

OECD모델조세조약주석상 “수익적 소유” 개념 해석지침에 관한 연구

오 윤 (한양대학교 법학전문대학원 교수)

■ 목 차 ■

- I. 서론
 - II. 문제의 제기
 - III. 신주석에 따른 소득귀속조항 해석론의 모색
 - IV. 주요 국가들의 해석사례
 - V. 입법적 보완사항
 - VI. 결론
-

〈국문초록〉

필자는 본고에서 신주석상 수익적 소유자 해석지침을 우리 세법과 조세조약의 해석·적용에 반영하는 방안을 연구하고, 개정 필요성이 있는 국내세법에 대해서도 연구하였다.

2014년에 개정된 OECD 모델조세조약 주석은 수령한 소득을 타인에게 이전할 계약상 법적 의무가 없는 경우에는 해당 소득의 사용·수익권을 향유하는 것으로 보아 수익적 소유를 인정하고 있다.

종래 법원은 국내세법상 실질귀속의 개념은 수익적 소유 개념과 동일하다는 전제 위에 두 개념의 실질적 내용을 충족하는 사실요소들을 심리하여 조세조약 적용 여부를 판단하여 왔다.

신주석의 지침을 수용하면서 실질귀속의 개념을 그에 맞추어 넓게 해석하지 않

* 투고일 : 2020. 2. 5. 심사일 : 2020. 3. 2. 수정일 : 2020. 3. 18. 게재확정일 : 2020. 3. 25.

는다면 실질귀속자가 아닌 수익적 소유자에게는 국내세법상 조세채무가 발생하지 않아 조세조약을 적용할 수 없다.

대법원 2018. 11. 15. 선고 2017두33008판결과 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두38376판결이 개정된 주식 해석지침을 수용한 것은 타당한 것이다. 위 두 판결은 실질귀속 개념의 해석에 관한 법원의 종래 입장과 조화를 도모하고 있다. 다만, 동 판결들의 판결문 중 “***소득의 수익적 소유자에 해당한다고 할지라도 국제기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는 그 적용을 부인할 수 있다.”에서 “국제기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는”의 부분은 “국제기본법상 실질과세원칙에 의할 때 정의와 실질이 괴리되는 경우에는”로 수정되었어야 할 것이었다.

국제기본법상 실질귀속조항은 조세회피 여부와는 무관하게 늘 실질에 대해 과세하도록 하는 규정이다. 적지 않은 상황에서 조세회피가 있을 때 동 조항의 적용이 적극적으로 검토되는 것이 현실이지만 그렇다고 하여 실질귀속조항이 조세회피를 방지하기 위해 존재하는 조세회피방지규정이라고 볼 수 없다. 조세조약상 혜택을 국내세법 규정에 의해 배제하는 것은 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제(treaty override)가 될 것이다.

동일한 논리의 연속선에서 국조법 제2조의2 제3항은 삭제되어야 한다. “조세조약의 혜택을 부당하게 받는 행위”를 국내세법조항에 의해 직접 규율할 수는 없는 것이다.

법인세법 93조의 2는 조세조약을 적용받고자 하는 국외투자기구가 실질귀속자가 될 수 있는 기준을 제시하는 규정이다. 법인세법 제93조의2 제1항 제1호 나목의 부분은 조세조약 남용 여부에 따라 소득의 실질귀속을 달리 보도록 하고 있어서 위 국조법 제2조의 2 제3항과 동일한 문제가 있으므로 삭제하거나 “소득세법 및 법인세법의 혜택을 부당하게 받을 목적으로”로 개정되어야 할 것이다.

주제어: 수익적 소유, 실질 귀속, 주식, 조약남용, 조세회피

I. 서 론

1971년 미국에서 도관회사를 이용한 조세회피에 대응하기 위해 과세당국이 미국온두라스조세조약상 “수령된(received by)”의 문언을 목적론적으로 해석한 것을 미국조세법원이 인정한 Aiken Industries사건판결¹⁾로 학계와 실무계의 주목을 받기 시작한 조세조약남용의 현상은 오늘날에도 여전히 주요국 과세당국의 주요 관심사항 중의 하나로 다루어지고 있다. 도관회사에게 조세조약의 혜택을 인정하는 것은 조약체결의 본래 목적에 부합하지 않는다는 목적론적 해석만으로는 부족하여 OECD를 중심으로 한 연구 끝에 1970년대 이후 각국은 개별 조세조약에 수익적 소유(beneficial ownership) 규정을 도입하게 되었다.

조세조약에 도입된 수익적 소유 개념은 처음부터 그 의미가 불명확하였다. 이 개념이 영국의 신탁법에 연원한 것이라는 점에는 이견이 없었지만 신탁법에 연원하므로 그 법에서의 해석에 따라야 하는 차용개념인지 국제조세법적인 고유개념인지, 고유개념이라면 그 의미를 어떻게 풀어야 할지, 국내세법상 소득귀속원칙과의 관계는 어떻게 정립하여야 할지에 대한 가이드라인이 없는 채로 조세조약에 규정되어 온 것이다. 자연스럽게 각국의 해석관행은 통일성 또는 일관성을 결여하게 되었다. OECD와 같은 국제기구 및 국제조세협회(International Fiscal Association)와 같은 전문학술단체가 오랜 동안 위의 숙제에 대한 해답을 찾기 위해 노력하여 왔다.

OECD는 BEPS작업을 개시한 2012년에 OECD 모델조세조약(이하 “모델조세조약”이라고 한다) 주석 중 수익적 소유에 관한 부분에서 그 의미와 성격을 보다 명확하게 하는 개정안을 마련하여 일반의 토론에 붙였으며, 2014년에는 그간의 논의 결과를 반영하여 수익적 소유 개념의 해석과 관련된 주석을 개정하였다.

우리 법원을 포함한 주요국의 법원은 모델조세조약주석(이하 “주석”이라 한다)을 양자간 조세조약을 해석하기 위한 중요한 지침으로서 인정하고 있다. 아울러 새로운 주석이 나왔을 때에는 그 주석 공포 이전에 발생한 사안에 대한 소급적용을 원칙적으로 인정하고 있다(ambulatory interpretation).

1) Aiken Industries, Inc. v. Commissioner, 56 TC 925(1971).

2018년 11월 우리 대법원은 두 개의 판결[대법원 2018. 11. 15. 선고 2017두 33008 판결(이하 “파라마운트 사건판결”이라고 한다) 및 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두38376 판결(이하 “코닝 사건판결”이라고 한다)]에서 2014년 공포된 새 주석의 내용을 토대로 수익적 소유자를 판단하여야 한다는 전제 하에 조세조약상 수익적 소유자라 하더라도 국내세법상 실질귀속자가 되지 않을 수 있음을 인정하였다. 이 두 개의 판결 이전의 다수의 대법원 판례들이 해당 사안마다 수익적 소유자이면 실질귀속자가 되는 점을 명시적 또는 암묵적으로 전제하여 온 것과는 다른 입장을 취하게 된 것이다.

본고에서 필자는 2014년 새로운 주석에 의할 때 위 두 개의 판결에서와 같이 보는 것이 타당한지를 분석하고자 한다. 이를 위해 수익적 소유 개념의 성격 그리고 새로운 주석이 제시하는 해석론을 분석하고, 실질귀속의 의미 및 실질귀속조항의 성격에 대해서 논한다. 주요 국가들의 해석사례를 연구하고 그 시사점을 찾는다. 아울러 국외투자기구에 대한 소득의 실질귀속에 관하여 법인세법 등에 2018년 도입된 규정 등이 새로운 주석과 조화를 이루는지 살펴본다.

이 논점에 대한 선행 연구로는 이승일, “조세조약상 ‘수익적 소유자’ 조항의 의미”, 『조세학술논집』, vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019과 김동욱, “국내세법상 실질과세원칙과 조세조약상 수익적 소유자 개념의 해석과 적용”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019 및 유철형, “조세조약상 실질과세의 원칙에 관한 연구”, 『조세학술논집』, Vol.34 No.2, 한국국제조세협회, 2018가 있다.

주요 국가들의 사례를 볼 때 2014년 개정된 주석을 따르는 판례는 아직 없는 것으로 보인다.

II. 문제의 제기

모델조세조약은 각국의 조세조약 체결을 위한 모델로서 기능하고 있다. 주석은 개별 조세조약의 해석을 위한 지침으로 기능하고 있다. 주석은 각국의 법원이 개별 조세조약의 해석을 위한 중요한 근거 중의 하나로 받아들이고 있다. 주석은 구속력을 가지지는 규범은 아니며,²⁾ 일종의 연성규범(soft law)이라 할 것이다.

조세조약은 조약을 체결하는 두 개의 체결당사국 각국의 국내세법에 의한 과세를 호혜적으로 완화하는 규정을 담고 있기 때문에 일방국에 진출한 타방국의 자본으로서의 조세조약을 적용받는 것이 조세부담을 줄이는 길이 된다. 국제자본의 입장에서는 투자대상이 소재하는 국가가 자신이 소재한 국가와 체결한 조세조약이 없거나 해당 투자대상국가와 보다 유리한 조세조약을 체결한 제3국이 있을 경우 그와 같이 유리한 조세조약을 적용받기 위해 자신을 복제한 도관회사(conduit company)를 제3국에 만들고 그것으로 하여금 투자하도록 하는 전략을 사용하게 된다. 국제자본의 이러한 전략은 1977년 OECD가 배당소득(제10조), 이자소득(제11조) 및 사용료소득(제12조)에 관한 조항에 해당 각 소득에 대한 국내세법상 원천징수세율보다 낮은 조세조약상 제한세율(preferential tax rate)은 해당 소득의 수익적 소유자에게만 적용한다는 모델조항을 두는 방식으로 대응하게 하였다. 이후 수익적 소유자 개념은 각국이 체결한 조세조약에 반영되었으며 이제는 발효 중인 거의 모든 조세조약이 동 개념을 수용하게 되었다.

영국의 신탁법에 연원한 수익적 소유(beneficial ownership)의 개념은 위탁자(settlor), 수탁자(trustee) 및 수익자(beneficiary)로 구성된 신탁(trust)에서 사용되는 것이다. 신탁재산(trust assets)의 법적인 소유자(legal owner)는 수탁자이지만 해당 재산으로부터의 소득(income)은 수익자가 향유(benefit)하게 되므로 그 자가 수익적 소유(beneficially own)하게 된다.³⁾ 수탁자는 신탁약정(trust deed 또는 trust will)에 따라 위탁자의 희망에 따르는 조건 내에서 실질적으로 신탁재산을 관리하고 그 사용 및 처분을 결정한다. 그가 이 과정에서 어느 정도의 재량을 갖게 되는지는 신탁약정을 설정하기 나름이다.

한편, 국제자본은 조세조약을 적용받기 위해 자주 도관회사의 구조를 이용한다. 이 구조에서 자신과 다를 바 없는 또 다른 회사(alter ego)를 만들어 투자에 관한 법률행위를 하도록 하게 한다. 이 과정에서 도관회사는 그 명의로 가지고 있는 재산 및 소득을 지배, 관리 및 처분하는 외관을 갖추게 된다. 이 때 신탁관계를 필수 요소로 하지는 않는다.

모델조세조약에 도입된 수익적 소유개념을 도관회사(conduit company)를 만든 국제자본의 사안에 적용하자면 해당 사안에 비록 신탁약정은 존재하지 않지만 도

2) OECD, 모델조세조약주석서 서문 제29항.

3) <https://www.gov.uk/trusts-taxes> 참조.

관회사가 아닌 해당 국제자본이 수익자가 된다는 판단을 할 수 있어야 할 것이다. 일반적으로 도관회사는 종이회사(paper company)에 불과하며 그것이 하는 행위의 실질적인 내용은 국제자본이 하게 된다. 국제자본은 제3의 자산운용회사에게 도관회사의 명의로 되어 있는 투자자산의 운용을 맡기게 된다. 자산운용회사가 수탁자에 준하는 역할을 하게 된다.

문제는 신탁약정 없이 이루어지는 국제자본이 구성하는 복잡다단한 투자구조 내에서 도관회사와 수익적 소유자를 판정하는 것이 용이하지 않다는 데에 있다.

모델조세조약은 수익적 소유의 개념을 정의하지 않고 있다. 각국은 조세조약상 수익적 소유 개념을 해석함에 있어 다음의 두 가지 사항에서 많은 사례를 축적해 오고 있다.

먼저, 수익적 소유 개념은 영국신탁법에서 차용한 개념이므로 그것에서의 의미에 따라야 하는지(논점1)

다음, 조세조약상 수익적 소유조항을 적용하기에 앞서 국내세법상 소득귀속원칙이 적용되는 것인지(논점2)

그간 우리나라 법원의 판례들은 수익적 소유의 개념은 조세조약의 남용의 방지를 위한 목적에 충실하게 해석될 수 있으며, 조세조약상 수익적 소유 조항이 적용되기 전에 국세기본법 제14조 제1항상 실질귀속원칙에 따라 소득 귀속이 판단된 자에게 수익적 소유 조항이 적용되어야 한다고 하면서 수익적 소유 조항도 실질에 따라 판단하여야 한다는 관점에서 국세기본법 제14조 제1항과 수익적 소유조항이 적용되어 판단된 소득의 귀속자는 일치한다는 판단을 하여 왔다.

2014년 개정된 주식(이하 “신주식”이라고 한다)은 (논점1)에 있어서, 조세조약상 수익적 소유는 국제조세법상의 독자적인 고유개념이며, 그것은 일반적 조세회피방지규정(general anti-abuse rule, GAAR)이라기보다는 개별적인 사안에 대해 한정적으로 적용되는 구체적 조세회피방지규정(specific anti-abuse rule, SAAR)이라는 점을 분명히 하고 있다.⁴⁾ 특히 수익적 소유자가 되기 위해서는 해당 지급

4) Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters in United Nations, *Update of the UN Model Double Tax Convention between Developed and Developing Countries-Beneficial Ownership*, 2019.4.2., paragraph 14

금을 사용·수익하여야 하는데 그 때의 사용·수익은 이론의 여지가 전혀 없는 것은 아니지만 원천지국에서 받은 지급금을 바로 이전하지 않고 별개의 계약상 또는 법적 의무에 따라 변경된 명목과 금액으로 시간을 두고 이전하는 경우에는 원천지국에서 받아 이전하는 자가 당초의 원천지국으로부터의 지급금을 사용·수익하는 것으로 보고 있다. 이에 따라 집합투자기구(collective investment vehicle) 및 지주회사(holding company)의 경우 원칙적으로 투자수익의 수익적 소유자가 된다는 해석이 가능하게 되었다.⁵⁾ 또한 소액의 자본금으로 설립된 중간회사(base company)가 제3자로부터 거액을 차입하여 그 차입금을 투자하여 거둔 소득을 차입금의 원리금반환을 위해 사용하더라도 해당 중간회사는 여전히 원래 투자소득의 수익적 소유자라는 해석이 가능하게 된 것이다. 신주석은 수익적 소유자의 개념의 의미를 확대되는 방향으로 보다 명확하게 한 것이다.

2018년말 대법원은 두 개의 판결(파라마운트 사건판결 및 코닝 사건판결)에서 우리나라와의 조세조약에서 상대적으로 유리한 제한세율을 규정하고 있는 헝가리에 중간회사를 설립하고 각각 사용료 또는 배당을 지급받은 사안에 대해, 헝가리의 중간회사가 해당 소득을 지배·관리하거나 사용수익권을 향유하였으므로 중간회사가 조세조약상 수익적 소유자이면서 국세기본법 제14조 제1항상 실질귀속자라는 판단을 하였다.

이 판결들은 (논점1)에서 신주석의 입장을 그대로 수용하고 있다. 신주석상 수익적 소유자 개념의 해석지침에 불구하고 법원이 선례에서 확립된 해석론을 유지한 일부 국가의 사례⁶⁾와는 대조를 이룬다.⁷⁾

한편 (논점2)와 관련해서 이 판결들은 조세조약상 수익적 소유조항을 적용하기에 앞서 국내세법상 소득귀속원칙이 적용된다는 기존 해석론을 유지하고 있다. 이 판결들이 (논점1)에서의 신주석의 입장을 받아들이면서 (논점2)에서의 기존 입장을 유지하게 됨에 따라 개별 사안에 따라서는 국세기본법상 실질귀속자와 조세조

5) 모델조세조약 제10조에 대한 주석 paragraph 12.4; OECD, *OECD Model Tax Convention Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12*, 19 October 2012 to December 2012, paragraph 13.

6) Re Swiss Swaps Case I/A(2015)18ITLR 138; X Bank v Federal Tax Administration (2018) 21ITLR285의 두 사건에서 스위스대법원은 배당금을 수령한 외국은행이 수익적 소유자가 아닌 것으로 판단하고 있다(본고 4.바. 참조).

7) 모델조세조약 제10조에 대한 주석 paragraphs 11, 12.

약상 수익적 소유자가 다를 수도 있다는 입장을 제시하고 있다.

본고에서 필자는 개정된 신주식 하에서 우리 조세법규를 적용하는 과정상 (논점1)과 (논점2) 및 그에 부수하는 논점들을 제시하고 합리적인 해석론과 입법적 보완방안에 대해서 논하고자 한다.

III. 신주식에 따른 소득귀속조항 해석론의 모색

1. 조세조약상 수익적 소유 조항의 의미

(1) 기존의 해석

1) 종래 모델조세조약 주식

우리나라가 체결한 조세조약은 물론 모델조세조약도 수익적 소유자의 개념을 정의하지 않고 있다. 2014년 모델조세조약 개정전 주식은 그 개념에 대해 다음과 같은 문장을 두고 있었다.

The term “beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.⁸⁾

“기술적인 의미(technical sense)”라는 말은 수익적 소유자의 개념은 영국의 신탁법에서 사용되는 용어인데, 해당 조약 적용국가의 국내법상 신탁법상 수익자(beneficiary)의 개념이 규정되어 있다 하더라도 그것에만 의존하지는 말라는 의미이다. 신주식에서 이 문구에 붙여진 각주는 다음과 같은 사례를 들고 있다. 재량 신탁(discretionary trust)의 수탁자가 주어진 기간 동안 신탁재산에 지급된 배당을 분배하지 않는 경우에는 해당 수탁자 또는 신탁 자체가 비록 신탁법상 수익자(beneficiary)는 아니지만 조세조약상 수익적 소유자가 될 수 있다는 것이다.⁹⁾

8) 모델조세조약 제10조에 대한 주식 paragraph12.

9) 모델조세조약 제10조에 대한 주식 paragraph12.1에 대한 footnote.

위 문장은 수익적 소유자 개념은 제한세율 조항을 남용하는 것을 방지하기 위해 도입된 것이므로 그 도입 취지에 부합하게 문맥에 따라 이해되어야 한다는 것을 분명히 하고 있다. 아울러 위 문장은 수익적 소유 조항이 적용됨으로써 국제적 이중과세가 가중되는 일이 없도록 해야 함을 일깨우고 있다. 문구만으로는 수령한 자만 수익적 소유자로서 제한세율을 적용받을 수 있다는 것으로 읽힐 수 있는 조항을 해석함에 있어서도 수익적 소유자라면 비록 수령하지 않은 경우에도 그에게 제한세율을 적용하는 것으로 해석되고 있다.¹⁰⁾

‘수익적 소유자’의 개념을 “기술적인 의미”로 좁게 해석하지 않도록 하는 주석상 지침에도 불구하고 각국의 법원들은 그 개념이 국내법적인 개념을 차용한 것이므로 그 국내법적인 의미에 따라 해석하여야 하는 것¹¹⁾인지 아니면 국제적인 조세회피를 방지하는 것을 주된 목적으로 도입된 독자적인 고유개념이므로 그에 부합하는 취지해석을 하여야 하는 것인지에 대해 다양한 입장을 가지고 있었다.

2) 종래 법원의 판례

2018년말 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결¹²⁾ 이전의 우리 법원의 판결 중 조세조약상 수익적 소유자의 의미를 독자적으로 정의한 것을 발견할 수는 없다.

종래의 판결들은 국내세법상 실질과세원칙이 조세조약을 적용하는 과정에서도 적용된다고 전제하고 있다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11948 판결(라살레사건 판결)¹³⁾ 등).

국내세법상 실질과세원칙을 적용하여 중간회사의 실질귀속의 지위를 인정하지 않음에 따라 중간회사가 우리나라와 조세조약을 체결한 국가에 소재하고 있는 경우에도 그것이 수익적 소유자인지 여부에 대해 판단하지 않고 있다.

실제 국외에 있는 누가 수익적 소유자인가 여부에 대해서도 구체적인 판단을 하지 않고 있다. 이는 사안의 사실관계상 실질귀속자가 우리나라와의 조세조약을

10) 모델조세조약 제10조에 대한 주석 paragraph12.7.

11) 모델조세조약 제3조 제2항.

12) 두 판결의 구체적 사실관계와 쟁점에 대해서는 김동욱, “국내세법상 실질과세원칙과 조세 조약상 수익적 소유자 개념의 해석과 적용”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2 [2019] 참조.

13) 이 사건 법원은 한국의 주식을 영국의 합자조합이 룩셈부르크 법인 및 벨기에법을 순차적으로 경유하여 소유한 사안에 대해 영국 합자조합에 대한 한영조세조약의 적용을 인정하면서 “[실질과세] 원칙은 법률과 같은 효력을 가지는 조세조약의 해석과 적용에 있어서도 이를 배제하는 특별한 규정이 없는 한 그대로 적용된다.”고 하였다.

체결한 나라에 소재하는 사안에서 실질귀속자이면 자동적으로 수익적 소유자가 된다는 전제 하에 법원이 수익적 소유여부를 별도로 판단하지 않았거나(대법원 2015. 3. 26. 선고 2013두7711 판결(TMW사건판결)), 실질귀속자가 우리나라가 체결한 조세조약이 없는 조세피난처에 소재하여 그 자가 수익적 소유자인지 여부를 판단할 필요가 없었기 때문이다(대법원 2013. 7. 11. 선고 2010두20966 판결(SC제일은행사건판결), 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25466 판결(위니아만도사건판결)). 전자 중에는 중간지주회사가 소득의 실질귀속자라고 본 경우도 있다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두2451 판결(토탈사건판결)¹⁴⁾).

TMW 사건판결 및 토탈사건판결에서 제시하고 있듯이 종래 우리 법원은 조세조약상 수익적 소유 개념은 그 실체적 의미가 국제기본법상 실질귀속의 실체적 의미와 동일한 것이라고 전제하고 있었다. 수익적 소유의 개념을 적용한 대법원 판례들은 두 개념상 확정해야 할 사실관계로서 “실질”은 동일한 것을 의미한다고 보고 있었던 것이다.

(2) 2014년 개정 신주석상 수익적 소유 개념 해석지침

1) 신주석상 해석지침

2014년 개정된 신주석은 수익적 소유 개념의 의미에 대해 다음과 같은 기술을 하고 있다.¹⁵⁾

12.4 이러한 여러 가지의 사례에서(즉, 수탁자나 업무집행자의 자격으로 행동하는 대리인, 명의인, 도관회사의 경우) 배당의 직접적인 수령인은 “수익적 소유자”가 될 수 없다. 왜냐하면 수령인이 배당금을 사용·수익할 수 있는 권리가 수령한 배당금을 타인에게 이전할 계약상 또는 법적인 의무에 의해 제약을 받고 있기 때문이다.

그러한 의무는 보통 관련 법적 문서에 의해 확인된다. 그러나 그러한 의무

14) 실질귀속과 수익적 소유가 상호 독자적인 개념임을 인정하면서도 이 사건 사안을 분석하면서는 양자간 의미의 차이에 대한 언급 없이 실질귀속자는 수익적 소유자라는 판단을 한 경우이다(이의영(Eui Young, Lee), “조세조약의 해석 - 비엔나협약의 기능과 한계, 국내법원 해석의 상호 발전 -”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2 [2019], 202쪽 참조).

15) OECD Fiscal Committee의 주식 개정 작업 중 캐나다 출신 Jacques Sasseville이 주도하여 캐나다 법원의 Prevost Car Inc. v. The Queen 2004-2006(IT)G에서의 수익적 소유 개념 정의를 원용한 것으로 보인다.

는 배당금의 수령인이 지급 받으면 또 타인에게 이전할 계약상 또는 법적인 제약 없이 배당금을 사용·수익할 수 있는 권리를 실질적으로 가지고 있지 않다는 것을 명백히 보여주는 사실과 상황에 의해서도 확인된다. 이러한 종류의 의무는 수령한 배당금과 관련된 것이어야 한다. 그것과 관련되지 않은 계약상 또는 법적인 의무는 비록 수령인이 그 의무를 이행하기 위해 수령한 배당금을 실질적으로 사용하게 하는 결과가 되더라도 이에 포함되지 않는다.

수령인이 금융거래의 한 당사자인 경우의 의무 또는 연금의 전형적인 분배 의무와 제1조에 대한 주석서 문단6.8부터 문단6.34까지의 원칙하에 조세조약의 혜택을 향유할 권리가 있는 집합투자기구의 분배의무는 이와 같은 관련되지 않은 의무들의 예가 된다.

배당금의 수령인이 받은 지급금을 또 타인에게 이전할 계약상 또는 법적인 의무에 의해 제약을 받지 않고 배당을 사용·수익할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우에는 그 수령인은 해당 배당의 “수익적 소유자”이다.

제10조는 주식의 소유자와는 대립되는 개념으로서 배당의 수익적 소유자를 언급하고 있는 데, 양자는 일부 사안에서는 다를 수 있다.¹⁶⁾

2014년 개정된 신주석은 조세조약상 수익적 소유는 국제조세법상의 독자적인 고유개념이며, 그것은 일반적 조세회피방지규정(general anti-abuse rule)이라기 보다는 개별적인 사안에 대해 한정적으로 적용되는 구체적 조세회피방지규정(specific anti-abuse rule)이라는 점을 분명히 하고 있다.

2014년 개정 신주석은 2012년 개정초안에 대한 각계의 의견수렴과정을 거쳐 확정된 것이다. 이 개정은 2012년 시작된 BEPS 작업과 병행하여 이루어지면서 BEPS 작업이 마무리단계에 들어간 2014년을 전후하여 완성된 것이다. 조세조약의 남용을 방지하기 위한 BEPS Action 6 Report는 일반적인 조세조약남용방지규정의 하나로 “주된 목적 조항(Principal Purpose Test Provision)”의 도입을 제안하면서 수익적 소유조항의 성격을 규정하는 다음과 같은 기술을 하고 있다.

마지막으로 “수익적 소유자” 개념을 명확히 하기 위해 현재 진행 중인 작업은 OECD가 다양한 조약남용상황에 대응하기 위한 수단으로서 그 개념을 사용하는 데에 나타나는 한계를 연구하게 하였다. “수익적 소유자”의 의미에 관한 최근의 토론초안에서 포함되어 있는 제10조에 대한 주석 12.5

16) 모델조세조약 제10조에 대한 주석 paragraph12.4.

항 개정안에서 제시된 것처럼 “수익적 소유’ 개념은 일정한 형태의 조세회피(예를 들면 타인에게 배당을 이전하는 의무가 있는 수령인을 중간에 두는 것을 포함하는 것)에 대응하는 것이어서 다른 조약남용사례들에 대응하는 것은 아니므로 그것은 어떤 경우에도 그러한 사례들에 대응하는 다른 접근방법의 적용을 제한하는 것으로 이해되어서는 안 될 것이다.

이는 수익적 소유조항이 한정된 의미를 갖는 개별적 조세회피방지규정(SAAR)이며, 동일한 사안에 대해 수익적 소유조항에 의해 조세조약의 남용이 규제되지 않는 경우에는 기존의 일반적인 조세회피방지규정 뿐 아니라 새로이 도입되는 “주된 목적 조항(Principal Purpose Test Provision)” 및 그와 유사한 기능을 수행하는 다른 규정에 의해서도 중첩적으로 조세조약의 남용을 규제할 수 있음을 기술하고 있는 것이다.

신주석도 다음과 같이 이 점을 분명히 하고 있다.

12.5 그러나, 배당지급금의 수령인이 수익적 소유자인 것으로 간주된다는 사실만으로도 제2항이 규정하는 조세에 대한 제한세율이 자동적으로 허용되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 조세에 대한 제한세율은 이 규정을 남용하는 경우에는 허용되지 말아야 한다(위 문단17 및 문단22 참조). 제1조에 대한 주석서의 “조세조약의 부적절한 사용”이라는 절에서 설명되었듯이, 도관회사의 [보다 일반적으로 말하면 조약남용(treaty shopping)] 상황에 대처하기 위한 많은 방법들이 있다. 이러한 방법들은 조약상 개별적 조세회피 방지 규정, 일반적 조세회피 방지규정이나 실질과세원칙 또는 경제적 실질에 따른 접근방법을 포함한다. 한편으로 “수익적 소유자”라는 개념이 조세회피의 일부 형태(즉, 배당을 다른 자에게 전달해야 하는 의무를 갖는 수령인을 개입시키는 조세회피)를 다루고 있으나, 조세조약남용의 다른 사례를 다루고 있지는 않으므로 그러한 사례에 대처하는 다른 접근방법의 적용을 제한하는 것으로 생각되어서는 안 된다.

특히 위 신주석이 “일반적 조세회피 방지규정이나 실질과세원칙 또는 경제적 실질에 따른 접근방법”이 조세조약상 근거를 둔 것에만 국한되지 않는다는 점 - 즉 국내세법상 규정에 근거를 두는 접근방법이 허용되는 점 - 을 주목하여야 할 것이다. 신주석을 준비한 OECD 작업반(Working Party)은 신주석 개정 토론초안에 대한 각계의견에 대한 입장을 밝히면서, 남용방지규정의 중첩적인 적용은 허용

되는 것이라고 하면서 이는 모델조세조약 제1조 중 조약남용 부분에 대한 주식 paragraphs 7~26.1과 일관된 입장임을 분명히 하고 있다.¹⁷⁾

2) 최근 2개의 판례

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 수익적 소유 개념의 실제적 의미를 신주식의 입장에 따라 보다 넓게 인정하면서 그것이 실질귀속 개념의 실제적 의미와 다를 수 있다는 입장을 제시하고 있다.

이 두 판결은 2014년 개정 신주식의 입장을 수용하면서 수익적 소유자를 “타인에게 이전할 법적 또는 계약상의 의무를 부담한 바 없이 그에 대한 사용·수익권을 향유”하는 자로 해석하고 있는 것이다.

2. 조세조약상 소득귀속과 국내세법상 소득귀속의 관계

(1) 실질귀속 규정과 수익적 소유 규정의 중첩적 적용

국세기본법 제14조 제1항은 과세상 실질귀속원칙을 규정하고 있다. 이는 과세의 대상이 발생하는 거래의 국내외 구분 없이 적용되는 것이다.

국제조세조정에관한법률(이하 “국조법”이라고 한다.) 제2조의2 제1항은 국세기본법 제14조 제1항의 실질귀속원칙이 국제거래의 경우에도 적용됨을 확인하고 있다. 국내세법상 실질귀속원칙에 따른 소득의 귀속은 조세조약을 적용하면서도 그 대로 유지되므로 조세조약을 적용할 때에도 실질귀속원칙이 적용되는 것이다.

비거주자 또는 외국법인은 국내세법상 실질귀속원칙에 의해 세법상 과세대상이 그에게 귀속되면 자신에게 적용될 조세조약이 있는지를 찾아보게 된다. 수익적 소유자 조항은 조세조약에서 규정되어 있는 것이다. 그 조항은 국내세법상 실질귀속원칙의 적용을 받아 국내세법상 납세의무가 발생한 자가 자기의 조세부담을 줄이기 위해 적용할 조세조약을 찾고 자신이 수익적 소유자임을 입증하는 방법으로 적용된다.

라살레사건판결에서 보듯이 종래 우리 법원은 이와 같은 해석론을 수용하여 왔

17) OECD, *OECD Model Tax Convention Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12*, 19 October 2012 to December 2012, paragraph 20.

다. 모델조세조약 주석도 다음과 같이 이를 수용하는 입장을 분명히 하고 있다.

22. 기타 형태의 조세조약의 남용(예를 들면, 기지회사의 이용)과 “실질주의”, “경제적 실질” 및 일반적 남용방지원칙을 포함한 그것에 대처하는 다른 방법들은 또한, 그러한 원칙들이, 특히 상술한 문단 9.1에서 언급된 두 번째 문제인 조세조약들과 상충하는가 여부의 문제에 관해서도 분석되어 왔다.

22.1 이러한 원칙들은 어떠한 사실관계가 조세채무를 발생시키는가를 결정하기 위한 국내조세법령에 따라 정해지는 기본적인 국내원칙의 일부이다. 이러한 원칙들은 조세조약을 대상으로 하지 않고 그것에 의해서 영향을 받지 않는다. 따라서 일반론으로서 또한 문단 9.5를 고려할 때 충돌은 발생하지 않는다. 예를 들면, 문단 22에서 언급된 원칙의 적용에 따라 소득의 성질의 재결정 또는 그러한 소득을 가득한다고 보는 납세자가 누구인가의 재결정이 행해지는 한 조약의 규정은 그 변경을 고려하여 적용하는 것이 가능하다.

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 조세조약상 수익적 소유자에 해당한다고 하더라도 국내세법상 세법적용원칙인 실질과세원칙의 적용을 받는다고 하여 위 원칙을 수용하고 있다.

(2) 실질귀속과 수익적 소유의 실체적 의미가 다른 것인지

1) 실질귀속의 의미

종래 법원의 판례에 의하면 소득 등 과세대상의 “실질귀속”은 그것을 “사실상 지배, 관리 및 처분할 수 있는 지위”에 있는 자에게 있다고 한다(대법원 1997. 10. 10. 선고 96누6387판결, 대법원 1996. 2. 9. 선고 95누9068판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 98두7084판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015두53084 판결 등 다수).

소득을 “사실상 지배, 관리 및 처분할 수 있는 지위에 있다”는 것은 소득 가득에 의해 획득한 자산을 보유하면서 그 가치를 유지 또는 증진하고, 그것을 이용하거나 처분하는 행위를 할 수 있는 지위에 있다는 것을 의미한다. 소득의 창출활동(production of income)은 다른 자의 도움을 받아 할 수 있지만, 가득한 소득을 사용하는 것은 그 소득의 주인이 하게 되어 있다.¹⁸⁾ 예를 들어, 그 사용의 한 방법으

로 소비지출 또는 이전지출(예, 증여) 등의 처분을 할 수 있을 것이다.

소득의 귀속자가 법인인 경우 해당 소득을 “지배, 관리 및 처분”하는 양태는 개인의 경우와는 다소 다를 것이다. 해당 법인이 소득이 체화된 자산을 현금 또는 다른 형태의 자산으로 보유하는 방식으로 지배, 관리하거나 사외유출의 방식으로 처분하게 될 것이다. 사외유출은 배당금의 지급 또는 증여의 방법을 취할 것이다.

배당금을 수령한 법인이 해당 소득을 지속적으로 자산의 형태로 보유하고 있다면 그 법인이 지배, 관리하고 있어서 그 법인에 실질귀속되어 있다는 점을 어렵지 않게 확정할 수 있을 것이다. 소득을 수령한 법인이 그것을 바로 사외유출한 경우 실질귀속의 판단이 어려워지게 된다. 배당금을 수령한 법인이 다시 배당금을 지급하는 경우가 좋은 예가 된다. 만약 어떤 법인이 자회사로부터 수령한 배당금을 당해 법인을 완전지배하는 모회사에게 바로 배당금으로 지급하여야 한다면, 과연 중간에 있는 법인이 수령한 배당금이 그것에 실질적으로 귀속한다고 볼 수 있는가? 해당 배당금을 보유하는 기간이 없거나 거의 없는 채로 처분하는 외관만 갖추고 있다면, 실질적인 처분행위도 없어서 결과적으로 실질귀속을 인정하기 곤란할 것이다.

2) 신주식에 의할 때 개별 사안에서 실질귀속자와 수익적 소유자가 다를 수 있는 것인지

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결 이전 법원의 판례는 실질귀속과 수익적 소유의 의미가 같은 것으로 보고 특정인이 해당 사안에서의 과세대상인 소득의 귀속을 인정받을 수 있는지를 두 개념에 걸쳐 동일한 요소를 기준으로 판단하여 왔다.

실질귀속과 수익적 소유 개념의 구성징표를 비교적 구체적으로 분석한 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두2451 판결(토탈사건판결)에서 법원은 인적·물적 설비의 존재, 자원의 처분, 계약상 권리의무행사, 법령에 따른 활동과 의무이행, 계약체결 행위, 소득처분권의 6가지를 실질귀속의 판정요소로 보았다. 이 중 앞의 5개는 소득창출(production of income)과 관련된 것이며, 창출된 소득의 사용·수익과 관

18) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두16466 판결(까르푸사건판결)에 의하여 유지된 동 사건의 1심판결은 소득의 창출과 창출된 소득의 소유를 구분하고 있다(대전지법 2011. 11. 16. 선고 2010구합2649 판결).

련된 것은 마지막의 소득처분권(disposal right of income)에 그친다.

한편, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두16466 판결(까르푸사건판결)¹⁹⁾은 소득의 실질귀속을 판단함에 있어 중간회사의 설립 목적과 설립 경위, 사업활동 내역, 그 임직원 및 사무소의 존재, 자산의 매각과 관련한 의사결정과정, 매각자금의 이동 등을 고려하도록 하고 있다. 아울러 이 사건 제1심(대전지방법원 2011. 11. 16. 선고 2010구합2649 판결)이 의사결정에 대한 영향력과 소득의 지배·관리·처분권 귀속을 구별하고 소득창출과정보다는 창출된 소득의 처분에 초점을 두고 있는 점을 수긍하고 있다.

우리 법원은 소득처분권이 소득에 대한 지배, 관리 및 처분(control, management and disposal)의 핵심적인 징표에 해당할 것이지만, 그것만으로는 실질귀속 여부를 판단하기 곤란할 경우 보조적으로 소득창출에 관한 제 요소를 고려하고 있는 것이다.

우리 법원은 납세자가 구성한 거래가 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 다른 형태의 거래에 비해 세금을 절약하는 결과가 된다 하더라도 해당 거래에 정당한 사업목적(business purpose)이 있으면 실질이 있는 것으로 보아 왔다[사업목적 이론(business purpose doctrine)].²⁰⁾ 사업 목적을 입증하기 위해서는 소득창출활동이 실재하고 있음을 입증하여야 할 것이다. 실질을 주장하는 측이 과세관청이든 납세자이든 그것을 입증하고자 한다면 창출된 소득의 처분권 뿐 아니라 소득창출활동의 실재도 입증하도록 하여 온 것이다. 국세기본법 제14조의 실질과세원칙 규정이 조세회피방지규정의 구성을 갖추지 못하고 있지만 동 조항의 적용이 과세관청에 의하여 주장될 때에는 사실상 조세회피방지규정적인 기능을 하고 있다는 점을 고려하여 법원은 납세자가 정당한 사업목적의 존재로 실질의 존재를 입증할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 것이다. 국세기본법상 소득의 실질귀속은 해당 소득의 처분권 뿐 아니라 해당 소득의 창출활동도 개념의 징표로 하는 것으로 해석되어 온 것이다.

신주석에 의하자면 수익적 소유 개념은 “타인에게 이전할 법적 또는 계약상의

19) Carrefour S.A.(프랑스, CSA) ⇒ Carrefour Nederland B.V.(네덜란드, CNBV) ⇒ 한국까르푸(주)의 지배구조 하에서 한국까르푸(주) 주식 매각차익 귀속자는 CNBV인가 CSA인가가 다투어진 사건이다.

20) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92누1155 판결 등 참조.

의무를 부담한 바 없이 그에 대한 사용·수익권을 향유”하는 자이다. 여기에서 “사용·수익권(right to use and enjoy)”은 소유권의 한 권능으로서 본질적으로 “처분권”의 권능과 분리하기 곤란한 것이다. 핵심징표를 판단하기 위해 보조징표를 활용한 그간 법원의 논리를 연장하여 보면 “타인에게 이전할 법적 또는 계약상의 의무를 부담한 바 없이(without obligation to pass on income to another person)”의 요소는 보조징표라고 볼 수 있다. 실질귀속의 보조징표는 소득창출활동에 관한 것이라면, 수익적 소유의 보조징표는 창출된 소득의 처분과 관련된 것이다.

법원이 수익적 소유자 개념에 대한 신주석의 해석지침을 수용하는 것이 타당하다면, 법원은 소득창출활동에 적극적으로 기여하지 않았지만 해당 소득을 타인에게 이전할 의무를 부담하지 않는 자에 대해 소득의 실질귀속을 인정하지는 않지만 그것의 수익적 소유는 인정하는 판단을 할 수 있게 된 것이다.

3) 소결론

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 수익적 소유자 개념에 대한 신주석의 해석지침을 수용하고 있다. 위에서 만약 신주석의 해석지침을 수용한다면 소득의 실질귀속자와 수익적 소유자가 서로 다른 경우가 발생할 수 있음을 지적하였다.

그간 법원이 주석을 조세조약 해석상 존중하여 온 점, 우리나라 정부가 개정된 주석에 대해 특별히 유보의견(reservation)을 달지 않고 있는 점을 볼 때 2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결에서 법원이 신주석 해석지침을 수용한 것은 타당하다고 보아야 할 것이다.

다만, 필자가 취한 이 견해에 대해서는 소득의 귀속 판단상 경제적인 실질을 보도록 하는 점에서 공통적인 “실질귀속”과 “수익적 소유”의 두 개념을 상호 다른 것으로 해석하여야 할 이유가 무엇인가 하는 근본적 의문이 제기될 수도 있을 것이다.²¹⁾ 국내세법과 조세조약 모두 실질적 형평과세를 추구하고 있으며 두 개념

21) 본고에서의 필자의 의견과 달리 이승일(이승일, “조세조약상 ‘수익적 소유자’ 조항의 의미”, 『조세학술논집』, vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019)은 해석론의 관점에서 수익적 소유와 실질귀속은 결과적으로 동일한 의미를 갖는 것으로 보게 될 것으로 분석하고 있다.

모두 그것을 위한 수단개념이 되어 있다면 각 규범상 역사적 차이 때문에 비록 다른 표현이 사용되고 있다고 하더라도 동일한 의미로 풀어야 한다는 시각이 있을 수 있다. 이러한 의문은 목적론적인 해석론에 의존하는 입장에서 볼 때에는 충분한 설득력을 가질 수 있다. 그러나 “수익적 소유”는 조세조약상 개념이므로 조세조약의 해석상 허용되는 일반적인 접근방법 - 비엔나협약과 OECD 모델조세조약 등에 의해 형성된 조세조약 해석론 - 에 따르는 것이 보다 합리적이다. 우리나라가 체결한 조세조약을 해석하는 데 있어 신주식이 갖는 실질적인 역할을 고려할 때 “수익적 소유” 개념을 신주석해석지침에 따라 해석하는 것이 바람직하다. 한편, “실질귀속” 개념은 조세조약 뿐 아니라 국내세법 전반에 걸쳐 적용되는 개념이므로 신주석의 내용에 불구하고 기존의 해석관행에 따라 독자적인 의미를 부여받는 것이 타당하다.

국내세법상 실질적 귀속자가 아닌 자가 신주석 해석지침에 따라 수익적 소유자로 판정된다면 국제적으로 소득의 수익적 소유자로 인정받는 자가 조세조약의 혜택을 받지 못하는 경우가 발생하게 될 수 있다. 이 경우는 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제(treaty override)에 해당하지는 않을 것이다. 전술한 모델조세조약 주석 paragraph 22.1과 후술하는 모델조세조약 주석 paragraph 9.2를 참고할 수 있다.

신주석 해석지침에서 수익적 소유자 개념처럼 국내세법상 실질귀속자 개념을 넓게 해석할 수는 없다. 실질귀속개념은 비거주자 또는 외국법인 뿐 아니라 거주자 및 내국법인에게도 적용되는 국내세법 적용의 기초가 되는 것이므로 용도가 제한적인 수익적 소유의 개념에 부합하게 확대할 수는 없는 것이다.

(3) 조세조약상 “수익적 소유자”에게 “조약남용”을 이유로 국내세법상 실질귀속원칙에 따라 소득의 귀속을 부인할 수 있는지

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 “국세기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는 (비록 수익적 소유자에 해당한다고 하더라도 제한세율의 적용을 부인할 수 있다.”고 실시하고 있다. 조약남용을 실질과세원칙의 적용요건으로 인정하고 있는 것이다. 종래 판례들은 조약남용과 같은 조세회피가 있는 사안에서 실질과세원칙을 적용한다고 하였을 뿐 직접적으로 조약남용을 실질과세원칙의 적용요건으로 보지 않은 것과 구별된다.

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결에 따르면 수익적 소유자임에도 조약남용을 하는 경우에는 실질과세원칙에 따라 조세조약을 적용받지 못할 수 있다는 것이다. 창출된 소득을 직접 이용·수익하지만 그 소득의 창출활동에 종사하지 않은 자가 이에 해당할 수 있을 것이다.

신주석은 수익적 소유 개념의 한계를 인정하면서도 조세조약상 수익적 소유조항과 조세조약상 남용방지장치 또는 국내세법상의 세법적용원칙이 중첩적으로 적용될 수 있음을 인정하고 있다.²²⁾ 예를 들자면, 중간지주회사가 신주석에 의한 수익적 소유자에 해당하게 된다 하더라도 국내세법상 실질귀속의 요건을 충족하지 못하게 될 경우 그에 대한 소득귀속을 부인할 수 있는 것이다. 그렇다면 신주석의 위 내용에 근거하여 위 두 판결이 실시한 것처럼 조약남용을 이유로 실질귀속을 부인하는 것이 타당한가?

“조약남용”이 있을 경우 실질과세원칙을 적용하고 그렇지 않을 경우에는 실질과세원칙을 적용하지 않는 것으로 해석한다면 이는 조세조약남용방지규정을 국내세법에 두는 것과 같은 효과가 나타나게 된다. 이는 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제에 해당하게 된다(treaty override).

대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499전원합의체판결(로담코칠봉사건판결) 이래 우리 법원은 조세회피가 있을 경우 실질과세원칙을 적용한다고 하여 실질과세원칙을 조세회피방지규정으로 인정하는 태도를 취하여 왔다. 위 두 판결이 “조약남용”이 있을 경우 실질과세원칙을 적용한다고 한 것은 조세회피 즉 국내세법 남용이 있을 경우 실질과세원칙을 적용한다는 기존의 해석관행을 조약남용이 있을 경우 실질과세원칙을 적용한다는 것으로 연장한 결과이다.

아래에서는 조세회피가 있을 경우 실질과세원칙을 적용한다는 종래의 판례를 먼저 분석하고 그 다음 조약남용을 부인하기 위해 실질과세원칙을 적용하는 것이 타당한지를 살펴보고자 한다.

- 1) “조세회피” 목적의 존재만을 이유로 실질귀속원칙에 따라 소득의 귀속을 부인할 수 있는지

최근 대법원은 여러 판례를 통해 실질귀속원칙은 “조세회피목적”이 있는 경우

22) OECD, BEPS Report Action6, paragraph 8.

적용되어 납세자가 구축한 거래와 달리 과세대상의 귀속을 판단할 수 있다는 입장을 표명하고 있다(로담코칠봉사건판결, 대법원 2012. 1. 17. 선고 2010두5950 판결(론스타사건판결) 등).

위의 판례들은 실질과세원칙을 단순히 실질에 대한 과세의 원칙을 규정한 것으로 보지 않고 조세회피를 방지하고자 하는 조세회피방지규정으로 인식하여야 한다는 주장이 가능하게 하고 있다. 실질과세원칙이 일반적 조세회피방지규정(general anti-avoidance rule)에 이르는 것인가 하는 점은 매우 큰 연구주제로서 본고에서 상세히 논하기에는 적절하지 않다. 필자는 그간 학계의 다수의 논의에 따라 국세기본법 제14조(실질과세) 제1항 및 제2항의 규정을 조세회피방지규정으로 볼 수 없다는 입장을 전제로 아래 논의를 전개하고자 한다.²³⁾ 조세회피목적이 실질과세원칙조항인 국세기본법 제14조 제1항 및 제2항의 적용요건으로 되어 있는 것은 아니기 때문이다. 국세기본법 제14조 제1항과 제2항은 조세회피목적의 존부와 무관하게 세법 규정을 적용할 때에는 항상 적용되어야 하는 일반적인 세법 적용원칙조항인 것이다.²⁴⁾

과세관청이 실질과세원칙의 적용을 주장하는 경우가 대부분 조세회피의 목적의 존재와 명의를 실질의 불일치가 입증되는 사안이어서 그런 사안에서는 실질과세원칙조항이 조세회피방지규정과 같은 역할을 하게 되는 점은 부인할 수 없을 것이다.

납세자로서는 명의를 실질의 일치를 주장하기 위해 사업목적과 그에 부합하는 사업의 실질이 있었음을 입증하고자 노력하게 된다. 설사 납세자에게 조세회피목적이 있었다 하더라도 그러한 노력을 통해 명의를 실질이 일치함을 입증하게 되면 명위에 대한 과세가 이루어지게 된다. “조세회피” 목적의 존재만을 이유로 실질귀속원칙에 따라 소득의 귀속을 부인할 수는 없다.²⁵⁾

23) 이동식, “조세회피방지를 위한 일반 규정의 도입 연구”, 『조세법연구』 24(1), 한국세법학회, 2018.4, 21~26쪽 및 안경봉·오윤, “한국의 조세회피방지규정과 일반적 조세회피방지규정(GAAR) 도입방안”, 『조세법연구』, [14-1], 한국세법학회, 2008 참조.

24) 국세기본법 제14조 제1항 및 제2항과 달리 동조 제3항은 조세회피방지규정에 해당한다는 논의는 김석환, “조약편승과 실질과세원칙”, 『조세학술논집』, Vol.31 No.1, 한국국제조세협회, 2015, 263~266쪽 참조.

25) 같은 취지, 유철형, “조세조약상 실질과세의 원칙에 관한 연구”, 『조세학술논집』, Vol.34 No.2, 한국국제조세협회, 2018, 15~24쪽.

2) 조세조약상 “수익적 소유자”에게 “조약남용” 목적의 존재만을 이유로
국내세법상 실질귀속원칙에 따라 소득의 귀속을 부인할 수 있는지

2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 소득의 명의상 귀속자가 조세조약상 “수익적 소유자”에 해당하지만 해당 사안이 “조약남용”으로 인정되는 경우 국내세법상 세법적용원칙인 실질과세원칙을 적용하여 조약상의 혜택을 부인할 수 있다고 한다. 즉 소득의 명의자인 조세조약상 수익적 소유자가 국세기본법상의 실질을 갖추지 못하여 발생한 과리가 조약을 남용하기 위하여 비롯된 경우에는 실질과세원칙에 따라 수익적 소유자에 대해 조세조약의 적용을 부인할 수 있다는 것이다.

모델조세조약 주석 paragraph 22.1과 paragraph 9.2는 조세조약 적용 여부와 무관하게 적용되는 실질과세원칙의 적용결과 자동적으로 “조약남용”을 방지하게 되는 경우가 발생할 수 있음을 인정하고 있을 뿐 실질과세원칙의 적용단계에서 “조약남용” 여부를 동 조항의 적용요건으로 보는 것을 인정하고 있는 것은 아니다.

- 9.1 이것은 아래 언급하는 것과 같은 두 가지의 근본적인 의문을 던진다.
- 그러한 조약상 조항들을 남용하는 것에 해당하는 거래가 체결된 때에도 조세조약의 혜택이 주어져야만 하는 것인지(제9.2항과 그 아래 참조)
 - 조세남용(tax abuse)을 방지하기 위한 일방체약국의 개별적인 규정이나 해석원칙이 조세조약과 상충하는 것인지(제22항과 그 아래 참조)

9.2 많은 국가에 있어 첫 번째의 질문에 대한 답은 두 번째의 질문에 대한 답에 기초하여 주어진다. 이러한 나라들은 조세가 조세조약상 규정에 의하여 제한(아주 드문 경우지만 그것을 확대하기도 함)되지만 종국적으로 국내세법상의 조항들에 의하여 부과되는 것이라는 사실을 주목한다. 따라서 조세조약을 남용하는 행위는 조세를 부과하는 국내세법의 조항들을 남용하는 것으로도 볼 수 있게 된다. 이러한 나라들에 있어서는 이 이슈는 조세조약상의 조항들이 국내세법상 조세회피방지규정의 적용을 제한할 수 있는가의 문제가 된다. 그 문제는 위에서 두 번째 문제이기도 하다. 아래 제22.1항에서 언급한 바와 같이 두 번째 질문에 대한 답은 조세회피방지규정이 세법의 적용대상이 되는 사실관계의 판단에 관한 국내세법의 한 부분이 되어 있는 한 그것은 조세조약에서 규정할 사항은 아니며 따라서 조세조약에 의하여 영향을 받지 않는다는 것이다. 이에 따라 일반적인 원칙으로서 국내세법상 조세회피방지규정과 조세조약상의 조항들과는 충돌이 있을 수 없다.

국제기본법상 정의와 실질의 괴리가 아닌 “조약남용” 때문에 실질귀속원칙이 적용된다는 부분은 국내세법에 의해 조세조약을 무시하는 결과가 된다(treaty override).

소득명의인이 우리나라와 조세조약이 체결되어 있지 않은 국가에 있어 조세조약남용의 소지가 없는 경우에는 실질과세원칙을 적용하지 않은 반면 조세조약이 체결되어 조세조약남용소지가 있는 경우에는 실질과세원칙을 적용하는 것은 조세조약 적용과 무관하게 먼저 국내세법 적용이 이루어져야 하는 원칙에 어긋나게 된다.

특히 2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결처럼 실질귀속 개념이 수익적 소유 개념과 다르고 전자의 요건이 후자의 요건보다 엄격하여 수익적 소유자라고 하더라도 실질귀속자가 되지 않는 경우를 인정하는 입장을 취하는 경우에는 수익적 소유자이면서 조세조약의 적용을 주장하는 자에게는 조세조약남용의 소지가 있어 소득의 귀속을 인정하지 않는 반면, 내용상 수익적 소유자이지만 적용할 조세조약이 없는 사안에서는 조약남용의 소지가 없다고 하여 소득의 귀속을 인정하게 되는 결과가 초래된다.

이와 같은 오류는 실질귀속 개념을 조세회피를 요건으로 적용되는 조세회피 방지규정으로 잘못 이해하는 데에 기인한다. 2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결 사안에서처럼 국내세법의 남용의 여지는 없고 조세조약의 남용의 여지가 있는 사안에 대해 실질귀속원칙에 의해 실질을 가지지 않은 명의자에 대한 소득귀속을 부인하는 과정에서 단지 실질과 명의의 괴리만 있으면 명의자에게 소득귀속을 할 수 없다는 판단을 내리면 될 것을 굳이 조세회피 즉 조세규범남용의 요건을 충족하였음을 귀속부인의 전제로 하려다 보니 남용된 바 없는 국내세법의 남용을 제시하지는 못하고 조세조약의 남용을 제시하게 된 것으로 보인다.

실질귀속 개념은 명의자와 실질귀속자 각각에 대한 세금부담이 동일한 경우처럼 조세회피가능성이 없는 경우라 하더라도 후자에 대해 과세하는 것이 실질적 형평을 보장한다는 이유로 조세회피소지가 존재하는지 여부와는 무관하게 적용될 수 있는 것이다. 실질귀속원칙은 조세회피가 있는 경우에만 적용되거나 조세회피가 있기 때문에 적용되는 원칙은 아니다. 즉 “조세회피”를 그 적용요건으로 하지는 않는다. 수익적 소유 개념은 조세조약을 남용하는 것을 방지하기 위한 것이므로

로 남용의 여지가 없는 사안에 대해서는 그 적용 여부를 따질 필요가 없는 것과 차이가 있다.

3) 소결론

수익적 소유자에게는 “조약남용” 여부와 무관하게 실질귀속원칙에 따른 판단에 의할 경우 정의와 실질이 괴리된 경우라면 소득의 귀속을 부인할 수 있을 것이다. 이 점에서 2018년 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결의 판결문 중 “***소득의 수익적 소유자에 해당한다고 할지라도 국제기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는 그 적용을 부인할 수 있다.”에서 “국제기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는”의 부분은 “국제기본법상 실질과세원칙에 의할 때 정의와 실질이 괴리되는 경우에는”으로 수정되었어야 할 것이었다.²⁶⁾

IV. 주요 국가들의 해석사례

2007년 일본의 교토에서 개최된 국제조세협회 연차총회의 두번째 대주제는 “인에 대한 소득귀속상 충돌(Conflicts in the attribution of income to a person)”이었다. 이에 관한 주요 회원국의 국내법제를 소개한 국가별 보고서(national report)와 그것들을 체계적으로 정리한 종합보고서(general report)는 본고의 연구에 중요한 자료를 제공하고 있다.

아래에서는 위 보고서들을 주요 근거로 하여 조사한 내용을 소개한다. 2014년 OECD 신주석을 반영하고 있는 구체적인 해석사례는 아직 찾아보기 어렵다. 신주석에 불구하고 기존의 법원의 해석사례를 존중한 것으로 볼 수 있는 스위스 법원의 X Bank v Federal Tax Administration(2018) 21 ITLR 285판결이 있다.

26) 김동욱(김동욱, “국내세법상 실질과세원칙과 조세조약상 수익적 소유자 개념의 해석과 적용”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019)은 실질귀속을 판단함에 있어 객관적 사실관계를 종합하여 볼 때 소득의 수취인이 해당 소득을 지배·관리하면서 사용·수익하고 있다는 점이 인정된다면 납세자의 거래구조 선택으로 조세절감의 결과가 발생하였다더라도 조세조약의 적용을 부인하지 않아야 하는 점을 강조하여 필자의 논의와 동일한 결론을 도출하고 있다.

1. 미국

미국이 체결한 개별적 조세조약에 대한 기술적 설명서(technical explanation)에 의하면 “수익적 소유자”의 개념은 원천지국가인 미국의 국내세법에 의하여 정의된다. 2006년 11월 개정된 모델조세조약 기술적 설명서는 아래와 같이 이를 분명히 하고 있다.²⁷⁾

제10조의 목적상 배당의 수익적 소유자는 원천지국의 법상 그 소득이 귀속되는 자이다.

더불어 다음과 같이 기술하고 있다.

‘수익적 소유자’의 개념은 조세조약에서 규정하지 않고 있기 때문에 조세를 부과하는 국가(즉, 원천지국)의 국내법에 따라 정의된다. 제10조의 규정에 의한 배당의 수익적 소유자는 원천지국가의 법에 의해 소득이 귀속되는 자이다. 따라서 일국의 거주자인 법인이 지급하는 배당이 제3국의 거주자에 의한 지명인이나 그를 위한 대리인에 의하여 수령되는 경우에는 그 배당은 제10조의 규정의 적용대상이 되지 않는다. 그러나 해당국의 거주자인 자를 위한 지명인이 수령하는 경우에는 그 조약이 적용된다. 원천지국으로서 적용할 제한세율을 제대로 찾아 국외로 송금하도록 하고 그 다음 일은 본인과 지명인이 알아서 할 일이기 때문이다. 이러한 원칙은 OECD 모델조세조약 제10조에 대한 주석 제12항²⁸⁾과도 부합한다. 제1조에 대한 주석 제24항²⁹⁾도 참고가 된다.

27) 미국모델조세조약은 2016년 개정되었지만 기술적 설명서는 여전히 2006년 개정된 것이 사용되고 있다(<https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/united-states-model-tax-treaty-documents> 참조).

28) ‘수익적 소유자’란 용어는 기술적인 의미로 좁게 볼 것이 아니라 이중과세의 방지 및 조세 회피나 탈세의 방지라는 조약의 목적과 문맥에 따라 이해되어야 한다.

29) 제24항은 1992년 추가되었다가 2003년에 삭제되었다. 2003년 삭제된 문구 중 일부를 발췌하면 다음과 같다.

‘주요한 문제는 “실질우위원칙”과 같은 일반적 원칙이 조세조약 조항에 내재하는가이다. 즉 그러한 원칙이 조세조약에 명시적으로 규정될 때에만 적용될 수 있는가 아니면 어느 경우에도 적용될 수 있는가이다. 소수의견은 기지회사에 지급되는 소득의 수령자가 누구 인지를 결정함에 있어 국내세법상의 원칙이 조세조약에 우선하여 적용될 경우에는 (기지 회사의 주주의 거주지국가에 고정사업장이 없음에도 불구하고 그 국가에서 해당 지급금

실제 그 실체적 내용의 해석은 미국세법과 상대채약국의 비세법상 해석에 의하여 결정된다.

해당 소득을 수령하는 즉시 이전하여야 할 의무를 부담한 경우에는 수익적 소유를 인정하지 않지만, 그렇지 않은 경우에는 수익적 소유를 인정하고 있다.

2. 일본

일본 국내세법 및 조세조약에는 “수익적 소유”의 개념 정의가 규정되어 있지 않다. 일본세무대학교의 연구부교육관인 福田善行은 그의 논문³⁰⁾에서 판례상 소득귀속 판정요소를 아래 표와 같이 정리하였다.

| | 판정기준 | 판단요소 |
|----------------|---------------------------------|---|
| 이자소득 (예금이자) | 예입행위자 | 예금계좌의 명의, 예입행위, 예금계좌의 관리 |
| 배당소득 (주식배당) | 출자자(주주) | 주식소득 원자금의 출자, 배당금의 관리처분, 거래계좌의 관리 |
| 부동산소득 | 수익권자 | 부동산취득에 관한 계약의 체결, 대금의 지급, (전대의 경우)임대차계약 등의 유무 |
| 양도소득 (부동산) | 양도시점의 소유자 | 자산취득의 경위, 취득자금의 출원, 보유세의 부담, 양도까지의 사용관리 |
| 사업소득 | 지배적 영향력을 갖는 자, 경영주체로서의 실체를 갖는 자 | (종합적 판단) 점포의 임차, 영업허가, 신용카드 가맹점 계약등의 명의, 출자, 자금조달, 수지의 관리, 종업원에 대한 지휘감독 등 |
| | (법인과의 관계) | (종합적 판단 중예) 법인설립의 경위, 사업실태, 지휘감독, 법인으로서의 절차의 유무, 수익의 관리처분 등도 검토하여 법인에 수익의 귀속주체로서의 실체가 있는가를 판단 |
| | (공동사업요건) | 상호간 의사 연락, 의사결정에 각인이 주체적으로 관여, 각인이 역할분담을 수행, 소득의 지분비율이 합리적으로 산출 |

이 과세되게 됨에 따라) 이중과세를 초래함으로써 납세자를 보호하지 못한다고 한다. 그러나 대다수 국가의 견해에 의하면 그러한 원칙들과 그의 기저에 있는 다른 원칙들은 조세조약의 문안으로 규정되어야만 적용될 수 있는 것은 아니다.’

30) 福田善行, 実質所得者課税に関する一考察—所得税における所得の帰属判定を中心に—, 『税務大学校論叢』, 平成28年6月30日.

3. 영국

조세조약상 “수익적 소유자” 개념은 영국의 신탁법에 연원한다. 수익적 소유자 개념은 소득의 귀속보다는 자산의 소유와 관련하여 주로 사용되는 개념이다. 자산에 대한 소유권은 법적 명의(legal title)와 수익적 소유(beneficial ownership)이 분리될 수 있다고 하는 것이다. 조세조약상 수익적 소유의 개념을 어떻게 해석하여야 할 것인가에 대해서는 일관된 해석론이 있다고 보기 어렵다. 자산에 대한 수익적 소유의 개념을 이해함에 있어서는 처분권, 수익권 및 관리권을 의미한다고 보고 있다.

법원은 수익적 소유 개념이 신탁법상 개념에 한정된 것은 아니며 조세조약의 목적에 맞게 해석되어야 한다는 입장이다. 조세조약상 이자소득의 수익적 소유 개념의 해석에 관한 대표적인 사례는 Indofood사건 판결이다. 법원은 이자소득의 수령자가 “소득으로부터의 혜택을 직접적으로 향유할 완전한 권한을 가지고 있으면(enjoy the full privilege to directly benefit from the income)” 수익적 소유자로 볼 수 있지만, 수령자가 상업적 그리고 실제적으로 당해 소득을 이전해야 한다면 수익적 소유자라 할 수 없다고 하였다. 수령한 수익을 바로 지배자(투자자)에게 분배하지 않고 추가적인 투자에 활용할 수 있는 재량권이 있는지의 여부를 중시하고 있다.

해당 소득을 수령하는 즉시 이전하여야 할 의무를 부담한 경우에는 수익적 소유를 인정하지 않지만, 그렇지 않은 경우에는 수익적 소유를 인정하고 있다.

4. 독일

독일 연방재정법원의 판례 중에는 조세회피방지에 관한 조세기본법 제42조의 규정을 조세조약을 적용할 때에도 인정하는 것들이 있다.³¹⁾

일정 사안에 대해서는 조세기본법 제42조가 조세조약을 적용할 때에도 인정되도록 입법화한 사례도 있다. 소득세법 제50d조 (1)은 아래와 같이 조세조약상 제한세율 적용배제의 요건을 규정하고 있다.³²⁾

31) Joerg Manfred Moessner, “Germany”, The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with the EC Law, Kluwer Law International, 1998, p.107.

첫째, 해당 실체가 없었더라면 해당 조세조약을 적용받을 수 없었던 사람들이 둘째, 중간에 실체를 개입시키는 데 경제적 또는 다른 어떠한 합리적인 이유가 없으며

셋째, 영위한 거래 자체가 경제적으로 의미가 있는 활동으로 보기 어려운 경우.

5. 캐나다

수익적 소유의 의미를 밝히는 최초의 법원 판례는 *Prevost Car Inc. v. The Queen* 2004-2006(IT)G이다. 캐나다 내국법인인 *Prevost Car Inc.*는 네덜란드 회사 *Prevost Holding B.V.*에게 배당금을 지급하였는데 그 네덜란드 회사는 지급받은 배당금을 바로 영국에 소재하는 자신의 주주인 *Henlys Group plc*과 스웨덴에 소재하는 주주에게 이전하였다. 법원은 조세조약상 수익적 소유자 개념은 배당금을 사용하고 향유(use and enjoyment)하는 자격을 가지고 배당금에 대한 위험을 부담하고 지배하는 자라고 정의하였다. 이에 따라 수령한 배당금이 아무런 절차 없이 바로 이전되도록 되어 있지 않는 한 수익적 소유자가 된다고 하였다. 이 사건에서는 인적·물적 설비가 없는 중간지주회사를 수익적 소유자로 인정한 결과가 되었다.

조세조약해석법은 국내세법 규정을 조세조약에 소급적용할 수 있다고 규정하고 있다[유동적 해석(ambulatory interpretation)]. 2005년 1984년 조세조약해석법 제 4.1조는 다음과 같이 개정되었다.

4.1 조약조항들과 캐나다에서 조약을 발효시키는 입법에 불구하고 캐나다 법상 소득세법 제245조의 규정이 조약에 의하여 제공되는 어떠한 혜택에도 적용된다는 것을 분명히 한다.³²⁾

소득세법 제245조는 다음과 같이 규정하고 있다.

32) Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3rd edition, Kluwer Law International, 1997, p.128.

33) 4.1 Notwithstanding the provisions of a convention or the Act giving the convention the force of law in Canada, it is hereby declared that the law of Canada is that section 245 of the Income Tax Act applies to any benefit provided under the convention.

- ① “조세혜택(tax benefit)”: 조세혜택이란 이 법 하에서 지급해야 하는 세금 또는 다른 돈의 감액, 회피 또는 이연 혹은 이 법 하에서의 세금 또는 다른 돈의 환불의 증가를 의미한다.
- ② 거래가 조세회피에 해당하는 경우 어떤 사람에 대한 조세부과는 이 조항이 없었다면 그러한 거래나 또는 그러한 거래를 포함하는 일련의 거래들로부터 직·간접적으로 나타나는 조세혜택을 상황에 비추어 보아 적절히 부인해야 한다.

6. 해석론적 시사점

2007년 국제조세협회 종합보고서에 의하면, 대부분의 회원국가들은 국내세법상 소득귀속에 관한 일반원칙조항을 두고 있지 않다.³⁴⁾ 국가별 보고서를 제출한 28개 국가 중 20개 국가가 법적인 소유권에 따라 소득귀속을 결정하는 반면, 8개 국가가 경제적 실질에 따라 소득귀속을 결정하고 있다.

(1) 수익적 소유 조항의 의미

적지 않은 수의 국가들은 수익적 소유 개념이 독자적인 조세조약상 개념이라고 보고 있다(덴마크, 독일, 이스라엘, 노르웨이, 남아공, 스위스, 우루과이). 미국은 수익적 소유개념은 자국과 상대방국가 각각의 국내법을 모두 고려하여 해석하여야 한다고 한다. 일부 국가들은 수익적 소유 개념의 해석은 모델조세조약 제3조 제2항의 규정에 따라 국내법상 동 개념의 해석에 따를 수 있다고 한다(체코, 일본, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 스위스).

수익적 소유 개념의 의미에 대해서는 대부분의 국가들이 수익적 소유자에서 배제되어야 할 것으로 대리인이나 명의인 이외의 경우도 있다는 데에 동의하고 있다. 대다수 국가가 수익적 소유 개념의 실체적 의미를 자국의 조세회피방지규정에서 찾아내고 있는데, 그 중 많은 국가들이 실질과세원칙을 구체화한 것으로 보고 있다(체코, 덴마크, 독일, 이태리, 한국, 룩셈부르크, 페루, 스페인, 우루과이). 다른 국가들은 동 개념이 실질적인 경제적 혜택을 의미하는 것으로 본다(오스트리아, 남아공, 스위스).

34) Joanna C. Wheeler, general report, *92b: Conflicts in the attribution of income to a person*, International Fiscal Association, 2007, p.20.

신주식에 의한 수익적 소유개념의 해석지침이 공포된 이후의 사건으로는 스위스 법원의 X Bank v Federal Tax Administration(2018) 21 ITLR 285판결이 있다. 이 사건 사실관계는 다음과 같다. 영국은행은 자신의 고객과 다음과 같은 Total Return Swap계약을 체결하였다. 스위스회사 주식의 가치 상승분과 영국은행이 스위스회사로부터 지급받은 배당금의 80%에 해당하는 금액을 지급하는 한편 해당 고객은 영국은행에게 해당 주식 가치 하락분에 해당하는 금액을 지급하기로 하였다. 영국은행은 자신의 재무적 위험을 헤징하기 위해 고객과의 상의 없이 스위스회사의 주식을 취득하였다. 2008년 금융위기로 인해 해당 주식의 가치는 하락하였으며 영국은행은 고객에게 하락분에 해당하는 금액의 지급을 청구하였다. 고객은 마지막까지 그 청구에 응하지 못하였다. 은행은 가치가 하락한 주식을 처분하여 손실을 보았다. 이후 은행은 회사로부터 배당금을 지급받았으며 이를 고객에게 이전하지 않았다. 이 사건에서 스위스연방행정법원은 스위스대법원의 Re Swiss Swaps Case I/A(2015)18 ITLR 138 선판례에 따라 영국은행은 스위스와 영국간 조세조약상 해당 배당금의 수익적 소유자가 아니라고 판단하였다. 영국은행은 수령한 배당금을 보유하고 그에 상응하는 금액을 타인에게 이전하지 않았음에도 불구하고 수익적 소유자에 관한 선판례³⁵⁾ 때문에 수익적 소유자가 아닌 것으로 판단되었다.³⁶⁾ “수령한 소득을 타인에게 이전할 의무”가 소멸한 시점 이후에

35) S Jain, J Prebble의 논문 *The Swiss Swap Case Revisited*에서 관련 법원의 판결문을 인용하면 다음과 같다.(https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/The_Swiss_Swap_Case_Revisited_Jain_and_Prebble.pdf).

일반적으로 (이 사건에서는 분배받은 배당금과 관련한) 처분권은 수익적 소유의 핵심요소로 볼 수 있다(In general, ... power of disposal (in this case in relation to the distributed dividends) is classified as the key element of beneficial ownership)...누가 소득을 타인에게 이전할 의무가 있다면 그 자는 해당 소득의 사용에 관해 제한된 권능만 갖는 것이다. 계약에 의해 소득을 이전할 의무를 갖는다는 사실은 그 자가 수익적 소유자가 아니라는 것을 나타낼 수 있다. 그 자가 소득을 이전할 사실상의 의무를 갖고 있다는 사실도 또한 그 자가 수익적 소유자가 아니라는 것을 나타낼 수 있다(if a person is obliged to pass on income to another, that person possesses limited power to decide on the use of the income. The fact that the person has a contractual obligation to pass on income may show that such a person is not the beneficial owner. The fact that the person has a de facto obligation to pass on income may also show that such a person is not the beneficial owner.).

36) Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters in United Nations, *Update of the UN Model Double Tax Convention between Developed and Developing*

받은 배당금에 대해서는 수익적 소유를 인정하였어야 할 것이었다.

(2) 국내세법상 소득귀속과의 관계

대부분 회원국들이 국내세법상 소득귀속은 조세조약상 소득귀속에 우선하여 이루어져야 한다는 데에 동의하고 있다.³⁷⁾ 조세조약은 조세조약상 소득귀속에 대한 해석지침을 주고 있지 않고 있으며, 이에 대해 국내세법이 지침을 주고 있는 국가도 찾기 힘들다.

미국과 독일의 경우 명문의 규정은 없지만 국내세법 적용과정에서 조세회피방지규정 또는 원칙이 적용되어 결과적으로 조세조약의 적용에 영향을 미치는 것으로 이해되고 있다.

(3) 조약남용을 국내세법남용으로 보아 국내세법상 조세회피방지규정에 의해 조세조약의 적용을 배제할 수 있는가?

주석 9.2항에서 기술하고 있는 것처럼 우리나라에서 국조법 제2조의2 제1항에 따라 조세조약의 남용을 국내세법의 남용으로 보아 국내세법상 조세회피방지규정을 적용하여 조세조약의 혜택을 부여하지 않을 수 있는가?

미국은 헌법상 Supremacy Clause에 의해 국내법에 의한 조약의 적용배제가 일반적으로 가능한 법제를 갖추고 있으며 그와 같은 헌법적 입장이 반영된 예로는 외국인부동산과세법(Foreign Investment in Real Property Taxation Act) 사례를 들 수 있다.

국내세법에 조세조약의 혜택을 부인하는 조항을 두고 있는 또 다른 국가의 예로는 독일, 캐나다 및 호주를 들 수 있다.

독일재정법원은 특별신법우선원칙에 따라 특별법적인 국내세법상의 원칙이 사후에 도입되더라도 조세조약의 적용을 제한할 수 있다는 입장이다.³⁸⁾ OECD의 ‘국내조세회피방지규정의 의미’에 나타난 독일 재무부의 입장도 위와 동일하게 다

Countries-Beneficial Ownership, 2019.4.2., paragraphs 11~12.

37) Joanna C. Wheeler, general report, *92b: Conflicts in the attribution of income to a person*, International Fiscal Association, 2007, p.22.

38) Rolf Fueger, et.al., "German Anti-Avoidance Rules and Tax Planning of Non-Resident Taxpayers", Bulletin, International Bureau of Fiscal Documentation, August /September 2000., p.440.

음과 같이 기술되어 있다. 일방체약국의 소득배분에 관한 원칙은 조세조약의 관할 사항 바깥이기 때문에 조세조약상의 어떠한 조항도 국내세법상 일반적인 조세회피방지규정을 적용하는 것을 제한하지 못한다고 한다. 이에 반하여 조세조약의 남용은 조세기본법 제42조의 법형성가능성의 남용과는 다른 개념이라고 보는 입장도 있다. 법형성가능성의 남용은 조세채무의 성립과정에서 문제될 사안인 반면 조세조약남용은 이미 성립된 조세채무에 대한 조세특례를 인정하는 것에 관한 것이기 때문이라는 것이다. 국내세법상의 조세회피방지규정이 조세조약에 적용되지 않는다는 주장을 수용한 판례가 *Monaco* 사건이다.³⁹⁾ 이에 대응한 입법적 조치로서 소득세법 제50d조 (1)이 도입된 것이다.

캐나다에서는 2004년 개정된 조세조약해석법에 의해 도입된 그 제4.1조가 소득세법상 조세회피방지규정인 소득세법 제245조가 조세조약을 적용하는 데에도 적용된다고 규정한 이후 발생한 사건에 대해서만 적용될 수 있다는 것이 법원의 입장이다(MIL(Investments) S.A. v. Her Majesty the Queen, 23 June 2007). 제4.1조가 발효된 이후 발생한 사건에 대해 적용하는 것을 인정하는 것은 비록 개별 조세조약을 체결할 당시에는 그와 같은 국내세법상 조세회피방지규정이 존재하지 않아서 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제의 문제가 있지만 납세자로서는 소급과세의 권리침해가 나타나지 않은 것으로 볼 수 있을 것이기 때문인 것으로 이해할 수 있다.

우리나라에서는 위 국가들에서와는 달리 국내세법상 조세회피방지규정이 규율하는 조세회피는 국내세법에 의하여 부과되는 세금을 회피하는 행위이지 조세조약에 의하여 받는 조세혜택을 부당하게 받는 행위를 의미하는 것은 아니므로 조약남용을 이유로 조세회피방지규정을 적용할 수는 없을 것이다. 조세회피방지규정에서 명문으로 조약남용을 동 규정의 적용사유로 규정한다면 이는 조세조약의 적용배제(treaty override)로서 조세조약 우선원칙에 어긋나는 결과를 초래할 것이다. 조약남용을 이유로 실질과세원칙을 적용하는 것은 실질과세원칙 자체가 조세회피를 그 적용요건으로 하고 있지 않다는 점에서도 타당하지 않을 것이다.

실질과세원칙은 모름지기 사실판단 단계에서 정의와 실질이 괴리되고 있음을 발견하면 정의가 아닌 실질에 과세하는 세법적용의 일반적 원칙이다. 실질에 대해 국

39) Joerg Manfred Moessner, "Germany", The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with the EC Law, Kluwer Law International, 1998, p.107.

내세법을 적용한 후 역시 조세조약도 적용하는 과정에서 실질이 없는 조세회피행위에 대해 조세조약상 혜택이 부여되지 않는 경로를 거치게 되는 것이다. 납세자가 영위한 거래에 비록 조세절약의 요소가 발견된다 하더라도 그것이 정당한 사업목적에 의한 실질적 요소를 갖춘 경우에는 실질을 인정할 수 있을 것이다. 이런 관점에서 법원은 여기서 실질은 창출된 소득에 대한 사용·수익 뿐 아니라 해당 소득의 창출을 위한 활동까지를 포함하는 것이 되어야 한다고 보고 있는 것이다.

V. 입법적 보완사항

1. 법인세법 제93조의 2(소득세법 제119조의2)

2018년말 개정된 법인세법은 제93조의2(국외투자기구에 대한 실질귀속자 특례)를 신설하였다(2020년 1월 시행). 외국법인이 국외투자기구를 통하여 소득을 가득하는 경우에는 그 외국법인을 실질귀속자로 보는 것을 원칙으로 한다. 이 때 “실질귀속자”는 해당 소득과 관련하여 “법적 또는 경제적 위험을 부담하고 그 소득을 처분할 수 있는 권리를 가지는 등 그 소득에 대한 소유권을 실질적으로 보유하고 있는 자”를 말한다(법인세법 제93조의2 제1항 본문). 다만, 국외투자기구가 다음의 요건을 충족하는 경우에는 해당 기구를 실질귀속자로 간주한다(법인세법 제93조의2 제1항 본문 단서).

1. 다음 각 목의 요건을 모두 충족하는 경우
 - 가. 국외투자기구의 거주지국에서 그 국외투자기구가 납세의무를 부담할 것
 - 나. 국내원천소득에 대한 소득세 또는 법인세를 부담하게 감소시킬 목적으로 그 국외투자기구를 설립한 것이 아닐 것
2. 그 국외투자기구가 조세조약에서 실질귀속자로 인정되는 것으로 규정된 경우
3. 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 국외투자기구가 그 국외투자기구에 투자한 투자자를 입증하지 못하는 경우(투자자가 둘 이상인 경우로서 투자자 중 일부만 입증하는 경우에는 입증하지 못하는 부분으로 한정한다)

먼저 제1항 본문에서의 정의에 따르자면 실질귀속자는 창출된 소득에 대한 지배, 관리 및 처분을 보아 판단한다. 해당 소득과 관련하여 법적 또는 경제적 위험을 부담한다는 부분은 그것을 소득창출과정에서 자원을 제공하고 그에 따른 위험을 부담한 것으로 본다면 그간 우리 법원의 입장과 유사한 것으로 볼 수 있을 것이다.

다음, 제1항 본문은 원칙적으로 국외투자기구는 소득의 실질적 귀속자가 되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있다. 한편 신주식에 따르자면 집합투자기구(collective investment vehicle), 즉 공모국외투자기구는 그것이 가득한 소득을 바로 투자자에게 이전할 의무가 있는 것이 아니므로 소득의 수익적 소유자가 될 수 있다. 다만, 공모국외집합투자기구가 수익적 소유자가 된다 하더라도 그 점 때문에 조세조약을 적용받는 것을 보장받는 것은 아니며 기타의 조세조약상의 남용방지장치 또는 국내세법적용원칙의 적용을 받은 결과 조세조약을 적용받지 못하는 경우가 있을 수 있다.⁴⁰⁾ 공모국외투자기구가 국내세법상 실질귀속자가 되지 않는다면 비록 조세조약상 수익적 소유자가 된다 하더라도 조세조약을 적용받지 못하게 되는 것이다. 공모국외투자기구에 대해 조세조약을 적용하지 않는 것은 국제적인 조약적용 관행에서 벗어나는 결과가 될 수도 있다.

제1항 제1호는 이런 문제를 보완하기 위한 예외규정이다. 가목은 단순히 “납세의무를 부담할 것”이라고 일반적으로 규정하고 있어 해당 공모국외투자기구가 한국내 원천소득에 대해서는 소재지국에서 납세의무를 부담하지 않는 경우에도 해당 요건을 충족하는 것으로 해석될 여지를 두고 있다. 이러한 현상을 방지하기 위해 보다 구체적으로 “제93조에 따라 지급받은 국내원천소득에 대한 납세의무를 부담할 것”으로 개정할 필요가 있다.

나목에서 “국내원천소득에 대한 소득세 또는 법인세를 부당하게 감소시킬 목적”은 내용상 조세조약을 남용할 목적을 의미하는 것이다. 나목은 국내세법의 규정에 근거하여 조세조약 남용 여부에 따라 소득의 실질귀속을 달리 보도록 한 것이며, 결과적으로 국내세법에 근거하여 조세조약의 적용을 부인하게 된다. 이 부분은 아래 국조법 제2조의2 제3항이 갖는 문제와 동일하게 국내세법에 의한 조세

40) 모델조세조약 제10조에 대한 주석 paragraph 12.4; OECD, *OECD Model Tax Convention Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12*, 19 October 2012 to December 2012, paragraph 13.

조약 적용 배제(treaty override)의 문제를 야기한다. 나목은 삭제하거나 “소득세법 및 법인세법의 혜택을 부당하게 받을 목적으로”로 개정하는 것이 바람직하다.

제1항 제2호의 예외는 조세조약에는 존재하지 않는 개념인 “실질귀속”이 마치 조세조약에 있는 것을 전제로 하는 규정이므로 “조세조약에서 소득의 귀속자로 인정되는 경우”로 개정할 필요가 있다. 이와 같이 개정한다면 제2호는 결국 소득의 수익적 소유자를 의미한다. 이와 같이 개정된 제2호를 적용한다면 조세조약의 규정을 적용할 때 수익적 소유자로 인정되는 국외투자기구는 국내세법상 실질귀속자로 본다는 결과가 된다. 실질귀속자 요건은 신주석상 수익적 소유자 요건보다 엄격하여 수익적 소유자이자만 실질귀속자가 되지 않는 경우가 발생하게 되어 있다. 국외투자기구라고 하여 그와 같은 예외를 인정할 필요가 있는지 의문이지만 공모국외투자기구를 원칙적으로 수익적 소유자로 인정하는 신주석의 입장을 뒷받침하기 위한 것으로 이해할 수 있는 부분이다. 즉 신주석에 의할 때 공모국외투자기구는 수익적 소유자로 인정될 것이며, 이 경우 제1항 제2호에 따라 법인세법상으로도 실질귀속자로 간주될 수 있게 되는 것이다.

제1항 제3호의 규정은 사모국외투자기구가 그 구성원의 명세를 과세당국에 제출하도록 유도하는 효과가 기대된다. 제3호가 적용된다면 해당 국외투자기구에 대해서는 투자자명세가 제출된 부분에 대해서만 조세조약을 적용하도록 규정하고 있기 때문이다(법인세법 제93조의2 제2항).

2. 국조법 제2조의 2

조세조약남용방지규정을 국내세법에 두는 것은 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제(treaty override)의 문제를 야기한다. 국조법 제2조의2 제3항에서 조세조약의 혜택을 부당하게 받기 위하여 단계거래를 구축하면 단일거래로 본다고 규정한 부분은 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제에 해당한다. 국조법 제2조의2 제3항 중 이 부분을 제외한 나머지 부분은 국세기본법 제14조의 규정에 의하여 그 목적을 달성할 수 있으므로 국조법 제2조의2를 삭제하는 것이 바람직하다.

VI. 결 론

필자는 본고에서 신주석상 수익적 소유자 해석지침을 우리 세법과 조세조약의 해석·적용에 반영하는 방안을 연구하고, 개정 필요성이 있는 국내세법에 대해서도 연구하였다.

신주석은 수익적 소유 조항의 기능적 한계를 인정하여 수평한 소득을 타인에게 이전할 계약상 법적 의무가 없는 경우에는 해당 소득의 사용·수익권을 향유하는 것으로 보아 수익적 소유자를 인정하는 쪽으로 수익적 소유 개념을 넓게 해석하고, 이와 같이 해석할 경우 나타날 수 있는 조세조약 남용현상을 조세조약 및 국내세법상 다른 장치를 통해 보완하자는 내용을 수록하고 있다. 주석이 그간 국제적인 가이드라인이 될 만한 구체적인 해석방안을 제시하지 못한 것에 비하면 신주석이 제시한 해석지침은 큰 진전이라고 할 수 있다.

조세조약의 적용과정은 국내세법의 적용으로 해당국에서 조세채무가 발생한 비거주자 또는 외국법인이 자기가 적용받을 수 있는 조세조약의 적용을 주장하면서 개시하게 된다. 국내세법상 과세대상 소득의 실질귀속이 없는 자에게는 조세채무가 발생할 일이 없으니 그에게는 조세조약도 적용되지 않는 것이다.

종래 우리 법원은 국내세법상 실질귀속의 개념은 수익적 소유 개념과 동일하다는 전제 위에 두 개념의 실질적 내용을 충족하는 사실요소들을 심리하여 조세조약 적용 여부를 판단하여 왔다. 두 개념 모두 소득의 수령자가 소득창출활동에 종사하여야 하며, 가득한 소득의 지배·관리·처분의 권리가 있어야 한다고 보았다. 그런데 신주석은 가득한 소득을 타인에게 이전할 계약상·법적의무가 없이 사용·수익할 권리가 있으면 수익적 소유자가 된다고 하여 수익적 소유 개념을 넓게 확대한 결과가 되었다.

신주석의 지침을 수용하면서 실질귀속의 개념을 그에 맞추어 넓게 해석하지 않는다면 실질귀속자는 항상 수익적 소유자가 되지만 수익적 소유자는 항상 실질귀속자가 되는 것은 아닌 것이 된다. 후자의 상황에서는 비록 조세조약상 수익적 소유자라 하더라도 그에게는 국내세법상 조세채무가 발생하지 않아 조세조약을 적용할 수 없다.

2018년말 파라마운트사건판결 및 코닝사건판결은 신주식 해석지침을 수용하면서 실질귀속 개념의 해석에 관한 법원의 종래 입장과 조화를 도모한 것이다. 다만, 동 판결들의 판결문 중 “***소득의 수익적 소유자에 해당한다고 할지라도 국세기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는 그 적용을 부인할 수 있다.”에서 “국세기본법상 실질과세원칙에 따라 조약남용으로 인정되는 경우에는”의 부분은 “국세기본법상 실질과세원칙에 의할 때 정의와 실질이 괴리되는 경우에는”으로 수정되었어야 할 것이었다.

국세기본법 제14조 제1항의 실질귀속조항은 조세회피 여부와는 무관하게 늘 실질에 대해 과세하도록 하는 규정이다. 적지 않은 상황에서 조세회피가 있을 때 동 조항의 적용이 적극적으로 검토되는 것이 현실이지만 그렇다고 하여 실질귀속조항이 조세회피를 방지하기 위해 존재하는 조세회피방지규정이라고 볼 수 없다. 설사 실질귀속조항을 조세회피방지조항으로 인정하더라도 이를 이유로 위 판결에서 처럼 실질과세원칙을 조약남용을 규제하기 위한 조항으로 볼 수는 없다. 실질에 과세하다 보니 조약남용을 방지하는 효과가 나타나는 경우가 있을 수 있음은 물론이다. 조세조약상 혜택을 국내세법 규정에 의해 배제하는 것은 국내세법에 의한 조세조약의 적용배제(treaty override)가 될 것이다.

동일한 논리에 따를 때 국조법 제2조의2 제3항은 삭제되어야 한다. “조세조약의 혜택을 부당하게 받는 행위”를 국내세법조항에 의해 직접 규율할 수는 없는 것이다.

2018년말 신설된 법인세법 93조의2 및 소득세법 제119조의2는 조세조약을 적용받고자 하는 국외투자기구가 실질귀속자로서 국내세법상 조세채무의 귀속자가 될 수 있는 기준을 제시하는 규정이다. 법인세법 제93조의2 제1항 제1호 나목의 부분은 조세조약 남용 여부에 따라 소득의 실질귀속을 달리 보도록 하고 있어서 위 국조법 제2조의2 제3항과 동일한 문제가 있으므로 삭제하거나 “소득세법 및 법인세법의 혜택을 부당하게 받을 목적으로”로 개정되어야 할 것이다. (끝)

〈참고문헌〉

- 김동욱, “국내세법상 실질과세원칙과조세조약상 수익적 소유자 개념의 해석과 적용”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019.
- 김석환, “조약편승과 실질과세원칙”, 『조세학술논집』, Vol.31 No.1, 한국국제조세협회, 2015.
- 안경봉 · 오윤, “한국의 조세회피방지규정과 일반적 조세회피방지규정(GAAR) 도입방안”, 『조세법연구』, 한국세법학회, 14-1, 2008.
- 오윤, “Beneficial Ownership 개념과 실질과세원칙의 관계”, 『조세법연구』, 한국세법학회, [15-4], 2010.
- 윤지현, [발표문 1] “론스타 판결의 의의와 한계”, 『조세학술논집』, Vol.30 No.3, 한국국제조세협회, 2014.
- 이동식, “조세회피방지를 위한 일반 규정의 도입 연구”, 『조세법연구』, 24(1), 한국세법학회, 2018. 4.
- 이승일, “조세조약상 ‘수익적 소유자’ 조항의 의미”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019.
- 이의영, “조세조약의 해석 - 비엔나협약의 기능과 한계, 국내법원 해석의 상호 발전 -”, 『조세학술논집』, Vol.35 No.2, 한국국제조세협회, 2019.
- 유철형, “조세조약상 실질과세의 원칙에 관한 연구”, 『조세학술논집』, Vol.34 No.2, 한국국제조세협회, 2018.
- Charl P. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, 1999.
- Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters in United Nations, “*Update of the UN Model Double Tax Convention between Developed and Developing Countries-Beneficial Ownership*”, 2019. 4. 2.
- Holmes Henry, *Canada, 92b: Conflicts in the attribution of income to a person*, International Fiscal Association, 2007.

IBFD, *Country Survey - Germany*, Information as of 19 December 2005.

Inter-American Development Bank, “*A Beneficial Ownership Implementation Toolkit Prepared by: The Secretariat of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*”, March 2019.

Joanna C. Wheeler, *general report, 92b: Conflicts in the attribution of income to a person*, International Fiscal Association, 2007.

Joerg Manfred Moessner, *Germany, “The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with the EC Law”*, Kluwer Law International, 1998.

Klaus Tipke and Joachim Lang, “*Steuerrecht*”, Verlag Dr. Otto Schmidt K G, Koeln, 2005.

Klaus Vogel, “*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*”, 3rd edition, Kluwer Law International, 1997.

OECD, “*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*”, 1988.

OECD, “*PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES(BEPS Report Action6)*”.

OECD, “*OECD Model Tax Convention Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12*”, 19 October 2012 to December 2012.

福田善行, 實質所得者課税に関する一考察-所得税における所得の歸屬判定を中心に-, 『税務大學校論叢』, 平成28年6月30日.

<https://www.gov.uk/trusts-taxes>

<https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/united-states-model-tax-treaty-documents>

https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/The_Swiss_Swap_Case_Revisited_Jain_and_Prebble.pdf

<Abstract>

**A Study on the Interpretation Guideline for
“Beneficial Ownership” Concept Provided in the
OECD Model Tax Convention Commentaries**

Yoon OH

In this study the writer analyzes the interpretational approach to apply the interpretation guideline for the “beneficial ownership” concept in the new OECD Model Tax Convention Commentaries for the interpretation and application of domestic tax laws and tax treaties of Korea, and also proposes a revision of a number of relevant articles in the domestic tax laws in this topic area.

The new OECD Model Tax Convention Commentaries as revised in 2014 recognize beneficial ownership in case the recipient of income is not obligated to transfer the received income to other parties under the terms of a contract or law because he or she may be deemed to enjoy the right to use and benefit from the income.

Until recently, Korean courts decided on the applicability of a specific tax treaty to a non-resident by deliberating whether the facts proved satisfy the substantive factors common to both substantive attribution concept and beneficial ownership concept, under the proposition that the two concepts have basically the same meaning.

If the court accepts the new guideline but does not allow the more generous interpretation of the substantive attribution concept (when compared to the new guideline for the beneficial ownership concept), a non-resident who is a beneficial owner, but is not a substantive owner of income may fall into a position where he or she is not entitled to apply the relevant tax treaty because the tax liability has not occurred to him or her under the domestic tax laws of Korea.

Supreme Court Decision 2017Du33008, 2018.11.15. and Supreme Court

Decision 2018Du38376, 2018.11.29. accepted the new guideline, which is understandable in terms of generally accepted principle of interpretation of tax laws. These two decisions show that the judges made efforts to coordinate the new guideline with the traditional interpretation of the substantive attribution concept. Yet in the main paragraph of the decisions, “the application may be denied in case when it is deemed there was a tax treaty abuse according to the Basic National Tax Act although a non-resident is deemed as the beneficial owner of ***” should have been amended to “the application may be denied in case when it is deemed that the nominal ownership is not deemed to match the substantive ownership according to the Basic National Tax Act although a non-resident is deemed as the beneficial owner of ***”.

The substantive attribution provision in the Basic National Tax Act requires that taxation should be made to the substance consistently irrespective of the existence of tax avoidance. Frequently the application of the substantive attribution provision is put into consideration aggressively in case of tax avoidance. But the provision is not an anti-avoidance provision per se. If the benefit provided by a tax treaty is not allowed as a result of the application of domestic tax law provisions, it may be deemed as a treaty override.

From the same perspective Paragraph 2 of Article 2-2 of the International Tax Coordination Act should be deleted. An “act of receiving tax treaty benefits in an unfair manner” may not be sanctioned directly by domestic tax laws.

Article 93-2 of the Corporate Tax Act provides a guideline according to which an overseas investment vehicle is to be recognized as a substantive owner (or attributee). Na in Sub-paragraph 1 Paragraph 1 of Article 93-2 of the Corporate Tax Act stipulates that the substantive attribution of income may not be accepted in case of tax treaty abuse. This entails the same problem as Paragraph 3 of Article 2-2 of the International Tax Coordination Act. It has to be abolished or revised to “for the purpose of enjoying the benefit of the Income Tax Act or Corporate Tax Act”.

Key words : beneficial ownership, substantive attribution, commentaries, treaty abuse, tax avoidance