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

법학석사학위논문

외국계 펀드에 대한 원천지국 과세

2015년 8월

서울대학교 대학원

법학과 세법 전공

배 효 정

외국계 펀드에 대한 원천지국 과세

지도교수 O O O

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함.

2015년 4월

서울대학교 대학원

법학과 세법 전공

배 효 정

배효정의 법학석사 학위논문을 인준함.

2015년 6월

위 원 장 _____ ㊞

부위원장 _____ ㊞

위 원 _____ ㊞

논 문 초 록

요약(국문초록)

론스타펀드에 관한 판결은 국내에서 큰 반향을 불러 일으켰다. 1990년대 이후부터 이어진 외국계 투자 펀드의 국내 투자는, 위 론스타펀드에 대한 법적 판단이 이루어지는 계기가 되며 여론의 큰 주목을 받았다.

투자 펀드는 집합투자기구의 하나로 투자자가 자산을 투자하여 발생한 수익을 지급받기 위한 매개가 되는 자산의 집합체이다. 투자펀드는 법적 형태에 따라 회사형, 신탁형, 조합형 펀드로 분류할 수 있고, 펀드의 설립지・투자지역・투자자 등에 따라 국내펀드와 국제펀드로 분류할 수 있다. 이하의 글에서는 국외 투자자들이 국외에서 설립하여 국내에서 투자 활동을 펼치는 펀드를 '외국계 투자 펀드'로 지칭하고 그에 관한 논의를 전개하였다.

투자 펀드의 과세방식에 대하여는 Entity taxation, Pay through taxation, Pass through taxation로 분류할 수 있고, 국내법 상 회사형 펀드의 경우 Entity taxation, 조합형・신탁형 펀드의 경우 Pass through taxation의 과세 방식을 취하고 있다.

외국계 투자 펀드 역시 '인(人)'으로서 거주자(resident) 및 수익적 소유자(beneficial owner)에 해당한다면 조세조약이 적용될 수 있다. 우선적으로 외국계 투자 펀드와 단체 분류(Entity Classification)의 문제로서 국내에서 론스타 펀드Ⅲ이 법인으로 법인세를 부담하는지 아니면 투자자들이 소득세를 부담하는지 여부가 쟁점이 된 대법원 판례를 검토하였다. 외국계 투자 펀드의 거주자 판단과 관련하여서는 거주자의 개념을 살펴본 후 신탁형・회사형・조합형 펀드의 경우를 나누어 검토

하였다. 외국계 투자 펀드의 수익적 소유자 판단과 관련하여서는 그 개념 및 연혁을 살피고 최근 대법원 판결을 검토하였다. 다만, 위 대법원 판결은 전통적으로 OECD 모델조세조약에서 읽혀지는 수익적 소유자의 개념에 맞지 않는 측면이 있음을 지적하였다.

외국계 투자 펀드에 대한 원천지국 과세와 관련하여 우선적으로 외국계 투자 펀드가 투자 활동을 통하여 이자·배당·양도 소득 등을 창출함을 지적한 후, 특수한 문제로서 고정사업장 문제를 다루었다. 일반적인 의미에서의 고정사업장의 의미를 검토한 후, 외국계 투자 펀드의 고정사업장에서는 주로 대리인에 의한 고정사업장 인정 여부가 쟁점이 됨을 설명하고 OECD 모델조세조약에서 마련하고 있는 대리인에 의한 고정사업장 규정이 외국계 투자 펀드의 어떠한 상황을 포착하고자 하는지 검토하여, 대리인과 펀드의 각 활동에 따라 대리인의 종속성, 계약체결대리인에 해당하는지 여부, 대리인의 활동이 예비적·보조적인지 여부를 검토하여 외국계 투자 펀드의 대리인에 고정사업장의 지위를 인정하기는 어렵다는 결론을 도출하였다.

……

주요어 : 투자 펀드, 론스타, 조세조약, 원천지국 과세
학 번 : 2013-23322

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 2 장 투자펀드의 개념 ····· 3

제 1 절 투자펀드의 의의 ····· 3

제 2 절 투자펀드의 특성 ····· 4

제 3 절 투자펀드의 분류·구조 및 현황 ····· 5

1. 투자펀드의 분류 ····· 5

가. 법적형태에 따른 분류 ····· 7

(1) 회사형 펀드 ····· 7

(2) 신탁형 펀드 ····· 7

(3) 조합형 펀드 ····· 8

나. 설립지, 투자지역, 투자자 등에 따른 분류 ····· 8

2. 외국계 투자 펀드의 구조 ····· 9

3. 외국계 투자 펀드의 현황 ····· 9

제 4 절 연구의 범위 ····· 10

제 3 장 투자펀드에 대한 세법상 취급 ····· 11

제 1 절 일반론 ····· 11

1. “Entity taxation” 접근법 ····· 11

2. “Pay through taxation” 접근법 ····· 11

3. “Pass through taxation” 접근법 ····· 12

제 2 절 국내법상 투자펀드에 대한 과세 ····· 12

1. 회사형 펀드: 원칙적으로 Entity taxation ····· 12

가. 펀드 단계 ····· 12

나. 투자자 단계 ····· 13

2. 신탁형 펀드: Pass-through taxation ····· 14

가. 펀드 단계 ····· 14
나. 투자자 단계 ····· 15
(1) 적격요건을 갖춘 경우 ····· 15
(2) 적격요건을 갖추지 않은 경우 ····· 15
3. 조합형 펀드: Pass-through taxation ····· 15
가. 펀드 단계 ····· 15
나. 투자자 단계 ····· 16
(1) 적격요건을 갖춘 경우 ····· 16
(2) 적격요건을 갖추지 않은 경우 ····· 16
4. 투자펀드에 대한 과세 형태 ····· 16

제 4 장 외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용 ····· 17
제 1 절 서설 ····· 17
제 2 절 외국계 투자 펀드의 인(人) 판단 ····· 18
1. '인(人)'의 개념 ····· 18
2. 외국계 투자 펀드에 대한 인(人)의 판단 ····· 19
3. 외국계 투자 펀드와 과세 분류의 문제 ····· 19
가. 서설 ····· 19
나. 가능한 접근 방법 ····· 20
다. 국내 판례: 대법원 2010두5950 판결 ····· 22
(1) 사실관계 ····· 22
(2) 쟁점 ····· 23
(3) 판단 ····· 23
라. 해외 동향 ····· 24
마. 소결론 ····· 25
제 3 절 외국계 투자 펀드의 거주자(resident) 판단 ····· 27
1. '거주자(resident)'의 개념 ····· 27
2. 외국계 투자 펀드에 대한 거주자 판단 ····· 29
가. 신탁형 펀드 ····· 29
나. 회사형 펀드 ····· 29

다. 조합형 펀드 ····· 29
제 4 절 외국계 투자 펀드의 수익적 소유자 판단 ····· 32
1. '수익적 소유자(Beneficial Owner)'의 개념 및 연혁 ····· 32
가. OECD 모델조세조약의 규정 ····· 32
나. 수익적 소유자 개념의 연혁 ····· 33
2. 외국계 투자 펀드에 대한 수익적 소유자 판단 ····· 34
가. OECD 모델조세조약 주석서 ····· 34
(1) 제10조 제2문단, 12 및 12.1 ····· 34
(2) 제1조 6.14 및 6.15 ····· 35
나. 외국계 투자 펀드에 대한 적용 ····· 36
3. 국내 판례: 대법원 2010두25466판결 ····· 37
가. 사실관계 ····· 37
나. 쟁점 ····· 38
다. 판단 ····· 38
4. 소결론 ····· 38
가. 대법원 2010두25466판결에 대한 분석 ····· 39
나. OECD 모델조세조약의 태도 및 국내실무와의 상충 39
제 5 절 소결론 ····· 41

제 5 장 외국계 투자 펀드에 대한 원천지국 과세 ·· 42
제 1 절 서설 ····· 42
제 2 절 외국계 투자 펀드의 소득유형 ····· 43
1. 이자소득 ····· 43
2. 배당소득 ····· 43
3. 양도소득 ····· 44
4. 사업소득 ····· 45
제 3 절 외국계 투자 펀드의 고정사업장 인정 여부 ··· 46
1. 서설 ····· 46
가. 외국계 투자 펀드와 고정사업장의 문제 ····· 46
나. 수동적 소득에 대한 고정사업장 과세 ····· 47

다. 쟁점 ····· 48
2. 고정사업장의 개념 ····· 48
가. 원래 의미의 고정사업장 ····· 48
(1) OECD 모델조세조약의 규정 ····· 48
(2) 국내법의 규정 ····· 50
나. 대리인에 의한 고정사업장 ····· 50
(1) OECD 모델조세조약의 규정 ····· 50
(2) 국내법의 규정 ····· 51
(3) 해석론 ····· 52
3. 외국계 투자 펀드의 고정사업장 인정 여부 ····· 56
가. 서설 ····· 56
(1) 외국계 투자 펀드의 전형적인 상황 ····· 56
(2) 대리인 고정사업장 규정이 포착하고자 하는 상황 ····· 57
나. 고정사업장 인정여부에 관한 가능한 해석 ····· 58
(1) 고정사업장을 인정하는 해석 ····· 58
(2) 고정사업장을 부정하는 해석 ····· 59
다. 외국계 투자 펀드의 고정사업장에 관한 검토 ····· 60
(1) 종속대리인에 관한 판단 ····· 60
(2) 예비적·보조적 활동에 관한 판단 ····· 66
(3) 소결론 ····· 69
4. 국내 판례: 행정법원 판례 ····· 70
가. 사실관계 ····· 70
나. 쟁점 ····· 71
다. 법원의 판단 ····· 71
5. 해외 동향 ····· 72
가. 호주 ····· 72
나. 일본 ····· 73
다. 영국 ····· 74
6. 소결론 ····· 75

제 8 장 결론 ····· 76
제 1 절 연구의 요약 ····· 76
제 2 절 향후의 과제 ····· 78

참고문헌 ····· 80
Abstract ····· 83

표 목 차

<표 1> 3가지 유형의 펀드 비교 ····· 6
<표 2> 설립지·투자지역·투자자 등에 따른 분류 ····· 9
<표 3> 투자 펀드에 대한 국내법상 과세형태 ····· 17
<표 4> 투자 펀드와 대리인의 활동 ····· 58
<표 5> 론스타펀드Ⅳ의 한국외환은행 인수 규모 ····· 70

그 림 목 차

<그림 1> 외국계 펀드의 투자 구조 ····· 10
<그림 2> 론스타펀드Ⅲ의 투자 및 관리구조 ····· 22

제 1 장 서 론

특정한 목적을 위해 모아진 자금이 집합된 기구인 집합투자기구는 흔히 펀드(fund)라고 불리며, 국제투자를 위한 방안으로 광범하게 이용되고 있다. 최근 국내에서는 론스타펀드를 대상으로 한 행정, 조세, 형사 판결이 나와 투자 펀드에 대한 과세에 관하여 큰 반향을 불러일으키기도 하였다. 경제 개방 및 세계화의 추세와 함께 1990년대 후반부터 증가한 외국계 투자 펀드의 국내 투자는 다양한 형태로 이루어졌고 이후 대규모 자본력을 바탕으로 외국계 투자 펀드에 의해 이루어진 공격적이고도 적극적인 양태로 이어진 직·간접적인 투자는 국내 및 국외에서 조세회피의 문제로 많은 논란의 대상이 되었다.

특히 외국계 투자 펀드에 대한 과세가 논란의 대상이 된 것은 해당 펀드가 구사하는 다양한 조세회피 전략에 따라 원천지국인 대한민국의 과세권 행사가 사실상 제한된 경우가 상당수 발생하였기 때문이다. 론스타펀드의 경우, 단기간 내 대규모 자금력을 바탕으로 이루어진 스타타워 빌딩 매각을 통해 수천 억에 이르는 양도차익을 내고도 '세금을 제대로 내지 않았다'는 국내 여론이 뜨겁게 일었고[1] 해당 사건은 학계 뿐 아니라 실무에서도 많은 주목을 끌었다.

론스타펀드 이외에도 여러 외국계 투자 펀드의 투자 수익에 대한 과세관청의 과세처분은 크고 작은 분쟁의 대상이 되었고, 그 중 일부는 소송으로 이어지기도 하였다. 이와 같이 외국계 투자 펀드에 대한 분쟁이 다수 발생하고 있는 배경은, 외국계 투자 펀드에 대한 조세법적 취급과 관련한 학계 및 실무의 논의가 풍부하지 않았던 사실에 기인한다.

일반적으로 해외자본이 펀드를 통하여 수행하는 국내 투자 활동은, 전 세계

---

1) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두26629 판결, 서울고등법원 2010. 2. 12. 선고 2009누8016 판결, 서울고등법원 2010. 2. 12. 선고 2009누8009 판결 등.

에 거주하는 투자자로부터 투자 자금을 모집하여 여러 국가를 거쳐 운용자(fund manager)로 하여금 국내의 주식·채권·부동산 등에 대하여 투자하는 방법으로 운용하게 하는 구조이다. 즉, 자금의 모집부터 투자의 집행까지 등장하는 투자자, 펀드, 운용자 중에 어떠한 실체(entity)[2]를 납세의무자로 보아 과세처분 하여야 하는지, 과세처분의 내용·방법 및 시기에 대하여 론스타펀드를 필두로, 외국계 투자 펀드에 대한 과세처분이 이어지며 학계·실무에서 논의가 진전되기 시작했다.

이하에서는 펀드의 개념을 바탕으로 외국계 투자 펀드에 대한 우리법상 조세법적 취급에 관하여 검토한 후 그에 대한 조세조약의 적용 및 원천지국인 과세권의 내용을 검토한다.

외국계 투자 펀드가 조세조약의 적용을 받기 위해서는 인(人)으로서 '거주자' 및 '수익적 소유자'에 해당하여야 하는바, 우선적으로 론스타펀드Ⅲ이 법인세를 부담하는지 아니면 그 투자자들이 소득세를 부담하는지 여부가 다루어진 대법원 판례(대법원 2010두 5950판결)를 중심으로 논의를 전개한 후, 거주자의 논의를 검토한다. 특히 수익적 소유자와 관련하여서는 기존의 과세실무와 다르게 판시한 대법원 판례(대법원 2010두25466판결)의 판시 내용과 더불어 외국계 투자 펀드 자체에 수익적 소유자의 지위를 인정할 수 있는지 여부를 검토한다.

외국계 투자 펀드의 원천지국에서의 과세와 관련하여, 해외 투자자들이 투자펀드를 통해 국내 자산에 투자하기 위해서는 의도한 투자활동을 전개할 수 있는 시설 등이 필요할 수 있고, 그러한 필요성이 인정되는 경우 외국계 투자 펀드는 국내에 자회사를 두거나 인력을 통하여 사업장을 꾸려 필요한 활동을 하게 된다. 외국계 투자 펀드가 마련한 이러한 시설 등이 고정사업장

---

2) "entity"는 사전적(辭典的)으로는 흔히 '실체', '독립체'로 번역되는 바 그 의미를 두고 논란이 있다. 이하에서는, 펀드가 투자 활동을 통해 창출하는 소득이 귀속(attribution)되는 주체라는 의미로 사용하고자 한다. 이하에서는 통일하여 '실체'라는 말로 옮기기로 한다.

(permanent establishments)으로 인정된다면 이에 귀속되는 외국계 투자 펀드의 사업소득이나 그 밖의 소득에 관하여는 원천지국인 대한민국에 과세권이 귀속된다. 고정사업장의 인정 여부에 따라 외국계 투자 펀드에 대한 원천지국의 과세권 행사 가부가 달라지므로, 해당 쟁점은 매우 중요한 문제이다.

외국계 투자 펀드가 국내에 유입되어 투자를 시작하고 활성화 된지 20여년이 지났지만 그럼에도 불구하고 국내에서는 오랜 시간 동안 외국계 투자 펀드에 관한 체계적 논의가 이루어지지 않다가 최근에서야 론스타펀드에 대한 각 급 법원의 판결이 나온 이후 외국계 투자 펀드와 관련한 논의가 이루어지고 있다.

이 글에서는 외국계 투자 펀드의 국내 투자와 관련하여 상술한 쟁점에 대한 논의를 전개하되 원천지국으로서 우리나라 가지는 외국계 투자 펀드에 대한 원천지국으로서의 과세권에 초점을 두었다.

제 2 장 투자펀드의 개념

제 1 절 투자펀드의 의의

거래계에서 흔히 말하는 '펀드(fund)'는 특정한 목적을 위해 모아진 자금이 집합되어 있는 '기구(vehicle)'이다. 특히 여러 목적 중에서도 투자 수익의 창출을 목적으로 자금을 구성하는 '투자 펀드(investment fund)'란 다수의 투자자로부터 자금을 모아(pooling) 증권·부동산 등의 자산에 투자하고 그 수익을 투자지분에 따라 투자자에게 배분하는 목적을 위한 기구이다. 여러 사람의 자금을 모아서 별도의 기구를 만든 후 그 기구로 하여금 투자하도록 하기 때문에 '집단적(collective)·간접적(indirect) 투자제도'라고 일

컬을 수 있다. 즉, 투자펀드는 집합투자기구(collective investment fund)의 하나로 투자자가 투자한 자산이 펀드라는 투자 매개(investment vehicle)를 통해 투자 자산에 대한 투자 활동을 실행(execution)하고[3] 그러한 투자 활동에서 발생한 수익을 투자자가 투자 펀드로부터 이자, 배당, 양도소득의 형태로 분배받게 된다.

일반적으로 투자 펀드를 지칭하는 용어는 투자 펀드의 개념 및 용례가 통일되어 있지 않은 관계로 상이하고, 그 분류 체계 역시 통일되어 있지 않다. 대한민국에서는 2009년 시행된 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법'이라 한다)에 따라 투자펀드를 '집합투자기구'로 지칭하는 것으로 통일되었지만 금융업계의 실무상으로는 '투자펀드'라는 용어도 사용되고 있다. 이하에서는 일반인들에게 보다 널리 사용되고 있는 용례인 '투자펀드'로 말을 사용하도록 한다.

제 2 절 투자펀드의 특성

전 세계적으로 투자 펀드를 통한 투자가 증대하고 있는 까닭은, 전세계 투자자로부터 투자 자금을 모집하기 때문에 대규모 자금을 바탕으로 하여 투자 선택의 폭을 확대시킬 수 있다는 점, 자금이 투자 펀드라는 매개에 집합됨에 따라 펀드 운용에 따른 행정적 비용을 절감할 수 있는 점, 투자 전문인력인 운용자의 투자 전문지식을 이용하여 투자리스크는 감소시키면서도 비교적 안정적인 고수익을 도모할 수 있다는 점에 기인한다.

새로운 투자 형태의 하나로 '펀드'가 등장하면서, 국제조세협회(International Fiscal Association)는 1997년에 보고서[4]에서 투자 펀드의 특성

---

3) 실제로는 펀드의 운용을 담당하는 운용자(fund manager)에 의하여 투자 활동의 내용이 집행된다.

4) International Fiscal Association, ,The taxation of investment funds, Vol. 82b. (1997)

에 관하여 “투자펀드는 그 존립목적이 재산관리자의 통상적인 의무수행과정에서 발생하는 소득이나 자본소득을 획득하는 것이고, 접근가능성 및 이익의 처분가능성의 측면에서 다수의 투자자를 대상으로 하고 있으며, 목적과 활동의 투명성 및 독립성이 보장되도록 금융당국에 의해 규율된다.“고 밝힌 바 있다.

투자 펀드의 등장 이후, 위 국제조세협회 보고서를 포함하여 해당 투자 형태에 대한 국제적인 수준의 통일적 과세 지침을 마련하고자 하는 노력이 계속되고 있다. 하지만, 상술한 바와 같이 투자펀드의 모습은 각국의 금융계의 운영 실무에 따라 달리 운영되고 있고 더 나아가 각국의 다른 법률체계에 따라 제각기 분류되고 있고, 조세법적 취급 역시 다른 모습으로 나타난다. 위와 같이 각국에 존재하는 운영실무 및 규범체계의 차리로 인하여 외국계 투자 펀드는 이러한 차이를 이용하는 조세회피의 전략을 구사하게 된다.

제 3 절 투자펀드의 분류·구조 및 현황

1. 투자펀드의 분류[5)]

투자펀드는 그 법적 형태에 따라 회사형, 신탁형, 조합형으로 분류할 수 있고, 운영형태에 따라 사모투자펀드(Private Equity Fund)[6)], 헤지펀드(Hedge

5) 이하의 내용은 “강희철, 외국계 펀드의 국내 투자 현황과 관련 법적 문제(2004)” 제54면부터 제59면까지 참조.

6) 사모투자펀드는 다수의 투자자들을 모집하는 공모(公募)에 의하지 아니하고 소수의 투자자들로부터 사모(私募)의 방식으로 자금을 모집하여 시장에서 거래되는 주식 또는 지분에 대한 중장기적 투자를 하는 펀드를 말한다. 사모투자펀드는 주로 합자조합(Limited partnerships)의 형태로 구성된다. 운용자가 초기에 상당한 투자를 하고 무한책임을 지는 조합원(무한책임사원, General Partners)이 되어 펀드 운용의 주도적인 역할을 하고, 사모투자펀드 설립에 따른 투자 구조가 일정 정도 진전이 되면 유한책임을 지는 조합원(유한책임사원, Limited Partners)이 되는 일반투자자로부터 모은 자금(Committed capital)을 집행하여 자산에 대한 투

Fund)[7], 뮤추얼 펀드(Mutual Fund)[8] 등으로 분류할 수 있고[9][10][11], 설립지·

자를 집행하게 된다. 주로 초기 단계의 기업 중 잠재력이 큰 기업에 대한 투자(Venture Capital)를 통해 상장(Initial Public Offering) 후 해당 기업에 대한 주식·채권으로 인하여 수익을 얻고자 하는 전략이나 업력이 상당한 기업 중 기업가치가 저평가 된 기업을 인수하기 위하여 상당한 부분 자금을 끌어와 인수한 후 기업구조개선(Restructuring)을 통해 비용을 절감하고 현금흐름(Cash flow)개선을 통해 기업 가치를 향상시켜 해당 기업을 재매각하여 차익을 얻는 투자방식(Leveraged Buyouts)을 구사한다.

7) 헤지펀드는 투자 전문가들이 소수의 투자자로부터 사모방식에 의하여 모집한 자금을 투기 목적으로 운용하여 다양한 전략을 통해 수익을 창출하고자 하는 펀드이다. 레버리지(Leverage), 단기 투자, 파생상품 투자 등 다양한 전략을 통해 수익을 창출한다. 다양한 전략을 통해 수익을 창출하는 헤지펀드의 복잡한 특성 때문에 운용자는 프라임 브로커(Prime brokers)를 통해 자산의 보관(custodial services), 행정 처리(administrative services), 자금 조달(money lending), 증권 조달(securities lending) 등의 업무를 수행하게 된다.

8) 뮤추얼펀드(Mutual Fund)는 공모방식으로 투자자를 모집한다는 점에서 사모 방식으로 투자자를 모집하는 사모투자펀드나 헤지펀드와 구별되고 공모에 따라 자본시장과 금융투자업에 관한 법률이 공모에 대하여 마련한 규제를 받게 된다.

9) 금융업계 실무에 따라 펀드의 운영행태에 따른 분류는 그 내용이 달라지고, 그 분류 역시 명확하게 나누어져 있는 것은 아니다.

10) 사모투자펀드, 헤지펀드, 뮤추얼펀드의 차이점에 관한 비교점을 표로 정리하면 다음과 같다. 강희철, 외국계 펀드의 국내 투자 현황과 관련 법적 문제(2004), 제58면.

	사모투자펀드	헤지펀드	뮤추얼펀드
투자자 모집	사모	사모	공모
투자자 보호	완화	완화	엄격
운용자 출자	가능	가능	불가능
주투자대상	지분(equity)	다양	다양
투자기간	중장기	단기	중장기
규제	비규제	비규제	규제
정보공개	비공개	비공개	공개
운용자	일반인**	전문인	전문인
운용자 보상	인센티브 위주	인센티브 위주	관리수수료 위주

** 사모투자펀드의 운용자가 일반인인지 여부에 관하여는 의문이 있다(저자주)

<표 1> 3가지 유형의 펀드 비교

11) 운영형태에 따른 분류의 경우 그 분류에 따라 세법상 취급에서 달라지는 것은

소재지국 등에 따라 국내펀드와 국제펀드로 분류할 수 있다[12].

가. 법적형태에 따른 분류

(1) 회사형 펀드

회사형 펀드는 투자회사의 설립을 통해 투자를 진행하는 구조의 펀드이다. 투자를 위하여 투자자로부터 형성된(pooling) 자산은 투자회사로 그 소유권이 이전되고, 그 대가로 투자자는 투자회사 주주의 지위에서 투자회사의 자산 운용에 따른 수익을 배당으로 취득한다.

투자회사는 특수목적회사(SPC, Special Purpose Corporation)의 한 형태로서 일반적인 의미의 기업과 달리 회사형 펀드를 위하여, 그 펀드를 구성하는 자산을 관리하고 운용자의 운용지시에 따라 투자 집행・보조하는 행정적 업무 등 투자를 원활하게 하는 제 업무를 담당한다.

(2) 신탁형 펀드

신탁형 펀드는 투자 신탁을 통해 투자를 진행하는 구조의 펀드이다. 회사형 펀드에서의 특수목적회사가 수행하는 역할을 투자신탁이 하게 되며 기본적으로 신탁자와 수탁자의 합의에 의한 신탁계약을 기초로 한다. 투자자가 투자 목적으로 펀드에 자산을 출연하면 펀드의 자산은 법률적으로 수탁자[13]

아니므로 간략히 설명한다.

12) 위와 같은 법적 형태·운영형태에 따른 분류 이외에도 참여하는 투자자의 모집 방식에 따라 사모형·공모형 펀드, 펀드가 구성된 후 일정 기간 내 중도 환매 등을 통한 투자자금의 회수가 가능한지 여부에 따라 폐쇄형·개방형 펀드로 분류할 수 있다.

13) 법률적으로는 신탁 재산을 관리하는 신탁회사 등 신탁업자에 해당하는 수탁자에게 소유권이 이전되는 것이고, 이 수탁자는 신탁의 법률관계에 따른 제약을 받게 된다.

에게 소유권이 이전되고, 다만 수탁자는 신탁의 법률관계에 따른 제약을 받게 된다. 그 대가로 투자자는 신탁의 수익권자 지위를 획득하고 운용자의 운용지시에 의하여 신탁업자인 수탁자가 자산관리, 투자집행 등의 업무를 수행하게 된다.

(3) 조합형 펀드

조합형 펀드는 계약에 따른 집합투자관리를 위해 투자자와 운용자 간에 체결되는 계약[14]에 의해 설립된다. 펀드에 대한 투자계약 참여자의 이익분배 비율은 펀드 규모에 대한 자신의 출연액에 비례하며, 투자펀드자산은 투자자들의 공동 자산[15]으로 귀속된다.

나. 설립지, 투자지역, 투자자 등에 따른 분류

투자 펀드의 국적을 결정함에 있어 고려할 수 있는 요소는 최초의 펀드가 설립된 지역, 펀드에 자산을 투자하는 투자자의 거주지국, 해당 펀드가 자산을 투자하여 수익을 창출하고자 하는 원천지국이다. 이러한 요소들을 기초로

---

14) 설립서류(founding documents)는 펀드 규칙이라고도 불린다. 우리나라 자본시장법 제218조는 조합형 펀드의 하나인 투자합자조합의 설립에, 1. 목적, 2. 투자합자조합의 명칭, 3. 업무집행조합원의 상호·사업자등록번호, 4. 투자합자조합의 소재지, 5. 투자합자조합재산의 운용 및 관리에 관한 사항, 6. 존속기간 또는 해산사유를 정한 경우에는 그 내용, 7. 이익분배 및 환매에 관한 사항, 8. 공시 및 보고서에 관한 사항, 9. 투자합자조합의 종류, 10. 투자대상자산, 11. 지분증권의 추가발행과 소각에 관한 사항, 12. 투자합자조합재산의 평가와 기준가격의 계산에 관한 사항, 13. 이익 외의 자산등의 분배에 관한 사항, 14. 집합투자업자・신탁업자 및 일반사무관리회사와 체결할 업무위탁계약의 개요, 15. 집합투자업자 및 신탁업자의 변경에 관한 사항, 16. 조합계약의 변경에 관한 사항, 17. 투자합자조합의 회계기간, 17. 조합계약 작성연월일, 18. 그 밖에 조합원을 보호하기 위하여 필요한 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항 등을 기재한 조합계약을 작성하여 업무집행조합원 1인과 유한책임조합원 1인이 기명날인 또는 서명하여야 한다고 규정하고 있다.

15) 국내법상 조합형 펀드의 경우, 민법·상법상 조합에 해당하므로 법률적인 의미에서 자산의 귀속 형태는 '합유'에 해당한다. 다만, 이러한 자산의 귀속 형태는 조합원 사이의 계약에 의하여 달리 정해질 수 있다.

국내펀드와 국제펀드를 나누면 다음 표와 같다.

설립지	투자자	투자지역	펀드명칭	비고
국내	내국인	국내	국내투자펀드	국내펀드
	내국인	국외	해외투자펀드	국제펀드
	외국인	국내	외수펀드	
	외국인	국외	도관회사투자펀드	
국외	외국인	국내	외국계펀드	
	내국인	국외	역외투자펀드	

<표 2> 설립지・투자지역・투자자 등에 따른 분류[16]

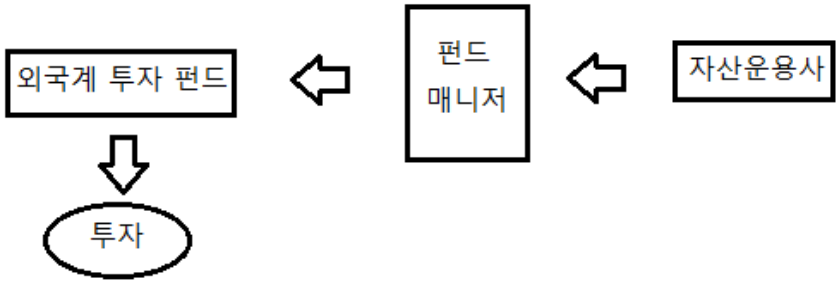
2. 외국계 투자 펀드의 구조[17]

운용사는 투자자들로부터 자금을 모으고 모은 자금을 펀드에 집합시킨 후 투자 정책과 목표에 따라 해당 자금으로 투자를 결정한다. 대부분의 운용사가 여러 투자 펀드를 운용하고 있으며, 각각의 투자 펀드는 각기 다른 투자 목표를 가지고 있다. 운용사는 투자자들을 대신해서 운용사 본인의 이름으로 투자 활동을 펼치며 투자자들로부터 자산과 관련하여 위임된 모든 권한을 행사한다. 펀드를 구성하는 자산 위임의 증거로 투자자들은 펀드의 수익권이나 주식을 받게 되며 해당 수익권과 주식은 전체 펀드를 구성하는 자산의 일부를 표상하는 증표이다. 법적 형태에 따른 구별에 따라 투자자들은 수익권 소지자 혹은 주주의 지위를 획득한다(Tomi Vitala, Taxation of investment funds in the European Union, 제18면)[18].

16) 이임동, 외국계 펀드 과세문제에 대한 연구, 서울시립대학교(2010), 제12면

17) Tomi Vitala, Taxation of investment funds in the European Union, IBFD, 2004년, 제18면.

18) Tomi Vitala, 전게문, 제18면



<그림 1> 외국계 투자 펀드의 구조

3. 외국계 투자펀드의 현황

외국계 투자 펀드의 현황[19]을 살펴보면, 2015년 5월 말 기준으로 국내에서 투자 활동을 하고 있는 외국계 투자 펀드는 총 463개가 등록되어 있으며, 합자조합(Limited Partnership)[20]의 형태를 취한 펀드는 209개, 투자합자회사(Limited Liability Company)[21]의 형태를 취한 펀드는 6개, 사모투자전문회사(Limited, Ltd)[22]의 형태를 취한 펀드는 65개이다. 외국계 투자 펀드 중 조합형 펀드에 해당하는 투자합자조합의 형태를 취한 경우가 가장 다수이다.

제 4 절 연구의 범위

이 글에서 지칭하는 외국계 투자 펀드는 위와 같이 외국에서 설립되어 외국인 투자자들이 국내에서 투자 활동을 전개하는 펀드를 가리키고, 이 글은 주로 이러한 유형의 펀드에 관하여 논의하기로 한다[23]. 이와 더불어 외국계 투

19) 금융감독원, 외국집합투자기구 등록부(2015년 5월 말 기준)

20) 자본시장법상 조합형 펀드 중 투자합자조합에 해당한다.

21) 자본시장법상 회사형 펀드 중 투자유한회사에 해당한다.

22) 자본시장법상 회사형 펀드 중 사모투자전문회사에 해당한다.

자 펀드가 취할 수 있는 법적 형태인 회사형·신탁형·조합형에 따라 달라지는 과세상 취급을 함께 고려하여 논의를 진행한다.

제 3 장 투자펀드에 대한 세법상 취급

제 1 절 일반론[24]

1. "Entity taxation" 접근법

이 접근법에 따르면 투자펀드는 통상의 법인과 동일하게 과세된다. 즉, 투자펀드의 단계에서 법인세가 부과되고, 투자자의 단계에서 분배되는 소득의 종류에 따라 배당·이자 등 소득세가 부과된다. 이러한 과세 접근에서는 펀드와 투자자 단계에서 이루어지는 이중과세의 효과를 배제하는 것이 중요한 문제가 된다.

2. "Pay-through[25] taxation" 접근법

이 접근법에 따르면 투자펀드 단계에서는 과세되지 않고, 투자펀드로부터 투자자가 자산을 분배 받는 당시에 투자자 단계에서만 과세된다. 좀 더 구체

---

23) 불특정 다수의 투자자로부터 자금을 모집하는 뮤추얼 펀드는 해당 펀드가 취하는 공모 방식으로 인하여 자본시장법에 마련된 여러 가지 규정에 의한 사전 통제가 이루어지므로, 외국계 투자 펀드로서는 그 설립형태로 뮤추얼 펀드를 선호하지 않는다. 대한민국에서 문제된 론스타 펀드 등 외국계 투자 펀드는 국외에서 외국인에 의하여 설립된 후 국내 자산에 투자하는 펀드로서 이들은 주로 사모의 방식에 의하여 사모투자펀드나 헤지펀드 형태로 운영된다.

24) 이 글의 논의에는, 오윤과 임동원, 집합투자기구의 본질에 따른 과세제도 연구, 조세연구 제14권(2014), 제40면부터 제47면까지의 내용에 크게 의존하였다.

25) 'through'는 기구에 대해서는 과세하지 않는다는 의미이다.

적으로는 투자펀드 단계에서의 과세를 제외하는 방식으로 투자펀드 단계에서 비과세하는 방법과, 투자펀드 단계에서 과세하되 투자자에게 분배하는 소득을 공제하는 방법이 사용된다. 투자자 단계에서의 과세는 투자펀드의 소득과 연동하여 투자펀드의 소득 종류 및 결손금을 그대로 인정하는 방법과 이와 달리 투자자 단계에서 소득의 종류를 새로 정하되 이를 단순화하고 그와 보조를 맞추어 결손금의 인정 역시 제한하는 방법이 있다.

3. “Pass-through taxation” 접근법

이 접근법에 따르면 투자펀드 단계에서는 과세되지 않고, 투자펀드로부터 투자자가 자산을 분배받는 당시에 투자자 단계에서만 과세된다. 위에서 설명한 Pay through taxation은 투자자에게 분배(distribute)될 때 과세한다는 의미임에 반하여, Pass through taxation은 투자자에게 분배되기 전이라 하더라도 일정 시점에 소득을 배분(allocate)하여 귀속시키고 그때에 과세하는 방식이라는 점에서 차이가 있다.

제 2 절 국내법상 투자펀드에 대한 과세[26)]

이하에서는 법인세법 및 소득세법 등을 포함하는 국내세법이 자본시장법상 집합투자기구인 투자펀드에 대하여 규정하고 있는 과세 방식을 회사형, 신탁형, 조합형을 취하는 투자펀드의 단계 및 투자자 단계로 나누어 검토한다.

1. 회사형 펀드: 원칙적으로 Entity taxation

가. 펀드 단계

26) 오윤과 임동원, 전게문, 제42면부터 제47면까지

회사형 펀드는 주식회사의 형태를 취하는 투자회사, 유한회사의 형태를 취하는 투자유한회사, 합자회사, 유한책임회사의 형태를 취하는 투자합자회사로 분류되며, 투자합자회사의 한 형태로서 사모투자전문회사가 있다(자본시장법 제9조 제18항 각 호).

주식회사, 유한회사, 합자회사 및 유한책임회사는 국내법 상 법인세 납세의무가 있다. 주식회사, 유한회사, 합자회사, 유한책임회사의 각 형태를 취하는 투자회사, 투자유한회사, 투자합자회사 역시 이에 준하여 원칙적으로 법인세를 부담하되, 동업기업과세규정(조세특례제한법 제100조의 15 제1항 제3호)이나 지급배당 공제규정(법인세법 제51조의2 제1항 각 호[27])의 특례규정[28]에 의하여 법인세 부담을 사실상 지지 않는 예외가 인정된다.

나. 투자자 단계[29]

자본시장법상 집합투자기구가 1년에 1회 이상 결산 및 분배[30]를 하고 금전

---

27) 지급배당 공제규정에 의하여 투자회사, 투자유한회사 및 투자합자회사가 배당가능이익의 90%이상을 배당한 경우 그 금액은 해당 사업연도의 소득금액에서 공제된다. 위 규정을 통하여 위 회사형 펀드의 경우 투자회사, 투자유한회사 및 투자합자회사는 사실상 도관으로 취급되는 것이다. 다만, 사모투자전문회사는 위 규정의 적용대상에서 제외된다.

28) 다만 이 특례규정의 적용은 사모투자전문회사를 제외한 투자회사, 투자유한회사, 투자합자회사, 투자유한책임회사에 적용된다.

29) 오윤과 임동원, 전게문, 제41면에서는 용어와 관련하여 "'through'는 기구에 대해서는 과세하지 않는다는 의미이며, 'pay'는 투자자에게는 분배(distribute)될 때 과세한다는 것이며, 'limited'는 소득의 종류를 특정한다는 의미로 사용한다. 'pay'에 대칭되는 말로서 'pass'는 투자자에게 분배되기 전이라 하더라도 일정 시점에 배분(allocate)하도록 하고 그때에 과세하는 방식이다."라고 하며, 적격투자기구의 투자자의 경우 "Limited Pay-through taxation"방식을 취한다고 설명하는바, 이는 기본적으로 Pay-through taxation의 방식을 취하되, 투자자 단계에서 소득의 종류를 새로 정하되 그 종류를 법률상 '배당소득'으로 정하고 있는 점에 주목하여 용어를 사용한 것이다. 다만, 본 저자는 집합투자기구와 그 투자자 단계에서의 과세형태를 분류하여 명명(命名)하지 않고, '펀드'에 해당하는 집합투자기구를 기준으로 과세방식과 관련한 용어를 사용하였음을 밝혀둔다.

30) '펀드 결산'이라고도 불리며(금융감독원, 2009. 12. 2. 석간, 보도자료), 유가증권 평가차익 등 이익의 실현 여부를 따져, 실현되지 않은 이익에 대하여는 투자자에게 분

으로 위탁 받아 투자자에게 금전으로 환급하는 경우[31]에 해당 집합투자기구가 분배하는 소득을 투자자에 대한 배당소득으로 통일하여 과세한다(소득세법 제17조 제1항 5호, 소득세법시행령 제26조의2 제1항 제1호)[32][33][34][35]. 이때 투자자는 분배금을 지급받을 때 원천징수의 방법으로 과세된다. 투자자가 금융소득종합과세를 받더라도 투자펀드로부터 지급받는 배당에 대해서는 배당세액공제를 받지 못한다(소득세법 제17조 제1항 제5호 및 동 조 제3항).

2. 신탁형 펀드: Pass-through taxation

가. 펀드 단계

자본시장법상 신탁형 펀드는 투자신탁의 형태를 취한다. 신탁재산에 귀속되는 수입과 지출은 수탁회사에 귀속되는 수입과 지출로 보지 않고 그 신탁의

배・과세하지 않고 유보 가능하나 실현된 이익은 투자자에게 분배되는 경우 배당소득으로 과세하게 된다.

31) 오윤과 임동원의 전게문에서 자본시장법상 집합투자기구가 1년에 1회 이상 결산 및 분배를 할 것, 금전으로 위탁 받아 금전으로 환급할 것, 위 두 가지 조건을 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상 적격요건으로 명명하고, 위 적격 요건을 갖춘 펀드의 경우, 적격집합투자기구, 위 적격 요건을 갖추지 않은 펀드의 경우 비적격 집합투자기구로 분류하고 있다.

32) 적격 집합투자기구의 경우, 집합투자기구 단계에서 과세되지 않고(pass-through taxation), 집합투자기구의 소득을 투자자에게 분배할 때, 투자자에 대하여 과세하되(pay-through taxation), 그 소득의 명목에 관하여는 배당소득으로 한정(limited)하여 과세된다는 의미이다.

33) 2007.1.1. 소득세법 법률 제8144호의 제・개정이유에 의하면, 종전에는 국내 또는 국외에서 받은 투자신탁의 이익을 투자신탁에 편입된 자산의 비중에 따라 이자소득과 배당소득으로 구분하였으나, 투자신탁에 편입된 자산의 비중에 관계없이 배당소득으로 단일화하여 과세상 실질적인 차이가 없으면서도 세무행정상 복잡성을 초래하는 실무를 개선할 필요가 있어 개선에 이르게 되었다고 밝히고 있다.

34) 따라서, 자본시장법상 적격 요건만 충족한다면, 펀드의 법적 구성형태, 공모 및 사모 여부와 관계없이, 집합투자기구의 수익은 모두 투자자에게 분배될 때 배당소득으로 과세된다.

35) 다만, 특별규정에 의하여 사모투자전문회사가 동업기업과세제도를 적용받아 그에 따라 소득의 종류가 결정되고 그와 같이 결정된 소득의 종류에 따라 과세되는 것은 예외이다.

이익을 받을 수익자에게 귀속되는 것으로 보는 규정에 의하여 투자신탁은 도관으로 취급된다(법인세법 제5조 제1항 및 제2항). 결국 신탁형 펀드에서는 신탁재산에 귀속된 소득에 대하여 투자자단계에서만 과세된다.

나. 투자자 단계

(1) 적격요건을 갖춘 경우

회사형 펀드와 동일하게, 적격 요건을 갖춘 신탁형 펀드의 투자자는 펀드가 투자자에게 소득을 분배할 때, 배당소득으로 과세되고, 배당세액공제의 적용은 배제된다.

(2) 적격요건을 갖추지 않은 경우

신탁에 대하여 이루어지는 과세 접근에 따라 투자신탁에서 발생하는 수익은 신탁의 이익으로 보아 과세한다(소득세법 시행령 제26조의2 제3항 제1호)[36]. 다만, 해당 신탁에 귀속하는 소득이 채권 등의 이자가 아닌 한 소득의 종류를 결정하거나 소득의 인식시기에 있어서는 수익자에 소득이 귀속하는 때를 기준으로 한다(소득세법 제46조, 법인세법시행령 제113조 제1항).

3. 조합형 펀드: Pass-through taxation

가. 펀드 단계

자본시장법상 조합형 펀드는 투자합자조합과 투자익명조합의 형태를 취하게 된다. 투자합자조합과 투자익명조합은 민법상 조합 및 상법상 익명조합 규정

36) 조합형 펀드에서 투자합자조합, 투자익명조합의 경우도 동일하다.

에 의하여 규율 된다. 민법상 조합은 소득세법 규정에 따라 조합원 각자에게 조합의 소득이 직접 귀속하는 공동사업 과세를 받고, 상법상 익명조합 역시 소득세법 규정에 따라 영업자의 사업으로 보아 과세하게 된다(소득세법 제17조 제1항 제8호 및 제43조). 투자합자조합과 투자익명조합 그 자체를 납세의 무자로 정하는 규정은 세법상 존재하지 않으므로 특별한 사정이 없는 한 투자합자조합 및 투자익명조합은 도관에 불과하고 따로 과세되지 않는다.

나. 투자자 단계

(1) 적격요건을 갖춘 경우

회사형 펀드 및 신탁형 펀드와 동일하게, 적격 요건을 갖춘 신탁형 펀드의 투자자는 펀드가 투자자에게 소득을 분배할 때, 배당소득으로 과세되고, 배당세액공제의 적용은 배제된다.

(2) 적격요건을 갖추지 않은 경우

적격요건을 갖추지 않는 투자합자조합과 투자익명조합의 투자자는 신탁의 이익으로 보는 규정[37]에 따라 투자합자조합에 귀속하는 소득의 유형별로 투자합자조합에 소득이 귀속하는 시기에 따라 과세된다. 투자익명조합의 영업자의 소득은 사업소득으로 본다(소득세법 시행령 제26조의2 제3항 제1호).

4. 투자펀드에 대한 과세 형태

위에서 논의된 바와 같이 신탁형, 회사형, 조합형 펀드에 대한 각 하위분류 및 적격요건의 구비 여부에 따른 국내세법상 과세 취급 내용을 정리하면 다

37) 소득세법 제26조의 2 제3항 제1호

음 표와 같다[38].

<table>
<tr><td colspan="2" rowspan="2"></td><td colspan="2">적격*</td><td colspan="2">비적격**</td></tr>
<tr><td>펀드</td><td>투자자</td><td>펀드</td><td>투자자</td></tr>
<tr><td rowspan="2">신탁형</td><td>투자신탁</td><td>도관취급
(투자신탁과 세규정)</td><td rowspan="2">배당소득 과세
(배당세액 공제 배제)</td><td>도관취급
(투자신탁 과세)</td><td>소득의 성격대로 과세</td></tr>
<tr><td rowspan="3">회사형</td><td>투자회사
투자유한회사
투자합자회사</td><td>도관취급
(지급배당공제규정[39]) 혹은 실제 취급</td><td>실제 법인 취급</td><td rowspan="2">배당소득과세
(배당세액공제)</td></tr>
<tr><td>사모투자 전문회사</td><td colspan="3">해당 없음</td></tr>
<tr><td>조합형</td><td>투자합자조합
투자익명조합</td><td>도관취급
(과세규정없음)</td><td>배당소득 과세[40]
(배당세액 공제배제)</td><td>도관취급</td><td>소득의 성격 유지
※익명조합: 사업소득 과세</td></tr>
</table>

<표 3> 투자펀드에 대한 국내법상 과세형태

*자본시장법상 집합투자기구가 1년에 1회 이상 결산 및 분배를 할 것과 금전으로 위탁 받아 금전으로 환급할 것(소득세법 시행령 제26조의 2 제1항 제1호부터 제3호까지)의 조건을 갖춘 집합투자기구를 의미한다.

**위 조건을 갖추지 못한 집합투자기구를 의미한다.

제 4 장 외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용

제 1 절 서설

외국계 투자 펀드를 이용한 투자 수익에 관한 과세와 관련하여 외국계 펀드

38) 오윤과 임동원, 전게문, 제47면

39) 배당가능이익의 90%이상을, 매년 1회 이상 분배하는 경우에 한한다. 지급배당 공제규정에 의하여 투자회사, 투자유한회사 및 투자합자회사가 배당가능이익의 90%이상을 배당한 경우 그 금액은 해당 사업연도의 소득금액에서 공제된다

40) 다만, 투자익명조합의 조합원의 소득은 사업소득으로 본다.

의 설립지 및 수익창출 장소인 원천지국에서의 각 과세권이 문제되고 펀드가 투자자들에게 소득을 배분하는 과정에서 각 해당 소득에 대한 투자자의 거주지국에서의 과세가 문제된다.

일반적으로, 외국계 투자 펀드에 조세조약이 적용되는 경우에는 국내법에서 정한 과세권을 제약하는 조세조약 상의 혜택을 누릴 수 있게 되는 반면, 조세조약이 적용되지 않는 경우에는 그러한 제약 없이 원천지국인 국내법에 의하여 과세된다. 따라서, 외국계 투자 펀드에서는 조세조약 적용을 받고자 한다. 그러한 까닭에 외국계 투자 펀드에 조세조약이 적용되는지 여부는 외국계 펀드의 투자 수익률과 직결되는 상당히 중요한 문제가 될 수밖에 없다. 그리고 이러한 유인으로 인하여 외국계 투자 펀드는 조세조약의 혜택을 적용 받기 위해 다양한 조세회피 전략을 구사한다.

외국계 투자 펀드에 대해 독립된 실체로서 조세조약을 적용하기 위해서는 상대 체약국에서 인(人)과 거주자로 취급받아야 하고, 소득의 수익적 소유자(Beneficial owner)이어야 한다. 이하에서는 외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용 가능성과 관련하여 외국계 투자 펀드가 인(人)으로서 '거주자'라는 요건과 '수익적 소유자'라는 조세조약의 다른 적용 요건을 충족시킬 수 있는지 여부를 살펴보도록 한다.

제 2 절 외국계 투자 펀드의 인(人) 판단

1. '인(人)'의 개념

인(人, person)에 관하여, OECD 모델조세조약은 '인(person)'의 범위에 개인, 법인 기타 인적단체를 포함하고 있다.

OECD 모델조세조약 제3조 【용어의 정의】

① 달리 문맥에 따르지 아니하는 한, 이 조약의 적용에 있어 아래의 용어들은 각각 다음의 의미를 가진다.

(a) “인”이라 함은 개인, 법인 및 기타 인적 단체를 포함한다.

2. 외국계 투자 펀드에 대한 인(人)의 판단

외국계 투자 펀드 역시 인(person)에 포함된다고 보아야 할 것이다. 회사형 펀드· 신탁형 펀드・조합형 펀드 모두 1인 이상의 개인이 모여 구성된다. 회사형 펀드의 형태를 취하는 경우에는 ‘법인’, 신탁형 펀드 혹은 조합형 펀드의 형태를 취하는 경우에는 2인 이상의 사람이 개입된 형태이므로 기타 인적 단체의 범주에 포함될 것이다. 유사한 맥락에서 OECD의 파트너쉽 보고서[41]는 파트너쉽은 조세조약상 법인 혹은 기타 인적단체로 분류되어 ‘인(person)’으로 인정된다고 명확하게 언급하였고, 이후의 OECD 모델조세조약 주석서[42]에서도 재확인되었다.

3. 외국계 투자 펀드와 단체 분류[43][44]의 문제

가. 서설

41) OECD, The Application of OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6. (1999). 제12면

42) Article 3, paragraph, 2 “ […] Partnerships will also be considered to be ”persons“ either because they fall within the definition of ”company“ or where this is not the case, because they constitute other bodies of persons.”

43) 윤지현, 단체분류(Entity Classification)에 대한 대법원 판례와 경제협력개발기구(OECD)의 파트너쉽 보고서(Partnership report)의 조화 가능성에 관한 검토 - 해석론과 문제점을 중심으로 -, 조세학술논집 제30권 제1호, 제244면.

44) 단체분류(Entity Classification)이라는 용어는 윤지현, 전게문에서 설명한 바에 따라 이 글에서 서술하였음을 밝혀둔다.

펀드의 법적 형태에 관하여 여러 가지 접근 방법이 가능하고, 우리나라 역시 법적 형태에 따라 그러한 접근 방법을 혼용하고 있다. 그런데 외국계 투자 펀드의 경우 우리나라에 존재하지 않는 법적 형태를 사용하기 때문에[45] 이를 우리나라 법률 체계에 의할 때 어디에 편입하여야 할지 여부가 불분명하다. 이러한 점이 극적으로 나타난 사례가 론스타 사건[46]이다. 합자조합(Limited partnership[47])의 형태를 취한 론스타펀드를 우리나라에서 그 투자자에게 소득세법에 따라 과세할 것인지 아니면 그 펀드에 법인세법에 따라 과세할 것인지 여부의 쟁점에 관한 대법원의 판단이 이루어지면서 큰 반향을 불러일으켰다. 이 문제는 흔히 단체 분류(entity classification)의 문제로 불리며 우리나라의 경우 어떤 '실체'를 통하여 소득이 발생한 경우 그 소득을 '실체'에 귀속시켜 법인세의 납세의무자로 삼을 것인지 아니면 직접 그 실체의 구성원 또는 투자자(ultimate investors)에게 귀속시켜 소득세 또는 법인세의 납세의무자로 삼을 것인지를 결정하는 문제이다.

이하에서는 외국계 투자 펀드를 어떻게 과세할 것인지- 예컨대, 론스타펀드에서와 같이 펀드가 법인세를 부담할 것인지 아니면 펀드의 투자자가 소득세를 부담할 것인지- 에 관하여 논의한 후, 해당 쟁점에 관한 위 대법원 판례를 검토하고 해외의 동향을 살핀다.

나. 가능한 접근방법[48]

첫째, 외국 단체가 설립된 준거법을 따져서 그 나라 법에 우리 법의 '법

45) 예컨대, 우리나라의 법체계에서는 '조합'이나 '합자조합'만 존재하고 있을 뿐이고, partnership은 존재하지 않는다.

46) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두5950 판결

47) 엄밀하게 말하면, limited partnership과 국내법상 '합자조합'은 동일하다고 할 수 없다. 다만, 영미법계의 limited partnership은 대체로 국내법상 '합자조합'과 일정 정도의 유사성이 있으므로, 이 글에서는 이하에서 "limited partnership"은 그 준거법을 막론하고 '합자조합'이라고 칭한다.

48) 해당 논의는 이창희, 국제조세법, (2015)의 제58면부터 제59면의 논의를 정리하였다.

인’에 해당하는 개념이 있는가를 보고, 다시 그 단체가 그 개념에 속하는지 여부를 살피는 방법이다. 가령, 일본법에서는 우리 법과 똑같은 法人이라는 말을 쓰고, 어느 단체가 일본법상 法人인지 여부는 일본법에서 확인할 수 있다. 또 독일법에서는 법인에 해당하는 개념으로 Rechtsperson이라는 말이 있고, 가령 우리 법의 주식회사에 해당하는 Aktiengeselleschaft는 Rechtsperson이므로 우리 법에서도 법인이라 보자는 생각이다. 반면, 독일법의 합명회사나 합자회사는 Rechtperson이 아니므로 우리 법인세법이 말하는 법인이 아니라고 풀이하는 방식이다.

둘째, 외국단체의 사법적(私法的) 성질을 따져서 그 단체가 국내법의 어느 단체에 가장 가까운지를 따지는 것이다. 가령 미국의 무한책임파트너십은 우리 법의 조합에 해당하고, 독일법의 합명회사나 합자회사는 우리 법의 합명회사나 합자회사에 해당한다고 보자는 것이다. 미국법은 이 방식을 따라서 외국단체에 대하여 미국법을 적용할 때 미국법에 따른 ‘partnership’인지 ‘corporation’인지 구별하였지만 오늘날에는 납세의무자에게 선택권을 주고 있다. 독일법도 전통적으로는 외국기업의 사법상 성질을 따져서 독일법상 법인과 공동사업자 가운데 어디에 가까운가를 정하는 입장이다[49].

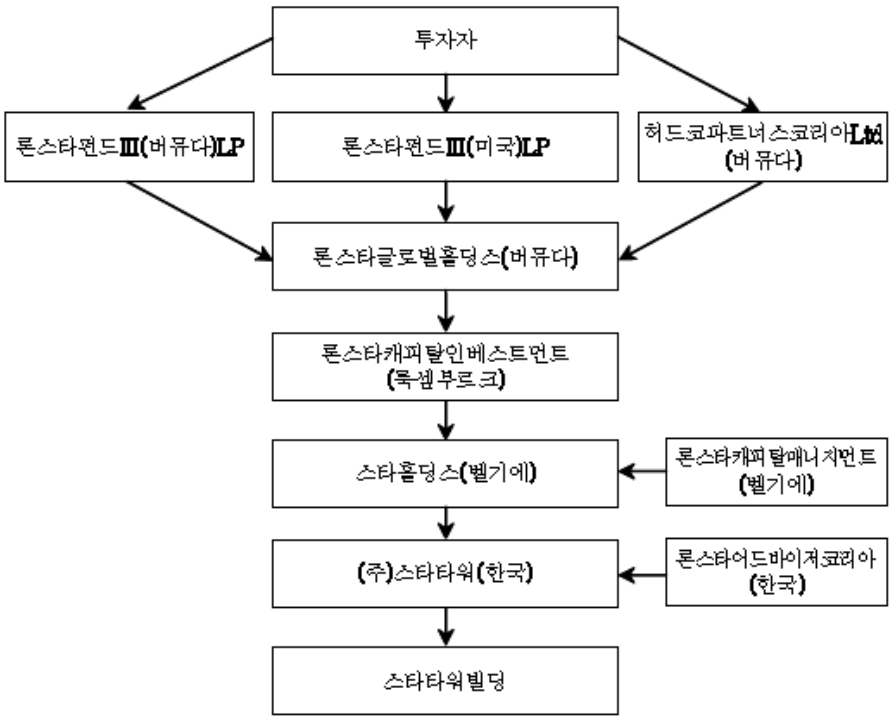
셋째, 외국단체가 법인인가를 우리 세법(稅法)의 맥락에서 따지는 길이다. 가령 독일법의 인적회사가 우리 법인세법상 외국법인인가라고 물을 때, “법인”이라는 말의 뜻을 우리 세법 체계상 법인과 법인 아닌 단체가 어떤 차이를 가지는가를 찾아 나가는 것이다. 문제의 외국단체가 그 나라 법에서 어떻게 취급되는가를 따져서, 그 단체의 성격이 우리 세법상 법인과 다른 단체 가운데 어느 쪽에 가까운가를 정하자는 것이다. 우리 세법상 법인과 나머지 단체 사이에는 여러 가지 차이가 있지만 가장 중요한 것은 법인세 납세의무를 지는가 아닌가의 여부라 할 것이고, 그렇게 본다면 외국의 단체가 우리

49) 이창희, 국제조세법(2015), 제58면에서 재인용; A. H. M. Daniëls, Issues in International Partnership Taxation, Cluwer Law International (1991), 103쪽 이하, Einkommensteuergesetz 제49조 제2항

세법상 법인인가 아닌가는 그 단체가 그 나라 법에서 단체 자신의 소득에 대한 세금(우리의 법인세에 상당하는 세금)을 내는가 아닌가의 기준을 일단 들 수 있다. 예를 든다면, 미국의 세법상 “corporation”에 해당하는 조직은 우리 법인세법상으로도 법인으로 보는 것이다. 이런 입장에서 본다면, 독일의 합명회사나 합자회사는 우리 법인세법상으로는 법인이 아니게 된다. 독일의 합명회사나 합자회사는 독일에서 법인세를 내지 않는 까닭이다.

다. 국내 판례: 대법원 2010두5950판결[50]

(1) 사실관계



<그림 2> 론스타펀드Ⅲ의 투자 및 관리구조[51]

50) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두5950 판결

론스타펀드 Ⅲ는 지주회사를 설립하고 이를 통하여 벨기에 법인 스타홀딩스(Star Holdings SCA)를 설립하였는데, 스타홀딩스는 씨엔제이트레이딩(주)의 주식 전부를 인수한 다음 상호를 ㈜스타타워로 바꾸고, 이를 통하여 서울특별시 강남구 역삼동의 토지 및 그 지상의 스타타워빌딩을 매수하였다. 그러던 중 2004. 12. 28.에 스타홀딩스는 위 ㈜스타타워 주식 전부를 Reco Kangnam Pte Ltd 및 Reco KBD Pte LTD에 매각하여, 양도차익으로 245,066,185,237원을 얻었다[52]. 론스타 펀드 Ⅲ의 스타타워 빌딩 매각과 관련된 투자 및 관리구조는 위의 그림과 같다.

(2) 쟁점

해당 사건에서, 직접적으로는 론스타펀드Ⅲ(미국) LP의 투자자가 국내 투자를 통하여 창출한 소득에 관하여 론스타펀드Ⅲ이 소득세를 부담하는지 아니면 론스타펀드Ⅲ(미국)LP가 법인세를 부담하는지 여부가 문제되었다. 단체에 대하여는 소득세를 부과할 수 없으므로, 론스타펀드Ⅲ(미국) LP가 법인세법상 외국법인에 해당하는 경우 법인세를 부담하게 되지만, 그렇지 않은 경우라면 개인에 해당하는 투자자가 소득세를 부담하게 되는데, 이 과정에서 부수적으로 론스타펀드Ⅲ를 구성하는 무한책임사원과 유한책임사원이 소득세를 부담하는지 여부가 부수적으로 문제되었다.

(3) 판단

이에 관하여 대법원은 "외국의 법인격 없는 사단·재단 기타 단체가 국내 원천소득을 얻어 이를 구성원인 개인들에게 분배하는 영리단체에 해당하는

51) 오윤, 외국펀드와 조세회피, 한국학술정보(주), 2008, 제23면

52) 박주영·전병욱, 스타타워빌딩 매각 거래를 통한 론스타펀드 Ⅲ의 세무계획 분석, 제214면부터 제215면

경우, 법인세법상 외국법인으로 볼 수 있다면 그 단체를 납세의무자로 하여 국내원천소득에 대하여 법인세를 과세하여야 하고, 법인세법상 외국법인으로 볼 수 없다면 거주자의 경우와 동일하게 단체의 구성원들을 납세의무자로 하여 그들 각자에게 분배되는 소득금액에 대하여 소득세를 과세하여야 한다.” 고 전제하면서, 여기서 그 단체를 외국법인으로 볼 수 있는지 여부에 관하여는 “법인세법상 외국법인의 구체적 요건에 관하여 본점 또는 주사무소의 소재지 외에 별다른 규정이 없는 이상 단체가 설립된 국가의 법령 내용과 단체의 실질에 비추어 우리나라의 사법(私法)상 단체의 구성원으로부터 독립된 별개의 권리·의무의 귀속주체로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.” 라고 판시한 뒤 해당 사건에서는 여러 사실관계를 종합하여 “원고는 고유한 투자목적을 가지고 자금을 운용하면서 구성원들과는 별개의 재산을 보유하고 고유의 사업 활동을 하는 영리 목적의 단체로서 구성원의 개성이 강하게 드러나는 인적 결합체라기보다는 구성원들과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 성격을 가지고 있으므로 우리 법인세법상 외국법인으로 보아 이 사건 양도소득에 대하여 법인세를 과세하여야 하며, 가사 원고를 외국법인으로 볼 수 없다고 하더라도 원고는 개인이 아닌 영리단체로서 그 구성원들에게 약정에 따라 이익을 분배하므로 원고 자체를 하나의 비거주자나 거주자로 보아 이 사건 양도소득에 대하여 소득세를 과세할 수는 없다.“고 판시하였다.

라. 해외 동향

외국계 투자 펀드에 법인세를 부과할 것인지에 관한 문제는 우리나라 뿐 아니라 전 세계적으로 매우 복잡한 문제이다. 외국계 투자 펀드의 설립형태인 법인(corporation)·조합(partnership)·신탁(trust) 등[53]에 관한 초국가적 차원

53) 이 글에서는 법인, 조합, 신탁에 관하여 영어 표현만 병기하였으나, ‘펀드’의 투자 형태는 영미 국가에서 유래한 제도이고 영미권 국가에서 사용되는 ‘신탁’을 제외하고는

의 통일적 지침이 부재한 상황에서 해당 부분을 규율하는 각국의 입법체계가 상이하다는 점은 해당 쟁점에 관한 논의를 더욱 복잡하게 만드는 요인이 된다. 예컨대, 미국의 경우 파트너쉽을 과세 목적상 실체 하지 않고 투시되는 단체(transparent)로 파악하고 호주 역시 파트너쉽에 대한 법인격이 불완전하다고 보고 과세 목적상 투시되는 단체로 취급하는데 반하여 프랑스와 인도의 경우에는 파트너쉽 자체를 실체 있는 단체로 보고 투자자에 대한 과세를 실현할 수 있는 성격으로 파악한다[54][55].

OECD는 파트너쉽으로 구성된 외국계 펀드의 법적 취급에 대해 1999년에 작성한 보고서[56][57]에서, 파트너쉽이라 함은 민법 혹은 상법상 요건을 충족하는 실체(entity)를 의미하는데, 파트너쉽의 법적 취급에 관하여, 조세 조약의 당사자 중, 파트너쉽이 구성된 국가가 아닌, 소득의 발생 원천지국의 법률에 따라 취급하도록 권유했다.

마. 소결론

외국계 투자 펀드에 관한 법인격을 설정하는 통일적인 지침이 없는 상황에서 외국계 투자 펀드의 구성형태는 다양한 형태로 구성이 가능한 점과 외국

법인이나 조합은 사실상 각 나라가 이에 해당하거나 이와 유사한 제도를 운영하고 있지만, 개별적으로 살펴보면 그 구체적 성격이나 내용이 상당히 상이하다는 점을 밝혀둔다.

54) Kimberly S Blanchard, Cross-Border Tax Problems of Investment Funds, The Tax Lawyer(2007), 제609면부터 제610면까지

55) 1999년 OECD가 파트너쉽에 관하여 작성한 보고서에는, 펀드에 자금을 투자한 투자자들의 거주지국의 다양성과 해당 거주지국에 대한 주권 침해 문제로 인하여 투자자를 대상으로 한 원천지국의 과세권 집행이 실현되기 어려운 현실적인 문제 때문에, 특정한 집합체인 펀드에 대하여 과세를 함으로써 위 투자자들에 대한 과세를 대신하고자 한다는 프랑스 정부의 입장이 반영되어 있다. 그러나 이러한 프랑스의 태도 역시 일관되지 아니하며, 프랑스와 다른 국가 사이에 체결되는 조약 마다 과세 내용은 상이하게 전개될 수 있음을 밝히고 있다.

56) OECD, The Application of OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6. (1999). 이하에서 'Partnership Report'라고 한다.

57) OECD, Partnership Report (1999), 제7면

계 투자 펀드의 구성 형태인 법인·신탁·조합에 대한 정의도 각국마다 다를 뿐 아니라 이를 규율하는 각국의 법률 체계도 상이한 점 등은 외국계 투자 펀드의 법인격 판단에 관한 기준을 마련하는데 한계가 되고 있다.

기본적으로 외국계 투자 펀드가 법인세를 부담하는지 여부에 관한 논의는, 해당 쟁점에 관한 OECD 차원에서 마련한 통일적인 지침을 마련하여 전 세계를 대상으로 투자 활동을 벌이는 외국계 투자 펀드에 관하여 동일한 법적 형태를 취하는 경우 동일한 형태의 규율이 가능하게 하는 것이 이상적이다. 그러나 각국의 입법체계를 반영하여 통일적인 수준에 이른 지침을 마련하기 쉽지 않고, 외국계 투자 펀드에 개입되는 각국에서 규율 체계 등이 상이한 현재 상황에서, 종국적으로는 해당 쟁점을 다루는 각국의 법률의 해석에 따를 수밖에 없다[58]. 그렇다면 우리나라에서 투자 활동을 전개하는 외국계 투자 펀드에 대하여는 우리나라의 국내법에 따라 어떠한 단체로 분류되는지 살펴본 후 그에 따라 규율함이 상당하다. 위에서 언급한 론스타펀드 판결에서, 대법원은 "여기서 그 단체를 외국법인으로 볼 수 있는지 여부에 관하여는 법인세법상 외국법인의 구체적 요건에 관하여 본점 또는 주사무소의 소재지 외에 별다른 규정이 없는 이상 단체가 설립된 국가의 법령 내용과 단체의 실질에 비추어 우리나라의 사법(私法)상 단체의 구성원으로부터 독립된 별개의 권리·의무의 귀속주체로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다." 라고 판시한 후, Limited Partnership의 형태를 취한 론스타펀드에 대하여, 사법(私法)상 기준에 따라 '외국법인' 이라고 인정하여 론스타펀드가 법인세를 부담한다고 판시한 바 있다. 해당 판시의 취지는 법인세법을 우선적으로 검토하되, 법인세법에 단체의 실질에 관한 규정이 없었으므로 국내 사법에 따라 단체의 구성원으로부터 독립된 별개의 권리·의무의 주체가 되는지 여부에 대하여 검토한 과정을 보여준다. 문제가 되는 것은 론스타펀드

58) 물론, 위와 같은 견지에서는, 납세의무자인 외국계 투자 펀드의 입장에서 각국의 법률에 의하여 어떠한 법적 취급을 받을 것인지에 관한 예측가능성이 떨어진다는 점에서 한계가 있다.

가 ‘법인세’를 부담하게 되는지 아니면 펀드에 투자한 투자자들이 ‘소득세’를 부담하게 되는지 여부이다. 즉, 납세의무의 내용이 문제가 되는 사안이라면, 그에 관한 내용을 정한 ‘세법(稅法)’에 따라 이를 판단함이 상당하다. 다만, 그와 같은 납세의무의 내용이 결정되기 위해서 판단되어야 하는 ‘단체 분류’와 관련된 내용이 세법 고유의 문제로 다루어지는 쟁점이 아니라 일반 법률에서도 논의되고 있는 쟁점인 점과 동일한 국가의 입법 체계 내에서 특별한 사정이 없는 한, ‘법인’에 관한 규율은 일반 사법(私法)의 영역이든 세법(稅法)의 영역이든 통일적으로 이루어져 있는 경우가 일반적이므로 세법에 특별한 규정이 없다면, 보충적으로 사법의 규정에 따라 검토하는 것이 허용되어야 할 것이다.

위와 같은 관점에서, 우리나라 대법원이 우선적으로 세법을 살펴 론스타 펀드의 구성형태인 Limited Partnership을 ‘법인’으로 볼 수 있을지 여부에 관하여 판단을 줄 수 있는 내용이 규율되어 있는지를 검토한 결과 충분하지 않다[59]고 보고, 사법인 민법과 상법을 고려하여 해당 구성 형태를, 단체의 구성원으로부터 독립된 별개의 권리·의무의 귀속주체로 보아 ‘법인’으로 판단함에 이른 것은 그 과정과 결론에 있어 정당하다.

제 3 절 외국계 투자 펀드의 거주자(resident) 판단

1. ‘거주자’의 개념

우리나라와 상대방 체약국 사이에 조세조약이 있을 때, 그 조약을 적용받으려는 자는 상대방 체약국의 거주자라야 한다. 나아가 법인의 경우에는 준거

59) 위에서 언급한 바와 같이 대법원은 ‘여기서 그 단체를 외국법인으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 법인세법상 외국법인의 구체적 요건에 관하여 본점 또는 주사무소의 소재지 외에 별다른 규정이 없는 이상’이라고 설시하여, 법인세법의 규정에 따를 경우 해당 단체를 외국법인으로 볼 수 있는지 여부에 관한 충분한 판단에 이르기에 부족하다는 결론에 이르렀음을 알 수 있다.

법이나 관리장소 등 조약에 정한 기준으로 볼 때 일단 상대방 체약국에 속하는 법인이라고 하더라도, 다시 그 법인과 그 나라 사이에 실질적 관련성이 있는 경우에 조세조약의 적용을 인정함이 일반적이다. 이는 제3국 기업이 조세조약의 편승하는 결과(Treaty shopping)를 막기 위함이다[60].

OECD 모델조세조약은 다음과 같이, '거주자'라 함은 그 국가의 법에 의하여 주소, 관리장소 또는 이와 유사한 성질의 다른 기준에 의하여 그 국가에서 납세의무가 있는 인(人)을 의미하되, 체약국의 원천으로부터 발생한 소득 에 대해서만 동 체약국에 납세할 의무가 있는 인(人)은 포함하지 아니한다고 규정하고 있다[61].

OECD 모델조세조약 제4조 【거주자】

① 이 조약의 목적상 "일방체약국의 거주자"라 함은 그 국가의 법에 의하여 주소, 거소, 관리장소 또는 이와 유사한 성질의 다른 기준에 의하여 그 국가에서 납세의무가 있는 인을 의미한다. 그러나 이 용어는 동 체약국내의 원천으로부터 발생한 소득 또는 그 국가소재 자본에 대해서만 동 체약국에서 납세할 의무가 있는 인은 포함하지 아니한다.

한편, OECD 모델조세조약 주석서 제4조 제8문단(paragraph 8.)에서는 거주자는 조세조약의 일방 체약국에 대해서만 납세의무가 있는 것이 아니라 전세계 소득에 대해 납세의무가 있는 납세의무(comprehensive taxation)가 있는 자에 한정한다고 설명하고 있고, 같은 문단 8.2에서는 많은 국가에서 인(人)은 체약국이 실제로 조세를 부과하지 않아도(the Contracting State does not in fact impose tax) 무제한 납세의무가 있는 것으로 보기 때문에 세법에 규정된 감면요건 충족할 때 세금감면을 받는 연기금 등의 경우에는 거주자로 간주될 수 있다고 언급하고 있다[62][63].

---

60) 이창희, 국제조세법 (2015), 제125면

61) OECD 모델조세 조약 제4조 제1항

2. 외국계 투자 펀드에 대한 거주자 판단

가. 신탁형 펀드

신탁형 펀드의 경우 투자신탁은 국내법에 의하면 도관으로 취급되므로, 국내에서 전세계 소득에 대한 납세의무를 부담하지 않는 경우가 대부분이다. 따라서, 신탁형 펀드는 조세조약상 거주자의 요건에 해당되지 않을 가능성이 높다[64]. 다만, 이하에서 검토하는 바와 같이 신탁형 펀드에 대하여 거주자성을 인정함이 상당한데, 해당 논의는 "조합형 펀드" 부분에서 추가적으로 검토한다.

나. 회사형 펀드

회사형 펀드의 경우 배당가능이익의 90% 이상을 1년에 1회 이상 배당하는 경우 투자회사·투자유한회사·투자합자회사는 도관으로 취급되므로, 위 신탁형 펀드의 경우와 마찬가지로 거주자의 요건에 해당되지 않을 가능성이 높다. 그러나 위 배당가능이익의 90% 이상을 1년에 1회 이상 배당하지 않는 경우 투자회사·투자유한회사·투자합자회사는 실제 법인으로 취급되고, 해당 펀드가 실제로 세금을 납부하지 않은 경우에도 조세조약상 거주자의 요건에 해당할 가능성이 높다[65].

---

62) 사모펀드 해외투자를 이용한 조세회피 방지방안에 관한 연구, 한국국제조세협회(2014. 12.), 제20면

63) 다만, OECD 모델조세조약 제8.3호에서는 일부 국가는 조세를 감면받은 실체의 경우 납세의무가 없는 것으로 보기 때문에 조세조약상 명확히 언급하지 않는 경우 거주자로 취급되지 않는다고 설명하고 있다.

64) 근거는 밝히고 있지 않지만 동일한 결론에 "사모펀드 해외투자를 이용한 조세회피 방지방안에 관한 연구", 한국국제조세협회(2014. 12.), 제19면

65) 근거는 밝히고 있지 않지만 동일한 결론에 "사모펀드 해외투자를 이용한 조세회피 방지방안에 관한 연구, 한국국제조세협회(2014. 12), 제19면

다. 조합형 펀드

조합형 펀드, 그 중에서도 특히 우리나라에서 가장 흔한 형태인 파트너쉽이 거주자에 해당하는지 여부에 관하여는 논란이 많다[66]. 이는 OECD 모델조세조약 주석서 8.8문단에서 파트너쉽이 실제로 납세의무를 지지 않는 이상 거주자가 될 수 없다고 규정[67]하고 있음에도 불구하고 일반적으로 '납세의무를 지는(liable to tax)' 의 의미는 현실적으로 납세의무를 부담하지 않더라도 납세의무를 부담할 수 있는 가능성으로 충분하다고 해석하는 견해도 존재하기 때문이다. 주석서의 결론은 원칙적으로 '납세의무를 지는' 이라는 표현을 사용함으로써 그 나라에서 자신이 납세의무를 부담하지 않는 단체를 거주자로 볼 수 없지만, 소득의 원천지국은 단체나 그 구성원들의 거주지에서 그 소득을 어떻게 과세하는지 고려하여 소득의 귀속을 결정하여야 한다[68]는

---

66) 이하의 논의는 윤지현, "파트너쉽과 조세조약에서의 거주자", 서울대학교 법학, 제55권 제2호, 2014년 6월, 제711면부터 제718면까지의 논의를 참조하였음을 밝혀둔다.

67) 8.8 Where a State disregards a partnership for tax purposes and treats it as fiscally transparent, taxing the partners on their share of the partnership income, the partnership itself is not liable to tax and may not, therefore, be considered to be a resident of that State. In such a case, since the income of the partnership "flows through" to the partners under the domestic law of that State, the partners are the persons who are liable to tax on that income and are thus the appropriate persons to claim the benefits of the conventions concluded by the States of which they are residents. This latter result will be achieved even if, under the domestic law of the State of source, the income is attributed to a partnership which is treated as a separate taxable entity. For States which could not agree with this interpretation of the Article, it would be possible to provide for this result in a special provision which would avoid the resulting potential double taxation where the income of the partnership is differently allocated by the two States.

68) 6.3 The results described in the preceding paragraph should obtain even if, as a matter of the domestic law of the State of source, the partnership would not be regarded as transparent for tax purposes but as a separate taxable entity to which the income would be attributed, provided that the partnership is not actually considered as a resident of the State of source. This conclusion is founded upon the principle that the State of source should take into account, as part of the factual context in which the Convention is to be applied, the way in which an

논리에 근거하고 있다.

그러나 한편, 최근 대법원[69]은 문제된 소득을 단체 구성원이 아니라 단체에 귀속시키면서 그러한 단체들 구성원들의 거주자성 및 그 거주지국에서의 과세를 고려함이 없이, 우리나라 법인세법상 '외국법인'에 해당한다면 법인세를 부담하게 된다는 판시를 견지함으로써, 위의 논리 중 구성원들의 거주지에서 그 소득을 어떻게 과세하는지 고려하여 소득의 귀속을 결정하여야 한다는 점을 검토하고 있지 않다.

위와 같은 대법원의 입장은 분명 원칙적으로 투시(flow through)하는 펀드에 대하여 조세조약상 거주자를 인정할 수 없다는 기본적인 주석서의 논리와는 상이하지만, 만약, 주석서의 문구에 따라 현실적인 납세의무(liable to tax)를 지는 경우에만 거주자성을 인정하게 될 경우, 우리나라 이외의 제3국의 거주자가 우리나라에 직접 투자하는 경우에는 조세조약의 적용을 받지만, 파트너쉽이나 그 밖의 '투명(transparent)'한 단체를 만들어 투자하면 조세조약을 적용받지 못할 수 있다는 결과[70]가 되기 때문에 이러한 결과를 방지하기 위한 선택이다. 주석서에 명시된 'liable to tax'의 문언을 실제 무력화 시키는 해석을 도입함에는 일정한 부담이 따르기는 하지만, 위와 같은 직접 투투자와 평등하게 취급되어야 할 필요성이 있는 점과 납세의무(liable to tax)의 의미를 현실적인 납세의무로 한정할 논리적 필연이 없는 점을 고려하여 조

---

item of income, arising in its jurisdiction, is treated in the jurisdiction of the person claiming the benefits of the Convention as a resident. For States which could not agree with this interpretation of the Article, it would be possible to provide for this result in a special provision which would avoid the resulting potential double taxation where the income of the partnership is differently allocated by the two States.

69) 윤지현, "'단체 분류(Entity Classification)'에 관한 대법원 판례와 경제협력개발기구(OECD)의 '파트너쉽 보고서(Partnership Report)'의 조화(調和) 가능성에 관한 검토 — 해석론과 문제점을 중심으로", 조세학술논집, 제30집 제1호, (사)한국국제조세협회, 2014, 제282면부터 제284쪽 참조.

70) 윤지현, "파트너쉽과 조세조약에서의 거주자", 서울대학교 법학, 제55권 제2호, 2014년 6월, 제713면.

세조약상 거주자의 지위를 인정하는 것이 타당하다.

제 4 절 외국계 투자 펀드의 수익적 소유자 판단

1. ‘수익적 소유자(Beneficial Owner)’의 개념 및 연혁

가. OECD 모델조세조약의 규정

OECD 모델조세조약에서는 다음과 같이 배당[71], 이자[72] 및 사용료[73] 소득에 대하여 수익적 소유자 규정을 도입하고 있고, 이를 근거로 한 대부분의 조세조약 역시 동일한 규정을 도입하고 있다.

OECD 모델조세조약 제10조 【배당】

② 그러나 그러한 배당은 동 배당을 지급하는 법인이 거주자로 되어 있는 체약국에서도 동 체약국의 법에 따라 과세할 수 있다. 그러나 수취인이 동 배당의 수익적 소유자인 경우에는 그렇게 부과되는 조세는 다음을 초과할 수 없다.

(a) 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인의 자본금의 최소한 25퍼센트 이상을 직접 소유하는 법인(조합은 제외)인 경우에는 총배당액의 5퍼센트

(b) 기타의 경우에는 총배당액의 15퍼센트

OECD 모델조세조약 제11조 【이자】

② 그러나 그러한 이자에 대하여는 이자가 발생하는 체약국에서도 동 국의 법에 따라 과세할 수 있다. 그러나 수취인이 동 이자의 수익적 소유자인 경우에는 그 조세는 이자총액의 10퍼센트를 초과할 수 없다. 양 체약국의 권한 있는 당국은 상호합의에 의하여 그 제한의 실시방법을 결정한다.

---

71) OECD 모델조세조약 제10조 제2항

72) OECD 모델조세조약 제11조 제2항

73) OECD 모델조세조약 제12조 제1항

OECD 모델조세조약 제12조 【사용료】

① 일방 체약국에서 발생하여 타방체약국 거주자에게 지급되는 사용료는, 그 거주자가 사용료의 수익적 소유자인 경우에는 그 타방국에서만 과세된다.

나. 수익적 소유자 개념의 연혁

수익적 소유자의 개념은 1977년 OECD 모델조세조약에 최초로 도입되었고, 그로부터 오랜 시간 동안 도입 당시 어떠한 배경에서 도입되었는지 명확하지 않았으나[74][75], 오늘날 해당 부분에 관한 OECD는 모델 조약 주석의 여러 차례의 입장 변화를 거친 끝[76]에 2012년 "이러한 대리인, 명의인, 단순 수탁자 혹은 관재인으로 기능하는 도관회사가 문제된 사안에서 이러한 배당소득의 수취인은 수익적 소유자에 해당하지 않는다. 배당 소득의 수취인이 되기 위해서는 해당 배당액에 대하여 그 수령액 전액을 제3자에게 전달해야

74) Lukeoff Dividends, Interest, Royalties; The 'Beneficial Ownerships' Change in the 1974 Amendments to the OECD Draft Convention, Taxes-the Tax Magazine(1977/8), 제566면

75) '수익적 소유자' 개념은 영국법에서 기술적, 법률적으로 사용되던 '처분권이 붙어 있는 소유권' 정도의 개념이 모태가 되었다는 주장이 있다. 영국과 달리 미국법상 수익적 소유의 개념은 신탁관계에서 신탁의 이익을 받을 권리가 있는 자 정도의 의미로 사용되는 기술적 개념에 불과하고, 우리나라와 같은 대륙법계에서는 수익적 소유자의 개념 자체가 존재하지 않는다.

76) 1977년 OECD 모델 조약 주석에서는 "이 말은 맥락과 조약의 목적에 따라서 넓게 해석해야 한다. 대리인(agent)이나 명의인(nominee)과 같은 중간매개자는 수익적 소유자에 해당하지 않는다."는 간단한 일반론만을 언급하고 있었다. 이후 1987년 OECD 보고서(International Tax Avoidance and Evasion)에서는 대리인과 명의인 이외에 도관회사가 단순한 관리인 정도의 역할만 하는 경우 수익적소유자로 인정되지 않을 수 있다는 가능성을 제시하였고, 해당 내용은 2003년 OECD 모델 조약 주석에 "…, 소득원천지국이 대리인이나 명의대여자는 아니더라도 해당 소득을 사실상 소유하는 자를 위한 도관으로 행위하는 일방체약국 거주자에게 조약상 혜택을 부여하는 것도 조약의 목적에 부합하지 않는다. OECD 도관회사 보고서가 도관회사가 형식적 소유자라 하더라도 실질적으로는 단순 수탁자(mere fiduciary) 또는 관리인(administrator)에 불과하여 매우 제한된 권한(very narrow powers)을 보유한다면 수익적소유자가 될 수 없다."고 반영되었다.

하는 계약상 혹은 법률상 의무가 있는 경우여야 하고, 이러한 의무는 반드시 수취한 대가와 관련성이 있을 것이 요구된다. 그러므로 수취한 대가와 무관한 계약상 또는 법률상 의무는 수취인이 수령한 금전을 그러한 의무 이행을 위하여 사용한 결과가 되었다고 하더라도 수익적 소유자에 해당하지 않는다."[77]고 설명함으로써, 조약 편승의 대책이라는 맥락에서 풀이되고 있다[78].

2. 외국계 투자 펀드에 대한 '수익적 소유자' 판단[79]

가. OECD 모델조세조약 주석서

(1) 제10조 제2문단, 12 및 12.1

OECD 모델조세조약 주석서 제10조 제2문단, 12 및 12.1에 따르면 대리인(agent) 또는 명의인(nominee)은 조세조약상 수익적 소유자가 아니라는 것을 명확히 하고 있으며, 도관회사의 경우에도 거주지국에서 이를 수익적 소유자로 보고 소득에 대하여 과세한다 하더라도 원천지국에서는 수익적 소유자로 간주할 필요가 없다고 언급하고 있다. 또한, 해당 주석서에서 언급하고 있는 CFA(Committee on Fiscal Affairs)가 작성한 "이중과세협약 및 도관의 사용(Double Taxation Convention and Use of Conduit Company)" 보고서[80]에 의하면, 도관회사는 투자자산에 대해 형식적으로 소유한 것에 불과하고 매우 제한된 권한(very narrow powers)만을 보유하고 있다면 소득의 수익적 소유

77) 김석환, 조세조약상 수익적 소유자와 국내세법상 실질귀속자와의 관계, 조세학술논집 29권(2013), 제179면부터 제184면

78) 이창희, 국제조세법(2015), 제169면

79) 이하의 내용은, 사모펀드 해외투자를 이용한 조세회피 방지방안에 관한 연구, 한국국제조세협회(2014. 12.) 제20면부터 제21면까지의 내용을 참조하였다.

80) OECD, 'Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies', Issues in International Taxation No. 1, in International Tax Avoidance and Evasion, Paris 1987.

자가 될 수 없다고 언급하고 있다[81].

(2) 제1조 6.14.부터 6.15.

OECD 모델조세조약 주석서[82][83]는 외국계 투자 펀드와 같은 집합투자기구(Collective Investment Vehicles, CIVs)의 투자자-CIV의 설립지국-투자지국이 동일한 경우와 달리 투자자의 거주지국, CIV의 설립지국, 투자지국이 달라지는 경우 과세와 관련된 복잡한 문제를 야기함을 지적하며 수익적 소유자의 판단과 관련한 내용을 설명하고 있다. 주석서는 2014년 1월에 발간된 보고서[84]를 반영하여 해당 주석서를 마련하였음을 밝히고 있다[85].

---

81) OECD, 전게서 중 원문은 다음과 같다: "Thus a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties. This is however different if the beneficial owner is equally resident in the state of the formal recipient."

82) OECD 모델조세조약 주석서 6. 8.

83) 6. 14. Some countries have questioned whether a CIV, even if it is a "person" and a "resident", can qualify as the beneficial owner of the income it receives. Because a "CIV" as defined in paragraph 6.8 above must be widely-held, hold a diversified portfolio of securities and be subject to investor-protection regulation in the country in which it is established, such a CIV, or its managers, often perform significant functions with respect to the investment and management of the assets of the CIV. Moreover, the position of an investor in a CIV differs substantially, as a legal and economic matter, from the position of an investor who owns the underlying assets, so that it would not be appropriate to treat the investor in such a CIV as the beneficial owner of the income received by the CIV. Accordingly, a vehicle that meets the definition of a widely-held CIV will also be treated as the beneficial owner of the dividends and interest that it receives, so long as the managers of the CIV have discretionary powers to manage the assets generating such income (unless an individual who is a resident of that State who would have received the income in the same circumstances would not have been considered to be the beneficial owner thereof).

84) Committee on Fiscal Affairs, The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles, 2014

85) 다만, CIV의 문제와 수익적 소유자의 문제는 무관한 것이라 주장하는 견해는 "윤지현, 수익적 소유자(Beneficial Owner)의 개념의 해석: 최근 국내외의 동향과 우리나라

나. 외국계 투자 펀드에 대한 적용

OECD 모델조세조약상 '수익적 소유자'에 대한 명확한 규정을 마련하고 있지 않는 상황에서 수익적 소유자에 대한 판단기준의 미비로 인하여 납세의무자의 예측가능성이 저하되는 문제점이 발생한다. 외국계 투자 펀드와 관련하여서는 외국계 투자 펀드의 다양한 거래 구조 및 상황을 고려하여 설정할 필요가 있다.

그러한 기준 설정에 있어서는 위에서 언급한 CFA의 보고서 중 '매우 제한된 권한(very narrow powers)'을 넘어서 투자와 관련된 의사결정에서의 재량권이 부여되어 형식적 범주를 넘어서는 실질적 의미의 수익권이 귀속되어 있는지를 판단하는 과정이 되어야 한다. 외국계 투자 펀드의 행태를 분류하여 ① 단체의 성립·청산시기 및 소득 유보 여부, ② 단체에서 차지하는 국내 투자 비중, ③ 인원 현황 및 의사결정의 주체, ④ 조세회피의 의도 등을 고려하여 실질적인 투자단체로 볼 단체를 결정하자는 견해[86]는 이러한 맥락과 상통한다.

'수익권'은 법률적 의미의 소유권과 일치하는 것이 아니고 어떠한 자산의 사용·수익과 관련된 실질적·경제적 처분권을 행사할 수 있는 경우로 그와 관련된 위험을 실질적으로 부담하는 경우까지 포함하는 광의의 의미이며, 실제 수익적 소유자 개념의 연혁 역시 여러 변화를 거치며 오늘날에는 조세조약 편승에 대한 방지 논리로 사용되기에 이르고 있다.

이러한 점을 고려한다면, 결국 외국계 투자 펀드의 수익적 소유자 문제는 투자 활동의 결과 발생한 수익이 귀속되는 자가 누구인지를 확정하는 문제가 된다. 그렇다면 그러한 수익이 귀속되는 자는 '투자자'인지 아니면

해석론"

86) 문상원, 조세조약 적용에 있어서 수익적 소유자 판단 관련 제 문제 — 수익적 소유자에 대한 최근 법원의 판단 경향을 중심으로 —, 2013, 제68면부터 제72면까지

‘투자 펀드’로 봐야 하는지, 아니면 그러한 투자 펀드를 운용하는 운용사로 봐야 하는지 문제된다.

3. 국내 판례: 대법원 2010두25466판결

가. 사실관계

케이만 군도의 유한 파트너쉽(Limited Partnership)형태의 투자 펀드인 CVC Capital Partners Asia Pacific L.P.는 100% 출자를 통하여 케이만 군도의 법인, 룩셈부르크 법인을 거쳐 벨기에 자회사 Mando Holdings N.V.를 설립하였고, 그 후 위 회사는 UBS Capital B.V., PPMV Nominees Ltd., Asia Investor LLC. 등과 컨소시엄을 구성하여 만도기계 주식회사 아산사업본부 사업부분을 인수하여 위니아 만도 주식회사를 설립하였다. 위 A, B, C는 이 사건 사업부분 인수 계약의 당사자로 투자조건 등을 결정하였고, Mando Holdings N.V.는 인수조건 확정 후 인수계약 체결 직전에 설립되었다. 이후 Mando Holdings N.V.는 위니아 만도 주식회사로부터 배당금을 지급받다가 위니아 만도 주식회사의 주식을 양도하여 양도차익을 얻었따. 배당금에 관하여, Mando Holdings N.V.는 한-벨 조세조약의 적용에 따라 제한세율을 적용하여 세금을 납부하였고, 주식 양도차익의 경우 해당 소득은 양도인의 거주지국에서만 과세된다는 점을 들어 법인세를 원천징수하지 아니하였다. 과세관청은 이에 대하여 CVC Capital Partners Asia Pacific L.P.가 케이만군도 및 룩셈부르크에 설립한 법인은 조세회피 목적으로 설립된 명목상 회사로서 이 사건 배당소득 및 양도소득의 실질적인 귀속자가 될 수 없고, CVC Capital Partners Asia Pacific L.P.가 실질적인 귀속자가 된다고 판다하여 한-벨 조세조약의 적용이 부인된다고 주장했다.

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 Mando Holdings N.V.의 배당소득 및 양도소득의 실질귀속자가 누구인지 여부이다. 위 사건에서 Mando Holdings N.V.는 CVC Capital Partners Asia Pacific L.P. 의 최종 투자자를 밝히지 않았고, 관련펀드 홈페이지상의 전체적인 거주지국과 투자비율만 밝히면서, 최종 투자자들 중 93%(영국 46%, 미국 29%, 아랍에미리트 15%)가 한국과 거주지국과의 조세조약에 따라 주식 양도소득에 대하여 비과세 혜택을 받아야 한다고 주장하였다[87]. 결국 실질귀속자의 판단에 따라 적용되는 조세조약이 달라지는 결과가 된다.

다. 판단

대법원[88]은 "벨기에 법인 Mando Holdings는 이 사건 사업부분의 인수와 이 사건 주식의 양도에 관하여 형식상 거래당사자의 역할만을 수행하였을 뿐 그 실질적 주체는 CVC 아시아이고, 룩셈부르크 법인인 (MHN Luxembourg) 역시 명목상의 회사에 불과하며, 이러한 형식과 실질의 괴리는 오로지 조세회피의 목적에서 비롯되었으므로, 이 사건 각 배당소득 및 양도소득의 실질적인 귀속자 또는 이 사건 각 배당소득에 대한 한·벨 조세조약 제10조의 수익적 소유자를 CVC 아시아로 보아야 하며, 위 회사가 케이만군도에 설립된 이상 위 각 소득에 대해서는 한·벨 조세조약이 적용될 수 없다."고 판시한 바 있다.

4. 소결론

87) 이경근, 조세조약 적용기준에 따라 분석한 외국계 투자펀드에 대한 대법원 최근 판례의 문제점, 세무학연구 (2014), 제9면

88) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25466 판결

가. 대법원 2010두25466판결에 대한 분석

위 대법원 판결 역시 구체적으로 ① 이 사건 사업인수 부분 인수 시에 Mando Holdings 지분에 해당하는 투자금을 해당 펀드가 제공하였다는 점, ② 해당 펀드가 2001. 5. 작성한 이메일에서 원고로 하여금 Mando Holdings의 계좌에 입금하는 배당금을 CVC 아시아의 계좌에 즉시 전송하도록 지시한 바 있으나, 2001. 10. 벨기에 법률회사인 Allen & Overy 소속 변호사로 하여금 배당금을 CVC 아시아의 계좌로 직접 송금하는 것이 효율적이지만 Mando Holdings가 도관회사로 취급될 우려가 있으므로 반드시 Mando Holdings의 계좌를 경유하도록 자문을 받은 점, ③ Mando Holdings의 주소지에는 CVC Capital Partners (Benerux) N.V.의 사무실이 있을 뿐 Mando Holdings의 독립적인 사업장이 없고, Mando Holdings의 D&B 조회자료에 등재된 전화번호도 CVC Capital Partners (Benerux) N.V.의 직원의 전화번호이고 Mando Holdings의 자산은 대부분이 원고의 주식이고, 인건비와 사업운영에 필수적인 사업비용을 지출한 사실도 없는 점 등을 고려하여 수익이 귀속되는 단체가 CVC Capital Partners Asia Pacific L.P.로 판단하였는바, 이는 단체의 구성 형태 인원 현황, 실질적인 의사결정 주체 등 제반사정을 고려하여 수익적 소유자를 확정한 것으로 판단된다.

나. OECD 모델조세조약의 태도 및 국내 실무와의 상충

외국계 투자 펀드에서 수익적 소유자의 확정은 제반 사정을 고려하여 평가하여야 하고, 그러한 제반 사정은 판단 과정에서 실질적인 의사결정의 주체가 누구인지, 실제 투입된 자본금의 귀속처가 어디인지를 판단하는 절차를 통해 이루어진다.

OECD 모델조세조약에서 명확하게 투자 펀드의 수익적 소유자 문제에 관하

여 언급하고 있지는 않지만, 문언 그 자체에서 드러나듯이 과세 방식에 있어 Entity Taxation(회사형 펀드)에 따르는 경우 이외에 Pass-though Taxation(조합형 펀드 및 신탁형 펀드)에 따르는 경우, ‘도관(conduit)’ 역할을 하는 펀드를 수익적 소유자라고 평가할 수 있을지에 관하여 의문이 있다. 그러한 펀드들은 말 그대로 과세에 있어 특정한 목적을 달성하기 위하여 ‘투과(through)’ 되도록 펀드 이외의 자들(조합원, 회사 등)이 고안한 것이기 때문이다. 자연스럽게 조합형·신탁형 펀드와 같이 그 존재의 의미가 ‘투과된다고 취급되기 위함’ 인 펀드에 대하여 실질적·경제적 사용·수익·처분권과 그에 관련한 위험을 부담하고 있는 자라고 평가하기는 어렵다.

더군다나 위와 같은 판결은 그 동안에 대한민국에서 시행된 과세행정과도 괴리가 있다. 법인세법은 외국법인의 국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 자가 제한세율의 적용을 받기 위한 절차를 규정하고 있고(법인세법 제98조의 5 제2항), 법인세법 시행령으로 규정(법인세법 시행령 제138조의 7 제4항)을 마련하여 국외투자기구(1차 국외투자기구)에 다른 국외투자기구(2차 국외투자기구)가 투자하고 있는 경우 1차 국외투자기구는 2차 국외투자기구로부터 실질귀속자 명세(해당 2차 국외투자기구가 국외공모집합투자기구인 경우에는 이를 확인할 수 있는 서류와 해당 국외투자기구의 국가별 실질귀속자의 수 및 총투자금액 명세를 말한다)를 첨부한 국외투자기구 신고서를 제출받아 이를 함께 제출할 것을 정한 후, 실제 위와 같은 특례 조항에 따라 펀드들이 투자 수익을 가져가는 투자자에 관한 정보를 제공한 경우, 그러한 투자자들이 속한 국가와 대한민국이 체결한 조세조약을 적용하여 과세하여 왔다[89]. 예컨대, 위 대법원 판결 이전에 국제사모펀드들이 국내 투자를 통해 수익을 얻은 경우, 해당 국제사모펀드들이 구성하고 있는 투자자들의 소속국가를 고려해 혼합 비율(Blended Rate)을 산출하여 그에 따른 과세율을 적용했다[90].

---

90) 2014년 12월 9일자 더벨 기사, “[역외펀드 과세논란] 펀드 vs LP, 수익적 소유자는 누구? - ① 대법원, 수익적소유자를 펀드로 지목··기존 관행과 달라 파장 ′일

이러한 대법원 판결 이후 국제조세 실무에서는 상당한 혼란이 초래될 것으로 생각된다. 유권해석을 통한 방식이든 이후의 판례 축적에 의한 방식이든 펀드의 유형에 따라 수익적 소유자를 누구로 확정할 것인지에 관한 논의는 추가되어야 할 것으로 생각되지만, 위 대법원의 결론에 따른다면 세법상 투과(through)되는 것을 목적으로 설정된 펀드가 수익적 소유자가 된다는 것인데, 이는 '수익적 소유자'의 본래적 의미에 맞지 않는다는 점에서 비판할 수 있다.

제 5 절 소결론

이상에서는 외국계 투자 펀드에 대하여 조세조약이 적용하기 위한 조건인 '거주자'와 '수익적 소유자'의 개념을 살펴보았다.

먼저 거주자에 관하여, 신탁형 펀드의 경우 투자신탁과 조합형 펀드의 경우 펀드 자체는 국내법상 도관으로 취급되어 조세조약상 거주자의 요건에 해당되지 않을 가능성이 높고, 회사형 펀드의 경우 적격집합투자기구에 해당하는 경우에는 도관으로 취급되어 거주자에 해당되지 않을 가능성이 높지만, 비적격 집합투자기구에 해당하는 경우에는 투자회사·투자유한회사·투자합자회사는 모두 실제 법인으로 취급되므로 거주자에 해당될 가능성이 높다. 다만, 조합형·신탁형 펀드와 같이 도관으로 취급되는 경우라도 직접 투자와의 불합리한 차이를 없애고, 납세의무(liable to tax)의 의미의 현실적으로 부담하는 납세의무에 한정할 필요는 없다는 점을 고려하여 거주자성을 인정함이 타당하다.

수익적 소유자에 관하여 OECD 모델조세조약에서 명확하게 언급하고 있는 바는 없으나, 외국계 투자 펀드 중 도관으로 취급되어 Pass-through taxation이 적용되는 조합형·신탁형 펀드에 대하여는 해당 펀드의 존재 목적 자체

파만파'"

가 세법상 투과(through)하기 위한 것이고, 그렇다면 OECD 모델조세조약의 전통적인 맥락에서 이해되는 '수익적 소유자'의 개념 및 연혁에는 맞지 않는 것이라 판단된다. 다만, 이에 관하여 펀드 자체에 대하여 수익적 소유자를 인정한 대법원 판결(2010두 25466판결)이 나왔고 판시 내용이 그 동안 국내의 조세 실무와는 달라 상당한 혼란을 초래하고 있다.

제 5 장 외국계 투자 펀드에 대한 원천지국 과세

제 1 절 서설

외국계 투자 펀드는 국내 투자를 통하여 원천지국인 대한민국에서 이자·배당·양도·사업 소득 등 다양한 형태[91]의 수익을 창출하고 이를 투자자에게 분배한다. 특히 투자 펀드가 창출하는 수익은 주식·채권 등에서 발생하는 이자·배당, 부동산·주식 등의 자산 양도에서 발생하는 양도소득이 주된 형태가 된다.

외국계 투자 펀드는 위와 같은 투자 소득 창출을 위하여 국내에 인력·설비 등을 이용한 사업장을 구성하게 되고, 이러한 사업장에 고정사업장(permanent establishments)의 지위를 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 고정사업장의 지위가 인정되는 경우, 외국계 투자 펀드가 국내에서 벌인 투자 활동의 결과 창출한 소득의 종류와 무관하게 원천지국인 대한민국의 과세권이 행사될 수 있는 근거가 되기 때문이다.

이하에서는 외국계 투자 펀드의 소득의 유형을 간단히 살핀 후 외국계 투자 펀드의 원천지국에서의 투자 활동을 위해 두고 있는 사업장에 '고정사업

91) 다만, 이하에서 밝히듯 투자 펀드가 사업소득을 창출하는 경우는 실제로 상정하기 힘들다.

장’의 지위를 인정할 수 있는지 여부를 검토한다.

제 2 절 외국계 투자 펀드의 소득 유형

1. 이자소득

법인세법에서는 원천징수 대상이 되는 국내원천 이자소득의 범위를 국가, 지방자치단체, 거주자, 내국법인, 외국법인의 국내사업장 또는 비거주자의 국내사업장으로부터 지급받는 이자소득으로서 「소득세법」 제16조 제 1 항에 규정하는 이자 및 기타의 대금의 이자와 신탁의 이익으로 규정하고 있다. 다만, 거주자 또는 내국법인의 국외사업장을 위하여 그 국외사업장이 직접 차용한 차입금의 이자는 제외하고 있다(법인세법 제93조 제1호).

비거주자인 외국계 투자 펀드의 이자소득 - 다시 말해서 우리나라 「법인세법」에 의할 때 투자 펀드에 귀속되는 이자소득 - 에 대해서는 이자의 원천지국인 대한민국의 국내세법에 따라 과세할 수 있다. 다만 비교법적으로 보면, 실제 자본 유치의 경쟁이 이루어지며 많은 국가에서 이자 소득에 대한 과세를 면제하거나 낮게 과세하고 있다. OECD 모델 조세조약은 이자 소득에 대한 세금의 상한을 지급 총액의 10%로 정하고 있다(OECD 모델조세조약 제11조 제1항 및 제2항).

2. 배당소득

법인세법에서는 원천징수의 대상이 되는 국내원천 배당소득의 범위에 관하여, 내국법인 또는 법인으로 보는 단체 기타 국내로부터 지급받는「소득세법」제17조 제 1 항에 규정하는 배당소득이라고 규정한다. 그리고 「소득세법」 제17조 제1항 각 호에서는 구체적으로 배당소득의 범위에 대하여 이익이나

잉여금의 배당 또는 분배금, 상법 제463조의 규정에 의한 건설이자의 배당, 의제배당 등으로 규정하고 있다(법인세법 제93조 제2호).

비거주자인 외국계 투자 펀드의 배당소득에 대해서 이자 소득과 마찬가지로 배당의 원천지국인 대한민국의 국내법에 따라 과세할 수 있다. OECD 모델 조세조약은 배당소득에 대한 원천지국 세금의 상한을 지급 총액의 15%로 정하되, 실질적 소유자인 회사가 배당금을 지급 받는 회사의 자본 중 25% 이상을 직접 소유하고 있는 경우에는 그 지급 총액의 상한을 5%로 정하고 있다(OECD 모델조세조약 제10조 제1항 및 제2항).

3. 양도소득[92)]

비거주자 등이 내국법인이 발행한 주식 또는 출자증권과 내국법인 또는 외국법인의 국내사업장이 발행한 기타의 유가증권을 양도함으로 인하여 얻는 소득 중, 국내사업장을 가지고 있는 비거주자 등이 당해 주식, 출자증권 기타의 유가증권을 양도함으로써 발생하는 소득 및 국내사업장을 가지고 있지 아니한 비거주자 등이 내국법인·거주자·외국법인의 국내사업장 등에 당해 주식·출자증권을 양도함으로써 발생하는 소득은 국내에 원천을 둔 유가증권 양도소득으로서 과세된다(법인세법 제93조 제9호). 다만, 국내사업장을 가지고 있지 아니한 외국법인이 유가증권시장을 통하여 양도하는 주식·출자증권의 양도는 양도자인 당해 비거주자 등이 그 주식 또는 출자증권의 양도일이 속하는 연도의 직전 5년의 기간 중 그 주식 또는 출자증권을 발행한 법인의 주식 또는 출자증권 총액의 25% 미만을 소유하는 경우 과세되지 않는다(법인세법 시행령 제132조 제8항 제2호 단서).

---

92) 외국계 투자 펀드의 양도소득은 대부분 주식 양도의 형태를 취하는 바, 주식 양도에서 발생한 수익에 대한 과세가 동일한 경제적 효과를 가지는 다른 자산의 양도에서 발생한 수익에 대한 과세에 비하여 원천지국 국내법 혹은 조세조약에서 유리하게 다루어지는 경우가 일반적이기 때문이다. 이하에서는 외국계 투자 펀드의 양도소득에 관하여 주로 주식 양도 소득에 국한하여 논의를 전개한다.

조세조약상 양도소득은 부동산 양도소득 등 몇 몇 예외를 제외하고는 양도인의 거주지국에서만 과세된다. 예컨대, OECD 모델조세조약은 부동산 및 국제운수 목적의 선박·항공기 등 운행에 관련된 동산 이외의 자산의 양도에서 발생한 수익은, 양도인의 거주지국에서만 과세됨을 규정하고 있다(OECD 모델조세조약 제13조 제1항부터 제4항까지).

4. 사업소득

「법인세법」은 외국법인이 경영하는 사업에서 발생하는 소득으로서 국내에서 재고자산의 판매, 건설업, 보험업, 출판·방송사업의 광고, 선박·항공기 등 국제운수사업, 주식 등 투자업 등을 영위하여 발생할 수 있는 수익을 사업소득으로 과세한다고 규정하고 있다(법인세법 제93조 제5호, 법인세법 시행령 제132조 제2항 및 제3항).

일반적으로 사업소득은 고정사업장(permanent establishment)의 문제와 밀접한 연관이 있다. OECD 모델조세조약은 다음과 같이 조세조약의 일방체약국에서 고정사업장을 통하여 발생한 기업의 이윤에 관하여만 과세됨을 규정하고 있음을 규정하고 있기 때문이다.

OECD 모델조세조약 제7조 【사업소득】

① 일방체약국의 기업의 이윤은, 그 기업이 타방체약국내에 소재하는 고정사업장을 통하여 동 타방체약국내에서 사업을 영위하지 아니하는 한, 그 일방체약국에서만 과세된다. 그 기업이 상기와 같이 사업을 영위하는 경우에 그 기업의 이윤 중 동 고정사업장에 귀속시킬 수 있는 부분에 대하여서만 동 타방체약국에서 과세될 수 있다.

② 제3항의 규정에 따를 것을 조건으로, 일방체약국의 기업이 타방체약국내에 소재하는 고정사업장을 통하여 동 타방체약국내에서 사업을 영위하는 경우에는, 동 고정사업장이 동일한 또는 유사한 조건하에서 동일한 또는 유사한 활동에 종사

하고, 또한 동 고정사업장을 가진 기업과 전적으로 독립하여 거래를 하는 별개의 분리된 기업이라고 가정하는 경우에 동 고정사업장이 취득할 것으로 기대되는 이윤이 각 체약국내의 고정사업장에 귀속되는 것으로 한다.

그러나 외국계 투자 펀드가 '사업소득'을 발생하는 경우는 상정하기 힘들다. 오히려, 외국계 투자 펀드가 국내에 둔 사업장이 고정사업장으로 인정되는 경우, 해당 펀드가 벌어들이는 이자·배당소득 등도 고정사업장을 통한 과세가 중요하기 때문에, '고정사업장'의 문제가 보다 중요한 쟁점으로 고려된다. 그러한 배경에서 외국계 투자 펀드의 입장에서는 국내에서 운영하는 사업장[93]에 고정사업장의 지위가 인정되지 않도록 관련된 법률관계나 사실관계를 구성하는 것[94]이 중요한 의미를 지닌다.

제 3 절 외국계 투자 펀드의 고정사업장 인정 여부

1. 서설

가. 외국계 투자 펀드와 고정사업장의 문제

외국계 투자 펀드에 대한 고정사업장 인정 여부는, 론스타 펀드가 2012년 11부터 국제투자분쟁해결센터(ICSID, International Center for the Settlement of Investment Dispute)에 외국인 투자자의 지위에서 중재를 요청하여 더욱

93) 국내에서의 투자 활동의 전개를 위해 투입한 인적·물적 설비 등이 설치된 장소를 일컫는다.

94) 법인세법 시행령 제132조 제4항은 "외국법인이 국내에서 영위하는 사업을 위하여 국외에서 광고, 선전, 정보의 수집과 제공, 시장조사 기타 그 사업수행상 예비적이며 보조적인 성격을 가진 행위를 하는 경우 또는 국외에서 영위하는 사업을 위하여 국내에서 이들 행위를 하는 경우에는 당해 행위에서는 소득이 발생하지 아니하는 것으로 본다."고 규정하고 있는 바, 예비적·보조적 성격의 업무 활동을 국내 사업장을 통해 전개하는 외국계 투자 펀드의 사업장의 경우 고정사업장의 지위가 부정된다.

관심이 증가하고 있다. 론스타 펀드는 자신들이 스타타워, 극동건설, 한국외환은행 투자에 대하여 발생한 투자 수익이 한국 과세관청의 부당한 행정조치로 인하여 감소하는 재산상 피해를 입었으므로, 이에 대한 배상을 구한다는 취지로 대한민국 정부를 제소하였다.

특히 고정사업장과 관련된 쟁점에서 과세관청은, 론스타펀드가 한국외환은행의 지분을 매각할 당시, 론스타펀드Ⅳ가 한국 내에 두고 있던 LSAK를 론스타펀드Ⅳ의 자회사이자 고정사업장으로 인정하면서 LSF-KEB Holdings SCA는 조세회피 이외의 목적이 없는 도관에 불과하므로 과세처분이 정당하다고 주장하였다. 반면, 론스타는 이에 대하여 LSAK는 한국에 소재하며 론스타 펀드를 위하여 업무를 수행한 회사이기는 하지만, 론스타가 소유하거나 경영에 간섭한 회사가 아니며, 위 과세관청이 과세한 한국외환은행 매각에 대해서 매우 제한적인 역할만 수행하였을 뿐, 핵심적인 역할을 수행하지 않은 채 단순히 론스타 계열 법인들에게 행정적 서비스를 제공해 준 것에 그친다며 LSAK를 고정사업장으로 보아서는 안 된다고 주장하고 있다[95].

나. 수동적 소득에 대한 고정사업장 과세

고정사업장은 사업소득의 과세를 위한 도구로 사용되지만, 대부분의 조세조약에서는 고정사업장의 존재가 있으면 사업소득 뿐 아니라 다른 종류의 소득 역시 고정사업장에 귀속되는 한[96] 과세대상으로 정하고 있다. 외국계 투자 펀드의 고정사업장 인정 여부가 중요한 문제가 되는 까닭은 여기에 있다. 즉, 외국계 투자 펀드가 국내 투자를 통하여 국내원천소득으로 창출하는 소득의 종류는 대부분 배당・이자 등의 수동적 소득(passive income)이다. 원칙

95) 김희준, 전게서, 제143면

96) 고정사업장에 따라 과세되는 소득의 범위를 확정하는 방식에 대해서는, 고정사업장에 귀속되는 소득을 과세할 수 있다는 귀속주의와, 고정사업장에 귀속될 것을 요구하지 않고 고정사업장의 존재만 인정되는 고정사업장의 국내원천소득 전체를 과세할 수 있다는 총괄주의(force of attraction, 總括主義)로 나뉜다.

적으로 위와 같은 수동적 소득은 사업소득의 과세를 위한 도구인 고정사업과는 무관하지만, 국내에서 체결하고 있는 대개의 조세조약에 의하여 사업소득이 아닌 위와 같은 배당·이자 등의 수동적 소득에 관하여도 고정사업장을 근거로 국내에서 과세될 수 있기 때문에, 고정사업장의 인정 여부가 외국계 투자 펀드에게 중요한 문제가 된다.

다. 쟁점

이하에서는 고정사업장의 개념을 살핀 후 외국계 투자 펀드의 고정사업장 판단에서 대리인(agent)에 의한 고정사업장 인정 여부가 쟁점이 되며, 그 판단은 그러한 대리인을 이용한 활동이 '보조적이고 예비적' 성격의 활동인지 여부에 대한 판단으로 귀결됨을 살펴본다. 이후, 외국계 투자 펀드의 고정사업장의 인정 여부가 쟁점으로 다투어진 국내 판례와 해당 쟁점에 관한 해외의 동향을 살핀 후 국내에 투자하는 외국계 투자 펀드의 국내 사업장에서 이루어지는 활동은 고정사업장의 지위를 인정하기 어렵다는 견해를 밝히고자 한다.

2. 고정사업장의 개념

가. 원래 의미의 고정사업장

(1) OECD 모델조세조약의 규정

고정사업장에 대해 OECD 모델조세조약은 제5조에서 고정사업장의 정의 규정을 마련하고, 그에 따라 제7조에서 고정사업장의 존재가 인정되는 경우 고정사업장에서 발생하는 사업소득에 대한 원천지국에서의 과세권을 인정하고 있다.

OECD 모델조세조약 제5조 【고정사업장】

① 이 조약의 목적상 "고정사업장"이라 함은 기업의 사업이 전적으로 또는 부분적으로 영위되는 일정한 사업장소를 의미한다.

② "고정사업장"이라 함 특히 다음의 것을 포함한다.

(a) 관리장소

(b) 지점

(c) 사무소

(d) 공장

(e) 작업장

(f) 광산, 유전 또는 가스천, 채석장 또는 기타 천연자원의 채취장소

OECD 모델조세조약 제7조 【사업소득】

① 일방체약국의 기업의 이윤은, 그 기업이 타방체약국내에 소재하는 고정사업장을 통하여 동 타방체약국내에서 사업을 영위하지 아니하는 한, 그 일방체약국에서만 과세된다. 그 기업이 상기와 같이 사업을 영위하는 경우에 그 기업의 이윤 중 동 고정사업장에 귀속시킬 수 있는 부분에 대하여만 동 타방체약국에서 과세할 수 있다.

고정사업장의 성립 요건과 관련하여 OECD 모델조세조약 주석은 ① 사업장의 존재(the existence of a place of business), ② 사업장의 고정성(the place must be fixed), ③ 위 고정된 사업장을 통한 사업 수행(The carrying on of the business of the enterprise through the fixed place of business)을 언급하고 있으며, 그 명칭과 무관하게 실질적인 의미에서 위와 같은 요건을 모두 충족하는 사업장에 대하여 고정사업장의 지위를 인정한다. 우리나라가 각국과 체결한 조세조약들 역시 대개 이를 따르고 있다. 한편, OECD 모델조세조약[97]은 위와 같이 고정사업장의 요건에 해당하더라도, ① 그 기업에 속하는

97) OECD 모델조세조약 제5조 제4항

재화 또는 상품의 보관, 전시 또는 인도만을 위한 시설의 사용, ② 저장, 전시 또는 인도의 목적만을 위한 그 기업소유 재화 또는 상품의 재고 보유, ③ 타 기업에 의한 가공의 목적만을 위한 그 기업소유 재화 또는 상품의 재고 보유, ④ 그 기업을 위한 재화 또는 상품의 구입 또는 정보의 수집만을 위한 일정한 장소의 보유, ⑤ 그 기업을 위한 기타 예비적 또는 보조적 성격을 가지는 활동의 수행만을 위한 일정한 장소의 보유, ⑥ 위에서 언급된 개별행위가 예비적, 보조적 성격을 지니는 이상 그 개별행위를 결합하는 경우에는 고정사업장에서 제외됨을 예시하고 있다

(2) 국내법의 규정

국내법 역시 '국내사업장' 규정을 마련하여 외국법인 또는 비거주자가 국내에 사업의 전부 또는 일부를 수행하는 고정된 장소를 가지고 있는 경우에는 국내사업장이 있는 것으로 한다는 규정을 두고 있다(법인세법 제94조 제1항, 소득세법 제120조 제1항). 또한, 국내법인의 각 사업연도의 소득을 계산하는 규정을 국내사업장을 두고 있는 외국법인에도 적용하도록 하여, 국내원천소득에 관하여는 국내법인과 동일하게 취급된다(법인세법 제92조 제1항, 소득세법 제121조 제2항).

나. 대리인(代理人)에 의한 고정사업장

(1) OECD 모델조세조약의 규정

OECD 모델조세조약 제5조 제5항은 제1항에서 정하는 고정사업장의 정의에 해당하지 않더라도 원천지국을 기준으로 비거주자・외국법인이 원천지국에 그를 대리하여 계약을 체결하는 대리인(계약체결대리인)이 존재하면, 해당 대리인의 존재로 고정사업장의 존재를 인정한다.

OECD 모델조세조약 제5조 제6항은 위 계약체결대리인과 달리 독립적 지위를 가진 대리인을 통하여 사업을 수행하는 경우에는, 그 이유만으로 고정사업장으로 보지는 않는다고 규정하고 있다.

또한 OECD 모델조세조약 제5조 제7항은 특정 기업의 지배를 받는 지위에 있는 기업(예컨대, 자회사)이라는 이유만으로 고정사업장을 구성하지는 않는다고 규정하고 있다.

OECD 모델조세조약 제5조 【고정사업장】

⑤ 제1항 및 제2항 규정에 불구하고 —제6항이 적용되는 독립적 지위의 대리인 이외의— 어떤 인이 일반체약국에서 특정기업을 위하여 활동하고 그 기업명의의 계약체결권을 가지며 동 권한을 상시 행사하는 경우 그 기업은 동인이 그 기업을 위하여 수행하는 활동에 의해서 동 체약국에 고정사업장을 가진 것으로 간주된다. 단, 동인의 활동이 일정한 장소를 통하여 행하여지더라도 그 일정한 장소를 고정사업장에서 배제하는 전기 제4항의 활동에 한정되는 경우는 예외로 한다.

OECD 모델조세조약 제5조 【고정사업장】

⑥ 기업이 일방 체약국에서 중개인(broker), 일반위탁매매인(general commission agent) 또는 기타 독립적 지위를 가진 대리인을 통하여 사업을 수행한다는 이유만으로는 기업이 그 체약국에 국내사업장을 가진 것으로 보지 않는다. 다만, 그 사람들이 사업의 통상적 과정에서 활동하는 경우에 한한다.

⑦ 일방체약국의 거주자인 어떤 기업이 타방체약국의 거주자인, 또는 (고정사업장을 통하여 또는 다른 방법에 의하여) 그 타방국에서 사업을 수행하는 기업을 지배하거나 또는 그에 의하여 지배되고 있다는 사실 그 자체로서 어느 기업이 타기업의 고정사업장을 구성하지는 아니한다.

(2) 국내법의 규정

국내법 역시 외국법인 또는 비거주자가 고정된 장소를 가지고 있지 아니하여 고정사업장이 인정되지 않는 경우라 할지라도 국내에 자신을 위하여 계약을 체결할 권한을 가지고 그 권한을 반복적으로 행사하는 자 또는 이에 준하는 자로서 대통령령으로 정하는 자를 두고 사업을 운영하는 경우 고정사업장이 있는 것으로 간주하는 규정을 두고 있다(법인세법 제94조 제3항, 소득세법 제120조 제3항). 각각의 시행령(법인세법 시행령 제133조 제1항, 소득세법 시행령 제180조)에서는 ①외국법인, 비거주자의 자산을 상시 보관하고 관례적으로 이를 배달 또는 인도하는 자, ② 중개인, 일반위탁매매인 기타 독립적 지위의 대리인으로서 주로 특정 외국법인, 비거주자만을 위하여 계약체결 등 사업에 관한 중요한 부분의 행위를 하는 자, ③ 보험업을 영위하는 법인, 비거주자를 위하여 보험료를 징수하거나 국내소재 피보험물에 대한 보험을 인수하는 자 등을 간주고정사업장이 있는 것으로 간주할 수 있는 유형으로 예시하고 있다.

(3) 해석론

대리인에 의한 고정사업장 인정과 관련하여서는 대리인이 종속성을 갖는 대리인인지 여부, 그 대리인이 계약 체결권한을 가지고 그러한 체약 권한을 일상적으로 행사하는 자인지 여부, 그 대리인의 행위가 단순히 보조적이고 예비적인 것이지 여부에 관한 판단이 이루어져야 한다. 만약 외국계 투자 펀드를 위해 존재하는 대리인이 외국계 투자 펀드에 종속된 지위에서, 외국계 투자 펀드를 대리하여 계약을 체결할 권한을 가지면서 전개하는 활동이 예비적・보조적인 범주를 넘어서는, 어떤 적극성을 띄는 활동이라면 그러한 점을 근거로 외국계 투자 펀드에 대하여 고정사업장을 인정할 수 있게 된다.

(가) 대리인의 종속성 - 종속대리인과 독립대리인의 구별

위에서 살펴본 바와 같이 독립적 지위를 가진 대리인이 사업의 통상적 업무를 수행하는 과정에서 발생한 거래에 관하여는 상대방 체약국이 과세할 수 없다. 따라서 고정사업장의 구성과 관련하여서는 원천지국인 대한민국에서 활동하는 외국계 투자 펀드의 대리인이 종속대리인인지 아니면 독립대리인인지 여부의 구별이 중요한 문제가 된다.

우리나라 법인세법 기본통칙 및 OECD 모델조세조약 주석[98]은 다음과 같이 독립대리인의 판단기준을 마련하고 있다[99].

법인세법 기본통칙 94-133…3 【독립대리인의 요건】

① 어떤 자가 다음 각 호의 모든 요건을 갖춘 경우에는 그 자는 조세조약상 외국법인의 독립대리인(이하 ¨독립대리인¨이라 한다)에 해당하며, 그 자는 그 외국법인의 국내사업장으로 보지 아니한다.

1. 그 대리인이 본인인 외국법인으로부터 법적으로 또한 경제적으로 독립된 지위에 있어야 한다.
2. 그 대리인이 이행하는 그 외국법인을 위한 행위가 그 대리인 자신의 통상적인 사업으로 수행되어야 한다.

② 대리인이 본인인 외국법인으로부터 독립된 지위에 있는지의 여부를 결정함에 있어서는 다음 각호의 사항을 고려하여 결정하여야 한다.

1. 업무감독의 정도

   그 대리인이 외국법인을 위한 활동을 함에 있어 당해 외국법인으로부터 세부적인 지시나 통제를 받는 경우에는 그 대리인은 당해 외국법인에 대하여 독립적이라고 할 수 없다.

2. 사업상의 위험 부담

   그 대리인의 외국법인을 위한 사업활동으로 인하여 발생하는 사업상의 위험

98) OECD 모델조세조약 제5조 주석 제37항, 제38.6항

99) 법인세법 통칙기준 94-133…3

을 당해 외국법인이 부담하는 경우에는 그 대리인은 당해 외국법인에 대하여 독립적이라고 할 수 없다.

3. 전속대리인인지의 여부

대리인이 외관상으로는 독립적 지위의 대리인이라고 하더라도 그 대리인이 전적으로 또는 거의 전적으로 특정 외국법인을 위하여 활동하는 경우에는 그 대리인은 독립적 지위의 대리인으로 볼 수 없다.

(나) 체약권한의 일상적 행사

위에서 살펴본 바와 같이 계약체결대리인이 사업의 통상적 업무를 수행하는 과정에서 발생한 거래에 관하여는 상대방 체약국이 과세할 수 없다. 계약체결대리인의 판단요건과 관련하여 우리나라 법인세법 기본통칙은 다음과 같은 판단기준을 마련하고 있다.

법인세법 기본통칙 94-133…2 ⑤ 【계약체결대리인의 판단요건】

국내에 자기를 위하여 계약을 체결할 권한을 가지고 그 권한을 반복적으로 행사하는 자를 해석·적용함에 있어서 해당 용어의 해석은 다음에 의한다.

1. '계약'이라 함은 외국법인의 고유사업과 관련하여 체결하는 계약을 말하며 당해 외국법인의 사무실의 임차 또는 종업원의 고용 등 기업의 내부적인 경영·관리활동과 관련하여 체결하는 계약은 포함되지 않는다.

2. '계약을 체결할 수 있는 권한'이라 함은 당해 대리인이 당해 외국법인을 구속할 수 있는 계약의 중요하고 세부적인 사항에 관하여 상담 협의할 수 있는 권한을 말하며 당해 대리인이 그 계약체결권을 가지고 있는 경우에는 비록 그 외국법인이나 그 외국법인이 있는 국가의 제3자가 그 계약서에 서명 또는 날인할지라도 그 대리인이 한국에서 그 권한을 행사한 것으로 본다.

3. '반복적 행사'에는 장기의 대리계약에 의하여 계약체결권을 계속적·반복적으로 행사하는 경우뿐만 아니라 2개 이상의 단기대리계약에 의하여 계약체결권을

계속적・반복적으로 행사하는 경우도 포함된다.

외국계 투자 펀드와 관련하여 국내 사업장에 두고 있는 인력을 계약체결대리인의 인정여부는 쟁점이 되는 경우가 드물다. ‘계약체결권’은 기업고유사업을 구성하는 영업 관련 계약을 포함해야 하는바[100] 외국계 투자 펀드가 국내 사업장에 두고 있는 인력은 국외에서 이미 결정된 의사결정에 따라 행동함이 일반적이기 때문이다. 다만, 예외적으로 국내의 사업장이 투자와 관련된 의사결정권을 독자적으로 지니고 있는 경우는 ‘계약체결대리인’으로 고정사업장을 구성할 수 있다. 국세청[101]은 이와 관련하여 펀드가 대한민국 내에 투자자산의 보관업무를 수행할 보관기관으로 국내금융기관을 지정한다든지 또는 펀드의 투자활동에 필요한 증권시장정보의 수집, 제공 등의 업무를 수행하는 투자자문회사를 둔다든지 또는 대한민국의 유가증권 등을 거래한다는 이유만으로는 대한민국 내에 고정사업장을 둔 것으로 간주되지 않지만, 해당 투자자문회사가 주로 펀드만을 위하여 유가증권 투자업무 중 중요한 부분의 행위(실질적인 투자결정 등)를 하는 경우에는 고정사업장을 구성한다고 한다.

(다) 보조적·예비적 행위가 아닐 것

외국계 투자 펀드가 국내 사업장에 두고 있는 대리인이 계약체결대리인에 해당한다고 하더라도 그의 행위가 보조적・예비적인 것에 그친다면, 고정사업장으로 인정되지 않는다[102]. OECD 모델조세조약은 보조적・예비적 활동으로 계약체결대리인이라 할지라도 고정사업장을 구성하지 않는 활동에 관하

100) 김준석・한인철・김보식, 국제조세 실무 (2015), 제687면

101) 국세청, 국조·재국조46017-143 (1996.09.17.)

102) OECD 모델조세조약 제5조 제5항 단서

여 다음과 같이 규정하고 있다.

OECD 모델조세조약 제5조 【고정사업장】

④ 이 조문 전항의 규정들에도 불구하고 '국내사업장'은 다음의 것을 포함하지 않는 것으로 한다.

(a) 기업에 속하는 재화나 상품의 저장, 전시 또는 인도만을 목적으로 한 시설의 사용

(b) 저장, 전시 또는 인도만을 목적으로 하여 기업에 속한 재화나 상품의 재고보유(maintenance)

(c) 다른 기업에 의한 가공만을 목적으로 한 기업이 소유한 재화나 상품의 재고보유

(d) 기업을 위한 재화나 상품의 구입 또는 정보의 수집만을 목적으로 한 일정사업장소의 유지

(e)기업을 위해 단순히 예비적(preparatory) 또는 보조적(auxiliary)인 성격의 기타활동만을 수행할 목적으로 일정사업장소의 유지

(f) (a)부터 (e)까지 언급된 복합적 활동의 수행만을 위한 일정사업장소의 유지 (단, 그러한 복합적 활동의 수행으로부터 초래되는 일정사업장소의 전반적인 활동이 예비적이거나 보조적인 성격인 경우에 한함)

국내법의 규정 역시 위 OECD 모델조세조약과 유사하게 규정되어 있다(법인세법 제94조 제4항, 소득세법 제120조 제4항).

3. 외국계 투자 펀드의 고정사업장 인정 여부

가. 서설

(1) 외국계 투자 펀드의 전형적인 상황

외국계 투자 펀드가 원천지국에 둔 대리인의 활동은 투자 펀드마다 매우 다양하게 전개되므로 일률적으로 언급하기 어렵지만, 대체적으로는 원천지국 외에서 설립된 펀드의 사업을 관장하는 비거주자가 원천지국 내에 자신의 투자 지시를 이행할 대리인을 두고 그 대리인을 통해 투자를 집행하게 된다. 위와 같은 투자 지시가 대리인에게 도달되는 형태는 다양할 수 있지만, 일반적으로는 위탁계약 등 계약의 형식[103]에 따른다. 그 계약에 따라 대리인은 다양한 투자 활동을 전개하지만 통상적으로는 정보수집, 투자 활동에 따르는 제반 행정업무를 담당하고 다만, 약정[104]에 따라 투자활동에 대한 의사결정을 포함하는 수준의 권한을 행사할 수 있다.

(2) 대리인 고정사업장 규정이 포착하고자 하는 상황

(가) 종속대리인과 관련하여

종속대리인에 의한 고정사업장 규정의 적용여부가 검토되어야 하는 외국계 투자 펀드의 활동은 외국계 투자 펀드의 지시를 받아 원천지국에서 대리인이 투자를 집행하는 활동이 된다. 외국계 투자 펀드의 국내 사업장 내 대리인이 외국계 투자 펀드와 법적·경제적으로 독립된 지위에 있는지 여부와 대리인의 활동이 자신의 통상적인 사업으로 수행되고 있는지 여부에 관하여 업무감독의 정도, 사업상의 위험부담, 전속대리인인지 여부 등을 고려하여 판단하게 된다.

투자펀드가 대리인에게 영향력을 행사하여 대리인의 투자 집행에 이르기까지의 활동으로서 독립대리인 판단기준이 적용되는 활동을 일별하여 보면 다음과 같다.

---

103) 위탁계약의 형식은 계약 당사자 사이에서 '자문계약', '투자위탁계약' 등 자유롭게 선택할 수 있다.

104) 그러한 투자 활동에 주요 사항에 관한 결정권까지 보유하고 있는 대리인과 체결하는 계약은 '투자일임'의 계약형태가 될 것이다.

투자 펀드	대리인
• 투자 활동 관련 지시 – 투자 제한· 승인 등 정책관리 – 자산운용비율 지시 – 위험한도의 관리 – 주기적인 보고 지시 – 개별 투자대상 및 시점 지시 • 감독(oversight)	• 수수료 수수 • 거래관계 • 정보제공

<표 4> 투자 펀드와 대리인의 활동

(나) 계약체결대리인 및 그의 예비적·보조적 활동과 관련하여

앞서 언급한 바와 같이 외국계 투자 펀드가 원천지국에 둔 대리인에게 계약체결의 대리권이 있다면 계약체결대리인의 지위가 인정된다. 다만, 그와 같이 계약체결대리인의 지위가 인정된다고 하더라도 그의 활동이 예비적·보조적인 성격에 그친다면, 그러한 계약체결대리인의 존재에도 불구하고 고정사업장을 구성하지 아니한다. 따라서, 계약체결대리인이 원천지국인 국내에서 외국계 투자 펀드를 위하여 수행한 활동의 성격이 예비적·보조적인지 여부에 관하여 판단함이 필요하다. 그러한 판단의 대상이 되는 활동은 다양할 수 있지만 주로 정보제공, 투자 활동을 위한 여러 행정적 업무 등이 포함된다.

나. 고정사업장 인정여부에 관한 가능한 해석

(1) 고정사업장을 인정하는 해석

외국계 투자펀드의 대리인이 종속 대리인으로서, 계약체결권을 일상적으로 행사할 수 있고, 그의 원천지국에서의 활동이 보조적·예비적인 것 이상의 활동인 경우여야 한다.

외국계 투자 펀드와 대리인 사이에 '계약'의 형태를 취하더라도 이는 형식에 지나지 않고 그러한 형식을 취하면서도 실질적으로 외국계 투자 펀드의 통제를 받는 지위에 있도록 할 수 있고, 동일한 논리로 계약체결대리인에 해당하지 않도록 외국계 투자 펀드가 조치를 취하더라도 원천지국에서 수행하는 대리인의 활동은 외국계 투자 펀드의 입장에서 수익을 발생시키는 주요한 투자 활동을 위해 필요불가결한, 즉 보조적·예비적 성격을 넘어서는 활동에 해당한다는 점을 근거로 외국계 투자 펀드에 대하여 고정사업장을 인정할 수 있다. "외국계 투자 펀드라고 할지라도 고정사업장을 구성할 정도의 적극적 사업 활동을 수행한 점이 인정되면 당해 고정사업장과 실질적으로 관련되거나, 고정사업장에 귀속되는 사업소득에 대하여는 국내법인과 동일하게 법인세 과세 대상으로 삼아 과세하는 것이 법리에 부합한다."는 견해[105]는 이러한 논리에 근거하고 있다.

(2) 고정사업장을 부정하는 해석

한편, 외국계 투자펀드에 대하여 고정사업장의 지위를 부정할 수도 있다. 외국계 투자펀드는 그 투자 수익 창출을 위하여 굳이 특정지국에 핵심 인력을 파견하는 것이 투자활동 전개에 필수적인 것이 아니고, 그러한 대리인은 외국계 투자펀드와 정당한 계약관계에 따라 부담하는 계약상 의무의 이행으로써 활동을 하는 것일 뿐, 외국계 투자 펀드의 '종속'대리인의 지위에 있다고 보기 힘들며, 설사 그러한 종속성이 인정된다고 하더라도, 그러한 대리인

105) 송상우와 정광진, 외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용과 과세문제, 「조세법연구」제13권 제1호, 제234면

의 활동은 단순한 정보를 제공에 그친다거나 하는 등 투자 활동에 대한 의사결정에 관한 권한과는 무관한, 보조적·예비적인 성격의 활동에 그친다는 점을 근거로 한다.

다. 외국계 투자 펀드의 고정사업장에 관한 검토[106][107]

(1) 종속대리인에 관한 판단

외국계 투자 펀드의 대리인의 종속성 여부는 외국계 투자 펀드가 대리인에게 내리는 지시가 투자 활동에 관한 의사결정에서 구체적이거나 하는 등으로 대리인의 재량이 없어 '종속대리인의 지위에 있는 것인지 여부'에 대해 중점적으로 판단되어야 할 것이다.

(가) 투자 펀드의 활동

① 관련 지시

투자펀드의 법적·경제적 독립성 판단에서 투자 펀드의 지시활동은 업무감독의 정도를 기준으로 판단되어야 하는 바, 이는 대리인의 활동에 외국계 투자 펀드로부터 받은 지시나 통제가 세부적이고 구체적이서 제한이 되는지 여부, 대리인이 자신만의 독자적인 노하우(know-how)등을 보유하는 등으로 외국계 투자 펀드가 그러한 대리인의 능력에 기대어 투자 활동의 결정을 하

---

106) 김준석·한인철·김보식, 국제조세 실무 (2015), 제204면에서 재인용; 펀드 국내투자 관리인의 종속대리인 여부, 일본 금융위원회 자료 (2008)

107) 이하에서 검토되는 투자펀드의 활동 및 대리인의 활동의 구체적 일별은 "김준석·한인철·김보식, 전게서" 제204면에서 재인용한 "일본 금융위원회 자료 (2008)"이 토대가 된 것임을 밝혀둔다. 다만, 그 구체적 활동 내용에 따라 '투자펀드의 활동'과 '대리인의 활동'으로 구분한 부분 및 각 활동에 따른 검토 부분은 일본 금융위원회 자료에 나타난 입장과는 별개로, 저자의 생각에 따라 서술한 것임을 밝혀둔다.

는지 여부를 종합적으로 고려하여 대리인의 활동이 포괄적으로 외국계 투자 펀드의 의사에 따라 제한될 수 있는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다.

(ⅰ) 투자 제한 및 승인 등을 포함한 투자 정책 관리 활동

외국계 투자 펀드가 원천지국에서 대리인으로 하여금 투자 대상의 종류 및 투자금액을 정하여 일정한 내용의 투자를 금지 및 승인하거나 일정한 투자 정책 관리활동을 통해 대리인의 활동에 일정한 제약을 두는 경우, 대리인의 법적·경제적 독립성은 유지된다고 보아야 한다. 위와 같은 외국계 투자 펀드의 투자 제한 및 승인 등을 포함한 투자 정책 관리 활동에 의해 대리인의 활동이 일정 정도 제한되는 것은, 대리인의 독립성과 무관하게 계약상 의무에 따른 일반적 제한에 지나지 않기 때문이다. 투자 펀드의 지시가 구체적·세부적이라든지 대리인의 활동에 대한 제한 정도가 중대한다든지 투자 펀드의 의사에 따라 전반적인 활동 제한이 가능하다든지 하는 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 대리인의 활동 제한은 외국계 투자 펀드에 '종속(從俗)' 된 지위에 있음에 기인한 것이 아니라 최초에 법률적으로 대등한 지위에 있는 대리인이 스스로 체결한 계약에 따라 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.

(ⅱ) 자산운용비율 지시

채권·주식·부동산 등 투자 펀드의 투자 활동 포트폴리오의 편입비율과 같은 자산운용 비율을 지시하는 것 역시 대리인의 활동을 포괄적으로 제한하는 구체적·세부적 지시라 보기 어렵다. 자산운용비율을 지키는 범위 내에서 대리인은 자신의 투자 관련 노하우를 동원하여 자유롭게 투자 대상을 선택하고 실제 투자금을 집행할 수 있는 한, 그 제한의 정도가 광범하다거나 심대하다고 보기는 어렵기 때문이다.

(ⅲ) 위험한도의 관리

위험한도의 관리와 관련한 지시는 자산운용비율과 기본적으로 동일하다. 대부분의 경우 펀드는 사전적으로 '위험(risk)'의 범위를 설정하고, 그 위험의 정도를 특정할 수 있도록 그것을 계산하는 방법 등을 정한 후 대리인과의 위탁계약에 반영하고 대리인은 해당 기준에 따라 투자 활동을 하게 된다. 이러한 경우 대리인의 활동에 발생하는 제약은 위와 같은 위탁계약에 기하여 발생한 것으로 보아야 한다.

그러나 이와 달리 투자 펀드가 스스로의 판단에 따라 위험을 관리하기 위하여 아래 (ⅴ)와 같은 특정한 활동을 지시하게 된다면, 그러한 위험한도 관리를 위한 지시는 대리인이 사전에 약정한 바에 따라 부담하는 계약상 의무 이상으로 투자 활동에 제한을 가하는 결과가 되기 때문에 대리인의 활동이 투자 펀드의 구체적 지시에 따라 제한되는 경우로 보아야 한다.

(ⅳ) 주기적인 보고 지시

투자 펀드는 주기적으로 투자 현황에 관하여 대리인에게 주기적인 보고·통보를 지시할 수 있다. 이러한 대리인의 보고가 사후에 이루어지는 경우에는 대리인이 집행한 투자 활동 내용에 대하여 통보하는 절차에 불과하므로 실질적으로 대리인의 활동이 투자 펀드의 의사에 따라 제한이 되는 경우라 보기 힘들다.

다만, 대리인의 보고가 사전에 이루어지는 경우에는 이와는 동일하게 취급할 것은 아니다. 사전에 이루어지는 대리인의 보고는 그 성질을 나누어 살펴보아야 하는 바, 보고의 성질이 사후 보고와 동일하게 향후 진행할 투자 활동에 관하여 대리인이 판단한 바를 알려주는 통보 절차라면 사후 보고와 다르게 볼 것은 아니다. 그러나 사전에 이루어지는 대리인의 보고가 향후 진행할 투자 활동에 관하여 투자 펀드의 허락을 구하는 절차로서 투자 펀드의

의사에 따라 대리인이 진행할 투자 활동의 가부 및 그 내용이 달라지는 경우라면 사후 보고와 다르게 투자에 대한 종국적 승인 절차가 투자 펀드에게 유보된 것으로 보아 대리인의 활동이 투자 펀드의 의사에 따라 제한되는 경우로 보아야 한다.

(ⅴ) 개별 투자대상 및 시점 지시

개별 투자대상 및 시점 지시는 대부분의 경우 대리인의 활동을 제한하는 투자자의 구체적인 지시로 판단될 경우일 것이다. 투자대상이나 투자활동의 시점은 투자활동의 가장 주요한 부분에 해당할 뿐 아니라 직접적인 투자의 수익 및 손실과 직결되는 부분이므로 해당 부분에 대한 지시를 이행함에 있어 대리인에게 재량의 여지가 거의 없기 때문이다. 결국 투자대상의 개별적 지정 및 투자 활동 시점을 특정하는 투자 펀드의 지시는 대리인의 활동에 포괄적인 제한이 되는 구체적인 지시로 보아야 한다.

② 투자 감독 활동

투자 펀드는 직접 혹은 제3자 중개인으로 하여금 대리인이 자신과 체결한 투자 관련 위탁계약에 따른 업무를 수행하는지 여부를 감독할 수 있다. 감독 활동은 투자 펀드의 이익을 위하여 투자 펀드 스스로가 직접 혹은 제3자와의 위탁계약 체결을 통하여 대리인의 투자 활동을 감독하는 것에 불과하고 대리인이 투자 펀드와의 위탁계약에 따라 투자 활동을 수행하는 과정에서 활동 자체에 어떠한 제한이 발생하는 것은 아니므로 투자 펀드의 감독 활동은 대리인의 활동에 제한이 되는 구체적 지시로 보기 어렵다.

(나) 대리인의 활동

(ⅰ) 수수료 수수

대리인은 투가 펀드로부터 투자의 지시에 따라 투자를 집행하고 관련 업무를 진행함에 따라 수수료 명목의 금원을 지급받게 된다. 수수료 지급의 구성은 대리인의 활동이 펀드로부터 경제적으로 독립되어 있는지 여부를 판단하는 자료가 된다. 만약 대리인이 투자 펀드로부터 지시받아 자신이 하는 투자 활동의 성과와 무관하게 투자 자산에 등에 대한 관리 등의 명목으로 고정된 수수료를 지급받는다면, 투자 펀드의 투자로 발생하는 사업상의 위험은 투자 펀드가 부담하는 것이므로 대리인은 경제적으로 투자펀드에 종속되어 있다고 보아야 한다.

이와 달리 대리인이 투자 펀드로부터 지급받는 수수료가 고정된 수수료 이외에 투자 활동의 성과에 따른 보수를 지급받는다면, 투자 펀드의 투자로 발생하는 사업상의 위험 일부를 대리인이 부담하는 것이므로 대리인은 경제적으로 투자펀드로부터 독립되어 있다고 보아야 한다.

(ⅱ) 거래관계

대리인의 경제적 독립성은, 투자 펀드와의 거래관계가 어느 정도 대리인의 사업의 존속에 영향을 주는지를 파악함으로써 판단할 수 있다. 그러한 영향은 여러 가지 요소를 종합적으로 판단하는 절차를 거쳐야 하는 바, 위탁계약을 체결한 투자 펀드 이외에 대리인에게 투자활동을 위탁한 다른 투자 펀드의 수, 대리인의 사업 활동 존속이 투자 펀드로부터 지급받는 수수료에 좌우되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 예컨대, 대리인의 투자 활동이 1개의 투자 펀드로부터 지시를 받아 하는 활동 이외에 다변화되어 있지 않고, 그러한 상황이 상당한 기간 동안 지속되어 왔으며 대리인의 수익 역시 특정한 투자 펀드로부터 지급받는 것 이외에 별다른 수익이 없다면, 이는 대리인의 활동이 투자 펀드로부터 경제적으로 종속되어 있다고 판

단되어야 할 것[108]이다.

(ⅲ) 정보제공

대리인이 투자 펀드에 투자 시장, 투자 대상에 관한 정보를 제공할 수 있다. 해당 정보를 받고 투자 펀드는 투자 활동이나 정책을 결정할 수 있다. 대리인의 정보 제공 활동은 대리인이 투자 펀드에 주기적인 보고를 하게 되어 있는 경우, 보고 활동과 유사하다. 즉, 투자 활동의 사전 승인과 동일하게 그러한 정보 제공활동이 향후 투자펀드가 진행할 투자 활동에 관한 일상적 자문(advisory)으로서 투자 활동에 관한 사전 승인 또는 허락을 구하는 취지가 아니라면, 그러한 정보 제공만으로 대리인의 활동이 투자 펀드의 의사에 따라 제한되는 경우로 보기는 어렵다.

(다) 소결론

원천지국에 둔 대리인이 투자 펀드와의 관계에서 종속적인지 독립적인지 여부에 따라 투자 펀드의 원천지국에서의 고정사업장 인정여부가 달라진다. 그러한 대리인의 지위를 판단함에 있어서는 투자펀드와 대리인의 활동을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그리고 이것은 투자펀드의 구체적 지시에 의하여 대리인의 활동 제한이 있는지 여부 만약 있다면 그러한 제한의 원인이 무엇인지, 또 그러한 제한의 정도는 어떠한지를 두고 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

투자 펀드는 기본적으로 투자지시활동과 감독활동을, 대리인은 투자 펀드로부터 지시를 받아 행하는 투자 활동의 대가로 수수료를 지급받게 된다. 투자

108) 특히 대리인이 전적으로 특정한 투자 펀드를 위해 활동하고 그 지배를 받는다면, 그 대리인을 투자 펀드의 전속대리인으로 보아 종속대리인의 지위에 있다고 판단할 수도 있을 것이다.

펀드의 투자지시활동 중 자산운용비율을 지시하거나, 위험한도의 관리, 주기적인 보고를 지시하는 것과 대리인의 투자활동을 감독하여 대리인이 이에 따르는 것은 대리인의 활동을 제한하는 구체적인 지시에 해당하지 않으므로, 이 경우 대리인은 독립대리인의 지위에 있다고 보아야 하나, 개별 투자대상 및 시점에 관하여 지시하는 것은 대리인의 활동을 직접적으로 제한하는 구체적인 지시에 해당하므로, 이 경우 대리인은 종속대리인의 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

대리인의 활동과 관련하여 수수료 지급의 경우 투자 펀드로부터 지급받는 수수료 중 투자 성과에 따른 보수가 있는지 여부가 대리인의 지위를 확정함에 중요한 요소가 된다. 단순한 정보제공활동을 두고 대리인의 지위를 종속대리인으로 보기는 어렵다. 또한 대리인과 투자 펀드 사이의 거래 관계에서 대리인이 어떠한 위치에 있는지 여부를 고려하여 대리인의 지위를 파악하는 것 역시 판단 과정에서 고려해야 할 사항이 된다.

(2) 예비적·보조적 활동에 관한 판단

외국계 투자 펀드의 대리인에게 계약체결대리인으로서의 지위가 인정된다고 하더라도 그 대리인의 활동이 예비적·보조적이라면 이러한 대리인의 활동은 고정사업장을 구성하지 않는바, 이하에서는 대리인의 활동이 예비적·보조적인지 판단할 때 고려할 수 있는 사정을 검토하고, 일반적으로 외국계 투자 펀드의 대리인이 투자와 관련하여 수행하는 활동에 적용하고자 한다.

(가) 투자 활동과 관련된 의사결정·자본 투입 측면에서 고려

① 외국계 투자 펀드의 사업목적에 관한 요소

외국계 투자 펀드가 수익을 내기 위해서는 필요한 투자 활동에 대한 의사결

정이 필요하다. 구체적으로는 어떠한 투자 대상에 대하여, 어떠한 행위에 의하여, 어떠한 수익을 창출시킬 것인지 여부가 그러한 의사결정의 주요한 내용이 될 것이다. 한편, 자본은 외국계 투자 펀드의 투자 활동을 가능케 하는 바탕이 된다. 자본을 구성하는 방식에는 차이가 있을 수 있지만, 투자 활동의 전개에 있어 자본이 필요불가결하다는 점에서는 동일하다.

위와 같이 외국계 투자 펀드의 사업 목적에 필요한 가장 중요한 두 활동은 투자 활동에 관한 의사결정과 자본의 투입이 된다. 그러므로 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동이 예비적·보조적인지 여부에 관한 판단 역시 대리인의 활동이 이와 같은 투자 펀드의 두 활동에 얼마나 연관성 있는지 여부에 중점을 두고 판단해야 할 것이다.

② 의사결정의 요소와 자본투입의 요소 간의 형량

투자활동의 의사결정의 측면과 자본 투입의 측면 중 보다 가중치를 두고 고려해야 할 요소는 전자라고 봄이 상당하다. 투자활동의 의사결정은 그 성격상 대체 가능한 자본의 영역보다는 보다 고유하고도 유의미한 내용을 갖는 경우가 일반적이기 때문이다. 보다 자세히 설명하자면, 외국계 투자 펀드의 활동에서 투자자의 지위가 누구인지에 따라 투자 활동의 성과가 달라지는 것은 아니다. ‘일정한 자본이 있는 자라면 누구나’ 필요한 서류를 구비하거나 혹은 일정한 절차를 거쳐 특정한 펀드에 투자할 수 있고 그러한 자본은 투자 펀드의 활동을 위한 바탕이 될 수 있다. 이에 반해, 투자 활동의 내용을 구성하는 의사결정은 자본과는 달리 고유하다. 새로운 투자구조를 내용으로 한 금융상품에 대한 특허가 이루어지기도 하고, 특허에 이르지 않더라도 특정한 외국계 투자 펀드가 구사하는 투자의 대상 및 그에 대한 투자 활동의 전개 자체는 투자 펀드의 성과의 측면에서 자본과는 달리 대체 불가능한 고유한 특성을 지니는 것이다. 예컨대, 영국 투자자 A가 투자한 10억으로

외국계 투자 펀드가 대한민국 서울시에 소재한 X 건물을 매수한 후 매각하여 양도 차익을 발생하여 총 1억원의 수익을 거두었다고 가정하였을 때, 외국계 투자 펀드가 매각자금으로 사용한 투자금 10억은 영국 투자자 A가 아닌 네덜란드 투자자 B로부터 투자되었다고 하더라도 외국계 투자 펀드의 투자 활동의 내용에 있어 다른 결과를 발생하지 아니하지만, 외국계 투자 펀드가 대한민국 서울시에 소재한 X 건물이 아니라 대한민국 경기도에 소재한 Y 건물을 매수하였더라면 외국계 투자 펀드가 동일하게 1억원의 수익을 거둘 수 있으리라 생각하기 어렵다.

결론적으로, 위와 같은 사정을 종합하여 고려한다면, 외국계 투자 펀드의 고정사업장 판단을 위하여 대리인의 활동을 두고 예비적·보조적 성격을 지니는지 여부를 판단함에 있어서는, 투자활동과 관련된 의사활동과 투입하는 자본의 측면을 중점적으로 검토하되, 그 중에서도 대리인이 투자활동과 관련된 의사활동과 관련하여 역할을 수행하는지 여부에 우선순위를 두고 판단해야 할 것이다.

(나) 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동에 대한 판단

위와 같은 기준을 가지고 판단한다면, 가장 일반적으로 이루어지는 다음과 같은 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동, 즉, 외국계 투자 펀드의 대리인이 외국계 투자 펀드의 단계에서 이미 투자활동의 내용을 기획·구성하는 절차를 거쳐 확정된 투자 내용을 집행하기 위하여 원천지국 내에서 정보를 수집하고 투자 활동에 필요한 행정적 업무를 담당하는 것은, 투자 활동과 관련한 의사결정과 무관할 뿐 아니라 자본을 투입하는 활동과도 무관한 것이므로 예비적·보조적 성격을 넘는 어떤 적극적인 활동으로 평가하기 어렵다.

외국계 투자 펀드의 대리인이 원천지국에서 수행하는 활동에 대하여 예비적·보조적 활동의 범주를 넘어선다고 주장하는 견해는, 대리인의 투자 활동

이 실제 이루어지는 장소와 투자의 대상이 현존하는 장소가 원천지국이고 수익이 발생한 장소 또한 그와 같은 원천지국이라면 그러한 결과를 초래한 대리인의 원천지국 내에서의 활동을 예비적·보조적일 수 없다는 논리에 근거하지만, 위에서 살펴본 바와 같이, 외국계 투자 펀드의 활동에서 중요한 것은 구현할 투자 활동의 내용을 결정하고 그와 같이 결정된 투자 활동에 따라 자본을 모으고 투입하는 것이다. 그와 관련이 없는 정보 제공의 활동, 투자 집행 단계에서의 행정적 업무 담당, 연락처 사무소(contact point)로서의 역할 등의 대리인 업무의 수행 결과 원천지국에서 수익이 발생하였다는 결과만 두고 대리인의 활동을 예비적·보조적 범주를 넘어서는 적극적인 활동이라고 보기는 어렵다.

(3) 소결론

결국 외국계 투자 펀드의 대리인이 원천지국인 우리나라에서 하는 활동은 대리인의 종속성, 해당 대리인이 계약체결대리인인지 여부, 대리인의 활동이 보조적·예비적 범주를 넘어서는지 여부에 관한 판단을 거쳐 고정사업장의 지위를 인정할 수 있을지 여부에 대해 결론을 지을 수 있다.

대리인에게 종속대리인으로서의 지위가 인정되는지 여부는 외국계 투자 펀드가 대리인에게 내리는 지시가 어느 정도의 구체성을 가지고, 대리인의 활동을 제한하는 구속력을 지니는지 여부를 두고 판단해야 할 것이다. 위에서는 이러한 점을 바탕으로 펀드와 대리인의 활동을 일별하여 개별적으로 판단하였다.

대리인에게 계약체결대리인으로서의 지위가 인정되는지 여부는 계약체결과 관련된 대리권을 일상적으로 행사할 수 있는지를 따져 결정하여야 할 것인바, 실질적으로 외국계 투자 펀드의 대리인에게 계약체결대리인의 지위를 인정함은 어려운 경우가대부분이다.

다만, 대리인에게 예외적으로 계약체결대리인으로서의 지위가 인정된다고 하더라도 그 대리인의 활동이 예비적·보조적이라면 그러한 대리인에게 외국계 투자 펀드의 고정사업장으로서의 지위를 인정할 수 없다. 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동이 예비적·보조적인지 아니면 그러한 범주를 벗어나는지 여부에 관하여는 투자활동과 관련한 의사결정의 측면과 자본투입의 측면을 고려하되, 전자를 우선적으로 고려함이 상당하나 특별한 사정이 없는 한 일반적인 경우 외국계 투자 펀드의 대리인이 원천지국에서 행하는 업무는 정보수집·행정적 업무 등 위 투자활동과 관련한 의사결정의 측면 및 자본투입의 측면과 깊은 연관관계가 없는 경우가 대부분인지라 그러한 활동은 예비적·보조적 범주를 벗어난다고 평가하기 어렵다.

4. 국내 판례: 행정법원 판례

가. 사실관계

론스타펀드Ⅳ[109]가 벨기에에 설립한 LSF-KEB 홀딩스는 2003년 외환은행 주식의 51%를 취득한 후 주가가 상승하자 이를 매각하여 주식양도 차익을 얻었다[110]. 이때 주식양도 차익에 대한 과세가 문제되었고, LSF-KEB 홀딩스는

109)박주영·전병욱, 한국외환은행 주식 매각을 통한 론스타펀드 4의 세무계획, 제41면; "론스타펀드 Ⅳ"는 Lone Star Fund Ⅳ(US)와 Lone Star Fund Ⅳ(Bermuda)를 지칭하는 바, 해당 펀드는 2001년 12월에 설립되었고, 45명의 투자자(주로 기관투자자)로 구성되어 있으며, 합자조합(Limited Partnership)의 형태였다.

110) 김희준, 론스타, 한국 정부 간 투자중재의 과세상 쟁점에 관한 연구, 세무학연구, 제31권 제4호, 제5면;

신주	구주	구주콜옵션	계
268,750,000주	57,101,715주	90,898,285주	416,750,000주
42.06%	8.94%	14.23%	65.23%
1조750억 원	3,0843억 원	7,715억 원	2조1,549억 원

<표 5> 론스타펀드Ⅳ의 한국외환은행 인수 규모

론스타 펀드 Ⅳ는 한국외환은행 인수를 위해 벨기에 자회사 LSF-KEB Holdings SCA를 통하여 한국외환은행의 지분을 2조 1,549억원에 취득했다.

한국-벨기에 조세조약 제13조가 정하는 경영참여 소득 면제(participation exemption)를 근거로 면세된다고 주장하였다. 이에 대하여 과세관청은 주식 양도 차익의 실질적 귀속자가 론스타펀드Ⅳ라고 주장하며, 한국-벨기에 조세조약의 적용을 거부하고 한-미 조세조약을 적용하고자 하였다. 그리하여 론스타 펀드Ⅳ가 획득한 주식 양도 차익은 론스타펀드의 파트너쉽 구성원으로서 사업활동의 주체가 된 결과 창출된 소득이고, 또 우리나라에서 고정사업장이 존재한다고 인정되므로 대한민국의 과세권이 인정된다고 주장하였다.

나. 쟁점

위 사안에서 고정사업장과 관련된 쟁점은 론스타 어드바이저(Lone Star Advisors Korea, L.L.C.) 소속 인물들이 외환은행의 주식매입과 구조조정 업무를 수행하였다는 점에서 LSAK가 미국 론스타펀드의 수익 창출에 주요한 역할을 하였음을 이유로 고정사업장으로 볼 수 있는지[111] 여부이다.

다. 법원의 판단

이에 대해 최근 서울 행정법원은 론스타 측 주장 일부를 받아들여 양도소득세 3876억원 가운데 1772억원을 취소한다는 취지의 판결을 했다. 법원은 우선 앞서 살펴 본 바와 같이 론스타펀드의 자회사인 LSF-KEB는 조세회피를 위해 설립된 페이퍼 컴퍼니에 지나지 않으므로 실제 이 사건에서 적용되어야 할 조세조약은 한국-미국 조세조약이라고 판단하였고, 다만 해당 조세조약 제16조에 의하면 자산의 매각이나 처분으로 발생하는 소득에 대해 상대방 국가의 과세를 면할 수 있도록 규정되어 있어 한국의 과세권이 부정된다고 보았다.

---

111) 이임동, 전게서, 제36면

고정사업장 인정 여부와 관련해서는 2012년에 선고된 이른 바 '블룸버그 판결[112]'의 법리를 언급하며 "국내 주식 투자에 대한 주요한 결정은 모두 미국에 있는 본사에서 이루어져 론스타가 국내에 고정사업장을 가지고 있다고 보기 어렵고 국내 고정사업장을 전제로 법인세를 부과한 것은 위법하다."고 판시하였다[113]. 현재 이 사건은 과세관청의 항소로 항소심이 진행 중이다.

5. 해외 동향[114]

가. 호주

2011. 1. 9. 호주 재무성은 외국 펀드에 대한 국내사업장 과세규정에 관한 개선안을 담은 보고서(자산운용사 과세특례, Investment Manager Regime, IMR)[115]를 발표하였다. 주요 내용은, 국외자산에 투자하는 비거주자가 호주 중개인을 사용하는 경우 투자와 관련하여 추가적으로 호주에서 과세되지 않도록 보장하는 것이다. 다만, 호주 내 자산의 투자는 호주 내 중개인을 사용하지 않고 비거주자가 직접 투자하는 것으로 보아 과세한다. IMR의 주요 내용은 다음과 같다.

---

112) 대법원 2011. 4. 29. 선고 2009두19229판결

113) http://www.fnnews.com/news/201411211622511556; 조세조약상 수익적소유자란 제한세율 적용에 대한 일종의 제한으로, 조세조약상 배당, 이자 및 사용료 소득 유형은 일반적으로 원천지국에서 일반세율보다 낮은 제한세율이 적용되는데, 이와 같은 제한세율은 그 배당, 이자 또는 사용료의 '수익적소유자'가 해당 체약국의 거주자인 경우에만 적용된다고 규정하고 있다.

114) 이하의 내용은, 김준석·한인철·김보식, 국제조세실무 (2015), 제703면부터 제708면까지의 내용을 소개하였다.

115) The Board of Taxation, Review of an investment manager regime as it relates to foreign managed funds – A report to the Assistant Treasurer

1. 자산운용사 과세특례는 기관투자자용 펀드 또는 최종투자자용 펀드 모두 적용하며, 펀드 운용 이외의 다른 금융서비스 분야에도 적용한다. 다만, 금융분야에서 활동하는 기업에게만 적용된다.
2. 독립적인 거주 투자자문사(investment advisor), 투자 펀드의 운용자(fund manager), 중개인(broker), 환전상(exchange), 대리인(agent)을 사용하는 비거주 투자자의 경우

– 모든 국외자산의 투자에 대하여 호주 내에서 과세되지 않는다.
– 호주 내 자산의 투자는 호주 내 중개인(intermediary)을 사용하지 않고 비거주자가 직접 투자하는 것으로 보아 과세한다.

3. 정상적(at arm’s length)으로 거래하는 종속적인 중개인을 사용하는 비거주 투자자의 경우

– 모든 국외자산의 투자에 대하여 호주 내에서 과세되지 않는다.
– 호주 내 자산의 투자는 소액투자면제(de minimis exemption)을 적용한다. 다만, 과세되는 경우, 호주자산의 투자는 호주 내 중개인(intermediary)을 사용하지 않고 비거주자가 직접 투자하는 것으로 보아 과세한다.

4. 해당 투자펀드의 실질적 관리나 통제가 호주에서 이루어진다는 사실만으로 투자펀드를 호주 거주자로 보지 않는다.

나. 일본

일본의 경우, 2008년 법인세법 시행령 제186조 및 소득세법 시행령 제290조의 독립대리인 판정기준을 아래와 같이 보완하여 펀드 투자관리인(investment manager)의 대리활동, 계약체결권 및 지속적 사업수행 여부에 대한 판정기준을 명확히 하였다.

1. 구체적 지시(detailed instruction): 국내투자관리인(domestic investment

manager)이 대리하는 투자 결정이 해외투자관리인의 구체적 지시에 의해 이루어진다면 해외펀드의 GP(general partner)나 해외투자관리인(foreign investment manager)이 직접 국내에서 투자활동을 하는 것으로 간주한다.

2. 직원의 공유(shared officers): 국내투자관리인의 임직원의 50%이상이 해외펀드의 GP나 해외투자관리인의 임직원에 해당하는 경우 독립대리인이 아니다.
3. 보상(renumeration): 국내투자관리인이 원가가산방식(cost plus type)으로 대가를 받지 않고, 투자자산 또는 투자 소득을 기준으로 기여도를 반영하여 대가를 받는 경우 독립대리인이 아니다.
4. 사업변환능력(diversification test): 국내투자관리인이 해외펀드나 해외투자관리를 위해 전적으로 또는 거의 전적으로 사업을 수행하는 경우, 국내투자관리인이 사업수행방식을 근본적으로 변경하거나 또는 사업의 합리성을 상실하지 않는 한도에서 사업을 변환하거나 새로운 고객을 창출할 수 없다면 독립대리인이 아니다.

다. 영국

영국 국세청은 2007년 예규(Statement of Practice 1/10)를 개정하여 아래 요건을 충족하는 경우 투자관리회사면세(Investment Management Exemption)를 적용한다. ‘종속대리인’을 판정하기 위해 70%의 요건을 적용하는데, 이에 비해 법인세법 기본통칙 제2항 제3호는 ‘전적으로 또는 거의 전적으로’라고 표현한다.

1. 투자관리회사(manager)는 일상적인 사업활동을 수행해야 한다.
2. 투자관리회사는 아래 요건을 모두 충족하는 독립대리인으로 활동해야 한다(독립성 테스트).

① 펀드가 다수에 의하여 소유될 것

– 5명 이하의 사람들이 50% 이상의 펀드지분을 소유하거나, 특정인이 20% 이

상의 펀드지분을 소유하지 않을 것, 또는

– 다수에 대하여 펀드를 적극적으로 판매할 것

② 투자관리회사가 펀드로부터 수취하는 소득이 투자관리회사 전체소득의 70% 이하

3. 투자관리회사는 용역제공대가를 통상수수료 이하로 받지 않아야 한다(통상수수료 테스트).

4. 펀드는 국내의 다른 투자관리회사를 통해 다른 사업을 하지 않아야 한다.

5. 투자관리회사면세는 상장주식투자 등의 특정범위 거래에 대하여만 적용된다.

6. 소결론

지금까지 외국계 투자 펀드와 관련한 고정사업장 문제를 살펴보았다. 외국계 투자 펀드와 관련하여서는 대리인에 의한 고정사업장이 쟁점이 되는데, 이에 관한 판단을 위하여 외국계 투자 펀드의 대리인이 종속대리인인지 아니면 독립대리인인지 여부, 계약체결대리인의 요건을 충족하는지 여부 및 대리인의 활동이 예비적・보조적인지 여부를 차례로 검토하였다.

먼저 대리인의 종속성과 관련하여서는, 구체적으로 투자 펀드의 지시에 따라 대리인의 활동이 제한되는지 여부, 사업상의 위험 부담을 누가 부담하는지 여부, 대리인이 투자 펀드와의 관계에서 전속적인지 여부를 고려해야 한다. 이상에서는 투자 펀드의 투자지시활동과 감독활동, 대리인에게 지급되는 수수료, 대리인의 사업 활동에서 투자 펀드가 차지하는 지위 등을 살펴보아 개개의 활동별로 대리인의 지위가 종속적인지 혹은 독립적인지 여부를 판단해 보았다.

계약체결대리인에 해당하는지 여부와 관련하여서는, 대부분 외국계 투자 펀드가 취하는 조치에 의하여 계약체결대리인에 해당하지 않도록 대리인의 업무권한을 제한할 수 있으므로 첨예하게 다투어지지 않으나 예외적으로 투자활동에 관한 의사결정권을 보유하고 있는 등 특별한 사정이 인정된다면 계

약체결대리인에 해당한다고 볼 수 있다.

설사 계약체결대리인에 해당한다고 하더라도 그 대리인의 활동이 예비적·보조적인 경우, 고정사업장의 지위가 부정되는데, 대리인의 활동은 투자활동의 의사결정 혹은 자본투입의 측면과 밀접한 관련이 있다는 특별한 사정이 없는 한, 일반적인 정보제공·투자활동과 관련한 행정적 업무 담당만으로는 예비적·보조적 성격의 활동 범주를 벗어난다고 보기 어렵다. 위와 같은 점들을 종합하면, 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동에 고정사업장의 지위를 인정하기는 어렵다.

제 8 장 결론

제 1 절 연구의 요약

외국계 투자 펀드가 국내에 유입된 이후 적극적인 투자활동을 통해 높은 투자 수익을 내면서도 세금을 제대로 내지 않는다는 국내 여론이 뜨거웠다. 외국계 투자 펀드가 국내 투자 활동을 본격화한 지는 10여년이 넘었지만 그러한 외국계 투자 펀드의 조세 회피 전략이 문제화 되며 본격적으로 외국계 투자 펀드에 대한 제반 논의가 이루어진 것은 비교적 최근, 특히 론스타펀드에 관한 여러 판결이 나오면서부터라고 할 수 있다. 론스타펀드에 대한 판결을 필두로 외국계 투자 펀드의 법적 취급에 관한 논의에서부터 조세조약의 적용 문제, 고정사업장 문제, 이전가격세제 등 다양한 논의들이 본격적으로 전개되기 시작했고 후속 연구도 따르기 시작했다. 본 논문은 그러한 배경을 출발점으로 외국계 투자 펀드를 둘러싼 조세법적 쟁점을 검토하고자 하였다.

다양한 형태로 구성되는 외국계 투자 펀드의 개념 및 특성을 살펴보고 투자

자·펀드의 설정국·투자활동 장소에 따라 국외 투자자가 국외에서 펀드를 설정하여 국내에서 투자 활동을 펼치는 펀드를 외국계 투자 펀드로 규정한 후 논의를 진행하였다. 외국계 투자 펀드를 법적형태에 따라 신탁형·조합형·회사형 펀드로 구분한 후 그에 따른 조세법적 취급을 검토하였다.

외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용 단계에서 최근 론스타펀드Ⅲ에 관하여 법인세를 부담한다고 판시한 대법원 판례와 관련하여 외국계 투자 펀드가 법인세를 부담하는지 아니면 그 투자자가 소득세를 부담하는지를 판단하는 쟁점을 검토한 후 이에 관하여는 해당 쟁점이 문제가 된 우리나라 세법을 기준으로 유사한 단체에 해당하는 개념이 있는지 우선적으로 검토하고 만약 세법에서 정하는 단체의 개념에 포함되는 개념이 없다면 보충적으로 민법 및 상법 등 사법의 내용을 살펴 단체를 규정하여야 할 것이다. 그 다음으로 조세 조약적용에서 거주자 판단 및 수익적 소유자 판단 문제를 검토하였다. 거주자와 관련하여 조합형·신탁형·회사형 펀드의 분류에 따라 검토하였다. 수익적 소유자와 관련하여서는 보다 복잡한 문제가 존재하는 바, 특히 해당 쟁점에 관하여는 기존의 과세실무와 달리 종국적 투자자가 아닌 펀드의 LP자체를 수익적 소유자로 인정한 대법원 판례를 분석한 후 수익적 소유자의 개념이 경제적 실질에 비추어 이익이 귀속되는 자를 확정하는 것이라는 점과 조합형·신탁형 펀드의 설정 이유가 세법상 투과(through)되기 위한 것이라는 점을 고려하면 위 대법원 판례는 비판의 여지가 있다.

외국계 투자 펀드에 대한 원천지국 과세권 단계에서는 외국계 투자 펀드가 투자 활동을 통해 벌어들이는 소득의 유형으로 이자·배당·양도 소득 등을 살펴보고 위 소득들에 대한 원천지국 과세권 행사가 가능하게 되는 고정사업장 문제를 검토하였다. 외국계 투자 펀드와 관련된 고정사업장 문제의 경우 대리인에 의한 고정사업장이 인정되는지 여부가 쟁점이고, 구체적으로는 대리인의 종속성, 계약체결대리인이 인정되는지 여부, 대리인의 활동이 보조적·예비적인지 여부 세 가지 측면에서 검토가 이루어져야 한다. 외국계 투

자 펀드와 관련하여서는 대리인에 의한 고정사업장이 쟁점이 되는데, 이에 관한 판단을 위하여 외국계 투자 펀드의 대리인이 종속대리인인지 아니면 독립대리인인지 여부, 계약체결대리인의 요건을 충족하는지 여부 및 대리인의 활동이 예비적·보조적인지 여부를 차례로 검토하였다.

먼저 대리인의 종속성과 관련하여서는, 구체적으로 투자 펀드의 지시에 따라 대리인의 활동이 제한되는지 여부, 사업상의 위험 부담을 누가 부담하는지 여부, 대리인이 투자 펀드와의 관계에서 전속적인지 여부를 고려해야 한다. 이상에서는 투자 펀드의 투자지시활동과 감독활동, 대리인에게 지급되는 수수료, 대리인의 사업 활동에서 투자 펀드가 차지하는 지위 등을 살펴보아 개개의 활동별로 대리인의 지위가 종속적인지 혹은 독립적인지 여부를 판단해 보았다.

계약체결대리인에 해당하는지 여부와 관련하여서는, 대부분 외국계 투자 펀드가 취하는 조치에 의하여 계약체결대리인에 해당하지 않도록 대리인의 업무권한을 제한할 수 있으므로 첨예하게 다투어지지 않으나 예외적으로 투자활동에 관한 의사결정권을 보유하고 있는 등 특별한 사정이 인정된다면 계약체결대리인에 해당한다고 볼 수 있다.

설사 계약체결대리인에 해당한다고 하더라도 그 대리인의 활동이 예비적·보조적인 경우, 고정사업장의 지위가 부정되는데, 대리인의 활동은 투자활동의 의사결정 혹은 자본투입의 측면과 밀접한 관련이 있다는 특별한 사정이 없는 한, 일반적인 정보제공·투자활동과 관련한 행정적 업무 담당만으로는 예비적·보조적 성격의 활동 범주를 벗어난다고 보기 어렵다. 위와 같은 점들을 종합하면, 외국계 투자 펀드의 대리인의 활동에 고정사업장의 지위를 인정하기는 어렵다.

제 2 절 향후의 과제

본 연구자는 외국계 투자 펀드를 대상으로 한 국내의 학설 동향 뿐 아니라 해외 판례를 소개하고 위 각 쟁점에 맞게 논지를 전개하고자 하였지만, 외국계 투자 펀드의 해외[116] 투자가 법적 쟁송으로 이어져 판결로 정리될 만큼의 많은 사례가 누적되지 않아[117] 다수의 판례를 반영하지 못한 점에 아쉬움이 남는다. 추가적으로는 미국, EU, 아시아권 국가의 각국 국내법의 내용을 정리하여 해당 논의에 관한 비교법적 연구를 전개하여 보다 풍성한 논의가 전개되길 희망한다.

우리나라의 론스타펀드 판결에서 보듯이 외국계 투자 펀드에 대한 조세 소송은 그 규모가 매우 클 뿐 아니라 쟁점 역시 매우 복잡하게 엮여 있어 그 소송의 난이가 상당함에도 불구하고 국내 및 해외 자료의 정리나 해당 쟁점에 대한 연구는 체계적으로 이루어지지 않고 있는 상황이다. 그럼에도 불구하고 국내 뿐 아니라 해외에서도 일반적인 투자 형태의 하나로 자리잡아 가는 투자 펀드에 관한 심도 있는 논의는 계속되어야 할 것이다.

116) 원천지국이 해외인 경우

117) 대부분의 외국계 투자 펀드의 해외 투자에서 과세관청과 과세 문제가 발생하는 경우 소송 단계 이전의 단계에서 사건이 종결되어 버리는 경우가 많은 까닭에 기인한다.

참 고 문 헌

국내문헌

김준석・한인철・김보식, 「국제조세실무」, 삼일인포마인, 2015
이창희, 「국제조세법」, 박영사, 2015
이창희, 「세법강의」, 박영사, 2014

강희철, “외국계 펀드의 국내 투자 현황과 관련 법적 문제”, 「증권법연구」 제5권, 2004
김석환, “조세조약상 수익적 소유자와 국내세법상 실질귀속자와의 관계”, 「조세학술논집」제29권, 2013
김희준, “론스타-한국 정부 간 투자중재의 과세상 쟁점에 관한 연구”, 「세무학연구」제31권 제4호, 2014
문상원, “조세조약 적용에 있어서 수익적 소유자 판단 관련 제 문제 - 수익적 소유자에 대한 최근 법원의 판단 경향을 중심으로 -”, 「세무와 회계연구」통권 제4호, 2013
박주영・전병욱, “스타타워빌딩 매각 거래를 통한 론스타펀드 Ⅲ의 세무계획 분석”, 「조세학술논집」제28권, 2012
박주영・전병욱, “한국외환은행 주식 매각을 통한 론스타펀드 4의 세무계획”, 「회계저널」제21권 제2호, 2012
송광우와 정광진, “외국계 투자 펀드에 대한 조세조약의 적용과 과세문제”, 「조세법연구」제13권 제1호, 2007
오윤, “외국펀드와 조세회피”, 한국학술정보(주), 2008
한국조세협회, “사모펀드 해외투자를 이용한 조세회피 방지방안에 관한 연구”, 한국국제조세협회, 2014

오윤과 임동원, “집합투자기구의 본질에 따른 과세제도 연구”, 「조세연구」 제14권, 2014
윤지현, “단체분류(Entity Classification)에 대한 대법원 판례와 경제협력개발기구(OECD)의 파트너쉽 보고서(Partnership report)의 조화 가능성에 관한 검토 - 해석론과 문제점을 중심으로, 「조세학술논집」 제30권 제1호, 2014
윤지현, “파트너쉽과 조세조약에서의 거주자”, 「서울대학교 법학」 제55권 제2호, 2014년 6월
윤지현, “수익적 소유자(Beneficial Owner)의 개념의 해석: 최근 국내외의 동향과 우리나라 해석론”, 「사법」 제25권, 2013
이경근, “조세조약 적용기준에 따라 분석한 외국계 투자펀드에 대한 대법원 최근 판례의 문제점”, 「세무학연구」, 2014
이임동, “외국계펀드 과세문제에 대한 연구”, 「서울시립대학교 세무전문대학원 학위논문」, 2010
전병욱, “고정사업장 판정과 관련한 최근 국제동향의 분석”, 「조세학술논집」, 제27권 제2호
허항진, “국제증권거래와 관련한 원천징수제도의 개선에 대한 고찰”, 「증권법연구」, 제11권, 2011

외국문헌

Tomi Vitala, *Taxation of Investment Funds in the European Union*, IBFD, 2004
Kimberly S Blanchard, *Cross-Border Tax Problems of Investment Funds*, The Tax Lawyer, 2007
International Fiscal Association, *The Taxation of Investment funds,* Vol. 82b, 1997

OECD, *Partnership Report - The Application of OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6.-,* 1999

OECD, *Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies Issues in International Taxation No. 1, in International Tax Avoidance and Evasion, Paris* 1987

Committee on Fiscal Affairs of OECD, *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles,* 2014

Abstract

The Taxation by Income-source Country on Foreign Investment Funds

Bae, Hyo Jung

Major in Tax Law

The Graduate School of Law

Seoul National University

Serial judgements on Lonestar Funds issues arouse a big controversy in Korea. Investment activities executed since 1990 in Korea, became the center of the attention especially because of their tax-avoidance strategies.

Investment Fund, which is one of the CIVs (Collective Investment Vehicles), is the aggregation of assets invested by investors who are in pursuit of earnings from those investments.

According to the legal formation, it can be classified as corporation-type, trust-type, partnership-type funds and according to the establishments location of funds, investing country and investors' country, it can be classified as in-bound and out-bound investment funds.

Below the arguments, the foreign investment fund refers to the fund which is set out of Korea by foreign investors and doing

investment activities in Korea.

Related to the way of taxation on foreign investment funds, there are 3 ways of taxations - Entity taxation, Pay through taxation and pass through taxation. In accordance with Korean law, it is confirmed that corporation-type fund takes the Entity taxation and trust-type and partnership-type fund take the Pass through taxation.

Tax treaties can also be applied to foreign investment funds when it falls within the concepts of "person", "resident" and "beneficial owner". By priority, entity classification issues on foreign investment funds is reviewed through the Supreme court judgements of which the legal point is whether the Lonestar fund Ⅲ is liable for corporation tax or the ultimate investors of the Lonestar fund Ⅲ are liable for income tax. As for the resident issues of foreign investment fund, after reviewing the basic concepts of it and apply to the investment funds according to corporation, trust and partnership-types. As for the beneficial owner, after reviewing the concepts and history of beneficial owner, recent Supreme court case is examined. However it is pointed out that, considering the traditional concept of beneficial owner of the OECD Model Convention, the Supreme court case aforementioned is inappropriate.

Related to the issues of investing country's taxation on investment funds, it is firstly stated that foreign investment funds earn dividends, interests and capital gains by transferring the assets, then more specifically, the permanent establishments(herein

after 'PE') issue is dealt with.

After examining with regard to the broader meaning of PE, it is stated that PE by agents is critical, finding out the aim of the articles of OECD Model Convention about PE by agents. It is very difficult to say that those activities by agents assigned by foreign investment funds can actually compose PE, considering the subordinance of agents, whether the habitual contract right is vested to agents or not and whether those activities of agents are auxiliary or preparatory.

.....

keywords : investment funds, Lonestar, tax treaty, taxation of income-source country principle of the substantial taxation, permanent establishments,

Student Number : 2013-23322