

사업구조재편성에 대한 이전가격과세*

구 자 은 (주저자, 한국조세연구원 세법연구센터, 회계사)
오 윤 (공동저자, 한양대학교 법과대학 교수)

■ 목 차 ■

- I. 서론
 - II. 사업구조재편성
 - III. OECD 토론초안
 - IV. 현행 세제의 분석
 - V. 결론
-

I. 서론

전세계에 걸쳐 사업을 수행하는 다국적기업은 자신의 경쟁력을 높이기 위하여 국경을 넘어서는 사업구조재편성을 전개하고 있다. 즉, 다국적 기업의 경쟁력강화는 M&A와 같이 기업을 확대 개편하는 방법 뿐 아니라 다국적기업내 관련기업의 역할분담, 유통경로의 변경, 외주를 통한 원가절감, 불필요한 조직의 폐쇄를 통한 효율화 등의 다각적인 방안을 통해서도 가능하다. 이렇게 다국적기업이 여러 가지 사업목적에 위해 관련기업의 기능, 자산, 위험을 이전하는 행위와 관련된 것이 사업구조재편성이고 이는 새로운 과세문제를 발생시킬 가능성이 있다. 본고에서 연구자는 주로 사업구조재편성과 이전가격의 문제를 검토한 OECD Discussion Draft(이하 'OECD DD' 또는 'OECD 토론초안')의 내용을 이해하고 이를 우리 세제에 비추어 적용할 수 있는지 검토하고자 한다. 이를 위하여 먼저 사업구조재편

* 발표일 : 2008. 10. 29, 수정일 : 2008. 11. 27, 게재확정일 : 2009. 2. 7.

성의 의의에 대해 살펴보고, 사업구조재편성이라는 특수한 거래에 따라 이전가격 세제상 중요한 쟁점은 무엇인지를 파악한다. 그 이후에 OECD DD에서 제시된 내용을 정리하고 이전가격세제상 중요한 쟁점별로 OECD DD에서 제시된 내용이 우리 세제 안에서 적용가능한지, 반영할 필요가 있는지, 반영할 필요가 있다면 어떤 개편이 필요한지에 대한 개선방향을 모색한다.

II. 사업구조재편성

1. 개념

앞뒤가 전도된 감은 있지만 논의에 앞서 ‘사업구조재편성’에 대한 정의가 필요할 것으로 생각된다. 사업구조재편성에 대한 통상적인 정의는 존재하지 않지만 본고의 목적이 OECD DD의 내용을 검토하고 우리 세법에 적용할 수 있을지를 검토하는 것이라는 점에서 ‘사업구조재편성’을 OECD DD의 정의와 동일하게 다국적기업의 기능, 자산, 위험을 이전하는 것으로 정의한다. 따라서 흔히 ‘기업재편’으로 예시되는 합병·분할 등을 대상으로 하는 것이 아니라 기능, 자산, 위험을 이전한 것이 대상이 된다. 물론 합병·분할을 통하여 기능, 자산, 위험을 이전한 것이라면 당연히 합병·분할도 ‘사업구조재편성’에 포함된다. 이해를 돕기 위하여 1990년대 중반 이후 주로 논의되어 온 사업구조재편성을 예로 들어보면, 무형자산의 권리를 다른 관련기업으로 이전하는 경우, 전통적인 유통업자(full-fledged distributors)가 제한된 위험을 가지는 유통업자나 중개업자로 전환하는 경우, 단독 생산업자(full-fledged manufactures)가 계약 생산업자(contract manufactures)나 위탁 생산업자(toll-manufactures)로 전환하는 경우, 지역별 혹은 기능별로 사업 기능을 재배분하는 경우 등이 포함된다.

‘사업구조재편성’에 대해 논의한다고 하였으므로 위에서 제시된 예를 참고하면서 사업구조란 어떠한 형태가 있는지 알아볼 필요가 있다고 본다. 이러한 목적으로 제조업, 도매업 및 소매업으로 업종을 구분하여 각각의 업종에서 재편성이 가능한 사업구조를 소개하고자 한다. 각 업종에서 서로 다른 사업구조는 각각 고유

한 이전가격 과세문제 및 고정사업장 과세문제를 안고 있다. 그리고 서로 다른 사업구조로 재편성되는 과정에서는 기능의 변화를 수반하며 자산이나 위험도 동시에 이전하는 경우가 많은데 그 경우 초과수익력이 다른 관할권으로 이전하는 결과가 나타날 수 있다. 이 경우 과연 무언가 대가를 받아야 할 대상이 이전된 것인지 그렇다면 그 이전에 따라 정당한 대가를 받아야 할 것인지, 그리고 받아야 한다면 얼마를 받아야 할 것인지를 문제가 나타나게 된다.

(1) 사업구조

1) 제조업

다국적 기업은 판매목적으로 상품을 생산하는 데 여러 나라에 소재하는 자신의 그룹기업을 활용하고 있다. 자신의 그룹 기업이 아닌 경우, 예를 들면 제3의 기업에 대해 주문자 상표부착 생산방식(OEM방식)의 제조를 하는 과정에서 다국적 기업이 원재료를 공급하고 제3의 기업이 완제품을 생산한 경우 제조활동의 대가로 다국적 기업이 지급하는 수수료가 정상가격인지의 여부에 대한 별도의 고려는 필요 없다. 물론 간접세 과세의 목적으로 물건 값인데 용역 대가로 지급한 것은 없는지 하는 기술적인 분석이 필요한 경우는 있겠지만 이는 본 연구의 목적은 아니다.

가) 단독생산(full-fledged manufactures)

이 경우에 이전가격과세상 제조과정에서 특수관계기업간 제품의 제조를 둘러싼 기능의 배분과 그에 걸 맞는 정상적인 대가의 수령 내지 이윤의 참여 문제는 발생되지 않는다. 하나의 기업이 상품을 디자인하고 원재료를 구입하고 생산활동을 하며 재고위험을 부담하기 때문이다. 즉, 구매 및 제조에 관한 전반적인 기능을 모두 하나의 기업이 수행하기 때문에 배분의 문제가 발생하지 않는 것이다.

나) 계약생산(contract manufactures)

계약제조업자는 고정자산과 원재료를 소유하고 있지만, 제조하여 자신의 재고로 가지거나 자신의 위험부담으로 도매업자에게 판매하는 것이 아니라 본인(주문자)의 주문이 있을 경우에만 제조활동을 한다. 이는 제조업자가 재고위험과 판매

위험을 부담하지 않는다는 것을 의미한다. 주문한 질과 양을 충족할 경우에는 주문자가 제조된 상품의 구입을 보장하기 때문이다. 주문자는 제조과정이 끝나면 생산된 제품의 소유권을 취득한다.

다) 위탁생산(toll manufacturer)

제조업자는 주문자가 제공하는 원료를 이용하여 생산을 한다. 이 때 제조업자는 생산용역을 제공하는 것에 불과하고 주문자가 요청하는 질과 양을 충족시킬 책임만을 부담한다. 주문자는 원료부터 완제품이 나오기까지 물건에 대한 소유권을 지속적으로 보유한다. 물론 재고 및 판매위험을 부담한다.

2) 도매업

제조업의 경우와 유사하게 도매활동에 참여하는 당사자들간에 재고위험과 판매위험을 누가 부담하는가에 따라 다음과 같은 구분이 가능하다.

가) 전통적인 도매방법

전통적으로 도매방법은 최종 소비자가 거주하는 국가에 소재하는 판매사가 타국에 소재하는 생산자로부터 상품을 구입하여 판매하는 buy-sell 구조와 자신의 이름으로 구입하여 판매하는 대신 생산자와 대리인계약을 체결하고 판매활동을 도와주는데 그치면서 최종소비자와 외국의 판매사가 직접 계약을 체결하도록 하는 대리점(agency) 구조가 있다. 후자의 경우에는 전자의 경우보다 회사가 부담하는 위험은 적지만 대리점에 대해서 많은 국가들이 고정사업장(PE)으로 보고 있다. 이 경우 대리점에 귀속하는 소득의 규모를 산정하는 것이 중요한 이슈가 된다. 이때에는 국외의 생산자에게 잉여이익(residual profit)을 배분하는 것이 통례이다.

나) 제한된 위험만 부담하는 경우

여러 가지 다양한 방식으로 최종 소비자가 거주하는 국가에 있는 판매사의 위험을 덜어줄 수 있는데 그 예로서는 판매회사의 대손금을 생산자가 인수하는 방법, 장기 채고자산을 되사주는 방법, 판매회사가 상품의 소유권을 일시적으로만 갖도

록 하는 방법 및 위탁판매하는 방법 등이 있다. 이 경우 해당 판매회사는 물리적 고정사업장이 되지는 않지만, 기능적 고정사업장이 될 가능성은 있다.

다) commissionaires

commissionaire는 우리 상법상 위탁매매인과 유사한 개념이다(상법 제101조). 위탁매매인은 자신의 명의로써 위탁자의 계산으로 하게 된다. 그것의 법률효과는 위탁매매인과 위탁자와의 관계에서는 위탁자에게 귀속하지만 위탁매매인과 거래 상대방과의 관계에서는 위탁매매인에 귀속한다.¹⁾ 거래상대방이 위탁매매의 사실을 알고 있었는지와는 무관하다.

commissionaire는 사전에 대리점계약을 통해 생산자로부터 제품을 받는 것을 일반적으로 보장받는다. 대리점이 최종소비자와 판매계약을 체결하는 경우 그 계약은 생산자를 구속하는 것은 아니다. 대개의 경우 최종소비자는 자신이 본인(생산자)이 아니라 대리점과 계약을 체결하고 있다는 것을 인식하지 못한다. 일종의 익명대리인데 본인(생산자)이 대리점의 소비자와의 계약에 의해 구속되지 않는다는 특징이 있다. 대리점이 본인(생산자)을 구속하는 계약을 체결하는 것은 아니기 때문에 기능적 고정사업장이 되는지에 대해서는 해석이 나뉠 수 있다.

3) 소매업

가) 구매회사

단순히 구매활동을 영위하는 회사가 있을 수 있다. OECD모델조세조약상 구매전담회사는 고정사업장이 되지는 않는다. 따라서 저세율국가에 구매전담회사를 둘 수 있다. 그러나 구매회사로부터 물건을 구입하는 관계회사와의 거래에 대해서는 정상가격과세가 문제된다.

나) 재고관리회사

단순히 재고만 관리하는 장소는 OECD모델조세조약상 고정사업장이 되지는 않는다. 따라서 저세율국가에 재고관리회사를 두지만, 실제 재고는 최종 소비자 및

1) 이런 의미에서 위임은 일종의 간접대리이다(이은영, 민법총칙, 박영사, 2005, p.590).

판매사가 소재하는 국가에 두고 판매 직전에서만 소유권을 재고관리회사가 판매사에 넘기는 방법이 사용될 수 있다.

다) 프랜차이즈회사

자회사에 상표나 상품명을 사용할 수 있는 권한만 부여하고 실제 구입 및 판매 활동은 자회사가 전담하는 구조이다. 본사는 프랜차이즈 사용료(franchise fee)를 받는다. 경우에 따라서는 프랜차이즈권리만 소유하는 회사를 저세율국에 설립할 수도 있다. 이 때는 사용료의 정상가격이 문제된다.

(2) 사업구조재편성

1) 지역총괄회사의 설치

판매, 제조, 연구개발기능을 지역총괄회사에 집약하고 종래의 판매 자회사, 제조 자회사, 연구개발거점에는 한정적인 기능만을 남겨두는 방식이다. 각 거점의 기존 사업체는 대리점(commissionaires), 계약 생산자, 계약 연구개발자로 그 형태를 바꾸고 결과적으로 기능이나 위험을 제한적으로 부담한다. 또한 이에 따라 귀속되는 이익도 제한적이며, 부담하는 위험이 거의 없기 때문에 일정한 이익을 획득하게 된다.

한편 지역총괄회사는 대상지역의 사업에 대한 주요기능, 위험을 부담하기 때문에 초과수익이 귀속된다. 이러한 지역총괄회사는 싱가포르나 홍콩과 같은 비교적 저세율국에 설치하여 다국적 기업 전체 적으로 지불하는 세액을 감소시킬 가능성이 있다.

2) 역할분담회사의 설치

다국적기업이 각국의 개별기업에서 개별적으로 행하고 있는 관리기능을 역할분담회사에 해당 역할을 집약하여 재편성하는 방법이다. 대부분 조달과 물류, 경리 등의 보조적이고 반복적인 기능이 집약된다.

3) 무형자산의 전략적 관리

다국적기업이 창출했거나 개발하고 있는 무형자산에 대하여 관리회사를 설치해

서 일괄하여 관리하거나 공동관리를 하는 방법이다. 단, 관리회사에 무형자산을 이전하는 경우나 공동연구개발을 행하는 경우, 해당 무형자산의 법적소유자만이 아니라 경제적 소유자에 대해서도 검토를 하고 무형자산의 양도가액, 로열티율 등을 적절하게 결정할 필요가 있다.

4) 모회사자체의 이전

절세측면에서만 본다면 본국에 설치한 모회사를 조세피난처(tax heaven)에 설치한 자회사와 주식교환 등의 방법으로 조세피난처(tax heaven)에 설립한 법인의 자회사가 되도록 하는 방법이 있다. 이를 기존에 전세계 소득에 대해서만 과세했던 것을 본국의 원천소득에 한정하여 과세할 수밖에 없다. 또한 사업구조재편성과 결합하여 본국의 기능·위험·자산을 조세피난처로 이전하고 본국의 과세소득을 축소한다는 면에서 관련이 있다.

2. 이전가격과세

본고가 다루고자 하는 것은 사업구조재편성과 이전가격의 문제이다. 먼저 사업구조재편성에 따라 왜 과세문제를 발생할 수 있을지 살펴보자. 사업구조 재편성을 절세의 측면에서만 보면, 다국적기업은 고세율 거점에 있는 관련기업의 기능·위험을 저세율 거점에 있는 관리 가능한 관련기업으로 이전하는 것이 유용하다. 왜냐하면 기능·위험이 존재한다는 것은 그에 따른 과세소득이 존재하는 것을 의미하므로 기능·위험을 저세율국으로 이전하여 고세율국의 과세소득을 축소하고 저세율국의 과세소득을 증가시켜 다국적기업 전체적으로 세액을 절감할 수 있다는 것이다. 이 경우에 기능, 위험 등이 축소된 관련기업이 속한 국가는 사업구조재편성 후에 법인세의 세수가 감소된다. 따라서 해당 국가의 과세관청 입장에서는 사업구조재편성이 있는 경우에 사업구조재편성이라는 거래사실을 인정할 것인가가 중요한 과세문제가 된다. 또한 거래사실을 인정한 후에도 해당 거래가액이 비정상적인 경우 이전가격조정을 하게 되므로 거래한 가액이 정상범위인지가 중요하게 되는 것이다.

이 문제에 대해 그간 국제적인 논의가 어느 정도 진행되어 왔다. 즉, 2005년 1월에 개최된 OECD·CTPA라운드테이블에서 다국적기업의 국경을 넘는 기능·자산·위험의 이전을 동반하는 사업구조재편성에 대해 OECD의 TP가이드라인이나 OECD모델을 적용하면서 여기에 제시된 지침만으로 해당 거래에 대한 충분한 대응이 어렵다는 지적이 있었다. 이러한 문제에 대처하기 위하여 OECD재정위원회는 제1작업분과(OECD모델조약 담당)와 제6작업분과(OECD TP가이드라인 담당)의 합동 작업분과를 만들어서 검토를 수행하게 되었다. 2008년 9월 19일에 발표된 DD는 이 합동작업분과 및 제6작업분과의 검토결과를 공표한 것이다.

DD는 사업구조재편성에 대해 전반적인 내용을 소개하는 부분을 제외하면 주요 쟁점 4개로 구성되어 있다. 첫 번째 쟁점은 위험에 대한 고려이다. 위험은 앞서 제시한 과세문제를 다루는데 있어서 중요한 위치를 차지한다. 따라서 이 부분에서는 사업구조재편성에 대한 이전가격세제를 적용하기 위하여 OECD모델조약과 TP가이드라인을 적용함에 있어서 위험배분을 위한 일반적 지침을 제시하고 있다. 두 번째 쟁점은 사업구조재편성 그 자체를 보상하는 경우에 정상가격에 대한 논의이다. 즉, 사업구조재편성 그 자체를 보상하기 위하여 사업구조재편성을 어떤 측면에서 이해해야 하고, 보상이 정상범위인지를 결정하기 위해서는 어떤 사항을 고려해야 하는지를 제시한다. 세 번째 쟁점은 사업구조재편성 이후 거래에 대한 보상이다. 즉, 사업구조재편성 이후 거래에 대해서 OECD모델조약과 TP가이드라인의 적용시에 고려할 사항, 사업구조재편성 그 자체에 대한 보상과 사업구조재편성 이후 거래에 대한 보상간의 관계 등에 대한 내용을 서술한다. 네 번째 쟁점은 납세자가 구축한 거래를 인정할 것인가에 대한 것이다. 즉, TP가이드라인 1.35~1.41의 실제 거래에 대한 인식부분과 TP가이드라인의 다른 부분과의 관계를 분석하기 위한 것으로 이전가격조정을 목적으로 하는 거래에 대한 인식을 다룬다. 개념상으로는 첫 번째 쟁점은 두 번째와 세 번째의 쟁점에 연속되는 것이다. 위험의 요소는 기능, 자산의 요소들과 더불어 당사자간 거래에 대한 보상이 적정한지를 평가하는데 필수적으로 고려하여야 할 것이기 때문이다. 네 번째의 쟁점은 논리적으로 보면 두 번째의 쟁점을 고려하기 전에 다루어져야 할 것이다. 과세당국이 구조재편성의 거

래를 인정하지 않는다면 정상가격이 무엇인지에 대해 연구할 필요도 없는 것이기 때문이다. 이러한 논의 순서 재배열의 필요성에 불구하고 본고에서 연구자들은 그 간 DD를 통해 이루어진 논의의 순서를 존중하고자 한다.

3. 과세상 분석 요소

위에서 제기한 네 개의 쟁점 중 두 번째와 네 번째와 관련하여 사업구조재편성 거래를 어떻게 이해할 것인가에 대해 다음의 세 측면을 유의하여 연구할 필요가 있다.

첫째, 사업구조재편성 거래를 식별하기 위해서는 사업구조재편성 전·후의 기능을 분석하고 사업구조재편성을 하기 이전의 약정에서 실체의 권리와 의무, 사업재편성을 한 후의 약정에서 실체의 권리와 의무의 변화정도에 대한 내용을 파악해야 한다. 여기서 권리와 의무에 대한 파악은 서류상의 변화가 아니라 독립기업의 경제적인 원칙을 반영하는 권리와 의무이어야 한다. 권리와 의무에 대한 증거가 없는 경우에는 독립기업 원칙 하에서 어떠한 권리와 의무가 주어져야 하는가를 고려하여 권리와 의무가 결정되어야 한다.

둘째, 사업구조재편성 거래의 목적은 여러 가지가 있을 수 있겠지만, 집중적인 통제와 관리를 위한 경우, 시너지이익을 위한 경우 등이 대표적이다. 목적을 이해함에 있어서 주의해야 할 중요한 점은 사업구조재편성 시너지 이익을 목적으로 한다고 해도 사업구조재편성 후에 이익이 증가하지 않을 수 있다는 사실이다. 이는 사업구조재편성에 대한 고려시에 예측하지 못한 요인이 발생했거나 사업구조재편성이 시너지 이익의 증가가 아닌 경쟁력 유지 등을 목적으로 한 경우에 발생할 수 있다. 따라서 TP가이드라인에 따르면 과세당국은 사업구조재편성 이후의 상황으로 거래자체를 왜곡해서 판단하지 않을 것을 권고하고 있다.

셋째, 추가적으로 사업구조재편성에 대하여 한 보상이 정상범위인지를 판단할

때 유용한 기준 중에 하나가 예상했던 시너지가 실현되지 않은 결과를 받아들이는 것이 타당한가이다. 또한 사업구조재편성을 이해하면서 선택 가능한 대안이 없었는지에 대한 고려도 필요하다. 특히 대안에 대한 검토는 TP가이드라인에서 독립기업원칙을 적용하면서 비교가능성의 정도를 결정하는 1.15와 과세당국이 거래에 대한 인식할지를 결정하는 1.36~1.41의 적용할 때도 검토가 필요하다. 선택 가능한 대안을 고려할 때 대안에는 사업구조재편성을 하지 않는 안도 포함되어야 하며 사업구조를 재편성하는 것 외에 다른 대안이 없는 경우도 고려되어야 한다.

Ⅲ. OECD 토론초안

OECD DD의 내용은 전술한 바와 같이 위험의 배분, 사업구조재편성 그 자체에 대한 보상, 사업구조재편성 이후의 거래, 거래의 인식의 4가지 부분으로 나뉘어져 있다. 이는 이 문서의 목적인 TP가이드라인 등에 대한 세부적인 지침을 마련하기 위한 것이므로 TP가이드라인에서 구별가능한 분류를 따르고 있기 때문으로 판단된다. 그러나 본고는 OECD DD와는 목적을 달리하므로 앞서 파악된 이전가격과 관련된 과세이슈별로 OECD DD의 내용을 어떻게 반영할지 등에 대하여 정리를 목적으로 하므로 이 장을 제외하고는 이전가격과 관련된 과세이슈별로 내용을 정리한다. 다만, 본장의 OECD DD의 내용은 OECD DD의 내용을 정리한 것이므로 해당 문건의 순서에 따른다.

1. 위험의 배분

관련기업간 위험이 어떻게 배분되는가를 조사하기 위해서는 당사자간 위험배분 약정을 검토하고 거래의 경제적 실질이 이에 부합하는지를 살펴보아야 한다. 서면화된 위험배분 약정을 통하여 환율위험, 재고위험, 대손위험 등 관련기업이 처하게 되는 위험을 파악하고, 경제적 실질이 이에 부합하는지를 살펴보기 위하여 위험에 대한 장부상의 반영은 누가 하는지, 세무상 누가 손금으로 인정받고 있는지, 실질

적으로 위험이 발생된 경우에 위험을 보상하는 다른 약정은 없는지, 계약의 형태가 위험을 전가하는 형태로 되어있는지(예를 들면 도매업자의 상품구매 가격이 재판매가격이나 현금수익에 비례하도록 결정하여 도매업자가 재고위험을 공급업자에게 전가할 수 있는 경우)와 같은 증거를 확보해야 한다. 독립기업인 경우에는 계약조건이 당연히 당사자를 구속하지만 관련기업인 경우에는 계약의 조건대로 실제 행동이 발생되지 않을 가능성이 존재한다. 따라서 관련기업의 실제 거래행위가 계약의 조건을 따랐는지, 위조된 것은 아닌지를 검토하는 것이 중요하다. 참고적으로 위험배분 약정은 논리상 거래이전에 약정되어야 할 것이고, 서면의 형태 외의 다른 통신수단으로 이루어질 수도 있다. 서면화된 위험배분 약정이 없는 경우에 관련기업들의 계약적인 관계는 관련기업들의 행동과 독립기업의 관계를 통제하는 경제원칙을 통하여 유추해야 한다.

위험배분이 정상범위에 포함되는지를 결정하기 위해서 고려해야 하는 요소가 무엇인지에 대한 해답을 찾기 위해서는 먼저 관련기업에 대한 기능분석이 필요하다. 왜냐하면 기능분석을 통하여 수행기능을 파악하면 당사자의 위험배분이 어떻게 되어야 하는지를 어느 정도는 결정할 수 있기 때문이다. 그러나 해당 위험배분이 정상범위에 포함되는지에 대한 실질적인 자료는 비교가능한 상태의 독립기업간의 계약서에서 해당 기업의 위험배분약정과 유사한 위험배분약정을 찾아내는 것이다. 이러한 자료가 없는 경우에 해당 위험배분이 정상범위에 포함되는지에 대해서는 유사한 상황에서 독립기업간에 동의할 것이라고 기대되는 수준인가를 파악하는 것이다. 이를 결정하는 요인이 관련기업의 위험에 대한 통제여부와 위험을 감수할 수 있는 재정능력이다. 여기서 통제는 위험을 받아들이거나 위험관리를 어떻게 해야 할지를 결정할 수 있는 능력으로 정의할 수 있다. 통제여부는 내부적으로 해당 기능을 수행하는 경우에는 통제기능을 수행하기 위한 사람을 확보하고 있는지를 통하여 판단할 수 있고, 외부적으로 위탁한 경우라면 기간단위로 통제기능을 관리하고 기능수행에 대한 결과물에 접근가능한지를 통하여 판단할 수 있다.

통제의 여부를 판단하여 위험배분이 정상범위인가를 결정할 때 주의해야 하는 점은 독립기업이 관련기업과 같은 방법으로 위험을 배분하지 않는다는 사실만으

로 관련기업의 위험배분이 정상범위가 아니라는 판단을 할 수 있는 것이 아니라는 점이다. 따라서 독립기업이 관련기업과 같은 방법으로 위험을 배분하지 않는다면 거래가 통제되었는가 통제되지 않았는가를 고려하여 통제로 인한 차이를 조정해야 한다. 이것이 비교가능성을 조정하는 것이다. 즉, 위험배분에 대하여 통제력을 가지느냐의 여부가 거래에 대한 비교가능성에 영향을 주는 요소라면 비교가능성 조정을 통하여 통제력의 차이를 제거한 후 위험배분 약정이 정상범위인지를 결정하여야 한다.

위험이 경제적으로 의미 있는 수준이 아니라면 기업은 경제적으로 의미 없는 위험과 잠재적인 이익을 교환하지는 않을 것이다. 따라서 위험의 이전에 따른 보상이 정상범위인지를 결정하기에 앞서서 위험이 경제적으로 의미 있는 수준인지에 대한 평가를 해야 한다. 이에 대한 평가는 일차적으로 회계상 해당 위험이 반영되어 있는지를 통하여 판단될 수 있다. 그러나 이것이 전적인 판단기준이 될 수는 없고 해당 위험이 회계상 인식될 만큼 실현되지 않았기 때문에 회계상 반영되지 않을 수도 있음에 유의하여야 한다.

위험배분이 어떤 면에서 이전가격결정과 관계가 있는가와 관련하여 보다 가장 중요한 두 가지 쟁점사항인 사업구조재편성 중 위험의 재배분에 대한 이전가격결정과 사업구조재편성 후의 위험배분 약정의 정상범위 여부는 다음에 서술하는 나와 다에서 다루기로 하고 그 외에 위험배분이 어떤 결과를 나타낼 수 있는가를 살펴보면 다음과 같다.

위험을 배분받은 당사자는 일반적으로 기대수익의 증가에 의하여 증가하는 위험을 보상받아야 하며 위험을 관리하거나 위험을 감소시키기 위한 노력 및 위험의 실현에 따른 비용(충당금의 설정이나 재고자산평가 등)을 감수해야 한다.

다른 측면의 논의로 위험배분약정에서 위험에 대한 보상조건과 이전가격결정방법간의 관계에 대한 논의가 있었다. 즉, 위험에 대한 보상조건이 발생원가에 일정비율을 가산하는 형태이거나 순이익의 일정비율을 가산하는 형태와 같이 실현에 대하여 낮은 위험수준을 나타내는 보상조건은 이렇게 낮은 위험수준을 나타내주

는 원가가산법이나 거래순이익율법과 같은 이전가격결정방법을 선택할 수 있다. 이 때 낮은 위험수준을 나타내는 보상조건은 각 당사자의 위험수준을 평가하면서 고려되어야 하는 요소가 된다.

2. 사업구조재편성 자체

사업구조가 재편성되면 자산 등이 이전되고 재편성이전에 담당하던 기능과 부담하던 위험에 변동이 생긴다. 이로 인하여 기존에 얻던 이익 등을 얻지 못하게 되거나 기존에 발생하던 손실이 발생되지 않는 등의 영향을 받게 된다. 이러한 잠재적인 이익(손실)이외에 직접적인 손실로 고용중지에 따르는 비용 등이 발생할 수 있다. 사업구조재편성 그 자체에 대한 보상과 관련하여 보상의 대상이 되는 자산의 이전, 잠재적인 이익(손실), 직접적인 손실별로 고려해야 할 점을 정리했다.

(1) 잠재적인 손익

잠재적인 이익(손실)은 그 자체가 자산이 아니라 잠재력이다. 따라서 잠재적인 이익(손실)은 사업구조 재편성이 발생하지 않았던 경우에 약정이 명확하게 계속된다는 가정 하에 발생될 이익(손실)이 아니라 발생 가능한 이익(손실)액과 위험발생 가능성으로 설명될 수 있는 것이다.

보상이 정상범위에 있는지는 잠재적인 이익(손실)이 관련 기업이 이용가능한 실질적인 대안을 보상할 수 있는 수준이어야 하고, 위험의 변화에 따른 이익의 기대치를 설명할 수 있는 수준이어야 한다는 것이다. 이 때 전 세계에 걸쳐진 기업보다 특정지역을 기반으로 하는 기업의 시너지 이익이 잠재적인 이익(손실)에 공헌할 수 있는 가능성이 더 크고, 잠재적인 이익(손실)은 사업구조재편성에 따른 권리나 자산의 이전에 따라 발생하는 이전가격의 결과에 대한 분석으로 알 수 있다.

(2) 자산의 이전

사업구조재편성과 관련된 유형자산의 이전은 사업구조재편성 이전 사업에서 사용하던 유형자산인 기계장치나 재고자산을 이전하고 이에 대한 가액을 결정해야

하는 경우에 발생한다. OECD는 재고자산에 대한 이전가격 결정방법을 예로 들어 설명하면서 이전가격방법을 선택하는 것은 기본적으로는 기능분석을 포함하는 비교가능성 분석에 의존하지만 부분적으로는 거래의 복잡성, 기능수행에 따르는 위험을 고려해야 한다고 설명하였다.

사업구조재편성과 관련된 무형자산의 이전은 유형자산의 이전과 달리 자산을 식별하는 것이 필요하다. 사업구조재편성과 관련해서는 양도하는 기업이 어떤 형태로 소유한 것인지, 이전되는 경우에 그들의 가치는 무엇인지를 명확히 하는 것이 필요하다. 사업재편성 중 하나 이상의 지역 관련기업에서 관리되던 무형자산을 중앙기업으로 이전하는 경우에 정상범위의 보상에 대한 결정은 이전되는 기능, 사용되는 자산, 이전되는 무형자산과 관련하여 기업이 처한 위험의 범위에서 설명되어야 한다. 이 때, 유의해야 하는 점은 무형자산이 이전되는 계약을 한 후에도 무형자산을 양도한 기업에서 무형자산을 계속 사용하는 경우에는 상업적 목적으로 이러한 행위가 정당한가에 대한 추가적인 조사가 필요하다.

가치가 확정되기 전에 이전된 무형자산과 관련해서 특별히 고려해야 하는 점은 TP가이드라인 6.28~6.35에서 제시하고 있는데 무형자산의 결과가 불확실하고 가치의 변화가 거래를 재협상해야 할 만큼 근본적인 변화에 해당한다면 재협상이나 조정문구를 두는 것을 인정하고 있다.

무형자산의 본질 및 가치와 관련하여 사업구조재편성으로 인하여 양도하는 기업이 소유한 무형자산을 조사하는 작업이 중요한데, 예를 들면 완전한 형태의 도매업자에서 제한된 형태의 도매업자로 전환되는 경우에, 완전한 형태의 도매업자일 때 소유했던 영업 무형자산이 없는지를 조사하는 것이다.

사업재편성으로 이전될 수 있는 무형자산으로 계약상의 권리가 있을 수 있다. 즉, 향 후 잠재적 이익을 가져다 줄 고객과 맺고 있었던 장기계약을 종결하는 조건으로 동일한 조건으로 고객과 관련기업이 계약을 하도록 하는 방법으로 잠재적 이익을 관련기업으로 이전하는 형태이다. 이 경우에도 정상범위의 보상이 필요하다.

어떤 활동들에 대한 이전으로 진행하고 있는 사업을 이전하는 경우와 손실이 발

생하는 사업을 이전하는 경우가 있다. 진행하고 있는 사업을 이전하는 경우란, 특정한 기능을 수행하기 위하여 자산전체의 묶음(계약상의 권리, 현장에서의 노동력, 영업권 등)이 이전되는 경우이다. 이 경우에 정상범위의 보상을 결정할 때 고려해야 하는 점은 개별자산에 대한 이전을 비교대상으로 하는 것이 아니라 독립된 기업간에 진행사업을 이전하는 것이 비교대상이 되어야 한다는 점이다.

손실이 발생하는 사업을 이전하는 경우란, 특정한 기능을 수행하면 손실이 예상되는 경우에 해당 기능을 다른 기업에게 양도하여 손실이 발생되지 않도록 하는 것이다. 이 경우에 보상을 할 것인가에 대한 결정은 독립기업도 정상범위에서 손실발생활동을 포기하는 하면서 보상을 받고자 할 것인가, 다른 대안이 있는지, 제3자가 손실발생활동을 인수하고자 하는지(본래 수행하는 활동과 시너지효과 등을 고려)에 따른다.

사업구조재편성 중 특정 기능을 외부위탁 하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 양도하는 기업은 기능을 유지·수행에 따른 비용은 발생하지 않지만 동일한 기능에 따른 결과물을 구매하는데 따른 비용은 발생할 수 있다. 이 경우에 해당 기능 양도에 따른 보상을 받을 것인가 하는 부분은 기대절감원가와 재편성원가를 비교하여 결정된다.

(3) 직접적인 손실

사업구조재편성 비용은 사업구조재편성 과정에서 발생하는 비용으로 자산을 제거하는데 드는 비용, 고용계약의 중지에 따른 비용을 포함한다. 이러한 비용에 대해서는 분담을 하거나, 재편성 이후에 낮은 구매가로 보상하는 등의 여러 가지 보상방법이 존재한다. 이러한 보상이 정상범위인지를 검토하기 위하여 다음의 사항이 조사되어야 한다.

보상문구가 존재하는지에 대한 조사는 사업구조재편성 비용에 대한 보상이 정상범위인지를 검토하기 위한 출발점이 되는 것뿐이며 보상문구가 없다고 하여 이에 대한 보상이 정상범위가 아니라고 단정할 수 있는 것은 아니다.

어떤 경우에 사업구조재편성 비용에 대한 보상범위가 정상범위라고 판단할 수 있는지에 대한 논의이다. 사업구조재편성, 특히 계약의 종결에 따른 위험을 어떻게 보상받는 것이 합리적인가에 대해 설명하고 있다. 일단, 비교가능한 상황에서 독립 기업의 계약에서도 해당 위험을 설명할 수 있다면 이는 합리적이라고 할 수 있다. 다른 한편으로는 계약의 종결과 연결된 위험을 보상을 결정하는 요인으로 활용하는 방법이 있다. 또 다른 방법으로는 해당 비용을 분담하는 방법이 있다.

판례법이나 상법에서는 어떤 규정을 두고 있는지가 정상범위를 추정하는 근거가 될 수 있는데, 법에서 계약의 특정한 종류에 대하여 보상을 하도록 하는 경우이다. 이 경우에는 예상할 수 있는 보상권, 조건, 상황에 대하여 정보를 제공받을 수 있다.

약정의 종결이나 재협상으로 인한 비용을 보상하는 것이 정상범위라고 할 수 있는지에 대해서 고려해야 하는 것은 약정을 종결하는 것이 경제적으로 합리적인지, 이러한 행위로 인하여 기대이익이 있는 기업이 있는지, 다른 대안이 있는지이다.

3. 사업구조재편성 후의 거래

사업구조가 재편성된 것이라면 그 이전의 거래방식과 이후의 거래방식간에 각 계열사에 귀속하는 기능, 자산 및 위험에 과연 어떠한 변화가 있었는지를 알아야 할 것이다. 양자를 비교할 때 별차이가 없다면 경제적 실질에 따라 과세하려는 이전가격과세의 목적에 비추어 볼 때 유의미한 변화가 있었다고 볼 수 없을 것이기 때문이다.

기능, 자산 및 위험의 변화를 복합적으로 고려하는 데에는 거래순이익법 그 중에서도 거래이익분할법의 중요성이 증가하고 있다. 5가지의 비교가능성 요소를 찾아 비교하는 작업이 매우 중요하다. 사업구조재편성 후의 거래에서 정상가격을 찾아야 하는 경우를 단적으로 설명하는 예로서 아래를 들 수 있다.

자국 A에서 이미 의류생산에 성공한 기업 갑이 자국에서의 높은 인건비 때문에 인건비가 저렴한 B국의 자회사 을에 계약생산(contractual manufacturing)하는 경우 절약한 인건비부분이 A국의 갑에게 귀속하는 것인지 B국의 을에게 귀속하는 것인지에 대해 판단하여야 할 것이다. 이 경우 A국의 갑에게 귀속할 부분을 판단하는데 있어서는 갑이 B국의 제3자에게 계약생산한 경우라면 어느 정도의 값에 구매하였을 것인가 하는 관점에서 정상가격을 찾아야 할 것이다.

4. 과세상 인정할 수 있는 거래인지

과세당국은 납세자가 설정한 새로운 거래구조를 그대로 인정하여야 할 것인가 보다 근본적인 의문을 가질 수 있다. 이에 대해 OECD이전가격과세지침은 납세자가 상업적으로 합리적인 행동을 하고 있는지를 갖대로 판단하여야 한다고 하고 있다(OECD TP Guideline paragraph 1.37). OECD에 의하면 기능, 자산, 위험이 실제 이전했다면 조세를 절약하기 위해 사업구조를 조정하는 것이 상업적으로 합리적인 것이라고 인정할 만하다고 하는 것이다. 따라서 이전가격과세를 하는 것이 타당하며 거래 자체를 부인하는 것은 적절하지 않다는 것이다.

다음과 같은 예가 이 쟁점을 잘 설명할 수 있을 것이다. Z회사는 세계적으로 유명한 사치고가품의 판매회사이다. Z의 상호는 매우 유명하며 효율적인 소매망을 구축하고 있으며 좋은 장기 공급자들을 확보하고 있다. 한 세계적인 다국적 기업이 Z를 인수하였다. 그 다국적기업에서 그룹의 모든 상호와 무형자산은 V국에 있는 V사가 보유하고 있다. 주된 공급자계약은 W국에 있는 W사가 보유하고 있다. 소매망은 X국의 부동산회사가 소유하고 있다. 그 다국적기업은 Z사를 인수한 바로 다음 Z 사업을 재편성하였다. 상호는 V사에 넘기고 장기공급자 계약은 W사에 넘기며 소매망은 X사에 넘기는 내용이였다. 그러한 이전을 대가로 Z사는 이전받는 쪽으로부터 대가를 수령하였다. Z사에 남는 것은 W사를 위한 commissionaire 지위뿐이였다. 이에 따라 그에 배분될 이윤(profit potential)은 현격하게 축소되었다. 이와 같은 재편성의 이유는 Z를 그 다국적기업의 기존의 사업방침에 따르게

구조를 설정하여야 했기 때문이라고 한다. Z의 관리자들은 이 결정을 받아들일 수 밖에 없었다. 이전에 대한 대가는 정상가격수준이었으며 재편성 이후 거래에서 주고받게 된 거래의 대가도 역시 그러했다. 이러한 구조와 달리 만약 무형자산을 shell company에 처분하였다면 새로 설정된 사업구조는 과세당국에 의해 부인될 가능성이 매우 높아진다.

IV. 현행 세제의 분석

다국적기업이 시도하는 국제적인 사업구조의 개편이 정당한 사업목적에 의해 이루어질 경우 그것을 인정하고 그에 합당한 과세를 하는 것이 중요하다. 사업구조의 재편은 이전가격과세의 3요소라 할 수 있는 기능, 자산 및 위험의 이전을 수반하고 재편 이후의 거래에 그러한 재편의 결과물이 침전되어 반영된다. 과세당국 으로서는 혹여 그러한 사업구조재편을 통해 경제적 실질과 동떨어진 거래를 구성하는 방법으로 자국의 과세권에 일실이 발생하고 있는 것은 아닌지의 관점에서 분석할 필요가 있다. 아울러 납세자의 입장에서는 과세당국이 예기치 않게 새로운 이론이나 기준에 입각하여 과세하려 할 경우 법적 안정성이 훼손되기 쉽다. 이러한 현상과 우려는 우리나라에 진출하거나 우리나라에서 진출해나가는 다국적 기업에도 동일하게 대입해볼 수 있는 것들이다. 이러한 관점에서 현행 세제를 짚어 볼 필요가 있다.

1. 국제적 조세회피의 문제

(1) 과세상 쟁점

OECD의 DD는 다국적기업의 거주지국으로서 과세권을 행사하는 경우와 다른 국적의 기업이 기능·위험을 거주지국으로 이전하는 경우에 과세권을 행사할 때 양 쪽의 입장에서 합의가 가능한 사업구조재편성과세의 공통규칙을 마련하기 위한 검토를 수행하였다. 사업구조재편성이 조세회피행위로서 거래가 부인될 가능성

이 있는가에 대한 검토는 단독으로 기능·위험을 부담하던 기업이 기능·위험이 제한된 사업체로 변경된 경우에 세무상 해당 거래가 부인될 수 있는지, 인정되는 경우 이전가격체제의 대상이 되는지를 살펴본다.

앞서도 설명했지만 TP가이드라인은 과세당국이 납세자가 설정한 새로운 거래 구조를 그대로 인정하여야 할 것인가 보다 근본적인 의문을 가지는 경우에 납세자가 상업적으로 합리적인 행동을 하고 있는지를 갖대로 판단하여야 한다고 하고 있다(OECD TP Guideline paragraph 1.37). 즉, 사업구조재편성에 따른 재배분약정(기능·위험·자산)의 결과 기업의 기능이나 활동에 변화가 발생하여 과세상 달리 취급하는 것을 정당화할 수 있는가 하는 점에 집중할 것이다. 이에 대한 검토는 사례별로 할 수 밖에 없는 것이지만, OECD DD는 TP가이드라인에서 제시하는 상업적으로 합리적인 행동을 하고 있는지에 대한 잣대를 좀 더 일반화된 기준으로 제시하고자 했다.

일반기준은 기능·위험을 이전하는 약정이 비관련자간에도 있을 수 있는 내용인가 하는 점과 기능·위험 이전의 지표로서 이에 따른 인적자원의 이전, 사용했던 무형자산의 이전, 더불어 위험을 부담할 수 있는 재정능력이 존재하는가 하는 점이다. 이와 관련해서 중요한 점은 사업구조재편성 후의 거래에 대한 기능과 위험을 확인하는 것이다. 이를 통해 처음부터 계약이 존재했었는지에 대한 확인을 할 수 있고 해당 거래를 인식할 수 있는지를 확인할 수 도 있다.

다국적기업이 그룹 전체의 절세만을 목적으로 관련기업간의 기능·위험·자산을 이전하는 경우가 있다면 이것이 TP가이드라인에서 언급한 상업적으로 합리적인 행동을 했다고 할 수 있는가 하는 점과 이를 판단하기 위한 OECD의 DD의 내용은 타당한가 하는 점이 이 부분의 과세상 쟁점이 될 것이다.

(2) 국내세법 및 조세조약

1) 국내세법

우리나라 세법 및 조세조약에 사업구조재편성이 조세회피행위에 악용되는 경우

에 이를 방지하기 위한 장치를 마련하고 있는지, 사업구조재편성이 거래로 인식되는 경우에 이전가격세제로 과세가능지의 관점에서 우리나라 세법과 조세조약을 살펴보고자 한다.

사업구조재편성거래에 이전가격세제를 적용할 수 있는지에 대한 판단은 해당 거래가 국제조세조정에 관한 법률 제2조 제1항 제1호에서 규정한 국제거래에 해당하는지에 대한 판단이고 그 보다 근본적인 문제는 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 국제거래에 관한 실질과세에서 거래에서 거래의 사실을 인정할 수 있는 거래인가를 판단하는 것이다.

먼저 국제조세조정에 관한 법률 제2조 제1항 제1호에서 이전가격의 대상이 되는 국제거래는 ‘거래당사자의 일방 또는 쌍방이 비거주자 또는 외국법인이 거래로서 유형자산 또는 무형자산의 매매·임대차, 용역의 제공, 금전의 대부·차용 기타 거래자의 손익 및 자산에 관련된 모든 거래를 말한다.’라고 규정하고 있다²⁾. 사업구조재편성과 관련하여 무형자산이 이전될 가능성이 높고 무형자산의 이전의 경우에 기대편익을 반영하도록 하고 있으므로³⁾, 보상의 대상이 되는 잠재적인 이익(손실)을 포함할 수 있을 것으로 판단된다. 따라서 이 경우에는 현행 법제의 이전가격세제의 틀 안에서 논의될 수 있을 것이다. 그러나 위험의 이전, 기능의 이전 등이 무형자산의 이전에 포함될 수 있는지에 대한 명확한 규정이 없고 무형자산에 포함하지 아니하고 수수한 대가를 노하우 등을 매각하는 손익거래로 보아 사용료 소득으로 볼 수 있겠지만 이 경우에는 여러 가지 노하우가 한꺼번에 이전되는 사업구조재편성의 특성이 제대로 반영된 형태로 분석되는 것 아니고 잠재적인 이익(손실)을 고려하기 어렵다는 점에서 사업구조재편성의 성격을 반영하여 이전가격세제를 적용할 수 있는 것은 아니다.

또한 현행 국세청 예규 및 판례를 중심으로 사업재편성 시점에서 사업재편성을 부인한 사례, 재편성에 따른 비용이 대상이 되어 이전가격을 과세한 사례, 사업재편성 약정이 정상범위에 벗어났다고 하여 잠재적인 이익(손실)을 대상으로 이전가

2) 국제조세조정에 관한 법률 제2조 제1항 제1호

3) 국제조세조정에 관한 법률 시행령 제6조 제6항 제1호

격을 과세한 사례를 찾아보았으나, 과세사례를 찾을 수는 없었던 점에 비추어 아직 까지 사업구조재편성에 따른 이전가격세제를 본격적으로 다루고 있지는 않은 것으로 판단된다. 특히 무형자산이 포함되지 않은 기능과 위험에 대한 이전의 경우에 사업구조재편성 그 자체에 대하여 잠재적이익(손실), 사업재편성으로 발생하는 손실을 현행 이전가격세제의 틀 안에서 논의하는 것을 어려울 것으로 판단된다. 이 경우에 현재 우리나라는 사업구조재편성 이후에 기능 및 위험에 재배분이 발생한 경우에 재편성된 위험 및 기능하에서 보상받아야 하는 수익이 적정한가에만 초점을 맞추고 사업재편성 그 자체에 대한 보상을 별도로 규정하고 있지는 않다.

한편 앞서 서술한 바와 같이 사업구조재편성 거래는 위험과 기능을 이전한 기업의 과세이익을 감소시킬 가능성이 크므로, 위험과 기능을 이전한 기업이 속한 과세당국의 입장에서는 해당 거래를 거래로 인식하지 않고 부인하고자 하는 유인이 있을 것이다. 이는 TP가이드라인 1.37에 의하면 예외적인 두 가지 경우에 특수관계자 거래 구조를 무시할 수 있다고 하여 거래의 인식을 부인할 수 있는 예외규정을 두고 있다. 먼저 계약의 경제적 실질이 형식과 다른 경우이고 다음이 거래의 형태와 경제적 실질과 일치한다 하더라도 그 거래와 관련된 제반사항을 종합적으로 고려할 때 거래에 대한 약정이 합리적으로 행동하는 독립기업이 선택하였을 약정과 다르고 실제구조가 세무당국이 적정한 이전가격을 책정하는 것을 방해하는 경우이다.

사업구조재편성과 관련하여 계약의 경제적 실질이 형식과 다른 경우는 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2에 근거조항을 마련하여 부인의 가능성을 두고 있다. 이 경우에 실질이 형식과 다르다고 하는 점은 실질적으로 해당 거래가 발생되지 않았는데, 서류상으로 해당 거래를 발생시키고 해당 기능과 위험의 이전에 근거하여 이전가격을 결정한 경우 등이 해당 될 것이다. 실질적으로 해당 거래가 발생되었는지에 여부에 대한 판단기준을 구체적으로 제시하고 있는 바는 없다.

2) 조세조약

사업구조재편성 거래에 대하여 조세조약에서 구체적으로 제시한 바는 없다. 사업구조재편성에 따라 무형자산, 기능 등을 이전하는 경우에 수취하게 되는 대가는

조세조약상 사용료 소득이 될 가능성이 있다. 조세조약 제12조를 구성하는 사용료 소득에는 대부분의 조세조약⁴⁾에서 산업상·상업상·학술상의 경험에 관한 정보의 대가를 사용료소득으로 포함하도록 하고 있다. 그러나 조세조약상 과세대상으로 규정하였다고 하더라도 실질적으로 이 거래를 과세하는 방법 등은 국내세법을 따르게 되므로 국내세법 부분에서 서술한 문제점은 그대로 남게 된다.

(3) 소결론

OECD DD는 사업구조재편성 거래가 이전가격세제의 대상이 된다는 점을 OECD국가 및 관련국에 알리고, 기존의 조세조약과 TP가이드라인의 틀에서 정상범위를 판단하면 된다는 전제를 확인하고 있다. 또한 기능, 자산, 위험이 실제 이전했다면 조세를 절약하기 위해 사업구조를 조정하는 것이 상업적으로 합리적인 것이라고 인정할 만하다고 하는 것이다. 따라서 이 부분은 거래가 실제로 있었는가를 중심으로 판단하여 판단하고 과세당국이 임의적으로 거래를 부인하기 보다는 이전가격과세를 통하여 대가의 적정성을 파악하는 것을 권장하고 있다. OECD DD의 지침들이 실무적인 적용을 하기에는 구체적인지 못한 점이 있는 것이 사실이지만 이는 이전가격 과세의 특성상 사례별로 해당 기업의 특수상황을 이해하여야 한다는 한계로 인한 것으로 공통적인 견해를 도출한 점에서는 의의가 있다고 본다.

우리 세제에 비추어 보면 사업구조재편성 거래가 경제적 실질과 다른 경우에 부인할 수 있는 근거를 두고 있다. 그러나 경제적 실질과 일치하여 해당 거래를 인정하는 경우에 해당 거래가 이전가격세제의 대상이 될 수 있는가에 대해서는 긍정하기 어려운 면이 있다. 우리나라의 무형자산의 정의가 국제조세조정에 관한 법률에는 포함되어 있지 아니하고 법인세법에서의 무형자산은⁵⁾ 사업구조재편성으로 인한 기능의 이전 등을 포괄하지 못하므로 자산이 이전되는 경우 이외에는 이전가격세제의 대상이 되기 어렵다. 손익거래인 사용료소득으로 보아 과세할 수 있는 여지가 남아있기는 하지만 이 경우에는 사업구조재편성이라는 일시적·집단적 거래

4) 이집트와의 조세조약 제외

5) 법인세법 시행령 제24조 제1항 제2호

가 아니라 개별 이전대상에 대한 대가를 중심으로 한 것이고 이에 대한 잠재적인 이익(손실)을 고려할 수 없다는 점에서 현행 이전가격체제가 완전하게 사업구조재편성 거래를 위해 정비된 이전가격체제는 아니라고 판단된다.

일본의 경우를 예로 들면 무형자산의 범위는 특허권이나 상표권 등 법적으로 권리가 보증되고 있는 것에 한정하지 않고, 노하우나 생산방식, 판매망이나 기타 등으로 정의하여 초과이익의 원천이라고 볼 수 있는 중요한 가치가 있는 모든 것을 포함하고 있어서 상당히 폭넓게 정의하고 있다. 또한 종업원의 능력, 지식 등의 인적 자원에 관한 무형자산, 프로세스, 네트워크 등 조직에 관한 무형자산에 대해서도 검토범위에 포함하여 종합적으로 검토한다는 지침을 마련하고 있다⁶⁾.

사업구조재편성에 대하여 개별국가가 거래를 부인하는 형태로 과세하는 경우에 개별기업은 이중과세에 직면할 수밖에 없고 확실한 근거가 없는 한 거래자체를 부인하는 형태로 과세당국이 과세권을 확보하는 것은 쉽지 않을 것으로 판단된다. 따라서 우리세제도 국제적인 조세흐름에 맞추어 사업구조재편성 거래를 조명하고 해당 거래를 우리 이전가격체제의 틀 안에 분석할 수 있는 근거를 마련해야 한다고 본다. 이를 위하여 이전가격체제가 다룰 수 있는 무형자산의 범위를 사업구조재편성 거래를 포함할 수 있는 형태로 개편하는 방향이 시급하다고 판단된다. 그리고 이에 앞서서 해당 거래가 이전가격체제의 적용대상이 될 수 있음을 인지해야 한다. 실무적으로 특정 거래를 분리하여 이전가격체제를 적용하려면 특정거래에 귀속되는 수익, 비용 등을 분리해 내어야 하고 이것이 쉬운 일은 아니지만, 사업구조재편성거래는 특정기업의 잠재적 이익(손실)의 대부분을 변화시킬 수 있는 중요한 거래가 될 수도 있다는 점에서 간과할 수 없는 중요한 위치를 차지하고 있다.

2. 법적 안정성 제고의 필요성

(1) 과세상 쟁점

거래를 인정하는 경우에 정상범위는 무엇인가 하는 문제는 사업구조재편성 거

6) 事務運營指針 2-11 (조사에서 검토해야 하는 무형자산)

래에 대하여 이전가격세제를 적용하는 경우에 이전가격결정방법 및 정상범위를 어떻게 결정할 것인가의 문제이다. 즉, 사업구조재편성과 관련된 이번 주제는 사업구조재편이 있었던 시기 및 재편성 후에 소득배분에 관한 과세규칙과 관련된 것으로 사업구조재편성에 따라 기능·위험의 재배분계약을 하는 경우에 다국적기업의 관계회사간에 대가의 수수가 필요한지, 필요하다면 수수한 대가가 적정한지를 어떻게 검토하는지 하는 방법을 찾고자 하는 것이다.

이 부분에 대한 과세상의 쟁점은 계약이 유효하게 성립되면 사업재편성과정을 통해서 각 기업체에 귀속되는 소득의 산정규칙이 문제가 된다. 먼저 사업구조재편성에 따라 수익성이 높은 기능·위험을 넘기는 경우에 이에 대한 보상이나 이익의 분배가 독립기업원칙에 따라 필요한 것인지를 확인한다. 다음으로 사업구조재편성된 기능·위험을 이전한 사업체의 새로운 기능·위험에 대해서 독립기업원칙에 근거한 보수를 어떻게 결정하여야 하는지가 문제가 된다. 사업구조재편성 거래가 다른 거래에 대한 이전가격문제를 다룰 때와는 달리 이전가격결정방법상의 차이 등에 대한 검토이다.

(2) 국내세법 및 조세조약

사업구조재편성 거래에 대한 소득산정규칙과 관련된 국내세법과 조세조약을 정리한 부분이다. 첫 번째 과세 이슈에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경우에 사업구조재편성 거래가 발생한다고 해도 이에 대해 이전가격세제를 적용할 수 있는 부분은 사업구조재편성에 따른 무형자산의 이전 정도일 것이다. 따라서 이 부분은 무형자산의 이전과 관련된 소득산정과 관련된 우리나라 세법 규정 및 조세조약의 내용을 살펴본다.

1) 국내세법

국제조세조정에 관한 법률 시행령 제6조 제6항에서는 무형자산에 대한 정상가격을 산출하는 경우에는 그 특성에 따라 무형자산으로 인하여 기대되는 추가적 수입 또는 절감되는 비용의 크기, 권리행사에 대한 제한여부, 다른 사람에게 이전되거나 재사용을 허락할 수 있는지 여부를 고려하도록 하고 있다. 따라서 사업재편

성으로 이전되는 무형자산이 있는 경우에는 해당 무형자산으로 인하여 기대되는 추가적 수입 또는 절감되는 비용의 크기 등을 고려하여 정상가격을 산출하여야 한다는 원칙을 마련되고 있는 것으로 판단된다.

2) 조세조약

조세조약에서는 사업구조재편성 거래와 관련하여 대가를 산정할 때 독립기업원칙에 근거하여야 한다는 원칙적인 규정만을 하고 있다고 보인다. 관련 가능성이 있는 조약의 내용은 고정사업장에 대한 소득의 귀속을 다루는 제7조와 특수관계기업간의 거래를 다루는 제9조 정도가 될 것이다.

조세조약 제7조와 관련하여서는 기능과 범위가 축소된 사업구조재편성 후의 기업이 고정사업장으로 인정될 수 없는 범위의 기능과 위험을 부담하고 있는 경우에 이를 고정사업장으로 볼 수 있느냐를 검토하는 것과 관련이 있다. 예를 들면 앞서 사업구조의 형태에서 언급한 commissionaire를 고정사업장으로 볼 수 있는가에 대한 판단과 관련이 있다.

조세조약 제9조는 이전가격과 관련된 조항이다. 제9조는 특수관계기업과 관련된 내용으로 특수관계기업간에 상업상 또는 재정상의 관계에 있어서 독립기업간에 설정되는 조건과 다른 조건이 설정되거나 부과된 경우, 동 조건이 없었더라면 일반기업의 이윤이 되었을 것이 동 조건으로 인하여 그 기업의 이윤이 되지 아니한 것은 동 기업의 이윤에 포함되며 그에 따라 과세할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 조세조약상 과세당국이 이전가격의 조작을 통한 조세회피를 방지할 수 있는 요건으로 거래당사자가 특수관계에 있는 자이어야 하고, 거래의 내용에서 독립된 기업간의 거래와 비교하여 특수관계기업의 소득을 감소시킨 것으로 인정되는 경우에 이전가격조정이 가능하도록 하고 있다.

조세조약은 소득의 과세권에 대한 내용만을 규정하는 특성상 이 부분의 쟁점인 정상가격의 범위 등에 대한 논의는 제시될 수 없다는 한계가 있다. 다만, 독립기업원칙을 재확인할 수 있으므로 연구자의 입장에서는 사업구조재편성에도 예외없이 이 원칙이 적용된다는 점을 확인해야 한다.

(3) 소결론

먼저 사업구조재편성에 따라 수익성이 높은 기능·위험을 넘기는 경우에 이에 대해 과세상 독립기업원칙에 따른 보상이나 이익의 분배 개념이 필요한가 하는 문제이다. 즉, 수익성이 높은 이익기회를 무상으로 제3자인 거래 상대방에게 이전하겠다는가의 관점이다. 수익성이 높은 기능·위험을 이전하면서 보상 없이 제3자에게 해당 기능이나 위험을 이전하지는 않을 것이므로 독립기업이라면 기능·위험을 이전할 때 잠재적인 이익손실에 대한 보상을 논의하게 될 것이다.

독립기업원칙 하에 사업구조재편성에 대한 보상을 하겠다는 점에 동의한다고 하더라도 무엇에 대해 보상을 할 것인가가 명확해야 한다. 무엇에 대해 보상하는지가 보상의 대상이라고 할 수 있는데, 기본적으로 보상의 대상은 자산, 잠재적 이익(손실), 직접적인 손실이 있다. 즉, 이전하는 기능, 위험의 바탕이 되는 무형자산, 노하우 등(영업권 등) 및 사업구조재편성에 따른 인적 자원의 이전이 있다면 이에 대한 보상, 이전하는 기업에게 가치가 있는 무형자산이 있다면 이를 포함할 것이다. 여기에 그치지 않고 과거에 부담했던 무형자산개발비의 금액 뿐 아니라 장래 예측되는 수익성에 대한 예상액도 포함한다고 OECD DD는 밝히고 있다. 한편 현재 기능·위험의 이전이 있다고 하더라도 이것이 부가가치가 높은 것이 아니고 제3자의 시장진입자에게도 특별대가를 받지 않고 제공하는 것이라면 보상의 필요성은 독립기업원칙의 관점에서 낮다. 더불어 사업구조재편성에 따라 사업이 폐지되거나 조업도를 대폭적으로 축소하는 경우, 설비의 폐기손실이나 이전비용의 부담에 대한 분담에 대해서도 독립기업원칙이 적용되어야 한다.

다음으로는 기능·위험을 이전한 사업체의 새로운 기능·위험에 대해서 독립기업원칙에 근거한 보수를 어떻게 결정하여야 하는지가 문제가 된다. 즉, 사업구조재편성 거래가 다른 거래에 대한 이전가격문제를 다룰 때와는 달리 이전가격결정방법상의 차이 등에 대한 검토이다.

새롭게 제한된 기능·위험을 부담하여 과거보다 수익이 감소된 형태를 보이는 기업의 입장에서 적절한 대가의 계산방법을 어떻게 결정해야 하는가에 대한 점이다. 기능·리스크의 변동상황은 사례별로 전부 다르지만 이에 대한 산정방법을 검

토함에 있어서는 약간은 공통적인 부분이 있다. 기능·리스크가 이전되는 쪽에 집중됨에 따라 이전을 한 쪽에서는 기능·리스크가 지극히 제한된 형태를 띠게 된다. 따라서 복잡한 이익의 결정과정을 거치는 것이 아니라 일정하고 반복적인 이익산정만으로 결정이 가능하다. 따라서 직접적인 대가의 산정이 가능한 전통적인 기본3법 중 재판매가격법(RP법) 및 원가가산법(CP법), 더불어 이것을 영업이익수준에서 비교하는 거래순이익율법(TNMM법)이 사용가능하고, 비교대상거래의 검색이 용이하다.

사업구조재편성에 따르는 무형자산의 이전에 대한 가격산정 중에 고려해야 하는 부분은 자신이 가진 수익력이 높은 무형자산을 양도하고 이를 양도받은 양수인과 계약하여 사용을 계속하는 거래이다. 이러한 경우는 제3자간에는 발생할 가능성이 적기 때문에 일방당사자의 기능·위험분석에 근거하여 평이한 독립기업가격 산정방법이 이용가능하다고 해도 무형자산의 양도, 무형자산의 사용허락 등의 양측면에서 당사자간의 독립기업간 대가지불의 타당성이 문제가 될 수 있다. 특히 무형자산 중 오랜 기간에 걸쳐 형성·가치가 증가되고 장래에 초과수익력을 발휘할 것으로 예상되는 자산을 그룹간에 사업재편성의 명목 하에 이전한 경우에 사업재편성에 대해 과세하는 경우에는 장기간에 걸친 예측 현금흐름을 ①일시의 양도 대가나 보상대가, ②재편성후의 새로운 기능·위험에 대한 보상으로 나누어서 사업구조재편성 거래에 대해 과세하고 사업구조재편성 이후 거래에 대하여 과세해야 하는 것이 이론적으로 타당하겠지만, 이는 실무적으로 또 이론적으로 간단한 문제가 아니다. 또한 여기에서 시너지 성과가 되는 초과이익을 누군가에게 귀속시키지도 문제가 된다. 이런 의미에서 사업재편성에 따른 이전가격의 문제에 대한 접근방법은 이익분할법(PS법)적 검증이 필요하다고 생각된다.

우리나라의 세제가 무형자산에 대한 정상가격을 산출하는 경우에 고려해야 할 사항을 일부 시행령에서 규정하고 있지만 구체적으로 들어가면 기대되는 추가적 수입 또는 절감되는 비용의 크기를 어떻게 산정할 것인지에 대해서는 별도의 지침을 마련하지 못하고 있다. 이는 우리나라 뿐 아니라 다른 나라도 역시 어려움을 가지고 있는 이슈로 보인다.⁷⁾

다른 측면에서 사업구조재편성과 관련된 거래를 우리세제로 과세할 때 문제가 되는 점은 사업구조재편성거래의 일시적이지만 전체적인 부분을 고려하기 어렵다는 점이다. 따라서 사업구조재편성과 관련된 거래가 일관성을 가지고 이전됨에도 무형자산의 일부, 사용료거래의 일부 등으로 과세되는 경우에는 과세결과가 왜곡될 가능성이 존재한다. 이 문제에 대해서 OECD DD도 개별거래의 형태가 아닌 사업구조재편성 전체의 관점에서 이전가격문제를 고려하도록 하고 있으나 현행 우리나라의 세제에서는 이를 고려하기가 어려울 것이다⁸⁾.

V. 결 론

이전가격과세제도와 같이 과세의 결과가 한 나라에 머무르지 않고 여러 나라가 관련되는 과세제도의 경우에는 국제적인 유사한 과세규정을 정하고 이를 준수하도록 하는 움직임이 있다. 국제적인 과세제도의 흐름을 이해하고 이에 발맞추려는

7) 2008년도 8월에 공표된 독일 기업세제개정(2008년시행)에서는 사업재편과 관련하여 이전하는 기능·위험에 맞는 적절한 대가를 지불하였는지를 검토해야 한다는 규정을 신설했다. 즉, 사업을 극도로 이전하는 경우에 유형자산, 무형자산 및 영업권의 이전이 없는 경우에는 양도과세의 대상이 되지 않았지만 새로운 세제에서는 '기능·위험'의 이전에 대하여 적절한 대가로 양도해야한다는 규정을 한 것이다. 독일에서는 적절한 대가의 산정을 위하여 가상적인 정상가격(hypothetical arm's length concept)의 개념을 제시했는데, 즉 독립기업원칙에 부합하는 비교가능한 적절한 자료가 없는 경우에는 가상적 정상가격에 따라 이전가격을 산정하도록 하고 있는데, 구입처가 입수가능한 최고가격과 판매처가 입수가능한 최저가격의 차이로 정의된다. 또한 잠재적인 이익(손실)을 추정하기 위하여 미국에서 1986년에 도입했던 소득기준에 상응하는 기준(commensurate with income standard)를 도입하고 있다. 이 기준은 무형자산의 양도나 사용의 경우, 해당 양도 등에 관한 소득금액은 무형자산에 귀속되어야 하는 소득금액에 맞추어져야 한다는 규정이다. 이에 따르면 이전되는 무형자산으로부터 획득되는 소득의 실적치를 기준으로 무형자산의 이전가격을 산정하는 것으로 무형자산을 이전한 후에 획득되는 소득에 따라 무형자산 이전소득을 조정하는 것이다. 독일의 이번 개정세제에 이 기준이 도입되어 실제의 이익획득상황이 거래시점의 예측과 크게 차이나는 경우에는 사업구조재편성 거래 후 10년을 기한으로 거래에 따른 소득을 조정을 행하게 된다.

8) 독일의 개정세법에서는 이 문제를 해결하기 위하여 포괄적으로 이전패키지(transfer package)라는 개념을 두고 있다. 이에 의하면 이전되는 자산, 기능에 대하여 개별적으로 평가를 행하는 것이 아니라 원래 과세대상이 되지 않았던 유형·무형자산의 공정한 시장가치를 초과하는 부분에 대해서도 포괄적으로 과세한다는 의미이다.

노력을 하지 않으면 단기적으로는 개별기업에게 부당한 이중과세의 불이익을 줄 수 있고 이러한 보이지 않는 조세장벽으로 인하여 중장기적으로는 원활한 국제적 교류가 어려워지게 될 수도 있다. 독일에서 이미 도입된 기업재편성관련 세제에 관심을 가지게 되는 것은 OECD DD의 방향과 거의 같은 방향으로 세제를 개편하였다는 점이다. 따라서 사업구조재편성거래에 대한 이전가격과세의 방향은 크게는 이와 비슷한 형태를 띠는 방향으로 나아갈 것이다. 왜냐하면 이전가격세제와 같은 국제조세에 대해서는 각국간의 정합성이 중요한 화두이기 때문이다.

사실 사업구조재편성 거래는 이전가격 이외에도 많은 과세상의 문제와 관련이 되어 있다. 사업구조의 재편성의 의의에서 잠깐 언급했던 조세피난처(tax heaven)로의 본사이전은 기업조직재편세제 더불어 사업구조재편성거래를 이용하는 것이나 조직개편이후에 존속되는 기업에 대한 고정사업장 과세문제, 조세피난처세제와의 관계 등에 대한 논의는 별도로 추가적인 검토가 있어야 하는 부분이라고 생각된다.

본고는 사업구조재편성과 이전가격의 문제를 논의하고자 했다. 사업구조재편성이라는 거래가 이전가격과 관련해서는 크게 두 가지 과세이슈인 조세회피를 부인하는 방향과 과세되는 경우에 정상가격의 결정과 관련하여 고려해야 하는 점을 중심으로 2008년 9월 19일에 발표된 DD의 내용을 정리하고 우리세제에서 사업구조재편성거래를 다룰 수 있는 가능성에 대한 논의를 하였다.

첫 번째 이슈와 관련하여 현행 우리세제가 조세회피를 하고자 하는 거래 중 형식과 경제적 실질과 다른 거래에 대한 부인규정을 가지고 있으나, 사업구조재편성거래와 관련해서 형식과 경제적 실질이 동일하고 해당 거래가 절세만을 목적으로 하는 경우에는 부인규정이 아닌 이전가격세제의 틀 안에서 사업구조재편성거래를 다루어야 한다고 생각한다. 또, 현행 이전가격세제로 사업구조재편성 거래를 다룰 수 있을 것인가에 대해서는 부분적으로 무형자산의 이전과 같이 이전가격세제의 틀에서 다룰 수 있는 부분이 있고 특히 무형자산의 이전의 경우에는 미래의 수익 등을 고려할 수 있다는 점에서 분석이 가능하다는 의견을 제시했다. 다만, 사업구

조재편성 거래의 경우에는 일시적이고 집단적인 거래로 해당 거래 발생의 일부분만을 이전가격의 대상으로 하는 것이 아니라 해당 거래를 통합하는 분석이 필요하다는 관점에서 현행 세제가 미흡하다는 점을 지적하였다.

두 번째 이슈와 관련하여 사업구조재편성 거래에도 이전가격의 기본원칙인 독립기업원칙이 적용되어야 한다는 점에 동의하고 이 경우에 적용가능한 이전가격 결정방법으로 재판매가격법(RP법) 및 원가가산법(CP법), 이익분할법이나 거래순이익율법을 제시하였고, 다른 방법으로 이전가격결정을 하더라도 사업구조재편성 전·후의 기능과 위험을 이해하는 측면에서 이익분할방법에서 수행하는 기능과 위험에 대한 배분은 필요하다는 점을 제시하였다. 또한 사업구조재편성의 보상이 되는 잠재적인 이익(손실)의 측정에 대해서는 이에 대한 어려움을 전제로 독일이 관련 세제를 도입하면서 적용가능한 규칙으로 제시했던 가상적인 정상가격(hypothetical arm's length concept)이나 소득상응기준(commensurate with income standard)을 예시해 보았다.(끝)

〈참고문헌〉

이용섭, 국제조세, 세경사, 2005

국세청, 개정세법해설, 국세청, 1995~2008

OECD, Transfer pricing aspects of business restructurings: Discussion Draft for public comment, 2008.9.18

Raffaele Russo, Fundamentals of International Tax Planning, IBFD, 2007

International Tax Service, Business Restructuring-Three Taxation Issues, Ernest&Young, 2007

大河原 建외 3인, 事業再編・サプライチェーンマネジメントへの國際課税の影響, International taxation VOL.28, 國際稅務研究會, 2008.10

Keiji Aoyama, Business Restructuring by MNE groups and Arms' Length Principle, 국제세제연구, 납세협회연합회, 2007

www.mof.go.jp

www.nta.go.jp

www.irs.gov

www.oecd.int/olis

www.samili.com

【주제어】 사업구조재편, 이전가격, 정상가격, 기능, 위험

<Abstract>

Transfer Pricing Taxation for Business Restructuring

Koo, Ja Eun · Oh, Yoon

Cross border business restructuring by multinational corporations is not a strange word any more. It is accompanied by transfer of function, asset and risk between entities in different jurisdictions. A tax authority may well be interested in whether arm's length compensation is paid in such a cross border movement because substantial economic interests are often to be transferred thereby. Some tax authorities apply substance over form principle to disregard such a transfer of function, asset and risk. Even when that is not the case, the determination of fair compensation for such transfer is far more difficult job both to tax authorities and taxpayers. Since 2005 the OECD has made efforts to build a common guideline for the transfer pricing taxation for business restructuring. This article analyzes such efforts and extends this analysis into Korean domestic tax laws and tax treaties. The authors found that the valuation of risk and intangibles is the key to transfer pricing taxation in this area. And the arm's length principle is still applicable to business restructuring where resale price method, cost plus method, profit split method or transactional net margin method may be utilized.

Key words : business restructuring, transfer price, arm's length price, function, risk