creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에 관한 연구

- 상법과의 정합성을 중심으로 -

2021년 2월

서울대학교 대학원

법학과 상법 전공

추 연 우

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에 관한 연구

- 상법과의 정합성을 중심으로 -

지도교수 魯 赫 俊

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2020년 11월

서울대학교 대학원
법학과 상법 전공
추 연 우

추연우의 석사 학위논문을 인준함
2021년 1월

위 원 장 송 옥 렬 (인)

부위원장 김 하 진 (인)

위 원 노 혁 준 (인)

국문초록

일감몰아주기 거래는 경영권의 확대 또는 승계를 목적으로 총수일가에게 부당한 이익을 귀속시키는 계열사 간 대규모 내부거래를 의미한다. 공정거래법과 회사법에서는 일감몰아주기 거래를 규제하여야 할 대상으로 판단하고, 이를 규제하기 위한 다양한 규정들을 두고 있는데, 공정거래법의 경우 제23조의2 제1항 제4호에서 일감몰아주기 거래를 명시적으로 금지하고 있고, 회사법의 경우 이사 등의 자기거래 금지규정과 회사기회 유용금지 규정을 통하여 일감몰아주기 거래를 절차적인 차원에서 통제하고 있으며, 소수주주의 권리를 구제하기 위한 손해배상제도 또한 규정하고 있다.

일감몰아주기 거래가 내부적인 측면에서 지배주주와 소수주주 간 이해관계의 충돌문제를 야기하고, 외부적인 측면에서 지원객체와 시장경쟁자 간 불공정한 경쟁문제를 발생시킨다는 점에서 일감몰아주기 거래에 관한 규제의 필요성은 인정된다고 볼 수 있다. 그리고 공정거래법과 회사법의 역할과 기능에 비추어 볼 때, 소수주주와 지배주주 간 이해관계의 충돌문제는 회사법의 영역에서, 지원객체와 시장경쟁자 간 불공정한 경쟁문제는 공정거래법의 영역에서 규율하는 것이 타당하다고 보여진다.

규정을 구체적으로 살펴보면, 공정거래법이 일감몰아주기 거래에 대하여 심리적 억제력을 부여하고, 일감몰아주기 거래로 나아간 행위자에 대하여 응보의 관점에서 처벌을 내리는 데에 초점을 맞추고 있는 반면, 회사법은 일감몰아주기 거래가 발생하지 않도록 절차적 차원에서 제동을 걸고, 일감몰아주기 거래로 발생한 비효율성과 불공정성의 문제를 해결하는 데에 초점을 맞추고 있다. 제도로서의 기능과 비용적 측면을 고려해 볼 때, 과징금·형벌과 같은 공법적 제재수단의 비중을 줄여나가는 대신, 손해배상과 같은 사법적 구제수단의 비중을 늘려나가는 방향으로 규제방식을 개선하는 것이 타당하다고 보여진다. 아울러 법령의 적용범위, 책임주체 및 입증책임과 같은 세부적인 규정에 대하여도 개선의 필요성이 있다고 보여진다.

한편, 제도의 정비와는 별개로 피해자들의 권리를 보호하고자 하는 법원의 노력 또한 확대될 필요가 있다. 일감몰아주기 거래의 규제수단으로서 손해배상의 역할이 중요해진 만큼 손해배상청구를 적극적으로 인용함으로써 피해자들의 권리를 보호하고자 하는 법원의 노력 또한 확대될 필요가 있다고 하겠다.

주요어 : 일감몰아주기, 내부거래, 공정거래법, 회사법, 공법적 제재수단, 사법적 구제수단, 효율성, 형평성
학 번 : 2014-20773

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 2 장 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 의의 ····· 5
제 1 절 입법배경 ····· 5
I. 일감몰아주기의 개념 ····· 5
II. 일감몰아주기의 문제점 ····· 11
III. 일감몰아주기 법제의 변화 ····· 16
제 2 절 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 주요내용 ····· 19
I. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개관 ····· 19
II. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 성립요건 ····· 23
III. 상대방의 지원 등 회피 의무 ····· 30
IV. 특수관계인의 지시 등 금지 의무 ····· 30
제 3 절 예외규정 ····· 31
I. 예외규정의 내용 및 체계상 지위 ····· 31
II. 안전지대와 예외규정의 관계 ····· 31
제 4 절 처벌규정 ····· 32
I. 시정명령 ····· 32
II. 과징금 ····· 33
III. 형벌 ····· 34

제 3 장 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 문제점 ····· 36
제 1 절 적용대상의 범위 ····· 36
I. 지원주체 ····· 36
II. 지원객체 ····· 38
III. 거래규모 ····· 46
제 2 절 과징금의 타당성 ····· 47
I. 사실관계 ····· 47
II. 공정거래위원회의 심결 ····· 48
III. 검토 ····· 48

제 3 절 형벌의 공정성 ····· 52
제 4 절 기타 문제점 ····· 53

제 4 장 일감몰아주기에 관한 회사법상 제도 ····· 54
제 1 절 사전적 예방수단 ····· 54
I. 이사 등의 자기거래 금지 ····· 54
II. 회사기회 유용금지 ····· 57
III. 이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분 ····· 60
IV. 위법행위 유지청구권 ····· 61
제 2 절 사후적 구제수단 ····· 62
I. 손해배상책임 ····· 62
II. 대표소송 ····· 67
III. 특별배임죄 ····· 69

제 5 장 일감몰아주기 거래의 효율적 규제방안 ····· 70
제 1 절 규정의 법률상 편제 ····· 70
제 2 절 규정의 구체적 검토 ····· 73
I. 법령의 적용범위 ····· 74
II. 법령의 책임주체 ····· 83
III. 사전적 예방수단 ····· 92
IV. 사후적 구제수단 ····· 99
V. 증거의 수집 및 입증책임 ····· 112
VI. 사회적 비용 ····· 118
VII. 종합 ····· 124
제 3 절 규정의 개선방안 ····· 126
I. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개선방안 ····· 127
II. 회사법의 개선방안 ····· 138

제 6 장 결론 ····· 150

참고문헌 ····· 154
Abstract ····· 161

표 목 차

[표 2-1] 일감몰아주기의 분류 ····· 9
[표 2-2] 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 구조 ····· 21
[표 2-3] 사익편취 행위유형에 따른 적용조항 ····· 22
[표 2-4] 미래에셋컨설팅의 내부거래 비중 ····· 27
[표 3-1] 2020년도 공시대상기업집단 ····· 37
[표 3-2] 합병을 통하여 규제대상에서 제외된 회사 ····· 39
[표 3-3] 주식 매각 후 규제대상에서 제외된 회사 ····· 41
[표 3-4] 미래에셋그룹의 일감몰아주기 내역 ····· 44
[표 3-5] 한진그룹에 대한 과징금 부과내역 ····· 48
[표 5-1] 일감몰아주기 거래의 규제영역 ····· 73
[표 5-2] 사각지대 회사의 내부거래 현황 및 추이 ····· 77
[표 5-3] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(행정) ····· 84
[표 5-4] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(형사) ····· 87
[표 5-5] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(민사) ····· 89
[표 5-6] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(형사) ····· 90
[표 5-7] 형벌규정의 법정형 비교 ····· 93
[표 5-8] 일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 예방수단 ····· 97
[표 5-9] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(1) ····· 107
[표 5-10] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(2) ····· 108
[표 5-11] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(3) ····· 109
[표 5-12] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(4) ····· 109
[표 5-13] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(행정) - 개선안 ··· 131
[표 5-14] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(형사) - 개선안 ··· 134
[표 5-15] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(형사) - 개선안 ····· 148

그 림 목 차

[그림 2-1] 일감몰아주기 거래에 따른 자원의 비효율적 배분 ····· 12
[그림 3-1] YK디벨롭먼트를 통한 간접지배 구조(미래에셋그룹) ····· 44
[그림 3-2] 삼성웰스토리를 통한 간접지배 구조(삼성그룹) ····· 45
[그림 5-1] 과징금 부과에 따른 자원의 비효율적 배분 ····· 101
[그림 5-2] 손해배상제도에 따른 자원의 효율적 배분 ····· 104
[그림 5-3] 제도의 시행과 사회적 비용 ····· 119

제1장 서론

최근 공정거래위원회가 미래에셋그룹이 일감몰아주기 거래를 통하여 총수일가에게 부당한 이익을 귀속시켰다고 하여 계열사들에게 과징금을 비롯한 제재처분을 내린 바 있다.[1] 미래에셋그룹이 계열사들로 하여금 미래에셋컨설팅이 운영하는 호텔 및 골프장을 이용하도록 사실상 강제하는 방법으로 총수일가에게 부당한 이익을 귀속시켰다고 판단하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 "공정거래법") 제23조의2 제1항 제4호를 적용한 것이다. 특히 이번 처분은 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 중 상당한 규모에 의한 지원 행위(공정거래법 제23조의2 제1항 제4호)를 단독으로 적용한 최초의 사례로서 향후 법 집행의 방향을 제시하였다는 점에서 의미가 있다.[2] 미래에셋그룹 이외에도 금호아시아나그룹,[3] SPC그룹,[4] 창신그룹[5] 등이 일감몰아주기 거래를 통하여 총수일가에게 부당한 이익을 귀속시켰다고 하여 최근 공정거래위원회로부터 제재처분을 받은 바 있다.[6]

---

1) 공정거래위원회 2020. 9. 18. 의결 제2020-262호 참조.

2) "기업집단 '미래에셋' 계열사들의 일감몰아주기 제재", 공정거래위원회 보도자료, 2020. 5. 27.

3) "'일감몰아주기' 아시아나 과징금 320억…공정위, 박삼구 前 회장 고발", 쿠키뉴스, 2020. 8. 27. 이 사안은 아시아나항공이 신규 기내식 공급업체에게 30년의 독점 공급권을 부여하는 것을 조건으로 해당 기내식 공급업체가 소속된 해외 그룹이 상당히 유리한 조건(0% 금리, 만기 최장 20년)으로 1,600억원 규모의 금호고속 신주인수권부사채를 인수하는 '일괄 거래'를 체결하고, 금호아시아나 그룹 소속 계열사들이 비계열 협력업체를 이용하여 우회적으로 금호고속에 유리한 조건의 금리(1.5~4.5%)로 총 1,306억원을 단기 대여한 사안이었는데, 제3자를 통하여 간접적으로 계열사를 우회 지원한 경우에도 공정거래법상 사익편취 행위에 해당할 수 있다고 판단한 사안으로서 의미가 있다.

4) "SPC 총수일가 일감 몰아주기 적발…과징금 647억·총수 고발", 서울신문, 2020. 7. 29.

5) "'회장 아들 회사 몰아주기' 나이키 제조사 과징금 385억원", 국민일보, 2020. 10. 13.

기업집단이 계열사 간 내부거래를 통하여 일감을 몰아주는 행위는 어제 오늘 발생한 일이 아니다. 그럼에도 불구하고 일감몰아주기 거래를 통한 사익편취 행위가 이와 같이 중요한 경제적 이슈로 부각된 것은 기업집단이 우리나라의 국민경제에서 차지하는 비중이 과거에 비하여 상당히 높게 증가하였고, 기업집단 내부거래 또한 이에 비례하여 증가하였기 때문이다. 2020년 공정거래위원회가 공시대상으로 지정한 64개 기업집단이 2019년 올린 매출액은 약 1,617조 원인데, 이는 2019년 우리나라 명목 GDP 약 1,919조 원의 84.3%에 해당하는 수치이고,[7] 2019년 공정거래위원회가 공시대상으로 지정한 59개 기업집단의 내부거래 규모는 약 198조 6,000억 원인데, 이는 2019년 우리나라 명목 GDP 약 1,919조원의 10.3%에 해당하는 수치이다.[8] 모든 기업집단 내부거래가 일감몰아주기 거래에 해당하는 것은 아니지만, 기업집단 내부거래가 증가하는 추세를 감안해 보면, 일감몰아주기 거래 또한 상당히 빠른 속도로 증가하고 있을 것이라고 추측할 수 있다.[9]

회사법과 공정거래법은 일감몰아주기 거래를 규제하여야 할 대상으로 판단하고, 이를 규제하기 위한 다양한 규정들을 두고 있다. 구체적으로 살펴보면, 공정거래법의 경우 제23조의2 제1항 제4호에서 일감몰아주기

---

6) 미래에셋그룹을 제외한 나머지 사례들에 대하여는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 일감몰아주기 규정이 직접적으로 적용되지 않았지만, 구조적으로 일감몰아주기를 통한 사익편취 행위와 밀접한 관련이 있는 사례들이기에 여기에서 언급하였다.

7) “국내 64대 그룹, GDP 84% 차지…고용 영향력은 11%”, 파이낸셜투데이, 2020. 6. 11.

8) “대기업집단 '내부거래' 198조, 전년대비 7.2조↑”, 뉴스토마토, 2019. 10. 14.

9) 일감몰아주기 거래는 크게 수직계열화에 의한 일감몰아주기 거래와 사업서비스업 영위회사에 의한 일감몰아주기 거래로 나눌 수 있는데, 수직계열화에 의한 일감몰아주기 거래가 거래회사 간 업종 연관성이 높아 정상적인 거래로 평가되는 반면, 사업서비스업 영위회사에 의한 일감몰아주기 거래는 거래회사 간 업종 연관성이 낮아 비정상적인 거래로 평가된다(이성태 외, 『일감 떼어주기와 몰아주기』, 율곡출판사, 2016, 332면). 이번 논문에서 분석하고자 하는 일감몰아주기의 거래 유형은 후자에 해당한다.

의 의미를 직접적으로 규정한 후 이를 명시적으로 금지하고 있고, 회사법의 경우 제398조 이사 등의 자기거래 금지규정과 제397조의2 회사기회 유용금지 규정을 통하여 일감몰아주기 거래를 절차적인 차원에서 통제하는 한편, 소수주주를 구제하기 위한 손해배상제도를 두고 있다. 기업집단을 하나의 법적 실체로 인정하지 않고,[10] 일반적인 회사법의 법리를 적용 또는 수정하여 문제를 해결하는 대부분의 입법례에 비추어 볼 때[11] 공정거래법과 회사법을 중첩적으로 적용하고 있는 우리나라의 일감몰아주기 규제방식은 상당히 이례적인 방식에 속한다고 볼 수 있다.

우리나라의 일감몰아주기 법제와 관련하여 두 가지 문제의식을 가질 수 있는데, 하나는 일감몰아주기 거래를 규제할 필요성이 인정되는지 여부이고, 다른 하나는 공정거래법과 회사법이 일감몰아주기 거래를 적절하게 규제하고 있는지 여부이다. 일감몰아주기 거래에 관한 규제의 필요성이 있는지 확인하기 위해서는 일감몰아주기 거래가 무엇을 의미하고, 일감몰아주기 거래가 가져오는 문제점에는 어떠한 것들이 있는지 확인하는 작업이 선행될 필요가 있다. 그리고 문제점이 확인되어 일감몰아주기 거래를 규제할 필요성이 인정된다면, 공정거래법과 회사법상 일감몰아주기 법제가 일감몰아주기 거래를 효율적으로 규제하고 있는지, 일감몰아주기 법제의 개선방안에는 어떠한 것들이 있는지 논의할 필요가 있다.

이번 논문의 목적은 이러한 문제들에 대한 답을 구해 나가는 데에 있다. 먼저 일감몰아주기의 의미와 일감몰아주기가 가져오는 문제점을 확

---

10) 기업집단에 대한 규정을 두고 있는 거의 유일한 법제는 독일 주식법(AktG)이다. 주식법은 결합기업(verbundene Unternehmen)에 대해서 제15조부터 제22조까지 총칙 규정, 제291조부터 제328조까지 각칙 규정을 두고 있는데, 독일의 법제는 현재 포르투갈, 체코 등 일부 유럽국가로 확산되어 있다. 송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제 근거의 검토”,『상사법연구 제33권 제3호』, 한국상사법학회, 2014, 308면.

11) “일감몰아주기 규제 강화 관련 법률 개정에 관한 공청회”, 국회정무위원회 배포자료, 2013. 3. 11(“경쟁법의 역사가 오래된 미국, EU, 호주, 뉴질랜드, 일본과 같은 선진국은 물론 러시아, 대만, 중국, 인도, 브라질, 멕시코, 아르헨티나, 필리핀과 같은 개발도상국에 이르기까지 계열사 간 거래를 불공정행위로 규율하는 입법례는 찾아볼 수 없음”).

인하고, 일감몰아주기 규제의 필요성이 인정되는지 확인할 필요가 있다. 그리고 일감몰아주기 거래에 대한 규제의 필요성이 인정된다면, 공정거래법과 회사법이 일감몰아주기를 적절하게 규제하고 있는지 검토한 후 이를 바탕으로 일감몰아주기 거래의 올바른 규제방안에 대하여 논의해 보고자 한다.

제2장 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 의의

제1절 입법배경

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 내용을 구체적으로 검토하기에 앞서 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 입법배경에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 일감몰아주기의 개념과 일감몰아주기의 문제점에 대하여 검토한 후 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호를 비롯한 현재의 일감몰아주기 법제가 도입된 배경에 대하여 살펴보고자 한다.

I. 일감몰아주기의 개념

일감몰아주기의 개념은 일감몰아주기의 의의와 종류로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 일감몰아주기 거래가 구체적으로 무엇을 의미하는지 검토하고, 일감몰아주기 거래의 종류에는 어떠한 것들이 있는지 살펴보고자 한다.

1. 일감몰아주기의 의의

일감몰아주기는 공정거래법,[12] 상속세 및 증여세법[13] 등 각종 법령을 비롯하여 판결문,[14] 정부의 보도자료,[15] 논문,[16] 언론 등에서 빈번하게

12) 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호 참조.

13) 상속세 및 증여세법 제45조의3 제1항 참조.

14) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결, 서울중앙지법 2011. 2. 25. 선고 2008가합47881 판결 등 참조

15) “일감몰아주기 심사지침 보도 관련 설명”, 공정거래위원회 보도자료, 2019. 11. 5, “일감몰아주기·일감떼어주기 증여세 신고·납부는 6월 30일까지”, 국세청 보도자료, 2017. 6. 16 등.

언급되고 있는 개념이지만, 그 의미는 통일되어 규정되어 있지 않다. 일반적인 사익편취 행위를 규제하기 위하여 도입된 공정거래법 제23조의2 제1항에서는 “공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있고, 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에서는 사익편취의 한 유형인 일감몰아주기를 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위”로 규정하고 있는바, 이를 종합해 보면, 일감몰아주기의 주요 요소로서 ① 거래조건 등에 대한 합리적 고려의 결여, ② 규모의 상당성, ③ 특수관계인에게의 부당한 이익 귀속을 들 수 있다.

일감몰아주기의 의미를 구체적으로 파악하기 위하여 하나의 모형을 상정하고자 한다. 甲이 동일인으로 지정된 기업집단 C가 있고, 기업집단 C에 소속된 계열사 A가 있다. A사는 주주로서 지배주주 甲(60%)과 소수주주 乙(40%)이 있고, 대표이사로 丁이 선임되어 있으며, 주식 수는 100주, 주가는 1원으로 시가총액이 100원(100주*1원)이고, 자산총액 또한 100원으로서 시가총액과 동일하다.[17] 지배주주 甲에게는 계열사의 지분을 추가로 매입하여 기업집단 C에 대한 경영권을 강화하는 동시에 甲의 직계비속 丙에게 기업집단 C에 대한 경영권을 승계할 목적이 있고, 그러기 위해서는 지분을 추가로 매입하고, 상속세와 증여세를 납부하기 위한 자금이 필요하다. 이러한 자금 마련을 위한 수단으로 甲이 새로운 계열사 B를 설립한다고 가정해 보자. 새로 설립된 B사의 주주로는 甲(50%)과 丙(50%)이 있고, 대표이사로 戊가 선임되었으며, 주식 수는 100주, 주

16) 천경훈, “회사기회의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012, 18면.

17) 자산총액=부채+자본총액(순자산)인데, 여기서는 자산총액 100, 부채 0, 자본총액 100으로 가정한다.

가는 1원으로서 시가총액이 100원(100주*1원)이고, 자산총액 또한 100원으로서 시가총액과 동일하다(이하 “일감몰아주기 모형”).[18]

만약 B사가 A사와 내부거래를 진행하여 매출액과 영업이익을 증가시킬 수 있다면, B사의 주가 또한 그에 비례하여 상승할 것이고, 甲과 丙은 가치가 상승한 B사의 주식의 일부 또는 전부를 매각함으로써 경영권의 확대 또는 승계를 위한 자금을 확보할 수 있게 되는바, 이런 점에서 甲에게는 A사와 B사 간 내부거래를 진행할 유인이 있다. A사의 대표이사 丁의 경우 선관주의의무 또는 충실의무에 따라 A사의 이윤을 극대화하는 것에 목표를 두고 업무를 진행하여야 하지만, 본인의 선임 및 해임과 관련하여 60%의 지분을 보유하고 있는 지배주주 甲의 영향을 받기 때문에 A사의 이익이 아닌 甲의 의사에 부합하는 방향으로 업무를 처리할 가능성이 높고,[19] 결국 丁은 B사의 가치를 상승시키는 방향으로 업무를 진행하게 될 것이다. 다시 말해 A사의 대표이사 丁은 A사가 B사와 거래하는 것이 B사의 가치를 상승시키는 데에 도움이 된다면, 설령 A사에게 재산상 손해가 발생한다고 하더라도 일감몰아주기 거래를 진행하게 될 것인데,[20] 이러한 일련의 과정을 거쳐 발생하는 대규모 내부거래가 일감몰아주기 거래이다. 이상에서 설명한 일감몰아주기 거래의 전개 과정을 정리하면, 다음과 같다.[21]

---

18) A사와 마찬가지로 자산총액 100, 부채 0, 자본총액 100으로 가정한다.

19) 지배주주인 총수일가가 이사의 지위에서 직접 업무를 집행하는 경우도 상당하다. 2019년도 공시대상기업집단(56개) 중 총수 있는 집단(49개)의 분석 대상 회사(1,801개 사)에서 총수일가가 이사로 등재된 회사는 321개 사(17.8%)로 나타났고, 특히 주력회사(41.7%), 지주회사(84.6%), 사익편취 규제 대상 회사(56.6%)에 집중적으로 이사로 등재되어 있는 것으로 나타났다(“2019년 공시 대상 기업집단 지배구조 현황 공개”, 공정거래위원회 보도자료, 2019. 12. 9).

20) 2019년도 공시대상기업집단을 대상으로 조사한 결과 이사회 안건 가운데 대규모 내부거래 관련 안건은 755건(11.2%)으로, 모든 안건이 원안대로 가결되었고, 사익편취 규제대상에 해당하는 상장회사의 경우에도 이사회 원안 가결률이 100%인 것으로 나타났다(“2019년 대기업집단 지배구조 현황 발표”, 공정거래위원회 보도자료, 2019. 12. 10).

21) 정준혁, “일감 몰아주기 법제에 대한 입법평가”, 『공정경쟁 입법에 대한 평가』,

① (개인회사 설립 및 조직 확보) 먼저 지배주주 개인이나 그 가족이 비교적 적은 자본으로 회사를 설립한다. 지배주주 가족이 기업집단에 소속된 소규모 계열회사의 지분을 취득해도 된다. 해당 회사는 시스템통합, 물류, 광고, 부동산 관리 등 기업집단에 속한 회사들이 필요로 하는 업무를 수행하는 데에 필요한 인적 물적 조직을 영업양수 등의 방법으로 확충한다.

② (대규모 거래 및 주식가치 상승) 지배주주는 기업집단의 지배력을 바탕으로 기업집단에 소속된 회사들은 자신이 수행하는 업무와 직·간접적인 관련이 있는 업무를 이러한 지배주주의 개인회사에 맡기고 해당 회사와 대량으로 거래한다. 거래는 경쟁입찰의 방식보다는 수의계약의 형태로 이루어지는 경우가 많다. 지배주주의 개인회사는 업무를 수행한 경험이 대체로 적기 때문에 계열회사와의 내부거래가 전체 거래의 대부분을 차지한다. 물량을 제공받은 개인회사의 매출액과 영업이익 등은 단기간 내에 크게 증가하고, 지배주주 가족들의 주식가치 또한 크게 상승한다.

③ (경영권 확보 및 승계) 지배주주 가족들은 개인회사를 거래소에 상장한 후 해당 지분을 시장에서 처분하거나 제3자에게 매각함으로써 이를 현금화한다. 지배주주 가족은 이렇게 확보한 현금을 기업집단을 지배함에 있어 필요한 지분을 매입하는 데에 사용하거나 증여세, 상속세 납부 자금 등으로 활용한다. 일감몰아주기의 혜택을 받은 회사가 보유하는 현금으로 기업집단 지배구조의 정점에 있는 회사의 지분 일감몰아주기의 혜택을 받은 회사가 보유하는 현금으로 기업집단 지배구조의 정점에 있는 회사의 지분을 매입하거나 해당 회사와 합병 등을 하기도 한다. 지배주주 개인은 이러한 방법을 통해 기업집단에 대한 지배권을 확고히 하거나 후대에 경영권을 승계한다.

서울대학교 법학연구소, 2020, 84-85면.

정리해 보면, 일감몰아주기 거래는 “경영권의 확대 또는 승계를 목적으로 동일한 기업집단에 속하는 두 계열사 사이에 상당한 규모의 내부거래를 진행하여 지배주주 일가에게 이익을 귀속시키는 행위”로 정의할 수 있다.

2. 일감몰아주기의 종류

일감몰아주기 거래는 ① 공정한 조건에 의하여 일감몰아주기 거래가 이루어지는지 여부와 ② 일감을 몰아주기 전 지원주체가 내부적으로 일감을 해결하고 있었는지 여부에 따라 크게 4가지 종류로 분류할 수 있다. 첫 번째는 지원주체가 내부적으로 해결하던 일감을 불공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우이고(편의상 이를 ⓐ형 일감몰아주기라고 한다), 두 번째는 지원주체가 외부적으로 해결하던 일감을 불공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우이다(편의상 이를 ⓑ형 일감몰아주기라고 한다). 세 번째는 지원주체가 내부적으로 해결하던 일감을 공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우이고(편의상 이를 ⓒ형 일감몰아주기라고 한다), 네 번째는 지원주체가 외부적으로 해결하던 일감을 공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우이다(편의상 이를 ⓓ형 일감몰아주기라고 한다). 일감몰아주기 거래의 종류를 기준에 따라 도표로 정리하면, 다음과 같다.

[표 2-1] 일감몰아주기의 분류

		일감 해결방법 (일감몰아주기 前)	
		내부	외부
조건	불공정한 조건	ⓐ	ⓑ
	공정한 조건	ⓒ	ⓓ

일감몰아주기의 종류에서 주목할 점은 불공정한 조건의 일감몰아주기 거래뿐만 아니라 공정한 조건의 일감몰아주기 거래도 발생할 수 있다는 점인데, ① 거래규모가 일정수준 이상으로 증가하면, 지원객체는 거래비용의 감소[22] 및 규모의 경제[23] 효과로 늘어나는 일감 비율 이상의 경제적 이익을 취득할 수 있고,[24] ② 대량의 일감을 확보하여 안정적인 매출과 영업이익을 올리는 것만으로도 회사의 주가를 상승시켜 지배주주 및 그 일가에게 이익을 귀속시킬 수 있기 때문이다. 지원객체에게 불리한 조건의 일감몰아주기 거래가 진행되더라도 지원객체의 주가가 상승하여 지배주주 일가에게 이익이 귀속될 수 있지만, 지원객체에게 지나치게 불리하여 영업손실이 발생하는 수준에까지 이른다면, 오히려 주가가 하락하여 지배주주 일가가 손해를 보게 되므로 현실적으로 지원주체에게 불

---

22) 기업집단 외부 제3자와의 거래를 같은 기업집단에 속한 계열회사 간의 거래로 내부화할 경우 ① 협상 등에 투입되는 거래 비용을 절감할 수 있고, ② 시장의 변화에 대응할 시간을 확보할 수 있으며, ③ 지원객체가 기업집단 내부거래를 통하여 안정적인 공급처와 수요처를 확보함으로써 향후 신규 사업에 진출하거나 기존 사업을 확장함에 있어서 기업집단이 보유한 자금, 자산, 인력, 네트워크, 명성, 고객관계 등을 최대한 활용하여 다른 시장 경쟁자들에 비하여 경쟁력을 단기에 확보할 수 있다(손영화, “기업집단 내 내부거래에 관한 연구”,『상사법연구 제32권 제1호』, 한국상사법학회, 2013, 163면 ; 신영수, “대규모기업집단의 부당내부거래 개선방안에 대한 검토: 일감몰아주기 문제의 접근방식과 규제개선의 방향”,『경쟁저널 제163권』, 한국공정경쟁연합회, 2012, 8면 ; 송창현·조중일·김남훈, “기업집단 내부거래 규제의 현황과 개선 방안”,『법학평론 제4권』, 서울대학교 법학평론 편찬위원회, 2013, 144면).

23) 규모의 경제(Economies of Scale)란 상품의 생산량을 늘려나감에 따라 상품을 생산하는 데에 투입되는 한계비용(MC)과 평균비용(AC)이 감소하는 현상을 의미하는데, 이와 같은 규모의 경제가 나타날 경우 기업 입장에서는 생산량을 최대한 늘림으로써 한계비용과 평균비용을 낮출 수 있고, 이는 그만큼 기업이 가격을 낮추어 다른 기업과 경쟁할 수 있다는 것을 의미하므로 일감몰아주기를 통하여 기업은 경쟁력을 제고하고 수익을 극대화할 수 있다. 이준구·이창용,『경제학원론 제3판』, 법문사, 2005, 141-142면.

24) 가령, 매출이 10% 늘어나면, 영업이익 및 당기순이익은 10% 이상으로 증가하게 된다.

리한 조건의 일감몰아주기 거래가 발생하는 경우는 흔치 않다.[25] 이번 논문에서도 지원객체에게 불리한 조건의 일감몰아주기는 논의대상에서 제외하고자 한다.

II. 일감몰아주기의 문제점

일감몰아주기의 종류에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 거래는 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래와 공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래로 나눌 수 있고, 각각의 일감몰아주기 거래는 다시 일감을 몰아주기 전 지원주체가 내부적으로 일감을 해결하던 유형과 시장을 통하여 외부적으로 일감을 해결하던 유형으로 나눌 수 있다. 이하에서는 일감몰아주기 거래의 종류에 따라 각각 어떠한 문제가 발생할 수 있는지 살펴보고자 한다.

1. 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기

불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래의 문제점은 기업 내부적인 문제점과 기업 외부적인 문제점으로 나누어 살펴볼 수 있는데, 기업 내부적인 문제점은 지배주주와 소수주주의 관계와 관련이 있고, 기업 외부적인 문제점은 지원객체와 시장경쟁자의 관계와 관련이 있다.

1) 지배주주와 소수주주의 관계

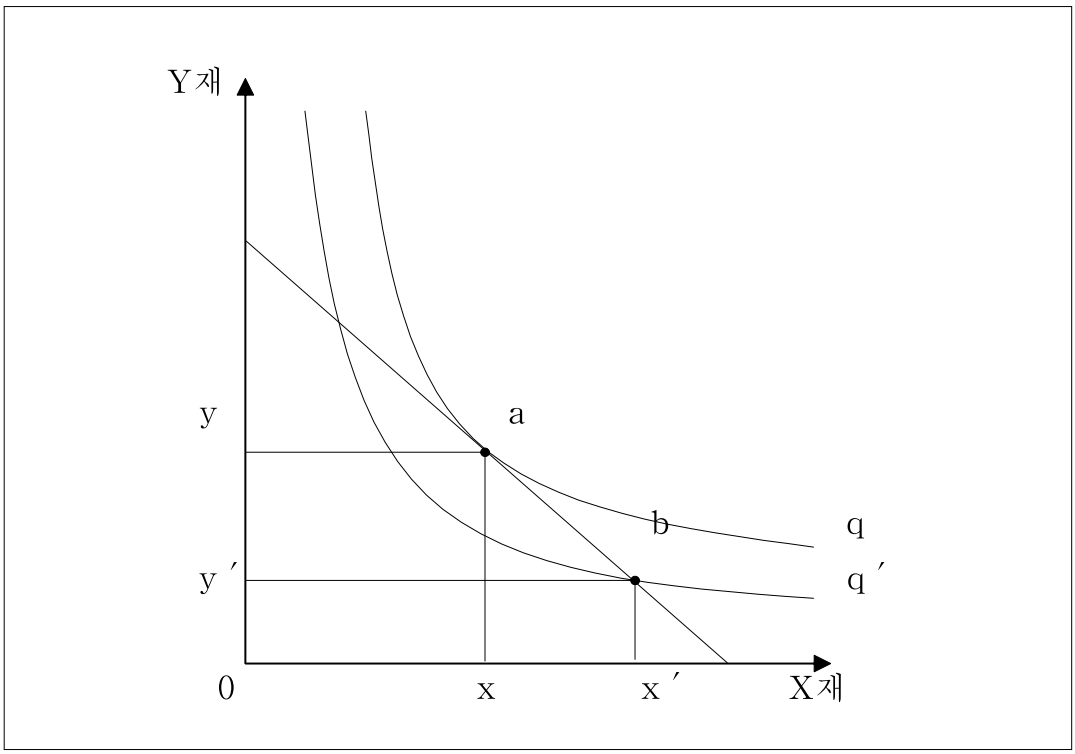
자원의 비효율적 배분을 발생시키는 요인으로는 ① 독과점 등에서 비롯되는 불완전한 경쟁시장, ② 비배제성과 비경합성을 지니는 공공재, ③ 시장의 경제질서에 반영되지 않는 외부효과, ④ 정보의 비대칭성에 따른 본인-대리인 문제 등을 들 수 있는데,[26] 불공정한 조건에 의한 일감몰아

25) 정준혁, 앞의 논문, 90면.

26) 이준구,『미시경제학 제6판』, 문우사, 2013, 618-623면 ; 김세균 외,『정치학의 이해』, 박영사, 2005, 206-209면. 이러한 자원의 비효율적 배분은 시장의 실패

주기는 정보의 비대칭성에 따른 본인(지원객체)-대리인(대표이사) 문제의 대표적인 사례로서 역선택(inefficient investment choices)과 도덕적 해이(inefficient or insufficient effort)에 따른 자원의 비효율적 배분 문제를 야기한다.[27] 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래에 따른 자원의 비효율적 배분을 그래프로 나타내면, 다음과 같다.

[그림 2-1] 일감몰아주기 거래에 따른 자원의 비효율적 배분



위 그래프를 보면, 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래에서 자원의 비효율적 배분이 어떻게 나타나는지 구체적으로 확인할 수 있다. 앞서 제시한 일감몰아주기 모형에서 B사가 소비재를 생산하는 기업인데,

---

문제를 야기한다.

27) 공경태·최종서, “기업지배구조, 대규모기업집단과 대리인 비용”,『국제회계연구 제49권』, 한국국제회계학회, 2013, 253면. 다만, 위 논문에서는 소수주주를 본인, 대표이사를 대리인으로 보는 듯하지만, 대표이사는 회사의 대리인이고, 회사와 주주는 별개의 권리주체라는 점에서 회사를 본인, 대표이사를 대리인으로 보는 것이 타당하다고 보여진다.

A사가 한정된 예산으로 B사의 물건 X재와 기업집단 C에 속하지 않는 D사의 물건 Y재를 구매하려고 한다고 가정해 보자. 이를 그래프로 나타내면, A사의 예산은 우하향하는 모양의 직선으로 나타나고, X재·Y재 소비에 따른 A사의 효용이 동일한 지점을 선으로 연결하면, 원점을 향해 볼록한 모양의 곡선으로 나타나게 되는데,[28] 경제학적으로 이를 각각 예산제약선[29]과 무차별곡선[30]이라고 부른다. A사의 예산제약선이 위와 같을 때, A사는 예산제약선의 범위 안에서 효용을 극대화할 수 있는 지점을 선택하여야 하고, 이 경우 한정된 예산제약선에서 효용을 극대화하기 위해서는 q의 효용을 얻을 수 있는 a지점을 선택하는 것이 가장 합리적인 선택이 된다.

그런데 여기서 A사의 대표이사 丁이 지배주주 甲의 의사에 따라 B사의 가치를 상승시킬 목적으로 a지점이 아닌 b지점을 선택한다고 가정해 보자. 이 경우 B사의 매출은 X재의 가격*(x′-x)만큼 증가하게 될 것이고, A사의 효용은 q-q′만큼 감소하게 된다. 丁이 B사에게 이익을 귀속시킬 목적으로 A사에게 불리하고 B사에게 유리한 불공정 거래를 진행한 것인데, 이러한 불공정 거래는 자원의 비효율적 배분으로 이어지고, 자원의 비효율적 배분은 다시 시장 전체의 잉여(surplus)[31] 감소로 이어지게 된다. 결국 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래로 인하여 자원이 비효율적으로 배분되고, 이는 개인적 측면에서 지원주체에게 재산상 손해를 발생시키는 한편, 사회적 측면에서 시장 전체의 효율성을 저해하는 결과를 초래한다는 사실을 알 수 있다.[32]

---

28) 이는 특정재화의 소비량을 늘릴수록 그에 대한 소비자의 효용은 감소하는 한계효용체감의 법칙에 따라 나타나는 현상이다.

29) 이준구, 앞의 책, 97면.

30) 이준구, 위의 책, 82면.

31) 이는 다른 말로 사회적 잉여(social surplus)라고도 하는데, 생산자잉여(producer surplus)와 소비자잉여(consumer surplus)를 합친 개념이다. 이준구, 위의 책, 170면.

32) 한편, 사안과 같이 정보의 비대칭성으로 인한 본인-대리인 문제를 해결하기 위하여 소요되는 비용을 대리비용(agency costs)이라고 한다(Jensen & Meckling,

2) 지원객체와 시장경쟁자의 관계

다음으로 지원객체와 시장경쟁자의 관계에서 나타나는 문제점을 확인할 필요가 있다. ⓐ형 일감몰아주기와 같이 지원주체가 내부적으로 해결하던 일감을 불공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우에는 애초에 일감을 제공받던 시장경쟁자들이 존재하지 않았기 때문에 불공정한 경쟁의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 ⓑ형 일감몰아주기와 같이 지원주체가 외부적으로 해결하던 일감을 불공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우에는 수의계약을 통하여 지원객체에게 의도적으로 일감을 몰아줌에 따라 외부 시장경쟁자들이 공정한 경쟁에 참여할 수 있는 기회가 제한되고,[33] 이러한 불공정 경쟁의 문제는 지원객체, 나아가 지원객체가 소속된 기업집단에 경제력을 집중시킴으로써 향후 독과점에 따른 비효율성의 문제를 야기할 수 있다.[34][35] 일감몰아주기 거래가 기업집단 내부에서 효율적일지라도 사회 전체적으로는 비효율적일 수 있다고 하는 이유가 여기에 있다.[36]

"Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs and ownership structure", 『Journal of Financial Economics』, Elsevier, 1976, p.308). 또한, 전문경영인 지배기업에서 소유자와 경영자 사이에 발생하는 대리비용을 수직적 대리비용(vertical agency costs)이라고 하고, 소유주 지배기업에서 지배주주와 소수주주 사이에 발생하는 대리비용을 수평적 대리비용(horizontal agency costs)이라고 한다(공경태·최종서, 앞의 논문, 257면).

33) 최정표, "기업구조와 시장경쟁", 『한국의 대기업 누가 소유하며 어떻게 지배되는가』, 오름시스템, 1995, 126면.

34) 헌법재판소도 "계열회사 간에 이루어지는 지속적인 부당내부거래는 독과점적 이윤을 상호간에 창출시키게 되고, 그 결과 대기업집단 소속 계열회사들의 독점력을 강화함으로써 경제력 집중의 폐해를 야기한다"고 판시하여 경제력 집중에 따라 독과점의 문제가 발생할 수 있음을 판시하고 있다. 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25결정.

35) 독과점이 어떻게 자원의 비효율적 배분을 초래하는지에 대한 구체적인 설명은 이번 논문의 직접적인 주제가 아니므로 생략하고자 한다.

2. 공정한 조건에 의한 일감몰아주기

공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래의 문제점 또한 기업 내부적인 문제점과 기업 외부적인 문제점으로 나누어 살펴볼 수 있는데, 기업 내부적인 문제점은 지배주주와 소수주주의 관계와 관련이 있고, 기업 외부적인 문제점은 지원객체와 시장경쟁자의 관계와 관련이 있다.

1) 지배주주와 소수주주의 관계

공정한 조건에 의한 일감몰아주기의 경우 지원주체와 지원객체 모두의 이익에 부합하는 방향으로 의사결정이 내려지고, 자원이 효율적으로 배분되므로 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기와 달리 지원주체 또는 소수주주에게 재산상 손해는 발생하지 않는다.[37][38] 그러나 지원주체가 직접 해당 사업을 할 수 있었음에도 불구하고 지원객체에게 일감을 몰아주었다면, 소수주주가 해당 사업에 참여할 수 있는 기회를 부당하게 배제하는 것이 되고, 이는 법률적으로 소수주주의 사업기회 참여배제에 따른 공정성의 문제, 경제적으로 지배주주와 소수주주 간 부의 불균등 분배에 따른 형평성의 문제로 나타난다. 실제로 공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래에 대한 사회적 비판도 효율성의 측면보다는 규범적·분배적 측면에 더 주목하는 모습을 보이고 있다.[39]

---

36) 이러한 외부효과를 일감몰아주기 규제의 핵심근거로 보는 견해도 있다. 윤창호·최윤동, “대기업집단 내부거래 규제에 대한 연구”,『산업조직연구 제15권 제1호』, 한국산업조직학회, 2007, 15면.

37) 송옥렬, 앞의 논문, 323면.

38) 지원주체의 재산상 손해를 전제로 하지 않는다는 점에서 내부거래와 구분된다. 송옥렬, 위의 논문, 322면 ; 이봉의, “독점규제법상 부당지원행위 : 법과 정책의 조화를 위한 시도”,『경쟁법연구 제27권』, 2013, 235면(“비록 지원주체가 대량거래로 인한 경제상 이익을 얻을 수 있으나, 이때의 이익이 지원주체로부터 지원객체로 ‘이전된’ 이익이라고 보기는 어렵다”).

2) 지원객체와 시장경쟁자의 관계

공정한 조건에 의한 일감몰아주기에 있어서 지원객체와 시장경쟁자의 관계는 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기의 관계가 그대로 적용된다. ⓒ형 일감몰아주기와 같이 지원주체가 내부적으로 해결하던 일감을 공정한 조건에 지원객체에게 몰아주는 경우에는 애초에 시장경쟁자들이 존재하지 않기 때문에 불공정한 경쟁의 문제가 발생하지 않는다. 반면, ⓓ형 일감몰아주기와 같이 지원객체가 외부적으로 해결하던 일감을 공정한 조건에 지원주체에게 몰아주는 경우에는 외부의 시장경쟁자들이 공정한 경쟁에 참여할 수 있는 기회를 제한당하게 되고, 이러한 불공정한 경쟁을 통하여 지배주주에게 집중된 경제력은 향후 독과점과 같은 비효율성의 문제로 나타날 수 있다.

III. 일감몰아주기 법제의 변화

살펴본 바와 같이 일감몰아주기 거래는 기업 내부적으로 지배주주와 소수주주 간 이해관계 충돌문제를 야기하고, 기업 외부적으로 지원객체와 시장경쟁자 간 불공정한 경쟁문제를 발생시킨다. 다시 말해 일감몰아주기 거래에 대한 규제의 필요성이 인정된다고 볼 수 있는데, 이처럼 일감몰아주기 거래를 규제하기 위한 목적에서 등장한 법제가 일감몰아주기 법제이다. 일감몰아주기 법제는 2011년을 기점으로 획기적인 변화를 맞이하였는바, 이하에서는 2011년 이전에 존재하였던 일감몰아주기 법제의 내용과 한계에 대하여 살펴보고, 2011년 이후 등장한 일감몰아주기 법제에 대하여 알아보고자 한다.

1. 일감몰아주기에 관한 기존 법제

39) 송옥렬, 위의 논문, 325면.

일감몰아주기 법제가 도입되기 이전에도 공정거래법과 회사법에 일감몰아주기 거래를 규제하는 규정들은 존재하였다. 구체적으로 살펴보면, 2011년 개정되기 전 상법 제398조에서 이사와 회사 간의 거래나 내부거래를 하는 두 회사의 이사를 겸직하고 있는 경우 이사회의 승인이 필요한 것으로 규정하고 있었고,[40] 이사가 내부거래를 통하여 회사에 부당한 손해를 야기한 경우 회사는 상법 제382조의3에 규정된 충실의무 위반에 근거하여 이사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있었다. 그리고 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서는 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 불공정거래행위의 일종인 부당지원행위로 보아 규율하였다.

그러나 지원주체와 지원객체 간에 이사의 겸직 등이 없는 경우에는 상법 제398조의 자기거래 금지 규정을 적용하기 어려웠고, 회사기회를 유용하였다고 하여 소수주주들이 현대차그룹 총수일가를 상대로 손해배상을 제기한 사안(“현대글로비스 사건”)에서 법원은 총수일가가 현대차 등 계열사들로부터 부당 지원을 받은 사실 자체는 인정했지만, “회사에 현존하는 현실적이고 구체적인 사업기회”로 인정되는 경우에 한하여 이사의 충실의무위반이 문제될 수 있다고 해석하여 회사기회를 유용하지는 않았다고 판시한 바 있다.[41][42] 같은 취지로 소수주주들이 신세계그룹 임원진들을 상대로 손해배상을 제기한 사안(“광주신세계 사건”)에서 대법원은 “이사회가 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 회사에 이익이 될 여지가 있는 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인한 경우 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반한 것이라고 볼 수

---

40) (舊)상법 제398조 (이사와 회사간의 거래) 이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.

41) 서울중앙지법 2011. 2. 25. 선고 2008가합47881 판결 참조.

42) "일감몰아주기, '회사기회유용금지' 적용 어렵다", 더벨, 2013. 10. 29.

없다"고 하여 이사의 선관주의의무 또는 충실의무위반을 인정하지 않았다.[43]

공정거래법에서 규정하고 있는 부당지원행위 또한 현저히 유리한 조건으로 거래하는 경우에 한하여 적용되었기 때문에 일감몰아주기가 공정한 조건으로 이루어졌다면, 이를 부당지원행위로 보아 규제하기가 쉽지 않았다. 비록 공정거래위원회가 제시한 부당한 지원행위의 심사지침에서는 조건과 관계없이 현저한 규모로 이루어진 지원행위도 부당지원행위의 한 유형으로 보았으나,[44] 어느 정도의 물량이 제공되어야 지원객체를 지원한 것으로 볼 수 있을지를 판단하는 것이 쉽지 않았던 관계로[45] 공정한 조건에 이루어진 일감 몰아주기를 단지 규모가 많다는 이유만으로 규율하기는 여전히 어려웠다.[46] 실제로 공정거래위원회가 공정한 조건으로 거래가 이루어졌음에도 불구하고 현저한 규모로 거래하였다고 하여 과징금을 부과한 사례는 단 한 건에 불과했다.[47]

2. 일감몰아주기 법제의 등장

---

43) 대법원 2013. 9. 12., 선고, 2011다57869 판결.

44) "지원행위"라 함은 지원주체가 지원객체에게 직접 또는 간접으로 제공하는 경제적 급부의 정상가격이 그에 대한 대가로 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 정상가격보다 높거나(무상제공 또는 무상이전의 경우를 포함한다. 이하 이 심사지침에서 같다) 현저한 규모로 거래하여 지원주체가 지원객체에게 과다한 경제상 이익을 제공하는 작위 또는 부작위를 말한다(舊 부당한 지원행위의 심사지침 참조)

45) 송옥렬, 앞의 논문, 315면.

46) 정준혁, 앞의 논문, 97면. 예를 들어 대법원은 현대투자신탁운용 사건에서 "현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있다"고 보아 부당지원행위가 성립할수 있음을 인정하였으나 실제 해당 사건에서는 부당지원행위 성립이 인정되지 않았다. 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결, 송옥렬, 앞의 논문, 330면.

47) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결. 이는 앞서 언급한 현대글로비스 사례와 구분되는 또 하나의 현대글로비스 사례이다.

일감몰아주기 법제는 기존의 일감몰아주기 법제가 일감몰아주기 거래를 효율적으로 규제하지 못한다는 문제를 해결하기 위하여 등장하였다. 구체적으로 살펴보면, 상법 제398조에서 규제 대상자의 범위를 확대하는 한편, 거래 내용과 절차에 공정성의 요건을 추가하여 일감몰아주기 거래가 해당 규정에 의하여 규제될 수 있도록 개정하였고, 현대글로비스 판결의 영향으로 회사기회 유용금지 규정(상법 제397조의2)을 도입하여 일감몰아주기 거래를 직접적으로 규제할 수 있도록 하였다. 공정거래법에서는 기존 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 "현저히"에서 "상당히"로 완화하는 동시에 부당지원행위의 내용을 보다 구체적으로 적시하였고, 특수관계인에 대하여 부당한 이익을 제공하는 것을 금지하는 공정거래법 제23조의2를 신설함으로써 일감몰아주기 거래를 비롯한 사익편취 행위를 직접적으로 규율할 수 있게 되었다.

특히 신설된 공정거래법 제23조의2는 각 호에서 다양한 유형의 사익편취 행위를 구체적으로 열거하는 방식으로 규제하고 있는데, 제4호는 제1호, 제2호, 제3호에서 규정하고 있는 다른 사익편취 행위와 달리 성립요건에 "상당한 규모"라는 단어를 명시적으로 언급함으로써 일감몰아주기 거래를 직접적인 규제대상으로 하고 있음을 알려주고 있다. 이하에서는 이처럼 일감몰아주기 거래를 직접적으로 규제하고 있는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에 대한 연구를 통하여 공정거래법상 일감몰아주기 법제가 일감몰아주기 거래를 어떻게 규제하고 있는지 구체적으로 살펴보고자 한다.

제2절 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 주요내용

I. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개관

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 내용을 구체적으로 검토하기에 앞서 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호를 전체적으로 개관할 필요가 있다. 먼저 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 전체적인 구조에 대하여

살펴보고, 해당 규정이 다른 사익편취 조항들과 어떠한 차이를 가지는지 살펴보고자 한다.

1. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 구조

본래 기업집단 내 계열회사 간의 내부거래는 회사기회 유용이나 기업집단 내 핵심역량과 부의 편법적 이전(tunnelling effect),[48] 경영의 불투명성 심화로 인한 주주 및 채권자들의 이익 침해, 한계기업의 존속에 따른 기업집단 내 부실의 확산, 거래상대방의 고착화로 인한 경영전략의 경직화 및 획일화 등 다양하고 심각한 수준의 폐해를 야기하는 행위로서 회사법적 통제수단의 대상이 되어 왔다. 그에 따라 대다수 나라들에서는 이 문제를 주로 회사법적 책임 추궁과 더불어 형사적 처벌수단을 통하여 견제와 제재를 가해 오고 있다.[49] 그러나 우리나라의 대기업집단은 총수개인 또는 그 가족이 소수의 지분을 통해 기업집단 전체를 지배하는 지배구조로 되어 있어서 위와 같은 기업집단 내 외부의 견제장치들이 원만히 작동되기 힘든 상태에 있었고, 재벌총수의 사적인 이해관계에 따라서 기업집단의 중요한 의사결정이 이루어지기도 하였다.[50]

공정거래법 제23조의2는 이러한 배경 하에서 제정되었는데, 부당지원행위를 통해 실제로 이득을 얻는 수혜자인 지원객체에 대해서도 과징금을 부과할 수 있는 근거규정을 마련하는 한편,[51] 대기업집단 총수일가의 사익편취 행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 공정거래 저해성이 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하였는지 여부를 기준으로 위법성을 판

---

48) 터널링(tunnelling)이라는 용어는 지하터널을 통해 재산을 빼돌리는 것처럼 지배주주들이 회사로부터 자산과 이익을 외부로 이전시키는 행위를 의미한다(Simon Johnson et al., “Tunnelling”, 『The American Economic Review』, American Economic Association, 2000, p.22).

49) 신영수, “계열사 간 내부거래(부당지원행위) 규제에 대한 입법론적 분석과 대안”, 『법제연구 제43호』, 고려대학교 법학연구원, 2012, 69-70면.

50) 백승엽, 『공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구』, 경인문화사, 2017, 35-36면.

51) 공정거래법 제23조의2 제3항 참조.

단함으로써 성립요건을 완화하였다. 사익편취 행위에 관한 공정거래법상 규정은 공정거래법 제23조의 2에 따른 사익편취 규정, 공정거래법 제24조에 따른 시정명령, 공정거래법 제24조의2에 따른 과징금, 공정거래법 제66조 제1항 제9의2호에 따른 형벌로 구성되어 있는데, 공정거래법 제23조의2는 다시 사익편취의 성립요건을 구체적으로 규정한 제1항, 사익편취의 예외사유를 규정한 제2항, 지원객체의 지원 등 회피의무를 규정한 제3항, 특수관계인에게 지시 등 금지의무를 규정한 제4항으로 나눌 수 있으며, 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호는 다시 사익편취의 한 종류로서 일감몰아주기 거래를 규율하고 있다. 회사법이 내부거래를 통한 사익편취 행위에 대하여 손해배상제도나 금지청구제도 등을 비롯한 사적 집행(private enforcement)을 중심으로 규제하고 있는 반면, 공정거래법은 사익편취 행위에 대하여 행정적 제재나 형벌권 등 공적 집행(public enforcement)을 중심으로 규제하고 있다는 점에서 공정거래법적 규제수단과 회사법적 규제수단의 본질적인 차이가 존재한다.[52] 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 구조를 도표로 나타내면 다음과 같다.

[표 2-2] 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 구조

성립요건	제23조의2 제1항 제4호	지원주체
		지원객체
		합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래
		특수관계인에게 부당한 이익의 귀속
	제23조의2 제3항	상대방의 지원 등 회피의무
	제23조의2 제4항	특수관계인의 지시 등 금지의무
예외규정	제23조의2 제2항	기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성
처벌규정	제24	시정명령
	제24조의2	과징금
	제66조 제1항 제9의2호	형벌

52) 이선희, “한국 경쟁법의 사적 집행제도의 개요와 향후 발전방향”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014, 279면.

2. 다른 조항과의 비교

공정거래법 제23조의2에서는 내부거래를 통한 사익편취 유형들을 구체적으로 적시하고 있는데, 제1호에서 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”, 제2호에서 “회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위”, 제3호에서 “특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”, 제4호에서 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위”를 각 규정하고 있다. 공정거래법 제23조의2 제1항 각 호의 사익편취 행위와 이를 구체적으로 규정하고 있는 동법 시행령 제38조 제3항 관련 [별표 1의3] 각 호의 행위유형을 종합하면, 제1호, 제2호, 제3호가 “상당히 유리한 조건”, 다시 말해 대가성 지원을 통한 사익편취 행위를 의미하는 반면, 제4호는 “상당한 규모의 거래”, 다시 말해 규모성 지원을 통한 사익편취 행위를 의미한다고 할 수 있다.[53] 사익편취의 행위 유형에 따른 공정거래법 제23조의2 제1항의 적용조항을 도표로 정리하면, 다음과 같다.

[표 2-3] 사익편취 행위유형에 따른 적용조항

		제1호, 제2호, 제3호	제4호
불공정한 조건	상당한 규모 X	O	X
	상당한 규모 O	O	O
공정한 조건	상당한 규모 X	X	X
	상당한 규모 O	X	O

53) 백승엽, 앞의 책, 19-21면. 참고로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서도 부당지원행위를 규모성 지원행위와 대가성 지원행위로 나누어 설시하고 있다.

II. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 성립요건

공정거래법 제23조의2는 총 4개의 항으로 구성되어 있는데, 제1항에서는 사익편취 행위의 구체적인 유형에 대하여 규정하고 있고, 제2항에서는 사익편취 규정이 적용되지 않는 예외사유를 규정하고 있다. 제3항에서는 지원객체에게 사익편취와 관련된 지원 등에 대한 회피 의무를 부과하고 있으며, 제4항에서는 특수관계인에게 사익편취 행위 지시 등에 대한 금지 의무를 부과하고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 공정거래법 제23조의2 제1항은 일감몰아주기를 규제하는 제4호와 나머지 사익편취 행위를 규제하는 제1호, 제2호, 제3호로 나눌 수 있고, 제23조의2 제1항의 성립요건은 다시 ① 지원주체, ② 지원객체, ③ 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래, ④ 특수관계인에 대한 부당한 이익의 귀속으로 나눌 수 있다. 이하에서는 각 성립요건에 대하여 하나씩 살펴보고자 한다.

1. 지원주체

1) 공시대상기업집단

공정거래법 제23조의2 제1항에서는 “공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하여 공정거래법 제23조의2 이익제공주체를 공시대상기업집단 소속 회사로 제한하고 있고, 동법 시행령 제21조 제1항에서는 “공시대상기업집단은 해당 기업집단에 속하는 국내 회사들의 공시대상기업집단 지정 직전 사업연도의 대차대조표상의 자산총액(금융업 또는 보험업을 영위하는 회사의 경우에는 자본총액 또는 자본금 중 큰 금액으로 하며, 새로 설립된 회사로서 직전사업연도의 대차대조표

가 없는 경우에는 지정일 현재의 납입자본금으로 한다. 이하 이 조에서 같다)의 합계액이 5조원 이상인 기업집단으로 한다."고 규정하는 등 지원주체의 범위를 공정자산 5조원 이상의 공시대상기업집단 소속 계열사로 특정하고 있다.[54]

2) 공정자산

공시대상기업집단 해당여부를 판단하기 위한 공정자산을 계산함에 있어 원칙적으로 자산총액(자기자본+타인자본)으로 하되, 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사의 경우 자산에서 부채(타인자본)가 차지하는 비중이 매우 높다는 점을 감안하여 자본총액(순자산=자기자본=소유주지분)으로 계산하도록 하는 예외를 두고 있다.[55][56] 또한 새로 설립된 회사로서 작년 대차대조표가 없는 경우에는 납입자본금을 공정자산으로 계산하도록 규정하고 있는바, 이는 공정자산을 계산할 기준표가 존재하지 않기 때문에 부득이한 사정에서 비롯되었다고 할 수 있다.

2. 지원객체

공정거래법 제23조의2 제1항에서는 거래상대방(지원객체)을 "특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하

54) 한편, 계열사 자산 총액이 10조 원 이상인 기업집단을 상호출자제한기업집단이라고 하는데(공정거래법 제14조 제1항), 상호출자제한기업집단으로 지정되면 공시대상기업집단에 적용되는 의무(기업집단 현황, 대규모 내부거래, 비상장회사의 중요사항, 주식 소유 현황 등을 공시, 총수 일가 일감몰아주기 규제)와 더불어 상호출자 금지, 순환출자 금지, 채무보증 금지, 금융·보험사 의결권 제한 등의 규제를 받는다(공정거래법 제9조, 제9조의2, 제10조의2, 제11조).

55) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제14조 제1항, 동법 시행령 제21조 제1항 참조.

56) 가령, 비금융회사의 자산이 200, 부채가 100, 자본이 100이라면 공정자산이 200이지만, 금융회사의 자산이 200, 부채가 100, 자본이 100이라면 공정자산이 100이 된다.

는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사”로 규정하고 있고, 공정거래법 시행령 제38조 제2항에서는 공정거래법 제3조의2 제1항에서 규정하는 거래상대방 중 하나인 “특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정)이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사”의 범위를 “동일인이 단독으로 또는 동일인의 친족[제3조의2(기업집단으로부터의 제외) 제1항에 따라 동일인관련자로부터 분리된 자는 제외한다]과 합하여 발행주식 총수의 100분의 30(주권상장법인이 아닌 회사의 경우에는 100분의 20) 이상을 소유하는 계열회사”로 규정하고 있다.[57]

3. 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래

1) 적용대상

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에서는 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 하나로 규정하고 이를 금지하고 있다. 따라서 일감몰아주기 거래에 해당하기 위해서는 “합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래”에 해당해야 하는데, 이는 심사지침에서 제시하고 있는 규모상당성 판단에 있어서 고려요소인 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 함께[58] ① 거래대상이 되는 상품 또는 용역의 관련시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, ② 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, ③ 지원주체와 관련시장 내 다른 업체와의 거래관계, ④ 지원객체와 관련시장 내 다른 업체와

57) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 상장회사와 비상장회사를 구분하지 않고 발행주식 총수의 20% 이상 지분을 보유한 회사와 이들 회사가 발행주식 총수의 50%를 초과하는 지분을 보유한 자회사를 규제대상에 포함시키고 있다(개정안 제47조 제1항).

58) 부당한 지원행위의 심사지침 중 상당한 규모의 지원행위 참조

의 거래관계, ⑤ 지원주체와 지원객체 사이의 이전(以前) 거래관계, ⑥ 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.[59]

합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래에 대한 소송법상 입증책임은 공정거래위원회가 부담하므로[60][61] 일감몰아주기 거래로 인하여 제재처분을 받은 회사들이 행정소송을 통하여 거래가 정상 범주에 속하는 거래라고 주장하면서 제재처분을 다툴 경우 공정거래위원회가 해당 거래가 합리적 비교나 고려가 없는 비합리적인 거래라는 사실을 입증하여야 하고, 이를 입증하지 못할 시 공정거래위원회가 패소하게 된다.[62]

2) 안전지대

공정거래법에서는 안전지대(Safety Zone)를 설정하여 거래 당사자 간 해당 연도 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 상대방과 거래하는 경우에는 각 회사 거래금액의 합계액)[63]이 ① 200억원 미만이면서 ② 회사의

---

59) 백승엽, 앞의 책, 351면.

60) 서울고등법원 2017. 9. 1. 선고 2017누36153 판결. "이 조항이 규정하고 있는 '정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위'를 해석함에 있어서는 불공정거래행위의 금지를 규정하고 있는 같은 법 제23조의 정상가격에 관한 해석론을 참작하되 입법취지에 맞게 공정거래 저해성이 아니라 경제력 집중 등의 맥락에서 조화롭게 해석해야 하며, 이와 같은 부당성에 대한 증명책임은 공정위에 있다"

61) 위법사유에 해당하는 구체적 사실은 원고가 먼저 주장하여야 하지만, 처분의 적법성에 관하여는 피고 행정청이 입증책임을 부담한다. 박정훈,『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2008, 20면.

62) 이와 관련하여 일감몰아주기의 정당성에 대한 입증책임을 공정거래위원회에서 기업으로 전환시키려는 시도도 있다("일감 몰아주기 정당성…기업이 증명하라는 與", 서울신문, 2019. 11. 5). 자세한 내용은 공정거래법의 개선방안에서 후술.

63) 공정거래위원회는 '연도별 거래총액'을 각 거래당사자 간 계열 거래로 발생한 매출, 매입액 한계를 기준으로 판단하는 것으로 파악된다. 공정거래위원회 2017. 1. 10. 의결 제2017-009호 및 공정거래위원회 2018. 3. 26. 의결 제2018-110호 참조.

직전 3개 사업연도 평균매출액이 12% 미만이면, 규제대상에서 적용을 제외시켜 주고 있는데,[64] 이는 일감몰아주기 거래의 성립요건인 “상당한 규모”의 거래를 충족시키기 위한 최소한의 필요조건을 규정한 것으로 이해된다. 이하에서는 미래에셋그룹 사례를 바탕으로 안전지대가 실제사례에 구체적으로 어떻게 적용되는지 확인해 보고자 한다.

[표 2-4] 미래에셋컨설팅의 내부거래 비중[65]

기준연도	2015년	2016년	2017년
평균매출액	127억 원	256억 원	587억 원
내부거래	122억 원	198억 원	107억 원
비중	96%	77.3%	18.7%

* 평균매출액 : 직전 3개연도
* 내부거래 : 당해연도

위 도표는 서론에서 언급한 미래에셋그룹 사례에서 미래에셋컨설팅의 직전 3개 연도 평균매출액에서 미래에셋컨설팅의 당해연도 내부거래가 차지하는 비중의 변화량을 나타낸 것이다. 먼저 미래에셋컨설팅이 골프장 및 호텔을 운영하기 시작한 초기에는 사업을 위한 투자비용이 많았던 반면, 수입이 적었기 때문에 매출액에서 내부거래가 차지하는 비중이 상당히 높게 나타났으나, 사업이 점차 안정적인 궤도에 오른 이후부터는 수입이 지속적으로 증가하여 매출액에서 내부거래의 비중이 점차 낮아지고 있음을 알 수 있다.

다음으로 사안에 일감몰아주기 거래의 안전지대 규정을 적용해 보면, 당해연도 내부거래 총액이 각각 122억 원, 198억 원, 107억 원으로 모두 200억 원에 미달하고 있으나, 직전 3개 연도 평균매출액에서 당해연도 내부거래가 차지하는 비중은 각각 96%, 77.3%, 18.7%로서 모두 12%를

64) 공정거래법 제23조의2 제1항, 동법 시행령 제38조 및 [별표1의3] 참조.

65) “기업집단 ‘미래에셋’ 계열사들의 일감몰아주기 제재”, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 5. 27.

넘는 것으로 나타나고 있는바, 이를 통하여 위 미래에셋컨설팅의 내부거래는 공정거래법상 일감몰아주기 규정의 안전지대에서 벗어나 있음을 알 수 있다.

4. 특수관계인에 대한 부당한 이익의 귀속

1) 이익의 귀속주체

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호는 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래의 상대방을 특수관계인(동일인 및 그 친족)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사로 규정하고 있으나, 이를 통하여 이익이 귀속되는 주체를 자연인인 특수관계인으로 한정하고 있다. 만약 거래상대방이 특수관계인인 경우에는 거래상대방과 이익귀속주체가 동일할 것이나, 거래상대방이 계열회사인 경우에는 거래상대방과 이익귀속주체(특수관계인)가 분리된다.

한편, 특수관계인에게 귀속되는 이익을 명확하게 금전으로 산정이 가능한 현실적인 경제적 이익으로 제한하여 해석하는 경우에는 대기업집단 총수일가의 사익편취를 규제하려는 입법취지를 몰락시킬 우려가 있기 때문에 대규모기업집단 내 계열회사 간에 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래가 이루어지고 그로 인하여 거래상대방인 계열회사의 지분가치가 증대하는 등으로 특수관계인에게 구체적으로 어느 정도의 이익이 귀속되었거나 귀속되었다고 볼만한 상당한 개연성이 인정되는 경우에는 특수관계인에 대하여 이익이 귀속되었다고 해석하는 것이 일반적이다.[66]

2) 이익의 부당성

공정거래법 제23조의2의 사익편취 행위는 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게

---

66) 백승민, 앞의 책, 281-282면.

부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하는 것을 금지하고 있는데, 여기서 '부당한 이익'이 무엇을 의미하는지 문제된다.

해당 조문의 구성요건을 살펴보면, "합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교없이 상당한 규모의 거래"를 통하여 "특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위"라고 규정하고 있는바, 결국 위 조문에서 말하는 "부당한 이익"은 "합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 거래를 함으로써 귀속되는 이익"이라고 해석함이 상당하다. 그런데 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침에서 "합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래라 함은 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에서 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 해당 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 해당 거래의 특성상 통상적으로 이루어지거나 이루어질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위로 한다"고 규정하고 있으므로[67] 이는 결국 최소한의 비용으로 최대한의 이익을 얻기 위한 효율적 의사결정을 의미한다고 볼 수 있다. 다시 말해 최소한의 비용으로 최대한의 이익을 추구한다는 합리적인 경영자의 관점에서 해당 경영자가 거래상대방에 대한 적합한 선정과정을 거쳐 기업의 이윤을 극대화하는 선택을 하였는지를 합리적인 이유의 기준으로 보아야 할 것이다. 따라서 만약 회사에 손해가 발생하거나 이익을 취득하였다고 하더라도 다른 선택을 함으로써 더 높은 이익을 취득할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 이를 선택하지 아니하였다면, 경영자가 합리적 고려나 비교 없이 업무를 처리한 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 비합리적인 거래를 통하여 거래의 상대방이 이득을 취득하였다면, 이는 공정거래법 제23조의2에서 말하는 "부당한 이득"에 해당한다.[68][69]

---

67) 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침 중 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래 참조

68) 동일한 취지에서 문제된 행위가 공정거래법 제23조의2 제1항 각 호에서 열거하고 있는 이익제공행위의 하나에 해당하면, 일견 '부당한 이익'을 귀속시키는 이익제공행위로 볼 수 있다는 견해로서 이호영,『독점규제법 제5판』, 홍문사,

III. 상대방의 지원 등 회피 의무

공정거래법은 제23조의2 제3항에서 “제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고, 공정거래법 제24조 및 제24조의2에서 위 규정에 위반한 지원객체에 대한 시정조치 및 과징금 규정을 둠으로써 공정거래법 제23조 제2항과 마찬가지로 거래상대방에 대해서도 규제할 수 있는 근거를 마련하였다.[70]

IV. 특수관계인의 지시 등 금지 의무

공정거래법 제23조의2 제4항에서는 “특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이는 총수일가(동일인 및 그 친족)에게 사익편취 행위에 관여하여서는 안 된다는 금지 의무를 부과하고 있는 것이고, 이에 위반하여 총수일가가 일감몰아주기 거래를 지시하거나 이에 관여한다면, 회사법이나 형법상의 책임과는 별개로 공정거래법 위반에 따른 법적 책임을 부담하게 된다.

2015, 386면.

69) 반면, 부당성을 단순히 주주나 채권자 보호의 관점에서만 접근할 수 없고, 경제력 집중의 억제라는 공익적, 국민경제적 가치를 고려하여 그 의미를 파악하여야 한다는 견해로서 이봉의, “공정거래법상 특수관계인에 대한 이익제공의 ‘부당성’에 관한 해석방법론”, 『선진상사법률연구』, 법무부, 2018, 60-61면.

70) 주식회사의 이사는 회사에 대하여 선관주의의무 또는 충실의무를 부담하므로 이사들은 회사의 최선의 이익을 위하여 행위를 하여야 하는데, 지원행위를 받지 않을 의무, 즉 유리한 거래를 하지 않도록 하는 의무를 부과하는 것은 타당하지 않다는 견해로서 송창현·조중근·김남훈, 앞의 논문, 163면.

제3절 예외규정

I. 예외규정의 내용 및 체계상 지위

공정거래법 제23조의2 제2항은 ① 기업의 효율성 증대, ② 보안성, ③ 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항 제4호를 적용하지 아니한다고 규정하고 있고, 위 규정의 위임을 받아 제정된 공정거래법 시행령 제38조 제4항 및 관련 [별표 1의4]에서는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호를 적용하지 아니하는 사유로서 효율성 증대효과가 있는 거래, 보안성이 요구되는 거래, 긴급성이 요구되는 거래를 열거하고 있다. 그리고 각 거래에 해당하는 구체적인 사례들을 항목별로 상세히 적시하고 있는데, 해당 규정의 문언이나 규범적 체계를 봤을 때 공정거래법 제23조의2 제2항 예외규정은 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에서 규정하고 있는 일감몰아주기 거래의 성립요건에 대한 위법성 조각사유를 규정한 것이라고 해석된다.[71]

II. 안전지대와 예외규정의 관계

앞에서 검토한 바와 같이 공정거래법 시행령 제38조 제4항 관련 [별표 1의3] 제4호 단서는 일정한 거래규모 미만인 거래에 대하여 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호 소정의 '상당한 규모'에 해당하지 않는 것으로 본다고 규정함으로써 안전지대를 정하고 있다. 여기서 안전지대와 예외규정의 관계가 어떻게 되는지 확인할 필요가 있는데, 안전지대에 해당한다는 것은 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 성립요건에서 배제된다는 것을 의미하고, 예외규정에 해당한다는 것은 공정거래법 제23조의2 제1

71) 백승민, 앞의 책, 297면. 반면, 공정거래법 제23조의2 제2항의 예외규정을 먼저 검토한 후 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호 소정의 합리적 고려나 비교 여부에 대한 검토를 해야 한다는 견해로서 윤성운·김진훈·김윤수, "공정거래법에 의한 터널링규제", 『BFL 제78호』, 서울대학교 금융법센터, 2016, 38-40면.

항 제4호의 성립요건에 해당하지만, 위법성이 조각된다는 것을 의미하므로 먼저 일감몰아주기 거래의 전체 금액이 안전지대에 해당하는지 확인한 후 안전지대에 해당하지 않을 경우 성립요건에 해당하는 것으로 보아 예외규정에 해당하는지를 검토하는 것이 논리적으로 타당하다고 보여진다.[72]

제4절 처벌규정

I. 시정명령

공정거래위원회는 공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자[제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)의 경우 해당 특수관계인 또는 회사를 의미한다]에 대하여 해당 불공정거래행위 또는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 해당 보복조치의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있고(공정거래법 제24조), 여기서 시정조치라 함은 위반행위의 중지명령, 계약조항 삭제명령, 시정명령을 받은 사실의 공표명령 등 공정거래법의 시정조치 규정에 근거하여 법에 위반되는 상태를 법에 합치하는 상태로 회복시키기 위한 행정처분을 말한다(시정조치 운영지침 II. 1.),[73]

한편, 시정조치는 그 양태와 주된 내용에 따라 계약조항의 수정·삭제명령, 거래개시·재개명령 등 피심인의 적극적인 행위를 요구하는 내용의 시정조치인 작위명령(시정조치 운영지침 VII. 1.), 당해 법위반행위의 중

72) 반면, 예외규정을 먼저 검토하여야 한다는 견해에 따르면, 예외규정을 먼저 적용하여 예외규정에 해당하는 거래규모를 제외한 후 나머지 거래규모의 안전지대 해당여부를 검토하게 된다. 윤성운·김진훈·김윤수, 위의 논문, 38면.

73) 시정명령은 강학상 하명(下命)으로 볼 수 있는데, 하명에 의거하여 성립된 의무가 불이행되면 행정상 강제집행이 가해지고, 의무를 위반하면 행정벌이 가해진다. 홍정선, 『행정법특강 제10판』, 박영사, 2011, 210면.

지명령, 향후 위반행위 금지명령 등 피심인의 소극적인 부작위를 요구하는 내용의 시정조치인 부작위명령(VII. 2.), 관련있는 자에게 시정명령을 받은 사실의 통지명령, 시정명령의 이행결과 보고명령, 일정기간 동안 가격변동사실의 보고명령 등 시정조치의 이행을 실효성 있게 확보하고 당해 위반행위의 재발을 효과적으로 방지하기 위하여 주된 명령에 부가하여 명하는 시정조치인 보조적 명령(VII. 3.)의 3가지 유형으로 구분할 수 있는데, 위법행위의 당사자들에게 스스로 위법을 시정할 수 있는 기회를 준다는 점에서 후술할 과징금이나 형벌과 차이가 있다.

II. 과징금

과징금이란 행정법상의 의무위반에 대하여 행정청이 그 의무자에게 부과·징수하는 금전적 제재를 말한다.[74] 공정거래위원회는 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 또는 제3항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 특수관계인 또는 회사에 대하여 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있고, 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(공정거래법 제24조의2). 동 규정에 따르면, 부당한 이익을 제공받은 지원객체 및 특수관계인 뿐만 아니라 부당한 이익을 제공한 지원주체에 대하여도 과징금을 부과할 수 있도록 규정되어 있는데, 지원객체 및 특수관계인에 대한 과징금이 이익박탈적 과징금의 성격을 지니는 반면, 지원주체에 대한 과징금은 징벌적 과징금의 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다.[75]

---

74) 김동희, 『행정법 I 제15판』, 박영사, 2009, 445면. 한편, 과징금의 이익박탈적 성격을 강조하여 과징금을 "행정법규의 위반이나 행정법상의 의무위반으로 경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제상 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정기관이 과하는 행정상 제재금"이라고 정의하기도 한다. 박균성. 『행정법론(상)』, 박영사, 2012, 530면.

75) 대법원 또한 "공정거래법에 따라 부과되는 과징금은 행정목적을 실현하기 위한 제재적 성격과 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위한 성격을 함께 갖는 것으

한편, 공정거래법 제55조의3 제1항은 과징금을 부과할 때 참작하여야 할 의무적 참작사유로 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등 세 가지를 열거하고 있고, 공정거래법 제55조의3 제5항은 제1항의 규정에 의한 과징금 부과기준을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 그 위임을 받아 제정된 공정거래법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표2]에서는 위반행위에 대한 과징금 부과기준을 구체적으로 설시하고 있는데, 과징금의 구체적 부과사례는 후술할 한진그룹의 일감몰아주기 사례에서 살펴보고자 한다.

III. 형벌

공정거래법 제66조 제1항 제9의2호에서는 동법 제23조의2 제1항 또는 제4항을 위반한 자에게 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 해당 조항에서 "제1항 또는 제4항을 위반한 자"라고 규정하고 있으므로 제1항의 지원주체와 제4항의 특수관계인만이 해당 규정의 적용을 받아 형사처벌을 받는 대상에 해당하고, 제3항의 지원객체는 처벌을 받지 않는데, 이를 일감몰아주기 모형에 적용할 경우 지원주체인 A사는 공정거래법 제23조의2 제1항에 근거하여, 지배주주 甲은 공정거래법 제23조의2 제4항에 근거하여 각각 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 일감몰아주기 거래에 따른 형사상 책임을 부담하는 반면,

---

로서 피해자에 대한 손해 전보를 목적으로 하는 불법행위로 인한 손해배상책임과는 전혀 다르다"고 하여 공정거래법상 과징금이 이중적 성격을 지닌다고 판시한 바 있고(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결), 헌법재판소 또한 "이 사건 부당지원행위로 인하여 발생한 이득을 환수하기 위해서는 현실적으로 이득을 취한 피지원사업자에게 과징금을 부과하여야 할 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 지원을 행함으로써 손해를 입은 사업자를 상대로 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이다. 이는 지원주체인 사업자의 부당지원행위 자체를 응징하고, 이를 통하여 장래 유사한 불공정행위가 발생하는 것을 예방하기 위한 목적에서 가하여지는 것이라고 보아야 할 것이다"고 하여 공정거래법상 지원주체에게 부과되는 과징금에 징벌적 성격이 있다고 판시한 바 있다(헌재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 판결).

지원객체인 B사는 공정거래법 제23조의2 제3항을 위반하였음에도 불구하고 별도의 형사상 책임을 부담하지 않는다.

한편, 일감몰아주기 거래를 통한 사익편취 행위가 발생하면, 형법 제356조의 (업무상)배임죄 또는 상법 제622조의 특별배임죄가 성립하거나, 특정경제 가중처벌 등에 관한 법률(이하 “특경가법”) 제3조 제1항에 근거하여 가중처벌되는 경우가 많은데, 공정거래법과 위 법률들은 적용범위와 구성요건, 그리고 입법취지를 달리하므로[76] 특별관계에 있다고 볼 수 없고, 공정거래법과 각 죄는 상상적 경합의 관계에 놓이게 된다. 아울러 공정거래법 제70조에 법인을 처벌하는 양벌규정이 존재하지만,[77] 공정거래법 제66조 제1항 제9의2호에 따라 지원주체와 지원객체가 모두 처벌받는 이상 별도로 양벌규정이 적용되지는 않으리라고 보여진다.

---

76) 공정거래법이 시장에 참여하는 경쟁자들 사이에서 발생하는 불공정한 경쟁문제를 해결하는 데에 목적이 있는 반면, 회사법은 회사를 구성하는 당사자들 사이에서 발생하는 이해관계 충돌문제를 해결하는 데에 목적이 있다. 자세한 내용은 제5장 제1절 규정의 법률상 편제에서 후술.

77) 공정거래법 제70조(양벌규정) 법인(법인격이 없는 단체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

제3장 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 문제점

제2장에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 거래에 대하여는 규제의 필요성이 인정되고, 이를 직접적으로 규제하기 위하여 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호가 신설되었다. 다음으로 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 문제점에 대하여 검토할 필요가 있다. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 문제점은 ① 적용대상의 범위, ② 과징금의 타당성, ③ 형벌의 공정성, ④ 기타 문제점으로 나눌 수 있는데, 이하에서는 각 문제점에 대하여 순서대로 살펴보고자 한다.

제1절 적용대상의 범위

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 적용대상은 지원주체와 지원객체, 그리고 거래규모로 나누어 살펴볼 수 있다. 이하에서는 지원주체와 지원객체, 거래규모의 적용범위에 따른 문제점을 하나씩 검토해 보고자 한다.

I. 지원주체

1. 지원주체의 현황

일감몰아주기 규제의 적용대상은 공시대상기업집단에 속하는 계열사인데, 공정거래위원회가 발표한 2020년도의 공시대상기업집단은 총 64개이고, 이 중에서 총수 있는 기업집단은 55개, 총수 없는 기업집단은 9개로서 다음과 같다.[78]

78) “2020년도 공시 대상 기업집단 64곳 지정”, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 5. 1.

[표 3-1] 2020년도 공시대상기업집단

구분	총수 있는 집단(55개)	총수 없는 집단(9개)
상호출자제한 기업집단	삼성, 현대자동차, 에스케이, 엘지, 롯데, 한화, 지에스, 현대중공업, 신세계, 씨제이, 한진, 두산, 엘에스, 부영, 대림, 미래에셋, 금호아시아나, 현대백화점, 카카오, 한국투자금융, 교보생명보험, 효성, 하림, 영풍, 에이치디씨, 케이씨씨, 코오롱	포스코, 농협, 케이티, 에쓰-오일, 대우조선해양, 케이티앤지, 대우건설
공시대상 기업집단	오씨아이, 이랜드, 태영, SM, DB, 세아, 네이버, 넥슨, 한국타이어, 호반건설, 셀트리온, 중흥건설, 넷마블, 아모레퍼시픽, 태광, 동원, 한라, 삼천리, 장금상선, IMM인베스트먼트, 동국제강, 다우키움, 금호석유화학, 애경, 하이트진로, 유진, KG, 삼양	에이치엠엠, 한국지엠

2. 문제점

공정거래법에서는 사익편취 규제의 적용대상이 되는 지원주체의 범위를 설정함에 있어 공정자산 5조원을 기준으로 하고 있고, 공정자산을 계산함에 있어 비금융회사와 금융회사의 경우에 차이를 두고 있다. 그런데 이처럼 공정자산을 기준으로 하여 지원주체를 선별적으로 규제하는 방식이 타당한 방식인지 의문이 있을 수 있다. 서론에서 언급한 SPC그룹 사례에서 공정거래위원회가 SPC그룹에 대하여 공정거래법 제23조의2 제1항이 아닌 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용한 이유는 SPC그룹의 자산총액이 4.3조원(2019년 12월 기준)에 불과하고 공시대상기업집단에 해당하지 않는 중견기업집단으로서 사익편취 규정의 적용을 받지 않기 때문인데,[79] SPC그룹의 일감몰아주기 규모는 약 414억원으로서 공

79) “[중견기업 일감몰아주기] ㊱ 공정위, SPC그룹 어디를 들여다 보나”, 조선비즈,

정자산 5조원 이상의 공시대상 기업집단에 비하여 결코 작지 않은 수준이기 때문이다. 실제로 공정자산 5조원에 미달하는 중견기업집단에 대한 규제의 공백 문제는 언론을 통하여 지속적으로 제기되어온 바 있다.[80] 일감몰아주기 거래의 지원주체를 공정자산 5조원 이상의 기업집단 소속 계열사로 제한하는 현행 공정거래법 규정은 공정자산 5조원 미만의 기업집단에 대한 규제의 공백을 초래하는 점에서 이러한 규제방식이 타당한지 구체적으로 검토할 필요가 있다고 보여진다.

II. 지원객체

1. 규제대상의 회피

공정거래법에서는 사익편취 행위의 지원객체를 특수관계인이 지분 30%(비상장회사의 경우 20%) 이상을 직접 보유하는 회사로 규정하고 있다. 그런데 이처럼 공정거래법이 지원객체의 적용범위를 일정 비율 이상의 직접 지분 소유로 규정하자, 총수일가는 규제대상 회사와 규제대상이 아닌 회사를 합병하거나 주식을 매각하는 방법 등을 통하여 특수관계인의 직접 지분 비율을 낮춤으로써 규제대상에서 제외되거나, 회사의 분할 등을 통하여 회사에 대한 지배 구조를 간접 지분화하는 방법으로 규제대상에서 제외되었다.[81]

2020. 6. 16.

80) “중견기업은 개혁 무풍지대인가”, 경향신문, 2018. 12. 9, “중견기업도 일감몰아주기 손본다…공정위 국감 '5조 미만' 도마”, 뉴스1, 2019. 12. 7, "중견기업 일감몰아주기 '사각지대'…공정위, 10년간 실질 제재 2건뿐", 뉴시스, 2019. 10. 7.

81) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 지원객체의 범위를 확대하여 총수일가 등 특수관계인이 발행주식 총수의 20% 이상 지분을 직접 보유한 회사(상장회사, 비상장회사 동일)와 이들 회사가 발행주식 총수의 50%를 초과하는 지분을 보유한 자회사를 지원객체로 규정하고 있지만, 직접 지분의 기준비율이 여전히 높고, 재간접 지분에 의한 회사 지배를 규제대상에서 제외하고 있기 때문에 총수일가는 직접 지분의 비율을 낮추거나, 재간접 지분을 통하여 회사를 지배하는 방식으로 규제대상에서 벗어날 우려가 있다.

2. 규제대상의 회피 방법

규제대상에서 회피하는 방법으로는 ① 직접 지분 감소에 따른 규제대상 제외와 ② 간접 지분 보유에 따른 규제대상 제외, 그리고 ③ 기타 사유에 따른 규제대상 제외로 나눌 수 있고, 직접 지분 감소에 따른 규제대상 제외는 다시 ① 합병에 따른 규제대상 제외와 ② 주식 매각에 따른 규제대상 제외, 그리고 ③ 증여에 따른 규제대상 제외로 나눌 수 있다.

1) 직접 지분 감소에 따른 규제대상 제외

직접 지분 감소에 따른 규제대상 제외란 지배주주 일가가 합병, 매각, 증여 등을 통하여 지원객체에 대한 직접 지분을 감소시킴으로써 사익편취 규제대상에서 벗어나는 경우를 의미한다.

가. 합병에 따른 규제대상 제외

경제개혁연구소가 2019년 1월 30일 출간한 <기업집단의 일감몰아주기 등 사익편취 해소사례> 경제개혁리포트에 따르면, 합병을 통하여 일감몰아주기 거래의 규제대상에서 제외된 회사는 총 35개인데, 기업집단별로 분류하면, 다음과 같다.[82]

[표 3-2] 합병을 통하여 규제대상에서 제외된 회사

기업집단	회사명
CJ	CJGLS, CJ모닝웰, CJ엔터테인먼트, 재산커뮤니케이션즈
GS	STS로지스틱스, 정산이앤티

82) 경제개혁연구소, “기업집단의 일감몰아주기 등 사익편취 해소사례”, 경제개혁리포트, 2019. 1.

KCC	KCC자원개발
SK	인디펜던스
대림	대림아이앤에스, 대림에이치앤엘
동국제강	디케이에스앤드
DB	동부디아이에스, 동부씨엔아이, 동부에프아이에스
두산	동현엔지니어링, 두산모터스
부영	부영씨앤아이, 신록개발
삼성	삼성에스앤에스
영풍	케이지인터내셔날
유진	유진기초소재
태광	동림관광개발, 메르뱅, 성광산업, 에스티임, 유덕물산, 티시스, 티알엠, 티브로드 전주방송
하이트진로	하이스코트
한화	군장열병합발전
현대자동차	본텍, 위스코, 현대엠코

계열회사 간 합병을 통하여 규제대상에서 회피한 대표적인 사례로서 삼성그룹의 삼성SDS와 삼성SNS의 합병사례를 들 수 있다.[83] 합병 전 삼성그룹 이재용 부회장의 삼성SDS에 대한 지분율은 45.69%이었는데, 2013년 8월 신설된 공정거래법상 사익편취 규정의 적용대상이 되자, 2013년 11월 삼성SDS와 삼성SNS를 합병하고 총수일가의 지분율을 19.07%까지 낮춤으로써 규제대상에서 벗어날 수 있었다.[84] 현대엠코 또

83) "삼성SDS-삼성SNS 합병으로 일감몰아주기 규제 벗어나", 이투데이, 2013. 9. 30.

한 현대차그룹 총수 정몽구 회장이 10%, 정의선 부회장이 26.05%의 지분을 보유하고 있어 공정거래법상 사익편취의 규제대상에 해당하였지만, 2014년 1월 현대엔지니어링과의 합병을 통하여 총수일가의 지분율을 16.4%까지 끌어내림으로써 규제를 회피하게 되었고,[85] 현대위스코 또한 마찬가지로 방법으로 총수일가의 지분율을 20% 이하로 낮춤으로써 (57.87%→ 1.95%) 규제대상에서 벗어날 수 있었다.[86]

나. 주식 매각에 따른 규제대상 제외

주식 매각에 따른 규제대상 제외란 특수관계인이 회사에 대한 주식을 매각하는 방법으로 직접지분의 비율을 감소시킴으로써 사익편취 규제의 적용대상에서 배제되는 경우를 의미한다. 2015년 현대자동차그룹의 총수인 정몽구 회장과 정의선 부회장이 현대글로비스 지분 13.39%를 매각하여 지분율을 29.99%까지 떨어뜨린 것이 대표적인 사례이다.[87] 그 밖에 매각을 통한 직접지분 감소로 사익편취 규제대상에서 벗어난 대표적인 계열사는 다음과 같다.

[표 3-3] 주식 매각 후 규제대상에서 제외된 회사

기업집단	회사명
금호아시아나	아시아나애바카스, 금호개발상사, 아시아나 IDT
동국제강	디케이유엔씨
롯데	블리스

84) 합병 이후 삼성SDS의 내부거래 비중은 2013년 71.4%에서 2014년 73.2%로 상승하였다. “삼성SDS, 내부거래 비중 소폭 상승”, 한국경제TV, 2015. 6. 1.

85) “ENG-엠코 합병..정의선 '일감 규제 벗어난다'”. 비즈니스워치, 2014. 1. 16.

86) “[일감몰아주기 규제 시행 ②] 영업양수·합병으로 지배주주 지분율 낮춰”, 내일신문, 2015. 3. 4.

87) “총수 지분율 29.9%의 비밀, 묘수 아닌 꼼수”, 국민일보, 2018. 6. 26.

세아	세아네트웍스, 우진정공
영풍	엑스메텍
태광	서한물산, 세광패션
한솔	한솔이엠이
한진	싸이버스카이
한화	한화에스테이트
LG	LG애드
LS	파운텍
SK	이노에이스
신세계	신세계 SVN
현대백화점	한무쇼핑

여기서 눈여겨보아야 할 점은 위에서 언급한 20개 회사 중 4개 회사(SK그룹의 와이더댄, 한화그룹의 한컴, 롯데의 블리스, LG의 LG애드)만이 외부로 지분을 매각하였고, 나머지 16개의 회사들은 계열회사에 지분을 매각하였다는 점인데, 이는 총수일가가 직접 지분을 낮춤으로써 일감몰아주기 거래의 규제대상에서 벗어났다고 하더라도 간접 지분, 또는 재간접지분 등을 통하여 회사에 대한 영향력을 그대로 유지할 수 있음을 의미한다. 예를 들어, 현대백화점그룹은 한무쇼핑의 지분을 계열회사에 매각하여 공정거래법의 규제기준(20%) 아래로 지분율이 내려갔으나, 재간접 지분까지 고려하면(지배주주→현대백화점→현대쇼핑→한무쇼핑), 여전히 20%가 넘는다는 점에서 논란의 여지가 있다.[88]

다. 증여에 따른 규제대상 제외

88) "기업집단의 일감몰아주기 등 사익편취 해소사례", 경제개혁리포트, 경제개혁연구소, 2019. 1.

증여에 따른 규제대상 제외란 특수관계인 등이 지원객체에 대하여 보유하고 있는 직접 지분을 기업집단 내부의 다른 계열사에게 무상으로 증여함으로써 직접 지분의 비율을 낮추고 공정거래법의 규제대상에서 벗어나는 것을 의미한다. 이러한 증여에 따른 규제대상 제외의 대표적인 사례로서 한진그룹과 태광그룹을 들 수 있는데, 한진그룹의 경우 2017년 총수일가가 유니컨버스의 지분을 대한항공에 전부 무상으로 증여하였고,[89] 대한항공은 100% 자회사가 된 유니컨버스를 흡수합병하였다.[90] 태광그룹의 경우 2017년 메르뱅(구 바인하임)에 대한 총수일가의 지분 전부를 태광관광개발(현 티시스)에 무상으로 증여하였다.[91]

2) 간접 지분 보유에 따른 규제대상 제외

간접 지분의 보유를 통한 규제대상 제외란 지배주주 일가가 새로운 회사를 설립하고 간접적 또는 재간접적으로 자회사 등의 지분을 보유함으로써 규제대상에서 벗어나는 방식을 말한다. 이러한 간접 지분 보유를 통한 규제대상 제외의 대표적인 사례에는 서론에서 언급한 미래에셋그룹의 골프장 운영 사례와 삼성그룹의 삼성에버랜드 물적분할 사례가 있다.

가. 미래에셋그룹

미래에셋그룹은 자산총액이 18.6조 원으로서(2020. 5. 1. 기준) 2020년도 상호출자제한 기업집단에 해당하고,[92] 미래에셋그룹 소속 계열사인 미래에셋컨설팅은 총수일가의 지분이 91.86%(박현주 48.63%, 배우자 및 자녀

89) “한진 총수일가, 유니컨버스 지분정리…‘김상조 효과’?”, 한겨레, 2017. 6. 15.

90) “대한항공, 자회사 유니컨버스 흡수합병”, 서울경제, 2017. 9. 14.

91) “[기업진단] 태광그룹, 지배구조 개편에도 일감몰아주기 논란 지속…이유는”. 뉴스워커, 2018. 7. 16.

92) “2020년도 공시대상 기업집단 64곳 지정”, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 5. 1. 이는 미래에셋그룹 소속 계열사들이 공정거래법 제23조의2 제1항의 지원주체에 해당한다는 의미이다.

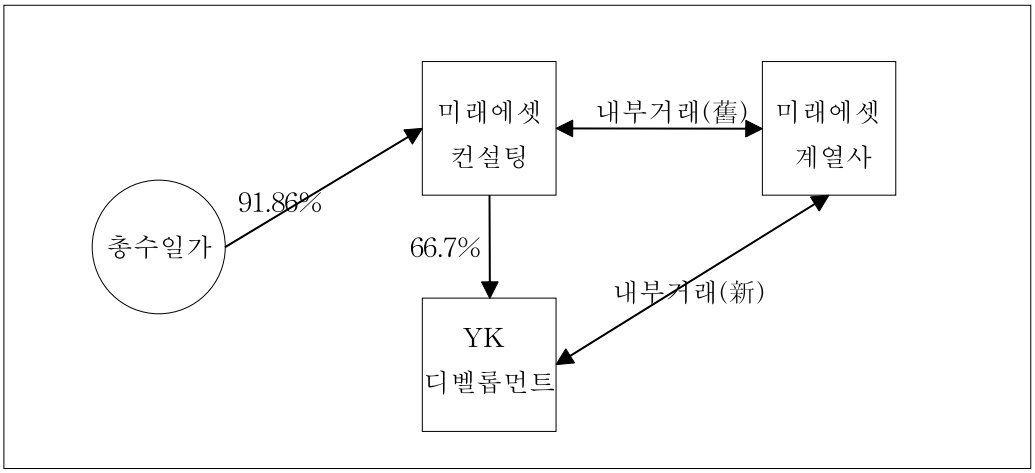
34.81%, 기타 친족 8.43%)인 비상장기업으로서 공정거래법 제23조의2의 지원객체에 해당하는 회사이다.[93] 미래에셋컨설팅은 블루마운틴CC 및 포시즌스호텔 운영과 관련하여 미래에셋그룹 소속 계열사인 미래에셋대우, 미래에셋자산운용, 미래에셋생명보험 등 총 11개 계열사와 2015년부터 3년에 걸쳐 약 430억 원에 이르는 상당한 규모의 내부거래를 진행하여 부당한 이익을 취득하였는바, 그 내역은 아래와 같다.

[표 3-4] 미래에셋그룹의 일감몰아주기 내역

구분	블루마운틴CC	포시즌스호텔
거래금액	297억 원	133억 원
거래기간	2015.1.1.-2017.7.31.	2015.10.1.-2017.12.31.
거래유형	일반, 행사·연수, 광고, 명절선물	일반, 행사·연수, 피트니스회원권, 명절선물

그런데 일감몰아주기 거래에 따른 사익편취 문제가 쟁점이 되자, 미래에셋컨설팅은 2017년 8월 지분을 66.7% 보유하고 있는 자회사인 YK디벨롭먼트에게 골프장에 대한 영업권을 양도하였다.

[그림 3-1] YK디벨롭먼트를 통한 간접지배 구조(미래에셋그룹)



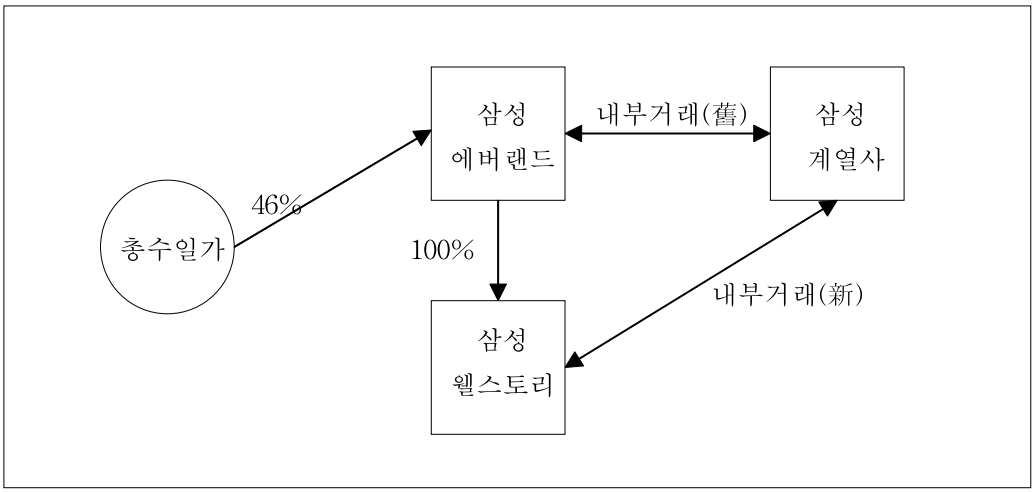
93) “공정위, 미래에셋 일감 몰아주기에 과징금 43.9억 부과”, 노컷뉴스, 2020. 5. 27.

이와 같이 미래에셋컨설팅이 YK디벨롭먼트를 통하여 골프장을 간접적으로 운영하는 방식을 취하자, 공정거래위원회는 미래에셋컨설팅이 해당 골프장을 관리 및 운영하였던 기간에 한하여만 사익편취 규정을 적용하였고, YK디벨롭먼트는 처분대상에서 제외되었다.[94]

나. 삼성그룹

공정거래법 제23조의2 규정이 신설되던 당시 삼성 에버랜드는 총수일가가 46%의 지분을 보유하고 있던 회사로서 공정거래법상 사익편취 규제의 적용을 받는 회사였다. 그런데 삼성그룹은 사익편취 규제를 회피하기 위하여 2013년 12월 삼성 에버랜드에서 단체급식 사업부문을 분할한 후 100% 자회사인 삼성웰스토리를 설립하였고, 이를 그림으로 나타내면, 다음과 같다.

[그림 3-2] 삼성웰스토리를 통한 간접지배 구조(삼성그룹)



이처럼 삼성그룹은 삼성 에버랜드를 물적분할하는 방식으로 총수일가의 삼성웰스토리에 대한 지분을 간접 지분화하였고, 총수일가의 삼성웰스토

94) “기업집단 ‘미래에셋’ 계열사들의 일감몰아주기 제재”, 공정거래위원회 보도자료, 2020. 5. 27.

리에 대한 실질적인 지배관계가 변한 것이 없음에도 불구하고 삼성웰스토리는 공정거래법 제23조의2 제1항의 적용대상에서 제외되었다.[95]

3) 기타 사유에 따른 규제대상 제외

그 밖에 공정거래법상 규제대상에서 제외되는 사유로서 지원객체의 해산,[96] 지원객체의 계열분리,[97] 지원주체와 지원객체 간 내부거래의 축소,[98] 내부거래 산정의 기준변경[99] 등의 사유가 있을 수 있다.

3. 문제점

규제대상의 회피는 기업집단 내부의 일감몰아주기 거래를 효율적으로 규제하지 못한다는 제도의 기능적 문제뿐만 아니라 자원을 비효율적으로 배분하고 현금의 흐름을 왜곡시킴으로써 추가적인 비효율성의 문제를 야기한다는 점에서 개선의 필요성이 인정되는데, 이에 대하여는 공정거래법상 규정을 구체적으로 검토하는 과정에서 자세히 언급하고자 한다.

III. 거래규모

공정거래법에서는 일감몰아주기 규제규정이 적용되는 상당한 규모의 거래에 대하여 특별한 기준을 제시하지 않고, 안전지대에서 일정한 규모 이하의 거래에 대하여는 규제규정이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있

---

95) “재벌들, ‘일감몰아주기 ’규제 앞두고 줄줄이 빠져나가”, 연합뉴스, 2014. 1. 20.

96) 롯데그룹의 시네마통상·시네마푸드 해산, GS그룹의 엔씨타스 해산 등을 들 수 있다.

97) 유수홀딩스 그룹의 싸이버로지텍이 대표적인 사례이다.

98) GS그룹의 GS네오텍, 현대차그룹의 현대머티리얼, 코오롱그룹의 코오롱이엔지니어링 등

99) 중흥건설그룹의 중흥토건·중흥건설, 효성그룹의 효성투자개발·트리니티에셋매니지먼트, 아모레그룹의 에스쁘아·에뛰드 등이 있다.

다. 이러한 규제방식을 취한 이유는 일감몰아주기 거래규모를 일률적으로 규정하기 어려운 현실적인 한계에서 비롯된 것으로 보인다.

그런데 공정거래법 제23조 제1항 제7호와 부당한 지원행위의 심사지침에서는 이러한 안전지대를 규정하고 있지 않기 때문에[100] 이처럼 안전지대를 설정한 후 일정 규모 이하의 일감몰아주기 거래를 일률적으로 배제하는 규제방식이 타당한 것인지 의문이 있을 수 있고, 안전지대의 필요성이 인정된다고 하더라도 공정거래법에서 규정하고 있는 안전지대가 입법적으로 타당한 범위라고 할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

제2절 과징금의 타당성

공정거래법에서는 일감몰아주기 거래를 진행한 지배주주와 지원주체, 그리고 지원객체에 대하여 과징금을 부과하고 있는데, 공정거래위원회가 과징금을 부과한 실제 사례를 바탕으로 공정거래법의 과징금 부과방식이 타당한지 살펴보고자 한다.

I. 사실관계

① 대한항공은 대한항공 국제선 기내면세품 인터넷 사전예약 주문접수 및 결제 사이트인 싸이버스카이숍에 입점한 업체들에게 판매된 싸이버스카이숍 인터넷 광고수입 전액을 총수일가가 100% 지분을 보유하고 있는 싸이버스카이에게 귀속시키고, ② 총수일가가 70-100%의 지분을 보유하고 있는 유니컨버스에게 대한항공 국내선, 국제선, 문자·채팅 콜센터 위탁거래 관련 시스템사용료와 유지보수비를 지급함에 있어서 SK브로드밴드가 무상으로 제공하여 아무런 비용이 발생하지 않은 시스템 장비에 대해서도 시스템사용료와 유지보수비를 지급하였다.

---

100) 다만, 개별 지원행위 또는 일련의 지원행위로 인한 지원금액이 5천만원 이하로서 공정거래저해성이 크지 않다고 판단되는 경우에는 부당지원행위에서 제외하고 있다(부당한 지원행위의 심사지침)

II. 공정거래위원회의 심결[101]

공정거래위원회는 ① 대한항공이 광고수입 전액을 싸이버스카이에게 귀속시킨 행위와 ② 유니컨버스에게 아무런 비용이 발생하지 않은 시스템 장비에 대하여 시스템사용료와 유지보수비를 지급한 행위는 모두 정상적인 거래조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래함으로써 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시킨 행위로서 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에 위반된다고 판단하였고, 관련 계열사들에 대하여 시정명령 및 과징금을 부과하였다.[102] 한진그룹에 부과된 과징금의 상세내역을 도표로 정리하면, 다음과 같다.

[표 3-5] 한진그룹에 대한 과징금 부과내역

피심인	위반금액(a)	부과기준율(b)	산정기준(a×b)
대한항공	3,719,384	80%	2,975,507
	765,308,544	80%	612,246,835
싸이버스카이	3,719,384	80%	2,975,507
유니컨버스	765,308,544	80%	612,246,835

(단위 : 원)

III. 검토

1. 심결의 분석

101) 공정거래위원회 2017. 1. 10. 의결 제2017-009호.

102) 근거규정이 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호가 아니지만, 제1호 또한 제4호와 동일한 방식으로 과징금을 부과하고 있으므로 과징금 부과의 문제점을 확인하기 위한 측면에서 검토할 수 있다고 보여진다.

공정거래위원회는 대한항공이 싸이버스카이에게 부당하게 일감을 몰아줌으로써 지배주주에게 귀속시킨 이익을 3,719,384원이라고 판단하였고, 유니컨버스에게 부당하게 일감을 몰아줌으로써 지배주주에게 귀속시킨 이익을 765,308,544원이라고 판단하였다. 그리고 ① 지원객체인 싸이버스카이와 유니컨버스에 대한 특수관계인의 지분보유 비율이 상당한 점(70-100%), ② 본건 일감몰아주기 거래에 특수관계인들이 대한항공의 담당 임원으로서 관련되어 있는 등 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하고자 하는 의도 및 이 사건 행위에 이른 경위 등에 있어 부당성의 정도가 큰 점, ③ 관련 업계의 거래관행에도 심히 배치되는 점 등을 고려하여 과징금의 부과기준율을 80%로 설정하였다.

2. 지원주체에게 부과되는 과징금

먼저 사안의 일감몰아주기 사례를 분석하면, 대한항공이 내부적으로 수행하던 인터넷 사이트 운영 업무와 콜센터 운영 및 네트워크 구축 업무를 그룹 내 계열사인 싸이버스카이와 유니컨버스에게 상당히 유리한 조건으로 몰아준 사안이므로 일감몰아주기 거래유형 중 ⓐ형 일감몰아주기 거래에 해당한다고 볼 수 있고, 이러한 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래가 이루어짐에 따라 지원주체인 대한항공은 재산상 손해를 입은 반면, 지원객체인 싸이버스카이와 유니컨버스는 부당한 이득을 취득하게 되었다. 그런데 그럼에도 불구하고 공정거래위원회는 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 대한항공과 이익을 취득한 싸이버스카이, 유니컨버스에게 동일한 금액의 과징금을 부과하였는바, 지원객체에 부과한 과징금이 부당한 이득에 대한 이익박탈적 과징금이라면, 지원주체에 부과한 과징금은 징벌적 추징금이라고 볼 수 있는데, 이렇게 지원주체에게 부과된 과징금은 종국적으로 지원주체에 대하여 지분을 보유하고 있는 소수주주에게까지 부정적인 영향을 미치게 된다.

원칙적으로 징벌적 과징금을 부과하기 위해서는 과징금을 부과하는 당

사자에게 위법행위를 하지 않을 수 있었다는 비난가능성이 성립되어야 한다. 그런데 사안의 일감몰아주기 거래 당시 총수일가가 지원주체인 대한항공의 지배주주로서 다수의 지분을 보유하고 있었고, 임원으로서 업무집행까지 담당하고 있었던 점을 고려해 보면, 일감몰아주기 거래 당시 총수일가가 대한항공의 의사결정권을 완전히 장악하고 있었다고 보아야 할 것인데, 일감몰아주기 거래에 대하여 어떠한 영향력도 행사할 수 없었던 소수주주에게 일감몰아주기 거래에 대한 비난가능성이 성립할 수 있을지 의문이다. 물론 지원주체에게 과징금을 부과한다면, 상대적으로 많은 지분을 소유하고 있는 지배주주가 소수주주에 비하여 더 많은 재산상 피해를 입는 것이 사실이고, 지원주체에게 과징금을 규정한 공정거래법상 제도의 입법취지도 여기에 있다고 보여진다. 그러나 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기에서 소수주주는 일감몰아주기 거래로 인하여 부당한 재산상 손해를 입은 주체인데, 지원주체에게 과징금까지 부과함으로써 일감몰아주기 거래로 인한 재산상 손해 외에 과징금에 따른 추가적인 재산상 손해를 입히는 것은 정의와 공평의 관점에서 볼 때 납득하기 어렵고,[103][104] 이러한 지원주체에 대한 과징금은 지원주체가 일감몰아주기

---

103) 송창현·조중근·김남훈, 앞의 논문, 162-163면 ; 정준혁, 앞의 논문, 104면("위 과징금 부과로 일감제공법인과 소액주주들은 추가적인 손실을 입게 된다. 소액주주는 일감 몰아주기로 인한 직접적인 손해뿐만 아니라 이러한 과징금에 대해서도 이사가 손해를 배상할 것을 주주대표소송 등을 통해 청구할 수 있지만, 손해를 전부 보전할 수 있는지는 확실하지도않고 이를 보전 받는 데에도 시간과 비용이 소요될 수밖에 없다").

104) 서울고등법원은 공정거래법 제24조의2에 대하여 위헌법률심판을 제청하면서 "공정거래법 제23조 제1항 제7호의 입법목적에 비추어 그 목적을 달성함에는 지원객체에 대하여 과징금을 부과함으로써 부당지원행위로 얻은 이익을 환수하는 것이 효과적임에도 불구하고 지원주체에 대하여 과징금을 부과하고 있으며, 과징금액의 산정에 있어서도 실제로 지원한 금액이나 부당지원행위로 인하여 지원객체가 확보한 부당한 경쟁력의 정도 등을 기준으로 함이 상당함에도 불구하고 지원주체의 매출액을 기준으로 삼은 것은 방법의 적절성을 요구하는 비례의 원칙에 반한다는 의심이 든다"고 주장한 바 있고, 헌법재판소 또한 "이 사건 부당지원행위로 인하여 발생한 이득을 환수하기 위해서는 현실적으로 이

거래로 인하여 재산상 이익을 취득한 경우에 한하여 정당화될 수 있다고 보여진다.

3. 이사에게 부과되지 않는 과징금

또한 공정거래법상 과징금 제도는 지원주체와 지원객체의 이사들을 과징금의 부과대상에서 제외하고 있는데, 총수일가가 임원의 지위를 가지고 있을 경우에는 규제의 공백이 발생하지 않으나, 총수일가가 아닌 임원에 대하여는 과징금을 부과할 수 없게 되는바, 이처럼 이사들을 과징금의 부과대상에서 제외하는 규제방식이 타당한 규제방식이라고 볼 수 있는지 의문이다. 일감몰아주기 거래를 진행한 직접적인 행위의 주체들이 지원주체와 지원객체의 이사들이라는 점을 감안하면, 이들을 과징금의 부과대상에서 제외하는 규제방식은 정의와 공평의 관점에서 볼 때 타당하다고 보여지지 않는다.

4. 효율성과 형평성의 관점

한편, 과징금 제도는 효율성과 형평성의 관점에서 보더라도 정당화되기 어려운데, 이는 일감몰아주기 규정을 구체적으로 검토하는 과정에서 자세히 논의하고자 한다.

득을 취한 피지원사업자에게 과징금을 부과하여야 할 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 지원을 행함으로써 손해를 입은 사업자를 상대로 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이다"라고 판시하여 손해를 입은 지원주체에게까지 과징금을 부과하는 것은 문제가 있다는 점을 지적하였다. 다만, 헌법재판소는 "이는 지원주체인 사업자의 부당지원행위 자체를 응징하고, 이를 통하여 장래 유사한 불공정행위가 발생하는 것을 예방하기 위한 목적에서 가하여지는 것이라고 보아야 할 것이다"라고 판시하여 지원주체에게 부과되는 과징금에 징벌적 성격이 있다고 보아 해당 조항을 합헌으로 판단하였다(헌재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 판결).

제3절 형벌의 공정성

공정거래법상 형벌규정에서는 지배주주 일가와 지원주체에 대하여 형사책임을 규정하고 있다. 그런데 일감몰아주기 거래를 통하여 부당한 이익을 취득한 주체는 지원객체인 B사와 B사의 주주들인 甲과 丙일 것인데, 간접적으로 이익을 취득한 지배주주 일가에 대한 형사책임만 규정하고, 직접적으로 이익을 취득한 지원객체에 대한 형사책임을 규정하지 않는 방식은 정의와 공평의 관점에 볼 때 타당한 규제방식이라고 보여지지 않는다.

또한 제3장 제2절 과징금의 타당성 항목 중 2. 지원주체에게 부과되는 과징금 항목에서 검토한 바와 같이 A사는 지원주체로서 일감몰아주기 거래로 인하여 재산상 손해를 입게 되는 손해의 주체인데, 그러한 A사에 대하여도 형사책임을 부담하도록 규정하는 것 또한 타당한 규제방식이라고 볼 수 없다. A사에 대한 형사책임을 통하여 A사의 지배주주인 甲에게 간접적으로 책임을 추궁하기 위한 것에 입법의 취지가 있다고 보여지지만, 그러한 취지라면 A사보다는 지배주주 일가와 보다 경제적으로 밀접한 관계를 맺고 있는 B사에게 형사책임을 묻는 것이 더 타당한 방법일 것이다. 더욱이 A가 형사책임을 부담함으로써 지배주주인 甲뿐만 아니라 소수주주인 乙까지 간접적으로 손해를 입는다는 사실을 감안해 보면, B사가 아닌 A사에게 형사책임을 추궁하는 것은 올바른 규제방식이라고 볼 수 없다. 오히려 일감몰아주기 거래에 따른 형사책임은 지원주체인 A사가 아니라 지원객체인 B사에게 있다고 할 것인바, 이런 점에서 공정거래법상 형벌규정이 처벌대상에서 공정거래법 제23조의2 제3항의 지원객체를 누락한 것은 입법상 미비로 보여진다.

한편, 공정거래법상 형벌규정의 법정형 중 재산형 부분은 과징금 제도와 마찬가지로 효율성과 형평성의 측면에서도 정당화되기 어려운데, 이 또한 일감몰아주기 규정을 구체적으로 검토하는 과정에서 자세히 논의하고자 한다.

제4절 기타 문제점

그 밖의 문제점으로서 지배주주가 일감몰아주기 거래로 나아가지 못하도록 억제하는 심리적 억제수단에 비하여 절차적 단계에서 일감몰아주기 거래에 제동을 걸 수 있는 제도적 견제수단이 상대적으로 미비한 점, 소송절차에서 이해관계의 당사자가 아닌 공정거래위원회가 증거의 수집 및 입증책임을 부담하기 때문에 거래의 부당성을 입증하는 데에 현실적인 어려움이 많은 점, 과징금·형벌 등과 같은 공법적 제재수단을 동원함에 따라 제도 시행에 따른 사회적 비용이 과다하게 발생하는 점 등을 들 수 있다.[105]

105) 이에 대하여는 규제규정을 구체적으로 검토하는 과정에서 상술하고자 한다.

제4장 일감몰아주기에 관한 회사법상 제도

일감몰아주기 거래를 규제하는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 주요내용과 문제점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 다음으로 일감몰아주기 거래를 규제하는 회사법상 제도를 살펴볼 필요가 있다. 일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 제도는 사전적 예방수단과 사후적 구제수단으로 나눌 수 있는데, 사전적 예방수단에는 이사 등의 자기거래 금지 규정과 회사기회 유용금지 규정이 있고, 사후적 구제수단에는 이사 및 업무집행지시자 등에 대한 회사의 손해배상제도와 대표소송 등이 있다. 이하에서는 일감몰아주기를 규제하는 회사법상 제도에 대하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

제1절 사전적 예방수단

일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 사전적 예방수단으로는 이사 등의 자기거래 금지, 이사의 회사기회 유용금지, 그리고 이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분, 위법행위 유지청구권 등을 들 수 있다.

I. 이사 등의 자기거래 금지

1. 의의

이사 또는 주요주주와 회사 사이의 거래를 자기거래(self-dealing)라고 하는데, 상법 제398조에서는 이사 또는 주요주주의 자기거래에 대하여 이사회의 승인을 얻도록 규정하고 있다. 이는 회사를 지배하는 자, 즉 지배주주의 사익추구행위를 통제하기 위한 가장 직접적인 규정으로서 우리나라 기업현실에서 일어나는 자기거래를 직접적인 규제대상으로 한다는 점에서 의미가 있다. 우리나라에서 이루어지는 자기거래는 대부분 지배주주의 막강한 영향력을 배경으로 하지만, 2011년 이전의 일감몰아주기

법제에서는 이사만을 적용대상으로 하고 있었기 때문에 이러한 문제를 해결할 수 없었다. 2011년 개정된 상법은 지배주주를 자기거래 금지의 적용대상에 포함시킴으로써 규제의 공백 문제를 해결하였다.[106]

2. 거래의 상대방

회사가 이사 및 그 특수관계인과 거래를 할 때는 이사회의 승인을 얻어야 하는데, 여기서 이사는 거래 당시에 이사 및 이에 준하는 자를 의미하고, 이사의 지위에서 물러난 이사[107] 또는 이사의 신분이 없는 사장[108] 등은 포함되지 않는다. 상법 제401조의2의 업무집행관여자 또는 표현이사 역시 상법 제398조의 이사로 보지 않지만, 집행임원에 대하여는 상법 제398조를 준용한다. 나아가 이사가 아니라 이사의 특수관계인이 거래의 상대방인 경우에도 개정상법에서는 자기거래에 해당하는데, 개정상법은 배우자 등 친족을 통하여 자기거래의 범위를 확대하였다. 또한 2011년 상법이 개정되기 전에는 지배주주의 자기거래가 제398조의 적용범위에서 제외되었기 때문에 지배주주가 이사의 지위에 있지 않은 이상 자기거래라고 보지 않았으나, 우리나라 기업집단에서는 지배주주의 자기거래가 더 문제라는 지적이 있었고, 결국 2011년 상법을 개정하여 주요주주[109]를 행위주체로 신설하고, 위 이사와 같은 방식으로 특수관계인을 통하여 자기거래의 범위를 확대하였다.

한편, 준용 조문이 상장회사 특례이므로 비상장회사의 주요주주에는 해당이 없다는 견해도 있으나,[110] 주요주주의 개념을 가져오기 위한 준용에 불과할 뿐 동 규정의 적용대상을 상장회사의 주요주주로 국한하려는 취지는 아니라고 보여지므로 상장회사뿐 아니라 비상장회사의 주요주주

106) 송옥렬,『상법강의 제10판』, 홍문사, 2020, 1054-1055면.

107) 대법원 1988. 9. 13. 선고 88다카9098 판결.

108) 대법원 1981. 4. 14. 선고 80다2950 판결.

109) 여기서 주요주주란 의결권 있는 발행주식 총수의 10% 이상을 소유하거나 회사의 경영에 사실상의 영향을 행사하는 주주를 말한다.

110) 최준선,『회사법 제10판』, 삼영사, 2015, 523면.

에도 해당한다고 해석된다.[111]

3. 이사회의 승인

자기거래의 승인기관은 원칙적으로 이사회이지만, 이사가 1명 또는 2명인 소규모회사로서 이사회를 두지 않는 경우에는 주주총회가 승인기관이 된다. 정관에서 자기거래의 승인을 이사회 결의사항이 아닌 주주총회 결의사항으로 할 수 있는지 견해의 대립이 있는데,[112] 판례는 자기거래의 승인은 정관으로 주주총회의 결의사항으로 할 수 있고,[113] 설령 정관의 규정이 없더라도 주주 전원의 동의로 자기거래를 승인할 수 있다고 본다.[114] 주주총회가 회사의 의사를 결정하는 최고기관이고, 주주총회를 통하여 소수주주의 권리가 보다 두텁게 보호될 수 있다는 측면에서 정관을 통하여 주주총회의 결의사항으로 정할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 보여지고,[115] 이 때 주주총회의 승인요건은 이사회 승인요건과의 균형상 발행주식 총수의 3분의 2로 해석하는 것이 타당하다고 보여진다.[116] 이사회의 승인은 거래가 이루어지기 전에 미리 이루어져야 하고,[117] 자기

---

111) 이철송,『회사법강의 제23판』, 박영사, 2015, 745면.

112) 송옥렬, 앞의 책, 1061면 ; 김효신, “상법 제398조 자기거래제한 규정의 쟁점 및 개선방안”,『법과 기업연구 제10권 제1호』, 서강대학교 법학연구소, 2020, 136면.

113) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결. “이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대한 승인은 주주 전원의 동의가 있다거나 그 승인이 정관에 주주총회의 권한사항으로 정해져 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사회의 전결사항이라 할 것이므로, 이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다고 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없다”

114) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다16310 판결.

115) 주주총회에 관한 상법 제361조는 정관에 의한 수정을 전제하고 있으므로 가능하다는 견해로서 김건식·노혁준·천경훈,『회사법 제4판』, 박영사, 2020, 437면.

116) 임재연,『회사법Ⅱ 개정5판』, 박영사, 2018, 494면.

117) 종래 판례는 이사회의 승인이 없는 자기거래는 일종의 무권대리라고 하면서 사

거래의 당사자는 승인 이전에 이사회에 거래에 관한 자신의 이해관계 및 중요사실을 알려야 한다.[118] 한편, 이사회의 승인은 어디까지나 자기거래의 유효요건에 불과하고 거래한 자의 책임을 면제하는 것은 아니므로, 거래가 불공정하여 회사에 손해가 발생하였다면 당사자인 이사는 물론이고 그 승인결의에 찬성한 이사도 상법 제399조 제2항, 제3항에 따라 연대하여 손해배상책임을 부담한다.[119]

4. 위반의 효과

이사가 동 규정을 위반하여 이사회의 승인을 얻지 않은 경우 거래의 효력이 문제가 되는데, 다수설[120]과 판례[121]는 회사와 거래상대방 사이에서는 무효이지만, 제3자에 대해서는 회사가 이사회의 승인이 없었다는 점에 대한 상대방의 악의를 입증하지 못하는 이상 유효라고 하여 상대적 무효설의 입장을 취하고 있다. 회사의 이익을 보호하는 동시에 거래의 안전을 지킨다는 점에서 다수설 및 판례의 입장이 타당하다고 보여지고, 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호 일감몰아주기 거래의 경우 선의의 제3자가 일감몰아주기 거래를 바탕으로 새로운 법률관계를 형성하지 않는 한 절대적 무효라고 보여진다.

II. 회사기회 유용금지

후추인을 허용하고 있었으나(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결), 2011년 개정상법은 “미리” 이루어져야 한다고 명시하였다.

118) 이사회의 승인이 있었다고 하더라도 이익충돌 상황이 개시되지 않은 상태에서 행해진 것이라면, 상법 제398조상 이사회 승인이 없는 것과 마찬가지이다. 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 438면.

119) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결, 송옥렬, 앞의 책, 1063면.

120) 정동윤,『상법(상) 제6판』, 법문사, 2012, 636면 ; 정찬형,『상법강의(상) 제18판』, 박영사, 2015, 883면 ; 최준선, 앞의 책, 530면.

121) 대법원 1984. 12. 11. 선고 84다카1591 판결.

1. 의의

회사기회유용의 이론(corporate opportunity doctrine)은 주로 미국의 판례법상 형성된 회사법의 법원칙으로 이사가 그가 소속된 회사가 가지는 기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 유용하지 못하는 원칙을 의미한다.[122] 우리나라에서는 2011년 일감몰아주기 법제를 도입하는 과정에서 회사기회 유용금지 규정을 신설하였는데, 이사가 3분의 2 이상의 이사회 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하는 것을 금지하고 있고(상법 제397조의2 제1항),[123] 여기서 "현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회"라 함은 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회(상법 제397조의2 제1항 제1호)와 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회(상법 제397조의2 제1항 제2호)를 의미한다.[124][125] 만약 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며, 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다(상법 제397조의2 제2항). 회사의 경영상의 비밀을 알기 쉬운 위치에 있는 이사 등이 그들이 알고 있는 회사의 경영상의 기회를 유용하여 회사에 손해를 끼치는 것을 방지한다는 점에서 회사기회 유용금지는 이사의 회사에 대한 선관주의의무 내지 충실의무의 한 내용으로 이해되

---

122) 김화진, 『기업지배구조와 기업금융 제2판』, 박영사, 2012, 320면.

123) 사후승인인 추인도 가능하다는 견해로서 천경훈, "개정상법상 회사기회유용의 금지규정의 해석론연구", 『상사법연구 제30권 제2호』, 2011, 161면.

124) 따라서 이사가 사적인 대화나 관계 등 직무를 수행하는 과정과 무관하게 취득한 회사기회는 동 규정의 회사기회에 해당하지 않는다. 천경훈, 위의 논문, 202면.

125) 회사법상 사업기회의 의미가 명확하지 않으므로 이익기대기준(Interest or Expectancy Test), 사업범위기준(Line of Business Test), 공정성기준(Fairness Test) 중 하나의 기준을 규정하였어야 했다는 견해로서 김화진, 앞의 책, 327면.

고,[126] 이사가 회사기회를 유용하여 회사에 재산상 손해를 입힌 경우 회사법상 특별배임죄의 죄책을 부담하게 된다(상법 제622조 제1항).[127]

2. 일감몰아주기의 경우

지원주체가 직접 사업을 수행할 수 있었음에도 불구하고 지배주주 일가에게 이익을 귀속시킬 목적으로 지원주체의 이사가 지원객체에게 일감을 몰아주었다면, 이는 "자기 또는 지배주주의 이익을 위하여 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 이용하는 행위"에 해당하므로 상법 제397조의2 회사기회 유용금지에 따른 이사회의 승인대상이 된다.[128] 이사가 이사회의 승인을 얻지 않고 사업기회를 이용하였을 경우 효력이 문제되는데, 이사회의 승인을 받지 않았다고 하더라도 사업기회 유용에 수반되는 개별 행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 견해가 다수이다.[129] 그러나 이사의 회사기회 유용행위와 이사 등의 자기거래는 일감몰아주기 거래를 규제하는 데에 목적이 있다는 점에서 입법의 취지가 동일하고 이사회의 승인요건에도 두 규정의 차이가 없으므로 자기거래와 동일하게 상대적 무효설로 판단하는 것이 타당하다.

한편, 손해배상액을 이사 또는 제3자가 얻은 이익으로 추정한다는 규정은 입증책임과 관련하여 중요한 의미가 있다. 이사에 대해 손해배상 책임을 청구하기 위해서는 원칙적으로 이사의 책임을 추궁하는 자가 이를 증명해야 하나, 소수주주의 입장에서 손해를 입증하기 위한 증거를 수집하는 것은 상당히 어렵다.[130] 그런데 동 규정으로 인해 회사의 기회유용

126) 김화진, 위의 책, 321면.

127) 모든 회사기회 유용행위에 대하여 배임죄가 성립하는 것은 아니라는 견해로서 최관식, "이사의 회사기회유용과 배임죄",『형사법의 신동향 통권 제56호』, 대검찰청, 2017, 127-128면.

128) 다만, 모든 종류의 일감몰아주기 거래가 회사기회의 유용에 해당한다고는 볼 수 없다. 자세한 내용은 각주 147) 참조.

129) 송옥렬, 앞의 책, 1071-1072면.

130) 이는 회사법 규정을 구체적으로 검토하는 과정에서 후술.

과 관련해 회사의 손해가 발생한 경우에는 그 손해액이 추정되므로 이사 등이 '이사 혹은 제3자에게 이익이 발생하지 않았음'을 증명하거나 '그 이익의 발생과 회사의 손해와는 무관함'을 증명해야 손해배상 책임의 부담에서 벗어날 수 있다.[131] 이런 점에서 위 규정은 손해배상의 크기에 대한 소수주주의 입증책임을 완화시켜 줌으로써 소수주주의 권리 구제에 실질적으로 기여할 수 있다는 의미가 있다.

III. 이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분

주주총회에서는 다수의 주식을 보유하고 있는 지배주주의 주도 하에 이사가 선임되는 경우가 많은데, 이러한 이사선임 결의에 하자가 존재하는 경우 소수주주는 소송을 통하여 이사선임 결의의 무효나 취소를 주장할 수 있다. 그러나 소송의 결과가 나오기 전까지는 이사의 업무집행이 정지되지 않으므로 이사가 지배주주에게 부당 이익을 귀속시키기 위한 내부거래를 진행할 수 있고, 이 경우 소수주주는 회복하기 어려운 재산상 손해를 입을 수 있는바. 회사법에서는 이러한 소수주주를 보호하는 차원에서 이사선임 결의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우 법원이 당사자의 신청에 의한 가처분으로 이사의 직무집행을 정지하고, 직무대행자를 선임할 수 있도록 규정하고 있다.[132]

직무집행이 정지된 이사는 일체의 직무집행을 할 수 없고, 이를 위반한 직무집행은 절대적으로 무효이며, 후에 가처분이 취소되더라도 소급하여 유효해질 수 없다.[133][134] 또한 직무집행이 정지된 이사가 주주총회에서

---

131) 삼정회계법인,『경제60년사와 일감몰아주기』, 율곡출판사, 2013, 90면.

132) 앞에서 열거한 소송들은 예시에 불과하므로 이사선임 결의 부존재확인의 소나 이사지위 부존재확인의 소를 전제로도 직무집행정지가처분을 내릴 수 있다. 안철상 외,『21세기 민사집행의 현황과 과제』, 민사집행법연구회, 2011, 386-387면.

133) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다4537 판결. "직무집행정지가처분은 가처분 명령에 의하여 새로운 법률관계가 형성된다고 하는 그 형성재판적 성격과 법률관계의 획일적 처리에 의하여 거래안전을 도모하여야 한다는 필요성 때문에 절대적

다시 이사로 선임되더라도 직무집행정지가처분이 취소되지 않는 한 이사의 권한을 행사할 수 없다.[135] 한편, 직무집행정지가처분의 기간이 있을 때에는 기간이 만료함으로써 효력을 상실하고, 기간을 정하지 않은 때에는 본안소송의 판결이 확정됨과 동시에 효력을 상실한다.[136]

IV. 위법행위 유지청구권

이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하려고 할 때 감사·감사위원회 또는 소수주주는 회사를 위해서 이사에 대하여 그 행위의 유지를 청구할 수 있는데, 이를 유지청구권이라고 한다(상법 제402조). 이사가 위법행위를 하면 사후적으로 대표소송을 통하여 그 책임을 물을 수 있으나, 사후적 수단만으로는 침해된 권리에 대한 충분한 구제가 이루어지지 못하는 경우가 비일비재하므로 이를 사전에 예방할 수 있도록 하기 위하여 인정된 제도이다. 기업집단 내부거래를 통하여 지배주주에게 부당한 이익을 귀속시키는 경우 이사가 회사의 이익에 반하는 행위를 함으로써 선관주의의무를 위반하였다고 할 수 있고, 이러한 거래가 이루어질 경우 소수주주의 피해를 회복하는 데에 상당히 많은 시간과 비용이 소모될 것이므로 사전적 예방수단으로서 유지청구권이 중요한 역할을 담당할 수 있다.

유지청구가 있을 경우 이사는 선관주의의무에 위반되는 행위를 즉시 중단하여야 한다. 이사가 유지청구를 무시하고 집행한 행위가 유효한지 여부에 대해 ① 신주발행이나 사채발행과 같이 획일적으로 효력이 정해지는 행위는 항상 유효하지만, 매매와 같은 개별적인 거래는 상대방이 유지청구의 사실에 대하여 악의인 경우에는 회사가 무효를 주장할 수 있다

효력이 인정되고, 그 효력은 제3자에게도 미친다".

134) 이러한 직무집행정지가처분의 효력에 대하여 현행법의 체계에 부합하지 않고, 실질적 필요성을 인정하기 어렵다는 비판으로서 안철상 외, 위의 책, 398-408면.

135) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99다62980 판결.

136) 대법원 1989. 5. 23. 선고 88다카9883 판결, 대법원 1989. 9. 12. 선고 87다카2691 판결.

는 견해,[137] ② 언제나 유효하다는 견해[138]가 대립하고 있다. 생각건대 소수주주를 보호하면서 거래의 상대방을 보호하기 위해서는 거래의 상대방이 유지청구가 있었다는 사실을 알았다는 점에 대한 입증이 없는 이상 행위는 유효하다고 함이 타당하다.[139]

제2절 사후적 구제수단

일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 사후적 구제수단으로는 회사에 대한 이사 및 업무집행지시자 등의 손해배상책임과 이사 등을 상대로 한 소수주주의 대표소송, 그리고 일감몰아주기 거래를 진행한 이사에 대한 특별배임죄 등을 들 수 있다.

I. 손해배상책임

손해배상책임은 이사의 회사에 대한 손해배상책임과 업무집행지시자 등의 회사에 대한 손해배상 책임으로 나눌 수 있다. 먼저 이사의 회사에 대한 손해배상 책임을 살펴보고, 이후 업무집행지시자 등의 회사에 대한 손해배상책임에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 이사의 손해배상책임

1) 의의

회사법에서는 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위

137) 최준선, 앞의 책, 삼영사, 2015, 557면.

138) 이철송, 앞의 책, 박영사, 2015, 797면.

139) 유지청구는 이사의 행위가 위법하다는 추정을 가져오는 것이 아니고 단순히 이사에게 다시 생각하여 신중하게 판단하라는 취지에 불과하므로, 이를 가지고 거래의 효력을 좌우할 만한 것이 못되며, 항상 유효한 것으로 보아야 한다는 견해로서 송옥렬, 앞의 책, 1100면.

를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 규정하고 있다(상법 제399조). 본래 이사는 회사와 위임관계에 있고 선관주의의무를 부담하기 때문에 의무위반이 있으면 채무불이행책임을 부담하는 것이 원칙이지만, 상법 제399조는 이러한 채무불이행책임을 보다 명확하게 규정하면서, ① 이사의 책임원인으로서 단순히 임무해태만이 아니라 법령 또는 정관의 위반을 명시하고 있고(상법 제399조 제1항), ② 결의에 찬성한 이사에게도 연대책임을 지우면서(상법 제399조 제2항), ③ 의사록에 이의를 한 기재가 없는 이사는 찬성한 것으로 추정하는 등(상법 제399조 제3항) 이사의 책임을 가중하고 있는 것이다.[140]

한편, 상법 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수 있고(상법 제400조 제1항), 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있지만(상법 제400조 제2항 본문). 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 적용되지 않는다(상법 제400조 제2항 단서).

2) 일감몰아주기의 경우

일감몰아주기 거래는 이사가 고의로 상법 제382조의3 충실의무를 위반되는 행위를 하는 경우에 해당하므로 일감몰아주기 거래로 인하여 재산상 손해를 입은 회사는 일감몰아주기 거래를 실행한 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있고, 이 경우 일감몰아주기 거래에 찬성한 이사들도 공동불법행위자로서 연대책임을 부담한다.

한편, 일감몰아주기 거래에 가담한 이사의 책임 전부를 면제하기 위해서는 주주 전원의 동의가 필요하지만, 소수주주가 이에 응하지 않을 것

140) 송옥렬, 위의 책, 1074면.

이므로 이사의 책임이 면제될 가능성은 희박하다고 보여진다. 또한 일감 몰아주기 거래는 지배주주에게 이익을 귀속시키려는 명확한 목적 하에 이루어진 거래이므로 이사가 고의로 회사에 손해를 발생시킨 경우에 해당하거나, 설령 거래 당시 이사가 회사의 손해를 예견하지 못하였다고 하더라도 이를 예견하지 못한 점에 중대한 과실이 있다고 보여지므로 일부면제 또한 인정되지 않는다고 보여진다.

3) 관련 판례

법원은 현대차그룹이 정몽구 회장과 정의선 부회장 소유의 물류회사인 현대글로비스에 물량을 부당하게 몰아주는 방식으로 정 회장 일가를 지원하였을 뿐 아니라 글로비스 설립 당시 출자 지분도 현대차가 인수하지 않고 정 회장 부자가 대신 취득하게 함으로써 회사와 주주들에게 재산상 손해를 입혔다고 하여 경제개혁연대와 현대차그룹 소수주주들이 정 회장 부자를 상대로 손해배상 청구소송을 제기한 사안(“현대글로비스 사건”)에서 정 회장이 현대차 등으로부터 부당 지원을 받은 사실 자체는 인정했지만, “회사에 현존하는 현실적이고 구체적인 사업기회”로 인정되는 경우에 이사의 충실의무 위반이 문제될 수 있다고 하면서 물류업무가 자동차 사업과 연관성은 있지만 그렇다고 하여 이를 반드시 직접 수행하거나 자회사를 만들어 수행하여야 한다고 볼 수 없다는 점, 물류업무는 기존에도 아웃소싱하였고 그 거래 상대방을 비계열회사에서 계열회사인 글로비스로 이전한 것일 뿐인 점, 이사가 회사의 이익을 위하여 모든 행위를 하여야 할 의무까지 부담한다고 볼 것은 아니라는 점 등을 들어 회사기회를 유용하지는 않았다고 판시하였다.[141][142]

또한 신세계가 광주신세계의 유상증자 주식 50만 주에 대한 우선인수권을 포기하고 정용진 신세계그룹 부회장에게 주식을 인수하도록 함으로서 회사에 재산상 손해를 입혔다고 하여 소수주주들이 정용진 신세계그룹

141) 서울중앙지법 2011. 2. 25. 선고 2008가합47881 판결

142) "일감몰아주기, '회사기회유용금지' 적용 어렵다", 더벨, 2013. 10. 29.

부회장과 전·현직 이사 5명 등 경영진을 상대로 낸 손해배상 청구소송에서(“광주신세계 사건”) 대법원은 ″회사의 이사회에서 합당한 정보를 가지고 정당한 절차에 따라 회사의 이익을 위해 사업기회를 포기하거나 이사의 이용을 승인했다면 이사가 그 기회를 이용했더라도 이사로서의 선관주의의무 또는 충실의무를 위반했다고 할 수 없다″고 판시하여 손해배상 청구를 부정하였다.[143][144]

그러나 위 판결들은 회사기회 유용의 의미를 ″현존하는 현실적이고 구체적인 사업기회″로 제한하는 등 회사기회 유용의 의미를 지나치게 좁게 해석하였다는 점에서 문제가 있고, 이처럼 이사의 선관주의의무 또는 충실의무를 소극적으로 적용한다면, 업무집행지시자(지배주주)와 그 지시를 받는 이사에 의한 부당한 부(富)의 이전을 실질적으로 막을 수 없다는 점에서 타당하지 않다.[145] 이후 2011년 개정이 이루어짐에 따라 이사의 회사기회 유용금지가 명시적으로 명문에 규정되었는바(상법 제397조의2), 개정된 규정을 적용한다면, 일감몰아주기 거래를 이사의 회사기회 유용에 해당한다고 보아 회사의 손해배상 청구가 인용될 수 있으리라고 기대된다.[146][147]

---

143) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결.

144) “회사기회 유용 대표사례, 또 다시 법원에서 배척돼”, 경제개혁연대 보도자료, 2013. 9. 13.

145) 신흥철,『기업경영과 법의 만남』, 오래, 2018, 39면. 현대글로비스 사례에서 경제개혁연대가 주장한 회사의 손해액은 1조원이 넘었고, 공정거래위원회가 추산한 부당지원 액수만도 1,400억원이었던 반면, 법원은 단지 826억원만을 배상하라는 판결을 내렸다. 같은 취지에서 정준혁, 앞의 논문, 112면(“문제는 글로비스 사건에서도 확인된 것처럼 법원의 충실의무에 대한 소극적인 해석, 소액주주들이 주주대표소송을 제기할 충분한 유인의 부족 등 여러 사정으로 인하여 상법의 사익편취행위에 대한 억지력이 크지 않다는 점에 있다”).

146) 입법자료에는 일감몰아주기 거래와 같은 이사와 회사 간 이해상반행위를 상법상 충실의무, 자기거래 제한 규정만으로 규율하기 어렵기 때문에 동 규정을 도입하였다고 명시적으로 언급하고 있다(“상법 일부개정법률안 검토보고”, 국회 법제사법위원회 배포자료, 2008, 152-153면).

147) 일감몰아주기 거래를 사업기회의 유용으로 볼 수 있는지 명확하지 않다는 견해

2. 업무집행지시자 등의 손해배상책임

상법 제401조의2에서는 이사가 아니지만 일정한 요건을 갖춘 자를 이사로 보아 이사의 회사에 대한 손해배상책임(상법 제399조), 이사의 제3자에 대한 손해배상책임(상법 제401조), 그리고 이사에 대한 대표소송(상법 제403조)를 적용하도록 규정하고 있고, 일정한 요건을 갖춘 자로서 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자(상법 제401조의2 제1항 제1호), 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자(상법 제401조의2 제1항 제2호), 이사가 아니면서 명예회장・회장・사장・부사장・전무・상무・이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자(상법 제401조의2 제1항 제3호)를 규정하고 있다.

지시는 기본적으로 의사의 전달이기 때문에 구두나 서면, 명시나 묵시를 가리지 않고 해당한다. 그럼에도 불구하고 기업내부에서 행해지는 구

로서 송옥렬, 앞의 책, 1068면("기업집단의 물류나 IT 등의 사업이 당해 회사의 사업기회인지를 생각해 보면, 그것은 어차피 당해 회사가 하기에는 적절하지 않아서 보통 외부의 다른 기업으로부터 조달하던 것이었다. 이를 지배주주 일가의 회사로 몰아주더라도 거래조건이 동일한 이상 당해 회사에 손해가 되는 것은 아니다. 회사의 횡령이 아니라는 것이다. 일감몰아주기로 손해를 보는 주체는 당해 회사가 아니라 몰아주기가 없었다면 그 사업을 담당했을 외부업체이다. 따라서 일감몰아주기는 대부분 제397조의2가 적용될 사안은 아니라고 보인다") ; 정준혁, 앞의 논문, 99면("위 규정만으로는 여전히 사업기회가 무엇인지, 일감을 수행하는 것이 사업기회에 해당하는지 명확하지 않다. 대규모 일감은 제1항 제2호에 따라 회사가 수행하고 있는 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회로 볼 수도 있지만, 글로비스 건과 같이 물류업무를 이미 제3자에게 아웃소싱을 준 경우 회사가 해당 사업기회를 이미 이용하지 않기로 결정한 것으로 볼 수 있기 때문에 지배주주 개인 회사로 거래선을 변경하는 것을 사업기회 유용으로 볼 수 있는지는 분명하지 않다"). 이는 당해 회사가 직접 사업을 수행할 수 있었을 경우에 한하여 회사기회 유용금지 규정이 적용될 수 있다는 의미인데, 이에 대하여는 제5장 제1절 규정의 법률상 편제에서 후술.

두 지시를 증명하기 어렵기 때문에 법원이 지시의 추정을 너그럽게 해야 한다는 견해도 있다.[148] 법원 또한 그룹총수로서 중요한 회사경영에 실질적으로 관여하고 있었다면, 공모에 관한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙으로 공모에 의한 공동정범관계를 쉽게 인정하고 있다.[149]

업무집행지시자 등은 이사와 동등하게 회사 및 제3자에 대하여 상법 제399조, 제401조에 근거한 손해배상책임을 진다. 제1호에 해당하는 자는 지시한 업무에 대하여, 제2호 및 제3호에 해당하는 자는 집행한 업무에 대하여 이사에 준하는 손해배상책임을 부담하는 것이고, 이를 일감몰아주기 모형에 적용할 경우 지배주주인 甲은 상법 제399조에 따라 A사에 대한 손해배상책임을 부담하게 된다.

II. 대표소송

비상장회사의 주식 1% 이상을 보유하거나(상법 제403조 제1항), 상장회사의 주식 0.01% 이상을 6개월 동안 보유한 경우(상법 제542조의6 제6항) 주주는 이사 또는 업무집행지시자 등이 회사에 대하여 부담하는 모든 채무에 대하여 대표소송을 제기할 수 있는데,[150] 대표소송을 제기하기 위해서는 먼저 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 소의 제기를 청구하여야 하고(상법 제403조 제1항, 제2항), 회사가 주주로부터 소제기 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않으면, 대표소송을 제

148) 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 494면.

149) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결. 이사의 임무해태가 있으면 지배주주의 지시가 있었던 것으로 추정하는 것도 생각해 볼 수 있으나, 입법론적으로는 몰라도 현행법의 해석으로는 무리라는 견해로서 송옥렬, 앞의 책, 1094-1095면.

150) 상장회사의 소수주주가 주식을 6개월 동안 보유하지 않았으나, 일반규정에서 규정하고 있는 비상장회사의 소수주주권 행사요건을 충족한 경우 일반규정에 근거하여 소수주주권을 행사할 수 있는지 논의가 있었으나, 상장회사의 소수주주도 일반규정에 근거하여 소수주주권을 행사할 수 있다고 규정한 상법 개정안이 2020. 12. 9. 국회에서 통과됨에 따라 입법적으로 해결되었다(개정안 제542의6 제10항).

기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 대표소송에서 주주가 승소하면 소송비용은 물론이고 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액을 회사로부터 지급받을 수 있는데(상법 제405조 제1항 전단), 그 범위에는 인지대, 증인 및 감정인 비용, 변호사 비용, 소송을 위해서 지출한 자료 수집비, 교통비 등이 모두 포함된다. 아울러 회사가 주주에게 제405조 제1항의 비용을 지급하면, 그 가운데 피고가 부담해야 할 소송비용 부분에 대하여는 회사가 다시 피고를 상대로 구상권을 행사할 수 있다(상법 제405조 제1항 후단).

한편, 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 회사의 모회사 주주들을 보호하기 위하여 모회사 주주들이 자회사의 이사를 상대로 소송을 제기하는 이중대표소송을 허용하여야 하는지 논의가 있으나, 대법원은 이중대표소송을 부정하고 있고,[151] 상법상 명문의 규정이 없으므로 부정하는 것이 타당하다고 보여진다.[152]

---

151) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결. "어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되어 있으므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다."

152) 2020. 12. 9. 이중대표소송제도를 도입한 상법 개정안이 국회에서 통과되었는데, 개정안에 따르면, 모회사 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있고(개정안 제406조의2 제1항), 자회사가 청구를 받은 날부터 30일 내에 소를 제기하지 않을 때에는 주주가 즉시 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(개정안 제406조의2 제2항). 이중대표소송을 제기할 수 있는 모회사의 주주요건은 상장회사의 경우 0.5%(개정안 제542조의6 제7항), 비상장회사의 경우 1%로서 대표소송의 주주요건에 비하여 다소 엄격하게 규정되어 있고, 이중대표소송의 소송참가, 소송고지 및 재심에 대하여는 대표소송의 규정을 준용하도록 규정되어 있다(개정안 제406조의2 제3항).

III. 특별배임죄

회사법에서는 회사의 이사가 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 특별배임죄를 규정하고 있는데(상법 제622조 제1항). 이는 회사에서 이사라는 지위가 가지는 비중과 중요성을 감안하여 형법 제356조 업무상배임죄에 대한 특별규정을 마련해 두고 있는 것이다.[153][154] 이사가 지원주체에게 불리한 일감몰아주기 거래를 진행하여 회사에 재산상 손해를 입히고, 지배주주에게 부당한 이익을 귀속시켰다면, 이사는 선관주의의무 또는 충실의무를 위반한 것으로서 회사법상 특별배임죄가 성립하고 법조경합의 관계에 따라 형법상 업무상배임죄는 별도로 성립하지 않는다.[155]

---

153) 구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”,『기업소송연구 제3권』, 기업소송연구회, 2005, 4면 ; 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”,『형사정책 제25권 제3호』, 한국형사정책학회, 2013, 269면.

154) 업무상배임죄와 같이 구성적 신분(진정신분)과 가중적 신분(부진정신분)이 함께 존재하는 신분범죄를 이중적 신분범죄라고 하는데(이용식,『형법총론』, 박영사, 2019, 113면), 특별배임죄는 가중적 신분에 추가적인 가중적 신분이 존재한다는 점에서 삼중적 신분범죄라고 할 수 있다.

155) 그럼에도 불구하고 사법실무에서는 가중하여 처벌되는 특경가법을 적용하기 위하여 특별규정인 특별배임죄가 아닌 일반규정인 업무상배임죄를 적용하는 경우가 다수 있는데, 이는 ‘특별법은 일반법에 우선한다(lex specialis derogat legi generali)’는 법 적용의 대원칙에 위배된다는 점에서 문제가 있다. 자세한 내용은 회사법의 개선방안에서 후술.

제5장 일감몰아주기 거래의 효율적 규제방안

일감몰아주기 거래를 규제하는 현행 법제인 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호와 회사법상 제도의 구체적인 내용은 위에서 살펴본 바와 같다. 이번 장에서는 공정거래법상 제도와 회사법상 제도가 일감몰아주기 거래를 효율적으로 규제하고 있는지 검토하고, 일감몰아주기 규제의 구체적인 개선방안에는 어떠한 것들이 있는지 논의해 보고자 한다.

제1절 규정의 법률상 편제

일감몰아주기 거래의 효율적인 규제방안을 검토하기에 앞서 일감몰아주기 규정의 법률상 편제에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 이는 일감몰아주기 거래를 규율하는 규정들을 공정거래법에 배치할 것인지 아니면 회사법에 배치할 것인지와 관련된 문제인데, 공정거래법과 회사법의 역할과 기능을 검토한 후, 이를 바탕으로 일감몰아주기 거래의 종류에 따른 규제영역을 검토하고자 한다.

먼저 회사법의 역할과 기능이 회사를 둘러싼 이해관계자(stakeholder)의 이익충돌(주주와 채권자 사이의 이익충돌, 이사와 주주 사이의 이익충돌, 지배주주와 소수주주 사이의 이익충돌)을 조정하는 데에 있다는 점에는 대체적으로 견해가 일치한다,[156] 문제는 공정거래법의 역할과 기능인데, 공정거래법 제1조(목적)에서 “이 법은 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 도모함을 목적으로 한다”고 규정하고 있고, 이는 “시장 지배적 지위의 남용과 과도한 경제력 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제”함으로써(수단), “공정하고 자유로운 경쟁을 촉진”하고(중간

156) 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 23면 ; 송옥렬, 앞의 책, 5면 ; 박승룡, 『공정거래법』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2019, 2면.

목적), 이를 통하여 “창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 달성”하는 데에 목적이 있음을 의미하는 바(최종목적).[157] 결국 공정거래법의 목적은 공정한 경쟁을 통하여 자원을 효율적으로 배분함으로써 소비자 후생을 극대화하는 한편(경제적 효율성 보호), 소비자로부터 생산자로 부가 이전되는 것을 방지하는 데에 있음을 알 수 있다(경제력 집중 방지). 다시 말해, 회사법의 목적이 회사 내부에서 회사 기관인 주주, 이사, 대표이사, 감사 등의 이해관계가 충돌하는 경우 이를 적절한 방식으로 규제하여 해결하는 데에 있다면, 공정거래법은 경제주체 간의 불공정한 거래를 시정함으로써 경제적 비효율성을 제거하는 동시에 지배주주에 대한 경제력 집중에 따른 부의 불균등 문제를 해소하는 데에 그 목적이 있는 것이다.[158][159]

다음으로 일감몰아주기 거래에 대하여 살펴보면, 제2장 일감몰아주기의 종류에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기는 ⓐ, ⓑ, ⓒ, ⓓ의 4가지 유형으로 나눌 수 있고, 각각의 일감몰아주기 유형에 따라 지배주주와 소수

---

157) 김형배,『공정거래법의 이론과 실제』, 삼일, 2019, 23-25면.

158) 동법 제1조가 소비자보호와 국민경제의 균형발전을 함께 열거하고 있는 이상 동법은 경제적 효율의 증진을 통한 소비자복지의 증진 외에 중소기업의 보호와 같은 보다 폭넓은 정치·사회적 목적을 함께 추구한다고 해석하여야 할 것이다. 이기종,『경제법 제3판』, 삼영사, 2019, 37면.

159) 미국의 경우 하버드 학파가 공정거래법의 목적이 경제력 집중의 억제와 중소사업자의 보호에 있다고 주장하는 반면(Joe S. Bain,『Barriers to New Competition : Their Character and Consequences in Manufacturing Industries』, Havard University Press, 1956.) 시카고 학파는 경제적 효율의 증대를 통한 소비자복지 증진에 그 목적이 있다고 주장하고 있고(Robert H. Bork,『The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself』, FreePress, 1993 ; Stephen F. Ross,『Principles of Antitrust law』, Foundation Press, 1993.), 후기시카고 학파는 절충적인 입장에서 독점금지법이 경제적 효율 외에 독점기업으로부터 소비자로의 부의 이전을 추구하여야 한다고 주장한다(Robert H. Lande, “Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged”,『Hastings Law Journal』, The University of California, 1999).

주주, 그리고 지원객체와 시장경쟁자 간에 발생하는 문제의 형태 또한 다르다. 이처럼 일감몰아주기 거래에 기업 내부의 이해관계 충돌문제와 기업 외부의 불공정한 경쟁문제가 혼재되어 나타나는 경우에는 규제의 영역을 나누어 지배주주와 소수주주 간 이해관계 충돌문제는 회사법의 영역에서 규율하고, 불공정한 경쟁에 따른 경제력 집중의 문제는 공정거래법의 영역에서 규율하는 것이 타당하다고 보여진다. 구체적으로 살펴보면, ⓐ형 일감몰아주기의 경우 불공정한 조건으로 거래가 이루어짐에 따라 소수주주들에게 재산상 손해가 발생하였으므로 회사법의 영역에서 규율하여야 하지만, 애초에 외부의 시장경쟁자들이 존재하지 않았기 때문에 공정거래법의 영역은 적용되지 않는다. ⓑ형 일감몰아주기의 경우 불공정한 조건으로 거래가 이루어져 소수주주들에게 재산상 손해가 발생하였을 뿐만 아니라 외부의 시장경쟁자들이 경쟁에서 배제되는 불공정한 경쟁의 문제도 함께 발생하였으므로 회사법과 공정거래법의 영역이 모두 적용되어야 한다. ⓒ형 일감몰아주기의 경우 지원주체가 해당 사업을 직접 수행할 수 있었음에도 지원객체에게 일감을 몰아줌에 따라 소수주주가 사업기회에서 부당하게 배제되는 결과가 발생하였으므로 회사법의 영역에서 규율하여야 하는 반면,[160] 애초에 외부의 시장경쟁자들이 존재하지 않았기 때문에 불공정한 경쟁의 문제는 발생하지 않고, 같은 취지에서 공정거래법도 적용되지 않는다. 마지막으로 ⓓ형 일감몰아주기의 경우 시장경쟁자들이 경쟁에서 배제되는 불공정한 경쟁의 문제가 발생하였으므로 공정거래법의 영역에서 규율하여야 하고. 지원객체가 직접 해당 사업을 수행할 수 있었을 경우에는 소수주주가 사업기회에서 부당하게 배제된 경우이므로 회사법의 영역도 함께 적용되어야 한다. 일감몰아주기의 종류에 따른 규제영역을 도표로 정리하면, 다음과 같다.[161]

---

160) ⓒ형 일감몰아주기의 경우 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 지원주체가 내부적으로 일감을 해결하고 있었으므로 “지원주체가 직접 해당 사업을 수행할 수 있었을 경우”에 해당한다.

161) ⓓ형 일감몰아주기의 경우 경우에 따라 지원주체가 직접 해당 사업을 수행할 수 있었을 수도 있고, 없었을 수도 있으므로 경우를 나누어 적용하여야 한다. 각주 147) 참조.

[표 5-1] 일감몰아주기 거래의 규제영역

		ⓐ형	ⓑ형	ⓒ형	ⓓ형
영역	공정거래법	X	O	X	O
	회사법	O	O	O	△

(△ : 직접 사업을 수행할 수 있었을 경우)

제2절 규정의 구체적 검토

다음으로 일감몰아주기 규정을 구체적으로 검토할 필요가 있다. 규정을 구체적으로 검토하기에 앞서 규정의 효율성과 적정성을 판단하기 위한 기준을 설정할 필요가 있는데, 여기서는 ① 법령의 적용범위, ② 법령의 책임주체, ③ 사전적 예방수단으로서의 기능, ④ 사후적 구제수단으로서의 기능, ⑤ 증거의 수집 및 입증의 용이함, ⑥ 제도의 시행에 따른 사회적 비용을 기준으로 검토해 보고자 한다.

먼저 ① 법령의 적용범위는 해당법률에 포함되는 규제대상의 범위와 관련된 문제이다. 다시 말해 일감몰아주기 거래를 통한 사익편취 행위가 해당법률의 규제대상에 얼마나 포함되고 있는지가 평가의 기준인 것인데, 규제대상에서 제외되는 일감몰아주기 거래가 많다면, 이는 규제의 사각지대가 많다는 것을 의미하고, 일감몰아주기 거래를 효과적으로 규제하지 못하고 있다는 의미가 된다. ② 법령의 책임주체는 해당 법률에 의하여 책임을 부담하는 주체가 누구인가의 문제이다. 이는 위법한 행위의 주체에게 응보의 차원에서 그에 상응하는 제재를 내려야 한다는 의미로서 정의 및 공평의 관점과 밀접한 관련이 있다. 위법한 행위로 나아갔음에도 불구하고 책임을 부담하지 않거나, 위법한 행위로 나아간 사실이 없음에도 불구하고 책임을 부담한다면, 이는 법령이 책임의 주체를 잘못 설정한 것으로서 그만큼 제도가 공정하거나 정의롭지 못하다는 의미가 된다. ③ 사전적 예방수단으로서의 기능은 제도가 일감몰아주기 거래를

사전에 예방하는 기능을 제대로 수행하고 있는가를 의미한다. 모든 제도의 1차 목적이 행위자로 하여금 위법한 행위에 나아가지 못하도록 심리적으로 억제하고, 설령 위법한 행위로 나아갈 의사를 가졌다고 하더라도 다양한 제도적 견제장치를 통하여 위법행위가 발생하는 것을 사전에 방지하는 것에 있다는 점을 감안하면, 사전적 예방수단으로서의 기능은 제도로서의 유용성을 판단하는 중요한 기준이 될 수 있다. ④ 사후적 구제수단으로서의 기능은 해당 제도를 통하여 일감몰아주기 거래의 문제점을 얼마나 효과적으로 해결할 수 있는가의 문제이다. 제도의 2차 목적이 위법행위로 발생한 문제점을 시정하고 적법한 상태로 회복시킨다는 데에 있다는 점을 고려하면, 이 또한 제도로서의 기능을 판단하는 중요한 기준이 될 수 있다. ⑤ 증거의 수집 및 입증의 용이함은 사법절차와 관련된 기준으로서 소송에서 일감몰아주기 거래를 입증하기 위한 증거의 수집 및 입증이 얼마나 용이한가의 문제이다. 아무리 실체법적 측면에서 일감몰아주기 거래를 적절하게 규제하고 있다고 하더라도 소송절차에서 일감몰아주기 거래를 입증하지 못한다면, 절차법적 측면에서 제도로서의 가치는 그만큼 떨어지게 된다. 절차법을 통하여 실체법이 적용되는 만큼 소송절차에서 행위의 위법성을 입증해 내는 것은 제도로서 중요한 의미가 있다. 마지막으로 ⑥ 사회적 비용은 제도를 시행하는 데에 투입되는 비용의 크기이다. 제도가 일감몰아주기 거래를 적절하게 규제한다고 하더라도 제도 시행에 투입되는 비용이 과도하게 많다면, 그만큼 제도로서의 존재가치가 낮아지게 되는바, 이는 결국 제도 시행에 따른 효능과 제도 시행에 따른 비용의 비교형량을 통하여 판단하여야 할 문제이다. 이하에서는 법령의 적용범위를 시작으로 순서대로 살펴보고자 한다.

I. 법령의 적용범위

법령의 적용범위는 법령이 규제하는 일감몰아주기 거래의 범위와 관련된 것으로서 해당 법령이 일감몰아주기 거래를 사각지대 없이 적절하게 규제하고 있는지와 관련된 문제이다.

1. 공정거래법상 적용범위

제3장 제1절에서 살펴본 바와 같이 공정거래법상 적용범위는 ① 지원주체, ② 지원객체, ③ 거래규모에 따라 나눌 수 있다. 이하에서는 각각의 범위에 대한 타당성을 구체적으로 검토해 보고자 한다.

1) 지원주체

공정거래법 제23조의2에서는 지원주체를 공시대상기업집단으로 한정하고 있는데, 이는 경제력 집중을 초래할 수 있는 공시대상기업집단 정도의 규모를 갖춘 대기업집단이라야만 그러한 기업집단 총수일가의 사익편취 행위가 국민경제 전체에 의미 있는 영향을 미칠 수 있다고 보기 때문이다.[162] 그런데 최근 제재처분이 내려진 SPC그룹의 일감몰아주기 사례에서 SPC그룹 계열사들이 SPC삼립에게 약 414억 원의 부당이득을 귀속시킨 것으로 밝혀졌는데,[163] 이는 공시대상기업집단 소속 계열사 간에 발생하는 일감몰아주기의 거래규모와 비교해 보더라도 결코 작지 않은 수준이다. 또한 동일한 규모의 일감몰아주기 거래가 이루어진다고 하더라도 공정자산이 5조원 이상인 기업집단은 공정거래법 제23조의2의 적용을 받는 반면, 공정자산이 5조원 미만인 기업집단은 동 규정의 적용을 받지 않게 되는바, 이러한 선별적 규제방식을 정당화할 수 있는 합리적인 근거가 존재한다고 보여지지 않는다. 물론 공시대상기업집단에 해당하지 않더라도 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 근거하여 일감몰아주기 거래를 규제할 수 있다. 그러나 공정거래법 제23조 제1항은 공정거래법 제23조의2 제1항의 규정과 달리 공정거래 저해성을 추가적인 성립요건으로 규정하고 있기 때문에[164] 공정거래위원회가 소송절차에서 이를 추가

162) 백승엽, 앞의 책, 273면.

163) “공정위, 삼립 부당지원 SPC에 과징금 647억…총수 검찰 고발”. 한국경제, 2020. 7. 29.

164) 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하

적으로 입증해야 한다는 부담이 생긴다.

결론적으로 ① 일감몰아주기 거래가 대기업집단뿐만 아니라 중견기업집단에서도 빈번하게 발생하고 있고, ② 중견기업집단의 일감몰아주기 규모가 대기업집단의 그것에 비하여 작다고 보기 어려우며, ③ 일감몰아주기 거래의 지원주체를 제한하기 위한 기준이 명확하지 않을 뿐만 아니라, ④ 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건에서 공정거래 저해성을 추가적인 요건으로 규정하고 있어 입증책임의 어려움이 따른다는 점에서 일감몰아주기의 지원주체를 공시대상기업집단으로 한정하는 현행 규정은 타당하지 않다고 보여진다.

2) 지원객체

공정거래법 제23조의2 제1항에서는 거래상대방(지원객체)을 "특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사"로 규정하고 있고, 공정거래법 시행령 제38조 제2항에서는 공정거래법 제3조의2 제1항에서 규정하는 거래상대방 중 하나인 "특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정)이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사"의 범위를 "동일인이 단독으로 또는 동일인의 친족[제3조의2(기업집단으로부터의 제외) 제1항에 따라 동일인관련자로부터 분리된 자는 제외한다]과 합하여 발행주식총수의 100분의 30(주권상장법인이 아닌 회사의 경우에는 100분의 20) 이상을 소유하는 계열회사"로 규정하고 있다.[165]

나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "不公正去來行爲"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

165) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 지원객체의 범위를 "동일인이 단독으로 또는 다른 특수관계인과 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주식을 소유한 국내 계열회사 또는 그 계열회사가 단독으로 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유한 국내 계열회사"로 규정하고 있는데(개정안 제47조 제1항), 개정안을 적용할 경우 적용대상 회사가 현행 210개

가. 공정거래법상 특수관계인 지분비율 관련

공정거래법은 회사의 상장여부에 따라 지분을 직접 소유하고 있는 특수관계인의 지분비율 기준을 다르게 규정하고 있다. 그러나 이러한 규제방식은 특수관계인에 대한 부당한 이익을 제공하는 행위를 금지함에 있어 상장회사와 비상장회사를 구별하거나, 30.0%와 29.9%(상장회사의 경우), 20.0%와 19.9%(비상장회사의 경우)를 다르게 취급하여야 할 합리적 이유가 있다고 보기 어렵고, 상장회사와 비상장회사 모두 규제의 실효성이라는 측면에서 볼 때 지분율이 과도하게 높다는 단점이 있다. 공정거래위원회가 발표한 2019년도 기업집단 내부거래 현황 중 사각지대 회사의 내부거래 현황 및 추이를 살펴보면, 이를 보다 분명하게 확인할 수 있다.

[표 5-2] 사각지대 회사의 내부거래 현황 및 추이

구분			2018년		2017년		증감	
			비중	금액	비중	금액	비중	금액
사익편취 규제대상(A)			11.2	9.2	14.1	13.4	△2.9	△4.2
사각지대회사	총수일가 지분율 20-30% 구간 상장사(B)		8.9	9.1	7.9	7.5	1.0	1.6
	총수일가 지분 20%이상 회사(A+B)의 자회사	(A)의 자회사	16.7	13.7	15.3	12.8	1.4	0.9
		(B)의 자회사	12.4	4.7	13.0	4.3	△0.6	0.4
		자회사 전체	15.4	18.4	14.7	17.1	0.7	1.3
	사각지대회사 전체		12.4	27.5	11.7	24.6	0.7	2.9

(2017년 말-2018년 말 기준, 단위 : %, 조 원, %p)

에서 598개(2020. 5. 1. 기준)로 388개(184.76%)가 늘어나게 된다(“공정거래법 40년만 개정…사익편취 규율 대상 388개 추가”, 노컷뉴스, 2020. 12. 9).

위 자료를 살펴보면, 총수일가 지분율 20%-30% 구간 상장사의 내부거래 비중은 8.9%로 사익편취 규제대상 회사(11.2%)에 비하여 1.3%p 낮게 나타났지만, 내부거래 금액은 사익편취 규제대상 회사(9.2조원)와 비슷하게 약 9.1조원에 이르는 것으로 나타났는데,[166] 이는 현재 규제를 받고 있는 규모만큼의 기업집단 내부거래가 약간의 지분율 차이로 규제대상에서 빠져나가고 있다는 것을 의미한다.[167]

나. 공정거래법상 간접지분 관련

공정거래법은 특수관계인이 간접 지분을 보유한 회사를 지분율과 관계없이 규제대상에서 제외하고 있다. 그런데 공정거래위원회가 발표한 2019년도 기업집단 내부거래 현황 중 사각지대 회사의 내부거래 현황 및 추이를 살펴보면, 총수일가 지분율 20% 이상인 회사의 자회사의 내부거래 비중이 15.4%, 금액이 18.4조원인 것으로 나타났고, 특히 금액적인 측면에서 살펴보면, 현재 사익편취 규제대상에 해당되어 규제를 받고 있는 회사의 내부거래 금액(9.2조원)의 2배에 달하는 것으로 나타났는데,[168] 이는 현재 규제를 받고 있는 규모의 2배에 해당하는 금액이 간접 지분을 규제대상에서 제외함에 따라 규제대상에서 빠져나가고 있음을 의미한다.

166) “공정위, 2019년 공시대상 기업집단 내부거래 현황 공개”, 공정거래위원회 보도자료, 2019. 10. 15.

167) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 상장회사와 비상장회사를 구분하지 않고 특수관계인이 20% 이상의 지분을 직접 보유한 모든 회사를 규제대상에 포함시키고 있는데, 상장회사의 규제기준을 10% 하향함에 따라 규제의 사각지대가 줄어든다는 긍정적인 측면이 있지만, 현행 규정과 마찬가지로 20.0% 회사를 규제대상에 포함시키면서 19.9% 회사를 규제대상에서 제외할 합리적 이유를 찾기 어렵고, 현행 공정거래법과 마찬가지로 총수일가가 합병, 매각, 증여 등 직접 지분의 비율을 인위적으로 줄이는 방법을 통하여 규제대상에서 벗어날 우려가 있다.

168) “공정위, 2019년 공시대상 기업집단 내부거래 현황 공개”, 공정거래위원회 보도자료, 2019. 10. 15.

공정거래위원회 또한 “총수일가 지분이 20%이면 나머지 80%는 다른 투자자의 몫인데, 이런 기업에서의 거래가 어떻게 총수일가가 사적 이익을 편취하기 위한 거래라고 볼 수 있느냐”는 경제단체 관계자의 질문에 “공정거래법 시행령에서 계열회사에 총수일가 지분보유 비율을 20-30%로 설정한다고 하더라도 이는 총수일가가 직접 보유한 지분만을 기준으로 하는 것임을 고려해야 한다”면서 상호출자제한 기업집단 소속회사(1,519개) 중 총수일가 지분이 30% 이상인 상장사와 20% 이상인 비상장사는 총 208개사이며, 이들 회사에 대해 총수일가뿐만 아니라 계열회사, 비영리법인, 임원 등이 보유한 지분을 모두 합한 내부지분율은 평균 87%에 달하므로 단순히 총수일가의 직접지분을 제외한 80%가 다른 투자자의 몫이라는 내용은 정확한 표현이 아니라고 설명한 바 있는데,[169] 이 또한 공정거래법 시행령 제38조 제2항이 특수관계인이 직접 지분을 보유한 회사만 이익수령자로서 규제대상에 포함하고, 특수관계인이 간접적으로 지분을 보유하는 경우를 제외함으로써 상당부분 규제의 공백이 발생하고 있다는 것을 의미한다.[170][171]

다. 공정거래법상 적용대상의 부작용

169) “일감몰아주기 시행령 보도 관련 설명”, 공정거래위원회 보도참고자료, 2013. 9. 24.

170) 백승엽, 앞의 책, 367면.

171) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 특수관계인이 20% 이상 지분을 보유하고 있는 회사가 50% 초과하여 지분을 보유하고 있는 자회사를 규제대상에 포함시키고 있는데, 간접지분에 통한 지배의 규제공백을 일정부분 해소한다는 점에서 의미가 있지만, 총수일가가 모회사에 대한 지분비율을 20% 이하로 낮추거나, 모회사의 자회사에 대한 지분비율을 50% 이하로 낮춤으로써 규제대상에서 벗어날 수 있기 때문에 여전히 규제의 공백이 존재하게 된다. 특히 공정거래법에서 계열회사 여부를 판단하는 지분율 기준을 30% 이상으로 규정하고 있고(공정거래법 제2조 제3호, 동법 시행령 제3조 제1호), 지분율이 30%에 미치지 못하더라도 경영에 지배적 영향력을 행사할 수 있는 경우에는 계열회사로 본다는 점을 감안하면, 개정안의 50% 기준은 상대적으로 높다고 보여진다.

지분율과 소유형태에 근거한 지원객체에 대한 획일적인 규제는 자원의 효율적 배분과 관련된 부작용을 발생시키기도 하였는데, 지분비율 및 소유형태에 따라 규제대상이 달라지다 보니 지배주주들이 의도적으로 직접 지분을 낮추거나 자회사를 설립한 후 간접 지분을 통하여 회사를 지배하는 방법을 택함으로써 불필요한 사회적 비용을 발생시키는 동시에 시장 메커니즘의 탄력성과 효율성을 떨어뜨리기도 하였다. 이러한 부작용의 대표적인 사례가 제3장에서 언급한 미래에셋그룹과 삼성그룹 사례이다.

또한, 지배주주의 지분율이 낮아질수록 지배권과 현금흐름 간 왜곡이 증가하는 문제도 발생한다. 지배주주가 적은 지분율만으로도 회사를 지배하게 되면, 지배주주는 전체주주에게 귀속되는 이익보다는 자신만이 영위할 수 있는 이익, 이른바 지배권의 사적이익(private benefits of control)을 추구할 유인이 커지게 되고, 이러한 상황 하에서 지배주주는 일감 몰아주기를 통해 지원객체에 축적된 부를 배당 등의 방법으로 모든 주주들에게 비례적으로 분배하기보다는 이를 각종 방법을 통해 또다시 편취할 인센티브를 가지게 된다.[172]

3) 거래규모

공정거래법 제23조의2 제1항, 동법 시행령 제38조 및 [별표1의3]에서는 일감몰아주기의 거래규모를 판단하기 위한 구체적인 기준을 두는 대신 안전지대를 두어 일감몰아주기 거래의 규모가 ① 거래 당사자 간 해당 연도 거래총액이 200억 원 미만이면서, ② 회사의 직전 3개 사업연도 평균매출액의 12% 미만인 경우에는 일감몰아주기 규제의 적용을 일률적으로 배제하고 있다. 구체적으로 안전지대의 범위를 살펴보면, 매출액이 약 1,667억원(200억 원*100/12) 미만인 기업은 규제대상에서 제외되는데, 중소기업기본법에서 평균매출액이 1,500억원 이하인 기업을 중소기업으로 규정하고 있다는 점을 감안해 보면,[173] 결국 중소기업의 내부거래는 안

172) 정준혁, 앞의 논문, 105면.

전지대에 해당하여 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 적용대상에서 배제될 가능성이 높다.

앞서 검토한 지원주체와 지원객체의 적용범위에서는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호가 적용되는 당사자의 범위를 제한하였을 뿐 일감몰아주기의 거래규모 자체에 대하여는 어떠한 제한도 규정하지 않았기 때문에 규제의 적용을 받지 않는 대규모 일감몰아주기 거래가 발생할 가능성이 있었다. 그러나 안전지대는 일감몰아주기의 규모 자체에 제한을 가하고 있기 때문에 현행 규정과 같이 안전지대를 설정한 후 이에 해당하는 일감몰아주기 거래에 대한 규제를 일률적으로 배제하더라도 대규모의 일감몰아주기 거래가 발생할 가능성은 낮다고 보여진다. 더욱이 중소기업 보호와 육성의 차원에서 대기업과 중소기업 사이에는 선별적 규제가 필요할 수 있고, 안전지대가 중소기업을 규제의 적용대상에서 배제하고 있다는 점을 감안하면, 안전지대를 규정한 현행 규제방식은 타당하다고 보여지고, 안전지대의 범위 또한 중소기업을 일감몰아주기 거래의 규제대상에서 제외하도록 규정하였다는 점에서 합리적이라고 보여진다.

결론적으로 공정거래법에서 일정한 규모의 안전지대를 설정한 후 규제대상에서 제외하도록 규정한 것은 타당한 규제방식이라고 보여진다. 다만, 국민경제의 규모가 변동함에 따라 규제의 필요성이 인정되는 거래규모 또한 달라질 수 있으므로 경제규모의 변동에 맞추어 안전지대의 범위를 수시로 재조정할 필요가 있다.

2. 회사법상 적용범위

다음으로 일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 적용범위에 대하여 살펴보고자 한다. 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기로 손해를 입은 회사는 이사와 지배주주를 상대로 손해배상을 청구하여 일감몰아주기 거래로 입은 손해를 배상받을 수 있다(ⓐ, ⓑ형 일감몰아주기). 또한 2011년 개정

173) 중소벤처기업부 발간자료(“알기 쉽게 풀어 쓴 중소기업 범위해설”), 중소기업기본법 제2조 제1항 제1호 가목, 동법 시행령 제3조 제1항 제1호 가목 관련 [별표 1] 참조.

으로 자기거래 금지규정의 적용범위가 확대되고, 회사기회의 유용을 금지하는 내용이 명시적으로 규정됨에 따라 회사법은 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래뿐만 아니라 공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래도 직접적으로 규율할 수 있게 되었다(ⓒ. ⓓ형 일감몰아주기).

적용범위와 관련하여 회사법이 공정거래법과 구분되는 중요한 특징은 지원주체와 지원객체, 그리고 거래규모에 특정한 제한을 두고 있지 않다는 점에 있다. 회사의 규모나 업종, 상장여부, 일감몰아주기의 거래규모 등에 적용의 차이를 두고 있지 않기 때문에[174] 모든 일감몰아주기 거래가 회사법상 규제대상에 해당할 수 있고, 실질적으로 규제의 공백이 발생하지 않는다는 점에서 회사법은 일감몰아주기 거래를 효과적으로 규제하고 있다고 할 수 있다.

3. 소결

공정거래법은 지원주체를 공시대상기업집단으로 한정하고 있고, 특수관계인 등이 간접적으로 지분을 보유하는 회사나 직접적으로 지분을 보유하더라도 일정 지분 이하를 보유한 회사에 대하여는 지원객체에서 제외하고 있으며, 거래규모와 관련하여 구체적인 기준을 제시하는 대신 안전지대를 설정하여 일정규모 이하의 일감몰아주기 거래를 적용대상에서 제외하는 선별적 규제방식을 적용하고 있다. 반면, 회사법은 회사의 상장여부나 업종, 그리고 거래규모를 가리지 않고 모든 일감몰아주기 거래를 규제대상의 범위에 포함시킴으로써 일감몰아주기 거래를 전면적으로 규제하는 방식을 택하고 있다.

공정거래법이 회사법과 달리 적용대상의 범위를 설정한 것은 모든 일감몰아주기 거래를 규율할 수 없다는 현실적 한계에서 비롯된 것으로 보여진다. 그리고 이러한 관점에서 보면, 차선책으로 우선순위를 정하여 선별

174) 주요주주 등 이해관계자와의 거래와 관련하여 상장회사를 비상장회사보다 강하게 규제하고 있기는 하지만(상법 제542조의9), 이는 상장회사가 지니는 가치와 위상을 감안하여 비상장회사보다 엄격한 규제를 가하고 있는 것이지 비상장회사를 규제의 대상에서 제외하는 것이 아니다.

적 규제방식을 선택한 것도 어느 정도 타당한 측면이 있다. 다만, 그럼에도 불구하고 지원주체의 기준을 일률적으로 공정자산 5조원 이상으로 규정하고 있는 점과 지원객체의 지분 기준이 상장회사의 경우 30%, 비상장회사의 경우 20%로서 상대적으로 높은 점, 그리고 적용대상에서 간접지분을 제외하고 있는 점은 규제의 사각지대와 관련하여 타당하지 못한 규제방식이라고 보여진다.[175]

결론적으로 모든 일감몰아주기 거래를 법령의 적용대상으로 규정하고 있는 회사법적 규제방식이 소수주주의 권리구제에 있어서 보다 효과적이라고 보여지고, 공정거래법의 경우 지원주체 및 지원객체의 적용범위와 관련하여 개정의 필요성이 있다고 보여진다.

II. 법령의 책임주체

법령의 책임주체는 위법행위로 나아간 행위주체에게 그에 상응하는 제재를 가하여야 한다는 정의와 공평의 관점과 밀접한 관련이 있다. 위법한 행위를 하였음에도 불구하고 책임을 부담하지 않거나, 위법한 행위를 하지 않았음에도 불구하고 책임을 부담한다면, 이는 제도가 공정하지 못한 것으로서 법령의 책임주체가 잘못 규정되어 있다는 의미가 된다.

1. 공정거래법상 책임주체

공정거래법상 책임주체는 시정명령 및 과징금에 근거한 행정상 책임주

175) 김윤정, “특수관계인에 대한 부당이익제공행위 규제의 법적 쟁점과 개선과제”, 『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014, 90면. 특히 지원객체의 요건과 관련하여 사각지대에 속하는 회사의 내부거래 금액이 27.5조원(9.1조원+18.4조원)으로 현재 사익편취 규제대상 회사의 내부거래 금액(9.2조원)의 3배에 해당한다는 점을 고려해 보면, 지원객체의 요건과 관련된 사각지대 공백이 현저히 크고, 약간의 지분율 또는 간접 지배방식으로 규제대상에서 제외되는 일감몰아주기 거래가 규제대상에 포함되는 일감몰아주기 거래 이상으로 국민경제에서 높은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.

체와 형벌에 근거한 형사상 책임주체로 나눌 수 있다. 이하에서는 각 규정에 근거한 책임주체의 범위에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 행정상 책임주체

공정거래위원회는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에 해당하는 행위가 있을 경우 해당 특수관계인 또는 회사에 대하여 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 해당 보복조치의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있고(공정거래법 제24조), 해당 특수관계인 또는 회사에 대하여 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금원을 초과하지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다(공정거래법 제24조의2). 공정거래법상 행정책임을 일감몰아주기 모형에 적용하면, 다음과 같다.

[표 5-3] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(행정)

	甲	丁	戊	A	B
행정상 책임	○	X	X	○	○

제3장 제2절 과징금의 타당성 항목에서 살펴보았듯이 공정거래법상 과징금의 부과방식에는 두 가지 문제가 있는데, 첫 번째 문제점은 지원주체 A사는 일감몰아주기 거래로 인하여 재산상 손해를 입었음에도 불구하고 과징금 부과의 행정처분을 받게 된다는 점이다. 과징금의 종류는 위법행위로 취득하는 경제적 이득의 성질에 따라 세 가지 유형으로 분류할 수 있는데, 첫 번째 유형은 구체적·현실적인 경제적 이득을 대상으로 하는 과징금이고,[176] 두 번째 유형은 추상적·추정적인 경제적 이득을 대상으로 하는 과징금이며, 세 번째 유형은 어떠한 추상적인 경제적 이득

176) 공정거래법 제23조의2 제1항에서 지원객체 및 특수관계인에게 부과하는 과징금이 바로 첫 번째 유형의 과징금에 속한다.

의 가능성도 상정할 수 없음에도 부과되는 과징금이다.[177] 특히 세 번째 유형의 과징금의 경우 일종의 징벌적 과징금이라고 할 수 있는데, 공정거래법 제24조의2에서 지원주체에게 부과되는 과징금이 여기에 속한다고 볼 수 있다.

첫 번째 유형의 경우 행위자가 위반행위로 취득한 경제적 이득을 환수한다는 성격이 명확하므로 정당성이 인정되고, 두 번째 유형의 경우도 경제적 이득의 환수가 주된 요소라는 점에서 역시 정당성이 인정될 수 있다.[178] 반면, 세 번째 유형의 경우 '경제적 이득의 환수'라는 요소가 전혀 없고, 단지 '의무위반에 대한 처벌'의 요소만이 존재한다는 점에서 행정벌에 관한 법치주의적 안전장치를 회피하기 위한 제도로서 정당성이 인정되지 않고, 헌법에도 부합하지 않는다는 견해도 있다.[179] 그러나 이익의 귀속여부가 과징금 부과의 정당성과 합헌성을 판단하는 결정적인 기준이라고 보기는 어려우므로 모든 징벌적 과징금에 대하여 정당성이 인정되지 않는다고 일률적으로 판단하기보다는 정의와 공평의 관점에서 규정별로 징벌적 과징금의 정당성을 검토하는 것이 타당하다고 보여진다. 공정거래법 제24조의2에 근거하여 지원주체에게 부과되는 과징금은 지원주체가 이미 위법한 행위로 재산상 손해를 입었음에도 불구하고 과징금을 부과하는 경우인데, 그 결과 지원주체는 일감몰아주기 거래로 발생한 재산상 손해 외에 과징금 부과로 인하여 이중의 재산상 손해를 입게 되는바,[180] 이러한 부과방식은 정의와 공평의 측면에서 볼 때 정당한 부과방식이라고 보여지지 않는다.[181][182]

---

177) 박정훈,『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2007, 371-372면. 세 번째 유형의 과징금과 관련하여 귀속되는 이익을 가상적·의제적인 경제적 이득이라고 표현하기도 한다.

178) 박정훈, 위의 책, 372면.

179) 박정훈, 위의 책, 372-373면. 이러한 점에서 저자는 현행법상 과징금은 공익성이 강한 사업에 관한 변형과징금과 위에서 설명한 첫 번째 유형의 과징금을 제외하고는 모두 행정질서벌로 변경되어야 한다고 주장한다.

180) 송창현·조중근·김남훈, 앞의 논문, 162면.

181) 이는 공정거래법이 사익편취로 인한 손해의 보전보다는 해당 행위의 억제에 초

공정거래법상 과징금 제도의 두 번째 문제점은 이사인 丁과 戊에게 과징금이 부과되지 않는다는 점이다. 특히 지원주체 A사의 대표이사 丁은 이사로서 A사에 대하여 선관주의의무 또는 충실의무를 부담하는 주체임에도 불구하고 의무를 위반하여 A사에 손해를 입힌 행위주체이다. 그런데 현행 공정거래법 규정에 따르면, 丁에게 과징금이 부과되지 않고, 이에 따라 丁은 행정상 어떠한 책임도 부담하지 않게 되는바, 이러한 규제방식 또한 정의와 공평의 관점에서 볼 때 타당하다고 보여지지 않는다.

2) 형사상 책임주체

지배주주와 지원주체는 공정거래법 제66조 제1항 제9의2호에 따라 형사책임을 부담하게 되는데, 제2장 제4절 형벌 항목에서 살펴본 바와 같이 형법상 (업무상)배임죄 또는 회사법상 특별배임죄와 상상적 경합의 관계에 놓이게 된다. 그런데 제3장 제3절 형벌의 타당성 항목에서 검토한 바와 같이 A사는 일감몰아주기 거래로 재산상 손해를 입은 경우에도 형사책임을 부담하는 반면, B사는 일감몰아주기 거래로 부당한 이득을 취득하였음에도 형사책임에서 배제되어 있는데, 이는 정의와 공평의 관점에서 볼 때 타당한 규제방식이라고 보여지지 않는다.

한편, 공정거래법상 형벌규정과 관련하여 일감몰아주기 거래를 진행한 A사의 대표이사 丁과 B사의 대표이사 戊에게 형사책임을 물을 수 있는지 문제될 수 있다. 공정거래법상 형벌조항의 구성요건이 필요적 공범(대향범)을 전제로 규정되어 있음에도 불구하고 대표이사에 대하여는 어떠한 처벌규정도 규정하고 있지 않기 때문에 대표이사에 대하여는 불가벌로 보이는 측면도 있다.[183] 그러나 일감몰아주기 거래가 반드시 대표

점을 맞추고 있기 때문에 발생하는 문제이다. 정준혁, 앞의 논문, 104면.

182) 반면, 헌법재판소는 공정거래법 제24조의2에 대하여 위헌법률심판이 제청된 사안에서 징벌적 과징금의 합헌성을 인정한 바 있다. 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 판결.

183) 필요적 공범에는 형법총칙상 공범규정이 적용되지 않는다는 판결로서 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결 등 참조. 불가벌의 대향범에 가담하는 공범

이사의 존재를 전제로 성립하는 규정은 아니므로 甲이 계획한 일감몰아주기 거래에 대표이사인 丁과 戊가 가담하였다면, 丁과 戊 또한 甲와 마찬가지로 공정거래법위반에 따른 공동정범의 죄책을 부담한다고 보는 것이 타당하다. 다만, A사의 대표이사인 丁과 달리 戊는 B사의 대표이사로서 B사의 이익을 적극적으로 추구할 선관주의의무가 있으므로 戊가 甲의 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담한 경우에 한하여 공동정범의 죄책을 부담한다고 해석하는 것이 공정거래법과 회사법의 조화로운 해석상 타당하다고 보여진다. 대법원에서도 "업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자에 대한 공동정범으로 인정하기 위하여는 우선 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 점을 인식하였어야 하고, 나아가 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다"고 판시함으로써 행위자가 적극적으로 가담하였을 경우에만 업무상배임죄의 공동정범을 인정하였는바,[184] 형법 규정과의 조화로운 해석상 戊가 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담하는 경우에 한하여 공정거래법위반에 따른 형사책임을 부담한다고 해석하는 것이 타당하다. 일감몰아주기 모형에 공정거래법상 형사책임을 적용하면, 다음과 같다.

[표 5-4] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(형사)

	甲	丁	戊	A	B
형사상 책임	○	○	△	○	X

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우

또한 형법총칙상 공범규정이 적용되지 않는다(신동운,『판례백선 형법총론』, 경세원, 2006, 637-638면). 다만, 대향범이 상정하는 정형적인 관여행위를 넘어서는 가담행위에 대하여는 공범이 성립할 수 있다(조국, "편면적 대향범에 대한 공범규정 적용",『형법판례 150선 제2판』, 박영사, 2019, 104-105면).

184) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5630 판결, 대법원 2003. 10. 30. 선고 2003도4382 판결.

2. 회사법상 책임주체

회사법상 책임주체는 손해배상제도에 따른 민사상 책임주체와 특별배임죄에 따른 형사상 책임주체로 나눌 수 있다. 이하에서는 각 규정에 따른 책임주체의 범위에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 민사상 책임주체

회사법에서는 이사가 선관주의의무를 위반할 경우 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하고(상법 제399조). 이사에 대하여 영향력을 행사한 지배주주 또한 업무집행지시자로서 회사에 대하여 손해배상 책임을 부담한다(상법 제401조의2 제1항). 이 경우 등기이사 외에 비등기이사가 이사와 공모하여 선관주의의무를 위반한 경우에도 역시 이사와 마찬가지로 회사 또는 제3자에 대하여 손해배상 책임을 부담한다(상법 제401조의2 제3항). 이를 일감몰아주기 모형에 적용하면, 甲과 丁은 A사에 대하여 손해배상책임을 부담하게 된다.

한편, 지원객체의 이사가 일감몰아주기 거래에 가담한 경우 공동불법행위자로서 손해배상책임을 부담하는지 문제된다. 이는 이사가 선관주의의무 또는 충실의무에 따라 적극적으로 회사의 이익을 추구할 의무를 부담하기 때문에 발생하는 문제인데, 공정거래법상 형사책임과 마찬가지로 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담한 경우와 소극적으로 가담한 경우로 나누어 검토하는 것이 타당하다고 보여진다. 다시 말해 戊가 먼저 거래를 제시하는 등 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담하는 경우에는 B사의 이사로서 부담하는 선관주의의무의 범위를 벗어나는 것으로서 A사에 대한 손해배상책임을 부담하는 반면, 甲 또는 丁의 거래 제안에 소극적으로 응한 경우에는 B사의 이사로서 부담하는 선관주의의무에 부합하는 행위로서 A사에 대한 손해배상책임을 부담하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 戊가 일감몰아주기 거래에 적극 가담하여 A사에

대하여 손해배상책임을 부담하는 경우 B사는 사용자로서 A사에 대하여 손해배상책임을 부담하게 된다(상법 제389조 제3항, 제210조).[185] 회사법상 민사책임을 일감몰아주기 모형에 적용하면, 다음과 같다.

[표 5-5] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(민사)

피고 / 원고	甲	丁	戊	B
A	○	○	△	△

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우
※ B : 戊가 책임을 부담하는 경우

지원주체인 A사는 A사의 지배주주인 甲과 A사의 대표이사 丁에게 손해배상을 청구할 수 있고, 지원객체인 B사의 대표이사 戊가 일감몰아주기 거래에 적극적으로 관여하였다면, B사와 B사의 대표이사 戊에게까지 손해배상을 청구할 수 있다. A사의 소수주주 乙 또한 A사 주식을 40% 보유하고 있으므로 A사의 상장여부나 6개월 경과여부와 무관하게 A사를 대위하여 甲, 丁, 戊, B를 상대로 대표소송을 제기할 수 있다.[186] 한편, 위 책임자들 사이에는 공동불법행위에 따른 부진정연대채무의 관계가 성립하게 된다.[187]

2) 형사상 책임주체

이사가 선관주의의무를 위반하여 회사에 재산상 손해를 입힌 경우 이사는 회사가 입은 손해의 크기에 따라 상법 제622조 또는 특경가법 제3조

185) 대법원은 회사법상 위 규정이 법인의 불법행위능력에 관한 민법 제35조 제1항의 특칙으로서 불법행위에 대하여만 적용된다고 판시하였고(대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다77969 판결), 대표이사와 법인이 공동불법행위책임을 부담한다고 판시한 바 있다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결).

186) 각주 150) 참고.

187) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결.

제1항에 따라 업무상배임죄의 죄책을 지게 된다. 일감몰아주기 모형에서 甲과 丁이 공모하여 A사에게 불리한 조건의 일감몰아주기 거래를 진행하였다면, 甲과 丁은 공동정범의 관계에 놓이게 되는데(형법 제30조), 형법 제33조 공범과 신분의 규정에 따라 丁에게는 특별배임죄가 성립하고(상법 제622조), 甲은 A사의 임원이 아닌 이상 단순 배임죄(형법 제355조 제2항)의 공동정범으로 처벌될 가능성이 높다.[188] 제4장 제2절 특별배임죄 항목에서 검토한 바와 같이 형법 제356조의 업무상배임죄는 상법 제622조와 법조경합의 관계에 있기 때문에 丁에게 특별배임죄가 성립하는 이상 별도로 업무상배임죄는 성립하지 않는다.

한편, 戊이 일감몰아주기 거래에 가담하였다면, 戊 또한 특별배임죄의 공동정범으로 처벌될 수 있다. 다만, 丁과 달리 戊는 B사의 대표이사로서 B사의 이익을 적극적으로 추구할 선관주의의무가 있으므로 공정거래법상 형사책임 및 회사법상 민사책임과 마찬가지로 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담하는 경우에 한하여 특별배임죄의 죄책을 부담한다고 보는 것이 타당하다. 일감몰아주기 모형에 회사법상 형사책임을 적용하면, 다음과 같다.

[표 5-6] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(형사)

	甲	丁	戊	A	B
형사상 책임	○ (배임)	○ (특별배임)	△ (특별배임)	X	X

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우

위 도표를 살펴보면, A사와 B사에 대하여 처벌의 공백이 발생하고 있다는 것을 알 수 있는데, 이는 상법 제634조의3에서 행위자 외에 법인을 처벌하는 양벌규정을 두고 있으면서도[189] 특별배임죄를 양벌규정의 적용

188) 이재상,『형법각론 제5판』, 박영사, 2006, 427면. 만약 甲이 A사의 임원이라면 특별배임죄의 공동정범으로 처벌된다.

189) 회사법 제634조의3(양벌규정) 회사의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원

대상에서 배제하고 있기 때문에 발생하는 문제이다.[190] 이러한 처벌의 공백은 앞서 검토한 공정거래법상 행정책임, 형사책임과 회사법상 민사책임과 비교해 보았을 때 타당한 규제방식이라고 보여지지 않으므로 개정의 필요성이 있다고 보여진다.

3. 소결

공정거래법은 이사를 비롯한 업무집행자의 배후에 총수일가 등 특수관계인이 존재한다는 전제하에 이를 통제하기 위하여 과징금과 형벌규정 등을 두고 있으나, 정작 일감몰아주기 거래를 실행한 이사 등에 대하여 책임을 부과하는 규정이 존재하지 않는다는 점에서 책임의 공백이 발생한다고 볼 수 있다. 통상적으로 지배주주가 이사 등 임원의 지위에 있는 현실을 감안하여 규정된 조항이라고 보여지는데, 만약 이사가 총수나 그 일가에 해당한다면 책임의 문제가 없을 것이나,[191] 이사와 특수관계인이 일치하지 않을 경우에는 이사가 공정거래법상 어떠한 책임도 부담하지 않으므로 책임의 문제가 발생할 수 있다. 또한 공정거래법상 과징금과 형벌 모두 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 지원주체에 대하여 공법적 제재처분을 가하고 있고, 특히 형벌의 경우 지원객체를 책임대상에서 제외함으로써 책임주체와 관련하여 불공정의 문제를 초래하고 있다. 일감몰아주기 거래의 직접적인 책임은 이를 실행한 지원주체 및 지원객체의 이사에게 있고, 간접적으로 거래를 통하여 재산상 이익을 취득한 지원객체와 특수관계인에게 있다는 점을 고려하면, 공정거래법이 규정하고 있

이 그 회사의 업무에 관하여 제624조의2의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 회사에도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 회사가 제542조의13에 따른 의무를 성실히 이행한 경우 등 회사가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

190) 박미숙, “양벌규정의 개선방안에 관한 연구”, 대검찰청 연구보고서, 2018, 11면.

191) 제3장 제2절 과징금의 타당성 항목에서 검토한 한진그룹 사례가 대표적이지만, 대부분의 기업집단에서 총수일가들은 계열사의 임원으로 재직하고 있다.

는 법령의 책임주체는 타당하다고 볼 수 없다. 아울러 회사법상 특별배임죄에는 양벌규정이 적용되지 않는데, 이 또한 법인에 대한 처벌의 공백이 발생한다는 점에서 타당하지 않다.

결론적으로 공정거래법과 회사법에 규정되어 있는 책임주체는 정의와 공평의 관점에 부합하지 않는 측면이 있으므로 개정의 필요성이 있다고 보여진다.

III. 사전적 예방수단

사전적 예방수단은 ① 행위자로 하여금 위법한 행위로 나아가지 못하도록 억제력을 부여하는 심리적 억제수단과 ② 설령 위법한 행위로 나아갈 의사를 가졌다고 하더라도 위법한 행위가 발생하는 것을 제도적인 차원에서 견제하는 제도적 견제수단으로 나눌 수 있다. 이하에서는 사전적 예방수단을 심리적 억제수단과 제도적 견제수단으로 나누어 공정거래법과 회사법상 제도가 사전예방의 기능을 제대로 수행하고 있는지 확인해 보고자 한다.

1. 공정거래법상 규정

1) 심리적 억제수단

공정거래법은 과징금과 형벌 등 공법적 제제수단을 통하여 이사와 지배주주가 일감몰아주기 거래로 나아가지 못하도록 금지하는 심리적 억제력을 부여하고 있다. 국회에 제출되어 있는 공정거래법 개정안에서 과징금 상한을 2배로 상향한 것도 법 위반에 대한 억지력을 확보함으로써 이러한 소극적 일반예방의 측면을 강화하기 위한 취지에서 비롯된 것이라고 보여진다(담합 10%→20%, 시장지배력남용 3%→6%, 불공정거래행위 2%→4%).[192][193]

192) “공정경제와 혁신 성장을 위한 ‘공정거래법 전부 개정안’ 입법예고”, 공정거래

공정거래법에만 규정되어 있는 과징금과 달리 형벌은 형법, 회사법, 특경가법에도 규정되어 있는데, 심리적 억제수단으로서 공정거래법상 형벌이 지니는 독자적 특징은 다른 형벌규정 법정형과의 비교를 통하여 확인할 수 있다. 형법, 회사법, 특경가법과 공정거래법의 법정형을 살펴보면, 단순배임죄는 형법 제355조 제2항에서 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금으로 규정되어 있고, 업무상배임죄는 형법 제356조에서 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금으로 규정되어 있으며, 특별배임죄는 상법 제622조에서 업무상배임죄와 마찬가지로 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금으로 규정되어 있다. 또한, 업무상배임죄의 경우 배임행위를 통한 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 경우에는 특경가법 제3조 제1항 제1호에 따라 3년 이상의 유기징역에 처하도록 규정되어 있고, 이득액이 50억원 이상일 경우에는 동법 제3조 제1항 제2호에 따라 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정되어 있는데, 공정거래법 제66조 제1항 제9의2호에서는 금액과 관계없이 일률적으로 3년 이상의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 각 법령에 규정되어 있는 형벌규정의 법정형을 비교해 보면, 다음과 같다.

[표 5-7] 형벌규정의 법정형 비교

법률		법정형	
		신체형	재산형
형법	배임	5년 이하의 징역	1,500만원 이하의 벌금
	업무상배임	10년 이하의 징역	3,000만원 이하의 벌금
회사법	특별배임[194]	10년 이하의 징역	3,000만원 이하의 벌금
특경가법	5억원-50억원	3년 이상의 징역	-
	50억원-	무기 / 5년 이상의 징역	-

위원회 보도자료. 2020. 6. 10.

193) 해당 개정안은 2020. 12. 9. 국회에서 통과되었다(개정안 제8조, 제43조, 제50조 제1항 참조).

공정거래법	3년 이상의 징역	2억원 이하의 벌금

형법, 회사법, 특경가법과 공정거래법의 법정형을 비교해 보면, 신체형의 법정형은 모두 비슷한 수준에서 유지되고 있는 반면, 공정거래법상 재산형의 법정형은 다른 형벌의 그것에 비하여 상대적으로 높다는 것을 알 수 있다. 이는 일감몰아주기 거래가 재산 범죄적인 성격을 지니고 있음을 고려하여 지배주주 등이 부당하게 취득한 이익을 박탈하기 위한 취지에서 비롯된 것이고, 이러한 공정거래법상 형벌규정은 사전예방의 측면에서 형법, 회사법, 특경가법상 형벌규정과 구분되는 또 다른 성격의 제재수단으로서 억제력을 지닐 수 있다.[195]

2) 제도적 견제수단

공정거래법은 과징금과 형벌 등 공법적 제재수단을 통하여 일감몰아주기 거래가 사전에 발생하지 못하도록 규제하고 있으나, 이는 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 지배주주 일가와 경영진에게 심리적 억제력을 부여하거나, 일감몰아주기 거래가 발생한 후 지배주주 일가와 이사의 위법행위에 대한 응보의 차원에서 제재를 내리는 것에 불과하고, 일감몰아주기 거래 자체에 제동을 걸 수 있는 제도적 견제수단은 존재하지 않는다. 공시대상기업집단에 속하는 회사가 특수관계인을 상대방으로 하거나 특수관계인을 위하여 일정한 규모 이상의 거래행위를 하려는 경우 미리 이사회의 의결을 거친 후 공시하도록 규정하고 있고,[196] 비상장회사 중 일

194) 특별배임죄가 업무상배임죄의 특별요건에 해당함에도 불구하고 법정형을 업무상배임죄와 동일하게 규정한 것은 입법상 문제가 있다. 자세한 내용은 회사법의 개선방안에서 후술.

195) 다만, 형벌규정의 재산형은 사후적 구제수단의 측면에서 비효율성과 불공정성의 문제를 야기할 수 있다. 자세한 내용은 사후적 구제수단 항목에서 후술.

196) 공정거래법 제11조의2 제1항. 동법 시행령에서는 거래규모를 그 회사의 자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 100분의 5 이상이거나 50억원 이상인 경우로 규

정한 규모 이상의 회사에게 중요사항을 공시할 의무를 부과하고 있으며,[197] 공시대상기업집단에 속하는 회사 중 자산총액이 일정한 규모 이상에 해당하는 회사의 경우 정기적으로 특수관계인과의 거래 현황을 공시하도록 규정하고 있으나,[198] 이는 모두 내부거래를 진행한 후 사후에 보고하라는 규정일 뿐 일감몰아주기 거래자체에 직접적으로 제동을 걸 수 있는 제도적 견제수단이라고 보기는 어렵다.[199] 이런 점에서 공정거래법은 사전예방의 기능을 심리적 억제수단에 상당부분 의존하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

2. 회사법상 규정

1) 심리적 억제수단

회사법에 규정된 심리적 억제수단으로는 형벌규정인 특별배임죄를 들 수 있다. 이러한 형벌규정은 범죄가 발생하기 전에는 심리적 억제수단으로서 행위자가 위법한 행위로 나아가지 못하도록 억제하는 기능을 수행하고, 범죄가 발생한 후에는 응보의 차원에서 위법한 행위자에게 그 죄질에 상응하는 처벌을 내리는 기능을 수행한다는 점에서 이중적 기능을 수행한다고 할 수 있다.[200]

정하고 있다(동법 시행령 제17조의8 제2항).

197) 공정거래법 제11조의3 제1항. 동법 시행령에서는 일정한 규모 이상의 회사를 직전 사업연도말 현재 자산총액이 100억원 미만인 회사로서 청산 중이거나 1년 이상 휴업 중인 회사를 제외한 회사로 규정하고 있다(동법 시행령 제17조의10 제1항).

198) 공정거래법 제11조의4 제1항 제8호. 동법 시행령에서는 일정한 규모 이상의 회사를 직전 사업연도말 현재 자산총액이 100억 원 미만인 회사로서 청산 중이거나 1년 이상 휴업 중인 회사를 제외한 회사로 규정하고 있다(동법 시행령 제17조의11 제1항).

199) 굳이 분류하자면, 내부거래 공시에 따른 심리적 부담감을 발생시킨다는 점에서 심리적 억제수단에 해당한다고 볼 수 있다.

2) 제도적 견제수단

제4장 제1절에서 살펴본 바와 같이 회사법에서는 사전적 예방수단으로서 이사의 자기거래 금지와 회사기회 유용금지를 규정하고 있는데, 이는 일감몰아주기 거래를 직접적으로 규제하는 제도로서[201] 일감몰아주기 거래가 발생하지 못하도록 절차적 차원에서 제동을 거는 역할을 수행한다. 또한 회사법은 이사의 선임, 이사의 업무집행, 이사의 해임 등 각 단계에 걸쳐 지배주주의 이사에 대한 영향력을 통제하는 규정을 두고 있고,[202] 이사를 관리, 감독하는 감사 및 감사위원회 제도를 통하여 정보의 비대칭성 문제를 보완하고 있으며,[203] 소수주주권으로서 유지청구권과 대표소송을 비롯한 다양한 권리를 인정하고 있는데,[204] 이러한 제도들 모두 이사가 일감몰아주기 거래를 진행하지 못하도록 견제하는 제도적 견제수단으로서 의미가 있다.[205] 일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 예방수단

---

200) 형벌이론 또한 형벌의 목적이 범죄를 예방하는 데에 있다는 목적형주의와 이미 발생한 범죄에 대한 정당한 응보에 있다는 응보형주의로 나누어지지만, 일반적으로 형벌은 두 가지 목적을 모두 가지고 있다고 보여진다. 이재상, 『형법총론 제6판』, 박영사, 2008, 46-58면.

201) 삼정회계법인, 앞의 책, 85면.

202) 사외이사의 결격사유(상법 제382조 제3항, 제542조의8 제2항, 동법 시행령 제34조 제3항), 집중투표제(상법 제382조의2), 서면투표제(상법 제368조의3), 전자투표제(상법 제368조의4), 이사의 임기(상법 제383조 제2항), 이사 해임의 특별결의(상법 제385조 제1항) 등

203) 감사(상법 제409조, 제542조의10), 감사위원회(상법 제415조의2, 제542조의11, 제54조의12) 등.

204) 주주총회소집청구권(상법 제366조), 업무·재산상태 검사인선임권(상법 제467조), 주주제안권(상법 제363조의2, 이사해임청구권(상법 제385조), 회계장부열람등사청구권(상법 제466조) 등

205) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 상법 개정안에서는 1인 이상의 이사인 감사위원을 분리하여 선출하도록 규정하고 있고(개정안 제542조의12 제2항), 특수관계인에 대한 의결권 3% 제한을 감사 및 감사위원 선임 시 전면적으로 적용하도

을 도표로 정리하면, 다음과 같다.

[표 5-8] 일감몰아주기 거래에 관한 회사법상 예방수단

이사의 선임단계	이사의 결격사유
	집중투표제
	서면투표제
	전자투표제
이사의 업무집행단계	이사 등의 자기거래 금지
	회사기회 유용금지
	직무집행정지 등 가처분
	위법행위 유지청구권
이사의 해임단계	해임의 특별결의
	이사의 임기
기타	감사제도
	기타 소수주주권

아울러 최근 사업연도 말의 자산총액(개별기준)이 5천억원 이상인 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하도록 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(준법통제기준)를 마련하여야 하고, 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(준법감시인)울 1명 이상 선임하여야 하는데(상법 제542조의13), 이 또한 감사제도와 마찬가지로 이사의 업무집행이 적법하게 이루어지도록 관리· 감독하는 기능을 수행하게 된다.[206]

록 규정하고 있는데(개정안 제542조의12 제4항, 사외이사인 감사위원 제외), 이러한 제도 또한 지배주주의 회사에 대한 지배력을 약화시킴으로써 일감몰아주기 거래가 발생하지 못하도록 간접적으로 억제하는 기능을 수행할 수 있다.

206) 회사법상 준법지원인을 도입하지 않은 경우에 대한 벌칙이나 기타 불이익이 규정되어 있지는 않으나, 회사가 준법통제제도를 성실히 이행하는 경우 양벌규정(상법 제624조의2) 중 회사의 벌금형을 면제할 수 있도록 규정하는 등(상법 제634조의3) 간접적으로 준법감시인의 선임을 강제하고 있다.

3. 소결

공정거래법이 행위자로 하여금 위법한 행위에 나아가지 못하도록 심리적 억제력을 부여하는 데에 초점을 맞추고 있는 반면, 회사법은 행위자가 위법한 행위를 실행하지 못하도록 절차적 차원에서 제동을 거는 데에 초점을 맞추고 있다. 지배주주 일가와 이사가 일감몰아주기 거래로 나아갈 의사 자체를 가지지 못하도록 초기단계에서 억제할 수 있다는 점에서 공정거래법이 회사법에 비하여 효과적이라고 보여지는 측면도 있다.[207] 그러나 심리적 억제수단이 개인의 불안정한 심리상태에 전적으로 의존하는 반면,[208] 제도적 견제수단은 이해관계가 다른 당사자 상호간의 감시와 견제를 통하여 위법한 행위가 발생하지 않도록 제도적인 차원에서 제동을 건다는 점에서 제도적 견제수단을 중심으로 한 회사법적 규제방식이 일감몰아주기 거래를 예방하는 데에 보다 효과적이고 안정적이라고 보여진다. 더욱이 후술한 사회적 비용의 측면까지 고려하면, 사전적 억제수단은 그 효과에 비하여 과도하게 많은 비용이 발생한다는 점에서 상당히 비효율적이라고 보여진다.

---

207) 양형과 사기, 공갈, 횡령, 배임 등 재산범죄의 발생률을 회귀분석(regression analysis)한 결과 양형을 10% 높이면 범죄율이 3.92% 낮아지고, 양형의 한계효과(marginal effects)를 실증분석한 결과 법정형의 1개월 증가는 범죄율의 0.1908%p 감소로 이어진다는 점에서 양형에 따른 범죄억제효과가 실존한다는 연구결과도 있다("양형이 범죄억제에 미치는 영향에 관한 연구", 대검찰청 연구보고서, 2011, 83면). 회귀분석에 관한 자세한 내용은 우석진,『경제분석을 위한 STATA』, ㈜지필미디어, 2016, 55-89면 참조.

208) 심리적 억제수단은 인간이 자유의지를 가지고 있고, 항상 합리적인 선택을 내릴 것이라는 전제 하에 정당화될 수 있다. 그러나 인간의 자유의지를 부정하는 견해도 있고(Samuel B. Harris, 『자유의지는 없다』, 배현 역, 시공사, 2013, 12면), 인간은 감정과 성격의 영향을 받기 때문에 합리적인 대표적 행위자를 설정할 수 없다는 견해도 있다(Michelle Baddeley,『행동경제학』, 노승영 역, 교유사가, 2020, 184면). 만약 인간에게 자유의지가 없거나, 항상 합리적인 선택을 내리는 것이 아니라면, 위하(威嚇)를 통하여 범죄의 발생을 예방하고자 하는 심리적 억제수단의 의미가 퇴색될 수 있다.

종합해 보면, 사전예방의 측면에서 제도적 견제수단을 중심으로 하는 회사법적 규제방식이 사전적 억제수단을 중심으로 하는 공정거래법적 규제방식보다 우수하다고 평가할 수 있다.[209]

IV. 사후적 구제수단

불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래가 이루어지면, 자원이 비효율적으로 배분되어 소수주주가 재산상 손해를 입게 되고(비효율성), 모든 일감몰아주기 거래에 있어서 지배주주로의 경제력 집중이 나타나 부의 불균등 문제가 발생한다는 점은(불공정성) 제2장 제1절 일감몰아주기의 문제점에서 논의한 바와 같다. 따라서 일감몰아주기 거래로 발생한 비효율성과 불공정성을 해결할 수 있는지 여부가 일감몰아주기 거래를 규제하는 제도로서의 가치를 평가하는 중요한 기준이 될 수 있다. 이하에서는 공정거래법상 제도와 회사법상 제도가 효율성과 형평성의 측면에서 어떠한 영향을 미치는지 검토해 보고자 한다.

1. 효율성 관련 검토

고전 경제학에서는 기본적으로 모든 경제주체가 합리적이고 이기적인 존재라는 전제하에 논의를 전개한다.[210] 생산자와 소비자가 합리적이고 이기적이기 때문에 최소한의 비용으로 최대한의 이윤(생산자) 또는 효용(소비자)을 얻기 위한 선택을 할 것인데,[211] 이러한 경제주체 개개인의

---

209) 한편, 이러한 회사법상 제도적 견제수단을 보다 활성화시키는 차원에서 한국형 스튜어드십 코드(Stewardship Code)의 확대를 고려할 필요가 있다. 한국형 스튜어드십 코드의 구체적인 내용으로는 황인학,『기관투자자의 책임에 관한 스튜어드십 코드의 본질과 쟁점』, 한국경제연구원, 2016, 37-46면 참조.

210) 이준구·이창용, 앞의 책, 7면.

211) 이탈리아의 사회학자 파레토(V. Pareto)는 합리적 행위를 “목표에 적합한 수단을 사용하고 목표와 수단을 논리적으로 연결시키는 행위”라고 정의한 바 있다. Lewis A. Coser,『사회사상사』, 신용하·박명규 역, 시그마프레스, 2006, 473면.

합리적 선택이 자원의 효율적 배분으로 이어지고, 자원의 효율적 배분이 결국 국민경제 전체의 지속적인 성장으로 이어지게 된다는 것이다.[212] 그런데 실제로는 불완전한 경쟁시장, 외부효과, 공공재와 같이 경제주체 개개인이 합리적 선택을 하였음에도 불구하고 자원이 비효율적으로 배분되는 경우가 있을 수 있고, 정보의 비대칭성으로 인하여 경제주체의 대리인이 비합리적인 선택을 내림에 따라 자원이 비효율적으로 배분되는 경우도 있을 수 있다.[213][214] 원인이 무엇이든 간에 자원의 비효율적 배분은 시장의 실패로 이어져 국민경제의 지속적인 성장을 저해하는 요소로 작용하게 되는데, 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기의 경우는 정보의 비대칭성에 따른 본인-대리인 문제의 전형적인 사례로서 자원이 비효율적으로 배분됨에 따라 소수주주에게 부당한 손해를 입힌다는 점에 그 특징이 있다. 이러한 비효율성에 대한 근본적인 해결방법은 자원을 다시 효율적으로 배분하여 시장이 지닌 효율성 기능을 회복하는 것이라 할 수 있고, 결국 효율적인 자원의 배분을 얼마나 효과적으로 구현해 낼 수 있는지가 효율성과 관련된 사후적 구제수단으로서의 우수성을 평가하는 척도가 될 것이다.

1) 공정거래법상 검토

효율성의 측면에서 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래를 규제하는 이유는 일감몰아주기 거래로 비효율적으로 배분된 자원을 효율적으로 재분배함으로써 시장의 실패를 극복하기 위함에 있다. 그리고 이러한 목

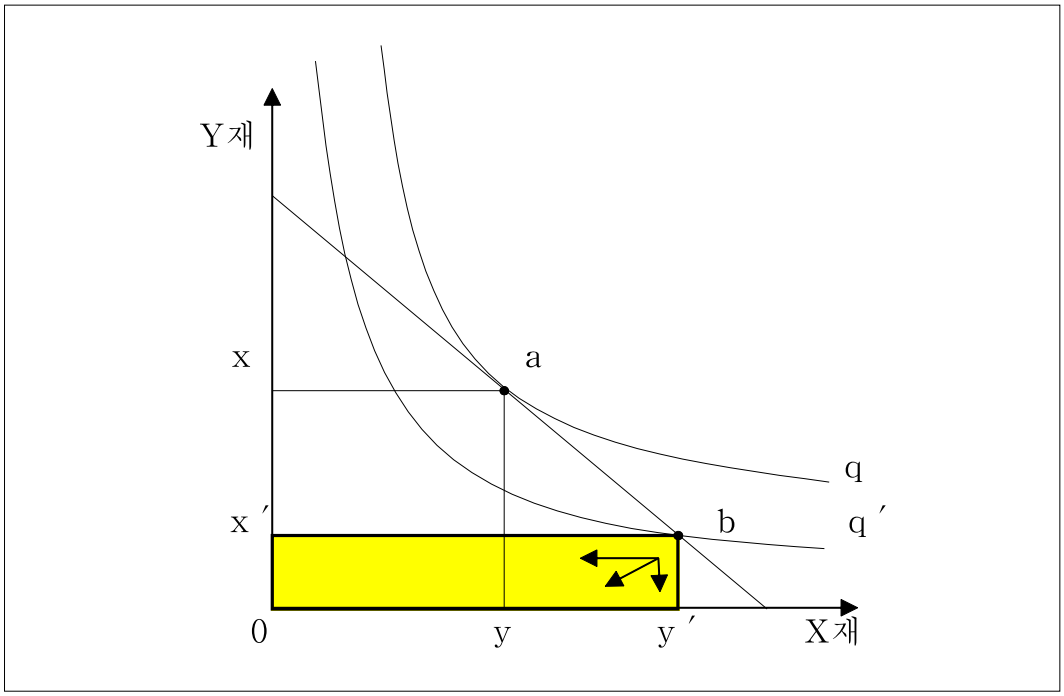
212) 이준구, 앞의 책, 564-615면.

213) 이준구,『재정학 제3판』, 다산출판사, 2007, 61-65면.

214) 미국의 인지심리학자 대니얼 카너먼(Daniel Kahneman)은 여기서 한 발 더 나아가 “심리학자 입장에서 인간은 완전히 합리적이지도 이기적이지도 않으며 취향도 불안정하다”고 주장함으로써 인간이 합리적이고 이기적인 존재라는 고전경제학의 인간상에 반론을 제기하기도 하였다(Daniel Kahneman,『생각에 관한 생각』, 이창신 역, 김영사, 2018, 345면). 같은 취지에서 감성 휴리스틱(affect heuristic)을 지적한 하영원,『의사결정의 심리학』, 21세기북스, 2012, 33-38면.

표를 실현하기 위해서는 지원객체가 취득한 재산상 이익 중 부당한 부분을 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 지원객체에게 환원시키는 것이 가장 좋은 방법일 것이다. 그런데 공정거래법상 규정과 같이 일감몰아주기 거래로 이익을 취득한 지원주체와 특수관계인, 그리고 손해를 입은 지원객체 모두에게 과징금을 부과하는 것은 정부가 시장으로부터 가용 가능한 자원(available resources)을 의도적으로 배제하는 것이 되고,[215] 이는 일감몰아주기 거래로 발생한 자원의 비효율적 배분 문제를 해결하는 것이 아니라 오히려 자원의 비효율적 배분이라는 시장 실패의 문제를 더욱 심화시키는 결과를 가져온다. 아래의 그래프를 통하여 공정거래법상 과징금 부과가 효율성과 관련하여 시장에 어떠한 영향을 미치는지 구체적으로 확인할 수 있다.

[그림 5-1] 과징금 부과에 따른 자원의 비효율적 배분



215) 지원객체에게 과징금을 부과하여 이전된 부를 박탈하더라도 국가에 귀속될 뿐 원래 부가 귀속되었어야 할 자(즉, 지원주체)에게는 이익의 회복이 이루어지지 않으므로 지원주체의 소수주주, 채권자 등 이해관계인에게는 불완전한 시정 수단이다. 송창현·조중근·김남훈, 앞의 논문, 164면.

위 그래프를 보면, 지원주체에게 부과되는 과징금이 효율성의 측면에서 시장에 어떠한 영향을 미치는지 확인할 수 있다. A사의 대표이사 丁은 a지점을 선택함으로써 기업의 효용을 극대화할 수 있었으나, 지배주주 甲에게 부당한 이익을 귀속시킬 목적으로 b지점을 선택하였는데, 그 결과 A사의 효용이 a-b만큼 감소하였다. 여기서 공정거래위원회가 A사에게 과징금을 부과한다고 가정해 보자. 과징금의 크기가 어느 정도인가에 따라 이동하는 지점은 달라지겠지만, 분명한 사실은 0, x′, b, y′를 연결한 노란색 직사각형 내부의 어느 한 지점으로 이동할 것이라는 사실이고, 그렇게 되면 어느 지점으로 이동하든지 간에 A사의 효용은 일감몰아주기 거래가 발생한 이후(q′)보다 더 감소하게 될 것이다. 이러한 과징금 부과가 효율성의 측점에서 정당화되기 위해서는 정부가 징수한 과징금을 최대한 효율적으로 활용함으로써 국민경제 전체의 효용을 극대화하는 것이겠지만, 자신의 효용을 최대한으로 극대화시키기 위하여 다양한 정보를 가지고 경제활동에 참여하는 민간주체에 비하여 특별한 이해관계 없이 제한된 정보를 가지고 시장에 개입하는 정부가 시장의 수준만큼 효율적으로 자원을 배분할 수 있을지 의문이다.[216] 특히 정부가 직접 자원의 배분을 실현하는 과정에서 소요될 시간과 비용까지 감안해 보면, 과징금 제도는 효율성의 측면에서 합리적인 정책이라고 보여지지 않는다.[217]

과징금 부과에 따른 자원의 비효율적 배분은 지원객체와 지배주주에게 부과되는 과징금에서도 확인할 수 있다. 지원객체와 지배주주로부터 징수한 과징금은 회사법상 손해배상제도와 달리 손해를 입은 지원주체에게

---

216) 미국의 재정경제학자 오츠(W. Oates)는 정부가 시장의 문제를 해결하기 위하여 직접 시장에 개입하는 경우 시장을 활용하는 경우보다 10배나 더 많은 경제적 비용이 소요된다고 보았다. 이준구, 앞의 책, 2007, 170면.

217) 1980년대 이후 서구 각국에서 신정치문화 성향을 가진 시민들과 지도자들이 “국가중심적 계획에서의 통치(governing)가 경제·사회적인 많은 서비스들에 대해 비현실적이다”라고 주장하며, 정부 역할의 축소를 주장하였다. 고경민,『현대 정치과정의 동학』, 인간사랑, 2013, 407면.

로 환원되지 않고 정부에 귀속하기 때문에 지원주체에게 부과되는 과징금과 마찬가지로 시장으로부터 가용 가능한 자원을 인위적으로 배제하는 결과를 가져온다.[218] 정부가 징수한 과징금을 국민 경제의 이익을 극대화하는 방향으로 최대한 효율적으로 활용할 수 있다면 이러한 과징금 부과가 정당화될 수 있겠지만, 위에서 설명한 바와 같이 정부의 특성상 이는 현실적으로 어려운 일이라고 보여진다.[219]

한편, 사전적 예방수단에서 검토한 바와 같이 공정거래법상 형벌규정은 형법, 회사법, 특경가법에 규정된 형벌규정보다 상대적으로 높은 벌금을 부과함으로써 금전적 제재의 측면을 강화하고 있는데, 이처럼 위법행위의 주체로부터 재산을 박탈하는 규제방식은 사전적 예방수단의 측면에서는 심리적으로 강한 억제력을 지닐 수 있으나, 사후적 구제수단의 측면에서는 과징금과 마찬가지로 시장의 경제질서에서 자원을 인위적으로 배제함으로써 자원의 비효율적 배분을 초래할 수 있다.[220] 다만, 형벌에 규정된 재산형의 법정형 상한이 2억원에 불과하여 상한이 규정되어 있지 않은 과징금에 비하여 자원의 배분에 미치는 직접적인 영향은 크지 않을 것으로 보인다.

---

218) 조성국, “공정거래법상 손해배상명령제도 도입에 관한 연구”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014, 340면. 과징금제도는 제재와 부당이득환수의 목적이 있으나 금전적으로는 부당이득을 피해자가 아닌 국가가 환수하는 구조이다. 공정거래법 위반으로 인해 피해를 입은 자가 공정거래위원회에 신고하여 가해기업에게 거액의 과징금이 부과된다 하더라도 과징금은 국가로 편입되어 버리기 때문에 피해자에 대한 배상은 별도의 민사소송을 제기하여야 한다.

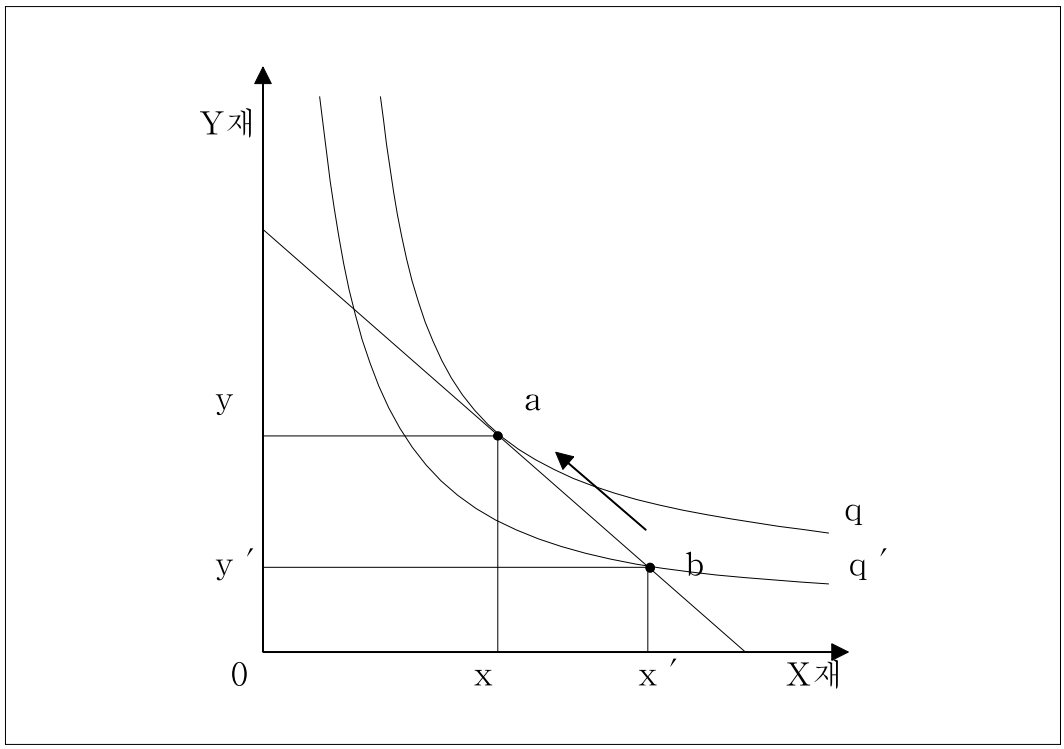
219) 만약 중앙정부가 모든 경제주체가 갖고 있는 선호와 자원에 대한 완전한 정보를 가질 수 있다면 중앙정부는 국가가 소유하는 자원을 합리적으로 활용하여 최적수준의 생산을 달성하고 개인의 필요에 따른 분배를 하게 될 것이다. 이 경우에는 물론 자본주의체제에서 나타나는 실업, 인플레이션, 경기침체, 분배의 불균형, 노사갈등과 같은 문제가 해소될 수 있을 것이다. 그러나 현실의 정부는 정보의 불완전성을 극복할 수 없다. 그리고 정부에서 공직을 담당하는 개인들도 일반인과 같이 자기 이익을 추구하는 인간인 것이다. 김세균 외, 앞의 책, 215면.

220) 각주 195) 참조

2) 회사법상 검토

효율성의 관점에서 회사법은 이사를 비롯한 업무집행자와 지배주주 일가를 비롯한 업무집행지시자에 대한 손해배상을 통하여 지배주주가 일감몰아주기 거래로 부당하게 취득한 이득을 소수주주에게 일감몰아주기 거래가 발생하기 전으로 환원시켜 줄 수 있고, 이러한 손해배상을 통하여 자원의 효율적 배분을 실현하는 한편, 자원의 비효율성에서 비롯된 시장실패의 문제를 해결할 수 있다. 아래의 그래프를 통하여 손해배상제도가 자원의 배분에 미치는 영향을 보다 구체적으로 파악할 수 있다.

[그림 5-2] 손해배상제도에 따른 자원의 효율적 배분



위의 그래프를 살펴보면, A사의 대표이사 丁은 지배주주 甲의 이익과 밀접한 관련이 있는 B사에 일감을 몰아주기 위하여(x→x) A사의 효용을

극대화할 수 있는 a지점이 아닌 b지점을 선택하였음을 알 수 있다. 그런데 이는 회사의 이익을 적극적으로 추구해야 하는 이사의 선관주의의무 또는 충실의무에 위반되는 위법한 선택이다. 이러한 경우 회사법상 손해배상제도를 적용하여 A사의 재산 상태를 변동시킬 수 있는데, 여기서 손해배상이라 함은 A의 대표이사 丁이 선관주의의무 또는 충실의무에 따라 합리적인 판단을 하였다면 선택하였을 지점으로 자원을 재분배하는 것을 의미한다.[221] 즉 손해배상 제도를 통하여 A사의 재산 상태를 현재 있는 b지점에서 정상적인 거래를 하였다면 선택되었을 a지점으로 이동시킬 수 있고, 이러한 이동을 통하여 종국적으로 자원의 효율적인 배분이 실현되는바, 이러한 점에서 손해배상제도는 일감몰아주기 거래로 발생한 자원의 비효율적 배분 문제를 해결해 준다고 할 수 있다. 아울러 회사법상 손해배상 제도는 정보의 비대칭성에 따른 자원의 비효율적 배분 문제를 해결할 뿐만 아니라 지배주주에게 경제력이 집중됨에 따라 추후 발생할 수 있는 또 다른 비효율성 문제인 독과점의 폐해를 사전에 방지하는 기능도 있다.

2. 형평성 관련 검토

다음으로 사후적 구제수단으로서의 기능과 관련하여 형평성의 측면에서 검토할 필요가 있다. 형평성의 문제는 결국 공정거래법 또는 회사법상 제도를 통하여 소수주주와 지배주주 간, 또는 기업집단 내 계열사 간 부의 불균형 분배가 개선되었는지 아니면 심화되었는지 여부와 관련된 문제이다.

---

221) 불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이며(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결, 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결 등 참조), 그 손해액은 원칙적으로 불법행위시를 기준으로 산정하여야 한다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다26043 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다38705 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다34426 판결 등 참조).

1) 공정거래법상 검토

일감몰아주기 거래를 통하여 부당한 이익을 취득한 지원객체에 대하여 과징금을 부과하는 것은 부당이득에 대한 이익박탈적 성격을 지니는 반면, 부당한 손해를 입은 지원주체에 대하여 과징금을 부과하는 것은 위법한 행위에 대한 징벌적 성격을 지니고 있음은 제2장 제4절 과징금 항목에서 검토한 바와 같다. 그런데 일감몰아주기 거래를 통하여 이득을 취득한 주체는 지원객체 및 지원객체와 경제적으로 밀접한 관련을 맺고 있는 총수일가이고, 지원주체 및 지원주체의 소수주주들은 오히려 일감몰아주기 거래로 인하여 부당한 손해를 입었다고 할 수 있는데,. 이처럼 소수주주들이 일감몰아주기 거래에 대하여 찬성하거나 거래가 진행되도록 협조 또는 관여한 바가 없음에도 불구하고 지원주체에게 과징금을 부과하는 것은 부의 균등한 분배를 실현하고자 하는 형평성의 측면에 부합한다고 보기 어렵다. 과징금이 형평성의 문제에 미치는 영향을 구체적으로 확인하기 위하여 일감몰아주기 모형을 다시 활용해 보고자 한다.

가. 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기

먼저 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래의 경우를 기준으로 과징금의 형평성에 대하여 검토해 보고자 한다. A사가 B사에게 유리한 조건으로 일감을 몰아주었고, 해당 거래로 A사의 재산이 50% 감소한 반면, B사의 재산이 50% 증가하였으며, 주가 또한 순자산에 비례하여 각각 감소하고 상승하였는데,[222][223] 공정거래위원회에서 일감몰아주기 거래를

---

222) 참고로 기업의 가치를 평가하는 방법으로 PBR(주가순자산비율), PER(주가순이익비율), PSR(주가매출액비율), ROE(자기자본수익률), EV/EBITDA Multiple 등이 있는데, 사안과 같이 자산과 주가가 비례하여 상승한다면, PBR은 일정하게 1을 유지하게 된다. 그런데 유가증권시장(코스피)에 상장된 599개 회사를 대상으로 분석한 결과(2019. 9. 30. 기준) 전체의 67%에 해당하는 403개 회사의 PBR이 1에 미치지 못하는 것으로 나타났는바("기업 67% '시총<장부價'…PBR

진행한 A사와 B사에 대하여 과징금 20을 동등하게 부과하였다고 가정해 보자. 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 A사의 재산은 100, B사의 재산도 100으로서 재산비율이 1:1로 동등하였는데, 일감몰아주기 거래가 발생한 후 A사의 재산이 50, B사의 재산이 150이 되어 1:3이 되었고, 과징금을 부과된 후에는 A사의 재산이 30, B사의 재산이 130이 되어 다시 1:4.33이 되었는바, 과징금 부과로 인하여 일감몰아주기 거래가 발생하기 전은 물론, 일감몰아주기 거래가 발생한 후보다도 계열사 간 부의 불균형 분배가 악화되었음을 확인할 수 있다.

[표 5-9] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(1)

	A사	B사	비율
거래 前	100	100	1:1
거래 後	50	150	1:3
부과 後	30	130	1:4.33

(단위 : 원)

이러한 형평성의 문제는 지배주주 일가와 소수주주 乙 간 재산관계에서도 확인할 수 있다. 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 지배주주 일가인 甲, 丙의 재산은 160, 乙의 재산은 40으로서 재산비율이 4:1이었는데, 거래가 발생한 후 甲, 丙의 재산이 180, 乙의 재산이 20이 되어 재산비율이 9:1로 변동하였고, 과징금을 부과한 후에는 甲, 丙의 재산이 148, 乙의 재산이 12가 되어 다시 재산비율이 12.33:1이 되었는바, 계열사 간 재산비율과 마찬가지로 일감몰아주기 거래가 발생하기 이전은 물론, 거래가 발생한 이후보다도 지배주주와 소수주주 간 부의 불균형 분배가 악화되었음을 확인할 수 있다.

1배미만 403곳 달해", 매일경제, 2019. 11. 28), 이는 현실에서 자산과 주가가 반드시 비례하여 상승하지는 않는다는 것을 의미한다. 최상우·조성태·박준영, 『기업금융과 M&A 제10판』, 삼일인포마인, 2020, 889-897면.

223) 이 경우 A사와 B사의 PBR은 모두 1이고, A사와 B사의 PER은 각각 -1, 3이며, A사와 B사의 ROE은 각각 -0.5, 0.5이다.

[표 5-10] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(2)

	甲, 丙	乙	비율
거래 前	160	40	4:1
거래 後	180	20	9:1
부과 後	148	12	12.33:1

(단위 : 원)

한편, 공정거래법상 형벌규정의 경우 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 지원주체에게 책임을 부담시키고 있는 반면, 부당한 이익을 취득한 지원객체는 책임주체에서 제외하고 있는데, 이러한 규제방식은 형평성의 측면에서 과징금보다 한층 더 심각한 부의 불균등 분배를 초래할 수 있다.

나. 공정한 조건에 의한 일감몰아주기

다음으로 공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래를 기준으로 과징금의 형평성을 검토해 보고자 한다. A사가 해당 사업을 직접 수행할 수 있었음에도 불구하고 B사에게 공정한 조건으로 일감을 몰아주었고, 해당 거래로 B사의 재산이 50% 증가하였으며, B사의 주가 또한 50% 증가하였는데,[224] 공정거래위원회에서 일감몰아주기 거래를 진행한 A사와 B사에게 과징금 20을 동등하게 부과하였다고 가정해 보자. 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 A사의 재산은 100, B사의 재산도 100으로서 재산비율이 1:1이었는데, 일감몰아주기 거래가 발생한 후 A사의 재산은 100, B사의 재산은 150이 되어 1:1.5가 되었고, 과징금을 부과된 후 A사의 재산은 80, B사의 재산은 130이 되어 다시 1:1.625이 되었는바, 과징금 부과로 일감몰아주기 거래가 발생하기 전은 물론, 일감몰아주기 거래가 발생한 후보다도 계열사 간 부의 불균형 분배가 악화되었음을 확인할 수 있다.

224) 이 경우 A사와 B사의 PBR은 모두 1이고, A사와 B사의 PER은 각각 0, 3이며, A사와 B사의 ROE는 각각 0, 0.5이다.

[표 5-11] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(3)

	A사	B사	비율
거래 前	100	100	1:1
거래 後	100	150	1:1.5
부과 後	80	130	1:1.625

(단위 : 원)

이러한 형평성의 문제는 지배주주 일가와 소수주주 乙 간 재산관계에서도 확인할 수 있다. 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 지배주주 일가인 甲, 丙의 재산은 160, 乙의 재산은 40으로서 재산비율이 4:1이었는데, 거래가 발생한 후 甲, 丙의 재산은 210, 乙의 재산은 40이 되어 재산비율이 5.25:1로 변동하였고, 과징금을 부과한 후 甲, 丙의 재산은 178, 乙의 재산은 32가 되어 재산비율이 다시 5.5625:1이 되었는 바, 계열사 간 재산비율과 마찬가지로 일감몰아주기 거래가 발생하기 전은 물론, 거래가 발생한 후보다도 지배주주일가와 소수주주 간 부의 불균형 분배가 심화되었음을 확인할 수 있다.

[표 5-12] 일감몰아주기 거래와 과징금 부과에 따른 재산변동(4)

	甲, 丙	乙	비율
거래 前	160	40	4:1
거래 後	210	40	5.25:1
부과 後	178	32	5.5625:1

(단위 : 원)

한편, 과징금 제도와 마찬가지로 공정거래법상 형벌규정 또한 공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래에서도 부의 불균등 분배 문제를 심화시킬 수 있음은 위에서 검토한 바와 같다.

다. 소결

형평성의 관점에서 일감몰아주기 거래에 대한 과징금 부과가 정당화되기 위해서는 일감몰아주기 거래를 통하여 취득한 부당이득에 비례하여 과징금이 부과되거나, 일감몰아주기 거래를 통하여 부당이득을 취득한 지원객체와 총수일가에 대해서만 과징금이 부과되고 부당이득을 취득하지 못한 지원주체에게는 과징금을 부과하지 말아야 할 것이다. 만약 그렇지 않다면 위의 사례에서 검토한 바와 같이 과징금은 모든 종류의 일감몰아주기 거래에 있어서 A사와 B사 간, 그리고 지배주주 일가와 소수주주 乙 간 재산비율을 더욱 악화시키게 되기 때문이다.

그런데 제3장 제2절에서 검토한 한진그룹의 일감몰아주기 사례에서 알 수 있듯이 공정거래위원회는 지원객체가 취득한 부당이득을 기준으로 지원주체와 지원객체 모두에게 동일한 액수의 과징금을 부과하고 있는바, 이러한 부과방식은 일감몰아주기 거래로 발생한 지원주체와 지원객체 간, 그리고 지배주주와 소수주주 간 부의 불균등 분배를 더욱 심화시킨다는 점에서 타당하지 않다.[225] 아울러 과징금 부과에 따른 형평성의 문제는 공정거래법상 형벌규정에 따른 벌금의 부과에 있어서도 똑같이 나타날 수 있다.

2) 회사법상 검토

일감몰아주기 거래가 발생하면, 지원객체 및 지배주주 일가에게로 경제력이 집중되고, 그에 따라 지원객체와 지원주체 간, 그리고 지배주주 일가와 소수주주 간 부의 불균등 분배가 심화된다. 회사법상 손해배상제도는 일감몰아주기 거래를 통하여 지배주주와 지원객체가 취득한 부당이익을 피해자인 소수주주와 지원주체에게로 환원하는 역할을 하는데, 소수주주와 지원주체는 회사법상 손해배상 제도를 통하여 일감몰아주기 거래

225) 다만, 공정거래법상 과징금이 기업집단 내부의 일감몰아주기 거래 당사자에게만 부과되므로 지원객체와 외부 시장경쟁자 간 관계에서는 기업집단 또는 지배주주로의 경제력 집중을 완화시키는 측면이 있다.

로 입은 손해를 배상받을 수 있고, 이러한 손해배상 과정을 통하여 일감몰아주기 거래로 발생한 지원주체와 지원객체 간, 그리고 소수주주와 지배주주 간 부의 불균등 분배가 완화될 수 있다.

3. 소결

일감몰아주기 거래에 따른 자원의 비효율적 배분을 근본적으로 해결하기 위해서는 일감몰아주기 거래가 없었다면 배분되었을 정상적인 재산상태로 자원을 재배분하는 것이고, 이러한 관점에서 보면, 회사법상 손해배상 제도를 통하여 이사 또는 지배주주가 취득한 이익을 손해를 입은 지원객체 또는 소수주주에게 이전하는 방식이 타당하다고 보여진다. 일감몰아주기 거래의 당사자들에게 과징금과 벌금을 부과하는 공정거래법상 규제방식은 정의와 공평의 관점에서 어느 정도 설득력을 지닐 수 있으나, 효율성의 관점에서 보면, 자원을 시장에서 배제시킴으로써 자원의 비효율적 배분을 더욱 악화시킬 우려가 있다는 점에서 문제가 있다.[226]

한편, 형평성의 측면에서도 회사법상 손해배상제도가 일감몰아주기 거래로 지배주주와 지원객체에게 집중된 경제력을 소수주주와 지원주체에게 환원함으로써 부의 균등한 분배에 기여할 수 있는 반면, 공정거래법상 과징금은 지배주주가 지분을 보유하고 있는 지원객체뿐만 아니라 소수주주가 지분을 보유하고 있는 지원주체에게도 부과됨에 따라 기업집단 내 계열사 간, 그리고 소수주주와 지배주주 간 부의 불균등 분배를 해결하지 못하고 이를 심화시키는 결과로 이어진다는 점에서 타당하지 않다. 특히 이러한 결과는 일감몰아주기 거래 자체에서 비롯되는 문제가 아니라 일감몰아주기 거래를 규제하기 위한 정부의 개입에서 비롯되는 문제라는 점에서 그 심각성이 크고, 이는 과징금이나 형벌과 같은 공정거래법상 규제수단이 일감몰아주기 거래의 문제를 해결하기 위한 제도로서 역할을 제대로 수행하고 있지 못하다는 의미가 된다.

---

226) 이는 각주 181)에서 언급한 바와 같이 회사법이 사익편취로 인한 손해의 보전에 초점을 맞추고 있는 반면, 공정거래법은 해당 행위의 억제에 초점을 맞추기 있기 때문에 발생하는 문제이다. 정준혁, 앞의 논문, 104면.

결론적으로 지배주주가 일감몰아주기 거래로 취득한 부당이익을 소수주주에게 환원시키는 사법적 규제방식이 국가에 귀속시키는 공법적 규제방식에 비하여 일감몰아주기로 발생한 비효율성과 불공정성의 문제를 해결함에 있어 보다 효과적이라고 할 수 있다.

V. 증거의 수집 및 입증책임

증거의 수집 및 입증책임은 사법절차에서 일감몰아주기 거래와 관련된 증거를 수집하고 입증하는 것이 얼마나 용이한지와 관련된 문제이다. 효과적이고 우수한 구제수단이 마련되어 있다고 하더라도 이러한 구제수단이 구체적인 사례에 적용되지 않는다면, 제도로서의 가치가 퇴색되는 만큼 증거의 수집 및 입증책임은 구제수단을 현실화하는 관문으로서 중요한 의미가 있다. 공정거래법은 공법으로서 행정소송법상 입증책임이 적용되고,[227] 회사법은 사법으로서 민사소송법상 입증책임이 적용되는데, 이러한 법률관계를 염두에 두고 내용을 검토할 필요가 있다.

1. 공정거래법상 검토

공정거래법에서는 계열사 간 부당한 거래에 대한 입증책임을 공정거래위원회에게 부담시키고 있고, 공정거래위원회가 부당거래를 입증하기 위한 증거를 수집하여야 한다.[228] 그런데 공정거래위원회는 이해관계의 당

---

227) 공정거래법의 법제 하에도 손해배상제도가 존재하고(공정거래법 제56조), 여기에는 민사소송법의 규정이 적용될 것이지만, 이번 항목에서는 행정소송인 과징금 부과에 대한 항고소송에 대하여만 논의하고자 한다.

228) 민사소송법 규정이 준용되는 행정소송에서의 증명책임은 원칙적으로 민사소송 일반원칙에 따라 당사자 간에 분배되고, 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 증명책임이 있다. 피고가 주장하는 일정한 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 증명이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다고 볼 수 있고, 이와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간

사자가 아니기 때문에 적극적으로 증거를 수집할 유인이 소수주주에 비하여 상대적으로 부족하고,[229][230] 회사의 내부 당사자가 아니기 때문에 내부거래에 대하여 구체적으로 파악하기 어려울 뿐만 아니라, 거래의 부당성을 입증하기 위한 증거를 수집하는 데에도 많은 시간과 비용이 소모된다.[231] 제3장 제2절 과징금의 타당성 항목에서 검토한 한진그룹의 일감몰아주기 사례는 공정거래위원회가 거래의 부당성을 입증하는 것이 얼마나 어려운지 보여주는 대표적인 사례가 될 수 있는데, 대한항공은 공정거래위원회의 과징금 부과처분이 위법하다고 주장하면서 취소소송을 제기하였고, 서울고등법원은 "부당이익 제공에 해당하려면 비슷한 거래를 통해 정상가격을 가늠하고, 거래의 성질, 취득한 이익의 규모, 거래의 동기 등에 비춰 사익을 챙기기 위한 경제력 집중이 발생할 우려가 있는지를 기초로 판단해야 하며 이를 입증하는 것은 공정위의 책임"이라면서 "공정위는 (비교대상인) 정상거래의 범위를 밝히지 못하였다"고 지적하

다. 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639 전원합의체 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두42817 판결 등 참조.

229) 미국의 경제학자 레이번스타인(H. Leibenstein)은 효율성을 추구하는 조직이라 하더라도 조직을 둘러싼 환경에 따라 비효율성의 문제(X-inefficiency)가 나타날 수 있다고 주장하였는데(Harvey Leibenstein, "Aspects of the X-Efficiency Theory of the Firm",『RAND Journal of Economics』, Wiley, 1975. 580면), 정부는 기업과 달리 생산관리활동에 있어서 조직구조의 개선, 동기부여 또는 인적·물적 자원에 대한 생산성 제고 의욕 등이 취약하기 때문에 X-비효율성의 문제가 나타날 확률이 상당히 높다(박경효,『재미있는 행정학 제2판』, ㈜윌비스, 2014, 124면).

230) 공적집행기관의 경우 집행의 결과에 따른 경제적 유인을 (적어도 직접적으로는) 갖고 있지 않다. 쉽게 짐작할 수 있는 일이지만 공정거래법 위반행위를 저지했더라도 위반행위로 인한 손해를 공적기관이 배상받는 것은 아니라는 점에서 그렇다. 신영수, "경쟁법의 사적 집행 활성화; 전제와 현실, 그리고 과제",『법학논고 제36권』, 경북대학교 법학연구원, 2011, 178면.

231) 다만, 행정기관이 강제조사권을 가지기 때문에 피해자에 비하여 증거의 수집에 용이하고, 전문성이 높다는 견해도 있다. 선정원, "패러다임의 변화와 기업의 불법행위에 대한 제재시스템의 현대화",『법제논단』, 법제처, 2003, 39-40면.

며 시정명령 및 과징금 부과취소 판결을 내린 바 있다.[232][233]

공정거래위원회가 증거부족을 이유로 처분 자체를 내리지 않은 사례도 있다. 공정거래위원회는 한화그룹의 한화S&C에 대한 일감몰아주기 사례를 조사한 후 22개 계열사들이 합리적 고려 없이 한화S&C와 1,055억 원 규모의 애플리케이션 관리서비스(AMS) 거래를 한 혐의에 대하여 계열사, 비계열사와의 SI 거래 관행에 관한 종합적 파악이 어렵고, 총수 일가의 관여, 지시에 대한 구체적인 사실 확인이 어렵다고 판단하여 심의절차를 종결하였고, 계열사들이 한화S&C에 데이터회선 사용료와 상면료를 고가로 지급한 혐의에 대하여도 역시 정상적인 가격에 대한 입증이 부족하여 금액이 과도하게 지급하였다고 보기 어렵다고 보아 무혐의 처분하였는데,[234][235] 이 또한 공정거래위원회의 증거수집 및 입증책임에 한계가 있다는 점을 보여주는 대표적인 사례라고 할 수 있다.[236] 아울러, 명확하게 위법성을 판단하기 어려워 고의성의 입증이 곤란한 공정거래법의 법률적 특성도 이러한 입증책임의 어려움을 심화시키고 있다.[237]

---

232) 서울고등법원 2017. 9. 1. 선고 2017누36153 판결.

233) "'총수일가에 일감몰아주기' 과징금 대한항공, 공정위에 승소", 연합뉴스, 2017. 9. 1.

234) "공정위, 5년 조사한 한화 '일감몰아주기' 무혐의 결론", 경향신문, 2020. 8. 24.

235) 공정위 2020. 9. 14. 의결 제2020-261호 참조.

236) 다음은 2015년부터 2017년까지 발생한 한화S&C의 내부거래 비중이다.

	2015년	2016년	2017년
직전 3개년 평균매출액	482,576	423,530	391,513
해당 연도 계열사 매출액	208,530	246,061	203,267
비중	43.21	58.10	51.92

(단위 : 백만 원, %)

위 표에 나타난 바와 같이 AMS 거래와 관련하여 한화S&C의 내부거래 비중이 50%를 초과함에도 불구하고 심의절차를 종료한 것은 의문의 여지가 있다. 공정거래위원회가 2012년 SK그룹의 SK C&C에 대한 부당한 이익제공 혐의로 SK그룹에 제재를 하였는데, 2016년 법원에서 해당 처분을 취소하였는바, 본건 한화 사안에 있어서도 SK그룹의 전례가 부담으로 작용한 것으로 보인다.

종합해 보면, 기업집단 내부거래의 금액과 비중에 비하여 이를 관리, 감독하는 공정거래위원회의 인력과 비용은 상대적으로 부족한 실정이고,[238] 사법절차에서 거래의 부당성을 입증하는 데에도 한계가 있다.[239] 사법절차에서 공정거래위원회가 거래의 부당성을 제대로 입증하기 위해서는 각각의 사례마다 거래의 부당성에 대한 연구 및 증거수집이 집중적으로 이루어져야 할 것인데, 이러한 행정소송의 입증책임 부담은 상당히 비효율적인 방식이라고 보여진다.[240]

2. 회사법상 검토

---

237) "일감몰아주기 제재 강화하는 공정위…법정서 위반 입증은 어려워", 조선비즈, 2019. 12. 2.

238) 신영수, 앞의 논문, 2011, 178면. 예산과 행정력의 투입 면에서도 공적 집행기관들은 적지 않은 제약요인들을 안고 있다. 유한한 물적, 인적 기반을 모든 사건에 투입할 수 없는 상황에서는 취급사건의 선별과 집중이 불가피하게 된다. 이 때문에 미국의 교수이자 판사인 포스너(Richard A. Posner)는 공적집행기관들은 유한한 인적, 물적 자원을 합리적으로 활용하여 집행의 효율을 극대화하기 위해 국민경제적 차원에서 비중이 크면서도 위법성이 비교적 명확해서 선례가 될 사건으로서 향후 집행을 용이하게 될 사안들에 집중할 가능성이 크다고 보았다. 반면에 위법성이 명확하지 않거나 중요도가 적은 경우나, 피심인의 입장에서 이해관계가 커서 전력을 다하게 될 사안, 혹은 공적기관이 법정에서 최후승리를 장담할 수 없는 사건들은 가급적 회피하려는 성향을 보인다는 점을 지적하였다(Richard A. Posner, 『Economic Analysis of Law』, Little Brown and Company, 1992, pp.602-604).

239) 김윤정, "공정거래 법집행체계 개선방안 연구", 한국법제연구원 현안분석자료, 2017, 20면. 연간 약 4,000건씩 공정거래사건 신고건수가 매년 급증하고 있는 상황에서 공정거래위원회는 한정된 자원과 인력 때문에 신고사건을 모두 처리하지 못하는 문제가 발생하고 있다.

240) 김윤정, 위의 논문, 2017, 28면. 국민들의 법의식의 증가로 소위 '갑질행위'에 관하여 공정거래위원회에 대한 신고건수가 매년 급증하고 있지만, 공정거래위원회의 한정된 인력과 자원으로는 모든 사건을 신속하게 처리하기란 거의 불가능하다.

회사법은 민사상 손해배상 제도를 통하여 지배주주의 일감몰아주기 거래를 해결하고 있기 때문에 부당한 내부거래에 대한 입증책임이 이를 청구하는 원고, 즉 소수주주들에게 있고, 원고들은 거래의 부당성을 입증하여야 소송을 통하여 손해를 전보받을 수 있는 만큼 소송과 밀접한 이해관계가 있어 적극적으로 거래의 부당성과 관련하여 인적, 물적 증거를 수집할 유인이 있다.[241][242] 특히 소수주주들은 기업집단 내 계열사의 주주이자 이해관계의 당사자로서 내부거래와 관련된 인적, 물적 증거를 수집하기에 상대적으로 유리한 위치에 있고(접근성), 해당 업계의 거래와 관련된 지식도 어느 정도 보유하고 있는 만큼(관련성) 거래와 관련된 인적, 물적 증거를 수집하고 거래의 부당성을 입증하는 데에 시간, 비용을 절약할 수 있다.[243]

한편, 이사의 회사기회 유용금지를 규정하고 있는 상법 제397조의2 제2항에서 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정한다고 규정하고 있는데, 원고는 동 규정을 통하여 손해의 크기에 대한 입증책임에서 벗어날 수도 있다. 다만, 소수주주 역시 공정거래위원회와 마찬가지로 지배주

---

241) 일반적으로 말해서 어떤 일에 개인적으로 관심을 가지고 있는 사람보다 그 일에 더 적합하거나, 어떻게 혹은 그 누구에 의해 그 일이 행해질 것인지를 결정하는 것을 더 잘 해낼 사람은 없고, 이런 점에서 개인에 의해 더 잘 행해질 확률이 높은 일에 대한 정부의 간섭은 자제되어야 한다. J. S. Mill,『자유론』, 김형철 역, 서광사, 2002, 143면.

242) 사인에게 공적 목적의 집행을 기대할 수 있는 것은 곧 이 같은 이기적 유인 곧 기대이익(expected benefits) 때문이라고 할 수 있는데, 이때의 기대이익은 공정거래법 위반 사업자를 상대로 사인이 얻을 수 있는 경제적 이득 가령 손해배상액에다 승소확률을 곱한 금액으로 산출되곤 한다. 신영수, 앞의 논문, 2011, 177면.

243) 비록 개인들이 평균적으로 정부의 관리들보다 특정한 일을 더 잘하는 것은 아니라고 하더라도, 그들 자신들의 정신적 교육 - 그들의 적극적 재능을 강화하고 판단을 활용하고 그들이 대처하도록 맡겨질 주제에 대한 익숙한 지식을 습득하는 방편 - 에 대한 수단이 된다는 입장에서 볼 때, 개인에게 밀접하게 관련되어 있는 일들은 정부에 의해서보다는 개인에 의해 행해지는 것이 많은 경우에 있어서 바람직하다. J. S. Mill, 위의 책, 143면.

주에 비하여 증거수집에 있어서 불리한 위치에 있다고 보여지므로[244] 회사법상 손해배상제도의 입증책임을 개선하는 방안 또한 강구할 필요가 있다고 보여진다.[245]

3. 소결

공정거래법 제23조의2에 규정된 부당한 이익이 인정되기 위해서는 행정소송에서 이를 주장하는 당사자인 공정거래위원회가 부당한 거래사실을 입증하여야 하는데, 증거에 대한 접근성 및 업종에 대한 이해도 등의 측면에서 공정거래위원회가 부당한 거래사실을 입증하는 것은 상당히 어렵다고 보여지고,[246] 이와 관련된 증거를 수집하고 입증하기 위한 비용도 필연적으로 요구되는바, 결국 이는 공적자금으로 충당되기 마련이다. 이는 후술하는 바와 같이 제도 시행에 따른 사회적 비용을 수반하게 되고, 문제를 해결하기 위한 공법적 제재수단을 동원하기 전보다 더 많은 사회적 비용이 투입되는 모순이 발생하는바, 이러한 입증책임의 어려움에 대

---

244) 이사의 책임을 입증하기 위한 증거자료는 모두 회사 측이 보유하고 있어 현행 소송법 하에서는 주주들의 증거자료 수집이 용이하지 않다는 보고서로서 경제개혁연대, “우리나라 주주대표소송의 현황 및 과제 - 재계의 ‘남소우려’ 주장에 대한 실증적 비판-”, 경제개혁리포트, 2007, 9면.

245) 이러한 입증책임의 불균형 문제는 상대적인 약자의 위치에 있는 개인이 기업을 상대로 손해배상 청구소송을 제기할 때에 빈번하게 발생할 수 있는 문제이다. 김윤정, 앞의 논문, 2017, 32-33면. “사인의 권리구제를 위한 손해배상 청구소송에서는 피해자와 사업자가 가진 정보의 불평등 정도가 매우 심각하고 피해자들은 그 입증자료에 대한 접근 자체가 어렵다는 문제가 있다”, “소송과정에서 사업자가 피해자가 요구하는 자료를 정직하고 성실하게 제출하지 않는 한, 기업의 귀책사유나 의무위반사실, 손해발생의 정도, 손해와의 인과관계 등을 입증하는 것이 사실상 불가능한 경우가 다수이다. 이 때문에 피해자들에게 손해를 입힌 사업자가 자신들의 손해배상책임을 좌지우지하는 셈이 되고 있다”.

246) 공정거래위원회 내부에서 발생하는 공무원의 부정행위 또한 입증의 어려움을 심화시키는 요소로 작용하고 있다. “금호아시아나 임원, 공정위 직원 매수해 부당거래 자료 삭제”, 연합뉴스, 2021. 1. 4.

한 제도적 개선이 필요하다고 보여진다.

한편, 회사법에서는 소수주주를 비롯한 이해관계인이 직접 증거를 수집하고 재판에서 이를 입증하도록 규정하고 있는데, 공정거래법에 비하여 비교적 적은 비용으로 소수주주의 권리를 구제할 수 있다는 점에서 효율적이라고 보여지는 측면도 있다. 그러나 여전히 지배주주에 비하여 약자의 지위에 있는 소수주주에게 소송에서 확신에 근접하는 개연성이 인정될 정도로[247] 거래의 부당성을 입증하도록 요구하는 것은 당사자가 대등한 공격·방어수단을 가져야 한다는 무기평등의 원칙에 부합하지 않는 측면이 있으므로 공정거래법과 마찬가지로 입증책임에 대한 제도적 개선이 필요하다고 보여진다.

결론적으로 공정거래법과 회사법 모두 거래의 부당성에 관한 입증책임과 관련하여 제도적 개선이 필요하다고 볼 수 있다.

VI. 사회적 비용

1. 논의의 배경

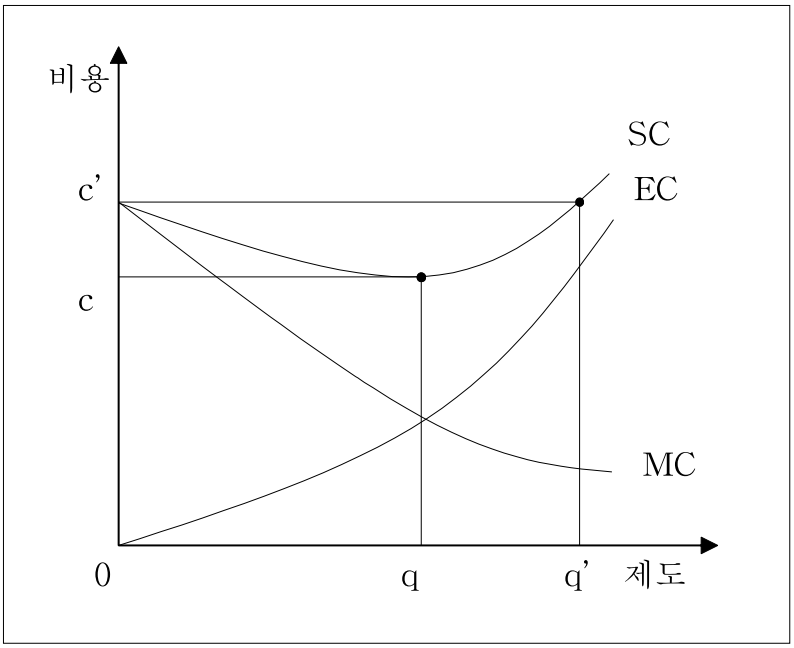
마지막으로 제도의 시행에 따른 사회적 비용에 대하여 검토해 보고자 한다. 어떤 사회적 문제를 해결하기 위한 제도가 제도로서 정당성을 가지기 위해서는 문제를 해결함으로써 감소하는 사회적 비용이 그 제도를 시행하기 위하여 투입되는 사회적 비용보다 크다는 전제가 성립하여야 한다. 가령, A라는 사회적 문제로 발생하는 사회적 비용이 a원이고, A를 해결하기 위해 B라는 제도를 시행함으로써 감소하는 사회적 비용이 b원, B를 시행하기 위하여 투입되는 사회적 비용을 c원이라고 가정해 보자.

---

247) 민사소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하다. 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다65097 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결 등 참조.

B가 A를 해결하기 위한 제도로서 의미를 가지기 위해서는 b원이 c원보다 크다는 전제조건이 성립하여야 하는데, 만약 c원이 b원보다 크다면, 이는 문제를 해결하기 위한 제도의 시행으로 사회적 비용이 오히려 증가하는 것인바, B를 시행하지 아니함만 못한 것이 된다.[248] 제도의 시행과 사회적 비용의 관계는 아래의 그래프를 통하여 보다 구체적으로 확인할 수 있다.

[그림 5-3] 제도의 시행과 사회적 비용



시장 실패로 발생하는 사회적 비용을 MC(market cost)라고 하고, 시장 실패를 해결하기 위한 규제수단을 도입함에 따라 발생하는 사회적 비용

248) 이는 행정학에서 활용되는 정책분석기법 중 하나인 비용편익분석(BC분석, Benefit-Cost Analysis)과 동일하다. 정책분석기법은 계량화 여부에 따라 계량분석과 비계량분석으로 나눌 수 있고, 계량분석에는 OR(Operate Research)과 관리과학(MS), BC분석이 있는데, OR과 MS가 기술적 효율성 측면의 최적안을 분석하는 데에 유리한 기법인 반면, BC분석은 경제성 측면의 최적안을 분석하는 데에 유리한 기법이다. 유민봉,『한국행정학 제4판』, 박영사, 2014, 241면.

을 EC(excutive cost)라고 할 때,[249] 사회적 총비용 SC(social cost)은 MC와 EC의 합과 같다. 그래프를 보면, 시장 실패에 따른 사회적 비용이 c'임을 알 수 있고, 시장 실패를 해결하기 위한 규제수단을 늘려나간다면, 시장 실패에 따른 사회적 비용은 줄일 수 있지만, 반대로 해당 제도의 집행을 위한 사회적 비용은 증가할 것이다. 이런 점에서 결국 두 비용은 반비례하는 관계에 있다고 볼 수 있고, 두 비용을 합친 사회적 총비용이 최소한이 되는 지점이 사회적으로 가장 적절한 제도의 수준이라고 볼 수 있다. 위 그래프의 SC곡선을 살펴보면, 규제수단이 늘어날수록 지속적으로 감소하다가 q점에서 최저비용(c)을 찍고, 그 이후부터는 다시 증가하기 시작하여 q'점 이후부터는 오히려 규제수단을 적용하기 전의 비용(c')보다 사회적 비용이 증가하게 되는바, q점이 사회적 비용의 측면에서 가장 합리적인 수준의 제도이고, q'점 이후로는 오히려 규제를 하지 않는 것이 합리적인 선택이라고 볼 수 있다.[250] 우리나라는 일감몰아주기 거래를 규율함에 있어 민사책임, 형사책임, 행정책임을 중첩적으로 적용하고 있는데, 이러한 제도의 중첩적 적용은 필연적으로 제도 시행에 따른 사회적 비용의 증가로 이어진다는 점에서 규제가 많을수록 반드시 효율적이라고 볼 수 없다. 이하에서는 사회적 비용의 측면에서 공정거래법상 제도와 회사법상 제도가 일감몰아주기 거래를 효율적으로 규제하고 있는지 살펴보고자 한다.

2. 사회적 비용의 검토

1) 공정거래법상 검토

---

249) 이처럼 문제를 해결하는 데에 투입되는 제도적 비용을 행정비용(administrative cost)라고도 한다. Ward Farnsworth, 『The Legal Analyst』, The University of Chicago Press, 2007, p.65.

250) 이처럼 법률제도와 관련하여 나타나는 여러 가지 현상을 경제학적 측면에서 분석하는 학문을 법경제학(law and economcis)이라고 부른다. 이준구, 앞의 책, 2013, 681면.

공정거래법은 국가의 개입을 통한 일감몰아주기 거래의 규제를 기본으로 하고 있기 때문에 국가작용을 위한 사회적 비용을 필연적으로 수반한다. 여기서 국가작용은 일감몰아주기 거래에 대한 시정조치, 과징금 부과 및 형벌권의 발동을 의미하는데, 시정조치 및 이를 관리, 감독하기 위한 사회적 비용, 과징금 부과 및 이를 징수하기 위한 사회적 비용, 형벌 및 이를 집행하기 위한 사회적 비용, 그리고 거래의 부당성을 조사하는 과정에서 투입되는 사회적 비용 등을 고려해 보면, 그 규모가 회사법상 제도에 비하여 상당히 크다는 사실을 알 수 있다.[251] 또한 과징금이 잘못 부과된 경우에는 추가적인 사회적 비용까지 발생하게 되는데, 2015년부터 2019년까지 최근 5년간 공정위가 부과한 3조 1,980억원 중 행정소송 패소나 직권취소 등으로 환급된 금액이 1조 1,530억원에 이르고, 환급 과정에서 붙은 이자비용 또한 1000억원에 육박하는 것으로 드러났는바,[252] 이는 잘못 부과된 과징금을 환급하는 과정에서 약 8.7%에 해당하는 사회적 비용이 추가적으로 발생하고 있음을 의미한다. 아울러 "정상적인", "상당한", "현저한" 등과 같은 규정의 불명확성도 법 해석과 관련된 집행비용의 증가를 초래한다.[253]

문제는 공정거래법상 규제규정이 일감몰아주기 거래로 발생한 사회적 비용을 감소시키는 기능을 제대로 수행하지 못한다는 점에 있다. 사전적 예방수단 항목에서 검토한 바와 같이 공정거래법상 규제수단(심리적 억제수단)은 일감몰아주기 거래를 사전에 방지하는 데에 있어서 회사법상 규제수단(제도적 견제수단)보다 그 기능이 다소 미흡하다. 또한, 사후적 구제수단 항목에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 거래에 대한 과징금 부과와 형벌은 효율성의 측면과 형평성의 측면에서 일감몰아주기 거래의 문제점을 제대로 해결하지 못하는 것으로 나타났다. 그렇다면 공정거래

---

251) 행정기관의 예산, 인력 및 조사권은 한계가 있을 수밖에 없어서 기업의 불법행위를 방지하기 위한 적정한 집행력과 억지력을 확보하기 곤란한 경우가 있다. 선정원, 앞의 논문, 39면.

252) "공정위의 무리한 과징금…환급 1조 넘어", 매일경제, 2020. 8. 23.

253) 이재형·박병형, 『기업집단 내부거래의 평가와 정책대응』, 한국개발연구원, 2016, 13면.

법상 규제수단의 실행에 따라 감소되는 사회적 비용은 명확하지 않은 반면, 규제수단을 실행하기 위하여 투입되는 사회적 비용은 상당히 크다고 할 것인데, 이는 공정거래법이 기능적 측면은 물론, 비용적 측면에서도 일감몰아주기 거래를 규제하기 위한 제도로서의 역할을 제대로 수행하지 못하고 있다는 것을 의미한다.

2) 회사법상 검토

회사법에서는 이사 등의 자기거래 금지 규정, 이사의 회사기회 유용금지 규정 등을 통하여 일감몰아주기 거래를 사전에 예방하고 있고, 이사 및 지배주주에 대한 손해배상 규정 등을 통하여 일감몰아주기 거래를 사후적으로 구제하고 있는데, 이러한 회사법상 규정들은 제5장 제2절 III. 사전적 예방수단 항목과 IV. 사후적 구제수단 항목에서 검토하였듯이 일감몰아주기 거래를 완전히 해결하지는 못한다고 하더라도 당사자들의 재산관계를 일감몰아주기 거래가 발생하기 이전으로 환원시킴으로써 일감몰아주기 거래의 문제를 상당 부분 해결하여 준다는 점에서 의미가 있다. 관건은 이러한 제도를 시행하는 데에 투입되는 사회적 비용이 제도 시행에 따라 감소하는 사회적 비용보다 크다고 볼 수 있는지 여부인데, 회사법상 규정들은 공정거래법상 규정들과 달리 사적 자치의 원칙에 따라 사인 간에 스스로 분쟁을 해결하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에 국가가 선제적으로 나서서 분쟁에 개입하는 일은 거의 발생하지 않고, 회사법상 제도의 시행에 따라 발생하는 사회적 비용은 민사소송 및 민사집행과 관련된 비용에 국한된다. 그런데 증거의 수집 및 입증책임에서 검토하였듯이 민사소송에서는 증거수집 및 입증책임을 원고인 소수주주에게 부담시킴으로써 그 시간과 비용을 절감하고 있는바, 이러한 내용들을 종합해 볼 때, 사법적 구제수단을 중심으로 한 회사법적 규제방식이 공법적 구제수단을 중심으로 한 공정거래법적 규제방식에 비하여 사회적 비용의 측면에서 상당히 효율적인 규제방식이라고 볼 수 있다.[254]

---

254) 효율성의 측면에서 사인은 직접 경제활동에 나서는 경제주체로서 공적기관에

3. 소결

회사법을 통한 사적 집행(private enforcement) 외에 공정거래법을 통한 공적 집행(public enforcement)을 중첩적으로 두는 목적은 강도 높은 제재를 통하여 일감몰아주기 거래를 사전에 방지하는 소극적 일방예방의 목적을 달성하는 동시에 위법한 행위로 나아간 당사자에게 과징금과 형벌을 부과함으로써 일감몰아주기 거래로 발생한 사회적 비용을 감소시키는 데에 있다고 볼 수 있다. 그러나 국가가 적극적으로 개입하는 제도는 필연적으로 사회적 비용을 수반할 수밖에 없고,[255] 논의의 배경에 나타난 그래프에서 살펴본 바와 같이 규제수단이 증가한다고 하여 반드시 사회적 총비용이 감소한다고 볼 수 없다.[256] 무엇보다 공정거래법을 통한 일감몰아주기 규제가 실제로 일감몰아주기 거래로 발생한 사회적 비용을 감소시킬 수 있는지에 대하여 근본적인 의문이 존재한다. 만약 제도의 시행으로 감소하는 사회적 비용이 존재하지 않거나, 존재한다고 하더라도 그 크기가 지극히 미미하다면, 제도를 시행하는 데에 투입되는 사회적 비용의 정도와 무관하게 제도를 시행하지 않는 것이 합리적인 선택일 것이다.

종합해 보면, 회사법상 제도를 시행함으로써 일감몰아주기 거래로 발생하는 사회적 비용을 상당부분 줄일 수 있고, 이러한 회사법상 제도를 시행하는 데에 투입되는 사회적 비용은 공정거래법의 그것에 비하여 상대적으로 적다고 보여지므로 사회적 비용의 측면에서 회사법상 제도가 효

비해 위반행위를 탐지하고 이를 통해 억제력을 제고하는 데에 용이한 입장에 있다. 김건식, “공정거래관련 분쟁의 조정을 위한 피해구제”, 한국공정거래조정원 시장연구실 연구보고서, 2014, 11면.

255) 이러한 현실적 한계로 행정기관은 사회적 파급효과가 큰 사건에 집중할 가능성이 있으며, 그 경우에도 정치적 고려를 우선시할 수도 있다. 선정원, 앞의 논문, 39면 ; 신영수, 앞의 논문, 2011, 178면.

256) 비슷한 행동에 대한 중첩적 규제는 감독비용의 증가라는 측면에서 볼 때 효율적이지 않다. 정준혁, 앞의 논문, 111면.

율적인 제도라고 할 수 있다.[257]

VII. 종합

일감몰아주기 거래를 규제하는 공정거래법상 제도와 회사법상 제도를 ① 법령의 적용대상, ② 법령의 책임주체, ③ 사전적 예방수단으로서의 기능, ④ 사후적 구제수단으로서의 기능, ⑤ 증거의 수집 및 입증책임, ⑥ 사회적 비용의 기준에 따라 검토해 보면, 다음과 같다.

① 법령의 적용범위와 관련하여, 회사법이 모든 기업집단 내부거래에 적용되는 반면, 공정거래법은 지원주체, 지원객체, 거래규모와 관련하여 각각의 적용범위를 설정하고 선별적으로 규제하는 방식을 택하고 있다. 그런데 지원주체와 지원객체의 적용범위를 제한하는 공정거래법 규정은 규제의 사각지대와 관련하여 공백의 문제가 있으므로 적용범위를 조정할 필요가 있다.

② 법령의 책임주체와 관련하여, 공정거래법에서는 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 지원주체에게 과징금과 형벌을 부과하고, 일감몰아주기 거래를 진행한 이사에 대하여 과징금을 부과하지 않고 있는데, 이는 공정한 규제방식이라고 볼 수 없다. 아울러 공정거래법에서는 일감몰아주기 거래로 부당한 이득을 취득한 지원객체에 대한 형사책임도 규정하고 있지 않은데, 이 또한 타당한 규제방식으로 보여지지 않고, 회사법의 형사책임 또한 지원주체와 지원객체를 책임의 범위에서 제외하고 있다는 점에서 조정의 필요성이 인정된다.

---

257) 적어도 집행의 유인과 동인이란 측면에만 국한하자면, 공적 집행기관에 비해 사적 집행의 효율성이 저하된다고 볼 근거는 없으며 위반행위의 억제와 보상에 큰 이해관계를 가지고 있는 사인으로 하여금 공정거래법 집행 역할을 담당시킬 만한 정책적 근거와 필요성은 충분히 도출된다고 볼 수 있다. 신영수, 앞의 논문, 2011, 178면.

③ 사전적 예방기능과 관련하여, 공정거래법이 심리적 억제에 초점을 맞추고 있는 반면, 회사법은 제도적 견제에 초점을 맞추고 있다. 이해관계가 다른 당사자 간 상호 견제를 통하여 절차적 차원에서 제동을 걸 수 있는 회사법적 규제방식이 개인의 심리상태에 의존하는 공정거래법적 규제방식에 비하여 일감몰아주기 거래를 예방하는 데에 효과적이라고 보여진다.

④ 사후적 구제기능과 관련하여, 공정거래법이 일감몰아주기 거래로 발생하는 비효율성과 불공정성의 문제를 제대로 해결하지 못하는 반면, 회사법은 일감몰아주기 거래로 발생하는 자원의 비효율적 배분 문제를 해결하고, 지배주주로의 경제력 집중에 따른 부의 불균등 분배를 해소시켜 준다. 이러한 점에서 회사법적 규제방식이 일감몰아주기 거래로 발생한 문제점을 해결하는 데에 보다 효과적이라고 할 수 있다.

⑤ 증거의 수집 및 입증책임과 관련하여, 공정거래법이 공정거래위원회에게 입증책임을 부과하고 있는 반면, 회사법은 소수주주에게 증거수집 및 입증책임을 부과하고 있다. 회사법상 제도가 공정거래법상 제도에 비해 효과적이라고 보여지나, 소수주주와 공정거래위원회 모두 지배주주에 비해 거래의 부당성을 입증하는 데에 현실적인 어려움이 따르는 만큼 일감몰아주기 전반에 걸친 입증책임의 개선이 필요하다고 보여진다.

⑥ 사회적 비용과 관련하여, 공정거래법적 규제수단이 제도를 시행하는 데에 과도한 사회적 비용이 발생하는 반면, 회사법상 규제수단은 비교적 적은 사회적 비용으로 일감몰아주기 문제를 해결할 수 있는바, 이러한 점에서 회사법적 규제방식이 공정거래법적 규제방식에 비하여 효율적이라고 할 수 있다.

종합해 보면, 제도로서의 기능과 사회적 비용의 측면에서 사법적 구제수단이 공법적 제재수단보다 일감몰아주기를 규제하는 데에 보다 효과적이라고 보여진다.[258][259] 이러한 점에서 규제의 개선방안 또한 공법적 제재수단의 비중을 줄이고 사법적 구제수단의 비중을 늘리면서 적용범위, 책임주체, 입증책임 등과 같은 세부적인 문제점을 보완하는 방식으로 진행하는 것이 타당하다고 보여진다.[260][261]

제3절 규정의 개선방안

상기 검토한 바와 같이 일감몰아주기 규정의 개선방안은 공법적 제재수단의 비중을 줄이고 사법적 구제수단의 비중을 늘리면서 각 규정의 세부적인 문제점을 보완하는 방식으로 이루어질 필요가 있다. 이하에서는 일감몰아주기 관련 규정들이 구체적으로 어떻게 개선되어야 하는지 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개선방안과 회사법의 개선방안으로 나누

---

258) 같은 취지에서 송옥렬, “기업집단 부당내부거래 규제의 법정책적 이해”,『서울대학교 법학 제46권 제1호』, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2005, 254면. “계열사 간 내부거래의 규제는 공정거래위원회에 의한 사전적 규제 또는 행정적 규제보다는 사후적으로 이해관계인의 사적 책임추궁의 방식에 의하는 것이 이론적으로는 더 바람직하다”

259) 행정학에서는 정책의 성과를 평가함에 있어 ① 투입이 산출에 기여한 정도를 평가하는 능률성(efficiency)과 ② 산출이 성과목표에 기여한 정도를 평가하는 효과성(effectiveness)을 기준으로 하는데(유민봉, 앞의 책, 651-652면 ; 박경효, 앞의 책, 366-367면), 회사법적 규제방식이 최소한의 비용을 투자하여 성과목표를 달성하였다는 점에서 우수한 정책이라고 할 수 있는 반면, 공정거래법적 규제방식은 상대적으로 많은 비용을 투자하고도 성과목표를 달성하지 못했다는 점에서 개선이 필요한 정책이라고 할 수 있다.

260) 경쟁법상 집행의 정책적인 목표는 공적 집행의 효율화와 사적 집행의 활성화로 요약할 수 있다. 신영수, 앞의 논문, 2011, 170면.

261) 장기적으로는 관련 제도가 이상적으로 작동된다는 전제하에서 경쟁정책의 영역을 벗어나는 내부거래에 대해서는 공적 규제기능을 축소하고, 사적 집행기능을 강화하는 것이 바람직하다. 이재형·박병형, 앞의 책, 170면.

어 살펴보고자 한다.

I. 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개선방안

현행 공정거래법의 법제 하에도 피해자가 사업자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 제도 자체는 존재한다.[262][263] 과징금과 형벌의 비중을 줄이고 손해배상제도를 활성화시키면서 세부적인 문제점을 보완하는 것이 구체적인 공정거래법의 개선방안이 될 수 있을 것인데,[264][265] 이하에서는 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 개선방안을 ① 적용범위의 조정, ② 과징금 제도의 개선, ③ 형벌규정의 개선, ④ 입증책임의 전환으로 나누어 살펴보고자 한다.

---

262) 공정거래법 제56조(손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

263) 과거에는 공정거래법 제56조에 의하여 손해배상청구를 하기 위해서는 (舊)공정거래법 제57조 제1항에 의하여 공정거래위원회의 시정조치가 확정되었어야만 했다. 따라서 공정거래위원회의 시정조치가 확정되기 전에 피해자가 손해배상청구를 하고자 하는 경우에는 민법 제750조를 근거로 할 수밖에 없었다. 그런데 2004년 시정조치 전치주의를 규정하고 있던 (舊)공정거래법 제57조 제1항이 폐지됨에 따라 공정거래위원회의 시정조치가 획정되지 않더라도 공정거래법 제56조에 의하여 손해배상청구를 할 수 있게 되었다. 이후로는 굳이 민법 제750조에 의하여 손해배상청구를 할 실익이 없어졌다. 김윤정, 앞의 논문, 2017, 27면 ; 이민호·선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계 - 미국에서의 논의를 중심으로-”,『법조 제61권 제2호』, 법조협회, 2012, 39면.

264) 이선희, 앞의 논문, 281면. 독점규제법 위반행위로 손해를 입은 피해자가 위반행위를 한 사업자 등을 상대로 손해배상소송을 제기하여 손해를 전보받을 수 있다는 것은 행정적 규제 및 형사적 규제가 가지지 못하는 가장 큰 특징이자 장점이다.

265) 조성국, 앞의 논문, 354면. 공정거래법 집행방향이 법위반기업에 대한 제재보다는 피해를 입은 사업자나 소비자에 대한 피해구제 중심으로 되어야 한다는 점이 바람직한 것임에 틀림이 없다.

1. 적용범위의 조정

1) 지원주체

법령의 적용범위에서 검토한 바와 같이 지원주체를 공정자산 5조원 이상의 기업집단 소속 계열사로 제한하는 것은 타당한 규제방식이라고 보여지지 않는다. 그리고 이에 대한 해결책으로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위와 마찬가지로 일감몰아주기 규제의 적용대상을 모든 기업으로 확장하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 모든 기업의 일감몰아주기 거래를 규제하는 것은 현실적으로 불가능하므로 공정자산이 높은 기업집단에 대한 우선적·선별적 규제가 필요하다는 주장도 있을 수 있다. 그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서 부당지원행위의 규제대상을 모든 기업으로 제한 없이 규정하고 있음에도 해당 규정은 부당지원행위를 규제하는 본래의 기능을 충실히 수행하고 있고, 법률의 적용과 관련하여 특별한 문제는 발생하지 않고 있다. 더욱이 공정거래법 제66조 제1항 제9호의2에서 공정거래법 제23조의 제1항 제7호를 위반하는 경우와 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호를 위반하는 경우를 모두 동일하게 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 점을 감안해 보면, 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호가 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 가중하여 처벌하는 특별규정에 해당한다고 보여지지 않고,[266] 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호가 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 가중하여 처벌하는 특별규정에 해당하지 않는 이상 두 규정 사이에 지원주체의 범위를 굳이 다르게 설정하여야 할 필요성도 없다고 보여진다. 일감몰아주기 거래의 규제를 담당하는 공정거래위원회의 위원장 또한 “5조원 미만의 중견기업에 대해서도 일감몰아주기 감시를 강화하겠다”고 밝히는 등 중견기업집단에 대한 규제의 필요성을 인정한 바 있다.[267]

---

266) 백승민, 앞의 책, 354면.

종합해 볼 때, 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호의 지원주체에는 모든 회사가 제한 없이 포함되도록 적용범위를 확대하는 것이 타당하다고 보여진다.

2) 지원객체

일감몰아주기 거래의 목적이 지배주주가 기업집단 내부에서 경영권을 강화하거나, 직계비속에게 경영권을 승계하는 데에 있다는 점을 감안하면, 직접 지분의 비율이나 직접 또는 간접 소유여부를 불문하고 지배주주 일가가 지분을 소유하고 있는 모든 회사가 규제대상의 범위에 포함되도록 개정하는 것이 타당할 것이다. 그러나 직접 지분의 비율이 매우 낮거나, 여러 회사를 통해 간접적으로 지분을 보유하는 회사의 경우 지배주주 일가의 회사에 대한 지배력이 떨어지기 때문에 그러한 회사를 지원객체로 하는 일감몰아주기 거래는 실질적으로 거의 발생하지 않고, 실질적으로 일감몰아주기 거래가 거의 발생하지 않는 회사를 지원객체의 범위에 포함시키는 것은 상당히 비효율적인 규제방식이라고 보여진다.

결국 제도의 효율성과 사각지대를 고려하여 적정한 범위를 설정하여야 할 것인데, 이와 관련하여 고려할 수 있는 방식이 동일한 기업집단에 속하는 계열사를 지원객체로 규정하는 방식이다. 다시 말해 기업집단 내부에서 발생하는 일감몰아주기 거래를 규제의 대상으로 설정하는 것이다.[268] 실제로 이번 논문에서 검토한 일감몰아주기 사안들을 살펴보면, 지배주주 일가가 강한 지배력을 행사할 수 있는 기업집단 내부 계열사가 지원객체로 정해지는 경우가 대부분이다.[269] 일감몰아주기 거래를 진행

---

267) “일감 몰아주기 정당성…기업이 증명하라는 與”, 서울경제, 2019. 11. 5. “조성욱 공정위원장 ″기업 규모 관계없이 반칙엔 용납 없다″”, 파이낸셜뉴스, 2019. 10. 7.

268) 공정거래법 제2조 제3호, 동법 시행령 제3조 제1호 참조. 동일인 지배여부(즉, 계열회사 여부)를 지분율 기준 또는 지배력(영향력) 기준으로 판단. “대기업집단 정책설명회”, 공정거래위원회 배포자료, 2019, 5면.

269) 미래에셋그룹의 미래에셋컨설팅, 삼성그룹의 삼성에버랜드, 현대차그룹의 현대

하기 위해서는 지배주주 일가가 지원객체에 대하여 실질적인 지배력을 행사할 수 있어야 하는데, 지배주주 일가가 지원객체에 대한 실질적인 지배력을 확보하게 되면, 지배주주 일가의 지원객체에 대한 지배관계가 성립되어 계열사로 편입된다는 점에서 지원객체의 범위를 기업집단 내부의 계열사로 설정하는 규제방식이 타당하다고 보여진다.[270]

2. 과징금 제도의 개선

다음으로 과징금 제도의 개선방안에 대하여 살펴보고자 한다. 과징금 제도의 개선방안은 두 가지로 나눌 수 있는데, ① 책임범위의 조정과 ② 과징금 규모의 축소가 그것이다. 이하에서는 각 방안의 구체적인 내용에 대하여 검토해 보고자 한다.

1) 책임범위의 조정

먼저 과징금의 책임범위와 관련하여 지원주체와 지원객체의 이사들에게 과징금을 부과하는 방안을 검토할 필요가 있다. 이사들은 일감몰아주기 거래를 진행한 행위의 주체들인데, 지원주체와 지원객체, 특수관계인이 모두 공정거래법상 과징금을 부담함에도 불구하고 이사들에게만 과징금을 부과하지 않는 것은 정의와 공평의 관점에서 타당한 규제방식이라고 보여지지 않는다. 지원주체와 지원객체의 이사들에게도 과징금을 부과하되, 지원객체의 이사에게는 지원객체의 이익을 적극적으로 추구할 선관주의의무 또는 충실의무가 있다는 점을 감안하여 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담하였을 경우에 한하여 과징금을 부과하는 방식으로 규정을 개정할 필요가 있다고 보여진다.[271]

글로비스, 한진그룹의 대한항공, 금호아시아나그룹의 금호고속 등

270) 개선안은 지원객체의 해당여부를 형식적인 지분율만을 기준으로 판단하는 것이 아니라 실질적인 지배력(영향력)까지 고려하여 판단한다는 점에서 현실에 더 부합하는 측면도 있다.

271) 이는 지원객체의 이사에 대한 공정거래법상 형사책임, 회사법상 민사책임, 회사

한편, 지원주체에게 부과되는 과징금은 지원주체가 일감몰아주기 거래로 재산상 이익을 취득하는 경우에만 부과하도록 개정할 필요가 있다.[272] 일감몰아주기 거래로 재산상 이익을 취득한 바가 전혀 없음에도 불구하고 과징금을 부담하는 것은 지원주체와 소수주주에게 이중의 재산상 손해를 입힌다는 점에서 정의와 공평의 관점에 반하므로 동 규정을 개정할 필요가 있다고 보여진다. 개선된 공정거래법상 행정책임을 일감몰아주기 모형에 적용해 보면, 다음과 같다.

[표 5-13] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(행정) - 개선안

	甲	丁	戊	A	B
행정상 책임	○	○	△	△	○

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우
※ A : 재산상 이익을 취득한 경우

정리해 보면, 부당한 이익을 취득한 지배주주 甲과 지원객체 B사, 지원주체 A사에 대한 선관주의의무 또는 충실의무를 위반하여 A사에게 재산상 손해를 입힌 A사의 대표이사 丁이 일차적으로 공정거래법상 과징금을 부담한다. 지원주체 A사의 경우 일감몰아주기 거래로 재산상 이익을 취득한 경우에 한하여 과징금을 부담하고, 지원객체 B사의 대표이사 戊의 경우 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담한 경우에 한하여 과징금을 부담하게 된다.

2) 과징금 제도의 축소

공정거래법에서 과징금 제도를 규정하고 있는 취지는 과징금 제도를 통하여 지배주주에게 일감몰아주기 거래를 진행하려는 의사를 가지지 못하

법상 형사책임과 동일하다.

272) 이는 제5장 제2절 중 사전적 구제수단 항목에서 언급한 과징금의 종류 중 첫 번째 유형의 과징금에 해당한다.

도록 심리적 억제력을 부여함과 동시에 그럼에도 불구하고 일감몰아주기 거래로 나아간 것에 대하여 응보적 차원에서 법적 책임을 추궁하기 위함에 있다. 그런데 효율성의 관점에서 볼 때, 일감몰아주기 거래로 발생한 자원의 비효율적 배분을 해소하기 위해서는 회사법상 손해배상제도와 같이 지배주주 또는 지원객체가 부당하게 취득한 이득을 소수주주 또는 지원주체에게로 환원시키는 것이 타당한 방법이다. 그럼에도 불구하고 과징금을 부과하여 자원을 시장으로부터 인위적으로 배제하는 것은 제4장 제2절 IV. 사후적 구제수단의 효율성 항목에서 검토한 바와 같이 자원의 비효율적 배분을 더욱 악화시키는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 타당한 규제방식이라고 볼 수 없다.[273]

또한 과징금 제도가 지니는 심리적 억제수단으로서의 기능과 응보적 수단으로서의 기능은 회사법과 특경가법, 공정거래법상 형벌규정에 의하여 이미 실현되고 있는 만큼 취지가 동일한 제도를 반드시 중첩적으로 적용하여야 할 필요성이 있다고 보여지지도 않는다.[274] 사전예방의 관점에서 보더라도 회사법에 규정되어 있는 제도적 견제수단이 더 효과적으로 일감몰아주기 거래를 견제할 수 있으며, 사회적 비용의 측면에서 보더라도 과징금 제도는 손해배상제도를 비롯한 사법적 구제수단에 비하여 효율적이라고 볼 수 없다.

이러한 점을 종합적으로 고려해 볼 때, 장기적으로는 과징금의 규모를 줄여나갈 필요가 있다고 보여진다.[275] 회사법상 손해배상제도를 통하여

273) 상기 검토한 바와 같이 과징금의 책임범위를 조정하여 이익을 취득하지 못한 지원주체를 부과대상에서 제외한다고 하더라도 여전히 지원객체와 특수관계인에게 과징금이 부과되는 이상 자원의 비효율적 배분 문제가 발생할 수 있다.

274) 현행 일감몰아주기 법제는 중첩적 규제로 인하여 어느 한 법률을 집행하는 과정에서 다른 법률의 입법목적이 침해될 수 있다는 점(법률 간 충돌), 각 법령이 규제하는 내용의 차이로 인하여 규제 준수 비용이 증가한다는 점(규정 간 충돌), 규제 범위와 집행력 차이로 인한 규제 차익이 발생한다는 점(규제 차익)에서 문제점이 존재하는 만큼 중첩되는 규제를 줄여나가려는 노력이 필요하다. 정준혁, 앞의 논문, 103면.

275) 주의해야 할 점은 장기적인 개선 방향과 단기적인 정책 집행이 구분되어야 한다는 것이다. 시장과 기업의 내·외부 감시기능이 항상 효율적으로 작동한다고

지배주주 또는 지원객체에게 귀속되는 부당이익을 지원주체에게로 환원할 수 있고, 회사법, 특경가법, 공정거래법상 형벌규정이 심리적 억제수단과 응보적 수단으로서 일감몰아주기 거래에 중첩적으로 적용되고 있는 이상 공정거래법상 과징금 제도가 일감몰아주기 거래를 규제하기 위한 공법적 제재수단으로서 독자적인 의미를 가지기는 어렵다고 보여진다. 일감몰아주기 거래에 관한 규제수단을 공법적 제재수단에서 사법적 구제수단으로 전환하는 과정에서 과징금의 부과 규모 또한 단계적으로 줄여나가는 방향으로 개선할 필요가 있다고 보여진다.[276][277]

3. 형벌규정의 개선

다음으로 형벌규정의 개선방안에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 형벌규정의 개선방안은 ① 책임범위의 조정과 ② 형벌규정의 축소로 나눌 수 있는데, 이하에서는 각 개선방안에 대하여 순차적으로 검토해 보고자 한다.

1) 책임범위의 조정

공정거래법상 형벌규정 또한 과징금 제도와 마찬가지로 일감몰아주기 거래로 재산상 손해를 입은 지원주체에게까지 부과된다는 점에서 공정성의 문제가 있고, 일감몰아주기 거래로 지원주체가 재산상 이익을 취득하

보기는 어려우며, 자발적인 당사자 간 협상 또는 소송에도 일정 비용이 소요되므로 적어도 단기적으로는 공적 규제의 필요성이 정당화될 수 있다. 이재형·박병형, 앞의 책, 171면.

276) 과징금 제도를 축소하고, 공정거래위원회가 직접 손해배상명령을 내릴 수 있는 손해배상명령제도를 도입하여야 한다는 주장도 있으나, 삼권분립의 차원에서 허용될 수 없다는 견해로서 조성국, 앞의 논문, 354면.

277) 그럼에도 불구하고 과징금 설정을 통한 경제정책은 경제학적 메커니즘 디자인 이론(Mechanism design theory) 측면에서 부당내부거래나 사익편취와 같은 불공정거래가 경제주체에 의해 선택되지 않도록 시장 균형을 유도해 나가는 역할을 하므로 과징금을 최적화하여 설정하여야 한다는 견해로서 신위뢰·고동수, 『부당내부거래와 사익편취 규제의 경제학적 분석』, 산업연구원, 2017, 44면.

는 경우에 한하여 지원주체에게 형벌을 부과할 수 있도록 개정하는 것이 타당하다고 보여진다. 또한 공정거래법상 형벌규정에서는 지원객체를 처벌대상에서 제외하고 있는데, 위법한 행위로 부당한 이익을 취득한 주체를 처벌대상에서 제외하는 것은 타당하다고 보여지지 않고, 이는 입법의 불비라고 보여지는바, 지원객체도 형사책임을 부담하도록 개정하는 것이 타당하다. 한편, 지원객체 이사의 경우 지원객체에 대하여 선관주의의무 또는 충실의무를 부담하므로 과징금 제도의 개선 항목에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담한 경우에 한하여 공정거래법상 형사책임을 부담하도록 개정할 필요가 있다. 개선된 공정거래법 형사책임을 일감몰아주기 모형에 적용해 보면, 다음과 같다.

[표 5-14] 일감몰아주기 모형의 공정거래법상 책임(형사) - 개선안

	甲	丁	戊	A	B
형사상 책임	○	○	△	△	○

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우
※ A : 재산상 이익을 취득하는 경우

위 도표는 형벌규정의 책임주체 개선안을 도표로 나타낸 것이다. 위에서 검토한 과징금의 책임주체 개선안과 비교해 보면, 책임주체의 범위와 책임의 성립요건이 동일하다는 것을 알 수 있는데, 지배주주 甲과 지원객체 B사, 지원주체 A사의 대표이사 丁는 다른 요건을 불문하고 일차적으로 형사책임을 부담하는 반면, 지원주체 A사는 일감몰아주기 거래로 재산상 이익을 취득하는 경우에 한하여, 지원객체 B사의 대표이사 戊는 일감몰아주기 거래에 적극적으로 가담하는 경우에 한하여 책임을 부담하게 된다. 이는 불공정한 조건에 의한 일감몰아주기 거래로 재산상 손해를 입은 경우에도 법적 책임을 부담하도록 하는 것은 가혹하고, 회사의 이사에게는 회사의 이익을 적극적으로 추구할 선관주의의무 또는 충실의무가 인정되기 때문이다.

2) 형벌규정의 축소

단기적으로는 형벌규정 신체형의 상한을 높이고, 재산형의 상한을 낮추는 방안을 검토할 필요가 있다. 제5장 제2절 Ⅳ. 사후적 구제수단 중 효율성 항목에서 검토한 바와 같이 형벌규정의 재산형은 과징금 제도와 마찬가지로 시장에서 자원을 인위적으로 배제함으로써 자원의 비효율적 배분 문제를 심화시킨다. 비록 벌금의 상한이 2억원에 불과하여 상한선이 없는 과징금 제도에 비하여 시장에 미치는 영향은 상대적으로 크지 않을 것으로 보이나, 재산형이 지니는 소극적 일반예방과 응보적 기능은 신체형을 늘리는 것으로 대체할 수 있고, 재산형으로 발생하는 불필요한 자원의 손실을 막을 수 있다는 점에서 개선의 필요성이 있다고 보여진다.

한편, 장기적인 차원엣 과징금과 마찬가지로 형벌규정을 단계적으로 축소해 나가는 방안을 고려할 필요가 있다. 형벌규정은 일감몰아주기 거래가 발생하기 전 수범자에게 심리적 억제력을 부여함으로써 일감몰아주기 거래가 발생하는 것을 사전에 방지하고, 일감몰아주기 거래가 발생한 후에는 위법한 행위로 나아간 행위주체에게 그에 상응하는 처벌을 내림으로써 응보의 기능을 수행한다. 그런데 이러한 형벌의 기능은 앞에서 설명한 과징금의 기능과 동일하고, 과징금의 개선안과 비교해 보면, 책임주체의 범위, 책임의 성립요건이 모두 동일하다는 것을 알 수 있는바, 이처럼 제도의 취지와 기능, 적용범위, 책임주체가 모두 동일한 제도를 중첩적으로 적용하는 것은 사회적 비용의 낭비를 초래할 수 있다.[278] 더욱이 회사법과 특경가법에도 일감몰아주기 거래의 당사자들을 처벌하기 위한 형벌규정이 존재하고 있고, 공정거래법상 형벌이 지니는 사전예방으로서의 기능은 회사법상 제도적 견제수단을 통하여 보다 효과적으로 구현될 수 있다. 공법적 제재수단인 형벌이 사법적 구제수단에 비하여 사회적 비용의 지출이 많다는 점까지 고려해 보면, 형벌은 일감몰아주기를 규제

278) 동일한 행위에 대한 여러 법률들의 중첩적인 규제는 촘촘한 통제라는 측면에서는 바람직하나, 법률이나 규정 간의 충돌을 불러일으킬 수 있고 감독비용과 준수비용을 증가시킨다는 점에서 비효율성의 문제를 발생시킬 수도 있다. 정준혁, 앞의 논문, 112-113면.

하는 효율적 수단으로 볼 수 없다.[279]

결국 이러한 점을 종합해 볼 때, 공정거래법상 형벌규정 또한 과징금 제도와 마찬가지로 단계적으로 줄여나가는 것이 타당하다고 하겠다.

4. 입증책임의 전환

1) 논의의 배경

공정거래법에서는 공정거래위원회가 거래의 부당성에 대한 증거수집과 입증책임을 부담하고 있는데, 공정거래위원회는 이해관계의 당사자가 아니기 때문에 증거를 수집할 유인이 상대적으로 부족하고, 회사 내부의 당사자가 아니기 때문에 증거에 대한 접근성, 증거수집 비용 등과 관련하여 현실적인 어려움이 있다. 최근 5년간 공정거래위원회가 제재한 부당지원 사건에 대해 제기된 행정소송에서 10건의 확정판결이 나왔는데, 이 가운데 공정거래위원회가 완전 승소한 것은 CJ CGV와 한국토지주택공사(LH)의 부당행위 사건뿐이고, 신세계·삼양식품·SK텔레콤·한국남동발전·한국수력원자력 등 기업이 공정거래위원회를 상대로 제기한 행정소송에서는 모두 기업이 승소한 바 있다.[280] 이러한 공정거래법상 증거 수집 및 입증책임의 어려움을 해결하기 위한 방안으로서 거래의 부당성에 관한 입증책임의 전환을 논의될 수 있다. 실제로 20대 국회에서 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위와 공정거래법 제23조의2의 사

---

279) 전 세계적으로 경쟁법 위반행위에 대해 가장 적극적으로 형사적 제재를 활용하고 있는 것으로 평가되는 미국의 경우 셔먼법이 경쟁제한적 합의와 독점화행위 등을 10년 이하의 징역에 처할 수 있는 중죄(felony)로 규정하고 있지만, 클레이튼법 제7조가 금지하는 경쟁제한적 기업결합이나 연방거래위원회법 제5조가 금지하는 불공정한 경쟁방법 등에 대하여는 벌칙을 규정하지 않고 있고, 일본의 경우 사적독점금지법 위반행위에 대하여는 널리 형벌규정을 두고 있으나, 우리나라의 공정거래법상 불공정행위에 해당하는 불공정한 거래방법에 대해서는 형벌규정을 두고 있지 않다. 이호영, 앞의 책, 563면.

280) “재계 ″공정위, 잇단 패소에 책임 떠넘겨″”, 서울경제, 2019. 11. 5.

익편취 행위에 대하여 기업이 거래의 정당성을 입증하도록 입증책임을 전환하는 방안을 검토한 바 있다.[281]

2) 개정 여부

일감몰아주기 거래의 당사자이자 이해관계인인 기업이 공정거래위원회에 비하여 증거에 대한 접근성이 높고, 증거 수집에 유리한 것은 사실이다. 또한 거래의 부당성에 대한 입증책임을 전환하게 되면, 공정거래위원회가 사실관계를 조사하고 증거를 수집하는 데에 들어가는 사회적 비용을 절감할 수 있고, 일감몰아주기 거래를 보다 효율적으로 규제할 수 있는 측면도 있다.

그러나 소송법에서는 법률관계를 주장하는 당사자가 사실관계의 입증책임을 부담하는 것이 원칙이고, 입증책임의 전환은 공정한 재판과 권리구제의 필요성을 고려하여 반드시 필요한 경우에 한하여 예외적으로 인정하고 있다. 실제로 국내법에서는 민법,[282] 자동차손해배상보장법,[283] 제

---

281) "일감 몰아주기 정당성…기업이 증명하라는 與". 서울경제, 2019. 11. 5.

282) 민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.
민법 제758조(공작물 등의 점유자, 소유자의 책임) ①공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

283) 자동차손해배상 보장법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.
1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의

조물책임법,[284] 특허법 제130조[285] 등 예외적인 경우에 한하여 입증책임의 전환을 인정하고 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 입증책임을 전환하는 규정의 도입은 신중히 검토하여야 할 문제이고, 설령 도입한다고 하더라도 법적 안정성의 측면에서 즉시 도입하기에는 현실적으로 어려운 점이 많은 제도이다.[286] 한편, 이러한 입증책임의 전환에 대한 차선책으로 디스커버리(Discovery) 제도의 도입을 검토할 수 있는데, 이에 대하여는 회사법의 개선방안에서 구체적으로 논의하고자 한다.

II. 회사법의 개선방안

회사법의 개선방안 또한 공정거래법과 마찬가지로 손해배상제도를 활성화시키면서 세부적인 문제점을 보완하는 방향으로 진행되어야 한다. 이를 위한 구체적인 개선방안으로는 ① 징벌적 손해배상제도의 도입, ② 이중대표소송의 도입, ③ 디스커버리 제도의 도입, ④ 특별배임죄의 개선 등을 들 수 있는데, 이하에서는 각 개선방안의 구체적인 내용에 대하여 검토해 보고자 한다.

1. 징벌적 손해배상제도의 도입

장해가 없었다는 것을 증명한 경우

284) 제조물책임법 제4조(면책사유) ① 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사실을 입증한 경우에는 이 법에 따른 손해배상책임을 면한다. (중략)

285) 특허법 제130조(과실의 추정) 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다.

286) 정재훈,『공정거래법 소송실무 제3판』, 육법사, 2020, 504면. 부당성이 추정된다는 논지는 그 견해의 현실적인 필요성에도 불구하고 현행법상 쉽게 채택하기 어려운 측면이 있다. 법문상 추정이라는 용어가 사용되지 않아 법률상 추정으로는 보기 어렵고, 사실상 추정은 경험칙에 기반을 두고 있는데, 공정거래법 제23조의2와 같은 신생(新生) 조항에 있어 이러한 접근을 할 만한 경험칙이 누적되어 있다고 보기 어렵다.

1) 논의의 배경

징벌적 손해배상(punitive damages, exemplary damages, smart money)은 처벌적 손해배상이라고도 불리는데, “악의적인” 아주 터무니없는 “불법행위를 한 당사자를 제재하기 위하여 피해자가 실제로 입은 손해를 보전하기 위한 배상액을 초과하여 부여하는 배상”이다.[287] 이러한 징벌적 손해배상제도는 미국에서 이미 명문화되어 있고,[288] 그와 관련된 연방대법원 판결도 있으며,[289] 현재 우리나라에서도 특허법,[290] 제조물 책임법,[291] 개인정보 보호법,[292] 하도급거래 공정화에 관한 법률[293] 등에

---

287) 김두진, “카르텔에 대한 징벌적 배상제도의 도입론”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014, 311면.

288) 연방의 클레이튼법이나 주의 소비자보호법에서 징벌적 손해배상제도를 규정하고 있는데, 보통 전보적 손해배상의 2-3배까지 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 박희주, “미국의 징벌적 손해배상제도와 시사점”,『소비자정책동향 제93호』, 2018, 7면.

289) Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007), 556 U.S. 178 (2009). 오리건주 대법원은 1999년 남편이 말버러 담배를 40년간 하루 3갑씩 피우다가 숨졌다면서 미망인 마욜라 윌리엄스가 필립 모리스를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 2002년 피고에 7천950만달러의 징벌적 손해배상을 선고했다. 필립 모리스는 이 같은 판결에 불복해 상고를 했고, 연방대법원은 2007년 2월 상고심에서 원심을 파기하고 사건을 돌려보냈다. 하지만 오리건주 대법원은 2008년 1월 파기환송심에서 배상 규모를 기존대로 적용한 판결을 다시 내렸고, 연방대법원은 2009년 4월 재상고된 이 사건의 선고 재판에서 오리건주 대법원의 판결을 그대로 확정해 10년 소송의 종지부를 찍었다.

290) 특허법 제128조(손해배상청구권 등) ⑧ 법원은 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.

291) 제조물 책임법 제3조(제조물 책임) ② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.

서 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다.[294] 일감몰아주기 거래를 통한 사익편취 행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입한다면, 지배주주에게 일감몰아주기 거래에 대한 심리적 억제력을 부여함으로써 회사법적 규제수단의 사전예방기능을 강화할 수 있고, 사익을 편취한 지배주주에게 그에 상응하는 처벌을 내림으로써 공평과 정의의 측면도 강화할 수 있다.[295] 그러나 무엇보다도 징벌적 손해배상제도는 소수주주에게 손해배상을 청구할 유인을 제공함으로써 손해배상제도를 활성화시킬 수 있다는 점에서 의미가 있다. 중소기업중앙회와 경제개혁연구소 등 경제단체에서도 일감몰아주기 거래에 징벌적 손해배상제도를 도입하여야 한다고 주장한 바 있고,[296] 징벌적 손해배상제도가 도입될 경우 공정거래위원회 처분사건 중 약 40% 정도에서 징벌적 손해배상액이 인정될 가능성이 농후하다는 연구결과도 있다.[297]

---

292) 개인정보 보호법 제39조(손해배상책임) ③ 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

293) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조(손해배상책임) ② 원사업자가 제4조, 제8조 제1항, 제10조, 제11조 제1항·제2항 및 제12조의3 제3항을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

294) 징벌적 손해배상의 크기에 대하여도 학자들마다 견해가 다른데, 미국의 법경제학자 폴린스키(A. Mitchelle Polinsky)와 샤벨(Steven Shavell) 교수는 최적 저지이론(Optimal Deterrence)을 구체화하여 실제 발생한 손해액에 손해가 발견될 가능성의 역수를 곱한 만큼 배상하여야 한다고 주장한 바 있다. Polinsky & Shavell, “Punitive Damages : An Economic Analysis”, 『Havard Law Review』, Havard Law Review Association, 1998, p.954.

295) 징벌적 손해배상제도를 통하여 부의 재분배를 실현할 수 있다는 견해도 있다. 한국법제연구원, “징벌적 손해배상에 관한 법경제학적 논의”, 입법평가 회의자료집, 2012, 38면.

296) “일감몰아주기 규제강화·징벌적 손해배상제 도입해야”, 연합뉴스, 2018. 5. 17.

2) 도입 여부

징벌적 손해배상제도가 일감몰아주기 거래를 규제하는 제도로서 의미를 가지기 위해서는 지배주주가 일감몰아주기 거래로 나아가는 것을 억제하고(사전적 예방수단), 일감몰아주기 거래로 발생한 비효율성과 불공정성의 문제를 해결할 수 있어야 한다(사후적 구제수단). 그런데 징벌적 손해배상은 구조적으로 소수주주에게 유리하고 지배주주에게 불리한 비합리적인 거래를 진행하는 것과 같다. 다시 말해 일감몰아주기 거래로 인하여 지배주주에게 유리하고 소수주주에게 불리한 부당한 재산 상태가 형성되었을 경우 일반적 손해배상이 정상적인 거래가 이루어졌다면 형성되었을 합리적인 재산상태로 이전시키는 것이라면, 징벌적 손해배상은 이를 넘어서 소수주주에게 유리하고 지배주주에게 불리한 재산상태로 이전시키는 것이라고 할 수 있다. 효율성의 측면에서 지배주주에게 유리한 일감몰아주기 거래가 비합리적인 선택이었듯이 소수주주에게 유리한 징벌적 손해배상 또한 합리적인 선택이라 보기 어렵고, 이러한 점에서 징벌적 손해배상제도는 사후적 구제수단으로서 적절하다고 보여지지 않는다.[298] 또한 앞에서 언급하였듯이 지배주주와 경영진에게 심리적 억제력을 부여하여 일감몰아주기를 사전에 예방하는 수단으로서 이미 회사법과 특경가법, 공정거래법에서 형벌을 규정하고 있고, 특히 공정거래법에서는 과징금 제도까지 추가적으로 규정하고 있는바. 이처럼 이미 심리적 억제력을 부여하는 사전적 예방수단이 중첩적으로 적용되고 있는 상황에서

---

297) 김차동, “집단소송제 및 징벌적 손해배상제도 도입시 증가될 것으로 예상되는 공정거래법 위반행위 억지효과에 관한 실증적 분석”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014, 396면.

298) 완전히 근절해야 할 성질의 것이 아니라면, 징벌적 손해배상제도를 통하여 사회적인 비용을 최소화할 수 있는 수준까지 불법행위의 발생을 유도하여야 한다는 법경제학적 견해도 있지만(한국법제연구원, 위의 논문, 13면), 이번 논문에서 다루는 일감몰아주기 거래는 완전히 근절해야 할 성질의 것이기 때문에 최적 수준의 일감몰아주기 거래규모를 상정할 수 없다고 보여진다.

민사적인 측면에서까지 별도로 심리적 억제수단을 규정할 필요는 없다고 보여진다.[299]

결론적으로 징벌적 손해배상제도는 효율성의 측면에서 일감몰아주기 거래와 마찬가지로 시장의 자원 배분에 부정적인 영향을 미치는바, 이에 대한 도입은 신중한 검토 이후 이루어져야 할 것이다.

2. 이중대표소송제도의 도입[300]

1) 도입의 필요성

이중대표소송제도는 자회사의 이사가 임무해태 등으로 자회사에 손해를 발생시킨 경우 모회사의 주주도 자회사 이사를 상대로 대표소송을 제기할 수 있도록 하는 제도이다.[301] 사익편취 행위로 재산상 손해를 입은 회사의 모회사 주주들을 보호하기 위하여 이중대표소송을 도입하여야 한다는 주장이 오래전부터 제기되어 왔지만,[302] 회사법은 이사가 임무해태 등으로 회사에 손해를 발생시킨 경우 주주가 해당 회사의 이사를 상대로 소송을 제기할 수 있는 대표소송만을 규정하고 있을 뿐[303] 자회사의 이사가 임무해태 등으로 자회사에 손해를 발생시켰을 경우 모회사의 주주

---

299) 같은 취지에서 신영수, 앞의 논문, 2011, 187면. “제재의 총량 면에 있어서 우리의 현행 법체계가 영미법계의 그것보다 더 작은 수준을 유지하고 있는 것으로 단정하기는 어렵다. 금전적 제재의 경우 행정적 제재로서 과징금과 형벌로서의 벌금, 민사적 조치로서 손해배상청구가 모두 가능하고 각 수단별로 재발의 방지, 가해자에 대한 응보, 피해자에 대한 전보의 역할을 분담하고 있기 때문이다”.

300) 제4장 제2절 II. 대표소송에서 언급한 바와 같이 이중대표소송을 규정한 상법 개정안이 2020. 12. 9. 국회 본회의에서 통과되었고, 현재 시행을 앞두고 있다.

301) 모자회사관계가 다중적으로 존재하는 경우에는 다중대표소송이라고 부른다. 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 506면.

302) “3배 손배·다중대표소송제 도입을”, 경향신문, 2009. 2. 10.

303) 상법 제403조 참조.

가 해당 이사를 상대로 책임을 추궁할 수 있는 법적 수단에 대해서는 규정하지 않고 있다. 대법원 또한 대표소송의 원고적격이 책임추궁을 당하는 이사가 속한 회사의 주주로 한정된다고 판시함으로써 이중대표소송에 대하여 부정적인 입장을 취하고 있다.[304] 1997년부터 2017년 사이에 제기된 주주대표소송이 총 137건에 불과하고, 이중대표소송에서 승소하여도 주주가 아닌 회사가 손해배상을 받기 때문에 주주들이 소송을 제기할 유인은 실질적으로 크지 않다는 점에서 이중대표소송의 실효성에 의문이 있을 수 있지만,[305] 일감몰아주기 거래로 손해를 입은 모회사 주주들에게 직접적으로 권리를 구제받을 수 있는 수단을 보장해 주고, 손해배상 제도를 보다 활성화시킬 수 있다는 점에서 이중대표소송은 도입의 필요성이 있다고 보여진다.

2) 제도의 구체적 내용

이중대표소송의 도입과 관련하여 문제가 되는 것이 ① 이중대표소송을 제기할 수 있는 회사관계를 모회사로 한정하여 규정할 것인지 여부와 ② 이중대표소송을 제기할 수 있는 주주의 지분기준을 대표소송의 지분기준[306]과 동일하게 규정할 것인지 여부인데,[307] 20대 국회에서 이중대표소송을 제기할 수 있는 요건을 50%로 보는 개정안(김종인 의원 제출안)과 30%로 보는 개정안(채이배 의원 제출안)이 모두 제출된 바 있고,[308] 국회에 제출되어 있는 개정안에는 50%로 규정하고 있다.[309]

---

304) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결.

305) “[김화진칼럼] 상법 개정안의 이중대표소송”, 머니투데이, 2020. 10. 13.

306) 비상장회사의 경우 1% 이상(상법 제403조 제1항), 상장회사의 경우 6개월 전부터 계속하여 0.01% 이상의 지분 보유(상법 제542조의6 제6항).

307) 일본은 2014년 이중대표소송을 회사법에 도입하였는데, ① 모회사가 100% 지분을 보유하고, ② 보유주식의 장부가액이 모회사 총자산의 20%를 초과하는 경우에만 인정하고 있다(일본회사법 제847조의3). 송옥렬, 앞의 책. 1106-1107면.

308) “[경제법안 톺아보기] ① 다중대표소송, 오해와 진실”, 이데일리, 2017. 1. 31.

그러나 반드시 두 회사 사이에 모자관계가 성립하여야 이중대표소송을 제기할 이해관계가 존재한다고 볼 이유가 없고, 공정거래법에서도 30% 이상의 지분을 보유하고 있으면 두 회사 간의 지배관계를 인정하고 있으므로[310] 원고적격을 다소 폭넓게 인정하여 모자관계에 해당하지 않더라도 30%를 초과하여 지분을 보유하고 있다면, 이중대표소송을 제기할 수 있도록 규정하는 것이 타당하다. 또한 이중대표소송은 소수주주권의 한 종류라는 점에서 주주의 지분기준을 대표소송의 그것과 다르게 규정할 이유가 없으므로 대표소송의 요건과 동일하게 비상장회사의 경우 1%, 상장회사의 경우 6개월 전부터 0.01% 이상의 지분을 보유하는 것으로 규정하는 것이 타당하다고 보여진다.[311]

3. 디스커버리 제도의 도입

1) 도입의 필요성

디스커버리(Discovery) 제도란 소송당사자 혹은 당사자가 될 자가 소송에 관계되는 정보를 획득하고 보전하기 위하여 서로 정보와 문서 등을 교환하는 절차이다.[312] 앞서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 사건에서 소수주주가 직접 민사적 권리구제를 위해 손해배상청구 소송을 제기하는

---

309) 2020. 12. 9. 국회 본회의에서 통과되었다.

310) 공정거래법 제2조 제3호, 동법 시행령 제3조 제1호 참조.

311) 각주 150)에서 언급한 바와 같이 상장회사의 주주가 1% 이상을 보유하고 있을 경우에는 6개월 경과여부와 무관하게 이중대표소송을 제기할 수 있다.

312) 김정환·최은정, “효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안”, 사법정책연구원 연구보고서, 2015, 54면. 같은 의미로서 김윤정, 앞의 논문, 2017, 65면(“디스커버리 제도란 소의 제기 후 본격적인 변론절차에 진입하기 전에 당사자가 필요한 증거를 상대방에 대하여 요구하도록 하고, 이에 불응하는 경우에는 상대방에게 일정한 제재를 가하여 변론에서 필요한 증거를 당사자가 수집하는 것을 가능하게 하며, 이로 인하여 권리 구제의 적정성과 소송의 신속성과 경제성을 도모하기 위한 절차이다”).

경우 소수주주와 지배주주가 가진 정보의 불평등 정도가 매우 심각하고 소수주주들은 그 입증자료에 대한 접근 자체가 어렵기 때문에 이사의 귀책사유나 의무위반사실, 손해발생의 사실과 손해액 규모, 손해와의 인과관계 등을 입증하는 것이 사실상 불가능한 경우가 대부분이다. 디스커버리 제도는 이러한 일감몰아주기 거래의 소송상 입증책임 문제를 해결하기 위한 수단으로 고려할 수 있는데, 미국 연방민사소송규칙(the Federal Rules of Civil Procedure)의 Title V, Rule 26-37에서 디스커버리 제도를 명시적으로 규정하고 있고,[313] 경제개혁연대 또한 소수주주의 입증책임을 덜어주는 차원에서 회사법상 대표소송이나 집단소송에 디스커버리 제도를 도입하여야 한다고 주장한 바 있다.[314] 소수주주들의 입증책임을 완화시켜 줄 뿐만 아니라 회사법상 손해배상 청구소송을 활성화시킬 수 있다는 측면에서도 디스커버리 제도는 도입의 필요성이 있다고 보여진다.[315]

2) 제도의 구체적 내용

특허법에서는 이미 제132조에서 디스커버리 제도를 구체적으로 규정하고,[316] 이를 실무에 적용하고 있는바, 회사법에도 일감몰아주기 거래에

---

313) Arthur R. Miller, “Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts”,『Havard Law Review』, Havard Law Review Association, 1991, 447면.

314) 경제개혁연대, 앞의 리포트, 18면. “증거개시절차(Discovery)를 도입하지 않은 우리나라 현행 민사소송법체계 하에서는 원고의 입증책임이 너무 무거우며 이것이 대표소송 또는 집단소송이 활성화되지 못한 주요 원인 중의 하나이다”.

315) 개인이 사업자를 상대로 제기하는 손해배상 청구소송 전반에 디스커버리 제도를 도입하여야 한다는 견해로서 김윤정, 앞의 논문, 2017, 74-75면. “피해자가 직접 손해배상 청구소송을 제기하는 경우에는 대부분의 증거를 사업자가 보유하고 있는 증거의 편재성으로 인하여 피해자가 손해의 존재 및 손해액 규모 등을 입증하기가 매우 어렵기 때문에 특허법 제132조와 유사한 한국형 디스커버리 제도를 도입함으로써 상대방 사업자로 하여금 손해의 입증에 필요한 자료를 제출하도록 할 필요성이 제기된다”.

관한 손해배상 청구소송에 디스커버리 제도를 도입하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다.[317] 특허법상 디스커버리 제도를 일감몰아주기 거래에 도입할 경우 법원은 지배주주 또는 이사에게 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있고, 자료 소지자는 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 경우에만 자료의 제출을 거절할 수 있다. 법원은 자료 제출 거절의 정당한 이유를 판단하기 위해 자료의 제

---

316) 특허법 제132조(자료의 제출) ① 법원은 특허권 또는 전용실시권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.
② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우 그 주장의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.
③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀(『부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률』 제2조 제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 이하 같다)에 해당하나 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.
④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.
⑤ 제4항에 해당하는 경우 자료의 제출을 신청한 당사자가 자료의 기재에 관하여 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기도 어려운 때에는 법원은 그 당사자가 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

317) 2020. 12. 9. 국회를 통과한 공정거래법 개정안에서는 부당한 공동행위 및 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대하여 법원이 해당 기업에 자료제출명령을 할 수 있도록 규정하고 있고(개정안 제111조 제1항), 영업비밀이라 하더라도 손해의 증명 또는 손해액 산정에 반드시 필요한 경우에는 자료제출을 거부할 수 없으며(개정안 제111조 제3항), 제출명령 불응 시 자료의 기재로 증명하고자 하는 사실을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 규정하고 있는데(개정안 제111조 제5항), 이는 공정거래법상 손해배상 청구소송에 디스커버리 제도를 도입한 것으로 평가할 수 있다.

시를 명할 수 있지만, 다른 사람이 보지 못하도록 하여야 하고, 자료가 영업비밀에 해당하나 손해의 증명이나 손해액 산정에 반드시 필요한 때에는 정당한 이유로 보지 않고 비공개심리 절차를 채택하여 제출명령의 목적 안에서 열람할 수 있는 범위나 열람할 수 있는 사람을 지정하도록 하여야 한다. 만약 지배주주 또는 이사가 자료제출명령을 위반할 경우 법원은 자료의 기재에 대한 소수주주의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 소수주주가 자료 기재에 증명하고자 하는 사실에 대한 주장을 진실이라고 인정할 수 있다.

4. 특별배임죄의 개선

1) 책임범위의 조정

상법 제634조의3에서는 행위자 외에 법인을 처벌하기 위한 양벌규정을 두고 있는데, 상법 제624조의2의 주요주주 등 이해관계자와의 거래 위반의 죄에 대하여만 양벌규정을 적용하고 있고, 상법 제622조의 특별배임죄에 대하여는 양벌규정을 적용하고 있지 않다.[318] 이러한 규제방식은 지원주체와 지원객체에 대한 처벌의 공백이 발생한다는 점에서 정의와 공평의 관점에서 볼 때 타당한 규제방식이라고 보기 어렵고, 양벌규정의 적용범위에 특별배임죄를 포함시킴으로써 법인에 대한 처벌의 공백을 해결할 필요가 있다고 보여진다. 단, 지원주체인 A사에 대하여는 공정거래법상 과징금과 형벌 항목에서 검토한 바와 같이 일감몰아주기 거래로 재산상 이익을 취득하는 경우에 한하여 책임을 부담하도록 규정하는 것이 타당하다. 회사법상 형사책임 개선안을 일감몰아주기 모형에 적용하면, 다음과 같다.

---

318) 오히려 상법에서는 제622조에 규정된 자가 법인인 경우 그 행위를 한 이사, 집행임원, 감사, 그 밖에 업무를 집행한 사원 또는 지배인에게 해당 벌칙을 적용함으로써(상법 제637조), 법인에 대한 형사책임을 인정하지 않는 듯한 태도를 취하고 있다. 박미숙, 앞의 보고서, 11면.

[표 5-15] 일감몰아주기 모형의 회사법상 책임(형사) - 개선안

	甲	丁	戊	A	B
형사상 책임	○ (배임)	○ (특별배임)	△ (특별배임)	△	△

※ 戊 : 적극적으로 가담하는 경우
※ A : 재산상 이익을 취득하는 경우
※ B : 戊가 책임을 부담하는 경우

2) 법정형의 상향

회사법에서는 형법상 업무상배임죄에 대한 특별규정으로서 특별배임죄를 규정하고 있다. 이사 등 임원이라는 지위에서 나오는 영향력과 책임을 고려할 때 이들의 배임은 다른 업무상배임에 비하여 특별히 중하다고 보기 때문에 별도의 규정을 마련한 것이라고 보여진다. 그런데 일반규정인 업무상배임죄의 법정형이 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금으로 규정되어 있는데, 특별규정인 특별배임죄의 법정형 또한 이와 동일하게 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금으로 규정되어 있다. 회사법이 제정되던 1962년 1월 20일 당시에는 특별배임죄의 법정형이 10년 이하의 징역 또는 2백만환 이하의 벌금으로서 당시 업무상배임죄의 법정형인 10년 이하의 징역 또는 5만환 이하의 벌금보다 법정형이 높았으나, 1995년 형법의 개정으로 업무상배임죄의 법정형이 가중되면서 특별배임죄와 업무상배임죄의 법정형이 동일하게 된 것이다.[319] 업무상배임죄와 특별배임죄의 법정형이 동일하다면, 업무상배임죄와 별도로 특별배임죄를 규정한 입법의 취지가 무색해지므로 특별배임죄의 법정형을 현행 규정보다 중하도록 개정할 필요가 있다고 보여진다.

3) 특경가법의 적용

319) “판례로 본 배임죄의 문제점”, 전국경제인연합회 배포자료, 2014, 3면.

특경가법 제3조 제1항에서는 배임죄와 업무상배임죄에 대해서만 가중처벌하도록 규정하고 있고, 특별배임죄는 가중처벌의 대상에 포함시키지 않고 있다.[320][321] 그러나 특별배임죄에 대하여만 특경가법을 적용하여 가중처벌하지 아니할 합리적 이유가 있다고 보기 어려우므로 이는 입법의 미비라고 보여지며, 특별배임죄도 5억원 이상일 경우에는 특경가법 제3조 제1항에 따라 가중처벌될 수 있도록 법령을 개정할 필요가 있다.

---

320) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령・배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

321) 이러한 이유로 사법실무에서는 특별배임죄를 가중처벌하기 위하여 특별배임죄과 아닌 업무상배임죄를 적용하는 경우가 다수인데, 이러한 법 적용은 일종의 편법으로서 피고인에게 최대한 유리하게 법을 적용하여야 한다는 죄형법정주의의 정신에 반하는 사법권의 남용이라는 견해로 최준선, "경영 판단의 원칙과 배임죄에 대한 고찰", 『상장협연구』, 한국상장회사협의회, 2014, 160면 ; 손동권, 앞의 논문, 270면.

제6장 결론

현대사회의 경제 질서에서 특정 소수에 대한 경제력 집중은 점점 강화되고 있고, 기업집단의 영향력, 보다 구체적으로는 기업집단을 지배하는 총수들의 영향력 또한 지속적으로 증가하고 있다. 총수일가는 자신들에게 집중되어 있는 경제력을 더욱 집중시키기 위하여 기업집단 내부의 일감몰아주기 거래를 보다 빈번하게 시도할 것이고, 이러한 일감몰아주기 거래는 앞으로 그 금액과 비중의 측면에서 더욱 늘어날 것으로 예상된다. 우리나라 기업집단의 주식소유 현황을 살펴보면, 적은 지분으로 기업집단 전체를 지배하는 소유지배의 괴리문제가 지속적으로 심화되고 있는데,[322][323] 이를 통하여 앞으로 지배주주의 경영권 확대 또는 승계를 목적으로 한 일감몰아주기 거래가 보다 더 빈번하게 발생하리라고 예측할 수 있다.[324]

일감몰아주기 거래는 단순히 기업집단 내부의 문제에 그치는 것이 아니라 국민경제 전반에 영향을 미친다는 점에서 중요한 의미가 있다. 물론 일감몰아주기 거래가 경제 질서에 부정적인 영향만을 미치는 것은 아니

---

322) “총수일가 지분율 낮아지는데, 지배력은 '극대화'”, 에너지경제, 2018. 8. 27.

323) 소유지배의 괴리문제가 크다는 것은 지배주주가 실제의 경제적 지분보다 훨씬 큰 의결권을 누리고 있다는 점을 의미하는데, 이러한 ‘경제적 권리(cash flow right)와 지배력(control)의 괴리현상’은 본인-대리인의 문제를 심화시킬 뿐만 아니라(천경훈, “기업집단의 법적 쟁점 : 기업집단의 법적 문제 개관”,『BFL 제59권』, 서울대학교 금융법센터, 2013, 8면), 기업가치를 저하시키는 문제를 야기한다.(이원흠, “대주주 소유구조 및 연계거래 여부가 기업가치에 미치는 영향에 관한 실증연구”,『재무관리연구 제23권 제1호』, 한국재무관리학회, 2006, 94면).

324) 이는 비단 우리나라에만 국한된 현상이 아니다. 세계적으로도 지배주주가 본인의 실제 지분보다 더 큰 수익을 얻고 있으며(Nenova Tatiana, “The value of corporate voting rights and control : A cross-country analysis”,『Journal of Financial Economics』, Elsevier, 2003, p.325), 그러한 현상이 심화되고 있음을 입증하는 실증연구 또한 점점 더 많이 나오고 있다.

다. 선택과 집중, 생산계열의 수직화, 거래비용의 감소 등 자원의 효율적 배분을 위한 일감몰아주기는[325] 거래에 참가하는 기업집단 내 모든 계열사에게 경제적 이익을 가져다줄 뿐만 아니라[326] 기업집단 전체의 수익을 극대화하는 것은 물론 국민경제 전체의 양적 성장에도 이바지할 수 있는 바,[327] 이러한 일감몰아주기 거래는 주주-계열사-기업집단-국민경제 모두에게 윈윈전략이 될 수 있다.[328] 그러나 지배주주가 경영권을 강화하거나 승계하기 위한 목적에서 이루어지는 일감몰아주기 거래는 특정 계열사에게 이익을 귀속시키기 위하여 다른 계열사들에게 비합리적인 선택을 강요하거나, 외부 시장경쟁자들이 공정한 경쟁에 참여할 수 있는 기회를 제한한다는 점에서 타당하다고 볼 수 없고, 이는 자원의 비효율적 배분 문제를 야기할 뿐만 아니라 총수일가에게 경제력을 집중시킴으로써 부의 불균등 분배 문제를 초래한다. 설령 기업집단 내부적으로 효율적인 일감몰아주기 거래라고 하더라도 지원객체로의 과도한 경제력 집중은 지원객체의 독점적 지위 취득으로 이어지고, 지원객체의 독점적 지위 취득

---

325) 각주 9)에서 언급한 수직계열화에 의한 일감몰아주기 거래가 이에 해당한다.

326) 기업 내부거래와 기술적 효율성의 관계를 검토한 결과 계열기업 내 매입과 매출은 개별기업의 효율성 증대에 기여하는 것으로 나타났는데, 이는 기업의 생산활동에 있어서 외부시장에 의존하는 것보다 계열기업 내에서 중간재를 조달하는 것이 보다 효율성 증대에 기여할 수 있다는 거래비용가설(transaction cost hypothesis)의 타당성을 입증하는 결과로 볼 수 있다. 박승록, “기업집단의 내부거래와 효율성에 관한 연구”,『규제연구 제11권 제2호』, 한국경제연구원, 2002, 48면.

327) 이처럼 생산성의 증가에 따른 경제성장을 질적 또는 내연적(intensive) 성장이라고 부르는 반면, 생산요소 공급의 증가에 따른 경제성장을 양적 또는 외연적(extensive) 성장이라고 부른다. 정운찬·김영식,『거시경제론 제10판』, 율곡출판사, 2014, 133면.

328) 넓은 의미에서 보면, 기존의 생산체제에 획기적인 변화를 주어 경제성장을 달성한다는 점에서 오스트리아 경제학자 슘페터(Joseph A. Schumpeter)가 말하는 창조적 파괴(creative destruction) 또는 혁신(innovation)의 범주에 포함된다고도 볼 수 있다. Dinopoulos & Thompson, “Schumpeterian Growth without Scale Effects”,『Journal of Economic Growth』, 1998, pp.313-314.

에 따른 독과점 관계 형성은 기업집단 외부의 소비자 잉여를 감소시켜 사회 전반에 부정적 영향을 미친다는 점에서 일감몰아주기 거래에 대한 규제의 필요성은 인정된다고 볼 수 있다.

일감몰아주기 거래와 관련하여 공정거래법에서는 시정명령, 과징금, 형벌 등 공법적 제재수단을 통하여 일감몰아주기 거래를 규제하고 있고, 회사법에서는 손해배상제도를 비롯한 사법적 구제수단을 통하여 일감몰아주기 거래를 규제하고 있다. 규제의 영역과 관련하여 기업 내부적으로 발생하는 소수주주와 지배주주 간 이해관계 충돌문제는 회사법의 영역에서 규율하고, 기업 외부적으로 발생하는 지원객체와 시장경쟁자 간 불공정한 경쟁문제는 공정거래법의 영역에서 규율하는 것이 타당하다고 보여진다. 그리고 규제의 방식과 관련하여 공법적 제재수단인 과징금과 형벌의 비중을 줄이는 대신, 사법적 구제수단인 손해배상제도의 비중을 늘리는 방향으로 규정을 개선할 필요성도 있다고 보여진다.[329][330][331]

아울러 이러한 제도적 개선과는 별개로 피해자들의 권리를 구제하고자 하는 법원의 노력 또한 확대될 필요가 있다. 현대글로비스 사건이나 광

---

329) 2020. 12. 9. 국회에서 통과된 공정거래법 개정안에서는 사인의 금지청구제를 도입하여 피해자가 법원에 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대하여 직접 금지 및 예방을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데(개정안 제108조 제1항), 일감몰아주기 거래에 직접 적용되는 규정은 아니지만, 공정거래법의 법제하에서 사법적 구제수단을 강화하기 위한 입법적 노력의 일환으로 볼 수 있다.

330) 공정거래위원회에서는 대기업이 중소기업에게 자율적으로 일감을 나누어주게끔 유도하는 '일감개방' 규범의 도입을 검토하고 있는데, 이 또한 일감몰아주기에 대한 사적 규제를 강화하려는 행정적 노력의 일환으로 볼 수 있다. "공정위, 그룹 내부거래 자율규제 도입…일감개방 협약도 추진", 연합뉴스, 2020. 1. 10.

331) 장기적으로는 미국 FTC와 같이 공정거래위원회가 소비자를 위해 직접 법원에 손해배상소송을 제기한 후 손해배상금을 소비자에게 배분하는 방식의 일종의 공익소송제도를 도입하여야 한다는 견해로서 조성국, 앞의 논문, 355면 ; 신영수, 앞의 논문, 2011, 191면. 비슷한 취지에서 피해자가 국가를 대신하여 손해배상청구소송을 제기하고, 승소하면 절차배제(opt-out)를 신청하지 않은 피해자들에게 배상액을 배분하거나 국고에 귀속시키는 부권소송(Parens Patriae Action)을 도입하여야 한다는 견해로서 김윤정, 앞의 논문, 2017, 37-38면.

주신세계 사건에서 알 수 있듯이 법원은 일감몰아주기 거래에 손해배상 책임을 인정하는 것에 대하여 소극적인 태도를 보이고 있는데, 아무리 효율적인 제도가 정비되어 있다고 하더라도 제도가 구체적인 사안에 적용되지 않는다면, 제도로서의 기능을 제대로 발휘하지 못하게 된다.[332] 일감몰아주기 거래에 관한 사법적 구제수단의 역할이 중요해진 만큼 손해배상청구를 적극적으로 인용함으로써 피해자들의 권리를 구제하고자 하는 법원의 노력 또한 확대될 필요가 있다고 하겠다.[333]

332) 신영수, 앞의 논문, 2011, 192면. 문제는 사인에 의한 집행실적이 극히 저조하다는 점이 결국은 소비자나 경쟁사업자의 손해가 적절히 구제 내지 전보되고 있지 못한 현실을 반영하고 있다는 데에 있다고 생각된다. 이 점에서 사적 집행을 활성화하여야 한다는 논의와 정책은 타당성을 갖고 있다.

333) 정준혁, 앞의 논문, 113면. 상법에 유형화되어 있지 않은 각종 사익추구 행위에 대해서도 이사나 업무집행지시자의 충실의무나 선관주의의무에 대한 적극적인 해석을 통해 규율하고, 주주대표소송에 대한 적절한 유인제도 설계 등을 통해 상법의 억지력을 강화하는 것이 바람직하다.

참 고 문 헌

I. 단행본

김건식·노혁준·천경훈,『회사법 제4판』, 박영사, 2020.
김동희,『행정법 I 제15판』, 박영사, 2009.
김현식·신현걸,『한권으로 공부하는 회계학 제3판』, 반포, 2019.
김형배,『공정거래법의 이론과 실제』, 삼일, 2019.
김화진,『기업지배구조와 기업금융 제2판』, 박영사, 2012.
박경효,『재미있는 행정학 제2판』, ㈜윌비스, 2014.
박균성,『행정법론(상) 제9판』, 박영사, 2012.
박정훈,『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2007.
　一　,『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2008.
백승엽,『공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구』, 경인문화사, 2019.
삼정회계법인,『경제60년사와 일감몰아주기』, 율곡출판사, 2013.
송옥렬,『상법강의 제10판』, 홍문사, 2020.
안철상 외,『21세기 민사집행의 현황과 과제』, 민사집행법연구회, 2011.
유민봉,『한국행정학 제4판』, 박영사, 2014.
이성태 외,『일감 떼어주기와 몰아주기』, 율곡출판사, 2016.
이준구,『미시경제학 제6판』, 문우사, 2013.
　一　,『재정학 제3판』, 다산출판사, 2004.
이준구·이창용,『경제학원론 제3판』, 법문사, 2005.
이철송, 『회사법강의 제23판』, 박영사, 2015.
정동윤,『상법(상) 제6판』, 법문사, 2012.
정운찬·김영식,『거시경제론 제10판』, 율곡출판사, 2014.
정재훈,『공정거래법 소송실무 제3판』, 육법사, 2020.
정찬형,『상법강의(상) 제18판』, 박영사, 2015.

최상우·조성태·박준영,『기업금융과 M&A 제10판』, 삼일인포마인, 2020.
최준선,『회사법 제10판』, 삼영사, 2015.
최창규·김현식·김용남,『IFRS 회계원리 제6판』, 반포, 2017.
한국은행,『알기 쉬운 경제지표 해설』, 한국은행, 2019.

Aghion & Howitt,『Endogenous Growth Theory』, MIT Press, 1998.
David N. Weil,『Economic Growth』, Addison-Wesley, 2008.
Dorresteijn, et al.,『European Corporate Law』, Klwuer Law International, 2017.
Eilis Ferran,『Principles of Corporate Finance Law』, Oxford University Press, 2014.
Herbert Hovenkamp,『Federal Antitrust Policy』, West Academic, 2015.
Jean Tirole,『The Theory of Corporate Finance』, Princeton University Press, 2006.
Joe S. Bain,『Barriers to New Competition : Their Character and Consequences in Manufacturing Industries』, Havard University Press, 2013.
Reinier Kraakman,『The Anatomy of Corporate Law』, Oxford University Press, 2017.
Robert H. Bork,『The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself』, FreePress, 1993.
Stephen F. Ross,『Principles of Antitrust law』, Foundation Press, 1993.
Ward Farnswroth,『The Legal Analyst』, The University of Chicago Press, 2007.

II. 논문

공경태·최종서, “기업지배구조, 대규모기업집단과 대리인 비용”,『국제회계연구 제49권』, 한국국제회계학회, 2013.

구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”,『기업소송연구 제3권』, 기업소송연구회, 2005.

김순기·정순여, “정부조직의 성과관리 : 균형성과표와 성과주의 예산제도의 연계”, 『서강경영논총 제13권 제2호』, 서강대학교 경영연구소, 2002.

김윤정, “특수관계인에 대한 부당이익제공행위 규제의 법적 쟁점과 개선과제”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014.

김차동, “집단소송제 및 징벌적 손해배상제도 도입시 증가될 것으로 예상되는 공정거래법 위반행위 억지효과에 관한 실증적 분석”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014.

김효신, “상법 제398조 자기거래제한 규정의 쟁점 및 개선방안”,『법과기업연구 제10권 제1호』, 서강대학교 법학연구소, 2020.

박승록, “기업집단의 내부거래와 효율성에 관한 연구”,『규제연구 제11권 제2호』, 한국경제연구원, 2002.

박해식, “공정거래법상 부당지원행위를 한 자에게 부과하는 과징금의 법적 성격”,『경쟁법연구 제8권』, 한국경쟁법학회, 2002.

서 정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복”,『법조 제64권 제5호』, 법조협회, 2015.

선정원, “패러다임의 변화와 기업의 불법행위에 대한 제재시스템의 현대화”,『법제논단』, 법제처, 2003.

손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”,『형사정책 제25권 제3호』, 한국형사정책학회, 2013.

손영화, “기업집단 내 내부거래에 관한 연구”,『상사법연구 제32권 제1호』, 한국상사법학회, 2013.

송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제 근거의 검토”,『상사법연구 제33권 제3호』, 한국상사법학회, 2014.
— , “기업집단 부당내부거래 규제의 법정책적 이해”,『서울대학교 법학 제46권 제1호』, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2005.
송창현·조중근·김남훈, “기업집단 내부거래 규제의 현황과 개선 방안”,『법학평론 제4권』, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2013.
신영수, “경쟁법의 사적 집행 활성화; 전제와 현실, 그리고 과제”,『법학논고 제36권』, 경북대학교 법학연구원, 2011.
— , “공정거래법상 현저한 규모에 의한 지원행위(물량몰아주기)의 위법성 판단기준”,『고려법학 제64권』, 고려대학교 법학연구원, 2012.
윤성운·김진훈·김윤수, “공정거래법에 의한 터널링규제”,『BFL 제78권』, 서울대학교 금융법센터, 2016.
윤창호·최윤동, “대기업집단 내부거래 규제에 대한 연구”,『산업조직연구 제15권 제1호』, 한국산업조직학회, 2007.
이봉의, “공정거래법상 특수관계인에 대한 이익제공의 ‘부당성’에 관한 해석방법론”,『선진상사법률연구』, 법무부, 2018.
— , “독점규제법상 부당지원행위 : 법과 정책의 조화를 위한 시도”,『경제법연구 제27권』, 한국경제법학회, 2013.
이상훈, “공정거래법 사익편취 규제 : 찬반양론에 대한 비판 및 제언”,『경제법연구 제18권 제1호』, 한국경제법학회, 2019.
— , “「사익편취」의 규제 근거(부당성)에 대한 새로운 해석”,『경쟁법연구 제39권』, 한국경쟁법학회, 2019.
이선희, “한국 경쟁법의 사적 집행제도의 개요와 향후 발전방향”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014.
이원흠, “대주주 소유구조 및 연계거래 여부가 기업가치에 미치는 영향에 관한 실증연구”,『재무관리연구 제23권 제1호』, 한국재무관리학회, 2006.

이철송, “대규모기업집단 법제의 법리적 평가”,『상사법연구 제35권 제3호』, 한국상사법학회, 2016.
이 황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계(Ⅱ) - 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(판례를 중심으로)”, 『경제법연구 제9권 제2호』, 한국경제법학회, 2010.
전철한, “건국 40년을 되돌아본다”,『한국경제 성장과 위기의 순환』, 지식산업사, 2002.
一 , “경제발전에 대한 사회경제학적 접근”,『경제민주화와 위기의 대응철학』, 지식산업사, 2002.
정준혁, “일감 몰아주기 법제에 대한 입법평가”,『공정경쟁 입법에 대한 평가』, 서울대학교 법학연구소, 2020.
조성국, “공정거래법상 손해배상명령제도 도입에 관한 연구”,『경쟁법연구 제29권』, 한국경쟁법학회, 2014.
천경훈, “개정상법상 회사기회유용의 금지규정의 해석론연구”,『상사법연구 제30권 제2호』, 한국상사법학회, 2011.
一 , “기업집단의 법적 쟁점 : 기업집단의 법적 문제 개관”,『BFL 제59권』, 서울대학교 금융법센터, 2013.
최관식, “이사의 회사기회유용과 배임죄”,『형사법의 신동향 통권 제56호』, 대검찰청, 2017.
최정표, “기업구조와 시장경쟁”,『한국의 대기업 누가 소유하며 어떻게 지배되는가』, 오롬시스템, 1995.
하준경, “중소벤처기업에 대한 연구개발 보조율의 적절성 : 슘페터리안 성장모형을 이용한 분석”,『사회과학연구 제24권 제3호』, 동국대학교 사회과학연구원, 2017.

Arthur R. Miller, “Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts”,『Havard Law Review』, Harvard Law Review Association, 1991.

Dinopoulos & Thompson, “Schumpeterian Growth without Scale Effects”, 『Journal of Economic Growth』, Kluwer Academic Press, 1998.

Harvey Leibenstein, “Aspects of the X-Efficiency Theory of the Firm”, 『RAND Journal of Economics』, Wiley, 1975.

Jensen & Meckling, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure”, 『Journal of Financial Economics』, Elsevier, 1976.

Jerry A. Hausman, “Specification Tests in Econometrics”, 『Econometrica』, Wiley, 1978.

Joe S. Bain, “Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries”, 『The American Economic Review』, American Economic Association, 1954.

M. Zachariadis, “R&D, Innovation, and Technological Progress : A Test of the Schumpeterian Framework without Scale Effects”, 『Canadian Journal of Economics』, Wiley, 2003.

Nenova Tatiana, “The value of corporate voting rights and control : A cross-country analysis”, 『Journal of Financial Economics』, Elsevier, 2003.

Polinsky & Shavell, “Punitive Damages : An Economic Analysis”, 『Havard Law Review』, Havard Law Review Association, 1998.

Robert H. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primiary Concern of Antitrust : Efficient Interpretation Challenged”, 『Hastings Law Journal』, The University of California, 1999.

Simon Djankov et al., “ The Law and Economics of Self - dealing”, 『Journal of Financial Economics』, Elsevier, 2008.

Simon Johnson et al., “Tunnellling”, 『The American Economic Review』, American Economic Association, 2000.

Abstract

A Study of Subparagraph 4 of Paragraph 1 of Article 23-2 in the Fair Trade Law

- Focusing on consistency with the Commercial Law -

Youn woo, Choo

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

Inter-affiliate trading refers to a large-scale internal transaction between affiliates of a business group that attributes unfair profits to the owner's family for the purpose of expanding or inheriting their controlling rights. The Fair Trade Law and the Company Law dictate that such transactions should be regulated, and various regulations are already in place to do so. While inter-affiliate trading is explicitly prohibited by Subparagraph 4 of Paragraph 1 of Article 23-2 in the Fair Trade Law, the Company Law controls inter-affiliate trading at a procedural level through its regulations that prohibit self-dealing of

directors and usurpation of corporate opportunities. It also stipulates compensation provisions as a legal remedy to protect the rights of minority shareholders.

The need for regulating inter-affiliate trading is recognized because it brings about not only internal conflicts of interest between controlling shareholders and minority shareholders but also external problem of unfair competition between the beneficiaries and the open market competitors. Moreover, in light of the roles and functions of the Fair Trade Law and the Company Law, it is deemed reasonable to regulate the issue of conflict of interest between minority and controlling shareholders through the Company Law and the issue of unfair competition between the beneficiaries and open market competitors can be dealt with through the Fair Trade Law.

Taking a closer look at the regulations, while the Fair Trade Law focuses on providing a psychological deterrence against inter-affiliate trading and penalizing the perpetrators who conduct inter-affiliate trading through retribution, the Company Law focuses on preventing inter-affiliate trading at a procedural level and solving the problems of inefficiency and injustice caused by it. Considering the cost and the functional aspects of the system, it is reasonable to improve the regulatory approach by increasing the proportion of private law remedies, such as compensation for damages, and reducing the proportion of public law sanctions, such as fines and penalties. Furthermore, it appears that there exists a need to improve the details of the regulations, such as the applicable range of the law, the liable party and the burden of proof.

Meanwhile, apart from improving the system, efforts by the court to protect the rights of victims also need to be addressed. As the role of compensation for damages has become more valuable as a means

of regulating inter-affiliate trading, the court's efforts to protect the rights of victims by actively acknowledging the damage claims should also be encouraged.

keywords : inter-affiliate trading, internal transaction, the Fair Trade Law, the Company Law, public law sanctions, private law remedies, efficiency, justice

Student Number : 2014-20773