Asian Tax Journal Vol.27, No.3 (October 2026) pp.139－174 https://doi.org/10.35850/KJTA.27.3.6
KOREAN ACADEMIC SOCIETY OF TAXATION ISSN 3140－6092

[판례평석] 역외 간접거래에 대한 실질과세원칙 적용의 한계
: 제주지방법원 2024. 12. 17. 선고 2023구합5879 판결 및 광주고등법원 2025. 12. 10. 선고 (제주)2025누1053 판결을 중심으로

[Case Commentary] The Limits of the Substance-over-Form Principle as Applied to Offshore Indirect Transfers
: Jeju District Court Decision 2023Guhap5879, December 17, 2024 and Gwangju High Court (Jeju)Decision 2025Nu1053, December 10, 2025

이신호* · 김갑순**
Lee, Shinho · Kim, Kapsoon

〈요 약〉

한국 조세법에는 역외 간접거래에 대한 명시적 과세요건이 마련되어 있지 않다. 다국적 기업집단이 다단계 지주구조를 매개로 내국법인 주식을 간접적으로 양도하는 경우, 그 거래는 외국법인 사이의 외국법인 발행주식 양도라는 형식을 취하므로 국내원천소득의 어느 유형에도 포섭되지 않는다. 본 연구는 그 공백을 실질과세원칙의 일반조항으로 메우려는 시도가 세 심급에서 모두 부정된 사안을 대상으로 하여, 실질과세원칙이 역외 간접거래에 적용될 수 있는 범위와 그 한계를 규명한다.

* 제1저자(First Author), 동국대학교 대학원 회계학과 박사과정,
Doctoral Student, Department of Accounting, Graduate School of Dongguk University, signlee828@gmail.com
** 교신저자(Corresponding Author), 동국대학교 회계학과 교수,
Professor, Department of Accounting, Dongguk University, kks@dongguk.edu

Received 4 September 2026 Accepted 30 September 2026

본 연구는 대상판결의 논증을 문언해석·재구성 가능성·도관회사 부인의 세 국면으로 나누어 분석하고, 그 위에서 실질과세원칙의 작용 범위를 이론적으로 재구성하는 방법을 취한다.

분석 결과는 다음과 같다. 첫째, 대상판결은 실질과세원칙을 문언해석의 연장이 아니라 별개의 작업으로 위치시켰다. 둘째, 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목과의 대비는 반대해석의 구조를 취하나, 그 결론은 반대해석의 강도가 아니라 조세법률주의에서 직접 도출된다. 셋째, 도관회사 부인법리는 실체를 갖춘 지주구조를 통한 간접양도에 구조적으로 미치지 못하며, 도관성이 인정되었더라도 본건 과세는 성립하지 않았을 것이다.

본 연구는 실질과세원칙의 작용을 '귀속의 재구성'과 '과세요건의 창설'로 구별할 것을 제안한다. 양자를 가르는 것은 재구성의 정도가 아니라 그 대상이며, 변경되는 것이 귀속 주체인가 과세요건의 구성요소인가에 따라 허용 여부가 갈린다. 재구성 후 귀속 주체가 일의적으로 특정되는지, 입법자가 유사 영역에 별도의 근거규정을 둔 전례가 있는지가 그 판정을 보조한다. 이 구별에 따르면 역외 간접거래에 대한 과세는 후자에 속하므로 해석으로는 도달할 수 없고 입법을 요한다. 이는 종래의 논의가 재구성의 정도를 문제 삼은 것과 달리 그 대상을 기준으로 삼는다는 점에서 구별되며, 「국세기본법」 제14조가 귀속·계산·단계를 각기 다른 항에서 규율하면서도 어느 항에서도 과세대상을 창설하지 않는 조문 구조와도 부합한다.

<주제어> 역외 간접거래, 실질과세원칙, 조세법률주의, 과세요건의 창설, 국내원천소득

<Abstract>

Korean tax law contains no express provision imposing tax on offshore indirect transfers. Where a multinational group disposes of shares in a foreign holding company whose value is ultimately derived from assets located in Korea, the transaction falls outside every category of Korean-source income enumerated in Article 93 of the former Corporate Income Tax Act. The Korean tax authority sought to close this gap by invoking the general substance-over-form provisions of Article 14 of the Framework Act on National Taxes and Article 2-2 of the former Adjustment of International Taxes Act, recharacterising the sale of shares in a British Virgin Islands company as a sale of shares in a Korean subsidiary. All three levels of the judiciary rejected that attempt.

This article examines the reasoning of the courts in three stages — literal interpretation, the possibility of recharacterisation, and the conduit-company doctrine — and then reconstructs the permissible scope of the substance-over-form principle on that basis.

Three findings emerge. First, by treating literal interpretation and recharacterisation as separate questions, the court of first instance implicitly located the substance-over-form principle outside, rather than within, the boundaries of statutory language. Second, the court's comparison with Article 93(7)(b), which expressly taxes gains on shares in land-rich domestic companies, takes the form of an argumentum a contrario ; yet the conclusion rests not on the strength of that inference but directly on the principle of no taxation without law. Third, the conduit-company doctrine is structurally incapable of reaching indirect transfers effected through holding structures with genuine substance, and would not have supported the assessment even had conduit status been established.

The article proposes distinguishing two layers in the operation of the substance-over-form principle : the re-attribution of income and the creation of a taxable event. What separates them is not the extent of the recharacterisation but its object. Where the recharacterisation alters the person to whom a statutory taxable event is attributed, it remains within the domain of interpretation ; where it alters the taxable object, the tax base, or the rate, it enters the domain of legislation. Two supplementary

indicia assist the application of this test : whether the transferor can be identified with certainty after recharacterisation, and whether the legislature has enacted a specific provision in an analogous area.

Taxation of offshore indirect transfers belongs to the second layer. It therefore cannot be achieved by interpretation and awaits legislative action.

<Key words> offshore indirect transfer, substance-over-form principle, no taxation without law, creation of a taxable event, Korean-source income

Ⅰ. 서 언

세계 경제의 상호의존도가 높아지고 다국적 기업집단의 국제적 투자구조가 복잡해짐에 따라, 원천지국이 자국에 소재한 자산으로부터 발생하는 가치의 이전에 대하여 과세권을 확보할 수 있는지가 국제조세의 주요한 과제로 부상하여 왔다. 이른바 역외 간접거래(offshore indirect transfer, 이하 'OIT'라 한다)는 그 대표적인 국면에 해당한다.

우리 조세법에는 OIT에 대한 명시적인 과세요건이 마련되어 있지 않다. 다국적 기업집단이 다단계 지주구조를 매개로 하여 내국법인 주식을 간접적으로 양도하는 경우, 그 거래의 법률형식은 외국법인 사이에서 이루어지는 외국법인 발행주식의 양도에 그치므로 구「법인세법」제93조 각 호가 열거한 국내원천소득의 어느 유형에도 포섭되지 않는다. 그러나 양도 대상 주식의 가치가 사실상 국내에 소재한 자산에서 도출되는 경우에는, 원천지국인 우리나라가 그 경제적 실질에 상응하는 과세권을 행사하지 못한 채 가치의 이전을 지켜보게 되는 결과가 발생한다.

이러한 규율의 공백을 해석에 의하여 메우려는 시도가 세 심급의 사법적 판단을 거쳐 최근 확정되었다. 과세관청은「국세기본법」제14조 및 구「국제조세조정에 관한 법률」제2조의2가 정한 실질과세원칙의 일반조항을 근거로 하여, 외국법인 사이에서 이루어진 외국법인 발행주식의 양도거래를 내국법인 발행주식의 양도거래로 재구성한 다음 법인세 및 증권거래세를 부과하였다. 이에 대하여 제주지방법원 2024. 12. 17. 선고 2023구합5879 판결(이하 '제1심 판결'이라 한다)은 위 처분을 위법하다고 보아 이를 취소하였고, 광주고등법원 2025. 12. 10. 선고 (제주)2025누1053 판결(이하 '항소심 판결'이라 하며, 제1심 판결과 합하여 '대상판결'이라 한다)이 항소를 기각하였으며, 대법원 2026. 4. 2. 선고 2026두30033 판결로 심리불속행 기각됨으로써 2026. 4. 10. 확정되었다.

세 심급이 일치하여 내린 답변은 두 방향의 의미를 아울러 가지는 것으로 보인다. 한편으로는 조세법률주의와 납세자의 예측가능성이라는 조세법의 기본가치가 국제조세의 첨예한 국면에서 재확인되었다는 점에서 선례로서의 의의를 가진다. 다른 한편으로는 우리나라가 자국을 원천지국으로 하는 OIT에 실효적으로 대응할 수 있는 수단을 갖추지 못하고 있다는 사정이 사법적으로 확인되었다는 점에서, 입법적 응답의 필요성이 정면으로 제기되었다고 할 것이다.

본 연구에서는 대상판결을 소재로 하여 다음 두 가지 물음에 답하여 보고자 한다. 첫째, 우리나라의 실질과세원칙 일반조항이 OIT에 적용될 수 있는 범위와 그 한계는 어디에 있는가. 둘째, 실질과세원칙이 해석원리로서 작용할 수 있는 영역과 그 한계를 넘어 별도의 명시적 입법을 요구하는 영역을 이론적으로 구별할 수 있는가, 구별할 수 있다면 OIT는 어느 영역에 속하는가.

논의의 순서는 다음과 같다. 제Ⅱ장에서는 대상판결의 사실관계와 처분의 경위 및 각 심급의 판단을 정리한다. 제Ⅲ장에서는 OIT의 개념과 조세회피의 구조, 조세회피 방지조항에 관한 국제적 분류틀, 그리고 실질과세원칙의 규범 구조와 헌법적 한계를 검토함으로써 평석의 이론적 전제를 마련한다. 제Ⅳ장에서는 대상판결을 평석하되, 특히 '귀속의 재구성'과 '과세요건의 창설'의 층위 구별을 통하여 판시가 가지는 이론적 함의를 정립하여 보고자 한다. 제Ⅴ장에서는 논의를 종합한다. 한편 한국형 OIT 과세제도의 구체적인 입법 설계는 본 연구의 범위를 벗어나므로 별도의 연구 과제로 남기기로 한다.

Ⅱ. 대상판결의 사실관계와 법원의 판단

1. 사실관계

가. 당사자

원고(판결문상 'A유한공사')는 복합리조트 개발·카지노 사업 등을 목적으로 하여 케이만군도에서 설립되어 버뮤다에 등록되고 홍콩증권거래소에 상장된 법인으로서, 중국에서 부동산 개발업 등을 영위하는 기업집단인 C그룹의 계열회사이다.[1] 한편 양도인인 D는 싱가포르법에 따라 설립된 법인으로서, 말레이시아·미국·호주·싱가포르 등에서 리조트와 카지노를 운영하는 기업집단인 E그룹의 싱가포르 상장 최상위 모회사 F의 완전자회사이며, 본건 거래일 당시 시행되던 구 「법인세법」 제1조 제3호가 정한 외국법인에 해당한다.[2]

양 그룹은 모두 자국 증권시장에 상장된 실체 있는 영업기업집단이고, 본건 거래는 카지노·리조트 사업의 합작투자와 그 청산이라는 통상의 사업과정에서 발생하였다. 이러한 사정은 뒤에서 보는 바와 같이 도관회사 부인 법리의 적용 여부를 판단함에 있어 항소심 판단의 사실적 토대를 이루는 것으로 보인다.

---

1) 제1심 판결 2면. 이하 사실관계에 관한 서술은 제1심 판결 2~7면에 따른다.

2) 제1심 판결 2면. 외국법인의 정의는 본건 거래일 당시 시행되던 구 「법인세법」(2017. 12. 19. 법률 제15222호로 개정되기 전의 것) 제1조 제3호에 규정되어 있었다. 정의 조항이 제2조로 이동한 것은 2018. 12. 24. 개정에 의한 것이다.

나. 합작투자 구조의 형성

C그룹은 서귀포시 H 일원 'I공원' 내에 호텔·카지노·테마파크 등을 포함한 복합리조트를 조성·운영하는 사업(이하 '본건 사업'이라 한다)을 영위하기 위하여 2013. 9. 25. 원고의 완전자회사로 내국법인인 G 주식회사(이하 'G'라 한다)를 설립하였고, G는 2013. 10. 25. 본건 사업의 부지를 매매대금 1,360억 원에 매수하였다.[3)]

한편 E그룹은 본건 사업에 합작투자할 목적으로 2013. 12. 24. 싱가포르법에 따라 D를 설립하고 같은 날 D의 완전자회사로 싱가포르 법인 J를 설립하였다. 이어 D는 2014. 1. 20. 영국령 버진아일랜드(British Virgin Islands, 이하 'BVI'라 한다)에 완전자회사인 K를 설립하였고, K가 J의 발행주식 100%를 취득함으로써 F → D → K → J로 이어지는 다단계 지주구조가 형성되었다.[4)]

원고와 J는 2014. 2. 7. 각자 G의 발행주식을 50%씩 소유하기로 하는 내용의 주주간 계약을 체결하였다. 그에 따라 F는 2014. 3. 24. D에 투자금을 출자하였고, D는 같은 날 K에 76,470,000달러를 출자하는 한편 J에 304,290,000달러를 대여하였으며(이하 '본건 J 대여금'이라 한다), K는 그 출자금 전액을 다시 J에 출자하였다. 이로써 J에는 합계 380,760,000달러(이하 '본건 투자금'이라 한다)가 마련되었다. J는 2014. 3. 26. G의 유상증자에 참여하여 825만 주를 76,530,000달러(원화 825억 원)에 취득하고(이하 '1차 출자'라 한다), 그 다음 날 G에 동일한 금액을 대출기간 5년, 이자 연 5%의 조건으로 대여하였다(이하 '1차 대여'라 한다). 이어 J는 2015. 11. 30. 동일한 조건으로 99,580,000달러를 추가로 대여하고(이하 '2차 대여'라 한다), 2016. 6. 15. G의 추가 유상증자에 참여하여 1,500만 주를 128,120,000달러(원화 1,500억 원)에 취득하였다(이하 '2차 출자'라 한다). 그 결과 원고와 J는 각각 G 발행주식의 50%(각 23,250,000주)를 보유하게 되었다.[5)]

위 구조와 관련하여 두 가지 사정을 확인하여 둘 필요가 있다. 첫째, G의 발행주식을 직접 보유하는 외국법인은 J 하나뿐이고, 그 상위에 있는 D·K·F는 G의 발행주식을 직접 보유하지 않는다는 점이다. 둘째, K는 BVI에, D와 J는 싱가포르에 각 설립되어 있으므로, 본건 거래의 조세적 결과는 싱가포르를 거주지국으로 하는 양도소득 과세체계에 좌우된다는 점이다.

다. 본건 거래의 체결과 종결

E그룹은 2016년경 본건 사업에 대한 합작투자 의사를 철회하기로 하였고, 이에 따라 2016. 11. 11. D는 원고에게 K 발행주식 100%인 76,470,000주(이하 '본건 주식'이라 한다)를 양도하는 내용의 주식양수도계약을 체결하였다(이하 위 주식양도거래를 '본건 거래'라 한다). 거래대금은 본건 투자금 380,760,000달러를 기초로 하되, 그중 220,000,000달러에 대하여는 거래종결일까지,

3) 제1심 판결 2~3면.

4) 제1심 판결 3면.

5) 제1심 판결 3~4면.

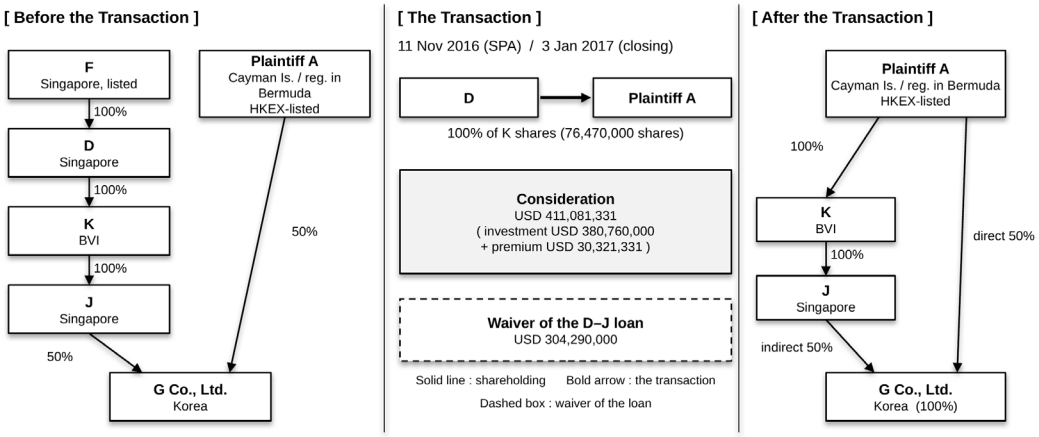
나머지 금액에 대하여는 거래종결일 후 6개월까지 각 연 5%의 이율로 계산한 금액(이하 '본건 프리미엄'이라 한다)을 합산한 금액으로 정하여졌다.

원고는 2017. 1. 3. D에 본건 투자금 380,760,000달러와 본건 프리미엄 30,321,331달러의 합계액인 411,081,331달러를 지급하고 본건 주식을 양수하였다(이하 본건 거래로 발생한 양도소득을 '본건 양도소득'이라 한다). 또한 D는 거래종결일에 J에 대한 본건 J 대여금 304,290,000달러 상당의 채무를 면제하였다.[6] 거래대금이 K 또는 J 자체의 가치가 아니라 E그룹이 본건 사업에 투입한 자본과 대여금의 합계액에 일정한 프리미엄을 가산하는 방식으로 산정되었다는 점은, 뒤에서 보는 바와 같이 과세관청이 본건 거래의 실질을 G 주식의 양도로 재구성하는 근거 중 하나로 원용되었다.

라. 거래 전후의 지배구조 변화

본건 거래의 결과 원고는 G 발행주식의 50%를 종전과 같이 직접 보유하는 한편, 본건 주식의 취득을 통하여 K → J로 이어지는 지주구조를 매개로 나머지 50%를 간접적으로 보유하게 되었다. 즉 거래 전에는 원고와 E그룹이 G를 50 대 50으로 공동 보유하는 합작구조였으나, 거래 후에는 원고가 직접 50%와 간접 50%를 합하여 G를 단독으로 지배하는 구조로 변경된 것이다.[7] 한편 거래 이후에도 K와 J의 법인격이나 지주구조 자체에는 변화가 없었다. 거래 전후의 지분관계는 <Figure 1>과 같다.

〈Figure 1〉 Ownership Structure Before and After the Transaction



6) 제1심 판결 4~5면.

7) 제1심 판결 5~6면.

이상의 사실관계로부터 본건의 쟁점이 도출된다. 양도 대상인 본건 주식은 외국법인인 K가 발행한 비상장주식으로서 그 법률형식상으로는 외국법인 사이에서 이루어진 외국법인 발행주식의 양도거래에 불과하다. 그러나 K는 그 자산의 전부 또는 대부분을 J 발행주식으로 구성하고 있고 J 역시 그 자산의 상당 부분이 G 발행주식에 해당하므로, 본건 주식의 가치는 사실상 내국법인인 G에서 도출되는 구조라고 할 수 있다. 이와 같은 법률형식과 경제적 실질의 괴리가 바로 과세관청이 실질과세원칙을 원용하여 본건 거래를 재구성하고자 한 출발점이라 할 것이다.

2. 처분의 경위와 당사자의 주장

가. 처분의 경위

부산지방국세청장은 2020. 6. 8.부터 2020. 10. 13.까지 원고의 2017 사업연도 귀속 법인세에 대한 세무조사를 실시한 결과 본건 거래를 실질적으로 원고가 내국법인인 G의 주식을 양수한 거래로 파악하였다. 이에 따라 피고 제주세무서장은 2021. 6. 10. 원고에 대하여 2017 사업연도 법인세 8,850,791,820원(가산세 804,617,439원 포함)의 징수처분과 증권거래세 2,022,125,240원(가산세 694,792,386원 포함)의 부과처분을 각 행하였다(이하 위 두 처분을 합하여 '본건 처분'이라 한다).[8)]

원고는 2021. 7. 27. 조세심판원에 심판청구를 제기하였고, 조세심판원은 2022. 11. 24. J가 실체가 없는 도관회사인지 여부 및 D가 본건 주식을 양도한 목적 등을 재조사하여 그 결과에 따라 과세표준 및 세액을 경정하라는 취지의 재조사결정을 하였다. 피고는 재조사 결과 J가 도관회사에 해당한다고 보아 2023. 4. 18. 당초 처분을 유지한다는 취지의 처리결과 통지를 하였고, 원고는 2023. 7. 19. 제주지방법원에 취소소송을 제기하였다.[9)]

위와 같은 절차적 경과에서 주목할 만한 점은, 과세관청의 논리가 세무조사 단계의 직접 재구성에서 재조사 단계의 도관회사 부인으로 정교화되었음에도 그 법령상 근거는 시종일관 실질과세원칙의 일반조항에 머물러 있었다는 점이다.

---

8) 제1심 판결 6면. 증권거래세 부과처분의 세액에 관하여 대상판결의 주문 및 청구취지에는 2,022,125,240원으로, 처분의 경위 부분에는 2,022,126,240원으로 각 기재되어 있어 판결문 내에 1,000원의 차이가 있다. 본 연구에서는 취소의 대상이 된 처분에 관한 주문의 기재에 따른다. 한편 본건 처분의 처분일자에 관하여 원고는 청구취지에서 재조사결정에 따른 처리결과 통지일인 2023. 4. 18.을 기재하였으나, 제1심 법원은 그 통지가 당초 처분을 유지하는 경우에는 별도의 처분에 해당하지 않는다는 이유로 처분일자를 2021. 6. 10.로 선해하였다(제1심 판결 1~2면 각주 1). 대법원 2010. 6. 25. 선고 2007두12514 전원합의체 판결 참조.

9) 제1심 판결 6~7면.

나. 피고의 주장

본건 처분의 논리는 다음과 같이 3단 구조로 정리할 수 있다.

제1단계는 거래의 재구성이다. 과세관청은 「국세기본법」 제14조 제2항 및 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항을 근거로 하여,[10] E그룹이 본건 투자금을 회수하는 방법으로 J가 G 주식을 직접 양도하는 방법과 D 또는 K가 그 자회사 주식을 양도하는 방법을 모두 고려할 수 있었으나 전자의 경우 구 「법인세법」 및 한·싱가포르 조세조약에 따라 부담하게 될 법인세를 회피할 목적으로 후자를 선택하였다고 보아, 본건 거래의 실질적 과세물건은 본건 주식이 아니라 G 주식이라고 주장하였다.

제2단계는 국내원천소득으로의 포섭이다. 과세관청은 위 재구성의 결과 본건 양도소득이 내국법인인 G가 발행한 주식의 양도로 발생한 소득에 해당한다고 보아 이를 구 「법인세법」 제93조 제9호 가목의 국내원천소득으로 분류하고,[11] 아울러 G 주식은 「상법」에 따라 설립된 내국법인의 주권으로서 구 「증권거래세법」 제1조의2 제1항 제1호가 정한 과세대상에 해당한다고 보았다.

제3단계는 납세의무의 귀속이다. 구 「법인세법」 제98조 제1항 제5호에 의하면 국내원천 주식양도소득을 지급하는 자가 원천징수의무를 부담하므로 양수자인 원고가 양도인 D의 법인세에 관한 원천징수의무자가 되고,[12] 구 「증권거래세법」 제3조 제3호 단서 및 제9조에 의하면 국내사업장이 없는 외국법인이 금융투자업자를 통하지 않고 주권을 양도하는 경우 양수인이 증권거래세의 납세의무자가 되므로 원고가 그 납세의무도 아울러 부담한다는 것이 과세관청의 입장이었다.

과세관청은 위 재구성을 정당화하기 위한 근거로 (1) 원고가 법인세를 회피할 목적으로 도관회사에 불과한 K와 J를 이용하였다는 점, (2) 거래대금의 산정 기초가 K 또는 J 자체의 가치가

---

10) 「국세기본법」 제14조 제2항은 "세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다"고 규정하고, 구 「국제조세조정에 관한 법률」(2017. 12. 19. 법률 제15221호로 개정되기 전의 것) 제2조의2 제2항은 "국제거래에서 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식과 관계없이 그 실질 내용에 따라 조세조약을 적용한다"고 규정한다. 이하에서는 두 조항을 통칭하여 '실질과세원칙'이라 한다.

11) 구 「법인세법」 제93조 제9호 가목은 외국법인의 국내원천소득의 하나로 "내국법인이 발행한 주식등과 그 밖의 유가증권"의 양도로 발생하는 소득으로서 대통령령으로 정하는 소득을 들고 있다. 같은 법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28640호로 개정되기 전의 것) 제132조 제8항 제2호는 국내사업장을 가지고 있지 않은 외국법인이 주식 또는 출자증권을 양도함으로써 발생하는 소득을 원칙적으로 과세대상으로 삼되, 증권시장을 통하여 양도하는 경우로서 양도일이 속하는 연도와 그 직전 5년의 기간 중 계속하여 발행주식총수의 100분의 25 미만을 소유한 경우만을 과세대상에서 제외한다. 본건 주식은 비상장주식으로서 증권시장을 통하지 않고 양도되었으므로 위 제외 요건에 해당하지 않는다.

12) 구 「법인세법」 제98조 제1항 제5호 본문에 의하면 외국법인의 국내원천 주식양도소득을 지급하는 자는 그 지급액의 100분의 10을 원천징수하여야 하며, 단서에 따라 해당 유가증권의 취득가액 및 양도비용이 확인되는 경우에는 지급액의 100분의 10에 상당하는 금액과 (양도가액－취득가액－양도비용)×100분의 20에 상당하는 금액 중 적은 금액으로 한다.

아니라 G 주식 취득에 투입된 자금이라는 점, ⑶ 재조사 결과 J가 도관회사로 인정된다는 점을 들었다.

세액의 산정 단계에서도 위 재구성의 논리가 일관되게 관철되었다. 즉 과세관청은 본건 거래대금 411,081,331달러 전액이 아니라 1·2차 대여금에 대응하는 부분을 제외한 218,839,470달러를 양도가액으로 파악하여 원천징수대상 주식양도소득을 31,380,080,121원으로 산정하였고, 증권거래세 부과처분의 과세표준 역시 같은 양도가액을 기초로 산출하였다.[13]

다. 원고의 주장

원고는 실질과세원칙을 적용하여 본건 거래의 대상을 G 주식이라고 본 것이 위법하다고 하면서 네 갈래로 주장하였다.[14]

첫째, 본건 주식은 국내사업장이 없는 외국법인인 K가 발행한 것이고 국내 증권시장에 상장되어 있지도 않으므로 그 양도소득은 법인세법이 정한 외국법인의 국내원천소득 중 어디에도 해당하지 않고 증권거래세의 과세대상에도 해당하지 않으며, 실질과세원칙을 통하여 과세권을 창설할 수는 없다. 둘째, 본건 거래는 조세조약이나 구 「국제조세조정에 관한 법률」에 따른 혜택이 문제되는 사안이 아니어서 같은 법이 적용될 여지가 없고, 나아가 같은 법 제2조의2 제2항은 과세표준의 계산에 관하여 실질과세원칙을 적용한다는 규정이므로 과세권의 존부나 과세물건이 문제되는 본건에 적용될 여지가 없다. 셋째, 본건 거래의 양도인은 D이고 거래목적물도 K 발행 주식으로 명시되어 있으며, K와 J는 적법하게 설립된 수익적 소유자로서 도관회사가 아니다. 넷째, 계약서의 J 및 G 관련 내용은 합작투자관계를 해소하면서 투자금을 회수하고 지분관계를 정리하기 위하여 당연히 포함되는 사항이므로, 거래의 실질을 보더라도 목적물은 G 주식이 아닌 본건 주식이다.

원고의 둘째 주장은 뒤에서 다룰 논점과 관련하여 특기할 만하다. 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항이 과세표준의 계산에 관한 규정임을 들어 과세물건이 다투어지는 사안에는 적용될 수 없다는 취지인데, 법원은 이 주장에 정면으로 답하지 않은 채 조세법률주의에 의하여 결론에 이르렀다.

---

13) 제1심 판결 6면 각주 3. 본건 거래대금 411,081,331달러는 1차 출자 76,530,000달러, 1차 대여 76,530,000달러, 2차 대여 99,580,000달러, 2차 출자 128,120,000달러의 합계 380,760,000달러에 본건 프리미엄 30,321,331달러를 더한 금액이다. 과세관청이 양도가액으로 산정한 218,839,470달러는 1·2차 출자금 합계 204,650,000달러와 그에 대응하는 프리미엄으로 구성된다. 원천징수대상 주식양도소득 31,380,080,121원은 양도가액 264,139,240,121원에서 취득가액 232,759,160,000원(1차 출자 82,346,280,000원 + 2차 출자 150,412,880,000원)을 차감한 금액이다.

14) 제1심 판결 8~9면.

라. 쟁점

이상에서 본 바와 같이 본건 처분의 세 단계는 모두 실질과세원칙의 일반조항을 그 출발점으로 삼고 있다. 따라서 본건의 쟁점은 「국세기본법」 제14조 제2항 및 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항이 외국법인 사이에서 이루어진 외국법인 발행주식의 양도거래를 내국법인 발행주식의 양도거래로 재구성함으로써 새로운 국내원천소득 과세요건을 성립시키는 법령상 근거가 될 수 있는가라는 단일한 물음으로 수렴된다고 할 것이다.

3. 제1심 판결

제1심 법원은 본건 거래가 문언상 과세대상에 해당하는지 여부를 먼저 판단한 다음 실질과세원칙에 의한 재구성이 가능한지 여부를 별개의 쟁점으로 다루는 이원적 구조를 취하였고, 두 쟁점 모두에 관하여 부정적으로 판단하여 본건 처분을 취소하였다.

가. 문언상 과세대상성의 부정

제1심 법원은 판단의 첫머리에서 "이 사건 거래는 외국법인(D)의 외국법인(K)이 발행한 비상장 주식의 양도거래에 해당하므로, 이 사건 양도소득은 구 법인세법 제93조 제9호의 국내원천소득에 해당하지 않고, 이 사건 주식은 구 증권거래세법 제1조의2 각 호에서 정한 주권에 해당하지 않는다"고 판시하였다.[15] 법인세와 증권거래세에 관한 판단이 한 문장에 담겨 있으며, 주권 해당성의 부정은 별도의 논증 없이 발행법인이 외국법인이라는 사정에서 곧바로 도출되었다.

나. 실질과세원칙의 한계

제1심 법원은 실질과세원칙의 의의에 관하여 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결을 인용하여, 실질과세원칙이 헌법상의 기본이념인 평등의 원칙을 조세법률 관계에 구현하기 위한 실천적 원리로서 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우 그 형식이나 외관에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함으로써 부당한 조세회피행위를 규제하고 과세의 형평을 제고하는 데 그 주된 목적이 있으며, 다만 그 적용은 예측가능성과 법적 안정성이 훼손되지 않는 범위 내에서 합목적적이고 탄력적으로 해석하는 데 한정된다고 보았다.[16]

---

15) 제1심 판결 11면. 다만 항소심이 위 문장 중 "제1조의2 각 호"를 "제1조의2 제1항 각 호"로 고쳐 썼으므로, 확정된 판시는 구 「증권거래세법」 제1조의2 제1항 각 호이다. 같은 항은 과세대상인 주권을 「상법」 또는 특별한 법률에 따라 설립된 법인의 주권(제1호)과 외국법인이 발행한 주권으로서 증권시장에 상장된 것(제2호)으로 정하고 있다.

16) 제1심 판결 11면. 인용된 문언은 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결의 다수의견에

이어서 제1심 법원은 위 인용에 뒤이어 “따라서 예측가능성과 법적 안정성을 현저히 침해하는 실질과세원칙의 적용은 조세법률주의에 위배된다”는 결론을 스스로 밝혔다.[17]

다. 구체적 근거규정의 필요성

제1심 법원은 국내원천소득 규정의 규율 방식을 먼저 설명하였다. 국내원천소득 여부를 판정하는 기준으로 자산의 소재지, 사업활동의 수행장소, 용역의 제공장소, 권리의 사용장소 또는 지급자의 소재지 등이 제시되고 있고, 구 「법인세법」 제93조 각 호는 각 유형의 소득이 국내원천소득에 해당하는지 여부를 결정하는 기준을 구체적으로 규정하고 있다는 것이다.[18] 그리하여 거래당사자가 다단계 지배구조를 통하여 실질적으로 내국법인을 지배하면서 그 상위법인의 주식을 양도하였다고 하더라도 실질과세원칙을 규정한 일반조항을 근거로 법인이 보유한 자산의 거래로 재구성하여 법인세를 부과할 수는 없다고 판시하였다.

위와 같은 판단을 뒷받침하기 위하여 제1심 법원이 동원한 비교 논거는 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목의 부동산주식 양도소득 규정이다. 법원은 부동산을 과다 보유하고 있는 회사의 주식 양도소득의 경우 외형상으로는 주식의 양도소득에 해당함이 분명하지만 그 실질은 부동산 자체가 양도됨으로써 발생하는 소득과 다를 바 없다고 볼 여지가 있기 때문에, 입법자가 자산총액에서 부동산의 비중이 50% 이상인 비상장법인의 주식 양도를 자산의 양도에 해당한다고 보아 그 양도소득을 과세하는 별도의 근거를 마련하여 두었다고 분석하였다.[19] 요컨대 외관상 주식 양도거래에 해당하더라도 예외적으로 그 법인이 보유한 자산의 담세력을 기준으로 한 과세가 이루어지기 위해서는 입법자가 과세의 유형・범위・한계를 구체적으로 설정한 명시적 근거규정이 마련되어 있어야 한다는 것이다.

라. 예측가능성과 법률관계의 존중

제1심 법원은 두 가지 보강 논거를 덧붙였다. 예측가능성의 측면에서는, 본건 처분과 같은 재구성을 허용하는 경우 E그룹이 형성한 지배구조 내의 어느 단계의 주식양도에 대하여도 법인세를 부과할 수 있게 되어 과세대상이 지나치게 확대되고 과세관청의 자의에 따라 과세 여부가 달라져 납세의무자의 예측가능성을 심대하게 침해한다고 보았으며, 지주회사의 자회사 주식양도거래를 하위 영업회사의 주식을 양도한 거래로 재구성하여 과세한 사례가 우리나라의 과세실무

따른 것이다.

17) 제1심 판결 12면. 이 부분은 앞의 인용에 이은 제1심 자체의 결론이다.

18) 제1심 판결 12면.

19) 제1심 판결 13면. 제1심은 이 부분에서 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두2611 판결을 참조판례로 표시하였다.

상 존재하지 않는다는 점을 지적하였다.[20] 법률관계의 존중이라는 측면에서는 납세의무자가 동일한 경제적 목적을 달성하기 위하여 여러 가지의 법률관계 중 하나를 선택할 수 있고 과세관청으로서는 특별한 사정이 없는 한 그 선택을 존중하여야 한다는 대법원 판례를 인용하면서, D・K・J는 모두 각 설립지의 법령에 따라 적법하게 설립된 별개의 권리・의무의 주체이므로 그 법률관계가 존중되어야 한다고 보았다.[21]

마. 국제적 논의의 참조

제1심 법원은 OIT에 관한 국제적 논의가 본건 판단에 가지는 시사점을 별도로 다루었다. 법원은 국제통화기금・경제협력개발기구・국제연합・세계은행그룹이 설립한 조세협력 플랫폼(Platform for Collaboration on Tax, 이하 'PCT'라 한다)이 2020년 발간한 「The Taxation of Offshore Indirect Transfers – A Toolkit」(이하 'PCT Toolkit'이라 한다)을 직접 인용하면서, 동 보고서가 과세권이 인정되는 OIT라 하더라도 과세를 위해서는 그 근거규정이 국내법에 마련되어야 한다는 점을 지적하고 있음을 명시하였다.[22]

또한 제1심 법원은 인도의 Vodafone 판결과 중국의 Circular 698을 각 인용하면서 양국이 OIT에 대한 과세권을 확보하기 위하여 별도의 입법적 조치를 취한 사례임을 지적하였고, 특히 Circular 698에 관하여는 조세회피 방지조항을 통한 과세방식의 경우에도 그 근거규정이 특정 조세회피방지 목적을 전제로 마련되어야 하고 적용범위도 제한적이라는 점을 강조하였다.[23]

4. 항소심 판결 및 상고심

가. 항소심의 기본 태도

항소심 법원은 피고의 항소이유가 제1심에서의 주장과 크게 다르지 않고 변론에 제출된 모든

---

20) 제1심 판결 13~14면.

21) 제1심 판결 14면. 대법원 2001. 8. 21. 선고 2000두963 판결 참조.

22) 제1심 판결 14~15면 및 15면 각주 4. 판결문이 인용한 원문은 다음과 같다. "The legal instruments outlined in the section consist mostly of sample domestic legislative provisions. This is because, even if any relevant treaties preserve the location country's taxing rights along the lines of model Article 13(4), it is essential that the location country has enabling provisions of this kind in its underlying domestic law"(챕터 Ⅴ, 36면) ; "The report also stresses, however, that, whatever treaties may or may not come into play, such a taxing right cannot be supported without appropriate definition in domestic law of the assets intended to be taxed, and without a domestic law basis to assert that taxing right"(챕터 Ⅵ, 54면).

23) 제1심 판결 16~17면. 인도 판결의 표기는 제1심 판결 16면 각주 5에 따라 Vodafone v. Union of India & Anr. S.L.P (C) No. 26529 of 2010, 2012. 1. 20.이다.

증거와 소송자료를 다시 살펴보더라도 제1심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 인정된다고 하여, 일부 자구를 수정하는 외에는 제1심 판결의 이유를 그대로 인용하였다.[24] 다만 항소심에서 피고가 새롭게 추가한 주장에 대하여는 추가판단을 행하였다.

나. 피고의 추가주장

피고는 항소심에서, 본건 거래의 실질은 E그룹이 원고에게 본건 주식이 아니라 내국법인인 G의 주식을 양도하는 것임에도 한·싱가포르 조세조약 제13조 제3항에 따라 위 주식의 원천지국인 대한민국에 부담할 법인세 등의 부담을 회피할 목적으로 아무런 가치가 없는 도관회사에 불과한 K의 주식을 양도하는 방식을 선택한 것이라는 취지의 주장을 추가하였다.[25] 항소심 법원은 위 주장을 받아들일 수 없다고 하면서, 조약의 해석을 별도로 다루지 않고 실질과세원칙의 일반론으로 이를 배척하였다.

다. 도관회사 판단기준의 제시

항소심 법원은 지주회사가 도관회사에 해당하는지 여부의 판단기준을 제시하였다. 즉 지주회사는 자회사의 지분 보유 자체를 목적으로 하여 설립되는 특성상 상주 임직원이나 사무실을 두지 않는 경우가 많으므로 인적·물적 설비가 미비하다는 사실만으로 섣불리 도관회사에 불과하다고 단정할 것은 아니라고 하면서, 자회사의 주주총회 참여를 통한 의결권 행사, 각종 회계·법률 수수료의 지출, 경영활동에 대한 모니터링, 주식의 관리 및 이사회 결의에 의한 재무제표 승인 등을 통하여 회사로서의 실체성을 갖추었는지를 판단하여야 한다고 보았다.[26]

나아가 항소심 법원은 다국적 기업이 조세중립적이고 투자자에게 우호적인 국가에 지주회사를 설립하는 것은 이중과세의 위험성을 없애고 투자자에게 최대한의 이익을 제공하기 위하여 효율적인 구조를 만들 필요성에서 비롯되는 것으로서, 조세회피의 목적으로 통상 이루어지지 않는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 인정되는 경우가 아닌 한 허용되며, 허용되지 않는 조세회피행위에 해당한다고 보아야 하는 특별한 사정이 존재한다는 점을 입증할 책임은 과세관청에게 있다고 판시하였다.[27] 그리고 피고가 재조사 당시 K와 J의 설립 목적이나 인적·물적 시설의 구비 여부에 관하여만 확인하였을 뿐 두 법인이 지주회사로서의 사업을 계속하여 온 바 없다는 사실을 뒷받침할 증거를 제출하지 않았다고 지적하였다.

---

24) 항소심 판결 2면. 항소심은 제1심 판결 10쪽 10행의 "제93조 제9조"를 "제9호"로, 11쪽 12행의 "제1조의2 각 호"를 "제1조의2 제1항 각 호"로 각 고쳐 쓰는 외에는 제1심 판결의 이유를 그대로 인용하였다. 「행정소송법」 제8조 제2항, 「민사소송법」 제420조 본문 참조.

25) 항소심 판결 5면.

26) 항소심 판결 6~8면.

27) 항소심 판결 6~7면.

라. PCT Toolkit 두 입법모델의 인용

항소심 법원은 PCT Toolkit이 OIT에 대한 과세를 위하여 채택할 수 있는 두 가지 입법모델로서, 개발도상국에 소재한 법인의 지배권이 변경되었을 때 (1) 그 개발도상국 소재 회사가 자산을 양도한 것으로 간주하여 과세하는 방법(Model 1)과 (2) 주식을 양도한 비거주자에게 과세하는 방법(Model 2)을 제시하고 있음을 직접 인용하면서, 본건 처분과 같이 비거주자에게 과세하기 위하여는 과세 국가의 국내법에 그 소득이 내국자산의 양도에 의하여 발생한 것으로 간주하는 명시적·묵시적 규정이 마련되어야 한다는 점을 동 보고서가 지적하고 있다고 보았다.

또한 항소심 법원은 PCT Toolkit이 법적 구속력은 없으나 OIT는 본질적으로 국가 간 조세권 배분의 문제를 야기하므로 이에 관하여 범세계적 협의체에 의하여 성립된 논의를 존중해야 할 필요가 있다고 하면서, 많은 나라들이 BEPS가 제시하는 최소 기준 등을 국제조세의 연성규범(soft law)으로 수용하고 조세조약의 해석 시 참고자료로 활용하며 법제화를 통하여 구속력을 부여하기도 한다고 판시하였다.[28]

마. Circular 698의 성격 재분류

제1심 판결이 중국 Circular 698을 일반적 조세회피 방지조항(general anti-avoidance rule, 이하 'GAAR'이라 한다)으로 분류한 데 대하여, 항소심 법원은 이를 개별적 조세회피 방지조항(specific anti-avoidance rule, 이하 'SAAR'이라 한다)으로 재분류하면서 그 적용요건, 즉 외국인투자회사 소재국의 실질 세부담이 12.5%보다 낮거나 거주자의 해외소득에 대하여 소득세를 징수하지 않을 것, 조직형태의 남용이 있을 것, 합리적 상업목적이 없을 것, 주된 목적이 중국의 소득세 납세의무를 회피하기 위한 것일 것을 상세히 열거하였다.

그리고 항소심 법원은 "위 Circular 698 규정은 일반적 조세회피 방지 조항이 아닌 특정 조세회피 방지 조항으로 평가되는바, 위 규정의 내용과 구 국제조세조정법 제2조의2 제2항, 제3항의 내용을 비교하면, 구 국제조세조정법 규정이 PCT 보고서가 제시하는 기준에 부합하는 조세회피 방지 조항에 해당한다고 보기 어렵다"고 판시하였다.[29] 대비의 대상이 심급별로 다르다는 점에 유의할 필요가 있다. 제1심은 「국세기본법」 제14조 제2항 및 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항과 대비하였으나, 항소심은 같은 법 제2조의2 제2항과 아울러 제3항까지 대비의 대상에 포함시켰다.

---

28) 항소심 판결 9~11면. 동 판결은 각주에서 연성규범을 "법적 구속력은 없지만 국가들이 국제조세 등 분야에서 공통된 기준으로 사실상 준수하는 규범"으로 정의하였다.

29) 항소심 판결 10~11면.

바. 양도인 식별의 불명확성에 관한 지적

한편 항소심 판결은 그 각주에서, 피고가 본건 처분에 있어 법인세법상 원천납세의무자이자 증권거래세법상 주권의 양도인을 실질과세원칙에 따라 누구로 보아야 하는지조차 일관되게 주장하지 못하였다는 점을 지적하였다.[30] 즉 피고는 D · K · J가 모두 F가 G 주식을 원고에게 양도하면서 조세회피를 위하여 이용한 도관회사에 불과하다는 취지의 주장을 하기도 하였으나, 그 주장에 따르더라도 양도인을 F로 보아야 한다는 것인지 D로 보아야 한다는 것인지가 분명하지 않다는 것이다.

사. 항소심의 소결론과 대법원의 심리불속행 기각

항소심 법원은 본건 거래 및 양도소득에 대하여 법인세와 증권거래세를 부과하려면 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항 및 제3항과 같은 일반적인 조항이 아니라 과세요건과 절차, 범위, 한계 등을 규율하는 구체적인 근거규정이 마련되어야 한다고 결론지었다.[31]

피고는 항소심 판결에 불복하여 상고를 제기하였고, 대법원은 2026. 4. 2. 심리불속행 기각 판결을 하였다. 이로써 항소심 판결이 그대로 확정되었으며, 그 판결도달일은 2026. 4. 10.이다.

「상고심절차에 관한 특례법」 제4조에 의한 심리불속행 기각은 상고이유에 관한 주장이 같은 조 제1항 각 호의 사유를 포함하지 않는다고 인정되는 경우 대법원이 더 나아가 심리를 하지 않고 상고를 기각하는 절차로서, 본안에 관한 이유를 붙이지 않는다는 점에서 통상의 상고기각 판결과 구별된다.[32] 따라서 본건에 관한 대법원의 본안 법리는 형성되지 않았고, 대상판결의 법적 권위는 항소심 판단의 확정에 그친다고 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 쟁점의 이론적 전제

대상판결의 쟁점은 실질과세원칙의 일반조항이 역외 간접거래를 과세의 영역으로 끌어들일 수 있는가에 있다. 이 물음에 답하기 위해서는 세 가지 전제가 정리될 필요가 있다. 역외 간접거래가 어떠한 구조에서 조세회피를 낳는가, 그에 대응하는 규범이 국제적으로 어떻게 분류되어 왔는가, 그리고 우리나라의 실질과세원칙이 그 분류 안에서 어디에 위치하며 어떠한 헌법적 제약을 받는가가 그것이다. 이하에서는 평석에 필요한 범위에서 위 세 가지를 차례로 정리한다.

---

30) 항소심 판결 8면 각주 1.

31) 항소심 판결 11면.

32) 「상고심절차에 관한 특례법」 제5조 참조.

1. 역외 간접거래의 개념과 조세회피 구조

가. 개념

역외 간접거래는 PCT Toolkit에서 “간접 지분의 양도인이 그 자산 소재국과 다른 국가에 거주자인 경우의 간접 양도”로 정의되고 있다.[33] 위 정의는 세 가지 요소로 분해될 수 있다. 양도인이 자산 소재국의 조세 목적상 비거주자일 것, 양도되는 지분이 자산과 직접 연결되지 않고 하나 이상의 중간법인을 매개로 연결될 것, 그리고 그 지분의 궁극적 가치가 특정 원천지국에 소재한 자산에서 도출될 것이 그것이다. 우리나라의 학술문헌에서도 이를 한 국가의 과세고권이 미치지 않는 지역에서 그 국가의 과세관할권 내에 소재하는 기업 등의 지분증권을 양도하는 거래로 파악하고 있어 실질적으로 같은 취지로 이해된다(유호림 2017, 30).

본건은 위 세 요소를 모두 충족하는 것으로 보인다. 양도인인 D는 싱가포르 법인으로서 우리나라의 비거주자에 해당하고, 양도된 K 주식은 J를 매개로 하여 G에 연결되며, K 주식의 가치는 결국 우리나라에 소재한 복합리조트 사업에서 도출되기 때문이다.

나. 조세회피가 성립하는 구조

역외 간접거래가 조세 문제를 낳는 이유는 경제적으로 등가인 두 개의 경로가 서로 다른 조세효과를 가져온다는 데 있다. 원천지국에 자산을 보유한 내국법인의 주식을 직접 양도하는 경로에서는 원천지국의 과세권이 정면으로 발동된다. 이에 비하여 그 내국법인의 상위에 있는 외국법인의 주식을 양도하는 경로에서는, 거래가 원천지국의 조세관할 밖에서 이루어지고 양도 대상 또한 외국법인이 발행한 주식이므로 원천지국의 과세권이 형식적으로는 발동되지 않는다. 나아가 양도인이 저세율 관할지에 소재하는 경우에는 거주지국에서의 세부담 또한 최소화된다.

두 경로가 낳는 결과의 차이는 해당 자산이 그 위치에 결합되어 있을수록 커진다고 할 것이다. 천연자원, 정부가 부여한 사업권, 특정 부지에 조성된 시설과 같이 이동이 불가능한 자산의 가치는 그 자산이 소재한 국가의 법제와 시장이 형성한 것인데, 그 가치의 이전에 대하여 원천지국이 과세하지 못한다면 국가 간 과세권 배분의 형평이 훼손된다고 보아야 하기 때문이다. PCT Toolkit이 역외 간접거래를 국제조세의 독립된 주제로 다룬 것도 이러한 문제의식에서 비롯된 것으로 이해된다.

다. 도관 거래와의 구별

평석에 있어 특히 유의할 점은 역외 간접거래와 도관 거래의 구별이다. 도관 거래는 명목상의

---

33) Platform for Collaboration on Tax, The Taxation of Offshore Indirect Transfers – A Toolkit (2020), at 5 : “an indirect transfer in which the transferor of the indirect interest is resident in a different country from that in which the asset in question is located.”

주체와 실질적 주체가 분리된 구조를 가리키는 것으로서 중간에 개재된 법인이 실체를 결여할 것을 그 개념적 요건으로 한다. 이에 비하여 역외 간접거래는 중간법인의 실체 유무와 무관하게 성립한다. 중간법인이 충분한 인적·물적 실체를 갖추고 정상적인 지주회사로 기능하는 경우에도 앞서 본 세 요소가 충족되면 그 지분의 양도는 역외 간접거래에 해당하기 때문이다.

물론 두 개념이 겹치는 사안이 없지는 않으나, 겹치지 않는 영역이 오히려 넓다. 다국적 기업 집단이 통상적인 사업 목적에서 형성한 지주구조를 통하여 이루어지는 간접양도가 그러한 예에 해당한다. 이 구별은 뒤에서 도관회사 부인 법리의 사정거리를 논할 때 다시 다루기로 한다.

2. 조세회피 방지조항의 분류 – GAAR과 SAAR

조세회피에 대응하는 규범은 그 설계 방식에 따라 두 가지 유형으로 분류되어 왔다.

일반적 조세회피 방지조항(GAAR)은 특정 거래유형에 한정되지 않고 조세회피가 인정되는 모든 거래에 적용될 수 있도록 광범위하고 원리 기반적으로 규정된 조항을 말한다. 그 연원은 사법상 형식의 남용으로 납세의무를 회피할 수 없도록 한 독일 조세기본법의 규정에까지 거슬러 올라가며, 이후 대륙법계를 거쳐 각국으로 확산되었다.[34] 이에 비하여 개별적 조세회피 방지조항(SAAR)은 이미 식별된 특정 유형의 조세회피 구조를 겨냥하여 그 적용요건과 법적 효과 및 집행 방식을 구체적으로 규정한 조항을 말한다. 이전가격세제, 과소자본세제, 외국인지배회사세제가 그 대표적인 예이며, 역외 간접거래에 특화된 SAAR을 두고 있는 국가도 존재한다.

양자는 다음과 같은 점에서 대비된다. 적용 범위에 있어 GAAR은 조세회피가 인정되는 모든 거래에 미치는 반면 SAAR은 법이 열거한 특정 유형의 거래에만 미친다. 예측가능성의 측면에서는 GAAR이 상대적으로 낮고 SAAR이 상대적으로 높으며, 집행 재량 또한 GAAR에서는 크게 작동하는 반면 SAAR에서는 좁게 통제된다. 다만 새로운 유형의 조세회피가 등장하는 경우 GAAR은 즉시 대응이 가능한 반면 SAAR은 추가적인 입법을 요한다는 점에서는 차이가 있다. 국제조세의 논의에서 GAAR이 이른바 “최후의 수단”(rule of last resort)으로 자리매김되어 온 것도 이러한 특성에서 비롯된 것이라 할 것이다.

PCT Toolkit은 GAAR을 통한 역외 간접거래 과세가 최후의 수단으로서만 활용될 수 있다고 보면서, 그 성공적인 적용이 조항 자체의 설계와 문언의 정밀성 및 과세관청의 예측 가능한 집행 능력에 크게 의존한다는 점을 지적하고 있다.[35]

GAAR을 최후의 수단으로 위치시키는 이유는 그 광범위성에서 찾을 수 있다. 조세회피의 인정 여부가 개별 사안의 사정에 따라 판단되는 이상 납세자로서는 자신의 거래가 사후에 부인될

34) Christophe Waerzeggers and Cory Hillier, Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR) – Ensuring That a GAAR Achieves Its Purpose, Tax Law IMF Technical Note 2016/1 (IMF Legal Department, 2016).

35) PCT, supra note 33, at 37.

것인지를 미리 알기 어렵고, 그 판단이 일차적으로 과세관청에 맡겨지므로 집행의 통일성 또한 확보되기 어렵다. 이러한 부담은 조세회피가 명백한 사안에서는 감수할 만한 것이라 하겠으나, 특정 거래유형 전반을 과세의 영역으로 편입시키는 데 사용되는 경우에는 예측가능성의 훼손이 감수의 한도를 넘는다고 보아야 할 것이다. 특정 유형이 식별된 이상 그에 맞는 SAAR을 마련하는 것이 국제적 논의에 비추어 정도(正道)라 할 것이다.

우리 법에서 「국세기본법」 제14조와 「국제조세조정에 관한 법률」 제3조(본건 거래 당시의 구법 제2조의2)는 그 문언의 일반성과 추상성에 비추어 GAAR에 해당한다고 할 것이다. 반면 역외 간접거래를 겨냥한 SAAR은 우리 법에 존재하지 않는다.

다만 인접 영역에 관한 규정이 전혀 없는 것은 아니다. 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목은 부동산 과다보유 내국법인의 주식 양도소득을 국내원천소득으로 규정함으로써, 외형은 주식양도이나 실질은 자산양도인 거래의 일부를 과세의 영역에 포섭하고 있다. 적용요건과 범위가 명시적으로 한정되어 있다는 점에서 위 규정은 제한적 범위의 SAAR로 이해할 수 있을 것이다. 그러나 그 대상은 내국법인이 발행한 주식에 한정되므로, 외국법인이 발행한 주식을 매개로 하는 역외 간접거래에는 미치지 않는다.

본건에서 과세관청은 GAAR만을 근거로 삼았고, 항소심이 중국 Circular 698을 SAAR로 재분류하면서 우리나라의 실질과세원칙 조항과 대비한 것도 바로 이러한 차이를 지적한 것으로 이해된다.

3. 실질과세원칙의 규범 구조와 헌법적 한계

가. 규범 구조

「국세기본법」 제14조는 세 개의 항으로 구성되어 있다. 제1항은 과세대상의 귀속이 명의뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 경우 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 삼도록 하고, 제2항은 과세표준의 계산에 관한 규정을 명칭이나 형식과 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용하도록 하며, 제3항은 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 세법의 혜택을 부당하게 받는 경우 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 세법을 적용하도록 한다.[36]

국제거래에 관하여는 「국제조세조정에 관한 법률」에 별도의 규정이 있다. 본건 거래 당시의 구법 제2조의2 역시 세 개의 항으로 구성되어 「국세기본법」 제14조와 정확히 병행하되, 그 적용대상을 조세조약으로 정하고 있다는 점에서 차이가 있다.[37] 즉 같은 실질과세원칙이라 하더라

36) 「국세기본법」 제14조 제1항 내지 제3항. 제3항은 2007. 12. 31. 법률 제8830호로 신설되었다. 제1항과 제3항은 본건 거래일 당시와 현행이 같고, 제2항은 2020. 6. 9. 자구가 정비되었을 뿐 실질적 의미의 변화는 없다.

37) 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제1항 내지 제3항. 제1항은 귀속의 실질을, 제2항은 과세표

도 국내세법의 적용 국면과 조약의 적용 국면이 구별되어 규율되고 있는 것이다.

위 세 항의 작용 대상은 서로 다르다. 제1항은 귀속을, 제2항은 과세표준 계산의 기준을, 제3항은 거래의 단계 구성을 각각 그 대상으로 한다. 이러한 구조는 실질과세원칙이 무차별적인 만능조항이 아니라 작용 국면이 특정된 규정들의 집합임을 보여주는 것이라 할 것이다.

본건과 관련하여 두 가지를 지적하여 둔다. 첫째, 과세관청은 처분의 근거로 「국세기본법」 제14조 제2항과 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제2항만을 들었을 뿐, 다단계 거래의 재구성을 정면으로 규정한 「국세기본법」 제14조 제3항을 원용하지 않았다.[38] 판결문상 그 이유는 드러나지 않는다.

둘째, 제1항이 아니라 제2항이 원용되었다는 점이다. 제1항은 과세대상의 귀속이 명의뿐인 경우를 규율하는 조항이므로 소득의 귀속 주체가 다투어지는 사안의 근거가 된다. 이에 비하여 제2항은 과세표준의 계산에 관한 규정을 실질에 따라 적용하도록 하는 조항이다. 과세관청이 제1항이 아니라 제2항을 든 것은 본건에서 다투어진 것이 소득의 귀속 주체가 아니었음을 스스로 드러낸 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 제2항은 계산에 관한 규정의 적용 방법을 정할 뿐 계산의 대상이 되는 소득 자체를 만들어 내지는 못한다. 앞서 본 바와 같이 원고 역시 같은 취지의 주장을 하였으나 법원은 이에 정면으로 답하지 않았으므로, 위 서술은 판례의 태도가 아니라 본 연구의 분석임을 밝혀 둔다.

한편 제3항이 원용되었더라도 그 결론은 달라지지 않았을 것으로 보인다. 제3항은 재구성의 결과에 대하여 "이 법 또는 세법을 적용한다"고 정하고 있을 뿐이며, 이는 적용될 세법 규정이 이미 존재할 것을 전제한 것이라고 보아야 하기 때문이다. 즉 제3항은 거래의 단계를 어떻게 볼 것인가를 정하는 조항이지 과세대상을 새로 만들어 내는 조항이 아니라 할 것이다. 이 점은 판례로도 뒷받침되는 것으로 보인다. 항소심이 대비의 대상에 구 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의2 제3항, 곧 「국세기본법」 제14조 제3항에 대응하는 다단계 재구성 조항까지 포함시킨 다음, 그러한 일반적인 조항이 아니라 과세요건과 절차, 범위, 한계 등을 규율하는 구체적인 근거규정이 마련되어야 한다고 판시하였기 때문이다.[39]

요컨대 「국세기본법」 제14조의 세 항은 귀속과 계산 및 단계라는 서로 다른 국면에서 작용하지만, 어느 항도 과세요건 자체를 만들어 내지는 않는다. 이 점은 뒤에서 정립하고자 하는 층위 구별과 밀접하게 맞물린다.

준 계산의 실질을, 제3항은 제3자를 통한 간접적 방법이나 둘 이상의 행위·거래를 거친 경우의 재구성을 각 규율한다. 위 조항은 2020. 12. 22. 법률 제17651호에 의한 전부개정으로 현행 제3조로 이동하였다.

38) 제1심 판결 9면 및 17~18면 참조. 당초 처분에서 소송에 이르기까지 「국세기본법」 제14조 제3항이 원용된 흔적은 확인되지 않는다.

39) 항소심 판결 10~11면.

나. 조세법률주의와의 관계

조세법률주의는 그 헌법적 근거를 「헌법」 제38조와 제59조에 두고 있으며, 과세요건을 법률로 정하도록 요구하는 과세요건법정주의와 그 내용이 명확할 것을 요구하는 과세요건명확주의를 그 내용으로 한다(김시철 2022, 497). 실질과세원칙과 조세법률주의는 흔히 대립하는 것으로 이해되기도 하나, 대법원은 양자가 상호보완적·불가분적 관계에 있다고 보고 있다. 형식과 실질이 괴리된 거래에 대하여 형식대로 과세한다면 조세부담의 형평이 무너지고 그 결과 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 또한 훼손되기 때문이다.

다만 위와 같은 보완의 관계에는 방향이 있다고 보아야 할 것이다. 실질과세원칙은 조세법률주의가 형해화되는 것을 막기 위한 보충적 해석원리이므로 조세법률주의 자체를 잠식하는 방향으로 작용할 수는 없다. 대법원이 실질과세원칙의 적용 범위를 "예측가능성과 법적 안정성이 훼손되지 않는 범위 내"로 한정한 것도 이러한 방향성을 밝힌 것으로 이해된다.

여기서 과세요건법정주의가 가지는 함의를 확인하여 둘 필요가 있다. 과세요건을 법률로 정하도록 요구하는 취지는 과세의 대상과 범위를 입법자가 결정하도록 하는 데 있다. 그러므로 법률이 정한 과세요건을 개별 사실관계에 적용하는 작업과 법률이 정하지 않은 과세요건을 만들어 내는 작업은 그 성질을 달리한다. 앞의 것은 해석의 영역에 속하고, 뒤의 것은 입법의 영역에 속한다.

이때 법률로 정하여야 하는 과세요건의 구성요소로는 통상 납세의무자·과세물건·과세표준·세율의 네 가지가 열거된다. 위 넷이 모두 같은 성질을 가지는 것은 아니다. 납세의무자를 정하는 작업은 법률이 마련한 귀속의 기준을 사실관계에 적용하여 실질귀속자를 가리는 과정을 포함하므로 사실인정과 맞닿아 있다. 이에 비하여 과세물건과 과세표준 및 세율은 법률의 규정에서 직접 도출되는 것이지 사실관계의 적용으로 정하여지는 것이 아니다.

이러한 차이가 실질과세원칙의 작용 범위를 가르는 실마리가 될 수 있다고 보인다. 다만 그 구체적인 정식화는 대상판결의 논증을 검토한 다음에 다루는 편이 순서에 맞을 것이므로, 여기서는 문제의 소재를 지적하는 데 그치기로 한다.

다. 대법원 판례의 태도

실질과세원칙의 한계에 관한 대법원의 태도는 다음 두 판결에서 확인된다.

먼저 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결은 실질과세원칙과 조세법률주의의 관계를 정면으로 다루었다. 동 판결은 실질과세원칙을 헌법상의 기본이념인 평등의 원칙을 조세법률관계에 구현하기 위한 실천적 원리로 규정하면서, 조세의 부담을 회피할 목적으로 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우 그 형식에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함으로써 부당한 조세회피행위를 규제하는 데 그 목적이 있다고 보았다. 동시에 그 적용이 예측가능성과 법적 안정성을 훼손하지 않는 범위에 머물러야 함을 밝혔는바, 이러

한 한계 설정이 대상판결 제1심 논증의 출발점을 이루고 있다.

다음으로 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두2611 판결은 부동산 과다보유법인의 주식 양도소득이 외형상으로는 주식의 양도소득에 해당함이 분명하지만 그 실질은 부동산 자체가 양도됨으로써 발생하는 소득과 다를 바 없다고 볼 여지가 있다고 판시하였다.[40] 제1심은 위 판시를 참조하면서, 그와 같은 사정이 있기 때문에 입법자가 별도의 근거를 마련하여 두었다고 서술하였다. 외형과 실질의 괴리라는 사정만으로는 과세가 정당화되지 않으며 그 괴리를 메우기 위해서는 입법이 필요하다는 이해가 여기에 담겨 있다고 할 것이다.

이와 아울러 대법원은 납세의무자가 동일한 경제적 목적을 달성하기 위하여 여러 가지의 법률관계 중 하나를 선택할 수 있고 과세관청으로서는 특별한 사정이 없는 한 그 선택을 존중하여야 한다는 태도를 유지하여 왔다.[41]

Ⅳ. 평 석

대상판결은 세 심급에 걸쳐 일관된 결론에 이르렀으나 그 결론에 이르는 논증이 단일한 것은 아니다. 제1심은 문언해석과 재구성의 가능성을 이원적으로 심사하였고, 항소심은 여기에 도관회사의 판단기준과 국제조세 입법론의 분석틀을 더하였다. 이하에서는 그 논증을 순차로 검토한 다음, 대상판결이 도달하였으나 명시적으로 정식화하지 않은 이론적 함의를 '귀속의 재구성'과 '과세요건의 창설'의 층위 구별로 정립하여 보고자 한다.

1. 문언해석에 의한 과세대상성 부정

제1심이 취한 이원적 심사구조는 그 자체로 주목할 만하다. 법원은 본건 거래가 구 「법인세법」 제93조 제9호의 문언에 포섭되는지 여부를 먼저 판단한 다음, 실질과세원칙에 의한 재구성이 가능한지 여부를 별개의 쟁점으로 다루었다.

위와 같은 구조는 실질과세원칙의 지위에 관한 하나의 입장을 함축하고 있다. 즉 법원은 실질과세원칙을 문언해석의 연장선상에 놓인 해석기법으로 보지 않고, 문언 포섭이 부정된 뒤에 비로소 검토되는 별개의 작업으로 위치시킨 것이다. 만일 실질과세원칙을 문언해석의 한 국면으로 이해하였다면 두 쟁점은 하나로 통합되었을 것이다. 두 쟁점을 분리한 것은 실질과세원칙의 적용이 법문의 안쪽에 머무르는 작업이 아니라 법문의 바깥으로 나아가는 작업임을 전제한 것으로 이해된다. 이러한 전제는 뒤에서 정립하고자 하는 층위 구별의 판례상 단서가 된다고 할 것

40) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두2611 판결.

41) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2000두963 판결.

이다.

문언 판단의 결론 자체에는 다툼의 여지가 크지 않다. 구 「법인세법」 제93조 제9호 가목은 과세대상을 “내국법인이 발행한 주식등”으로 정하여 발행법인의 소재를 그 기준으로 삼고 있고, 본건 주식의 발행법인인 K는 BVI 법인이므로 문언상 포섭되지 않기 때문이다. 제1심이 국내원천소득 여부를 판정하는 기준으로 자산의 소재지, 사업활동의 수행장소, 용역의 제공장소, 권리의 사용장소 또는 지급자의 소재지 등을 들면서 제93조 각 호가 각 유형의 소득에 관하여 그 기준을 구체적으로 규정하고 있다고 판시한 것도, 같은 조가 소득의 유형별로 원천 판정의 기준을 개별적으로 정하고 있다는 이해를 밝힌 것이라 하겠다.

발행법인 기준이 원칙이라는 점은 국제적으로도 확인된다. OECD · UN 모델조세협약 제13조 제4항이 부동산 과다보유법인의 주식 양도에 관하여 그 가치가 “직접 또는 간접으로”(directly or indirectly) 부동산에서 도출되는 경우를 명문으로 규정하고 있는 것은, 그러한 명문이 없으면 간접적 도출은 포섭되지 않는다는 이해를 전제한 것이라고 보아야 하기 때문이다. OECD 모델의 위 조항은 2003년 신설될 당시부터 위 문언을 포함하고 있었는바, 조약의 차원에서도 간접적 도출의 포섭은 명시적인 규정을 통하여 비로소 가능해지는 것으로 취급되어 왔다고 할 것이다.[42] 명문이 없는 개념을 실질과세원칙에 의하여 확장할 수 없다는 지적 또한 같은 방향에 있다(오남교 · 이동건 2016, 52).

다만 논증의 밀도에는 다소 아쉬움이 있다. 같은 조 제7호 나목이 부동산 과다보유법인의 주식 양도에 관하여 관통(look-through) 방식을 채택하고 있는 점에 비추어 보면, 제93조가 언제나 발행법인 기준만을 지시한다고 단정하기는 어렵기 때문이다. 다만 그 관통은 과세대상 여부를 판정하는 기준이 아니라 자산총액 중 부동산이 차지하는 비율을 계산할 때 자회사가 보유한 자산을 합산하도록 하는 장치이므로, 제93조는 발행법인 기준을 원칙으로 하면서 제7호 나목에서 부동산 보유비율의 계산이라는 국면에 한하여 관통을 허용한 구조로 이해하는 편이 정확할 것이다. 그렇다면 본건에 발행법인 기준이 적용되는 근거는 문언 자체가 아니라 관통이 그처럼 좁게 한정되어 규정되었다는 사정에서 도출되어야 한다. 제1심은 위 논증을 문언 판단의 단계가 아니라 다음의 재구성 판단 단계에서 수행하였는바, 논증의 배치가 다소 어긋나 있는 것으로 보인다.

---

42) OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital : Condensed Version 2017 (OECD Publishing, 2017), Article 13(4) ; United Nations, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (2021), Article 13(4). 두 모델 모두 주식 또는 이에 준하는 지분이 양도 전 365일 중 어느 시점에서든 그 가치의 50%를 초과하여 다른 체약국 소재 부동산으로부터 직접 또는 간접으로 도출되는 경우 그 다른 체약국의 과세권을 인정하는 구조를 취하고 있다.

2. 재구성의 부정과 구체적 근거규정의 필요성

가. 반대해석으로서의 구조

제1심 판단의 중핵은 구「법인세법」제93조 제7호 나목과의 대비에 있다. 그 논증은 반대해석의 구조를 취하고 있다. 즉 입법자가 특정 영역에 관통 방식의 과세근거를 명시적으로 마련하여 두었다는 사정으로부터, 그 영역 밖에서는 같은 방식의 과세가 허용되지 않는다는 결론을 도출하는 것이다.[43]

위 논증의 힘은 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두2611 판결이 제7호 나목의 취지를 밝힌 데에서 나오는 것으로 보인다. 부동산 과다보유법인의 주식 양도소득이 "외형상으로는 주식의 양도소득에 해당함이 분명하지만 그 실질은 부동산 자체가 양도됨으로써 발생하는 소득과 다를 바 없다고 볼 여지가 있"기 때문에 별도의 근거가 마련되었다는 것이다.

여기에 본건의 결정적인 국면이 있다. 과세관청이 원용한 논거와 입법자가 제7호 나목을 마련하면서 채택한 논거가 동일하기 때문이다. 외형은 주식의 양도이나 실질은 그 법인이 보유한 자산의 양도와 다를 바 없다는 것이 그것이다. 그런데 위 논거는 이미 입법을 통하여 결실을 맺었고, 입법자는 그 결실의 범위를 부동산 과다보유 내국법인의 주식으로 한정하였다. 동일한 논거를 그 한정된 범위 밖에서 해석으로 다시 관철하려는 시도는 입법자가 행한 범위 설정 자체를 해석으로 무효화하는 결과에 이른다고 보아야 할 것이다. 제1심이 "과세의 유형·범위·한계를 구체적으로 설정한 명시적 근거규정"을 요구한 것도 이러한 점을 지적한 것으로 읽어야 한다.

나. 반대해석의 전제에 관한 검토

다만 반대해석이 언제나 타당한 것은 아니다. 반대해석이 성립하기 위해서는 입법자가 해당 영역을 의식적으로 배제하였다고 볼 수 있어야 하고, 단순히 그 영역을 예견하지 못한 데 그쳤다면 그것은 배제가 아니라 흠결에 해당하기 때문이다.

이러한 기준에서 보면 제1심의 논증에는 검토되지 않은 지점이 있다고 하겠다. 제93조 제7호 나목은 부동산 과다보유법인이라는 특정 유형을 겨냥한 규정이고, 다단계 지주구조를 통한 사업체 가치의 간접적 이전은 국제조세에서 비교적 최근에 부각된 문제이다. 입법자가 이를 의식적으로 배제하였다고 보기보다는 입법 당시 고려의 대상이 아니었다고 보는 편이 사실에 가까울 것이다. 그렇다면 이는 흠결에 해당하고, 반대해석의 전제는 그만큼 약해진다고 보아야 한다.

---

43) 구「법인세법」제93조 제7호 나목은 내국법인의 주식등 중 양도일이 속하는 사업연도 개시일 현재 그 법인의 자산총액 중「소득세법」제94조 제1항 제1호 및 제2호의 자산가액과 그 법인이 보유한 다른 부동산 과다보유 법인의 주식가액에 그 다른 법인의 부동산 보유비율을 곱하여 산출한 가액의 합계액이 100분의 50 이상인 법인의 주식등으로서 증권시장에 상장되지 않은 것을 대상으로 한다. 그 요건 구조에 관하여는 김석환(2014) 참조.

그럼에도 그 결론은 유지된다. 조세법에서는 흠결이라는 사정이 해석에 의한 보충을 정당화하지 못하기 때문이다. 유추적용은 법문의 가능한 의미를 넘어서는 법형성으로서 조세법률주의가 적용되는 영역에서는 헌법상 허용되지 않는다(오영신 2014, 23). 과세요건은 법률로 정하여야 하고, 법률이 정하지 않은 영역이 존재한다는 사정은 그 자체로 과세할 수 없다는 것을 의미한다. 요컨대 제1심의 결론은 반대해석의 강도에 의존하는 것이 아니라 조세법률주의로부터 직접 도출되는 것이며, 제7호 나목과의 대비는 그 결론을 보강하는 논거로 기능한다고 할 것이다. 다만 판결이 배제와 흠결을 구별하지 않은 채 반대해석을 전면에 내세운 것은 논증의 강도를 스스로 낮춘 면이 있다.

다. 국제적 논의의 원용에 관하여

제1심은 PCT Toolkit과 인도·중국의 입법례를 인용하였고, 항소심은 나아가 PCT Toolkit을 국제조세의 연성규범으로 평가하였다.

제1심의 인용은 문제가 되지 않는다고 보인다. 그것은 법령상의 근거가 아니라 결론의 국제적 보편성을 확인하는 참조에 그치며, 판결문 스스로 그 성격을 밝히고 있기 때문이다. 원천지국의 과세권이 조약상 인정되더라도 국내법에 근거규정이 없으면 과세할 수 없다는 PCT Toolkit의 결론이 우리 법원의 판단과 방향을 같이한다는 사정은, 본건의 쟁점이 우리 법 고유의 문제가 아니라 국제적 보편성을 가지는 문제임을 보여주는 것이라 하겠다.

그러나 항소심의 서술에는 방법론적 검토가 필요한 부분이 있다. 항소심은 PCT Toolkit이 법적 구속력은 없으나 "범세계적 협의체에 의하여 성립된 논의를 존중해야 할 필요가 있다"고 판시하였는바, '존중의 필요'라는 표현은 단순한 참조를 넘어 일정한 규범적 구속을 시사하는 것으로 읽힐 여지가 있다. 법적 구속력이 없는 국제기구의 문서를 조세사건의 판단 근거로 원용하는 것이 조세법률주의와 정합적인가는 별도의 물음이라 할 것이다. 본건에서는 그 원용이 과세를 제한하는 방향으로 작용하였으므로 실질적인 문제가 발생하지 않았으나, 반대의 방향으로 원용되는 경우에도 같은 논리가 유지될 수 있는지는 의문이다. 연성규범의 원용은 과세권을 제한하는 국면에 한정되어야 한다고 보는 것이 온당하다.

3. 도관회사 부인 법리의 좌절

가. 항소심 판단기준의 구조

항소심은 도관회사 해당 여부의 판단기준을 소극적 요소와 적극적 지표의 두 층으로 제시하였다. 소극적으로는 인적·물적 설비가 미비하다는 사실만으로 도관회사라고 단정할 수 없다고 하였고, 적극적으로는 자회사 주주총회에서의 의결권 행사, 회계·법률 수수료의 지출, 경영활동에 대한 모니터링, 주식의 관리 및 이사회 결의에 의한 재무제표 승인을 실체 판단의 지표로 들었다.

위 기준의 타당성은 지주회사라는 기업형태의 성질에서 찾을 수 있다. 지주회사는 자회사 지분의 보유 자체를 목적으로 설립되므로 상주 임직원이나 사무실을 두지 않는 것이 오히려 통상적이다. 인적·물적 설비의 부재를 도관성의 징표로 삼는다면 거의 모든 지주회사가 도관회사가 될 것이고, 이는 지주구조를 통한 국제투자 일반을 부인하는 결과에 이르게 된다. 항소심이 다국적 기업의 지주회사 설립을 원칙적으로 허용되는 행위로 규정한 것도 이러한 귀결을 차단하기 위한 것으로 이해된다.

여기서 더 나아가 주목할 것은 항소심이 입증책임의 소재를 명시적으로 밝혔다는 점이다. 허용되지 않는 조세회피행위에 해당한다고 보아야 하는 특별한 사정이 존재한다는 점을 입증할 책임은 과세관청에게 있다는 것이다. 그리고 항소심은 본건에서 K와 J가 위 네 지표에 해당하는 활동을 수행하였다고 적극적으로 인정한 것이 아니라, 피고가 두 법인이 지주회사로서의 사업을 계속하여 온 바 없다는 사실을 뒷받침할 증거를 제출하지 못하였다고 판단하였다. 즉 도관성의 부정은 사실인정의 결과가 아니라 입증책임 배분의 결과인 것이다. 이는 실체 판단의 지표를 열거한 것이 사실인정의 외관을 띠고 있으나 그 실질은 규범적 배분에 해당함을 보여준다고 하겠다.

나. 도관 법리의 구조적 한계

위 판단기준이 본건에 미친 결과보다 중요한 것은 그로부터 드러나는 구조적 사정이다. 역외간접거래는 개념상 중간법인의 실체 유무와 무관하게 성립한다. 중간법인이 충분한 실체를 갖추고 있더라도 비거주자인 양도인이 중간법인을 매개로 원천지국 자산에 대한 간접적 지분을 양도하면 그것은 역외 간접거래에 해당하기 때문이다. 반면 도관 법리는 중간법인의 실체 결여를 그 요건으로 하므로, 실체를 갖춘 지주구조를 통한 간접양도에는 처음부터 미치지 못한다.

본건이 그 전형에 해당한다고 할 것이다. 양 당사자는 모두 자국 증권시장에 상장된 영업기업집단이고, 본건 거래는 합작투자의 청산이라는 통상의 사업과정에서 발생하였다. 이러한 사안에서 도관 법리를 관철하려면 상장 다국적 기업집단의 지주회사 전반을 도관으로 취급하여야 할 것인데, 그것은 가능하지도 바람직하지도 않다고 보인다. 따라서 도관 법리로 포착되는 역외 간접거래는 전체의 일부에 지나지 않으며, 오히려 실체를 갖춘 지주구조를 통한 거래가 다수를 이룰 것이다.

다. 도관 법리로의 이행이 가지는 의미

과세관청이 조세심판원의 재조사결정을 거치면서 직접 재구성에서 도관회사 부인으로 논리를 옮겨 간 것은, 뒤에서 정립하고자 하는 층위 구별에 비추어 보면 주목할 만한 이동이라 하겠다.

도관회사 부인은 그 성질상 귀속의 재구성에 속한다. 명목상의 소득 귀속자가 실체 없는 도관에 불과하다면 그 배후의 실질귀속자에게 소득이 귀속된다고 보는 것이 도관 법리의 내용이고, 여기서 변경되는 것은 소득의 귀속 주체일 뿐 과세요건 자체는 아니기 때문이다. 그러므로 도관 법리는

일반조항만으로도 작동할 수 있는 영역에 있다고 할 것이다. 과세관청이 위 법리로 옮겨 간 것은 의식하였든 그러하지 않았든 허용되는 층위로 논거를 이동시키려는 시도였다고 평가할 수 있다.

그러나 그 시도는 두 가지 점에서 좌절되었다고 보인다. 첫째, 사실관계가 이를 뒷받침하지 못하였다. 앞에서 본 바와 같이 실체를 갖춘 지주회사에는 도관 법리가 미치지 않기 때문이다.

둘째, 보다 근본적으로는 설령 도관성이 인정되었더라도 본건 과세는 성립하지 않았을 것이다. J가 도관이라고 보아 이를 걷어내면 그 배후에 K가 있고, K도 도관이라고 보아 걷어내면 D가 있으며, D 역시 도관이라고 본다면 F가 있다. 어느 단계에서 멈출 것인지를 정할 기준이 일반조항에는 존재하지 않는다. 그리고 어느 단계에서 멈추든 양도된 객체는 여전히 K가 발행한 주식이지 G가 발행한 주식이 아니다. 도관 법리는 소득이 누구에게 귀속되는가를 바꿀 뿐 무엇이 양도되었는가를 바꾸지는 못하기 때문이다.

요컨대 도관 법리는 본건에서 사실인정의 문턱을 넘지 못하였을 뿐만 아니라, 설령 그 문턱을 넘었더라도 과세관청이 필요로 한 결론에 이르지 못하였을 것으로 보인다.

4. 귀속의 재구성과 과세요건의 창설

가. 문제의 소재

대상판결은 실질과세원칙의 일반조항만으로는 본건 거래를 재구성할 수 없다고 판단하였다. 그러나 판결은 그렇다면 일반조항으로 할 수 있는 것은 무엇인가에 대하여는 답하지 않았다.

위 물음을 피할 수 없는 이유는 실질과세원칙이 실제로 수많은 사건에서 작동하여 왔기 때문이다. 명의와 실질이 다른 재산의 귀속, 우회거래를 통한 조세회피, 도관회사를 매개로 한 조약의 남용에서 실질과세원칙은 거래의 외관을 걷어내고 실질에 따른 과세를 가능하게 하였다. 그렇다면 본건에서는 어떠한 이유로 허용되지 않는 것인가.

이에 대하여 본건에서는 재구성의 정도가 지나쳤기 때문이라고 답할 수도 있을 것이다. 그러나 정도의 판단은 개별 사안의 사정에 따라 달라지게 되고, 그 판단을 통제할 척도가 제시되지 않는다면 대상판결이 우려한 예측가능성의 침해는 회복되지 않는다고 보아야 한다. 대상판결이 예측가능성의 침해를 우려하면서 그 우려에 대한 답을 다시 정도의 문제로 남겨 둔다면 논증은 순환에 빠지게 된다. 따라서 실질과세원칙의 작용 범위를 획정하기 위해서는 정도의 구별이 아니라 종류의 구별이 요구된다.

나. 두 층위

실질과세원칙에 의한 거래의 재구성은 그 작용의 대상에 따라 두 층위로 나누어 볼 수 있다.

첫째는 귀속의 재구성이다. 과세요건이 이미 법률에 마련되어 있고 그 요건을 충족하는 사실관계도 존재하는데, 다만 그 요건이 누구에게 충족되는가만이 다투어지는 경우이다. 명의와 실

질이 분리된 재산의 귀속이 그 전형에 해당한다. 재산의 보유나 소득의 취득이라는 과세요건은 법률에 이미 존재하고, 실질과세원칙은 그 요건이 충족되는 주체를 명의자에서 실질귀속자로 옮기는 데 그친다. 여기서 법률이 정한 과세요건 자체는 조금도 변경되지 않는다.

둘째는 과세요건의 창설이다. 해당 거래유형을 포섭하는 과세요건이 법률에 존재하지 않는 경우이다. 이때에는 실질과세원칙을 적용하여 귀속 주체를 아무리 바꾸더라도 과세가 성립하지 않는다. 과세를 성립시키려면 귀속이 아니라 과세요건 자체를 바꾸어야 하는데, 그것은 해석의 작업이 아니라 입법의 작업이기 때문이다.

두 층위의 차이는 재구성의 정도가 아니라 재구성의 대상에 있다고 할 것이다. 앞의 것은 '누구에게'를 바꾸고, 뒤의 것은 '무엇을'을 바꾸는 것이다.

두 층위를 나란히 놓아 보면 그 차이가 분명하여진다. 명의와 실질이 분리된 재산의 양도가 문제된 사안에서 실질과세원칙이 작동하는 방식은 다음과 같다. 재산이 양도되었다는 사실, 그로부터 양도소득이 발생하였다는 사실, 그 소득이 법률이 정한 과세대상에 해당한다는 사실은 모두 다투어지지 않는다. 다투어지는 것은 오직 그 소득이 명의자에게 귀속되는가 아니면 실질귀속자에게 귀속되는가이다. 실질과세원칙은 이 물음에 답할 뿐이며, 그 답이 어느 쪽으로 나든 법률이 정한 과세요건은 그대로 남는다.

본건은 이와 다르다. 과세관청의 주장에 따르더라도 본건 거래로 소득을 얻은 자가 D라는 점과 그 소득이 주식의 양도로 발생하였다는 점에는 다툼이 없다. 다투어진 것은 양도된 주식이 무엇인가였다. 과세관청은 K가 발행한 주식이 양도되었다는 사실을 부인하고 G가 발행한 주식이 양도된 것으로 보아야 한다고 주장하였는바, 이는 귀속에 관한 주장이 아니라 과세대상 자체에 관한 주장이라고 보아야 한다.

이러한 구별은 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결에 대한 보충의견의 이해와도 부합하는 것이다. 위 보충의견은 "실질과세의 원칙은 문제가 되는 거래 명의자의 배후에 있는 실질 귀속자가 누구인지를 따지는 것일 뿐, 명의자의 회사법상 법인격까지 부인하는 법리적 토대 위에 서 있는 것이 아니다"라고 하면서, 실질과세원칙이 존재의의를 가지는 것은 오히려 거래 명의자의 법인격까지 부인할 정도에는 이르지 않지만 그 실질적 귀속주체가 따로 있다고 볼 수 있는 경우에 그 실질 주체를 납세의무자로 인정하는 근거를 제공해 주는 데 있다고 밝혔다.[44] 실질과세원칙의 작용이 귀속의 층위에 머문다는 이해가 여기에 담겨 있다고 할 것이다.

나아가 위 보충의견에는 본 연구의 구별과 거의 같은 취지의 판시가 있다. 「국세기본법」 제14조 제3항의 신설에 관하여 "기존의 실질과세원칙이 적용되는 국면을 좀 더 구체화하려 한 것일 뿐 전혀 새로운 과세근거를 창설한 것이라고 볼 것만도 아니다"라고 한 부분이 그것이다.[45] 과

44) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결 중 대법관 박병대의 보충의견.

45) 위 보충의견. 같은 보충의견은 「국세기본법」 제14조 제3항의 신설이 자본의 국제적 이동 과정에서 명목회사를 이용한 조세회피행위를 규제하고자 하는 국제사회의 논의를 배경으로 한 것이라는 점도 밝

세근거의 창설이라는 표현이 실질과세원칙의 한계를 논하는 맥락에서 이미 사용되고 있는 것이다. 다만 위 판결은 구 「지방세법」상 간주취득세가 문제된 사안이므로, 그 판시를 국제조세의 국면에 원용할 때에는 사안의 차이를 염두에 둘 필요가 있다고 하겠다.

다. 구별의 기준

위 두 층위를 가르는 주된 기준은 다음과 같이 정식화될 수 있다. 즉 실질과세원칙을 적용한 결과 변경되는 것이 과세요건의 귀속 주체인가, 아니면 과세요건을 구성하는 요소 그 자체인가가 그것이다. 전자라면 귀속의 재구성이고, 후자라면 과세요건의 창설이라 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 과세요건의 구성요소로는 납세의무자・과세물건・과세표준・세율의 네 가지가 열거되는데, 이 중 납세의무자는 나머지 셋과 그 성질을 달리한다. 납세의무자를 정하는 작업은 곧 귀속을 정하는 작업이므로, 법률이 정한 귀속의 기준을 사실관계에 적용하여 실질귀속자를 가리는 것은 과세요건의 변경이 아니라 그 적용에 해당하기 때문이다. 실질과세원칙이 작동할 수 있는 자리가 바로 여기이며, 「국세기본법」 제14조 제1항이 과세대상의 귀속이 명의뿐인 경우를 정면으로 규율하고 있는 것도 이러한 이해와 부합한다고 하겠다.

이에 비하여 과세물건과 과세표준 및 세율은 법률이 직접 정하여야 하는 사항이며 사실관계의 적용으로 도출되지 않는다. 어떤 재산의 양도가 과세대상인지, 그 소득을 어떻게 계산하는지, 어떤 세율을 적용하는지는 법률의 규정에서 나올 뿐이다. 따라서 재구성의 결과 위 셋 중 어느 하나가 법률이 정한 것과 달라진다면, 그것은 법률이 정하지 않은 과세요건을 만들어 낸 것이 되어 해석의 영역을 벗어난다고 보아야 한다. 이 구별은 앞에서 본 과세요건법정주의에서 직접 도출된다.

위 기준의 적용을 돕는 두 가지 징표를 덧붙일 수 있다.

첫째 징표는 재구성 후의 귀속 주체가 일의적으로 특정되는가이다. 귀속의 재구성이 문제되는 사안이라면 재구성의 결과 과세요건을 충족하는 주체가 하나로 정하여진다. 실질귀속자를 가리는 작업의 본질이 바로 그것이기 때문이다. 반대로 재구성을 마쳤음에도 누가 납세의무자인지 정하여지지 않는다면, 그것은 애초에 귀속이 다투어진 사안이 아니었다는 징표가 된다고 하겠다.

둘째 징표는 입법자가 유사한 영역에 별도의 근거규정을 둔 전례가 있는가이다. 전례가 있다면 입법자는 그 영역에 해석만으로는 도달할 수 없다고 판단하여 조문을 마련한 것이다. 같은 논거가 통용되는 인접 영역에 조문이 없다면, 그 영역은 해석으로 도달할 수 없는 영역으로 남아 있다고 보아야 할 것이다.

주된 기준과 두 징표는 서로 독립적이다. 재구성의 대상이 귀속 주체임이 분명한 사안에서도 그 주체의 특정이 어려운 경우가 있을 수 있고, 인접 영역에 근거규정이 없더라도 재구성의 대상이 귀속에 머무는 사안이 있을 수 있기 때문이다. 두 징표는 주된 기준의 적용이 다투어질 때 그 판단을 보조하는 데 그친다고 하겠다.

히고 있다.

라. 본건에의 적용

위 기준을 본건에 적용하면 그 결론은 한 방향을 가리키는 것으로 보인다.

먼저 주된 기준에 관하여 본다. 과세관청이 시도한 재구성은 D가 원고에게 K 주식을 양도한 거래를 J가 원고에게 G 주식을 양도한 거래로 바꾸는 것이었다. 여기서 변경된 것은 소득의 귀속 주체가 아니라 양도의 객체 그 자체이다. K 주식과 G 주식은 발행법인을 달리하는 별개의 재산이고, 과세물건이 전자에서 후자로 치환된 것이다. 과세물건은 과세요건의 핵심적 구성요소이므로, 위 재구성은 귀속의 층위를 넘어 과세요건 자체에 미친다고 보아야 한다.

다음으로 첫째 징표에 관하여 본다. 항소심은 각주에서 피고가 양도인을 F로 보아야 한다는 것인지 D로 보아야 한다는 것인지조차 일관되게 주장하지 못하였음을 지적하였다. 위 지적은 흔히 주장의 불성실로 읽히기 쉬우나, 그렇게만 볼 것은 아니다. 다단계 지주구조에서 중간법인들을 모두 도관으로 보아 걷어내고 나면 남는 주체가 여럿이고, 그중 누구를 양도인으로 삼을 것인지를 정할 기준이 일반조항에는 없기 때문이다. 즉 양도인을 특정할 수 없었던 것은 과세관청의 잘못이라기보다 사안의 구조에서 비롯된 필연에 가까우며, 이는 본건이 귀속이 다투어진 사안이 아니었음을 보여주는 것이라 하겠다.

끝으로 둘째 징표에 관하여 본다. 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목이 바로 그 전례에 해당한다. 외형은 주식양도이나 실질은 자산양도인 영역에 과세하기 위하여 입법자는 별도의 조문을 마련하였다. 본건은 같은 논거가 통용되면서도 그 조문의 사정거리 밖에 있는 영역인 것이다.

여기에 한 가지를 덧붙일 수 있다. 과세표준 산정의 국면이 그것이다. 과세관청은 세액을 산정하면서 본건 거래대금 411,081,331달러 전액이 아니라 대여금에 대응하는 부분을 제외한 218,839,470달러만을 양도가액으로 파악하였다. 이는 재구성의 논리를 일관되게 관철하려는 시도였다고 볼 수 있으나, 동시에 일반조항만으로 과세표준의 산정방식까지 결정하여야 하는 상황을 드러내는 것이기도 하다. 과세물건의 치환에 그치지 않고 과세표준의 구성까지 해석으로 정하여야 한다면, 그 작업은 이미 과세요건의 입법적 형성에 해당한다고 보아야 할 것이다. 다만 대상판결은 위 분해방식의 당부에 관하여는 별도로 판단하지 않았으므로, 이는 본 연구의 평가임을 밝혀 둔다.

이상을 종합하면, 본건에서 과세관청이 시도한 재구성은 과세물건의 치환에서 시작하여 과세표준의 산정방식에까지 미치는 것이었다. 변경되는 것이 귀속 주체에 그치지 않고 과세요건의 여러 구성요소에 걸쳐 있다는 사정은, 그 작업이 법률의 적용이 아니라 법률의 형성에 해당함을 보여주는 것이라 하겠다. 대상판결이 실질과세원칙의 일반조항을 근거로 한 과세를 부정한 것은 재구성의 폭이 과도하였기 때문이 아니라, 애초에 실질과세원칙으로는 할 수 없는 종류의 일이 시도되었기 때문이다.

5. 선행연구와의 관계 및 예상되는 반론

가. 선행연구가 설정하여 온 한계 기준

실질과세원칙에 의한 거래 재구성의 한계는 국내 학설에서도 다루어져 왔으며, 그 기준은 대체로 세 계열로 나누어 볼 수 있다.

첫째는 조세회피의 목적과 부당성을 기준으로 삼는 계열이다. 납세자가 선택한 거래형식은 원칙적으로 존중하되 조세회피의 목적으로 거래형식의 선택가능성을 남용한 경우에 한하여 경제적 실질에 의한 재구성을 인정하고, 그 요건을 조세회피 목적과 조세회피 수단인 거래행위 및 세법상 혜택 부여의 부당성으로 정식화하는 견해가 그 대표적인 예이다(송동진・전병욱 2013, 83－92). 둘째는 법문의 가능한 의미를 기준으로 삼는 계열이다. 실질과세원칙의 적용을 사실의 확인, 실질에 따른 사실의 재구성, 과세근거법령의 해석・적용이라는 세 단계로 나눈 다음, 재구성된 실질이 과세근거법령에 규정된 단어의 법적 의미 밖에 있으면 과세할 수 없다고 보는 견해가 여기에 속한다(김의석 2012, 35－37). 셋째는 명문의 부인규정을 요구하는 계열로서, 명시적 근거가 없으면 재구성이 불가능하다는 이른바 법적 실질설의 입장이 이에 해당한다(윤지현 2007, 934－937).

세 계열은 기준을 달리하나 공통점이 있다. 모두 재구성이 얼마나 멀리 나아갔는가, 곧 재구성의 정도 또는 그 정도를 판정하는 척도를 문제 삼고 있다는 점이다. 재구성의 대상이 귀속 주체인가 과세요건의 구성요소인가를 기준으로 삼은 예는 확인되지 않는다.

나. 예상되는 반론

본 연구의 구별에 대하여는, 종래의 논의를 달리 이름 붙인 것에 지나지 않는다는 반론이 제기될 수 있을 것이다.

그러나 두 논의는 묻는 바를 달리한다. 종래의 논의는 재구성이 얼마나 멀리 나아갔는가를 문제 삼으므로 정도의 판단에 의존하게 되고, 사안마다 그 판단을 통제할 척도를 다시 마련하여야 한다. 이에 비하여 본 연구의 구별은 재구성이 무엇을 바꾸었는가를 묻는다. 이는 사안의 구조에서 객관적으로 판정되며 정도의 크고 작음과 무관하게 답이 도출된다.

그 실천적 차이는 본건에서 확인된다. 정도를 기준으로 삼는다면 과세관청의 논리는 오히려 방어가 가능한 것이었다. 다단계 지주구조에서 중간법인 한 겹을 걷어내는 일은 도관회사 부인법리에서 통상적으로 행하여지는 작업이고, 재구성의 폭이 유별나게 크다고 보기는 어렵기 때문이다. 그럼에도 허용되지 않은 이유는 폭이 아니라 대상에 있었다. 걷어낸 것이 명의였다면 허용되었을 것이나, 실제로 바뀐 것은 양도의 객체였던 것이다.

또 하나 예상되는 반론은 이러한 구별이 도관회사 부인 법리와 어떻게 정합하는가이다. 도관법리는 중간법인을 걷어내는 작업이므로 언뜻 객체의 치환에 가까워 보일 수 있기 때문이다. 그

러나 앞에서 본 바와 같이 도관 부인은 소득의 귀속 주체를 명목상 귀속자에서 실질귀속자로 옮기는 데 그치며 무엇이 양도되었는지는 바꾸지 않는다. 도관 법리가 일반조항만으로 작동하여 온 것은 그것이 귀속의 층위에 머물러 있기 때문이고, 본건에서 그 법리가 결론에 이르지 못한 것도 같은 이유에서라고 하겠다.

다만 두 층위의 경계가 언제나 선명한 것은 아니다. 실체를 갖춘 중간지주회사가 존재하면서도 그 상위 법인이 양도한 경우, 혹은 양도 직전에 중간법인을 개재시켜 거래구조를 변경한 경우와 같이 귀속의 변경과 객체의 치환이 겹쳐 나타나는 사안군이 존재할 수 있다. 그러한 경계 사안에서 두 층위가 어떻게 갈리는지는 별도의 검토를 요한다.

6. 양도인 식별의 불능과 심리불속행의 한계

앞에서 본 바와 같이 항소심이 각주에서 지적한 양도인 식별의 불명확성은 부수적인 흠이 아니라 층위 구별의 실증에 해당한다. 실질과세원칙에 의한 재구성이 성립하려면 재구성 후의 법률관계가 특정되어야 하는데, 일반조항은 다단계 구조에서 그 특정을 위한 기준을 제공하지 않기 때문이다. 이는 일반조항의 흠이라기보다 일반조항에 맡길 수 없는 작업을 맡긴 데에서 비롯된 결과라 할 것이다.

한편 대법원이 심리불속행으로 상고를 기각함으로써 본건에 관한 본안 법리는 형성되지 않았다. 심리불속행 기각은 상고이유가 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 제1항 각 호의 사유를 포함하지 않는다는 판단에 그치므로, 그로부터 항소심의 법리가 대법원에 의하여 승인되었다는 결론을 도출할 수는 없다. 세 심급이 일치된 결론에 도달하였다는 사정은 그 결론의 설득력을 뒷받침하는 것이기는 하나, 그것이 곧 대법원 차원의 법리 형성을 의미하는 것은 아니므로 향후 동종 사안에서 하급심이 다른 결론에 이를 가능성은 여전히 남아 있다.

세 심급이 같은 답을 내놓았음에도 법적 불확실성이 해소되지 않은 것인데, 이러한 불확실성은 사법의 영역에서 해소될 성질의 것이 아니다. 대법원이 본안 법리를 형성한다 하더라도 그 법리는 과세할 수 없다는 소극적 확인에 그칠 것이고, 원천지국이 과세권을 어떻게 행사할 것인지에 관한 적극적 규율은 어느 심급에서도 도출될 수 없기 때문이다.

7. 소 결

대상판결은 다음 세 가지를 확인하였다고 정리할 수 있다. 첫째, 외국법인이 발행한 주식의 양도는 그 가치가 국내 자산에서 도출되더라도 구 「법인세법」 제93조의 문언에 포섭되지 않는다. 둘째, 실질과세원칙의 일반조항은 그 포섭의 공백을 메우는 근거가 되지 못하며, 과세를 위하여는 과세의 유형·범위·한계를 구체적으로 설정한 명시적 근거규정이 필요하다. 셋째, 도관

회사 부인 법리는 실체를 갖춘 지주구조를 통한 간접양도에는 미치지 않는다.

위 세 가지 확인은 하나의 이론적 명제로 수렴된다. 실질과세원칙은 법률이 마련한 과세요건의 귀속을 바로잡는 데에는 쓰일 수 있으나 과세요건 자체를 만들어 내는 데에는 쓰일 수 없다는 것이다. 역외 간접거래에 대한 과세는 후자에 속하므로 해석으로는 도달할 수 없고 입법을 기다려야 한다고 할 것이다.

이는 사법이 도달할 수 있는 한계인 동시에 사법이 도달하여야 할 지점이기도 하다. 법원은 과세할 수 없다고 말할 수 있을 뿐 어떻게 과세할 것인지를 정할 수는 없기 때문이다. 대상판결이 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목이라는 기존의 입법 선례를 논거로 삼은 것은 그 선례가 입법의 방향을 이미 보여주고 있다는 점을 시사한 것으로 읽을 수 있을 것이다. 다만 그 방향을 구체적인 제도로 형성하는 일은 입법자의 몫이라 하겠다.

Ⅴ. 결 어

본 연구의 대상판결은 외국법인 사이에서 이루어진 외국법인 발행주식의 양도에 대하여, 그 주식의 가치가 국내 자산에서 도출된다는 사정만으로는 과세할 수 없다고 판단하였다. 세 심급이 같은 결론에 이르렀는바, 그 결론은 다음 세 가지로 요약된다. 본건 거래는 구 「법인세법」 제93조의 문언에 포섭되지 않는다는 것, 실질과세원칙의 일반조항은 그 포섭의 공백을 메우는 근거가 되지 못한다는 것, 그리고 도관회사 부인 법리는 실체를 갖춘 지주구조를 통한 간접양도에는 미치지 않는다는 것이 그것이다.

본 연구에서는 위 세 결론이 하나의 이론적 명제로 수렴한다고 보았다. 실질과세원칙은 법률이 마련한 과세요건의 귀속을 바로잡는 데에는 쓰일 수 있으나 과세요건 자체를 만들어 내는 데에는 쓰일 수 없다는 것이다. 두 작업을 가르는 것은 재구성의 정도가 아니라 재구성의 대상이며, 재구성의 결과 변경되는 것이 귀속 주체인가 아니면 과세요건의 구성요소인가에 따라 그 허용 여부가 갈린다고 하겠다. 본건에서 변경된 것은 양도의 객체였고, 나아가 과세표준의 산정방식까지 함께 바뀌었다. 이는 법률의 적용이 아니라 법률의 형성에 해당한다고 보아야 할 것이다.

이러한 구별은 「국세기본법」 제14조의 조문 구조에서도 확인된다. 같은 조는 귀속과 과세표준의 계산 및 거래의 단계 구성을 각기 다른 항에서 규율하고 있으나, 어느 항도 과세대상 자체를 만들어 내지는 않는다. 다단계 거래의 재구성을 정면으로 규정한 제3항조차 재구성의 결과에 대하여 “이 법 또는 세법을 적용한다”고 정하고 있을 뿐이며, 이는 적용될 세법 규정이 이미 존재할 것을 전제한 것이라고 보아야 한다.

본 연구 대상판결의 의의는 두 방향에서 평가할 수 있다. 우선 조세법률주의와 납세자의 예측가능성이라는 기본가치가 국제조세의 첨예한 국면에서 재확인되었다는 점이다. 다국적 기업집

단이 통상의 사업 목적에서 형성한 지주구조가 그 자체로 부인될 수 없다는 점, 그리고 지주회사의 인적·물적 설비 미비가 곧 도관성을 뜻하지 않는다는 점이 사법적으로 확인된 것은 실무에 상당한 예측가능성을 제공하는 것이라 하겠다.

실무적 함의는 특히 항소심이 제시한 도관회사 판단기준에서 뚜렷하게 드러난다. 자회사 주주총회에서의 의결권 행사, 회계·법률 수수료의 지출, 경영활동에 대한 모니터링, 이사회 결의에 의한 재무제표 승인이 실체 판단의 지표로 열거된 것은 지주회사를 두는 기업집단에 어떠한 운영이 요구되는지를 구체적으로 알려 주는 것이다. 동시에 과세관청으로서는 설비의 부재를 지적하는 것만으로는 도관성을 입증할 수 없다는 점이 확인되었다. 다단계 지주구조에 대한 과세 실무가 어디까지 나아갈 수 있는지에 관하여 하나의 기준선이 그어진 것으로 볼 수 있을 것이다.

다른 한편 대상판결은 사법이 도달할 수 있는 한계를 드러내고 있기도 하다. 법원은 과세할 수 없다고 말할 수 있을 뿐 어떻게 과세할 것인지를 정할 수는 없다. 더욱이 대법원이 심리불속행으로 상고를 기각함으로써 본안 법리마저 형성되지 않았으므로, 동종 사안에서의 불확실성은 그대로 남아 있다. 그러나 그러한 불확실성은 사법의 영역에서 해소될 성질의 것이 아니다. 설령 대법원이 본안 법리를 형성한다 하더라도 그것은 과세할 수 없다는 소극적 확인에 그칠 것이고, 원천지국이 과세권을 어떻게 행사할 것인지에 관한 적극적 규율은 어느 심급에서도 도출될 수 없기 때문이다.

이러한 점에서 대상판결은 하나의 물음을 남기고 있다고 하겠다. 자산의 가치가 특정 국가에 결합되어 있고 그 가치의 이전이 이루어졌음에도 원천지국이 과세하지 못하는 상태를 언제까지 감수할 것인가가 그것이다. 이는 해석론이 답할 수 있는 물음이 아니며, 조세법률주의를 지키는 일과 원천지국의 과세권을 확보하는 일이 양립하기 위해서는 그 접점을 입법에서 찾을 수밖에 없다.

대상판결이 구 「법인세법」 제93조 제7호 나목을 논거로 삼은 것은 이 점에서 시사하는 바가 있다. 외형은 주식양도이나 실질은 자산양도인 영역에 과세하기 위하여 입법자가 별도의 조문을 마련하였다는 사정은, 같은 논거가 통용되는 인접 영역에서도 같은 방식의 대응이 가능함을 보여주는 것이기 때문이다. 다만 그 대응을 구체적인 제도로 형성하는 일은 입법자의 몫이며, 그 설계는 별도의 연구를 요한다고 할 것이다.

끝으로 본 연구가 가지는 한계를 밝혀 둔다. 첫째, 대상판결은 심리불속행으로 확정되어 대법원의 본안 법리가 존재하지 않으므로, 본 연구의 분석은 하급심 판단을 대상으로 한 것이라는 제약을 안고 있다. 둘째, 본 연구가 제시한 층위 구별은 귀속의 변경과 객체의 치환이 뚜렷이 갈리는 사안을 전제로 한 것이며, 두 국면이 겹쳐 나타나는 경계 사안에서 어떻게 작동하는지는 검토하지 못하였다. 셋째, 외국의 대응 입법에 관하여는 대상판결이 인용한 범위에서만 다루었을 뿐 본격적인 비교법적 검토에는 이르지 못하였다. 이들은 모두 후속 과제로 남기기로 한다.

"본 논문은 사단법인 한국세무학회 연구윤리규정을 준수하였음을 확인함."
"The study in this manuscript has been conducted in accordance with the Ethical Guidelines set forth by the Korean Academic Society of Taxation."

[AI 사용 공시] 본 논문 작성 과정에서 생성형 AI를 사용하지 않았음을 확인함.
[AI Disclosure] No generative AI tool was used in the preparation of this manuscript.

[이해상충 공개] 참여 저자 모두는 본 연구와 관련하여 경제적 이해관계 또는 기타 이해상충이 없음을 확인함.
[Conflict of Interest] The authors declare no conflicts of interest associated with this manuscript.

REFERENCES

Kim, Eui-Seok. 2012. “Approach of Application of Substance over Form.” *Seoul Tax Law Review*, Vol.18, No.2 : 7-43. [Printed in Korean]

Kim, Seok-Hwan. 2014. “Taxation of Capital Gains from the Transfer of Shares in Real Estate-Rich Companies by Foreign Corporations - A Case Comment on Supreme Court Decision 2011Du11948, 26 April 2012.” *Hongik Law Review*, Vol.15, No.1 : 1027-1055. [Printed in Korean]

Kim, Si-Cheol. 2022. “The Constitutional Principle of ‘Taxation by Statutory Law’ and Tax Law Interpretation Methodology - Focusing on ‘In dubio contra fiscum’ Interpretation.” *Juris*, Vol.1, No.59 : 493-540. [Printed in Korean]

OECD. 2017. Model Tax Convention on Income and on Capital : Condensed Version 2017. Paris : OECD Publishing.

Oh, Nam-Gyo, and Dong-Keon Lee. 2016. “Conflict and Harmonization between Tax Treaty and Domestic Laws.” *Journal of IFA*, *Korea*, Vol.32, No.2 : 39-81. [Printed in Korean]

Oh, Young-Shin. 2014. “Extension of the Law by Analogy and Constitutional Review.” *SungKyunKwan Law Review*, Vol.26, No.1 : 1-30. [Printed in Korean]

Platform for Collaboration on Tax. 2020. *The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit*. IMF, OECD, UN and World Bank Group.

Song, Dong-Jin, and Byung-Wook Jeon. 2013. “Principle of Substance Over Form and Recharacterization of Transaction - Regarding the Interpretation of Fundamental Law of National Taxation Art. 14.” *Seoul Tax Law Review*, Vol.19, No.1 : 53-100. [Printed in Korean]

United Nations. 2021. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York : United Nations.

Waerzeggers, Christophe, and Cory Hillier. 2016. *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR) - Ensuring That a GAAR Achieves Its Purpose*. Tax Law IMF Technical Note 2016/1. IMF Legal Department.

Yoo, Ho-Rim. 2017. “A Study on the Taxation Cases of Offshore Indirect Equity Transfer in China - Focusing on the Judgment (2013) Pu Xing Chu Zi No. 00007.” *Journal of Tax Studies*, Vol.17, No.4 : 29-60. [Printed in Korean]

Yoon, Ji-Hyun. 2007. “On Doctrine of Substance over Form and Simulation.” *Chung-Ang Law Review*, Vol.9, No.2 : 909-941. [Printed in Korean]

국내 참고문헌

김석환. 2014. “외국법인의 부동산과다보유법인 주식 양도차익의 과세 － 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011두11948 판결 평석”. 홍익법학 제15권 제1호 : 1027－1055.

김시철. 2022. “헌법상 조세법률주의와 세법의 해석방법론 － ‘의심스러운 경우 납세자의 이익으로’의 해석방법론을 중심으로”. 사법 제1권 제59호 : 493－540.

김의석. 2012. “실질과세원칙의 적용에 관한 접근방식”. 조세법연구 제18권 제2호 : 7－43.

송동진 · 전병욱. 2013. “실질과세원칙과 거래의 재구성 － 국세기본법 제14조의 해석론을 중심으로”. 조세법연구 제19권 제1호 : 53－100.

오남교 · 이동건. 2016. “조세조약과 국내법의 충돌과 조화”. 조세학술논집 제32집 제2호 : 39－81.

오영신. 2014. “법률의 유추적용에 대한 위헌심사”. 성균관법학 제26권 제1호 : 1－30.

유호림. 2017. “중국의 역외지분양도 과세사례에 관한 연구 － (2013)蒲行初字第00007號 판례를 중심으로”. 조세연구 제17권 제4집 : 29－60.

윤지현. 2007. “實質課稅의 原則과 假裝行爲에 관한 考察 －判例를 중심으로－”. 중앙법학 제9집 제2호 : 909－941.

광주고등법원. 2025. 12. 10. 선고. (제주)2025누1053 판결.

대법원. 2001. 8. 21. 선고. 2000두963 판결.

대법원. 2010. 6. 25. 선고. 2007두12514 전원합의체 판결.

대법원. 2012. 1. 19. 선고. 2008두8499 전원합의체 판결.

대법원. 2016. 12. 15. 선고. 2015두2611 판결.

대법원. 2026. 4. 2. 선고. 2026두30033 판결.

제주지방법원. 2024. 12. 17. 선고. 2023구합5879 판결.