

금융상품을 이용한 tax shelter의 현상과 과제*

- 미국의 tax shelter 개념과 경제적 실질원칙을 중심으로 -

오 윤 (한양대학교 법학전문대학원 교수, 주저자)
문 성 훈 (한림대학교 경영학과 부교수, 교신저자)

■ 목 차 ■

- I. 연구의 범위
 - II. Tax shelter의 개념과 특성
 - III. 금융상품을 이용한 tax shelter 논의
 - IV. 결론-분석과 제언
-

〈국문초록〉

소득세법이 열거된 소득만 과세하는 체제를 유지하고 있어, 새로운 형태의 금융상품거래를 통한 경제적 이득에 대해 과세당국과 투자자 또는 금융회사간 다수의 분쟁이 발생하고 있다. 본고에서는 최근 10여년간의 과세사건 중 대표적인 4개 사례를 분석하고 입법적 개선방안을 제안하였다.

첫번째 엔화스왑예금사건에서는 과세관청이 투자자가 취했어야 한다고 본 통상적인 거래라고 하더라도 타당한 구체적 세법조항 없이 강제 될 수는 없기 때문에, 이 사건을 기존의 세법으로는 과세가 어렵지만 동일한 경제적 실질의 통상적 외관을 갖추었다면 과세되었을 거래에 대해 조세를 회피할 수 있는 수단이라는 엄격한 의미의 tax shelter로 보기는 곤란하다. 채권할인액과 골드뱅킹사건에서도 소득세법이 열거주의 규정방식을 고수하면서 새로운 형태의 거래를 통한 소득에 대한 과

* 이 논문은 2018년도 한림대학교 교비연구비(HRF-201801-007)에 의하여 연구되었음.
투고일 : 2018.01.29. 심사일 : 2018.01.30. 수정일 : 2018.02.07. 게재확정일 : 2018.02.08.

세를 위한 근거조항을 두지 않은 까닭에 경제적 이득을 가득하면서도 과세되지 않은 것에 불과할 뿐 경제적 실질이 없는 거래를 인위적으로 개입시키거나 오로지 조세회피만을 목적으로 해당 거래를 선택한 것은 아니었다. 마지막으로 주식대차 거래사건에서 주된 목적이나 동기가 대주주 주식양도소득 과세를 회피하기 위함이었다고 밝혀졌다면 법원은 대여한 주식을 대여자가 보유하는 것으로 보아 양도소득을 과세할 수도 있었을 것이다.

이러한 조세회피를 막기 위해서는 우선 응능부담원칙에 충실할 수 있도록 근본적으로 포괄적 과세조항을 확대해나갈 필요가 있다. 다음으로 경제적 실질을 정의하고 경제적 실질이 없는 거래는 세법 적용상 인정하지 않는다는 원칙을 명확히 할 필요가 있다. 또한 해당 납세자가 의도하는 구체적 경제적 목적을 추구하는 통상인이라면 선택하였을 유형의 거래 이외의 유형을 선택한 경우로서 그 거래를 선택한 주된 목적이 조세혜택을 보고자 하는 것이었다면 해당 거래를 조세회피거래로 보는 내용의 규정을 둘 필요도 있다.

주제어: 엔화스왑예금, 채권할인액, 골드뱅킹, 주식대차거래, 조세회피수단, 포괄적 과세조항

I. 연구의 범위

금융상품은 투자소득을 올리기를 기대하는 투자자들에게 금융회사들이 판매하는 투자상품이다. 금융회사들은 증권, 증서 또는 계약상의 지위를 투자자에게 판매하게 되는데 정부는 그 거래과정에서 투자자를 보호하고 시장질서를 유지하기 위한 규제법을 운용하고 있다. 은행법 및 자본시장과금융투자업에관한법률 등이 그 예이다.

투자자들은 금융상품의 취득, 보유 및 처분의 과정에서 이익 또는 손실을 보게 되어 있다. 소득세법은 소득이 있는 곳에 과세하는 기본 정신에 따라 금융상품으로부터의 소득에 대해서도 과세한다. 소득세법은 과세대상으로 열거한 소득만 과세하는 방식을 채택하고 있으며, 금융상품으로부터의 소득은 이자소득, 배당소득

및 양도소득으로 과세된다.

이자소득과 배당소득(이하 “금융소득”)은 종합소득을 구성하는 소득으로서 먼저 14%의 세율에 의한 원천징수의 방식으로 과세되는데 특정 개인의 금융소득이 연간 2천만원 이상인 경우에는 말 그대로 다른 소득과 종합하여 누진세율로 과세되지만 그에 미치지 못하는 경우에는 다른 소득과 분리되어 앞의 원천징수로써 납세의무가 소멸한다.

금융상품으로부터의 양도소득은 종합소득과 구분되어 과세된다. 그 과세대상은 주식, 파생상품등(일부 시장지수형선물·옵션 및 주식워런트증권)으로 한정되어 있다. 채권으로부터의 양도소득은 과세대상에서 제외되어 있다. 주식양도손실은 당년도 주식양도소득과의 상계가 허용되며, 파생상품등의 양도손실은 당년도 파생상품등의 양도소득과의 상계가 허용된다. 금융상품 양도소득에 대한 소득세는 신고납부의 방법으로 납세의무가 이행된다.

투자자를 보호하는 법제가 발달하고 자본거래의 시장화가 진행되면서 투자자가 취득할 수 있는 지위와 그에 따른 경제적 이득은 다양한 형태로 변화되어 오고 있다. 소득세법은 여전히 열거된 소득만 과세하는 체제를 유지하고 있어 새로운 형태의 금융상품거래를 통한 경제적 이득에 대해 미진한 법문을 어떻게든 활용하여 과세하고자 하는 과세당국과 기존 법문의 엄격해석을 통해 과세를 피하고자 하는 투자자 또는 금융회사간 다수의 분쟁이 발생하고 있다.

본고에서 연구자들은 이와 관련하여 최근 10여년간 한국에서 나타난 과세사건 중 대표적인 사례를 소득 종류별로 선정하여 분석하고 입법적 개선방안을 모색하고자 한다. 이자소득에 관해서는 엔화스왑예금사건과 채권할인액사건을 선정하였으며, 배당소득과 관련해서는 골드뱅크사건을 선정하였고, 주식양도소득과 관련해서는 주식대차거래사건을 선정하였다.

조세평등주의를 강조하는 입장에서는 이들 사건에서 납세의무자들은 조세회피를 하였다고 주장할 수 있을 것이다. 기존 세법령의 문언을 문리해석하는 바탕 위에 잘 짜여진 구도에 따라 최대한의 절세를 도모한 것이기 때문이다. 미국에서는 이와 같이 기존의 세법령으로는 과세하기 어려운 법적 외관을 가지는 거래이지만 동일한 경제적 실질을 도모하는 통상적인 외관을 갖춘 것이었다면 기존 세법령으로도 과세되었을 거래에 대해 그것은 조세를 회피할 수 있는 수단이라는 의미에서 “조세회피수단(tax shelter)”이라고 명명하고 그것을 실체법적으로 부인할 수 있다

록 판례법상 “경제적 실질원칙(economic substance doctrine)”을 내국세입법에 명문화하고, 절차적으로는 그것을 미리 신고하지 않을 경우 제재를 가하는 “자진신고(voluntary disclosure)” 제도를 도입하고 있다. 본고에서 연구자들의 중국적인 제안이 이에 귀결되므로 연구자들은 본고의 제목을 “금융상품을 이용한 tax shelter의 현상과 과제로”로 하기로 하였다.

II. Tax shelter의 개념과 특성

1. tax shelter의 개념

미국에는 전통적으로 법원에 의하여 개발되고 적용되어 온 판례법상 조세회피 방지원칙 및 내국세입법상 재무부장관이 소득금액을 재규정하는 기준을 제정할 수 있는 규정¹⁾이 있다.

1999년 7월 15일 재무부는 조세회피를 규제하기 위한 국세청의 제안을 분석하는 보고서 “법인을 이용한 조세회피수단의 제 문제(The Problems of Corporate Tax Shelters)”(이하 “1999년 보고서”)²⁾를 발간하였다.

1999년 보고서의 제안에 따라 도입된 절차적으로 조세회피거래신고제도에 의하면 조세회피행위의 사전 예방 및 조기 탐색을 위해 미국 국세청은 “조세회피수단(tax shelter)”의 유형을 고시하고, 조세회피수단에 해당하는 거래에 대해서는 거래에 참여하는 납세자가 사전에 과세당국에 신고하도록 하고 있다(Disclosure rule). 잠재적으로 남용가능한 조세회피수단의 조성자는 과세당국이 사용가능한 투자자의 목록을 보관해야 한다. 이에 따라 2000년 5월에는 국세청 내부에 대기업 및 중소기업 밑에 조세회피분석실을 두고 사전신고대상 조세회피거래신고대상을 공표해오고 있다.³⁾

1999년 보고서가 굳이 “조세회피(tax avoidance)”라는 개념 대신 “조세회피수단(tax shelter)”이라는 표현을 사용한 것은 조세회피수단을 생산하여 소비자에게 판

1) Section 269, 446, 482, 7701(i).

2) Department of the Treasury, *The Problem of Corporate Tax Shelters*(1999.7).

3) CCH, *A brief chronology of tax shelter policy: A look at the past to know the present*, CCH Focus on Tax(2003.12.).

매하는 시장이 있다는 관념 때문이다. 그것의 생산자는 회계사 또는 변호사와 같은 전문직업인이고 그것의 소비자는 일반 투자자이며 그 상품은 다양한 형태로 생산되어 시장에서 많은 소비자들을 상대로 복제되어 판매되고 있다는 상황인식에 기초한 것이었다. 그에 따라 동보고서가 내놓은 제안에는 철저적인 신고제도와 전문직업인을 규율하기 위한 장치가 포함되어 있다.

2. tax shelter의 특성

(1) 1999년 보고서 사례

이 보고서가 예로서 들고 있는 사례는 Contingent installment sale note, Liquidating REIT transaction, Section 357(c) Basis-shift transactions, Fast-pay stock transaction, Lease-in lease-out, Corporate-owned life insurance의 6가지이다. 이들 사례들은 공통적으로 특정 납세자 자신이 인식해야 할 과세소득을 자신과 관계 없는 제3자를 끌어들여 그에게 과세소득을 이전하는 거래를 만들었으며 그러한 거래는 달리 조세회피 이외에 경제적 목적을 갖지 않는 것이었다. 대표적인 사례로 contingent installment sale note(CINS)를 간략히 살펴 본다.

미국 납세자와 해당 거래로부터의 소득금액이 많아져도 소득세가 늘어나지 않는 제3자와 조장자(promoter)가 조합을 설립한다. 그 조합은 사모로 발행된 채무증서를 인수한 직후 그 채무증서를 현금과 Contingent Note로 교환한다. 이 거래는 Contingent installment sale의 요건을 충족하도록 설계한다. Contingent installment sale rule은 양도차익 계산상 양도 후 첫 번째 해에 배분되는 원가금액을 제한하고 있으므로, 첫해에 받은 현금은 당년도 매우 큰 양도소득이 발생하게 하는 효과가 있다(이는 이후년도의 손실로 다시 나타나게 된다). 이 양도소득은 물론 조합원에게 배분되는데 그 중에는 소득금액이 많아져도 소득세가 늘지 않는 개인적인 사정이 있는 제3자도 포함되어 있다. 그 소득이 배분되자마자 해당 제3자인 조합원은 조합을 탈퇴한다. 남아 있는 미국 납세자와 조장자는 이후 연도의 손실 인식에 따른 세금 감소의 혜택을 보게 된다.

이 거래에서 조합을 형성한 것은 오로지 조세혜택만을 보기 위함이었다. 이에 대한 미국 국세청의 과세는 법원에 의해 유지되었다. 이에는 특정 거래상 조세혜택은 경제적 실질의 결여를 이유로 부인될 수 있다는 판례원칙⁴⁾과 법원은 해당 거

래에서 의도된 조세혜택을 배제하는 방식으로 거래를 재구성할 수 있다는 판례원칙⁵⁾이 인용되었다.

1999년 보고서는 납세자가 어떤 경제적 목적을 달성하기 위해 열린 다양한 법적 외관 중 세금을 가장 절약하는 외관을 선택한 점을 문제 삼은 것은 아니었다. 오로지 조세회피(sole purpose)만을 목적으로 공연히 제3자를 끌어들여 거래를 구성한 경우로 한정된 것이었다.

(2) 경제적 실질의 부재

1999년 보고서는 이러한 사례들을 기초로 조세회피수단(tax shelter)인 “조세회피거래(tax avoidance transaction)”의 개념을 다음과 같이 파악하고 있다.

조세회피거래는 해당거래로부터 합리적으로 기대되는 세전 소득이 해당거래로부터 합리적으로 기대되는 순조세혜택에 비해 의미가 없는 거래를 의미한다. 부연하자면, 조세회피거래는 경제적 소득에 대한 세금을 부적절하게 배제하거나 과도하게 감축하는 거래를 의미한다. 여기서 세전소득과 조세혜택은 현재가치로 계산한다.

1999년 보고서는 이러한 개념 정의를 기초로 일반적 조세회피방지규정의 도입을 제안하였는데 이는 2010년에 가서야 내국세입법에 반영되었다.

2010년 3월 30일 개정된 미국 내국세입법 제7701조에 경제적 실질 과세원칙(economic substance doctrine)의 제하에 (o)항이 신설되었다. 이 원칙은 해당 거래가 해당 납세자의 경제적 지위를 의미 있게 변경시키고 그 납세자가 해당 거래를 하는 실질적인 목적을 가지고 있어야만 그 경제적 실질(economic substance)이 있는 것이며 그렇지 않은 경우에는 조세혜택이 허용되지 않는다고 규정하고 있다 (§7701(o)(1)). 조세를 제외하고는 납세자의 경제적 지위를 (거의) 변경시키지 않는 거래에 대해서는 조세혜택이 배제된다는 이론이다. “세법상 가장행위(sham transaction in tax law)” 개념의 창설에 관한 규정이라고도 볼 수 있다.

4) ACM Partnership v. Commissioner, 73 T.C.M. (CCH) 2189 (1997), aff'd in part, rev'd in part, 157 F.3d 231 (3d Cir.1998), cert. denied, 119 S.Ct. 1251 (1999).

5) ASA Investorings Partnership v. Commissioner, 76 T.C.M. (CCH) 325 (1998).

3. 조세회피의 개념

(1) 미국 세법상 실질우위원칙과 경제적 실질원칙

미국 판례법에는 실질우위원칙(substance over form)과 경제적 실질원칙(economic substance)이 병존하고 있다. 전자는 어떤 법적 외관이 그것이 갖는 경제적 실질과 다를 때에는 그 경제적 실질에 부합하는 법적 외관을 재구축하여 그에 대해 세법을 적용한다는 것이다. 후자는 어떤 법적 외관이 경제적으로 (거의) 무의미한 경우에는 그것을 인정하지 않는다는 것이다. 세금 절약의 목적만 가지고 있을 뿐 경제적으로 (거의) 무의미한 거래를 세법 적용상 인정할 필요가 없다는 것이다.

1999년 보고서가 예로 든 거래들은 경제적 실질은 없이 조세혜택만을 보기 위하여 고안된 거래들이다. 특정 경제적 목적을 달성하는 데 납세자에게 민사법상 열린 여러 법적 외관들 중에서 세금을 가장 절약할 수 있는 거래방식을 채택한 것이라면 그 거래방식은 경제적 실질(economic substance)이 없다고 할 수 없을 것이며 이를 조세회피수단(tax shelter)이라고 지칭하기는 어려울 것이다.

경제적 실질원칙을 적용할 수 없는 사안에 대해서는 과세관청은 실질우위원칙(substance over form)을 원용할 수 있을까? 미국 판례법상 실질우위원칙을 대표하는 사례 중 하나인 Commissioner. v. Court Holding Co.⁶⁾사건에서 법원은 거래

6) 324 U.S. 331(1945). 이 사건에서 피고회사는 유일한 자산인 아파트 건물을 매수하고 보유하기 위하여 1934년 설립되었다. 발행주식은 Minnie Miller와 그 남편이 소유하고 있었다. 피고회사는 그 자산에 대한 소유권을 가지고 있었는데, 1939.10.1과 1940.2. 사이에 그 자산의 판매를 위한 교섭이 회사와 자산의 임차인사이에 있었다. 매매조건에 관한 구두합의가 있었고, 1940.2.22.에 합의내용을 서면으로 작성하기 위해 만났다. 회사변호사는 매수인에게 매매는 회사에 대해 많은 소득세부담을 가져올 것이므로 매도하는 형식을 취할 수 없다고 조언했다. 대신에 회사는 다음날 청산하고, 그 자산은 주식과 교환으로 Minnie Miller와 그 남편에게 분배되었다. 그 후 매매계약은 매도인을 Miller 부부로 하고, 매수인을 임차인의 자매로 하여 이전에 회사와 교섭한 것과 같은 조건으로 이행되었다. 한달 반 전에 임차인이 회사에 지급한 \$1,000은 매매대금을 일부 지급한 것으로 하기로 하였다. 3일 후에 자산은 임차인의 자매에게 양도되었다. 만일 거래가 주주에 의한 자산의 매도가 뒤따르는 회사의 청산으로 간주된다면, 회사에 대한 조세는 회피되었을 것이다. 그러나 국세청장은 회사단계의 조세는 회사가 청산 전에 자산을 매도하고, 현금이익을 청산시 주주에게 분배한 것처럼 과세되어야 한다고 주장했다. 조세법원은 이들 거래는 단순히 조세채무를 회피하기 위하여 거래를 실제와는 다르게 보이기 위해 계획된 형식에 불과하다고 결론지었다. 항소심 순회법원은 회사가 그 매매를 취소하였고, 주주의 매매는 이전의 교섭과는 무관한 것으로

의 동기를 경제적 실질로 보아 그 동기에 가장 부합하는 거래를 찾아 세법을 적용하여야 한다는 입장을 표명하고 있다. 미국 세법상으로도 실질우위원칙은 아직 내국세입법상 명문규정으로 도입되지 않고 판례법상 그 인정되고 있을 뿐이다. 실질우위원칙을 경제적 실질에 부합하는 여러 법적 외관 중 조세부과권자인 국가에 가장 유리한 법적 외관을 선택하는 원칙으로 이해하고 세법을 적용할 수는 없는 것이다.

(2) 한국 판례상 “조세회피”의 개념

한국 세법은 일반적 조세회피방지규정을 두고 있지 않다. 다수의 개별적 조세회피방지규정 중 부당행위계산부인규정이 큰 역할을 하고 있다.

종래 한국 법원은 미국의 경제적 실질 관념에 비추어 (거의) 무의미한 거래는 비록 그것이 민사적으로 가장행위에 이르지 않은 것이라 하더라도 가장행위라고 지칭하면서 - “세법상 가장행위”라고 부를 수 있을 것이다.⁷⁾ - 그것을 무시하고

보았다.

7) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91누7170 판결 이 사건은 매도인이 건설회사가 아파트 건축을 위하여 토지를 매수한다는 사실을 알면서도 법인 앞으로 양도하게 되면 실지거래가액에 따른 양도소득세를 부담하게 된다는 이유로 회사의 대표이사 개인 명의로의 양도를 고집하여 그와 같은 내용의 계약서를 작성하고 대표이사 개인 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다가 후에 회사 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우이다. 이 사건은 실질귀속이나 실질계산 원칙이 바로 적용되는 것으로 보기 어려운 사실관계를 가지고 있다.
아울러 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결에서 대법관 박병대의 다수의 견에 대한 보충의견 중 다음의 부분을 참고할 수 있을 것이다. “대법원은 그동안 당사자가 선택한 법률관계에 대하여 그것이 가장행위에 해당하지 않는 한 개별적이고 구체적인 부인 규정 없이 실질과세의 원칙에 의하여 조세회피행위에 해당한다는 이유로 그 효력을 부인할 수 없다는 입장을 여러 사건에서 밝힌 바가 있다. 그러나 거기에서 언급하고 있는 가장행위를 민법 제108조 등에서 그 효력을 인정하지 않는 가장행위와 동일한 개념으로 이해할 필요는 없다. 당사자들 사이에 내심의 의사가 결여된 민법상의 통정허위표시는 그 사법상의 효력도 없으므로 굳이 실질과세의 원칙을 적용할 필요도 없이 그 과세요건 해당성은 가장행위의 배후에 은닉된 실지거래행위를 기준으로 판단하면 된다. 정작 실질과세의 원칙을 적용할 필요가 있는 영역은 그와 같은 민법상 가장행위의 정도에는 이르지 못하지만 외관과 실질이 괴리되어 있고 그 실질을 외면하는 것이 심히 부당하다고 볼 수 있는 경우이다. 실제로 대법원판례에는 그 외관이 민법상 가장행위에 해당한다고 보기 어려운 경우에도 실질과세의 원칙을 적용하여 과세요건사실을 그 외관과 다르게 파악하여 인정한 사례가 많고, 이 경우에는 명시적으로 가장행위에 해당한다는 것을 전제하고 있지는 않다(대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008두19628 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두19564 판결 등). 따라서 판례가 실질과세원칙의 적용과 관련하여 가장행위가 아닌 한 행위의 효력을 부인하여서는 안 된다고 한 것을 역으로 민법상 가장행위에 해당하는

세법을 적용한 사례를 갖고 있다. 그러나 정당한 사업목적(business purpose)이 있는 거래에 대해서는 비록 그것이 절세의 효과가 있다고 하더라도 과세상 인정하여야 한다는 입장을 대체로 견지하여 왔다.⁸⁾

최근에는 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결에서 “조세회피의 목적”이 있는 거래는 국세기본법 제14조의 규정에 의하여 부인될 수 있다는 입장이 천명됨으로써 한국 법원도 경제적 실질 원칙에서 더 나아가 실질우위원칙을 국세기본법 제14조의 규정을 근거 삼아 세법해석적용을 위해 받아들인 것으로 보아야 한다는 견해가 가능하게 되었다. 이에 대해서도 동 전원합의체 판결의 하급심 판결에서 “오로지”라는 문구를 사용하였다고 하여 대법원이 경제적 실질은 없이 “오로지 조세회피목적”이 있는 경우에만 납세자가 구성한 거래를 부인할 수 있다는 입장을 피력한 것이라는 주장이 제기되기도 한다. 이는 국세기본법 제14조를 경제적 실질원칙을 구현하는 정도로만 해석 적용하고자 하는 것으로 이해될 수 있다.

2007년에 국세기본법 제14조 제3항으로 단계거래원칙조항이 도입되었다. 이는 “조세회피”의 의미로 “이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는”의 문구를 두고 있다. 동 조항은 그 적용 범주에서 일반적 성격을 지니고 있지만 그 적용요건으로 “단계거래”를 설정하고 있으므로 준일반적 조세회피방지규정으로서의 성격을 가지고 있다. “세법의 혜택” 및 “부당하게”의 의미에 대해 법원은 아직 확립된 해석관행을 갖지 못하고 있다.⁹⁾ “조세회피수단(tax

경우에만 실질과세원칙을 적용할 수 있다고 이해할 것은 아니라고 할 것이다.”

- 8) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누3027 판결. 관할 세무서장은 이 사건 토지의 교환은 각자 소유의 토지를 위 은행에 양도함에 있어 그 각 양도소득세의 상당 부분을 포탈하기 위하여 중간에 개인 간의 거래를 개입시킨 형식적인 것에 불과하다 하여 부인하였다. 법원은 “과중한 양도소득세의 부담을 회피하기 위한 행위라 해도 위와 같은 토지 교환행위는 가장행위에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 이상 유효하다고 보아야 할 것이므로 이를 부인하기 위해서는 권력의 자의로부터 납세자를 보호하기 위한 조세법률주의의 법적 안정성 또는 예측가능성의 요청에 비추어 법률상 구체적인 근거가 필요하다”고 하여 가장행위가 아니기 때문에 세법상으로도 그대로 인정된다고 판시하였다.
- 9) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015두46963 판결 참조. 동판결은 교차증여를 가장행위로 볼 수는 없지만 “납세의무자가 선택한 거래의 법적 형식이나 과정이 처음부터 조세회피의 목적을 이루기 위한 수단에 불과하여 그 재산이전의 실질이 직접적인 증여를 한 것과 동일하게 평가될 수 있어야 하고, 이는 당사자가 그와 같은 거래형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 거래 과정을 거친 경위, 그와 같은 거래방식을 취한 데에 조세 부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 거래 또는 행위 사이의 시간적

shelter)”의 개념도 정립되어 있지 않은 것이다.

아래 금융상품을 이용한 조세절감사례 4개를 소개한다. 이들 실제 사례들에서 구성된 거래들에 “조세절감”의 요소가 있었음을 어렵지 않게 파악할 수 있다. 한편 이들 거래를 위해 선택한 법적 외관이 “오로지 조세회피목적”만을 위하여 형성된 것은 아닌 것도 분명하다. 이들 거래들을 1999년 보고서가 상정한 조세회피수단 (tax shelter)으로 단정하기에는 부족함이 있다.

이들 거래가 조세회피수단의 개념에 부합하는지 여부와는 무관하게 이들 거래를 통해 가득한 소득에 대해 적절한 과세가 이루어져야 한다는 조세형평의 차원의 요청은 엄존하는 것이므로 이를 위한 법적 보완 필요성에 국민적 합의가 이루어진다면 마땅히 추구하여야 할 것이다. 이에 과세대상의 범주를 보다 포괄적이고 탄력적으로 규정하는 길과 아예 폭 넓은 “조세회피”의 개념을 도입하는 길이 있을 것이다.

Ⅲ. 금융상품을 이용한 tax shelter 논의¹⁰⁾

1. 엔화스왑예금 이익의 이자소득 과세[사례 1]

[사례 1] A은행의 PB(Private Banking)고객 甲은 1억원을 엔화로 환전(1,000만엔)하여 1년만기 엔화스왑예금에 가입하였다. 甲은 1년후 엔화예금원리금(1,001만엔)을 약정된 선물환율로 환산하여 1억310만원을 A은행에서 수령하였다.

- 엔화예금 이자율 0.1%, 원화예금 이자율은 3%로 가정
- 가입당시 선물환율은 10원/엔, 1년후 선물환율은 10.3원/엔으로 가정

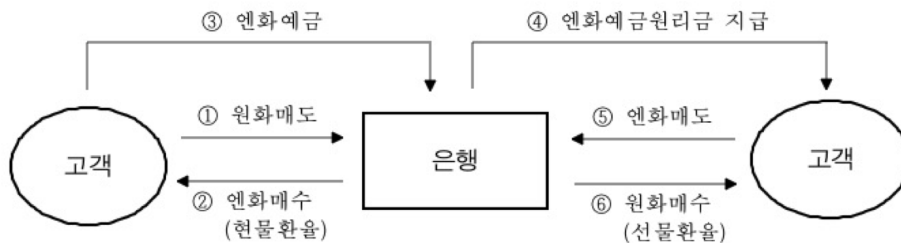
간격, 그러한 거래형식을 취한 데 따른 손실 및 위험부담의 가능성 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”고 하면서 교차증여가 없이 직접 증여한 것으로 보아야 한다고 하고 있다. 이 판결에서는 조세회피는 조세절감 중 해당 거래를 영위하는 정당한 사업목적이 없는 경우를 말하는 것으로 이해하고 있다. 해당 거래가 정당한 사업목적을 달성하기 위한 수단인지 아니면 조세절감을 위한 수단인지는 거래형성의 목적 및 경위 뿐 아니라 각 거래 간 관계 등을 종합적으로 보아 판단하도록 하고 있다.

10) 제3장의 내용 중 [사례 2], [사례3]은 공동저자의 논문(문성훈, “금융상품과 공격적 조세회피사례”, 『조세학술논문집』, 제27집 제1호(한국국제조세협회, 2011.2.)의 일부를 수정 및 보완하여 정리한 것이다.

엔화스왑예금이란 원화예금과 엔화선물거래가 결합된 예금이다. 2002년 이후 시중은행들 PB창구에서 판매하기 시작하면서 계좌잔고가 2002년말 12억달러에서 2003년말 32.9억달러까지 증가¹¹⁾했다. 엔화스왑예금은 2001년 금융소득종합과세가 제시행되면서 고소득층의 누진세율 적용에 따른 세금부담을 회피하기 위해 소득세법상 선물환차익이 과세되지 않는다는 점을 이용해 은행의 PB고객들에게 판매되었다¹²⁾.

엔화스왑예금의 구조는 다음과 같다. 은행의 고객이 엔화스왑예금에 가입하면 예금가입시점에 은행이 고객으로부터 받은 원화(①)를 현물환율로 엔화로 매수(②)하나 다음 엔화정기예금으로 예치(③)한다. 엔화스왑예금의 만기가 되면 고객은 엔화이자가 붙은 엔화예금원리금(④)을 예금당시 약정된 선물환율로 은행에게 매도(⑤)한 금액을 수령하게 된다¹³⁾.

<그림 III-1> 엔화스왑예금의 기본구조¹⁴⁾



엔화스왑예금은 원화예금의 이자소득과 선물환거래의 선물환차익이 결합되어 확정된 소득을 발생시킨다. 현행 소득세법에서는 이자소득은 과세하는 반면, 선물환차익은 과세대상으로 열거하고 있지 않기 때문에 두 소득이 서로 독립된 소득으로 해석된다면 확정소득의 극히 일부에 불과한 이자소득만 과세된다. 한편, 선물환

11) 안중석 · 안경봉 · 오윤. “공격적 조세회피(ATP)에 대한 대응방안 연구”. 한국조세연구원 (2007.12.), 49면.
 12) 국세청 보도참고자료. “ATP(공격적 조세회피) 정책토론회 개최 : 한국조세연구원 주관. 세법연구센터 개소기념 토론회”(2006.3.), 7면.
 13) 안중석 · 안경봉 · 오윤. 위의 보고서. p.50.
 14) 안중석 · 안경봉 · 오윤. 위의 보고서. p.50.

차익을 자본차익으로 본다고 하더라도 당시에는 선물환차익이 양도소득세 과세대상¹⁵⁾으로 열거되어 있지 않아 양도소득으로도 과세되지 않는다.

한편, 소득세법은 이자소득에 대해 해당 유형의 소득을 포괄적으로 규정하여 이자소득과 유사한 소득을 이자소득으로 보는 유형별 포괄주의 규정(소득세법 제16조 제1항 제12호)¹⁶⁾을 두고 있다. 엔화스왑예금에서 발생하는 모든 소득이 유형별 포괄주의 규정에 따른 이자소득에 해당한다면 이자소득 뿐만 아니라 선물환차익 까지도 이자소득으로 과세할 수 있을 것이다. 따라서 엔화스왑예금에서 발생하는 소득 전체를 이자소득으로 볼 수 있을 것인가의 문제는 동 소득이 소득세법 제16조 제1항 제12호에서 ‘…소득과 유사한 소득으로서 금전사용에 따른 대가로서의 성격이 있는 것’으로 간주할 있는 가에 있다¹⁷⁾.

[사례 1]에서 PB고객 甲의 엔화예금의 금리는 0.1%(1엔, 즉 10만원)로 거의 0%에 불과했지만 만기시점에 엔화를 선물환율로 환산하여 수령하는 과정에서 약 3%의 선물환차익(300만원)이 발생하면서 PB고객은 약 3%의 확정소득(310만원)을 수령하였다. 이자소득과 선물환차익을 별개의 소득으로 본다면 엔화예금 금리에 해당하는 10만원에 대하여 16.5%(지방소득세 포함)의 세율을 곱하여 1만6천5백원이 소득세 등으로 원천징수 될 것이고, 이자소득과 선물환차익이 결합되어 유형별 포괄주의에 따른 이자소득으로 본다면 310만원의 16.5%인 51만1천5백원이 원천징수된다. 더욱이 금융회사의 PB고객은 금융상품 보유 규모가 크고 사업소득 등 다른 소득이 많다는 특성을 감안한다면 엔화스왑예금에서 발생하는 소득은 금융소득종합과세가 될 가능성도 있다. PB고객의 소득세 한계세율이 44%(지방소득세 포함)라고 가정한다면 원천징수되는 소득세 등의 차이는 더욱 커지게 될 것이다.

동 사례에서 쟁점은 두가지¹⁸⁾이다. 첫 번째 쟁점은 엔화스왑예금거래를 엔화매입계약, 엔화예금계약 및 선물환계약을 통합하여 보는 것의 적법성이다. 두 번째 쟁점은 통합하여 보는 경우 고객 甲이 얻는 소득을 현행 소득세법상 이자소득으로

15) 현행 소득세법도 KOSPI200지수선물 등 지수선물거래만 양도소득세 과세대상에 해당하고, 엔화스왑거래의 장외선물환거래는 양도소득세 과세대상에 해당하지 않는다.

16) 소득세법 제16조 제1항 제12호
제1호부터 제11호까지의 소득과 유사한 소득으로서 금전 사용에 따른 대가로서의 성격이 있는 것

17) 오윤. 『세법원론』, 2017년판, 한국학술정보(2017.2.), 446면

18) 오윤. 위의 책. 467면

볼 수 있는냐는 것이다. 첫 번째 쟁점에 대해 통합하여 볼 수 있다고 하더라도¹⁹⁾ 두 번째 쟁점상 이자소득으로 볼 수 없다면 통합된 거래의 대부분은 소득세법상 비과세되는 선물환차익에 해당될 것이다. 소득세법상 이자소득으로 열거한 환매조건부증권 매매거래 이외의 매수차익거래를 이자소득이 발생하는 대여소득으로 보는 것은 엔화스왑예금거래를 포함한 다양한 방식의 매수차익거래를 기초자산이 동일하다는 이유로 어느 선까지 통합하여 과세할 것인지 문제가 될 수 있다. 한편, 자금의 대여관계를 설정하기는 어렵다는 이유로 예금 등이 기초자산이 아닌 무위험차익거래는 이자소득으로 과세하지 않고 예금 등을 기초자산으로 하는 매수차익거래만 과세한다면 과세상 일관성이 결여될 수 있기 때문에 엔화스왑예금에 따른 매수차익거래의 소득을 소득세법 제16조 제12호의 소득으로 보기에 어렵다.²⁰⁾ 이후 대법원은 엔화스왑거래에 따른 선물환차익은 예금의 이자 등과 유사한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 채권 등의 환매조건부 매매차익과 유사한 것으로 볼 수 없다고 판결하였다(대법원 2011.4.24. 선고 2010두3961 판결). 법원의 판결 이후 정부는 2012년 소득세법 개정을 통해 이자소득이 발생하는 금융상품(이하 '이자부 금융상품')과 파생상품이 실질상 하나의 상품으로 운용되는 경우에는 이자소득으로 과세하기 위해 소득세법 제16조 제1항 제13호와 소득세법 시행령 제26조 제5항을 신설하였다. 그러나, 동 시행령에 따르면 금융회사가 직접 개발·판매한 이자부 금융상품과 결합된 파생상품의 계약이 동일한 금융회사를 통해 이루어질 것 등 제한적으로 규정하고 있어 이자부 금융상품과 파생상품이 다른 금융회사를 통해 이루어지는 경우에는 과세가 가능한지가 확실하지 않은 상황²¹⁾이다.

19) 동 사건 이후 제정된 2007년 신설된 국세기본법 제14조 제3항에 따르면 '둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법'에 의한 경우 "연속된 하나의 행위 또는 거래"로 보아 세법을 적용할 수 있다고 규정하고 있으므로 동 사건이 2007년 이후 발생했다면 엔화에금계약과 선물환계약을 하나의 거래로 보아 적용할 여지는 있다. 다만, 동 조항에 따라 통합하여 본다고 하더라도 동 조항은 다단계거래로서 '세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정'되어야 할 뿐만 아니라 법적형식과 다른 "경제적 실질"의 존재를 요구하고 있기 때문에 동 사건의 경제적 실질이 '선물환차익'으로 해석된다면 동 조항에 의해서도 과세는 어려울 것으로 보인다.

20) 오윤, 위의 책, 468면

21) 정재은, "결합파생상품 과세의 법률문제", 금융조세포럼 발표자료(2016.11.), 10면.

2. 국민주택2종채권 할인액의 이자소득 과세[사례 2]

[사례 2] 투자자 甲은 판교신도시 분양권 당첨시 매입한 1억원의 국민주택 2종채권(일명 “판교채권”)을 매입즉시 증권사에 현재가치인 6,000만원에 할인하여 매각하였다. 증권사는 동 채권을 투자자 乙에게 매도하였고 투자자 乙는 만기까지 동 채권을 보유

- 국민주택2종채권 표면금리 0%, 만기 10년, 발행금액 및 액면금액 1억원
- 매(입)각 당시 국민주택2종채권 할인율 5.24% 가정

정부는 2006년말 판교신도시 분양 당시 개발이익 환수를 위해 국민주택2종채권을 발행하였으며, 동 채권은 일명 “판교채권”으로 불리운다. 판교채권은 첨가소화채권²²⁾으로 발행조건은 만기 10년에 표면금리 0%이다. 이러한 첨가소화채권의 보유자들은 초기에 일정 손실을 감수하고 동 채권을 현재가치로 할인하여 금융회사 등에 매각하는 것이 대부분이며, 판교신도시의 당첨자들도 자금부담으로 인하여 증권사 등 금융회사에 대부분 매각한 것으로 알려져 있다.

채권의 이자소득은 채권의 액면이자와 할인액으로 구성된다. 액면이자(채권 등²³⁾의 표면금액에 약정이율을 적용하여 계산한 금액을 말하며, 할인액²⁴⁾은 채권 등을 할인발행한 경우 만기상환금액(즉, 액면금액)과 발행가액의 차액을 말한다. 액면이자(만기 또는 만기 이전의 정해진 이자지급일마다 지급받는 것)라면, 할인액은 만기시점에 이자를 지급받는 것에 불과하기 때문에 액면이자와 할인액의 경제적 실질은 모두 이자소득이다. 한편, 채권의 자본차익은 채권의 매도시와 매수시의 가격 차이에 의해 발생하는 소득으로써 채권취득(발행)과 채권 양도시점의 시장이자율이 다르기 때문에 발생한다. 현행 소득세법은 채권의 자본차익은 과세하지 않고 채권 이자수익에 대해서만 과세(소득세법 제16조 제1항 제1호)하고 있다. 이자소득의 원칙적인 수입시기는 액면이자를 지급하거나 만기에 상환하는 때(소득세법 시행령 제45조의 제1항)이다. 다만, 채권을 중도에 매도하는 경우에는

22) 각종 등기나 인·허가, 면허 등록시 “첨가”해서 일반인 대상으로 소화시키는 채권을 말한다.

23) 소득세법 제 16조 제1항 제1호, 제2호, 제6호 및 제7호에 규정하는 채권 또는 증권과 다른 사람에게 양도가 가능한 증권으로서 대통령령이 정하는 것

24) 채권 발행당시 만기상환금액과 발행가액의 차이이기 때문에 통상 발행할인액이라고도 한다.

채권매도일에 채권매도자의 보유기간동안의 액면이자와 할인액이 이자소득으로 원천징수(소득세법 제46조 제1항 및 동법 시행령 제102조 제1항)된다.

상기 [사례 2]의 판교채권의 경우 만기상환금액, 즉 액면금액은 1억원이고 발행금액도 1억원이기 때문에 할인액은 “0”가 된다. 따라서 판교채권은 액면이자도 “0”, 할인액도 “0”이어서 과세되는 이자소득은 없다고 볼 수 있다. 투자자 甲이 판교채권을 매입 당시 할인율은 5.24%의 적용하여 할인한 판교채권의 현재가치는 6천만원(=1억원÷(1+5.24%)¹⁰)이 된다. 투자자 甲은 발행금액 1억원의 채권을 6천만원에 증권사에 매각하였기 때문에 4천만원의 채권매각손실이 발생하지만 채권 자본차익은 과세대상소득이 아니기 때문에 자본차손도 소득세 과세대상인 비상장주식 또는 대주주 양도차익 등에서 공제되지 않는다. 액면이자와 할인액이 발생하지 않기 때문에 투자자 甲이 증권사에게 채권을 중도매도하는 경우에도 이자소득으로 원천징수되지 않는다. 증권사로부터 액면금액 1억원의 판교채권을 6,000만원의 매입한 투자자 乙의 경우에도 판교채권의 발행당시 할인액이 없고 액면이자도 없기 때문에 이자소득이 과세되지 않는다. 투자자 乙이 중도에 매각하지 않고 만기까지 보유하는 경우에는 만기시에는 1억원이 되기 때문에 4천만원(=만기상환금액 1억원 - 중도매입금액 6천만원)의 상환이익이 발생하지만 이자소득으로 과세되지 않는다²⁵⁾. 판교채권을 만기까지 보유한다고 가정한다면 투자자 B는 연평균 세후수익률은 할인율과 동일한 5.24%가 되어 세전수익률과 세후수익률이 일치한다.

증권사, 은행 등 금융회사들은 판교채권을 이자소득이 비과세되는 절세상품으로 적극적으로 홍보하여 판매하였으며 투자자들도 이자소득세 절감을 위한 투자 대안으로 선택하고 있다. 특히, 금융소득이 높은 고액자산가의 경우에는 판교채권 매입을 통한 이익은 금융소득종합과세대상에 해당되지 않아 다른 채권 등에 비해 높은 세후수익률을 얻을 수 있어 판교채권을 적극적으로 매입한 것으로 보인다. 예를 들어, 금융소득종합과세 대상자가 판교채권과 5%의 액면이자를 지급²⁶⁾하는 일반채권에 투자하는 경우 각채권 모두 세전수익률(만기수익률)이 6%로 가정할 경우 세후수익률은 판교채권은 소득세가 없기 때문에 세전수익률인 6%이지만, 일반채권의 세후수익률은 5%(액면이자)×(1 - 44%²⁷⁾) + 1%(자본차익) = 3.8%에 불

25) 서면인터넷방문상담1팀-79, 2007. 01. 12.

26) 할인액은 없는 것으로 가정한다.

27) 판교채권 투자자의 한계세율이 소득세법상 최고세율인 44%(지방소득세 포함)로 가정

않는 문제가 발생할 수 있다.

관교채권에서 발생하는 소득이 과세되지 않는 문제는 현행 소득세법은 채권 등의 할인액을 이자소득에 포함(소득세법 제16조 제1항 제1호)시키고는 있지만, 할인액 산정에 대한 구체적 규정이 미비한 것에 기인한다. 미국의 경우에는 채권발행시 정해진 만기상환가격(stated redemption price at maturity)과 발행가액(issue price)의 정의 및 만기상환가격과 발행가액의 차이인 발행할인액(Original Issue Discount)으로 재무부규칙에 구체적으로 규정(Reg. §1.1273-1)하고 있기 때문에 명확하지 않은 할인액으로 인한 조세회피문제는 발생하지 않는다. 따라서 관교채권 등의 투자자가 얻는 이익의 실질은 할인액인 이자소득임에도 불구하고 이자소득으로 과세하지 못하는 문제점을 해결하기 위해서는 소득세법 시행령에 할인액에 대한 명확한 규정을 포함시켜야 할 것이다.

3. 골드뱅킹 이익의 배당소득 과세[사례 3]

[사례 3] A은행의 개인고객 甲은 A은행의 골드뱅킹계좌에 1억원을 불입하였다. 최초 불입후 1년만에 금가격이 50% 상승하면서 甲의 골드뱅킹계좌 평가액도 1.5억원이 되었다. 이에 갑은 골드뱅킹계좌를 해약하여 최초불입금액 대비 0.5억원의 이익이 발생하였다.

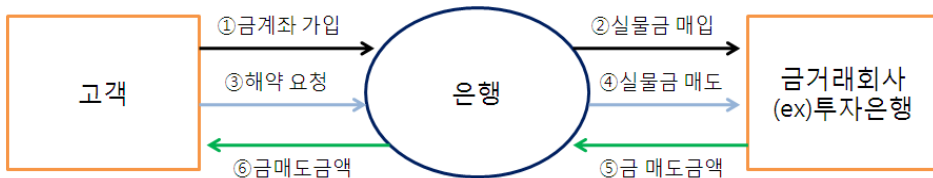
골드뱅킹(Gold Banking)이란 은행이 고객이 불입한 금액만큼 실물금 등을 구입하여 보관하는 계좌로서 금계좌(Gold Account)라고도 불린다. 골드뱅킹은 신한은행이 2003년 국내에 최초로 도입하였으며 2010년 11월 골드뱅킹 가입자는 약 9만 명이며 계좌잔고는 약 4,050억에 달했다²⁹⁾. 은행권에서 골드뱅킹을 최초로 도입하였으며 계좌잔고액도 가장 많았던 신한은행의 대표적인 골드뱅킹인 “골드리슈” 살펴보도록 하자. 신한은행 “골드리슈”는 투자자가 계좌에 입금을 하면 해당금액만큼 금을 매입하는 계좌로서 최소 적립액은 1g 이상이며 정기적립식과 자유적립식 중 선택 가능하다. 투자자는 적립된 금액을 가입기간내에 현금이나 금 실물 두가지 중 하나를 선택하여 인출가능하다. 한편, 골드리슈는 예금상품이면서 이자는 없기 때문에 이자소득세는 없고 금가격 상승시에도 자본이득에 대한 양도소득세가

29) 연합뉴스, “은행권, ‘골드뱅킹’ 신규가입 중단..반발”, 2010.11.15.

없지만, 금매수 또는 매도시 각각 1%(총 2%)의 매매수수료 발생한다. 다만, 현금 인출시에는 부가가치세(인출금액의 10%)와 실물수수료(1.5%)를 추가로 부담해야 한다.

골드뱅킹거래의 기본구조는 다음과 같다. 고객이 골드뱅킹을 취급하는 은행에 가입을 하게 가입하면(①) 은행은 고객의 불입금액에서 매수수료를 제외한 금액에 해당하는 실물금(금괴 등)을 매입한다. 이 경우 금을 외국의 투자은행으로부터 매입하는 경우 금가격은 달러화 등 외화로 표시되기 때문에 고객이 환율변동위험을 헤지하기를 원하는 경우에는 선물환매매도계약을 추가할 수 있다. 고객이 만기 또는 만기이내에 골드뱅킹을 해지를 원하는 경우 은행에 해약요청을 하게되고(③), 은행은 고객의 요청에 따라 보유하고 있던 실물금을 매도(④,⑤)하여 매도금액에서 매도수수료를 제외한 금액을 고객에게 지급(⑥)하게 된다.

<그림 III-2> 골드뱅킹거래의 기본구조



골드뱅킹 거래의 기본구조에서 알 수 있듯이 은행은 고객이 요청에 따라 실물금 등을 매입과 매도를 위탁받아 대행해주고 매매수수료를 수취하는 것이기 때문에 경제적 실질은 고객이 직접 금을 매매하는 것과 유사하다고 볼 수 있다. 은행의 매매수수료를 제외한 골드뱅킹 해지금액과 골드뱅킹 가입금액의 차이는 금매매에 따른 자본차익으로 볼 수 있기 때문이다. 소득세법은 금매매에 따른 자본차익을 양도소득 과세대상으로 열거하고 있지 않기 때문에(소득세법 제94조) 양도소득세는 과세되지 않는다.

한편, 은행의 골드뱅킹을 제외한 다른 금관련 금융상품인 금펀드와 금구조화상품인 파생결합증권(Derivatives Linked Security ; 이하 “DLS”)³⁰⁾에서 발생하는

30) 자본시장법상 파생결합증권은 주식 및 주가지수에 연계되는 파생결합증권(Equity-Linked Security : 주가연계증권, 이하 ELS)과 주식 등 이외에 기초자산 및 지수에 연계되는 파생결합증권 모두를 포함한다. 증권실무에서는 전자를 ELS 또는 주가연계증권, 후자를 DLS

이익은 각각 배당소득으로 보아 과세된다. 현행 소득세법상 투자신탁 등 펀드에서 발생하는 이익은 투자자에게 배당소득으로 과세(소득세법 제17조 제1항 제5호)되기 때문에 금실물에 투자하는 펀드도 소득세가 과세되는 것이다. 또한 파생결합증권도 배당소득에 대한 유형별 포괄주의에 따라 배당소득으로 과세³¹⁾되기 때문에 금과 연계된 DLS도 소득세 과세대상이 된다.

상기 사례와 관련하여 고객(투자자)가 1억원을 금현물, 골드뱅킹, 금펀드 또는 금관련 구조화 상품에 투자한 경우 세전수익, 세금, 세후수익을 비교하면 다음과 같다.

<표 III-1> 금관련 투자상품 투자수익률 비교(1억 투자시)
(단위 : 백만원)

	세전수익 (①)	세금(②)		세후수익 (③=①-②)
		소득세	VAT	
금현물	50	-	15	35
골드뱅킹	50	-	-	50
금펀드 및 구조화상품	50	7.7 (22)	-	42.3 (28)

*1 금가격 50% 상승 가정, 입출금 및 실물인도시 수수료는 무시
 *2 골드뱅킹 는 현금인출 가정
 *3 ()은 금융소득종합과세대상자(한계세율 44%) 가정한 경우이며, 부가가치세(VAT)는 금현물 인출금액의 10%이다.

금관련 상품에 1억원 투자후 금가격이 50% 상승했을 경우, 수수료를 무시할 경우 소득세와 부가가치세가 없는 금예금의 세후수익률이 투자이익에 대하여 배당 소득으로 과세되는 금 현물투자 및 펀드 등 투자한 경우보다 높게 나타난다. 특히 금융소득이 높은 고액자산가의 경우에는 금펀드투자에 따른 소득세 부담으로 인해 골드뱅킹 에 비해 수익률이 22%가 낮기 때문에 골드뱅킹 투자가 세후수익률을 관점에서 다른 금관련 투자상품에 비해 유리하다. 이 경우 은행은 고액자산가에

또는 파생결합증권이라고 지칭하고 있기 때문에 실무상 관행에 따라 DLS를 파생결합증권으로 사용하고자 한다.

31) 소득세법 제17조 제1항 및 동법 시행령 제26조의 3 제2호 나목

대하여 골드뱅크를 통해 투자할 경우 금현물투자 및 금펀드에 비해 절세효과가 극대화될 수 있다는 점을 활용한 마케팅을 전개하였을 가능성이 존재한다.

상기 언급한 바와 같이 시중은행들은 고객이 골드뱅크를 통해 얻은 이익을 금의 매매차익으로 보아 소득세를 원천징수하지 않았다. 그러나 기획재정부는 2010.9.2 일 국세청의 골드뱅크의 이익이 배당소득인지 여부에 대한 질의에 대해 2010.11.11 일 국세예규심사위원회를 개최하여 골드뱅크의 이익은 배당소득 과세대상이라는 결정을 내렸다³²⁾. 기획재정부는 은행의 골드뱅크를 파생결합증권으로 보아 골드뱅크를 통한 이익이 배당소득으로 과세되는 파생결합증권의 이익으로 본 것이다. 소득세법시행령 제26조의 3 제2호는 기초자산 가격의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 이익을 얻거나 손실을 회피하기 위한 계약상의 권리를 나타내는 증권·증서에서 발생한 수익의 분배금은 배당소득에 포함된다고 규정하고 있다. 또한 동시행령 제2호 나목에서는 기초자산으로 통화, 농산물, 축산물, 수산물, 임산물, 광산물 등에 속하는 물품 등에 대한 가격·이자율 또는 이를 기초로 하는 지수의 수치와 지표를 예시하고 있다. 정부는 금은 광산물에 해당하기 때문에 골드뱅크의 투자이익은 금가격의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 이익을 얻거나 손실을 회피한 증권 또는 증서에서 발생한 수익의 분배금으로 보아 배당소득으로 과세한 것이다. 금융위원회는 2010년 5월 이전에는 은행의 골드뱅크를 은행법상 부수업무로 인가해주고 있었으나 2010년 5월 골드뱅크를 “자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)상 파생결합증권으로 재분류(자본시장법 제4조 제7항)하고 골드뱅크 취급 은행들에게 골드뱅크 관련 업무의 재인가를 요구하였다. 금융위원회는 골드뱅크를 가입한 고객이 실물로 인출할 경우에는 문제가 되지 않지만 현금으로 인출할 때는 금시세 등에 따라 가치가 달라지기 때문에 파생결합증권의 성격이 있다고 판단한 것이다³³⁾. 금융위원회의 골드뱅크에 대한 파생결합증권 재분류 결정이 기획재정부가 골드뱅크의 이익을 배당소득으로 간주한 것에 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 상기 언급한 바와 같이 골드뱅크가 파생결합증권이 되기 위해서는 기초자산의 가격변동에 따라 손익이 변동되는 증권·증서로 보아야 하는 데 골드뱅크는 금시세와 불입금액의 차이가 고객의 손익 자체가 되기 때문에 파생결합증권으로 보기 힘든 측면이 있다. 또한 금가격지

32) 조세일보, “금통장 소급과세, 제2의 ‘엔스왑’ 논란되나”, 2010.11.16.

33) 연합뉴스, 앞의 자료, 2010.11.15.

수를 기초자산으로 하고 일정 만기가 존재하는 증권사의 금연계 파생결합증권과는 달리 은행은 고객의 위탁을 받아 금실물 매입과 매도를 대행해주고 수수료를 받는 것에 불과하며 일정 만기가 있는 것이 아니라 가입기간이내에 환매수수료 등이 없이 금실물을 인출할 수 있기 때문에 파생결합증권으로 보기 어려워 고객의 금시세차익을 배당소득으로 과세하는 것은 타당하지 않은 측면이 있다.

이후 대법원은 골드뱅킹에서 발생하는 소득은 광산물의 가격 등의 변동과 연계한 계약상 권리를 나타내는 증권에서 발생하는 소득으로도 볼 수 없고, 집합투자기구로부터의 이익 등과 유사한 소득으로서 수익분배의 성격이 있는 것이 아니라고 판결하였다(대법원 2016.10.27. 선고 2015두1212 판결). 즉, 골드뱅킹의 고객은 계좌에 적립된 금의 양에 따라 그에 해당하는 원화 등을 개별적으로 지급받을 수 있는 것에 불과하고, 고객이 얻는 수익의 크기는 은행 등이 아니라 전적으로 고객의 의사결정에 따른 것이기 때문에 골드뱅킹인 집합투자기구나 파생결합증권에 해당하지 않아 배당소득으로 볼 수 없다는 것이다. 대법원 판결에 정부는 세법개정을 통해 2018년부터는 파생결합증권의 이익을 유형별 포괄주의 규정(소득세법 제17조 제1항 및 동법 시행령 제26조의3 제1항)에서 분리하여 별도로 배당소득 과세대상으로 명시하고 골드뱅킹의 이익도 파생결합증권의 이익에 포함시켜 배당소득으로 과세하는 것으로 개정³⁴⁾하였다. 이는 골드뱅킹 뿐만 아니라 파생결합증권의 이익도 집합투자기구로부터의 이익과 유사한 소득으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 수익분배의 성격도 없기 때문에 배당소득 과세근거가 미약하다는 비판³⁵⁾에 따른 것으로 보인다. 그러나 파생결합증권과 유사한 다양한 구조의 복합금융상품이 개발되고 있는 상황에서 파생결합증권의 이익만을 배당소득 과세대상으로 열거하는 방식은 파생결합증권과 구조가 유사한 금융상품의 소득과세에 대한 조세형평성 문제를 여전히 남기고 있다.

34) 소득세법 제17조 제5의2

국내 또는 국외에서 받는 대통령령으로 정하는 파생결합증권 또는 파생결합사채로부터의 이익

35) 문성훈 · 이영한. “은행서비스업의 신종 금융상품의 과세문제에 관한 연구 - 골드뱅킹의 파생결합증권 과세 사례를 중심으로-”. 『세무학연구』, 제31권 제2호(한국세무학회, 2014.6.), 90-82면 및 99-101면.

4. 주식대차거래의 대주주 양도소득 과세[사례 4]

[사례 4] A증권사의 PB고객 甲은 시가총액 10억원 상당의 거래소에 상장된 B사의 주식 10,000주를 A증권사에 대여하고 1년후에 반환받았다. 甲은 대여기간 동안 발생한 B사의 배당금 5천만원과 대여수수료 3천만원을 A증권사로부터 수령하였다. 단, 甲은 A증권사로부터 주식대여에 따른 담보물은 제공받지 않은 것으로 가정한다.
- 갑은 B사의 대주주(1.3%)에 해당하며 10,000주는 B사 전체 발행주식의 0.5%에 해당

주식대차거래란 주식의 소유자(대여자)가 수수료를 받고 주식의 소유권을 상대방(차입자)에게 양도하면서 일정 기간 경과 후에 차입자가 다시 동종·동량의 주식의 대여자에게 바나환하기로 약정한 거래이다³⁶⁾. 대기업 계열 증권사의 경우 계열 기업의 임직원 또는 대주주 등 PB고객이 계열기업의 주식을 해당 증권사에 대규모로 예약하고 있지만 계열 기업의 경영권 유지 등의 목적으로 주식을 양도하지 않고 단순히 보유하고 있는 경우가 종종 있다. 이 경우 증권사는 해당 고객과 주식대차거래를 통해 고객에게는 배당금 이외의 추가적인 수익을 제공할 수 있고 증권사도 차입한 주식을 기관투자자와의 거래하여 수익을 얻을 수 있기 때문에 이러한 주식대차거래가 증권사와 증권사의 PB고객 사이에 이루어지고 있다³⁷⁾.

주식대차거래의 기본구조는 다음과 같다. 주식대여자인 PB고객이 주식차입자인 증권사에게 주식을 대여(①)하고 그 대가로 대차수수료를 지급(②)받는다. 증권사는 주식상환의 담보로 담보보증금을 제공(③)하고 PB고객은 담보보증금에서 발생한 보증금이자를 증권사에 반환(④)하고, 증권사는 해당 주식의 배당금(⑤)을 고객에게 제공(⑥)한다. 통상적으로는 대차수수료와 배당금에서 보증금이자를 차감한 잔액을 매월 또는 매분기별 증권사가 고객에게 지급한다. 대차기간의 종료되면 증권사는 고객에게 해당주식을 반환하고, 고객은 증권사에게 담보보증금을 반환함으로써 주식대차거래는 종결된다³⁸⁾.

36) 문성훈·임동원. “주식대차거래의 과세상 쟁점 및 개선방안”. 『법학논고』, 제41집(경북대학교 법학연구원. 2013.2.), 230면.

37) “증권사들 ‘주식대여서비스’ 이벤트 경쟁...공매도 부작용 논란”. The Consumer News. 2017.8.30. <http://www.consumernews.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=520218>

38) 문성훈·임동원. 위의 논문. 231면

<그림 III-3> 주식대차거래의 기본구조³⁹⁾



소득세법에 따르면 상장주식의 대주주가 해당 주식을 양도시에는 양도소득에 대해 양도소득세가 과세된다. 현행 소득세법에 따르면 거래소상장 주식의 경우 지분을 1% 이상이거나 시가총액 25억원이상인 경우에 대주주⁴⁰⁾에 해당(소득세법 시행령 제157조 제4항)한다. 주식대여자가 상장법인의 대주주인 경우 주식대여에 따른 주식이전으로 소득세법상 양도소득이 과세되는 대주주에 해당하지 않는다면 주식대차거래 이후의 주식대여자의 주식양도는 소득세가 과세되지 않는다⁴¹⁾. 주식대차거래는 원칙적으로는 소비대차계약의 한 형태로서 주식대차거래를 통해 주식대여자가 주식을 이전하게 되면 민사법상 소유권은 차입자에게 귀속된다⁴²⁾. 이러한 주식대차를 통한 주식의 이전을 소득세법상 주식의 ‘양도’로 본다면 대주주는 주식대차를 통해 보유주식이 감소함에 따라 지분율 또는 시가총액 기준에서 벗어나게 되어 이후 주식양도시에도 양도소득 과세를 회피할 수 있게 된다. 그러나, 만약 주식대차를 통한 주식이전을 소득세법상 주식의 ‘양도’로 보지 않는다면 대차주식은 여전히 대주주의 보유주식에 포함되어 이후 양도시 양도소득세가 과세될 것

39) 문성훈 · 임동원. 위의 논문. 231면

40) 상장법인 대주주의 주식양도소득에 대한 과세는 대주주 판정기준이 강화되면서 점차 확대되는 추세에 있다.

41) 주식대차거래는 주식이전에 따른 대주주 양도소득세 과세문제 이외에도 주식대여자가 수령한 배당금과 대차수수료, 지급한 보증금이자(리베이트)에 대한 과세문제에 대해서도 검토할 수 있으나 본 고에서는 생략한다.

42) 문성훈 · 임동원. 위의 논문. 232면

이다.

상기 [사례 4]의 경우 甲은 B사의 발행주식의 1.3%(시가총액 26억원)를 소유하고 있어 현행 세법상 지분을 기준 뿐만 아니라 시가총액 기준으로 대주주에 해당한다. 만약 甲이 발행주식 0.5%의 주식(시가총액 10억원)을 증권사에 대여함으로써 甲이 B사에 대한 지분율이 0.8%, 시가총액 16억원으로 감소한다면 소득세법상 대주주에 해당하지 않아 대차거래동안의 대차주식 이외의 주식양도는 소득세가 과세되지 않을 것이다. 그러나 대차거래에도 불구하고 甲에게 대차주식에 대해 실질적인 소유권이 있다고 보는 경우에는 대차거래동안의 대차주식 이외의 주식양도도 양도소득세가 과세된다.

대주주 보유주식의 대차거래는 대주주 입장에서는 실질적으로 소유권을 유지하면서 대차수수료를 획득하기 위해서 주식을 증권사 등에게 대여하는 거래다. 왜냐하면 대주주는 주식대차계약을 언제든지 해지가능하고 대차기간 중 발생한 배당금을 반환받을 수 있어 대차주식에 대한 실질적인 소유권이 있기 때문⁴³⁾이다. 즉, 민법상 소유권은 이전되었으나 실질적인 소유권은 대여자가 가지고 있으므로 소득세법상 ‘양도’가 된 것은 아니므로 주식 보유에 따른 양도소득세 대주주 판정기준은 민법과 달리 해석되어야 할 것이다⁴⁴⁾.

그러나 대법원은 “조세법률주의에 근거한 대주주의 주식보유 지분을 계산에 있어서 주식대차거래는 그 본질이 소유권에서 특정인이 다른 특정인에게 특정의 행위(급부)를 청구하는 채권으로 전환된 것으로서 그 해석에 있어서 세법에서 차용한 용어의 해석은 세법 외의 일반 사법영역과 동일하게 해석하는 것이 법적 안정성이나 조세법률주의가 요구하는 엄격해석의 원칙에 부합된다.”고 판결함으로써 실질과세원칙보다는 조세법률주의를 더 중요시하고 있다는 것을 확인해주었다(대법원 2010.4.29. 선고 2007두11092 판결)⁴⁵⁾. 대법원의 판결로 대주주는 주식대차를 통해 주식대차기간 동안은 양도소득세 부담없는 주식양도가 가능해지는 문제가 발생하였다. 한편 대법원의 판결에서 다루어 지지는 않았지만 대법원의 판결에 따라 대차거래에 이전된 주식은 대주주의 지분을 계산에 포함되지 않는다면 대차거래에 따른 당초 주식의 이전도 세법상으로도 ‘양도’되어 양도소득세 과세대상에 포

43) 서울고법 2007. 4. 25. 선고 2006누23533 판결.

44) 문성훈·임동원. 위의 논문. 244면.

45) 문성훈·임동원. 위의 논문. 240면.

함된다고 볼 여지도 존재하지만, 과세당국이 주식대차 자체를 양도로 보아 과세하지는 않은 것으로 보인다. 이후 정부는 대주주의 주식대차거래를 통한 조세회피를 방지하기 위해 2013년 소득세법 개정(소득세법 시행령 제157조 제9항)을 통해 대차주식을 대여자의 주식으로 보아 대주주 여부를 판단하도록 개정하였다. 그러나 동 소득세법 개정은 상장주식의 대주주 판정시 대차주식을 지분율 및 시가총액에 포함시킨다는 것에 불과하고 주식대차거래를 ‘양도’로 보지 않는다거나 양도소득세 비과세 대상에 포함시킨 것으로 보기는 어렵다. 즉, 대차주식은 대주주 판정시에는 지분율 등에는 포함되지만 주식대여자의 주식대여를 소득세법상 양도로 보아 양도소득세가 과세될 여지가 있는 것이다. 따라서 증권거래세법에서 ‘주권을 목적으로 하는 소비대차의 경우’를 비과세 대상으로 취급(증권거래세법 시행령 제3조 제1항 제1호)하는 것과 같이 주식의 대차거래를 양도소득세 비과세 대상에 포함시키거나, 소득세법상 ‘양도’의 대상에서 제외하는 것이 타당하다고 판단된다.

IV. 결론-분석과 제언

1. 분석

엔화스왑예금사건은 오랜 소송 끝에 납세자의 승소로 결론이 났다. 엔화스왑예금의 보유자들이 예금을 취득하는 당시부터 확정적인 경제적 이득을 기대할 수 있었고 실제 그만큼 성과를 거둔 것이 사실이다. 엔화스왑예금은 원본이 보장되는 것이었으며, 기간이 정해진 예금 기간 동안 수익규모도 확정되어 있었으므로, 예금구조를 개설한 은행에게 자금을 사용하게 하고 그 대가로 받은 이득의 성격을 가지고 있었다. 그 이득의 경제적 성격은 선물환차익이며, 재무적으로 분석한다면 이는 한국예금시장과 일본예금시장간 시장이자율의 차이에 해당하는 금액과 일치하므로 한국의 엔화예금보유자가 한국예금시장에서 원화예금을 보유한 것과 동일한 경제적 효과를 도모한 것이라고도 볼 수 있다. 한국 세법상 선물환차익이 과세되지 않도록 되어 있다. 과세관청이 대안으로 제시하는 거래는 투자자가 직접 은행에 원화예금을 가입하고 은행은 동 원화를 엔화로 환전하고 그것을 제3자에게 예입하되 선물환으로 파는 계약을 통해 확정수익을 거두어 원화예금가입자에게 이

자로 지급하는 것이다. 투자자로서는 자신의 동일한 경제적 이득을 도모하는 데 여러 선택지가 있을 경우 가장 조세절감적인 길을 택할 자유가 있는 것이다. 문제는 선물환차익을 과세하지 않는 현행 소득세법에 있는 것이다. 이 거래를 미국 세법상 실질우위원칙 및 경제적 실질원칙 또는 한국 세법상 “가장행위” 또는 “세법의 부당한 혜택”의 개념으로 포섭할 수는 없을 것이다. 엄격한 의무의 tax shelter로 보기는 곤란⁴⁶⁾한 것이다.

채권할인액 사건에서 납세자인 투자자 乙이 거둔 소득은 시장에서 채권을 매입하여 만기 환급받으면서 거둔 것이다. 이 사건에서는 무이표채권(zero coupon bond)이 甲에게 발행되었는데 시장이자율 5.24%에 불구하고 정부는 판교지역 아파트분양을 대가로 액면발행하였다. 갑은 이를 증권회사에 할인매도하고 증권사는 이를 바로 투자자 乙에게 매입가격에 다시 매도하였다. 乙은 표시이자 없는 무이표채를 사서 만기시까지 보유하여 이득을 거두었는데 그 이득은 소득세법이 규정한 이자 및 할인액 어느 것에도 해당하지 않는다. 결과적으로 소득세가 부과되지 않게 되었으며 이는 과세관청도 인정하였다. 경제적으로 보면 乙이 거둔 소득은 시장할인액(market discount)⁴⁷⁾에 해당한다. 이 사건에서 甲이 발행할인액(original issue discount)이 있었다면 그 발행할인액의 범위 안에서 乙이 거둔 이득은 과세되었을 것이다. 그러나 甲이 아파트 분양의 대가로 할인발행을 못 받은 까닭에 乙은 증권회사를 통해 甲으로부터 해당 채권을 이전받으면서 사실상 발행할인액을 시장할인액의 형태로 얻게 된 것이다. 현행 소득세법상 시장할인액은 과세대상으로 되어 있지 않다. 투자자 乙이 조세회피를 위해 채권취득행위를 비정상적인 방법으로 영위한 것이라기보다는 원래 세법이 과세대상을 한정적으로 규정한 것이다. 이 점에서 이 사건 거래는 일응 tax shelter처럼 보이지만 사실은 그에 미치지 못한 것이다. 과세가 결여된 근본 원인은 현행 소득세법의 열거주의적 입법태도로 보아야 할 것이다.

골드뱅크사건에서 투자자는 은행으로 하여금 은행 명의로 금을 보유하게 하고 해당 금의 가격변동에 따른 손익을 거두었다. 금을 직접 투자해도 될터인데 그 경

46) 다만, tax shelter를 조세납부금액을 감소시키는 결과를 가져오기 위해 과세소득을 줄이는 방법으로 폭넓게 정의한다면, 엔화스왑예금사건도 tax shelter에 해당될 수도 있다. (https://en.wikipedia.org/wiki/Tax_shelter)

47) 시장할인액은 채권의 중도취득자의 채권취득가격, 즉 취득당시 채권의 이자와 만기상환액 금액을 중도취득시의 채권의 시장이자율로 할인한 금액과 만기상환액의 차이를 의미한다.

우 10%의 부가가치세를 물어야 하는 이유에서 은행이 보유하게 하되, 은행은 해당 금을 국외에서 보유하도록 하는 방법이 사용된 것이다. 이제는 한국에 금거래소가 개설되어 투자자는 부가가치세 없이 금에 투자하여 동일한 성격의 손익을 거둘 수 있다. 이 사건에서 투자자가 직접 금에 투자하여 거둔 소득이 있다면 이는 과세대상이 되는가? 위 두 사건에서처럼 소득세법은 이를 과세대상으로 규정하지 않고 있다. 이 사건에서 과세당국은 금에 대한 직접 투자와 동일한 경제적 실질이 있는 거래에 대해 그 경제적 실질을 오히려 부인하면서 마치 배당소득이 발생한 것처럼 보아 소득세를 과세하려 하였다. 납세자가 회피한 부가가치세에 대해서는 아무런 조치가 없었다. 오히려 투자자가 영위한 거래의 법적 형식에 집착하여 투자자가 가진 지위가 파생결합증권이라고 보고 파생결합증권으로부터의 소득을 배당소득으로 규정한 소득세법에 따라 배당소득으로 과세하였던 것이다. 만약 소득세법이 금양도차익을 과세대상으로 하고 있었다면 이 사건에서와 같은 골드뱅킹거래는 조세회피거래로 인식될 수 있었을 것이다.

마지막으로 주식대차거래사건에서 원고는 보유지분 1%를 넘는 대주주에 대해서만 상장주식 양도차익을 과세하는 현행 소득세법 하에서 자신이 보유한 주식을 팔기 직전 자신이 보유한 주식의 일부를 제3자에게 대여하여 그 자의 명의로 보유함으로써 1% 미만의 주주가 된 후 주식을 매도하는 방법으로 소득세의 과세를 회피하였다. 이 사건 주식대차거래가 경제적 실질이 없는 거래라는 사실관계를 가지고 있다면 이는 세법상 가장거래에 해당하여 무시되어야 하며 원고는 대주주로서 과세되어야 할 것이었다. 만약 이 사건 주식대차거래가 경제적 실질이 있었다고 하더라도 그 거래의 주된 목적이나 동기가 대주주 주식양도소득 과세를 회피하기 위함이었다면 부당한 조세절감이라고 보아 조세회피로 제재하였어야 할 일이었다. 그런데 대법원은 조세법률주의에 따른 엄격해석에 기울어 명의상 보유 여부를 존중하는 결정을 하였다. 이 사건에서도 역시 대법원이 이와 같이 판단한 데에는 입법적 흠결을 그 요인의 하나로 인정할 수밖에 없다. 국세기본법 제14조 제1항은 ‘귀속에 관한 실질주의’에 따라 과세대상이 되는 자산의 귀속에는 적용되지만 자산의 귀속을 위한 과세요건의 결정에는 적용되지 않도록 되어 있다. 우리 세법 해석 적용상 미국 판례법의 경제적 실질원칙을 구현하는 소위 “세법상 가장행위” 개념이 확고히 정립되어 있지 않은 것이다. 세법 조문 적용상 자산의 소유 여부는 실질적 소유로 판단한다는 일반적 원칙조항이 필요하다.

2. 제언

(1) 포괄주의적 규정 방식의 확대

본고에서 선정한 4개의 사건은 최근 금융상품을 이용하여 결과적으로 세금을 절약한 대표적인 사례들이다.

앞의 3개의 사건에서는 소득세법이 열거주의 규정방식을 고수하면서 새로운 형태의 거래를 통한 소득에 대한 과세를 위한 근거조항을 두지 않은 까닭에 납세자로서는 경제적 이득을 가득하면서도 과세되지 않은 것에 불과할 뿐 경제적 실질이 없는 거래를 인위적으로 개입시키거나 오로지 조세회피만을 목적으로 해당 거래를 선택한 것은 아니었다. 따라서 채권할인액사건에서처럼 과세당국조차도 과세를 포기하거나⁴⁸⁾ 엔화스왑예금사건 및 골드뱅킹사건에서처럼 치열한 법리공방에도 불구하고 대법원이 원고승소결정을 하게 되었다.

소득 있는 곳에 과세하는 응능부담원칙에 충실하기 위해서는 근본적으로 소득세법이 포괄적 과세조항을 확대해나갈 필요가 있다. 우선 외환차익, 시장할인액, 금거래소득, 파생상품거래소득 등 아예 과세대상에서 제외하고 있는 경제적 이득을 과세대상에 포함하는 노력이 선행되어야 할 것이다.

현행 소득세법은 종합소득에 해당하는 6가지의 소득유형 중 이자소득, 배당소득, 사업소득, 근로소득 및 연금소득에 유형별 포괄주의 규정을 두고 있다. 대부분 앞의 호와 유사한 것으로서 각 소득유형의 전형적 특징에 해당⁴⁹⁾하는 소득의 성격이 있는 것의 문구를 두고 있다. 그런데 엔화스왑예금사건에서 대법원 판단에서도 알 수 있듯이 “유사한”의 문구를 법원이 엄격하게 제한적으로 해석하고 있다. 차용개념인 “유사한”의 의미를 법원이 일반의 이해에 따라 해석하는 것이 과세상 장애를 발생하는 것이라면 이를 고유개념화하여 보다 포괄적으로 해석하도록 입법하는 것이 타당하다. 법적 형식이 아니라 경제적 실질이 유사한 것이면 된다는 내용이 바람직할 것으로 보인다.

48) 乙의 시장할인액은 발행할인액과 유사한 것으로서 자금사용에 따른 대가로서의 성격이 있는 것으로 보아 과세할 수도 있었을 것이다.

49) 예를 들어, 이자소득의 유형별 포괄주의 규정의 경우 소득세법 제16조 제12호는 “제1호부터 제11호까지의 소득과 유사한 소득으로서 금전 사용에 따른 대가로서의 성격이 있는 것”으로 규정하면서, 이자소득의 전형적인 특징으로 ‘금전사용에 따른 대가’로서의 성격을 들고 있다.

(2) 실질과세원칙조항의 보완

마지막 사건에서의 구체적 사실관계상 甲의 행위가 세법상 가장행위에 이르렀는지는 더 연구가 필요하다. 甲이 대차수수료까지 받았으므로 전적으로 조세회피를 목적으로 명의를 이전한 것이라고만 볼 수 없을지 모른다.

기존 판례의 입장을 존중한다면⁵⁰⁾, 만약 조세회피를 목적으로 미미한 대차수수료를 받으면서 대차거래를 한 것이라면 이는 세법상 가장행위로 보고 세법적용상 무시하여야 할 것이다. 현행 국세기본법 제14조는 이와 같은 세법상 가장행위를 부인할 수 있는 근거규정으로 기능하기에는 한계가 있다.

먼저, 경제적 실질(economic substance)을 정의하고 경제적 실질이 없는 거래는 세법 적용상 인정하지 않는다는 원칙을 명확히 할 필요가 있다.

또한, 현행 실질과세원칙조항은 조세회피의 개념을 정의하지 않고 있다. 해당 납세자가 의도하는 구체적 경제적 목적을 추구하는 통상인이라면 선택하였을 유형의 거래 이외의 유형을 선택한 경우로서 그 거래를 선택한 주된 목적이 조세혜택을 보고자 하는 것이었다면 해당 거래를 조세회피거래로 보는 내용의 규정을 둘 필요가 있다. 납세자는 어떤 경제적 목적을 달성하기 위해 이용할 수 있는 여러 형태의 거래 중 하나를 선택할 수 있는 권리가 있지만, 해당 거래를 선택한 주된 목적이 조세회피에 있을 뿐 정당한 사업목적이 입증되지 않는 경우에는 세무서장은 해당 경제적 목적을 추구하는 통상인이라면 선택하였을 유형의 거래를 제시하고 그에 대해 과세할 수 있도록 하는 것이다. 이는 형식과 실질이 다를 때 실질에 따르라는 것이라기 보다는 해당 실질을 대변하는 형식이 여럿일 때 납세자의 정당한 사업목적의 향변이 없는 한 통상인이 선택하는 형식을 따르라는 것이다.(끝)

50) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결에서 대법관 박병대의 다수의견에 대한 보충의견을 참고할 수 있다.

〈참고문헌〉

- 국세청 보도참고자료. “ATP(공격적 조세회피) 정책토론회 개최 : 한국조세연구원 주관. 세법연구센터 개소기념 토론회”(2006.3.).
- 문성훈. “금융상품과 공격적 조세회피사례”. 『조세학술논문집』, 제27집 제1호(한국국
제조세협회, 2011.2.).
- · 이영한. “은행서비스업의 신종 금융상품의 과세문제에 관한 연구 - 골드뱅
킹의 파생결합증권 과세 사례를 중심으로-”. 『세무학연구』, 제31권 제2호
(한국세무학회, 2014.6.).
- · 임동원. “주식대차거래의 과세상 쟁점 및 개선방안”. 『법학논고』, 제41집
(경북대학교 법학연구원. 2013.2.).
- 안중석 · 안경봉 · 오윤. “공격적 조세회피(ATP)에 대한 대응방안 연구”. 한국조세
연구원(2007.12.), 49면.
- 오윤. 『세법원론』, 2017년판, 한국학술정보(2017.2.).
- 정재은, “결합파생상품 과세의 법률문제”, 금융조세포럼 발표자료(2016.11.).
- CCH, A brief chronology of tax shelter policy: A look at the past to know the
present, CCH Focus on Tax(2003.12.).
- Department of the Treasury, The Problem of Corporate Tax Shelters(1999.7).

<Abstract>

**Analysis of Cases of Taxation on the Financial
Products Functioning as Tax Shelters and Some
Suggestions for Fair Taxation
- Focusing on United States' Concept of Tax Shelter and
Economic substance -**

Oh, Yoon · Moon, Seonghoon

An income earned by an individual in Korea is only taxed when it conforms to a taxable item of income as enumerated in the Income Tax Act (“ITA”). Not a few conflicts are arising between the tax authorities and the taxpayers. In this regard, four representative taxation cases during the last decade have been analyzed and legislative suggestions have been made accordingly in this study.

In the “Yen Swap Deposit” case, the alternative transaction argued by the tax authority as an ordinary transaction which should have been taken by the deposit holders may not be compelled without proper individual tax law provisions. Therefore, the transaction may not be disregarded or reconstructed by applying the “tax sham transaction” and “unfair tax benefit” concept. In the “Bond Discount” case and the “Gold Banking” case, the transactions made by the taxpayers have economic substance and were not pursued for the single purpose of tax avoidance. Lastly, in the “Stock Lending” case, if the principal purpose of the stock lending were found to be avoidance of taxation on the capital gains, the court should have decided that the stock lending transaction be disregarded and accordingly the capital gains fall under taxation.

To prevent these types of tax avoidance, first, the introduction of “comprehensive income” in full scale will be the most effective way to realize the equitable ability-to-pay taxation under the ITA. Second, Article 14 of the National Tax Basic Act (“NTBA”) has to be amended to define the term “economic substance”

and to disregard transactions with little or no economic substance for tax purposes. In addition, we need a provision which stipulates that the tax officer may designate a transaction concluded mainly for the purpose of obtaining tax benefit, which an ordinary man would not have selected for the attainment of economic objective, as a tax avoidance transaction.

Key words : yen swap deposit, bond discount, gold banking, stock lending, tax shelter, tax provision on comprehensive income