 파산재단의 관리, 현금화, 배당에 관한 비용의 청구권에 해당하는 조세채권만 재단채권으로 취급하고, 그 이외의 경우에는 후순위 파산채권으로 한다.

한편, 가산금의 경우에는 본세가 재단채권인 경우에는 가산금도 재단채권이고, 본세가 우선적 파산채권인 경우에는 파산절차개시 전에 발생한 가산금은 우선적 파산채권으로 하고, 파산절차개시 후에 발생한 가산금은 후순위 파산채권으로 한다<sup>235)</sup>.

## 제3절 주요 국가의 도산 관련 조세제도의 시사점

### 1. 미국의 도산 관련 조세제도의 시사점

우리나라의 도산 관련 세제와 비교하면, 미국의 도산 관련 조세제도에 있어서는 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

첫째, 미국의 경우에는 채무면제이익에 대하여 도산절차가 진행중

235) 破産法 第148條.

인 경우에는 채무면제금액 전액을 총소득에서 제외하고, 기타의 도산 채무자의 경우에는 그 채무자의 채무초과금액을 한도로 하여 총소득에서 제외하도록 하고 있다. 한편, 총소득금액에서 제외하는 경우에는 이월결손금과 상계하거나 감가상각 가능 재산의 취득가액을 감소시키는 방법 중에서 납세의무자가 선택할 수 있도록 하고 있다. 이에 반하여 우리나라의 경우에는 아무런 기준 없이 도산기업의 경우에는 3년 처치 3년 분할 환입하도록 규정하고 있다.

둘째, 미국의 경우에는 채무초과시에 한하여 당해 채무초과액에 한정하여 총소득금액에 불산입한다. 이에 반하여 우리나라의 경우에는 채무초과의 경우와는 상관없이 이월결손금이 있는 경우에는 이월결손금의 한도 내에서 소득금액에 산입하지 아니하게 된다. 즉, 미국의 경우에는 채무초과시에 한정하여 과세특례를 인정하지만, 우리나라의 경우에는 채무초과의 경우와는 상관없이 이월결손금이 있는 모든 기업에 과세이연을 인정하고 있는 것이다.

셋째, 미국의 경우에는 도산사건의 경우뿐만 아니라 채무초과인 납세자의 채무면제이익도 과세특례의 적용대상으로 하고 있고, 채무자가 법인인지 개인인지 또는 채권자가 금융기관인지 비금융기관인지를 불문한다. 이에 반하여, 우리나라의 경우에는 회생계획인가의 결정을 받은 법인이 금융기관으로부터 채무면제를 받은 경우와 기업구조조정촉진법에 의한 경영정상화계획의 이행을 위한 약정을 체결한 부실징후기업이 채권금융기관으로부터 채무면제를 받은 경우로 그 적용대상을 한정하고 있다<sup>236)</sup>.

넷째, 미국의 경우에는 일반적인 채무면제이익과 출자전환 채무면제이익을 동일하게 취급하고 있다. 이에 반하여, 우리나라의 경우에는 실질적으로 동일한 일반적인 채무면제이익과 출자전환 채무면제이익

236) 최성근, 「미국의 도산기업 채무면제익 과세제도에 관한 비교법적 고찰」, 『조세학술논집』, 제24집 제1호, 한국국제조세협회, 2008. 2, p. 241.

을 서로 상이하게 취급하고 있다. 즉, 우리나라의 경우에는 도산기업의 일반적인 채무면제이익의 경우에는 그 면제받은 채무에 상당하는 금액 중에서 결손금을 초과하는 금액은 당해 사업연도와 당해 사업연도의 종료일 이후 3사업연도의 기간의 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3사업연도의 기간 동안 균등액 이상을 익금에 산입하도록 하고 있다. 그리고 출자전환 채무면제이익의 경우에는 결손금을 초과하는 금액은 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이후의 각 사업연도에서 발생하는 결손금의 보전에 충당할 수 있도록 하고 있다.

다섯째, 양도차익의 과세이연에 있어서는 미국의 경우도 우리나라와 비슷한 체계를 이루고 있다. 그런데, 미국에서는 도산회사의 재조직에 있어서는 통상의 재조직과 달리 채권자가 재조직의 대가로 주식을 교부받은 경우에도 과세이연을 인정하고 있다. 즉, 재조직 대가인 취득 회사의 주식을 교부받은 채권자들을 주주와 동일하게 취급하여 과세이연 요건의 충족 여부를 판단하고 있는 것이다.

여섯째, 이월결손금의 승계와 관련된 미국법의 내용을 우리나라의 경우와 비교하면 다음과 같은 큰 차이점을 볼 수 있다<sup>237)</sup>. 먼저, 미국은 기업인수형 재조직의 경우 과세이연의 요건을 충족하면 양도회사(피합병회사 등)의 이월결손금이 승계되는 것을 원칙으로 하되, 일정 수준 이상의 소유권 변화가 있는 경우에 그 사용 한도를 제한하는 방식을 취하고 있고, 도산회사가 재조직의 존속회사가 되거나 법인격에 변동이 없는 주식인수방식의 재조직의 경우에도 일정 수준 이상의 소유권 변화가 있으면 마찬가지로 이월결손금 사용에 제한을 가하고 있다. 이는 소멸회사의 이월결손금에 대해서는 일정 요건을 충족하는 경우에 한해 승계를 허용하고, 존속회사의 이월결손금에 대해서는 소위 역합병으로 인정되는 경우를 제외하고는 무제한적으로 사용을 허용하는 우리나라의 경우와 대조적이다. 그리고 그 제한 방식에 있어서도

237) 이의영, 전계논문, pp. 163~164.

회사인수 이후 그 영업에서 발생한 소득과 관련시켜 이월결손금의 사용한도를 정하는 것이 아니라, 조세 중립성의 원칙을 보다 강조하여 재조직이 없었더라면 손실회사가 사용가능하였을 이월결손금 액수를 가정적으로 산정하는 방식을 채택하고 있다. 또한, 도산회사가 회생계획에 따라 재조직을 한 경우에는 이월결손금 사용 한도에 관한 별도의 규정이 두고 있는바, 출자전환이나 G형 재조직 등에 의한 도산회사의 회생을 장려하고 그로 인한 회사의 가치증대분을 이월결손금 사용 한도에 반영할 수 있도록 하고 있다. 한편, 이월결손금 승계를 이용하여 조세를 회피하고자 하는 거래에 대해서는 적극적으로 남용방지규정을 적용하고 있다.

일곱 번째, 조세채권의 취급에 있어서 과거에 비하여 그 순위를 매우 낮게 하고 있다.

## 2. 일본의 도산 관련 조세제도의 시사점

우리나라의 도산 관련 조세제도와 비교하면, 일본의 도산 관련 조세 제도에서는 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

첫째, 채무면제이익의 경우에 일본은 일반적인 경우에는 각 사업연도의 소득금액을 계산함에 있어서 익금에 산입하되, 도산회사의 경우에는 이월결손금과 상계할 수 있도록 하고 있다. 즉, 우리나라의 경우에는 모든 회사에 대하여 이월결손금과 상계할 수 있도록 하고 있는 반면에, 일본의 경우에는 일반적인 기업의 경우에는 익금에 산입하고, 다만, 도산회사의 경우에 한하여 이월결손금과 상계할 수 있도록 하고 있는 것이다.

둘째, 일본의 경우에는 미국과 마찬가지로 출자전환으로 인한 채무면제이익의 경우에도 일반적인 채무면제이익과 동일하게 취급하고 있다. 이에 반하여, 우리나라의 경우에는 일반적인 채무면제이익과 출자전환으로 인한 채무면제이익에 대한 취급을 서로 상이하게 하고 있음

은 전술한 바와 같다.

셋째, 양도차익의 이연의 경우에는 기본적으로 우리나라와 마찬가지로 일정한 요건을 충족한 경우에 과세이연하고 있다. 그러나, 우리나라와는 달리 포괄적인 행위계산의 부인규정을 두고 있어서, 재조직을 이용한 조세부담의 부당한 감소를 방지하고 있는 것이 서로 상이하다.

넷째, 이월결손금의 승계에 대하여는 일본의 경우에는 도산회사에 대한 별도의 특칙이 없다는 점에서는 우리나라와 유사하지만, 다음과 같은 큰 차이점이 발견된다<sup>238)</sup>. 먼저, 일본 법인세법은 적격합병 및 합병유사 적격 분할형 분할의 경우에 원칙적으로 피합병법인 등의 이월결손금 승계를 허용하되, 일정 요건에 해당하는 경우에는 그 승계를 제한하는 방식을 취하고 있어서, 우리나라 세법과는 규율 방식을 달리하고 있다. 그리고 비교적 적격요건이 까다로운 공동사업목적 조직재편에 대해서는 이월결손금 승계에 대해 제한규정을 두지 않고, 적격요건이 단순한 기업그룹내 조직재편 방식으로 이루어진 적격합병 등에 대해서 특정자본관계와 비(非)공동사업운용목적이라는 추가 기준에 의해 제한 여부를 결정하고 있다. 합병법인 등의 기존 이월결손금 사용에 대해서도 이와 유사한 기준에 의해 제한을 가하고 있다. 또한, 조세회피행위를 방지하기 위하여 포괄적 행위·계산부인 규정을 두고 있다.

다섯째, 재단채권으로 인정되는 조세채권의 범위를 과거에는 우리나라와 거의 비슷하게 규정하였지만, 2005년 파산법의 개정으로 그 범위를 대폭적으로 축소 조정하였다.

---

238) 이의영, 전계논문, p. 165.

## 제4장 도산 관련 조세제도의 쟁점과 정비방안

### 제1절 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안

#### 1. 개인의 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안

##### 가. 사업과 관련있는 채무면제이익에 대한 과세제도

제2장에서 살펴보았듯이 현재 우리나라의 소득세법에서는 사업과 관련성이 있는 채무면제이익의 경우에는 총수입금액에 산입하되, 이월결손금이 있는 경우에는 당해 이월결손금과 상계할 수 있도록 하고 있다. 그러나, 개인의 경우 채무면제이익을 법인과 달리 취급하고 있다. 즉, 법인인 도산기업에 대하여는 과세상 특례를 인정하고 있지만, 개인의 경우에는 이러한 특례를 인정하지 않고 있기 때문에 타당성과 관련하여 의문이 제기되고 있는 실정이다.

이러한 현행 소득세법상의 규정은 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 법인인 도산기업에 대하여는 과세상 특례를 인정하고 있는 데 반하여, 개인의 경우에는 특례를 인정하지 않고 있기 때문에 조세법상 평등의 원칙에 위반할 소지가 크다. 즉, 동일하게 사업을 영위하고 있는데, 법인이 사업을 영위하는지 또는 개인이 사업을 영위하는지에 따라서 과세상 취급을 달리 하는 것은 조세법의 양대 원칙 중의 하나인 조세평등주의에 위배될 소지가 있는 것이다.

둘째, 파산선고 후에 면책결정에 의한 채무면제이익은 이론상으로

는 소득세를 과세하는 것이 타당할지 모르지만, 현실적으로 납세의무자의 입장에서 보면 모든 재산이 환가되었을 뿐만 아니라, 배당되었기 때문에 조세를 부담할 능력이 전혀 없다고 할 것이다. 이와 같은 상황에서 소득세를 과세하는 것은 실질적으로 거의 불가능하다고 할 것이다. 즉, 소득세를 부과하는 것은 그 실익이 없다고 할 것이다.

셋째, 현행 소득세법상의 규정에 의하여 채무면제이익을 이월결손금의 보전에 충당할 수 있기 때문에 문제가 없다고 생각할 수 있지만, 현실적으로 파산선고와 면책결정이 이루어지면 채무면제이익에 의하여 상계할 수 있는 이월결손금이 존재하지 않기 때문에 현행 소득세법의 규정은 실질적인 기능을 전혀 하지 못하고 있다고 할 것이다.

이러한 문제점을 해소하기 위해서는 소득세법에서 명문으로 채무면제이익에 대하여는 비과세하거나, 법인의 경우와 같이 과세이연하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### 나. 사업과 관련없는 채무면제이익에 대한 과세제도

현재 우리나라의 경우에는 개인의 사업과 관련없는 채무면제이익에 대하여는 증여세를 과세하고 있다. 이 경우 파산선고 후 면책결정 또는 회생절차에 의한 면책을 채무의 면제로 볼 수 있는지의 여부와 만약, 증여에 해당한다면 이를 증여세의 과세대상으로 할 것인지의 여부가 문제이다.

먼저, 파산선고 후의 면책결정 등에 의한 면책을 채무의 면제로 볼 것인지의 여부가 문제인데, 상속세및증여세법 제36조의 채무면제는 민법의 차용개념이라고 보아야 하는데, 민법에서는 채권자가 채무자에게 채무를 면제하는 의사를 표시한 때에 채권이 소멸하도록 하고 있다<sup>239)</sup>. 이와 같이 본다면, 파산절차에서 잔여채무의 면책을 받거나 회

239) 민법 제560조.

생절차 또는 개인회생절차에서 일부 채무의 면책을 받은 것은 채권자의 면제의사와는 무관하게 법원의 면책결정이나 회생계획 또는 개인회생계획의 인가결정에 의하는 것이기 때문에 증여세의 과세대상이 아니라고 할 수 있다. 그리고 증여는 당사자가 존재하여야 성립할 수 있는데, 파산선고 후 면책결정이나 회생절차 또는 개인회생절차에 의한 면책의 경우에는 증여자 또는 수증자에 상당하는 실체가 존재하지 아니하므로 증여세의 과세대상에 해당하지 아니한다고 할 수 있다<sup>240)</sup>.

그러나, 현행 상속세및증여세법에 있어서는 증여세의 과세대상을 포괄주의 과세방식을 취하고 있다. 즉, 증여란 그 행위 또는 거래의 명칭·형식 또는 목적 등과 관계없이 경제적 가치를 계산할 수 있는 유형·무형의 재산을 직접 또는 간접적인 방법으로 타인에게 무상으로 이전(현저히 저렴한 대가를 받고 이전하는 경우를 포함한다)하는 것 또는 기여에 의하여 타인의 재산가치를 증가시키는 것을 말한다고 규정하고 있다<sup>241)</sup>. 따라서, 현행 상속세및증여세법의 해석상으로는 파산선고 후 면책결정이나 회생절차 또는 개인회생절차에 의한 면책은 증여세의 과세대상이 된다고 해석할 수밖에 없을 것이다.

위와 같이 현행법의 해석상으로는 증여세의 과세대상이 된다고 해석할 수밖에 없는데, 증여세를 과세하게 되면 앞에서와 동일한 문제점이 발생하게 된다. 따라서, 상속세및증여세법에서 명문으로 증여세의 과세대상에서 제외하거나, 비과세대상으로 규정하는 것이 타당할 것이다.

## 2. 법인의 채무면제이익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안

앞에서 살펴보았듯이 법인의 채무면제이익의 경우에는 원칙적으로

240) 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국세조세협회, 2009. 2, p. 193.

241) 상속세및증여세법 제2조 제3항.

익금에 산입하지만, 이를 이월결손금에 보전하는 경우에는 익금에 산입하지 아니한다.

그런데, 현행 조세법은 도산기업의 갱생과 채무의 출자전환을 지원하기 위하여 채무면제이익에 대한 과세특례규정을 두고 있는데, 회생계획의 인가를 받은 법인 등이 금융기관으로부터 면제받은 이월결손금을 초과하는 채무면제이익과 출자전환으로 인하여 주식의 시가초과금액 중에서 이월결손금을 초과하는 채무면제이익에 대하여는 과세이연을 허용하고 있다. 즉, 기업 도산의 경우로서 일반적인 채무면제이익의 경우에는 그 채무면제에 상당하는 금액 중에서 결손금을 초과하는 금액은 당해 사업연도와 당해 사업연도의 종료일 이후 3사업연도의 기간에는 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3사업연도의 기간에 균등액 이상을 익금에 산입하도록 하고 있다.

한편, 출자전환으로 인한 주식의 시가초과금액 중에서 이월결손금을 초과하는 금액은 일정한 요건에 해당하는 경우에 이후의 각 사업연도에 발생하는 결손금의 보전에 충당할 수 있도록 하고 있다.

이하에서는 현행 채무면제이익에 대한 과세제도의 문제점과 개선방안을 도산기업의 채무면제이익에 대한 과세여부, 도산기업에 대한 채무면제이익의 과세이연방법, 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례제도 및 채무면제이익에 대한 과세특례제도에 있어서 적용대상 기업의 문제점과 개선방안으로 나누어 살펴보고자 한다.

### 가. 도산기업의 채무면제이익에 대한 과세여부

일반적인 법인에 있어서 채무면제이익은 당해 법인의 순자산을 증가시키기 때문에 당연히 그 사업연도의 소득금액을 계산함에 있어서 익금에 산입하여야 한다. 그러나, 도산기업의 경우에는 입법적으로 당해 기업의 특수한 상황 때문에 채무면제이익을 익금에 산입할 것인지에 대하여 긍정설과 부정설 및 과세이연설의 대립을 상정할 수 있다.

(1) 긍정설

긍정설의 입장은 채무면제이익은 당해 법인의 순자산을 증가시키는 거래이기 때문에 일반적인 법인인지, 또는 도산기업인지의 여부를 불문하고 법인세를 과세하는 것이 타당하다는 입장이다.

(2) 부정설

부정설의 입장은 일반적인 법인과는 달리, 도산기업의 경우에는 그 특수성으로 인하여 당해 채무면제이익에 대하여 법인세를 과세하는 것이 부당하다는 입장이다. 그 주장근거를 살펴보면, 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 도산상태에 있는 기업이 채무면제를 받아도 여전히 지급불능의 상태에 있는 경우에는 강제집행에서 해방될 재산이 없기 때문에 법인세를 과세하는 것은 타당하지 않다고 한다<sup>242)</sup>.

둘째, 법인세는 원래는 투자자에게 조세를 부과하여야 하지만, 수많은 투자자들로부터 직접 세금을 징수하는 것은 현재의 조세행정에 있어서는 거의 불가능하기 때문에 법인 단계에서 과세하는 것인데, 채무면제를 받아도 여전히 도산상태에 있는 회사의 경우에는 당해 회사에 투자하고 있는 투자자들의 입장에서는 그 채무면제로 인한 즉각적인 경제적 이익이 전혀 없기 때문에 법인세를 과세하는 것은 부당하다고 한다.

셋째, 법인 형태의 기업에 대한 투자의 방법으로서 주식과 채권의 경계선이 현대에 들어 점차 허물어지고 있을 뿐더러, 도산회사가 그 회생을 꾀하는 방법으로 출자전환이 이루어질 때에는 채권자들이 장래에 회사의 경영이 정상화되면 주식의 매각 등에 의해 투자금을 상환

---

242) 이의영, 전계논문, p. 196.

받기로 결정한 것이므로, 도산회사로서는 중국적인 채무면제를 받았다기보다는 실질적으로 채무가 주식의 형태로 그대로 존속하는 것으로 보아야 하기 때문에 법인세를 부과하지 않는 것이 타당하다고 한다<sup>243)</sup>.

### (3) 과세이연설

과세이연설의 입장은 당해 채무면제이익은 소득과세의 본질상 익금에 해당하지만, 채무면제를 받아도 여전히 도산상태에 있는 도산회사의 경우에는 법인세를 납부할 납세능력이 없기 때문에 당해 과세연도에는 익금에 산입하지 아니하고, 추후에 당해 기업이 회생에 성공하여 납세능력이 발생하였을 때에 과거의 채무면제이익에 대하여 법인세를 과세하는 것이 타당하다는 입장이다.

### (4) 결론

다음과 같은 근거로 채무면제이익은 그 채무면제 당시에 익금에 산입하지 아니하고, 일정기간 과세를 이연하는 것이 타당하다고 할 것이다.

먼저, 과세를 부정하는 견해는 도산상태에 있는 기업의 경우에는 채무를 면제받더라도 여전히 재산이 없기 때문이라는 것인데, 이와 같이 법인세를 완전 비과세하면 도산제도를 과도하게 이용하여 오히려 사회적인 효율성을 저해하는 결과를 초래할 위험성이 크다고 할 것이다.

또한, 채무면제이익에 대하여 법인세를 과세하지 않는 것은 법인세 과세의 기본원리를 침해하게 된다. 즉, 법인의 순자산을 증가시키는 모든 거래는 익금으로 보도록 하고 있는데, 채무면제이익에 대하여 법인세를 과세하지 않는 것은 이러한 법인세의 기본원리에 부합하지 않는

---

243) 이의영, 전계논문, p. 200.

것이다.

그리고 채무면제이익에 대하여 채무면제 당시에 바로 과세하면, 즉 도산사건이 진행중인 경우에 면제된 채무에 대하여 법인세를 과세하게 되면, 채무자의 재무상태를 더욱 악화시킬 뿐만 아니라 채권자의 채무경감에 대한 결정을 지연시킬 수 있게 된다. 이와 같이 되면, 조세제도가 기업의 회생을 방해하는 결과를 야기하게 되어 사회적인 효율성을 저해하는 결과를 초래하기 때문에 부당하다고 할 것이다.

#### 나. 도산기업에 대한 채무면제이익의 과세이연방법의 쟁점과 정비방안

##### (1) 채무면제이익의 과세이연방법의 쟁점

현행 세법은 2012년 12월 31일까지 내국법인이 금융기관으로부터 채무의 일부를 면제받은 경우로서 채무자회생및파산에관한법률에 따른 회생계획인가의 결정을 받은 법인이 금융기관으로부터 채무의 일부를 면제받은 경우 등에는 소득금액을 계산할 때 그 면제받은 채무에 상당하는 금액은 해당 사업연도와 해당 사업연도의 종료일 이후 3개 사업연도의 기간 중 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3개 사업연도의 기간 동안 균분한 금액 이상을 익금에 산입하도록 규정하고 있다<sup>244)</sup>.

이와 같이 현행 조세법은 도산기업의 경우에는 그 채무면제이익을 3년 거치 3년 분할익금산입하도록 규정하고 있는 것이다. 그러나, 이러한 규정은 다음과 같은 문제점을 내포하고 있어서 그 타당성에 있어서는 의문이다.

즉, 현행법은 과세이연을 3년간 하도록 하고, 그 이후에 획일적으로

---

244) 조세특례제한법 제44조 제1항.

3년간 분할하여 익금에 산입하도록 하고 있는데, 도산한 기업의 경우에 회생을 위한 기간은 각 기업마다 그 사정에 따라서 상이할 수밖에 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 이와 같이 획일적으로 익금에 산입하도록 하는 것은 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

## (2) 채무면제이익의 과세이연방법의 정비방안

이러한 문제점을 제거하기 위해서 당해 회사의 고정자산이나 재고 자산의 취득가액을 삭감 조정하는 것이 타당하다고 할 것이다. 이와 같이 삭감 조정한 후에 나중에 감가상각비와 상계처리하거나, 그 삭감 조정된 금액을 당해 자산을 처분할 때에 처분이익에 포함시키면 결과적으로 과세이연에 해당하게 될 것이다. 즉, 현재와 같이 3년 거치 3년 분할익금산입하는 것은 4년부터는 무조건 익금에 산입하기 때문에 기업이 정상화되기 전에 익금에 산입하여 법인세를 과세받는 문제점이 발생할 수 있는 것이다. 그러나, 고정자산의 가액을 삭감 조정하면 그 처분이익을 나중에 이연할 수 있기 때문에 획일적으로 익금에 산입하여 발생하는 문제점을 제거할 수 있다. 또한, 감가상각자산의 경우에도 조세법에서는 임의상각제도를 취하고 있기 때문에 기업이 정상화 되기까지는 감가상각을 이연하여 일률적으로 익금에 산입함으로써 발생하는 문제점을 방지할 수 있을 것이다.

미국의 경우에도 채무면제를 행한 과세연도의 다음 과세연도 개시 일에 납세자가 가진 자산의 기초가액을 감액하도록 하고 있다<sup>245)</sup>.

이와 같이 자산의 가액에서 삭감조정하는 경우에는 어떠한 자산을 대상으로 할 것인지의 여부가 문제될 수 있는데, 이는 미국의 규정을 참조하는 것이 바람직하다고 생각된다. 즉, 미국은 자산의 취득가액에 대한 감액순서는 해당 채무를 담보하는 사업용 부동산, 동산, 재고자산

---

245) IRC §1017(a).

을 제외한 사업용 자산, 비사업용 자산의 순서로 취득가액이 감액되며, 자산의 취득가액은 채무면제 직후 납세자의 자산채무액을 초과한 만큼만 감액된다<sup>246)</sup>.

이와 같이 자산의 가액에서 삭감조정하도록 하면, 사후관리 규정은 불필요하게 될 것이다. 즉, 자산의 가액에서 감액 조정하면 자연스럽게 감가상각비와 상계처리되거나, 자산의 처분시에 처분이익에 포함될 것이기 때문에 사후관리 자체가 불필요하게 되는 것이다.

한편, 현행의 문제점을 제거하기 위해서 채무자 회사가 도산상태에 있는 경우에 한하여 이월결손금과 상계하도록 변경하는 것이 타당하다는 견해가 있다<sup>247)</sup>. 그러나, 이는 타당하지 않다고 할 것이다. 왜냐하면, 이월결손금은 과세의 편의 또는 기술적인 필요에 의하여 기간과 세의 원칙을 채택하고, 인위적으로 나눈 기간을 단위로 하여 과세표준과 세액을 산정하도록 하고 있는 현행 법인세법 규정의 문제점을 제거하기 위한 것으로서, 도산기업뿐만 아니라 모든 법인에 해당하는 사항이기 때문이다.

## 다. 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례제도의 쟁점과 정비방안

### (1) 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례제도의 쟁점

회생계획의 인가를 받은 법인이 출자전환으로 인한 주식의 시가초과금액에 대하여는 원칙적으로 익금에 산입하지만, 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이월결손금의 보전에 충당할 수 있도록 하고 있다. 그런데, 이러한 과세특례제도는 회생계획의 인가를 받은 법인 등의 채무조정으로 인한 채무면제이익과의 형평성에 있어서 문제가 발생하고

---

246) IRC §107(b)(2).

247) 이의영, 전계논문, p. 275.

있다. 즉, 채무면제이익에 대하여는 3년 거치 3년 분할 익금산입제도를 채택하고 있으면서, 실질적으로 동일한 출자전환 채무면제이익에 대하여는 이월결손금의 보전에 충당할 수 있도록 하고 있기 때문에 조세평등주의에 위배될 소지가 있는 것이다. 이와 같은 현행 세법상 규정의 문제점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 일반적인 채무면제이익과 출자전환은 둘 다 도산기업을 갱생시키기 위하여 행해지고, 동일한 채무면제이익임에도 불구하고, 과세상 상이하게 취급하는 것은 과세의 형평에 부합하지 않는다고 할 것이다. 왜냐하면, 출자전환의 경우에도 채권자가 도산기업에 가지고 있던 일정 금액의 채권을 포기하고 당해 도산기업의 주식 등을 소유하는 것인데, 이 경우 포기하는 채권금액이 취득하는 주식 등의 금액보다 많은 것이 일반적이다. 결과적으로 그 차이는 금액만큼은 일반적인 채무면제이익과 동일함에도 불구하고, 그 취급을 달리하는 것은 조세평등주의에 위배될 소지가 크다고 할 것이다.

둘째, 출자전환시에 발생하는 채무면제이익에 대하여 바로 법인세를 과세하게 되면, 도산회사의 경우에는 당해 법인세액만큼 감소한 금액을 기준으로 하여 기업의 회생계획을 수립할 수밖에 없고, 이와 같이 기업의 가치가 감소하게 되면 결과적으로 기업을 재건할 확률이 더 떨어질 수밖에 없는 것이다.

셋째, 회생계획의 인가를 받은 법인 등의 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례제도에 있어서는 출자전환으로 인한 주식의 시가 초과금액이 원칙적으로 익금에 해당한다고 하면서, 주식의 시가가 액면가액에 미달하는 경우 액면가액을 초과하는 금액을 익금으로 보고 있는데, 이러한 액면가액 기준은 조세법의 복잡성을 가중시킬 뿐만 아니라 시가가 액면가액에 미달하는 정도의 차이를 고려하지 아니한 것으로 응능부담의 원칙에 위배된다고 할 것이다. 아울러 이월결손금을 달리 활용하고자 발행가액을 액면가액에 맞추는 경우에는 비정상적인 자본구조를 갖게 될 수도 있고, 그 밖에도 절세 또는 조세회피를 위한 다양

한 발행가액의 구성, 전환시기의 조정 등이 발생할 수도 있다<sup>248)</sup>.

(2) 출자전환 채무면제이익의 과세특례제도의 정비방안

(가) 개선방안의 유형

위에서 살펴본 바와 같이 출자전환 채무면제이익에 대한 과세특례 제도는 여러 가지 문제점을 내포하고 있기 때문에 이에 대한 개선이 이루어져야 할 것이다.

이에 대하여는 다음과 같은 개선방안을 생각할 수 있다.

첫째, 과세의 형평을 위해서 일반적인 채무면제이익과 동일한 과세 특례를 인정하는 방법을 고려할 수 있다. 즉, 실질적으로 동일한 채무 면제이익인데, 그 형식이 다르다고 하여 취급을 달리하는 것은 조세평 등주의에 위배되기 때문에 조세평등주의의 입장에서 일반적인 채무면 제이익과 동일하게 취급하는 것이다.

둘째, 출자전환은 도산회사의 재무구조를 건전하게 변경하여 채도 산의 위험을 감소시키는 유용한 방법이며, 제3자에 의한 도산회사의 인수가 용이하게 이루어지는 데 중요한 역할을 한다는 점을 고려하여 출자전환에 대하여는 일반적인 채무면제이익보다 더 적극적인 과세혜택을 부여하는 방법을 고려할 수 있다.

셋째, 채무와 주식의 교환시에는 채무의 면제가 발생하지 않고 채무가 자본주식책임(capital stock liability)으로 전환될 뿐이며, 면제되었다고 하는 금액은 주식인수가격의 할증분에 지나지 아니하므로 소득이 발생한 것으로 보기 힘들다. 따라서 이에 대하여는 법인세를 과세하지 않는 방법을 고려할 수 있다<sup>249)</sup>. 즉, 법정관리법인이 갱생을 위해

248) 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국세조세협회, 2009. 2, p. 192.

249) 최성근, 「미국의 도산기업 채무면제익 과세제도에 관한 비교법적 고

서 행하여지는 출자전환금액이 과세된다면 기업의 재무구조가 다시 열악해져서 구조조정 의미는 반감될 뿐만 아니라, 이는 사실상 출자 전환에 의한 구조조정의 가장 큰 걸림돌이 될 수 있기 때문에 비과세 대상으로 하는 것이 타당하다는 견해이다<sup>250)</sup>.

#### (나) 결어

다음과 같은 이유로 출자전환 채무면제이익의 경우에는 일반적인 채무면제이익보다 더 과감한 조세특례를 인정하는 것이 바람직한 것이다.

먼저, 출자전환으로 인한 채무면제이익의 경우에도 다른 방식의 채무조정으로 인한 채무면제이익과 동일하게 취급하게 되면, 지급이자를 비용으로 인정하는 현행 세법규정 때문에 출자전환보다는 변제기한의 유예 또는 사채발행을 선호하게 되고, 결과적으로 재도산의 위험이 그만큼 커지게 될 확률이 높다.

둘째, 차입금이 과다한 회사의 경우에는 이자부담의 과중으로 인하여 재정적인 곤란에 처할 확률이 높기 때문에 적절한 수준으로 자기자본비율을 관리하여야 한다. 즉, 기업의 자산 중에서 상대적으로 자본보다 부채가 많다는 것은 결과적으로 회사가 도산할 확률이 그만큼 높다고 보아야 할 것이다. 결과적으로, 도산회사가 회생하는 과정에서 기존 채무의 변제기한을 연장하거나 새로운 채무로 변경하는 것은 재도산의 위험이 높기 때문에, 채무재조정의 방식으로 출자전환을 하는 것이 바람직한 것이다.

이와 같이 출자전환 채무면제이익의 경우에는 일반적인 채무면제이

---

찰], 『조세학술논집』, 제24집 제1호, 한국국세조세협회, 2008. 2, p. 235.

250) 박정우·김승범, 「기업갱생을 위한 조세 및 법률제도의 정비방안 -대출채권의 출자전환 방법을 중심으로-」, 『세무와 회계저널』, 제4권 제1호, 한국세무학회, 2003. 11, p. 134.

익보다 과감한 조세특례를 인정하는 것이 바람직한데, 구체적으로 어떠한 방법으로 조세특례를 인정할 것인지의 여부가 문제될 수 있다. 가장 과감한 조세특례의 방법은 과거 법인세법의 경우처럼 출자전환 채무면제이익에 대하여는 법인세를 과세하지 않는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 이러한 방법이 너무 과도하다고 할 경우에는 일반적인 채무면제이익의 경우인 3년 거치 3년 분할익금방식보다 그 기간을 연장하는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 예를 들면, 출자전환 채무면제이익의 경우에는 5년 거치 5년 분할익금방식을 취하는 것이 한 가지 방안이라고 할 수 있을 것이다.

#### 라. 채무면제이익에 대한 과세특례에 있어서 적용대상기업의 쟁점과 정비방안

현재 우리나라의 과세특례는 채권자가 금융기관인 경우에 한하여 해당 사업연도와 해당 사업연도의 종료일 이후 3개 사업연도의 기간 중에 익금에 산입하지 아니하고, 그 다음 3개 사업연도의 기간 동안 균분한 금액 이상을 익금에 산입하도록 규정하고 있다<sup>251)</sup>. 즉, 과세특례의 적용대상 채무조정 주체를 금융기관으로 한정하고 있는데, 이러한 조치가 타당한지의 여부가 문제이다.

기업구조조정촉진법에 따라 경영정상화계획의 이행을 위한 약정을 체결한 부실징후기업이 채무의 일부를 면제받는 경우에는 채권금융기관이 가지고 있는 채권만 면제되기 때문에 특례제도가 적용되는 출자전환의 주체를 금융기관으로 한정하는 것이 타당하다. 그러나, 채무자 회생및파산에관한법률에 따라 회생계획 인가의 결정을 받은 법인의 채무의 일부를 면제받은 경우에는 금융기관이 아닌 채권자의 채권도 회생계획에 의하여 일괄적으로 면제되기 때문에 특례제도가 적용되는

251) 조세특례제한법 제44조 제1항.

채무조정 주체를 금융기관으로 한정하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 회생절차 채권자 간의 형평을 도모하고 적용대상 채무면제이익의 범위를 확대하여 도산기업의 회생을 돕는다는 관점에서, 회생계획 인가의 결정을 받은 법인이 채무의 일부를 면제받는 경우에는 금융기관뿐만 아니라 비금융기관인 채권자의 채권도 특례의 적용대상에 포함시킬 필요가 있다. 아울러 적용대상 채무면제이익의 범위를 비금융기관인 채권자의 채권으로 확대하는 경우에는 회생계획의 인가를 받은 법인에 대하여 채무를 면제한 비금융기관 채권자에 대해서도 당해 사업연도의 소득금액계산에 있어서 그 면제한 채무에 상당하는 금액을 손금 또는 비용에 산입하도록 허용되어야 할 것이다<sup>252)</sup>.

#### 마. 조세회피 방지규정의 마련

현행 조세특례제한법에서는 채무를 면제받은 법인이 채무면제이익 전액을 익금에 산입하기 전에 사업을 폐업하거나 해산하는 경우에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때 익금에 산입하지 아니한 금액 전액을 익금에 산입한다고 규정하여<sup>253)</sup>, 채무면제에 대한 사후관리 규정을 두고 있다.

이러한 사후관리 규정이 타당한지의 여부가 문제인데, 앞에서 살펴본 바와 같이 과세이연의 방법을 자산의 가액에서 감액하도록 개정하게 되면, 현재의 규정은 불필요하다고 할 것이다. 즉, 현재의 규정은 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

다만, 현재와 같이 3년 거치 3년 분할익금산입하도록 하는 경우에, 현재와 같은 사후관리규정이 타당한지의 여부가 문제이다.

그러나, 도산기업의 경우에는 실질적으로 경영이 정상화되기 위해서

252) 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국세조세협회, 2009. 2, p. 191.

253) 조세특례제한법 제44조 제3항.

일률적으로 6년이라는 기간을 정하여 사후관리하는 것은 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다. 즉, 이와 같이 사후관리 기간을 6년으로 일률적으로 규정하는 것은 도산기업이 조세를 회피하거나 탈세하는 부작용이 발생할 수 있으며, 기업의 실질적인 회생에도 긍정적으로 작용하기 힘들다고 할 것이다. 따라서, 현재와 같은 사후관리 방식을 채택하는 것보다는 사전적으로 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 특례를 인정하는 방식으로 전환하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

결과적으로, 적격합병 또는 적격분할의 경우에 준하여 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 채무면제이익에 대한 특례규정을 적용하도록 하는 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다.

## 제2절 양도차익에 대한 과세제도의 쟁점과 정비방안

합병, 분할, 현물출자, 영업의 양도 및 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에 있어서는 각각 일정한 요건을 충족하는 경우에 당해 자산의 양도차익에 대하여 과세하지 아니하고, 과세이연하도록 규정하고 있다. 이하에서는 이러한 현행법의 쟁점과 그에 대한 정비방안에 대하여 살펴보고자 한다.

### 1. 통일성의 결여에 따른 쟁점과 정비방안

#### 가. 통일성의 결여에 따른 쟁점

우리나라의 경우에는 합병, 분할, 현물출자, 영업의 양도 및 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에 있어서 각각 별도의 과세이연 요건을 규정하고 있다. 또한, 합병과 분할 및 현물출자의 경우에는 과세이연규정을 법인세법에서 규정하고 있는 데 반하여, 영업양도와 주식의 포괄적 교환 및 이전의 경우에는 조세특례제한법에서 한시적으로 규정하고

있다.

이와 같이 각각 별도의 과세이연 요건을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 별도의 법에 규정하고 있어서 다음과 같은 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 영업의 양도에 있어서 자산의 전부를 이전하여 해산하는 것은 실질적으로 합병과 동일하며, 자산의 일부를 이전하는 것은 분할과 동일하다. 즉, 자산양도계약이 체결되어 자산의 귀속주체가 다른 회사로 변경되었다고 하더라도 당해 회사의 영업자산의 주된 부분이 통째로 양도된 것으로서 실질적으로는 회사분할이나 분할합병과 유사하다고 할 것이다. 이와 같이 경제적 실질이 동일한 것에 대하여 별도의 과세이연요건을 규정하는 것은 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

둘째, 도산회사의 경쟁력 있는 주된 영업부분 일체를 다른 회사로 양도하는 경우라면, 그리고 영업양도의 대가를 현금으로 지급하지 않고 양수회사의 주식으로 지급한다면, 비록 당해 영업자산의 귀속주체가 바뀌었다더라도 기업의 실질적인 부분은 변동이 없을 수 있다. 이처럼 영업양도가 기업의 실질적 변동을 야기하지 않는 경우에는 세법이 양도차익을 인식하지 않도록 할 필요성은 합병이나 분할의 경우와 동일하다고 할 것이다.

셋째, 주식의 포괄적 교환 또는 이전의 경우에도, 주식의 포괄적 교환 또는 이전이 이루어지면 완전모자회사관계가 형성되어 완전모회사가 완전자회사에 대해 완전한 지배권을 취득하게 되기 때문에, 실질적으로 합병과 거의 유사하다. 이와 같이 주식의 포괄적 교환과 이전은 실질적으로 합병과 거의 동일함에도 불구하고, 현행법에서 과세이연 요건을 달리 규정하는 것은 그 타당성을 결여한 입법이라고 할 것이다. 또한 합병의 경우에는 과세이연 요건을 법인세법에서 규정하여 항구적으로 운영하고 있는 데 반하여, 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에는 조세특례제한법에 규정하여 한시적으로 운영하는 것도 그 합리성을 결한 입법이라고 할 것이다.

넷째, 현물출자에 대하여 비과세하는 근거는 주주의 투자가 계속성

을 갖는 데서 찾을 수 있다. 즉, 주주의 투자에 실질적인 변화가 없기 때문에 소득으로 인식하는 것은 타당하지 않다는 것이다. 이는 주주가 지배하고 있던 자산 등이 현물출자에 의해서 자회사로 이전하여도 계속적인 주식의 보유를 통해서 간접적이기는 하지만 지배상태는 계속 된다고 이해할 수 있는 것이다.

다섯째, 영업양도와 주식의 포괄적 교환 및 이전의 경우에는 조세특례제한법에 한시적으로 규정하고 있는데, 이는 실질적으로 합병 또는 분할 등과 동일한 영업양도 등의 경우를 불합리하게 취급하는 것으로서 그 합리성이 결여되어 있다고 할 것이다.

여섯째, 영업양도나 주식의 포괄적 교환 및 이전은 합병 또는 분할과 마찬가지로 회사재조직의 유력한 방식으로서 현실에서 종종 실행되고 있고, 특히 도산회사에 대한 회생계획에 포함되는 경우가 적지 않다.

#### 나. 통일성의 결여에 대한 정비방안

이와 같이 실질적으로 동일한 내용에 대하여 별도의 과세이연 기준을 정하고 있는 것은 부당하므로, 과세이연 요건을 통일적으로 규정하여야 할 것이다. 미국과 일본의 경우에도 실질적으로 동일한 과세이연 기준을 마련하고 있다는 것을 참조할 필요가 있다고 할 것이다. 다만, 합병·분할·현물출자·영업양도 및 자산의 포괄적 교환 등에 있어서 각각의 특징적인 부분에 대하여는 별도의 예외규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

그리고 주식의 포괄적 교환과 이전에 대하여는 조세특례제한법에서 한시적인 특례규정을 둘 것이 아니라, 합병 및 분할 등의 경우와 같이 법인세법에서 항구적인 과세이연 규정을 두는 것이 타당할 것이다.

## 2. 과세이연요건의 쟁점과 정비방안

### 가. 과세이연요건에 있어서의 쟁점

도산회사의 재조직 시에도 미실현이득의 대부분을 차지하는 자본이득의 과세에 있어서 실현주의를 그대로 적용하게 되면 심각한 동결효과를 초래하게 된다. 또한, 기업이 세계적인 경쟁에서 살아남기 위해서는 기존의 사업에 제공하고 있는 자산을 그 실질적인 감소 없이 다른 목적의 사업에 쉽게 전용하고, 기존의 기업활동기간중에 축적된 이익이 기업의 형태나 사업목적의 변경에 영향을 받지 않고 그대로 보전할 수 있어야 하며, 이러한 기업구조조정을 장려하는 정책적 차원에서 일정한 범위까지는 기업형태나 사업목적의 변경이 있더라도 이를 과세계기로 삼지 않는 세제가 필요하다. 과세의 부담 없이 기업이 자유롭게 변신함으로써 국제경쟁력 면에서 월등하게 우월한 지위에 설 수 있는 것이다<sup>254)</sup>.

동결효과가 발생하여 회사재조직이 사회적으로 바람직한 수준보다 지나치게 적게 행해진다는 것은 전 사회적 차원에서 투자의 편중과 자원 배분의 왜곡이 발생했음을 의미한다. 이에 따라 그 사회의 경제는 비효율적 상황에 처하게 된다. 자본주의 사회가 발전할수록 회사재조직의 위축에 따른 사회경제적 비효율은 더욱 커질 것이다. 그렇다면 재조직 이후의 어느 시점, 즉 자산의 매각시점이나 감가상각시점에서 세금을 부과하는 과세이연이 바람직할 것이다<sup>255)</sup>.

한편, 도산회사에 대한 회생계획은 대개 기업도산에 책임이 있는 기존 대주주의 퇴진과 부실사업부문의 정리 등 구조조정을 예상하고 있으므로, 기업의 동일성을 판단하는 기준을 통상의 경우와 동일하게 할 경우 제도적 취지와 도산 실무에 반하는 불합리한 측면이 있다. 그러

254) 이의영, 전계논문, p. 220.

255) 이의영, 전계논문, p. 219.

나, 현행 세법은 도산회사에 대하여는 별도의 과세이연 요건을 마련하지 않고 있기 때문에 문제점이 있다고 할 것이다.

반면에, 과세이연의 기준이 지나치게 완화되면, 회사의 재조직한 사회적으로 바람직한 수준보다 너무 많이 이루어질 수 있게 된다. 즉, 조세회피의 목적으로 재조직의 형식이 이용될 위험이 크고, 반대의 경우라면 동결효과의 문제가 발생할 수 있는 것이다.

#### 나. 과세이연요건의 정비방안

합병과 분할의 경우 과세이연요건은 사업목적성(합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병)과 지분의 계속성(피합병법인의 주주가 받는 합병대가의 총합계액 중 주식 등의 가액이 80% 이상) 및 사업의 계속성(합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계받은 사업을 계속 영위)을 그 요건으로 하도록 하고 있다.

그러나, 도산회사의 재조직에 대해서는 일반적인 재조직보다 완화된 과세이연의 기준을 마련할 필요가 있다. 왜냐하면, 도산회사에 있어서는 회사의 운명에 대한 주도권을 쥐고 있는 자는 실질적으로 주주가 아니라 채권자들이며, 이들 채권자들의 경우에도 방식이 상이할 뿐 기업에 대한 투자자로서 제한된 형태나마 실질적 이득의 귀속자라고 할 수 있으므로, 기업의 동일성이나 실질적 이득의 실현 유무를 결정함에 있어서 도산회사의 옛 주주의 구성이 변경되었더라도, 대다수의 채권자가 신회사의 새로운 주주가 되었다면 기업의 동일성 내지 실질적 이득의 실현이 없는 형식적 거래에 해당한다고 볼 수 있다<sup>256)</sup>. 즉, 도산회사의 경우에는 기업의 운명권을 쥐고 있는 자는 주주가 아니라 채권자들인데, 채권자 주도로 기업의 재조직이 시행되어 구 주주들에게는

256) 이의영, 전계논문, p. 225.

재조직 대가인 인수회사의 신주가 배정되지 않고 채권자들이 인수회사의 새로운 주주가 된 경우에 있어서 다액의 세금을 부과한다면 이는 사실상 기업회생을 포기하는 것이 될 수 있다.

따라서 도산회사의 경우에 있어서는 회생계획에 따라 행해지는 재조직의 경우에는 채권자들에게 그 대가를 배정하는 것을 세법이 받아들여 과세이연의 기준을 따로 마련할 필요가 있다. 즉, 재조직 대가 중 주식의 비율을 계산할 때 구 주주가 수령한 주식뿐만 아니라 구 채권자가 수령한 주식의 수까지 합산하여 과세이연을 판단하는 특례를 두는 방안을 적극적으로 검토하여야 할 것이다. 부연하면, 미국의 경우에도 도산회사의 채권자들이 결국 그 회사의 운명과 직결되는 것으로 보아 조직의 재편에 따른 주주와 해당 도산기업의 채권자가 수령하는 주식을 모두 합산하여 과세이연 요건의 충족 여부를 판단하도록 하고 있다.

한편, 재조직 당사회사들 사이에 기존에 아무런 지분관계가 없었다면 인수회사와 대상회사 간의 자산규모가 10배 이상 차이나지 않아야 한다는 식의 규모 요건을 따로 둘 필요가 있다. 자산규모가 크게 차이나는 재조직의 경우는 재조직 대가의 100%가 주식이라고 하더라도 대상회사의 구 주주들이 인수회사에 대하여 가지는 지분율이 미미하여 재조직 전후로 기업의 실질에 변동이 없다고 할 수 없기 때문이다.

### 제3절 이월결손금 승계제도의 쟁점과 정비방안

#### 1. 이월결손금 승계제도에 있어서의 쟁점

현행법상 이월결손금 승계제도는 문제점을 내포하고 있는데, 현행 제도의 문제점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 회생절차는 도산회사가 그 재정적인 파탄 상태에서 벗어나 새로운 재무구조하에서 부실사업부분을 과감히 정리하고 유력 사업을 집중적으로 수행하여 회생하도록 하는 것이므로, 재조직을 전후로 하

여 소유구조 또는 사업구조에 어느 정도의 변동은 불가피하다고 할 것이다. 그러나, 재조직이 있기 이전의 재무구조와 사업구조를 전제로 하여 기업의 동일성을 따져 도산회사의 재조직시에 이월결손금의 승계에 대한 제한 여부를 정하는 것은 이와 같은 회생절차의 제도적인 취지에 부합하지 않는다고 할 것이다<sup>257)</sup>.

둘째, 영업양도의 경우에는 이월결손금 승계를 전혀 인정하지 않고 있다. 그러나, 앞에서 살펴본 바와 같이 영업양도의 경우에는 실질적으로 합병 또는 분할과 거의 동일한 결과를 초래함에도 불구하고, 영업양도에 있어서만 이월결손금의 승계를 허용하지 않는 것은 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

## 2. 이월결손금 승계제도의 정비방안

기업 구조조정의 효율성 측면에서는 합병대가가 조세절감액만큼 경감될 수 있으므로, 그만큼 인수 및 합병이 더 쉽게 이루어질 수도 있다. 물론, 조세절감액만큼 국고손실이 발생하지만, 궁극적으로 기업 구조조정이 결실을 맺어 세원이 증가한다면 국고에도 이익이 될 수 있다고 할 것이다<sup>258)</sup>. 그러나, 이월결손금의 승계를 무제한적으로 허용하게 되면, 조세회피를 위한 합병 등 부작용이 크게 일어날 확률이 높다. 따라서 일정한 요건을 충족한 경우에 한하여 이월결손금 승계를 허용하는 것이 바람직한데, 이하에서는 이러한 내용에 대하여 살펴보고자 한다.

---

257) 이의영, 전계논문, p. 243.

258) 同旨; 정운오·김갑순·전병욱, 「세무상 이월결손기업과의 합병 -하 나은행 사례-」, 『세무학연구』, 제25권 제2호, 한국세무학회, 2008. 6, p. 165.

### 가. 이월결손금 승계요건의 정비방안

현행 세법은 이월결손금의 승계요건을 과세이연요건과 동일하게 규정하여 사업목적성(합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병)과 지분의 계속성(피합병법인의 주주가 받는 합병대가의 총합계액 중 주식 등의 가액이 80% 이상) 및 사업의 계속성(합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계받은 사업을 계속 영위)을 그 요건으로 하도록 하고 있다.

이와 같은 요건은 미국의 규정을 그대로 답습한 것으로 생각된다. 즉, 미국의 경우에도 투자의 계속성 요건과 사업목적 및 사업의 계속성 등을 그 요건으로 하도록 규정하고 있다. 그러나, 이와 같은 과세이연요건을 이월결손금의 승계요건으로 하는 것이 타당한지의 여부가 문제인데, 이월결손금의 승계는 기본적으로 지분의 계속성 요건과 사업의 계속성 요건만 충족되면 인정하는 것이 타당할 것이다. 즉, 사업목적성 요건은 불필요하다고 보아야 할 것이다.

한편, 도산회사의 주주가 아닌 채권자들이 인수회사의 주식을 받더라도 기업의 동일성을 인정할 필요가 있고, 도산회사의 재조직은 기존 사업부문의 정리가 어느 정도 예상되고 그 필요성도 있는 것이므로, 주요 영업자산의 유지 등 사업의 계속성 요건과 관련하여 통상의 재조직보다는 완화된 기준에 의하여 판정하여야 한다.

따라서, 도산회사의 재조직에 대해서는 그 특수성을 반영하여 남용적 재조직 판정 기준을 완화하거나 사용가능한 이월결손금액 계산에 융통성을 부여하는 등의 특례를 두어야 한다. 예컨대, 회생계획에 따라 도산회사 재조직이 이루어지는 경우에는 일부 부실사업부문 폐지가 있어도 기업의 동일성이 상실되지 않는 것으로 본다거나, 채무면제 등으로 높아진 회사가치에 기하여 이월결손금 사용한도금액을 계산하도록 하는 것이다<sup>259)</sup>.

#### 나. 사법상 법인격의 변동이 없는 재조직의 경우

사법상 법인격의 변동이 없는 재조직이 이루어진 경우는 우리나라의 세법에서는 이월결손금의 승계 등에 대하여 아무런 제한을 가하고 있지 않은데, 이러한 경우에도 기업의 실질적인 변화가 있는 경우에는 이월결손금 승계에 대한 제한을 가하는 규정을 마련할 필요가 있다고 할 것이다. 즉, 앞에서 살펴본 바와 같이 지분의 계속성 요건과 사업의 계속성 요건을 충족하는 경우에 한하여 이월결손금을 승계할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### 다. 영업양도로 인한 재조직의 경우

영업양도의 경우에도 과세이연의 요건을 충족하는 경우에는 이월결손금을 승계할 수 있도록 개정하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 영업양도는 실질적으로는 합병 또는 분할과 거의 동일한데, 그 형식의 차이로 인하여 별도의 취급을 하는 것은 타당하지 않기 때문에 일정한 요건을 충족하는 경우에는 이월결손금을 승계할 수 있도록 규정하는 것이 타당하다.

### 제4절 조세채권의 취급에 대한 쟁점과 정비방안

도산절차에 있어서 조세채권의 취급에 대한 논점은 회생절차에 있어서는 공익채권, 파산절차의 경우에는 재단채권으로 되는 조세채권의 범위 등 조세채권의 지위에 관한 문제, 조세채권의 신고기한, 부인권 행사대상 제외, 체납처분 중지 관련 특칙, 징수권자의 동의 규정 등 절차상 특별규정들에 관한 문제 등이 있다.

---

259) 同旨; 이의영, 전계논문, p. 249.

이하에서는 이러한 도산과정에 있어서 조세채권의 취급을 파산절차와 회생절차로 구분하여 현행 제도의 문제점과 그에 대한 개선방안을 모색하고자 한다.

## 1. 파산절차에 있어서 조세채권의 쟁점과 정비방안

### 가. 재단채권에 관한 현행 법규정의 쟁점과 정비방안

#### (1) 현행 규정에 있어서의 쟁점

현행법상 파산절차에 있어서의 조세채권은 파산선고 전의 원인으로 인한 경우에는 원칙적으로 모두 재단채권으로 분류되며, 파산선고 후에 파산재단에 관하여 생긴 것도 재단채권에 분류된다. 이러한 재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제하며, 파산채권보다 먼저 변제한다<sup>260)</sup>. 즉, 채권자 평등의 원칙을 적용받은 민법상 채권뿐만 아니라, 민법과 상법 등 개별법상 일반우선권이 있는 일반우선파산채권보다 우월적인 지위를 인정받아 우선변제받는 것이다. 이러한 우선변제는 배당의 경우뿐만 아니라 파산 취소와 재단 부족에 의한 폐지 등의 경우에도 동일하다. 그리고 파산선고 전에 파산재단에 속하는 재산에 대하여 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선 순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함한다)에 기한 채납처분을 한 때에는 파산선고는 그 처분의 속행을 방해하지 아니한다<sup>261)</sup>. 즉, 파산시에도 일반적인 경우와 동일하게 자력집행권을 인정받는 것이다.

이와 같이 파산선고 전에 납세의무가 성립한 조세채권은 재단채권으로 분류되는데, 이는 파산채권자의 이익과는 무관하게 국가의 조세

260) 채무자회생및파산에관한법률 제475조 및 제476조.

261) 채무자회생및파산에관한법률 제349조 제1항.

채권의 변제순위를 확보하기 위함이며, 이는 결국 조세채권이 가지고 있는 고도의 공익성이 그 입법적인 근거라고 할 것이다.

그런데, 이러한 입법이 타당한지의 여부가 문제인데, 재단채권으로 분류하고 있는 현행법은 다음과 같은 문제점을 가지고 있기 때문에 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다. 즉, 재단채권으로 분류하고 있는 현행법은 다음과 같은 문제점을 내포하고 있는데, 이를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 재단채권은 일반적으로 모든 채권자들의 공통된 이익이 되는 비용을 말하는데, 파산선고 전의 원인에 의한 조세채권의 경우에는 그 성질상 모든 채권자들의 공통된 이익이 되는 비용이라고 할 수 없는 것이다. 그러나, 조세채권이 재단채권으로 됨으로 인하여 조세채권에 대해서는 통상의 강제집행절차에서보다 더 강력한 지위를 부여한 결과가 된다. 이미 파산절차가 진행중인데도 조세채권자는 파산재단에 속하는 재산들 중에서 별도의 절차로 우선적으로 채권만족을 얻을 수 있는 것이다.

둘째, 구 파산법에서는 국세징수법 또는 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권을 일률적으로 재단채권으로 취급하였는데, 이에 대한 타당성에 대하여 의문이 제기되었다. 특히 이러한 채권에 관하여 파산선고 후에 발생하는 가산금과 연체료 등 지연손해금까지 재단채권으로 취급하는 것에 대하여 강한 비판이 제기되었다. 이에 채무자회생 및 파산에 관한 법률에서는 재단채권으로 인정되는 조세 등의 범위를 현격하게 축소하는 내용으로 규정하게 된 것이다<sup>262)</sup>. 즉, 후순위파산채권에 해당하는 것을 제외하고, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권의 경우 개별법상 우선권이 인정되는 경우만으로 한정하여 구 파산법에서의 적용범위보다 축소한 것이다. 그러나, 이와 같은 개정에도 불구하고, 그 타당성에 있어서는 여전히 의문이라고 할 것이다.

262) 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, pp. 315~316.

셋째, 조세채권의 우선적인 변제 때문에, 파산사건에 있어서 다액의 채납세액을 징수함으로써 파산채권자들에 대한 배당액이 줄어들거나 채단 부족으로 인한 파산 폐지에 이르게 되어 결과적으로 파산의 목적을 달성할 수 없는 경우가 많이 발생할 수 있다고 할 것이다. 즉, 처음부터 조세채권이 채단채권자로서 권리를 행사하게 되어 파산재단이 형성될 때마다 변제를 요구하게 되며, 그 결과로 인하여 파산절차는 제대로 진행될 여지가 없이 폐지될 가능성이 높기 때문에 파산절차가 대다수의 파산채권자를 위한 제도가 아니라 사실상 조세채권의 회수 절차로 전락할 가능성마저 존재하게 되는 것이다.

넷째, 채무자회생및파산에관한법률 제473조 각호에 열거된 재단채권은 주로 파산절차의 수행을 위해서 반드시 필요한 재단비용과 파산 재산이 제3자와의 거래에 의하여 부담하게 된 재단채무로 구성되어 있으며, 이들 채권은 파산채권자들의 공동의 이익에 이바지한다는 공통점을 가지고 있다. 이에 반하여, 조세채권의 경우에는 국가 존립의 재정적인 기초가 된다는 공익적인 요청에 의하여 재단채권으로 취급하고 있어서 다른 재단채권과는 그 성격이 매우 상이하다고 할 것이다. 즉, 파산절차에 있어서 조세채권을 재단채권으로 취급하는 것은 이론상 재단채권의 개념에 맞지 않을 뿐만 아니라 채권자 평등원칙보다 조세우선권에 치우친 것이라고 할 것이다<sup>263)</sup>.

다섯째, 조세채권의 지위를 회생절차와 도산절차에 있어서 각기 달리 규정하고 있는데, 이는 도산절차의 통일성을 지향하는 채무자회생 및파산에관한법률의 제정취지에도 맞지 않을 뿐만 아니라 절차 간의 원활한 진행을 저해한다. 또한, 채무자가 회생절차와 파산절차 중에서 어느 절차를 선택하느냐에 따라서 조세채권의 지위가 현저하게 달라지는 것도 불합리하다고 할 것이다.

여섯째, 통상의 강제집행절차에서 우선변제권이 있는 다른 채권들

263) 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV -1, 한국세법학회, 2009. 4, p. 142 및 p. 149.

이 파산절차에서 대부분 우선적 파산채권이 되는 것과 비교하여 형평에 반하고, 채권자들 사이의 공평한 만족을 위해 집단적으로 강제적인 채권 추심을 한다는 청산형 도산절차의 제도적인 취지에 반한다. 또한, 회생절차에서는 절차개시 전의 조세채권은 원칙적으로 공익채권이 아닌 회생채권으로 삼고 있는 점과도 대비된다. 뿐만 아니라, 여타 채권자들이 가져갈 몫을 대폭 감소시키고 종종 재단 부족현상을 야기하여 절차 폐지에 이르게 하고, 그로 인해 도산회사의 이해관계자들이 법정의 파산절차 이용을 회피하게 하고 있다. 자본주의 시장경제에서는 부실기업의 퇴출과 그 잔여자산의 청산절차가 신속하고 공정하게 진행되어야 자원분배의 효율이 달성되는데, 파산절차가 제대로 활용되지 않고 부실기업의 청산이 늦어지는 것은 심각한 문제라고 할 것이다<sup>264)</sup>.

일곱 번째, 도산회사의 잔여자산의 가치는 일반적으로 전체 채권자들이 그 채권의 전부를 변제받기에는 많이 부족하기 때문에 일부 채권자들이 잔여자산을 우선적으로 변제받는 것은 부당하다는 의식에서 출발한 것이 청산형 도산절차이다. 따라서 원칙적으로는 일정한 절차에 의해서 공평한 변제순서에 따라서 잔여자산을 분배하고, 다만, 도산절차의 운용 과정에서 발생한 비용 또는 이해관계자 모두의 이익을 위한 것은 예외적으로 우선적으로 변제받을 수 있도록 하고 있다. 그러나, 우리나라의 경우에는 재단채권에 해당하는 경우에는 그 전부를 회수할 수 있고, 후순위 파산채권에 해당하는 경우에는 실질적으로 전혀 변제를 받지 못하는 문제점을 안고 있다.

## (2) 현행 규정의 정비방안

현행법상 파산절차에 있어서의 조세채권은 파산선고 전의 원인으로

264) 이의영, 전계논문, p. 268.

인한 경우에는 원칙적으로 모두 재단채권이 되며, 파산선고 후에 파산 재단에 관하여 생긴 것도 재단채권으로 분류된다. 이와 같이 조세채권의 경우에는 원칙적으로 모두 재단채권으로 분류되기 때문에 앞에서 살펴본 여러 가지 문제점이 발생하고 있는 것이다.

#### (가) 정비방안에 대한 견해

이와 같은 문제점을 개선하기 위한 방안으로는 다음과 같은 견해가 있다.

첫째, 파산절차에 있어서 조세채권은 우선적 파산채권으로 규정하는 것이 바람직하다는 견해이다<sup>265)</sup>. 즉, 파산절차에서 조세채권을 재단채권으로 규정하는 것은 이론상으로는 현실적으로나 불합리하므로 우선적 파산채권으로 규정하는 것이 타당하다고 한다. 조세우선권의 관철을 위하여 일반 파산채권보다 우월한 지위가 인정되는 우선적 파산채권으로 규정하면 족하고, 그것이 채권자 평등의 원칙과 조화를 이룰 수 있는 방법이기 때문이라고 한다. 또한, 도산절차 간 통일성을 확보함과 동시에 채권자간 형평성을 제고하기 위해서는 파산절차에서 재단채권으로 되어 있는 조세채권의 지위를 회생절차에서의 조세채권의 지위에 대응하여 우선적 파산채권으로 규정하는 것이 바람직하다고 한다<sup>266)</sup>.

둘째, 현재와 같이 규정하는 것이 바람직하다는 견해이다. 즉, 조세는 국가 또는 지방자치단체의 재정적인 기초가 되기 때문에 그 징수를 확보하기 위하여 다른 채권보다 우월한 지위를 부여하여야 하는 공익적인 필요가 있기 때문에 현재와 같이 재단채권으로 규정하는 것이 바

265) 조영식, 「파산과 조세」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 2, p. 59.

266) 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, pp. 152~153.

람직하다고 한다<sup>267)</sup>. 부연하면, 조세는 국가 또는 지방자치단체 활동의 재정적인 기초를 이루고 있으며, 고도의 공익성을 가지고 있고, 일반채권은 채무자의 파산위험 등을 고려한 경제적인 행위인 반면에 조세채권은 헌법상 납세의무에 따라 발생하고, 법률에 의한 과세요건을 충족하는 경우에는 아무런 대가 없이 강제적으로 부과·징수하는 것이며, 일반채권은 채권자가 미리 담보권 설정 등을 통하여 채권의 확보책을 마련할 수 있지만, 조세채권은 납세자가 체납한 이후에야 압류가 가능하다는 점 등을 고려할 때, 조세채권은 다른 채권과 달리 취급하여야 한다는 주장이다.

셋째, 시기를 기준으로 하여 파산선고 전의 원인에 의하여 발생한 조세채권은 재단채권으로 인정하되, 파산선고 후의 원인으로 인하여 발생한 조세채권은 아무런 우선권도 부여하지 않는 것이 타당하다는 견해이다. 즉, 파산재단의 관리 및 환가과정에서 발생한 조세채권은 성질상 모든 채권자들의 이익을 위한 필요불가결한 절차비용에 해당하기 때문에 도산절차의 운용을 위해서 최우선적인 지위를 부여함이 옳다고 한다. 반면, 도산절차의 진행을 위한 공익적 비용에 해당하지 않는 것으로서 파산선고 후의 원인에 기하여 발생한 조세채권은 아무런 우선권도 부여하지 않는 것이 타당하다고 한다. 통상의 다른 채권들은 모두 도산절차의 개시를 기준으로 파산절차에 편입되고, 그 후에 발생한 채권들은 절차 내에서 배당을 받을 수 없으며, 이처럼 절차개시를 기준으로 채권 편입을 결정하는 것은 평상시의 강제집행절차에서도 마찬가지기 때문이라고 한다<sup>268)</sup>.

또한, 조세채권은 그 범위가 매우 넓기 때문에 파산절차에서는 통상 다액의 조세채권이 재단채권이 되고, 그 때문에 파산재단의 대부분이 조세채권의 분배로 돌아가는데, 파산채권에 대한 평균적인 배당률이

267) 최성근, 「도산절차의 형평성 확보를 위한 법제개선방안」, 『한국법제연구원』, 2004, p. 40.

268) 이의영, 전계논문, pp. 261~262.

10~20%에도 미치지 못하는 일반적인 현상은 조세채권에 대한 파산재단의 부담이 큰 것이 그 원인의 하나라고 한다. 파산관재인이 노력에 의하여 수집된 파산재단의 배분이 조세채권의 변제에 제공되는 것은 문제라고 한다. 즉, 파산선고 전의 원인에 기하여 생긴 조세채권을 일률적으로 재단채권으로 취급할 근거 내지는 이유는 없기 때문에 재단채권으로 하는 조세채권의 범위에 있어서 시기적 제한을 두는 것이 바람직하다고 한다<sup>269)</sup>.

넷째, 파산절차에 있어서 조세채권의 우선권을 전면적으로 부인하고, 일반적인 파산채권으로 취급하는 것이 타당하다는 견해이다. 즉, 파산절차의 최고이념이 채권자 간의 공평한 변제이고, 조세채권의 우선권은 어디까지나 일반적인 강제집행절차에서 인정되는 것이지, 포괄적인 강제집행절차인 파산절차에서까지 이를 당연히 인정할 근거가 없기 때문에 조세채권의 우선권을 부인하여야 한다고 한다.

#### (나) 결어

이와 같은 정비방안 중에서 어떠한 방안이 합리적인지의 여부가 문제인데, 조세법에 있어서는 조세채권의 특수성과 파산절차에 있어서의 채권자 평등의 원칙 또는 파산절차의 유지라는 가치는 두 법이 포기할 수 없는 Magna Carta에 해당하는 것임은 두말할 나위가 없다고 할 것이다. 즉, 조세채권의 특수성과 파산제도의 특수성 중에서 어느 하나를 완전하게 살리고, 어느 하나를 완전히 포기하는 방법은 현실적이고 효율적인 방법이 될 수 없는 것이다.

결과적으로, 다음과 같은 근거로 조세채권은 원칙적으로 재단채권에서 제외하되, 원천징수하는 조세 등 예치금적 성격이 강한 조세의 경우에 한하여 재단채권으로 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

269) 전병서, 「도산법」, 『법문사』, 2007, p. 202.

첫째, 현재와 같이 조세채권을 원칙적으로 재단채권으로 하여 우선권을 보장하는 것은 법정관리보다 더 상태가 악화된 파산된 회사에 대하여 채권자만이 그 부담을 지도록 하는 것은 너무 가혹하여 그 타당성을 인정하기 힘들다고 할 것이다. 즉, 도산의 결과로 나타나는 부담은 결국 국민의 것이고, 채권자는 이중의 양보를 하는 셈이 되어 지나치게 희생되는 것이라고 할 것이다.

둘째, 조세채권 전부를 우선적 파산채권으로 취급하는 것은 희생절차와 비교하여 형평에 맞지 않는다고 할 것이다. 즉, 희생절차와의 균형을 맞추기 위하여 희생절차에서도 공익채권으로 인정되는 원천징수하는 조세 등 예치금적 성격을 갖는 조세채권은 여전히 재단채권으로 유지할 필요가 있다고 할 것이다.

셋째, 조세채권의 공익성만으로 일반우선파산채권으로 취급하는 것에서 더 나아가 재단채권으로 인정함으로써 통상 파산절차에서 다액의 조세채권이 재단채권이 되어 파산관재인에 의하여 수집된 파산재산의 대부분이 조세채권의 변제에 제공되어 파산채권자에 대한 배당이 격감하게 되는 현실을 감안할 때, 조세채권을 일률적으로 재단채권으로 인정하는 것은 공평한 분배라고 하는 파산절차 본래의 목적을 해치게 되며, 본래 하등의 책임도 없는 파산채권자의 희생하에 조세를 징수하는 결과가 되기 때문에 파산이 가혹한 징세를 위한 절차로 되는 결과를 초래하게 된다고 할 것이다<sup>270)</sup>.

넷째, 파산절차 개시 후에 성립한 조세채권도 재단채권으로 취급하는데, 이 경우 파산재단이 부담하여야 하는 조세인지의 여부에 대한 명확한 규정이 존재하지 아니하여 해석상 논란이 되고 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위해서라도 조세채권을 원칙적으로 재단채권에서 제외하는 것이 바람직할 것이다.

다섯째, 원래 파산선고 전의 원인으로 발생한 재산상의 청구권은 파

270) 同旨; 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, p. 339.

산채권으로 취급되기 때문에 조세채권은 전형적인 파산채권의 하나라고 할 것이다. 그런데, 현행법이 조세채권을 재단채권으로 규정하고 있는 이유는 오직 징수상의 편의성이라는 목적을 달성하기 위함이며, 다른 어떠한 이유도 없다고 할 것이다. 왜냐하면, 파산선고 전에 발생한 조세채권이 파산절차의 필요비용일 수 없고, 파산채권자들이 당해 조세채권으로 인하여 어떠한 이득을 본 것 또는 볼 것도 없기 때문이다<sup>271)</sup>.

여섯째, 앞에서 살펴보았듯이, 파산법의 선진국이라고 할 수 있는 미국과 일본의 경우에도 조세채권의 지위를 점진적으로 격하시키고 있는데, 그 이유는 조세채권의 과도한 우월적인 지위는 파산제도에 대한 신뢰성을 약화시키는 요소가 되며, 파산절차가 사실상 조세채권의 회수절차로 전락할 수 있다는 점 때문이라고 할 것이다.

결과적으로, 원칙적으로 조세채권을 재단채권에서 제외하고, 원천징수하는 조세 등 예치금적 성격을 갖는 조세채권만 재단채권으로 인정하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 다만, 개별적인 조세채권 중에서 반드시 재단채권으로 할 필요성이 있는 경우에는 예외적인 유형에 추가하면 될 것이다.

한편, 현행법의 해석상으로는 본세뿐만 아니라 실질적으로 행정벌의 성격이 강한 가산세의 경우에도 재단채권에 포함되어 있는데, 실질적으로 성격이 유사한 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 경우에는 후순위파산채권으로 규정되어 있다<sup>272)</sup>. 결과적으로, 실질적으로 행정벌의 성격이 강한 가산세를 재단채권에 포함하고 있는 현행법의 태도는 타당하지 않다고 할 것이다. 왜냐하면, 이와 같은 채권들의 경우에는 파산채무자 본인에 대한 징벌적인 성격을 가지는 것으로서 일반파산채권으로 취급하게 되면 파산채무자의 부담을 다른 채권자의

271) 조영식, 「파산과 조세」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 2, p. 50.

272) 채무자회생및파산에관한법률 제446조 제1항 제4호.

부담으로 전가하는 것이 되어 부당하다는 입법적인 고려인데, 그 성질이 벌금 등과 거의 유사한 가산세만 별도로 재단채권으로 취급하는 것을 타당하지 않기 때문이다. 따라서, 가산세의 경우에도 벌금 등과 같이 후순위파산채권으로 규정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

## 나. 재단채권의 변제순위에 관한 쟁점과 정비방안

### (1) 현행 법규정의 태도

파산재단이 재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 경우 채단채권 사이의 우선순위가 문제인데, 채무자회생및파산에관한법률 제477조에 서는 파산재단이 재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 재단채권의 변제는 다른 법령이 규정하는 우선권에 불구하고 아직 변제하지 아니한 채권액의 비율에 따르되, 다음의 재단채권은 다른 재단채권에 우선한다고 규정하고 있다.

- ① 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권
- ② 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 제446조의 규정에 의한 후순위파산채권을 제외한다). 다만, 파산선고 후의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것에 한한다.
- ③ 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용
- ④ 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권
- ⑤ 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 파산선고 후 파산재단에 대하여 생긴 청구권
- ⑥ 위임의 종료 또는 대리권의 소멸 후에 긴급한 필요에 의하여 한 행위로 인하여 파산재단에 대하여 생긴 청구권
- ⑦ 제335조 제1항의 규정에 의하여 파산관재인이 채무를 이행하는

경우에 상대방이 가지는 청구권

⑧ 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금

(2) 법규정의 쟁점과 정비방안

그런데, 위의 채무자회생및파산에관한법률 제477조의 규정을 그대로 해석하면, 8가지 유형의 재단채권이 모두 같은 지위에 있기 때문에 조세채권은 재단비용과 동일한 지위에 있게 된다. 그러나, 이와 같이 해석하면 조세채권의 비중이 많은 경우에는 파산절차와 관련된 비용과 파산관재인의 보수를 제대로 지급하지 못하여 파산절차가 폐지되는 일이 발생할 수도 있는 문제점이 있다. 즉, 재단채권 중에서 파산절차의 진행을 위한 공익적인 비용도 일률적으로 동등하게 취급하는 것은 부당하다고 할 것이다.

따라서, 파산절차의 원활한 진행을 위해서는 재단채권 중에서 최소한 재단비용에 해당하는 것, 즉 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용은 조세채권을 비롯한 다른 재단채권보다 우선변제받도록 하는 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다<sup>273)</sup>.

부연하면, 앞에서 살펴본 바와 같이 원천징수하는 조세 등을 제외한 조세채권의 경우에는 원칙적으로 재단채권에서 제외하는 것이 바람직하지만, 조세채권은 재단채권으로 남겨두더라도, 현재와 같이 재단채권 상호간에 평등하게 변제할 것이 아니라 최소한 파산채권자의 공동의 이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용은 우선변제될 수 있도록 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다. 이와 같이 하지 아니하면 절차진행 자체가 불가능해

273) 同旨; 이중교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, p. 144; 조영식, 「파산과 조세」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 2, p. 104.

질 수 있어서 매우 불합리하다고 할 것이다.

#### 다. 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권의 해석상 논점

채무자회생및파산에관한법률 제473조 제2호<sup>274)</sup>에 의하면 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 재단채권에 포함하도록 규정하고 있다.

이 경우 현행법규정을 그대로 해석하면, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권 중에서는 공권력 행사결과 나타난 청구권뿐만 아니라 사법관계상의 대가로서의 청구권까지도 포함되어 있다. 즉, 국세징수의 예에 의하는지 또는 아닌지에 관한 문제는 공익성의 강약만을 기준으로 결정되는 것이 아니고, 그 공공성·대량성·집단성 등의 특수한 사정과 간이·신속한 징수라고 하는 기술적·합목적성의 고려로부터 자력집행권이 인정되고 있는 것이다<sup>275)</sup>. 그러나, 이러한 현행법의 규정은 다음과 같은 문제점을 내포하고 있어서 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

첫째, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권의 경우에는 개별법에서 별도의 우선권을 인정하는 규정이 없는 경우에는 그 자체만으로는 우선권이 인정되지 아니하고, 징수절차상에서만 자력집행이 인정되는 데 그치는 것이다. 즉, 국세징수의 예에 의할 수 있다는 것은 징수절차에 관한 규정에 불과하고, 우선변제에 관한 규정은 아닌 것이다.

274) 국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권(국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 제446조의 규정에 의한 후순위파산채권을 제외한다)은 재단채권으로 한다. 다만, 파산선고 후의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것에 한한다(채무자회생및파산에관한법률 제473조 제2호).

275) 헌법재판소 2005. 12. 22선고, 2003헌가8결정.

둘째, 개별법상 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권 중에서 우선권을 갖는 경우는 극히 미미하지만, 구 파산법상 우선권이 있는지의 여부를 불문하고, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권은 모두 재단채권이므로 파산절차에 들어가지 아니한 경우에는 우선권을 전혀 인정받지 못하고 있었던 수많은 청구권이 파산절차에 들어갔다는 이유만으로 갑자기 우선변제권을 인정받게 되는 현저히 부당한 결과가 초래되었다. 또한 개별법상 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권에 우선권이 인정되는 경우에도 조세채권이나 근로기준법상 최우선변제권을 갖는 임금채권 등과 동등하거나 앞선 우선권을 갖는 경우를 찾아보기 어렵지만, 파산절차상 동등한 순위로 그 채권금액에 따라 안분변제되기 때문에 불합리한 것이다<sup>276)</sup>.

셋째, 개별법상 우선권이 인정되는 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권은 조세채권보다 후순위인 경우가 거의 대부분인데, 이러한 경우는 입법자가 조세채권보다는 그 공익성과 정책적 긴요성이 뒤처진다고 판단하였음을 의미한다고 할 수 있다. 조세채권을 재단채권으로 취급하는 것조차도 입법론적으로 합리적 근거를 찾을 수 없는 마당에 그보다 공익적·정책적 긴요성이 뒤처지는 여타의 공적 채권을 재단채권으로 인정할 근거는 더욱 찾기 어렵다<sup>277)</sup>.

결과적으로, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권이라는 징표를 갖대로 채용한 입법방식을 채택하는 것은 잘못된 것이라고 할 수 있다.

따라서, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 재단채권으로 인정하는 입법방식을 폐기하고, 개별법상 청구권을 일일이 검토하여 재단채권으로 취급할 필요성이 인정되는 것에 한하여 재단채권 조

276) 同旨; 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, p. 340.

277) 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5, p. 342.

항에 구체적으로 열거하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## 2. 회생절차에 있어서 조세채권의 쟁점과 정비방안

재건형 도산절차의 경우에는 회생 가능성이 있는 도산기업을 살리기 위한 제도이기 때문에 원칙적으로 개별적인 권리행사가 금지되고 재건계획에 의해서 변제받지만, 예외적으로 공익적인 성질이 있는 비용의 경우에는 우선변제를 받을 수 있도록 하고 있다.

이 경우, 조세채권은 회생절차의 개시 전의 원인으로 인한 경우<sup>278)</sup>에는 원칙적으로 회생채권이 되며, 회생절차개시 후의 원인으로 인한 경우에는 당해 채무자의 업무 및 재산관리와 처분에 관한 비용에 해당하면 공익채권이 된다. 한편, 원천징수하는 조세와 부가가치세 및 개별 소비세 등은 회생절차개시 당시에 아직 납부기한이 도래하지 않은 경우에는 공익채권으로 분류된다.

이러한 회생절차에 있어서 문제되는 것은 원천징수하는 조세 등으로서 회생절차개시 당시 아직 납부기한이 도래하지 아니한 것을 공익채권으로 하고 있는 것이 타당한지의 여부에 관한 것이다.

이에 대하여, 원천징수하는 조세에 있어서 원천징수의무는 단순한 절차상의 의무에 불과한 것이 아니라 실체법상 납세의무의 성격을 지니는 것으로서, 원천징수의무자는 세액을 징수하지 않았더라도 국가에 대한 관계에서는 가산세를 포함한 세액을 납부할 의무를 지고, 단지 이후 실체 소득이 귀속된 원천납세의무자에게 민사상 구상권을 행사할 수 있을 뿐이므로, 원천징수하는 조세채권이라고 하여 재건형 도산절차에서 다른 조세채권과 달리 취급할 만한 뚜렷한 이유가 없다. 또

---

278) 회생절차의 개시 전의 원인으로 인한 조세채권이란 회생절차개시 결정 전에 법률에 의한 과세요건이 충족된 조세채권을 의미하며, 당해 부과처분이 회생절차개시 후에 있는 경우라도 그 조세채권은 회생채권이 된다.

한, 부가가치세의 경우에도 재화나 용역을 공급하는 사업자가 거래상 상대방인 공급받는 자로부터 실제로 거래징수를 하였는지의 여부나 그 거래징수를 하지 못한 데 대한 책임의 유무 등을 따지지 아니하고 국가에 대한 관계에서는 공급하는 사업자가 세액을 납부할 의무를 지는 것이므로 마찬가지이다. 따라서 이를 조세채권을 여타 조세채권과 달리 특별히 공익채권으로 격상시킬 다른 합리적인 이유가 없기 때문에 통상의 회생채권으로 하는 것이 옳다는 견해가 있다<sup>279)</sup>.

그러나, 위의 견해는 다음과 같은 근거로 그 타당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

첫째, 원천징수의무자의 경우에는 실질적으로 절차상의 단순한 의무에 불과하며, 부가가치세와 개별소비세 및 주세는 간접세로서 납세자로부터 징수하여 납부하는 것이다. 또한, 특별징수의무자가 징수하여 납부하여야 할 지방세도 마찬가지라고 할 것이다.

둘째, 원천징수하는 조세 등의 경우에는 모두 도산회사가 거래상대방으로부터 과세권자를 위하여 징수한 것으로서, 이는 처음부터 도산회사의 것이 아니라고 할 것이다. 즉, 이들 세목의 경우에는 도산회사가 국가 또는 지방자치단체에 갈음하여 보관하고 있는 것이므로 그 한도에서 환취권과 같은 취급을 하여야 할 것이기 때문이다<sup>280)</sup>.

셋째, 원천징수하는 조세 등은 실질적인 납세자로부터 국가 또는 지방자치단체를 위하여 금전을 징수하여 단순히 보관하고 있기 때문에 공익채권으로 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

생각건대, 회생절차에 있어서 조세채권에 대하여 기본적으로 회생채권으로 하면서, 일부에 대하여 조세우선권을 고려한 것은 조세우선권과 채권자 평등의 원칙과의 조화를 고려한 현행 입법태도는 기본적으로 타당하다고 할 것이다.

279) 이의영, 전계논문, pp. 271~272

280) 同旨; 최성근, 「조세채권의 정리채권 성립시기 및 신고기한」, 『조세법연구』, X-1, 한국세법학회, 2004. 7, p. 134.

그러나, 공익채권으로 분류되고 있는 원천징수하는 조세 등에는 본세의 부과·징수의 예에 따라 부과·징수하는 교육세와 농어촌특별세도 포함하고 있는데, 이러한 조세는 그 이외의 조세와 성질이 상이하다고 할 것이다. 따라서, 이러한 조세는 공익채권에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다.

즉, 교육세와 농어촌특별세 등의 경우에는 목적세로서 국가의 일반적인 재정을 위해서 사용하는 것이 아니라, 당해 사용목적이 특정 용도로 한정되어 있기 때문에 당해 조세의 성격이 매우 상이하다고 할 것이다. 부연하면, 교육세 또는 농어촌특별세 등의 경우에는 실질적으로 국가 또는 지방자치단체의 재원이라고 할 수 없기 때문에 공익채권에서 제외하는 것이 바람직한 것이다.

### 3. 도산절차에 있어서 가산금의 쟁점과 정비방안

도산절차에 있어서 가산금에 관한 쟁점은 파산절차 또는 회생절차의 개시 후에 가산금이 발생하는지의 여부와 가산금의 취급에 관한 것이 쟁점이라고 할 것이다.

따라서, 이하에서는 이러한 두 가지로 구분하여 현행 제도의 해석론과 더불어 문제점 및 개선방안을 도출하고자 한다.

#### 가. 파산절차 또는 회생절차 개시 후 가산금의 발생여부

파산절차 또는 회생절차의 개시 후에 가산금이 발생하는지의 여부가 문제인데, 이에 대하여는 가산금이 발생하지 아니한다는 견해가 있다. 즉, 채무자회생및파산에관한법률 제140조 제2항에서는 일정기간 동안 징수유예나 채납처분유예에 관하여 징수권자의 동의 없이 의견청취만으로 가능하도록 허용하고 있는데, 이 규정은 회생계획에 분할변제를 규정한 경우 기한유예의 효력이 있으므로, 그 유예기간에 대한

여는 납세의무의 이행지체에 대하여 부과되는 지연배상금의 성질을 가진 가산금과 증가산금이 발생하지 아니한다고 보아, 인가결정일 이전까지만 가산금과 증가산금이 발생하고, 그 이후에는 발생하지 아니한다고 한다<sup>281)</sup>.

이에 대하여 판례는 기본적으로 가산금과 증가산금은 발생한다는 입장을 취하고 있다. 즉, 대법원은 “국세징수법 제21조에 규정된 가산금은 납세의무의 이행지체에 대하여 부담하는 지연배상금의 성질을 띤 것으로서 납부기한이 경과함으로써 당연히 발생하고, 다만 납부기한 연장의 효력이 있는 같은 법 제17조 소정의 징수유예처분이 있는 때에는 그 유예기간 중 이행지체에 빠지지 않으므로 가산금이 발생하지 않는바, 회사정리법 제122조의 규정에 의한 징수유예에 대하여도 납부기한 연장의 효력을 인정하여 가산금을 징수하지 않도록 규정하고 있는 국세징수법 제19조 제4항 개정 규정(1983.12.19. 법률 제3661호)의 시행 전에 있어서는 회사정리법 제122조 소정의 징수유예에 당연히 납부기한연장의 효력이 있다고 보기 어려우나, 정리계획에서 조세채권자의 동의를 얻어 납부기한을 연장하는 취지로 징수유예를 정한 것이라고 인정되는 경우에는 당초의 납부기한을 경과하였다고 하여 이행지체의 책임을 물을 수 없어 가산금이 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다” 고 판시하여<sup>282)</sup>, 기본적으로 가산금과 증가산금은 발생하며, 가산금이 발생하지 않기 위해서는 개별 세법에 별도의 근거규정이 필요하다는 입장을 취하고 있는 것이다.

생각건대, 국세징수법 제19조 제4항에서는 납세자가 납세의 고지 또는 독촉을 받은 후에 채무자회생및파산에관한법률 제140조에 따른 징수의 유예가 있는 때에는 가산금과 증가산금을 징수하지 아니한다고 규정하고 있다. 결과적으로, 회생절차가 개시되더라도 국세징수법에

281) 주진암, 「도산절차에서 가산금·증가산금의 지위」, 『법조』, Vol. 625, 법조협회, 2008. 10, pp. 130~131.

282) 대법원 1991. 3. 12선고, 90누2833판결.

따라서 징수유예를 받지 않는 한 가산금의 부과 및 징수를 피할 수 없다고 할 것이다.

#### 나. 도산절차에 있어서 가산금에 대한 취급의 쟁점과 정비방안

앞에서 살펴보았듯이, 현행법의 해석상 파산절차에 있어서 가산금은 후순위 채권에 해당한다고 보는 것은 무리가 있으므로, 재단채권에 해당한다고 할 것이다.

회생절차에 있어서는 회생절차개시 전에 성립하였고 가산금도 회생절차개시 전에 발생한 경우에는 가산금은 회생채권에 해당하며, 본세가 회생절차개시 전에 성립하였으나 가산금이 회생절차개시 후에 발생한 경우에는 본세가 회생채권이므로 그에 기한 가산금도 회생채권으로 보아야 할 것이다. 한편, 본세가 회생절차개시 후에 생긴 공익채권에 해당한다면 이에 기한 가산금은 본세에 따라 역시 공익채권이라고 보아야 할 것이다

그러나, 가산금을 이와 같이 취급하는 것은 다음과 같은 문제점 때문에 타당하지 않다고 할 것이다.

첫째, 파산절차 또는 회생절차의 개시 후에 발생하는 가산금을 재단채권 또는 공익채권으로 취급하는 것은 파산선고 또는 회생절차개시 후에 발생하는 이자나 손해배상금을 후순위 파산채권 또는 회생채권으로 규정하고 있는 것과 균형이 맞지 않는다.

둘째, 파산절차 또는 회생절차의 개시 후에 발생하는 가산금을 재단채권이나 공익채권으로 취급하는 것은 파산채권자들의 희생하에 조세채권만 우대받는 결과가 되기 때문에 채권자평등원칙과 조화되지 못한다<sup>283)</sup>.

셋째, 채무자의 파산으로 인하여 채무자의 전재산으로 전체 채무를

---

283) 이종교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4, pp. 151~153.

만족시킬 수 없는 상황에서 안그래도 낮은 배당률에 고통받는 채권자들의 희생하에 파산선고 후 연체료 청구권에 대하여서까지 우선권을 인정하여 다른 채권자에 대한 배당을 감소시키는 것을 정당화할 정도의 공익성과 정책적 필요성을 인정할 만한 특별한 사유를 발견하기 어렵고, 파산절차상의 특성을 고려하여 볼 때에도 파산선고 후 연체료 청구권을 재단채권으로 규정하여 우선적 지위를 인정하는 것이 상당하다고 보기 어렵다<sup>284)</sup>.

넷째, 가산금의 경우에는 징수절차에 있어서 편의성 때문에 본세와 같이 징수하는 것일 뿐으로, 그 성질에 있어서는 본세와 전혀 다른 것으로서 만약 본세를 재단채권으로 한다고 하더라도 가산금까지 재단채권으로 하는 것은 그 타당성을 전혀 인정할 근거가 없다고 할 것이다.

생각건대, 가산금을 재단채권 또는 공익채권으로 하는 것은 다른 채권자의 권리를 심각하게 침해하는 것이므로 가산금의 경우에는 재단채권 또는 공익채권에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다. 즉, 가산금의 경우에는 실질적으로 이자 또는 지연손해금과 동일하기 때문에 후순위 파산채권 또는 희생채권으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

---

284) 헌법재판소 2005.12.22선고, 2003헌가8결정.

## 제5장 요약 및 결론

회사의 도산제도라 함은 재정적인 파탄에 처한 회사에 대하여 회생이 가능한 경우에는 회생을 도모하기 위한 회생절차와 회생이 어려운 경우에는 당해 회사의 재산을 환가하고 처분하는 파산절차를 말한다. 이러한 도산과정에 있어서는 채무면제이익에 대한 과세문제, 재조직시 자산의 양도차익에 대한 과세문제, 이월결손금의 승계 및 파산이나 회생절차에 있어서 조세채권의 취급에 관한 문제 등 여러 가지 조세문제가 발생한다.

이와 같은 채무면제와 양도차익, 이월결손금의 승계 및 조세채권의 취급에 대한 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보았는데, 현행 제도의 개선방안을 요약하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 개인사업자가 파산을 하는 경우에 있어서 사업과 관련된 채무면제이익에 대하여는 개인의 경우에는 법인의 경우와는 달리 특례를 인정하지 않고 있기 때문에 조세평등주의의 입장에서 보아 문제점이 있다고 할 것이다. 따라서, 이러한 경우의 채무면제이익에 대하여는 소득세법에서 명문의 규정으로 비과세소득으로 하거나, 법인의 경우와 같이 과세이연하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 또한, 사업과 관련없는 채무면제이익의 경우에는 현행법의 해석상으로는 증여세의 과세대상에 해당한다고 볼 수밖에 없는데, 이와 같이 해석하면 사업과 관련된 채무면제이익과 동일한 문제점이 발생한다. 따라서, 상속세및증여세법에 명문으로 증여세의 과세대상에서 제외하거나, 비과세대상으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 법인인 도산기업의 채무면제이익에 대하여는 3년 거치 3년 분할익금산입의 방식으로 과세이연하고 있는데, 당해 회사의 재고자산

또는 고정자산의 취득가액에서 삭감조정하는 방법으로 변경하는 것이 타당할 것이다. 그리고 출자전환 채무면제이익의 경우에는 자기자본의 확보 등 기업의 회생에 더 유리하기 때문에 일반적인 채무면제이익보다 더 과감한 조세특례를 인정할 필요가 있다고 할 것이다.

셋째, 회생절차 채권자 간의 형평성을 도모하고 적용대상 채무면제이익의 범위를 확대하여 도산기업의 회생을 도모하기 위해서는 회생계획의 인가결정을 받은 법인이 채무의 일부를 면제받은 경우에는 비금융기관인 채권자의 채권의 경우에도 특례의 대상에 포함하여야 할 것이다.

넷째, 우리나라의 경우에는 합병과 분할 등의 경우에 있어서 양도차익에 대한 과세이연요건을 각각 별도로 규정하고 있는데, 실질적으로 동일한 내용에 대하여 별도의 과세이연에 관한 기준을 정하는 것을 부당하기 때문에 통일적인 규정이 필요하다고 할 것이다. 또한, 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에는 조세특례제한법에서 한시적으로 규정할 것이 아니라, 법인세법에서 항구적인 과세이연 규정을 두는 것이 타당하다고 할 것이다.

다섯째, 도산회사의 경우에는 회생계획에 따라 행해지는 재조직에 대해서는 채권자들에게 대가를 배정하는 것을 세법에서 받아들여서 과세이연기준을 별도로 마련할 필요가 있으며, 이월결손금의 승계의 경우에도 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 허용하도록 할 필요가 있다.

여섯째, 파산절차에 있어서 조세채권은 원칙적으로 재단채권에서 제외하되, 이러한 방법이 어렵다면, 최소한 재단채권의 변제순위와 관련하여 파산채권자의 공동이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용은 조세채권을 비롯한 다른 재단채권보다 우선변제받도록 하는 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다. 한편, 파산절차에 있어서 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 재단채권으로 인정하는 규정을 삭제하고, 개별법상 채

권의 내용을 일일이 검토하여 재단채권으로 취급할 필요성이 인정되는 것에 한하여 재단채권 조항에 구체적으로 열거하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

일곱째, 회생절차에 있어서 조세채권에 대하여 기본적으로 회생채권으로 하면서, 일부에 한하여 조세우선권을 고려함으로써 조세우선권과 채권자평등원칙의 조화를 고려한 현행 입법태도는 기본적으로 타당하다고 할 것이다.

마지막으로, 가산금을 재단채권 또는 공익채권으로 하는 것은 다른 채권자의 권리를 현저하게 침해하는 것이므로 가산금의 경우에는 재단채권 또는 공익채권에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이와 같이, 도산과 관련된 조세제도의 정비를 통하여 기업의 파산이나 회생절차가 보다 효율적이고, 효과적으로 이루어질 수 있기를 기대한다. 즉, 기업의 회생절차 또는 파산절차를 효율적으로 수행하는데 방해가 되는 조세제도를 개선함으로써, 기업의 경쟁력을 강화할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

## 참고문헌

### <단행본>

- 김완석, 『법인세법론』, (주)광교이텍스, 2010.
- 김완석, 『소득세법론』, (주)광교이텍스, 2010.
- 김완석·한상국·박 훈, 『국세기본법 개편방안 -민사채권과의 조화를 중심으로-』, 한국조세연구원, 2006.
- 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2007.
- 장완규, 『도산법 개론』, 한국학술정보(주), 2009.
- 전병서, 『도산법』, 법문사, 2007.
- 최명근, 『세법학총론』, 세경사, 2007.
- 최성근, 『회생절차 기업인수도·합병제도의 개선방안 연구』, 한국법제연구원, 2007.
- 최성근, 『도산절차의 형평성 확보를 위한 법제개선방안』, 한국법제연구원, 2004.
- 최성근, 『기업조직재편 관련제도의 개선방안 연구』, 한국법제연구원, 2003.
- 최성근·윤영신, 『도산절차의 일원화에 관한 연구』, 한국법제연구원, 1999.
- 한만수, 『기업구조조정 조세법론』, 세경사, 1999.
- Business Laws, Inc., Corporate Counsel's Guide to Bankruptcy Law, Thomson/West, 2007.

<연구논문>

- 김현석, 「파산절차에서의 조세법률관계」, 『재판자료』, 제98집, 법원도서관, 2002. 12.
- 박정우, 「회사정리 법인에 대한 조세채권의 관리에 관한 연구」, 『상사법연구』 제7권 제2호, 한국상사법학회, 1998.
- 박정우·김승범, 「기업갱생을 위한 조세 및 법률제도의 정비방안 - 대출채권의 출자전환 방법을 중심으로-」, 『세무와 회계저널』, 제4권 제1호, 한국세무학회, 2003.11.
- 박정우·이상석, 「회사분할세제에 관한 연구」, 『세무학연구』, 제21권 제4호, 한국세무학회, 2004. 2.
- 박정우·이현선, 「부도기업의 조세채권에 관한 연구 -회사정리법인을 중심으로-」, 『세무학연구』, 제15호, 한국세무학회, 2000. 2.
- 심인숙, 「파산절차상 공적채권의 우선변제권」, 『중앙법학』, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007. 5.
- 안경봉, 「회사정리(회생)절차와 조세」, 『조세법연구』, XIII-2, 한국세법학회, 2007. 8.
- 이기욱, 「미국에서의 회사조직재편 비과세요건의 검토」, 『조세학술논집』, 제24집 제2호, 한국국제조세협회, 2008. 8.
- 이의영, 「이월결손금 공제제도에 대한 연구」, 『2010년 법인세법의 동향』, 사단법인 한국세법학회·동아대학교 법학연구소, 2010.
- 이의영, 「회사도산제도의 개선방향에 관한 연구 -효율적 도산제도 운용을 위한 조세법적 접근-」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 8.
- 이의영, 「출자전환시 채무면제익에 대한 법인세 과세문제」, 『사법논집』, 제47집, 법원도서관, 2008. 12.

- 이준규, 「청산소득 과세제도에 관한 연구」, 『세무와 회계저널』, 제10권 제1호, 한국세무학회, 2009. 3.
- 이중교, 「통합도산법상 도산절차에서의 조세우선권에 관한 검토」, 『조세법연구』, XV-1, 한국세법학회, 2009. 4.
- 정운오 · 김갑순 · 전병욱, 「세무상 이월결손기업과의 합병 -하나은행 사례-」, 『세무학연구』, 제25권 제2호, 한국세무학회, 2008. 6.
- 조영식, 「파산과 조세」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 2.
- 주진암, 「도산절차에서 가산금 · 증가산금의 지위」, 『법조』, Vol. 625, 법조협회, 2008. 10.
- 최성근, 「도산법상 회생절차에서의 조세채권 관련 제도」, 『조세법연구』, XV-2, 한국세법학회, 2009. 8.
- 최성근, 「채무면제이익에 대한 과세」, 『조세학술논집』, 제25집 제1호, 한국국제조세협회, 2009. 2.
- 최성근, 「회생절차에서 M&A에 관한 법리적 고찰」, 『한양법학』, 제20집, 한양법학회, 2008. 6.
- 최성근, 「미국의 도산기업 채무면제익 과세제도에 관한 비교법적 고찰」, 『조세학술논집』, 제24집 제1호, 한국국제조세협회, 2008. 2.
- 최성근, 「조세채권의 정리채권 성립시기 및 신고기한」, 『조세법연구』, X-1, 한국세법학회, 2004. 7.
- 최완주, 「파산절차와 조세관계」, 『재판자료』, 제82집, 법원도서관, 1999.
- 최완주, 「정리절차와 조세」, 『재판자료』, 제86집, 법원도서관, 2000. 7.
- 한만수, 「자본구조조정 및 채무조정의 과세효과에 관한 고찰」, 『조세법연구』, XIV-1, 한국세법학회, 2008. 4.

成道 秀雄, 「會社更生等による債務免除等があつた場合の缺損金の損

- 金算入制度」, 『日税研論集』, Vol. 59, 日本税務研究センター, 2009.
- 野田 秀三, 「組織再編成と繰越欠損金」, 『日税研論集』, Vol. 59, 日本税務研究センター, 2009.
- 柳川範之外 2名, 「倒産処理法制の機能と企業金融上の諸問題に関する再検討—企業再生促進の観点からの考察—」, CARF-J-012, 2005. 6.
- 竹下 進一, 「任意整理における租税徴収の諸問題」, 『税大論叢』, 40号, 税務大學校, 2002.

<국문요약>

## 기업의 도산 관련 조세제도에 관한 연구

김완석 · 정지선

회사의 도산제도라 함은 재정적인 파탄에 처한 회사에 대한 회생절차와 파산절차를 의미하는데, 이러한 회생절차와 파산절차에 대하여는 채무자회생및파산에관한법률에서 규율하고 있다.

도산회사에 대한 회생계획의 경우에는 막대한 채무를 정리하고 새로운 사업구조와 재무구조에서 기업을 계속하는 채무의 재조정을 주된 내용으로 한다. 이 경우에는 기업의 인수와 합병 등의 방식에 의한 적극적인 회생방법을 일반적으로 채택한다.

이러한 도산과정에 있어서는 채무면제이익에 대한 과세문제, 재조직시 자산의 양도차익에 대한 과세문제, 이월결손금의 승계문제, 파산절차나 회생절차에 있어서 조세채권의 취급에 관한 문제 등 여러 가지 조세문제가 발생한다. 이러한 도산 관련 조세제도의 문제점과 그러한 문제점에 대한 개선방안을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 개인사업자가 파산하는 경우에 발생하는 채무면제이익에 대하여는 소득세법상 명문규정이 없기 때문에 해석상 논란이 제기되고 있다. 따라서 소득세법에서 명문으로 비과세소득으로 규정하거나, 법인의 경우처럼 비과세하는 것이 바람직하다. 또한, 사업과 관련없는 채무면제이익의 경우에는 현행법의 해석상으로는 증여세의 과세대상으로 볼 수밖에 없지만, 과세의 형평을 위하여 상속세및증여세법에 명문으로 증여세의 과세대상에서 제외하거나 비과세대상으로 규정하여야 한다.

둘째, 법인인 도산기업의 경우 채무면제이익에 대하여 3년 거치 3년 분할하여 익금에 산입하도록 하고 있는데, 이러한 방식보다는 당해 회사의 채고자산이나 고정자산의 취득가액에서 삭감조정하는 방법으로 변경하여야 한다. 한편, 출자전환 채무면제이익의 경우에는 자기자본을 확보할 수 있는 등 기업의 회생에 있어서 더 바람직하기 때문에 일반적인 채무면제이익의 경우보다 더 과감한 조세특례를 인정하는 것이 바람직하다.

셋째, 회생절차에 있어서 채권자 간의 형평성을 도모하기 위해서는 회생계획의 인가결정을 받은 법인이 채무의 일부를 면제받은 경우에는 비금융기관인 채권자의 채권의 경우에도 특례의 대상에 포함하여야 할 것이다.

넷째, 우리나라의 경우에는 합병과 분할 등의 경우에 있어서 양도차익에 대한 과세이연요건을 각각 별도로 규정하고 있는데, 실질적으로 동일한 내용에 대하여 별도의 과세이연에 관한 기준을 정하는 것은 부당하기 때문에 통일적인 규정이 필요하다고 할 것이다. 또한, 주식의 포괄적 교환과 이전의 경우에는 조세특례제한법에서 한시적으로 규정할 것이 아니라, 법인세법에서 항구적인 과세이연 규정을 두는 것이 타당하다고 할 것이다.

다섯째, 도산회사의 경우에는 회생계획에 따라 행해지는 재조직에 대해서는 채권자들에게 대가를 배정하는 것을 세법에서 받아들여서 과세이연기준을 별도로 마련할 필요가 있으며, 이월결손금의 승계의 경우에도 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 허용하도록 할 필요가 있다.

여섯째, 파산절차에 있어서 조세채권은 원칙적으로 재단채권에서 제외하되, 이러한 방법이 어렵다면, 최소한 재단채권의 변제순위와 관련하여 파산채권자의 공동이익을 위한 재판상 비용에 대한 청구권과 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용은 조세채권을 비롯한 다른 재단채권보다 우선변제 받도록 하는 입법적인 개선이 이루어져야

할 것이다. 한편, 파산절차에 있어서 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 재단채권으로 인정하는 규정을 삭제하고, 개별법상 채권의 내용을 일일이 검토하여 재단채권으로 취급할 필요성이 인정되는 것에 한하여 재단채권 조항에 구체적으로 열거하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

일곱째, 회생절차에 있어서 조세채권에 대하여 기본적으로 회생채권으로 하면서, 일부에 한하여 조세우선권을 고려함으로써 조세우선권과 채권자평등원칙의 조화를 고려한 현행 입법태도는 기본적으로 타당하다고 할 것이다.

마지막으로, 가산금을 재단채권 또는 공익채권으로 하는 것은 다른 채권자의 권리를 현저하게 침해하는 것이므로 가산금의 경우에는 재단채권 또는 공익채권에서 제외하는 것이 타당하다고 할 것이다.

<Abstract>

## A Study on the Tax System Related to Corporate Bankruptcy

Wan Souk Kim and Ji Sun Chung

Corporate bankruptcy includes both the rehabilitation procedure aiming to achieve rehabilitation of a corporation which is in financial ruin but can rehabilitate and the bankruptcy procedure in which properties of a corporation which is in financial ruin and can not rehabilitate are realized and disposed. Corporate bankruptcy is governed by the Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act.

The main part of a bankrupt corporation rehabilitation plan involves the debt restructuring in which a huge amount of debt is liquidated and the corporation continues under a new business structure and financial structure. But since the passive method in which existing shareholders and management are maintained and some debts are exempted while others are allowed an extended due date still has the risk that such corporation becomes bankrupt again, an active rehabilitation method using M&A, etc. are generally adopted. In such bankruptcy process, various tax issues such as taxation of debt-exempted earnings, taxation of asset capital gains in reorganization, succession of tax loss carryforwards and handling of tax claims in the bankruptcy procedure or rehabilitation procedure occur.

The problems of, and solutions for, debt exemption, capital gains, succession of tax loss carryforwards and handling of tax claims can be summarized as follows.

First, where it is desirable that debt-exempted earnings occurring in individual business operator's bankruptcy be expressly prescribed as non-taxable income in the Income Tax Act. Also, it is desirable that debt-exempted earnings not related to a business be expressly excluded from the object of gift tax or be expressly prescribed as non-taxable in the Inheritance Tax and Gift Tax Act.

Second, for debt-exempted earnings of a bankrupt corporation tax deferral is currently made by the method of earnings deferrable in three years with a three-year grace period, but it would be reasonable to change it to a method where reduction adjustment is made from the acquisition price of inventory assets or fixed assets of such corporation. And since equity-converted debt-exempted earnings provides more advantages such as securing of equity capital to the corporation's rehabilitation, it may be necessary to allow a special tax treatment bolder than the general debt-exempted earnings.

Third, in order to achieve equality among creditors in the rehabilitation procedure and achieve rehabilitation of bankrupt corporations by expanding the scope of applicable debt-exempted earnings, where a juridical person having received approval of rehabilitation plan is exempted from part of the debt, a claim belonging to a non-financial-institution creditor also has to be granted special tax treatment.

Fourth, requirements for tax deferral of capital gains are separately prescribed for corporate merger, corporate division, etc. in Korea but

since it is unreasonable to prescribe separate criteria of tax deferral for what is substantially the same, a unified provision is necessary. Also, for comprehensive stock exchange and transfer, it is better to enact permanent tax deferral provisions in the Corporate Tax Act than to enact temporary provisions in the Special Tax Treatment Restriction Act.

Fifth, for a bankrupt corporation, it is necessary to establish a separate criteria of tax deferral by importing into the tax statutes the distribution of payment received to creditors in the case of reorganization conducted under a rehabilitation plan and it is also necessary to allow succession of tax loss carryforwards only when certain requirements are met.

Sixth, it is necessary to exclude tax claims from claims against bankruptcy estate in the bankruptcy procedure in principle but if such method is hard to implement, it is necessary to have a legislative improvement where, at least as regards priority of payment among claims against bankruptcy estate, claims for litigation expenses for common interest of the creditors of a bankrupt and the expenses for bankruptcy estate management, realization and distribution shall be paid in priority over other claims against bankruptcy estate including tax claims. Also, it is desirable to delete provisions which recognize, in bankruptcy procedure, claims that can be collected by the example of national tax collection as claims against bankruptcy estate and it is desirable to specifically list in the provision for claims against bankruptcy estate only those which need to be treated as such by individually reviewing the claims in the individual statutes.

Seventh, current statutes which basically treats tax claims as

rehabilitation claims in the rehabilitation procedure and maintains balance between priority of tax claims and principle of equal treatment of creditors by considering priority of tax claims only in part is basically reasonable.

Lastly, since treating additional charges as claims against bankruptcy estate or public interest claims materially infringes on other creditors' rights, it would be reasonable to exclude additional charges from claims against bankruptcy estate or public interest claims.

<著者略歷>

김완석

중앙대학교 경영학과 졸업

중앙대학교 법학박사

현, 서울시립대학교 세무전문대학원 교수

현, 조세심판원 비상임심판관

정지선

서울시립대학교 세무학과 졸업

서울시립대학교 세무학 박사

현, 건양대학교 세무학과 교수

기업의 도산 관련 조세제도에 관한 연구

---

---

2010년 11월 23일 인쇄

2010년 11월 30일 발행

저 자 김완석·정지선

발행인 원윤희

발행처 한국조세연구원

138-774 서울특별시 송파구 가락동 79-6

전화: 2186-2114(대), www.kipf.re.kr

등록 1993년 7월 15일 제21-466호

조판및 상 일 인 쇄

인 쇄

© 한국조세연구원 2010

ISBN 978-89-8191-484-4

---

---

\* 잘못 만들어진 책은 바꾸어 드립니다.

값 7,000원