

세무와회계저널
제13권 제1호 2012년 3월 pp.453~478
한국세무학회

복합금융상품 거래를 이용한 조세회피 방지에 관한 연구*

심충진** · 김유찬***

<요 약>

본 연구에서 연구자는 복합금융상품을 통한 조세회피와 관련된 쟁점사항을 검토하고 복합금융상품을 통한 조세회피를 구분하는 기준을 제시하고자 한다. 본 연구의 주된 쟁점은 우선 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에서 규정하고 있는 「투자성」을 충족하지 못할 경우 파생상품의 과세여부이다. 다음으로 거래관계의 경제적 실질이 단계거래의 원칙을 충족할 경우 복합금융상품을 하나의 거래로 보아 과세할 수 있는지의 여부이다. 세 번째로는 계약시점에 장외파생상품 거래의 미래현금흐름을 예측할 수 있는 경우 파생상품 거래의 이익에 대한 과세여부이며, 마지막으로 환매조건부 매매규정 및 도판이론을 통한 과세가 가능한지에 대한 것이다.

「투자성」이 없는 파생상품은 실질적으로 확정적 수익을 얻는 일반금융상품과 같이 취급되어 과세하여야 한다. 다음으로 단계거래원칙상 요건을 충족하는 복합금융상품에 대해서는 실질적으로 하나의 거래로 볼 수 있을 것이다. 장외 파생상품 거래 중 계약시점에 미래현금흐름을 예측할 수 있고 만기시점의 원화금액이 계약시점의 원화금액보다 큰 경우 과세대상이 되어야 할 것이다.

<주제어> 복합금융상품, 파생상품, 단계거래, 미래현금흐름

* 본 연구는 2011년도 건국대학교 학술진흥연구비 지원에 의한 논문이며, 2011년 추계 학술심포지엄 발표논문을 수정·보완한 것이다. 좋은 논문으로 발전될 수 있도록 심사하여 주신 심사위원님들께 감사드립니다.

** 건국대학교 경영대학 부교수, chjshim@konkuk.ac.kr, 02-2049-6049, 주저자

*** 홍익대학교 경영대학 교수, 99yckim@hongik.ac.kr, 02-320-1708, 교신저자

논문접수일 2011년 11월

1차수정일 2012년 2월

게재확정일 2012년 3월

I. 서 론

기업은 일반적으로 자본비용 등 비조세비용(non-tax costs) 뿐만 아니라 세금부담 등 조세비용(tax costs)을 모두 낮추는 의사결정을 한다. 조세비용은 직접적으로 현금의 유출을 수반하기 때문에 경영자 입장에서 보면 부담이 아닐 수 없다. 투자자들은 비조세비용(non-tax costs)에 의해 불이익을 받는 경우가 거의 없으므로 가능한 한 조세비용(tax costs)을 낮출 수 있는 투자처에 투자하려는 경향이 있다. 이에 금융기관은 금융상품을 개발함에 있어 개인소득자들의 세부담을 낮출 수 있는 금융상품 개발에 심혈을 기울이고 있다. 특히 현행 소득세법의 비과세 규정을 이용한 파생상품을 이용한 금융상품 개발에 초점을 맞추고 있다.

최근 금융기관에서 판매한 비과세 대상인 파생상품과 과세대상인 일반금융상품을 결합한 상품(이하 ‘복합 금융상품’이라 한다)을 살펴보면, 이는 과세대상인 일반금융상품과 비과세대상인 파생상품을 하나의 상품으로 묶어 판매한 것으로 실질적으로는 고객에게 확정적인 이자소득을 지급하면서 형식적으로는 파생상품 거래를 이용한 것이다. 이러한 복합 금융상품 거래는 비과세 대상인 파생상품을 포함시킴으로써 궁극적으로 조세회피를 하게 되었다.

위에서 언급한 복합 금융상품과 관련하여 최근 대법원(2010두3961)에서 확정판결된 내용에 따르면, 이자소득에 대해 유형적 포괄주의를 채택하고 있어도 선물환거래에서 발생된 이익에 대해 과세하는 것은 조세법률주의의 원칙에 비추어 허용할 수 없다고 판시하였다. 본 판결과 관련된 복합 금융상품 거래의 문제점은 실질과세원칙을 적용하기 위해서는 해당 법률에서 명확히 해야 한다는 것과, 현행 법률 하에서는 동 사건과 같이 복합 금융상품의 경우 유형적 포괄주의에 의하여 선물환거래에 대해 과세를 할 수 없다는 것이다. 대법원의 판결을 보면 유형적 포괄주의를 채택하고 있어도 구체적으로 해당 법률에서 과세대상을 규정하고 있지 않으면 복합 금융상품거래 중 파생상품거래에 해당되는 선물환거래의 이익에 대해 과세할 수 없다는 것이다. 본 사건은 선도거래를 통해 선물환거래를 함으로써 계약당시 미래의 현금흐름을 정확히 예측할 수 있고, 일반적인 선물환거래의 투기성도 충족하지 못하고 있다. 특히, 복합 금융상품을 하나의 거래로 볼 수 있는 여지도 있기 때문에 실질적으로는 선물환거래에 대한 이익에 대해 과세되어야 함에도 불구하고 법률의 미비에 의해 과세되지 못한 경우라 할 수 있다.

본 연구의 목적은 첫째, 복합 금융상품을 이용한 조세회피의 쟁점사항에 대해 검토하고 둘째, 복합 금융상품을 이용한 부당한 조세회피를 방지하기 위한 대안을 제시하는 데 있다.

본 연구의 구성은 I 장 서론에 이어 II 장에서는 선행연구를 검토하고 본 연구의 차이점을 기술한다. III 장에서는 금융상품의 구분과 파생상품의 이해를 위해 파생상품에 대해 기술한다. IV 장에서는 국내·외 파생상품에 대한 과세 규정 및 시사점에 대해 기술하고 V 장에서는 파생상품을 이용한 조세회피 행위와 주요 쟁점사항을 기술한다. VI 장에서는 복합 금융상품을 이용한 조세회피 방지를 위한 대안을 제시하며, VII 장에서는 결론 및 한계점을 기술한다.

II. 선행연구 검토

백제흙(2011)은 엔화스왑예금거래에 대한 판결에 따른 쟁점에 대하여 쟁점의 논의와 함께 소득세법 이자소득의 범위와 유형별 포괄주의 조항의 도입에 대하여 기술하였다. 엔화스왑예금거래에 대한 이자소득범위에 대해 소득세법 시행령의 범위를 벗어나는 환매조건부 매매차익을 이자소득으로 보는 것은 조세법률주의를 침해라 주장하였다.

노명호·김동환(2011)은 보험회사의 파생상품 사용 요인과 파생상품사용액을 증가시키는 요인을 연구하였다. 연구결과 파생상품 사용 결정요인으로 자산규모와 외화표시 자산 및 부채가 양(+), 재보험비용이 음(-)의 영향을 미치는 것으로 나타났으며 자산규모, 외화표시 자산 및 부채, 저축성상품 구성비율이 증가할수록 파생상품 사용액이 증가하는 것으로 나타났다. 국내생명보험회사의 파생상품 사용 주요 요인은 외화표시 자산 및 부채로 나타났으며 이는 이자율 및 환율 변동 위험을 헤지하는 용도로 사용되었음을 주장하였다.

임채창·남기석(2011)은 파생상품과 관련한 평가손익 정보가 기업가치와 가치관련성을 가지고 있는지 분석하였다. 분석결과, 파생상품과 관련한 모든 파생상품 평가손익의 상계액은 기업가치와 양(+)의 가치 관련성이 있는 것으로 나타났으며 파생상품 평가손익 중 손익계산서상의 공정가치 평가손익 상계금액은 기업가치와 관련성이 존재하지 않음을 보고하였다. 따라서 파생상품의 회계처리 방법에 따라 기업의 가치관련성에 차이가 존재함을 보고하였다.

박상수(2010)는 국내기업의 파생상품 사용현황과 거래구조상의 특징과 함께 기업의 파생상품의 선택에 영향을 주는 요인을 분석하였다. 분석결과 수출비중, 외화부채비율, 부채비율, 당좌비율, 대주주지분율 기업규모 등이 기업의 파생상품 사용에 영향을 미치는 것으로 나타났으나 수출비중과 외화부채비율은 기업이 장기파생상품을 선택하는데 있어서 추가적인 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

정운오·전병욱(2010)은 최근 늘어나고 있는 납세자와 과세당국 간 마찰의 원인이 금융소득의 분명한 개념적 구분의 부재에 있음을 주장하였으며 이를 해결하는 방안으로서 ‘소득발생 과정에서 투자위험 부담 여부’를 개념적 구분기준으로 사용할 것을 제시하였다.

한병영(2010)은 장외파생상품거래에 대한 규제 필요성을 강조하였으며 금융소비자 보호의 체계를 기술하였다. 최근 금융환경의 변화와 복잡하고 다양한 금융상품에 대한 금융소비자의 보호 당위성 인식과 보호 방안 마련을 주장하였다.

문성훈·이영한(2010)은 현행 증여세법상의 보충적 평가방법상 파생금융상품 관련 규정들의 적용 문제점을 분석하였으며 파생금융상품 관련 평가방법론의 현황, 실무계의 평가방법론의 개황을 살펴보았다. 사례분석을 통하여 현행 세법상 파생금융상품 관련 규정을 이용하여 조세회피 전략이 가능함을 주장하였으며 파생금융상품의 상속 및 증여 이후 소득세 과세 시 이중과세 문제를 지적하였다.

박상수·이아영(2010)은 국내 중소기업에 대해 파생상품 사용현황과 중소기업의 파생상품 선택에 영향을 주는 요인에 대하여 분석하였다. 분석결과 우리나라 중소기업들은 환노출의 규모가 크고 재무레버리지가 높을수록 파생상품 사용을 통한 헷징활동을 활발히 수행하는 것으로 나타났다. 기업규모가 큰 기업들은 규모효과로 파생상품을 더 많이 사용하는 것으로 나타났다.

홍범교·김태정(2010)은 파생상품의 거래 및 소득에 대한 적절한 과세의 필요성을 주장하였으며 외국의 파생상품 과세 현황을 기술하였다. 소득의 과세에 대한 조세원칙 실현과 조세평등의 실현, 조세회피를 방지하기 위하여 파생상품에 대한 과세를 주장하였다.

라기레·김정교·서지성(2009)은 위험회피수단으로 통화파생상품을 최초로 사용하는 기업에 대해 통화파생상품의 사용이 기업의 위험에 어떠한 영향을 미치는지 분석하였다. 연구결과 기업이 위험을 감소시키기 위하여 파생상품을 사용함을 보고하였으며 파생상품 보유규모는 헤징유인과의 상포작용을 통해 기업위험을 감소시키는 효과를 가지고 있음을 보고하였다. 파생상품 착수의 결정요인은 기업의 헤징유인과 관련이 있음을 주장하였다.

신광복·남기석(2009)은 KIKO의 평가손실에 대한 문제점을 지적하였으며 파생상품거래 관련 정보에 대한 적시 제공 방안을 제시하였다. 거래 계약 시 수시공시 제공, 수시공시의 내용에 대한 양식으로 정보의 양과 범위 통제, 은행 간의 정보공유를 위한 전자 정보시스템체계의 마련 등을 제안하였다.

최성근(2008)은 국제기본법 제14조 제3항(조세목적상 부당한 단계거래로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질내용에 따라 하나의 거래로 과세한다)이 취하고 있는 규제방식의 의의와 본 규정의 요건인 부당한 단계거래의 판단기준을 검토하였다.

신호영·김정훈(2007)은 파생상품 관련 정보의 공시가 의무화된 1999년부터 2004년까지 파생상품 사용을 공시한 국내 기업을 대상으로 기업의 파생상품 사용이 기업가치에 미치는 영향을 분석하였다. 연구결과, 파생상품을 통하여 위험을 헷징하는 기업집단이 그렇지 않은 기업집단 보다 Tobin's Q가 높은 것으로 나타났다.

오 윤(2005)은 개인 투자자의 복합파생상품거래에 따른 소득과세를 위해 소득의 종류를 구분하는데 있어 복합거래를 이루는 각 거래를 통합하는 방법에 대해 논의하였으며 특히 포괄주의적인 규정을 적용하기 위하여 전체거래를 하나로 통합하는 것이 타당한지에 대해 분석하였다. 결론으로 복합파생상품거래를 하나의 거래로 통합하여 보거나 경제적 실질에 따라 재규정하기 위해서는 적절한 입법적 조치 필요성을 강조하였다.

국내 선행연구에서는 최근 파생상품 거래의 이익에 대해 과세여부 및 거래세 부과에 초점이 맞추어져 있으며 대법원 판례의 법리공방에 대한 연구는 많이 이루어졌다. 본 연구는 선행연구와 달리 복합 금융상품에 대한 조세회피를 방지하기 위한 쟁점사항을 검토하고 복합 금융상품에 대한 조세회피에 해당되는 요건을 제시함으로써 실질과세원칙의 강화와 조세의 중립성을 유도하고 향후 세법 개정 시 참고자료로 사용할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 금융상품의 구분과 파생상품의 이해

자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자금법’이라 한다)에 의하면 금융상품을 다음과 같이 구분하고 있다.

1. 금융투자상품의 개념과 특징

‘금융투자상품’이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정(特定) 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 ‘금전 등’이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 ‘투자성’이라 한다)이 있는 것을 말한다(『자금법』 제3조)¹⁾. 즉, 금융투자상품의 특징 중의 하나인 손실이 발생할 수 있는 투자성의 개념을 충족하고 있어야 한다. 만약 원금손실이 없는 파생상품거래나 원금보장형 또는 일정수익이 약정되어 있는 파생상품거래는 금융투자상품으로 볼 수 없을 것이다.

2. 금융투자상품의 구분

가. 증권

‘증권’이란 내국인 또는 외국인이 발행한 금융투자상품으로서 투자자가 취득과 동시에 지급한 금전 등 외에 어떠한 명목으로든지 추가로 지급의무(투자자가 기초자산에 대한 매매를 성립시킬 수 있는 권리를 행사하게 됨으로써 부담하게 되는 지급의무를 제외한다)를 부담하지 아니하는 것을 말한다.

증권에는 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권예탁증권이 있다. 이 때 ‘파생결합증권’이란 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 지급금액 또는 회수금액이 결정되는 권리가 표시된 것을 말한다.

1) 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한다.

1. 원화로 표시된 양도성 예금증서
2. 수탁자에게 신탁재산의 처분 권한(『신탁법』 제42조 및 제43조에 따른 처분 권한을 제외한다)이 부여되지 아니한 신탁(이하 ‘관리신탁’이라 한다)의 수익권

나. 파생상품

‘파생상품’이란 다음의 어느 하나에 해당하는 계약상의 권리를 말한다.

- ① 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약
- ② 당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약
- ③ 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 교환할 것을 약정하는 계약

이 때 ‘기초자산’이란 다음의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

- ① 금융투자상품
- ② 통화(외국의 통화를 포함한다)
- ③ 일반상품(농산물·축산물·수산물·임산물·광산물·에너지에 속하는 물품 및 이 물품을 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품, 그 밖에 이와 유사한 것을 말한다)
- ④ 신용위험(당사자 또는 제삼자의 신용등급의 변동, 파산 또는 채무재조정 등으로 인한 신용의 변동을 말한다)
- ⑤ 그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것

다. K-IFRS 제1039호의 파생상품 정의

K-IFRS(한국채택 국제회계기준) 제1039호에서 정의하고 있는 파생상품의 내용은 다음과 같다. 파생상품은 이 기준서의 적용범위에 해당하면서 다음의 세 가지 특성을 모두 가진 금융상품이나 기타계약을 말한다.

- ① 기초변수의 변동에 따라 가치가 변동한다. 기초변수는 이자율, 금융상품가격, 일반상품가격, 환율, 가격 또는 비율의 지수, 신용등급이나 신용지수 또는 기타 변수를 말한다. 다만, 비금융변수의 경우에는 계약의 당사자에게 특정되지 아니하여야 한다.
- ② 최초 계약시 순투자금액이 필요하지 않거나 시장요소의 변동에 유사한 영향을 받을 것으로 기대되는 다른 유형의 계약보다 적은 순투자금액이 필요하다.
- ③ 미래에 결제된다.

3. 파생상품의 종류

가. 장내파생상품

‘장내파생상품’이란 파생상품으로서 파생상품시장에서 거래되는 것 또는 해외 파생상품시장(파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장과 대통령령으로 정하는 해외 파생상품거래가 이루어지는 시장을 말한다)에서 거래되는 것을 말한다.

나. 장외파생상품

‘장외파생상품’이란 파생상품으로서 장내파생상품이 아닌 것을 말한다.

4. 파생상품 거래의 목적

파생상품 거래의 목적은 다음과 같다.

가. 위험 관리 목적

파생상품에서 발생하는 수익은 기초자산의 가격에 따라 결정되기 때문에 파생상품의 가격 또한 기초자산의 가격과 밀접한 관련을 갖는다. 파생상품은 기초자산의 투자에서 발생하는 위험을 관리하기 위한 효과적인 수단이 될 수 있다.²⁾

나. 투기 목적(레버리지 기능)

현물시장과 달리 파생상품은 기초 투자금액(증거금 등)보다 많은 투자를 할 수 있기 때문에 투기목적으로 이용된다.

다. 차익거래 목적

차익거래(arbitrage)란 미래의 수익이 같은 증권 또는 포트폴리오가 서로 다른 가격에 거래될 때 이러한 가격차이를 이용하여 이익을 얻으려는 투자전략이다. 차익거래의 특징은 자기자금을 투입하지 않을 뿐만 아니라 위험도 부담하지 않는다는 점이다.³⁾

2) 조재호 등(2009, p.18)

3) 조재호 등(2009, p.18)

IV. 국·내외 파생상품에 대한 과세 규정 및 시사점

1. 우리나라

소득세법 제12조(비과세)에서 현행 파생상품에 대해서는 비과세대상으로 규정되어 있지 않고 있으며, 소득세법상 이자소득이나 배당소득의 범위에 대해 구체적으로 열거되어 있지 않다.

가. 포괄위임 규정

우리나라는 현재 소득세법에서 금융소득에 대해 원칙적으로 열거주의를 채택하고 있으나 소득세법 제16조(이자소득) 제1항 제12호 및 제17조(배당소득) 제1항 제9호에서는 구체적으로 열거되어 있는 금융소득과 유사한 금융소득에 대해 과세할 수 있도록 포괄위임 규정을 두고 있다.

나. 상장지수집합투자기구로부터의 이익에 대한 과세

국내 또는 국외에서 받는 대통령령을 정하는 집합투자기구로부터의 이익은 소득세법 제17조(배당소득) 제1항 제5호에서 과세대상에 포함시키고 있다. 구체적으로는 「자금법」에 의한 집합투자기구이면서 해당 집합투자기구의 설정일부터 매년 1회 이상 결산·분배할 것을 요구하고 있다. 「자금법」에 따라 상장지수집합투자기구가 지수 구성종목을 교체하거나 파생상품에 투자함에 따라 계산되는 이익은 과세대상이 된다. 그러나 증권시장에 상장된 증권을 대상으로 하는 장내파생상품과 「자금법」에 의한 장내파생상품의 거래나 평가로 발생한 손익은 과세대상에 포함하지 않고 있다(영 26의2 제4항).

다. 주가연계 상품 등에 대한 수익분배금에 대한 과세

포괄위임규정의 내용을 구체화한 소득세법시행령 제26조의 3에서는 다음 중 어느 하나에 해당하는 증권 또는 증서로부터 발생하는 수익의 분배금은 배당소득으로 보고 있다. 파생상품 거래 중 배당소득에 포함될 수 있는 범위를 명확히 하고 있다.

- ① 증권시장 또는 이와 유사한 시장으로서 외국에 있는 시장에서 매매거래되는 특정 주권의 가격이나 주가지수의 수치의 변동과 연계하여 주권 또는 금전(그 주권·증권 또는 증서의 가치에 상당하는 금전을 말한다)의 지급청구권을 표시하는 증권 또는 증서
- ② 위 '①'항의 증권 또는 증서 외에 다음의 어느 하나에 해당하는 것의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 이익을 얻거나 손실을 회피하기 위한 계약상의 권리를 나타내는 증권 또는 증서(당사자 일방의 의사표시에 따라 증권시장 또는 이와 유사한 시장으로서 외국에 있는 시장에서 매매거래되는 특정 주권의 가격이나 주가지수의 수치의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 주권의 매매나 금전을 수수하는 거래를 성립시킬 수

있는 권리를 표시하는 증권 또는 증서는 제외한다)

- (1) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제4조에 따른 증권의 가격·이자율 또는 이를 기초로 하는 지수의 수치
- (2) 증권의 성질을 갖춘 것으로서 증권시장과 유사한 시장으로서 외국에 있는 시장에서 거래되는 것, 통화, 농산물·축산물·수산물·임산물·광산물·에너지에 속하는 물품 및 이 물품을 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품, 그 밖에 이들과 유사한 것으로서 기획재정부령으로 정하는 것의 가격·이자율 또는 이를 기초로 하는 지수의 수치 또는 지표
- (3) 신용위험(당사자 또는 제3자의 신용등급의 변동·파산 또는 채무재조정 등을 말한다)의 지표

위의 내용에 의하면 장내파생상품의 거래나 평가로 발생한 손익은 배당소득으로 과세되지 아니한다. 이는 장내파생상품에 대한 비과세기준을 계속해서 준용하는 것으로 해석된다. 장내파생상품에 대한 손익은 시장에 의해 결정되므로 「자금법」에서 규정하고 있는 ‘투자성’의 요건을 충족하고 있다고 본다.

2. 미 국

가. 미국의 위장매매(wash sales) 규정

(1) 일반 원칙

위장매매 규정은 납세자가 주식이나 증권의 처분 또는 판매를 통해 손실이 발생하였을 때 해당 주식이나 증권의 처분 또는 손실일 전후 30일 이내에 매도된 해당 주식이나 증권과 실질적으로 거의 유사한 주식이나 증권을 매입하는 경우, 해당 주식이나 증권의 매도에서 발생한 손실은 납세자가 주식이나 증권을 판매하는 자가 아니면 손실을 공제하지 아니하는 제도이다.⁴⁾ 이는 실질적으로 유사한 주식이나 증권을 유지하면서 추가적으로 손실금액 공제를 통한 조세회피 행위를 방지하는데 있다.

(2) 시사점

처분손실이 발생한 주식이나 증권과 유사한 주식이나 증권을 처분일 전후 30일 이내에 취득할 경우 조세 처분손실에 대한 조세회피를 방지하기 위해 처분손실에 대한 공제를 하지 않는다. 조세회피의 범위를 넓게 해석하는 것으로 이해된다.

나. 헤징거래에 대한 규정

미국은 헤징거래를 포함하고 있을 때 헤징대상 거래와 헤징거래를 별도로 취급해야 하는지

4) IRC §1091(a) Disallowance of loss deduction

아니면 하나의 거래로 보아야 하는지에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.⁵⁾

(1) 일반 원칙

거래의 일부분이 988조(hedging transactions)의 헤징거래를 포함하고 있다면 전체거래를 통합해야 하며 하나의 거래로 취급해야 한다. 그렇지 않다면 본 조문의 목적과 일치되도록 취급해야 한다. 어떤 거래가 988조에 해당되는 거래인지를 결정할 때 해당 거래가 988조의 적용을 받지 않는다면 475조(Mark to market accounting method for dealers in securities)나 1256조(contracts marked to market)의 시장가치를 적용하는 것에 대한 여부는 고려할 필요가 없으며 475조, 1092조(Straddles) 및 1256조(contracts marked to market)는 988조를 적용할 필요가 없다.

(2) 헤징거래의 범위

전체거래를 하나의 거래로 볼 수 있는 헤징거래의 범위는 다음과 같다.⁶⁾

첫째, 납세자가 (1) 보유 중이거나 보유할 자산(property)에 대하여 통화의 변동성 위험을 관리하기 위해 또는 (2) 차입(borrowings)거래나 발생 또는 계약의무(obligations)의 거래나 발생에 대한 통화의 변동성 위험을 관리하기 위해 헤징거래를 해야 한다. 둘째, 해당 거래가 988조의 헤징거래로서 국세청이나 납세자가 확인해야 한다.

(3) 시사점

미국세법은 헤징거래를 포함하는 거래를 통합하여 하나의 거래로 간주하고 있다. 헤징거래에서 발생하는 손익은 자본손익이 아닌 경상손익에 해당된다. 자본이득에 대한 세제가 경상손익에 대한 세제보다 유리하지만, 손실이 발생될 경우에는 헤징거래의 손실을 경상손실로 인정함으로써 납세자에게 자본이득과세⁷⁾ 보다 유리하게 된다.

5) IRC §988 hedging transactions

6) (2) 988 hedging transaction

For purposes of paragraph (1), the term '988 hedging transaction' means any transaction—

(A) entered into by the taxpayer primarily—

(i) to manage risk of currency fluctuations with respect to property which is held or to be held by the taxpayer, or

(ii) to manage risk of currency fluctuations with respect to borrowings made or to be made, or obligations incurred or to be incurred, by the taxpayer, and

(B) identified by the Secretary or the taxpayer as being a 988 hedging transaction.

7) 법인의 경우에는 자본손실은 자본이득의 범위 내에서 공제가능하지만, 미공제된 손실부분은 경상소득에서 공제되지 않는다. In the case of a corporation, losses from sales or exchanges of capital assets shall be allowed only to the extent of gains from such sales or exchanges. (IRC §1211(a))

3. 일 본

가. 잡소득으로의 구분

잡소득은 기타 각종소득 어디에도 해당하지 않은 소득을 말한다(소득세법 제26조 제1항). 상품선물거래, 유가증권선물거래, 금융선물거래에 대해서는 잡소득으로 과세된다.

개인이 국내 상품거래소에서 행한 상품선물거래의 결제에 대한 연간 손익을 통산하여 이익이 발생한 경우에는 그 결재를 행한 날이 속한 해의 소득에 합산하지 않고 신고분리과세에 의해 과세되며 분리과세 세율은 20%(소득세 15%, 주민세 5%)이다.

나. 시사점

일본은 선물거래에 대해 잡소득으로 분리과세하고 있으므로 특별히 파생상품을 이용한 조세회피 문제는 발생할 여지가 낮다.

V. 파생상품을 이용한 조세회피 행위와 주요 쟁점사항

1. 조세회피 행위

가. 복합 금융상품의 개발

금융기관은 복합 금융상품의 개발을 통해 조세를 회피하고 있다. 이는 과세대상인 일반금융상품과 비과세 대상인 파생상품을 함께 묶어 고객에게 금융상품을 판매하는 것을 말한다. 이는 금융기관이 과세대상이 되는 일반 금융상품만을 판매할 경우 고객 예치에 어려움이 있기 때문에 경쟁력 우위를 확보하기 위해 비과세 상품인 파생상품을 포함시키게 되었다. 파생상품 중 장내파생상품만을 대상으로 상품을 판매할 경우 파생상품의 특징 중 투자성(위험성)으로 인하여 투자자의 원금이 보장되지 않는 문제점이 발생된다. 따라서 금융기관은 가급적 파생상품의 특징인 투자성을 회피하면서 파생상품의 비과세 혜택을 받을 수 있는 장외파생상품 거래를 선호하게 되었다. 특히 예금주와의 선도거래를 통해 파생상품 거래와 관련된 미래 현금흐름을 사전적으로 예측할 수 있고 투자성으로 인한 위험도 회피할 수 있는 복합 금융상품을 개발하였다.

나. 최근 복합 금융상품에 대한 대법원 판례(2010두3961)

원고들은 2002년경부터 2004년경 사이에 주식회사 신한은행과 엔화스왑예금계약이라는 이름으로 원고들이 원화로 엔화를 매입하고 이를 예금하여 연리 0.25% 전후의 확정이자를 지급받고

만기에 원리금을 반환받는 엔화예금(이하 ‘엔화정기예금거래’라 한다)에 가입함과 동시에, 위 예금계약의 만기 또는 해지시에는 엔화예금 원리금을 신한은행에 미리 확정된 환율로 매각하여 원화로 지급받기로 하는 계약(이하 ‘선물환거래’라 한다)을 체결하였다.

엔화정기예금거래와 선물환거래를 함께 가입하는 금융상품을 개발하여 고객에게 세후 실효 수익률에서 일반정기예금보다 유리한 것으로 홍보·판매하였다. 고객들은 자신이 소유하던 원화를 엔화로 바꾸어 신한은행에 예치하고 만기에 예금에 대한 이자는 거의 없으나 계약 체결일 당시에 이미 약정된 선물환율에 의한 선물환매도차익(이하 ‘선물환차익’이라 한다)을 얻게 되므로 결과적으로 확정금리를 지급하는 원화정기예금과 유사하고 소득세법상 선물환매도차익이 비과세되므로 금융소득종합과세를 회피할 수 있었다. 엔/원 선물환시장은 2006년 5월 29일 경까지 우리나라에 존재하지 아니하였으므로 신한은행은 톰슨로이터코리아 주식회사로부터 이 사건 계약 당시 공시되는 만기의 달러/원 스왑포인트(선물환율에서 현물환율을 뺀 금액을 말한다)와 달러/엔 스왑포인트를 제공받아 산정한 달러/원 선물환율을 달러/엔 선물환율로 나눈 엔/원 선물환율(재정선물환율)을 기준으로 약정선물환율을 정하였고, 2002년경부터 2005년경까지 계속 엔/원 스왑포인트는 양(+)의 상태에 있었다.

위의 사례에서 대법원 판결(2010두3961 종합소득세부과처분등취소, 판결선고일 2011.4.28.)에 의하면 납세자가 경제활동을 함에 있어서는 동일한 경제적 목적을 달성하기 위해 여러 가지의 법률관계 중 하나를 선택할 수 있으므로 그것이 과중한 세금의 부담을 회피하기 위한 행위라고 하더라도 가장행위에 해당한다고 볼 특별한 사정이 없는 이상 유효하다고 한다. 특히, 실질과세의 원칙에 의하여 납세의무자의 거래행위를 그 형식에도 불구하고 조세회피행위라고 하여 그 효력을 부인할 수 있으려면 조세법률 중 원칙상 법률에 개별적이고 구체적인 부인규정이 마련되어야 한다.

따라서 현행 대법원 판결에 의해 조세회피행위에 대한 명확한 규정의 필요성이 제기되었다. 신종 복합금융상품의 경우 여러 금융거래가 동일한 경제적 목적을 위해 발생하고 있다. 형식적으로는 여러 개의 금융거래가 발생하지만 실질적으로 보면 하나의 경제적 목적을 달성하기 위해 발생한 하나의 단일거래로 볼 수 있는 신종 복합금융거래에 대해 명확히 법률로 규정함으로써 조세회피행위를 방지하고자 한다.

다. 통화선도거래를 이용한 조세회피

통화선도(foreign exchange forward)는 특정의 통화를 미래 일정시점의 계약시점에서 정한 환율을 적용하여 교환하기로 한 계약을 말한다. 선도거래는 장내거래에 해당되지 않고 장외거래에 해당된다. 선도거래는 선물거래와 달리 다음과 같은 특징이 있어 거래 당사자 간에 조세회피를 할 수 있다.

〈표 1〉 선물거래와 선도거래의 비교

구 분	선물거래	선도거래
① 거래조건	거래방법 및 거래조건 (계약단위, 만기일 등)이 표준화 됨	매매당사자들의 합의에 따라 결정되어 조건이 다양함
② 거래장소	거래소에서 반대매매를 통해 청산 가능	장외에서 당사자들끼리 직접거래
③ 충도청산	자유롭게 반대매매를 통해 청산 가능	상대방이 응하지 않으면 청산이 어려움
④ 신용위험	청산소가 계약이행을 보증, 신용위험이 없음	당사자간의 약속으로 계약불이행 위험 존재
⑤ 일일정산	거래일별로 청산소가 일일정산을 수행	계약 종료일에 단 한번 정산
⑥ 인수도	대부분의 거래가 만기일 전에 반대거래로 종료	대부분의 거래는 만기에 실효인수도함

주) 알기쉬운 증권·파생상품시장 지표 해설, 한국거래소, 2010, p.213

선도거래를 통해 투자자는 계약시점에 선도거래와 관련하여 발생될 수 있는 현금을 확정적으로 예측할 수 있고 선도거래를 통해 파생상품의 「투자성」을 회피할 수 있다. 선도거래는 투자자에게 일반금융상품과 같은 확정된 수익을 제공해 주면서 금융소득에 대한 과세회피를 가능하게 한다. 통화선도거래를 통한 조세회피의 사례를 살펴보면 다음과 같다.

고객은 2011년 7월 1일 금융기관에 외화예금 \$10,000를 연 1%의 이자율로 투자를 하고 외화예금 만기일(2011년 12월 31일)에 금융기관은 외화예금 및 이자를 예금시점에 확정된 선물환율 1,200원/1\$로 선물환매수 계약을 체결할 경우, 환율의 변동과 무관하게 고객은 외화예금을 예치하는 시점에서 확정된 이자를 수령하는 것과 같은 효과를 얻게 된다. 현행 세법규정에 의하면 파생상품거래에 따른 이익은 과세대상이 아니므로 선물환매매 거래에 따른 이익은 비과세를 통해 조세를 회피할 수 있다. 다만, 환율은 2011년 7월 1일 1,000원/1\$, 2011년 12월 31일 1,100원/1\$ 라고 가정한다.

고객이 외화예금에 대한 만기시 수령하는 외화금액은 \$10,050[$10,000 \times (1 + 0.01/2)$]이다. 외화예금에서 발생된 외화이자 55,000원(\$50×1,100원)에 대해서는 소득세가 부과된다. 외화금액과 이자는 통화선도계약에 의하여 1,200원/1\$으로 환전할 수 있다. 즉, 만기시 통화선도계약을 통해 고객이 수령하는 12,060,000원(\$10,050×1,200원/1\$)에 대해서는 소득세가 과세되지 않는다. 이와 같은 복합 금융상품의 거래를 통해 과세대상 이자소득은 55,000원(\$10,000×1%×6/12×1,100원/1\$)이며, 소득세는 7,700원이다. 선도계약을 통해 예금주는 미래의 현금흐름을 예측할 수 있는데, 미래 현금흐름의 예측은 파생상품 거래에 대해서만 예측이 가능하다. 일반금융상품에 대한 이자는 원화예금일 경우 거래시점에 예측이 가능하지만 외화일 경우에는 만기시점의 환율에 의해 결정되므로 계약시점에 미래 현금흐름을 예측할 수 없다.

2. 주요 쟁점 사항

복합 금융상품을 이용하여 조세회피 행위를 할 경우 장외파생상품의 거래는 장내파생상품의 거래와 그 특성이 다르므로 과세측면에서 달리 취급할 필요성이 제기되었다. 특히 선도거래를 이용한 복합 금융상품의 경우 일반 금융상품과 그 실질이 매우 유사하기 때문에 실질과세원칙의 측면에서 볼 때 조세의 중립성을 유지하지 못하는 문제점이 있다. 따라서 다음과 같이 복합 금융상품에서 발생하는 조세회피의 쟁점사항을 살펴보고자 한다.

가. 「자금법」에서 기술하고 있는 「투자성」을 충족하지 못할 경우

위에서 언급한 파생상품 「본래의 특성」중 투자성의 특성을 가지지 못하는 거래도 형식적으로 파생상품 거래를 할 경우 파생상품 거래로 간주할 수 있는지의 문제가 있다. 특히, 투자원본의 손실 발생 가능성이 없는 파생상품거래까지 비과세 대상으로 하는 것이 타당한지 검토해 보아야 한다. 만약 당사자 간의 통화선도계약을 체결하면 통화선도계약시점에 통화선도계약과 관련된 미래 현금을 예측할 수 있고 투자자는 통화선도계약을 통해 얼마든지 확정적인 이득을 얻을 수 있음에도 불구하고 현행 세법 규정에 의해 통화선도계약에 의해 발생하는 이득에 대해 비과세 혜택을 받을 수 있으므로 파생상품의 거래를 통해 조세를 회피할 수 있다. 따라서 파생상품의 특징 중 「투자성」의 요건을 충족하지 못할 경우 파생상품에 대해 비과세 요건을 배제할 필요가 있다.

투자성이 없는 파생상품 거래는 일반금융상품 거래와 같은 경제적 실질을 가지고 있다. 따라서 파생상품 거래의 계약시점에서 평가한 기초자산에 대한 원화금액 보다 만기시점의 원화금액이 높을 경우 이는 투자자에게 일정금액의 수익을 보장해 주는 효과와 같기 때문에 일반금융상품거래와 실질적으로 다를 바가 없음에도 불구하고 비과세 혜택을 받고 있다. 이는 실질과세원칙 및 조세의 중립성 측면에서 문제가 발생된다.

최근 대법원 판례에서 비록 파생상품의 거래가 투자성을 충족하지 않고 있다고 하더라도 파생상품 거래의 손익에 대한 과세여부를 판단할 때, 파생상품 거래의 손익이 금융소득의 대상이 된다고 법률에 규정되어 있지 않기 때문에 과세대상이 될 수 없다고 판시하였다. 따라서 세법규정을 개정할 필요가 있다.

나. 경제적 실질이 단계거래의 원칙(Step Transaction Doctrine)을 충족할 경우

미국 세법상 단계거래 원칙(Step Transaction Doctrine)은 실질과세원칙(substance over form rule)의 변형으로 볼 수 있다. 단계거래 원칙은 형식적으로 여러 단계를 거쳐 조세행위가 발생될 경우 조세행위의 과세여부를 전체적으로 판단하지 않고 각각의 조세행위별로 과세여부를 판단하여 전체 거래가 부적절하게 취급받을 때 단계거래 원칙을 적용할 수 있다. 미국에서 이러한

단계거래원칙은 주로 「부동산 등 재산의 양도」와 「기업구조조정 과정」에 발생하는 기업조직 변경에 대한 과세와 관련하여 적용되고 있다.

단계거래원칙이 적용되기 위해서는 다음의 두 가지 전제조건⁸⁾이 충족되어야 한다.

- ① 거래의 실질이 형식과 달라야 한다.
- ② 실질과 형식의 차이가 조세목적상 남용으로 간주되어야 한다.⁹⁾

이러한 이유 때문에 단계거래이론 하에서 거래의 효과를 부인하는 것이 쉽지 않으며 단계거래 원칙을 적용하기 위해 다음과 같이 세 가지 기준을 제시하고 있다.¹⁰⁾

(1) 거래 단계별 약정의무 기준(Binding Commitment test)

약정의무 기준은 Commissioner v. Gordon¹¹⁾에 의해 제창되었으며, 법정은 특정 당사자들이 각각의 거래를 이행하기 위해 공식적인 의무를 부담하고 있다면 분리된 일련의 거래를 하나의 거래로 묶을 수 있다. 첫 번째 단계의 거래가 발생했을 때 다음 단계 또는 나머지 단계의 거래를 완성시킬 의무가 존재한다면 각각의 단계에서 발생하는 거래는 하나의 거래로 취급받는다 는 것이다.

약정의무 기준이 단계거래 원칙을 적용하는데 충분조건은 될 수 있지만 필요조건은 아니라고 보며 약정의무 기준을 충족하지 못하더라도 단일 단계거래원칙을 적용할 수 있을 것이라고 본다.

(2) 상호의존적 기준(Mutual interdependence test)

각 단계별 거래들이 연속적인 다른 거래 없이 독립적인 경제적 효과를 달성할 수 없는 경우 일련의 거래들은 상호의존적이라고 한다. 즉, 각 거래가 상호의존적이라면 각각의 단계에서 발생하는 법률관계는 의미가 없고 각각의 단계별 거래를 통합하여 하나의 거래로 취급하는 것이다. 이는 각각의 거래단계가 중요한 것이 아니라 각각의 거래는 전체 거래의 일부분으로서만 의미를 가진다.

(3) 최종결과 기준(Intent test, End - Result test)

최종결과 기준은 일련의 거래가 의도된 결과를 얻기 위해 계획시 독립적인 목적을 가지고 있지 않고 밀접한 관련성을 가지는 일련의 사건들을 결합한 것이다. 즉, 일련의 거래들이 의도된 최종결과를 얻기 위해 계획되고 수행될 때 각각의 거래는 하나의 거래로 본다. 특정 단계거래의

8) 최성근(2008, p.168)

9) 세법개정 전 역합병의 경우가 여기에 해당될 수 있다.

10) http://en.wikipedia.org/wiki/Step_transaction_doctrine,
<http://pmstax.com/acqbasic/stepTran.shtml>, 최성근(2008) 등 참조하여 제작성한 것임

11) 이 사건은 단계거래이론을 적용하여 조세회피행위를 부인한 사건이 아니라 구속력 있는 약정이 없었음을 이유로 납세의무자가 주장한 단계거래이론의 적용을 부인한 사건이다(최성근 2008).

의도가 다음 단계의 행위와 밀접하게 관계되어 있다면 법정은 그 거래들을 함께 간주하는 것이다. 이 기준은 상호의존적인 기준이 객관적인 기준인데 비해 보다 주관적인 개별 거래의 의존성과 밀접한 관련이 있다. 거래 착수될 당시 당사자들 사이에서의 의도에 초점을 맞추고 있기 때문이다.

(4) 소결

복합 금융상품에 대해 위 단계거래원칙을 적용할 수 있는지를 검토해 볼 필요가 있다. 단계거래원칙을 적용하기 위해서는 대전제가 되는 두 가지 요건을 충족해야 한다. 첫째는 거래의 실질이 형식과 달라야 하고 다음은 실질과 형식의 차이가 조세목적상 남용으로 간주되어야 한다. 현행 복합 금융상품을 살펴보면, 파생상품 거래를 조세목적상 남용으로 간주할 수는 없다고 본다. 파생상품 거래는 현행 제도 하에서 정상적인 거래로 볼 수 있으며 현행 파생상품 거래의 비과세 규정에 의해 조세를 회피한 것이기 때문에 파생상품거래를 통해 조세회피를 한 것이 조세목적상 남용으로 간주하기에는 한계가 있다. 따라서 복합 금융상품이 미국에서 규정하고 있는 단계거래원칙으로 간주하여 하나의 거래로 볼 수 있다는 논거는 약하다고 판단된다. 단지 미국의 단계거래원칙을 벤치마킹하여 복합 금융상품에 대해 특수한 요건을 충족할 경우 하나의 거래로 간주될 수 있도록 법률에서 명확하게 할 필요가 있다.

다. 계약시점에 장외 파생상품 거래의 미래현금흐름을 예측할 경우

파생상품은 상품의 표준화 여부에 따라 선물거래와 선도거래로 분류할 수도 있으며 거래가 이루어지는 거래소, 즉 시장의 유무에 따라 장내파생상품(Exchange-Traded Derivative)과 장외파생상품(Over-the-Counter Derivative Products)으로 구분할 수 있다. 장내파생상품¹²⁾은 정부가 지정한 특정한 시장에서 거래가 이루어지는 파생상품으로 불특정 거래자 간에 거래가 이루어지므로 파생상품 거래 시점에 미래현금흐름을 예측할 수 없다. 그러나 장외시장(OTC Market)은 장내시장과 달리 규제나 제약이 많은 거래소를 통하지 않고 계약 당사자끼리 자유롭게 거래할 수 있다는 장점이 있지만 거래성사가 힘들고 유동성이 작아 한 번 계약을 맺으면 이를 해지하거나 반대매매를 하기가 쉽지 않다. 금리스왑과 같은 스왑상품과 선도가 대표적인 장외파생상품이다. 따라서 금융기관은 장외파생상품 거래를 통해 복합 금융상품을 쉽게 판매할 수 있기 때문에 현재 장외파생상품이 가지는 한계점을 극복할 수 있다. 복합 금융상품에 포함된 파생상품의 현금흐름이 계약시점에 예측이 가능하고 순현금유입이 예상될 경우 이는 일반적인 금융상품의 투자와 실질적으로 다를 바가 없다. 단지 거래의 형식만 다르고 실질이 같으므로 과세방식에 차이를 두면 오히려 과세의 형평성과 중립성을 위배하는 문제점이 발생된다. 따라서 복합 금융

12) 한국의 한국거래소(KRX), 미국의 시카고 상품거래소(CBOT), 시카고사업거래소(CME), 시카고옵션거래소(CBOE) 등이 해당된다. 선물과 옵션이 대표적인 장내파생상품이다.

상품의 거래 내역이 일반금융상품의 확정적 수익과 같은 실질을 가지고 있다면 과세해야 할 것이다.

사례 1 ...● 선물환거래가 포함된 복합 금융상품의 거래



예를 들어, Y1. 7. 1. 예금주가 \$10,000을 예치하고 이자율은 5%이며, 만기일(Y1.10.1)에 외화이자에 대해 1,100원/1\$에 매도할 수 있는 선물환계약을 특정 은행과 계약할 경우 미래현금흐름은 다음과 같이 예측이 가능하다. 계약시점(Y1. 7. 1)의 현물환율은 1,000원/1\$, 만기일(Y1. 10. 1)의 현물환율은 1,150원/1\$ 이라고 가정한다.

(1) 미래현금흐름(예금주 입장)

① 현금 유출액

계약시점(Y1. 7. 1.)의 투자금액 : (-) $\$10,000 \times 1,000\text{원}/1\$ = 10,000,000\text{원}$

② 현금 유입액 : 총 11,637,500원

현물환계약을 통한 원금 회수 : $\$10,000 \times 1,150\text{원}/1\$ = 11,500,000\text{원}$

외화이자에 대한 선물환계약을 통해 회수될 금액 : $\$500 \times 3/12 \times 1,100\text{원}/1\$ = 137,500\text{원}$

외화이자에 대해 선물환계약을 체결했기 때문에 예금주는 만기시점의 현물환율의 변동과 무관하게 외화이자에 대해 1달러 당 1,100원에 매도할 수 있다.

③ 계약시점에 예측가능한 미래 현금흐름

외화예치금액인 현금 유출액 10,000,000원과 외화이자에 대한 선물환계약을 통해 회수될 금액 137,500원은 예측할 수 있지만, 외화원금에 대한 미래현금흐름은 만기시점까지 예측할 수 없다.

④ 예금주에게 과연 손실이 발생했는가?

예금주 입장에서 보면 외화이자에 대한 선물환계약을 체결할 경우 만기시점의 현물환율이 1,150원/1\$이므로 1\$당 50원씩 손해가 발생된다. 회계학적으로 보면 선물거래평가손실 500,000원은 손익계산서에 인식된다. 개인의 경우 확정된 수익은 평가손익과 상관없이 확정된 현금흐름으로 판단해야 될 것이다. 따라서 비록 회계학적으로 선물거래평가손실이 500,000원 발생했지만 실질적으로 현금의 유출이 발생되지 않기 때문에 금융소득 산정 시 해당 선물거래평가손익을 반영할 필요는 없다고 본다.

(2) 소결

따라서 계약시점에 파생상품 거래와 관련된 외화이자에 대한 미래 현금유입액을 예측할 수

있다면 계약시점에 확정적인 수익을 예측할 수 있는 일반금융상품의 거래와 실질적으로 다를 바 없다.

다음의 <사례 2>와 <사례 3>은 미래 현금흐름을 예측할 수 없는 사례를 예시한 것으로 해당 파생상품을 이용한 금융상품을 개발하더라도 확정적인 미래현금흐름이 예측되지 않기 때문에 현재의 제도 하에서 해당 파생상품에 대한 과세는 어려울 것이다.

사례 2 ...● 금리스왑에 대한 거래



예를 들어, 금리스왑(interest rate swap : IRS)은 두 거래당사자가 만기까지 정해진 시점에서 스왑의 명목원금에 대한 고정이자와 변동이자를 서로 교환하는 계약으로서 고정이자 지급인이 스왑의 매입자 또는 매입포지션(long position)이 되고, 고정이자 수령인이 스왑의 매도자 또는 매도포지션(short position)이 된다. 계약시점에 미래의 현금흐름을 예측할 수 없다.

사례 3 ...● 통화스왑이 포함된 복합 금융상품의 거래



통화스왑(currency swap) 거래는 계약당사자 간 보유 외화자산이나 부채를 서로 필요로 하는 통화로 매매하고 만기에 계약 당시 환율로 원금을 다시 반대 방향으로 매매하는 거래이다(이창복, p.492). 예를 들어, 개인 거주자 갑은 1년 만기 정기예금에 가입하고 만기일에 원화원금과 원화이자를 은행이 보유하고 있는 달러와 통화스왑을 체결한다. 정기예금 만기일에 원화원금과 원화이자 1,050만원이고 달러는 \$10,000이다. 달러에 대한 금리는 3.0%이고 원화에 대한 금리는 4.50%라고 가정한다. 스왑만기는 2년이고 1년에 이자는 두 번 지급되며, 이자계산은 모두 180/365의 기준을 적용한다.¹³⁾ 미래 현금흐름을 예측해 보면 다음과 같다.

매 결제일에 거주자 갑이 지급해야 할 이자는 $\$10,000 \times 3.0\% \times (180/365) = \147.94 이며, 은행이 지급할 이자는 $10,500,000 \text{원} \times 4.50\% \times (180/365) = 233,013 \text{원}$ 이다. 따라서 거주자 갑에게 발생하는 현금흐름은 다음과 같다. 단순한 통화스왑의 거래만으로는 미래 현금흐름을 원화로 예측하기 어렵다. 따라서 통화스왑이 포함된 복합 금융상품의 경우에는 미래 원화현금흐름을 예측하기 어렵다.

〈표 2〉 통화스왑의 현금흐름

계약일	첫 번째, 두 번째, 세 번째 결제일	만기일	
+\$10,000	-\$147.94	-\$147.94	-\$10,000
-₩10,500,000	+₩233,013	+₩233,013	+₩10,500,000

13) 조재호·박종원·조규성(2009)의 교재(p.500) 내용을 재구성한 것임

라. 환매조건부 매매의 규정에 대한 적용 여부

현행 환매조건부 매매차익의 범위(소득세법 제16조 제1항 제9호)에 대한 규정을 보면 그 범위를 ‘채권 또는 증권의 환매조건부 매매차익’으로 제한하고 있어 선도거래에 의한 선물환차익을 적용할 수 없다. 소득세법 시행령 제24조에서 대통령령이 정하는 채권 또는 증권의 환매조건부 매매차익이란, 금융회사 등(「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 금융회사 등과 「법인세법 시행령」 제111조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다. 이하 같다)이 환매기간에 따른 사전약정이율을 적용하여 환매수 또는 환매도하는 조건으로 매매하는 채권 또는 증권의 매매차익을 말한다. 이는 환매조건부 매매차익의 범위를 채권 또는 증권에 한정하고 있다고 보아야 한다. 금융기관이 환매기간을 정하고 사전약정이율을 적용하고 있어 환매조건부 매매차익에 대한 범위를 확정하고 있다.

복합 금융상품의 경우 환매조건부 매매의 성격을 갖추고 있는지가 쟁점사항이 될 수 있다. 현행 환매조건부 매매의 범위에는 「채권 또는 증권」으로 한정하고 있고 「복합 금융상품」에 대해서는 열거되어 있지 않다. 환매조건부 매매의 범위에 복합 금융상품을 포함시킬 수 있는지부터 먼저 검토해 보아야 한다.

(1) 환매조건부 매매의 대상

현행 규정에 의하면 채권 또는 증권이 환매조건부 매매의 대상이 된다. 시행령에서 구체적으로 사전약정이율을 적용하여 환매수 또는 환매도하는 조건으로 매매하는 채권 또는 증권의 매매차익으로 한정하고 있다. 따라서 현행 복합 금융상품에서 발생하는 이익을 환매조건부 매매의 대상으로 볼 수 없다.

일반적으로 매매의 대상이 되기 위해서는 채권, 증권, 상품 등 매매의 대상이 있어야 하며 통화 자체만을 매매의 대상으로 볼 수는 없을 것이다. 「자금법」에서 규정하고 있는 증권의 범위에는 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권예탁증권이 있다. 따라서 현행 복합 금융상품을 이용한 파생상품에 대해 과세하기 위해서는 별도의 세법 규정이 있어야 한다.

(2) 소결

‘파생결합증권’이란 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 지급금액 또는 회수금액이 결정되는 권리가 표시된 것을 말한다. 금융기관이 복합 금융상품을 파생결합증권과 같은 형태로 상품을 판매하더라도 파생결합증권의 특성상 사전약정된 금액을 지급하기는 어렵다. 파생결합증권은 기초자산의 가격·이자율 등의 변동과 연계되어 있기 때문에 사전적으로 확정된 금액을 수수하기란 어렵다고 본다. 따라서 현행 복합 금융상품의 조세회피를 방지하기 위해 환매조건부 매매차익에 대한 과세 규정을 개정하기는 어렵다고 본다.

마. 도관행위에 해당되는지의 여부

(1) 도관행위의 주체

복합 금융상품에서 선도거래에 의한 파생상품의 거래를 하나의 도관행위로 볼 수 있는지에 대해 검토해 보면 다음과 같다. 도관행위의 주체가 될 수 있는 것은 일반적으로 특정실체를 가지고 있어야 한다. 도관이론에 의하면, 특정 실체가 도관으로서의 역할을 하였다면 과세의 주체가 되지 않는다. 예를 들어 투자회사가 투자활동에 있어 배당, 이자, 자본이득을 투자대상으로부터 투자자에게 전달해 주는 역할을 할 경우 투자회사와 투자자들 양측에 세금을 부과함은 부당하다는 것이다.

(2) 소결

도관이론에 의하면 집합투자기구인 투자펀드 및 투자회사는 독립적인 과세주체로 인정되지 않고 단순히 투자자들에게 수익을 분배하기 위한 하나의 도관(conduit)으로서의 역할을 하는 것으로 간주하고 있다. 궁극적으로 소득의 귀착이 누구에게 있는가를 판단할 때 도관이론(conduit theory)을 적용하고 있다. 따라서 현행 복합 금융상품에서 파생상품의 거래에 대해 과세할지의 여부를 판단할 때에는 도관이론을 적용하는 것이 타당하지 않다고 본다. 복합 금융상품거래에서 파생상품의 거래는 법적 실질과 경제적 실질의 관점에서 접근해야 할 것이다.

VI. 복합 금융상품을 이용한 조세회피 방지를 위한 대안

복합 금융상품의 조세회피를 방지하기 위해 다음과 같은 대안을 제시하고자 한다.

1. 파생상품의 특징인 「투자성」이 없는 경우

자금법에서 규정하고 있는 금융투자상품의 범위에는 증권과 파생상품을 포함하고 있으며 해당 금융투자상품은 원본손실의 가능성이 있는 투자성의 특징을 가지고 있어야 한다. 투자성이 없는 증권과 파생상품에 대해 과세할 필요가 있으므로 과세대상인 일반금융상품과 비과세대상인 파생상품을 혼합한 복합 금융상품을 개발하여 판매할 때에도 파생상품 거래에서 손실 발생 가능성이 없는 복합 금융상품에 해당된다면 해당 파생상품에서 발생하는 이익에 대해 과세할 필요가 있다.

2. 복합 금융상품이 실질적으로 단일거래로 간주될 경우

미국의 단계거래 원칙(step transaction test)은 구조조정에서 많이 적용되어 왔다. 복합 금융상품의 경우에도 단계거래 원칙을 벤치마킹하여 다음과 같은 요건이 충족될 경우 복합 금융상품의 거래를 실질적으로 하나의 거래로 보아 과세할 필요가 있다.

- ① 과세대상인 금융상품의 거래는 반드시 장외파생상품의 거래(다만, 스왑, 주가지수, 옵션¹⁴⁾은 제외한다)를 이행해야 하는 의무를 가지고 있어야 한다.
- ② 각 거래는 상호의존적이어야 한다. 즉, 파생상품의 기초자산은 과세대상인 통화, 금리를 대상으로 하여야 한다.
- ③ 복합 금융상품은 계약일 현재 과세대상인 금융상품과 파생상품이 함께 운용되는 금융상품이어야 한다.

3. 계약시점에 장외파생상품 거래의 미래 현금흐름을 예측할 수 있는 경우

일반적으로 장내파생상품의 경우에는 표준화된 거래소 내에서 거래가 이루어지기 때문에 계약시점에 파생상품 거래와 관련하여 미래의 현금흐름을 예측할 수 없다. 그러나 선도거래의 경우에는 양 당사자 간의 거래이므로 사전약정에 의해 파생상품 거래에 대한 미래 현금흐름을 예측할 수 있다. 따라서 다음과 같은 요건이 충족되면 계약시점에 확정된 수익을 얻을 수 있는 일반금융상품과 실질적으로 같기 때문에 파생상품의 거래라 하더라도 과세를 해야 할 것이다.

- ① 일반금융상품과 장외파생상품을 혼합하여 판매하는 금융상품일 것
- ② 계약시점에 장외파생상품의 현금흐름을 예측할 수 있을 것
- ③ 계약시점에 장외파생상품의 기초자산에 대한 원화금액 보다 만기시점의 원화금액이 클 것

구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

위 ‘①’의 요건은 이자소득과 배당소득을 발생시키는 금융상품에 투자함과 동시에 장외파생상품으로는 선도거래(forwards)만을 의미한다. 「자금법」에서 특별히 개인에 대해 파생상품거래를 금지하고 있지는 않다. 그러나 금융기관의 경우 개인을 대상으로 스왑거래(swap)를 내부적으로 금지하고 있는 실정이다.

위 ‘②’의 요건은 계약시점에 장외파생상품의 현금흐름을 예측할 수 있어야 한다. 옵션(option) 거래의 경우는 계약시점에 행사가격은 알 수 있지만 미래의 현물가격을 현재시점에 예측할 수 없기 때문에 해당되지 않는다. 그러나 선도거래 중 선물환거래의 경우는 계약시점에 만기시점의 선도가격을 알 수 있기 때문에 미래현금흐름은 충분히 예측할 수 있다.

14) 옵션은 권리만 존재하기 때문에 의무이행 요건을 충족시킬 수 없다.

이 때 과세소득의 범위를 어떻게 측정할 것인가의 문제가 있다. 현금기준에 의해 과세소득을 결정하는 것이므로 평가손익은 반영되지 못하는 한계점이 있다. 법인의 경우 순자산증가설을 채택하기 때문에 평가의 문제도 중요하지만 개인의 경우에는 소득원천설을 채택하므로 위와 같은 경우 현금기준에 의한 과세소득 측정을 법률로 규정한다면 조세법률주의를 위배하지 않으면서 제도를 개선할 수 있다고 본다.

물론, 위 선물환 거래 이외에도 파생상품을 이용하여 미래 현금흐름을 일정하게 할 수 있는 금융기법은 다양할 것으로 본다. 예를 들어 선물을 이용한 헤지¹⁵⁾나 옵션 차익거래전략¹⁶⁾ 등으로도 미래 현금흐름을 일정하게 할 수는 있다.

4. 조세법률주의의 명확화

포괄위임 규정만으로 복합 금융상품 거래에서 발생하는 파생상품 거래의 이익에 대해 과세할 수는 없다. 복합 금융상품 거래에 대한 과세요건을 명확히 하기 위해 현행 세법을 개정할 필요가 있다. 대법원 판례에서 보듯이 실질과세의 원칙이 적용된다고 하더라도 법률로서 명확하게 규정하지 않을 때에는 과세당국이 자의적으로 세금을 부과할 수 없다. 비록 소득세법에 금융소득에 대한 포괄위임 규정이 있다고 하더라도 세금을 부과하기 위해서는 해당 법률에 구체적인 요건이나 조건이 명시되어야 한다. 실질과세원칙을 실현하기 위해 소득세법에 명확히 규정할 필요가 있다.¹⁷⁾

세법개정은 다음과 같이 두 가지방법을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 소득세법에서 명확하게 과세요건을 명문화한다.

둘째, 소득세법에서는 복합 금융상품 중 대통령령에서 정하는 요건을 충족할 경우로 기술하며 시행령에서 구체적으로 요건을 기술한다.

15) 구체적인 방법은 조재호 등 「선물·옵션·스왑」, pp.113-118 참조

16) 구체적인 방법은 이창복 「파생금융상품과 기초금융자산」, pp.402-408 참조

17) 논문심사 중에 소득세법에 대한 개정(2011.12.31)이 다음과 같이 있었다.

소득세법 제16조 제1항 13호(신설) : 제1호부터 제12호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 소득을 발생시키는 거래 또는 행위와 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제5조에 따른 파생상품(이하 “파생상품”이라 한다)이 대통령령으로 정하는 바에 따라 결합된 경우 해당 파생상품의 거래 또는 행위로부터의 이익

소득세법 제17조 제1항 10호(신설) : 제1호부터 제9호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 소득을 발생시키는 거래 또는 행위와 파생상품이 대통령령으로 정하는 바에 따라 결합된 경우 해당 파생상품의 거래 또는 행위로부터의 이익

VII. 결 론

본 연구의 목적은 최근 금융기관이 판매한 복합 금융상품에 대한 대법원 판결이 확정되므로써 복합 금융상품에 포함된 파생상품에 대한 과세문제의 쟁점을 살펴보고 복합 금융상품을 이용한 조세회피 방지를 위한 대안을 제시하는데 있다.

『자금법』에 의하면 ‘금융투자상품’에는 증권과 파생상품을 포함하고 있으며 ‘금융투자상품’이란 특정 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험 즉, 『투자성』을 가지고 있다. 만약 파생상품이 이러한 『투자성』을 가지지 않고 일반 금융상품과 같이 확정된 수익을 담보할 수 있다. 이는 실질적으로 파생상품이 일반금융상품과 다를 바 없으므로 과세에서도 차이를 둘 필요가 없다. 조세 중립성 측면에서 『투자성』이 없는 파생상품에 대해서는 과세대상에 포함시켜야 할 것이다.

미국의 단계거래 원칙(step transaction test)을 벤치마킹하여 복합 금융상품의 거래를 실질적으로 하나의 거래로 보아 과세할 필요가 있다. 하나의 거래로 간주하기 위해 ① 과세대상인 금융상품의 거래는 반드시 장외파생상품의 거래(다만, 스왑, 주가지수, 옵션은 제외한다)를 이행해야 하는 의무를 가지고 있어야 한다. ② 각 거래는 상호의존적이어야 한다. 즉, 파생상품의 기초자산은 과세대상인 통화, 금리를 대상으로 하여야 한다. ③ 복합 금융상품은 계약일 현재 과세대상인 금융상품과 파생상품이 함께 운용되는 금융상품이어야 한다.

선도거래의 경우에는 양 당사자 간의 거래이므로 사전약정에 의해 파생상품 거래에 대한 미래 현금흐름을 예측할 수 있다. 따라서 ① 일반금융상품과 장외파생상품을 혼합하여 판매하는 금융상품일 것, ② 계약시점에 장외파생상품의 현금흐름을 예측할 수 있을 것, ③ 계약시점에 장외파생상품의 기초자산에 대한 원화금액 보다 만기시점의 원화금액이 클 경우 계약시점에 확정된 수익을 얻을 수 있는 일반금융상품과 실질적으로 같기 때문에 파생상품의 거래라 하더라도 과세를 해야 할 것이다.

포괄위임 규정만으로 복합 금융상품 거래에서 발생되는 파생상품 거래의 이익에 대해 과세할 수는 없다. 대법원 판례에서 보듯이 실질과세의 원칙이 적용된다고 하더라도 법률로서 명확하게 규정하지 않을 때에는 과세당국이 자의적으로 세금을 부과할 수 없다. 따라서 소득세법에서 명확하게 과세요건을 명문화해야 한다. 또는 소득세법에서는 복합 금융상품 중 대통령령에서 정하는 요건을 충족할 경우로 기술하고 시행령에서 구체적으로 요건을 기술하는 방법이다.

복합 금융상품 중 선물환거래를 환매조건부 매매의 규정에 포함시킬 수 있는지를 검토해 보았지만 환매조건부 매매의 대상이 채권 또는 증권에 한정되어 있다. ‘파생결합증권’은 지수 등의 변동과 연계되어 있기 때문에 환매조건부 매매의 대상이 될 수 없다. 그리고 단지 확정적 수익을 얻을 수 있는 선도거래의 경우를 환매조건부 매매의 대상에 포함시킬 수는 없으므로 선도

거래와 관련하여 과세를 할 경우 별도의 법률 규정이 필요하다. 도관이론은 일반적으로 과세대상의 주체를 판단할 때 사용하고 있다. 따라서 복합 금융상품 거래에서 파생상품 거래가 도관행위인지의 여부보다는 법적실질과 경제적 실질의 관점에서 접근해야 할 것이다.

본 연구의 범위는 금융기관과 개인 간의 거래를 대상으로 한정되어 있다. 따라서 향후 연구에서는 개인 이외에 기업 간 복합 금융상품의 거래에 대한 추가적인 연구가 필요하다.

참고문헌

- 노명호 · 김동환. 2011. “생명보험회사의 파생상품사용 결정요인에 관한 연구”. 한국로고스경영학회 2011년 춘계학술대회 및 발표논문집 : 67-81.
- 라기례 · 김정교 · 서지성. 2009. “파생상품이 기업위험에 미치는 영향 : 통화파생상품을 중심으로”. 국제회계연구 제27집 : 247-268.
- 문성훈 · 이영한. 2010. “파생금융상품의 세법상 가치평가에 관한 연구”. 한국회계학회 2010년도 하계 국제학술대회 발표논문집 : 1-37.
- 박상수. 2010. “국내기업의 파생상품 사용특징과 결정요인”. 한국회계학회 학술연구발표회 논문집
- 박상수 · 이아영. 2010. “한국 중소기업의 파생상품 사용현황 및 사용유인”. 회계연구 제15권 제3호 : 201-229.
- 백제흠. 2011. ““엔화스왑예금거래”의 선물환차익과 소득세법상 유형별 포괄주의 이자소득의 범위”. 세무사 제29권 제2호 : 96-101.
- 신광복 · 남기석. 2009. “파생상품거래의 효율적 공시방안 -KIKO거래를 중심으로-”. 한국회계학회 2009년도 하계 국제학술대회 발표논문집 : 1-29.
- 신호영 · 김정훈. 2008. “파생상품의 사용이 기업가치에 미치는 영향에 관한 연구”. 경영교육논총 제52호 : 129-146.
- 오 윤. 2005. “복합파생상품거래에 대한 과세 -차익거래의 소득구분을 중심으로-”. 조세법연구 제11집 제2호 : 233-278.
- 윤종인. 2007. 「원리로 배우는 주가지수 200 선물 · 옵션투자」. 신론사
- 이만우 · 신현걸 · 최창규 · 김현식. 2011. 「고급회계」 제2판. 탐진
- 이창복. 2009. 「파생금융상품과 기초금융자산」. 울곡출판사
- 임채창 · 남기석. 2010. “파생상품 평가손익의 가치 관련성”. 한일경상논집 제50호 : 153-186.
- 정운오 · 전병욱. 2010. “금융소득 과세에 관한 연구 -이자소득과 자본이득의 구분을 중심으로-”. 조세학술논문집 제26집 제2호 : 261-306.
- 조재호 · 박종원 · 조규성. 2009. 「선물 · 옵션 · 스왑」 제1판. 다산출판사
- 최성근. 2008. “단계거래원칙이 실질과세원칙에서 차지하는 지위와 부당한 단계거래의 판단기준”. 조세법연구 제14권 제2호 : 156-183.
- 한국거래소. 2010. 「알기쉬운 증권 · 파생상품시장 지표 해설」. 한국거래소
- 한병영. 2010. “장외파생상품거래에 있어서 금융소비자 보호의 체계”. 기업법연구 제24권 제3호 : 353-392.
- 홍범교 · 김태정. 2010. “파생상품과 과세소득에 대한 연구”. 경영교육저널 제17권 : 71-85.

Hybrid Combined Financial Products and Tax Avoidance

Chung—Jin Shim* · Yu—Chan Kim**

—〈Abstract〉—

In this Study we try to analyze main issues of tax avoidance per Combined Financial Products and suggest some criteria, with them tax avoidance per Combined Financial Products is distinguished. The main issues of the tax avoidance per Combined Financial Products are at first, whether Financial Derivatives are to be taxed or not, if they do not have Investment Character according to the Law of Financial Market and Financial Investment Business. The next one is whether to be taxed as a unit trade or not, if the economic substance meets Step Transaction Doctrine. At third whether trade profit of Financial Derivatives must be taxed, if we know the value of Future Cash Flows of Over the Counter Trade of Financial Derivatives at the contract conclusion. And lastly whether we can tax them via Regulation of Repurchase Conditioned Trade and Conduit Theory.

Our conclusions in this Study are at first Financial Derivatives without Investment Character have to be taxed, because they are practically same as normal Financial Products with confirmed profit. Secondly, we suggest some Preconditions of Combined Financial Products and on those bases we can treat them as a unit trade through Benchmarking of Step Transaction Doctrine.

Tade profit of Financial Derivatives must be taxed, if we know the value of Future Cash Flows of Over the Counter Trade of Financial Derivatives at contract conclusion and the value at the expiration date is higher than that of at the conclusion date.

〈Key words〉 Combined Financial Products, Financial Derivatives, Step Transaction Doctrine, Future Cash Flows

* Associate Professor, School of Business, Konkuk University

** Professor, Business Administration Department, Hongik University