

〈판례평석〉

‘파트너십’과 조세조약에서의 ‘거주자’\*,\*\*  
- 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011두22747 판결<sup>1)</sup> -

尹智炫\*\*\*

요약

이 글은 최근에 선고된 어느 대법원 판결에 대한 평석이다. 이 사건에서는 투자자들이 미국법에 따른 ‘유한 파트너십(limited partnership)’을 만들고, 이 유한 파트너십은 말레이시아 라부안에 ‘법인’을 설립하였다. 또 이 라부안 소재 법인이 우리나라 어느 주식회사의 우선주를 취득하여 그로부터 배당소득을 얻었다. 이 사건의 기본적인 문제는 이 배당소득이 어떻게 과세되어야 하는가이다.

납세자는 이 배당소득이 라부안 소재 법인에 귀속된다고 보아 한-말 조세조약을 적용하여 그에 따라 법인세를 원천징수하였다. 하지만 과세관청은 실질과세 원칙에 근거하여 라부안 소재 법인의 존재를 ‘부인’하고 이 배당소득을 미국의 유한 파트너십에 귀속시켰으며 또한 여기에 한-미 조세조약을 적용하였다. 이 글의 평석대상 판결은, 이러한 한-미 조세조약의 적용을 전제로 하여, 제12조 제1항의 (a)호가 정하는 15%의 원천징수세율과, (b)호가 정하는 10%의 원천징수세율 중 어느 것이 적용되어야 하는지를 판단한 원심 판결을 그대로 유지하였다.

하지만 이 글은 이러한 일련의 판단이 타당한지 여부를 검토하기보다, 기본적으로 이 사건에 과연 한-미 조세조약이 적용될 수 있는지를 따진다. 이는 미국에서 납세의무를 부담하지 않는 유한 파트너십이 한-미 조세조약에서 말하는 ‘거주자(resident)’에 해당할 수 있는지를 묻는 것이기도 하다. 여기에 대해 한-미 조세조약의 문구만으로는 긍정적인 답을 내기가 반드시 쉽지 않다. 다만 거기에 붙어 있는 미국 측의 ‘기술적 설명(technical explanation)’까지 감안하여 보면, ‘파트너들(partners)’

\* 이 글을 쓰는 과정에서 필자는 서울시립대 법학전문대학원 이재호 교수와, 현재는 대법원 재판연구관으로 근무 중인 정광진 변호사와 각각 의견을 교환하면서 많은 도움을 받았다. 이 자리를 빌려 두 분에게 감사의 뜻을 표한다. 그러나 이 글에 담긴 결론은 필자 스스로의 것으로서, 이 분들의 견해와는 전혀 별개이다. 또한 이 글에 포함되어 있을 오류 역시 당연히 모두 필자의 잘못이다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

1) 이 글에서 평석의 대상으로 삼은 이 판결을 이하 ‘대상 판결’이라고 부르도록 한다.

이 미국의 거주자인 경우 그 범위 내에서는 파트너십 자체를 거주자로 볼 수 있다는 결론이 한국과 미국, 두 계약국(締約國)의 의사에 더 들어맞는 해석이라고 볼 수 있다. 하지만 이 사건의 하급심에서는 파트너들이 어느 나라의 거주자인지에 관한 심리가 전혀 이루어지지 않았다. 바로 이러한 점에서, 한-미 조세조약의 적용을 당연한 전제로 삼은 대상 판결의 입장은 옳다고 할 수 없다.

한편 이 글에서 다루는 이러한 문제는 경제협력개발기구의 모범조약(OECD Model Convention) 하에서도 중요하게 여겨지는 것이다. 이와 관련하여 이 글은 현재의 대법원 판례 하에서는 이러한 ‘투명(transparent)’한 단체도 일반적으로 조세조약의 거주자로 보는 것이 옳다는 입장을 취한다. 그리고 동시에 이에 관하여 어떠한 입장을 취하든 간에, 대법원이 조세조약의 해석론에 나아가기에 앞서, 조세조약의 적용 여부를 좀 더 신중하고 명확한 논리에 따라 판단하였으면 하는 희망을 피력한다.

주제어: 모범조약, 조세조약, 거주자, 파트너십 과세

## I. 대상 판결에 관한 일반적인 사항

### 1. 사실관계<sup>2)</sup>

① 이 사건에는, 최근 대법원이 선고한 국제조세 분야와 관련된 많은 다른 판결에서도 그러하였듯이 외국의 사모(私募) 투자펀드가 관련되어 있다. 이 사건에서 문제된 펀드의 운용회사는 ‘워버그 핀커스(Warburg Pincus)’이다.<sup>3)</sup>

② 이 사건에서 워버그 핀커스는 투자자를 모집하여 미국 내에 두 개의 사모펀드를 설립하였다. 이들은 각각 “Warburg Pincus Equity Partners L.P.”와 “Warburg

2) 이 글에서 설명하는 이 사건의 사실관계는 제1심 판결, 원심 판결, 그리고 대상 판결의 설시 내용을 참조하여 파악한 것이다.

3) 위키피디아(Wikipedia) 웹사이트의 워버그 핀커스에 관한 소개 중 첫 몇 문장을 뜻이 통하도록 우리말로 옮기자면 다음과 같다.

“워버그 핀커스(Warburg Pincus, LLC)는, 미국·유럽·브라질·중국·인도에 사무실을 두고 있는 미국의 국제적 사모펀드 회사이다. 이 회사는 1966년 이래 사모펀드 투자를 영위하여 오고 있다. 이 회사는 현재 미화(美貨) 약 350억 달러 상당의 자산을 운용하고 있고, 소비재·에너지·금융·의료·기술·언론·통신·부동산 등 다양한 분야에 투자하고 있다.”

(이 글의 논의 내용과는 큰 관련이 없으나 익명의 심사위원의 지적에 따라 부연하여 두자면, 워버그 핀커스 자신의 웹사이트([http://www.warburgpincus.com/about\\_us/Default.aspx](http://www.warburgpincus.com/about_us/Default.aspx))에서 는 현재 운용자산의 규모가 480억 달러 이상에 달하는 것으로 적고 있다고 한다.)

Pincus Ventures International L.P.”로서, 그 영어 명칭에서도 보듯이 모두 미국의 유한 파트너십(limited partnership)이다. 그런데 이들 두 파트너십<sup>4)</sup>의 파트너들 — 즉 사모펀드의 투자자들 — 이 누구이며 어느 나라의 어떠한 사람들인지는 이 사건에서 전혀 드러나 있지 않다.

③ 본건 파트너십은 1998년 말레이시아 라부안에 “England Holdings Limited”라는 이름의 ‘법인’<sup>5)</sup>을 설립하였다. 두 유한 파트너십은 각각 50%의 지분을 보유하고 있다. 본건 라부안 법인은 설립 후 얼마 되지 않아 이 사건의 원고인 ‘주식회사 이랜드월드’가 발행한 424억 원 상당의 전환사채를 취득하였고, 2000년에 와서 이 전환사채는 우선주로 전환되었다.

④ 이 우선주에 관하여는 2000년과 2003년, 두 차례에 걸쳐 유상(有償)의 자본 감소가 이루어졌고, 2003년 그 과정에서 우리나라 법에서 말하는 배당소득<sup>6)</sup>이 발생하였다. 원고 회사는 우리나라의 세법에 따를 때 쟁점 배당소득이 본건 라부안 법인에 귀속되었고, 또 한국과 말레이시아 간에 체결된 조세조약<sup>7)</sup>에 의할 때 본건 라부안 법인이 쟁점 배당소득의 ‘수익적 소유자(beneficial owner)’<sup>8)</sup>라는 전제 하에, 쟁점 배당소득에 한-말 조세조약을 적용할 수 있다고 보았다. 그리하여 원고 회사는 한-말 조세조약 제10조 제2항 가호에 따라, 10%의 세율로 쟁점 배당소득에 대한 법인세를 원천징수하여 과세관청에 납부하였다.

⑤ 과세관청은 2007년 경 이 사건에 대한 조사 결과 본건 라부안 법인은 이른바

4) 이하 이 글에서는 편의상 ‘본건 파트너십’이라고 부르도록 한다.

5) 우리나라 민사법에 따른 ‘법인’이라는 의미는 물론 아니고, 말레이시아나 라부안의 법에서 어떠한 성질을 갖는 ‘단체(entity)’인지가 이 사건에서 분명히 드러나 있지는 않다. 다만 이 사건에서는 우리나라 법인세법의 ‘외국법인’(법인세법 제1조 제3호 참조)에 해당할 수 있다는 것이 당연한 전제로 되어 있기 때문에 ‘법인’이라고 표현하였으며, 이하 이 글에서는 편의상 ‘본건 라부안 법인’이라고 부르도록 한다.

6) 하급심 판결이나 대상 판결에 명확한 설시는 없지만 사실관계에 비추어 보면 아마도 법인세법 제16조 제1항 제1호의, 이른바 ‘의제배당’에 해당하는 배당소득인 것으로 짐작한다. 이하 이 글에서는 편의상 ‘본건 배당소득’이라고 부르도록 한다.

7) 정식 명칭은 ‘소득세에 관한 이중과세의 회피와 탈세의 방지를 위한 대한민국 정부와 말레이시아 정부 간의 합의(the Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Malaysia for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income)’이지만 이 글에서는 흔히 쓰는 용례대로 그냥 ‘한-말 조세조약’과 같이 부르도록 한다. 이는 다른 나라와 체결된 조세조약의 경우에도 마찬가지이다.

8) 한-말 조세조약 제10조 제2항 단서. 한-말 조세조약에서는 한국어, 영어, 말레이시아어로 작성된 ‘본(本)’이 모두 ‘정본(正本, authoritative text)’으로 인정된다.

‘도관회사’에 불과하여 본건 배당소득의 수익적 소유자가 될 수 없다는 판단을 내렸다. 나아가 과세관청은, 그 근거가 반드시 명확한 것은 아니었지만,<sup>9)</sup> 아무튼 결과적으로 본건 배당소득에는 한-말 조세조약이 아니라 한-미 조세조약이 적용되어야 한다는 입장을 취하였다.

⑥ 그리하여 과세관청은 한-미 조세조약 제12조 제2항 (a)호에 따라 원고가 본건 배당소득에 대하여 (10%가 아닌) 15%의 세율로 법인세를 원천징수하였어야 한다는 입장을 취하였고, 결국 원고에게 이러한 원천징수세율의 차이에서 오는 액수에 관한 징수처분<sup>10)</sup>을 하였다.

## 2. 사건의 쟁점

본건 징수처분과 관련해서, 대상 판결에서 실제로 다투어진 쟁점들은 크게 다음의 세 가지이다.

① 우선 본건 배당소득이 우리나라의 국내법에 따를 때 본건 라부안 법인에 귀속되는지, 동시에 본건 라부안 법인이 본건 배당소득에 관하여 한-말 조세조약의 ‘수익적 소유자’인지 여부이다. 납세자인 원고는 이 두 쟁점에 관하여 모두 긍정적인 답이 나온다고 주장하는데, 만약 납세자의 주장이 옳다면 다른 쟁점들은 더 이상 검토할 필요 없이 본건 징수처분은 취소되어야 한다.

반대로 납세자의 두 가지 주장 중 하나라도 부정적인 답이 나온다면, 문제는 조금 복잡하여질 수 있다. 다만, 반드시 분명한 것은 아니라도, 현재 대법원은 우리나라 국내법에 따른 소득귀속, 특히 이른바 ‘실질귀속’의 원칙<sup>11)</sup>과 조세조약의 수익적 소유자(beneficial owner)<sup>12)</sup> 개념을 비슷한 것으로 보는 듯하다.<sup>13)</sup> 그렇게 보

9) 이 사건에 관한 조세심판원의 결정에 인용된 ‘처분청 의견’을 보면, 전심(前審)에서만 하더라도 과세관청은 본건 배당소득에 관하여 ‘사실상 펀드를 모집하고 이를 운영한 미국을 수익적 소유자로 판단되며, 청구법인은 이러한 사실에 대하여 기 인정하였다’는, 이해하기도 힘들고 이치에도 닿지 않는 주장을 제시하였다. 그리고 본건 배당소득이 본건 파트너십에 귀속되는지 여부에 관하여는 오히려, ‘미국에서의 사모펀드는 파트너십이고, 파트너십의 경우 개별 파트너(최종)에게 소득이 귀속되는 시점에 개별 파트너에게 소득세 등이 과세되는 것으로서 법인으로 보기 어렵다’고 하여, 결과적으로는 스스로에게 불리할 수 있는 주장도 개진하였다. 국심2007서2461, 2009. 12. 7. 참조.

10) 이하에서는 편의상 ‘본건 징수처분이라고 부르도록 한다.

11) 국제기본법 제14조 제1항, 법인세법 제4조 제1항, 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제1항 참조.

면 위의 두 가지 질문에 대한 답이 달라질 가능성이 희박하기는 하다. 요컨대, 만약 납세자의 두 가지 주장에 부정적인 답이 나온다면, 그때는 본건 배당소득이 본건 라부안 법인이 아니라 다른 누구에게 귀속된다는 것인지를 따져야 한다. 그러한 귀속이 확정되면, 그때에는 그 결과에 따라 한-말 조세조약이 아닌 다른 어떤 조세조약이 적용될 수 있는지 여부를 검토할 수 있을 것이다(미리 말해 두자면 사실은 이러한 ‘검토’가 바로 이 글에서 주로 다루고자 하는 쟁점이다).

② 대상 판결에서 다루어진 두 번째 쟁점은, 첫 번째 쟁점을 검토한 결과 원고의 주장이 받아들여지지 않고, 그 결과 원고가 본건 배당소득에 대한 법인세를 너무 적게 원천징수하였다고 판단된 경우를 전제로 한 것이다. 원고는 본건 배당소득이 라부안 법인 외에 다른 누구에게인가 귀속된다는 결론은 보통의 원천징수의 무자로서 알기 힘든 것이므로, 이러한 경우에까지 원고에게 소득의 귀속을 정확히 파악하여 그에 따라 법인세를 원천징수하여야 할 의무를 지을 수는 없다고 주장하였다.

물론 원고가 주장하는 이러한 결과는 실정법으로 명확히 규정되어 있지는 않다.<sup>14)</sup> 다만 원천징수 제도가 갖는 의미에 비추어 볼 때 이와 같은 ‘해석’이 필요하다는 것이 원고의 주장이다. 이러한 원고의 해석론이 받아들여진다면, 물론 소득이 본건 라부안 법인 외에 다른 누군가에게 귀속되고, 국내법이나 관련된 조세조약의

12) 이 개념은 한-말 조세조약에서도 쓰이지만, 그에 앞서 1977년의 경제협력개발기구 모범조약(OECD Model Convention) 제10조 제2항, 제11조 제2항, 제12조 제1항에서 이미 널리 사용되고 있다. 물론 한-말 조세조약이 체결된 1982년 당시 말레이시아는 물론 우리나라도 아직 경제협력개발기구의 회원국이 아니었지만, 한-말 조세조약의 ‘수익적 소유자’ 개념이 이 모범조약의 그것과 같다는 점에 대하여는 별다른 의문이 제기될 여지가 없다.

13) 이에 관하여는 윤지현, “수익적 소유자(beneficial owner) 개념의 해석: 최근 국내외의 동향과 우리나라의 해석론”, **사법**, 제25호(2013. 9), 사법발전재단, 114-116쪽. 이 문헌에서 그러한 주장의 근거로 든 것은 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25466 판결로, 이 판결은 실질과세 원칙에 따라 소득이 귀속되는 납세자와 수익적 소유자를 개념적으로 구별하지 않고 판단하였다. 또한 아래 3. (1)에서 살펴보는 이 사건의 제1심 판결 역시 비슷한 입장을 취하였다.

14) 법인세법에서 외국법인에게 국내원천소득을 지급하는 납세자에게 원천징수의무를 지우는 기본 규정은 제98조 제1항 본문이지만, 단순히 일정한 국내원천소득을 ‘지급하는 자’는 ‘그 지급을 할 때에 [일정한] 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 해당 법인의 각 사업연도의 소득에 대한 법인세로서 원천징수하여 그 원천징수한 날이 속하는 달의 다음 달 10일까지 대통령령으로 정하는 바에 따라 납세지 관할 세무서등에 납부하여야 한다’고 정하고 있을 뿐, 본문의 원고 주장과 같은 점에 관한 언급은 물론 전혀 없다.

적용 결과 15%의 원천징수세율을 적용할 수 있다 하더라도, 10%를 초과하는 범위에서는 여전히 원천징수의무가 발생하지 않는다고 결론짓게 된다.

③ 위 ①에서 언급한 대로, 이 사건에서는 본건 배당소득이 본건 라부안 법인 아닌 다른 누군가에게 귀속되었다고 볼 여지가 있다. 그리고 이 사건에서 그 후보자로 떠오른 것은 미국법에 따라 설립된 본건 파트너십이었다. 이때 한-말 조세조약이 아닌 한-미 조세조약이 적용될 수 있는지가 문제되고 만약 적용됨을 전제로 한다면, 다시 본건 배당소득이 귀속되는 것이 한-미 조세조약 제12조 제2항 (b)호가 말하는 ‘법인(corporation)’<sup>15)</sup>인지 여부를 따져보아야 한다. 만약 ‘법인’이라면 원고가 그렇게 하였듯이 10%의 원천징수 세율이 적용되고, 그렇지 않다면 과세관청의 본건 징수처분에서처럼 같은 항 (a)호의 규정에 따라 15%의 세율이 적용되기 때문이다. 이것이 대상 판결의 세 번째 쟁점이다.

### 3. 소송의 경과와 하급심 판결의 내용

#### (1) 제1심 판결<sup>16)</sup>

##### 1) 첫 번째 쟁점 — 어느 조세조약을 적용할지의 문제에 관하여

제1심 판결은 우리나라 세법의 실질과세 원칙을 적용하여 볼 때,

“국내에서 발생된 배당소득을 지급하는 경우 그 소득의 형식적 소유자와 실질적 귀속주체가 다른 경우에는 실질적 귀속주체를 수익적 소유자로 보아 그 거주지국과 체결한 조세협약을 적용하여야 할 것”

이라고 전제하였다. 그리고 이와 관련하여 여러 가지 사실을 인정하면서, 결론적으로 본건 라부안 법인은

“정상적인 목적으로 말레이시아에서 설립되어 사업활동을 하고 있는 회사가 아니라 [본건 파트너십]이 원고에 대한 투자와 관련하여 소득 발생지국의 조세징수

15) 각주 8에서 살펴본 한-말 조세조약과 유사하게, 한-미 조세조약 역시 한국어와 영어로 된 것이 모두 ‘원본’이라고 조약의 마지막 부분에 명기하고 있다.

16) 서울행정법원 2010. 12. 22. 선고 2010구합10938 판결.

를 회피하기 위하여 만들어진 하나의 형식적인 회사(Paper Company)에 불과하고 이 사건 배당금 등 위 투자와 관련한 이익의 실질적인 귀속주체는 그 거래자금을 실질적으로 공급한 [본건 파트너십]

이라고 판단하였다. 그 결과 과세관청의 주장과 같이 한-말 조세조약의 적용이 배제되었다.

2) 두 번째 쟁점 – 이 사건에서 원고에게 15% 세율의 원천징수의무를 지을 수 있는지 여부에 관하여

한편 제1심 단계에서 원고는 이와 같이 소득의 실질 귀속이 문제되는 사안에서 까지 소득을 지급하는 납세자에게 소득의 귀속을 정확하게 파악하여 원천징수할 의무를 지우는 것은 과잉금지원칙이나 비례원칙과 같은 헌법 원칙에 반한다는 주장을 개진하였다. 이에 대하여 제1심 판결은, ‘원천징수제도가 국가의 세수 확보 및 조세징수의 편익에 기여하는 등 공익적 요청에 부합하는 점’을 들어 이러한 주장을 받아들일 수 없다고 판단하였다. 또 그 외에 이 사건의 사실관계에 비추어 볼 때, 원고가 본건 배당소득이 본건 라부안 법인에게 실질적으로 귀속되지 않는다는 점은 알고 있었을 것이라고 추단(推斷)하면서, 그 점에서도 원고의 이 부분 주장을 받아들일 수 없다고 덧붙였다.

3) 세 번째 쟁점 – 한-미 조세조약 하에서 어떤 제한세율을 적용할 것인지에 관하여 제1심 판결은 이 부분 쟁점에 관하여는 원고의 주장을 받아들였다. 제1심 판결은 이러한 판결에 이르기 위하여 다음과 같이 논리를 전개하였다.<sup>17)</sup>

① “미국 법에 의하여 설립된 미국의 유한 파트너십은 국내법상으로는 존재하지 않는 법적인 단체이고, 미국 법상으로는 우리의 법인과 동일한 개념이 존재하지도 않으므로 우리 법인세법 또는 미국 법에 의하여 유한 파트너십이 법인세법상의 외국법인인지 여부가 바로 도출되지는 않는다.”

② “외국의 단체가 법인세법상 외국법인에 해당하는지 여부는 그 단체의 사법적 성질을 살펴 그것이 국내법의 어느 단체에 가장 가까운 것인가를 따져보아 국내세법을 적용하는 것이 타당하다.”

17) 아래 블록 인용된 부분 중 각 문단의 번호들은 독자의 편의를 위하여 필자가 붙인 것이다.

③ 본건 파트너십은 “펀드 운영의 전문성을 보유하고 펀드의 일상업무를 집행하며 무한책임을 지는 무한책임사원(General Partner)과, 펀드 운영에 적극적으로 관여하지 않는 소극적 투자자로서 투자 한도 내에서만 책임을 지는 유한책임사원(Limited Partner)으로 구성 … 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체라기보다는 구성원의 개인성과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 성격을 가지고 있다.”

④ 따라서 본건 파트너십은 “합유를 전제로 모든 조합원이 무한책임을 지는 우리의 민법상의 조합과는 본질적으로 다른 법적 성격을 갖고 있다고 할 것이고, 비록 유한책임사원의 지분 양도와 관련하여 다소 차이가 있다고는 하나 그 기본적인 구조가 우리 상법상의 합자회사와 유사하다고 할 것이다.”

⑤ 결국 본건 파트너십은 “우리 법인세 법상 외국법인으로 보아 법인세 과세 대상이 된다고 봄이 상당하”고, 그 결과 본건 배당소득에 “대하여는 한·미 조세 조약 제12조 제2항 [(b)호] 정한 10%의 세율이 적용되어야” 한다.

## (2) 원심(原審) 판결<sup>18)</sup>

첫 두 쟁점에서 패소한 원고와, 나머지 하나의 쟁점에서 불리한 판결을 받은 피고가 모두 제1심 판결에 항소하였다. 그런데 대상 판결의 원심인 항소심 법원은 원고가 패소한 부분에 관하여는 제1심 판결을 그대로 인용하고 아무런 판단을 부가하지 않았다. 다시 말해서 제1심 판결이, 본건 배당소득이 본건 라부안 법인에 귀속되지 않기 때문에 한-미 조세조약이 적용되지 않는다고 판단한 부분과, 우리나라 세법에서 비거주자나 외국법인에게 지급되는 소득에 대하여서도 소득의 귀속을 정확히 파악하여 원천징수할 의무를 지우는 것이 비례원칙 또는 과잉금지원칙에 어긋나지 않는다고 판단한 부분은 모두 그대로 유지하였다.

원심 판결이 제1심 판결과 견해를 달리한 부분은, 한-미 조세조약의 적용을 전제로 하여 10%와 15%의 두 가지 제한세율 중 어느 편을 적용할지에 관련된 것이다. 여기서 원심 판결은 제1심 판결을 뒤집고, 본건 파트너십이 한-미 조세조약 제12조 제2항 (b)호의 ‘법인’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그리고 그 결과 본건 징수처분에서처럼 15%의 제한세율이 적용되는 것이 옳다고 판시하였다. 그 근거로서 원심 판결이 들고 있는 것은 다음과 같다.<sup>19)20)</sup>

18) 서울고등법원 2011. 8. 23. 선고 2011누4758 판결.

19) 아래 블록 인용된 부분 중 각 문단의 번호들은 독자의 편의를 위하여 필자가 붙인 것이다.

20) 한편 원심 판결은 제1심 판결이 판시한 내용 중 외국의 단체를 우리나라 법인세법에



① “미국에서 법인(corporation)과 파트너십(partnership)은 그 설립(등록)준거법을 달리 하고 있는바, 비록 [본건 파트너십은] 유한 파트너십(limited partnership)으로서 고유한 의미의 파트너십(general partnership)과는 그 조직형태 등에 있어 차이가 있다 하더라도 법인(corporation)이라고 볼 수 없”다.

② “비록 파트너십(partnership)이 국내법상 외국법인으로 취급되어 우리 법인세 법상의 법인세 과세 대상이 된다 하더라도 한·미 조세조약상 이러한 경우 당해 파트너십(partnership)을 법인(corporation)으로 본다는 규정이 없을 뿐만 아니라 그와 같이 해석하는 것은 합리적 이유 없는 지나친 확장해석 또는 유추해석에 해당하여 조세법률주의에 반한다.”

③ “우리 법인세법상의 법인이라는 개념이 한·미 조세조약상의 법인(corporation)과 정확히 일치하는 개념이라고 단정할 수도 없다.”

### (3) 유의할 점

지금까지 살펴본 세 가지 쟁점 중에서 이 글에서 다루는 내용과 가장 관련이 있는 것은 바로 제1심 판결과 원심 판결이 견해를 달리한 세 번째 쟁점, 즉 본건 파트너십이 한·미 조세조약 제12조 제2항 (b)호에서 말하는 ‘법인’에 해당하는지 여부이다. 그런데 꼭 확인해야 할 것이, 본건 배당소득에 한·미 조세조약이 적용되지 않는다고 일단 결론을 내리더라도, 도대체 어떠한 추가적인 추론 과정을 거쳐 한·미 조세조약이 적용된다는 결과에 이르게 되는지 하는 점이다.

제1심 판결은 이 점을 명확하게 실시하고 있지는 않다. 다만 제1심 판결의 ‘1. 처분의 경위’ 부분을 살펴보면, 과세관청이 본건 배당소득의 ‘실질적 소유자’가 본

---

서 ‘외국법인’으로 분류할지 여부를 판단하는 기준으로 제시한 방법 — 즉 외국의 단체와 민사법적인 성질이 가장 비슷한 우리나라의 단체를 먼저 정하고, 그 단체가 우리나라 법에서 법인인지 여부를 따지는 것 — 은 그대로 긍정하였다. 그리하여 본건 파트너십은 우리나라의 합자회사와 가장 유사한 성질을 가지기 때문에 본건 배당소득이 법인세법의 적용에서는 그대로 본건 파트너십에 귀속될 수 있다는 것이다. 이러한 해석 방법에 관하여는 이재호, “법인세법상 외국단체의 법인판단방법에 관한 고찰”, **조세법연구**, XVIII-3, (사)한국세법학회 편, 세경사, 2012, 228-238쪽 참조. 그러나 대법원은 이른바 ‘론스타 판결’(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두5950 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두19393 판결; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011두3951 판결)에서 이러한 방식을 채택하지 않음을 분명히 하였다. 대법원이 채택한 방식은 대체로 해당 단체의 민사법적 성격을 살펴 그것이 우리나라 법에서 말하는 ‘법인’에 유사한 것인지를 판단한다는 것이다. 이 방법에 관하여는 방금 인용한 이재호, 225-228쪽 참조. 꼭 확고히 정착된 명칭은 아니지만 아무튼 이 문헌은 이 사건의 하급심 판결들이 채택한 방법은 ‘비교접근법’, 대법원이 론스타 판결들에서 채택한 방법은 ‘실질적 접근법’이라 부른다.

건 파트너십이라고 보아 그 ‘등록기준지’인 미국과의 조세조약을 적용하였다는 것이 제1심 법원의 이해임을 엿볼 수 있다.<sup>21)</sup> 한편 원심 법원은 이러한 제1심 판결의 내용을 그대로 인용하는 외에는, 한-미 조세조약의 적용 자체는 당연한 전제로 하여 제12조 제2항 (b)호의 적용 문제를 판단하였다. 하지만 이 글에서 자세히 살펴보는 대로, 본건 파트너십이 미국에 등록된 유한 파트너십이라는 것만으로 한-미 조세조약이 적용된다는 결론에 바로 이르게 되지는 않는다. 따라서 제1심 판결과, 이를 그대로 인용하는 데 그친 원심 판결의 논리전개 과정은 모두 완벽하지 않다.

그런데 법인세법에 따를 때 본건 배당소득이 본건 파트너십에 귀속됨에도 불구하고 한-미 조세조약을 적용하지 않게 되면, 본건 배당소득에는 결국 아무런 조세조약이 적용되지 않게 된다. 이 결과가 유리할 것이 없기 때문에 원고는 굳이 한-미 조세조약이 이 사건에 어떻게 적용되는지에 관하여는 아무런 입장을 내어 놓지 않은 듯하다. 반면 과세관청의 경우에는 이와 같이 아예 한-미 조세조약도 적용되지 않는다는 주장이 자신에게 유리한 것<sup>22)</sup>이었음에도 불구하고, 본건 징수처분이 원래 한-미 조세조약의 적용을 전제로 한 것이었기 때문인지 역시 이러한 주장을 전혀 하지 않았다.

결국 이 사건의 하급심에서는, 본건 배당소득에 한-미 조세조약이 적용된다는 점에 관하여 당사자들 간에 아무런 다툼이 없었던 셈이다. 그래서인지 법원 역시 이 점은 당연한 전제로 하여 판단하였다. 하지만 이는 사실관계의 문제가 아니라 법 적용의 문제이기 때문에, 법원으로서도 그 당부(當否)를 직권으로라도 판단하였어야 하는 것임에 틀림없다. 이 점은 대상 판결을 평석할 때 우선 분명히 하고 넘어가야 할 성질의 것이며, 실제로 이 글에서는 바로 이 문제를 상세하게 다루어 보고자 한다.

#### 4. 대상 판결의 내용

결국 원심 판결에 의하여 세 가지 쟁점에서 모두 그 주장이 배척당한 원고가 상

21) 각주 9에서 언급한 대로, 실제로 과세관청이 본건 징수처분을 할 때 이러한 논리에 입각하였던 것인지는 의문이다. 하지만 적어도 소송 단계에서 들어와서는 과세논리가 이와 같이 정리된 것이 사실인 듯하므로, 여기서 더 이를 문제 삼을 이유는 없다.

22) 법인세법 제98조 제1항 제3호 본문, 제93조 제2호에 따르면, 조세조약 적용 전에 법인세법에 따라 원천징수되어야 하는 것은 지급되는 금액의 20% 상당이다.

고함으로써 이 사건은 대법원의 판단을 받게 되었다. 그리고 앞에서 살펴본 세 가지 쟁점이 모두 상고이유로 제시되었다. 이 중 본건 배당소득이 본건 라부안 법인에 귀속되지 않는다는 점에 관하여 대상 판결은 이미 잘 알려진, 실질과세 원칙에 관한 기존 판례<sup>23)</sup>를 활용하여 원심 판결의 입장을 그대로 유지하였다. 한편 소득의 실질 귀속이 문제된 경우 원천징수의무의 발생과 관련하여서도, 대법원은 소득을 지급하는 납세자가 그 ‘과정에서 성실하게 조사하여 확보한 자료 등을 통해서도 그 소득의 실질적인 귀속자가 따로 있다는 사실을 알 수 없었던 경우’라면 원천징수의무가 발생하지 않는다는, 바로 얼마 전의 선례를 인용<sup>24)</sup>한 다음, 이에 비추어 보더라도 원심 판결에는 문제가 없다고 판시하였다. 아마도 제1심 판결에서 실시한 대로, 이 사건에서 원고는 소득이 실질적으로 귀속되는 납세자가 누구인지를 알고 있었거나 충분히 알 수 있었다는 판단을 전제로 한 듯하다.

끝으로 문제의 한·미 조세조약 적용과 관련하여, 대상 판결은 여전히 한·미 조세조약이 어떻게 적용되는지에 관하여는 아무런 언급을 하지 않은 채 이 조약이 본건 배당소득에 당연히 적용됨을 전제로 논리를 전개한다. 그리하여 대상 판결은 단순히 이에 관한 원심 판결의 내용 — 15%의 제한세율을 정한 제12조 제2항 (a)호가 적용되어야 한다는 — 에 별다른 잘못이 없다고 판시하면서, 원심 판결의 내용을 그대로 유지하고 있다.

나. 원심은, 한·미 조세조약 제2조는 그 조약에서 사용하는 용어의 의미에 관하여 제1항 (d)에서 “인(person)이라 함은 개인(individual), 파트너십(partnership), 법인(corporation), 유산재단(estate), 신탁재단(trust) 또는 기타 인의 단체(any body of persons)를 포함한다”고 규정하고, (e)의 (ii)에서 “미국법인(United States corporation) 또는 미국의 법인(corporation of the United States)이라 함은 미국 또는 미국의 제 주 또는 콜롬비아 특별구의 법에 따라 설립되거나 또는 조직되는 법인(corporation), 또는 미국의 조세목적상 미국법인으로 취급되는 법인격 없는 단체(any unincorporated entity treated as a United States corporation for United States tax purpose)를 의미한다”고 규정하는 등 한·미 조세조약은 법인(corporation)과 파트너십(partnership)을 명백히 구분하고 있고, 미국 국내법상으로

23) 조세조약의 해석·적용 과정에서도 국내법의 실질과세 원칙을 적용할 수 있다는 중요한 판결로, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11948 판결, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두15179 판결(앞 판결의 원고 이름을 따서 흔히 ‘라살레 판결’). 이 판결들은 그 후의 많은 판결들에서도 인용되고 있다.

24) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011두3159 판결을 인용하고 있다.

도 법인(corporation)과 파트너십(partnership)은 그 설립 내지 등록준거법을 달리하고 있는 점 등에 비추어 보면, 비록 이 사건 배당소득의 수취인인 [본건 파트너십들이] 구 법인세법상으로는 외국법인으로 취급되어 법인세 납세의무자가 된다고 하더라도 한·미 조세조약 제12조 제2항 (b)가 규정한 법인(corporation)으로는 볼 수 없다는 이유로, 이 사건 배당소득에 관하여 위 조항에서 정한 10%의 제한세율이 적용되어야 한다는 원고의 주장을 배척하였다.

다. 앞서 본 규정을 비롯한 관련 규정과 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 한·미 조세조약 제12조 제2항 (b)가 규정한 법인의 개념에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## II. 평 석

### 1. 이 글에서 다루고자 하는 쟁점

#### (1) 대상 판결의 겉으로 드러난 쟁점과 숨겨진 쟁점

이미 I. 2.에서 살펴본 대로 표면적으로 보면 대상 판결에 드러나는 쟁점은 크게 세 가지이다. 하지만 이미 언급한 대로, 여기서 유의하여야 할 점은 실제로 이 사건에서 따져봐야 할 중요한 쟁점 하나가 대상 판결에 전혀 언급되어 있지 않다는 것이다. 하급심 판결도 마찬가지이지만, 대상 판결에서는 본건 배당소득이 미국의 본건 파트너십에 귀속되면(‘첫 번째’ 쟁점), 곧 법인세법의 배당소득에 관한 원천징수의무가 생겨나는 한편(‘두 번째’ 쟁점), 그 원천징수세율은 한-미 조세조약에 의하여 제한을 받게 된다(‘세 번째’ 쟁점)는 결론이 당연하다고 전제하고 있는 듯하다. 하지만 특히 ‘세 번째 쟁점’과 관련하여 보면, 이러한 논리적 연결에 실제로는 ‘빠져 있는 고리’가 하나 있고, 이 글의 1차적 목표는 사실 이러한 빠진 연결 고리를 찾아내어 지적하는 데에 있다.

#### (2) 대상 판결의 ‘빠진 연결 고리’

일반적으로 어떤 조세조약이 적용되기 위해서는 문제된 납세자가 적어도 그 조세조약을 체결한 두 나라 중 한 나라의 ‘거주자’여야 한다. 이 점은 한-미 조세조

약에서도 마찬가지이다. 예를 들어, 제4조 제1항 제1문은,

“일방 계약국의 거주자는, 이 협약에서 정한 제한에 따를 것으로 하여, 타방계약국 내에 원천을 둔 소득에 대하여 또한 그러한 소득에 대해서만 동 타방 계약국에 의하여 과세될 수 있다”

고 규정한다. 이 조항에서도 보듯이 조세조약의 가장 기본적인 목적은, 발생한 어떤 소득을 어느 나라가 어떻게 과세할 수 있는가를 정하는 데에 있다.<sup>25)</sup> 그리고 이 조항은 이러한 ‘정함’이 적용되기 위한 중요한 요건의 하나로 ‘일방 계약국의 거주자’라는 말을 사용하고 있는 것이다.<sup>26)</sup> 좀 더 구체적으로는 대상 판결에서 적용 여부가 실제로 문제된 제12조 제1항과 제2항을 살펴볼 수도 있다. 그리고 여기서도 이 조항들이 그 적용 요건을 정하면서 ‘거주자’라는 개념을 사용하고 있음을 쉽게 확인할 수 있다.

그렇다면 대상 판결에서도 소득이 귀속된 본건 파트너십이, 한-미 조세조약에서 말하는 미국의 거주자에 해당하는지 여부를 최우선적으로 따져 보았어야 하는 것이 아닌가? 물론 이 쟁점이 이 사건에서 별로 문제될 소지가 없음이 자명한 것이라면 굳이 판결에 언급할 필요는 없다. 그런데 이 사건에서 이 쟁점에 대한 답이 과연 그렇게 전혀 언급할 가치가 없을 정도로 분명한 것이었을까? 이미 몇몇 군데에서 잠시 언급하기도 하였지만, 논의의 편의를 위해서 우선 이 점에 관하여 답하자면, 도저히 그렇게 보기는 어렵다는 것이 이 글에서 하고자 하는 논의의 출발점이 된다. 그리고 그렇게 보는 최소한의 근거만 우선 여기서 제시하고 넘어가자면, 단적으로 경제협력개발기구가 펴낸 모범조약(Model Convention)의 주석서(Commentaries)<sup>27)</sup>에서도, ‘파트너십’이 어떤 나라에서 납세의무를 부담하지 않는 이상 조세조약에서 그 나라의 거주자가 될 수 없음을 당연한 것으로 본다<sup>28)</sup>는 점을 들 수 있다. 이 견해가 당연히 옳다는 것이 아니라, 적어도 충분히 논란거리가

25) Joseph Isenbergh, *International Taxation* (3rd edition), Foundation Press, 2010, at 222.

26) 이와 같이 조세조약에서 ‘거주자’ 개념이 갖는 의미에 관한 간단한 도입적 설명으로, Isenbergh, *supra* note 25, at 227.

27) 경제협력개발기구의 모범조약은 이하 이 글에서는 그냥 다른 수식어 없이 ‘모범조약’이라고만 부르기로 하고, 그 외의 모범조약에는 예컨대 ‘미국 모범조약’과 같이 수식어를 붙여 씀으로써 구별하는 것으로 한다. 그리고 같은 맥락에서 그냥 ‘주석서’라고만 하면 경제협력개발기구 모범조약에 대한 주석서를 의미하는 것으로 한다.

28) 주석서 중 제1조 관련 부분의 문단 5.

되는 문제이기 때문에 이 점을 언급하지 않고서는 결론에 도달할 수가 없음을 지적하는 것이다.

그리하여 이 글의 두 번째, 그리고 궁극적인 목적은 이와 같이 이 점을 검토했을 때에도 대상 판결이 취한 입장이 과연 타당한지 여부를 확인하는 데에 있다. 즉 쟁점 파트너십이 한-미 조세조약에서 말하는, 미국의 거주자에 해당한다고 볼 수 있는지 여부가 이 글의 주된 논의 대상이다.

## 2. 미국에서 설립된 ‘파트너십’이 한-미 조세조약의 ‘거주자’에 해당할 수 있는가?

### (1) 조세조약에서 말하는 ‘거주자’란?

이미 말했듯이 조세조약은 개별 유형의 소득에 관한 과세권을 배분하는 기능을 수행한다. 여기서 가장 기본이 되는 전제는, 어떤 소득에 관하여 두 나라 이상이 과세권을 주장할 수 있는 근거를 가질 수 있다는 것이다. 잘 알려진 대로 그러한 근거의 하나는, 그 소득이 어떤 나라에 ‘원천(source)’을 둔다는 것이다. 또 다른 하나는 그 소득을 올린 사람이 어떤 나라의 ‘거주자(resident)’라는 것이다. 이와 같이 조세조약은 소득의 ‘원천지국(源泉地國, source state)’과 소득을 올린 사람의 ‘거주지국(居住地國, residence state)’이라는 대립구도를 기본적인 전제로 깔고 있다.<sup>29)</sup> 따라서 문제된 납세자가 어느 나라의 거주자인지 여부는 당연히 조세조약 적용의 가장 중요한 전제가 된다.

이와 관련하여 모범조약은 제4조 제1항에서 거주자를 ‘주소, 거소, 관리장소 또는 이와 유사한 성질의 다른 기준에 의하여 그 국가의 법에 따라 그 국가 안에서 납세의무가 있는 인(人)’이라고 정의한다.<sup>30)</sup> 이 중 개인들에게 주로 문제가 되는 것은 ‘주소, 거소(domicile, residence)’라는 부분이고, 단체의 경우에는 ‘관리장소

29) 비슷한 설명으로, 이창희, **세법강의**(제12판), 박영사, 2014, 672-673쪽.

30) 이 번역은 필자의 독자적인 것이 아니라, 모범조약 제4조 제1항과 비슷한 내용을 담고 있는 실제 조세조약 — 독일, 영국과의 조세조약을 참고하였다 — 의 한글 정본 문언을 약간 수정한 것이다(각주 8이나 각주 15에서 언급한 것처럼 우리나라는 조세조약을 체결할 때 흔히 한글본이 영어본이나 그 밖의 다른 나라 언어로 된 본(本)과 동등하게 정본이 되도록 정하는 정책을 기본적으로 갖고 있는 듯하다). 따라서 ‘주소(domicile)’, ‘거소(residence)’, ‘관리장소(place of management)’, ‘납세의무가 있는(liable to tax)’과 같은 표현은 모두 우리나라가 체결한 실제 조세조약에서 쓰이고 있는 것임에 유의할 필요가 있다.

(place of management)’가 그에 비견되는 개념으로 논하여진다. 그리고 이러한 ‘주소, 거소, 관리장소’ 등의 존재는 곧 어떤 개인 또는 단체가 어떤 나라에 세금을 내야 한다는 결과를 정당화할 수 있는 근거가 되는 ‘연결(nexus)’ 중에서도 가장 강력한 것이라고 흔히 이해된다.<sup>31)</sup> 왜냐하면 이러한 거주자 규정은 어떤 나라에 ‘주소, 거소, 관리장소’ 등을 두고 있는 사람은 그 나라의 과세권에 전면적으로 복종하여 그 나라 세법에서 정하는 가장 포괄적인 성격의 납세의무를 부담한다는 결과를 전제로 하고 있기 때문이다.<sup>32)</sup> 실제로 우리나라 소득세법에서도 우리나라에 주소나 거소를 두고 있는 사람은 ‘거주자’ — 조세조약에서 말하는 ‘거주자’와는 또 다른 개념이다 — 가 된다.<sup>33)</sup> 그리고 이러한 거주자는 비거주자와 달리 그 원천이 어디냐를 가리지 않고, 흔히 말하듯이 ‘전세계소득(worldwide income)’에 대한 납세의무를 진다.<sup>34)</sup>

결국 모범조약 제4조 제1항에서 말하는 ‘납세의무가 있는(liable to tax)’이라는 말은, 바로 이러한 포괄적인 납세의무를 가리킨다는 데에 대체로 합의가 이루어져 있다.<sup>35)</sup> 따라서 비거주자가 어떤 나라에 원천을 둔 소득에 대하여만 부담하는 납세의무<sup>36)</sup>는 흔히 이 조항이 정하는 요건을 충족하지 못하는 것으로 이해된다.<sup>37)</sup> 다만 단체의 경우, 어떤 단체가 현실적으로 그러한 납세의무를 부담하여야 하는지에 관하여는 논란이 있고,<sup>38)</sup> 이는 이 글에서 다루는 문제와도 직접 관련된다.

## (2) 한-미 조세조약의 ‘거주자’ 규정

이 사건에서 적용 여부가 문제되는 한-미 조세조약은 우리나라가 체결하였고 현재 유효하게 존속하고 있는 80여 개의 조세조약 중에서도 가장 오래된 것 중 하나이다.<sup>39)</sup> 이는 한-미 조세조약의 내용 중 상당 부분이 모범조약과 다르다는 점과 무

31) Robert Couzin, “Corporate Residence and International Taxation”, *IBFD*, 2002, at 2.

32) *Klaus Vogel on Double Tax Convention* (3rd edition), Kluwer Law, 1997, at 229.

33) 소득세법 제1조의2 제1항 제1호.

34) 소득세법 제2조 제1항 제1호.

35) 주식서 제4조에 관한 부분 문단 3이 거주자가 부담하는 납세의무를 설명하기 위하여 사용하는 “comprehensive liability to tax”, “full tax liability”와 같은 표현을 참조.

36) 예를 들어 우리나라 소득세법으로 말하자면, 제2조 제1항 제2호의 ‘비거주자로서 국내원천소득(국내원천소득)이 있는 개인’이 부담하는 ‘국내원천소득’에 대한 납세의무.

37) 주식서 제4조에 관한 부분 문단 8.1.

38) Couzin, *supra* note 31 at 106ff.

39) 한-미 조세조약이 체결된 것은 1976년 6월 4일이고, 정식으로 발효된 것은 1979년 10월 20일이다.

관하지 않다. 그리고 실제로 한-미 조세조약의 거주자 규정 역시 방금 살펴본 모범 조약의 규정과는 상당한 차이를 보인다.

한-미 조세조약 제3조 【과세상의 주소】

(1) 이 협약에 있어서 하기 용어는 각기 다음의 의미를 가진다.

- (a) “한국의 거주자”라 함은 다음의 것을 의미한다.
  - (i) 한국법인
  - (ii) 한국의 조세 목적상 한국에 거주하는 기타의 인(법인 또는 한국의 법에 따라 법인으로 취급되는 단체를 제외함), 다만, 조합원 또는 수탁자로서 행동하는 인의 경우에, 그러한 인에 의하여 발생하는 소득은 거주자의 소득으로서 한국의 조세에 따라야 하는 범위에 한한다.
- (b) “미국의 거주자”라 함은 다음의 것을 의미한다.
  - (i) 미국법인
  - (ii) 미국의 조세 목적상 미국에 거주하는 기타의 인(법인 또는 미국의 법에 따라 법인으로 취급되는 단체를 제외함), 다만, 조합원 또는 수탁자로서 행동하는 인의 경우에, 그러한 인에 의하여 발생하는 소득은 거주자의 소득으로서 미국의 조세에 따라야 하는 범위에 한한다.
- (c) (생략)

이 사건에서 결국 문제되는 것은 본건 파트너십이 미국의 거주자인지 여부이다. 따라서 (b)호가 특히 문제되므로 이해를 돕기 위해 (b)호 부분의 영어 표기도 아래에 함께 실어 둔다.

(b) The term “resident of the United States” means:

- (i) A United States corporation; and
- (ii) Any other person (except a corporation or any entity treated under United States law as a corporation) resident in the United States for purposes of its tax, but in the case of a person acting as a partner or fiduciary only to the extent that the income derived by such person is subject to United States tax as the income of a resident[.]

(b)호는 우선 (i)목에서 ‘미국법인(a U.S. corporation)’을 따로 미국의 거주자로 정하는 규정을 둔다. 대상 판결이 ‘세 번째’ 쟁점에 관한 판단에서 원심 판결을 인용하여 실시하는 대로, 이 ‘미국법인’이라는 말에 대하여는 따로 정의규정이 있다.



즉 한-미 조세조약에서 말하는 미국법인은 ‘미국 또는 미국의 제 주 또는 콜롬비아 특별구의 법에 따라 설립되거나 또는 조직되는 법인, 또는 미국의 조세목적상 미국법인으로 취급되는 법인격 없는 단체’이다.<sup>40)</sup> 논의의 범위를 좁히기 위해 여기서 정리하고 넘어가자면, 본건 파트너십은 여기에 해당하지 않는다. “partnership”이 “corporation”이 아니라는 것은 말 그대로 너무나 당연하고, 이 사건에서는 그렇다고 파트너십이 ‘미국의 조세목적상 미국법인으로 취급’된 것도 아니기 때문이다.<sup>41)</sup> 이 점에 관하여는 별다른 의문이 없다.

문제는 (ii)목이다. 본문에서는 미국 세금과 관련하여 미국에 ‘거주’하는 것으로 보는 ‘인(person)’이 한-미 조세조약에서도 거주자가 된다고 한다. 그리고 단서에서는 ‘조합원[으로서] 행동하는 인의 경우에, 그러한 인에 의하여 발생하는 소득[이] 거주자의 소득으로서 미국의 조세에 따라야 하는 범위에 한’하여 거주자가 된다고 한다. 문제는 파트너십과 파트너 중 누가 거주자가 된다는 의미인가 하는 점이다. 한-미 조세조약에서 말하는 ‘인’에는 파트너십과 파트너 모두가 포함될 수 있다.<sup>42)</sup> 하지만 단서는 ‘조합원[으로서] 행동하는 인’을 직접 가리키고 있다. 그렇게 보면 파트너가 자기에게 귀속되는 소득의 범위 내에서 거주자가 된다는, 어찌 보면 당연한 의미로 읽힐 수도 있다. 다만 이 경우 이 단서 규정의 의미가 거의 없게 되는 결과가 되므로, 더 논의하여 볼 여지는 있을 것이다. 이 문제는 대상 판결에 대한 평가에서 결정적으로 중요하므로, 항(項)을 바꾸어 더 상세히 살펴보도록 한다.

### (3) ‘파트너십’과 ‘거주자’ 문제

#### 1) 경제협력개발기구 모범조약 주석서의 문제

모범조약 하에서 이 문제를 어떻게 다룰 것인가 하는 문제에 관하여는 이미 상당한 논의가 있다. 이미 언급한 대로 주석서는, 파트너십이 실제로 납세의무를 지

40) 한-미 조세조약 제2조 제1항 (e)호 (ii)목.

41) 잘 알려진 대로 1990년대 중반 이후 미국에는 흔히 “check-the-box regulations”로 불리는 재무부 시행규칙이 존재하여 왔다. *Treas. Reg. §301.7702-3*. 이에 따르면 미국의 유한 파트너십은 미국에서 ‘법인’으로 과세 받는 것도 가능하지만 특별한 경우가 아니라면 일부러 이와 같이 할 이유는 드물다. 물론 이 사건에서도 이러한 특별한 정황은 전혀 드러나 있지 않다. 따라서 이 글에서는 유한 파트너십이 미국에서 그 자체로 납세의무를 지지 않는 일반적인 경우를 상정하여 논의를 진행한다.

42) 한-미 조세조약 제2조 제1항 (d)호는 ‘조합’을 ‘인’의 범위에 포함시키는데, 영어본을 보면 이 ‘조합’이라는 말은 적어도 미국에서는 ‘파트너십’을 가리키는 말임이 분명하다.

지 않는 이상 거주자가 될 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>43)</sup> 하지만 주식서는 일반론으로서, ‘납세의무를 지는’이라는 표현이 반드시 현실적으로 납세의무를 부담하여야 한다는 의미는 아니라고 하여, 스스로도 이 불완전한 표현과 관련하여서는 논란이 있을 수밖에 없음을 자인하고 있는 셈이다.<sup>44)</sup>

주식서의 결론은 사실 거주자 문제에 국한하여서만 이해하기는 어렵고, 파트너십, 또는 그 나라의 국내법에서 ‘투명(transparent)’<sup>45)</sup>한 것으로 취급하는 단체를 조세조약과 관련하여 어떻게 취급할 것인가 하는, 좀 더 큰 맥락에서 살펴보아야 한다.<sup>46)</sup> 이 문제에 관한 주식서의 결론은 크게 두 가지의 ‘기본 논리’로 이루어져 있다.<sup>47)</sup> 하나는 방금 살펴본 것처럼 ‘납세의무를 지는’이라는 표현이 존재하는 이상 그 나라에서 자신의 이름으로 세금을 내지 않는 — 즉 ‘투명’한 — 단체를 거주자로 볼 수는 없다는 것이다. 또 다른 하나는 그 대신, 소득의 원천지국은 (자신의 국내법 규정에 구애 받지 말고) 단체나 그 구성원들의 거주지에서 그 소득을 어떻게 과세하는지를 고려하여 소득 귀속을 결정하여야 한다는 것이다.<sup>48)</sup> 그 결과는 전형적인 파트너십의 경우, 파트너십은 조세조약에서 말하는 거주자가 아니지만, 그 대신 그 소득은 항상 파트너들에게 귀속되고 결국 원천지국은 (파트너십이 아니라) 파트너들의 거주지국과 체결한 조세조약을 적용하게 된다는 것이다.<sup>49)</sup> 이 두 가지 기본 논리들은 이와 같이, 주식서의 저자들이 바람직하다고 생각하는 결

43) 주식서 중 제4조에 관한 부분 문단 8.8.

44) 주식서 중 제4조에 관한 부분 문단 8.6. 이에 따라 국내법에서 면세하는 단체들 — ‘연금 펀드(pension funds)’, ‘자선단체(charities)’ 등을 예로 든다 — 도 거주자가 될 수 있다는 (바람직한) 결론이 나온다.

45) 이 표현은, 상식적인 차원에서 “어떤 단체가 소득을 얻었다”고 말할 수 있는 때에도 세법은 그 소득을 그 단체의 것으로 보지 않고 그 단체 구성원의 소득으로 보는 경우, 그러한 단체를 표현하기 위한 용어로 흔히 사용된다. 이 용어에 관하여는, 윤지현, “‘단체 분류(Entity Classification)’에 관한 대법원 판례와 경제협력개발기구(OECD)의 ‘파트너십 보고서(Partnership Report)’의 조화(調和) 가능성에 관한 검토 — 해석론과 문제점을 중심으로”, **조세학술논집**, 제30집 제1호, (사)한국국제조세협회, 2014, 249-250쪽 참조.

46) 이 문제에 관하여는, 윤지현(각주 45), 245쪽 각주 4 참조.

47) 이에 관하여 상세한 것은, 윤지현(각주 45), 262-268쪽.

48) 주식서 중 제1조에 관한 부분 문단 6.3.

49) 주식서 중 제1조에 관한 부분 문단 5에서는 어떤 단체가 ‘투명’하게 취급되는 경우 그 단체의 구성원들 — 즉 파트너십의 경우에는 파트너들 — 이 조세조약의 적용을 받을 수 있어야 한다고 하고, 문단 6.3에서는 이러한 결과는 원천지국의 국내법 규정에 불구하고 달성되어야(Obtain) 한다는 입장을 취한다.

과를 향해서 함께 봉사하는 관계에 있다.

뒤집어 말해서 이 두 가지 기본 논리 중 어느 하나가 받아들여지지 않는다면, 다른 기본 논리를 고수하여야 할 당위성도 줄어들는다. 우리나라의 경우 대법원은 최근 일련의 판결을 통하여, 원천지국으로서의 우리나라는 항상 국내법에 따라 소득을 귀속시키고, 반대로 단체나 그 구성원들의 거주지에서 그 소득을 어떻게 과세하는지는 고려하지 않는다는 입장을 확립하였다.<sup>50)</sup> 즉 위에 언급한 것들 중 두 번째의 기본 논리를 부정한 것이다. 이러한 입장을 전제로 하는 이상, 위의 첫 번째 기본 논리만을 따라 소득을 귀속시킨 단체를 조세조약의 거주자로 보지 않으면, 이상한 결과가 발생한다. 어느 나라의 거주자들이 직접 우리나라에 투자하여 소득을 얻으면 조세조약의 적용을 받지만, 파트너십이나 그 밖의 ‘투명’한 단체를 만들어 투자하면 조세조약을 적용받지 못할 수 있다는 결과가 되기 때문이다.<sup>51)</sup>

이러한 결과를 받아들이기 힘들기 때문에, 현재의 우리나라로서는 이 문제에서도 모범조약 주석서와는 다른 방향 — 즉 첫 번째 기본 논리마저도 부정해 버리는 방향 — 으로 나아갈 수밖에 없다고 생각한다. 즉 ‘납세의무를 지는’이라는 말을 사실상 무의미한 것으로 만드는 부담<sup>52)</sup>에도 불구하고, 우리나라의 조세조약 해석론으로서 파트너십이나 ‘투명’한 단체도 그 나라에서 ‘납세의무를 지는’ 것으로 새겨야 한다. 그리고 그렇게 목적론적으로 해석할 수 있는 소극적 근거로는, 이미 언급한 대로 ‘납세의무를 지는’이라는 말이 항상 현실적으로 납세의무를 부담할 것을 요구하지는 않는다는 점을 들 수 있다.

2) 한-미 조세조약과 그 ‘기술적 설명(technical explanation)’, 그리고 1981년 미국 모범조약의 ‘기술적 설명’

모범조약과 그 주석서에 따른 해석의 문제는, 현재 우리나라가 체결하고 있는 상당수의 조약들이 이를 따르거나 전제로 하고 있기 때문에 일반론으로서 대단히 중요하다. 하지만 이 사건에서는 한-미 조세조약의 적용 문제가 쟁점이고, 이미 (2)에서 살펴본 대로 한-미 조세조약의 거주자 관련 조항은 모범조약과는 사뭇 다른 모습을 띠고 있다. 따라서 이제는 한-미 조세조약 제3조 제1항 (b)호 (ii)목으로 범

50) 이에 관하여 상세한 것은, 윤지현(각주 45), 282-285쪽.

51) 윤지현(각주 45), 270-271쪽, 그리고 여기의 각주 79에 언급된 김석환, “해외 혼성사업체 과세방식에 관한 소고”, **조세학술논집**, 제29집 제1호, (사)한국국제조세협회, 2013, 89쪽도 아울러 참조.

52) 로버트 쿠크의 지적이다. Couzin, *supra* note 31, at 117-118.

위를 좁혀 좀 더 상세한 검토를 해 볼 필요가 있다.

① 이미 언급한 대로 위 (ii)목 본문은 우선 파트너십이든 파트너든 간에 그 소득이 귀속되는 주체가 미국의 세금과 관련하여 ‘거주하는 [인](resident)’일 것을 요구한다. 미국 세법은 개인(individual)과 관련하여서는 ‘거주자(resident)’라는 말을 군데군데 사용하고 있지만,<sup>53)</sup> 법인이나 파트너십의 경우에는 그렇지 않다.<sup>54)</sup> 그렇다면 여기서 ‘거주자’라는 말이 법인도 아니고 개인도 아닌 단체의 경우 어떤 의미를 갖는 것인지를 일반적으로 따져 보아야 할 필요성도 있을 수 있다.<sup>55)</sup> 하지만 여기서는 논의의 편의상 일단 본건 파트너십이 위 (ii)목 본문의 요건을 곧바로 충족하지는 못한다는 점만 확인하고 넘어가도록 하자.

② 그렇다면 이어서 위 (ii)목 단서의 요건이 충족되는지를 따져볼 필요가 남는다. 이미 언급한 대로 이 규정은 그 문언만 놓고 보면 ‘조합원[으로서] 행동하는 인’, 곧 파트너가 거주자가 될 수 있는지 여부를 따지는 것으로 읽힌다. 왜냐하면, (b)호에서 ‘거주자’란 (i)목과 (ii)목에 열거된 대상을 ‘의미한다’고 규정하고 있고, (ii)목 본문에서 ‘기타의 인’을 열거하면서 그 단서에서는 ‘조합원[으로서] 행동하는 인의 경우’에 관하여 언급하고 있기 때문이다. 요컨대 이 규정의 문언은 그 자체로는 아무리 들여다봐도 ‘조합원으로서 행동하는 인’ 자체를 ‘거주자’로 보는 규정이라고 볼 수밖에 없다. 이는 영어본을 읽어봐도 크게 다를 것이 없다.

다만 한-미 조세조약 당시 미국 과세당국이 남긴 ‘기술적 설명(technical explanation)’<sup>56)</sup>은 이를 다르게 해석할 여지를 남긴다. 이 ‘기술적 설명’ 중 제3조에 관한 부분에서 특히 눈에 띄는 부분을 보자면 다음과 같은 내용으로 되어 있다.

53) 예컨대 미국 국적이 아닌 거주자에 관한, IRC §7701(b) 참조. 하지만 연방 세법 전체에 적용되는 일반적인 거주자의 정의 규정은 없다고 한다. Isenbergh, *supra* note 25, at 20.

54) Isenbergh, *supra* note 25, at 27.

55) 한-미 조세조약이 체결된 1977년으로부터 그리 멀지 않은 시점인 1981년에 나온 미국의 모범조약 초안 제4조 제1항은 경제협력개발기구의 모범조약과 유사하게 ‘납세의무를 지는(liable to tax)’이라는 문구를 그대로 사용하고 있다. 이 점에 비추어 미국의 세법에서 거주자로 취급된다는 말이 곧 ‘납세의무를 지는’과 동일한 의미를 갖는다고 볼 여지도 있다. 이 점에 관하여는 좀 더 상세한 논의가 필요할 것이므로, 여기서는 이러한 해석론의 가능성을 각주에서 제기하여 두는 데에 그치도록 한다.

56) 미국의 조세조약 체결 과정을 설명한 이창희, “조세조약 해석방법”, **조세학술논집**, 제23집 제2호, (사)한국국제조세협회, 2007, 156쪽의 표현을 빌자면, 이 ‘기술적 설명’은 해당 조세조약에 관한 일종의 ‘주석’으로서의 의미를 갖고, 조세조약 체결의 실무 작업을 담당한 재무부(U.S. Department of Treasury)가 이해를 돕기 위하여 상원에 제출하는 것이다.

The Convention provides that a person acting as a partner or fiduciary is considered a resident of a Contracting State only to the extent that the income derived by such person is subject to tax in such Contracting State as the income of a resident. For example, under United States law, a partnership is never [...] taxed as such. Under the Convention, income received by a partnership [...] will not be treated for purposes of the Convention as income received by a resident of the United States unless such income is subject to tax in the United States as the income of a resident. Thus, the treatment of income received by a partnership will be determined by the residence and taxation of its partners for United States tax purposes with respect to that income. To the extent the partners are subject to United States tax as residents of the United States, the partnership will be treated as a resident of the United States.

① 한-미 조세조약에 따르면, 파트너로 행동하는 ‘인’은, 그 ‘인’이 얻은 소득이 거주자의 소득으로 일방 계약국에서 과세되는 범위 내에서만 그 일방 계약국의 거주자로 간주된다고 규정한다.

② 예를 들어, 미국법에서 파트너십[은] 그와 같이 거주자로서 과세되는 일이 없다.

③ 한-미 조세조약 하에서, 파트너십[이] 수령한 소득은, 그것이 미국에서 거주자의 소득으로 과세되지 않는 한, 한-미 조세조약의 적용과 관련하여 미국의 거주자가 수령한 소득으로 취급되지 않을 것이다.

④ 따라서 파트너십이 수령한 소득이 어떻게 취급되는지는 파트너들이 그 소득과 관련하여 미국 세법에서 거주자인지, 또 어떤 취급을 받는지에 따라 결정될 것이다.

⑤ 파트너들이 미국의 거주자로서 미국의 세금을 부담하는 범위 내에서, 파트너십은 미국의 거주자로 취급될 것이다.<sup>57)</sup>

이 기술적 설명이 담고 있는 내용들은 논리적으로 반드시 잘 연결되어 있지는 않다. 특히 ①②③과 ④⑤ 사이의 간극은 그 자체로는 잘 메워지지 않는다. 즉 파트너십이 미국 세법에서 거주자로 과세되지 않는다는 점(①②③의 논리)과, 파트너십이 파트너가 미국에서 거주자로 과세되는 범위 내에서 조세조약과 관련하여 거주자로 과세된다는 점(④⑤, 특히 ⑤)을 보자. 이 둘 사이에는 분명 논리적 비약

57) 이 번역은 필자 스스로에 의한 것이고, ①부터 ⑤까지의 번호 역시 물론, 독자의 편의를 위하여 필자가 임의로 구획하고 붙인 것이다.

이 있다. 모범조약 주석서가 ①②③이 문제되는 경우를 해결하기 위해서, 소득을 아예 파트너들에게 귀속시켜야 한다는 별도의 ‘기본 논리’까지 동원하여, 결국 파트너쉽이 아니라 파트너를 자체를 거주자로 보는 것도 그러한 논리적 비약을 피하기 위함이다. 그렇다고 ④⑤의 결론이 한-미 조세조약의 문언에서 뚜렷이 흘러나오는 것도 아니다. 이미 언급한 대로 한-미 조세조약의 문언은 파트너쉽이 아니라 파트너가 일정한 경우에 거주자로 될 수 있다고 말하고 있기 때문이다.

### 3) 가능한 견해들

이러한 점을 감안할 때 가능한 해석론은 두 가지이다. 하나는 방금 언급한 논리적 비약을 담고 있는 기술적 설명을 무시하는 것이다. 우선 미국 측의 기술적 설명은, 미국은 몰라도 우리나라의 입장에서는 한-미 조세조약을 해석할 때 꼭 참고하여야 한다고 볼 이유가 없다. 게다가 방금 살펴본 대로 논리적 오류까지 포함하고 있으므로, 우리나라로서는 그냥 한-미 조세조약의 문언에 그대로 따르는 편이 옳다고 볼 여지가 있다. 이렇게 되면 우리나라는 소득을 미국의 파트너쉽에 귀속시키지만, 이 파트너쉽은 한-미 조세조약에서 말하는, 미국의 거주자에 해당하지 않으므로, 결국 이 소득에는 한-미 조세조약이 적용될 수 없는 결과가 된다.<sup>58)</sup> 이 결론은 미국의 파트너쉽 중에서도 우리나라 법인세법에서 외국법인으로 분류되는 것에는 한-미 조세조약이 전혀 — 즉 파트너쉽 단계에서나 파트너 단계에서나 — 적용될 수 없음을 의미한다.

다른 하나는 그래도 기술적 설명의 내용, 특히 그 최종적인 결론(⑤)을 중시하는 것이다. 지금 문제가 되고 있는 제3조 제1항 (b)호 (ii)목의 내용은 필시 파트너쉽이나 신탁 등의 거래 형태가 이미 널리 활용되고 있었던 미국 측의 요구에 의하여 반영되었을 가능성이 매우 높다. 따라서 이 규정의 내용에 관한 미국 측의 기술적 설명은 그냥 무시하기만은 힘들고, 오히려 두 나라가 체결 당시에 가졌던 진정한 의도를 아마도 그대로 반영하고 있을 것이라는 생각을 할 수 있다. 이 점은 한-미

58) 물론 이때 그러한 소득이 미국 국내법에 따라 파트너들에 귀속되면, 파트너들에게 조세조약을 적용할 수 있지 않은가 하는 의문이 생길 수 있다. 한-미 조세조약 ‘기술적 설명’의 ④를 이러한 의미로 이해할 수도 있다. 하지만 법인세법에 따를 때 이러한 소득은 파트너들에게 귀속되지 않으므로, 이러한 국내법의 소득귀속 원칙을 굽히지 않는 한 우리나라가 파트너들에게 조세조약을 적용하는 것은 불가능하다. 그리고 대법원은 주석서의 ‘기본 논리’와 달리 현재 바로 이러한 입장 — 즉 조세조약을 적용할 때에도 국내법의 소득귀속 원칙을 수정하지 않는다는 것 — 을 취하고 있다는 점을 앞의 (3) 1) 부분에서 확인하였다.

조세조약 체결 후 얼마 되지 않은 1981년에 미국 재무부에서 만든 모범조약 제4조 제1항 (b)호와 그에 대한 ‘기술적 설명’이 이와 비슷한 입장을 취하고 있는 데에서도 어느 정도 분명하다.<sup>59)</sup> 즉 미국 재무부가, 비록 한-미 조세조약의 문구 자체와는 잘 조화되지 않음에도 불구하고 한-미 조세조약의 기술적 설명에 그와 같은 내용을 집어넣은 것은, 미국의 어느 정도 일관된 조세조약 정책에 따른 결과라고 해석할 수도 있다는 생각이다. 다시 말하여, 위 (ii)목의 문언에 다소 의문이 있더라도, 미국 국내법에서 파트너들에게 관련 소득을 귀속시켜 과세하는 이상 그 범위 내에서는 (만에 하나 필요하다면) 파트너십 자체를 조세조약에서 말하는 거주자로 볼 수 있다는 의미로 해석하여야 한다는 생각이 있을 수 있다.

#### 4) 두 견해의 검토

이 중 어느 입장을 취하더라도 꼭 틀렸다고 논리적으로 단정하기는 어렵다. 다만 기술적 설명이 비록 미국의 것이기는 하지만, 방금 언급한 대로 두 나라의 의도를 모두 반영하고 있을 가능성이 사실상 높다는 점에 주목하고자 한다. 따라서 이 글에서는 일정한 경우 파트너십 자체를 거주자로 볼 수 있다는 의미로 위 (ii) 목을 해석하여야 한다는 입장을 지지한다. 이렇게 되면 대상 판결이 한 것처럼 미국의 유한 파트너십을 외국법인으로 보아 소득을 그에 귀속시키는 경우에도, 한-미 조세조약의 해석으로는 그러한 파트너십을, 그 파트너들이 미국의 거주자라는 조건 하에, 일반적으로 거주자로 보아 조약을 적용하는 방안이 가능하게 된다. 이는 주석서가 채택하고 있는 내용 — 궁극적으로 소득을 파트너들에게 귀속시켜 조세조약을 적용 — 과는 완전히 정반대의 방향이지만, 결과적으로는 비슷하게 타당한 결론을 가져온다.

반면 그 파트너들이 미국의 거주자가 아니라면 어떻게 되는가? 현재의 대법원 판례에 따르는 한, 우리나라는 여전히 법인세법에서 외국법인으로 보는 파트너십에 소득을 귀속시키게 되지만, 이 파트너십은 한-미 조세조약에서 말하는, 미국의

<sup>59)</sup> 1981년 미국 모범조약 초안 제4조 제1항 (b)호는, “파트너십[...]이 벌어들이거나 이에 지급된 소득의 경우, 파트너십[...]이 벌어들이거나 그러한 소득이 그 나라에서, 파트너십 자체의 것으로든 파트너[...]들의 것으로든, 거주자의 소득으로 과세되는(subject to tax) 경우에 한하여 [거주자] 개념은 적용될 수 있다”고 정하고 있다. 특히 이에 대한 ‘기술적 설명’에서는, 한-미 조세조약에 대한 기술적 설명에서와 유사하게, “어떤 소득이 파트너십 단계에서나 아니면 파트너 단계에서 미국 거주자의 소득으로 과세되는 범위 내에서는 파트너십[...]이 조세조약 목적상으로 미국 거주자가 된다”고 분명히 언급하고 있다.

거주자가 아니므로 한-미 조세조약을 적용할 수 없다는 결론이 된다. 그리고 이미 언급한 대로 이 결론은 그러한 파트너가 우리나라와 조세조약이 체결된 국가의 거주자인 경우에는 바람직하다고 볼 수 없다.

또한 유의하여야 할 점은 이때 파트너들의 거주지가 서로 다르다면, 단일한 파트너십의 수량적(數量的) 일부만이 거주자로 인정되는 특수한 경우도 상정할 수 있다는 것이다. 이러한 해석의 가능성은 한-미 조세조약의 문언만으로는 쉽게 생각하기 힘든 것이지만, 기술적 설명까지 고려하여 해석하는 경우에는 불가피한 것처럼 보인다.

#### (4) 소결론

이렇게 보면 이 사건에 한-미 조세조약이 적용된다는 대상 판결의 전제는 경우에 따라 타당할 수도 있다. 그러나 완전한 결론에 이르기 위해서는 여전히 본건 파트너십의 파트너가 누구인지를 살펴보아야 한다. 한-미 조세조약의 기술적 설명에 따르더라도, 파트너십이 ‘거주자’에 해당하려면 해당 소득이 미국에서 미국 거주자인 파트너들에 귀속되어 과세되어야 하기 때문이다. 그리고 방금 언급한 것처럼 만약 파트너들 중 일부의 거주지가 미국이 아니라면, 우리나라가 그러한 파트너들에 귀속시키는 부분을 제외한 나머지에 대해서만 한-미 조세조약을 적용할 필요가 생길 수도 있다. 하지만 이 사건에서는 이 문제에 관한 심리가 전혀 이루어져 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대상 판결이 별다른 설명을 붙이지 않고 그대로 한-미 조세조약이 소득 전체에 대하여 적용된다고 전제한 것은 잘못된 판단이다.

한편 지금까지 살펴본 것처럼, 사실 본건 파트너십이 한-미 조세조약에서 말하는, 미국의 거주자가 될 수 있는지에 관한 논의의 결론은 결코 자명하지 않다. 한-미 조세조약의 해석에만 국한해서 보더라도 상당히 어려운 논의를 거쳐야 한다. 또 한-미 조세조약을 떠나서도 이 문제는 조세조약 해석론에 관하여 권위를 가지고 있는 저명한 학자들조차 의견 일치를 보지 못하고 있을 정도로 까다로운 것이다.<sup>60)</sup> 따라서 이러한 논의의 과정을 대법원이 전혀 언급하지 않고 있는 것 자체가

60) 이러한 논란에 관하여는, 윤지현(각주 45), 270쪽 각주 77과 78 참조. 이 책에서 인용하고 있는 문헌들만 보더라도, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, *supra* note 32, at 94-95는 이 글의 입장과 비슷하게 해석하는 반면, 이미 각주 52에서 언급한 대로 Couzin, *supra* note 31, at 117-118은 이러한 입장이 ‘납세의무를 지는’이라는 요건을 완전히 무의미한 것으로 만드는 잘못된 해석이라고 비판한다. 위에 인용한 각주 77과 78에서 보듯이, 그 외에도 미하엘 랑(Michael Lang)은 포겔의 견해를 지지하는



사실은 근본적인 문제라고 할 수도 있다.

이 점은 이 사건에 한-미 조세조약이 아예 적용되지 않는다고 판단하였을 경우에도 마찬가지이다. 물론 이 경우에는 법인세법이 정하는 20%의 제한세율에 따른 원천징수가 이루어졌어야 하므로 그 결과 본건 징수처분은 적법한 것이 된다. 그리하여 원심 판결의 오류는 판결의 결과에 영향을 미치지 않은 것이 되어 어차피 원고의 상고는 기각되어야 한다.<sup>61)</sup> 그러나 방금 언급한 대로 대상 판결이 다루는 쟁점이 갖는 이론적 중요성이나, 또 대법원이 법령 해석에 관하여 갖는 지위를 생각한다면, 그 결론에 관계없이 이러한 판단의 과정은 대상 판결에 그대로 온전히 실시되었어야 한다는 것이다. 이는 대상판결에 드러난, 한-미 조세조약의 적용 여부에 관한 대법원의 기본 전제는 그 자체로 하나의 판례를 이룰 수도 있다는 점에서 그러하다. 이 사건에서 한-미 조세조약 제12조 제2항 (a)호와 (b)호의 적용 여부를 판단한 대법원이, 다른 유사한 사건이 있을 때 과세관청이 미국의 유한 파트너십에 대하여는 한-미 조세조약을 적용할 수 없다는 주장을 그 사건에서는 하였다는 이유만으로, 느닷없이 입장을 바꾸어 한-미 조세조약이 아예 적용될 수 없다고 결론내리는 모습을 상상할 수 있겠는가?

### 3. 덧붙여서

#### (1) ‘수익적 소유자’의 문제

모범조약에서 배당소득에 관한 조항<sup>62)</sup>을 적용하기 위해서는 소득의 수익적 소유자를 찾아야 하고, 동시에 그 수익적 소유자가 다른 체약국(締約國)의 거주자이어야만 한다. 따라서 만약 이 사건에 적용되는 것이 모범조약에 유사한 내용을 가진 조약이라면, 본건 파트너십이 본건 배당소득의 수익적 소유자라는 요건 역시 충족하여야 조세조약의 적용을 받을 수 있다. 그리고 경제협력개발기구는 또 다른

---

반면(M. Lang, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships — A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Kluwer Law, 2000, at 38), 예스퍼 바렌펠드(Jasper Barenfeld)는 커즌이나 주석서와 비슷한 입장을 취한다(J. Barenfeld, “Taxation of Cross-Border Partnerships”, *IBFD*, 2005, at 152-153). 한편 바로 위에 인용된 윤지현(각주 45)은 일단 결론을 유보하였다.

61) 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제423조에 따르면, ‘상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있’는 때에 할 수 있다(강조는 필자에 의한 것).

62) 모범조약 제10조 제1항, 제2항.

곳에서는 파트너십을 통하여 소득을 얻은 경우 파트너십이 그 수익적 소유자가 될 수 없다는 입장 또는 견지하고 있어서<sup>63)</sup> 문제가 될 여지가 있다. 하지만 공교롭게도 한-미 조세조약은 우리나라가 체결하고 있는 조약 중 수익적 소유자 개념을 전혀 사용하고 있지 않은 세 개의 조약 중 하나이다.<sup>64)</sup> 따라서 대상 판결이 본건 라 부안 법인이 본건 배당소득의 수익적 소유자가 아니라는 점을 판단한 외에, 그러면 누가 수익적 소유자인지에 관하여 전혀 언급하고 있지 않은 것은, 한-미 조세조약의 특수성을 감안할 때에는 적절한 조치이다.

그런데 만약 모범조약에서처럼 수익적 소유자 규정이 두어져 있는 조세조약이라면 결과가 달라질 것인가? 수익적 소유자 개념의 해석에 관하여는 많은 논란이 있다. 하지만 수익적 소유자 개념을 기본적으로 조약편승 행위에 대처하기 위한, 조세조약 납용방지 규정의 한 경우로 본다면,<sup>65)</sup> 수익적 소유자 개념을 파트너십에 소득을 귀속시키지 않기 위한 도구로 보는 것에는 찬성할 수 없다.<sup>66)</sup> 따라서 지금 대법원이 하고 있는 것처럼 일단 국내법의 해석에서 어떤 파트너십에 직접 소득을 귀속시킬 수 있다고 보고 조세조약을 적용할 때에도 소득 귀속에 관하여 다른 고려를 하지 않는다는 입장을 취하는 한, 수익적 소유자 개념을 통하여 파트너십이 아니라 파트너에게 소득을 귀속시킬 수는 없다고 보아야 한다.

결국 이 사건과 직접 관련은 없지만, 모범조약이 적용되는 경우에 관한 이 글의 입장은, 현재의 대법원 판례를 전제로 하는 이상, 법인세법에서 외국법인으로 보는 파트너십은 조세조약의 적용에서도 거주자, 그리고 소득의 수익적 소유자로 인정하여야 한다는 것이다. 이는 커즌이 지적하는 것처럼<sup>67)</sup> ‘납세의무를 지는’이라는 요건을 사실상 무의미하게 만드는 부담을 감수하면서까지 조세조약의 거주자 개념을 목적론적으로 해석한 결과라 할 수 있다. 물론 근본적으로는, 법인세법에서 파트너십을 외국법인으로 본다고 하더라도 조세조약의 적용 단계에서는 (주석서가 그러하듯이) 소득을 파트너십이 아닌 파트너들에게 귀속시키는 것이 더 나은 방안

63) 흔히 ‘파트너십 리포트’라는 이름으로 알려져 있는 OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, 1999, 문단 61.

64) 이 점에 관하여는, 윤지현(각주 13), 109-110쪽 참조.

65) 이에 관하여는, 윤지현(각주 13), 123-127쪽. 여기서 인용하고 있는 대로, 이러한 입장은 리처드 밴의 최근 연구 내용에서 영향을 받은 것이다. 이 내용이 좀 더 궁금한 독자는, Richard Vann, “Chapter 19: Beneficial Ownership: What Does History (maybe policy) Tell Us”, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, IBFD, 2013을 참조하기 바란다.

66) 이에 관하여는, 윤지현(각주 45), 263쪽 각주 63.

67) 각주 52 참조.

이라고 생각한다. 그러나 대법원 판례가 이미 어느 정도 확립된 현 시점에서는 아마도 큰 의미가 없는 논의일 듯하다.

## (2) 배당소득에 대한 제한세율 적용의 문제

이 사건에서는 납세자가 한-미 조세조약 제12조 제2항 (b)호가 규정하는 10%의 제한세율 적용을 주장하였다(‘세 번째 쟁점’). 또 과세관청 역시 본건 파트너십이 한-미 조세조약에서 말하는 거주자임은 당연한 전제로 한 채, 단지 같은 항 (a)호가 적용되어야 한다는 이유로 15% 제한세율을 적용하여 원천징수를 하였다.

(a)호와 (b)호를 놓고 보면, 납세자가 주장하는 (b)호는 소득이 ‘법인(corporation)’에게 귀속된 경우에 한하여 적용될 수 있다. 문제는 여기서 ‘법인’이라는 말에 대한 정의가 한-미 조세조약에 있는지 여부이다. 그러한 정의가 있다면 그것을 그대로 따르면 되는 것이고, 만약 그러한 정의가 없다면 문제된 개념은 일단 우리나라의 국내법에 따라 새길 수 있는 가능성이 생기게 된다. 한-미 조세조약 제2조 제2항 제1문에 따르면, 조약에 정의가 없는 말은 ‘달리 문맥에 따르지 아니하는 한, 그 조세가 결정되는 계약국의 법에 따’른 의미를 가지기 때문이다.<sup>68)</sup>

한-미 조세조약은 제2조 제1항 (e)호에서 각각 ‘한국법인’ 또는 ‘한국의 법인’, 그리고 ‘미국법인’ 또는 ‘미국의 법인’에 관한 정의를 두고 있다. 그렇다면 제12조 제2항 (b)호가 말하는 ‘법인’이란 이러한 ‘한국법인’과 ‘미국법인’을 그냥 단순히 합쳐 놓은 개념인가, 아니면 ‘한국법인’, ‘미국법인’과는 무관한, 따라서 한-미 조세조약에서 전혀 정의하지 않고 있는 개념인가 하는 질문을 던져볼 수 있다. 만약 정의되지 않은 개념이라면, 법인세법의 ‘외국법인’ 개념에 관한 최근의 대법원 판례에 비추어 미국에서 설립된 유한 파트너십도 법인세법에서는 ‘법인’이라고 할 수 있기 때문에, 한-미 조세조약의 해석에서도 이를 ‘법인’으로 보아야 한다는 주장이 가능하여지기 때문이다.

하지만 배당소득의 과세에서 법인과 법인 아닌 거주자를 차별하는 이유는 기본적으로 법인 간 배당이 이루어질 때마다 과세가 이루어지는 현상을 완화시키기 위함이다.<sup>69)</sup> 이렇게 볼 때 납세의무를 부담하지 않는 파트너십에게 이러한 혜택을

68) 한-미 조세조약 제2조 제2항 제1문은 모범조약 제3조 제2항과 비슷한 내용이다.

69) 이러한 ‘반복되는 과세(recurrent taxation)’의 문제점을 피하기 위한, 더 낮은 제한세율이 필요하다라는 점은 모범조약 주석서 중 제10조에 관한 부분 문단 10에도 지적되어 있다. 모범조약 제10조 제2항 a)호는 이러한 경우 5%의 제한세율이 적용되는 것으로 규정한다.

적용하여야 할 필요성은 적다. 또 기본적으로 ‘한국법인’과 ‘미국법인’을 정의하여 놓은 한-미 조세조약이, ‘법인’이라는 말을 이와는 달리 각 체약국이 국내법에 따른 의미로 쓸 수 있도록 한 것이라 새기는 데에도 아무래도 무리가 따른다.

다시 말하여 한-미 조세조약 제12조 제2항 (b)호의 ‘법인’ 개념은 한-미 조세조약에서 정의된 것이다. 또 굳이 덧붙이자면, 이와 다르게 해석하여야 한다고 볼 ‘맥락(context)’<sup>70)</sup>도 존재하지 않는다. 그리고 보면 제1심 판결에서는 이러한 부분을 제대로 판단하지 못하였고, 원심 판결이나 대상 판결은 결론에는 문제가 없지만 이러한 논리 전개 과정 역시 잘 보여주고 있지는 못하다.

### Ⅲ. 결 론

이 글에서 지금까지 주로 살펴본 쟁점은 대법원이 이 사건에 한-미 조세조약을 적용한 것 자체가 과연 옳은가 하는 점이다. 그리고 모범조약이 세상에 나온 1977년 이전에 협상되고 서명된 한-미 조세조약이 갖는, 다소 특수한 거주자 규정의 해석이 결국은 관건이 되었다. 비록 논란의 여지가 있지만, 이 글의 입장은 본건 파트너쉽의 파트너가 누구인지를 따져 미국 세법상 미국 거주자인 파트너들에게 소득이 귀속되는 범위 내에서 파트너쉽 자체를 거주자로 볼 수도 있다는 것이다. 그렇다면 이 사건의 해결에는 이러한 파트너들이 누구인지를 따지는 일이 반드시 필요하다. 그러나 대상 판결의 원심 법원은 이러한 점을 전혀 심리하지 않았고, 그럼에도 불구하고 대상 판결은 이를 문제 삼지 않았다는 점에서, 대상 판결에는 그냥 넘어가기 힘든 오류가 있다고 할 수 있다.

더구나 본건 파트너쉽을 한-미 조세조약에서 말하는, 미국의 거주자로 보아 한-미 조세조약을 적용하는 일은, (겉으로 드러나지만 않았을 뿐) 이 사건에서 극히 중요한 쟁점일 뿐 아니라, 이론적으로도 상당한 논의를 필요로 하는 문제였다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 대상 판결에는 이러한 중요한 문제를 고려한 흔적이 나타나 있지 않다. 판결에 아무런 설시가 없지만 실제로는 대법원이 내부적으로는 이 문제를 검토하였을 수도 있고, 이는 물론 외부인이 쉽사

70) 한-미 조세조약 제2조 제2항 제1문은 ‘context’라는 이 영어 표현을 ‘문맥’으로 번역한다. 하지만 이 글은 이창희(각주 56), 157-158쪽에서 그 의미를 잘 설명하고 있는 것처럼 ‘맥락’이라는 표현을 사용한다.

리 알 수 없는 일이다. 하지만 이와 같이 개별 사건에서 중요하고 또 이론상으로도 많이 논의되는 쟁점을 다루면서 그 판단 과정을 판결에 전혀 담지 않은 것은 분명 아쉬운 일이다.

2012년 이후 대법원은 국제조세, 특히 조세조약 해석론의 중요 쟁점에 관한 의미 깊은 판결들을 잇달아 내어 놓고 있고, 앞으로도 일정 기간 이러한 현상은 계속 이어질 듯하다. 하지만 지금까지 거의 법원 단계에서 다루어진 적이 없는 까다로운 쟁점들을 집중적으로 다루는 과정에서, 1920년대 이래 세계 여러 나라들 사이에서 점진적으로 논의되고 그 결과 조금씩 정착되어 온 조세조약 해석 이론을 모든 쟁점에서 온전히 흡수하여 무리 없는 결론을 내리는 데에까지 이르지 못한 것에 아쉬움이 남는다.

이 글에서 지적한 대상 판결의 오류 역시 그러한 차원에서 이해할 수 있다. 무엇보다도 외국의 파트너십이나 ‘투명’하게 취급되는 단체를 법인세법의 ‘외국법인’으로 보아 소득을 귀속시킬 수 있다는 이론을 확립한 이상, 그러한 파트너십이 조세조약에서 말하는 거주자가 될 수 있는지에 관한 판단은 현실적으로나 이론적으로나 극도로 중요하다.<sup>71)</sup> 이 글에서 살펴본 한-미 조세조약의 특수한 규정의 해석론 — 유사한 사건이 다시 나타난다면 대상 판결에서와 같은 오류를 범해서는 안 될 것임은 물론이다 — 도 중요하지만, 무엇보다 모범조약이 사용하고 있는 ‘납세의무를 지는’ 개념을 어떻게 해석할 것인지 역시 조만간 쟁점으로 떠오를 가능성이 있

71) 이와 관련하여 다시 떠올려 볼 의미가 있는 것이 이른바 ‘라살레(LaSalle) 판결’로 알려진 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11948 판결; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두15179 판결들이다. 여기서도 과세관청과 대법원은 역시 도관회사의 성격을 가진 벨기에 소재 법인의 존재를 무시함으로써 한-벨 조세조약의 적용을 부인하였으나, 그 후 우리나라 법인세법의 ‘외국법인’에 해당하는 영국의 유한 파트너십에 관한 소득을 귀속시키면서, 한-영 조세조약이 적용되는지 여부를 분명히 하지 않았다. 그런데 사실은 한-영 조세조약 제3조 제1항 (e)호가 명문으로 파트너십은 ‘인’에 속하지 않는다고 규정하고 있으므로, 이 사건에서는 한-영 조세조약이 적용될 수 없음이 분명하다. 이 사건들의 1심 판결인 서울행정법원 2009. 6. 26. 선고 2008구합16889 판결이나 서울행정법원 2009. 7. 17. 선고 2008구합16896 판결이 ‘당사자들의 주장’ 또는 ‘처분의 경위’ 부분에서, 과세관청이 한-영 조세조약을 적용하여 과세처분을 하였다고 실시하고 있기 때문에라도, 이 점은 어떤 형태로든지 법원의 판단을 거쳤더라면 좋았을 것이다. 그리고 이와 같이 조세조약의 적용 요건에 대하여 충분한 검토를 하지 않는 경향이 대상 판결의 문제점으로 이어졌다고 볼 여지도 있다. ‘라살레 판결’의 이러한 문제점을 이미 지적한 문헌으로, Ji-Hyun Yoon, “An End of a Journey or a New Beginning? — The 2012 Trilogy of Supreme Court Decisions on International Tax”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Vol. 19, No. 3, IBFD, 2013, at 194-195.

다. 이 글이 이러한 쟁점을 포함한 향후 사건들의 판단에 도움이 되기를 바라며 글을 맺는다.

투고일 2014. 4. 24    심사완료일 2014. 5. 24    게재확정일 2014. 5. 30
---

## 참고문헌

- 김석환, “해외 혼성사업체 과세방식에 관한 소고”, **조세학술논집**, 제29집 제1호, (사)한국국제조세협회, 2013.
- 윤지현, “수익적 소유자(beneficial owner) 개념의 해석: 최근 국내외의 동향과 우리나라의 해석론”, **사법**, 제25호, 사법발전재단, 2013.
- \_\_\_\_\_, “‘단체 분류(Entity Classification)’에 관한 대법원 판례와 경제협력개발기구(OECD)의 ‘파트너십 보고서(Partnership Report)’의 조화(調和) 가능성에 관한 검토 — 해석론과 문제점을 중심으로 —”, **조세학술논집**, 제30집 제1호, (사)한국국제조세협회, 2014.
- 이재호, “법인세법상 외국단체의 법인판단방법에 관한 고찰”, **조세법연구**, XVIII-3, (사)한국세법학회 편, 세경사, 2012.
- 이창희, **세법강의**(제12판), 박영사, 2014.
- \_\_\_\_\_, “조세조약 해석방법”, **조세학술논집**, 제23집 제2호, (사)한국국제조세협회, 2007.
- Barenfeld, Jasper, *Taxation of Cross-Border Partnerships*, IBFD, 2005,
- Couzin, Robert, *Corporate Residence and International Taxation*, IBFD, 2002.
- Isenbergh, Joseph, *International Taxation* (3rd edition), Foundation Press, 2010.
- Lang, Michael, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships - A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Kluwer Law, 2000.
- Vogel, Klaus, *Klaus Vogel on Double Tax Convention* (3rd edition), Kluwer Law, 1997.
- Yoon, Ji-Hyun, “An End of a Journey or a New Beginning? — The 2012 Trilogy of Supreme Court DEcisions on International Tax”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Vol. 19, No. 3, IBFD, 2013.

<Abstract>

## Is a U.S. Limited Partnership a U.S. Resident under the Korea - U.S. Tax Treaty?

- A Review on a Recent Decision by the Supreme Court of Korea  
(the Supreme Court Decision Rendered on October 24, 2013  
with Case Number 2011 *du* 22747) -

Yoon, Ji-Hyun\*

This article reviews and comments on a decision recently rendered by the Supreme Court of Korea (hereinafter, the “Decision”). In this case, the ultimate investors set up U.S. limited partnerships, which in turn incorporated a company in Labuan, Malaysia. In the end, this Labuan entity acquired preferred shares issued by a Korean limited company, and received dividend income therefrom. The basic issue of this case is how this dividend income should be taxed in Korea.

The taxpayers withheld Korean corporate income tax under the premise that this dividend income should be attributed to the said Labuan entity and thus, the Korea-Malaysia tax treaty was applicable. On the other hand, the Korean tax authorities disregarded the Labuan entity relying on the substance-over-form principle, and in attributing the dividend income to the said U.S. partnerships, applied the Korea-U.S. tax treaty. The Decision affirmed the High Court decision which had dealt with the issue of which one of the Items (a) and (b) of Article 12, Paragraph 1 of the Korea-U.S. tax treaty should be applied, taking it for granted that the Korea-U.S. tax treaty was applicable to this case. If the Item (a) was applied, the withholding tax rate would be 15%, whereas the Item (b) would result in 10% withholding tax.

The main focus of this article is, however, whether the Korea-U.S. tax treaty is applicable at all to this case, which is directly linked to the question of whether the

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.



said U.S. limited partnerships are U.S. residents under the said tax treaty. The text of the treaty is not clear in this regard, but if one takes the U.S. Technical Explanation on the said treaty into account, it could be argued that the partnerships could be U.S. residents to the extent that their partners were U.S. residents, in the hands of whom the relevant income was taxed. The High Court therefore erred in never touching this issue of residency, and the Decision also erred in simply affirming the High Court decision while it should have picked up the aforesaid issue and consequently, reversed the decision and remanded the case for further review.

Finally, the issue dealt with in this article is also important when a tax treaty based on the OECD Model Convention comes into the picture. In this respect, this article argues that, as far as the relevant income is attributed for Korean income tax purposes to a transparent entity, such entity should also be viewed as a resident for tax treaty purposes.

Keywords: Model Convention, Tax treaty, Resident, Transparent entity, Partnership taxation

