

Controlling Shareholder Related Transactions and the Duty of Loyalty

일감몰아주기와 이사의 충실의무¹

양 명석 (Yang Myung Suk)

2018. 7.13.

Abstract

Many chaebols in Korea are now under the control of the second and third generation offsprings of the founders. In some of the generational transfers of the management control of chaebols, wealth acquired through related transactions by controlling shareholders with various affiliates within chaebols (“Controlling Shareholder Related Transactions” or “CSRT”) was an important factor. CSRT, implicating the duty of loyalty on the part of the controlling shareholders and the directors toward the companies and their minority shareholders, have traditionally been regulated under the Commercial Act, with less than satisfactory results. Though the Commercial Act distinguishes the duty of loyalty and the duty of care of directors and controlling shareholders, the courts have applied the business judgment rule, and the gross negligence standard in finding a breach thereof, to both the duty of loyalty and the duty of care cases and blurred the distinction between the two. Recently, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act and Inheritance Tax and Gift Tax Act have been amended to permit regulation of and imposition of fines and taxes on CSRT, subject to certain conditions. The new regulations do not require showing of breach of the duty of loyalty on the part of the controlling shareholders and simply impose penalties based on the aggregate size of the CSRT of the subject entities as a proportion of their total businesses. Since the introduction of the new laws, the controlling shareholders of chaebols have naturally responded by managing their holdings in subject entities and the proportions of the CSRT in order to avoid the reach of the new regulations. However those maneuverings by the controlling shareholders may appear to suggest a reduction in the CSRT, the new regulations will likely not be successful in ridding the CSRT as they do not enforce the duty of loyalty on the controlling shareholders and the directors of the companies involved but merely provide incentives for them to avoid the penalty triggering conditions thereunder. Bringing CSRT under control will require making it clear that the business judgment rule does not apply to the duty of loyalty cases, that CSRT must be approved by uninterested directors or be entirely fair to the company and the minority shareholders, and that directors and controlling shareholders violating their duty of loyalty should be personally liable for the damages for such breaches.

이제 여러 재벌의 지배주주는 창업자의 2 세대 또는 3 세대의 후손들이다. 일부 재벌의 경영권 세습과정에 지배주주는 개인적으로 지배하는 회사에게 그룹의 특정 일감을 몰아주는 방법(이하 “지배주주의 자기거래”)을 통하여 부를 축적하였다. 지배주주의 자기거래에는 지배주주의 충실의무가 관련되어 있으며, 정부는 통상적으로 상법을 통하여 그를 규제하였으나, 규제의 효과는 만족스럽지 못했다. 상법은 충실의무와 주의의무를 분리하여 정의하고 있지만, 법원은 충실의무위반의 판단과 주의의무위반의 판단 경우 모두에 경영판단의 원칙을 적용하고, 결국 위반판단에 중과실 기준을 적용하고 충실의무와 주의의무를 동일하게 취급하였다. 최근 공정거래법과 상증법이 개선되어 지배주주의 충실의무 위반여부와 상관없이 지배주주의 자기거래의 상대적 규모가 일정 수준을 초과하면 지배주주에게 벌금을 부과하고 그러한 상황의 재 발생을 금지할 수 있게하였다. 지배주주는 이에 대응하여 수혜법인의 지분 조정 및 지배주주의 자기거래 규모를 조정하여 관련 법규의 규제를 회피하고 있어 보인다. 그러나, 개정된 공정거래법과 상증법으로 규제대상건을 줄이는 효과가 있다고 하여도 지배주주 및 이사의 충실의무 위반

¹ 본 paper는 <http://ssrn.com/> 에서 다운로드 할 수 있습니다. <https://ssrn.com/abstract=3213040>.

자체에 대한 규제는 하지 않아 지배주주의 자기거래를 원천적으로 규제하기에는 어려워 보인다. 지배주주의 자기거래를 규제하려면 경영판단의 원칙이 충실의무건에는 적용되지 않아야 하고, 그러한 거래는 이해관계가 없는 이사의 사전승인이 있거나 그 거래가 회사와 소액주주에게 공정함을 요구하여야 하고, 충실의무를 위반하는 이사와 지배주주는 그로 인하여 발생한 회사의 손실에 대한 책임을 져야 할 것이다.

* * *

목 차

1. Intro	2
2. 지배주주의 자기거래	3
A. 경영권 세습의 방법으로 사용되어 사회의 문제로 인식	3
B. 이러한 경영세습 방법의 법적 문제점	6
3. 국내 3 법규로 규제하고 있음	9
A. 공정거래법	9
B. 상증법	15
C. 상법	17
4. 개선 방향	23
A. 상법을 중점으로 규제	23
B. 일감몰아주기/일감떼어주기는 자기거래	25
C. 충실의무 위반에 대한 책임	31
5. 결론	33

1. Intro

여러 재벌의 지배주주들은 미비한 수준의 계열사 지분을 보유하면서 그룹의 경영권을 행사하고, 경영권을 2 세대, 3 세대로 세습하면서 증여세를 최소화하여야 하는 처지에 있어 보인다. 때로는 경영권 세습과정에 증여세의 최소화 수준을 넘어, 지배구조의 개선까지 목표로 하고 지배주주 가족의 부를 확대하는 방법으로 일감몰아주기, 일감떼어주기 등의 방법²(이하 “지배주주의 자기거래”)이 사용되고 있어 사회적 문제가 되었고, 정부는 이러한 지배주주의 자기거래를 상법, 공정거래법, 상속세와 증여세법을 통하여 규제하고 있다. 공정거래법과 상증법은 지배주주가 일정 규모 이상의 지분을 보유하고 있는 법인이 계열사와의 일정규모 이상의 내부거래가 있는 경우, 특별한 위법 행위 또는 지배주주의 의도와 상관없이, 그 사실만으로 과징금 또는 증여세를 부과하고 그러한 상황의 재발을 규제하고 있다. 2011 년 상증법,

² 지배주주의 자기거래는 시장조건과 다른 거래 (저가 또는 고가의 거래를 포함), 일감몰아주기, 일감떼어주기, 지배주주의 자식을 포함한 특수관계인을 계열사의 임원으로 임명, 특정인에 대한 증권의 제 3 자 발행 또는 기관주의 제 3 자 배정 등 지배주주의 재정적 또는 비재정적 이익이 개입된 모든 거래를 포함한다.

2013년 공정거래법의 개정으로 도입된 이러한 규정의 결과로 재벌들이 일감몰아주기 및 일감떼어주기의 수혜법인에 대한 지배주주의 지분 또는 내부거래 규모를 조정하고 있어, 상증법과 공정거래법으로 일정 수준의 효과를 보고 있다.

그러나, 이러한 상증법과 공정거래법에 의한 지배주주의 자기거래에 대한 규제는 단순히 경제적 행위의 결과만을 근거로 규제하고 있어 관련 법규를 위반하는 행위가 어떠한 법리에 의거하여 부당한 행위인지에 대한 논리가 미비하며, 그에 대한 감독기관이나 법원의 조치는 당연히 금지된 행위의 사후적 조치로 금지된 행위를 사전적으로 승인하는 이사들에 대한 적절한 인센티브와 책임을 부과하고 있지 않다는 점에서, 지배주주의 자기거래를 근본적으로 해결하기에는 어려움이 있을 것이라고 보여진다.

결국 지배주주의 자기거래, 즉 지배주주의 회사와 소액주주와 이해상충되는 거래를 규제하기 위해서는, 일차적으로 그러한 거래를 이행하는 과정에 상법에서 요구되는 지배주주의 충실의무(즉, 지배주주의 이익을 무시하고 회사와 소액주주의 이익만을 위하여 회사의 경영권과 영향력을 행사하여야 하는 의무) 및 주의의무(회사의 경영권과 영향력을 행사하는 과정에 일반투자자가 본인의 투자에 대한 판단과 관리에 통상적이고 합리적인 노력과 주의를 주는 수준의 노력과 주의를 주어야 하는 의무)를 위반한다고 판단되는 행위의 불법성에 대한 법리가 정의되어야 할 것이다. 그 과정에, 충실의무와 주의의무의 차이점을 좀더 명확하게 하여, 경영권 행사자의 충실의무가 개입된 거래의 경우, 거래의 내용과 절차에 대한 공정성을 강화하고, 그의 위반여부에 대한 판단 기준을 주의의무의 경우와 분리하여 적용하는 것이 필요하다. 이차적으로 지배주주의 자기거래에 대한 규제는 그러한 거래에 대한 결정권을 행사하는 지배주주와 이사들의 책임을 강화하여 부당한 거래의 발생을 사전적으로 차단할 수 있는 인센티브 시스템과 환경이 이루어 져야 할 것이다.

2. 지배주주의 자기거래

A. 경영권 세습의 방법으로 사용되어 사회의 문제로 인식

재벌들의 2세대 3세대들이 기존 비상장 계열사의 지분을 저가에 인수하거나, 별도의 법인을 설립하고, 계열사와 거래를 통하여 사업규모와 가치를 증가하여 부를

축적하고 경영권을 세습하는 것이 사회적 문제로 제기되었다. 경제개혁연구소의 2016년 보고서³에 의하면 이러한 방식으로 삼성그룹의 이재용 부회장은 265 억원을 투자하여 7.35 조원의 이익을⁴, SK 그룹의 최태원 회장은 60 억원을 투자하여 4.10 조원의 이익을⁵, 현대자동차의 정의선 부회장은 431 억원을 투자하여 3.64 조원의 이익을⁶ 이루었다. 경제개혁연구소의 보고서에 의하면, 이러한 부의 축적은 대기업집단의 경영권을 세습한 2 세대 및 3 세대로 제한되어 있지 않았다. 8 개 기업집단 소속 31 개회사의 동일인 65 명은 약 4,756 억원을 투자하여 약 26.2 조원의 이익을 얻었다.

이러한 일감몰아주기를 통한 지배주주 등이 보유하는 비상장회사의 사업가치 증가로 인한 부의 축적은 특히 삼성 SDS, SK C&C 등의 전산 시스템 통합 업체들을 많이 사용하였다.⁷ 이는 그러한 업체들의 자본금이 적기 때문에 재벌총수 자녀가 적은 자금을 들여 지배권을 획득할 수 있고, 일단 지배권을 획득한 뒤에는 그룹 계열사의 지원을 통해 회사가 급성장하면서 경영권 승계를 위한 자금을 [거]기서 끌어모을 수 있”기 때문이다.⁸

이재용의 투자실적. 경제개혁연구소는 이재용이 1995.10.30. 에버랜드에 약 48 억원을 투자하였고⁹, 1999.2. SDS 에 약 107 억원을 투자하였고¹⁰, 이러한

³ 이충희, “회사 기회유용과 일감몰아주기를 통한 지배주주 일가의 부 증식 6 차 보고서 (2016 년),” 경제개혁연구소, 2016-13 호, 2016.12.5.

⁴ 이충희 (2016) pp.24-25 참조.

⁵ SK 의 최태원은 SK C&C 에 투자하여 부를 축적함. 이충희 (2016) p. 27 참조.

⁶ 이충희 (2016) pp. 26-27 참조.

⁷ “실제로 SK 그룹 뿐만 아니라 삼성그룹의 삼성 SDS 를 비롯해 현대자동차그룹의 오토에버시스템즈, 한화그룹의 한화 S&C 등 대부분의 재벌그룹에서 SI 관련 비상장 계열사가 총수일가의 지배력 강화에 동원되는 사례가 지적돼 왔다. 총수일가가 지배지분을 확보하고 있는 SI 계열사에 거래를 몰아주고 이 회사를 중심으로 핵심 계열사의 지분을 늘려나가는 방식인데 이를 비판한 언론은 거의 없다.” 이정환, “SKC&C 사장, 언론이 말하지 않는 이야기: 돈 방식에 얽은 총수일가, 순환출자 구조 해소됐지만 기회유용 문제 여전,” 미디어 오른 2009.11.11. SI, 홍보 등의 업무는 사실 외부 기업들의 경쟁이 치열하여, 특정 계열사를 통하여 실질적인 업무 이행 등의 부가가치 서비스제공 없이 통행세만 부가하면서 부를 축적할 수 있는 시장 상황이다.

⁸ 조계완, “경제 비상장 계열사는 경영권 승계용? 재벌그룹 총수 자녀에게 헐값으로 넘긴 귀 막대한 차익 이용한다는 의혹 일어,” 한겨레 21, 경제 21, 2007.8.9. 제 672 호. <http://h21.hani.co.kr/section-021011000/2007/08/021011000200708090672017.html>.

⁹ 사실 이재용의 이러한 투자의 원천은 이건희가 1995 년 61 억원을 증자한 것으로 시작된다. 이재용은 증여세 16 억원을 납부하고 에버랜드가 보유하고 있던 에스원과 삼성엔지니어링 비상장 지분을 약

투자자산으로 배당금, 매각대금 및 2015 년 말 보유하고 있는 주식의 평가액의 가치의 합계액이 약 5.0 조원이라고 하였다. 만약 1995.10.31.에 총 투자액 약 265 억원을 코스피 지수에 투자하였다면, 2015 년말 투자지수의 가치¹¹는 약 684 억이었을 것이다.

에버랜드와 SDS 모두 성장과정에 내부거래 비중이 높은 기업들이었다. 에버랜드의 경우, 1999 년 이후 15 년 기간동안의 평균 내부거래 비중은 44%였다. 2013 년 총매출은 3.02 조원이었고, 내부거래는 1.3 조원으로 매출대비 43.05%였다. 에버랜드는 2013 년에 내부거래 금액이 큰 급식 및 식자재유통 영업부문을 물적분할하고, 건물관리사업을 매각한 이후 내부거래가 거의 없는 패션사업부를 인수하여, 내부거래 비중을 낮추었다.¹² 삼성 SDS 는 1985 년 2 월 설립이후, 1985 년 7 월에 삼성물산의 전산시설부를 흡수하였고, 1991 년 9 월에는 삼성그룹 전산실을 흡수하여, 그룹내 전산시스템관련 사업을 직접이행하거나 외부기업을 관리하는 등 그룹 계열사들과의 내부거래가 많았다. 2013 년 매출의 71.44%가 그룹 내부거래 비중이었다.¹³

42 억원에 매입한뒤 그 두 회사가 상장되자 605 억원에 매각하여 시작되었다. 사실 이재용의 놀라운 투자실적은 이견회의 증여이후부터 계산되어야 할 수도 있다.

¹⁰ 이재용의 삼성 SDS 투자로 인한 이익이 언론에서 언급한 약 280 배 시세차익이지 않다는 보도도 있었다. 아시아경제는 이재용이 삼성 SDS 의 설립부터 6.5%, 2009 년 당시 295 만 5,560 주 의 지분을 보유하고 있었고, 2002 년 BW 의 전환으로 2,191,140 주를 추가 취득하였고, 2010 년 삼성네트웍스의 합병과정에 보유하고 있던 삼성네트웍스의 지분을 삼성 SDS 주식으로 전환하여 추가로 1,217,757 주를 취득하였으며, 2013 년 삼성 SNS 와의 합병과정에서 추가로 2,339,855 주를 취득하였다고 보도하며, BW 를 통하여 취득한 지분은 이재용의 총 삼성 SDS 지분의 약 25.2%에 지나지 않아 저가로 BW 를 취득하여 축적한 부의 규모가 그리 중요하지 않다는 내용을 보도하였다. 명진규, “재계 핫이슈 뒤집어 보기 ··· 삼성 SDS BW 논란, 그 진실은 - 이재용 부회장 280 배 상장대박? BW 차액은 일부,” 아시아 경제 2014.11.25. 그러나, 삼성네트웍스는 이재용이 삼성 SDS 의 BW 를 저가로 인수한 이후 삼성 SDS 로부터 분리된 회사(분리된 당시 Unitel)로, 2010 년 재 합병과정에 발행된 삼성 SDS 지분은 결국 이재용이 취득한 BW 로 받은 지분이며, 삼성 SDS 와 2013 년 합병한 삼성 SDS 는 1993 년 삼성전자에서 분사하였으며, 1996 년 전환가격이 시세보다 약 1/4 수준으로 하는 전환사채를 발행하고, 기존주주들이 배정받은 물량을 포기하는 방법으로 이재용이 50.7%의 지분을 확보하여, 결국 삼성 SNS 의 지분도 삼성 SDS BW 의 투자경우와 동일한 이회적인 부의 축적 사례로 보인다. 정남기, 서수민, “삼성 이재용씨 또 편법 증여 의혹,” 한겨레 경제일반, 2005.10.21, http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/73193.html.

¹¹ 1996.10.30. 코스피 종가는 759.09 였으며, 2015.12.30. 코스피 종가는 1,961.31 로, 약 158% 증가하였다. 이재용이 실현한 투자 수익률은 약 103,400%로, 코스피 지수 투자대비 약 654 배이다.

¹² 채이배, 이수정, “일감몰아주기 관련 과세 및 규제의 회피사례와 관련 제도 개선방안 제안,” 경제개혁리포트, 2015-03 호, 2015.2.26. 경제개혁연구소, p. 15.

¹³ 삼성 SDS 는 2012 년 12 월에 삼성 SNS 와 합병하였으며, 삼성 SNS 의 2012 년 금액을 기준으로 합병 후 내부거래 비중은 69.87%였다. 채이배, 이수정, “일감몰아주기 관련 과세 및 규제의 회피사례와 관련 제도 개선방안 제안,” 경제개혁리포트 2015-03 호, 2015.2.26. 경제개혁연구소, p.17.

정의선의 투자실적. 현대글로비스는 2001년 설립되었으며, 현대자동차 계열사들의 물류업무를 인수하여 성장한 회사다.¹⁴ 2010년의 내부거래 비중이 100%에서, 2011년에는 87%로, 2015년에는 69%로 낮아졌으나 (2011년에서 2015년 사이의 평균 내부거래 비중은 76.46%¹⁵), 정의선은 약 30 억원을 투자하여 2015년 말 현재 배당금, 일부 지분의 매각금액 및 보유지분의 평가금의 합계는 약 2.66조원으로 88,635%의 수익율에 해당한다.¹⁶ 공정거래위원회는 2007년 현대자동차 계열사들 사이에서 현대글로비스를 비롯한 여러 계열사에 대한 부당하게 지원하는 거래가 있었다고 판단하여 약 85 억원의 과징금을 부과하였고¹⁷, 이는 고등법원에서 확정되었다.¹⁸

B. 이러한 경영세습 방법의 법적 문제점

한국의 경제성장과정을 검토하면서 재벌을 제외하고 논의하기는 어려울 정도로 경제성장과정에 재벌의 역할이 중요하였다. 그러나, 재벌의 역할이 긍정적이었다고만 할 수는 없다. 과거 재벌 대기업집단의 문제점에 대하여 “경제 성장과 발전에 기여했다는 점이 면죄부로 작용해왔다”¹⁹고 할 수 있었지만, 이제는 재벌 대기업집단이 국내 경제구조적 문제의 중앙에 있다는 사회적 인식이 강해졌다.

특히 재벌 대기업집단의 역사가 길어지면서 창업자들이 2 세대로 또는 2 세대가 3 세대로의 경영권 세습이 필요하게 되었고, 최근 재벌과 관련되어 사회적 문제로

¹⁴ 현대차그룹은 2018년 3월 현대차 지분 20.78%를 보유하고 있는 현대모비스(부품 및 모듈업체)를 분할하고 존속회사를 현대글로비스에 합병하여 현대차그룹의 지배주주의 지배력을 강화하게 하는 안을 발표하였으나, 모비스의 48.6%를 보유하는 외국 주주, 9.8%를 보유하는 국민연금 등의 반대의견으로 계획되었던 임시주총을 5월 취소하고 합병안을 일단 중단하겠다고 발표하였다. 지배주주는 글로비스의 29.9% 지분을 보유하고 있지만, 모비스의 6.96%만 보유하고 있다. 합병안에는 현 매출이나 사업규모가 더 큰 존속모비스에게 현대차 지분을 유지하게 하고, 그를 글로비스와 합병하여 지배주주의 현대차의 경영권을 좀더 확고하게 하는 결과를 추구하였던 것으로 보인다. 현대차는 기아차의 33.88% 지분을 보유하고 있다.

¹⁵ 이종희, 2016, p. 32.

¹⁶ 이종희, 2016, pp. 26-27.

¹⁷ 공정거래위원회 심결의 제 2007-504 호, 2007.10.24. p. 122.

¹⁸ 서울고등법원 2009.8.19. 선고 2007 누 30903 판결. 고등법원은 현대하이스코의 부당지원에 대한 공정위의 판단을 기각하고 나머지 부분은 확인하였으며, 공정위가 대법원에 항소하여 대법원은 고등법원의 판결을 확정지었다. 대법원 2012.10.25. 선고 2009 두 15494 판결.

¹⁹ 김병권, “재벌 대기업주도 성장 모델은 예전에 사라졌다,” 오마이뉴스, 2011.07.18., http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001597913.

인지된 상황에는 그러한 경영권 또는 재산의 세습목적과 연관된 문제가 많았다. 지배주주들은 경영권과 재산의 세습 과정에서 세습이후 각 자식들이 지배할 그룹의 규모의 축소를 방지하거나 일정 규모 이상의 회사들을 지배할 수 있게 하기 위한 노력을 하는 것으로 보여진다. 그 과정에서 계열사의 자산 또는 증권을 자식에게 저가에 양도하거나, 계열사의 지원을 근거로 하여 자식들이 새로운 사업에 진출하게 하는 등의 방법으로 결국 세습과정이 이루어 졌다고 할 수 있으며, 그를 규제하기 위하여 정부는 새로운 법규를 도입하기도 하였다.

계열사들의 증권 또는 다른 자산을 지배주주에게 저가양도하는 대표적인 사건은 삼성에버랜드와 삼성 SDS 의 전환사채와 신주인수권부사채의 저가발행이라고 할 수 있다. 삼성에버랜드와 삼성 SDS 는 주주배정으로 관련 사채를 발행하기로 하고, 계열사 주주들이 인수를 포기하는 형식을 통하여 이재용 등 이진희 회장의 자식들에게 양도하여 관련회사의 대주주가 되게 하는 방식으로 이에 대한 소송에서 법원은 결국 그러한 저가 발행이 문제되지 않는다고 판단하였다.²⁰ 그러나, 저가발행이 법적 제재를 받지 않는 않지만, 사회적 문제로 대두되는 과정에, 그러한 저가 발행 사례는 많이 줄어들은 것으로 보도되고 있다.²¹

자산의 저가 양도로 인한 부의 축적 방식 이후 문제로 인지되고 있는 방식은 일감몰아주기다. 삼성그룹의 경우, 이재용이 대주주가 된 삼성에버랜드와 삼성 SDS 는 계열사와의 내부거래를 통하여 성장하여 기업가치가 증가되면서 이재용의 지분가치도 같이 상승하였다. 삼성그룹뿐만 아니라 현대자동차의 현대글로비스, 현대모비스, SK 의 SK C&C, 한화의 한화 C&S 등 많은 기업집단에서

²⁰ 1 차로 주주배정 이후, 실권된 주식을 동일한 가격으로 제 3 자배정으로 발행하는 경우, 발행가가 액면가를 초과하면, 발행가가 시장가보자 현저하게 낮다고 하여도, 주주들에게 1 차 청약 기회를 제공하였기 때문에 주주들에게 손실이 발생하지 않았다는 논리이다. 법원은 주주들이 청약을 포기한 것이 지배주주의 지시 또는 영향력에 의한 경우인지, 그러한 경우에 다른 판결이 적절한지에 대한 논의를 하지 않았다. 계열사 주주들의 청약 포기가 지배주주의 사전 지시에 의한 형식적인 행위였는지, 주식의 발행, 청약포기 등의 형식적인 행위보다 실질적인 내용을 근거로 여러 절차를 묶어 한 행위로 판단하여야 하는 법리에 대한 논의없이 판단이 이루어 지고 있어 보이는 점도 우려점이다.

²¹ 채이배, “일감몰아주기 규제의 문제점 및 개선방안,” 2015.6.24, 국회 의원회관 제 2 간담회실, 점누가 간담회. p.4. 회사들이 보유하는 자산을 지배주주에게 저가로 양도하는 사건이 줄어들은 것이 사실이라도, 그 상황이 법적 제재에 의한 결과이지 않을 수도 있다. 법적 제재보다는 사회적 비판을 인식하여 재벌들이 그보다 문제가 적은 방식으로 부를 축적하는 방법을 선택한 결과일 수도 있다.

지배주주나 그의 특수관계인이 대주주로 있는 계열사에 일감을 몰아주어 특수관계인들의 부를 축적하였음을 볼 수 있다.

지배주주의 자기거래를 통한 이러한 부당한 부의 축적의 근본적인 문제점은 그러한 부당행위가 현대경제의 근본인 자본시장 원칙을 위협하는 행위라는 점이다. 지배주주는 본인이 경영권을 행사하는 회사 또는 그룹의 지분의 100%를 보유하고 있지 않다. 국내의 경우에는 사실, 지배주주와 그의 특수관계인이 보유하는 지분이 미비한 수준인 경우가 많이 있다. 결국 지배주주는 제 3자 소액주주들의 자산지분에 대한 경영권을 위임받아 회사의 이익만을 위하여 객관적으로 적절한 수준의 노력을 기울여 그 경영권을 행사하여야 하는 의무를 가지고 있다. 회사의 이익만을 위하여 경영권을 행사하여야 하는 의무는 충실의무이고, 적절한 수준의 노력을 기울여 경영권을 행사하여야 하는 의무는 주의의무이다. 충실의무와 주의의무는 법인의 존재를 인정하는 상법에서 정의되고 규제되는 개념들이다. 특히, 지배주주의 자기거래를 통한 부당한 부의 축적거래는 지배주주가 회사의 이익보다 본인의 이익을 우선하여 경영권을 행사하는 거래라고 할 수 있으며, 결국 지배주주의 충실의무 위반 행위가 존재한다고 하겠다.

그러나, 지금까지의 그러한 지배주주의 자기거래에 대한 상법 상의 충실의무 규정에 의한 규제는 만족스럽지 못하였다. 지배주주가 회사의 이사나 기타 공식 임원으로 경영권을 행사하지 않거나, 경영권을 행사한 사실을 입증하기 어려워 지배주주가 업무집행지시자로 인정되지 않아 상법상의 규제 대상에서 제외되기도 하였고, 또는 충실의무의 위반여부 판단에 중과실 기준을 적용하여 사회적 문제로 제기된 지배주주의 자기거래 행위에 대한 실질적 면제부가 제공되어 보이기도 하였다. 이러한 상법만으로는 지배주주의 이행상충 행위의 규제가 미비한 상황에 공정거래법과 상증법을 통한 지배주주의 자기거래에 대한 규제가 시도되었다. 공정거래법과 상증법은 지배주주의 자기거래에 대한 회사의 사업결정과정에 대한 사업적 합리성 또는 그 과정의 충실의무 등의 법리적 위법성을 요구하지 않고, 특정 외부적 조건이 충족되는지만을 근거로 과징금, 증여세를 부과하고 그러한 외부적 조건의 발생을 금지할 수 있게 하고 있다. 따라서, 공정거래법과 상증법에 의한 지배주주의 자기거래 규제는 행정적으로 간편하고 정확한 면이 있고, 실제 입법 이후 수년간의 기록을 보면, 지배주주의 자기거래에 대한 일정 효과가 있었다. 단, 법리적

원칙이 정확하지 않아 관련 법규에 명시된 조건을 충족시키지 않는 (피해가는) 지배주주의 자기거래 등을 규제할 수 없다는 단점이 있다.

결국 자산의 저가 양도, 일감몰아주기 및 아직 보편화되지 않은 지배주주가 충실의무를 위반하는 부당한 부의 축적 방법의 규제는 그 근본적인 문제, 즉 지배주주의 충실의무 위반행위의 방지를 포함하여야 한다. 일감몰아주기로 인하여 지배주주의 특수관계인이 지배하는 법인에 발생하는 이익을 특수관계인에게 증여된 것으로 간주하여 증여세를 부과하거나 불공정거래 형태로 인정하여 부과금을 부과하는 법규로 지배주주들의 그러한 행위를 회피하게도 할 수 있으나, 그러한 규제 방법은 감독기관의 지적 및 법집행에 의존하여야만 하며, 근본적인 지배주주의 충실의무 위반행위 방지 효과는 미비할 수도 있다.

3. 국내 3 법규로 규제하고 있음

국내에서는 일감몰아주기를 상법, 공정거래법과 상증법에서 규제를 하고 있다. 상법에서는 이사와 지배주주에게 충실의무와 주의의무의 선관주의의무를 부과하고 있으며, 특히 자기거래와 회사의 사업기회유용의 경우에는 이사회 특별결의를 요하고 있다. 상증법에서는 지배주주의 특수관계인이 지배하는 계열사에게 일감을 몰아주는 경우, 그로 인하여 계열사에 발생하는 영업이익을 특수관계인에게 증여한 것으로 간주하여 증여세를 부과하고 있으며, 공정거래법에서는 지배주주의 특수관계인이 지배하는 계열사에게 부당한 조건으로 일감을 몰아주거나 현저한 규모의 일감을 몰아주는 경우에 과징금을 부과하고 시정조치를 명할 수 있다. 이러한 규제체제에 대하여 공정거래법, 상증법, 상법의 순서로 간략하게 정리하여 본다.

A. 공정거래법

공정거래법 제 23 조는 시장의 공정한 거래를 저해하는 행위를 금지하면서 특수관계인²² 또는 제 3 자 회사에게 상당히 유리한 조건으로 거래하거나 상당한 규모의 거래하는 행위 및 다른 사업자와 직접거래하면 상당히 유리함에도 불구하고

²² 특수관계인이란 (1) 동일인, (2) 동일인 관련자와 (3) 경영을 지배하려는 목적으로 기업결합에 참여하는 자를 의미한다. (공정거래법 제 7 조 제 1 항, 령 제 11 조) 동일인 관련자란 (1) 6촌 이내의 현족, 4촌 이내의 인척 (“친족”), (2) 동일인과 동일인 관련자가 사실상 사업내용을 지배하는 회사, (3) (1) - (2)에 해당하는 자의 사용인 등을 의미한다. (시행령 제 3 조 제 1 호)

거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인 또는 제 3 자 회사와 거래하는 행위 등이 그러한 시장의 공정성을 저해하는 행위에 포함된다고 하여 규제하고 있다.²³ 경쟁성을 저해하는 행위로 인정되기 위해서는 “가격등의 부당성”과 “경쟁제한성”을 모두 충족해야 된다고 법원이 판정²⁴하여, 기업이 지배주주에게 자산을 저가에 양도하거나, 별다른 역할이 없는 계열회사에게 부당한 수수료를 지급하면서 간접적으로 제 3 자와 거래를 이행하는 것은 관련 시장의 경쟁을 제한하지 않는다는 법원의 판단에 의하여, 그러한 지배주주의 자기거래들은 공정거래법 제 23 조의 규제범위에 포함되지 않게 되었다.

공정거래법 제 23 조의 불공정거래행위 금지 조항이 특수관계인에 대한 지원거래, 특히 지배주주의 부를 축척하게 하는 거래에 대한 규제효과가 없게되자, 정부는 경쟁제한성이 없어도 부당한 지원행위만으로도 규제가 가능하도록 제 23 조의 2 를 2013 년 새로 도입하게 되었다.

제 23 조의 2 는 동일인이 자연인인 공시대상기업집단에 속하는 회사가 그의 특수관계인이 20% 또는 30%이상의 지분을 보유하는 계열회사와 부당한 거래를 하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 금지하고 있다. 부당한 거래란 제 23 조 제 1 항 제 7 조에서 규제하는 부당한 거래와 유사하며 큰 차이가 없다고 할 수도 있다. 제 23 조의 규제거래는 제 3 자와의 상당히 유리한 조건의 거래와 상당한 규모의 거래를 포함하고 있고, 제 23 조의 2 의 규제거래도 그와 비슷하다. 단 제 23 조는 상당히 유리한 조건이나 상당한 규모의 거래에 대한 구체적인

²³ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 (“공정거래법”), 제 23 조 제 1 항 제 7 호, 령 제 36 조 제 1 항 및 불공정거래행위의 유형 및 기준, 별표 1 의 2, 제 10 조.

²⁴ 서울고등법원(2001.7.3. 선고 2000 누 4790)과 대법원(2004.9.24. 선고 2001 두 6364)는 공정위가 공정거래법 제 23 조를 통하여 부당지원행위를 규제하는데, 그 요건에는 그러한 부당지원행위로 인하여 시장경쟁이 저하됨을 공정위가 입증하여야 하며, 대법원은 특히 “변칙적 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제는 법의 목적이 아니”라고 하였다. 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰,” 서울대학교 법학, 제 53 권 제 1 호, 2012 년 3 월 pp. 637-667. 부당지원행위로 인한 문제는 개별 시장경쟁성 저하가 아닌 “경제전체에서의 경제적 효율성의 저해”라고 주장하기도 한다. 박상인, “부당내부거래의 경제적 효과에 관한 연구,” 연구기관: 서울대학교 한학협력단, 한국 공정거래조정원, 최종보고서 2011.12.

가이드라인이 제시되지 않고 있지만, 제 23 조의 2 는 상당히 유리한 조건과 상당한 규모의 거래에 대한 구체적인 가이드라인을 제시하고 있다.²⁵

제 23 조의 상당한 규모의 거래가 부당한 지원으로 간주될 수 있다는 것에 대하여 부당한 지원과 정당한 거래의 경계선을 그리기가 어려운 상황을 쉽게 찾아 볼 수도 있다. 미국 Apple 사는 iPhone 등 단말기의 거의 전부를 대만회사 Foxconn 에 의뢰하여 생산하고 있다. Apple 의 2016 년 이익율(gross profit margin)은 44.7%²⁶이었고, Foxconn 의 이익은 1.70%²⁷으로, Apple 의 이익율의 약 1/26 에 지나지 않는다. Apple-Foxconn 거래에 제 23 조를 적용한다면, Foxconn 이 Apple 에 부당한 지원을 한다고 판단하여야 할지 의문이다. 이와 반대로 삼성그룹 또는 한화 S&C 등 기업단체가 계열사 SI 사에게만 모든 SI 업무를 의뢰하고 있다면, 개별 계열사와의 거래규모와 상관없이 그러한 거래를 부당한 지원행위로 인정하여야 하는지, 또는 Apple-Foxconn 의 거래를 부당한 지원행위로 인정하지 않아야 한다면, 기업집단의 계열사간의 거래 역시 부당한 지원행위로 인정하지 않아야 하는지 판단하여야 한다.

제 23 조는 특수관계인을 포함한 모든 사업체 및 회사와의 부당한 거래를 규제하고 있지만, 제 23 조의 2 는 특수관계인이 일정 지분이상을 보유하는 계열회사와만의 부당한 거래를 규제하고 있어, 특수관계인의 법인 형태가 아닌 개인사업체와의 부당한 거래는 규제대상에 포함하지 않고 있다. 제 23 조의 2 를 도입하게 된 동기 중에는 법원의 삼성 SDS 의 경우와 같이 삼성 SDS 의 주식을 저가로

²⁵ 제 23 조의 부당한 거래에 대한 세부적인 내용은 시행령 별표 1 의 2, 불공정거래행위의 유형 및 기준, 제 23 조의 2 의 부당한 거래에 대한 세부적인 내용은 시행령 별표 1 의 3, 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준을 참조.

²⁶ Daniel Sparks, "Will iPhone 7 Help Apple, Inc.'s Gross Profit Margin? Possibly. A look back at Apple's history shows why," The Motley Fool, Sep. 6, 2016 at <https://www.fool.com/investing/2016/09/06/will-iphone-7-help-apple-incs-gross-profit-margin.aspx>.

²⁷ Matthew Griffin, "Distribution, Innovation and Reinventing Business," CIO from IDG, Jun 1, 2015, at <https://www.cio.com/article/2926435/innovation/how-apples-outsourcing-strategy-created-two-giant-competitors.html>. Apple 은 Foxconn 에게 100% 의존하던 위탁생산의 일부를 2011 년부터 대만회사 Pegatron 에게도 위탁하기 시작하였다. Eva Dou, "Apple Shifts Supply Chain Away From Foxconn to Pegatron," The Wall Street Journal, May 29, 2013, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323855804578511122734340726>. Apple 이 단말기 전생산 물량을 Foxconn 에게 위탁하면서, Apple 이 계약생산업체의 통상적인 수수료보다 저렴하게 합의를 도출하였을 것으로 예측한다. 전 수요물량을 일정기간 몰아주는 조건으로 통상적인 가격보다 저렴한 가격을 실현할 수 있다는 것은 여러 시장에서 이미 인정되는 사실이다. 공정거래법상의 일감몰아주기에서는 아직 그러한 물량에 따른 가격조정을 명시적으로는 인정하지 않고 있어 보인다.

특수관계인에게 양도하여도 특수관계인 개인이 삼성 SDS 와 경쟁사업을 하고 있지 않아 시장경쟁을 저하시키지 않아 제 23 조의 부당한 지원거래의 규제범위에 속하지 않는다는 판단²⁸에 대한 대응하려는 목적이 포함된 점을 감안하면, 제 23 조의 2 의 부당한 거래에 기업집단의 소속사와 특수관계인과의 거래가 포함되지 않는다는 것은 특수관계인의 부당한 부의 축적을 규제하려는 정책 관점에서 보면 아쉬운 점이다. 이는 지배주주가 개인사업체를 통한 내부거래고 득한 부당이익에 대한 소득세를 지급하면 사회적 문제가 되는 부당한 부의 축적으로 간주하지 않는 결과를 이루게 된다.²⁹ 특히 일감몰아주기의 원천인 특수관계인의 수혜자법인의 지분취득과정에 저가 양수도 거래가 자주 등장한 점을 감안하며, 제 23 조의 2 의 부당거래규제 범위에 개인과의 거래도 포함되는 것이 바람직해 보인다.

제 23 조의 2 는 소속회사가 계열사에게 사업기회를 양도 또는 계열사를 위하여 포기하는 것(또는 일감떼어주기)도 규제하고 있다.³⁰ 일감떼어주기의 사업기회 규제대상에서 회사가 해당사업기회를 수행할 능력이 없는 경우, 사업기회의 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우 및 그외의 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우는 제외된다.³¹ 그러나 위 3 가지 예외조항은 미국에서 회사가 사업기회를 특수관계인이 아닌 회사의 이사나 직원에게 제공하는 경우에 적용되는 조건³²과

²⁸ 삼성 SDS 의 저가 전환사채발생건과 엘지화학이 엘지석유화학주식을 저가에 매도한 건의 대법원 판결문 참조. 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰,” 서울대학교 법학, 제 53 권 제 1 호 2012.3., pp. 637-667, p. 646-647.

²⁹ 이는 상증법에서 부당한 이익을 배당받고 그에 대한 소득세를 지급한 이익에 대해서는 증여세를 부과하지 않는 것과 동일하다.

³⁰ 제 23 조 제 1 항 제 8 호에서 구체적으로 언급된 부당한 거래행위 외에 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 규제대상으로 포함하고 있으나, 사업기회 양도는 경쟁성저하로 인정되고 있지 않아 보인다. 제 23 조에는 일감떼어주거나 사업기회 양도에 대한 구체적인 언급이 없다.

³¹ 시행령 제 38 조에 의한 별표 1 의 3, 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준, 제 2 조.

³² 사업기회가 이사나 지배주주의 개인적 관계만으로 제공되었거나, 회사에 사업을 이해할 능력이 없었거나, 회사가 사업을 거부한 경우, 또는 이사가 관련 거래에 대한 충실의무를 위반(즉 entire fairness 조건을 충족하여야 함)하지 않았어야 한다. Eric Talley & Mira Hashmall, “The Corporate Opportunity Doctrine,” Feb., 2001, <https://weblaw.usc.edu/why/academics/cle/icc/assets/docs/articles/iccfinal.pdf>.

상법 제 397 조의 2, 회사의 기회 및 자산의 유용금지는 이사는 이사회 의 2/3 승인없이 회사의 사업기회를 이용할 수 없다고 규제하고 있으나, 그러한 사업기회의 이용을 승인하는 이사회 의 판단과정이나 근거에 대한 언급이 없고 법원은 이사의 승인이 부당한지의 판단에 일반적인 주의의무와 충실의무 기준을 적용하고 있어 보인다. 서울중앙지방법원, 2013.10.31. 선고 2010 가합 50873 판결, 대법원 2017.9.12. 선고 2015 다 70044 판결.

비슷하여 보인다. 상법에서 이미 규제되고 있는 사업기회의 유용을 공정거래법에서도 규제하는 것은 상법상 사업기회의 유용 규제에 부족한 부분, 즉 이사들이 지배주주가 원하는 사업기회 유용을 거부하기 어려워하는 현실을 감안하여 감독기관에 이를 규제할 수 있게 하려는 의도일 수도 있다. 단 상법상의 부족한 부분을 매꾸기 위한다고 하면 공정거래법 제 23 조의 2 의 규제대상이 지배주주와 그의 특수관계인이 지배하는 계열사에게 사업기회를 양도하는 경우만으로 제한되고 있어 이어나 직원들은 규제대상에서 제외한 것은 남아있는 규제체제의 허점이라고 할 수 있다. 만약 공정거래법에서의 일감떼어주기가 상법의 부족한 부분을 채워주려는 목적이 아닌, 불공정거래의 규제가 목적이라면, 공정거래법에서 규제대상에서 예외상황으로 인정하는 위에서 언급된 3 가지 조항에 공통된 “합리적 사유”를 좀더 구체적으로 정의하여 주는 것이 바람직하여 보인다. 만약 현대자동차 계열사들이 개별적으로 제 3 물류회사들에게 물류업무를 오랜 기간동안 위탁하여 오다가, 모든 물류업무를 계열사인 현대글로비스에게 독점적으로 단 제 2 자들과의 거래조건과 동일한 조건으로 위탁거래하기로 결정³³하였다면, 제 23 조의 2 의 일감떼어주기의 규제대상의 예외조항에 포함될 수 있었는지, 즉 “합리적 사유”로 인정될 수 있는 근거가 무엇인지가 중요하다. 만약 현대자동차 계열사들에 경영판단 사유로 계열사자 아닌 제 3 물류회사와 독점적 거래를하기로 결정한다면, 그러한 판단은 Apple 이 생산업무 100% 를 Foxconn 에게 위탁하기로 하였던 경영판단이 경우와 마찬가지로 “합리적 사유”인지의 별도의 검토없이 정당한 경영판단이라고 인정될 가능성이 높다고 할 수 있다. 결국 제 23 조의 2 의 일감떼어주기에서 요구되는 “합리적 사유”의 판단기준은 제 3 자와의 거래와 특수관계자가 지배하는 회사와의 거래에 대한 “합리적” 차이를 객관적으로 제시하여야 할 것이다.

이러한 지배주주의 터널링거래를 불공정거래로 정의하여 규제하는 것의 문제는 동일한 조건의 거래를 놓고 거래의 상대방이 제 3 자인 경우에는 공정거래로 인정하면서, 상대방이 지배주주이면 불공정거래로 인정하여야 하는 것이다. 위 제 23 조의 2 에서 일감떼어주기의 “합리적 사유”를 정의하는 과정에도 동일한

³³ 현대자동차그룹 계열사는 제 3 물류회사들과 거래하던 조건보다 유리한 조건으로 현대글로비스와 물류거래를 하여 부당한 지원을 하였다고 공정거래위원회의 지정을 받았으며 법원도 이를 인정하였다. 위 각주 18 참조.

어려움이 연계되어 있어 보인다. 즉, 공정거래법을 통하여 특정 사업행위가 시장경쟁을 저하하는 여부의 판단이 아닌 경영판단이 “합리적”인지 등을 판단을 감독기관을 통하여 판단하는 것 자체가 쉽지 않은 업무라고 할 수 있다. 특수인에 대한 부당 지원여부의 판단은 대상 회사의 경영판단에 관련된 세부적인 내용을 검토하고 그 판단결정 과정과 결정이 합리적인지를 확인하여야 할 것이다. 그러한 세부적인 경영상황에 대한 판단의 일차업무와 의무는 사실 해당 회사의 이사회에 있다. 국내에서 그러한 합리적인 판단의 의무를 위반하여 감독기관이나 법원이 위반이라고 판단하는 경우에 이사의 주의의무 또는 충실의무 위반에 대한 구체적이고 현실적인 논의나 비판은 그리 흔치 않아 보인다.

또한 공정거래법에서 동일인이라고 인정된 기업집단 내의 거래에 대하여 제 3자간의 불공정거래로 정의하고 규제한다는 것 자체에도 논리적인 모순이 있다고 볼 수도 있다. 국내에서는 기업집단의 경영권이 동일인 지배주주나 법인에게 집중되어 있음을 인정하여 공정거래위원회는 매년 기업집단의 동일인을 발표하고 있다. 그러나, 공정거래법상 동일인의 판단에 의한 계열사간의 공동행위는 동일체에 의한 행위로 인정되지 않고 있다. 미국의 경우에도 예전에는 지배회사와 100% 미만 지분관계의 자회사의 합의행위를 제 3자간의 거래로 보았으나, 최근에는 그러한 rigid 한 관점을 벗어나서 실질적인 경제적 이익관계, 경영권 행사가 가능한지 등을 감안하여 100% 미만 소유관계의 모회사-자회사의 행위를 동일체로 인정하고 있으며³⁴, EU에서는 미국보다도 넓게 실질적인 경영권 행사 및 주요 경영이슈등의 비토권 등을 근거로 동일체를 인정하고 있다³⁵. 국내에서도 동일인을 인정하고 있고, 공정거래법 제 23 조, 제 23 조의 2 등 여러 조항에서 동일인과 동일인관련자 등의 개념을 인정하여

³⁴ Copperweld v. Independence Tube, 467 U.S. 752 (1984)에서 미 대법원은 모회사와 100% 자회사간의 행위는 미 Sherman 법상의 2 인이상의 공모를 할 수 없다고 판단하였다. 그 이후 미 법원들은 100% 자회사에게만 이러한 경제적 동일체 개념을 인정하였으나, American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010)에서 미 대법원은 NFL의 구성원인 미식축구팀들이 팀로 등의 등록상표에 대한 라이선스를 제공하는 사업상에서 동일체가 아님을 확인하면서, 100% 지분관계가 아니더라도 경제 이익 및 경영권의 일체 등을 감안하여 실제 경제적 동일인인지 등을 확인하여 동일체 여부를 판단하여야 한다고 판단하였다.

³⁵ EC, “Commission Consolidated Jurisdictional Notice,” OJ c95, 2008.4.16. 일상적으로 소액주주의 투자를 보호하기 위한 회사의 청산 또는 주요 자산의 매각 등에 대한 비토권만으로는 경제적 동일체로 인정되지 않지만 (p.66), 사업계획서의 비토권 등을 보유하는 비경영자도 동일체로 인정되는 근거가 될 수 있다. (p.70) Pieter Van Cleynenbreugel, “Single entity tests in U.S. antitrust and EU competition law,” ssrn.com/abstract=1889232, June 21, 2011 참조.

기업집단이 경제적 동일체임을 인정하는 상황도 있는 것을 감안하면, 기업집단에서 일정규모에 달하는 공동업무를 한 계열사에서 집중적으로 이행하여 경제적규모의 이익을 실현한다는 것의 논리를 인정하지 않는 것은 법리적 관점에서 보면 무리가 있다고 보인다. 국내에서 대규모 기업집단을 보는 관점이 복잡하고 그에 대한 여러 법적 이론이 공존하고 있는 것도 사실이지만, 실제로 그룹내 SI사업 또는 물류 사업을 몰아서 한 계열사가 이행하는 것의 경제성이나 사업성을 인정할 수 있는 공정거래법 제 23 조의 2의 일감떼어주기의 합리적 사유에 대한 해석또한 필요하여 보인다.

B. 상증법

지배주주의 위치를 이용한 부당한 부의 축척의 2 번째 규제방법으로 상속세 및 증여세법에서 지배주주의 자기거래로 발생하는 수혜법인의 이익을 지배주주에게 증여된 것으로 간주하여 지배주주에게 증여세가 부과된다. 일감몰아주기의 경우, 기업집단의 계열사와의 거래비중이 일정수준 이상인 수혜기업의 내부거래로 인하여 발생하는 이익에 대한 지배주주의 소유부분을 증여금으로 간주하고, 일감떼어주기의 경우, 떼어준 사업으로부터 일정기간 발생하는 이익을 증여금으로 간주하여 지배주주에게 증여세를 부과하고 있다.

이러한 지배주주의 자기거래에 대한 상증법의 증여세 부과와 기본적인 문제는 수혜기업은 관련 지배주주 또는 특수관계인과의 별도의 법인임에도 불구하고 단순한 지분관계만으로 법인의 주주에게 주어지는 자본주의 사회의 기본 보호원칙을 파괴한다는 것은 관련 법리의 기존 원칙을 뛰어넘는 모양새이다.³⁶ 수혜법인에게 발생하는 이익이 그의 대주주의 개인소득으로 인정되려면 원칙적으로 법인격부인론(piercing the corporate veil)이 적용되어야 한다. 그러나 법인격부인론을 적용하려면 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 [대주주]의 개인기업에 불과하거나, 그것이 [대주주]에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로

³⁶ 문상원, 권형기, “일감 몰아주기 증여세 과세제도에 대한 위헌성과 입법미비에 대한 검토,” 조세와법, 제 5 권 제 2 호, 2012 년 12 월, 법학연구소, pp. 69-96 은 미실현된 이익에 대한 과세에 문제가 있으나 무조건 위헌은 아님을 지적하고 있다.

함부로 이용되는 경우”³⁷로 그러한 행위가 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로 인정되어 회사 및 대주주에게 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다는 법원의 판단이다.³⁸ 그러나 상증법의 일감몰아주기와 일감떼어주기에 대한 증여세 부과규정에는 그러한 법인격의 남용 여부와 상관없이 단순히 수혜법인이 속한 기업단체의 지배주주의 수혜법인의 지분과 수혜법인의 그룹내 거래비중에만 의거하여 수혜법인의 법인격을 부인하고 관련이익을 지배주주 개인의 이익으로 간주하여 증여세를 부과하고 있다.

³⁷ 대법원 2008.9.11. 선고 2007 다 90982 판결. 또한 모회사와 자회사의 경우, “자회사의 임·직원이 모회사의 임·직원 신문을 겸유하고 있었다거나 모회사가 자회사의 전 주식을 소유하여 자회사에 대해 강함 지배력을 가진다거나 자회사의 사업규모가 확장되었으나 자본금의 규모가 그에 상응하여 증가하지 아니한 사정 등만으로는 모회사가 자회사의 독자적인 법인격을 주장하는 것이 자회사의 채권자에 대한 관계에서 법인격의 남용에 해당한다고 보기에 부족하고, 적어도 자회사가 독자적인 의사 또는 존재를 상실하고 모회사가 자신의 사업의 일부로서 자회사를 운영한다고 할 수 있을 정도로 완전한 지배력을 행사하고 있을 것이 요구되며, 구체적으로는 모회사와 자회 간의 재산과 업무 및 대외적인 기업거래활동 등이 명확히 구분되어 있지 않고 양자가 서로 혼용되어 있다는 등의 객관적 징표가 있어야 하며, 자회사의 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 사용되거나 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용하는 등의 주관적 의도 또는 목적이 인정되어야 한다.” 대법원 2006.8.25. 선고 2004 다 26119 판결.

³⁸ 미국의 경우에도, 법인격부인론 원칙은 특별한 경우에만 적용되며, 관련 법인의 형태가 무시되고, 제 3자가 임의로 조종하여 관련법인은 단순히 제 3자의 수단방편에 지나지 않고, 그러한 법인형태의 남용이 사기에 해당하거나 정의에 위반되게 사용되는 경우에 적용된다고도 하였다 (“the corporate form ... was so ignored, controlled or manipulated that the subsidiary was merely the instrumentality of another and that the misuse of the corporate form would constitute a fraud or promote injustice.” [cite omitted] Douglas G. Smith, “Piecing the Corporate Veil in Regulated Industries,” 2008 BYU L. Rev. 1165, 1169 (2008). 법원은 법인의 경영권 행사 과정의 형식 존중 여부, 적정한 자본금, 자산의 혼합관리, 임원 및 이사등의 경임 및 기타 요건들을 종합적으로 검토하여 법인에 대한 부당한 임의 조종이 있었는지를 판단하고, 그러한 조종으로 법인형태를 부당하게 사용하였는지, 그러한 부당한 사용으로 사기 또는 허위진술 등이 있었는지와, 그로한 행위로 인하여 원고에게 손해가 발생하였는지를 확인하고 법인격부인론 원칙을 적용하게 된다. Smith, 1169-1182. 미국에서는 법인은 일반적으로 주법의 규제를 받기 때문에, 법인격부인론도 주법에 적용을 받아, 주마다 그 적용원칙 및 범위에 차이가 있다. 그러나 연방정부가 소득세 및 기타 연방정부의 세금을 부과하는 과정에는 연방 관습법 (federal common law)를 적용한다. 연방 관습법에서의 법인격부인론 (alter ego doctrine)에서도 일반 주법상의 법인격부인론과 비슷한 원칙이 적용된다. 법원은 법인과 주주의 경제적 동일체 여부와 법인의 운영절차의 형식이 존중되었는지와 주주와 법인의 자산 및 사업이 혼합되었는지를 검토하고, 법인격을 존중하면 사기 행위, 정의롭지 않은 결과 또는 법적의무의 회피 상황을 만들게 되는지를 검토하여 판단한다. [T]he federal common law doctrine of piercing the corporate veil under an alter ego theory can best be described by the following two-part test: (i) was there such unity in interest and lack of respect given to the separate identity of the corporation by its shareholders that the personalities and assets of the corporation and the individual are indistinct, and (ii) would adherence to the corporate fiction sanction a fraud, promote injustice, or lead to an evasion of legal obligations.” [cite omitted] NLRB v. Greater Kansas City Roofing, 2 F.3d 1047, 1052 (10th Cir., 1993). “It is only when the shareholders disregard the separateness of the corporate identity and when that act of disregard causes the injustice or inequity or constitutes the fraud that the corporate veil may be pierced.” id., 1053.

만약 수혜법인의 그룹내부거래의 조건, 즉 거래가격이 시가와 다른 경우, 거래가격(transfer price)이 부당한 경우, 법인세법상 증여가 발생할 것으로 간주되는 경우에는 일감몰아주기에 의한 지배주주 개인에게 부과되는 증여세와 transfer price 문제로 법인에게 발생하는 증여세가 부과되어 하나의 거래에 대하여 2 번의 증여세가 부과될 위험이 있다. 공정거래법의 일감몰아주기/일감떼어주기의 규제와 상증법의 일감몰아주기/일감떼어주기의 증여세 부과도 하나의 거래에 대하여 각 법규의 조건을 충족하면 중복 적용될 수 있다.

또한 일감몰아주기에 대한 증여세는 수혜법인이 중소기업인 경우와 수혜법인의 과반수 지분을 외국인이 보유하는 경우는 규제대상에서 제외하고 있어, 일감몰아주기가 불법행위가 아니고 특정 조건에 해당되는 경우에 추가 세금이 부과되는 합법적인 거래로 보이게 할 수도 있다. 일감몰아주기가 부당한 부의 축척 행위라면, 그를 중소기업인이 행하거나 외국인 주주가 행하거나 그러한 행위가 국내 법체내에서 이루어진 것이라면 그를 규제하는 법규가 동일하게 적용되어야 할 것이다.

실제로 집행되는 일감몰아주기에 대한 증여세율은 약 20% 전후이어서 종합소득세율보다 상당히 낮아, 상증세의 효력이 법에 대한 기대치에 미치지 못한다고 보도 되고 있다.³⁹ 그러나, 낮아보이는 실질 세율에도 불구하고, 상증법의 일감몰아주기에 대한 증여세 제도가 도입된 이후, 해당 기업집단은 지분의 조정, 내부거래의 조정 등으로 증여세 부과 대상을 줄이고 있으며, 증여세의 효력이 있음을 보여주고 있다.⁴⁰

C. 상법

이사는 민법상 회사와 위임관계⁴¹에 있으며 수임인으로서 선량한 관리자로서 사무를 처리하여야 하고⁴², 선량한 관리자의 의무에는 주의의무와 충실의무⁴³가 있다.

³⁹ 채이배, “일감몰아주기 규제의 문제점 및 개선방안,” 2015.6.24. 국회 의원회관 제 2 간담회실, 전문가 간담회, p. 8.

⁴⁰ 채이배 & 이수정, “일감몰아주기 관련 과세 및 규제의 회피사례와 관련 제도 개선방안 제안,” 경제개혁리포트, 2015-03 호 (ERRI 경제개혁연구소) 2015 년 2 월 26 일, 채이배 (2015), p.8.

⁴¹ 상법 제 382 조의 2 제 2 항.

법원은 주의의무란 “선의로서 유사한 상황에서 객관적으로 통상의 현명한 자가 행하였을 주의를 다하여 회사의 최선의 이익이 되는 합리적 판단 방식으로 업무를 이행”할 의무라고 하였다.⁴⁴ 충실의무란 위임사무의 처리로 인하여 받은 이익은 위임자의 소유⁴⁵임에서 출발하여 “자신에게 부여된 권한과 능력을 다하여 회사에 가장 이익이 된다고 판단하는 바에 따라 성실하게 업무를 집행, 회사의 이익과 자기의 이익 또는 제 3자의 이익이 저촉되는 경우, 회사의 이익을 우선”하여야 하는 의무를 의미한다.⁴⁶ 자본주의경제의 기반이라고 할 수 있는 주식회사 및 기타 법인사업체의 대부분의 경우 그 법인의 주주나 회원의 책임을 투자금으로 제한하고 있다. 책임을 제한하는 대신, 법인의 경영권은 이사회(또는 그와 동일한 조직)에 위임하여 투자자들의 무리한 경영가능성을 차단하고 있다. 이러한 구조에서 이사회가 법인의 이익을 위하여 합법적인 범위내에서 경영권 행사를 하도록 그 권한을 보장하며 규제하여야 하는 문제가 발생하는데, 그 문제를 관리하는 가장 중요한 역할을 하는 것이 위 선관의 의무이다.

상법은 충실의무에 대하여 제 382 조의 3 에서 법령과 정관에 따라 직무를 충실하게 수행하여야 한다고만 명시하고 있으나, 충실의무에 대한 별도의 정의를 하고 있지 않다. 다만, 상법은 별도의 조항에서 이사들에게 회사의 영업상 비밀유지의무, 회사의 영업부류에 속한 거래나 동종영업을 하는 제 3 회사의 무한책임사원이나 이사의 경업금지 (경업금지의무를 위반한 경우, 이사가 행한 거래는 회사의 거래로 할 수 있음), 회사의 사업기회 및 자산의 유용금지 및 회사와의 거래 규제를 하고 있다.⁴⁷ 그러나 이사는 이사회의 사전승인을 득하여 경업을, 2/3 이상의 사전승인으로 회사의 사업기회나 자산의 유용을, 이사회에 거래에 대한 중요사실을 밝히고 2/3 이상의 사전승인을 득하여 회사와 거래를 위 상법상의 규제를 받지 않고 이행 할 수 있다. 일감몰아주기거래도 지배주주가 관련 계열사의 이사인 경우에도, 거래에 대한

⁴² 민법 제 681 조.

⁴³ 상법 제 382 조의 3.

⁴⁴ 최승재, “배임죄 판례분석을 통한 경영자의 배임죄 적용에 있어 이사의 적절 주의의무 수준에 대한 고찰: 대법원 2013.9.26. 선고 2013 도 5214 판결을 중심으로,” *keri* 14-12 pp. 1-24, 7 (2014.12.).

⁴⁵ 민법 제 684 조.

⁴⁶ 최승재, *keri* 14-12, at 7-8 (2014).

⁴⁷ 이사의 비밀유지의무, 상법 제 282 조의 4; 경업금지, 제 397 조; 회사의 기회 및 자산의 유용 금지, 제 397 조의 2; 이사 등과 회사 간의 거래, 제 398 조.

중요사실을 이사회에 밝히고 과반수 또는 2/3 이상의 사전승인을 받으면, 상법상 관련 규정에 대한 문제가 없을 것이다.

지배주주가 그룹계열사의 이사인 경우에는 상법의 이사에 대한 책임규정에 적용을 받지만, 이사가 아니면서 경영권을 행사하는 경우, 상법 제 401 조의 2에 의거하여 상법 제 399 조(회사에 대한 책임), 제 401 조(제삼자에 대한 책임) 및 제 403 조(주주의 대표소송)에 한하여 이사와 동일하게 책임을 지게 된다. 제 399 조 등은 이사가 정관 또는 법령을 위반하여 회사에 손실을 끼친 경우 또는 임무를 게을리하여 제 3 자에게 손실을 끼친 경우, 회사와 제 3 자에게 배상책임이 있다는 내용으로, 지배주주가 그의 모든 경영권 행위에 대하여 이사로서 정관 또는 법령의 위반 또는 임무를 게을리 한 경우에 대한 책임을 진다는 해석도 가능하여 보인다.⁴⁸ 즉, 지배주주가 회사의 경영에 대한 영향력을 행사하는 경우, 지배주주도 이사의 충실의무, 경업, 회사와의 거래, 회사기회 및 자산의 유용 등에 대한 상법상의 규제를 받고, 그를 위반하면 회사에 대하여 손해 배상의무를 가지게 된다고 볼 수도 있어 보인다. 상법 제 401 조의 2의 입법의도가 지배주주가 이사의 공식적인 직책을 가지지 않고 실질적으로 이사의 역할을 행하는 것에 대한 사회적 대응안이라고 한다면, 그러한 해석이 입법의도와 일치한다고 할 수 있다. 그러나, 그와 반대의 해석이 실제 더 많이 받아들여지고 있어 보인다. 즉, 지배주주인 “업무집행지시자[가] [제 397 조의 2 (회사의 기회 및 자산의 유용금지),] 제 397 조 (경업금지) 및 제 398 조 (자기거래)의 직접적 규제를 받지 않고, 그의 지시를 받아 이사가 회사기회를 이용하고 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우에[만] 업무집행지시자[로] 손해배상책임”⁴⁹을 진다고

⁴⁸ 100% 지분을 보유하는 지배회사도 자회사에 대한 업무집행지시자로 인정될 수 있으나, “그에 의하여 부담하는 상법 제 401 조 소정의 제 3 자에 대한 책임에서 요구되는 ‘공의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위’라 함은 회사이 기관으로서 인정되는 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서(예를 들면, 회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능할 것을 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 금부를 미리 받았으나 그 이행불능이 도니 경우와 간치) 위법한 사정이 있어야” 한다고 하여 충실의무를 인정하였다. 대법원 2006.8.25 선고 2004 다 26119 판결. 대법원은 재무제표의 허위 작성 및 공시 업무에 직접관여하거나 감시, 감독 임무를 해태한 비등기이사인 업무집행지시자도 이사로서 제 3 자에 대한 책임을 인정하였다. 대법원 2008.5.15. 선고 2006 다 58858 판결. 대구지방법원은 은행의 대주주가 이사에게 부당대출을 지시하여 은행에 손실을 발생한 경우, 대주주가 업무집행지시자로서 은행의 손실에 대한 배상 책임이 있다고 인정하였다. 대구지방법원 2009.5.1. 선고 2008 가합 1074 판결.

⁴⁹ 장재영, 정준혁, “개정상법상 회사기회유용의 금지,” BFL 제 51 호 (2012.1) pp. 31-54, p. 44. 그룹의 회장이자 한 계열사의 대표이사가 다른 계열사의 증자를 지시하고 증자납입금을 불법으로 인출하여

해석되고 있다. 또한 업무집행지시자는 제 382 조의 3 (충실의무)의 규제를 받지 않는다는 논란도 있어 보인다.⁵⁰ 이러한 제 401 조의 2 의 제한적 해석에 의하면, 업무집행지시자인 지배주주에 대한 제 401 조의 2 의 의미가 에 미비하여 진다고 할 수 있다. 물론 계열사의 이사들이 지배주주의 지시나 승인없이 관련 지배주주의 자기거래를 승인한다는 것은 현실적으로 예상하기 어려우나, 학계나 법원은 지배주주를 업무집행지시자로 인정하기 위해서 관련 거래에 대한 지배주주의 명시적 지시를 입증할 것을 요구하고 있어, 현실적으로 지배주주의 자기거래에 대하여 지배주주에게 업무집행지시자로서의 책임을 추궁하기가 어려운면이 있어 보인다.⁵¹

업무집행지시자인 지배주주에게 이사와 동일한 충실의무가 부과된다고 하여도, 충실의무의 위반 여부의 판단기준에는 중과실 행위가 필요하다. 법원은 이사의 경영판단이 충실의무를 위반하였는지를 판단하면서 경영판단의 원칙을 적용하여 결국 충실의무 위반의 요건에 대하여 이사의 행위가 중과실 또는 고의였는지를 그 기준으로 하고 있다. 미국의 경우, 경영판단의 원칙, 즉 관련 의무의 위반여부의 판단기준에 중과실기준을 적용하는 것은 주의의무로 제한하고, 충실의무의 위반여부에는 과실이 아닌 엄격책임(strict liability) 기준을 적용하고 있다. 미 델라웨어주 법원은 이사와 회사의 이해상충이 개입된 거래에 대하여 이해관계가 없는 이어나 주주들의 사전승인이 없다면, 거래 및 거래의 승인절과에 대한 공평성을 독립적으로 검토하여 공평성이 부족한 거래에 대해서 관련이사의 충실의무 위반을 판단하고 있다.⁵²

투자한 계열사에게 반환하여 허위 증거 결과를 이룬 것에 대하여, 대법원은 업무집행지시자는 상법 제 622 조 제 1 항에 규정된 증여에 대한 업무의 위임을 받은 이사가 아니어서, 상법 제 628 조의 남입가장죄를 인정한 원심을 파기하였다. 대법원 2006.6.2. 선고 2005 도 3431 판결. 그러나 대표이사가 이사에게 지시하여 업무집행지시자로서 회사의 손해에 대한 책임이 있다고 하는 것은 그러한 대표이사의 지시사항에 따른 이사의 행위가 이사의 충실의무, 주의의무 등 이사의 책임을 위반하는 행위이고, 그로 발생하는 회사의 손실에 대하여 그 행위를 지시한 대표이사가 책임을 져야 한다는 해석이라면, 결과적으로는 대표이사는 업무집행지시자로서 충실, 주의 의무 등 기타 이사의 책임에 대한 의무를 전수받는 것이라고 해석되어야 하여 보여진다.

⁵⁰ 채이배, “상법 제 382 조의 3 (이사의 충실의무) 개정 필요성: 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여,” ERRI 이슈 & 분석, 2013-8, 2013.4.30, p. 15.

⁵¹ 공정위가 매년 검토하고 발표하는 재벌의 동일인의 의미가 의심되게 하는 부분이다.

⁵² 충실의무와 주의의무에 대한 좀더 세부적인 검토는 저자의 “이사와 지배주주의 수탁자 의무와 경영판단의 원칙,” 2017.3., <https://ssrn.com/abstract=2924306> 또는 www.yangtmlaw.com 와 미국법상 충실의무와 최근 삼성계열사의 합병 과정에 충실의무 위반이 있었는지에 대해서는 “미국법 관점에서

물론 업무집행지시자인 지배주주나 이사들이 지배주주가 대주주인 수혜계열사에 일감을 몰아주거나 떼어주는 경영판단을 하는 것이 의도적인 행위인 만큼 그 행위 자체는 경영판단의 원칙의 중과실기준을 적용한다고 하여도 충실의무 위반행위라고 판단하는데 문제가 없어 보일 수도 있다. 지배주주가 업무집행지시자 또는 이사로서 제 397 조 (경업금지), 제 397 조의 2 (회사의 기회 및 자산의 유용 금지), 제 398 조 (이사 등과 회사 간의 거래) 등 충실의무 이슈가 존재하는 일감몰아주기 또는 일감떼어주기를 위한 이사회 승인을 득하는 과정에 상법은 의결권을 행사하는 이사들이 독립된 객관적인 의결권행사를 할 수 있는지에 대한 판단을 요구하지 않고 있으며 실질적으로 지배주주의 지시를 따르는 이사들의 승인을 근거로 일감몰아주기 또는 일감떼어주기에 적법함을 인정하는 결과를 도출하고 있다.

이사들이 지배주주가 개입된 일감몰아주기 또는 일감떼어주기 거래를 승인하면서 실질적으로 회사의 이익만을 위하여 그들의 권한을 행사하였는지를 판단하는 법원은 경영판단의 원칙을 적용하여 이사들이 회사의 이익만을 고려한 판단이라고 상식적으로 인정하기 어려운 경영판단에 대해서도 적법하였다고 인정하는 경우도 있다. 경제개혁연대는 (주)한화가 보유하던 한화 S&C 주식을 2005 년 한화그룹의 지배주주의 자식들에게 저가에 양도한 것이 이사들의 충실의무 위반이라고 소송을 제기하였다.⁵³ 한화는 한화 S&C 의 주식의 평가를 삼일회계법인에 의뢰하였고, 주당 4,164 원의 평가의견을 받았으며, 관련 지분을 5,100 원에 양도하였다. 1 심법원은 삼일회계법인이 한화로부터 한화 S&C 의 가치평가 과정에 일반적으로 필요한 구체적인 자료를 제공받지 않았고, 평가보고서가 작성되기 전에 경영기획실 재무팀에 평가금액을 알려주었고, 한화그룹 경영기획실 담당자들이 주식가치를 보수적으로 산정해 줄 것을 요구하여, 그 이후 특별한 근거 없이 구두로 알려진 평가금액을 낮추어 조종하였으며, 가치평가 과정에 무부채베타가 과대계상하지 않았으며, 이사회는 삼일회계법인의 평가보거서를 제출받지 않은 상태에서 매각을 결의하였다는 사실을 인정하였고, 양도당시의 한화 S&C 주식의 적정가가

보는 삼성물산과 제일모직의 합병,” 2017.12. <https://ssrn.com/abstract=3095513> 이나 www.yangtmlaw.com 에서 다운로드 할 수 있음.

⁵³ 이상훈, 이은정, “주주대표소송 판결을 계기로 본 한화 S&C 관련 지배구조문제: 주식저가매각, 일감몰아주기, 그리고 지배권 승계,” 경제개혁이슈 2017-6 호, 2017.9.19. 경제개혁연대.

25,517 원이라고 판단하고 저가양도로 인하여 한화에 손실이 발생하였으며, 한화 이사들에게 손해배상을 지시하였다.⁵⁴ 대법원은 2017.9. 판결문에서 한화 S&C 주식 거래가 있기 전에 한화 S&C의 한화에 증자 요청이 있었으나, 한화는 출자총액제한으로 이에 응할 수 없었고, 거래의 상대방이 지배주주의 장남이었기 때문에, 상법상 자기거래에 해당한다고 인정하였지만, 한화의 이사는 양도 주식의 가치를 외부 회계법인에 의뢰하여 보고받는 절차를 거쳐 거래를 승인하였기 때문에, 관련 “주식매매에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 승인하는 결의를 하였으며, 그 의사결정과정에서 현저하게 불합리하였다고 볼만한 사정도 없는 이상, [] 이사들이 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 볼 수 없다”고 판단하였다.⁵⁵ 이사들이 지배주주의 장남에게 회사의 자산의 양도거래를 승인하면서 경영지원실이 고용한 그룹에게 회계업무 서비스를 제공하는 회계법인의 공식평가보고서도 받아 보거나 검토하지 않은 상태에서 경영지원실 직원들의 구두보고만을 근거로 거래의 조건과 거래를 승인 한 것이 “객관적으로 통상의 현명한 자가 행하였을 주의를 다 하여 회사의 최선의 이익이 되는 합리적 판단 방식으로 업무를 이행” 하였다고 인정한 것이 적절한지는 다시 생각해봐야 할 것이다. 한화 S&C를 인수한 지배주주의 자식들은 인수이후 한화 S&C가 한화 그룹의 전산업무를 이행하여 (2005-17년 기간의 내부거래 비중이 52-71%) 사업을 성장하여 일감몰아주기로 부를 축적하였다.⁵⁶

⁵⁴ 1심 법원은 한화의 주사업은 화약류 제조·판매 및 군수품 제조·판매 등이고 한화 S&C는 정보통신서비스 등이라는 점으로 한화가 보유하는 자회사 S&C의 지분을 처분하는 것이 한화의 사업기회 유용이 아니라고 판단하였다. 서울중앙지방법원 2013.10.31. 선고 2010 가합 50873 판결. 지배주주, 한화의 대표이사 및 삼일회계법인의 평가업무 담당 파트너들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반에 대한 형사소송에서 1심, 상소심과 대법원에서 모두 무죄가 선고됨.

⁵⁵ 대법원 2017.9.12. 선고 2015 다 70044 판결. 대법원은 재벌기업집단의 지배주주들이 비서실, 경영기획실 등의 조직을 통하여 그룹의 경영권을 행사하며, 특히 계열사간의 투자, 증자 등에 대한 결정권을 행사하고 있으며, 한화의 경우 한화 S&C가 한화에 증자요청이나, 한화가 그를 거부한 것들도 그러한 경영기획실의 사전 승인없이 이루어지지 않았을 것이며, 그러한 거절된 요청이 공식적인 기록으로 남아 있다는 것도 예외적이라는 사실을 인지하지 않았으며, 1심에서 언급된 삼일회계법인의 “독립된” 가치평가 과정의 예외적인 사실도 언급하지 않았다.

⁵⁶ 한화 S&C는 2017년 SI 사업을 물적분할하고 SI 사업부문의 주식 41.29%를 총 2,312 억원에 매각하였으며, 한화의 주식매입 또는 합병 등을 통하여 삼성에버랜드와 동일한 그룹지주회사의 변환을 예측하게 하고 있다고 이상훈 & 이은정 (2017, pp. 17-8)은 주장하였다.

결국 사내이사 및 사외이사들이 지배주주의 지시 또는 결정에 제대로 된 소견을 제시하고 주장하지 않고 있는 현실속⁵⁷에서 이사들의 독립성에 의존하여 일감몰아주기 등의 지배주주의 충실의무 위반 행위를 단속한다는 것에는 어려움이 있다고 보여진다.

4. 개선 방향

A. 상법을 중점으로 규제

상법에 의한 지배주주들의 부당한 부의 축적을 위한 충실의무 위반 행위 규제가 만족스럽지 못한 현실에 대한 대응책으로 공정거래법과 상증법으로 그러한 행위 일부를 금지하고 부과금 또는 증여세를 부과하는 노력이 있었다. 공정거래법과 상증법으로 그러한 지배주주의 자기거래의 부당한 지원행위를 규제하면서, 실제로 규제 대상의 거래가 줄어들고 있다는 연구결과들이 나오고 있다.⁵⁸ 그러나 지배주주들의 충실의무는 상법에서 부과되는 의무라는 관점에서 보면, 충실의무의 위반 행위에 대한 일차적인 규제가 상법에서 이루어 지는 것이 바람직하며, 공정거래법과 상증법으로 그러한 행위를 규제하는 것에는 다소 어색한 점이 있다. 특히 한 법인의 상업적 행위가 상법에서 정한 지배주주의 충실의무의 위반 행위로 인정될 수 있는지를 판단하기 위해서는 상법상 충실의무의 범위, 지배주주의 경영권 행사 여부, 관련 법인의 사업 상황 및 장·단기 사업계획 및 전략 등 관련법인, 지배주주 등이 처한 경제, 업계, 관련 시장 등에 대한 종합적인 이해를 근거로 하여 판단하여야 한다. 공정거래법과 상증법에서 이러한 지배주주의 충실의무 위반행위에 속하는

⁵⁷ 이사들이 지배주주와 독립된 경영판단을 하지 못하고 있다는 현실은 이미 지적된지 오래되었다. 사외이사 제도가 도입된 후 체제적인 구조를 도입하기도 하였으나, 사외이사들이 경영정책을 지도하고 결정하기보다는 경영진의 경영정책 결정을 승인하는 듯한 모습으로 안착되어 보이는 것이 현실이다. 김건식, “자기거래와 미국회사법의 절차적 접근방식,” 서울대학교 법학, 제 35 권 제 1 호 (1994.5), pp. 261-282. 이은정, “대규모기업집단 이외 집단에서의 일감몰아주기 등 사례분석 -1 호,” 경제개혁리포트, 2017-02, 2017.2.1., 경제개혁연구소.

⁵⁸ 법인들이 지배주주의 지분율과 내부거래 비중을 공정거래법과 상증법상의 외부적 부정거래의 정의 수치를 충족시키지 않도록 조정하여 관련 법규 규제를 피하고 있는 상황을 조사하여 이러한 행위가 시장의 당연한 대응결과라고 보기보다는 관련 법규의 문제라고 제시하고 있다. 채이배 & 이수정 (2015), 채이배 (2015), 이은정 (2017), 강지원, “대기업집단 일감몰아주기 규제 조항의 문제점 및 개선방향,” 국정감사 시정 및 처리결과 평가보고서 vol. 16, 2016.9.22., 국회입법조사처. 이종희, “회사기회유용과 일감몰아주기를 통한 지배주주 일가의 부 증식 6 차 보고서 (2016 년),” 경제개혁리포트, 2016-13 호, 2016.12.5., 경제개혁연구소.

지배주주의 자기거래의 부당한 지원을 규제하면서 상법상의 충실의무 위반에 대한 검토를 하지 않고, 수혜법인의 지배주주 지분비율 및 그룹내부거래 비율의 수치 등의 외형적인 수치만을 근거로 규제를 한다는 것은 그러한 위법행위 자체를 없애기 보다는 그러한 규제 범위에 속하는 행위만 사라지는 결과를 이룰 것이다. 이미 그러한 지배주주 위주의 부정적 부의 축적 행위가 사회에서 축소되거나 사라지고 있다는 인식이 있기전에 공정거래법과 상증법상의 부당한 행위를 회피하는 기업행위를 지적하며 관련 외형적 수치를 좀더 회피하기 어려운 수치로 조정할 필요성을 주장하는 의견들이 있다.⁵⁹

공정거래법과 상증법을 책임지는 감독기관의 행정에 대한 부담을 줄여주기 등의 목적으로⁶⁰ 공정거래법과 상증법은 지배주주의 자기거래의 부당한 지원행위를 법인에 대한 지배주주의 지분규모 및 내부거래비율 등의 외형적 지수를 기준으로 정의하고 있다. 이러한 외부 경영결과 지수에 의존하여 부당지원이 정의됨으로서 관련 수치적 요건을 회피만 하면 실제로 지배주주의 충실의무를 위반하는 행위도 합법적인 행위로 인식될 위험이 있다.

따라서, 지배주주의 자기거래에 대한 지배주주의 충실의무 위반행위의 규제는 일차적으로 상법을 통하여 규제하는 것이 바람직하고, 그러한 행위에 대한 방위의 최전선은 관련 법인의 이사회이다. 지금까지 국내의 주식회사의 이사회가 상법상의 이사회에 요구되는 독립된 회사만의 이익을 위한 경영을 하지 못하였다면, 이는 법체제가 그를 이사들로부터 정확하게 그러한 경영판단을 요구하지 못한 부분도 있어 보인다. 또한 지배주주가 이사들에 영향력을 행사하여 회사에 불이익을 주는 경우에, 지배주주에게 적절한 책임을 추구하지 못한 것도 동일한 동전의 다른 한면이라고 할 수 있다. 국내에서 지배주주의 충실의무 위반 행위인 지배주주의 자기거래의 부당한

⁵⁹ 이재형, 박병형, “기업집단 내부거래의 평가와 정책대응,” 정책연구시리즈 2016-07, 2016.12.31, 한국개발연구원. 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰,” 서울대학교 법학, 제 53 권 제 1 호, 2012.3., pp. 637-667. 문상원, 권형기, “일감 몰아주기 증여세 과세제도에 대한 위헌성과 입법미비에 대한 검토,” 조세와법, 제 5 권 제 2 호, 2012.12., 법학연구소, pp. 69-96. 최정목, 임현, “증여세 완전포괄증여에 근거한 일감몰아주기 소급과세에 대한 고찰,” 법학논총, 제 38 권 제 3 호, 2014.9., 단국대학교 법학연구소, pp. 411-429.

⁶⁰ 중소기업을 규제대상에서 제외하거나 차별하거나 외국인 주주가 과반수 지분을 보유하는 법인은 제외하는 등의 법규정은 행정상 또는 정책상의 편의로만 보이며, 해당 행위가 부당한지에 대한 원칙을 침해하고 있다고 보여진다.

거래를 규제하려면, 이사들과 지배주주의 의무와 책임을 좀더 명확하고 의미있게 정의하고 집행하여야 할 것이다.

B. 일감몰아주기/일감떼어주기는 자기거래

일단, 지배주주가 회사의 특정 거래에 대하여 이해관계가 있다면, 회사는 그 특정거래를 이행하기 전에 이해관계가 없는 이사회나 주주들의 사전 승인을 받도록 의무화 하는 것이 필요하다. 그러한 사전 승인이란 단순히 이사회나 주총에 제시된 거래의 승인하는 절차를 의미하는 것이 아니라, 지배주주는 그 특정거래에 대한 지배주주의 이해관계 사실 및 거래에 관련된 모든 사실을 공개하고, 이사회와 주총에서 실질적인 검토와 토의의 기회가 있는 이후, 거래를 승인하거나 기각할 수 있게 하여야 한다. 특히 이사회의 사전승인 과정에는 이해관계가 없는 이사들로만 구성된 특별위원회에게 모든 관련 정보를 공개 제공하고, 그러한 특별위원회가 필요한 전문가를 독자적으로 고용⁶¹하여 자문을 받을 기회가 주어지고, 관련 거래가 회사에 적절한 거래인지, 또는 지배주주 외 제 3자와의 거래가 회사에 유리한지 또는 거래를 이행하지 않는 것이 회사의 이익인지 등을 검토할 기회가 주어지고, 특별위원회가 제 3자 또는 지배주주와 거래 조건에 대한 실질적인 제 3자간의 협상이 이루어진 후, 이사회에서 제시된 거래에 대한 승인결정이 있는 이후 총 이사회가 승인 또는 기각을 결정하여야 한다.

상법 제 398 조는 이사, 주요주주⁶² 및 그의 특수관계인이 “자기 또는 제 3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에게 해당 거래에 관한 중요사실을

⁶¹ 미 델라웨어주 대법원은 지배주주가 경영권을 행사하는 한 계열사(Valhi)의 자산을 다른 계열사(Tremont)에 매각하는 과정에서 Tremont의 이사회는 특별위원회를 형성하고 거래를 검토하고 승인하도록 하였다. 그 과정에서 위원회는 Tremont의 내부변호사(general counsel)이 추천하는 외부변호사를 고용하고, 지배주주와 과거 사업관계에 있던 은행을 채부자문사로 고용하였는데, 법원은 이러한 전문가들의 독립성이 의심된다고, 위원회가 독자적으로 경영진이나 지배주주와 관계없는 전문가를 고용하여야 절차적 독립성이 있다고 판단할 수 있다고 하였다. Kahn v. Tremont Corp, 694 A.2d 422, 429 (Del. Sup. Ct., 1997).

⁶²주요주주는 상법 제 542 조의 8 제 2 항 제 6 호에서 정한 “누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100 분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주”를 의미하는데, 제 542 조는 상장회사에만 적용되는 조항으로 본 제 398 조에서의 주요주주도 상장회사로 제한하여 적용될 가능성이 있어 보인다.

밝히고 이사회 승인을 받아야 하[며...] 이사회 승인은 3분의 2 이상의 수로써⁶³, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다”고 명하고 있다. “거래의 내용과 절차[가] 공정”하여야 한다는 문구는 미국 델라웨어주 법원이 이어나 지배주주가 이해관계에 있는 거래가 이사와 지배주주의 충실의무를 위반하였는지를 판단하는 과정에 적용되는 *entire fairness* 의 검토과정에 적용되는 문구와 동일하다. 그러나 국내 법원이 관련 거래의 내용과 절차가 “공정”하다고 판단하는 기준은 미 델라웨어 법원의 기준과 상당한 차이가 있어 보인다. 또한 제 398 조의 규제대상 범위, 즉 이해관계가 있는 거래가 미국에서 충실의무가 개입된 이어나 지배주주의 이해관계가 있다고 판단하는 거래와 중요한 차이가 있어 보이며, 실제 사회에서 문제가 된다고 하는 지배주주를 위한 일감몰아주기, 일감떼어주기 등의 거래를 규제하기 위해서는 제 398 조 상의 “공정”에 대한 기준을 좀더 엄격하게, 이해관계가 있는 거래의 기준을 좀더 확대하여야 할 것으로 보인다.

미법원은 충실의무가 이슈화된 거래는 회사와 소액주주에게 *entire fair* 하여야 하며, *entire fairness* 란 거래의 절차와 내용이 종합적으로 공정하여야 한다고 요구하고 있으나, 현실적으로 법원이 거래 내용 자체의 공정성 판단을 하기에 어려움이 있음을 인정하여 거래내용의 정당성을 판단하기를 꺼리는 추세이며, 대부분의 사건에서 절차적 공정성 여부를 근거로 사건 판단을 하고 있어 보인다. 충실의무가 대두되는 거래 (즉, 이어나 지배주주의 이익이 직·간접적으로 개입된 거래)의 절차적 공정성을 유지하는 것이 충실의무 위반여부의 판단과정에 가장 중요하다.

i. 자기거래에 대한 공정성

대법원은 한화가 2005 년에 한화 S&C 지분을 한화지배주주의 장남에게 저가에 매각하였다는 소송건에 대한 2017.9. 판결문에서 2005 년 당시 상법 상, 한화의 주식매각은 지배주주의 자기거래에 해당한다고 판단하였으나⁶⁴, 이사는

⁶³ 상법 제 542 조의 8 제 1 항은 자산총액이 2 조원 이상인 상장법인은 이사의 과반수가 사외이사여야 한다. 따라서, 상법 제 398 조의 자기거래에 대한 이사회 승인은 사외이사의 과반수의 찬성이 필요하다. 물론, 사외이사가 지배주주의 영향력과 독립되어 이사의 업무를 이행할 수 있는지는 별도의 문제일 수 있다.

⁶⁴ 자기거래에 대한 상법 제 398 조 2011 년에 개정되어 거래내용과 절차가 공정하여야 한다고 구체적으로 명시되었다. 본 한화 S&C 주식의 양도건에는 이러한 구체적인 “공정” 문구가 개정되지

외부전문기관인 삼일회계법인에 관련 주식의 평가를 의뢰하였고 그 평가결과를 근거로 매각금액을 정하였으며, “주식매매에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 이를 승인하였기 때문에, 그 의사결정과정의 현저하게 불합리하였다고 볼만한 사정도 없는 이상, [] 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 볼 수 없다”고 하였다. 1 심법원은 한화의 경영기획실이 지배주주의 지시하에 삼일회계법인을 평가외부전문기관으로 고용한 사실, 경영기획실이 삼일회계법인에게 평가액을 보수적으로 평가할 것을 요구한 사실, 경영기획실이 삼일회계법인의 일차 평가액을 보고 구두로 받고 하향조정을 요청할 사실, 한화의 이사회가 삼일회계법인의 보고서를 제출받기 전에 매각결의를 하였다는 사실, 삼일회계법인은 한화로부터 주식평가에 필요한 구체적인 자료를 제공받지 않고 평가를 하였다는 사실 등을 인정하고 삼일회계법인의 평가보고서에 대한 신뢰성을 인정하지 않았고 지배주주이며 이사인 김승연에 손해배상을 지시하였으나, 다른 이사들의 책임을 인정하지 않았다. 참고로 삼일회계법인은 국내 4 대 회계법인 중에서도 최대규모의 회계법인으로 2005 년 당시 한화건설, 한화케미컬의 외부감사인이었으며, 그 이후에도 한화, 한화호텔앤드리조트, 한화생명, 한화에너지 등의 외부감사인으로 고용되었다. 그러한 사업관계를 감안하면 삼일회계법인이

전의 상법이 적용되었다. 따라서 대법원은 당시의 상법 제 398 조에서 “이사는 이사회에 승인이 있는 때에 한하여 ... 회사와 거래를 할 수 있다”는 조항에 적용되며, 법규에는 언급되지 않았으나, 대법원의 판례에 의하여 “그 거래에 관한 [지배주주]의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있다”고 인정하고, “한[화]의 이사회 결의 당시 이 사건 주식매매의 건과 관련하여 매수인이 이사인 [지배주주인 김승연회장]의 아들로서 특수관계인이라는 사실과 매매가격과 같은 주요한 거래조건이 명시적으로 공개된 점”으로 지배주주의 이해관계 및 거래에 관한 중요한 사실들이 개시된 것이라고 판단하였다. 이러한 논리라면 한화 건의 정보공개 상황이 현 상법의 “공정”한 절차의 중요한 요건인 이해관계 및 거래조건에의 공개도 충족할 수 있다고 판단될 수 있어 보인다. 공정한 절차란 이해관계 및 거래 내용의 중요한 사실의 일부만의 공개를 요구하는 것이 아니라, 중요한 사실 모두의 공개를 요구한다고 판단하여야 한다. 한화건에서는 단순한 매수자의 특수관계인 사실과 판매각의 공개 뿐만 아니라, 1 심에서도 인정한 매각의 목적이 지배주주의 자산 상속이었다는 점, 매각 주식의 평가과정에 지배주주의 개입사실, 삼일회계법인에게 평가에 필요한 구체적인 자료를 제공하지 않았다는 사실 등, 법원이 삼일회계법인의 평가보고서를 신뢰할 수 없다고 판단한 사실 전부 등을 공개하였어야 할 것이다. 미 텔라웨어주 대법원은 지배주주가 소액주주의 지분을 매입하고자 공개매수를 진행하는 과정에, 지배주주가 임명한 이사들이 준비한 공개매수 검토 보고서를 이사회와 소액주주들에게 공개하지 않은 점(특히 보고서에 포함된 지배주주가 원하는 이익을 제공할 수 있는 상한 공개매수가를 공개하지 않은 점)은 지배주주의 이해관계 및 거래 내용에 대한 사실 공개의무를 위반한 것으로, “공정한 절차”의무를 위반한 것이라고 판단하였다. Weinberger v. UOP, Inc., 457 A. 2d 701, 709 (Del. Sup. Ct., 1983).

한화와의 관계⁶⁵에서 독립성을 유지할 수 있었는지에 자신하기 어려울 수도 있으나, 법원은 그에 대한 언급을 하지 않았다. 또한 법원은 한화의 이사들, 지배주주를 제외한 기타 3 명의 사내이사와 5 명의 사외이사(주식매각을 결의하고 찬성한 4 명의 사외이사)들이 실제로 지배주주의 영향력에 의하지 않고 독립된 경영판단을 할 수 있는 상황이었는지에 대한 구체적인 검토나 언급이 없이 외부 전문기관인 삼일회계법인에게 매각주식의 평가업무를 의뢰하였다는 점으로 선량한 관리자로서의 주의의무와 충실의무를 위반하지 않았다고 하였다.

한화의 이사회에서 주식매각에 대한 논의와 검토를 한 회의의 준비과정 및 회의자체를 진행하는 과정에서 주식매각에 대한 필요성 (매각 이외의 보유 등의 다른 옵션을 함께 원점에서 검토함을 포함), 적절한 매입자에 대한 검토, 주식의 평가에 대한 전문가의 자체적인 선정과 고용, 전문가의 의견의 청취 및 질의가 있었는지, 그러한 과정이 없이 이행된 검토 및 승인이었다면, 그 과정이 과연 공정하였다고 할 수 있는지, 공정하기 위해선 제 3 자 거래의 과정과 동일한 절차를 거쳐야 하는지에 대한 법으로 또는 법원의 가이드라인이 필요하다고 보인다.

법원은 한화의 이사회가 형식적인 외부 전문가에게 평가업무를 위탁한 사실, 한화 S&C 가 한화에게 서면으로 증자요청을 하였고, 한화가 이를 서면으로 거부한 사실 등을 근거로 결국 이사들의 승인과정에서 충실의무를 위반하였는지의 판단에 경영판단의 원칙을 적용하고, 이사회의 판단과정이 중과실 수준이 아니었다고 판단한 것으로 보여진다.⁶⁶ 허나, 아래에서 보듯이 충실의무 위반여부를 판단에 경영판단의 원칙을 적용한다는 것은 논리적으로 납득하기 어려운 면이 있다.

⁶⁵ 한화와 계열사의 사업보고서에 의하면, 삼일회계법인은 2010 년부터 2015 년사이에 한화의 외부감사인이었으며, 2007 년부터 2009 년까지는 한화 에너지의, 2002 년부터 2006 년사이, 2010 년부터 2015 년사이와 2017 년에는 한화 건설의, 2004 년에서 2009 년사이, 2013 년부터 2015 년 사이에는 한화 케미컬의, 2000 년부터 2003 년사이와 2016 년과 2017 년에는 한화 생명의, 2010 년부터 2016 년사이에는 한화 호텔앤드리조트의 외부감사인이었다.

⁶⁶ 물론, 삼일회계법인의 고용 및 그의 한화 S&C 주식 가치 평가 업무과정을 보면 한화의 이사회의 판단은 경영판단의 원칙을 적용하여 중과실 기준을 적용한다고 하여도 이사의 충실의무를 위반하였다고 판단할 수도 있어 보인다. 만약 한화 이사회가 삼일회계법인의 고용 및 한화 S&C 주식 평가업무 위탁과정에 전혀 개입하지 않고, 단순히 경영진이 준비한 자료만을 짧은 시간내에 승인하였다면, 이는 특히 경영판단에 필요한 정보의 수집, 검토 등의 주의의무에 대한 중과실 위반이라고도 할 수 있을 것이라고 보여진다. 법원은 이사회의 결정과정에 “현저하게 불합리”한 사정이 있는지를 중과실의 판단 기준으로 보고 있는 것 같으나, 본 한화건에서 삼일회계법인의

ii. 이해관계

지배주주의 자기거래를 검토하고 필요한 경우 그를 거부한다는 것은 사내이사에게 많은 부담을 줄 수 있다. 따라서, 지배주주의 자기거래의 승인은 일차로 이해관계가 없는 이사들만으로 구성된 위원회가 일차로 검토, 승인을 판단하고, 그 이후에 전 이사회에서 추가 검토, 승인하는 것이 바람직하다. 사내이사들은 지배주주의 특수관계인으로 지배주주의 이익과 상관없이 독립된 판단을 하기 어려울 것임을 인정하고 지배주주의 자기거래에 동일하게 이해관계가 있다고 간주하는 것이 바람직하다. 사외이사들 중에서도 이사직으로 받는 보수금액이 개인의 총 소득에 중요한 부분을 차지 한다거나, 지배주주나 회사와 직업적 또는 사회적, 개인적으로 관계가 있어 독립된 경영판단을 하기 어려울 수 있다는 상황이 인지되면, 역시 관련 거래에 대하여 이해관계에 있다고 인정하여야 할 것이다.⁶⁷

상법 제 398 조가 규제하는 자기거래는 여러형태의 지배주주의 자기거래를 포함하지 않고 있다. 제 398 조는 이사, 주요주주 및 그의 특수관계인(통합하여 “관련 상대인”)의 회사와의 거래를 규제대상으로 하고 있다. 그러나, 관련 상대인의 그러한 회사의 자회사와의 거래는 규제대상에 포함되지 않아 보인다. 물론 관련 상대인이 자회사에 대한 이사, 주요주주 및 그의 특수관계인인 경우에는 당연히 규제 대상이 되나, 모회사의 지배주주가 자회사의 경영에 직접적인 영향력을 행사하지 않는다면

평가업무관련 사실들이 그러한 현저한 불합리한 상황인지에 대해서는 언급이 없으며, 삼일회계법인의 평가 과정 사실이 그러한 현저한 불합리한 상황이 아니라면, 구체적으로 어떠한 상황들이 그러한 불합리한 상황으로 인정될 수 있는지에 대한 가이드라인도 제시하지 않고 있어 보인다.

이러한 이사의 주의의무 위반 여부의 판단기준(경영판단의 원칙하의 중과실 기준)에 대한 법원의 판단 기준은 미 델라웨어주의 중과실 기준과 상당한 차이가 있어 보인다. 델라웨어주 대법원은 *Smith v. Van Gorkom* (488 A.2d 858, Jan. 29, 1985)에서 이사회가 회사를 제 3 자에게 매각하는 거래를 승인하는 과정에 (1) 대표이사가 제시하는 매매협상과정에 대한 사실관계를 정확하게 확인하지 않고, (2) 매각 계약안을 검토하지 않고 대표이사의 요약자료만을 근거로하고, (3) 매각가격의 적정성에 대한 내부 또는 외부전문가의 검토가 없이, (4) 충분한 검토없이 짧은 회의에서 승인한 것은 경영판단의 원칙을 적용한다고 하여도 중과실이라고 판단하였다. 이는 매각가격이 당시 주식시장에서의 시가인 \$39 보다 41%의 프리미엄이 포함된 \$55 인 사실과 이사회의 승인이후 70% 주주들의 승인이 있었음에도 불구하고, 법원은 매각가격의 적절성을 판단하기 전에 절차적인 중과실적인 의무 위반이 있었으며, 거래에 대한 중요한 사실이 공개되지 않은 주주의 승인은 이사의 주의의무 위반행위를 주인할 수 없다고 하였다.

⁶⁷ 사외이사가 지배주주의 영향력으로 부터 독립되어 있는지를 판단하기 위해서는 상법에서 정한 사외이사의 요건 외에도 사외이사과 지배주주의 이사직 외의 사업적, 재정적, 업무적 및 개인적 관계를 종합적으로 검토하여야 한다. 위 각주 52 에 언급된 저자의 논문 참조.

(도는 그를 입증하지 못한다면),⁶⁸ 지배주주와 자회사의 거래는 규제대상에 포함되지 않을 것이다. 공정거래법상 재벌그룹의 동일인은 그 그룹에 속하는 계열사들에 대한 경영권을 행사하는 지배주주라고 하여, 지배주주의 간접적 경영 행사권도 인정하고 있으나, 상법상 간접적 경영권 행사를 제 398 조의 주요주주의 정의에 포함할지에 대해서는 위 대법원의 이어나 지배주주의 충실의무에 대한 판단과정을 참고하면 확신하기 어려워 보인다.

제 398 조의 자기거래의 범위를 지배주주의 직·간접적 이익이 연관된 계열사가 직·간접적으로 개입된 거래라고 정의하면, 현대모비스, SK C&C, 삼성에버랜드, 한화 S&C 등 계열사 자산의 비정상 거래, 일감몰아주기, 일감떼어주기 등 실제 지배주주의 충실의무가 개입된 대부분의 거래를 규제할 수 있게 될 것이라고 판단된다.

상법 제 398 조를 통하여 사회적으로 문제가 되고 있는 지배주주의 지배위치를 남용한 부당한 부의 축적 거래를 규제하려면, 법규에서 요구하는 공정한 거래 내용과 절차에 대한 이해관계가 없는 이사들로 구성된 위원회의 제 3 자거래 절차를 절대적으로 요구하는 등의 구체적인 요건을 법규 또는 법원의 판결문에서 정의할 필요가 있고, 규제범위의 거래를 지배주주의 직·간접적 재정적 또는 기타 이익이 개입된 거래 등의 실질적인 지배주주의 이해관계가 있는 거래로 확정할 필요가 있다.

이러한 절차적 공정성이 보장되고 실제로 그러한 특별위원회의 사전 승인이 있다면, 위원회가 경영판단에 대한 의무를 적절히 이행하였는지에 대하여는 주의의무 기준을 적용하고, 경영판단의 원칙을 적용할 수 있을 것이다.

⁶⁸ 영향력을 행사하였음을 입증하는 과정에 관련 임·직원들이 지배주주에 보고 및 지배주주의 승인이 없었다고 진술하는 경우가 많이 있고, 법원이 그러한 진술의 신빙성을 별도로 판단하기 않고, 원고(또는 검찰)에게 지배주주의 영향력 행사를 서면등의 기록으로의 입증의무를 부과하는 경우에 다른 업무 이행의 관행으로 보아 지배주주에 보고 및 승인이 당연히 있었음을 추측하게 하는 경우에도 영향력을 인정하지 않는 경우가 있다. 이러한 입증의 어려움은 (1) 피고(즉, 관련 법인과 지배주주 등)에게 소송과 관련된 모든 자료를 원고에게 공개하도록 하는 실질적인 방법이 필요하고(미국의 경우, 강제성이 있는 discovery 관련 규정, 그러한 의무를 위반하였음이 입증되면, 법원은 위반 행위자에게 소의 패소를 포함한 벌칙을 부과할 수 있다), (2) 법원이 관련 법인과 지배주주의 통상적인 업무 이행 형태 등에 좀더 무게를 두고 각 진술 및 자료의 신빙성을 판단하여야 하며, 그러한 법원의 판단과정과 논리를 공개하는 판결문(중요한 판단에 대해서는 소송 전체에 대한 판결문 외, 소송 과정의 법원의 판단도 포함)을 관례적으로 공개하여야 할 것이다.

그러나 이러한 절차적 *safeguard* 가 보장되지 않았거나 실제로 준수되지 않았다면, 특별위원회와 이사회는 사전 승인이 있는 거래에 대해서도, 법원은 그 특정거래가 회사에 제 3 자거래와 동일한 조건으로 회사에 공평하였는지를 확인하고, 그러하지 않은 경우에는 그 특정거래가 이미 이행되었다고 하여도, 거래를 무효화하거나, 그것이 불가능하거나 무리인 경우에는 지배주주 및 이사들에게 충실의무의 위반을 인정하여 배상책임을 지시하여야 할 것이다. 최근 법원은 이사들의 선관의무에 대한 판단과정에 주의의무와 충실의무를 구분하지 않고 특히 경영판단의 원칙을 주의의무와 충실의무 모두에 동일하게 적용하고 있는 경우가 있는데, 이는 지배주주의 충실의무 위반에 대한 상법상의 규제에 어려움을 주고 있다고 판단된다.

C. 충실의무 위반에 대한 책임

i. 거래의 무효화

법원은 상법 제 398 조 자기거래에서 요구되는 공정한 거래와 절차에 의한 이사회는 사전 승인을 득하지 않은 거래는 특별한 경우⁶⁹를 제외하고는 무효라고 판결하고 있다. 따라서, 지배주주의 계열사를 통한 부당한 부의 축적을 효율적으로 상법을 통하여 규제하려면, 일감몰아주기, 일감떼어주기, 회사자산의 저가 매도 등의 거래가 자기거래라고 인정이 되면, 일단 지금까지 재벌에 대한 가장 민감하게 사회적 문제로 인지되고 있는 지배주주의 행위의 규제가 가능할 것이라고 보여진다. 이는 미국에서도 동일하다. 과거에는 이사와 회사의 거래는 무조건 무효이기도 하였고, 또는 회사의 요청이 있으면 무효이기도 하였으나, 최근에는 거래의 내용과 절차가 회사에 완전 공평하거나 이해관계가 없는 이어나 주주의 사전 승인이 있으면 유효하는 등으로 완화되었다. 거래가 이행된 이후 상당한 시간이 지나, 거래자체를 무효화 하기 어려운 경우 등은 예외적으로 손해배상만 청구하게 된다.⁷⁰

⁶⁹ 필요로 하는 이사회는 사전승인이 없었다는 사실을 인지하지 못한 선향한 제 3 자와 회사와의 거래에 대한 제 3 자를 보호하는 경우를 제외한다. 대법원 2011.12.27. 선고 2011 다 67651 판결 참조.

⁷⁰ 이사의 충실의무 위반이 인정되어 개인적 배상책임에 대한 법원의 판결이 있어도 회사와 소액주주들이 손실액 전부를 환수할 가능성이 적을 수도 있다. 이사의 충실의무 위반 수위에 따라 차이가 있을 수도 있으나, 사회적으로도 이러한 이사들의 개인적 책임에 대한 부담이 있을 수 있다(특히 이사의 충실의무 위반이 지배주주의 지시에 의하였고, 이사는 사용인으로 지배주주의 지시를 거부하기

ii. 이사의 책임

상법 제 399 조는 이사의 법규 또는 정관을 위반하여 발생한 회사의 손실에 대한 배상 책임을 정하고 있고, 제 400 조는 모든 주주의 동의가 있으면, 그러한 이사의 책임을 면제할 수 있고, 정관에서 이사의 책임의 한계를 정할 수 있게 하고 있다. 단, 정관에 의한 이사의 책임 한도를 정하는 것은 제 397 조 (경업금지), 제 397 조의 2 (회사의 기회 및 자산의 유용금지), 제 398 조 (이사등과 회사간의 거래)의 위반 또는 이사의 중과실 또는 고의로 인하여 발생한 회사의 손해에 대해서는 적용되지 않는다. 위에서 언급한 바와 같이 이사와 지배주주의 충실의무를 좀더 구체적으로 정의하고, 충실의무가 개입된 상황에 대한 판단 기준이 확정되고 경영판단의 원칙이 충실의무 위반 판단상황에 적용되지 않고, 그 위반에 대한 판단기준으로 “거래 내용과 절차의 공정”성을 적용하고, 제 400 조에 예외조항으로 경업금지, 회사기회 유용과 자기거래를 포함한 충실의무 위반으로 대체되어야 할 것이다.⁷¹

지배주주의 자기거래에 지배주주 및 이해관계에 있는 이사들에게는 충실의무가 주어져야 하며, 그러한 거래의 절차와 내용을 검토하고 그 거래를 승인하는 이해관계가 없는 이사들에게는 충실의무가 아닌 주의의무가 주어져야 한다. 주의의무의 위반판단 기준에는 경영판단의 원칙이 적용되고 중과실에 해당하는 행위에만 개인적 책임이 적용되어, 이해관계가 없는 이사들에게 개인적 책임이 인정되지 않으면서 지배주주와 이해관계가 있는 이사들에게만 충실의무 위반이 인정될 수 있다.

어려운 상황이었다고 사회적 인식이 있는 경우). 따라서, 지배주주가 충실의무를 위반하는 사건에서는 이사의 개인적 손해배상보다는 거래의 무효화가 좀더 적절한 결과라고 보여진다.

⁷¹ 미국의 대부분의 주는 이사들의 주의의무 위반에 대한 이사의 개인책임을 면책하여 주는 조항을 회사의 정관에 포함할 수 있게 하고, 이사들이 신의성실로 회사의 이익이라고 믿고 행한 업무행위에 대하여는 소액주주 및 제 3 자(감독기관 등)이 제기하는 소송에 관련된 비용을 회사가 지급할 수 있게 하였고, 회사(관련 이사)가 승소하는 경우에는 소송비용을 의무적으로 회사의 책임으로 까지 하고 있다. 단, 이사의 충실의무의 위반에 대해 개인적 책임은 면책하여 줄 수 없으며, 충실의무의 위반에 대한 소송비용요 현실적으로 회사에서 배상받기 어려울 수 있다. Delaware Corporation Code § 102(b)(7), § 145(a)-(c).

5. 결론

일감몰아주기과 일감떼어주기 등의 지배주주의 자기거래는 상법, 공정거래법과 상증법을 통하여 규제되고 있다. 특히 공정거래법과 상증법은 일감몰아주기 등의 거래를 규제하는 법리적 근거를 구체적으로 언급하지 않고, 단순히 지배주주가 보유하는 수혜법인의 지분율과 수혜법인의 계열사와의 거래비율이 특정 수준을 초과하는 경우, 거래를 규제하고 과징금 또는 중여세를 부과하는 방법으로 규제하고 있다. 상법은 일감몰아주기 등의 거래가 지배주주나 이사가 경영권을 행사하여 부당하게 사적인 부를 축적할 수 있음으로 그러한 거래를 위해서는 거래 내용과 절차가 정당하여야 하며, 이사회와 사전 승인을 득하여야 한다고 규제하고 있으나, 사회적으로 문제가 된다고 주목을 받는 최근의 거래에 대해서 법원은 상법상의 규제를 느슨하게 해석하고 있어 보이며, 결과적으로 그러한 거래의 규제에 어려운 면이 있어 보인다. 특히 그러한 거래를 검토하고 승인한 이사들에 대하여 주의의무와 충실의무에 대한 해석과 판단 기준이 정확하지 않아, 그러한 거래에 대한 유일한 사전규제 수단인 이사회가 제대로 된 기능을 발휘하지 못하고 있다고 보여진다. 지배주주 등의 일감몰아주기 등의 거래는 이사와 지배주주의 충실의무를 좀더 구체적으로 정의하고, 충실의무가 개입된 거래에 대한 이사회와 승인을 이해관계가 없는 이사들의 사전 승인을 요하도록 하고, 그러한 승인과정에 적용되는 거래 절차와 내용의 공정성(즉, 미 델라웨어주법원이 적용하는 *entire fairness*)에 필요한 구체적인 요건 및 *guideline* 을 정하여야 할 것이라고 보여진다.