

대법원 2022. 1. 14 선고 2021 두 51973, 2021 두 51980(병합),
2021 두 51997(병합), 2021 두 52006(병합),
2021 두 52013(병합) 판결 [취득세등부과처분취소]

전 문

원고, 피상고인 1. A 주식회사

2. 주식회사 B

3. C 주식회사

4. 주식회사 D

5. 주식회사 E

원고들 소송대리인

피고, 상고인 별지 피고들 및 소송수행자 목록과 같다.

피고 1 소송대리인

피고들 소송대리인

피고

소송대리인

상고인

원 심 판 결 서울고등법원 2021. 8. 19. 선고 2020 누 45454, 2020 누 45492(병합),
2020 누 45485(병합), 2020 누 45461(병합), 2020 누 45478(병합)판결

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 피고

보조참가로 생긴 부분은 위

이,

의 참가로 생긴 부분은

이, 나머지는 피고들이 각

부담한다.

이 유

원심판결 및 상고이유서와 이 사건 기록에 의하면, 상고이유에 관한 주장은

「상고심절차에 관한 특례법」 제 4 조 제 1 항 각 호에 정한 사유를 포함하지 아니하거나

이유가 없다고 인정되므로, 같은 법 제 5 조에 의하여 상고를 모두 기각하기로 하여,

관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

2022. 1. 14.

재판장 대법관

대법관

주심 대법관

대법관

서울고등법원 2021. 8. 19 선고 2020 누 45454,
2020 누 45492(병합), 2020 누 45485(병합),
2020 누 45461(병합), 2020 누 45478(병합) 판결
[취득세등부과처분취소]

판 결 요 지

○○○렌탈 인수 과정에서 원고 호텔들이 선택한 법적 형식이 조세 회피 목적의 비합리적인 거래라고 단정할 수 없고, 오히려 금전소비대차계약등에 의해서는 도모할 수 없는 특수한 경제적 목적과 효과(부채비율 저감, 출자 확대 유보를 통한 사업경과 관찰 및 투자리스크 관리 등)를 달성하기 위한 행위라고 볼 여지도 상당하므로, 실질과세 원칙을 적용하여 함부로 그 거래 형식을 부인할 것이 아니다.

재 판 경 과

대법원 2022. 1. 14 선고 2021 두 51973, 2021 두 51980, 2021 두 51997,
2021 두 52006, 2021 두 52013 판결
서울고등법원 2021. 8. 19 선고 2020 누 45454 판결
서울행정법원 2020. 5. 1 선고 2019 구합 58445 판결

전 문

변론종결 2021. 7. 1.

판결선고 2021. 8. 19.

제 1 심판결 서울행정법원 2020. 5. 1. 선고 2019 구합 58445 판결

주 문

1. 피고들, 피고 ○○○○○○ ○○○○○○ 보조참가인 및 참가행정청의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용 중 원고들과 피고들 사이에 생긴 부분은 피고들이, 원고들과 피고 ○○○○○○ ○○○○○○ 보조참가인 사이에 생긴 부분은 위 보조참가인이, 원고들과 참가행정청 사이에 생긴 부분은 참가행정청이 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들이 원고들에 대하여 한 별지 2 기재 부과처분을 모두 취소한다.

2. 항소취지

제 1 심판결을 취소하고, 원고들의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 처분의 경위 등

이 법원이 처분의 경위 및 관계 법령에 관하여 적을 이유는 제 1 심판결문 해당

부분(제 3 면 제 3 행부터 제 6 면 제 2 행까지 및 별지 3 부분)의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제 8 조 제 2 항, 민사소송법 제 420 조 본문에 의하여 이를 인용한다.

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고들의 주장 요지

아래와 같은 이유로 이 사건 처분은 위법하다.

- 1) 원고들은 구 지방세기본법령이 정한 특수관계인에 해당하지 아니하므로, 구 지방세법 제 7 조 제 5 항에 정한 과점주주에 해당하지 않는다.
- 2) 원고들이 구 지방세법 제 7 조 제 5 항에 정한 과점주주 간주취득세 납세의무를 부담하기 위해서는 해당 법인의 주식을 취득한 자에 해당하여야 한다. 그런데 이 사건에서 이 사건 쟁점주식을 취득한 자는 원고 호텔○○, 원고 ○○○○호텔이 아닌 이 사건 외부투자자들일 뿐만 아니라, 지방세기본법 제 17 조 제 1 항에 따른 실질과세원칙에 의하더라도 원고 호텔들이 이 사건 쟁점주식의 실제 소유자라고 볼 수도 없다.

나. 원고들의 특수관계인 해당 여부

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 제 1 심판결문 제 7 면 제 9 행의 “여부는” 다음에 “피고들 주장과 같이 원고 호텔○○를 본인으로 하여”를 추가하고, 제 9 면 제 12 행 다음에 아래 내용을 추가하고, 제 9 면 제 13 행의 “다)”를 “라)”로, 제 10 면 제 14 행의 “라)”를 “마)”로 각 고치며 제 10 면 제 13 행의 “않는다.” 다음에 “[피고들은 당심에서 원고 호텔○○가 원고 ○○○○호텔의 경영에 사실상의 영향력을 행사하고 있음을 입증하기 위하여 양사간 공통되는 주주 현황 및 임원 겸직 내역, 경영자문계약 자료, 사업부문별 운영 자료, 홈페이지 게시자료를 비롯한 여러 증거들을 제출하였으나, 이러한 증거들만으로 원고 호텔○○가 원고 ○○○○호텔의 경영에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 관계라고 인정하기 부족할 뿐만 아니라(예컨대, □□□ 회장 및 ○○○○본부가 계열사인 위 각 호텔들에 대하여 공통된 사업방침을 실시하고 임원의

임면을 결정하였을 가능성이 있다), 설령 이러한 관계가 인정된다고 하더라도 다음
항에서 살펴보는 바와 같이 이 사건 쟁점주식이 원고 호텔○○, 원고
○○○○호텔(이하 '원고 호텔들'이라 한다)의 실질적 소유로 인정되지 아니하는 이상,
이 사건 주식 중 과반 미만 주식을 소유하고 있는 원고 호텔들에 대하여 간주취득세를
부과한 이 사건 처분은 위법하다]”를 추가하는 외에는 제 1 심판결문 해당 부분(제 6 면
제 15 행 내지 제 10 면 제 17 행)의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제 8 조 제 2 항,
민사소송법 제 420 조 본문에 의하여 이를 인용한다.

「다) 피고들의 당심에서의 추가 주장에 관한 판단

(1) 주장

피고들은 당심에 이르러서도 구 지방세기본법 시행령 제 2 조의 2 제 3 항 제 2 호 나목
중 '본인이 ... 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인
영향력을 행사하는 경우 그 법인' 부분이 계열사 법인들 사이에 직접적인
경영지배관계가 불분명한 경우, 그룹 총수나 지주회사, 대주주 등을 비롯하여 계열사
법인들을 실질적으로 지배하는 자를 매개로 하여 계열사 법인들 사이의 상호
특수관계를 인정하기 위해 마련된 규정으로서, 이 사건에서 ○○그룹 총수인 □□□은
본인인 원고 호텔○○ 및 다른 법인인 나머지 원고들에 대하여 동시에 실질적인
경영지배력을 행사하는 지위(경영 지배관계)에 있고, □□□의 나머지 원고들에 대한
영향력 행사는 그 자체로 본인인 원고 호텔○○의 나머지 원고들에 대한 직접적인
영향력 행사와 동등하게 평가할 수 있으므로, 원고들 사이에 구 지방세기본법 시행령
제 2 조의 2 제 3 항 제 2 호 나목의 특수관계가 존재한다는 취지로 주장하면서, 만약 위
나목 규정을 위와 같이 해석하지 않으면 재벌그룹 계열사 등의 경우에 있어 경영지배에
의한 특수관계 관련 규정이 사문화되고, 재벌그룹 차원에서 과점주주 간주취득세에
관한 규정을 회피하며 다른 법인을 지배적으로 경영하는 불합리한 상황이 초래될
것이라고 다룬다.

(2) 판단

(가) 본인이 법인인 경우에 그 경영지배관계가 인정되는 자의 범위에 관하여

구 지방세기본법 시행령 제 2 조의 2 제 3 항 제 2 호(이하 '이 사건 특수관계 조항'이라 한다) 가목은 '개인 또는 법인이 직접 또는 그와 친족관계 또는 경제적 연관관계에 있는 자를 통하여 본인인 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 개인 또는 법인'(이하 '가목 관계자'라 한다)이라고 규정하여, 본인 법인이 지배를 받는 경우 '그 지배하는 자'를 경영지배관계에 의한 특수관계인으로 인정하고, 이 사건 특수관계 조항 나목은 '본인이 직접 또는 그와 경제적 연관관계 또는 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인'(이하 '나목 관계자'라 한다)이라고 규정함으로써 본인 법인이 지배하는 경우 '그 피지배법인'을 경영지배관계에 의한 특수관계인으로 포함하고 있다.

이와 같이 이 사건 특수관계 조항이 본인이 개인인 경우와 달리(구 지방세기본법 시행령 제 2 조의 2 제 3 항 제 1 호는 본인이 개인의 경우, 특수관계인에 대해 '본인이 직접 또는 그와 친족관계 또는 경제적 연관관계에 있는 자를 통하여 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인'으로 규정하고 있다) 본인이 법인인 경우에 특수관계인의 범위에 대하여 '본인 법인을 지배하는 자'와 '본인 법인에 의해 지배되는 법인'으로 나누어 규정한 것은 법인의 의사나 이해가 자연인과 같이 독자적이고 자율적으로 정해지는 것이 아니라, 이사회나 주주총회 등의 기관이나 지배주주 등을 통하여 정해지는 점을 반영한 것으로 보인다.

한편, 지방세기본법이 2013. 1. 1. 대통령령 제 24295 호 개정을 통하여 본인인 법인의 경우에 과점주주가 되는 특수관계인의 범위를 위와 같은 방식으로 규정하기에 앞서, 구 지방세기본법 시행령(2013. 1. 1. 대통령령 제 24295 호로 개정되기 전의 것) 제 24 조 제 12 호(이하 '구 특수관계 조항'이라 한다)는 주주 또는 유한책임사원이 법인인 경우 그 특수관계인에 대하여 '해당 주주 또는 유한책임사원의 소유주식수등이 발행주식총수등의 100 분의 50 이상인 법인'(가목), '소유주식수등이 해당 법인의 발행주식총수등의 100 분의 50 이상인 법인 또는 개인'(나목)으로 규정하고 있었는데, 이러한 규정 역시 본인 법인을 지배하는 자와 본인 법인에 의해 지배되는 법인을 특수관계인으로 인정하는 것으로서 이 사건 특수관계 조항의 취지와 다르지 않다.

다만, 이 사건 특수관계 조항은 경영지배관계를 출자지배관계를 기준으로 판단하는 기존의 규정 내용에서 벗어나, 지배적인 영향력 행사 여부를 기준으로 판단하는데, 지배적인 영향력은 영리법인의 경우 '법인의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100 분의 50 이상의 출자한 경우'(구 지방세기본법 시행령 제 2 조의 2 제 4 항 제 1 호 가목) 또는 '임원의 임면권의 행사, 사업방침의 결정 등 법인의 경영에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 경우'(같은 호 나목)에 인정된다. 또한 이 사건 특수관계 조항은 본인인 법인을 기준으로만 출자지배관계를 따지는 기존의 규정과 달리, 가목 관계자의 경우 개인 또는 법인이 본인인 법인의 경영에 지배적인 영향력을 직접 행사하는 경우뿐 아니라, 친족관계 또는 경제적 연관관계에 있는 자를 통하여 행사하는 경우까지 포함하고, 나목 관계자의 경우에도 본인 법인이 특정 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 직접 행사하는 경우는 물론, 경제적 연관관계 또는 가목의 관계에 있는 자를통하여 행사하는 경우까지 경영지배관계를 확장하여 인정하고 있다.

(나) 이 부분 쟁점은 본인이 법인인 경우에 그 경영지배관계가 인정되는 자의 범위에 관하여 정한 나목 규정이 본인인 법인이 지배적인 영향력의 행사 주체가 되는 경우만을 상정한 것인지, 아니면 가목 관계자가 그 영향력의 행사 주체가 되는 경우까지 예정한 것인지의 문제라 할 수 있다. 그런데 위 (가)에서 살핀 바와 같이 개정된 구 지방세기본법 시행령이 본인인 법인인 경우의 특수관계인의 범위를 확대하고 있는 점, 특히 가목 관계자가 본인인 법인을 지배하는 자임을 고려하면, 본인인 법인이 주체가 되어 가목 관계자를 매개로 활용하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우를 상정하기는 어려운 점, 결국 이 사건 특수관계 조항 나목의 취지를 본인인 법인이 지배력의 행사 주체가 되는 경우로 한정하여 해석하면 위 조항의 '본인이 ... 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우 그 법인' 부분이 사문화될 우려가 있는 점 등에 비추어 보면, 어느 법인의 경영에 대한 지배적인 영향력의 행사 주체가 원고 본인으로 한정될 필요가 없으며, 가목 관계자 역시 그 지배적 영향력의 행사 주체가 된다고 해석해야 한다는 주장이 제기될 수 있다고 생각된다.

그러나 조세법률주의의 원칙상 과세요건이나 비과세요건, 감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 엄격하여야 하고 확장해석이나 유추해석은 허용되지 않는다는 엄격해석원칙을 비롯하여, 아래와 같은 여러 사정과 근거에 비추어 보면, 이 사건 특수관계 조항 나목에 규정된 바와 같이, 본인인 법인(A)이 그와 경제적 연관관계 또는 가목에 관계있는 자(B)를 통하여 어느 법인(C)의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사한다고 인정되기 위해서는, 본인(A)이 가목 관계자 등(B)의 의사결정을 좌우하는 등으로 본인인 법인 (A)이 어느 법인(C)에 직접 지배적인 영향력을 행사하는 것과 동등하게 평가할 수 있을 정도에 이르러야 한다고 봄이 타당하다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020 두 49324 판결 취지 참조). 따라서 이와 다른 전제에 선 피고들의 주장은 이유 없다.

① '본인이 직접 또는 경제적 연관관계 또는 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우'라고 규정하고 있는 이 사건 특수관계 조항 나목의 문언상, 위 조항은 본인인 법인을 지배적 영향력의 행사 주체로 상정하는 취지로 해석된다. ㉠ 본인이 직접 지배적인 영향력을 행사하는 경우와 ㉡ 경제적 연관관계 있는 자를 통하여 행사하는 경우, 그리고 ㉢ 가목 관계자를 통하여 행사하는 경우를 부사인 '또는'으로 연결함으로써 지배적 영향력의 행사 주체가 본인인 법인임을 전제로, 단지 그 행사 방식 및 수단을 병렬적으로 나열하고 있기 때문이다. 이러한 규정 형식에 '통하다'의 사전적인 의미가 '어떤 사람을 매개로 하거나 중개하게 하다'인 점을 더하여 보면, '가목 관계자 등을 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우'란, 가목 관계자 등(B)이 본인(A)의 어느 법인(C)에 대한 지배적인 영향력을 중간에서 단지 매개하는 역할을 수행하는 경우를 의미한다고 해석되어야 하는 것이지, 가목 관계자 등(B)이 본인(A)의 영향 없이 독자적으로 그 법인(C)에 대하여 영향력을 행사하는 경우를 의미하는 것이라고 해석할 수는 없다. 피고들은 이에 대하여 본인이 직접 지배적인 영향력을 행사하는 경우와 가목 관계자 등을 통하여 지배적 영향력을 행사하는 경우가 '그렇지 않으면'이라는 뜻을 지닌 '또는'이라는 부사에 의하여 연결되어 있을 뿐이므로, 가목 관계자 등을 통하여

지배력을 행사하는 경우가 본인이 이를 직접 행사하는 경우와 동등하게 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다고 볼 수 없고, 위 각 경우의 뜻을 맥락에 따라 다르게 새길 수 있다고 주장한다. 그러나 가목 관계자 등(B)이 본인인 법인(A)의 매개자 내지 중개자로서가 아니라, 독자적으로 어떤 법인(C)에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우는 '본인인 법인(A)이 가목 관계자 등(B)을 통하여 어느 법인(C)의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우'라기보다는, '가목 관계자 등(B)이 어느 법인(C)의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우'에 해당한다고 할 것이므로, 피고들이 주장하는 위와 같은 해석은 조세법규에 대한 엄격해석원칙에 위배되는 것으로서 받아들이기 어렵다.

② 다만, 조세법규의 해석에 있어 엄격해석원칙이 우선적으로 적용된다고 하더라도, 조세법규 상호 간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 경우에는 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석을 하는 것은 불가피하다고 할 것인바(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016 다 212722 판결 등 참조), 이 사건 특수관계 조항의 입법 취지 및 목적 등에 비추어 볼 때, 이 사건 특수관계 조항 나목의 '본인이 ... 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우 그 법인' 부분을, 가목 관계자가 지배적인 영향력의 행사 주체가 되는 경우까지 포함하는 것으로 합목적적으로 해석할 필요가 있는지 문제된다.

나아가 살펴건대, 이 사건 특수관계 조항이 2013. 1. 1. 대통령령 제 24295 호 개정을 통하여 본인이 법인인 경우의 특수관계 범위를 (구 특수관계 조항에 비하여) 확대하는 방향으로 개정되었음은 앞서 살펴본 바와 같은데, 위 개정안의 개정 이유(을가 제 61 호 중)를 살펴보면, '지방세관계법상 특수관계인의 범위를 통합·단순화하기 위하여 특수관계인의 정의규정을 신설한다', '경영지배관계의 기준을 원칙적으로 영리법인은 해당 법인에 100 분의 50 이상 출자하거나 해당 법인을 사실상 지배하는 경우로 통일하는 등 특수관계인의 범위를 경제현실에 맞게 규정한다'는 취지가 기재되어 있음을 알 수 있다.

이에 따라 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 특수관계 조항은 본인인 법인만을 기준으로 출자지배 및 피지배 여부를 따지던 기존 규정과 달리, 친족관계 또는 경제적 연관관계 또는 가목의 관계에 있는 자 등을 통하여 지배적인 영향력이 행사되는 경우를 포함하게 되었고, 출자에 의하여 지배하는 관계뿐만 아니라 사실상의 영향력의 행사에 의하여 지배하는 관계까지 아울러 고려하여 경영지배관계를 판단하기에 이르렀다.

그런데 본인인 법인만을 기준으로 지배자와 피지배법인을 특수관계인으로 인정하고 있는 구 특수관계 조항에 따를 때, 본인인 법인을 지배하는 자가 또 다른 법인, 즉 모회사(A)라고 한다면, 모회사(A)와 자회사인 본인(B)은 물론, 본인이 지배하는 손자회사(C)까지 특수관계인의 범주에 묶이게 된다. 이때 모회사가 다른 계열에서 지배하는 또 다른 자회사(D)는 본인인 회사(B)와 서로 횡적 계열관계에 있는 회사가 되는 것일 뿐 상호 특수관계인이 되는 것은 아니다. 다시 말해, 구 특수관계 조항은, 본인이 법인인 경우의 특수관계인의 범위를 경영지배관계가 관철되는 종적 계열에 한정하여 설정하였다고 볼 수 있다. 또한 이 사건 특수관계 조항을 위 ①항에서 본 바와 같이 엄격히 해석하는 입장을 취하면, 이 사건 특수관계 조항 역시 종적 계열에 따라 특수관계인의 범위를 정한 기존의 틀을 유지하되, 다만 그 경영지배관계의 판단기준을 보다 완화한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이 사건 특수관계 조항의 취지를 피고들 주장과 같이 해석하면, 이 사건 특수관계조항은 본인이 법인의 경우에 특수관계인의 범위를 종적 계열뿐 아니라, 횡적 계열에 있는 법인(앞의 예의 D)으로까지 확대한 것이라고 이해할 수밖에 없는데, 다음과 같은 점을 고려하면 이 사건 특수관계 조항의 취지가 그와 같은 것이라고 단정하기 어렵다.

㉠ 본인이 법인인 경우의 특수관계인의 범위를 계열회사를 지배하는 지주회사나 지배주주 등을 매개로 한 횡적 계열로까지 확대할 경우, 이 사건과 같이 특정회사 주식의 100 분의 50 이상을 계열회사 간에 부담하여 신규 취득하거나 종래의 지분 비율이 증가하는 경우에 간주취득세를 부과할 수 있다는 점에서 과세관청에 유리하고 납세의무자에게 불리한 측면이 있는 반면, 과점주주 집단 내의 주식 양수도 거래에

불과하여 과점주주 집단 전체의 지분 합계에 아무런 변동이 없는 경우에는 간주취득세를 부과할 수 없다는 기존의 대법원 판례(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007 두 10297 판결 등 참조)의 취지에 따르면 계열회사 간의 주식 양수도에 대하여 간주취득세를 부과할 수 없게 된다는 점에서 과세관청에 불리하고 납세의무자에게 유리하게 된다.

따라서 과세형평이나 조세재정 충실화 등을 고려하여 이 사건 특수관계 조항의 특수관계인의 범위를 넓히는 해석이 반드시 과세관청에 유리하다거나 납세의무자에게 불리하다고 볼 수도 없고, 또 반대의 해석이 과세관청에 불리하다거나 납세의무자에게 유리하다고 보기도 어려우므로, 위 조항에 정한 특수관계인의 범위는 조세법규 해석의 일반원칙으로 돌아가, 법문언에 따라 엄격히 해석할 필요가 있다.

항목	구 국세기본법 시행령 제1조의2 제3항 제2호	구 지방세기본법 시행령 2조의2 제3항 제2호 <u>경영지배관계</u>
<u>경영지배관계</u>	2. 본인이 법인인 경우 가. 개인 또는 법인이 직접 또는 그와 <u>친족관계</u> 또는 경제적 <u>연관관계</u>에 있는 자를 통하여 본인인 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 개인 또는 법인 나. 본인이 직접 또는 그와 경제적 <u>연관관계</u> 또는 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인 다. 본인이 직접 또는 그와 경제적 <u>연관관계</u>, 가목 또는 나목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 그 법인 라. 본인이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 기업집단에 속하는 경우 그 기업집단에 속하는 다른 <u>계열회사</u> 및 그 임원	2. 본인이 법인인 경우 가. 개인 또는 법인이 직접 또는 그와 <u>친족관계</u> 또는 경제적 <u>연관관계</u>에 있는 자를 통하여 본인인 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 개인 또는 법인 나. 본인이 직접 또는 그와 경제적 <u>연관관계</u> 또는 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인 (다목에 해당하는 부분 없음) (라목에 해당하는 부분 없음)

㉠ 국세기본법과 지방세기본법 간의 특수관계인의 범위를 둘러싼 입법 태도에 분명한 차이가 존재한다. 지방세기본법상의 구 특수관계 조항과 같은 내용의 특수관계 조항을 두고 있던 구 국세기본법 시행령은 지방세기본법 시행령의 개정 시기보다 다소 앞선 2012. 2. 2. 대통령령 제 23592 호 개정을 통하여 본인이 법인인 경우의 특수관계인의 범위에 대하여 아래와 같은 내용의 규정(제 1 조의 2 제 3 항 제 2 호, 이하 '국세기본법 특수관계 조항'이라 한다)을 두게 되었는데, 이를 이 사건 특수관계 조항과 비교하면 아래 표와 같다.

이상의 표에서 알 수 있듯이, 이 사건 특수관계 조항은 국세기본법 특수관계 조항에 비하여 본인이 법인인 경우의 경영지배관계의 범위를 좁게 설정하고 있는데, 가장

핵심적인 차이는 국세기본법 특수관계 조항은 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 따른 기업집단에 속하는 경우 그 기업집단에 속하는 다른 계열회사 및 그 임원'을 특수관계인으로 포섭한 반면, 이 사건 특수관계 조항은 위와 같은 내용의 규정을 두고 있지 않다는 것이다. 이는 각 대기업마다 수십 개의 계열사를 거느리고 운영하고 있는 우리나라 경제 현실상 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 따른 계열회사를 지방세기본법상 특수관계에 포함시킬 경우, 대기업의 계열사 간의 주식 양수도 거래에 대하여 과점주주 간주취득세를 전혀 부과할 수 없게 되는 결과를 고려하여 입법자가 의도적으로 선택한 결과인 것으로 보인다.

더욱이 구 국세기본법 시행령과 구 지방세기본법 시행령은 지배적 영향력의 행사의 판단 기준 중 하나로서 출자지배관계에 대하여도 다소 다르게 규정하고 있는데, 구 국세기본법 시행령은 '발행주식총수 등의 100 분의 30 이상의 출자'를 기준으로 출자지배관계를 인정하는 반면(제 1 조의 2 제 4 항 제 1 호 가목), 구 지방세기본법 시행령은 '100 분의 50 이상의 출자'를 기준으로 삼고 있어(제 2 조의 2 제 4 항 제 1 호 가목), 지방세기본법이 국세기본법에 비하여 보다 제한적으로 특수관계를 인정하는 태도를 취하고 있다.

구 국세기본법 시행령의 규정 내용과 비교하여, 구 지방세기본법 시행령의 위와 같은 입법 태도와 취지에 비추어 보면, 이 사건 특수관계 조항 나목의 특수관계인의 범위를 가목 관계자를 매개로 한 횡적 계열에 있는 법인으로까지 넓혀 인정하는 것은 무리한 해석으로 판단되고, 오히려 비슷한 시기에 개정된 이 사건 특수관계 조항이 그 전에 개정된 국세기본법 특수관계 조항 라목을 참고하여 그와 같거나 유사한 내용의 규정을 둘 수 있었을 것임에도 불구하고 별도의 규정을 두지 아니하였음을 고려할 때, 위와 같은 해석은 이 사건 특수관계 조항의 전체적인 입법 취지에도 반하는 것이라고 볼 수 있다.

㉡ 다만, 상호 지배적 영향력을 행사하지 아니하되 가목 관계자에 의하여 공통적으로 지배되는 횡적 계열회사들이 조세 회피 의도에서 특정 회사 주식의 100 분의 50 이상을 (각 회사의 지분율이 과반을 넘지 않도록) 분담하여 취득하는 행위에 대하여

간주취득세를 부과할 필요가 있는 경우가 존재할 수 있음을 배제할 수는 없다. 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008 두 8499 전원합의체 판결에서 문제된 바와 같이, 모법인인 갑이 100% 지분을 소유하고 있는 자회사들로서 사실상 해당 주식의 지배·관리능력 없음을 법인과 병 법인이 정 법인 등의 지분 50%씩을 취득하자, 과세관청이 갑 회사가 정 법인 등의 과점주주라고 보고 갑 회사에 대하여 간주취득세를 부과한 사안에서 대법원은 실질과세 원칙을 이유로 갑 회사가 위 주식의 실질적 귀속자가 된다는 취지로 판시한 바있다(이하 '로담코 판결'이라 한다).

로담코 판결이 선고된 이듬해에, 이 사건 특수관계 조항이 앞서 본 바와 같이 개정되었음을 감안하면, 입법자가 향후에도 로담코 판결과 같은 사안이 발생할 것에 대비, 지배주주 등이 자신이 실질적으로 지배하는 자회사들을 이용하여 비상장회사의 주식을 분담하여 취득하는 행위를 전면적으로 규제하기 위하여 이 사건 특수관계 조항 나목 중 '본인이 ... 가목의 관계에 있는 자를 통하여 ...' 부분을 추가하였다고 볼 여지를 완전히 배제하기는 어렵다. 이러한 가능성은 가목 관계자가 본인인 법인을 지배하는 자임을 감안하면, 그 법인이 거꾸로 가목 관계자의 의사결정을 좌우하는 등의 방식으로 특정 법인의 경영에 지배적인 영향력을 행사하는 경우를 사실상 상정하기 어렵다는 점에 그 근거가 있다고 할 것이다. 만약 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 특수관계 조항 나목을 지배적인 영향력의 주체가 본인인 법인이 되는 경우로 해석할 경우, 이 사건 특수관계 조항 나목 중 '본인이 ...가목의 관계에 있는 자를 통하여 어떤 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우 그 법인' 부분은 사실상 무용한 규정이 될 가능성이 높다.

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 구 지방세기본법 시행령의 개정 이유는 경제현실에 맞게 경영지배관계를 출자지배관계와 사실상 지배관계로 통일하는 등 합리적으로 조정한다는 뜻을 밝히고 있을 뿐, 이 사건 특수관계 조항에 관한 입법자의 의도가 무엇인지 뚜렷이 밝히고 있지 아니하므로, 위 ㉠항에서 살펴본 바와 같이 법의 문언, 규정 형식 및 내용, 구 국세기본법 시행령과의 차이점 등을 비롯한 여러 근거에서 도출되는 입법 취지와 상반된 입법 목적이 있었다고 단정하기는 어렵다.

만약 입법자의 의도가 상호 계열에 있는 회사들 간의 주식 취득행위에 대해서도 간주취득세를 부과하고자 하는 것이었다면, 이 사건 특수관계 조항의 규정 형식 및 내용과는 다른, 명확하고 분명한 형식과 내용의 규정을 두었을 것이라고 판단된다. 즉, 국세기본법 특수관계 조항 라목과 같은 규정을 두거나, (이러한 규정을 둘 경우 대기업의 특수관계인 범위가 지나치게 확장된다는 점이 우려된다면) 계열회사들 간에 특수관계를 원칙적으로 인정하되, 적절히 제한하는 내용의 규정을 두었을 것이다. 혹여 입법자가 이러한 의도를 가졌음에도 불구하고 입법 의도와 법령 내용 사이의 모순과 불일치를 인지하지 못한 나머지, 이 사건 특수관계 조항 나목을 '본인이 ... 가목의 관계에 있는 자를 통하여 어떤 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하는 경우 그 법인'으로 규정하기에 이른 것이라면, 잘못 만들어진 법령의 모순과 불명확성으로 인한 불이익은 과세요건 명확주의의 원칙상 행정청에게 귀속되는 것이 옳다.

따라서 이 사건 특수관계 조항에 대한 별도의 개정이 없는 이상, 현행 지방세 관련법령체계하에서 상호 지배적 영향력을 행사하지 않되 가목 관계자에 의하여 공통적으로 지배되는 횡적 계열회사들이 특정 회사 주식의 100 분의 50 이상을 분담하여 취득하는 행위에 대하여 바로 이 사건 특수관계 조항을 적용하여 간주취득세를 부과하기는 어렵고, 조세 회피 의도가 분명하고 각 회사들이 해당 주식의 지배·관리 능력과 의사를 결여하는 등의 사정으로 해당 주식 취득을 둘러싼 명의와 실질의 괴리가 심각하다고 볼 수 있는 경우에 로담코 판결의 법리를 적용하여 그 주식의 실질적 귀속자가 지배회사나 지배주주 등이라고 보아 그에 대하여 간주취득세를 부과하는 수밖에 없다.」

다. 원고들의 이 사건 쟁점주식 취득 여부

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 제 1 심판결문 제 11 면 제 18 행 다음에 “구 지방세법 제 7 조 제 5 항을 적용함에 있어서도, 당해 주식이나 지분의 귀속 명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고 그 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 자가 따로 있으며, 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 위 규정의 적용을

회피할 목적에서 비롯된 경우에는, 당해 주식이나 지분은 실질적으로 이를 지배·관리하는 자에게 귀속된 것으로 보아 그를 납세의무자로 삼아야 할 것이다. 그리고 그 경우에 해당하는 지는 당해 주식이나 지분의 취득 경위와 목적, 취득자금의 출처, 그 관리와 처분 과정, 귀속명의자의 능력과 그에 대한 지배관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(로담코 판결 참조).”를, 제 20 면 제 3 행 다음에 아래 내용을 각 추가하는 외에는 제 1 심판결문 해당 부분(제 10 면 제 19 행 내지 제 20 면 제 3 행)의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제 8 조 제 2 항, 민사소송법 제 420 조 본문에 의하여 이를 인용한다.

「바) 피고들의 당심에서의 추가 주장에 관한 판단

(1) 쌍방의 주장 요지

(가) 피고들의 주장 요지

원고 호텔들과 이 사건 외부투자자들 등 사이에 체결된 계약상 지위 이전에 관한 합의, 이 사건 주주간 계약 및 스왑계약의 내용을 종합하면, 이 사건 외부투자자들은 이 사건 쟁점주식에 관하여 매수인 지위를 이전받는 것과 같은 외관을 취하면서도, 같은 날 체결된 이 사건 주주간 계약 및 스왑계약을 통하여 그와 상반되는 내용의 법률관계를 정하였다. 이에 따르면 이 사건 외부투자자들이 아닌 원고 호텔들이 매매대금 지급의무 등을 이행할 책임을 지고, 이 사건 쟁점주식의 의결권이 원고 호텔들에게 위임되며, 이 사건 쟁점주식의 가치 등락에 따른 손익이나 그에 대하여 발생하는 비용 등 이 사건 쟁점주식의 소유로 인하여 발생하는 각종의 위험과 비용 부담도 원고 호텔들에게 귀속되고, 이 사건 외부투자자들은 이 사건 쟁점주식 매매대금 상당액(명목원금)에 대한 고정적인 이자수익만을 수령하게 되므로, 이 사건 외부투자자들이 이 사건 쟁점주식을 실질적으로 지배한다고 볼 수 없고, 사실상 그들의 지위는 담보 목적으로 이 사건 쟁점주식의 명의를 신탁 받은 금전채권자에 불과하다. 원고들은 간주취득세의 부담을 회피할 목적으로 실질(금전소비대차계약과 담보 목적의 주식 명의신탁)과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관(계약상 지위 이전에 관한 합의, 이 사건 주주간 계약 및 스왑계약)을 취하였다고 볼 수 있으므로 이 사건 쟁점주식의 실질적 귀속자는

원고 호텔들이다.

(나) 원고들의 주장 요지

원고들은 ○○○렌탈을 인수하는 과정에서 ○○○렌탈의 경영권 인수, 우호지분의 확보, 자금 부담의 최소화, 부채비율의 절감, 향후 이 사건 주식의 주가 상승 시 이익 확보 등을 비롯한 다양한 경제적 목적을 종합적으로 고려하여, 계약상 지위 이전에 관한 합의, 이 사건 주주간 계약 및 스왑계약을 체결한 것이고, 특히 1 조 원이 넘는 매수자금을 회사채 조달 등 방식으로 마련하여 한꺼번에 지급할 경우 원고 호텔들의 부채비율이 급격히 증가할 우려가 있어 이러한 거래 방식에 따라 ○○○렌탈을 인수한 것에 불과하다. 따라서 피고들 주장과 같이 간주취득세의 부담을 회피하기 위하여 위와 같은 거래를 한 것이 아니다.

(2) 판단

이 부분 쟁점은, 원고 호텔들과 이 사건 외부투자자들 등 사이에 체결된 계약상 지위 이전에 관한 합의, 이 사건 주주간 계약 및 스왑계약(이하 '이 사건 각 거래'라 한다)이 조세 회피 목적으로 과세요건사실(주주 1 명과 그의 특수관계인들이 비상장법인인 ○○○렌탈의 주식을 취득함으로써 그들 소유주식의 합계가 해당 법인의 발행주식총수의 100 분의 50 분을 초과하면서 그에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자가 되는 것)에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취한 것이라고 볼 것인지, 나아가 그러한 괴리가 현저하여 그 실질을 외면하는 것이 실질과세 원칙이나 조세공평 원칙상 심히 부당하다고 볼 수 있는 경우에 이르렀는지 여부이다.

그런데 이 사건 주식매매계약의 인수대금의 규모, 이 사건 각 거래의 체결에 이르게 된 경위, 이 사건 각 거래의 내용 및 형식, 특히 이 사건 스왑계약의 목적과 내용, 당시 원고 호텔들의 자금조달 사정 및 부채비율 등 재무 여건에서 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고 호텔들이 이 사건 외부투자자들과 체결한 이 사건 각 거래가 간주취득세를 회피하기 위한 목적 이외에 다른 합당한 경제적 이유를 찾을 수 없는 거래라고 단정하기 어려우므로, 원고 호텔들이 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 쟁점주식의 귀속 명의자인 이 사건

외부투자자들과 별개로, 원고 호텔들이 이 사건 쟁점주식의 실질 귀속자가 된다고 할 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고들의 주장은 이유 없다.

(가) 이 사건 스왑계약과 같은 방식의 이른바 “주식 총수익스왑계약(Total Return Swap 계약, 이하 'TRS 계약'이라 한다)”은 파생금융거래 중 하나로서 기초자산에서 발생할 수 있는 경제적 손익을 거래상대방에게 이전하는 금융거래계약인데, 주식을 거래의 기초자산으로 하는 경우 주식 총수익스왑이라고 한다.

TRS 계약을 체결할 경우, 전략적 투자자(SI)의 경우 자신의 부채비율의 증가 없이 우호적인 지분 투자자를 확보하면서 장기적으로 투자에 따른 시세차익 또한 기대할 수 있다는 장점이 있고, 재무적 투자자(FI)의 경우 일반 회사채 금리보다 높으면서도 안정적인 수익을 확보할 수 있고, 담보로서 주식까지 확보할 수 있다는 장점이 있어 거래계에서 자주 활용되는 금융기법으로 알려져 있다. TRS 계약은 스왑매도인으로서 기초자산의 가치 하락에 따른 부담 없이 고정된 수수료를 얻고, 스왑매수인으로서 기초자산을 직접 보유하지 아니함으로써 자산 보유에 따른 여러 규제에서 벗어나고 적은 투자금으로도 가치 상승에 따른 레버리지 효과를 누릴 수 있다는 점이 거래 당사자들에게 이익이 될 수 있다.

피고들의 주장과 같이 이 사건 각 거래가 금전소비대차계약과 담보 목적의 주식 명의신탁계약(이하 '금전소비대차계약 등'이라 한다)에 지나지 않는다면, 원고들은 ○○○렌탈 인수 과정에서 이 사건 외부투자자들과 사이에 이 사건 각 거래 대신 금전소비대차계약 등을 체결하였어도 이 사건 각 거래를 체결한 것과 같은 경제적 효과를 얻을 수 있었다는 뜻이 되고, 이는 결국 금전소비대차계약 등의 형태로 환원되지 아니하는, 이 사건 각 거래의 독자적인 경제적 이익이나 목적은 존재하지 아니한다는 말과 다르지 않다.

그러나 아래에서 보는 바와 같이 원고 호텔들이 이 사건과 같이 TRS 계약을 한 경우와 금전소비대차계약 등을 체결하였다고 가정한 경우의 부채비율에는 차이가 존재하며, 특히 원고 호텔○○에 비하여 부채와 자본 규모가 작았던 원고 ○○○○호텔의 부채비율의 차이는 12.5%에 달하여 그 차이가 유의미한 정도에 이른다고 볼 수 있다.

TRS 계약 시(실제) 차입			차입 시(가정) 부채비율			효과
부채(원)	자본(원)	부채비율	부채(원)	자본(원)	부채비율	
53,114억	98,739억	53.8%	55,096억	98,739억	55.8%	2.0%

TRS 계약 시(실제) 차입			차입 시(가정) 부채비율			효과
부채(원)	자본(원)	부채비율	부채(원)	자본(원)	부채비율	
3,387억	8,753억	38.7%	4,477억	8,753억	51.1%	12.5%

그러나 원고 ○○ 호텔의 경우에 부채비율의 증가가 재무 구조에 미치는 영향이
상당해 보일 뿐만 아니라, 원고 호텔○○의 경우에도 이미 막대한 기존의 부채 규모를
늘리는 데에 경영상 또는 재정상의 부담이 있었을 것으로 보이므로(특히 갑
제 26 호증의 1, 2, 3, 갑 제 27 호증의 1, 2 의 각 기재에 의하면, 원고 호텔○○는 당시
면세점 신규임차, 인수 건 등으로 거액의 자금 소요가
예상되는 상황이었음을 알 수 있다), TRS 계약을 통하여 원고 호텔들이 누릴 수 있었던
부채비율 저감 효과가 무시할 정도로 작거나 미미하다고 단정하기는 어렵다.

다만, 갑 제 3 내지 5 호증, 갑 제 28 호증의 1, 2 의 각 기재에 의하면, 원고 호텔들이

TRS 계약을 통하여 위와 같은 경제적 효과를 얻은 것으로 보이기는 하지만, 그에 대한 대가로서 원고 호텔들의 당시 회사채 조달 금리(원고 호텔○○ : 1.85% 내지 2.03%, 원고 ○○○○호텔 : 1.59% 내지 1.72%)에 비하여 다소 높은 비율의 고정수익(원고 호텔○○는 제이차 및 제삼차에 2.78%의, 원고 ○○○○호텔은

제삼십일차에 2.954%의 각 고정수익을 지급)을 지급한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 원고 호텔들로서는 TRS 계약 선택에 따른 경제적 효과 및 비용과 금전 차입에 따른 경제적 효과 및 비용을 각 비교 분석하여 TRS 계약을 선택하였을 것으로 판단되고, 위 각 대안에 따른 경제적 효과와 비용이 같다고 볼 수 없는 이상, 특정한 경제적 목적을 달성

하기 위하여 당사자가 취한 거래 형식을 원칙적으로 존중함이 옳다.

(나) 피고들은, 간주취득세의 납세의무를 부담하는 과점주주에 해당하는지 여부는 주주명부상의 주주 명의가 아니라 그 주식에 관하여 의결권 등을 통하여 주주권을 실질적으로 행사하여 법인의 운영을 지배하는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다는 대법원 판례(대법원 2018. 11. 9. 선고 2018 두 49376 판결 등 참조)를 원용하면서, 이 사건 주주간 계약을 통하여 이 사건 쟁점주식의 핵심적 권리라고 할 수 있는 의결권이 이 사건 외부투자자들에게서 원고 호텔들로 위임된 이상, 위 법리에 비추어 볼 때, 원고 호텔들이 주주권을 실질적으로 행사하는 자로서 ○○○렌탈의 운영을 지배하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 사건 쟁점주식의 실질적 주주로 볼 수 있다는 취지로 주장한다.

피고들의 이러한 주장은 과점주주 판단은 누가 주주명부상의 주주 명의를 보유하고 있는지가 아닌, 누가 이 사건 쟁점주식에 관한 의결권을 행사하고 있는지의 기준에 따라야 한다는 것으로 요약된다. 즉, 과점주주가 되면 해당 법인이 보유한 재산을 사실상 임의처분하거나 관리운용할 수 있는 지위에 서게 되어 그 재산을 직접 소유하는 것과 실질적으로 다를 바 없다는 점에 과점주주의 담세력을 찾는 간주취득세의 취지에 비추어 볼 때도, 위와 같은 판단 기준을 따르는 것이 타당하다는 것이다.

그러나 다음과 같은 점을 고려하면, 이 사건 각 거래를 통하여 의결권의 행사가 이 사건 외부투자자들에서 원고 호텔들로 위임되었을 뿐인 이 사건에서, 이 사건 쟁점주식에

관하여 의결권 등을 통하여 주주권을 실질적으로 행사하는 주체가 원고 호텔들이라고 볼 수 있는 정도의 분명한 사실적 토대가 존재한다고 보기는 어렵다.

① 상법 제 368 조 제 3 항에 따르면, 주주는 대리인으로 하여금 그 의결권을 행사하게 할 수 있는데, 학계의 통설적 입장은 의결권의 대리 행사를 포괄적으로 위임하는 것이 가능하다고 보고 있고, 대법원 판례 역시 7 년간의 의결권의 행사에 관한 대리권 수여가 유효하다는 전제 아래, 주주가 일정기간 주주권을 포기하고 타인에게 주주로서의 의결권 행사권한을 위임하기로 약정한 사정만으로는 그 주주가 의결권을 직접 행사할 수 없게 되었다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002 다 54691 판결 참조).

주주의 의결권 위임에 관한 이러한 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 외부투자자들이 원고 호텔들에게 이 사건 쟁점주식에 관한 의결권의 행사를 5 년간 위임한 것은 유효하지만, 그 경우에 이 사건 외부투자자들의 의결권의 행사가 부정된다거나 제한된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 외부투자자들을 대신하여, 원고 호텔들이 이 사건 쟁점주식에 관한 주주권을 실질적으로 행사하는 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다.

특히 피고들이 원용한 위 대법원 2018 두 49376 판결은 주식 명의신탁관계가 인정된 사안으로서, A 가 해당 주식을 취득한 후에 그에 관한 의결권의 행사만을 B 에게 위임한 것이 아니라, B 가 A 의 명의를 빌려 해당 주식을 취득함으로써, 당초부터 B 에게 의결권을 포함한 주식에 관한 권리가 실질적으로 귀속된 경우이므로, 이 사건의 사안과 적지 않은 차이점이 있다고 할 것이어서 위 법리를 이 사건에 바로 적용하기는 적절하지 않다.

② 이 사건 주주간 계약 제 6 조는 원고 호텔들의 의결권 행사에 앞서 이 사건 외부투자들에 대한 서면 통지 사항을 정하고 있는데, 그중 제 3 호에 의하면, '자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제 171 조 제 2 항에 해당하는 ○○○렌탈의 ...자산의 양도 또는 양수'에 관한 의결권의 행사에 있어서 원고 호텔들은 이 사건 외부투자자들에게 사전에 서면 통지하기로 되어 있다.

위 조항에서 정한 자산의 양도 또는 양수는 '양수·양도하려는 자산액(장부가액과

거래금액 중 큰 금액을 말한다)이 최근 사업연도말 현재 자산총액의 100 분의 10 이상인 양수·양도'를 말하므로(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제 171 조 제 2 항 제 5 호), 이 사건에서 원고 호텔들이 자신들이 보유한 주식(31.57%)과 이 사건 외부투자자들에게서 위임받은 이 사건 쟁점주식(30.39%)을 합한 과반수의 주식의결권을 행사하여 ○○○렌탈이 보유한 자산을 유효하게 처분하기 위해서는 이에 관하여 이 사건 외부투자자들에게 서면으로 통지하여야 하는바, 이러한 경우 이 사건 외부투자자들이 원고 호텔들의 자산 처분 방침에 반대하는 입장이라면 위 ①항에서 본 바와 같이 스스로 의결권을 행사하는 등의 방식으로 그 자산의 처분행위를 저지할 수 있으므로, 원고 호텔들이 ○○○렌탈의 자산을 사실상 임의처분할 수 있는 지위를 갖는다고 보기 어렵다.

③ 이 사건과 같이 의결권의 행사가 위임된 TRS 계약이 체결된 경우와 의결권의 행사 위임 없이 단지 우호적 의결권 행사 조항 등이 부가된 TRS 계약이 체결된 경우를 비교하면, 후자의 경우에 비하여 전자의 경우의 스왑매수인이 해당 회사에 대해 갖는 사실상의 지배력이 크다고 볼 여지가 있을 것이다.

그러나 대리권의 위임이나 우호적 의결권 행사 등에 관한 당사자들의 약정만으로 스왑매도인의 의결권 행사 자체가 제한되거나 부정되지 않는다는 점과 TRS 계약이 해지되거나 종료되면, 의결권의 위임이나 행사 방식에 관한 당사자 사이의 채권적 약정 역시 효력을 잃게 되는 점 그리고 만약 스왑매도인과 스왑매수인이 중요 자산 처분 등 특정 사안에 관하여 이해관계나 의견이 대립할 경우에, 주식 명의자인 스왑매도인이 자신의 뜻대로 의결권을 행사할 가능성이 높다는 점에서 두 경우가 다를 바 없으므로, 전자의 경우를 후자의 경우와 차별적으로 취급하여, 전자의 스왑매수인이 해당 법인의 운영을 실질적으로 지배하는 지위에 이르렀다고 평가할 수 없다.

이처럼 두 경우가 본질적으로 다르지 않다면, 의결권의 행사 위임 없이 우호적 의결권 행사 의무만이 규정된 TRS 계약에서 스왑매수인이 대상 주식에 대한 실질적 권리를 취득하였다고 보기 어려운 것에 견주어 볼 때, 의결권의 행사가 위임된 TRS 계약의 경우에 있어서도 그와 마찬가지로 보아야 할 것이다.

(다) 부동산 취득세는 재화의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 이에 담세력을 인정하고 부과하는 유통세의 일종이고(대법원 2017. 6. 8. 선고 2015 두 49696 판결 등 참조), 간주취득세는 비상장법인의 자산을 양도하는 방법의 일환으로 주식 또는 지분을 양도하는 경우, 그 거래가 일반 개인 간 과세물건의 취득행위와 유사하고, 법인의 과점주주가 될 경우 당해 법인의 자산에 대한 관리·처분권을 취득하게 되므로 실질적으로 당해 법인의 자산을 취득한 것이나 다름없게 되어 공평과세 및 실질과세원칙상 비상장법인의 과점주주에 대하여 취득세를 과세토록 하는 것이다(헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2005 헌바 45 전원재판부 결정 참조).

이처럼 현행 간주취득세 제도는 비상장법인의 주식을 과반수 이상 취득한 경우에 (과점주주의 소유주식 비율에 해당하는 만큼) 당해 법인의 취득세 과세대상 물건을 취득한 것으로 의제하여 과세하는 제도이므로, '당해 법인의 주식의 과반수 이상 취득'이라는 과세요건이 충족되어야 하는데, 앞서 살펴본 간주취득세 제도의 의제적 성격을 감안하여 볼 때, 위 과세요건의 충족 여부를 엄격하게 따져야 할 것이다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 TRS 계약의 목적은 스왑매수인이 기초자산인 주식을 보유하지 않음에도 불구하고 기초자산의 보유에 따른 이득을 경제적으로 향유하는 한편, 스왑매도인은 주식을 소유함에도 불구하고 그 보유에 따른 손실과 비용을 회피하면서 고정수익을 취하기 위함이므로, 결국 TRS 계약의 본질은 원고 호텔들과 같은 스왑매수인 측이 '대상 주식의 소유권 취득'이라는 준물권적 효과를 유보하면서도 그와 같거나 거의 비슷한 경제적 효과를 당사자 간의 합의를 통한 채권적 관계에 기하여 달성하는데에 있다고 할 수 있다.

TRS 계약이 '대상 주식의 소유권 취득'이라는 준물권적 효과의 달성을 유보함과 동시에, 그와 같거나 유사한 경제적 효과를 채권적으로 달성하는 계약이라는 것은 이 사건에서와 같이 스왑매수인이 TRS 계약 해지나 종료 시에 대상 주식에 대한 우선매수권을 갖는 것이 통상적이라는 점에서 잘 드러난다. 즉, 스왑매수인이 TRS 계약의 만기 등의 시점에 이르러 대상 주식의 취득 여부를 최종적으로 선택할 수 있는

권리를 갖는 것은 그 시점까지 대상 주식의 취득을 보류하였기에 가능한 일이다.

피고들이 지적하는 바와 같이,

1)

원고 호텔들은 이 사건 각 거래의 만기 시점에 이르러 이 사건 주주간계약 및 스왑계약에 따라 보장되는 우선매수권을 이용하여 ① 이 사건 외부투자자들 명의인 상태에서 이 사건 쟁점주식에 대한 우선매수권을 행사하지 않고 특수관계 없는 제 3 자에게 매각하도록 하는 방안(이하 '제 3 자 매각 방안'이라 한다), ② 지방세특례제한법 제 57 조의 2 제 5 항 제 8 호 특례규정에 따라 상장주식에 대하여는 과점주주 간주취득세가 부과되지 않는 점을 고려하여 이 사건 주식을 5 년의 기간 내에 상장한 다음, 이 사건 쟁점주식에 대해 우선매수권을 행사하는 방안(이하 '상장 후 우선매수권 행사 방안'이라 한다), ③ 상장이 이루어지지 않을 경우 이 사건 각 거래의 기간 만료 시에 우선매수권을 행사하여 이 사건 쟁점주식을 취득함으로써 간주취득세 과세시기를 5 년간 늦추는 방안(이하 '단순 우선매수권 행사 방안'이라 한다)을 상정할 수 있었다.

이에 대하여 피고들은 우선매수권을 통하여 이 사건 외부투자자들의 이 사건 쟁점주식 처분권이 제한되어 있음을 고려할 때, 사실상 제 3 자 매각 방안은 예정된 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하나, 원고들이 ○○○렌탈의 인수를 통하여 기대하였던 사업의 시너지 효과가 나타나지 않고 ○○○렌탈의 영업 상황이나 재무 구조가 급격히 악화되는 등의 사유로 원고 호텔들이 이 사건 각 거래의 만기 시점에 이르러 이 사건 쟁점주식을 종국적으로 취득하지 않기로 하는 경영상 판단에 이르게 될 가능성을 배제할 수는 없고, 오히려 이러한 사항은 원고 호텔들로서 이 사건 쟁점주식을 최종 취득하기에 앞서 신중히 고려하여야 할 사항이라 할 것이므로, 제 3 자 매각 방안이 원고 호텔들이 이 사건 각 거래를 할 당시에 고려하지 않았던 대안이라고 단정할 수는 없다.

또한 피고들은 원고 호텔들이 이 사건 각 거래의 만기인 5 년 이내에 이 사건 주식을 증권시장에 상장한 다음, 그 후에 우선매수권을 행사하여 이 사건 쟁점주식을 취득함으로써 간주취득세를 회피할 계획이었다고 주장하나, 설령 상장 후 우선매수권

행사 방안이 실행되어 간주취득세가 결과적으로 부과되지 아니하였다고 하더라도, 이는 지방세특례제한법 제 57 조의 2 제 5 항 제 8 호에서 정한 과세특례에 의하여 인정된 세법상의 혜택일 따름이지, 원고 호텔들이 이 사건 쟁점주식의 취득을 부당하게 지연하였기 때문이 아니다. 더욱이 이 사건 각 거래 체결 당시, 구 지방세특례제한법(2015. 12. 12. 법률 제 13613 호로 개정되기 전의 것) 제 5 조 제 8 호는 그 과세특례기간을 '2016. 12. 31.'까지로 한정하고 있었고, 납세의무자로서는 그 과세특례기간이 순차로 연장될 것이라는 점을 알 수 없었으므로, 원고 호텔들이 그 당시 이 사건 주식을 이 사건 각 거래의 만기를 앞두고 상장한 후 우선매수권을 행사함으로써 간주취득세를 회피하겠다는 계획을 갖고 이 사건 각 거래를 하였다고 단정하기 어렵다.

마지막으로, 피고들은 원고 호텔들이 단순 우선매수권 행사 방안으로도 우선매수권을 행사하여 이 사건 쟁점주식을 취득하기까지 간주취득세의 과세를 5 년간 지연시킬 수 있었다는 취지로 주장하나, 이는 원고 호텔들이 이 사건 외부투자자들과 TRS 거래를 체결하여 이 사건 쟁점주식의 취득을 5 년간 유보한 것에 따르는 결과일 뿐, 원고들이 간주취득세 납세의무의 성립을 부당하게 지연시켰다고 볼 만한 뚜렷한 법적 근거가 없다. 설령 원고 호텔들이 당장의 간주취득세 부담을 감안하여 이 사건 쟁점주식의 취득을 보류하거나 그 소유주식비율을 과반비율 이하로 제한한 것이라고 하더라도, 사적 자치의 원칙상 이러한 행위가 금지된다고 볼 수도 없다.

따라서 원고 호텔들은 이 사건 각 거래를 통하여 이 사건 쟁점주식의 취득을 5 년간 법적으로 유보하되 경제적으로 그와 같거나 유사한 효과를 누리면서, 이 사건 각 거래의 만기 등 시점에 이르러 이 사건 쟁점주식의 취득 여부를 최종 결정하려고 하였던 것이라고 봄이 타당하므로, 우선매수권의 행사 등에 의한 이 사건 쟁점주식의 취득 시점 이전에 '주식의 취득'이라는 간주취득세의 과세요건이 충족되었다고 볼 수 없다.

(라) 물론 실질과세원칙의 적용과 그 원인된 행위의 민사법적 구성을 반드시 연계하여 인식할 필요는 없으며, 당사자가 선택한 거래형식이나 거래주체 등 민사법적인 행위의 내용을 굳이 부정하여 재구성하지 않더라도 조세법적 관점에서 과세요건의 해당여부를

판단하기 위한 목적 범위 내에서 실질적인 내용과 귀속관계를 파악하는 것으로 족하다. 그러나 이는 조세를 회피하기 위하여 당사자가 취한 외관과 실질이 괴리되어 있고 그 실질을 외면하는 것이 심히 부당하다고 볼 수 있는 경우에 한한다.

2)

이상에서 살펴본 것처럼 ○○○렌탈 인수 과정에서 원고 호텔들이 선택한 법적 형식이 조세 회피 목적의 비합리적인 거래라고 단정할 수 없고, 오히려 금전소비대차계약 등에 의해서는 도모할 수 없는 특수한 경제적 목적과 효과(부채비율 저감, 출자 확대 유보를 통한 사업경과 관찰 및 투자리스크 관리 등)를 달성하기 위한 행위라고 볼 여지도 상당하므로, 실질과세 원칙을 적용하여 함부로 그 거래 형식을 부인할 것이 아니다.」 이 조세 회피 목적의 비합리적인 거래라고 단정할 수 없고, 오히려 금전소비대차계약 등에 의해서는 도모할 수 없는 특수한 경제적 목적과 효과(부채비율 저감, 출자 확대 유보 를 통한 사업경과 관찰 및 투자리스크 관리 등)를 달성하기 위한 행위라고 볼 여지도 상당하므로, 실질과세 원칙을 적용하여 함부로 그 거래 형식을 부인할 것이 아니다.」

라. 소결론

원고들이 특수관계에 있고, 이 사건 쟁점주식을 취득한 과점주주임을 전제로 하여 이루어진 이 사건 처분은 어느 모로 보나 위법하므로 취소되어야 한다.

3. 결론

그렇다면, 원고들의 피고들에 대한 청구는 이유 있으므로 인용하여야 할 것인바, 제 1 심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 피고들, 피고 ○○○○○○ ○○○○○○ 보조참가인 및 참가행정청의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각한다(변론 종결 후에 피고들이 제출한 2021. 8. 5.자, 같은 달 10.자 및 같은 달 13.자 참고서면과 참가행정청이 제출한 2021. 8. 11.자 참고서면을 살펴보더라도 위와 같은 판단을 뒤집기 어렵다).

[별지 1]

피고들 및 소송수행자 목록

부과처분 목록

1. 원고 주식회사에 대한 부과처분
2. 원고 주식회사 ○○호텔에 대한 부과처분
3. 원고○○ 주식회사에 대한 부과처분
4. 원고 주식회사 호텔○○에 대한 부과처분
5. 원고 주식회사□□ 에 대한 부과처분

1)2020. 12. 30.자 피고 측 준비서면 제 23 면

2)로담코 판결 중, 대법관 다수의견에 대한 보충의견 등 참조.