

조세조약 남용에 대한 대응방안 연구

2006. 12

안종석 · 홍범교

KIPF 한국조세연구원

서 언

조약 남용(treaty abuse)이란 조약의 혜택을 받을 수 없는 자가 혜택을 받는 것을 말한다. 다국적기업이 해외로 진출할 때 조세조약상 소득에 대해 면세 혜택을 부여하는 국가를 선택하여 그곳에 서류상의 회사(paper company)를 설립하는 등의 방법으로 거주지를 위장하여 조약의 혜택을 부당하게 취하는 행위가 이에 해당된다.

조약 남용은 국제조세 분야에서 매우 오래 전에 제기된 문제이나 특히 최근 들어 그 중요성이 강조되고 있다. 1980년대 이후 자본자유화가 진행되고 통신기술이 발달함에 따라 자본의 국제이동에 대한 제도적·물리적 제약이 급격하게 줄어들어 조세피난처 등을 적극적으로 활용하여 조세를 회피하는 공격적 조세회피가 크게 증가하였는데, 조세조약 남용이 공격적 조세회피의 중요한 수단이 되기 때문이다.

우리나라에서는 그동안 조약 남용이 중요한 이슈가 되지 않았으나 최근에 문제점을 인식하고 개선을 위한 노력을 기울이고 있다. 특히 1990년대 말의 외환위기 과정이나 외환위기를 극복한 직후 도입된 외국자본이 투자자금을 회수해가는 과정에서 막대한 이익이 발생하였음에도 조세조약을 이유로 국내에서 세금을 전혀 납부하지 않았다는 사실이 알려지면서 커다란 사회적 이슈가 되었다.

이에 대응하여 정부는 2005년에 국제조세조정에 관한 법률에 실질과세규정을 도입하는 등 제도를 정비하였으며, 앞으로도 국제기준에 맞추어 관련 제도 및 조약을 개편하겠다는 의지를 표명하

였다. 이와 관련하여 한국조세연구원에서는 현행 제도의 실효성을 평가하고 향후 정책방향을 제시하고자 본 연구를 수행하였다. 조세조약 남용 및 남용 방지제도의 경제적 효과를 분석하고, 선진국의 제도를 검토하였으며, 기존 제도의 장단점을 분석하여 구체적으로 국내법을 어떻게 개편하는 것이 바람직한지, 어떤 국가와의 조세조약이 문제가 되며 어떤 내용의 조약 개정이 필요한지 검토하였다.

본 연구는 한국조세연구원의 안종석 박사와 홍범교 박사가 수행하였다. 저자들의 노고를 치하하며 두 차례에 걸친 원내 세미나에 참석하여 유익한 조언을 해주신 서울시립대 김완석 교수, 오윤 교수, 국민대학교 안경봉 교수, 인천대학교 한도숙 교수께 감사드린다. 그리고 마무리 단계에서 유익한 논평을 해주신 익명의 두 논평자와 법무법인 화우의 이재호 공인회계사에게 깊이 감사드린다. 이분들의 조언이 연구의 진전에 큰 도움이 되었다. 또한 보고서 집필과정에서 자료수집과 정리, 교정에 많은 도움을 준 김정현·강미정 주임연구원, 안상숙·장정순 연구조원에게도 감사의 마음을 전한다.

끝으로 본 보고서의 내용은 연구 참여자들의 개인적인 견해로서 한국조세연구원의 공식 견해와 다를 수 있음을 밝혀 둔다.

2006년 12월

한국조세연구원

원장 **최 용 선**

요약 및 정책시사점

본 연구에서는 최근에 국내에서 중요한 이슈로 대두된 조세 조약 남용에 대해 그 특징과 경제적 의미를 분석하고 향후 정책방향에 대해 논의하였다.

조세조약 남용이란 조약의 혜택을 받을 자격이 없는 자가 혜택을 받는 것을 말한다. 납세자가 누리는 조약상의 혜택은 원천지국의 과세권 제한과 거주지국의 이중과세 조정으로 구분할 수 있는데, 조약 남용이란 주로 원천지국의 과세권 제한 혜택을 받을 수 없는 자가 거주지나 소득의 형태를 바꿔 혜택을 받는 것을 의미한다. A국과 B국이 조세조약을 체결하였는데, C국 거주자가 A국에 명목상 회사를 설립하고 그 회사를 통해 B국에 투자함으로써 A-B국 조세조약의 혜택을 받는 것이 전형적인 예이다. 원천지인 B국에서 조약을 적용받아 세금을 납부하지 않는 것은 물론이고, A국이 조세피난처이거나 국외원천소득에 대해 면세하는 경우 A국에서도 세금을 납부하지 않을 수 있다. 이러한 경우를 가리켜 이중적 비과세(double non-taxation)라고 하는데 이중적 비과세는 이중과세와 마찬가지로 투자 등 경제활동을 왜곡시킬 뿐만 아니라 관련 국가의 과세기반을 잠식하는 결과를 가져온다.

우리나라에서는 그동안 조약 남용이 중요한 이슈로 부각되지 않았으나 최근 문제점을 인식하고 개선을 위한 노력을 기울이고 있다. 특히 1990년대 말의 외환위기 과정이나 외환위기를

극복한 직후 도입된 외국인자본이 투자자금을 회수해가는 과정에서 막대한 이익이 발생하였음에도 불구하고 조세조약을 이유로 국내에서 세금을 전혀 납부하지 않았다는 사실이 알려지면서 커다란 사회적 이슈가 되었다. 이들 외국인투자자들은 대부분 조세피난처 등 저세율국을 경유하여 국내에 투자하였기 때문에 명목적으로 드러난 거주지에서도 세금을 납부하지 않는다는 점에서 앞서 언급한 이중적 비과세의 전형적인 사례가 된다고 할 수 있다.

조약 남용은 원천지 과세기반을 잠식하는 효과가 있다. 그러므로 통상적으로 조약 남용은 국제소득이 발생한 원천지의 국민소득에 부정적인 영향을 미치는 것으로 인식되며, 때로는 ‘국부 유출’로 표현되기도 한다. 반면 조세조약 남용을 방지하는 제도는 조약 남용의 비용을 상승시킴으로써 남용을 억제하여 소득 발생지의 ‘국부 유출’을 저지하는 역할을 할 것으로 기대된다.

본 연구에서는 소규모 개방경제를 전제로 한 자본수입국 모형을 분석하여 이러한 통상적 인식의 진위에 대해 검토하였다. 분석결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조세조약 남용은 그 자체가 외국인투자자의 원천지 실효세부담을 인하하는 역할을 함으로써 외국인자본의 유입 및 국내투자를 촉진하는 효과가 있다.

둘째, 소규모 개방경제 체제하에서 납세자가 지불하는 조세회피 비용은 자본수입국의 국민에게 귀착된다. 이는 조약 남용 방지규정의 정비를 통해 조약 남용의 비용을 증가시키면 그것이 궁극적으로 국민소득의 감소를 초래할 수 있음을 의미한다.

셋째, 조약 남용 방지제도를 정비하여 남용 비용을 증가시키면 원천지 실효세부담을 인상시키는 것과 같은 효과가 나타나 투자를 감

소시킨다. 그러나 조약 남용이 줄어들지에 대해서는 단정적으로 이야기할 수 없다. 조세회피 비용이 증가하면 그 비용 증가분을 상쇄하기 위해 조세를 더 많이 회피할 가능성이 있기 때문이다.

조약 남용 방지제도가 소득발생지의 국부 유출을 막을 수 있을 것이라는 통상적인 견해는 남용 방지제도의 정비를 통해 조약 남용을 줄일 수 있다는 가정을 전제로 한 것이며, 투자의 감소와 원천지 국민에게 귀착되는 조세회피 비용의 증가에 따른 부정적인 영향을 고려하지 않은 것이다. 이러한 부정적 영향과 제도의 정비가 남용을 부추켜 국민소득을 감소시키는 결과를 가져올 수 있다는 점을 고려한다면 조약 남용 방지제도의 효과에 대해 단정적으로 결론내릴 수 없을 것이다.

이러한 연구결과는 조약 남용을 방지하기 위한 노력을 강화하기보다는 조약 남용을 묵인하는 편이 낫다는 점을 시사하는 것으로 이해될 가능성이 있다. 그러나 그러한 해석에는 상당한 주의가 필요하다. 우선 본 분석은 원천지국의 경제적 효과만을 분석대상으로 하였으며, 거주지국은 분석대상에서 제외하였다는 점을 감안하여야 한다. 조세조약 남용은 직접적으로 원천지 과세를 회피하면서 동시에 거주지 과세를 회피하도록 촉진하는 부수적인 영향력을 갖고 있다. 그러므로 조약 남용이 용이한 경우 투자자들은 국내투자보다는 국제투자를 많이 함으로써 전체적인 세부담을 줄일 수 있으며, 결과적으로 거주지 투자는 줄어들고 거주지국의 과세기반도 축소된다.

또한 국제조세정책에 있어서는 종종 국가경제적인 관점과 세계경제적인 관점이 충돌하는 경우가 발생한다는 점을 인식할 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 자본수입국은 조약 남용을 묵인함으로써 이익을 얻을 수도 있다. 그러나 세계경제적

관점에서 보면 조약 남용은 궁극적으로 원천지와 거주지에서 모두 세금을 납부하지 않는 이중적 비과세(double non-taxation)를 목적으로 하는데, 이중적 비과세는 이중과세와 마찬가지로 자원배분의 왜곡을 초래하여 세계경제의 효율성을 저해하며 투자 등 경제활동을 유치하기 위한 국가 간 경쟁을 가속시킨다.

그 외에도 경제분석 모형에 포함시킬 수 없었던 국제조세체계 및 국내 법질서의 안정성, 조약 남용이 조세의 수평적·수직적 형평성에 미치는 영향 등을 고려한다면 본 모형의 분석결과에도 불구하고 조약 남용을 방지하는 노력을 강화하는 것이 바람직할 수 있다. 본 연구에서는 이러한 관점에서 경제적 분석에 이어 조약 남용을 방지하는 방법에 대해 검토하였다. 다만 원천지국의 경제에 미치는 영향에 대한 분석을 통해 강조하고자 하는 것은 조약 남용 방지정책이 원천지국의 경제에 부정적인 영향을 가져올 수도 있다는 점을 고려하여 정책수단의 선택에 신중을 기하여야 한다는 점이다.

조약 남용 방지제도는 크게 국내법에 조약 남용을 방지하는 규정을 두는 방법과 조세조약에 남용 방지규정을 두는 방법으로 구분할 수 있다. 국내법상의 규정은 실질과세규정을 적용하여 조세회피를 방지하는 것을 의미하는데, 우리나라는 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2에 조세조약을 적용함에 있어 실질과세원칙에 따른다는 내용을 담고 있다. 그런데 이 규정은 선언적인 의미밖에 부여할 수 없는 것으로 인식되고 있는 국제기본법상의 실질과세규정을 그대로 가져온 것으로서 실효성이 있는 규정이라고 하기 어렵다. 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 제3항에서는 ‘조세조약 및 이 법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질에 따라’ 조

세조약을 적용한다고 규정함으로써 국제기본법 제14조와 동일한 내용인 동조 제1항 및 제2항의 문제점을 보완하고자 하였다. 그러나 이 조항 역시 조약규정과의 충돌문제, 경제적 실질의 개념 등 논란의 소지가 많은 내용들을 포함하고 있는바 명확성을 확보하여 실질과세규정의 실효성을 제고할 필요가 있다.

그 방법 중의 하나가 독일과 같이 혜택의 제한(LOB) 조항을 국내법에 포함시켜 남용의 가능성이 큰 납세자에게는 조약이 적용되지 않도록 하는 것이다. 그러나 이러한 제도는 중요한 문제를 갖고 있음을 인식하여야 하는데, 특히 조약을 무효화하는 것이 심각한 문제로 지적될 수 있다. 이미 체결한 조세조약에는 낮은 세율 적용이 규정되어 있으므로 우리가 가입한 비엔나 조약에 따르면 그 약속을 지켜야 하기 때문이다.

이와 같은 점들을 종합적으로 고려할 때 국제법 우선의 원칙을 견지하고 있으며 소규모 개방경제로서 아직도 자본수입이 국가경제에서 중요한 역할을 하는 우리나라로서는 기존의 조약에서 발생하는 남용에 대하여 국내법으로 대처하는 데 한계가 있으며, 근본적으로는 조세조약의 개정을 통해 문제를 해결하는 것이 가장 합리적이라고 하겠다. OECD에서도 조약은 양 체결국 간의 합의에 의하여 이루어진 것이므로 일방적인 영향을 미칠 수 있는 국내법의 개정보다는 합의에 의한 조약의 개정을 보다 나은 정책방향으로 권고하고 있다. 독일과 같은 선원천징수 원칙을 도입하더라도 많은 조세조약에 LOB 조항을 도입하여 그것이 보편적인 규정이 되었을 때 도입하는 것이 국내법과 국제법의 충돌을 최소화하는 방법이 될 것이다.

국내법 개정과 관련해서 또 한 가지 언급하고자 하는 것은 현행 비거주자 원천징수 특례제도의 사전승인 조건이다. 법인

세법 시행령 제138조의 5 제2항의 1~8에 열거된 사전승인 요건 중 첫번째인 '소득의 실질귀속자인 체약국 거주 법인'은 상장법인 등 다른 조건과 중복되거나 충돌할 수도 있으므로 삭제하는 것이 바람직하다. 한편 6~7에 열거된 조건들이 매우 구체적임으로 인해 발생하는 부작용을 최소화하기 위해 다른 LOB 조항에 나타난 바와 같이 1~8의 조건이 충족되지 않더라도 국제청이 자체 판단에 의해 조약의 적용 여부에 대한 사전승인을 할 수 있다는 안전장치를 추가할 필요가 있다.

조세조약의 개정에는 몇 가지 방안을 제시할 수 있다. 첫째는 각 조항별 실질과세규정을 강화하는 것이며, 둘째는 OECD나 미국의 모델 조약에서 제시하고 있는 LOB 조항을 신설하는 것이다. 셋째는 미국과 같은 신법우선주의를 채택하고 있는 나라들과 조약을 개정할 경우에는 신미-일조약에서 보듯이 상대국에서 조약에 영향을 미칠 수 있는 법률의 제·개정이 있을 시에는 우리나라가 조약 개정을 자동적으로 요청하고 상대국이 이에 응할 의무를 부과하는 것이다.

조세조약의 각 조항별 실질과세원칙 규정에 대해서는 이미 정부에서 문제를 정확하게 인식하고 조약 개정작업을 진행하고 있는바, 그 노력을 지속적으로 해나가면 될 것으로 판단된다. LOB 조항의 경우 이미 국내법에서 다른 조건 없이 조약 적용을 허용하고자 하는 대상자의 성격을 밝혀 놓았으므로 조약에서는 그 내용들을 조약에 포함시키는 작업을 해나가야 할 것이다. 단, 능동적 사업활동에 대한 규정과 투자회사에 대한 규정이 유연성이 부족하여 조약에 규정하기에는 부족하며, 국내법은 조약 적용의 충분조건을 규정하고 있을 뿐 필요조건을 규정하는 것은 아니라는 점을 인식하여 조약에서는 보다 포괄적이고 유연성 있는 규정을 도입하여야 할 것이다.

목 차

I. 서론	15
II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징	19
1. 조세조약 남용의 정의	19
2. 조세조약 남용의 유형 및 사례	24
가. 조세조약 남용의 전형적인 유형	24
나. 조세조약 남용의 사례	26
3. 조세조약 남용의 특징	33
III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석	39
1. 기존문헌 조사 및 본 연구의 특징	40
2. 기본 모형 - 조세정책의 경제적 효과	43
3. 조세조약 남용의 경제적 효과분석	48
4. 조약 남용 방지정책의 효과분석	52
5. 경제적 효과분석 요약 및 조약 남용 정책에 대한 시사점	57
가. 경제적 효과분석 결과 요약	57
나. 조약 남용 관련정책에 대한 시사점	61
IV. 모델 조약상의 남용 방지규정	65
1. OECD, UN 및 미국의 모델 조약 비교	66
2. 남용 방지조항의 비교	72

V. 주요국의 조약 남용 방지제도	75
1. 스위스	76
가. 국내법상의 조세조약 남용 방지규정	76
나. 조약상의 남용 방지규정	85
2. 미 국	95
가. 국내법상 조세회피 방지규정	95
나. 조세조약상의 조세회피 방지규정	100
3. 일 본	108
가. 국내법상 조세회피 방지규정	108
나. 조세조약상의 조세회피 방지규정	109
4. 독 일	117
가. 국내법상 조세회피 방지규정	118
나. 조세조약상 조세회피 방지규정	124
VI. 조세조약 남용 방지제도의 비교	127
1. 국내법적인 대응	128
가. 사법적 수단	128
나. 입법적 수단	129
2. 조세조약상의 대응	130
가. 수익적 소유자	131
나. 혜택의 제한	133
3. 정치적 대응	142
가. 절제적 접근법	142
나. 조세조화 접근법	143
VII. 우리나라 제도 현황 및 개편방안	145
1. 우리나라의 제도 현황	145
가. 국내법상의 조세조약 남용 방지규정	145

나. 조세조약상의 조약 남용 방지규정	153
2. 현행 규정의 문제점	156
가. 국내법상의 실질과세 규정의 문제점	156
나. 비거주자 원천징수 특례조항의 문제점	161
다. 조세조약상 남용 방지규정의 문제점	164
3. 개편 방향	167
가. 국내법상 규정의 개편방향	167
나. 조세조약 개편 방향	171
 참고문헌	 178
 <부록 1> 미국과 주요국 간의 조세조약 혜택의 제한조항	 184
<부록 2> 세 개 모델 조약의 조문 비교	209

표 목 차

<표 IV-1> 주요 모델 조약의 비교	67
<표 VII-1> 수익적 소유자 개념이 결여된 조약	164
<표 VII-2> 부동산 과다법인 규정이 있는 조세조약	166

그 립 목 차

[그림 II-1] 탈세와 조세회피의 정의	20
[그림 II-2] 도관회사 형태의 조약 남용	25
[그림 II-3] 디딤돌 구조의 조세회피 전략	26
[그림 II-4] 국외 투자펀드의 국내 부동산투자 사례	27
[그림 II-5] 내국인의 국내 주식에 대한 우회투자 사례	29
[그림 II-6] 자금대여를 통한 투자 사례	31
[그림 II-7] 고세율국 간 거래 사례	32
[그림 III-1] 자본수입국의 자본시장 균형	46
[그림 III-2] 조세조약 남용의 세부담 절감효과와 조세회피 비용	50
[그림 V-1] 스위스 국내법상 조세조약 남용의 결정도	84
[그림 V-2] 혜택의 제한 규정의 판정도	114

I. 서 론

흔히 조세조약이라고 불리는 이중과세방지조약은 자본, 노동 등 생산요소의 국제거래를 통해 발생한 소득에 대한 이중과세를 방지하는 데 목적이 있다. 소득이 발생한 국가(원천지국)와 소득을 수취한 자가 거주하는 국가(거주지국)가 다를 경우 관련된 두 국가에서 모두 과세하는 경우가 발생할 수 있는데, 이러한 이중과세는 투자 등 경제활동의 왜곡을 초래한다. 그러므로 관련된 두 국가가 합의하여 어느 한 곳에서만 과세하도록 결정하고 그로 인해 발생하는 혜택을 두 국가가 고루 나누어 가진다면 양국 모두에게 도움이 되는 일이라고 할 수 있을 것이다.

이중과세를 방지하는 방법은 조세조약을 체결한 두 국가 중 한 국가의 과세권을 제약하는 방식으로 나타나는데, 소득의 종류에 따라 어느 국가의 과세권을 제약할 것인지 달리 정하고 있다. 통상적으로 이자, 배당 등 특정한 소득에 대해서는 원천지국의 과세권을 제약하고 있으나, 원천지국의 과세권을 인정한 경우에는 거주지국에서 외국납부세액공제 등의 방법으로 이중과세를 배제하여야 한다. 상대 체약국에서 발생한 소득에 대해 거주지에서 과세를 면제해주는 것도 이중과세를 배제하는 한 방법이 된다. 세계 각국이 체결한 조세조약을 보면 이자, 배당, 사용료에 대해서는 원천지에서 5~10%의 낮은 세율로 과세하고, 주식양도차익에 대해서는 원천지에서 과세하지 않는 것이 일반적이다. 그러나 부동산소득에 대해서는 원천지국에 완전한 과세권을 부여하며, 거주지국에서 이중과세 배제 의무를 갖는다. 미국 등 일부 선진국에서는 거주지 과세원칙에 집착하여 이자, 사용료 등에 대해서도 원천지의 과세

권을 인정하지 않고 거주지에서 완전한 과세권을 갖도록 하는 내용으로 조세조약을 체결하는 것을 원칙으로 하고 있다.

조세조약 남용이란 조약의 혜택을 받을 자격이 없는 자가 혜택을 받는 것을 말한다. 납세자가 누리는 조약상의 혜택은 원천지국의 과세권 제한과 거주지국의 이중과세 배제로 구분할 수 있는데, 조세조약 남용이란 주로 원천지국의 과세권 제한 혜택을 받을 수 없는 자가 거주지나 소득의 형태를 바꿔 혜택을 받는 것을 의미한다. A국과 B국이 조세조약을 체결하였는데 C국 거주자가 A국에 명목상 회사를 설립하고 그 회사를 통해 B국에 투자함으로써 A-B국 조세조약의 혜택을 받는 것이 전형적인 예이다. 원천지인 B국에서 조세조약을 적용받아 세금을 납부하지 않는 것은 물론이고, A국이 조세피난처이거나 국외원천소득에 대해 면세하는 경우 A국에서조차 세금을 납부하지 않을 수도 있다. 이러한 경우를 이중적 비과세(double non-taxation)라고 하는데, 이중적 비과세는 이중과세와 마찬가지로 투자 등 경제활동을 왜곡시킬 뿐만 아니라 관련 국가의 과세기반을 잠식하는 결과를 가져온다.

과거에 스위스와 같이 국내 세율 자체가 낮아도 불구하고 광범위한 조세조약망을 갖춘 국가들이 조약 남용의 기지로 많이 활용되었으며, 네덜란드의 경우 네덜란드령인 네덜란드 안틸레스가 네덜란드가 체결한 조세조약을 적용받았기 때문에 역시 조약 남용의 기지로 많이 활용되었다. 스위스는 조세조약 남용의 기지로 활용된다는 교역상대국들의 비판에 대응하여 국내 세법에서 조약 남용 방지조항을 강화하는 조치를 취하였으며¹⁾, 미국 등 네덜란드와 조세조약을 체결한 국가들은 조약 적용대상에서 네덜란드 안틸레스를 배제하는 등 조세조약 남용을 억제하고자 노력하였다.

1) 중간의 통과회사를 배제하면 조약을 적용받을 수 없는 자가 조약의 혜택을 향유하는 것을 방지하기 위해 1962년에 원천징수세를 부과하는 규정을 도입하였다.

또한 미국은 1981년에 자격이 없는 자가 조세조약 혜택을 받는 것을 제한하는 LOB(Limitation on Benefits) 조항을 자국의 모델 조약에 추가하고, 이후 조약 제·개정시 그 내용을 포함시키고자 노력하였다. 1981년 모델 조약에 포함된 LOB는 (1) 제3국 거주자가 일방 체약국에 통과회사(conduit company)를 만들고 그 통과 회사를 통해 타방 체약국에 투자하는 경우 조약의 적용을 배제하며, (2) 일방 체약국 거주자가 타방 체약국에 투자하여 창출한 소득을 이자 등 비용공제가 가능한 경로를 통해 제3국으로 이전하는 경우 조약의 적용을 배제한다는 내용으로 되어 있다.

이러한 제도적 준비를 통해 조세조약 남용 방지에 상당히 많은 진전을 보았음에도 불구하고 아직도 조세조약 남용은 국제조세 분야에서 매우 중요한 문제가 되고 있다. 1980년대 이후 자본자유화가 빠르게 진행되고 통신기술의 발달로 인해 자본의 국제이동에 소요되는 물리적 비용이 급감함에 따라 조세피난처 등을 적극적으로 활용하여 조세를 회피하는 공격적 조세회피(aggressive tax planning)가 크게 증가하였으며, 조세조약 남용이 공격적 조세회피의 중요한 수단이 되고 있기 때문이다. 최근 들어 조세회피 등 여러 가지 이유로 인해 해외에서 발생한 소득에 대해 거주지에서 효과적으로 과세하기 어렵다는 인식이 팽배해지고 있는데, 이러한 환경에서 조세조약 남용을 통한 원천지 과세의 회피는 납세자의 입장에서 더욱 중요한 의미를 갖는다고 하겠다. 이러한 인식하에 미국은 1981년에 도입한 LOB 조항의 문제점을 개선하고자 1996년에 모델 조약을 개정하면서 훨씬 복잡하고 정교한 LOB 조항을 도입하여 이후에 이루어진 조약의 체결 및 개정시 적용하고 있다.

우리나라에서는 그동안 조세조약 남용이 중요한 이슈로 부각되지 않았으나 최근에 문제점을 인식하고 개선을 위한 노력을 기울이고 있다. 특히 1990년대 말 외환위기를 겪는 와중에 또는 외환위기를

극복한 직후에 도입된 외국자본이 투자자금을 회수해 가는 과정에서 막대한 이익이 발생하였음에도 조세조약을 이유로 국내에서는 세금을 전혀 납부하지 않았다는 사실이 알려지면서 커다란 사회적 이슈가 되었다. 이들 외국인투자자들은 대부분 조세피난처 등 저세율국을 경유하여 국내에 투자하였기 때문에 명목적으로 드러난 거주지에서도 세금을 납부하지 않는다는 점에서 앞서 언급한 이중적 비과세의 전형적인 예라고 할 수 있다.

본 연구에서는 최근에 국내에서 중요한 이슈로 대두된 조세조약 남용에 대해 그 특징과 경제적 의미를 분석하고 향후 정책방향에 대해 논의한다. 제Ⅱ장에서는 조세조약 남용의 정의와 사례, 특징을 살펴보고 제Ⅲ장에서는 경제모형을 통해 조세조약 남용을 통한 조세회피의 동기, 국가경제에 미치는 영향, 남용 방지정책의 효과를 분석한다. 제Ⅳ~Ⅵ장에서는 우리보다 이 문제를 일찍 경험한 다른 국가들에서는 어떤 과정을 통해 조세조약 남용 방지정책이 발전해 왔는지, 현재 적용되고 있는 정책들은 어떤 내용이며 그 정책들의 장단점은 무엇인지 살펴보고, 마지막으로 제Ⅶ장에서는 우리나라 제도를 분석하여 개편방안을 모색한다.

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징

1. 조세조약 남용의 정의

조세조약 남용은 조약을 체결한 국가들이 의도하지 않았던 방법으로 조약을 활용하여 조세를 회피하는 행동을 의미하는데, 조세조약 남용에 대해 자세하게 검토하기 전에 먼저 조세회피에 대해 정의할 필요가 있다.

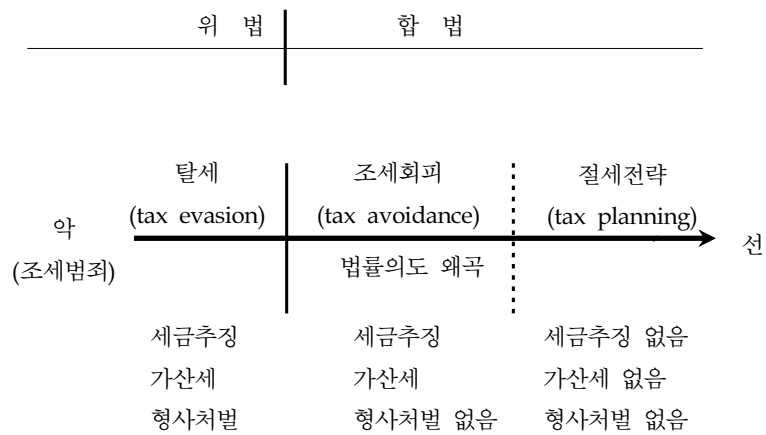
납세자들이 자의적인 행동을 통해서 세부담을 경감시키는 활동을 구분해보면 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 이 세 가지를 왼쪽에서 오른쪽으로 이르는 하나의 스펙트럼으로 나타낼 때 가장 왼쪽에 있는 것은 탈세(tax evasion)이다([그림 II-1] 참조). 탈세란 세법의 조항을 어기는 위법 행위를 통해 세금을 줄이는 것으로서 적발 되면 납부하지 않은 세금을 추징당하는 것은 물론 벌금을 내거나 형사처벌을 받게 된다. 이 중에서 특히 형사처벌을 받는 행위를 조세범죄(tax fraud)라고 한다. 스펙트럼의 다른 한 쪽에는 절세전략(tax planning 또는 tax saving)이 있는데 이는 법률의 테두리 내에서 정부당국이 의도한 방향으로 행동하여 세부담을 절감하는 것을 의미한다. 세부담을 피하기 위한 금연, 정부가 지원하는 특정한 저축상품에의 가입, 소득공제를 목적으로 하는 신용카드 사용, 기업의 연구개발비 공제 등이 이에 해당된다²⁾.

합법적이며 사회적으로 받아들일 수 있는 절세전략과 불법적인 세금회피를 의미하는 탈세 사이에 존재하는 것이 조세회피(tax

2) 조세회피의 정의에 대해서는 Merks(2006)를 요약·정리하였다.

avoidance)이다. 조세회피란 세법상의 특정한 규정을 어긴 것은 아니나 법률이 의도하지 않았던 방법으로 세부담을 줄이는 행위를 의미한다. 법률을 어긴 것이 아니기 때문에 적발되어도 납부하지 않은 세금을 추징당할 뿐 벌금이나 형사처벌의 대상이 되지 않는다. 정부가 의도하지 않았던 방법으로 세금을 회피한다는 점에서 탈세와 다를 바 없으나, 법률의 테두리 내에서 행해지므로 세법 전반에 대한 고도의 전문지식이 필요하다. 따라서 세무전문가들이 조세회피 전략을 수립하는 경우가 많다. 최근에 과세당국의 주목을 받기 시작한 공격적 조세회피 전략(aggressive tax planning)이 이에 해당된다³⁾.

[그림 II-1] 탈세와 조세회피의 정의



개념상으로는 명확하지만 실무에 있어서는 조세회피와 탈세의 경계가 모호하다. 경우에 따라서는 법정에서 사법부의 판단에 따라 합법인지 불법인지 여부가 결정되기도 한다. 또한 특정한 행위가

3) 공격적 조세회피 전략에 대해서는 안중석(2006) 참조.

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 21

조세회피인지 아니면 사회적으로 받아들일 수 있는 절세전략인지 애매한 경우도 있으며, 동일한 행위에 대한 판단이 시간에 따라 달라질 수도 있다. 특정한 행위에 대해 과세당국은 조세회피라고 주장하는 데 반해 사법부에서는 사회적으로 받아들일 수 있는 절세전략이라고 판정할 수도 있는 것이다. 이 경우 과세당국은 그 판단에 불만을 갖게 될 것이며, 장기적으로 그러한 행위를 불법으로 규정하는 방향으로 세법을 개정하고자 노력하게 된다. 만약 사법부에서 그러한 행위가 특정 법률조항을 위반한 것은 아니지만 법률의 정책의도를 왜곡한 것으로서 사회적으로 받아들일 수 없는 조세회피 행위라고 판단한다면 과세당국은 그 판단을 근거로 하여 세금을 추징할 수 있다. 이러한 사법부의 판단이 공개된 이후 발생한 동일한 행위는 조세회피가 아니라 탈세로 간주된다⁴⁾.

조세조약 남용(treaty abuse)이란 조세조약이 제공하는 세금감면 혜택을 받을 자격이 없는 자가 조약의 규정을 교묘하게 활용하여 그 혜택을 받는 것을 의미하는 것으로 탈세와 조세회피, 절세전략 중 조세회피에 해당된다. A국과 B국 사이에 조세조약이 체결되어 있는데, 이 두 국가가 아닌 다른 국가에 거주하는 자나 기업이 A국 또는 B국에 회사를 설립하고 그 회사를 통해 타방 계약국에 투자함으로써 A-B국간 조세조약을 적용받아 원천지 세금을 면제받거나 최소화하는 것이 전형적인 예이다. A국의 연예인이 B국에서 공연을 하여 얻은 수입에 대해 B국에서 세금을 납부하지 않는 경우도 있다. A국의 연예인이 개인 차원에서 B국에서 공연 활동을 하여 수입을 얻는다면 통상적으로 B국에서 그 소득에 대해 세금을 원천징수하는 것이 조세조약에 규정된 일반적인 원칙이다. 그러나 그 연예인이 A국의 기업에 속해 있으며 그 기업으로부터 급여를 받는 피고용인의 입장에서 B국의 공연을 수행한다면

4) Merks(2006).

공연수입은 연예인이 소속된 기업에 귀속된다. 이 경우 조세조약에 의해 공연수입은 B국에 고정사업장을 갖고 있지 않은 기업의 사업소득이 되므로 B국에서 원천징수를 하지 않는다. 이때 그 연예인이 세부담 절감을 유일한 목적으로 기업을 설립하였다면 그것은 조세조약 남용이라고 할 수 있을 것이다. 우리나라에서도 10여 년전 마이클 잭슨이 법인을 설립하여 법인 소속으로서 국내에서 공연을 함으로써 국내에서 원천징수세를 납부하지 않아 문제가 된 적이 있으며, 이 문제가 한-미 조세조약의 개정협상을 시작하는 직접적인 계기가 되었다.

이러한 예를 통해서 알 수 있는 것은 조세조약 남용은 법률을 위반하지 않는다는 점이다. 제3국 투자자가 A국 또는 B국에 기업을 설립하고 그 기업을 통해 상대국에 투자하는 것 자체가 조세법상 아무런 문제가 되지 않는 까닭이다. 물론 경우에 따라 외환관리법 등 법률을 위반하는 경우가 발생할 수도 있으나 세법의 관점에서 보면 이러한 행위는 완전히 합법적이다. 물론 마이클 잭슨의 경우도 마찬가지로 합법이라는 테두리 내에서 이루어진 행위이다.

OECD는 모델 조약 제1조에 대한 해설에서 “직접적으로 혜택을 받을 수 없는 조약의 혜택을 받기 위하여 법인을 만드는 행위” 즉, 그렇지 않으면 누릴 수 없는 조약의 혜택을 향유하기 위하여 인위적인 법인을 만드는 행위에 대해 적절하지 않다고 표현함으로써 조세조약 남용의 문제를 지적하고 있다⁵⁾.

조세조약 남용은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫 번째 유형은 거주지 변경을 통해 조세조약에 주어진 원천지 세금감면 혜택을 받는 것이며, 두 번째 유형은 소득의 성격 또는 귀속을 변화시켜 원천지 세율을 낮추는 것이다. 전자의 전형적인 예는 제3국 거주자가 A국을 경유하여 B국에 투자함으로써 A-B국간 조세조약

5) Petkova(2004) 참조.

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 23

의 적용을 받는 것이다. 연예인이 법인을 설립하여 원천지 과세를 회피하는 사례는 원천지 과세대상소득인 인적용역소득을 원천지 세금이 면제되는 외국법인의 사업소득으로 소득의 성격과 귀속을 변경시킨 것으로 두 번째 유형에 속한다. 원천지에서 과세대상이 되는 부동산양도차익을 주식양도차익으로 전환하여 원천지 과세를 회피하는 방법도 있다. 조세조약에 따라서는 배당소득에 대한 세율제한규정이나 주식양도차익에 대한 규정에서 지분소유비율에 따라 원천지 과세 여부 및 제한세율을 달리 설정하는 경우가 있는데, 이때는 지분소유비율을 조정함으로써 세부담을 절감할 수 있다. 지분소유비율에 따라 세부담에 차이를 두는 것은 직접투자소득과 간접투자소득을 달리 취급하기 위한 것이므로 배당소득이라는 법률적 성격은 그대로 유지하더라도 경제적인 의미에서 직접투자소득을 간접투자소득으로 또는 그 반대로 변경하면 세부담이 달라질 수 있다. 소득의 성격 변경과 귀속 변경은 어느 하나만 발생할 수도 있으나 동시에 발생하는 경우가 많다.

조세조약 남용과 관련하여 treaty shopping이라는 용어가 많이 사용되고 있다. treaty shopping은 종종 조세조약 남용(treaty abuse)과 혼용되어 사용되기도 하는데⁶⁾, 엄밀한 의미에서 보면 차이가 있다. treaty shopping은 제3국 거주자가 전 세계에 체결되어 있는 수많은 조약 가운데 자기에게 유리한 조약을 물색하여 조약의 혜택을 부당하게 취하는 것을 말하는 것으로서 조세조약 남용의 특정 형태를 지칭하는 것이라고 할 수 있다⁷⁾. 여러 가지 조약 중에서 자기에게 유리한 것을 선택한다는 관점에서 shopping이라는 용어를 사용하며, 앞서 언급한 예 중에서 거주지를 변경하여 조약을 남용하는 경우가 treaty shopping의 전형적인 사례가 된다.

6) Petkova(2004).

7) 이태로(1995).

본 연구에서는 treaty shopping에 초점을 맞추어 조세조약 남용을 파악하고 개선방안을 모색한다. 그러나 treaty shopping이 다른 형태의 조세조약 남용과 결합되어 발생하는 경우가 많으므로 treaty shopping보다는 조세조약 남용이라는 포괄적인 용어를 사용하고, 문제점 및 대응방안 모색에서도 treaty shopping에 국한하기보다는 광의의 개념인 조세조약 남용의 차원에서 문제점과 대응방안을 모색하고자 한다.

2. 조세조약 남용의 유형 및 사례

가. 조세조약 남용의 전형적인 유형

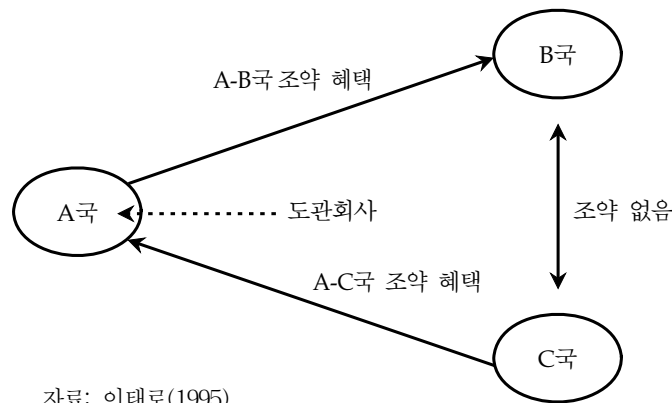
OECD의 재정위원회 보고서에 의하면 조약 남용은 크게 두 가지로 구분할 수 있다⁸⁾. 첫 번째는 직접 통과회사를 만들어 조약의 혜택을 보는 방법으로 이태로(1995)에서는 이를 직접적인 도관회사 형태의 조약 남용(direct conduit strategy)이라고 불렀다. 앞서 언급한 예를 들어 설명하면 A-B국 간에 체결한 조세조약의 혜택을 보기 위하여 제3국인 C국 거주자가 A국에 도관회사를 설립하고 그 도관회사를 통하여 B국에 투자함으로써 A-B국 조약의 혜택을 누리는 것을 의미한다. C국과 B국 간에는 원천지 세금을 감면하는 조약이 체결되어 있지 않는데 C국 거주자가 A국을 통하여 B국에 투자하고 조약의 혜택을 본다는 관점에서 조약 남용이 되는 것이다. 이때 B국에서 세금을 납부하지 않고 A국으로 이전된 투자소득이 다시 자금대여의 형태로 C국의 모회사로 이전된다면 A국에서도 거주지 세금을 납부하지 않을 수 있다. 만약 C국이 B국과는 조세조약을 체결하지 않았으나 A국과는 조세조약을 체결하였다면 A-C국 조약의 혜택을 받을 수도 있다. A국이 역외투자

8) OECD(1987).

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 25

소득에 대해 세금을 부과하지 않거나 매우 낮은 세율로 세금을 부과하는 경우 조약 남용의 효과는 더욱 커진다.

[그림 II-2] 도관회사 형태의 조약 남용

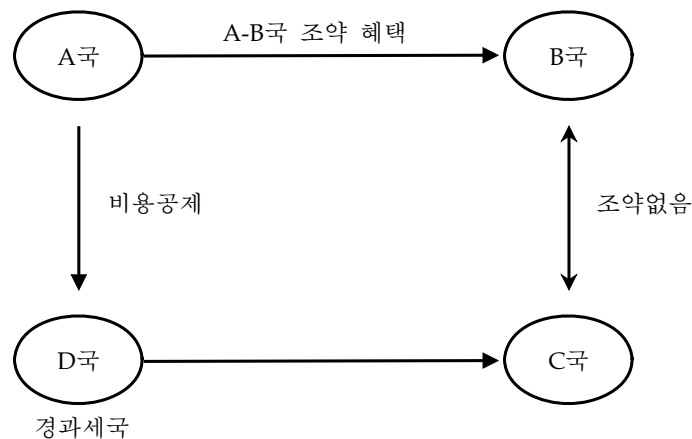


자료: 이태로(1995)

두 번째는 디딤돌 구조의 조세회피 전략(stepping-stone strategy)이다. 앞서 살펴본 직접적인 도관회사 형태의 경우 A국으로 이전된 소득이 A국에서 완전한 납세의무를 져야 한다면 직접적인 도관회사 형태를 통해 얻는 이익이 사라진다. 이 문제를 해소하기 위하여 C국의 모회사와 A국의 자회사 사이에 디딤돌이 되는데 또 다른 회사로서 D국의 자회사를 활용하는 것이 디딤돌 구조의 조세회피 전략이다. 일반적으로 조세피난처는 광범위한 조세조약망을 갖추고 있지 않으므로 직접적인 도관회사를 통해 조약 남용을 하는 데는 어려움이 따른다. 그러므로 중간에 디딤돌 회사를 개입시키게 되는데, [그림 II-3]에서 보는 바와 같이 궁극적인 투자 목적지인 B국에서 발생하는 소득은 A-B국 조약에 의해 원천지 세금을 납부하지 않은 채로 A국의 자회사에 이전된다. 그런데 A국의 자회사 이익을 C국의 모회사로 이전하기 위해서는 A국에서

세금을 납부해야 하므로 이를 회피하기 위해 중간에 D국의 자회사를 활용하는 것이다. 애초에 C국의 모회사가 A국과 D국에 각각 자회사를 만들고 A국의 자회사로 하여금 B국에 대한 투자 또는 다른 각종 거래를 위해 필요한 자금을 D국의 자회사로부터 차입하고 그 차입에 대해 이자를 지급하도록 하는 경우 B국에서 발생하여 A국에 누적된 이익을 이자 등의 형태로 D국으로 이전할 수 있으며, A국의 자회사는 이에 대해 비용공제 등의 방법으로 A국의 세금을 감면받게 된다. 만약 D국이 경과세국으로서 세부담이 적다면 D국의 세금도 크게 염려하지 않아도 된다.

[그림 11-3] 디딤돌 구조의 조세회피 전략



자료: 이태로(1995)

나. 조세조약 남용의 사례

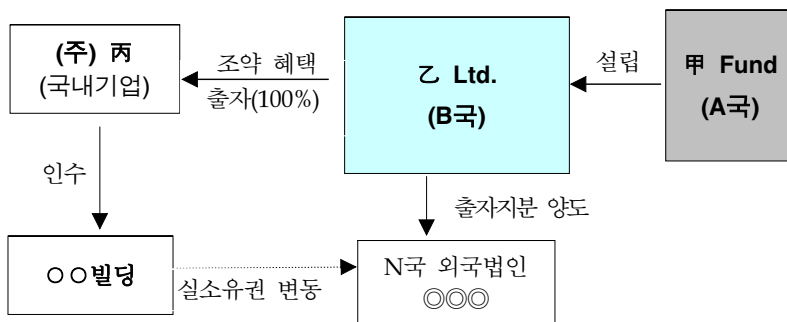
다음에서는 국내·외에서 발생한 조세조약 남용 사례를 몇 가지 소개한다. 이 중 앞의 두 경우는 모두 최근에 국내에서 발생한 것으로서 조세조약 남용이 우리나라에서도 중요한 이슈로 부각되고 있음을 시사한다.

사례 1: 국외 투자펀드의 국내 부동산투자

첫 번째 사례는 외국의 투자펀드가 국내 부동산법인의 주식을 거래하여 발생한 주식양도차익에 대한 국내 과세를 회피한 사례이다. A국의 투자펀드인 甲펀드는 우리나라와 조세조약을 체결한 B국에 乙이라는 회사를 설립하고 그 회사를 통해 우리나라 법인 丙의 주식을 100% 인수하였다. 丙은 부동산법인으로서 국내의 ○○빌딩을 인수하였다.

국내 부동산가격이 급등하자 乙은 丙의 주식 전량을 다른 외국 법인에 매각하여 막대한 주식양도차익을 얻었으나 한국과 B국 간에 체결된 조세조약에 의거하여 국내에서 발생한 주식양도차익에 대해 세금을 전혀 납부하지 않았다. 모회사 거주지인 A국도 한국과 조세조약을 체결하였으나 한국-A국 조세조약에는 자산이 주로 부동산으로 구성된 법인의 주식을 양도하여 발생한 차익에 대해서는 원천지에서 과세할 수 있는 권한을 부여한 데 비해 한국-B국 조세조약에는 그러한 규정이 없어 단순한 주식양도차익으로 간주되므로 원천지에서 과세할 수 없다는 차이가 있다.

[그림 II-4] 국외 투자펀드의 국내 부동산투자 사례



이 사례는 A국의 법인이 B국과 한국의 조세조약 혜택을 받기 위하여 B국에 직접 법인을 설립하여 조약을 남용한 사례이므로 직접적인 도관회사 형태의 조세조약 남용이라고 할 수 있다. 또한 부동산양도차익에서 주식양도차익으로 소득의 성격도 변화시켰다.

한국 정부는 B국의 乙이 도관회사에 불과하므로 실질과세원칙을 적용하여 한국-A국 조세조약을 적용해야 한다고 주장하며 丙의 주식양도차익에 대한 세금을 추징하였다. 그러나 A국의 甲펀드는 이에 불복하여 국세심판원에 심판청구를 한 상태이다.

사례 2: 내국인의 국내 주식에 대한 우회투자

두 번째 사례는 내국인이 조세피난처의 역외펀드를 이용하여 국내 관계사에 투자하고 주식양도차익에 대한 세부담을 회피한 사례이다. 내국인이 자신이 지배주주로 있는 국내 기업의 주식을 거래하여 양도차익을 얻은 경우 그 소득에 대해 세금을 납부하여야 하므로 이를 피하기 위해 조세피난처의 역외펀드를 이용한 것이다. 조세피난처에 역외펀드를 설립하고 그 펀드로 하여금 국내 계열회사에 투자하도록 하는 경우 역외펀드가 조세조약의 적용을 받는다 면 국내에서 주식양도차익에 대한 납세의무가 없어진다.

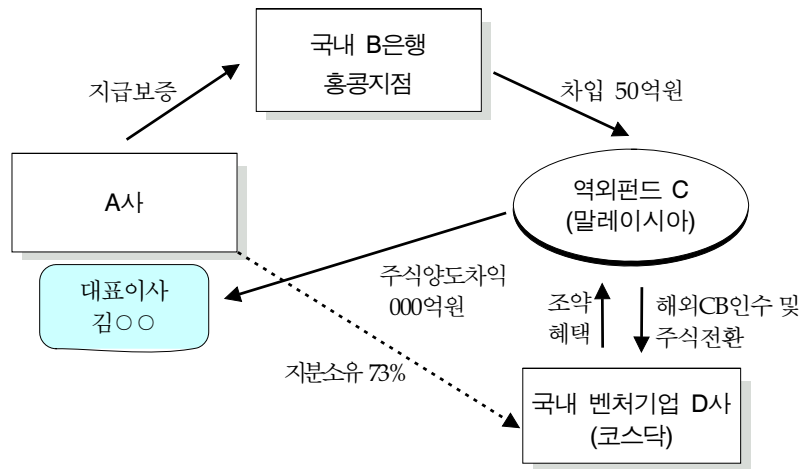
구체적인 거래 내용은 [그림 II-5]에 나타난 바와 같다. 국내 벤처캐피탈회사인 A사의 대표이사 김○○는 조세피난처(말레이시아)에 역외펀드 C를 설립하고, 역외펀드 C는 국내 B은행의 홍콩 지점으로부터 자금 50억원을 차입하였는데 이에 대해 A사가 지급을 보증하였다. 역외펀드 C는 차입자금을 이용하여 A사의 자회사인 국내 벤처기업 D사가 발행한 CB를 저가에 인수하고 3개월 후 주식으로 전환하여 매각함으로써 주식양도차익을 실현하였으며 실현된 이익은 A사의 대표이사가 개인적으로 사용하였다.

즉, 결과적으로 볼 때 내국인이 국내 자회사의 주식거래를 조세

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 29

피난처의 역외펀드를 이용하여 수행함으로써 주식양도차익 과세를 회피한 것이라고 할 수 있다. 말레이시아 라부안은 역외펀드 C가 해외투자를 통해 얻은 수익에 대해 세금을 부과하지 않는다. 한-말레이시아 조약에 따라 말레이시아의 역외펀드가 국내에서 얻은 주식양도차익에 대해 국내에서도 세금을 부과하지 않는다. 그러나 과세당국은 말레이시아의 역외펀드 C를 실제로 운영하는 자가 내국인이고 모든 거래가 실질적으로 국내에서 이루어졌으므로 그 내국인이 국내에서 주식양도차익에 대해 세금을 납부해야 한다는 입장을 취하고 있다.

[그림 II-5] 내국인의 국내 주식에 대한 우회투자 사례



자료: 안중석(2006)

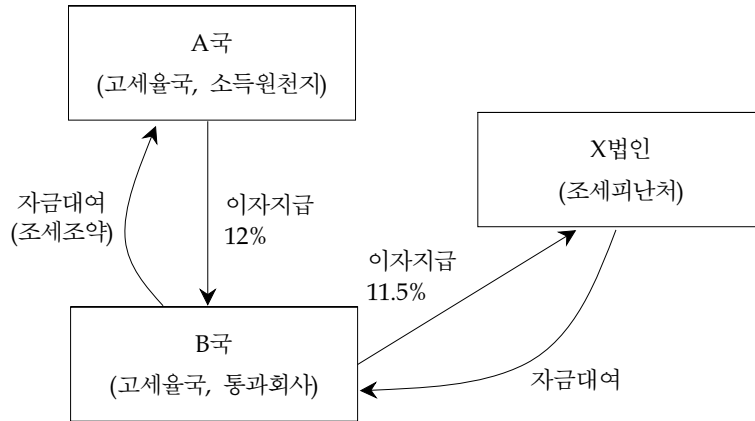
이 사례는 조세조약을 체결한 당사국이 아닌 제3국 거주자뿐만 아니라 내국인이 국내원천소득에 대한 세금을 회피하기 위해 조세 조약을 남용할 수도 있음을 보여주는 것으로 조약 남용이 광범위하게 확산될 경우 국내 과세기반이 크게 잠식될 수 있음을 시사한다.

사례 3: 자금대여를 통한 투자

세 번째 사례는 [그림 II-6]에 나타난 바와 같이 자금대여를 통한 투자에 있어 조세조약을 남용한 사례이다. 조세피난처에 소재하고 있는 X법인은 고세율국인 A국에 자금대여의 형태로 투자할 계획을 갖고 있다. 그러나 이를 직접 시행할 경우 수취이자에 대해 A국에 원천징수세를 납부해야 하므로 다음과 같은 과정을 거쳐 조세를 회피하였다.

먼저 A국과 조세조약을 체결하고 있으며, 조약에 의해 양국간 이자지급에 대하여 원천지에서 원천징수세를 부과하지 않는 국가 B를 찾았다. 이때 B국은 국내법에 의해서 역외금융거래에 대해 세금을 부과하지 않는 국가이어야 한다. X법인은 B국에 통과회사를 설립하고 그 통과회사에 이자율 11.5%로 자금을 대여한다. 그 다음에 B국의 통과회사는 차입한 자금을 그대로 A국의 원래 목적했던 회사에 대여하고 이자율은 12%로 정한다. 이자는 A국에서 B국을 통하여 조세피난처의 X법인에게로 전달된다. 그 과정에서 이루어진 A국에서 B국으로의 이자지급에 대해서는 양국간 조세조약에 의해 원천징수세가 면제되며, B국에 설립된 통과회사의 X법인에 대한 이자지급은 역외금융거래에 대한 이자지급으로서 B국에서 원천징수세를 부과하지 않는다. 다만 수취이자와 지급이자의 차액인 0.5%에 대해서만 B국 통과회사가 B국에 법인세를 납부하면 된다. 이와 같이 B국에서 수취한 이득을 국외 법인에 대한 이자지급 등으로 사용하여 B국의 과세소득을 최소화시키는 방법을 과세기반 잠식(tax base erosion)이라고 한다.

[그림 II-6] 자금대여를 통한 투자 사례



자료: 안종석 · 최준욱(2003)

사례 4: 고세율국 간 거래

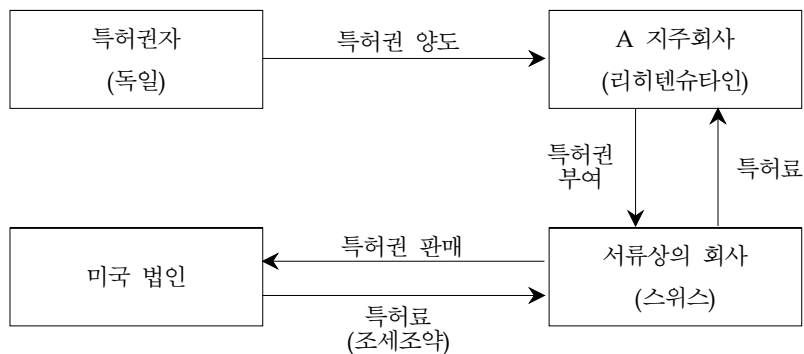
조세조약 남용은 조약상의 원천지 세금감면 혜택을 조약체결시 의도하지 않았던 자가 받아감으로써 조세를 회피하는 것을 의미한다. 일반적으로 고세율국은 광범위한 조세조약망을 갖추고 있으므로 고세율국 간의 거래에서는 조약 남용이 발생하지 않을 것으로 생각하나 중간에 조세피난처가 개입되는 경우 반드시 그런 것만은 아니다. 예를 들면 고세율국인 독일에서 역시 고세율국인 미국으로 특허권을 수출할 때 독일과 사용료에 대한 원천징수세를 면제한다는 조세조약을 체결하고 국내법에 의해 해외로 지급한 사용료에 대해서는 원천징수세를 부과하지 않는 국가와 조세피난처인 다른 국가를 통하면 미국과 독일 어느 쪽에도 세금을 납부하지 않고 거래 과정에서 발생한 사용료소득을 조세피난처의 자회사에 축적할 수 있다. [그림 II-7]은 그 과정을 잘 보여주고 있다⁹⁾.

9) OECD(1987).

독일의 특허권자는 리히텐슈타인에 A라는 지주회사를 세우고 특허권을 양도한다. 다음으로 A는 스위스에 있는 서류상의 회사 (paper company)에 특허권을 부여하고 이 서류상의 회사가 특허권을 미국법인에 판매한다. 미국법인은 특허권 사용료를 스위스의 서류상의 회사에 지급하지만, 미국-스위스 조약에 따라 미국의 원천징수세가 면제된다. 스위스에 소재한 서류상의 회사는 미국법인으로부터 수령한 특허권 사용료를 전액 리히텐슈타인의 지주회사인 A에게 지급한다. 스위스에서는 원천징수세가 부과되지 않고 수익으로 계상되지도 않으므로 과세가 이루어지지 않는다.

리히텐슈타인에서는 지주회사 A의 순자산에 대하여 0.1%의 과세만 하고 이익 및 이익의 분배에 대해서는 과세하지 않는다. 따라서 독일의 모회사가 송금을 요구하기 전까지는 발생한 소득에 대해 세금을 납부하지 않고 이익은 거의 모두 리히텐슈타인에 축적된다. 이 경우에 특허권자인 독일의 모회사가 특허권 구입자인 미국법인을 소유하고 있다면 높은 특허료를 지급하도록 함으로써 미국으로부터 이익을 흡수하여 리히텐슈타인에 축적하고 미국법인의 소득에 대한 미국 세금을 회피하는 것도 가능하다.

[그림 11-7] 고세율국 간 거래 사례



II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 33

이 예에서 원천지국과의 조세조약을 이용한 것은 서류상의 회사이고 경제적 이익은 본래 그 조약을 이용할 자격이 없는 제3국의 거주자에게 귀속되고 있다. 통상의 경우 일방의 국가가 조세조약 혜택을 부여하는 것은 타방의 국가에서 과세되거나 과세대상이 될 것을 전제로 하는 것인데 도관회사의 소재지국에서 소득이 과세되지 않거나 저율로 과세되는 경우에는 조약체결국 쌍방이 의도하지 않은 형태로 국제적인 소득이전이 이루어져 전혀 과세되지 않거나 부당하게 낮은 세율로 과세되어 버린다.

3. 조세조약 남용의 특징

조세조약 남용 사례에서 공통적으로 나타나는 특징 중의 하나는 많은 경우에 조세조약과 조세피난처 또는 경과세국을 동시에 활용하고 있다는 점이다. 고세율국으로 분류되는 국가들은 일반적으로 광범위한 조세조약망을 갖추고 있다. 따라서 조세피난처가 개입되지 않은 고세율국 간의 직접적인 거래에 있어서는 원칙적으로 조세조약 남용을 통한 조세회피의 동기도 없으며 회피도 불가능하다. 예를 들면 고세율국인 A국과 B국간 거래에 대해서는 거래 당사자들이 직접 조세조약상의 혜택을 받을 수 있으므로 조약을 남용하여 원천지 세금을 회피할 동기를 갖고 있지 않으며, 원천지에서 면세한 소득에 대해서는 거주지에서 국내법에 의해 과세하므로 조세조약상의 혜택을 받더라도 그것이 세부담을 회피하는 수단이 되지 못한다.

그러나 거래 과정에 조세피난처를 개입시킬 경우 이야기가 상당히 달라진다. 조세피난처를 통해서 국외원천소득에 대한 거주지 과세를 면할 수 있으므로 원천지 과세만 피한다면 소득의 원천지와 거주지에서 모두 세부담을 지지 않아도 되는 결과가 나타나기 때문이다. 그런데 조세피난처는 일반적으로 조세조약망을 광범위

하게 갖추고 있지 않다. 그러므로 조세조약망을 통해 원천지 과세를 회피할 수 있으며 국내법에 의한 거주지 세부담이 매우 낮거나 역외거래에 대한 면세 등 여러 가지 이유로 국내에서 국외 원천소득에 대해 과세하지 않는 특정한 지역을 선별하여 그 지역에 도관 회사를 설립함으로써 세부담을 줄이는 것이 조세조약 남용의 전형적인 형태가 되고 있다.

요약컨대 조세조약 남용을 통한 조세회피는 조세피난처를 활용한 조세회피와 결합하여 발생하는 경우가 대부분이며, 여기서 조세조약 남용은 국외원천소득의 원천지 과세를 회피하는 역할을 하고 조세피난처는 투자자 거주지의 과세를 회피하는 수단으로 활용된다.

조약체결 당사국의 거주자가 아닌 제3국 거주자가 조약상의 혜택을 받기 위해서는 소득의 원천지와 조세조약을 체결한 타방 계약국의 도관회사(conduit company)를 이용해야 한다. 이 도관회사가 소재하는 국가는 일반적인 고세율국도 아니고 통상적인 개념의 조세피난처도 아닌 특수한 성격을 가진 국가나 지역이어야 한다. 일반적인 고세율국의 경우 도관회사가 획득한 소득에 대해 고율로 과세하므로 조세회피가 불가능하며, 조세피난처는 조세조약망이 충분히 넓게 성립되어 있지 않아 원천지 과세를 피하기 어렵기 때문이다.

이러한 점들을 고려하여 도관회사를 설치하기에 적절한 국가나 지역의 특성을 요약하면 다음과 같다.

- (1) 넓은 조세조약망을 갖추고 있으며,
- (2) 소득이 발생한 국가와 세율격차가 커서 도관회사 소재지의 세부담이 매우 낮거나 그런 국가에 디딤돌 회사를 만들 수 있어야 하고,
- (3) 조세피난처의 과세권(완전 무과세 또는 경과세)을 존중하여

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 35

조세피난처로 송금되는 소득에 대해 별도의 과세체계를 적용하지 않아야 하고,

- (4) 해당 조세조약에 조약 남용 방지규정이 제대로 정비되어 있지 않아야 한다¹⁰⁾.

조약 남용을 통해 성공적으로 조세를 회피하기 위하여 필요한 조건들과 조약 남용을 방지하기 위해 각국 정부가 기울인 그동안의 노력을 고려할 때, 조세조약 남용은 결코 쉽지 않으며 특히 최근 들어 감소하였을 것이라고 추측할 수도 있다. 그러나 실제로는 그 반대의 현상이 나타나고 있는 것으로 인식되고 있다¹¹⁾. 세계 각국의 규제 완화, 컴퓨터 기술의 발달에 따른 자본거래 비용의 획기적 감축 등으로 인해 조약 남용에 소요되는 비용이 현저하게 줄어든 것이 그 이유인 것으로 평가된다.

조약 남용이 어느 정도나 이루어지고 있는지 정확하게 보여주는 통계자료는 없지만 상당히 심각할 것이라는 점을 시사하는 사례는 쉽게 발견할 수 있다. Petkova(2004)에 의하면 2002년 러시아에 투자한 국가들의 투자규모를 보면 1위가 독일이고 2위는 사이프러스이다. 사이프러스가 인구 80만명도 안되는 작은 국가라는 점을 고려한다면 외국인투자자들이 사이프러스를 조약 남용의 기지로 활용한 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 한다. 사이프러스는 러시아와 조세조약을 체결하여 미화 10만달러를 넘는 배당에 대해서는 5%의 원천징수세율을 적용하고 이자 및 사용료에 대해서는 원천지 과세를 면제하는데, 이는 사이프러스를 경유한 투자자들에게 매우 유리한 투자환경이라고 할 수 있다. 이러한 조세조약상의 혜택과 사이프러스의 낮은 세율, 광범위한 조세조약망은 러시아에 투자하려는 투자자들의 관점에서 볼 때 사이프러스가 조약 남용의 기지로서 적절한 조건을 두루 갖추고 있음을 시사한다.

10) 안중석·최준욱(2003).

11) Petkova(2004).

우리나라의 경우에도 외국인 직접투자의 자금원을 보면, 1998~2004년에 유입된 투자액 중 네덜란드가 18%를 차지하여 미국에 이어 2위였으며, 3위는 일본이고 4위는 10% 정도를 차지한 말레이시아였다¹²⁾. 네덜란드는 원천지 과세원칙을 고수하여 자국 거주자의 해외투자소득에 대해 과세하지 않는 한편 광범위한 조세조약망을 갖추고 있어 이미 오래 전부터 조약 남용의 기지로 많이 활용되고 있는 국가이며, 말레이시아 역시 우리나라에서 조약 남용의 사례가 많이 발견되는 국가이다. 말레이시아로부터의 투자는 대부분 라부안을 거점으로 하고 있는데 라부안은 역외지역으로서 해외투자소득에 대한 세부담이 거의 없으며, 한-말레이시아 조약의 적용대상 지역에 포함되어 조약 남용의 기지로 활용되고 있다.

OECD 보고서는 조세조약 남용에 대해 몇 가지 심각한 문제점을 지적하였는데, 그 중 하나는 조약 남용이 조세조약의 기본이 되는 상호주의 원칙을 위반한다는 점이다. 조세조약은 상호주의 원칙에 기반을 두고 있으므로 A국 거주자가 B국에서 경제활동을 하고 조약상의 혜택을 받는 것은 B국 거주자가 A국에서 동일한 경제활동을 하였을 때 동일한 혜택을 받는다는 전제하에서 가능하다. 그런데 조약 남용은 이러한 상호주의 원칙이 적용되지 않는 자가 그 혜택을 받는 것을 의미한다. 이와 같이 조약 혜택의 향유에 있어 상호주의 원칙이 깨지면 조약을 기반으로 하는 국제조세체계가 무너지게 된다¹³⁾.

조약 남용이 갖고 있는 두 번째 문제점은 과세기반을 잠식한다는 것이다. 조약 남용은 일차적으로 원천지 과세를 회피하는 데 그 목적이 있으므로 원천지에서의 과세기반 잠식이 더욱 크게 나타난다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 Petkova(2004)는 자본수입국들이 조약 남용 방지제도를 도입하고자 하는 동기가 크다고 지적하였다.

12) 안중석(2005).

13) OECD(1987), Petkova(2004).

II. 조세조약 남용의 정의, 사례 및 특징 37

그러나 그러한 제도적 정비가 자본수입에 미치는 영향까지 고려한다면 자본수입국에서 조약 남용을 방지하기 위해 적극적으로 노력하는 것이 최적의 정책이라고 단언하기 어렵다. 이 문제에 대해서는 다음 장(III장)에서 자세하게 검토한다.

과세기반 잠식과 관련하여 한 가지 더 언급하고자 하는 바는 조약 남용으로 인한 과세기반의 잠식이 원천지에만 국한되는 문제가 아니라는 점이다. 궁극적으로 거주지 과세를 회피할 수 없으면 조약 남용을 통한 조세회피는 의미가 없으며, 거주지 과세회피가 가능한 경우에도 원천지 과세회피가 곤란하다면 거주지 과세회피의 효과가 크게 줄어들거나 완전히 사라지게 된다. 따라서 거주지 과세회피와 원천지 과세회피는 보완적인 관계에 있으며, 조약 남용을 통한 원천지 과세회피는 궁극적으로 거주지 과세기반을 잠식하는 효과도 내포하고 있다고 할 수 있다. 특히 앞의 사례에서도 나타난 것처럼 국내 거주자가 국내원천소득에 대한 세부담을 회피하기 위하여 우회투자를 통해 조약을 남용한 사례도 발견되는바, 거주지 과세기반 잠식도 무시할 수 없는 문제인 것으로 판단된다.

Petkova(2004)는 또한 조약 남용의 혜택을 받는 자들이 거주하는 국가들은 조세조약을 체결할 동기를 갖지 않게 될 가능성이 있다는 점을 지적하고 있다. 상호주의 원칙에 입각한 혜택을 조약에 참여하지 않고도 받을 수 있기 때문이다. 즉, 아무런 비용부담 없이 혜택만 받을 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서 조약 남용에 대한 연구자들이 모두 조약 남용에 반대하는 것은 아니며, 어떤 이들은 조약 남용을 '실질적으로 다자간 협약'을 만들어내는 납세자들의 자구책이라고 설명하기도 한다.

그 외에도 조약 남용은 궁극적으로 원천지와 거주지에서 모두 세금을 납부하지 않는 이중적 비과세(double non-taxation)를 목적으로 하는데, 이중적 비과세는 이중과세와 마찬가지로 자원배분의

왜곡을 초래하여 세계경제의 효율성을 저해한다는 문제점을 갖고 있다. 이중적 비과세는 또한 투자 등 경제활동 유치를 위한 국가 간 경쟁을 가열시킨다. 조약 남용이 가능해지면 국내 경제활동에 있어 내국인보다 외국인의 실효세부담이 낮아지게 되어 내국인의 경제활동이 외국인의 경제활동에 의해 대체되는 결과를 가져올 수 있으며, 내국인이 외국을 거쳐 국내에 다시 투자하는 등의 편법을 유도하는 부작용도 일으킬 수 있다. 이러한 편법은 궁극적으로 국내 법질서를 무너뜨릴 뿐만 아니라 국내 조세체계의 수평적·수직적 형평성에 부정적인 영향을 준다. 그러한 편법을 적극적으로 활용하는 자와 그렇지 않은 자 사이에 동일한 경제활동에 대한 실효세부담 격차가 커지며, 조세 및 금융에 대한 전문지식을 잘 활용하여 조약 남용 등 조세회피를 적극적으로 시행하는 자들은 대체로 부유한 계층이기 때문이다.

Ⅲ. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석

Petkova(2004) 등 많은 연구에서 조약 남용은 자본수입국의 과세기반을 잠식하므로 자본수입국 정부가 조약 남용 방지제도를 도입하고자 하는 동기를 갖게 된다고 지적하였다. 한편 조약 남용 방지제도가 자본의 유입을 저해한다면 자본수입국의 입장에서 바람직하지 않을 수도 있다는 주장도 있다. 본장에서는 이 문제에 초점을 맞추어 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과를 분석한다. 먼저 국가간 자본이동이 완전히 자유로운 소규모 개방경제를 가정하여 기업의 투자결정 모형을 설정하고, 그 모형에 조세를 도입하여 조세가 국내·외 투자 및 국민소득에 주는 영향을 검토한다. 그리고 납세자가 조세조약 남용을 통해 조세를 회피하는 경우 그 행위가 국내투자, 국제자본의 이동 및 국민소득과 국민의 후생에 주는 영향을 분석한다. 마지막으로 정부의 조약 남용 방지정책의 효과를 검토한다.

조세조약 남용은 조약을 활용하여 거주자의 국외원천소득에 대한 원천지 과세나 비거주자의 국내원천소득에 대한 국내 과세를 회피하는 것을 의미한다. 제Ⅱ장에서 제시한 사례에서 살펴본 바와 같이 거주자의 국외원천소득에 대한 원천지 과세회피가 중요하기는 하지만 궁극적으로 국내에서 거주자에 대한 과세가 확실하게 이루어진다면 납세자로서는 원천지 과세회피의 실익이 없어진다고 할 수 있다. 그러므로 본장에서는 소규모 자본수입국을 가정하고 조세조약 남용을 통한 비거주자의 국내원천소득에 대한 과세회피에 관

해 분석한다. 본격적인 모형 소개와 분석에 들어가기에 앞서 첫 번째 절에서는 경제이론을 통해 국제조세회피 문제를 설명한 선행 연구들에 대해 간략하게 설명한다.

1. 기존문헌 조사 및 본 연구의 특징¹⁴⁾

조세회피에 대한 경제적 연구들은 주로 조세회피가 실물경제에 어떤 영향을 주는지, 국제조세회피에 직면하여 정부는 어떤 정책 수단을 활용하는 것이 적절한지 등의 이슈에 초점을 맞추고 있다. 특히 정책수단과 관련하여 주로 조세회피 방지를 위한 제도적 정비, 세무행정 강화, 국제적 협조방안 모색에 중점을 두는 행정적·법률적 연구들과는 달리 세부담 조정을 통해 조세회피 동기를 약화시키는 방안, 조세회피 방지를 위한 정책 강화의 국민경제적 득실 등에 대한 분석에 초점을 맞추고 있다. 이 연구결과들 중 본 연구에 중요한 영향을 미친 것들을 간략하게 소개하면 다음과 같다.

Cremer and Gahvari(1996)는 유럽의 경제통합과 관련하여 조세회피 가능성이 있는 경우의 조세정책에 대해서 연구하였다. Cremer and Gahvari(1996)는 강력한 세무조사를 통해 조세회피 동기를 완전히 제거한 국가와 조세회피가 가능한 두 개의 국가가 존재하는 모형에서 폐쇄경제와 개방경제로 구분하여 소비세 과세의 효과를 분석하였다. 그들이 특히 강조한 점은 세부담은 법정세율뿐만 아니라 세무조사의 강도에 의해서도 크게 좌우되며, 경제통합시 이루어질 수 있는 국가간 협상을 통한 조세조화는 명목적인 세부담의 조화에만 국한된다는 점이다. 그러므로 국가별로 세무조사의 강도가 다른 경우에 예상되는 지나친 조세경쟁은 조세조

14) 본절의 국제조세회피에 대한 기존연구 조사는 안중석·최준욱(2003)의 관련 내용을 정리한 것이다.

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 41

화를 통해 근절되지 않는다. 조세조화를 통해서 명목세율을 고정시킬 경우 세무조사를 완화함으로써 실질적인 세부담을 경감할 수 있기 때문이다. 명목세율의 조화는 이와 같은 문제를 완화하기보다는 오히려 심화시킨다.

Scharf(1997)는 거주지 과세원칙을 적용하는 자본수출국의 외국납부세액 공제율이 국제조세회피의 존재에 의해 어떻게 영향을 받는지 분석하였다. 외국납부세액과 정확하게 일치하는 금액을 공제하는 경우 투자자의 거주지 조세정책(즉, 세율)이 자본수출에 영향을 주지 않는 자본수출의 중립성 조건이 충족되므로 거주지 과세원칙을 적용하는 대부분의 국가들은 외국납부세액과 일치하는 금액을 내국세액에서 공제하고 있다. 그러나 국민의 후생을 극대화하기 위한 최적 정책은 외국납부세액을 비용으로 공제하는 경우와 같은 수준의 외국납부세액공제를 허용하는 것이다. 외국납부세액 공제는 국외원천소득에 대한 과세를 회피하는 데 따른 기회비용을 높여주는 결과를 가져온다. 따라서 조세회피 동기를 약화시키는 수단으로 활용될 수 있으며, 국제조세회피의 가능성이 존재하는 경우 외국납부세액공제 수준을 비용공제의 경우보다 높게 올리는 것이 바람직하다.

마지막으로 Diaw and Gorter(2003)는 유해조세경쟁을 그대로 놔두는 것이 나은지 아니면 금지하는 것이 나은지에 대해 분석하였다. 자본을 이동성이 없는 자본과 이동성이 있는 자본으로 구분하고, 각 자본에 대한 세부담을 자유롭게 결정할 수 있는 경우(Laissez-faire)와 두 가지 자본에 대해 동일한 세율을 적용해야 하는 경우(Primarolo¹⁵)로 구분하여 최적 조세정책과 공공재 공급, 국민소득 등을 분석·비교하였다. 분석결과 나타난 결론을 간략하게 요약하면 다음과 같다.

15) EU에서 이와 같은 규제를 적용할 때 관련 연구를 담당했던 작업반(the Code of Conduct Working Group) 의장의 이름을 따서 명명한 것이다.

자본의 이동성 여부를 불문하고 동등한 세율로 과세하도록 한 정책(the Code of Conduct)은 의도와는 달리 EU 회원국간 조세 경쟁을 심화시킨다. 즉, 유해한 조세제도—이동성이 큰 자본에 대해서만 적용되는 낮은 세율—를 금지함으로써 전반적인 세율 인하와 세수입 감소, 공공재의 과소공급이 나타나게 된다. 이와 같은 현상은 자본의 이동이 세율격차에 민감하게 반응하기 때문에 발생되며, 조세부담률이 높은 국가 그리고 이동성이 있는 자본(movable capital)의 부존량이 적은 국가에서 더 강하게 나타난다¹⁶⁾.

경제이론을 통해 국제조세회피를 설명하고 정책대안을 모색한 연구들은 여기서 언급한 몇 가지를 제외하고는 찾아보기 어려울 정도로 희박하다. 뿐만 아니라 기존 연구들은 특정한 형태의 조세 회피와 특정한 형태의 조세정책으로 범위를 좁혀서 분석하였다.

국내에서는 안종석·최준욱(2003)이 Scharf(1997) 모형을 기본으로 Diaw and Gorter(2003)가 사용한 효용함수 등 몇 가지 방법론을 접목·발전시켜 기본 모형을 설정하고, 그것을 바탕으로 조세회피의 경제적 효과, 조세회피가 존재하는 경우의 최적 조세 정책을 포괄적으로 분석하였다. 이 연구는 특히 조세회피의 유형을 구분하여 유형별로 조세회피의 경제적 효과 및 대응방안이 다를 수 있다는 전제하에서 분석 모형을 설정하였다는 특징을 갖고 있다. 앞서 언급한 기존 연구들은 거의 예외 없이 조세회피의 유형을 구분하지 않고 한 가지 형태의 조세회피만을 분석하였으며, 조세회피를 국제투자 규모에 대한 과소신고 또는 국제투자소득에 대한 과소신고의 형태로 표현하였다. 그러나 안종석과 최준욱은

16) The Code of Conduct는 OECD의 유해조세경쟁포럼과 유사한 것으로서 EU 내에서의 지나친 조세경쟁을 억제하는 것을 목적으로 하는 규정이다. 회원국 정부가 투자 등 기업활동을 유치하기 위해 특정 있는 조세지원을 제공하는 것을 금지하는 것이 주내용인데, Diaw and Gorter(2003)는 이를 ‘자본의 이동성에 따른 세율 차등화를 허용하지 않는다’고 해석하였다.

조세회피 유형별로 각각 회피대상이 되는 소득을 과소신고하는 형태로 여러 유형의 조세회피를 모형에 도입하였으며, 다른 유형의 조세회피간 관계에 대한 분석도 시도하였다. 본고에서는 안종석과 최준욱의 연구를 바탕으로 조세조약 남용에 초점을 맞추어 분석을 실시하고자 한다. 특히 안종석과 최준욱이 조세회피를 억제하기 위한 일반 정책으로서 전반적인 세율 인하, 세무조사 및 범칙금 강화의 효과를 분석한 데 비해 본 연구에서는 제도의 정비를 통해 조약 남용의 비용을 상승시키는 정책의 효과를 분석하는 데 초점을 맞춘다.

2. 기본 모형 - 조세정책의 경제적 효과

소규모 개방경제를 생각해 보자. 이 국가에서는 두 개의 서로 다른 자본이 생산요소로 사용되는데, 하나는 이동성이 없는 자본(이하 ‘비이동 자본’)이고 다른 하나는 국가간 이동이 자유로운 자본(이하 ‘이동 자본’)이다. 주민 1인당 자본 부존량은 비이동 자본이 1단위이며, 이동 자본은 K단위이다.

비이동 자본과 이동 자본의 구분은 Diaw and Gorter(2003)의 구분을 그대로 따른 것이다. 이러한 구분은 다소 작위적인 것 같은 느낌이 들지만 특정한 형태의 자본 즉, 국제거래에 사용된 자본만이 특별히 향유하는 제도나 특권(예, 국제조세회피)을 분석하는 데 상당히 편리하다. 이동 자본과 비이동 자본의 구분을 개념적으로 받아들이기 어렵다면 비이동 자본을 이동성이 없는 다른 생산요소(예, 인적자본)라고 가정해도 본장의 논리를 따라 가는 데 큰 무리가 없다.

이 국가의 대표적 주민은 비이동 자본 1단위와 이동 자본 k단위를 생산요소로 사용하여 생산활동을 한다. 생산함수 $f(k)$ 는 다음과 같은 성질을 갖는다.

$$f'(k) > 0, \quad f''(k) \leq 0, \quad f(0) = 0$$

만약 생산에 사용된 이동자본 k 가 이동자본 부존량 K 보다 크면 $(k-K)$ 만큼은 자본수입이 되며, 그 반대의 경우 $(K-k)$ 만큼은 자본수출이 된다. 본장에서는 자본수입국을 분석대상으로 하므로 $K \leq k$ 가 된다. 논의를 간편하게 하기 위해 $K=0$ 즉, 이동 자본의 부존량은 0이고 모두 수입에 의존한다고 가정한다. 본 연구에서 관심을 갖고 있는 경제는 소규모 개방경제이므로 국제 자본시장에서 주어진 수익률로 무한하게 공급되는 자본을 고용하여 생산활동을 한다고 가정한다.

고용된 이동 자본 1단위에 대해 r 의 이윤이 지급되며, 나머지 생산량 즉, $(f(k) - rk)$ 는 비이동 자본의 렌트(rent)가 된다. 이 렌트를 ρ 라고 표시하면 국내 기업은 ρ 를 극대화하도록 자본을 고용하는데 그 조건은 다음과 같다.

$$f'(k) = r \tag{1}$$

또한 국제 자본시장에서의 이자율이 r^* 일 때, 투자배분을 결정하는 균형조건(arbitrage condition)은 다음과 같다.

$$r(1-t) = r^* \tag{2}$$

이 조건은 외국인투자자들이 국내에 투자할 경우 일정한 수준의 기대 세후수익률을 보장받기를 원한다는 것을 의미한다. 식 (1)과 (2)를 결합하면 자본시장의 균형조건은 $f'(k)(1-t) = r^*$ 가 된다. 여기서 k 는 모두 수입된 자본이다. 이 균형조건을 미분하여 국내 세부담이 국제투자 배분에 미치는 영향을 구하면 다음과 같다.

$$\frac{\partial k}{\partial t} = \frac{f'(k)}{f''(k)(1-t)} < 0 \quad (3)$$

국내 세율을 인상하면 외국인투자자들이 요구하는 세후수익률 수준을 맞추기 위해 국내투자의 세후수익률을 제고해야 한다. 따라서 국내투자 규모가 줄어들게 된다.

이 모형에서 국민소득은 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$Y = \{f(k) - f'(k)k\} + f'(k)kt \quad (4)$$

식 (4)의 우변 첫 번째 항 $\{f(k) - f'(k)k\}$ 는 국내 생산 중 비이동 자본에 귀속되는 부분이고, 두 번째 항은 외국인 투자자가 국내원천소득에 대해 국내에서 납부한 원천지 세금을 나타낸다. 이 식을 t 에 대해 미분하면 다음과 같다.

$$\frac{\partial Y}{\partial t} = -(1-t)f''(k)k \frac{\partial k}{\partial t} + f'(k)k + f'(k)t \frac{\partial k}{\partial t} < 0 \quad (5)$$

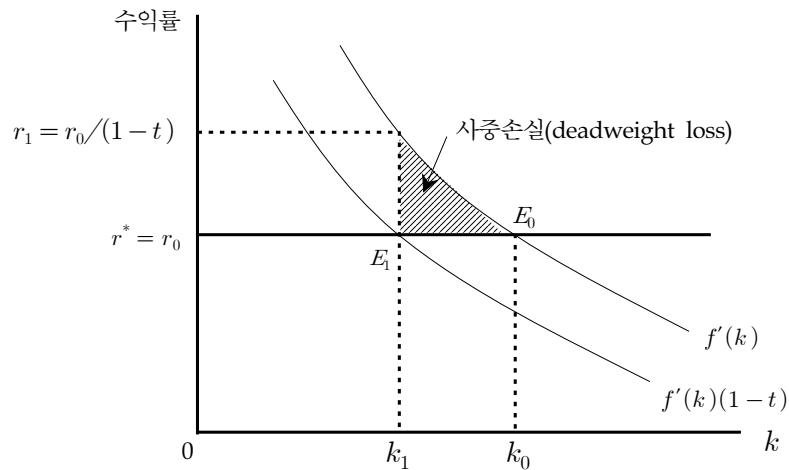
식 (3)을 식 (5)의 우변에 대입하면 첫 번째 항과 두 번째 항이 상쇄되어 없어지고 세 번째 항만 남게 되어 우변의 값이 '0'보다 작게 된다.

국내 세율(t)이 인상되면 외국인투자자로부터 징수하는 세수입이 증가되어 국민소득이 증가(두 번째 항)하는 반면 국내 투자의 감소로 인하여 국민소득이 감소(첫 번째, 세 번째 항)하는 상반된 효과가 나타나는데, 식 (5)는 전자의 효과보다 후자의 효과가 더 커서 국내 세율이 인상되면 국민소득이 감소된다는 것을 의미한다.

이를 그림으로 설명하면 [그림 III-1]과 같다. 조세가 없을 때에는 점 E_0 에서 자본시장의 균형이 성립되며, k_0 의 자본을 수입한다.

그런데 자본소득에 대해 t 의 세율로 세금을 부과하면 투자수요 곡선이 $f'(k)$ 에서 $f'(k)(1-t)$ 로 이동하게 되고 자본시장의 균형점도 E_1 으로 이동한다. 이로 인해 자본수입량은 k_1 으로 줄어든다. 국내 투자수익률은 r_0 에서 r_1 으로 상승한다. 세금부과로 인해 세수입은 $(r_1 - r_0) \times k_1$ 만큼 증가하나, 국제 자본시장에서 가격순응자인 소규모 개방경제의 기업은 자본을 유치하기 위해 세금을 보상할 수 있을 만큼의 높은 세전이익을 보장하여야 하므로 세수입 증가분만큼 국내 비이동 자본의 렌트가 줄어들게 된다. 세율을 인상하면 자본의 유입 즉, 투자가 줄어들기 때문에 외국인이 가져가는 자본수익이 $(k_0 - k_1) \times r^*$ 만큼 줄어들지만 생산량의 감소가 더 커서 결국은 그림의 빗금친 부분만큼 국민소득이 줄어들게 된다.

[그림 III-1] 자본수입국의 자본시장 균형



정부가 주민의 효용극대화를 위해 세금을 징수하고 공공재를 공급한다고 가정할 때 정부의 문제는 다음과 같이 표현할 수 있다.

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 47

$$\begin{aligned} \max_{[t]} U &= X + \alpha \ln G & (6) \\ \text{s.t. } X &= \{f(k) - f'(k)k\}(1-t) \\ G &= \{f(k) - f'(k)k\}t + f'(k)kt = f(k)t \end{aligned}$$

여기서 X 는 민간 부문의 소비를, G 는 정부의 공공재 공급규모를 나타낸다. 식 (6)의 제약조건은 민간은 비이동 자본에 귀속되는 소득 전액을 소비하여 효용을 증대시키며, 정부는 세수입 전액을 공공재 공급에 활용한다는 것을 가정하고 있다. 식 (6)의 효용함수는 Diaw and Gorter(2003)가 사용한 효용함수와 동일한데, 유일한 내부해를 갖기 위해 효용함수가 갖추어야 할 일반적인 조건들을 갖추고 있으며 동시에 계산이 비교적 용이하다는 장점을 갖고 있다.

이 목적함수를 t 에 대해 미분하면 그 결과는 다음과 같다.

$$\frac{\partial U}{\partial t} = f(k)\left(-1 + \frac{\alpha}{G}\right) + \frac{\alpha}{G}f'(k)t \frac{\partial k}{\partial t} \quad (7)$$

이 식의 우변 두 번째 항의 값이 음수이므로 $\left(-1 + \frac{\alpha}{G}\right) \leq 0$ 이면 $\frac{\partial U}{\partial t} < 0$ 이 되어 세금을 부과하지 않는 것이 바람직하다는 결론이 나온다. 여기서 α 는 공공재 G 에 대한 선호도를 나타내는 계수이다. 이 식에서 t 의 내부해가 존재하려면 $\left(-1 + \frac{\alpha}{G}\right) > 0$ 이 성립되어야 한다. 만약 공공재에 대한 주민의 선호도가 커서 $\alpha > G$ 가 만족된다면 $\left[-1 + \frac{\alpha}{G}\right] > 0$ 이 되어 내부해를 가진 즉, $t > 0$ 인 균형이 성립될 수 있다.

자본수입국에서 자본소득에 대해 세금을 부과하면 앞서 설명한 바와 같이 국민소득이 감소한다. 이는 공공재의 긍정적인 기여가 매우 큰 경우에 한해 투자 및 국민소득의 감소를 무릅쓰고라도 세금을 징수하여 공공재를 공급하는 것이 세금을 아예 징수하지 않

는 것에 비해 나올 수 있다는 점을 시사한다. 이러한 결과는 자본 수출국의 경우 동일한 모형에서 $\alpha = G$ 일 때 균형이 달성되는 것과는 대조적인 결과이다¹⁷⁾. 자본수출국과 달리 자본수입국에서는 외국 자본으로부터 세금을 많이 징수하면 국내투자에 부정적인 영향을 주므로 자본수출국보다 세율을 낮춰 공공재를 적게 공급하는 방향으로 재정정책을 운영—즉, 세율과 공공지출을 모두 낮은 수준으로 유지—하는 것이 바람직하다.

3. 조세조약 남용의 경제적 효과분석

외국인투자자가 국내원천소득에 대한 과세를 회피하는 형태의 조세조약 남용은 외국인이 국내투자를 통해 얻은 소득을 국내 과세당국에 신고할 때 실제보다 적게 신고하는 방식으로 표현할 수 있다. 즉, 국내원천소득의 일부(a)를 국내 과세당국의 과세권에서 제외시키는 것이다. 이 경우 국내원천소득(r)에 대해 외국인투자자가 납부하는 세금은 $r(1-a)t$ 가 되며, 외국인의 국내투자를 결정하는 균형조건은 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$f'(k)(1-t(1-a)) - C(a) = r^* \quad (8)$$

여기서 $C(a)$ 는 조세조약 남용에 소요되는 비용으로서 다음과 같은 조건을 만족시킨다.

$$C'(a) > 0, C''(a) > 0, C(0) = 0$$

조약 남용의 규모가 증가함에 따라 조세회피에 수반되는 비용이 늘어나며($C'(a) > 0$), 조세회피 규모가 커짐에 따라 조세회피

17) 안중석·최준욱(2003).

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 49

비용의 증가 속도가 빨라진다($C''(a) > 0$). 조세회피를 전혀 하지 않을 때는 조세회피 비용이 들지 않는다($C(0) = 0$).

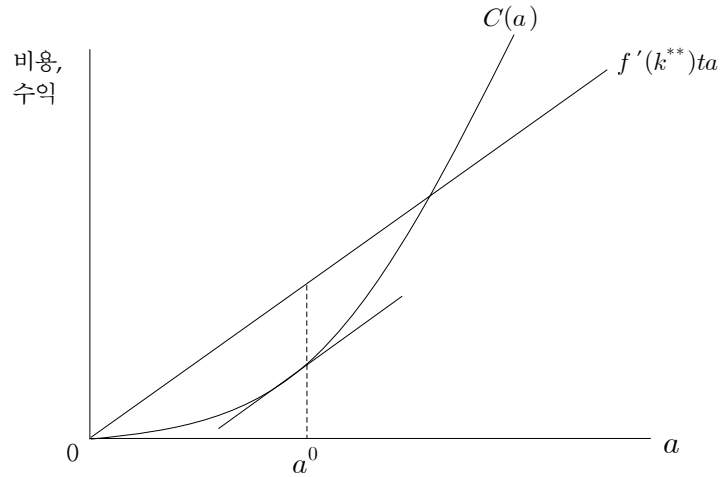
외국인투자자의 국내원천소득에 대한 조세회피 규모는 조세회피를 통해서 확보할 수 있는 한계수익($f'(k)t$)이 한계비용($C'(a)$)과 일치되는 수준에서 결정된다. 국내 세율이 높으면 조세회피의 한계수익이 높아지므로 조세회피가 많아지고, 정부가 조약 남용을 방지하는 규정을 강화하거나 세무조사를 강화함으로써 납세자가 성공적으로 조세를 회피하는 데 소요되는 비용이 커지면 조세회피는 줄어들게 된다.

식 (8)의 균형조건을 기본 모형의 균형조건을 나타내는 식 (1) 및 (2)와 비교하여 어느 쪽에서 $f'(k)$ 가 더 큰지를 판단하기 위해 식 (1) 및 (2)를 만족시키는 k 를 k^* , 식 (8)을 만족시키는 k 를 k^{**} 로 놓고 $f'(k^*)$ 와 $f'(k^{**})$ 의 차이를 구하면 다음과 같다.

$$\{f'(k^*) - f'(k^{**})\}(1-t) = f'(k^{**})ta - C(a)$$

a 가 증가함에 따라 우변의 첫 번째 항도 증가하고 두 번째 항도 증가하는데, 첫 번째 항은 a 에 대한 계수가 $f'(k^{**})t$ 로 고정된 반면 두 번째 항은 a 가 증가함에 따라 더 빠른 속도로 증가한다. 그러므로 [그림 III-2]에서 보는 바와 같이 조세회피의 한계수익 $f'(k^{**})t$ 와 한계비용 $C'(a)$ 가 일치하는 균형점에서 즉, $a = a^0$ 일 때 $\{f'(k^*)ta - C(a)\} > 0$ 이 성립된다. 따라서 $f'(k^*) > f'(k^{**})$ 이고, $k^* < k^{**}$ 가 된다. 이는 조세조약 남용이 외국인의 국내투자를 증대시키는 결과를 가져온다는 것을 의미한다. 조세조약 남용을 통해 국내원천소득에 대한 조세를 회피하는 것이 가능하다면 그로 인해 외국인의 국내투자에 대한 실효세부담이 낮아지기 때문이다.

[그림 III-2] 조세조약 남용의 세부담 절감효과와 조세회피 비용



식 (8)과 a 의 결정조건 $f'(k)t = C'(a)$ 를 미분하여 조세조약 남용이 있는 경우 조세정책이 투자 및 조세회피 동기에 미치는 영향을 계산해보면 다음과 같다.

$$\frac{\partial k}{\partial t} = \frac{f'(k)(1-a)}{f''(k)(1-t(1-a))} < 0 \quad (9)$$

$$\frac{\partial a}{\partial t} = \frac{f'(k)}{C''(a)(1-t(1-a))} > 0 \quad (10)$$

즉, 국내 세율이 인상되면 외국인의 국내투자는 감소하고 조세조약 남용 등을 통한 조세회피는 증가한다. 따라서 국내 세율을 인하함으로써 조세회피 동기도 약화시키고 동시에 국내투자도 증가시키는 것이 가능하다.

이 모형에서 국민소득은 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$Y = \{f(k) - f'(k)k\} + f'(k)kt(1-a) \quad (11)$$

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 51

우변의 첫 번째 항은 국내총생산에서 외국인투자자에게 지급한 투자수익을 차감한 것으로 내국인에게 귀속되는 소득을 의미하며 두 번째 항은 외국인이 국내에서 납부한 세금이다. 조세회피가 없는 경우의 국민소득을 나타내는 식 (4)와 비교해 보면 식 (11)에서는 조세회피로 인해 외국인이 납부하는 세액이 줄어들고 그만큼 국민소득이 감소하였다. 조세회피 비용은 외국인투자자가 부담하므로 국민소득계정에는 나타나지 않는다.

그런데 식 (8)의 자본시장 균형조건을 적용하여 식 (11)을 다시 쓰면 다음과 같다.

$$Y = f(k) - r^*k - C(a)k \quad (12)$$

자본수입국의 국민소득은 국내총생산에서 외국인투자자에게 지급한 자본 비용과 외국인투자자가 부담한 조세회피 비용을 차감한 것과 같다. 조세회피 비용은 외국인투자자가 세부담을 감소시키기 위해 지불한 것으로 명목상 국민소득계정에는 나타나지 않으나 궁극적으로 외국인투자자가 요구하는 수익률의 변화를 통해서 국내 거주자에게 귀착된다.

식 (12)를 t 에 대해 미분하면 다음과 같다.

$$\frac{\partial Y}{\partial t} = [f'(k) - r^* - C(a)] \frac{\partial k}{\partial t} - C(a)k \frac{\partial a}{\partial t} < 0 \quad (13)$$

자본시장 균형조건에 의해 우변 첫 번째 항의 계수는 양수가 되며, $\frac{\partial k}{\partial t} < 0$ 이고 $\frac{\partial a}{\partial t} > 0$ 이므로 $\frac{\partial Y}{\partial t} < 0$ 이 성립된다. 즉, 세율이 인상되면 국내투자자가 줄어들어 국민소득이 감소한다. 이는 조세회피가 없는 경우에도 마찬가지이다. 조세회피가 존재하면 조세회피 비용을 궁극적으로 내국인이 부담한다는 점이 유일한 차이이다.

세율을 인상하면 조세회피가 증가되므로 조세회피 비용도 증가하여 조세회피를 고려하지 않을 경우에 비해 국민소득은 더욱 줄어들게 된다. 따라서 공공재 공급을 위한 세수입 확보 동기가 없다면 소규모 자본수입국은 외국인투자자로부터 세금을 징수하지 않는 것이 가장 바람직하다

4. 조약 남용 방지정책의 효과분석

다음에서는 조약 남용을 방지하고자 국내법이나 조세조약의 규정을 개정하여 조약 남용을 더 어렵게 만드는 경우 그 효과가 어떻게 나타날 것인지, 이러한 제도적 정비가 최적 조세정책에 어떤 영향을 줄 것인지 살펴본다.

본장의 모형에서 조약 남용 방지를 위한 제도적 장치는 조약 남용 비용을 증가시키는 역할을 한다. 조약 남용 방지제도를 갖춘 정도를 I 라고 표현하고 $I=0$ 은 남용 방지를 위한 제도적 장치가 전혀 갖추어지지 않은 상태를, $I=1$ 은 제도가 완벽하여 조약 남용을 할 수 없는 상태를 나타낸다면, 조약 남용 비용을 $C(a, I)$ 로 표현할 수 있으며 이 비용함수는 다음과 같은 성질을 갖는다. 여기서 C_i 는 C 를 i 로 1차 미분한 것을, C_{ij} 는 C 를 j 로 미분한 것을 나타낸다.

$$\begin{aligned} C_a &= (a, I) > 0, & C_{aa} &(a, I) > 0 \\ C_I &= (a, I) > 0, & C_{II} &(a, I) < 0, & C_I(0, I) &= 0 \\ C_{aI} &= (a, I) > 0 \end{aligned}$$

제도적 장치가 완벽하게 갖추어져 있어도 납세자가 조세를 회피하지 않으면 조세회피 비용은 발생하지 않으므로 $C(0, I) = 0$ 일 뿐만 아니라 $C_I(0, I) = 0$ 도 성립한다. 조세조약 남용의 정도(a)가

주어졌을 때 남용 방지제도가 잘 갖추어져 있을수록 조약 남용을 하는 데 따라 추가적으로 소요되는 비용이 커지므로 $C_{aI}(a, I) > 0$ 이 된다.

이러한 비용함수를 가정하고 앞서 검토한 자본시장 균형조건 식 (8)과 a 의 결정조건 $f'(k)t = C_a(a, I)$ 를 미분하여 I 가 투자 및 조세회피에 미치는 영향을 분석하면 다음과 같다.

$$\frac{\partial k}{\partial I} = \frac{C_I}{f''(k)(1-t(1-a))} < 0 \quad (14)$$

$$\frac{\partial a}{\partial I} = \frac{tC_I - (1-t(1-a))C_{aI}}{C_{aa}(1-t(1-a))} \begin{matrix} < \\ > \end{matrix} 0 \quad (15)$$

식 (14)는 조약 남용 방지제도를 잘 갖출 경우 외국 자본의 국내투자가 줄어들게 된다는 것을 의미한다. 이는 조약 남용을 성공적으로 수행하여 원천지 세부담을 회피하는 데 수반되는 비용이 증가하면 결과적으로 외국 자본의 국내투자에 대한 실효세부담이 증가되는 것과 마찬가지로의 효과를 갖기 때문에 나타나는 현상이다.

식 (15)는 조약 남용 방지제도의 정비가 조약 남용에 두 가지 상반된 영향을 줄 수 있음을 시사한다. 제도의 정비로 인해 조약 남용 비용이 상승하면 이미 조세회피를 하고 있는 납세자($a > 0$)는 증가된 비용을 상쇄하기 위해 세부담을 더 절감할 수 있는 방안을 모색하게 된다(식 (15) 분자의 첫 번째 항). 한편 남용 방지제도의 정비는 조약 남용의 한계비용을 증가시키는데 이는 조약 남용을 억제하는 역할을 한다(두 번째 항). 조세조약 남용을 거의 하지 않는 납세자의 경우 조세회피를 증가시켜 상쇄하여야 할 비용이 크지 않은 반면 제도 정비에 따른 한계비용의 증가폭이 커서

제도 정비가 조약 남용을 억제하는 결과를 가져올 가능성이 크다. 그러나 이미 상당한 정도로 조약 남용을 하고 있어 많은 비용을 지불하고 있는 납세자의 경우 조세회피를 통해 상쇄하여야 할 비용이 큰 반면 조세회피를 한계적으로 증가시킴에 따른 비용 증가는 크지 않을 수 있다. 이 경우 남용 방지제도의 정비는 오히려 조약 남용을 증가시킬 가능성도 있다.

조약 남용 방지제도의 정비가 국민소득에 미치는 영향을 분석하기 위해 앞의 식 (12)와 같이 표현되는 국민소득을 제도 정비를 포함하는 비용함수를 고려하여 다시 쓰면 다음과 같다.

$$Y = f(k) - r^*k - C(a, I)k \quad (16)$$

식 (16)에서 국민소득 Y 를 I 에 대해 미분하면 식 (17)과 같이 표현할 수 있다.

$$\frac{\partial Y}{\partial I} = [f'(k) - r^* - C(a, I)] \frac{\partial k}{\partial I} - C_a(a, I)k \frac{\partial a}{\partial I} - C_I(a, I)k \quad (17)$$

우변의 첫 번째 항은 투자의 감소에 따른 국민소득 감소를 나타내는 것으로서 음수이며, 두 번째 항은 제도의 정비가 조세회피에 영향을 줌으로써 전체적으로 국민들이 부담하는 조세회피 비용에 변화를 가져옴을 의미한다. 제도의 정비가 조세회피의 감소를 유도한다면 이 항의 값은 양수가 된다. 세 번째 항은 제도 정비 자체가 조세회피 비용의 증가를 유발하는데 그것이 국민소득의 감소로 나타남을 뜻한다. 세 번째 항은 외국인투자자가 국내투자에 대해 요구하는 수익률의 변화를 통해 조세회피 비용을 내국인에게 전가하기 때문에 나타나는 것이다.

여기서 우리는 식 (16)과 (17)이 시사하는 바를 본 연구에서와 같은 분석을 수행하기 이전에 갖게 되는 통상적인 인식과 비교해

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 55

불 필요가 있다. Petkova(2004)에 의하면 조세조약 남용은 소득이 발생한 원천지의 세부담을 회피하는 것이므로 자본수입국은 조약 남용 방지를 위해 적극적으로 노력하고자 하는 동기를 갖게 된다. 이는 자본수입국의 입장에서 볼 때 조약 남용을 통한 국내 세금의 회피는 외국인이 국내에서 납부하는 세금의 감소를 의미하며, 궁극적으로 국민소득의 감소를 의미한다는 데 논리적 근거를 두고 있다. 조약 남용을 방지하기 위한 제도적 장치를 강화하면 외국인이 조세회피를 위해 부담해야 하는 비용이 상승하며, 결국 조세회피 감소 및 국내원천소득 증대라는 결과가 나타난다는 것이다.

그러나 이러한 주장은 식 (17)의 우변 두 번째 항만을 고려한 것이며, 또한 제도의 정비가 조세회피를 줄인다는 가정($\frac{\partial a}{\partial I} < 0$)을 바탕으로 한 것이다. 이 경우 조약 남용 방지를 위한 제도 정비는 자본수입국의 국민소득을 증가시킨다. 그러나 조약 남용 방지제도의 정비는 외국인투자자의 국내투자에 대한 실효세부담을 증가시켜 국내투자의 감소를 유도하는데, 이는 국민소득을 감소시키는 효과를 갖고 있다. 또한 외국인투자자가 조세회피를 위해 부담하는 비용은 궁극적으로 내국인에게 전가되므로 조약 남용 방지제도의 강화로 인해 증가된 조세회피 비용도 국민소득을 감소시키는 결과를 가져온다. 마지막으로 조약 남용 방지제도의 정비가 실제로 조약 남용을 억제하는 효과가 있는지에 대해서도 이견의 여지가 있다. 조세회피를 거의 하지 않는 납세자의 조약 남용을 억제하는 데는 긍정적인 효과가 있을 것으로 보이나, 이미 상당한 정도의 조세회피를 하고 있는 납세자의 경우에는 그 반대의 결과가 나타날 수도 있다.

최적 정책을 분석하기 위해 가치분소득(X)과 정부의 공공재 공급규모(G)를 구해 보면 다음과 같다.

$$X = \{f(k) - f'(k)k\}(1-t) \quad (18)$$

$$G = f(k)t - f'(k)kta \quad (19)$$

가치분소득은 비이동 자본의 렌트 중 세금을 제외한 것이며, 공공재 공급규모는 정부의 조세수입 규모와 같다고 가정하였는데 조세수입은 실제 과세표준에 대한 세액(식 (19)의 우변 첫 번째 항)에서 조세회피액(두 번째 항)을 차감한 것과 같다. 앞의 식 (8)과 같이 표현되는 자본시장 균형조건과 식 (16)과 같이 표현되는 국민소득의 정의를 사용하여 식 (18)을 다시 정리하면 다음과 같다.

$$X = Y - G \quad (20)$$

그러므로 효용함수는 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$U = Y - G + \alpha \ln G \quad (21)$$

식 (21)을 목적함수로 하고 식 (16)과 (19)를 제약조건으로 하는 극대화문제를 정책변수인 t 와 I 에 대해 풀면 1계 조건(first-order condition)을 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$\frac{\partial Y}{\partial t} - \left[1 - \frac{\alpha}{G}\right] \frac{\partial G}{\partial t} = 0 \quad (22)$$

$$\frac{\partial Y}{\partial I} - \left[1 - \frac{\alpha}{G}\right] \frac{\partial G}{\partial I} = 0 \quad (23)$$

여기서 $\frac{\partial Y}{\partial t}$ 와 $\frac{\partial Y}{\partial I}$ 는 각각 식 (13), (17)에 나타난 바와 같으며,

$\frac{\partial G}{\partial t}$, $\frac{\partial G}{\partial I}$ 는 다음과 같다.

$$\frac{\partial G}{\partial t} = [f'(k)t(1-a) - f''(k)kta] \frac{\partial k}{\partial t} - f'(k)kt \frac{\partial a}{\partial t} + [f(k) - f'(k)ka] \quad (24)$$

$$\frac{\partial G}{\partial I} = [f'(k)t(1-a) - f''(k)kta] \frac{\partial k}{\partial I} - f'(k)kt \frac{\partial a}{\partial I} \quad (25)$$

식 (24)의 우변에서 처음 두 항은 '0'보다 작으며, 세 번째 항은 0보다 크다. 전체적으로 $\frac{\partial G}{\partial t} > 0$ 인 경우 즉, 세율이 증가함에 따라 세수입이 증가하는 경우 공공재에 대한 선호도가 높아 $1 < \frac{\alpha}{G}$ 가 성립되면 내부해가 존재하며 최적 세율이 '0'보다 크게 된다. 식 (25)의 부호는 $\frac{\partial a}{\partial I}$ 에 따라 달라지는데 I 의 증가가 a 의 감소를 초래하는 경우 남용 방지제도가 정비됨에 따라 세수입이 증가할 수도 있고 감소할 수도 있다. 그러므로 이 식만 가지고는 I 의 최적 수준에 대해 아무런 결론을 도출할 수 없다. 만약 $\frac{\partial a}{\partial I} > 0$ 이 성립된다면 내부해가 존재하지 않고 I 의 최적해는 '0'이 된다. 즉, 조약 남용 방지제도를 도입하지 않는 것이 좋다.

5. 경제적 효과분석 요약 및 조약 남용 정책에 대한 시사점

가. 경제적 효과분석 결과 요약

조세조약 남용은 조약의 혜택을 받을 수 없는 자가 편법을 통해 조약상에 규정된 원천지 과세감면 혜택을 받는 것이다. 그러므로 조약 남용은 원천지 과세기반을 잠식하는 효과가 있다. 이러한 관점에서 통상적으로 조약 남용은 소득이 발생한 원천지의 국민소득에 부정적인 영향을 미치는 것으로 인식되며, 때로는 '국부 유출'

로 표현되기도 한다. 한편 조세조약 남용을 방지하는 제도적 장치는 조약 남용의 비용을 상승시킴으로써 남용을 억제하여 소득발생지의 ‘국부 유출’을 축소하는 역할을 할 것으로 기대된다.

본장에서는 이러한 통상적인 인식의 진위에 대해 분석하였다. 소규모 개방경제를 가정한 자본수입국 모형에 원천지 과세와 원천지 과세의 회피, 조세회피 비용함수, 조세회피 비용에 영향을 주는 정책 변수를 도입하여 조세와 조세조약 남용, 남용 방지정책이 각각 투자와 조약 남용 그리고 국민소득에 주는 영향을 살펴보았다. 분석결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 자본수입국의 원천지 세부담 인상은 자본수입 감소를 통해 국내투자를 축소시키며, 국민소득에도 부정적인 영향을 준다. 세부담 인상이 국민소득에 미치는 영향은 투자 축소로 인한 국민소득 감소와 외국인투자자가 납부하는 세금 증가로 구분할 수 있는데 한계생산성 체감 등 통상적인 가정하에서는 전자가 후자를 압도한다.

둘째, 조세조약 남용은 그 자체가 외국인투자자의 원천지 실효세부담을 인하하는 역할을 함으로써 외국자본의 유입 및 국내투자를 촉진하는 효과가 있다.

셋째, 다른 조건이 일정한 상태에서 원천지 세율의 인상은 조세회피의 기회비용을 상승시킴으로써 조세회피를 촉진하는 역할을 한다.

넷째, 소규모 개방경제 체제하에서 납세자가 지불하는 조세회피 비용은 자본수입국의 국민에게 귀착된다. 이는 조약 남용 방지제도의 정비를 통해 조약 남용의 비용을 증가시키면 그것이 궁극적으로 국민소득의 감소를 초래할 수 있음을 의미한다.

다섯째, 조약 남용 방지제도를 정비하여 조세회피 비용을 증가시키면 원천지 실효세부담을 인상시키는 것과 같은 효과가 나타나 투자를 감소시킨다. 그러나 조약 남용이 줄어들지에 대해서는 단

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 59

정적으로 이야기할 수 없다. 조세회피 비용이 증가하면 그 비용 증가분을 상쇄하기 위해 조세를 더 많이 회피할 가능성이 있는 반면 조세회피에 따른 한계비용 증가는 조세회피를 축소시키는 역할을 하기 때문이다. 조세회피가 전혀 없는 납세자의 경우 후자의 효과가 커서 남용 방지제도의 정비가 조약 남용의 발생을 억제할 것으로 보인다. 그러나 이미 상당한 수준의 조약 남용을 하고 있는 납세자의 경우에는 남용 방지제도의 정비를 통한 조세회피 비용의 상승이 더 많은 회피를 유발할 가능성도 있다.

마지막으로 남용 방지제도가 원천지국의 국부 유출을 방지할 수 있을 것이라는 통상적인 견해는 제도의 정비를 통해 조약 남용을 줄일 수 있다는 것을 가정으로 하고 있으며, 투자의 감소와 원천지국민에게 귀착되는 조세회피 비용의 증가에 따른 부정적인 영향을 고려하지 않은 것이다. 이러한 부정적 영향과 제도의 정비가 조약 남용을 부추겨 국민소득을 감소시키는 결과를 가져올 수 있다는 점을 고려한다면 조약 남용 방지제도의 효과에 대해 일방적으로 결론을 내릴 수 없을 것이다.

이상의 결과는 조약 남용 및 남용 방지제도가 투자 및 국민소득에 미치는 영향을 아주 단순화시킨 경제모형을 통해 분석한 것으로서 조세회피가 가져오는 다양한 사회·경제적 영향을 모두 포괄한 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.

본 모형에서 고려하지 않은 가장 중요한 요소는 거주지 과세이다. 국제투자자에 대한 과세 원칙은 소득이 발생한 국가에서 먼저 과세하고, 그 다음에 투자자 거주지국에서 과세하며, 거주지국에서 이중과세를 조정하는 것이다. 각각의 국가들이 적용하는 과세제도와 이중과세조정방법에 따라 투자자가 납부하는 세금의 총액은 투자자 거주지에 투자한 국내투자의 경우와 동일해질 수도 있으며, 어떤 경로를 통해서든지 원천지의 세금이 총세부담에 영향을 줄 수도

있다. 전자를 거주지 과세원칙이라고 하는데, 거주지 과세원칙이 철저하게 보장되면 투자자가 어느 곳에 투자를 하든지 세부담이 동일하므로 자본 수출의 중립성(capital export neutrality)이 달성된다. 이 경우 투자대상지역의 세부담이 중요한 의미를 갖지 못하므로 투자자는 굳이 비용을 들여가며 조약을 남용하여 원천지 세부담을 회피할 동기를 갖지 않는다.

이러한 관점에서 조세조약 남용에 대한 논의는 원천지 과세가 국제투자의 세부담 총액에 영향을 준다는 것을 전제로 하고 있다고 할 수 있다. 이 경우 원천지 과세는 투자배분에 영향을 준다. 그러므로 본장의 분석에서는 논의를 간편하게 하기 위하여 거주지 세부담을 무시하고 원천지 세부담만을 분석대상으로 하였다.

주요국의 국제투자에 대한 과세방법을 보면 미국, 일본, 영국을 포함한 많은 국가들이 자국 거주자에 대해 거주지 과세원칙을 적용하여 과세하고 외국납부세액은 자국 세액에서 공제해준다. 그럼에도 불구하고 현실에서 원천지 과세가 중요한 의미를 가지는 것은 다음과 같은 두 가지 이유 때문이라고 할 수 있다. 첫째, 국가에 따라서는 국외원천소득에 대해 아예 과세하지 않는 국가도 있으며, 원칙적으로 거주지 과세원칙을 적용하는 국가 중에서도 소득의 성격에 따라 국외소득 면세제도를 적용하여 원천지 과세의 성격을 가미하는 국가들이 있다. 안중석·구자은(2006)에 의하면 프랑스, 독일, 호주, 캐나다는 포트폴리오 투자에 대해서는 거주지 과세원칙을 고수하지만 직접투자소득에 대해서는 국외소득 면세 또는 면세와 세액공제가 결합된 방식을 적용하여 이중과세를 조정한다. 안중석(2005)에 의하면 국내에 유입된 직접투자를 투자자 거주지별로 구분해 볼 때 약 60% 정도가 원천지 과세원칙의 경향이 강한 국가에서 유입된 것으로 나타났다.

둘째, 행정적인 관점에서 거주지 과세원칙을 엄정하게 집행하기

III. 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과분석 61

가 상당히 어렵다. 국제투자를 함에 있어서 현지법인 형식으로 투자를 하면 현지에서 발생한 소득이 배당 등의 형태로 투자자 거주지로 환수되지 않는 한 거주지국은 과세권을 갖지 않는다. 그러므로 투자자는 국외원천소득의 국내 환입 시기를 미룸으로써 거주지국의 과세를 회피할 수 있는데, 이를 과세이연(tax deferral)이라고 한다. 국외원천소득을 국외에서 재투자하면 거주지 과세를 계속해서 피할 수 있다. 과세이연 외에도 거주지국가 국외원천소득에 대한 정보를 정확하게 입수하지 못하여 효과적으로 과세하기 어려운 측면도 있다. 국가간 정보교환, 공동조사 등 다양한 방법으로 정보부족의 문제를 해결하고자 노력하고 있지만 아직 속시원한 해결책은 없다고 할 수 있다.

거주지 과세를 분석에 포함시키지 않음으로 인해 발생한 본 모형의 중요한 한계점은 경제적 효과분석에 있어 원천지국에 미치는 효과에만 국한하였다는 점이다. 즉, 조세조약 남용은 원천지세부담을 회피하는 것 외에도 거주지 과세회피를 용이하게 하거나 거주지 과세회피의 동기를 강화시켜 준다는 부수적인 영향이 있는데, 이러한 부수적 영향의 경제적 효과에 대해서는 분석하지 않았다. 조약 남용은 원천지의 입장에서는 실효세부담을 낮춤으로써 투자를 촉진하는 긍정적인 효과가 있을 수 있는데, 거주지의 관점에서는 국제투자를 통해 조세회피에 따른 이득을 얻을 수 있으므로 반대로 국내투자를 저해하는 효과가 나타날 것으로 판단된다.

나. 조약 남용 관련정책에 대한 시사점

본장의 분석결과는 조약 남용을 방지하기 위한 제도적 장치를 강화하기보다는 조약 남용을 묵인하는 편이 낫다는 것을 시사하는 것으로 이해될 가능성이 있다. 조약 남용을 철저히 방지하면 투

자자의 실효세부담이 증가하여 투자자본의 유입이 감소할 가능성이 있으며 조세회피를 위한 비용은 궁극적으로 투자대상국가의 거주자가 부담하게 되는데, 이러한 부정적인 영향들이 ‘조세회피 방지를 통한 세수입 증가’라는 긍정적인 영향보다 클 수도 있기 때문이다.

그러나 이러한 해석에는 상당한 주의가 필요하다. 우선 본장의 분석은 원천지국의 경제적 효과만을 분석대상으로 하였으며, 거주지국은 분석대상에서 제외하였다는 점을 고려할 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 조약 남용은 직접적으로 원천지 과세를 회피하면서 동시에 거주지 과세회피를 촉진하는 부수적인 영향이 있다. 그러므로 조약 남용이 용이한 경우 투자자들은 국내투자보다는 국제투자를 많이 함으로써 전체적인 세부담을 줄일 수 있으며, 이로 인해 거주지 투자는 줄어들고 과세기반도 잠식하게 된다. 즉, 조약 남용은 직접적으로는 원천지 과세를 회피하는 것이지만 원천지에서는 조세회피에 반하여 투자 증대라는 긍정적인 효과를 얻는데 비해 거주지국에서는 세수입 감소, 투자 감소 등 부정적인 효과만 발생한다.

지난 수십 년간 우리나라는 자본수입국이라는 기본적인 관점에서 국제조세정책을 수립하고 시행해 왔다. 그러나 자본의 국가간 이동에 대한 제도적·물리적 제약이 거의 없는 현대 사회에서 어느 한 국가를 자본수입국 또는 자본수출국으로 단정할 수 없으며, 우리나라의 경우에도 자본수입에 크게 뒤지지 않는 규모의 자본수출을 하고 있다. 그러므로 자본수입국의 관점만을 고려하여 조세정책을 수립하는 것은 바람직하지 않다. 특히 조약 남용과 관련해서는 궁극적인 투자대상국이 우리나라임에도 불구하고 국내 조세를 회피하기 위하여 조세피난처를 통해 우회투자를 하는 경우도 발견되는바, 조약 남용 관련정책을 거주지 관점에서 검토하는 것도 매

우 중요한 의미를 갖는다.

또한 국제조세정책에 있어서는 종종 국가경제적인 관점과 세계경제적인 관점이 충돌하는 경우가 발생한다는 점을 인식할 필요가 있다. 조약 남용의 경우도 그렇다. 앞서 언급한 바와 같이 자본수입국은 조약 남용을 묵인함으로써 이익을 얻을 수도 있다. 명목상 세율을 인하하지 않으면서도 실효세부담을 인하하는 결과를 얻을 수 있기 때문이다. 그러나 세계경제적 관점에서 보면 다른 결과가 나타난다. 조약 남용은 궁극적으로 원천지와 거주지에서 모두 세금을 납부하지 않는 이중적 비과세(double non-taxation)를 목적으로 하는데, 이중적 비과세는 이중과세와 마찬가지로 자원배분의 왜곡을 초래하여 세계경제의 효율성을 저해하며 투자 등 경제활동을 유치하기 위한 국가간 경쟁을 가속시킨다.

뿐만 아니라 조세조약 남용은 국제조세체계의 안정성에 부정적인 영향을 준다. 조세조약은 서로 상대방 국가에 대해 동일한 혜택을 제공한다는 상호주의 원칙에 바탕을 두고 있다. 그런데 조약 남용은 이러한 상호주의 원칙이 적용되지 않는 자가 그 혜택을 받는 것을 의미한다. 조약혜택의 향유에 있어 상호주의 원칙이 깨지면 조약을 기반으로 하는 국제조세체계가 무너지게 된다.

국내 경제 및 사회적인 영향에 있어서도 본장의 분석에서 검토하지 않은 문제들을 검토할 필요가 있다. 조약 남용이 용이한 사회에서는 국내 경제활동에 있어 내국인보다 외국인의 실효세부담이 낮아지게 되므로 내국인의 경제활동이 외국인에 의해 대체되는 결과를 가져올 수 있다. 뿐만 아니라 내국인이 외국을 거쳐 국내에 다시 투자하는 등의 편법을 유도하는 효과도 있다. 이러한 편법은 궁극적으로 국내 법질서를 와해할 뿐만 아니라 국내 조세체계의 수평적·수직적 형평성에 부정적인 영향을 준다. 그러한 편법을 적극적으로 활용하는 자와 그렇지 않은 자 사이에 동일한 경

제활동에 대한 실효세부담 격차가 커지며, 조세 및 금융에 대한 전문지식을 잘 활용하여 조약 남용 등 조세회피를 적극적으로 하는 자들은 대체로 부유한 계층이기 때문이다.

이상을 종합해 볼 때 본장에서 의 경제모형 분석만을 가지고 조세조약 남용 방지정책을 강화하는 것보다는 조약 남용을 묵인하는 편이 나을 것이라는 결론을 내리는 것은 바람직하지 않다고 할 수 있다. 본장에서 검토하지 않은 거주지국의 입장과 세계경제의 효율성, 장기적인 관점에서 조약 남용이 국내 및 국제 조세체계에 미치는 영향, 국내 법질서에 미치는 영향, 수평적·수직적 형평성 대한 영향 등을 고려할 때 오히려 조약 남용 방지정책을 강화하는 것이 바람직할 수 있다. 본 보고서는 이러한 관점에서 제IV장 이하에서 조약 남용을 방지하는 방법에 대해 살펴본다.

다만 본장의 분석을 통해 강조하고자 하는 것은 조약 남용 방지를 위한 정책이 원천지국의 경제에 부정적인 영향을 가져올 수도 있다는 점을 고려하여 정책수단의 선택에 신중을 기하여야 한다는 것이다. 흔히 인식하는 바와 같이 외국인투자자의 조약 남용을 통한 국내 조세회피가 국민소득에 부정적인 영향을 미치며 국부의 유출로 간주된다는 관점에서 조약 남용 방지정책을 수립하는 경우와 그 반대의 가능성을 염두에 두고 거주지국의 관점, 세계경제의 효율성을 고려하여 조약 남용 방지정책을 수립하는 경우 그 결과는 상당히 다를 수 있다. 또한 조세회피 비용은 조세를 회피하는 외국인투자자가 부담한다고 생각하고 정책을 수립하는 경우와 그것이 궁극적으로 내국인에게 귀착될 가능성이 있다는 점을 인식하고 정책을 수립하는 경우 조약남용 방지라는 동일한 목표하에서도 선택하는 정책수단은 크게 달라지게 된다.

IV. 모델 조약상의 남용 방지규정

조세조약의 전형이 되는 모델로는 OECD 모델과 UN 모델, 그리고 미국 재무부 모델을 들 수 있다. OECD 모델은 주로 선진국간 조세조약의 전형이 되고, UN 모델은 선진국과 개도국간 조세조약의 전형이 된다. 이러한 구분은 UN 모델이 OECD 모델을 근간으로 작성되었으며, 일반적으로 자본수입국이 되는 개도국의 입장을 고려하여 원천지국의 과세권을 보다 광범위하게 인정하여 주기 때문이다. 한편 미국 재무부 모델은 OECD 모델과 매우 유사한 입장을 보여주고 있다. 국제조세 분야에 있어 미국의 주도적인 역할을 고려한다면 OECD 모델과 미국 재무부 모델의 유사성은 놀라운 사실이 아니다. 특히 조세조약 남용을 막기 위한 구체적인 대책 마련에 고심하였던 미국은 ‘혜택의 제한(limitation on benefits)’ 항목¹⁸⁾을 독립된 조항(제22조)으로 포함시켰고, OECD 모델의 경우 해설서에 들어가 있는 점이 다르다고 하겠다.

조약 남용을 검토함에 있어 실제 조세조약의 전형이 되고 있는 모델 조약들을 우선 비교하고, 거기서 채택하고 있는 조약 남용 방지규정을 먼저 살펴보는 것이 의미가 있을 것이다. 따라서 일단 여기서는 세 가지 모델 조약의 차이점을 포괄적으로 표로서 비교하여 보고, 조약 남용에 대하여 대처하는 조항은 무엇이 있고 그 조항이 모델별로 어떤 차이가 있는가를 검토한다.

18) 이하에서는 LOB라는 약자와 혼용하여 사용하기로 하겠다.

1. OECD, UN 및 미국의 모델 조약 비교

OECD 모델 조약은 31개 조항¹⁹⁾, UN 및 미국 재무부 모델 조약은 각각 29개 조항으로 이루어져 있다²⁰⁾. 제21조 ‘기타 소득’까지는 동일한 조항들을 가지고 있으며, 제22조에서 OECD나 UN 모델 조약과는 달리 미국 재무부 모델 조약에는 대표적인 남용 방지규정인 ‘혜택의 제한’ 조항이 포함되어 있다. 제23조 이하에서는 다시 유사한 구조를 가지는데, OECD 모델 조약의 경우 제27조(징수 협조)와 제29조(관할 영토)가 추가적으로 수록되어 있다.

<표 IV-1>은 OECD 모델 조약을 각각 UN 및 미국 재무부 모델 조약과 비교하여 각 조항별로 서로 다른 내용들을 정리한 것이다. 원천지국의 과세권을 인정하여 주는 고정사업장의 경우를 예로 들면, OECD 및 미국 재무부 모델은 건설현장이 12개월을 초과하여야만 고정사업장으로 인정하는 데 비하여 UN 모델은 6개월만 넘으면 고정사업장으로 인정하므로 원천지 과세권 확보에 보다 유리한 모델이라고 할 수 있겠다. 또한 UN 모델에서는 재화나 상품의 재고를 상시적으로 보유하는 것만으로도 고정사업장을 인정하여 주고, 보험업의 경우 독립적 대리인 이외의 자를 통하여 모집하더라도 고정사업장을 인정하여 준다.

원천지국의 과세대상이 되는 고정사업장의 이윤에 대한 정의에 있어서도 OECD 및 미국 재무부 모델에서는 원천지국의 과세대상 이윤을 고정사업장에 귀속되는 이윤으로만 국한시키고 있는 데 반하여 UN 모델은 동 고정사업장을 통하여 판매되는 재화나 상품 또는 거기서 수행되는 사업활동과 동일 또는 유사한 재화나 사업활동에서 발생하는 이윤도 고정사업장에 귀속시킨다. 미국 재무부 모델에서는 고정사업장 귀속 이윤에 대하여 동 고정사업장의 자산과

19) 제14조는 삭제되었으므로 실제로는 30개 조항이다.

20) <부록 2> 참조.

IV. 모델 조약상의 남용 방지규정 67

활동에 기인하는 이윤만을 귀속 이윤으로 분류하여 OECD 모델보다도 더욱 좁게 정의하고 있다.

OECD 및 미국 재무부 모델에서는 제10조(배당) 및 제11조(이자)에 원천지국의 제한세율을 미리 고정시켜 놓은 반면, UN 모델에서는 계약 당사국 간의 협의를 거쳐 제한세율을 정할 수 있게 하였다. 특히 제12조(사용료)에 있어서는 OECD 및 미국 재무부 모델의 경우 거주지국에서만 과세할 수 있게 정의한 반면, UN 모델에서는 원천지국의 과세권도 인정해 주고 있는 차이가 있다. 사용료는 최근 들어 외국인투자에 따른 과세권 배분 문제에 있어 가장 중요한 이슈로 부상하였다고 할 수 있다.

<표 IV-1> 주요 모델 조약의 비교

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제1조; 일반 범위			4. 조약에도 불구하고, 자국의 거주자나 시민에게는 조약이 없는 경우와 마찬가지로 거주지국에서 과세할 수 있다.[미국 시민에 대한 전세계적 과세권 강조]
제5조; 고정 사업장	3. 건축장 또는 건설 또는 설비공사는 12개월 초과 존속하여야 고정사업장	3. (a) 건축공사현장 혹은 건설, 조립, 설치공사 또는 감독활동이 6개월 초과 존속하면 고정사업장 (b) 용역제공 활동이 계속되는 12개월 동안에 합계 6개월을 초과하는 기간 동안 국내에 존속	3. 건축장 또는 건설 또는 설비공사는 12개월 초과 존속하여야 고정사업장
		[추가 항목] 5. (b) 동 기업을 대표하여 계약을 체결할 권리를 가지고 있지 않으나, 동 기업에 속하는 재화나 상품의 재고를 상시적으로 보유하고, 또한 동 기업 대신 반복하여 재고의 인도를 하는 경우	
		[추가 항목] 6. 보험업의 경우, 상대 계약국에서 독립적 대리인 이외의 자를 통하여 보험금의 수령, 부보하는 경우 상대국에 고정사업장 소유	

<표 IV-1>의 계속

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제7조: 사업 소득	1. 상대 체약국에서 과세할 수 있는 이윤은 고정사업장에 귀속되는 이윤	1. 상대 체약국에서 과세할 수 있는 이윤에 (a) 고정사업장에 귀속되는 이윤뿐 아니라 (b) 동 고정사업장을 통하여 판매하는 재화 혹은 상품과 동일 또는 유사한 재화 혹은 상품의 동 상대 체약국 내에서의 판매, (c) 동 고정사업장을 통해 수행하는 사업활동과 동일 또는 유사한 기타 사업활동으로서 동 상대 체약국에서 수행하는 것 포함	1. 상대 체약국에서 과세할 수 있는 이윤은 고정사업장에 귀속되는 이윤
			2. 고정사업장의 이윤을 계산하는 데 있어, 동 고정사업장의 자산과 활동에 기인하는 부분만 그 이윤으로 계산한다.
	3. 고정사업장의 이윤 결정에 있어 동 고정사업장의 목적으로 발생된 경영비 및 일반 관리비를 포함하는 경비는 동 고정사업장이 소재하는 체약국 또는 다른 곳에서 발생하는가에 관계없이 비용공제 허용	3. [추가 문단] 고정사업장이 본점이나 다른 사무소에 지급한 금액으로서 특허권 기타 권리의 사용대가로서 또는 특허용역의 제공 혹은 사업관리의 대가로서 지급되는 사용료·수수료 기타 이와 유사한 지급금 또는 고정사업장에 대한 대부에 관한 이자(동 기업이 은행업을 영위하는 경우는 제외)에 대해서는 손금산입을 인정하지 아니한다. 마찬가지로 반대 경우에 익금산입도 하지 아니한다.	
	5. 어떠한 이윤도 고정사업장이 당해 기업을 위하여 재화 또는 상품을 단순히 구입하는 이유만으로 동 고정사업장에 귀속되지 아니한다.	6. 註: 고정사업장이 기업을 위해 수행한 재화 또는 상품의 단순한 구입을 이유로 해서, 그 이윤을 동 고정사업장에 귀속시킬 것인가 여부는 당사국간의 교섭에 의해 해결할 문제	4. 어떠한 이윤도 고정사업장이 당해 기업을 위하여 재화 또는 상품을 단순히 구입하는 이유만으로 동 고정사업장에 귀속되지 아니한다.

IV. 모델 조약상의 남용 방지규정 69

<표 IV-1>의 계속

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제8조; 해운, 내륙수로 운송, 항공운수		[추가 항목] B 2. 선박의 국제운수상 운용으로부터 취득하는 이윤은 상대채약국 내에서 동 운용에 따른 해운활동이 임시적인 것에 불과한 경우에는 기업의 실질적 관리장소가 소재하는 채약국에서만 과세된다. 임시적인 것이 아닐 경우, 상대 채약국에서도 과세가 가능. 상대 채약국에서 과세되는 이윤은 동 기업이 선박의 운용으로부터 취득한 전체의 순이윤을 적절히 배분하여 결정. 이 배분에 의해 계산된 조세는 ... % (교섭으로 결정) 경감된다.	※ 다른 두 모델과는 달리 미국 재무부 모델에서는 실질적 관리장소(place of effective management)의 개념을 쓰지 않고, 단순히 채약국에서의 영업으로 생긴 이익은 그 나라에서 과세한다고 되어 있음
제10조; 배당	2. (a) 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인 자본금의 최소한 25% 이상을 직접 소유하는 법인의 경우에는 총배당액의 5% (b) 기타의 경우에는 총배당액의 15%	2. (a) 배당의 수익적 소유자가 동 배당을 지급하는 법인 자본의 최소한 10%를 직접 소유하는 법인의 경우에는 동 배당액의 ...%(교섭으로 결정) (b) 기타의 경우에는 동 배당액의 ...%(교섭으로 결정)	2. (a) 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인 자본금의 최소한 10% 이상을 직접 소유하는 법인의 경우에는 총배당액의 5% (b) 기타의 경우에는 총배당액의 15%
제11조; 이자	2. 동 이자의 수익적 소유자가 상대 채약국 거주자인 경우, 일방 채약국에서 부과하는 세액은 이자 총액의 10%를 초과할 수 없음	2. 이자 발생국에서도 과세가 가능. 그 세액은 이자의 수령자가 동 이자의 수익적 소유자인 경우에 동 이자액의 ...%(교섭으로 결정)를 초과할 수 없음	5. a) 동 이자의 수익적 소유자가 상대 채약국 거주자인 경우, 일방 채약국에서 부과하는 세액은 이자 총액의 15%를 초과할 수 없음
제12조; 사용료	1. 일방 채약국에서 발생하여 상대채약국의 거주자에 의하여 수익적으로 소유되는 사용료는 그 상대국에서만 과세 (*우리나라는 해설서에서 유보조항을 달고 있음)	1. 상대 채약국에서 과세할 수 있다.	1. 일방 채약국에서 발생하여 상대 채약국의 거주자에 의하여 수익적으로 소유되는 사용료는 그 상대 채약국에서만 과세

<표 IV-1>의 계속

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제12조; 사용료		2. 상기의 사용료에 대해서는 동 사용료가 발생한 계약국에서도 관련 법령에 따라 과세할 수 있다. 그 조세액은 동 사용료의 수령자가 동시에 수익자인 경우 동 사용료의 ...%(교섭으로 결정)를 초과하지 않는 것으로 한다.	
		[추가 항목] 5. 사용료는 그 지급자가 일방 계약국 그 지방정부, 지방공공단체 또는 동 일방 계약국의 거주자인 경우 일방 계약국 내에서 발생한 것으로 간주. 사용료의 지급자가 일방 계약국의 거주자인가 아닌가에 관계없이 일방 계약국 내에 그 사용료의 지급원인이 된 채무의 발생과 관련된 고정사업장 또는 고정시설을 가지고 있고 그 사용료가 동 고정사업장 또는 고정시설에 의해 부담되는 경우에 동 사용료는 동 고정사업장 또는 고정시설이 소재하는 동 일방 계약국 내에서 발생하는 것으로 간주	
제13조; 양도 소득		[추가 항목] 4. 일방 계약국 내에 소재하는 부동산을 직접 또는 간접으로 주된 재산으로 하는 법인의 주식자본의 지분 양도로부터 발생한 소득에 대해서는 동 일방 계약국에서 과세할 수 있다.	
		[추가 항목] 5. 일방 계약국의 거주자인 법인에 대한 참가비율이 ...%(교섭으로 결정)에 상당하는 경우, 그 지분의 양도로부터 발생한 소득에 대해서는 동 일방 계약국에서 과세할 수 있다.	

IV. 모델 조약상의 남용 방지규정 71

<표 IV-1>의 계속

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제14조; 독립적인 인적 용역	[삭제] 이유: 제7조에서 사 용하고 있는 고정 사업장의 개념과 제14 조 고정기지(fixed base)의 개념이 다 를 바 없다. 따라서 독립적 인적용역으 로부터의 소득은 제7조의 사업소득 에서 다루어질 수 있다.	1. 일방 계약국 거주자의 독립 적인 인적용역에 대해서는 일방 계약국에서만 과세. 단, 다음과 같은 경우에는 상대 계약국에서 과세 가능 (a) 상대 계약국 내에 고정 시설을 갖고 있는 경우 (b) 관련 과세연도 동안 합계 183일을 초과하는 기간 동안 상대 계약국 내에 체재하는 경우(상대 계약국에서 수행한 활동으로부터의 소득에 대해 서만 상대 계약국에서 과세) (c)상대 계약국에서 수행하 는 활동에 대한 보수가 동 상대 계약국의 거주자로부터 지급되거나 동 상대 계약국 내에 소재하는 고정사업장 혹은 고정시설에 의해 부담 되고, 관련 과세연도 중에 ...(교섭에 의하여 결정되는 금액)을 초과하는 경우	1. 고정기지(fixed base)를 가지 고 있는 경우에는 동 근거지 국가에서 과세 가능
제16조	이사의 보수 (director's fees)	이사 및 고급관리직 보수 (director's fees and remuneration of top-level managerial officials)	이사의 보수(director's fees)
제18조; 연금 및 사회 보장 급부		[추가 항목] B 2.퇴직연금 기타 이와 유사한 보수에 대해서는 그 지급이 상대 계약국의 거주자 혹은 상대 계약국에 소재하는 고 정사업장에 의해 이루어지는 것일 경우에는 동 상대 계약 국에서도 과세가능	3. 연금(annuity)은 수익자의 거 주지국에서 과세 4. 위자료는 수취인의 거주지국 에서 과세 5. 양육비는 양 계약국에서 면세 6. 상대 계약국에서 일하는 경우에 대한 규정
제20조; 학생 및 사업수 습생		[추가 항목] 2. 교부금, 장학금 또는 근무로 부터 취득하는 보수에 관해서 도 동 교육 또는 훈련기간 중 에 동인이 체재하는 계약국의 거주자가 받게 되는 것과 동 일한 조세의 면제, 구제 또는 공제를 받을 권리를 갖는다.	[추가 문구] 수습(apprentice) 및 실습생 (trainee)의 경우에는 최대 1년 체류기간 동안 면세

<표 IV-1>의 계속

조문	OECD 모델	UN 모델	미국 재무부 모델
제21조; 기타 소득		[추가 항목] 3. 일방 체약국의 거주자의 소득 중 상대 체약국 내에서 발생 하는 것으로 본 조약에서 규 정이 없는 것에 대해서는 동 상대 체약국에서 과세 가능	수익적 소유자의 개념을 사용
제22조; 자본		[추가 항목] 4. 일방 체약국의 거주자가 소유 하는 기타 모든 자본에 대해 서는 동 일방 체약국에서만 과세 가능. 전문가 그룹은 일 방 체약국의 거주자의 부동산 혹은 동산인 자본 기타 모든 자본에 대한 과세문제에 대해 서는 양국간의 교섭에 위임	미국 모델에서 제22조는 혜택 제한조항(limitation on benefits) 임. 동 조항의 자세한 내용에 대 해서는 본문 제V장 참조
제27조; 징세 협조		해당 조항 없음	해당 조항 없음
제29조; 적용 영역	체약국이 그 국제관 계를 책임지는 국가 또는 지역에 대하여 적절히 적용	해당 조항 없음	제3조 1(f)에서 푸에르토리코, 버진 아일랜드, 괌은 제외

2. 남용 방지조항의 비교

조약 남용 방지와 관련하여 세 모델 조약 모두 공통적으로 제10조, 제11조, 제12조에서 수익적 소유자(beneficial owner)의 개념을 도입하고 있다. 즉, 실질적 수혜자가 누구인가를 명확히 함으로써 조약 혜택의 남용을 방지하고 있는 것이다. 미국 재무부 모델에서는 제21조 기타 소득의 경우에도 수익적 소유자의 개념을 사용함으로써 조약 남용 방지를 위해 남다른 노력을 기울이고 있음을 볼 수 있다.

제17조(연예인 및 체육인)에서는 연예인 또는 체육인의 자격으

로 수행한 개인활동에 관한 소득이 본인이 아닌 제3자에게 귀속될 경우에는 이들의 활동이 수행되는 체약국에서 과세할 수 있도록 함으로써 조약을 이용한 조세회피를 방지하고 있다. 다만 미국 재무부 모델에서는 그 제3자가 연예인이나 체육인과 어떠한 형태로든 금전적 보수로서 관계되어 있다면 원천지국에서 과세한다는 보다 세밀한 조건을 명시하고 있다²¹⁾.

조약 남용 방지에 대해서는 모델 조약의 압축적인 각 조문에 대한 해설에서 보다 자세한 내용을 적시하고 있다. OECD 모델 조약 제10조 해설서(commentary)의 문단(paragraph) 17에서는 지분율이 25%가 안 되는 주주가 배당에 대한 세금을 감면받기 위하여 일시적으로 지분율을 25% 이상으로 높이는 경우에 혜택을 주지 않도록 주의할 것을 촉구하고 있다. 또한 OECD 모델 조약 제10조 해설서의 문단 22와 제12조 해설서의 문단 7에서는 각각 배당과 사용료의 경우에 기지회사(base company)를 통하여 이윤을 배분하지 않고 세제상의 혜택을 누리기 위해 유보하는 것에 대하여 혜택의 부여시 신중하여야 함을 지적하고 있다.

그러나 가장 포괄적인 조약 남용 방지규정은 역시 조약의 혜택을 받을 수 있는 자격을 자세하게 규정한 ‘혜택의 제한(LOB)’ 조항이라 할 수 있다. 각각 LOB의 내용을 담고 있는 미국 재무부 모델 조약 제22조와 OECD 모델 조약 해설서²²⁾의 조항을 비교하여 보면, 그 내용에 있어서는 거의 유사하다. 다만 미국 재무부 모델에서는 적격자로서 종교, 자선, 교육, 과학 또는 이와 유사한 목적을 가진 단체들을 명시적으로 포함하고 있다²³⁾. 이러한 단체들은 대부분의 나라에서 면세단체로 지정되어 있다. 한편 OECD 모델에서는 한 항목이 추가되어 모회사 또는 지주회사로서 특수 관

21) US Model Income Tax Convention, Article 17(2).

22) OECD Commentary on Article 1, par 20.

23) US Model Income Tax Convention, Article 22(2) d).

계에 의하여 지분에 상당하는 것 이상의 소득을 취득하게 될 때에는(disproportionate part of the income) 그러한 조건이 없었을 경우에 수취하였을 소득 이상의 부분에 대해 혜택을 받을 수 없도록 제한하고 있다²⁴⁾.

국제적으로 가장 널리 알려진 상기 3개 모델 조약은 나름대로의 특징을 가지고 있으나 본질적인 측면에서는 거의 같다고 할 수 있다. 하지만 그 가운데서도 OECD 모델 조약은 다자간 협의의 산물이고 시의 적절하게 지속적인 개정이 이루어지고 있다는 점에서 다른 모델 조약에 비하여 가장 핵심적 모델이라고 할 수도 있을 것이다. 특히 조약 남용 방지와 관련된 내용은 미국 등 일부 선진국의 영향을 많이 받는 OECD 모델 조약이 앞서 나가고 있다. 실제로 조세조약을 체결하는 데 있어서는 각 모델을 기초로 하여 당사국 간의 협상에 의해 조약이 체결되기 때문에 어느 특정 모델이 기본 틀로서 고정되는 것은 아니겠으나, 각 모델의 세밀한 차이점을 숙지할 필요는 있을 것이다.

24) OECD Commentary on Article 1, par 20(4).

V. 주요국의 조약 남용 방지제도

제V장에서는 스위스와 미국, 일본, 독일의 조세조약 남용 방지 제도를 살펴보고 시사점을 도출한다. 스위스는 세율이 낮으면서 광범위한 조약망을 갖춘 국가로서 오래 전부터 조약 남용의 기지로 많이 활용되었다. 따라서 미국과 인근 유럽의 국가들로부터 남용 방지를 위한 제도적 장치를 갖추도록 압력을 받았으며, 그 결과 다른 국가들에 앞서 1962년에 국내법에 남용 방지제도를 도입하였다. 미국은 조세조약 남용 방지제도의 발전을 선도하는 국가로서 조세조약을 무효화시키는 국내법의 개정을 통해 남용 방지제도를 정비할 뿐만 아니라 조세조약에도 ‘혜택의 제한’ 조항을 자국이 체결한 조약을 통해 세계 각국에 전파하고 있다. 일본은 조약 남용 방지제도의 발전이라는 관점에서 다른 국가에 비해 앞서간 국가라고는 할 수 없으나 우리나라와 법률적 환경이 유사한 국가로서 최근에 미국과의 조약을 개정하여 남용 방지조항을 개정·도입한 바 있으므로 향후 우리나라의 정책 발전에 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다. 독일에서는 국제기본법상의 일반적 조세회피 방지제도인 실질과세 원칙을 조세조약에 적용하는 데 있어 문제가 있다는 점을 인식하고 소득세법에 조세조약 남용 방지제도를 도입하였다. 그에 따라 국내법과 국제법인 조세조약 간의 조화가 중요한 이슈가 되었다. 또한 우리나라가 최근에 도입한 원천징수 특례제도와 같이 외국법인에게 지급하는 국내 원천소득에 대해 먼저 원천징수를 하고 나중에 적격자임을 입증하면 환급해 주는 제도를 운영하고 있다.

1. 스위스²⁵⁾

가. 국내법상의 조세조약 남용 방지규정

스위스 국내법에 있어서 조세조약 남용 방지규정은 대외투자로부터 생성되는 소득에 대해서만 적용되기 때문에 조세조약의 부적절한 이용에 의한 스위스 내국세에 적용되지는 않는다. 즉, 조세조약에 의한 외국 과세당국의 원천징수 제한 혜택이 무자격자에게 주어지지 않도록 하는 것이 목적이다. 원천징수에 대한 것이니만큼 여기서 말하는 남용방지는 주로 이자, 배당 및 사용료 소득과 관련된 것이다.

그 역사를 간단히 살펴보면 “1962 Abuse Decree²⁶⁾”가 남용방지를 위한 일반 원칙을 규정하고 있고, 같이 발표된 “1962 Abuse Circular²⁷⁾”가 보다 자세한 세칙을 담고 있다. 이 두 가지 규정은 엄밀한 의미에서 법률은 아니지만 현재에도 실무에 적용되고 있다. 동 훈령(circular)은 1999년에 능동적 사업 기준(active business test), 주식상장 기준(stock exchange test), 또는 지주회사 기준(holding test)을 만족시키는 스위스 회사에 대해서는 보다 완화된 형태로 적용하도록 변경되었으며, 2001년에도 재개정되었다.

1962년의 명령(decree)과 훈령(circular)에 대해서는 일찌감치 법률적 유효성에 대한 의문이 제기된 바 있는데, 스위스 대법원에서는 1968년 판결을 통하여 이러한 국내법적 규정이 조약의 목적에 부합하는 것인 한, 상대국의 명시적 동의(express consent) 없이도 유효하며, 국제법 위반이 아니라고 선언하였다²⁸⁾.

25) 스위스의 조약 남용 방지제도에 대해서는 Oberson & Hull(2006), pp. 177~222의 내용을 참고로 하여 요약하였다.

26) Federal Decree on Measures against the Improper Use of Tax Treaties concluded by the Swiss Confederation

27) Federal Tax Administration Circular

이러한 국내법은 여러 가지 형태로 적용된다. 예를 들어, 네덜란드-스위스 조세조약에 따르면 스위스 회사가 네덜란드에서 발생하는 수익을 배당받고, 동 배당 지급회사의 지분을 25% 이상 가지고 있는 경우에 원천징수 세액 전체를 환급받을 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 스위스와 네덜란드 간에는 이러한 조항을 이용하기 위하여 도관회사를 설립하는 경우가 많은데, 제9조 2항에서는 조세조약 혜택을 누리기 위한 것이 회사 설립의 주목적인 경우, 이러한 혜택이 일부 제한되도록 규정하고 있다. 이 경우에는 국내법과 조약 조항이 동시에 적용된다. 한편, 미국과 스위스 간의 조세조약에 있어서처럼 명시적으로 제22조에 ‘혜택의 제한’ 조항을 둬으로써 국내법상의 남용 방지규정을 별도로 적용할 필요가 없는 경우도 있다.

다음에서는 스위스의 조약 남용 방지를 위한 국내법적 기준이 되고 있는 1962년의 훈령과 1999년과 2001년의 개정 내용에 대하여 보다 자세히 살펴본다.

1) 1962년 훈령(Abuse Circular)

1962년 훈령에서는 특히 남용이 자주 발생하는 예로서 다음의 네 가지를 들고 있다. 이 네 가지 경우에 대해서는 스위스 조약의 적용을 부인한다.

가) 비적격자에 대한 남용적 소득이전

스위스 기업이 스위스와 조세조약을 체결한 다른 국가에서 발생한 소득의 대부분을 해당 조세조약의 적용대상이 아닌 제3자(비적격자)에게 이전하여 소득발생지와 스위스 당국에 세금을 납부하지 않는 것을 비적격자에 대한 남용적 소득이전이라고 하는데, 주로

²⁸⁾ Oberson & Hull(2006), p. 178

도관회사를 통해 이러한 소득이전이 이루어진다. 1962년의 훈령에 의하면 다음의 두 가지 조건을 만족시켜야 비적격자에 대한 남용적인 소득이전으로 간주되지 않는다.

① 50% 과표 침식(base erosion) 기준: 조세조약 혜택을 받는 소득의 50% 이상이 조약과 관련 없는 사람이나 회사에 이전되어서는 안 된다. 여기서의 이전은 배당의 형태는 제외하고 이자, 사용료, 매출금, 광고비(publicity), 행정비(administration), R&D 등을 포함한다.

② 비용: 조세조약과 관련 없는 제3자의 권리(claims)에 대하여 지급하고 난 소득에서 행정비용과 조약 적용대상이 되는 소득에 대한 세금만 비용으로 공제할 수 있다. 다른 소득원과 연결된 비용은 조약 수혜 소득으로부터 비용 공제를 할 수 없다. 즉, 비용 공제 후 남은 조약 수혜 소득이 간접비용(overhead costs)을 커버할 만큼 충분하여야 한다.

나) 부적절한 이윤 배분

스위스 조세조약의 적용대상이 아닌 자가 주요 주주인 스위스 거주 회사가 적절한 이윤 배분을 하지 않는 경우가 조약 남용의 또 다른 예로 지목되고 있다. 이 경우에는 다음의 두 가지 기준을 만족시켜야 적절한 것으로 판정받는다.

① 25% 배분 규정: 회사의 수익을 배당으로 분배하지 않고 쌓아둘 경우, 그러한 소득이 나중에 비적격자에게 배분될 가능성이 크다. 외국인이 지배하는 스위스 회사(Foreign-Controlled Swiss Corporation)는 이윤의 축적을 막기 위하여 조세조약 적용대상 총 소득의 25% 이상을 매사업연도에 배당으로 지급하여야 한다.

외국인이 스위스 회사의 50% 이상의 실질적 지분을 가지고 있

으면 지배적 이해 관계(predominant interest)를 가지고 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 외국인 지배를 어떻게 정의할 것인가는 불명확할 수 있다.

예를 들어, 명목상으로는 주식을 100% 스위스인들이 소유하고 있어도 여전히 실질적으로 외국인의 지배하에 있을 수 있다. 스위스 회사의 소득이 주로 외국 그룹과의 계약에 의하여 발생하거나 많은 액수의 해외 부채를 가지고 있는 경우가 거기에 해당된다. 따라서 외국인 지배를 “외국인이 스위스 회사의 수익 배분 정책을 좌우할 수 있는 가능성이 있는 경우”로 정의하자는 제안도 있다²⁹⁾.

한편, 정당화될 수 있는 손실을 충당하기 위한 경우에는 25% 배분 규정의 적용을 면제할 수 있다. 다만 과도한 간접비용(overhead cost)이나 감가상각의 경우에는 이 규정이 적용된다.

② 과소자본 규정: 외국 채권자에게 크게 의존하는 스위스 회사는 조약 수혜대상 소득의 큰 부분을 이자의 형태로 무자격자에게 이전할 수 있다. 이러한 경우에 대비하여 스위스 국세청은 과소자본화 문제에 대하여 정리하였는데, 부채/자본 비율이 6을 넘으면 과소자본(thin capitalization)으로 간주한다. 또한 외국 채권자에게 지급하는 이자율도 적정 시장이자율을 넘지 않도록 국세청에서 정기적으로 고시하고 있다.

다) 신탁관계

신탁관계에 의하여 무자격자에게 조세조약의 혜택을 부여하는 것도 남용의 사례로 지적하고 있다³⁰⁾. 동 지적은 조약에서 제시되고 있는 수익적 소유자 조건을 만족시키는지를 엄밀하게 따질 것을 강조한다. 스위스와 조세조약을 체결한 나라에 있는 회사로부터의 소득이 신탁관계에 의하여 취득된 것일 경우, 조약상 혜택을 부인한다.

29) *ibid.* p.185

30) 1962 Abuse Decree 2(2)(c)

라) 외국인 지배 가족재단 또는 파트너십

스위스에서 직접 사업을 영위하고 있지 않은 스위스 거주 가족 재단(family foundations)이나 파트너십이 취득하는 소득은, 만일 무자격자가 그러한 조직의 주요 이해관계자이라면 조약 남용에 해당될 수 있다. 가족재단의 경우, 그러한 소득의 50% 이상이 조약 적용대상이 아닌 자에게 넘어간다면 남용으로 간주된다. 창립자나 수익자의 과반수가 조약 적용대상이 아닌 경우에도 그러하다.

스위스에서 사업을 영위하고 있지 않은 파트너십의 경우도 그러한 소득의 50% 이상이 조약 적용대상이 아닌 자에게 귀속된다면 조약의 남용으로 본다. 스위스에서 사업을 영위하고 있는 파트너십의 경우에는 동 소득에 대하여 스위스 내에서 과세된다.

2) 1999년과 2001년 훈령(Abuse Circulars)

스위스 회사가 조세조약의 혜택을 받을 자격이 있는지 여부는 그것이 일정 조건을 만족시키는 유자격 회사인가, 아니면 보다 엄격한 일반 규정을 적용받는 회사인가에 따라 달리 결정된다. 두 가지 유형의 차이는 일반 스위스 회사의 경우 비거주자에게 공제 가능한 지급으로 조약 혜택을 받는 소득의 50% 미만을 지급할 수 있는 반면, 유자격 회사는 모든 공제 가능 지급이 상업적으로 적절하다는 것만 보이면 50% 이상을 지급하더라도 혜택을 받을 수 있다.

가) 유자격 회사(bona fide rule)

1962년 훈령보다 완화된 2001년 훈령에 의하여 조약의 혜택을 받을 수 있는 유자격 회사가 되기 위해서는 다음 네 가지 중의 한 가지 조건을 만족시켜야 한다. 이 규정은 정상적으로 사업활동을 하는 사업체에게는 다른 조건없이 조세조약을 적용한다는 내용을 담은 것으로서 선의 규정(bona fide rule)이라고 한다.

① 적극적 사업 기준(active trade or business test)

조세조약의 혜택만을 얻으려고 한다면 스위스에 자금을 충분히 투자하여 사업활동을 영위하지 않을 것이다. 그러므로 스위스에 거점을 두고 적극적인 사업을 영위하는 회사는 스위스 거주자로 간주해도 무리가 없다고 보는 것이다. 그러나 적극적인 사업 기준은 실제로 적용하는 데 있어서 실무적인 어려움이 많기 때문에 가장 마지막 기준으로 사용되며 다음에 제시한 다른 기준들에 의한 판단이 우선시된다.

적극적 사업 기준을 만족시키기 위해서는 다음과 같은 조건들을 충족시켜야 한다. i) 독립적 기업으로서 ii) 영리를 목적으로 하고 iii) 스위스에 거주하며 iv) 상품의 생산, 판매 및 상업화 또는 서비스의 제공을 목적으로 하고 v) 독자적인 인력과 vi) 사업장소를 갖고 있다.

② 직접적 주식상장 기준

동 기준의 조건은 i) 스위스 법인으로서는 ii) 대부분의 주식(과반수로 인식)이 iii) 공인된 증권거래소에서 iv) 정기적으로 거래되는 것이다. 회사의 주식이 공개시장에서 정기적으로 거래된다는 것은 소유가 분산되었다는 것을 의미한다. 제3국 거주자가 조약 남용을 목적으로 하여 스위스에 도관회사로서 법인을 설립한다면 그러한 형식 즉, 분산소유의 형식으로는 소기의 목적을 달성하기 어렵다. 그러므로 주식이 공개시장에서 거래되는 기업은 조약 남용으로부터 자유롭다고 보는 것이다.

③ 간접적 주식상장 기준

직접적 증권거래소 기준을 만족시키는 스위스 회사가 50% 이상의 지분을 가지고 있는 자회사도 역시 조약 혜택을 받을 수 있는 자격을 갖춘 것으로 간주한다.

④ 순수 지주회사 기준

지주회사는 자회사 지분의 최소 20% 이상을 소유하고, 자회사의 경영과 자본 조달³¹⁾에만 전적으로 종사해야 한다. 전적으로 종사한다는 것은 지주회사가 다른 투자에 따른 이해관계를 가질 수는 있겠지만, 자회사와 관련 없는 투자로부터 얻는 수익은 극소화되어야 한다는 의미이다³²⁾.

나) 1999년과 2001년 훈령 만족 조건

앞의 선의 규정을 만족시키지 못하는 경우에는 다음과 같은 조건을 만족시키는지 여부에 따라 조약상 혜택적용 여부를 결정한다.

① 과표 침식

1999년의 훈령에서 과표 침식(base erosion) 조건을 완화하였다. 조약 혜택 수입의 50% 이상을 비거주자에게 지급해서는 안 된다는 '50% 과표 침식'조건은 국제거래가 매우 빠르게 증가하고 있는 현재의 경제 환경에 맞지 않는다는 지적에 따라 그러한 지급이 '상업적으로 정당화'될 수 있다면 50% 이상을 지급하여도 조약 수혜 자격을 유지할 수 있게 한 것이다.

여기서 '상업적으로 정당화'될 수 있는 것이 어떤 것인지에 대한 명확한 정의는 없다. 그러나 일반적으로 소득 창출 활동과 직간접으로 관련이 있는 활동은 정당화될 수 있다고 본다. 특히 R&D, 사용료, 관리비용 등의 경우에 지급에 따른 상업적 대가가 충분하다는 것을 보이는 것이 중요하다.

31) 총투자액의 90% 이상을 자회사 지분을 소유하는 데 투자하여야 한다.

32) 총수익의 5% 이하여야 한다.

② 비용

비용에 대한 기준은 1962년의 훈령과 마찬가지로이다. 즉, 조세조약과 관련이 없는 제3자 권리(claims)에 대하여 지급하고 난 후의 소득이 간접비용을 지불할만큼 충분하여야 한다.

③ 배당지급 의무 제도

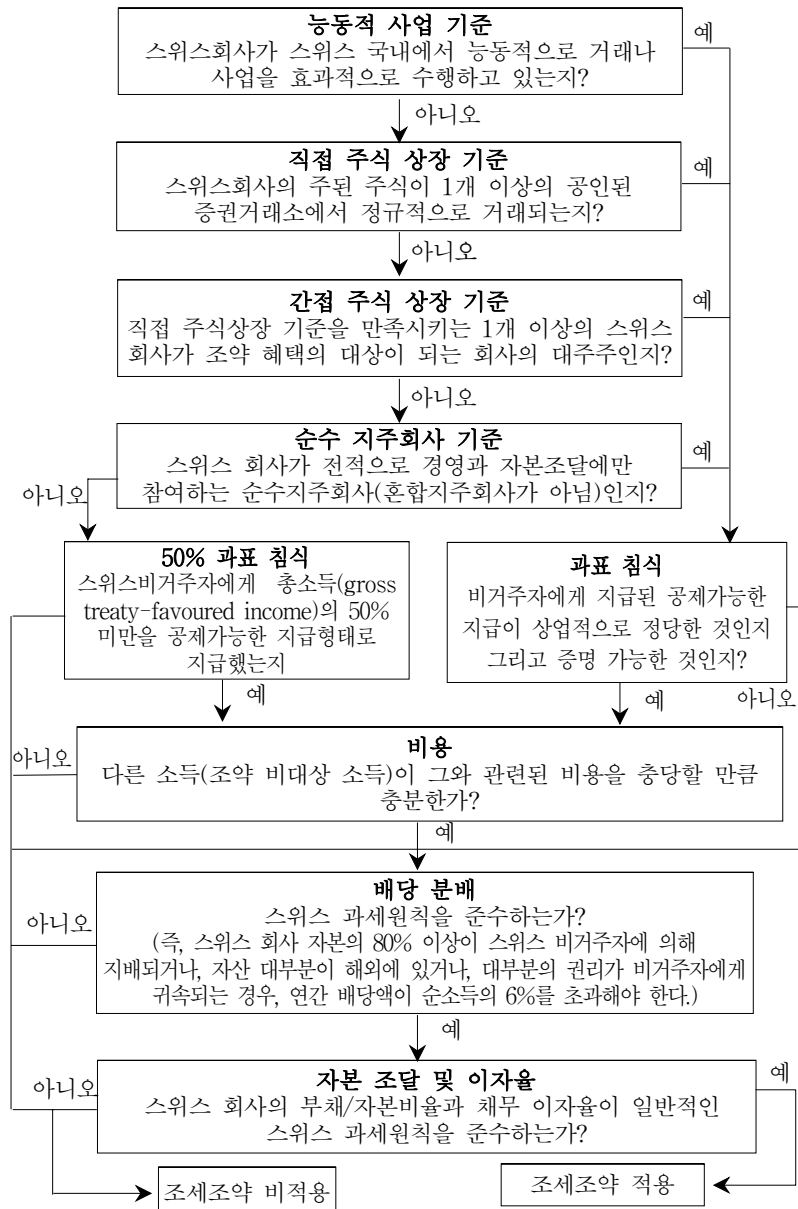
1999년의 훈령에서는 25% 이상 배당하여야 한다는 조건을 폐지하였으며, 스위스의 일반적인 원천징수세 남용 방지조건을 만족시키면 적절한 것으로 판단된다. 원천징수세 남용 방지규정에 의하면 다음과 같은 경우에 남용의 가능성이 있는 것으로 간주된다. 회사 자본의 80% 이상이 직·간접적으로 비거주자에 의하여 지배되고, 대부분의 자산(50% 이상)이 해외에 있거나, 대부분의 권리가 비거주 채권자에게 주어지고, 회사가 그 수입의 적정분을 배당으로 지급하지 않는 경우를 말한다. 스위스 국세청은 배당이 총순수익의 6%를 넘으면 적정한 것으로 보고 있다.

④ 과소자본

6:1로 되어 있던 부채 : 자본 비율도 수정되었다. 1997년에 연방국세청(FTA) 훈령 6호를 통해 스위스 기업에 대한 과소자본 규정을 도입하여 지급이자의 비용공제를 허용하는 부채비율을 제시하였는데, 그것이 국제 투자기업의 경우에도 그대로 적용되게 되었다. 이 규정에 의하면 자산(자본+부채)의 30% 이상을 주식과 이자를 지급하지 않는 부채가 차지하여야 한다.

[그림 V-1]은 1962년 훈령을 바탕으로 2001년의 개정 훈령까지 반영하여 스위스 국내법상 남용을 방지하기 위한 조건들을 플로우 차트 형식으로 정리한 것이다.

[그림 V-1] 스위스 국내법상 조세조약 남용의 결정도



자료 : Oberson & Hull(2006), p. 357

나. 조약상의 남용 방지규정

1) 국내법과 조약의 연계

스위스의 조세조약은 어떤 형태이든 1962년 명령(Decree)의 취지를 살리고 있다. 먼저, 명시적으로 스위스의 일방적인 남용 방지규정에 대하여 언급하고 있는 조약으로서 오스트리아, 일본, 노르웨이, 싱가포르와의 조약을 들 수 있고, 여기에는 물론 1962년과 1999년의 훈령의 내용도 포함되어 있다.

두 번째, 남용 방지에 대한 1962년 명령 및 훈령의 규정이 직접적으로 조세조약에 반영된 것으로는 벨기에, 프랑스, 이탈리아와의 조약을 들 수 있다. 이들과의 조세조약에는 1999년의 완화된 규정이 적용되지는 않는다. 동 조약들과 1962년 명령과는 다음과 같은 몇 가지 차이점을 가지고 있다. i) 조약 규정은 비거주자가 스위스 회사에 지배적인 이해관계를 가질 때 적용되는 데 반하여, 1962년 명령은 모든 스위스 회사에 적용된다. ii) 조약에서는 한 회사가 남용 방지조건을 만족시키지 못할 경우에 시정 노력의 허용되는지 여부는 조약상 불투명한 반면, 1962년 명령에서는 이를 허용한다. iii) 조세조약상 스위스 회사가 비거주자에게 부담지고 있는 채무에 대하여 스위스 연방 국채보다 최대 2%포인트 추가 이자를 지급할 수 있으나, 1962년 명령에서는 스위스 국세청이 주기적으로 이를 정한다. iv) 조약상에서는 스위스 가족재단의 경우 창설자 또는 대부분의 수혜자가 외국인이고 조약에 의해 혜택을 받는 수입의 3분의 1 이상이 외국에 거주하는 자에게 귀속되면 배당, 이자 및 사용료 등에 대한 조약의 혜택이 거부되나, 1962년 명령에서는 50% 과표 침식이라는 제한이 있을 뿐이다.

세 번째로 1962년 명령을 통해서 뿐만 아니라, 조약상에 특별한 남용 방지규정의 삽입을 통하여 조약 남용을 방지하기 위한 노력을 기울이고 있다. 거주지를 기준으로 조약 수혜대상을 한정하고

(룩셈부르크 조약), 소득의 성격을 변경시키는 것을 금지하거나(예술가나 스포츠맨의 소득), 만일 두 회사 간의 관계가 조세 감면혜택을 누리기 위한 것임이 판명될 경우에 그 혜택을 제한하는 등의 노력을 기울이고 있다(영국, 모로코, 네덜란드 조약).

위의 마지막 경우의 대표적인 예로서 네덜란드-스위스 조세조약을 보면, 스위스에서 발생하는 배당을 받는 네덜란드 거주자는 만일 배당 지급 스위스 회사의 최소 25% 이상의 지분을 가지고 있다면 스위스 원천징수세액 전액의 환급을 요구할 수 있다³³⁾. 따라서 제3국 거주자가 이 조항을 이용하기 위하여 네덜란드나 스위스 회사를 도관회사로 활용하는 경향이 있다. 그러나 조약상 혜택을 받기 위한 것이 주목적일 경우, 이러한 혜택은 부인된다. 네덜란드 회사는 도관회사로서의 의심을 회피하기 위해서는 경제적인 정당성을 입증할 수 있어야 한다. 스위스 당국은 조약 적용이 부인되는 사태를 예방하기 위하여 스위스 국세청으로부터 승인을 받을 것을 강력하게 권고하고 있다. 특히 스위스 회사의 지분을 네덜란드 거주자가 취득하기 전에 일정 기간 제3국의 거주자가 보유하고 있었다면, 조약에 따른 0% 세율은 적용되지 않고 스위스와 제3국 간의 조세조약이 적용되는 경우가 많다.

2) 미국-스위스 조세조약

1979년 이후 미국은 다른 나라와 조세조약을 체결할 때 LOB 조항을 삽입하는 것을 원칙으로 하고 있으며, 이들 조항은 나라마다 다소 다른 형태를 띠고 있다. 스위스도 1996년 미국과의 조세조약 개정시 LOB 조항을 도입하여 조약상 혜택을 받을 수 있는 자의 자격을 명확하게 규정하였다. 그 내용은 다음과 같다.

33) 네덜란드-스위스 조세조약 제9(2)조

가) 개인

양 체약국의 거주자는 조약의 혜택을 받을 자격이 있다. 그러나 거주자로 인정받기 위해서는 미국에서의 소득에 대하여 스위스 소득세의 적용을 받아야 한다. 이 규정은 특별히 소득에 비례하는 소득세 대신 'lump-sum taxation'의 적용대상이 되는 자가 조세조약의 혜택을 받는 것을 방지하기 위한 규정이다. 'lump-sum taxation'은 스위스에 처음 거주하는 자나, 비거주자가 된 후 10년 이상 지난 다음에 다시 거주자로 복귀하는 자에게 적용되는 세제로서 소득이 아니라 지출을 기준으로 세금이 부과된다. 과세표준은 과세당국과 협의를 거쳐 결정되고, 납부세액은 스위스 내에서 발생하는 소득과 조세조약에 의하여 부분적 또는 전적으로 세액 공제가 발생하는 소득을 합한 소득에 대한 소득세보다 많아야 한다.

나) 지방정부 및 공공기관

지방정부 및 공공기관도 개인과 마찬가지로 조세조약의 혜택을 받을 자격을 지닌다.

다) 회사 - 모든 혜택 부여

스위스 회사가 미국-스위스 조세조약의 혜택을 받을 수 있으려면 다음의 조건 중 하나를 만족시켜야 한다. 능동적 사업 기준과 사업본부 기준은 동 회사가 스위스에 충분히 투자를 하여 스위스 거주자로 인정받을 만한가를 테스트하는 것이다. 나머지 세 가지 기준은 궁극적으로 회사의 소유주들이 거주자로서 인정받을 만한가 여부를 따지는 것이다.

① 능동적 사업기준(Active trade or business test)

조세조약의 적용을 받으려면 소득을 수취하는 자가 거주지국에서 능동적으로 사업에 임하여야 하고, 상대 체약국에서 발생하는 소득이 본 사업과 관련이 있거나(in connection with) 부수적인 것이어야(incidental to) 한다. 그러나 LOB 규정에서는 ‘능동적 사업’이 무엇인지에 대하여 구체적으로 정의하고 있지는 않다. 다만 단순히 투자하거나 투자 관리를 하는 것은 능동적 사업에 해당하지 않는다. 관련 회사를 통하여 능동적 사업을 영위할 수도 있는데, 지주회사가 이에 해당한다. 자회사 지분의 10% 이상을 보유하고 있으면 관련 회사로 볼 수 있으며, 소득 수취자 거주지국의 사업은 소득 발생국의 사업과 연관이 있으며 상당한 정도의 중요성을 유지하여야 한다³⁴⁾.

‘관련,’ ‘부수적,’ ‘중요성’ 등을 실질적으로 정의하기 어렵기 때문에 능동적 사업기준은 실제 적용에 있어 해석하기가 가장 까다로운 테스트이다. 따라서 LOB 규정을 적용하는 데 있어, 다른 테스트를 먼저 실시하여 적격성이 인정되면 능동적 사업기준은 하지 않는 것이 일반적이다.

② 사업본부 기준(Headquarter test)

다음의 조건을 만족시키면 사업본부로서 조세조약의 혜택을 받을 수 있는 적격자로 인정된다.

- i) 전반적 감독 및 행정(Overall supervision and administration)
본부회사는 그룹 활동의 전반적인 감독 및 행정의 중요 부분(substantial portion)을 담당하여야 한다. 자금조달, 가격 책정, 마케팅, 내부 감사, 내부 통신 및 경영 등의 업무를 수행하며, 복수의 본부회사가 있을 경우에 스위스 본부회사

34) 예를 들면, 스위스 거리의 핫도그 판매대가 미국 소시지 회사의 배당을 받는 지주회사가 될 수 없다(Oberson & Hull(2006), p. 205).

가 상당히 주도적인 역할을 하여야 ‘중요 부분’을 담당하는 것으로 인정받는다.

- ii) 능동적 사업(Active trade or business)
 자격을 갖추기 위해서 본부회사는 적어도 서로 다른 5개 국가에서 능동적으로 사업에 임하고 있는 자회사를 거느려야 한다. 또한 5개 회사는 각각 그룹 총소득의 10% 이상의 소득을 올려야 한다.
- iii) 일국 제한(Single country limitation)
 그룹 총 소득의 50% 이상이 하나의 국가의 자회사에서 발생한 것이어서는 안 된다. 만일 그렇다면 50% 이상을 생산하는 기업이 소재하는 곳이 본부회사의 거주지가 되어야 한다는 의미이다.
- iv) 상대 체약국 총 소득 제한(Other-state gross income limitation)
 본부회사 총 소득의 25% 이상이 상대 체약국으로부터 발생해서는 안 된다.
- v) 독립적 재량권(Independent discretionary authority)
 본부회사는 독립적이며 재량적인 권한을 행사하여야 한다. 단순히 모회사의 지시를 실천하는 회사이어서는 안 된다.
- vi) 소득과세 규정(Income taxation rules)
 본부회사는 그 거주지국에서 일반적으로 적용되는 과세규정의 대상이 된다. 상대 체약국에서 특별법을 도입하여 본부회사에 대한 경과세 규정을 도입한다면, 그러한 본부회사는 조약에 따른 혜택을 받을 자격이 없다.
- vii) 사업 관련 또는 부수적 소득(In connection with or incidental to trade or business)
 본부회사의 소득은 조세조약 상대 체약국으로부터 본부회사가 감독하고 있는 사업과 관련이 있거나 부수적인 활동으로

부터 발생하는 것이어야 한다. 관련 없는 회사로부터 받는 이자소득은 이에 속하지 않는다.

③ 주식상장 기준

i) 직접적 기준

그 주된 종류의 주식이 공인된 증권거래소에서 정기적으로 거래되는 회사는 조약상 혜택을 받을 자격이 있다. 이러한 회사는 그 소재국의 거주지 국민들에 의하여 소유되고 있다고 보기 때문에 다른 규정을 적용할 필요가 없다.

다만, 동 조약에서는 '주된 종류(principal class)'의 주식에 대하여 정의하고 있지 않은데, 미국이 다른 나라와 맺은 조약에서는 주로 보통주로서 투표권과 회사의 가치를 대표하는 주식으로 정의하고 있다. '정규적'으로 거래된다는 것도 단지 상장되어 있는 것만으로는 부족하다는 것을 의미한다.

ii) 간접적 기준

조약의 혜택 대상이 되는 소득을 상장회사가 직접 수취하는 것이 아니라, 그 자회사들이 수취할 경우에는 어떻게 되는가? 직접적 주식공개 기준을 만족시키는 지배적 이해관계를 가진 궁극적인 수익적 소유자(ultimate beneficial owners)에 의하여 동 자회사가 지배되는 한, 그러한 자회사들도 조약의 혜택을 받을 자격이 주어진다.

④ 지배적 이해관계 기준(Predominant interest test)

지배적 이해관계를 가지고 회사에 관여하는 궁극적인 수익적 소유자는 조약상 혜택을 받을 수 있다. 동 기준의 논리는 거주지국에 의하여 최소한 한 번의 과세 과정을 거치도록 하자는 것이다. 거주지국의 과세당국이 거주지국 회사의 수익에 대하여 유의한 수준의 과세를 하지 않더라도, 주주에게 배당되는 단계에서는 과세

를 하게 되기 때문이다.

그러나 ‘궁극적인 수익적 소유자’가 실제로는 잘 드러나지 않거나, 회사가 궁극적 소유자를 파악하기가 힘들어 동 기준을 적용하기 어려운 경우도 있다. ‘지배적 이해 관계’에 대한 정의도 내려져 있지 않으나, 일반적으로 지분 또는 다른 형태로 50% 이상의 소유권을 가지고 있는 경우를 말한다.

⑤ 파생적 혜택 기준(Derivative benefits test)

스위스 거주 회사가 다음의 두 가지 조건을 모두 만족시키면 손해 자격이 있다.

i) 주주

회사 주식의 총가치의 적어도 95%를 소유한 궁극적인 수익적 소유자가 7명 이하의 거주자로서 EU, EEA, NAFTA 회원국의 거주자이고, 원천지국이 이들 국가와 조세조약 또는 그와 유사한 조약을 체결하고 있는 경우 동 기준을 만족시킨 것으로 본다.

ii) 과표 침식

위의 소유권 기준을 통과한다고 하더라도 공제가능한 지급을 통하여 과세대상 소득을 줄임으로써 스위스에서의 과세를 회피해갈 수 있는 경우가 있다. 또 스위스 회사의 수익이 비적격자인 채권자에게 먼저 지급될 수 있다. 따라서 총소득의 50% 이상을 비거주자에게 이전한다면 조약상 혜택을 받지 못하도록 규정하고 있다.

라) 회사 - 부분적 혜택 부여

LOB 규정을 만족시키지 못하여 전반적인 조약상 혜택을 받지 못하는 못하지만, 다음의 두 가지 조건을 만족시키면 이자, 배당 및 사 용료 소득에 있어서 조약의 혜택을 받을 수 있다.

① 주주(shareholder test)

총주식 소유자의 30% 이상이 궁극적인 수익적 소유자이며, 그 중 70% 이상이 EU, EEA, NAFTA 회원국의 거주자로서 적격자인 경우 조약상 혜택이 주어질 수 있다.

궁극적 소유자가 제3국 거주자인 경우에도 다음의 조건이 충족되면 조약상 혜택이 주어진다.

- i) 수익적 소유자의 거주지국과 원천지국 간에 조세조약이 존재할 것
- ii) 수익적 소유자가 상기 조세조약의 적격자일 것
- iii) 상기 조세조약하에서 원천지국 세율이 미-스위스 조약에서의 세율만큼 낮을 것
- iv) 수익적 소유자가 미-스위스 조약의 LOB 규정을 적용한다면 전반적인 조약상 혜택을 받을 수 있는 자격이 있을 것

② 과표 침식

위의 소유권 기준을 통과한다고 하더라도 공제가능한 지급을 통하여 과세대상소득을 줄임으로써 스위스에서의 과세를 피할 수 있는 경우가 있다. 따라서 총소득의 50% 이상을 비거주자에게 이전할 경우, 혜택을 주는 것은 적절치 못한 것으로 간주된다. 공제가능한 지급이라는 것은 배당을 제외하고, 이자, 사용료, 판매액, 광고비, 관리비, R&D 등을 포함한다.

50% 제한선은 나머지 50%가 반드시 소득세 과세대상이 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 거기서 행정비용과 세금은 공제될 수 있고, 또한 잔여 소득이 국내 특별법에 의하여 경감의 대상이 될 수도 있다. 국제거래가 급증하고 있는 환경의 변화상, 50%를 지키지 못하더라도 정당한 이유가 있는 경우에는 과세당국의 재량에 의하여 조세 혜택을 받을 수 있다.

마) 파트너십

미-스위스 조약에서 파트너십은 법인의 일반적인 정의에 포함되지 않는다. 그러나 파트너십의 소득이 체약국의 과세대상이 될 때, 파트너십도 거주자로 인정한다. 이럴 경우, LOB 규정에 의하여 능동적 사업 기준을 만족시켜야 한다.

바) 신탁(trusts and estates)

신탁의 경우, 지배적 이해관계 기준을 만족시켜야 조약상 혜택을 받을 수 있는 대상이 된다.

사) 가족재단

LOB 규정하에서 가족재단이 조약의 수혜 대상이 되는가 하는 것은 지배적 이해관계 기준에 의하여 결정될 수 있다. 재단의 설립자나 수익자의 대부분이 스위스 비거주자이거나, 재단 수익의 50% 이상이 비거주자에게 돌아갈 경우, 조약상 혜택의 자격이 주어지지 않는다.

아) 연금 및 비영리기관(pension trusts and non-for-profit organizations)

수익자 또는 참여자의 50% 이상이 수혜 자격이 있는 개인일 경우, 연금 및 비영리기관도 조약상 혜택의 수혜 자격이 주어진다.

자) 삼국관계(triangular cases)

한 체약국 거주자의 고정사업장이 다른 체약국으로부터 소득을 수취하는데, 그 고정사업장이 제3국에 위치하는 경우에 삼국관계가 형성된다. 동 조항은 제3국에 위치한 고정사업장에서 벌어들이는 수익에 대하여 거주지국에서 비과세되는 지점(branch) 형태의

구조를 취하는 것을 억제하기 위한 조항으로서 다음과 같은 경우에만 조약의 혜택을 허용한다; 즉, 고정사업장이 위치한 국가와 거주지국에서의 세금을 합한 것이 소득을 고정사업장에 귀속시키지 않았을 경우(원천지국에서 직접 거주지국으로 이전되었을 경우)에 부과되었을 세금의 60% 이상이 되는 경우.

만일 60%가 안 되면, 원천지국은 배당, 이자, 사용료의 15%를 원천징수한다. 그 밖의 소득은 원천지국의 국내 세법에 따라 과세된다. 그 외에 예외적으로 다음과 같은 경우에는 조약상 혜택이 주어진다.

- i) 사용료: 고정사업장 자체에 의하여 생산되고 발전된 무형자산에 대한 보상으로서의 사용료 또는
- ii) 기타 소득: 상대 체약국으로부터의 소득이 제3국의 고정사업장의 능동적 사업활동과 관련되어 있거나 부수적일 경우(은행, 증권, 보험 등 금융업으로서 영위하는 것을 제외하고 스스로의 투자 수익 관리를 위한 소극적 투자업의 경우에는 여기에 해당하지 않는다.)

차) 재량적 혜택 부여

LOB 규정에도 불구하고, 조약 체약국의 과세당국 간의 협의를 거쳐 재량적으로 조약의 혜택을 부여하는 것이 가능하다. 체약국의 거주자가 정당한 이유에 의하여 LOB 규정을 충족시키지 못하였고, 조약 혜택을 받는 것이 주된 목적이 아니라는 것이 확실시될 경우에 이러한 재량적 판단에 의하여 조약의 혜택을 부여할 수 있다.

재량적 판단 기준의 예로서 미국-네덜란드 조세조약에 명시된 납세자의 의도를 판단하기 위한 고려사항을 보면 다음과 같다.

- i) 새로운 조약이 효력을 발휘하는 날짜와 대비되는 회사 설립일

- ii) 사업의 연속성과 소유권 현황
- iii) 현 거주지국에서 회사를 설립한 사업적 이유
- iv) 거주지국에서 동 회사가 주장하는 세제 특혜의 범위
- v) 조약 상대국에서의 사업활동이 거주지국에서의 자본, 자산, 인력 등에 의존하는 범위
- vi) 주주 대부분이 거주지국에서 회사를 설립했을 경우에 받을 조약의 혜택과 현재 조약상 혜택과의 비교

2. 미 국

가. 국내법상 조세회피 방지규정³⁵⁾

미국은 자국 시민의 전 세계 소득에 대한 과세권을 가지고 있고, 신법 우선주의를 채택하는 등 자국의 과세권 보호에 가장 적극적인 나라라고 할 수 있다. 물론 대부분의 국가가 자국의 과세권을 보호하기 위한 노력을 기울이고 있으나, 국제거래에 관한 조세에 있어서는 미국이 가장 선도적인 위치를 차지하고 있으며, 국내법상으로도 국제거래에 대한 과세에 있어서 허점이 있다고 판단되면 이를 보완하기 위한 다양한 노력을 경주하였다. 이하의 국내 규정은 그러한 결과물이라고 하겠다.

1) 지점이윤세

미국은 1986년에 지점이윤세(branch profits tax)를 신설하여 국내에서 영업 활동을 행하는 외국법인에 대해서 국내 영업 또는 사업과 실질적인 관련이 있는 소득에 대해서 부과되는 법인소득세에 추가적으로 지점이윤세를 부과하기 시작하였다. 지점이윤세는 해당 외국법인의 해당 상당액의 30%로 부과된다. 내국세입법 제

35) 本庄 資(2004), PP. 332~338을 주로 참고로 하여 요약하였다.

884조에 규정된 지점 이윤세는 외국법인의 실질적인 조약남용(treaty shopping)을 방지하는 규정으로 다음과 같은 경우를 제외한 모든 외국법인에게 조세조약의 규정을 불문하고 적용된다.

- ① 외국법인이 해당 외국의 적격거주자인 경우
- ② 외국법인이 해당 외국의 적격거주자가 아니지만, 조세조약상 해당 법인이 지급한 배당으로 내국세입법 제861조(a)(2)(B)에 근거하여 미국내 원천소득으로 간주되어 원천징수세가 부과된 경우

여기서 배당 상당액은 과세연도에 실질적인 관련이 있는 이익 및 이윤(earnings and profits)에서 해당 과세연도의 국내 자본(equity)의 증가분을 감하거나 감소분을 더하여 산정한다. 이 때 국내 자본은 해당 외국법인의 국내 자산에서 국내 부채를 감하여 산정한다.

외국법인이 미국과 조세조약을 체결하고 있는 국가의 적격거주자인 경우에는 내국세입법 제884조(e)(2)(A)에 근거하여 다음과 같은 세율을 적용한다.

- ① 조세조약상 규정되어 있는 지점이익에 대한 세율
- ② 조세조약상 규정되어 있지 않았을 때는 외국 거주 법인이 국내법인을 전부 소유하고 있는 경우에 지급할 배당에 대한 세율 또한 1988년 ‘기술적 기타 수입법³⁶⁾’에 의해, 법인의 주식 50% 이상을 조약체약국의 거주자가 아닌 자가 소유하고 있는 경우에는 이 법인은 조약을 남용하고 있는 것으로 간주한다. 조약 남용이 목적인 외국법인이 국내 영업 및 사업 활동을 통해 지급 또는 손금산입되는 이자를 수령하는 경우에, 외국법인 거주국가와의 조세조약상 이자조항에 근거하여 조약의 특혜를 받을 수 있는 경우에도 이를 무시하고 남용 방지규정을 적용한다. 이 수령자는 남용인

36) Technical and Miscellaneous Revenue Act

경우를 제외하고는 거주지국에서 해당 조세조약에 근거하여 조약의 혜택을 받을 수 있다. 그러나 외국법인이 조약을 남용하고 있는 것으로 간주되는 경우, 미국은 배당에 대한 원천징수세의 부과 여부와 상관없이 지점이윤세를 부과한다.

2) 파트너십 소득에 대한 조약적용 부인

미국은 새로 제정된 국내법이 기존의 조세조약에 우선한다는 신법 우선주의를 고수하고 있다. 이러한 원칙을 아주 잘 보여주는 사례가 1997년의 내국세입법 제894조의 도입이라고 할 수 있을 것이다. 임시적인 예규들을 법제화한 것으로 1998년 1월 1일부터 시행된 이 규정은 파트너십과 같이 재정적으로 투명한 실체(fiscally transparent entity)가 미국에서 취득한 소득으로서 그것이 상대 체약국에서 그 체약국 거주자의 소득으로 간주되지 않고, 조약에 파트너십 귀속소득에 대한 규정이 없으며, 그 상대 체약국이 자국 거주자에 배분된 파트너십 소득에 대해 과세하지 않는 경우에는 그 소득에 대해 미국이 체결한 조세조약에 나타난 원천징수세 감면 혜택을 적용하지 않는다는 것을 내용으로 하고 있다.

미국 재무부령(Regulation §1.894-1)에 의하면 유효한 조약 체결국의 거주자에게 귀속되는 것으로서 그 거주자가 해당 소득의 수익적 소유자이고, 기타 조약에 나타난 다른 자격요건들을 모두 갖춘 경우에만 미국과의 조약에 규정된 낮은 세율의 혜택을 받을 수 있다.

국내법에 의해 조세조약의 혜택을 부인할 수 있다는 미국의 입장은 오래된 전통을 갖고 있는 것이지만 상호주의 원칙과 ‘약속은 지켜져야 한다(pact sunt servanta)’는 비엔나 조약의 원칙에 반(反)하는 것으로 상대 체약국의 반발을 불러일으킬 수 있다는 문제를 갖고 있다.

3) 기타 조세회피 방지규정

그 외에도 많은 조세회피 방지규정이 국내법의 영역에서도 적용되고 있다. 이러한 규정들은 외국거래에 대해 제한적으로 적용되기는 하지만, 국제업무를 수행하는 데 있어서 중요한 제약요인이 된다.

가) 조세회피를 위해 취득한 법인

비과세거래 중에서 법인이 다른 법인의 지배권(50% 이상 소유권)을 취득하거나 다른 법인의 자산을 취득하는 주된 목적이 탈세 또는 조세회피로서, 별도 규정이 없다면 이용할 수 없는 공제 및 세액공제, 기타 인적공제를 이용하여 탈세하거나 조세회피를 시도하는 경우에는 이러한 조세상 특혜가 부인된다.

나) 해산 가능 법인

자산으로부터 발생한 과세소득의 상당부분이 실현되기 전에 주식을 매각하거나 청산할 의도를 가지고, 주로 자산의 제조·생산 및 일정한 고정자산을 구입하기 위해 설립된 법인을 ‘해산 가능 법인(collapsible corporation)’이라 한다. 이러한 법인의 주식처분으로 인해 발생하는 자본이득은 통상 소득으로 전환된다. 청산으로 법인을 매각하는 경우에는 부인규정이 적용되지 않는다. 해산 가능 법인에 대한 규정은 잠재적으로 외국법인에게도 적용될 가능성이 있으나, 취급상 외국에서는 실제로 중요한 의미를 갖지 않는다. 미국 밖에서 활동하는 외국법인은 일반적으로 미국의 과세를 직접 적용받지 않기 때문에 해석상 어려움이 있다. 해산 가능 법인의 주식처분으로 실현된 이득에 대해 자본이득에 관한 조약규정을 적용하여 원천징수세를 면제해줄 것인지 여부에 대해서는 현재 이견을 보이고 있다.

다) 동족지주회사(Personal holding company)

동족지주회사제는 그 세율이 개인에게 부과되는 세율보다 낮은 법인을 이용하는 것을 억제하기 위해 제정되었다. 일반적으로 동족지주회사란 5명 이하의 개인이 그 주식의 50%를 초과하여 직·간접적으로 소유하고, 그 소득의 60% 이상이 수동적 투자의 성질을 가진 법인이다. 이러한 법인에 대해서는 그 유보소득의 50% 세율로 벌칙적 세금을 부과한다.

법인에 한 사람 이상의 미국 주주가 있고, 그 법인이 외국 동족지주회사를 구성하지 않는 외국법인도 미국의 동족지주회사에 포함된다. 법인이 동족지주회사의 소득기준에 해당하는지 여부를 결정하고 벌칙성 세금의 과표를 산정하는 데 있어 미국 원천소득 및 미국의 영업 또는 사업 활동과 실질적인 관련이 있는 소득만 고려한다. 동족지주회사 규정은 2005년부터는 외국자회사에는 적용하지 않는다.

라) 과소자본

내국세입법 제385조에 근거하여 재무부가 법인의 권리가 부채인지 자본(equity)인지를 결정하기 위한 가이드라인을 정하는 규칙을 제정하였다. 부채가 자본으로 분류되는 경우, 법인은 지급이자의 손금산입이 부인되며 원리금 지급은 수령자의 배당소득으로 간주된다. 현재 제안된 부채·자본규칙은 국제거래에는 적용되지 않으나, 재무부가 국제거래에 적용하기 위한 규칙제정을 고려하고 있다.

마) 기타 규정

① 최저한세(Alternative Minimum Tax)

1978년에 소득공제나 면세규정에 의해 세금을 많이 납부하지 않은 고소득 법인이나 비법인에게도 최소한의 소득세를 납부하도록 하는 최저한세제도를 도입하였다.

② 위험부담원칙에 의한 손실공제 제한(at risk rule)

비소구 금융(non-recourse finance)³⁷⁾을 통해 조세피난처(tax shelter) 투자에 대한 자금을 받아 개인적으로 변제책임을 가지지 않는 자본을 조달한 경우 그에 대한 손실공제를 방지하기 위해 투자자가 위험부담을 가지는 투자에 한하여 손실공제를 인정한다.

③ 수동적 활동 규정(Passive Activity Rule)

투자자의 수동적인 활동에 따른 손실과 세액공제는 수동적인 활동으로부터 발생한 소득에서만 공제한다.

④ 외국세액공제의 제한

미국내 원천소득에 대한 미국의 과세기반이 침식되지 않도록, 외국세액공제는 외국 원천소득에 대한 미국세액의 한도 내에서 인정한다.

나. 조세조약상의 조세회피 방지규정³⁸⁾

미국과 조세조약을 체결한 국가 중 거주자요건이 엄격하지 않은 체약국이 있다면, 미국과 조세조약을 체결하지 않은 제3국의 거주자가 미국의 상대체약국에 인위적인 거주지를 설정함으로써 조약상의 혜택을 받을 수 있다. 이는 미국의 세수를 감소시키고 미국과의 조세조약 체결의 필요성을 줄이는 등 심각한 문제를 초래할 수 있다. 따라서 미국은 일찍부터 조약 남용 방지에 관심을 기울여 모든 조세조약에 남용 방지규정을 삽입하는 것을 기본방침으로 하였다.

37) 제한적 파트너가 사업에 있어 권리를 담보로 대출을 받아 사업에 참여하는 경우에 부도가 난다면 채권자는 제한적 파트너의 사업권에 한하여 권리를 주장할 수 있는 자금조달 방식을 의미한다.

38) 윤현석(2005) pp. 121~128 및 本庄 資(2004) pp. 677~683의 내용을 주로 요약하였다.

대표적인 것으로서 1945년 미국과 영국 간의 조세조약에서 배당소득과 관련하여 경감된 세율을 적용받을 목적으로 법인을 설립하거나 운영하는 경우에는 조약상의 특혜를 부인한다는 규정을 포함하였다. 그리고 1970년대에 들어서 조약 남용 방지규정을 더욱 체계화하였다.

미국의 이러한 노력은 1977년의 재무부 모델 조약에서 출발하여, 1981년과 1996년에 각각 개정된 모델 조약에 반영되었다. 다음에서는 미국의 재무부 모델 조약의 변천과정을 통하여 조약 남용 방지에 대한 대책에 대해 알아보려고 한다.

1) 1977년 재무부 모델 조약

1970년대에 들어 더욱 체계화된 조약 남용 방지규정은 외국인 소유 기준(foreign ownership test)과 특별 조치 기준(special measures test)의 두 가지 요건을 동시에 충족하는지 여부에 따라 조약상의 혜택을 제한하였다. 1977년 재무부 모델 조약도 이러한 내용을 그대로 반영하여 제정되었다.

동 모델 조약 제16조(투자·지주회사)에서 일방 체약국의 거주자인 법인의 자본 중 25% 이상이 해당 국가의 거주자가 아닌 개인(제3국 거주자를 말함)에 의해 직·간접적으로 소유되고, 동시에 특별조치에 의하여 상대 체약국에서 발생하는 배당·이자·사용료 소득에 대한 일방 체약국의 세금이 보통의 경우보다 현저하게 낮은 경우에 제3국 거주자가 조세조약을 이용하지 못하도록 규정하였다. 이 항의 목적은 제3국 거주자가 양 체약국 중 일방에서 국외 원천소득을 취득하는 투자회사 또는 지주회사에 대하여 우대세율을 정하고 있는 경우에 조세조약에 의해 정해진 원천징수의 경감세율을 이용하는 것을 방지하기 위한 것이다. 동 조항이 없다면, 제3국 거주자가 다른 체약국에서 투자하기 위해 우대세율을

부여하는 체약국에 법인을 설립할 수 있고, 따라서 거주지국에서는 우대세율에 의해, 원천지국에서는 조약에 정한 경감세율 또는 면세에 의해 제3국 거주자가 원래 조약이 의도하지 않은 특혜를 받을 수 있다. 동 규정이 적용된다면 원천지국은 그 법인에게 지급되는 배당, 이자 및 사용료소득에 대해서 과세할 수 있다³⁹⁾.

2) 1981년 재무부 모델 조약

미국은 1977년 재무부 모델 조세조약을 수정·보완하여 1981년 새로운 모델 조약을 공표하였다. 이 모델 조약 제16조 제1항(a) 및 제3항에서는 앞에서 서술한 외국인 소유 기준과 특별조치 기준 두 가지 중에 하나라도 충족하지 못하면 조약상 혜택을 부인하도록 규정하였다. 또한 동조 제1항(b)에서는 해당 법인의 소득 중 상당부분이 제3국 거주자에 대한 채무변제로 사용되지 않아야 한다고 규정하고 있다. 그러나 개정된 모델 조약 제16조(특혜제한)의 제1항(b)에 의하면, 이 두 가지 요건이 충족되지 못하더라도 법인의 성격(취득, 유지 및 운영)이 조약상 혜택을 부여받는 것을 주된 목적으로 하지 않는다고 인정될 경우에는 조약상 특혜를 받을 수 있다.

그리고 1977년 모델 조약은 법인에게만 적용되었던 반면, 1981년 모델 조약의 적용대상은 모든 납세주체로 확대되었다. 뿐만 아니라 조세조약상의 특혜가 부인되는 소득의 범위에 배당, 이자 및 사용료소득 이외의 모든 소득을 포함시켰다. 미국은 이후 체결한 조약에서, 비록 상대 체약국에 따라 세부적인 내용에 차이는 있으나, 거의 예외없이 혜택의 제한 조항을 포함시키고 있다.

39) 한-미 조세조약 제17조도 이러한 내용을 담고 있다.

제16조(혜택의 제한)

1. 일방 체약국의 거주자(개인은 제외)는 다음의 경우를 제외하고는 이 조약에 의해 상대 체약국에서 조세의 특혜를 받을 수 없다.
 - (a) 이 자의 수익권의 75%를 초과하는 부분이 해당 일방 체약국 거주자인 1인 또는 복수의 개인에 의해 직접 또는 간접으로 소유되고,
 - (b) 이 자의 소득의 상당부분이 해당 일방 체약국 이외의 국가 거주자이고 미국의 시민이 아닌 자에게 채무(이자 또는 사용료에 관계되는 채무를 포함)를 변제하기 위하여 직·간접으로 사용되지 않는 경우.
 - (a)의 적용상, 일방의 체약국에 있는 공인된 거래소에서 그 주식거래가 실질적으로 이루어지고 있는 법인은 해당 일방 체약국의 거주자인 개인에 의하여 소유되고 있는 것으로 간주한다.
2. 제1항은 이 자의 취득, 보유 및 그 운용 행위가 이 조약상의 특혜를 받기 위한 것이 주된 목적이 아니라고 결정된 경우에는 적용되지 않는다.
3. 일방 체약국이 이 조약에 근거하여 상대 체약국의 거주자에게 부여한 조세상 혜택은 해당 상대 체약국에서 시행되는 법령하에서 동 특혜에 관련되는 소득에 대한 조세부담이 해당 상대 체약국의 거주자가 취득한 해당 상대 체약국 내에서 발생하는 유사한 소득에 비하여 현저히 낮은 범위에서 적용할 수 없다.

3) 1996년 재무부 모델 조약

1981년 모델 조약에서 법인의 취득, 유지 및 운영상의 주된 목적이 조약상의 혜택을 얻는 것이 아닌 경우에 조약상 혜택을 부여하던 조항은 판별하기가 쉬운 일이 아닐 뿐만 아니라 주관적이라 과세당국의 개입 소지가 높다. 1996년 재무부 모델 조약에서는 이러한 문제점을 개선하기 위하여 조약상의 특혜를 부여받을 수 있는 자의 자격을 보다 객관적으로 정의하여 제22조에서 규정하였다. 제22조 혜택의 제한 조항을 보면 다음과 같다.

제22조 혜택의 제한(Limitation on Benefit : LOB)

1. 체약국의 거주자는 동 조에 규정된 범위 안에서 조세조약 체약국 거주자에게 부여되는 혜택을 받는다.
2. 체약국의 거주자는 다음과 같은 경우에만 동 조약의 모든 혜택을 받는다:
 - a) 개인;
 - b) 적격 정부기관;
 - c) 법인
 - i) 투표권 또는 자산가치의 50% 이상을 의미하는 주식이 공인된 거래소에서 정기적으로 거래되거나
 - ii) 법인의 각종 주식의 50% 이상이 i)항에서 혜택의 수혜자가 될 수 있는 법인에 의하여 직·간접으로 소유될 것. 단, 간접소유인 경우에는 각 중간단계의 소유자가 동 문단에서 조약의 혜택을 받을 자격이 있는 경우에 한한다.
 - d) 종교, 자선, 교육, 과학 또는 유사한 목적의 면세 법인(제4조 1 b) i)항)
 - e) 연금이나 종업원에 대한 유사한 혜택을 줄 것을 목적으로 하는 기금(제4조 1 b) ii)항), 단 그 수혜자 또는 참여자의 50% 이상이 양 체약국의 거주자인 경우
 - f) 개인이 아닌 자로서
 - i) 과세연도의 절반 이상을 a) b) c) d) 또는 e)에서 규정하고 있는 자들이 직간접(간접인 경우, 중간 단계의 자들이 수혜받을 자격이 있는 자)으로 동 자의 수종의 주식 각각에 대해 적어도 50% 이상의 소유권을 가지고 있고, 동시에
 - ii) 그 자의 거주지국에서 소득세 목적으로 공제될 수 있는 형태로 양 체약국 거주자가 아닌 자에게 직간접으로 지급될 비용이 그 자의 과세연도 총 소득의 50% 미만일 것(단, 고정사업장인 경우는 제외)
3. a) 다음과 같은 경우에는 달리 혜택이 거부되었을지라도, 상대 체약국에서 발생하는 각 소득에 대하여 혜택을 인정할 수 있다.
 - i) 일방 체약국에서 능동적으로 거래나 사업에 종사하는 거주자
 - ii) 소득이 그 거래나 사업에 연관되거나(connected) 부수적(incidental) 일 것

- iii) 그 거래나 사업이 소득을 발생시키는 상대 체약국에서의 활동에 중요하게(substantial) 연관되어 있을 것
- b) 본 문단의 목적상, 투자활동은 능동적인 거래나 사업으로 보지 않는다. 단, 은행, 보험회사, 등록증권딜러들이 행하는 은행, 보험, 증권 업무는 예외
- c) 거래나 사업이 중요한지(substantial)의 여부는 모든 사실과 환경을 고려하여 결정한다. 그러나 어떠한 경우에도 거래나 사업이 전년도 또는 이전 3년간 평균하여 자산가치, 총소득, 인건비가 거주자의 소득비율에 의한 자산가치, 총소득, 인건비 각각의 7.5% 이상이고, 세 가지 비율의 평균이 10%를 넘을 경우 중요한 것으로 판명한다.
- d) 상대국에서 소득을 창출하는 활동이 일련의 비즈니스로서 동 거래나 사업의 일부이거나 보완적인 것일 경우, 그 소득은 동 거래나 사업과 연관되어(in connection) 창출된 것이다. 거래나 사업이 다른 체약국에서의 거래나 사업을 촉진하는(facilitate) 경우, 그 소득은 동 거래나 사업에 부수적(incidental)인 것이다.
- 4. 달리 혜택이 부여되지 않는 체약국의 거주자이더라도, 동 국가의 당국이 그렇게 결정하면 혜택이 부여될 수 있다.
- 5. 동 조항의 목적상 공인된 증권거래소는 다음을 의미한다.
 - a) NASDAQ과 증권거래위원회(SEC)에 등록된 모든 증권거래소
 - b) 상대 체약국의 증권거래소

동 모델 조약 제22조의 제2항, 제3항 및 제4항 규정에 대해서 부연하여 자세히 살펴보면 다음과 같다.

가) 모델 조약 제22조 제2항 규정

제22조 제2항에서는 조약상의 특혜를 받을 수 있는 체약국의 거주자를 다음과 같이 여섯 가지 유형별로 나누어 규정하고 있다.

① 개인

체약국의 개인 거주자는 항상 조약상의 모든 혜택을 받을 수 있

다. 그러나 개인거주자가 제3국 거주자를 대신하여 소득을 수취할 경우에는 조약상 다른 규정들에서 나타나는 수익적 소유자 (beneficial owner)요건에 의하여 조세조약상 특혜가 부인된다.

② 적격한 정부단체

연방정부, 주정부 및 지방정부뿐만 아니라 정부소유법인이나 비영리법인도 포함된다.

③ 상장법인이나 상장법인의 자회사

법인의 의결권 및 가치의 50% 이상을 차지하는 주식의 전부가 공인된 증권거래소⁴⁰⁾에서 거래되는 법인이거나 그 법인이 50% 이상의 주식을 직·간접적으로 소유하고 있는 법인을 말한다.

④ 자선단체 등의 비영리법인

모델 조약 제22조 제2항(d)는 모델 조약 제4조(거주자) 제1항(b)(i)에 규정된 자를 말한다. 체약국에서 일반적으로 면세되는 자로 종교, 자선, 교육, 학술, 기타 자선적인 목적을 달성하기 위하여 설립·운영되는 법인은 조약상 특혜를 받을 수 있다고 규정하고 있다.

⑤ 연·기금

모델 조약 제22조 제2항(e)에 의하면 제4조(거주자) 제1항(b)(ii)에 규정되어 있는 연·기금으로 수혜자의 50% 이상이 체약국 거주자면 조약상 혜택을 받을 수 있다.

⑥ 기타

모델 조약 제22조 제2항(f)(i)에 의하면, 개인 이외의 자가 조

40) 동조 제5항에 의하면 미국증권거래업협회의 NASDAQ 시스템 및 1934년 미국증권거래법에 의해 미국증권거래소로서 미국증권거래위원회에 등록된 모든 주식거래소 및 다른 체약국의 증권거래소를 말한다.

약상의 혜택을 받기 위해서는 혜택을 받을 수 있는 적격자가 과세연도의 절반 이상의 기간 동안 해당 법인의 주식을 최소한 50% 이상 소유해야 한다. 그리고 제22조 제2항(f)(ii)에서는 양 체약국의 거주자가 아닌 자에게 직·간접적으로 공제 가능 비용을 지급하거나 지급할 의무가 있는 경우, 그 액수가 과세연도 총소득의 50% 미만이어야 함을 규정하고 있다.

나) 모델 조약 제22조 제3항 규정

동조 제3항은 일방 체약국의 거주자가 제22조 제2항 등 별도 규정에 의해 조약상의 혜택을 받을 수 없는 자로 판정된 때에도 상대 체약국으로부터 받은 소득이 거주지국에서 실질적인 거래나 사업과 관련되어 발생된 것이라면 조약상의 혜택을 받을 수 있도록 규정하고 있다. 다음 세 가지 조건이 충족되면 소득이 거주지국에서 실질적인 거래나 사업과 관련된 것으로 본다.

- ① 일방 체약국의 거주자는 거주지국 내에서 능동적인 거래나 사업에 종사하고 있어야 하고
- ② 소득은 이러한 실질적인 거래나 사업과 관련이 있거나 부수적인 것이어야 한다. 그리고 동시에
- ③ 동 거래나 사업이 상대 체약국에서 그 소득을 발생시키는 활동과 관련하여 중요한(substantial) 것이어야 한다.

제22조 제3항 (b)는 은행, 보험회사 및 등록된 증권딜러에 의한 은행업, 보험업 및 증권업 업무를 제외하고 투자를 하거나 투자를 관리하는 사업은 능동적 거래나 사업으로 간주되지 않는다.

동조 제3항을 적용하는 데 있어서 거래나 사업이 중요한지 여부는 상황에 따라 결정된다. 그러나 어떠한 경우에도 거래나 사업이

전년도 또는 이전 3년간 평균하여 자산가치, 총소득, 인건비가 거주자의 소득비율에 의한 자산가치, 총소득, 인건비 각각의 7.5% 이상이고, 세 가지 비율의 평균이 10%를 넘을 경우, 중요한 것으로 판명한다.

다) 모델 조약 제22조 제4항 규정

일방 계약국에서 조약상 특혜를 받을 수 없는 자일지라도 권한 있는 과세당국의 결정에 의하여 혜택을 받을 수 있다고 규정하고 있다.

3. 일 본

일본 헌법 제98조는 조약 및 확립된 국제법규를 성실히 준수할 필요가 있다고 규정함으로써 국내법보다 조약을 우선시키고 있다⁴¹⁾. 따라서 국내법 규정이 특정 조세조약의 발효일 이후에 도입되었다고 할지라도 조세조약을 무효화할 수 없기 때문에 일본 헌법의 정신에 입각하여 국내법보다 조세조약상에 조세조약 남용 방지규정을 명시하는 것이 더 바람직한 것으로 알려져 있다⁴²⁾.

가. 국내법상 조세회피 방지규정

일본에서는 조세조약에 따른 특례 등을 ‘조세조약의 실시에 따른 소득세법, 법인세법 및 지방세법의 특례 등에 관한 법률’로 별도로 규정하고 있다. 동 법률은 제목에서 나타내고 있는 바와 같이 조세조약에 따른 제한세율이나, 원천징수세액의 환급조치, 조약에 따른 국내법상의 예외 등을 규정하고 있다. 그러나 일본 국내

41) 金子宏 (2006), p. 112

42) 물론 일본에서도 다른 주장도 있으나 조약우위설이 지배적이다. Fujieda et al (1998), p. 270

법상에 조약남용 방지에 대한 직접적인 규정은 없다. 그러므로 조약남용이 이슈가 될 때에는 일반적 남용 방지규정(*general anti-abuse doctrine*)에 따른 실질과세원칙 등에 의존하고 있다고 볼 수 있다.

일본 법인세법 제11조과 소득세법 제12조가 실질소득과세의 원칙을 규정하고 있다. 이들 조항은 자산 또는 사업 활동으로부터 발생한 이익이 법률상 귀속되어지는 자가 단순한 명의인으로 그 이익을 수취하지 않고, 그 이외의 자가 그 이익을 수취하는 경우에는 이익을 수취한 자에게 귀속하는 것으로 간주하여 소득 및 법인세법 규정을 적용하도록 되어있다.

법인세법 제132조(동족회사 등의 행위 또는 계산 부인규정)도 일반적 남용 방지규정의 한 예이다. 동족회사⁴³⁾의 거래조건과 형식이, 특별히 주주나 관계자와 거래하는 경우에 있어서, 일본에서의 세부담의 부당한 감면을 유도한다고 보는 경우에는 국세청이 그 거래의 형식과 조건을 법인세 과세목적상 무시하거나 재구성할 수 있음을 규정하고 있다⁴⁴⁾.

나. 조세조약상의 조세회피 방지규정

일반적으로 일본이 체결한 조세조약은 조세조약 남용 방지규정을 포함하고 있지 않다. 그러나 1990년대 들어 체결하거나 개정한 조약들에는 조세조약 남용 방지를 위한 노력이 들어가 있다. 프랑스, 룩셈부르크, 싱가포르 등과 맺은 조약을 보면 배당금에 대한 원천징수 세율의 제한에 있어 이러한 혜택을 받을 수 있는 자들을 보다 제한적으로 규정하고 있다.

43) 3인 이하의 주주와 특수 관계자가 발행된 주식의 50% 이상을 소유한 법인을 말한다.

44) Fujieda et al. (1998), p. 271

그러나 명시적으로 LOB 조항을 조약에 포함시킨 것은 미국과의 개정 조세조약이 처음이다⁴⁵⁾. 미국과의 새로운 조세조약은 2001년 10월에 개정 작업을 시작하여 2003년 11월에 합의되고, 양국 의회의 비준을 통과한 후, 2004년 3월 30일부터 발효되었다. 이 두 나라는 우리나라와 가장 밀접한 관계가 있는 나라들로서 일본은 특히 우리나라와 조세체계가 많이 유사하고, 미국의 경우에는 조세조약에 있어서의 남용 방지를 위한 제도적인 변화에 있어 선도적인 역할을 하는 나라이다. 이들 두 나라가 모두 조세피난처가 아니기 때문에 이들 국가를 경유하여 조세조약의 남용이 발생하기는 어려운 일이겠지만, 두 나라는 이러한 점을 염두에 두고 기존의 조세조약을 개정하였기 때문에 기존 조약의 개정을 앞두고 있는 우리로서도 그 내용을 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다. 미-일 조세조약에 나타난 조약 남용 방지조항에 대해서는 본 소절에서 자세하게 살펴본다.

한편, 미국 이외에 영국과는 2006년 2월에 조세조약을 개정하였다. 영국과의 조약에 있어서도 조세조약의 특혜를 받을 수 있는 자를 일정한 요건을 만족시키는 적격자 등으로 한정하는 LOB 조항인 제22조를 새롭게 신설하였다. 프랑스와의 조세조약도 2006년 6월에 정식 교섭이 이루어져 개정이 진행 중이다. 주로 이자, 배당, 사용료소득에 대한 세율을 대폭적으로 인하함과 동시에 제3국 거주자가 지배하는 도관회사(paper company) 등에 대한 면세특혜를 제한하는 조치를 도입하고 있으며, 여기서도 LOB 조항이 신설될 것으로 예상된다.

1) 미·일 신 조세조약⁴⁶⁾

1972년에 처음으로 양국 간의 조세조약이 맺어진 후, 30여년 만

45) 미-일 신조세조약의 LOB 조항은 <부록 1> A항에 수록되어 있다.

46) 淺川 雅嗣(2005)와 本庄 資(2005)의 내용을 참고로 하였다.

의 개정으로서 그동안의 경제규모의 확대와 경제 활성화라는 측면에서 조약 개정의 필요성이 제기되었다. 두 나라는 이러한 필요성을 절감하고, 적극적으로 협상에 임하였음에도 불구하고 협상기간이 만 2년이 넘었다는 것은 그만큼 철저한 검토가 이루어졌기 때문이라고 생각한다.

동 조약의 특징은 1)이자, 배당, 사용료소득 등 투자소득에 관한 원천징수세율을 대폭으로 인하 혹은 면세한 점 2)양국 간의 과세상 취급이 다른 사업체에 대한 조약상의 적용을 명확히 한 점 3)이전가격과세에 기간 제한을 둔 점 4)일본의 조세조약으로서는 최초로 포괄적인 혜택의 제한 조항을 도입한 점 5)정보교환을 위한 조사권한의 창설을 의무화한 점으로 요약된다.

여기서는 조세조약의 남용 방지와 관련하여 위의 네번째와 다섯번째 특징에 대하여 자세히 살펴본다.

가) 혜택의 제한 조항

구조약에서는 ‘거주자’이면 조세조약의 특혜를 받을 수 있는 충분조건을 만족시켰으나, 신조약에서는 거주자 중에서도 특정한 조건을 만족시키는 경우에만 혜택을 허용함으로써 제3국 거주자에 의한 조세조약의 남용을 방지하고자 하였다.

이러한 조건은 다음과 같은 세 가지로 정리된다.

① 적격자 조건

조약 상대국의 거주자가 ‘개인’, ‘정부’, ‘특정 법인’, ‘특정 공익법인’, ‘특정 연기금’ 및 ‘소정의 요건을 만족시키는 기타 법인 또는 단체’이면 남용의 여지가 적다고 보아, 혜택을 부여한다.

‘특정 법인’은 단순히 주식이 공개될 뿐 아니라, 어느 정도 이상의 주식이 매매되는 법인을 말하며, ‘특정 공익법인’이라는 것은

종교, 교육, 자선, 과학, 기술, 예술, 문화 등에 종사하는 법인이고, '특정 연기금'은 수익자의 과반수가 미국이나 일본의 거주자인 연기금을 의미한다.

이상의 기준을 만족시키지 못하는 것은 '기타의 법인이나 단체'로서 다음의 두 가지 조건을 동시에 만족시켜야만 조약의 혜택을 받을 수 있다. 첫째, 거주지국의 적격자(개인, 정부, 공개법인, 공익법인, 연기금)가 해당 법인의 주식 등의 50% 이상을 소유하고(소유 기준) 둘째, 제3국 거주자에 대하여 일정 수준 이상(해당 과세연도 총소득의 50% 이상)의 소득이전이 이루어지지 말아야 한다(과표 침식 기준).

② 능동적 사업 활동(active conduct) 기준

상기 적격자 기준을 충족시키지 못하더라도, 능동적 사업활동 기준을 만족시키면 조약상의 혜택을 부여한다. 능동적 사업활동의 요건은 세 가지로서 이것을 모두 만족시켜야 한다.

첫째, 거주지국에서 영업이나 사업 활동에 능동적으로 종사하여야 한다. 능동적이 아닌 사업(passive income)은 자금·자산 운용 등 투자활동을 자기 계정으로 행하는 것을 의미한다. 단, 은행, 증권, 보험 등 투자활동을 본업으로서 행하는 것은 수동적 사업으로 보지 않는다.

둘째, 원천지국에서 취득한 소득이 거주지국에서 행하고 있는 능동적 영업 또는 사업의 활동에 관련되거나 부수된 것이어야 한다.

셋째, 개별 소득마다 규정되어 있는 조약상의 요건을 충족시켜야 한다.

이에 더하여 거주자가 원천지국에 고정사업장 또는 자회사를 가지고 영업 또는 사업 활동을 통하여 소득을 창출할 경우, 원천지국에서의 영업 또는 사업에 비하여 거주지국에서의 영업 또는 사

업이 중요한 비중을 차지할 것을 요건으로 한다. 예를 들면, 미국의 거주자가 일본에 고정사업장을 갖고 이를 통하여 일본 원천소득을 얻는 경우, 미국에서의 활동 규모와 일본 고정사업장에서의 활동 규모를 비교하여 본국에서의 활동규모가 지나치게 작은 경우에는 조약 남용의 개연성이 높은 것으로 간주된다.

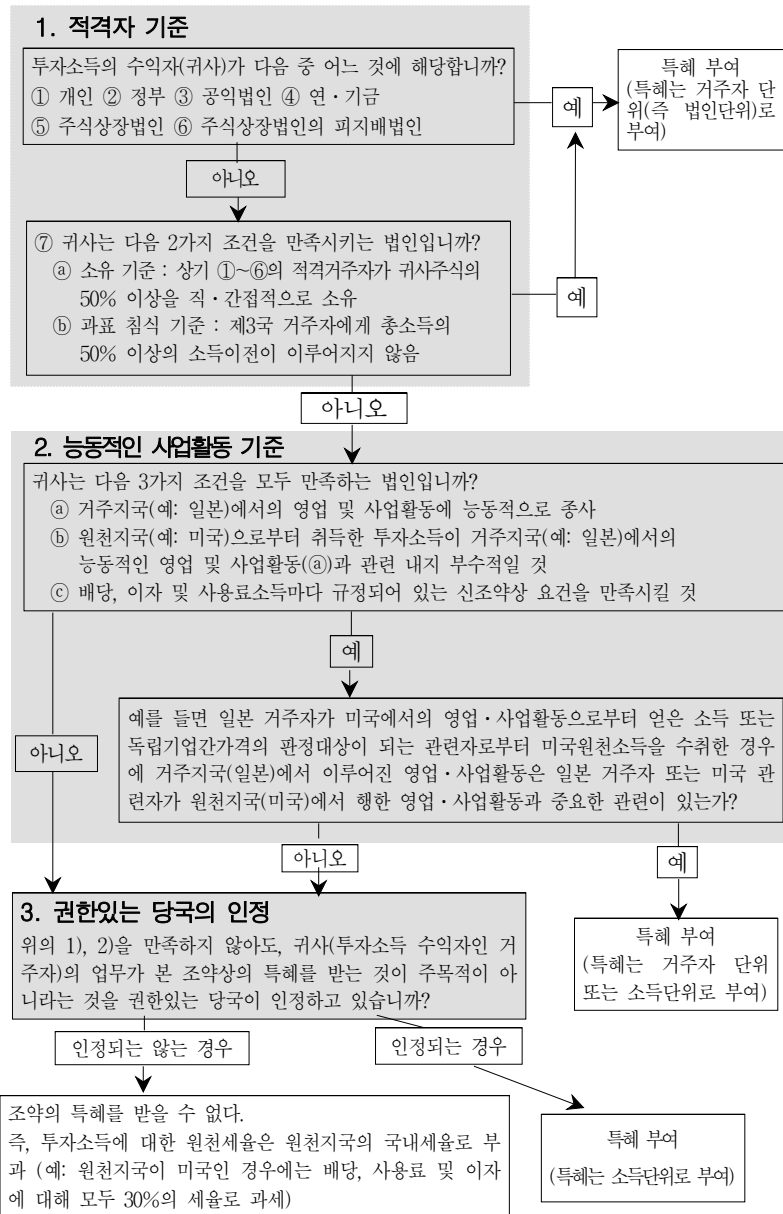
③ 권한 있는 과세당국의 인정

적격자 기준이나 능동적 활동 기준에 부합하지 않더라도, 해당 거주자의 업무가 조약상의 특혜를 받는 것을 주목적의 하나로 하지 않는 경우 즉, 조약 남용의 염려가 없다고 판단하는 경우에는 과세당국이 조약의 특혜를 인정하여 주는 재량권이 있다.

한편, 혜택의 제한조항의 적용에 있어 일본의 원천징수 의무자는 지급시점에서 입수 가능한 정보에 입각하여 각각의 기준을 만족시키는지를 판단할 필요가 있다. 따라서 동 조약에서 특혜조항 중 몇 개의 기준에 대하여 기준 인정연도에 대한 구체적인 규정을 두고 있다.

예를 들어 적격자 기준 가운데 소유기준의 경우를 보면, 원천징수에 의한 과세에 대하여 일방 계약국 거주자가 그 소득의 지급이 이루어지는 날(배당에 대해서는 배당 지급이 결정되는 날)이 과세연도 종료일인 경우를 제외하고, 당해 과세연도 중의 해당 지급이 이루어지는 날에 해당 연도 이전 기간 및 직전 과세연도를 기준으로 판단할 수 있도록 하고 있다. 또 과표 침식에 대해서는 해당 과세연도는 아니고, 소득의 지급이 이루어진 과세연도 직전 3개 과세연도를 기준으로 판단하도록 하고 있다. [그림 V-2]는 이와 같은 기준에 의하여 특혜 부여의 적격자를 판정하는 단계를 도표로 나타낸 것이다.

[그림 V-2] 혜택의 제한 규정의 판정도



자료: 藤井 恵(2005), p. 448

나) 정보교환을 위한 조사권한의 신설

미·일 과세당국이 각각 상대국이 보유한 조세에 대한 정보를 필요로 하는 경우, 조약상의 정보교환 규정에 의거하여 정보를 교환하게 된다. 이 정보교환의 실효성을 높이기 위하여 자국 과세상의 필요 유무에 관계없이 상대국을 위한 정보 수집을 할 수 있게 필요한 조치를 강구할 것을 상호 의무규정으로 하고 있다. 이러한 규정은 OECD 모델 조약 제26조(정보교환) 제4항에 근거하고 있다고 하겠다.

일본에서는 종래 개별세법(소득세, 법인세)에 관한 조사에 대하여 필요가 있을 경우에는 질문검사권의 행사가 가능하였으나, 조세조약의 상대국으로부터 정보제공 요청을 받은 것을 근거로 세무공무원이 질문조사를 할 법률적인 권한은 없었다. 2003년 세법개정에서 새로운 질문조사권을 창설하여, 조약 상대국으로부터 요청이 있는 경우 조약상의 정보교환 규정을 근거로 질문조사권을 행사할 수 있도록 하여 조약상의 정보교환 실효성을 높이고 있다.

다) 미국의 신법우선원칙에 대한 대응

영미법 국가들은 신법 우선의 원칙을 취하고 있기 때문에 새로운 국내법이 기존의 조약을 무효화(override)시킬 수 있다. 미국의 경우 조약은 상원의 승인과 비준서의 교환으로 국내법에 편입되어 국내법과 동등한 효력을 갖게 되나, 하원이 새로운 국내법을 제정할 경우 신법우선의 원칙에 의해 조약의 무효화 문제가 발생한다.

미·일 신조세조약에서는 미국이 국내법의 개정에 의하여 본 조약의 실질적 내용을 변경하거나 변경하게 되는 경우에 조약 본래의 취지를 손상시키지 않기 위하여 일본에게 조약의 개정을 위한 협의를 요구할 권리를 주고, 동 요구가 있는 경우에 미국은 3개월 이내에 동 요구에 응하도록 규정하고 있다.

미국은 과거에도 국내법의 개정에 의하여 조약의 본래 취지를 무색하게 한 바가 여러 번 있었는데 ① 1980년의 외국인 부동산 투자세법⁴⁷⁾(IRC 897) ② 1986년 조세개혁에 의한 지점이윤세(IRC 884) ③ 1988년의 기술적 기타 수입법⁴⁸⁾(IRC 59(a)(2), 904(d)) ④ 1989년의 총괄적 예산 조정법⁴⁹⁾(IRC 163(j)) ⑤ 1993년의 총괄적 예산 조정법⁵⁰⁾(IRC 7701(l), Reg. 1.7701(l)) 등이 그러한 예이다.

따라서 신조세조약에서 조약 무효화를 막기 위하여 1) 세제개혁 통보 의무(제2조 제2항) 2) 조약 특혜의 균형을 회복하기 위한 협의의 행할 의무(제29조)를 새로 규정하였다.

라) 도관거래의 남용 방지 규정

새로운 미-일 조세조약에서는 도관거래를 방지하기 위하여 관련 규정을 신설하였다. 제10조의 11, 제11조의 11, 제12조의 5, 제21조의 4 등이 그러한 예이다. 이 조항들은 기존 모델 조약상의 수익적 소유자 개념을 보다 명확하게 정의한 것이라고 할 수 있다.

【제10조의 11】

일방의 체약국 거주자가 우선주 또는 그와 유사한 지분에 대하여 상대국 거주자로부터 배당을 받는 경우에, 아래 (a)와 (b)에 해당하는 자가 당해 우선주 등과 같은 권리를 일방의 체약국 거주자에 대하여 갖고 있지 않았다면 일방 체약국의 거주자가 동 배당 지급의 원인이 되는 우선주 등을 소유하는 일이 없었을 것으로 인정되는 경우에 그 거주자는 동 배당의 수익적 소유자가 아니다.

(a) 상대 체약국 거주자가 지급하는 배당에 대하여, 해당 일방 체약국의 거주자에 대한 동 조약에서 인정되는 특혜와 마찬가지로 또는 더 나은 특혜를 받을 자격이 없거나

(b) 어느 체약국의 거주자도 아닌 경우

47) Foreign Investment in Real Property Tax Act

48) Technical and Miscellaneous Revenue Act

49) Omnibus Budget Reconciliation Act of 1989

50) Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993

제11조의 11, 제12조의 5 및 제21조의 4는 각각 이자, 사용료, 기타 소득에 대하여 위와 동일한 규정을 하고 있다. 즉, 일국의 거주자가 조약의 특혜를 받을 자격이 없거나 제3국 거주자인 사람에게 그 이자나 사용료를 다시 지급할 목적이 아니라면 애초에 이자나 사용료를 받을 일도 없었을 것으로 인정된다면 그 거주자는 수익적 소유자가 아님을 명백히 하는 것이다.

동 조항은 일본의 요구에 의하여 삽입된 것이다. 제3국 거주자가 미국 거주자를 도관으로 이용하여 부당하게 일본에서의 세부담을 경감시키고자 하는 것을 방지하기 위한 목적이다. 미국에서는 이미 내국세법(IRC7701(1), Reg.1.881-3)에서 도관을 이용하여 미국 원천소득에 대한 세부담을 경감시키고자 하는 시도를 상세한 규정을 통하여 방지하고 있다. 따라서 미국의 입장에서는 조세조약에서 이러한 규정을 포함시킬 필요가 없고, 오히려 미국 납세자의 입장에서 혼란을 일으킬 염려가 있기도 하다⁵¹⁾. 그러나 이러한 점은 이미 미국-영국의 조세조약에서도 지적된 바 있는데, 영국의 입장을 고려하여 미국이 타협해 준 선례가 있기 때문에 일본과의 신조약에서도 미국이 타협해 준 것으로 볼 수 있다.

4. 독 일

독일은 세입 감소와 산업의 국제화 진전이라는 환경에도 불구하고, 지난 몇 년간 입법부에서는 독일 외부로의 수익배분에 대한 규제와 탈세 방지를 강화했다. 동시에 독일 과세당국은 조세제도의 남용을 막고 조세회피를 목적으로 하는 외국인 자본 운영과 구조를 알아내기 위해 노력하고 있다⁵²⁾.

독일도 조세조약 혜택의 남용을 막기 위해 국내법상의 규정과

51) 本庄 資(2005), p. 278

52) Fujieda, et al(1998), p. 260

조약상의 규제 등을 사용하고 있다. 조약상의 규제는 능동적 활동 조항(activity clause)이나 수익적 소유자의 개념 등을 조약에 포함시킴으로써 조약의 혜택을 받을 수 있는 자격을 제한하여 남용을 방지하는 것이며, 국내법상으로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다⁵³⁾.

- i) 기본적으로 국세기본법(AO) 제42조에 규정되어 있는 일반적인 남용 방지 규정
- ii) 독일 소득세법 제50d(1)(a)조에 따라 개인이나 법인이 외국 회사를 이용하지 않고 직접 소득을 수취하였다도 동 개인이나 법인이 조약상 혜택을 받을 자격이 없다면 조세특혜를 허용하지 않음.
- iii) 독일 소득세법 제50d(3)조에 따라, 몇 가지 경우에 외국 법인은 조세조약에도 불구하고 독일 원천징수세에 대한 환급을 받을 수 없고, 사전적 면제도 받을 수 없음.

이하에서 이들 규정의 내용에 대하여 보다 자세히 살펴본다.

가. 국내법상 조세회피 방지규정

독일은 일반세법이라고 할 수 있는 국세기본법에 형식보다는 경제적 실질에 따라 과세한다는 실질과세원칙을 대응으로 하는 일반적인 조세회피 방지규정(제42조)을 포함하고 있다. 그리고 1994년에 소득세법 제50d(1)(a)조와 제50d(3)조에 실질과세원칙의 요건이 충족되지 않는 외국법인에게 EC지침(Directive)과 조세조약상 특혜를 부인하는 개별규정을 처음으로 제정하였다.

53) *ibid*, p. 261

1) 일반적 조세회피 방지규정

독일 국세기본법 제42조는 포괄적인 조세회피 방지규정으로서 납세자가 조세제도를 남용하여 세부담을 절감한 경우 그 조세회피 행위가 발생하지 않은 것으로 간주하여 세액을 결정하도록 규정하고 있다. 독일 연방조세법원 판례에 의하면 법률적 의도에 반하여 세액감면만을 목적으로 선택한 법률적 형식으로서 경제적 또는 다른 비조세적 이유로 설명할 수 없는 경우에 조약 남용 행위로 간주된다. 물론 납세자는 특정 거래에 대해 자신에게 가장 유리한 조세구조를 선택할 수 있으나 합리적 사업목적과 경제적 사실 및 환경에 비추어 볼 때 부적절한 방법으로 법률을 남용해서는 안된다는 것이다. 이 기준 중 법률의도에 반한다는 점은 그 개념이 명확하지 않으며 입증하기 어려우므로 법원은 일반적으로 작위적이며 비정상적이고 사실을 은폐하는 행위를 남용행위로 간주한다.

이 규정에 의하면 특별한 사업적 이유가 없이 독일에서의 세부담을 줄이기 위한 목적으로 설립한 외국 자회사, 지점, 개인 등의 거래에 대하여 형식에 구애받지 않고 경제적 실질에 따라 세액이 계산된다⁵⁴⁾. 예를 들면 과거에는 조약 수혜 대상자가 아닌 투자자가 조약 수혜 대상 기업의 지분을 보유하는 경우에 남용으로 간주되지 않았었다. 그러나 독일 연방조세법원은 1997년 국세기본법 제42조에 근거하여 이를 부당하게 세부담을 감소시키는 행위로 보아 새롭게 조세남용의 한 유형으로 판시하였다⁵⁵⁾.

그러나 이 일반적 조세회피 규정으로 독일이 체결한 조세조약을 무효화하고 조약남용을 방지하는 데 문제가 있다는 판단하에 독일은 소득세법에 조세조약 남용에 대한 특별 규정을 도입하였다. 즉, 소득세법 제50d(3)조의 도입은 소위 ‘모나코 결정’이라고 불리는

54) Fujieda et al.(1998), p.266

55) Fujieda et al.(1998), p.270

연방조세법원의 결정에 대한 입법부의 반응으로 인해 나타난 것이라고 할 수 있는데, 모나코 결정에서 연방대법원은 국세기본법상의 조세회피 규정이 비거주자에게는 적용되지 않는다고 판시하였다⁵⁶⁾.

2) 개별 규정

독일은 국세기본법상의 일반적 조세회피 규정 이외에 소득세법에 개별규정을 두어 조약 남용을 규제하고 있다. 독일소득세법 제 50a(4)조와 제43조에 따르면, 독일에서 외국으로 지급되는 배당과 같은 자본투자 소득이나 사용료와 같은 보수에 대해서 20% 또는 25%의 법정세율과 함께 5.5%의 부가세를 원천징수한다. 조세조약에 의한 제한세율에도 불구하고 원천징수는 국내법에서 규정하고 있는 세율로 의무적으로 이루어진다. 조약의 혜택을 받을 자격이 있는 자들은 사후적으로 원천징수세의 환급을 신청하거나, 또는 독일 국세청과 사전적 협의를 거쳐 원천징수를 면제받을 수 있다.

구체적으로 소득세법 제43b조에 따라 독일에서 무제한 납세의 무가 있는 법인으로부터 외국의 모회사가 수취하는 배당에 대해서는 사전 신청을 하면 자본소득과세를 면제해준다. 면제를 받기 위해서 모회사는 최소한 명목자본금의 25%를 직접적으로 소유하여야 하며 이 지분은 12개월간 지속적으로 보유되어야 한다. EU회원국과 맺은 조세조약에서 그 나라에서 거주자로 인정되는 모회사의 경우에는 지분이 10% 이상인 경우도 위의 규정이 적용된다.

그러나 소득세법 제50d(3)조에 의하면 외국법인은 다음과 같은 경우에 독일 원천징수세에 대한 환급을 받을 수 없고, 사전적 면제도 받을 수 없다⁵⁷⁾.

56) Kessler and Eicke(2006)

57) Weyde and Kraemer(2002), p. 7

- i) 해당 외국법인을 통하지 않고 주주가 직접 소득을 취득하면 조세조약 적용대상이 되지 않는 경우
- ii) 외국법인이 개입될 경제적 이유나 기타 타당한 이유가 없는 경우
- iii) 외국법인이 능동적으로 사업 활동을 행하지 않는 경우

그러나 이러한 규정을 충족시키지 못할지라도 독일 과세당국은 외국 모회사가 적법한 사업 활동을 한다는 것을 입증할 수 있는 경우에는 원천징수세를 감면 또는 면제해줄 수 있다.

소득세법상의 조세조약 남용 방지규정은 조세조약상의 혜택의 제한규정과 유사하게 조세조약 적용 대상자의 자격을 제한하는 규정인데, 이 규정을 시행하는 데 있어서 가장 어려운 점은 능동적 사업활동에 대한 기준이 모호하다는 점이다. 즉, 어디까지나 경제적 또는 다른 비조세적 이유로서 합리적이라고 인정할 수 있는 것인지 명확한 기준이 없다는 것이다. 특히 지주회사의 경우에 수동적인 서류상의 회사와 능동적 사업활동을 구분하는 기준이 모호하다.

이에 대해서는 판례에서 몇 가지 구체적인 기준을 제시하고 있는데, (i) 세계적인 사업의 사업본부 역할을 하거나, (ii) 투자대상이 되는 회사들의 거주지에서 주요 주식을 구입하고, (iii) 최소한 두 개 이상의 자회사의 주식을 취득하고 적극적인 지원을 하는 경우 지주회사를 형성할 만한 경제적 근거가 있다고 판시하였다. 그러나 단순히 다음과 같은 활동만 하는 경우에는 경제적 또는 다른 비조세적 근거가 있다고 해도 인정하지 않는다⁵⁸⁾.

- i) 조세 절감만을 목적으로 한다.
- ii) 위험부담이 제한적이다.
- iii) 위기 상황에서도 자산을 보장한다.
- iv) 더이상 활동을 하지 않으면서 자산을 배타적으로 보유한다.

58) Kessler and Eicke(2006)

v) 다른 법인의 부채 상환만을 유일한 목적으로 그 법인의 주식을 보유한다.

회사의 사업활동은 수동적으로 자산을 관리하는 것을 넘어선 적극적인 활동을 의미하며, 단순한 서류상의 회사는 적극적인 사업 활동을 하는 것으로 간주되지 않는다.

2002년에 연방조세법원은 조세조약의 남용을 방지하기 위한 독일 과세당국의 권한을 지지하는 판결을 내렸다. 오로지 독일 자회사만을 보유하고 있을 뿐이고, 대주주는 버뮤다 거주자로서 지분의 85%를 소유하고 있고, 나머지는 호주와 미국 거주자가 각각 7.5%의 지분을 소유하고 있는 네덜란드 법인이 독일과 네덜란드의 조세조약을 적용하여 호주와 미국 거주자에게 귀속되는 소득에 대해 독일에서 원천징수된 세금을 환급해달라는 소송에서 원고패소 판결을 내린 것이다⁵⁹⁾. 동 판결을 통하여 연방조세법원은 독일의 조약남용 방지규정이 조세조약이나 EU 규정에 의하여 무효화되지 않으며, 만일 외국 위장회사(shell company)의 대주주가 거주지 판정에 의하여 조약상의 혜택을 받을 자격이 없다고 판정된다면, 소액주주를 통하여 그러한 권리를 주장할 수 없다는 것을 판시한 것이다. 즉, 독일 연방조세법원은 소득세법 제50d(3)조의 규정이 조세조약을 무효화시킬 수 있다는 점을 확인하였다. 또한 EU 모-자회사 지침(EU Parent-Subsidiary Directive) 제1(2)조에서도 명시적으로 회원국들이 국내법에 규정된 조약 남용 방지규정을 적용할 수 있도록 규정하고 있다. 독일 법원은 본 소송의 경우 위장회사를 이용한 조세조약 남용이 명백하기 때문에 유럽 법원(European Court of Justice)의 예비 판결(preliminary decision)을 받을 필요가 없다고 판시하였다. 그러나 남용 여부가 명백하지 않을 경우에는 회원국 간에 공통으로 이를 판단할 수 있는 근거가

59) Weyde and Kraemer(2002), p. 8

있어야 할 것이며, EU 회원국에서는 이를 위하여 각국 국내법상 조세조약 남용 방지규정을 일관성 있게 해석할 수 있도록 법리적 조화를 꾀하는 노력이 진행되고 있다.

한편 2004년 2월에 독일 연방조세법원은 유사한 경우에 대해 외국회사를 이용한 절세 전략이, 동 회사가 특정기간 이상 존속했다면 조세회피의 범위에 포함되지 않는다고 결정함으로써 전반적으로 납세자에게 유리한 판결을 내렸다⁶⁰⁾. 조세를 회피할 목적으로 외국의 위장회사를 이용하는 경우, 과거 독일 법원은 납세자로 하여금 실체가 거의 없는 외국회사가 개입되어야 하는 정당한 사업적 이유를 소명하게 하였다. 그러나 국내 회사를 이용할 경우에는 그 회사의 존립이 잠정적인 것이 아닌 한 사업적 이유를 소명할 필요는 없었다⁶¹⁾. 그런데 2004년 2월의 판결은 국내외 회사에 대하여 동일한 기준을 적용하기 시작하였다는 데 큰 의미가 있다. EC 조약과 유럽 법원(ECJ)의 판례에서 보장하는 설립지 자유의 원칙에 따라 EU 내에 설립하는 회사의 설립지를 차별해서는 안 된다는 취지에 따른 것이다. 따라서 일정기간 요건 - 본 소송에서는 2년 - 을 충족시키는 경우에는 임시적이라고 볼 수 없기 때문에 국내외 회사를 불문하고 최소한의 실체만이 존재하면 조약의 남용으로 취급할 수 없다는 것이다.

미국의 경우에서와 마찬가지로 국내법에 의해 조세조약 남용을 방지하려는 독일에서도 국내법에 의한 조약의 무효화가 중요한 이슈가 된다. 신법 우선의 원칙을 따르는 미국의 경우와는 달리 국내법과 조세조약 중 어느 것이 우선되는가에 대해 독일의 연방조세법원의 판례는 다음과 같은 원칙을 제시하고 있다⁶²⁾.

60) Thoemmes and Nakhai(2005), p. 74.

61) 국내외 회사를 막론하고 '최소한의 실체'는 있어야 한다. 스스로 고용한 인력이 없고, 외부 위탁(outsourcing)을 관리하는 인력만을 두더라도 최소한의 실체로 인정받을 수 있다.

62) Fujieda, et al.(1998)

첫째, 이전에 나온 특정 국제법상 규정이 일반적인 국내법상 규정에 우선한다. 둘째, 의회가 명백하게 국제법상의 규정을 제약할 목적으로 국내법상의 특정 규정을 도입하였다면 나중에 도입된 그 특정 규정이 국제법상의 규정에 우선한다.

소득세법에 나타난 조약 남용 방지규정 외에 조세조약의 혜택을 제약할 목적으로 도입한 규정들이 몇 가지 있는데, 그 내용을 간략하게 요약하면 다음과 같다.

- i) 외국거래세법(Außensteuergesetz) 제14(4)조: 중개회사가 체약국에 위치한 지주회사의 지배를 받을 경우에 혜택을 주지 않는다. 즉, 독일과 지주회사 거주지국 간의 조약에 의해 주어지는 혜택은 이 조약이 독일과 중개회사 거주지국 간의 조약보다 유리할 경우에는 적용되지 않는다.
- ii) 외국거래세법 제7(6)조, 제10(6)조, 제20(1)조: 불법투자자금을 받은 기업에 대해서는 혜택을 부여하지 않는다.
- iii) 외국거래세법 제20(2)조, 제20(3)조: 수동적 투자활동으로 얻어지는 고정사업장 소득에 대해서는 면세를 인정하지 않는다.
- iv) 외국거래세법 제6조: 개인이 세율이 낮은 나라로 해외 이민을 갈 경우에 조약상의 원천지세 감면혜택이 적용되지 않는다.
- v) 외국거래세법 제20(1)조: 외국거래세법 제7조(CFC 규정)와 그 적용이 조세조약에 의하여 영향을 받지 않는다.

나. 조세조약상 조세회피 방지규정

독일은 스위스나 미국 등 일부 국가들과의 조세조약에서만 조세조약의 남용 방지에 대한 규정을 명백하게 하고 있다⁶³⁾. 이 조세

63) 독일-스위스 조세조약(1971) 제23조, 독일-쿠웨이트 조세조약(1987) 제23조, 독일-미국 조세조약(1991) 제28조

조약은 동일한 상황에 대해서 국내규정보다 우선 적용되지만, 조세조약이 포괄하지 못하는 상황에서는 국내규정이 여전히 유효하다. 일부 조세조약들은 남용 방지를 독일의 국내법상의 남용 방지 규정으로 명시적으로 위탁하기도 한다⁶⁴).

1991년에 발효된 독일-미국 조세조약은 제28조에 LOB 조항을 담고 있는데, 이 조항은 다음과 같은 두 가지 측면에서 조약 남용 방지를 위한 중요한 변화를 가져온 것으로 평가된다.

첫째, 능동적 사업기준 규정이 있는데, 이 규정에 의하면 소득이 해당 거래나 사업에 연관(connected)되거나 부수적인 경우, 그리고 그 거래나 사업이 소득을 발생시키는 계약 상대국에서의 활동에 중요하게(substantial) 연관되어 있을때 해당거래를 능동적 사업활동으로 인정한다. 사업의 중요성 규정은 LOB 조항에는 포함되지 않았지만 의정서에 사례로서 포함되었다.

둘째, LOB 조항에 나타난 요건들을 충족시키지 못한 납세자에 대해서도 임의적으로 조세조약의 혜택을 제공할 수 있는 재량권을 과세당국에 부여한다. 그러한 결정을 할 때 필수적으로 고려하여야 할 요소들은 소득 발생기관의 입지나 구조결정에 있어서 사업목적이 명백하게 드러나야 한다는 점, 그 외에 능동적 거래, 관련 국가 간의 사업관련성 등이다.

독일-스위스 조세조약은 LOB 조항을 명시적으로 도입하지는 않았지만 제23조에서 조약남용 방지에 대해 규정하고 있다. 이 규정은 2004년에 독일-싱가포르 조세조약이 체결되기 이전에는 사례가 없는 유일한 것으로서 그 내용은 다음과 같이 해석된다. “이 조세조약은 계약국이 국내법상의 조세회피 및 탈세 방지 규정을 적용하는 것을 금지하는 것으로 해석되어서는 안 된다.”

2002년 의정서에서 이 조항을 수정하여 “독일의 조세회피 방지

64) 독일-벨기에 조약, 독일-덴마크 조약, 독일-뉴질랜드 조약, 독일-핀란드 조약, 독일-스웨덴 조약 등

를 위한 국내법 규정은 국세기본법의 제42조와 소득세법 제50d조 제3항을 포함한다”고 명확히 하였다. 그러므로 양국은 서로 조약에 구애를 받지 않고 국내법상의 조세회피 방지규정을 자유롭게 적용할 수 있다.

독일과의 조세조약에서는 일명 ‘활동 조항(activity clause)’을 포함시켜 해외 고정사업장 소득과 상대 체약국에서의 승인된 지분 참여에 대해서는 과세하지 않는다. 승인된 지분 참여(qualifying participation)란 생산이나 유사 생산활동(예를 들어, 상품판매, 은행 및 보험업, 기술지원 분야)에 종사하는 자회사를 예로 들 수 있으며, 거기서 발생한 소득에 대해서는 면세된다⁶⁵⁾.

수익적 소유자의 개념은 다른 나라의 조세조약에서도 볼 수 있듯이, 독일의 조세조약에서도 사용되고 있는 또 하나의 남용 방지 수단이다. 주로 외국투자소득에 대하여 적용하고 있다.

65) Fujieda et al.(1998), p. 270.

VI. 조세조약 남용 방지제도의 비교

제VI장에서는 앞서 검토한 주요국들이 사용하고 있는 조세조약 남용 방지제도를 특성별로 구분하여 주요 내용과 특징, 장·단점에 대해 살펴본다.

조세조약 남용 방지제도에 대하여 여러 가지 논의가 있어 왔으나, Petkova(2004)와 UN(2005) 등에서 이들 문제에 대한 대응방안을 종합적으로 잘 정리하고 있다고 생각된다. Petkova는 대응방안을 국내법적인 대응, 조세조약상의 대응, 정치적 대응의 세 가지 범주로 나누어 설명하고 있다.

- ① 국내법적인 대응
 - 사법적 수단
 - 입법적 수단
- ② 조세조약상의 대응
 - 수익적 소유자의 개념
 - 혜택의 제한
- ③ 정치적 대응
 - 절제적 접근법(abstinence approach)
 - 조세조화 접근법(tax harmonization approach)

UN(2005)에서는 조약 남용에 대한 대책을 다섯 가지로 분류하고 있는데, Petkova(2004)의 접근방식과 일맥상통한다. UN의 경우 정치적 대응에 대한 언급은 없으나 Petkova의 정치적 대응 방안이 현재로서는 실현 가능성이 높지 않은 이론적인 것임을 감안할 때 UN이 제시하는 아래의 다섯 가지 접근법 중 마지막 두 가

지는 국내법적인 대응 중 사법적 수단에 해당하고, 첫 번째 것은 조세조약상의 대응, 나머지 두 가지는 국내법적인 대응 중 입법적 수단에 각각 상응한다고 하겠다.

- ① 조세조약에 특별 남용 방지조항을 삽입
- ② 국내법에 특별 남용 방지조항을 삽입
- ③ 국내법에 일반 남용 방지조항을 삽입
- ④ 국내법 해석에 대한 판례 이용
- ⑤ 조세조약의 해석에 대한 일반원칙 이용

여기서는 Petkova의 체계를 따라 앞서 검토한 주요국의 국내법, 조세조약, 각종 모델 조약의 본문 및 해설 등을 종합하여 조약 남용에 대하여 대처할 수 있는 방안에 대해 구체적으로 살펴본다.

1. 국내법적인 대응

가. 사법적 수단

사법적 수단이란 기존의 국내법이나 조세조약은 그대로 놔둔 채로 판례와 같은 사법적인 해석에 근거하여 조약 남용에 대처하는 것이다. 이러한 접근법의 기저에 깔려 있는 것은 실질과세원칙(substance over form)이다. 법률이나 조약의 문구 자체에 구애받지 않고, 동 법률이나 조약의 본래 목적에 의거하여 충실하게 해석한다는 뜻이다. 따라서 조세조약 남용이 있을 경우 사법적 해석에 의하여 남용 행위에 대해 제재를 가하는 것이 가능하다.

Petkova(2004)는 미국 법원의 경우에 자국의 과세권을 보호하기 위하여 실질과세원칙에 근거하여 미국 국세청의 판단을 지지하는 경향이 있는 반면, 다른 나라에서는 이러한 실질과세원칙을 제한된 범위 내에서만 인정하고 있다고 지적하고 있다⁶⁶⁾.

66) Petkova(2004), p. 545.

또한 법원에 의한 조약의 해석이 몇 가지 문제점을 일으킬 수 있음을 지적하고 있기도 하다⁶⁷⁾. 첫째, 양자 조약에서 실질과세원칙은 그 목적에 대하여 두 나라 간에 합의하였을 때 정당성을 갖는다. 그에 대하여 한 나라의 법원이 일방적으로 해석한다면 정당성이 훼손될 수 있다. 관련 국가들이 각기 다른 기대를 가지고 조세조약을 체결하는데, 일방 당사자에 의한 조약 조문의 자유로운 해석은 조약 무효화에 해당할 수도 있다.

둘째, 조약 남용이 만일 독립적인 사건(isolated cases)이라면 과세당국이 사건별로(case-by-case) 남용 여부를 판단하여 대응할 수 있을 것이나, 사이프러스-러시아 조약에서 보듯이 상당히 포괄적으로 조약이 남용된다면 이러한 실질과세원칙을 적용하기 어려울 것이다⁶⁸⁾.

셋째, 사업활동의 실체에 대하여 선택적으로 개별적(ad hoc)인 해석이 이루어진다면 법적 확실성의 원칙이 허물어진다.

나. 입법적 수단

조세조약 남용을 방지하기 위한 대책 중 하나로 국내법상의 새로운 입법을 들 수 있다. 스위스, 독일 등에서 이러한 조치를 취한 바 있으며, 미국이나 영국과 같은 영미법계 국가들은 ‘신법 우선원칙’에 의거하여 새로운 법을 제정하면 신법이 기존의 법보다 우선순위를 가질 수 있도록 하고 있다.

일반적으로 대륙법 체계를 가진 나라들은 국제법을 국내법보다 우선시하는 데 반해, 영미법계 국가들은 국내법이 우선하거나(영

67) *ibid.*, p. 546.

68) 2002년 통계에 따르면 사이프러스는 러시아에서 두 번째로 큰 해외투자국이다. 사이프러스의 인구가 약 78만명임을 감안하면, 사이프러스가 러시아와 체결한 유리한 조세조약을 이용하기 위한 도구로 쓰이고 있다는 것을 쉽게 짐작할 수 있다.

국) 국내법과 조약을 동일한 순위에 놓더라도 신법 우선원칙을 적용하고 있다(미국). 독일에서도 조세조약에 제약을 가할 목적으로 새로 도입된 국내법이 이전의 조세조약에 우선한다.

국내법을 우선적으로 적용하게 되면 조약 남용에 대한 방지책을 마련하기에는 쉬운 측면이 있으나, 국제법 또는 조약과의 마찰이 발생할 수 있을 뿐만 아니라 국가 간의 조약을 일방적으로 변경시키게 되는 효과가 있기 때문에 신뢰성 문제가 제기된다. 이에 미국을 포함한 극소수의 국가를 제외한 대부분의 국가에서는 비엔나 조약에 명시된 신의성실의 원칙에 입각하여 조세조약을 적용하고 있다.

이 문제에 대하여 OECD는 “국내법상의 개정이 국제조세관계를 손상시키지 않도록 광범위한 의견의 합치(consensus)가 이루어져야 한다. 그러한 합의가 없다면 조약의 재협상만이 받아들여질 수 있는 대안이라고 본다”⁶⁹⁾는 입장을 취하고 있다. 신법 우선원칙을 견지하는 미국은 먼저 국내법을 개정한 후 조세조약 개정시 그 내용을 반영하고자 노력하고 있으며, 독일은 스위스 및 싱가포르와 체결한 조세조약에서 조약이 국내법상의 조세회피 방지규정의 적용을 제약하지 않는다는 내용을 포함시켰다.

2. 조세조약상의 대응

조세조약 남용에 대응하여 조약에서 직접 취할 수 있는 조치로서 강구되어 온 대표적인 것이 수익적 소유자(beneficial owner) 개념과 혜택의 제한(limitation on benefits) 조항이다. 이는 모델 조약의 본문이나 해설을 통하여 이미 반영되고 있는데, 그 내용들을 살펴보기로 하자.

69) Petkova(2004), p. 546.

가. 수익적 소유자

‘수익적 소유자’의 개념은 실질과세원칙에 의거하여 조약의 혜택을 실제로 수익을 얻는 소유자로 제한하는 것이다. ‘혜택의 제한’ 조항이 조약의 혜택을 볼 수 있는 적격자에 대하여 정의하고 있는 것이니 만큼 두 가지는 같은 맥락의 조치들이라고 할 수 있다.

수익적 소유자의 개념은 OECD, UN 및 미국 재무부 모델 등 세 가지 모델 조약에서 공통적으로 제10조, 제11조, 제12조에 도입되어 사용되고 있다⁷⁰⁾. 조약에서 제시하는 원천징수시 제한세율의 적용은 수익적 소유자에 국한된다.

모델 조약 제17조(연예인 및 체육인)에서도 수익적 소유자와 유사한 개념을 사용하고 있다. 통상 연예인이나 체육인이 원천지국에서 관련 활동을 하고 자신만을 위한 별도의 법인을 만들어 동 소득을 해당 법인에 귀속시킬 경우 조약상의 사업소득(제7조)이나 근로소득(제15조) 규정을 적용받게 된다. 예를 들어 사업소득으로 분류되면 고정사업장이 없는 경우 원천지국은 원천징수를 할 수 없게 된다. 그러나 제17조에서는 이 경우 연예인이나 체육인을 동 법인의 수익적 소유자로 간주하여 원천징수가 가능하도록 규정하고 있다.

수익적 소유자는 경제적 실질이 귀속되는 소유자라는 의미에서 법적 소유자와 대립되는 개념이라고 하겠다. 그런데 OECD 모델 조약에서는 수익적 소유자에 대하여 정확한 개념 정의를 하지 않고 있다. 제10조 해설서의 문단 12에서 “수익적 소유자의 개념은 좁은 기술적 의미로 쓰이지 않는다. 그보다는 이중과세 및 조세회피를 방지하려는 조세조약의 목적에 비추어 문맥 속에서 해석되어야 할 것이다”는 정도로 정의하고 있다. 이에 비하여 미국 재무부 모델 조약에서는 제10조 배당의 경우 “배당의 수익적 소유자는 일

70) 미국 재무부 모델 조약의 경우 제21조 기타 소득에서도 수익적 소유자의 개념을 사용하고 있음을 앞서 지적한 바 있다.

반적으로 체약국의 거주자로서 국가가 조세 목적으로 동 배당을 귀속시키는 자”로 비교적 상세하게 규정하고 있다.

OECD 모델 조약에서는 제10조 해설서의 문단 12가 갖는 기본 취지에 따라 수익적 소유자의 개념을 정리하기 위하여 다음과 같은 해설을 덧붙여 놓고 있다.

- ① 지분율이 25%에 미달하는 주주가 배당에서 세금 감면을 받기 위하여 일시적으로 지분율을 25% 이상으로 높이는 경우; 제10조 해설서의 문단 2 a) 뒤에 다음과 같은 문구를 삽입함으로써 혜택을 제한할 것을 권고하고 있다⁷¹⁾.

이러한 소유 지분이 본 조항을 이용하기 위한 것이 주목적이 아니라는 조건하에서

- ② 일방 체약국에서 발생하는 배당의 수익적 소유자가 상대 체약국의 거주자인 회사이고, 동 회사의 전부 또는 일부를 소유하는 주주가 제3국의 거주자인 경우; 동 회사의 목적이 그 이윤을 배당의 형태로 배분하는 것이 아니고 세제상의 혜택을 누리기 위한 것일 경우(예: 개인투자회사나 기지회사); 원천지국에서 배당에 대하여 조약에서 정하는 혜택을 부여하여야 하는가의 문제는 양 체약국 사이에 미리 결정하는 것이 바람직하다⁷²⁾.
- ③ 일방 체약국에서 발생하는 사용료의 수익적 소유자가 상대 체약국의 거주자인 회사이고, 동 회사의 전부 또는 일부를 소유하는 주주가 제3국의 거주자인 경우; 동 회사의 목적이 그 이윤을 배당의 형태로 배분하는 것이 아니고 세제상의 혜택을 누리기 위한 것일 경우; ②에서와 마찬가지로 원천지국에서 사용료에 대하여 조약에서 정하는 혜택을 부여하여

71) OECD 모델 조약 제10조 해설서 문단 17.

72) OECD 모델 조약 제10조 해설서 문단 22.

야 하는가의 문제는 양 체약국 사이에 미리 결정하는 것이 바람직하다⁷³⁾.

나. 혜택의 제한

미국 재무부 모델 조약 제22조와 OECD 모델 조약의 해설서에서는 조약 남용 방지를 위한 혜택의 제한 조항을 구체적으로 규정하고 있다. 이 조항은 조세조약 혜택을 향유할 수 있는 적격자, 다시 말하면 해당 소득의 수익적 소유자를 정의하는 항목이라고 하겠다. 동 조항과 관련하여 OECD 모델 조약은 해당 개인이나 법인이 조약의 혜택을 받을 만큼 거주지국과 연관되어 있는지를 검증하는 네 가지 방안을 제시하고 있고, 또한 네 가지 테스트에 의하여 실질적으로 관련이 있는 주체가 만에 하나 조약의 혜택을 받지 못하는 경우가 발생하지 않도록 ‘선의 조항(bona fide provisions)’도 모델 조약에 포함시켜 제시하고 있다.

1) 투시 접근법(look-through approach)

투시 접근법은 가장 직접적인 조세조약 남용 방지방안으로서 무세 또는 경과세국이거나 실질적인 사업활동이 이루어지지 않는 나라와 조약을 맺을 경우 남용 방지를 위한 충분한 근거가 된다⁷⁴⁾. 동 방안에 의하면 조약상의 혜택은 오로지 적어도 한 체약국의 거주자에 의하여 직·간접적으로 소유된 법인에게만 허용된다. 좀더 정확히 말하면 당해 법인이 거주하는 국가의 거주자에 의하여 소유되고 있는 범위 내에서만 조약상의 혜택을 부여한다. 예를 들어 주주의 일부가 비거주자라면 그들의 출자비율에 따라 조약상의 혜택이 배제된다. 이러한 이유로 법인격부인 접근법(piercing the veil

73) OECD 모델 조약 제12조 해설서 문단 7.

74) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 14.

of the company)이라고도 불린다⁷⁵⁾.

OECD 모델 조약에서는 투시 접근법에 대하여 다음과 같은 구체적인 문구를 예로 제시하고 있다⁷⁶⁾.

한 계약국의 거주자인 기업이 직·간접적으로 그 나라의 거주자가 아닌 자에 의하여 소유되거나 관리(control)될 때, 동 조약에서 얻는 혜택을 받을 수 없다.

1994년 이전의 OECD 모델 조약에서는 법인이 거주하고 있는 국가의 거주자에 의한 소유만을 인정하였는데, 그 이후에는 양 계약국의 거주자로 범위를 확장하였다⁷⁷⁾. 이러한 개정은 원천지국의 거주자로 하여금 조약 남용을 통하여 경과세국인 상대 계약국에 도관회사를 설립하고, 그 회사를 통하여 수출된 자본을 재수입하여 거주지국(상대 계약국)과 원천지국에서의 세금을 경감시키는 것을 가능하게 한다⁷⁸⁾.

이러한 조항은 자국의 거주자로 하여금 수출된 자본을 역수입하도록 장려하는 국가에게는 이득을 가져올 수 있으나, 자국 국민들의 사업활동을 장려하는 것과 세수확보 간에 균형을 취하여야 한다⁷⁹⁾.

투시 접근법의 단점으로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

- ① 동 조항은 문제가 된 법인을 독립적인 법인으로 간주하지 않기 때문에 법인의 법적 지위에 관한 원칙에 위배된다.
- ② 동 조항은 사실관계에 대한 조사를 필요로 하기 때문에 집행하기 어려울 수도 있다. 특히 회사의株式이 주로 소지인 형태(bearer form)로 되어 있는 경우에는 더욱 그러하다.

75) 이태로(1995), p. 15.

76) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 13.

77) Petkova(2004), p. 547.

78) *ibid.*

79) *ibid.* 예를 들어, 사이프러스를 통하여 러시아에 들어오는 자본은 대부분 러시아에서 사이프러스에 수출된 자본이다.

- ③ 집행을 쉽게 하기 위하여 납세자에게 입증책임을 부여하여야 한다.
- ④ 디딤돌 구조의 조세회피 전략(stepping-stone strategy)에는 효력을 발휘하지 못한다.

2) 배제 접근법(exclusion approach)

이미 면세를 받았거나 거의 면세 상태인 기업에게는 조약상의 혜택을 부여할 필요가 없다. 따라서 이와 같은 법인을 조약의 적용 대상에서 배제하자는 접근방식이 배제 접근법이다⁸⁰⁾. 이러한 기업들은 주로 거주지국에서 비거주회사와 유사한 지위를 부여받은 회사들이다. 동 접근법은 그 적용에 있어 매우 단순하고 명확하다는 장점이 있는 반면, 제한적인 범위 안에서만 사용할 수 있으며 고도의 조세회피 전략에 대해서는 무력하다는 단점이 있다⁸¹⁾.

면세를 받는 법인 전체를 혜택에서 제외하는 대신, 그러한 법인에 의해 수취되거나 지급되는 소득에 대해서만 적용되는 보호 장치를 삽입하는 방법도 있다. 여기서 말하는 소득의 범위는 이자, 배당, 자본이득, 이사의 보수 등과 같이 특별하게 지정된 소득으로 제한될 수 있다.

조세를 경감하는 조약의 어느 조항도, ... 항에서 정의된 회사에 의하여 수취되거나 지급되는 소득에 대해서는 적용되지 않는다.

면세와 같이 특수한 법적 성격에 의해 조세특권을 누리고 있는 법인들을 판별하기가 어려운 경우에는 보다 일반적인 대응방식이 필요하다. OECD 모델 조약에서 제시하는 이하의 문구는 거주자에게는 허용되지 않고 외국기업에게만 허용된 조세특권을 남용하는 것을 방지하기 위한 경우에 사용될 수 있다⁸²⁾.

80) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 21.

81) Petkova(2004), p. 548.

82) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 21.2.

한 계약국의 거주자인 기업, 신탁, 파트너십이 직·간접적으로 비거주자인 1인 이상의 사람에 의하여 수익적으로 소유되거나 지배되는 경우 이러한 주체들에 대해서는 다음과 같은 경우 조약의 혜택이 부여되지 않는다;

그 기업, 신탁 또는 파트너십의 소득이나 자본에 부과된 세금이 모든 지분이 동 국가의 1인 이상의 거주자에 의해 소유되었을 경우에 부과되었을 세금보다 상당히 작을 경우

3) 거주지 과세 접근법(subject-to-tax approach)

거주지 과세 접근법은 원천지국의 조세조약 혜택을 그 대상이 되는 소득이 거주지국에서도 과세의 대상이 될 경우에만 부여하는 방법을 말한다⁸³⁾. 이 방법은 이중과세를 피하려는 조세조약의 본래 목적에 충실한 방법이다. 동 방법은 통상적으로 과세되는 소득을 대상으로 한다는 점에서 위의 배제 접근법과 유사하나, 배제 접근법이 거주지국의 특별 규정에 의한 조세감면법인을 대상으로 한 것인 데 반하여 거주지 과세 접근법은 특정 소득유형에 대하여 정상적인 과세가 되지 않는 경우를 대상으로 하고 있다는 점이 다르다⁸⁴⁾.

동 방법은 선진국, 달리 표현하면 과세제도가 복잡한 나라에서도 사용될 수 있는 장점이 있으나, 디딤돌 구조(stepping-stone)와 같은 전략에는 대응할 수 없다는 단점이 있다⁸⁵⁾. OECD 모델 조약에서 제시하는 문구는 다음과 같다⁸⁶⁾.

83) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 15.

84) 이태로(1995), p. 17.

85) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 16.

86) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 15. 문단 속에 나타난 상당부분 소유(substantial interest)라는 개념에 대해서는 조약 당사국 간의 협의를 필요로 한다.

한 계약국에서 발생하는 소득이 다른 계약국의 법인 거주자에 의하여 수취되고 상대 계약국의 거주자가 아닌 1인 이상의 사람이 직·간접적으로 동 회사를 상당부분 소유하거나 경영권을 행사할 수 있을 때, 면세 또는 감세를 해주는 동 조약의 조항은 상대 계약국의 일반적인 세법하에서 과세대상이 되는 소득에 대해서만 적용된다.

4) 수로 접근법(channel approach)

수로 접근법은 비거주자에 의하여 지배되는 상대 계약국에 있는 회사로부터 소득이 발생할 때, 그 소득의 50%를 초과하여 상기 비거주자에게로 이자, 사용료, 기타 비용 형태의 지급이 이루어지는 경우에 조약상의 혜택을 부인하는 것이다. 이 방법은 디딤돌 구조의 조세회피 전략에 대하여 효과가 있는 유일한 방법으로 간주된다⁸⁷⁾.

하지만 조세행정적으로 집행에 어려움이 있을 수 있으며, 정상적인 거래의 경우에도 본 조항의 영향을 받을 수 있기 때문에 선의 조항에 대한 고려가 특히 중요하다. OECD 모델 조약에서 제시하는 문구는 다음과 같다⁸⁸⁾.

한 계약국에서 발생하는 소득이 다른 계약국의 법인 거주자에 의하여 수취되고 상대 계약국의 거주자가 아닌 1인 이상의 사람이 직·간접적으로 동 회사를 상당부분 소유하거나 경영권을 행사할 수 있을 때, 소득의 50% 이상이 그러한 사람들에게 지급된다면 동 조약의 면세 또는 감면조치는 적용되지 않는다.

87) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 18. 미국-스위스 조약과 스위스 국내법에서 처음 적용되기 시작하였다.

88) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 17.

5) 선의 조항(bona fide provision)

앞서 살펴본 네 가지의 테스트에 따라서 조약상의 혜택이 부인될 때, 실제로는 조세조약 남용을 노리는 것이 아니라 정상적인 사업활동을 영위하는 기업들까지도 피해를 볼 수 있다. 따라서 선의 조항에 의하여 이러한 의도하지 않은 피해가 발생하지 않도록 기준을 마련하고 있다⁸⁹⁾.

① 일반적인 선의 조항(general bona fide provision)

회사의 활동이 건전한 사업 목적에 의하여 이루어지고 조약상의 혜택을 보기 위한 것이 주 목적이 아닐 때 조약의 혜택을 제한하지 않는다.

② 활동 조항(activity provision)

그 기업이 거주하는 국가에서 상당한 사업 활동(substantive business operations)에 종사하고 상대 체약국으로부터의 세금감면이 이러한 활동과 연관된 소득에 대한 것일 경우, 상기 네 가지 테스트가 적용되지 않는다. 즉, 원천지국으로부터 적용받고자 하는 세금감면이 그 사업활동과 관련된 소득에 대한 것인 경우 혜택의 제한을 배제하는 것이다.

③ 세액 조항(amount of taxation provision)

청구되는 감면세액이 그 회사가 거주하는 국가에서 부과되는 실제 세금보다 크지 않을 때에는 혜택의 제한을 배제한다. 원천지국의 경감세액과 거주지국의 과세금액을 비교하여 이중면세 내지는 양국에 대한 총납부세액의 절대적 경감(세액이 이중과세가 없었을 경우보다 오히려 더 낮아지는 것)과 같은 결과가 발생할 경우에만 제한규정을 적용한다.

④ 주식 거래 조항(stock exchange provision)

그 기업의 주된 종류의 주식들이 공인된 증권거래소에 등록되어

89) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 19.

있거나, 동일한 국가의 거주자인 기업에 의하여 전적으로 소유되고 그 대표적인 주식이 등록된 경우에는 상기의 네 가지 테스트 조항들은 적용되지 않는다.

⑤ 선택적 경감 조항(alternative relief provision)

조약남용 방지 규정은 체결 당사국이 아닌 제3국의 거주자가 조약의 편익을 누리는 것을 방지하기 위한 것이다. 그런데 바로 이 제3국이 원천지국과 조약을 체결하고 있고 그 조약상의 혜택이 전자의 조약에 비하여 불리하지 않다면, 제3국 거주자의 조약 남용 동기는 없다고 할 수 있다. 이런 전제하에서 전자의 조약 당사국의 ‘비거주자’에 동 제3국 거주자를 포함시키지 않는 것이 별도구제 조항이다. 즉, 문제의 법인에게 다른 조약에 의한 별도구제가 존재할 때에는 굳이 제한규정을 적용할 필요가 없다고 보는 것이다⁹⁰⁾.

OECD 모델 조약 해설서에서는 상기의 조항으로도 모든 선의의 기업을 보호하기에는 한계가 있을 수 있기 때문에 선의 조항의 요건을 충족시키지 못하는 법인에 대해서도 원천지국의 과세당국이 경우에 따라 조약상의 혜택을 부여할 수 있도록 재량권을 가지는 것이 적절한 것으로 보고 있다. 실제로 각 조약들에서는 과세당국의 재량권을 인정하고 있다⁹¹⁾.

위에서 언급한 조항들은 도관 문제에 대한 개별적인 해법을 제시하고 있는데, 이러한 문제를 포괄적으로 다루는 ‘혜택의 제한(LOB)’ 조항을 OECD 모델 조약 해설서에서 제시하고 있다⁹²⁾. 동 조항은 미국 재무부 모델 조약의 LOB 조항과 유사한데, 부분적으로 보다 자세한 조항을 담고 있으며 전 세계 조세조약 체결에 있어 전형이 되고 있다. 이 규정은 앞서 검토한 주요국의 혜택의 제한 조항을 모두 포괄하는 것이다.

90) 이태로(1995), p. 21.

91) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 19.

92) OECD 모델 조약 제1조 해설서 문단 20.

1. 동조에 있어서 별도로 정한 경우를 제외하고는 상대 체약국으로부터 소득을 수취하는 일방 체약국의 거주자가 동조 제2항에서 정의하는 적격자(a qualified person)이고, 동시에 조약의 특혜를 누리기 위한 다른 모든 조건을 만족시키는 경우에 한하여 해당 체약국의 거주자에게 주는 동 조약의 모든 특혜를 누릴 수 있다.
2. 체약국의 거주자는 다음 중 하나에 해당하는 경우에 한하여 과세기간에 있어 적격자가 된다.
 - a) 개인
 - b) 적격 정부단체
 - c) 다음 중 하나에 해당하는 법인
 - (i) 동 법인의 대표적인 주식이 체약국의 공인된 증권거래소에 상장되어 있거나 거래가 인정되고, 하나 또는 복수의 공인된 증권거래소에서 통상적으로 거래되거나,
 - (ii) 당해 법인의 의결권 및 가치 합계액의 50% 이상을 대표하는 주식이 (i)에 의한 특혜를 받는 것이 가능한 5개 이하의 법인에 의해 직·간접적으로 소유되는 경우(단, 간접소유의 경우에는 각 중간 소유자가 체약국 중 하나의 거주자인 조건)
 - d) 자선단체, 면세단체, 특히 연기금의 경우에는 50% 이상의 수혜자가 양 체약국의 거주자일 것
 - e) 개인 이외의 자로서 다음의 경우에 해당하는 자
 - (i) 과세기간의 절반을 넘는 기간 동안 a), b), d) 또는 c) (i)에 의해 적격자인 자가 해당 「개인 이외의 자」의 의결권 및 가치 합계의 50% 이상을 나타내는 주식, 기타 수익권을 직·간접적으로 소유하고,
 - (ii) 그 자의 거주지에서 동 조약 대상 세목의 적용상 공제가능한 지급의 형태로 양 체약국 어느 한 쪽의 거주자도 아닌 자에게 직·간접적으로 지급되는 금액이 그 자의 과세기간 총소득의 50% 미만인 경우(단, 사업의 통상적인 과정에서 서비스 또는 유형자산에 대한 독립기업간 지급 및 은행에 대한 금융 채무에 관계되는 지급(단, 은행이 한 체약국의 거주자가 아닌 경우에는 이 지급이 체약국 중 하나에 소재하고 있는 당해 은행의 고정사업장에 귀속하는 것을 조건으로 한다)은 제외)

3. a) 일방 체약국의 거주자가 적격자가 아님에도 불구하고 일방 체약국에서 적극적으로 영업을 수행하고(해당 거주자 자신이 스스로 투자를 하거나 투자를 관리하는 사업은 제외. 다만, 은행, 보험회사 또는 등록 증권딜러의 투자활동은 인정), 타방 체약국으로부터 취득한 소득, 이득 또는 수익이 해당 영업·사업에 관련되어 있거나 부수하여 발생하며, 해당 거주자가 조약상의 특혜를 누리기 위하여 규정된 다른 모든 조건을 만족시키는 경우에는 해당 거주자가 타방 체약국으로부터 취득한 소득, 이득 또는 수익에 대하여 동 조약의 혜택을 누릴 수 있다.
- b) 일방 체약국의 거주자 또는 그 관련기업이 타방 체약국에서 영업·사업을 행하여 소득, 이득 또는 수익을 얻는 경우, 일방 체약국의 영업 활동이 타방 체약국 내의 영업 활동에 관계된 중요한(substantial) 활동일 경우에만 이들 소득, 이득 또는 수익에 대해 a)의 규정이 적용된다. 영업·사업이 중요한가의 여부는 모든 사실과 상황에 기초하여 결정된다.
- c) 어떤 자가 a)에 의하여 일방 체약국에서 영업·사업에 적극적으로 종사하는가를 판단함에 있어, 그 자가 파트너로 있는 파트너십이 행하는 활동 및 그 관계자가 행하는 활동은 그 자가 행하는 것으로 간주한다. 어떤 자가 다른 자의 수익권의 50% 이상(법인의 경우, 법인의 의결권 및 가치의 합계 또는 법인 수익권의 50% 이상을 대표하는 주식)을 소유하는 경우, 또는 다른 자가 그 자의 수익권의 50% 이상(법인의 경우, 법인의 의결권 및 가치의 합계 또는 법인 수익권의 50% 이상을 대표하는 주식)을 직·간접적으로 소유하는 경우, 그 자는 다른 자와 관계가 있는 것으로 간주된다. 어떤 경우에도 모든 사실과 상황에 기초하여 한 쪽이 다른 쪽을 지배하거나 양쪽이 동일인에 의하여 지배되는 경우 한 쪽은 다른 쪽에 관계가 있는 것으로 간주된다.
4. 동 조의 다른 규정에도 불구하고 일방 체약국의 거주자인 법인 또는 해당 법인을 지배하는 법인이 다음 요건을 만족시키는 종류의 주식을 보유하는 경우, 소득 가운데 보유자가 그 조건 또는 계약이 없었다면 받았을 부분에 대해서만 동 조약의 특혜가 주어진다.

- a) 그 보유자가 타방 체약국에서 생기는 법인의 소득, 이득 또는 수익 가운데 이 조건 또는 계약이 없었다면 받게 되었을 부분보다 큰 부분을 받는 것이 가능하게 하는 요건, 그리고
 - b) 적격자가 아닌 자가 의결권 및 가치의 50% 이상을 보유하는 경우
5. 제2항에 의한 적격자도 아니고, 제3항 또는 제4항에 의한 혜택을 받을 수 없는 체약국의 거주자도 타방 체약국의 권한 있는 당국이 해당 거주자의 설립, 취득 또는 유지 및 그 활동에 있어 이 조약의 특혜 수혜를 그 주된 목적의 하나로 하고 있지 않을 경우 이러한 소득, 이득 또는 수익에 대하여 조약의 특혜를 줄 수 있다.
6. 본 조항에서 “공인된 증권거래소”라는 것은 다음과 같은 것을 의미한다.
- a) A국에서 ...;
 - b) B국에서 ...;
 - c) 본 조의 적용상, 양국이 합의한 모든 다른 증권거래소

3. 정치적 대응

마지막으로 생각할 수 있는 대응책은 정치적 대응이다. 두 가지 방안을 생각할 수 있는데, 이들 방안은 조약 남용에 대처하는 가장 극단적인 방안이라고 말할 수 있겠다.

가. 절제적 접근법 (abstinence approach)

절제적 접근법은 도관회사를 유치하는 경향이 있는 경과세국과는 조세조약을 맺지 않는 것이다. 이러한 방법은 위에서 언급한 바 있는 러시아-사이프러스 조약과 같이 광범위하게 남용되는 조세조약에 효과적이라고 하겠다. 그러나 한편으로는 이러한 조약이 특정 국가로의 투자를 촉진시키는 효과가 있기 때문에 이러한 조약을 종결하기 위한 정치적인 의지가 강하지 않은 경우도 있다.

뿐만 아니라 때로는 정보교환을 위하여 경과세국과 조약을 체결하는 것이 득이 되기도 한다. 그리고 조약 남용의 기지가 되는 국가들이 모두 조세피난처인 것은 아니며 국내투자를 촉진하기 위한 시스템을 갖추고 있는 국가일 수도 있기 때문에 극단적이라고 할 수 있는 동 방식의 채택에는 신중을 기해야 할 것이다.

나. 조세조화 접근법(tax harmonization approach)

이상적인 상황에서라면 정책담당자들에게는 조세조화 접근법이 가장 훌륭한 선택이 될 수 있을 것이다. 양국 간의 조세조약을 통하여 제도를 일원화하는 방향으로 나아가고, 더 나아가서는 가능한 많은 국가들을 포함하는 다자간 조약을 통하여 세계적으로 통일된 조세조약을 갖추고자 노력하는 방안이기 때문이다.

다자간 조약은 현재 지역적인 수준에서 진행되고 있는데, 북해연안 국가들(Nordic countries), 안데안 조약 국가들⁹³⁾, 캐리비안 국가들의 예를 들 수 있겠다. 가장 주목할 만한 것은 EU에서 진행되고 있는 조세조화의 움직임이다. 그러나 이러한 지역적 통합의 움직임은 경제발전단계, 전통, 조세제도 등에서 서로 대등한 국가들 간에 우선적으로 이루어지고 있기 때문에 단기적으로 너무 많은 것을 기대할 수는 없을 것이다. 동시에 이처럼 유사한 국가들 간에는 조약 남용이 일어날 확률도 크지 않다.

국가 간의 차이가 매우 크다는 점을 감안하면 대규모의 조세조화는 사실상 실현하기가 매우 어려운 과제라고 할 수 있다. 또한 조세 문제는 국가의 주권과 관련이 있기 때문에 쉽게 양보하기 어려운 문제이기도 하다. 예를 들면 순자본수입국(대부분의 개도국)은 원천지 과세를 강화하면서 동시에 자본투자를 장려하고자 할 것이고, 순자본수출국은 해외에 투자하는 자국 거주자들에게

93) 볼리비아, 콜롬비아, 에콰도르, 페루, 베네주엘라 및 부속 지역들.

혜택이 돌아가는 방안을 고려할 것이다. 또한 조세피난처 국가들은 조약 남용을 통하여 이득을 확보하는 한편 이러한 조약 남용의 기회가 봉쇄되지 않기를 바랄 것이다. 이와 같은 이해 관계의 충돌이 다자간 조세조약의 성립을 어렵게 하는 요소가 된다.

VII. 우리나라 제도 현황 및 개편방안

조약 남용이란 조세회피의 일종으로서 항상 어떤 제도가 있으면 그러한 제도를 이용하여 조세를 회피하고자 하는 시도가 있기 마련이며, 이러한 시도에 대한 새로운 규제가 제정되면 또 다른 새로운 방식의 회피 시도가 일어나게 된다. 이러한 조세회피의 성격을 감안한다면 제도적으로 완벽한 조약 남용 방지규정을 만들기는 어렵다고 할 수 있을 것이다.

이러한 상황에서 구체적으로 우리나라가 취할 수 있는 방안은 무엇인가? 조약 남용행위가 발생할 때 그에 대한 대응방안은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 첫째는 국내법의 제·개정 및 사법적 판단에 의한 방법이고 둘째는 조세조약의 개정이라고 하겠다. 다음에서는 국내법과 조세조약으로 나누어 우리나라의 조세조약 남용 방지규정들을 살펴보고 문제점을 분석한 후 개편방안을 제시한다.

1. 우리나라의 제도 현황

가. 국내법상의 조세조약 남용 방지규정

조세조약 남용을 방지하는 제도의 기본원칙은 실질과세원칙이다. 즉, 실질과세원칙을 적용하여 조약 적용대상이 아닌 자가 조약의 혜택을 받는 것을 방지하는 것이다. 그러므로 핵심적인 이슈는 조세조약의 각 조항에 주어진 조세 혜택에 실질과세원칙을 적용할 수 있는 제도적 장치를 갖추는 것이라고 할 수 있다. 그 수단으로서

국가에 따라 국내법상의 규정에 많이 의존하는 국가가 있고, 국내법보다는 조세조약상의 규정에 좀더 의존하는 국가들도 있다.

우리나라는 국내법의 제·개정에 의한 방법의 일환으로 2005년 말에 조세회피 지역에 소재하는 펀드 등에 대한 원천징수제도 특례규정을 신설하였다. 소득세법 제156조의 4 「비거주자에 대한 원천징수절차 특례」와 법인세법 제98조의 5 「외국법인에 대한 원천징수절차 특례」가 여기에 해당한다. 그 주요 내용을 살펴보면 국내법인이 재정경제부장관이 정하는 조세회피 지역에 소재한 펀드 등에게 투자소득(이자, 배당, 사용료, 주식양도차익 등)을 지급하는 경우 우선 국내세법에 따라 원천징수한 후 소득 수취자가 3년 이내에 과세관청에 소득의 실질귀속자임을 입증하는 서류를 갖춰 경정 청구하는 경우 6개월 이내에 해당 조세조약을 적용하여 기납부세액을 환급하도록 되어 있다. 그리고 실질귀속자를 보다 명확히 하기 위하여 2006년 5월부터는 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 「국제거래에 관한 실질과세」 조항을 신설하였다.

이러한 방법은 OECD 모델 조약의 해설서에도 수록되어 있다. 제1조에 대한 해설서 문단 26.2를 보면 각국은 조세조약에 정해놓은 제약을 실행하기 위하여 국내법에 정해진 절차를 자유롭게 활용할 수 있다고 적시하고 있으며, 조약의 관련조항에 따라 원천징수세를 사전적 확인 절차를 거쳐 자동적으로 제한하거나 또는 국내법에 따라 세금을 부과하고 조약에 의하여 제한된 금액을 초과하는 부분에 대해서는 사후에 환급해 줄 수 있도록 하고 있다. 일반적으로 조세조약에서는 전자의 방법을 선호하나, 혜택을 받을 자격이 있는지 여부를 판명하는 데 어려움이 있다면 환급시스템을 적용할 수도 있다.

환급시스템이 적용되는 경우에는 환급이 신속하게 이루어지도록 하는 것이 매우 중요하다. 특별히 환급금에 대하여 이자가 지급되지 않는다면 더욱 그러하다. 우리나라에서는 혜택을 받을 자격의 유무를 판명하는 데 걸리는 시간을 3년, 환급기간을 6개월로 규정하

고 있다. 이 기간의 장단기 여부는 국제적으로 일률적인 기준이 없기 때문에 쉽게 말하기 어렵다. 다만 국제적으로 혜택을 받을 자격에 대한 증명의 부담이 납세자에게 옮겨가고 있는 추세임을 감안하면, 납세자의 협력 여부에 따라 동 기간의 단축이 가능하다고 볼 수 있다.

소득세법 제156조의 4 【비거주자에 대한 원천징수절차 특례】

- ① 제156조의 규정에 따른 원천징수의무자는 재정경제부장관이 고시하는 국가 또는 지역에 소재하는 비거주자의 국내원천소득 중 제119조 제1호·제2호·제11호 또는 제12호의 규정에 따른 소득에 대하여 소득세로서 원천징수하는 경우에는 제156조의 2 및 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율의 규정에 불구하고 제156조 제1항 각 호의 규정에 따른 세율을 우선 적용하여 원천징수하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율의 규정을 적용받을 수 있음을 국세청장이 사전승인하는 경우에는 그러하지 아니하다. (2005.12.31. 신설)
- ② 제1항에서 규정한 국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 자(그 대리인 또는 「국세기본법」 제82조의 규정에 따른 납세관리인을 포함한다)가 당해 소득에 대하여 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율의 규정을 적용받고자 하는 경우에는 제1항의 규정에 따라 세액이 원천징수된 날이 속하는 달의 말일부터 3년 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 원천징수의무자의 납세지관할세무서장에게 경정을 청구할 수 있다. (2005.12.31. 신설)
- ③ 제2항의 규정에 따른 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날부터 6월 이내에 과세표준과 세액을 경정하거나 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다. (2005.12.31. 신설)

법인세법 제98조의 5 【외국법인에 대한 원천징수절차 특례】

- ① 제98조 및 제98조의 2 내지 제98조의 4의 규정에 의한 원천징수의무자는 재정경제부장관이 고시하는 국가 또는 지역에 소재하는 외국법인의 국내원천소득 중 제93조 제1호·제2호·제9호 또는 제10호의 규정에 의한 소득에 대하여 각 사업연도의 소득에 대한 법인세로서 원천징수하는 경우에는 제98조의 4 및 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율 규정에 불구하고 제98조 제1항 각 호에서 규정하는 세율을 우선 적용하여 원천징수하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율을 적용받을 수 있음을 국세청장이 사전승인한 경우에는 그러하지 아니하다. (2005.12.31. 신설)
- ② 제1항에서 규정한 국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 법인(그 대리인 또는 「국세기본법」 제82조의 규정에 의한 납세관리인을 포함한다)이 당해 소득에 대하여 조세조약에서의 비과세·면제 또는 제한세율의 적용을 받고자 하는 경우에는 제1항의 규정에 의하여 세액이 원천징수된 날이 속하는 달의 말일부터 3년 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 원천징수의무자의 납세지관할세무서장에게 경정을 청구할 수 있다. (2005.12.31. 신설)
- ③ 제2항의 규정에 의하여 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날부터 6월 이내에 과세표준과 세액을 경정하거나 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다. (2005.12.31. 신설)

재정경제부장관이 고시한 국가나 지역은 2006년 9월 현재 말레이시아의 라부안 한 곳뿐이다. 이 규정에 의해 원천징수세를 납부한 외국법인이 조세조약상의 혜택을 받고자 경정을 청구할 때에는 다음과 같은 서류를 첨부하여야 한다(법인세법 시행령 제138조의 5, 6).

1. 조세조약의 상대방국가(이하 이 조에서 ‘채약상대국’이라 한다)에서 발급하는 거주자증명서
2. 법인 또는 단체의 설립신고서 및 정관 사본
3. 이사회 구성원의 성명 및 주소
4. 주주의 인적사항 및 지분현황
5. 법인 또는 단체의 종업원 수 및 각 종업원별 업무분장
6. 해당 국내원천소득을 얻기 위한 투자와 관련된 경제적 또는 영업상 동기에 대한 설명서
7. 해당 국내원천소득을 얻기 위한 투자자금 조달방법
8. 해당 국내원천소득 수령 후의 처분명세서 또는 그 계획서
9. 최근 3년(설립 후 3년이 경과하지 아니한 법인의 경우에는 설립일부터 신청일까지의 기간) 동안 채약상대국의 세무당국에 제출한 세무신고서·감사보고서·재무제표 및 부속서류

이와 같은 ‘선원천징수-후환급’제도는 정부가 복잡한 투자구조를 완벽하게 인지하지 못한 상태에서 투자자가 명목상의 투자자 또는 겉으로 드러난 소득의 형식에 조세조약을 적용하여 혜택을 받은 후에 과세당국이 조세조약 적용대상이 아님을 인식하였는데 이미 투자자가 자금을 회수한 이후여서 채권에 대한 구상권을 행사하지 못하는 상황을 사전에 방지하기 위한 제도라고 할 수 있다. 독일은 모든 국가와 지역을 대상으로 이러한 제도를 적용하고 있다.

법인세법 제98조의 5 제1항 단서 규정에 의하면 원천징수 대상자라고 하더라도 국세청장이 조세조약에 따른 제한세율 적용을 사전승인할 수 있다. 법인세법 시행령 제138조의 5 제2항에서는 국내원천소득을 직접 또는 간접적으로 수취할 법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 사전승인할 수 있다고 규정하고 있다⁹⁴⁾.

1. 소득수취법인이 당해 국내원천소득과 관련하여 법적 또는 경제적 위험을 부담하고 동 소득을 처분할 수 있는 권리를 가지는 등 동 소득에 대한 소유권을 실질적으로 보유하고 있는 자(이하 '실질귀속자'라 한다)에 해당하고 해당 계약상대국의 법인인 경우
2. 소득수취법인이 재정경제부령이 정하는 조세조약 계약상대국의 정부기관 등(이하 이 조에서 '정부기관 등'이라 한다)에 해당하는 경우
3. 소득수취법인의 발행주식이 계약상대국의 법령에 의하여 인정되는 유가증권시장에 상장된 법인(이하 이 조에서 '상장법인'이라 한다)의 주식으로서 재정경제부령이 정하는 정규적인 거래가 이루어지는 경우
4. 소득수취법인의 발행주식총수(지분을 포함한다)의 100분의 50 이상이 계약상대국의 개인·정부기관 등 또는 상장법인에 의하여 직접 또는 간접으로 소유되는 법인인 경우
5. 소득수취법인이 계약상대국의 연금·기금 또는 그와 유사한 단체인 경우에는 동 연금·기금 또는 단체로부터 수혜를 받는 자의 100분의 50 이상이 계약상대국의 거주자인 경우
6. 소득수취법인의 최근 3년 동안의 수입금액(3년 이내에 설립된 법인은 설립 이후 현재까지의 수입금액) 중 주식·채권의 보유나 양도 또는 무형자산의 사용이나 양도로부터 발생하는 최근 3년 동안의 수입금액(3년 이내에 설립한 법인은 설립 이후 현재까지 수입금액)의 비율이 100분의 10 이하인 법인인 경우
7. 소득수취법인이 다음 각목의 요건을 모두 갖춘 투자회사 그

94) 소득세법 시행령 제207조의 4에서는 국내원천소득을 수취하는 개인이 해당 국내원천소득의 '실질귀속자'이며 상대계약국 거주자인 경우 국제청장이 조세조약의 적용을 사전승인할 수 있다고 규정하고 있다.

밖에 이에 준하는 단체(이하 ‘투자회사 등’이라 한다)인 경우
 가. 투자회사 등의 사업활동의 투명성과 독립성이 보장되도록
 계약상대국의 금융당국이 동 투자회사 등을 규율하고 있을 것
 나. 직전 과세연도(신규로 설립된 법인인 경우 현재 과세연도)
 기간 중에 투자회사 등의 투자자가 일일평균 100명 이상
 일 것

8. 소득수취법인이 당해 소득에 대하여 부담할 세액이 법 제98조의 규정에 따른 세율을 적용하여 계산한 세액과 해당국과의 조세조약에 따라 과세될 세액과의 차액의 100분의 50 이상인 되는 경우

제1호는 소득을 수취하는 자가 수익적 소유자일 것을 요구하며, 제2호 이하에서는 통상적으로 조세조약의 LOB 조항에서 조약 적용을 허용하는 적격자를 열거한 것이다. 제2호부터 제5호까지는 통상적으로 조약 남용의 가능성이 적어 별다른 테스트 없이 조약 적용을 인정하는 상장법인, 정부기관, 연금·기금 및 적격자에 의해 지배되는 법인을 열거한 것이다. 제6호는 능동적 사업활동을 규정한 것인데, ‘능동적인 사업활동을 하고, 소득이 그 사업에 연계된 것이거나 부수적인 것이어야 한다’는 조건을 ‘수동적 소득이 차지하는 비중이 10% 이하일 것’이라고 단순화한 것이라고 할 수 있다. 제7호는 투자회사의 경우 계약상대국의 금융당국에 의해 투명성이 보장되고 특정 소수의 대리인 역할을 하는 것이 아니라 일반 대중을 상대로 하는 투자회사의 경우에만 사전승인의 대상이 됨을 명확히 하였다. 제8호는 소득수취법인이 거주지에서 납부해야 하는 세액이 국내법에 의한 원천징수세액과 조약상 특례세율을 적용한 세액의 차액의 50%를 넘는 경우를 의미한다. 이 경우 외국법인의 거주지에서 충분한 과세가 이루어지고 있으므로 조약 남용의 가능성이 희박하다고 보는 것이다.

비거주자에 대한 원천징수 특례규정 외에도 국제조세조정에 관한 법률에 실질과세 규정을 도입하여 조약 남용 방지를 향한 강한 의지를 보여 주었다. 국제조세조정에 관한 법률에 나타난 실질과세 규정(제2조의 2)의 내용을 보면 제1항과 제2항은 기존의 국제기본법상의 실질과세 조항을 그대로 옮겨 놓아 실질과세원칙이 조세조약에도 적용됨을 명확하게 한 것이다. 제1항은 소득, 수익 등의 실질적인 귀속자가 명의자와 다른 경우 명의자가 아닌 사실상 귀속되는 자를 납세자로 하여 조세조약을 적용한다는 ‘귀속에 관한 실질주의’를 담고 있으며, 제2항은 소득, 수익 등의 성격을 규정함에 있어서도 형식과 실질 내용이 다를 경우 실질 내용에 따라 조세조약을 적용해야 한다는 ‘거래 내용에 관한 실질주의’를 표명하고 있다.

국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 【국제거래에 관한 실질과세】

- ① 국제거래에 있어서 과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속에 관하여 명의자와 사실상 귀속되는 자가 다른 경우에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 조세조약을 적용한다. (2006.5.24. 신설)
- ② 국제거래에 있어서 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질내용에 따라 조세조약을 적용한다. (2006.5.24. 신설)
- ③ 국제거래에 있어 제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법에 의하여 조세조약 및 이 법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래로 보아 조세조약 및 이 법을 적용한다. (2006.5.24. 신설)

이와 같이 국제기본법상의 실질과세원칙을 국제조세조정에 관한 법률에 다시 규정한 것은 국제기본법이 국세에 대한 규정으로서 다른 국가와 합의하에 체결한 조세조약에도 그대로 적용할 수 있는지에 대해 의문이 제기될 수 있기 때문이다. 국제기본법상에 일반적인 조세조약 남용에 대한 조항을 갖고 있는 독일도 소득세법에서 조세조약 남용 방지를 위한 규정을 별도로 갖추어 놓고 있다.

제3항은 실질적 거래 당사자가 아닌 제3자가 중간이 끼어 있는 경우, 그 제3자를 제외하고 실질적 거래 당사자가 직접 거래한 것으로 보아 조세조약 및 국제조세조정에 관한 법률을 적용한다는 내용이다. 이는 디딤돌 형식의 조약 남용을 방지하는 데 목적이 있다고 할 수 있을 것이다.

나. 조세조약상의 조약 남용 방지규정

국내법상의 실질과세 규정만으로 조세조약의 적용에 있어 실질과세원칙을 고수할 수 있는지는 의문이다. 비록 미국, 독일 등 일부 국가는 국내법이 조세조약을 우선할 수 있다는 원칙을 분명히 하고 있지만 대부분의 다른 국가들은 ‘약속은 지켜져야 한다’는 비엔나 조약의 원칙을 견지하고 있다. OECD에서도 국내법상의 조약 남용 방지규정이 조세조약과 배치되지 않는다고 주장하면서도 국내법상의 규정과 같은 내용을 조약에 담을 것을 권고하고 있다. 신법 우선주의인 미국도 국내법을 개정한 후 그 내용을 조약에 반영시키고자 노력하고 있다.

그러므로 가능하면 조세조약에서 실질과세원칙을 분명하게 규정하는 것이 바람직한데 그 방법은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫 번째는 각 항목별로 특혜를 제공하면서 그 특혜를 받을 대상을 제한하는 것이다. 예를 들면 이자소득의 경우, 소득 원천지의 원천징수세율을 낮은 수준으로 인하하고 동 규정의 적용대상을 수익적

소유자로 제한하는 것이다. OECD 모델 조약이 이러한 형식을 취하고 있으며, 이자, 사용료, 배당에 대한 원천징수세율의 면제 또는 낮은 세율의 적용이 수익적 소유자에게만 국한됨을 분명히 하고 있다. 우리나라도 OECD 모델 조약을 기준으로 조세조약을 체결하는바, 현재 체결한 65개 조세조약 중 대부분의 경우에 있어서 이자와 배당, 사용료에 대해서는 수익적 소유자에 한해 조약이 적용됨을 분명히 하고 있다. 예외적으로 네덜란드, 미국, 태국, 핀란드, 호주와 체결한 조약에는 수익적 소유자에 대한 내용이 포함되지 않았으며, 말레이시아 및 캐나다와 체결한 조약의 경우 이자와 배당에 대한 조세 혜택은 수익적 소유자에 한해서 적용되거나 사용료에 대해서는 그러한 내용이 포함되지 않았다. 이 중 미국과 말레이시아의 경우 조약개정작업이 진행중이며, 개정된 조약에는 수익적 소유자의 개념이 포함될 것으로 판단된다.

개별 규정에 어떤 방법으로든 실질과세원칙을 규정하는 또 다른 사례는 양도소득에 대한 것이다. 부동산양도소득은 부동산 소재지 즉, 원천지에서 과세권을 가지며, 유가증권양도소득에 대해서는 원천지에서 면세하고 거주지에서 과세하는 것이 OECD 모델 조약에 나타난 원칙이고 대부분의 국가가 이러한 원칙에 따라 조세조약을 체결하고 있다. 그러나 이 규정이 조약 남용의 표적이 되고 있는데, 해외에 부동산을 보유하되 직접 보유하지 않고 현지 법인을 설립하여 부동산을 보유하도록 한 후 처분시에는 법인의 지분을 매각하면 부동산양도차익이 아니라 주식양도차익이 되어 조세조약 규정에 따라 원천지에서 세금을 납부하지 않아도 되기 때문이다. 이러한 문제를 방지하기 위해 OECD 모델 조약은 양도차익을 규정한 조항에서 자산이 주로 부동산으로 구성된 법인의 주식을 양도하여 발생한 이윤에 대해서는 원천지에서 과세할 수 있도록 하는 내용을 포함하고 있다. 우리나라는 현재 시행중인 65개 조세조

약 중 31개 조약에 이러한 내용을 포함하고 있다.

조약에 따라서는 주식의 양도를 포트폴리오 투자를 목적으로 취득한 주식을 양도하는 경우와 직접 경영을 목적으로 취득한 주식을 양도하는 경우 즉, 기업을 매각하는 경우로 구분하여 후자에 대해서는 조약상의 원천지 과세 면제혜택을 부인하는 경우가 있다. 예를 들면 우리나라가 프랑스와 체결한 조약에서는 “일방국의 거주자인 법인의 자본에 대한 실질적 관리의 일부분을 형성하는 주식의 양도로부터 발생하는 양도소득”은 원천지 과세 면제대상에서 제외한다. 여기서 실질적 관리란 양도자가 단독 또는 그와 특수관계에 있는 사람과 함께 회사 이윤의 25% 이상에 대한 권한을 가지는 주식을 직접적 또는 간접적으로 소유하는 것을 의미한다. 우리나라는 프랑스를 비롯하여 일본, 영국 등 14개국과 체결한 조세조약에 이러한 내용을 담고 있다.

노르웨이와 체결한 조세조약에는 타방 체약국의 거주자가 일방 체약국의 주식을 양도하기 직전 5년 중 어느 때에 일방 체약국의 거주자였던 경우 일방 체약국에서 양도차익에 대해 과세하도록 되어 있는데, 이는 거주지 이전을 통해 조약을 적용받음으로써 원천지 과세를 회피하는 것을 방지하는 데 목적이 있다. 노르웨이 등 일부 국가는 국내법에도 거주자가 다른 국가로 거주지를 이전한 후 일정기간 동안 수취한 국내원천소득에 대해서는 국내에서 과세하도록 하는 규정을 두고 있다. 노르웨이 외에도 독일 등 유럽의 일부 국가에서 이러한 규정을 갖추고 있다.

이와 같은 특정 혜택에 대한 실질과세원칙 외에 별도의 조항을 두어 조세조약 전체의 혜택을 특정한 자격을 갖춘 자에게만 적용하도록 하는 혜택의 제한 조항이 있는데, 미국이 모델 조약에 이 조항을 포함시키고 조약을 제·개정할 때 이를 삽입하도록 노력하고 있다. 우리나라도 미국과의 조세조약 개정에서 이 내용을 포함

시키는 것으로 협상이 진행된 것으로 알려져 있다.

정부는 이미 국내법에서 앞으로 체결할 조세조약에 포함시킬 LOB 조항의 전형을 보여주었다고 할 수 있다. 법인세법 시행령 제138조의 5 제2항이 그것인데, 주식이 공개된 시장에서 거래되는 상장법인, 정부, 연금·기금 등이 이에 해당된다. 특이한 점은 능동적 사업활동 기준을 사업의 연관성, 부수성, 중요성 등 주관적인 테스트보다는 수동적 소득의 비중이 10% 이하라는 비교적 객관적인 테스트로 규정하고 있다는 점이다. 또한 투자회사의 경우, 상대 계약국에서 투명하게 규율하고 있을 것과 투자자가 1일 평균 100명 이상일 것을 규정하고 있다. 그리고 거주지 과세 접근법을 도입하여 거주지국에서 충분히 과세하고 있다는 것을 입증한 경우에는 조약혜택의 적용을 인정하고 있다. 그러나 이 규정은 조약혜택의 적격자를 선별하는 데 목적을 둔 것으로서 최종적으로 조약혜택 적용의 배제를 규정하는 조약상의 LOB 조항에 그대로 적용하기에는 문제가 있다고 할 수 있는데 이에 대해서는 다음 소절에서 자세하게 검토한다.

2. 현행 규정의 문제점

다음에서는 우리나라의 조세조약 남용 방지제도를 국내법상의 조치와 조세조약상의 조치로 구분해 문제점을 살펴보기로 한다. 그런데 우리나라의 국내법상 조치는 실질과세 규정과 비거주자에 대한 원천징수 특례규정으로 구성되므로 이 두 가지를 구분하여 문제점을 검토한 후 조세조약상 조치의 문제점을 살펴본다.

가. 국내법상의 실질과세 규정의 문제점

국내법상 조세조약 남용 방지장치는 두 가지로 구분할 수 있는

데, 하나는 소위 GAAR(General Anti-Avoidance Rule)라고 하는 일반적인 조세회피 방지규정이고 다른 하나는 조세조약에 대해 적용하는 특정한 조세회피 방지규정이다.

일반적인 조세회피 방지규정의 경우에 그 규정을 조세조약에 그대로 적용할 수 있는지가 문제이다. 즉, 우리나라 국세기본법상의 조세회피 방지규정이 국제법인 조세조약에도 적용되는가 하는 문제라고 할 수 있다. 이에 대해서는 찬·반론이 양립하는데 국제법에는 적용하기 어렵다는 견해가 우세한 것으로 판단된다. 이러한 판단하에서 독일은 조세조약에 적용되는 조세회피 방지규정을 소득세법에도 규정해 놓고 있다. 우리나라는 이러한 관점에서 국제 조세조정에 관한 법률에 조세조약 회피에 대한 실질과세원칙의 적용을 규정하였다. 따라서 일반적인 조세회피 방지규정의 적용 문제는 우리나라에서 중요한 관심의 대상이 아니다.

국제조세조정에 관한 법률 개정 이후 중요한 이슈가 되는 것은 동법 제2조의 2에 나타난 실질과세원칙을 실제로 조세조약에 적용함에 있어 부족함이 없는지에 대한 의문이다. Ok and Oh(2006)는 동법 제2조의 2 제1항과 제2항은 국세기본법상의 실질과세원칙을 그대로 옮겨 놓은 것으로서 국세기본법상의 실질과세 규정의 문제점을 그대로 갖고 있다고 지적한다.

그동안 우리나라에서는 국세기본법상의 실질과세 규정이 선언적인 의미로 해석될 뿐, 실질적으로 과세관청 또는 납세자의 행위를 구속하는 힘을 발휘하지 못한다는 비판을 받아 왔다. 그 이유는 조세법률주의하에서 실효성 있는 과세규정이 되기 위해서는 소득의 정의, 납세자의 정의 등이 구체적으로 법률에 표현되어야 하는데, 국세기본법상의 실질과세 규정은 경제적 실질에 따라 과세한다는 선언 외에 구체적으로 경제적 실질이 무엇을 의미하는지 규명하는 세부 규정의 뒷받침이 없기 때문이다. 대법원 판례에 의하

면 “실질과세원칙에 의하여 당사자의 거래행위를 그 법 형식에도 불구하고 조세회피 행위라고 하여 그 행위계산의 효력을 부인할 수 있으려면 조세법률주의 원칙상 법률에 개별적이고 구체적인 부인규정이 마련되어 있어야 한다”⁹⁵⁾고 되어 있다.

이러한 관점에서 볼 때 국제기본법을 그대로 옮겨 놓은 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2도 동일한 문제를 갖고 있다고 할 수 있다. 즉, 경제적 실질을 규명하는 구체적인 규정들이 없는 상황에서서는 실효성을 갖기가 어렵다고 할 수 있다.

다음으로 살펴봐야 할 문제는 대법원의 경제적 실질에 대한 입장이다. 이에 대해서 윤지현(2006)은 다음과 같이 정리하고 있다. 대법원이 1990년 5월 14일에 선고한 90누 3027 판결은 당사자들의 행위가 ‘가장행위’에 해당하는 경우 당사자들이 창출한 외관을 무시하고 과세하는 것이 가능하다고 보고 있다. 이러한 가장행위에 대한 대법원의 입장은 다른 판례에서도 확인되고 있다.

그런데 이 ‘가장행위론’은 민법상 가장행위가 있으면 이러한 거래행위에 대해서는 사법상(私法上)의 효과는 물론 세법상의 효과도 인정할 수 없다는 것으로 이해된다. 이는 사법상 유효하지 않으면 실질이 있는 것으로 볼 수 없고 반대로 사법상 유효한 평가를 받으면 실질이 존재하는 것으로 보아야 한다는 내용의 법적 실질설과 일치하는 것이다. 윤지현(2006)은 이러한 판례에 대해서 ‘경제적 실질’에 따른 행위의 재구성이 불가능하다는 입장과 일관성을 갖는다고 해석한다. 이러한 해석에 따르면 지금까지의 대법원 판례는 경제적 실질의 개념 자체도 인정하지 않는 것으로 판단할 수 있다. 한편 이창희(2005)에 의하면 가장행위론의 현실적 기능은 경제적 실질설이다. 다만 법적 실질설의 논리를 유지하기 위

95) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95누 5301 판결 【법인세등부과처분취소】, 법원 1999. 11. 9. 선고 98두 14082 판결 【양도소득세등부과처분취소】, 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누 13571 판결 【법인세등부과처분취소】

한 방편으로 가장행위라는 말을 쓰고 있을 뿐이다.

국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 제3항에서 “경제적 실질에 따라 당사자가 직접 거래한 것으로” 본다고 규정하면서 ‘경제적 실질’이라는 용어를 명시한 것은 이와 같은 판례를 의식하여 나온 결과인 것으로 판단된다. 즉, 적어도 향후 국제거래에 있어서는 경제적 실질에 따른 재구성에 의한 과세가 가능하도록 분명히 하겠다는 의도인 것으로 이해된다⁹⁶⁾.

그러나 경제적 실질이 무엇을 의미하는지는 다시 논란의 대상이 된다. 윤지현(2006)은 경제적 실질과 대립되는 개념인 부당한 이득을 취한 경우에 대해 심도 있게 분석하였는데, 궁극적으로 OECD 모델 조약의 지도 원칙(guiding principle)이라고 할 수 있는 “조세조약 규정의 규율대상(object)과 목적(purpose)에 어긋나는 경우에는 조세조약의 혜택이 주어지지 않는 안 된다”는 원칙이 판단기준이 될 수 있다는 결론을 내리고 있다. 그러나 이러한 원칙에는 주관적 판단이 개입될 수밖에 없는데, 조세법률주의 원칙을 고수하는 대법원이 이 원칙을 어떻게 적용하여 나갈지 의문이다.

이러한 문제를 개선하기 위해서는 구체적으로 경제적 실질을 의미하는 내용을 법률에 규정하는 것이 바람직하다. 그러므로 독일에서는 경제적 실질에 따라 과세하여야 한다는 일반적인 조세회피 방지규정과 별개로 소득세법에서 경제적 실체라고 할 수 있는 납세자의 성격을 규명하고 그 성격에 따라 조세조약을 적용하거나 적용을 거부할 수 있도록 하고 있다. 즉, 조세조약에 나타난 LOB 조항을 국내법에 규정한 것이다. 물론 조세조약을 통해서도 이 규정을 확산시켜 나가야 하겠지만 그 과정에서 빠지는 부분을 국내법으로 보완하자는 것이 독일의 소득세법상 조세회피 방지규정의 입법취지인 것으로 판단된다.

96) 윤지현(2006).

이와 관련하여 또 하나의 중요한 문제는 국내법의 규정이 조세 조약을 우선할 수 있느냐 하는 문제이다. 이에 대해서는 찬반양론이 엇갈리며, 국가의 법률체계에 따라 서로 다른 해석이 내려지고 있다. 미국에서는 신법 우선주의에 입각하여 조세조약에서 문제가 발생할 경우 우선 국내법을 보완하여 문제에 대처하고 나중에 그 내용을 조세조약에 포함시키는 방법을 사용하고 있다. 독일의 경우 일반 규정은 조세조약에 우선되지 않으나 조세조약의 제약을 목적으로 신설된 특정 규정은 조세조약을 우선한다고 해석하고 있다. 이러한 관점에서 소득세법의 규정이 의미를 갖는다. 하지만 다른 대부분의 국가에서는 국내법에 비해 국제법인 조세조약이 우선된다. 비엔나 조약에 따르면 국가간 합의하에 결정된 조세조약은 한 국가가 일방적으로 결정한 국내법에 우선하기 때문이다.

이와 관련하여 국내법체계에 대해서도 서로 다른 견해가 존재한다. 그 중 하나가 국내법은 조약상의 실체적인 내용을 규율의 대상으로 삼을 수 없으며, 단지 그 시행에 관한 절차와 방법에 대한 사항만을 규율할 수 있을 뿐이라는 것이다⁹⁷⁾. 헌법 제6조 제1항에 의하면 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 갖는다. 국내법 간 충돌이 있을 경우에는 특별법 우선의 원칙이 적용된다. 그리고 특별법 사이에 또는 일반법 사이에 충돌이 발생하면 신법 우선의 원칙이 적용된다⁹⁸⁾. 그런데 조세조약은 양 체약국 거주자에 국한하여 적용되며, 특정한 소득에 대한 과세 문제를 특별히 규정하고 있기 때문에 국내세법의 특별법으로 해석된다⁹⁹⁾. 따라서 조세조약은 국내세법에 우선되므로 조약 남용을 규제하기 위하여 국내세법에 그 방지규정을 두는 경우 조약상의 실체적인 내용에 관한 사항을 규

97) 이 내용은 본 연구의 최종보고 세미나에서 서울시립대학교 김완석 교수께서 언급한 내용이다.

98) 김성수(2000).

99) 김완석(2006).

율의 대상으로 삼을 수 없으며, 단지 그 시행에 관한 절차와 방법에 관한 사항만을 규율할 수 있을 뿐이라는 입장이다.

이에 대해 윤지현(2006)은 두 가지 다른 가능성을 제시하였다. 첫째, 문제가 되는 국제조세조정에 관한 법률에 따르면 조약 적용 이전에 사실관계를 판단하여 경제적 실질을 재구성하고 그 다음에 조약을 적용하므로 내국법의 적용과 조약 적용간에 충돌이 발생하지 않는다는 것이다. OECD가 이러한 입장을 따르고 있는 것으로 판단된다. 모델 조약 제1조에 대한 해설서의 문단 23에 따르면 국내법상의 조세회피 방지규정은 조세조약과 배치되지 않으며, 따라서 양자 간 충돌이 발생하지 않는다. 충돌이 발생하지 않으므로 국내법이 조약을 무효화할 수 있는지도 문제가 되지 않는다.

둘째, 조세조약을 특별법으로 보아 특별법 우선의 원칙을 적용한다고 하더라도 각국 세법의 입법자가 조세조약을 무력화시킬 의도에서 내국세법 규정을 입법한 경우에는 내국세법의 규정이 우선한다고 보는 견해이다¹⁰⁰). 그러나 이 경우 법률의 해석에 있어서 조세조약의 특별법으로서의 성격이 문제가 되지 않을 수도 있으나, 입법론적인 관점에서 비엔나 조약의 원칙 위반 및 이에 따른 상대국의 보복과세 문제 등은 해결되지 않는다.

나. 비거주자 원천징수 특례조항의 문제점

소득세법 및 법인세법 제98조의 5에 나타난 외국법인에 대한 원천징수 특례조항에 대해서는 재정경제부장관이 고시한 지역 거주자에 한해서 원천징수 감면조치를 적용하지 않고 국내법에 의해 과세하도록 되어 있다. 그런데 비록 일부 지역이나 사전에 부정적인 의미로 특정 지역을 고시하여 그 지역에 대해서는 조세조약 적용에 불편을 제공하는 것이 국제사회에서 장기적으로 용인될 것

100) 박용석(1997).

인지 의문이다¹⁰¹⁾. 현재로서는 말레이시아의 라부안 한 지역만 고시된 상태이며, 라부안은 이미 우리나라에서 문제를 제기하여 말레이시아와 조세조약을 개정하고자 노력하고 있는바 큰 문제가 없는 것으로 판단된다. 그러나 실제로 이러한 상황에 도달하지 않은 상태에서 원천징수 특례조항이 큰 영향력을 발휘하기는 어려울 것으로 보인다. 독일에서는 보편적으로 원천징수를 하는 것을 원칙으로 하고 수익적 소유자가 입증된 경우에 한해서 또는 국세청장이 사전에 허용한 경우에 한해서만 조약상 감면세율을 적용하고 있다.

비거주자 원천징수 특례규정과 관련하여 제기하고자 하는 또 하나의 문제점은 조세조약 적용의 사전승인 및 원천징수세 환급불허 조건에 대한 문제이다. 유사한 규정을 갖고 있는 독일에서는 세법에 사전승인 요건뿐만 아니라 환급거부 요건을 규정하여 ‘경제적 실질’의 개념을 명확히 하였다. 그러나 이 규정은 조약 무효화의 문제를 야기하였으며, 이에 대해 독일은 의회가 명백하게 국제법상의 규정을 제약할 목적으로 국내법상에 특정 규정을 도입하였다면 나중에 도입된 그 특정 규정이 국제법상의 규정에 우선한다고 합리화하고 있다. 우리나라에서는 별도의 환급불허 조건을 규정하지 않고 있으므로 조약 무효화의 문제가 발생하지 않는다.

사전승인 조건은 일반적인 혜택의 제한 조항과 유사한 내용을 담고 있는데, 자세하게 검토해 보면 몇 가지 차이를 발견할 수 있다.

첫째, 미국의 재무부 모델 조약은 제1항에서 체약국 거주자는 ‘동 조에 규정된 범위 안에서 ... 혜택을 받는다’고 규정하고 제2항 이하에서 개인, 정부기관, 상장법인 등 혜택을 받을 수 있는 자격이 있는 자들을 열거하고 있다. OECD의 모델 조약은 제1항에서 ‘동조에서 별도로 정한 경우를 제외하고는 ... 제2항에서 정의하는 적격자이고 동시에 조약의 특례를 누리기 위한 다른 모든 조건을

101) Ok and Oh(2006).

만족시키는 경우에 한하여 ... 특례를 누릴 수 있다'고 규정하고 있다. 이와 같이 미국 및 OECD 모델에서는 제1항이 제2항 이하의 규정을 적용하기 위한 서론적 역할과 보완적 역할을 하는 데 비해, 우리나라의 법인세법 시행령 제138조의 5 제2항에서는 1호도 2~8호와 동일한 수준의 조건을 병렬적으로 열거하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그런데 그 내용을 보면 1호에서는 국내원천소득의 '실질귀속자'인 상대채약국 법인이, 3호에서는 채약국의 '상장법인'이 4호에서는 '상장법인의 자회사'가 사전승인 대상이 된다고 열거하여 포괄범위가 중복되고 있다. 통상적으로 LOB 조항의 제2항 이하에서 열거한 법인의 형태들은 소득의 실질적 귀속자인 채약국의 법인으로서 인정할 수 있는 채약국 거주자를 열거한 것이므로 우리나라의 규정 1호와 같은 포괄적 규정을 앞세울 필요는 없는 것으로 보인다.

둘째, 6호와 7호가 능동적 사업활동 및 소득의 연계성 규정을 대신하고 있는 것으로 보이는데, 일반적인 능동적 사업활동 규정에 비해 상당히 구체적이다. 규정이 구체적인 것은 행정을 간소화하고 분쟁의 소지를 줄인다는 점에서 장점이 있으나 실제로는 혜택을 받아야 할 자가 본의 아니게 혜택을 받지 못하는 경우도 발생할 수 있다는 문제점을 갖고 있다. 우리나라의 이 규정은 혜택의 적용 배제 여부를 최종적으로 판단하는 조세조약상의 LOB 조항과 달리 단지 사전승인만을 결정할 뿐이므로 사전승인에서 배제되더라도 나중에 환급을 받을 가능성이 사라지는 것은 아니다. 그러나 그 과정에서 납세자가 선원천징수라는 비용을 지급해야 함을 부인할 수는 없다.

셋째, 이러한 문제점을 보완하기 위하여 OECD 모델 조약의 LOB 조항 제5항과 미국 재무부 모델 조약의 제4항에서는 앞서 열거한 조건이 충족되지 않는 경우에도 과세당국이 인정하면 조세

조약을 적용할 수 있도록 허용하는 안전장치를 두고 있는데, 우리나라의 사전승인 조건에는 그러한 내용이 없다. 물론 사전승인이 조약적용 여부를 최종적으로 결정하는 것은 아니므로 그러한 안전장치가 필수적이라고 할 수는 없으나 그러한 안전장치가 있다면 일부 해당되는 납세자의 납세협력비용을 줄여줄 수 있을 것이다.

다. 조세조약상 납용 방지규정의 문제점

조세조약상의 조치는 특정 규정에 있어서의 실질과세원칙과 일반 조항으로서의 혜택의 제한 조항으로 구분할 수 있다. 특정 혜택을 배제하는 실질과세원칙으로 가장 보편적인 것이 이자와 배당, 사용료에 대한 수익적 소유자 규정이다. 이자와 배당 및 사용료 지급에 대한 원천지의 원천징수세 감면조치는 소득을 수취한 자가 수익적 소유자인 경우에만 적용된다는 내용으로서 우리나라가 체결한 대부분의 조약에 그러한 내용들이 규정되어 있다. 일부 국가와 체결한 조약에 한해 그러한 내용들이 포함되어 있지 않은데, <표 VII-1>에서 보는 바와 같이 대부분 아주 오래된 조약들이 이에 해당된다. 이 표에 의하면 수익적 소유자 개념이 포함되지 않은 조약들은 대부분 1970년대 또는 1980년대 초에 체결된 조약으로서 조약 체결 후 20~30년이 지난 현 시점에서 조약의 내용을 전반적으로 검토하여 개정할 필요가 있다고 본다.

<표 VII-1> 수익적 소유자 개념이 결여된 조약

	서명일(서명지)
네덜란드	1978. 10. 25 (서울)
말레이시아	1982. 4. 20 (쿠알라룸푸르)
미국	1976. 6. 4 (서울)
캐나다	1978. 2. 10 (서울)
태국	1974. 8. 26 (방콕)
핀란드	1979. 2. 8 (서울)
호주	1982. 7. 12 (캔버라)

두 번째 특별 규정은 부동산 과다법인의 주식양도차익에 대한 것이다. 부동산양도차익에 대해서는 원천지에서 과세하고 주식양도차익에 대해서는 거주지에서 과세하도록 하는 것이 조세조약에서 일반적으로 취하고 있는 원칙이며, 이 감면조치와 관련해서는 수익적 소유자에 한한다는 제한도 가하지 않고 있다. 따라서 최근 주식양도차익과 관련된 조약 남용 사례가 많이 발견되고 있다. 특히 우리나라의 경우에 부동산가격이 급등함에 따라 국내 부동산에 투자하는 외국인들이 증가하였는데, 이들은 부동산을 직접 사고파는 것이 아니라 법인을 설립하고 그 법인을 통해 국내 부동산을 거래함으로써 국내 원천징수를 회피하고 있다. 이러한 문제를 방지하기 위하여 조세조약에 “자산이 전적으로 또는 주로 부동산으로 구성된 회사의 주식이나 이와 유사한 권리의 양도로부터 발생하는 소득 또는 이득”에 대해서는 국내에서 원천징수하도록 하는 조항을 두고 있다. <표 VII-2>에서 보는 바와 같이 이러한 조항이 포함된 조약들은 대부분 1990년대 이후에 제·개정작업을 한 조약으로서 최근에 우리 정부가 이 조항을 포함시키고자 노력하고 있다는 점을 잘 보여주고 있다. 그 외에 직접투자기업의 주식을 매각한 경우에 대해 국내에서 원천징수하는 규정을 갖고 있는 조약들도 있다.

전체적으로 개별 조항의 수익적 소유자 또는 부동산 과다법인에 대한 양도차익 과세 문제는 정부에서 정확하게 인식하고 있으며, 조세조약 제·개정시 최대한 반영하고자 노력하고 있는 것으로 보인다. 앞으로도 지속적으로 이러한 노력을 계속해 나가야 할 것이다.

그 외에 조세조약에 나타나는 중요한 조약 남용 방지수단은 혜택의 제한 조항으로서 조세조약 남용의 가능성을 고려하여 적용대상이 되는 자를 미리 정해 놓는 것이다. 예를 들면 공개 시장에서 주식이 거래되는 회사는 소유가 분산되어 있어 소수의 지배주주에 의한 조약 남용의 가능성이 희박하다. 조세조약 남용을 위해서는

제3자가 자본의 대부분을 소유한 도관회사 등을 통해 거주지나 거래의 형식을 변경시키는 것이 일반적이다. 그러므로 혜택의 제한 규정에 의하면 양 계약국 거주자 중에서 공개된 주식시장에서 주식을 거래하는 자들은 별다른 조건 없이 조약 적용대상에 포함시키고 있다.

<표 VII-2> 부동산 과다법인 규정이 있는 조세조약

	서명일(서명지)
네팔	2001. 10. 5 (서울)
노르웨이	1982. 10. 5 (오슬로)
뉴질랜드	1981. 10. 6 (서울)
독일	2000. 3. 10
멕시코	1994. 10. 6 (멕시코시티)
모로코	1999. 1. 27 (리바트)
몰타	1997. 3. 25 (발레타)
몽골	1992. 4. 17 (울란바토르)
미얀마	2002. 2. 22 (양곤)
방글라데시	1983. 5. 10 (서울)
베트남	1994. 5. 20 (하노이)
스웨덴	1981. 5. 27 (서울)
스페인	1994. 1. 17 (서울)
아랍에미리트연합	2003. 9. 22 (두바이)
아일랜드	1990. 7. 18 (더블린)
영국	1996. 10. 25 (서울)
오스트리아	1985. 10. 8 (서울)
요르단	2004. 7. 24 (서울)
우크라이나	1999. 9. 29 (키예프)
이스라엘	1979. 3. 18 (서울)
인도	1985. 7. 19 (뉴델리)
일본	1998. 10. 8 (동경)
중국	1994. 3. 28 (북경)
칠레	2002. 4. 18 (서울)
카자흐스탄	1997. 10. 18 (서울)
캐나다	1978. 2. 10 (서울)
파키스탄	1987. 4. 13 (서울)
프랑스	1991. 4. 9 (파리)
필리핀	1984. 2. 21 (서울)
호주	1982. 7. 12 (캔버라)
슬로베니아	2005. 4. 25 (서울)

혜택의 제한 조항에 대해서는 미국이 가장 적극적이어서 스위스, 네덜란드 등 조세조약 남용의 가능성이 큰 지역과의 조세조약 개정시 동 조항을 포함시켰으며, 1979년 이후에 체결한 모든 조세조약에 이 조항이 삽입되어 있다. 우리나라는 미국과의 조세조약 개정시 이 조항이 포함될 것으로 예상되며, 그 외에는 아직까지 우리나라에서 이 조항이 조세조약에 포함된 사례가 없다. 우리나라뿐만 아니라 미국을 제외한 대부분의 다른 국가에서도 최근까지 이러한 혜택의 제한 조항을 자발적으로 조약에 포함시키지는 않았으며, OECD 모델 조약에서도 그러한 조항의 포함 가능성을 해설서에 명시해 두었을 뿐이다.

우리나라에서는 법인세법 시행령 제138조의 5 제2항이 LOB와 유사한 내용을 담고 있는데, 이 규정은 조약 적용 여부에 대한 최종적 판단이 아니라 사전적 판단의 성격을 갖고 있는 규정으로서 최종 판단을 의미하는 조약상의 LOB 조항에 그대로 끼워 넣기에는 무리가 있다. 수동적 소득이 10% 이하이면 능동적 사업활동을 한다고 보는 규정과 투자회사에 대한 규정은 투명성 관점에서 볼 때 장점이 있으나 국제적 규범에 비추어 볼 때 지나치게 완고한 규정으로서 이러한 규정을 만족시키지 못하면 최종적으로 조약의 적용을 배제한다고 규정하기에는 무리가 따른다. 제7호의 거주지 과세 조건도 조약 적용의 충분조건은 되지만 필요조건으로 삼기에는 무리가 있다.

3. 개편 방향

다음에서는 국내법과 조세조약으로 구분하여 앞서 언급한 문제점들을 개선하는 방안을 모색한다.

가. 국내법상 규정의 개편방향

앞서 언급한 바와 같이 우리나라의 국제조세조정에 관한 법률에

나타난 실질과세 규정은 선언적인 의미밖에 부여할 수 없는 것으로 인식되고 있는 국제기본법상의 실질과세 규정을 그대로 가져온 것으로서 실효성이 있는 규정이라고 하기 어렵다. 국제조세조정에 관한 법률 제2조의 2 제3항에서는 “조세조약 및 이 법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질에 따라” 조세조약을 적용한다고 규정함으로써 국제기본법 제14조와 동일한 제1항 및 제2항의 문제점을 보완하고자 하였다. 그러나 이 조항 역시 조약 규정과의 충돌문제, 경제적 실질의 개념 등 논란의 소지가 많은 내용들을 포함하고 있는바 명확성을 확보하여 실질과세 규정의 효과성을 제고할 필요가 있다.

그 방법 중의 하나가 독일과 같이 LOB 조항을 국내법에 포함시켜 남용의 가능성이 큰 납세자에 대해서는 조세조약이 적용되지 않도록 하는 것이다. 그러나 이러한 제도는 중대한 문제를 갖고 있음을 인식할 필요가 있다. 특히 조세조약을 무효화하는 것이 심각한 문제로 지적될 수 있다. 이미 체결한 조세조약에 낮은 세율의 적용이 규정되어 있으므로 우리나라가 가입한 비엔나 조약에 따라 이 약속을 지켜야 하기 때문이다. 그러한 관점에서 보면 비록 특정 지역에 국한시킨 것이긴 하지만 원천징수를 먼저 하고 조약적용대상임이 입증되면 기납부세액을 환급해주는 원천징수 특례 규정은 조약 무효화의 문제를 피할 수 있는 방법이 된다고 할 수 있다.

그러나 독일에서는 원천징수 환급거부 요건을 명확히 제시하고 있는 데 비해 우리나라는 그러한 구체적인 규정이 없어 어느 경우에 환급이 되고 어떤 경우에 환급이 되지 않는지 분명하지 않다. 실질과세원칙에 의해 판단한다고 하더라도 경제적 실질을 규정할 수 있는 세부규정이 없어 시행에 문제가 있다고 할 수 있다. OECD 모델 조약의 지도 원칙을 적용하여 조세조약 규정의 규율 대상(object)과 목적에 부합하는지를 기준으로 판단한다고 하여도

주관적 판단의 개입 여지가 상당히 크다는 문제가 존재한다. 한편 구체적인 판단기준을 법률에 규정하면 그 내용이 이미 체결한 조약과 다를 수도 있는데, 그러한 경우에는 조약 무효화(treaty override)가 심각한 문제로 대두될 것이다.

‘선원천징수-후환급’ 정책과 관련하여 대두되는 또 하나의 이슈는 우리나라와 같이 특정 지역에 대해서만 이 정책을 적용하느냐, 아니면 독일과 같이 원칙적으로 모든 지역을 대상으로 하느냐 하는 문제이다. 특정 지역만을 대상으로 하는 경우에 Ok and Oh(2006)가 지적한 바와 같이 해당 지역에 대한 부정적인 이미지로 인해 외교적 문제가 발생할 수 있다. 따라서 해당지역 고시에 신중을 기할 수밖에 없으며, 이미 문제가 발생한 지역에 대해 조세조약을 개정할 때까지 임시적으로 적용하는 규정으로서의 성격이 강하다고 할 수 있다. 따라서 조약 남용을 사전에 방지하는 역할을 기대하기는 어렵다.

선원천징수를 일반 원칙으로 하는 경우에는 두 가지 문제를 고려하여야 하는데, 하나는 행정 및 납세자의 편의를 위해 환급 조건 또는 사전적 조약적용 조건을 법률에 명확하게 규정하여야 한다는 점이다. 독일에서는 환급거부 조건을 규정하였기 때문에 조약 무효화가 중요한 이슈가 되었으나, 우리나라에서는 조약 적용의 사전승인 조건을 규정함으로써 조약 무효화의 문제를 피함과 동시에 납세자의 납세협력비용을 절감시키는 효과를 얻고자 하였다.

이 방안과 관련해서 한 가지 심각하게 고려해 볼 문제는 외자유입에 미치는 영향이다. 조약 남용이 법질서에 미치는 영향 등 여러가지 문제를 고려할 때 조약 남용의 발생을 방지하는 것이 바람직하기는 하지만, 본 보고서 제Ⅲ장의 분석에 의하면 국제 자본시장에서 결정된 가격에 순응하는 자본수입국의 입장에서 조세조약 남용에 대한 사전적 예방조치가 강화되어 납세자의 협력비용이 상당히 커진다면 자본수입이 줄어들 수 있으며 이는 국가경제에 부

정적인 영향을 줄 수 있다. 또한 주로 외국인투자자인 납세자의 입증의무를 강화하여 납세협력비용을 증가시키는 경우 그 비용은 궁극적으로 자본수입국 국민에게 귀착된다는 점을 인식할 필요가 있다.

선원천징수제도는 조약 남용을 획기적으로 줄일 수 있는 방법이 되는 한편 납세자의 납세협력비용 증가에 따른 부작용도 예상되는 바 앞으로의 정책방향에 대해 선뜻 단정적으로 이야기하기는 어렵다. 아직 다른 선진국에서도 선원천징수-후환급제도를 도입한 국가는 극소수에 불과하다¹⁰²⁾. 그러므로 여기서는 현재와 같이 특정 지역을 부정적인 의미로 고시하고 불이익을 주는 제도는 장기적으로 그 실효성을 유지하기 어렵다는 점과 독일과 같이 일반적인 선원천징수를 원칙으로 하는 경우 납세협력비용의 증가를 최소화하기 위해 사전승인 요건을 최대한 완화하여야 하며 이 경우 사후적으로 환급가능 여부에 대한 분쟁의 가능성이 크다는 점을 지적하는 데서 그치고자 한다. 독일에서는 이러한 분쟁을 최소화하기 위해 환급 조건을 국내법에서 규정하고 있는데, 이는 조약 무효화의 문제를 야기한다.

이와 같은 점들을 고려할 때 국제법 우선의 원칙을 견지하고 있으며 소규모 개방경제로서 아직도 자본수입이 국가경제에서 중요한 역할을 차지하는 우리나라로서는 기존의 조세조약상 발생하는 남용에 대하여 국내법으로 대처하는 데에는 한계가 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 소득·법인세법 및 국제조세조정에 관한 법률의 개정을 통한 보완이 일부 이루어졌으나, 근본적으로는 조세조약의 개정을 이루어내는 것이 가장 합리적이라고 하겠다. OECD에서도 조세조약은 양 체약국 간의 합의에 의하여 이루어진 것이기 때문에 일방적인 영향을 미칠 수 있는 국내법의 개정보다는 합의에 의

102) 연구진이 파악한 바로는 독일과 캐나다에서 그런 방법을 도입하였다.

한 조약의 개정을 보다 나은 정책방향으로 권고하고 있다. 독일과 같은 선원천징수 원칙을 도입하더라도 많은 조세조약에 LOB 조항을 도입하여 그것이 보편적인 규정이 되었을 때 도입하는 것이 국내법과 국제법의 충돌을 최소화하는 방법이 될 것이다.

조세조약 개정방법의 단점은 개정에 오랜 시간이 소요되고, 양국의 이해관계가 맞아 조약 개정에 대한 의견의 일치가 이루어져야 할 필요가 있다는 점이다. 그러나 조세조약 남용을 방지하기 위한 목적이라는 측면에서 양 체약국 간의 합의를 도출하는 것은 그리 어려운 일이 아닐 수도 있다. 다만 현재 진행되고 있는 한-말레이시아 조약의 개정과 같이 특정 조세피난처 지역(예: 라부안)을 제외하려는 노력은 양국 간의 이해 관계가 반드시 일치하지 않을 수 있기 때문에 다소의 어려움이 예상된다.

국내법 개정과 관련해서 마지막으로 언급하고자 하는 것은 현행 비거주자 원천징수 특례제도의 사전승인 조건이다. 법인세법 시행령 제138조의 5 제2항의 1~8호에 열거된 사전승인 요건 중 첫번째인 ‘소득의 실질귀속자인 체약국 거주 법인’은 상장법인 등 다른 조건과 중복되거나 충돌할 수도 있으므로 삭제하는 것이 바람직하다. 한편 6~7호에 열거된 조건들이 매우 구체적임으로 인해 발생하는 부작용을 최소화하기 위해 다른 LOB 조항에 나타난 바와 같이 1~8호의 조건이 충족되지 않더라도 국세청이 자체 판단에 의해 조약적용의 사전승인을 할 수 있도록 허용하는 안전장치를 추가할 필요가 있다.

나. 조세조약의 개편방향

조세조약의 개정에 있어서는 몇 가지 방안을 제시할 수 있겠다. 첫째는 각 조항별 실질과세 규정을 강화하는 것이며, 둘째는 OECD나 미국 재무부 모델 조약에서 제시하고 있는 LOB 조항을

신설하는 것이다. 셋째는 미국과 같은 신법 우선주의를 채택하고 있는 나라들과 조세조약을 개정할 경우에는 새로운 미-일 조약에서 보듯이 상대국에서 조세조약에 영향을 미칠 수 있는 법률의 제·개정이 있을 시에는 우리나라가 조약 개정을 자동적으로 요청하고 상대국이 이에 응할 의무를 부과하는 것이다.

조세조약의 각 조항별 실질과세원칙 규정에 대해서는 이미 정부에서 문제를 정확하게 인식하고 조약 개정작업을 진행하고 있는 바 그 노력을 지속적으로 해나가면 될 것으로 판단된다.

LOB 조항의 경우 이미 국내법에서 다른 조건없이 조약 적용을 허용하고자 하는 대상자의 성격을 밝혀 놓았으므로 조약에서는 그 내용들을 포함시키기에는 작업을 해나가야 할 것이다. 단, 능동적 사업활동에 대한 규정과 투자회사에 대한 규정이 유연성이 부족하여 조약에 포함시키기에는 부족한 면이 있으며, 국내법은 조약 적용의 충분조건을 규정하고 있을 뿐 필요조건을 규정하는 것은 아니라는 점을 인식하여 조약에서는 보다 포괄적이고 유연성 있는 규정을 도입하여야 할 것이다.

구체적 내용은 이미 앞의 모델 조약과 다른 국가들이 체결한 조약에 대한 검토에서 자세하게 논의하였으므로 여기서는 모델 조약간의 차이와 실제 체결한 조약들의 특성, LOB 조항의 도입시 유의해야 할 사항에 대해 간략하게 설명하는 데서 그치고자 한다. 그 다음에는 미국 등 일부 국가의 조약 무효화에 대한 대응방안 그리고 정보교환의 실효성 제고 방안에 대해 논의한다.

1) LOB 조항의 삽입

가) 모델 조약상의 LOB

LOB의 전형이 되고 있는 OECD와 미국 재무부의 모델 조약상에 나타난 LOB 조항을 살펴보면 거의 유사한데, OECD 모델 조

약이 몇 가지 점에서 보다 자세한 규정을 담고 있다. 첫째, OECD 모델 조약에서는 적격 법인의 자격에 대해 자회사의 경우 '5개 이하의 자격 있는 법인'이 소유할 것을 지정한 반면, 미국 재무부 모델 조약의 경우에는 '5개 이하'라는 숫자를 명시적으로 지정하지 않고 있다. 미국이 영국, 일본과 맺은 조약을 보면 OECD 모델 조약에 따라 '5개 이하'라는 문구를 수용하고 있는데, 실질적으로 자회사의 소유 법인이 대체로 5개 이하의 법인으로 이루어지고 있는 현실을 감안한다면 이러한 문구상의 차이는 실질적인 차이를 가져오지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

둘째, OECD 모델 조약에서는 영업·사업 관계에 있어서의 파트너십에 대해 정의하고 있다. 이때 파트너십을 통한 활동은 당사자가 행한 활동과 동일시한다. 또 소유권이나 수익권의 50% 이상을 보유하고 있는 경우에도 관련이 있는 것으로 판정하고 있다.

셋째, OECD 모델 조약에서는 독립기업간 원칙과 유사한 원칙을 적용하여 보유 주식에 대하여 특별한 계약이나 조건에 의해 적절한 비율을 넘는 소득을 받는 경우, 그 계약이나 조건이 없었을 경우에 받았을 부분에 대해서만 조약상의 특혜를 부여하도록 하고 있다.

나) 실제 조약상의 LOB

미국이 1979년 이후에 맺은 조약들은 모두 LOB 조항을 포함하고 있다. 이들 조약들은 나라에 따라 다소의 차이를 보이지만, OECD 모델 조약과 비교하여 본다면 배당, 이자, 사용료소득에 대해서도 LOB 조항을 통해 혜택을 구체적으로 제한하고 있는 점이 다르다고 하겠다.

새로운 미-일 조약에서도 도관을 이용하여 일본 원천소득에 대한 세금을 부당하게 경감하는 것을 방지하기 위하여 배당, 이자,

사용료, 기타 소득에 대한 도관 방지규정을 삽입하였다. 앞 장에서 설명한 바와 같이 이것은 이미 국내법상 도관 방지규정을 가지고 있는 미국이 일본의 입장을 고려하여 타협한 것이다. 새로운 미-일 조약에서 미국은 공세적이고 상대적으로 일본은 수세적인 입장에서 조약을 개정했다는 것을 감안한다면, 새로운 미-일 조약은 앞으로 우리나라가 선진국들과의 조세조약을 개정하는 데 있어 LOB 조항을 어떻게 삽입할 것인가에 대하여 좋은 참고자료가 될 수 있을 것으로 생각한다.

LOB 조항과 관련하여 또 한 가지 지적할 것은 파생적 혜택 기준(derivative benefit test)이다. 동 기준은 미국이 무차별대우를 중시하는 유럽 국가들과의 조세조약에서 채용하고 있는 기준이다. 이는 제3국 거주자가 제3국과 원천지국 사이의 조세조약에 의하여 동일한 혜택을 누리고 있는 경우, 일정 요건을 만족시키면 이 제3국 거주자에게도 조약의 특혜를 인정하여 주는 것이다. 지역적 경제통합이 계속해서 늘어나는 추세 속에서 향후 조세조약의 체결에 있어 이러한 조건을 인정해 줄 것인가는 교섭의 기본방침으로서 미리 검토해 둘 필요가 있다고 본다¹⁰³⁾.

다) LOB 도입시 유의점

LOB는 조세조약의 혜택을 받을 수 있는 자에 대하여 명확한 기준을 제시해주고 있으나, 실무적으로 본다면 원천징수 의무자에게 과도한 부담이 될 수 있다. 예를 들면, 과표침식 기준에 의하여 손금산입되는 제3국 거주자에 대한 지출이 총지출의 50% 미만이어야 한다는 조건을 원천징수자가 확인하기는 어려운 경우가 많다. 만일 이러한 조건이 충족되지 않았다는 것이 사후적으로 판명되었을 경우, 원천징수자에게 책임을 묻는 것은 과도한 부담이 아

103) 本庄 資(2005), p. 306.

닐 수 없다. 연금 수익자의 50% 이상이 거주자라는 것도 확인하기 어려울 수 있고, 영업이나 사업과 관련하여 중요한(substantial) 활동이라는 것 또한 정의는 내려져 있으나 실무적으로 확인하기는 어려울 수 있다¹⁰⁴⁾.

이렇듯 LOB에 의한 조약 남용 방지는 다른 많은 경우에도 그러하듯이 조약에 동 조항을 삽입하는 것만으로 끝나는 것이 아니라 이에 따른 후속 조치에 의하여 실무적으로 적용할 수 있도록 준비가 필요하다. 여러 가지 다른 문제들이 있어 도입에 신중을 기할 필요가 있긴 하지만, 독일과 같이 납세자가 조약 적용대상자임을 입증한 경우에 한하여 조세조약을 적용하고 그렇지 않은 경우에는 국내법을 적용하여 원천징수를 한 후 나중에 조약 적용대상자임을 입증하면 환급해 주는 것이 이 문제를 해결하는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

Rheinhold(2000)는 과세권 확보를 위하여 원천지 과세와 거주지 과세를 조세조약에서 보호하는 것이 어느 한 쪽으로 지나치게 되면, 결국 자기 나라의 과세권에 있어 한 쪽을 희생하게 된다는 것을 지적하고 있다. 미국과 그 시민의 입장에서 볼 때 지나치게 제한적인 LOB 조항은 해외투자를 하는 미국 시민에게 원천지 과세를 증가시키는 원인이 되는 반면, 순기준(net basis)으로 볼 때 이렇게 증가한 원천지 과세가 미국에서 세액공제되지 않을 가능성이 높기 때문이다.

Rheinhold(2000)는 또한 조세조약 체결에 있어 i) 원천지 과세의 감면은 조약 상대국의 거주지 과세에 해당되는 진정한(bona fide) 납세자에 한정할 것, ii) 조세피난처의 투자자에게는 절대로 원천지 과세에서의 감면혜택을 주어서는 안 되며 외견상 중과세국의 투자자도 조세피난처의 투자자와 마찬가지로 지위를 가지고 있는

104) 本庄 資(2005), p. 269.

경우에 주의할 것을 주문하고 있다¹⁰⁵⁾. 국가별로 본다면 공식적인 조세피난처는 아니지만 해외소득이나 지주회사 등에 특혜를 줌으로써 조약 남용의 기지 역할을 하는 나라들¹⁰⁶⁾과의 조약 개정시에는 특별한 주의를 기울일 필요가 있다.

2) 조약 무효화에의 대응

미국은 신법 우선원칙을 가지고 있고, 영국은 국내법이 우선이며, 독일도 특정 국제조약상 규정의 효력을 제한하기 위하여 국내 특별법을 제정할 수 있는 등 여러 나라가 조세조약을 무효화시킬 수 있는 법적 구조를 가지고 있다. 따라서 이러한 나라들의 조약 무효화에 대응하기 위해서는 앞서 살펴본 신 미-일 조약에서와 같이 자동개정 요구 조항을 삽입하는 것이 가장 현실적인 방안이 될 것이다. 동 조약에 의하여 이미 선례가 만들어진 만큼 개정 작업에 무리는 없을 것으로 예상된다.

3) 정보교환을 위한 조사권한의 신설

조약 남용을 방지하기 위하여 LOB 조항의 삽입 등 조약상 여러 가지 보완장치를 마련할 수는 있으나, 아무리 자세하게 규정한 조항이더라도 실제 적용에 있어서는 여러 가지 미비점이 발견되기 마련이다. 따라서 이러한 조항들을 실제 집행하기 위해서는 여러 가지 정보, 특히 상대국이나 제3국에 거주하는 개인이나 법인 및 그 거래에 대한 정보가 필수적이라고 하겠다.

따라서 신 미-일 조약에서는 정보교환의 실효성을 높이기 위하여 자국 과세상의 필요 유무에 관계없이 상대국을 위한 정보 수집

105) Rheinhold(2000), p. 682.

106) 홍콩, 말레이시아, 파나마, 캐나다, 그리스, 아일랜드, 룩셈부르크, 네덜란드, 필리핀, 영국 등을 들 수 있다.

을 할 수 있도록 필요한 조치를 강구할 것을 상호 의무규정으로 두고 있다. 이러한 규정은 OECD 모델 조약 제26조(정보교환) 제4항에서도 볼 수 있다.

남용 방지규정의 실효성을 높이기 위한 과세당국 간의 협력의 필요성은 새삼 강조할 필요가 없을 정도로 중요하다고 하겠다. 필요한 정보의 종류와 구체적인 협력 방안 그리고 이를 위한 조약상의 장치에 대한 실무적인 검토가 필요하다.

참고문헌

- 김성수, 『행정법 I』, 법문사, 2000
- 김영근, 『국제거래조세』, 세경사, 2003.
- 김완석, 『소득세법론』, (주)광고이텍스, 2006.
- 김준석, 『국제조세실무』, 영화조세통람, 2005.
- 박용석, 『조세조약과 국내세법과의 관계에 관한 고찰』, 『법조』, 제 46권, 제1호(통권 404호), 1997.
- 안종석, 『ATP(Aggressive Tax Planning) 사례와 대응방안』, 한국조세연구원, 세법연구센터 개소기념 정책토론회 자료, 2006. 3.
- _____, 『한국의 외국인 투자에 대한 조세지원제도 : 현황, 문제점, 개편방안』, 『외국인 투자에 대한 과세제도 및 이전가격세제』, 한국조세연구원, 한·중 국제조세 심포지엄 발표자료, 2005. 9.
- 안종석·구자은, 『주요국의 이중과세 배제방법 및 외국납부세액공제제도 현황과 시사점』, 한국조세연구원 세법연구센터, 세법연구 06-04, 2006. 11.
- 안종석·최준욱, 『국제조세 회피의 행태 및 경제적 효과 분석』, 한국조세연구원, 연구보고서 03-06, 2003.
- 안종석·한도숙, 『한·미 조세조약의 개정방안에 대한 연구』, 한국조세연구원, 용역보고서, 2000.
- 윤지현, 『국제조세조정예관법률 제2조의 2 제3항의 해석에 관한 고찰』, 『조세법 연구』, 제12권, 제2호, 2006.
- 윤현석, 『국제적 조세회피 방지를 위한 연구: 조세피난처의 이용과

- 조세조약 남용 방지를 중심으로』, 한국법제연구원, 2005.
- 이용섭, 『국제조세』, 세경사, 2003.
- 이창희, 『세법강의』, 박영사, 2005.
- 이태로, 『Treaty Shopping』, 『조세법연구』 제1집, 1995. 8.
- 金子宏, 『租稅法』, 弘文堂, 2006.
- 本庄 資, 『國際的 脫稅・租稅回避 防止策』, 大藏財務協會, 2004.
- _____, 『新日米租稅條約解釋研究-基礎研究』, 稅務經理協會, 2005.
- 淺川 雅嗣 編著, 『コンメンタール 改訂 日米租稅條約』, 大藏財務協會, 2005.
- 藤井 恵, 『これならわかる租稅條約』, 清文社, 2005.
- Baumann, Stephan, “Switzerland’s Unilateral and International Measures Against Tax Treaty Abuse,” *Tax Notes International*, 21 April 2003.
- Blumenthal, David, “Anti-Avoidance Rules,” *The Tax Journal*, No. 844, Monday, 3 July 2006.
- Buss, David and David Hryck and Robert Rothman, “International Tax Strategies -Tax Minimization Strategies Using Offshore Holding Companies-,” *The Tax Magazine*, Vol. 83, No. 4, April 2005.
- Corabi, Giampaolo and Roberto Scalia, “CGT from Alienation of Shares in Immovable Property Companies per Art. 13(4), OECD Model Convention: Part I,” *Tax Planning International Review*, BNA, 2006.
- Cremer, Helmuth and Firouz Gahvari, “Tax Evasion, Tax Policy and Economic Integration,” International Institute of Public Finance 52nd Congress, Tel Aviv, August 1996.
- Diaw, Khaled Moussa and Joeri Gorter, “Harmful Tax Practices: To Brook or to Ban?,” *FinanzArchiv* 59, 2003.

- Ehlermann, Christian and Nicola Selack, "Germany to Tighten Anti-Treaty-Shopping Rules," *Tax Notes International*, Vol. 43, No. 4, July 2006.
- Fujieda, A., S. Inoue and A. Dietl, "Controlled Foreign Corporation or Anti-Tax Haven Rules and Anti-Treaty Shopping Legislation-A Comparison with Germany," *Asia-Pacific Tax Bulletin*, July 1998, pp. 260~274.
- Goyette, Nathalie, "Tax Treaty Abuse: A Second Look," *Canadian Tax Journal*, Vol. 51, No. 2, 2003.
- Gzell, Ian, "Treaty-Shopping," *Australian Tax Review*, Vol. 27, June 1998.
- Haarmann, Wilhelm and Christoph Knödler, "German Supreme Tax Court Limits the Scope of the German Anti-Treaty Shopping Rule and Redefines Substance Requirements for Foreign Companies," *Intertax*, Vol. 34, No. 5, 2006.
- Haase, Florian, "German Corporate Exit Taxes: Corporate Law Requirements for the Place of Management in Germany," *Tax Planning International Review BNA*, 2006. 3.
- Kessler, Wolfgang and Rolf Eicke, "Closer to Haven? New German Tax Planning Opportunities," *Tax Notes International*, May 2006.
- Kingissepp, Andrew H., "Canadian Supreme Court on General ANTI-AVO," *Journal of International Taxation*, May 2006.
- Merks, Paulus, "Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning," *Intertax*, Vol. 34, Issue 5, 2006, pp. 272~281.

- Momsen, J. H., "Treaty Shopping and the Dividend Interest and Royalty Articles in Australia's Double Tax Agreements," *Australian Tax Review*, Vol. 27, September 1998.
- Mundaca, Michael and Margaret O'Connor and Thomas Eckhardt, "Overview of 2006 Germany-U.S. Tax Treaty Protocol," *Tax Notes International*, Vol. 43, No. 1, July 2006.
- Obermair, Christine and Patrick J. Weninger, "Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies," *Intertax*, Vol. 33, No. 10, 2005.
- Oberson, X and H. Hull, *Switzerland in International Tax Law*, IBFD, 2006.
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2005.
- OECD CFA "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" in *International Tax Avoidance and Evasion*, 1987.
- Ok, Moo Seok and Yoon Oh, "New Anti-Treaty Shopping Measures," *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Vol. 12, No. 5, June 2006.
- Penney, Mark, "UK/US Tax Treaty - Hybrid Entities," *The Tax Journal*, No. 844, Monday, 3 July 2006.
- Petkova, Svetozara, "Treaty Shopping - The Perspective of National Regulators," *Intertax*, Vol. 32, Issue 11, 2004, pp. 543~550.
- Rawal, Radhakishan, "OECD: Substance over Form," *The*

- Bureau of National Affairs*, 2006.
- Reinarz, Peter, "Revised Swiss Anti-Treaty Shopping Rules," *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, March 1999.
- Rheinhold, R., "What is Tax Treaty Abuse?(Is Treaty Shopping an Outdated Concept?)," *The Tax Lawyer*, Vol. 53, No. 3, Spring, 2000, pp. 663~702.
- Rossi, Marco, "Italy Clarifies Scope of Antiabuse Rule," *Tax Notes International*, Vol. 43, No. 1, April 2006.
- Scapa, Anna and Lars A. Henie, "Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention," *Intertax*, Vol. 33, Issue 6/7, 2005.
- Scharf, Kimberley A., "International Capital Tax Evasion and The Foreign Tax Credit Puzzle," Working Paper Series No. W97/11, The Institute for Fiscal Studies, 1997.
- Schofield, Mark, "UK/US Tax Treaty - Living with limitation on Benefits and Treaty Qualifications," *The Tax Journal*, No. 844, Monday, 3 July 2006.
- Segal, Brian D. and Jonathan Garbutt, "Canada's General Anti-avoidance Rule: Four Recent Cases of the Tax Court of Canada," *Tax Planning International Review*, BNA, 2006.
- Sorensen, Sharp and Suresh Advani, "Treaty Shopping and the New US-Netherlands Income Tax Treaty," *Opinion*, 1993.
- Trossman, Jeffrey and Heale, Amanda, "Tax authorities Take on the Treaty Shoppers," *International Tax Review*, Vol. 17, No. 1, Dec 2005/Jan, 2006, pp. 71~73.

- Thoemmes O. and K. Nakhai, “New Case Law on Anti-Abuse Provisions in Germany,” *Intertax*, Vol. 33, No. 2, 2005, pp. 74~79.
- UN Economic and Social Council, *Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters—Report of the First Session*, Dec. 2005.
- Verbeek, Patricia, “Dutch Exit Tax Approaches Last Hurdle,” *Tax Notes International*, April 2006.
- Vogel Klaus, “The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures,” in Guglielmo Maisto(ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, EC and International Tax Law Series, Vol. 2, IBFD, 2006.
- Wacker, Raymond, “Anti-treaty Shopping Restrictions in the New U.S.-Netherlands Tax Treaty,” *Tax Executive*, Vol. 45, No. 5, Sep/Oct 1993.
- Weyde, D. and J. Kraemer, “German Tax Court Ruling Takes Aim at Treaty Shopping,” *Tax Notes International*, Oct. 7, 2002, pp. 7~9.

<부록 1> 미국과 주요국 간의 조세조약 혜택의 제한조항

A. 일본(제22조)

1. 일방 체약국의 거주자로서 상대 체약국으로부터의 소득을 취득하는 자는, 이 조약의 특혜를 받기 위하여 별도로 정한 요건을 만족시키고, 또 다음 (a)부터 (f)까지 열거한 것 중의 하나에 해당하는 경우에 한하여, 각 과세연도에 있어서 이 조약의 특혜(이 조약의 다른 조의 규정에 의하여 체약국의 거주자에게 인정되는 특혜에 한한다. 이하 이 조에 있어서 마찬가지)를 받을 권리를 가진다. 단 이 조약의 특혜를 받는 것에 관하여 이 조에 별도로 정한 것이 있는 경우에는 예외로 한다.

a) 개인

b) 해당 체약국, 체약국의 지방정부 또는 지방공공단체, 일본은행 또는 미국연방은행

c) 법인 가운데 다음의 (i) 또는 (ii)에 해당하는 자

(i) 그 주된 종류의 주식 및 불균일 분배 주식이 5(b)(i) 또는 (ii)에 규정된 공인된 유가증권시장에 상장 또는 등록되고, 하나 또는 둘 이상의 공인된 유가증권시장에서 통상적으로 거래되는 법인

(ii) 그 각 종류의 주식의 50% 이상이 5개 이하의 해당 일방 체약국의 거주자인 (i)에 규정된 법인에 의하여 직접 또는 간접으로 소유되어 있는 법인(그 주식이 간접

으로 소유되어 있는 경우에는, 각 중간 소유자가 1조에 규정되어 있는 자뿐만 아니라 법인에 한한다.)

- d) 제4조 1(c)에 규정되어 있는 자
 - e) 연기금(당해 과세연도 직전 과세연도 종료일에 있어 그 수익자, 구성원 또는 참가자의 50% 이상이 양 체약국 거주자로서 개인인 연기금에 한한다.)
 - f) 개인 이외의 자로서 다음 (i) 및 (ii)의 요건을 만족시키는 자
 - (i) 그 자의 각 종류의 주식 또는 기타 수익에 관한 지분의 50% 이상이 a), b), c)(i), d) 또는 e)에 열거된 해당 체약국의 거주자에 의하여 직접 또는 간접으로 소유될 것
 - (ii) 해당 과세연도에 그 자의 총소득 가운데, 그 자가 거주하는 체약국에서 그 자의 과세소득을 계산하는 데 있어서 공제가 가능한 지출이, 제3국 거주자에 대하여 지급되었거나, 지급되어야 하는 금액에 대한 비율로서 50% 미만일 것. 단 해당 지출에는 사업의 통상적인 방법으로 행하여지는 서비스 또는 실물재산에 관계되는 지급(독립기업간 가격에 의한 지급에 한한다) 및 일반은행에 대한 금융상의 채무와 관계되는 지급(해당 은행이 양 체약국의 거주자가 아닌 경우에는, 해당 지급에 관계되는 채권이 양 체약국 내에 있는 고정사업장에 귀속되는 경우에 한한다)은 포함되지 않는다.
2. a) 일방 체약국의 거주자는 상대 체약국에서 취득한 각 소득에 대하여, 해당 거주자가 해당 일방 체약국에서 영업 또는 사업 활동에 종사하고 있고, 해당 소득이 해당 영업 또는 사업의 활동과 관련 또는 부수되어 취득된 것이고 해당 거주자가 이 조약의 특혜를 받기 위하여 별도로 정해진 요건을 만족시키는 것을 조건으로 이 조약의 특혜를 받을 권리를

가진다. 단, 해당 영업 또는 사업의 활동이 해당 거주자가 자기 계정을 위한 투자를 행하거나 또는 관리하는 활동(일반은행, 보험회사 또는 등록된 증권회사가 행하는 은행업, 보험업 또는 증권업의 활동은 제외한다)의 경우에는 예외로 한다.

- b) 일방 체약국의 거주자가 상대 체약국 내에서 영업 또는 사업의 활동으로부터 소득을 취득하는 경우 또는 해당 거주자와 제9조 1(a) 또는 (b)에서 말하는 관계를 가진 자로부터 상대 체약국 내에서 발생하는 소득을 취득하는 경우, 해당 거주자가 일방 체약국 내에서 행하는 영업 또는 사업의 활동이 해당 거주자 또는 해당 관련자가 상대 체약국 내에서 행하는 영업 또는 사업 활동과의 관계에 있어서 중요한 것이 아니라면, 해당 소득에 대하여 a)에 규정된 조건을 만족시키는 것은 아니다. 이 b)의 규정 적용상, 영업 또는 사업의 활동이 중요한가의 여부는 모든 사실 및 상황에 근거하여 판단한다.
3. a) 원천징수에 의한 과세에 대하여 1(c)(ii)의 규정을 적용하는 경우에, 일방의 체약국 거주자가 그 소득을 지급하는 날(배당의 경우에는 배당 지급이 결정되는 날)이 과세연도 종료일인 경우에는 해당 과세연도를 통하여, 해당 지급이 행하여지는 날이 과세연도 종료일 이외의 날인 경우에는 해당 과세연도중에 해당 지급이 이루어진 날 앞의 기간 및 해당 과세연도 직전의 과세연도를 통하여, 1(c)(ii)에 규정된 요건을 만족시키는 때에는, 해당 거주자가 해당 지급이 이루어지는 과세연도에 대하여 요건을 만족시키는 것으로 한다.
- b) 1(f)(i)의 규정을 적용하는 것은 다음에 정하는 바에 의한다.
- (i) 원천징수에 의한 과세에 대해서는 일방 체약국의 거주

자가 그 소득의 지급이 행해지는 날(배당에 대해서는 배당 지급이 결정되는 날)이 과세연도 종료일인 경우에는 해당 과세연도를 통하여, 해당 지급이 이루어지는 날이 과세연도 종료일 이외의 날인 경우에는 동 연도 중 지난 기간 및 과세연도 직전 과세연도를 통하여, 1(f)(i)에 규정하는 요건을 만족시키는 때에는, 해당 거주자가 해당 지급이 행하여지는 과세연도에 대하여 요건을 만족시키는 것으로 한다.

(ii) 기타 모든 경우에 대해서는 일방 체약국의 거주자가, 그 소득이 지급되는 과세연도 총 일수의 절반 이상의 기간에 1(f)(i)의 규정 요건을 만족시키는 때에는, 해당 지급이 이루어지는 과세연도에 대하여 요건을 만족시키는 것으로 한다.

c) 일본은 원천징수에 의한 과세에 대하여 1(f)(ii)의 규정을 적용하는 경우에는 미국의 거주자가 그 소득의 지급이 이루어지는 과세연도 직전 3개 과세연도에 대하여 1(f)(ii)에 규정하는 요건을 만족시키는 때에는, 해당 지급이 이루어지는 과세연도에 대하여 요건을 만족시키는 것으로 한다.

4. 일방 체약국의 거주자가 1(a)부터 (f)까지의 어느 경우에도 해당하지 않고, 제2항의 규정에 근거한 소득에 대하여 이 조약의 특혜를 받을 권리를 가지지 않는 경우에도 이 조약에 의해 인정되는 특혜에 대한 요구를 받은 체약국의 권한 있는 당국이 해당 체약국의 법령 또는 행정상의 관행에 따라 해당 거주자의 설립, 취득 또는 유지 및 그 업무의 수행이 이 조약의 특혜를 받을 것을 주목적의 하나로 하고 있지 않다고 인정되면, 이 조약의 특혜를 부여할 수 있다.

5. 이 조약의 적용상

- a) '불균일 분배주식'이라 함은 일방 체약국의 거주자인 법인의 주식으로, 그 조건이나 기타 계약내용에 의하여 해당 주식의 소유자가 그 조건이나 기타 계약내용이 없었을 경우에 비하여 해당 법인이 상대 체약국에서 취득하게 되는 소득의 분배를 보다 많이 받을 수 있는 권리를 가진 주식을 말한다.
- b) '공인된 유가증권시장'이라는 것은 다음과 같은 것을 말한다.
 - (i) 일본의 증권거래법에 의하여 설립된 유가증권시장
 - (ii) NASDAQ 시장 및 미국의 1934년 증권거래법에 의하여 설립된 증권거래소로서 증권거래위원회(SEC)에 등록된 유가증권시장
 - (iii) 기타 유가증권시장으로 양 체약국의 권한 있는 당국이 합의한 것
- c) '총소득'이라는 것은 일방 체약국의 거주자가 그 사업에서 취득한 총수입액에서 해당 수입을 얻기 위하여 직접적으로 필요한 비용을 차감한 잔액

B. 영국(제23조)

1. 동조에 있어서 별도로 정한 경우를 제외하고는, 상대 체약국으로부터의 소득, 이득 또는 수익을 소득으로 하는 한 체약국의 거주자가, 동조의 제2항에서 정의하는 적격자(a qualified person)이고, 동시에 조약의 특혜를 누리기 위한 다른 모든 조건을 만족시키는 경우에 한하여, 해당 체약국의 거주자에게 주는 동 조약의 모든 특혜를 누릴 수 있다.
2. 일방 체약국의 거주자는 다음의 하나에 해당하는 경우에 한하여, 과세기간에 있어 적격자가 된다.
 - a) 개인

- b) 적격 정부단체
- c) 다음의 하나에 해당하는 법인
 - (i) 동 법인의 대표적인 주식이 동 조 제7항 a)의 (i) 또는 (ii)에서 규정하는 공인된 증권거래소에 상장되어 있거나 거래가 인정되고, 하나 또는 복수의 공인된 증권거래소에서 통상적으로 거래되는 경우
 - (ii) 당해 법인의 의결권 및 가치 합계의 50% 이상을 대표하는 주식이 (i)에 의한 특혜를 받는 것이 가능한 5개 이하의 법인에 의해 직·간접으로 소유되는 경우(단, 간접소유의 경우에는 각 중간소유자가 체약국 중 하나의 거주자인 조건)
- d) 개인 및 법인 이외의 자로서 다음 중 하나에 해당하는 자
 - (i) 동 주체의 대표적인 unit가 동조 제7항 a)의 (i) 또는 (ii)에서 규정하는 공인된 증권거래소에 상장되어 있거나 거래가 인정되고, 하나 또는 복수의 공인된 증권거래소에서 통상적으로 거래되는 경우
 - (ii) 동 주체의 수익권을 50% 이상 직·간접으로 소유하는 자가 c)(i) 또는 d)(i)에 의한 적격자인 경우
- e) 동 조약 제4조 제3항 a), b) 또는 c)에서 규정하는 자(단, 동항 a) 또는 b)에서 규정하는 경우에는 그 수익자, 구성원 또는 참가자의 50%가 일방 체약국의 거주자인 개인일 것을 조건으로 한다.)
- f) 개인 이외의 자로서 다음의 경우에 해당하는 자
 - (i) 과세기간의 절반을 넘는 기간에 a), b), c)(i), d)(i) 또는 e)에 의해 적격자인 자가 해당 「개인 이외의 자」의 의결권 및 가치 합계의 50% 이상을 나타내는 주식, 기타 수익권을 직·간접으로 소유하고,

- (ii) 그 자의 거주지국에서 동 조약의 대상세목의 적용상 공제할 수 있는 지급의 형태로 양 조약국 어느 한 쪽의 거주자도 아닌 자에게 직·간접적으로 지급되는 금액이 그 자의 과세기간 총소득의 50% 미만인 경우(단, 사업의 통상적인 과정에서 서비스 또는 유형자산에 대한 독립기업간 지급 및 은행에 대한 금융채무에 관계되는 지급(단, 은행이 일방 체약국의 거주자가 아닌 경우에는 이 지급이 체약국 중 하나에 소재하고 있는 당해 은행의 고정사업장에 귀속하는 것을 조건으로 한다)을 제외)
- g) 신탁 또는 그 신탁의 수탁자로서 당해 신탁 수익권의 50% 이상이 다음의 하나에 해당하는 자에 의하여 보유되는 경우
- (i) a), b), c)(i), d)(i), e)에 의한 적격자 또는
- (ii) 이에 상당하는 수익자
- 단, 신탁 또는 그 신탁자가 거주하는 체약국에 있어서 동 조약의 대상세목의 적용상 공제할 수 있는 지급의 형태로 양 조약국 어느 한 쪽의 거주자도 아닌 자에게 직·간접적으로 지급 또는 지급하게 되는 금액이 과세기간에 신탁 또는 그 수탁자의 총소득의 50% 미만인 것을 조건으로 한다(단, 사업의 통상적인 과정에서 서비스 또는 유형자산에 대한 독립기업간 지급 및 은행에 대한 금융채무에 관계되는 지급(단, 은행이 일방 체약국의 거주자가 아닌 경우에는 이 지급이 조약국 중 하나에 소재하고 있는 당해 은행의 고정사업장에 귀속하는 것을 조건으로 한다)을 제외).
3. 일방 체약국의 거주자인 법인이 적격자가 아님에도 불구하고, 조약의 특혜를 누리기 위하여 규정된 다른 모든 조건을 만족시키고 동시에 다음의 조건을 만족시키는 경우에는 해당 법인은 소득, 이득 또는 수익에 대하여 일방 체약국의 거주자에게 주

는 특혜를 누릴 수 있다.

- a) 법인의 의결권 및 가치 합계의 95% 이상을 대표하는 주식이 7인 이하의 수익자에 의하여 직·간접적으로 소유되고, 동시에
 - b) 법인의 거주지국에 동 조약의 대상세목의 적용상 공제 가능한 지급의 형태로 수익자가 아닌 자에게 직·간접적으로 지급 또는 지급하게 되는 금액이 그 소득, 이득 또는 수익이 발생하는 과세기간의 법인 총 소득의 50% 미만일 것(단, 사업의 통상적인 과정에서 서비스 또는 유형자산에 대한 독립 기업간 지급 및 은행에 대한 금융 채무에 관계되는 지급(단, 은행이 일방 체약국의 거주자가 아닌 경우에는 이 지급이 조약국 중 하나에 소재하고 있는 당해 은행의 고정사업장에 귀속하는 것을 조건으로 한다)을 제외).
4. a) 일방 체약국의 거주자가 적격자가 아님에도 불구하고, 거주자가 한 체약국에서 적극적으로 영업을 수행하고(이러한 활동이 은행, 보험회사 또는 등록 증권딜러인 경우를 제외하고, 해당 거주자 자신이 스스로 투자를 하거나, 투자를 관리하는 사업도 제외), 상대 체약국으로부터 취득한 소득, 이득 또는 수익이 해당 영업·사업과 관련이 있거나 부수하여 발생하며, 해당 거주자가 조약의 특혜를 누리기 위하여 규정된 다른 모든 조건을 만족시키는 경우에는 해당 거주자가 상대 체약국으로부터 취득한 소득, 이득 또는 수익에 대하여 동 조약의 혜택을 누릴 수 있다.
- b) 일방 체약국의 거주자 또는 그 관련기업이 상대 체약국에서 영업·사업을 행하여 소득, 이득 또는 수익이 생기는 경우, 일방 체약국의 영업 활동이 상대 체약국에 있어 영업 활동에 관한 중요한 활동일 경우에만, 이들 소득, 이득 또는 수익에 a)가 적용된다. 영업·사업이 중요한가의 여부는 모든

사실과 상황에 기초하여 결정된다.

- c) 어떤 자가 a)에 의하여 일방 체약국에서 영업·사업에 적극적으로 종사하는 가를 판단함에 있어, 그 자가 파트너로 있는 파트너십이 행하는 활동 및 그 관계자가 행하는 활동은 그 자가 행하는 것으로 간주한다. 한 쪽이 다른 쪽의 수익권의 50% 이상(법인의 경우, 법인의 의결권 및 가치의 합계 또는 법인 수익권의 50% 이상을 대표하는 주식)을 소유하는 경우, 또는 다른 사람이 각자 수익권의 50% 이상(법인의 경우, 법인의 의결권 및 가치의 합계 또는 법인 수익권의 50% 이상을 대표하는 주식)을 직·간접적으로 소유하는 경우, 그 자는 다른 사람과 관계가 있는 것으로 간주된다. 어떤 경우에도 모든 사실과 상황에 기초하여, 한 쪽이 다른 쪽을 지배하거나 양쪽이 동일인에 의하여 지배되는 경우, 한 쪽은 다른 쪽과 관계가 있는 것으로 간주된다.
5. 동조의 다른 규정에도 불구하고, 일방 체약국의 거주자인 법인 또는 해당 법인을 지배하는 법인이 다음 요건을 만족시키는 종류의 주식을 보유하는 경우, 소득 가운데 보유자가 그 조건 또는 계약이 없었다면 받았을 부분에 대해서만 동 조약의 특혜가 주어진다.
- a) 그 보유자가 상대 체약국에서 생기는 법인의 소득, 이득 또는 수익 가운데 보유자가 이 조건 또는 계약이 없었다면 받게 되었을 부분보다 큰 부분을 받는 것이 가능하게 하는 요건, 그리고
- b) 「상당하는」 수익자(equivalent beneficiaries)가 아닌 자가 소유하는 의결권 및 가치의 50% 이상
6. 일방 체약국의 거주자로서 동조 제3항 또는 제4항에 의한 소득, 이득 또는 수익에 대하여 적격자가 아니고 특혜를 받을 수 없는 자는, 그럼에도 불구하고 상대 체약국의 권한 있는 당국이

해당 거주자의 설립, 취득 또는 유지 및 그 활동이 이 조약의 특혜 수혜를 그 주된 목적의 하나로 하고 있지 않을 경우, 이러한 소득, 이득 또는 수익에 대하여 조약의 특혜를 줄 수 있다. 상대 체약국의 권한 있는 당국은 이 항에 의해 이 조약의 특혜를 거부하기 전에 일방 체약국의 권한 있는 당국과 협의해야 한다.

7. 본조의 적용에는 다음의 규정과 정의가 적용된다.

- a) 「공인된 증권거래소」라는 것은 다음과 같은 것을 의미한다.
- (i) NASDAQ 및 1934년 미국 증권거래법에 의해 설립된 全美증권거래소로서 미국 증권거래위원회에 등록된 모든 증권거래소
 - (ii) 런던증권거래소 및 1986년 금융서비스법, 또는 경우에 따라서는 2000년 금융서비스·마켓법에 규정된 다른 모든 투자거래소
 - (iii) 아일랜드 증권거래소, 스위스 증권거래소, 암스텔담, 브뤼셀, 프랑크푸르트, 함부르크, 요하네스버그, 마드리드, 밀라노, 파리, 스톡홀름, 시드니, 동경, 토론토 및 빈의 증권거래소
 - (iv) 본조의 적용상, 권한 있는 당국이 승인하는 데 합의한 모든 다른 증권거래소
- b) (i) 「주된 종류의 주식(principal class of shares)」이라는 것은 해당 종류의 주식이 법인의 의결권 및 가치의 과반수를 나타내는 것을 조건으로, 법인의 통상 또는 보통 주식을 말한다. 단일 종류의 통상 또는 보통 주식이 법인의 의결권 및 가치의 합계의 과반수를 나타내지 않는 경우, 「주된 종류의 주식」은 합하여 법인의 의결권 및 가치의 합계의 과반수를 나타내는 종류의 주식이다.

- (ii) 「주식」에는 예탁증서(DR) 또는 신탁증서를 포함한다.
- c) 본조 제2항 d)에서 말하는 「unit」에는 개인(person)의 자산이나 소득의 배당 또는 분배를 받을 권리를 주는 주식, 기타 증서(채권 제외)를 포함한다. 「주된 종류의 unit(principal class of unit)」라는 것은 그 가치의 과반수를 나타내는 종류의 unit를 말한다. 단일 종류의 unit이 그 가치의 과반수를 나타내지 않는 경우, 「주된 종류의 unit」은 합계로서 그 가치의 과반수를 나타내는 종류이다.
- d) 「상당하는」 수익자는 구주공동체(European Community)가맹국, 구주 경제지역(European Economic Area)의 나라 또는 북미자유무역협정(NAFTA)의 당사국 거주자이고, 다음 거주자에 한한다.
- (i) A) EC 가맹국, EEA국 또는 NAFTA 당사국과 이 조약의 특혜를 청구하는 체약국 간에 이중과세 회피를 위한 포괄적 조약의 모든 특혜를 받는 것이 가능하자(단, 해당 조약에 포괄적인 특혜 제한조항이 포함되어 있지 않은 경우에는, 그러한 자는 이 조약의 제4조에 의한 체약국의 한쪽 거주자라면, 이 조 제2항에 의해 적격자가 될 것이라는 것을 조건으로 한다.)
- B) 이 조약의 제10조, 11조 또는 12조에 정한 소득에 대하여, 이 조약의 특혜를 받는 특정 종류의 소득에 대하여 이 조약에 의하여 적용되는 세율과 마찬가지로 낮은 세율의 적용을 받는 것이 가능할 것, 또는
- (ii) EC 지침의 규정에 의하여, 이 조약에 기반하여 특혜를 받는 것이 가능한 특정 종류의 소득을 원천징수세 면제의 형태로 받는 것이 가능한 EC 가맹국의 거주법인일 것

- e) 동조 제2항의 적용상, 어떤 종류의 주식 또는 어떤 종류의 unit는 과세기간의 개시 전일에 종료된 12개월간에 증권거래소에서 거래된 해당 종류의 주식 또는 unit의 합계가 해당 12개월의 기간 중에 해당 종류의 발행 완료 주식 또는 unit의 합계의 6% 이상인 경우에는 해당 과세기간에 하나 또는 복수의 공인 증권거래소에서 보통 거래된 것으로 본다.
- f) 법인 또는 법인격이 없는 社團은, 그 총소득이 주로 보험료 또는 재보험료 및 여기에 귀속되는 투자소득에서 이루어지는 경우에는 보험회사로 본다.

C. 캐나다(제29A조)

1. 미국에 의한 동 조약의 적용을 위하여
 - (a) 적격자는 동 조약의 특혜를 모두 누릴 수 있는 자로 하고,
 - (b) 제3항, 제4항, 및 제6항에 정한 경우를 제외하고, 적격자가 아닌 자는 동 조약의 어떠한 특혜도 받을 수 없다.
2. 동조의 적용상, 적격자는 캐나다 거주자로서 다음과 같다.
 - (a) 자연인
 - (b) 캐나다 정부, 지방정부, 기타 지방공공단체 또는 이러한 기관
 - (c) 그 주된 종류의 주식 또는 unit이 공인된 주식거래소에서 실질적이며 정규적인 거래가 행하여지는 법인 또는 신탁재산
 - (d) 그 각각이 (c)에서 말하는 법인 또는 신탁재산으로 5명 이하인 자에 의하여 주식(채무대체주식(debt substitute share)을 제외)의 의결권 및 가치의 50%를 넘게 직·간접적으로 소유한 법인
 - 단, 공동 소유권을 가진 각 법인 또는 신탁재산이 적격자 또는 미국의 거주자 또는 시민인 것을 조건으로 한다.
 - (e)(i) 그 주식(채무대체주식을 제외)의 의결권 및 가치의 50%

- 이상이 적격자, 미국의 거주자 또는 시민을 제외한 자에 의하여 직접 또는 간접으로 소유되지 않은 법인 또는
- (ii) 그 수익권의 50% 이상이 적격자, 미국의 거주자 또는 시민을 제외한 자에 의하여 직접 또는 간접으로 소유되지 않은 신탁재산
- 이전 과세기간에 적격자 또는 미국의 거주자 또는 시민이 아닌 자의 경우에 상응하는 법인 또는 신탁재산에 의하여 지급되거나 지급되어야 하는 총소득에서 공제할 수 있는 경비의 금액이 당해기간의 총소득의 50% 미만인 경우
- (f) 유산 재단
- (g) 비영리 단체: 단, 이 단체의 수익자, 구성원 또는 참가자의 반을 넘는 자가 적격자 또는 미국의 거주자 또는 시민인 것을 조건으로 한다.
- (h) 제21조(면세단체)의 제2항에서 정한 단체로 주로 적격자, 이전 5개년도 이내에 적격자이었던 자, 또는 미국의 거주자 또는 시민인 개인에 특혜를 줄 목적으로 설립된 것
3. 캐나다의 거주자이면서, 캐나다의 적격자가 아닌 자, 또는 그 관련자가 캐나다에서 영업 또는 사업(투자를 하거나, 투자를 관리하는 사업은 제외. 단 그러한 활동이 은행, 보험회사, 등록 증권 딜러 또는 예금금융기관에 의하여 사업의 통상적인 과정으로 고객과 영업하는 경우에는 제외되지 않음)에 적극적으로 종사하는 경우, 이 조약의 특혜는 미국의 거주자인 1인 또는 복수의 다른 자를 통하여 해당 거주자에 의해 직접 또는 간접으로 취득되는 이러한 소득을 포함하며, 해당영업 또는 사업에 관련되거나 부수되어 미국에서 생기는 소득에 대하여, 해당 거주자에게 적용된다. 해당 영업 또는 사업이 미국에 의해 이 조

약에 기초하여 주어지는 특혜가 청구되는 소득을 만드는 미국에서 행하여지는 활동에 관한 실질적인 경우에만, 소득은 캐나다에 있어서 영업 또는 사업의 적극적인 수행과 관련하여 미국으로부터 취득된 것으로 본다.

4. 캐나다의 거주자인 법인은, 다음과 같은 경우, 제10조(배당), 제11조(이자) 및 제12조(사용료)의 특혜를 누릴 수 있다.
 - (a) 그 주식(채무대체주식을 제외)의 모든 것에 의하여 표시되는 의결권 및 가치 합계의 90% 초과를 나타내는 주식이 각각 적격자, 미국의 거주자 또는 시민, 또는 다음의 자에 의하여 직·간접으로 소유되는 경우
 - (i) 미국이 포괄적인 소득세 조약을 체결하고 있는 나라의 거주자이고, 이 조약에 기초하여 미국이 주는 특혜의 모든 것을 누리는 것이 가능한 자
 - (ii) 이러한 자가 캐나다의 거주자이고, (또 제3항의 적용상, 거주자인 나라에서 영위하는 사업이 그 자에 의하여 캐나다에서도 영위되는 경우) 제2항 또는 제3항에 기초하여 특혜를 받을 자격이 있는 자
 - (iii) 이 조약에 기초한 특혜가 청구되는 특정종류의 소득에 대하여 이 자의 거주지국과 미국과의 조약에 근거하여, 이 조약에 의한 적용세율과 적어도 마찬가지로 낮은 미국세율을 적용받는 것이 가능한 자
 - (b) 이전 과세기간(또는 첫 번째 과세기간일 경우에는 그 기간)에 이 법인이 적격자 또는 미국의 거주자 또는 시민이 아닌 자에 대하여 지급 또는 지급해야할 총소득으로부터 공제할 수 있는 경비의 금액이 그 기간의 해당 법인 총소득의 50% 미만인 경우

5. 동조의 적용상,

- (a) 「공인된 주식거래소」라는 것은
 - (i) 전국증권거래업협회가 소유한 NASDAQ 시스템 및 1934년 증권거래법의 적용상 전국증권거래소로서 증권거래위원회에 등록된 주식거래소
 - (ii) 소득세법에 기초한 주식거래소로 정해져 있는 캐나다 주식거래소
 - (iii) 양해각서의 교환 또는 권한 있는 당국에 의하여 양 조약국이 합의한 다른 주식거래소
- (b) 일방 체약국의 「비영리단체」라는 것은 해당국에 있어 창설되거나 또는 설립된 존재로, 그 비영리의 지위에 의하여 해당국에 있어서 일반적으로 소득세를 면제받는 단체를 말하며, 민간재단, 자선단체, 노동조합, 통상협회 또는 유사한 단체를 포함한다.
- (c) 「채무대체주식」이라는 것은
 - (i) 그 일반원칙을 변경시키지 않고 수시로 개정되는 소득세법에서 정의된 「우선주」 항의 (e)에서 정하는 주식
 - (ii) 양 체약국의 권한 있는 당국이 합의한 다른 종류의 주식

6. 캐나다의 거주자인 자가 동조의 앞선 모든 규정하에서, 미국에 의해 그 조약에 기초하여 주어지는 특혜를 누리는 것이 불가능한 경우, 미국의 권한 있는 당국은 이 자의 요구에 의하여, 이 자의 이력, 구성, 소유 및 경영을 포함하는 모든 사실에 기초하면서

- (a) 그 설립 및 존재가 그렇지 않으면 받을 수 없는 동 조약에 근거하여 특혜의 수혜를 주 목적으로 한 것이 아닌가 또는
- (b) 동조의 목적에 관하여, 이 자에 대하여 동 조약의 특혜를 부인하는 것이 타당한가 아닌가를 결정한다.

권한 있는 당국이 (a) 또는 (b)가 적용되는 것으로 결정하는 경우, 이 자는 미국에 의하여 동 조약의 특혜를 받게 된다.

7. 동조의 이전 제 규정이 미국에 의하여 동 조약의 적용만을 위하여 적용된다고 하는 사실은, 특별한 행동이 동 조약의 규정이 남용되는 결과가 된다는 합리적인 결론에 이르는 경우, 어떤 방법이 되었든, 동 조약의 특혜를 부인하는 한 쪽 조약국의 권리를 제한하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

D. 프랑스(제30조)

1. 일방 체약국의 거주자로서 상대 체약국으로부터 소득을 취득하는 것은, 이 거주자가 다음과 같은 경우에 한하며, 상대 체약국에 있어서 이 조약 특혜의 모든 것을 누리는 것이 가능하다.
- (a) 개인
 - (b) 일방 체약국, 지방정부(미국의 경우) 또는 그 지방 공공단체 또는 해당국의 지방정부나 지방공공단체의 기관
 - (c) 다음 조건의 하나에 해당하는 법인
 - (i) 그 주된 종류의株式이 양 조약국에 존재하는 공인된 증권거래소에 상장되어 있고 하나 또는 복수의 공인된 증권거래소에서 실질적이며 정기적으로 거래될 것
 - (ii) 그株式의 의결권 및 가치 합계의 50% 초과분이, 어느 쪽 조약국의 거주자로서 주된 종류의株式이 (c)(i)에서 정해진 바와 같이 상장되고 거래되는 법인, (b)에서 말하는 자 및 그 의결권 및 가치의 50% 초과분이 (b)에서 말하는 자에 의하여 소유되는 법인의 조합에 의하여 직·간접적으로 소유될 것
 - (iii) ① 그株式의 의결권 및 가치의 합계의 30% 이상이 한 쪽 조약국의 거주자로, 그 주된 종류의株式이 (c)

(i)에 정해진 바와 같이 상장되고 거래되는 법인, (b)에서 말하는 자 및 그 의결권 및 가치 합계의 50% 초과분이 (b)에서 말하는 자에 의하여 소유되고 있는 법인의 조합에 의해 직·간접적으로 소유될 것

- ② 그 주식의 의결권 및 가치 합계의 70% 이상이, 어느 쪽 계약국의 거주자이거나 EU의 하나 또는 복수의 가맹국의 거주자이면서, 그 주된 종류의株式이 하나 또는 복수의 공인된 주식거래소에서 상장되고 실질적이면서 정규적으로 거래되는 법인, (b)에서 말하는 자, 의결권 및 가치 합계의 50% 초과가 (b)에서 말하는 자에 의하여 소유되고 있는 법인, EU의 하나 또는 복수의 가맹국, 지방정부, 지방공공단체 또는 이들 가맹국, 지방정부 또는 지방공공단체의 기관 및 의결권이 나 가치 합계의 50% 초과분이 이 가맹국, 지방정부, 지방공공단체 또는 그 기관에 의해 소유된 법인의 조합에 의하여 직·간접으로 소유될 것

(d) 다음의 자

이 자의 수익권의 50% 이상(법인에 대해서는 그 법인의 주식 의결권 및 가치 합계의 50% 이상)이 적격자가 아닌 자에 의하여 직·간접으로 소유되지 않고,

- (i) 이 자의 총소득의 50% 미만이 적격자가 아닌 자에 대하여 공제할 수 있는 지급을 행하기 위하여 직·간접으로 사용되든가 또는
- (ii) 이 총소득의 70% 미만이 적격자가 아닌 자에 대하여 공제할 수 있는 지급을 행하기 위하여 직·간접적으로 이용되고, 이 총소득의 30% 미만이 적격자가 아니고, EU 가맹국의 거주자가 아닌 자에게 공제할 수 있는

- 지급을 행하기 위하여 직·간접적으로 이용되는 경우
- (e) 제4조(거주성) 제2항 (b) (ii)에서 말하는 퇴직연금신탁 또는 단체
단, 그 수익자, 회원 또는 참가자의 과반이 적격자인 것을 조건으로 한다.
 - (f) 제4조(거주성) 제2항 (b) (iii)에서 말하는 투자단체
단, 그 단체의 지분, 권리 또는 이권의 과반이 적격자에 의하여 소유되는 것을 조건으로 한다.
- 2.(a) 일방 체약국 거주자는 다음과 같은 경우 다른 편 조약국으로부터 생기는 소득에 대하여 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능하다.
- (i) 이 거주자가 일방 체약국에 있어서 영업 또는 사업(투자를 행하거나 또는 투자를 관리하는 사업을 제외, 단, 활동이 은행 또는 보험회사에 의해 행하여지는 은행업 또는 보험활동인 경우는 제외되지 않는다)의 적극적인 수행에 종사하고,
 - (ii) 그 소득이 일방 체약국에 있어서의 영업 또는 사업에 관련되거나 부수되고,
 - (iii) 영업 또는 사업은 이 소득을 생성하는 상대 체약국에 있어서 그 활동에 관하여 중요한 경우
- (b) (a)의 적용상, 일방 체약국 거주자의 영업 또는 사업이 상대 체약국에 있어서 그 활동이 중요한가 하는 것은 사실과 상황의 모든 것에 기초하여 결정된다. 무엇보다도 어떠한 경우에도 이전 과세기간 또는 이전 3기 과세기간의 평균으로 다음 비율의 각각이 7.5% 이상이고, 또 비율의 평균이 10%를 넘는 경우, 영업 또는 사업이 중요한 것으로 본다.
- (i) 일방 체약국 거주자의 영업 또는 사업의 수행에 있어서

사용되거나 사용을 위하여 보유되는 자산 가치의, 상대
 조약국에 있어서 이 활동을 수행하는데 사용되거나 사용
 되기 위하여 보유되는 자산의 가치에 대한 비율

- (ii) 일방 체약국 거주자의 영업 또는 사업의 수행에서 생기는
 총소득의 상대 체약국에 있어서 이 활동의 수행에서
 생기는 총소득에 대한 비율
- (iii) 일방 체약국 거주자의 영업 또는 사업에서 동 조약국에
 있어서 제공된 노동에 지급되는 임금의, 이 활동과 연관
 되어 상대 체약국에서 제공된 노동에 지급되는 임금에
 대한 비율

위의 비율을 결정하는 데 있어, 자산, 소득 및 임금은 거주자
 가 상대 체약국에 있어서의 활동에 대하여 직·간접으로 소유
 하는 권리의 범위에 한하여 고려된다. 이 거주자나 그 관련 기
 업 중 어느 쪽도 상대 체약국에 있어서 활동에 대한 소유 권
 리를 가지지 않은 경우, 이 거주자의 일방 체약국에 있어서 영
 업 또는 사업이 이 활동에 관하여 중요한 것으로 간주된다.

3. 일방 체약국 거주자는 다국적 법인 그룹의 본부법인으로서 기
 능하는 경우에는 이 조약의 특혜를 누릴 수 있다.
4. 일방 체약국의 거주 법인은 다음의 경우, 제10조(배당), 제11조
 (이자) 또는 제12조(사용료)에서 말하는 소득에 대하여 이 조약
 의 특혜를 받는 것이 가능하다.
 - (a) 그 주식의 모든 의결권 및 가치 합계의 30%를 넘는 것이
 일방 체약국에 거주하는 적격자에 의하여 직·간접으로 소
 유되고,
 - (b) 그 주식 전체의 70%를 넘는 것이 하나 또는 복수의 적격자
 와 EU 가맹국의 거주자인 자의 조합에 의하여 직·간접으
 로 소유되고,

(c) 그 법인이 제1항(d) (i) 및 (ii)에서 정하는 과표 침식 기준(base reduction test)에 합치하는 경우

5. 제1항에서 제4항까지의 규정에도 불구하고, 일방 체약국의 기업으로 해당 체약국에 존재하지 않는 고정사업장의 이득에 대하여 해당 체약국에 있어서 면세되는 것은, 상대 체약국에서 소득을 취득하고, 그 소득이 그 기업의 제3국에 있는 고정사업장에 귀속되어야 하는 경우, 별도로 정한 바가 없다면 이 조약의 다른 규정에 기초하여 적용될 조세상의 특혜는 일방 체약국과 제3국에 있어서 조세의 합계가 그 소득이 그 기업에 의하여 일방 체약국에서 발생하고, 동시에 제3국에 있는 고정사업장에 귀속되지 않는 경우, 해당 체약국에서 부과한 것이 되는 조세의 60% 미만인 소득항목에는 적용되지 않는다.

이 항의 규정이 적용되는 배당, 이자 또는 사용료는 상대 조약국에 있어 그 총액의 15%를 넘지 않는 비율로 조세가 부과된다.

이 항의 규정이 적용되는 다른 소득은, 그 조약의 다른 규정에도 불구하고, 해당 상대 체약국의 국내법령 규정에 기초한 조세를 부과하게 된다.

이 항의 규정은 다음의 경우에는 적용되지 않는다.

- (a) 상대 체약국에서 생기는 소득이 제3국에 있는 고정사업장이 영위하는 영업 또는 사업(투자를 행하거나 투자를 관리하는 사업을 제외하고, 단 이러한 활동이 은행 또는 보험회사에 의해 행하여지는 은행업 또는 보험업의 활동인 경우는 제외되지 않는다)의 적극적인 활동에 관련되어 있거나 부수되는 경우
- (b) 프랑스가 해당 체약국인 경우, 프랑스는 제24조(이중과세의 구제) 제2항(e)(iii)에서 말하는 국내법의 규정에 따라서 이 고정사업장의 이득에 과세하고, 또는 미국은 그 일반원칙을

변경시키지 않고, 때때로 개정하는 국내세법 subtitle A의 제1장 N의 제2부의 F의 규정에 따라 이 이득에 대하여 과세한다.

6. 동조의 적용상, 다음의 정의가 적용된다.

- (a) 제1항(c)(ii) 및 (iii)에서의 「직·간접」으로 소유되는 주식과 관련하여, 공동 소유권을 가진 법인이 제6항(d)에 정의된 바에 따라 일방 체약국 또는 EU 가맹국 거주자가 아니면 안 된다는 것을 의미한다.
- (b) 제1항(d)에서의 「총소득」이라는 것은, 당 과세기간에 앞선 이전 과세기간에 있어서의 총소득을 말한다. 단, 당 과세기간에 앞선 이전 과세기간의 총소득 금액이 당 과세기간에 앞선 4개 과세기간의 총소득 연액의 평균 이상으로 본다.
- (c) 제1항(d)에서의 「공제할 수 있는 지급」은 이자 또는 사용료를 포함하지만, 이 지급을 행한 자가 거주자인 한 쪽 조약국에 있어서 제공한 서비스에 대한 독립기업간 보수 또는 사업의 통상 과정에서 유형채산을 구입 또는 사용 또는 사용 권리에 대한 독립기업간 지급을 포함하지 않는다. 여러 가지 종류의 지급은 권한 있는 당국의 상호 협의에 의해 「공제할 수 있는 지급」의 정의에 예외적으로 추가되거나 제외된다.
- (d) 제1항에 있어 「EU 가맹국 거주자」라는 것은, EU 가맹국과 이러한 조약의 특혜를 신청하고 있는 일방 체약국과의 사이에 시행되고 있는 포괄적 소득세 조약의 특혜를 누리는 것이 가능한 자를 말한다. 단, 이 조약이 포괄적 특혜의 제한 조문(이 조의 제1항(c) 및 (d)와 함께 제2항의 규정에 유사한 규정을 포함)을 포함하지 않는 경우, 이 자가 이 조약의 제4조(거주성)에 기초하여 일방 체약국의 거주자라면, 이 자

가 제1항의 원칙에 기초하여 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능할 것이다.

- (e) 제1항에서 「공인된 증권거래소」라는 것은, 다음과 같은 것을 말한다.
 - (i) 전국증권거래업 협회가 가지고 있는 NASDAQ 시스템 및 1934년 미국증권거래법의 적용상 전국증권거래소로서 미국증권거래위원회에 등록된 주식거래소
 - (ii) 증권거래위원회(Commission des operations de bours)에 의하여 관리되는 프랑스 주식거래소, 암스테르담, 브뤼셀, 프랑크푸르트, 함부르크, 런던, 마드리드, 밀라노, 시드니, 동경 및 토론토 거래소
 - (iii) 양 계약국의 권한 있는 당국에 의하여 합의된 기타 주식거래소
- (f) 제1항 및 제4항에 있어서 「적격자」라는 것은 제1항에 의하여 이 조약의 특혜를 누릴 수 있는 것이 가능한 자 또는 미국시민을 말한다.
- (g) 제2항에 있어서 「영업 또는 사업의 적극적 수행에 종사한다」는 것은 직접 그렇게 종사하는 자, 그와 같이 종사하는 파트너십의 파트너, 1인 또는 복수의 특수 관련 기업(거주자여부를 불문하고)을 통하여 그렇게 종사하고 있는 자에게 적용된다.
- (h) 제3항에서 「본부법인」이라는 것은 다음 조건을 만족시키는 자를 말한다.
 - (i) 스스로가 거주자인 계약국에 있어서 다국적 법인 그룹의 종합감독관리의 상당 부분(그룹 재무를 포함하는 것이 가능하지만 그룹 재무가 주이어서는 안 된다)을 제공할 것
 - (ii) 그 법인 그룹이 5개국 이상에서의 거주자이고, 적극적

사업에 종사하는 기업으로 결성되고, 5개국 각각(또는 나라들의 5개 그룹)에 있어서 행해지는 사업활동이 이 그룹 총소득의 10% 이상을 설명할 것

- (iii) 본부법인이 거주자인 일방 체약국 이외의 나라에서 행해지는 사업 활동이 이 그룹 총소득의 50% 미만임을 설명할 것
- (iv) 그 총소득의 25% 이하가 상대 체약국으로부터 취득될 것
- (v) 본부법인은 (i)에서 말하는 기능을 행하는 독립적이며 임의적인 권한을 갖고 있으며, 이를 행사할 것
- (vi) 본부법인이 거주자인 조약국에 있어서 제2항에서 정하는 자와 마찬가지로 소득세 원칙이 적용될 것 및
- (vii) 상대 체약국에서 생기는 소득이 (ii)에서 말하는 적극적 사업에 관련되거나 부수되어 취득될 것

이 항의 (ii), (iii) 또는 (iv)의 총소득 요건이 충족되지 않는 경우, 이전의 4개 과세기간에 있어 본부법인의 평균 총소득 및 그 그룹의 평균 총소득에 기초하여 계산될 때 그 요구되는 비율이 맞으면, 그러한 요건이 만족되는 것으로 본다.

7. 일방의 체약국 거주자이고 이 조의 앞 각 항의 규정에 기초하여 이 조약의 특혜를 누리는 것이 불가능한 자는, 그럼에도 불구하고, 상대 체약국의 권한 있는 당국이 이 자의 요구에 의하여 다음과 같이 결정한다면, 이 조약의 특혜를 주도록 한다.

- (a) 이 자의 설립, 취득 또는 보유 및 그 운용이 이 조약에 기초하여 특혜의 취득을 그 주된 목적의 하나로 하지 않을 것
- (b) 이 자에게 이 조약의 특혜를 부정하는 것이 이 조의 목적에 관하여 타당하지 않을 것이라는 점

상대 체약국의 권한 있는 당국은, 이 항에 기초하여 본 조약의 특혜를 부정하기 전에 다른 체약국의 권한 있는 당국과 협의하도록 한다.

8. 양 체약국의 권한 있는 당국은 이 조의 규정이 공통으로 합의된 적용을 받도록 발전시키는 견지에서 협의하는 것이 가능하다.

E. 독일(제28조)

1. 일방 체약국 거주자인 자가 상대 체약국에서 소득을 취득하는 것은 이 자가 다음과 같은 경우에 한하며, 상대 체약국에 있어서, 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능하다.
 - (a) 개인
 - (b) 일방 체약국, 지방정부 또는 지방공공단체
 - (c) 일방 체약국에 있어서 영업 또는 사업(투자를 행하거나 투자를 관리하는 사업을 제외, 단 이들 활동이 은행 또는 보험회사가 행하는 은행업 또는 보험업의 활동인 경우는 제외되지 않는다)의 적극적 수행에 종사하고, 상대 체약국에서 생기는 소득이 그 영업 또는 사업과 관련되거나 부수되어 생기는 것
 - (d) 그 주된 종류의 주식에 대하여 공인된 주식거래소에서 실질적이며 정규의 거래가 행해지는 법인
 - (e) ① 그 수익권의 50% 초과분이(법인에 대해서는 각 종류의 주식의 50% 초과) (a), (b), (d) 또는 (f)에 근거하여 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능한 자 또는 미국의 시민인 자에 의하여 직·간접으로 소유된 자 및
② 그 총소득의 50% 초과가 (a), (b), (d) 또는 (f)에 근거하여 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능하지 않은 자 또는 미국의 시민이 아닌 자에게 채무(이자 또는 사용료에 관한 채무를 포함)를 변제하기 위하여 직·간접으로 이용되지 않는 자 또는

- (f) 그 지위에 의해 그 거주지국에 있어서 일반적으로 소득세가 면세되는 비영리단체
단, 그 단체의 수익자, 회원 또는 참가자의 과반이 이 조에 의하여 이 조약의 특혜를 받는 것이 가능한 자인 것을 조건으로 한다.
2. 전항의 규정에 따라 이 조약의 특혜를 누리는 것이 가능하지 않은 자는 그럼에도 불구하고, 해당 소득이 생기는 나라의 권한 있는 당국이 그렇게 결정하게 되면, 이 조약의 특혜를 받게 된다.
3. 제1항의 적용상, 「공인된 주식거래소」라는 것은 다음과 같다.
- (a) 전국증권거래업협회가 보유하고 있는 NASDAQ 시스템 및 1934년 증권거래법의 적용상 전국증권거래소로서 증권거래 위원회에 등록된 주식거래소
 - (b) 주식의 등록된 거래가 행하여지는 독일 주식거래소
 - (c) 양 체약국의 권한 있는 당국에 의하여 합의된 기타 주식 거래소
4. 양 체약국의 권한 있는 당국이 본조의 규정에 공통으로 합의된 적용을 발전시킬 견지에서 협의하도록 한다. 권한 있는 당국은, 제26조(정보교환 및 행정상의 원조)의 규정에 따라, 본 조의 규정을 실시하고 국내법의 적용을 보장하기 위하여 필요한 정보를 교환하도록 한다.

〈부록 2〉 세 개 모델 조약의 조문 비교

조문	OECD 모델(2005)	UN 모델(2001)	미국 재무부 모델(1996)
Scope of the Convention			
1	Persons Covered	Persons Covered	General Scope
2	Taxes Covered	Taxes Covered by the Convention	Taxes Covered
Definitions			
3	General Definitions	General Definitions	General Definitions
4	Resident	Resident	Residence
5	Permanent Establishment	Permanent Establishment	Permanent Establishment
Taxation of Income			
6	Income from Immovable Property	Income from Immovable Property	Income from Real Property (Immovable Property)
7	Business Profits	Business Profits	Business Profits
8	Shipping, Inland Waterways Transport and Air Transport	Shipping, Inland Waterways Transport and Air Transport	Shipping and Air Transport
9	Associated Enterprises	Associated Enterprises	Associated Enterprises
10	Dividends	Dividends	Dividends
11	Interest	Interest	Interest
12	Royalties	Royalties	Royalties
13	Capital Gains	Capital Gains	Gains
14	[deleted]	Independent Personal Services	Independent Personal Services
15	Income from Employment	Dependent Personal Services	Dependent Personal Services

조문	OECD 모델(2005)	UN 모델(2001)	미국 재무부 모델(1996)
16	Director's Fees	Director's Fees and Remuneration of Top-level Managerial Officials	Director's Fees
17	Artistes and Sportsmen	Artistes and Sportspersons	Artistes and Sportsmen
18	Pensions	Pensions and Social Security Payments	Pensions, Social Security, Annuities, Alimony, and Child Support
19	Government Service	Government Service	Government Service
20	Students	Students	Student and Trainees
21	Other Income	Other Income	Other Income
Taxation of Capital			
22	Capital	Capital	Limitation on Benefits
Methods for Elimination of Double Taxation			
23	A: Exemption Method	Methods for the Elimination of Double Taxation	Relief from Double Taxation
	B: Credit Method		
Special Provisions			
24	Non-Discrimination	Non-Discrimination	Non-Discrimination
25	Mutual Agreement Procedure	Mutual Agreement Procedure	Mutual Agreement Procedure
26	Exchange of Information	Exchange of Information	Exchange of Information and Administrative Assistance
27	Assistance in the Collection of Taxes	Members of Diplomatic Missions and Consular Posts	Diplomatic Agents and Consular Officers
		Final Provisions	
28	Members of Diplomatic Missions and Consular Posts	Entry into Force	Entry into Force
29	Territorial Extension	Termination	Termination
Final Provisions			
30	Entry into Force		
31	Termination		

<국문요약>

조세조약 남용에 대한 대응방안 연구

안종석 · 홍범교

본 연구에서는 최근에 국내에서 중요한 이슈로 대두된 조세조약 남용에 대해 그 특징과 경제적 의미를 분석하고 향후 정책방향에 대해 논의하였다.

우리나라에서는 그동안 조세조약 남용이 중요한 이슈가 되지 않았으나 최근에 문제점을 인식하고 개선을 위한 노력을 기울이고 있다. 특히 1990년대 말 외환위기를 겪는 와중에 또는 외환위기를 극복한 직후에 도입된 외국자본이 투자자금을 회수해 가는 과정에서 막대한 이익이 발생하였으나 조세조약을 이유로 국내에서 세금을 전혀 납부하지 않았다는 사실이 알려지면서 커다란 사회적 이슈가 되었다.

본 연구는 크게 두 부분으로 나눌 수 있는데, 하나는 조세조약 남용 및 남용 방지정책의 경제적 효과를 분석한 것이고, 다른 하나는 제도적 관점에서 선진국의 조약 남용 방지제도의 발전과정을 검토하고 다양한 제도의 장·단점을 분석하여 향후 정책방향을 제시한 것이다. 본 연구에서 제시한 정책방향을 간략하게 요약하면 다음과 같다.

첫째, 국제법 우선의 원칙을 견지하고 있으며 소규모 개방경제로서 아직도 자본수입이 국가경제에서 중요한 역할을 차지하는 우리나라로서는 기존의 조세조약하에서 발생하는 남용에 대하여 국

내법으로 대처하는 데에는 한계가 있으며 근본적으로는 조세조약의 개정을 통해 문제를 해결하는 것이 가장 합리적이다.

둘째, 현행 비거주자 원천징수 특례제도의 사전승인 조건은 조건들 간의 중복성 및 충돌 가능성, 규정의 유연성 등을 고려하여 개정할 필요가 있다.

셋째, 조세조약의 각 조항별 실질과세원칙 규정에 대해서는 이미 정부에서 문제를 정확하게 인식하고 조세조약 개정작업을 진행하고 있는바 그 노력을 지속적으로 해 나가면 될 것으로 판단된다. 혜택의 제한 조항은 이미 국내법에서 다른 조건 없이 조약적용을 허용하고자 하는 대상자의 성격을 밝혀 놓았으므로 조약에서는 그 내용들을 조약에 포함시키는 작업을 해나가야 할 것이다. 단, 국내법은 조약적용의 충분조건을 규정하고 있을 뿐 필요조건을 규정하는 것은 아니라는 점을 인식하여 조세조약에서는 보다 포괄적이고 유연성 있는 규정을 도입하여야 할 것이다.

<Abstract>

A study on anti-treaty abuse measures

Jongseok An · Beom-Gyo Hong

This study reviews the characteristics of treaty abuse and analyses its economic impacts. Then it provides policy suggestions to prevent treaty abuse.

The Korean tax authority did not pay much attention to treaty abuse before 1999. Since the IMF crisis, foreign capital flow into Korea has increased greatly for the restructuring of financial sectors and industrial sectors. After the crisis is over, those foreign capital has reaped a great amount of profits. But those big profits were repatriated without paying any taxes to the Korean government, because they took advantage of tax treaties. That aroused social attention to treaty abuse and it became one of the big economic issues in international taxation in Korea.

This study is composed of two parts. First, we have analysed the impacts of treaty abuse as well as policy impacts to prevent it. Second, we looked into the institutional aspects of tax policy of other countries to prevent treaty abuse. We reviewed the historic policy development processes as well as the pros and cons of

different policies of different countries. Based on these analyses, we provided policy suggestions for the Korean tax authority as follows.

First, to revise the tax treaty itself is the best way to solve any problems stemming from treaty abuse. By that way, we can maintain the principle of the precedence of international law over domestic law. As a small open economy, we also have to consider any probable negative impact of strict prevention of treaty abuse on capital inflows.

Second, we need to consider the revision of pre-approval conditions for withholding tax at the source for non-residents. Because there are some overlapping and conflicting aspects between conditions.

Third, the tax authority have to continue its efforts in revising tax treaties over the principle of substance over form. They are already recognizing the problems and have been trying to correct them. The limitation on benefits clause should be included in the tax treaties, because it is reflected in the corresponding domestic laws. At the same time, we have to consider more comprehensive and flexible provisions in tax treaties.

<著者略歴>

안종석

연세대학교 경제학과 졸업
미국 University of Maryland 경제학 박사
현, 한국조세연구원 선임연구위원

홍범교

서울대학교 경제학과 졸업
미국 Brown University 경제학 박사
미국 New York 시립대학교 Queens College 경제학과 조교수
현, 한국조세연구원 선임연구위원

研究報告書 06-11

조세조약 남용에 대한 대응방안 연구

2006년 12월 22일 인쇄
2006년 12월 29일 발행

저 자 안종석·홍범교
발행인 최용선
발행처 한국조세연구원

1318-774 서울특별시 송파구 가락동 79-6번지
전화: 2186-2114(대), www.kipf.re.kr
등록 1993년 7월 15일 제21-466호

조판및
인쇄 일지사

© 한국조세연구원 2006

ISBN 89-8191-343-9

* 잘못 만들어진 책은 바꾸어 드립니다.

값 9,000원