

June 27, 2024

## 국내주식을 기초자산으로 하는 총수익스왑(Total Return Swap) 계약에 따라 외국투자자에게 지급하는 배당금 상당의 이익금이 실질과세의 원칙상 배당소득에 해당하는지 여부(조심2021서2050, 2024. 4. 18.)

### I. 취지

외국투자자가 총수익스왑(Total Return Swap, 이하 "TRS") 계약에 따라 국내주식과 관련하여 발생하는 배당금 상당의 이익금(이하 "쟁점 금액")을 지급받는 경우, 이를 실질과세의 원칙에 따라 배당소득으로 보아 과세할 수 없음.

### II. 사안의 개요

- 1) 청구법인은 유가증권의 매매, 위탁매매업을 영위하고 있는 내국법인으로, 금융기관인 외국법인들(이하 "외국투자자")에게 국내주식을 기초자산으로 하는 TRS 상품을 판매하고, TRS 계약에 따라 국내주식의 가격변동분 및 이자, 배당 등 국내주식에서 파생되는 모든 이익(쟁점 금액도 포함됨)을 외국투자자에게 지급하였습니다. TRS 계약의 구체적인 내용은 아래와 같습니다(이하 "본건 TRS 계약").
  - (ㄱ) TRS 상품이란 장외 파생상품 중 하나로서, 매수인(Risk Buyer)은 기초자산과 관련한 모든 경제적 위험과 효익[총수익(Total Return). 즉, 기초자산의 가격변동에 따른 시세차익 및 이자·배당과 같이 기초자산에서 파생되는 모든 손익]을 이전 받음으로써 기초자산과 관련한 변동이익을, 매도인(Risk Seller)은 그 대가로 매수인으로부터 일정한 수수료를 지급받음으로써 고정이익을 수취하는 스왑거래(Equity Swap)의 일종임.
  - (ㄴ) 청구법인은 외국투자자에게 TRS 상품을 판매한 경우 위 판매계약에 따라 기초자산 관련 총 변동손익을 정산 또는 지급할 의무를 부담하게 되므로, 이에 대한 위험을 상쇄시키기 위해서 ① 기초자산인 주식을 직접 매입하여 보유하거나, ② 또 다른 증권사와 다시 TRS 계약을 체결.
  - (ㄷ) 청구법인은 기초자산인 국내주식을 직접 매입하는 경우 의결권은 내부기준에 따라 청구법인이 직접 행사하였음.

- 2) 청구법인은 쟁점 금액이 외국투자자의 사업소득에 해당한다고 보아 이에 대한 원천징수를 하지 아니하였으나, 처분청은 실질과세의 원칙을 적용하여 쟁점 금액을 배당소득으로 보고 쟁점 금액을 외국투자자에게 실제로 지급하는 청구법인이 이에 대한 원천징수의무가 있다는 이유로 법인세(원천징수분)를 부과하였습니다.

### III. 결정의 요지

- ① (i) 청구법인은 본건 TRS 계약 체결 후 국내주식의 취득과 처분에 있어서 어떠한 제한을 받지 않고 위 주식과 관련된 모든 권리를 직접 행사하는 반면, (ii) 외국투자자는 국내주식에 대한 자익권, 의결권, 각종 소 제기권 등 상법이 정하고 있는 주주로서의 그 어떠한 권리도 행사할 수 없으며, 오로지 TRS 계약에 따라 약정한 이익금을 수령할 권리(또는 양도차손을 보전해 줄 의무)만을 가지게 되므로, 청구법인의 국내주식 소유에 관한 명의와 실질의 괴리가 있다고 보기 어렵고, ② 외국투자자는 레버리지 투자 등 경제적으로 합리적인 목적으로 본건 TRS 계약을 체결할 이유가 충분하고 조세회피목적으로 위 계약을 체결하였다고 단정하기 어려우므로, 실질과세 원칙을 적용하여 쟁점 금액을 배당소득으로 보아 과세한 처분은 잘못이 있다고 판단된다.

### IV. Note

납세의무자는 경제활동을 할 때에 동일한 경제적 목적을 달성하기 위하여 여러 가지의 법률관계 중의 하나를 선택할 수 있으므로 과세관청으로서는 특별한 사정이 없는 한 당사자들이 선택한 법률관계를 존중하여 합니다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017두57516 판결). 다만, 재산의 귀속명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고, 그 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 사람이 따로 있으며, 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 조세를 회피할 목적에서 비롯된 경우에는 실질과세의 원칙을 적용하여 거래형식을 부인하고 과세할 수 있습니다(대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결 등 참조).

본건 TRS 계약에 따르면, 청구법인은 국내법인으로부터 배당이 이루어진 날에 같은 금액을 외국투자자에게 지급할 의무를 부담하고 있는바, 외국투자자는 위 배당금 상당의 경제적 이익을 그대로 보유함에도 TRS 계약에 따른 이익금의 지급이라는 법적형태를 취함으로써 배당소득세를 부담하지 아니하는 결과가 발생합니다. 이 경우, TRS 거래가 단지 배당소득세를 회피할 목적에서 비롯된 것이라면 실질과세의 원칙을 적용하여 쟁점 금액을 배당소득으로 보아 과세할 수 있을 것입니다.

그러나 TRS 계약을 통해 국내주식에 투자하는 경우 주식을 직접 매수하는 방식에 비하

여 동일한 자금으로 더 많은 국내주식에 투자할 수 있는 장점이 있고, 외국투자자는 TRS 계약의 이러한 특성을 활용하여 파생상품의 위험을 헤지하는 과정에서도 기초자산인 국내주식을 매수하는 대신 TRS 계약을 활용할 수 있는바, 조세회피목적이 아니라도 경제적으로 합리적인 목적으로 TRS 계약을 체결할 동기는 충분합니다. 그리고 본건 TRS 계약은 파생상품 거래당사자 간의 기초자산인 국내주식의 매입·이전 의무가 존재하지 않는 표준화된 TRS 계약으로 배당소득세 회피를 위한 목적으로 사용되는 유형의 TRS 계약에도 해당되지 아니합니다.

이러한 점에 비추어 보면, 본건 TRS 계약은 정당한 사업상 이유 또는 경제적으로 합리적인 목적이 있고, 단지 조세회피 목적으로 체결되었다고 보기 어려우므로, 실질과세 원칙을 적용하여 납세자가 선택한 거래형식을 부인하고 과세할 수는 없다고 생각합니다. 다만, 실질과세의 원칙은 거래관계를 불문하고 다양한 방식으로 적용될 수 있으므로, 실질과세 원칙의 적용 여부는 구체적인 사실관계에 따라 각각 달리 판단될 수 있다는 점을 유의하여야 합니다.

## V. 관련 법령

### 1. 법인세법(2020.12.22. 법률 제17652호로 개정되기 전의 것)

제 93 조(외국법인의 국내원천소득) 외국법인의 국내원천소득은 다음 각 호와 같이 구분한다.

2. 국내원천 배당소득: 내국법인 또는 법인으로 보는 단체나 그 밖에 국내에 소재하는 자로부터 지급받는 다음 각 목의 소득

나. 「소득세법」 제 17 조 제 1 항에 따른 배당소득(같은 항 제 6 호에 따른 소득은 제외한다)

### 2. 소득세법

제 17 조(배당소득) ① 배당소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

1. 내국법인으로부터 받는 이익이나 잉여금의 배당 또는 분배금

### 3. 대한민국과 미합중국간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약

제 12 조 배당

- (1) 타방 체약국의 거주자가 일방 체약국내의 원칙으로부터 받는 배당은 양 체약국에 의하여 과세될 수 있다.
- (2) 타방 체약국의 거주자가 일방 체약국내의 원칙으로부터 받는 배당에 대하여 동 일방 체약국이 부과하는 세율은 아래의 것을 초과해서는 아니된다.
- (a) 총배당액의 15 퍼센트, 또는
- (b) 배당 수취인이 법인인 경우에는 다음의 사정하에서 총배당액의 10 퍼센트
- (i) 배당지급 일자에 선행하는 지급법인의 과세연도의 일부기간중 및 그 직전 과세연도의 전체 기간중에 지급법인의 발행된 의결권 주식중 적어도 10 퍼센트를 배당수취 법인이 소유하며, 또한
- (ii) 상기 직전 과세연도중에 지급법인의 총소득의 25 퍼센트 이하가 이자 또는 배당으로 구성되는 경우(은행, 보험 또는 금융업으로 발생한 이자와 동 배당 또는 이자의 수취시에 발행된 의결권 주식중 50 퍼센트 이상을 지급법인이 소유하고 있는 자회사로부터 받는 배당과 이자는 제외됨).

## 관련 구성원

### 장성두

변호사

T 02.3404.6585

E [sungdoo.jang@bkl.co.kr](mailto:sungdoo.jang@bkl.co.kr)

법무법인(유한) 태평양의 뉴스레터에 게재된 내용 및 의견은 일반적인 정보제공만을 목적으로 발행된 것이며, 법무법인(유한) 태평양의 공식적인 견해나 어떤 구체적 사안에 대한 법률적 의견을 드리는 것이 아님을 알려드립니다. 뉴스레터와 관련된 문의사항이 있을 경우 위 연락처로 문의주시기 바랍니다.