

2016년 춘계학술대회

「기업활동의 자유와 책임」

- 일 시 : 2016년 4월 22일(금) 14:00~18:00
- 장 소 : 서강대학교 마태오관(MA관) 9층 리셉션홀

주최

社團 韓 國 商 事 法 學 會
法人 Korea Commercial Law Association



서강대학교 법학연구소

(사)한국상사법학회 2016년 춘계학술대회 일정안내

주 제 : 기업활동의 자유와 책임

개회식 일정

- ◆ 일 시 : 2016. 4. 22(금) 13:30-18:00
- ◆ 장 소 : 서강대학교 마태오관(MA관) 9층 리셉션홀
- ◆ 주 최 : 한국상사법학회, 서강대학교 법학연구소
 - ▣ 등 록 : 13:30-13:50
 - ▣ 개회식 : 13:50-14:00
- ◎ 개회사 : 김정호 한국상사법학회 회장
- ◎ 환영사 : 장덕조 서강대학교 법학연구소장

전체사회 : 신현탁 교수 (총무이사)

학술사회 : 김흥기 교수 (연구이사)

학술대회 일정

세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
제1세션 14:00-14:50	강희주 변호사 (광장)	2015년 개정 상법의 주요 내용과 기업의 실무 대응	최준선 교수 (성균관대)	김흥식 교수 (안동대)	김지평 변호사 (김앤장)
제2세션 14:50-15:40	권종호 교수 (건국대)	기업활력제고를 위한 특별법의 내용과 기대효과	송중준 교수 (충북대)	정우용 전무 (상장회사협의회)	윤승영 박사 (기업지배구조원)
Coffee break (15:40-16:00)					
제3세션 16:00-16:50	한석훈 교수 (성균관대)	경영판단행위의 형사규제	이상복 교수 (서강대)	정응기 교수 (충남대)	이정민 교수 (단국대)
제4세션 17:00-17:50	이동승 교수 (상지대)	지배주주의 사익추구에 대한 회사법 및 경제법의 규제분담	배진철 원장 (공정거래조정원)	박수영 교수 (전북대)	신석훈 위원 (한국경제연구원)

- ◆ 폐회식 및 만찬 : 18:00 ~ 20:30

기업활동의 자유와 책임

목 차

[제1세션]

발표 : 2015년 개정 상법의 주요 내용과 기업의 실무 대응.....3
강희주 변호사(법무법인 광장)

[제2세션]

발표 : 기업활력제고를 위한 특별법의 내용과 기대효과.....27
권종호 교수(건국대 법학전문대학원)

[제3세션]

발표 : 경영판단행위의 형사규제55
한석훈 교수(성균관대 법학전문대학원)

[제4세션]

발표 : 지배주주의 사익추구에 대한 회사법 및 경제법의 규제분담..79
이동승 교수(상지대)

제1세션

2015년 개정 상법의 주요 내용과 기업의 실무 대응

발표자 : 강희주 변호사(광장)

토론자 : 김홍식 교수(안동대)/ 김지평 변호사(김앤장)

사회자 : 최준선 교수(성균관대)

2015년 개정 상법의 주요 내용과 기업의 실무 대응

강희주 변호사
(법무법인 광장)

I. 상법 개정 경위

상법 일부개정 법률안(법률안 제1912002호)은 2014. 10. 6. 정부에 의하여 국회에 제안되어 2015. 11. 12. 국회를 통과하여 2016년 3월 2일부터 시행됨. 개정 상법은 기업인수합병 시장의 확대 및 경제 활성화를 도모하기 위하여 기업의 원활한 구조조정 및 투자활동이 가능하도록 다양한 형태의 기업 인수 합병 방식을 도입하고, 동시에 반대주주의 주식매수청구권 제도를 정비하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비 점을 개선 보완함.

일본에서는 1998년 산업활력법(이 법은 2014년에 산업경쟁력강화법으로 이름이 변경됨) 상의 기업재편 제도들을 2006년 5월 시행된 신회사법에 대거 도입. 일본에서는 이러한 제도의 시행 이후에 국내와 해외(cross border)에서 M&A가 상당히 증가하였음. 즉, 일본의 M&A 건수는 2005년부터 증가하기 시작하여 2006년도에 정점을 찍고 2008년 리만 쇼크 이후 다소 감소하다가 2010년 엔고를 계기로 하여 대폭 증가하는 추세에 있음.

II. 삼각주식교환, 삼각분할합병제도 등의 도입

1. 삼각조직재편제도의 활용 포인트

가. 경제적 효용성

회사가 삼각주식교환, 삼각합병, 삼각분할합병 등 삼각조직재편시에 신주를 발행하지 않고 이미 취득한 모회사의 주식(신주 혹은 자기주식)을 대가로 지급할 수 있음. 완전모회사는 삼각조직재편 거래를 하기 위하여 예외적으로 그 모회사의 주식을 취득할 수 있음. 미국 등의 사례를 보면 모회사의 주식을 대가로 지급할 수 있으므로, 기업의 가치를 제대로 지급할 수 있고, M&A에 따른 절차가 간편하여지는 등의 편이성으로 인하여 M&A를 대폭 활성화 할 수 있을 것으로 예상됨. 바이오제약산업, IT 산업 등의 분야에서는 임상실험 등으로 인하여 개발 기간이 장기간이고 다액의 R&D 비용이 소요되는 경우 혹은 첨단기술의 개발과 우수인재의 획득이 필요한 경우에 대기업의 Risk와 비용부담을 줄여 주는 방편으로 이용될 수 있고(AcqHire), 벤처투자자 등은 적절한 시기에 투자회수(Exit)의 방법으로 IPO와 더불어 이용 가능. 구미에서는

M&A를 IPO 보다 투자회수 방안으로 선호하는 추세.

* 유사역삼각합병

일본에서는 삼각주식교환을 이용하여 사실상 역삼각합병과 같은 결과를 가져오는 경우를 유사역삼각합병이라고 부름. 인수대상 회사를 소멸시키지 않고 존속시킬 필요가 있는 경우에 유용한 거래방법으로서, 독점적 사업권을 보유한 회사, 정부의 인허가가 필요한 사업을 하는 회사, 제3자의 동의가 없으면 양도할 수 없는 재산상의 권리가 있는 경우 등의 경우에 그 효용성이 있음. 역삼각합병은 삼각합병과 같은 자산거래의 성격이 있으나, 거래 결과는 삼각주식교환과 유사한 측면이 있고, 순수한 자산거래인 역합병과는 다른 거래임. 완전모회사가 완전자회사의 주식을 자신의 모회사에게 잔여재산으로 분배(혹은 주식배당)하고 해산하는 방법이나 완전모회사가 완전자회사에게 합병되는 절차(역합병)를 통하여 역삼각합병과 같은 결과를 구현 가능한 것으로 이해.

나. 절차의 편의성

완전모회사가 삼각재편의 당사자가 되므로 모회사는 주주총회 등의 절차를 경유할 필요가 없음. 모회사는 관여되어 있지 않으므로 주식매수청구권에 대하여 걱정할 필요가 없음. 삼각주식교환의 당사회사는 주주총회를 개최하여야 하고, 주식매수청구권이 인정됨. 채권자보호절차는 필요하지 않음.

* A 회사가 B 회사를 100% 자회사 형태로 지배하고자 하는 경우, 상법상 고려 가능한 방법은 ?

주식매수, 주식의 포괄적 교환 혹은 교환공개매수, 삼각합병 혹은 유사역삼각합병 등이 고려 가능함. 100% 주식 확보가 가능하고, 주주총회의 결의가 불필요하다는 측면에서 삼각합병 혹은 유사역삼각합병의 장점이 있음.

다. 모회사가 상장회사인 경우

상장모회사의 주식은 반드시 상장주식이어야 할 필요는 없으나, 거래의 성사 가능성을 높이기 위하여 통상 유동성이 높은 상장주식인 경우가 대부분임. 자회사의 모회사 주식 취득과정에서 모회사의 주식이 상장 주식인 경우, 신주발행 관련 증권신고서, 자기주식의 처분 관련 신고서, 주식의 취득 관련 공시 등이 필요.

라. 이용 가능한 거래

내 회사가 해외 회사의 인수에 이용 가능. 혹은 해외 회사가 국내 회사 인수에 이용 가능. 조직재편에 이용 가능.

2. 삼각주식교환제도의 도입

가. 삼각주식교환이란.

주식의 교환은 주식회사(완전자회사)가 다른 주식회사(완전모회사)와 합의하여 그 발행 제 주식의 전부를 당해 완전모회사에 취득시키는 행위를 말함(상법 제360조의2 제1항). 이 때 완전자회사가 되는 회사의 주주가 가지는 그 회사의 주식은 주식을 교환하는 날에 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주를 배정받거나 그 회사 자기주식을 이전받게 됨(상법 제360조의2 제2항).

삼각주식교환이란, 주식의 포괄적 교환의 경우 완전모회사가 되는 회사가 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 완전모회사가 되는 회사의 주식이 아니라 완전모회사가 되는 회사의 모회사의 주식을 그 대가로 교부할 수 있도록 한 상법에 규정된 절차에 따른 거래를 의미(상법 제360조의3 제3항).

나. 개정 조문.

상법 제360조의3은 “주식교환계약서의 작성과 주주총회의 승인 및 주식교환 대가가 모회사 주식인 경우의 특칙”에 관하여 규정하면서, 같은 조 제3항 4호를 개정하여 「완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제2호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항」을 주식교환계약서에 기재하도록 하고, 같은 조 제6항을 「제342조의2 제1항에도 불구하고 제3항 제4호에 따라 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제공하는 재산이 완전모회사가 되는 회사의 모회사 주식을 포함하는 경우에는 완전모회사가 되는 회사는 그 지급을 위하여 그 모회사의 주식을 취득할 수 있다」라고 신설하여 주식교환계약서에 기재하도록 함. 같은 조 제7항은, 「완전모회사가 되는 회사는 제6항에 따라 취득한 그 회사의 모회사 주식을 주식교환 후에도 계속 보유하고 있는 경우 주식교환의 효력이 발생한 날부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하여야 한다」고 규정함.

위 규정은 주식교환의 대가의 유연화를 인정하고(상법 360조의3 제3항 제4호), 완전모회사의 모회사의 주식을 그 대가로 지급할 수 있는 삼각주식교환제도를 인정하면서

(상법 제360조의3 제6항), 완전모회사가 삼각주식교환을 위하여 취득한 모회사의 주식을 6개월 내에 처분하여야 함을 규정한 것으로 이해(상법 제360조의3 제7항).

다. 기업의 실무적 대응

(1) 제도의 활용

벤처 기업 등 특허권이 중요한 기업이나 개별 양도에 제3자의 동의가 필요한 경우, 혹은 회사의 영업에 정부의 인허가가 필요한 권리 등을 보유하고 있는 회사를 거래할 때에 당해 회사가 소멸회사가 되는 삼각합병을 통해 그 목적을 달성하기 힘든 경우(즉, 실질적 역삼각합병이 필요한 경우)에 모회사 주식을 대가로 지급하고 대상회사를 안전하게 인수할 수 있는 장점이 있음. 또한, 외국회사가 모회사의 주식을 이용하여 한국의 대상회사를 삼각주식교환을 통하여 손자회사화 하는 것이 가능하게 됨. 역으로 한국회사도 모회사의 주식을 이용하여 외국회사를 손자회사화하는 것이 가능하게 됨.

* 상법상 합병, 주식교환 등은 한국 회사 사이에서 가능하고, 일방 당사자가 외국회사인 경우에는 가능하지 않은 것으로 해석되는데, 삼각주식교환은 내외국 회사 사이에서 가능한가? 삼각주식교환은 그 당사자가인 완전모회사와 완전자회사가 모두 내국회사인 경우 혹은 모두 외국회사인 경우를 상정한 것으로서, 완전모회사의 모회사는 삼각주식교환의 당사자가 아니기 때문에 그러한 요건이 충족되는 한 상법에 의하여 제한되지 않는 것으로 해석됨. 만일 완전모회사와 완전자회사가 각기 다른 법역에 속하는 회사인 경우는 우리 상법상의 삼각주식교환이 예정하고 있지 않은 것으로 해석. 다만, 당해 외국의 회사법이 이를 인정하는 경우에는 가능할 수도 있다는 견해가 있을 수 있으나, 우리 상법상으로는 어려운 것으로 해석하는 것이 상당함.

** Corporate Inversion 과 본사 기능의 이전 거래에도 사용 가능한가 ?

예를 들어, 한국회사가 미국에 자회사를 가지고 있는 경우, 미국자회사가 한국에 자회사(손자회사)를 설립하여 미국 자회사의 주식을 대가로 하는 삼각주식교환을 한 다음(삼각주식교환의 결과 미국회사가 모회사, 한국모회사가 손자회사로 됨) 본사기능을 옮기는 방법(역의 방법도 가능함). 이 경우 미국회사의 한국자회사가 한국모회사와 사이에 미국회사 주식을 대가로 하여 삼각합병하는 방법도 대안으로 가능할 것으로 보임. 외국에서 투자를 받을 수 있도록 하기 위해서 혹은 외국에서 Tax 혜택을 받기 위해서 등 여러 목적으로 이러한 거래가 행하여 질 수 있음. 위와 같은 거래는 한국모회사의 주주들이 한국모회사의주식을 미국자회사에 현물

출자하고 주주들은 미국자회사의 주식을 그 대가로 받는 방법으로도 구현 가능. 당해 회사가 상장회사인 경우에 이러한 구조의 거래를 할 유인이 있으나, 양도차익에 대한 과세문제가 적은 경우에 효용성이 있을 것으로 보임.

*** 위와 유사한 경우로 Delaware Flip Transaction의 경우에도 이용 가능할 것으로 보임.

Delaware Flip Transaction은 미국 이외의 국가에 설립된 벤처기업이 미국 벤처 캐피탈로부터 펀딩을 받기위하여 미국에 지주회사를 설립(미국의 자회사를 지주회사로 전환시키는 방법에 의하여도 가능)하고 해외의 모회사를 미국 지주회사의 완전자회사로 만드는 거래구조로서, 거래의 결과 외국회사의 주주들은 미국 지주회사의 주주로 전환 됨. 대부분의 미국 벤처캐피탈이 Delaware 주법에 따라서 투자조건을 전형적으로 설계 내지 운용하고 있기 때문에 미국의 벤처캐피탈로부터 투자를 받기 좋은 구조를 만들기 위해 이러한 거래가 실리콘 밸리를 중심으로 생겨남. 업력이 오래된 기업의 경우에는 양도차익 등으로 인한 조세문제가 발생할 수 있기 때문에 주로 초기 유망 벤처기업들이 그 대상이 되는 경우가 많음. 이 경우에도 삼각주식교환의 방법으로 거래가 가능할 것으로 보임.

(2) 6개월 내에 처분

삼각주식교환을 위하여 자회사는 모회사의 주식을 취득할 수 있는데, 이렇게 취득한 자기주식은 삼각주식교환의 효력이 발생한 날로부터 6월 이내에 처분하도록 함(상법 제360조의3 제7항). 일본의 경우 사회통념상 합리적으로 필요한 범위 내에서 모회사의 주식을 취득 보유하는 것을 허용하고, 상당한 시기에 처분하는 것으로 족한 것으로 규정함(일본 회사법 제800조 제1항, 제2항). 이것은 단수의 발생 등으로 삼각주식교환에 대가로서 지급할 정확한 주식의 수는 삼각주식교환의 효력발생일 직전에 확정되므로 거래를 안전하게 종결할 수 있도록 하려면 모회사의 주식을 여유있게 발행받아서 보유할 필요가 있고, 이를 상당한 기간 내 처분하도록 함.

우리나라의 경우는 자회사가 모회사 주식을 취득할 수 없도록 한 규정의 예외라는 점을 고려하여, 6개월 내에 처분하도록 규정함. 상법 제342조의제2항에서 주식의 포괄적 교환 등의 사유로 자회사가 모회사의 주식을 취득한 경우에는 6개월 이내에 모회사의 주식을 처분하여야 하는 것으로 규정하고 있는 것과 동일한 취지로 해석.

* 만일 자회사가 이러한 모회사의 주식을 처분하지 않으면 어떻게 되는가?

자기주식 취득의 경우와 동일하게 보아 주식에 관한 일체의 권리를 행사할 수 없

고, 처벌 가능(벌금형, 상법 제625조의2 제2호). 이러한 불이익을 피하기 위해서는 모회사가 미리 정하여진 조건에 따라서 환매하거나, 혹은 제3자에게 매각하는 방법을 고려할 수 있음. 주식교환계약을 할 때에 특약사항으로 자회사가 모회사의 주식을 이전하기로 하되, 이와 같은 초과 보유로 인한 문제의 해결을 위하여 모회사가 대가로 지급할 주식의 전부 또는 일부에 대하여 사실상 직접 신주 혹은 자기주식을 이전하여 교부하기로 하는 합의를 통하여, 사실상 모회사가 완전자회사의 주주들에게 직접 대가인 주식을 교부를 하는 방안을 고려하여 볼 수 있음.

(3) 자기주식에 대하여 신주를 배정할 것인가 ?

일본의 경우 주식교환에서 완전자회사가 보유하는 완전모회사의 주식에 대해서는 신주를 배정하지 않는 것으로 규정하고, 완전모회사가 보유하는 완전자회사의 주식에 대해서는 신주를 배정하지 않는 것은 당연하고, 완전자회사가 가지는 자기주식에 대해서는 신주를 배정하는 것으로 보고 이러한 자기주식은 상당한 기간 내에 처분하여야 하는 것으로 해석됨. 다만, 실무상 주식교환완전모회사의 주식이 완전자회사가 보유하는 자기주식의 대가로 배정되는 것을 회피하기 위하여 이를 사전에 소각하는 경우가 적지 않음. 반대주주의 주식매수청구권의 행사에 의하여 발생하는 주식교환 완전자회사의 자기주식에 대한 처리는, 실무상 반대주주의 주식매수청구권의 행사에 의하여 자기주식을 먼저 취득하고, 그 다음에 주식교환의 효과가 발생하는 것으로 이해하고, 사전에 이를 소각하는 것으로 처리하는 경우가 적지 않음.

우리 법상 완전모회사가 보유하는 완전자회사의 주식에 대해서는 모회사의 주식을 배정하지 않고, 완전자회사가 보유하는 완전모회사 주식에 대해서 모회사 주식을 배정하지 않으며, 완전자회사가 보유하는 자기주식에 대해서는 모회사 주식을 배정하는 것으로 해석하는 것이 상당할 것으로 보임(상법 제360조의7 제2항 참조). 반대주주의 주식매수청구권의 행사에 의하여 취득하게 되는 자기주식에 대해서도 그 처리는 동일하게 해석되어야 할 것으로 보임. 다만, 완전모회사의 모회사의 주식이 완전자회사의 자기주식에 배정되는 것을 피하기 위하여 사전에 미리 이를 소각하는 방법을 고려할 수 있음.

(4) 삼각주식교환에 이용할 완전모회사의 주식의 취득 방법

완전모회사의 모회사 주식의 취득 방법에 대해서는 법률에서 규정한 바가 없음. 이 문제는 앞으로 실무적으로 해결되어야 할 문제로서 주금납입의 방법, 조세문제 등과 관련하여 연구가 필요함.

* 모회사 주식 취득의 방법에 대해서는 다음과 같은 방법들이 예상됨.

① 완전모회사가 그 모회사로부터 자금을 차입하거나 증자를 받아서 모회사의 신주를 취득하거나 모회사의 자기주식을 취득하는 방법.

* 이 방법에 대해서는 견금 내지 가장납입이 아닌가의 문제 내지 증자 내지 양도의 대가로서 취득하는 완전모회사의 주식의 평가가치가 실질에 부합되는지 여부가 문제될 수 있음. 여기에 대해서는 완전모회사가 그 모회사의 주식을 대가로 지급하고 취득하는 완전자회사의 주식의 실질적 가치가 모회사의 주식의 가치와 부합된다면 실질적 재산의 증가가 인정될 것이라는 견해가 유력함. 제3의 감정기관의 평가보고서를 근거로 하면 될 것으로 보임

② 명목적 가치로 모회사의 주식을 취득하는 방법.

예를 들어, 주당 1원에 취득하는 방법 등을 고려할 수 있음. 이 방법은 가장납입 등의 이슈를 방지할 수 있으나, 액면이 있는 주식을 발행하는 경우에는 액면미달 발행의 문제가 발생될 수 있음(상법 제417조).

이 경우 대안으로서 무액면주식을 발행을 고려할 수 있는데(상법 제291조제3호), 이 경우 회사의 자본금은 주식발행 가액의 2분의 1 이상의 금액으로서 이사회(416조 단서의 경우는 주주총회)에서 자본금으로 계상하기로 한 금액의 총액으로 함(상법 제451조제2항). 다만, 세법상 모회사의 주식의 가치와 차액에 대해서는 완전모회사에게 증여를 한 것으로 볼 여지가 있다는 문제가 발생될 수 있음.

③ 현물출자의 방법에 의하여 상호 간에 신주발행 내지 자기주식 처분하는 방법.

이 방법은 모회사가 대가의 가치에 상당하는 충분한 자산을 보유하고 있지 않거나 자금조달이 곤란한 경우에 대안으로서 상정 가능. 다만, 납입이 이루어진 후에 주식의 발행이 가능하므로, 동시에 이를 처리할 수 있는지에 대해서는 추가적인 논의가 필요. 모회사가 보유하는 자기주식을 회사분할하는 방법에 의하여 100% 자회사를 만든 다음 거래를 진행하는 방법은 현물출자와 그 효과가 거의 유사한 방법 중의 하나임. 이러한 방법은 모회사가 자기주식을 충분히 확보하고 있는 경우 거래에 따른 자금이동이나 거래가격의 적정성 등에 대한 법률적 세무적 이슈가 적기 때문에 특별한 문제없이 이용 가능한 방법으로 생각됨.

④ 상호 주식을 발행하여 주금납입 청구권을 상계하는 방법, 상호 간에 어음이나 수표 등을 발행하여 그 대가로서 모회사 주식을 취득하는 방법 등이 고려될 수 있음

⑤ 모회사가 직접 신주를 발행하여 완전자회사의 주주들에게 대가로서 교부하는 것이 허용되는가 여부?

3자 간의 계약으로서 사실상 중간 경로를 생략하고 교부하는 것은 가능하지만, 법률적으로 모회사가 삼각주식교환의 직접 당사자가 되어 직접 발행하는 것은 불가능한 것으로 해석.

(5) 교환비율에 대하여 변동비율로 하는 것이 가능한가 ?

주식교환비율을 고정비율(Fixed Exchange Ratio)로 하는 것이 일반적임. 그러나, 계약체결시점에서 대상회사의 주식 1주의 가격을 고정하고 당해 고정액에 상당하는 주식을 교부하는 것에 의하여 비율을 정하는 방식의 변동제 교환비율(Floating Exchange Ratio)도 가능하다는 논의가 있음. 이는 대상회사의 주주들이 계약체결 시점과 주식교환의 효력발생 시점 사이의 주가변동에 따른 리스크에 노출되는 것을 예방하는 장점이 있음.

(6) 기업활력법상 사업재편(법 제2조, 시행령 제2조).

- ① 상법 제174조에 의한 합병,
- ② 상법 제530조의2에 의한 분할, 분할합병,
- ③ 상법 제360조의2의 주식의 포괄적 교환
- ④ 상법 제360조의 15의 주식의 포괄적 이전
- ⑤ 상법 제374조에 의한 영업양도 양수
- ⑥ 회사의 설립, 주식의 취득 또는 소유, 생산설비, 기타 영업용 자산의 양도 양수, 기타 사업재편행위

(7) 세법(적격조직재편)

일본에서는 삼각조직재편도 적격요건을 충족하는 것으로 보고 있고, 실무상 해외법인에 의한 일본기업의 매수, 해외법인과 경영통합 등에도 활용되고 있음. 적격조직재편에 해당되면 이전자산 전부의 양도손익에 대하여 과세를 이연하게 되고, 장부가로 양도한 것과 동일하게 취급됨. 우리나라의 경우 이러한 제도의 활성화를 위해서는 조세특례제한법에 이러한 개정 내용이 반영되어야 할 것으로 보임.

(8) 적용례

모회사를 물적분할하고, 분할된 자회사가 완전모회사가 되어 실제로 완전자회사로

될 다른 회사와 모회사주식을 대가로 하여 삼각주식교환한 다음, 완전자회사를 존속 회사로 하는 역합병을 하는 방법이 고려될 수 있음.

(9) 조직 재편의 흐름

- ① 산업의 구조조정을 위하여 경쟁력이 약화된 기업을 경쟁력이 강한 기업에 M&A되는 경향
- ② 사업경쟁력 강화를 위하여 경쟁력이 강한 기업 사이의 M&A 경향
- ③ 사업승계를 위한 중견기업의 M&A, 벤처기업의 M&A 등

베이비 붐 세대의 퇴장, 인구 감소 등으로 인하여 유발. 중견 기업을 대기업에 매각하고, 대기업은 우수한 기술과 경쟁력을 가진 기업을 기초로 사업 확장. Seller 마켓이라고 할 수 있음. IPO 전략과는 자금의 조달이라는 측면은 동일하지만, 주식의 현금화가 100% 이루어진다고 볼 수 없고 사업의 승계가 이루어지기 어렵다는 점에서 M&A 전략이 선택됨. 그 장점은. 회사의 주식을 높은 가격에 매각 가능. 조건이 좋은 우량 기업과 연결 가능. 본인이 주도권을 가지고 교섭 가능. 사업승계 문제를 해결 가능. 창업자의 이익을 확보할 수 있음. 금융기관에 지고 있는 개인 보증이나 담보 문제의 해결이 가능. 사업계속에 의하여 회사명이나 기업정신이 계속 가능. 사원의 고용의 유지가 가능.

3. 삼각분할합병제도의 도입

가. 삼각분할합병이란.

분할은 회사가 영위하는 사업에 관한 권리와 의무를 잘라내어 이를 다른 회사에 승계시키는 상법에 규정된 절차에 따른 거래를 의미(상법 제530조의2 제1항). 분할합병은 회사가 분할에 의하여 1개 또는 수개의 존립 중의 회사와 합병하는 것을 의미(상법 제530조의2 제2항). 삼각합병은 존속회사의 주식 대신 모회사의 주식을 합병의 대가로 소멸하는 회사의 주주들에게 지급하는 합병을 의미함(상법 제523조의2).

삼각분할합병은 분할회사의 일부가 다른 회사와 합병하여 분할합병의 상대방회사가 존속하는 분할합병 거래를 하면서 그 합병의 대가로 분할승계회사의 주식 대신 분할승계회사의 모회사의 주식을 분할회사의 주주에게 교부하는 상법에 따른 거래를 의미(상법 제530조의6 제4항, 제5항).

나. 개정 조문 .

개정 상법은 상법 제530조의 6은 “분할합병 대가가 모회사 주식인 경우의 특칙”을 규정하고 있는데, 같은 조 제1항 제4호를 개정하여 「분할승계회사가 분할회사의 주주에게 제3호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항」라고 하고, 같은 조의 제4항에 「제342조의 2 제1항에도 불구하고 제1항 제4호에 따라 분할회사의 주주에게 제공하는 재산이 분할승계회사의 모회사의 주식을 포함하는 경우에는 분할승계회사는 그 지급을 위하여 모회사의 주식을 취득할 수 있다」라는 규정을 신설하여 분할합병계약서에 기재하도록 함. 같은 조 5항에서는 분할승계회사가 취득한 모회사 주식은 6개월 이내에 처분하도록 규정함. 위의 규정들은 각각 분할합병의 대가의 유연화, 삼각분할합병 등에 관한 내용임.

다. 기업의 실무적 대응

- (1) 삼각합병과 삼각분할합병은 결과적으로는 같은 효과를 발생시키지만 삼각분할합병의 경우 완전지주회사체제를 그대로 유지할 수 있고 분할승계회사가 자기주식을 대가로 교부하는 경우에도 연결납세제도의 요건을 충족할 수 있으며, 승계자산 또는 채무를 선택할 수 있다는 이점이 있음.
- (2) 합병시 모회사 주식을 대가로 지급하는 적격합병에 해당되는 경우 주식의 양도가액을 장부가로 양도한 것으로 보아 양도익에 대한 과세를 하지 않음.
- (3) 모회사의 주주총회를 필요로 하지 않는 등 삼각조직재편제도의 장점이 그대로 적용될 수 있음.
- (4) 주요한 모회사의 특정 사업 부문을 물적 분할하여 분할승계회사로 하고, 다른 회사 혹은 다른 회사의 분할회사를 합병하는 방식으로 거래구조를 설계할 수 있음.

III. 반대주주의 주식매수청구권 제도의 정비

1. 무의결권 주식 주주의 주식매수청구권의 인정

가. 무의결권주식 주주의 주식매수청구권

종래에는 무의결권주식이나 의결권이 제한되는 종류주식 등에 대하여 주식매수청구권

이 인정된다는 명문의 규정이 없었으나, 자본시장법 제165조의5 제1항에서 의결권이 없거나 제한되는 종류주식의 주주도 포함되는 것으로 규정하고 있었고, 통설은 이를 해석으로 인정하고 있었음. 개정 상법은 주주가 가지는 이익배당청구권, 의결권 등의 탈취의 대가로서 주식매수청구권을 인정한다는 측면에서 의결권의 유무와 무관하게 무의결권주식 주주에게 반대주주의 주식매수청구권을 인정하는 것으로 명문으로 규정.

나. 개정 조문.

상법 제360조의5를 개정하여, 「제360조의3 제1항의 규정에 의한 승인사항에 관하여 이사회가 결의가 있는 때에 그 결의에 반대하는 주주(의결권이 없거나 제한되는 주주를 포함한다. 이하 이 조에서는 같다)는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일부로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다」고 규정. 위 규정은 무의결권 주식 주주의 주식매수청구권을 인정하는 규정으로 이해됨.

2. 주식매수청구권에 따른 매수의무기간의 기산점 일원화

가. 매수의무기간이란.

종래에는 회사의 매수의무의 시점을 ‘주주로부터 매수청구를 받은 날’로 정하였기 때문에 주식매수청구권을 행사한 주주 별로 회사의 매수의무 기간이 달라지는 절차상 부담이 있었는데, 이를 ‘주주총회 결의일로부터 20일이 경과한 날’로 일원화하여 규정하여 회사의 매수의무 발생 시기를 매수청구기간이 종료하는 날로 함.

나. 개정 조문 . 청구를 받은 날로부터 2개월 이내에 매수하도록 되어 있었던 상법 제374조의2 제2항을 개정하여, 「 제1항의 청구를 받으면 해당 회사는 같은 항의 매수청구기간(이하의 조에서 “매수청구기간이라 한다)이 종료하는 날로부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다」고 상법 제374조의2 제2항에 규정.

다. 기업의 실무적 대응

(1) 주식매수청구의 효력발생 시기는?

회사의 매수의무의 발생시기와 동일하게 매수청구기간이 종료하는 날로 보는 것이 상당함. 판례는 주식매수청구권을 형성권으로 보면서 주주의 주식매수청구권의 행사로 바로 매매계약이 성립되고, 2개월(상장회사는 1개월) 내에 회사의 대금지급의무

가 발생하는 것으로 해석함. 즉, 매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 내에 그 주식을 매수하여야 한다는 규정은 매매대금의 지급의무의 이행기를 정한 것으로 해석(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다72667판결).

개정 상법에서는 매수청구기간이 종료하는 날에 매매계약이 성립되고, 회사는 2개월(상장회사는 1개월) 내에 주식을 매수하여야 하는 것으로 해석될 수 있음. 회사의 지연손해금 내지 이자 지급의무(연 6%)는 매수청구기간이 종료하는 날로부터 2개월이 경과되는 날로부터 발생하는 것으로 해석하는 것이 상당함.

(2) 기업활력법은 상법상 총회결의일로부터 20일로 되어 있는 것을 10일로 단축하는 특례를 인정. 상법상 회사의 주식매수 의무기간은 2개월(상장회사는 1개월)로 되어 있는데, 기업활력법은 6개월(상장회사는 3개월)로 연장하는 특례를 인정.

3. 주주총회를 경유하지 않더라도 주식매수청구권이 인정되는 경우

가. 간이합병(상법 제527조의2, 제530조제2항, 제374조의2 제2항)의 소멸회사의 반대주주. 간이합병의 존속회사는 주주총회 결의가 필요하므로 존속회사의 반대주주는 주식매수청구권이 인정.

나. 소규모합병의 존속회사는 주주총회 결의가 필요하지 않고, 상법 제522조의3에 의한 반대주주의 주식매수청구권은 인정되지 않는 것으로 명시적으로 규정(상법 제527조의3제5항). 소규모합병의 소멸회사는 주주총회의 결의가 필요하므로 소멸회사의 반대주주는 주식매수청구권 인정(상법 제527조의3, 제530조제2항).

다. 간이분할합병의 분할소멸회사는 이사회의 결의로 갈음할 수 있고, 분할소멸회사의 반대주주는 상법 제522조의3에 의한 반대주주의 주식매수청구권이 인정되는 것으로 규정(상법 제530조의11 제2항, 제527조의2). 간이분할합병의 분할승계회사는 주주총회의 결의가 필요하므로 분할승계회사의 반대주주는 주식매수청구권이 인정됨.

라. 간이주식교환의 완전자회사의 반대주주의 주식매수청구권 인정(상법 제360조의5, 제360조의9). 간이주식교환의 완전모회사는 주주총회 결의가 필요하므로 반대주주의 주식매수청구권 인정.

마. 소규모주식교환의 완전모회사의 주주총회의 결의는 요구되지 않고, 반대주주의 주식매수청구권도 인정되지 않는 것으로 명시적으로 규정(상법 제360조의10 제7항).

소규모주식교환의 완전자회사의 주주총회의 결의는 필요하고, 반대주주의 주식매수청구권이 인정됨.

4. 주식매수청구권에 의하여 매수가액에 대한 다툼이 있는 경우

공탁할 수 있게 하거나 일부 변제를 할 수 있도록 하여 지연이자(연6%)의 발생을 방지할 수 있는 규정이 필요하다는 견해가 있음. 개정안에는 포함되었다가, 국회 논의과정에서 삭제됨.

IV. 소규모 주식교환 요건의 완화, 소규모 합병의 요건 규정등

1. 소규모 주식교환 요건의 완화

가. 소규모 주식교환이란

종래 소규모합병의 요건은 완화 규정하면서 소규모 주식교환의 요건을 개정하지 않았었는데, 양자를 구별할 이유가 없으므로, 소규모주식교환의 요건도 동일하게 규정하여야 한다는 입법론이 있었음.

개정 상법은 소규모주식교환의 요건을 소규모합병과 동일하게 개정하여 발행주식 총수의 100분의 10을 초과하지 않는 경우(100분의 10 이하. 종전에는 100분의 5 이하)에 주주총회의 결의 대신 이사회의 결의로 할 수 있게 하고, 그 대가로 지급하는 재산의 가액이 순자산액의 100분의 5를 초과하지 않는 때(100분의 5 이하. 종전에는 100분의 2 이하)로 규정. 반대주주의 주식매수청구권 인정 안됨.

나. 개정 조항.

상법 제360조의 10 제1항을 개정하여, 「완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주 및 이전하는 자기주식의 총수가 그 회사의 발행 주식 총수의 100분의 10을 초과하지 않는 경우에는 그 회사에서의 제360조의3 제1항의 규정에 의한 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. 다만, 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제공할 금전이나 그 밖의 재산을 정한 경우에 그 금액 및 그 밖의 재산의 가액이 제360조의4 제1항 제3호에서 규정한 최종대차대조표에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액의 100분의 5를 초과하는 때에는 그러하지 아니하다」로 규정.

다. 기업의 실무적 대응

(1) 자기주식 관련.

- ① 완전모회사는 자신이 보유하는 대상회사 주식에 대해서는 교환신주를 발행할 수 없음(상법 제360조의7 제2항은 제360조의3 제3항 제2호에 따라 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 이전하는 자기주식의 장부가액의 합계액과 완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제공할 금전이나 그 밖의 재산액을 주식교환의 날에 완전자회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액에서 공제한 액을 초과하여 자본금을 증가시킬 수 없는 것으로 규정). 완전모회사는 미리 완전자회사의 주식을 확보하여 그 비중을 조정하여 상당한 규모의 회사도 소규모주식교환의 방법을 이용할 수 있는 길이 열려 있음.
- ② 완전모회사는 자기주식을 교환대가로 완전자회사 주주에게 지급할 수 있고(제360조의2 제2항), 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주 및 이전하는 자기주식의 총수가 그 회사발행 주식총수의 10%를 초과하지 않는다는 요건은 이러한 자기주식을 교환대가에 포함하여 판단(제360조의10 제1항).
- ③ 제360조의10 제1항 단서의 “완전자회사가 되는 회사의 주주에게 지급되는 금전”에 주식교환 이전에 완전모회사가 될 회사가 완전자회사의 주식을 취득하면서 지급한 매수대가가 포함되는지 여부?

판례가 합병교부금은 합병결의로 실제로 소멸회사 주주에게 지급된 금전으로 제한하고 있으므로 존속회사가 미리 소멸회사 주식을 취득하면서 지급한 매매대금은 이론상으로는 포함되지 않는다는 견해. 위 견해에 의하면 소규모합병을 할 수 있는 범위가 확대될 수 있음.

존속회사가 소규모합병을 위하여 미리 소멸회사의 주식을 취득하여 포함주식을 확보하는 것도 실질적으로는 합병교부금으로 볼 수 있다는 견해. 위 견해는 입법의 취지상 소규모합병을 위하여 실질적으로 투입된 금액을 기준으로 하는 것이 상당하다는 데에 근거함. 위 견해는 이사회의 승인이 가능한 범위를 좁히는 결과가 될 수 있음.

(2) 주주총회의 승인을 요하는 경우

- ① 상법 제360조의10 제1항 단서와 제4항

완전자회사가 되는 회사의 주주에게 제공할 금전이나 그 밖의 재산을 정한 경우에 그 금액 및 그 밖의 재산의 가액이 제360조의4 제1항 제3호에서 규정한 최종대차 대조표에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액의 100분의 5를 초과하는 때에는 주주총회의 승인이 필요함(상법 제360조의10 제1항 단서). 또한, 완전모회사가 되는 회사의 발행 주식 총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 가지는 주주가 제4항에 따른 공고 또는 통지를 한 날로부터 2주 내에 회사에 대하여 서면으로 주식교환에 반대하는 의사를 통지한 경우에도 주주총회의 승인이 필요함(상법 제360조의10 제5항).

* 이러한 경우, 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 이사회 승인만 받은 경우 그 효력은 어떻게 볼 것인가? 실제적 요건을 충족하지 못한 것으로 무효로 볼 여지가 있음. 상법 제360조의 14에 의한 주식교환 무효의 소의 원인이 될 수 있으나, 6개월의 제척기간이 적용되는 것으로 해석.

** 위 기준의 충족 여부가 명백하지 아니한 경우에는 어떻게 처리할 것인가? 요건에 해당 여부가 명확하지 않은 경우에는 요건에 해당하는 것이 명백하게 될 때까지 절차를 연기하거나 주주총회의 승인을 얻는 것이 안전함.

② 일본의 예

당해 조직재편에 있어 차손이 발생하는 경우(회사법 796조2항 단서, 795조2항), 교부하는 대가의 전부 혹은 일부가 양도제한주식등이고 존속주식회사 등이 공개회사인 경우(회사법 796조2항 단서, 796조1항 단서), 존속주식회사 등의 일정 이상의 주주가 반대주주의 매수청구에 관한 절차의 통지 혹은 공고의 일로부터 2주간 내에 반대하는 뜻을 존속회사 등에 대하여 통지하는 경우(회사법 796조3항)에는 주주총회의 승인을 요함. 일본의 경우 요건 해당 여부가 명백하지 않는 경우에는 주주총회의 승인을 얻어서 절차를 진행하는 것으로 실무적으로 처리되고 있는 것으로 보임.

2. 소규모 합병의 요건 규정

가. 소규모 합병이란.

존속회사가 발행하는 합병신주 및 이전하는 자기주식이 존속회사 발행주식 총수의 10% 이하인 경우, 존속회사의 입장에서는 합병의 규모가 너무 작아서 주주의 이해관계가 크지 않기 때문에, 주주총회의 결의 대신 이사회결의로 대체할 수 있고, 반대주

주의 주식매수청구권도 인정되지 않음. 다만, 존속회사의 20% 이상을 소유한 주주가 서면으로 합병에 반대하는 의사를 통지하면 주주총회의 승인결의를 생략할 수 없다(상법 제527조의3 제4항).

조직재편 중 승계재산의 규모 혹은 승계재산의 대가로 교부되는 재산의 규모의 관점에서 조직재편 당사회사 및 주주에게 미치는 영향이 너무 적어서 당해 당사회사에 있어서 조직재편계약 혹은 조직재편 계획에 있어서 주주총회의 결의에 의한 승인을 요하지 않고도 효력을 발생시키는 것이 인정되는 합병을 의미. 즉, 존속회사의 입장에서는 소멸회사의 규모가 너무 적어서 주주의 이해관계에 대한 영향이 적다는 측면에서 인정. 존속회사는 주주총회 결의가 필요 하지 않으므로 반대주주의 주식매수청구권 인정되지 않음(상법 제527조의3 제5항, 제522조의3). 소멸회사는 주주총회와 주식매수청구권이 인정됨.

일본 회사법은 우리 상법상의 소규모합병을 “간이합병”이라고 규정하고 있으며, 우리 상법상의 “간이합병”은 “약식합병”으로 규정하고 있음.

나. 개정 조항.

종래 합병대가로 이전하는 자기주식을 소규모 합병 요건(10% 초과) 판단시 포함할 것인지 여부에 대하여 견해가 일치되지 않음. 개정법은 상법 제527조의 3 제1항을 개정하여, 「 합병 후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주 및 이전하는 자기주식의 총수가 그 회사의 발행주식 총수의 100분의 10을 초과하지 아니하는 경우에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회 승인으로 갈음할 수 있다. 다만, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 제공할 금전이나 그 밖의 재산을 정한 경우에 그 금액 및 그 밖의 재산의 가액이 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산 액의 100분의 5를 초과하는 경우에는 그러하지 않다」라고 자기주식을 합병 요건 판단시 포함되는 것으로 규정. 합병 후 존속하는 회사의 발행주식총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 제3항의 규정에 의한 공고 또는 통지를 한 날로부터 2주 내에 회사에 대하여 서면으로 합병에 반대하는 의사를 통지한 때에는 소규모합병을 할 수 없다(상법 제527조의3 제4항).

다. 기업의 실무적 대응

(1) 자기주식 관련.

합병시 존속회사가 소멸회사의 주식을 보유하고 있는 경우(포합주식)에는 위 소멸회사의 주식에는 합병신주 및 구주를 배정하지 않음. 다만, 존속회사의 주주의 입장에

서 자회사로 지배하는 경우와 합병하는 경우는 차이가 있으므로, 소규모합병의 요건을 판단할 때에는 이를 배정한 것으로 보고 계산하는 것이 존속회사 주주의 입장에서 타당하다는 견해가 있음. 이와 같은 견해에 의하면, 소규모합병의 요건의 판단에 있어 보다 엄격한 기준이 적용되는 결과가 됨.

존속회사가 보유하는 자기주식은 합병대가에 포함되는 것으로 봄.

- (2) “합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 제공할 금전”(상법 제527조의3제1항)의 해석과 관련하여, 존속회사가 미리 소멸회사의 주식을 취득하면서 지급한 매매대금은 위 금전에 포함되는지 여부

판례가 합병교부금은 합병결의로 실제로 소멸회사 주주에게 지급된 금전으로 제한하고 있으므로 존속회사가 미리 소멸회사 주식을 취득하면서 지급한 매매대금은 이론상으로는 포함되지 않는다는 견해.

이에 대하여 존속회사가 소규모주식합병을 위하여 미리 소멸회사의 주식을 취득하여 포함주식을 확보하는 것도 실질적으로는 합병교부금으로 볼 수 있다는 견해가 있음.

소규모합병인지 여부를 합병신주의 규모를 가지고 판단하는 것은 합병대가를 유연화한 것에 부합되지 않으므로, 일본과 같이 존속회사와 소멸회사의 자산규모를 반영하는 것이 타당하다는 견해 있음.

- (3) 기업활력법 시행령 제17조는 소규모합병, 소규모분할합병의 특례 저지 기준을 완전모회사가 되는 회사 또는 합병 후 존속하는 회사의 발행 주식 총수의 100분의 10으로 규정.

3. 소규모 합병, 소규모 주식교환 요건에 자기주식을 포함하는 것으로 규정

가. 소규모합병, 소규모주식교환에서 그 대가로 발행하는 신주 외에 이전하는 자기주식을 기준으로 하여 그 요건의 충족 여부를 판단하는 것으로 명시적으로 규정.

나. 개정 조항.

상법 제360조의 10 제1항(해당 부분 참조).

상법 제527조의3 제1항. 「합병 후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주 및 이전하는 자기주식의 총수가 그 회사의 발행주식 총수의 100분의 10을 초과하지

않는 경우에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. 다만, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 제공할 금전이나 그 밖의 재산을 정한 경우에 그 금액 및 그 밖의 재산의 가액이 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액의 100분의 5를 초과하는 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정.

다. 기업의 실무적 대응

- (1) 존속회사는 보유하는 자기주식을 합병대가로 소멸회사 주주에게 지급 가능함. 종래에는 위와 같은 자기주식은 합병신주에 해당하지 않는다고 보고 있었기 때문에, 소멸회사의 자산규모가 존속회사의 10%를 초과하는 경우에도 존속회사의 자기주식을 지급하는 방법으로 소규모합병이 이용가능한 측면이 있었으나, 개정 상법에서는 자기주식이 명시적으로 합병대가에 포함되었기 때문에 이러한 해석이 어렵게 되었음.
- (2) 상법은 소규모합병이나 소규모분할합병의 기준을 합병대가의 규모가 합병회사 발행주식 총수의 10% 이하인 경우에 가능하도록 하고, 합병 후 존속하는 회사의 발행주식 총수의 100분의 20 이상에 해당하는 주식을 소유한 주주가 서면으로 합병에 반대하는 의사를 통지한 때에는 주주총회의 특별결의를 하여야 함(상법 제527조의3, 제530조의11).
- (3) 기업활력법은 합병대가의 규모가 합병회사 발행주식 총수의 20% 이하로 확대하고, 저지기준은 10% 이내로 하는 특례를 인정. 기업활력법은 상법에 규정되지 않은 소규모분할을 도입. 분할신설회사의 총자산액이 분할회사 총자산액의 10% 미달시 주주총회 특별결의를 이사회 결의로 갈음(재편계획 기간 중 1회에 한하여 허용). 단, 20% 이상 주주가 반대하는 경우 주주총회 특별결의가 필요.
- (4) 소규모 합병을 위하여 기업을 여러 개로 분할하거나 자산의 처분을 통하여 요건을 맞추는 경우 등에는 이를 무효로 할 것인가 ?

V. 간이 영업양수도제도의 도입

1. 간이영업양수도의 도입

가. 간이영업양수도란.

회사의 총주주의 동의를 있거나 그 회사의 발행 주식 총수의 100분의 90 이상을 해당 행위의 상대방이 보유하고 있는 경우에는 주주총회의 승인 대신 이사회의 승인으로 영업양수도를 진행할 수 있고, 이를 간이영업양수도라고 규정.

개정 전 상법에서 합병과 포괄적 주식교환에 대해서는 간이한 절차를 규정하고 있었으나, 유사한 거래인 영업양수도에는 주주총회의 결의를 요구하여, 모회사와 자회사 사이에서 중요한 영업양수도를 하는 경우에 주주총회의 특별결의를 필요로 하므로, 모회사는 특별이해관계인으로 의결권을 행사할 수 없는 등의 문제점이 있었으므로, 이러한 학계와 실무계의 필요성을 수용하여 개정 상법에서는 간이영업양수도제도를 도입함.

나. 개정 조문.

상법 제374조의 3을 신설하여, 「 ① 제374조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 회사의 총주주의 동의를 있거나 그 회사의 발행 주식 총수의 100분의 90 이상을 해당 행위의 상대방이 소유하고 있는 경우에는 그 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다. ② 제1항의 경우에 회사는 영업양도, 양수, 임대 등의 계약서 작성일로부터 2주 이내에 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 영업양도, 양수, 임대 등을 한다는 뜻을 공고하거나 주주에게 통지하여야 한다. 다만, 총주주의 동의를 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항의 공고 또는 통지한 날부터 2주 이내에 회사에 대하여 서면으로 영업양도, 양수, 임대 등에 반대하는 의사를 통지한 주주는 그 기간이 경과한 날부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다. 이 경우 제374조의2 제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다」라고 규정. 반대주주의 주식매수청구권은 인정하나, 채권자보호절차는 인정하지 않음.

다. 기업의 실무적 대응

(1) 회사와 주주 사이에 영업양수도를 하는 경우 그 주주는 특별한 이해관계인에 해당되어 특별이해관계인에 포함될 수 있고, 의결권의 행사가 제한됨(상법 제368조제3항). 간이영업양도에 관한 이 규정은 이러한 주주의 의결권 제한에 관한 규정의 적용을 받지 않음.

VI. 회사의 분할 합병 등 관련 규정의 정비

1. 무증자합병에 관한 사항

가. 무증자합병이란

존속회사가 소멸회사의 주식을 전부 소유한 경우 혹은 존속회사가 소멸회사 주주에게 배정할 충분한 자기주식을 소유하고 있는 경우 등으로 인하여 자본금이 증가하지 않는 합병을 의미.

나. 개정 조문

상법 제523조 제2호를 개정하여, 합병계약서에 기재될 사항으로서 「존속하는 회사의 자본금 또는 준비금이 증가하는 경우에는 증가할 자본금 또는 준비금에 관한 사항」과 같은 조 제3호에 「존속하는 회사가 합병을 하면서 신주를 발행하거나 자기주식을 이전하는 경우에는 발행하는 신주 또는 이전하는 자기주식의 총수, 종류와 수 및 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정 또는 자기주식의 이전에 관한 사항」을 규정.

2. 신주발행에 갈음하는 자기주식 관련 규정의 정비

가. 상법 제360조의2(주식의 포괄적 교환에 의한 완전모회사의 설립) 제2항, 제360조의3 제3항제2호, 제360조의4 제1항 제2호, 제360조의14제3항

나. 상법 제522조의2(합병계약서 등의 공시) 제1항제2호, 제523조(흡수합병의 합병계약서) 제3호, 제530조의6(분할합병계약서의 기재사항 등) 제2호 제3호

다. 상법 제530조의7(분할대차대조표 등의 공시) 제1항 제4호, 제2항제3호.

3. 분할에 따른 책임의 규정

가. 분할에 따른 책임

분할회사의 기존 채권자의 보호를 위하여 분할회사, 단순분할신설회사, 분할승계회사 또는 분할합병신설회사는 분할 또는 분할합병 전의 분할회사 채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있는 것이 원칙(상법 제530조의9 제1항). 다만, 위와 같은 원칙에도 불구하고, 분할회사의 주주총회의 특별결의로 연대책임의 배제를 정할 수 있도록 함.

나. 개정 조문

상법 제530조의9 제2항을, 「 제1항에도 불구하고 분할회사가 제530조의 3 제2항에 따른 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 단순분할신설회사는 분할회사의 채무 중에서 분할계획서에 승계하기로 정한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있다. 이 경우 분할회사가 분할 후에 존속하는 경우에는 단순분할신설회사가 부담하지 아니하는 채무에 대한 책임만을 부담한다」하고 규정하고, 같은 조 제3항을 「 분할합병의 경우에 분할회사는 제530조의3제2항에 따른 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 분할승계회사 또는 분할합병신설회사가 분할회사의 채무 중에서 분할합병계약서에 승계하기로 정한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있다. 이 경우 제2항 후단을 준용한다」라고 규정함. 이는 종래 판례가 분할채무관계를 형성하기 위해서는 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서를 작성하여 이에 대한 주주총회의 승인을 얻어야 하는 것으로 판시(대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769판결)하고 있기 때문에 불분명한 점이 있었으므로, 이를 명백하게 규정함.

다. 기업의 실무적 대응

(1) 분할회사의 주주총회의 특별결의로 연대책임의 배제를 정하여야 하는데, 분할계획서, 분할합병계약서에 연대책임의 배제에 관해 명시적으로 기재되어야 함. 분할회사는 채권자보호절차를 거쳐야 함.

4. 교부금분할합병

가. 교부금분할합병이란

분할합병에 있어 승계회사가 분할신주 대신 분할교부금 또는 기타 재산으로 교부하는 것을 의미.

나. 개정 조문.

상법 제530조의6 제1항 제4호를 「 분할승계회사가 분할회사의 주주에게 제3호에도 불구하고 그 대가의 전부 또는 일부로서 금전이나 그 밖의 재산을 제공하는 경우에는 그 내용 및 배정에 관한 사항」을 분할합병계약서에 기재하도록 규정. 이것은 흡수분할합병의 경우를 규정하고, 신설분할합병은 해당되지 않는 것으로 해석됨.

다. 기업의 실무적 대응

- (1) 분할합병의 대가의 종류는 승계회사는 분할회사의 주주에게 신주를 발행, 자기주식을 이전, 금전 또는 그 밖의 재산의 이전, 혹은 위의 대가의 혼합이 가능한 것으로 이해(상법 제530조의6 제1항, 제3호, 제4호). 승계회사는 승계회사의 모회사의 주식을 합병대가로 교부할 수 있고, 승계회사는 그 대가의 지급을 위하여 모회사의 주식을 취득할 수 있음(상법 제530조의6 제4항).
- (2) 분할합병을 위한 2단계 공개매수(즉, 먼저 지급받은 지배주주 또는 공개매수에 응한 주주와, 후에 합병 교부금을 지급받은 주주가 서로 같은 대가를 받는 것)가 가능.
- (3) 상법 제360조의 24는 회사의 발행 주식의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 지배주주의 매도청구권을 인정하고 있고, 이에 의하여 교부금분할 합병과 위 제도를 혼용하여 일종의 소액주주 축출합병(squeeze out merger)가 가능한 것으로 이해되고 있음. 이론상으로는 교부금합병을 통하여 소액 주주를 축출할 수 있는 방안이 가능하게 됨. 공정성의 확보가 주요한 이슈가 될 수 있음.

제2세션

기업활력제고를 위한 특별법의 내용과 기대효과

발표자 : 권종호 교수(건국대)

토론자 : 정우영 전무(상장회사협의회)/ 윤승영 박사(기업지배구조원)

사회자 : 송종준 교수(충북대)

기업활력제고를 위한 특별법의 내용과 기대효과

권 중 호

(건국대 법학전문대학원 교수)

I. 서론

기업활력제고를 위한 특별법(이하 기활법)이 국회를 통과한 것은 2016년 ○월 ○일이다. 2015년 7월 9일 이현재 의원을 포함하여 27명의 국회의원에 의해 법안¹⁾이 발의된 지 꼭 ○개월만이다. 기활법은 정상적인 기업이 평상시에 선제적으로 행하는 사업재편을 세제, 금융, 법률적인 측면에서 일괄적으로 지원하는 것을 골자로 하는 것으로서 이 법률이 처음으로 검토된 것은 기업 프랜드리 정책을 표방한 이명박 정부때이다.

동법은 상법, 세법, 공정거래법, 중소기업사업전환촉진법 등에 대해 특례를 정하는 것인 만큼 관련부처간의 의견조율에 어려움을 겪으면서 중단되었다가, 박근혜 정부에 들어 경제 활력 회복과 특히 제조업의 경쟁력강화를 위해 정상적인 기업이 선제적으로 행하는 사업재편을 효율적으로 지원할 수 있는 입법의 필요성이 제기되면서 새롭게 관심이 대상이 되고 결국 입법에까지 이른 것이다.

그러나 입법과정에서는 실제 내용과는 전혀 관계가 없음에도 불구하고 재벌특별법이라는 주장이 제기되는 등 난항을 거듭하다가 악용우려에 대한 야당의 주장이 여당이 받아들이면서 최초로 발의되었던 내용²⁾의 상당부분을 수정한 법안이 최종적으로 국회를 통과하였다. 본고에서는 기활법의 내용을 중심으로 소개하고 동법의 문제점과 개선방안에 관해서도 간단히 언급하기로 한다.

1. 입법 배경

세계경제의 저성장, 환율 불안, 중국의 경제 불안 등은 국내 주력산업의 수출 감소, 수익률 저하로 이어지고 있다. 이러한 현실은 우리 경제를 심각한 위기 상황으로 몰아가고 있으며,³⁾ 이미 자력으로 생존하기 어려운 한계기업들이 급증하는 추세이다.⁴⁾ 이

1) 이현재 의원 대표발의, 「기업활력제고를 위한 특별법 제정법률안」(의안번호 16030).
2) 이에 관해서는 이미 별고를 통해 소개하였다(권중호, “기업활력제고를 위한 특별법안의 제정배경 및 내용” 「상장협연구」 제72호(2015)53면 이하). 다만 최종안과 차이가 없는 부분은 동 논문의 것을 그대로 인용하였다.
3) 우리나라의 최근 산업경쟁력 동향에 대해서는 최현경, 일본의 사례분석 및 지원대상기업 선정기준” 「기업활력제고를 위한 특별법(안) 제정방안」(사단법인 한일산업금융법포럼 공청회자료. 2015. 5. 17) 47면~52면 참조.
4) 기업활력법종합포털(http://www.oneshot.or.kr/sub/support/commercial_law.asp), 제정목적.

러한 상황에서 경제 활력을 회복하고 특히 제조업의 경쟁력⁵⁾을 제고하기 위해서는 정상적인 기업이 평상시에 선제적으로 행하는 사업재편을 효율적으로 지원할 수 있는 제도적 장치가 필요하다.

그러나 현행 사업재편지원제도는 구조조정제도로 일반적으로 인식되고 있는 것으로서 주로 부실기업 위주로 사후 구제적으로 운영되고 있어 정상적인 기업이 선제적으로 행하는 사업재편을 지원하는 데에는 한계가 있다. 즉 사업재편지원제도로는 채권은행협약, 워크아웃(기촉법), 법정관리(통합도산법) 등이 존재하나 이러한 제도는 부실징후기업이나 부실기업의 회생 및 정상화를 지원하는 제도이고, 정상기업을 대상으로 한 것은 특정산업(금융산업구조개선법)이나 중소기업(중소기업사업전환촉진법)에 국한하며, 그리고 상법, 공정거래법, 세법, 산발법 등은 중요한 사업재편관련법이지만 원래 지원법으로 도입된 것이 아닐 뿐만 아니라 개별법으로 운영되어 연계적이지 못하고 요건도 까다로워 선제적인 사업재편을 신속하고 효율적으로 지원하는 데에는 어려움이 있다.

그러나 일본의 경우에는 우리나라와 유사한 사후 구제적인 사업재편지원제도를 갖고 있었지만, 버블경제의 붕괴와 함께 시작된 장기불황을 극복하는 과정에서 1999년 산업활력법을 제정하여 정상적인 기업의 선제적인 사업재편을 지원해 오고 있으며, 최근에는 그 지원의 효과를 인정받아 2014년 산업경쟁력강화법으로 확대 개정하여 지원의 효율성을 높여 나가고 있다. 이러한 일본의 사업재편 지원제도는 최근 일본의 확장적 재정·통화정책과 함께 일본 산업과 기업의 경쟁력 회복에 상당부분 기여한 것으로 평가받고 있다.⁶⁾

기활법상의 사업재편제도는 우리나라 사업재편지원제도에는 빠져있는 정상적인 기업의 선제적이고 자발적인 사업재편을 지원하기 위한 것인데, 기활법이 입법됨에 따라 부실기업을 대상으로 한 현행의 사업재편지원제도와 함께 선순환적인 사업재편지원시스템을 구축하게 될 것으로 예상된다.

2. 기활법안의 구성

기활법은 <표1>에서 보는 바와 같이 총칙(제1장), 사업재편 촉진체계의 구축(제2장), 사업재편계획의 신청 및 승인(제3장), 사업재편에 대한 지원(제4장), 규제애로 해소 지원(제5장), 보칙(제6장)의 6장으로 구성되어 있다.

그 내용은 크게 사업재편지원제도와 기업애로해소제도로 대별할 수 있다. 사업재편지원제도는 정상적인 기업이 과잉공급의 완화나 해소를 통해 생산성을 향상하기 위하여 평상시에 선제적으로 행하는 사업재편을 지원하기 위한 것이고, 기업애로해

5) 제조업의 경쟁력 순위는 지속적으로 하락하고 있고 경쟁국에 비해 혁신노력이 미흡하여 제조업의 혁신도는 일본의 76%, 독일의 46%에 그치는 것으로 알려지고 있다(대한상공회의소, 「기업사업재편 지원제도 구축방안 - 특별법제정건의-」 (2015. 4.) 2면.

6) 이현재 의원 대표발의, 「기업활력제고를 위한 특별법 제정법률안」(의안번호 16030) 2면.

소제도는 사업재편이나 관련사업활동을 추진함에 있어서 기업이 겪게 되는 애로사항을 사전 확인절차나 규제특례를 통해 해소하기 위한 것이다. 사업재편지원제도는 일본의 산업활력법 및 산업경쟁력상의 제도를 참고로 한 것이고,⁷⁾ 기업애로해소제도는 산업경쟁력법상의 규제개혁제도를 참고로 한 것이다.⁸⁾

〈표1〉 기활법안의 구성

		조항
제1장	총칙	제1조~제5조
	제1조 목적	
	제2조 정의	
	제3조 정부 및 기업의 책무	
	제4조 적용범위	
제5조 다른 법률과 관계		
제2장	사업재편촉진제도의 구축	제6조~제8조
	제6조 사업재편계획심의위원회	
	제7조 사업재편계획실시지침	
제8조 사업재편관련 기초조사의 수행		
제3장	사업재편계획의 신청 및 승인	제9조~제14조
	제9조 사업재편계획의 승인신청	
	제10조 사업재편계획의 심의 및 승인	
	제11조 사업재편계획의 이행 등	
	제12조 사업재편계획의 변경 등	
	제13조 사업재편계획 승인의 취소	
제14조 사업재편계획 승인취소의 효력		
제4장	사업재편에 대한 지원	제15조~제20조
	제1절 상법 및 자본시장법 등에 대한 특례	
	제15조 소규모 분할에 대한 특례	
	제16조 소규모 합병등에 대한 특례	
	제17조 간이합병등에 대한 특례	
	제18조 합병절차등에 대한 특례	
	제19조 채권자보호절차에 대한 특례	
	제20조 주식매수청구권에 대한 특례	
	제2절 공정거래법에 대한 특례	제21조~제26조
	제21조 지주회사 규제에 관한 특례	
	제22조 지주회사의 자회사 규제에 관한 특례	
	제23조 지주회사의 손자회사 규제에 관한 특례	
	제24조 상호출자제한기업집단의 규제에 관한 특례	
	제25조 채무보증제한기업집단의 규제에 관한 특례	
	제26조 특례기간의 기산점	
	제3절 세제 및 자금지원	제27조~제31조
	제27조 세제지원	
	제28조 자금지원	
	제29조 연구개발 활동 지원	
제30조 중소 중견기업의 사업혁신 지원		
제31조 능력개발 및 고용안정지원		

7) 기활법이 모델로 한 일본의 산업활력재생법 및 산업경쟁력강화법의 개요에 관해서는 권중호, 전계논문, 58면~64면 참조.

8) 그러나 사업재편지원제도의 경우에는 지원대상의 종류, 지원을 위한 절차, 지원내용 등 중요내용에 있어서 상당한 차이가 있다. 그리고 기업애로해소제도의 경우에도 절차나 구체적인 내용에 있어서는 차이가 있다.

제5장	규제애로 해소 지원	제32조~제35조
	제32조 법령 등의 해석 및 적용의 확인	
	제33조 기업제안방식에 의한 행정규제개선의 요청	
	제34조 행정규제개선을 위한 조치	
	제35조 이의신청	
제6장	보칙	제36조~제39조
	제36조 업무의 위탁	
	제37조 비밀유지 등	
	제38조 과태료	
	제39조 과징금	
부칙	제1조~제3조	

II. 기활법안의 주요내용

기활법은 ①사업재편지원제도와 ②규제애로해소제도로 대별할 수 있는데, 전술한 바와 같이 ①은 정상기업이 평상시에 선제적으로 행하는 사업재편을 지원하기 위한 것이고, ②는 사업재편과정에서 기업이 겪게 되는 애로사항을 확인절차나 규제특례를 통해 해소하기 위한 것이다.

1. 사업재편지원제도

(1) 적용대상기업

기활법(이하 본법이라 하고 법조문에는 생략한다)은 기업규모나 업종을 불문하고 과잉공급을 해소하기 위하여 사업재편을 하는 국내기업에 적용된다(제4조 본문). 과잉공급이란 해당 업종의 국내외 시장상황을 고려할 때 현재 또는 향후 상당기간 공급의 증가, 수요의 감소 등으로 기업의 매출액, 영업이익률이 현저하게 감소하거나 비용 대비 제품·서비스가격변화율이 상대적으로 둔화되는 등 기업의 경영상황이 지속적으로 악화될 것으로 예상되는 상태로서 대통령령으로 정하는 경우⁹⁾를 말하며(제2조 제4호), 사업재편이란 생산성을 향상시키기 위하여 합병, 분할, 주식이전·취득·소유, 회사의 설립 등을 통해 사업구조를 변경함과 동시에 사업의 분야나 사업방식을 변경하여 신사업에 진출하거나 신기술을 도입하는 등 사업혁신을 꾀하는 것을 말한다(제2조 제2호). 따라서 본법의 적용을 받기 위해서는 과잉공급의 해소를 통해 생산성을 향상하기 위하여 합병 등 조직개편과 병행하여 사업혁신을 꾀하는 국내기업이어야 한다.

본법은 합병 등 [조직재편]과 함께 [사업혁신]을 통해 [공급과잉]을 해소하여 [생산성 향상]을 이룰 수 있는 기업에 한해 적용되는데, 적용대상을 이처럼 4가지의 요

9) 대통령령으로 정하는 경우란 ①해당업종의 가동률, 재고율, 매출액영업이익률, 부채비율, 매출원가율 또는 그 변화율, ②그 밖에 산업통산자원부장관이 정하는 사항을 고려하여 사업계획실시지침(제7조)으로 정한다.

건을 모두 충족하는 기업으로 엄격히 제한한 이유는 불필요한 특혜시비를 차단하고 지원이 필요한 사업 분야에 실질적인 지원이 효과적으로 제대로 이루어질 수 있도록 하기 위해서이다.

그러나 기업규모나 업종은 제한하지 않는다. 따라서 대기업의 경우도 요건을 구비하면 본법의 적용을 받을 수 있지만 기본적으로 과잉공급분야에 있는 기업을 대상으로 하므로 주된 수혜자는 과점상태에 있는 대기업보다는 경쟁이 심한 중소·중견기업이 될 가능성이 크다. 다만 최근의 조선업의 경우에는 산업 전체가 심한 공급과잉상태이므로 요건을 충족하면 본법의 적용을 받을 수 있을 것으로 생각된다.

그리고 본법은 정상기업이 자발적으로 하는 사업재편을 지원하는 것을 목적(제1조)으로 하므로 ①기축법상의 부실징후기업, ②통합도산법상의 부실기업(회생절차개시신청기업 및 파산신청기업) 및 ③금융산업구조개선법상의 부실금융기관은 제외된다(제4조 단서). 다만 ①기축법상의 부실징후기업이더라도 고용안정, 지역경제활성화, 산업기술유출 방지 등을 위하여 대통령령으로 정하는 요건¹⁰⁾에 해당하는 기업의 경우에는 예외적으로 본법이 적용된다(제4조 제1호 괄호). 이러한 기업의 경우에는 기축법과 함께 본법의 지원도 동시에 받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 정책적 판단이 있었기 때문이다.

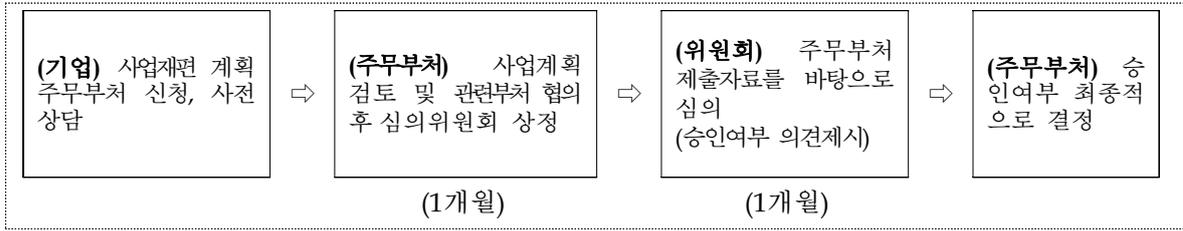
(2) 사업재편계획의 신청 및 심의절차

<표2>에서 보는 바와 같이 과잉공급의 완화나 해소를 통해 생산성을 향상하기 위하여 사업재편을 추진하고자 하는 기업은 주무부처와 사전상담 등을 통해 사업재편계획을 작성하고 필요로 하는 지원대상을 지정하여 주무부처에 신청하면 주무부처는 심의위원회의 심의를 거쳐 승인여부를 최종적으로 결정하게 된다. 그리고 승인결정을 하면 지체 없이 신청기업에 통보하고, 승인기업은 사업재편계획의 이행상황을 정기적으로 보고하여야 한다.¹¹⁾ 이하 순서에 따라 설명하면 다음과 같다.

10) 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 기업이란 기업구조조정촉진법 제2조 제5호에 따른 부실징후기업이면서 다음 중 하나 이상의 요건을 고려하여 주무부처의 장이 승인한 기업을 말한다(시행령안 제4조). ①해당 기업의 고용 규모와 인적 구성이 국가·사회 전체의 고용안정에 미치는 영향이 중대할 것, ②해당 기업의 주요 사업내용과 활동이 지역경제에 미치는 영향이 상당할 것, ③해당기업이 보유하고 있는 산업기술의 유출방지 및 보호의 필요성이 있을 것, ④그 밖에 ① 내지 ③에 해당하는 경우로 산업통산부장관이 정하는 경우.

11) ① (사전상담) 신청기업이 주무부처와 신청서류나 양식문의, 목적·요건 부합여부 등 개략적으로 논의 ⇨ ② (신청) 주무부처에 사업재편계획 제출 및 지원특례 신청(제9조 제1항, 제2항) ⇨ ③ (주무부처 검토) 사업계획 검토 및 관계부처 협의 후 심의위원회에 상정(제10조 제1항) ⇨ ④ (위원회 심의) 사업재편계획 승인여부 심의 및 주무부처에 의견 제시 (기업신청 후 위원회 심의완료까지 원칙적으로 2개월 이내). 주무부처의 장은 심의과정에서 관계기관과 협조가 필요하다고 판단되는 경우에는 관계기관의 장과 협의(법 제10조 제3항) ⇨ ⑤ (승인여부 결정) 주무부처에서 기업에 승인여부 결정·통보(법 제10조 제7항) ⇨ ⑥ (계획이행) 기업은 사업재편계획 이행 과정에서 정기적으로 진행상황을 주무부처에 보고(제11조).

〈표2〉 사업재편계획 신청 및 승인절차



가. 신청절차

본법에 따라 사업재편을 추진하고자 하는 기업은 사업재편계획을 작성하여 주무부처의 장에게 제출하여 승인을 받아야 한다(제9조 제1항). 사업재편계획에는 사업재편의 필요성, 사업재편을 통해 사업재편기간 중 달성하고자 하는 생산성 및 재무건전성 향상의 목표,¹²⁾ 사업재편추진기업이 속한 사업분야가 과잉공급 상황임을 입증하는 자료, 사업재편의 추진내용과 사업재편계획기간, 사업재편에 필요한 자금의 규모와 조달방법, 사업재편을 위해 필요한 지원내용, 사업재편에 따른 고용 및 투자계획, 사업재편에 따른 노사협의 및 고용조정 등에 관한 사항 등을 포함하여야 한다(제9조 제2항). 사업재편기간은 3년 이내의 범위 내에서 해당기업이 결정하나(제9조 제3항) 필요한 경우 심의위원회의 심의 등을 거쳐 1회에 한해 2년의 범위 내에서 연장이 가능하다(제12조 제1항).

나. 심의절차

주무부처 단독으로 심의하여 승인할 경우 발생가능한 공정성 및 특혜논란을 차단하고 민간의 전문성을 보강하기 위하여 민관합동으로 구성된 사업재편계획심의위원회(이하 심의위원회)를 본법의 주관부처인 산업통상자원부에 둔다(제6조 제1항). 주무부처의 장은 심의위원회의 심의를 거쳐 사업재편계획을 승인하게 되는데(제10조 제1항), 이때 심의위원회는 사업재편계획에 관한 중요한 사항, 즉 ①사업재편계획실시지침¹³⁾, ②사업재편계획의 승인, 변경승인, 취소, 연장에 관한 사항, ③그 밖에 심의위원장이 회의에 부치는 사항을 심의한다(제6조 제2항).

심의위원회 위원장은 심의를 위하여 심의위원회의 회의를 소집하고 그 회의의 의

12) 생산성 및 재무건전성 향상 목표는 사업재편계획 시작 직전연도와 종료 연도의 자산수익률, 근로자 1인당 부가가치율, 부채비율, 이자보상비율 등을 고려하여 사업재편계획실시지침에서 정한다(시행령안 제9조).

13) 사업재편계획실시지침이란 산업통상자원부장관이 작성하여 관보에 고시하여야 하는 것으로서(제7조 제1항) 동지침에는 다음 사항이 포함되어야 한다(제2항). ①사업재편계획에 포함되어야 할 세부사항, ②사업재편계획의 심의 및 승인을 위한 세부기준, ③사업재편의 실시를 위한 절차, ④그 밖에 대통령령으로 정하는 사항.

장이 되며(시행령안 제6조 제1항), 회의를 소집하고자 하는 때에는 긴급을 요하는 경우가 아니면 회의개최일 7일전까지 회의의 일시·장소 및 안건을 각 위원에게 통지하여야 한다(동조 제2항). 심의위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며(동조 제3항), 위원장은 심의를 위해 필요한 경우 관계인 또는 관련 분야 전문가를 출석시켜 그 의견을 들을 수 있다(동조 제4항).

심의위원회는 주무부처¹⁴⁾의 1차 검토결과에 대한 심의기능을 수행하고 승인여부에 대한 최종 결정은 주무부처가 담당한다(제9조 참조). 다만 일정규모 이하의 중소기업¹⁵⁾의 경우에는 심의위원회 심의를 주무부처의 장과 중소기업청장과의 협의로 갈음할 수 있다(제10조 제1항 단서). 심의위원회는 심의에 필요한 경우에는 관계 중앙행정기관 및 지방자치단체공무원, 신청기업의 이해관계인 등 관련당사자를 출석하게 하여 그 의견을 청취할 수 있다(제6조 제3항). 심의위원회는 위원장 2명(산업부 차관, 민간위원 1인)을 포함하여 정부위원¹⁶⁾, 국회소관상임위에서 추천하는 경제전문가(4명), 민간위원¹⁷⁾으로 20인 이내로 구성하며(동조 제4항, 제5항), 민간위원의 임기는 2년이고 연임할 수 있다(제10항).

심의위원회의 위원이나 그 배우자 또는 친족이 사업재편계획을 신청하고자 하는 기업의 주식 또는 채권을 소유하고 있는 경우에는 그 위원은 해당 안건의 심의·의결에서 제척(除斥)되며(제6항), 사업재편계획을 신청하고자 하는 기업은 심의위원회의 위원에게 공정한 심의·의결을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 심의위원회에 기피신청을 할 수 있고, 심의위원회는 의결로 기피 여부를 결정해야한다. 이 경우 기피 신청의 대상인 심의위원회의 위원은 그 의결에 참여할 수 없다(제7항).¹⁸⁾

(3) 승인절차

주무부처의 장은 신청기업이 사업재편기간 내에 달성하고자 하는 생산성 및 재무건전성 향상 목표를 달성할 수 있다고 판단되면 사업재편계획을 승인하여야 한다(제10조 제4항). 다만 승인을 함에 있어서는 다음의 사항 중 ① 내지 ③은 반드시

14) 주무부처는 사업재편계획의 대상이 되는 해당사업분야의 진흥업무를 수행하는 정부조직법상의 중앙행정기관을 말한다(예시: 제조·에너지·유통 등(산업부), 식품업(농식품부), 문화·관광(문체부), 금융(금융위) 등)(법 제2조 제5호 참조).

15) 중소기업기본법 제2조 제1항에 따른 중소기업 중에서 같은 법 제2조 제2항 및 같은 법 시행령 제8조 제1항에 따른 소기업을 말한다.

16) 기획재정부·공정거래위원회·금융위원회 1급 상당 공무원 각 1명.

17) 산업통상자원부차관과 공무원이 아닌 위원 중 산업통상자원부장관이 위촉한 위원.

18) 심의위원회의 위원은 사업재편계획 승인에 있어서 공정한 심의·의결을 진행하기 힘든 사유가 있으면 심의위원회에 그 사실을 알리고 스스로 해당 안건의 심의·의결에서 회피하여야 하고(제8항), 심의위원회의 위원이 사업재편계획 승인에 있어서 공정한 심의·의결을 진행하기 힘든 사유에 해당함에도 불구하고 회피신청을 하지 아니하거나 심의와 관련하여 금품을 주고받거나 부정한 청탁에 따라 권한을 행사하는 등 심의의 공정성을 해친 경우 심의위원회는 의결을 통하여 해당 심의위원회의 위원을 해촉하거나 해임할 수 있다(제9항).

고려하여야 하고(필요적 고려사항), ④ 내지 ⑥은 고려할 수 있다(임의적 고려사항, 제10조 제5항).

- ① 신청기업의 기술력, 자금력 등 경영자원을 고려하였을 때 생산성 및 재무건전성 향상 목표 달성이 가능한지 여부(계획의 실현가능성)
- ② 사업재편계획상의 생산성 및 재무건전성 향상 목표가 신청기업이 속한 시장구조 등을 감안할 때 지속가능한 것인지 여부(목표의 지속가능성)
- ③ 신청기업이 속한 업종의 과잉공급 완화 또는 해소에 기여하는지 여부(산업정책적 측면)
- ④ 신규고용 및 투자창출가능성
- ⑤ 해당 사업재편계획을 통한 산업구조고도화 가능성
- ⑥ 해당 사업재편계획이 근로자의 이익을 부당하게 침해하는지 여부

주무부처의 장은 심의위원회의 심의가 완료된 경우 심의결과를 고려하여 지체 없이 승인여부, 지원내용의 구체적 사항을 결정하여 신청기업과 심의위원회에 통보하고 관보, 인터넷 홈페이지 등을 통해 공표하여야 한다(제10조 제8항, 시행령안 제12조 제3항). 그리고 신청기업과 심의위원회는 승인통보를 받은 즉시 ①신청기업의 승인된 사업재편계획의 필요성, ②승인된 사업재편계획의 주요 내용 및 이행 일정을 포함하여 이를 공고하여야 한다(제10조 제9항). 이는 이해관계자의 이익보호를 위한 것으로 승인이 결정되면 신청기업은 사업재편계획에서 지정한 지원사항을 일괄적으로 지원받게 된다.

다만, 사업재편계획의 목적이 생산성 향상보다는 경영권승계나 특수관계인의 지배구조강화, 상호출자제한기업집단의 계열사에 대한 부당한 이익제공 등 대통령령으로 정하는 부당한 목적¹⁹⁾에 있는 것으로 판단되는 경우에는 승인 또는 변경승인을 하여서는 아니된다(제10조 제6항). 이는 사업재편계획이 경영권승계나 특수관계인의 지배구조 강화 등의 목적으로 악용되는 것을 방지하기 위해서이다.

(4) 사업재편계획의 이행 및 변경

승인기업은 사업재편계획의 이행여부와 실적 등을 정기적으로 주무부처의 장에게 보고하여야 한다(제11조 제1항). 주무부처의 장은 필요한 경우 승인기업에 자료제출을 요구할 수 있고(제2항) 이행상황이 승인받은 사업재편계획과 다른 경우에는 그 시정을 요청할 수 있으며(제3항), 이때에는 시정요청사항을 공표하여야 한다(제4항). 그리고 주무부처의 장은 승인기업의 사업재편이 종료되면 생산성 및 재무건전성 향상 목표 달성여부 등을 평가하여 이를 공표하여야 하고(제6항), 이 때 승인기업의

19) 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. ①합병비율이나 주식교환비율의 불공정성, 사업재편계획의 실행에 따른 최대출자자나 주요 주주의 변경 등에 비추어 볼 때 사업재편계획의 주된 목적이 생산성향상보다는 경영권의 승계나 특수관계인의 지배구조강화를 직접적으로 위한 경우, ②상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 공정거래법 제23조의2에서 정하는 바에 따른 특수관계인의 부당한 이익을 귀속시키는 각 호의 행위를 할 것을 목적으로 하는 경우.

주주, 채권자 등 이해관계자의 의견을 청취하고 이를 평가결과에 반영하여야 한다(제7항). 사업재편계획의 이행여부에 대해 공시를 요구함으로써 가능하면 시장친화적인 규제를 통해 통제가 이루어지도록 하겠다는 의도이다.

사업재편계획 승인 후 부득이한 사유²⁰⁾로 승인된 계획대로 추진할 수 없게 된 때에는 계획을 변경하거나 1회에 한해 2년 내의 범위 내에서 연장을 신청할 수 있다(제12조 제1항). 사업재편계획변경절차는 사업재편계획의 신청승인절차(제9조, 제10조)를 준용하므로(제12조 제2항) 승인회사의 신청에 의해 심의위원회에서 변경여부를 심의하고 주무부처가 최종적으로 취소여부를 결정하게 된다.

(5) 승인취소 등 제재조치

주무부처의 장은 심의위원회의 심의를 거쳐 ①거짓이나 부정한 방법으로 사업재편계획의 승인 및 변경승인을 받은 경우, ②사업재편계획을 승인받은 이후 사업재편계획의 목적이 경영권승계, 특수관계인의 지배구조 강화 등 부당한 목적에 있는 것으로 판명되는 경우, ③사업재편계획 기간 내 정당한 사유 없이 사업재편을 실시하지 않은 경우, ④정당한 사유 없이 보고의무와 시정요청을 이행하지 않는 경우, ⑤승인기업이 중대한 위법행위를 한 것이 확인된 경우에는 승인을 취소할 수 있으며(제13조 제1항 본문), 특히 죄질이 나쁜 ① 및 ②의 경우에는 반드시 승인을 취소하여야 한다(제13조 제1항 단서).

승인이 취소되면 금전적(세제, 금융)혜택을 받은 경우에는 이를 환수하여야 하고(제14조 제2항), 법률상의 특례를 적용받은 경우에는 특례는 일몰하고 기존규제를 준수하여야 한다(제14조 제1항).²¹⁾ 사업재편계획의 승인취소로 인하여 손해를 입은

20) 이에 해당하는 경우로는 ①경제상황에 사업재편계획을 승인받을 당시 예상할 수 없었던 상당한 변화가 있는 경우, ②사업재편계획과 관련된 법령의 변경 등 예상할 수 없었던 정책환경의 변화가 있는 경우, ③그밖에 사업재편계획의 변경 또는 연장이 필요한 부득이한 사유로서 대통령령으로 정하는 경우(제12조 제1항)이고, ③의 대통령령이 정하는 경우란 신청기업의 내부사정으로 다음 사항 중 어느 하나가 이상이 인정되는 경우이다(시행령안 제14조). 즉 예상하지 못한 시장상황 변화로 판매부진, 일시적인 자금 및 인력난 등으로 경영에 심각한 어려움이 있는 경우, 예상하지 못한 해외 자원시장의 변동으로 원자재의 확보가 곤란한 경우, 예상하지 못한 휴업·폐업 또는 조업중단 등의 사태가 발생한 경우이다.

21) 사업재편계획 승인 취소 시 처분

- ① 취소된 날부터 특례 적용 배제, ② 세제·자금·연구개발활동·중소(중견)기업의 사업 혁신에 관한 금전적 지원을 받은 경우 그 전부 또는 일부를 환수, ③과태료 부과(제38조, 시행령안 제24조): 거짓 또는 부정한 방법으로 승인받은 경우(3천만원 이하), 사업재편계획상 계획기간 내에 정당한 사유 없이 사업재편을 실시하지 아니하는 경우(2천만원 이하), 사업재편계획의 이행 여부와 실적 등 보고의무, 자료제출 또는 시정요청을 이행하지 아니한 경우(1천만원 이하), 심의위원회의 위원, 주무부처 및 관계기관의 공무원, 업무위탁을 받은 자가 비밀유지 의무를 위반하는 경우(1천만원 이하), ④과징금 부과(제39조, 시행령안 제25조): 세제·자금·연구개발활동·중소(중견)기업의 사업 혁신에 관한 금전적 지원액 중 대통령령으로 정하는 지원액의 3배(거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 사업재편계획의 승인 및 변경 승인을 받거나 사업재편계획의 목적이 경영권의 승계, 특수관계인의 지배구조 강화, 상호출자제한기업집단의 계열사에 대한 부당한 이익의 제공 등 대통령령으로 정하는 경우에 있다고 판명되는 경우로 사업재편계획 승인 취소

자는 상법 등 관계법령에 따라 이사 등을 상대로 손해배상청구 등의 방법으로 책임 추궁이 가능할 것이다.

승인취소의 절차는 주무부처의 건의, 위원회 직권상정 등으로 심의위원회에서 취소여부를 심의하고 주무부처가 최종적으로 취소여부를 결정하게 된다(제13조 제1항·제3항, 제6조 제2항, 제9조, 제10조). 그리고 주무부처의 장은 승인을 취소한 경우 지체 없이 이를 공표하고 산업통산부장관에게 통보하여야 한다(제13조 제2항).

2. 규제애로해소지원제도

규제애로해소지원제도는 ①규제불확실성해소제도와 ②기업제안방식규제개선제도로 구성되어 있다.

(1) 규제불확실성해소제도

규제불확실성해소제도란 사업재편계획을 신청하고자 하는 기업, 신청기업 및 승인기업(이하 '사업재편기업')이 사업재편 및 관련사업활동(이하 '사업활동')을 전개하기 전에 법령해석이나 규제유무에 관해 주무부처에 확인을 구할 수 있도록 하여 사업 활동과정에서 발생할 수 있는 불확실성을 사전에 제거하기 위한 것이다. 당해 사업활동이 법령해석상 규제대상인지 불명확한 경우 이 제도를 이용하면 주무부처는 공식적으로 확인을 해주어야 하므로 사업재편과 관련하여 신규투자나 신사업분야 진출 등을 하는 경우 많은 도움을 받을 수 있을 것이다. 이 제도를 이용할 수 있는 기업은 사업재편 신청기업뿐만 아니라 승인기업도 가능하다.²²⁾

이 제도를 이용하면, 사업재편기업은 주무부처에 대해 당해 사업활동에 적용되는 법령, 지방자치법규, 행정규칙 등(이하 '법령')의 해석 및 적용유무에 대해 확인을 요청할 수 있는데(제32조 제1항), 이 때 주무부처의 장은 (i)요청사항이 주무부처 소관 법령인 경우에는 요청받은 날로부터 60일 이내에서 대통령령으로 정하는 기간 내에 법령에 관한 해석 및 적용여부를 요청기업에 통보하여야 하고(제2항 제1호), (ii)요청사항이 주무부처 소관 법령이 아닌 경우에는 지체 없이 규제부처²³⁾의 장에게 요청사항을 통보하고, 통보를 받은 규제부처의 장은 통보를 받은 날로부터 60일 이내에서 대통령령이 정하는 기간 내에 법령해석 및 적용여부를 주무부처의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 주무부처의 장은 해당기업에 지체 없이 그 결과를 통보하여야 한다(제2항 제2호). 그리고 (iii) 요청사항에 관한 소관부처가 둘 이상인 경우

시).

22) 일반기업의 경우에는 행정규제기본법이나 규제개혁신문고 등 기존제도를 이용하여 기업 애로사항을 해소하는 것을 전제로 하고 있다.

23) 법률안에서는 관계기관이라고 하는데, 관계기관은 각종특례, 규제애로해소지원 기타 사업재편계획의 심사 등과 관련되는 관계 중앙행정기관 및 지방자치단체로서 주무부처가 아닌 행정기관을 말한다(제2조 제6호).

에는 요청을 받은 주무부처의 장은 다른 소관 주무부처의 장과 협의하여 그 결과물 위의 (i) 및 (ii)의 절차에 따라 요청기업에 통보하여야 한다(제2항 제3호). 사업재편기업은 이러한 각 경우의 결과 통보에 이의가 있으면 주무부처의 장에게 이의신청을 할 수 있다(제35조).

규제불확실성해소제도의 특징의 하나는 사업재편기업이 주무부처에 애로사항해소를 위한 요청을 하면, 그 이후에는 주무부처가 모든 행정절차를 진행하여 그 결과를 해당기업에 통보를 해준다는 것인데, 이는 “해당 기업이 발로 직접 뛰어 문제를 해결”하는 현행의 기업애로해소 관행에 비추어 획기적인 조치라고 할 수 있다.

(2) 기업제안방식 규제개선제도

기업제안방식 규제개선제도는 사업재편기업이 규제개선을 요청하는 경우 주무부처가 규제를 개선할 경우 발생 가능한 부작용에 대한 보완방안을 강구하는 것을 조건으로 해당기업에 대해 규제특례를 허용하는 것을 말한다. 이 제도는 규제불확실성해소제도를 통해 법령해석이나 규제로 인하여 사업재편을 추진할 수 없음이 확인된 후 그 다음 단계에서 이용하는 것을 염두에 둔 제도이다.

이 제도를 이용할 경우 사업재편기업은 주무부처에 규제개선이 필요한 사항과 규제개선이 이루어질 경우 예상되는 부작용을 보완할 수 있는 방안을 함께 제출하여야 한다(제33조 제1항). 규제개선이 필요한 사항에는 법령, 지방자치법규, 행정규칙뿐만 아니라 이러한 법령 등에 대한 해석도 포함된다. 부작용을 보완할 수 있는 방안이란 해당규제를 통해 달성하려고 했던 목적을 다른 방법으로 대체하거나 보완할 수 있는 방안을 말한다. 예를 들면 본법의 요건을 충족한 석사학위소지자가 첨단 OO바이오사업에 도전하고자 하나 OO법률 OO조에서 OO바이오사업은 고도의 전문성을 요하므로 박사학위 소지자가 아니면 할 수 없도록 제한하고 있다면, OO법률 OO조를 박사학위소지자가 아닌 자도 당해 사업을 할 수 있도록 개선해달라고 요청하는 것은 ‘규제개선이 필요한 사항’에 해당하고, 전문성은 임원을 박사학위소지자로 충원하는 것으로 확보하면 될 것이라고 제안하는 것은 ‘부작용을 보완할 수 있는 사항’에 해당한다.²⁴⁾

사업재편기업의 제안을 수용하여 규제특례를 허용하기로 결정한 경우에는 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 주무부처의 장은 관계부처의 장 및 지방자치단체의 장과 함께 당해 규제특례에 관한 내용을 공표하고 대통령령이 정하는 절차에 따라 해당 규제의 개선을 위해 필요한 조치를 강구하여야 한다(제34조). 이는 기업이 대안을 제시하여 제안하는 합리적인 요구는 법령 등의 개정을 통해 혹은 필요한 조치를 강구함으로써 반드시 수용하도록 강제한 것인데, 이 제도를 통해 실무계의 합리적인 요구는 반드시 법률이나 행정절차에 반영되는 관행이 수립되길 기대한다.

24) 이처럼 기업이 제안한 보완방안을 기초로 규제를 개선하는 것이므로 제도의 명칭도 기업제안방식 규제개선제도로 한 것이다.

기업제안방식 규제개선제도의 절차는 기본적으로 규제불확실성해소제도 절차와 동일하다(제33조 제2항). 즉 ①사업재편기업이 주무부처에 신청을 하면 주무부처는, ②규제개선여부에 관해 규제부처 등 관계기관과 협의하고 ③심의위원회의 심의를 거쳐 규제특례 허용 여부를 결정하고²⁵⁾ ④ 그 결과를 60일 이내에서 대통령령으로 정하는 기간내에서 사업재편기업에 통보하여야 한다.²⁶⁾ 그리고 ⑤기업제안을 수용하여 규제특례를 허용하기로 한 때에는 관계부처와 함께 그 사실을 공표하고 ⑥관련법령 개정 등 필요조치를 취하여야 한다.

(3) 양제도간의 관계

규제불확실성해소제도는 사업활동을 전개하기 전에 법령해석이나 규제유무에 관해 주무부처에 확인을 구할 수 있도록 하여 사업 활동과정에서 발생할 수 있는 불확실성을 사전에 제거함으로써 사업 활동을 원활하게 전개할 수 있도록 지원하기 위한 것이고, 기업제안방식 규제개선제도는 불합리한 규제가 있는 것으로 판단될 경우에는 이를 제거해줌으로써 사업 활동을 개시할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 ①규제불확실성해소제도의 단계에서 규제가 없는 것으로 확인되면 곧 바로 사업을 개시하면 되고, 만일 규제가 있는 것으로 확인되면 ②기업제안방식 규제개선제도상의 조치, 즉 대안을 제시하여 규제개선을 요청한 후 이것이 수용되면 그때 사업을 개시하게 된다. 즉 사업을 개시하려고 하는 자의 입장에서 보면 ①은 문제가 있는지 확인하는 단계이고 ②는 확인된 문제를 해결하는 단계라고 볼 수 있을 것이다.

IV. 구체적인 지원내용

구체적인 지원내용에 관해서는 특례의 형태로 규정하고 있는데, (i) 상법분야의 경우에는 ①주주총회절차간소화, ②간이합병(분할합병포함)요건완화, ③소규모합병요건완화, ④소규모분할제도신설, ⑤채권자보호절차간소화, ⑥주식매수청구권절차간소화를 위한 특례를 두고 있고, (ii) 공정거래법분야의 경우에는 기업①결합심사신고창구단일화, ②기업결합심사시 주무부처의견고려, ③지주회사관련규제유예기간연

25) 다만 법률안에 의하면 규제애로해소지원제도(규제불확실성해소제도와 기업제안방식규제개선제도)의 경우에는 심의위원회의 심의절차에 관한 규정이 적용되지 않는다(제32조 제2항, 제33조 제2항, 제6조 제2항 참조). 그러나 제6조 제2항 제3호에 의하면 심의위원회의 위원장이 심의위원회에 회의에 부치는 사항은 심의위원회에서 심의할 수 있고, 규제애로해소지원제도의 절차는 기본적으로 사업재편지원제도와 동일하게 처리함이 바람직하기 때문에 본고에서는 심의위원회의 심의를 거쳐야 하는 것으로 보았다. 이점을 보다 명확히 하기 위해서는 제6조 제2항 제2호의 심의사항에 규제애로해소지원에 관한 사항도 포함시킬 필요가 있다.

26) 결과통보에 대해 이의가 있으면 사업재편기업은 주무부처의 장에게 이의신청을 할 수 있다(제37조).

장, ④상호출자제한기업집단관련 규제유예기간연장에 대해 특례를 두고 있다. 그 밖에 세제지원, 금융(자금)지원, 연구개발활동지원 뿐만 아니라 중소기업대상으로 한 사업혁신지원, 능력개발 및 고용안정지원도에 관해서도 규정하고 있다. 다만 세제지원의 경우 본법에서는 근거규정만 두고(제29조) 구체적인 내용에 관해서는 조세특례제한법과 지방세특례제한법에서 규정하기로 하였는데, 사업재편관련 세제지원에 관한 사항을 정한 조특법 및 지특법 개정안이 현재 국회에 계류중이다.²⁷⁾ 여기서는 본법(기활법)에서 정하고 있는 사항에 대해서만 설명하기로 한다.

(1) 상법에 대한 특례

가. 소규모분할제도의 신설

상법에는 소규모분할제도가 없으나 본법에서는 승인기업이 소규모사업을 분할하는 경우 이사회결의로 주주총회결의를 갈음할 수 있도록 하는 제도를 신설하였다. 즉 승인기업이 사업재편계획에 따라 분할을 하는 경우 분할에 의해 설립되는 회사의 순자산액이 승인기업의 총자산액의 100분의 10에 미달하는 때에는 승인기업의 주주총회의 승인은 이사회결의로 갈음할 수 있도록 하였다(제15조 제1항). 다만 소규모분할에 대한 특례는 사업재편계획기간 중 1회에 한해 적용되며(제2항), 이때 상법 제527조의3 제2항 내지 제4항을 준용한다(제3항). 따라서 승인기업의 발행주식총수의 100분의 20이상에 해당하는 주식을 보유한 주주가 반대를 하면 소규모분할을 할 수 없다.

소규모분할제도를 도입한 취지는 승인기업에 미치는 영향이 적은 소규모사업을 분할하는 경우 시간이나 절차 면에서 비용을 줄여 줌으로써 신속하고 기동적인 사업재편을 가능하도록 하기 위한 것이다. 다만 이하의 소규모합병, 소규모분할합병제도와 비교하면 제도적 정합성을 결하는 문제가 있다. 소규모사업재편제도는 사업재편이 당해 기업에 미치는 영향이 적음 감안하여 당해기업의 주주총회를 이사회결의로 갈음할 수 있도록 하고 주주에게는 주식매수청구권을 인정하지 않는 것으로 한다. 그런 점에서 소규모분할제도를 도입하는 이상은 그 취지면에서 동일한 소규모합병등과 내용에 차등을 둘 하등의 이유가 없기 때문이다.

나. 소규모합병 및 소규모분할합병 요건의 완화

27) 2005년 9월 14일 국회에 제출된 조특법 개정안상의 특례로서는 ①주식매각 양도차익 과세이연 및 증권거래세 면제, ②합병에 따른 중복자산 양도차익 과세이연, ③모회사의 자회사 금융채무 인수·변제시 과세특례, ④자산양도를 통한 금융채무 상환시 과세특례, ⑤주주 등의 자산무상 증여에 따른 과세특례, ⑥금융기관에 의한 채무면제에 따른 과세특례가 있고, 지특법 개정안(10월 국회제출예정)상의 특례는 회사설립 및 자본증가 등에 따른 등록면허세 감면이다.

상법에 의하면 합병대가가 존속회사 발행주식 총수의 10% 이하인 경우 존속회사의 주주총회 특별결의를 이사회 결의로 갈음할 수 있을 뿐만 아니라(상법 제527조의3 제1항) 주주에게는 주식매수청구권도 인정되지 않는다(동조 제5항). 분할합병의 경우에도 마찬가지이다(제530조의11 제2항).²⁸⁾ 존속회사가 발행하는 주식의 규모가 적으므로 이 경우는 회사의 기초적 변경에 해당하지 않는다고 보기 때문이다.²⁹⁾ 즉 존속회사에 미치는 영향이 적는데 굳이 주주총회를 개최하고 반대주주에게 주식매수청구권을 인정할 필요가 없다는 것이다.

소규모합병은 이처럼 주주총회결의를 생략할 수 있고 주식매수청구권의 행사도 피할 수 있으므로 이 제도를 활용하면 사업재편을 신속하게 추진할 수 있을 뿐만 아니라 주식매수청구권의 행사로 사업재편이 무산되는 것도 막을 수 있다. 그런 의미에서 소규모사업재편제도는 사업재편기업으로는 전략적으로 매우 중요한 제도라고 할 수 있다. 이 점을 고려하여 본법에서는 소규모합병과 소규모분할합병의 요건을 현재의 10%에서 20%로 확대하여 동 제도를 보다 이용하기 쉽도록 하였다(제16조 제1항).

그러나 존속회사의 주주입장에서 보면 소규모합병등의 요건을 이처럼 완화하면 소규모합병등이 회사(자신의 이익)에 미치는 영향은 매우 커짐에도 주식매수청구권은 인정되지 않는 문제가 발생하게 된다. 본법에서는 이점을 고려하여 발행주식총수의 100분의 10이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율에 해당하는 주식을 소유한 주주가 반대를 하는 경우에는 소규모합병등을 할 수 없도록 하였다(동조 제2항). 이 규정은 상법에서 100분의 20이 반대하면 소규모합병등을 할 수 없도록 한 것(상법 제527조의3 제4항)에 비해 오히려 규제를 강화한 것이다. 이 점 때문에 재계에서는 소규모합병등의 제도개선의 실질적 효과는 미미할 것이라는 비판이 있다.³⁰⁾ 소수주주의 보호방법으로 현행의 100분의 20기준은 그대로 두고 반대주주에게 주식매수청구권을 인정하는 것을 대안으로 검토한 적이 있으나 주주의 주식매수청구권행사로 사업재편이 무산된 경험 등을 고려하여 최종적으로는 현재의 방법을 선택한 것이다.³¹⁾

28) 다만 소규모주식교환의 경우에는 완전모회사가 발행하는 주식의 총수가 발행주식총수의 '5%'를 초과하지 않은 경우에 주주총회의 결의를 이사회결의로 갈음할 수 있다(상법 제360조의10 제1항). 같은 소규모사업재편제도이면서 소규모합병등과 소규모주식교환 간에 이러한 차이가 있는 것은 정당한 이유가 있는 것이 아니라 2011년 상법개정시 입법상의 착오 때문이다.

29) 神田秀樹, 「会社法」(第17版·2015) 362면.

30) 전수봉, 전계(주2)공정회자료, 83면.

31) 그런데 소규모주식교환의 경우에는 본법이 상법보다 더 엄격한 내용으로 되어 있다. 즉 상법에서는 소규모주식교환의 경우 ①완전모회사가 발행하는 주식의 총수가 발행주식총수의 5%를 초과하지 않으면 주주총회를 이사회결의로 갈음할 수 있도록 하고(상법 제360조의10 제1항), 그 대신 ②100분의 20 이상이 반대하면 소규모주식교환을 할 수 없도록 하고 있다(동조 제5항). 그런데 기활법안에서는 ①에 대해서는 아무런 조치를 취하지 않은 채(제16조 제1항 참조) ②를 100분의 10이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율에 해당하는 주식을 소유한 주주가 반대를 하면 소규모주식교환을 할 수 없도록 하고 있기 때문이다(제2항). 이는 명백한 입법상의 불비이므로 소규모주식교환의 경우에는 ①의 5%

다. 간이합병 및 간이분할합병 요건완화

합병회사가 피합병회사 주식의 100분의 90이상을 보유시 피합병회사 주주총회는 이사회결의로 갈음할 수 있다(상법 제527조의2 제1항), 간이분할합병의 경우도 마찬가지이다(제530조의11 제2항). 이 경우는 피합병회사에 대해 주주총회를 요구하여도 부결될 가능성이 없고, 따라서 주주총회가 무의미하기 때문이다. 그래서 상법은 주주총회를 생략할 수 있도록 하는 대신에 반대주주에게는 주식매수청구권을 인정하고 있다.

본법에서는 간이합병기준을 100분의 90이상에서 100분의 80 이상으로 완화하였다(제17조).³²⁾ 사업재편을 신속하게 전개할 수 있도록 하기 위해서이다. 다만 주주보호 장치는 별도로 마련하지 않았는데, 그 이유는 반대주주에게는 주식매수청구권이 인정되기 때문이다.

라. 주주총회 절차 간소화(상법 제363조 등)

상법에 의하면, 합병(상법 제522조), 분할·분할합병(제530조의2), 주식교환(제360조의2), 주식이전(제360조의15), 영업양수도(제374조)를 위하여 주주총회를 소집할 경우에는 주주총회일 2주전에 각 주주에게 서면통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 하며(제363조 제1항), 합병 등을 결의하기 위하여 주주명부를 폐쇄하거나 기준일을 정한 때에는 폐쇄일 또는 기준일로부터 2주전에 공고를 하여야 한다(제354조 제1항). 그리고 주주총회일 2주전부터 합병 등을 한 날 이후 6월이 경과하는 날까지 합병등관련서류를 본점에 비치하여야 한다(제360조의4 제1항, 제360조의17 제1항, 제522조의2 제1항, 제530조의7 제1항).

본법에서는 이러한 주주총회관련기간을 일률적으로 2주에서 1주로 단축하였다(제18조 제1항 내지 제3항). 다만 이 기간을 산정하는 경우에는 공휴일, 토요일 및 근로자의 날은 제외한다(제18조 제4항). 승인받은 사업재편의 경우에는 사업재편내용에 관해 공시가 이루어지므로 주주보호라는 측면에서 엄격한 주주총회절차를 요구할 필요성은 그리 크지 않음을 고려하는 한편 신속한 사업재편을 지원하기 위해서이다.

마. 채권자 보호절차 간소화

상법에 의하면, 합병 및 분할·분할합병의 경우 주주총회 결의가 있는 날로부터

를 20%로 확대하는 규정을 본법 제16조 제1항에 추가하여야 할 것이다.

32) 최초안에서는 3분의2이상으로 완화하는 것으로 하였으나 입법과정에서 100분의 80으로 조정되었다.

2주 이내에 회사채권자에게 1개월 이상의 범위 내에서 이의를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대해서는 이를 최고하여야 한다. 그리고 채권자가 이의를 제출하면 회사는 그 채권자에 대해 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(상법 제232조, 제527조의5, 제530조의9 제4항, 제530조의11 제2항).

본법에서는 이의제출기간을 ‘1개월 이상’에서 ‘10일 이상’으로 일률적으로 단축하는 한편 최고제도는 적용하지 않는 것으로 하고(제19조 제1항),³³⁾ 채권자가 이의를 제출한 때에는 승인기업이 채무에 대한 은행 지급보증 또는 보험증권 등을 제출하면 채권자 동의가 없어도 채권자보호 절차는 충족된 것으로 하였다(제19조 제2항). 채권자보호 절차로 인하여 사업재편이 지연되는 것을 방지하고 특히 승인기업이 충분한 변제여력을 갖추고 있음에도 담보를 제공하여야 하고, 채권자가 상당한 담보제공을 받았음에도 이를 거부할 경우 사업재편이 무산될 수 있는 점을 고려한 것이다.

바. 주식매수청구권 절차 간소화

합병 등에 반대하는 주주는 회사에 대해 주식매수청구권을 행사할 수 있다. 이 경우 주주는 주주총회 전에 회사에 대해 서면으로 반대의사 통지를 하고 총회결의 일로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 주식매수를 청구하여야 하며, 이때 회사는 매수청구를 받은 날로부터 상장회사의 경우에는 1월 이내에, 비상장회사의 경우에는 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다(상법 제374조의2 제1항·제2항, 자본시장법 제165조의5 제1항·제2항).

본법에서는 상법 및 자본시장법상의 주식매수청구권제도에 대해 특례를 정하여 ①반대주주의 주식매수청구가능기간은 주주총회 후 20일 이내에서 10일 이내로 단축하고(제20조 제1항), ②회사의 주식매수의무기간은 상장법인의 경우에는 1개월에서 3개월로, 비상장법인의 경우에는 2개월에서 6개월로 연장하였다(제2항). ①은 신속한 사업재편을 위한 것이고, ②는 과도한 주식매수청구권의 행사로 인하여 일시적으로 금융비용이 커질 경우 사업재편이 무산될 수 있는 점을 고려하여 주식매수를 위한 금융부담을 완화하기 위한 것이다. 특히 상장회사의 경우 사업재편에 불만인 주주는 시장을 통해 투자를 철회(회수)할 수 있으므로 외국에서처럼 주식매수청구권 자체를 인정하지 않은 것에 대해서도 검토를 하였으나³⁴⁾ 반대주주보호제도로써 주식매수청구권이 갖는 의의를 고려하여 최종적으로는 청구기간을 단축하고 매

33) 이 기간을 산정하는 경우에는 공휴일, 토요일 및 근로자의 날을 제외한다(제19조 제3항).

34) MBCA § 13.02(b)(1)에서는 유동성 있는 시장에서 매도 가능한 주식은 원칙적으로 주식매수청구권을 인정하지 않고, 델라웨어주 회사법 § 262(b)(1)은 합병에 대해서만 주식매수청구권을 인정하되, 시장성 예외를 인정하여 전국적 증권거래소에 상장되거나 또는 2000명 이상의 주주가 있는 회사의 대해서는 주식매수청구권을 인정하지 않는다.

수기간을 연장하는 선에서 정리하였다.

(2) 공정거래법에 대한 특례

공정거래법상의 특례는 승인된 사업재편기간 내에서만 적용되며 사업재편기간이 종료하면 특례는 일몰하고 원래대로 공정거래법의 일반규제를 받게 된다.

가. 기업결합심사 신고창구의 단일화(제9조 제5항)

자산총액 또는 매출액 2,000억원 이상의 회사 또는 그 특수관계인은 자산총액 또는 매출액 200억원 이상의 다른 회사 주식을 20% (상장회사의 경우에는 15%) 이상을 소유하게 되거나 혹은 20% 이상 소유한 자가 당해회사 주식을 추가로 취득하여 최대출자자로 되는 등의 기업결합을 할 때에는 공정거래위원회에 신고하여야 한다(공정거래법 제12조 제1항). 공정거래위원회는 이 신고를 받아 기업결합심사를 하게 되는데, 기업결합심사는 사후심사가 원칙이고 자산총액 또는 매출액이 2조원 이상인 회사의 경우에는 예외적으로 사전심사가 가능하나 심사기간은 기본적으로 기업결합 후 30일 이내이며 필요시에는 90일을 추가할 수 있다(동조 제6항). 기업이 선택할 수 있는 임의적 심사의 경우도 심사기간은 동일하다(동조 제7항).

이 기업결합심사는 당해 기업결합이 특정 분야의 경쟁을 제한하는지 혹은 기업결합으로 효율성 증대 효과가 발생하는지 여부에 대해 심사를 하기 위한 것이지만, 심사기간이 길어질 경우에는 사업재편의 불확실성을 키우고 경우에 따라서는 사업재편 자체가 무산될 수도 있다. 그리하여 본법에서는 기업결합신고 창구를 단일화하여 주무부처의 장에게 사업재편계획을 제출하여 접수되면, 그 때 공정거래위원회에 대한 기업결합신고도 이루어진 것으로 간주하였다(제9조 제5항). 이 규정으로 인하여 공정거래위원회는 기업결합심사를 조기에 개시할 수 있고, 사업재편기업도 관련서류의 이중제출의 부담을 덜 수 있게 되었다.

나. 기업결합심사시 주무부처 의견 반영(제10조 제7항)

공정거래위원회의 기업결합심사 결과 경쟁제한성보다는 효율성 증대효과가 크다고 인정되면 예외적으로 기업결합은 허용된다(공정거래법 제7조 제2항 제1호). 그런데 기업결합심사시 효율성 증대효과에 대한 구체적인 판단기준이 모호하고 엄격해서 동규정의 적용과 관련해서는 자의적인 해석에 대한 우려가 있었다. 그리하여 본법에서는 사업재편계획에 따라 행해지는 기업결합에 대해 주무부처의 장이 효율성 증대효과가 있다고 판단한 경우에는 공정거래위원회도 이 판단을 고려하여 심사를 하도록 의무화하였다(제10조 제7항).

다. 지주회사규제에 관한 특례(제21조)

1) 지주회사 부채비율 제한 완화

지주회사의 부채비율은 자본총액의 200% 이내로 제한된다(공정거래법 제8조의2 제2항 제1호 본문). 다만 지주회사로 전환하거나 설립될 당시에 200%를 초과하는 부채를 보유하고 있는 때에는 그 부채는 2년간 보유가 가능하다. 즉 2년 내에 이를 해소하여야 한다(동조항 제1호 단서).

사업재편의 승인을 받은 지주회사가 사업재편을 위해 신규로 자회사를 편입하는 과정에서 200%이상의 부채를 보유하게 될 수가 있는데, 이 경우에는 단서가 적용되지 않으므로 당장 부채비율을 200% 이내로 낮추어야 한다. 유상증자 등을 통해 부채비율을 낮출 수 있으면 다행이나 그것이 불가능할 경우에는 사업재편 자체가 무산될 수도 있다. 이러한 점을 고려하여 본법에서는 사업재편기간인 3년 동안은 동조항의 적용을 유예할 수 있도록 하였다(제21조 제1항 본문). 다만 이 특례는 승인기업이 지주회사이고(제21조 제2항) 이 지주회사가 자회사 주식을 소유하는 경우에만 적용되고 자회사가 아닌 국내계열회사의 주식을 소유하는 경우에는 적용되지 않는다(제21조 제1항 단서). 이는 지주회사의 단순 투명한 출자구조를 유지하기 위하여 교차, 방사, 순환형 출자를 금지하고 수직적 출자구조만 허용함을 의미한다.

2) 자회사주식보유기준 완화

지주회사는 자회사가 상장회사³⁵⁾인 경우에는 당해회사의 발행주식총수의 20% 이상, 비상장회사인 경우에는 40%이상을 소유하여야 한다. 다만 지주회사로 전환하거나 설립될 당시에 이 기준을 충족하지 못한 때에는 자회사가 상장회사인 경우에는 1년, 비상장회사인 경우에는 2년의 유예기간이 주어진다. 즉 1년이나 2년이 경과하면 이 기준을 충족하여야 한다(공정거래법 제8조의2 제2항 2호 가목).

그러나 사업재편의 승인을 받은 지주회사가 특정 회사를 신규로 자회사에 편입하려고 하면 이 경우에는 단서가 적용되지 않으므로³⁶⁾ 당해회사가 상장회사일 경우에는 당장 발행주식총수의 20% 이상을, 비상장회사일 경우에는 발행주식총수의 40% 이상을 취득하여야 한다. 신규 자회사 편입에 수반하는 지주회사의 이러한 재무부담의 가중은 사업재편을 어렵게 하는 요인이 될 수 있다. 그리하여 본법에서는 사업재편기간 동안(3년간) 자회사보유주식기준의 적용을 유예함으로써 지주회사의 자금부담을 덜어주는 방법으로 사업재편을 지원하기로 하였다(제21조 제1항 본문). 그리고 이 특례 또한 승인기업이 지주회사인 경우에만 적용되고(제21조 제2항), 승인기업이 자회사가 아닌 국내계열회사의 주식을 소유하는 경우에는 적용되지 않는다

35) 보다 정확히는 자본시장법상의 상장법인뿐만 아니라 국외상장법인, 공동출자법인, 벤처지주회사의 자회사인 경우도 포함한다.

36) 단서는 지주회사로 전환하거나 설립될 당시에 기준을 충족하지 못한 경우에 적용되는데, 본문의 경우는 지주회사로 된 후에 특정회사를 신규로 자회사로 편입하는 경우이므로 단서가 적용될 여지는 없다.

(제21조 제1항 단서).

3) 지주회사의 비계열사 등 출자규제 완화

지주회사는 비계열회사의 지분을 당해 지주회사의 발행주식총수의 5%를 초과하여 소유하거나 또는 자회사가 아닌 국내계열회사의 주식을 소유할 수 없다. 다만 다음의 경우에는 예외이다. ①지주회사로 전환 또는 설립시부터 소유하는 경우로서 전환 또는 설립된 날로부터 2년 이내인 경우, ②비계열회사를 자회사에 편입하는 과정에서 보유제한위반에 해당하게 된 날로부터 1년 이내인 경우, ③주식을 보유하지 아니한 국내계열회사를 자회사에 편입하는 과정에서 그 국내계열회사 주식을 소유하게 된 날로부터 1년 이내인 경우, ④자회사를 자회사에서 제거하는 과정에서 당해회사가 자회사에서 배제된 날로부터 1년 이내인 경우(공정거래법 8조의2 제2항 3호).

그러나 사업재편승인을 받은 지주회사가 주력사업육성을 위하여 혹은 다른 기업과 전략적인 제휴를 위하여 비계열회사의 지분을 5%이상 취득할 필요가 있을 수 있는데 이 규정으로 인하여 비계열사에 대한 투자가 제한되고, 특히 계열사는 자회사형태로만 소유할 수 있고, 비계열사도 5%미만의 지분이 아니면 자회사형태로만 소유할 수 있으므로 일시에 많은 지분(비상장회사 40%이상, 상장회사 20%이상)을 매입하여야 하는 부담이 발생한다. 그리하여 본법에서는 사업재편기간 중(3년간)에는 비계열사 및 자회사외계열사에 대한 출자규제는 적용하지 않는 것으로 하였다(제21조 제1항 본문). 그리고 이 특례 또한 승인기업이 지주회사인 경우에만 적용되고(제21조 제2항), 승인기업이 자회사가 아닌 국내계열회사의 주식을 소유하는 경우에는 적용되지 않는다(제21조 제1항 단서).

라. 지주회사의 자회사 규제에 관한 특례(제22조)

1) 자회사의 손자회사 출자제한완화

지주회사 자회사는 손자회사가 비상장회사인 경우에는 발행주식총수의 40%이상, 상장회사인 경우에는 20% 이상을 소유하여야 한다(공정거래법 제8조의2 제3항 제1호). 다만 자회사가 될 당시에 손자회사의 주식을 보유기준 미만으로 소유하고 있는 경우에는 자회사가 된 날로부터 2년 후에는 그 기준을 충족하여야 한다(동조항 제1호 가목).

사업재편의 승인을 받은 지주회사 자회사가 특정회사를 신규로 손자회사에 편입하려고 하면 이 경우에는 단서가 적용되지 않으므로³⁷⁾ 당장 손자회사보유주식기준을 충족하여야 하는데, 전술한 바와 같이 손자회사 편입에 수반하는 지주회사 자회

37) 단서는 자회사가 될 당시에 손자회사의 주식을 보유기준 미만으로 보유하고 있어야만 적용되기 때문이다. 본문의 경우는 자회사로 된 후에 특정회사를 신규로 손자회사로 편입하는 경우이므로 단서가 적용될 여지는 없다.

사의 이러한 재무부담의 가중은 사업재편을 무산시킬 수도 있다. 그리하여 본법에서는 사업재편을 원활하게 할 수 있도록 사업재편기간 3년 동안은 손자회사보유주식기준의 적용을 유예하기로 하였다(제22조 제1항). 본 규정은 승인기업이 지주회사 자회사인 경우에 한해 적용된다(제22조 제3항).

2) 지주회사 자회사의 공동출자 규제 완화

공정거래법은 지주회사의 단순·투명한 출자구조를 유지하기 위하여 교차·방사·순환형 출자를 금지하고 수직적 출자구조만 허용한다. 자회사 역시 손자회사를 설립 또는 보유하기 위해 단독출자만 허용하고 자회사가 손자회사에 공동출자하는 것을 금지하고 있다. 즉 지주회사의 자회사는 손자회사가 아닌 계열회사의 주식을 소유할 수 없다(공정거래법 제8조의2 제3항 제2호).

지주회사 자회사의 공동출자금지로 인하여 다른 계열사의 자금여력이나 기술·사업경험 등을 활용하지 못하는 등 자원배분의 비효율을 초래할 뿐만 아니라 사업재편시 필요한 자금조달을 곤란하게 하여 사업을 포기하거나 과도한 재무리스크에 따른 부담으로 사업재편을 무산시킬 가능성이 있다. 그리하여 본법에서는 다음의 요건을 모두 갖춘 경우 사업재편기간 3년 동안 지주회사 자회사에 대해 손자회사에 공동출자하는 것을 허용하기로 하였다(제22조 제2항). ①승인기업이 지주회사의 자회사에 해당할 것, ②승인기업이 주식을 소유하고 있는 기업(피출자기업)이 지주회사의 손자회사에 해당할 것, ③피출자기업의 주식을 소유하고 있는 승인기업이 2개 이하일 것. 즉 사업재편기간 동안은 2개 이하의 승인기업(지주회사 자회사)이 손자회사에 공동출자하여 신산업분야 등에 진출하는 것이 가능하다. 본 규정 역시 승인기업이 지주회사 자회사인 경우에 한해 적용된다(제22조 제3항).

마. 지주회사의 손자회사 규제에 관한 특례(제23조)

공정거래법에 의하면 지주회사의 손자회사는 원칙적으로 증손회사의 지분 소유가 금지되고 100% 지분 소유 시에만 허용된다(공정거래법 8조의2 제4항 제4호). 지분을 100%의 조건은 증손회사의 지분매각 혹은 100%보유의 선택을 강제함으로써 증손회사 보유를 사실상 봉쇄하여 사업재편을 곤란하게 할 우려가 있다.³⁸⁾

그리하여 본법에서는 사업재편 기간 3년 동안 증손회사 100% 소유규제를 50%로 완화하는 한편 손자회사들 간의 공동출자규제에 대해서도 유예를 인정하였다. 즉 다음의 요건을 모두 갖춘 승인기업에 대해 3년 동안 제8조의2 제4항의 적용을 유예하기로 하였다. ①승인기업이 지주회사의 손자회사에 해당할 것, ②피출자기업이 지주회사·자회사·손자회사·증손회사 이외의 국내계열회사에 해당할 것, ③각 승인기업이 피출자기업의 주식을 각각 50% 이상 소유하고 있을 것, ④피출자기업의 주

38) 지주회사(A)의 자회사(B)가 자회사(D)를 보유한 회사(C)를 인수하는 경우 D는 A의 증손회사가 되어 C가 100%지분을 보유하지 못한 경우 인수합병에 차질이 발생한다.

식을 소유하고 있는 승인기업이 2개 이하일 것(제23조 제1항). 따라서 사업재편기간 동안은 승인기업인 손자회사가 증손회사³⁹⁾에 50% 이상 출자를 하거나 2개 이하의 승인기업(손자회사)이 증손회사에 50%씩 공동출자를 하여 신산업분야 등에 진출하는 것이 가능하다.

바. 상호출자제한기업집단의 규제에 관한 특례(제24조)

자산총액 5조원 이상의 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사의 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니되나(제9조 제1항), 합병·영업전부의 양수 등의 과정에서 부득이하게 상호출자를 하게 된 경우에는 당해 주식을 상호출자한 날로부터 6개월 내에 주식을 처분하여야 한다(동조 제2항). 또한 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 순환출자를 형성하는 계열출자를 하여서는 아니 되는데(제9조의2 제2항), 회사의 합병·분할, 주식의 포괄적 교환·이전 또는 영업전부의 양수를 통해 부득이하게 순환출자를 형성하는 계열출자를 하게 된 경우에는 당해 출자를 한 날로부터 6개월 내에 주식을 처분하여야 한다(제9조의2 제3항 제1호).

상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 사업재편의 승인을 받아 사업재편을 하는 과정에서 합병 등으로 부득이하게 순환출자나 상호출자를 하게 되는 경우에는 이 규정에 의해 6개월 내에 계열회사의 지분을 처분하여야 하므로 헐값매각의 우려가 있고 사업재편을 위한 재원마련에도 어려움이 있을 수 있다. 그리하여 본법에서는 순환출자·상호출자 해소유예기간을 6개월에서 1년으로 연장하였다(제24조)

사. 채무보증제한기업집단의 규제에 관한 특례(제25조)

채무보증제한기업집단에 속하는 회사는 국내계열회사에 대하여 원칙적으로 채무보증을 하여서는 아니된다(공정거래법 제10조의2 제1항). 다만 채무보증을 이미 받고 있는 회사가 채무보증제한기업으로 신규 지정 또는 편입될 경우에는 지정일 또는 편입일로부터 채무보증금지 2년간 유예된다(공정거래법 제14조 제3항 제3호). 채무제한기업집단에 속하는 기업이 사업재편의 승인을 받아 사업재편을 하는 과정에서 합병 등을 통해 기업을 인수할 경우 이 제한에 의하여 다른 계열회사로부터 채무보증을 받지 못하게 되면 자금조달에 애로를 겪을 수 있다. 이점을 고려하여 본법에서는 채무제한기업집단에 속하는 승인기업이 국내계열사로부터 채무보증을 받는 경우에 채무보증금지 유예기간을 3년으로 연장하였다(제25조 제1항). 다만 이 규정은 승인기업이 속하는 기업집단이 채무보증제한기업집단으로 새로이 지정되는 경우에는 적용하지 아니한다(동조 제2항). 이 경우는 승인기업에 대해 유예기간을

39) 여기서 증손회사는 지주회사·자회사·손자회사·증손회사 이외의 국내계열회사이어야 한다.

적용하는 것이 아니라 승인기업이 속한 기업집단에 대해 유예기간을 주는 것이므로 제도의 취지에 반하기 때문이다.

아. 특례기간의 기산점

제21조 내지 제25조에서 규정하는 특례 기간은 해당 사업재편계획에 따라 합병, 분할, 설립 등의 법적효력이 발효되는 날로부터 개시한다(제26조).

(3) 그 밖의 지원

그 밖에 승인기업에 대해서는 금융(자금)지원, 연구개발 활동지원뿐만 아니라 중소기업 중 소중견기업을 대상으로 한 사업혁신지원, 능력개발 및 고용안정지원도 이루어진다.

가. 자금지원

국가 및 지방자치단체는 승인기업의 사업재편에 대해 필요한 자금을 보조, 융자 또는 출연 등의 방법으로 지원할 수 있다(제28조 제1항). 다만 자금지원을 할 수 있는 경우는 승인기업이, ①생산성 향상을 위하여 공정개선, 시설개체 등 설비투자를 하는 경우, ②사업재편과정에서 공장의 신설·이전·증설 등을 하는 경우, ③새로운 제품·서비스의 출시를 위하여 하는 경영혁신활동과 관련된 경우, ④그밖에 대통령령으로 정하는 경우이다(동조 제2항). 그리고 지원기준, 규모, 절차 등에 관해서는 대통령령으로 정한다(동조 제4항). 다만 승인기업이 사업재편계획 또는 변경된 사업재편계획을 주무부처의 장에게 제출할 당시에 상호출자제한기업집단에 속하는 경우에는 적용하지 아니한다(동조 제3항).

나. 연구개발활동지원

국가 및 지방자치단체는 승인기업의 사업혁신을 위해 필요한 연구개발비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있으며(제29조 제1항), 이 경우 지원기준, 규모, 절차 등에 관해서는 대통령령으로 정한다(동조 제2항).

다. 중소기업·중견기업의 사업혁신 지원

국가 및 지방자치단체는 승인기업이 중소기업·중견기업인 경우 사업재편에 필요한 국내외 판로개척, 정보제공, 전문인력 양성 및 경영·기술·회계 자문 등을 지원할 수 있다(제30조).

라. 능력개발 및 고용안정 지원

승인기업은 사업재편에 따른 실업예방과 재직 근로자의 능력개발을 위하여 노력하여야 하며(제31조 제1항), 정부는 승인기업의 고용조정, 재직 근로자의 고용안정 및 능력개발 등을 위하여 ①직업능력개발훈련시설과 기업지원기관 등이 운영하는 재취업교육과 새로 진출한 업종에 대한 근로자 교육, ②고용조정지원 및 직업능력개발지원, ③사업재편과정에서 발생한 전직자의 생활안정을 도모하고 재취업과 창업을 촉진하기 위한 전직지원금 지원 사업을 포함한 다양한 지원방안을 마련할 수 있다(동조 제2항).

V. 기활법의 기대효과 및 개선과제

1. 일본의 사업재편지원제도의 효과

기활법은 전술한 바와 같이 일본의 1999년 산업활력재생법(이하 산활법)과 이를 승계한 2014년의 산업경쟁력강화법(산경법)을 모델로 하였다. 이러한 법률들은 당시의 일본경제의 현안을 해결하기 위한 한시법으로서 산활법은 당시 일본경제의 최대 현안이었던 과잉설비, 과잉채무, 생산성저하를 극복하기 위한 것이고, 산경법은 아베노믹스의 경제부흥전략에 따라 당시 일본경제의 고민이었던 과잉규제, 과소투자 및 과당경쟁을 해소하기 위한 것이다. 산경법은 산활법과 마찬가지로 합병, 분할 등 사업재편을 지원하기 위한 것이고, 그 지원조치는 신속한 사업재편을 가능하게 하기 위해 상법의 특례를 정한 것과 세제상의 특례를 정한 것으로 대별할 수 있다. 그러나 산경법에서는 그레이존해소제도와 기업실증특례제도와 같은 산활법에는 없는 규제완화제도가 신설되었고 벤처기업지원이나 지역중소기업을 지원하기 위한 조치도 강구되었다. 특히 산활법에서는 지원대상사업재편이 유형과 목적별로 세분화되어 있어 이용하기에 불편한 점이 있었던 점을 고려하여 산경법에서는 사업재편유형을 개별기업을 대상으로 하는 사업재편계획과 복수기업을 대상으로 하는 특정사업재편계획으로 단순화하는 등의 방법을 통해 제도이용에 편의를 도모하는 조치가 강구되었다.

이러한 노력의 결과 일본에서는 산활법이 시행된 1999년부터 산경법이 제정된 2013년까지 총 609건의 사업재편계획이 승인되었다. 이 중 400건이 경제산업성에 관련된 것이었고, 이 가운데 8할 이상이 사업재편기간 중에 법정의 생산성향상기준을 실현한 것으로 알려지고 있다. 그리고 산경법의 경우에는 동법이 시행된 2014년 1월 20일부터 올해 9월 말까지 승인된 사업재편계획은 총 21건이며, 이 중 주로 대기업이 이용하는 특정사업재편계획은 5건이다. 이 가운데에는 미쯔비시중공업과 히타치제작소가 화력발전설비부분을 분리하여 설립한 미쯔비시히타찌 파워시스템즈가 있고, 이 회사는 화력발전설비부분에서는 세계최고의 경쟁력을 갖춘 기업으로

재탄생하였다.

2. 기활법의 기대효과 및 개선과제

이상의 일본의 경험에 비추어 보면 우리나라의 경우에도 기활법이 입법됨에 따라 경제 활력회복과 특히 제조업의 경쟁력강화에 기여할 수 있을 것으로 생각된다. 다만 우리나라의 경우에는 적용대상 기업을 공급과잉분야의 기업으로 제한하고 있어서 주된 수혜자는 과점상태에 있는 대기업보다는 심한 경쟁상태에 있는 중소·중견이 될 것으로 예상되고, 지원내용도 절차간소화에 주로 초점을 맞추고 있기 때문에 기활법의 사업재편을 촉진하는 마중물로서의 역할에는 어느 정도 한계가 있을 것으로 예상된다.

그러나 기활법은 산업부가 중심이 되어 입법을 추진하고 있으나 그 내용은 다른 부처가 관할하는 법률에도 미친다는 점에서 획기적인 법률이라고 할 수 있다. 동법에서는 상법, 공정거래법, 세법의 특례를 정하고 있고, 규제애로해소제도는 규제유무의 확인하는 과정에서 다른 부처와의 협의를 필수로 한다. 즉 기활법은 사업재편 지원제도를 단일법에서 통합적으로 규정한 법률로서 정부가 하나가 되어 사업재편을 지원한다는 점에서 지금까지는 볼 수 없었던 유형의 법률이라고 할 수 있다. 정부차원에서는 기활법의 제정으로 경제상황의 변화에 따라 효율적인 사업재편지원이 가능하게 될 뿐만 아니라 필요할 경우에는 개정을 통해 새로운 지원대상과 지원제도를 마련하는 것도 가능할 것이다. 특히 한시 특별법으로 제정함으로써 한정된 기업을 대상으로 시범적으로 특례를 운영해보고 부작용의 우려가 없음이 검증된 경우에는 특례를 일반법에서 수용하는 것도 가능할 것이다.

기활법의 이러한 한시 특별법의 성격을 고려하고 적용대상이 매우 제한적인 점을 생각하면 지원내용은 획기적으로 확대하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다. 예컨대 반대주주의 주식매수선택권제도가 인정되지 않는다는 점에서 전략적으로 매우 유용한 소규모합병의 경우에는 기활법에서는 그 기준을 20%로 확대하면서 동시에 10%의 주주가 반대하면 주주총회결의를 거치도록 하고 있는데, 후자를 삭제하여 일부 기관투자자의 반대로 사업재편이 무산되는 것을 방지하는 것도 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 그리고 사업재편국면에서 주주의 기회주의적 행동을 조장하는 측면이 있는 주식매수청구권제도의 경우에는 절차만 간소화할 것이 아니라 상장회사의 경우에는 외국의 예처럼 아예 주식매수청구권 자체를 인정하지 않는 것도 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 그리고 공정거래법상의 특례에 있어서도 특히 자회사의 손자회사가 단독으로 혹은 공동으로 증손회사의 주식을 50% 까지 취득하는 것을 허용하고 있으나 이 기준을 보다 완화하여 지주회사의 손자회사가 사업재편을 하는데 보다 많은 유연성을 갖도록 하는 것도 고려할 필요가 있을 것이다.

다른 한편으로는 기활법은 정상적인 기업이 평상시에 선제적으로 행하는 사업재편을 지원하기 위한 특별법이라는 점을 고려하면 그 적용대상을 과잉공급분야의

기업으로 제한하는 것 자체가 입법취지에 반할 수도 있다. 그런 점에서는 적용대상을 모든 분야의 기업으로 확대하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.

이러한 이유로 기활법에 대해서는 적용범위가 매우 제한적이고 지원내용이 미흡하다는 지적이 많지만, 반기업정서가 강하고 특히 기활법에 대해 재벌특혜법이라고 보는 시각이 엄연히 존재하는 현실에서는 처음부터 모든 기업을 대상으로 많은 특례를 부여하는 것은 어려운 점이 있다. 그런 의미에서 기활법은 많은 문제가 있지만 현 단계에서는 제도의 성공적인 정착을 우선적으로 생각할 때라고 본다.

제3세션

경영판단행위의 형사규제

발표자 : 한석훈 교수(성균관대)

토론자 : 정응기 교수(충남대)/ 이정민 교수(단국대)

사회자 : 이상복 교수(서강대)

경영판단행위의 형사규제

한 석 훈

(성균관대 법학전문대학원 교수)

《目次》

I. 서론	III. 경영판단행위의 형사규제와 경영판단 원칙
II. 외국 경영판단원칙의 내용 및 적용 비교	1. 서설
1. 경영판단원칙의 의의	2. 주의의무 위반과 경영판단원칙
2. 미국의 경영판단원칙	3. 배임죄에서의 경영판단원칙
3. 독일 경영판단원칙의 내용	IV. 결론
4. 일본에서의 경영판단원칙의 적용	

I. 서론

우리나라 공동기업 형태의 대부분을 차지하는 주식회사는 소유와 경영의 분리를 기본구조로 하는 대표적인 기업형태이고, 국가경제에서 차지하는 비중도 대단히 크다. 주식회사의 실제 경영도 설립자 경영인 시대에서 전문 경영인 시대로 빠르게 변모하고 있다. 그런데 1997년 외환위기를 겪으면서 외환위기의 주요 원인으로 방만한 부실경영이 지목되고, 그 후로도 2008년 금융위기를 비롯하여 계속된 경기침체가 이어지고 부실기업들이 속출하게 되자 주식회사의 대표이사, 이사 등 경영자를 상대로 손해배상을 청구하는 주주대표소송이나 배임죄¹⁾ 고소가 날로 증가하고 있다. 지난 1월경에는 한국석유공사 사장의 해외기업 인수행위에 관한 배임죄 피고 사건에서 1심 법원이 경영판단행위라는 취지로 무죄를 선고하자, 기소한 서울중앙지방검찰청의 검사장이 이례적으로 그 항소계획을 언론에 공개하는 등 주로 대기업을 중심으로 회사 경영자들의 경영행위에 대한 배임죄 의율이 사회적 관심의 대상이 되고 있다.

경영판단행위에 대한 형사규제는 상반된 두 얼굴을 지니고 있다. 끊임없는 기술혁신을 통한 성공적 기업경영을 위하여는 위험을 감수하는 적극적 진취적 경영판단이 필요한데, 과도한 형사규제는 그러한 적극적 경영의지를 꺾을 수도 있다. 반면 소유와 경영의 분리 구조 아래에서 타인 소유 기업의 경영을 맡게 되는 전문 경영

1) 광의의 배임죄에는 형법상 배임죄 및 업무상배임죄는 물론, 상법상 특별배임죄, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄, 그 밖의 특별법상 배임죄나 특별배임죄를 포함할 수 있는데, 이 논문에서 '배임죄'라 함은 광의의 배임죄를 지칭한다.

인이 기업의 최대이익을 위하여 노력하지 아니할 경우에는 회사 지배구조의 태생적 불완전성이나 경영의 전문성으로 인하여 경영판단행위에 대한 형사규제가 적절한 견제수단이 될 수도 있다. 따라서 경영판단행위에 대하여 배임죄 등의 직접적 형사규제가 적용될 수 있는 우리나라나 일본 등의 경우에는 언제 어떠한 기준으로 형사규제에 나설 것인지는 회사 등 기업의 발전과 국가경제를 위하여 매우 중요한 일이 아닐 수 없다.

우리나라는 1997년 외환위기 사태를 계기로 당시 사태의 주요 책임이 기업의 부실 경영에 있다고 보고, 대대적인 기업 구조조정과 함께 기업에 막대한 손해를 끼친 회사의 이사 등 경영자들에 대한 배임죄 의율이 증가하여 왔다. 그러나 21세기에 들어서면서 이러한 형사규제는 적극적 경영활동을 심리적으로 크게 방해할 수 있다는 점, 민사분쟁의 과도한 형사문제화를 야기한다는 점, ‘임무위배’ 등 배임죄 구성요건의 불확정 개념으로 인한 죄형법정주의 침해 우려가 있다는 점 등의 문제점으로 인하여 합리적 형사규제방안에 관한 연구와 논의가 많이 진행되어 왔다. 이러한 논의 중에는 배임죄를 위험범으로 파악하고 미필적 고의도 인정하는 판례 입장에 대한 비판, 재산상 이득액을 기준으로 과중한 처벌을 하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특경법’이라 함)에 대한 입법론적 해석론적 비판과 배임죄 폐지론도 있지만, 특히 미국 판례법에서 발전해 온 경영판단원칙의 도입 논의가 활발하였다. 이 논문에서는 그 중 경영판단원칙의 도입 문제에 한정하여 검토한다. 그동안 경영판단원칙의 내용과 배임죄에의 도입 논의에 관하여는 많은 연구물이 발표되어 왔다. 그러므로 이 논문에서는 우선 판례법이나 성문법으로 제도화된 미국과 독일 경영판단원칙의 주요 내용과 입법후 시행 평가를 비교·검토한 후, 우리나라와 유사한 배임죄 처벌규정을 두고 있고 경영판단행위에 관하여 2009년 이래 민사 판례는 물론 배임죄 사건 판례에도 경영판단원칙을 적용하여 온 일본에서의 경영판단원칙의 적용과 최근 입법화 논의를 소개하고 비교·평가한다. 그리고 우리나라에서 경영판단행위의 배임죄 여부가 문제된 대표적 유·무죄 선고 판례를 분석 사례로 선정하여, 경영판단원칙이 우리나라의 배임죄 판례에 구체적으로 어떻게 적용되고 있는지를 검토하고, 기업의 적극적 경영을 위한 입법화 방안은 무엇인지를 모색해 보려고 한다.

II. 외국 경영판단원칙의 내용 및 적용 비교

1. 경영판단원칙의 의의

회사 등 기업의 경영판단은 현재의 다양한 정보를 기초로 사실인식을 할 뿐만 아니라 불확실한 장래예측을 전제로 위험을 감수하고 기업활동을 결정하는 것이므로 의사, 감정인 등 다른 전문가의 전문적 판단과 다른 특수성이 있다. 이사 등 경영자에게 회사 등 기업을 위한 선량한 관리자의 주의의무를 부과하면서 그러한 경영판단의 특수성을 인정하지 않고는 위험을 감수하는 적극적인 경영을 기대할 수 없고

궁극적으로 회사 등 기업주의 이익에도 반하는 결과를 야기하게 된다. 따라서 경영판단원칙이란 광의로는 경영자의 임무위반 여부를 판단함에 있어 이러한 경영판단의 특수성을 인정하는 원칙이라 할 수 있고, 이러한 광의의 경영판단원칙은 미국, 영국, 독일은 물론 우리나라나 일본의 판례에서도 인정하고 있음에 의문이 없다.

그런데 미국 판례법에서는 경영자가 주관적으로 기업의 최대이익을 위하여 성실하게 경영상 판단을 하였고 그 판단과정에 불공정을 의심할 만한 절차적, 관계적 사유가 없다면 경영자가 주의의무를 다한 것으로 인정하는 원칙이 확립되어 있는데, 이러한 원칙을 협의의 경영판단원칙(Business Judgment Rule)이라 할 수 있다.²⁾ 이러한 협의의 경영판단원칙은 경영판단의 재량 여지를 폭넓게 인정하는 결과가 되므로 독일에서도 2005년 주식법 개정시 이를 입법에 반영하였고, 우리나라나 일본에서 그 입법화를 논의하는 것도 이러한 협의의 경영판단원칙이다. 이 논문에서도 경영판단원칙이란 이러한 협의의 의미로 사용한다.

2. 미국의 경영판단원칙

2.1. 경영판단원칙의 내용

경영판단원칙은 주로 미국의 실무 판례를 통하여 형성되어 온 것이므로 그 내용이 일의적인 것이 아니고 앞으로도 계속 발전하여 가겠지만, 1994년 미국법률가협회(American Law Institute, 이하 ALI로 약칭)에서 그 동안의 미국 판례상 나타난 경영판단원칙의 내용을 정리하여 발표한 ‘회사지배의 원칙 : 분석과 권고’(Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, 이하 ‘ALI의 원칙’으로 약칭)이 미국 여러 주의 입법이나 판례에 반영되고 있다. 또한 경영판단원칙의 입법화에 참고하기 위한 내용으로는 ALI의 원칙으로 충분하다고 여겨지므로 그 내용을 중심으로 경영판단원칙의 내용을 정리하면 아래와 같다.

이사나 임원(이하 ‘경영자’라 함)의 회사에 대한 주의의무(duty of care)는 보통의 신중한 자(ordinarily prudent person)³⁾에게 그 위치와 상황에서 합리적으로(reasonably) 기대할 수 있는 주의로, 기업의 최대이익(the best interests)이라고 합리적으로 믿는 대로, 성실하게(in good faith) 직무수행을 하여야 할 의무이다[ALI의 원칙 §4.01 (a)].⁴⁾ 그런데 경영판단의 경우라면 성실하게(in good faith) 경영판단을 한 경영자는 ① 경영판단 대상과 이해관계가 없이(is not interested), ② 경영자가 그 상황에서 적절하다고 합리적으로(reasonably) 믿을 수 있는 정도로⁵⁾ 경영판단 대상에 관한 정보를 수집하고(is informed), ③ 경영자가 기업에 최대이익(the best interests)이 되는 경영판단이라고 공정하게(rationally) 믿은 경우라면 그 주의 의무를 이행한 것이 된다[ALI의 원칙 §4.01 (c)].⁶⁾

2) 한석훈, 「주식회사법대계 III」 제2판(한국상사법학회, 2016), 979면.

3) 이는 그 직무수행능력을 가진 일반전문가(generalist)를 의미한다[American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (The American Law Institute, 2012), p.148].

4) Id. p.138.

5) 이러한 ‘적절하다고 합리적으로 믿을 수 있을 정도’의 정보수집이란 경영판단의 중요성, 정보수집에 이용할 수 있는 시간, 정보제출자에 대한 신뢰, 회사의 영업상태, 결정의 부정적 측면 등을 고려하여 현실적으로 판단하여야 한다(Id. p.177,178).

경영자의 경영판단은 이러한 ALI의 원칙 §4.01 (a) 및 (c)의 주의의무를 이행한 것으로 추정(presumption)되므로 그 책임을 추궁하려는 자가 경영자의 위 ALI의 원칙 §4.01 (c) 각 항목위반 사실(그 중 하나의 위반일지라도)을 포함하여 주의의무위반 및 그로 인하여 회사에 손해를 발생시킨 사실을 증명할 책임을 부담한다[ALI의 원칙 §4.01 (d)].⁷⁾ 다만, 경영자의 책임을 추궁하는 자가 그 경영판단이 경영자와 개인적 이해관계가 있어 경영판단원칙이 적용될 수 없음을 증명하면, 경영자는 그럼에도 불구하고 그 회사를 위하여 공정(fair)하고 합리적인(reasonable) 처리였음을 증명할 책임을 부담한다.⁸⁾

경영자는 성실하게(in good faith) 직무수행을 하여야 할 의무를 부담하는 것이므로 이러한 경영판단원칙은 위법적(violate the law) 경영판단에는 적용되지 않는다.⁹⁾ 또한 경영판단원칙은 효율적이고 적극적인 경영을 장려하기 위하여 허용되는 것이므로 경영판단이 작위이건 부작위이건¹⁰⁾ ‘독자적이고’¹¹⁾ ‘의식적인’ 경영판단(conscious exercise of judgment)을 한 경우에만 인정된다.¹²⁾

2.2. 평가

미국의 경영판단원칙은 경영자가 의식적인 경영판단을 함에 있어, 이해관계 없이, 적절히 정보를 수집하고, 위법을 범함이 없이, 독자적으로(이상의 내용은 ‘절차적 사항’이라 할 수 있음), 회사의 최대이익을 위한 것이라고 이성적으로 믿고, 성실하게(이상의 내용은 ‘주관적 사항’이라 할 수 있음) 경영판단을 하였다면 주의의무를 다한 것으로 본다. 또한, 적극적 경영판단을 장려하기 위하여 경영판단의 경우 일단 이러한 사항을 충족한 것으로 추정(presumption)한다. 그러므로 경영자가 행한 경영판단의 주의의무 위반 여부가 문제가 되는 경우에는 1차적 심사대상이 위 사항만으로 한정된다(**심사대상의 한정 효과**). 이렇게 1차적 심사대상을 한정함으로써 경영판단원칙은 성실하게 경영판단을 한 경영자에게 **안전항(safe harbor)**을 제공하게 되는 의미를 지닌다.¹³⁾ 그러나 이는 1차적 심사대상일 뿐이므로 경영판단시 주의의무 위반의 심사기준을 정한 것이라고 표현하는 것은 부적절하다고 본다.

또한 경영자는 위 절차적, 주관적 사항을 포함하여 주의의무를 이행한 것으로 추정되므로 경영자의 책임을 추궁하는 자는 위 사항 중 하나라도 충족되지 아니한 사실 및 경영자의 주의의무 위반 사실에 대한 증명책임이 있다. 다만, 위 사항 중 경영자가 경영판단과 개인적 이해관계가 있음이 증명된 경우에는, 경영자가 그럼에도 불구하고 공정하고 합리적인 경영판단이었음을 증명하여야 할 책임을 부담할 뿐이다(**증명책임의 전환 효과**).

6) Id. p.139.

7) Id. p.139,173.

8) Id. p.176,177; Treadway Companies, Inc. v. Care Corp., 638 F.2d p.382.

9) Supra note 3, p.174.

10) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813(Del. 1984).

11) 이는 부적절한 외부의 영향력이 없는 것을 의미한다.

12) Supra note 3, p.174.

13) Id. p. 173.

3. 독일 경영판단원칙의 내용

3.1. 경영판단원칙의 입법화

독일도 경영판단이 확신할 수 없는 장래예측을 수반하는 것이라는 특수성과 법원의 사후심사의 위험성으로 인하여 그 판단의 넓은 재량을 인정하는 것이 필요하다는 점에 관하여는 1910. 12. 28. 라이히재판소 판결¹⁴⁾을 비롯하여 그 이후 판례·학설을 중심으로 널리 인정되어 왔다.¹⁵⁾

독일에서 최초로 미국의 경영판단원칙을 수용한 것으로 알려진 판례는 1997. 4. 21. 연방통상재판소의 ARAG/Garmenbeck사건 판결(이하 ‘ARAG판결’이라 함)이다.¹⁶⁾ 이 판결에서는 이사의 주의의무 위반 여부의 심사기준으로서 판단의 기초자료를 주의 깊게 조사하고 기업의 이익에만 따른 책임 있는 행위라는 한계를 명백하게 넘어선 것인지 여부 등을 제시하고 있다.¹⁷⁾

그 후 Ulmer가 1999년 처음으로 ARAG판결에 따라 미국 경영판단원칙의 입법화 방안을 제시하는 논문을 발표하였고,¹⁸⁾ 수 년간의 찬·반 논의를 거쳐 2005년 주식법(Aktiengesetz) 제93조 제1항에 제2문을 추가하는 개정이 이루어졌다. 제1문에는 “이사는 그 업무를 집행함에 있어 성실하고 정상적인 경영자로서의 주의를 다하여야 한다”는 주의의무 규정에 이어서, 제2문으로 “기업가로서의 결정이 적절한 정보에 근거하여 회사의 이익을 위하여 한 것이라고 합리적으로 해석함이 가능한 경우이면 이사의 의무위반은 없는 것이다”라는 규정을 추가하였다.¹⁹⁾ 또한 제93조 제2항 제1문에는 “그 주의의무를 위반한 이사는 회사에 대하여 연대하여 그로 인한 손해배상 책임이 있다”는 규정에 이어서, 제2문으로 “그 주의의무에 관한 증명책임은 이사가 부담한다”고 규정하고 있다. 이는 이사가 경영판단에 관하여도 자신에게 주의의무 위반이 없다는 점과 고의·과실이 없다는 점에 대한 증명책임을 부담한다는 의미이다.²⁰⁾ 구체적으로는, 경영자의 책임을 추궁하는 자(회사)는 손해발생 사실 및 손해액과 해당 경영자의 행위(즉, 작위 또는 부작위) 및 행위와 손해발생 사이의 상당 인과관계를 주장·증명해야 하고, 그 증명이 성공하면 해당 경영자가 주의의무 위반이 없었거나 고의·과실이 없다는 점에 관한 주장·증명을 해야 한다는 것이다.²¹⁾

14) RG, Urteil vom 28. Dezember 1910 - I 192/10 -, JW 1911, 223 ff.

15) BGH, Urteil vom 21. November 1986 - II ZR 140/85 -, NJW 1987, 1077 ff. ; Wiedemann, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Opladen, 1989, S.13; 内藤裕貴, “經營判断原則の再考(1) : ドイツにおける經營判断原則の立法化を中心として”, 早稲田大學大學院法研論集 第153号 (2015), 231,232면.

16) Ulmer, Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns: Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action, ZHR 1999, 290, 298.

17) BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95 -, BGHZ 135, 244 ff.

18) Ulmer, a.a.O., ZHR 1999, 290 ff.

19) Aktiengesetz §93 (1) “Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.”

20) Holger Fleischer, Die “Business Judgment Rule”: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, S. 688.

21) Goette, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, S. 671 ff.

위 독일 주식법 개정 과정에서 제93조 제1항 제2문의 ‘합리적으로’라는 말을 ‘중대한 과실 없이’로 변경하여 이사가 정보수집이나 회사 이익을 위한 것이라고 판단함에 중과실 있는 경우로 이사 책임을 제한할 것인지 여부에 관한 논란이 있었다. 그러나 이는 종전 ARAG사건 이래의 판례의 입장에 배치될 뿐만 아니라 미국 경영판단원칙의 지배적 해석과도 일치하지 않는다는 이유로 이사가 정보수집이나 회사 이익을 위한 것이라고 판단함에 경과실이 있었던 경우에도 제외되는 것으로 한 것이다.²²⁾ 또한 독일에서는 ‘합리적으로 해석함이 가능한 경우’란 표현에는 미국 경영판단원칙상의 ‘이해관계 없는’ ‘독자적’인 판단이란 항목도 주관적인 표현으로 반영되어 것으로 이해되는 등 미국 경영판단원칙의 내용과 매우 유사한 것으로 이해하고 있다고 한다.²³⁾ 그 중 ‘이해관계 없는’이란 이사 개인이나 이사와 가까운 자의 이익을 위한 것이 아니란 뜻이고, ‘독자적’이란 경영판단에 외부의 영향을 받지 않는다는 뜻인데, 이는 2005년 주식법 개정 당시 정부초안 이유서에도 그 사항이 언급되어 있다.²⁴⁾ 그러나 이러한 사항은 중요한 요건이므로 주식법 제93조 제1항에 명문 규정을 두어야 하는 것이 적절한 것인지에 관한 논의도 있다고 한다.²⁵⁾ 그리고 ‘의무위반은 없는 것이다’란 표현은 책임론의 체계 중 고의·과실 이전의 주의의무 위반 구성요건 단계의 문제라는 것이다.²⁶⁾

3.2. 평가

독일 주식법 제1항 제2문의 경영판단원칙도 일정한 절차적, 주관적 사항을 충족하는 경우에 **주의의무 위반**이 없는 것으로 보고 있는 점, 그 절차적, 주관적 사항의 내용도 ALI의 원칙의 내용과 유사한 점에서 독일은 미국의 경영판단원칙을 도입한 것으로 평가할 수 있다. 그러므로 경영자가 행한 경영판단의 주의의무 위반 여부가 문제되는 경우에는 1차적 심사대상을 위 절차적, 주관적 사항만으로 한정하는 **심사대상의 한정 효과**가 있는 점은 미국의 경우와 같다. 이러한 점에서 그 입법화는 경영자의 경영판단에 넓은 재량 여지, 즉 ‘자유로운 판단영역’을 제공하고 법관에 의한 ‘사후판단의 편견’을 제거한다는 입법 목적을 관철할 수 있는 것이다.

그러나 독일의 경우에는 경영자가 주의의무를 준수한 것으로 **추정되는 것이 아니라** 주의의무 위반 여부의 **증명책임**이 경영자에게 있다는 점은 미국의 경우와 다르다. 따라서 그 책임을 추궁하는 자가 경영자의 의무위반 가능성이 크다는 사실만 증명하면, 경영자가 위 절차적, 주관적 사항 위반이 없다는 사실이나 주의의무 위반이나 고의·과실이 없다는 점 등을 증명하여야 책임을 부담한다. 증명책임 부담 면에서는 미국의 경우보다 경영자에게 불리하다고 평가할 수 있을 것이다.

22) 内藤裕貴, “經營判断原則の再考(2) : ドイツにおける經營判断原則の立法化を中心として”, 早稲田大學大學院法研論集 第154号 (2015), 192,195면.

23) Koch, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), ZGR 2006, S. 769,783.

24) Begründung Regierungsentwurf UMAG BR-Drucks. 3/05, S. 20.

25) Brömmelmeyer, Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, S. 2068.

26) Holger Fleischer, a.a.O., S. 692.

3.3. 입법화의 문제점에 관한 논의

독일에서는 위 입법화 이후 10여년이 경과되어 그 입법화의 영향에 관한 학계의 관심이 높고, 일본에서도 경영판단원칙의 입법화를 검토하기 위하여 유사한 법체계를 갖고 있는 독일의 위와 같은 학계의 논의와 판례의 동향을 주시하면서 이를 소개하고 있다. 그 내용²⁷⁾을 요약하면 아래와 같다.

독일에서도 경영판단원칙 규정의 면책적 효력, 즉 안전항으로서의 역할에 관하여는 무책임한 경영자가 ‘경영판단원칙이라는 방패’ 뒤에 숨어 면책될 수 있다는 우려도 있었지만, 2005년 경영판단원칙의 입법화 후에도 금융위기 당시를 정점으로 하여 경영자의 책임을 묻게 된 경우가 적지 않았다고 한다. 그런데 경영판단원칙의 입법화는 형식적인 감정(鑑定)을 포함하여 ‘감정의 홍수’라고 표현할 정도로 경영자의 감정의뢰를 비약적으로 증가시켰다고 한다. 그것은 쓸데없는 다수의 감정 의뢰로 인하여 회사재산의 낭비를 초래하고 경영의 관료주의화를 조장하며 경영자의 자발적 경영에 제동을 걸 우려가 있다는 것이다. 그러나 제3자의 감정에의 의존 경향은 사후에 밝혀진 사실을 알고 재판에 임하는 법관의 사후심사의 위험성을 막으려는 경영판단원칙의 입법취지를 효과적으로 달성하는 방법으로 평가되고 있다고 한다. 그 밖에 주의의무의 증명책임을 경영자에게 부담시킴으로써 퇴임 후 장기간이 경과한 경영자에게는 적지 않은 부담이 될 수 있다는 문제가 있지만, 이는 경영자의 책임을 추궁하는 회사측의 증명곤란을 회피하는 의미가 있다고 보고 있다. 또한 ‘기업가로서의 결정’의 범위에 충실의무 위반이나 법령위반의 경우는 제외하고 있음이 통설이지만 그 경우에도 경영자가 불확실한 상황에서 경영판단을 해야 할 경우가 있다는 문제제기도 있다고 한다.

4. 일본에서의 경영판단원칙의 적용

4.1. 판례 및 학설

일본 판례 중 이사의 선관주의의무 위반 여부를 판단함에 있어 미국 경영판단원칙의 영향을 받아 경영판단의 사실인식 과정과 의사결정 과정을 중시하기 시작한 것은 1993년 노무라증권 손실보전 주주대표소송 사건²⁸⁾ 등 하급심 판례에서부터 시작되었다고 한다. 그 후 경영판단원칙을 어떻게 일본에 받아들일지 여부에 관한 학계의 논쟁이 있었으나, 현재는 판례·학설의 입장이 어느 정도 수렴되어 2010년 아파만숍(Apamanshop) 주주대표소송 사건 판례의 틀을 유지하고 있다고 한다.²⁹⁾ 종전 최고재판소 판례는 이사의 경영판단 내용이 현저하게 불합리한 경우에 선관주의의무 위반을 인정한다는 입장이었는데,³⁰⁾ 위 아파만숍 판례에서 경영판단은 “그 결정의

27) Gregor Bachmann, Editorial : Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?, ZHR 177 (2013) S.1. ~S.12(福瀧博之, “ドイツ法における法典化後の経営判断の原則について”, 法学論集 第65卷 4号 (関西大学法学会, 2015. 11.), 22~61면에서 재인용).

28) 東京地判 平成 5年 9月 16日 判例時報 1469号 25면.

29) 落合誠一, “アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義”, 商事法務 1913号, 4,9면; 福瀧博之, “経営判断の原則についての覚書: ドイツ法における法解釈学的な位置付け”, 法学論集 64卷 5号 (関西大学法学会, 2015. 1.), 33면.

과정, 내용에 현저한 불합리가 없는 한 이사로서의 선관주의의무 위반이 아니다”라고 판시하고 이사의 선관주의의무 위반은 인정하지 않았다.³¹⁾ 이 판례는 ‘경영판단 원칙’이란 용어는 사용하지 않았지만 최고재판소의 민사사건에서 처음으로 경영판단원칙을 적용하여 이사의 주의의무 위반을 부정한 것으로 평가되고 있다.³²⁾ 즉, 경영자의 사실인식 과정(즉, 정보수집과 그 분석·검토)에 특별한 부주의가 없고 해당 업계 통상적 경영자의 경영판단으로서 그 의사결정의 추론과정과 내용에 현저한 불합리가 없는 경우에는 경영판단의 재량범위 내의 행위로 되어 선관주의의무에 위배되지 아니하는 것으로 해석되고 있다.³³⁾

주식회사의 이사, 집행임원 등 경영자의 임무해태로 인한 손해배상 책임에 관한 규정인 일본 회사법 제423조 제1항의 증명책임에 관하여, 그 책임을 추궁하는 회사가 경영자의 임무해태 사실에 관한 증명책임을 부담한다고 해석하는 점에는 이견(異見)이 없고,³⁴⁾ 위와 같은 경영판단원칙도 임무해태 여부에 적용되는 것으로 보는 입장이 통설·판례라고 한다.³⁵⁾ 이에 대하여 임무해태와 과실을 구분하는 이원설 입장에서 경영판단원칙을 과실 여부 판단문제로 보고 경영판단원칙의 적용을 주장함은 과실을 부인하는 주장이므로 이사 등 경영자에게 그 증명책임이 있다고 하는 견해³⁶⁾도 있다. 이 견해에 의하면 경영판단원칙의 주장은 선관주의의무 판단의 문제로 볼 수도 있고 과실 판단의 문제로 볼 수도 있지만, ‘위법성은 객관적인 문제, 책임은 개별적인 문제’라는 입장에서 위법성 평가문제로 되는 선관주의의무 위반에서는 합리적이지 아니한 판단의 재량을 허용할 수 없으므로 경영판단원칙의 주장은 경영자의 개별적 사정에 따른 면책주장인 과실 판단 문제로 보아야 한다는 것이다.³⁷⁾

그리고 형사사건으로서 특별배임죄의 임무위배 여부 판단에 경영판단원칙의 적용을 전제로 판시하고 있는 판례(홋카이도척식은행 특별배임 사건)도 있다. 부실대출사안으로서 경영판단원칙을 적용하더라도 임무위배가 인정된다고 보았지만 판결이유에서 “은행 이사의 주의의무에는 ... 경영판단원칙이 적용될 여지가 있다. ... 그러나 추가 용자판단은 그 판단에 현저히 합리성을 결여하여 ... 이사로서의 임무위배에 해당한다”고 판시하였다.³⁸⁾

4.2. 입법화 동향 및 평가

일본에서도 아과만습 사건 등 최고재판소의 판례 입장은 그 정밀함이 미국이나 독

30) 高橋英治, “ドイツと日本における経営判断原則の発展と課題(下)”, 商事法務 2048号(2014.11.15.), 46면.

31) 最判 平成 22年 7月 15日 金融·商事判例 1347号, 12면.

32) 落合誠一, 위 논문, 7면.

33) 福瀧博之, 위 논문, 33면.

34) 일본에서는 이사 등의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상 책임의 요건에 관하여, 임무해태라는 객관적 요건과 과실이라는 주관적 요건을 구분하는 이원설과, 임무해태가 있으면 과실도 인정되는 것이므로 과실이라는 요건을 별도로 과실을 구분할 필요가 없다고 보는 일원설이 있지만, 어느 설 입장에 서더라도 마찬가지로 마찬가지이다(福瀧博之, 위 논문, 36면).

35) 福瀧博之, 위 논문, 36면; 大江忠, 「要件事實會社法(2)」(商事法務, 2011), 680면.

36) 高橋英治, “取締役の任務懈怠責任”, 法學教室 362号, 26,30면.

37) 高橋英治, 위 논문, 30면.

38) 最判 平成 21年 11月 9日 平18(あ)2057号, 判例タイムズ 1317号, 142면.

일과 비교하여 크게 떨어지고, 특히 판례가 판시하는 현저한 불합리가 없는 ‘결정의 과정, 내용’ 중 ‘과정’과 ‘내용’의 상호관계가 어떠한지도 모호하다는 비판을 받고 있다.³⁹⁾ 그러나 경제발전을 위하여는 경영판단의 재량영역(safe harbor)이 인정되어야 하고, 이를 위하여는 경영자가 경영판단에 이르는 과정에서 정보수집 등 필요한 조치를 다 한 경우에는 판단내용은 심사하지 않는다고 하는 경영판단원칙으로 판례가 발전하여야 하며, 또한 그 발전된 판례의 내용에 따라 입법화함으로써 적용 요건에 관한 논쟁을 수렴할 수 있을 것이라는 견해⁴⁰⁾도 있다.

일본 판례에서는 경영판단원칙을 **주의의무 위반** 판단의 법리로 이해하고 있지만, 그 심사를 함에 있어서는 경영판단의 과정도 감안하지만 판단내용도 현저히 불합리하지 않을 것이라는 기준으로 심사하는 것이다. 따라서 경영판단의 과정도 그 판단내용의 선관주의의무 위반 여부를 심사하는 **심사기준**으로 반영하고 있는 정도로 보아야 할 것이다. 즉, 경영판단에 어느 정도의 재량 여지를 인정하고는 있지만, 불가측한 장래예측을 수반하는 경영판단의 특수성을 반영하고 법원에 의한 사후심사의 편견을 방지하기 위하여 1차적 심사대상을 절차적, 주관적 요소로 한정하는 미국이나 독일의 경영판단원칙과는 많은 차이를 보이고 있다.

Ⅲ. 경영판단행위의 형사규제와 경영판단원칙

1. 서설

불가측한 장래의 예측과 위험감수를 수반하게 되는 경영판단의 특수성으로 인하여 그로 인한 민·형사상 책임이 문제될 경우에 경영판단행위의 재량 여지(safe harbor)를 인정할 필요가 있는 경우란 주식회사의 이사 및 집행임원과 유한회사 이사의 임무해태로 인한 회사 또는 제3자에 대한 손해배상 책임과 임무위배로 인한 배임죄 판단의 경우일 것이다.⁴¹⁾ 그러므로 경영판단원칙의 적용 여부에 관한 해석론과 입법론은 일단 이들에 한정하여 검토할 필요가 있다고 본다.

위와 같이 우리나라는 이사 등 경영자가 회사에 대한 임무를 게을리 한 행위로 회사 등에 손해를 입힌 경우에 민사상 손해배상책임 뿐만 아니라 바로 배임죄의 형사책임도 물을 수 있기 때문에, 경영판단원칙이 비록 미국에서는 민사상 손해배상 청구사건을 중심으로 발전하였지만, 우리나라의 경우에는 민사문제 뿐만 아니라 형사문제인 배임죄에의 적용 여부를 검토할 수밖에 없다. 오히려 적극적 경영을 통한 경제의 지속적 성장을 위하여는 경영판단원칙의 법리는 민사문제보다 배임죄에의 적용 가능성을 보다 철저히 검토할 필요가 있을 것이다. 그러나 배임죄의 구성요건 중 ‘임무위배’에 해당하기 위하여는 경영자의 주의의무 위반 여부 판단이 논리적

39) 高橋英治, 앞의 “ドイツと日本における経営判断原則の発展と課題(下)”, 46면.

40) 高橋英治, 위 논문, 47면.

41) 구체적으로, 주식회사 이사, 집행임원의 회사나 제3자에 대한 손해배상 책임(상법 제399조 제1항 후단, 제401조 제1항, 제408조의8 제1항 후단, 제2항), 유한회사 이사의 회사 또는 제3자에 대한 손해배상 책임(제567조), 제386조 및 제567조에 의한 주식회사 또는 유한회사 임시이사의 회사 및 제3자에 대한 손해배상책임과 이와 유사한 특별법상 임원의 임무해태로 인한 손해배상 책임, 그리고 이들의 특별배임죄(상법 제622조 제1항), 업무상배임죄(형법 제356조), 특경법위반(배임)죄 등 특별법상 배임죄 등이 이에 해당할 것이다.

전제가 되는 것이므로, 주의의무 위반 여부에 경영판단원칙을 적용하는 민사판례의 내용부터 검토한다.

2. 주의의무 위반과 경영판단원칙

2.1. 민사 판례의 내용

경영판단행위의 손해배상책임에 관하여는 2002년경 새마을금고 부실대출사건(대법원 2002. 6. 14. 2001다52407)에서 처음으로 미국의 경영판단원칙에서 언급하는 절차적, 주관적 사항을 주의의무 위반 여부의 심사기준으로 제시한 것을 비롯하여, 그 후 대우계열회사 부당자금지원 사건(대법원 2007. 10. 11. 2006다33333), 영남중금 부실대출 사건(대법원 2006. 11. 9. 2004다41651), 상호저축은행 부실대출 사건(대법원 2011. 10. 13. 2009다80521) 등에서 유사한 취지의 판례를 반복하고 있다.⁴²⁾

그 중 경영판단원칙을 적용하여 주의의무 위반 주장을 인용하지 아니한 영남중금 부실대출 사건의 판결요지는 다음과 같다. “금융기관이 임원을 상대로 대출과 관련된 임무를 게을리하였다고 하여 손해배상책임을 물을 경우 … 대출과 관련된 경영판단을 하면서, 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 하지 아니하였다거나, 그 의사결정과정 및 내용이 현저하게 불합리한 경우에는, 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량범위를 넘는 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것이라 할 수 없다. 따라서 금융기관의 임원이 내린 대출결정이 위와 같은 경영판단의 허용된 재량범위 내에 있는 것인지, 아니면 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 게을리한 것인지, 그 대출 결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 아니 될 잘못이 있는지 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다”고 판시하였다(주의의무 위반 불인정).⁴³⁾

또한 이후의 경영판단 민사 사례에 자주 인용되는 판례인 대우계열회사 부당자금 지원 사건의 판결요지는 다음과 같다. “회사의 이사가 법령에 위반됨이 없이 관계 회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서, 관계회사의 회사 영업에 대한 기여도, 관계회사의 회생에 필요한 적정 지원자금의 액수 및 관계회사의 지원이 회사에 미치는 재정적 부담의 정도, 관계회사를 지원할 경우와 지원하지 아니할 경우 관계회사의 회생가능성 내지 도산가능성

42) 한석훈, 「기업범죄의 쟁점 연구」(법문사, 2013), 115,116면.

43) 이 사건은 영남중금의 대표이사 등이 여러 건의 부실대출을 한 사안으로서 그 중 대표적인 사실관계인 삼주개발(주)에 대한 부실대출건은 아래와 같다. 삼주개발은 1998. 7. 6. 이 사건 대출 당시 완전자본잠식 상태였고(자본금총액 -184억 원, 역 미만 결산, 이하 같음), 차입금이 매출액을 초과하였고(전년도 기준 754억 원 초과), 채무구조가 극히 취약하여 신용등급이 최하위인 C등급으로서 영남중금 내부규정상 대출한도가 15억 원 가량에 불과함에도, 영남중금이 대출한도를 기존 대출 미수금 12억 원에서 29억 원으로 증액한 다음, 20억 원의 어음할인 대출을 하였으나, 같은 달 22. 부도 발생하여 그 중 11억 원을 변제받지 못하여 손해를 입게 한 사안이다. 그런데 이 사건 대출의 담보로 영남중금의 주식 등에 질권 설정하고 삼주개발 대표이사 등의 연대보증을 받았으며, 삼주개발의 성장성 및 활동성의 지표인 매출액 증가율이 82.73%(업계 평균 16.45%)였고, 대출한도도 다른 규정에 따르면 최대 114억 원이 되어 이 사건 대출도 가능하였다.

과 그로 인하여 회사에 미칠 것으로 예상되는 이익 및 불이익의 정도 등에 관하여 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 그러나 회사의 이사가 이러한 과정을 거쳐 이사회 결의를 통하여 자금지원을 의결한 것이 아니라, 단순히 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 … 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다.”고 판시하였다(주의의무 위반 인정).

2.2. 평가

경영판단의 주의의무 위반 여부에 관한 위와 같은 취지의 판례 설시는 10여년째 일관된 판시를 하고 있으므로 일단 확립된 판례 입장이라고 말할 수 있을 것이다.

판시 내용 중 경영판단을 함에 있어서 ‘적합한 절차에 따라’ ‘합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로’라는 부분은 미국 ALI 원칙의 절차적 사항과, ‘회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라’라는 부분은 같은 원칙의 주관적 사항과 거의 유사한 개념이다. 다만, ‘그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면’이라는 부분은 경영판단의 내용도 심사대상에 포함하는 것이므로 일본 판례의 입장과 유사하다고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 다만 일본 판례보다는 절차적, 주관적 사항을 보다 정밀하게 언급하고 있을 뿐이다.

그리고 미국이나 독일의 경우처럼 위와 같은 절차적, 주관적 사항을 갖춘 경우에는 경영자로서의 ‘주의의무를 다한 것으로 본다’는 내용이 없으므로, 결국 일본 판례의 경우처럼 절차적, 주관적 사항은 주의의무 위반 여부를 심사하는 기준 중 하나에 불과하게 되는 셈이다. 그러므로 미국 및 독일과 같은 1차적 심사대상을 절차적, 주관적 사항에 한정하는 심사대상의 한정 효과는 기대할 수 없게 되고, 경영판단의 내용까지 처음부터 사법심사의 대상으로 되므로 법관에 의한 사후심사의 편견 방지나 경영판단의 안전항(safe harbor)과 같은 경영판단원칙의 의도는 기대할 수 없게 된다.

44) 판례는 때로는 ‘그 내용이 현저히 불합리하지 않은 한’이란 표현 대신 ‘그 의사결정 과정에 현저한 불합리가 없는 한’이란 표현을 사용하기도 하지만(대법원 2011. 10. 13. 2009다80521 참조), 같은 판결의 내용 중에 “그 대출에 대한 의사결정 과정 및 내용이 현저히 불합리하다고 보이지 않으므로 … 대출업무를 담당할 금융기관 임원에게 주의의무 위반이 없다고 본 원심판단이 정당하다”고 판시하는 등 특별히 경영판단의 내용 심사를 자제하겠다는 뜻은 아닌 것으로 보인다.

다만 우리나라의 경우에는 주의의무 위반, 즉 임무해태와 고의·과실을 구분함이 없이(일원설) 그 증명책임이 경영자의 책임을 주장하는 자(회사 등)에게 있다고 해석함이 통설⁴⁵⁾·판례⁴⁶⁾이므로, 위 절차적, 주관적 사항의 증명책임도 당연히 경영자의 책임을 주장하는 자에게 있다. 따라서 증명책임 면에서는 독일보다 미국 ALI 원칙의 경우와 유사하다고 할 수 있다. 오히려 경영자가 경영판단과 이해관계 있음이 증명된 경우에도 주의의무 위반의 증명책임이 계속 경영자의 책임을 주장하는 자에게 있다는 점에서 그러한 경우 증명책임이 전환되는 미국의 경우보다 경영자에게 다소 유리하다고 할 수 있을 것이다.

3. 배임죄에서의 경영판단원칙

3.1. 분석을 위한 사례

경영판단은 기업경영의 여러 분야에서 다양한 유형의 사례가 있을 수 있지만, 형사판례에서 주로 다루어지는 유형은 부실기업 인수 또는 주식등 고가매수 유형, 부실대출 또는 반대급부 없는 담보제공 유형, 회사재산 저가매각 유형이 대부분이다. 그 중 경영판단행위의 형사규제 여부에 관하여 가장 많이 논란이 되는 유형이라면 부실기업 인수 유형과 부실대출 또는 반대급부 없는 담보제공 유형이라 할 수 있는데, 그 중 대표적인 유·무죄 판례를 비교해 보면 아래와 같다.

3.1.1. 대법원 2007. 11. 15. 2007도6075 특경법위반(배임) [이하 ‘철도재단 사건’이라 함]

【 사실관계 】

피고인은 철도청 산하 한국철도교통진흥재단(2005. 1. 1. ‘한국철도공사’로 명칭 및 조직변경, 이하 ‘철도재단’이라 함)의 이사(철도청 사업개발본부장 겸직)로서 2005. 1. 1.자 철도청의 공사화를 앞두고 만성적 적자를 해결하기 위하여 설립한 철도재단이 수익사업을 일으켜 적자를 줄이는 방법으로 러시아 사할린 유전인수사업(이하 ‘이 사건 인수사업’이라 함)을 추진하게 되었다.

피고인은 2004. 8.경 사할린 유전개발업체 페트로사흐社의 사업성, 경제성, 재무구조 및 인적구성 등에 관한 충분한 조사나 검토 절차를 거침이 없이 철도재단이 민간 사업참여자(H, J 및 K)와 함께 페트로사흐社 주식의 97.16%를 그 소유자 니미르社로부터 공동인수하기로 하고, 그 인수를 위하여 각 투자비율(철도재단 35%, 민간 사업참여자 65%)대로 출자하는 형식으로 코리아크루드오일 주식회사(이하 ‘코리아오일’이라 함)를 공동설립하고 같은 해 9. 3. 코리아오일 명의로 니미르社로부터 이 사건 주식을 매매대금 6,200만 달러에 인수하는 매매계약을 체결하였다.⁴⁷⁾ 그 후 그 인수자금 대출은행인 우리은행으로부터 J 및 K의 신용불량을

45) 최준선, 「회사법」 제11판(삼영사, 2016), 543면.

46) 대법원 1996. 12. 23. 96다30465,30472; 이철송, 「회사법강의」 21판(박영사, 2013), 753면; 이에 대하여, 이사의 책임을 추궁하는 자는 이사의 임무해태 사실, 손해발생 사실 및 임무해태와 손해와의 인과관계를 증명할 책임이 있고, 이사는 그 책임을 면하기 위하여 자신의 귀책사유, 즉 고의·과실이 없음을 증명할 책임을 부담한다고 주장하는 견해 : 권재열, “대법원 판례상 경영판단의 원칙에 관한 소고”, 증권법연구 제9권 제1호(한국증권법학회, 2008), 251면.

47) 또한 철도재단 정관의 목적사업 범위에 “석유, 유전 등 에너지 사업 등을 포함한 해외개발, 조달 및 유통사

이유로 동인들의 지분을 철도재단이 인수할 것을 요구받고 철도재단이 J 및 K의 코리아오일 지분 60%도 인수하고, 같은 해 9. 15. 철도재단이 우리은행으로부터 인수자금 650만 달러를 대출받아 그 중 620만 달러를 2004. 10. 4. 코리아오일에 대여하고 같은 날 니미르社에 1차 주식인수대금 명목으로 송금하게 하여 니미르社로 하여금 주식매수대금 620만 달러 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 철도재단에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다(그 후 위 주식매매계약은 해지되어 270만 달러는 회수되었다).⁴⁸⁾

당시 철도청이나 철도재단은 유전사업 경험이 전무함에도 불구하고, ① 피고인은 사할린에 사전실사를 전혀 하지 않았고, 1개월 전 이 사건 인수사업의 사업성을 출장조사한 적이 있는 한국석유공사는 사업성이 낮다는 이유로 페트로사호社의 인수를 포기하였음에도 한국석유공사에 자문을 의뢰한 적도 없었고, 세계적 석유개발용역전문회사인 솔럼버거도 이 사건 인수사업은 위험은 높고 수익성은 낮다는 결론을 내린 바 있으며, 담당 실무자나 철도청 간부들이 여러 가지 문제점을 지적하였음에도 그 보완조치를 하지 않았고, 당시 철도청은 2005. 1. 1. 공사화 되면 기존 부채에 10조 4천억 원에 달하는 고속철도 부채도 인수하여야 할 상황이었고 만성적 적자를 해결하기 위하여는 더 안정적 수익사업이 필요한 상황에서 이를 충분히 검토함이 없이 인수자금을 대출금으로 모두 충당하려고 하였다. ② 철도청 내규상 이 사건 인수사업의 추진은 정책심의회의를 거치게 되어 있으나 담당 실무자가 이 사건 인수사업의 사업성 및 수익성을 판단할 수 있는 자료가 미비하여 이를 개최할 수 없다고 반대함에 따라 정책심의회의는 거치지 못하고 대신 사업설명회만 개최하였다. ③ 피고인은 내부 사업설명회 등에서 “삼일회계법인이 600만 톤의 원유 매장량을 확인하였다”고 말하거나 “향후 미국 석유 회사 등이 사업추진주체로 참여할 예정이고, 이 사건 인수사업에 공동 참여하는 민간 사업참여자가 운영하는 회사는 일본기업을 물리치고 이 사건 인수사업의 경쟁입찰에 성공한 1차 우선협상대상자로서 우선협상 시한이 같은 해 8. 15.까지이며, 같은 해 8. 18.까지 인수계약을 체결하지 않을 경우 영국이나 일본 기업으로 사업권이 넘어간다”고 주장하고, “이 사건 인수사업은 이00 국회의원이 사업참여를 제의하였다”고 말하거나 대통령의 방러일정에 이 사건 인수사업이 포함될 수 있는 것처럼 허위보고나 과장보고를 하였다. ④ 페트로사호社는 1996년도부터 2002년도까지 순자산가치가 마이너스여서 러시아법에 따르면 청산절차에 들어가야 할 정도였고, 2004년도부터 2005년도까지 사이에 오호츠크 해 사업권의 허가조건을 충족시키기 위한 작업이 필요한데 이를 위하여는 1,675만 달러의 투자가 필요하고, 원유생산량은 점차 감소하는 추세이고 그 생산량 증대를 위하여는 추가 생산정 시추가 필요한데 이를 위하여는 적지 않은 비용이 들어가며, 그 밖에도 당시 적자 상태의 철도청이나 철도재단의 재정 상태에 비추어 본다면 유가상승의 가능성 등을 고려하더라도 이 사건 인수사업의 사업성을 충분히 검토하였다면 기존 사업과 무관하고 경험도 없으며 고도의 위험성을 수반하는 이 사건 해외 유전사업에 참여하지 않았을 것이라고 봄이 상당하였다.

【 판결요지 】

업”을 수익사업으로 추가하는 정관변경을 하였다.

- 48) 그 밖에도 이 사건 중에는 “철도재단이 2004. 9. 16. J 및 K의 코리아오일 지분 60%에 해당하는 주식을 매수함에 있어 피고인이 그 적정 거래가격 산정을 위하여 전문회계법인이나 기타 평가기관에 평가를 의뢰하고 이사회 의결 등 내부적 절차를 거쳐야 할 임무에 위배하여 그 절차를 거침이 없이 현저히 고가에 그 주식을 매수하여 J 및 K로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하고 철도재단에 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.”는 요지의 배임 피고사건도 있으나, 편의상 논의 대상에서 제외한다.

이 사건은 부실기업 인수 유형으로서 1, 2, 3심 모두 피고인에 대하여 **유죄 선고**를 하였다. 그 중 경영판단에 관한 대법원의 판시 내용은 아래와 같다.

“경영상 판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의와 불법이득의 의사가 있었는지 여부를 판단할 때에는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 여러 사정을 고려하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 하고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로는 책임을 물을 수 없으나(대법원 2004. 7. 22. 2002도4229 참조), 배임죄에서 말하는 임무위배행위는 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 맺은 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하고(대법원 1994. 9. 9. 94도902, 2004. 7. 9. 2004도810 등 참조), 어떠한 행위가 임무위배행위에 해당하는지 여부는 앞서 언급한 바와 같은 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행의 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 하는 이상, 경영자의 경영 판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 행함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다.”

“원심이 적법하게 채택한 증거들로 알 수 있는, 이 사건 인수사업 추진 경위, 이 사건 인수사업과 관련하여 인수할 페트로사흐社 유전의 사업성·경제성, 국내외 우수 기업의 사업 참여 가능성, 인수 자금 확보 방안 등과 관련하여 ① 이를 평가하고 판단하기 위해 필요한 검토 내지 검증의 정도, 피고인이 실제 행한 검토와 검증 노력의 정도, 사업 추진과 관련하여 철도청 내부와 우리은행 등 관련 외부 기관의 문제 제기에 대하여 피고인이 보인 태도와 그 문제점 보완 노력의 정도, ② 철도청 내부 회의 등에서 피고인이 보고한 확인되지 않고 검증되지 않은 내용과 그 보고 내용이 사업 추진 결정과 그 이후 사업추진 과정에 미친 영향, 철도재단이 이 사건 인수사업에 관하여 처음에는 35% 지분 참여 정도의 수준에 있었다가 95% 지분을 보유하게 되어 사실상 유일한 사업 추진 주체가 되는 것으로 사정이 중대하게 변경된 시점을 전후하여 ③ 피고인이 이 사건 인수사업 추진의 전망과 사업성 평가, 인수 자금 마련 내지 국내외 우수 기업 참여 등을 통한 페트로사흐社 주식인수계약 이행 가능성 판단과 이를 위한 실행 과정에서 보였던 태도와 그 이후 철도재단의 사업 추진 과정 등 이 사건 인수사업과 그 과정에서 이루어진 코리아오일 60% 지분 인수 과정을 둘러싼 여러 사정을 종합하여 보면, 원심이 그 판시와 같은 사정들을 근거로 피고인의 이 사건 인수사업 추진이 임무위배행위에 해당하고, 그에 따라 니미르社에게 재산상 이익을 취득하게 하여 철도재단에 손해를 가한 데에 대한 범의와 불법이득의 의사가 모두 존재한다고 판단한 것은 정당하다.”⁴⁹⁾

3.1.2. 대법원 2013. 12. 26. 2013도7360 특경법위반(배임)등50 [이하 ‘대한전선 사건’이라 함]

【 사실관계 】

피고인 A는 대한전선 그룹의 운영 전반을 관리하는 자, 피고인 B는 같은 그룹 계열회사인 S社의 팀장, 피고인 C는 같은 그룹 계열회사인 T社의 대표이사이다.

가. 피고인 A는 2008. 6.경 K社가 평택 성해지구에 추진하는 도시개발사업을 위하여 P상호저축은행으로부터 170억 원을 대출받음에 있어 K社를 설립한 R로부터 그 연대보증 요청을 받고, 보증사고에 대비한 충분한 담보를 확보하거나 그 대출금을 다른 용도로 사용하는 것을 방지하기 위한 조치를 마련하는 등 손해방지 조치를 함이 없이 피고인 B에게 지시하여 계열회사 S社로 하여금 그 연대보증을 하게 함으로써 K社로 하여금 170억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 S社에 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

피고인 A는 그 전부터 계열회사를 통하여 R이 추진하는 골프장 사업에 자금을 지원하는 등 밀접한 관계를 맺고 있었고, A가 개인적으로 운영하는 회사가 K社의 주식 20%를 보유하고 있었다. 그 후 R은 P상호저축은행에 대출금 중 80억 원을 변제하였고, 2013. 1.경까지 이자도 계속 납부하였다.

① S社는 K社와 위 보증 제공에 관한 계약을 체결하면서, K社가 대출금을 사업권의 인수비용, 토지매입을 위한 계약금 등 S社 및 P상호저축은행에 신고한 용도로 사용해야 한다는 의무 조항을 두었고, 보증 제공의 대가로 매년 보증금액의 1%를 보증료로 받는 외에 추후 평택 성해지구 도시개발사업의 건축공사에 대한 시공권을 S社가 지정하는 자에게 부여하기로 하면서 그 시공이익을 10% 이상 보장받고, 사업수익의 40%를 지급받기로 하였으며, K社가 대출금을 만기에 상환하지 못하여 S社가 대신 변제하게 될 경우 S社가 위 도시개발사업에 관한 사업권 등을 양도받을 수 있도록 하는 개입권을 약정하면서, PS컨트리클럽 등을 운영하는 R의 연대보증을 받았다.

② R은 원래 D社로부터 평택 성해지구 도시개발사업의 재무파트너 제의를 받고 3~4개월에 걸친 사업성 검토를 거쳐, 위 사업권을 12억 원에 인수하면서 K社를 설립하고, 종전 D社의 임직원 5명을 고용하여 평택 성해지구 도시개발사업에 계속 관여하게 하였으며, 차후 사업이 성공할 경우 그 임직원에게 10~30억 원가량의 성과급을 지급하기로 하였다.

③ 당시 D社는 평택 성해지구 소유자 332명 중 159명(약 47.9%)의 동의를 받았고, 전체 사유지 면적 212,215평 중 126,628평(약 59.67%)에 해당하는 소유자로부터 동의를 받은 상태였기 때문에 도시개발법상 조합 설립의 인가에 필요한 지구 면적의 2/3 이상, 소유자 총수의 1/2 이상의 토지소유자 동의를 받을 수 있다고 충분히 기대할 수 있는 상황이었다.

④ S社는 원금 회수와 이자 수익을 주된 목적으로 하는 금융기관이 아닌 부동산개발업 등을 목적으로 하는 일반기업으로서, 위 도시개발사업의 사업성을 검토한 후 이를 높게 인정한 결과에 더 잡아 K社의 도시개발사업에 투자하게 되었으며, 이를 통해 대한전선 그룹 계열 건설사들의 일감을 확보하고 시공이익과 시행이익도 기대할 수 있었기 때문에 일반적인 브릿지론과 달리 사업 투자의 의미가 강하였고, 이에 따라 시공이익을 10%로, 사업수익을 40%로 정하였을 뿐 아니라 K社가 대출금을 만기에 상환하지 못할 경우 S社가 위 도시개발사업

49) 밀줄 부분과 일부 용어는 편의상 가필한 것임(이하 다른 분석사례에서도 마찬가지임).

50) 이 사건 죄명은 특경법위반(횡령), 특경법위반(배임), 상호저축은행법위반이지만, 그 공소사실 중 대법원에서 경영판단임을 이유로 무죄 취지로 파기환송한 특경법위반(배임) 부분만 논의의 대상으로 함.

에 관한 사업권 등을 양도받는 개입권 규정을 두게 되었다.

⑤ R은 위 연대보증 전부터 S社 등 대한전선 그룹 계열사로부터 골프장 사업 등에 자금을 지원받아 왔는데, 기왕의 거래에서 대한전선 그룹이 R의 구체적인 자금사용에 관여한 적이 없었고, R도 지원 자금을 용도 외로 사용하거나 이행기를 지체하는 등의 문제를 일으킨 적이 없었으며,

⑥ 이에 따라 S社 이사회에서도 연대보증을 결의하였다.

⑦ 위 대출금 170억 원 중 160억 원이 N캐피탈의 기업어음을 매입하는 데 사용되었는데, N캐피탈은 R이 운영하는 회사들의 자금을 총괄하기 위하여 만든 회사로서 일반 여·수산업무를 담당하지 아니하여 기업어음을 발행하는 방식으로 수산업무를 담당하였고, 위 160억 원 상당도 마찬가지로 방법으로 기업어음이 발행된 후 그 중 상당한 부분이 K社에 지급되어 평택 성해지구 도시개발사업에 사용되었다.

나. 피고인 A는 2008. 8.경 서울 서초구 방배동 아파트건설사업을 추진 중인 G社를 운영하는 R로부터 그 사업자금을 빌려줄 것을 부탁받고, 충분한 담보를 제공받거나 그 대여금을 다른 용도로 사용하는 것을 방지하기 위한 조치를 마련하는 등 손해방지 조치를 함이 없이 피고인 C에게 지시하여 계열회사 T社로 하여금 G社에 85억 원을 대여하게 함으로써 G社로 하여금 85억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 T社에 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

① T社は G社와 자금대여에 관한 약정을 체결하면서 G社は 위 대여금을 사업부지 매입자금 및 사업권 인수비용으로만 사용한다는 의무 조항을 두었고, 추후 G社가 취득하게 될 부동산에 근저당권을 설정하기로 정하면서, 3개 건설회사의 연대보증을 받았다.

② T社は G社에 돈을 대여한 후 약속한 근저당권을 설정하여 주지 않는다는 이유로 반환을 요구하여 각 대여일로부터 11일과 7일이 지난 후에 합계 50억 원을 반환받았다.

③ T社は 원금 회수와 이자 수익을 주된 목적으로 하는 금융기관이 아니고 금융감독기관으로부터 엄격한 감독을 받는 회사도 아니다.

④ R은 서울 서초구 방배동 일대에서 아파트건설사업을 추진 중에 있는 Q로부터 사업권 양수를 제의받아 L에게 사업성 검토를 시켜 3~4개월가량 사업성을 검토한 후 사업성이 있다고 판단하여 2008. 7.경 G社를 인수하고, 2008. 8. 초순경 G社(대표이사 L) 명의로 Q와 사업권양수 및 부동산매입용역 계약을 체결하고 Q 등을 고용하여 사업을 진행시켰다.

⑤ R은 2008. 7. 초순경 피고인 A에게 사업계획서 등을 보여주며 사업을 설명하였고, 이에 A는 피고인 C에게 사업성 검토를 시켰으며, 피고인 C는 R 등의 도움을 받아 사업성을 검토한 다음, 2008. 8. 초순경 A에게 사업성이 있으며, 초기 필요자금으로 60억 원이 필요하다고 보고하였다.

⑥ T社가 위 아파트 건설사업에 자금을 지원한 것은 위 아파트 건설사업의 사업성을 검토한 후 이를 높게 인정한 결과로서 대한전선 그룹 계열 건설사들의 일감을 확보하고 시공이익과 시행이익을 얻기 위한 것으로 일반적인 브릿지론과 달리 사업 투자의 의미가 강하였다.

⑦ R은 위 대여 전부터 대한전선 그룹 계열사로부터 골프장 사업 등에 자금을 지원받아 왔는데, 기왕의 거래에서 대한전선 그룹이 R의 구체적인 자금사용에 관여한 적이 없었을 뿐 아니라 R도 이행기를 지체하는 등의 문제를 일으킨 적이 없었다.

【 판결요지 】

이 사건은 부실대출 및 반대급부 없는 담보제공 유형으로 공소제기된 사건으로, 위 가, 나, 항 배임사건 모두 1, 2심에서는 유죄 선고를 하였으나, 대법원에서는 각 무죄 취지로 파기환송 하였다. 대법원의 파기사유는 아래와 같다.

“이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 하고(대법원 2011. 7. 28. 2010도7546 참조), 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다(대법원 2004. 7. 22. 2002도4229 참조).”

가. S社의 연대보증으로 인한 배임에 관하여

“위 사실관계에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 연대보증은 단순한 채무보증이 아니라 대한전선 그룹 전체의 이익을 고려한 투자로서의 성격이 강하였던 것으로 보이고, 여기에 S社가 이 사건 연대보증을 할 당시에는 R이 운영하는 골프장이 정식으로 개장한 후였던 만큼 R이 단순한 채무초과 상태를 넘어 채무변제능력을 상실한 상태였다고 보기는 어려운 점, ㉡ 그 후 대한전선 그룹에서 자본잠식상태였던 PS컨트리클럽을 인수한 것은 PS컨트리클럽의 계속기업가치가 상당한 것으로 평가될 수 있음을 나타낸다고 볼 수 있는 점, S社와 같은 일반기업이 위와 같이 담보가 부족한 제3자가 대출받는 데 연대보증을 할 경우 ㉢ 차주의 자금 사용처를 통제·감독하여야 한다고 정한 대·내외의 규정이 마련되어 있었다고 볼 자료가 없는 점, 이른바 브릿지론 대출의 실무에서 연대보증인은 차주로부터 자금통제권을 반드시 확보하여야 한다는 상관행이 존재하는지 및 만약 존재한다고 하더라도 위 피고인들이 그러한 상관행의 존재를 알고 있었는지 여부는 기록상 나타나 있지 않은 점 등을 종합해 보면, ㉣ 위와 같은 상관행의 존재를 전제로 위 피고인들이 이를 인식하고 있었다거나, 위 피고인들이 R이 위 대출금을 위 약정에 반하여 다른 사업체에 사용할 것을 알고 있었다거나 혹은 ㉤ 위 피고인들과 R 사이에 위 연대보증과 관련하여 부정한 대가가 수수되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 위 피고인들이 K社의 대출금 사용처를 통제·감독하기 위한 조치 없이 S社로 하여금 연대보증하게 하였다는 사정을 주된 이유로 하여 위 피고인들의 행위를 업무상 배임죄에 있어서의 임무위배행위에 해당한다거나 위 피고인들에게 배임의 고의가 있었다고 선불리 단정하여서는 아니 될 것이다.”

“그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 업무상배임죄의 고의와 경영상의 판단에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”

나. T社의 대여행위로 인한 배임에 관하여

“이 사건 금전대여도 ㉠ 대한전선 그룹 전체의 이익을 고려한 투자로서의 성격이 강하였던 것으로 보이고, ㉡ T社와 같은 일반기업이 위와 같이 담보가 부족한 제3자에게 금원을 대여할 경우 제3자의 자금 사용처를 통제·감독하여야 한다고 정한 법령이나 사내규정 등이 마련되어 있다고 볼 자료가 없다는 점, 이른바 브릿지론 대출의 실무에서 대여주체로서의 일반

기업은 차주로부터 자금통제권을 반드시 확보하여야 한다는 상관행이 존재하는지 및 만약 존재한다고 하더라도 위 피고인들이 그러한 상관행의 존재를 알고 있었는지 여부는 기록상 나타나 있지 않다는 점, ㉔ PS컨트리클럽의 계속기업 가치가 상당하였던 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합해 보면, ㉕ 위와 같은 상관행의 존재를 전제로 위 피고인들이 이를 인식하고 있었다거나, 위 피고인들이 R이 위 대출금을 위 약정에 반하여 다른 사업체에 사용할 것을 알고 있었다거나 혹은 ㉖ 위 피고인들과 R 사이에 위 금전 대여와 관련하여 부정한 대가가 수수되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 위 피고인들이 G社의 대여금 사용처를 통제·감독하기 위한 조치를 강구하지 않은 채 T社로 하여금 금원을 대여하게 하였다는 사정을 주된 이유로 하여 위 피고인들의 행위를 업무상배임죄에 있어서의 임무위배행위에 해당한다거나 위 피고인들에게 배임의 고의가 있었다고 선불리 단정하여서는 아니 될 것이다.”

“그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 업무상배임죄의 고의와 경영상 판단에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”

3.2. 평가 및 문제점

3.2.1. 배임죄에 관한 판례는 경영판단의 특수성을 인정하고 달리 취급하고 있는가?

위 각 판결요지에서 보듯이 판례는 “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 … 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 한다”고 실시하고 있으므로, 경영판단의 특수성을 인정하여 다른 범죄와는 달리 미필적 고의를 배제하고 확정적 고의를 요구하는 것인지 여부에 관한 견해의 대립이 있다. 특히 헌법재판소는 “대법원이 ‘경영상의 판단’에 관한 법리를 수용하여 기업 경영인의 업무상배임의 고의 판단을 할 때 엄격한 해석 기준을 적용하고 있다”는 점을 배임죄를 합헌으로 보는 논거 중 하나로 들고 있기도 하다.⁵¹⁾ 경영판단은 위험감수를 수반하는 것이므로 경영판단원칙을 수용한다는 것은 미필적 배임고의를 배제하여야 하는 것이라는 이유로 이러한 판례의 태도는 배임의 미필적 고의를 배제하는 취지로 이해하는 견해⁵²⁾도 있다.

그러나 같은 판례에서 “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이다”라고 밝히고 있다. 또한, 판례의 전체 문맥도 사전에 위험을 감수하여 하게 되는 경영판단에 관하여 법관이 사후에 그 결과를 알고 난 후에 심사를 하는 것이므로 “단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다”라고 실시하면서 사후심사의 편견을 경계하고 있을 뿐이다. 결국 판례는 위험을 감수하여야 하는 경영판단의 특수성은 인정하지만 현재로서는 고의의 정도에 있어서 다른 배임죄와 달리 취급하고 있는 것은 아니다.

다만, 배임죄의 구성요건 중 ‘임무위배’의 개념에 관하여 판례는 위 판결요지와 같이 “그

51) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2014헌바99,153(병합) 전원재판부

52) 이상돈, 「경영판단원칙과 형법」(박영사, 2015), 34~35면.

사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행의 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 하는 것”이라고 실시하고 있다. 경영판단의 경우 ‘통상의 업무집행의 범위’에 관하여는 앞서 언급한 것처럼 판단내용은 물론 절차적, 주관적 사항을 포함하는 심사기준을 확립하고 있으므로, 그 범위 내에서는 민사판례에서의 경영판단원칙이 형사판례에도 반영되고 있다고 할 수 있다. 그러므로 철도재단 사건(판결요지 ㉠, ㉡, ㉢ 부분)이나 대한전선 사건(판결요지 가.의 ㉣, ㉤, ㉥ 및 나.의 ㉡, ㉢, ㉣ 부분)에서 알 수 있듯이 절차적, 주관적 사항을 임무위배 여부의 판단기준으로 언급하고 있다. 또한 대한전선 사건의 판결요지 가.의 ㉠ 및 나.의 ㉠ 부분처럼 판단내용도 임무위배 여부의 심사대상으로 언급하고 있는 점도 민사판례의 심사기준과 궤(軌)를 같이 하고 있는 것이다.

그러나 대한전선 사건의 가.의 ㉡, 나.의 ㉣ 부분은 사후에 확인된 내용이므로, 이를 법원의 판단자료로 포함한 것은 경영판단에 관한 법원의 사후심사시 범할 수 있는 사후심사의 편견 위험성을 짐작하게 하는 사례이다.

3.2.2. 경영판단원칙을 배임죄에 도입할 필요가 있는가? 어떻게 도입할 것인가?

경영판단원칙을 배임죄에 도입할 것인가? 도입한다면 어떻게 도입할 것인가? 하는 점에 관하여는 다양한 논의가 있다.

우선, 도입긍정설은 불가측한 장래를 예측하면서 위험을 감수해야 하는 경영판단의 특수성, 사후에 밝혀진 결과로 사전판단인 경영판단을 심사하게 되는 사후심사의 편견을 방지해야 할 필요, 적극적 경영활동의 보장 요청, 경영의 전문성 또는 형벌의 보충성 원칙 등을 논거로 그 특수성에 부합하거나 넓은 판단의 재량을 인정하게 되는 경영판단원칙의 도입이 필요하다는 주장이다. 그러나 구체적으로 경영판단원칙을 어떻게 도입할 것인지 여부에 관하여는 경영판단원칙을 이해하는 입장에 따라 다양한 의견이 개진되고 있다. 그 중에는 해석론으로서 회사법상 경영자의 임무해태 중 중대한 임무해태의 경우에만 배임죄의 임무위배로 보아 형사처벌할 수 있는 것으로 해석함이 적극적 경영의 지원이나 형벌의 보충성 원칙에 부합한다고 전제하면서, 그 중대성 여부를 심사하기 위한 기준으로 경영판단원칙을 활용할 수 있다는 견해⁵³⁾가 있다. 이 견해에 따르면 경영판단원칙이 적용되는 경우에는 임무위배를 인정할 수 없게 될 것이다. 또한 경영판단원칙이 적용되는 경우에는 배임의 고의가 인정되지 않는 것으로 보아야 한다는 견해⁵⁴⁾ 배임죄 성립에 미필적 고의가 배제되고 의도적 고의 (또는 확정적 고의)만 인정할 수 있다는 견해⁵⁵⁾가 있다. 그리

53) 이정민, “업무상 배임죄에 있어서 경영상 판단 존중”, 고려법학 제78호(고려대학교 법학연구원, 2015. 9.), 42,43면.

54) 구회근 “업무상배임죄와 경영판단 원칙-대법원판례를 중심으로-”, 법조 제54권 제11호(법조협회, 2005) ; 최승재

55) 이상돈, 앞의 책, 30면; 박수희, “경영판단행위와 형법상 배임죄”, 한양법학(한양법학회, 2015) 40면; 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 Vol. 603(법조협회, 2006. 12) ; 오경식 “제11회 한.중 형법 국제 학술심포지엄 : 경영판단의 원칙과 배임죄 성립여부에 대한 연구”, 비교형사법연구(한국비교형사법

고 입법론으로서 독일의 경우처럼 상법 중 이사의 주의의무에 관한 규정에 경영판단원칙을 입법화함으로써 배임죄의 경우에도 경영판단원칙이 적용되는 경우에 범죄 성립을 부정하자는 견해⁵⁶⁾도 있다.

이에 대하여 민사상 과실책임의 면책 이론으로 발달한 경영판단원칙을 고의범에 적용하는 논리적으로 타당하지 않다는 도입 부정론⁵⁷⁾이 있다. 미국의 경우에는 집단소송, 징벌적 손해배상 제도 등 효과적인 민사제재 수단이 있고 소유와 경영의 분리로 전문경영인 중심 회사경영이 이루어지고 있으므로 이에 맞서 경영판단원칙이 발달해 온 것인데, 우리나라의 경우에는 그러한 민사제재 수단이 미비하고 폐쇄적 구조의 주식회사가 많아 기업환경이나 문화가 미국과 다르다는 논거로 도입을 부정하거나 시기상조로 보는 도입 부정론⁵⁸⁾도 있다. 또한, 임무위배 등 구성요건의 합리적 해석에 의하여 해결할 수 있으므로 굳이 경영판단원칙을 도입할 필요가 없다는 도입 불필요설⁵⁹⁾도 있다.

3.3. 결어

3.3.1. 경영판단원칙이 우리나라의 배임죄에 도입된다면 그 접점은 어느 요건인가?

경영판단원칙은 주의의무 위반, 즉 배임죄 중 임무위배 위반 여부에 관한 법리이다.⁶⁰⁾ 경영자의 주의의무 위반에 관한 상법 제399조 제1항에도 ‘고의 또는 과실’과 ‘임무를 게을리한 경우’, 즉 임무해태를 구분하고 있듯이 배임죄의 경우에도 객관적 구성요건이 ‘임무위배’와 주관적 구성요건인 임무위배의 인식 및 인용을 의미하는 ‘고의’는 구분함이 당연하다고 본다. 그러므로 주의의무 위반 여부에서 문제되는 경영판단원칙은 당연히 ‘임무위배’ 여부의 문제에 적용되는 법리이다. 민사상 임무해태 중에서도 중대한 임무해태의 경우에만 배임죄의 ‘임무위배’로 보는 견해⁶¹⁾도 있지만 그러한 입장의 경우에도 마찬가지이다.

경영판단원칙이 적용된다는 것은 고의를 부인하게 된다는 견해는 실무상 임무해태나 임무위배가 있으면 과실도 인정된다는 점과 고의와의 차이를 혼동하고 있거나, 경영판단원칙의 주관적 사유가 인정되는 경우를 예상한 데서 비롯된 것으로 파악된다. 임무위배가 있다고 하여 반드시 고의가 인정되는 것은 아니고, 범죄체계상 고의는 임무위배가 인정되는 것을 논리적 전제로 하는 것이므로, 먼저 임무위배에 해당하는지를 살펴보는 것이 순서일 것이다. 그리고 경영판단원칙의 주관적 사항,

학회, 2013) ; 이규훈 “업무상배임죄와 경영판단”, 형사판례연구13 (한국형사판례연구회편, 2005)

56) 최준신, “상법상 특별배임죄규정의 개정방향”, 경제법연구 제11권 제2호(한국경제법학회, 2012)

57) 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 법학논집 제14권 제3호(이화여자대학교, 2010. 3), 49~50면; 강동욱, “경영판단원칙과 배임죄”, 선진상사법률 통권 제62호(2013. 4.), 64면

58) 조국, “기업범죄통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호(상)(한국형사법학회, 2007.9.)

59) 노명신, “회사범죄에 관한 연구- 주식회사의 임·직원의 형사책임을 중심으로”, 법조 통권 제517호(법조협회, 1999. 10.), 155~156면

60) 이정민, 앞의 논문, 48면.

61) 이상돈, 앞의 책, 22면, 이정민,

즉, ‘회사의 최대이익을 위하여’라든가 ‘성실하게’란 요건은 실제로는 입증의 거의 어렵고, 증명책임이 책임 추궁자에게 있어서 그 요건은 충족된 것으로 추정되는 효과가 있을 뿐이므로, 경영판단원칙을 인정하더라도 주로 적절한 정보수집이나 이해관계 여부, 독자적 판단, 불법 여부가 문제될 뿐이다. 따라서 경영판단원칙이 인정된다고 하여 당연히 고의가 없다고 볼 것은 아니다.

3.3.2. 경영판단원칙의 도입 여부

미국이나 독일의 경영판단원칙은 소정의 절차적, 주관적 사항만 갖추면 경영자의 주의의무 위반은 없는 것으로 보는 것이므로 그러한 절차적, 주관적 사항만이 1차적 심사대상이 된다. 특히 미국의 경우에는 그러한 사항의 증명책임을 경영자의 책임을 추궁하는 자인 회사 등이 부담하는 것이므로, 경영자로서는 우선 1차 심사에서 경영판단상의 주의의무 위반을 의심할 만한 사항, 즉 그 절차적, 주관적 사항 중 하나라도 저촉되었음이 증명되지 않는 한 나아가 경영판단의 내용까지 조사를 받지 않아도 되는 효과가 있다. 통상 이를 면책적 효과라고 부르지만 엄밀히 말하면 일단 인정된 책임을 면하는 것이 아니기 때문에 안전항(safe harbor)이라고 부르는 것이 보다 정확한 표현일 것이다. 이러한 내용의 경영판단원칙이 적용되지 않는 우리나라의 경우에는 경영자는 실제로 주의의무 위반을 하였는지 여부를 가리지 않고 처음부터 일체의 경영내용이 심사대상이 된다. 우리나라의 경우에는 경영자의 주의의무 위반은 임무위배 행위가 되어 배임죄로도 의율될 수 있기 때문에, 형사사건이 되면 문제는 더 심각해진다. 열심히 기업활동을 하고 있던 경영자도 배임 혐의로 고소가 되면 처음부터 경영 전반에 걸쳐 수사를 받게 되고, 어느 정도의 소명만으로 압수수색과 같은 강제수사도 받을 가능성이 있게 되는 셈이다. 민·형사사건에서 경영판단원칙을 나름대로 적용하고 있는 판례에 따르면 경영판단의 적절한 증거수집이 있었는지, 적법하고 정당한 절차를 거쳤는지 등과 같은 절차적 요소에 많이 치중하고는 있지만, 그러한 경우에도 대한전선 사건의 사례처럼 사후에 확인된 결과에 의한 사후심사의 편견이 작용될 가능성은 상존하고 있다. 지금 우리의 기업 환경은 치열한 국제경쟁에 노출되고 신성장 동력이 필요한 시기이므로 모험을 두려워하지 않는 적극적인 경영과 기술혁신이 필요한 때이므로 성실하고 진취적인 경영자를 지원하기 위해서라도 경영판단원칙의 도입은 필요하다고 본다.

무책임하게 회사재산을 낭비하거나 는 경향이 있는 경영자의 규제도 필요하고, 이를 위하여는 경영자에 대한 손해배상 책임, 주주대표소송 뿐만 아니라 배임죄의 처벌 규정이 존재하고 있으므로, 경영판단원칙의 도입으로 성실한 경영자를 위한 규제의 균형을 찾을 필요가 있을 것이다.

3.3.3. 경영판단원칙을 배임죄에 도입하기 위하여 입법이 필요한가?

미국이나 독일의 경영판단원칙의 도입이 필요하다고 하더라도 입법화가 필요한지는 검토해 볼 필요가 있다. 경영판단원칙의 법리가 알려지고 판례에 반영된 이래

10여년이 경과하였으므로 그 동안 판례의 집적을 통하여 경영판단의 주의의무 심사 기준 및 그 절차적, 주관적 사항이 어느 정도 굳혀졌다고 본다. 그러나 경영판단원칙의 심사대상 한정 효과를 실무상 인정받기 위하여는 판례상 심사기준을 참고하여 경영판단원칙을 입법화하지 않으면 안되는 상황이다.

그 입법화는 법적 투명성과 안정성이 증가하고, 법원이나 수사기관의 실무상 적용이 활발해지고 통일화되는 장점이 있으나, 미완성의 법리를 다양한 사례를 통하여 완성해 나가는 노력을 차단하고, 독일의 경우처럼 충분한 정보의 확보를 위하여 형식적인 감정의 홍수 사태를 야기하거나, 그로 인한 회사재산의 낭비를 초래하게 될 지도 모른다. 그러나 위와 같이 민·형사상 경영판단원칙의 내용은 어느 정도 확정할 수 있는 단계가 되었고, 입법과 운용의 묘를 살린다면 입법화의 단점을 어느 정도 차단할 수 있다고 본다.

3.3.4. 입법화 방안

우리나라의 경우에는 경영자에 대하여 손해배상 청구를 하는 경우이건 배임죄로 의율하는 경우이건 요건사실이나 공소사실의 증명책임은 일체 책임추궁자(즉, 회사 등 또는 검사)가 부담한다. 따라서 절차적, 주관적 사항을 1차적 심사대상으로 하는 독일과 유사한 입법을 하더라도 그 효과는 미국의 경우와 같은 효력을 나타낼 것이다. 그러므로 앞의 III의 1. 부분에서 언급한 경영판단원칙의 적용범위를 감안하면 상법 제399조 제1항 제2문 및 제401조 제1항 제2문 규정으로 다음과 같은 내용을 각 추가하는 것이 바람직하다고 본다.

“이사가 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 수 있을 정도로 정보를 수집하고 회사의 이익을 위하여 이해관계 없이 정당한 절차에 따라 독자적으로 성실하게 경영판단을 한 경우에는 그 임무를 게을리한 것이 아니다. 다만, 이사가 경영판단과 이해관계 있음이 증명된 때에는 이사가 자신이 임무를 게을리한 것이 아님을 증명하여야 한다.”

이러한 입법화 방안은 그간의 판례 입장을 반영하고 미국 ALI 원칙의 내용 및 효과와 같은 정도의 내용 및 추정적 효력과 증명책임 분배 효과를 발휘하도록 한 것이다.

IV. 결론

(이하 생략) 끝.

※ 논문 집필에 참고한 참고문헌은 발표 후 보완기재할 예정입니다.

제4세션

지배주주의 사익추구에 대한 회사법 및 경제법의 규제분담

발표자 : 이동승 교수(상지대)

토론자 : 박수영 교수(전북대)/ 신석훈 위원(한국경제연구원)

사회자 : 배진철 원장(공정거래조정원)

지배주주의 사익추구에 대한 회사법 및 경제법의 규제분담

이 동 승
(상지대 교수)

I. 들어가며

개인이 자신의 이익을 추구하는 것은 지극히 자연스럽고 또 자명한 권리이기도 하다. 신분제가 아닌 자본주의 사회에서 특별한 사정이 없는 한 누구든지 자유롭게 자신의 이익을 추구하고 향유할 수 있다. 물론 그러한 자유가 무한정 인정되지는 않는다. 어떤 경우에 개인적 이익 추구가 비난 대상이 될까? 모두 열거할 수는 없겠지만 대략 다음의 경우들을 상정할 수 있을 것이다. 먼저 사익을 추구하는 방법이 사기나 강박과 같이 불법적이거나 경로가 정상적이지 않은 경우 비난 대상이 될 수 있다. 특히 위법 내지 탈법적 요소가 개재될 경우 그 비난가능성은 급격히 상승할 것이다. 둘째 자신의 임무나 소명에 반함에도 불구하고 개인적 이익을 추구하는 경우이다. 개인적 이익과 자신의 임무에 비추어 추구해야 할 이익이 서로 충돌 상태에 놓이는 경우가 대표적이다. 셋째 얻으려는 개인적 이익이 자신이 지급한 대가보다 규모가 커서 상당성을 상실한 경우이다. 거래관계에서 근대 시민법이 요구하는 평등한 교환의 원칙에 반하는 경우이다. 최근 문제가 되는 거래상 우월적 지위에 있는 자의 ‘갑질’이나 기업 집단 내 ‘일감몰아주기’도 여기에 해당할 것이다.

이 글의 연구대상인 지배주주의 사익추구 역시 같은 맥락에서 파악할 수 있다. 즉 지배주주가 개인적 이익을 추구하는 것을 일반적으로 금지할 수는 없을 것이다. 가령 자신이 가진 지분에 따라 자신에게 가장 유리한 것을 얻기 위하여 상법에서 인정하는 주주권을 행사하고,¹⁾ 회사로부터 이익배당을 받는 것은 지극히 당연하다. 그러나 지배주주의 사익추구행위 자체가 위법 내지 탈법적이거나, 회사 내의 임무에 반하여 사익을 추구하거나, 회사와의 거래에서 자신이 지급한 것에 비추어 정상적 거래에서 기대할 수 있는 규모를 벗어난 대가를 받는 경우 문제가 될 수 있다.

그런데 지배주주는 일정한 거래에서 재산적 이익만 추구할 수도 있지만, 회사에 대한 지배적 이익을 추구할 수도 있다. 기업에 대한 지배적 이익은, 자본다수결을 원칙으로 하는 주식회사제도와 결합하여 근대 시민사회가 예정하지 않은 퇴행적 질서를 형성하는 역할도 할 수 있기 때문에, 주목할 필요가 있다. 자본다수결은 정치적 민주주의에서 당연히 여겨지는 두수주의에 따른 의사결정이 아닌 지분에 비례한 의결력을 인정하기 때문에, 상대적으로 적은 지분으로도 단체의 의사를 좌우할 수 있다. 중상주의적 경제질서가 지배하던 1602년 등장한 주식회사가, 천부인권을 가진 자유롭고 평등한

1) 물론 지배주주의 충실의무를 인정할 경우 회사이익에 의하여 권리행사가 제한될 수 있다.

인간을 상정한 근대 시민사회의 자본주의 경제질서에서 대표적인 기업형태로 자리잡고 있음은 음미할 만한 사실이다. 왜냐하면 주식회사의 자본다수결에 따라 소수의 대자본가가 기업 전체의 의사를 좌우하는 지위를 갖는다는 점에서 근대시민 사회의 정치적 민주주의원리와는 부합하지 않기 때문이다. 소수가 다수로 간주되는 전도된 기업지배 원리는 소유권과 결합하여 소유권적 기업관으로 사회 일반에 인식되는 놀라운 반전을 이룬다.

정치권력과 관련해서 소수에 의한 다수 내지 전체의 지배는 허용되지 않지만, 경제권력의 경우 소수의 대자본에 의한 전체 기업의 지배는 회사법원칙의 당연한 귀결로 인정되고 있다. 이러한 회사법적 귀결이 물의를 빚는 지배주주의 사익추구를 엄호하는 진지가 되고 있는 것은 아닌지 성찰할 필요가 있다. 즉 실재설을 취하든 의제설을 취하든 다양한 이해관계들이 결부된 공동체적 성격이 있는 기업을 특정인이 소유한다는 것은 근대법 이념에 비추어 상상하기 어렵다. 이를 인정한다면 형식론으로는 사람이 사람을 소유한다는 것이고, 실질적으로는 소수가 다수의 이해관계를 사용·수익·처분할 수 있다는 것으로 읽힐 수 있기 때문이다. 그럼에도 마치 절대왕권시대의 군주처럼 회사를 자신의 소유물로 인식하여 ‘갑질’을 일삼는 이른바 기업주가 있음을 부인할 수 없다. 지배주주의 사익추구로 비난받는 회사기회의 유용이나 일감몰아주기를 비롯한 부당한 지원행위 역시 위와 같은 기업소유관과 관련이 있다고 본다.²⁾

경제 영역에서 제도적으로 보장된 소수의 지배가 허용되는 정도를 벗어나 사회적으로 초래하는 폐해를 교정해야 한다는 점에서 경제영역에서의 민주주의 원리를 새삼 되새길 필요가 있다. 특히 우리나라와 같이 재벌의 일반집중도가 높은 국가의 경우 소수의 경제권력이 미치는 영향력은 최소한 정치권력에 버금간다고 해도 과언이 아닐 것이다. 그런 점에서 지배주주의 사익추구는 자본주의의 반성에서 탄생한 경제법의 주요관심사가 될 수밖에 없다.

따라서 이 글은 경제민주주의를 천명한 헌법 제119조 제2항에 근거한 경제법의 목적을 염두에 두면서 독점규제법상의 규제를 파악한다. 지배주주의 사익추구는 거래질서 나아가 국민경제적 관점에서도 문제될 수 있지만, 기본적으로 해당 기업에 대하여 이해관계를 갖는 자들에 영향을 줄 수밖에 없다. 그런 점에서 회사법 역시 지배주주의 사익추구에 대응할 수 있는 기제를 갖추어야 한다.³⁾

이하에서는 이들 두 법영역에서 마련하고 있는 지배주주의 부당한 사익추구 규제방안에 관하여 본격적으로 살펴본다. 이를 위해 먼저 연구대상 및 그 범위를 분명히 해서 논의의 집중도를 높이고(II), 이어 현재의 실정법에서 두고 있는 사익추구 규제 제도 전반과 노정되는 문제점에 관하여 살펴보고(III), 제기된 문제점을 보완하는 방안에 관하여 살펴본다(IV).

2) 따라서 지배주주의 부당한 사익추구를 규제하기 위해서는 각론적 접근 이외에 기업의 본질에 대한 근본적 의문을 본격화 하여, 지금까지의 주주중심적 기업관이 아닌 다른 기업관에 대해서도 회사법학이 관심을 기울여야 한다고 생각한다. 이에 관해서는 후술한다.

3) 다만 이 경우에도 이해관계자적 모형을 취하지 않고 있는 현행 회사법은 자본적 이해관계자인 주주와 회사채권자간의 이익만을 규범적으로 승인하고 있다. 물론 그렇다고 다른 이해관계자의 이해관계를 경영진이 고려하는 것이 금지되는 것은 아니다.

II. 연구대상 및 연구범위

회사법과 경제법⁴⁾ 두 법영역에서 지배주주의 사익추구가 규제되고는 있지만, 각 법이 추구하는 목적과 사익추구의 규제목적은 당연히 다르다. 양법의 목적 및 규제목적의 차이에 기인한 규제분담 논의가 의미 있기 위해서는 규제되는 사익추구행위의 주체가 누구인지 확인할 필요가 있다. 사익추구행위의 주체가 서로 다르다면 특별히 규제분담을 논할 필요가 없는 고유한 규제대상임이 각기 명확해지기 때문이다.

우선 연구범위를 한정하는 데 있어서 지배주주의 정체가 문제된다. 양법에서 지배주주의 법률상 정의는 ‘지배주주에 의한 소수주식의 전부 취득’에 관한 상법 제360조의 24(지배주주의 매도청구권)에서 찾을 수 있는데, 그에 따르면 지배주주란 회사의 발행주식총수의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 주주이다(같은 조 제1항). 그러나 이 규정은 ‘지배주주에 의한 소수주식의 전부 취득’을 규정한 상법 제3편 제4장 제2절 제4관에 한정하여 통용되는 정의이기에 이를 일반화해서 사용할 수는 없다. 반면 독점규제법은 지배주주라는 용어를 사용하고 있지 않다.

그렇다면 적어도 두 법영역에서 사익추구와 관련하여 공통적으로 사용할 지배주주가 어떤 자인지를 이 글에서 확정할 필요가 있다. 일반적으로 통용되는 지배주주의 의미가 실정법으로 정의되어 있지는 않지만, 대략 ‘개별 주식회사의 사업내용을 지배할 수 있는 자’로 정의할 수 있을 것이다. 어떤 주식회사의 사업내용을 지배하기 위한 가장 유력한 수단은 당연히 주식소유일 것이다. 이 때 어느 정도의 지분을 보유해야 하는지는 각 회사의 주식분산 정도, 우호지분 세력의 존재 유무를 고려하여야 할 것이므로 일률적으로 말할 수는 없을 것이다. 특히 지분소유와 지배의 괴리도가 높은 우리나라 재벌 총수 일가의 지분율을 감안하면 지극히 적은 지분율로도 해당 회사의 사업내용을 지배할 수 있어 지배주주가 될 수 있다. 산술적으로는 50%를 초과하는 지분을 가졌다면 응당 지배주주라 보아도 무방할 것이다. 따라서 이 글에서 지배주주는 단독으로 지배지분을 갖는 경우는 물론이고 자신의 지시를 따를 자(독점규제법상 동일인관련자 또는 특수관계인)와 함께 지배지분을 갖는 자를 우선 사익추구의 주체로 본다.

그렇다면 개별 회사의 주식을 전혀 가지고 있지 않지만, 지배주주와 특수관계 가령 친족관계에 있는 자가 회사이익을 편취하는 경우는 어떻게 보아야 할까. 회사법이 모자회사 관계를 제외하고는 기업집단을 규범적으로 인식하고 있지 않지만, 사외이사 선임과 관련 독점규제법에 규정된 개념과 유사한 ‘특수관계인’ 개념을 도입하였고(독점규제법 제7조 제1항 본문, 동 시행령 11조; 상법 제542조의 8 제1항 본문, 제34조 제1항), 회사이익 유용금지에 관하여 상법이 제3자의 이익을 위한 경우도 금지대상으로 하고 있고(제397조의2 제1항 본문), 이사 등의 자기거래 금지에 관해서는 비록 앞

4) 이하에서 경제법은 독점규제법을 지칭하는 것으로 한정해서 사용한다.

서의 특수관계인 범위에는 미치지 않지만, 이사 이외에 상법 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주와 일정한 관계에 있는 자도 규제대상으로 하고 있어(제398조 각호), 상법도 기업집단 내에서 이루어지는 지배주주의 사익추구를 주요 적용대상으로 하고 있음을 추론할 수 있다. 반면 독점규제법은 기업집단내의 내부거래를 기업집단 전체의 지배자의 사적 이익추구수단으로 보고 있기 때문에 당연히 동일인의 특수관계인에 대한 지원행위를 규제하고 있다.⁵⁾ 요컨대 이 글에서 사익추구의 주체는 회사법과 독점규제법에서 동일하지는 않으나, 이 글이 유념하고 있는 자는 기업집단의 자연인인 동일인과 그의 특수관계인이다. 현실에서 우리의 관심을 끌고 우려를 낳은 사익추구의 사례들이 하나같이 재벌의 총수 일가와 관련되어 있기 때문이다. 그렇다면 비록 규범적 용어는 아니지만 이 글의 연구대상은 재벌총수 일가의 사익추구라고 해도 무방하다. 경우에 따라서는 일상 용어가 문제의 본질을 정확히 보여주는 경우가 있는데, 이번 발표주제 역시 그에 해당하지 않나 생각한다.

III. 현행법에서 지배주주 사익추구 규제

1. 회사법과 지배주주의 사익추구 규제

지배주주나 그의 특수관계인이 사내이사 또는 집행임원으로서 직접 경영에 임하는 소유경영⁶⁾이 보편화되어 있는 한국의 기업경영 현실에도 불구하고, 우리 회사법은 ‘회사 대 이사’라는 대리인이론에 기댄 이사의 의무구성을 고수할 뿐, 지배주주의 의무를 도입하고 있지 않다.⁷⁾ 그런 연유로 지배주주가 이어나 집행임원의 지위를 겸하거나, 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 업무집행 지시사로 인정될 때, 또는 개별 규정에서 특수관계인 내지 주요주주 등을 책임의 주체로 할 때에 한해서 지배주주는 회사법상 의무 또는 책임의 주체로 인정된다. 재벌의 총수를 비롯한 친족 등이 각 계열회사 경영의 일선에 있거나 배후에서 사실상 지배력을 행사하고 있는 한국의 상황을 감안한다면 지배주주의 충실의무는, 회사법의 법리를 떠나, 의무 내지 책임을 부담하지 않는 권력이 용인될 수 없다는 점에서 시급히 상법에 도입되어야 한다.

1-1. 지배주주의 사익추구에 대한 회사법의 규제목적

우리 회사법이 주식회사를 비롯한 회사의 정체를 어떻게 파악하는지는 명시되어 있지 않다. 이는 어느 국가 회사법에서도 마찬가지이다. 가장 많이 유포되어 있는 관점은 앞서 밝힌 바와 같이 전체로서의 주주가 주식회사의 소유자이므로 주식회사는 주주이익 극대화를 위하여 존재하고 이를 위하여 활동해야 하며, 경영진은 주주이익을 극대

5) 같은 법 제23조 제1항 제7호에 따른 부당지원행위의 지원객체는 특수관계인 외에 동일인과 아무런 관계가 없는 ‘다른 회사’도 적용대상으로 하고 있다.

6) 사건으로는 주주의 소유자성을 인정하지 않으므로, 소유경영이라는 용어를 피하고 싶지만, 다른 한편 재계나 경영학계의 지배적 인식이 이 용어로 드러나기도 하여 그대로 사용한다.

7) 우리 회사법이 현실과 동떨어진 태도를 보이는 것에는 앞서 밝힌 바와 같이 기업집단을 본격적으로 인식하지 않고 있다는 점도 추가할 수 있다.

화할 의무가 있다는 식의 소유권적 기업관이다. 이러한 인식에 따르면 전체로서의 주주의 이익이 곧 회사이익이 된다. 그러나 앞서 간단히 언급했듯이 주주가 주식회사를 소유한다는 것은 법리적으로나 사실적으로나 옳지 않다.⁸⁾ 지나친 형식논리로 들릴지는 모르지만, 우리 회사법에서 이사는 ‘주주’의 수임인 내지 대리인이 아니라 ‘회사’의 수임인이다(상법 제382조 제2항). 주주의 대리인이 아니라 회사의 수임인으로 한 것은 회사를 다수의 이해관계자들의 각기 다양한 투자로 구성된 공동체로 파악하는 다원주의적 또는 이해관계자론적 접근을 가능하게 한다는 점에서 적지 않은 규범적 의미를 부여할 수 있다. 그러나 필자의 입장⁹⁾과는 별개로 우리 회사법이 주주중심주의에 따라 주식회사의 가버넌스를 설계하고 있음은 부인할 수 없다.

그렇다고 하더라도 현행법이 지배주주의 사익추구를 규제하는 이유는 회사이익을 보호하는 데 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 지배주주의 사익추구에 관한 상법 규정의 대부분은 이사의 충실의무와 관련된 규정이고, 이사는 직접 주주에 대해서는 위임관계에 있지 않기 때문이다. 물론 주주중심주의적 관점에 따른다면 불필요한 순환논리가 되겠지만, 회사이익이 곧 주주이익이라 할 수 없는 경우¹⁰⁾가 있기 때문에 이를 구분할 필요가 있다.

요컨대 지배주주 사익추구를 규제하는 회사법의 규제목적은 회사이익의 보호에 있다고 보아야 한다.

아래에서는 상법상 개별 규제 제도에 관해서는 적지 않은 선행연구가 충실히 진행되었기에 간략히 그에 관해 개관한다.

1-2. 상법상 지배주주의 사익규제 제도

현행 상법 규정을 통한 지배주주의 부당한 사익추구 규제는 개별 회사 차원에서 회사이익을 보호하는 데 그 취지가 있다. 그러나 앞서 밝혔듯이 지배주주의 충실의무를 일반적으로 인정하지 않기 때문에 지배주주가 사익추구로 회사에 대하여 책임을 지는 경우는 제한적이다.

우선 전통적인 책임 추구는 사내이사 또는 집행임원을 겸하는 경우 이사의 충실의무 위반을 이유로 일반적 규제가 가능하다(제382조의 3).

둘째 경업금지를 통해 이사나 집행임원인 지배주주가 이사회 승인 없이 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나

8) 주주의 소유자성에 관한 자세한 비판은 이동승, “주주의 지위 - 주주중심주의의 비판적 고찰”, 『경영법률』 제20집 제2호 (2010), 325쪽 이하.

9) 미래세대의 번영을 고려한 기업경영을 요구하는 지속가능발전 이념이 상법의 기업유지이념의 내용으로 수용되고, 회사 경영진이 지속가능발전 경영을 경영방침으로 삼아 경영하도록 신인의무를 개편할 필요성이 있다.

10) 가령 기업의 인수대상자 선정 시 기업문화를 중시하되 인수가격을 상대적으로 낮게 제시하는 기업과 기업문화를 도외시 하지만 인수가격은 상대적으로 높게 제시하는 기업의 경우 회사이익과 주주이익의 괴리가 발생할 수 있다. 주주이익은 視界를 단기적으로 두느냐 장기적으로 두느냐에 따라 달리 판단되기도 한다. 회사이익의 확정 역시 일률적으로 말할 수 없는 지극히 열린 개념이기는 하지만, 기업유지의 이념에 입각한 지속가능성에 초점을 둔다면 장기적 주주이익과 회사이익은 동일시할 수 있을 것이다.

이사가 될 수 없도록 하고 있다(제397조 제1항). 경업금지에 관한 상법 규정은 업무 집행지시자에 대해서는 적용되지 않으므로, 그 적용범위가 한정된다. 따라서 지배주주 또는 그 특수관계인으로서 사실상 사업내용을 지배하되 형식상 이사가 아니라면 경업 금지의 적용을 받지 않는다. 금지되는 경업거래가 회사의 현재 영업부류에 속하는 거래로서 현재의 회사이익을 보호하는 반면, 제397조의 2에서 규율하는 회사기회는 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 사업기회라는 점에서 두 제도의 보호목적에 차이가 있다.¹¹⁾

셋째 도입을 둘러싸고 재계와 시민단체 사이에 치열한 논쟁이 전개되었던 이른바 ‘회사기회 유용’금지 규정에 의하여 지배주주의 사익추구가 규제된다(제397조의2). 이 규정에 의한 직접적인 규제대상 역시 이사 또는 집행임원으로만 한정되므로, 이를 겸하지 않는 이상 지배주주는 적용대상이 아니어서, 지배주주가 회사기회 유용을 통해 이익을 편취하더라도 이 규정을 통해서 회사에 대하여 책임을 지지는 않는다. 물론 이사는 제3자의 이익을 위하여 회사이익을 이용해서는 아니 되기 때문에 지배주주 또는 그의 특수관계인의 이익을 위하여 이사가 회사이익을 이용한 경우에만 이 규정이 적용된다. 그러나 이 경우에도 직접 책임을 지는 자는 이사일 뿐 실제 이득을 얻은 지배주주 등은 책임을 지지 않는 문제가 있다. 향후 이러한 문제를 감안한 개정이 필요하다. 회사기회 유용 금지에 관한 규정을 위반하여 거래를 한 경우 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다(제397조의2 제2항). 다른 의무에 비하여 이사의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있어 이어나 집행임원이 회사기회를 유용하지 못하게 하는 역할을 할 것으로 생각한다. 회사이익 유용은 경업금지처럼 이사회 승인을 얻을 경우 허용될 수 있으나, 그 승인 요건은 이사 3분의 2 이상이어야 한다는 점에서 다르다(제397조의2 제1항 제2문). 이사회 승인과 관련 대부분의 학자들은 해당 이사가 승인대상인 사업기회에 대한 정보제공의무 이른바 개시의무를 부담한다고 해석한다. 논리적으로 그러한 해석이 합리적으로 보이지만, 법원이 그에 따르지 않을 수도 있기 때문에, 차후 자기거래금지에 관한 제398조의 규정과 같이 개시의무를 명시하여야 할 것이다.¹²⁾

넷째 2011년 개정 상법은 회사기회유용 금지제도를 도입하면서 자기거래 금지를 강화하기 위하여 금지대상자의 범위를 확대하였고, 이사회 승인이요건도 강화하였다. 그에 따라 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주(제398조 제1호), 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속(제2호), 제1호의 자의 배우자의 직계존비속(제3호), 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사(제4호), 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 가운데 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는

11) 임재연, 개정판 『회사법 II』 (박영사, 2013), 391쪽.

12) 정찬형, 제18판 『상법강의 (상)』 (박영사, 2015), 986쪽.

미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회 승인은 회사기회 유용금지의 경우와 마찬가지로 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다. 이사회 사전승인을 거치는 것뿐만 아니라, 거래의 실질적 공정성도 요구하고 있다는 점에서 과거에 비해 지배주주 등의 사익추구를 실질적으로 저지하는 데 기여할 것으로 기대된다.

2. 경제법과 지배주주의 사익추구 규제

기업집단을 규율대상으로 인식하지 않는 회사법과 달리 독점규제법은 기업집단을 주된 규제대상으로 삼고 있어, 기업집단의 지배주주를 사익추구의 주체로 파악하고 있다. 사실 한국에서 지배주주 즉 재벌 총수 일가의 사적 이익추구는 회사법보다는 독점규제법에 의지하여 해결되었고, 이러한 사정은 회사법이 회사기회의 유용금지 등의 규제장치를 도입한 이후에도 크게 변하지 않을 것이다.

2-1. 지배주주 사익추구에 대한 경제법의 규제목적

그렇다면 경제법상 지배주주의 사익추구는 어떤 이유에서 규제되는 것일까. 일단 우리나라 기업집단의 지배주주가 누구인지 다시 한 번 되새길 필요가 있다.

회사법에서 지배주주의 사익추구가 私法上的 이익충돌 규제 차원에서 당사자 가령 지배주주 이외의 피해를 입은 주주에 의한 권리구제수단의 강구로 규율되는 반면, 경제법상의 지배주주의 사익추구는 부당지원행위로 규제되고 있는데, 판례에 따르면 부당지원행위 규제는 경제력 집중을 억제하고 공정한 거래질서를 확립하려는 데 그 목적이 있다.¹³⁾ 반면 부당지원행위 규제목적은 이와 같이 경쟁제한이나 경제력 집중의 억제로 파악하는 데 대해서는 설득력이 없다는 견해도 있다.¹⁴⁾ 즉 기업집단 내에서 시장을 내부화하여 이루어지는 내부거래의 성격을 띠는 지원행위는 어차피 기업내부에서 행해질 사무를 형식상 독립된 법인격을 갖는 계열회사들 사이의 거래로 대체한 것이므로, 거래의 외부효과로서 경쟁제한은 문제되지 않는다는 것이다. 또한 경제력 집중 역시 그 개념 자체가 불확정적이어서 규제목적으로 삼는 데 부적절하다는 것이다. 이와 관련해서는 후술하겠지만, 부당지원행위는 주로 계열회사를 비롯한 재벌총수의 특수관계인에게 행해지는 부당한 지원성 거래가 주된 규제대상임을 감안하면, 그 규제의 궁극적 목적은 일반집중을 억제하는 데 있다고 보아도 무방할 것이다.¹⁵⁾ 또한 경제력 집중 억제라는 목적은 부당지원행위의 부당성 심사 시 심사기준으로 작용하지는 않을 것이기 때문에 그 개념의 불확정성을 이유로 규제목적에서 탈락시키는 것은

13) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결.

14) 송옥렬, “기업집단 부당내부거래 규제의 법정정책 이해”, 『법학』(서울대) 제46권 제1호 (2005), 227~257쪽.

15) 물론 독점규제법 제23조 제1항 제7호는 동일인과 특수관계에 있지 않은 다른 회사를 지원객체로 하는 내부거래도 적용대상으로 하고 있으나, 거래 현실에서 기업집단과 아무런 관계가 없는 기업에 일방적으로 유리한 거래를 할 가능성은 거의 없고, 실제 어떤 이유에서 지원성 거래를 한다고 해서 그것이 공정한 거래질서를 해칠 정도의 효과가 있다고 보기는 어려울 것이므로 부당한 지원행위로 규제될 가능성은 크지 않다.

적절하지 않아 보인다. 오히려 부당한 지원행위나 후술하는 일감몰아주기를 통한 재벌의 경영권 승계가 전형적인 부당한 내부거래 중 하나임을 감안하면 부당한 지원행위나 일감몰아주기 규제의 목적으로 경제력 집중 억제를 꼽는 것은 당연하다고 할 것이다.

다음으로 부당한 지원행위나 일감몰아주기가 어떤 방식으로 공정한 거래를 저해하는지 음미할 필요가 있다. 우선 부당한 지원행위의 경우 시장의 정상적 거래조건에 비하여 유리한 조건으로 거래하는 성격이 있으므로 지원행위가 없었다면 경쟁했을 다른 사업자의 사업기회가 봉쇄되거나 차별취급을 받는 결과가 되어 공정경쟁을 저해할 우려가 있음을 부인할 수 없을 것이다. 어차피 기업집단 내부에서 이루어질 거래였기에 외부효과로서 공정거래나 공정경쟁의 촉진이 정책목적이 될 수 없다고 볼 수도 있겠지만, 가령 시장 내부화의 긍정적 효과는 별론으로 하더라도 과거 외부의 사업자와 거래하던 기업집단이 계열회사를 설립하여 시장을 내부화하는 것이 경쟁을 저해하지 않는다고 보기는 어렵다.

2-2. 독점규제법상 지배주주의 사익규제 제도

2-2-1. 지배적 이익 규제

독점규제법상 지배주주의 사익규제는 크게 지배적 이익 규제와 재산적 이익 규제로 대별할 수 있다.

기업집단 지배주주 즉 재벌 총수의 사익으로서 지배적 이익편취 규제는 독점규제법 제3장 경제력 집중 억제제도를 통해서 행해지고 있다. 우리나라에서 지배적 이익의 편취는 이른바 순환출자를 통해 지극히 적은 지분으로 기업집단 소속 계열회사 전부를 지배하는 편익을 제공한다는 점에서 경제민주주의의 원리에 부합하지 않는다. 근대 시민사회에서 기본적인 경제원칙은 자신의 몫만큼 권리를 갖는 것이기 때문이다. 그런 취지에서 독점규제법은 기업집단내 순환출자를 금하고 있으며(제9조의2), 투명한 경영을 위하여 기존 기업집단의 지주회사 전환을 입법적으로 장려하고 있다(제8조).

2-2-2 재산상 이익 규제

이미 언급한 바와 같이 독점규제법은 지배주주의 재산상 사익 추구를 기업집단 내 내부거래 규제로 접근하여, 두 가지 유형을 규제대상으로 삼고 있다.

첫째 부당지원행위로서 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지 급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 또는 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거

나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다(제23조 제1항 제7호). 지원주체뿐만 아니라 지원객체인 특수관계인 또는 회사에 대해서도 해당 지원을 받지 못하게 하였다(제23조 제2항).

둘째 부당지원행위 가운데 특히 규모가 큰 기업집단 내에서 행해지는 내부거래를 규제하고 있다(제23조의2). 독점규제법 제23조의2에 따른 내부거래 규제대상 기업집단은 상호출자제한기업집단으로서 동일인이 자연인인 경우로 한정된다(동시행령 제36조 제1항). 일감몰아주기가 과거 재벌 총수의 경영권 승계를 위한 후계자의 승계자금 마련 차원에서 주로 이용되었던 점을 감안한 것이 아닌가 생각한다. 법 제23조의2에 따르면 자연인이 동일인인 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 같다)이나 특수관계인이 30% 이상의 주식을 보유한 계열회사(비상장회사의 경우 20%)와 아래 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 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

기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래¹⁶⁾는 제1항 제4호를 적용하지 아니한다(제23조의2 제2항). 일감을 몰아주는 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 일감몰아주기에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다(제23조의2 제3항). 특수관계인은 누구에게든지 일감몰아주기 또는 그러한 일감을 받는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다(같은 조 제4항).

2-3. 독점규제법 규제와 회사법 규제의 관계

16) 독점규제법 시행령은 별표1의3에서 상호출자제한기업집단에서 특수관계인에 대한 부당한 지원행위의 유형을 자세히 규정하고 있으며, 각 행위 유형마다 적용제외 요건을 두고 있다. 즉 상당히 유리한 조건의 거래의 경우 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조 제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 보고, 사업기회의 제공의 경우 회사가 해당 사업기회를 수행할 능력이 없는 경우, 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우, 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우 적용을 제외시키고, 현금, 그 밖의 금융상품의 상당히 유리한 조건의 거래의 경우 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 본다. 마지막으로 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래의 경우 거래당사자간 상품·용역의 해당 연도 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액으로 한다)이 200억원 미만이고, 거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 않는 것으로 본다.

부당지원행위와 회사기회유용의 제도는 모두 충실의무를 감시한다는 공통점이 있다. 따라서 이 두 제도는 기업집단 경영진 사적 편익 통제를 위해 상호보완적인 역할을 할 수도 있다.¹⁷⁾

즉 부당내부거래에 대한 공정위의 조사결과는 개별 주주들이 기회 유용의 사실을 적발하기 힘든 현실을 감안할 때 소송을 제기하는 주주 입장에서 매우 유용한 자료가 될 수 있다. 따라서 공정거래위원회의 조사 후 시정조치가 내려진다면, 주주 입장에서 회사기회 유용이 의심될만한 거래를 파악한 뒤 해당 기업들에 대해 적극적으로 기회 유용의 법리를 적용할 수 있다는 점에서 공정위의 규제가 없는 경우보다 대표소송을 진행하기가 수월해질 것이다.¹⁸⁾

3. 경제민주주의와 지배주주의 사익추구

우리 헌법재판소는 우리나라 경제질서를 이른바 ‘사회적 시장경제질서’로 천명하고 있고,¹⁹⁾ 시장실패를 사회적 정의의 맥락에서 교정하는 경제민주주의 원리를 헌법 제119조 제2항에서 헌법적으로 승인하고 있다.²⁰⁾ 재벌은 한편으론 국부의 극대화를 위한 유력한 수단으로 취급되기도 하고, 다른 한편으로는 그 걸림돌로 취급되기도 한다. 국민적 애증의 대상이라고 할 수도 있을 것이다. 국민경제의 발전을 위하여 재벌의 성장능력을 유지하면서도 경제민주주의의 실현이라는 이중적인 과제에 처해 있는 셈이다. 생각건대 성장에 초점을 두면서 경제민주주의가 불확정적 개념이어서 규범적 의미가 없는 정치적 구호 정도로 폄하하는 데에는 동의할 수 없다.²¹⁾ 비록 그 의미가 열려 있어 불확정적이라고 해도, 헌법의 문언이 그러하듯이 그 구체화는 입법부와 사법부에 의하여 구체화되어야 할 운명에 있다고 할 것이다.

근대국가에서 갖는 정치적 민주주의를 감안한다면 경제적 민주주의의 내용 역시 확인할 수 있다. 즉 민주주의의 가장 중요한 역사적 의미는 소수에 의한 다수의 지배를 거부한다는 데 있다. 가령 봉건주의 하의 왕정 또는 귀족정이 그 좋은 예일 것이다. 그렇다면 경제적 민주주의에서도 소수에 의한 경제권력의 독점은 배격되어야 한다. 그런데 흥미롭게도 소수에 의한 정치권력의 독점이 독재로 비난받고 타도의 대상이

17) 이에 관한 논의에 대해서는 김화진·문병순, “회사기회유용과 부당내부거래”, CGS보고서 (2007. 1), http://www.cgs.or.kr/cen/CGS_cenPaper.asp?rWork=TblRead&rNo=188&rGotoPage=89&rSearchTitle=&rSearchPart= 최종 방문일자 2016. 4. 10.

18) 김화진·문병순, “회사기회유용과 부당내부거래”, CGS보고서 (2007. 1), http://www.cgs.or.kr/cen/CGS_cenPaper.asp?rWork=TblRead&rNo=188&rGotoPage=89&rSearchTitle=&rSearchPart= 최종 방문일자 2016. 4. 10.

19) 헌법재판소 2001.2.22., 99헌마365.

20) 헌법 제119조 제2항의 추상적인 정책목표와 사회적이라는 관용어가 결합될 경우 국가의 지나친 규제와 간섭이 정당화될 수 있기에 향후 헌법재판소가 동조를 해석할 때 사회적이라는 관용구가 가지는 확장성과 위험성을 경계해야 한다는 견해도 있다. 김성수, “경제질서와 재산권 보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망”, 『공법연구』 제33권 제4호 (2005), 146쪽.

21) ‘경제민주화’라는 단어가 법적 또는 경제학적 용어라고 하기 보다는 일종의 이데올로기 내지는 정치적 슬로건으로서의 성격을 가지고 있다는 견해로는 광관훈, “경제민주화에 대한 재검토와 법적 과제-소위 ‘일감몰아주기’에 대한 규제를 중심으로”, 『법학연구』(전북대) 제43집 (2015), 5쪽.

되는 것과는 달리, 소수의 경제권력 독점은 어렵지 않게 목격할 수 있다. 주식회사 제도와 결합한 거대자본이 합법적으로 지속적인 확장을 진행할 수 있기 때문이다. 그런 점에서 합법적으로 형성된 기업집단을 초법적으로 해산한다는 주장은 현 체제에서 성립할 수는 없으며, 무한경쟁의 세계경제질서에서 정교한 대책을 수립하지 않은 채 강제하는 것이 바람직하지도 않다.

지배주주의 사익추구가 문제된 일감몰아주기와 같은 행태는 2000년대 들어와 주요 재벌의 기존 총수가 자연적 한계 연령에 이르면서 특히 문제가 된 것으로 보인다. 주지하듯이 우리나라의 기업집단은 일부 금융전문기업집단과 공기업에서 사유화 과정을 거친 기업의 집단들을 제외하고는 거의 예외 없이 자연인인 이른바 총수를 정점으로 한 친족지배의 성격을 띠고 있고, 그런 점에서 소유경영과 전문경영의 논쟁을 낳기도 한다. 그러나 소유경영이나 전문경영이나의 문제는 지배주주의 사익추구 문제와 직접적 관련을 갖고 있지 않다. 또한 소유경영과 전문경영 중 어느 유형이 경제적 성과를 더 낳는지 하는 문제도 확일적으로 단언할 수 없다.

우리나라의 재계는 소유와 경영의 분리에 매우 민감한 반응을 보이고, 학계에서도 소유경영과 전문경영의 성과분석 비교 연구가 활발하게 전개되기도 하지만, 그 분석결과가 연구자마다 달리 나오는 점에서도 알 수 있듯이, 일률적으로 어느 것이 우월하다고 단정하기는 어렵다. 오히려 문제는 양자 간의 비교우위에 있는 것이 아니라, 우리나라 재벌 총수 일가의 지분소유와 지배의 괴리도에 있다고 할 것이다. 지극히 적은 지분만으로 기업집단 전체를 지배한다는 것은 자신의 몫보다 많은 편익을 누리는 것으로 문제가 있다. 이러한 지분구조상의 취약성 때문에 재산적 사익편취의 동기를 갖게 될 수도 있다. 특히 2세에서 3세로 이어지는 경영권 세습 문화는 경영권 승계 자금을 확보하려는 동기에서 사익편취를 자극하기도 한다. 결국 재벌 총수 및 그 일가가 내부거래를 하는 궁극적 목적은 재산적 이익의 편취보다 지배적 이익의 편취라고 보는 것이 더 진실에 가깝다고 생각한다.

그렇다면 재벌 총수 일가의 지배력을 어떻게 법률적으로 자리매김할 것인지 여부가 지배주주 사익추구 문제의 핵심문제가 될 것으로 본다. 시민사회는 재벌의 현실적 위상을 인정하고, 재벌은 재벌의 경제권력 독점에 대한 우려를 불식하는 양보하는 대타협을 시도해보는 것도 진지하게 검토할 필요가 있다. 이와 관련해서는 지금 필자에게는 버거운 일이기에 다른 기회에 보다 진지하게 성찰하려고 한다.

3. 현행법 규제의 한계

3-1. 규제분담론 검토

회사기회 유용의 영역처럼 지배주주의 사익추구에 대한 회사법과 독점규제법의 규제가 상호중첩되는 부분이 없지 않으나, 양법의 규제가 현실에서는 상호 보완적 기능을 수행할 수도 있다. 그런 점에서 필자로서는 현행 규제방식에 큰 문제는 없다고 생각

한다.

그러나 일감몰아주기를 엄두에 둔 규제는 독점규제법(제23조의2)뿐만 아니라, 회사기회 유용금지에 관한 상법(제397조의2), 지원주체기업에 대해 증여세를 부과하는 세법²²⁾, 지원주체기업의 경영진에 대하여 배임죄를 추궁할 수 있는 형사법²³⁾ 등 유례 없이 강력한 규제를 가할 수 있다는 점에서, 이를 과잉규제의 대표적 예로 지적하기도 한다.²⁴⁾ 내부거래는 회사법이 규율하는 이익충돌 영역에 해당하므로 부당지원행위에 대한 독점규제법의 현행 규제는 과잉규제 내지 중복규제이기에 폐지되거나 적어도 실제 운용시 엄격하게 적용하여 적용범위를 한정하여야 한다는 입장이라고 할 수 있다. 이 견해는 논리적 정합성을 갖춘 듯 하지만, 이익충돌에 관한 회사법적 해결방안에 사익추구행위를 맡기자는 것은 시장에 사익추구행위의 규제를 맡기자는 것에 다르다. 물론 회사법, 형법, 세법이 기업집단을 명시적으로 적용대상으로 하고 있지는 않지만, 기업집단의 입장에서 본다면 이들 법에 의한 규제들이 모두 중첩적으로 적용될 수 있다는 압박을 느낄 법하다.²⁵⁾ 그렇다면 일감몰아주기에 대한 이들 지적은 과연 정당할까? 과잉규제를 주장하는 견해에 따르면 부당지원행위의 규제 근거로서 경쟁제한이나 경제력집중은 설득력이 없으며, 부의 이전에 따른 소주주의 이익 침해라는 회사법적 문제가 핵심이므로 대부분은 회사법적 규율에 맡겨야 한다는 주장이다. 결국 정부의 규제가 아니라 사적 당사자들의 결단에 의한 분쟁절차에 맡기면 된다는 것으로 들린다. 정부가 아니라 시장에 맡기는 것이 효율적이라는 것이다.

생각건대 다소 중첩적으로 보이는 다원적 규제가 등장했다는 것 자체가 그 악영향이 컸음을 반증하는 것이 아닐까 생각한다. 다시 말해 내부거래를 시장에 맡겨서 좋은 것과 나쁜 것을 당사자들이 거르도록 하였으나, 이를 기대하기는 난망하다. 회사와 경영진을 상대로 지난한 소송전을 전개해서 자신의 이익을 지킬 소주주들이 얼마나 될 것인가. 소액주주운동을 전개하는 시민단체의 눈에 띄는 사례가 아닌 한 나쁜 내부거래를 이유로 소송이 전개될 것 같지는 않다.

시장의 자정 기능을 발휘하지 못하는 순간 경제적 효율을 이유로 정부가 손을 놓은 사이 나쁜 내부거래 즉 부당한 지원행위는 걸러지지 않은 채, 오히려 기업집단에 확산될 가능성이 커진다. 왜냐하면 시민단체나 용감한 주주의 눈에 띄지 않으면 되기 때문이다. 이러한 상황에서 거래질서는 어떤 모습을 보이고, 내부거래로 기업집단의 전폭적인 지원을 받은 계열회사의 지배주주인 총수의 후계자는 경영권을 승계할 자금을 손쉽게 확보할 수 있게 되지 않을까.

이 주장의 논리적 타당성을 수긍하는 경우에도 이 때 간과해서는 안 될 것은 시장의

22) 법인의 매출액 중에서 그 법인의 지배주주와 특수관계법인에 대한 특수관계법인거래비율이 정상거래비율을 초과하는 경우 그 법인(수혜법인)의 지배주주 및 그 친족은 증여의제이익으로 간주된 수혜법인 영업이익의 일정 부분을 납부할 의무를 부담하여야 한다(「상속세 및 증여세법」 제45조의3 제1항).

23) 우리나라에서 이사가 회사에 손해배상책임을 지는 상황은 거의 자동적으로 형법상 배임죄의 구성요건을 충족한다는 지적으로는 송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제 근거의 검토”, 「상사법연구」 제33권 제3호 (2014), 308쪽.

24) 광관훈, “경제민주화에 대한 재검토와 법적 과제- 소위 ‘일감몰아주기’에 대한 규제를 중심으로”, 「법학연구」(전북대) 제43집 (2015), 8쪽.

25) 송옥렬, 앞의 논문, 309쪽.

자정기능이 작동하도록 제도가 제대로 갖추어져 있어야 한다는 것이다. 이 때 가장 중요한 것은 피해를 입은 주주나 소액주주운동가가 주주권에 근거한 권리구제수단에 손쉽게 접근할 수 있어야 한다는 점이다. 가령 주주대표소송제기권을 단독주주권으로 하는 등의 환경이 갖추어질 때 설득력을 갖는다고 생각한다.

3-2 회사법 규제의 한계

가장 근본적인 문제는 주주중심주의적 관점에서 규제하고 있다는 점이다. 이에 따르면 문제가 되는 행위가 경업거래이든 자기거래이든 회사기회 유용이든 주주일반에 손해가 없거나, 주주 중 어느 누구도 자신의 손해를 사법적으로 주장하지 않는 한, 당해 거래가 교정되지 않는다는 것이다. 그리고 주주가 아닌 다른 이해관계자로서는 회사법 차원에서 제3자의 손해배상청구권 행사를 제외하고는 마땅히 자신의 권리를 구제받을 수 없다. 물론 주주중심적 관점에 선다면 이들은 회사법상 제3자에 해당하므로 주주가 누릴 소권을 행사할 수 없음은 당연할 귀결이다.

다음으로 경업거래, 자기거래, 회사기회 유용 모두 절차적 정당화 요건으로서 이사회 의 승인을 요구하고 있는데, 자칫 절차적 요건이 사익추구의 면죄부로 작동하지 않도록 절차의 운용이 이루어져야 할 것이다. 그 가운데 이사의 개시의무를 자기거래에 요구하는 수준에서 구체화할 필요가 있으며, 승인에 임하여 이사들이 해당 거래의 실질적 정당성을 제대로 심사하는지 통제가 이루어져야 한다. 그러나 이를 위해서는 주주의 적극적 역할이 요구된다는 점에서 다른 주주공익권 행사와 같은 문제상황에 처하게 된다. 합리적 무관심을 극복할 수 있도록 권리구제절차에 대한 접근성을 높이고, 비용을 낮추는 제도의 정비가 요구된다.

3-3 경제법 규제의 한계

부당지원행위 또는 부당내부거래는 기본적으로 기업집단 내의 계열회사간 거래를 의미하고, 공정거래 규제실무에서도 이들 거래가 주로 규제의 대상이 되고 있다. 그러나 반드시 부당내부거래의 당사자인 특수관계인이 계열회사이어야 하는 것은 아니다. 따라서 사업자가 아닌 자연인 역시 지원객체가 될 수 있다. 대법원 역시 제23조 제1항 제7호는, 불공정거래행위의 한 유형으로서, 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 유가증권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위, 즉 부당지원행위를 금지하고 있는바, 여기에서 말하는 '부당하게'는, 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의 목적(제1조)과 경제력 집중을 억제하고 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 부당지원행위 금지규정의 입법 취지 등을 고려하면, 지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는

등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 의미로 해석하여야 할 것이며, 이렇게 해석할 경우 지원객체가 일정한 거래분야에서 시장에 직접 참여하고 있는 사업자일 것을 요건으로 하는 것은 아니라고 판시하였다.²⁶⁾

대법원의 판례에 따르면 총수의 일가를 지원객체로 하는 내부거래는 법 제23조 제1항 제7호의 지원행위로 성립하지만, 부당지원행위의 부당성을 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원객체 및 지원객체가 속한 관련 시장의 현황과 특성, 지원금액의 규모와 지원된 자금 자산 등의 성격, 지원금액의 용도, 거래행위의 동기와 목적, 정당한 사유의 존부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 위와 같은 요소들을 종합적으로 고려할 때 당해 지원행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라는 점은 공정거래위원회가 이를 입증하여야 한다. 대법원은 경제력 집중의 억제가 부당지원행위 규제의 입법 목적에 포함되어 있다고 하더라도, 경제력 집중의 억제와 관련하여서는 독점규제법 제3장에서 대규모기업집단의 일반집중을 규제하면서도 부당지원행위는 제5장의 불공정거래행위의 금지의 한 유형으로서 따로 다루고 있으며, 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제는 법의 목적이 아니고 시장집중과 관련하여 볼 때 기업집단 내에서의 특수관계인 또는 계열회사 간 지원행위를 통하여 발생하는 경제력 집중의 폐해는 지원행위로 인하여 직접적으로 발생하는 것이 아니라 지원을 받은 특수관계인이나 다른 회사가 자신이 속한 관련 시장에서의 경쟁을 저해하게 되는 결과 발생할 수 있는 폐해라고 한다.²⁷⁾

이러한 대법원 판례에 따르면 공정거래위원회가 비사업자에 대한 지원행위의 '공정거래저해성'에 대한 입증책임을 부담하게 되어 공정거래위원회가 호기롭게 내부거래를 단속할 수 없게 된다. 이 판례의 사건이 재벌의 경영권 승계의 맥락에서 행해졌음을 감안하면, 대법원의 속내는 현저한 위법 상태가 존재하지 않는 한 재벌의 경영권 승계에 개입하고 싶지 않다는 것으로 읽힌다. 이는 대법원이 "변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제를 독점규제법의 목적"²⁸⁾이 아니라고 분명히 실시한 부분에서 분명해진다.²⁹⁾ 대법원 판례에 따를 경우 공정거래저해성이 현실화되지 않을 경우 비사업자인 특수관계인에 대한 부당한 지원행위를 규제하는 데 곤란을 겪을 수밖에 없다.³⁰⁾

3-4 주주중심적 기업관

회사를 물건과 같은 권리의 객체로 파악하는 소유권적 기업관은 현실에서 제왕적 지배주주, 무조건적 경영권 승계, 회사재산으로부터의 무분별한 사익편취에 취약하다. 소유권적 기업관은 주주를 주식회사의 소유자로 보는 주주중심적 기업관이다. 이러한 기업관은 법이론적으로나 이성적으로나 부당한 관점이지만, 세계 어느 나라에서건 일

26) 앞의 판결.

27) 같은 판결.

28) 같은 판결.

29) 이 판결에 관한 비판에 대해서는 이호영, "공정거래법상 특수관계인에 대한 부당지원행위의 규제," 「행정법연구」 제12호, 행정법이론실무학회, (2004), 396~397쪽.

30) 정병덕, "부당지원행위의 규제목적과 적용범위", 「상사판례연구」 제19집 제4권 (2006), 396쪽.

반인 및 경영계에 유포되어 있다. 법이론적으로 주주는 사단법리상 사원권자에 지나지 않고, 그것도 공개회사의 경우 일반 소주주의 경우 채권자적 지위로 전화하고 있음에도 불구하고, 마치 주주가 주식회사의 소유자인 양 취급한다. 그러나 노예제를 허용하지 않는 근대법의 기본사상에 비추어 인이 인을 소유할 수 있다는 생각은 애초 성립할 수 없다. 1인회사의 경우 1인주주의 소유자적 지위를 인정할 여지가 크지만, 이 역시 회사가 다양한 이해관계자들의 투자로 성립하는 일종의 사회, 즉 공동체라는 점을 간과한 지극히 전근대적 인식이라 할 수 있다. 비록 회사법이 자본적 이해관계를 갖는 주주와 회사채권자의 이익만을 고려한 기제를 규정하고 있다고 하더라도, 회사의 설립과 유지·발전을 위해서는 자본적 기여자 이외에 노무를 제공하는 근로자 내지 종업원이라는 중요한 이해관계자가 기업내부에서 한 축을 담당하고 있다는 사실이 바뀔 수는 없다. 그런 점에서 주주는 주식이라는 지분을 소유한 자 내지 사원권자로 인식할 수는 있으나, 주식회사의 소유자로 보아서는 안 된다. 그럼에도 우리 사회에 만연해 있는 소유권적 기업관으로 인하여 경영권 세습이나, 지배주주의 ‘갑질’과 같은 전근대적 문제들이 노정된다.

궁극적으로 지배주주의 사익편취 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 그 해결책도 근본적으로는 소유권적 기업관에서 탈피하는 데에서 찾아야 할 것이다. 즉 주주본위의 제도 설계에서 이해관계자 모형에 입각한 제도 설계로 진화할 필요가 있다.³¹⁾

IV. 사익추구 규제의 보완방안 - 결론에 갈음하여

과거에 비하여 독점규제법의 일감몰아주기 금지 규정이나 회사법의 회사이익 유용금지 규정의 도입으로 지배주주의 사익추구는 전방위적으로 규제되고 있다.

이하에서는 이상의 규제에 대하여 제기될 수 있는 보완방안에 관하여 살펴본다.

1. 기업집단이익 개념의 도입과 기업집단법의 제정

일감몰아주기의 의혹에서 벗어나 시장의 내부화를 통한 효율성 증대 효과를 제도적으로 거둘 수 있는 방안은 독일 주식법과 같이 회사법에 기업단체법을 도입하는 것도 검토할 만한 제안이라고 본다. 이 경우 기업집단의 경영진은 기업집단이익 개념을 원용하여 경영판단의 원칙이 주는 안전처를 확보할 수 있을 것이다. 그러나 기업집단법의 도입 없이 기업집단이익 개념만을 도입하는 것은 사익추구 규제제도를 무의미하게 할 수 있어 인정해서는 안 될 것이다.

31) 이해관계자 모형의 회사법은 이익조정자로서의 이사회를 상정하고, 이사회는 주주대표만이 아닌 종업원대표를 비롯한 각 이해관계자대표로 구성된다. 종업원 내지 근로자 이외의 이해관계자들인 회사채권자, 계속적 거래관계에 있는 공급사슬 관계에 있는 자, 지역사회, 나아가 소비자, 환경 등의 이해관계자들은 그 대표자를 각 기업에 두는 실천적 방안을 강구하기 어렵기 때문에, 주주대표와 종업원대표로 구성하는 것이 실천적 방안일 것이다. 이사회는 영미식의 일원적 이사회일 수도 있고, 독일식의 이원적 이사회일 수도 있다.

2. 이해관계자 지배구조 모형 도입

앞서 잠시 언급한 바와 같이 재계와 시민사회가 대타협 하여 주주중심적 지배구조 모형에서 벗어나 유럽대륙 국가에서 취하고 있는 이해관계자 모형의 지배구조를 도입하는 것도 장기적으로 검토할 만한 제안이다.

우리 경제사회의 특수성을 감안해서 그리 된 것인지는 모르겠으나, 우리의 회사법은 애초 독립법을 계수했으면서도 독일 회사법의 산업민주주의 전통에 따른 이해관계자 모형의 지배구조는 취하지 않았고, 1998년 이후 영미식의 주주중심적 회사법 제도를 본격적으로 수용하면서 다수의 소주주들이 주주민주주의의 원리에 따라 향유해야 할 권리임에도 정작 주주대표소송제도나 지배주주의 충실의무는 도입하지 않았다.

유한한 지구 환경 속에서 지속가능발전을 지향하는 발전모델로서 이해관계자 지배구조에 대해서도 열린 자세로 임할 필요가 있다.

3. 지배주주의 충실의무

이 글 여러 곳에서 언급한 바와 같이 우리나라의 기업경영이 지배주주가 경영일선에 나서고 있다는 점에서 지배주주의 충실의무를 인정할 필요성이 크다. 특히 사실상 회사의 업무를 지배하면서도 정작 이사나 집행임원이 아닌 지배주주의 사익추구를 견제하기 위해서라도 지배주주의 충실의무는 도입되어야 할 것이다.

4. 대표소송권의 단독주주권화

이익충돌 상황에 처한 경영진을 상대로 하여 주주가 대응할 수 있는 대표적 무기인 대표소송권에 한층 손쉽게 주주들이 접근할 수 있도록 단독주주권으로 완화할 필요가 있다.

<참고 문헌>

임재연, 개정판 『회사법 II』 (박영사, 2013).

정찬형, 제18판 『상법강의 (상)』 (박영사, 2015).

곽관훈, “경제민주화에 대한 재검토와 법적 과제- 소위 ‘일감몰아주기’에 대한 규제를 중심으로”, 『법학연구』(전북대) 제43집 (2015).

김성수, “경제질서와 재산권 보장에 관한 현재결정의 평가와 전망”, 『공법연구』 제33권 제4호 (2005).

김화진·문병순, “회사기회유용과 부당내부거래”, CGS보고서 (2007. 1), http://www.cgs.or.kr/cen/CGS_cenPaper.asp?rWork=TblRead&rNo=188&rGotoPage=89&rSearchTitle=&rSearchPart= 최종 방문일자 2016. 4. 10.

송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제 근거의 검토”, 『상사법연구』 제33권 제3호 (2014).

송옥렬, “기업집단 부당내부거래 규제의 법정정책적 이해”, 『법학』(서울대) 제46권 제1호 (2005).

이동승, “주주의 지위 - 주주중심주의의 비판적 고찰”, 『경영법률』 제20집 제2호 (2010).

이호영, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당지원행위의 규제,” 『행정법연구』 제12호, 행정법이론실무학회, (2004).

정병덕, “부당지원행위의 규제목적과 적용범위”, 『상사판례연구』 제19집 제4권 (2006).