

지배주주의 사익 행위, 사외이사 및 개선방향
(Controlling Shareholder Profiteering, Outside Directors and a Reform Path)¹

양명석 (Yang Myung Suk)
July, 2023

초록/Abstract

대부분의 법인사업체는 주식회사이며, 법 체제에서 주식회사의 경영권은 이사회가 행사하게 되어 있다. 그러나, 현실에서, 대부분 회사들은 지배주주들이 경영권을 행사하고 있다. 아쉽게도 적지않은 지배주주들이 회사로부터 사익을 추구하고 있기도 하다. 이를 견제하기 위하여, 법은 대규모 상장사들의 이사 과반수를 사외이사로 구성하게 하고, 이어나 주요주주들과 회사와의 거래는 이사 전원의 2/3 이상 과반수 승인을 받도록 하였으며, 그러한 거래의 절차 및 내용이 회사에 공정하도록 하고 있다. 또한 동일인과 그의 특수관계인에게 일감을 몰아주는 것을 금지하고 있다. K-SOX는 대표이사와 이사들에게 회사의 재정에 대한 신뢰할 수 있는 정보를 투자자들에게 제공할 수 있게 적절한 내부통제 시스템을 유지하고, 정기적으로 검토하고 적정성에 대한 의견을 공시하도록 하고 있다. 그러나 이러한 제도들이 설계과정 또는 집행과정에 지배주주의 사익 추구 방지 목적을 이루지 못하게 이행되고 있는 듯 보이기도 하다. 이러한 현 상황은 경제부분의 법치주의를 이루는데 걸림돌이 되어 보인다. 경제 법치주의를 이루기 위해서는 지배주주의 경영권 행사를 법 테두리안으로 받아 들여야 하고, 지배주주들에게 그에 대한 적절한 대가를 지급하여야 한다. 이사회 경영권을 보장하는 법 체제가 변경되지 않는 이상, 지배주주들의 경영권 행사도 이사회 규제를 받아야 한다. 그와 못지않게 중요한 것은 이사들에게 이사의 권한과 책임, 특히 지배주주의 사익 행위를 견제하는 역할에 대한 교육이 필요하다. 관련 법규를 수정하여 이사들에게 이사로서의 의무에 대한 명백한 가이드라인을 제시하고, 관련 법규를 일관되게 집행하여 이사들에게 명확한 인센티브를 제공하여 이사회가 능동적으로 경영권을 행사하게 하여야 한다. 경제 법치주의를 이루기 위해서는 법(과 법의 목적)과 현실(사회가 인정하는 각 경제참여자들의 역할)의 차이를 축소하여야 하고 법의 목적은 사회가 이룰 수 있는 한도로 조정하여야 할 것이다.

A vast majority of the business entities in Korea are corporations and, under the Commercial Code, boards of directors have control over them. But in reality most are under de facto control of controlling shareholders. Unfortunately, many controlling shareholders have taken private benefits at the expense of the companies. In response, large public companies are required to have a majority outside directors on the boards, company transactions with directors or significant shareholders require a super-majority approval of the boards and the process and the terms of such transactions need be fair to the company. They also are subject to restrictions on inter-group transactions involving controlling shareholders. K-SOX requires that the CEO and the board maintain and periodically review and opine on internal control systems as to their adequacy to provide reasonably accurate financial reports to the public. But such regimes seemingly have not been designed or enforced to achieve fully the stated goal of preventing profiteering by controlling shareholders. This current state is counter-productive in the society's goal of achieving rule of law in the corporate sector. To achieve that goal, the controlling shareholders' de facto management control must formally be recognized and brought into the legal framework and such shareholders be compensated for their efforts. Under the legal framework of the board of directors having control of companies, such controlling shareholders' status must be subject to the board's

¹ <https://ssrn.com/abstract=4528653> 또는 <https://yangtmlaw.com/?p=2864> 에서 다운로드 할 수 있음.

control. No less important, directors must be educated in their rights and responsibilities to manage companies and police any controlling shareholder profiteering. Law should be changed to provide a clear guidance as their role and be enforced in a consistent manner to provide clear incentives to directors. To establish rule of law in the corporate sector, the gap between the law (and its goals) and the reality (and the society's perceptions of the roles assigned to various actors) must be narrowed and the objectives of the law be within the capacity of the society to realize.

목차

1. 지배구조: 대표이사/지배주주와 이사회	2
2. 경영권	4
a. 법 체제	4
b. 현실	7
c. 미국의 주식회사 지배구조	13
d. 개선 방향	16
3. 내부통제제도	18
a. 법 체제	18
b. 현실	19
c. 개선방향	22
4. 경영진/지배주주의 이해상충 규제	23
a. 법 체제	23
b. 현실	26
5. 사외이사	41
a. 법 체제	41
b. 현실	42
6. 결론 - 법과 현실의 괴리 조율	47

* *

1. 지배구조: 대표이사/지배주주와 이사회

1960년대 이후 한국 경제는 세계에서 주목받을 수준으로 급성장하였다. 이러한 경제성장 과정에 재벌들이 절대적으로 중요한 역할을 하였다. 2021년, 10대 재벌들의 매출은 GDP의 약 58%를 차지하였다.² 한국 경제 성공 스토리 속에는 재벌들의 성공스토리가 있고, 특히 재벌 창업자들의 성공 스토리가 있다. 그러나 재벌의 성장과정과 창업자 후손 세대들의 경영 세습과정에 지배주주들은 기업집단을 통한 사익을 추구하고 다음 세대들의 경영권 세습을 위한 부당한 행위를 행하기도 하여 사회 지탄을 지속적으로 받아 왔다. 국가는 상법, 공정거래법, 상증법 등으로 지배주주들의 사익 추구 행위를 규제하고 있다. 지배주주들이 법인의 이사가

² 이정훈 기자, “삼성 날고 다른 재벌 ‘경제력 집중’ 커졌는데... 윤 정부 정책은 ‘친재벌,’” 한겨레, 2022.6.27., <https://www.hani.co.kr/arti/economy/marketing/1048550.html> 에서 다운로드 가능함.

아니면서 경영권을 행사하면 지배주주에게 이사와 동일한 책임을 부과하기도 하고, 지배주주의 사익 행위를 견제하기 위하여 사외이사 제도를 도입하였으며, 이사들에게 충실의무를 부과하고, 지배주주의 사익 행위에 대해서 그 사실관계를 이사회에 공개하고, 이사회에 승인을 받도록 하기도 하고, 회사가 지배주주에게 이익을 제공하기 위하여 일금을 몰아주는 행위를 금지하고 있다.

이러한 지배주주 사익행위 규제 목적으로 도입된 여러 제도들은 외국에서 이미 그 효율성이 입증되었으며 국내에서 보도되었고 보도되고 있는 지배주주들의 사익행위 유형을 외국서는 찾아보기가 쉽지 않다. 그러나 국내에서는 그러한 규제들의 도입 이후에도 지배주주들의 사익행위는 지속적으로 언론에 등장하고 있는 현재 진행 중인 사회적 문제로 남아있다.

이미 그 효율성이 입증된 제도를 도입한 이후에도 규제대상 행위들이 계속되는 중요한 이유는 관련 제도들의 도입 과정에 일부 중요한 세부 내용들이 변경되거나 집행과정에 제도 목적과 일치되지 않는 부분들이 있어 제도들이 의도된 역할을 하기 어렵게 된 부분이 있어 보인다. 또한, 국내 현실과 일치하지 않는 내용들이 그대로 도입되어 사회적으로 쉽게 정착되지 않았던 결과도 있어 보인다.

주식회사는 사회적 금융자원을 집중하여 그에 대한 관리를 소수의 전문가에게 위임하는 사업모델로 현대 경제의 축을 이루고 있다. 법은 소수의 전문가로 구성된 집단, 즉 이사회에 회사 자산의 경영, 관리 권한과 책임을 제공한다. 이사회는 성실한 관리자로서 경영권을 행사하여야 하는 주의의무를, 이사와 회사의 이해상충되는 상황에서는 회사의 이익만을 생각하여야 하는 충실의무를 준수하여야 한다. 금융자원을 제공하는 주주들은 법에서 규정하는 소수의 특수 상황을 제외하면, 경영권을 행사할 수 없다.

그러나 국내 현실은 지배주주들이 경영권을 행사하고, 이사회는 지배주주들의 결정을 형식적으로 승인하는 rubber stamp 역할을 하고 있다. 지배주주를 견제하라고 하는 사외이사들 역시 지배주주를 견제 안하거나 못하고 있는 현실이다. 이러한 회사 지배구조의 근본적 문제를 두고, 일감몰아주기 금지 법규 등을 통하여 지배주주 사익행위를 규제하다 보니, 외국에서 자유롭게 이루어지는 일부 기업 구조 상황이 국내에서는 어렵게 되는 등의 부작용이 발생하고 있다. 예를 들어, 실질적 공정성과 상관없이 계열사들 사이의 금융거래 또는 합자사업이 규제 대상이 되기도 하고, 각

재벌 및 대부분의 중소기업에 지배주주들이 계열사 관리를 위하여 필요한 비서실, 기획실, 전략본부 등의 본사조직이 존재하나, 이들의 법적근거가 불확실 한 상황이다. 결과적으로 기업에 대한 법과 현실, 또는 관련 법의 목적과 현실에 큰 괴리가 존재하고 있으며, 그로 인한 부작용 역시 무시할 수 없는 상황이다. 이를 개선하기 위해서는 법과 현실의 괴리를 제거하거나 축소하고, 유지되는 법의 목적과 법규를 충실하게 집행하는 지속적인 노력이 필요할 것이다.

2. 경영권

a. 법 체제

주식회사 이사회의 경영권은 상법에서 정하고 있다. 상법 제 393 조는 이사회의 권한에 대하여 다음과 같이 명시하고 있다.

“제 393 조(이사회의 권한) ①중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다.

②이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다.

③이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있다.

④이사는 3 월에 1 회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다.”

제 1 항은 중요한 자산의 처분 등의 업무집행은 이사회의 결의로 한다고 명시하고 있으나, 이 문안이 (1) 이사회의 권한을 중요 경영사항으로 제한하는 것인지 또는 나열된 중요한 사항은 이사회가 직접 결의하여야 한다는 것인지와, (2) 업무집행의 결의가 관련 경영사항의 결정만을 의미하는 것인지 또는 그런 경영사항의 결정과 그에 대한 집행에 대한 결정을 포함하는지가 명확하지 않다고 할 수 있다.

대표이사의 권한에 대하여 상법 제 209 조가 적용되며³, 제 1 항은 대표이사에 “회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다”고 명시하고 있다. “모든 행위를 할 권한”이 단순 이사회의 결정을 행동으로 이행하는 것으로 제한되는지 또는 경영사항의 결정까지 포함되는지, 이러한 권한이 이사회의 권한과 어떻게

³ 상법 제 389 조 제 3 항. “제 208 조제 2 항, 제 209 조와 제 386 조의 규정은 대표이사에 준용한다.”

공존하는지 명시되어 있지 않다. 그러나, 제 393 조 제 1 항을 최대 제한하여 해석한다고 하여도, 제 209 조 제 1 항에 의한 “모든 행위를 할 권한”에 제 393 조 제 1 항에 나열된 중요경영사항 및 그에 준하는 경영사항에 대한 “업무집행”의 결정은 대표이사의 권한에 포함되지 않는다고 하여야 할 것이다.

상법은 제 393 조 제 1 항 이외에도 이사회가 직접 결정하여야 하는 추가 사항을 지정하고 있다. 제 389 조 제 1 항은 이사회가 대표이사를 선임하도록 되어있다⁴. 또한 제 393 조의 2 제 2 항은 이사회는 대표이사의 선임 및 해임을 이사회 위원회에 위임할 수 없다고 명시하고 있어, 이사회에 대표이사의 해임권도 보유하고 있다고 판단된다.⁵ 또한 제 393 조제 2 항은 “이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다고” 명시하고 있다. 상법내에 “감독”을 정의하고 있지 않지만, 이사회는 대표이사에게 대표이사의 업무집행에 대한 구체적인 내용을 지시할 수 있는 권한을 포함한다고 하여야 할 것이다.⁶

상법에서 이사회와 대표이사 존재를 의무화하고, 그에 대한 권한을 명시하고 있어 이사회와 대표이사가 함께 회사의 경영권을 결정하고 집행하는 역할을 분담하는 것은 확실하나, 구체적인 분담내용에 대한 논쟁이 오래 존재하고 있어 왔다. 그러나 대법원의 판례⁷ 및 다수 학설계는 회사의 경영권은 이사회가 행사하고, 대표이사는

⁴ 단, 정관에서 주주총회에서 대표이사를 선임하도록 지정하는 경우에는 대표이사에 대한 선임권이 이사회에 없다. 그러한 경우, 대표이사의 해임권한도 주주총회로 제한되는 지에 대한 언급이 없으나, 선임과 동일하게 이사회에 해임권한이 없다고 해석하는 것이 적절하다고 보여진다.

⁵ 그 이외에도 양도제한부주식의 양도승인권, 주주총회 소집권, 이사의 경업승인권, 이사의 자기거래승인권, 신주발행결정권, 사채발행결정권, 준비금의 자본전입 결정권, 중간배당결정권, 영업보고서 승인권, 간이합병 및 간이분할 승인권, 소규모합병 및 소규모분할 승인권 등을 상법은 이사회에 결의 요구사항으로 제한하고 있다. 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장,” 인권과 정의, 통권 408 호, 45 쪽 (2010.8.)

⁶ “이사회에 감독권은 궁극적인 업무집행결정기관인 이사회에 자기시저의 방법으로써 각 이사의 업무집행에 대한 지휘까지 포함하는 권한”이다. 이철송, 회사법강의, 제 30 판, 755 쪽 (2022).

⁷ “일반적으로 주식회사의 대표이사는 회사의 권리능력 범위 내에서 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다(상법 제 389 조 제 3 항, 제 209 조 제 1 항). 그러나 그 대표권은 법률 규정에 따라 제한될 수도 있고(이를 ‘법률상 제한’이라 한다), 회사의 정관, 이사회에 결의 등의 내부적 절차, 내부 규정 등에 따라 제한될 수도 있다(이를 ‘내부적 제한’이라 한다).” “대표권이 제한된 경우에 대표이사는 그 범위에서만 대표권을 갖는다.” 대법원 2021.2.18. 선고 2015 다 45451 전원합의체 판결, 9-5 다수의견. “주식회사에 관한 상법 제 393 조 제 1 항은 “중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 자산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회에 결의로 한다.”라고 하여, 이사회가 회사의 업무집행에 관한 의사결정권을 가진다는 점을 포괄적으로 규정하고 있다. 2001. 7. 24. 법률 제 6488 호로 개정되기 전의 구 상법 제 393 조 제 1 항에서는 ‘회사의 업무집행’이라고만 정하고 있었는데, 이에 대해서는 단순히 이사회에 권한사항을 규정한 것인지, 아니면 이사회에 권한사항 중

이사회가 결의사항을 집행한다고 해석하고 있다.⁸ 대표이사의 이러한 집행권은 절대적이지 않고, 이사회가 그를 제한하거나 조정할 수 있다.⁹

상법의 회사 경영권에 대한 여러 조항을 종합적으로 해석하면, 제 393조 제 1항의 의미는 이사회에 회사에 대한 업무집행에 대한 결정권이 있으며¹⁰, 그 중 일부 중요한 업무집행의 결정권은 이사회가 직접 결정하여야 한다는 것이다. 중요하지 않은 업무집행은 대표이사 등에게 위임할 수 있으며, 당연히 이사회는 위임 후 그 위임 내용을 조정하거나 취소할 수도 있다. 대표이사는 회사를 대표하여 이사회에 결정을 집행할 권한이 있으나, 이사회에 추가 결의에 의거하여 그 권한이 변경될 수 있다.

대표이사에게 위임할 수 없고 이사회가 결정해야 하는 전속적 결의사항을 정한 것인지가 분명하지 않았다. 이러한 불분명한 규정으로 인하여 이사회가 활성화되지 못하였다는 반성에서 2001년 개정 상법에서는 제 393조 제 1항을 현재와 같이 개정한 것이다. 이는 이사회 결의사항의 범위를 구체화하여 ‘중요한’ 업무집행사항에 대하여는 대표이사에게 위임할 수 없고 반드시 이사회가 스스로 결정하도록 함으로써 실질적인 의사결정기관의 역할을 담당하도록 그 권한을 강화하고자 하는 취지이다. 따라서 상법 제 393조 제 1항에 규정된 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등’에 해당하는 업무라면 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의사항으로 정해져 있지 않더라도 반드시 이사회에 결의를 거쳐야 한다 (대법원 2016. 7. 14. 선고 2014 다 213684 판결 참조).” 대법원 2021.2.18. 선고 2015 다 45451 전원합의체 판결, 9-5 소수의견. [본 건에서 다수의견은 대표이사가 내부 이사회 규정상 이사회 결의로 된 집행업무를 이사회에 결의없이 행한 경우, 제 3자의 중과실이 없는 이상, 제 3자에 대한 대응을 할 수 없다고 판단하면서 기존 단순과실 기준을 파기하였으며, 위 소수의견 내용에 대해서는 다수의견과 이견이 없다.]

⁸ “이사회에 권한사항은 주식회사의 권한분장구도를 정하고 있는 규범, 그 중에서도 특히 상법 제 361조 및 제 393조의 체계적인 해석에 의하여 도출된다. 이에 의하면 법령, 정관 또는 해석에 의하여 주주총회의 권한으로 인정되는 것을 제외한 일체의 나머지 사항이 이사회에 권한사항으로 된다.3) 즉, 주식회사의 의사결정사항 중 주주총회의 권한사항을 제외한 나머지 일체가 이사회에 권한으로 된다.” 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장,” 인권과 정의, 통권 408호, 43-59쪽, 45쪽 (2010.8.)

“우리나라 대부분의 독립기관설은 대표이사 선임과 동시에 일상적인 업무집행에 관한 의사결정권이 대표이사에게 위임된다고 해석함으로써 과생기관설과 실제적으로 차이가 없게 되었다. 따라서 우리나라에서는 과생기관설과 독립기관설의 학설 대립은 실익이 없는 것이라고 하면서 ‘어느 설에 의하더라도 대표이사는 주주총회와 이사회에서 결의된 사항을 집행할 권한이 있고, 그 밖의 일상적인 사항에 독자적으로 업무집행의 의사결정을 할 수 있기 때문에 실제적인 차이는 생기지 않는다’고 주장하는 학설이 있다.” 정봉진, “주식회사 대표이사의 대표권의 범위에 관한 비교법적 고찰,” 인권과 정의, 통권 398호, 86-111쪽, 101쪽 (2009.10.).

“결국 회사의 업무집행에 관한 결정권한이 모두 이사회에 전속되는 결과 업무집행의 결정권한을 가지지 않는 대표이사는 정관 또는 이사회에 결의에 따라 이사회로부터 위임받은 범위 내에서만 결정권한을 가진다. ... 이 점에 대하여 대표이사는 주주총회 또는 이사회에 전속적 결의사항을 제외하고, 회사에 영업에 관한 일체의 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있는 권한을 가지고 있기 때문에, 이 범위내의 행위에 대해서는 직접 결정하여 집행할 수 있다고 보는 것이 판례의 입장이다.” 정병덕, “이사회에 권한사항에 관한 연구,” 경영법률, 제 23권 제 4호, 185-208쪽, 197쪽 (2013.).

⁹ 단, 이사회가 대표이사의 집행권한을 제한하더라도, 그런 사실을 인지하지 못한 선량한 제 3자에 권리에 대응할 수 없다.

¹⁰ 법 또는 정관에 주주총회의 결의사항으로 유보한 경영사항을 제외한다.

b. 현실

이러한 이사회가 경영권을 행사하게 한 법 체제와 달리, 국내 대부분 주식회사의 경영권은 지배주주가 행사하고 있어 보인다. 주주들의 소유권이 경영권과 분리되어 있는 법체제와 달리, 많은 지배주주들은, 특히 대기업의 경우, 기업의 과반수 미만 지분만을 보유하며 경영권을 행사하고 있다. 실질적으로 지배주주들이 경영진에 대한 인사권을 행사하고, 경영사항에 대한 결정권을 행사하며, 이사회는 그의 일부에 대한 형식적 승인 역할만 하는 격이다.

상법 제 401 조의 2 는 이사에게 업무집행을 지시하거나, 이사의 이름으로 회사 업무를 지시 한 자 및 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될만한 명칭을 사용하여 업무를 지시 한 자에게 이사와 같은 책임을 부과하고 있어, 실제 경영권을 행사하는 지배주주에게 제한적이라도 이사의 책임을 부여하고 있다. 또한 독점 규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)에 의거하여 공정거래위원회가 매년 대기업집단의 경영권을 행사하는 동일인을 지정하고 발표하고 있다. 동일인은 이사회 임원 신분과 상관 없다. 대기업집단 소속 계열사들의 대부분이 주식회사로, 이사회가 존재함에도 정부는 각 대기업집단의 동일인이 경영권을 행사하고 있는 현실을 인정하는 셈이다.

동일인의 경영권은 공정거래법 적용경우에만 제한되지 않고, 일반적으로 인정되고 있다. 삼성 이재용회장을 삼성바이오로직스 분식회계 사건으로 기소하면서, 검찰은 이재용이 삼성그룹 미전실을 통하여 그룹 계열사에 대한 경영권을 행사하였다고 다음과 같이 지적하였다.

“삼성그룹은 국내 최대 대기업 집단으로, 2018. 5. 이후 동일인(총수)은 피고인 이재용이고, 2020. 5. 기준으로 핵심 계열회사인 삼성전자 주식회사(이하 회사명 중 '주식회사' 표기는 모두 생략), 삼성생명보험(이하 '삼성생명')을 비롯해 계열회사(이하 '계열사')는 59 개사, 자산총액은 약 424 조 9,000 억 원이다.”¹¹

¹¹이재용 삼성바이오로직스 분식회계 공소장, 2020.9.11., 1 쪽, <https://namu.wiki/w/%EC%82%BC%EC%84%B1%EB%B0%94%EC%9D%B4%EC%98%A4%EB%A1%9C%EC%A7%81%EC%8A%A4%20%EB%B6%84%EC%8B%9D%ED%9A%8C%EA%B3%84%20%EC%9D%98%ED%98%B9/%EC%9E%AC%ED%8C%90> 에서, 또는 오마이뉴스 “이재용 공소장 전문을

“미전실은 계열사 사장단 및 그 후보자의 인사자료를 관리하고 계열사 임원들의 인사 가이드라인을 설정하며 매년 임원 승진 규모 및 승진 대상을 결정한 인사안을 마련한 후 이견회 및 피고인 이재용의 승인을 받아 이를 시행하는 인사 권한 등을 토대로, 계열사의 현안과 경영사항에 관하여 보고를 받고 주요 의사결정에 있어 지시, 승인 권한을 행사하며, 대응방안이나 지시를 하달하여 이행하도록 함으로써 각 계열사를 총괄하고, 이견회 및 피고인 이재용의 그룹 지배권 행사를 지원하는 역할을 수행하였다”¹²

검찰은 상법 제 393 조 제 1 항이 명시적으로 지정한 이사회 결의가 필요한 중요 경영사항들의 결정에 대해서도 이재명회장의 결정으로 확정되고, 그 이후 형식적인 이사회 결의과정을 거쳤다고 지적하였다.

“특히 피고인 이재용 등 총수의 이해관계와 직결되는 사항인 그룹 계열사의 상장, 합병, 분할, 영업양수도 등 그룹 지배구조 관련 사안의 경우, 이견회, 피고인 이재용, 피고인 최지성의 지시에 따라 피고인 김종중, 피고인 이○○ 등 미전실 '자금파트'가 삼성증권 IB 본부 등을 지휘하여 구체적 실행계획을 수립하고 내부 보고 등을 거쳐 승인을 받은 뒤 자금파트가 해당 계열사에 위 계획 등을 하달하여 그대로 이행하는 절차로 진행되었음에도, 대외적으로는 마치 해당 거래가 총수의 이해관계와 무관 하고 미전실의 관여 없이 해당 계열사의 경영상 판단에 따른 결정이라는 허위 거래 명분과 논리를 만들어 발표하는 등, 철저한 보안 유지와 은폐 하에 미전실로부터의 '상의하달(上意下達)' 식으로 모든 업무가 진행되었다.”¹³

검찰의 공소장에 의하면, 박근혜 대통령과 고위공직자들은 이재용 회장에게 삼성그룹의 재정적 지원을 요구하고, 요구한 지원이행이 지연되자 다시 이재용 회장에게 신속한 지원을 요구하는 등, 이재용 회장이 삼성계열사들에 대한 업무집행에 대한 결정권과 집행권을 단독으로 행사할 수 있음을 전제로 하였고, 실제로 삼성계열사들이 이재용의 지시만으로 박근혜 대통령의 요구사항을 이행하였다.

공개합니다.” 2020.9.11., <https://v.daum.net/v/20200911105924822> 에서 다운로드 가능함.

¹² Ibid, 4 쪽.

¹³ Ibid.

법체제는 주식회사의 집행업무에 대한 결정권이 이사회에 있고, 대표이사는 이사회가 일상적으로 또는 구체적으로 위임한 업무에 대한 결정권을 행사를 허용하고 있다. 단, 중요한 집행업무에 대해서는 이사회가 직접 그 결정권한을 행사하여야 한다. 그러나 위 삼성그룹의 이재용 회장의 세습과정 상황을 보면, 이사회는 계열사의 중요한 업무, 즉 대표이사에게 위임할 수 없는 업무들에 대해서도 실질적인 결정을 하지 않았고, 대표이사도 아닌 이재용 회장이 그에 대한 결정권을 행사하였다.

이재용 회장은 본인의 경영권 세습과정과 관련하여 분식회계 및 배임 등의 유죄 판결 및 항고 과정에 삼성전자 등 주요 계열사를 대상으로 하는 준법감시위원회를 개설하고, 전 대법관 등 유명인사를 위원으로 임명하였다. 삼성 회장 비서실 또는 미전실과 동일하게 삼성 준법감시위원회의 법적 근거를 없고 이재명 회장의 경영권을 근거로 존재한다. 삼성 준법감시위원회는 관련 계열사 경영진의 불법행위를 감시, 차단하는 것을 공식적인 목적으로 하고 있다고 하나, 준법감시위원회는 이재명 회장의 삼성그룹에 대한 경영권 행사자체 또는 준법감시위원회를 설립에 대한 이재명 회장의 권한, 위원회 존재나 역할 자체의 법적근거에 대한 검토는 하지 않고 있어 보인다.¹⁴ 결과적으로 보면, 삼성 준법감시위원회의 존재는 이재명 회장의 법적 근거없는 그룹 경영권을 공식적으로 인정하고 있는 또 하나의 체계적 모순이라고 할 수 있다.

삼성전자의 공시자료에 의하면, 삼성전자의 이사회는 5 명의 사내이사와 6 명의 사외이사로 구성되어 있다. 이사회에는 6 개의 위원회가 활동하고 있으며, 그 중 경영위원회를 제외한 5 개 위원회는 위원들의 과반수 또는 전부를 사외이사로 구성하고 있다. 경영위원회는 사내이사 5 명으로만 구성되어 있다. 그러나 상법에서 이사회를 결의하는 중요 업무집행 사항의 대부분을 경영위원회에 위임하였다. 사업보고서 이사회 활동에 대한 보고에 의하면, 경영위원회 회의에는 다른 위원회와 다르게, 경영진의 보고 기록이 없고, 모든 안건은 전원 동의로 결의하였다.

결과적으로는 이사회는 경영위원회를 통하여 회사의 중요 업무집행에 대한 경영진, 즉 이재용 회장의 결정을 형식적으로 승인하고 있을 수도 있어 보인다. 경영위원회 위원들이 모두 사내이사이기 때문에, 위원회 회의 이외의 장소와 시간에서 서로 상의하였을 수도 있으나, 이사회와 위원회는 공동체로서 논의하고 결의하여야 하는

¹⁴ 법률신문 사설, “삼성 2기 준법감시위원회의 과제,” 2022.02.07., <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=176201>에 접속가능.

조직이다. 회원간 논의가 있었다고 하여도, 이사회 또는 위원회의 공식 회의에서 각 의안에 대한 논의와 결의가 있어야 한다. 결국 삼성전자의 경영위원회는 상법에서 대규모 상장사 이사회의 과반수를 사외이사로 구성하도록 하여 지배주주의 경영권을 견제하려고 하는 목적을 무력화 하는 제도로 보인다.

이재용 회장은 2021년 1월 특가법 유죄가 확정되어 삼성전자를 포함한 관련 회사의 취업이 금지된 상태이나, 삼성전자 이사회는 2022년 10월 27일 당시 이재용 부회장을 회장으로 승진하는 안건을 결의하였고, 이재용은 11월 1일자로 회장으로 승진하였다. 이사회에서 이재용 회장의 승진이 적절한지, 8월 사면 이전 수감된 상태에서 경영권을 행사한 것¹⁵ 등에 대한 논의가 있었는지 기록이 없다. 이사회는 이회장의 회장 승진을 10월 27일 결의하였으나, 그 이전 개최된 이사회에서 그에 대한 경영진의 보고나 다른 관련 결의가 없었음에도, 이회장의 승진에 대한 첫 언론보도는 10월이 아닌 8월에 있었다.¹⁶

2022년 공정거래위원회가 발표한 대기업집단 제 2위인 SK 그룹 동일인은 최태원 회장이다. 최태원 회장은 2004년 1월 당시 SK 그룹의 모태사인 SK(주)의 지배구조개선 로드맵을 발표하면서 이사회 중심의 경영을 이행하여 미 GE 사를 능가하는 지배구조를 성취하겠다고 발표하였다. 최 회장은 정책 발표이후 SK(주)의 사외이사 비중을 이사들의 70% 수준으로 확장하는 등 개선책을 실시하였다.¹⁷ 이후 SK는 지배구조의 추가 개선안을 수차례 발표하였고, 한국지배구조원이 2020년 ESG 우수기업 평가에서 최상위 수준인 A+ 등급으로 평가하였고, 다우존스 지속가능경영지수(DJSI) 월드에 지난해까지 9년 연속 편입되며 사회적가치 기반의 투명한 경영활동과 주주권의 보호 활동 등을 인정받아왔다고도 평가받았다.¹⁸ 2021년 이사회 경영 개선안의 주요 내용은 인사위원회와 ESG 위원회의 개설과 인사위원회의 주 역할로는 대표이사의 결정 및 업무평가와 ESG 위원회의 주 역할은 성장전략과 투자

¹⁵ 최유경 기자, “이재용 옥중 경영 제동 ... ‘취업제한은 유죄 확정부터’ 명시한 법원,” KBS 뉴스, 2021.02.24, <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5125081> 에서 다운로드가 가능.

¹⁶ 박선미 기자, “이재용 삼성 부회장, 창립기념일 맞춰 11월 1일 회장 승진,” 아시아경제, 2022.8.31. 수정 2022.11.28, <https://www.asiae.co.kr/article/2022083107373715580> 에서 다운로드 가능.

¹⁷ 주간동아, “‘이사회 중심 경영’ ... SK의 자신감 - 지배구조 개선 최태원 회장 이사 재추천 ... 올 주총 소비권과 세 대결 큰 관심,” 2005.03.03, 475호 (p. 36~38).

¹⁸ 이성진 기자, “SK(주), 이사회 중심 지배구조 혁신... 대표이사 평가 등 권한 강화,” 뉴데일리경제, 2021.03.25, <https://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2021/03/25/2021032500055.html>.

심의 결정이다.

2004년 SK(주)는 국내 기업으로 유일하게 이사회를 지원하는 사무국을 운영하였다. 사무국은 전무임원을 중심으로 8명의 직원으로 운영되었고, 각 사외이사에게 월 평균 500-600 쪽의 보고서와 그와 별도로 매일 약 20 쪽 상당의 회사관련 동향 보고를 전달하였다고 한다. 이사회는 공식·비공식회의를 121 회, 평균 3 일마다 회의를 개최하였다고 한다.¹⁹ 표면상 이사회에게 많은 물량의 자료가 제공되고 이사회내부에 회사운영에 대한 논의가 있었던 것으로 보고되었다. 2006년 사업보고서에 의하면, 이사회 규정은 경영지배구조, 투자 및 기획 등 주요경영사항을 이사회 결의사항으로 정하였고, 전략위원회를 포함하여 6 개의 위원회를 운영하였다. 전략위원회의 목적은 “경영계획 등의 검토”이고, 검토대상으로는 단·중·장기 경영계획과 주요투자계획이 포함되었다. 그러나, 실제 이사회와 전략위원회 등이 보도된바와 같이 실질적인 경영진 감독을 하였는지는 확인되지 않는다. 한 예를 들어, 2007년 6월, SK(주)는 에너지 사업부를 SK 에너지(주)로 분할하였다. 당연히 회사의 중요한 경영사항이라고 할 것이다. 이사회는 2007년 4월 11일 임시회의를 개최하고 분할건을 결의하였다. 그러나 이러한 경영계획을 검토하여야 하는 전략위원회는 그에 대한 논의 또는 결의를 한 기록이 없다. 그러나 정관 및 이사회 관련 제도·운영 개선에 대한 검토를 목적으로 하는 위원회는 2007년 4월 10일 분할관련 정관 개정에 대한 사전검토를 개최하였다고 기록되어 있으나 결의에 대한 언급이 없다.²⁰ 2005년 이사회 중심의 경영 상황 보도 내용이 최소한 SK(주)의 에너지 사업 분할 검토과정에도 유지되었는지는 기록상 확인되지 않는다.

주식회사 경영권의 가장 중요한 권한에는 임직원에 대한 인사권이 있다. SK(주) 이사회 규정에 의하면 대표이사는 정기 임원인사 및 조직개편을 결정하고 이를 이사회에 보고하도록 하고 있다.²¹ 언론은 SK 그룹 정기 임원인사 발표는 개별 계열사별로 이사회에서 결정된 임원인사 내용을 발표한다고 보도하였는데²², 실제

¹⁹ 위 각주 17 번 참조.

²⁰ SK(주) 사업보고서의 이사회 및 이사회 위원회 회의 내용에는 결의사항과 보고내용이 구분되어 명시되어 있다.

²¹ 제 13 조 제 3 항 제 5 호 제다목, 2020.3.25. SK(주) 이사회 규정.

²² 신은진 기자, “임원된지 3년만에 사장으로... SK, 46 세 추형욱 파격 승진,” 조선일보, 2023년 4월 14일, <https://www.chosun.com/economy/industry->

이사회는 단순 보고를 받는 수준으로 보인다. 임원 인사보고내용에 대한 공식 결의는 없는 것으로 보인다. 예를 들어, SK(주) 이사회는 2022.11.29. 임원인사에 대한 보고를 받았을뿐 그에 대한 결의를 하지 않았다.²³

이사회는 고유업무로, 이사회는 대표이사를 선임하여야 한다. 대표이사인 이사가 연임된 경우, 대표이사로 재 선임하여야 하는지는 명확하지 않으나, 최소한 대표이사인 이사의 임기가 완료된 이후 일정 시간이 흐른 다음 다시 이사로 선임되었다면, 다시 대표이사가 되려면 이사회는 재 선임이 필요하다. 특정 이사를 대표이사로 선임하기 위해서 이사회는 그 이사가 대표이사로서 책임자인지, 다른 이사들에 비교하여 적정성을 검토하고 결의하여야 할 것이다. 이사회는 대표이사를 해임할 권한도 있다. 대표이사의 임기가 정해지지 않았기 때문에, 해임은 이사회가 임의로 결의할 수 있다. 최태원 회장의 경우, 최 회장은 1992년 SK 상사에 입사하고, 1998년부터 SK 그룹 총수가 되었으며, 1998년부터 현재까지 2014년을 제외하고는 SK(주)의 대표이사로 활동하였다. 2014년은 비등기 회장으로 활동하였다. 최태원 회장은 2003년 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(특가법), 업무배임죄, 분식회계 등에 대한 유죄판결을 받고²⁴ 2008년 대법원의 확정판결을 받았다.²⁵ 2013년 다른 사건으로 다시 특가법 유죄판결을 받았으며²⁶, 그는 2014년 2월에 대법원의 확정판결을 받았고²⁷, 2년 6개월의 수감 이후, 2015년 8월 박근혜 대통령의 사면으로 석방되었다. SK(주) 이사회는 2003년, 2005년, 2008년 1심, 항소심 및 대법원의 판결 이후, 그 이후 2013년 1심과 항소심 판결 이후에도 최 회장이 대표이사로서 책임자인지에 대한 논의를 하지 않았던 것으로 보인다. 2015년 사면 이후 이사로 재선임되었고, 이사회는 최태원 이사를 다시 대표이사로 선임하였다. SK(주) 이사회가 독립된 경영권 행사를 한 것인지, 최태원 회장이 대표이사로서 적격인지

company/2020/12/03/RC2MR6AB6FCTLCIPGCV72CDR3U/.

²³ SK(주) 2023.3.21 사업보고서 (2022년 사업연도), VI.1. 이사회에 관한 사항. 회사의 지배구조에 대한 사항 검토 권한을 가지고 있는 거버넌스 위원회는 2022년에 4번 회의를 개최한 것으로 보고되고 있으나, 임원인사에 대한 검토 기록이 없으며 2022년에 단 한번도 결의를 한 기록이 없다.

²⁴ 서울중앙지방법원 2003.6.13. 선고 2003 고합 237, 2003 고합 311 (병합) 판결, 서울고등법원 2005.6.10. 선고 2003 노 1555, 2004 노 1851(병합) 판결.

²⁵ 대법원 2008.5.29. 선고 2005 도 4640 판결.

²⁶ 서울중앙지방법원 2013.1.31. 선고 2012 고합 14, 2011 고합 1559 (병합) 판결, 서울고등법원 2013.9.27. 선고 2013 노 536 판결.

²⁷ 대법원 2014.2.27. 선고 2013 도 12155 판결.

검토를 한 것인지 확인하기는 어려울 뿐이다. 2014년 유죄 확정판결이후, 특가법에 의하여 최회장은 SK(주) 등에 취업을 할 수 없었고 2014년 3월에 대표이사 및 이사직에서 사임하였으나, 비등기 비상근 회장직을 유지하였다. SK는 최회장이 무보수 비상근 회장이기 때문에 취업금지 조항 규제를 받지 않는다고 하였다.²⁸ 그러나 SK(주) 공시자료에는 최회장을 비상근 회장으로 임명하려고 한 계획이 이사회 또는 위원회에 보고되었는지 또는 승인되었는지에 대한 기록이 없다. 지배주주인 최 회장으로부터 독립된 이사회였다면, 수백억원 규모의 횡령/배임 유죄가 확정된 직원에 대한 징계조치를 하지 않거나, 최고직위 임원으로 선임하거나 유임하는 결정을 내렸다거나 그를 목인한 상황이 이사의 관리의무와 일치한다고 인정하기 어려워 보인다.

c. 미국의 주식회사 지배구조

미국의 주식회사법은 주 법으로 각 주마다 그 세부적 내용에 차이가 있을 수 있으나, 기본 지배구조는 동일하다. 주식회사의 경영권은 정관 또는 회사법에서 관련 규정이 없으면, 이사회에 있다.²⁹ 이사회는 국내와 동일하게 다수 결의로 경영권을 행사하여야 한다. 그러나 대표이사 제도는 없다. 이사회가 또는 이사회 위임을 받은 직원 또는 제 3자가 회사를 대표하여 회사의 명의로 법적행위를 이행할 수 있다. 대부분의 주식회사들에는 수명의 임원(officer)이 선임된다. 임원은 이사회가 직접 또는 위임을 받은 최고집행임원(CEO)이 선임한다. 이러한 미국 지배구조를 국내 일부 학계는 집행임원제도라고 하며, 국내 상법을 채택하면서 이러한 집행임원제도를 도입하지 않았고, 그의 결과가 경영권을 행사하지 못하는 이사회라고 판단하고 있어 보인다. 그러나 미국 회사법에 의한 주식회사나 국내 상법에 의한 주식회사 모두는 직원들을 계급적 구조로 운영하고 있고, 그 중 일부 고위 직급 직원들이 집행임원 또는 임원으로 분리하고 있다. 실질적으로 미국의 집행임원제도와 국내 주식회사의 구조는 동일하거나 실질적 차이가 없다고 할 수 있다. 차이가 있다면, 국내의 경우, 지배주주가 최고 경영권 행사자 위치에 있다는 것이다.

²⁸ 송경화 기자, “최태원 SK 회장, ‘취업 제한’ 나몰라라,” 한겨레, 2015.4.6., <https://www.hani.co.kr/arti/PRINT/685603.html> 에서 다운가능.

²⁹ 일반적으로 정관이나 주주들의 합의로 이사회 경영권을 제한할 권한이 없다. 주주가 제한된 close corporation 등 회사법에서 주주총회의 권한으로 규정한 것 이외로 이사회 경영권을 규제할 수 없다. Delaware General Corporation Law §141(a).

뿐만 아니라 미국법인 최고경영자(CEO)는 물론, 국내 주식회사 대표이사의 권한은 이사회가 조정할 수 있으며, 이사회가 대표이사에게 업무집행에 대하여 구체적 지시 감독을 할 수 있다. 실질적으로 미국의 주식회사 지배구조가 집행임원제도라는 국내 주식회사와 다른 독특한 성격을 가졌다고 하기는 어렵다.

또한 2012년 시행된 상법개정안은 집행임원제도 도입을 허용하고 있다. 이사회가 집행임원을 직접 임명하게 되어 있고, 집행임원제도를 도입하면 대표이사를 임명할 수 없으나, 대표집행임원을 의무적으로 임명하여야 하며, 대표집행임원은 대표이사의 대표권을 보장받는다.³⁰ 결과적으로 집행임원제도와 기존 대표이사 제도의 주요 차이는 이사회가 집행임원 선임을 대표이사이나 대표집행임원에게 위임할 수 없다는 점이다.³¹ 그러나 대표이사가 실질적인 경영권을 행사하는 현실이 집행임원제의 도입이후에는 대표집행임원의 경영권 행사 결과로 이어질 가능성이 높아 보인다.

미국법과 한국법 모두에서 주식회사의 경영권은 이사회에 있다. 상법에서 대표이사가 회사를 대표하여 행한다고 명시되어 있지만, 대표이사의 권한은 이사회가 제한할 수 있다. 국내에서 관행적으로 대표이사가 임원에 대한 인사권을 행사하고 있으나, 이사회가 이를 제한하고 인사권을 직접 행사하기로 결의하면, 대표이사는 임원 인사권한을 행사할 수 없다. 이는 결과적으로 미국과 동일한 내용이다.

현 미국과 한국 이사회의 차이는 이사회의 경영 권한 범위가 아니라 이사회가 대표이사에 대한 감독 권한을 포함한 경영권한을 어느 정도 행사하는지 여부라고 판단된다. 미국 이사들은 회사의 경영권이 이사회에 있다는 사실을 인지하고 있고, 상황에 따라 그 권한을 행사하고 있으나, 일부 국내 이사들은 경영권이 이사회에 있다는 사실을 실제로 인지하고 있지 않는 경우도 있어 보이며³², 이사회가 실제로 그 권한을 사용하는 경우를 찾기 힘들다는 것이다. 국내 이사들이 이사회가 경영진에 대한 감독권한이 있다는 점을 인지하더라도, 지배주주가 총체적인 경영권을 행사하고 있으며, 그 행사 사실이 정당하다고 생각하는 경우가 많을 것으로 보여진다. SK 최태원 회장이나 삼성 이재용 회장에 대하여 이사회가 독립된 판단을 하고 있지 않는

³⁰ 상법 제 408 조의 5.

³¹ 상법 제 408 조의 2 제 3 항.

³² 일부 국내 상장사 사외이사들의 경험에 의하면 일부 사내이사는 물론 일부 사외이사들이 대표이사 또는 대주주에 경영권이 있다고 언급하기도 한다.

것으로 보이는 상황이 그 결과라고 판단된다.

미국 이사회가 경영권을 행사하게 된 결과는 법에서 이사회가 경영권을 보장한다는 사실만이라기 보다는 이사회가 경영권을 제대로 행사하지 않으면, 법원이 그로 인하여 발생하는 회사와 주주들의 손실에 대하여 이사들 개인들에게 배상책임이 부과하는 법리를 일관되게 집행하였기 때문이라고 판단된다. 이사에게 개인적으로 주의의무와 충실의무가 부과된다. 주의의무는 각 이사들의 경력 및 자격 등을 감안하여 경영권 행사를 성실하게 임하여야 한다는 의무를 의미한다. 그러나 사후 예측하지 못한 결과에 대한 책임을 요구하지는 않으며, 이사들을 보호하기 위하여 경영판단의 원칙이 도입되었다. 경영판단의 원칙은 이사들의 주의의무 이행과정에 단순 과실로 인한 손실이 발생하여도 그에 대한 책임을 면제하고 있다. 이러한 원칙은 미국이나 국내에서나 유사하게 적용되고 있다. 단, 관련 경영 상황에 대한 결의과정 전에 필요한 신의성실 (good faith) 의무가 인정되어 각 이사가 관련 경영판단에 필요한 정보를 수집하고 확인하여야 하며, 그에게는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다. 이러한 경영 판단을 하기 전 의무 적용에 국내와 외국 법원에 차이가 있다. 예를 들어, 회사가 보유하고 있는 자산을 지배주주의 특수관계인에게 매각하는 과정에서, 이사회가 매각 자산가치 평가를 경영진이 고용하는 외부 회계법인에 의뢰하거나, 평가가치에 대하여 경영진과 외부회계법인의 논의한 결과만을 그대로 인정하는 행위를 국내 대법원은 적절한 주의의무 이행 범위내에 있다고 판단하였으나, 미국 법원은 그러한 행위가 신의성실 의무를 위반한다고 판단할 것으로 보인다.³³

충실의무는 이어나 지배주주가 회사 또는 주주와 이해상충 관계에 있을때 부과되는 의무이다. 그러한 이해상충 경우, 이어나 지배주주는 본인의 이익보다 회사 또는 소액주주의 이익을 우선하여야 한다. 이해상충 상황이란 이사와 회사의 거래는 물론, 이어나 지배주주와 이해관계가 있는 자와 회사나 소액주주의 거래도 포함된다. 예를 들어 이어나 지배주주의 가족, 친척, 또는 금전적 이해를 공유하는 자를 포함하여 투자를 같이 하였거나, 상당기간 가까운 친구 등은 이어나 지배주주와 이해관계가 있다고 판단된다. 이어나 지배주주의 직장 동료 또는 이사를 선임하게 한 자들도 이어나 지배주주와 이해관계가 있다고 판단된다. 따라서 현 국내 지배주주들이

³³ 아래 각주 69 번과 *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del., Jan 29, 1985).

사외이사후보를 선출하는데 결정적 역할을 하고 있어, 미국 기준으로 보면 그러한 사외이사들은 지배주주와 이해관계에 있다고 할 가능성이 높다.³⁴

미국에서도 이사가 충실의무를 이행하였는지의 판단 기준은 관련 사항에 대한 검토 및 결정 절차와 거래 내용이 회사와 주주, 특히 소액주주에게 공평하였는지에 대한 판단이다. 예를 들어, 회사가 보유자산을 지배주주 또는 지배주주의 특수관계인에게 매각하는 경우, 관련 자산을 매각할 지에 대한 판단을 지배주주와 이해관계가 없는 독립된 이사들이 단독(대부분의 경우, 독립된 이사들만으로 형성된 위원회) 검토하고 결정하여야 한다. 관련 자산을 평가하기 위하여 또는 판매 과정 상 자문이 필요한 경우(일반적으로, 객관적인 시가가 공개된 단순 자산의 매각 이외의 경우에는 전문가의 자문이 필요하다), 전문가의 선택 및 선임 역시 회사나 지배주주의 개입없이 독립된 위원회가 자발적으로 결정하여야 한다. 일차 매각하기로 결정되었으면, 매각 형식(즉 지배주주와 수의계약을 할 것인지, 경매 등을 통하여 제 3자의 매도인을 접촉할 것인지)에 대한 결정, 매각 절차 과정 및 그 과정 도중 매각을 계속할 지 등에 대한 결정 모두 관련 위원회가 단독으로 진행하여야 한다.

독립된 위원회가 지배주주에게 매각하기로 결정하였어도, 그 결정이 회사와 소액주주에게 공평한지에 대한 이견이 있으면, 그를 법원이 다시 검토하고 결정할 수 있다. 만약 매각 검토, 결정 과정이나 결과가 회사나 소액주주에게 공평하지 않았다고 판단되면, 관련 매각을 무효화 하고 다시 원점으로 되돌릴 수도 있다.³⁵

물론, 이사들 또는 지배주주가 충실의무를 위반하였다고 판단되면, 이사들과 지배주주는 그로인하여 발생한 손실에 대한 배상 책임을 가지게 된다.

d. 개선 방향

국내 주식회사 지배구조 개선에 가장 중요하고 어려운 사항은 법과 현실의 괴리를 줄이기 것이라고 보여진다. 법에서 이사회에게 경영권을 보장하면서, 대표이사에게 회사를 대표할 권한을 보장하고 지배주주를 대기업집단의 실질적 경영권 행사자인 동일인이라고 지적하는 것은 법과 현실의 괴리를 줄이는데 도움이 되지 않는다고

³⁴ Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp., 625 F.2d 49 (5th Cir., 1980), Joy v. North 692 F.2d 880 (2nd Cir., 1982), Sandys v. Pincus, C.A. No. 9512-CB (Del. 2016) & Lewis v. Fuqua, 502 A.2d 962 (Del. Ct of Chancery, 1985) 참조.

³⁵ 양명석, “이사와 지배주주의 수탁자 의무와 경영판단의 원칙,” (2017), <https://ssrn.com/abstract=2924306>이나 <https://yangtmlaw.com/?p=183>에서 다운로드 가능함.

보여진다. 대표이사의 권한을 이사회가 조정할 수 있으며, 회사의 경영권이 이사회에 있다는 법체재를 유지한다면 대표이사 제도의 필요성 및 동일인을 지정하고 그를 중심으로 불공정행위를 관리하여야 하는지를 재 검토할 필요가 있다고 보여진다. 대표이사의 대표권은 사실 이사회가 조정할 수 있기 때문에, 대표이사제도가 없다고 하여 회사의 대표권 행사자에 대한 사회적 또는 상업적 혼란이 있지는 않을 것이라고 판단된다. 이는 이미 세계 선진국 대부분의 나라에 대표이사제도가 없이 그러한 회사의 대표권 행사자에 대한 혼란이 없는 것을 보아도 알 수 있다. 공정거래위원회가 매년 대기업집단의 동일인을 선정하는 과정도 다른 선진국에는 없는 행정관행이다. 공정위가 대기업집단의 동일인을 선정하면서 고려하는 사항들 및 그러한 행정 검토 과정으로 사적 이익을 추구하는 기업의 변화를 규제하기 어려울 것이다. 지배주주의 사적이익 추구 행위를 견제하는 일차 방위선은 각 회사의 이사회여야 할 것이다. 이사회가 견제가 부족한 경우, 사익행위인지의 판단 및 그에 대한 이사회가 견제가 적절하였는지의 판단은 외국과 같이 법원이 개별 사건의 사실관계를 파악하고 법리 원칙을 적절하게 적용하는 것이 좀더 적절하고 신뢰할 수 있어 보인다.

국내 지배주주들이 부당하게 회사 경영권을 행사하고 있는 현실에서 이사들이 단순한 피해자라고만 할 수는 없다. 이사회가 경영권을 행사하는 것은 권한이기도 하지만, 이사회가 의무이기도 하다. 이사회가 피해자이라면, 이사회는 법에서 보장된 경영권을 반환하려는 노력을 하여야 할 것이다. 그러나 국내 이사들, 특히 사외이사들은 지배구조의 법률체재를 충분히 이해하지 못하고 있어 보인다. 따라서, 사외이사들에게 지배구조, 이사회 조직, 운영 및 이사의 책임 등에 대한 공통된 교육이 필요하다고 생각한다. 이러한 교육자료 및 교육을 국가 또는 한국 ESG 기준원이 작성하고 진행하고 이사들에게 자문을 제공하는 서비스가 이러한 괴리 축소에 도움이 될 수 있다. 최소한 현실과 법의 괴리가 상당수준 축소될 때까지 일시적으로 이러한 교육을 의무화 할 필요도 있다고 판단된다.

교육과 함께 이사들과 경영진이 주의의무와 충실의무를 적절하게 이행하지 못하는 경우에는 이사들과 경영진을 피해자가 아닌 피의자 또는 공범자로 대할 수도 있어야 한다. 따라서, 주의의무의 신의성실의무에 대한 좀더 구체적인 잣대가 필요하여 보인다. 충실의무는 이해상충상황에 적용하고, 관련 의무를 좀더 구체적으로 정의하고 법원에서 이를 일관되게 집행하여야 할 것이다.

3. 내부통제제도

a. 법 체재

2000 년도 초 미국 Enron사와 Worldcom사 등 대기업들의 분식회계 사건들은 금융시장을 위협하였고, 미국은 2002년 Sarbanes-Oxley(SOX)법을 채택하며 상장사들의 분식회계 사고를 차단하려고 하였다. 당시 이런 대기업들의 분식회계 사건은 일선 직원들의 부정행위로 인한 것이 아니고 회사의 최고경영진의 부정행위로 발생하였고 상당기간 유지되었으며, 이사회들은 그러한 경영진의 행위를 인지하지 못하였다. 결국 부정행위가 발견되고 Enron사는 파산, Worldcom은 제3사로 인수합병되어 시장에서 사라졌다.

SOX 법은 최고경영진의 분식회계 행위를 방지하고 발견 가능성을 높이기 위해서 이사회 및 최고경영진에게 적절한 내부통제제도의 설계, 설치, 운영에 대한 구체적인 의무를 부과하는 것을 목적으로 하고 있다. SOX 법 체재는 미국 이후, 세계로 전파되었으며, 국내도 2017년에 이를 도입(K-SOX)하였다.

SOX 법은 각 상장사들이 사업보고서에 재무보고에 적절한 내부통제제도(즉, 내부통제제도의 일부인 내부회계관리제도)를 유지하는 경영진의 의무를 인정하고, 회사의 그러한 제도가 적절하게 유지되고 있는지를 검토, 평가하는 내부통제보고서를 포함하는 것을 의무화하였고, 미국 증권감독원(SEC)은 그에 대한 규정을 2003년에 채택하였다.³⁶ SEC는 회사의 재무보고 내용을 신뢰할 수 있기 위해서는 관련 내부회계관리 제도가 신뢰할 수 있는 내부통제제도에 근거되어야 하며, 그러한 신뢰할 수 있는 내부통제체제로 COSO 보고서 또는 다른 투명한 과정을 통하고 널리 배포된 통제제도를 사용할 수 있다고 하였다.³⁷ 국내에서도 미국 내부회계관리체제를 도입하였다. 미국 회사들과 동일하게 COSO 내부통제체제를 근거로 하여

³⁶ SEC Final Rules, “Management’s Report on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports,” Release Nos. 33-8238, 34-47986, IC-26048, Aug. 14, 2003, download at <https://www.sec.gov/rules/final/33-8238.htm>.

³⁷ COSO (the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)는 Treadway Commission (National Commission on Fraudulent Financial Reporting)의 1985년 보고서를 근거로 “Internal Control – Integrated Framework” 보고서를 발표하였다. 1995년, COSO 보고서 내부통제 정의내용이 미국 공인회계사협회의 회계기준(Auditing Standards No. 78)으로 채택되었다. SEC는 COSO 외에도 캐나다와 영국의 내부통제제도를 신뢰할 수 있는 제도로 인정하였다. SEC, “Commission Guidance Regarding Management’s Report on Internal Control Over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934,” Release No. 33-8810, 34-55929, FR-77, June 27, 2007, at note 27, p. 11.

내부회계관리제도를 설계하고 운영할 수 있으나, 거의 모든 국내 회사들은 상장회사협회의 상설기관인 내부회계관리제도운영위원회의 내부회계관리제도 설계 및 운영 개념체계를 근거로 내부회계관리제도를 설계하고 운영하고 있다.³⁸ 설계 및 운영 개념체계와 COSO 보고서 내용은 개념적으로 동일하여 보인다.³⁹

모범규준은 내부회계관리제도가 신뢰할 수 있는 내부통제체계의 일부이라고 지적하면서, 내부회계관리제도는 회사의 재무보고 자료를 합리적으로 신뢰할 수 있도록 설계되고 운영되어야 하나 내부통제체계 자체의 모든 미비점을 관리할 수 없다고 지적하고 있다. 따라서, 경영진은 내부회계관리제도의 일부로서 재무보고 위험을 적절하게 다루는 통제가 운영되고 있는지를 평가하여야 하나⁴⁰ 외부 재무보고 목적 이외 내부통제시스템의 효과성을 평가하지 않는다⁴¹는 것이다.

b. 현실

내부회계관리제도는 미국의 대기업 최고경영진의 분식회계 행위를 차단하거나 조기 발견하기 위하여 도입된 제도이다. 일선 직원에 의한 분식회계 행위들 보다 최고경영진의 분식회계 행위의 규모나 회사 및 경제에 미치는 타격 규모가 크고, 기존 제도로는 최고경영진을 견제하기가 어려운 점이 있어, 조금 더 투명하고 체계적인 회사내 통제시스템, 회계관리제도를 도입하고, 최고경영진의 부당행위를 견제하고 그에 대한 개인적 책임을 부과하는 것이 내부회계관리제도의 중점이라고 할 수 있다. 최고경영진의 견제는 결국 이사회 책임이라는 점도 재 확인하였다. 이러한 제도가 국내 도입되면서, 이 제도와 현실의 근본적인 괴리는 결국 국내 대기업들의 지배주주가 경영권을 행사하고 있고, 이사회는 지배주주를 견제하는 역할을 충실히 이행하지 못하고 있다는 점에 있다.

위 SK 최태원 회장 및 삼성 이재용 회장의 분식회계 사건의 경우, 최고경영자의 지시에

³⁸ 내부회계관리제도운영위원회, “내부회계관리제도 평가 및 보고 모범규준,”(이하 모범규준) 목적 및 적용, 문단 3 & 4, 4 쪽 (2021.10.1). 내부회계관리제도 설계 침 운영 개념체계는 이하 “설계·운영 개념체계”라 한다.

³⁹ 설계·운영 개념체계과 COSO 는 내부통제제도를 5 가지의 요소와 17 개의 원칙으로 분리하여 논의하고 있다.

⁴⁰ 모범규준, 30 문단.

⁴¹ 모범규준, 6 문단.

의하여 회사의 자산을 회사의 정책이나 이사회 결의와 상관없이⁴² 남용하는 분식회계 사건이 발생하였는데, 이사회는 그 사건에 대하여 인지하지 못하고 있었다. 관련 사건 발생 당시에는 내부회계관리제도가 시행되기 전 이기는 하나, 현재 대기업 지배주주가 동일한 지시를 한다면, 현 내부통제 체제 하에서도 이사회가 그러한 사건을 방지하거나 규제할 수 있을지를 확신하기는 어려워 보인다. 예를 들어, 삼성 이재용 회장의 특가법 유죄판결이 2021년 1월 확정되었으나, 삼성전자의 2021년도 경영진, 감사위원회 및 외부감사의 내부회계관리제도에 대한 보고서들에는 이재용 회장의 특가법 위반 행위의 발생, 재발방지 등과 그러한 사건이 제시하는 내부회계관리제도의 허점, 효과성, 합리적 확신 또는 개선 등에 대한 언급이 없다.

이러한 현실을 인정하듯 국내 내부회계관리제도는 도입과정과 그 이후 지배주주의 경영권 행사를 견제보다는 마지못한 수용하는 태도를 채택한 듯 보인다. 2009년 금융감독원이 발행한 내부회계관리제도 관련 상장대기업용 적용해설서 (“2008 상장대기업용 해설서”)⁴³는 내부회계관리제도에 전사적 통제제도에 대한 평가조항들을 문서화하는 것을 권유하면서 이사회 및 최고경영진에 대한 확인하여야 하는 약 100가지 내용을 제시하였다. 그 내용에는 이해상충 등의 상황 방지 제도의 검토, 이사회가 경영진과 의견이 다를 경우 이사회 의견 진행 여부, 중요한 경영사항에 대한 이사회 보고 제도, 경영전략에 대한 이사회 결의, 시장 변화에 대한 예산의 조정 제도 등 구체적인 검증 내용이 포함되어 있었다. 그러나, 2008 상장대기업용 해설서는 유지되고 있지 않아 보인다. 2012년 모범규준 개정안은 “[기존] 모범규준 등에서는 내부회계관리제도를 평가절차상 전사적 수준의 내부회계관리제도[ELC] [] 전체를 반드시 우선적으로 파악하도록 요구하고 있음.

⁴² 정확한 회사 보유자산에 대한 정보는 내부회계자료의 신뢰성 확보의 가장 기본적인 내용으로, 내부회계관리제도는 자산에 대한 통제를 강조하고 있다. SK와 삼성의 분식회계 사건에서도 자산 정보가 사건 사실관계에 중점에 있다고 할 수 있다. “내부회계관리제도는 내부통제제도의 보고정보의 신뢰성 확보목적 중 외부에 공시되는 재무제표의 신뢰성 확보를 목적으로 하며, 여기에는 자산의 보호 및 부정방지 프로그램이 포함된다. 또한, 운영목적이나 법규준수목적 등 다른 목적과 관련된 내부통제제도가 재무제표의 신뢰성 확보와 관련된 경우 해당 내부통제제도는 내부회계관리제도의 범위에 포함된다.” 설계·운영 개념체계, 12문단. “경영진의 왜곡표시 위험에 대한 평가는 부정한 재무보고, 자산의 남용 및 부패와 같은 부정에 대한 기업의 취약점과 해당 취약점으로 인해 재무제표가 중요하게 왜곡표시 될 수 있는지에 대한 고려가 포함되어야 한다.” 모범규준, 28문단. 회사의 자산보호는 이사회 내부회계관리제도의 감독업무에 포함된다고 모범규준 (94문단)은 지적하고 있다.

⁴³ 금감원 웹페이지(<https://fss.or.kr/fss/bbs/B0000155/view.do?nttId=45698&menuNo=200468&pageIndex=1>)에서 (2023.5.1.에 마지막 접속함)다운로드 가능함.

이는 [] 외부감사인의 관점을 모범기준 등에 반영했던 것임. [¶] 그러나 경영자 입장에서 볼 때 ELC는 ... 해당 업무 수준 통제의 평가 절차를 감소시킬 수 있는 하나의 수단으로 이해하는 것이 타당”⁴⁴하다고 하며 전사적 통제를 직접과 간접 전사 통제로 구분하고 “각 통제의 운영 효과성 평가결과에 따라 통제의 평가범위를 축소하거나[], 평가대상에서 제외할 수 있도록” 하였다.⁴⁵ 2008년 상장대기업용 해설서에 포함되었던 전사적 통제관련 구체적 내용은 모두 삭제되었다. SOX의 주요 목적으로 최고경영자 risk, 즉 전사적 risk를 체제적으로 규제하기 위한 것인데 이를 외부감사의 관점이라고 하여 제거하는 결과가 되었다. 그러나 “외부감사의 관점”이 내부회계관리제도와 내부통제제도가 시도하는 신뢰할 수 있는 재무정보의 제공을 포함한 회사의 통제 risk를 관리하는데 어떠한 부당한 효과를 가져오는지에 대한 언급을 하지 않은 것으로 보인다. 또한 전사적 risk 관리에 대한 대체안을 제시하지 않은 것은 결과적으로 SOX의 주 목적을 포기하는 것과 같은 효과를 허용하는 것이라고도 볼 수 있다.

미국 SEC의 SOX 규정은 매년 사업보고서에 최고경영자가 내부회계관리제도를 검토 평가하였다고 보증하여야 하는데, 보증 내용에 회사의 경영진 또는 내부회계관리제도에 중요한 영향력을 행사하는 직원의 중요도와 상관없이 모든 사기행위를 감사위원회와 외부감사에게 공개하였다는 내용이 포함된다.⁴⁶ SK 최회장이나 삼성 이재용회장의 특가법 위반 행위가 포함된다고 하겠다. 그러나 국내 도입된 외감법 시행령은 대표이사가 내부회계관리제도의 운영을 평가하고 보고하면서 “보고 내용이 거짓으로 기재되거나 ... 기재하[]여야 할 사항을 빠뜨리고 있지 아니하다는 사실,” “보고 내용에 중대한 오해를 일으키는 내용이 기재[]되지 아니하였다는 사실,”과 “충분한 주의를 다하여 보고 내용의 기재 사항을 직접

⁴⁴ 내부회계관리제도운영위원회, “내부회계관리제도모범기준, 적용해설서 및 중소기업 적용해설서 개정,” 4-5 쪽 (2012.12).

⁴⁵ 내부회계관리제도운영위원회, “내부회계관리제도모범기준, 적용해설서 및 중소기업 적용해설서 개정,” 7 쪽 (2012.12). 2022년 2월 채택된 “(대기업)내부회계관리제도 평가 및 보고 적용기법” 전사적 수준의 내부회계관리제도 문서화 부문에서도 2008년 수준의 구체적인 전사적 체크리스트에 대한 언급이 없고, 관련 구체적 확인 리스트가 포함되어 있지 않다.

⁴⁶ “I have disclosed, based on our most recent evaluation of internal control over financial reporting, to the registrant’s auditors and the audit committee of the registrants board of directors, ... [a]ny fraud, whether or not material, that involves management or other employees who have a significant role in the registrant’s internal control over financial reporting.” SEC Release Nos. 33-8238, 34-47986, IC-26068, Certifications, 위 각주 36 번.

확인·검토하였다는 사실”에 대하여 확인할 것을 의무화하고 있으나, 경영진의 분식회계나 횡령 등의 사실을 외부감사나 감사위원회에 보고하여야 한다는 의무는 부과하고 있지 않다.⁴⁷ 또는 이재용 회장의 분식회계 유죄사실이 내부회계관리제도의 검토 보고서에 기재되지 않은 것이 투자자들에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 내용인지에 대한 이견 또는 소송이 없었던 것으로 보인다.

실제로 일부 경영진, 이사, 외부감사 및 외부 회계관리제도 자문사는 지배주주의 경영권 행사가 법 취지를 존중하지 않고 있다는 사실을 인지하고 있고 그러한 행위가 위 최재원 회장 건과 이재용 회장 건과 같이 중대한 전사적 risk 를 제공한다는 사실을 인지하고 있으면서도 그러한 지배주주의 경영권 행사가 내부회계관리제도의 전사 위험관점에서 문제가 될 수 있는지에 대하여는 언급을 하지 않고 있어 보이며, 그 내용을 지적하면 내부회계관리제도가 회계보고 내용에 집중되어있다는 입장을 유지하며 내부회계관리제도에 관련된 통제제도, 즉 전사적 통제제도에 대한 언급을 회피하는 듯 보인다.

이러한 법 취지와 일치하지 않는 지배주주의 경영권 행사 현실을 수정하기 위해서는 결국 이사회가 법에서 주어진 경영권 및 감독권을 실제로 행사하겠다는 의지와 행사를 하려는 노력을 하는 것이 절대로 필요하며, 법원 및 사회는 이사회가 그러한 경영권을 행사할 수 있도록, 행사하도록 적절한 채찍과 당근을 제공하여야 할 것이다.

c. 개선방향

이사들과 경영진의 주의의무 및 충실의무와 연결된 내부통제제도를 단순 회계 중심 관리제도로 관리되고 있는 상황이다. 그러나 내부통제제도의 목적은 단순한 분식회계 상황의 방지 및 발견으로 제한된 것이 아니고, 사실 최고 경영진의 비리를 발견하고 방지하기 위하여 채택되었고, 회사 전체 리스크관리 관점에서 좀더 현실감이 있게 검토하고 관리하여야 할 것이다. 국내에서도 내부통제제도가 의무화 되었고, 국제기관인 COSO 표준기준을 근거로 관련 제도가 도입되었으나, 실제 회사내 관리는 외부 회계법인에 의존하는 경우가 많다. 내부통제제도의 원칙에는 회사의 경영권을 이사회가 독립되어 행사하는지 여부도 회사의 리스크관리 평가 기준에 포함되어 있으나, 현실적으로는 사내 조직이나 외부 회계법인들은 지배주주가 실질적 경영권을

⁴⁷ 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 시행령 제9조 제4항 제3호.

행사하고 이사회가 형식적으로 그를 승인하는 과정을 인지하면서도 그에 대한 문제를 지적하지 않고 있어 보인다. 이 역시 법과 현실의 괴리 중, 중요한 부분이라고 판단된다. 이를 개선하기 위해서는 2008 상장대기업용해설서에서 삭제된 소유 “외부감사의 관점”이라는 전사적 risk 관련 부분을 다시 도입하고 중점적으로 관리하고, 외부감사 그에 대한 감사 내용을 감사보고서에 보고하도록 하는 규정이 필요하여 보인다.

4. 경영진/지배주주의 이해상충 규제

6.25 전쟁 이후 한국의 경제 성장 기록은 획기적이었다. 재벌들이 그 성장과정에 중요한 역할을 한 것도 사실이다. 회사의 규모와 상관없이 지배주주가 경영권을 행사하는 지배구조는 경제성장과정이나 현재 국내에서 부인할 수 없는 보편적인 현실이다. 이러한 현실에서 발생하는 문제점은 지배주주가 회사의 성장에 기여하지 않는 것이 아니라 지배주주와 회사, 즉 소액주주의 이해상충 상황에서 일부 지배주주가 사적 이익을 선택해왔고 선택하고 있다는 점이다. 지배주주가 최고경영자로서 적절한지의 문제가 있을 수 있으나, 현재 국내 주식회사의 좀더 시급한 지배구조 문제는 지배주주가 회사와 이해상충상황에 접하였을 때 지배주주에게 회사의 이익을 우선하게 하는 방법을 추구하는 것이라고 할 수 있다.

a. 법 체재

지배주주와 경영진의 이해상충 행위를 견제하기 위하여 법은 특정 거래를 금지하거나 이사회의 결의 및 공시 등을 요구하고 있다. 상법은 이사가 회사의 사업 기회를 본인 또는 제 3자를 위하여 이용하려면, 이사 2/3 이상의 결의를 요구하고 있다.⁴⁸ 회사와 경쟁되는 사업에 겸업하려면 이사회의 승인을 받아야 한다.⁴⁹ 주요주주 및 그의 친척 및 그들이 50% 이상 지분을 보유하는 회사 또는 그의 자회사와 회사의 거래는 거래(자기거래)의 중요사실을 이사회에 미리 공개하고, 이사 2/3 이상의 이사회 승인이 필요하며 거래 내용과 절차가 공정하여야 한다.⁵⁰

공정거래법은 대기업집단의 동일인과 그의 친족이 20% 이상 보유하고 있는

⁴⁸ 상법 제 397 조의 2 (회사의 기회 및 자신의 유용 금지).

⁴⁹ 상법 제 397 조 (겸업금지).

⁵⁰ 상법 제 398 조 (이사 등과 회사 간의 거래).

계열회사나 그의 자회사와의 거래를 통하여 그들에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 금지하고 있다.⁵¹ 또한 자산총액이 5 조 이상인 기업집단은 특수관계인과 또는 특수관계인을 위한 일정규모 이상의 거래는 이사회 의 결의를 득한 뒤 그를 공시하는 것을 의무화하고 있다.⁵²

이러한 법규의 목적은 지배주주나 이사들이 회사와 소액주주들의 이익과 상충되는 행위를 규제하려는 것이다. 그러나 관련 법규는 지배주주나 이사들이 회사나 소액주주들의 이익과 상충되는 모든 행위를 규제하지 않고, 규제 대상 상황을 제한적으로 정의하여, 법규의 목적보다 그 적용대상을 축소하여 규제하고 있다고 할 수 있다. 결과적으로 일부 상황에만 원칙이 적용되고 나머지 상황에는 원칙이 적용되지 않아, 원칙의 의미가 희손된다고도 할 수 있다. 회사와 소액 주주의 이익이 지배주주 및 이사의 이익보다 우선하여야 한다는 원칙의 적용범위를 모든 이해상충 사항으로 규정하는 것이 회사의 업무 운영에 부담을 줄 수 있다는 등의 부정적인 의견이 있는 것으로 보인다. 그러나 미국의 경우, 국내와 유사한 경영진과 이사의 이해상충 행위를 금지하는 법규 적용 대상을 제한하지 않고 있지만, 미국 법인들의 사업행위에 부당한 부담을 주고 있다고 하는 증상에 대한 증거는 없어 보인다. 그와 반대로, 국내의 실정은 경영진과 이사들이 법규를 유희하는 이해상충 행위 소식이 계속 보도되고 있는 것이 현실이다.

이사회가 특정 이사와 주요주주의 자기거래를 승인하는 등의 경우, 승인과정의 공정성을 확보하기 위하여 상법은 대규모상장사의 경우, 사외이사가 이사회 의 과반수 이상이어야 함을 요구하고 있다.⁵³ 이 제도는 사외이사가 경영진, 주요주주 및 개별 이사들의 영향력을 받지 않고 회사의 이익만을 고려하여 독립적인 경영판단을 할 것을 전제로 하고 있다. 상법은 회사의 임·직원, 최대주주 및 경영진의 직계존속과 비속, 배우자 및 피용자 및 중요한 거래관계가 있는 법인의 임원 등은 사외이사가 될 수 없다고 규정하고 있다.⁵⁴ 그러나 사외이사들이 지배주주 및 경영진의 영향력에서 독립된 경영판단을 할 수 있는지 또는 그러한 경영판단을 하고 있는지에 대한 규제

⁵¹ 공정거래법 제 47 조 제 1 항 제 2 호 및 상속세 및 증여세법, 제 45 조의 3.

⁵² 공정거래법 제 26 조 (대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시).

⁵³ 상법 제 542 조의 8 조 1 항.

⁵⁴ 상법 제 382 조.

내용은 부족하여 보인다.

미국에서는 “사외이사”라는 명칭보다 “독립된 이사”라고 하여, SEC가 승인한 증권거래소 규정에서 위 상법 규정과 유사한 독립된 이사의 자격을 제시하고 있다.⁵⁵ 그러나, 지배주주, 경영주 또는 이사가 회사나 소액주주와 이해상충 상황의 거래를 이행하거나 승인하는 과정에서 소액주주가 그 거래나 승인이 공평 또는 정당 (fair)하지 않다고 소송을 제기하면, 법원은 관련 이사들이 선임된 시점에 증권거래소 규정 등에 의하여 독립된 이사라고 인정받았다는 사실만으로 이사들이 독립된 이사로서 이사의 업무를 이행하였다고 인정하지 않는다. 법원은 실제 관련 사건의 사실관계를 확인하고, 그 과정에서 관련 이사들이 독립된 이사였는지, 그 과정과 내용이 정당하였는지를 판단한다. 예를 들어 현직에서 은퇴하고 독립된 이사로 선임된 이후, 이사 보수가 그 이사의 주 소득처가 되었다면, 그 이사에게 이사직을 유지하는 것이 중요 할 수 있으며, 사건 상황에 따라, 독립된 경영판단을 행사하기 어렵다고 판단하기도 하였다.

또는, 이사가 회사와의 거래는 없다고 하여도, 특정 경영진 또는 주요 주주와의 개인적 친분이 두텁거나 투터워져서 독립성이 없다고 판단하기도 하였다. 사외이사 또는 독립된 이사의 자격요건에 경영진, 지배주주 등 특정인이 이사를 추천하거나 선임과정에 영향력을 행사한 사실 여부가 포함되어 있지 않으나, 이 역시 소송에서는 독립성에 대한 부정적 판단의 근거가 될 수도 있다.⁵⁶

이사회가 이어나 지배주주의 자기거래를 승인할 때, 상법은 거래 내용과 절차가

⁵⁵ 미국에서도 과거 사외이사의 명칭을 사용하였으나, 기업들의 비리 사건을 경험하면서 1970 년대에 개념 및 명칭을 독립된 이사로 변경하였다. 뉴욕증권거래소의 Listed Company Manual, Section 303A.01 은 상장사 이사의 과반수가 독립된 이사임을, Section 303A.02 는 독립된 이사를 정의하고 있다. <https://nyseguide.srourules.com/listed-company-manual/09013e2c85c00744?searchId=1223824620> 참조. 미 SOX 는 상장사의 감사위원회는 독립된 이사로만 구성됨을 지시하고 있고, 이사의 “독립성”에 대한 판단 기준을 제시하고 있다. (the SOX Act, Section 301, codified as 15 U.S.C. 78j-1(m)(3)) <https://www.sec.gov/oca/audit042707> 참조. SOX 상의 독립성은 이사가 회사의 임직원 등의 관계가 없고, 회사로부터 다른 소득을 받지 않아야 하고, 5% 이상의 지분 또는 의결권을 가지고 있지 않아야 하는 등의 조건을 충족하여야 한다.

⁵⁶ 독립된 이사에 대한 미 델라웨어주 법원의 판례는 여러 논문에 소개되고 있다. 저자의 과거 논문에서도 그 내용이 소개되었다. “이사와 지배주주의 수탁자 의무와 경영판단의 원칙,” (2017), <https://ssrn.com/abstract=2924306>이나 <https://yangtmlaw.com/?p=183>; “일감몰아주기과 이사의 충실의무,” (2018), <https://ssrn.com/abstract=3213040>이나 <https://yangtmlaw.com/?p=168> 및 “미국법 관점에서 보는 삼성물산과 제일모직의 합병,” (2017), <https://ssrn.com/abstract=3095513> 이나 <https://yangtmlaw.com/?p=181> 참조.

공정하여야 한다고 규제하고 있다. 국내에서 자기거래의 승인 절차가 공정하다는 판단의 요건에 대하여, 자기거래의 당사자가 거래에 대한 중요한 내용을 이사회에 승인전에 공개하여야 한다는 필요성을 제기한 것 이외에 다른 요건을 제시한 판례가 없어 보인다. 이를 논의한 논문들은 막연하게 이사회가 관련 안전을 논의하고 결의하였으면, 그 절차가 공정하다는 해석을 제시하고 있다.⁵⁷

미국 법원은 이해상충 상황에는 충실의무를 적용하고, 경영판단의 원칙을 적용하지 않으며, 거래 내용과 승인 절차의 공정성을 판단한다. 법원은 절차적 공정성이 인정되려면 독립된 이사들 만이 회사, 경영진 및 지배주주의 영향력이 없는 독립된 자문단을 선임하고, 관련 거래의 적합성, 필요성 등을 백지 상태에서 검토하고 결정 절차가 필요하다고 판단하고 있다.⁵⁸

b. 현실

상법은 지배주주가 본인에게 유리하고 회사나 소액주주에게 피해를 주는 조건으로 회사와 거래를 하는 자기거래 규제하고 있다. 그러나 법은 회사와 지배주주 및 배우자와 그들의 직계존비속과 그들이 50% 이상 보유하는 회사와의 거래를 규제대상으로 하고 있다. 단순하게 지배주주가 회사나 소액주주들과 이해상충되는 거래 전체를 규제하지 않고, 회사가 당사자이고 지배주주의 가족과 50% 이상의 지분을 보유하는 회사가 거래 상대방인 경우만 규제하고 있어, 실제로 지배주주가 회사 이익과 상충되는 상당 거래들을 규제하지 않고 있다.

i. 자기거래의 범위

광주신세계 경영권 양도. 1998년 신세계백화점의 100% 자회사인

⁵⁷ “이 판결에서처럼 현실적으로 이사의 개시의무는 이사회 승인의 절차적 공정성을 판단함에 있어서 가장 중요한 요소가 될 수 있다.” 양명조 & 문화경, “2011년 개정 상법상 주식회사 이사의 자기거래에 있어서의 공정성 요건,” 법조연구논문, 제9권 (2011), 155-207쪽, 173쪽. 김효신은 자기거래 내용과 승인 절차가 공정하여야 한다는 2011년 상법 개정안에 대하여 법무부의 2012년 「상법 회사법 해설」에서 “내용과 절차의 공정성이란 거래조건의 공정성뿐만 아니라 거래의 구조, 거래의 협상과정, 거래의 체결과정에서의 공정성을 모두 포함한다”고 인용하면서, 거래에 대한 중요한 사실을 공개하여야 한다는 의견 이외의 절차적 공정성에 대한 구체적 내용을 언급하지 않고 있다. 최호진&최준선은 “개정 상법에서는 ‘자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다’라고 규정하여 미리 이사회에서 해당거래에 관한 중요사실을 밝힐 것을 요구하고 있다. 이러한 개시의무의 명문 규정을 통해 절차상 공정성의 확보를 위한 요건을 규정하고 있다”고 하며 역시 중요 사실 개시의무를 절차상 공정성의 판단 기준으로 언급하고 있다. 성균관법학, 제23권 제3호 736-765쪽 (2011), 755쪽.

⁵⁸ 위 각주 56 번 참조.

광주신세계백화점은 기존 발행주식의 5 배에 해당하는 신주를 액면가에 발행하기로 결정하였다. 그러나 신세계백화점은 신주인수를 포기하였고 광주신세계백화점은 발행신주전량을 신세계백화점 지배주주의 아들이며 이사인 정용진에게 제 3 자 배정하기로 하였다. 그 이후, 광주신세계백화점은 2002 년 1 월 기업공개를 이행하며 50 만주를 주당 33,000 원에 발행하였다. 신세계백화점 소액주주들은 1998 년 정용진의 신주 인수가 겸업금지, 사업기회 유용 및 자기거래 규제를 위반하였다고 소를 제기하였다. 법원은 당시 광주신세계의 제정상태가 자본잠식 상태였으며, 신세계 이사회의 적법한 검토에 의하여 인수를 포기하는 결의를 한 것이어서 겸업금지나 사업기회 유용 규정을 위반한 것이 아니며, 정용진이사과 자회사와의 신주인수 거래는 신세계백화점이 거래 당사자가 아니기 때문에, 자기거래가 아니라고 판단하였다.⁵⁹ 자기거래를 규제하는 상법 제 398 조는 2002 년 이후 그 적용 범위가 주요주주 및 특수관계인으로 확대되고 이사 2/3 이상의 승인이 요구되고 거래 절차와 내용이 공정하여야 한다고 개정되었으나, 규제대상 거래는 여전히 “회사와”의 거래로 유지되고 있어, 신세계백화점과 유사한 사건이 다시 발생하여도 동일한 판결이 가능해 보인다.

SK C&C 합병. SK 그룹의 모태는 SK(주)이다. SK C&C 는 그룹의 IT 사업을 추진하며 성장하였다⁶⁰. 2015 년 SK 그룹의 동일인인 최태원 회장은 SK C&C 의 최대주주로 32.9% 지분을 보유하고 있었으나⁶¹, SK(주)의 지분은 약 0.5% 만 보유하고 있었다. 최태원회장의 그룹 경영권은 SK C&C 가 보유하던 SK(주) 지분 31.8% 을 통하여 가능하였다. SK(주)와 SK C&C 는 2015 년 4 월 각사의 이사회가 합병을 승인하였고 같은해 8 월에 합병이 완료되었다. SK(주)는 피합병사로 합병이후

⁵⁹ 서울고등법원 2011.6.16. 선고 2010 나 70751 판결, 대법원 2013.9.12. 선고 2011 다 57869 판결.

⁶⁰ 아래 각주 62 번 참조.

⁶¹ 최태원 회장의 부친인 최종현 회장은 오랫동안 계획하던 이동통신 사업을 계획하였고, 1991 년 계열사 유공을 통하여 선경텔레콤을 설립하였다. 선경텔레콤은 같은 해 제 2 이동통신 사업자로 선정됐지만, 최태원 회장의 장인인 노태우 대통령이 영향력을 발휘한 것이라는 비판을 받아, 최종현 회장은 사업권을 포기하였다. 최태원 회장은 1994 년 유공으로부터 선경텔레콤(사명이 대한텔레콤으로 변경되었다) 70% 지분을 인수하였다. 최태원 회장은 유공이 투자가의 40% 에 지분을 인수하였는데, 이는 당시 이동통신 사업권을 포기 한 상태였기 때문에 가치가 없다는 주장이었다고 한다. 1994 년 당시 상법 제 398 조는 이사와 회사와의 거래를 규제하고 있었고, 최종현 회장이 유공의 이사였다면, 최태원 회장의 대한텔레콤 지분 인수는 자기거래로 인정되었을 것으로 보인다. 당시 이러한 자기거래에 대한 이사회의 승인과 그 사실을 공개하였는지는 확인하지 못하였다. 김희승 선임기자, “노소영, ‘최태원 주식 종갓돈 2 억 8 천만원’ 강조하는 까닭은...” 한겨레, 2022.12.20.

해산되었고, SK C&C 는 사명을 SK(주)로 전환하였다. 합병이후 최태원 회장의 지분은 23.4%로 하락하였다.

SK(주)와 SK C&C 는 합병으로 “SK C&C 가 보유한 ICT 역량 기반의 사업기회와 SK(주)가 보유한 resource 가 결합됨으로써 재무구조가 개선되고 다양한 신규 유망사업 등 새로운 성장동력 발굴이 용이해져 양사의 기업 경쟁력을 한층 강화하는데 도움이 될 것”이라고 하였다.⁶² SK C&C 합병에 대한 시장의 시각은 “신의 한수”라는 평가였다. 합병에 대한 1 순위로 지적하는 결과는 관련 회사들의 사업개선과 상관없는 최태원 회장의 경영권 안정화다. “무엇보다 일감몰아주기를 통한 SK C&C 의 성장은 지주사 SK(주)에 대한 낮은 지분율로 불안정한 지배력을 보이던 최태원 회장 경영에 유리하도록 개편한 효과를 빼놓을 수 없다.” 그 이외에도 최태원 회장은 합병으로 인한 배당금 소득이 2014 년 329 억원에서 2015 년 560 억원으로 늘었다. 최태원 회장이 개인 대출로 인한 현금소득이 필요한 시기였다는 보도가 있었다. 또한, SK C&C 는 공정거래법에 의하여 일감몰아주기 규제 대상으로 최태원 회장은 2014 년 일감몰아주기 세금 66 억원을 지급한 것으로 보도되었고, 합병으로 인하여 2015 년에는 SK C&C 가 일감몰아주기 규제 대상에서 제외되어 그에 대한 세금납부의무가 해제되었다.⁶³

SK C&C 합병으로 인하여 관련 사들의 전문성과 자원을 합하여 기업 경쟁력을 강화한다는 회사의 설명은 구체적인 내용이 없고, SK C&C 는 이미 그룹내 사업 비율이 80-90%이어서, SK(주)는 지주회사로 실제 운영하는 사업이 없던 상황이라 회사의 설명 그대로는 납득하기 어려운 면이 있다. 시장의 평가는 합병은 최태원 회장의 경영권 안정화 및 개인의 현금소득 향상 등이었다는 것으로 각 회사의 자체 경영 목적과 연관이 많지 않았던 것으로 보았다.

회사는 합병에 대한 이사회 결의가 있었던 2015.4.20. 이전 3.20.부터 합병 비율 산출 작업을 시작하였고, 3.30.에는 삼일회계법인을 외부평가기관으로 고용하였다. 그러나 이사회는 2014 년 이사회 및 2015 년 합병결의 전 4 번 개최된 이사회에서 그러한

⁶² SK(주)와 SK C&C 가 금융감독원에 2015.5.28. 공시한 합병결정에 대한 주요사항보고서 참조.

⁶³ 이진희 기자, “SK C&C 합병이 ‘신의한수’, 지주사 SK(주) 거대화 중,” 톱데일리, 2021.03.30. 그외에도 김동백 기자, “SK(주)-SK C&C 합;병, 최태원 회장의 ‘일타 삼피’?” 시사포커스, 2015.04.20; 민웅기 기자, “[그때그공시] SK(주)와 SK C&C 합병... 최태원의 안정적 지배구조 완성,” 비즈한국, 2017.04.20. 참조.

합병계획이나 준비작업에 대한 보고를 받았거나 논의한 기록이 없다. 합병은 최태원 회장이 거래 당사자는 아니지만, 최태원 회장의 사적인 이해관계가 개입된 경영권으로 상법 상의 자기거래에는 해당되지 않지만, 실질적으로는 단순한 상법 상의 자기거래보다도 더 중요한 이해관계 거래라고 할 것이다.

삼성 물산-모직 합병. 삼성물산과 제일모직의 합병은 이재용 회장의 경영권 승계를 위하여 이재용과 그룹미래전략실이 주도하여 기획하고 실현하였다고 대법원도 인정하고⁶⁴ 그 내용이 세부적으로 검찰의 공소장에 공개되었다⁶⁵. 삼성물산과 제일모직의 합병은 SK(주)와 SK C&C 합병과 거의 같은 시기에 진행되었으나, SK C&C 건에는 소액주주 민사소송만 있었으나, 삼성 합병건은 형사사건으로 전개되었으며 이재용 회장의 유죄가 확정되었다. 위 검찰 공소장에 세부적으로 지적되었듯이 합병의 기획 및 결정은 관련 계열사들의 이사회가 아닌 이재용 회장과 그룹미래전략실만의 기획과 결정이었고 이행되었다. 이재용 회장의 사적이익이 모든 행위의 목적이었고 이재용 회장이 실제 최대의 수혜자였으나, 거래 당사자가 아니었기 때문에 상법 상 자기거래의 규제 대상이 아니었다. 상법 제 398 조의 목적이 이어나 주요주주가 회사의 이익과 상충되는 행위를 규제하는 것이라면, 그 규제 대상을 단순히 회사와 주요주주가 거래 당사자인 거래로 제한하는 것은 법규의 목적 달성을 포기하는 결과를 초래할 수 있다.

지배주주 특수관계인 고용. 지배주주의 자기거래, 일감 몰아주기, 사업기회 제공 등의 중요한 목적에 경영권 세습이 있다. 경영권 세습에 중요한 부분은 지배주주의 자녀 등 특수관계인을 회사의 임·직원으로 고용하는 것이다. 지배주주의 자식들이 학생신분으로 회사의 직원 위치를 유지하며 서류 상 경력을 쌓고, 졸업 후 신입사원이 아닌 경력직원 또는 임원으로 임명된 후, 고속 승진을 하면서 경영권을 세습하는 상황은 관행화 되어 있다고 할 수 있을 정도이다. 그러나 이러한 고용 등은 자기거래로 인지되지 않고 있다. 이 역시 자기거래의 정의를 통상적인 거래로

⁶⁴ 대법원 2019.8.29. 선고 2018 도 13792 판결. 법원은 이재용 회장이 경영승계를 위하여 대통령 등에게 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 상 뇌물을 제공하는 등 대하여 유죄를 확정하였다.

⁶⁵ 삼성 바이오로직스 분식회계 사건의 공소장으로 오마이뉴스가 공개하였다.

<https://news.v.daum.net/v/20200911105924822> 과 <https://namu.wiki/w/%EC%82%BC%EC%84%B1%EB%B0%94%EC%9D%B4%EC%98%A4%EB%A1%9C%EC%A7%81%EC%8A%A4%20%EB%B6%84%EC%8B%9D%ED%9A%8C%EA%B3%84%20%EC%9D%98%ED%98%B9/%EC%9E%AC%ED%8C%90> 참조.

제한하지 않고, 고용관계를 포함한 지배주주와 회사의 이해관계가 충돌할 수 있는 모든 관계로 확대하는 것이 필요하여 보인다.

ii. 공정거래법 상 일감몰아주기 규제 등

공정거래법은 대기업집단 계열 회사 사업기회 유용, 자기거래 등으로 지배주주가 회사와 관련된 사업을 특수관계인이 지배하는 사업체나 회사에 몰아주는 것(일감몰아주기)을 규제하고 있다. 제 47 조는 그러한 회사가 동일인과 그의 특수관계인들에게 나열된 “[4 가지] 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를” 금지하고 있다. 명시된 4 가지 행위는 (1) 정상적인 거래 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, (2) 회사가 직접 수행하여 상당한 이익을 실현할 수 있는 사업기회를 제공하는 행위, (3) 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위 및 (4) 거래조건에 대한 합리적인 고려 또는 제 3 자 경쟁자를 비교하지 않고 상당한 규모로 거래하는 행위이다. 제 47 조는 법원이 제 45 조의 불공정거래행위의 금지 규정을 적용하기 위해서는 관련 시장 경쟁을 감소시켜야 한다고 해석하면서 대기업집단이 내부일감을 동일인에 몰아주기 행위로 시장 경쟁을 저하하지 않으면 적용할 수 없다고 판단하여, 시장경쟁 감소결과와 상관없이 일감몰아주기를 제재하기 위하여 채택되었다.

법원은 제 47 조에 명시된 4 가지 행위가 금지된 “부당이익”을 제공하는 행위들의 예시 또는 정의하는 것이 아니라는 해석을 하였다.⁶⁶ 법원의 판단에 의하면 명시된 4 가지 행위는 “부당이익”과 상관없이 다른 이유를 근거로 규제하여야 하는 행위들일 뿐이고, 그를 통한 “부당이익”이 발생하였음을 추가로 입증하여야 제 47 조의 규제 대상이 된다고 하였다. 결국, 제 47 조에 명시된 4 가지 행위를 통하여 “부당이익”이 아닌 정당이익이 발생할 수 있다는 주장이다.

법원은 회사의 업무를 동일인에게 몰아주는 것으로 발생하는 이익이 동일한 업무를 이행하는 제 3 자의 사업 이익보다 높아야 “부당이익”이라고 판단하였다. 결국, 대기업집단 내 계열사들의 전산업무 등을 동일인에게 몰아주어, 동일인이 업계 정상적인 이익을 실현하고 부를 축적하는 것은 공정거래법 일감몰아주기에 해당되지 않는다는 판결을 한 것이라고 할 수 있다. 이러한 법원의 해석이 제 47 조의 입법

⁶⁶ 서울고등법원 2017.9.1. 선고 2017 누 36153 판결, 대법원 2022.5.12. 선고 2017 두 63993 판결.

취지와 일치한다고 하기 어렵다. 법원의 해석을 그대로 적용하자면, 제 47 조에 해당하지 않는 수준으로 회사 업무를 동일인에게 제공하면서 법원이 해석하는 부당한 이익을 제공하면, 그는 제 45 조도 제 47 조도 위반하지 않는 것으로 판단된다.

제 47 조의 문구는 법원의 해석 보다는 일감몰아주는 행위 자체가 “부당”함의 판단 기준으로 보는 것이 좀 더 설득력이 있어 보인다.

공정거래법의 일감몰아주기 조항은 대기업집단에만 적용하며, 외국 계열사에게도 적용되지 않는다. 뿐만 아니라 관련 법규정은 지배주주가 계획할 수 있는 일감몰아주기를 통한 사익 축적 상황의 일부만을 규제하고 있을 뿐이다. 법규를 회피하는 것이 그리 어렵지 않다고 할 수도 있다. 이러한 일감몰아주기, 즉 지배주주가 회사에 영향력을 발휘하여 사익을 추구하는 행위를 사전에 구체적으로 정의하여 규제하기 어렵다고 할 수 있다. 그보다 각 회사의 사업을 가장 긴밀하게 알 수 있고 관리할 수 있는 이사회에서 관련된 지배주주와 회사의 이해상충 상황에 대하여 공정하게 검토하고 결정하는 것이 외국에서 효율적으로 이행하고 있는 방법이다.

국내에서도 일감몰아주기를 공정거래법으로 규제하는 것 보다는 상법의 자기거래 규정으로 규제하는 것이 좀더 지배주주의 사익 축적을 금지하는 목적을 달성할 수 있을 것이라고 보여진다. 물론 그러기 위해서는 상법에서 주요주주 등 또는 그들이 50% 지분 이상을 보유하는 법인과 회사의 거래라고 제한적으로 정의하고 있는 자기거래를 지배주주 등과 회사의 이해상충 상황으로 확대하고, 절차와 거래가 공정하여야 한다는 요건을 좀더 실질적으로 강화하여야 할 것이다. 상법의 자기거래 규정을 이사, 지배주주 등의 충실의무 규정에 합하고, 충실의무에 대한 법규를 강화하는 것이 바람직하여 보인다.

지배주주 또는 그의 특수관계인과의 거래가 지배주주의 사익을 위한 일감몰아주기거래인지, 회사의 이익을 위한 정상적인 거래인지 등을 행정적으로 문제 거래 유형을 사전적으로 정의하여 규제하기는 어렵다. 행정 규제방식의 효율성이 낮을 뿐만 아니라, 행정 규정을 회피하는 지배주주의 사익 행위는 합법 행위라고 인식될 수도 있다. 더 나아가, 법이 금하는 일감몰아주기 조차 법규에 규제를 받지만 원칙적으로는 문제가 없다고 인식될 수도 있다. 법규는 원칙을 정해주고, 개별 상황에 그 원칙을 적용하면서 관련 사실관계를 종합적으로 고려하여 개별 상황에 대한 합리적인 판단을 하는 것이 법치주의를 안착시키는 좀더 효율적인 방법이라고

보여진다. 지배주주와 소액주주(회사)의 입장을 개관적으로 공평하게 고려할 수 있는 기관은 행정기관 보다는 법원이 적합할 것이다.

자기거래 및 일감몰아주기 모두 지배주주의 사익행위이며, 회사와 지배주주의 이해가 상충되는 경우들이다. 이렇게 지배주주, 이사회나 경영진과 회사의 이해관계가 상충되는 경우에 지배주주 등에게 충실의무를 부과하고, 충실의무를 충족하기 위해서는 관련 경영행위 결정 절차와 내용이 회사에 공정하여야 하는 조건을 적용하여야 할 것이다. 이는 독립된 이사들이 관련 이해상충 사실을 제공받아 공정한 절차를 거쳐 독립된 경영판단을 할 수 있는 제도를 제공하고 그러한 경영판단을 할 것을 촉구하는 제도가 현 행정규제 제도보다 효율적일 것이라고 판단된다.

iii. 자기거래 이해관계 및 중요내용 개시의무

상법이 2011년 개정되기 전, 이사는 이사회 승인을 득하여 자기거래를 이행할 수 있었다. 법규정에 관련 이사가 이사회 승인 전에 자기거래에 대한 사실을 이사회에 공개하여야 한다는 언급이 없었으나, 대법원은 “어느 경우에도나 이사와 회사 사이의 이익상반거래가 비밀리에 행해지는 것을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적정한 직무감독권의 행사를 보장하기 위해서는 그 거래와 관련된 이사는 이사회 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제 398조 전문이 규정하는 이사회 승인이 있다고 할 수는 없다”고 해석하였다.⁶⁷ 2011년 개정 상법은 이 개시의무를 법규에 명시화하였다. 그러나 법원과 국회는 개시의무에 의하여 밝혀야 하는 사실범위를 구체적으로 정하지는 않았다.⁶⁸

한화 에스앤씨 주식 매각건. 2005년 한화는 보유하던 한화에스앤씨 지분을 한화 그룹 동일인의 장남에게 매각하기로 결정하였다. 한화에스앤씨는 1994년 한화그룹내 전산업무를 담당하던 사업부로 출발하여, 2001년 별도의 법인으로

⁶⁷ 대법원 2007.05.10. 선고 2005 다 4284 판결 [부당이득금].

⁶⁸ 아래 4.b.iii 자기거래 이해관계 및 중요내용 개시의무 참조.

분리되었다. 2004년경 경영실적이 악화되어 차입금 규모가 과다해지고, 부채비율이 높아졌으며 자본잠식된 상태였다. 한화에스앤씨(주)는 2005. 5. 12. (주)한화에 유상증자를 요청하였으나, (주)한화는 2005.5. 17. 한화에스앤씨(주)에 대하여 증자에 참여할 수 없다고 통보하였다.⁶⁹ 한화에스앤씨는 한화그룹 동일인 김승연회장이 33.3%, 한화가 66.7%를 보유하고 있었는데, 김승연회장은 2005.4.29.에 본인이 보유하고 있던 한화에스앤씨 지분전부를 차남과 삼남에게 주당 5,100원으로 산정하여 증여하였다. 한화는 6.17. 이사회를 개최하여 보유하고 있던 한화에스앤씨 지분 전부를 김승연회장의 장남에게 주당 5,100원에 매각하기로 결의하였다.

한화그룹 기획실은 삼일회계법인에게 한화에스앤씨의 평가업무를 의뢰하였고, 삼일회계법인의 최종보고서가 나오기 전에 중간평가금액을 미리 구두 통보 받고, 그를 하향 조종하도록 지시하였으며, 삼일의 최종보고서가 제출되기 전에 최종보고서를 제출 받은 것처럼 하여 조정된 평가가격을 한화에스앤씨 이사회에 보고하였고 이사회는 그를 근거로 하여 매각 결의를 하였다. 삼일회계법인은 한화에스앤씨에 대한 구체적인 자료를 제공받지 못하고 평가의견을 제시하였다고 진술하였다.⁷⁰

한화에스앤씨는 관련 주식 매각 직후인 2005.6.24.에 100% 유상증자(주당 5,000 원, 60 만주)를 결정하고 김승연회장의 아들 3 명이 이를 모두 인수하였다. 2007 년에는 기존 사업과 관련이 없는 열병합발전 사업 계통 한화계열사 2 개의 지분을 약 600 억원으로 인수하였으며 (인수 자금의 출처에 대한 자료는 확인되지 않았음), 2007.12.에 340 만주를 33,727 원에 유상증자하였다.

한화에스앤씨는 2005 년 5 월 자본잠식 상태로 대출 또는 증자 등으로 신규자금을 찾지 못하고 있다, 같은 해 6 월 김승연 회장의 아들 3 명으로 부터 30 억원 유산증자 투자금을 받은 이후, 2007 년에 600 억원 규모의 신사업 투자를 하고, 같은 해 김승연 회장 아들들의 구매가의 약 675%에 가격으로 기 발행된 주식의 2.8 배 규모의 신주를 발행하여 약 1,100 억원 신규 투자금을 조달하는데 성공하였다. 이러한 단기 자본조정과 투자는 2005 년 한화에스앤씨 주식의 증여와 매각 이전에 계획되었을 것이라고 보여진다. 법원은 한화의 한화에스앤씨 지분 매각 상대방이 김승연 회장의

⁶⁹ 서울고등법원 2015.11.6. 선고 2013 나 72031 판결, 대법원 2017.9.12. 선고 2015 다 70044 판결 [손해배상(기)].

⁷⁰ 서울중앙지방법원 2013.10.31. 선고 2010 가합 50873 판결.

장남이었다는 사실이 이사회에 공개되었기 때문에 상법 자기거래의 이해상충 사실과 중요한 거래 내용이 개시되었다고 인정하였다.⁷¹ 법원은 지분 양도 이후 한화에스앤씨의 추가 유상증자 및 투자 계획이 관련 거래의 중요한 사실인지 또는 그 사실이 이사회에 공개되었어야 하는지에 대한 언급을 하지 않았다. 한화 그룹의 동일인 또는 기획실이 그러한 계획을 세운 것이 사실이라면, 그러한 사실은 당시 한화에스앤씨 투자를 고려하는 자들에게 중요한 사실이었을 것이다.

삼성물산과 제일모직 합병건. 삼성 이재용 회장 경영권 승계를 위한 삼성물산과 제일모직 합병과 연관된 삼성바이오로직스 분식회계건 공소장에 에버랜드(제일모직으로 사명을 변경하기 전 법인)의 성장부터 상장까지 및 그 이후 삼성물산과 제일모직 합병 작업과정이 상세하게 명시되어 있다. 공소장에 의하면, 실제 합병 기획 및 준비작업은 삼성그룹 미래전략실이 이행하였고, 삼성물산과 제일모직 이사회는 미래전략실이 미리 단독으로 결정한 일정에 따라 합병을 형식적으로 결의하였다.⁷² 합병은 지배주주 이재용과의 거래가 아니므로 현재 상법 자기거래로 인정되지 않을 것으로 보인다. 검찰과 법원은 삼성물산과 제일모직 합병은 이재용 회장 경영권 승계의 과정이었음을 인정하였다. 상법은 이렇게 지배주주가 본인의 사익을 위하여 회사의 이익과 상관이 없거나 해가 되게 하는 방식으로 경영권을 행사하는 것을 규제하여야 할 것이다. 명백하게 지배주주와 회사의 이익이 상충되는 상황을 단순히 회사와 지배주주의 직접적인 거래가 아니기 때문에 이해상충 시 적용하여야 하는 규제 규정을 적용하지 않는 것은 법 취지에 위배되는 결과라고 할 것이다. 이해상충 상황의 경영권 행사는 자기거래로 인정하여야 하며, 지배주주에게 충실의무를 적용하고, 충실의무 이행에 이해상충 사실 및 경영판단에 관련된 중요한 사실관계를 이사회에 공개하도록 하여야 할 것이다.

미국의 경우. 미국법 상, 이사, 지배주주 또는 경영진이 충실의무를 위반하지 않으면서 이해상충거래를 이행하려면, 우선 관련 경영자는 이사회에 이해상충 사실과 거래 내용을 공개하여야 한다. 델라웨어 회사법은 이해상충관계 및 관련거래에 대한 모든 중요한 사실관계가 이사회에 공개되어야 한다고 지정하고 있다.⁷³ “중요함”

⁷¹ 위 각주 69 번 참조.

⁷² 위 각주 11 와 12 번 참조.

⁷³ Delaware General Corporation Law §144.

(material)이 관련 법규정에는 정의되어 있지 않다. 미국변호사협회가 발행한 Model Business Corporation Act 는 이해상충 사실과 일반 투자자가 관련 거래에 대한 판단을 하기에 중요하다고 판단되는 관련 경영자가 알고 있는 모든 사실을 공개하여야 한다고 정의하고 있다.⁷⁴ 델라웨어 대법원은 1983 년 Weinberger v. UOP 건⁷⁵에서 이해상충관계에 있는 이사들이 준비한 회사가치평가 보고서를 이사회에 공개하여야 한다고 판단하였다. Signal 사는 1975 년 UOP 지분 50.5%를 주당 \$21 에 공개매수하였다. 공개매수 시적 전 UOP 주식의 시가는 약 \$14 이었다. 인수 이후 UOP 사장의 사임으로 Signal 은 UOP 이사회 13 명 이사의 7 명을 임명하게 되었다. 1978 년, Signal 은 보유하고 있지 않은 UOP 나머지 지분 매수 가능성을 검토하면서, Signal 임원이며 UOP 이사인 2 명에게 UOP 내부 자료를 검토하고 매수가능성에 대한 검토를 지시하였다. 당시 UOP 주식 시가는 약 \$14 이었다. Signal 임원/UOP 이사 2 명은 검토 후, UOP 지분을 주당 \$24 이하에 매수하면 Signal 에게 이익이 된다는 보고서를 작성하여 Signal 에 제출하였다. 이후 Signal 은 UOP 에게 \$21 에 보유하고 있지 않은 49.5% 지분을 인수하겠다고 제안하였으며, Signal 이 임명한 이사 1 명과 나머지 6 명의 이사들이 참석한 UOP 이사회는 Signal 제안을 승인하였다. Signal 인수안에 대한 주총결의에 참석한 UOP 소액 주주들의 90%는 Signal 인수안에 동의하여 UOP 는 Signal 의 100% 자회사가 되었다.

UOP 일부 소액주주들이 인수가 지배주주와 이사들의 충실의무 위반이라고 소송을 제기하였다. 델라웨어주 Chancery Court 는 Signal 임원/UOP 이사들의 인수에 대한 보고서를 언급하지 않고, Signal 이 UOP 지분을 인수한 1975 년과 1978 년 당시 UOP 주식 시장가격이 약 \$14 이고 인수가격이 동일한 \$21 이었다는 사실 등을 근거로 Signal 과 UOP 이사들이 충실의무를 위반하지 않았다고 판단하였다. 그러나 델라웨어 대법원은 충실의무는 지배주주와 이사들이 인수 절차와 내용이 공정하여야 하며, 절차의 공정에는 이해상충사실과 거래 사실이 공개되어 이사회 독립적 검토와 판단이 있어야 한다고 지적하였다. Signal 임원/UOP 이사들의 인수에 대한 검토의견, 즉 \$24 이하의 인수가격이 Signal 에게 이익관점에서 적절한 투자가격이라고 판단한 것이 UOP 이사회에 공개되어야 하는 이해상충사실이라고 판단하고 Chancery Court 로

⁷⁴ Model Business Corporation Act §8.60(4) (2002 ed.)

⁷⁵ 457 A. 2d 701 (Del 1983).

반송하였다.⁷⁶

iv. 절차의 공정성

2011년 상법이 개정되어, 제 398 조는 자기거래의 절차 및 내용이 공정하여야 한다고 규정하고 있다. 이 개정안은 미국법의 충실의무 기준을 도입하는 의도에 근거한다는 해석도 있다.⁷⁷ 그러나 절차의 공정성에 대한 판례는 아직 없고, 미국 판례가 요구하는 절차 공정성을 제 398 조의 절차 공정에 그대로 적용하는 것을 지지하는 학계 의견도 있으나, 법원이 동일한 입장을 취할지는 확실하지 않다.⁷⁸ 그러나 위 한화에스앤씨 지분 매각 건에서 법원은 한화 이사회가 한화에스앤씨 지분 매수자가 그룹 동일인의 장남인 것을 인지하고, 매각사의 가치에 대한 외부 전문가의 의견을 받아 매각가격을 결의하였기 때문에 그 결의 과정이 공정하였다고 판단하였다.⁷⁹ 공정한 절차의 요건으로 이해관계자의 이해상충 사실과 이사의 주의의무, 즉 선관의무, 즉 경영판단이 원칙을 적용한 선관의무를 이행하는 것만 요구되는 것으로 보여진다. 그러나 상법 제 398 조에 절차적 공정을 요구하게 확대 개정하였음에도 개정 전 존재하는 선관의무를 “절차의 공정”이라고 명하여 재확인하였다고 해석하는 것은 적절하지 않아 보인다. 한화에스앤씨 지분 매각 건에서 에스앤씨의 평가 자문기관을

⁷⁶ 사건을 반송 받은 Chancery Court 는 UOP 주식의 적절가격이 \$26 이상이라는 소액주주의 전문가 의견을 받아들이지 않고, 인수가격인 \$21 보다 \$1 높은 \$22 가 적절 가격이라고 판단하고, 대법원은 이를 인정하였다. 517 A.2d 653 (Del. Chanc. Ct., 1986), 497 A.2d 792 (Del., 1985) (Order).

이사들의 정보공개 의무에 대한 델라웨어 법원의 판례는 Stanley Keller, “Disclosure Provisions of the Model Business Corporation Act,” 74 Law and Contemporary Problems 189 (Winter 2011), <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>.

⁷⁷ “이번 상법개정안은 기존의 이사의 자기거래의 논의와 미국에서 진행되고 있는 자기거래에 대한 규제의 논의를 상당부분 수용하고 국내 회사법 규제체계에 끌어들이어 회사 내부에서 이루어지는 이사의 자기거래에 대한 제한을 하고자 하는 것으로 보인다.” 최호진 & 최준선, “개정 상법 제398조의 자기거래에 있어서 공정성 요건에 관한 연구,” 성균관법학 제23권 제3호, 736-765쪽, 738쪽 (2011).

⁷⁸ “현재 개정 상법 제398조에서는 “내용과 절차가 공정” 해야 함을 명시적으로 규정하고 있다. 이것은 현행 상법의 해석에서 공정성이 명확하지 않아 해석론에 의존 하였으며 그 기준 또한 명확하지 않은 측면에서 공정성 판단의 기준을 제시하고자 하는 취지로 판단된다.” 위 최호진 & 최준선 (2011), 742쪽. “즉 개정 상법상으로도 개시의무의 성실한 이행여부가 절차적인 공정성 판단의 중요한 요건이 될 것이라고 보아야 할 것이다.” 위 최호진 & 최준선 (2011), 755쪽.

“상법 제398조의 자기거래제한은 이사회승인을 수단으로 하는 사전규제임에도 불구하고 내용과 절차의 공정성과 같은 불확정한 개념을 요건으로 하고 있다. 내용과 절차의 공정성이란 거래조건의 공정성뿐만 아니라 거래의 구조, 거래의 협상과정, 거래의 체결과정에서의 공정성을 모두 포함한다.” 김효신 “상법 제398조 자기거래제한 규정의 쟁점 및 개선방안,” 법과 기업 연구 제10권 제1호, 129-152쪽, 144쪽 (2020).

⁷⁹ 관련 소송건에서는 언급되지 않았지만, 한화에스앤씨는 한화의 사업부였고, 사업부를 독립회사로 분할할 당시, 에스앤씨 지분 100%를 김승연 회장이 인수하였다, 즉시 60%를 한화에 이익없이 양도하였다. 김 회장이 한화에스앤씨 지분을 100% 인수할 당시, 이 자기거래에 대한 이사회 개시 및 승인이 있었는지, 또는 회사의 사업기회 유용이었던지 언급이 없다.

한화그룹의 기획실에서 선임하고, 에스앤씨에 대한 구체적인 평가자료를 제공하지 않고, 구두로 일차평가의견을 받고, 하향 조정을 지시하였고, 평가기관의 보고서를 수령하지 않은 상태에서 기획실이 지시한 하향 조정가를 평가기관의 평가가격이라고 이사회에 보고하여 결의하게 한 상황을 이사회가 알지 못하였거나, 알고 있으면서도 결의를 하였다면, 이사회 결의 절차가 공정하였다고 하기 어렵다고 판단된다.

델라웨어 법원은 한화에스앤씨건과 유사한 건을 1985년 판단하였다. *Smith v. Van Gorkom* 건⁸⁰은 *Tran Union*사와 *Marmon*⁸¹의 합병으로 발생한 건이다. *Van Gorkom*은 *Trans Union*사의 ceo로 17년, ceo/회장으로 2년 근무하였으며, 1982년에 의무 은퇴를 앞두고 있었다. *Van Gorkom*은 1980년 당시 *Trans Union* 주식 75,000주를 보유하고 있었다. *Trans Union*은 지주회사로, 각종 투자활동으로 투자세금공제를 받을 수 있었으나, 그를 이용할 영업이익이 부족하여 주가가 상대적으로 저평가되어 있었다. 회사는 주가를 높이기 위하여 기업인수 등의 영업이익 증가 노력을 하였으나, 별다른 성과를 이루지 못하였다. 1980년 9월, *Trans Union*의 주식 시가는 약 \$38/주였다.

*Van Gorkom*은 *Trans Union* 임원 1-2명과 함께 제 3자가 *Trans Union*을 LBO 방식으로 인수할 수 있는 가격을 역 계산하여 약 \$55이 가능하다고 판단하였다. 이후, 1980년 9월 13일, *Van Gorkom*은 개인적으로 친분이 있는 *Pritzker*에게 *Trans Union* LBO를 제안하고, \$55가격도 제시하였다. 9월 15일에 *Pritzker*는 *Van Gorkom*에게 공개매수에 관심을 표시하고, 16일과 17일에 *Trans Union* 내부 정보를 검토하였다. 9월 18일, *Pritzker*는 *Van Gorkom*에게 공식 공개매수안을 제시하고, *Trans Union* 이사회가 9월 21일까지 매수안에 대한 결정할 것을 요구하였다.

*Van Gorkom*은 9월 20일 *Trans Union* 이사회를 개최하고, 약 20분간 *Pritzker*안을 구두로 설명하며 \$55 LBO 가격을 계산한 임원이 그 가격의 근거를 설명하였다. 이사회는 회사의 적정가격에 대한 검토 자료나 논의없이, 약 2시간 회의 후, *Pritzker*안을 승인하였다.

이사회 이러한 결의 과정이 이사의 주의의무를 위반한다는 소액주주의 소송에 대해, 법원은 *Trans Union* 주식 시가가 약 \$38이어서 \$55인수가 그 시가에 상당한 수준의

⁸⁰ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del., 1985).

⁸¹ *Marmon*사는 J. A. *Pritzker*가 지배하는 회사였다. *Pritzker*(1922-1999)씨는 20세기 미국 사업가로 M&A 활동가로 유명하였다.

프리미엄을 제공한다고 하여도, 주식 시가가 회사의 가치를 적절하게 표시한다고 할 수 없으며, 이미 회사의 경영진이 상당기간 주가가 시정에서 저평가되어 있다고 믿고 있었으며, 주의의무의 전제 의무는 이사들이 경영판단에 필요한 정보를 득하는 것이라고 하였다. Trans Union 이사회는 Pritzker 가 제시한 \$55 가격의 근거 및 회사의 기존 가치에 대한 정보를 요청하거나 득하지 않았으며 Pritzker 가 제공한 36 시간내에 그러한 검토가 가능한지도 확인하지 않았다. 당시 Trans Union 이사들은 사업가 경력이 풍부하였으나, 회계나 기업인수 전문가가 없었는데, 회사의 외부 전문가에게 자문을 요청하지도 않았다. 법원은 이러한 상황에서 2 시간 만의 회의만으로 회사의 매각을 결의한 것은 주의의무 위반행위라고 판단하였다.⁸²

위 한화에스앤씨 지분 매각 건에서 한화 이사회는 그룹 회장의 업무를 보조하는 기획실이 고용한 외부회계법인의 구두 의견만을 근거로 매각 자산 가격을 인정하고, 독립된 자산평가에 대신 검토없이 매각 결의를 하였다. 이는 이사회의 독립된 경영판단이라고 할 수 없어 보인다. 델라웨어 법원은 충실의무가 개입되어 공정성 (entire fairness)을 적용하는 경영 상황에는 이해관계가 없는 독립된 이사들이 독립된 경영판단을 하여야 한다고 판단하고 있다. 독립된 경영판단에는 독립된 외부 자문단의 고용과 관련 거래 (transactions)의 필요성 및 타당성 등에 대한 독립된 판단을 하여야 한다.⁸³ 한화 이사회가 한화에스앤씨 지분 매각에 대한 결의를 하기 위해서는 매각의 필요성에 대신 검토와 결의, 매각 자산의 가치에 대한 검토와 결의, 매도자와의 독립된 협상 및 결의 과정을 이행하였다는 자료가 있어야 할 것이다. 매각에 대한 논의없이, 검토자료 없이, 경영진이 선임한 회계사의 보고서나 대면 보고없이 경영진의 보고만을 근거로 매각 및 매각조건을 단 한번의 회의로 결정한 사실은 그 절차가 공정하다고 판단하기 어렵다.

v. 내용의 공정성

미 법원들은 충실의무가 관련된 소송건에서 절차적 공정성을 먼저 판단하고, 절차적 공정성이 인정되는 경우에만 거래 내용 공정성을 판단한다. 따라서 절차적 하자로 충실의무가 충족되지 않았다고 판단되는 경우가 거래 내용이 공정하지 않았다고

⁸² 488 A.2d 876-878.

⁸³ A.C. Pritchard, Tender Offers by Controlling Shareholders: The Specter of Coercion and Fair Price, 1 Berkeley Bus. L.J. 83 (2004), available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bblj/vol1/iss1/4> 참조.

판단되는 경우보다 많다. 이는 절차적 공정성에 대비하여 내용의 공정성은 판단하기가 까다롭기 때문이기도 하다. 일단, 소송에서 인정되는 상장사의 가치는 주식시장의 시가를 초과하는 경우가 대부분이다. 단순히 시가에 프리미엄을 인정하는 인수합병 가격이라고 거래 내용이 공정하다고 판단할 수 없다는 것이다. 델라웨어 법원은 기업 M&A 과정에서 공정한 가격은 주식매수청구권 경우와 동일하게 주식가치에 대한 모든 정보를 종합적으로 검토하여야 한다고 하였다.⁸⁴

델라웨어 회사법은 합병과정에서 회사 가치 평가는 모든 관련된 정보를 고려하여야 하나, 합병이후 합병으로 발생하는 추가 가치는 고려하지 않는다고 명시하고 있다.⁸⁵ 그러나 인수자가 2 단계 합병을 이행하는 경우, 즉 1 단계 공개매수를 통하여 인수대상기업의 경영권을 취득한 이후, 2 단계 약식합병 (short form merger)를 통하여 공식 합병을 하는 경우, 합병시점의 인수대상기업 가치에는 인수자의 경영전략이 확정되었으면, 그에 대한 미래 가치도 포함되어야 한다는 것이다.

Ronald Perelman 이 지배하는 MacAndrews & Forbes(“MAF”)사는 1982 년 10 월 Technicolor Inc 사를 \$23/주에 공개매수하기로 Technicolor 이사회와 합의하였다. 공개매수는 11 월 말에 종료되었고, MAF 는 Technicolor 82.19% 지분을 보유하게 되었고, 1983 년 1 월, 인수법인과 Technicolor 가 약식합병(short form merger)되었다. MAF 는 약식합병에 거부하고 주식매수청구권을 행사하는 주주에게 \$23/주를 제시하였다.⁸⁶

Technicolor 는 MAF 의 인수 전에 주사업의 장기 성장 가능성을 낮게 예측하고, 소비자 필름 신속 현상사업을 주 사업으로 전환하는 장기전략을 채택하였다. Perelman 은 소비자 필름 현상사업투자를 반대하고 그를 포함한 낮은 실적 사업을 매각하는 전략을 인수 전부터 제시하였다. Technicolor 는 인수 전 기존 Technicolor 의 장기전략을

⁸⁴ Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 712-713 (Del., 1983). Weinberger 법원은 수십년동안 주식 시가, 자산가치와 초과 현금흐름(excess cash flow)을 일정 비율로 혼합하는 방법만을 사용하던 판례를 뒤집고, 모든 요건을 종합적으로 고려하여 공정한 가격을 정하여야 한다고 판단하였다.

⁸⁵ “[T]he Court shall determine the fair value of the shares exclusive of any element of value arising from the accomplishment or expectation of the merger, consolidation or conversion, together with interest, if any, to be paid upon the amount determined to be the fair value. In determining such fair value, the Court shall take into account all relevant factors.” Delaware General Corporation Law, Section 262(h).

⁸⁶ Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 684 A.2d 289 (Del, 1996). 1996 년 델라웨어 대법원 판결은 주식매수청구권 행사가에 대한 판경이었다. 1983 년부터 2005 년까지 대법원에 6 차례 상고되었던 건이다.

전제로 주식매수청구권 행사가격을 계산하여야 한다고 주장하였으나, 소액주주들은 Perelman 이 이미 경영권을 확보하였고, 그의 장기 전략을 시행하고 있었기 때문에, Perelman 전략을 전제로 행사가격을 계산하여야 한다고 주장하였다. 법원은 소액주주의 손을 들어 주었다. 법원은 MAF 가 1982 년 12 월에 Technicolor 의 경영권을 취득하였고, 1983 년 1 월에는 기존 Technicolor 의 경영전략을 변경하여 새로운 전략을 채택하였기 때문에, 회사의 가치는 그를 기준으로 하여야 한다고 판단하였다. 법원은 1983 년 1 월 이전의 경영진이 합병이후에도 계속 유지되었기 때문에, 합병으로 인한 전략 변화가 없었기 때문이라고 하였다.

한화에스앤씨 건의 경우, 지분 매각 이전과 이후 경영진이 그래도 유지되었고, 한화에스앤씨 및 그에 대한 한화의 경영전략 역시 변경이 없이 그대로 유지 이행되었기 때문에, 한화에스앤씨 가치 역시 매각 이전 존재하던 경영전략을 근거로 판단되었어야 할 것이다. 관련 사건을 판단한 법원이 참고하였던 지분 매각 시점에서 상증법에 의한 한화에스앤씨의 가치와 당시 한화에스앤씨의 영업실적을 근거로 한 평가 가격은 그 시점의 한화에스앤씨의 정당한 가치가 아니라고 할 것이다.

한화에스앤씨뿐만 아니라 삼성물산과 제일모직의 합병 역시, 거래의 공정성에는 삼성물산과 제일모직의 합병 이전과 이후 동일한 동일인과 경영진이 유지되어, 합병 이전 존재하던 경영전략을 그대로 이행하였던 것으로 보여지고, 합병에 대한 삼성물산과 제일모직의 가치평가 역시 그 경영전략을 전제로 하여 판단되었어야 할 것이다. 국내 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에서 합병가격 및 주식매수권 행사가를 이사회 결정 또는 계약체결일을 기준으로 그 전 일정기간의 시가를 근거로 하는 공식이 제공되고 있다. (합병전) 삼성물산과 한화에스앤씨의 가치평가는 단순히 합병 또는 매각전 주식시장 시가를 적용하는 공식을 적용하여 소액주주에게 손해를 주었다. 회사의 가치는 예측 가능한 미래가치이어야 하며 주식시장의 시가를 회사에 대한 객관적 평가가치라고 하려면, 회사에 대한 중요한 정보를 모두 공시하는 것을 전제로 하여야 한다. 그러나 삼성물산건과 한화에스앤씨건을 보면 삼성물산과 한화에스앤씨의 긍정적 경영전략이 공시되지 않은 상태로 시가가 형성되었기 때문에 시가가 객관적 평가라고 하기에는 무리가 있다. 또한 미국 M&A 시장과 법원이 인정하듯이 회사의 중요한 정보가 공시된 상태에서도 시가가 회사가치를 객관적으로 평가하고 있지 않은 경우가 많이 있는 것이 사실이다. 이러한 현 상황을 개선하려면

일차로 금융업계에서 실제로 사용되는 회사가치 평가방식을 공정한 가격 계산에 포함하여야 할 것이고, 이차로 델라웨어주에서 적용하는 합병전에 존재하는 경영전략을 미래가치의 계산의 근거로 인정하여야 할 것이다. 자기거래의 자산 양도 시점에 모든 상황을 종합적으로 검토하고 근거하여 자산의 현실적인 가치를 인정할 수 있어야 거래 내용의 공정성이 인정될 것이다.

5. 사외이사

a. 법 체재

1998년 도입된 “사외이사제도는 이사회가 대주주나 경영진을 견제하고 감독하도록 하여 경영기관 자체 내의 투명성 및 준법성 제고를 통해 기업지배구조의 개선에도모하고 기업의 경쟁력을 확보하자는 것이 도입 취지라 할 수 있다.”⁸⁷ 회사의 경영 투명성과 준법성 제고란 경영판단의 독립성 제고이기도 하나, 국내 지배구조 상황에서는 특히 지배주주의 사익추구 행위를 견제하는 것이 주 목적이라고 할 수 있다. 따라서 법은 사외이사의 자격을 규제하며, 회사나 지배주주와 이해관계에 있는 자의 사외이사 임명을 금지하여⁸⁸ 사외이사의 독립성을 추구하고 있다.

대규모 상장사의 경우, 사외이사는 사외이사후보추천위원회가 추천하는 후보에서만 임명되어야 하며, 후보추천위원회는 소액주주들이 추천하는 후보도 추천후보 대상에 포함하여야 한다.⁸⁹

상장사는 사외이사가 이사들의 ¼ 이상, 대규모 상장사는 과반수 이어야 한다. 법은 대기업 상장사에 대하여 겸업, 사업기회 유용, 자기거래 등 이사회에의 승인을 요하는 경우, 사외이사들의 독립된 동의가 필수요건이 되는 것을 의도하고 있다. 사외이사의 자격 내용은 미국의 사외이사 자격내용과 유사하다.⁹⁰

⁸⁷ 김한중, “상법상 주식회사의 사외이사제도에 관한 연구 - 상장회사 사외이사의 독립성 제고방안을 중심으로,” *홍익법학* 제 17 권 제 1 호, 479-506 쪽 (2016), 각주 1, 이균성, “주식회사의 사외이사 지위,” *상사법연구*, 제 20 권 제 1 호 (한국상사법학회, 2001), 233 면 인용.

⁸⁸ 상법 제 382 조 제 3 항; 제 542 조의 8 제 2 항.

⁸⁹ 상법 제 542 조의 8 제 4 항과 제 5 항.

⁹⁰ 뉴욕증권거래소 규정은 “독립된 이사” (independent director)가 이사회에 과반수여야 한다고 규정하고 있다. 이사회는 각 이사에 대한 “독립성”을 판단하여야 한다. 독립성 판단 기준은 관련 이사가 회사와 중요한 관계(material relationship)를 가지고 있지 않아야 한다. 어떠한 관계가 중요한 관계인지는 bright line test 가 없지만, 이사의 소득 출처, 회사 및 계열사와의 관계 등 모든 관련 사실관계를 고려하여야 한다. 특히 이러한 특정 이사에 대한 이사회에의 독립성 판단은 특정 상황이 주어지기 전에 이행되기 때문에 이사회는 가능한 한 광범위한 관련 사실을 검토할 것을 추천하고 있다. 중요한 관계에는 업무,

b. 현실

학계는 사외이사들의 독립성이 부족하다고 평가하고 있다. 독립성이 부족하다보니 사외이사들이 경영진의 견제보다 경영진을 지원하는 로비역할을 하는 경우가 있다고 지적되기도 하고, 지배주주의 견제 역할을 이행하지 못하고 있다는 비판 대상이기도 하다.⁹¹ 이러한 사외이사의 운영 실태는 이사회 운영방식, 사외이사들의 의지 및 법체제에 원인이 있다고 보여진다.

이사회 운영방식. 사외이사들은 비상임이사로 이사회 개체 시점에만 회사를 방문하는 경우가 대다수이다. 법규에 의거하여 사외이사들은 회사와 일정 수준 이상의 재정 관계가 없어야 하며, 실제로 회사 사업분야에 대한 전문성도 부족한 경우가 많이 있다. 따라서, 새로 임명되는 사외이사 상당수는 회사의 사업분야나 회사의 사업에 대한 이해도가 높지 않고 회사의 기존 이사들과 경영진을 알지 못하는 경우가 많이 있다. 법규에서 요구하는 자격을 충족하는 새로 선임된 사외이사가 첫 이사회부터 이사의 주의의무를 충족시키면서 경영판단을 하기는 어려운 것이 사실이다. 주의의무는 이사들이 이사로서의 경영판단을 하기에 필요한 자료를 수집하고 이해하는 것을 전제 요건으로 하고 있다. 신임 사외이사들은 회사에 대한 전문지식을 수집하고 이해하는데 상당한 시간과 노력을 투자하여야 한다.

사외이사를 포함한 각 이사들의 기본 역할에는 다른 이사들에 대한 감독역할이 있다. 이사회가 회사의 경영진을 감독·견제하기 위해서는 이사들이 특정 감독역할과 연관된 이사회 안건을 관리·결의하여야 한다. 회사의 사업전략, 예산 및 중·장기 사업프로젝트 등에 대한 결정을 하고 경영진의 계획을 판단하기 위해서는 이사들이 회사의 사업실적, 시장 상황, 트렌드, 회사의 자원, 주주들의 기대 등에 대한 경영진들의 의견 및 회사내 소수의견, 외부 전문가들의 의견 등을 이해하고, 사외이사들 사이의 논의 과정 등을 거쳐야 바람직한 경영판단을 할 수 있을 것이다.

재정, 자문, 가족관계 등이 언급되었다. 그러나 소유지분 자체만으로는 독립성에 문제가 되지 않는다고 한다. NYSE Rule 303A. 독립성이 인정되지 않는 구체적인 요건으로는 이사 또는 직계 가족이 과거 3년기간 동안에 회사에 고용되었거나, 같은 3년 사이 어는 1년기간에 \$12 만 이상의 보상을 받았거나 (이사로서의 보수는 제외), 회사의 외부감사에 고용된 경우 등이 포함되어 있다.

⁹¹ “다수의 문헌이나 자료 등에서 현행 제도상의 사외이사는 지배주주 및 최고경영진을 위한 단순한 거수기(rubber stamp)에 불과하다는 지적이 제기되고 있으며, 2) 근래에는 관피아니 정피아니 하는 논란 속에 낙하산 인사들이 다수 사외이사로 진출하는 등 사외이사가 사실상 재벌기업이나 총수의 방패막이나 로비용으로 전락하고 있다는 우려가 커지고 있다” 김한중 위 각주 87번 참조, 481쪽.

그러한 과정의 일부는 경영진과 독립되어 진행되는 것이 바람직하며, 그 안건 내용과 절차를 사외이사들이 능동적으로 관리하여야 한다. 그러나 현실은 경영진이 이사회 안건 내용과 일정을 관리하고 있다. 그러한 사전 과정없이 경영진이 제시한 보고자료만 근거로 하거나, 단 한번의 회의를 통하여 회사에 중요한 경영판단을 한다는 것은 이사들이 주의의무를 충족시키지 못하였을 가능성을 알려주는 경종이라고 할 수 있다. 미 법원들은 회사의 양도 또는 중요한 사업결정 등의 안건에 대한 이사들의 결의 전 관련 사전 정보 모집, 논의 및 독립된 전문가 의견 검토 등이 있었는지 등을 주의의무 이행 판단 근거로 보고 있다.

한화 이사회가 한화에스앤씨 지분을 매각하기로 결의하기 전, 이사회는 별도의 정보 모집, 논의 등의 준비작업 없이, 경영진이 선임한 외부전문가의 의견이라는 경영진의 구두 보고만을 참고하여, 경영진이 매각안건을 제시하자 한번의 회의로 그를 결의하였다. 삼성물산과 제일모직의 합병 역시, 공소장에 의하면, 이사회의 별다른 사전 준비 행위없이, 미전실의 지시에 따라 경영진이 작성한 서면 자료를 근거로 미전실 지시에 따른 일정에 이사회를 개최하여 합병을 승인하였다.

많은 회사 이사회는 경영진이 제시하는 안건과 일정에 따라 독립된 검토 및 논의없이, 주어진 안건을 수동적으로 결의하고 있어, rubber stamp 역할만 하고 있다는 비판을 받고 있다.

법에서 사외이사 후보추천권한을 보장 받은 사외이사후보추천위원회의 운영방법 역시 중요 경영 상황 결의 과정과 동일하다. 법은 사외이사의 독립성을 확보하기 위하여 대규모 상장사의 경우, 사외이사후보는 사외이사들이 과반수인 사외이사후보추천위원회가 추천하고, 소액주주들의 추천후보를 포함하여 주총에서 선임하는 절차를 규정하고 있다. 그러나, 후보추천위원회 운영 역시 경영진에 의존하고 있는 실정으로, 사외이사 위원들이 후보를 물색하고 검토하는 과정에 참여하지 못하고, 위원회는 후보 결의 직전에 이미 경영진이 정한 후보 대상자들을 두고 형식적인 결의를 하는 경우가 많다. 주총일정이 정해지고, 사외이사 후보를 결정하여야 하는 마감일정에 도달하여 위원회가 소집되어 위원회는 경영진이 제시하는 후보들에 대한 만족도와 상관없이 제 3의 후보진을 검토할 시간적 여유가 없는 경우가 다수 있어, 위원회가 독립적 운영을 하고 있다고 하기 어렵다. 실제로, 상당 수 사외이사들은 주주들 전체가 아닌 지배주주가 본인들을 이사로 임명한 것으로

인식하고 있어 보인다. 사외이사들이 독립된 입장에서 지배주주와 경영진을 견제한다는 것이 출발부터 어려운 것이다. 소액주주들의 사외이사 후보 추천 과정도 현실적으로 어렵게 되어 있다는 비판도 있다.

이사들에 의한 이사회 운영을 위해서는 독립된 지원부서가 필요하다. 그러한 지원 부서의 임직원은 회사의 이익을 위하여 경영진과 독립된 이사회를 위하여 업무를 이행하여야 할 것이며, 그들에 대한 고용, 인사고과 등을 포함한 인사권 역시 사외이사들에게 주어져야 할 것이 당연하나, 실제로 이러한 지원조직을 운영하는 회사를 찾기가 어렵다.

대규모 상장사의 사외이사가 과반수여야 한다는 법의 의도는 경영진과 독립된 사외이사가 지배주주의 경영권 행사를 규제하도록 하는 것이다. 그러나 사외이사들이 배제되고 사내이사들만으로 구성된 또는 과반수인 위원회에서 실질적 중요경영 결정을 하고, 사외이사들이 과반수인 위원회나 전체 이사회는 상법에서 전체 이사회 결의를 요구하거나 감사위원회나 사외이사후보추천위원회와 같이 과반수 사외이사들로 구성된 위원회의 고유 권한으로 정해진 사안들만 결정하도록 하는 이사회 구조를 운영하는 회사들도 있다. 이러한 편법성이 강한 이사회 구조는 법으로 규제하여야 할 것이다.

사외이사의 의지. 많은 일반 기업들의 경영진과 지배주주들은 사외이사들이 법에서 부여한 경영권을 행사하는 것을 반기지 않아 보인다. 그러한 상황에서 사외이사들이 법에서 주어진 경영권한을 행사하는 방향으로 가기 위해서는 이사회, 특히 사외이사들의 독립된 이사회 운영에 대한 의지가 가장 중요하다. 오랜 기간동안 익숙한 지배구조를 변화시키기 위해서는 이사회 역할에 대한 사회적 설득이 절대적으로 필요하지만, 설득만으로는 만족할 만한 성과를 기대하기 어려울 것이라고 판단된다. 사외이사들과 경영진 및 지배주주간에 갈등 없이는 변화를 기대하기 어려울 것이다.

사외이사들이 경영진과 지배주주를 견제하기 위해서는 사외이사들이 그 역할에 대한 의지가 확실하여야 할 것이다. 사외이사들이 주식회사의 경영권이 이사회에 있으며, 특히 사외이사에게 경영진과 지배주주의 경영권 남용, 회사를 통한 사익추구를 견제하여야 한다는 법적 권한과 의무가 주어졌다는 사실을 확실하게 이행하여야 할 것이다. 상당수 사외이사들이 사외이사의 역할을 충분히 이해하지 못하고, 점잖게

소득과 명예를 함께 즐길 수 있는 좋은 파트타임 직이라고만 인지하고 있을 수도 있다. 그런 좋은 자리를 지배주주들이 배려하여 임명하였다고 생각한다면, 지배주주를 견제하는 역할을 이행하기 어려울 것이다. 그런 사외이사들에게 독립성과 감독의무에 대한 의지를 기대하긴 어려울 것이다. 사외이사후보추천위원회의 운영이 경영진과 지배주주와 독립되어 위원들의 능동적 참여로 이행되어야 하는 이유이다.

독립적 이사회를 달성하기 위한 사외이사의 의지 제고가 가능하려면, 사외이사들에게 이사의 법적 권한과 책임 및 회사의 경영상황에 대한 공부와 교육이 절대로 필요하여 보인다. 추가로 이사회 독립된 운영 방법 등에 대한 이해도 필요하다. 사외이사 직이 업무가 적고 소득이 보장된 편안한 위치가 아니고 막대한 자산을 관리 하여야 하는 막중한 권한과 책임이 주어지는 직위라는 사실을 이해하여야 할 것이다.⁹²

법체제 - 이사의 의무.

1990년대 말 대우그룹이 해체되었다. 그룹의 모기업이었던 (주)대우의 조원 단위 분식회계로 채권자들의 손해배상 소송과 대우의 이사·임원들에 대한 형사 소송이 있었다. 대법원은 이사·임원에 대한 형법 유죄판결을 확정하였고⁹³, 김우중 회장을 포함한 이사·임원들에 대한 배상책임을 인정하는 판결도 확정하였다⁹⁴. 대법원은 민사소송에서 사내이사 및 사외이사를 포함한 각 이사는 “대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있”으며 “고도로 분업화되고 전문화된 대규모회사에서[도] ...개개의 이사들은 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 있[다]”고 하였다. 이런 의무를 중과실로 이행하지 않았다면 그로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다고, 대우 이사 및 임원 일부에게 채권자들의 손실을 배상하라고 판결하였다.

대법원은 당시 대우 이사회는 아예 개최되지 않았고, 분식회계로 작성된 재무제표 및

⁹² 이사회 독립 운영을 위하여 이사회 의장을 사외이사로 선임하는 대기업들이 늘어 나고 있다. 이는 해외에서 독립운영에 필요하다고 지적된 이슈이기도 하다. 그러나 이사회 의장이 사외이사로서 독립 운영에 기여하기 위해서는 사외이사 중 그 역할을 이행할 수 있는 책임자를 선택하여야 하나, 실제로는 사외이사 중 최고 연장자를 의장으로 선출하는 경우가 있고, 결국 이사회 독립된 운영에 도움이 되지 않는 경우가 있다.

⁹³ 대법원 2005.4.29. 선고 2002도 7262 판결 등.

⁹⁴ 대법원 2008.9.11. 선고 2006다 68834 판결 등.

사업보고서는 이사회 업무 담당부서가 임의로 회의록을 작성하고 보관하던 인장을 날인하여 이사회 결의가 있었던 것으로 서류를 작성하였던 사실을 지적하며, 이사회가 분식회계를 배재할 수 있는 내부통제시스템을 구축하지도, 그러한 사실이 발생하고 있는지에 대한 아무런 노력을 하지 않은 점을 근거로 이사들의 주의의무 위반을 판결하였다. 그러나 분식회계 당시 (주)대우의 이사회는 사내이사 11 명과 사외이사 2 명으로 구성되었으며, 2 명의 감사가 있었으나, 손해배상이 인정된 피고는 5 명의 이사, 감사 및 소명의 임원이었을 뿐이다. 고등법원은 피고 이사 1 명에 대해서는 분식회계 과정에 직접 관여한 사실이 없어, 책임이 없다고 판단하였고⁹⁵, 그에 대한 상고가 없어, 대법원은 관련 피고에 대한 판단을 하지 않았다. 그러나 대법원의 판결 논리를 사내이사 및 사외이사 모두에게 적용하였어야 할 것이며, 모든 이사들이 이사회가 개최되지 않는다는 사실을 인지하였어야 하고, 이사회 없이 재무제표 및 사업보고서들이 확정되고 공시되었다는 사실 역시 인지하였거나 인지하였어야 하는 사실로 보여져, 책임이 인정된 5 명의 사내이사 외 모든 이사들에게 배상 책임이 인정되었어야 한다고 판단된다. 대우 분식회계 사건과 같이, 법리상으로는 사내이사, 사외이사 구분없이 이사들의 주의의무를 인정하지만, 법원은 관련 업무 담당 이사 및 대표이사에 대한 주의의무 위반을 인정하면서도 이사회 개최조차 없이 발생한 사건 등에서 업무를 담당하지 않는 이사 및 사외이사에 대해서는 주의의무 위반을 인정하지 않는 경향이 있어 보인다.

한화에스앤씨 지분 매각건에서도 법원은 (주)한화 이사회가 그룹 경영기획실이 주도하여 준비한 정보만에 의존하여 한화에스앤씨 지분을 그룹 회장 장남에게 매각하기로 한 것에 대하여 기획실이 제공한 정보보고를 받은 것이 이사들의 경영판단에 필요한 관련 정보의 “수집·분석” 의무와 “정당한 절차” 의무를 이행하였다고 판단하였다. 법원은 한화에스앤씨가 자본잠식된 상태로 한화에 유상증자를 요청하였고 한화가 이를 거절하였다고 한화 이사회의 매각 결정의 정당성을 보여 주었다는 해석을 제시하였으나, 한화 이사회가 한화에스앤씨의 유상증자나 재정상태에 대한 검토, 논의 또는 결의 한 기록이 없다. 고등법원이 한화에스앤씨 지분 매수자인 그룹회장 장남이 거래 사실을 사전에 인지하지 못하였던 것을 지적하면서도, 회장이 직접 이익을 받지 않았다고 지분매각이 회장의 자기거래가

⁹⁵ 서울고등법원 2006.9.13. 선고 2006 나 14648 판결.

아니라고 판결한 것을 대법원이 자기거래라고 인정하였으나, 대법원 역시 이사회가 그룹 경영기획실이 기획하고 제시한 보고만을 근거로 당일 매각을 결의한 것이 이사들의 주의의무를 위반한 것이 아니라고 판단하였다. 한화가 한화에스앤씨 지분을 매각하기로 결정한 시점 당시 한화의 자본금은 약 9,000 억원이고 한화에스앤씨 지분을 약 20 억원에 매각하였는데, 그러한 자산의 관리자로서 적절한 주의를 기울인 이사들의 행동이었는지에 대한 사회 판단기준과 일치한다고 하기 어려워 보인다. 법원이 법에서 부과되는 주의의무와 충실의무를 적절하게 사내이사 및 사외이사 각각에게 요구하여야 주식회사의 지배구조가 개선될 수 있을 것이라고 판단된다. 특히 법원은 경영판단의 원칙을 경영판단에 필요한 정보의 수집과 검토 이후 이사들의 논의 및 결의과정에만 적용하고, 이해상충 상황에 적용되는 충실의무에는 적용하지 말아야 할 것이다.

6. 결론 - 법과 현실의 괴리 조율

법치주의 (rule of law)는 민주주의의 기반이다. 법치주의를 달성하기 위해서는 법과 현실의 괴리가 작아야 한다. 신도시의 다차선 넓은 도로 옆으로 상가들이 들어서 있으면서 주차장이 없다면, 교통법규가 도로변 주차를 허용하지 않는다고 하여도, 상가 고객들은 도로변에 주차를 할 것이다. 정부가 주차규정을 그대로 단속한다면, 사회 불만이 상승할 것이다. 법치주의의 원칙은 법과 현실의 괴리가 작아야 한다. 회사법 경우도 동일하다. 상법은 회사 경영권이 이사회에 있다고 지정하고 있지만, 지배주주가 경영권을 행사하고 있는 것이 현실이다. 기업집단이 경우, 지배주주의 비서실의 법적 근거가 없으나, 비서실이 존재하며 집단 소속 계열사들의 경영권을 행사하는 것이 현실이다.

지배주주의 사익행위를 견제하기 위하여 이사회 독립성을 보장하는 법 제도들이 도입되었으나, 이사회가 지배주주의 사익행위를 견제하는 회사은 찾기 힘든 것이 현실이다. 사외이사들이 지배주주를 견제할 수 있도록 회사와 지배주주와 이해관계가 없는 후보들에서만 사외이사를 임명하도록 법은 규정하고 있으나, 지배주주들이 사외이사 후보를 실제로 선택하고 있고 그 중 선출된 사외이사들이 지배주주의 사익이 개입된 경영안건에 대하여 독립된 검토 및 결의를 하는 못하는 것이 현실이다.

법은 이사들에게 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 요구하고 있지만, 법원은

경영판단의 원칙이라는 이사의 주의의무 이행여부에만 적용하는 미국 법리를 변경도입하여 이사의 주의의무의 전제조건인 판단에 필요한 자료 소집과 이해 과정에도 적용하고, 충실의무 위반 판단에도 적용하여 실제 이사들에게 부실 경영관리에 대한 책임을 부과하는 경우가 많지 않은 것이 현실이다.

상법 체제가 인정하는 이사회와 경영권과 지배주주가 경영권을 행사하는 현실의 괴리를 공정거래법은 대규모 기업집단의 지배주주를 동일인이라고 지정하고, 계열사들과 동일인 및 그의 특수관계인의 일정규모 이상의 거래를 증여관계로 간주하고 증여세를 부과하는 한편 그러한 거래를 금지하고 있다. 규정에 정의한 제한된 거래만을 일감몰아주기로 규제하고 있어, 규제 조건을 피해 설계한 거래는 당사자들의 실제 의도나 효과와 상관없이 일감몰아주기 규제 대상에 포함되지 않는 것이 현실이다.

결국 현 법체제가 지배주주 사익행위를 견제하려고 외국에서 도입한 제도 목록을 보면 국내 지배주주의 사익행위가 존재한다는 현실은 납득하기가 어려운 상황이다.

외국법리를 도입하면서 외국법 제도의 목적은 그대로 인정하면서 세부적 내용을 변경하여 실제 효과를 무디게 하거나, 집행과정에서 법의 취지와 일치하지 않게 법을 해석하여, 회사법의 목적과 현실에 괴리가 존재하게 되었다. 또는 대주주가 회사의 주인이라는 사회적 인식이 변하지 않고 있는 상황에서 회사의 경영권이 이사회에 있다는 법체제에 대한 사회적 교육과 정부의 일관된 법 집행이 부족하였다고 보인다.

회사법과 현실의 괴리를 축소하기 위하여, 이사들, 특히 사외이사들에 대한 회사법에 대한 교육이 필요하다. 또한 사외이사 후보 선정에 지배주주와 경영진의 개입을 차단하여야 한다. 사외이사 직위가 명예직이라는 개념을 바꿔야 할 것이다. 이사 본인들이 지배주주의 사익행위를 견제하여야 하는 임무이며 의무임을 인지하여야 할 것이다. 지배주주와 회사나 소액주주간 이해상충 상황 모두의 경우 지배주주, 경영진과 이사에 충실의무를 적용하여 그에 대한 검토 및 결의 과정과 내용이 공정할 것을 확인하여야 할 것이다. 경영진, 지배주주 및 이사들이 의무를 위반하였을 경우의 책임에 대한 교육이 필요하고, 위반시 그에 대한 책임을 부과하여야 할 것이다.

법원과 입법기관은 주의의무와 충실의무 관련 법규를 수정하여 경영진, 지배주주 및 이사들이 주의의무와 충실의무를 이행할 수 있고, 이행하도록 적절한 잣대를 제공하여야 할 것이다. 경영판단의 원칙은 미국과 동일하게 그 적용 범위를

조정하여야 할 것이다.

지배주주들의 경영권에 대해서는, 경영자로서의 노력과 기여를 인정하고, 그에 대한 적절한 대가를 지급할 방법을 추구하여야 할 것이다. 이사 또는 대표이사에 선출되는 것을 원하는 지배주주들은 상법에 의거하여 이어나 대표이사로 주총과 이사회에서 선임되어야 하며, 이사직을 원하지 않으면서 경영권을 원하는 지배주주는 이사회에서 경영진으로 고용되어야 하고 경영자로서 기여하는 결과에 따라 대가를 지급하되, 이어나 경영진으로 주의의무와 충실의무를 부과하도록 하고, 회사나 소액주주와 이행상충이 우려되는 경우에는 독립된 이사들의 공정한 검토와 결의를 요구하여야 할 것이다. 지배주주의 주주로서의 역할과 경영자로서의 역할을 사회적으로, 또한 이사회에서도 자연스럽게 분리하여 별도로 취급할 수 있게 되어야 할 것이다.