creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 가치창출 이론의 타당성 검토

- 고정사업장과 이전가격세제를 중심으로 -

2023 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 세법 전공

배 효 정

다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 가치창출 이론의 타당성 검토

- 고정사업장과 이전가격세제를 중심으로 -

지도교수 이 창 희

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 세법 전공

배 효 정

배효정의 박사 학위논문을 인준함

2022년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

요약 (국문초록)

다국적 기업은 디지털 경제환경으로 인하여 전통적 기업과 구별되는 새로운 특징을 가지고 사업활동을 전개하며 이익을 창출하고 있다. 가치창출 이론은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 OECD 주도 하에 새로운 국제조세 규칙 마련에 필요한 과세상 지도원리로서 논의되었다. 그러나 가치창출 이론은 위 문제에 관하여 OECD에 의하여 '갑자기' 등장한 이론이었고 그 타당성에 대한 검토가 충분하지 않은바, 이 글은 가치창출 이론이 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위한 새로운 국제조세 규칙의 토대가 될 수 있는 과세상 지도원리로서 역할을 할 수 있는 충분한 이론적 타당성이 있는지 검토하기 위한 목적에서 시작되었다.

가치창출 이론은 디지털 경제라는 변화된 환경 속에서 다국적 기업의 조세회피 문제를 풀어낼 수 있는 새로운 찬란한 개념으로 처음 등장했다. 디지털 경제환경은 정보통신기술과 인터넷을 토대로 하고, 디지털 경제환경 속 다국적 기업은 이러한 정보통신기술과 인터넷 그리고 무형자산을 사업활동에 활용한 디지털 거래를 통해 매출을 일으킨다. 정보통신기술의 발전으로 새로운 사업영역이 창출되었고, 다국적 기업의 사업기능이 분산 및 통합되었으며, 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 시장의 출현도 빈번해졌다. 인터넷의 발전에 따라 데이터를 매개로 한 디지털 거래가 증가하고 공급자와 소비자의 지위는 엄격히 구별되지 않는다. 다국적 기업은 이러한 디지털 경제환경의 특징을 활용하여 현재의 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙을 무력화시키고 조세를 회피한다.

가치창출 이론의 주요 내용은 가치사슬, 가치네트워크, 가치샵 모델로 분류되는 기업이, 다른 기업에 비하여 경쟁우위를 가지게 되는 요인을, 가치창출 분석 절차를 통하여 검토하는 것이다. OECD는 2013년 BEPS 프로젝트의 시작과 함께 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문

제에 관하여 이 가치창출 이론을 사용하였다. OECD는 2018년 중간보고서까지 가치창출 이론의 핵심 개념인 '가치창출' 개념을 '소득의 발생'과 비슷한 의미로 사용하면서, 가치창출 이론을 새로운 국제조세 규칙을 위한 과세상 지도원리 격으로 논하였다. 그러다가 BEPS 프로젝트 2.0의 시작인 2019년 보고서부터 가치창출 개념 및 가치창출 이론에 관한 언급을 거의 하지 않은 채 BEPS 프로젝트의 구체적 대책인 '필라(Pillars)'를 논하였다.

바로 이 상황이 이 논문의 문제의식이다. 꽤 오랫동안 새로운 국제조세 규칙의 지도원리로 논의되었고 BEPS 프로젝트의 시동을 거는 개념이었던 가치창출 이론은 그냥 사라진 것인가? 사라졌다면 왜 사라진 것인가? 애초 그런 지도원리가 될 수 있는 개념이었는가?

가치창출 이론을 들고나왔던 세력들이나 논자들은 다국적 기업에 대한 가치창출 절차를 분석하는 것이 현재의 문제를 개선하고 새로운 국제조세 규칙을 구성하는 데 도움이 되고, 가치창출 이론이 시장관할의 강화(Pillar 1) 및 이를 위한 디지털세를 뒷받침하므로 BEPS 프로젝트에서 제시된 해결안과도 방향성이 일치한다고 주장한다. 이러한 입장은 대체로 다국적 기업의 소비시장이라 할 수 있는 유럽연합에서 주장된다. 이러한 입장에서는 새로운 국제조세 규칙에 가치창출 개념을 반영하여, 기존 고정사업장 개념을 대체할 새로운 연계점 설정에 가치창출 개념을 반영하는 의견과 이전가격 규칙 중 기능적 분석 과정에 가치창출 개념을 반영하는 의견을 제시한다.

반면 가치창출 이론이 법원칙으로서 기능할 수 없고 가치창출 개념에 터잡아 새로운 국제조세 규칙을 도출한다는 것 역시 불가능하다는 입장도 있다. 애초에 가치창출 이론은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위하여 논의된 것이 아니고, 가치창출 개념의 모호함으로 인하여 가치창출 이론이 법논리와 상관없이 정치적 파워게임에 이용될 수밖에 없으며, 가치창출 이론에 따라 과세 목적으로 가치를 산정하는 것 역시 어렵다는 것이다. 또한 논리적으로 가치창출 이론과 시

장관할의 강화나 디지털세와 연관성이 없음을 지적한다. 이러한 입장은 다국적 기업의 본거지국이라 할 수 있는 미국에서 주장된다.

이 대립이 논문의 주제이다. 논의순서는 먼저 가치창출 개념이 법적 요건으로 기능할 수 있을 정도로 명확한 개념인지 살펴본 다음, 가치창출 개념을 법적 요건으로 활용한 새로운 국제조세 규칙이 다국적 기업이 회피하는 현행 국제조세 규칙의 문제를 개선하면서 새롭게 과세권을 분배할 수 있는 현실적 가능성이 있는지 살펴보는 순서로 주제를 분석하였다.

논지는 우선 가치창출 개념은 그 불명확성으로 인하여 구체화된 법적 개념으로 활용하는 것이 불가능하다는 것이다. 또한 가치의 산정 및 평가 역시 곤란하고, 과세권 경합 상황에서 우열관계를 정할 수 없으므로 '가치창출'은 실질적으로 과세권을 분배하는 규칙 제정에 효과적인 개념이 아니다. 또한 가치에 수요 측면의 가치를 포함시키는 한, 가치에 대한 정량적 평가는 더욱 어려워지고, 공급적 측면의 가치와 수요 측면의 가치 사이에 상대적 평가 역시 문제된다. 가치창출 이론에서 설명하는 가치사슬 모델, 가치네트워크 모델, 가치샵 모델에 따른 구별 역시 그러한 구별에 따른 조세회피 사안에 대하여 유형적으로 구별되는 해결 방안이 도출되지 않는다는 점에서 그 구별의 실익이 없다.

가치창출 개념에서 끌어냈다는 몇 가지 규칙 역시 현실적으로 적용할 수 있는 효용성을 가지지는 않는다. 가치창출 이론에서 설명하는 가치창출 분석 절차에 따라 기업의 활동 및 소득을 현실적으로 구별할 수 없고, 따라서 고정사업장 개념의 변경 또는 새로운 연계점 개념의 창출도 불가능하다. 기능적 분석과정의 요소로서 가치창출 개념을 쓰거나 그에 터잡은 다른 지표들을 구성하는 것도 불가능하다. 기능, 자산, 위험 이외의 가치창출 개념을 추가로 검토하는 것이 실제 과세대상 이익 분배 과정에서 유의미한 역할을 할 수 없을 뿐 아니라 달리 기존 독립기업 원칙의 한계를 극복하는 것도 아니라는 점에서 이러한 내용의 규칙이 가지는 효용성은 없다고 봐야 한다. 결국 가치창출 이론은 디지털 경제환경 속

다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 '새로운' 대안이 아니다. 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙의 연혁을 고려한다면, 실상 가치창출 이론은 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 오랜 논쟁에서 한 쪽의 입장 — 고정사업장 개념에 관한 폐지와 독립기업의 원칙에 관한 폐지 — 을 달리 표현한 것일 뿐이다.

나아가 가치창출 개념을 법적 요건으로 한 규칙들은 최근 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결방향과 모순된다. 먼저 가치창출의 장소와 시장의 개념은 반드시 동일하지 않으므로 가치창출 이론을 논리적으로 일관한다고 하여 그것이 시장관할의 강화의 흐름과 연결되지 않는다. 최근 고정사업장이나 이전가격 규칙의 개정과 관련한 논의의 집약이라 할 수 있는 '필라' 1, 2는 가치창출이나 가치창출의 장소와 상관없이 무조건 일정 부분은 시장에 직접 과세권을 부여하는 내용의 규칙이다. 가치창출 이론은 최근 국제조세 규칙의 개정을 위한 논의의 흐름에 부합하지 않는다. 또한 독과점 이윤의 과세권 분배에 관하여도 가치창출의 장소가 시장이라고 보기 어려워서 가치창출 이론은 OECD의 보고서와 충돌한다.

이상의 논의를 종합하여 보면, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 이론은 과세상 지도원리라는 법원칙으로 논하기에 그 이론적 타당성이 충분하지 않을 뿐 아니라 가치창출 개념을 법적 개념으로 활용한 새로운 국제조세 규칙 역시 현실적으로 과세권이나 이익을 분배하는 기능을 할 수 없다. 작금의 논의동향을 추상화한 새로운 개념이 있다면 그것은 가치창출 이론이 아니라 시장 과세권(market jurisdiction)이다. 고정사업장 규칙의 개선은 가치창출의 장소가 아니라 '시장'을 반영해서 새로운 연결고리를 창설하는 방향이 되어야 한다. 애초에 디지털 경제환경 속 다국적 기업에 대하여 '공정한' 과세를 하지 못하고 있다는 주장을 한 입장에 선 것이 '시장'국가였기 때문이다. 이전가격 규칙 역시 시장의 강화라는 방향에 부합하는 방식으로 개선되어야 하며 이와 같은 맥락에서 공식배분법을 고려할 수 있다. OECD는 독립기업의 원칙과 상충되는 공식배분법을 채택하고 있지 않고, 당장 공식배분

법에 따른 이익분배 규칙을 제정하는 것 역시 현실적 어려움이 있다. 그러나 몇 가지 기술적 방법을 개선한다면 공식배분법을 적용 가능한 규칙으로 활용할 수 있을 정도로 개선시킬 수 있고, 시장 과세권이라는 방향과 부합할 수 있다.

주요어 : 디지털 경제, 가치창출, 가치창출 이론, 고정사업장, 이전가격 세제, 시장 과세권, BEPS

학 번 : 2015-31080

목 차

제1장 서론 ····· 1

제1절 논의의 배경 ····· 1

제2절 논의의 순서와 범위 ····· 5

제2장 디지털 경제의 특징과 현행 국제조세 규칙의 한계 ·· 8

제1절 논의의 필요성 및 방법 ····· 9

제2절 디지털 경제의 특징 ····· 10

1. 디지털 경제환경의 토대인 '정보통신기술' ····· 10

가. 새로운 사업영역의 발생과 사업기능의 분산 및 통합 ····· 10

나. 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 가능성 ····· 13

2. 인터넷의 발전과 디지털 거래 ····· 15

가. 온라인 대면(對面)과 플랫폼 ····· 15

나. 데이터를 통한 디지털 거래의 발전 ····· 16

3. 무형자산에 대한 의존성 증대 ····· 17

제3절 현행 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 한계 ····· 18

1. 디지털 경제의 특징과 고정사업장 규칙의 무력화 ····· 18

가. 정보통신기술의 발전과 재화용역 공급 방법의 변화 ····· 19

나. 인터넷의 발전과 플랫폼 내지 웹사이트를 통한 사업 ····· 20

다. 무형자산이란 존재장소가 없다 ····· 21

2. 디지털 경제의 특징과 이전가격 규칙의 무력화 ····· 23
가. 정보통신기술의 발전과 독점시장의 형성 ····· 23
나. 인터넷의 발전으로 기여도 계산이 어렵다 ····· 24
3. 소결론 ····· 26

제3장 가치창출 이론 ····· 28
제1절 서론 ····· 28
제2절 경영학상 가치창출 이론의 시작과 발전 ····· 29
1. 마이클 포터 : '가치활동', '가치창출', '가치사슬' ····· 29
가. '가치'와 기업의 활동(activity) ····· 29
나. '가치사슬' 및 기업의 활동 사이 연관성(linkage) ····· 32
2. 스타벨과 피엘스타드 : '가치네트워크', '가치샵'으로 확장 ···· 36
3. 소결 - '경영학상 가치창출 이론'의 핵심 ····· 40
제3절 OECD가 논의하는 가치창출 이론 ····· 41
1. OECD가 여러 문서에서 '가치창출'을 사용한 예 ····· 41
가. 2013년 액션 플랜 보고서 및 G20 정상회담 선언 ····· 41
나. OECD의 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서 ····· 44
다. 2014년 무형자산 관련 이전가격지침 ····· 47
라. 2017년 OECD 이전가격지침 ····· 50
마. 2018년 OECD 중간보고서 ····· 51
바. 2019년, 2020년 작업반 보고서 및 청사진(Blue prints) ····· 55

사. 2021. 7. 1.자 및 2021. 10. 8.자 OECD 성명(Statement) · 63
2. OECD가 논의하는 '가치창출 이론'의 흐름 ····· 65
3. 소결 - 'OECD의 가치창출 이론'의 핵심 ····· 68
제4절 가치창출 이론에 관한 논의가 가지는 의미 ····· 71
1. 이 글에서 말하는 가치창출 이론의 의미 ····· 71
2. '가치창출' 개념에 관한 잠정적 정의 ····· 73
가. '가치창출'에 관한 잠정적 정의의 필요성 ····· 73
나. '가치'를 이해하는 두 가지 관점 ····· 74
다. '창출'의 정의 ····· 77
라. 소결 ····· 79

제4장 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정론과 부정론 ····· 81
제1절 가치창출 이론의 효용성 긍정론 ····· 82
1. 가치창출 이론이 갖는 효용성의 근거 ····· 82
가. 기업분석에서 가치창출 이론이 가지는 효용성 ····· 82
나. 가치차출 이론과 시장관할 강화 ····· 83
다. 디지털세의 근거 ····· 87
2. 가치창출 이론에 대한 유럽연합의 입장 ····· 89
3. 가치창출 이론의 효용성 긍정론에서 주장하는 '새로운' 국제조세 규칙의 내용 ····· 91

가. 고정사업장 규칙 ····· 92
나. 이전가격 규칙 중 기능분석 ····· 103
제2절 가치창출 이론의 효용성에 대한 부정론 ····· 112
1. 가치창출 이론의 약점 ····· 112
가. 애초 엉뚱하다는 비판 ····· 112
나. ‘가치’와 ‘창출’ 개념의 모호함 ····· 113
다. 시장관할의 강화와 가치창출 이론 간 논리적 연관성이 없다는 비판 ····· 115
라. 디지털세 및 그 근거로 주장되는 가치창출 이론에 대한 비판 ····· 116
2. 가치창출 이론에 대한 미국의 입장 ····· 118
제3절 소결론 ····· 120

제5장 가치창출 이론의 타당성 검토 ····· 121

제1절 ‘가치창출’ 개념에 대한 검토 ····· 122
1. ‘가치창출’의 불명확성 ····· 122
가. ‘명확성’의 원칙과 명확성의 판단 기준 ····· 122
나. ‘가치창출 개념’의 명확성 검토 ····· 123
다. 가치창출 개념을 반영한 다른 ‘요소’에 대한 명확성 검토 128
2. 가치 측정의 어려움 ····· 129
가. ‘가치’의 정량(正量)적 측정의 어려움 ····· 129
나. 과세권 경합 상황에서 과세권 확정의 곤란 ····· 131

3. 소결 ····· 134
제2절 가치창출 개념을 반영한 규칙의 효용성 검토 ····· 135
1. '새로운' 국제조세 규칙으로 제시되는 의견에 대한 검토 ···· 136
가. 기업의 활동·소득의 구별 문제 ····· 136
나. 가치창출 모델간 유형 구별 실익에 대한 의문 ····· 145
2. 다국적 기업이 저지르는 조세회피 문제의 해결 방향과의 모순 ·· 147
가. 시장관할 강화와 가치창출 이론 사이의 연관성 부재 ····· 147
나. 최근의 논의의 흐름과 가치창출 이론 ····· 149
다. 가치창출 이론이 제시하는 법적 개념에 따른 과세대상 이익분배의 가능성 - 아마존닷컴에 대한 미국 조세법원 판결 ····· 157
라. '새로운' 대안이 될 수 없는 가치창출 이론 ····· 164
3. 독과점 시장과 가치창출 이론의 한계 ····· 171
가. 독과점 이익에 대한 과세에서의 입장 차이 ····· 172
나. 가치창출 이론에 의하는 경우 독과점 이익에 대한 과세 174
제3절 가치창출 이론에 대한 결론과 전망 ····· 177
1. 가치창출 이론에 대한 결론 ····· 177
2. 향후의 전망 ····· 178
3. 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결방향에 대한 제언 ····· 181
가. 시장관할에 과세권을 분배하는 방향 ····· 181
나. 공식배분법(global formulary apportionment)의 고려 ····· 182

제6장 결론 ····· 184

Abstract ····· 205

<표 차례>

[표 1] 15개 인터넷 기업 중 시가총액 상위업체, 1995년과 2017년 비교 ····· 12

[표 2] 디지털 경제의 특징과 조세회피 쟁점과의 연관성 ····· 27

<그림 차례>

[그림 1] 스마일 커브 ····· 79

제1장 서론

제1절 논의의 배경

‘디지털 경제’는 디지털 기술을 기반으로 하여 재화와 용역의 전자상거래를 촉진한다.[1] 디지털 경제에서는 발달된 통신기술을 바탕으로 당사자 사이 직접적 대면 없이도 온라인상 거래가 가능하다. 한편 ‘현행 국제조세 체계’[2]는 이러한 디지털 경제 이전의 경제환경을 토대로 한 규율 체계이므로 오늘날 이와 같이 변화된 디지털 경제 환경에 그대로 적용하는데 어려움이 있다.

예컨대 ‘전통적’[3] 다국적 기업은 유형적 시설을 이용하여 유형의 제품을 생산하고, 이를 소비자에게 판매하여 매출을 일으킨다. 전통적 다국적 기업은 유형의 제품을, 생산처에서 소비자가 있는 최종 판매처까지 인도하기 위해 다양한 인력 내지 제반시설(infrastructures)을 사용한다. 경제협

---

1) “디지털 경제”라는 용어는 Don Tapscott가 1996년에 출간한 책인 *“The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence”*에서 공식적으로 사용한 것으로 알려져 있다. 이후 디지털 경제에 관한 많은 연구가 발표되었고 이들 연구에서는 디지털 경제에 대하여 대부분 ‘디지털 기술을 기반으로 한 경제(an economy based on digital technology)’라는 간단하고 광범위한 정의를 사용하고 있다. 최근의 연구에서는 이러한 디지털 기술의 범주에 인터넷 뿐 아니라 모바일 기술, 사물인터넷(IoT) 등 새롭게 발달한 관련 기술 등을 모두 포함하여 사용하고 있다(김빛마로, “디지털 경제의 특징과 시사점 : 경쟁 및 조세정책을 중심으로”, 재정포럼, 제265호, 한국조세재정연구원, 2018. 7., 7-8면).

2) ‘현행’, ‘국제조세’, ‘체계’라는 용어는 상당히 광범한 단어들을 결합한 것인데 연구자는 위 단어를 이 글에서 논의 대상이 되고 있는 문제상황을 지칭하기 위하여 사용하였고, 이 글에서 ‘현행 국제조세체계’는 BEPS 프로젝트에 따라 주장되는 ‘새로운’ 국제조세체계와 대비되는, BEPS 프로젝트 ‘이전’의 국제조세 체계를 의미함을 밝혀둔다. 국제조세체계는 여러 개별·구체적 국제조세 규칙들이 일정한 원리에 따라서 짜임새 있게 조직되어 통일된 전체를 이룬 것이다. 따라서 이 글에서도 국제조세 체계는 국제조세 규칙을 포함하는 보다 상위의 개념으로 사용됨을 밝혀둔다.

3) 여기서 ‘전통적’이라는 표현은 공식적인 의미의 정의에 따라 사용한 것은 아니고, 디지털 경제환경을 기업의 사업활동에 적극적으로 활용하는 다국적 기업과 구별하여, 디지털 경제환경을 기업의 사업활동에 적극적으로 활용하지 않았던 이전의 다국적 기업을 지칭하기 위하여 사용하였음을 밝혀둔다. 이하에서도 이와 같다.

력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development, 이하 'OECD')에서 논의를 거쳐 국가 간 조세조약에서 널리 사용되는, OECD 모델조세조약상 고정사업장 규칙(OECD 모델조세조약 제5조)에 따를 때 전통적 다국적 기업이 사용하는 이러한 인력 및 제반시설은 고정사업장에 해당한다.[4] 따라서 그러한 인력 및 제반시설이 위치한 곳의 국가는 해당 기업의 고정사업장과 관련한 사업소득 전부에 대하여 과세권을 행사할 수 있었다.

그러나 오늘날 디지털 경제환경 속 다국적 기업은, 무형자산을 활용하거나 무형자산의 연구·개발 활동을 통하여 또는 무형자산을 활용하여 재화를 생산 및 판매하고 서비스를 제공하여 매출을 일으킨다. 또한 다국적 기업은 재화 및 서비스를 제공하는 과정에서 무형자산과 함께 정보통신기술과 인터넷을 두루 활용한다. 다국적 기업이 매출을 일으키는 과정에서 활용하는 이러한 요소들은 현행 국제조세 체계의 고정사업장 규칙에 따를 때 고정사업장에 해당되지 않는다. 따라서 그러한 정보통신기술, 인터넷, 무형자산이 위치하거나 사용된 곳의 국가는 물론이고 다국적 기업이 재화 및 서비스를 생산하고 판매하여 인도하기까지 모든 과정에 개입되는 국가들 중 어떠한 곳에서도 해당 기업의 사업장과 관련한 소득에 대하여 과세권을 행사할 수 없는 상황이 발생하였다.

이러한 상황은 2000년대 초반 구글(Alphabet Inc.)을 포함하여 애플(Apple), 페이스북(Facebook), 마이크로소프트(Microsoft), 오라클(Oracle) 등 여러 미국의 다국적 IT 기업들이 사용하였다고 하는 '더블 아이리시 더치 샌드위치(Double Irish with Dutch Sandwich, 이하 'DIDS')' 전략을 통하여 널리 알려지게 되었다. DIDS 전략은 기업의 본거지 외 매출에 대한 '원천지' 과세를 회피하기 위하여 아일랜드, 네덜란드와 같은 저세율

4) 한편 우리나라를 비롯한 대부분의 국가에서 OECD 모델조세조약상 고정사업장 규칙(OECD 모델조세조약 제5조)과 비슷한 내용의 규정을 두고 있다. 이러한 점에서 국가의 입법 사항이나 국가 간 조세조약의 내용 모두가 완전히 동일하지는 않지만, 이 글에서 현행 국제조세 체계의 고정사업장 규칙은 OECD 모델조세조약 제5조에 따른 고정사업장 규칙을 중심으로 이와 비슷한 내용으로 규정된 국가의 입법 내지 국가 간 조세조약에 따른 규칙을 지칭하여 사용한다.

국가 내 자회사 등 관계회사를 활용하는데,[5] 이렇듯 아일랜드에 두 개의 자회사를 설립하고 그 사이에 네덜란드의 자회사를 설립한 모습이 마치 샌드위치와 같다고 하여 붙여진 이름이다.[6] 이 전략은 다국적 기업의 관계회사 등에 대한 현행 고정사업장 규칙의 '허점(loopholes)'[7]을 이용하면서 저세율 국가에 기업의 소득 중 상당 부분 임의로 이전하는 것을 핵심으로 한다.[8]

위와 같이 다국적 기업들이 디지털 경제환경 속에서 발전된 정보통신 기술과 인터넷, 무형자산을 영업활동에 활용하여 많은 매출을 발생시키면서도 '현행 국제조세 규칙'[9]의 허점을 이용하여 어디에서도 과세권이 행사되지 않도록 하는 조세회피의 사례가 증가하였다.

이에 따라 OECD는 2013년부터 이러한 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 국제적 노력의 일환으로 15개의 개별적 '액션(Action)'[10]으로 구성된 '다국적 기업의 세원잠식 및 소득이전 방지를 위한 벱스(Base Erosion and Profit Shifting, 이하 'BEPS') 프로젝트'를 진행하고 있다. 이 BEPS 프로젝트의 목적은 OECD의 주도 하에 다국적 기업들이 그 경제적 활동에 따른 소득을 원천지국에서 그 기업의 의도에 따라 원천지국이 아닌 다른 곳으로 이전하여 세원을 잠식하는 방식의 조세회피 문제에 대해 현행 국제조세 규칙의 간극(gaps)과 부조화(mismatches)에 대한 대응방향을 제시하기 위함이다. 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제는 이 BEPS 프로젝트 중 Action 1. "디지털 경제의 조세문제(Addressing the

---

5) 안종석, "다국적 IT기업의 조세회피 행태와 시사점 : 애플, 구글의 사례를 중심으로", 재정포럼, 한국조세재정연구원, 2013. 7., 7면.

6) 이찬근, 김성혁, "Double Irish Dutch Sandwich(DIDS)를 통한 BEPS 프로젝트 고찰", 『조세학술논집』, 제32집 제3호, 한국국제조세협회, 2016. 10., 234-235면 참조.

7) 여기서 '허점'이란, 다국적 기업들이 현행 고정사업장 규칙을 적용받는 것을 회피하거나, 현행 국제조세 체계 내 규칙 중 다국적 기업들에게 유리한 규칙을 인위적으로 선택하여 적용받도록 하는 상황을 지칭한다.

8) 황남석, "더블아이리시 구조와 실질과세원칙", 『조세법연구』, 제24권 제3호, 한국세법학회, 2018. 11., 10면.

9) '현행 국제조세 체계'와 마찬가지로 '현행' '국제조세' '규칙' 역시 상당히 광범한 단어들을 결합한 단어로, 앞서 국제조세 체계 내에서 OECD 모델조세조약과 같이 국제적으로 합의된 규정을 지칭하기 위하여 사용한다.

10) 이하에서는 문맥에 따라 영문 원문 그대로 표기한다.

Tax Challenges of the Digital Economy)"에서 다루고 있다.[11)]

한편 이 글에서 주요하게 다루는 '가치창출 이론(value creation theory)'[12)]은, 디지털 경제의 조세문제 해결을 위한 BEPS 프로젝트에서 등장하였다. OECD는 BEPS 프로젝트가 시작된 2013년에 — '가치'와 '창출' 등 핵심적 개념 혹은 가치창출 이론에 대한 구체적 설명 없이 — '가치가 창출되는 곳에서 과세되어야 한다(profits are taxed where … value is created).'(이하 '가치창출 명제')는 명제의 형식으로 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 이론을 논의하기 시작하였다. OECD는 그 이후 BEPS 프로젝트의 후속보고서에서도 위와 같은 가치창출 명제 내지 가치창출의 개념을 반복적으로 사용하다가 2018년 ''디지털화'에서 초래되는 조세문제(Tax Challenges Arising from Digitalisation)" 라는 제목의 중간보고서(이하 '2018년 중간보고서'[13)])[14)]에서는 가치창출 이론을 설명하거나 전통적 다국적 기업과 구별되는, 실제의 디지털 경제환경 속 다국적 기업들에 대하여 가치창출 분석 절차를 적용한 예시를 보이는 등 가치창출 이론에 상당 부분 지면을 할애하였다.

2018년 중간보고서 이후 OECD는, 2020년 이후 발표한 후속보고서들[15)16)]의 전문(Foreword)에서 가치창출 명제를 반복하였다. 그러나 2018

---

11) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 17-18면.

12) '가치창출 이론(value creation theory)'이라는 용어는 공식적으로 정의되거나 국제적으로 혹은 국가적으로 합의된 용어가 아니다. 다만, OECD는 2018년 중간보고서에서 가치사슬(value chain) 개념을 설명하며 이를 '이론(theory)'이라고 표기하고 있다. 이하의 글에서는 마이클 포터가 제시한, 가치사슬 개념과 이에 대한 가치사슬 분석(value chain analysis), 그리고 스타벨과 피엘스타드가 이전의 마이클 포터의 논의를 서비스 분야에까지 이를 확장하며 제시한, 가치네트워크(value network) 및 가치샵(value shop) 개념과 이들에 대한 가치분석 과정(value configuration analysis)에 관하여 '가치창출 이론(value creation theory)'이라고 지칭하는 일부 학자들의 사용례에 따른 것이다. 이하에서도 이와 같다.

13) 여기서 '중간' 보고서, '최종' 보고서는 하나의 주제에 관하여 이어지는 중간, 최종의 의미가 아니다. OECD가 BEPS 프로젝트에서 제시하는 보고서 일정에 따라 더 이상의 수정이 발생하지 않는 형태로 제출된 최종(Final) 보고서를 '최종(Final)'보고서로, 그 일정 이전에 추가적 수정이 발생할 수 있는 형태로 제출된 임시(Interim) 보고서를 '중간(Interim)' 보고서로 지칭한다.

14) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018.

년 중간보고서에서 논의한 수준으로 가치창출 이론에 관한 논의를 계속하지는 않았고, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위한 대책인 '필라(Pillar 1, 2)'[17]에 관한 구체적 논의를 이어갔다.

이상의 논의에서 살펴본 바와 같이, 현행 국제조세 체계의 토대가 된 경제환경은, 디지털 경제환경으로 변모하였다. 다국적 기업의 DIDS 전략을 대표로 하는 다국적 기업의 조세회피 문제가 대두된 이후 이러한 사례에 대처하기 위하여 OECD가 BEPS 프로젝트를 시작하였다. 가치창출 이론은 이 BEPS 프로젝트의 시작과 함께 다국적 기업의 조세회피라는 국제조세의 논의 속 문제에 등장하였지만, OECD도 가치창출 이론에 관한 논의를 일관하여 지속하지는 않았다. 이러한 배경에서 다국적 기업의 조세회피가 문제되고 있는 디지털 경제환경은 어떠한 특징이 있고, 다국적 기업은 어떻게 과세대상이 되는 소득을 발생시키고 어떠한 현행 국제조세 규칙을 무력화시켜 조세회피를 하는지, 가치창출 이론은 이러한 조세회피 사안에 대하여 어떻게 등장하여 어떻게 논의되었는지, 실제 가치창출 이론이 조세회피 사안에 대한 대안으로서 역할을 할 수 있는지에 관한 검토가 필요하다. 이것이 이 글에서 논하고자 하는 가치창출 이론에 관한 문제의식이다.

제2절 논의의 순서와 범위

---

15) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

16) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

17) '필라'는 'Pillar'의 영어 발음을 그대로 한글로 표기한 것이므로 이를 번역한 우리말로 표기하는 것이 적절하나 공식적으로 우리말 표기를 어떻게 할 것인지에 관하여 정하여진 바는 없는 듯 하다. 또한 기획재정부나 외교부와 같은 기관에서도 필라에 대한 우리말 표기를 '접근방법', '대책' 등으로 혼용하여 사용한 경우도 있고, 영어 발음 그대로 표기한 '필라'로 표기한 경우도 발견된다. 이러한 상황에서 임의적으로 선택하여 필라를 그대로 우리말 표기하는 것은 적절하지 않아 원문 그대로 충실하게 '필라'로 표기하였음을 밝혀둔다.

우선 제2장은 다국적 기업의 조세회피 문제의 배경이 되는 디지털 경제환경의 특징을 살펴본다. 디지털 경제환경은 다국적 기업의 조세회피라는 현안의 배경이 되고 있고, 다국적 기업이 디지털 경제환경의 특징을 영업활동에 활용하여 조세를 회피하는 상황이 문제되기 때문이다. 다국적 기업이 디지털 경제환경의 특징에 따라 소득을 발생시키는 과정에서 현행 국제조세 규칙 중 특히 고정사업장과 이전가격 규칙과 관련한 조세 회피가 문제될 수 있음을 확인한다. 이러한 검토에 따라 이하에서 고정사업장과 이전가격 규칙을 중심으로 하여 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 논의할 필요성이 있음을 확인한다. 이를 바탕으로 OECD가 위 문제에 대응하기 위한 BEPS 프로젝트에서 논의를 시작한 바와 같이 가치창출 이론이 고정사업장과 이전가격 규칙을 회피하는 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 충분한 대안이 될 수 있는지 검토한다.

제3장은 가치창출 이론과 관련한 내용이 포함된, ‘OECD 문서’[18]를 검토해서 OECD가 가치창출 이론을 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피라는 국제조세 문제에 대하여 어떻게 전개해왔는지를 검토한다. 가치창출 이론은 하늘에서 뚝 떨어진 것은 아니고 마이클 포터가 처음 제시한 가치활동, 가치창출, 가치사슬이라는 개념을 차용한 것이며 다시 그 뒤 스타벨과 피엘스타드가 제시한 가치네트워크, 가치샵이라는 개념을 추가로 차용한 것이다. 제3장은 이들 학자들의 논의 그 자체를 검토한 뒤 OECD 문서가 이들이 제시한 개념을 어떻게 받아 썼는지의 순서로 논의를 이어간다. 요는 OECD는, 2018년 중간보고서를 기점으로 새로운 국제조세 규칙을 형성하는 과세상 지도원리의 차원에서 가치창출 이론을 논의하였지만 2019년 이후 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제 해결을 위한 대책인 ‘필라(Pillar 1, 2)’를 논하는 과정에서

18) 이때 ‘문서’는, OECD가 발표한 보고서(report), 선언, 성명(statement), 지침(guidelines), 해설서(Commentary) 등 이 글을 쓰기 위하여 연구자가 살펴 본 것들을 모두 합쳐 지칭하는 것이다. 이하에서도 이와 같다.

2018년 중간보고서에서와 같은 논의가 더이상 이어지지 않는다는 것이다. 위와 같은 가치창출 이론의 위상의 변화를 염두에 두면서 가치창출 이론이 가지고 있었던 또는 가질 수 있는 의미를 생각해본다.

제4장은 OECD의 가치창출 이론을 학계 등 OECD 바깥에 있는 사람들이 어떻게 평가했는가 또 하고 있는가를 살펴본다. 가치창출 이론'은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제를 위하여 고안된 것이 아니고 충분한 기간 동안의 이론적 검토 없이 OECD의 주도로 갑자기 논의가 시작된 이론이다. 가치창출 이론에 관한 국제조세 학계의 논의는 OECD의 논의를 바탕으로 뒤늦게 발전되었고 그 당위의 관하여는 입장이 나뉜다. 먼저 OECD의 입장과 같이 과세상 지도원리로 기능할 수 있음에 동조하며 가치창출 개념을 활용한, 새로운 국제조세 규칙의 도입을 지지하는 입장(가치창출 이론에 관한 효용성을 긍정하는 입장)이 있고, 다음으로 이와는 달리 가치창출 이론이 과세상 지도원리로 기능할 수 없고 또한 가치창출 개념을 활용한, 새로운 국제조세 체계나 규칙의 도입 역시 가능하지 않거나 실효적이지 않다는 입장(가치창출 이론에 관한 효용성을 부정하는 입장)이 있다. 이러한 두 입장을 정리하고 각 입장의 구체적 근거와 내용을 검토한다. 특히, 고정사업장·이전가격 규칙을 중심으로 가치창출 이론에 관한 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는 새로운 국제조세 규칙의 내용도 함께 검토한다.

이 논문의 핵심인 제5장은 가치창출 이론의 유용성이나 기능에 대한 필자 나름의 평가이다. 두 가지 측면에서 검토한다. 먼저 가치창출 이론상 핵심적 개념이라고 할 수 있는 가치창출의 개념이, 국제조세 규칙에 반영할 수 있을 정도로 명확하고도 구체화 된 개념인지 검토한다. 그 다음 가치창출 개념이 그 정도로 명확하고도 구체화 된 개념이라고 하더라도, 다국적 기업의 조세회피 문제에서 가치창출 분석 절차에 따라 가치창출의 장소를 확정하여 과세권을 '분배'하고[19] 가치창출의 장소에서 발

19) '여러 가능한 국가들 중 한 국가에 과세권을 나누어준다'는 의미로 사용된 단어이다. 영어로는 'allocation, distribution'으로 사용되는데(예컨대 OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base

생한 가치의 크기에 따라 이익을 '분배'하는[20] 것이 현실적으로 가능한지, 그러한 방법에 대하여 제시되는 근거가 타당한지 검토한다.

이상의 검토를 바탕으로 할 때 가치창출 이론은 새로운 국제조세 체계나 규칙의 설정에 어떠한 역할도 할 수 없으므로, 과세상 지도원리로서 가치창출 이론은 폐기되어야 함을 확인한다. 가치창출 이론은 단순한 수사(修辭) 내지 구호를 넘어설 수 없는 한계가 있다. 따라서 새로운 국제조세 규칙을 제정하는 데 가치창출 개념을 반영하는 것은 불가능하다. 가치창출 분석 절차에 따라 가치창출의 장소를 확정하여 과세권이나 가치의 크기에 따라 이익을 분배하는 것도 불가능하다. 이러한 점에서 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 향후의 가치창출 이론에 관한 논의는 매우 축소된 범위에서 제한적으로 이루어질 것으로 전망된다. 마지막으로 가치창출 이론에 관한 논의 과정에서 이른바 낮은 수준의 대안으로서 나온 개념이지만 '시장관할'이 훨씬 설명력이 높은 유용한 지도개념이다. 시장관할로 따진다면 일부 소득에 대한 과세권을 시장소재지국에 부여하는 '필라' 1의 방향이 타당하다. 덧붙이자면, 장기적으로는 '필라' 1의 방향이 속해있는 공식배분법(global formulary apportionment) 자체의 도입을 고려해 볼 여지가 있다.

제6장 결론에서는 이상의 논의를 정리한다.

제2장 디지털 경제의 특징과 현행 국제조세 규칙의 한계

Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 26면, 16면 등), 한글로 '분배'로 통일하여 사용한다.

20) '이익의 일부를 여러 국가들 사이에서 나누어준다'는 의미로 사용된 단어이다. 영어로는 'allocation, share, apportionment'로 사용되는데(예컨대 OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 21면, 26면, 240면 등), 우리말로 '분배'로 통일하여 사용한다.

제1절 논의의 필요성 및 방법

상술한 바와 같이 OECD는 BEPS 프로젝트의 Action 1.을 “디지털 경제의 조세문제(Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy)”로 상정하고 있고, 디지털 경제환경은 다국적 기업의 조세회피 문제의 배경이 된다. 다국적 기업은 디지털 경제가 지니는 특징을 사업활동에 활용하여 소득을 창출한다. 이 장에서는 디지털 경제환경의 특징을 검토하여, 다국적 기업이 디지털 경제환경의 어떠한 특징을 활용하여 소득에 대한 과세를 회피하고, 과세를 회피하는 경우 현행 국제조세 규칙 중 어떠한 규칙이 특히 문제되는지 살펴본다. 이러한 디지털 경제환경의 특징에 대한 검토를 바탕으로 가치창출 이론이 현행 국제조세 체계나 규칙을 대체하는 새로운 체계 및 규칙의 수립에 기여할 수 있는 과세상 지도원리로 역할을 할 수 있는지 판단할 수 있다.

한편, OECD는 위 논의의 연속선에서 2015년 최종보고서 및 2018년 중간보고서를 통하여 디지털 경제환경의 특징을 정리한 바 있다. 2015년 최종보고서에서 OECD는 디지털 경제환경의 특징에 관하여 ‘이동성(무형자산, 소비자, 사업기능)’, ‘데이터 의존성’, ‘네트워크 효과’, ‘사업모델의 다측면적 확장’, ‘독·과점의 경향’, ‘변동성’으로 정리하였다.[21)]

OECD는 2018년 중간보고서[22)]에서 위와 같이 디지털 경제환경의 특징을 단순히 정리하는 데에서 나아가, 디지털 경제환경으로 인하여 다국적 기업들이 전세계에서 관계회사 등을 통하여 영업활동을 하며 형성하는 ‘글로벌 가치사슬(global value chains)’의 형성이 가속화되고, 이 과정에서 새로운 사업 모델이 등장하게 된다고 분석하였다.[23)]

---

21) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 65-75면 참조.

22) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 18면.

23) “글로벌 가치사슬(global value chain)”이란, 지역적으로 가치창출을 위해 필요한 여러

이하에서는 OECD가 정리한 내용을 바탕으로 하여 다국적 기업의 조세회피를 가능하게 한 디지털 경제의 특징을 살펴보고, 다국적 기업이 현행 국제조세 규칙의 어떠한 한계를 통하여 조세회피를 할 수 있는지를 검토한다.

제2절 디지털 경제의 특징

1. 디지털 경제환경의 토대인 '정보통신기술'

가. 새로운 사업영역의 발생과 사업기능의 분산 및 통합

1) 디지털 거래의 증대와 사업영역의 확장

정보통신기술은 인터넷과 함께 디지털 경제환경을 구성하는 토대가 된다. 정보통신기술의 발전에 따라 가상공간에서 연결망 역할을 하는 인터넷이 등장하였고, 이 인터넷을 통하여 재화 및 서비스를 사고 파는 거래, 이른바 '디지털 거래'가 가능해진다.[24] 정보통신기술과 인터넷 사이의 상호작용은 디지털 거래를 촉진시키고 디지털 경제환경을 발전시킨다.[25] 디지털 거래가 촉진되면서 디지털 거래와 관련된 새로운 사업영역이 등장한다. 이는 다국적 기업의 정보통신기술 서비스의 전세계 교역량 BEPS 프로젝트 초기의 6년간 상당한 증가추세를 보였다는 점에서도 확

사업의 기능이나 절차가, 지역적인 국경에 관계없이 협력하여 마치 하나의 사슬을 이루는 현상을 말하는 것이다. 고도로 디지털화된 경제환경에서는 디지털 기업들이 최종적 재화 및 서비스 산출을 위하여 국경에 관계없이 여러 지역에서 여러 생산 및 제조절차를 거치게 되므로 이러한 글로벌 가치사슬의 형성이 더욱 빈번해진다(*Ibid.*, 35면 참조).

24) OECD, 『*OECD Digital Economy Outlook*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 20면.

25) 박훈, "디지털 경제하에서의 고정사업장 개념 변경과 해외이전소득에 대한 과세제도의 도입에 관한 소고", 『조세학술논집』, 한국국제조세협회, 제35권 제1호, 2019, 48면.

인된다.[26]

2) 정보통신기술의 발전에 따른 영업비용 감소

기업은 정보통신기술을 활용하여 디지털 거래와 관련한 사업영역을 다양하게 확장할 수 있게 된다.[27] 정보통신기술의 발전에 따라 컴퓨터, 네트워크, 인터넷 등을 영업활동에 활용할 수 있으므로 전통적 다국적 기업에 비하여 낮은 영업 비용을 들여 새로운 사업영역에서 영업을 할 수 있게 된다. 이렇듯 정보통신기술은 다국적 기업의 영업활동과 관련한 자본적 지출(capital expenditure)을 감소시키고[28] 그에 따라 기업의 업무역량과 효율은 향상된다.[29] 뿐만 아니라 정보통신기술은, 전통적 사업영역에서 다국적 기업의 영업활동에서 많은 비용을 발생시키는 요소였던 장소적·시간적 제약을 큰 폭으로 완화시켜 다국적 기업의 사업기능과 매출구조를 변화시킨다. 예컨대 높은 고정비용과 한계비용의 투입이 필요한 사업장을 통해 유형 제품을 생산하는 전통적 다국적 기업과 달리, 인터넷 관련 다국적 기업은 비교적 낮은 비용으로도 경제적으로 높은 가치를 지니는 디지털 상품 및 서비스 제공이 가능하다.[30] 이러한 이유로 인터넷 관련 다국적 기업의 경우 최근 20여년간 시가총액이 200배 이상 증가

---

26) 2010년부터 2016년 사이에 정보통신기술 서비스의 수출량은 40% 증가하였고, 2016년 정보통신기술 서비스 관련 전세계 교역량은 470억달러에서 493억 달러로 5%로 증가하였다. 정보통신기술 서비스 관련 전세계 교역량은 전체 서비스 교역량 중에서 차지하는 비중 역시 2% 정도 증가함에 따라 2016년에는 10%를 상회하게 되었다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 125면 참조).

27) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 142면 참조.

28) 디지털 경제에서 정보통신기술의 발달은 여러 종류의 경제적 비용을 급격히 낮추는 효과가 있다. 이 중에서도 특히 탐색 비용(search cost), 복제비용(replication cost), 운송비용(transportation cost), 추적비용(tracking cost), 확인 비용(verification cost)을 급격히 낮출 수 있다(김빛마로, "디지털 경제의 특징과 시사점 : 경쟁 및 조세정책을 중심으로", 재정포럼, 제265호, 한국조세재정연구원, 2018. 7., 8-9면).

29) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 65-73면.

30) OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 207면.

했다.[31)]

3) 사업기능의 이동, 분산 및 통합

또한 다국적 기업은 정보통신기술의 발전에 따라 각기 다른 국가에 두고 있는 관계회사를 통하여 수행하던 영업활동의 일부분이나 보유하던

31) 1995년 기준 인터넷 시장을 선도하였던 20개 상위 기업들의 수익창출액은 17억불 정도였으나, 2017년 기준 인터넷 시장 상위 20개 기업들의 수익창출액은 3,639억불 정도로 20년만에 그 수익규모가 20배를 넘었다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 206면).

<표 1> 15개 인터넷 기업 중 시가총액 상위업체, 1995년과 2017년 비교

1995(12월)	주요 제품·활동	본점	단위 억불	2017(5월)	주요 제품·활동	본점	단위 억불
Netscape	소프트웨어	미국	5.42	Apple	하드웨어, 소프트에어, 서비스	미국	801
Apple	하드웨어	미국	3.92	Google/Alphabet	정보, 검색 기타	미국	680
Axel Springer	미디어, 출판	독일	2.32	Amazon.com	전자상거래, 서비스, 미디어	미국	476
Rent Path	미디어, 렌탈	미국	1.56	Facebook	정보, 소셜서비스	미국	441
Web.com	웹서비스	미국	0.98	Tencent	정보, 소셜서비스 기타	중국	335
PSINet	인터넷서비스 제공	미국	0.74	Alibaba	전자상거래, 전자결제 등	중국	314
Netcom On-Line	인터넷서비스 제공	미국	0.40	Priceline Group	온라인 예약 서비스	미국	92
IAC/Interactive	미디어	미국	0.33	Uber	이동서비스	미국	70
Copart	자동차 경매	미국	0.33	Netflix	미디어	미국	70
Wavo Corporation	미디어	미국	0.20	Baidu China	정보, 검색 기타	중국	66
iStar Internet	인터넷서비스 제공	캐나다	0.17	Salesforce	서비스	미국	65
Firefox Communications	인터넷서비스 제공, 소프트웨어	미국	0.16	Paypal	전자결제	미국	61
Storage Computer Corp.	데이터저장 소프트웨어	미국	0.10	Ant Financial	전자결제	중국	60
Live Microsystems	하드웨어, 소프트웨어	미국	0.09	JD.com	전자상거래	중국	58
iLive	미디어	미국	0.06	Didi Kuaidi	이동서비스	중국	50
TOTAL			**17**				**3,639**

자산을 국경에 구애받지 않고 특정한 국가의 관계회사, 지점, 시설 등에 쉽게 이동시킬 수 있다.[32] 이러한 이유로 다국적 기업은 소비자의 위치에 구애받지 않고 전세계에 두고 있는 위 관계회사들 간 긴밀한 협업을 통하여 영업활동을 할 수 있다. 또한 정보통신기술의 발전에 따라 운송 및 통신 서비스 비용 역시 감소시킬 수 있으므로, 다국적 기업이 관계회사가 분담하고 있던 사업기능이나 보유하고 있던 자산의 일부를 다른 회사에 외주(outsourcing)하여 비용을 줄이는 경우도 증가한다.[33] 이러한 점은 최근 다국적 기업의 정보통신기술 관련 부가가치와 고용의 상당 부분이 그 다국적 기업들의 국외 관계회사에서 발생하고 있다는 점에서 확인된다.[34]

나. 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 가능성

32) 다국적 기업이 컴퓨터와 정보통신기술을 기반으로 입지의 제한 없이 사업기능을 분산시키거나 통합시킬 수 있게 되면서, 기업의 사업활동과 관련된 주요 결정을 내리는 기능, 그러한 결정에 따라 제품을 생산하고 또 판매하는 기능, 생산처와 판매처를 연결하는 기능 등 다국적 기업의 사업활동들 역시 국경과 관계없이 여러 국가의 관계회사를 통하여 동시에 또는 순차적으로 이루어질 수 있다. 뿐만 아니라 예컨대 다국적 기업이 기업 그룹 내에서 관계회사를 통하여 A 국가에 의사결정기능을, B 국가에 제품 생산 기능을, C 국가에 제품 판매 기능을 부여하기로 결정하더라도 컴퓨터와 인터넷을 기반으로 그러한 기능들을 각각 D 국가, E 국가, F 국가에 부여하는 것으로 재구성하는 것 역시 수월해진다. 디지털 경제의 확산으로 인하여 물류의 장벽은 허물어지고 그 속도 역시 빨라지고 있는 것이다(OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 67면).

33) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 26면.

34) 2015년 정보통신기술 관련 해외 관계회사의 부가가치 및 고용추이를 볼 때, 정보통신기술 관련 부가가치 및 고용의 발생의 상당 부분이 실제 그러한 정보통신기술을 적극적으로 활용하는 기업의 '본거지(기업의 운영과 관련된 실질적인 의사결정이 이루어지는 장소를 지칭하기 위하여 '본거지'라고 표현하였으며, 이러한 장소는 기업의 본점 소재지와 일치하지 않을 수도 있다.)' 이외 국가에서 이루어지고 있다. 이는 다국적 기업이 정보통신기술의 발전에 따라 국경을 뛰어넘어 생산지와 판매지 사이의 이격에 따른 제약을 뛰어넘을 수 있게 되었기 때문이다. 실제 최근 몇 년 간 정보통신기술 서비스 관련 국제 거래는 매우 급격한 양적 성장을 보여주었다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 120면 참조).

정보통신기술은 이렇듯 새로운 사업영역을 출현시키고, 기업의 비용을 절감시키면서 업무 효율성을 높이는 요인이 된다. 따라서 다국적 기업은 사업활동에 활용할 수 있는 정보통신기술을 연구·개발하고, 그 결과물에 특허와 같은 지식재산권 등 법적 진입장벽을 세워 다른 시장 참여자를 배제시킬 수 있다.[35)]

사업활동에 대한 활용가치가 큰 정보통신기술은 그 연구·개발에 많은 비용이 든다. 그러나 다국적 기업이 특정한 정보통신기술에 대한 연구·개발을 한 끝에 특허를 획득하여 독점적으로 이를 영업활동에 활용하게 되면, 같은 사업영역에서 다른 경쟁업체가 유사한 정보통신기술의 연구·개발을 거치고 이를 영업활동에 활용하여 시장에 참여하는 것은 어려워진다.[36)] 예컨대 2018. 6. 전세계 스마트폰과 태블릿 시장에서 가장 많은 소비자를 두고 있는 구글은, 스마트폰과 태블릿 제조업자에게 구글이 개발한 운용시스템인, 안드로이드 시스템을 사용허락(license)하면서 구글의 검색엔진과 인터넷 브라우저를 독점적으로 사용하도록 하였다. 이것이 경쟁제한이라는 결과를 낳는 것은 유럽연합이 구글에 대하여 운영시스템의 독점적 지위 남용 혐의로 51억 달러의 과징금을 부과한 데에서도 알 수 있다.[37)] 이렇듯 운영시스템 시장에서 구글 이외에 다른 후발업체가 짧은 기간에 구글이 개발한 안드로이드 시스템과 같은 시스템을 개발하고, 또 구글의 안드로이드 시스템 소비자들만큼의 소비자를 확보하여 같은 시장에서 경쟁주자로 성장하는 것은 상당히 어렵다.[38)]

---

35) 김건우, "알고리즘으로 움직이는 경제 디지털 카르텔 가능성 커진다", LG경제연구원, 2017, 3면 참조.

36) 김상겸, 박순찬, 박인원, 오수현, "디지털 경제의 확산이 서비스 무역 비용에 미치는 영향 및 정책 시사점", 중장기통상전략연구, 제18권 제1호, 대외경제정책연구원, 2018. 12., 32-36면 참조.

37) EC 공개 메모, "*Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android operating system and applications – Factsheet*", 2016. 4. 20.자 메모, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1484_en.htm (2019. 10. 1. 검색), EC 보도자료, "*Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine*", 2018. 7. 18.자 보도자료, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm (2019. 10. 1. 검색)

38) 구글의 안드로이드 시스템의 2014년부터 2022년까지 시장 점유율은 꾸준하게 80%를 상회한다. 일부 전망치를 포함하고 있음에도 불구하고 매년 구글의 안드로이드 시스템

이렇듯 정보통신기술의 발전에 따라 새로운 사업영역이 발생하고 다국적 기업의 사업기능이 분산 및 통합될 뿐 아니라 영업비용 역시 감소하기 때문에 다국적 기업이 이러한 이점을 누릴 수 있는 어떤 수준에 도달하게 되면 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 시장을 통하여 더 큰 수익을 거두어들일 수 있게 된다.

2. 인터넷의 발전과 디지털 거래

가. 온라인 대면(對面)과 플랫폼

디지털 거래는 인터넷이라는 가상공간의 연결망을 통하여 이루어진다. 정보통신기술의 발전과 함께 인터넷을 통한 디지털 거래 환경이 편리해지면서 거래 당사자들은 거래를 위하여 상호 대면(對面)할 필요가 없고 그러한 대면에 따른 시간과 비용의 지불 역시 불필요하다. 국경과 시간이라는 제약이 없는 인터넷의 특성상 인터넷을 통한 디지털 거래는 매우 낮은 수준의 거래비용을 가지고도 가능해졌고,[39] 전자적 방식에 따라 거래 당사자의 신분 확인, 거래 조건에 대한 협의와 합의, 서명·날인을 통한 계약 체결 등 거래에 필요한 주요 행위를 온라인상 수행하는 것 역시 가능해졌기 때문이다.[40] 디지털 거래에서 시간과 비용의 장벽이 낮아지면서 재화 및 서비스를 일방적으로 공급받기만 하였던 소비자 역시 인터

의 점유율은 계속적 상승추세이다("*Share of global smartphone shipments by operating system from 2014 to 2023*", Statista Research Department, 2022. 5. 23.자 (https://www.statista.com/statistics/272307/market-share-forecast-for-smartphone-operating-systems/).

39) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 65면.

40) '대면'의 사전적 의미는 "서로 얼굴을 마주 보고 대함"이다(국립국어원 표준국어대사전에서 '대면' 검색, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do (2021. 8. 18.자 검색)). 그러나 인터넷을 통한 디지털 거래가 가능해지면서 위 사전적 의미와 같은 대면의 의미는 디지털 거래에 관하여 전자적 방식에 따라 인터넷상 가상공간에서 접촉하는 형태까지 포함하는, 보다 넓은 의미로 변화하였다고 볼 수 있다.

넷을 통하여 필요에 따라 어디에서나(ubiquitous) 재화 및 서비스를 이전과 같이 공급받고 또 이전과 달리 공급할 수 있게 된다.[41] 인터넷을 통한 거래의 대상이 되는 재화나 서비스가 다양하게 확장되었고, 인터넷망의 발전에 따라 전세계 인터넷 소비자에 대한 접근이 가능하게 되었기 때문이다. 예컨대 오늘날 인터넷을 통하여 서비스 되는 '유튜브(Youtube)'를 통하여 일반인들도 매우 간단한 도구만 가지고도 동영상, 이미지, 음원 등 디지털 콘텐츠를 제공할 수 있다. 또 다른 예로, 거주공간을 소유하고 있는 일반인들도 인터넷을 통하여 서비스 되는 '에어비앤비(AirBnB)'를 통하여 자신의 거주 공간을 다른 에어비앤비 소비자에게 대여할 수 있다.

즉 디지털 거래에서 공급자(기업)와 소비자는 더 이상 엄격히 구별되지 않고, 인터넷 소비자들이 필요에 따라 가상공간에서 공급과 수요 쌍방향으로 거래에 참여할 수 있는 인터넷 속 '작은 시장', 곧 '플랫폼'[42] 이라는 새로운 사업영역을 형성할 수도 있다.[43]

나. 데이터를 통한 디지털 거래의 발전

디지털 거래의 거래대상은 가상공간에서 처리될 수 있는, 디지털화 된 형태, 즉 변환된 '데이터'의 형태로 처리된다. 정보통신기술의 발전과 함

41) 김상겸, 박순찬, 박인원, 오수현, "디지털 경제의 확산이 서비스 무역 비용에 미치는 영향 및 정책 시사점", 『중장기통상전략연구』, 제18권 제1호, 대외경제정책연구원, 2018. 12., 26면 참조.

42) '플랫폼'은 사전적으로 "특정 장치나 시스템을 구성하는 기초가 되는 틀"을 의미한다. 하지만 최근에는 좀 더 넓은 의미에서 특정 재화나 서비스의 공급자와 수요자 등 복수 그룹의 소비자들이 참여해 거래를 할 수 있도록 구축된 환경을 지칭하는 것까지 포함하는 의미에서 사용된다(김빛마로, "디지털 경제의 특징과 시사점 : 경쟁 및 조세정책을 중심으로", 재정포럼, 제265호, 한국조세재정연구원, 2018. 7., 10면).

43) '집단공유'나 '공유경제' 서비스 역시 온라인 플랫폼의 한 종류로 분류되고, 데이터와 소비자는 플랫폼 서비스를 제공하는 기업의 수익 창출에 매우 중요한 요소이다. 2016년 유럽 국가 내 온라인 플랫폼을 이용한 경험이 있는 소비자 중 우버(Uber)나 '에어비엔비(AirBnB) 등 공유경제 온라인 플랫폼을 이용한 경험이 있는 소비자는 15%에 달하였으며 그 중 도시에서 교육받은 청년층 소비자가 31%에 달하였다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 208면).

께 인터넷을 통한 데이터 처리 기술 역시 고도화되었다. 데이터로 처리되는 디지털 거래는 양적·질적으로 증가하였고 데이터 그 자체가 그러한 거래의 중심이 되기도 한다.[44] 예컨대 엄청난 양의 데이터를 특정한 기준 및 유형에 따라 가공 및 처리하는 빅데이터(big data)를, 다국적 기업이 많은 비용의 지출 없이 사업활동에 활용할 수 있게 되었고,[45] 다국적 기업들은 일상적으로 디지털 거래와 관련된 데이터를 수집하고 수집된 빅데이터를 다시 사업활동에 재이용하며 수익을 창출한다.[46]

이렇듯 인터넷의 발전에 따라 플랫폼을 통한 디지털 거래가 증가한다. 디지털 거래의 거래대상은 데이터의 형태로 처리되고 데이터 처리를 위한 정보통신기술의 발전에 따라 다국적 기업은 디지털 거래와 연관된 사업활동에 데이터를 활용하여 수익을 창출할 수 있다.

3. 무형자산에 대한 의존성 증대

'무형자산'[47]은 정보통신기술, 인터넷과 함께 디지털 경제환경에서 사업활동을 하는 다국적 기업의 자산으로서 그 중요성이 커지고 있고, 다국적 기업의 무형자산에 대한 연구·개발 활동 역시 다국적 기업의 사업활동 중 상당부분을 차지하고 있다.[48] 특허, 노하우(know-how), 영업비밀,

---

44) 우지영, "제4차 산업혁명: 데이터 경제를 준비하며", 한국콘텐츠학회지, 제15권 제1호, 한국콘텐츠학회, 2017. 3. 28., 15-16면 참조.

45) 현재까지 빅데이터 분석활동은 대기업을 위주로 이루어지지만, 정보 통신 산업 분야의 기업들은 기업 규모와 관계없이 빅데이터 분석활동에 집중하고 있다. 유럽 20개국 내 정보 통신 산업 분야의 기업들 중 약 1/4은 빅데이터 분석활동을 전개하고 있다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 165면).

46) 김상겸, 박순찬, 박인원, 오수현, "디지털 경제의 확산이 서비스 무역 비용에 미치는 영향 및 정책 시사점", 『중장기통상전략연구』, 제18권 제1호, 대외경제정책연구원, 2018. 12., 134면.

47) '무형자산'은 "유형자산 또는 금융자산이 아니면서 기업의 상업적 활동 하에서 통제나 소유가 가능하고 비교 가능한 상황에서 제3자라면 그 보상을 기대할 수 있는 자산"으로 정의된다(OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 249면).

48) 2015년 OECD 회원국의 인터넷 정보 통신 분야의 연구·개발 비용은 국내 총생산(Gross Domestic Product)의 0.4%, 총 연구·개발비용의 24% 정도로, 모든 연구·개발비용 중에서

상표, 상호, 브랜드, 지식재산권, 영업권, 기업계속가치(ongoing value), 기업 그룹 내 시너지(synergies)가 이러한 무형자산에 포함된다. 상술한 정보통신기술, 인터넷 그리고 디지털 거래에서의 데이터 모두가 유형자산이 아니면서 기업의 상업적 활동에 따라 통제나 소유가 가능하다는 점에서 무형자산이라고 할 수 있다. 이러한 정보통신기술, 인터넷, 데이터의 연구·개발을 위하여 사용되는 아이디어 역시 경우에 따라 무형자산이 될 수 있다.[49]

이에 따라 무형자산에 대한 법적 보호를 위한 다국적 기업의 활동 역시 증가 추세에 있다.[50] 한편, 2019년 미국 내 특허권 등록 상위 300개 업체 중 상위 20개 업체는 'IBM', '삼성전자', '캐논', '인텔', '마이크로소프트', '화웨이', 'LG전자', 'Alphabet(구글)', '애플', '아마존'과 같은 다국적 IT 기업들이 주를 이루고 있다.[51] 이를 볼 때 무형자산에 대한 의존성은 정보통신기술을 사업활동에 적극적으로 활용하는 다국적 IT 기업의 경우 더욱 크다는 것을 짐작할 수 있다.

제3절 현행 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 한계

1. 디지털 경제의 특징과 고정사업장 규칙의 무력화

디지털 경제 이전의 세제는 어떤 나라에서든 재화나 용역을 대규모로

가장 많은 부분을 차지한다(OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018, 130면).

49) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 252-257면.

50) 2012년부터 2015년까지 정보통신기술 관련 특허 중 90만건 이상이 유럽, 일본, 한국, 중국, 미국에서 신청되었다. 이 중 정보통신기술 분야 특허가 약 37%를 차지하고, 이는 2002년부터 2005년까지의 특허권 신청에 비하여 약 35% 정도 증가한 수치이다. OECD 회원국 내에서도 모든 특허 신청 중 정보통신기술 관련 특허 신청이 35% 이상을 차지한다(*Ibid.*).

51) 미국지식재산권자협회, "2019 Top 300 Patent Owners", 2020. 5. 18.자 미국지식재산권협회 조사 공개자료, 2021. 8. 25.자 검색).

팔자면 그 나라에 유형적 고정시설 내지 사업장을 두어야 한다는 암묵적 전제를 가지고 있다. 이러한 암묵적 전제에 따라 유형적 고정시설 내지 사업장을 과세의 연계점(nexus)으로 하여 그러한 고정시설 내지 사업장이 있는 곳에서 과세하도록 고안된 개념이 '고정사업장'이다. 현재의 고정사업장 규칙이라 하는 것은 이러한 과세 연계점으로 기능하는 고정사업장 개념을 핵심 개념으로 하여, 고정사업장에 대한 판단을 거쳐 고정사업장으로 인정되는 경우 고정사업장이 존재하는 곳에 다국적 기업의 사업소득에 대해 과세할 수 있도록 하는 것이다. 그러나 디지털 경제환경에서는 이러한 고정사업장 규칙이 암묵적으로 전제하고 있는 상황 자체가 다르게 전개된다.

가. 정보통신기술의 발전과 재화용역 공급 방법의 변화

정보통신기술의 발전으로 인하여 디지털 경제환경 속 다국적 기업은 재화 및 서비스 공급 과정에서 소요되는 비용 중 상당 부분을 절감할 수 있음은 앞서 살펴본 바와 같다다. 또한 전세계에 위치한 관계회사, 지점, 시설 등을 통하여 국경에 구애받지 않고, 다국적 기업의 영업활동을 수행하는 데 필요한 영업활동의 일부분이나 자산을 쉽게 이동시킬 수 있다. 이렇듯 디지털 경제환경 속 다국적 기업은, 전통적 다국적 기업과 달리 현행 고정사업장 규칙상 고정사업장에 해당하지 않는 시설, 도구 등[52]을 활용하는 방법을 통하여 전세계 소비자에게 재화 및 서비스를 공급하여 소득을 발생시킬 수 있게 된다.[53] 매우 단편적인 예이기는 하지

52) 고정사업장에 해당하지 않는 시설이나 도구 이외에 여러 형태의 다른 것들도 상정할 수 있겠으나 여기서는 다국적 기업이 고정사업장에 해당하지 않는 '무언가'를 사용한다는 점에 방점이 있고 구체적으로 그 '무언가'에 어떠한 것들이 있을 수 있는지를 구체적으로 구별하여 특정하는 것이 그다지 중요하지 않다. 따라서 이하에서는 그 '무언가'에 포함되는 것으로서 고정사업장에 해당하지 않는 것들을 포함하여 '시설, 도구 등'으로 지칭하였음을 밝혀둔다.

53) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 제24면, 제33문단

만, 한국의 소비자가 ‘마이크로소프트(Microsoft)’에서 연구·개발한 문서 작성 목적의 소프트웨어인 ‘마이크로소프트 워드(Microsoft word)’를 구입한다고 가정한다. 이때, 마이크로소프트 워드에 대한 연구·개발자로서 관련 지식재산권을 보유하고 있는 것은 미국에 위치한 마이크로소프트 ‘본거지’[54]일 것이지만, 마이크로소프트는 한국 시장을 담당하는 마이크로소프트의 관계회사에 마이크로소프트 워드에 대한 라이센스를 이전하고 이 라이센스를 재차 이전받은 한국 내 현지법인인 마이크로소프트 코리아 유한회사(이하 ‘마이크로소프트 코리아’)가 한국의 소비자로부터 전자적 방식으로 결제를 받고, 그 소비자로 하여금 인터넷을 통해 마이크로소프트 워드를 다운로드 받을 수 있도록 접근권한을 제공하는 ‘ESD(elctronic software download)’ 방식으로 소프트웨어를 제공한다. 이러한 과정을 통하여 미국을 본거지로 한 마이크로소프트와 한국의 마이크로소프트 코리아 모두 소득을 얻게 되지만, 전체의 재화 및 서비스 제공 과정에서 마이크로소프트는 현행 고정사업장 규칙상 고정사업장에 해당하는 유형적 시설, 도구 등의 도움 없이도 인터넷을 통하여 한국의 소비자에게 재화 및 서비스를 공급하는 것이 가능해진다.

나. 인터넷의 발전과 플랫폼 내지 웹사이트를 통한 사업

인터넷의 발전에 따라 데이터를 매개로 하는 디지털 거래가 증가한다. 데이터의 형태로 처리되는 디지털 거래의 특성상 다국적 기업은 플랫폼을 통하여 서비스를 제공하면서 소득을 발생시키면서도 고정사업장에 해당하는 유형적 시설, 도구 등을 둘 필요도 없다. 다국적 기업은 현행 고

54) ‘본거지’는 우리나라 세법에서 사용되는 용어는 아니고, 국제사법 제3조에서 “주된 사무소·영업소 또는 정관상의 본거지나 경영의 중심지가 대한민국에 있는 법인 또는 단체와 대한민국 법에 따라 설립된 법인 또는 단체에 대한 소에 관하여는 법원에 국제재판관할이 있다.”고 사용되고 있다. 그 의미는 본점 소재지를 포함하여 「법인세법」이나 「국제조세조정에 관한 법률」 등에서 말하는, 사업의 ‘실질적 관리장소’로 경영의 중심지가 되는 곳이라고 할 수 있다. 이하에서는 이에 따라 위 단어를 사용하였다.

정사업장 규칙상 고정사업장에 해당되지 않는 시설, 도구 등을 통하여 디지털 거래에 수반되는 새로운 서비스, 예컨대 플랫폼을 운영하거나 플랫폼 운영에 필요한 서비스를 제공할 수 있다. 또한 플랫폼을 통한 이용자가 많아질수록 플랫폼을 통한 디지털 거래는 증대되므로 다국적 기업이 디지털 거래에서 거두어들이는 수수료, 구독료, 가입료 등의 소득은 증가하게 된다.

예컨대 '호텔스닷컴(Hotels.com)'의 경우 플랫폼 역할을 하는 웹사이트를 운영하면서 그 웹사이트를 통하여 전세계 여행객들로부터 숙박시설 및 항공권에 대한 온라인상 예약을 받아 처리한다. 호텔스닷컴은 이러한 서비스 제공을 위하여 숙박시설 업체나 항공 여객 업체와 계약을 체결하여 해당 웹사이트에 숙박시설과 항공권을 거래 대상으로 공개하게 되고, 거래가 성사되면 숙박시설 업체와 항공 여객 업체로부터 수수료를 지급받게 된다. 이때 호텔스닷컴의 웹사이트 이용자들이 증가하여 더 많은 디지털 거래가 성사될수록 호텔스닷컴이 거두어들이는 수수료 소득은 증가하게 된다. 이러한 과정에서 호텔스닷컴이 제공하는 서비스는 웹사이트를 통하여 이루어지므로, 실제 웹사이트 이용자가 숙박시설을 이용하거나 항공 여객 서비스를 이용하려는 장소에 어떠한 유형적 시설을 둘 필요가 없다.[55] 웹사이트 이용자가 증가하더라도 이 역시 처리해야 할 데이터의 양만 늘어나는 것이고 정보통신기술의 발달에 따라 데이터의 처리 기술 역시 발전하고 있어 다국적 기업은, 여전히 고정사업장 규칙상 고정사업장에 해당하는 유형적 시설을 두지 않고 많은 양의 디지털 거래를 문제없이 처리하여 별도의 추가적 지출 없이 더 높은 소득을 거두어들일 수 있다.

다. 무형자산이란 존재장소가 없다

55) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 186면.

무형자산은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 소득 창출에 중요한 요소가 되고 있다. 따라서 다국적 기업의 소득에 대한 과세 역시 그러한 무형자산이 어떤 장소에서 관리되고 제어되는지에 따라 큰 영향을 받을 수밖에 없다.[56] 이동이 쉬운 무형자산의 성질상 다국적 기업은 저세율 국가에 있는 관계회사 등을 통하여 무형자산을 관리 및 제어한다.[57]

즉 이러한 무형자산이나 이에 관한 권리를 보유하면서 이를 통한 사용료 소득을 신고하는 장소는, 무형자산에 관한 연구·개발 활동을 진행한 다국적 기업의 본거지도 아니고, 실제 다국적 기업이 재화 및 서비스를 제공하는 소비자가 있는 시장도 아닌 — 대체적으로 저세율 국가인 — 제3국이다. 다국적 기업은 무형자산에 대한 라이센스 계약을 통하여 제3국에 둔 관계회사에 무형자산에 대한 권리를 쉽게 이전할 수 있고, 디지털 경제환경의 발전으로 인하여 무형자산 자체를 이동시킬 수 있다. 무형자산을 국외의 다른 관계회사를 통해 영업활동에 활용할 수 있다면 다국적 기업 그룹 전체의 매출은 발생되지만 이러한 과정에서 다국적 기업은 어떠한 유형적 시설을 사용할 필요가 없으므로 이때 고정사업장 규칙은 무력화된다.

예컨대 앞의 호텔스닷컴(Hotels.com)의 플랫폼은 호텔스닷컴이 보유한 상표, 디자인, 특허 등 무형자산이 집적된 결과이다. 호텔스닷컴의 플랫폼의 소비자를 증가시키기 위한 광고와 같은 알고리즘 역시 무형자산이 될 수 있다. 무형자산이 집적된 결과인 호텔스닷컴의 플랫폼의 소비자가 증가할수록 호텔스닷컴의 소득도 증가하므로 무형자산은 호텔스닷컴의 소득 증가에 중요한 역할을 할 수 있다. 그러나 호텔스닷컴의 웹사이트를 통하여 성사되는 디지털 거래는 호텔스닷컴의 소득 증가에 기여하지만, 위와 같은 호텔스닷컴의 소득 발생 과정에서 호텔스닷컴은 무형자산이 사용되는 장소, 무형자산에 관한 권리를 보유한 장소, 무형자산에 대한 연구·개발이 이루어지는 장소 중 어디에도 고정사업장 규칙상 고정사

56) *Ibid.*, 52면.
57) *Ibid.,* 92면 참조.

업장에 해당하는 유형적 시설을 둘 필요가 없다. 이러한 상황을 보면, 다국적 기업에 대하여 현행 국제조세 체계의 고정사업장 규칙에 따라 어떠한 과세도 이루어지지 않으면서도 다국적 기업은 소득을 창출할 수 있다.

2. 디지털 경제의 특징과 이전가격 규칙의 무력화

전통적 국제조세 체계는 고정사업장이 있는 경우 거기에 귀속시켜 과세할 소득의 금액을 독립기업의 원칙에 의해 이전가격을 계산하는 방식으로 정하고 있다.[58] 이에 따라 이전가격세제는, 분석대상인 특수관계 거래에서 정상가격, 곧, 독립한 기업이라면 합의하였을 가격을 전제하고, 이는 거래 당사자 사이의 재무적·상업적 관계나 경제환경을 볼 때 특수관계 거래와 견줄 수 있는, 독립기업 사이의 비교가능한 거래를 찾는 것이 출발점이다.[59] 그런데 디지털 경제에서는 이러한 과정의 이전가격세제를 적용하는 것이 어려워지고 애초 개념 자체로 적절치 않은 수가 생긴다.

가. 정보통신기술의 발전과 독점시장의 형성

이전가격세제에서 정상가격 원칙이란 비교가능 한 특수관계 없는 자 사이의 '공정한 시가(fair market value)'가 있거나 적어도 그런 시가를 사후적으로라도 구성할 수 있다는 전제 하에 있다. 그러나 디지털 경제환경 속 정보통신기술을 다루는 다국적 기업의 사업영역은 전형적으로 독과점 시장이 된다.[60] 다국적 기업은 소득을 발생시키는 사업영역에서 특

58) 이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021., 318-319면 참조.
59) *Ibid.,* 319면.
60) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Deliverable*』, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014, 94면.

허 등 지적재산권을 활용하여 독점적 서비스를 제공하게 되면서 특정한 시장에서 다른 시장 참여자를 배제할 수 있을 정도의 지배적(dominant) 지위에 있게 될 수 있다.[61] 그리고 이러한 다국적 기업의 지배적 지위는 독과점 시장에서 소비자의 수요가 비교적 장시간 유지되기 때문에 후발 경쟁업체의 추격 등에 따라 쉽게 변화할 수 있는 성질의 것도 아니다. 애초 이러한 독과점 지위 없이 다국적 기업이 된다는 것 자체를 생각하기 어렵다.

이러한 경우 경쟁시장에서와 같이 비교 가능한 시장 참여자 내지 거래를 발견하기 어렵고, 따라서 이러한 지배적 지위에 있는 다국적 기업이 거래 당사자로 참여하는 거래에서 현행 이전가격 규칙에 따른 정상가격을 산정하는 것은 매우 어려워진다. 비교가능 한 거래를 찾는 과정에 그야말로 모든 면에서 완전히 비교가능 한 대상을 찾기는 어렵기 때문에 어느 정도의 '차이조정'이 늘 불가피한 것은 사실이지만, 독과점 지위에 있는 기업의 경우에는 애초에 최소한도로 비교가능 한 기업조차도 찾기 어렵거나 표본으로 삼기에 무의미한 정도로 적은 수에 지나지 않을 것이기 때문에 이러한 상태에서의 '합리적' 조정이 가능할 것을 기대하기는 그만큼 더 어려워진다.[62]

나. 인터넷의 발전으로 기여도 계산이 어렵다

다국적 기업 그룹 내부에서도 영업활동의 필요에 따라 혹은 내부의 업무 역량이나 효율의 향상을 위하여 다국적 기업의 구성원들이 참여하여 플랫폼을 자체적으로 개발하여 사용할 수 있다. 또한 플랫폼은 다국적 기업 그룹이 보유한 무형자산의 연구·개발과도 밀접한 관련을 가진다. 플랫폼을 개발하거나 개선하여 사용하는 데 디자인, 특허, 알고리즘 등 무형자산 역시 사용될 수 있기 때문이다. 소비자가 많을수록 다국적 기

61) *Ibid.*, 73면.
62) 이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021., 346-347면 참조.

업의 소득이 커지는 플랫폼의 특성상 플랫폼을 통하여 수집된 소비자 관련 데이터를 분석하여 다시 광고를 하거나 다른 사업영역에 활용할 수도 있다.[63] 이러한 플랫폼, 무형자산, 데이터 등의 연구·개발 및 사용은 다국적 기업의 여러 관계회사를 통하여 이루어진다. 그 결과 그러한 플랫폼, 무형자산, 데이터 및 그에 관한 권리를 보유하는 관계회사가 위치한 장소와 그것들이 실제 사용되는 장소, 또 그와 관련하여 다국적 기업의 소득이 발생하는 장소는 일치하지 않는 경우가 많다.

즉 플랫폼이나 무형자산, 데이터 등의 연구·개발 및 사용에 다국적 기업의 관계회사, 다국적 기업 그룹 내 구성원들의 기여가 발생하는 경우가 많아지므로 이때 현행 이전가격 규칙 중 원가분담약정과 관련된 규칙이 적용될 수 있다. 그러나 이러한 자산들은 기대편익 등 예측된 수치를 바탕으로 한 가치평가나 기여도 산정이 어려워 이 점에서도 현행 이전가격 규칙을 적용할 때 독립기업의 원칙에 기반한 정상가격의 상정이 어렵다.

예컨대 다국적 기업은 본거지 국가에서 기존에 가지고 있던 무형자산을 가지고 플랫폼을 개발하기 위한 연구·개발을 진행한다. 다국적 기업은 이 플랫폼의 연구·개발을 위하여 저세율 국가에 위치하는 관계회사와

---

63) 이는 영국 재무부(HM Treasury)에서도 2017년 11월 발표한 보고서(“Corporate Tax and the digital economy : position paper(HM Treasury Position Paper)”)에서도 강조하는 내용이다. 영국 재무부는 위 보고서에서 다국적 기업의 과세대상 소득을 분배하는 데 ‘소비자의 적극적 참여(active participation of users)’라는 요소를 고려해야 한다고 주장하였다. 영국 재무부의 관점에서는 ‘현행 국제조세 체계에서는 과세 대상 소득을 분배할 때 오로지 기업의 유형적 활동(physical activities)만에 방점을 둘 뿐 소비자가 발생시키는 가치(user-generated value)’가 현행 국제조세 체계에서는 (과세대상 소득으로) 포착되지 않는 것’이 문제이다. 유럽연합의 집행위원회(The European Commission) 역시 이러한 영국 재무부의 관점을 대부분 받아들였고, OECD의 2018년 중간보고서에도 등장하는 ‘소비자 참여(user participation)’라는 개념 역시 위 영국 재무부 보고서에서 들여온 것이다. 영국 재무부는 ‘적극적 소비자 참여’에 관하여 기업의 성패가 소비자 데이터를 수집하고, 이렇게 수집한 데이터에 대한 관찰을 통하여 소비자가 어떻게 사업영역에 참여하고 또 매출에 기여하는지 발견하는 것에 달려있다고 한다. 또한 기업은 이러한 소비자 데이터를 제3자에게 팔거나 사용하게끔 하는 방식으로 수익을 창출할 수 있다고도 한다. 그럼에도 불구하고 현재 국제조세 체계에서는 이러한 과정에서 다국적 기업의 소득은 소비자와 관련없는 곳에서 과세되거나 어떠한 곳에서도 과세되지 않는 상황이 문제라고 한다 (Itai Grinberg, *“User participation in Value Creation”*, British Tax Review, No. 4., 2018., 407-408면 참조).

원가분담약정을 체결한 후 무형자산을 이전시키고, 관계회사는 무형자산 및 이에 대한 권리를 보유하면서 마케팅 활동을 진행하는 다국적 기업의 다른 관계회사들과의 라이센스 계약을 통하여 이들로부터 사용료를 지급받는다.[64] 이때 다국적 기업이 관계회사에게 지급하는 원가분담약정상 분담금이나 마케팅 활동을 하는 다른 관계회사로부터 지급받는 사용료가 이전가격 규칙상 정상가격의 범주에 들어가는지에 관한 판단은 무형자산에 관한 가치 평가나 이를 기초로 한 다국적 기업의 관계회사(참여자)의 기여도 평가가 이루어져야 가능하다. 그런데 이러한 것들이 어렵고, 또 상술한 바와 같이 이러한 다국적 기업이 연관된 거래에서 비교가능한 거래를 찾는 것도 어렵기 때문에 현행 이전가격 규칙을 적용하여 '정상가격'의 범주에 포함되어 있는지 아닌지에 관한 판단이 어렵게 된다.

3. 소결론

정보통신기술, 인터넷, 무형자산을 디지털 경제환경의 주요한 특징으로 꼽을 수 있다. 이상의 논의에 따라 아래 표에서 정리한 바와 같이, 이러한 특징들을 사업활동에 연관시켜 매출을 일으키는 다국적 기업은 현행 국제조세 규칙 중에서 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 허점을 통하여 특정한 국가에서의 조세를 회피하는 결과를 발생시키고 있음을 알 수 있다.

<표를 위한 여백>

64) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 276면 참조.

<표 2> 디지털 경제의 특징과 조세회피 쟁점과의 연관성

<table>
<tr><th colspan="3">디지털 경제의 특징</th><th>쟁점</th></tr>
<tr><td rowspan="2">정보통신기술</td><td>사업기능의 분산·통합</td><td>재화 및 서비스 공급을 위한 비용 절감 → 유형적 시설없이 재화 및 서비스 공급이 가능함.</td><td>고정사업장 관련 쟁점</td></tr>
<tr><td>독과점 시장</td><td>기술을 진입장벽으로 한 독과점 시장출현 → 비교가능한 시장 참여자의 부재로 비교대상이 되는 거래의 발견이 어려움.</td><td>이전가격세제 관련 쟁점</td></tr>
<tr><td rowspan="2">인터넷</td><td>디지털 거래 (플랫폼 시장)</td><td>온라인 가상공간을 통한 디지털 거래 → 유형적 시설없이 재화 및 서비스 공급이 가능하고, 다국적 기업의 매출에서 소비자 및 시장의 역할이 증가함. 다국적 기업 그룹 구성원들의 기여를 바탕으로 플랫폼의 개발이 이루어질 수 있음.</td><td>· 고정사업장 관련 쟁점
· 이전가격세제 관련 쟁점
(원가분담약정 등)</td></tr>
<tr><td>데이터를 매개로 한 디지털 거래</td><td>데이터를 매개로 한 디지털 거래 → 유형적 시설없이 데이터를 처리하여 매출을 발생시킬 수 있고, 다국적 기업 그룹 구성원들의 기여를 바탕으로 데이터 처리가 이루어질 수 있음.</td><td rowspan="2">· 고정사업장 관련 쟁점
· 이전가격세제 관련 쟁점
(무형자산 관련 이전가격규칙, 원가분담약정 등)</td></tr>
<tr><td colspan="2">무형자산</td><td>정보통신기술과 인터넷의 발전에 주요한 요소인 무형자산 → 유형적 시설없이 무형자산에 대한 연구·개발 및 이를 활용한 다국적 기업의 매출발생이 가능함. 무형자산에 대한 가치평가가 어려움.</td></tr>
</table>

이러한 검토에 따라 이하에서 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 현행 국제조세 규칙 중에서도 고정사업장 규칙과 이

전가격세제 규칙을 중심으로 하여, 이 글의 주요한 논의 대상이 되는 가치창출 이론이 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 제정을 위한 과세상 지도원리 내지 법원칙으로 기능하는 데 합리적 근거가 있는지에 검토를 이어간다.

이하에서는, 본격적으로 이 글의 핵심적 논의대상인 가치창출 이론이 어떠한 목적에서 어떻게 시작하고 발전하여 어떠한 내용으로 논하여지고 있는지, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 분석 및 해결을 위하여 경영학 분야에서 이론을 끌어온 OECD가 가치창출 이론을 어떠한 위상에서 어떻게 논의하고 있는지, 그러한 논의를 종합할 때 가치창출 이론에 관한 논의가 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 어떠한 의미를 갖는지 살펴보도록 한다.

제3장 가치창출 이론

제1절 서론

OECD가 '디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피'라는 국제조세의 영역에서 논의를 시작한 가치창출 이론(이하 '국제조세상 가치창출 이론')은, 마이클 포터의 경영학 이론이 그 시작이다.[65] 마이클 포터의 이 이론은 '특정 기업이 다른 기업에 비하여 경쟁상 우위를 가지는 이유와 그에 따른 기업의 전략'을 주제로 한 것이었다.[66] 이하에서는 마이클 포터로부터 시작되는 '경영학상 가치창출 이론'이 시작하여 발전된 모습

65) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018.

66) 가치창출 이론은 대체로 사업 전략 컨셉과 기업의 경제적 분석(economic analysis)에 기여한 것으로 평가되고 있다. 그 내용상 기업 내부의 요인 중 경쟁상 우위를 가지게 되는 요소를 분석하고, 이러한 분석이 기업 내부의 경영전략과 관계된다는 점에서 일반적 거시 혹은 미시의 경제학 보다는 경영학 이론으로 분류하는 것이 적절하다.

을 살피고, 다음으로 OECD로부터 시작되는 국제조세상 가치창출 이론이 시작하여 발전된 모습을 살핀다. 마지막으로 OECD가 가치창출 이론의 체계적 지우를 어떻게 인식하여 논의를 전개하였는지 평가하고, 이를 바탕으로 가치창출 이론에 관한 논의가 가질 수 있는 의미를 검토한다.

제2절 경영학상 가치창출 이론의 시작과 발전

1. 마이클 포터 : '가치활동', '가치창출', '가치사슬'

가. '가치'와 기업의 활동(activity)

가치창출 개념은, 미국의 경영학자 마이클 포터(Michael Eugene Porter)가 1985년 발표한 '경쟁우위 - 우월적 활동의 창출과 유지(Competitive Advantage - Creating and Sustaining Superior Performance)'라는 저서에서 시작한다.[67] 이 책에서 사용된 기업분석 방법은 30년 이상 특정 기업이 다른 기업에 비하여 경쟁력을 가지는 경영전략상 이유를 설명하는 데 장점이 있는 경영학 이론으로 평가되어 왔다.[68] 마이클 포터는 기업의 장기적 수익을 결정짓는, 사업영역(industries)에 내재된 수익성 및 이를 결정짓는 요소, 그리고 특정한 사업영역에서 특정 기업이 다른 기업에 비하여 높은 수익을 낼 수 있게 하는 요소를 설명하기 위하여 위 책을 저술했다.[69] 즉 이 책에서 '경쟁우위'란, 기업이 다른 기업에 비하여 '수익성'이 높은 상태를 말하고, 따라서 이 책에서 설명하는 '경쟁우위 요소'란, 기업의 장기적 수익을 결정짓는, 사업영역(industries)에 내재된 수익성 및

---

67) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018., 35면.

68) Brigitte Baumgartner, *"Value creation Analysis for Transfer Pricing Purposes"*, International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 2, IBFD, 2018. 2., 62면 참조.

69) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage - Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 1-2면

이를 결정짓는 요소, 그리고 특정 사업영역의 평균적 수익성과 관계없이 다른 기업에 비하여 높은 수익성을 내는 기업이 경쟁상 우위를 점하게 하는 요소가 된다.[70]

마이클 포터가 사용한 기업분석 방법은 다국적 기업의 활동을 분석하는 것을 기반으로 하며, 마이클 포터 스스로도 위 책의 핵심어이자 개별 기업 설명에 기초가 되는 것은 '활동기반 이론(activity-based theory)'라고 설명한다. 활동기반 이론은, 개별 기업이 수행하는 모든 활동들을 나누어 이들을 분석하고 그러한 활동들이 서로 어떠한 영향을 미치는지 체계적으로 분석한다는 의미로 사용된다.[71] 그리고 이러한 다국적 기업의 활동은 모두 기업의 비용과 상품 또는 서비스 전반에 녹아들어 가치의 원천이 되며, 이렇게 여러 활동이 녹아든 가치를 경쟁우위의 기본 구성단위로 본다.[72]

마이클 포터는, 기업의 경쟁우위는 기업이 구매자들을 위해 지출한 비용을 초과해서 창출해낼 수 있는 '가치'로부터 발생한다고 한다. 가치는 구매자들이 기꺼이 지불하고자 하는 대상의 속성이므로 우월한 가치를 발생시키기 위해서는 동등한 혜택(benefits)을 경쟁자들보다 더 낮은 가격으로 제공하거나 — 기업이 '원가우위(cost leadership)'에 있거나 —, 만약 더 높은 가격으로 제공하더라도 높은 가격의 약점을 상쇄시킬 수 있을 만큼 특별한 혜택을 제공할 수 있어야 — 기업이 '차별화(differentiation)' 할 수 있어야 — 한다고 한다.[73]

마이클 포터가 정확한 논의의 대상으로 삼고 있지는 않기 때문에 어떠한 경우에 '가치가 창출되었다'고 판단 내지 지칭할 수 있는지 현 시점에서 더 분명하게 알 수 있는 상화은 아니다. 그러나 위와 같은 설명과 함께, "(가치란) 기업이 제공하는 재화 및 서비스에 대하여 구매자가 지

---

70) *Ibid.*
71) *Ibid.*, 33면.
72) 마이클 포터, 『경쟁우위』, 범어디자인연구소 옮김, 비즈니스랩, 2020. 12. 31. 26-27면.
73) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 3면.

불할 의향이 있는 금액의 총량이다. … 기업은 제품을 생산하면서 소요되는 총비용을 초과하는 가치를 발생시킬 때 수익성이 있다." 또는 "가치는 제품의 가격과 판매량을 반영한 총 수익으로 측정될 수 있다."는 언급이나[74] "가치창출을 단체가 재화와 서비스를 투입요소 이상의 것으로 바꾸는 절차"라고 한 표현을 참고하면,[75] 마이클 포터는 결국 '가치'를 소득을 끌어올 수 있는 요인으로서 소득의 창출에 기여할 수 있는 가능성 있는 지표로 보고 있는 듯 하다. 이러한 점에서 마이클 포터의 '가치'란 특정한 기업이 사업영역을 통하여 발생시키는 매출이나 이익 등과 같은 소득의 개념과 매우 유사하다고 평가할 수 있으리라 생각된다.[76] 이하에서 설명하겠지만, 이러한 마이클 포터의 가치에 대한 이해는, 가치를 여러 가능성 있는 접근 중에서 공급적 관점에서 파악한 것이다.[77]

정리하면, 마이클 포터의 설명에 의할 때 다국적 기업이 경쟁우위에 있다는 것은 특정한 산업 내에서 기업이 차지하는 상대적 지위가 크다는 것이고, 구체적으로는 기업의 수익성이 그 산업의 평균 수익성을 초과한다는 의미이다.[78] 이때 '수익'을 창출한다는 것의 의미는 '가치'를 창출한다는 것이 되고, 상대적으로 높은 가치를 창출하는 데 기여하는 활동들이 '가치활동'이 된다. 이 '가치활동'이 원가우위와 차별화를 달성하는 데 어느 정도로 기여하는지에 따라 다국적 기업이 창출하는 가치의 크기

---

74) *Ibid.*, 38면.

75) J. Magretta, 『*Understanding Michael Porter, the Essential Guide to competition and Strategy*』, Harvard Business Review Press, 2012, 221면.

76) 다만, '가치'와 '창출'이 어떠한 의미를 가지는지에 관한 논의는 최초 마이클 포터, 그리고 이하에서 서술하는 스타벨, 피엘스타드가 가치창출 이론을 전개할 당시에 큰 문제나 쟁점이 되었던 것은 아니었던 것으로 보인다. 그렇기 때문에 마이클 포터나 스타벨과 피엘스타드 혹은 그 후에 이어진 후속연구 중 가치와 창출의 개념에 관하여 직접적으로 의견을 개진한 연구는 발견되지 않는 것으로 보인다. 이 글에서도 가치창출 이론과 관련한 여러 논의들을 참조하여 마이클 포터나 스타벨 및 피엘스타드가 사용한 가치창출 개념에 관하여 추론하였을 뿐이라는 한계를 밝혀둔다.

77) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?",* Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018, 11면.

78) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 11면.

도 결정된다.

이 글의 논지와 관련해서 이러한 가치창출의 예시를 들어본다면,[79] 넷플릭스(Netflix Inc.)의 경우 2022년 1분기 전세계 OTT 시장 점유율 45.2%를 차지하고 있다.[80] 넷플릭스는 높은 점유율을 바탕으로 OTT 시장에서 다른 경쟁업체와 비교할 때, 높은 수익성을 올리고 있어 상대적으로 더 높은 '가치'를 창출하고 있다고 말할 수 있다. 이러한 현상의 원인을 분석하기 위해서는 넷플릭스가 OTT 시장에서 수익을 발생시키는데 기여하는 모든 가치활동을 분석하여야 한다. 마이클 포터의 주장에 따르면, 이러한 가치활동에 대한 분석을 통하여 넷플릭스의 가치활동이 원가우위 또는 차별화에 기여한다고 짐작해볼 수 있게 된다.

나. '가치사슬' 및 기업의 활동 사이 연관성(linkage)

마이클 포터가 위 저서에서 설명하는 또 다른 핵심 개념은 '가치사슬(value chain)'이다. 가치사슬이란, 한 기업의 활동을 나눈(disaggregate) '가치활동'들이 모여 관련성(linkage)을 가지고 연결된 체계를 말한다.[81] 가치사슬은 총 가치(total value)를 보여주며, 가치활동과 이문(利文, margin)(총 가치에서 가치활동을 수행하는 데 드는 총 원가를 뺀 값)으로 구성된다.[82]

이때 가치활동은 경쟁우위를 창출하는 하나의 요소가 되고, 모든 활동이 가치활동이 되는 것이 아니라 기업이 수행하는 활동 가운데 기술적, 물리적으로 구별되는 활동 중 가치를 창출하는 활동이 가치활동이 된

---

79) 오해의 소지를 미연에 방지하기 위하여 첨언하면 이하에서 서술된 예시는 마이클 포터나 OECD 등 따로 표시하지 않은 출처에서 인용한 것이 아니라, 이 글을 전개하기 위하여 필요한 수준에서 연구자가 이해한 바를 바탕으로 정리한 것임을 밝혀둔다.

80) Lucas Shaw, *"Netflix Enters Middle Age. Brace for Speed Bumps."*, Bloomberg Newsletter, 2021. 7. 26.자(2022. 8. 31. 검색).

81) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 48면 참조.

82) 마이클 포터, 『경쟁우위』, 범어디자인연구소 옮김, 비즈니스랩, 2020. 12. 31., 73면.

다.[83]

한편, 마이클 포터는 기업이 수행하는 모든 가치활동을 회계적 기준과는 상관없이, 본원적 활동(primary activities)과 지원 활동(support activities)으로 분류할 수 있다고 한다.[84] 이 중 본원적 활동은, '물류 조달(inbount logistics)', '운영(operations)', '판매 물류(outbound logistics)', '마케팅과 판촉(marketing and sales)', '서비스 활동(service)'으로 다시 분류할 수 있다. 이러한 분류는 산업의 분야와 상관없이 적용될 수 있지만 산업의 특성에 따라 특정한 활동이 다른 활동보다 가치사슬 내에서 경쟁우위를 결정하는 데 더 큰 역할을 할 수 있다.[85] 또한 본원적 활동과 구별되는 지원활동은 '조달(procurement)', '기술개발(technology development)', '인적 자원 관리(human resource management)', '기업 하부구조(firm infrastructure)'로 다시 분류할 수 있다.

가치사슬은 이러한 분류에 따른 각각의 활동들이 모여 관련성을 가지고 연결되므로, 가치활동은 가치사슬 내에서 서로 연계되어 있다.[86] 기업의 가치사슬 내에서 여러 활동 사이 발견되는 연계의 형태는 수 없이 많고 그 중 일부는 여러 기업에서 공통적으로 발견되는 것이다. 가치사슬 내에서 — 물류 조달, 운영, 판매 물류, 마케팅과 판촉, 서비스 활동으로 분류할 수 있는 — 본원적 활동과 — 조달, 기술개발, 인적 자원 관리, 기업 하부구조로 분류할 수 있는 — 지원활동 사이의 연계는 여러 형태 중 가장 분명하게 식별할 수 있는 연계의 유형이다.[87] 이렇듯 가치사슬을 구성하는 모든 가치활동들은, 본원적 활동과 지원 활동 및 그 세부 항목들로 식별된 후 분류되는 절차를 거쳐야 하지만,[88] 이러한 분류의 기준은 일정하게 고정된 것이 아니라 활동의 경제적 원리와 가치사슬을 분석하

---

83) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 48면.
84) *Ibid*.
85) *Ibid.*, 39-44면.
86) *Ibid.*
87) *Ibid.*, 48-49면.
88) *Ibid*.

는 목적에 따라 달라질 수 있다.[89] 또한 기업은 기업 내부에서 자체적으로 광범위한 활동을 수행하기도 하지만 기업 외부의 다른 기업과 동일한 형태의 이익을 얻기 위해 기술 라이센싱, 공급계약(supply management), 마케팅 계약이나 합작투자의 형태의 제휴(coalition)를 하기도 한다.[90] 기업은 제휴를 통하여 새로운 부문이나 시장, 관련 사업으로 직접 진출하지 않고도 가치활동을 공유하고 기업 내부에 머물러 있던 가치사슬은 확장된다.[91]

마이클 포터의 가치 개념은 OECD에 의하여 '글로벌 가치사슬(global value chain)'의 개념으로 확장된다. OECD에 의하면, 기술의 발전에 따라 디지털화 된 기업들이 서로 간 제휴를 통하여 국경에 구애받지 않고 재화 및 서비스를 공급하기 위하여 필요한 가치활동을 부분적으로 분담함에 따라 특정 기업 내부의 가치사슬이, 제휴를 통하여 전세계의 다른 기업 사이의 가치사슬로까지 확장된다고 한다.[92]

정리하면 마이클 포터에 따를 때, 경쟁우위에 있는 특정한 다국적 기업의 경쟁우위의 요소를 분석하기 위해서 다국적 기업의 가치사슬을 분석하여야 한다. 그리고 이러한 가치사슬의 분석을 위해서 서로 관련성 있는 다국적 기업의 가치활동들을 식별하고, 경제적 원리와 분석의 목적에 맞게 연구자가 설정한 분류 기준에 따라 본원적 활동과 지원활동 및 그 세부 항목들로 분류하여야 한다. 만약 그 다국적 기업이 가치창출을 하는 과정에서 다른 기업과 제휴하고 있다면, 그 다른 기업의 가치활동 역시 같은 분류기준에 따라 본원적 활동과 지원활동 및 그 세부항목들로 분류하여야 하고, 이때 분석대상이 되는 가치사슬은, 글로벌 가치사슬로서 확장된다.

예컨대[93] 이하에서도 자세히 예시하겠지만, Amazon.com Inc.(이하 '아

---

89) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 48-49면.
90) *Ibid.*, 52면.
91) *Ibid.*
92) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018., 35면.

마존')이 룩셈부르크에 자회사로 Amazon Europe Holding Technologies SCS(이하 'AEHT')를 두고 있는 사례를 살펴본다. 아마존은 유럽에서 서비스를 제공하기 위하여 AEHT와 약정에 따라[94] 아마존의 유럽 웹사이트, 주문센터 등 소프트웨어 기타 기술, 유럽 내 사용할 상표권, 상호, 도메인 주소 등 마케팅 관련 자산, 아마존의 유럽 고객 관련 명단 및 기타 정보로 크게 분류할 수 있는 무형자산을 연구·개발하였다. 이때 유럽에서 제공되는 아마존의 서비스의 경쟁우위 요소를 분석하기 위해서는 아마존, 그리고 아마존과 AEHT의 가치활동들을 식별하고 분류하여야 한다. 여러 가지 가능한 분류 중 하나로, 아마존은 기업 그룹 전체의 전사적 차원에서의 의사결정과 함께 지역 단위에서 고객에게 재화 및 서비스를 제공할 수 있도록 인적자원 관리, 기술개발 및 사내 제반시설 구축 등의 지원 활동을, AEHT는 유럽시장에서 아마존닷컴의 웹사이트를 통하여 이루어지는 주문에 관한 처리, 주문에 따른 국내 및 해외 운송과 운영, 마케팅, 판매활동 등의 본원적 활동을 한다고 분석할 수 있을 것이다. 이때 유럽에서의 서비스 제공과 관련한 가치사슬은 미국의 아마존에서 수행하는 지원활동과 룩셈부르크의 AEHT에서 수행하는 본원적 활동으로 구성된다. 만약 아마존이, AEHT가 수행하는 역할을 아마존 기업그룹 외부의 제3자와의 제휴를 통하여 그 제3자로 하여금 수행하도록 한다면, 아마존과 AEHT 내부의 가치사슬은 아마존 및 아마존과 제휴를 맺은 제3자의 가치활동들로 구성되는 글로벌 가치사슬로 확장된다.

---

93) 이전의 예시와 마찬가지로 이하에서 서술한 예시는 따로 표시하지 않은 출처에서 인용한 것이 아니라, 이 글을 전개하기 위하여 필요한 수준에서 연구자가 이해한 바를 바탕으로 정리한 것임을 밝혀둔다.

94) 이 사례는 마이클 포터의 가치사슬을 구성하는 가치활동을 설명하기 위한 목적에서 제시한 것일 뿐 이전가격세제와 관련한 구체적 논의를 위한 것은 아니라 간략히 '약정'이라고 표시하였음을 밝혀둔다. 정확히 하자면, 이 약정은 '중도참여약정'이다. 중도참여약정이란, 여러 회사가 무형자산의 연구·개발에 드는 돈을 분담하고 개발결과를 나누어 가지는 '원가분담약정(cost sharing/ contribution agreement)'이 체결된 이후 중간에 위 약정에 참여하고자 하는 다른 특수관계인이 기존 원가분담약정의 참여자들과 체결하는 약정이다(이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021, 383-384면 참조).

2. 스타벨과 피엘스타드 : '가치네트워크', '가치샵'으로 확장

OECD의 가치창출 개념은 오로지 마이클 포터의 이론에만 의존한 것은 아니다. BEPS 작업 전에 이미 경영학 내부에서, 마이클 포터가 제시한 가치사슬 개념에 대해서, 정보의 유통(information flows)과 관련된 가치활동에서 가치가 창출되는 경우, 특히 서비스 사업의 경우에 적용이 어렵고, 마이클 포터의 가치사슬 개념이 기업 내부에서 이루어지는 가치활동에 대한 분석에 초점을 두고 있어 기업 내부의 가치활동이 아닌, 소비자나 시장 등 기업 외부의 요소가 기업의 가치창출에 기여하는 경우에 적용이 어렵다는 비판이 있었다.[95] 그에 따라 스타벨과 피엘스타드는 마이클 포터가 제시한 가치사슬 개념 이외에 서비스 영역에 적용될 수 있는 새로운 개념으로 '가치네트워크(Value network)', '가치샵(Value shop)'을 제시한다.[96] 이러한 의견은, 마이클 포터가 제시하였던 가치사슬의 개념과 활동기반 이론에 따라 가치창출을 분석하는 방법은 이어가면서 기업 내부의 가치활동 이외에 소비자나 시장 등 기업 외부의 요소까지 포함하는 '본원적 가치 요소(generic value configurations)'가 가치창출에 기여하는 과정을 분석해야 한다고 주장한다.[97]

스타벨과 피엘스타드의 가치창출 이론에 의하면 가치사슬은, 다국적 기업의 가치활동과 기업 외부의 요소들까지 포함하는 본원적 가치 요소가 관련성을 가지고 연결된 체계이고, 마이클 포터가 제시한 가치사슬 개념은 가치네트워크와 가치샵 개념으로 확장된다. 가치창출에 기여하는 요소를 분석하는 절차는 서비스 사업의 범주까지 확장된, 가치사슬, 가치네트워크, 가치샵 개념에 적용할 수 있다. 이렇듯 스타벨과 피엘스타드는

---

95) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018., 35면.

96) Stabell Charles B, Fjeldstad Oystein D, "*Configuring Value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks*", Strategic Management Journal, 제19권 제5호, 1998. 5., Wiley, 414면.

97) *Ibid.*

새롭게 제시한 가치네트워크 및 가치샵의 가치창출 과정을 분석하기 위하여 마이클 포터의 분석을 사용하면서도 자신들이 새롭게 정립한 가치창출의 요소에 따라 분석하고, 적용범위 역시 확장하였다.[98]

스타벨과 피엘스타드가 제시한 가치네트워크와 가치샵은, 마이클 포터가 제시한 가치사슬과 비교할 때 가치창출에 기여하는 요소와 가치창출의 요소를 이루는 가치활동에 대한 세부적 분류 및 내용의 측면에서 차이가 있다. 가치창출의 요소와 관련하여, 가치사슬 모델은 재화 및 서비스의 생산부터 판매까지 '순차적으로 구성되는(long-linked)'[99] 가치활동에 따라 가치가 창출된다. 반면 가치네트워크 모델은 가치창출 요소들이 '중개(mediating)'되고 그에 따라 소비자들이 상호 연결되는 과정(network relationship)에서 가치가 창출된다. 특히 이 '중개'의 과정은 정보통신기술과 인터넷의 발전에 따라 '플랫폼'을 통하여 이루어질 수도 있다.[100] 한편 가치샵 모델은 소비자가 가지고 있는 '문제를 해결하기 위하여((Re)solving problems)' 여러 방법을 모색하고 그 중 최선의 방법을 선택하여 실행하는 과정에서 가치가 창출된다.[101] 가치활동을 구성하는 세부적 분류 및 내용에 관해서도 마이클 포터는 가치사슬의 본원적 활동은 ''물류 조달

98) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018., 35면.

99) 이 '길게 늘어뜨려 연결된(long-linked)'이란 단어는 마이클 포터가 사용한 단어가 아니라, 스타벨과 피엘스타드가 사용한 단어이다. 이후 OECD는 같은 단어를, 2018년 중간보고서에 '선형적 생산 공정(linear production process)'으로 표현한 것으로 보인다. 스타벨과 피엘스타드는 가치사슬 모델에 관하여 전통적 기업의 설명에 적합하다고 하면서, 전통적 기업의 가치창출이 '생산 – 판매 – 운송'의 본원적 활동이 순차적으로 진행되면서 이루어진다고 한다. 이를 볼 때 'long-linked'라는 단어는 가치사슬을 구성하는 가치활동이 순차적으로 이루어지고, 가치창출에 기여하는 가치활동들을 나열하면, 순차적으로 많은 가치활동이 관련성을 가지고 길게 늘어질 수밖에 없는데, 이러한 모습을 비유적으로 표현한 것이라고 보인다. 이후 OECD의 2018년 중간보고서에서 사용되는 '선형적(linear)'의 단어 역시 공급자가 '생산 – 판매 – 인도'하는 과정을 통하여 수요자가 최종 재화 및 서비스를 인수하기까지의 과정이 마치 하나의 선(line)상에 놓여있는 것처럼 나타낼 수 있다는 의미에서 비유적으로 사용되었다.

100) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018., 38면.

101) Stabell Charles B, Fjeldstad Oystein D, "*Configuring Value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks*", Strategic Management Journal (1986-1998); 제19권 제5호, 1998. 5., Wiley, 415면.

(inbound logistics)', '운영(operations)', '판매 물류(outbound logistics)', '마케팅과 판촉(marketing and sales)', '서비스 활동(service)''으로 구성된다고 하지만,[102] 스타벨과 피엘스타드는 가치네트워크의 본원적 활동은 '네트워크 형성의 촉진 및 계약 관리(network promotion and contract management)', '서비스 제공(service provision)', '제반시설 운영(network infrastructure operation)'으로,[103] 가치샵의 본원적 활동은 '문제 발견 및 인지(problem finding and acquisition)', '문제 해결(problem-solving)', '선택(choice)', '실행(execution)', '통제 및 평가(control and evaluation)'로 구성된다고 한다.[104]

스타벨과 피엘스타드의 이론을 세법에서 익숙한 개념으로 치환하자면 경쟁우위에 있는 다국적 기업이란 마이클 포터가 전제하고 있는 바와 마

---

102) 구체적으로 마이클 포터는, "물류 조달"이란 '제품에 필요한 원자재 구입, 저장, 분배하는 것과 관련된 활동, 자재관리, 저장, 재고관리, 부품 사용 계획, 공급자에게 반품하는 것과 같은 활동'을, "운영"이란 '원자재를 최종 제품 형태로 가공하는 것과 관련된 활동, 기계가공, 포장, 조립, 부품 유지, 테스트, 인쇄, 설비 운영과 같은 활동'을 말한다고 한다. "판매 물류"란 '제품을 구매자에게 유통시키기 위한 수집, 저장과 관련된 활동 및 구매자에게 제품이 직접 유통되는 과정에 해당하는 완성품 보관, 자재 관리, 운송장비 관리, 주문처리, 유통 계획과 같은 활동'을, "마케팅과 판촉"이란 '구매자가 제품을 구입할 수 있는 수단을 제공하는 활동, 광고, 판촉, 영업 및 영업량 할당, 유통채널 선택, 유통망 관리와 가격설정과 같은 활동'을, "서비스 활동"이란 '제품 가치를 유지하거나 높여주는 활동으로 제품 설치, 수리, 사용방법 교육, 부품 공급, 제품 조정과 같은 활동'을 말한다고 한다(마이클 포터, 『경쟁우위』, 범어디자인연구소 옮김, 비즈니스랩, 2020. 12. 31., 76-77면).

103) 구체적으로 스타벨과 피엘스타드는, "네트워크 형성의 촉진 및 계약 관리"란, '네트워크에 잠재적 소비자가 참여하도록 유도하고, 네트워크에 참여한 소비자와, 서비스를 제공하고 서비스 대가를 청구하는 내용의 계약을 계약을 체결, 유지 및 관리, 종료하는 활동'으로 부연한다. "서비스 제공"은 '소비자들과 (서비스를 통한) 연결 관계(links)를 설정, 유지, 종료하는 것 그리고 소비자가 (서비스를 통하여 받은) 가치에 상응하는 사용료 등을 청구(billing)하는 것과 연관된 활동'을, "제반시설 운영"은 '유형의 또는 정보와 연관된 제반시설을 유지하고 운영하는 것과 관계된 활동'을 의미한다(Stabell Charles B, Fjeldstad Oystein D, "*Configuring Value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks*", Strategic Management Journal (1986-1998); 제19권 제5호, 1998. 5., Wiley, 427면).

104) 구체적으로 스타벨과 피엘스타드는, "문제 발견 및 인지"란 '해결해야 할 문제에 대하여 기록(recording), 검토(reviewing), 구성(formulating)하는 활동과 그 문제의 해결을 위한 큰 틀에서의 접근방법을 선택하는 활동'이라고 부연한다. "문제 해결"이란 '여러 가능한 해결방법을 생각하고 평가하는 활동들'을, "선택"이란 '문제 해결 단계에서 검토한 여러 가능한 해결방법 중 적절한 것을 선택하는 활동'을, "실행"이란 '선택 단계에서 선택한 해결방법에 관하여 고객과 소통하고, 방법을 구성하고 실제 시행에 옮기는 활동'을, "통제 및 평가"란, '최초 문제 발견 및 인지 단계에서 인식한 문제가 어느 정도 해결되었는지 측정하고 평가하는 활동'을 말한다고 한다(*Ibid.*, 421-422면).

찬가지로, 기업의 수익성이 다른 경쟁자 또는 산업의 평균 수익성을 초과하는 상태에 있는 것이고, 이때 '수익'을 창출한다는 것이 '가치'를 창출한다는 것과 사실상 같은 의미이다. 기업의 가치창출에 기여하는 요소를 분석하는 것이 필요하지만, 기업의 가치활동만이 가치사슬을 구성하는 가치창출의 요소가 되는 것이 아니고 기업 외부의 요인들 역시 가치창출의 요소가 될 수 있다. 마이클 포터가 제시한 가치사슬 모델은 제품을 생산하여 판매하는 전통적 기업에 대해 적용하는 것이 적합하지만, 가치사슬 모델이 적용되기 어려운 새로운 형태의 기업에 대해서는 새로운 모델이 필요하다. 여러 가능성 중에서 중개활동을 중요한 가치창출의 요소로 보는 가치네트워크, 문제 해결활동을 중요한 가치창출의 요소로 보는 가치샵이 새로운 형태의 기업에 적용할 수 있는 가치창출의 분석체계로서 새로운 모델이 될 수 있다.

예컨대[105] '우버(Uber)'는 차량을 이용하고자 하는 승객과 차량 및 운전자 사이 차량 이용 계약을 중개하는 서비스를 제공한다. 이러한 중개는 우버가 운영하는 플랫폼을 통하여 이루어지는데, 구체적으로 승객은 인터넷을 통하여 우버의 플랫폼에 접속한 뒤 예약을 요청할 수 있고, 요청된 예약을 처리하기 위하여 승객과 가까운 위치의 우버의 차량 및 운전자에게 예약을 연결하는 절차를 거치게 된다. 우버는 차량 이용 계약의 중개 이외에도 차량 이용 후 차량 및 운전자의 운행시간이나 위치를 파악하고, 승객으로부터 받는 서비스 평가를 관리하는 등 전체적인 서비스를 관장한다. 스타벨과 피엘스타드에 의하면, 이 경우 우버의 가치창출을 분석할 때, 위와 같은 우버의 수익은 서비스 제공 과정의 처음(생산)부터 끝(판매)까지 우버 내부의 가치활동만으로 이루어지는 것이 아니라 우버가 제공하는 플랫폼을 통하여 우버 이외의 제3자인, 승객과 차량 및 운전자 사이의 거래를 중개하여 수익이 발생한다. 따라서 기업 내부의 가치활동만을 가치창출의 요소로 보는 마이클 포터의 가치사슬에 따라

105) 이전의 예시와 마찬가지로 이하에서 서술된 예시는 마이클 포터나 OECD 등 따로 표시하지 않은 출처에서 인용한 것이 아니라, 이 글을 전개하기 위하여 필요한 수준에서 연구자가 이해한 바를 바탕으로 정리한 것이다.

가치창출을 분석하는 것은 적절하지 않고 가치창출 요소 간 중개를 주요한 특징으로 하는 가치네트워크에 따라 가치창출을 분석하여야 한다. 여러 가지 가능한 분류 중 하나로, 우버의 가치활동은 우버의 플랫폼 및 서비스 제공에 필요한 자원의 운영(가치네트워크의 본원적 활동 중 '제반시설 운영'에 대응), 플랫폼을 통한 승객과 차량 및 운전자간 차량 이용 계약 촉진 및 차량 이용 예약 및 계약 관리(가치네트워크의 본원적 활동 중 '네트워크 촉진 및 계약 관리'에 대응), 차량 이용 계약에 따라 예약이 성립된 승객에게 차량 및 운전자를 통하여 여객 서비스 제공(가치네트워크의 본원적 활동 중 '서비스 제공'에 대응)으로 식별하여 분류할 수 있다. 이러한 가치활동은 가치창출의 유일한 요소는 아니고 우버 외부의 요인, 즉, 승객과 차량 및 운전자와 관련한 요소 역시 가치창출의 요소로 함께 고려되어야 한다는 것이다.

3. 소결 - '경영학상 가치창출 이론'의 핵심

이상의 논의를 정리하면, 이 글에서 '경영학상 가치창출 이론'이라고 지칭하는 것은 마이클 포터가, 특정한 기업이 가치를 창출하여 경쟁우위를 얻게 되는 요소를 분석하는 것에서 시작한다.

디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피라는 국제조세 문제와 관련성 있는 범위에서 경영학상 가치창출 이론과 관련있는 부분은 살펴보면 우선 마이클 포터는 기업이 그 산업의 평균 혹은 경쟁상대와 비교할 때 더 높은 수익성을 발생시키는 것을 두고 '가치가 창출되었다'고 한다. 그 다음 다국적 기업의 가치활동을 식별하고 본원적 활동 및 지원 활동을 분류하는 절차를 거치고, 가치활동들 사이 연관성을 가지고 이룬 체계, 즉, 가치사슬에 대한 분석을 통하여 가치창출의 요인을 분석할 수 있다. 스타벨과 피엘스타드는 마이클 포터가 전제한 바대로 가치창출의 상황을 이해한다. 그러나 스타벨과 피엘스타드는, 기업 내부의 가치활동에

한정하지 않고, 기업 외부의 요소들까지 가치창출의 요소가 된다고 보고, 새로운 서비스 산업에 관하여 적용할 수 있는 새로운 가치창출의 요소들 간 체계로서, 가치네트워크, 가치샵을 제시하였다는 점에서 마이클 포터의 가치창출 이론과 차이가 있다.

제3절 OECD가 논의하는 가치창출 이론

마이클 포터가 최초로 제시한 가치창출 개념에서 출발하여 스타벨, 피엘스타드가 확장한 가치창출과 관련한 경영학상 논의를 '디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피'라는 국제조세 문제로 끌어들여 다시 논의를 시작한 주체는 OECD이다. OECD가 2013년 BEPS 프로젝트의 시작점에서 '가치가 창출하는 곳에서 과세가 이루어져야 한다.'는 '가치창출 명제'를 보고서에 포함시킨 것이 그 시작이다. 따라서 본래 경영학상 가치창출 이론이 논의되었던 범주와 다르게, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에서 OECD의 문서를 통하여 OECD가 가치창출 개념을 어떻게 이해하는지 검토한다. 그 다음 OECD가 가치창출 이론을 어떠한 지위에서 논하고 있는지 검토한다.

1. OECD가 여러 문서에서 '가치창출'을 사용한 예

가. 2013년 액션 플랜 보고서 및 G20 정상회담 선언

OECD는 2013년 7월 BEPS 프로젝트의 시작과 함께 액션과 그에 관한 계획(Plan)을 마련하여 "세원잠식 및 소득이전에 관한 액션 플랜(Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting)" 보고서[106]를 발표하였다. OECD는 이 보고서에서 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 개념

106) OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013.

을 최초로 사용하였다.[107]

OECD는 위 보고서에서 가치창출 활동이 이루어지는 장소와 투자가 일어나는 장소, 그리고 과세 목적으로 소득이 신고되는 장소들이 일치하지 않는 경우를 문제 상황으로 인식하면서,[108] '가치가 발생되는 곳'에서의 과세관할을 결정하기 어려운 것이 디지털 경제의 특징이라고 하였다.

따라서 디지털 경제환경에서 다국적 기업의 세원잠식 및 소득이전의 문제 해결을 위하여 사업분야 내 가치창출 과정에 관한 더 높은 수준의 이해가 필요하다고 한다.[109] 이를 바탕으로 디지털 경제에서 기업의 가치창출과 이익창출을 고려하여 세법상 원천(source)과 거주(residence) 개념을 변화시킬 필요가 있다고 하거나[110][111], 이전가격 영역에서 현행 국제조세 규칙 역시 기업 그룹 내 가치창출에 강조점을 두어 개선해 나가야 한다고 한다.[112] 예컨대 OECD는, "다국적 기업이 영업활동을 위하여

---

107) 이하에서 특별한 언급이 없는 한 OECD의 보고서에서 사용된 가치와 창출 개념이 사용된 문장 내지 문단은 다른 번역자료에 기대지 않고 연구자가 직접 번역한 것임을 밝혀둔다.

108) OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013, 21면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"이 BEPS 보고서는 가치창출의 활동이 이루어지는 장소와 투자가 일어나는 장소, 그리고 과세 목적으로 이익이 보고되는 장소들이 불일치하는 경우가 증가하고 있다는 여러 연구 및 자료에 주목한다…"

109) *Ibid.*, 14면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"세원잠식 및 소득이전은 디지털 경제의 문제이다. '액션'은 이러한 문제들을 인식하는데 도움이 된다. … (이러한 문제의 해결을 위해서는) 다른 사업모델에 대한 면밀한 분석, 계속적으로 변화하는 사업을 이해할 수 있는 넓은 시야(landscape), 그 사업분야의 가치창출에 관한 더 나은 이해가 필요하다."

110) OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013, 10면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"디지털 경제는, … 가치가 발생되는 곳에서의 과세권을 결정하기 어렵게 한다. 이것은 기업이 디지털 경제에서 어떻게 가치를 더하고 이익을 만드는지, 그리고 디지털 경제가 세법상 원천(source)과 거주(residence)의 개념 및 소득의 특징과 어떠한 연관을 가지는지에 관하여 근본적 질문을 던진다…"

111) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Final Report*』, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 16면.

112) OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013, 13-14면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"변화하는 사업모델과 기술적 발전에 보조를 맞추지 못하고 있는 국제 기준이, 원래 의도한 효과와 이점을 회복할 수 있도록 하기 위해서는 과세 규칙을 재정립하는 것과 함께 유의미하고도 실질적인 조치가 필요하다. 이전가격의 영역에서, 현행 규칙은 고도로

국외에 둔 '상당한 디지털 실재(significant digital presence)'[113]가 현행 국제조세 규칙상 '고정사업장'이라는 연계점(nexus)에 해당하지 않아 과세를 면하게 되는 문제를 지적하면서 그 문제의 해결을 위하여 디지털 재화 및 서비스 사용에 따라 시장과 관련된 데이터에서 '창출되는 가치'를 고려해야 한다."고 한다.[114] 또한 무형자산과 관련된 세원잠식 및 소득이전의 문제에 대하여 "이전 또는 사용된 무형자산과 연관된 이익이 가치창출에 부합하도록 적절하게 분배되도록 하는 조치가 필요하다."고 한다.[115]

이렇듯 '가치창출'은, 위 액션 플랜 보고서 중에서 액션 1(디지털 경제) 및 액션 8, 9, 10(이전가격세제 강화)[116]과 관련하여 주로 언급된다.[117]

통합된 기업 그룹 내에서 가치창출을 보다 강조하는 방향으로 개선되어야 하고, 다국적 기업이 소득이전 목적으로 무형자산, 위험, 자본 기타 고위험 거래를 활용하는 것을 방지하여야 한다."

113) 'Significant digital presence'에 관한 공식적 국문 번역은 없는 것으로 보이고, 이를 영어 원문 그대로 'significant digital presence'로 표기하거나(OECD 한국대표부 홈페이지, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Aadof0keQE4J:https://overseas.mofa.go.kr/www/brd/m_3889/view.do%3Fseq%3D350546%26srchFr%3D%26amp%3BsrchTo%3D%26amp%3BsrchWord%3D%26amp%3BsrchTp%3D%26amp%3Bmulti_itm_seq%3D0%26amp%3Bitm_seq_1%3D0%26amp%3Bitm_seq_2%3D0%26amp%3Bcompany_cd%3D%26amp%3Bcompany_nm%3D%26page%3D11+&cd=6&hl=ko&ct=clnk&gl=kr&lr=lang_ko (2021. 8. 18.자 검색)), '주요 디지털 사업장'(오태현, 임유진, "EU의 디지털세(Digital Tax), 주요 내용과 시사점", 제18권 제13호, 대외경제정책연구원, 세계경제, 2018. 4.), 혹은 '상당한 디지털 실재(기획재정부, "BEPS 대응지원센터 2018년 제2차 전문가포럼 개최", 2018. 9. 18.자 보도자료)'로 번역한 사례가 확인되는바, 이하에서는 편의상 기획재정부 보도자료 표기에 따라 '상당한 디지털 실재'로 번역하여 표기하기로 한다. 이하에서도 이와 같다.

114) OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013, 14면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"쟁점은 … 다른 국가에서 '상당한 디지털 실재(significant digital presence)'를 가진 회사가 현행 국제 규칙에 의할 때 연계점(nexus)이 인정되기에 부족하여 면세되는 상황에 대한 인식, 디지털 재화 및 서비스 사용에 따라 … 창출되는 가치의 분배, 새로운 사업모델에서 발생하는 소득의 특징 … 을 포함한다."

115) OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, 9면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"기업 그룹의 구성원들 사이에 무형자산을 이전시킴으로써 세원을 잠식하고 소득을 이전하는 것을 회피하기 위한 규칙은 … (ⅱ) 이전·사용된 무형자산과 연관된 이익이 가치창출에 (동떨어지지 않고) 부합하도록 적절하게 분배되도록 하여야 하고, (ⅲ) 가치평가가 곤란한 무형자산의 이전에 관한 특별한 조치 및 이전가격 규칙이 개발되는 것을 전제로 하며 …"

116) 기획재정부, "BEPS 대응지원센터 2018년 제2차 전문가포럼 개최", 2018. 9. 18.자 보

위 2013년 액션 플랜 보고서를 바탕으로 같은 해 9월 G20 정상회담에서는 "다국적 기업의 이익은, 그 이익을 창출하는 경제적 활동이 존재하고 가치가 창출되는 곳에서 과세되어야 한다."는 가치창출 명제 형식의 선언이 이루어지기도 하였다.[118]

가치창출 개념이 BEPS 프로젝트의 시작과 함께 최초로 언급되었지만, 이러한 OECD의 2013년 액션 플랜 보고서 및 G20 정상회담 선언에서 사용된 '가치창출'의 예를 보면, 당위의 의미를 포함하는 명제 형식으로 가치창출 개념이 사용되었다는 점과 가치창출이 과세권을 결정하는 연계점과 관련된 규칙과 이전가격 규칙 모두에서 변화해야 할 방향의 기준으로 언급되었다는 점에서 가치창출 개념은 단순한 구호 이상으로 새로운 국제조세 규칙의 변화에 어떠한 식으로든 역할을 할 수 있다는 OECD의 인식이 깔려 있었던 것으로 해석할 수 있다.

나. OECD의 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서

OECD는 2014년 "디지털 경제의 조세문제에 관하여; 액션 1 (Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1)"이라는 제목의 중간보고서(이하 '2014년 중간보고서')[119]를, 2015년에는 같은 제목의 최종보고서(이하 '2015년 최종보고서')[120]를 발표하였다.

OECD는 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서 각 전문(Foreword)에서 가치창출 명제를 사용하여 "액션 플랜은, 그 이익을 발생시키는 경

도자료, 4면.

117) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal / revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1107-1108면.

118) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Final Report*』, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 16면.

119) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Deliverable*』, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014.

120) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015.

제적 활동이 수행되는 곳, 그리고 가치가 창출되는 곳에서 과세되도록 하는 것을 목표로 한다."[121][122]는 점을 명확히 하였다. 그에 따라 BEPS 프로젝트에 따라 새롭게 정립될 국제조세 규칙에 따른 조치들이 이루어진다면 "이익을 발생시키는 경제적 활동이 수행되는 곳 그리고 가치가 창출되는 곳에서 소득이 신고될 수 있을 것"[123]이라고 하였다.

위와 같은 전문 이외에, 2015년 최종보고서에서 가치창출 개념은 여러 가지 의미로 사용되는 것을 확인할 수 있다.[124] 예컨대 OECD는 '가치가 창출된(되는) 경우'를 "기업의 매출이 증가한 경우"[125]로 지칭하거나 "기업의 매출, 즉, 영업에서 결제가 되었거나 될 수 있는 채권이 발생한 상황"[126]으로 지칭한 경우가 있다. 또한 "기업의 활동으로 인하여 소비자

---

121) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Deliverable*』, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014, 전문. 원문은 아래와 같다.
"Addressing base erosion and profit shifting (BEPS) is a key priority of governments around the globe. In 2013, OECD and G20 countries, working together on an equal footing, adopted a 15-point Action Plan to address BEPS. The Action Plan aims to ensure that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created. It was agreed that addressing BEPS is critical for countries and must be done in a timely manner, not least to prevent the existing consensus based international tax framework from unravelling, which would increase uncertainty for businesses at a time when cross-border investments are more necessary than ever. As a result, the Action Plan provides for 15 actions to be delivered by 2015, with a number of actions to be delivered in 2014."

122) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 전문.

123) *Ibid.*

124) 위 사용례는 가치창출 이론에서 말하는 '가치'와 '창출'의 의미를 밝히는 데 도움이 될 수 있는 OECD의 보고서상 언급 중 일부를 연구자가 추려냈음을 밝혀둔다.

125) *Ibid.*, 107면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"일반적으로, 한 나라에서 일정하게 계속적으로 매출이 발생하고 있다는 것은 상당한 경제적 실재(significant economic presence)가 존재한다고 볼 수 있는 가장 명확한 지표가 된다. … 소비자들이 존재하는 국가와 그 소비자들이 결제를 하는 국가가 일치한다면, 소비자들과 소비자 관련 데이터의 가치는 해당 국가의 기업 매출에 반영되는 것이 일반적이다."

126) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 48면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"예컨대 클라우드 컴퓨팅을 운영하는 운영자는 (클라우드 컴퓨팅 운영을 위한) 제반시설(infrastructures) 운영자에게 비용을 지급하지만, (클라우드 컴퓨팅에 대한) 접근권한을 제공하면서 어플리케이션 개발자들로부터 비용을 지급받는다. … 기업은 최종 소비자들

나 고객이 증가하고, 그러한 소비자나 고객이 기업에 미치는 영향력이 증가한 상태"[127][128]를 지칭한 경우도 있다. 이를 볼 때 위 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서에서 가치창출 개념은 '회사 자산의 증대, 또는 회사의 경제적 성장 내지 회사의 성장에 따른 시장의 확장'[129][130]을 지칭하는 것으로 보인다.

2013년 액션 플랜 보고서 및 G20 정상회담 선언에서도 '가치창출'이 새로운 국제조세 규칙의 정립이 특정한 역할을 할 수 있다는 OECD의 인식을 확인할 수 있다. 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서에서는 여기서 더 나아가 OECD가 '가치창출'을 어떠한 의미로 사용하였는지 짐작해볼 수 있는 몇몇 예시가 포함되어 있다. 이는 OECD가 새로운 국제조세 규칙이 가치창출의 명제에 부합하는 방향으로 정립되기 위해서는 어떤 식으로든 가치창출 개념에 관한 의미를 '정리'하는 작업이 필요하였고, 그러한 필요성에 따라 가치창출 개념의 의미를 추론할 수 있는 여러 예를 2014년 중간보고서 및 2015년 최종보고서에서 제시한 것이 아닌

과의 상호작용을 통해 … 그 최종 소비자들이 충전해서 직접 결제하는 방식에 따라 발생한 금전을 확보하거나 그 기업이, 최종 소비자들과 계약관계에 놓여 있는 다른 사업자에 대하여 가지는 매출 채권을 확보하는 방법을 통하여 가치를 창출한다."

127) *Ibid.*, 104면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"기업과 소비자들/ 소비자들간의 관계가 디지털 경제환경에서 변화할 수 있다는 사실 역시 문제가 된다. 같은 다국적 기업에 속하는 구성원들 사이 소득을 분배하는 현행 조세규칙에 따르면, 수행된 기능, 사용된 자산, 감수한 위험에 대한 분석을 필요로 한다. 이러한 과정은 가치가 창출된 부분이, 소비자 혹은 소비자가 있는 관할에서 발생하는 디지털 경제환경 속 사업모델에서 특히 문제된다. 앞서 언급한 바와 같이, 소비자/ 고객에 대한 중요성이 증가하고 있다는 사실은, 소득세의 관점에서 '경제적 활동이 수행되고 가치가 창출되는 곳'을 결정짓는 데 어떻게 고려할 것인지에 관한 핵심적 문제가 된다."

128) *Ibid.*, 132면; 원문(번역)은 아래와 같다.
" … 이러한 (디지털 시대의) 특징들은 직접세 목적에서 경제적 활동이 수행된 곳과 가치가 창출된 곳을 결정짓는 데 사용된 기존 패러다임 – 기업의 기능, 자산, 위험에 대한 분석을 바탕으로 하는 – 에 관하여 문제를 불러 일으킨다.".

129) *Ibid.,* 65면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"무형자산의 개발(development) 및 사용(exploitation)은 디지털 경제의 핵심적 특징이다. 무형자산에 대한 이러한 투자 또는 개발은 디지털 경제에서 회사의 경제적 성장과 가치창출의 핵심적 요소가 된다. 에컨대, 디지털 기업들은 소프트웨어에 상당히 의존하고 있는 경우가 있고, 이러한 기존 소프트웨어를 업그레이드하거나 새로운 소프트웨어 제품들을 개발하기 위하여 상당한 자원을 연구 개발에 사용한다."

130) *Ibid.*, 71면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"네트워크 효과 … 더 많은 소비자들이 존재할수록 더 높은 가치가 창출된다."

가 짐작된다.

다. 2014년 무형자산 관련 이전가격지침

OECD는 2014년 다국적 기업이 무형자산의 이전을 통하여 세원잠식 및 소득이전을 하는 상황을 방지하기 위하여[131] "무형자산 관련 이전가격지침(guidance on transfer pricing aspects of intangibles)"[132]을 발표하고, 이를 기존 이전가격지침[133]에 포함시켰다.

OECD는 위 이전가격지침에서 특히 무형자산과 관련하여 가치창출 개념의 언급을 많이 한다. 예컨대 "무형자산이 그 다국적 기업의 전체 공급망(supply chain)에서 가치를 더하거나 창출하는 데[134][135][136][137] … 기

---

131) OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, 전문 참조. 특히, 전문에서는 BEPS 프로젝트에 따른 액션 플랜이 '이익을 발생시키는 경제적 활동이 이루어지고 가치가 창출되는 곳'에서 과세가 이루어질 수 있도록 하는 것을 목적으로 함을 명시하고 있다. 이는 2015년 OECD 최종보고서의 전문에서도 동일하게 확인된다.

132) OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014.

133) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2010.

134) OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, 43면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.48. … 수행된 기능, 사용된 자산, 인수된 위험을 분석하여 독립기업 원칙에 따른 보상을 정할 때, 다국적 기업이 … 무형자산의 사용을 통하여 수익을 발생시키거나 가치를 창출하는 데 기여한 것으로 인정되는, 비교 가능한 요인(comparability factors)을 고려하여야 한다."

135) *Ibid.*, 44면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.49. … 챕터 Ⅰ~Ⅲ까지의 내용에 따른 기능분석은 간단한 사실관계에서는 쉽게 적용할 수 있지만, (ⅰ) 무형자산이 다국적 기업 그룹 내에서 자체개발(self-developed)된 경우, (ⅱ) 마케팅이나 제조(manufacturing) 등 다른 요소들이 가치창출에 특히 중요한 경우에서는 그 적용이 어려워질 수 있다."

136) *Ibid.*, 54면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.75. … '유통업자(distributor)'라고 하더라도 비슷한 권한을 가지는 다른 독립적 지위에 있는 유통업자 보다 더 많은 기능을 수행하고, 자산을 사용하고, 위험을 인수하기 때문에 판매활동에서 더 큰 이익을 향유하고 또 다른 마케터 내지 독립적 지위에 있는 유통업자 보다 더 많은 가치를 창출하는 경우도 있다."

137) *Ibid.*, 72면; 원문(번역)은 아래와 같다.

여한 (무형자산 관련) 거래의 성질을 파악하여야 한다"[138][139][140]고 하거나 "다국적 기업이 무형자산을 사용(exploit)하여 크고 작은 가치를 창출할 수 있다"[141][142]고 한다. 또한 "무형자산이, 가치가 창출된 거래에서 어떠한 역할을 하는지, … 가치를 창출한 다른 유형 및 무형자산과 어떠한 관계에 있는지를 밝혀야 한다"[143][144]고 한다.

이러한 언급에서 OECD는 다국적 기업이 무형자산을 통하여 가치를 창출하고 있음을 전제로 함을 알 수 있다. OECD가, 다국적 기업이 무형자산을 통하여 과세대상 소득을 회피하고 있는 상황을 문제로 인식하고

"6.130. 기능분석은 위험 부담, 시장의 특징, 위치, 사업전략 및 다국적 기업 그룹의 시너지 효과 등 가치창출에 기여하는 모든 요소들을 확정해야 한다. 이전가격 방법을 선택하고 또 그 이전가격 방법을 조정(adjustments)하는 경우에도 … 실질적으로 가치창출에 기여하는 모든 연관성 있는 요소를 고려하여야 한다."

138) *Ibid.*, 28면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.3. … 무형자산의 사용 및 이전과 관련된 사안에서, 다국적 기업의 전세계적 사업에 대한 이해와 무형자산이 그 다국적 기업의 전체 공급망(supply chain)에서 가치를 더하거나 창출하는 데 어떠한 방식으로 사용되는지에 관하여 비교가능성 및 기능분석을 하는 것이 특히 중요하다. … 무형자산의 사용 및 이전에 대한 독립기업 조건을 결정하기 위해서 아래 사항들을 고려하는 것이 중요하다. … (iv) 무형자산과 관련 있는 특수관계자 간 거래로서 가치창출에 기여한 거래의 성질…"

139) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 248면.

140) OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, 30면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.12. … 기능분석은 쟁점이 된 무형자산을 확정하고 그 무형자산이 검토 대상 거래의 가치창출에 어떻게 기여했는지 그리고 가치를 창출하는 다른 유·무형 자산 그리고 사업 운영과는 어떻게 상호 연관을 가지는지 밝혀야 한다."

141) *Ibid.*; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.10. … 개별 무형자산을 식별(identification)하는 것은 특정한 상황에서 그 무형자산에 대한 사용·이전 가격을 결정하는 것과는 구별되는 별개의 절차이다. 특정한 산업 영역 기타 개별 구체적 상황에 따라 무형자산을 사용(exploitation)하는 것은 다국적 기업의 가치창출에 대하여 크고 작은 부분을 차지할 수 있다."

142) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 250면.

143) *Ibid.*, 39면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"기능분석은, 쟁점 무형자산과 그 무형자산이 검토대상 거래의 가치창출에 기여한 방법, 무형자산의 개발(development)·강화(enhancement)·유지(maintenance)·보호(protection)·활용(exploitation)에서 주요하게 수행된 기능과 인수된 위험, 그리고 그 무형자산과 가치를 창출한 다른 유·무형자산이나 사업 운영이 상호 연관된 방식을 밝혀야 한다."

144) *Ibid.*, 252면.

있음을 고려하여 본다면, 이때 '가치'는 무형자산을 통하여 다국적 기업이 발생시키는 소득의 의미로 사용되었다고 볼 수 있을 것이다.

OECD는 이러한 언급에서 더 나아가 이전가격 규칙 역시 가치창출 명제에 부합하여야 한다고 한다. 예컨대 '기능분석(functional analysis)'[145] 과정에서 "'가치창출'에 기여한 무형자산에 대한 기능, 자산, 위험에 대한 평가에 따라 이익을 분할하는 경우 합리적이고 객관적 자료에 의하여야 하고,[146] 비교가능성 분석에서 무형자산이 기여하는 '가치'와 향후 무형자산에 관한 연구·개발이 차지하는 중요도를 고려해야 한다"[147]는 언급도 발견된다. 또한 정상가격 산정을 위한 '거래이익분할방법(transactional profit method)'[148]을 적용하는 데 필요한 상대적 공헌도를 산정할 때 '비용을 고려하는 경우'(cost-based allocation keys)[149]에도 "그러한

145) 이전가격세제에서 정상가격을 발견하기 위해 비교가능성 분석을 할 때 (전통적 방법이든 비전통적 방법이든) 계약조건, 기능분석, 재화나 용역의 특성, 경제환경, 사업전략을 고려해서 정한다. 이때 기능분석이란, 다국적 기업이 맡고 있는 사업활동 내지 기능이 제조, 판매, 구매, 연구·개발, 광고, 운송, 재무관리 등 측면에서 비슷한지, 쓰고 있는 자산은 종류, 내용연수, 시장가치가 비슷한지, 지고 있는 위험은 시장여견의 변화, 투자의 성패, 신용위험 등으로 볼 때 비슷한지, 이런 것들을 따져보는 것을 말한다(이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021, 319면).

146) *Ibid.*, 104면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"2.144 … 특수관계 거래(controlled transaction)에 더하여진 가치와 관련있는 기능, 자산, 위험에 대한 평가에 따라 이익이 분할되는 경우에, 그러한 평가는 합리적이고도 객관적인 자료(data)에 의하여 뒷받침되어야 한다. 특히, 무형자산에 대하여 기여하거나 상당한 위험을 인수한 경우, 무형자산 및 상당한 위험을 측정하는 데 사용되는 관련 요소를 확정하는 데 주의하여야 한다."

147) *Ibid.*, 199면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"6.24 … 마케팅 관련 무형자산(예컨대 상표권)과 관련하여, 비교가능성 분석은 고객의 수용성(consumer acceptability), 지역적 중요성(geographical significance), 시장점유율, 매출과 같은 관련 요소들을 고려하여 해당 상표권에 더하여진 가치를 검토하여야 한다. 무형자산 거래와 관련하여, 비교가능성 분석은 그러한 무형자산(보호되는 특허 혹은 기타 독점적 무형자산)에 기여하는 가치와 향후의 연구·개발이 차지하는 중요도를 더욱 높게 고려하여야 한다."

148) OECD 이전가격지침에 따라 우리나라 「국제조세조정에 관한 법률」(제8조)에서도 거래이익분할방법을 정하고 있다. 그 내용은 OECD의 이전가격지침과 동일하며 거주자와 국외특수관계인 간의 국제거래에서 거래 당사자 양쪽이 함께 실현한 거래순이익을 합리적인 배부기준에 따라 측정된 거래당사자들 간 상대적 공헌도에 따라 배부하고, 이와 같이 배부된 이익을 기초로 산출한 거래가가격을 정상가격으로 보는 방법이다.

149) OECD 이전가격지침에 따라 우리나라 「국제조세조정에 관한 법률」 시행령(제9조)에서 거래이익분할방법을 적용하여 상대적 공헌도를 산정할 때 고려해야 할 사항을 정하고 있다. 사용된 자산과 부담한 위험을 고려하여 평가된 거래 당사자가 수행한 기능의 상

비용을 고려하는 방법은, 무형자산에 대한 투입비용과 증가된 가치(value added) 사이에 뚜렷한 상관관계가 확인되는 경우에 적절하다"고 언급한다.150)

OECD의 2014년 무형자산 관련 이전가격지침은, OECD가 최초로 가치창출 개념을 사용한 2013년 BEPS 프로젝트 이후 처음으로 나온 이전가격지침이다. 이 이전가격지침은 여러 이전가격 문제 중에서도 디지털 경제환경의 중요한 특징 중 하나인 무형자산과 관련한 이전가격 지침이라는 점에서 OECD가 가치창출 개념을 무형자산과 곤련하여 어떻게 사용하는지 확인할 수 있다. 요컨대 위 이전가격지침에서 '가치'는 기업이 발생시키는 '소득'의 의미로 사용된 것으로 보인다. 가치창출 개념 대부분이 '무형자산을 통하여 가치가 창출된다'는 점을 설명하는 맥락에서 사용되었기 때문이다. 또한 이전의 OECD 보고서에서는 가치창출 개념이 새로운 국제조세 규칙의 마련에 기여할 수 있다는 막연한 가능성을 내비친 정도에서 언급되었다면 OECD의 2014년 무형자산 관련 이전격지침의 경우 보다 구체적인 규칙인 이전가격 규칙, 또 그 중에서도 '기능분석방법이나 정상가격 산정방법에서 가치창출 개념이 고려되어야 한다'는 언급으로 구체화 되었다. 이러한 변화를 볼 때 OECD는 2014년 무형자산 관련 이전가격지침에서 구체적인 국제조세 규칙에서 가치창출 개념을 반영하는 가능성을 염두에 두었다고 볼 수 있을 것이다.

라. 2017년 OECD 이전가격지침

대적 가치(가 목), 영업자산, 유형·무형의 자산 또는 사용된 자본(나 목), 연구·개발, 설계, 마케팅 등 핵심 분야에 지출·투자된 비용(다 목), 그 밖에 판매 증가량, 핵심 분야의 고용인원 또는 노동 투입시간, 매장 규모 등 거래순이익의 실현과 관련하여 합리적으로 측정할 수 있는 배부기준(라 목)이 그것이다. 여기서 '비용을 고려하는 경우'란 OECD 이전가격지침상 'cost-allocation keys'를 의미하며, 우리나라「국제조세조정에 관한 법률」 시행령 제9조 다 목이 여기에 해당한다.

150) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2010, 102-103면.

OECD가 작성한 2010년 이전가격지침 이후 7년만에 개정된 2017년 이전가격지침은, 2014년 무형자산 관련 이전가격지침을 그대로 포함시킨 것이다. 따라서 OECD의 2017년 이전가격지침에서 가치창출 개념은 2014년 무형자산 관련 이전가격지침과 마찬가지로 '소득 발생'과 같은 의미로 사용된다.[151] 또한 2014년 무형자산 관련 이전가격지침과 마찬가지로 기능분석이나 거래이익방법의 적용에서 상대적 공헌도를 산정할 때 '자산을 고려하는 경우(asset-based allocation keys)'에 가치창출에 관하여 언급한다. 예컨대 "기능분석 중 비교가능성을 판단할 때에는 당사자들이 수행한 기능이 기업 그룹 내 가치창출에 가지는 연관성과[152] 다국적 기업 그룹이 가치를 창출하는 방법을 고려해야 한다"[153]고 하거나 "거래이익분할방법에서 자산을 고려하는 경우, 무형자산과 거래에서 창출된 가치 사이 뚜렷한 상관관계가 확인될 때 이 방법이 사용될 수 있다"[154]고 한다.

마. 2018년 OECD 중간보고서[155]

151) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 51면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"특히, 기업 그룹이 전체적으로 얼마만큼의 가치를 창출하는지, 관계회사들과 나머지 같은 그룹에 속하는 다른 회사들 사이에 수행된 기능 간 상호연관성을 가지는지, 그 창출된 가치에 관계회사가 기여한 것을 이해하는 것이 중요하다."

152) *Ibid.*, 45면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"1.36 관계회사들 사이 상업적 혹은 재정적 관계를 고려하여 실제 이루어진 거래를 정확하게 상술(deligneate)하기 위해서, 다음 경제적 특징 혹은 비교가능성 요인을 확정항야 하며 … 사용된 자산, 인수한 위험을 고려하여 대상거래의 당사자들이 수행한 기능. 그 기능이 그 당사자들이 속한 다국적 기업 그룹의 광범한 가치창출에 어떻게 연관되는지를 포함하여(D.1.2.)…"

153) *Ibid.*, 61-62면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"1.73 위험에 대한 경제적 상당성과 그 위험이 관계회사 사이 거래에서의 가격에 어떻게 영향을 미치는지에 관한 결정은, 다국적 기업 그룹이 어떻게 가치를 창출하는지, 다국적 기업 그룹이 이익을 유지할 수 있도록 하는 활동, 그리고 해당 거래에 대한 경제적 관련이 있는 특징에 관한 광범한 의미에서의 기능분석을 전제로 한다."

154) *Ibid.*, 142면; 원문(번역)은 아래와 같다.
"자산을 이익분할방법에서 고려하는 경우(asset-based allocation keys) 혹은 자본을 이익분할방법에서 고려하는 경우(capital-based allocation keys), (이익)분할은 유·무형 자산 혹은 사용된 자본과 특수관계자 사이 거래에서 창출된 가치 사이 뚜렷한 상관관계가 확인될 때 사용한다."

1) 경영학상 가치창출 이론과의 접점

OECD는 2018년 중간보고서[156]에서 국제조세 분야의 가치창출 이론의 내용에 관하여 매우 구체적으로 서술한다.[157] OECD는 2018년 중간보고서에서 한 챕터(Chapter)에 이르는 분량을 가치창출 이론에 할애하면서, 가치창출 이론에 대한 전반적 배경 설명과 함께 디지털 경제환경 속 다국적 기업에 대하여 마이클 포터나 스타벨과 피엘스타드의 가치창출 분석 과정을 포함시켰다.

이에 따르면, 다국적 기업은 가치창출과정(value creation process)에 따라 가치사슬(value chain), 가치네트워크(value network), 가치샵(value shop) 모델로 분류된다.[158] 그리고 각 모델에 따라 가치를 창출하는 과정에 관하여 설명하는데 그 설명은 경영학상 가치창출 이론에서 설명한 바와 대부분 동일하다.

중복적 서술이 될 수 있어 간단히 언급하면, 가치사슬 모델은 선형적 생산 공정(linear)에 따라 가치를 발생시키는 사업모델로 전통적 제조업 등의 가치창출을 설명하는 데 적합하다. 가치사슬 모델 기업은 원자재와 같은 투입요소를 소비자에게 판매 가능한 형태로 바꾸는 과정에서 가치

---

155) 엄격하게는 2018년 OECD 중간보고서의 경우 2015년 OECD가 최종보고서로 일련의 액션 플랜에 관한 연구 보고가 마무리 된 이후 BEPS 프로젝트의 연장선상에서 다시 발행된 '중간본(Interim)'이므로 2015년 이전의 OECD 보고서와 구별하여 'BEPS 2.0 2018년 중간보고서'와 같이 지칭하는 것이 정확하다. 그러나 OECD도 BEPS의 진행상황에 따라 중간보고서, 최종보고서, 후속보고서를 구별하여 지칭하지 않고, 학계에서도 대체로 BEPS 프로젝트에 따른 '필라(Pillars)' 관련한 논의가 시작된 이후를 일부 BEPS 2.0으로 지칭하는 경우가 있음이 확인될 뿐이다. 따라서 이 글에서도 2018년 OECD 중간보고서 역시 원문 제목에서 기재된, 'Interim Report'에 충실하게 '중간보고서'라고만 지칭하고 따로 BEPS의 진행상황에 따라 구별하여 지칭하지 않았음을 밝혀둔다.

156) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018

157) 여기서 2018년 OECD 중간보고서에 나타난 가치창출 이론의 모습 전부를 요약하는 것은 불필요한 작업이므로 가치창출 이론의 모습 중 핵심이라고 할 수 있는 부분 중 이하의 논의에 필요한 부분에 한하여 요약적으로 기술하도록 한다.

158) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 43면.

를 창출한다. 가치네트워크 모델은 기업이 중개활동을 통하여 서비스를 제공하는 자와 소비자가 상호 연결되도록 함으로써 가치를 발생시킨다. 가치샵 모델은 기업이 전문화된 지식을 고객의 수요와 필요에 맞게 '취사 선택하여 적재적소 배치하여 제공하는 과정(marshalling)'[159]을 통하여 소비자의 특정 문제를 해결하는 내용의 서비스를 제공하여 가치를 발생시킨다.[160] 이렇듯, 가치창출모델별로 가치를 창출하는 과정이 다르기 때문에, 가치창출에 기여하는 가치활동들 역시 각 모델별로 다른 연계를 바탕으로 다른 체계를 이룬다. 따라서 각 모델별로 가치활동을 구성하는 본원적 활동이나 지원활동의 세부적 내용이나 수익원 역시 달라진다.

이렇듯 OECD가 2018년 중간보고서에서 설명한 가치창출 이론은, 앞서 마이클 포터, 스타벨과 피엘스타드가 제시한 가치창출 이론으로서 이 글에서 경영학상 가치창출 이론으로 지칭하는 것과 그 주요 내용이 동일하다. 이러한 점에서 OECD의 2018년 중간보고서에서 전제하고 있는 가치창출의 의미는, 마이클 포터가 제시 — 하여 스타벨과 피엘스타드까지 이어진 것과 동일하게 — 한 바와 같이, 기업의 '수익' 내지 '소득'의 창출과 사실상 같은 의미로 사용된다고 볼 수 있다. 또한 마이클 포터, 스타벨과 피엘스타드가 제시한 것과 마찬가지로, OECD 역시 가치창출의 과정은 가치활동을 포함하여 가치창출의 요소들을 식별하고 이를 분류한 뒤 분석하는 절차에 따라야 함을 전제로 함을 알 수 있다.

2) 경영학상 가치창출 이론과의 차이점 – 국제조세의 관점에서

159) 이때 'marshalling'의 사전적 의미는, '특정 목적을 위해, 사람·사물·생각 등을 모으는 것'이다. 여기서는 원래의 것 그대로의 정보, 지식 등을 수요자의 요청에 맞게 수정 및 변형한다는 의미로 사용하여 '재구성'이라는 용어를 사용하였음을 밝혀둔다(옥스포드 영한사전 검색(https://en.dict.naver.com/#/entry/enko/37ffff1eb1684a3e86534e353a40e993, 2021. 8. 23.자 검색).

160) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 36면., Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 135면 참조.

그러나 OECD의 2018년 중간보고서에서 서술된 가치창출 이론이, 경영학상 가치창출 이론과 완전히 동일한 것은 아니다. 우선 경영학상 가치창출 이론의 경우 특정한 기업이 다른 기업에 비하여 경쟁우위를 점하게 되는 요인을 분석하기 위한 목적을 가지고 있는 반면, OECD가 논의를 시작한 가치창출 이론의 경우 국제조세의 문제, 즉 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 새로운 국제조세 규칙의 방향을 논의하기 위한 목적을 가지고 있다.[161]

구체적으로 OECD의 가치창출 이론과 경영학상 가치창출 이론 사이의 차이는, OECD가 경영학상 가치창출 이론을 '디지털 경제환경 속 다국적 기업'에 적용하는, 소위 '디지털화 된 버전'으로 사용하는 과정에서 발견된다. 예컨대 OECD의 2018년 중간보고서에서는, 경영학상 가치창출 이론에서 설명된 것과 같은 방식의 가치창출 분석 방법을 채택하지만, '디지털 경제환경 속 기업 모델의 예시'라는 항목에서 가치사슬의 기업 모델을, '유형(tangible) 및 무형(intangible) 재화의 제조업자(manufacturer)', '유형 및 무형 재화 또는 디지털 콘텐츠의 재판매업자(reseller)', '원자재 공급자(input supplier)'로 분류한 뒤 아마존 리테일(Amazon retail), 알리바바(Alibaba), 스포티파이(Spotify) 등 실제 기업을 예시하고 있다.[162] 가치네트워크나 가치샵 역시 가치사슬에서의 설명과 마찬가지로 디지털 경제환경 속 다국적 기업 모델을 분류하고 그에 따른 예시를 포함하고 있다.

정리하면, OECD의 2018년 중간보고서에서는 경영학상 가치창출 이론에서 설명된 바와 같이 핵심적 개념 — 가치창출, 가치사슬, 가치네트워

161) 예컨대 OECD의 2018년 중간보고서 전문에서는 "현행 국제조세 규칙이 가지는 약점으로 인하여 발생하는 세원잠식 및 소득이전 문제를 해결하기 위해서 '경제적 활동이 발생하고 가치가 창출하는 장소에서 과세가 될 수 있도록' 현행 국제조세체계에 대한 과감한 수정이 필요하다."고 하거나, 새로운 국제조세체계상 규칙이 수립되면 "경제적 활동이 이루어지고, 가치가 창출되는 장소에서 과세가 이루어질 수 있을 것이다."고 하고 있다. 뿐만 아니라 결론 부분에서는 다국적 기업에 대한 가치창출 이론에 관한 논의를 바탕으로 디지털화에 따른 사업모델과 가치창출에 대한 이해를 높이는 '중요한' 발전이 있었다고 자평하고 있다(OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 212면).

162) OECD는 아마존 리테일이나 알리바바의 경우 유형 재화를 취급하는 재판매업자로, 스포티파이의 경우 무형 재화를 취급하는 재판매업자로 분류된다고 한다(*Ibid.*, 30면).

크, 가치샵, 가치활동 — 과 가치창출 분석의 방법은 그대로 따르고 있다. 하지만 같은 가치창출 분석을 따르더라도 세부적으로 인식하는 기업의 가치활동의 내용은 차이가 있을 수밖에 없다. OECD의 2018년 중간보고서에서도 마이클 포터나 스타벨, 피엘스타드가 정리한 바와 똑같이 가치사슬, 가치네트워크, 가치샵 모델 기업의 본원적 가치활동을 구성한다고 하지만, OECD는 디지털 경제에 가치창출 분석을 활용하는 것이고 이것은 마이클 포터나 스타벨, 피엘스타드가 애초 의도한 바는 아니었기 때문이다. 따라서 OECD가 실제 기업의 가치활동을 인식하고 그에 대해 가치창출 분석을 거치는 과정에서 세부적 내용까지 마이클 포터나 스타벨, 피엘스타드가 한 것과 같을 수는 없다.

바. 2019년, 2020년 작업반 보고서 및 청사진(Blue prints)

1) BEPS 프로젝트 2.0의 시작

OECD는 2019년 5월 BEPS 프로젝트에 따른 작업반 보고서 "디지털화에 따른 과세상의 문제에 대한 작업계획 보고서(*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*)(이하 '2019년 작업반 보고서)"[163]를 발표하였다. 이후 OECD는 위 2019년 작업반 보고서를 구체화하여 2020년 "디지털화에서 초래되는 조세문제 – '필라' 1에 대한 청사진(Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint)"[164]과 "디지털화에서 초래되는 조세문제 – '필라' 2에 대한 청사진(Tax Challenges Arising

163) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019.

164) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint)"[165]을 발표하였다. 이때부터 이전의 BEPS 프로젝트와 달리 OECD의 '포괄적 이행체계'[166]의 주도에 따라 디지털화에 따른 과세상 문제에 대한 구체적 대책으로서 '필라'에 대한 논의가 시작되었다. 이러한 이유로 이전의 BEPS 프로젝트와 구별하여 이 2019년 작업반 보고서 이후 BEPS 프로젝트를 'BEPS 프로젝트 2.0'으로 부르기도 한다.[167]

이 중 필라 1이, 소비자가 존재하는 곳에 대한 과세권을 부여하기 위한 새로운 국제조세 규칙에 관한 것이라면, 필라 2는 다국적 기업이 가치가 창출되는 곳에서 인정되는 과세관할에 대해 최소한의 정도로 과세가되도록 이루어질 수 있도록 남용방지규칙(anti-abuse rules)을 세우는 것이다.[168]

2) 필라 1(Pillar 1)의 개요

가) 새로운 과세권 규칙 – 연계점 규칙과 이익분배 규칙

위 OECD의 2019년 작업반 보고서에서 제시된 필라 1(Pillar 1)은 시장국가에 대한 과세권, 즉 '시장관할(market jurisdiction)'[169]을 강화하는 방

---

165) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

166) OECD는 '포괄적 이행체계(Inclusive Framework)'를, BEPS 프로젝트에 따라 우리나라 등 139개국이 참여하여 의견을 표명하고 해당 체계에서 설정되고 합의된 의제들을 공동 구성원(associates)의 지위에서 시행하기 위한 목적으로 구성된 체계로 설명한다(예컨대 OECD의 BEPS 홈페이지에서 '포괄적 이행체계'에 관하여 *"Countries and jurisdictions have been invited to express their interest to join this framework as Associates, to participate on equal footing and to commit to implement the comprehensive BEPS package."*와 같이 언급된다).

167) 안종석, "BEPS 2.0 – 주요내용과 시사점", 조세재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6., 3면.

168) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1111면.

향에 관한 것이다. 이때 '시장관할'이란 기존 국제조세 체계가 전제하고 있던 국가의 지리적 경계인 국가와 국경이 아니라, 이러한 국가와 국경을 초월하여 디지털화 경제의 수단을 통해 이루어지는 다국적 기업 그룹의 경제활동에 따른 매출과 이익에 대하여 '소비지국(시장국가)'[170] 혹은 그 재화와 서비스 제공의 시장국가에 과세권을 재분배하자는 논의에서 과세권을 시장국가가 갖게 되는 경우를 의미한다.[171] 구체적으로, OECD는 새로운 형태의 '연계점(nexus)' 개념과 '이익분배 규칙(profit allocation rules)'이 필요하고, 새로운 연계점 규칙과 이익분배 규칙을 통하여 시장국가에서 실질적인 과세권을 갖게 된다고 한다.[172]

그 당시 제시된 새로운 연계점 규칙에 의하면, 과세권 분배를 위한 연계점에 물리적 실재(physical presence)를 중심으로 하는 고정사업장 뿐 아니라 소비자 거주지까지 포함하여, 그러한 장소에 과세권을 분배하고, 사전에 합의된 공식에 따라 과세대상 이익을 분배한다.[173]

나) 이익분배 규칙 - 통합접근법(unified approach)

---

169) 위 보고서 원문에서는 'Market Jurisdiction'으로 표기하고 있는데, 이에 대한 공식적 번역은 없는 것으로 보인다. 다만, 'Jurisdiction'에 대해서는 널리 '관할'로 번역하여 표기하고 있고, Market Jurisdiction에 대해서는 '시장관할'로 번역하여 표기한 경우도 있고(조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10.), '시장소재지에 대한 과세권'으로 번역하여 표기한 경우도 있는데(최지현, '글로벌 IT 기업의 조세회피에 대한 국제적 과세동향 및 시사점 - 디지털세 도입 논의를 중심으로', 외국입법 동향과 분석, 제16호, 국회입법조사처, 2019. 11.), 기존에 Jurisdiction이 '관할'로 번역된 경우가 널리 있고, Market은 '시장'으로 번역된다는 점을 고려하여 이하에서는 통일하여 '시장관할'로 표기하기로 한다.

170) 여기서 '소비지국'이란 큰 틀에서 공급을 담당하는 기업과 수요를 담당하는 소비자로 나누고 이 때 (주로) 소비자 역할를 하는 국가를 지칭하기 위하여 사용된 단어이다. 즉 소비지국은 시장국가의 개념을 드러내는 것인데 이하에서는 보다 명확하고 직접적인 표현이라고 보이는 '시장국가'로 통일하여 사용하기로 한다.

171) 조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 87면 참조.

172) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?",* Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 139면.

173) 안종석, "BEPS 2.0 - 주요내용과 시사점", 조제재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6., 3면.

OECD는 구체적인 이익분배 방법으로 '수정잔여이익분할법(modified residual profit split method)', '공식배분법(fractional apportionment method)', '간주이익분배법(distribution-based approaches')을 검토하였고,[174] 최종적으로 이러한 여러 방법을 통합하여 '통합접근법(unified approach)'[175]을 제시하였다.

이 당시 제시된 통합접근법에 의하면, 다국적 기업 그룹 전체 이익을 먼저 산출한 뒤 그 이익을 'Amount A, B, C'로 구분하여 각각 다른 방식의 과세권을 가진 지역에 분배한다. Amount B는 다국적 기업의 통상적 이익(routine profit)을 의미하고, 고정사업장이 일반적으로 수행하는 마케팅 및 유통업무에 대한 대가를 말하며 매출액 또는 총수입에 사전에 결정된 일정 비율을 곱하여 산정한다. Amount A는 다국적 기업 그룹 전체 이익 중 위 Amount B를 제외한 초과이익(residual profit 또는 non-routine profit)에 일정 비율을 곱하여 산정하고, '소비자 거주지'와 같은 새로운 연계점을 적용하여 산정된 소득 중 일부를 분배한다.[176][177] Amount C는 통상적 마케팅 및 유통 업무의 범위를 넘어서는 특별한 활동을 하였을 때 그 활동으로 인하여 창출된 이익을 말하며, 초과이익의 일부로서 기존 이전가격 규칙에 따라 고정사업장에 분배한다.[178][179] 이러한 방법은

---

174) 조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 87면 참조.

175) 이하에서 설명하는 바와 같이 통합접근법은 시장국가에 대한 새로운 과세권 분배를 위한 Amount A 소득, 통상적 마케팅 및 유통업무에 따른 이익의 과세를 위한 Amount B 소득, 통상적 범위를 넘어선 특별한 마케팅 및 유통업무에 따른 이익의 과세를 위한 Amount C 소득의 구별을 전제한다. 이러한 방법들은 기존에 OECD가 논의하였던 수정잔여이익분할법, 공식배분법, 간주이익분배법의 요소들을 통합한 것으로 볼 수 있을 것이다.

176) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 64면.

177) 다만 현재로서는 이러한 방식에 따를 때 Amount A로 분류되는 소득에 대해서 시장국가에서 과세할 수 있게 되면서도 기존 사업소득에 적용되었던 고정사업장 규칙이 배제되는 것은 아니므로 이중과세의 위험이 있어 이에 대한 조정이 필요하다.

178) 안종석, "BEPS 2.0 – 주요내용과 시사점", 조제재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6., 4면.

다국적 기업의 전세계 소득을 지역별로 구별하여, 통상적 이익과 초과이익으로 나누어 식별하는 것을 전제로 하지만 이를 실제 어떻게 나눌 수 있을 것인지는 향후의 연구과제이다.[180]

다) 시장관할과 가치창출

이 당시 OECD는 2019년부터 2020년까지 작업반 보고서 및 청사진에서 시장관할을 "해당 (시장)관할에서 이루어지는 기업의 경제활동에 의하여 창출되는 가치가 발생하는 곳"으로 설명한다.[181] 새로운 과세권 분배 연계점 개념에 '소비자(consumer, user) 거주지'가 포함되었고, OECD가 '새로운 과세권 규칙에서 시장관할이 새로운 연계점과 상당한 정도로 연관되어 있는 지표이다.'라고 한 언급을 볼 때[182] 시장관할은 '소비자의 거주지가 있는 곳에서의 과세권이 미치는 범위' 정도의 의미로 사용되었

구분	이익의 구분	이익분배 원칙	이익 산정, 분배액 산정
Amount A	초과이익 (residual or non-routine profit)	- 초과이익의 일정 비율 - 새로운 연계점이 있는 지역에 분배	- 이익산정 : 초과이익에 일정 비율 적용 - 이익의 분배 : 공식을 적용하여 수요자·소비자 거주지에 분배
Amount B	통상적 이익 (routine profit)	- PE를 통해 수행하는 일반적 마케팅 활동 대가 - PE에 분배	- 이익산정 : 매출액의 일정 비율 적용 - PE가 있는 지역에 분배
Amount C	초과이익 (residual or non-routine profit)	- 초과이익 중 PE의 통상적 활동 범위를 벗어난 활동의 대가 - PE에 분배	- 이익산정 : ALP 적용 - PE가 있는 지역에 분배

179) 기업의 소득(income)이, 과세권을 주장하는 국가의 공공재(public goods)와 연관이 있는 경우 그 공공재가 있는 장소 역시 가치창출에 기여한 장소로서 과세권을 가질 수 있으므로 Amount C로 구별되는 소득을 이익 분배하는 것 역시 넓은 범주에서는 가치창출 이론에 부합한다는 의견도 있다(예컨대 Werner Haslehner, "Value Creation and Income Taxation : A Coherent Framework for Reform?", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 57면).

180) Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 101면.

181) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 11면.

182) *Ibid.*, 65면.

음을 짐작할 수 있다.

한편 OECD의 위 보고서에서는 그 이전의 보고서에서와 같이 가치창출에 관한 언급이 없지만, OECD의 2020년 '필라' 1과 관련한 청사진에서 "현존하는 국제조세체계의 약점은 세원 잠식과 소득이전의 기회가 되었고, … 경제적 활동이 발생하고, 가치가 창출되는 곳에서 과세가 될 수 있도록 (국제조세체계에 대한) 확신을 회복하기 위한 과감한 시도가 요구된다."고 하거나 "(시장관할은) … 해당 (시장)관할에서 이루어지는 기업의 경제활동에 의하여 창출되는 가치가 발생하는 곳(이다)"[183]라는 언급이 있다. 이를 볼 때 '필라' 1과 관련한 2019년 작업반 보고서 및 2020년 청사진에서 사용된 가치창출의 개념 역시 기업이 발생시키는 매출, 이익 등 소득(가치)과 그 수익을 발생시키는 것(창출)의 의미로 사용되었음을 알 수 있다.

위와 같은 2019년부터 2020년까지의 보고서에서의 언급들을 종합하면, 비록 2018년 중간보고서에서와 같이 직접적인 가치창출 이론 자체에 관한 논의는 단절되었지만, OECD는 이 보고서에서 간접적으로나마 시장국가에 소득의 일정 부분에 대한 과세권을 분배하겠다는 논리를 정당화하는 과정에 가치창출 개념을 원용하였다고 볼 수 있다.

3) '필라' 2(Pillar 2)의 개요와 가치창출 개념

가) GloBE 규칙과 STTR 규칙

OECD의 2019년 작업반 보고서에서 제시된 '필라' 2(Pillar 2)는, 각국의 상이한 과세 시스템과 무관하게 적용 가능한 최저한세(a minimum rate)[184] 제도 도입을 통하여 다국적 기업의 세원잠식 문제에 대처하자는 제안이다.[185] '필라' 2는 이를 위하여 전세계 세원 잠식을 방지를 위한 '글로벌

183) *Ibid.*
184) *Ibid.,* 25면.

최저한세 규칙(Global Anti-Base Erosion, 이하 'GloBE')'[186]을 도입한다. 이 규칙은 거대 다국적 기업이 운영되는 각 관할국에서 발생하는 소득에 대해 최소 수준의 세액 납부를 보장하도록 설계되었다.[187] 따라서 GloBe 규칙은 국외 발생 소득에 대해 국외에서 납부한 세금이 최저한에 미달하는 경우 그 최저한과 국외 납부세액의 차이만큼을 본거지에서 과세하도록 하는 방안과 국내 발생 소득을 국외로 지급할 때 지급받은 자가 국외에서 납부하는 세금이 최저한에 미달하면 원천지에서 추가로 세금을 징수하는 방안 두 가지를 필요로 한다.[188] GloBE 규칙은 이를 위하여 소득산입 규칙(income inclusion rule, 'IIR')과 비용공제 부인 규칙(under-taxed payment rule, 'UTPR')을 운영하는 과세조항 체계를 가진다.[189]

먼저 IIR 규칙은, 다국적 기업이 국외에서 세금을 과소하게 납부한 경우 본거지에서 과세를 할 때 최저세율 미만의 실효세율을 정한 국가(국외)에서 다국적 기업 그룹이 지배하는 관계회사들 모두의 소득을 배당 여부와 관계없이 모회사가 그 국가에서 벌어들인 과세대상 소득에 포함하여 과세하도록 하는 규칙이다.[190][191]

---

185) Werner Haslehner, Marie Lamensch, *"General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 18면.

186) 'Global Anti-Base Erosion' 자체는 '전세계 세원 잠식 방지' 정도로 우리말 표기하는 것이 적절하나 위 필라 2에 따라 2022. 12. 31.자 신설되어 2024. 1. 1. 시행 예정인 우리나라 「국제조세조정에 관한 법률」의 용례에 따라 '글로벌 최저한세 규칙'으로 우리말 표기하였음을 밝혀둔다.

187) OECD, "*Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)"*, OECD, Paris, 2022, 3면.

188) 안종석, "BEPS 2.0 – 주요내용과 시사점", 조제재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6., 6-7면.

189) OECD, "경제의 디지털화로 인한 조세 과제 - 글로벌 세원잠식 방지 모델규정 (필라 2)에 대한 주석서", OECD, Paris, 2022, 9-10면.

190) 소득산입규칙은, 국내 납세의무자(domesitc taxpayer)에 대하여 국외의 피지배 계열회사(any controlled subsidiary)의 소득 중 일부분을 과세하기 위한 규칙이라는 점에서 피지배외국법인 세제(Controlled Foreign Corporation rule)와 유사하다. 다만 피지배외국법인세제와 달리 소득산입규칙은 납세의무자의 본거지를 묻지 않고, 이중과세 배제 원칙이 지켜지는 한도에서 국가의 관할에 상관없이 최저한세 만큼은 과세할 수 있도록 하기 위하여 고안된 것이다. 또한 피지배외국법인 세제의 경우 국외에 소재한 피지배외국법인에 관하여 단독으로 그 법인의 소득, 비용, 납부한 세금 등을 고려하여 적용하는 반면, 소득산입규칙의 경우 국외에 소재한 관계회사의 소득, 비용 등을 단독으로 고려하는 것이 아니라

다음으로 UTPR 규칙은, 다국적 기업이 국내 발생소득을 국외로 비용으로 지급할 때 지급받은 자가 국외에서 납부한 세금이 일정 수준이 세금에 미달하는 경우, 이에 대한 비용공제를 부인하는 규칙이다.[192] 이 규칙은 IIR 규칙에 대한 보완장치로 작동하며 IIR 규칙에 따라 추가세액이 부과되지 않는 특정 상황에서만 적용된다.[193][194]

이렇듯 IIR 규칙과 UTPR 규칙은 적용범위 내에 있는 모든 다국적기업그룹이 사업을 운영하는 관할국에서 통상 이익을 초과하여 발생하는 초과이익에 대해 최소 수준의 세액을 납부할 수 있도록 하는 체계적인 방안이다.[195][196]

나) 가치창출 개념

다국적 기업 그룹 전체가 특정 과세관할(국가)에서 지배하고 있는 모든 구성기업(consituent entities)을 놓고 그 과세관할(국가)에서의 소득, 비용, 납부한 세금 등을 고려하여 적용한다는 점에서 다르다(OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en, 2020, 112-113면 참조).

191) 2022. 12. 31.자로 신설되어 2024. 1. 1.자 시행 예정인 우리나라「국제조세조정에 관한 법률」에서는 "제72조(소득산입규칙의 적용) ① 제71조에 따라 계산한 저율과세구성기업의 추가세액에 대해서는 추가세액배분액(발생한 추가세액을 제2항 또는 제73조제3항부터 제5항까지의 규칙에 따라 모기업 또는 다른 구성기업들에 배분한 후의 그 배분된 추가세액을 말한다. 이하 이 장에서 같다)을 제2항부터 제8항까지의 규칙에 따라 계산하여 모기업에 과세하는 소득산입규칙을 우선 적용한다."로 입법되었다. 자세한 내용은「국제조세조정에 관한 법률」제72조 참조.

192) 안종석, "BEPS 2.0 – 주요내용과 시사점", 조제재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6., 6-7면.

193) OECD, "경제의 디지털화로 인한 조세 과제 - 글로벌 세원잠식 방지 모델규정 (필라 2)에 대한 주석서", OECD, Paris, 2022, 10면.

194) 2022. 12. 31.자로 신설되어 2024. 1. 자 시행 예정인 우리나라「국제조세조정에 관한 법률」에서는 "제73조(소득산입보완규칙의 적용) ① 저율과세구성기업의 추가세액 중 적격소득산입규칙이 적용되지 아니하는 금액에 대해서는 제2항부터 제5항까지의 규칙에 따라 계산한 추가세액배분액을 해당 다국적기업그룹의 구성기업들에 과세하는 소득산입보완규칙을 적용한다."로 입법되었다. 자세한 내용은「국제조세조정에 관한 법률」제73조 참조.

195) *Ibid.*, 32면.

196) 초과이익에 대한 구체적 계산 방법에 관하여 2022. 12. 31.자로 신설되어 2024. 1.1.자 시행 예정인「우리나라 국제조세조정에 관한 법률」제70조 참조.

‘필라’ 1과 관련한 OECD의 2019년 작업반 보고서 및 2020년 청사진과 비교하여 볼 때 ‘필라’ 2와 관련한 OECD의 2019년 작업반 보고서 및 2020년 청사진의 전문(Foreword)에 ‘가치가 창출되는 곳에서 과세되어야 한다’는 가치창출 명제가 언급되는 것은 동일하다. 그러나 이 보고서에서는 가치창출 개념에 관한 언급조차 전혀 발견되지 않는다.

필라 1에서는 간접적으로나마 언급되었던 가치창출 개념이 필라 2에서는 언급조차 되지 않는다는 점에서 가치창출 이론에 관한 OECD의 논의는 필라 2에서 완전히 소멸된 것으로 봐도 무방하다. 이는 필라 2의 과세권 분배의 구조 및 체계가 ‘특정한 경우’, 즉, ‘합의된 최저세율에 미달한 과세가 이루어진 경우’에 ‘누군가’가 ‘얼마나’ 과세권을 가져가게 되는지 정한 논의이기 때문이다. 이 누군가를 정하는 과정에서 ‘가치창출에 부합(aligned with the value creation)’하는지 여부를 기준으로 삼을 수도 있었겠지만 실제로 OECD는 이러한 방법에 의하지 않고 최종 모회사라든지 그 다음 단계의 모회사와 같이 납세의무를 지는 기업 단위가 다국적 기업 내에서 가지는 지위만을 고려할 따름이다. 따라서 여기서는 가치창출 명제가 더 이상 통용되지 않는다.

사. 2021. 7. 1.자 및 2021. 10. 8.자 OECD 성명(Statement)

OECD는 2021. 7. 1. 및 2021. 10. 8. “디지털 경제에서 초래되는 조세문제에 관한 두 ‘필라’에 관한 성명(Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy)”[197]에서 ‘포괄적 이행체계’를 통하여 합의된 두 가지 ‘필라’에 관한 주요 요소를 설명하고, 각 ‘필라’에 관한 구체적 시행안을 조속히 마련하기로 하였다.[198]

197) OECD, *“Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy”*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2021. 7. 1.

198) 이러한 일정에 따라, OECD는 2022. 7. 11.에 “디지털 경제의 조세문제와 관련한 두

1) ‘필라’ 1 관련 OECD 성명

위 2021. 7. 1.자 및 2021. 10. 8.자 OECD 성명은 ‘필라’ 1에 관한, 적용범위(scope), Amount A에 대한 과세연계점(nexus), 매출 귀속(revenue sourcing), 과세방법의 결정(tax base determination), 이중과세 배제(elimination of double taxation), 이행계획(implementation) 등에 관한 사항을 담고 있다.

이 중 주요한 사항을 요약하면, 전세계 매출이 200억 유로를 상회하는 다국적 기업 중 연결소득이 매출액의 10%를 초과하는 기업에 대하여(적용대상), 매출 귀속 기준에 따라 100만 유로 이상의 매출이 귀속되는 국가에 ‘필라’ 1 과세권이 분배된다.[199] 이러한 조치는 다른 국내 입법에 의한 디지털 서비스세 내지 이와 유사한 조치들을 철폐하는 것을 전제로 한다.[200]

위 내용은 2019 – 2020년 작업반 보고서 및 청사진에서 제시된 ‘필라’ 1과 관련한 청사진에서 제시한 내용들에 관하여 세부적으로 합의된 사항을 정리하고 있고, 이전 작업반 보고서에 비하여 보다 기술적인 내용을 포함한다. 위 OECD의 성명에서는 가치창출 개념이나 가치창출 이론에 관한 언급이 없고, 또한 이전 2019년부터 2020년까지 작성된 작업반 보고서 및 청사진에서 사용된 가치창출 개념처럼, 새롭게 사용된 가치창출 개념도 발견되지 않는다.

필라 중 필라 1의 Amount A에 대한 추가보고서”(“*Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy”)*를 제출하였다.

199) GDP가 400억 유로 이하인 소규모 국가의 경우 자국내 매출액이 25만 유로 이상이면 과세권이 있다(OECD, *“Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy”*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2021. 10. 8., 1-3면 참조).

200) OECD는 여기서 ‘필라’ 1로 인하여 철폐되어 중복 적용되지 않는 조치들로서 ‘디지털 서비스세 내지 이와 유사한 것들’로 표현하고 있으나, Amount A가 초과이익에 대한 일정비율만큼 시장국가에서 과세하도록 하는 조치이므로 고정사업장 규칙에 따라 사업소득에 대한 원천지국 과세까지 중복 적용되지 않는 것은 아니다.

2) ‘필라’ 2 관련 OECD 성명

OECD는 위 성명에서 ‘필라’ 2에 관한 적용범위(scope), 규칙의 위치 및 구조(rule status and rule design), 원천지국 과세규칙(STTR), 실효세율 계산(effective tax rate calculation), 최저한세율(Minimum rate), 적용 예외(carve-outs) 등에 관한 내용을 포함하고 있다.

이 중 주요한 내용을 요약하면, 전세계 매출이 7억 5,000만 유로를 상회하는 다국적 기업에 대하여 GloBE 규칙을 적용하고, 국외 발생 소득에 대해 국외에서 납부한 세금이 최저한세에 미달하는 경우 최저한과 국외 납부세액만큼의 차이를 거주지에서 과세하도록 한다. 이러한 과세에 적용되는 최저한세율은 15%로, 원천지국 과세규칙에 적용되는 최저한세율은 9%로 결정하며, 실질적 사업활동에 따라 발생한 소득에 대한 공제비율을 정하고, 일정 기준 이하의 매출액 및 이익이 발생한 경우에는 GloBE 규칙의 적용을 배제하도록 하였다.[201)]

위 OECD의 성명에서도 가치창출 개념이나 가치창출 이론에 관한 언급이 발견되지 않는데 이는 2019년부터 2020년까지 작성된 작업반 보고서 및 청사진에서 가치창출 개념이 사용되지 않은 것과 마찬가지이다.

한편, 위 OECD의 성명 이후 ‘필라’ 2에 대한 모델규정 초안 및 주석서가 발표되었다.[202)]

2. OECD가 논의하는 ‘가치창출 이론’의 흐름

이상에서와 같이 OECD가 보고서에서 사용한 가치창출의 모습을 보면,

---

201) OECD, *“Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy”*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2021. 10. 8., 3-5면 참조.

202) OECD, *『Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)』*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2022. 3. 11.

최초 가치창출에 관한 언급이 등장한 2013년 당시만 해도 OECD는 가치창출을, 명제의 형식으로 사용하며 단지 '새롭고도 공정한 과세'에 필요한 수사(修辭)의 정도로만 인식하였다고 보인다. 그러나 그 후 2014년부터 2015년 보고서를 보면, 일관되지는 않지만 대체로 '가치창출'을 '회사 자산의 증대, 회사의 성장, 회사의 성장에 따른 시장의 확장'의 의미로 사용한 것으로 보인다. 이러한 의미를 가지고 사용되는 '가치창출'은 세법상 과세대상이 되는 '소득'과 접점을 가진다. 특히 OECD의 2014년 무형자산 관련 이전가격지침에서는 이러한 가치창출의 의미를 그대로 사용하면서 '무형자산과 관련한 이전가격 규칙'이라는 구체적인 국제조세 규칙의 내용에 가치창출 개념이 반영되어야 한다고 한다. 이는 OECD가 이전과 달리 구체적인 규칙에서 가치창출 이론이 역할을 할 수 있다는 인식을 깔고 있다고 평가할 수 있는 지점이다.

OECD의 2018년 중간보고서는 세법상 기업의 운영구조나 매출, 수익의 흐름에 관하여 분석하고 분류하는 방식에 관하여 국제적으로 합의되거나 법적으로 정한 규칙이 없음에도 불구하고,[203][204] 경영학상 가치창출 이론에 관한 직접적이고 구체적인 설명을 포함시켰다. 이때에도 OECD가 가치창출 개념에 관한 정의 혹은 그 의미에 관하여 직접적으로 설명하지 않았지만,[205] 디지털 화 된 버전으로서 가치창출 이론에 관한 논의가 시

---

203) 또한 아직까지 국내에서 디지털 경제를 적극 활용하는 기업들의 비즈니스 모델을 분류하는 나름의 방식을 채택한 사례를 발견하지 못하였다. 다만 최근 국내에서는 '플랫폼 기업'에 대한 과세 논의가 활발하게 진행되고 있는데, 어떠한 기업 내지 비즈니스 모델을 '플랫폼 기업'으로 정의 내지 분류하는지, 플랫폼 기업의 구성요건 및 정의가 무엇인지 등에 관한 논의는 실무나 학계 모두에서 적극적으로 이루어지고 있지는 않은 것으로 보인다.

204) 기업들의 비즈니스 모델을 기업들의 사업영역에 따라 분류하여 쟁점을 도출한 논문은 확인된다(예컨대 오준석, "다국적기업의 디지털거래 유형과 가상고정사업장에 대한 국제조세쟁점 연구", 『국제경영리뷰』, 제22집 제2호, 2018, 185-207면). 다만 해당 논문의 비즈니스 모델의 분류는 온라인 광고, 앱스토어, 클라우드 컴퓨팅, 3D 프린팅과 같이 제품 및 서비스 대상을 기준으로 한 분류로서 본 논문에서 기업의 수익창출 및 운영 구조의 특징에 따라 비즈니스 모델을 분류한 가치창출 모델에 따른 분류와는 차이가 있다.

205) Brigitte Baumgartner, *"Value creation Analysis for Transfer Pricing Purposes"*, International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 2, IBFD, 2018. 2., 62면., Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 141면.

작되었으므로 경영학상 가치창출 이론에서와 같이 가치창출 개념은 기업의 '소득 창출'과 같은 의미로 사용되었다고 할 수 있다. 이하에서 설명하겠지만, 이를 통하여 OECD가 사용한 가치 개념은 마이클 포터의 경우와 마찬가지로 '가치'에 관한 여러 가능성 있는 접근 중에서도 공급적 측면의 관점에서 이해한 것임을 짐작할 수 있다.

한편, OECD는, 문제로 인식하고 있는 다국적 기업의 조세회피에 경영학상 가치창출 이론을 적용하면서 구체적인 국제조세 규칙에 관하여 가치창출 개념을 언급하고 있는데, 이것은 이전의 보고서에서보다 구체적인 규칙의 제정에 가치창출 이론이 역할을 할 수 있다는 인식을 더 분명히 하였음을 엿볼 수 있는 지점이다.

그러나 OECD의 2018년 중간보고서를 기점으로 하여 활발히 진행되었던 가치창출 이론에 관한 논의가 '필라'에 관한 논의가 시작된 BEPS 프로젝트 2.0 이후 갑자기 단절되었다. OECD의 2019년부터 2020년까지 작업반 보고서 및 청사진 그리고 이를 바탕으로 하여 후속적으로 이루어진 OECD의 2021년 성명에서, '필라' 1이 가치창출 이론의 연장선에 있다고 보고, '소비자, 소비자의 거주지'(시장관할)를 연계점으로 하여 Amount A의 이익 분배 기준으로 삼아야 한다는 제안을 하였다는 점을 고려한다면 OECD가 '필라' 1에서는 가치창출의 장소를 시장과 동일하게 보고 있고, 가치창출 이론에 따라 국제조세 규칙과 관련된 새로운 논의가 이어졌다고 볼 여지가 없지는 않다. 그러나 '필라' 1은 '가치창출' 보다는 좀 더 구체적으로 '시장관할'에 방점이 찍혀 있는 논의이고,[206] '필라' 2의 경우 유해조세경쟁을 방지하기 위하여 모든 국가에 대하여 적용 가능한 최저한세율을 적용하자는 논의로 적어도 현재의 형태로는 (앞의 1.바.3)나) 부분에성 언급) 가치창출 이론과 연관성이 있다고 보기 어렵다. 또 작업반 보고서 및 청사진 중 '필라' 1과 관련하여서만 전문에서 한 번 사용된 것을 제외하고 가치창출 이론에 대한 언급은 전혀 발견되지 않는다.

---

206) Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 101면.

이러한 흐름을 종합하여 보면, 가치창출에 관한 OECD의 입장은 '필라 1', '필라 2'와 같은 구체적 규칙에 관한 논의로 접어든 현재 당분간은 더 이상 구체적 논의에 기여할 가능성이 없다는 뜻에서 '잠정적 중단'에 가깝다고 추측할 수 있다. 즉 '필라'에 관한 본격적 논의가 시작된 2019년 바로 직전인 2018년에 가치창출 이론에 관한 논의가 정점을 찍었고, 2019년 이후부터의 가치창출 이론에 관한 논의를 반드시 필요로 하지는 않는, '필라'에 관한 구체적 논의가 계속 이어진 것이므로 이를 두고 가치창출에 관한 '완전한 폐기'에 이르렀다고 굳이 평가할 필요는 없을 것이다.

3. 소결 – 'OECD의 가치창출 이론'의 핵심

결과적으로 OECD가 최초로 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 이론에 관한 논의를 시작하는 바람에, 가치창출 이론은 '(국제조세상 문제에 관하여) 갑자기 튀어나와 눈에 띄게 된 성공적 이론'이 되었다.[207)]

OECD가 사용한 가치창출의 개념은 무엇이고, 또 가치창출 이론을 어떠한 지위에서 다루고 있는지에 관한 명시적 언급은 OECD의 2013년부터 2020년까지 보고서에서 발견되지 않는다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 2013년 액션 플랜 보고서 및 G20 정상회담 선언 당시만 해도 단순한 단어 수준에서 명제 형식의 구호처럼 사용된 '가치창출'은 그 이후의 보고서에서 그 의미를 유추할 수 있을 정도로 널리 사용되었다. 더 나아

---

207) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 134-136면. Rasmi Ranjan Das에 의하면 J. Hey, *"Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative"*, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2018.과 Saïd Business School, University of Oxford, Session 3 – *"Evaluation of current proposals, Taxing the Digitalised Economy: Tailored changes or wide-ranging reform?"* (18 Feb. 2019), available at www.youtube.com/ watch?v=jacuRdRB_hg. 에서 나온 발언으로 확인하였다고 한다.

가 또한 가치창출 개념에 대한 광범한 언급을 바탕으로 BEPS 프로젝트 중 이전가격세제와 관련한 Action 8.부터 10.까지의 세부과제에 관하여 가치창출 개념에 부합하는 이전가격 규칙의 마련을 시도하였다.[208] OECD의 2014년 무형자산 관련 이전가격지침과 2017년 이전가격지침 중 기능분석에서 가치창출 개념을 반영한 새로운 규칙 마련의 필요성을 언급한 부분 역시 마찬가지이다.[209]

이러한 점을 볼 때, OECD는 단순한 구호 내지 수사에 그치지 않고, 가치창출 개념을 새로운 국제조세 규칙에서 고려해야 할 '법적 요건(the term might be deployed in a normative context)'으로 활용할 수 있는 가능성을 염두에 두었다고 볼 수 있다.[210] 더 나아가 가치창출에 관한 OECD의 2018년 중간보고서에서의 논의를 시작으로, 가치창출 이론에 관한 학계의 논의가 풍부하게 이루어지기 시작했다.[211] 이하에서도 자세히 설명하겠지만,[212] 이러한 학계의 논의에서 가치창출 이론은, 과세상 '지도원리(guiding light)'[213], '기준(basis)'[214], '원칙(principle)'[215][216][217][218], '핵심사

---

208) *Ibid.*

209) Jérôme Monsenego, *"Value Creation and Transfer Pricing"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 115면 참조.

210) Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 144면.

211) 이 글의 해외 참고문헌 중 가치창출 이론에 관한 논의를 직접적 쟁점으로 하는 문헌들은 전부 OECD의 2018년 중간보고서 이후 발표된 것으로 확인하였음을 밝혀둔다.

212) 구체적으로 이 글에서 '제4장 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정론과 부정론 중 긍정론을 설명한 제1절 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정론'을 참고.

213) Adolfo J. Martín Jiménez, *"Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?",* Bulletin for International Taxation, Volume 74, No. 4/5, 2020. 3.

214) Werner Haslehner, Marie Lamensch, *"General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 14면, 41면 등.

215) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019., 1128면.

216) Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31.

217) Aleksandra Bal, *"(Mis)guided by the Value Creation Principle – Can New Concepts*

상(leitmotif)'[219] 또는 '이론(theory)'[220][221]으로 지칭되었다. 또한 가치창출 이론에 관한 입장은 그 효용성을 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 나뉘지만, 어느 입장에서나 대체로 OECD가 사용한 가치창출 이론은 단순한 선언을 넘어 구체적인 규칙에서 활용할 수 있는 요소로 보았다고 평가하는 듯하다. 그리하여 OECD에 이어 가치창출 이론에 관한 논의를 이어가는 학계에서는 실제 가치창출 개념을 활용한 국제조세 규칙을 제안하거나 가치창출 분석 절차를 활용하는 새로운 국제조세 규칙을 제시하기도 한다.

OECD가 스스로 '가치창출 이론'을 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 '과세상 지도원리'나 '법원칙'으로 언급한 적은 없다. 엄격하게는 '과세상 지도원리'나 '법원칙'이 되기 위해서는 어떠한 요건을 갖추어야 한다는 기준도 없다. 그러나 OECD가 '가치창출'을 법적 요건으로 활용할 수 있는 가능성 있는 개념으로 인식하는 것과 가치창출 이론에서 설명하는 가치창출 분석 절차를 새로운 국제조세 규칙을 정립하는 데 고려해야 할 사항으로 인식하였던 것이라고은, 국제조세 규칙을 정립하는 데 방향성을 제시할 수 있는 구체적 법원칙이자 과세상 지도원리로 가치창출 이론을 인식하고 있다고 평가할 수 있다.

한편, BEPS 프로젝트 2.0의 시작점이라고 할 수 있는 OECD의 2019년 및 2020년 작업반 보고서와 2021년의 성명 이후에서 가치창출 이론에 관한 논의는 단절되었고, 현재로서는 잠정적 중단 상태에 놓여있다. 이것은

Solve Old Problems?", Bulletin for International Taxation, Volume 72. No. 11, 2018. 10.

218) M. Lennard, *"Act of creation: OECD/G20 test of "Value Creation" as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries"*, 25 Transnational Corporations 3, 2018, 61면.

219) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019., 1128면.

220) Adolfo J. Martín Jiménez, *"Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?",* Bulletin for International Taxation, Volume 74, No. 4/5, 2020. 3., 213면.

221) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 142면.

BEPS 프로젝트에서 도출된 '필라'의 구체적 내용을 도출하기 위한 논의의 목적상 불가피하였다고 보인다. 논의의 단절만으로 가치창출 이론에 관한 OECD의 논의가 무위로 돌아갔다고 볼 수는 없는 이유이다.

종합하면 OECD는 가치창출 이론을, 수사(修辭)나 구호에 그치는 수준을 넘어 향후 새로운 국제조세규칙을 고안하는 방향 지침의 역할로 인식하고 있었고,[222] 구체적으로 가치창출 개념을 새로운 국제조세 규칙에 반영하거나 가치창출 이론에서 설명하는 가치창출 분석 절차 등을 국제조세 규칙의 마련을 위하여 사용하는 것까지 염두에 두고 있었다고 할 수 있다. 이런 점을 볼 때, OECD가 가치창출 이론을 '과세상 지도원리'로 논의하였다고 평가할 수 있다. '필라'에 관한 논의로 넘어와서 일부 논의가 계속 이어지지 않은 측면이 있다고 하더라도 OECD의 가치창출 이론에 대한 입장을 전면적 폐기로 단정짓기는 어렵다. 하지만 그렇다고 하더라도 현실적으로 '잠정적 중단' 상태인 가치창출 이론을 국제조세 규칙의 단계에서 과세상 지도원리 내지 법원칙으로 사용할 수 있는 '잠정적 가능성'이 여전히 이론적 차원에서 존재하는지 아니면 그러한 가능성이 없어 '전면적 폐기'를 해야 하는지는 별도의 문제이다. 이하에서 검토한다.

제4절 가치창출 이론에 관한 논의가 가지는 의미

1. 이 글에서 말하는 가치창출 이론의 의미

경영학상 가치창출 이론이나 OECD가 논의하는 가치창출 이론 그리고 그 이후에 이어지는 학계의 논의 모두에서 '가치창출 이론'이라고 지칭하는 것의 핵심은, 개념의 범주에서 가치사슬, 가치네트워크 및 가치샵

222) Werner Haslehner, Marie Lamensch(Editors), 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 14면.

개념, 체계의 범주에서 가치사슬, 가치네트워크, 가치샵 모델에 따라 가치창출 과정을 각각 분석하되, 가치창출의 원인으로 인식되는 가치활동을 식별 및 분류하여 분석의 대상으로 삼고자 하는 것이다.

이상의 논의에서 알 수 있듯 경영학상 가치창출 이론을 국제조세 맥락의 맞게 디지털화 한 버전이 OECD의 가치창출 이론이고, 가치창출 이론에 관한 학계의 입장은 나뉘지만, 'OECD가 가치창출 이론을 과세상 지도원리로 사용하고 있다'는 입장에 동의하는 쪽에서는 OECD가 논의한 것보다 더 구체화 된 형태로 가치창출 개념을 반영하거나 가치창출 분석절차를 사용한 새로운 국제조세 규칙을 제안한다.

결국 '가치창출 이론이 과세상 지도원리로 역할을 할 수 있는가'라는 문제, 즉, 가치창출 이론에 대한 타당성 검토는 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 OECD가 시작하여 학계가 후속적으로 이어간 논의로서 가치창출 이론을 분석하는 것이다. 이하의 분석에서 가치창출 이론이라는 말은 경영학 이론의 가치창출 이론과 핵심은 같지만 그 기능이 다르다. 우선 무엇보다 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피라는 국제조세상 문제에 관한 논의라는 점에서 경영학상 가치창출 이론과 구별된다. 그리고 구체적인 국제조세 규칙의 정립 과정에서 가치창출 이론에 관한, OECD의 원론적 입장 — 가치창출 이론이 과세상 지도원리로 기능할 수 있다 — 과 이러한 OECD의 입장을 더 구체화하여 가치창출 이론을 반영한 새로운 국제조세 규칙을 제안하는 의견의 옳고 그름을 따져보아야 한다는 것이다. 이러한 점에서 이 글에서 논의의 대상으로 삼는 '가치창출 이론'은 경영학상 가치창출 이론과 딱히 구별하여 하는 경우라면 '국제조세상 가치창출 이론'이라고 지칭하기로 한다.

OECD의 2018년 중간보고서 이후 가치창출 이론에 관한 논의가 일부 단절된 측면이 있다고 하더라도 국제조세상 가치창출 이론은, 과세상 지도원리 내지 과세원칙으로 새로운 국제조세 규칙의 제정에 역할을 할 수 있다는 평가를 받으면서 관련된 논의가 상당한 기간 이어졌으므로 가치창출 이론에 관한 타당성을 검토하는 작업은 여전히 유의미하다. 그리고

이러한 가치창출 이론에 대한 타당성 검토는 첫째, OECD의 원론적 입장 — '가치창출 이론은 새로운 국제조세 규칙의 토대가 되는 과세상 지도원리로 기능할 수 있다' — 과 관련하여 가치창출 이론이 그러한 과세상 지도원리로 기능할 수 있을 만큼 충분하고도 합리적 근거가 있는지에 대한 검토와 둘째, OECD의 원론적 입장에서 더 나아가 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 제시하는, 가치창출 개념이나 가치창출 과정 분석을 반영한 새로운 국제조세 규칙이 현실적으로 적용 가능한지, 그리고 그 효율성이 있는지에 대한 검토 모두를 포함하여야 할 것이다.

2. '가치창출' 개념에 관한 잠정적 정의

가. '가치창출'에 관한 잠정적 정의의 필요성

경영학상 가치창출 이론이나 국제조세상 가치창출 이론 어디에서도 '가치창출'에 관한 정의가 발견되지 않음은 앞서 살펴본 바와 같다. 뿐만 아니라 주요 국가들 사이에서도 '가치'라는 용어가 입법례에서 널리 사용되고 있지만 일의적 정의 없이 통일적으로 사용되지 않고 있다. 예컨대 '가치'라는 용어는 미국 세법전(US Internal Revenue Code)이나 재무부 규칙(Treasury Regulations)에서 빈번히 사용되지만 그 중 대부분은 '공정시장가치(fair market value)'와 같은 평가의 개념으로서 사용된다.[223] 프랑스에서 '가치'는 프랑스 세법전(Code général des impôts)에서 359번 사용될 만큼 빈번히 사용되지만, 가치에 관한 일의적이고 논리적인 정의는 입법 혹은 판례법으로 마련되어 있지 않다고 한다.[224] 영국에서도 '가치'는 개인 소득 중 자본 이익세(capital gain tax) 부분에서 795번 등장하고,

223) Werner Haslehner, Marie Lamensch(Editors), 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020, 669-674면 참조.
224) *Ibid.*, 375면 참조.

회계상 개념과 연관하여 주로 사용되지만, 입법례 혹은 판례법상 가치에 관한 일의적인 정의는 없다.[225] 이렇듯 '가치'에 관하여는 입법례에서 정의를 마련한 경우가 없는 것으로 보이고,[226] '가치'라는 용어가 사용되는 경우 역시 가치창출 이론과는 무관하게 대부분 시장가치, 공정가치, 장부가치와 같은 평가 개념으로 사용되는 듯 하다.[227]

나. '가치'를 이해하는 두 가지 관점

1) '공급 측면의 가치'와 '수요 측면의 가치'

결국 '가치창출 이론이, 새로운 국제조세 체계의 설정에 도움이 되는 과세상 지도원리가 될 수 있는가'라는 논점은 학문적 작업으로서 '이 이론 내지 개념을 구체화해서 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 효과적이고 새로운 국제조세 규칙을 설정할 수 있는가'를 따져보는 것이다.

국제조세상 가치창출 이론을 논하는 학계의 의견 중에 가치를 '양적(量的, quantitative)' 가치와 '질적(質的, qualitative)' 가치로 구별하자는 의견이 있다.[228] 이에 의하면, 디지털 경제의 조세 문제 중 이전가격 규칙을 적용하는 문제에 대해서, 가치를 'Quantitative value'와 'Qualitative value'로 구별하는데, '양적(量的)' 가치는 'Quantitative value'를, '질적(質的)' 가치는 'Qualitative value'를 사전적 의미에 따라 우리말로 표기한 것이다.

이때 양적 가치란 '기업이 과세권을 지니는 특정 국가 내지 지역 내에서 기업의 운영과정을 통하여 획득한 매출과 이익의 양'이라고 한다.[229]

---

225) *Ibid.*, 629-638면 참조.

226) *Ibid.*.

227) 평가 개념으로서 '가치'란 사전적으로 '값'을 말한다(옥스포드 영한사전에서 'value' 검색, https://en.dict.naver.com/#/entry/enko/33ee7449ce9c4b9bb2c0ba6c7fbb9cf0, 2021. 8. 23.자 검색).

228) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72, No. 4a/Special Issue, 2018.

한편 질적 가치는 이에 대한 명확한 정의는 없지만 몇 가지 언급들을 볼 때 '기업의 경쟁우위 요소(가격차별화, 원가절감)를 평가하여 소비자가 특정 제품 및 서비스를 선택함으로써 기업에 발생하는 가치'로 이해한다.[230] 이어서 이 의견은 마이클 포터가 '(가치란) 기업이 제공하는 재화 및 서비스에 대하여 구매자가 지불할 의향이 있는 금액의 총량이다.'라고 한 언급을 인용하면서 '가치'에 대한 이러한 이해는 가치를 양적 가치로 이해한 것이라고 한다. 가치에 관하여 '소비자가 제품의 구입을 결정할 때 인지하는 제품의 특정한 품질(qualities)('사용가치')과 제품의 구입에 따라 대가를 지급할 때 실현되는 기업의 매출('교환가치')의 합이라고 인식'하는 보우먼과 암브로시니의 의견에 대해서는 교환가치에 대응하는 양적 가치와 사용가치에 대응하는 질적 가치를 포함하여 이해하는 것이라고 한다.[231]

국가 간의 세수 분배를 말하면서 양적 가치와 질적 가치의 구분 또는 한결 고전적 경제학 개념으로 교환가치와 사용가치의 구분을 말하는 것은 양적 가치라는 개념으로 재화 및 서비스의 공급자, 즉 기업과 같이 공급의 측면이 세수 분배의 기준이 된다는 것과 재화 및 서비스의 소비자, 즉 시장과 같이 수요의 측면도 함께 세수 분배의 기준이 된다는 뜻일 수밖에 없다. 적어도 우리말에서는 '양적 가치(quantitative value)'의 경우 '공급 측면의 가치(supply-side value)'로, '질적 가치(qualitative value)'의 경우 '수요 측면의 가치(demand-side value)'라는 말로 바꾸어 사용하는 것이 더 적절하다고 보인다. 이하에서는 '공급 측면의 가치(창출)'와

---

229) *Ibid.*, 5면 참조. 원문은 아래와 같다.
"The quantitative expression of the value created in the specific jurisdiction is the amount of revenue and profits the company obtains out of its operation in the specific jurisdiction, including whether the choice of jurisdiction was driven by some location-specific advantages.…"

230) Ibid., 10-11면 참조. Raffaele Petruzzi(2018)는 위 글에서, 이하에서 서술하는 바와 같이 보우먼과 암브로시니가 설명하는 사용가치가 설득력 있다고 평가하면서, 이때 사용가치가 가치를 '질적 특징(qualitative characteristic)'을 포함한다고 설명한다. 그 질적 특징이란, 가치에 관하여 '소비자가 제품의 구입을 결정할 때 인지하는 제품의 특정한 품질(qualities)이라고 한다.

231) *Ibid.*, 11면.

‘수요 측면의 가치(창출)’이라고 쓰도록 한다.

2) 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치를 모두 고려

용어를 어떻게 사용하든지 간에, 가치의 개념은 공급과 수요의 측면 모두를 포함하는 방향으로 이해하여야 한다. 경영학상 가치창출 이론이나 국제조세상 가치창출 이론 모두 가치창출의 주체를 일차적으로 기업으로 보고, 가치를 기업의 소득으로 파악하고 있는 것으로 볼 수 있기 때문에 가치의 개념을 이해할 때 공급 측면의 관점을 배제할 수는 없다. 또한 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 최소한 OECD는 시장국가에서 과세가 이루어지지 않고 있는 상황을 문제로 삼고 있고,[232] 창출된 가치를 파악할 때 소비자, 즉 수요의 측면을 배제하고 이해할 수도 없다.[233] 소비자의 역할에 따라 창출되는 가치의 크기가 달라질 수 있다는 것이 OECD와 일부 국가 그리고 학계의 인식임도 고려할 필요가 있다.[234] 다시 말해 이러한 수요 측면의 가치를 함께 고려하는 것을 전제로 하여 소비자의 역할을 강조하고 시장관할의 강화를 주장하는 의견 역시 제시될 수 있다.[235] 또한 가치를, 공급 측면에 한정하여 이해하면, ‘가치’는 기업의 ‘소득’으로 나타나고, 가치창출 이론에 의하여 가치가 창출되는 곳은 결국 기업의 소득이 발생한 곳이 될 수밖에 없다. 이때 가치창출 이론은 ‘그저 소득이나 이익이 생긴 곳에서 과세되어야 한다’는 당연한 말을 되풀이하는 것에 지나지 않게 된다.

경영학상 가치창출 이론이 본디 기업의 입장에서 가치창출을 설명하는

---

232) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 104면.

233) Wolfgang Schön, *“Value Creation, the Benefit Principle and Efficiency – Related Allocation of Taxing Rights”*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 161-162면.

234) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 71면.

235) 예컨대, Itai Grinberg, *“User participation in Value Creation”*, British Tax Review, No. 4., 2018.

이론이기 때문에 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 대하여 공급 측면에 한정된 편향적 분석만을 제공한다는 지적이 있어 왔다.[236][237] 그러나 위와 같이 가치창출 개념을 공급과 수요의 측면을 모두 반영하여 이해하는 한, 가치창출 이론이 기업과 공급의 측면에 치우친 이론이라고 단정지을 수는 없다. 또한 가치는, 시장을 전제로 공급과 수요가 교차하는 지점에서 형성되는 가격을 전제하므로 가치창출 이론이 공급의 측면만 고려하기 때문에 '가치창출 이론에 의할 때 시장에서는 어떠한 가치도 창출되지 않는다는 결론에 이르게 된다'는 지적 역시 지나친 비약이다.[238]

종합하면 가치창출 이론상 가치 개념은 공급 측면과 수요 측면 모두를 포함하는 방향으로 이해할 필요가 있다. 이러한 이해에 따를 때, 가치창출의 주체에는 공급자의 지위에 있는 기업과 수요자의 지위에 있는 소비자 모두를 포함할 수 있게 되고, 창출의 개념 역시 기업과 소비자의 경제 활동으로 인한 가치의 발생까지 포함할 수 있게 된다. 이러한 전제에서야 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는 새로운 국제조세 체계나 규칙, 즉, 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙에서 '소비자'나 — 소비자 국가 역할을 대변하는 — '시장국가'에 방점을 두고 이를 과세권 내지 이익분배 규칙에 반영하자는 의견 역시 존재할 수 있게 된다.

다. '창출'의 정의

236) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 140-142면 참조.

237) Aleksandra Bal, *"(Mis)guided by the Value Creation Principle – Can New Concepts Solve Old Problems?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72. No. 11, 2018. 10., 3-9면 참조.

238) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 2018. 7., 3면, 7면 참조, available at http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275759.

경영학상 가치창출 이론이나 국제조세상 가치창출 이론 모두에서 '창출'을 '(가치가) 새롭게 증가하는 결과나 상태'와 같이 사전적 의미에 따라 사용하는 것에 다른 문제는 없어 보인다.[239]

다만 OECD가 2013년 G20 정상회담 선언에서 '가치가 창출되고 경제적 활동이 이루어지는 곳에서 과세가 되어야 한다.'고 표현한 이후 보고서에서도 '경제적 활동'과 '가치창출'을 병렬적으로 사용함으로써, 창출의 개념이 경제적 활동과 연관되는 것처럼 표현한 경우가 발견된다.[240] 학계의 일부 의견 중에도 가치창출의 장소를 '실제 경제적 활동과 연관된 소득이 발생하는 곳(income associated with real economic activities)'으로 표현하여 '창출'을 '경제적 활동'과 연관지어 사용한 예가 있다.[241][242] 이렇듯 '창출'의 개념을 경제적 활동과 연관지으면, 기업이 주식을 보유하거나 무형자산을 보유하는 것, 또 그러한 방식으로 투자를 하는 행위에 대해서는 '경제적 활동이 없는 것으로 보아' 그러한 장소에서 가치가 '창출되지 않은 것'으로 평가하게 된다.[243] 이 말은 결국 공급측면의 가치 내지 기업활동만이 세수 분배의 기준이라는 뜻이다.

---

239) '창출'의 사전적 의미는 "전에 없던 것을 처음으로 생각하여 지어내거나 만들어 냄"이다(국립국어원 표준국어대사전에서 '창출' 검색, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do (2021. 8. 18.자 검색))

240) OECD는 BEPS 프로젝트에 따라 작성한 보고서에서 '경제적 활동이 있는 곳이 과세권을 가져야 한다'는 국가의 입장을 설명하면서 '가치 창출'과 '경제적 활동'을 같은 선상에 놓고 사용하였지만, 이러한 입장을 표시하는 국가들 중 어떠한 국가들도 명확하게 '경제적 활동'에 대한 언급을 하지 않았다는 지적도 있다. 예컨대 Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 135면.

241) Rebecca M. Kayser, *"OECD/International - Value Creation: A Dimming Lodestar for International Taxation?",* Bulletin for International Taxation, Volume IBFD, 2020. 4., 5., 219면; 원문은 아래와 같다.
"The GloBE(OECD's Global Anti-Base Erosion, 'GloBE') proposal could return to the value creation principle by allowing substance-based carve-outs for income associated with real economic activities, thereby allowing nations to compete over such activities."

242) Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 93면.

243) J. Gregory Ballentine, *"BEPS, Economic Activity, and Value Creation",* Tax notes international, VIEWPOINT, Volume 105, March 28, 2022., 1555-1556면.

그러나 '창출'의 의미가 경제적 활동과 연관성이 있는지 여부와 상관없이 '경제적 활동'은 독립적으로 사용되는 개념이고, '가치창출'과 연관되어 사용되는 경우와 그렇지 않은 경우에 어떠한 효과의 차이가 있는지 불분명해 보인다.[244] 당면 논점은 세수분배이다. 수요 측면의 가치란 수요가 일어나는 국가에서 창출하는 것이라는 전제를 세우는 것은 너무나 당연하다. 수요 측면의 가치를 무시하지 않는 한, 따라서 창출의 의미는 사전적 의미에 따르는 것으로 충분하고, 경제적 활동과 연관성을 지니는지에 관한 논의는 불필요하다.

라. 소결

이하에서는 이 글의 논의를 편하게 전개하기 위해 이상의 논의를 종합하여 공급 측면과 수요 측면을 모두 포함하여 가치창출 개념을 아래와 같이 잠정적으로 정의한다.[245]

· 가치 : 기업 및 소비자의 활동에 따라 기업 소득을 발생시킬 수 있는 기업 자산 총체의 증가분

· 창출 : 가치를 새롭게 발생시키거나 증가시키는 행위

---

244) 예컨대 위의 예시에서 '창출'의 개념을 경제적 활동과 연관지으면, 기업이 주식을 보유하거나 무형자산을 보유하는 것 또 그러한 방식으로 투자를 하는 행위에 대해서는 '경제적 활동이 없는 것으로 보아' 그러한 장소에서 가치가 '창출되지 않은 것'으로 평가한다는 의견이 있다고 하나, 위의 예시가 가치가 경제적 활동이 없어 '창출'이 되지 않은 것인지 아니면 '가치'가 없는 것인지 불분명하고, 보다 근본적으로는 경제적 활동이 없어 가치가 '창출'되지 않은 경우와 '가치'가 없는 경우를 구별해야 할 실익이 있는지 의문이다.

245) 현재 OECD나 가치창출 이론에 관한 효용성을 긍정하는 학계의 일부 입장에서도 가치와 창출에 관한 일의적 정의가 마련된 상황은 아니므로 가치창출 이론에 대한 검증을 하고자 하는 이 글에서 '가치창출 개념을 잠정적으로 정의한다'는 표현은 적절하지 않은 측면이 있다. 그러나 가치창출 이론에 대한 타당성 검증을 위한 이하의 논의를 위하여 이 글에서 '가치창출' 개념을 상정할 필요성이 있기 때문에 위와 같이 표현하였음을 밝혀둔다.

상술한 바와 같이 '창출'의 경우, 사전적 의미에 따라 정의한다.

'가치'의 경우, 경영학상 '가치창출' 이론이나 OECD의 가치창출 이론에서는 '가치'를 기업의 소득에 대응하는 것으로 파악한다. 하지만 이러한 정의에 따르게 되면, 곧바로 기업의 소득을 발생시키지는 않지만 불특정한 미래의 어느 시점에 기업의 소득을 발생시킬 수 있는 가능성은 포함하고 있는 기업의 자산이나 가치활동에 대해서는 아직 '가치가 창출된 것'으로 포착하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이는 소득세제의 과세 시기와 관련하여 실현주의를 채택한 것과 같이 소득세제에 내재된 불완전성 때문에 특히 문제된다.

다시 '가치창출' 개념의 정의 문제로 돌아가서, '가치창출'의 개념을 '기업의 소득'보다 확장하여 '기업 및 소비자의 활동에 따라 기업 소득을 발생시킬 수 있는 기업 자산 총체의 증가분'으로 정의하는 목적은 가치창출의 요소가 곧바로 세법적 의미에서 기업 소득의 발생이라는 결과로 이어지지는 않지만, 여전히 기업의 자산의 한 부분을 형성하는 데 기여하고 그 자산이 기업 소득의 발생을 일으킬 가능성이 있는 경우까지 '가치'로 포착하기 위함이다.

또한 이러한 '기업 소득을 발생시킬 수 있는 기업 자산 총체의 증가분'에 기업의 활동뿐 아니라 소비자의 활동에 의하여 발생된 것까지 포함시킨 것은 공급 측면과 수요 측면의 관점을 모두 포함하여 '가치'를 이해할 필요성이 있고, 따라서 기업 내부의 가치활동 뿐 아니라 소비자의 활동까지 포함하여 '가치창출'을 정의할 필요가 있기 때문이다.

즉 이러한 '가치'에 관한 정의는 '가치'를 공급 측면과 수요 측면의 관점을 모두 포함하여 이해하는 것을 의미한다. 그리고 이하의 논의에서 이러한 이해가, 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정론의 의견과 긍정론에서 제시하는 새로운 고장사업장 규칙과 이전가격 규칙의 내용을 보다 정확하게 이해할 수 있는 바탕이 된다.

제4장 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정론과 부정론

이상의 논의와 같이, OECD는 가치창출 이론을 과세상 지도원리로서 보고, '가치창출' 개념과 이론이 새로운 국제조세 체계 및 규칙의 설정에 역할을 할 수 있다는 입장을 견지한다. OECD는 적어도 2018년 중간보고서까지는 구체적으로 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 국제조세 규칙의 제정에 '가치창출' 개념을 반영하거나 가치창출 분석 절차를 활용하는 것 모두에 대한 가능성을 염두에 두고 있었다고 말할 수 있다. 그리고 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장(긍정론)은 이러한 OECD의 입장의 연속선에서 실제 가치창출 개념을 반영하거나 가치창출 분석 절차를 활용한 새로운 국제조세 규칙의 내용을 제시하기도 한다. 반대로 가치창출 이론의 효용성을 인정하지 않는 입장(부정론) 또한 존재한다. 이러한 입장은 가치창출 이론을 과세상 지도원리로 인정하지 않고, 가치창출 개념을 반영하거나 가치창출 분석 절차를 활용하는 것을 내용으로 하는 새로운 국제조세 규칙 또한 여러 가지 이유에서 비판한다.

긍정론에서 주장하는, '가치창출 이론을 반영한 새로운 국제조세 규칙'의 큰 틀은 '가치창출의 장소에 과세권을 주고, 창출된 크기에 따라 과세대상인 이익을 분배하자'는 것이다. 구체적으로 전자는 가치창출의 장소를 밝혀 과세권을 분배하는 내용으로 현재 국제조세 규칙 중 고정사업장과 같은 연계점 개념에 가치창출 개념을 반영하자는 의견이다. 후자는 과세권을 가지는 국가 사이 가치창출의 크기에 따라 이익을 분배하는 내용으로 현재의 이전가격 규칙에 가치창출 개념을 반영하거나 가치창출의 분석 절차를 활용하자는 의견이다.

이하에서는 긍정론과 부정론의 내용과 근거를 살펴본다. 긍정론에서 가치창출 이론에 따라 어떠한 내용의 새로운 국제조세 규칙을 제시하는

지, 또 그러한 의견에 따를 때 현행 국제조세 규칙은 어떻게 변화하는지 검토한다. 또 부정론에서는 가치창출 이론이 과세상 지도원리로 새로운 국제조세 규칙의 제정에 역할을 할 수 있다는 주장을 반박하는지 살펴본다.

제1절 가치창출 이론의 효용성 긍정론

1. 가치창출 이론이 갖는 효용성의 근거

가. 기업분석에서 가치창출 이론이 가지는 효용성

가치창출 이론과 관련된 논의는 기업의 경영 전략 차원에서 시작되었다. 하지만 가치창출 이론이 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 새로운 국제조세 규칙을 정립하는 데 기여를 할 수 있는지, 기여를 할 수 있다면 어느 정도인지, 그러한 기여가 실제 다국적 기업의 조세회피 문제에서 현행 국제조세 규칙이 충분히 해결하지 못하고 있는 문제에서 유의미하게 다른 해결점을 이끌어 낼 수 있을 만큼 효과적인지에 관하여는 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장 사이에서도 의견 차이가 있다.

이처럼 정도의 차이는 있지만 공통적으로는 가치창출 개념의 모호함에도 불구하고, 최소한의 정의가 가능함을 전제로 하면서, 그 대신 이 이론이 가지는 유연성으로 인하여 다양한 기업 및 사업영역의 분석에서 이 이론을 활용할 수 있는 효용이 있다고 주장한다.[246] 특히 가치창출 이론의 핵심적 내용 중 하나라고 할 수 있는 '가치창출 분석(value creation analysis)' 절차를 통하여 다국적 기업과 관련을 가지는 여러 국가들 중 실제 가치가 발생하는 곳을 특정할 수 있으므로 그러한 가치창출의 장소

246) J. Magretta, 『*Understanding Michael Porter, the Essential Guide to competition and Strategy*』, Harvard Business Review Press, 2012, 95면, 221면 등.

에서 과세권이 행사될 수 있도록 실제 국제조세 규칙을 정립해야 한다는 주장이다.[247]

보다 구체적으로, 가치창출 이론에 의하면 — 가치창출 개념을 공급 측면을 볼 때 — 가치를 창출하는 주체는 기업이 되고,[248] 다국적 기업에 대한 가치창출 분석 절차를 거쳐 디지털 경제에서 다국적 기업이 어떠한 방식으로 어떠한 장소에서 가치를 발생시키고 어떠한 과정에서 조세회피를 하는지 그 현황을 분석할 수 있기 때문에, 가치창출 이론이 다국적 기업의 조세회피 문제에서 과세권을 분배하거나 이익을 분배하는 문제의 해결에 도움이 될 수 있다는 것이다.[249]

나. 가치차출 이론과 시장관할 강화

1) BEPS 프로젝트의 방향과의 일치성

이 글에서 잠정적으로 정의한 바와 같이 가치의 개념에 '소비자의 경제활동을 통하여 발생한 자산 총체의 증가분'을 포함시킨다는 전제에서는 시장(market)이 가치창출의 장소 중 하나에 포함될 수 있다. 그리고 이러한 결과는 '시장관할에 과세권을 분배하자'는 최근 BEPS 프로젝트의 방향과 일치하는 것처럼 보인다.[250] 가치창출 이론의 효용성을 긍정

---

247) Steef Huibregtse, Sonia Catalina Muñoz Rodríguez, "*Argentina/Brazil/Chile/Colombia/Costa Rica/El Salvador/Guatemala/Mexico/Panama/Peru/Uruguay - Slicing the Pie in Latin America – A Pragmatic Approach to a Value Chain Analysis*", Bulletin for International Taxation, Volume 72, No. 12, 2018. 11., 718면., Brigitte Baumgartner, *"Value creation Analysis for Transfer Pricing Purposes"*, International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 2, IBFD, 2018. 2., 62면.

248) J. Magretta, 『*Understanding Michael Porter, the Essential Guide to competition and Strategy*』, Harvard Business Review Press, 2012, 221면.

249) Isabella Cugusi, *"International Prospects for Taxation of the Digital Economy between 'Tax Law and New Economy' and 'Tax Law of the New Economy'"*, World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 15면.

250) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing*

하는 입장에서는 BEPS 프로젝트의 목적이 다국적 기업의 조세회피 문제를 해결하는 데 있으므로 가치창출 이론이 BEPS 프로젝트에서 제시하는 해결 방향에 부합한다는 점은 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 이론이 해결점이 될 수 있음을 방증한다는 의견도 있다.

이하의 논의와 중복을 피하기 위하여 간단히 서술하겠지만, 이러한 입장에서 더 나아가 구체적으로, '기업(firm)이 창출한 가치에는, 기업이 영향력(control)을 행사할 수 있는 근로자(employee)와 소비자(users)를 통하여 발생시키는 가치까지 포함되어야 하고, 따라서 소비자(users)가 위치한 장소(시장) 역시 가치창출의 장소가 될 수 있다는 의견이 제시되기도 한다.[251] 이 의견에 따르면 디지털 경제환경에서 가치창출 이론상 — 소비자의 역할이 큰 — 가치네트워크 모델 기업이 온라인 플랫폼을 제공하고 이 플랫폼을 통하여 디지털 거래를 중개하는 경우 플랫폼에 참여하는 소비자 역시 '가치창출'의 주체가 되기 때문에 '소비자가 있는 곳' 또한 가치창출의 장소가 될 수 있다고 한다.[252] 이때 시장국가에서 과세권을 가질 수 있고, 이러한 결과는 시장관할의 강화라는 BEPS 프로젝트에서 제시된 방향과 일치한다.

같은 맥락에서 데이터 등 소비자가 제공 및 창출하는 다른 무형자산을 가치 개념에 포함시켜 시장관할에 부분적으로 과세권을 분배해야 한다는 의견 역시 제시된다.[253] 즉 디지털 거래에서 데이터는 공급자와 수요자가 쌍방향으로 주고 받는 과정을 통하여 처리된다. 이때 데이터를 기업의 생산에 기여하는 무형자산으로 분류하고 이를 다시 가치에 포함킬 수

Rules?", Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018, 5면, 19면.

251) Werner Haslehner, "Value Creation and Income Taxation : A Coherent Framework for Reform?", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 58면.

252) 한편, '브랜드'에 관하여 Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective", 『Taxation and Value Creation』*, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 93-95면 참조.

253) Werner Haslehner, Marie Lamensch, "General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 17면.

있게 되면 데이터 처리 과정에서 수요의 측면을 담당하는 시장국가에서도 '가치창출'이 있다고 볼 수 있고, BEPS 프로젝트에서 제시된 방향과 같이, 시장국가가 과세권을 나누어 가질 수 있게 된다.

또한 마찬가지로 다국적 기업이 '디지털 관련 자산과 인력(digital assets and employed-people)'을 사용하고 고용하는 장소 역시 '가치창출'에 기여하는 유의미한 장소이므로 그러한 장소 — 자산과 인력이 수행하는 기능에 따라 다를 수 있지만 상당 부분은 시장관할과 관련을 맺을 것이다 — 에 과세권이 분배되어야 한다는 의견도 주장된다.[254] 이 의견도 데이터와 같이 디지털 관련 자산이나 인력이 기여하여 추가로 만들어내는 기업자산의 증가분, 특히 무형의 자산들을 가치로 취급하는 것을 전제로 한다.

2) '스마일 커브(Smile Curve)'와 글로벌 가치사슬

'스마일 커브(Smile Curve)'란 대만의 컴퓨터 회사인 '에이서(Acer)'의 창업자 스탠 쉬(Stan Shi)가 1995년에 기업의 공급 과정 중 어떠한 과정에 가장 많은 가치가 창출되는지 보여주는 것을 나타낸 그래프를 말한다.[255]

스탠 쉬에 의하면 에이서가 노트북이나 컴퓨터와 같은 유형 제품을 제조하여 판매하는 데 그러한 공급 과정은 '연구·개발, 브랜딩, 디자인, 생산, 유통, 마케팅, 판촉'으로 구별할 수 있다. 에이서가 제품을 생산하여

---

254) Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation"*, University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3., 23면. 이 글에서 언급하고 있는 디지털 관련 '자산'과 '인력'은 구체적 상황에 따라 다양한 의미로 사용되고 있는 듯 하다. 예컨대, '자산'에 관하여 이 글에서는 '(디지털) 자산'의 세 종류로 '기계(인공지능 컴퓨터)', '플랫폼', '클라우드'를 예시한 다른 연구결과를 언급하고 있고, '인력'에 관하여 자세한 내용을 언급하지 않고 원 정보를 발굴하여 가치있는 지식으로 바꾸는 데이터마이닝 사업에서 다국적 기업이 고용한 '데이터 과학자(data scientists)'를 언급하고 있다.

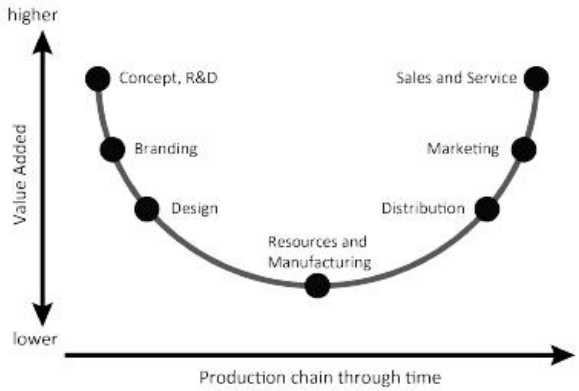
255) Ming YE, Bo MENG, Shang-jin WEI, *"Measuring Smile Curves in Global Value Chains"*, INSTITUTE OF DEVELOPING ECONOMIES, 2017. 8. 27., 2-3면 참조.

판매할 때 구별되는 개별 공급 과정마다 그 제품의 실제 가치가 동등하게 증가하지 않고, 생산 단계의 이전과 이후의 공급 과정에서 다른 공급 과정보다 더 많은 가치가 창출되는 것을 확인할 수 있다.[256] 이를 그래프로 나타낸 모양이 마치 미소 모양의 곡선을 닮았다고 하여 '스마일 커브'라는 이름이 붙었다.

스탠 쉬가 제시한 스마일 커브는, 하나의 제품군에서 창출되는 가치의 정도를 직관적으로 보여주는 매우 단순한 그래프지만,[257] 상당히 오랫동안 선진국(developed countries)과 개발 도상국(developing countries)이 글로벌 가치사슬의 과정에 참여하며 어떠한 공급 과정을 담당하며 어느 정도의 '가치창출'을 하는지 설명하기 위하여 사용되었다.[258] 그리고 그러한 설명은 대체로 '손이 하는 일보다, 뇌가 하는 일에서 더 높은 가치가 창출된다'는 비유와 함께, '글로벌 가치사슬에서 시장국가(선진국)가 담당하는 공정('브랜딩, 디자인, 마케팅, 판촉, 고소득 국가에서의 사후관리 서비스')에서 창출되는 가치가, 저소득 국가(개발도상국)가 담당하는 공정('원재료 및 인력 투입, 조립, 생산')에서 창출되는 가치보다 높다'는

256) Allison Christians, *"Taxing according to value creation"*, Tax Notes International, July 18, 2018, 5-6면.

<그림 1> 스마일 커브



257) *Ibid.*

258) Ming YE, Bo MENG, Shang-jin WEI, *"Measuring Smile Curves in Global Value Chains"*, INSTITUTE OF DEVELOPING ECONOMIES, 2017. 8. 27., 20면.

결론으로 이어졌다.[259]

이러한 설명은 특히 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에서 '시장국가'의 역할을 담당하는 국가들의 입장을 대변한다. 스탠 쉬가 제시한 스마일커브에서 높은 가치를 창출하는 공정 단계는 '연구·개발'과 '판매 및 서비스'의 둘인데, 이 중 '판매 및 서비스'가 이루어지는 곳이 디지털 경제의 시장국가이기 때문이다. 따라서 이러한 스마일커브는 국제조세의 문제에서 '주로 판매 및 서비스를 통하여 비교적 높은 가치를 창출하는 시장국가가, 주로 자원 투입 및 단순 공정을 통하여 비교적 낮은 가치를 창출하는 시장 아닌 다른 국가에 비하여 더 많은 소득을 창출하는 것이 당연하다'는 논리를 뒷받침할 수 있고, 시장국가에서 과세권을 갖거나 더 많은 이익을 분배받는 것이 정당하다는 결론을 지지할 수 있게 된다.[260]

다. 디지털세의 근거

디지털 사업을 통하여 발생된 기업 소득에 대하여 단일세율의 세금(flat tax)의 형식으로 부과하는 세금을 '디지털 소득세' 혹은 '디지털세'로 부른다.

위와 같은 디지털세 도입에 가장 적극적인 움직임을 보이고 있는 것은 유럽연합이다. 이하에서 살펴보겠지만, 유럽연합은 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에 서 있기도 하다. 유럽연합 차원에서 논의된 디지털세의 주요 내용은 시장국가에 과세권을 주고(과세권 분배), 그 시장에서 발생한 특정 기업이 벌어들인 디지털 관련 특정 소득에 대해서(과세대상) 대략 2~5%의 단일세율(세율)로 과세하자는 것이다.[261][262] 유럽연합

---

259) Allison Christians, *"Taxing according to value creation"*, Tax Notes International, July 18, 2018, 6면.

260) *Ibid.*

261) 회원국들 간 이견으로 채택은 불발되었지만, EU 집행위원회는 2018. 3. 21. 발표한, '디지털 기업에 대한 공정과세를 위한 새로운 규칙에 대한 제안'에서 '디지털 서비스세

은 이러한 디지털세 도입에서 '가치가 있는 곳에서 과세가 되어야 한다'는 가치창출 명제를 제시하고,[263] 유럽연합 집행위원회는 "디지털 서비스로부터 발생한 매출에 대한 세금(turnover tax)은 법인세에서의 가장 기본적 원칙 – 즉 가치가 창출되는 곳에서 과세해야 한다 – 에 의하여 뒷받침된다."고 하기도 하였다.[264] 이러한 언급과 함께 유럽연합이 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에 서 있는 점을 고려하면 유럽연합은 시장관할의 강화를 내세우면서 이를 위한 다국적 기업에 대한 디지털세를 정당화하기 위한 근거로 가치창출 이론을 사용하고 있다고 할 수 있다.[265] 구체적으로, 디지털세가 도입되면 시장국가는 일정 조건을 만족하는 경우에 다국적 기업의 특정 소득에 과세할 수 있게 되고, 가치창출의 장소 중 하나에 시장이 포함된다는 전제를 채택하는 이상 가치창출 이론은 시장관할을 강화하는 내용의 디지털세를 뒷받침하는 근거로 사용될 수

(digital services tax)'를 제시하였다. 이 조치는 새롭게 합의되는 고정사업장 규칙이 적용되기 전 적용할 수 있는 임시적 조치였다. 디지털 서비스세는 현재 과세체계에서 포착하기 어려운 온라인 광고, 이용자 간 상호작용 및 이용자 간 재화 및 서비스 공급을 원활케 하는 디지털 중개활동, 소비자들이 제공한 정보로부터 발생된 데이터의 판매활동으로부터 발생하는 수익을 과세대상으로 한다. 이러한 수익에 대한 과세권은 (최종) 서비스 이용자가 위치하고 있는 국가에서 징수하고, 전세계를 기준으로 연간 총매출 7억 5천만 불, EU 연간 총매출 5천만불을 초과하는 기업에 대해서 적용된다(European Commission, *"Fair Taxation of the Digital Economy"*, European Commission 홈페이지 공개자료, https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en (2020. 9. 2. 검색)).

262) 프랑스에서 최종 통과된 '디지털 서비스세(taxe sur les services numériques)' 법안 역시 전세계 및 프랑스에서의 매출액 7억 5천만 유로 혹은 2천 5백만 유로를 초과하는 기업이 벌어들인 온라인에서 이루어지는 중개 수수료, 광고 및 데이터 판매에 따른 수익에 3%의 세금을 부과하는 것을 주요 내용으로 한다. 다만 이러한 프랑스의 디지털세 법안 역시 미국과의 갈등으로 인하여 그 시행이 중단되었다.

263) Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System",* EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31., 3면.

264) European Commission, *"Questions and Answers on a Fair and Efficient Tax System in the EU for the Digital Single Market"*, Brussels, 2018. 3. 25. (Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31., 2면에서 재인용).

265) Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System",* EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31., 2면.

있다.[266][267]

2. 가치창출 이론에 대한 유럽연합의 입장

BEPS 프로젝트에서 적극적으로 의견을 개진하는 유럽연합[268] 집행위원회에서는 2018년 3월 디지털 경제에서 '최근의 기업과세에 대한 규칙은, 실제 '소득(profits)'이 창출하는 곳과 가치가 창출되는 곳 사이에 괴리를 불러일으킨다'고 지적하였다. 위 위원회는 '가치가 창출한 곳에서의 과세권을 강화하여야 한다'고 하면서 디지털 사업영역에서 '상당한 디지털 실재(significant digital presence)'에 따른 기업 과세 지침을 마련하여야 한다고 주장했다.[269] 이후 유럽연합은 2020년 7월 15일 발표된 21세기 디지털 경제 관련 액션 플랜의 세부 지침 마련을 위한 보도자료에서도 디지털 경제에서의 공정과세를 위해서 '가치창출에 부합'하게 과세권을 재정비하여야 한다고 주장하였다.[270] 유럽연합 회원국인 핀란드, 덴마크,

---

266) W. Schön, *"Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy"*, 72 Bull. Int. Taxn. 4/5, sec. 7. (2018), Journal Articles & Papers IBFD, K. Andersson, *"Should We Use Value Creation or Destination as a Basis for Taxing Digital Businesses? – Krister Andersson's Comments on the 2018 Klaus Vogel Lecture Given by Professor Michael Devereux"*, 72 Bull. Intl. Taxn. 12, Journal Articles & Papers IBFD (Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 138면에서 재인용).

267) 예컨대 Aleksandra Bal, *"(Mis)guided by the Value Creation Principle – Can New Concepts Solve Old Problems?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72, No. 11, 2018. 10., 3면, 6면.

268) 김정홍, "BEPS 이행 다자협약의 현황과 전망", 『조세학술논집』, 제34권 제1호, 한국국제조세협회, 2018, 117면 참조.

269) European Commission, *"Proposal for a Council Directive Laying Down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence",* 2018. 3. 21., 1면, available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0147 (2021. 1. 8. 자 검색).

270) European Commission, *"COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL AN ACTION PLAN FOR FAIR AND SIMPLE TAXATION SUPPORTING THE RECOVERY STRATEGY"*, 2020. 7. 15., 2면, available at https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2020_tax_package_tax_action_plan_en.

스웨덴 역시 이러한 주장에서 더 나아가 2018년 6월 1일 재무부 장관 회의에서 "디지털 경제뿐 아니라 전통적 경제에서도 마찬가지로 '가치'가 창출된 곳에서 과세되어야 한다"는 성명을 발표하기도 하였다.[271)]

유럽연합은 '가치가 창출되는 곳에서 과세가 이루어져야 한다'는 원칙이 유럽이라는 단일시장(single market)에서 공정하고 효과적인 과세를 위하여 필수적이라고 인식하는 듯하다. 유럽연합은 과세 공정성이 '편익원칙(benefit principle)' – 재화와 서비스의 비용에 대한 분담은 그러한 재화와 서비스로부터 파생되는 이익에 따라 이루어져야 한다 – 에 부합하는 것이어야 한다는 인식을 갖고 있고,[272)] 가치창출 이론이 그러한 편익원칙에 부합한다는 인식을 하기 때문인 것으로 짐작된다. 이러한 입장에서는 현행 국제조세 체계에서 편익 원칙이라는 하나의 원칙보다 가치창출 이론이라는 새로운 법원칙을 추가적으로 고려하여 이전보다 '공정한' 국제조세 체계을 재편해갈 수 있다고 주장한다.[273)]

즉 유럽연합과 대부분의 회원국은 '가치가 창출되는 곳에서의 새로운 과세'를 지지하는데, 이는 유럽에서 다국적 기업, 특히 다국적 IT 기업에 대한 '공정한' 과세가 이루어지지 않고 있다는 비판의 목소리가 크기 때문이다. 그리고 이러한 비판은, 결국 유럽연합 내 국가들이, 다국적 기업이 제공하는 서비스의 큰 소비 시장으로서 역할을 하고 있지만, 해당 시

---

pdf (2021. 1. 8.자 검색).

271) Ministry of Finance, *"Global cooperation is key to address tax challenges from digitalization"*, Government Offices of Sweden (1 June 2018), available at www.government.se/statements/2018/06/global-cooperation-is-key-to-address-tax-challanges-from-digitalization, cited in M. Lennard, Act of creation: OECD/G20 test of "Value Creation" as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries, 25 Transnational Corporations 3, p. 61 (2018), available at https://unctad.org/en/ PublicationChapters/diaeia2018d5a4_en.pdf (Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 136면에서 재인용).

272) Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System",* EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31., 6면.

273) Werner Haslehner, Marie Lamensch, "General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 8면.

장국가들은 이러한 다국적 기업의 소득에 대하여 현행 국제조세 규칙 아래서 어떠한 명목으로든 세금을 거두지 못하거나 낮은 세금을 거두게 되는 상황에서 비롯된다. 이러한 상황에서 유럽연합은, '새롭고도' '정당한' 과세를 주장하면서 OECD가 논의를 시작한 가치창출 이론에 관하여, 과세상 지도원리로서 새롭고도 정당한 국제조세 규칙의 재편에 효용성이 있다는 입장을 취할 이해관계가 분명하다.

3. 가치창출 이론의 효용성 긍정론에서 주장하는 '새로운' 국제조세 규칙의 내용

가치창출의 개념을 국내 세법 내지 조세조약에 도입한 국가가 있는지 여부를 모두 확인하는 것에는 한계가 있으나, 가치창출 이론에 적극적 입장을 보이는 유럽국가를 모두 포함하여 보더라도 현재까지 가치창출 이론의 주요 개념 — '가치'와 '창출' — 을 국내 세법이나 조세조약에 도입한 국가는 없는 것으로 보인다.

또한 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 같은 입장에서 가치창출 이론이 국제조세 체계를 재편할 새로운 과세상 지도원리에 해당한다는 점에 동의한다고 하더라도 하더라도, 그러한 입장 내에서 구체적으로 가치창출 이론을 반영한 새로운 국제조세 규칙을 어떠한 내용으로 정립할 것인지에 관하여 다양한 의견이 있을 수밖에 없다.

이하에서는 이러한 상황을 바탕으로 하여 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 가치창출 이론을 반영한 '새로운' 국제조세 규칙으로 어떠한 의견을 제시하는지 살펴보되, 그러한 새로운 국제조세 규칙이 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙을 중심으로 하여 현행 국제조세 규칙과 어떠한 차이가 있는지 비교하여 본다.

가. 고정사업장 규칙

1) 현행 규칙

가) 소득 원천의 내외구분과 사업소득 과세의 연계점 - 고정사업장

대부분의 국가는 거주지 판정 규칙을 통하여 거주자와 비거주자를 나눈다. 그리고 거주자의 전세계소득은 대개 거주지국에서 과세된다.[274)]

거주자의 경우, 거주자의 국내소득은 그 파악이 어렵지 않고 달리 다른 국가에서 과세권을 갖게 될 상황도 원칙적으로 없으므로 이중과세 등 특별한 세법상 문제가 발생하지 않는다. 반대로 거주자의 국외소득은 그 국외소득과 관련성을 가지는 외국에서 과세 될 수 있으므로 국외운천소득 거주지국과 원천지국 사이 이중과세 문제의 해결을 위하여 해당 거주지국과 원천지국 사이의 조세조약이 필요하다.

비거주자의 국내 원천 소득의 경우 소득의 종류에 따라 달리 원천의 판단이 달라지므로 소득의 원천을 파악하는 것이 중요하다. OECD 모델 조세조약을 포함한 대부분의 조세조약은 사업소득과 같은 적극소득(active income)에 대해서 '고정사업장'이 있는 경우에만 과세한다. 이자소득이나 배당소득과 같은 소극소득(passive income)에 대해서 양 체약국 모두 과세가 가능하지만 원천지국은 일정한 세율 상한의 범위 내에서 과세할 수 있다.[275)]

---

274) 미국의 경우 전세계 소득에 대한 납세의무는 시민권(citizenship)자, 영구적 거주를 하는 자 혹은 영주권자(green card status), '거주자기간 테스트(substantial presence test)'에 따라 요건을 모두 갖춘 자가 부담한다. 회사의 경우 미국 주(州)법에 근거하여 설립되는 경우 미국인으로서 인정된다. 미국인으로서 납세의무를 부담하게 되면, 국외에 거주하더라도 그 전세계 소득이 과세대상이 되어 미국과 전혀 관련성이 없는 소득까지 미국에서 과세될 수 있는 문제가 있음이 지적되어 왔다(Werner Haslehner, Marie Lamensch(Eitors), 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020, 680면 참조).

275) 다만 조세조약상 소득구분 역시 어떻게 본다면 자의적인 구분일 수밖에 없고, 기술의 진보 등 경제환경이 바뀔수록 뜻하지 않았던 어려움이 생기기 마련이다. OECD 모델조

즉 고정사업장 규칙은 외국법인(비거주자)의 국내에서의 사업소득(국내 원천의 적극소득)과 과세권을 행사하는 국가 사이의 연결을 결정짓는 역할을 한다. 보다 구체적으로 고정사업장 규칙에 따라 고정사업장이 있다고 판단되면, 비거주자와 사업장이 소재한 국내 사이에 거주성이라는 연결이 없다고 하더라도 비거주자의 (국내)사업장과 이를 통한 사업소득 간 흔히 말하는 '원천'에 상당한 연결이 있다고 보아 고정사업장이 있는 국내(사업소득의 원천지국)에서 비거주자의 사업소득에 과세할 수 있다. 이때 OECD 모델조세조약이 비거주자의 사업장과 사업소득 사이 연계점으로 사용하는 개념이 '고정사업장'이다.

완전히 동일하지는 않지만 다른 대부분 국가의 국내법도 OECD 모델조세조약상 고정사업장 개념과 유사한 개념을 연계점으로 사용한다. 예컨대 독일의 경우 OECD 모델조세조약상 고정사업장과 동일한 의미로 국내법상 고정사업장(Betriebsstätte)을,[276] 프랑스와 미국에서는 OECD 모델조세조약상 고정사업장과 거의 동일하지만 그 적용범위가 넓은, '고정사업장(établissement stable)'이나 '(미국의) 국내 사업(U.S. trade or business)' 개념을 사용한다.[277][278]

세조약의 경우 ① 부동산 소득(제6조)에 대해서는 양 체약국에서 과세하고, ② 사업소득(제7조)에 관해서는 고정사업장이 없으면 거주지국에서만 과세하고, 고정사업장이 있으면 그에 귀속되는 순소득을 고정사업장 소재지국이 독립기업의 원칙에 따라 과세한다. ③ 배당소득(제10조)과 이자소득(제11조)은 양 체약국에서 과세가능하나 원천지국은 세율상한 안에서만 과세하고, ④ 사용료 소득(제12조)은 거주지국에서만 과세한다. 위 내용은 대부분 원천지국의 과세권을 영(0)으로 또는 일정한 범위로 줄인다는 것이지만, 예외적으로 거주지국의 과세권을 제약하는 조문도 있다(이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021, 276-277면).

276) 이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제1판, 2020, 413면 참조.

277) 예컨대 프랑스의 경우, '속지주의(principle of terrioriality)'에 따라 비거주자는 오직 프랑스 내에서 사업을 수행하는 한도(entreprises exploitées en France)만큼 법인세(corporate income tax)를 부담한다. 이때 '프랑스 내에서 사업을 한다'는 것은 프랑스에서 일상적 사업활동이 있음을 의미하는데, 프랑스에서 어느 정도 자율성(autonomy)을 가지는 고정된 사업장(fixed place of business)인, "자율적 사업장(autonomous establishments)", 프랑스에서 사업활동을 수행하는 "종속대리인(dependent agent)", 프랑스에서 "완전한 사업주기(complete commercial cycle)"를 갖는 경우가 여기에 해당된다. 이러한 프랑스 세법 규칙은 OECD 차원의 고정사업장 개념과 유사하지만 그보다 광범한 범위의 사업장을 인정하는 것이다. 프랑스 법원은 영국과 프랑스 사이 조세조약의 해석과 관련한 사건에서, 프랑스법상 "자율적 사업장"이 영국와 프랑스 조세조약상 고정사업장 개념에 해당한다

한편, OECD는 BEPS 프로젝트에서 디지털 경제환경 속 조세회피 문제에 관하여 현행 고정사업장 규칙 중 고정사업장 개념을 새롭게 대체할 필요가 있다는 언급을 하지만 현재까지는 OECD 모델조세조약의 고정사업장 규칙이 새롭게 개정되지는 않은 상태이다.[279]

나) 디지털 경제환경에서 고정사업장 규칙의 불충분성

이하에서는 디지털 경제환경에서 현재 OECD 모델조세조약 중 고정사업장 규칙이 문제되는 몇 가지 경우를 살펴본다.

(1) '서버(server)'에 대한 고정사업장 판단

OECD 모델조세조약은 고정사업장을 "'고정된(fixed)' 사업장소로서 그

고 판단하였다(Werner Haslehner, Marie Lamensch(Eitors), 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020, 387면 참조).

278) 예컨대 미국의 경우 거주자 판정 규칙에 따라 거주자를 판정하고, 비거주자인 경우 미국에서 이루어지는 활동의 성격 및 정도에 따라 총소득 혹은 순소득에 관하여 과세되는 것이 원칙이다. 비거주자가 미국에 원천이 있는 소득을 벌어들였는데, 그 소득이 "미국의 국내 사업(U.S. trade or business)"과 관련된 것이라면 법률이 허락하는 일정한 공제 후 순소득이 "그 사업 및 통상에 유효하게 연결된(effectively connected to the trade or business)" 소득으로 미국에서 과세된다(*Ibid.*, 679면 참조).

279) OECD는 BEPS 프로젝트에 따른 2019년 작업반 보고서에서 BEPS 프로젝트에 따른 구체적 실행방안 중 제1방안으로 현행 OECD 모델조세조약 제5조 제4항을 개정하여 고정사업장의 범위를 확대하는 방안을, 제2방안으로 매출 요소, 디지털 요소, 소비자 기반 요소, 매출요소와 다른 요소의 결합 등을 기반으로 디지털 사업자에 대해 원천지국에서 과세할 수 있는 중요한 경제적 실재의 존재 여부를 판단할 때 고정사업장을 대신하는 새로운 연계점을 채택하는 방안을, 제3방안으로 고정사업장 기준을 부분적으로는 물리적 실재에 근거로 하면서도 디지털 경제환경에서 고객과의 관계의 성격 변화를 고려하여 판정하자는 방안을, 제4방안으로는 해당 지역에 실재적으로 고정된 시설이나 인력이 없는 경우 디지털 거래대가에 대해 소득원천지국에서 일정세율을 적용하여 완납적 또는 예납적으로 원천징수를 하는 디지털 거래에 대한 원천징수세 도입방안을, 제5방안으로는 사용 바이트(bytes)의 수에 따라 웹사이트의 대역폭(bandwidth) 사용 과세를 하는 비트세(Bit tax)를 도입하는 방안을 제시하였다(박훈, "디지털 경제하에서의 고정사업장 개념 변경과 해외이전소득에 대한 과세제도의 도입에 관한 소고", 『조세학술논집』, 제35집 제1호, 한국국제조세협회, 2019, 50면 참조).

를 통하여 기업이 사업의 전부나 일부를 이행하는 곳"으로 적고 있고, 고정사업장에 관한 전통적 이해에 따르면 이때 '고정된'의 의미는 특정한 지역적 공간에 고정되어야 한다는 물리적·지역적 고정성과 일정 기간 이상 고정된 상태로 존재해야 한다는 시간적 고정성 모두를 포함한다.[280] 서버의 경우 각기 역할에 따라 여러 종류의 서버가 있을 수 있고 그러한 서버마다 고정사업장에서 말하는 고정성이 있는지가 문제된다.

서버의 경우 직접 소유하거나 임대차를 통하여 사용권한 있는 서버가 위치하는 곳을 고정된 장소로 본다.[281] 소프트웨어, 전자적 데이터의 결합물이라고 할 수 있는 인터넷 웹사이트의 경우 그 자체로는 고정된 장소가 아니므로 사업장소를 구성하지 않는다고 본다. 즉 고정사업장으로 인정되지 않는다.

인터넷 웹사이트는 고정사업장으로 인정되지 않지만, 웹사이트가 저장되고 접속통로가 되는 서버의 경우 조약상 고정된 장소에 해당되는 '장비(equipment)'이기 때문에 이러한 서버가 위치한 장소는 고정사업장으로 판단하는 것이 원칙이다.[282][283] 다만 이는 '인터넷 웹사이트는 고정사업장이 아니고 서버가 고정사업장이 된다'는 이분법적 결론이 아니라, 고정사업장 규칙의 일반론이 제시하는 다른 요건이 충족되었을 때 고정사

---

280) 이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제1판, 2020, 419-420면 참조.

281) 박종수, 김신언, "국제적 디지털 거래에서의 고정사업장 과세 문제", 『조세법연구』, 한국세법학회, 제21집 제3호, 2019, 497면.

282) OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 152면 참조.

283) 해외 각국 역시 OECD 지침과 동일한 방향으로 문제를 해결하고 있다(독일 지방법원의 판례(Dated 6 September. Entscheidungen Finanz Gerichte 2001, at 1535)나 이탈리아 과세관청의 비디오게임 회사에 대한 결정(Ruling 119 of 28 May 2007, Linda Favi, Is there a permanent establishment? Italian Report, Cahier de droit fiscal international, volume 94a, Sdu Utigevers, 2009) 등). 국내의 예규(국조 서면상담2팀-1953(2005. 11. 30))도 서버를 기준으로 고정사업장을 판단하지만 반드시 인터넷을 통해 사업활동을 하는 기업 자신의 서버임을 요구하지 않고 있으므로 위 예규대로라면 외국법인의 인터넷을 통한 국내의 활동이 계약 체결 등 중요한 활동이라면 고정사업장을 구성할 수 있다고 해석될 여지가 있다. 그러나 실제 인터넷을 통해 상품을 계속적, 반복적으로 판매하는 외국기업에 대해 고정사업장이 성립한다는 이유로 과세한 사례는 찾을 수 없다(김해마중, "고정사업장 제도에 관한 연구 - 조세조약상 고정사업장의 기능과 요건, 전망에 관하여", 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2016., 139-140면 참조).

업장을 구성할 수 있다는 의미이다. 따라서 고정사업장으로 인정할 수 있는 요건을 갖추지 못한 경우, 예컨대 서버에 항구성(permanance)이 인정되지 않거나 서버를 통하여 이루어지는 사업활동의 성격이 예비적·보조적 성격에 그치는 경우(OECD 모델조세조약 제5조 제4항 e))라면 고정사업장에 해당되지 않는다.[284)]

이러한 OECD 모델조세조약은, 서버의 존재만으로는 서버를 통하여 이루어지는 기능이 본질적이고 중요한 활동에 해당한다고 보기는 어려워 고정사업장이 없다고 하는 유럽연합 및 미국과는 그 내용상 차이가 있다.[285)286)]

(2) 예비적, 보조적 성격의 활동에 대한 고정사업장 판단

한편 OECD 모델조세조약은 고정사업장의 일반적 요건을 갖춘 장소, 시설에 대해서도 그 시설을 통하여 이루어지는 기업의 활동이 예비적, 보조적 성격에 그치는 경우 그러한 장소, 시설에 대하여 고정사업장을 인정하지 않는다. 이때 예비적·보조적 성격에 그치는 활동이 아니라 본질적이고 중요한 사업활동에 해당하는지 여부는 기업의 사업활동의 성격과 규모, 전체 사업활동에서 특정한 사업활동이 차지하는 비중과 역할

---

284) OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 152면.

285) 예컨대 European Commission, *"Commission staff working document impact assessment"*, Brussels, 2018. 3. 21., 9면. EU는, 웹서버를 유럽 국가에 두고 회원국의 소비자에게 서비스를 제공하면서 웹서버를 관리하는 일정 직원을 둔 경우 단순히 웹서버의 장소 자체만으로는 고정사업장의 요건을 충족하기 어렵다고 보고 있다. 그 이유는 EU 회원국 간의 부가가치세율이 차이가 있어 저세율 국가에 사업장을 두고 조세회피를 시도하는 것을 차단하기 위해서다. 이러한 지침은 일차적으로 회원국에 대하여 적용되지만 유럽연합 내에 사업을 수행하는 전 세계 사업자에게도 마찬가지로 적용된다(박종수, 김신언, "국제적 디지털 거래에서의 고정사업장 과세 문제", 『조세법연구』, 한국세법학회, 제21집 제3호, 2019, 497면).

286) Supreme Court of United State, South Dakota. v. Wafair, Inc., Overstock.com, Inc., and Newegg, Inc., No. 17-494, 2018. 4. 4., 16면 참조. 미국 세법은, 미국이 외국기업에 대하여 그 외국기업이 미국의 국내 사업에 유효하게 연결된 경우에 과세할 수 있다고 정하고 있는데(미국 세법 제872조(b), 제882조(a)), 미국 내의 웹사이트에 접근할 수 있는 서버에 관하여 미국의 국내 사업에 유효하게 연결된 경우라고 판단한 적은 없다.

등을 종합적으로 고려하여 판단한다.[287]

예컨대 다국적 기업이 디지털 관련 사업을 영위하면서 어떤 시설을 통하여 수행하는 활동이 광고, 선전, 정보의 수집 및 제공, 시장조사 그 밖에 이와 유사한 활동인 경우라면, 그러한 활동들은 OECD 모델조세조약상 예비적·보조적 성격에 그치는 활동의 예시에 포함되고 그러한 시설에 대해서는 대개 그러한 장소, 시설은 고정사업장으로 인정되지 않는다.[288]

(3) 종속대리인을 통한 사업활동과 관련한 고정사업장 판단

OECD 모델조세조약은 종속대리인 고정사업장(Agency PE)(OECD 모델조세조약 제5조 제5항) 조항을 두고 있다. 기업이 종속대리인 조항에 따라 종속대리인으로 판단되는 인력을 두고 사업활동을 하는 것으로 인정되면, 해당 인력이 위치한 국가는 마치 고정사업장이 있는 것과 마찬가지로, 종속대리인을 둔 기업의 사업소득에 관하여 과세할 수 있다.

이 조항은 고정된 시설 대신 인력을 통하여 고정사업장 규칙을 무력화시키는 결과를 방지하기 위한 목적을 가지고 있다.[289] 이 조항에 따라

---

287) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두19229, 19236 판결 등.

288) OECD 모델조세조약에 따라 대한민국의 법인세법(법인세법 제94조 제1항 제4항) 역시 같은 내용으로 입법되었다. 한편 고정사업장에 대한 행정해석을 살펴보면, 공급자와 고객 사이에 전화선과 같은 통신접속을 제공하는 것, 상품 또는 용역의 광고,보안 및 효율을 위해 미러 서버를 통해서 정보를 전달하는 것, 기업을 위해 시장자료를 수집하는 것, 정보를 제공하는것 등은 고정사업장으로 볼 수 없는 예비적이거나 보조적인 활동으로 보고, 외국법인의 국내사무소가 샘플개발, 디자인개발, 상표도안의 업무를 수행하는 것은 중요한 사업의 일부를 수행하는 것으로 보아 국내사업장으로 판단(국일 460147－374, 1998. 6. 17.)하고 있는 것이 국내 과세관청의 오랜 통례다. 해외 정보제공업자가 국내 고객에게 정보를 제공함에 있어 인적 관여 없이 타인 소유의 국내 소재 컴퓨터 통신장비를 이용하는 경우, 정보의 생산, 가공, 편집 등과 같은 정보제공업자의 핵심적 기능이 국내 컴퓨터 장비를 통해 수행되는 때에도 해외정보제공업자의 국내사업장을 구성하는 것(서이 46017－10801, 2003. 4. 17.)으로 보고 있으며, 비거주자가 국내에 서버를 둔 인터넷 포털사이트(블로그)를 통하여 국내소비자로부터 주문을 받아 국외에서 직배송하는 방식으로 상품을 판매하는 경우 고객과의 계약체결,국내계좌를 이용한 대금 결제 등 사업의 중요하고도 본질적인 행위가 국내에서 계속적으로 이루어지는 경우(서면법규과－1105, 2014. 10. 22.)라면 국내사업장이 된다(*Ibid.*, 488-489면).

289) OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 141면 참조.

다국적 기업이 OECD 모델조세조약 제5조 제1항 및 제2항에서 정하는 물리적 고정사업장을 구성하고 있지 않더라도 특정한 조건에 부합하는 인력을 통하여 사업활동을 전개하는 경우 그러한 인력을 통한 활동 역시 특정한 기업이 고정사업장을 보유하고 있는 것과 동일하게 취급할 수 있게 된다.

OECD 모델조세조약에 의하면, 종속대리인을 고정사업장으로 취급하기 위해서는 ① 외국법인과 종속관계에 있는 ② 해당 대리인이 계약 체결 대리권을 가지고 있고, ③ 그 대리인의 권한이 보조적, 예비적 성격을 넘으며, ④ 그러한 종속대리인의 대리권이 상시 행사될 수 있어야 한다.[290] 한편, UN 모델조세조약은 주문취득 대리인이나 재고보유 대리인까지 종속대리인에 해당할 수 있다고 보는 등 OECD 모델조세조약에 비하여 다소 넓은 범주의 종속대리인을 인정하지만, UN 모델조세조약이나 OECD 모델조세조약 모두 인터넷 서비스 제공자에 대해서는 종속대리인 고정사업장 규칙이 적용되지 않는다고 보는 점에서는 동일하다.[291]

2) '새로운' 고정사업장 규칙의 내용

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서는 기존의 고정사업장 규칙을 폐기하고, 새롭게 설정할 연계점 개념에 가치창출 개념을 반영하자는 의견을 제시한다. 여러 의견이 있지만 가치창출 개념 그 자체를 연계점으로 사용하자는 의견은 없는 것으로 보이고, 대부분은 새로운 연계점 개념에 '가치창출의 장소' 혹은 가치창출의 장소인 '시장'을 반영하자는 의견이다. 다만 이러한 주장들 사이에서도 '가치창출의 장소'를 어떻게 반영할 것인지에 대해서는 의견이 분분하다. 상술한 바와 같이 가치창출

290) 이창희, "종속대리인 고정사업장", 『조세법연구』, 제20권 제1호, 한국세법학회, 2014, 298면.

291) United Nations, *『Model double taxation convention between developed and developing countries』*, Department of Economic and Social Affairs, UN, New York, 2017, 207면 참조., OECD, *『Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION』*, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 153-154면 참조.

개념을 법적 요건으로 반영한 국내법 및 조세조약의 사례가 없기 때문에 이에 관한 일치된 의견이 도출되기는 어려운 상황이다.

가) ‘소비자(users)’, ‘커뮤니티(communities)’, ‘인력(personnels)’

새로운 연계점 개념에 가치창출 개념을 반영하자는 여러 의견 중 “‘소비자(users)’, ‘커뮤니티(communities)’, ‘인력(personnels)’이 있는 곳”을 새로운 연계점 개념에 포함시켜야 한다는 주장이 있다.[292]

이러한 주장은 디지털 기업이 가치를 창출하는 과정에서 소비자, 커뮤니티, 인력이 중요한 역할을 한다고 보고, 이러한 소비자, 커뮤니티, 인력이 있는 곳이 고정사업장의 한 경우인 기업의 사업장소(the place of business)로 인식될 수 있도록 위 개념들을 새로운 연계점 개념에 반영하여야 한다고 주장한다.[293]

나) ‘고객(customer)’과 ‘데이터’

---

292) Isabella Cugusi, *“International Prospects for Taxation of the Digital Economy between ‘Tax Law and New Economy’ and ‘Tax Law of the New Economy’”,* World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 1면, 13면 참조. 이 때 커뮤니티는 사람들이 인터넷을 통하여 자발적으로 참여함으로써 구성한 집합체의 형태를 의미하며, 위 글에서는 ‘인터넷 커뮤니티’를 의미한다고 한다. Isabella Cugusi(2020)에 의하면, 1923년 국제연맹(League of Nations)이 국가 간 과세권 충돌 및 이중과세 문제를 해결하기 위한 목적으로 경제학자들을 지명하여 작성하도록 한 보고서에서 “커뮤니티(community)”가, 구성원들이 경제활동을 통하여 발생시키는 소득(income)의 원천 장소(source place) 중 하나로 지목된 사실에 주목한다. 이러한 언급을 통하여 유형적 형태의 물건(a thing) 뿐 아니라 그러한 물건을 사용하건 획득하건 어떤 식으로든 관련성을 가지고 부(wealth)를 발생시키는 사람 사이의 관계(human relations) 역시 중요한 소득의 원천이 됨을 알 수 있다고 한다.

293) Isabella Cugusi, *“International Prospects for Taxation of the Digital Economy between ‘Tax Law and New Economy’ and ‘Tax Law of the New Economy’”,* World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 15면 참조. Clemens Fuest, *“Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective”*, 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 95면 “(1) Where companies have fixed assets and employees including employees creating immaterial assets”

새로운 연계점 개념에 가치창출 개념을 반영하자는 또 다른 의견 중에는 '고객(customer)'과 '데이터'를 새로운 연계점 개념에 포함시켜야 한다는 주장이 있다.[294)]

이러한 주장은, 디지털 기업의 가치창출 과정에서 '적극적(active)' 고객이 생성하는 '가치있는(valuable)' 데이터가 중요한 역할을 한다는 점을 근거로 한다. 구체적으로 시장에 참여하는 소비자 중 디지털 거래 과정에서 의견표명 등 다양한 형태로 데이터를 발생시키는 고객을 '적극적(active) 고객'으로 보고, 이 적극적 고객이 디지털 거래 과정에서 의견표명 등을 통하여 생성한 데이터가 '가치있는(valuable)' 데이터가 된다. 이때 '적극적 고객'과 '가치있는 데이터'를 디지털 고정사업장 개념의 지표로 쓸 수 있다고 한다. 이러한 의견에서 더 나아가, OECD 모델조세조약에 관한 해석상 적극적 고객이 생성하는 '가치있는 데이터'의 경우 OECD 모델조세조약상 고정사업장으로 간주되는 '천연자원(natural resources)'에 해당한다고 볼 여지가 있다는 의견도 있다(OECD 모델조세조약 제5조(2)(f)).[295)]

다) '시장'

새로운 연계점 개념에 가치창출의 장소를 표상할 수 있는 여러 요소들을 반영하지 말고 가치창출의 장소인 '시장' 그 자체, 즉 '최종 재화 및 서비스의 제공이 이루어지는 장소(where consumers or goods and services

294) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?",* Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018, 17-18면 참조.

295) 다만, 이러한 주장에 대해서는 가치있는 데이터가 생성되는 경우는 적극적 고객에 한정되고, 같은 소비활동을 한다고 하더라도 데이터를 생성시키지 않는 소극적 고객의 경우는 가치있는 데이터를 생성시키지 않는데, 후자에서 발생하는 데이터는 그 가치 여부와 상관없이 고정사업장 개념에 포함시킬 수 없다는 문제가 있다는 지적이 있다. 또한 데이터를 OECD 모델조세조약상 천연자원으로 취급하는 것에 대해서도 데이터가 OECD 모델조세조약 제5조(1)에서 요구하고 있는 '고정성'과 '항구성'의 지표와는 전혀 무관한지, 이 규칙과는 어떻게 조화를 이룰 수 있을 것인지는 여전히 문제라고 보인다.

are located)'를 새로운 연계점에 포함시키자는 의견도 있다.[296] 이러한 의견에 따르면 '가치창출'의 의미를 밝혀 가치창출의 장소를 가려내는 어려움 없이 간명하게 시장에 과세권 분배의 기준이 되는 연계점을 인정할 수 있게 된다.

라) 기타

그 외에 디지털 경제환경에서 다국적 기업의 '가치창출'에 중요한 역할을 하는 요소들을 새로운 연계점 개념에 반양하자는 의견도 다양하게 제시된다. 다양한 의견들을 모두 나열하기는 어렵지만 '디지털 투자(digital investment)', '단체 발명'(organizational inventions), '기계(인공지능 컴퓨터)', '플랫폼(platform)', '클라우드(cloud)'를 연계점 개념에 고려할 수 있다는 의견이 있다.[297] 위와 같은 요소들을 제시하는 의견들은 위와 같은 요소들이 다국적 기업의 가치창출 과정에서 중요한 역할을 하는, 가치창출의 요인(value driver)이 되고 이들을 세법상 중요하게 취급할 필요성이 있으나 이러한 요소들에 대한 평가가 어렵기 때문에 그러한 평가 방법을 마련해야 한다고 주장하기도 한다.[298]

다만, 상술한 바와 같이 이러한 요소들을 구체적으로 어떠한 방식으로 국제조세 규칙에 반영할 수 있을지에 관해서는 충분한 논의가 이루어지지 않는 듯 하다.[299]

3) '새로운' 고정사업장 규칙의 적용 범위

---

296) Clemens Fuest, "Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 92면.

297) Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation",* University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3., 14면, 17면 참조.

298) *Ibid.*

299) *Ibid.*

이론적으로 과세가 가능한 장소들은 큰 틀에서 ① 다국적 기업의 본거지(거주지국), ② 다국적 기업의 자회사 혹은 고정사업장이 있는 장소, ③ 최종 소비자가 거주하는 시장국가로 분류할 수 있다. 현행 고정사업장 규칙에 따른 판단을 거쳐 고정사업장이 인정되는 경우 해당 고정사업장이 존재하는 장소(②)가, 고정사업장이 부정되는 경우 거주지국(①)이 과세권을 가져가는 것이 원칙이다.

상술한 바와 같이 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 새롭게 제시하는 연계점 개념들 역시 다양하고 그러한 새로운 국제조세 규칙의 적용 범위의 설정에 관하여도 다양한 의견이 가능하다.

만약 고정사업장 규칙을 그대로 두면서 현행 고정사업장 개념 대신 소비자, 커뮤니티, 인력 등의 개념을 사용하자는 의견에 따른다고 먼저 생각하여 보자. 비거주자의 사업소득에 관하여 소비자, 커뮤니티, 인력 등을 포함하는 새로운 연계점에 대한 판단에 따라 연계점이 인정되는 경우 그러한 연계점이 존재하는 곳, 즉 최종 소비자가 거주하는 시장국가(③), 또는 커뮤니티나 인력이 있는 국가에게 과세권이 부여될 것이다. 또 연계점이 부정되는 경우 다국적 기업의 본거지(①)에 과세권이 부여될 것이다. 이는 사실상 현행 고정사업장 규칙을 적용하는 경우와 논리적으로는 매우 유사하다.

이와 달리 고정사업장 규칙을 아예 폐지하면서 시장국가에 직접 과세권을 부여하는 방법에 의하게 되면, 현행 고정사업장 규칙의 요건이나 새로운 연계점 개념에 대한 판단 과정은 불필요하다. 곧바로 최종 소비자가 거주하는 일정한 시장국가(③)에 과세권이 부여된다.[300] 이러한 내용은 현행 고정사업장 규칙을 적용하는 방식이나 결과에서 상당한 차이가 있고, 대신 OECD가 제시하는 필라 1의 논의 내용과 닿아 있다.

그런데 이러한 방식에 따라 시장국가에서 과세할 수 있는 과세대상 소득은 국가들 간 합의에 따라 정할 수 있으므로 경우에 따라 과세가 가능

300) *Ibid.*, 95면.

한 국가 사이 이중과세 배제를 위한 조정이 필요할 수 있다. 그리고 이중과세를 방지하는 방법에 따라서는 이러한 방식에 의할 경우 시장국가를 제외한 다른 모든 국가들의 과세권을 박탈하는 결과가 될 가능성도 있다.[301]

정리하면 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는 새로운 고정사업장 규칙의 적용범위는 고정사업장이라는 연계점 개념을 미세하게 변동시키는 방식과 고정사업장이라는 연계점 개념을 폐지하고 전면적으로 새롭게 과세권을 시장국가에 배분하는 방식으로 구별할 수 있다. 이 중 후자는 OECD의 필라 1의 논의와 연결된다. 필라 1에서 제시되는 새로운 논의에서 확인할 수 있듯 이러한 방식의 과세는 다자간 협약의 형태에 따라 이루어질 수밖에 없고, 과세권과 관련한 이해당사국 사이 이해관계 충돌로 인하여 여러 가지 규칙의 설정 및 시행을 위한 합의가 쉽지 않아 향후 추이를 지켜 볼 필요가 있다.

나. 이전가격 규칙 중 기능분석

1) 현행 규칙

가) 정상가격 산정

거주자와 비거주자 사이 특수관계자 간 이전거래에 대해서는 조세조약 중 이전가격에 관한 규칙이 적용된다. 거주자와 비거주자 사이 이전거래에 적용되는 이전가격 규칙에 따라 정상가격을 산정할 때 개별국가들의 국내법이 우선 적용될 수 있다.

우리나라의 경우 「국제조세조정에 관한 법률」에 정상가격 산정 규칙을 두고 있고 이 내용은 OECD 이전가격지침과 동일한 내용이다(「국제

301) *Ibid.*, 96면.

조세조정에 관한 법률」 제18조 내지 제21조).

나) 원가분담약정

디지털 경제환경 속 다국적 기업의 입장에서는 무형자산이 다국적 기업의 '가치창출'에 중요한 요소가 되므로 이러한 무형자산을 연구·개발하는 활동 역시 더 높은 '가치창출'을 위해서는 매우 중요하다.

특히 다국적 기업 그룹은 이러한 무형자산의 연구·개발 활동 과정에서 그룹 내 관계회사들 사이 무형자산의 연구·개발에 드는 비용을 분담하고 그러한 비용을 분담한 관계회사들이 개별적으로 무형자산의 연구개발 결과물을 나누는 내용의 원가분담약정을 활용한다.[302] 원가분담약정의 참여자들은 참여자들의 기여에 따라 결과물에 대한 권리를 이용할 수 있기 때문에 참여자들의 기여도 산정을 위한 참여자들 간 상업 및 재정관계에서 이전가격 문제가 발생한다.[303]

원가분담약정에서는 참여자들 간 기여도에 따라 원가분담약정 이후 이루어진 무형자산의 결과물을 분배하는 것이 중요한 문제가 된다. 이때 참여자들의 개별적인 기여도는 원가분담약정을 체결할 당시를 기준으로 원가분담약정에 참여함에 따라 그 참여자가 받을 것으로 기대되는 기대편익을 고려하여 산정된다. 이 과정에서 원가분담약정에 대한 기능, 위험, 자산에 대한 분석이 필요하다.[304]

OECD 이전가격지침은 원가분담약정에 대해서 독립기업의 원칙을 적

---

302) 이 약정은 예전부터 늘 있던 일이지만 특수관계자 사이에서 원가분담약정이 특히 널리 쓰이기 시작한 것은 미국의 수퍼로얄티 규정이 나온 뒤부터이고, 2007년부터는 우리법에도 이에 관한 규정이 들어왔다. 원가분담약정은 꼭 무형자산만이 아니라 다른 자산의 창출이나 용역의 공통이용 관계에도 있을 수 있고 OECD의 1997년 보고서는 이런 다른 원가분담 약정도 다루고 있지만 우리법은 미국법을 본 따 자산의 공동개발에 관한 규정만 두고 있다(이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 서울대학교, 2008, 491-492면).

303) OECD, 『*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, 2017, OECD Publishing, Paris, 345-346면.

304) 이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제1판, 2020, 383-389면 참조.

용한다. 따라서 이러한 독립기업의 원칙의 적용에 따라 관계회사들이 무형자산 사용과 이전에 대하여 서로 정한 조건이 독립기업들 사이에 설정되었거나 설정되었을 거래조건과 다른 경우, 관계회사들 사이 특정한 조건이 없었더라면 발생하지 않았을 이익을 특정 관계회사의 이익에 포함시킨 뒤 과세할 수 있다.[305] 또한 각 참여자들의 기여도 산정에 대해서도 마찬가지로 독립기업의 원칙을 적용하여, 그 계약으로 인해 합리적으로 예상되는 기대편익 전부에 대한 각자의 기여분을 고려하여 독립기업들이 비교가능한 상황에서 합의하였을 것과 일치하여야 한다고 한다.

정리하면, 원가분담약정에서 정상가격을 밝히는 과정, 즉 특정한 참여자의 원가분담액이 독립기업의 원칙에 따른 정상가격인지를 판단하기 위해서는 먼저 기여분에 따른 보상을 받을 수 있는 자격을 가진 참여자인지 결정하고, 그 다음 참여자들이 공동하여 기대할 수 있는 기대편익[306]을 산정한 뒤 각 참여자의 기여분을 산정하고,[307] 마지막으로 이렇게 산정된 각 참여자의 기여분을 독립기업의 원칙에 따라 산정한 독립기업 간 기여분과 비교하는 순서에 따르게 된다.

한편 원가분담약정이 체결된 상태에서 해당 원가분담약정에 중도참여하는 관계회사가 있는 경우에는 기존 참여자가 보유하고 있던 지분 중 일부를 새로운 참여자가 취득하게 되는 것이므로 이에 대한 적절한 보상이 다시 계산되어야 하고 그에 따라 기존 참여자의 기여도 역시 변동된다.[308] OECD 이전가격지침은 이러한 변동에 따른 중도참여대가 역시 독립기업의 원칙을 따라야 한다는 입장이다.[309]

---

305) OECD, 『*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, 2017, OECD Publishing, Paris, 247면 참조.

306) 기대편익은 원가분담약정에 참여하는 참여자가 참여 당시에 그 원가분담약정을 통하여 실현될 것으로 기대하는 이익을 말한다. 참여자들 간 기대편익에 대한 상대적 몫은 예상되는 추가 소득, 절약된 비용 기타 해당 원가분담약정에 참여함으로써 참여자가 받을 것으로 예상되는 이익에 기초하여 산정되는데, 분배기준은 대체적으로 판매량, 이익, 생산 및 사용단위, 고용자 수 등을 고려하여 산정한다(Ibid., 353면 참조).

307) 김동수, 권용환, "원가분담약정 중도참여대가에 관한 미국 법원의 최근 판례에 대한 소고", 『조세학술논집』, 제33집 제3호, 국제조세협회, 2017, 215면.

308) *Ibid.*, 217면.

309) OECD, 『*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax*

2) '새로운' 이전가격 규칙의 내용

상술한 바와 같이, OECD는 2017년 이전가격지침에서 이전가격세제 규칙상 특정거래가 정상거래인지 판단할 때 기능, 자산, 위험에 대한 기능분석에서 가치창출 이론상 '가치창출'을 고려해야 한다고 여러 차례 강조한다.[310] 이러한 OECD의 언급을 통하여 OECD가 기능분석에 가치창출 개념을 반영하는 것이, '가치창출'을 고려하지 않은 기존의 기능분석과는 다른 결과가 도출될 수 있음을 전제하는 것으로 짐작할 수도 있다. 하지만 OECD가 가치창출 개념을 기능분석에 어떻게 반영할 것인지에 관한 구체적 언급을 하고 있지 않고 그러한 규칙을 예시하지도 않고 있기 때문에 정확히 가치창출 개념을 반영한 기능분석을 하는 경우와 그렇지 않은 기능분석을 하는 경우 양 자가 실제 다른 결과가 도출될 수 있는지, 그렇다면 어떻게 다른 결과가 도출되는지에 관하여는 현재로서 확인할 수 없다.[311]

한편 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서는 OECD의 입장을 보다 구체화하여, 가치창출 개념을 반영한 '새로운' 이전가격 규칙에 관한 여러 의견을 제시하였다. 이러한 의견은 가치창출 개념을 이익분배의 기준에 반영하여 창출된 가치의 크기에 따라 이익이 분배될 수 있도록 규칙을 새롭게 제정하자는 큰 틀에서는 뜻을 같이 하는 듯 하다.[312][313]

Administrations』, 2017, OECD Publishing, Paris, 361면.

310) 예컨대 *Ibid.*, 45면, 61-62면(1.73문단), 142면(2.142문단) 등.

311) OECD는 2017년 이전가격지침에서 기능분석에서 '가치창출'을 고려해야 한다는 입장을 반복하면서도 '가치를 반영여야 한다'는 것의 의미가, 기능, 자산, 위험과 같은 정도로 고려하여 향후 기능분석에서 특정인이 수행한 기능, 투입한 자산, 부담한 위험에 대한 평가 이외에 창출한 가치라는 제4의 항목을 만들자는 것인지, 아니면, 기능분석에서 기능, 자산, 위험에 대한 평가를 할 때 창출된 가치를 고려하자는 것인지 분명히 밝히지는 않는다.

312) Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 137면.

313) Emmanuel Llinares and Ralph Meghames, *"Value Chain Analysis : An Analytical Tool*

다만 그 구체적 방법에 대해서는 ① 이전가격을 결정할 때 기능분석에서 고려되는 기능과 위험의 개념을 새롭게 정의하는 방법, ② 기존의 이익 분배방법을 수정하여 시장관할에 일부 이익을 직접적으로 분할하도록 하는 방법으로 분류 할 수 있다.[314]

가) 기능분석에서 고려되는 기능과 위험의 개념을 새롭게 정의하자는 의견

기능분석에서 고려되는 기능과 위험의 개념을, 가치창출 개념을 반영하여 새롭게 정의하자는 의견이 있다.

(1) 기능분석에 '적극적 고객'이나 '중요한 인적기능'을 함께 고려하자는 의견

예컨대 '적극적 고객(active customers)'이나 '중요한 인적기능(significant people functions)'을 기능분석에서 고려하여 다국적 기업이 수행한 기능, 감수한 위험, 사용한 자산을 평가하는 방법으로 기능분석을 하자는 의견이 있다.[315][316] 이 의견은 기능분석의 과정에서 적극적 고객이나 중요한

---

to Evaluate Economic Contribution in the Overall Framework of Value Creation", 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 196면.

314) Peter Hongler, Pasquale Pistone, *"Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy"*, Working paper, IBFD, 20 January 2015, 32면.

315) Emmanuel Llinares and Ralph Meghames, *"Value Chain Analysis : An Analytical Tool to Evaluate Economic Contribution in the Overall Framework of Value Creation"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 192면 참조.

316) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?",* Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018, 18면 참조.

인적기능이 가치에 기여하는 정도를 측정하고 이를 기능분석 과정에 고려할 수 있음을 전제한다. 구체적으로 이러한 의견에 따르면, 고객의 적극적 활동에 따라 데이터가 창출되는 기업에 대한 이익분배와 관련하여 ① 적극고객 등 중요한 인적기능을 밝히고, ② 그 중요한 인적기능에 따라 자산과 위험을 분배하고(예컨대 중요한 인적기능에 따라 발생한 자산은 데이터가 될 수 있고, 위험은 그러한 데이터를 발생시키기 위해서 중요한 인력이 감수한 위험이 그 내용이 될 수 있다), ③ 그러한 중요한 인적기능에 따라 기능분석 과정에서 기능, 자산, 위험을 분배하는 3단계에 따라 처리할 수 있다고 한다.[317]

(2) 기능분석에 상업적 지표를 함께 고려하자는 의견

또 다른 예로 정하여진 바는 없지만 사안에 적절한 상업적 지표, 예컨대 투자자본수익률(Returns of Invested Capital, 'ROIC')이나 풀타임 노동시간 지표(full-time equivalent ratios, 'FTE' ratios)와 같은 지표가 다국적 기업이 특정한 국가 내에서 수행한 사업활동을 통하여 창출한 가치를 반영할 수 있다고 보고, 그러한 상업적 지표의 비교를 통하여 다국적 기업이 여러 국가들에서 창출한 가치가 상호 균형을 이루는지 살펴보는 방법으로 기능분석을 하자는 의견도 있다.

먼저 상업적 지표로 'ROIC'를 고려하자는 의견을 보자. 이에 따르면 'ROIC'가 순소득에서 배당을 뺀 값을 총 자본으로 나누어 산정되고 이를 통하여 회사가 현금이나 투자금과 같은 자원을 사용하여 어느 정도로 수익을 발생시키는지 확인할 수 있다. 따라서 이 지표는 마이클 포터가 설명하는 바와 같이 여러 측면에서 이루어지는 경쟁 속에 고객을 위하여 가

317) *Ibid.* 이러한 이익분배 규칙은 매출을 발생시키는 데이터로서 소비자가 있는 장소, 즉, 시장이 있는 장소에서 과세가 이루어질 수 있도록 한다. 다만 Raffaele Petruzzi(2018)는, 이때 데이터는 그 자체만으로는 어떠한 가치를 창출한다고 평가하기는 어렵고, 매출을 발생시키기 위하여 원본 데이터(raw data)를 수집하고, 가공하고, 활용하는데 소요된 비용을 제외한 순소득 개념의 데이터를 가지고 이익분배규칙에 적용해야 한다고 한다.

치를 창출하고 경쟁회사를 상대하며 생산적인 방법으로 자원을 활용하는 상황에 사용하기 적합하다고 한다. 따라서 이전가격세제에서 가치창출 분석 절차를 5단계로 나누고 이 중 2번째 단계에서 'ROIC'를 측정하자는 의견이다. 간단한 예를 들어 보자. A국가와 B국가에 관계회사를 둔 다국적 기업 그룹이, A국가에서의 ROIC가 매우 낮고, B국가에서의 ROIC가 매우 높은데 상대적으로 B국가에서 부담하는 세금이 A국에 비하여 낮다면, 높은 '가치창출'이 발생하고 있는 B국에서 정당한 과세가 이루어지지 않고 있다고 평가할 수 있다.[318)]

다음으로 상업적 지표로 'FTE' 비율을 고려하자는 의견을 살펴본다. ① 다국적 기업의 전체 총 수익(gross margin) 대비 그 국가에서 다국적 기업이 발생시킨 총수익 비율('GM ratio')을 산정하고, ② 다국적 기업의 전체 운영 수익(operatin margin) 대비 그 국가에서 다국적 기업이 발생시킨 운영 수익 비율('OM ratio')을 산정한다. 또 ③ 다국적 기업 전체의 풀타임 노동시간 지수 대비 그 국가에서 다국적 기업의 풀타임 노동시간 지수('FTE ratio')를 산정하고, ④ 다국적 기업 전체의 판매량 대비 그 국가에서 다국적 기업의 판매량 비율('sales ratio')을 산정한다. 그리하여 위 GM ration, OM ratio, sales ratio, FTE ratio끼리 비교함으로써 '가치창출'에 따른 과세가 이루어지는지 가늠할 수 있다고 한다. 간단한 예를 들어 본다. 만약 브라질에 모회사를 두고 페루에 자회사를 두고 있는 다국적 기업이 있는데, 페루에서 FTE ratio가 7%에 불과하고, OM ratio와 GM ratio가 각 41%, 36%인 반면, 브라질에서 FTE ratio가 55%를 차지하면서도, OM ratio와 GM ratio는 각 6%, 9%에 불과하다고 해 보자. 해당 다국적 기업의 경우 페루와 브라질에서 FTE ratio와 OM ratio와 GM ratio가 균형을 이루지 못하고 있는 상태에 대한 원인(예컨대, FTE ratio가 의미하는 '인력' 이외에 총 수익이나 운영 수익이라는 가치를 창출시키는 다른 핵심적 요인이 존재하는지 등)에 관한 설명이 없는 한, '가치창출'에

318) Brigitte Baumgartner, *"Value creation Analysis for Transfer Pricing Purposes"*, International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 2, IBFD, 2018. 2., 64-67면 참조.

따른 과세가 이루어지지 못하고 있음을 의미한다고 볼 수 있다.[319]

이러한 의견들에 따르면 기능적 분석 과정에서 고려해야 한다고 제시하는 특정한 지표들은 과세대상 이익 분배의 기준점으로 역할을 하므로 그 산정 절차가 간단하지는 않다. 하지만 일단 그러한 산정에 관한 공식이 합의를 통하여 가능해지면, 다국적 기업의 활동과 관련성을 가지고 있는 여러 국가들에 대한 특정한 지표를 산정하게 되면 그 관련 국가들의 특정한 지표를 비교하는 간단한 절차에 의해서도 해당 다국적 기업에 대하여 '가치창출'에 부합하는 이익 분배가 이루어지고 있는지 여부를 가늠해 볼 수 있는 이점이 있다.

나) 기존의 이익분배방법을 수정하여 시장관할에 일부 이익이 분할되도록 하는 방법

기존의 이익분배방법을 수정하여 직접 시장관할에 특정한 이익을 분할하자는 의견도 있다. 앞의 의견들이 기능분석에서 고려되는 기능과 위험의 판단 과정에서 가치창출의 개념을 반영하는 새로운 요소를 고려하자는 내용인 데 반해, 이러한 의견들은 기능분석의 틀 자체를 기능, 자산, 위험에 대한 분석이 아니라 새로운 가치창출의 요소를 바탕으로 하여 다시 정립함으로써 시장관할에 특정 이익(가치창출의 요소에 따라 분류한 이익)을 분배되도록 하자는 것이다.

여러 의견들 중에서 '가치창출의 핵심 요소(key value driver)'를 밝히고, 이 요소가 기업의 주요활동에 기여하여 기업의 매출에서 차지하는 비율을 계산하여 이익분배 기준으로 삼자는 의견이 있다.[320][321] 이러한 의견에 의하면 '가치창출의 핵심 요소(key value driver)'를 확정하고, 각 '가치

---

319) Steef Huibregtse, Sonia Catalina Muñoz Rodríguez, *"Argentina/Brazil/Chile/Colombia/Costa Rica/El Salvador/Guatemala/Mexico/Panama/Peru/Uruguay - Slicing the Pie in Latin America – A Pragmatic Approach to a Value Chain Analysis"*, Bulletin for InternationalTaxation, IBFD, December 2018, 721, 729면 참조.

320) *Ibid.*, 724-725면.

창출'의 핵심요소가 '가치창출'에서 차지하는 비율을 정한다. 그 다음 그 '가치창출'의 핵심 요소를 구성하는 세부 활동들을 나누고, 다시 그 활동이 다국적 기업의 주요 활동에 대해서 차지하는 비율을 산정한다. 그리고 그 산정된 비율을, 기업의 매출을 가늠할 수 있는 지표인 '이자 및 세금 차감 전 순이익(Earnings Before Interest and Tax)'과 곱하여 이자 및 세금 차감 전 순이익에서 그 각각의 '가치창출'의 핵심 요소가 차지하는 비율만큼 과세대상이 되는 이익을 산정한다. 이러한 과정은 다국적 기업의 세부적 활동을 구별하여 식별하고 그렇게 식별된 활동에 따라 발생된 이익을 구별한다는 점에서 가치창출 이론에 따른 가치창출 분석 절차와 유사하다. 또한 이러한 과정은 기여도 산정을 위한 기능분석을 완전히 대체할 뿐 아니라 이러한 과정에 따라 특정 이익을 산정하는 데 OECD가 강조하는 독립기업의 원칙의 적용 역시 불필요하다. 이러한 내용은 특정한 공식에 따라 이익을 계산하여 과세대상이 되는 특정한 이익을 구별한다는 점에서 공식

표 6 : 기여도 분석 절차

(A) 가치창출 핵심요소	(A) 비율	(B) 핵심 절차	(C) 주요활동에 대한 기여				
			디자인 개발	생산	제조	판매 마케팅	본부
제품 혁신	35	연구개발	○				△
		시험 및 관리	○		△		
외주	15	판매자 확정		○			
		계약 협상		○			
공급망 관리	30	생산 일정관리			○		
		품질 관리			○	△	
판매 전략	20	판매전략 수립				○	△
		계약 협상				○	
점수(C)			4	4	5	5	2
(A)×(C)			1.4	0.6	1.6	1.1	0.6
(A)×(C)×EBIT			27%	11%	30%	21%	11%

※ 점수(C) 중 '○'는 2점, '△'는 1점으로 계산한다. 만약 주요 활동에 대한 기여도를 산정할 때, (1) 주요활동에 대한 역할을 했고, 또 주요 인력 기능(Significant People Functions)과 관련된 경우 2점을 부여하고, (2) 주요활동에 대한 역할을 했지만 주요 인력 기능과 관련되지 않은 경우 1점을 부여한다.

321) Emmanuel Llinares and Ralph Meghames, *"Value Chain Analysis : An Analytical Tool to Evaluate Economic Contribution in the Overall Framework of Value Creation"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 190-192면 참조;

배분법(formularly apportionment)와 접근한다.

다국적 기업의 이익을 분류하여 특정한 이익을 시장에 직접 분배하는 내용의 이익 분배 규칙도 주장된다. 이는 OECD에서 제시한 필라 1의 방향에 접근하는 방식이다. 예컨대 다국적 기업의 이익을 일상적 이익(routine profits)과 비일상적 이익(non-routine profit)으로 구별한 뒤 커뮤니티(community)의 활동을 통하여 가치를 창출한 비일상적 이익을 커뮤니티 또는 커뮤니티가 소재한 곳에 분배하자는 의견이 이러한 분배 규칙에 해당한다다.[322] 이 의견 역시 커뮤니티의 활동과 같이 이익을 구별하기 위하여 특정한 활동을 식별하고 그에 따라 이익을 분배하게 되므로 앞의 의견과 비슷하지만, 과세대상 이익 분배를 위하여 식별되는 요소에 '커뮤니티'의 활동 이외의 다른 요소는 없고, 활동에 따른 이익이 아니라, 기업의 이익 — 일상적 이익과 비일상적 이익 — 중 일부를 커뮤니티에 직접 분배한다는 점에서 차이가 있다.

제2절 가치창출 이론의 효용성에 대한 부정론

1. 가치창출 이론의 약점

가. 애초 엉뚱하다는 비판

가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장은, 가치창출 이론이 애초에 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제라는 국제조세의 문제를 해결하기 위한 이론이 아니라는 점을 지적한다. 가치창출 이론은, 특정 기업이 다른 기업에 비하여 경쟁상 우위를 가지게 되는 이유를 분석

322) Isabella Cugusi, *"International Prospects for Taxation of the Digital Economy between 'Tax Law and New Economy' and 'Tax Law of the New Economy'"*, World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 13, 21면.

하기 위하여 시작한 경영전략의 이론이라는 것이다. 이러한 배경을 가진 가치창출 이론이, 원래 설명하고자 한 국면과 전혀 다른 국면의 문제에서 과세상 지도원리나 법원칙으로 기능하는 데 효과적일 수 없다고 한다다고 비판한다.[323]

나. '가치'와 '창출' 개념의 모호함

1) 법논리와 상관없는 정치적 파워게임의 산물

가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장은, 가치창출 이론의 핵심이라고 할 수 있는 가치창출 개념이 불분명함을 지적한다. 가치창출 개념 자체가 국제조세 규칙의 법적 요건으로는 고사하고 지도원리로도 활용될 수 있을만큼 명확하지 않다는 것이다. '가치창출'에 대한 정의를 하기 위한 여러 시도에도 불구하고 세법상 가치와 창출의 개념은 현재까지도 일의적 정의가 불가능한 상태라는 것이다.[324]

가치창출 이론에 따라 재편되는 새로운 국제조세 규칙이 도출될 수 있다'는 신뢰를 확보하기 위해서는, 가치창출 이론이 '납세의무자에게 동일하게 적용될 수 있다'는 무색 투명한 중립성을 담보 할 수 있어야 한다.[325] 그런데 가치창출 개념이 너무나 모호하기 때문에, 가치창출 개념이 일의적으로 해석되는 객관적 기준이자 법적 요건으로 기능할 수 없으

---

323) Rebecca M. Kayser, *"OECD/International - Value Creation: A Dimming Lodestar for International Taxation?",* Bulletin for International Taxation, Volume, IBFD, 2020. 4., 5., 220면 참조.

324) Susan Morse, *"Value Creation: a standard in search of a process"*, Bulletin for International Taxation, April/May 2018, 제197면., J. Hey, *"Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative"*, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2018 p. 203-208. (M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, p. 3 (31 July 2018), available at https://ssrn.com/abstract=3275759 and http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275759)에서 재인용) .

325) W. Schön, *"Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy"*, 72 Bull. Intl. Taxn. 4/5, 2018, 7면 참조.

므로 가치창출 개념을 새로운 국제조세 규칙에 반영하는 것이 불가능하고, 오히려 각국의 정치적 고려에 따라 가치창출 개념의 해석 및 적용 좌지우지 될 수밖에 없는 위험이 있다는 것이다.[326] 그 결과 새로운 국제조세 규칙에 반영된 가치창출 개념 역시 정치적 파워게임의 결과로 과세권이나 이익을 분배하는 데 이용될 뿐, 실제 가치창출 이론이 지향하는 바와 같이 '가치가 창출되는 곳'에서 과세권이 분배되는 결과를 담보할 수 없다는 것이다.[327]

이러한 상황은 가치창출 이론에 대한 현실 세계에서의 유럽연합과 미국의 입장 대립에서도 엿볼 수 있다. 시장관할의 이익을 대표하는 유럽연합은 '새롭고도 공정한' 과세를 내세우며 가치창출 이론을 주장하여 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에 서 있지만, 다국적 기업의 본거지를 대표하는 미국은 가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장에 서 있다. 가치창출 개념을 반영한 새로운 국제조세 규칙을 제정하기 위한 논의에서 유럽연합은 '시장'국가의 과세권을 확대시킬 수 있는 쪽으로, 반대로 미국은 다국적 기업의 본거지인 자국에서 과세권을 확대시킬 수 있는 쪽으로 가치창출 개념을 설정하자는 주장을 할 수밖에 없다. 이때 새로운 국제조세 규칙에 반영되는 가치창출 개념은 법논리와는 상관없이, 유럽연합과 미국 사이의 정치적 파워게임의 결과에 따라 정하여지게 될 것이다.

2) 가치 평가 및 확정의 한계

가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장은, 가치창출 개념이 불명확하기 때문에 현실에서는 매우 뚜렷한 증거나 사실관계에 의하여 명확하

326) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 31 July 2018, 제12면, available at https://ssrn.com/abstract=3275759 and http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275759).

327) 예컨대 Allison Christians, *"Taxing according to value creation"*, Tax Notes International, July 18, 2018, 3-4면.

게 가치가 창출된 경우와 그렇지 않은 경우를 구별할 수 있는 정도로 활용할 수 있을 뿐, 과세권 설정과 관련하여 가치의 창출 유무를 판단해야 하는 경우나 과세대상 이익 분배와 관련하여 가치의 창출 정도를 가려내야 하는 경우와 같이 현실 문제에서 가치창출 개념을 실질적 판단의 척도로 사용할 수 있는 효용은 없음을 지적한다.[328] 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피라는 현실 문제에서 가치창출 이론은, 단지 '완전한 도관회사나 조세회피 목적으로 형식상 시설을 두거나 두지 않은 것이 명백한 정도로 그 실질과 형식의 괴리가 매우 커서 가치가 아예 없는 곳에서의 과세가 이루어지고 있으므로 불공정하다'라는 평가를 내릴 수 있는, 이른바 '원천 부정(negative source rule)' 원리 — 가치가 아예 없어서 가치가 0인 장소에서 과세권을 가질 수 없다 — 로서만 기능할 수 있을 뿐이라는 것이다.[329] 가치창출 이론이 이렇듯 과세권 원천 부정 원리 이상의 역할을 할 수 없다면 조세회피가 문제되는 현실 사안에서 과세권이나 이익을 분배하기 위한 규칙의 설정에 효과적이라고 평가할 수는 없다.

또한 완전한 도관회사나 조세회피 목적으로 형식상 시설을 두거나 두지 않은 것이 명백한 정도로 그 실질과 형식 사이의 괴리가 큰 사안은, 현행 국제조세 체계상 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙에 의하더라도 충분히 해결이 가능하므로 새롭게 가치창출 이론을 동원할 필요성 역시 크지 않다.

다. 시장관할의 강화와 가치창출 이론 간 논리적 연관성이 없다는 비판

328) Adolfo J. Martín Jiménez, *"Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No. 4/5, 2020. 3., 207면, 214면 참조.

329) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1109면 참조.

가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장은, 가치창출 이론을 논리적으로 일관하는 경우 공급(자)의 요인과 관계없이 창출된 가치에 대해서는 과세대상에서 제외되어 수요자가 위치한 시장국가에서의 과세권을 부인하는 결과가 되고, 이는 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 해결방향으로 제시되는 시장관할의 강화의 방향에 부합하지 않음을 지적한다.[330]

예컨대 일본에서 참치를 판매하는 기업을 가정한다. 일본에서는 높은 품질의 참치에 대한 수요가 매우 높기 때문에 참치를 판매하는 기업은 다른 국가에서보다 일본에서 더 높은 가격에 참치를 판매할 수 있다. 기업이 같은 영업활동을 통하여 참치를 판매하더라도 다른 국가에 비하여 일본이라는 시장에서 더 높은 매출을 올릴 수 있다. 이때 그 기업이 일본에서 일으킨 초과된 매출은 그 기업이 특히 일본에서 창출한 가치가 되는데, 이러한 '가치창출'은 그 기업이 일본 시장에서 특별히 달리한 기업의 활동에 기인한 것이 아니다. 해당 기업이 일본에서의 들인 특별한 활동이나 노력과 상관없이 단지 참치에 대한 일본 국민의 높은 수요에 기인한 것이므로 그 기업의 가치창출 활동으로 인하여 일본에서 더 높은 가치가 창출되었다고 평가할 수는 없는 것이다.[331]

위의 일본은 시장국가에 해당한다. 그러나 가치창출 이론에 따라 가치창출 과정을 분석하더라도 일본에서 참치를 판매하는 기업이 일본에서 수행한 특별한 가치창출 활동은 전혀 없다고 할 수 있기 때문에 일본은 가치창출의 장소가 될 수 없고 따라서 일본에서 과세권을 행사할 수도 없다는 결론에 이르게 된다.

라. 디지털세 및 그 근거로 주장되는 가치창출 이론에 대한 비판

330) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 137면.

331) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 31. July 2018, 7면.

가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정적 또는 부정적 입장이 디지털세를 지지 혹은 부인하는 입장과 일치하는 것은 아니고 논리적으로 연관성을 가지는 것도 아니다. 따라서 가치창출 이론의 효용성을 인정하는 입장에서 디지털세의 근거로 가치창출 이론을 사용할 수 있다는 주장이 있는 반면, 반대로 가치창출 이론의 효용성을 부인하면서도 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위하여 디지털세의 도입을 주장할 수도 있다.

디지털세의 도입에 반대하는 입장에서는 부가가치세가 이미 존재하는 상황에서 부가가치세와 동일한 내용의 세금을 '디지털세'로 신설할 필요가 없다고 지적한다. 부가가치세가 이미 최종 소비지 국가에서 소비를 과세객체로 하여 작동하고 있는 상황에서, 디지털세가 소비자들의 소비가 가지는 가치를 나타내는 매출의 일부를 과세표준으로 삼아 디지털세를 물리는 것은 하나의 과세 객체에 대한 이중과세원칙에 위반된다고 한다.[332][333]

그러나 디지털세에 대한 입장과 가치창출 이론에 대한 입장 사이 논리필연적 관계가 있는 것은 아님은 상술한 바와 같다. 같은 맥락에서 부가가치세와 디지털세가 사실상 동일한 세금이라고 하여 디지털세 도입에 반대의 입장에 서면서도 가치창출 이론의 효용성은 인정하고 다만 가치

---

332) Michael Lennard, *"Act of creation: the OECD/G20 test of "Value Creation" as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries",* Transnational Corporations Journal, Vol. 25, No. 3, 2018, 69면 참조.

333) 한편 이에 관하여 부가가치세는 전체 생산 과정(chain) 중 최종 소비 단계에서 '효율성(effectiveness)의 증가'라는 측면에서 부과되는 반면, 가치창출 이론의 가치창출 개념은 전체 생산 혹은 분배(production and distribution) 과정 중 개별 생산 과정에서 발생하는, 새로이 증가되거나 창출된 것으로서 부가가치세와 같이 '효율성의 증가'가 아니라, '제품과 재화의 개선/변형 혹은 가격의 증가 두 가지 형태로 나타날 수 있다는 점에서 (부가가치세의) 부가가치와 (가치창출 이론의) 가치가 구별된다는 반론이 있다. 또한 부가가치세는 기본적으로 국내 입법에 따라 거래 과정 중 어떠한 과정을 포착하여 세금을 부과할 것인지 결정되므로 전세계 소득을 분배하여 과세권을 결정하는 가치창출 개념과 관계가 없다는 점을 지적하는 반론도 있다(Werner Haslehner, Marie Lamensch, "General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 10-11면).

창출 이론이 디지털세의 근거로 사용될 수 있다는 점에만 반대할 수도 있다. 예컨대, '가치의 축소(reduction)가 발생한 경우에도 부가가치세는 발생할 수 있어 '가치창출' 개념과 부가가치세의 가치는 의미가 다르다'는 점을 근거로 가치창출 이론과 디지털세는 아무 관련이 없고, 가치창출 이론이 디지털세를 뒷받침하는 근거로 사용될 수도 없다는 의견[334]이 이와 같다.

같은 맥락의 다른 입장에서 '부가가치세는 부가가치를 발생시키는 재화 및 서비스의 현금흐름에 매겨지는 세금으로 법인세 등 세금과는 구별된다.'[335]는 근거로 디지털세의 도입에 찬성할 수 있다. 그러나 이러한 입장이 반드시 가치창출 이론의 효용성을 긍정하거나 가치창출 이론이 디지털세 도입의 근거로 사용되는 것을 긍정하는 입장과 필연적으로 연결되는 것은 아니다.

정리하면, 가치창출 이론의 효용성 부정론에서 가치창출 이론이 디지털세의 근거로 사용되는 것을 전제로 하여, 디지털세 도입 자체에 대하여 반대하거나 디지털세의 근거로 가치창출 이론이 사용될 수 없음을 지적하는 의견이 있다. 그러나 가치창출 이론과 디지털세 사이에 어떠한 논리적 연결이 있지는 않기 때문에 가치창출 이론의 효용성 부정론에서 제시하는 위 의견이 전제하고 있는 바를 그대로 받아들이기 어려운 측면도 있다.

2. 가치창출 이론에 대한 미국의 입장

유럽연합과 대비하여 가치창출 이론에 대하여 부정적 입장을 나타내는 쪽은 미국이다. 미국은, 유럽연합이 가치창출 명제를 바탕으로 시장관할을 강화하려는 방향에서 취하는 여러 조치들, 예컨대 유럽연합 회원국

334) *Ibid.,* 80면

335) Marie Lamensch, *"Value Creation and VAT"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 88면.

개별 국가들의 디지털세 도입과 같은 조치들에 대하여 명시적으로 반대의 의사를 표시하며 그러한 국가들과 대립하여 왔다. 역사적으로 미국은 국제법의 다자주의 내지 다자협약에 친숙한 국가가 아니기도 하지만,[336] 결국 BEPS 프로젝트에서 논의의 핵심대상이자 문제적 상황으로 삼고 있는 상대는 전 세계 많은 다국적 기업 중에서도 미국에 본거지를 둔 거대 다국적 기업들이다. 이러한 기업들에 대한 외국(특히 유럽연합)의 과세 강화의 근거로 가치창출 이론이 사용되고 있는 것이 현실이므로 미국 정부 및 기업이 가치창출 이론에 대하여 우호적일 수 없음은 당연하다.

단편적이지만 고정사업장 규칙의 개편에 대한 유럽연합과 미국의 입장에서도 이러한 상호 간 입장 차이를 확인할 수 있다. 예컨대 아마존은 전통적 유통 시스템을 디지털화 하였다고 평가받는 미국의 대표적 다국적 기업이다. 아마존은 인터넷을 통하여 재화 및 서비스를 제공하는 과정에서 소비자에게 빠르게 재화를 배송하기 위하여 고객이 있는 장소 근처 국가에 창고를 두고 거기에서 디지털 거래의 대상이 되는 재화를 보관한다. 아마존의 창고는 현행 OECD 모델조세조약상 고정사업장 규칙에 따라 고정사업장으로 보지 않는다.[337] 그러나 OECD는 BEPS 프로젝트의 액션 7에서 창고와 같이 고정사업장에서 일단 배제되는 시설이라고 하더라도 그러한 시설을 통하여 수행되는 기업의 역할이 단순한 보조적 역할 이상이면서 기업의 사업모델에서 전략적으로 결정적인 역할을 하는 경우라면,[338] 고정사업장 개념에 포섭되어야 한다고 주장한다.[339] 이러한 의견에 따르면 아마존의 창고가 위치하는 장소 — 대개는 시장 — 에서도 과세권을 행사할 수 있게 된다. 반면 같은 경우에 미국은 고정사업장 규칙에 관한 장기적 목표로 거주지에 기초한 과세 시스템의 도입을 제시한

336) 김정홍, “BEPS 이행 다자협약의 현황과 전망”, 『조세학술논집』, 제34권 제1호, 한국국제조세협회, 2018, 116-117면 참조.

337) OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 134-135면 참조.

338) W. Schön, *“Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy”*, 72 Bull. Intl. Taxn. 4/5, 2018, 8면 참조.

339) 한국조세재정연구원, “고정사업장 지위의 인위적 회피 방지 관련 BEPS프로젝트 주요 권고사항 및 국내외 입법동향”, 세법연구센터, 2016. 9., 4면.

다. 위와 같은 경우에 시장이 아닌 기업의 거주지국(미국)에서 과세권을 행사할 수 있도록 하는 것을 장기적 목표로 둔다.[340]

이러한 논의를 보면, 미국은 가치창출 이론 자체에 대하여 반대하는 것이 아니라 가치창출 이론을 사용하여 시장국가의 과세권을 강화하는 방향으로 국제조세 체계를 재편하고자 하는 논의에 반대하는 것이다. 구체적으로, 유럽연합이 새로운 국제조세 규칙의 정립을 위한 논의 과정에서 '가치창출의 장소, 즉, 시장국가에서 과세되는 것이 공정하다'고 하며 시장관할의 강화를 내세우기 때문에 가치창출 이론에 반대하는 것이다. 그리고 이러한 미국과 유럽연합 사이의 입장 차이는 시장국가를 대변하는 유럽연합과는 반대로 미국이 다국적 기업의 본거지를 대변하는 입장에 서 있는 것에 기인한다.

제3절 소결론

이상의 논의에서 알 수 있듯 가치창출 이론에 대한 논의는 성격상 각국의 이해관계에 따라 이루어진 측면이 있다. 가치창출 이론의 효용성 긍정론은 시장국가를 대변하는 유럽연합을 중심으로 하는데, 가치창출 이론이 기업 분석에 대해서 가지는 탁월함이 있다고 설명하며 최근의 BEPS 프로젝트에서의 논의와도 연결된다고 주장한다. 이러한 입장을 보다 구체화하여 가치창출 이론에 따라 새로운 규칙으로 제시되는 것들을 보면, 고정사업장 규칙에서는 새로운 연계점 개념에 가치창출 개념을 반영하자는 의견이, 이전가격 규칙에서는 기능 분석에 가치창출 개념을 반영하거나 가치창출의 장소 중 하나인 시장에 다국적 기업의 이익 중 일부를 직접 분배하자는 의견이 제시된다. 반대로 가치창출 이론의 효용성 부정론은 다국적 기업의 본거지국을 대변하는 미국을 중심으로 한다. 이러한

340) Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, *"The Original Intent of U.S. International Taxation"*, 46 Duke L.J. (1977), 1034면 (김해마중, "고정사업장 제도에 관한 연구 - 조세조약상 고정사업장의 기능과 요건,전망에 관하여", 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2016., 33면에서 재인용)

입장에서는 가치창출 이론 자체가 국제조세의 문제에 적용하는 것이 엉뚱하고, 가치창출 이론의 핵심 개념인 가치창출 개념이 모호하기 때문에 실제 과세상 지도원리로 역할을 하여 일부에서 제시하는 바와 같은, 가치창출 개념을 반영한 국제조세 규칙이 가능하지 않거나 효율적이지 않다고 비판한다. 또한 일부 의견에서 전제하는 바와 같이 가치창출 이론이 시장관할의 강화나 디지털세의 도입과 논리적으로 연결되지도 않음을 지적한다.

가치창출 이론이 과세상 지도원리로 새로운 국제조세 체계 및 규칙의 정립에 역할을 할 수 있는지, 즉, 가치창출 이론의 타당성 검토는 가치창출 이론에 대한 이러한 입장 대립에서 시작할 수 있다.

제5장 가치창출 이론의 타당성 검토

이렇듯 가치창출 이론의 효용성에 대한 긍정적 입장과 부정적 입장이 대립하는 가운데 가치창출 이론이 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 과세상 지도원리으로서 역할을 하고, 또 가치창출 개념을 반영한 새로운 국제조세 규칙이 현실적으로 적용 가능한 규율로서 역할을 할 수 있는지 가늠해 보기 위해서는 우선적으로 '가치' 및 '창출'의 각 개념이 명확하거나 혹은 명확해질 수 있는 잠재력을 가진 개념인지 살펴볼 필요가 있다.

그에 따라 가치창출 개념이 법적 요건으로 사용될 수 있을 만큼 충분히 명확하여 그러한 개념을 법적 요건으로 하여는 법적 규칙을 설정하는 것이 가능하더라도 이러한 '새로운' 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙에 따라 과세권을 정하고, 이익을 분배할 수 있는 현실적 가능성이 있고 그것이 효율성이 있는지도 검토해야 한다.

제1절 '가치창출' 개념에 대한 검토

1. '가치창출'의 불명확성

가. '명확성'의 원칙과 명확성의 판단 기준

가치창출 이론의 효용성을 부정하는 입장에서 가장 많이 언급하는 법원칙은 명확성(certainty) 원칙이다. 가치창출 이론의 핵심이라고 할 수 있는 가치창출 개념이 불명확하여 세법상 과세기준으로 역할을 할 수 있을 정도의 명확성이 담보되지 않는다는 것이다.

명확성 원칙이란, '과세 규칙(tax rules)은 납세의무자가 납세의무와 요건을 충분히 이해할 수 있을 정도로 명확(clear)해야 한다'는 법원칙을 말한다.[341] OECD는 2015년 작성한 최종보고서에서 전자상거래에서 지켜져야 할 세법상 법원칙 중 하나로 명확성 원칙을 천명하기도 하였다.[342]

가치창출 개념을 국제조세 규칙에 반영한다고 할 때 가치창출 개념이 확보해야 하는 명확성의 정도에 관하여 구체적으로 정하기 어렵다. 국제조세 규칙의 적용 대상인 경제 상황은 복잡하고 유동적이므로 이와 같은 내용을 모두 구체적이고 일의적으로 망라하여 명확하게 정하기 어렵고 그에 따라 필연적으로, 일반적이고 추상적인 개념을 국제조세 규칙에서 사용하는 것을 배제할 수 없기 때문이다.[343]

한편 우리나라 헌법재판소는 과세요건 명확주의 위반 여부를 판단할 때 '납세자의 입장에서 예측가능성, 과세관청의 자의적이고 차별적인 법

---

341) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 20면.

342) *Ibid.* 17면.

343) 헌법재판소 2002. 5. 30. 2000헌바81 결정 참고. 이 결정은, 헌법재판소가 세법 일반에 관한 법 해석에 관하여 판단한 것으로 이 글에서의 핵심적 쟁점, 즉, 가치창출 개념이 국제조세 규칙에서 요구하는 명확성의 정도에 부합하는지에 관하여 직접 판단한 것은 아님을 밝혀둔다.

률 적용 가능성, 입법 기술상 보다 확정적 문구를 선택할 수 있는 기대 가능성'을 고려하여 판단한다.[344] 우리나라 법제처 역시 법령 심사 과정에서 불확정 개념을 사용하는 경우라고 하더라도 다른 방법을 통하여 법령이 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 줄여야 하고, 그 개념이 그동안 그 법령 및 다른 법령에서 사용되어 오는 과정에서 혼란의 소지가 없이 일관된 의미로 해석·적용되어 왔는지도 고려해야 할 것이라고 한다.[345] 국제조세 규칙에서도 이와 완전히 동일한 기준을 사용하는 데 한계가 있지만, 이러한 기준들은 가치창출 개념을 국제조세 규칙에 반영할 때 가치창출 개념이 확보해야 하는 명확성에 관하여 고려해야 할 기준으로 참고할 수 있을 것이다.

국제조세상 가치창출 이론에 관하여 새로운 국제조세 규칙에 사용될 수 있는 법적 요건에 해당하는 개념은, 가치창출 개념 그 자체 — 예컨대 가치창출의 핵심 요소(key value driver)의 경우 여기에 포함시킬 수 있다 — 와 가치창출을 반영하였다고 인정되는 또 다른 개념 — 예컨대 고정사업장 규칙에서 제시되는 소비자, 커뮤니티, 인력, 고객, 데이터, 시장이나 이전가격 규칙에서 제시되는 적극적 고객, 중요한 인적기능 등이 여기에 포함될 수 있다 — 모두를 함께 고려해야 할 것이다. 따라서 위의 기준을 참고하여 이러한 개념들을 국제조세 규칙에 반영될 수 있는 최소한의 명확성이 확보되었는지 검토할 필요가 있다.

나. '가치창출 개념'의 명확성 검토

다국적 기업들 사이의 경쟁 상황 자체가 복잡하고 광범(open-ended)하면서도 다면적(multidimensional)이므로 그러한 상황에서의 과세권을 설정하기 위한 기준으로서 가치창출 개념을, 다른 해석의 여지 없이 완전히

344) 헌법재판소 2002. 5. 30. 2000헌바81 결정 참고.
345) 법제처, 『법령 입안·심사 기준』, 2021. 12., 42면.

구체화 된 개념으로 명확히 확정할 수 없음은 당연하다. 이러한 관점에서 가치창출 개념의 불명확성이 현존하는 상황은 인정하면서 이러한 불명확성의 문제는 차츰 해결될 수 있는 성질의 것으로 보고 가치창출 개념을 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙에 반영할 법적 요건으로 사용할 수 있다는 의견도 있다.[346] 하지만 가치창출 개념을 법적 요건으로 활용하여 새로운 국제조세 규칙을 설정하는 문제에서 가치창출 개념에 대한 의미의 확정은 사전에 합의되어야 하는 필수적 문제이다.[347] 가치창출 개념이 국제조세 규칙에 반영되어야 하는 개념이라면 이에 대하여 현실 문제에서 적용 가능한 수준에 이르는 개념적 합의가 전제되어야 그러한 '새로운' 국제조세 규칙을 현실 세계에 적용하는 것 역시 가능하기 때문이다.[348]

이러한 점에서 볼 때 가치창출 개념은 현재까지도 일의적으로 합의된 개념이 아니고, 합의될 수 있는 개념도 아닌 것으로 보인다.

먼저, 국제조세상 가치창출 이론의 시작이라고 할 수 있는 OECD 스스로 '가치'와 '창출'의 의미에 관하여 명확히 밝히고 있지 않다. OECD의 보고서에서 가치창출이 사용된 예를 종합하여 추측하여 볼 때 OECD는 기업의 '소득'을 '가치'로 사용하고 있는 듯 하지만 이는 짐작에 지나지 않는다. 또한 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서도 가치창출 개념을 구체화하기 위하여 경제적 활동과 같은 개념을 끌어다 쓰는 등 여러 의견을 제시하고 있지만 현재까지 가치창출 개념은 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장 안에서도 통일적인 의미 마련에 실패하였다.[349] 더 나아가 가치창출 개념에 관한 일의적 정의를 가지고 실제 조

---

346) 예컨대 Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation",* University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3., 23면.

347) Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 149면.

348) Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 142면.

약이나 국내 세법의 규칙에 가치창출 개념을 사용하고 있는 국가 역시 아직까지는 없는 것으로 보인다. 가치창출 개념에 관한 정의는 이루어지지 않았을 뿐 아니라 OECD든 가치창출 이론의 효용을 긍정하는 입장이든 아니면 다른 개별 국가의 입법이든 가치창출 개념에 대한 정의를 마련하는 데 달리 참고할 만한 어떠한 상황이나 맥락도 발견할 수 없다는 것이다.

그 다음으로 가치창출 개념에 관한 정의를 마련할 수 있는 합의의 가능성을 타진하여 볼 필요가 있다. 그러나 상술한 바와 같이 가치창출 개념을 과세권 및 과세대상 이익 분배를 위한 규칙에 반영하는 경우 과세권을 갖게 되는 국가 사이에서도 가치창출 개념을 어떻게 설정하고 정의하는지에 따라 세수가 달라지는 이해관계가 발생한다. 이는 가치창출 개념에 관한 정의를 마련하는 문제는 현실적으로 해결 가능한 문제가 아니고,[350] 논리적 귀결이 가능한 문제도 아님을 짐작할 수 있게 하는 상황이다. 가치창출 개념의 정의 문제가 국가 간 세수 싸움이라는 이해관계가 얽히게 되는 이상 가치창출 개념에 대한 정의나 그에 대한 해석 문제는 단지 정치적 파워게임으로 흘러가게 된다. 더군다나 당위적 평가를 필연적으로 포함할 수밖에 없는 — 게다가 가치의 개념에 수요 측면의 가치를 포함하는 경우 더욱 그러하다 — '가치'라는 문언의 특성상, 가치창출 개념에 대한 판정 및 해석을 위하여 이해관계 당사국 사이 가치창출 개념의 해석이나 입법 과정에서 광범한 재량이나 유연성을 부여하는 것은 불가피하다.[351]

---

349) 예컨대 Rebecca M. Kayser, *"OECD/International - Value Creation: A Dimming Lodestar for International Taxation?"*, Bulletin for International Taxation, Volume IBFD, 2020. 4., 5., 219면., Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3., 135면., Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 136면.

350) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 31 July 2018, 제12면, available at https://ssrn.com/abstract=3275759 and http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275759).

351) 이창희, 『세법강의』, 박영사, 제7판, 2008, 23-32면.

단편적인 예지만 이전가격세제에서 기능분석에 관하여 OECD의 G20 회원국 간에도 기능분석에 고려하여야 하는 요소들에 관하여 매우 다른 입장을 가지고 있다는 점을 고려하면, 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 이전가격 규칙 중 기능분석에 가치창출 개념을 반영하자는 의견을 제시하더라도 이러한 새로운 규칙에 관한 각국의 의견 차이는 좁혀지지 않고 오히려 각국의 이해관계에 따라 더 큰 분란만 발생할 것으로 예상된다.[352] 이렇게 되면 가치창출 이론은 이론으로서 가져야 하는 최소한의 중립성도 담보할 수 없게 된다.[353]

또 다른 예로 사용료 소득의 원천 판단도 고려해볼 수 있다. 예컨대 무형자산과 관련한 사용료 소득의 원천 판단과 관련한 문제에서 특허가 등록된 장소(거주지국)와 특허가 사용된 장소(원천지국) 사이 입장 대립이 있다. OECD 모델조세조약은 사용료 소득에 관하여 거주지국 과세원칙을 취하면서 사용료에 관한 정의 조항만 두고 있을 뿐 배당소득 및 이자소득과 달리 원천지를 판단하는 기준은 두고 있지는 않는다(OECD 모델조세조약 제12조 제1항 및 제2항). 반면 UN 모델조세조약은 사용료 소득에 대한 거주지국의 과세를 인정하면서 별도의 원천지 판단 기준을 두어 배당소득 및 이자소득과 마찬가지로 지급자 기준(residence of payer rule)에 따른다.[354] OECD 회원국 중 일부는 국내법으로 원천지국 과세의 기본 입장을 취하고,[355] 원천지 판단 기준을 두면서도 UN 모델조세조약과 달리 '무형자산이 사용된 장소', 즉, 사용지 기준(place of use rule)을 사용하고 있다.[356]

---

352) Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 152면.

353) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 31 July 2018, 12면, available at https://ssrn.com/abstract=3275759 and http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275759).

354) 김석환, "사용료 소득의 원천지 판단기준", 『저스티스』, 통권 제140호, 한국법학원, 2014. 2., 396면.

355) 윤지현, "미국에 등록된 특허권을 '사용'하는 대가 과세: 한미 조세조약 하에서 이전가격과 소득 구분의 쟁점을 중심으로", 『조세학술논집』, 제36권 제4호, 한국국제조세협회, 2020. 12., 89-92면 참조.

이렇듯 명확히 합의된 기준이 없이 각국의 입장이 대립되는 사용료 소득의 원천 판단과 관련하여 — 이전에 없었던 — '가치창출' 개념이 그러한 원천지 판단에 어떤 식으로든 새로운 효과를 줄 수도 있겠다는 기대감이 생길 수도 있다. 그러나 '가치창출' 개념 자체가 가지는 모호함과 창출된 가치에 대한 평가의 어려움으로 인하여 오히려 가치창출 개념은 정확한 의미를 확보할 수 없는 한계를 가진다. 가치창출 개념을 활용하여 사용료의 원천지 판단에 관한 규칙을 정한다고 할 때 다국적 기업의 거주지국을 대표하는 미국은 무형자산의 연구개발에 관한 연구개발이 있었고 특허가 등록되어 소유하고 있는 미국을 가치창출의 장소라고 주장할 것이고, 유럽연합에서는 기존 OECD 모델조세조약으로 과세하지 않았던 사용료 소득에 관하여 특허가 사용되는 곳, 즉, '시장'인 유럽연합을 가치창출의 장소라고 주장할 것이다. 결국 가치창출 개념이 명확한 기준이 없는 문제에 관하여 결론을 내기 위해 도움이 되는 개념으로 사용되는 것이 아니라 각국의 이해관계에 따라 이미 정해진 결론에 '가치창출' 개념이 필요에 따라 사용될 뿐이다.

정리하면 가치창출 개념에 관하여는 현재까지도 일의적 정의가 마련되지 않은 상태이고 앞으로도 일의적 정의가 가능한 상태가 아니다. 설사 가치창출 개념에 관한 합의가 가능하다고 하더라도 그러한 합의는 법논리적 귀결과는 아무런 상관없는, 정치적 파워게임의 결과에 지나지 않을 것이다. 그렇다면 국제조세 규칙에 가치창출 개념을 반영하는 것은 오히려 과세권을 지닌 국가들 간 이해관계에 따라 자의적이고 차별적인 법집행이 가능한 상황만 초래될 뿐이고 그에 따라 납세자의 입장에서 예측가능성 마저 확보할 수 없는 것이 명백하다.

입법 기술상 보다 확정적 문구를 선택할 수 있는 다른 대안도 발견되지 않는 현재로서는 가치창출 개념이 자의적으로 해석될 수 있는 소지가 매우 크고, 그 개념이 실제의 입법례나 조세조약에서 사용된 예 역시 없

356) 김석환, "사용료 소득의 원천지 판단기준", 『저스티스』 통권 제140호, 한국법학원, 2014. 2., 397면.

기 때문에 혼란의 소지가 없이 일관된 의미로 해석·적용될 수 있는 가능성이 있다고도 볼 수 없다.

다. 가치창출 개념을 반영한 다른 '요소'에 대한 명확성 검토

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 고정사업장 개념을 대체할 새로운 개념으로 '소비자' '커뮤니티', '인력', '고객', '데이터', '시장' 등을 제시하는 의견이 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 또한 새로운 이전가격 규칙 중 하나로 기능분석에서 새롭게 고려해야 할 요소로 '적극적 고객', '중요한 인적기능' 등을 제시하는 의견도 있다. 이러한 의견들은 모두 공통적으로 '시장'과 관련한 요소를 새롭게 고려해야 할 요소로 제시하는데 이는 가치창출 이론을 논리적으로 일관하면 가치창출의 장소에 시장이 포함된다는 전제에 서 있다.

그러나 앞서 검토한 바와 같이 가치창출 개념 자체가 해소될 수 없는 불명확성을 내포하기 있기 때문에 그러한 가치창출 개념을 반영한 지표들 역시 마찬가지로 불명확하다는 한계를 가질 수밖에 없다. 애초에 가치창출과 시장관할의 강화 사이에 논리필연적 연관성이 있다고 볼 수도 없지만, 불명확한 개념인 '가치'와 '창출'을 반영하였다고 하며 제시되는 또 다른 요소들이 갑자기 가치창출과는 달리 법적 요건으로 사용될 수 있을만큼 충분한 명확성을 가지고 구체화 된 개념이 되어 현실에 적용한 규칙에 반영할 수 있으리라는 예상을 할 수는 없기 때문이다.

예컨대 '적극적' 고객과 '소극적' 고객은 어떻게 구별되는가, 소극적 고객은 '가치'에 대한 기여가 아예 없다고 평가되는가?[357] '커뮤니티(community)'나 '데이터(data)', '인력(personnel, people)'은 구체적으로 무엇이고, 어떠한 범주 내지 층위의 것을 지칭하는가? 이러한 문제는 가치창출 개념과 마찬가지로 그러한 정의나 해석에 따라 세수가 달라지는 국가

357) Itai Grinberg, *"User participation in Value Creation"*, British Tax Review, No. 4., 2018., 418면 참조.

간 이해관계와 얽히는 이상 향후에도 개념에 대한 정의나 해석이 명확하게 가능하게 되리라 기대할 수는 없다. 또한 '핵심적(key)', '가치(value)', '요소(driver)'나 '중요한(significant)'과 같은 단어들 역시 애초에 평가를 전제하고 있기 때문에 '가치'와 마찬가지로 입법 과정이나 해석에서 이해당사국 사이의 광범한 재량이 인정될 수밖에 없는 영역이다. 가치창출과 마찬가지로 위와 같은 요소들에 대한 입법 및 해석은 이해당사국 사이 분란의 소지만 키울 뿐이다.

2. 가치 측정의 어려움

가. '가치'의 정량(正量)적 측정의 어려움

1) 수요 측면의 가치에 대한 측정의 어려움

앞서[358] 논의의 전개를 위하여 공급 측면과 수요 측면의 가치 모두를 고려하여 '가치'를 '기업 및 소비자의 활동에 따라 기업 소득을 발생시킬 수 있는 기업 자산 총체의 증가분'로 정의하였다. 이러한 정의에 따른다면, 가치를 측정하기 위해서는 이를 구성하는 수요 측면의 가치를 정량적으로 측정하는 작업 역시 필요로 한다.

그러나 시장, 소비자, 수요의 측면을 대변하는 수요 측면의 가치는 소비자가 특정 재화 및 서비스에 가지는 평가, 의견, 생각과 같은 주관적 요소를 포함할 수밖에 없다. 이러한 것들에 대한 정량적 평가는 불가능하거나 설사 가능하다고 하더라도 매우 뚜렷한 극단적 사실관계에서 질적 가치가 0인 경우와 그렇지 않은 경우만을 구별할 수 있을 뿐이다.[359]

358) 이 글 중 '제4장 제4절 3. 소결론' 부분 참조.

359) 간단한 예로 특정한 기업이 전례없던 재화 및 서비스를 세상에 내어놓아 소비자들에게 판매하였는데, 그러한 재화 및 서비스가 매력적이지 않았던 이유로 소비자들에게 전혀 판매되지 않은 극단적 사례를 가정한다. 이때 창출된 가치 중 – 공급 측면의 가치

더 나아가 수요 측면의 가치가 0인 경우가 명백히 확인된다고 하더라도 그러한 사실에 대한 확인은, 실제 가치가 발생한 시점으로부터 상당한 시간이 지난 이후에 추론한 사정에 지나지 않는다. 즉 '수요 측면의 가치가 0이다'라는 결론은 그러한 판단이 있었던 시점 이후에 역행적으로 여러 가지 과거의 사정을 판단하여 이를 토대로 추론한 결과일 뿐이므로 실제 과세대상 소득 내지 가치를 측정해야 할 시점에의 판단과 일치하지 않을 수 있다.

2) 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치 사이 상대적 비중 측정의 어려움

앞서 잠정적으로 정의한 바와 같이 가치를 파악한다면, 가치에 포함되는 공급 측면에서의 가치와 수요 측면에서의 가치를 상대적으로 동등한 비중으로 측정할 수 있을 것인지 역시 문제될 수 있다.

예컨대 특정한 기업이 전례없던 서비스를 세상에 내어놓았고 소비자들의 호응에 힘입어 상당한 매출(공급 측면의 가치)이 발생하였다고 가정한다. 이때 수요 측면에서의 가치를 측정한다고 할 때, 공급 측면에서의 가치인 매출과 같은 정도로 수요 측면에서의 가치가 발생하였다고 단정할 수 있는가? 그러한 것이 가능함을 전제로 이때 최종적으로 발생한 총 가치가 공급 측면의 '매출액'과 수요 측면의 '매출액과 동일한 정도의 가치'를 단순히 합산한 값으로 말할 수 있는가?

공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치 사이 상대적 비중을 동등하게 본다면 그러한 전제가 가능할 수도 있지만 그렇게 보아야 할 논리적 근거는 없다. 뿐만 아니라 현실에서는 특정 재화 및 서비스의 매출에 기여한 주요 요인을 무엇으로 파악하는지에 따라 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치 중 어느 한 쪽에 가중치를 구해야 할 경우가 있다. 이러한

역시 0이 되겠지만 - 수요 측면의 가치는 0이 된다. 하지만 소비자들에게 '전혀' 판매되지 않은 이러한 극단적 사례는 현실에서 실제 존재하기 어렵다.

경우를 포함하여 양 가치 사이 상대적 관계를 달리 보아야 할 이유가 될 만한 잠재적 변수는 예측이 불가능할 만큼 많다. 매출을 발생시킨 재화나 서비스의 성격상 시장의 역할이 매우 큰 경우라면 공급 측면보다 수요 측면에 비중을 더 두어야 할 수도 있을 것이고, 반대로 원가절감이나 가격 차별화와 같은 기업 내부의 역할이 매우 큰 경우라면 수요 측면보다 공급 측면에 비중을 더 두어야 할 수도 있을 것이다.

어떠한 경우이든 공급 측면과 수요 측면의 관점 상호 간 여러 변수들을 모두 고려할 수도 없고, 양 측면의 가치 사이에 상대적 관계를 설정할 다른 기준이 존재하는 것도 아니라는 점에서 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치 사이 상대적 비중에 대한 측정은 불가능하고, 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치를 모두 포함하는 가치 측정 역시 불가능해진다.

나. 과세권 경합 상황에서 과세권 확정의 곤란

가치창출 개념은 과세권 경합 상황에서 과세권 간의 우열을 확정하는데 사용하기에 부적절한 개념이다.[360] 앞서 검토한 잠정적 정의에 따라 가치창출 개념을 이해한다고 하더라도 복수의 장소가 가치창출의 장소로서 과세권을 갖게 되는 경우 그러한 과세권 사이의 우열관계를 판단하는 과정에 가치창출 개념은 과세권 확정의 기준으로서 어떠한 역할도 할 수 없다는 의미이다.

디지털 경제환경에서 단일기업이 전 세계에 흩어진 여러 관계회사와의 협업을 통하여 가치사슬을 이루고 있고,[361] 이러한 가치사슬 내 복수의

360) 과세권 경합 관계에서 가치창출 개념이 한계를 지니기는 하지만, 가치창출 개념에 대하여 더 구체화가 이루어지는 경우에는 과세권 간 우열관계를 가치창출 개념에 따라 정할 수도 있다는 의견도 있다(예컨대 Werner Haslehner, *"Value Creation and Income Taxation : A Coherent Framework for Reform?"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 49면).

361) *Ibid.*

장소에서 기업 그룹 전체의 가치 중 일부가 창출되는 경우는 매우 흔하다. 이때 '가치가 창출되는 장소', 즉 가치창출 이론에 의할 때 과세권을 가질 수 있는 되는 복수의 과세관할 사이에 우열관계를 어떻게 판단할 것인지, 혹은 복수의 과세관할 모두에 각 과세권을 인정한다면 각 과세관할 사이에 이익을 분배하기 위하여, 각 과세권에서 발생한 가치를 어떻게 측정하여 분배할 것인지 문제된다. 가치창출 개념의 효용성은 이러한 문제 해결에 가치창출 개념이 어떠한 역할을 할 수 있는지 살펴봄으로써 확인할 수 있다.

이를 위하여, 가치네트워크 모델로 분류되는[362] 넷플릭스가 네덜란드 소재 완전자회사 Netflix International BV(이하 '넷플릭스 BV')를 통하여 유럽국가들에 콘텐츠를 제공하고, 소비자들로부터 구독료를 받아 매출을 일으키는데[363] 이때 넷플릭스 BV가 유럽연합 내 국가인 '독일(논의의 편의를 위하여 이하에서는 유럽연합 내 여러 국가 중 독일로 한정한다))'에서 일으킨 매출을 100억 달러로 가정한다. 위 가정에서 미국의 넷플릭스, 네덜란드의 넷플릭스 BV, 그리고 독일의 소비자가, 넷플릭스가 일으킨 100억 달러 매출에 대하여 각 장소에서 어느 정도의 가치를 발생시켰는지 확인하는 과정에서 가치창출 개념이 어떠한 역할을 하거나 도움을 줄 수 있는지 확인해 본다.

---

362) 여기에서 넷플릭스를 가치네트워크 모델로 분류한 이유는, 넷플릭스가 넷플릭스 플랫폼을 통하여 제공하는 전체 콘텐츠 중에서 넷플릭스가 직접 제작 및 투자한 '넷플릭스 오리지널 콘텐츠'의 비중보다는 넷플릭스가 제3자로부터 콘텐츠에 대한 사용 허락을 받아 플랫폼을 통하여 제공하는 콘텐츠의 비중이 더 높기 때문이다. 2017년부터 2018년까지 미국에서 서비스 되고 있는 넷플릭스 콘텐츠 중 넷플릭스 오리지널 콘텐츠는 2017년 1월 기준 14%이고, 2018년 10월 기준 37%를 차지한다(버라이어티 엡페이지 검색, https://variety.com/2018/digital/news/netflix-original-series-licensed-viewing-friends-the-office-1203085230/).

363) 넷플릭스의 사업모델은 넷플릭스의 이용자들이 구독료를 지급하면 그 구독료의 대가로 TV, 영화 등 방송물에 대한 접근권을 제공하는 방식으로 서비스하는 것이다. 이러한 서비스는 각 국가에서 정한 방송 관련 법률에 따른 엄격한 인·허가에 따라 관리되는 특정한 방송업자에 의하여 제한적 컨텐츠가 제공되었던 방송 영역을 그러한 인·허가 절차 없이도 일반 방송업자가 이용자들에게 다양하고도 수준 높은 컨텐츠를 제공함과 동시에 이용자의 장소, 시간과 취향을 고려하여 고객의 편의에 맞게 컨텐츠를 제공한다는 점이 특징이다.

먼저, 위 사안에서 미국, 네덜란드, 독일(또는 유럽연합 내 국가들)과 아무런 관계가 없는 넷플릭스의 아시아 지부가 위 매출 100억 달러에 대하여 어떠한 기여도 하지 않았다는 결론은 명백하게 끌어낼 수 있다. 그러나 어떤 정도로든, 본원적 활동 및 지원 활동을 통하여 가치창출에 기여하고 있다고 할 수 있는 미국, 네덜란드, 독일 사이에서 과세권을 누가 가져가야 하는지, 이익은 어떻게 분배되어야 하는지의 문제에 대한 판단은 쉽지 않다. 가치창출 개념에 대한 잠정적 정의에 따르더라도 복수의 '가치창출 장소'인 미국, 네덜란드, 독일 중 어떠한 국가에서 어느 정도의 가치가 창출되었으므로 과세가 어떻게 처리되어야 하는지에 관한 결론은 명확하게 도출되지 않는다. 넷플릭스의 사업모델은 시장의 역할이 특히 중요하기 때문에 수요 측면에서 가치가 가장 많이 창출된다고 할 수 있는 독일에서 가장 많이 과세되어야 한다는 주장도 가능하고, 넷플릭스의 사업모델에서는 시장에 대한 마케팅 활동이 특히 중요하기 때문에 공급 측면에서 가치가 가장 많이 창출된다고 할 수 있는 장소에서 가장 많이 과세되어야 한다는 주장도 가능하다. 또 다르게는 넷플릭스의 사업모델에서는 시장에 대한 마케팅 활동이 특히 중요하다고 보더라도 마케팅 활동을 구성하는 여러 활동 중에서 넷플릭스의 사업과 관련한 무형자산을 보유하면서 마케팅과 관련한 의사결정을 담당(지원 활동)하는 미국에서 더 큰 가치가 창출되었다고 볼 수도 있는 반면, 실제 목표로 하는 지역에서의 수요를 잘 파악하여 본사에서 의사결정 한 내용을 구체화하여 판촉활동을 담당(본원적 활동)하는 네덜란드에서 더 큰 가치가 창출되었다고 볼 수도 있다.

이러한 여러 가지 가능한 의견들이 있지만, 근본적으로 어떤 명확한 기준을 세워서 그에 따라 가치창출의 장소를 분별해내고 어떠한 곳에서 어느 정도의 과세권을 어떻게 가져간다는 결론을 도출하는 데 가치창출 개념이 지금까지 제시된 다른 개념들과 다른 새롭고 유의미한 역할을 할 수 있는지는 의문이다. 달리 말하면, 그러한 결론에 이르기까지의 과정은 단지 법 논리적으로 검증이 가능하지 않기도 않지만, 무엇보다 관련된

개념이나 이론의 내용이 너무 불확정적이어서 결국에 가서는 어느 정도 자의적이거나 임의적인 이해에 따를 수밖에 없다. 그렇다면 이는 현재의 국제조세 체계나 규칙이 가지고 있는 문제점과 다를 바 없고, 그러한 의미에서 가치창출 이론은 현재의 문제 상황을 극복하는 데 도움이 되기 어렵다.

3. 소결

새로운 국제조세 체계나 규칙에 반영되어야 할 가치창출 개념이 어느 정도의 명확성을 가져야 하는지에 관하여 여러 층위의 기준 설정이 가능하다. 하지만 가치창출 개념 그 자체든 아니면 가치창출 개념을 반영한 새로운 요소든 간에, 이러한 개념들에 대해서는 논리적 정의가 가능하지 않고, 현재까지 그러한 정의가 이루어진 바 없고 국가의 세법이나 조세조약에서도 일의적으로 사용된 적이 없으며, 세수 싸움의 이해관계가 걸려 있는 문제의 특성상 향후에도 정의가 될 가능성 역시 현저히 낮은 것으로 보인다. 따라서 가치창출 개념은 납세의무자의 예측가능성이 담보되지 않고, 과세권을 갖게 되는 국가의 자의적이고도 차별적인 과세 집행 역시 우려될만큼 불명확한 개념이다.

또한 공급 측면과 수요 측면의 가치를 모두 고려하여 가치를 이해할 때 소비자의 주관적 요소와 관련되는 수요 측면의 가치에 대한 측정이 곤란하고, 공급 측면과 수요 측면의 가치 사이 상대적 비중 역시 설정하기 곤란한 문제가 있다.

특히 복수의 과세권이 경합하는 상황에서 가치창출 개념은 과세권의 우열이나 각 과세관할에서 과세되는 이익의 정도를 확정하는 데 별달리 새로운 역할을 하지 못한다. 여러 가지 의견이 제시될 수 있지만 그러한 의견들 모두 법 논리적으로 검증이 가능하지 않고 자의적이고 임의적 이해에 따라 도출된 결과일 뿐이다.

그렇다면 가치창출 이론의 이러한 모습은 많은 비판을 받고 있는 이전가격세제의 현재 상황과 크게 다를 것이 없다는 비판이 가능하다. 예컨대 이전가격세제 역시 비교가능성 개념을 중핵으로 하는 정상가격이라는 모호한 개념에서 출발하였지만, 그러한 이론적 불확정성에 구애 받지 않고 계속하여 논의를 쌓아 올린 결과 '자산', '위험', '기능'이라는 마찬가지로 모호한 개념들을 동원한 기능분석이라는 틀을 만들어 운용하고 있다. 만약 '가치창출' 개념이 새로운 국제조세 체계나 규칙의 중핵으로 일단 채택된다면, 그리고 이전가격세제가 형성되어 온 것과 비슷한 정도의 시간과 관심이 주어진다면, 그 내용에는 여전히 모호하고 심지어 자의적인 면이 많겠지만 어쨌거나 비슷한 정도의 하나의 이론적 구축물이 만들어질 수도 있으리라는 것이다.

하지만 '가치창출' 개념이나 이론은 무엇보다 이전가격세제와 같은 기존의 국제조세 규칙이 그 내용의 불확정성으로 인하여 납세자들이 악용하고 회피하기 쉬운 세제로 전락했다는 문제의식에서 등장했음을 감안해야 한다. 기존 규칙의 불확정성이 너무 크기 때문에 이를 극복하기 위하여 새로 채택한 가치창출 개념이 배슷한 정도로 불확정적이고 모호하다면, 이는 문제에 대하여 새로운 문제로 답하는 것에 지나지 않는다. 이러한 새로운 시도는 아예 시작할 이유가 없는 것이라고도 할 수 있다. 이하에서는 이러한 시각 하에, 가치창출 개념을 반영한 새로운 국제조세 규칙으로 현재 제안되고 있는 것들이 기존의 국제조세 규칙에 비하여 덜 불확정적이어서 현실에서 납세자의 남용이나 회피 행위에 더 잘 견딜 수 있는 가능성이나 효용성이 있는지를 검토해 보려고 한다.

제2절 가치창출 개념을 반영한 규칙의 효용성 검토

이전의 논의에 이어서 가치창출 개념이 가진 모호함에도 불구하고 이는 국제조세 규칙에서 허용되는 불확정 개념의 범주로 취급한다고 하더

라도 가치창출 개념을 반영한 '새로운' 국제조세 규칙이 효용성을 갖는지에 대해서는 별개의 검토가 필요하다.

이하에서는 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 제시한 '새로운' 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙이, 과세권 및 과세대상 이익 분배라는 역할을 할 수 있는지 그 현실적 가능성과 효율성에 대하여 검토하고 내용상 모순은 없는지 검토한다. 또한 위와 같은 새로운 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙이 현재 국제조세 규칙의 허점으로 지적되는 점을 개선할 수 있는지 또한 가치창출 이론이 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 '새로운' 대안이라고 할 수 있을만한 것인지, BEPS 프로젝트에서 OECD가 제시하는 방향과 부합하는지 아울러 검토한다.

1. '새로운' 국제조세 규칙으로 제시되는 의견에 대한 검토

가. 기업의 활동·소득의 구별 문제

1) '가치창출 절차'를 현실에 적용하여 분석할 수 없는 한계

'가치창출 이론'이라고 지칭하는 것의 핵심은, 가치사슬, 가치네트워크 및 가치샵 개념의 범주들과 이들 범주에 따라 가치창출 과정을 다르게 분석하되 가치창출의 원인인 가치활동을 식별 및 분류하여 분석하는 체계를 포함한다. 그리고 그러한 가치활동을 식별 및 분류하는 과정은 다국적 기업의 전세계 활동을 일정한 기준에 따라 쪼개고 합하고 분류하고 그 개별적 활동마다 이름을 '붙여(labeling)' 분류하는 순서에 따른다. 이 과정에서 세부적 항목에 대한 평가 역시 필요한 작업이다. 이때 "가치활동은 수행 중인 사업에 가장 훌륭한 통찰력을 제공해주는 방향으로 선택해야 한다. 각 가치활동의 순서는 전반적으로 활동이 일어나는 과정의

흐름에 따라 배열해야 하는데, 마찬가지로 적절한 수준의 판단력이 뒷받침되어야 한다."[364]

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서도 경영학상 가치창출 이론에서 설명되는 것과 같이 다국적 기업 그룹 및 관계회사의 전세계에서의 활동을 세부적으로 나누고 이를 가치창출 절차에 따라 분석해야 한다는 주장이 있다. 예컨대 데이터가 가치를 창출하는 과정을, '수집과 선택(collection and selection)', '사전처리(preprocessed)', '변환(transformation)', '마이닝(mining)', '해석 및 평가'로 나누어 그에 따른 가치창출 과정을 분석하는 의견,[365] 그리고 하나의 다국적 기업이 해당 국가(시장)에서 발생시키는 가치활동 중 가치창출의 핵심이라 부를 수 있는 것들을 '제품혁신(product innovation)', '외주(sourcing)', '공급망 관리(supply chain management)', '판매전략(sales strategy)'으로 나누고, 이를 세부적으로 '연구개발(research and development)', '시험 및 관리(testing and management)', '판매자 확정(vendor identification)', '계약 협상(contract negotiation)', '생산일정관리(production scheduling)', '품질 관리(quality control)', '판매전략 수립(establishment of sales strategies)', '계약 협상(contract negotiation)'으로 구별하여 나누어 분석하는 의견[366] 역시 이와 같다.

---

364) Michael E. Porter, 『*Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*』, The Free Press, 1985, 48면.

365) Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation"*, University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3., 19면 참조. 구체적으로 이때 '수집과 선택'은 원형 데이터(raw data)를 모으는 '수집' 활동과 특정한 목적을 위하여 필요한 데이터(target data)를 구별하여 선택해 추출(extract)해내는 '선택' 활동을 포함한다. 추출된 데이터는 분석 작업에 사용할 수 있는 형태로 처리되거나 변형을 거치게 되는데 이를 '사전처리'라고 한다. '마이닝'이란 다양한 사전처리 된 데이터 속에서 데이터에 대한 분석을 거쳐 목적에 부합하는 '패턴(patterns)'이나 '모델(models)'을 찾는 것을 의미한다. '해석 및 평가'란 마이닝을 통하여 인식하게 된, 데이터 속 '패턴'과 '모델'에 대해 해석 및 평가를 거치는 것이다.

366) Steef Huibregtse, Sonia Catalina Muñoz Rodríguez, *"Argentina/Brazil/Chile/Colombia/Costa Rica/El Salvador/Guatemala/Mexico/Panama/Peru/Uruguay - Slicing the Pie in Latin America – A Pragmatic Approach to a Value Chain Analysis"*, Bulletin for InternationalTaxation, IBFD, December 2018, 724-725면. 이 글에서 저자는 다국적 기업의 가치활동을 구별하여 인식하고 그에 따라 창출된 가치의 정도를 측정하는 '기술(techniques)'적 작업이 가능하다는 것을 보이고자 위와 같은 예시를 든 것이다. 따라서 이 글에서 구체적으로 위와 같이

그러나 현실 세계에서, 특히 디지털 경제환경에서 다국적 기업의 전세계 활동을 쪼개고 합하여, 마치 하나의 단위처럼 분리해 취급하는 것은 사실상 불가능하다. 더군다나 다국적 기업의 가치창출이 무형자산과 관련되어 있는 경우라면 무형자산 그 자체 혹은 무형자산을 통한 가치창출에 대하여 다국적 기업의 활동들 중 어떠한 활동이 어느 정도의 기여를 했는지 확정하고 검토하여 평가하는 작업이 필요한데, 이를 위하여 무형자산을 통한 가치창출과 관련된 다국적 기업의 활동들을 쪼개고 합하여 구별한 뒤 그 활동별로 기여도를 산정하는 것은 더욱 그 현실적 가능성을 짐작조차 하기 어렵다.[367] 예컨대 국제마케팅을 생각해보면, 상표권 사용 거래의 일반적 성질(상표권자 및 소비자의 기본적 권리의무), 해당 상표권의 특성(스포츠 용품 브랜드), 해당 라이선스 계약의 구체적 내용, 거래관계자들의 관계, 독립기업원칙 적용 문제 등을 종합적으로 고려하여야 국제마케팅비의 실질을 판단할 수 있다.[368] 하지만 국제마케팅비의 실질을 판단하는 것과 달리, 가치창출과정을 분석하기 위하여 국제마케팅과 관련한 관계당사자 사이 가치활동과 그 가치활동이 창출한 가치를 구별하고자 한다면 이는 현실적으로 매우 어려운 문제일 것이다.

나눈 가치활동의 정확한 내용이 무엇인지를 확인할 수는 없다. 다만 전체적인 글의 취지에 비추어 볼 때 '연구개발' 및 '시험 및 관리'의 경우 혁신적 제품의 생산 단계에서 필요한 연구개발 및 시험·관리 작업을 의미하는 듯 하다. '판매자 확정'과 '계약 협상'은 유통의 단계에서 제품을 판매하기 위하여 판매자를 선택하고 또 그와 계약을 체결하는 작업을, '생산 일정관리'와 '품질 관리'는 혁신적 제품을 이전 단계에서 계약을 체결한 판매업자에게 공급하기 위하여 제품의 공급망을 살펴 생산 일정 계획을 수립하고 또 생산된 제품의 품질을 관리하는 작업을 의미하는 것으로 추론된다. '판매전략 수립'이나 '계약 협상'의 경우 기업 내부에서, 혁신적 제품의 성공적 판매를 위하여 전략을 세우는 활동과 제품을 사고자 하는 소비자와의 계약 협상을 의미하는 것으로 보인다. 다만 이는 추론한 결과일 뿐이고 이러한 각 활동들의 명확한 설명은 발견되지 않는다. 예컨대 유통의 단계에서 유통업자에게 '외주'한다고 할 때, 그 외주를 받은 유통업자는 '판매전략 수립'이나 '(소비자와의) 계약 협상'을 하지 않는가? 그럴 수도 있겠으나, 또 반대로, 만약 유통업자가 판매전략을 수립하거나 소비자와 계약을 협상하는 활동을 수행한다면 이때 기업 내부에서 이루어지는 '판매전략 수립'이나 '계약 협상'은 또 다른 의미를 갖게 되는가? 이와 같이 해답을 선뜻 떠올리기 힘든 불분명한 상황이 발생한다.

367) J. Gregory Ballentine, *"BEPS, Economic Activity, and Value Creation",* Tax notes international, VIEWPOINT, Volume 105, March 28, 2022., 1553-1554면 참조.

368) 김정홍, "다국적기업의 국제마케팅비용에 대한 관세평가 문제", 『조세학술논집』, 제33집 제2호, 한국국제조세협회, 2018, 131-132면.

더 나아가 실제 다국적 기업 그룹이, 전세계 여러 관계회사나 시설 등을 통하여 수행하는 수 없이 많은 활동들의 내용을 어떤 식으로든 확보할 수 있다는 전제부터 현실적으로 충족시키기란 매우 어려워 보인다. 그것이 가능하더라도 위의 예시와 같이 가치활동에 대한 식별 및 분류를 한 결과에 대해서 그것이 가치창출 분석에 '충분한' 정도인지, '적절한지'에 대한 판단 역시 상당한 정도의 재량 영역이 포함될 수밖에 없다.

다국적 기업의 모든 활동들을 나누고 쪼개는 과정을 거쳐 기업의 세부적 활동을 확정하였더라도 그러한 활동이 가치에 어느 정도의 기여를 하였는지 확인하거나 평가하는 것 역시 또 다른 문제로 현실적으로 상당한 어려움을 수반한다. 그와 같은 기여도의 확정은 특정한 국가 내에서 그러한 세부적 활동에 따라 기업이 발생시킨 소득과 그 세부항목별 원천을 밝히는 것을 전제하기 때문이다. 국제 무역과 상거래에서 어떠한 기업이 전세계에서 거두어들이는 소득에 기여하는 개별적 요소를 분리하는 것 자체가 불가능하고 가능했던 적이 없다. 기업의 소득이건 기업의 소득을 창출하는 기업의 개별적 활동이건 이를 (가치창출 분석을 위하여) 나누고 합하는 것은 경제적 혹은 법논리적으로 중립적인 어떠한 기준에 의하여 가능한 것이 아니며 당위적으로 그래야 하는 것도 아니다.[369)]

정리하면, 특정한 기업에 대하여 가치창출 절차를 분석하여 기업 그룹의 가치활동에 대한 더 높은 이해를 바탕으로 경쟁우위의 원인에 대한 통찰을 얻을 수 있을 것이다. 경영학상 가치창출 이론이 상당히 오랜 기간 성공적인 이론으로 연구되는 것은 이러한 효용성 때문일 것이다. 그러나 이러한 가치창출 절차의 분석 방식, 즉, 현실 세계에서 그 실체가 정확히 확인되지 않을 뿐 아니라 법논리와는 상관없이 여러 임의적 전제를 두고 그에 대한 판단마저 광범한 재량의 영역에 놓여 중립성을 담보할 수 없는 방식을 통하여 세법상 과세권 확정과 과세대상 이익을 분배하기 위한 규칙 설정에 통찰을 얻을 수 있으리라 기대하기는 다소 무리

369) Allison Christians, *"Taxing according to value creation"*, Tax Notes International, July 18, 2018, 4-5면 참조.

가 있다.

2) European Union, JUDGMENT OF THE GENERAL COURT T-818/16[370][371]

실제 현실 문제에서 가치창출 분석 절차를 적용할 수 없음은, 유럽연합법원의 Netflix Inc.,(이하 '넷플릭스 본사')에 대한 판결에서도 확인할 수 있다. 유럽연합법원은 독일 영화진흥법(Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films, Filmförderungsgesetz)에 따른 넷플릭스 본사의 분담금을, 네덜란드 소재한 넷플릭스의 자회사인 Netflix International BV(이하 '넷플릭스 BV')가 부담하는지에 대하여 판결하였다.

이 사건에서는 넷플릭스 BV가 독일에서 고정사업장을 가지는지가 아니라, 넷플릭스 BV가 독일의 영화진흥법의 적용을 받아 그에 따른 분담금을 납부하여야 하는지가 직접적인 쟁점이었다.[372] 당시 독일 영화진흥법에 따르면 독일 내 이용자들에게 인터넷을 통하여 독일어로 제공된 58분 이상의 방송을 하는 경우, 그러한 방송을 제공하는 자는 그로 인해 발생한 수익(turnover)을 기초로 산정하는 분담금을 납부해야만 했다. 넷플릭스 BV가 해당 독일 영화진흥법의 적용을 받는다면 넷플릭스는 독일

370) 유럽연합판결(THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION) 홈페이지, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=8DF6036330408521A982333A3977650F?text=&docid=202021&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1595160, (2021. 3. 15.자 검색).

371) 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 'Court of Justice'와 'General Court'로 구성된다. Court of Justice의 경우 회원국 각 급 법원에서 사전적(preliminary) 성격으로 발령되는 행동에 대한 처분 및 취소, 이의를 처리하고, General Court의 경우 회원국 내 개인, 회사, 정부가 규칙 및 이에 근거한 처분에 대한 처분 및 취소, 이의를 처리한다. General Court의 경우 우리나라와 비교할 때 실제 본안에 대한 심리가 이루어지는 제1심과 유사하다.

372) 넷플릭스 BV는 넷플릭스의 완전 자회사로서 2015년 1월 1일에 네덜란드에 설립되었고, 유럽경제구역(European Economic Area)에 속해있는 모든 국가 내 이용자에게 넷플릭스의 서비스를 제공하였다. 이용자들이 매달 구독료를 지급하면, 인터넷을 통하여 연결된 스크린을 통해 넷플릭스가 제공하는 텔레비전 프로그램과 영화에 대하여 접근할 수 있다.

정부에 독일어로 제공된 58분 이상의 방송으로 인해 발생한 수익을 기초로 산정한 분담금을 납부하여야 하는 상황이었다. 따라서 이 사건의 주된 쟁점은, 넷플릭스 BV가 독일 영화진흥법상 분담금 납부의 요건을 갖추었는지 여부였다. 이에 대해 넷플릭스 BV는 독일 소비자들에게 서비스를 하지만 넷플릭스 본사의 독일 내 관계회사가 아니라는 점을 근거로 유럽연합법원의 특유의 법리인 '소재지국 원칙(principle of the origin)'에 따라 넷플릭스 BV는 독일 영화진흥법의 적용대상이 아니라고 주장하였다. 위 사건의 쟁점은 세법상 고정사업장 쟁점과는 그다지 연관이 없지만,[373] 넷플릭스 BV가 독일 소비자를 대상으로 컨텐츠 제공을 서비스하면서 독일 내에 회사는 물론 메인서버도 두지 않았기 때문에 — 따라서 넷플릭스 BV가 독일 내에 고정사업장을 갖고 있지 않다 — 넷플릭스 BV의 주장과 같이 넷플릭스 BV가 독일이라는 소재지국에서 서비스를 하고 있지 않은 것으로 판단할 여지가 있었다. 즉 서비스를 제공하는 장소를 판단할 때 서비스 제공의 주체와 이용자 중 어느 쪽에 초점을 맞출 것인지의 문제였다고도 할 수 있다.

이에 대해 유럽연합법원은, 독일의 영화진흥법은 넷플릭스의 시설이 네덜란드에 있는지 혹은 독일 내에 넷플릭스 BV가 어떠한 시설을 보유하고 있는지 여부를 묻지 않고, 독일의 이용자들에게 VOD 또는 인터넷 기반 온라인 플랫폼을 통하여 디지털 콘텐츠에 접근하도록 하는 거래에 대해서 직접세가 아닌 간접세의 일종인 디지털세를 부담하도록 하는 내용이므로 넷플릭스 BV 역시 독일 영화진흥법에 따라 분담금 부담의무를 부담한다고 판단하였다.[374] 결국 이용자의 소재지를 기준으로 판단한 셈

373) 앞서 언급한 바와 같이, 이 사건의 주요 쟁점은 네덜란드에 소재한 넷플릭스 BV가 독일 영화진흥법상 분담금 납부의무를 부담하는지 여부였고, 유럽연합법원은 넷플릭스의 시설이 네덜란드에 있는지 아니면 독일 내에 있는지 혹은 독일에서 제공되는 독일 영화진흥법의 분담금 납부 대상이 되는 넷플릭스의 컨텐츠가 어디에 위치한 어떠한 시설을 통한 것인지 등에 관하여 묻지 않고 넷플릭스가 독일 영화진흥법상 분담금 납부의무를 부담한다고 결론내렸다. 즉 유랍연합법원은 넷플릭스 BV가 독일에서 고정사업장을 가지는지 여부에 관한 판단을 하지는 않은 것이다.

374) 이준봉, "균등화세의 도입을 통한 디지털 경제의 과세에 관한 연구", 『조세법연구』, 제26집 제1호, 한국세법학회, 2020, 323면 참조.

이다.

위 판결의 사안을 놓고 이전의 논의에 이어 가치창출 분석 절차가 현실 세계에 적용될 수 있는지, 적용된다면 그 효용성이 있는지를 살펴본다. 이때는 위 사안에 대해 현행 고정사업장 규칙에 따를 때의 결론을 검토하고 가치창출 분석에 따라 새로운 국제조세 규칙을 설정하는 것이 가능한지를 살펴볼 필요가 있다.

우선 넷플릭스 BV는 독일에 서버를 두고 있지 않았기 때문에 OECD 모델조세조약은 물론이고 서버를 고정사업장으로 인정하지 않는 EU나 미국의 규칙에 의하면, 넷플릭스는 독일 내에서 고정사업장을 두지 않은 것으로 판단된다.[375] 또한 넷플릭스가 독일에서 계약체결권이 있는 인력을 두지 않고, 설사 그러한 인력이 있다고 그 권한의 성격이 보조적, 예비적 권한에 그치거나 대리권의 상시 행사가 가능한 상태가 아닐 것이라서 종속대리인 고정사업장 규칙도 적용되지 않는다.[376] 결국 독일의 이용자가 넷플릭스 서비스를 이용하는 데에서 발생하는 소득에 독일이 과세하는 것이 불가능하다는 결론에 이르게 된다.

한편 가치창출 이론에 관한 논의의 연장선에서 살펴보자면, 미국에 있는 넷플릭스 본사는 네덜란드에 있는 넷플릭스 BV를 통하여 독일에서 넷플릭스의 플랫폼을 통하여 온라인으로 넷플릭스 콘텐츠를 제공한다.[377] 위 사건에서 넷플릭스 본사와 넷플릭스 BV 사이 구체적 업무수

375) 넷플릭스의 서비스 내용과 사업활동의 내용을 볼 때 독일 내 이용자들에게 서비스를 직접 제공하는 넷플릭스 BV가 네덜란드에 소재하고 있고 독일에서의 서비스 제공을 위해 필요한 메인서버 역시 네덜란드에 소재하고 있기 때문이다. 독일 내 넷플릭스의 서비스와 관련한 시설은 독일 이용자들의 가정에 있는 인터넷망이나 TV 연결선, 셋톱박스 정도이고, 이마저도 넷플릭스 서비스만을 위한 시설이라고 보기는 어려울 뿐 아니라 이러한 시설들은 네덜란드에서 메인서버를 통하여 송출되는 자료를 단순히 전달하는 역할만 할 뿐이라 넷플릭스의 서비스 중에서도 예비적이고 보조적 활동에 그친다고 보아야 한다. 즉 이러한 넷플릭스의 시설들은 현행 고정사업장 규칙상 고정사업장으로 인정되지 않는다.

376) OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 154면.

377) 넷플릭스는 미합중국 델러웨어주에 본사를 두고 있다. 넷플릭스는 주로 콘텐츠제작업자가 제작한 TV, 공연, 영상, 방송, 영화 등 콘텐츠를 넷플릭스가 운영하는 플랫폼을 통하여 TV 시청자들에게 제공하지만, 넷플릭스가 직접 제작한 콘텐츠를 자사 플랫폼을

행 내역을 확인할 수 없다. 하지만 기업 그룹의 본사로서 넷플릭스 본사는 전사적 차원에서 네트워크 촉진 및 계약관리, 네트워크 그 자체와 관련된 서비스 제공, 제반시설을 운영하는 가치네트워크 모델의 지원 활동을, 넷플릭스 BV는 넷플릭스 본사와의 서비스계약에 따라 넷플릭스 서비스의 재판매자 및 배급자로서 네트워크 촉진 및 계약 관리, 서비스 제공, 제반시설을 운영하는, 가치네트워크 모델의 본원적 활동을 한다고 평가할 수 있다.[378] 이때 넷플릭스 BV의 경우 독일 고객으로부터 지급받는 구독료가, 넷플릭스 본사의 경우 넷플릭스 서비스에 대한 독일의 접근권을 부여하는 대가로 넷플릭스 BV로부터 제공받는 수수료와 넷플릭스 BV를 비롯하여 관계회사와의 거래로부터 발생하는 이자, 배당 소득 등이 주요 수입원이 될 것이다.

이러한 가치창출 분석 절차에 따르면, 미국의 넷플릭스 본사와 네덜란드의 넷플릭스 BV 모두 본원적 활동 및 지원 활동을 통하여 독일이라는 시장에서 매출을 발생시키므로 미국, 네덜란드, 독일 모두가 가치창출의 장소가 될 수 있다. 적어도 독일의 과세가능성이 생긴다는 점에서는 기존 국제조세 규칙과 분명 차이가 생길 여지가 있다. 그러나 가치창출 절차는 여기에서 그치는 것이 아니라, 독일에서 창출한 가치에 대하여 미국의 넷플릭스, 네덜란드의 넷플릭스 BV, 그리고 독일 소비자들이 그 가치에 기여한 상대적인 정도를 측정하여 그에 따라 독일 내에서 발생한 소득에 대한 과세권을 나누어야 한다. 이때에는 필연적으로 독일 소비자

통하여 제공하기도 한다. 넷플릭스가, 제3자가 제작한 콘텐츠를 넷플릭스의 플랫폼을 통하여 콘텐츠를 제공하는 것은 시청자들에게 콘텐츠 제공을 중개하는 것이므로 이때 넷플릭스는 가치네트워크 모델에 해당하지만, 넷플릭스가 직접 제작한 콘텐츠를 넷플릭스 플랫폼을 통하여 시청자들에게 제공하는 서비스는 무형물을 제작하여 디지털화된 도구를 통하여 소비자에게 인도하는 형태의 가치사슬 모델에 해당할 것이다.

378) 넷플릭스서비시스코리아는 넷플릭스 BV와의 계약에 따라 서비스 수수료를 지급한다. 즉 넷플릭스서비시스코리아는 넷플릭스 BV에 비용을 지급하고 넷플릭스 서비스 접속 권한을 취득한 뒤 국내 가입자에게 해당 접속 권한을 재판매하고 있다. 위 감사보고서에 의하면, 넷플릭스서비시스코리아의 한국 내 스트리밍 서비스 수익은 398,802,371원인데, 매출원가를 구성하는 넷플릭스 서비스 수수료는 320,400,366원으로, 넷플릭스서비시스코리아는 매출 대부분인 80% 정도를 넷플릭스 BV에 서비스 수수료로 지급한다(넷플릭스서비시스코리아의 2021년 감사보고서 참조).

들이 어떠한 가치활동을 통하여 어느 정도의 '가치창출'에 기여하였는지 – 특히 기존 국제조세 규칙에서는 생소한 내용이다 – 도 측정하고 분석해야 한다.

이때, 이러한 분석을 위하여 넷플릭스 본사와 넷플릭스 BV의 활동, 또 독일 소비자의 활동을 어떠한 기준에 의하여 나누거나 합치거나 쪼갤 수는 있을지 검토해보면 그 기준의 설정부터 당연히 쉽지 않다. 독일 소비자의 활동이야 단순한 구독으로 결정짓는다고 하고, 경영학상 가치창출 이론에서처럼 위와 같이 다국적 기업의 가치활동들을 본원적 활동과 지원 활동으로 분류한다고 하더라도, 미국, 네덜란드, 독일에서 이루어지는 넷플릭스 본사와 넷플릭스 BV의 가치활동들을 본원적 활동과 지원 활동 이하의 세부적 활동들로 식별 및 분류하여 평가하는 과정에는 자의적 전제와 판단이 개입될 수밖에 없다. 이는 다국적 기업의 전체 가치에 각 가치활동들이 기여한 정도를 밝히는 것 역시 마찬가지이다. 이를 위하여 특정한 국가 내에서 그러한 세부적 활동별로 발생시킨 소득과 그 원천을 밝히는 것 역시 자의적이고 임의적인 '합치기와 나누기'의 결과일 뿐 법논리적 귀결이라고 할 수 없을 뿐 아니라 그렇기 때문에 논리적 검증의 대상도 되기 어렵다.

이 논의를 정리하여 보자. 가치창출 이론에서 말하는대로 넷플릭스 그룹에 대하여 가치창출 과정을 통하여 분석하는 작업이 아무런 의미가 없다고 말하기는 곤란하다. 다국적 기업이 특정한 지역에서 어떠한 활동을 하고 그것으로 어느 정도의 가치가 발생하는지 — 설사 그 과정이 법논리적 검증의 대상이 되기에 적합하지 않다고 하더라도 — 를 파악하여 특정 기업이 어떻게 경쟁우위를 점할 수 있는지 이해할 수 있기 때문이다.[379] 그러나 이러한 방식을 과세권에 관한 논의, 즉 국제조세 규칙에

379) 실제 2022년 최근까지도 경영학상 가치창출 이론과 관련된 논의를 이어가는 여러 연구 논문은 상당수 검색된다. 예컨대 Werner Reinartz, Nico Wiegand, Monika Imschloss, *"The impact of digital transformation on the retailing value chain, International Journal of Research in Marketing,",* Volume 36, Issue 3, 2019, 350면 참조. 이 논문에서는 가치창출의 5가지 요인(sources of value creation)을 파악하여 이를 분석하는 절차를 통해 '전통적(brick-and-mortar)' '교육 서비스 사업자(institutional retailers)'이 상당한 기간 우위

관한 논의에서 반영하는 것은 곤란한 문제가 된다. 특히 발생한 가치의 절대적 상대적 크기를 측정하는 것이 어렵고, 현실에서 이러한 측정 가능성을 제고하기 위한 인위적 규정들을 두기 시작하면 이를 악용하고 회피할 수 있는 가능성도 (현재의 국제조세 규칙에서와 마찬가지로) 생겨날 것이기 때문이다.

또 다른 한편으로 그렇기 때문에 이와 같이 모호한 이론에 근거하여 생겨난 새로운 국제조세 규칙은, 그러한 이론 체계가 지시하는 대로의 내용이라기보다는 그러한 논의를 주도하는 영향력 있는 나라들이 원하는 내용으로 형성되기 십상이다. 물론 법체계의 개편에 관한 논의에서 국제정세의 역학관계를 완전히 배제할 수 없다는 것이 현실이지만, 그래도 이론적으로 법체계를 이루는 구체적 국제조세 규칙에 대한 법논리적 검증이 가능하다는 점은 그러한 현실문제 이전에 그러한 체계에 참여하는 국가들 사이 전제된 최소한 합의의 '기준(threshhold)'이다. 즉 국제조세 논의에서 '가치창출 절차'의 분석이라는 것은 새로운 국제조세 규칙의 정립 과정에서 반드시 필요한 이론적 중립성을 담보할 수 없다.

나. 가치창출 모델간 유형 구별 실익에 대한 의문

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장은, 디지털 경제환경 속 새로운 사업모델은 전통적인 다국적 기업과 비교할 때 가치를 창출하는 방법에서 구별된다는 점에 주목한다. 따라서 디지털 경제환경 속 새로운 고정사업장 개념이나 이전가격 규칙을 정립하는 과정에서 이러한 가치창출의 방법에 따라 분류한 사업의 모델, 즉, '가치창출 모델'을 구별하여 그에 따라 달리 규율되도록 규칙을 정립할 필요가 있다는 취지의 주장도 있다.[380] 이러한 주장은, 가치사슬 모델이나 가치네트워크 모델, 가치샵

를 점했던 상황(supremacy)이 디지털화로 인하여 달라지게 되었음을 지적한다.

380) Isabella Cugusi, *"International Prospects for Taxation of the Digital Economy between 'Tax Law and New Economy' and 'Tax Law of the New Economy'"*, World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 20면.

모델별로 운영구조가 동일하지 않고 각각의 모델별로 특징이 있기 때문에 다국적 기업의 고정사업장 규칙의 회피 문제에 관한 유형별로 다른 해법 내지 다른 규칙이 도출될 필요가 있다는 점을 근거로 한다.

하지만 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서도 새로운 연계점으로 '디지털 투자', '단체 발명', '기계(인공지능 컴퓨터)', '플랫폼', '클라우드'[381], '소비자(user)', '커뮤니티(community)', '인력(personnels)의 소재지'[382][383], '적극 소비자(active customer)', '가치있는 데이터(valuable data)'[384], '최종 재화 및 서비스의 제공 장소'[385] 등을 제시하지만, 이러한 의견들 모두가 가치창출 모델별로 혹은 각각의 모델별로 가지는 특징에 따라 분류가 가능한 성질의 것인지는 의문이다. 예컨대 위와 같이 새로운 연계점 개념으로 제시하는 의견들 모두 그 결론에 이르기까지 '가치창출' 모델별로, 즉, 가치사슬이나 가치네트워크, 가치샵 모델에 따라 다른 유형적 분석을 거치는 것은 아니기 때문이다. 이상의 의견들은 오히려 가치창출 모델의 유형이나 특징과 상관없이 디지털 경제환경의 특징 중 특정 연구자가 파악한, 가치창출의 핵심적 요소를 새로운 연계점으로 활용할 수 있다고 단편적으로 의견을 제시한 것에 불과할 뿐 아닐까 하는 의심이 있다. 설사 가치창출 모델별로 구별할 유용성이 없다는 결론이

---

381) Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation",* University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3., 14면, 17면 참조

382) Isabella Cugusi, *"International Prospects for Taxation of the Digital Economy between 'Tax Law and New Economy' and 'Tax Law of the New Economy'",* World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10., 15면 이하 참조.

383) Clemens Fuest, "Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 95면 중 "(1) Where companies have fixed assets and employees including employees creating immaterial assets"

384) Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?",* Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018, 17-18면 참조.

385) Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perpspective",* 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 95면.

나온다고 하더라도 결론을 이끌어내는 과정에서 가치창출 모델별로 구별하여 분석하는 절차까지도 모두 무용하다고 단언할 수는 없다. 하지만 다국적 기업이 어떠한 모델로 분류되어 어떠한 기업활동에 따라 어떠한 수입을 발생시키는지에 따라 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙을 회피하기 위한 방법이 달라지는지는 분명하지 않고, 위와 같이 '새롭게' 제시되는 의견들 역시 다국적 기업의 고정사업장 회피 문제에 관한 유형별로 다른 해법 내지 다른 규칙을 전제하지는 않은 것으로 보인다는 점에서 가치창출 모델을 유형적으로 구별하는 것은 현재로서 큰 효용성이 없어 보인다.

또한 애초에 가치사슬 모델, 가치네트워크 모델, 가치샵 모델의 분류는 어떠한 논리적 근거에 기초한 것도 아니고 그것이 더 이상의 다른 가능성이 없는 궁극적인 분류가 될 수 있는 것도 아니므로(앞으로 또 새로운 사업 유형이 등장하는 것도 생각할 수 있다(이러한 분류를 다국적 기업의 조세회피 사례에 유형에 따라 적용하는 것은 한계가 있다. 이는 가치창출 이론이 새로운 국제조세 규칙에 활용될 수 있는 여러 가능성을 염두에 두고 다양하게 제시되는 정도의 초보적 단계에 머물러 있다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 최소한 현재 시점에서는 가치창출 모델에 따라 유형적으로 분류하고 이에 따라 가치창출 과정을 분석하는 절차가 현행 국제조세 규칙을 대체하여 새로운 국제조세 규칙의 정립에 반드시 필요하다고 말하기는 어려워 보인다.

2. 다국적 기업이 저지르는 조세회피 문제의 해결 방향과의 모순

가. 시장관할 강화와 가치창출 이론 사이의 연관성 부재

현실에서의 결과만 놓고 보자면, 어쨌거나 '새롭고도 공정한' 국제조세

체계를 주장하는 입장에서 가치창출 이론을 사용하였고 국가 간 어느 정도의 합의를 거쳐 '새로운' 국제조세 체계를 위한 방향으로 제시된 것 중 하나가 '시장관할의 강화'('필라' 1)이므로, 이 점은 가치창출 이론의 현실적 '성공' 내지 '결과'라 칭할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 결과 자체가 이론적 타당성을 갖는지는 별개의 문제이다.

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서는 기능분석 절차에서 고려해야 할 요소로, 시장관할의 강화와 관련되는 여러 개념들을 제시한다. 이러한 의견들은 '시장 = 가치창출의 장소'라는 점을 논리적으로 전제하여, 현재의 과세대상 이익분배 규칙이 기업의 공급 측면만 강조하고 있고, 기업의 가치를 발생시키는 데 역할을 하는 소비자들의 활동에 대해서 많은 고려를 하지 않기 때문에 이러한 '수요'와 관련된 요소를 현행 국제조세 규칙의 개편에 핵심적 요소로서 고려해야 한다는 생각에 기초한다.[386] 그러나 앞서 살펴본 바와 같이[387], '수요와 관련된 요소', 보다 가치창출 이론의 관점에서 표현하여 본다면, '수요적 측면의 가치'를 측정하여 이를 현실세계의 국제조세 규칙에 어떤 식으로든 반영한다는 것은 상당한 난제이다.

또한 위와 같은 의견들이 제시하는 '수요와 관련된 요소' 역시 반드시 '시장관할'에 관련되었다라고 단정짓기도 어려운 측면이 있다. 예컨대 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 새로운 국제조세 규칙에 반영할, 시장관할과 관련된 새로운 개념들로 제시하는 '핵심적 가치창출 요소'나 '중요한 인력 기능', '데이터'를 본다. 이러한 것들이 반드시 공급과는 전혀 관련이 없다고 말할 수는 없다. 무형자산, 특허, 기술 및 이에 대한 연구개발 활동과 같은 가치활동의 경우 오히려 공급을 대변하는 기업의 활동과 관련성이 크다고 볼 여지도 있다.[388] 또한 '커뮤니티'라는

386) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation",* Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1124면.

387) 이 글 중 '제5장 제1절 2. 가치 측정의 어려움' 참조.

388) 하나의 단순한 예로, 무형자산, 특허, 기술에 대한 연구개발의 경우 기업은 상당한 비용과 인력 그리고 시간을 사용하게 된다.

것 역시 인터넷, 정보통신기술과 같이 사회간접자본에 의하여 기업이 설치한 시설물 및 공공 서비스를 토대로 하여 형성되는 참여자들의 집단이라는 점에서 공급의 측면을 대변하는 기업과 완전히 유리된 것으로 볼 수는 없다. 덧붙여 일단 '가치'가 수요와 공급 양 쪽과 관련되면 당연히 그러한 가치에 대한 수요 측면과 공급 측면의 가치 사이의 기여도를 산정하는 것 역시 문제가 된다.

정리하면 가치창출 이론에 의한 '시장이 곧 가치창출의 장소'라고 단정지을 수 없다. 또한 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 제시하는 새로운 개념들 역시 반드시 공급 측면의 가치와는 단절된 채 수요 측면의 가치와 연관성을 지니는, '시장'에만 관련된 요소라고 단정할 수 없다. 수요 측면의 가치이든 아니면 수요와 공급 양 쪽 측면의 가치이든 어느 쪽이나 가치 측정의 문제가 남기 때문에 '시장 = 가치창출의 장소'라는 점을 전제하여 '수요'와 관련된 요소를 현행 국제조세 규칙 개정에 핵심적 요소로서 고려해야 한다는 주장 역시 현실세계에 적용가능한 구체화 된 논리로 받아들이기는 어려운 측면이 있다.

나. 최근의 논의의 흐름과 가치창출 이론

1) OECD의 '필라'에 관한 논의

OECD는 BEPS 프로젝트에서, OECD가 인식하고 해결하고자 하는 문제 상황은 다국적 기업의 인위적인 소득의 지역적 분할로 인하여 과세권이 충분히 행사되지 못하는 상황이라고 하며,[389] 그 해법으로 시장관할에 과세권을 강화하는 방안('필라' 1)과 각국의 세법과 상관없이[390] 작동하

389) 예컨대 OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, 2013, 제13면. Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 135-139면.

390) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges*

는 최저한세와 같은 제도를 신설하는 방안(‘필라’ 2)을 제시하였다.[391]

따라서 지금 시점에서 가치창출 이론이 OECD가 인식한 위 문제에 대한 해법으로서 새로운 국제조세 규칙의 정립에 어떠한 식으로든 여전히 역할을 할 수 있다고 평가하기 위해서는 가치창출 이론이 이러한 BPES 프로젝트의 방향성과 일치하는 대안을 도출하는 데 효용을 가지는지 살펴볼 필요가 있다.

하지만 위와 같이 ‘필라’ 1, 2에 따른, 최근의 국제조세 체계의 개편 방향이나 다른 국가의 국제조세 규칙에 관한 입법 방향을 살펴보면, 새로운 국제조세 규칙 마련을 위한 논의의 흐름은 ‘가치창출’과 상관없이 ‘무조건’ 일정 부분은 ‘시장’에 직접 과세권을 일부 부여하는 내용으로 전개되고 있는 듯 하다.

어쨌거나 현실의 결과만 놓고 보면 시장국가의 이익을 대변하는 입장에서는 ‘필라 1’의 기본 방향이 합의됨에 따라 ‘시장’에 직접 과세권을 일부 부여받았기 때문에 가치창출 이론을 가지고 소기의 목적을 달성했고, 가치창출 이론이 꽤 성공적인 ‘전략’이었다고 평가해 볼 여지도 있을 것이다. 그러나 특정한 진영의 이익과 상관없이 가치창출 이론 그 자체에 대한 이론적 타당성만 놓고 ‘필라’로 대표되는 최근의 국제조세 체계의 개편 방향을 평가하여 보면 ‘가치창출’이 어떠한 연관성을 가지고 새로운 국제조세 규칙에 어떤 식으로든 역할을 하였다고 평가하기는 어렵다.

2) 각국에서 검토하였던 새로운 연계점 개념

디지털 경제를 활용한 다국적 기업의 조세회피 문제에 대응하기 위하여 각 국가에서 여러 정책을 시행하고 있다.[392] 그리고 현행 고정사업장

Arising from the Digitalisation of the Economy」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 25면.

391) 한국경제연구원, “하반기 국제조세체계 개편, 기업 세부담 가중 우려 - 올해 10월, 「G20 재무장관회의」에서 최종 승인 예정”, 2021. 5. 4.자 보도자료, 2면.

개념을 대체할, 새로운 연계점 개념에 대해서도 '디지털 실재 요인(digital presence factors)[393]', '이격 과세대상 실재(remote taxable presence)'[394], '상당한 경제적 실재(significant economic presence)'[395][396][397]와 같은 다양한 의

392) ① '기존 고정사업장 요건에 대한 수정적 대체방안(alternative applications of the PE threshold)'을 적용하는 것, ② 원천징수(withholding tax)를 활용하는 것, ③ 일정한 디지털 서비스로부터 발생한 '매출액에 대하여 세금(turnover tax)'을 부과하는 방식을 채택하는 것, ④ '다국적 거대기업을 적용대상으로 하는 특정 과세체계(Specific regimes targeting large MNEs)'를 도입하는 것으로 나누어 볼 수 있다.

393) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 135면.

394) *Ibid.*, 18면.

395) 이러한 방안에 의할 때, 다국적 기업이 원천지국에 물리적 고정사업장을 두지 않더라도 일정한 요건 - EU 회원국을 원천지국으로 하여 연간 매출액이 700만유로를 초과하는 경우, 특정 EU 회원국에서 과세연도 내 이용자가 10만명을 초과하는 경우, 특정 EU 회원국에서 과세연도 내 디지털 기업이 이용자와 체결하는 디지털 서비스 관련 계약이 3천건을 초과한 경우) - 을 만족시키는 경우서비스 제공을 위한 '디지털 플랫폼'은 과세대상이 되는 '디지털 실재' 혹은 가상 고정사업장(virtual PE)로 간주되어 과세된다. 한편, 수익의 분배 기준과 관련하여서는 이용자의 데이트로부터 발생하는 가치(예컨대 광고 집행에 따른 수익), 이용자간 매개 내지 연계를 내용으로 하는 서비스로부터 발생하는 가치(예컨대 공유경제를 위한 온라인 시장 플랫폼), 기타 디지털 서비스로부터 발생하는 가치(예컨대 스트리밍 서비스의 구독료)를 고려하게 된다(European Commission, *"COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL – A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market, COM(2017) 547 Final"*, 2019. 9. 21., European Commussion, 9면)

396) 예컨대 이스라엘은 국내법상 원천의 결정을 위하여 이격의 비거주자 기업으로부터 이스라엘 국내 소비자들에게 제공되는 온라인 서비스의 경우 '중요한 경제적 실재'를 이스라엘 내에서 구성하는 경우 과세대상이 되는 사업장을 구성할 수 있다고 한다. 다만, 이중과세 배제 원칙상 온라인 서비스 공급자가 이스라엘과 이중과세 배제 조세조약을 체결하지 않은 국가의 거주자인 경우에만 이를 적용한다. 이때 경제적 실재 테스트는 이스라엘 내에서의 물리적 활동이 전혀 없는 경우라고 하더라도, 국외 기업과 이스라엘 소비자 간 상당량의 온라인 계약이 체결되는 경우(온라인 계약 체결), 국외 기업이 상당수의 이스라엘 소비자들이 사용하는 온라인 서비스 및 제품을 공급하는 경우(디지털 제품 및 서비스의 사용), 국외 기업이 이스라엘 시장을 목적으로 하여 히브루어로 서비스를 제공하거나 특정 지역 할인 및 특정 지역 대상 마케팅 활동, 혹은 지역 화폐 또는 지급결제수단을 제공하는 경우와 같이 이스라엘 내 지역화(localised)된 웹사이트를 사용하는 경우(지역화된 웹사이트), 국외 기업이 이스라엘에 위치한 이용자들의 온라인 활동과 밀접하게 연관성 있는 매출을 발생시키는 경우(다방향 비즈니스 모델)를 포함하여 광범하게 적용된다(OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 137면).

397) 예컨대 인도에서 새로운 연계점 개념은 국외 기업이 인도 내에서 기존의 물리적 고정사업장을 가지고 있는지 여부를 고려하지 않고, 인도에서의 원천 수익에 관하여 과세할 수 있는 새로운 근거가 된다. 인도의 경우 '국외 기업의 중요한 경제적 실재'라는 개념은 두 가지 구별되는 상황에서 특정될 수 있다고 하면서, 첫 번째로 국내 수입을 기준

견들이 제시된다. 이러한 의견들은 모두 물리적 실재가 계속적으로 존재하지 않더라도 과세가 이루어질 수 있도록 과세 연계점 개념을 새로 마련하자는 생각에서 국내법과 조세조약을 개정하거나 해석하는 방법으로 여러 개념을 제시한다.[398] 구체적으로 고정성과 항구성이 인정되지 않아 현행 규칙상 고정사업장으로 인정되지 않는, 온라인 가상공간 속의 '사업장'을 과세권 분배 기준이 되는 연계점으로 인정하기 위한 시도에서 여러 개념들이 제시된다.

그 외에 고정사업장 개념에 '서비스 고정사업장(Service PE)' 개념을 포함시키려는 의견도 제시된다.[399][400] '서비스 고정사업장'은 디지털 경제가 본격적으로 문제되기 이전부터 제시되었던 개념이지만, 최근에는 디지털 경제환경에서 고정사업장 개념의 확장을 위한 여러 의견 중 하나로 적극 고려되고 있다.

예컨대 UN 모델조세조약(제5조)이나 사우디아라비아가 도입한 '가상

으로 하는 경우와 두 번째로 국내 이용자의 수를 기준으로 하는 경우로 나누고 있다. 먼저 국내 수입 기준이란, 인도 국내에서 데이터 혹은 소프트웨어를 제공하는 것을 포함하여 비거주자에 의하여 수행되는 모든 재화, 서비스, 자산에 관한 거래 일체에 관하여 직전 과세연도를 기준으로 그러한 거래로부터 발생하는 지급총액이 일정한 금액을 초과하는 경우를 말하고, 다음으로 국내 이용자의 수 기준이란, 체계화되고 지속적인 사업활용에 대한 유인 혹은 그러한 일정 수 이상의 이용자들과의 상호작용(interactions)이 인도 내에서 디지털 수단을 통하여 발생하는 경우를 의미한다. 이 기준들은 납세의무자의 거주지가 어디인지를 묻지 않고 인도에서 직접세를 부담하게 되는 새로운 연계점이 될 수 있다. 두 가지 기준에 관하여 추가적인 입법설명은 나오지 않고 있으나, 이중과세 배제를 위한 조세조약과 국내법상 새로운 연계점 관련 테스트가 충돌하는 경우 조세조약이 우선함을 밝히고, 새로운 연계점 관련 테스트는 조세조약이 적용되지 않는 경우에 적용될 수 있음을 설명하고 있다(OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 138면).

398) 유현영, 홍민옥, "디지털경제 체제하의 소득세 과세 이슈와 시사점 : 최근 OECD와 EU의 논의를 중심으로", 재정포럼BRIEF, 통권 제69호, 한국조세재정연구원, 2018., 6면.

399) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 138면.

400) 양 당사자국이 합의한 조세조약에는 서비스 고정사업장(Service PE) 규칙을 두고 있는 경우가 있다. 예컨대 인도와 미국이 체결한 조세조약에는 서비스 고정사업장에 관한 규칙을 이미 두고 있으며, 인도 대법원이 2017년 판단한 E-funds corporation의 인도 자회사의 고정사업장 판단 사건(ADIT v. E-Funds IT Solution Inc2, SUPREME COURT OF INDIA CIVIL APPELLATE JURISDICTION, CIVIL APPEAL NO. 6082 OF 2015)에서 서비스 고정사업장 구성 여부가 판단된 바 있다.

서비스 사업장' 역시 서비스 고정사업장 개념에 해당하거나 그 일종이다. 구체적으로 UN 모델조세조약이나 OECD 모델조세조약은 다국적 기업이 종업원 또는 제3자를 통하여 한 서비스 공급활동이 어느 정도의 기간을 가지고 계속적으로 이루어졌는지 여부(OECD 모델조세조약은 365일 중 183일 이상, UN 모델조세조약은 12개월 중 총 6개월 이상)[401][402]에 따라 서비스 고정사업장의 존재 여부를 판단한다.[403] 반면 사우디아

401) OECD 모델조세조약상 독립적 인적용역은 183일 이상의 체류가 확인되면, 원천지국이 과세권을 갖게 된다(OECD 모델조세조약 제15조 제2항 b)). OECD 모델조세조약과 달리, UN 모델조약에서는 서비스 고정사업장을 구성할 수 있는 것으로 해석될 수 있는 조약 조항이 있다. UN 모델조세조약 제5조는 12개월 중 6개월 이상의 기간 동안 직원을 통하여 서비스를 공급하면 이를 고정사업장으로 인정하는 규칙을 두고 있고, 이 UN 모델조약의 적용을 하는 경우 물리적 사업장의 개념은 더 이상 현재와 같이 고정사업장 해당성 판단에 영향을 미치지 않는다고 견해를 표명한 국가들도 있다(조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 54면 참조).

402) UN 모델조약의 입안자들은 OECD 모델조세조약과 실질적으로 다른 것이 아니라 규칙을 명확화 한 것이라고 생각했으나, OECD 모델조약이 UN 모델조약의 내용과 동일하게 정하지 않았기 때문에 결국 양 모델조약간 중요한 차이가 되었다. 한편, UN 모델조세조약에서 정하고 있는 서비스 고정사업장의 개념은 미국과 인도 조세조약이나 영국과 남아프리카 공화국 조세조약 등 개별적인 조세조약에서도 발견된다(김해마중, "고정사업장 제도에 관한 연구 - 조세조약상 고정사업장의 기능과 요건, 전망에 관하여", 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2016., 210면).

403) 한편, 이러한 서비스 고정사업장과 물리적 고정사업장과의 관계, 즉 UN모델조세조약에서의 서비스 고정사업장 개념이 물리적 고정사업장이 인정되는 것을 전제로 한 개념인지 아니면 물리적 고정사업장과는 별개로 서비스 고정사업장이 인정되면 물리적 고정사업장이 성립되는지 여부는 불문하고 고정사업장이 성립하는지가 문제될 수 있는데, 남아프리카공화국과 미국 사이의 조세조약에 따라 서비스 고정사업장 규칙을 포함한 고정사업장 판단이 문제된 사건에서 남아프리카공화국 법원(AB LLC and BD Holdings LLC v SARS (13276) [2015] ZATC 2 (15 May 2015))이 남아프리카공화국 – 미국 조세조약상 서비스 고정사업장 규칙과 물리적 고정사업장 규칙 간의 관계를 밝힌 내용이 있다. 즉 남아프리카공화국 – 미국조세조약상 서비스 고정사업장 규칙은 제5조 제2항 (k)에서 정하고 있는데 이를 제외한 나머지 고정사업장 규칙은 OECD 모델조세조약의 고정사업장 규칙에 해당하는 제5조 제1항부터 제5조 제2항 (a)부터 (f)가지의 내용과 모두 일치한다. 해당 사건에서 과세관청은 고정사업장에 관한 조세조약 규칙인 제5조 제1항, 물리적 고정사업장 규칙을 충족한 이후에 제5조 제2항에 포함되어 있는 예시적 규정 중 하나인 서비스 고정사업장이 고정사업장으로 인정될 수 있다는 주장을 하였는데, OECD 모델조세조약 주석서에서 물리적 고정사업장 조항(제5조 제1항)과 그 예시로서 들고 있는 고정사업장 조항(제5조 제2항 (a)부터 (f)까지)의 관계에 대하여, 이러한 예시는 열거적 예시가 아니라, 하나의 일응 외견상(prima facie) 고정사업장을 구성하는 것으로 보이는 경우에 지나지 않으며, 만약 고정사업장에 관한 제5조 제1항의 요건을 충족하지 않지만 제5조 제2항의 예시에 포함되는 것으로 볼 수 있는 경우가 있다면 이를 주장하는 체약국에서 해당 항목이 제5조 제1항에 따른 고정사업장 요건을 충족하였음을 입증하여

라비아가 제시한 '가상 서비스 사업장'의 개념은 자문 용역, 콜센터 등과 같은 서비스업 일반에 대한 전반적 적용을 배제하지 않으면서도[404] 그 주요 적용 대상은 디지털 경제환경 속 다국적 기업이다.[405] 또한 UN 모델조세조약이나 OECD 모델조세조약과 달리 이들이 체결한 계약 그 자체의 '기간(183일 혹은 6개월)'만을 고려하는 것이 아니라 그러한 서비스 제공의 기간과 함께 사우디아라비아 내에서 서비스를 제공하는 자의 '활동 또는 서비스'의 내용을 살펴 '가상 서비스 사업장'의 인정 여부를 판단하게 된다. 보다 자세하게, UN모델조세조약이나 다른 조세조약에서 말하는 서비스 고정사업장의 경우 비거주자와 어떤 식으로든 연관을 가지는 거주지국 내에서의 인력 또는 계약인력, 전문가 등의 실재를 요구한다. 하지만 사우디아라비아에서 말하는 '가상 서비스 사업장'의 경우 이러한 인력 등의 실재는 전혀 필요하지 않고, 국경과 상관없이, 사우디아라비아 외에서 실재하는 인력이라고 하더라도 그러한 인력에 의해 수행되는 어떠한 활동 또는 서비스가 사우디아라비아 내 소비자에게 일정 기간 이상 제공된다면 되기만 한다면, 이때 그 인력은 사우디아라비아 내에서 '가상 서비스 사업장'을 구성할 수 있다. 실제 사우디아라비아 내에서 서비스 이행을 위한 인력이 아예 존재하지 않고, 존재하더라도 그 인력에 의한 서비스 이행이 전적으로 사우디아라비아 밖에서 이루어진다고 하더라도 그러한 인력이 수행하거나 제공하는 활동 또는 서비스의 내용에 따라 사우디아라비아 내에서 '가상 서비스 고정사업장'이 인정되는

야 한다고 기재된 주석서의 내용(OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21., 127면, 45문단)을 근거로 하였다. 이에 대하여 남아프리카공화국 법원은 이러한 OECD 모델조세조약 주석서의 내용에도 불구하고 문언상 남아프리카공화국 – 미국 조세조약 상 제5조 제2항 (k)에서 정하고 있는 서비스 고정사업장은 서비스 제공의 역할, 업무에 관한 것인 반면 제5조 제1항에서 정하고 있는 고정사업장의 요건은 사업장소에 관한 것으로서 그 결을 달리한다는 문언적 해석을 통하여 제5조 제2항 (k)에서 정한 서비스 고정사업장으로서의 요건이 충족되면 물리적 고정사업장의 요건이 추가적으로 입증될 것을 요하지 않는다고 결론을 내렸다.

404) 조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 54면.

405) Earnest Young, *"Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept – Executive Summary"*, Global Tax Alert(2015. 7. 30.), Earnest Young, 2015., 1-2면 참조.

결과에 이를 수 있게 된다.[406)]

이렇듯 새로운 연계점 개념으로 제시되는 것들이나 서비스 고정사업장 개념은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위하여 고정사업장 규칙의 개선방안으로 제안되는 것들로 그 목적에서는 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장과 같다고 보인다.

그러나 '이격과세대상 실재'이나 '상당한 경제적 실재', '가상 서비스 사업장'은 모두 개념상 '가치창출' 자체에 대한 어떠한 판단을 포함하지 않는다. '이격 과세대상 실재'나 '상당한 경제적 실재'의 경우 현행 고정사업장 규칙에서 요구하는 '물리적 고정성 및 항구성'의 요건을 완화하여 '인터넷'과 같이 물리적 고정성 및 항구성이 인정되다고 보기 어려운 경우 — 이격(remote)의 시설을 통하여 이루어지는 활동의 실재가 존재하는 장소' 혹은 '고정사업장으로 인정되는 시설, 도구 등이 없더라도 경제적 실재가 존재하는 장소'— 에 고정사업장을 인정할 수 있도록 하기 위하여 제시된 개념이다. '가상 서비스 사업장' 역시 결국 고정사업장으로 인정되는 시설, 도구 등이 없더라도 그 인력이 서비스를 위하는 수행하는 활동과 인력이 제공하는 서비스의 내용을 살펴 고정사업장 판단의 요소로 보자는 의견이라는 점에서 위와 같다.

결국 새로운 연계점 개념으로 제시되는 것들이나 서비스 고정사업장 개념에서 말하는 연계점 판단이라는 것은 '가치창출' 자체를 직접적으로 그 이론적 근거로 삼고 있지 않다. 이러한 점에서 여러 국가에서 검토하고 있던 새로운 연계점 개념들은 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장과는 논리적으로 연결된다고 보기 어려운 측면이 있다. 물론 이들 개념들은 대개 용역 제공에 해당하는 행위가 실제로 수행되는 장소나, 용역 제공의 상대방이 소재하는 장소에 과세권을 부여하기 위한 것이고, 지금껏 살펴본 대로 그러한 장소에서 가치가 창출된다는 것이 현실에서는 이러한 주장의 근거가 되어 왔다. 그러나 이러한 주장이 이론적인 차원에서 갖는 정합성에 의문이 있다는 점 역시 지금까지 줄곧 살펴본 대

406) *Ibid.*

로인 것이다.

3) 각국에서 검토하였던 ‘디지털세’

한편 디지털 서비스로부터 발생한 매출액 중 일부에 대한 세금을 다국적 기업에 부과하는 방식 역시 이른바 ‘디지털 소득세’ 내지 ‘디지털세’라는 이름으로 각국에서 검토되었다.

회원국 간 합의에는 실패하였지만[407)408)] 유럽연합에서 주장된 디지털세,[409)] 인도의 균등부담금(Equalisation Levy), 이탈리아의 디지털 거래 부담금(levy on digital transactions), 프랑스의 디지털 서비스세(taxe sur les services numériques),[410)411)412)] 헝가리의 광고세와 프랑스의 온라인·오프라

---

407) EU 집행위원회에는 위와 같이 온라인 광고, 디지털 중개활동, 데이터 전송 등에 대하여 3%의 세율로 과세하는 내용으로 임시적 조정안을 제시하였으나 프랑스와 독일은 공동 중재안을 통하여 온라인 광고에 대해서만 과세하되 시행시기를 21년으로 연기하는 내용의 조정안을 제시하였고 이 중 어떠한 조정안으로도 유럽회원국들의 합의에 이르지 못하였다. 이러한 가운데 프랑스와 영국 등은 개별적 입법을 통하여 디지털세를 도입하였다.

408) 박진아, “디지털세 도입관련 EU 동향”, KOTRA 해외시장뉴스(2019. 12. 24.자), 대한무역투자진흥공사, http://news.kotra.or.kr/user/globalBbs/kotranews/5/globalBbsDataView.do?setIdx=244&dataIdx=179407 (2020. 1. 31. 검색) 참조.

409) European Commission, *“Fair Taxation of the Digital Economy”*, European Commission 홈페이지 공개자료, https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en (2020. 9. 2. 검색).

410) 프랑스의 경우 2019년 7월 11일 프랑스 상원은 글로벌 IT 기업에 ‘디지털 서비스세’를 부과하는 법안을 최종적으로 통과시켰다. 해당 법안은 OECD 차원의 합의가 마련될 때까지 임시적으로 운영되는 법안인데 이에 따르면 매출액을 기준으로 대상 기업에 일률적으로 국내 매출액 대상 3%의 디지털세가 부과되며, 대상 기업은 약 30개 글로벌 IT 기업으로 예상된다. 전세계 및 프랑스 국내에서 디지털 사업 매출액이 각각 7억 5,000만 유로와 2,500만 유로를 초과한 기업으로 온라인에서 이루어지는 중개 수수료, 타깃 광고 및 데이터 판매에 따른 수익이 과세대상이며 전자상거래를 통한 상품 및 서비스 판매, 결제서비스 및 금융서비스는 과세대상에서 제외된다(오태현, “프랑스 디지털세 도입의 의미와 전망”, 세계경제 포커스, 대외경제정책연구원, 2019. 8. 21. 제1면)

411) 그러나 이러한 프랑스의 디지털 서비스세 법안은 그 시행이 1년간 유예되었는데, 이러한 프랑스의 디지털세 법안이 미국 소재 IT 기업에 대한 차별이 될 수 있어 통상적 보복조치를 취하겠다는 미국과의 갈등이 야기되면서 두 국가 간 협의 끝에 프랑스의 디지털세 시행과 미국의 보복조치 시행 모두를 중단하기에 합의한 것이다(김시소, “프랑스 디지털세 1년 유예, 연말까지 OECD 통해 해법 논의”, 전자신문 기사, 2020. 1. 21., 전자신문 https://m.etnews.com/20200121000110?obj=Tzo4OiJzdGRDbGFzcyI6Mjp7czo3OiJyZWZlcmVyIjtOO3M6Nz

인 오디오 비주얼 콘텐츠 유통 부담금(taxe sur la diffusion en vidéo physique et en ligne de contenus audiovisuels)이 여기에 해당된다.[413][414]

이러한 방안들 역시 그 내용상 과세권 분배를 결정하는 연계점과 상관없이 재화 및 서비스 공급의 종착지인 시장국가에 우선적으로 과세권을 주는 내용이다. 시장국가에서 가치창출 과정을 분석하거나 가치창출의 장소를 확정하는 절차 없이 시장국가에 직접적으로 과세권을 분배하거나 과세대상 이익 중 일부를 그러한 시장국가에 분배하는 것으로 그 내용상 가치창출 개념이나 가치창출 이론과 관련성이 있다고 보기 어려운 측면이 있다. '필라' 1에서 '초과이익'을 'Amoun A'로 하여 시장국가의 과세권 대상으로 삼는 것이 앞서 여러 국가에서 논의되었던 디지털세의 내용과 접점을 이루는 부분이 있고, 이러한 '필라'의 내용을 가치창출 이론의 '현실적 성공'으로 평가할 부분이 없는 것은 아니지만 이는 어디까지나 현실세계의 결과만 놓고 봤을 때 그러한 것이다. 시장관할의 강화와 '가치창출' 사이에 논리적 연관이 있다고 볼 수도 없지만 각국에서 논의하였던 디지털세 입법과 관련한 논의에서 '시장' 이외에 '가치창출'의 개념이나 가치창출 분석이 주요한 쟁점은 아니었다는 점에서 최근의 디지털세 논의와 가치창출 이론 사이 연관성을 인정하기에는 다소 무리가 따른다.

다. 가치창출 이론이 제시하는 법적 개념에 따른 과세대상 이익분배의 가능성 - 아마존닷컴에 대한 미국 조세법원 판결[415]

---

oiZm9yd2FyZCI7czoxMzoid2ViIHRvIG1vYmlsZSI7fQ%3D%3D (2020. 2. 1.검색))

412) 한편, 영국 역시 디지털세 법안이 발표된 상태이고 시행예정에 있는데, 그 내용은 프랑스의 디지털세 법안과 궤를 같이 한다. 영국은 연간 전 세계 매출액 5억 파운드 및 영국 내 매출액 2,500만 파운드를 넘는 대기업을 대상으로 영국 내 매출액에 대해 2%의 디지털세를 부과할 예정이나 역시 미국과의 무역마찰로 비화될 여지가 있다.

413) 이러한 방법은 기존 고정사업장 개념과 비교하여 볼 때, 재화 및 서비스 공급의 종착지에 초점을 두고, 서비스를 공급하는 자의 거주지국인지 혹은 거주지국의 국외인지를 묻지 않고 적용하도록 한다는 점에서 차이가 있다.

414) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 140면.

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장은 가치창출 분석 절차에 따르는 '새로운' 과세대상 이익분배 규칙을 제시하는데, 그러한 규칙의 내용은 이전가격 규칙 중 기능분석에서 자산, 위험, 기능 이외에 가치창출 개념을 반영한 다른 지표를 추가로 고려하자는 것이다. 이러한 의견은 현실 문제에서도 이러한 새로운 이익분배 규칙에 따라 '가치창출'에 부합하도록 이익을 분배하여 과세의 대상으로 삼는 것이 가능하다고 주장한다. 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는 새로운 이익분배 규칙이 현실적으로 적용 가능한 규칙으로 기능할 수 있는지 여부를 미국 조세법원에서 심리한 사건에서 살펴볼 수 있다.

미국 조세법원은 Amazon.com Inc.(이하 '아마존')과 아마존의 룩셈부르크 소재 자회사 Amazon Europe Holding Technologies SCS(이하 'AEHT') 사이 유럽에서의 서비스 제공을 위한 무형자산[416] 개발 과정에서 원가분담의 중도참여약정에 따라 AEHT가 아마존에 지급한 대가의 적정성과 아마존의 무형자산 개발비용으로 인정되는 범위가 쟁점[417]이 된 사건을 심리하였다. 구체적으로 미 국세청은, 아마존이 참여 이전에 보유한 무형자산의 가치가 과소 평가[418]되거나 혹은 AEHT가 무형자산에 대하여 한 기여가 과다 평가[419] 되거나 AEHT가 중도참여 이후 분담하는 무형자산 개발 비용이 과다산정[420][421] 되는 경우 아마존이 소재한 미국의 과세대

415) AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, PETITIONER v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, RESPONDENT Docket No. 31197-12. Filed March 23, 2017.

416) 아마존닷컴은 2005년 및 2006년의 사업연도 동안 일련의 거래를 통하여 AEHT에 (1) 아마존의 유럽 웹사이트, 주문센터(fulfillment centers) 기타 연관 사업활동의 수행을 위하여 필요한 소프트웨어 기타 기술, (2) 유럽 내 사업 관련 상표권, 상호, 도메인주소 등 마케팅 관련 무형자산, (3) 아마존닷컴의 유럽 고객 관련 명단 기타 정보, 이렇게 세 그룹의 무형자산을 이전하였다(*Ibid.,* 제112면).

417) 김동수, 권용환, "원가분담약정 중도참여대가에 관한 미국 법원의 최근 판례에 대한 소고", 『조세학술논집』, 제33집 제3호, 국제조세협회, 2017, 230면.

418) 이 경우에는 AEHT가 아마존닷컴에 지급하는 중도참여대가의 크기가 적어지고, 이는 아마존닷컴의 매출의 감소 요인이 되므로 미국의 세원이 줄어들게 된다.

419) 이 경우 기능분석에 의할 때 AEHT가 분담하는 기능 내지 감당하는 위험이 더 커지므로 상대적으로 AEHT가 아마존닷컴에 지급하게 되는 중도참여대가의 크기가 적어지고, 이는 아마존닷컴의 매출의 감소 요인이 되므로 미국의 세원이 줄어들게 된다.

상이 되는 소득이 줄어드는 상황을 문제삼았다.[422]

미국 조세법원은 중도참여대가에 따른 AEHT의 기여도를 판단하면서, AEHT의 분담금은 원가분담약정에 의하여 사용가능하게 된 기존 무형자산 가치를 시가(fair market)로 평가하고 그에 따라 참여대가를 결정하여야 한다고 판단했다. 또한 '원가분담약정 체결 전 개발된 무형자산에 한정하여 그 가치를 평가하고 중도참여대가를 산정해야 한다'는 미 재무부 규칙(Treasury Regulation) §1.482-7(g)(2)[423]에 따라, AEHT가 중도참여약정에 따라 지급한 지급금의 정상가격 산정을 위하여 아마존이 주장한 대로 '비교가능 제3자 가격법(comparable uncontrolled transaction)'을 적용하였다.[424] 아마존과 미 국세청 모두 똑같이 '공정한 시가 평가 원칙'을 적용

---

420) AEHT의 기여가 과다하게 산정되는 경우와 마찬가지로, 이 경우 AEHT에 기여도 산정에서 분배되는 비용이 더 커지게 되므로 상대적으로 AEHT가 아마존닷컴에 지급하게 되는 중도참여대가의 크기가 적어지고, 이는 아마존닷컴의 매출의 감소 요인이 되므로 미국의 세원이 줄어들게 된다.

421) 상술한 바와 같이 위 사건 중 정상 원가분담액 산정과정에서 무형자산 개발 영역과 관련하여 발생하는 모든 비용 인식에 관하여, 아마존그룹은 개발관련 비용은 합리적 기준에 따라 무형자산의 개발 단계와 기타의 단계 혹은 영업활동 영역을 구별하여 비용을 분배해야 한다는 주장을 한 반면, 미 국세청은 한 가지 주요 상위 코스트센터에서 발생한 비용 100%을 무형자산 개발 비용에 분배해야 한다고 주장하였는데 만약 미 국세청의 주장에 의하면, 2005년과 2006년에 AEHT가 아마존닷컴에 대하여 분담하는 원가분담액은 상대적으로 2,300만 달러에서 10억 9천 9백만 달러로 증가하는 결과가 되었다.

422) 무형자산의 가치 평가 방법에 관하여 미 국세청은 현금흐름할인법을 적용하여 유럽지역 내 사업에서의 현금흐름에 따라 사전지급약정의 적정범위를 36억 달러, 추후 조정하여 34.6억달러로 결정하였다. 아마존닷컴은 미 국세청이 적용한 현금흐름할인법의 경우 무형자산의 사용연한을 영구적으로 전제하여 적용하는 바람에 사전지급약정의 정상범위가 증가되는 방향으로 왜곡되었다고 주장하며, AEHT가 원가분담약정에 참여하기 이전부터 기존에 존재하였던 무형자산의 가치를 정당하게 평가하기 위해서 이전된 개별 자산 그룹은 개별적으로 분리하여 비교가능 제3자 가격법이 적용되어야 한다고 주장하였다.

423) 원문은 아래와 같다.

(g) Supplemental guidance on methods applicable to PCTs－(2) Best method analysis applicable for evaluation of a PCT pursuant to a CSA－ (i) In general. Each method must be applied in accordance with the provisions of §1.482-1, including the best method rule of §1.482-1(c), the comparability analysis of §1.482-1(d), and the arm's length range of §1.482-1(e), except as those provisions are modified in this paragraph (g).

(ii) Consistency with upfront contractual terms and risk allocation－the investor model－

424) 다만 항소심 소송과정에서는 제1심에서 아마존과 미국세청은 원가분담약정이 도입되기 전 아마존그룹이 보유한 기존 무형자산의 가치평가 방법을 다투었다. 아마존그룹은 웹사이트 기술, 상표, 고객정보 등 원가분담약정에 따라서 유럽지역 지주회사에 이전된 무형자산에 한정하고 이 무형자산을 개별적으로 합하여 평가하여야 한다고 주장한 반면, 미 국세청은 아마존그룹 내 유럽지역 전체 사업 가치를 평가하여 기존의 존재하였

하였지만 양 측에서 주장하는, ‘AEHT가 아마존에 지급한 원가분담약정에 따른 지급액의 정상범주’는 각 2억 2,500만 달러와 36억 달러로 18배 가까운 차이가 발생하였다. 미국 조세법원은 문제가 된 개별 무형자산별로 중도참여약정에 따른 지급금 계산을 위하여 필요한 변수에 대해서만 판단하였을 뿐 구체적 지급금을 산정하지는 않았지만, 이러한 변수에 대한 판단 과정은 대체적으로 아마존의 주장을 받아들인 것이었다.[425)]

가치창출 이론의 관점에서 위 사건을 검토하자면, 위 사건에서 AEHT의 기여도 산정을 위한 기능분석 절차에서 자산, 위험, 기능 이외에 가치창출 개념을 반영한 다른 지표를 추가로 고려하는 것이 AEHT의 중도참여대가의 산정 과정에서 유의미한 결과를 가져오는지를, 현행 규칙을 적용한 결과와 비교하여 분석할 필요가 있다. 특히 기능분석에 가치창출 개념을 반영하는 과정 또는 그 결과가 현행 이전가격세제에 내재된, “정상가격에 따른 비교대상거래는 가정적 거래로 법학논증을 통하여 유의미한 정상가격은 산정될 수 없고, 단지 쟁점거래와 비교대상거래 사이의 거래조건 차이가 거래가격에 미칠 영향을 조정하는 방법에 따라 정상가격의 ‘범주’를 일정한 절차나 방식에 따라 이끌어내는 것에 불과하다.”는

던 무형자산을 제외하여야 한다고 주장하였다. 개별적 평가대상 무형자산을 합하여 이를 평가대상으로 해야 한다는 주장과 전체 사업가치에서 기존에 존재한 무형자산을 공제한 나머지를 평가대상으로 해야 한다는 주장이 대립하였다. 후자의 방법을 주장하는 미 국세청은, 무형자산의 계산은 필연적으로 영업활동 그 자체로부터 분리할 수 없고 분리하기 적절하지 않지만 가치에 기여하는 것이 확실한 모든 요소들, 예컨대 피고용자들의 업무경험, 학력, 교육의 가치(“workforce in place”라고 알려져 있는), 기업계속 가치, 영업적 평판 기타 영업 고유의 기여요소 및 기대(당사자들이 이 사건에서 “growth options”이라고 칭하는 것들) 등 역시 평가대상에 포함되어야 한다는 점을 근거로 했다. 이에 대하여 항소심 법원은, 쟁점은 무형자산의 법적정의에 따를 때 가치 산정을 위한 평가대상이 되는 무형자산의 범주에 “잔여 영업 자산(residual-business asset)”이라고 일컫는 모호한 부분(예컨대 아마존의 혁신적 기업문화, 아마존의 업무환경의 가치, 계속기업가치, 영업적 평판, 성장 가능성 등)까지 포함되는지 여부라고 하면서, 규정의 입법사를 살펴볼 때 무형자산은 독립적으로 이전가능한 자산에 한정되므로 무형자산의 법적정의에는 그러한 잔여 영업 자산은 포함되지 않는다고 판단하였다(AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, PETITIONER-Appelle v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, RESPONDENT-Appellant Docket No. 31197-12., No. 17-72922., Filed August 16, 2019., 6면, 28-30면 참조).

425) 김동수, 권용환, “원가분담약정 중도참여대가에 관한 미국 법원의 최근 판례에 대한 소고”, 『조세학술논집』, 제33집 제3호, 국제조세협회, 2017, 227-230면 참조.

독립기업 원칙의 한계를 극복할 수 있는지 검토가 필요하다.[426][427]

현행 이전가격 규칙에 의할 때 AEHT의 중도참여대가의 적정성은 우선 무형자산의 가치평가를 통하여 AEHT의 기대편익을 산정하고, AEHT의 기대편익에 대한 기여도를 산정하는 절차에 따르게 된다. 기여도의 가치는 독립기업의 원칙에 따라 확정되고 평가되는데, 개별 참여자들의 상대적 기여가치는 기대편익에 따른 상대적 몫에 비례하여야 하고 보상 역시 이러한 비례와 일관성 있게 이루어져야 한다.[428]

한편, 가치사슬 모델로 분류되는[429] 아마존은 기업 그룹 전체의 전사적 차원에서의 의사결정과 함께 지역 단위에서 고객에게 재화 및 서비스를 제공할 수 있도록 인적자원 관리, 기술개발 및 사내 제반시설 구축 등의 지원 활동을 수행하고, AEHT는 유럽시장에서 아마존닷컴의 웹사이트를 통하여 이루어지는 주문에 관한 처리, 주문에 따른 국내 및 해외 운송과 운영, 마케팅, 판매활동 등의 본원적 활동을 한다. AEHT의 주요 수입원은 유럽시장에서의 고객에게 판매하여 단위제품마다 발생시킨 부

---

426) 이창희, "이전가격세제에 따른 정상가격 산출방법은 정상인가?", 『조세학술논집』, 제35집 제3호, 한국국제조세협회, 2019, 39면.

427) 대법원 역시 "…국외의 특수관계자와의 거래와 동종의재화또는 용역에 관한 거래로서 거래조건ㆍ거래수량 등 제반조건이 유사하여 비교가능성 있는 독립된 사업자간 거래의 가격이 신뢰할 만한 수치로서 여러 개 존재하여 "정상가격의 범위"를 구성하는 경우, 국외의 특수관계자와의 이전가격이 그 정상가격의 범위 내에 들어 있다면 부당행위계산부인대상에 해당한다고 볼 수 없을 것이다…"라고 하여 정상가격은 '범위로써' 존재하는 것을 인정하고있다. 무형자산의 경우 정상가격이 하나의 절대가격으로 존재하는 것이 아니라 일정한 범위로써 존재할 수 있다는 것은 우리나라뿐만 아니라 다른 나라에서도 일반적으로 인정되고 있는 사항이다(마영민, "그룹사간 무형자산 이전에 관한 과세문제", 『조세학술논집』, 제23집 제1호, 한국국제조세협회, 2007, 80면).

428) OECD, *『OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations』*, 2017, OECD Publishing, Paris, 354-355면.

429) 이하의 논의를 위하여 아마존을 가치사슬 모델로 분류한 것은, 아마존이 스스로 직접 재고의 위험을 안고, 확보한 재화와 서비스를 웹사이트를 통하여 판매하여 거둔 수익이, 웹사이트를 통하여 특정 지역에서 재화 및 서비스를 제공하고자 하는 지역 판매자와 재화 및 서비스를 제공받고자 하는 지역 소비자를 연결하여 그들 사이 거래를 중개하는 방법에 따른 수익에 비하여 높기 때문이다. 2019년부터 2020년까지, 아마존이 온라인을 통한 전자상거래(Online stores)에서 발생시킨 수익(net-sales)은 1,630억달러, 제3자간 거래(Third-party selling services)에서 발생시킨 수익은 630억 달러이다(비주얼캐피털리스트(visualcapitalist) 웹페이지, https://www.visualcapitalist.com/amazon-revenue-model-2020/, 2021. 8. 13.자 검색).

가가치의 총합이 되고, 아마존의 주요 수입원은 유럽시장에서 발생하는 매출에 관하여 AEHT에게 영업활동을 위한 웹사이트 등 제반시설에 대한 접근권을 부여하는 대가로 AEHT로부터 제공받는 대가나 관계회사와의 거래로부터 발생하는 이자, 배당 소득 등이 될 것이다.

가치창출 개념에 내재된 불명확성과 디지털 경제의 특징으로 인하여 무형자산의 가치평가가 어렵다는 한계가 있지만,[430] 기능분석에 가치창출을 반영한 지표를 활용하는 것, 예컨대 '핵심적 가치창출 요소'나 '중요한 인력 기능', '데이터' 등과 같은 요소를 기능분석에서 자산, 위험, 기능과 같이 분석하는 것이 실제 위 사안에서 가능하고 또 문제의 해결에 도움이 되는가? 이러한 관점에서 검토하여 보면, 가치창출 분석 절차에 따라 아마존과 AEHT의 활동을 위와 같이 지원 활동과 본원적 활동을 나누어 검토하는 것, 혹은 아마존과 AEHT의 주요 혹은 보조적 수입원을

---

430) OECD, 『*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, 2017, OECD Publishing, Paris, 259-260면. 위와 같은 어려운 점에도 불구하고 OECD 이전가격지침은 무형자산의 거래와 관련한 거래 분석은 다음 순서에 따라 이루어져야 한다고 한다.

ⅰ) 사용되거나 이전거래대상이 된 무형자산과 해당 무형자산의 개발, 개선, 유지, 보호, 활용과 곤계된 구체적이고 경제적으로 중요한 위험을 확정(identify)할 것

ⅱ) 관련 약정서, 라이센스 약정 기타 관계 계약을 포함한 법률적 계약의 조건과 내용에 기초하여 무형자산의 법률적 소유권에 특히 유의하여 모든 계약의 내용과 관계회사 사이에 계약상 위험부담에 관한 내용을 포함하여 법률적 소유권, 계약상 권리 및 의무의 내용을 밝힐 것

ⅲ) 기능분석을 통하여 무형자산의 개발, 개선, 유지, 보호 및 사용과 관련하여 당사자들이 수행한 기능(OECD 이전가격지침 제6.56문단에 기술된 중요한 기능을 특히 포함하여), 사용한 자산 및 위험부담과 특히 어떠한 당사자들이 외부에 위탁한(outsourced) 기능, 구체적이고도 경제적으로 상당한 위험을 통제하였는지를 밝힐 것

ⅳ) 계약서 상의 조건과 당사자들의 실제 이행이 일치하는지 확인하고, OECD 이전가격지침 제1.60문단상 경제적으로 중요한 위험을 누가 부담하고, 위험을 통제하였으며, 해당 무형자산의 개발, 개선, 유지, 보호 및 사용에 관계된 위험을 인수할 만한 재정적 능력을 누가 갖추었는지 확인할 것

ⅴ) 실제 무형자산의 법률적 소유권 관계, 기타 유관 등록서, 계약, 당사자들의 기능, 자산 및 위험에 대한 기여를 포함한 당사자들의 행동에 비추어 볼 때 무형자산의 개발, 개선, 유지, 보호 및 사용과 관계된 특수관계자 간 거래를 도식화하되 ChapterⅠ, Section D.1.2.1.에 따른 분석 및 위험 부담을 고려할 것

vi) Chapter Ⅰ의 Secion D.2.가 적용되지 않는 가운데 가능한 경우라면, 개별 당사자들이 수행한 기능, 사용한 자산, 인수한 위험에 대한 기여와 일치하는 방향으로 해당거래에서 독립기업의 원칙을 적용할 것

분석한다고 하더라도 이를 가지고 '핵심적 가치창출 요소'나 '중요한 인력 기능' 혹은 '데이터' 등을 기능, 위험, 자산과 같은 정도로 기능분석에서 다시 고려하는 것이 가능한지 의문이다.

또한 위와 같은 방식으로 기능분석을 거치더라도 그 분석의 결과가 기존 이전가격 규칙에 따라 기능, 위험, 자산에 대한 분석을 하는 것과 다른 결과를 가져온다고 단정할 수도 없을 것이다. 특히 다국적 기업의 이전가격거래의 발생 원인은 다양하지만 주요 사업을 구성하는 기업 그룹이 '가치창출'을 위하여 종합적인 사업 전략을 세우고 특수관계자의 지위에 있는 관계회사를 활용하여 사업활동을 전개하는 것이 최근의 주요한 문제인식이다. 그룹 차원에서의 종합적인 사업 전략의 최적화된 수행을 위하여 다국적기업 그룹 내부에서 이전가격거래는 활발하게 일어날 수 있으며, 그러한 기업 그룹 내부 이전가격거래는 다국적기업 그룹의 국제적 가치사슬 구조 내의 본원적 활동이 될 수도 반대로 지원 활동이 될 수 있다는 점[431]을 볼 때 반드시 주요활동에 더 '높은' 가치기여가 있다거나 보조활동에 더 '낮은' 가치기여가 있다고 단정할 수도 없다.

결국 기능분석에 가치창출 개념을 반영한 새로운 지표를 활용한 새로운 규칙을 현실 문제에 적용한다고 할 때, 가치창출 분석에 따라 새로운 요소를 포함하여 기능분석을 수행하는 것이 현행 국제조세 규칙에 따른 기능분석에 비하여 큰 효용성을 가진다고 평가하기는 어려워 보인다. 오히려 새롭게 활용하는 지표들 — 예컨대 '핵심적 가치창출 요소'나 '중요한 인력 기능', '데이터' — 조차도 현실의 사실관계에서 적용될 수 있을 만큼 구체화 된 개념이 아니기 때문에 AEHT와 같은 중도참여자의 기대편익에 대한 기여도 산정의 과정 및 결과에서, 이러한 지표들을 포함하여 기능분석을 거치는 것이 현행 이전가격 규칙에 따라 자산, 기능, 위험만 가지고 기능분석을 거치는 것과 유의미하게 다른 변화를 발생시킨다고도 보기는 어려운 측면이 있다. 설사 다른 결과를 발생시키더라도 그

431) 김태형, "다국적기업 그룹 내부 용역거래에 적용되는 이전가격 과세제도에 관한 연구", 『조세학술논집』, 제35집 제4호, 한국국제조세협회, 2019, 39면 참조.

것이 더 나은 결과인지를 판단할 기준도 분명하지 않다. 요컨대 '가치창출' 개념이 가지는 모호함과 당장은 '가치창출'이 확정적 의미를 가지고 사용될 수 없는 현실적 상황까지 합쳐서 생각하면 '가치창출' 개념을 반영한 '새로운' 기능분석이 이전의 기능분석에 비하여 이론적으로나 현실적으로나 더 나은 결과를 이끌 수 있다는 확신은 가질 수 없다.

라. '새로운' 대안이 될 수 없는 가치창출 이론

아래에서 살펴보는 바와 같이 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙의 연혁을 볼 때, 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는, '새로운' 연계점 개념이나 '새로운' 이전가격 규칙의 내용은 새로운 것이 아니고 오랫동안 있어왔던 문제 — 고정사업장 규칙에 관하여 고정사업장 개념을 폐기할 것인지 아니면 유지할 것인지, 이전가격 규칙에 관하여 독립기업의 원칙을 유지할 것인지 아니면 폐기할 것인지 — 에 관하여 한 쪽의 입장 — 고정사업장 개념을 폐기하자는 입장과 독립기업의 원칙을 폐기하자는 입장 — 에서 제시된 여러 근거를 달리 표현한 것에 지나지 않는다.

1) 고정사업장 규칙에 관한 연혁적 고려와 가치창출 이론

1977년 OECD 모델조세조약에 도입된 고정사업장 규칙은, 국가 간 이중과세를 방지하고 사업소득에 대한 원천지국의 과세를 제한하기 위한 것이다. 이 고정사업장 개념은, 국제연맹(League of Nations)이 1923년 제1차 세계대전 이후 국제거래에 개입된 국가 간 과세권 충돌을 해결하기 위하여 제시한 '경제적 연관성(economic allegiance)'[432] 개념을 시초로 한

432) 경제적 연관성은 체약국 간 과세관할권 충돌을 방지하기 위한 객관적 연계점으로, 거주국 과세기준과 원천국 과세기준 사이에서 납세의무자의 경제적 이해관계(economic interests)가 어느 국가에 존재하는지 확인하여 판단한다. 이때 경제적 이해관계는, 부의

다.[433]

이후 OECD가 국제연맹의 작업을 이어 1963년 모델조세조약 초안에서 한 기업의 고정사업장이 위치한 국가만 그 기업 소득에 대한 원천지국 과세를 할 수 있다는 원칙을 채택하였다.[434] 그러나 위 모델조세조약에 따라 과세권이 축소되면서 불이익을 받은 자본수입국들은 불만을 가지고 있었고, 이러한 상황을 반영하여 UN은 1980년 UN 모델조세조약과 주석서를, 라틴아메리카 자유무역기구(Latin American Free Trade Association)는 1971년 회원 국가들과 '안데스 지역의 국가들 사이 이중과세방지를 위한 모델조약(Convention for the Avoidance of Double Taxation within the Andean Group)'을 발표하였는데, 이는 OECD 모델조세조약과 달리 원천지국의 과세권을 강화하는 고정사업장 규칙을 제안한 것이었다.[435][436]

한편 최근 OECD는 고정사업장 규칙의 적용을 다국적 기업이 인위적으로 회피하여 시장관할의 과세권이 약화되는 문제를 지적하며 고정사업장 개념의 확대를 시도한다.[437] 계약체결권 없는 대리인에 대해서도 종

취득장소, 부의 소재장소, 부에 대한 권리의 행사 가능성, 주거지와 주소지 등의 요소를 기준으로 하여 판단한다(이상엽, 박수진, 유현영, 이형민, 조승수, "우리나라의 조세조약 체결 현황 분석 및 정책적 시사점", 한국조세재정연구원, 세법연구센터, 2017. 3., 69면 참조).

433) 안창남, "외국기업의 납세자 권리남용 방지에 관한 연구", 『조세학술논집』, 제30집 제1호, 한국국제조세협회, 2014, 2면.

434) 이상엽, 박수진, 유현영, 이형민, 조승수, "우리나라의 조세조약 체결 현황 분석 및 정책적 시사점", 한국조세재정연구원, 세법연구센터, 2017. 3., 68-69면 참조.

435) 1980년 UN 모델조세조약 당시 전문가 그룹 사이에서는 단순한 재화의 구입행위가 고정사업장이 있는 장소의 국가에서 과세할 수 있는 근거 조항("No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise")을 고정사업장 조항(제7조)에 포함시킬지 여부에 관하여 합의가 이루어지지 않았다. 선진국(developed countries)은 대체적으로 이러한 조항을 수정없이 모델조세조약에 포함시키는 데 찬성하는 입장이었지만, 개발도상국들 사이에서는 입장이 나뉘었다. 위 조항은 1980년 UN 모델조세조약에 포함된 이후 2010년 UN 모델조세조약 개정작업 과정에서 삭제되었다(United Nations, 『*Model double taxation convention between developed and developing countries*』, Department of Economic and Social Affairs, UN, New York, 2017, 214면).

436) 김해마중, "고정사업장 제도에 관한 연구 - 조세조약상 고정사업장의 기능과 요건, 전망에 관하여", 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2016., 30-32면 참조.

437) OECD, 「*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*」, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, 19면 참조.

속대리인으로 보거나 예비적·보조적 행위의 범위를 축소하고, 예비적·보조적 행위에 대한 판단에서 특수관계 기업들 간의 거래를 구성하는 개별 활동들 모두를 합쳐 고려하는 것 등이 이러한 시도에 해당한다.[438]

이러한 고정사업장 개념의 변천을 보면, 그 시초라고 할 수 있는 경제적 연관성 개념은 가치창출 이론상 '가치'와 전혀 관련이 없다고 단정할 수는 없다. 하지만 애초에 고정사업장 개념 자체가 이중과세를 배제하기 위한 목적에서 시작되었고 그 후에 고정사업장의 범위를 축소하거나 확대하는 입장 차이는 자본수입국과 자본수출국 사이의 이해관계에서 비롯된 것이다. 그리고 이러한 자본수입국과 자본수출국 사이의 입장 차이는, 최근 디지털 경제환경에 따른 다국적 기업의 조세회피라는 문제에서 시장국가와 (기업의) 본거지 국가 사이 세수 싸움에서 비롯된 입장 차이와 같다. 그렇다고 한다면, 가치창출 이론 그 자체나 가치창출 이론이 제시하는 '새로운' 고정사업장 규칙 역시 약 100여년 간 이어져 온 '같은' 문제에 대한 한 쪽의 입장을 대변한 것일 뿐 이전에 없던 완전히 '새로운' 해법이나 규칙이라고 말하기는 어렵게 된다.

2) 이전가격세제의 연혁적 고려와 가치창출 이론

이전가격세제는 20세기 초 미국세법[439]의 독립기업의 원칙을 바탕으로 한 규칙[440]으로 국제연맹의 1935년 모델조세조약 초안에 '독립기업간 거

438) 김해마중, "고정사업장 제도에 관한 연구 - 조세조약상 고정사업장의 기능과 요건, 전망에 관하여", 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2016., 34면.

439) 미국법은 1926년부터 현행 미국세법 제482조에 해당하는 부당행위계산 부인제도를 두고 있었고, 1928년부터 "둘 이상의 사업(회사이든 아니든, 미국에서 설립한 것이든 아니든, 특수관계가 있든 없든 이를 불문한다)을 같은 이해관계자가 직접 간접으로 소유하거나 통제하는 경우로, 조세회피를 막거나 그런 사업의 소득을 제대로 반영하기 위해 총수입금액이나 필요경비를 분배, 안분 또는 할당하는 것이 필요하다고 결정한다면 국세청장은 그런 분배, 안분 또는 할당을 할 수 있다."고 정하여 1954년까지 규정하였다(이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 459면).

440) *Ibid.*, 458면.

래와 다른 조건의 거래라면 계산을 부인하고 정상적으로 생겼을 소득으로 과세한다'는 내용이 그 시작이다.[441] 오늘날 OECD 이전가격지침의 모태가 된, 1979년 OECD의 '이전가격세제와 다국적 기업(OECD Report Transfer Pricing and Multinational Enterprises)'[442]에서도 위 미국세법의 내용과 마찬가지로 비교가능한 거래에서의 실제 가격을 바탕으로 한 '정상가격'을 산정함을 원칙으로 하고, 비교가능한 거래가 없는 경우 재판매가격법, 원가가산법을 차례로 적용하기로 하였다.[443]

한편 미국은 1980년대부터 독립기업의 원칙을 정한 미국세법으로 인하여 외국에서 미국 기업에 투자하는 경우 미국에서 그 외국기업에 대한 과세가 충분히 이루어질 수 없다는 지적에 따라 1986년 수퍼로얄티(super royalty) 조항을 신설하였다. 이 조항에 따라 연구개발의 성과로 얻는 초과이윤은 연구개발이 이루어지는 미국에서 과세될 수 있게 되었다.[444] 정상가격의 산정 방법도, 미국 정부가 당해 납세의무자의 소득과 다른 기업의 소득을 비교하여 정한 방법 중에서 납세의무자가 선택하는 최적방법(best method rule)에 따르도록 하고, 거래 상대방의 소득을 고려하지 않는 독립기업의 원칙에 집착하지 않고, 단일기업과세 방식과 같게 특수관계자의 소득을 모두 합한 금액의 일부를 납세의무자의 소득으로 삼는 이익분할법을 신설하였다.[445]

독립기업의 원칙의 시초가 된 미국세법이, 독립기업의 원칙을 약화시키는 방향으로 개정되자 OECD는 1979년 보고서를 개정하여 1995년 '다

---

441) *Ibid.*, 459면 참조.

442) 법무법인 율촌, "우리나라의 이전가격 과세제도 정비방안(최종보고서)", 2010. 3. 20, 32면 참조.

443) 이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 466면 참조.

444) 미국세법 제482조로, "무체재산의 이전이나 라이센스의 경우 그 이전이나 라이센스에서 생기는 소득은 무체재산에 귀속될 소득에 비례해야 한다."는 조항이다. 원문은 아래와 같다.
"In the case of any transfer (or lincese) of intangible property (within the meaning of section 367(d)(4), the income with respect to such transfer or lincense shall be commensurate with the income attributable to the intangible"

445) 이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 470면 참조.

국적 기업과 과세 행정을 위한 이전가격지침(Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration)'(이하 "OECD 이전가격지침")[446]을 발표하였다. OECD는 1995년 OECD 이전가격지침에서 독립기업의 원칙에 따른 가격결정방법을 정상가격 결정의 원칙으로 인정하면서도 이익분할법(profit-split method)과 거래순이익률법(transactional net margin method) 등 비전통적 방법들도 정상가격 산정을 위한 보충적 방법으로 인정하였고, 구체적 상황에서 가장 적절한 방법을 선택할 수 있도록 하였다(1995년 OECD 이전가격지침, 제3.50문단).[447] 이후 OECD는 회원국 및 민간단체들로부터 실무의견을 수렴하여[448] 어떠한 정상가격 산정방법에 의하더라도 재화나 용역의 특성, 거래당사자가 수행한 기능, 계약조건 및 거래당사자의 경제적 여건과 사업전략 등 서로 다른 거래의 가격이나 이윤을 비교하는 전제조건에 대한 비교가능성 분석을 엄밀히 하고(2010년 OECD 이전가격지침, 1.33-1.35 문단)[449], 관계회사 간 위험 및 이익 분배 역시 경제적 실질의 관점에서 독립기업 조건에 부합하면 그에 따르도록 하는 내용으로[450] 2010년 OECD 이전가격지침을 개정하였다. 다만 무형자산의 이전가격 문제에 대해서는 무형자산 거래 상대방과 관련한 요소들[451]을 감안하도록 하여(2010년 OECD 이전가격지침,

---

446) 법무법인 율촌, "우리나라의 이전가격 과세제도 정비방안(최종보고서)", 2010. 3. 20, 33면 참조.

447) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation",* Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1125면., 이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 472면 참조.

448) 법무법인 율촌, "우리나라의 이전가격 과세제도 정비방안(최종보고서)", 2010. 3. 20, 33면 참조., 이상엽, 김준현, 홍성열, "국제거래에서의 조세회피 방지를 위한 이전가격 국제현안 검토 – OECD BEPS 프로젝트를 중심으로", 세법연구 14-08, 한국조세재정연구원, 2014. 12., 11면 참조.

449) 이상엽, 김준현, 홍성열, "국제거래에서의 조세회피 방지를 위한 이전가격 국제현안 검토 – OECD BEPS 프로젝트를 중심으로", 세법연구 14-08, 한국조세재정연구원, 2014. 12., 12면.

450) Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019, 1126면.

451) 기대편익, 지리적 측면에서의 사용제한, 수출제약, 배타적 사용의 정도, 필요한 투자 및 초기비용, 사용권의 재사용허락 가능성, 사용권 계약자의 유통망과 무형자산 추가 개

9.81문단)[452] 엄격한 독립기업의 원칙 적용의 예외를 두었다.

OECD는 2013년 BEPS 프로젝트가 시작된 이후 7년 만에 독립기업의 원칙을 그대로 두면서도 비교가능성 분석의 순서를 변경하고,[453] 내부 용역거래[454] 중 저부가가치 용역(low value-adding services) 거래에 대해 간소화 방법[455]의 적용을 인정하였다. 이 간소화 방법은 독립기업의 원칙과는 관련이 없이 적용되는 기술적 방법 중 하나이다. 또한 OECD는 BEPS 프로젝트에 따라 '필라' 1의 이익분배 및 과세연계점 기준 개정을 위한 작업반 보고서에서도 독립기업의 원칙과 상관없이 시장관할에 과세권을 분배하는 것을 내용으로 하는 수정된 잔여이익분할방법(Modified residual profit split method)[456][457]과 부분할당법(Fractional apportionment

---

발에 대한 참여권 여부 등

452) 이상엽, 김준현, 홍성열, "국제거래에서의 조세회피 방지를 위한 이전가격 국제현안 검토 – OECD BEPS 프로젝트를 중심으로", 세법연구 14-08, 한국조세재정연구원, 2014. 12., 13면.

453) OECD 2010년 이전가격지침은 특수관계자 사이의 상업적, 재무적 관계를 인식하기 위해 (1) 계약 조건, (2) 기능분석, (3) 재화 또는 용역의 특성, (4) 경제적 환경, (5) 사업전략을 고려할 것을 요구하였는데, 이는 종전 OECD 1995년 이전가격지침에서 (1) 재화 또는 용역의 특성, (2) 기능분석, (3) 계약조건, (4) 경제적 환경, (5) 사업전략 순서로 비교가능성을 분석하도록 한 것과 그 순서를 달리한 것이었다. 즉 특수관계자 사이의 계약조건을 특수관계자 사이의 상업적, 재무적 관계의 파악을 위하여 가장 우선적으로 분석하여야 하는 것으로 변경하였다.

454) 용역거래의 유형은 (i) 상업적 용역, (ii) 기술적 용역, (iii) 금융 용역 및 (iv) 관리 용역으로 구분할 수 있다. 이는 (i) 상업적 용역은 판매 및 마케팅, 구매 관련용역, (ii) 기술적 용역은 연구개발, 위탁 생산 또는 임가공, 기술 지원 및 기타 엔지니어링 관련 용역, (iii) 금융 용역은 자금, 헤징(Hedging) 및 팩토링(Factoring) 관련 용역, (iv) 관리 용역은 인적자원 관리, 행정, 법률, 기타 관리 및 조율 관련 용역으로 세분화할 수 있다 (Robyn S. Berger, *"Transfer Pricing Considerations for Intra-Group Services,"* University of the Witwatersrand, 2015, pp. 5-6. (김태형, "다국적기업 그룹 내부 용역거래에 적용되는 이전가격 과세제도에 관한 연구", 『조세학술논집』, 제35집 제4호, 한국국제조세협회, 2019, 39면에서 재인용)).

455) 간소화 방법이란 회계, 감사, 법률 서비스 등 단순 지원 성격의 용역으로서 다국적 기업의 핵심 사업에 해당하지 않으면서 용역 제공자가 중요한 위험을 부담하지 않는 저부가가치 용역에 적용한다. 간소화된 방법에 따르면 원가를 발생시키는 활동별 편익 검증이, 용역 유형별 편익 기술로 대체되고 모든 저부가가치 용역에 대해 5%의 가산률(mark-up)을 적용하는 것이 핵심이다. 기업 그룹 내부의 일정한 유형의 용역에 대해서는 독립기업의 원칙을 적용하지 않고 일률적으로 5%를 원가가산하는 방법을 정상가격 산출방법으로 인정한다는 것이다.

456) 수정잔여이익분할방법은 기업의 비일상적이익(non-routine profit) 중 일부를 시장관할에 따라 분배하는 방법으로 과세권의 범위 내에 있는 시장에서 창출한 가치를 그 시장

method)[458], 분배 기준법(Distribution-based approaches)[459]을 제시하였다. 또한 기존 독립기업의 원칙의 내용과는 달리, 이익분배에서 기업의 생산라인 및 지역적 분할을 고려하고, 손실 처리에 대한 원칙 역시 개발하여야 한다는 의견도 제시한다.[460]

위와 같은 이전가격세제의 변천을 볼 때, 이전가격세제는 독립기업의 원칙에 대한 유지와 폐지 사이의 대립의 산물이었을 뿐[461] 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 해법으로 가치창출 개념을 활용하여 이익을 분배하기 위한 목적에서 시작된 것도 아니고 그러한 가치창출 개념과도 연관성을 지니지 않은 채 논의되어 왔음을 확인할 수 있다. 즉 고정사업장 규칙과 마찬가지로 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 상황이라는 새로운 세수싸움의 환경에서 이전가격세제 개편의 필요성이 논하여졌고, 기존과 같이 독립기업의 원칙의 유지를 주장하는 입장에 반대하며 독립기업의 원칙의 폐지를 주장하는 진영에서 '새로운' 근거로서 가치창출 이론을 제시하였을 뿐이다.[462]

특히 주목할 만한 점은, OECD가 BEPS 프로젝트를 진행한 이후 2017년 OECD의 이전가격지침에 이르러서야 가치창출 개념을 기능분석이나

의 과세권에 비일상적이익 중 일부로 분배하는 방법으로 현행 이익분배기준에서는 인정되고 있지 않은 방법이다.

457) 조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 87면

458) 통상이익과 비통상이익을 구별하지 않고, 다국적 기업 그룹이 발생시킨 모든 이익에 대하여 기업의 활동에 관한 여러 사항을 기준으로 하여, 각 시장관할에 따라 이익을 분배하는 방식이다(*Ibid.,*. 14면).

459) 일상이익과 비일상이익을 구별하지 않고, 가장 간단한 기준으로 '기초 이익(baseline profit)'의 개념을 활용하여 이익을 시장관할에 '분배'를 하는 방법이다. 그러한 기초 이익의 개념은 시장상황이나 시장의 환경 등 여러 요인에 따라 달라질 수 있다(*Ibid.,* 15면).

460) Werner Haslehner, "Value Creation and Income Taxation : A Coherent Framework for Reform?", 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 55면.

461) 이창희, "이전가격세제의 회고와 전망", 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 468면.

462) Richard Collier, *"The Value Creation Mythology"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 139면, 143면.

(2017년 OECD 이전가격지침, 제1.51 문단),[463] 무형자산의 개발 및 강화와 관련하여 언급하였다는 점이다.[464] 기능분석에서 가치창출 개념을 반영하는 것이 독립기업의 원칙과 모순되지 않는다는 의견도 있다.[465] 하지만 가치창출 개념을 기능분석에 반영하는 것이 독립기업의 원칙에 모순되지 않는다고 하더라도 그로써 독립기업의 원칙에 내재된 모순을 극복할 수 있다거나 가치창출 개념이 그러할 가능성이 있다고 평가하기는 어려울 것이다. 또한 굳이 가치창출 개념이 독립기업의 원칙에 모순되지 않는지에 관하여 생각해보더라도 가치창출 개념을 기능분석에 반영하자는 의견은 결국 개별 거래나 상대방을 한정하지 않고 다른 정상거래와의 비교없이 다국적 기업의 전세계 소득을 가지고 가치창출 개념에 따라 이익을 분배하자는 생각에 기초를 두고 있으므로, 오히려 가치창출 개념과 독립기업의 원칙은 서로 조화되지 않는 측면이 있다.

3. 독과점 시장과 가치창출 이론의 한계

가치창출 이론의 효용성 긍정론에서 제시하는 새로운 규칙은 이론적으로도 또 현실세계에 적용하는 것도 한계가 있다. 또한 그렇게 제시되는 '새로운' 규칙 역시 최근 논의되고 있는 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 여러 해결 방향과는 결이 다르고 또 달리 '새롭다'고 보기도 어려운 것이다. 나아가 가치창출 이론은 독과점 지위에 있는 다국적 기업의 독과점 이익에 대한 과세에서 논리적으로 일관성 있는 설명을 하기 어려운 측면이 있고, 무형자산의 연구·개발 장소를 가치창출의 장소로 보아야 한다는 OECD 보고서의 언급과도 들어맞지 않은 측면이 있다.

---

463) OECD, 『*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, 2017, OECD Publishing, Paris, 292면.

464) *Ibid.*, 276면, 280면.

465) Jérôme Monsenego, *"Value Creation and Transfer Pricing"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD, 116-117면.

가. 독과점 이익에 대한 과세에서의 입장 차이

디지털 경제환경에서는 고도화된 정보통신기술을 진입장벽으로 하는 독과점 시장이 출현할 수 있다. 실제 조세회피가 문제되고 있는 다국적 IT 기업의 경우 독과점 지위를 남용한 반경쟁행위로 인하여 제재를 받는 경우가 많이 발생하고 있다.[466]

예컨대 구글은 스마트폰과 태블릿 시장에서 가장 많은 소비자를 보유하여 독과점 지위에 있다. 구글이 스마트폰과 태블릿의 운영시스템인 안드로이드 시스템을, 독일에서 스마트폰과 태블릿 제조업자에게 사용허락(license)하면서 안드로이드 시스템과 함께 구글의 검색엔진을 독점적으로 사용하는 조건을 부가한 사례를 가정한다.[467] 이 경우 독일의 소비자들은 자신들이 사용하는 스마트폰과 태블릿의 안드로이드 시스템에 부가적으로 설치된 구글의 검색엔진에 보다 쉽게 접근할 수 있다. 독일에서 더 많은 소비자가 구글의 검색엔진을 사용하게 되면, 구글은 독일에서 검색엔진을 통하여 광고비, 서비스 구독료 등의 명목으로 더 많은 매출을 일으킬 수 있다. 구글은, 더 많은 소비자들이 구글의 검색엔진을 사용하게 되면 구글의 검색엔진을 통하여 더 높은 광고단가로 광고를 노출시킬 수도 있고 더 많은 광고를 노출시킬 수 있기 때문이다.

독과점 이익에 대한 과세의 문제는 그러한 이익에 대한 과세권을 누가

---

466) 앞서 한 번 언급한 부분으로 자세한 것은 이 글 '제1장 제2절 디지털 경제의 특징 중 나. 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 가능성' 참조.

467) 이 사례는 유럽연합집행위원회의 구글에 대한 반독점행위 제재가 있었던 사례를 재구성한 가정의 사례이다. 실제 사례에서 유럽연합집행위원회는 독일의 소비자들은 자신들이 사용하는 스마트폰과 태블릿의 안드로이드 시스템에 부가되어 설치되어 있는 구글 검색엔진에 대한 손쉬운 접근성 때문에 구글의 검색엔진을 다른 검색엔진보다 더 많이 사용하였을 수 있다는 추론에 근거하여 구글에 대하여 벌금을 부과하였다(EC 공개 메모, "*Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android operating system and applications – Factsheet*", 2016. 4. 20.자 메모, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1484_en.htm (2019. 10. 1. 검색), EC 보도자료, "*Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine*", 2018. 7. 18.자 보도자료, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm (2019. 10. 1. 검색) 참조).

갖게 되는지 결정하는 문제이다. 즉 위 사안에서 구글이 독일에서 독과점 지위를 활용하여 일으킨 매출, 즉, '구글이 독일에서 독점 조건으로 부가하여 소비자들로 하여금 사용하게 한 검색엔진을 통하여 집행되는 광고비'[468]에 대하여 어떠한 국가 — 시장국가인 독일과 구글의 본거지인 미국과 그 외의 다른 국가 — 가 과세권을 갖게 되는지의 문제이다.

먼저 현행 국제조세 규칙의 틀에서 보자면, 위 사안에서 구글의 독일에서의 매출은, 구글이 개발한 무형자산 — 스마트폰과 태블릿의 안드로이드 시스템 — 의 연구개발에 따른 이익으로 볼 수 있고, 이에 대하여 미국은 '무형자산의 연구개발에서 발생하는 초과이익으로 보아 연구개발이 있었던 곳에서 과세해야 한다'는 수퍼로얄티 조항에 따라 무형자산의 연구개발 장소에 해당하는 미국에서 과세되어야 한다고 주장할 것이다.

OECD가 제시한 통합접근법에 의하면, 위와 같은 '독과점 이익'이라는 특정한 소득 분류가 있는 것은 아니다. 소득 분류에 따른 소득 원천에 대한 판단 기준 역시 모델조세조약 등에 존재하는 것도 아니다. 게다가 독과점 이익과 관련된 소득 원천을 이론적으로 가려내는 것 — 다국적 기업의 전세계 소득 중 특정 과세권 내에서의 이익을 나누어 확정한 뒤 그 중에서 다국적 기업의 '독과점적 지위에서 발생한 이익'을 분별하는 것 — 역시 어렵다.[469] 다만 독과점 이익과 반드시 일치하지 않지만 그 중 일부는 '필라' 1에서의 '초과이익'에 해당할 여지가 있고 그에 따라 과세될 여지가 있다.

위 사안으로 돌아가 부연하면, 구글이 독일에서 거두어들인 독과점 이익, 구체적으로 '구글이 독일에서 독점 조건으로 부가하여 소비자들로 하여금 사용하게 한 검색엔진을 통하여 거두어들인 광고비 등 소득'의 경우 구글의 본거지인 미국과 시장국가에 해당하는 독일 사이에서 누가 과세할 것인지가 문제될 수 있다. 이때 OECD의 '필라' 1에 따라 독과점

468) 구글의 독점적 지위에서 발생되는 이익은 다른 여러 항목이 있을 수도 있겠으나, 검색엔진 서비스에서 가장 많은 매출을 발생시킬 수 있는 항목인 광고비에 한정하여 이하에서 검토한다.

469) 자세한 것은 '제5장 제2절 1. 가. 기업의 활동·소득의 구별 문제' 참조.

이익을 통상적 마케팅 및 유통 업무에 따라 발생하는 이익을 초과하는 Amount A에 해당한다고 볼 여지가 있고, 관련 규칙에 따라 광고 서비스에서 발생하는 수익으로 우선 그러한 광고를 시청하게 되는 소비자가 존재하는 곳에, 그러한 곳이 없다면 그러한 광고가 송·수신 되는 곳에서 해당 이익이 과세될 수 있다(OECD의 '필라' 1 모델규정 제3절(Title 3), 제4조(Article 4), 제8항 b. 광고 서비스(Advertising Services).[470] 이에 따라 구글이 독일에서 거두어들인 독점적 이익 중 일부는 독일에서 과세될 수도 있다. 미국의 주장과 같이 이러한 이익을 '무형자산의 연구개발'에서 발생하는 초과이익으로 보더라도 OECD의 '필라' 1 모델규정에 따라 무형자산은, 무형자산에 연관된 재화 및 서비스 유형에 따라 과세되고, 서비스나 디지털 콘텐츠에 연관된 무형자산의 경우 그러한 서비스 및 디지털 콘텐츠가 사용된 장소에서 과세권을 갖게 되므로(OECD의 Pillar 1 모델 규정 초안 제3절(Title 3), 제4조(Aritle 4), 제9항 b.), 광고 서비스로부터 발생한 수익과 마찬가지로 독일에서 과세권을 갖게 된다.

이를 보면, 결국 미국은 독과점 이익을 무형자산의 연구개발에 따른 초과이익으로 보고 무형자산의 연구개발의 장소, 대체적으로는 기업의 본거지가 과세할 수 있도록 하기 위하여 수퍼로얄티 조항으로 대응한 것이고, OECD는 이와는 달리 독과점 이익을 '특정한 이익(Amount A)' 또는 '특정한 서비스(무형자산에 연관된 재화 및 서비스)에 따른 소득'으로 보고 시장국가가 과세할 수 있도록 하기 위하여 '필라'로 대응한 것임을 알 수 있다. 과세창출 이론은 이러한 과정에서 OECD에 의하여 등장한 것이다.

나. 가치창출 이론에 의하는 경우 독과점 이익에 대한 과세

470) OECD, 『*Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, 2022. 7. 11., 14면.

다시 가치창출 이론의 논의로 돌아가 독과점 이익에 대한 과세 문제를 보면 가치창출 이론의 논의를 일관하는 경우 위 사안에서 구글의 독과점 이익 역시 '가치창출의 장소'에서 과세되어야 하고, 독일에서의 독과점 이익은 독일이 가치창출의 장소가 되어야만 독일에서의 과세가 정당화 될 수 있을 것이다.

한편, 구글은 가치네트워크 모델의 서비스 중개업자로서 검색엔진 서비스를 독일에서 제공하는 기업이다.[471] 이때 앞서 잠정적으로 정의한 바에 따라 가치창출 개념을 이해하면 독일에서 구글의 매출 증가가 있었으므로 공급 측면의 가치는 존재하지만 그 이익 중 상당 부분은 독일의 시장에서의 수요나 독일에서의 기업 활동과 무관하게 구글의 독과점적 지위에서 발생한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 이러한 경우 공급 측면의 가치에 기여한 기업이나 소비자의 활동이 있다고 볼 수 없다. 가치창출 개념와 연관지어 시장관할 강화를 주장하는 입장에서 '소비자의 활동을 통한 가치창출'을 인정해야 한다는 주장은 '적극적 고객', '데이터' 혹은 '커뮤니티' 등과 같이 소비자가 단순히 '소비를 결정하는 것'을 넘어서 재화 및 서비스에 대하여 적극적으로 참여하거나 의견을 제시하거나 그와 같은 활동에 따른 결과물(데이터)이 있는 경우 그러한 활동 및 결과물에 대하여 '가치'를 인정해야 한다는 생각을 바탕에 두고 있다. 이는 가치창출 이론의 효용성 긍정론에서도 소비자의 단순한 소비 활동 그 자체만을 가지고 '가치창출'이 있었다고 평가하지는 않는 것[472][473]과도 같

---

471) OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, 43면.

472) M.P. Devereux & J. Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, European Tax Policy Forum Policy Paper, 31. July 2018, 7면. 위 글의 예시에서 저자는 참치에 대한 일본의 높은 수요는 문화적 요인에 기인하고, 그로 인하여 참치를 판매하는 기업이 일본에서 더 높은 가격으로 참치를 판매함으로써 거두어들이는 추가적 매출에 관하여 '일본에서 (기업이) 창출한 가치는 없다'고 결론을 내리고 있다. 이러한 결론은 일본에서 참치에 대한 문화적 요인에 기인한 높은 수요에 따라 일본 국민들이 참치를 구입하여 참치를 판매하는 기업이 거두어들인 매출에 관하여 어떠한 가치도 창출하지 않은 것임을 전제한 것이다.

473) J. Gregory Ballentine, *"BEPS, Economic Activity, and Value Creation"*, Tax notes international, VIEWPOINT, Volume 105, March 28, 2022., 1555면 참조.

은 맥락이다.

그런데 위 구글의 독과점 이익이 독일 소비자의 '자연스러운' 수요 — 흔히 말하는 통상적 이익 — 에 대응하여 발생한 것이 아니라 구글의 독과점 행위에 의하여 그러한 '자연스러운' 수요를 넘어서 — '필라'에서 말하는 'Amount A'(초과 이익의 일부) — 발생한 것이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 가치창출의 효용성을 긍정하는 입장에서 가치창출 이론의 논리를 일관하였을 때, 이렇듯 독일 소비자의 '자연스러운' 수요에 대응하지 않고 발생한 구글의 독과점 이익에 대하여 독일 소비자의 소비활동을 통하여 창출된 가치(수요 측면의 가치)가 있다고 평가하여, 독일에 과세권을 주어야 한다는 의견을 정당화 하기는 어려워 보인다(적어도 현재로서는 독일 소비자의 '자연스럽지 않은' 수요가 있는지, 그러한 수요가 있다고 할 때 구글의 이익에 얼마나 영향을 미쳤는지 알아낼 방법은 잘 알려져 있지 않다).

또한 가치창출 이론에 관하여 주도적으로 논의를 진전시킨 OECD가 "무형자산에 대한 투자 및 개발이 회사의 가치창출의 핵심적 요소가 된다."고 한 언급과 함께 고려한다면,[474] 굳이 가치창출의 장소를 밝혀보더라도 단순한 소비활동이 있는 독일보다는 무형자산에 대한 투자 및 개발이 이루어진 미국이 되어야 할 것으로 보인다.

이렇듯 '자연스러운' 수요가 존재하지 않는 독과점 시장에서 다국적 기업이 이익을 발생시킨 경우에 가치창출 이론의 논리를 일관할 때, 반드시 '시장이 가치창출의 장소'라고 결론짓기는 어렵다.

---

474) OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; Action 1: 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, 65면, 152문단. 물론 이러한 언급은 구체적인 국제조세 규칙의 설정의 문제에서, 무형자산에 관하여 무형자산의 투자 및 개발이 이루어진 장소에 과세권을 가져야한다는 논조로 한 것은 아니었고, 실제 이후 OECD가 제안한 '필라'에 따르더라도 무형자산과 연관된 재화 및 서비스에 따른 이익이 투자 및 개발이 이루어진 장소에서 과세되지 않는 것은 앞서 살펴본 바와 같다.

제3절 가치창출 이론에 대한 결론과 전망

1. 가치창출 이론에 대한 결론

가치창출 이론은 OECD가 주도한 BEPS 프로젝트에서 기존 국제조세 체계 개편의 논의가 시작된 이후 '필라(Pillars)'에 관한 논의가 진전되기까지 시장에 과세권을 주는 내용의 새로운 국제조세 규칙의 마련을 위한 논의에서 반복되었다. 그리고 그러한 OECD 주도의 논의는 학계에서 가치창출 개념을 활용하여 현실 문제에 적용할 수 있는 새로운 국제조세 규칙까지 제시되는 정도로 그 논의의 진전이 있었던 것으로 평가할 수 있다.

디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 OECD가 해결하고자 했던 문제상황은 '소득이 있는 곳에서 과세가 되지 않는다'는 것이었다. 가치창출 이론을 '원천 부정 원리(negative source rule)'로 사용하여 위 문제 상황을 다시 쓰면, '가치가 창출되지 않는 곳에서는 과세가 되어서는 안' 된다는 것이다. 이러한 점에서 가치창출 이론이 일응 위 문제에 관한 '새로운' 해결방향을 제시해주는 것처럼 보이기도 한다. 또한 원천에 관한 판단이 문제되는 소득(예컨대 사용료 소득)의 경우에 '가치창출' 개념은 그러한 원천 판단에서 합리적으로 고려하고 사용할 수 있는 새로운 개념같은 인상을 주기도 한다.

그러나 가치창출 이론이 단순한 구호에 그치지 않고 법원칙이나 과세상 지도원리로 기능하기 위해서는 가치창출 이론이 '원천 부정 원리'로 사용될 수 있다거나 과세권 확정에 관한 문제에서 새롭게 고려할 요소 중 하나가 될 수 있음을 일례에서 확인하는 것에서 더 나아가, 가치창출 이론 그 자체에 대한 구체적 타당성과 실제 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 제시하는 새로운 국제조세 규칙에 대한 실효성을 확인할 수 있어야 한다. 이러한 점에서 이상의 논의를 종합하면, 가치창출

이론은 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 새롭고도 독자적인 과세상 지도원리로 역할을 할 수 없고, 가치창출 개념을 새로운 국제조세 규칙에 법적 요건으로 사용할 수도 없다. 새로운 국제조세 규칙에 관한 구체적 방안으로 '필라'가 논의되고 있는 현재 시점에서 가치창출 이론은 단지 새로운 국제조세 규칙의 제정에서 '공정한 과세가 이루어져야 한다.' 정도의 구호에 지나지 않고, 새로운 국제조세 규칙에 대한 과세상 지도원리 내지 법원칙으로서 그 뜻을 탐구할 이유가 없다.

이하에서 서술하는 바와 같이, OECD는 이미 설정한 '필라'의 방향에 따라 실제 현실에 적용 가능한 규칙 마련을 위한 기술적 작업을 진행하고 있고, 향후 상당기간 동안은 그러한 작업이 이어질 예정이다. 이러한 현재의 상황에서 가치창출 이론은 시장관할이라는 개념을 끌어낸 것으로 일단은 그 역할을 다한 것으로 여겨진다.

2. 향후의 전망

OECD는 '포괄적 이행체계' 내 130개국의 합의에 따라 2021. 7. 2. 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 대응하기 위하여 '필라' 2(글로벌 최저한세)를 도입하였다.[475] 또한 OECD는 2021. 10. '필라' 1에 대한 제도 골격에 대한 정치적 합의 이후 최근까지 작업반 회의를 통해 세부사항에 대한 논의를 진행하였고,[476] 그 결과로 '필라' 1 모델규정 초안을 발표하였다.[477] 현재 Pillar 1은 초안에 대한 의견수렴을 거쳐

475) OECD, 2021. 7. 1.자 보도자료, *"130 countries and jurisdictions join bold new framework for international tax reform",* 2021. 7. 1. (also available at)https://www.oecd.org/newsroom/130-countries-and-jurisdictions-join-bold-new-framework-for-international-tax-reform.htm 원문은 아래와 같다.
"The two-pillar package – the outcome of negotiations coordinated by the OECD for much of the last decade - aims to ensure that large Multinational Enterprises (MNEs) pay tax where they operate and earn profits, while adding much-needed certainty and stability to the international tax system."

476) 기획재정부, "디지털세 필라 1 진행상황 보고서 공개 - OECD 서면 공청회 실시 -", 2022. 7. 12.자 보도자료, 1면.

2023년 중반 모델법안과 다자조약 문안을 확정한다는 일정이지만, 합의 전망은 매우 불투명하다. Pillar 2는 확정된 모델법안을 우리나라와 EU 등 일부 국가에서 입법으로 확정하였는데, 2024년부터 적용을 예정하고 있다.

'필라' 1에 따라 해당 사업연도의 연결매출액 200억 유로를 초과하거나 이익률 10%를 초과하는 등의 기준을 충족하는 글로벌 다국적 기업에 대하여 그 매출에 대한 과세는 상품·서비스 유형별로 최종 소비된 시장 소재지국에서 이루어짐이 원칙이며, 이렇게 국가별로 귀속된 매출이 100만유로(GDP가 400억 유로 이하인 국가는 25만 유로) 이상인 경우에만 과세연계점이 충족된 것으로 보아 해당 국가에 과세권이 배분된다. 구체적으로 대상그룹의 통상이익(이익률 10%)을 초과하는 이익 중 25%를 국가별 귀속매출액에 비례하여 시장소재국에 배분하되 이미 과세중인 초과이익 부분에 대해서는 배분액에서 감축하는 절차에 따른다.[478)]

또한 '필라' 2에 따라 직전 4개 회계연도 중 2개 이상의 연결매출액 7억 5,000만 유로 이상인 글로벌 다국적 기업 그룹에 대하여 특정 관할국에서의 실효세율이 최저한세율(15%)에 미달하였을 경우, 소득산입 규칙(자회사 미달세액 발생시 이를 모기업이 모기업 관할국에 납부)과 비용공제부인 규칙(소득산입규칙 미적용 시 다국적기업 그룹 내 다른 기업들이 미달세액을 자국에 납부)을 적용하여 다국적 기업 그룹이 부담해야 할 추가세액을 정하게 된다.[479)]

OECD는 위 '필라' 1, 2와 관련한 보도자료에서 "두 가지 조치는 … 다국적 기업들이 사업을 운영하고, 이익을 벌어들이는 곳에서 과세되도록 하는 것을 목적으로 한다.[480)]"고 하거나 "필라 1은 디지털 기업을 포함

477) OECD, 『*Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, 2022. 7. 11.

478) 기획재정부, "디지털세 필라 1 진행상황 보고서 공개 - OECD 서면 공청회 실시 -", 2022. 7. 12.자 보도자료, 2면.

479) 기획재정부, "디지털세 필라 2 모델규정 공개 – 글로벌 최저한세 도입을 위한 입법지침 합의 -", 2021. 12. 20.자 보도자료, 2면.

480) OECD, 2021. 7. 1.자 보도자료, *"130 countries and jurisdictions join bold new*

한 다국적 기업들과 연관되어 있는 국가들 사이 이익 및 과세권 분배가 보다 공정하게 이루어질 수 있도록 한다. 이 조치에 따라 다국적 기업들의 거주지국(home countries)에 한정하지 않고 물리적(physical) 실재가 있는지와 상관없이, 실제 그 기업들이 사업 활동을 하며 이익을 거두어 들이는 시장에 과세권 일부가 재분배될 것이다."라고 하였다.[481] 이렇듯 OECD는, OECD가 2013년부터 2020년 보고서에서 사용하고 있던 '경제적 활동이 있고 가치가 창출되는 곳에서 과세되어야 한다.'는 명제에서 '가치'와 '창출'이라는 용어를 삭제하고 그 대신 '사업을 운영(operates)하고 이익을 벌어들이는 곳(earn profits)'이라는 용어를 사용하였다.[482]

이러한 변화는 2018년 중간보고서 이후 2019년 및 2020년 보고서에서 OECD가 가치창출 이론에 대한 논의를 중단한 것과 같은 맥락에 있는 것으로 보인다. 가치창출 이론을 과세상 지도원리로 사용하여 온 OECD도 BEPS 프로젝트 2.0의 시작 이후 '필라'에 따라 구체적 대안을 제시하는 과정에서, 가치창출 이론 그 자체에 대한 전면적 내용은 물론이고, 가치창출에 관한 언급마저 삭제한 것이다.

즉 OECD가 가치창출 이론을 새로운 국제조세 체계를 개편하는 데 고려해야 하는 이론이자, 당위이자, 근거이자, 과세상 지도원리의 위치에서 논의를 끌어 온 것은 사실이다. 그러나 OECD가 BEPS 프로젝트 2.0 이후 최근 그리고 향후에는 '필라' 1과 '필라' 2에 관한 실무적 논의에 집중할 것으로 보이고, 가치창출 이론에 관한 논의를 더 이상 구체화시키

---

framework for international tax reform", 2021. 7. 1. (also available at)https://www.oecd.org/newsroom/130-countries-and-jurisdictions-join-bold-new-framework-for-international-tax-reform.htm.

481) *Ibid.*, 원문은 아래와 같다.
"Pillar One will ensure a fairer distribution of profits and taxing rights among countries with respect to the largest MNEs, including digital companies. It would re-allocate some taxing rights over MNEs from their home countries to the markets where they have business activities and earn profits, regardless of whether firms have a physical presence there."

482) 물론 이러한 용어의 변화가 '경제적 활동 = 사업의 운영 내지 사업활동', '가치 = 이익(profits)'에 대응하는 것인지 아니면 OECD가 2021년부터는 가치창출이라는 용어를 사용하지 않기로 한 것인지는 불분명하다.

는 노력을 하지는 않을 것으로 보인다.

3. 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결 방향에 대한 제언

가. 시장관할에 과세권을 분배하는 방향

다국적 기업의 조세회피 문제에서 다국적 기업이 '누구'의 조세를 회피한 것인지 생각해볼 필요가 있다. 전통적 이분법에 따라 원천지국과 거주지국 중 어느 한 곳 또는 둘 다 될 수도 있겠지만 이 문제에 대하여 OECD가 제시한 대안은 '시장관할의 강화', 즉, '시장국가'에서 '지금'보다는 '더' 과세하도록 하자는 것이다. 시장국가는 원천지국과 거주지국의 전통적 이분법에는 잘 들어맞지 않을 수도 있지만, 어쨌거나 OECD가 제시한 대안이 '시장관할 과세'라면, 위 물음에 대한 답은 '가치창출의 장소'가 아니라 '시장국가'가 되어야 한다.

OECD는 가치창출 이론을 과세상 지도원리로 여기며 시장이 가치창출의 장소라는 전제를 두고, 가치창출 이론에 관한 이상의 논의를 전개한 것으로 보인다. 그러나 가치창출의 장소는 이론적으로나 현실적으로나 또 당위로적으로도 시장(국가)과 일치하지 않음은 앞서 살펴본 바와 같다. 사실상 '경제적 활동이 있고 가치가 창출되는 곳에서 과세해야 한다.'는 그럴싸한 명제를 내세우며 실제로는 모든 국가들에 대해 과세권을 인정해야 한다고 주장하는 것과 크게 다르지 않다.

디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 대책들은 미국과 유럽연합의 정치적 파워게임의 결과로 흘러가는 측면이 있다. 그러나 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피에 관한 문제제기가 상당부분 시장국가에 의하여 이루어졌고, 디지털 경제환경의 특징에서 살펴본 바와 같이 과세대상이 되는 기업의 소득 창출에서 기업 위주의 공급

이라는 일방향적 요소보다 소비자까지 포함하여 공급과 소비 쌍방향적 측면이 중요하게 받아들여지게 되었다는 점은 어느 정도 사실이다. 그리고 '가치창출' 이론이 수행한, 이론적이라기보다는 현실적인 역할이 바로 이것이 아닐까 싶다. 그러한 누차 이야기하였듯이 이러한 주장의 이론적 토대는 의심스러우며 애초에 그것을 검증하는 것도 쉽지 않다. 그렇다면 가치창출 이론이나 명제가 현실에서 시장관할의 강화로 이어지게 된 지금의 시점에서는, 오히려 가치창출 이론이라는 '포장'은 걷어내고 현행 국제조세 체계가 '소홀'히 하였던 시장국가에 과세권을 부여하는 것이 왜 필요하고 정당화되는지를 정면으로 다룰 필요가 있을 것이다.

나. 공식배분법(global formulary apportionment)의 고려

상술한 바와 같이[483] 이전가격 규칙에 가치창출의 개념을 반영하여 과세대상 이익분배 규칙을 수정하는 것은 실효성이 없다고 보인다.

고정사업장 규칙과 마찬가지로, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한, OECD 및 전세계에서 논의되고 있는 현재의 해결방향이 '시장(국가)의 강화'라고 한다면, 이전가격 규칙에 모호한 가치창출 개념을 반영하거나 창출된 가치의 크기를 가늠하는 절차에 의하지 않고, 시장에 무조건 최소한의 이익에 대한 과세권을 분배하는 것이 효과적이고,[484] 이와 같은 맥락에서 OECD가 제시한 '공식배분법(global formulary apportionment)'을 고려할 수 있다.

공식배분법은 분배대상 총이익에 일정한 분배공식을 적용하여 각 나라에 과세대상 이익을 분배하는 방법이다. 이때 분배대상 총이익은 국외기업 그룹의 전체 이익이 되고, 이 총이익을 사업부문별 이익률에 따라

483) 이 글 중 '제5장 제2절 가치창출 개념을 반영한 규칙의 효용성 검토' 참고.

484) 시장을 포함한 모든 국가에 일정 정도 이익을 분배할 수 있다는 점에서 OECD의 BPES 프로젝트 2.0에 따른 '필라' 2의 최소법인세와 유사하지만, '필라' 2의 경우 유해조세경쟁을 방지하기 위한 취지가 기본이고, 시장관할과는 논리적 연결성이 없음은 앞서 살펴본 바와 같다.

분배하게 된다.[485] 공식배분법에 의하여 총이익을 분배할 때에는, 현행 이전가격 규칙과 같이, 개별 구체적인 사안마다 독립기업의 원칙의 틀 안에서 산정된 정상가격을 기준으로 하지 않고, 특정한 사안마다 모두 적용할 수 있는, 사전에 설정된 '공식'을 적용하여 분배하게 된다. OECD는 2017년 이전가격지침에서 공식적으로 독립기업의 원칙을 유지하고 있기 때문에 독립기업의 원칙과 상충되는 측면이 있는 공식배분법은 채택하지 않고 있다.[486] 공식배분법은 그 자체로 매우 큰 주제이고 이 글의 논의 범위에서는 벗어나므로 자세히 서술하지는 않겠지만 공식배분법의 '공식'은 다국적 기업의 매출, 임금, 유형자산 세 가지를 고려하여 그 사이 비중을 조정하는 것이다. 이 때 임금과 유형자산의 경우 기업의 인적·물적 요소라는 공급 측면을 대변하지만, 매출의 경우는 소비자, 즉 시장국가라는 소비 측면을 대변한다. 이렇듯 시장을 대변하는 요소가 공식배분법의 공식에서 고려된다는 점에서 공식배분법과 시장관할 강화는 접점이 있다.

물론 당장 공식배분법을 저용하는 것은 독립기업의 원칙과 상충된다는 것 이외에도 현실적인 어려움이 있다. 공식배분법에 따라 다국적 기업 그룹의 전세계 소득을 총이익으로 산정하기 위해서는 기업 그룹 전체를 마치 하나의 통합된 단체와 같이 취급해야 한다. 따라서 다국적 기업 그룹에 속한 지점, 자회사, 관계회사가 과세가능한 인적단위(tax entity)로 이루고, 이를 세법상 어떻게 취급할 것인지에 대해서도 확정되어야 하는데 이러한 과세상 인적단위의 설정은 간단한 문제가 아니다. 또한 전세계 소득을 총이익으로 산정하여 확정하더라도 그 총이익을 확정된 과세단위별로 어떠한 내용의 이익분배 공식에 따라 이익을 분배할 것인지도 문제이다.[487] 이러한 문제들은 국제적 차원의 합의 없이 단기간에 정하

485) 조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, "디지털 경제에 따른 조세현안과 과제", 한국공인회계사회, 2019. 10., 147면.

486) OECD, 『*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*』, OECD Publishing, Paris, 2017, 38면.

487) *Ibid.*, 제39면.

여질 수 없는 문제이므로[488] 당장의 가까운 미래에 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 과세대상 이익 분배 규칙으로 공식배분법을 채택하여 적용하는 것은 무리가 있다.

하지만 BEPS 2.0 시대 이후 OECD가 제시한 '필라' 1이 시장에 일정 정도 무조건적으로 이익을 분배하는 규정이라는 점과 위와 같은 문제들을 해결하여 사전에 합의된 공식대로 이익을 분배할 수 있게 되면 '필라' 1의 Amount A와 마찬가지로 공식배분법 역시 시장에 일정 정도 이익을 분배할 수 있는 효과를 만들 수 있다는 점에서 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 대안으로서 충분히 고려할 여지가 있다. 이익분배 공식에 관한 합의는 마치 '필라' 1에 관한 국가들 간 합의가 쉽지 않은 것과 마찬가지지만, 반대로 '필라' 1 역시 '필라' 2와 같이 합의에 이를 수 있고 또 합의에 이르게 된다면, 공식배분법상 공식 역시 합의가 불가능하다고 단정할 수는 없다. 최근 유럽연합 집행위원회 역시 이러한 가능성을 염두에 두고 '21세기 Business 과세체계에 대한 입장문'을 통하여 '유럽 법인세 체계(Business in Europe : Framework for Income Taxation)'를 발표하였다. 이 새로운 유럽 법인세 체계는 위 공식배분법과 유사한 단일과세표준을 논의하고 있어[489] 이에 관한 후속연구 역시 필요하다.

제6장 결론

디지털 경제환경의 '새로운' 다국적 기업은, 전통적 기업과 구별되는 새로운 특징을 사업활동에 접목하여 소득을 창출한다. 디지털 경제환경

488) '필라' 1 역시 국가들 간 합의에 이르지 못한 채 그 논의가 답보 상태에 놓여 있는 것도 이와 같다.

489) 삼일회계법인, "주요 조세 동향 및 세법 개정사항", 2021. 6. 삼일글로벌업데이트, 2-3면 참조.

의 특징에 따라 다국적 기업의 사업활동의 내용이나 방식이 달라지면서 소득 창출의 모습 역시 달라졌고, 다국적 기업의 조세회피 문제에 대한 해결방안 역시 '새롭게' 논의되기 시작했다. 가치창출 이론은 OECD 주도 하에 디지털 경제라는 변화된 환경 속에서 다국적 기업의 조세회피 문제를 풀어낼 수 있는 '새롭고도 찬란한' 개념으로 처음 등장했다.

디지털 경제환경 속에서 다국적 기업은 정보통신기술과 인터넷을 토대로 여러 무형자산을 사업활동에 활용한 디지털 거래를 통해 매출을 일으킨다. 이러한 디지털 경제환경의 특징들로 인하여 새로운 사업영역이 창출되고, 다국적 기업의 사업기능이 분산 또는 통합되었으며 정보통신기술을 진입장벽으로 한 독과점 시장이 출현하기도 한다. 인터넷의 발전에 따라 데이터를 매개로 한 디지털 거래는 더욱 증가하고 더 이상 전통적 기업에서와 같이 공급자와 소비자의 지위가 엄격히 구별되지 않는다. 다국적 기업은 이러한 디지털 경제환경의 특징을 활용하여 현재의 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙을 무력화시키고 조세를 회피한다.

이러한 배경에서 등장한 가치창출 이론은 원래 특정 기업이 다른 기업에 비하여 경쟁우위를 갖게 되는 요인을 분석하기 위한 목적에서 시작된 경영학 이론이다. 경영학상 가치창출 이론의 주요 내용은 가치사슬, 가치네트워크, 가치샵 모델로 분류되는 기업이, 다른 기업에 비하여 경쟁우위를 가지게 되는 요인을, 가치창출 분석 절차를 통하여 검토하는 것이다. OECD는 2013년 BEPS 프로젝트의 시작과 함께 이러한 경영학상 가치창출 이론을 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 논의하기 시작하였다. OECD의 보고서를 통하여 볼 때 OECD는 2018년 중간보고서까지 가치창출 이론의 핵심 개념인 '가치창출' 개념을 '소득의 발생'과 비슷한 의미로 사용하면서, 가치창출 이론을 새로운 국제조세 규칙을 위한 과세상 지도원리로 논하였다. 그러다가 BEPS 프로젝트 2.0의 시작인 2019년 보고서부터 가치창출 개념 및 가치창출 이론에 관한 언급을 거의 하지 않은 채 BEPS 프로젝트의 후속 논의를 이어갔다.

이러한 OECD의 입장을 조금 더 구체화하고 발전시켜 일부 논자들은

가치창출 개념을 반영하거나 이를 토대로 한, 새로운 국제조세 규칙을 제안하기도 하였다. 이 글에서 논의의 대상으로 삼고 있는 국제조세상 가치창출 이론은 이러한 OECD와 그 이후의 일부 논자들의 주장을 포괄하는 것이다.

OECD나 그 입장을 큰 틀에서 따르는 일부 의견은 가치창출 이론의 효용성을 긍정한다. 즉 다국적 기업에 대한 가치창출 절차를 분석하는 것이 현재의 문제를 개선하고 새로운 국제조세 규칙을 구성하는 데 도움이 되고, 가치창출 이론이 시장관할의 강화(Pillar 1)을 뒷받침하므로 BEPS 프로젝트에서 제시된 해결안과도 방향성이 일치한다고 주장한다. 이러한 입장은 대체로 다국적 기업의 소비시장이라 할 수 있는 유럽연합에서 주장된다. 이러한 입장에서는 새로운 국제조세 규칙에 가치창출 개념을 반영하여, 기존 고정사업장 개념을 대체할 새로운 연계점 설정에 가치창출 개념을 반영하자는 의견과 이전가격 규칙 중 기능적 분석 과정에 가치창출 개념을 반영하자는 의견을 제시한다.

반면 가치창출 이론이 법원칙으로서 기능할 수 없고 가치창출 개념에 터잡아 새로운 국제조세 규칙을 도출한다는 것 역시 불가능하다는 입장에서는 가치창출 이론의 효용성을 부정한다. 애초에 가치창출 이론은 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결을 위하여 논의된 것이 아니고, 가치창출 개념의 모호함으로 인하여 가치창출 이론이 법논리와 상관없이 정치적 파워게임에 이용될 수밖에 없으며, 가치창출 이론에 따라 과세 목적으로 가치를 측정하는 것 역시 어렵다는 것이다. 또한 논리적으로 가치창출 이론과 시장관할의 강화나 디지털세와 연관성이 없음을 지적한다. 이러한 입장은 많은 다국적 기업의 본거지국이라 할 수 있는 미국에서 주장된다.

꽤 오랫동안 새로운 국제조세 규칙의 지도원리로 논의되었고 BEPS 프로젝트의 시동을 거는 개념이었던 국제조세상 가치창출 이론은, 정말로 가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 주장하는 대로 그러한 역할을 할 수 있는가? 이에 관하여 먼저 가치창출 개념이 법적 요건으로

기능할 수 있을 정도로 명확한 개념인지 살펴본 다음, 가치창출 개념을 법적 요건으로 활용한 새로운 국제조세 규칙이 다국적 기업이 회피하는 현행 국제조세 규칙의 문제를 개선하면서 새롭게 과세권을 분배할 수 있는 현실적 가능성이 있는지 살펴보는 순서로 검토하였다.

그 검토의 결론은, 가치창출 개념은 그 불명확성으로 인하여 구체화된 법적 개념으로 활용하는 것이 불가능하다는 것이다. 또한 가치의 측정 역시 곤란하고, 과세권 경합 상황에서 우열관계를 정할 수 없으므로 가치창출은 실질적으로 과세권을 분배하는 규칙 제정에 효과적이지 않다. 또한 수요 측면의 관점에서 가치를 이해하는 한, 가치에 대한 정량적 평가는 더욱 어려워지고, 공급 측면의 가치와 수요 측면의 가치 사이에 상대적 평가 역시 곤란해진다. 가치창출 이론에서 설명하는 가치사슬 모델, 가치네트워크 모델, 가치샵 모델에 따른 구별 역시 그러한 구별에 따른 조세회피 사안에 대하여 유형적으로 구별되는 해결 방안이 도출되지 않는다는 점에서 그 구별의 실익이 없다.

가치창출 이론의 효용성을 긍정하는 입장에서 가치창출 개념을 토대로 하여 '새롭게' 주장하는 몇 가지 규칙 역시 현실적으로 적용할 수 있는 효용성은 없다. 가치창출 이론에서 설명하는 가치창출 분석 절차에 따라 기업의 활동 및 소득을 현실적으로 구별할 수 없고,[490] 따라서 고정사업장 개념의 변경 또는 새로운 연계점 개념의 창출도 쉽지 않을 것으로 보인다. 기능적 분석과정의 요소로서 가치창출 개념을 쓰거나 그에 터잡은 다른 지표들을 구성하는 것도 현재 국제조세의 규칙과 비교하여 볼 때 반드시 더 효용성이 있어 '낫다'고 단정할 수 없다. 기능, 자산, 위험 이외의 가치창출 개념을 추가로 검토하는 것이 실제 과세대상 이익 분배 과정에서 유의미한 역할을 할 수 없을 뿐 아니라 달리 기존 독립기업의 원칙의 한계를 극복하는 것도 아니기 때문이다. 가치창출 이론은 마치 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 '새로운' 대안

490) 이창희, "비거주자·외국법인의 사용료 소득에 대한 과세", 서울대학교 법학, 제54권 제4호, 2013. 12., 200면, 210면 참조.

처럼 등장했지만, 고정사업장 규칙이나 이전가격 규칙의 연혁을 고려한다면, 실상 가치창출 이론은 고정사업장 규칙과 이전가격 규칙의 오랜 논쟁에서 한 쪽의 입장을 달리 표현한 것일 뿐 '새로운' '해결방안'은 아니라고 보인다.

나아가 이러한 '새로운' 규칙들은 최근 다국적 기업의 조세회피 문제의 해결방향과 모순된다. 최근 고정사업장이나 이전가격 규칙의 개정과 관련한 논의의 집약이라 할 수 있는 '필라' 1, 2는 가치창출이나 가치창출의 장소와 상관없이 무조건 일정 부분은 시장에 직접 과세권을 부여하는 내용의 규칙이다. 또한 가치창출 이론을 일관하는 경우 독과점 이익에 대한 과세에 관한 문제를 논리적으로 설명하기 힘든 부분이 있다.

이상의 논의를 종합하면, 디지털 경제환경 속 다국적 기업의 조세회피 문제에 관하여 가치창출 이론은 과세상 지도원리라는 법원칙으로 논하기에 그 이론적 타당성이 충분하지 않을 뿐 아니라 가치창출 개념을 법적 개념으로 활용한 새로운 국제조세 규칙 역시 현실적으로 과세권이나 이익을 분배하는 기능을 할 수 없다.

작금의 논의동향을 대표할 수 있는 새로운 개념이 있다면 그것은 가치창출 개념이나 가치창출 이론의 핵심 내용과 같은 추상적인 것이 아니라 시장에 과세권을 부여하는 내용의 '시장관할(market jurisdiction)'의 개념 정도이다. 고정사업장 규칙의 개선은 — 가치창출 이론에 따른 — 가치창출의 장소가 아니라 '시장'을 반영해서 새로운 연결고리를 창설하는 방향이 되어야 한다. 애초에 디지털 경제환경 속 다국적 기업에 대하여 '공정한' 과세를 하지 못하고 있다는 주장을 한 입장에 선 것이 '시장'국가였기 때문이다. 이전가격 규칙 역시 시장의 강화라는 방향에 부합하는 방식으로 개선되어야 하며 이와 같은 맥락에서 공식배분법을 고려할 수 있다. OECD는 독립기업의 원칙과 상충되는 공식배분법을 채택하고 있지 않고, 당장 공식배분법에 따른 이익분배 규칙을 제정하는 것 역시 현실적 어려움이 있다. 그러나 몇 가지 기술적 방법을 개선한다면 공식배분법을 적용 가능한 규칙으로 활용할 수 있을 정도로 개선시킬 수 있고,

시장관할의 강화라는 방향과 부합할 수 있다.

이 글의 최종적 결론은, OECD가 처음 들고 나올 때 예정하였던 가치창출 이론의 역할 — 새로운 국제조세 체계에서의 과세상 지도원리 — 은 이론적으로는 타당성이 없다는 것이다. 굳이 가치창출 이론을 새로운 주춧돌로 하여 국제조세 규칙의 건물을 새로 쌓자면 꼭 불가능하다고 단정할 수는 없겠지만, 가치창출 개념이 처음부터 가지는 모호함과 한계로 인하여 그 건물은 지금 우리가 갖고 있는 건물 - 현행 국제조세 규칙이라 부른 - 보다 하등 나을 것이 없으리라는 것이다. 물론 다국적 기업의 조세회피 문제에 관한 해답은 필요하겠지만 그러한 해답을 찾자면 그것은 아마도 시장관할의 강화 그 자체에서 찾아야 할 뿐이고 그 과정에 가치창출 이론이 할 수 있는 역할은 이를 뒷받침하는 구호 또는 수사(修辭) 이상이 될 수 없다. 그렇다면 시장관할의 강화가 왜 해답이 되는가? 일정 부분은 이해관계를 대표하는 진영 간의 알력 다툼이 작용할 수밖에 없는 국제조세 특유의 현실에 기인할 테지만 어쨌거나 시장관할의 강화가 이론적 측면에서도 해답이 될 수 있는지 없는지, 만약 될 수 있다면 그 근거는 무엇인지 그것이 이 글 이후의 연구과제가 되어야 한다. 이처럼 향후의 그러한 연구에서 가치창출 이론이 설 자리가 마땅지 않다는 것을 분명히 한 것이 아마도 이 글이 할 수 있는 가장 중요한 기여가 아닐까 싶다. 여기서 '가치창출'과 관련한 논의가 끝을 맺고, 좀 더 '쓸모있는' 다음 단계의 논의로서 시장관할의 강화와 관련된 논의가 시작되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

단행본

마이클 포터, 『경쟁우위』, 범어디자인연구소 옮김, 비즈니스랩, 2020. 12. 31.

법제처, 『법령 입안·심사 기준』, 2021. 12.

이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제1판, 2021.

이창희, 『국제조세법』, 박영사, 제2판, 2021.

이창희, 『세법강의』, 박영사, 제7판, 2008.

논 문

김동수, 권용환, “원가분담약정 중도참여대가에 관한 미국 법원의 최근 판례에 대한 소고”, 『조세학술논집』, 제33집 제3호, 국제조세협회, 2017.

김빛마로, “디지털 경제의 특징과 시사점 : 경쟁 및 조세정책을 중심으로”, 재정포럼, 제265호, 한국조세재정연구원, 2018. 7.

김상겸, 박순찬, 박인원, 오수현, “디지털 경제의 확산이 서비스 무역 비용에 미치는 영향 및 정책 시사점”, 중장기통상전략연구, 제18권 제1호, 대외경제정책연구원, 2018. 12.

김석환, “사용료 소득의 원천지 판단기준”, 『저스티스』, 제140호, 한국법학원, 2014. 2.

김정홍, “BEPS 이행 다자협약의 현황과 전망”, 『조세학술논집』, 한국국제조세협회, 제34권 제1호, 2018.

김정홍, “다국적기업의 국제마케팅비용에 대한 관세평가 문제”, 『조세학술논집』, 한국국제조세협회, 제33집 제2호, 2018.

김태형, “다국적기업 그룹 내부 용역거래에 적용되는 이전가격 과세제도에 관한 연구”, 『조세학술논집』, 제35집 제4호, 한국국제조세협회, 2019.

마영민, “그룹사간 무형자산 이전에 관한 과세문제”, 『조세학술논집』, 제23집 제1호, 한국국제조세협회, 2007.

박종수, 김신언, “국제적 디지털 거래에서의 고정사업장 과세 문제”, 『조세법연구』, 한국세법학회, 제21집 제3호, 2019.

박훈, “디지털 경제하에서의 고정사업장 개념 변경과 해외이전소득에 대한 과세제도의 도입에 관한 소고”, 『조세학술논집』, 제35권 제1호, 한국국제조세협회, 2019.

법무법인 율촌, “우리나라의 이전가격 과세제도 정비방안(최종보고서)”, 2010. 3. 20.

안종석, “다국적 IT기업의 조세회피 행태와 시사점 : 애플, 구글의 사례를 중심으로”, 재정포럼, 한국조세재정연구원, 2013. 7.

안종석, “BEPS 2.0 – 주요내용과 시사점”, 조세재정브리프, 제98호, 한국조세재정연구원, 2020. 6.

안창남, “외국기업의 납세자 권리남용 방지에 관한 연구”, 『조세학술논

집』, 제30집 제1호, 한국국제조세협회, 2014.

오준석, “다국적기업의 디지털거래 유형과 가상고정사업장에 대한 국제조세쟁점 연구”, 국제경영리뷰 제22집 제2호, 2018.

오태현, “프랑스 디지털세 도입의 의미와 전망”, 세계경제 포커스, 대외경제정책연구원, 2019. 8. 21.

오태현, 임유진, “EU의 디지털세(Digital Tax), 주요 내용과 시사점”, 제18권 제13호, 대외경제정책연구원, 세계경제, 2018. 4.

OECD, “경제의 디지털화로 인한 조세 과제 - 글로벌 세원잠식 방지 모델규정 (필라 2)에 대한 주석서“, OECD, Paris, 2022.

우지영, “제4차 산업혁명: 데이터 경제를 준비하며”, 한국콘텐츠학회지, 제15권 제1호, 한국콘텐츠학회, 2017. 3. 28.

유현영, 홍민옥, “디지털경제 체제하의 소득세 과세 이슈와 시사점 : 최근 OECD와 EU의 논의를 중심으로”, 재정포럼BRIEF, 통권 제69호, 한국조세재정연구원, 2018.

윤지현, “미국에 등록된 특허권을 ‘사용’하는 대가 과세: 한미 조세조약 하에서 이전가격과 소득 구분의 쟁점을 중심으로”, 『조세학술논집』, 제36권 제4호, 한국국제조세협회, 2020. 12.

이상엽, 김준현, 홍성열, “국제거래에서의 조세회피 방지를 위한 이전가격 국제현안 검토 – OECD BEPS 프로젝트를 중심으로”, 세법연구 14-08, 한국조세재정연구원, 2014. 12.

이상엽, 박수진, 유현영, 이형민, 조승수, “우리나라의 조세조약 체결 현황 분석 및 정책적 시사점”, 한국조세재정연구원, 세법연구센터, 2017. 3.

이준봉, “균등화세의 도입을 통한 디지털 경제의 과세에 관한 연구”, 『조세법연구』, 제26집 제1호, 한국세법학회, 2020.

이찬근, 김성혁, “Double Irish Dutch Sandwich(DIDS)를 통한 BEPS 프로젝트 고찰”, 『조세학술논집』, 제32집 제3호, 한국국제조세협회, 2016. 10.

이창희, “비거주자·외국법인의 사용료 소득에 대한 과세”, 서울대학교 법학, 제54권 제4호, 2013. 12.

이창희, “이전가격세제에 따른 정상가격 산출방법은 정상인가?”, 『조세학술논집』, 제35집 제3호, 한국국제조세협회, 2019.

이창희, “이전가격세제의 회고와 전망”, 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

이창희, “종속대리인 고정사업장”, 『조세법연구』, 제20권 제1호, 한국세법학회, 2014.

조규범, 조창호, 조상현, 정인식, 김선영, 이태규, 박훈, “디지털 경제에 따른 조세현안과 과제”, 한국공인회계사회, 2019. 10.

황남석, “더블아이리시 구조와 실질과세원칙”, 『조세법연구』, 제24권 제3호, 한국세법학회, 2018. 11.

기타문헌

기획재정부, “BEPS 대응지원센터 2018년 제2차 전문가포럼 개최”, 2018. 9. 18.자 보도자료.

기획재정부, “디지털세 필라 1 진행상황 보고서 공개 - OECD 서면 공청

회 실시 -”, 2022. 7. 12.자 보도자료.

기획재정부, “디지털세 필라 2 모델규정 공개 – 글로벌 최저한세 도입을 위한 입법 지침 합의 -”, 2021. 12. 20.자 보도자료.

김건우, “알고리즘으로 움직이는 경제 디지털 카르텔 가능성 커진다”, LG경제연구원, 2017.

김시소, “프랑스 디지털세 1년 유예, 연말까지 OECD 통해 해법 논의”, 전자신문 기사, 2020. 1. 21., 전자신문(URL 생략).

넷플릭스서비시스코리아 2021년 감사보고서.

미국지식재산권자협회 2020. 5. 18.자 공개자료, “2019 Top 300 Patent Owners”, 미국지식재산권자협회 조사(URL 생략).

박진아, “디지털세 도입관련 EU 동향”, KOTRA 해외시장뉴스(2019. 12. 24.자), 대한무역투자진흥공사(URL 생략).

삼일회계법인, “주요 조세 동향 및 세법 개정사항”, 2021. 6. 삼일글로벌 업데이트.

최지현, “글로벌 IT 기업의 조세회피에 대한 국제적 과세동향 및 시사점 – 디지털세 도입 논의를 중심으로”, 외국입법 동향과 분석, 제16호, 국회입법조사처, 2019. 11.

한국경제연구원, “하반기 국제조세체계 개편, 기업 세부담 가중 우려 - 올해 10월,「G20 재무장관회의」에서 최종 승인 예정”, 2021. 5. 4.자 보도자료.

한국조세재정연구원, “고정사업장 지위의 인위적 회피 방지 관련 BEPS 프로젝트 주요 권고사항 및 국내외 입법동향”, 세법연구센터, 2016. 9.

2. 해외문헌

단행본

J. Magretta, 『*Understanding Michael Porter, the Essential Guide to competition and Strategy*』, Harvard Business Review Press, 2012.

OECD, 『*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*』, OECD Publishing, Paris, 2013.

OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015.

OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Deliverable*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014.

OECD, 『*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 : Final Report*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

OECD, 『*Digital Economy Outlook 2017*』, OECD Publishing, Paris, 2018.

OECD, 『*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*』, OECD Publishing, Paris, 2014.

OECD, 『*Model Tax Convention on Income and on Capital, CONDENSED VERSION*』, OECD Publishing, Paris, 2017. 11. 21.,

OECD, 『*OECD Digital Economy Outlook*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015.

OECD, 『*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*』, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019.

OECD, 『*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*』, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019.

OECD, 『*Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, 2022. 7. 11.

OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018.

OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

OECD, 『*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*』, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2019.

OECD, 『*Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*』, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2022. 3. 11.

United Nations, 『*Model double taxation convention between developed and developing countries*』, Department of Economic and Social Affairs, UN, New York, 2017,

Werner Haslehner, Marie Lamensch(Editors), 『*Taxation and Value Creation*』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020.

논 문

Adolfo J. Martín Jiménez, *"Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No. 4/5, 2020. 3.

Aleksandra Bal, *"(Mis)guided by the Value Creation Principle − Can New Concepts Solve Old Problems?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72. No. 11, 2018. 10.

Allison Christians, *"Taxing according to value creation",* Tax Notes International, July 18, 2018.

Avi Goldfarb, Catherine Tucker, *"DIGITAL ECONOMICS"*, NBER Working Paper 23684, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, 2017. 8., available at http://www.nber.org/papers/w23684

Bret N. Bogenschneider, Ruth Heilmeier, *"Google's Alphabet Soup in Delaware"*, Houston Businuess and Tax law Journal, 16, 2016.

Brigitte Baumgartner, *"Value creation Analysis for Transfer Pricing Purposes",* International Transfer Pricing Journal, Volume 25, No. 2, IBFD, 2018. 2.

Clemens Fuest, *"Taxation in the Place of Value Creation : An Economic Perspective",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD.

Emmanuel Llinares and Ralph Meghames, *"Value Chain Analysis : An Analytical Tool to Evaluate Economic Contribution in the Overall Framework of Value Creation",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD.

Itai Grinberg, *"User participation in Value Creation"*, British Tax Review, No. 4., 2018.

Isabella Cugusi, *"International Prospects for Taxation of the Digital Economy between 'Tax Law and New Economy' and 'Tax Law of the New Economy'",* World Tax Journal, Volume 12, No. 4, 2020. 10.

J. Gregory Ballentine, *"BEPS, Economic Activity, and Value Creation"*, Tax notes international, VIEWPOINT, Volume 105, March 28, 2022.

Jérôme Monsenego, *"Value Creation and Trasfer Pricing",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD.

Jinyan Li, Nathan Jin Bao, and Huaning (Christina) Li, *"Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation"*, Canadian tax journal/revue fiscale canadienne, 제67권 제4호, 2019.

Michael E. Porter, *"Competitive Advantage Creating and Sustaining Superior Performance",* The Free Press, New York, 1985.

Michael Devereux and John Vella, *"Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System"*, EUROPEAN TAX POLICY FORUM Policy Paper, Oxford University Centre for Business Taxation, 2018. 7. 31.

Michael Lennard, *"Act of creation: the OECD/G20 test of "Value Creation" as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries"*, Transnational Corporations Journal, Vol. 25, No. 3, 2018.

Ming YE, Bo MENG, Shang-jin WEI, *"Measuring Smile Curves in Global Value Chains"*, INSTITUTE OF DEVELOPING ECONOMIES, 2017. 8. 27.

Marcel Olbert, *"Taxation in the Digital Economy − Recent Policy Developments and the Question of Value Creation"*, University of Mannheim, Christoph Spengel, University of Mannheim & ZEW, 2019. 3.

Marie Lamensch, *"Value Creation and VAT",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020.

Peter Hongler, Pasquale Pistone, *"Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy"*, Working paper 20 January, IBFD, 2015.

Raffaele Petruzzi, Svitlana Buriak, *"Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy − A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72., No. 4a/Special Issue, 2018.

Rasmi Ranjan Das, *"The concept of Value Creation : Is It Relevant for the Allocation of Taxing Rights?"*, Bulletin for International Taxation, Volume 74, No 3, IBFD, 2020. 3.

Rebecca M. Kayser, *"OECD/International - Value Creation: A Dimming Lodestar for International Taxation?"*, Bulletin for International Taxation, Volume IBFD, 2020. 4., 5.

Richard Collier, "The Value Creation Mythology", 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD

Stabell Charles B., Fjeldstad Oystein D., *"Configuring Value for Competitive Advantage : On Chains, Shops, and Networks*", Strategic Management Journal, Wiley, 제19권 제5호, 1998. 5.

Steef Huibregtse, Sonia Catalina Muñoz Rodríguez, *"Argentina/Brazil/Chile/Colombia/Costa Rica/El Salvador/Guatemala/Mexico/ Panama/Peru/Uruguay - Slicing the Pie in Latin America – A Pragmatic Approach to a Value Chain Analysis"*, Bulletin for International Taxation, Volume 72, No. 12, 2018. 11.

Werner Haslehner, *"Value Creation and Income Taxation : A Coherent Framework for Reform?",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020.

Werner Haslehner, Marie Lamensch, *"General Report on Value Creation and Taxation : Outlining the Debate",* 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna 18-20 June, Volume 19, EATLP International Tax Series, IBFD, 2020.

Wolfgang Schoń, *"Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy"*, 72 Bull. Intl. Taxn. 4/5, sec. 7., Journal Articles & Papers IBFD, 2018.

Wolfgang Schoń, *"Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy"*, 72 Bull. Intl. Taxn. 4/5, 2018.

Wolfgang Schoń, *"Value Creation, the Benefit Principle and Efficiency – Related Allocation of Taxing rights"*, 『Taxation and Value Creation』, EATLP Annual Congress Vienna, Volume 19, EATLP International Tax Series, 2020, IBFD.

[재인용] J. Hey, *"Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative"*, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2018.

[재인용] K. Andersson, *"Should We Use Value Creation or Destination as a Basis for Taxing Digital Businesses? – Krister Andersson's Comments on the 2018 Klaus Vogel Lecture Given by Professor Michael Devereux"*, 72 Bull. Intl. Taxn. 12, Journal Articles & Papers, IBFD, 2018.

[재인용] Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, *"The Original Intent of U.S. International Taxation"*, 46 Duke L.J., 1977.

[재인용] Robyn S. Berger, *"Transfer Pricing Considerations for Intra-Group Services"*, University of the Witwatersrand, 2015.

[재인용] Saïd Business School, University of Oxford, Session 3 – *"Evaluation of current proposals, Taxing the Digitalised Economy: Tailored changes or wide-ranging reform?"* (18 Feb. 2019), available at www.youtube.com/ watch?v=jacuRdRB_hg.

[재인용] Susan Morse, *"Value Creation: a standard in search of a process"*, Bulletin for International Taxation, April/May, 2018.

판결

AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, PETITIONER v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, RESPONDENT Docket No. 31197-12. Filed March 23, 2017.

ADIT v. E-Funds IT Solution Inc2, SUPREME COURT OF INDIA CIVIL APPELLATE JURISDICTION, CIVIL APPEAL NO. 6082 OF 2015

European Union, JUDGEMENT OF THE GENERAL COURT T-818/16

[재인용] 독일 지방법원의 판례(Dated 6 September. Entscheidungen Finanz Gerichte 2001, at 1535)

[재인용] 이탈리아 과세관청의 비디오게임 회사에 대한 결정(Ruling 119 of 28 May 2007, Linda Favi, Is there a permanent establishment? Italian Report, Cahier de droit fiscal international, volume 94a, Sdu Utigevers, 2009

기타문헌

Earnest Young, *"Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept – Executive Summary"*, Global Tax Alert(2015. 7. 30.), Earnest Young, 2015

EC 공개 메모, *"Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android operating system and applications – Factsheet"*, 2016. 4. 20.자 메모(URL 생략).

"Google: annual advertising revenue 2001-2021", Statista Research Department, 2022. 7. 7.자(URL 생략).

EC 보도자료, *"Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine"*, 2018. 7. 18.자 보도자료(URL 생략).

European Commission, *"COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL AN ACTION PLAN FOR FAIR AND SIMPLE TAXATION SUPPORTING THE RECOVERY STRATEGY"*, 2020. 7. 15.(URL 생략).

European Commission, *"Fair Taxation of the Digital Economy"*, European Commission 홈페이지 공개자료(URL 생략).

European Commission, *"Fair Taxation of the Digital Economy"*, European Commission 홈페이지 공개자료(URL 생략).

European Commission, *"Proposal for a Council Directive Laying Down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence"*, 2018. 3. 21.(URL 생략).

European Commission, *"Questions and Answers on a Fair and Efficient Tax System in the EU for the Digital Single Market"*, Brussels, 2018. 3. 25.

Lucas Shaw, *"Netflix Enters Middle Age. Brace for Speed Bumps.",* Bloomberg Newsletter, 2021. 7. 26.자(2022. 8. 31. 검색).

OECD, 2021. 7. 1.자 보도자료, *"130 countries and jurisdictions join bold new framework for international tax reform"*, 2021. 7. 1(URL 생략).

OECD, *"Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisaion of the Economy"*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2021. 7. 1.

OECD, *"Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisaion of the Economy"*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2021. 10. 8.

"Share of global smartphone shipments by operating system from 2014 to 2023", Statista Research Department, 2022. 5. 23.자(URL 생략).

버라이어티 웹페이지(URL 생략).

비주얼캐피털리스트(Visualcaplitalist) 웹페이지.

유럽연합판결(THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION) 홈페이지(URL 생략).

Abstract

A Ciritial Analysis on OECD's so called 'Value Creation Theory' - targeting tax evasion of Multi-national Enterprises'

Hyo Jung, Bae
Department of law, Tax law
The Graduate School
Seoul National University

Unlike traditional enterprises, Multi-national Enterprises(hereinafter 'MNE's) have made their profits from the business activities, exploiting the features of digital economy. The Value Creation Theory(hereinafter 'VCT') has been discussed as the guiding principle for the new international taxation regulations by the OECD on the MNEs' tax evasion issue in the digital economy. However VCT popped up at the issue 'abrubtly' without profound academic verifications. The purpose of this thesis comes from the necessity for the criticl analysis to review whether VCT can be enough to function as the guiding principle for the new intenational taxation system.

Initially VCT made its appearance as the 'splendorous' concept which can solve the MNEs' tax evasion problem in the current digital economy. Digital economy is based on the Information Technologies(hereinafter 'IT') and Internet. And MNE made its profits from the digital transactions, exploiting the IT, Internet and intangibles. New business fields are sprouted out by the IT and the functions of MNE groups' are dispersed or integrated easily and readily. The monopolistic and oligopolistic markets appear frequently with technological entry barriers. As the IT develops, digital transctions through

the data mount up and the status as suppliers or demanders are hardly differentiated. MNEs with these singularities of digital economy, have evaded the taxation by the way of incapacitating Permanent Establishment(hereinafter 'PE') and Transfer Pricing(hereinafter 'TP') rules of internatinal taxation regulations.

It is the essential part of VCT to examine the factors to make a company more competitive than others, classified as the Value Chain, Value Network and Value Shop models, through the value creation process analysis. OECD firstly presented it to the MNE's tax evasion issue in 2013 with the very start of BEPS project. Until OECD's 2018 interim report, OECD, using the 'Value Creation' concept pretty much alike the meaning of 'creation of profit', discussed and labled VCT as the promising taxational principle for setting up the new international taxation system. But since OECD's 2019 reports with the start of BEPS project 2.0 era, OECD rarely made its comments on the 'Value Creation' concept or VCT itself, and kept going on the discussion about the specific measurements 'Pillars' following the BEPS project.

This situation is the critical point of this thesis. Was VCT, discussed as the guiding principle for quite a long time and the 'starting engine' button of BEPS project, just evaporated? If so, why? From the beginning, does VCT bear the possibility to be such a criteria?

There are two sides on VCT, the supporting and opposing. The supporters of VCT allege that value creation process analysis of MNEs can be a helpful tool to ameliorate the current issues and to recreate the international taxational system. And VCT is corresponded with the solution plans presented by BEPS project since VCT backs up the reinforcement of 'Market Jurisdiction(Pillar 1)' and so called, 'Digital Tax'. This side generally accords with the European Union, a big market countries of MNEs

in the digital economy. The supporters of VCT suggest the 'value creation' concept shall be refelcted to the as the new nexus after abolishing the original PE regulations, and also the functional analysis of TP regulations.

Meanwhile, opposers of VCT criticized that VCT did not start from the object to solve the problem of tax evasion issue of MNEs in the digital economy. And because of the vagueness of the 'value creation' concept, VCT can readily be interpreted for the sake of one's own advantage as a result of the political powerplays. Furthermore, it is difficult to assess the 'value' in accordance with VCT for the purpose of the taxation. United States, a base country where most of the MNE's have their headquarters tends to take this side.

This polarity between these sides is the main point of this thesis for the validation anylysis on VCT. It shall be started from the review whether the 'value creation' concept is articulate enough to be used as the 'normative context' and then must be looked through whether there is a possibility for the new rules along with the VCT to function as the substantial and effective rules to allocate tax jurisdictions.

As for the clarity of the value creation concept, it cannot be possible to utilize as the term in the meaning of normative context because of its opaqueness. And because of the difficulty to assess or estimate the value, the new regulations with the value creation concept have no power to set the jurisdiction or to allocate jurisdictions when competing them. Likewise, under the construe 'value' as the sum of supply-side and demand-side value both, not only the assessment of itself but also the relative value between them for the taxation become even harder. The categorization of Value Chain, Value Network, Value shop models is not also necessary since the solutions or new regulations to those MNEs' tax evasion issues are not deduced through those categories above.

Also the 'new rules' using the 'value creation' concept as one of the regulatory prerequisites, have no merits in the respect of the applying rules. In the respect of PE rules presented by supporters of VCT, it shall be taken into account that the differentiation of the business activities and their profits, which is the prerequisite for 'Value Creation Analysis Process', is not feasible. Thus the 'amelioration' of the traditional PE concept or the new set of 'nexus' based on the value creation is not feasible, either. Furthermore, it is not only quite effective to take consideration additionally on the 'value creation' in the process of Functional Analysis but also not helpful to overcome the drawbacks of the Arm's Length Principle. To sum up, VCT is nothing but a new version of old-fashioned side — supporters of abolition of traditional PE concept of Arm's Length Principle — to the same old question related to PE or TP rules, considering the historical backgrounds of PE or TP regulations.

And the new rules using the value creation concept as the regulatory prerequisites, is not compatible to the way of countermeasures about the issues of MNEs' tax evasion issues in the digital economy. Above all, it is noticeable that VCT is not consistent logically with the reinforcement of the Market Jurisdiction since the 'place of the value creation' does not always equal to the 'Market Jurisdiction'. However the recent discussions on the MNEs' tax evasion issue, allocating tax jurisditions or profits to Market Jurisdictions uncontitionally, does not have any relationships with value creation or the place of value creation. Lastly, as for the case of the allocation of profits arisen from the MNEs' monoplistic or oligopolistic activities, it is hardly to say that the place of the value creation equals to the market, which is the contrary to the OECD's research reports.

In conclusion, to sum up the above discussion, VCT, once regarded as the guiding polestar for the new international taxation system, not only does not

have enough reasonable and sound grounds but also viability to function as the legal criteria to allocate tax jurisdictions. The 'new' concept which can be concretized through these debates is the 'market jurisdiction', not 'VCT'. The way of reforming of the current PE rules to the MNEs' tax evasion issue in the digital economy shall be the creation of new nexus concept, to which the 'market' has been reflected, not the 'the place where the value creates', as it has been market countries who have claimed the 'unfair' taxation to MNEs from the beginning. TP regulations shall be also improved toward the way compatible with the strenghten of Market Jurisdictions. And along the same line, the 'Global Formulary Apportionment' method can be one of the considerable options. It would not be within the range of possibility to make new TP rules in accordance with the global formulary apportionment at once in the near future because OECD officially has not to taken the global formulary apportionment method at odds with the Arm's Length Principle up to recently. Nevertheless TP rules with the global formulary apportionment are considerable as the one of the solutions to the tax evasion issue of MNEs in the digital economy, considering the points that global formulary apportionment method can be improved to the degree of being used as the regulations applicable to the cases after several researches on the technical approaches or methods and that the result of MNEs' profit allocations would be the same line with the reinforcement of Market Jurisdictions.

keywords : digital economy, value creation, value creation theory, permanent establishments, transfer pricing, market jurisdiction, BEPS

***Student Number* : 2015-31080**

감사의 글

이 논문은 작성에도 또 심사에도 장시간이 소요된 끝에 빛을 본 글입니다. 어렵게 완성하여 세상에 나온 만큼 감사한 분들도 많습니다.

먼저 본인을 세법의 세계로 인도해주신 이창희 교수님께 감사드립니다. 아직 많이 모자라지만 인도해주신 학문의 길에서 더욱 정진하겠습니다. 또한 이 논문을 장시간 심사해주신 김석환, 송옥렬 교수님, 김정홍 국장님께도 깊은 감사를 표합니다. 언젠가 '논문을 그만두어야겠다'는 마음이 들었을 때 포기하지 않고 끝까지 나아갈 수 있도록 따뜻하게 전해주셨던 말씀들을 깊이 새기겠습니다. 그리고 미천한 논문이지만 그나마 세상의 빛을 볼 수 있는 데까지 끌어주신 윤지현 교수님께 깊은 감사의 말씀을 전합니다. 늘 제게 좋은 말씀만 해주신 것은 아니지만 그 모든 말씀에 감사드렸던 마음은 진심으로 한결 같습니다.

법원에서 근무하는 바쁜 와중에 시간을 쪼개어 모자란 논문을 보아 준 남편, 또 내 인생에 가장 큰 축복이 된 첫째 딸 지안이, 둘째 아들 도윤이에게도 고마움을 전합니다. 비로소 배우자로 또 엄마로 어려웠던 공부의 한 부분을 끝 마치는 모습을 보여줄 수 있어 다행입니다. 긴 시간 동안 물심양면 지지해주신 양 가 어머님, 아버님께도 감사드립니다.

마지막으로 논문을 교정하는데 도와주신 조상미 변호사님과 윤준석 판사님께도 감사의 말씀을 드립니다. 언젠가 저의 경험과 지식이 일천하게나마 두 분께 도움으로 닿게 되길 희망합니다.

어려운 과정 속에서도 많은 분들의 도움으로 결국 박사학위를 받게 되었지만 그것은 단순한 끝이 아니라 새로운 공부로 나갈 수 있는 출발선에 겨우 선 것이 아니겠는가 생각합니다. 앞으로 더욱 연구에 정진하여 사회에 보탬이 되도록 공부하겠습니다.