

## 기업집단 내부거래와 회사기회유용 금지

신석훈 / 한국경제연구원 선임연구원 (sshun@keri.org)



최근 계열사 간 일감 몰아주기와 사업기회 배분이 사회적 문제로 부각되며 이를 규제하기 위한 수단으로 상법에 도입된 회사기회유용 금지 규정이 주목받고 있다. 그러나 최근 우리나라 판례가 회사기회유용 법리를 인정했음에도 불구하고 규제의 실효성만을 강조하며 세계적으로 유례가 없는 입법을 한 상황에서 이 규정을 확대 적용하려는 움직임은 재고되어야 한다. 계열사 간 일감 몰아주기는 계약 상대방 선택과 관련된 계약자유의 원칙이 적용되는 영역이므로 계약의 공정성 판단이 관건이지 회사기회유용과는 직접적으로 관련성이 없다. 계열사 간 사업기회의 배분은 배분과정에서 사업기회를 사적이익을 위해 유용할 가능성이 있으므로 회사기회유용 금지 규정이 적용될 수 있는 영역이지만 기업집단 전체의 효율성을 도모할 수 있는 정상적인 경영판단일 가능성이 크므로 법적인 개입은 자제되어야 한다. 또한 경쟁보호를 목적으로 하는 공정거래법과 부의 무상이전에 과세를 하는 세법, 그리고 주주보호를 목적으로 하는 상법을 일감 몰아주기 규제를 위한 대체적 또는 보완적 수단으로 사용할 경우 과잉규제로 인해 정상적인 기업활동마저 위축시킬 수 있다. 기업집단 내부거래를 부정적 관점에서만 보며 규제의 실효성만을 강조할 것이 아니라 부정적·공정적 측면을 조화시킬 수 있는 해석논리를 모색해야 한다.

### 1. 문제제기

- 최근 계열사 간 일감 몰아주기에 대한 규제강화가 쟁점화되고 있고, 이를 규제하기 위해 '상법상의 회사기회유용 금지', '공정거래법상의 부당내부거래 규제', '세법상의 증여세 부과' 등이 논란이 되고 있음.
  - 이러한 규제 중 부당내부거래 규제는 이전부터 있었던 규제이고, 상법상 회사기회유용 금지는 최근 도입되었으며,<sup>1)</sup> 세법상 규제는 논의되고 있음.
    - '회사기회유용 금지'란 이사, 임원, 지배주주 등 회사의 관련 당사자가 그러한 지위에 있음으로써 알게 된 정보와 회사에 대한 지배력을 이용해서 사업기회를 개인적인 용도로 전용해서

1) 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회 의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회 의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회  
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

는 안 된다는 것. 관련 당사자와 회사의 이익이 충돌하는 상황이라면 회사의 이익을 위해 의사결정을 해야 한다는 회사법상 일반 규정인 ‘충실의무(duty of loyalty)’ 규정에 기초해 미국 판례를 통해 적용된 법리

- 회사기회유용 금지제도 도입으로 일감 몰아주기의 불법성이 분명해졌으므로 이에 과세를 하는 것은 정당하다는 논리가 팽배해 있음.
  - 일감 몰아주기에 대한 과세는 기술적으로 어렵고 공정거래법상 부당내부거래 규제도 실효성이 없으므로 현실적인 최적의 대안은 이번에 상법에 도입된 회사기회유용 금지를 활용하는 것이라는 견해가 많음.
- 최근 회사기회유용과 관련된 논쟁인 “계열사 간 일감 몰아주기와 계열사 간 사업기회의 배분 → 회사기회유용 사례들 → 미국이라면 회사기회유용 법리를 적용해 통제될 수 있는 행위들 → 지금까지는 상법에 명문의 규정이 없어 통제가 어려웠지만 최근 상법 개정으로 실효성 있는 규제 가능”이라는 논리의 연결고리가 과연 올바른지를 검토
- 상법에 회사기회유용 규정이 도입되기 전인 2010년 12월, 한국경제연구원 보고서<sup>2)</sup>를 통해 회사기회유용 법리를 지나치게 확대 해석해서는 안 된다는 견해를 표명하며 상법에 회사기회유용 법리가 명문으로 도입되는 것에 대한 반대 논리를 제시하였음.
    - 반면 지난 3월 9일, 경제개혁연구소는 이를 비판하는 보고서를 출간한 바 있음.<sup>3)</sup>
    - 경제개혁연구소 보고서에 대한 재반론 형식을 통해 회사기회유용 금지 규정의 확대 해석의 문제점을 제시하고자 함.
- 회사기회유용을 구속력 있는 성문법규로 입법하고 있는 나라는 없고 모든 국가에서 판례법으로 시행하고 있음.<sup>4)</sup>
- 회사기회유용 금지 규정의 입법례 존부 판단기준은 회사기회유용을 ‘금지하기 위해’ ‘구속력 있는 성문법규’를 가지고 있느냐는 것임.
    - 경제개혁연구소는 미국 법률가협회(ALI)와 미국 변호사협회(ABA)에서 명문 규정이 있다며 반박<sup>5)</sup>하나 구속력 있는 법이 아님.
    - 경제개혁연구소는 미국의 델라웨어주 회사법이 명문으로 규정하고 있다고 반박하나 이 회사법에서 ‘사업기회’를 명문화한 것은 회사기회유용 금지를 위한 법적 근거를 마련하거나 강화하기 위한 것이 아니라 판례법상 인정되는 회사기회유용 법리의 적용을 개별 회사들이 정관이나 이사회 의결을 통해 제한할 수 있도록 하여 경영활동의 폭을 넓혀주기 위한 것임.<sup>6)</sup>

2) 조성봉·신석훈, 「최근 회사기회유용 논의에 대한 비판적 검토」, KERI Insight, 2010. 12.

3) 이지수·강정민, 「회사기회유용 관련 재계측 시각의 허구성: 최근 발간된 한국경제연구원 보고서를 중심으로」, 2011. 3.

4) 조성봉·신석훈(2010), p.7./김정호, 「회사기회유용금지의 법리」, 『경영법률』, 한국경영법률학회, 2007, p.146 참조

5) 이지수·강정민(2011), p.7.

6) Leonard Q. Slap, "Don't Get Caught by the 'Corporate Opportunity' Trap", *Venture Capital Journal*, August 2004. Benjamin M. Grossman, "Waiver of the Corporate Opportunity Doctrine", *Bloomberg Law Reports*, 2009.

- 경제개혁연구소는 프랑스에서는 ‘corporate opportunity’라는 개념이 없다는 한국경제연구원 보고서의 주장에 대해 프랑스에서는 ‘abus des biens/pouvoirs sociaux(회사재산남용)’으로 번역되어 쓰이고 있다고 반박하나 이것은 구체적인 회사기회유용을 의미하는 것이 아니라 우리나라의 충실의무(duty of loyalty) 규정의 다른 이름 정도로 이해되고 있음.<sup>7)8)</sup>
- 미국 판례법상 금지되는 회사기회유용은 '외부의 기회'를 가로채는 것으로만 한정하고 있음.<sup>9)</sup>
  - 외부기회라 함은 제3자에 의해 기회가 창출되거나 회사의 기존 사업과정에서 창출되는 것을 의미하며, 회사가 적극적인 행동에 의해 창출하는 것이 아님.
  - 회사의 내부기회도 회사기회에 해당한다고 해석할 경우 기업의 자유를 지나치게 침해하는 결과를 발생시킬 가능성이 있음.<sup>10)</sup>

## 2. 계열사 간 일감 몰아주기와 계열사 간 사업기회 배분

- 기업집단에서의 내부거래(계열사 간 일감 몰아주기와 계열사 간 사업기회 배분)는 소수주주들에게 손해를 줄 가능성도 있는 반면 효율적인 거래유형일 수도 있으므로 원칙적으로 인정되는 행위이고 예외적으로 규제됨.
  - 기업집단 내부에서의 지배회사와 자회사 간 거래를 통해 시너지 효과를 창출할 수도 있고, 기업집단 내에서 다른 기업들보다 사업기회를 보다 잘 활용할 수 있는 기업에게 사업을 하도록 하는 것이 바람직할 수 있음.<sup>11)</sup>
- 계열사 간 몰아주기는 계약자유 원칙이 적용되는 영역이지 회사기회유용 법리가 적용될 사안이 아님.<sup>12)</sup>

7) Paul Davies, Reinier Kraakman, Henry B. Hansmann, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, USA, 2009. p.173.

8) Hopt, Klaus G./ Teubner, Gunther, *Corporate Governance and Directors' Liability*, 1985, p.259 ("France do not even know the corporate opportunity doctrine). Richard M Buxbaum, *European business law*, 1991, p.218 (I must say that no doctrine of corporate opportunity of exists in France, even though we have the larger doctrines of abus de droit or abus de fonction.")

9) 경제개혁연구소는 회사기회유용 법리에서 내부기회와 외부기회를 구분하는 것 자체가 있을 수 없다고 주장하나 이러한 구분을 전제로 한 문헌들이 다수 존재함. D. Gordon Smith, Darian M. Ibrahim, "Law and Entrepreneurial Opportunities," *Entrepreneur Law*, 2008 ("the corporate opportunities doctrine usually deals with exogenous opportunities"). Alan R. Palmiter, *Corporations: Examples & Explanations, Sixth Edition*, 2009, p.313. Company Policy Statements, Current through the November 2010 Update ("Participation in an investment or outside business opportunity that is related to our existing or proposed lines of business must be pre-approved"). Michael Begert, *The Corporate Opportunity Doctrine And Outside Business Interests*, *University of Chicago Law Review*, 1989, p.828 ("The ALI rule would require that corporate participants fully disclose and obtain a formal rejection of outside business opportunities before taking advantage of such opportunities as individuals").

10) 김화진 외, 「회사기회의 유용과 부당내부거래」, 『기업지배구조 리뷰』 제30호, 2007. 김화진 교수는 당시 입법예고된 법조문(2011년 입법화된 것과 내용은 유사)의 가장 큰 문제점으로 '외부의 기회'라는 점을 명시하지 않은 점을 지적하고 있다.

11) Paul Davies, Reinier Kraakman, Henry B. Hansmann, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, USA, 2009, p.154, p.179.

12) 김화진 외(2007) 참조

- 거래의 조건이 시장에서의 공정한 거래질서를 훼손하지 않는 내용이라면 거래상대방을 선택하는 것은 계약자유 원칙이 적용되는 영역임.
  - o 회사의 이사가 특정한 거래의 상대방을 선택해서 전속적으로 그 상대방과 거래를 하는 것은 거래 조건을 회사에 최대한 유리하게 구성하려는 노력이 지속적으로 이루어지는 경우 위법하지 않음.
- 계열사 간 일감 몰아주기가 회사법상 규제를 받기 위해서는 이로 인해 회사나 주주에게 손해가 발생해야 하는데 거래당사자들인 회사들은 어차피 누군가에게 물량을 제공해 주거나 제공받아 거래를 해야 하므로 어느 누구도 손해를 본 주체가 없음.
  - o 물론 거래당사자들이 분산거래를 하지 않고 특정 거래당사자와 집중거래함으로써 위험이 분산되지 않아 사후적으로 문제가 발생하는 경우도 있을 수 있지만, 이 경우는 회사의 경영진이 제대로 경영판단을 한 것인지의 여부가 문제되는 경우로 회사법상 충실의무 위반과 경영판단 원칙을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이지 회사기회유용과는 상관이 없음.
- 미국에서의 선도적 판결인 Sinclair Oil Corp.v. Levien<sup>13)</sup>을 통해 기업집단 내부에서의 지배회사와 종속회사 간의 거래와 사업기회 할당에 관한 법리를 검토해 보기로 함.<sup>14)</sup>
  - 사실관계: 세계 각지에 자회사를 두고 유전개발 사업을 하고 있는 미국 정유회사인 Sinclair는 자신이 97% 지분을 소유한 자회사(Sinven)에게 과도한 배당을 하도록 하고 이 자금으로 자신이 100% 지분을 소유한 다른 자회사가 외국에서의 새로운 유전개발 사업기회를 활용하도록 하였음. 반면 Sinven은 과도한 배당으로 인한 현금 부족으로 이러한 유전개발 사업 확장이 어려워짐. Sinven의 소수주주들은 지배회사인 Sinclair가 Sinven에게 과다배당을 하도록 하여 자신들의 사업 확장 기회를 유용했다며 소송을 제기한 사건임.
    - o 이 사안은 지배회사가 종속회사의 자산을 유용함과 동시에(과다배당) 종속회사의 사업기회(외국에서의 유전개발)를 유용했다고 볼 수도 있는 사안임. 그러나 법원은 지배회사가 종속회사를 이용하여 유전사업을 확장한 것을 경영판단의 문제(business judgement)라고 보아 원고패소 판결을 선고하였음.
  - 이 판결은 기업집단에서 지배회사-종속회사(parent-subsiary) 간의 거래 및 사업기회 할당과 관련된 기준을 제시해 주고 있음(Sinclair test).
    - o 중대한 사기가 없다면 지배회사가 종속회사의 소수주주들을 배제하고 이들의 의사를 도외시한 채 종속회사를 매개로 하여 사업기회를 확장하는 의사결정을 하더라도 이것은 법원이 개입을 자제해야 하는 경영판단 사항임.<sup>15)</sup>

13) Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280A. 2d 717(Del. 1971)

14) 경제개혁연구소는 회사법상 존재하지도 않는 기업집단을 기준으로 사업기회를 구분하는 것은 논리적으로 맞지 않는다고 주장한다. 이지수·강정민(2011), p.7. 그러나 회사법상 기업집단 개념을 인정하고 있는 유럽은 물론 그렇지 않은 미국에서도 기업집단에서의 사업기회 배분 문제는 일반적으로 논의됨.

15) Nicola De Luca, Unequal Treatment And Shareholders' Welfare Growth: "Fairness" V. "Precise Equality", *Delaware Journal Of Corporate Law*, 2009, p.917.

- 기업집단에서 지배회사-종속회사(parent-subsiary) 간의 거래 또는 사업기회 할당은 일단 정상적인 경영판단이라고 전제하고, 그렇지 않다고 주장하는 종속회사의 소수주주들이 지배회사의 판단으로 손해를 입었다는 사실을 입증해야 함.<sup>16)</sup>
  - 지배주주의 경우 회사기회유용 금지의 적용을 받는 ‘사업기회’의 범위 자체가 일반적인 이사의 경우보다 협소함.
- 미국 이외의 대부분의 선진국에서는 지배주주(지배회사)와 회사 간의 거래유형을 이사와 회사 간의 거래유형보다 완화된 기준에서 정당성을 판단하고 있음.<sup>17)</sup>
- 현대글로벌비스 판결: 상법상 회사기회유용 금지 규정이 도입되기 전에 선고된 판결로 상법상 충실의무 규정<sup>18)</sup>에 근거해 회사기회유용 금지 법리를 인정하였고, 이러한 법리가 기업집단 내부에서 어떻게 적용되는지를 판단하고 있음(서울지방법원 2011. 2. 25. 선고 2008가합47881).
- 사실관계: 현대자동차는 2000년 말 물류사업을 외주에 맡기던 것을 물류회사 글로벌비스를 설립하여 이를 대체하였음. 지배주주 일가가 100% 출자하였고 그 후 현대차그룹이 일감을 몰아주어 매출액이 급증함. 글로벌비스의 지분을 지배주주 일가가 아닌 현대자동차가 인수했다면 그 이익이 현대자동차 주주에게 돌아갈 수 있었음에도 그렇게 하지 않아 현대자동차가 물류사업의 기회를 지배주주 일가에게 편취를 당했다는 것을 이유로 현대자동차 소수주주들이 소송을 제기하였음. 재판부는 회사기회유용을 인정하지 않았음.
- 판결요지
- 경영진은 회사의 이익이 되는 모든 행위를 하여야 하는 일반적 의무를 부담하는 것이 아니므로 자신이 알게 된 모든 사업의 기회를 회사에게 적극적으로 이전해야 하는 의무까지 부담한다고 할 수는 없음.
  - 이사가 충실의무를 위반함으로써 회사에게 기대이익을 얻지 못하게 하는 손해가 발생하였고 볼 수 있기 위해서는 그 사업의 기회가 “회사에 현존하는 현실적이고 구체적인 사업기회”로서 인정되는 경우여야 할 것임.
  - 물류업무가 자동차 사업과 연관성 내지 수반성이 있다는 이유만으로 자동차 회사에서 물류업무를 반드시 직접 수행하거나 자회사를 만들어 이를 수행해야 한다고 볼 수는 없음.
  - 이미 아웃소싱하던 물류에 대하여 새로이 이를 내부 사업부문화하거나 각 회사의 자회사 형태로 할 것인지, 다른 업체에게 아웃소싱할 것인지의 여부는 기본적으로 경영상의 판단에 해당한다고 보아야 함.<sup>19)20)</sup>

16) Alan R. Palmiter, *Corporations: Examples & Explanations, Sixth Edition*, 2009, p.332.

17) Paul Davies, Reinier Kraakman, Henry B. Hansmann, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, USA, 2009. p.179.

18) 상법 제382조의3 “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다.”

19) 김화진 교수도 동일한 취지로 글로벌비스 사안을 회사기회유용으로 보는 것은 옳지 않다고 한다. 김화진 외(2007) 참조

20) 이러한 관례의 논리는 법경제학계의 기업이론에서 일반적으로 받아들여지고 있다. 기업이론과 회사기회유용 법리와와의 관련성에 대해서는 Kenneth B. Davis, Jr., “Corporate Opportunity And Comparative Advantage,” *Iowa Law Review*, January 1999.

- 회사기회유용 법리를 인정한 이 판결이 나오기 전에는 회사기회유용 법리 도입을 위해 상법을 개정하자는 주장이 나름 의미가 있었을지 모르지만, 이 판결에서 미국과 마찬가지로 충실의무 규정에 기초해 회사기회유용 법리를 인정하여 앞으로 구체적인 판례법리 형성을 기다려 볼 수도 있었는데 무리하게 입법을 한 것은 문제

### 3. 향후 전망 및 시사점

- 최근 상법에 도입된 회사기회유용 금지 규정을 계열사 간 일감 몰아주기를 포함해 기업집단에서의 내부거래 전반을 규제하기 위한 만능규범으로 인식하며 무분별하게 확대 해석해서는 안 됨.
  - 최근 우리나라 판례가 회사기회유용 법리를 받아들였음에도 규제의 실효성만을 강조하며 무리하게 성문법규로 입법화한 상황에서 이를 확대 적용하고자 하는 최근의 주장들은 재고되어야 함.
    - ‘회사법은 주주보호’, ‘공정거래법은 경쟁보호’, ‘세법은 부의 무상이전에 대한 과세’라는 개별법 영역에서 각자 추구하는 목적이 분명함.
    - 이러한 목적을 무시한 채 개별법들을 계열사 간 일감 몰아주기 규제라는 공통된 목적 달성을 위한 대체적, 보완적 수단들로 인식할 경우 과잉규제로 인해 정상적인 기업활동마저 위축시킬 수 있음.
- ‘계열사 간 일감 몰아주기’는 계약 상대방 선택과 관련된 계약자유 원칙이 적용되는 영역이므로 계약의 공정성 판단이 관건임. 회사기회유용과는 직접적인 관련성이 없으므로 회사기회유용 금지 규정이 도입되었다고 해서 특별히 달라질 것은 없음.
- ‘계열사 간 사업기회의 배분’은 배분과정에서 사업기회를 사적이익을 위해 유용할 가능성이 있으므로 회사기회유용 금지 규정이 적용될 수 있는 영역이지만 기업집단 전체의 효율성을 도모할 수 있는 정상적인 경영판단일 가능성이 크므로 세심한 주의가 필요함.
  - 기업집단 내부에서의 사업기회 배분이 경영판단이 아닌 지배주주의 사적이익 추구 행위이고, 이 때문에 자신들이 손해를 입었다는 사실을 소수주주들이 입증하지 않으면 지배주주의 행위에 경영판단의 원칙을 적용하여 보호하는 미국 법원의 입장도 이러한 맥락에서 이해될 수 있음.