

법학평론 제4권 (2013. 12.), 140－185면

기업집단 내부거래 규제의 현황과 개선 방안

송창현·조종일·김남훈

법무법인 세종 변호사

I. 서론

2012년도를 기준으로 30대 대규모기업집단 소속 계열사들의 매출액 및 자산총액이 국내 기업들의 매출액의 37.4%, 자산총액의 36.2%에 이를 정도로¹⁾ 대규모기업집단은 우리 경제의 중추적 역할을 담당하고 있다. 기업집단은 수직계열화에 따른 효율성 증대와 사업다각화를 통한 이익 창출을 추구하고 거래비용의 내부화를 도모하는 과정에서 형성될 수 있다.²⁾ 특히 우리나라의 경우 과거 자본, 상품, 용역 시장이 미성숙한 상황에서 정부의 수출산업 장려와 대기업 육성책에 힘입어 기업집단이 형성되고 그 소속 회사들 간의 내부거래가 발생하였다.³⁾ 기업집단 소속 회사들 간의 내부거래는 효율성, 영업비밀의 보호, 규모의 경제를 추구하는 장점이 있으나, 최근 일감몰아주기 논란에서 볼 수 있듯이 지배주주⁴⁾ 일가로의 편법적인 부의 이전(wealth transfer), 시장 경쟁 저해, 소수주주 이익 침해, 경제력 집중의 문제를 발생시키기도 한다.⁵⁾

기업집단의 내부거래에는 이러한 장점과 부작용이 모두 내포되어 있으므로 사회경제적으로 바람직한 내부거래는 용인하되 지배주주의 사익추구나 비효율적인 내부거래는 억제하는 방향으로 법정책이 마련되어야 한다. 기업집단의 부당한 내부거래에 대하여 상법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’

1) 한국경제연구원, “30대 그룹 집단별 비금융업 기준 경제력집중도 추이”, 2013. 11. 19. http://www.keri.org/web/www/keridb_0201 (최종접속일 2013. 11. 25.). 매출 및 자산집중도는 공정거래위원회 대규모기업집단 정보공개시스템상의 비금융업 전계열사 자산합계 및 매출합계를 분자로, 한국은행 기업경영분석의 자산총계와 매출총계를 분모로 하여 산출하였다.

2) 김화진, “기업집단과 회사회배구조”, 기업지배구조리뷰 통권 제29호, 한국기업지배구조원 (2006. 11.), 2면.

3) 김현중, “한국 기업집단 소유지배구조에 대한 역사적 영향요인 고찰 및 시사점 연구”, 한국경제연구원(2012. 5.), 55면 이하.

4) 본 논문에서 ‘지배주주’는 최대주주 등 회사의 주요 경영사항을 결정하고 경영에 대한 지배력을 행사할 수 있는 주주를 의미하며, 공정거래법 제2조 및 동법 시행령 제3조에 따른 ‘동일인’ 또는 ‘기업집단의 총수’를 지칭한다. 따라서 본 논문에서는 문맥에 따라 지배주주와 그 친족을 ‘지배주주 일가’ 또는 ‘총수 일가’로 기술한다.

5) 김화진(주 2), 3면; 이지수·채이배, “회사사회유용 및 일감몰아주기 규제강화 방안”, 경제개혁리포트 2012-9호(2012. 5.), 17-18면; 국회 정무위원회, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(민병두의원 등 22인) 검토보고서, 2012. 9., 58면; 공정위 의결 제2007-504호, 2007조사0845(현대 글로벌스 사건); 공정위 의결 제2012-227호, 2012시감0470(SK C&C 사건) 등.

이라 한다), 상속세 및 증여세법(이하 ‘상증세법’이라 한다), 형법 등 여러 법령이 적용될 수 있으며, 이들 법령은 최근 수년간 경제민주화 논의에 편승하여 집중적인 입법개정이 이루어졌다.⁶⁾ 정책적으로 볼 때 바람직한 기업집단 내부거래와 그렇지 못한 것을 구분하여 규율하고 위반행위와 제재수단을 명확히 하여야 하는데 현행 법령과 제도가 이러한 요구를 충분히 반영한 것인지를 검토해 볼 필요가 있다. 이에 본 논문에서는 기업집단 내부거래의 특징과 규제의 필요성을 간략히 살펴보고(II장), 내부거래의 단계별 규제의 현황(III장)과 내부거래 규제의 한계 및 문제점(IV장)을 기술한 다음, 바람직한 내부거래 규제 방안에 대해 검토한다(V장).

II. 기업집단 내부거래의 특징과 규제의 필요성

1. 기업집단과 내부거래

상법을 비롯한 현행 법령은 원칙적으로 개별 기업을 단위로 한 규율체계를 취하고 있다. 현행 법령 중 기업집단에 관하여 명시적인 규정을 두고 이를 규제하는 대표적인 입법은 공정거래법이다. 공정거래법은 기업집단을 “동일한 인격체(법인이든 자연인이든)가 자본적 영향력(지분 소유)이나 인적 영향력(혈연관계)을 통하여 지배하는 수개의 회사의 집단”으로 정의한다.⁷⁾ 공정거래법에서 기업집단이

6) 우선 상법은 2011. 4. 개정 시 회사기회 및 자산의 유용금지 조항(제397조의2)을 도입하였고, 자기거래 승인범위에 이사의 특수관계인 또는 주요주주와 회사 간의 거래도 포함시켰다(제398조). 둘째, 공정거래법은 2012. 4. 1.부터 동일인이 단독으로 또는 동일인 친족과 합하여 발행주식 총수의 100분의 20 이상(과거에는 30%이 기준이었음)을 소유하고 있는 계열회사 등을 상대방으로 하여 회사의 자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 100분의 5 이상이거나 50억 원 이상(과거에는 10%, 100억 원이 기준이었음)인 대규모 내부거래를 하기 위하여는 미리 이사회 의결을 거친 후 공시하도록 하였다(동법 시행령 제17조의8 제2항 및 제3항). 특히 공정거래법은 제23조 제1항 제7호에 근거하여 부당지원행위를 규제하던 것에서 나아가 2013. 8. 13. 개정을 통해 특수관계인 등에게 부당한 이익이 귀속되면 행위 자체의 부당성에 대한 입증 없이 제재할 수 있도록 규정하였을 뿐만 아니라 지원객체에게 부당한 지원을 받거나 이익을 받지 않을 의무까지 부과하였다(개정 공정거래법 제23조의2, 제23조 제2항). 셋째, 상증세법은 과거에 정상거래비율(전체 매출액의 30%)을 초과하는 경우에 그 초과부분에 대하여 증여세를 부과하였으나, 2013. 1. 1. 개정을 통하여 과세대상에서 공제되는 거래액이 정상거래비율 전부에서 정상거래비율의 1/2(전체 매출액의 15%)로 축소되었다(상증세법 제45조의3). 위 규정들은 본 논문의 관련 부분에서 살펴보기로 한다.

라는 개념은 규제의 대상이 되는 일군(群)의 회사들 또는 특수관계인의 범위를 정하는데 사용되나, 기업집단 자체를 하나의 법적 인격체로 다루고 있지는 않다. 그런데 현실적으로 기업집단은 인적 자원과 물적 자원의 집합체로서 마치 하나의 경제적 단위인 것처럼 단일한 의사결정을 하고 공동 투자를 실행하는 등 사업활동을 수행하기도 하고,⁸⁾ 거래 상대방, 채권자나 일반 대중도 기업집단을 하나의 경제적 단위 내지는 의사결정 단위로 인식하는 경향이 있다.⁹⁾

기업집단은 공동의 지배 혹은 목적 하에 운영되므로 소속된 계열회사들 사이에 생산, 유통의 각 단계별로 전문적 분업이 이루어지거나 상품·용역 등의 내부거래가 발생할 수 있고,¹⁰⁾ 기업집단 공통 업무의 효율적 처리를 위해 하나의 독립된 계열회사로 설립하고 기업집단 소속 회사들이 해당 계열회사와 집중적인 거래를 하는 방식의 내부거래가 이루어질 수도 있다. 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 2013년도 분석 결과에 따르면, 대규모기업집단에 속한 계열회사 간의 내부거래로 발생한 매출액은 이들 기업집단의 전체 매출액의 12.30%에 이르며, 특히 광고·전산·부동산관리·물류업 등 특정 분야에 종사하는 계열회사의 내부거래로 인한 매출액은 이들 계열회사의 전체 매출액의 약 40%(물류업)~60%(SI업)에 육박할 정도로 매우 높은 것으로 파악된다.¹¹⁾ 특히 총수가 있는 기업집단의 내부거래 비율이 높게 나타나 과도한 내부거래 내지 일감몰아주기라는 지적이 있다.¹²⁾

7) 공정거래법 제2조 제2호, 동법 시행령 제3조.

8) 주요 대규모기업집단에서는 그룹 비서실, 전략기획실, 미래전략실 등의 그룹 조직을 통해 그룹 내부의 주요 의사결정을 하고, 이러한 의사결정에 따라 기업집단 소속계열회사간 상품, 용역, 자본 등의 거래, 인적 교류, 공동투자 등이 실행되는 것으로 알려져 있다.

9) 금융기관이 기업에 대출을 할 때 그 기업이 속한 기업집단 전체의 신용등급과 자력까지 고려하는 경우가 빈번하고, 합작투자 상대방을 물색할 때 거래 상대방인 회사뿐만 아니라 해당 회사가 속한 기업집단의 신용도 및 역량을 고려하는 등 실무상 기업집단을 하나의 경제적 단위로 인식하고 있다.

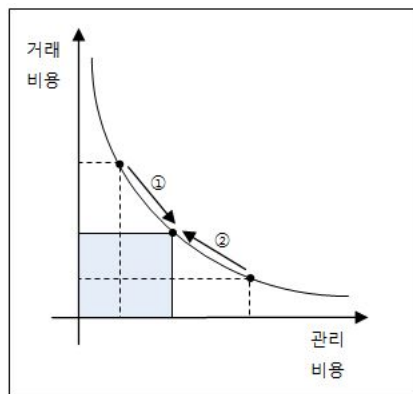
10) 기업집단 내부의 수직계열화 또는 전문화를 위해 부품사로부터 완제품 제조사가 부품을 공급받아 완제품을 제조하는 것을 대표적인 예로 들 수 있다.

11) 공정위, “2013년 대기기업집단 내부거래 현황 분석 발표”, 2013. 9. 4. <http://kftc.tistory.com/48> 37 (최종접속일 2013. 11. 25.).

12) 위의 자료 참조.

2. 기업집단 내부거래가 발생하는 요인

기업집단의 내부거래가 발생하는 대표적인 이유로 기업집단 단위의 비용 지출 최소화 등의 효율성 논리가 제시된다.¹³⁾ 기업집단 외부 제3자와의 거래를 같은 기업집단에 속한 계열회사 간의 거래로 내부화할 경우 협상 등 거래 비용을 줄일 수 있고 시장의 변화에 대응할 시간을 확보할 수 있는 장점이 있다(화살표 ①). 반면 거래를 내부화하는 경우 회사나 기업집단 규모가 비대화되어 관리비용은 증가할 수 있다. 따라서 아래 그림에서 제시하는 바와 같이 거래비용과 관리비용이 균형을 이루는 최적의 접점에서 기업집단 내부거래가 형성되면 기업집단 단위의 효율성을 달성할 수 있다. 또한 기업집단에 속한 회사가 내부거래를 통해 안정적인 공급처와 수요처를 확보하면 신규사업에 진출하거나 기존 사업을 확장함에 있어서 기업집단이 보유한 자금, 자산, 인력, 네트워크, 명성, 고객관계 등을 최대한 활용하여 경쟁력을 단기에 확보할 수 있는 이점도 있다.¹⁴⁾



<그림 1> 기업집단 내부거래에 따른 거래비용과 관리비용의 상관관계 I

13) 손영화, “기업집단내 내부거래에 관한 연구”, 상사법연구 제32권 제1호(2013), 163면; 신영수, “대규모기업집단의 부당내부거래 개선방안에 대한 검토: 일감몰아주기 문제의 접근방식과 규제개선 방향”, 한국공정경쟁연합회 논집 제163권(2012), 8면.

14) 조선일보, “현대캐피탈, 현대차 손잡고 해외 나갔더니… 작년 3575억 벌어”, 2013. 10. 22. http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2013/10/21/2013102103681.html (최종접속일 2013. 11. 25.). 최근에 현대캐피탈은 미국·중국·유럽 등에서 현대·기아자동차 판매가 늘어나면서 자동차 할부금융 실적을 끌어올린 것으로 보도된다. 즉, 현대캐피탈이 현대·기아자동차의 자동

이와 같이 기업집단은 내부거래를 통해 비용을 절감할 수 있고 안정적인 거래처를 확보할 수 있으며, 기업집단 전체의 신용과 명성에 기초하여 신규 사업으로의 진출, 기존 사업의 확장을 용이하게 함으로써 기업집단의 전체적인 이익과 효율을 추구할 수 있다. 우리나라의 경우 과거 산업화 과정에서 기업집단은 수직 계열화를 통한 생산 효율화를 도모하고, 외부 금융시장이 미성숙한 상태에서 기업집단 내부 자금을 활용한 성장 전략을 추구하면서 복잡한 지배구조와 내부거래가 형성된 역사적 배경도 있다.¹⁵⁾ 다만 과거 고도 성장기에 통용된 기업집단 내부거래의 불가피성과 순기능이 현재와 같이 자본시장이 고도로 발달하고 다수의 소수주주가 존재하는 개방경제 체제 하에서도 여전히 유효한지에 대해서는 신중한 검토가 필요할 것이다.

3. 기업집단 내부거래의 부작용

기업집단 내부거래는 긍정적인 측면뿐 아니라, 아래와 같은 문제점이 있을 수 있다. 내부거래가 전문화, 비용 절감 등의 효율성과는 무관하게 추진되거나 거래조건이 불공정하게 정해지거나 소수주주의 희생 하에 지배주주의 사익을 추구하는 부의 이전 거래로 악용되는 경우가 있는 것이다. 이에 부당내부거래를 엄격히 규제해야 한다는 주장이 여론의 지지를 얻어 관련법령의 입법에도 지속적으로 반영되고 있다.

가. 기업집단 지배주주의 사익추구로 인한 의사결정의 왜곡 우려

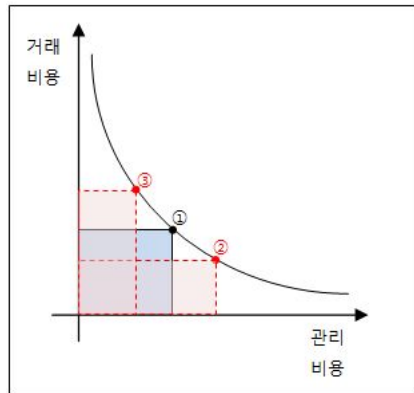
상품, 용역 등의 거래를 기업집단에 내부화함으로써 i) 절감되는 거래비용보다 증가하는 관리비용이 더 크거나(아래 ②지점), ii) 거래비용이 오히려 증가함에도 불구하고(아래 ③지점), 지배주주가 자신의 사적인 이익을 추구하기 위하여 내부거래를 하는 경우가 있을 수 있다. 가령 기업집단 소속의 다수 계열회사들이 기업집단 외부의 제3자와 거래를 할 경우 지불하여야 하는 비용보다 더 큰 비용

차 고객을 상대로 자동차 구매 할부금융 서비스를 제공해 상당한 영업실적을 얻은 것이다. 이는 계열회사가 기업집단의 네트워크 등을 활용하여 단기간에 신규 시장에 진출하고 경쟁력을 확보한 대표적인 예라고 할 수 있다.

15) 김현중(주 3), 55면 이하.

을 지불하면서도 지배주주 또는 그의 친족의 지분율이 높은 계열회사와 거래하는 사례를 들 수 있다.¹⁶⁾ 공정위의 통계자료에 의하면 i) 지배주주 직계비속의 지분율이 50% 이상인 계열회사는 내부거래 비중이 50%를 상회하며, ii) 특히 비상장회사의 경우 총수일가 지분율이 20% 이상인 계열회사의 내부거래 비중은 47.38%로서 총수일가 지분율이 20% 미만인 계열회사의 내부거래 비중인 24.46%에 비해 약 2배나 높게 나타나는 바,¹⁷⁾ 이러한 실정으로 인해 내부거래의 공정성에 대한 의심이 야기된다. 지배주주의 사익을 위한 내부거래는 기업집단 내부 자원 배분을 왜곡하고, 사회적 산출물의 총량을 떨어뜨려 비효율적일 뿐만 아니라 공평의 관점에서도 용인되기 어렵다. 요컨대, 부당내부거래는 사회경제적으로 비효율적일 뿐만 아니라 계열회사 간 부당한 부의 이전을 통해 소수주주의 희생에 지배주주의 이익을 추구하는 위법행위이므로 사전 감시와 사후 제재를 통해 억제되어야 할 것이다.

한편, 기업집단 단위의 비용을 최소화하는 효율적인 기업집단 내부거래라고 하여도(위 ①지점), 지배주주 또는 그의 친족이 이러한 내부거래에 편승하여 이익을 취득하는 경우¹⁸⁾가 있을 수 있다. 즉, 기업집단 전체적으로 보아 비용절감의



<그림 2> 기업집단 내부거래에 따른 거래비용과 관리비용의 상관관계 II

16) 공정위 조사를 통해 밝혀진 “현대자동차 기업집단 소속 계열사들의 현대글로비스에 대한 부당지원행위”, “SK기업집단 소속 계열사들의 SK C&C에 대한 부당지원행위”, “신세계 기업집단 소속 계열사들의 신세계SVN에 대한 부당지원행위”가 대표적인 사례들이다.

17) 공정위(주 11) 참조.

18) 기업집단 소속 계열사들이 제3자와의 거래 시와 동일한 가격으로 현저한 규모의 물량을 총

경제적 효율성이 있더라도, 지배주주가 이 기회를 이용하여 내부거래를 통해 영업이익률을 높이고, 현금흐름이 귀속되는 비상장회사 지분의 다수를 확보하여 고액의 배당을 받거나 추후 이를 상장하여 차익을 누리는 경우가 있을 수 있다. 이에 대해서는 기업집단 전체에 유보될 수 있는 경제적 부를 지배주주 개인에 귀속시킨 것이며,¹⁹⁾ 지배주주가 위와 같이 유출된 현금 등의 부를 이용하여 다시 계열회사의 지분을 매수함으로써 지배주주의 기업집단에 대한 지배력 집중을 강화한다는 비판을 할 수 있다. 이러한 문제의식 하에 최근 수년간 자기거래 금지, 기회유용 금지, 일감몰아주기 규제, 증여세 부과 등이 입법에 반영되었다.²⁰⁾

나. 계열회사 간 이해상충 거래의 우려

기업집단은 내부거래를 통해 기업집단 단위의 비용을 최소화하거나 기업집단 차원에서 새로운 사업 분야의 경쟁력을 강화할 수는 있지만, 그 과정에서 일부 계열회사가 손해를 입을 수 있다. 예컨대 A사가 제3자와 거래할 때와 비교하여 계열회사인 B사와 거래할 때에 i) A사의 거래 비용은 오히려 증가하지만, B사의 거래 비용 감소의 폭이 더 크기 때문에 기업집단 전체의 거래 비용은 감소하는 경우가 있을 수 있고, 또한 ii) A사의 거래 비용은 오히려 증가하였지만 이로 인하여 새로운 사업 분야를 담당하는 B사의 경쟁력이 강화되는 경우가 있을 수 있다.²¹⁾

특히 우리나라의 대규모기업집단은 소유와 지배의 괴리도가 높은 것으로 알려져 있다.²²⁾ 소유와 지배의 괴리도가 높다는 것은 지배주주의 기업집단에 대한

수일가가 지분을 많이 보유하고 있는 계열사에게 몰아주는 형태의 ‘일감몰아주기’가 그 예이다.

19) 총수가 그러한 계열회사의 지분을 대량 확보함으로써 인하여 배당이 촉진되는 현상이 존재함을 부인하기는 어려워 보인다.

20) 상법 제398조, 제397조의2, 공정거래법 제23조의2, 상증세법 제45조의3 등(주 6 참조).

21) “현대자동차 기업집단 소속 계열사들의 현대글로벌비스에 대한 부당지원행위” 사례에서 현대글로벌비스는 현대자동차 기업집단의 일감몰아주기에 힘입어 불과 2년 만에 물류업 시장에서 2위 사업자로, 그리고 불과 4년 만에 물류업 시장에서 1위 사업자로 성장하였다.

22) 공정위, “2013년 대기업집단 주식 소유현황 정보공개”, 2013. 5. 30. http://www.ftc.go.kr/news/policy/competeView.jsp?news_no=1829&news_div_cd=1 (최종접속일 2013. 11. 25.). 2012년을 기준으로 ‘총수 있는 대규모기업집단의 경우’ 총수의 기업집단 전체지분에 대한 지분율은 4.36%(상위 10대 대규모기업집단의 경우에 그 지분율은 0.94%)에 불과한바, 총수가 4.36%(혹은 0.94%)의 지분율로 전체 기업집단을 지배하므로 ‘소수지분으로 지배권을 행사하는 주주(controlling minority shareholder)’로 볼 수 있다.

자본 출연 비율(지분)이 극히 낮은 반면 지배주주와 이해를 달리하는 소수주주들의 수가 상당히 많다는 것을 의미하고,²³⁾ 지배주주의 지분비율이 높은 계열회사에 유리한 내부거래를 할 유인이 존재하게 된다.

다. 시장경쟁 저해 및 사회 전체 후생의 저하 위험

기업집단은 내부거래를 통해 공정한 시장경쟁을 저해하거나 기업집단 외부 사회 전체의 후생을 떨어뜨릴 수 있다. 예컨대 기업집단 내부거래를 통해 혜택을 입는 기업집단 소속 회사는 그 자체적인 생산 효율이 낮음에도 불구하고 생산 효율이 더 높은 다른 사업자와의 경쟁에서 비교 우위를 확보할 수 있으므로 시장에서 도태되지 아니하고 존속할 수 있고, 경우에 따라서는 단기간에 유력한 사업자로 급부상하여 경쟁 사업자를 시장에서 위축시키거나 도태시킬 위험이 있다. 또한 기업집단의 수요를 기업집단 내부에서 해결함으로써 인하여 기업집단에 속하지 아니한 기업의 사업진출 기회 자체를 봉쇄하여 결과적으로 관련 시장의 경쟁을 저해하고 독점력을 이용한 가격 등 불공정한 거래조건을 설정함으로써 소비자 후생을 떨어뜨릴 수 있다.²⁴⁾

4. 내부거래 규제의 접근 방법

지배주주 일가가 지배하는 기업집단의 경우, 그 소속 계열회사들은 지배주주에게 이익이 되는 내부거래를 할 유인이 많고 반대로 기업집단의 지배자에게 불이익이 되는 내부거래를 할 가능성은 적다. 실제 기업구조 조정이나 재무구조 개선을 위해 지배주주가 사재(私財)를 출연하는 경우가 아닌 한, 지배주주에게 불리한 내부거래가 행해진 사례는 찾아보기 어렵다. 따라서 기업집단 내부거래 중 지배주주가 불이익을 입는 거래에 대한 입법정책적 관심이나 규제의 필요성은 상대적으로 떨어진다.

23) 천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, BFL 제59호(2013), 8면. 반면에 미국, 유럽, 일본 등의 경우 상위에 있는 지배회사만 상장회사이고, 그 종속회사들은 지배회사의 완전자회사이거나 지배회사가 100%에 가까운 지분을 보유한 자회사가 대부분이라고 한다.

24) 공정거래법 등 경쟁법에서 기업집단의 부당내부거래를 규율하는 주된 근거가 되며, 실제 최근 수년간 부당내부거래 규제 입법이 활발히 진행되었다.

결국 지배주주에게 이익이 되는 거래의 통제에 입법정책적 관심이 집중될 수밖에 없는데, 이러한 내부거래의 유형을 단순화하여 구분하면 아래 표와 같이 정리할 수 있다.²⁵⁾

유형	A계열회사	B계열회사	기업집단	지배주주
1 ²⁶⁾	O*	O	O	O
2 ²⁷⁾	O	X**	O	O
3 ²⁸⁾	O	X	X	O
4	X	X	X	O

*O: 기업집단 내부거래를 통한 이익의 발생

**X: 기업집단 내부거래를 통한 손해의 발생

<표 1> 기업집단 내부거래에 의한 손익의 귀속에 따른 유형화

한편 관련법령별로 추구하는 정책적 목적이 다르므로 내부거래에 대한 규제 수준에 차이가 있을 수 있다. 이하에서는 위 각 유형의 거래에 대해 상법과 공정거래법이 취하고 있는 태도를 간략히 살펴본다.

가. 상법의 접근 방법

우선 3과 4 유형의 경우 기업집단 전체 및 계열회사의 이익이 침해되고 지배주주에게만 이익이 귀속되므로 허용될 수 없다는 점은 쉽게 수긍할 수 있을 것이다. 반면 1 유형의 경우 거래당사자, 기업집단 중 누구에게도 손해가 발생하지 않고 경제적 가치를 창출하는 행위이므로 회사법적 관점에서는 이를 제한할

25) 송옥렬, “기업집단 부당내부거래 규제의 법정정책 이해”, 서울대학교 법학 제46권 제1호 (2005), 227면. 위와 같은 분류는 기업집단 내부거래의 규제 방향을 검토함에 있어서 유용한 출발점이 된다.

26) 이른바 ‘일감몰아주기’는 1번 내부거래의 전형적인 예로서, 전항에서 전술한 ‘내부거래를 통하여 기업집단 단위의 비용을 최소화하였음은 인정되지만 지배주주 또는 그의 친족이 이러한 내부거래에 편승하여 이익을 취득하는 경우’에 해당할 수 있다.

27) 전항에서 전술한 ‘특정 계열회사에게 손해를 감수할 것을 요구하는 현상’은 2번 내부거래에 해당할 것이다.

28) 전항에서 전술한 ‘지배주주 또는 그 친족의 사익 추구로 인한 기업집단의 의사결정 왜곡 현상’은 특히 3번 및 4번 내부거래에 해당할 경우가 많을 것이다.

이유를 찾기 어렵다.

한편 2 유형의 경우 계열회사 간의 이해가 상호 대립하기는 하나 전체적으로 보아 기업집단의 이익을 도모할 수 있으므로 이를 허용할 것인지에 대하여는 논란이 있을 수 있다. 2 유형의 내부거래를 허용하자는 주장의 논거²⁹⁾로는, i) 전체적으로 보아 기업집단에게 이익을 주고 사회 전체의 후생을 증가시키므로 금지할 이유가 없고, ii) 각 계열회사는 실질적으로 동일한 거대 회사의 한 사업부와 같이 기능하므로 내부거래를 제한할 필요가 없으며, iii) 기업집단 전체에 이익을 주고 이러한 이익은 다른 계열회사에게도 배분될 수 있으므로 중국적으로는 다른 계열회사에게도 이익이 되는 거래라는 점을 들 수 있다. 반면 2 유형의 내부거래를 반대하는 논거로는, i) 전체적으로 보아 기업집단에 이익이 되는 행위인지 여부를 판단한다는 것은 쉽지 않고, ii) 기업집단 전체 이익의 증가가 사회 전체의 후생의 증가로 이어진다고 단정하기 어려우며, iii) 내부거래를 통해 기업집단 전체에게 이익이 발생한다고 하여도 이러한 이익이 다른 계열회사에게도 중국적으로 배분된다고 단정하기 어렵고,³⁰⁾ iv) 기업집단 전체 이익의 증가나 사회 전체 후생 증가를 이유로 어느 일방 회사(특히 소수주주가 존재하는 회사)가 불이익을 받는 것을 정당화하기는 어렵다는 점을 들 수 있다.

상법은 기본적으로 개별 회사 차원의 손익을 기준으로 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무(이하 '선관의무'라 한다)를 판단하므로 2 유형의 내부거래도 B사의 입장에서는 이익의 침해가 있는 것이어서 선관의무 위반에 의한 규제대상이 된다. 따라서 위 2~4 유형의 내부거래를 통해 회사에 손해를 입힌 이사들은 연대하여 회사에 손해배상책임을 지며, 해임 사유가 될 수 있고, 고의가 인정될 경우 그 위반의 방법과 정도에 따라 배임 등의 형사상 책임을 질 수도 있다. 따라서 현행법 체계로는 기업집단의 이익을 내세워 선관의무 위반이 아니라고 주장하기 어려우므로, 독일 콘체른법³¹⁾을 참조하여 현행법을 보완할 필요가 있다

29) 송옥렬(주 25), 227-255면 참조.

30) 대법원은 “회사의 이사가 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대 하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다.”라고 판시(대판 2001. 1. 14, 2007다35787)하였는바, 이에 의할 때 2 유형도 선관의무 위반을 피할 수 없다.

는 의견³²⁾도 제시되고 있다.

나. 공정거래법의 접근 방법

상법이 개별 경제주체 단위의 손익 여부를 기준으로 위 1~4 유형의 내부거래를 규율하는 것과는 달리 공정거래법은 기본적으로 내부거래가 ‘시장에서의 경쟁을 저해하는지 여부’를 기준으로 규율하는 입장을 취한다. 기업집단의 내부거래가 개별기업이나 기업집단 차원에서는 효율적이라고 하여도 시장에서의 경쟁을 저해하거나 경제력 집중의 효과가 있는 경우에는 경쟁법적 관점에서 제한하게 된다. 다만 현행 공정거래법과 그 부속법령, 이에 기초한 실무 관행이 ‘시장에서의 경쟁을 저해하는 내부거래’와 ‘시장에서의 경쟁을 저해하지 않는 내부거래’를 명확히 구별할 수 있는 구체적인 기준을 제시하고 있는지에 대해서는 지속적인 검토와 평가가 필요하다.³³⁾

앞서 살펴본 바와 같이 상법은 기본적으로 위 1 유형의 내부거래에 대해서는 규제 측면의 관심이 적다. 반면 공정거래법은 경쟁제한성의 관점에서 접근하

31) 독일 콘체른법에 대한 상세 설명을 둔 글로는 송옥렬, “기업집단에서 계열사 소액주주의 보호”, BFL 제59호(2013), 24-28면; 조지현, “주식콘체른에서 종속회사의 소수주주보호”, 상방법연구 제24권 제1호(2005), 37-68면 등을 들 수 있다.

32) 김건식·노혁준, “지주회사의 운영과 회사법: 총론적 고찰”, 지주회사와 법 보정판, 소화, 2008, 291-320면 참조. 한편 송옥렬(주 31), 37면은 기업집단법이나 기업집단의 특례를 들 것은 아니고 현재 상법상의 제도를 보완하여 운영하는 것이 바람직하다는 입장이다.

33) 실제로 기업집단 내부거래에 관하여 일단 지원행위성(가격 등 거래조건의 유리함)이 인정되면 경쟁제한성은 거의 인정되고 있다. 지원행위성이 인정됨에도 불구하고 경쟁제한성이 부정되는 사례는 매우 예외적이며 아래 5건 정도이다.

피심인 (위원회 조치일)	지원객체	지원행위 내용	판결결과
삼성 SDS (1999. 10. 28.)	이재용, 이부진, 이서현, 김인주 등 6인	신주인사권부사채 발행	패소(2004. 9. 24.) -부당성 입증 못함
현대택배 (2001. 1. 19.)	정몽헌	실권주 저가 배정	패소(2005. 1. 27.) -부당성 입증 못함
삼성생명보험 (2001. 1. 31.)	이재용	주식 우회 매매	패소(2006. 8. 24.) -부당성 입증 못함
LG화학 (2001. 1. 15.)	구본준 등 23인	주식 저가 매각	패소(2007. 10. 26.) -부당성 입증 못함
두산산업개발 (2007. 3. 15.)	박용성 등 28인	대출금 이자 무상대납	패소(2009. 9. 24.) -부당성 입증 못함

므로 위 2~4 유형의 거래뿐만 아니라 1 유형의 거래도 공정거래법상 규제 대상이 될 수 있다. 특히 최근 공정거래법 개정(2014. 2. 14. 시행되는 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 후의 것을 의미하며 이하 ‘개정 공정거래법’이라 한다)으로 도입된 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 금지)는 행위 자체의 부당성 내지 경쟁제한성과 관계없이 1 유형의 내부거래도 심사대상에 포함시키고 있다. 상법과 공정거래법은 규제 배경과 목적이 다르므로 규제대상과 범위가 다를 수도 있겠으나, 일응 경제적 부를 창출하는 1 유형의 거래를 규제하기 위해서는 경쟁법적 관점에서 이를 규제해야 하는 사유가 분명하여야 하고, 그 기준도 명확하여야 한다. 규제 기준이 명확하지 않으면 경쟁사의 전략적 고발, 정부기관의 조사에 대한 대응, 과징금 부과, 시정조치, 제재 공표로 인한 명성과 신용 저하 등을 우려하여 사회경제적으로 바람직한 내부거래 자체를 미리 포기, 억제하는 부작용을 낳을 수 있기 때문이다. 개정 공정거래법 조항에 대한 상세 평가는 이하 IV. 3.에서 다루기로 한다.

Ⅲ. 기업집단 내부거래에 대한 규제 현황

1. 개요

회사가 제3자(혹은 기업집단 소속 계열회사)와 어떠한 거래 행위를 할 때 일반적으로 i) 내부적인 의사 결정, ii) 계약의 체결, iii) 계약의 이행(거래의 실행) 단계를 거치고, iv) 실행된 거래에 대해 사후적인 평가가 이루어질 수 있다. 분석의 목적상 이러한 거래의 단계적 구조에 따라 법령상의 규제를 단순화하면,³⁴⁾ i) 의사결정 기구에 대한 규제(내부적인 의사 결정 단계), ii) 거래 사실의 공시에 대한 규제(계약의 체결 단계), iii) 거래 내용의 공정성에 대한 규제(계약의 이행 단계), iv) 부적법한 내부거래에 대한 규제(사후적인 평가 단계)로 나눌 수 있다.³⁵⁾ 이하

34) 각 단계별로 기술되는 법률상 규제는 해당 단계에만 국한되지 않고 사전, 사후 행위에도 적용될 수 있으나, 검토를 유발하는 시점 내지 주된 검토 대상을 고려하여 분석의 편의상 단계 구분을 한다.

35) 상장회사의 특수관계인을 위한 신용공여금지(상법 제542조의9), 상호출자제한기업집단 소속

에서는 기업집단 내부거래에 대한 현행 법령상의 규제를 위 각 단계에 따라 살펴보기로 하며,³⁶⁾ 논의의 집중을 위하여 일감몰아주기 등으로 논란이 되고 있는 기업집단 내부의 상품·용역거래에 한정하여 검토한다.

2. 기업집단 내부거래에 대한 단계별 규제³⁷⁾

가. 내부적인 의사 결정

구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것)은 회사가 ‘이사’와 자기거래를 하고자 할 경우에는 이사회에 승인을 받도록 하였다. 동 규정의 해석상 거래의 상대방에는 ‘이사가 대표이사를 겸직하고 있는 회사’가 포함되었으나, 이사의 겸임이 없는 계열회사의 관계에 있는 회사와 거래를 하고자 하는 경우는 자기거래의 대상에 포함되지 않았다. 그런데 2012. 4. 15.부터 시행된 개정 상법은 기존 이사의 자기거래에 대한 제한 범위를 확대하여 이사뿐만 아니라, 주요주주³⁸⁾ 및 주요주주와 친족 또는 직·간접적 지분관계에 있는 자와 회사가 거래를 하려고 할 때에는 사전에 이사 2/3 이상의 이사회 승인을 얻도록 하였다(상법 제398조).³⁹⁾ 특히 개정 상법은 이사회의 승인을 요하는 거래 상대방의 범위를 확대

회사의 계열회사에 대한 채무보증금지(공정거래법 제11조)와 같이 절대적으로 금지된 내부거래의 유형도 존재하나, 법령에 따라 직접적으로 금지되는 행위는 본 논문의 검토 범위에서 제외하고, 상품·용역거래를 중심으로 검토한다.

36) 각 단계별로 이루어지는 규제는 하나의 제도가 독립적인 논문의 주제가 될 수 있을 정도로 많은 논점이 포함되어 있는 경우가 있으므로 본 논문에서는 지면의 한계를 고려하여 현행 내부거래 규제의 문제점을 파악할 수 있는 범위 내에서 간략히 검토한다.

37) 이하 소개하는 규제 외에도 특별한 규정을 두어 대주주 또는 대주주의 특수관계인 등과의 거래에 대하여 통제하는 법령도 있다. 특히 금융회사의 경우 다수 대중으로부터 금융자산을 예치받아 그 자금을 운용하여 수익을 얻는다는 점에서 일반 기업보다 강한 규제를 받는다(예컨대 은행법 제34조 이하, 보험업법 제111조 등). 다만 이러한 규제들은 일반적인 내부거래에 대한 통제, 특히 상품·용역거래에 대한 통제와는 규제의 배경, 규제 대상이 되는 행위 등에 차이가 있으므로 본 논문의 검토 범위에서 제외한다.

38) 의결권 있는 발행주식총수의 10% 이상을 소유하거나, 이사, 집행임원, 감사의 선임과 해임 등 회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주를 말한다(상법 제542조의8 제2항 제6호).

39) 상법 제398조에 따라 이사회의 승인을 받아야 하는 범위는 아래와 같다.

1. 이사 또는 주요주주
2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속
3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속

하여, 주요주주가 단독으로 또는 일정 범위의 친족과 함께 발행주식 총수의 50% 이상을 가진 회사 및 그 자회사 등과의 거래에 대해서도 이사회의 승인을 받도록 요구함으로써 승인대상인 계열회사 거래의 범위를 확대하였다.

또한 자산총액 2조 원 이상인 상장회사의 경우에는 회사가 최대주주 및 그 특수관계인 등과 i) 단일 거래규모가 자산총액 또는 매출총액의 1%(금융기관의 경우 자산총액의 1%) 이상 또는 ii) 특정인과의 연간 거래총액이 자산총액 또는 매출총액의 5%(금융기관의 경우 자산총액의 5%) 이상인 거래를 하려는 경우에는 이사회의 승인을 받아야 한다(상법 제542조의9 제3항).

한편 공정거래법에서는 상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 공정거래법상 동일인이 단독으로 또는 동일인의 친족과 합하여 발행주식 총수의 20% 이상을 소유하고 있는 계열회사 또는 그 계열회사의 상법상 자회사(이하 ‘동일인출자 계열회사 등’이라 한다)와 분기당 자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 5% 이상 또는 50억 원 이상의 상품 또는 용역을 제공 또는 거래하는 경우에는 미리 이사회의 의결을 거치도록 하고 있다(공정거래법 제11조의2, 동법 시행령 제17조의8).⁴⁰⁾

나. 내부거래의 공시

주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 외부감사대상법인의 경우 매 회계연도에 대한 감사보고서를 공시하여야 하고, 주권상장법인 및 자본시장법상 사업보고서 제출대상법인의 경우에는 분기·반기 보고서 및 사업보고서를 공시하여야 하며(자본시장법 제159조, 제160조), 자본시장법이 정하는 중요 사건이 발생한 경우 이에 대한 주요사항보고서를 제출하여야 한다(자본시장법 제161조). 위 공시사항들 중 분기·반기 보고서 및 사업보고서에는 상품·용역거래 중 최근 사업연도 매출액의 5% 이상에 해당하는 단일거래 또는 1년 이상의 장기공급계약과 관련된 내용을 기재하도록 하고 있으나(기업공시서식 작성기준 제10-1-3조), 그 외에

4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 50% 이상을 가진 회사 및 그 자회사

5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 50% 이상을 가진 회사

40) 공정거래법 시행령 제17조의8 제3항 제1호, 제2호. 다만 동일인이 자연인이 아닌 기업집단인 경우와 지주회사의 자회사, 손자회사와 증손회사의 경우에는 위와 같은 규제가 적용되지 않는다.

는 회사의 전반적인 상황에 대하여 기재할 뿐 구체적인 거래의 내용에 대해서는 공시를 하지 않는다. 따라서 사업보고서 제출 대상 법인이 아닌 회사 또는 사업보고서 제출 대상 법인이라고 하더라도 연간 매출액의 5% 미만으로 계열회사와 거래하는 경우에는 내부거래의 내역이 외부에 공개되지는 않는다.

다만 공정거래법에서는 위 가.에서 검토한 바와 같이 회사가 동일인출자계열회사 등과 일정 규모 이상의 상품·용역거래를 할 때에는 이사회 결의 후 거래의 목적 및 대상, 거래의 상대방, 거래의 금액 및 조건, 거래상대방과의 동일 거래 유형의 총거래잔액 등을 공시하도록 정하고 있으며(공정거래법 제11조의2, 동법 시행령 제17조의8 제4항), 상호출자제한기업집단에 속하는 회사로서 직전 사업연도 말일 현재 자산총액이 100억 원 이상인 회사는 사업기간(상장회사는 사업분기, 비상장회사는 사업연도)동안 계열회사(동일인출자계열회사 등에 한정되지 아니함)와 이루어진 상품 또는 용역의 거래금액이 그 사업기간 매출액의 5% 이상이거나 50억 원 이상인 경우 그 거래내역을 공시하여야 한다(공정거래법 제11조의4, 동법 시행령 제17조의11).

한편 일반 대중에게 공시하도록 한 것은 아니지만, 상법은 앞서 본 바와 같이 상장회사가 이사회 결의를 거쳐 최대주주 등과 일정 규모의 거래를 할 때에는 다음 정기주주총회에서 해당거래의 목적, 상대방 등을 보고하도록 정하고 있다(상법 제542조의9 제4항). 이 역시 일반 주주에 대한 보고를 의무화함으로써 사후 공시의 기능을 하고 있다.

다. 거래내용의 공정성

내부거래는 이사회 승인 등의 절차가 요구될 뿐만 아니라 거래조건 등 내용의 공정성이 확보되어야 한다. 이사들은 회사에 대하여 선관의무를 부담하므로 이사들이 최선의 노력을 다해 내부거래의 조건을 협상, 체결, 이행한다면 거래내용의 공정성을 확보할 수 있을 것이다. 개정 상법 제398조는 이사 등과의 자기거래에 대하여 “그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.”라는 요건을 신설하여 자기거래에 내용의 공정성이 요구됨을 분명히 하였다. 따라서 이사들은 회사와 거래를 하거나, 회사와 주요주주 등과의 거래에 대한 승인 시 거래조건과 절차가 공정한지를 신중히 검토하여야 한다.⁴¹⁾

한편 공정거래법은 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 상품, 용역 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 ‘부당지원행위’로서 금지한다(공정거래법 제23조 제1항 제7호).⁴²⁾ 즉, 회사가 특수관계인과 상품·용역거래를 하면서 상대방에게 유리한 조건으로 거래하여 시장의 경쟁을 저해하는 것은 금지된다. 특히 2014. 2. 14. 시행을 앞둔 개정 공정거래법은 위 ‘부당지원행위’를 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 상품, 용역 등을 제공하거나 ‘상당히’ 유리한 조건으로 거래함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 개정하여 거래의 공정성의 기준을 ‘현저히’에서 ‘상당히’로 변경하였으며(개정 공정거래법 제23조 제1항 제7호), 지원을 받는 특수관계인 또는 회사가 위와 같은 부당한 지원을 받는 것을 금지하여(개정 공정거래법 제23조 제2항) 거래의 양 당사자에게 지원행위를 하지 않을 의무뿐만 아니라 지원행위를 받지 않을 의무까지 부과하였다.⁴³⁾ 또한 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 동일인이나 그 친족 또는 그들이 일정 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 상당히 유리한 조건으로 거래하는 등의 방법으로 동일인이나 그 친족에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위 역시 허용되지 않는다(개정 공정거래법 제23조의2).⁴⁴⁾

41) 권윤구, “이사 등의 자기거래”, 주식회사법대계 제Ⅱ권, 법문사, 2013, 713면; 천정훈, “개정 상법상 자기거래 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 저스티스 통권 제131호(2012), 88면.

42) 위 조항 자체는 반드시 특수관계인과의 거래 등 내부거래에 대해서만 적용될 수 있는 것은 아니고 그 외의 거래도 적용대상으로 하나, 현재까지 공정위에서 부당지원행위로 규제한 사례는 대부분 기업집단의 내부거래와 관련된 것이다.

43) 이와 같이 거래당사자에게 지원행위를 받지 않을 의무를 부과하는 것은 지원을 받는 당사자의 입장에서는 자신에게 가장 유리한 거래를 하지 않을 의무를 부과하는 것으로서 적절한 입법인지는 의문이다. 이에 대해서는 IV. 2. 나.에서 상세히 검토한다.

44) 2013. 10. 2. 입법예고된 공정거래법 시행령은 금지규정이 적용되는 기업집단의 범위를 자산총액 5조 원 이상의 동일인이 자연인인 상호출자제한기업집단으로, 금지규정이 적용되는 거래 상대방의 범위를 동일인이 발행주식 총수의 30% 이상을 보유한 상장계열회사 또는 20% 이상을 보유한 비상장계열회사로 정하고 있다. 또한 특수관계가 없는 독립된 자 간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 7% 미만이고, 거래당사자 간 연간 총 거래금액이 200억 원(상품·용역거래의 경우) 미만이면 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 하였다.

라. 사후적인 통제

사전적으로 경제행위 주체의 행위를 규제하는 각종 제도를 갖추어 두었다고 하더라도 그러한 규제가 제대로 작동하기 위해서는 사후적 감시와 평가를 통해 위반 사실을 적발하고 그에 대한 적정 수준의 제재가 내려져야 한다. 위반행위의 적발 확률과 제재수단의 집행력이 높을수록 사전 단계에서 위반의 동기나 유인을 효과적으로 억제할 수 있다. 통상 이사가 실행한 위반행위의 효과는 회사에 귀속되므로 회사와 그 이사 중 누구를 어떻게 제재하는지에 따라 법령 위반의 유인이나 동기에 상당한 영향을 줄 수 있다. 현행 법체계에서 부당내부거래의 당사자인 회사와 내부거래 행위를 실제로 실행한 이사에 대해 어떠한 사후적 제재를 부과하는지 간략히 살펴본다.

1) 내부거래 당사자인 회사에 대한 제재

부당내부거래를 통하여 특수관계인에게 이익을 제공함으로써 경쟁을 저해하는 행위는 부당지원행위로서 공정거래법에 따라 금지되고, 그러한 지원행위를 한 회사(지원주체)에 대해서는 관련매출액⁴⁵⁾의 5%의 범위 안에서 과징금이 부과될 수 있다(공정거래법 제24조의2). 또한 지원주체는 부당지원행위의 중지 및 재발 방지를 위한 조치, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정조치를 받을 수 있다(공정거래법 제24조). 한편 개정 공정거래법에 의하면 지원을 받은 회사(지원객체) 역시 지원을 받지 않아야 할 의무를 부담하며, 부당지원행위에 대해 과징금이 부과되고 시정조치의 대상이 될 수 있다(개정 공정거래법 제23조 제2항, 제24조, 제24조의2).

2) 구체적인 행위자에 대한 제재

이사의 업무집행으로 인하여 회사에 손해가 발생하고 그 손해가 이사의 법령, 정관의 위반 또는 임무 해태로 인한 경우 관여 이사들은 연대하여 회사에 그 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항). 이는 부당내부거래에도 적용되므

45) 공정거래법 시행령 제9조 제1항. 공정거래법상 관련매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말한다.

로 내부거래와 관련하여 이사의 주의의무 위반이 있었고, 그로 인해 회사에 손해가 발생하였다면 그 거래에 관여한 이사들은 연대하여 회사에 대한 손해배상책임을 부담한다. 이사의 업무집행행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 이사회 결의에 찬성한 이사도 손해배상의 책임을 지므로(상법 제399조 제2항), 법령상 이사회 승인이 요구되는 내부거래 승인에 관여한 이사들은 손해배상책임을 지게 된다. 또한 이사는 위법한 업무집행을 이유로 주주총회(혹은 사원총회)에서 해임될 수 있다.

기업집단 내부거래의 경우에는 기업집단을 지배하는 총수에 의하여 의사결정이 내려지는 경우가 많고, 개별 이사들은 회사가 입은 손해를 변제하기에 충분한 자력이 없는 경우가 많으므로 이사의 배후에서 사실상의 영향력을 행사하는 총수에 대해서도 책임을 물을 필요가 있다. 상법은 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자에 대하여도 이사와 연대하여 손해를 배상하도록 정하고 있다(상법 제401조의2). 다만 업무집행지시자의 책임을 묻기 위해서는 실무상 업무지시 또는 사실상 영향력⁴⁶⁾을 구체적으로 어떻게 입증할 것인지가 쟁점이 되며, 주식의 소유를 통한 임원 임면 권한, 계약 관계, 거래상의 지위, 직위 등 여러 사정을 고려하여 판단하게 된다.

한편 이사가 고의로 임무에 위배하여 회사에 손해를 입히고, 자기 또는 제3자에게 이익을 준 경우에는 업무상 배임죄 또는 상법상의 특별배임죄(상법 제622조) 등으로 처벌될 수 있다. 또한 내부거래가 부당지원행위에 해당할 경우에는 공정거래법에 따른 형사처벌 대상⁴⁷⁾이 된다(공정거래법 제67조, 개정 공정거래법 제66조).⁴⁸⁾

46) 이철송, 회사법강의, 제21판, 박영사, 2012, 791면에 의하면 사실상의 영향력은 타인이 어떠한 의사결정을 함에 있어 그 의사결정의 대상이 되는 이해관계의 본질과 무관한 동기에 입각하여 그 타인으로 하여금 자신이 의도하는 바대로 의사결정을 할 수 있는 사실상의 힘을 의미하며, 지배주주, 회사의 채권자, 하청업체에 대한 도급기업도 업무집행지시자에 포함된다고 한다.

47) 검찰은 2013. 9. 10. 신세계와 이마트의 신세계SVN에 대한 속칭 “빵집 부당지원”과 관련하여 이마트 및 신세계푸드의 경영진을 기소한 바 있다.

48) 공정거래법상의 부당지원행위 성립 여부와는 별도로, 상증세법 제45조의3에 의하면 법인의 지배주주와 특수관계에 있는 법인에 대한 매출액이 그 법인의 연간 매출액의 30%(2013년 귀속분부터 15%)를 초과하는 경우 그 초과액 중 일부를 그 법인의 지배주주 및 그 친족이 증여 받은 것으로 보아 증여세를 부과한다.

IV. 현행 내부거래 규제의 한계와 문제점

1. 내부거래의 승인 기관

회사의 업무집행은 이사회 결의에 따라 실행하는 것이 원칙이나(상법 제393조), 현실적으로 회사의 모든 업무집행 사항을 이사회에서 결정하여 실행할 수는 없다. 따라서 법령, 정관 또는 이사회규정에서 이사회 결의사항으로 정하여 둔 중요한 업무에 대해 이사회의 결의를 거치고, 통상적인 상품·용역거래는 대표이사 또는 해당 사업 담당 임원에게 위임하여 처리하는 것이 일반적이다. 그런데 상법 및 공정거래법에서는 상품·용역거래라고 하더라도 주요주주와의 거래, 특수관계인과의 거래에 대해서는 이사회의 승인을 얻도록 하고 있다. 이는 계열회사 등 특수관계인과의 거래에서 이해상충이 발생할 수 있으므로 이사회에서 거래 여부 및 그 내용에 대한 통제를 함으로써 거래의 공정성을 도모하기 위한 것이다. 이처럼 거래 당사자들이 이사회 승인을 얻어 거래를 하더라도 부당내부거래의 문제가 여전히 발생하는 이유는 무엇일까.⁴⁹⁾

우선 이사회의 구성에서 그 원인을 찾을 수 있다. 상당수의 대규모기업집단은 계열회사 간의 순환출자를 바탕으로 복잡한 지분구조를 취하고 있으며, 지배주주 일가는 그들이 직접 보유한 지분 비율이 높지 않음에도 불구하고 계열회사가 보유한 주식을 통해 기업집단을 사실상 장악하고 있다.⁵⁰⁾ 따라서 이사회의 구성 역시 지배주주의 의사에 따라 지배주주에게 우호적인 인사들로 구성되는 경향이 있고, 현실적으로 사내이사들은 자신의 직위 유지가 지배주주의 의사에 달려 있으므로 이사로서의 독립적인 판단이 쉽지 않다. 이와 같이 지배주주의 영

49) 예컨대 태광산업 등이 그 계열회사인 동림관광개발 주식회사가 건설 중인 골프장의 회원권을 취득하면서 무이자로 분양대금을 선납하는 방법으로 계열회사에 대한 부당지원행위를 하였다는 이유로 공정위로부터 과징금을 부과 받음은 물론, 검찰에 고발까지 되었던 사건(공정위 2011. 6. 29, 2011서갑2312)의 경우 해당 거래에 대한 이사회 승인을 얻고 공시까지 하였다.

50) 공정위(주 22). 총수있는 대기기업집단 43개의 내부지분율(총수일가와 계열회사 등이 보유한 지분)은 54.79%이며, 그중 총수일가가 보유한 지분은 4.36%에 불과하고, 계열회사가 보유한 지분은 48.15%에 달했다.

향력 하에 있는 인사들로 이사회가 구성되는 것을 막고 소수주주 등 다양한 이해관계인의 의사를 반영하기 위하여 상법은 1998년 개정으로 집중투표제를 도입하였으나(상법 제382조의2), 정관 규정으로 집중투표제를 배제할 수 있으므로 실제 대부분의 회사들은 집중투표제의 적용을 배제하고 있다.⁵¹⁾

한편 사외이사의 견제 기능이 기대에 미치지 못하는 문제도 있다. 상장회사는 이사 총수의 1/4 이상을 사외이사로 선임하여야 하며, 상장회사의 자산총액이 2조 원 이상인 경우 사외이사는 3명 이상으로 하되 이사 총수의 과반수 이어야 한다(상법 제542조의8).⁵²⁾ 위 규정의 도입 당시 상장회사는 지배주주로부터 독립성을 구비한 1인 이상의 사외이사를 선임할 수 있고, 특히 자산총액 2조 원 이상의 회사에서는 사외이사가 과반수를 차지하여 지배주주에 대한 견제가 가능할 수 있을 것으로 기대되었다. 하지만 현실적으로는 1999년 사외이사 제도가 공식적으로 도입된 이래 사외이사가 기대한 대로의 독립적인 업무를 수행하는지에 대해서는 의문이 제기되고 있으며, 여전히 거수기 역할에 머무른다는 비판을 받고 있다. 특히 상법은 사외이사의 결격사유를 두고 그 범위를 확장해 왔으나,⁵³⁾

51) 헤럴드경제, “100대 기업중 집중투표제 도입 4곳 불과”, 2012. 7. 16., http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20120716000159&md=20120718003224_AT (최종접속일 2013. 11. 25.)에 의하면 2012. 7. 13. 현재 시가총액 기준 100대 기업(금융·공기업 제외) 중 집중투표제를 채택한 회사는 4곳뿐이며, 4개 기업도 공기업에서 민영화한 POSCO, KT, KT&G를 빼면 순수 민간 기업은 SK텔레콤뿐이며, SK텔레콤도 집중투표제를 실제로 시행한 적은 없다고 한다. 박수영, “집중투표의무화는 재고되어야 한다”, 한국경제연구원 칼럼, 2013. 8. 23, http://www.keri.org/web/www/issue_04?_EXT_BBS_messageId=344164&_EXT_BBS_struts_action=%2Fext%2Fbbs%2Fview_message&p_p_id=EXT_BBS&p_p_lifecycle=0&p_p_mode=view&p_p_state=normal (최종접속일 2013. 12. 16.)에 의하면 2013년 4월 현재 정관규정으로 집중투표를 배제하고 있는 상장기업의 수는 722개사 중 665개사로 전체 상장기업의 92.1%에 달한다고 한다.

52) 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사에서는 감사위원회의 설치도 의무화 되어 있고, 감사위원회 위원의 2/3 이상은 사외이사로 구성되어야 한다(상법 제542조의11, 제415조의2).

53) 사외이사의 결격사유는 다음과 같다(상법 제382조 제3항)

1. 회사의 상무에 종사하는 이사·집행임원 및 피용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사·집행임원 및 피용자
2. 최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존속·비속
3. 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자
4. 이사·감사·집행임원의 배우자 및 직계 존속·비속
5. 회사의 모회사 또는 자회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자
6. 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자
7. 회사의 이사·집행임원 및 피용자가 이사·집행임원으로 있는 다른 회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자

상장회사의 경우에는 다음의 조건이 추가된다(상법 제542조의 8 제2항).

동 규정은 독립성에 관한 자격 요건으로서 이사회 운영상 사외이사의 적정한 판단과 의사결정을 보장하지는 않는다. 최근 조사결과에 따르면 2012년 기준 상호 출자제한기업집단 소속 상장회사의 사외이사 중 약 28.71%가 지배주주 또는 회사와 직·간접적인 이해관계를 가진 것으로 드러났다.⁵⁴⁾ 또한 사외이사는 사내이사와 비교하여 상대적으로 회사 내부 정보에 대한 접근이 제한되고 회사 업무 집행에 대한 의욕이 부족하며, 사외이사가 다른 직업을 가지고 있거나 복수의 사외이사 업무를 수행할 경우에는 회사 경영과 업무에 대해 집중할 시간적 여유도 부족하므로 실질적인 통제 기구로서 작동하는데 한계가 있다.⁵⁵⁾

2. 공정거래법상의 부당지원행위 규제

기업집단 내부거래에 대한 규제 중 현재 가장 실효성 있는 수단은 공정거래법상 부당지원행위 규제이다. 공정위는 부당지원행위로 판단될 경우 내부거래 당사자에게 과징금을 부과하고 시정명령을 내릴 수 있으므로 실질적인 위법행위 억제력을 발휘할 수 있다. 내부거래의 부당성을 입증하기 위해서는 회사 내부의

-
1. 미성년자, 금치산자 또는 한정치산자
 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
 3. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 후 2년이 지나지 아니한 자
 4. 대통령령으로 별도로 정하는 법률을 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 아니한 자
 5. 상장회사의 주주로서 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수를 기준으로 본인 및 그와 대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 '특수관계인'이라 한다)가 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 그 본인(이하 '최대주주'라 한다) 및 그의 특수관계인
 6. 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 10분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주(이하 '주요주주'라 한다) 및 그의 배우자와 직계 존속·비속
 7. 그 밖에 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 상장회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령령으로 정하는 자
- 54) 이수정, “사외이사 및 감사의 실질적 독립성 분석(2012년)-대규모기업집단 상장회사를 중심으로”, ERRI 경제개혁리포트 2013-03호(2013), 10면. 위 조사에서는 계열회사 또는 해당 회사 출신, 전략적 제휴관계에 있는 회사의 전·현직 임직원, 회사 또는 지배주주 일가의 소송을 대리한 법무법인 소속 변호사, 지배주주 등과 사적인 이해관계가 있는 자, 지배주주 일가 또는 현직 사내이사와 고교동문이거나 같은 대학교 같은 과인 자 등을 직·간접적인 이해관계가 있는 것으로 추정하였다.
- 55) 김정호, “이사회구성과 사외이사제도”, 상사법연구 제29권 제2호(2010), 215면.

정보뿐만 아니라 시장구조에 대한 분석, 다른 유사 업체들의 거래 행태 등과 같은 광범위한 정보의 수집과 그 분석이 필요한데, 사인이 이러한 역할을 행하는 것에는 한계가 있다. 따라서 최근 기업집단 내부거래에 대한 규제도 공정거래법상 부당지원행위에 대한 규제 및 공정위 역할 확대에 그 초점이 맞춰져 있다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호(부당한 지원행위) 및 그 부속 규정인 부당한 지원행위의 심사지침(공정거래위원회 예규 제110호)은 실무경험과 사례를 반영하여 수차례 개정되고 지속적으로 발전해 왔으나, 이하에서 살펴보는 바와 같이 지원주체에 대한 과징금 부과 및 지원객체의 지원회피 의무에 대해서는 보다 신중한 접근이 필요해 보인다. 개정 공정거래법에 반영된 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지)는 IV. 3.에서 별도로 다룬다.

가. 지원주체에 대한 과징금

대법원 판례에 의하면 과징금의 본질은 위반행위로 얻은 이익의 환수에 있다.⁵⁶⁾ 공정거래법에서 과징금을 부과하는 대상은 제3장(기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제)을 제외하고는 기본적으로 이익을 취득하거나 이익을 취득하려고 한 자이다. 그런데 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 대해서는 유독 지원주체에 대하여 과징금을 부과해 왔다. 이는 부당지원행위의 경우 지원행위를 하는 것 자체가 위법하고, 지원을 받는 것은 수동적 행위이므로, 지원행위자에 대하여 과징금을 부과함으로써 지원행위를 할 유인을 억제하려는 것으로 이해된다.

그런데 지원주체는 내부거래를 통한 부의 이전으로 인해 손해를 본 것인데 또다시 과징금이 부과되는 경우 이중의 손해⁵⁷⁾를 보게 된다. 나아가 지원주체의 소수주주에게는 이러한 손해가 그대로 귀속⁵⁸⁾되는 반면, 지원주체와 지원객체의

56) 대판 2001. 2. 9, 2000두6206.

57) 지원주체에게 과징금을 부과하면 주주 등 이해관계자들에게는 이중의 피해를 입히는 결과가 된다. 즉, 부당한 내부거래로 인한 1차적인 부의 유출이 발생하였고(①), 부당한 지원행위에 대한 공정위의 과징금(②) 부과로 인하여 부의 2차 유출이 발생하게 되는 것이다. 반면 개정 전 공정거래법에 의하면 지원객체 회사의 주주 등 이해관계자들의 경우에는 부당한 내부거래로 인한 부의 유입(①)이 있을 뿐, 과징금 부과의 제재(②)를 받거나 유입된 부(①)의 반환의무가 부과되지 않았다. 이를 감안하여 개정 공정거래법은 지원객체 회사에게도 부당한 내부거래로 인한 지원을 받지 않을 의무를 부과하면서 지원객체 회사에게도 과징금을 부과할 수 있는 근거규정을 두었다. 그런데 이는 과징금 부과 대상을 확대하여 지원객체를 포함시켰을 뿐이고, 이전된 부(즉 ①)를 회복시키지 못한다는 문제는 여전히 남게 된다.

58) 물론 소수주주는 부당내부거래에 관여한 이사 및 지배주주를 상대로 회사에 손해를 배상할

지분을 모두 가지고 있는 지배주주 일가는 지원주체의 주주로서 입은 손해를 지원객체의 주주로서 얻은 이익으로 보전할 수 있다. 이러한 현상은 지배주주 일가의 지원주체에 대한 지분율은 낮고 지원객체에 대한 지분율은 높을 때 더 심화되며, 결국 지배주주는 과징금 부과 효과를 고려하더라도 손실을 거의 입지 않거나 중국적으로 이익을 볼 수 있다. 따라서 부당내부거래로 지배주주가 지배하고 있는 계열회사에게 부가 유출되었다면 손해를 본 지원주체가 지원객체로부터 이전된 부를 회수할 수 있도록 하는 것이 형평의 관점에서 볼 때 전체적인 이해조정에 부합한다.

나. 지원 객체의 지원 회피 의무

개정 공정거래법은 “특수관계인 또는 회사는 다른 사업자로부터 제1항 제7호(부당지원행위)에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 지원을 받는 행위를 하여서는 아니 된다.”라는 규정을 신설하여(개정 공정거래법 제23조 제2항), 지원객체에 대하여 지원을 받지 않아야 할 의무를 부과하고 그 위반 시 과징금을 부과할 근거를 마련하였다. 개정 전에는 지원주체만이 수범대상자로서 부당지원행위를 하지 아니할 의무를 부담하였으나, 개정 후에는 지원객체도 부당지원행위를 하지 아니할 의무자에 포함되게 된 것이다. 다만 위와 같이 지원객체에게 부당한 지원행위를 받지 않을 의무, 즉 유리한 거래를 하지 않도록 하는 의무 이행을 기대할 수 있는지는 다소 의문이 든다.

주식회사의 이사는 회사에 대하여 선관의무를 부담하므로 이사들은 회사의 최선의 이익을 위하여 행위를 하여야 한다. 이러한 관점에서 내부거래를 살펴보면, 거래 당사자인 이사들은 회사에 가장 이익이 되는 거래를 위하여 노력해야 하고, 거래 상대방이 통상적인 경우에 비하여 보다 좋은 조건을 제시한다면 이는 회사에 이익이 되는 것이므로 이를 수용하고자 하는 유인이 존재한다. 그런데 지원객체에 대하여 지원을 받지 않을 의무를 부과하게 되면, 지원객체의 이사들은 회사에 경제적으로 보아 가장 이익이 되는 거래를 하지 않고, 회사에 덜 유리한 조건으로 거래를 하여야 한다. 결국 지원객체인 회사의 이사들로서는 회사에 유

것을 요구하는 대표소송을 제기할 수 있고 해당 소송에서 승소하는 경우 회사의 손실을 줄임으로써 소수주주가 입은 손해를 간접적으로 줄일 수는 있을 것이다.

리한 내용의 거래 중에 공정거래법에 의하여 금지되지 않는 수준의 거래를 선별하여야 할 의무가 생긴 것인데, ‘부당한(시장의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는)’ 혹은 ‘상당한’과 같은 추상적 기준을 사용하고 있는 공정거래법상의 기준에 저촉되는 것인지를 사전적으로 판단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 거래에 착수하기 전에 이러한 분석을 하고 거래의 공정성을 도모하는데 적지 않은 시간과 비용이 소요될 수 있고 과징금 제재의 불확실성을 우려하여 아예 거래를 포기하는 경우도 있을 수 있으므로 사회경제적 비효율을 야기할 수 있다.

더구나 부당내부거래를 한 이사와 이를 지시한 지배주주에 대하여 업무상 배임의 형사처벌, 손해배상 책임 추궁 등 기존의 규제로도 어느 정도 통제가 가능하다는 점을 고려하면, 사전적으로 지원객체에게 유리한 거래를 하지 않아야 할 의무를 부과하고, 이를 위반하였을 때 과징금을 부과하는 것이 적절한 입법정책인지는 의문이다. 또한 지원객체에게 과징금을 부과하여 이전된 부를 박탈하더라도 국가에 귀속될 뿐 원래 부가 귀속되었어야 할 자(즉, 지원주체)에게는 이익의 회복이 이루어지지 않으므로 지원주체의 소수주주, 채권자 등 이해관계인에게는 불완전한 시정 수단이다. 입법론으로는 지원객체로 하여금 지원주체에게 부당내부거래로 얻은 이익을 반환하게 하는 근거조항을 두어 지원주체와 지원객체간의 부의 이전 효과를 상쇄하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

3. 개정 공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지 등)

개정 공정거래법은 기업집단 소속 계열회사와 ‘그 기업집단의 동일인 및 친족 또는 이들이 일정한 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사’ 사이의 내부거래를 규제하는 조항으로 동일인(기업집단의 총수)과 그 친족의 사익추구를 규제하기 위하여 제23조의2를 신설하였다.⁵⁹⁾ 그런데 동 조 각 호가 규제하는 네 가지 행위

59) 새로 도입된 조문은 아래와 같다.

제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

① 일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

유형은 상법상의 선관주의 의무에 의해서도 규제대상이 될 수 있는 행위에 해당한다.⁶⁰⁾ 동 조는 기업집단 총수 일가에 대한 경제적 이익 이전을 실효적으로 규제하기 위한 것으로서 문언상 동일인 일가에게 부당한 이익이 귀속되었다는 점이 입증되면 행위 자체의 부당성에 대한 입증 없이도 제재대상으로 삼을 수 있다.⁶¹⁾ 이는 제23조(불공정거래행위)의 금지와는 다른 위법성 판단 기준을 제시한 것으로, 동일인(기업집단의 총수) 일가에 대한 부당한 이익 제공이 위법성 판단 요소임을 분명히 하고자 제23조의2로 별도 조문을 만들고, 공정거래법 제5장의 제목을 ‘불공정거래 행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지’로 변경한 것이다.

특히 제23조의2 제1항 제4호는 소위 일감몰아주기 규제를 위해 마련된 것인데, 이러한 규제의 근거는 i) 일감몰아주기가 기업집단의 총수 및 친족에게 부의 편법적인 이전 수단으로 이용되고 있고, ii) 총수 및 친족에게 편법적으로 이전된 부가 다시 총수 및 친족이 기업집단의 지배력을 강화하는데 이용되고 있으며, iii) 일감몰아주기의 객체가 원래 경쟁력이 약하여 시장에서 퇴출되어야 함에

-
1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위
 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위
- ② 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항제4호를 적용하지 아니한다.
- ③ 제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ④ 특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다.
- 60) 개정 공정거래법 제23조의2 각 호에서 정한 행위는 상법에 도입되어 있는 대주주의 사익추구 규제에 관한 조항(기회유용 금지, 이사의 선관주의의무, 업무집행지시자의 책임 등)에 의해서도 규제 대상이 될 수 있다. 상법은 위반행위에 관여한 이사 및 업무집행지시자에 대한 책임 추궁을 하게 되고, 공정거래법은 위반행위의 주체와 객체 모두에게 과징금 및 시정조치를 내릴 수 있다.
- 61) 개정 공정거래법 제23조의2 ‘부당한 이익’을 ‘공정한 경쟁을 제한하는 이익’으로 해석하여 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 ‘부당성’과 동일한 맥락에서 해석하는 견해도 있을 수 있다. 그러나 법조문이 별도로 마련되고 제5장의 제목을 바꾼 사정 및 국회 논의 경과 등을 종합하면 기존의 부당지원행위와는 다른 규율을 시도한 것으로 이해된다. 해석상의 의문은 법이 시행된 후 공정위 및 법원 실무례를 통해 정리될 것으로 보인다.

도 지원행위를 통해 계속 존속하게 되거나 혹은 단기간 내에 시장지배적 지위를 가진 사업자로 성장하게 되어 신규사업자에 대한 진입장벽을 구축함으로써 시장의 경쟁을 저해한다는 것이다.

그런데 부의 편법적인 이전은 그 수혜를 받은 특정인을 대상으로 하여 과세를 함으로써 일정수준 교정이 가능하고 실제 상증세법 개정으로 과세 근거가 구비되었으므로 내부거래의 당사자인 회사들에게 과징금을 부과하는 방식이 적절한 규제수단인지는 의문이 든다. 또한 경쟁제한성이 우려되어 일감몰아주기를 규제한다면 시장의 경쟁을 저해하는 일감몰아주기와 그렇지 않은 일감몰아주기를 구별하여 전자만 억제되도록 법문이 구성되어야 할 것이다. 그런데 제23조의 2에 의하면 행위 자체의 부당성 내지 경쟁제한성에 대한 입증이 없어도 금지되는 행위 유형을 통해 총수 일가에 부당한 이익이 귀속되었다는 점만 입증하면 이러한 일련의 행위 유형들을 규제할 수 있으므로, 경쟁 제한성이 없는 일감몰아주기도 규제대상에 포함될 수 있다.

물론 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래목적 달성을 위해 불가피한 경우라는 점을 입증하면 제23조의 2 제1항 제4호의 적용대상에서 벗어날 수도 있으나, 실무상 공정위에서 이러한 항변을 얼마나 수용할 것인지는 의문이다. 내부거래를 하는 계열회사들은 이러한 불확실성을 고려하여 항변사항을 소명하려고 노력하기보다는 거래 규모를 ‘상당한 규모’에 해당하지 않도록 하여 규제를 피해하려고 할 수 있고, 이에 따라 사회경제적으로 볼 때 최적 규모에 해당하는 거래 보다는 더 낮은 수준에서 거래가 형성될 우려가 있다. 또한 제23조의 2 제1항 제4호는 일감몰아주기의 객체가 기업집단의 총수 일가가 일정한 비율 이상의 주식을 소유한 기업과 아닌 기업을 구별하여 규제하는 결과가 되는데, 경쟁법 집행당국인 공정위가 양자를 선별하여 차별적으로 규율하는 것이 타당한지도 의문이다. 거래 당사자들은 여러 회사를 합병하거나 영업양수도 등을 통해 총수 일가의 주식 지분비율을 낮추어 위 조항의 적용을 피해갈 수 있으므로 규제의 실효성이 떨어질 수 있다.

4. 공시와 주주행동주의

기업집단의 내부거래가 공시대상에 해당하는 경우 거래 당사자인 회사들은 해당 내부거래의 가격 기타 거래조건이 공정하게 설정되도록 해야 하는 상당한 부담을 가질 수밖에 없다. 부당내부거래가 공시되면 공정위 등 규제기관이 조사에 착수할 수 있고, 소수주주 또는 시민단체 등이 내부거래 내용에 대한 분석을 통해 주주대표소송을 제기하거나 배임죄로 형사고소할 수도 있으며, 부정적인 여론 형성으로 회사의 이미지와 신용이 훼손될 수도 있기 때문이다. 따라서 내부거래에 대한 공시제도는 사전적으로는 회사의 이어나 지배주주가 불공정한 거래를 할 유인을 억제하고 사후적으로는 부당한 내부거래를 적발해 내는 계기를 제공함으로써 내부거래의 공정성을 도모하는 기능이 있다.

공시 규제가 기업집단의 부당내부거래를 억제하는 유효한 수단이기에는 하나 다른 규제 수단과 결합되었을 때 그 실효성이 보장된다. 공시 규제는 위반행위에 대한 구체적인 적발, 제재 등의 법 집행 수준이 강화되지 않는 한 부당한 내부거래를 예방하거나 방지하는데 한계가 있기 때문이다. 우선 공시의 내용이 거래의 공정성 혹은 부당성을 평가하는데 충분한 정보를 제공하지 못하여 위반행위를 쉽게 적발하기 어려울 수 있다.⁶²⁾ 설령 공시된 내용이 비교적 충실하다고 하더라도 소수주주, 채권자 기타 이해관계인이 적극적으로 이의제기, 소송 등의 조치를 취할 경제적 동기가 부족할 수 있다. 특히 일반 개인주주들은 전문성, 자금력 등이 부족하므로 이들이 주주대표소송을 제기할 것을 기대하기 어렵다. 따라서 부당한 내부거래에 대한 시정요구, 주주총회에서 반대의 의결권 행사와 손해배상의 대표소송은 연금금, 자산운용사 등 기관투자자들의 적극적인 주도가 요구된다. 기관투자자들의 의결권 행사 관행과 실무는 최근 점차 개선되고는 있으나,

62) 특히 과거에는 기업집단현황 등에 관한 공시 제도(이른바, “대규모기업집단 현황 공시”; 공정거래법 제11조의4, 2009. 3. 25. 법률 제9554호로 개정되기 전의 것)가 존재하지 아니하였는 바, 이에 따라 기업집단 소속 계열사가 동일인출자계열회사 등과 상품·용역거래를 하지 않는 이상(공정거래법 제11조의2, 1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 공시 자체가 되지 않는 상황이 빈번하였다. 이러한 문제점을 개선하기 위해 기업집단 내 주요 상품·용역거래의 현황 및 내역에 대해서까지 공시하도록 요구하는 기업집단현황 등에 관한 공시 제도가 2009. 6. 25.부터 시행되었고, 이에 따라 기업집단 내부거래에 대한 정보 공시의 범위가 확장되었다(“대규모기업집단 현황 공시”와 “동일인출자계열회사 등과의 거래 공시”에 관하여는 III. 2. 나. 참조).

기관투자자들의 능동적인 관여와 반대 의사 표명은 아직 제한적이며,⁶³⁾ 주주대표소송 제기와 같은 적극적인 행보는 그 사례를 찾아보기 어렵다. 연기금, 자산운용사 등 기관투자자가 그 손해자에 대한 충실의무 이행의 일환으로 적극적인 권리 행사에 나서도록 법적 혹은 계약상의 의무를 부과하고 권리 행사 내역을 공개하도록 함으로써⁶⁴⁾ 소극적인 실무 관행을 점진적으로 개선해 나갈 필요가 있다.

63) 78개의 일반 기관투자자들은 2012년도에 총 2,768회의 주주총회에서 의결권을 행사하였으나, 하나의 안건이라도 반대한 주주총회의 횟수는 43회 즉, 1.55%에 불과하였고, 안건 수를 기준으로 하면 총 14,697건의 주주총회 안건 중 70건에 대해 반대하여 0.48%의 반대 비율을 보였다(강정민, “2012년 기관투자자 의결권행사 현황”, 경제개혁리포트 2012-21호(2012. 12.), 13-14면.). 다만 최근 국민연금공단은 주주총회 의안에 반대 의결권을 행사하는 비율을 점차 증대시켜 가고 있다(즉, 국민연금기금이 반대 의사표시를 표시한 비율은 2009년 132건(6.6%)에서 2012년 436건(17.0%)로 증가하였다(국민연금공단 기금운용본부, 2012년 국민연금 기금운용 보고서 개정판, 2013. 3., 52면 참조.)). 향후 ‘shadow voting’ 제도가 폐지될 것이므로 기관투자자들의 적극적인 의결권 행사가 기대된다.

64) 국민연금기금의 경우 주주총회에서의 의결권행사에 관하여 “국민연금기금 의결권 행사지침” 및 “국내주식 의결권 행사 세부기준”이 마련되어 있으며, 의결권 행사내역은 주주총회 후 14일 이내에 국민연금공단 홈페이지에 공시되고 있다. 한편 국민연금법을 개정하여 국민연금기금의 의결권 행사를 의무화하자는 여러 제안이 있고 그 주요 내용은 아래 표와 같다.

1. 발의자	2. 주요내용
3. 김재원 의원 대표발의 4. (120622)	5. 사외이사추천권, 대표소송제기권 등 상법에 따라 부여된 주주의 권리를 정당한 사유가 없는 한 행사하여야 함 6. 국민연금기금운용지침에 주주권을 행사할 대상, 범위 및 절차 등 주주권 행사의 기준을 정하도록 하고, 국민연금기금운용실무평가위원회가 주주권 행사 기준의 적용 성과 및 개선하여야 할 사항을 심의·평가
7. 이상직 의원 대표발의 8. (120927)	9. 국민연금기금 보유 주식에 대한 주주로서의 권리 행사를 위한 기준, 방법 및 절차를 마련하고 주주권 행사를 사전에 승인하도록 하기 위해 운용위원회에 국민연금기금주주권행사위원회 신설 10. 운용위원회의 위원장은 보유주식에 대한 주주권 행사의 세부 내용을 국회에 제출하고 공시
11. 김성주 의원 대표발의 12. (121127)	13. 국민연금기금의 주주권 행사에 관한 사항을 명시하고, 주주권 행사 내역을 공시 14. 국민연금기금운용지침에 기금운용 주주권 행사 기준을 포함하고, 기금운용위원회의 심의·의결사항에 주주권 행사 기준을 추가 15. 기금관리자로서의 주주권 행사의 정당성을 부여하고, 주주권 행사 내역을 수시로 공시할 수 있도록 함

5. 손해 회복 수단

부당한 기업집단 내부거래를 억제하고 시정하는 방안으로는 i) 공적 집행을 통한 과징금 부과, 형사처벌을 통한 제재를 하는 방안 및 ii) 사후적으로 부당하게 이전된 부를 원래 그 부가 귀속되었어야 할 자에게 반환되도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 현행 법 제도는 위 i)과 같은 제재 방안에 대해서는 지속적인 입법 보완을 하고 공정위의 과징금 부과를 통해 실무례로 발전시켜 왔으나, 위 ii)의 유출된 부를 환수하는 방식에 대해서는 입법 정책적 관심이 부족하였고 이를 실행할 수 있는 제도적 장치도 구비되어 있지 아니하다.

지원주체가 지원객체를 상대로 직접 이전된 부의 반환을 청구하는 방안으로는 불법행위에 따른 손해배상 청구(민법 제750조) 또는 부당이득반환 청구(민법 제741조)를 고려해 볼 수 있다. 지원주체와 지원객체의 거래는 기본적으로 사법상의 별개의 인격체가 거래를 한 것인데, 지원객체가 자신에게 유리한 거래를 하였다는 이유만으로 지원주체에 대해 위법행위를 하였다고 보기는 어려워 불법행위에 기초한 손해배상청구를 하기는 어렵다.⁶⁵⁾ 나아가 부당이득반환 청구권이 성립하기 위해서는 지원객체에게 이익이 귀속된 거래가 법률상 원인이 없는 행위로 판단되어야 한다. 그런데 내부거래는 지원주체와 지원객체 사이에서 유효하게 성립한 거래이고, 그 거래조건이 공정하지 않거나 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다는 이유만으로 당연무효라고 보기 어려워,⁶⁶⁾ 부당이득에 기한 반환청구를 하는 것 역시 쉽지 않다. 또한 설령 불법행위에 기한 손해배상청구권이 나 부당이득반환청구권이 인정된다고 하더라도, 실제로 지원주체가 지원객체에

65) 다만 III. 2. 나.에서 살펴본 바와 같이 개정 공정거래법은 지원객체에 대하여 부당한 지원을 받지 않을 의무를 부과하였으므로, 향후 지원객체가 개정 공정거래법상의 지원받지 않을 의무를 위반하여 부당한 내부거래를 하였을 경우, 지원객체에게 지원주체에 대한 손해배상책임(공정거래법 제56조)이 인정되어야 한다는 주장도 있을 수 있다. 당사자들이 모두 공정거래법 위반을 한 경우에 손해배상 책임을 인정할 것인지는 추가 검토가 필요해 보인다. 참고로 대법원은 공정거래법이 금지하고 있는 거래상 지위의 남용행위로 거래 상대방에게 손해를 입힌 경우 민사상 불법행위를 구성한다고 판단한 바 있다(대판 2009. 7. 23, 2008다40526).

66) 대법원은 배임적 거래행위가 있는 경우 거래 상대방은 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임하는 것이므로, 거래 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 볼 수 있다고 판시한 바 있다(대판 2009. 3. 26, 2006다47677). 이러한 적극적 배임행위가 있는 경우에는 내부거래가 반사회질서의 법률행위로서 무효가 될 수도 있겠으나 내부거래가 반사회적 법률행위로 무효로 평가되는 경우는 극히 예외적인 경우일 것이다.

게 반환을 청구하는 것은 지원주체인 회사의 이사에 의하여 이루어져야 할 것인데, 이미 지원행위를 실행한 회사의 이사가 지원객체에 대하여 손해배상이나 부당이득반환을 적극적으로 행사할 것으로 기대하기는 어렵다.⁶⁷⁾

물론 부당한 내부거래를 실행한 이사 및 이를 지시한 지배주주에게 책임을 물어 지원주체 회사의 손해를 보전시키는 주주대표소송을 이익 회복 제도의 하나로 고려해 볼 수도 있다(상법 제400조, 제401조의2, 제403조, 제542조의6 제6항). 그러나 주주대표소송은 상법 제정 당시부터 존재하였음에도 불구하고 i) 엄격한 제소요건,⁶⁸⁾ ii) 주주의 경제적 유인 부재,⁶⁹⁾ iii) 원고의 입증책임 부담⁷⁰⁾ 등으로

67) 물론 지원주체인 회사의 주주들은 이사에게 손해 회복을 위한 조치를 적극적으로 취할 것을 요구하고 이에 소극적인 경우 해당 이사에게 손해배상을 청구하는 방식으로 간접적인 강제방식을 취할 수는 있을 것이나, 현실적으로 이러한 조치가 취해지는 것은 상당히 제한적일 것이다.

68) 우리나라의 경우, 대표소송을 제기할 수 있는 주주는 회사 발행주식총수의 1% 이상을 보유한 자이어야 하고(상법 제403조 제1항), 상장회사의 경우 6개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 0.01% 이상에 해당하는 주식을 보유하는 주주이어야 한다(상법 제542조의6 제6항). 그러나 일반 개인투자자들이 0.01%의 지분을 보유하는 것이 쉽지 않은 경우가 있다. 예를 들어, 삼성전자의 2013. 11. 15. 현재 시가총액은 약 215조 원에 달하기 때문에, 일반 개인투자자들이 0.01%의 지분을 보유하기 위해서는 213억 원 상당의 주식을 보유하고 있어야 한다. 시가총액 상위 30위 종목의 경우에도 약 21억 원 상당의 주식을 보유해야 한다(김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2013-10호(2013. 7.), 17면).

69) 주주대표소송에서 승소하더라도 원고 주주가 투여한 시간, 기타 노력 등에 상응하는 충분한 보상을 받기는 쉽지 않다. 이와 관련하여 주주대표소송의 원고들이 회사 측, 삼성전자(株)를 상대로 변호사비용을 청구한 사건에서 법원은 “주주대표소송의 소송비용 중 적어도 변호사보수에 있어서는 승소한 주주가 이를 현실적으로 지급하기 전에도 증권거래법 제191조의13 제6항에 따라 회사에게 소송비용으로 그 상환을 청구할 수 있다.”고 판시하면서 “주주대표소송의 경우 증권거래법 제191조의13 제6항에 따라 회사에게 청구할 수 있는 변호사보수비용의 상당액이란 구체적으로 약정보수액을 기준으로 하여, 개별적·구체적인 소송에 있어서 그 청구액, 당사자의 수, 사안의 난이도, 절차의 복잡성의 정도(변론기일의 횟수, 제출한 소송자료의 내용, 증거조사의 내용, 사건의 종료에 이르게 된 경위와 기간 등), 소제기 전에 취한 조치, 소송의 결과 회사가 얻은 이익 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그것이 변호사가 행한 소송수행의 대가로서 상당한가라는 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다.”는 이유로 약정성공보수금 1,205,462,260원 중 720,000,000원을 변호사비용으로 인정하고, 이를 초과하는 부분은 회사에 대한 관계에서 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하여 무효라고 선고한 바 있다(서울중앙지판 2008. 6. 20. 2007가합43745).

70) 주주대표소송에서는 원고주주에게 입증책임이 있으나, 이사 및 주요주주 등의 책임을 입증하기 위한 자료들은 통상적으로 회사가 보유하고 있어, 원고 주주가 이사 및 주요주주의 책임을 입증하는 데에는 많은 어려움이 있다. 물론 상법 제466조에 의한 주주의 회계장부열람권을 이용하여 관련 자료를 획득하기 위한 시도를 할 수 있으나, 이를 위해서는 발행주식총수의 3% 이상(상장회사의 경우 6개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 0.1% 이상)을 보유하고 있어야 할 뿐만 아니라 주주의 회계장부열람권의 열람등사 대상이 되는 자료는 회계의 장

인하여 1997년 이후 현재까지 불과 67건의 대표소송만이 제기되었을 뿐이다.⁷¹⁾ 나아가 회사가 주주대표소송으로 이사에게 손해배상 책임을 추궁하는 경우, 이사 개인은 회사가 입은 손해를 배상하기에 충분한 자력이 없는 경우가 대부분일 것이므로 이사로부터는 충분한 보상을 받지 못해 손해 회복을 도모할 수 없다.

결국 현행 법 제도에 의해서는 지원주체(또는 그 소수주주)가 지원객체(또는 그 지배주주)로부터 부당한 이익을 적절하게 환수하여 지원주체로 회복시키는 것이 어려우므로 입법 등을 통해 이에 대한 보완이 필요하다.

V. 기업집단 내부거래에 대한 바람직한 규제 방안

1. 공적 집행과 사적 집행의 균형

기업집단의 부당내부거래는 공정위의 조사, 과징금 부과 대상이 되며 관여자는 업무상 배임의 형사처벌의 대상이 되는 등 공적 집행의 대상이 된다. 또한 내부거래에 관여하는 회사는 이사회 등 내부기관에 의한 검토절차를 거치게 되고 내부거래 시 선관의무를 위반한 이사들은 손해배상책임을 추궁당하는 등 사적 집행의 대상이 된다. 그런데 최근 수년간 대기업의 일감몰아주기와 같은 기업집단 내부거래에 대한 규제 강화 필요성이 논의되고, 공정거래법의 개정 등 관련 입법이 이루어진 것은 위 공적 집행과 사적 집행을 통한 부당내부거래 규제가 충분하지 못하다는 현실 인식에 기반을 둔 것으로 보인다.

우선 공적 집행에 대하여 살펴보면 위반행위자에 대하여 거액의 과징금을 부과하거나, 내부거래행위에 관여한 이사 개인 또는 지배주주에 대하여 국가 형벌권을 발동한다는 점에서 어떠한 규제보다도 강력한 위하력을 발휘할 수 있다. 하지만 공적 집행의 경우 한정된 정부기관의 인력과 자원으로 위반행위를 적발·조사·제재를 해야 하는 한계가 있으므로,⁷²⁾ 집행의 시야를 벗어나는 부당내부

부와 서류에 한정된다는 점에서 주주가 입증자료를 획득하는 데에는 상당한 어려움이 존재한다.

71) 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적 과제”, 2013년 하계공동학술대회 자료집, 한국상사판례학회·한국기업법학회(2013. 8.), 132면.

72) 국회의원 박민식 의원실에서 배포한 2013. 10. 15.자 보도자료에 따르면 공정위 서울사무소

거래가 있을 수 있고 선별적 집행이 될 수 있어 공적 집행의 실효성과 신뢰도를 떨어뜨릴 수 있다. 또한 사경제 행위에 대한 공기관의 개입이라는 공적 집행의 특성상 경제주체들의 정상적인 활동도 위축시키거나, 규제의 필요성이 적은 거래에 대해서도 과잉 규제로 작동할 우려가 있다. 사회적으로 주목을 끄는 부당내부거래 사건이 발생할 때마다 언론에서 때로는 공적 기관의 과잉집행을, 때로는 과소집행을 비판하는 것은 이러한 현실을 반영한 것으로 보인다. 한편 공적 집행만에 의하여 기업집단의 부당내부거래를 적절한 수준으로 규제하는데는 한계가 있으므로 회사 내부기관에 의한 통제, 주주대표소송에 의한 이사의 손해배상책임 등 사적 집행이 병행되어 위반행위에 대한 제재의 실효성을 확보하여야 한다.

2. 고려해볼 수 있는 몇 가지 개선 방안

현재 상대적으로 미약한 사적 집행을 높이기 위해 다음과 같이 기존 제도의 운영을 개선하거나 새로운 제도를 도입하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

가. 내부거래에 대한 실효적 심사와 승인

대규모기업집단의 내부거래를 규제하기 위하여 현행법은 이사회 승인을 얻도록 하고 있으나, 사외이사의 독립성 부족, 지배주주에 의한 이사회 장악, 이사회 운영의 형식화 등으로 효과적인 통제기능을 다하지 못하고 있다. 이에 대한 대안으로 일정한 규모 이상의 내부거래는 이사회의 승인뿐만 아니라 주주총회의 승인을 요구함으로써 소수주주가 지배주주 및 그 영향 하에 있는 경영진에 대한 견제 기능을 수행하도록 하는 방안을 고려해 볼 수도 있다. 그런데 아래와 같은

에 접수·처리된 사건이 2010년부터 2012년까지 아래와 같이 지속적으로 증가하고 있다고 한다. 아래 내용이 공정위의 과중한 업무에 대한 직접적인 근거가 될 수는 없다고 하더라도 늘어가는 공정거래 사건에 비하여 인원이 부족하다는 점에 대한 간접적인 근거가 될 수는 있을 것이다.

연도	현원	사건접수(인당 접수건수)	사건처리(인당 처리건수)
2012	53	1,664(31)	1,660(31)
2011	52	1,505(29)	1,481(28)
2010	53	1,487(28)	1,375(26)

이유로 대규모 내부거래에 대해 주주총회의 승인을 요구하는 방안은 부당한 내부거래를 통제할 수 있는 대안이 되기에는 충분하지 않다.

첫째, 기업집단 내부거래라는 이유만으로 주주총회의 승인 절차를 거치도록 한다면, 기업집단이 내부거래를 통하여 추구하는 효율성을 반감시킬 뿐만 아니라, 변동성이 큰 시장상황에서 적시에 필요한 거래를 하지 못할 우려도 있다. 또한 주주총회의 소집과 결의에 상당한 시일이 소요되고,⁷³⁾ 절차상의 번거로움으로 인하여 바람직한 내부거래를 자제하거나 축소함으로써 최적 수준의 내부거래를 도모하지 못할 우려가 있다.

둘째, 상당수의 대규모기업집단은 계열회사 간의 순환출자를 통하여 기업집단 소속 회사들을 지배하고 있으므로 주주총회의 승인을 요구한다고 하여 내부거래가 적절히 통제될 수 있는지는 의문이다. 특히 상장회사의 경우 소수주주들의 주주총회 참여 비율이 낮고,⁷⁴⁾ 기관투자자들의 의결권 행사비율이 높지 않음 뿐만 아니라 기관투자자들이 주총 의안을 적극적으로 검토하고 이에 대해 반대 표결을 하는 경우도 드문 현실을⁷⁵⁾ 고려할 때 주주총회 승인을 요구한다고 하여 소수주주에 의한 지배주주 및 경영진에 대한 적절한 견제와 통제가 작동할 것으로 기대하는 것은 무리이다.

셋째, 소수주주들이 경영사항인 내부거래의 승인에 어느 정도 관심을 기울이고 적극적인 의사표명을 하거나 의결권을 행사 등을 통해 내부거래를 통제하려는 태도를 보일지도 의문이다. 주식이 분산된 상장회사의 경우 소규모 지분을 보유한 다수의 소수주주들은 주가 추이와 투자자산의 수익률 추구에 민감한 반면, 회사의 구체적인 경영 사항에는 무관심한 경우가 보다 일반적이다. 포트폴리오 투자를 하는 소수주주의 입장에서는 내부거래로 인해 회사의 가치가 떨어질 우려가 있는 경우 돈과 시간을 들여 적극적인 주주행동으로 이를 저지하기보다는 회사 주식을 매각하여 차익을 실현하거나 손실을 회피하는 것이 더 경제적이 라고 판단할 수 있다.

73) 통상 상장회사의 경우 주주총회의 개최를 위하여 40에서 50 영업일이 소요되는 것으로 보고 있다.

74) 한국상장회사협의회, 2012 상장회사 주주총회 백서, 2012, 86면. 이에 따르면 2011 사업연도의 경우 주총에 참여한 소수주주의 수는 전체 주주수의 10% 이하가 참석한 경우가 72.2%로 가장 많았다고 한다.

75) 주 63 참조.

넷째, 주주총회 승인에 의한 통제가 작동하기 위해서는 주주들이 합리적인 판단을 할 수 있는 양질의 정보가 제공되어야 하는데, 아무리 공시를 강화한다고 하여도 주주에 대한 정보 제공은 이사회가 검토하는 정보와 비교하여 제한적일 수밖에 없다. 또한 기업집단의 내부거래는 조건의 공정성, 이로 인한 효과 등을 상당히 구체적으로 분석할 수 있어야 그 승인 여부를 판단할 수 있는데 주식을 분산 소유한 소수주주들이 이러한 분석과 판단을 할 것으로 기대하기는 어렵다. 더구나 주주총회 의안에 대한 전문적인 분석 서비스를 제공하는 기관도 부족하고 이를 적극적으로 활용하는 관행도 성립하지 않은 실정에서 주주총회 승인은 그 실효성을 거두기 어려운 점이 있다.

이러한 사정들을 고려해 볼 때, 결국 내부거래에 대한 통제는 전문성과 독립성을 구비한 이사회에 의하여 이루어지고, 잘못된 결정에 대해 이사의 엄격한 책임을 추궁하는 구조를 취하는 것이 보다 현실적인 방안일 것으로 보인다. 다만 이사회 제도가 법이 요구하는 기능을 제대로 수행하기 위해서는 지배주주나 경영진의 이해관계로부터 독립된 사외이사가 선임되도록 하고,⁷⁶⁾ 내부거래와 같은 이해상충 우려가 있는 거래에 대해서는 이해관계인을 배제하고 공정한 검토와 표결이 가능하도록 하여 이사회 본연의 기능을 회복하여야 한다. 또한 이사회에서 신중한 검토와 토론을 통해 합리적인 결정을 내릴 수 있도록 이사회 이전에 충분한 자료가 이사들에게 제공되도록 하여야 한다. 특히 이사회에 임박해서 자료가 제공되면 사외이사가 주어진 정보마저도 제대로 분석하기 어려울 수 있으므로 사전에 충분한 정보 공개가 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 이사회 제도의 운영을 개선하는 것만으로도 부당내부거래가 발생할 위험성을 상당히 줄일 수 있을 것이다.

나. 이중대표소송제도의 도입

자회사의 이사들이 부당내부거래를 하여 자회사에 손해를 발생시키고 나아가 모회사에게도 손해를 발생시킨 경우 모회사의 주주는 이중대표소송 등의 방안을 통해 이러한 손해를 회복할 필요가 있다. 그런데 우리 대법원 판례는 모회

76) 사외이사가 독립성을 확보할 수 있도록 사외이사 요건을 강화하거나, 사외이사후보추천위원회 적용 대상을 확대하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 현행 상법상으로는 자산총액 2조 원 이상 상장회사의 경우 사외이사후보추천위원회를 설치하도록 하고 있다(상법 제542조의8 제4항).

사와 자회사는 별개의 독립된 법인이어서 이중대표소송이 인정되지 않는다는 입장이다.⁷⁷⁾ 법무부가 최근 입법예고한 상법 개정안⁷⁸⁾에는 이중대표소송의 도입이 포함되어 있으나, 남소의 폐해를 방지하기 위해 상법상의 자회사(즉 모회사 지분율이 50%를 초과하는 회사)에 대해서만 이중대표소송을 허용하는 안이 제시되어 있다.

지배주주가 임원선임권 등을 통해 모회사와 자회사를 모두 지배하고 있는 경우에 자회사 차원에서 위반행위를 자발적으로 시정하기를 기대하기는 현실적으로 어렵다. 따라서 제도적으로 이중대표소송제도를 도입하여 사적 집행을 통해 부당내부거래를 견제할 수 있도록 허용하는 것이 바람직해 보인다. 다만 이중대표소송의 도입 시 무분별한 소송제기로 인한 경영활동 위축이 우려될 수 있으므로⁷⁹⁾ 이중대표소송 제도를 도입하더라도⁸⁰⁾ 남소 방지를 위한 안전장치를 두어야 할 것이다. 이와 관련하여 여러 가지 견해가 제시되고 있는데,⁸¹⁾ 새로운 제도

77) 대판 2004. 9. 23. 2003다49221. 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다고 판시하였다.

78) 2013. 7. 법무부 공고 제2013-162호 참조.

79) 이중대표소송의 도입에 반대하는 견해는 성문법적으로 도입한 나라가 없다거나(김정호, “이중대표소송에 대한 연구”, 경영법률 제17권 제1-1호, 한국경영법률학회(2006), 제282면), 기존의 제도와 모순될 뿐만 아니라 남용될 가능성이 있다(권재열, “미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요건-최근의 동향을 중심으로-”, 상사법연구 제16권 제1호, 한국상사법학회(1997), 142~145면; 박신희, “기업경영 부작용 커 도입 재검토해야”, 전경련 통권 제501호, 전국경제인연합회(2006), 91면)는 점을 근거로 한다.

80) 법무부는 2006년 이중대표소송을 도입하는 상법 개정안을 마련한 바 있으나, 경제계의 반대 등으로 인하여 2011년 개정상법에 반영되지 못하였다. 박근혜 대통령은 이중대표소송의 도입을 대선공약으로 내건바 있으며, 현재 국회에는 이중대표소송을 도입하는 취지의 상법개정안으로 이명수 의원 대표발의안(의안번호: 제1904246호), 김영주 의원 대표발의안(의안번호: 제1904397호), 서기호 의원 대표발의안(의안번호: 제1906822호)이 제출되어 있다.

81) 이중대표소송을 인정할 경우 그 인정 범위와 관련하여 i) 이중대표소송을 넓게 인정하자는 견해(경제개혁연대·참여연대, “상법개정안에 대한 의견서”, 2006. 10. 24.), ii) 지배·종속관계가 성립되는 경우에 한할 필요가 없고 대표소송의 제기요건을 갖추고 있으면 허용하자는 견해(김재형·최장현, “이중대표소송의 인정근거(Brown v. Tenny, 155 Ill. App. 3d 605)”, 상사판례연구 제15집, 한국상사판례학회(2003), 281면), iii) 모자관계에 국한시키지 말고 실질상 지배·종속관계에 있는 모든 경우로 확대하자는 견해(박정국, “이중대표소송에 관한 연구-입법을 위한 구체적 방법론을 중심으로”, (부산대학교 법학박사학위논문, 2010), 305면), iv) 자회사가 실질상 모회사의 일부라고 인정되는 정도로 양자가 경제적으로나 재산적으로 일체관계에 있는 경우 허용하자는 견해(손영화, “미국법상 이중대표소송의 도입가능성에 관한 연구”, 법

의 도입으로 인한 혼란을 최소화하고 제도의 안정적 정착을 위해 우선은 1단계 종속회사까지 허용하여 시행해 보는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.⁸²⁾

다. 부당내부거래로 인한 손해 회복을 위한 대표소송 활성화

주주가 부당내부거래에 관여한 이사들을 상대로 주주대표소송을 제기하여 승소하더라도 손해배상액은 회사에 귀속되므로 소를 제기한 원고 주주는 회사의 손해 회복을 통한 간접적 이익만 기대할 수 있을 뿐이다.⁸³⁾ 더구나 소송비용도 전액 보상 받을 수 있는지가 명확하지 않아,⁸⁴⁾ 주주대표소송을 제기하기 위하여 상당한 시간과 비용을 부담해야 하는 소수주주로서는 주주대표소송을 제기하는 것을 주저할 수밖에 없다. 주주대표소송이 활성화되기 위해서는 승소한 주주에게 보상되는 소송비용을 현실화하여 적극적인 권리행사가 가능하도록 하여야 한다.⁸⁵⁾ 또한, 주주대표소송을 제기하여 승소한 자에게 일정한 경제적 이익을 제

과 정책연구 제5집 제1호(2005) 108면), v) 지배회사가 완전자회사를 보유하는 등 특별한 경우에 한하여 인정하자는 견해(이동원, “이중대표소송의 허부”, 대법원판례해설 제51호(2004년 하반기), 451면) 등 다양한 견해가 제기되고 있다. 이창기, “이중대표소송제도의 도입방안에 대한 소고”, 기업법연구 제27권 제2호(2013), 231-232면에서 재인용.

82) 이창기, 위의 글, 236-237면. 다만 위 견해는 상법상 모자회사의 관계에서 인정하여야 한다고 주장하나, 우리나라 특유의 복잡한 순환출자구조 및 상법상 지주회사의 경우에도 자회사가 상법상 모자회사의 관계에 있을 것을 요구하지 않는다는 점을 고려하면 실효성의 측면에서 상법상 모자회사관계로 한정하는 것은 실효성이 떨어질 것으로 보인다. 경제개혁연구소에서 2012. 4. 현재 공정위가 지정한 기업집단 중 공기업집단과 상장계열회사가 없거나 계열회사 간 주식소유현황이 공시되지 않은 기업집단을 제외한 45개 기업집단을 대상으로 분석한 결과에 의하면 상장계열회사가 직접 50% 초과 지분을 보유한 경우에 해당되는 경우는 609개 회사이고, 모회사와 자회사의 지분관계를 30% 초과로 완화할 경우에는 총 761개 회사가 이중대표소송의 대상이 될 수 있다고 한다(채이배, “박근혜 당선인의 공약, 다중대표소송의 실효성 분석”, 경제개혁연구소 이슈&분석(2013. 2.), 3면).

83) 그나마 대규모 상장회사의 경우에는 소수주주가 주가상승을 통해 얻게 되는 이익마저도 지극히 미미할 것이다.

84) 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제191조의13 제6항은 동법에 따라 주주대표소송을 제기하여 승소한 때에는 회사에 대하여 소송비용, 그 밖에 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있도록 규정하고 있었다. 그런데 2009. 1. 상법 개정을 통하여 구 증권거래법상 상장법인 특례조항들이 상법에 편입되면서 구 증권거래법 제191조의13 제6항이 삭제되었다.

85) 김영희(주 68), 40면; 박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론”, 홍익법학 제14권 제2호(2013. 6.), 453-454면; 참고로 1997년부터 2012년 사이에 판결이 이루어진 주주대표소송 58건 중에 판결문을 통해 원고의 실체를 파악할 수 있는 사례는 총 47건이다. 이 중에서 경영권분쟁 사안이 19건, 주주 1인이 제소요건을 충족하여 소송을 진행한 것이 11건(법인주주 3건, 기관투자자 1건 포함), 소액주주 다수가 진행한 것이 9건, 시민단

공하는 방안도 고려해 볼 수 있다.⁸⁶⁾ 즉, 주주가 주주대표소송에서 최종적으로 승소할 경우, 법원의 승인 하에 소송을 수행한 원고 주주들에게 승소로 인하여 회사가 얻은 이익 중 일부를 분배하도록 하는 규정을 신설함으로써 주주대표소송의 활성화를 도모할 수 있을 것이다.

라. 사법 심사의 강화

부당내부거래에 관여한 이사 및 지배주주에 대하여 업무상 배임죄 또는 상법상의 특별배임죄를 적용하여 엄격한 책임추궁을 한다면 제재 효과는 더 강하게 나타날 것이다. 과거 법원의 판결을 보면 대규모기업집단 지배주주들의 경제범죄와 관련된 형사재판에서 국내 경제발전에 이바지한 점과 국내 경제에 미치는 영향이 크다는 점을 감안하여 형을 감경하거나 집행유예 판결을 선고하는 경우가 종종 있었다.⁸⁷⁾ 이러한 경향이 결과적으로는 지배주주들과 이사들이 부당 내부거래의 위법성과 그에 대한 제재를 심각하게 인식하지 못하게 한 측면이 있다. 그러나 최근 편법적인 부의 이전과 소수주주 이익 침해, 경제력 집중, 경쟁

체 및 소액주주가 연대하여 소송을 제기한 사례가 8건 등으로 나타났다(강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2013-8호(2013. 6.), 11면 참조).

86) 소수주주가 주주대표소송을 제기하였다가 패소할 경우에는 소송비용 등을 전부 부담하는 등 소송 패소에 따른 위험부담을 홀로 부담함에도 불구하고, 승소할 경우에는 그 이익을 주주대표소송에 관여하지 않은 주주와 공유하여 간접적인 이득만을 얻게 하는 구조는 사적 집행이 낮게 되는 원인 중의 하나이다.

87) S그룹 회장의 배임, 조세포탈 등 혐의에 대한 형사사건에서 법원은 “피고인이 삼성그룹의 지배주주로서의 지위와 경영권을 승계받아 삼성전자 등의 계열회사를 세계적인 기업으로 변모시키는 등 경영능력을 발휘하여 국가경제 발전에 기여하고, 고용창출 등을 통하여 사회안정에도 기여함으로써 ‘사업보국’(事業報國)의 역할을 수행한 점”을 양형사유로 참작하였으며(서울고판 2008. 10. 10, 2008노1841. 위 판결은 상고심에서 일부 파기환송되었으나, 법원이 재벌총수에 대한 형사재판에서 참작하는 양형사유를 잘 보여주고 있다. 한편, 파기 환송심인 서울고판 2009. 8. 14, 2009노1422. 또한 “피해자인 회사의 발전에 피고인들이 상당한 기여를 하였다고 보여지는 점”을 정상참작 사유로 거시하고 있다.), H그룹 회장과 부회장의 횡령 및 배임 등 혐의에 대한 형사사건에서도 “사실상 그룹의 경영을 총괄하면서 회사의 성장에 크게 기여하였다.”는 점을 유리한 양형인자로 삼았으며, SK그룹 회장의 배임 등 혐의에 대한 형사사건에서 “오늘날에 이르기까지 우리 경제의 성장에는 대상회사 등 거대기업집단들이 기여한 바가 적지 않았다 할 것이며, 피고인들이 국가경제의 안정까지 고려했다며 내세우는 경영판단들을 비록 이 법원이 법리적인 관점에서 정당한 것으로 수용하지는 못하지만 그 실질적 유용성이나 결과에 대한 이해득실에 대하여까지 구체적으로 판단할 수는 없는 것이어서, 피고인들을 비난함에 있어 일정한 한계를 느끼는 부분이 있다.”고 판시(서울고판 2005. 6. 10, 2003노1555, 2004노1851(병합)) 하였다.

질서 침해에 대한 사회적 관심과 비판이 높아지면서 지배주주의 형사 재판에서 잇달아 실형이 선고되고 있다. 최근 법원의 판결 동향은 기업집단 내부거래의 공정성 확보에 실질적인 영향을 줄 것으로 보인다. 법원의 엄격한 법 적용과 양형을 고려하여 지배주주와 이사들은 사전적으로 신중하게 거래의 공정성과 적법성을 검토하게 되고, 사후적으로도 심사대상이 될 수 있음을 인식하고 거래의 공정성과 기업집단 내부 효율을 도모하게 될 것이다.

마. 부당하게 이전된 부를 회복시키는 제도

부당내부거래를 통해 기업집단 내부의 한 회사로부터 다른 회사에게 부가 이전된 경우, 형평의 관점에서 볼 때 유출된 부는 이전한 회사에 회복되어야 한다. 앞서 IV. 5.에서 살펴본 바와 같이 기존 제도 하에서 유출된 부를 회복하기가 쉽지 않다. 따라서 부당이전된 부의 회복을 청구할 수 있는 입법적 조치를 마련할 필요가 있다. 지원주체 회사의 경영진이 실질적으로 이러한 권리를 행사하지 않을 경우에는 소수주주가 이러한 권리 행사를 촉구하거나 대위행사할 수 있는 방안도 강구해야 할 것이다. 제도나 현실상의 제약으로 사인들이 직접 반환청구를 하기 어렵다고 판단되는 경우에는 공정위에서 시정조치로서 부의 회복을 명하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.⁸⁸⁾

88) 대법원은 하도급거래 공정화에 관한 법률상의 시정명령과 관련하여 “시정명령은 제13조 위반의 행위가 있음을 확인하거나 재발방지 등을 위한 조치를 취하는 것이 아니라, 당해 위반행위로 인하여 현실로 존재하는 위법한 결과를 바로잡는 것을 내용으로 하는 것이고”라고 판시하여(대판 2002. 11. 26, 2001두3099), 시정명령은 현실로 존재하는 위법한 결과를 시정하는 내용을 포함한다고 판시하였다. 다만 부당내부거래의 경우에 부의 유출이 일어난 지원주체에게 손해를 회복시키기 위해, 이를 공정위의 시정명령으로 할지 아니면 이해관계인의 청구에 따라 법원이 반환판결을 내릴지는 기관 간의 권한배분과 효율적인 권리구제의 관점에서 추가 검토가 필요해 보인다.

Ⅶ. 결어

우리나라 법제는 개별 기업 단위의 규제에 근거하고 있어 경제적 실체로 기능하는 기업집단의 지배구조와 그 내부거래를 평가하고 판단할 수 있는 구체적인 기준이 아직 명확하게 마련되어 있지 않다. 기업집단 내부거래가 총수의 사익 추구를 위해 남용되는 사례가 등장하고 이에 대한 비판 여론에 부응하여 내부거래에 대한 규제 입법이 대폭 강화되었는데 사회경제적으로 효율적이고 바람직한 내부거래와 그렇지 못한 내부거래를 구분하여 규제할 수 있는 기준을 제시하는 수준에는 이르지 못하고 있다. 이로 인해 기업집단 소속 회사들이 내부거래를 할 때 허용되는 거래와 위법한 거래의 경계선을 판단하는 것이 쉽지 않고, 제재의 불확실성을 고려하여 사회경제적으로 효율적인 내부거래가 억제되는 부작용이 나타날 수 있다. 부당내부거래를 억제하는 것이 중요한 만큼 사회경제적으로 효율적인 거래가 규제의 불확실성으로 인해 포기되거나 축소되는 상황은 개선될 필요가 있다. 기업집단법의 제정을 통해 허용되는 내부거래를 명확히 규정하거나 손해를 보는 회사에게 정당한 보상을 지급하는 것을 조건으로 내부거래를 허용하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

또한 부당내부거래에 대한 회사 내부 기관의 통제나 주주권 행사를 통해 견제 등의 사적 집행이 미약한 관계로 공정위의 과징금 부과 등 공적 집행에 대한 의존도가 높다. 이로 인해 전통적인 회사법 영역에서 이사의 선관위무 위반으로 다루어지는 것이 적절한 사안들에 대해서도 경쟁법 집행기관인 공정위가 과도하게 관여하는 것이 제한된 국가 행정자원을 적절하게 사용하는 것인지에 대한 의문이 든다. 부당내부거래의 규제는 공적 집행과 사적 집행이 균형을 이루어야 최적의 효과를 거둘 수 있을 것이므로 단기적으로는 공적 집행에 대한 의존이 불가피하다고 하여도 중장기적으로는 사적 집행이 더 활성화 될 수 있도록 법 제도적 기반을 구축하여 규제의 균형을 맞추는 것이 바람직해 보인다.

참고문헌

단행본

김건식·노혁준, “지주회사의 운영과 회사법: 총론적 고찰,” 지주회사와 법, 보정판, 소화, 2008.

이철송, 회사법강의, 제21판, 박영사, 2012.

한국상장회사협의회, 2012 상장회사 주주총회 백서, 2012.

논문

강정민, “2012년 기관투자자 의결권행사 현황”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2012-21호(2012. 12.).

강정민·김영희, “주주대표소송의 현황과 과제”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2013-8호(2013. 6.).

권윤구, “이사 등의 자기거래”, 주식회사법대계 제Ⅱ권, 법문사, 2013.

권제열, “미국의 주주대표소송제도에 있어서 이사회에 대한 제소청구요건: 최근의 동향을 중심으로”, 상사법연구 제16권 제1호, 한국상사법학회(1997).

김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2013-10호(2013. 7.).

김정호, “이사회구성과 사외이사제도”, 상사법연구 제29권 제2호(2010).

김정호, “이중대표소송에 대한 연구”, 경영법률 제17권 제1-1호, 한국경영법률학회(2006).

김현중, “한국 기업집단 소유지배구조에 대한 역사적 영향요인 고찰 및 시사점 연구”, 한국경제연구원(2012. 5.).

김화진, “기업집단과 회사지배구조”, 기업지배구조리뷰 통권 제29호(2006. 11.), 한국기업지배구조원(2006. 11.).

박신호, “기업경영 부작용 커 도입 재검토해야”, 전경련 통권 제501호, 전국경제인연합회(2006).

박정국, “우리나라 주주대표소송의 현황과 문제점 및 개선방안에 관한 소론”, 홍익법학 제14권 제2호(2013. 6.).

손영화, “기업집단내 내부거래에 관한 연구”, 상사법연구 제32권 제1호(2013).

- 송옥렬, “기업집단 부당내부거래 규제의 법정책적 이해”, 법학 제46권 제1호(2005).
- 송옥렬, “기업집단에서 계열사 소액주주의 보호”, BFL 제59호(2013).
- 신영수, “대규모기업집단의 부당내부거래 개선방안에 대한 검토: 일감몰아주기 문제의 접근방식과 규제개선의 방향”, 경쟁저널 제163권(2012).
- 이수정, “사외이사 및 감사의 실질적 독립성 분석(2012년) - 대규모기업집단 상장회사를 중심으로”, ERRI 경제개혁리포트 2013-03호(2013).
- 이지수·채이배, “회사기회유용 및 일감몰아주기 규제강화 방안”, 경제개혁연구소 경제개혁리포트 2012-9호(2012. 5.).
- 이창기, “이중대표소송제도의 도입방안에 대한 소고”, 기업법연구 제27권 제2호(2013).
- 조지현, “주식콘체른에서 종속회사의 소수주주보호”, 상사법연구 제24권 제1호(2005).
- 채이배, “박근혜 당선인의 공약, 다중대표소송의 실효성 분석”, 경제개혁연구소 이슈&분석(2013. 2).
- 천경훈, “개정상법상 자기거래 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 저스티스 통권 제131호(2012).
- 천경훈, “기업집단의 법적 문제 개관”, BFL 제59호(2013).
- 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적 과제”, 2013년 하계공동학술대회 자료집, 한국상사판례학회·한국기업법학회(2013. 8.).

기타 문헌

- 국민연금공단 기금운용본부, 2012년 국민연금 기금운용 보고서 개정판, 2013.
- 국회 정무위원회, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(민병두의원 등 22인) 검토보고서, 2012. 9.
- 박수영, “집중투표의무화는 재고되어야 한다”, 한국경제연구원 칼럼, 2013.
- 한국경제연구원, “30대그룹 집단별 비금융업 기준 경제력집중도 추이”, 2013.

국문초록

기업집단 내부거래 규제는 사회경제적으로 바람직한 내부거래는 용인하되 지배주주의 사익추구나 비효율적인 내부거래는 억제하는 방향으로 이루어져야 한다. 본 논문은 이러한 문제의식 하에 상법, 공정거래법 등 현행 법령과 제도의 현황 및 문제점을 살펴보고, 기업집단 내부거래의 바람직한 규제 방안에 대하여 검토하였다.

기업집단 내부거래는 의사 결정, 공시, 이행의 단계 별로 규제를 받고, 사후적인 통제도 받는다. 그런데 현실에서는 회사 내부기관의 통제나 선관의무를 위반한 이사에 대한 손해배상 청구 등 사적 집행의 수준이 낮다. 이를 보완하기 위하여 공정거래위원회의 과징금 부과, 시정조치 등 공적 집행이 증시되는 면이 있다. 이로 인해 회사 내부기관의 통제나 이사의 선관의무에 의해 다루는 것이 바람직한 영역에 대해서까지 공정위에 의한 공적 집행이 확장되는 경향이 있다. 개정 공정거래법에서 신설된 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지)는 그 대표적인 예이다. 공정거래법은 부당내부거래를 한 지원주체에게 과징금을 부과하는데 부의 이전(wealth transfer)으로 손해를 본 지원주체에게 과징금까지 부과시키는 것은 이중의 부담을 준다. 오히려 지원주체가 유출된 부를 회수할 있도록 하는 것이 형평에 맞는다. 그런데 현행 손해배상제도나 부당이득반환제도로는 이전된 부를 회수하기가 용이하지 않으므로, 입법론으로는 이를 반환시켜 주는 장치가 마련될 필요가 있다.

부당내부거래의 규제는 공적 집행과 사적 집행이 균형을 이루어야 최적의 효과를 거둘 수 있다. 미약한 수준의 사적 집행이 더 활성화 될 수 있도록 기존 제도의 운영을 개선하거나 새로운 제도를 도입하는 것이 필요하다. 이와 관련하여, 내부거래에 대한 이사회실의 실효적인 검토와 승인, 제한된 범위 내의 이중대표소송 제도의 도입, 대표소송 수행자에 대한 보상, 사법심사의 강화 등을 고려해 볼 수 있다.

한편 현행 법제는 허용되는 내부거래와 금지되는 내부거래를 판단하는 기준을 명확히 제시하지 못하고 있다. 이로 인해 기업집단에 속한 회사들이 제재의 불확실성을 고려하여 사회경제적으로 효율적인 내부거래를 축소하거나 포기할 위험이 있다. 기업집단법의 제정을 통해 허용되는 내부거래를 명확히 규정하거나 손해를 보

는 회사에게 정당한 보상을 지급하는 것을 조건으로 내부거래를 허용하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

주요어: 기업집단, 내부거래, 일감몰아주기, 지배주주, 공정거래법 제23조의2, 공시, 대표 소송

Review of the Current Regulation on Intragroup Transactions and Recommendations to Improve the Regulatory Framework

Chang-Hyun Song & Choong-Il Cho & Nam-Hoon Kim

Regulation on intragroup transactions should be implemented in a way that socio-economically desirable transactions are encouraged while those that are either intended for the personal benefit of a controlling shareholder, or inefficient, are suppressed. Under this general principle, we have reviewed the current status and problems of the regulatory schemes under the Commercial Code and the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, and have suggested a few recommendations to improve such regulatory schemes.

An intragroup transaction is regulated at each stage of the transaction, i.e., decision-making, public disclosure and execution, and is also subject to after-the-fact scrutiny. In reality, however, the level of self-regulation in the private sector through, for example, internal compliance control or derivative action against directors for breach of fiduciary duty (“Private Enforcement”), is quite low. For this reason, administrative enforcement by the Fair Trade Commission (“FTC”) based on imposition of monetary penalty, issuance of corrective order, etc.(“Administrative Enforcement”), has been emphasized and, as a result thereof, the FTC has started to regulate matters that should better be left to the Private Enforcement. New Article 23-2 of the amended Fair Trade Act that prohibits provision of unjust benefit to specially-related person is one of the examples. The Fair Trade Act penalizes a party who transferred wealth through an intragroup transaction, thereby causing such party to suffer not only economic loss resulting from the wealth transfer but also monetary penalty. It would be rather equitable to enable such party to recover the wealth transferred to the other party. However, since it is not easy to recover transferred wealth under the existing legal schemes such as damage claims and return of unjust enrichment, legislative action is required to help

recover the transferred wealth.

Unfair intragroup transactions can be best regulated only when the Private Enforcement and the Administrative Enforcement are in balance. For this purpose, it is necessary to create a market environment where the Private Enforcement is substantially improved by making sure the proper operation of existing regulatory regime or introducing some new regulatory measures. In this regard, we recommend initiatives such as effective review and approval by the board of directors of intragroup transactions, introduction of double derivative action (in certain limited areas), compensation to person who initiates a derivative suit, and strengthening judicial review.

On the other hand, the current legislation does not clearly present the criteria to determine intragroup transactions that are permitted and not permitted. As a result, there is a risk that companies in a group may elect to reduce or give up intragroup transactions, which may be efficient from the socio-economic perspective in consideration of such uncertainty of regulation. It is necessary to clarify boundaries of permitted intragroup transactions or to allow intragroup transactions subject to an adequate compensation to a company suffering losses as a result of such transaction by enacting a law applicable to such groups.

Keywords: Corporate Group, Intragroup Transaction, Tunneling Practice, Controlling Shareholder, Article 23-2 of the Fair Trade Act, Public Disclosure, Derivative Suit