



2017년
한국기업법학회·한국상사판례학회
하계 공동학술대회

새로운 시대, 활기찬 경제, 상사법의 역할

일 시 : 2017. 8. 18.(금)~8. 19.(토)

장 소 : 경북대학교 상주캠퍼스 애일당

주 최 : (사)한국상사판례학회 / (사)한국기업법학회
경북대학교 IT와 법연구소

후 원 : 한국연구재단

이 발표논문집은 2017년도 정부재원(교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 발간되었음.

This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government.

한국상사판례학회 · 한국기업법학회 2017년 하계공동학술대회

- 일 시 : 2017년 8월 18~19일(금/토)
- 장 소 : 경북대학교 상주캠퍼스 애일당
- 주 최 : 한국상사판례학회, 한국기업법학회 (주관, 한국상사판례학회)

【대주제】 새로운 시대, 활기찬 경제, 상사법의 역할

등록 및 개회	☐ 등 록 2017년 8월 18(금)(오후 13:30~14:00) ☐ 개회식 14:00~14:10 ☒ 개회사 : 김효신 한국상사판례학회 회장 ☒ 환영사 : 김재형 한국기업법학회 회장 ☒ 축 사 : 김상동 경북대 총장 전체사회 상사판례학회 총무이사 김동민 교수(상명대)
---------	--

기조발제(14:10~14:40)	“기업환경의 변화와 상사법의 해결 과제” (신현운 연세대 교수)
☐ 학술사회 1세션(상사판례학회 연구이사) / 학술사회 2세션(기업법학회 연구이사)	

학술대회			
일자	시간	1세션 (기업지배구조와 국가경제)	2세션 (최근 금융, 보험, 해상법제의 주요 법적 쟁점)
8/18 (금)	1주제 14:40~15:20	새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망	온라인플랫폼사업자와 상거래법제
		· 발표 이 혁 전문위원(국회) · 사회 김택주 교수(국민대) · 토론 윤영신 교수(중앙대) 정승화 본부장(예탁결제원)	· 발표 박관훈 교수(선문대) · 사회 김원기 교수(전북대) · 토론 김갑래 연구위원(자본시장연구원) 문정혜 교수(원광대)
	2주제 15:20~16:00	기업의 발전과 중소기업, 비정규직 근로자의 근로조건 상생방안	한진해운 파산 1년, 해운법제의 개선과제
		· 발표 권 혁 교수(부산대) · 사회 김택주 교수(국민대) · 토론 이달휴 교수(경북대) 천경훈 교수(서울대)	· 발표 양병찬 교수(서남대) · 사회 김원기 교수(전북대) · 토론 김병기 교수(전주대) 정 대 교수(한국해양대)

8/18 (금)	기념사진 촬영(16:00)		
	Coffee break (16:00~16:20)		
	3주제 16:20~17:00	주주총회에서의 주주 참여율 제고 방안	자본시장법에서 신탁업의 분리와 입법 과제
		· 발표 노미리 교수(동아대) · 사회 김성탁 교수(인하대) · 토론 문상일 교수(인천대) 김지평 변호사(김앤장)	· 발표 고동원 교수(성균관대) 권태울 과장(한국은행) · 사회 김순석 교수(전남대) · 토론 안성포 교수(전남대) 김민교 변호사(한국거래소)
	4주제 17:00~17:40	합병 등 조직재편의 기능에 관한 고찰	보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과와 개선과제
		· 발표 최민용 교수(경북대) · 사회 김성탁 교수(인하대) · 토론 강희주 변호사(광장) 김홍식 교수(안동대)	· 발표 신영수 변호사(울촌) · 사회 김순석 교수(전남대) · 토론 이성남 교수(목포대) 유주선 교수(강남대)
☐ 만찬 (18:00) - 만찬사회(기업법학회 총무이사)			
상주문화체험			
8/19 (토)	시간		
	09:00~12:00	상주보 일대 문화체험	
	☐ 폐회 (12:30~12:40) ☐ 점심 (12:40~13:30)		

차 례

기조발제

- ❖ 기업환경의 변화와 상사법의 해결 과제 / 신현운 교수(연세대학교 법학전문대학원) 1

1 세션 기업지배구조와 국가경제

[제1주제]

- ❖ 새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망: 활력이 넘치는 공정경제를 중심으로 / 이 혁 전문위원(국회) 35

[제2주제]

- ❖ 기업의 발전과 중소기업, 비정규직 근로자의 근로조건 상생방안: 비정규직에 대한 차별과 원하청 간 격차 해소 문제를 중심으로 / 권 혁 교수(부산대학교 법학전문대학원) 53

[제3주제]

- ❖ 주주총회에서의 주주 참여율 제고 방안 / 노미리 교수(동아대학교 법학전문대학원) 81

[제4주제]

- ❖ 합병 등 조직재편의 기능에 관한 고찰: 계열사 간의 합병에 대한 회사법적 규제를 중심으로 / 최민용 교수(경북대학교 법학전문대학원) 103

[제1주제]

- ❖ 온라인 플랫폼사업자와 상거래법제 / 곽관훈 교수(선문대학교 법·경찰학과) 137

[제2주제]

- ❖ 한진해운 파산 1년, 해운법제의 개선과제 / 양병찬 교수(서남대학교 경찰행정법학과) 155

[제3주제]

- ❖ 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에서 신탁업의 분리와 입법 과제 / 고동원 교수(성균관대학교 법학전문대학원)·권태을 과장(한국은행) 175

[제4주제]

- ❖ 보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과와 개선과제 / 신영수 변호사(법무법인 율촌) 211

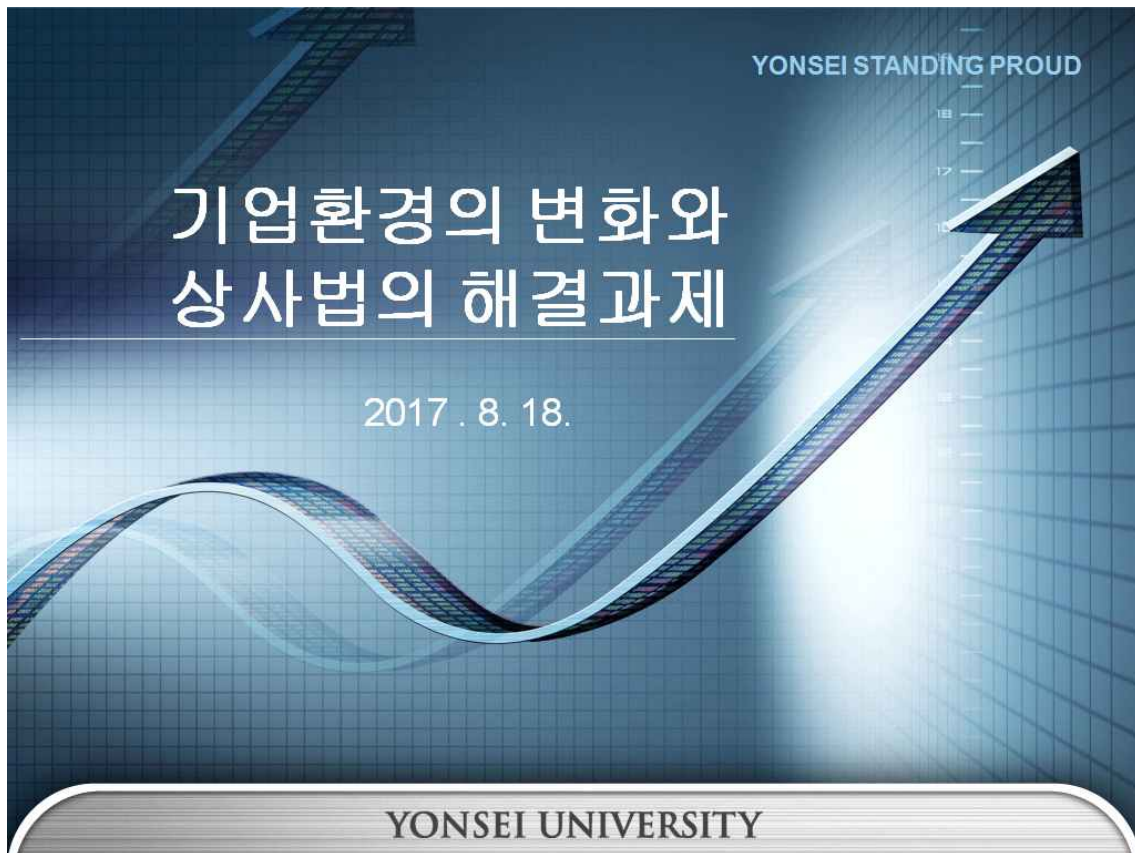


2017년
한국기업법학회·한국상사판례학
회
하계 공동학술대회

기조발제

기업환경의 변화와 상사법의 해결 과제

신현운 교수(연세대)



[목 차]	
1	개 관
2	기업환경의 변화
3	상사법의 해결과제
4	입법정책 방향

I. 개 관

- 지난 1960년 상법이 제정된 이후 거의 60년간 우리는 비약적인 경제성장 이루었으며, 「기업」이 경제성장의 견인차 역할.

국민소득

1960년	67 달러
2016년	2만 7,500 달러

무역규모

1960년	1억 달러
2016년	1조 달러

- 하지만 우리 경제는 1997년 IMF 외환위기 이후 저성장 체제로 이행하고 있으며, 장기성장률이 매 5년 마다 1%씩 추락하여 현재 2%대 성장으로 고착화.

- 기업들은 반도체를 제외한 주력산업 (전자, 자동차, 철강, 석유화학, 조선 등)의 경쟁력 약화, 각종 규제와 정치적 불안으로 새로운 성장 동력을 찾는데 애로.
- 기업 내부적으로도 조직과 거래활동이 복잡다기화하고 있고, 기업지배구조나 경영권 안정 등을 둘러싼 입장과 이해관계가 심각하게 대립.
- 자본주의 시장경제의 중심축으로서 「기업」이 유지 발전해 나가기 위해서는 기업 기본법으로서의 상사법이 기업의 조직과 활동을 올바르게 규율 하는 것이 중요한 과제.

- 과제 해결을 위해서는 명분과 논리를 뒷받침할 수 있는 실증자료와 기업현실을 바탕으로 경영의 효율성과 보편적 정의가 실현될 수 있도록 입법정책을 추진할 필요.
- 이하에서 최근 기업환경의 변화를 살펴보고, 상사법의 해결과제를 검토한 후 입법정책 방향에 관한 소견을 제시.

II. 기업환경의 변화

1. 외부적 환경의 변화

<경제의 글로벌화>

- 경제의 글로벌화로 세계가 하나의 시장으로 통합되면서 기업 간의 경쟁이 더 이상 국내시장에만 한정하지 않고 세계시장으로까지 확대.
- 시장이 개방됨에 따라 국가간 자본이동이 자유로워지고, 다국적기업 등에 의한 해외투자가 증가하고 투자와 통상에 있어서 국가간 경쟁이 더욱 치열.

- 다른 한편 2008년 글로벌 금융위기 이후 강대국 중심의 자국우선주의가 팽배하여 무역과 기술이전 등에서 배타적 입장 견지(America First, Brexit, 中國夢 등).
- 특히 중국은 내수시장 규모에 힘입어 빠르게 기술을 축적하면서 우리 수출시장을 잠식. 현재 반도체를 제외한 중국과 제조업 기술격차는 3.3년에 불과.
- 에너지, 유전자, 제약·바이오, 나노, 신약개발, 항공우주 산업, 5세대 이동통신(5G) 미래 성장동력산업 주도권을 잡기 위해 미국, 일본, EU, 중국 등은 치열한 각축전 전개.

<경제의 디지털화>

- 정보통신기술의 비약적 발전과 경제의 네트워크화가 급진전되면서 디지털경제가 오늘날 세계경제의 새로운 패러다임으로 정착.
- 디지털기술의 발전으로 통신판매나 전자상거래 등 거래패턴의 변화와 함께 거래의 시간적 공간적 장애 극복.
- 디지털경제에서는 시장의 생성과 점유율 변화가 빠른 속도로 진행되고 효율성과 혁신·지식기반기술이 강조되는 시장구조로 변모.

- * 구글, 애플, 페이스북, 아마존, 테슬라 등 새로운 창업기업들이 끊임 없이 등장하여 창업 중소기업에서 대기업으로 성장.
- 4차 산업혁명시대에는 SNS나 사물인터넷(IoT)이 인간의 사고와 행동을 관찰하고 빅 데이터, 인공지능(AI), 로봇, 자율주행차의 새로운 세상이 열리면서 기술혁신과 이를 기반으로 한 산업구조가 급속히 재편.
- * 미래학자들은 4차 산업혁명 기술이 모든 산업을 뒤흔들기 때문에 10년 안에 '포천 500대 대기업' 중 70%가 소멸될 것으로 예상
- 연구개발 등 초기투자에 막대한 비용이 소요되지만 일단 선점하면 '이윤체증의 법칙'이 적용되어 독과점 체제 유지.

- 그 동안 우리 기업들은 주로 선진국 제품을 빠르게 모방·개량하면서 생산하는 전략에 기반하여 성장(fast follower) 하였으나, 4차 산업혁명시대에는 창의적 역량을 발휘할 수 있어야 생존(first mover).
- 하지만 우리 기업들은 각종 규제 등에 묶여 핵심분야의 경쟁력을 확보하지 못하고 있으며, 앞으로 부단한 경쟁을 통해 생존력을 기르지 않으면 4차 산업혁명 파고에 고전할 가능성.

2. 내부적 환경의 변화

<기업의 규모와 수>

- 그 동안 경제성장과 발전에 따라 기업의 수와 규모 면에서 크게 증가하였고, 글로벌 경쟁력을 갖춘 대기업도 등장.
- * 삼성전자 시가총액 292조 원, SK하이닉스 47조 원(2017. 8. 14)
- * 2016년 말 현재 국내 영업 중인 회사기업은 591,694사. 유한회사 4.54%(26,858사), 합명회사 0.14%(811사) 및 합자회사 0.57%(3,386사, 주식회사가 94.75%(560,639사).
- * 주식회사 중 상장법인 1,836사는 전체 주식회사 중 0.3%에 불과.

<기업관의 변화>

- 기업의 주인은 주주라는 인식에서 벗어나 근로자, 채권자 등 이해관계인 심지어 공공의 이익까지 염두에 두어야 한다는 주장 점차 설득력.
- 노동법 강화와 노동조합의 세력화에 따라 근로자의 경영 참여 문제가 이슈화. 노동조합이 이사를 선임해 이사회에 파견하는 근로자이사제도가 상법개정안으로 발의.
- 기업이 사회에 긍정적 영향을 미치는 책임 있는 활동을 하도록 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility) 요구.

<소유-지배구조>

- 과거 급속한 경제성장을 이루는 과정에서 기업경영의 효율성 및 수익성 극대화를 위해 가족구성원들이 모여서 기업을 창업하고 운영하는 형태가 일반적.
- 우리나라 전체 제조기업의 약 85%, 상장기업의 68.3%가 가족지배기업으로 운영되고 있어, 개인지배주주가 존재하는 집중소유구조 형태.
- 세법에서는 기업에서 피상속인이 5년 이상 지속적인 경영활동을 수행하고, 가족구성원의 주식 소유비율이 50% 이상인 기업을 가족지배기업으로 판단(상속세 및 증여세법 시행령 §16)

- 대기업집단의 경우 가족구성원의 지분율 및 경영참여 수준으로는 가족지배기업으로 분류되지 않으나, 실질적으로 인적 및 물적 소유를 통하여 가족구성원이 지배하는 기업과 마찬가지로 운영.
- 하지만 통상의 가족지배기업과 달리 대기업집단은 피라미드 또는 상호출자, 순환출자구조 등을 통해 적은 자본으로 대규모 자산을 지배함으로써 소유-지배 괴리도가 높은 수준.
- 대기업집단 그룹 총수 일가의 지분율은 높지 않지만, 계열회사를 통해 내부지분율이 높임으로써 그룹 전체를 지배.

- 2016년 그룹 총수가 있는 45개 대기업집단의 내부지분율은 57.3%로 총수일가 지분율은 4.1%이지만 계열회사 지분율 50.6%, 기타 2.6%로 구성.
- * 내부지분율이란 기업의 전체 발행주식 지분 중 총수, 총수 일가, 계열사 등 그룹 내부 관계자들이 보유한 지분비율.

<대기업 중심의 사슬구조>

- 경제개발 초기단계에서 국가는 부족한 자본과 자원을 효율적으로 활용하기 위해 대기업, 수출기업 위주의 불균형 성장정책 추진.
- 소수의 대기업들은 특정한 시장에서의 독과점적 지위를 기반으로 부가가치가 높은 새로운 시장으로의 진입과 지배력 확장을 계속·반복해 나가면서 대기업집단을 형성.
- 대기업집단을 정점으로 중소기업이 공급과 수요의 협력 관계를 담당하는 사슬구조를 형성.

- 따라서 대기업이 무너지면 거래선상에 있던 중소 협력업체에 연쇄적인 파급효과 발생.
- 대기업 중심의 산업구조와 기업생태계를 극복하고 대기업의 경영성과가 협력업체의 성과에 긍정적인 영향을 미칠 수 있도록 대중소기업의 상생협력관계가 강조.
- 대중소기업 간의 힘의 불균형에 따른 불공정거래를 규제하기 위해 특별법으로 하도급법, 대규모유통업법, 대리점법, 가맹사업법 등이 제정.

III. 상사법 해결과제

1. 기업(사업자) 개념의 도입

- 현행 상법에서 '상인' 개념은 상법의 적용대상을 정하는 기본개념이자 상행위 권리의무의 주체로서 중요한 의미. 따라서 '상인' 개념을 어떻게 파악하고 그 외연을 어떻게 정할 것인지에 따라 상법의 적용범위가 결정.
- 오늘날 새로운 형태의 상행위에 해당할 수 있는 거래와 영업이 등장하고, 영리를 목적으로 하지 않지만 경제적 이익의 교환을 계속·반복적으로 행하며 경제활동으로서 반대급부를 받는 행위가 증가(의료, 법률, 교육서비스 등).

- 현행 상법상으로는 상행위에 포함되지 않아 행위주체를 상인으로 볼 수 없고, 상법의 적용대상으로 포섭할 수 없지만, 실질적으로 영리목적 수행하고 있어 상행위 해석을 확장할 필요.
- ‘상인’ 보다 넓은 ‘기업’ 또는 ‘사업자’ 개념을 도입하여 전문직 자유업이나 농업, 임업 종사자도 영리목적 여부에 관계없이 상법(기업법) 적용대상에 포함시킬 필요.
- 공정거래법, 소비자법, 세법 등 각종 특별법에서는 상인 개념보다는 넓은 의미에서 ‘사업자’, ‘기업자’ 또는 ‘기업’이라는 개념을 널리 사용.

2. 기업집단법제 도입

- 기업집단이란 동일인이 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사의 집단을 의미(공정거래법 §2 ii). 최다출자자로서 발행주식총수의 30/100 이상을 소유하는 경우와 지배적 영향력을 행사하는 경우에 기업집단에 포함.
- 현재 1,600여 개의 기업집단이 경제계에서 활동하는 것으로 파악되고 있으며, 이 가운데 대기업집단은 계열회사 자산총액의 합계액이 5조 원 이상인 ‘공시대상기업집단’과 10조 원 이상인 ‘상호출자제한기업집단’으로 분류 (공정거래법 §14①).

- 2017년 5월 현재 31개 상호출자제한기업집단이 지정되어 있으며, 자산규모 총액은 1,653조 원, 매출액은 1,163조 원으로 집계되어 국민경제에서 엄청난 비중.
- 하지만 현행 상법은 독립한 회사의 고유한 법인격과 기관 권한 및 재산관계, 그리고 이를 바탕으로 한 회사운영의 자주적 결정과 이에 따른 책임관계를 전제하여 규율.
- 기업결합의 형성과 운영과정에서 나타나는 법적 문제를 부분적·단편적으로 규율(상법 §342의2, §369③, §412의 5 등). 나머지는 소극적 차원에서 일반 회사법리로 기업집단 문제 해결(상법 §401의2, 주주의 충실의무 등).

- 그러나 기업이 결합할 경우 결합기업 간 일방적 또는 상호적인 영향력을 행사함으로써 현행 상법에서 전제로 하는 기업의 자치적 운영에 중대한 변화, 특히 소수주주 및 채권자의 이해관계에도 직접적인 영향.
- 지배회사의 영향력 행사에 대한 법 규제에 관하여 기능상 한계가 있는 근대적인 회사법 해석틀을 가지고 기업결합 문제를 접근함으로써 이해관계인, 특히 종속회사의 소수주주 및 채권자의 적절한 이해조정을 구하는데 한계.
- 더 나아가 경우에 따라서는 지배와 책임의 상관관계가 파괴될 우려.

- 따라서 기업결합의 법적 문제를 개별 사안에 따라 단편적으로 판단할 것이 아니라 종합적이고 체계적 관점에서 접근해야만 올바른 해결 가능.
- 이와 함께 기업집단 형성은 항시 소수주주 및 채권자에 대한 불이익 또는 손해 위험의 결과로만 나타나는 것이 아니라 기업집단 전체의 거시적이고 장기적인 경영성과 측면에서 적지 않은 장점을 가지고 있음에도 유의.
- 기업집단 내부의 법률관계를 실질적으로 규율하고 있는 독일의 **Konzern법**과 프랑스의 **Rozenblum 판례법** 등을 참고하여 기업집단법 체계를 입법적으로 해결할 것을 검토할 필요.

3. 기업지배구조의 개편

<일반론>

- 기업지배구조란 기업을 둘러싼 여러 이해관계자 간의 관계를 조정하는 메커니즘.
- 좁은 의미의 기업지배구조는 소유와 경영의 분리로 인해 발생하는 주주와 경영자의 이익충돌 문제를 대상으로 하지만, 넓은 의미에서는 주주뿐 아니라 채권자, 근로자, 소비자 등 회사와 각종 이해관계자 사이의 관계까지 포함.

- 최근 상법 개정을 둘러싸고 주로 지배주주의 과도한 경영권을 견제하기 위한 소수주주권 강화 방안이 논의.
- 상법개정안은 기업지배구조 개선을 위해 소수주주의 권한을 강화하는 각종 제도의 도입을 의무화하거나 지배주주의 권리행사를 제한(감사위원 분리선출, 집중투표 및 전자투표 의무화, 다중대표소송, 자사주 제한 등).
- 이는 주주와 경영자는 주인과 대리인 관계에 있다는 대리인 이론(**agency theory**)과 경영자는 ‘주주가치 극대화 (**MSV: maximizing shareholder value**)’를 목표로 해야 한다는 주주민주주의를 배경.

- 하지만 상법 개정 논의에 앞서 몇 가지 전제사항 및 사실 관계를 정리할 필요.
- 첫째, 오늘날 회사는 주주 이외에도 노동자, 채권자, 납품업자 등 다양한 이해관계인들로 구성되어 있으므로 유독 주주만이 회사를 소유한다거나 주인이라고 할 수 있는지 (주주자본주의 **vs.** 이해관계자자본주의).
- 둘째, 주주의 이익이라 하더라도 어떤 주주를 기준으로 할 것인지, 배당이나 주가상승과 같은 단기적 이익인지 회사의 존속을 위한 기술개발 투자와 같은 장기적 이익을 대상으로 하는지(단기주주 **vs.** 장기주주).

- 셋째, 업무성과를 높이기 위해 지배주주가 경영을 담당하는 것이 효율적인지, 아니면 전문경영인이 담당하는 것이 효율적인지(소유경영체제 vs. 전문경영체제)
- 넷째, 소유권과 지배권의 괴리에서 나타나는 경영진의 이익추구를 어떠한 방식으로 방지할 것인지(대리인 비용문제, 주주행동주의, 스튜어드십 코드)
- 다섯째, 모든 주주가 동등한 권리를 가진다는 원칙(주식 평등의 원칙, 1주 1의결권 원칙)이 강행적으로 보장되어야 하는지, 최적의 지배구조를 위해 재해석될 수 있는지.

<주주자본주의 vs. 이해관계자자본주의>

- 주주자본주의(shareholder capitalism)에서는 회사를 주주의 소유물로 보고 주주의 이익을 극대화 하는 것이 회사의 목적이며, 회사 이익이 곧 주주 이익으로 파악하는 입장.
- 이해관계자자본주의(stakeholder capitalism)에서는 회사에는 주주 이외에도 노동자, 채권자, 납품업자 등 다양한 이해관계인들이 존재하므로 주주만이 회사를 소유한다거나 주인이라고 하기에 무리가 있다는 입장.
- 오늘날 기업의 사회성이 강조되고 있는 추세.

< 단기주주 vs. 장기주주, 대주주 vs. 소액주주 >

- 주식의 보유기간에 따라 단기주주와 장기주주로 구분. 단기주주는 회사의 장기이익이나 주주 전체의 이익보다는 단기이익을 중요시
- * 한국의 주식시장 평균 주식보유기간은 8.6개월로 이탈리아 7.2개월, 중국 7.3개월, 사우디아라비아 8.3개월에 이어 네 번째로 단기.
- 회사경영권에 관심을 가지는 대주주는 장기간 보유하는 경향이 있는데 비해 소액주주는 경영권에 무관심하며 주로 주가 차익 실현에 관심.

- 지배주주가 존재하는 경우 책임경영이 강화되고 장기적 관점에서 위험투자를 가능케 한다는 장점이 있는 반면, 이들이 무능하거나 사익을 추구할 경우 이를 견제하기가 어렵다는 문제점.
- 지배주주의 사익추구행위 억제는 본래 회사법의 역할이지만, 오히려 공정거래법이 경제력집중 억제 차원에서 행정적으로 규제하고 있으며(동법 §23 ①vii, §23의2), 상속 증여세법(§45의3)과 형법(§ 355) 등에서도 규율.

< 소유경영체제 vs. 전문경영체제 >

- 본인과 특수관계인 포함 의결권의 20% 이상을 보유한 지배주주의 존재 여부와 지배주주의 경영참여 여부에 따라 소유경영체제와 전문경영체제로 구분. 소유경영체제는 경영참여 수준에 따라 다시 소유직접경영 또는 소유간접경영으로 세분화.
- 우리나라는 유럽과 같이 대부분 창업주 후손이 소유권(ownership)과 경영권(management)을 갖는 소유경영체제가 주류인데 비해, 미국에서는 소유와 경영이 분리된 전문경영체제가 일반적 모습.

- 양 체제의 경영성과에 관한 논의는 아직까지 합의점을 찾지 못하고 있지만, 미국 K마트와 월마트 사례연구에서는 소유경영체제가 전문경영체제보다 기업의 장기 경쟁력 확보에 있어 비교우위에 있을 수 있음을 시사.
- * 소유지분이 없는 K마트의 전문경영진은 주주들의 배당압박과 함께 기업의 장기 경쟁력을 위한 기술개발 등에 투자하기보다 개인보상과 관련된 단기성과에 집착한 데 비해, 월마트의 경우 지배주주가 기업의 「핵심가치」를 유지하고자 장기적 투자를 지속하고, 효율적인 이사회 감시(monitoring)를 통해 대리인 비용을 감소한 결과로 설명.

- 2000년부터 2014년까지 우리나라 유가증권시장에 상장된 가족지배기업의 실증분석 결과, 가족구성원이 소유경영을 할수록 경영성과가 우수하고 장기적인 연구개발투자를 많이 하는 것으로 검증.
- 소액주주의 이해를 침해하고 대주주(가족주주)의 사적 이익을 추구하여 기업에 부정적인 영향을 미칠 것이라는 일반적인 불신과 우려와는 상반된 결과여서 향후 지속적인 연구 필요.
- * 한화그룹 김승연 회장이 횡령, 배임 혐의로 징역 4년을 선고받고 법정 구속된 사례와 SK그룹 최태원 회장, CJ 이재현 회장이 유사한 혐의로 기소되어 구속된 사례

< 대리인비용 >

- 대리인비용 (agency cost)은 소유권과 경영지배권의 괴리로 인해 발생하며, 경영자와 주주 사이에서 발생하는 수직적 대리인비용과 대주주와 소액주주 사이에서 발생하는 수평적 대리인비용으로 구분.
- 대리인비용 문제는 ① 사적 이익의 추구를 위하여 자원을 배분하는 역선택(inefficient investment choices)과 ② 경영자가 사적 효용의 극대화를 위해 업무를 태만하게 하는 도덕적 해이(inefficient or insufficient effort)의 두 가지 형태로 존재.

- 수직적 대리인비용은 대주주가 기업경영을 상세히 파악하고 전문경영인의 감시를 철저히 한다면 감소시킬 수 있으나, 경영의사 결정을 독자적으로 행사할 권한을 갖게 될 경우 사익을 위하여 소액주주 이익을 침해할 우려.
- 특히 이러한 우려는 우리나라처럼 그룹 총수가 적은 지분에도 불구하고 계열사 지분 등으로 경영권을 행사하는 지배적 소수주주(controlling minority shareholders)로서 존재하는 대기업집단 소속 기업들의 지배구조에서 심각.

<주주행동주의(shareholder activism)>

- 주주들이 배당금이나 시세차익에만 주력하던 관행에서 벗어나 경영 사안에 직접 개입하고 경영자를 철저히 감시하는 방법으로 주주가치를 극대화(MSV: maximizing shareholder value)하고, 주주와 경영자 간의 이해충돌 문제를 해결한다는 공익적 동기에서 출발.
- 지배구조를 개선하고 회사의 경영성과를 향상시키며 전체 주주의 이익을 증진하는 것으로 보는 긍정적 입장과 단기 수익을 추구하여 회사의 장기적 성장을 저해하는 세력으로 보는 부정적 입장이 교차.

- 행동주의 주주와 기타 주주의 이해관계가 일치하지 않으면 양자 간에는 대주주와 소수주주 관계에서 발생하는 것과 같은 수평적 대리인비용 문제가 발생.
- 주주행동주의를 표방한 헤지펀드의 경영간섭과 금융기법을 이용한 허수의결권(empty voting) 행사는 본래의 취지와 달리 주주, 근로자, 그리고 회사의 장기적 이익을 훼손.
- 다수의 계열사를 통해 재벌구조(conglomerate)를 형성하고 있는 회사, 현금 보유량이 많은 회사 또는 경쟁기업에 비해 평균 이하의 주식가격이나 성장률을 보이는 회사가 주요 대상기업.

<국내 주요 사례>

연도	당사자	행위
1999년	타이거펀드 vs. SK텔레콤	SK텔레콤 지분 매입경쟁 후 전량 매각하여 6,300억 차익
2002년	소버린 vs. SK(주)	SK(주) 지분 14% 매입 후 경영권 탈취 시도 후 지분 전량 매각하여 8,700억 차익
2004년	헤르메스 vs. 삼성물산	삼성물산 인수하겠다는 5% 지분 매입 후 매각하여 380억 차익
2006년	칼 아이칸 vs. KT&G	KT&G 지분 6.6% 지분 매입 후 사외이사 선임 시도 1,500억 차익
2016년	SC펀더멘탈 vs. GS홈쇼핑	GS홈쇼핑 지분 1.4% 매입 후 현금성 자산 주주환원 및 사외이사 선임 요구

<스튜어드십 코드(stewardship code)>

- 최근 세계적으로 연기금을 비롯한 펀드의 투자가 대세. 투자주주로서 기관투자자들의 역할이 크게 증대하고 있으며 우리나라도 향후 유사한 현상이 발생할 것으로 예상.
- * 미국 주식시장에서 기관투자자들의 영향력은 막강. 이들이 차지하는 비중은 1950년 9%에서 1960년 14%, 1970년 22%, 1980년 32%, 1990년 45%, 2000년 55%, 2015년 63%로 급격히 상승.
- * 국민연금이 보유한 국내 상장사 주식 보유액은 2016년 말 기준 102조 6천억 원으로 시가총액의 7% 수준

- 하지만 기관투자자에 의한 경영감시기능이 취약하며, 특히 투자대상기업과 소유 또는 사업관계로 연결되어 있는 자산운용사 등은 경영개입에 소극적 입장.
- 또한 기관투자자들의 의결권 행사가 회사공동의 이익을 목적으로 하기 보다 단기수익 위주로 이루어져 다른 일반 주주들이나 회사 전체의 장기이익과 배치되는 경우도 있고, 심지어 정치적 목적으로 행사하는 경우도 발생.
- 기관투자자들이 기업의 의사결정에 참여함으로써 주주의 역할을 충실히 수행하도록 하는 가이드라인(연성규범) 성격의 스튜어드십 코드가 2016. 12. 19. 공포.

- 투명한 기업지배구조로 기업의 건전성을 높이고 장기적으로 지속 가능한 성장을 이룰 수 있도록 하기 위한 것이지만, 경영진과 주주 간의 대리인문제와 마찬가지로 의결권 행사에 따른 기관투자자(펀드매니저)와 고객 간의 대리인 문제 발생.
- 주식소유자(stock owner)로서가 아니라 주식보유자(stock holder)로서 대상기업의 경영에 막강한 영향력을 행사하는데 따른 권한통제와 책임문제를 검토할 필요.
- * 미국의 경우에는 수탁자의무 (fiduciary duty)로서 주주가치 극대화를 운용의 최우선 목표로 삼아야 하는 충실의무(duty of loyalty)와 속고를 통한 투자판단을 하여야 하는 주의의무(duty of care)를 요구.

< 주식평등의 원칙>

- 주주 출자지분에 따라 회사 의사결정에 참여하고 이익을 분배 받는다는 의미에서 주식회사의 자본단체적 본질에서 유래하는 회사법의 대원칙.
- 2008년 글로벌 금융위기 이후, 세계 각국은 기업의 장기적 성장을 위해 소유·지배 비례원칙에서 벗어나 경영권 안정화를 위한 지배권 강화수단 논의에 적극적
- 주식평등의 원칙에서 벗어나 지배권 강화수단(CEM)을 이용한 다양한 유형의 소유지배구조 기업들이 확산.

- * CEM(Control Enhancing Mechanism) : 1주 1의결권 원칙의 예외를 인정하여 1주에 다수의 의결권을 부여하는 차등의결권 주식이나 기업집단 구조를 활용한 피라미드, 상호출자, 순환출자 구조 등
- 최근 회사의 자본조달의 편의를 위하여 다양한 형태의 종류주식을 인정할 필요가 있고, 적대적 M&A로부터 경영권을 방어할 수 있도록 이 원칙을 유연하게 재해석해야 한다는 주장을 신중하게 검토할 필요.

4. 경영권 방어제도의 도입

- 1997년 IMF 외환위기 이후 국내 자본시장이 개방됨에 따라 외국인 투자자의 지분율 크게 상승. 재무적투자(FI)가 많겠지만 투기자본의 비중도 상당할 것으로 예상.
- * 2017년 7월 현재 상장주식 시가총액 대비 외국인지분율 34%.
- * 외국인 보유 시가총액 : 600조 원.
- * 외국인 지분율 5% 이상 보유한 국내 상장법인은 총 285개사.
- * 외국인 지분율 50% 초과하는 상장기업 : 삼성전자, POSCO, 신한지주, KB금융지주, KT&G, SK하이닉스, 네이버 등 시가총액 상위 36개사(코스피 상장사 24개, 코스닥 상장사 12개).

- 1997년 IMF 외환위기 이후 자본시장 개방은 경제회복에 기여한 바도 크지만, 관련제도를 급진적으로 도입하다 보니 내부지분율이 낮거나 구조조정시 경영권 위협에 노출.
- 특히 외국투자자에 의해 적대적 M&A가 이루어지는 경우 수많은 경영정보나 기술 유출 등의 우려도 제기.
- 다른 한편 경영권 방어수단 부재는 불측의 적대적 M&A 사태를 예방하기 위해 거액의 비용과 자원을 소진함으로써 시장개척, 연구개발, 마케팅 등에 투자할 여력을 쓸 데 없이 낭비. 투자위축으로 경제 전반의 성장 동력을 약화시키는 요인으로 작용.

- 외국에서는 획일적인 주식평등의 원칙에서 벗어나 최적(最適)의 소유지배구조를 만들어 경영권을 방어할 수 있도록 차등의결권, 포이즌 필, 황금주, 기업집단 구조활용 등 각종 방어수단 허용.
- 우리나라도 외국법제와의 「무기대등의 원칙」에서 그동안 경영권 방어수단을 법제화하려 하였으나, 경영권 방어제도가 재벌 총수들의 지배권을 연장수단으로 이용될 것이라는 고정관념으로 회의적 시각이 우세.
- * 지난 2008년 법무부를 중심으로 경영권방어법제 개선위원회를 구성한 바 있으나, 당시 야당 및 시민단체 등의 반대로 입법시도 좌절.

- 따라서 우리 기업들은 외국법에서 인정되는 전형적인 경영권 방어수단보다는 기업집단구조와 자기주식을 이용하는 독특한 방식으로 경영권을 방어. 그 효율성과 법리적 근거에 대해서는 논란의 소지 다분.
- 특히 대기업 자산 중 상당액이 총수 일가의 경영권 방어를 위한 지분 확보에 쓰리면서 매출과 순이익 증가 등 수익성 개선으로 자산이 늘더라도 기업은 투자와 일자리 확대에 쓸 여력이 떨어져 낙수효과는 기대할 수 없는 실정.
- * 2016년 말 현재 10대 기업집단 591개 계열사의 출자자산 분석 결과, 464조 5810억 원으로 전체 자산 1213조 3130억 원의 38.3%로 집계

10대 그룹 자산과 출자자산 (단위: 십억원)

<자료: 공정거래위원회, 재벌닷컴>

그룹명	2015년		2016년			
	계열사 수	총 자산	계열사 수	총 자산	출자자산	출자자산 비중
삼성	59	348,226	62	363,218	101,477	27.9%
현대자동차	51	209,694	53	218,625	66,050	30.2%
SK	86	160,848	96	170,697	79,720	46.7%
LG	67	105,849	68	112,326	40,279	35.9%
롯데	93	103,284	90	110,820	72,067	65.0%
GS	69	60,294	69	62,005	26,225	42.3%
한화	57	54,697	61	58,539	32,672	55.8%
현대중공업	26	53,497	29	54,347	24,818	45.7%
신세계	34	29,165	37	32,294	7,715	23.9%
두산	35	32,383	26	30,442	13,558	44.5%
합계/평균	577	1,157,937	591	1,213,313	464,581	38.3%

- * 출자자산은 회사별 자산에서 내부지분율을 곱한 출자지분 가치로, 총수 일가의 지배권 강화를 위해 계열사 출자 고리에 묶인 자산

- 또한 대주주의 지배권을 강화하고 경영권을 방어하기 위해 대규모 자사주를 매입.

<주요 대기업집단 자사주 규모(2016년 12월)>

삼성	SK	현대차	POSCO	LG
39.5조 원	6.4조 원	3.6조 원	1.5조 원	1.1조 원

- 이처럼 고비용 저효율의 경영권 방어수단을 개선하고 공격과 방어의 균형을 맞춰 자본시장에서 공정한 게임의 규칙을 만들어주기 위해서라도 경영권 방어제도 도입의 검토가 불가피한 시점.

IV. 입법정책 방향

- 자원빈국이며, 자본축적이 없었던 상태에서부터 우리나라가 세계 11위 경제규모를 이룰 수 있었던 것은 무엇보다 「기업」의 성과가 가장 중요한 밑거름 역할.
- 그 동안 기업환경은 우리가 생각하는 것보다 빠르게 변하고 있으며, 변화에 적응하지 못하는 기업은 도태될 수밖에 없고, 기업의 도태는 국민경제에 큰 부담으로 작용.
- 기업이 상법의 이념처럼 지속적으로 유지 발전하고, 기업법으로서의 상법이 '살아있는 법'으로서 기능하기 위해서는 변화하는 기업환경과 경제현실을 입법에 올바르게 반영하는 것이 중요.

- 우리나라 경제가 지난 60년간 급속히 팽창해 오면서 수많은 기업들은 시장경쟁을 통해 성립과 소멸을 거듭해왔고, 규모 면에서도 글로벌 대기업으로부터 영세 소기업에 이르기까지 다양한 모습으로 존재.
- 많은 기업들이 대기업 또는 중견기업으로 성장하는 과정에서 사업 규모를 키우고 사업 영역을 확장할수록 많은 자본수요가 발생하고, 이는 역설적으로 기업주 자신의 지분이 점차 희석되고, 오히려 경영권을 위협받는 결과가 발생.
- 경영권이 보장되지 않는다면 굳이 사업을 확장하거나 투자할 유인(誘因)을 상실.

- 자본이 부족했던 우리나라 기업들은 사업을 급속히 확장하는 과정에서 상호출자, 순환출자 등의 방식으로 가공자본을 조달. 기업주는 적은 지분율로 기업집단 전체를 지배하는 형태로 발전.
- * 독일의 경우도 19세기 중반 이후 후발공업화 과정에서 자본부족을 해소하기 위해 하나의 기업이 상호출자 또는 순환출자 등을 통해 여러 기업들을 소유, 지배하는 방식으로 가공자본에 의해 형성된 기업집단이 출현하여 오늘날 Volkswagen, Daimler, Siemens, Deutsche Bank 등과 같은 콘체른 형태로 발전.
- 또한 사업에 대한 애착과 주인 의식, 사업을 지속하려는 본능적 욕구, 유교주의 가치관이 결합하여 경영세습 연결.

- 이 과정에서 그룹 총수(기업주와 그 후손)의 영향력은 기업집단 내 질서유지의 실질적 구심점으로 작용. 이들의 추진력과 경영권 통할은 세계적인 글로벌 기업들과 규모의 경쟁에서 살아남을 수 있었던 비결(秘訣).
- 그러나 다른 한편 그룹 총수 일가의 기업경영에 대한 과도한 영향력과 경영책임의 회피는 기업지배구조의 왜곡이라는 불합리한 결과로 나타났고, 사익추구와 편법적인 기업승계로 국민적 지탄 초래.
- * 최근 수년간 한진해운을 비롯하여 대한전선·웅진·LIG·STX 그리고 동양그룹 사례는 기업주의 무능, 과욕과 전횡의 대표적 사례

- 따라서 비합리적 사업확장 또는 경영권 지배를 남용한 사익 추구행위로 인해 발생하는 기업손실의 위험을 차단하기 위해서는 대주주의 경영권에 대한 회사법적 통제를 강화할 필요.
- 다만 기업집단 경영의 장점과 특성을 도외시하고 반기업 정서에 편승하여 부정적·제재적 시각으로만 접근할 경우 득(得)보다 실(失)이 많을 수 있음을 유의.
- 우리 국가경제 전체라는 입체적 시각에서 기업이 감내할 수 있는 현실적 대안을 단계적으로 마련해 나갈 필요.

- 한정된 자원으로 치열한 국제경쟁에서 살아남아야 하는 우리 경제현실에서는 기업의 생동력(vitality) 유지가 그 무엇보다 중요.
- 자본주의 기본가치가 존중되면서 기업지배구조 개혁과 경영권 방어에 정당성, 그리고 경영의 효율성이라는 어떤 면에서 긴장관계에 있을 수 있는 두 개의 목표가 조화롭게 달성될 수 있는 입법이 이루어지길 기대.





2017년
한국기업법학회·한국상사판례학
회
하계 공동학술대회

1세션

기업지배구조와 국가경제

- 새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망 / 이 혁 전문위원(국회)
- 기업의 발전과 중소기업, 비정규직 근로자의 근로조건
상생방안 / 권 혁 교수(부산대)
- 주주총회에서의 주주 참여율 제고방안 / 노미리 교수(동아대)



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동 학술대회

1세션 제1주제

새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법
전망

· 발표 이 혁 전문위원(국회)

· 토론 윤영신 교수(중앙대)

정승화 본부장(예탁결제원)

새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망

- 활력이 넘치는 공정경제를 중심으로 -

이 혁*

차 례

I. 서설	III. 국회의 입법 상황 및 전망
II. 100대 국정과제 검토	VI. 결론

I. 서설

문재인 정부가 출범한지 100일을 맞이하게 되면서 본격적으로 새 정부의 국가비전과 국정목표를 제시하고 국정과제로 이를 구체화하고 있다. 헌정사상 첫 대통령 탄핵으로 인한 국정공백이라는 국내외의 엄중한 환경과 인수위 없는 정부 출범이라는 긴급한 상황에 대응하기 위해 새 정부는 국정자문위원회(이하 ‘국정자문위’)¹⁾를 구성하여 국정운영의 방향과 과제를 정립하게 되었다. 국정자문위는 기획, 경제1, 경제2, 사회, 정치·행정, 외교·안보 총 6개 분과로 구성되었고 총 5개 TFT를 구성·운용하였으며 산하에 국민인수위를 두었다. 국정자문위는 7월 19일 「국정운영 5개년 계획」 및 ‘100대 국정과제’(이하 ‘국정과제’)를 수립하여 공식발표하였는데, 이는 향후 문재인 정부의 세부 정책 수립, 정책집행 및 평가의 기준은 물론 국회에서의 입법방향을 제시한다는 점에서 문재인 정부 5년 국정운영의 최상위 계획이라고 할 수 있다²⁾

‘국민의 나라, 정의로운 대한민국’이라는 국가비전 아래 실천전략으로 5대 국정목표와 20대 국정전략, 100대 국정과제를 설정하였다. 그 중 경제관련 국정목표는 ‘더불어 잘사는 경제’로서 ‘소득 주도 성장을 위한 일자리경제’, ‘활력이 넘치는 공정경제’, ‘서민과 중산층을 위한 민생경제’,

* 국회 정책연구위원(전문위원), 법학박사

**본 발표문은 발제자의 개인적인 견해로서 소속기관의 입장과는 무관함을 밝힙니다.

- 1) 제19대 대통령은 전임대통령의 탄핵으로 인한 보궐선거로서 후보자의 당선이 결정된 때부터 임기가 개시되었다(공직선거법 제14조). 이로 인하여 과거와 같이 ‘대통령직인수위원회’가 구성되지 못하였지만 이와 유사한 성격을 가진 기구를 설치하기 위해 「국정기획자문위원회 설치 및 운영에 관한 규정」을 2017년 5월 16일 국무회의에서 의결하였다.
- 2) 국정과제는 청와대 내의 정책기획위원회와 정책실, 내각 차원에서는 총리실(국무조정실)이 중심이 되어 국정과제 이행점검 및 보완평가체제를 구축, 가동하고 각 부처는 과제별 세부추진 로드맵 수립, 집행 및 과제별 관리책임자 지정 운영하게 된다. 국정과제의 점검·평가는 「온-나라 국정과제관리시스템」을 통한 실시간 점검 및 국조실 주관 현장점검 등 온-오프라인 점검 병행하고 연말 정부업무평가를 통해 추진실적·성과를 평가하고, 국민만족도 조사를 통해 국민체감도 평가하게 된다(국무조정실, 국정과제 관리계획, 2017. 7. 20).

‘과학기술 발전이 선도하는 4차 산업혁명’, ‘중소벤처가 주도하는 창업과 혁신성장’이라는 5가지 국정전략 아래 총 26개의 국정과제를 경제부분에 설정하고 있다. 특히 시장과 대기업 관련 정책은 공정경제 확립을 위한 공정한 시장질서 확립, 재벌 총수 일가 전횡 방지 및 소비자 피해 구제 강화, 사회적 경제 활성화 및 더불어 발전하는 대·중소기업 상생 협력이라는 국정과제를 제시하고 있다.

이러한 국정과제의 설정은 국정자문위가 민주당, 전문가 및 각 부처 국장급 전문위원의 당·정·청의 협업체계를 통해 도출한 것으로서 지난 대선기간 중 제시한 대선공약 201개와 892개의 세부공약 확인하여 선정하였다. 특히 이러한 국정과제의 선정은 국회의 여소야대 상황을 고려하여 각 당의 대선공약 중 공통공약을 추출하여 입법상황을 고려한 실현가능한 정책을 선정하였다는 특징을 지닌다.

대통령이 국회에서 탄핵된 이후 법률의 입법은 물론 국정운영에 있어서 국회의 역할과 위상이 지속적으로 확대되고 있는바, 문재인 정부의 100대 국정과제 중 91개 과제의 이행을 위해 향후 총 647건의 법령 제·개정이 필요한데 그 중 총 465건이 법률이라는 점에서 국정과제 이행에서 국회 협조의 절실함이 확인될 수 있다. 정부는 국정과제를 조기에 체감할 수 있도록 대통령령 등 하위법령을 신속히 개정한다는 입장이고 ‘18년 상반기까지 신속히 개정한다는 입장으로 공정위를 중심으로 이를 실천에 옮기고 있으나, 그 하위법령 수는 총 182건에 불과하고 헌법상 위임입법의 한계를 고려한다면 하위법령의 개정을 통한 국정과제이행은 제한적이라고 할 것이다.

결국 100대 국정과제는 입법부인 국회를 통과하여 법률로 제도화되어야 과제이행이 성공적으로 마무리될 수 있다는 점에서 국정과제와 관련된 국회의 입법상황에 대한 면밀한 검토와 입법가능성에 대한 냉철한 정무적 판단이 국정운영의 명운을 가를 것으로 전망된다. 경제와 기업 관련 정책을 다루는 금융위원회, 금융감독원 및 공정거래위원회 등 국회 정무위원회 소관 법령을 중심으로 새 정부의 국정과제를 검토하고 지난 국회의 입법상황과 향후 입법 전망을 국회 실무와 이론적 관점에서 살펴보도록 한다.

II. 100대 국정과제 검토

1. 100대 국정과제

(1) 국가비전

문재인 정부는 국가비전을 ‘국민의 나라, 정의로운 대한민국’으로 내세웠다. ‘16년 촛불집회를 통해 탄핵과 새 정부가 들어섰다는 점에서 헌법상 국민주권을 우선시하고 정의로운 제도의 설계

와 운영으로 적폐청산과 민생 개혁이라는 시대적 과제를 완수하는 것이 존 롤스(John Rawls)의 ‘정의론’에 부합한다고 한다. △ 평등한 기회 △ 공정한 과정 △ 정의로운 결과는 새 정부의 국정 철학에서 가장 우선하는 원칙이며 새로운 정부의 핵심 가치라는 점을 거듭 강조하고 있다.

(2) 5대 국정목표

위와 같은 국가비전을 위한 5대 국정목표는 국민이 주인인 정부, 더불어 잘사는 경제, 내 삶을 책임지는 국가, 고르게 발전하는 지역, 평화와 번영의 한반도이다. 5대 국정목표를 달성하기 위한 20대 국정전략이 구성되어 있고 다시 하위 카테고리에 100대 국정과제를 세분화하고 있다.

[표1] 국가비전 - 5대 국정목표 - 20대 국정전략 - 100대 국정과제

<국정과제 체계도>					
국가 비전	국민의 나라 정의로운 대한민국				
5대 국정 목표	국민이 주인인 정부	더불어 잘사는 경제	내 삶을 책임지는 국가	고르게 발전하는 지역	평화와 번영의 한반도
20대 국정 전략	1. 국민주권의 촛불 민주주의 실현 2. 소통으로 통합하는 광화문 대통령 3. 투명하고 유능한 정부 4. 권력기관의 민주적 개혁	1. 소득 주도 성장을 위한 일자리경제 2. 활력이 넘치는 공정경제 3. 서민과 중산층을 위한 민생경제 4. 과학기술 발전이 선도하는 4차 산업혁명 5. 중소벤처가 주도하는 창업과 혁신성장	1. 모두가 누리는 포용적 복지국가 2. 국가가 책임지는 보육과 교육 3. 국민 안전과 생명을 지키는 안심사회 4. 노동 존중 · 성평등을 포함한 차별 없는 공정사회 5. 자유와 창의가 넘치는 문화국가	1. 풀뿌리 민주주 의를 실현하는 자치분권 2. 골고루 잘사는 균형발전 3. 사람이 돌아오는 농산어촌	1. 강한 안보와 책임국방 2. 남북 간 화해협력과 한반도 비핵화 3. 국제협력을 주도하는 당당한 외교
100대 국정 과제	15개 과제 (71개 실천과제)	26개 과제 (129개 실천과제)	32개 과제 (163개 실천과제)	11개 과제 (53개 실천과제)	16개 과제 (71개 실천과제)

2. 경제 분야 국정과제

(1) 활력이 넘치는 공정경제

경제 분야 국정목표인 ‘더불어 잘사는 경제’는 한국경제가 당면한 저성장·양극화를 동시 극복하기 위해 일자리 중심·소득주도 성장으로 경제 패러다임을 전환하는 것으로 성장의 과실이 경제전반으로 골고루 확산되도록 경제체질을 공정경제로 전환하는 것을 목표로 하고 있다.

특히 불공정한 경제 상황을 타파하고 경제적 정의를 실천하기 위해 공정경제 구축을 핵심전략으로 추진하기 위해, 공정한 시장질서 확립, 재벌 총수 일가 전횡 방지 및 소유·지배구조 개선, 공정거래 감시 역량 및 소비자 피해 구제 강화, 사회적 경제 활성화, 더불어 발전하는 대·중소기업 상생 협력을 주요 국정과제로 선정하였다.

[표2] 경제 분야 국정과제

목표	전략	국정과제(주관부처)
더불어 잘사는 경제 (26개)	■ 전략 1 : 소득 주도 성장을 위한 일자리경제	
		국민의 눈높이에 맞는 좋은 일자리 창출 (고용부)
		사회서비스 공공인프라 구축과 일자리 확충 (복지부)
		성별, 연령별 맞춤형 일자리 지원 강화 (고용부)
		실직과 은퇴에 대비하는 일자리 안전망 강화 (고용부)
		좋은 일자리 창출을 위한 서비스 산업 혁신 (기재부)
		소득 주도 성장을 위한 가계부채 위험 해소 (금융위)
		금융산업 구조 선진화 (금융위)
	■ 전략 2 : 활력이 넘치는 공정경제	
		공정한 시장질서 확립 (공정위)
		재벌 총수 일가 전횡 방지 및 소유·지배구조 개선 (공정위)
		공정거래 감시 역량 및 소비자 피해 구제 강화 (공정위)
		사회적경제 활성화 (기재부)
		더불어 발전하는 대·중소기업 상생 협력 (중기청)
	■ 전략 3 : 서민과 중산층을 위한 민생경제	
		소상공인·자영업자 역량 강화 (중기청)
		서민 재산형성 및 금융지원 강화 (금융위)
		민생과 혁신을 위한 규제 재설계 (국조실)
		교통·통신비 절감으로 국민 생활비 경감 (국토부·미래부)
		국가기간교통망 공공성 강화 및 국토교통산업 경쟁력 강화 (국토부)
	■ 전략 4 : 과학기술 발전이 선도하는 4차 산업혁명	
		소프트웨어 강국, ICT 르네상스로 4차 산업혁명 선도 기반 구축 (미래부)
		고부가가치 창출 미래형 신산업 발굴·육성 (산업부·미래부·국토부)
		자율과 책임의 과학기술 혁신 생태계 조성 (미래부)
		청년과학자와 기초연구 지원으로 과학기술 미래역량 확충 (미래부)
		친환경 미래 에너지 발굴·육성 (산업부)
		주력산업 경쟁력 제고로 산업경제의 활력 회복 (산업부)
	■ 전략 5 : 중소벤처가 주도하는 창업과 혁신성장	
		혁신을 응원하는 창업국가 조성 (중기청)
		중소기업의 튼튼한 성장 환경 구축 (중기청)
		대·중소기업 임금 격차 축소 등을 통한 중소기업 인력난 해소 (중기청)

(2) 공정한 시장질서 확립

1) 과제목표

대·중소기업 간 구조적인 힘의 불균형을 시정하고, 대기업의 불공정한 거래행태를 개선함으로써 중소기업·소상공인의 공정한 성장기반 마련하고, 자본시장의 질서를 확립하고 투자자 보호 강화 및 기업회계의 투명성제고를 통해 자본시장 활성화 기반 마련함을 목표로 한다.

2) ‘을지로 위원회’ 설치

국가적 차원에서 갑을문제 개선·해소를 위해 민주당에 설치되어 운영되었던 ‘을지로위원회’를 대통령 직속으로 설치를 추진한다.

3) 불공정 갑질 처벌·피해구제

소위 시장지위 4법에 해당하는 하도급·가맹·유통·대리점 분야 불공정행위를 근절하기 위한 제도 개선 및 법집행을 강화한다.

- ① 기술유평, 부당단가 인하, 전속거래 구속행위 등 불공정하도급 행위 근절방안 마련
- ② 보복조치에 대한 제재 강화 및 징벌적 손해배상제 확대
- ③ 가맹점사업자단체 신고제 도입 및 대리점 사업자 단체구성권 명문화
- ④ 최저임금 인상 등 노무비 변동 시 납품단가 조정 신청·협의대상에 포함

4) 자본시장 교란행위 처벌 강화

자본시장법상 불공정거래 행위에 대한 제재 강화하고 기업의 투명성 제고를 위해 기업회계 규율 정비한다.

- ① 형사벌 대상 증선위 제재의결서 공개 확대 및 주가조작 범죄 엄중 처벌
- ② 회계법인의 독립성·객관성 보장을 위한 감사인 지정제도 개선
- ③ 금감원 감리주기 단축(25→10년) 및 분식회계·부실감사에 대한 제재 강화(형벌 : 5~7년 → 10년, 과징금한도 : 20억 → 폐지)

(3) 재벌 총수 일가 전횡 방지 및 소유·지배구조 개선

1) 과제목표

재벌 총수 일가의 전횡을 방지하고 총수 일가 사익편취 행위 및 부당내부거래를 근절하여 대기업 집단 총수 일가의 편법적 지배력 강화 및 부당한 경영승계 차단하고 금융계열사를 통한 지배력 강화 방지 등 금산분리 원칙 준수하고자 한다.

2) 상법 개정

총수일가 전횡을 방지하기 위해 '18년 까지 다중대표소송제·전자투표제 도입, 집중투표제 의 무화 등 추진한다.

3) 경제사범 처벌 강화

횡령·배임 등 경제범죄에 대한 엄정한 법집행 및 사면권 심사 강화한다.

4) 편법적 지배력 강화 차단

'17년~'18년 기간 중 지주회사 행위제한 규제 강화, 인적분할 시 자사주 의결권 부활 방지, 기존 순환출자 단계적 해소 방안 마련 추진하고 총수 일가 등의 실질 지배 해외법인을 통한 국내 계열사 출자현황 공시를 추진한다.

5) 사익편취 근절

총수 일가 사익편취를 근절하기 위해 규제의 적용대상을 확대하고 사익편취 행위 상시 감시를 강화한다.

6) 금산분리

금융보험사의 계열사에 대한 의결권 제한 강화하고 '18년부터는 금융그룹 통합감독도 시행한다.

(4) 공정거래 감시 역량 및 소비자 피해구제 강화

1) 과제목표

균형 잡힌 공정거래법 집행시스템 구축하고 공정위·지자체 간 협업으로 감시 역량 제고 및 소비자 피해구제 강화한다.

2) 전속고발제 개선

공정위의 민사, 행정, 형사적 제재를 종합검토 하고 공정위의 전속고발제 등 법 집행체계를 개선하여 공정위의 법 집행역량을 강화한다.

① '공정거래 법집행체계 개선 TFT'를 구성·운영하여 의무고발요청기관 확대, 공정위 소 관 일부 법률에서 전속고발제 폐지 등 종합적 개선 방안 마련을 추진한다.

② 대기업집단, 유통·가맹·대리점 등 분야 조직·인력 확대 검토한다.

3) 지자체 협업

공정거래법 위반 조사권 일부를 광역지자체와 분담하고 시도 분쟁조정협의회, 공정거래 지원센터 설치·운영 및 공정위-지자체 간 법집행 협의채널 구축 등도 추진한다.

4) 소비자집단소송제, 소비자권익증진사업 재원 조성

'18년에 소비자 분야에 집단소송제를 도입하고 소비자 피해구제 지원 등 소비자권익증진사업을 안정적으로 수행하기 위한 재원 조성·추진한다.

(5) 사회적 경제 활성화

1) 과제목표

사회적경제 생태계 구축을 통해 사회적경제를 시민경제 모델로 정착시키고자 한다.

2) 사회적 경제기본법 등 제정

사회적경제기본법 등 정부 대안 마련, 사회적경제 정책 조정·시행을 위한 전담조직 구축 등 추진을 통해 사회적 경제 정책 지원을 효율화 한다.

3) 생태계 구축

금융접근성 제고, 공공조달 활성화, 인재 양성 등 사회적 경제가 지속적으로 성장할 수 있는 제도 기반 마련한다.

- ① 사회혁신기금, 사회투자펀드 조성, 신용보증 심사기준 및 한도 완화 등 사회적경제의 특성이 반영된 금융시스템 구축 추진
- ② 공공조달 과정에서 사회적 가치 반영 등 사회책임조달 체계 구축
- ③ 인력 양성 로드맵 수립, 사회적 경제 학습체계 구축 등 사회적 경제에 대한 인력 양성 체계 마련
- ④ 유희 국·공유 시설 등의 사회적경제기업의 활용을 촉진토록 제도를 개선하는 등 공유 경제 실현

4) 좋은 일자리 창출 및 지역공동체 활성화

'17년부터 도시재생 분야 등의 진출을 지원하고, '18년부터 지역 일자리 사업 등과의 연계 강화 추진한다.

(6) 더불어 발전하는 대·중소기업 상생 협력

1) 과제목표

생계형 적합업종 지정 등을 통해 중소기업·소상공인 보호하고 공정거래 환경 조성, 대·중소기업 간 성장모델을 통한 상생협력 기반을 구축한다.

2) 대·중소기업 사업영역 조정

‘17년 중 특별법을 제정하여 ‘18년부터 적합업종 해제 품목 중 민생에 영향이 큰 업종을 생계형 적합업종으로 지정한다. 아울러 적합업종 사업조정의 권고기간 연장, 전용 지원사업 등을 통해 적합업종 지정제도 실효성을 제고한다.

3) 복합쇼핑몰 영업제한

‘18년부터 복합쇼핑몰에 대하여 대형마트 수준의 영업제한 등을 통해 골목상권을 보호한다.

4) 중소기업 교섭력 강화

중소기업단체에 ‘불공정행위 신고센터’ 설치, 운영지원 및 단계별 확대를 추진한다.

5) 대·중소기업 상생협력

‘17년에 대·중소기업이 이익을 공유하는 협력이익배분제 모델을 개발하여 ‘22년까지 200개 기업으로 확산한다.

III. 국회의 입법 상황과 전망

1. 국정과제 입법 계획

새 정부가 추진하는 100대 국정과제 중 91개 과제의 이행을 위해서는 총 647건의 법령 제·개정 필요하고 그 중 법률의 제·개정은 465건에 달하고 있다. 정부는 국정동력이 강한 새 정부 초기 입법조치를 신속히 완료하도록 입법 지원 및 점검·관리체계 강화를 독려했다.

[표3] 국정과제 입법계획 개요

제·개정 필요 법령안	법 률						하위법령					
	소계	계류 중	제출계획	제출 시기			소계	정비 완료 기간				
				'17년	'18년	'19년 이후		'18.6월까지 정비 완료			'18.6월 이후	
								'17.9월	'17.12월	'18.6월		
647	465	123	342	117	187	38	182	154	37	71	46	28

아울러 국정과제 입법계획 중 금년도 국회제출 필요 법안 117건을 반영하여 국회에 정부안으로 제출하려는 법령에 대한 계획을 정비하고 있다.

[표4] 2017년도 국회 제출 예정 법률안(공정위·금융위 소관)

□ 공정거래위원회(2건)				
111	대리점거래의 공정화에 관한 법률	• 징벌적 손해배상제 확대 • 대리점 사업자의 단체구성권 명문화 및 단체 구성·가입·활동 등을 이유로 대리점에 불이익을 주는 행위 금지	8월	23. 공정한 시장질서 확립
112	하도급거래 공정화에 관한 법률	• 노무비 변동시 납품단가 조정대상에 포함	8월	
□ 금융위원회(2건)				
113	금융회사의 지배구조에 관한 법률	• 제2금융권 최대주주 주기적 적격성심사 제도 내실화	12월	22. 금융산업 구조 선진화
114	자본시장과 금융투자업에 관한 법률	• 기존 불공정거래 행위에 대해 형사제재 외에 과징금제재를 신설·병과 • 자본시장법상 불공정거래행위에 대한 손해배상시효를 현행 3년 → 5년으로 확대	12월	23. 공정한 시장질서 확립

또한 국정성과의 조기 체감을 위해 정부 내 입법조치만으로 이행가능한 182건의 하위법령 과제 중 154건(85%)은 입법절차를 최대한 간소화하여 2018년 상반기까지 3차('17.9월·12월, '18.6월)에 거쳐 정비 완료할 계획을 진행 중이다.

[표5] 하위법령 신속정비 대상 법령(공정위·금융위 소관)

□ 공정거래위원회(4건)					
148	대 통 령 령	(가칭) 을지로위원회 설치·운영에 관한 규정	• 갑을문제를 국가적 차원에서 개선, 해소하기 위한 범정부 컨트론타워 설치 등	‘17. 9.	23. 공정한 시장질서 확립
149		하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령	• 신고포상금 지급대상 확대	‘17. 12.	
150		가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령	• 필수물품 가격공개	‘17. 12.	

151		독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령	자료제출 등 의무불이행에 대한 이행강제금 부과기준 및 방법 등 구체화	‘17. 12.	25. 공정거래 감시 역량 및 소비자 피해 구제 강화
□ 금융위원회(2건)					
152	대 통 령 령	금융회사의 지배구조에 관한 법률 시행령	금융회사의 임원 및 금융투자업무담당자에 대한 성과보수 이연지급 비율을 40% 이상으로 의무화	‘17. 9.	22. 금융산업 구조 선진화
153		여신전문금융업법 시행령	영세, 중소가맹점 범위 확대	‘17. 9.	28. 소상공인·자영업자 역량 강화

정부는 국정과제 법안을 특별관리하기 위해 매 국회 임시회·정기회 별로 당정청 협의를 거쳐 국정 우선순위를 반영한 중점법안 선정, 일일 상황 점검 등 특별관리하고 정과제 법안의 입법진행 상황을 주기적으로 점검, 현안조정회의, 당정협의회 및 차관·국무회의에 수시 보고하여 입법 성과를 관리한다. 특히, 의원입법으로 추진되는 법안의 경우 쟁점의 신속 파악 및 통일된 정부 견해 제시 등으로 국회심의 대응 강화하기 위해 여당뿐 아니라 야당에 대해서도 법안의 필요성·시급성에 대한 설명·설득 노력을 강화한다는 계획이다.

2. 20대 국회의 입법상황

입법권은 국회에 있고 법률의 입법과정은 여·야의 대립 나아가 제3, 4당의 출현 그리고 국회선진화법 등의 현실적 문제로 무쟁점 법안이 아닌 이상 통과가 용이하지 못한 것이 현실이다. 20대 국회 정무위를 기준으로 현재(17. 8. 11) 총 604건의 법안이 발의되었고 이 중 공정위 소관 공정거래법 관련 법령은 총 205개에 달하지만 20대 국회에서 처리된 법률은 2차례(‘16.12.1, ‘17.3.30)에 걸쳐 5개 법률 12건의 법안에 불과하다는 점을 비추어 보아도 알 수 있다.

[표6] 20대 국회 공정위 소관 법률 처리 현황

법령명	주요내용	국회 통과일
공정 거래법	5조원 이상 기업집단을 공시대상기업집단으로 지정하는 제도 도입 → 시행령상 10조원 이상의 상호출자제한기업집단과 법률상 5조원 이상의 공시대상기업집단이 구분되고, 전자는 모든 경제력억제 시책(① 상호·순환출자 금지, ② 채무보증 금지, ③ 금융·보험사 의결권 제한, ④ 총수일가 사익편취 규제, ⑤ 공시의무), 후자는 이중 ④ ⑤ 만 적용	‘17.3.30
	공시대상기업집단 개념 도입 등에 따른 용어 정비(예: 내부거래 관련 ‘대통령령이 정하는 기업집단’→ ‘공시대상기업집단’)	
	공시대상기업집단의 상호출자·채무보증 현황을 기업집단 현황공시 항목(현행 일반현황, 주식소유현황, 특수관계인과 거래현황 등 공시)에 추가	
	기업집단 지정을 위한 자료제출 요구범위를 구체화(‘지정을 위해 필요한	

	자료'→'주주, 임원구성, 주식소유 현황 등 대통령령이 정하는 자료') 기업집단지정을 위한 자료제출 요구에 대한 거부 또는 허위자료 자료의 경우 처벌 강화(1억 벌금→2년이하 징역 또는 1.5억 벌금) 공정위 의결서 작성 대상을 무혐의 사건까지 확대 공정위 조사에 필요한 자료·물건 제출명령 불이행과 조사거부·방해에 대해 형벌 제재로 강화(2억 과태료→2년 이하 징역 또는 1.5억 벌금) 공정위 조사에 필요한 자료·물건 제출명령에 대한 불이행에 대해 이행강제금 부과(일일 매출액의 3/1000 범위내에서 하루 단위로 부과)	
가맹사업법	가맹사업 정보공개서 공개 의무화 및 비공개 사유 신설 서면실태조사 실시·공표 의무화 정보공개서 등록거부 및 취소사유 추가 법위반 신고시 민법상 최고 효력 인정	~16.12.1
	허위·과장된 정보제공(법 제9조 제1항), 부당한 상품·용역의 공급 또는 영업의 지원 중단·제한(법 제12조 제1항 제1호)으로 가맹점사업자에게 손해를 입힌 경우에는 3배 범위내에서 배상토록 징벌적 손해배제 도입 (그 외의 위반행위로 인한 피해에 대해서는 민사상 손해배상과 동일) 가맹사업자가 분쟁조정을 신청한 경우 민법상 손해배상 청구권 등 사적 권리행사 소멸시효(안 날로 3년, 있는 날로 10년)가 중단되도록 하여, 가맹사업자의 권리 보호 강화 현행 가맹거래사 결격사유 중, 금치산자·한정치산자를민법 개정으로 맞추어 피성년후견인·피한정후견인으로 용어 변경 법상 가맹거래사 업무범위를 현행 '가맹사업거래 분쟁조정 신청의 대행'에서 '분쟁조정 신청 대행 및 의견 진술'로 확대 가맹본부가 가맹희망자에게 가맹계약서를 제공해야할 시점을 현행 가맹계약 체결일(또는 가맹금 최초 수령일) 바로 전 날로 하던 것을 14일 전으로 조정	~17.3.30
	제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 필요한 조치를 하지 않은 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우, 손해의 3배 범위내 징벌적 손해배제 도입 피해자가 제조업자를 알 수 없는 경우 원칙적으로 공급업자가 손해책임을 부담, 예외적으로 상당기간내 제조업자를 피해자에게 고지한 경우는 면책되도록 개선(현행법은 공급자가 제조업자를 알거나 알 수 있음에도 불구하고 상당기간 내에 피해자에게 알리지 않은 경우로 예외적 인정) 3가지 간접사실*이 입증될 경우 제조물 공급 당시 결함이 존재한 점과 그로 인해 피해가 발생한 점을 추정토록 입증책임 완화 * ① 정상적 사용중 피해발생, ② 손해의 원인이 제조업자의 지배영역에서 존재, ③ 손해가 제조물의 결함 없이는 통상 발생하지 않는 점	~17.3.30
	국가(지방)계약법이 적용되는 장기계속공사에서 연차별 기성분 이행보증금을 수령한 원사업자로 하여금 수급사업자에게 연차별 이행보증금을 반환하도록 의무 신설	~16.12.1
	현행법상 '수급사업자에 반하여 대물변제를 금지'하던 것을 원칙적으로 대물변제를 금지하면서 허용요건을 구체화·세분화(원사업자의 부도, 파산 신청, 그 외에 대통령령이 정하는 사유가 발생하고 수급사업자 요청하는 경우 등)	~17.3.30
대규모유통법	관계 행정기관의 협조 의무 신설	~16.12.1

3. 19대 대선공약

국정자문위가 제시한 100대 국정과제는 실현가능성 특히 국회에서의 입법가능성을 고려하여 19대 대선 당시의 공통공약을 추려서 우선 반영되었다는 점에서 국정과제의 추진과 입법방향은 민주당의 공약 뿐 아니라 5당의 공약의 공통분모를 토대로 전망이 가능하다고 할 수 있다. 각 당의 대선후보가 당대표로 선출되는 등 여전히 당내 영향력을 유지하고 있다는 점에서 국회에서의 입법방향을 추론하는데 각 당의 대선공약은 여전히 유효하다고 할 것이다.

[표7] 19대 대선후보의 공약 비교

	문재인 (더불어민주당)	홍준표 (자유한국당)	안철수 (국민의당)	유승민 (바른정당)	심상정 (정의당)
공정위 개혁	· 공정위 대기업 전담 조사국 부활 · 공정위-지자체 협력 강화		· 공정위 상임위원 증원과 독립성 확보 · 공정위 의결절차의 투명성 강화, 정보공개 확대	· 공정위 독립성, 공정성 제고 · 심사기능과 심판기능 분리 · 공정거래법 집행강화 특별법 · 공정위-지자체 협력 강화	
공정시장 구축	· 대기업 갑질 근절(대리점 밀어내기, 납품단가 후려치기, 깎기, 담합, 기술탈취, 중간착취 등) · 을지로위원회, 재벌 갑질 조사 · 일감몰아주기 근절 · 징벌적 손해배, 집단소송제, 단체소송 도입 · 공정위 전속 고발권 폐지	· 총수일가 일감몰아주기 감축 및 규제 강화 · 친족기업 계열 분리 인정요건 강화 · 공정위 불공정행위 방지대책 강화 · 소비자분야 집단소송제 확대 · 소비자권익증진기금 설치 · 공정위 의무고발제 개선	· 일감몰아주기, 담합, 기술탈취, 조사방해 등 불공정행위 조사, 엄중 제재 · 징벌적 손해배상제, 소비자 집단소송제 도입 · 담합 등 공정위 전속고발권 제한적 폐지 · 기업분할명령제 등 시장구조 개선 명령 도입 · 이익공유제 제도화 · 하도급거래 정보 공개, 원사업자의 책임 강화	· 갑을관계 횡포근절 특별법 제정 · 총수일가 일감몰아주기 차단: 개인회사 설립 금지, 친족기업 밀어주기&편법상속증여 차단 · 공정거래법에 징벌적 손해배제, 집단소송제 도입 · 공정위 전속 고발제 폐지 · 소비자 피해구제 명령제 도입	· 공정거래법, 징벌적 손해배제, 집단소송제 도입 · 일감몰아주기 근절 사익편취 근절 · 공정위 전속 고발권 폐지 · 일반 집단소송제, 소비자피해구제 명령제 도입 · 사인의 금지 청구제 도입 · 초과이익 공유제 · 하도급법 대리점법상 단체구성 및 집단교섭제도 도입, 가맹사업 관련 이익공유제 도입 · 대규모 유통업 관련 규제 강화
지배구조 개선	· 지주회사 규제 강화 · 다중대표소송제, 집중투표제, 전자투표제 등 상법 개정 · 공정한 이사와 감사 선출	· 다중대표소송제 도입(100% 자회사), 전자투표제 의무화 등 상법 개정 · 적대적 M&A 대비 한국형 경영권 방어수단	· 지주회사 규제 강화(지분요건, 부채비율, 사업연관성) · 공익법인 주식의결권 제한 · 감사위원 분리선출, 다중대	· 총수일가 비공식적 경영참여 배제 · 정당한 경영판단 배임 배제	· 지주회사 지분요건 강화, 출종제 제도입 · 기업분할명령제, 계열분리 명령제 · 집중투표, 전자투표, 다중대

[1세션] 제1주제 : 새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망

	• 노동추천 이사제 도입 • 기존순환출자 해소 • 공익법인, 자사주 악용 차단	• 도입(재벌 친화적 정책)	• 표소송제 등 상법 개정 • 이해관계자 등 거래투명화 • 경제범죄 이사회 자격 제한 • 성과 무관 보수, 퇴직금 지급 관행 개선		• 표소송제 도입 • 감사위원 분리선출, 노동자추천 이사제 • 다중대표소송제, 대표소송 단독주주권 • 순환출자 해소, 자사주 악용
국민연금	• 국민연금 이사장 개혁인사 임명 • 스튜어드십 코드 도입	• 공정하고 투명한 국민연금의결권 행사	• 적극적 주주권 행사 : 주주권 행사 위원회 설치, 지침마련 및 공시 확대 • 부당한 영향력 행사 제재 강화 • 스튜어드십 코드 도입		• 연기금의 공익적 의결권행사 지침 제도화
시장투명성	• 스튜어드십 코드 도입 관련 법제도 정비		• 스튜어드십 코드 채택 등 기관투자자 주주권 행사 위한 법제도 정비 • 기업 주요사항에 대한 공시 확대 • 회계 감사인 선임방법 개선으로 독립성 확보, 회사 및 감사인의 책임 강화 • CEO 승계프로그램 도입		
금산리	• 금산분리 강화: 재벌 금융사의결권 제한 • 복합금융그룹통합금융감독시스템 도입		• 2금융대주주자격심사 실효성 제고 • 복합금융그룹통합금융감독시스템 도입		• 보험사 자산운용 공정가액 기준으로 변경 • 주식채권보유한도 강화 등 금산분리 강화 • 재벌 금융사의결권 제한 강화
금융소비자보호		• 금융소비자보호법 제정	• 금융소비자보호법 제정 • 독립적인 금융소비자보호원 설치		
기타	• 경제범죄 예방, 사면권 제한 • 대기업세금지법	• 한국형 디스커버리제 도입	• 기업범죄 형량 강화, 비리 기업인 사면 제한	• 재벌일가 영진 가석방, 사면복권 금지 • 범죄 기업인 경영참여 차단	• 전경련 해체 • 재벌일가 형집행정지, 가석방, 사면 제한 • 50억 이상 배임 횡령 집행유예 불허 • 모든 불법행위 징벌적 배상 적용 • 삼성물산-제일모직 합병죄수익 환수 • 임원 임금 상한제 도입
가맹사업법				가맹계약 갱신 청구권 15년	

4. 국정과제 이행 관련 입법과제

경제 분야 100대 국정과제 중 공정경제 구축을 위한 입법과제는 주로 공정위 소관 법률로서 소관 상임위원 정부위원회에 상정되어 그간 법안소위에 치열한 논의가 전개되어 왔다. 그간 정부 안과 의원입법으로 발의되어 정무위에 계류 중인 관련 법안을 정리하면 다음과 같다.

[표8] 공정경제 관련 법안발의 현황

국정 과제	세부 과제	관련법령	입법과제	국회계류 관련 법안
공정 한 시 장 질 서 확 립	불공 정 감질 처벌 / 피해 구제 강화	하도급법	①기술자료 범위 확대	정 부(17.3.17) 김기선(17.7.11)
			②원사업자의 보복조치에 대한 징벌적 손해제 도입	제윤경(16.9.2) 박찬대(17.6.22) 정재호(17.7.7) 채이배(17.7.10)
			③기술유용행위 조사시효 연장(3→7년)	—
			④전속거래 구속행위 금지	—
		가맹 사업법	⑤신고·조사협조 등에 따른 가맹본부의 보복조치 금지규정 신설	김선동(16.12.2) 제윤경(16.12.29) 정인화(17.1.13)
			⑥가맹본부의 보복조치에 대한 징벌적 손해제 도입	이학영(16.10.25) 김선동(16.12.2)
		유통업법	⑦보복조치 금지 대상행위 확대(신고→조사협조·분쟁조정 신청·서면실태조사 협조 등)	정부(17.1.10.)
			⑧대형유통업체의 부당감액·부당반품·종업원 부당사용, 보 복조치에 징벌적 손해제 도입	정태욱(17.3.31.) 송기현(17.4.6.) 채이배(17.7.10.) 정재호(17.7.18.)
	윤의 협상 력 강화	대리점법	⑨대리점 본사의 보복조치에 대한 징벌적 손해제 도입	채이배(17.7.10.) 정재호(17.7.18.)
		공정 거래법	⑩중기조합 공동사업, 소상공인단체 거래조건 개선 공동행 위에 대한 담합규정 적용배제	박광운(16.8.12) 박용진(17.5.30)
		하도급법	⑪최저임금 인사 등 노무비 변동시 납품단가 조정신청·협 의대상에 포함	정재호(17.7.3) 심상정(17.7.18)
		가맹 사업법	⑫가맹점사업자단체 신고제도입	전해철(16.7.12) 이학영(16.10.25) 정인화(17.7.3)
			⑬관측행사 사전동의 의무화	이학영(16.10.25) 조배숙(16.12.2)
		대리점법	⑭대리점사업자 단체구성권 명문화 및 사업자단체 구성·활 동 등을 이유로 대리점에 대한 불이익 제공금지	—

[1세션] 제1주제 : 새 정부의 경제 분야 국정과제 검토 및 입법 전망

재벌 총수 일가 편법 적 지배 력 강화 방지 및 투명 한 지배 구조 체제 구축 개선	재벌 총수 일가 편법 적 지배 력 강화 방지 및 투명 한 지배 구조 체제 구축 개선	공정 거래법	⑮지주회사에 대한 행위제한 규제 강화(부채비율 상한 200→100% 강화, 주식의무보유비율 상장20%·비상장30%→30·50% 상향)	박찬대(16.9.2) 박용진(17.6.23) 채이배(16.10.21)
			⑯인적분할시 존속회사 자사주에 대한 신설회사 의결권 있는 신주배정 금지	제윤경(16.11.24) 박용진(16.12.29)
			⑰공익법인 보유 계열사 주식의 의결권 행사 제한	박영선(16.6.7) 박용진(16.6.8)
			⑱총수일가가 지배하는 해외법인을 통한 국내계열사 출자 현황 공시	김용태(16.7.8) 채이배(16.8.2) 이연주(16.9.22)
			⑲대기업집단 소속회사 기존 순환출자 단계적 해소 추진	최운열(16.9.2)
총수 일가 사익 편취 근절	공정 거래법	공정 거래법	⑳총수일가 사익편취 규제 적용대상 확대	제윤경(16.7.13.) 채이배(16.8.5.) 이연주(16.11.30)
			㉑금융·보험사의 계열사에 대한 의결권 제한 강화	박용진(17.1.11.) 제윤경(17.1.18.)
공정 거래 감시 역량 및 소비 자 피해 구제 강화	전속 고발 권 등 법집 행체 계종 합적 개선	공정 거래법	㉒공정거래법에 징벌적 손해배제 도입	전해철(16. 7.15) 박 정(17.3.17)
			㉓공정거래법 등에 사인의 금지청구제 도입	이학영(16.10.25) 박용진(16. 2.17) 박선숙(17. 6. 8)
			㉔공정거래법 등의 과징금 상한 상향 추진	박 정(17. 3.29) 제윤경(17. 6.27)
			㉕의무고발요청기관 확대 및 공정위 소관 일부 법률의 전속고발제 폐지	최운열(16.6.28) 채이배(16.9.5) 박 정(17.2.15) 이연주(16.11.30) 민병두(16.10.28)
	지자 체에 역할 부여 및 협업 체계 구축	하도급법	㉖각 시도에 분쟁조정협의회 설치	민병두(16.10.28)
		가맹 사업법	㉗조사권 일부를 광역지자체에 위임	홍익표(16.6.30) 민병두(16.10.28) 김성원(16.12.2) 정인화(17.1.13) 제윤경(17.1.24)
			㉘각 시도에 분쟁조정협의회 설치	민병두(16.10.28)
		유통법	㉙조사권 일부를 광역지자체에 위임	민병두(16.10.28)
			㉚각 시도에 분쟁조정협의회 설치	민병두(16.10.28)
		대리점법	㉛조사권 일부를 광역지자체에 위임	민병두(16.10.28)
			㉜각 시도에 분쟁조정협의회 설치	민병두(16.10.28)
		집단 소송	증권집단 소송법	㉝소비자분야 집단소송제 도입

2017 하계 공동학술대회 : 새로운 시대, 활기찬 경제, 상사법의 역할

	제	소비자 기본법	㉔소비자단체소송 활용도 제고 등을 위한 제도개선 추진	박주민(17.2.2)
	소비 자	소비자 기본법	㉕소비자권익증진 사업재원 마련	정 부(16.11.14) 제윤경(16.12.29) 박 정(17.2.15)



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동학술대회

1세션 제2주제

기업의 발전과 중소기업, 비정규직 근로자의
근로조건 상생방안

· 발표 권 혁 교수(부산대)

· 토론 이달휴 교수(경북대)

천경훈 교수(서울대)

기업의 발전과 중소기업, 비정규직 근로자의 근로조건 상생방안

- - 비정규직에 대한 차별과 원하청 간 격차 해소 문제를 중심으로 -

권 혁*

차 례

- | | |
|------------------------------------|-----------------------|
| I. 서설 | IV. 원하청 간 근로조건의 격차 해소 |
| II. 근로조건 상 '격차'의 노동법적 개념체계 | V. 결론 및 시사점 |
| III. 노동법 상 차별 금지 법리의 내용과 입법정책적 재검토 | |

I. 서설

우리 노동시장의 화두는 차별 시정이다. 과거 노동과 자본 사이의 갈등을 넘어서서, 노동 시장 내부에서 고용형태에 근거한 근로조건의 격차 심화는 새로운 갈등을 낳고 있다. 무엇보다 우려스러운 것은, 고용형태에 따라 근로조건의 격차가 자칫 우리 사회의 건전성을 본질적으로 훼손할 수 있다는 점이다.

본래 근로계약관계의 내용형성은 양 당사자 간의 계약자유영역이다. 단지 노동법상 '최저'기준에 관한 규제만 있을 뿐이다. 최저기준을 상회하는 한 근로조건의 결정은 노사 양당사자의 협상 능력에 달린 문제다. 최저기준에 미치지 못하는 것인가가 아니라, 근로조건 간의 격차를 규제의 대상으로 삼는 것은 노동법상 결코 간단치 않다.

현실적으로 근로관계를 중심으로 하여 '차별'이라는 용어가 매우 포괄적으로 사용되고 있다. '차별'의 시정이 노동법적 관심사로 대두된 이상, 노동법의 규제 대상으로 삼아 시정되도록 해야 할 '차별'과 사회적 건전성에 비추어 해소되어야 할 '격차'의 개념을 명확히 해야 한다.

노동법적 차원에서 규제의 대상으로 삼을 수 있는 차별과 근로조건의 격차는 어디까지 인지, 그리고 그때 법이론적 근거는 무엇이 되어야 할지를 확정하는 것도 중요하다. 최저기준을 상회하는 한 함부로 사적 자치의 영역을 침해할 수는 없기 때문이다.

* 부산대 법학전문대학원 교수.

II. 근로조건 상 ‘격차’의 노동법적 개념체계

1. 근로조건 상 ‘격차’의 발생

모든 근로자가 동일한 근로조건을 부여받아야 할 당위성은 없다. 업무의 내용이나 책임 그리고 숙련도 등에서 각자 구체적 차이가 있고, 개별 근로계약 당사자인 노사가 이를 합리적으로 고려하여 근로조건을 책정하면 된다.

2. 근로자 간 비교가능성

근로조건격차가 법적으로 유의미한 경우는, 동일 유사한 업무를 종사하는 등 비교가능한 근로자 사이에서, 근로조건 상 격차가 발생할 때이다. 근로자 사이에서의 비교가능성(Vergleichbarkeit)이란, 수행되는 업무행위들을 종합적으로 비교하여 판단해 볼 때 노동의 내용과 가치가 동일하거나 유사하다는 것을 의미한다.¹⁾ 이때 동일유사성의 판단기준은 간단하다. 바로 양 근로자 사이의 ‘대체가능성’이다.²⁾ (i) 업무수행과정에서의 요구사항이 중첩되고, (ii) 별도의 조치 없이도 대체가 상호 가능한 근로자 사이라면 비교가능한 경우로 평가하게 된다.³⁾

3. 격차 발생의 원인: “불이익 처우인가 이익 처우인가?”

비교가능한 근로자의 노동은 상호 동일한 가치의 노동이라고 평가할 수 있다. 동일한 가치의 노동에 대하여 동일한 임금을 지급하여야 한다는 원칙은 명확하다. 하지만 이것이 곧 격차를 전면적으로 부정하여야 한다는 의미는 아니다. 사용자는 ‘동일한 노동’을 하는 근로자들에 대해 반드시 ‘동일한 임금’을 지급해야 하는 것은 아니다. 사용자는 동일한 노동을 하는 근로자들 사이에도 얼마든지 다른 임금을 책정하고 또 지급할 수 있다.

예를 들어 소규모 수공업체의 배관담당근로자라 하더라도 근로조건은 각각 다를 수 있다. 총 10명 중 8명의 배관공은 시급 13.5유로이고 나머지 근로자 A와 B는 시간당 15유로를 받는 경우도 얼마든지 상정해 볼 수도 있다.

1) BAG NZA 1996, 579, 580.

2) 유럽법원은 근로의 동일성 또는 동일가치성에 대해 근로의 방식이나 훈련수준 그리고 근로여건 등과 같은 여러 가지 요소들에 의해 좌우되는 것으로 본다(EuGH Rs C-427/11, NZA 2013, 315).

3) BAG NZA 1996, 579, 580. 근로자의 ‘비교가능성’이 독일 노동법상 개별 규정에 근거하여 문제되는 경우는 대체로 해고보호법 제1조 제3항 제1문과 단시간 및 기간제 근로법 제3조 제2항 및 동법 제4조 그리고 경영협의회법 제37조 제4항 및 5항이 있다.

이렇듯 비교가능한 근로자들 사이에서의 근로조건 상의 격차는 노동법상 두 가지 원인으로 발생한다. 요컨대 “이익 처우(Begünstigungen)”와 “불이익 처우”(Benachteiligung)가 바로 그것이다. 양자는 명확히 구별되어야 한다.

4. 근로조건 상 격차에 대한 노동법적 개입 범위와 한계

(1) “동일(가치) 노동, 동일 임금”(gleicher Lohn für gleiche Arbeit)법리와 계약자유의 원칙

이익처우란, 비교가능한 다른 근로자와 달리 사용자가 특정 근로자에게 ‘추가적인 이익’을 제공하는 경우다. 원칙적으로 특정 근로자에 대해 특별한 혜택을 부여하는 등 이른바 이익처우를 통해 근로조건 상 격차가 발생하는 경우는 노동법적 규제의 대상으로 볼 수 없다. ‘추가적인 이익을 제공하는 조치’(Begünstigung)라면 차별금지의 문제와 차원을 달리 하는 것이기 때문이다. 이러한 영역에서는 양 당사자 사이에서의 계약내용형성의 자유가 존중되어야 한다. 예를 들어 특별히 성과가 돋보인 일부 근로자들에게만 특별상여금을 제공하는 경우다. 하물며 추가적인 혜택의 제공이 사용자의 자의적인(Willkuerlich)기준에 따른 것이더라도 - 이익처분에 따른 격차인 이상 - 이를 곧 이는 차별금지법리에 반하는 것으로 볼 수는 없다. 물론 근로조건에 있어 특정 근로자에 대한 우대는 결코 해당 기업 소속 근로자들의 유대관계에 도움이 되지 못한다. 그럼에도 불구하고 그 자체를 위법하다고 평가할 수는 없다.

앞선 사례에 비추어 본다면, 배관공인 근로자 A와 B는 가장 최근에 채용된 근로자들로서, 사용자가 긴급하게 필사적으로 배관공을 구해야 하는 바로 그 시점에서 채용하였기 때문에 할 수 없이 다른 근로자에 비해 더 많은 시급을 책정할 수밖에 없었고, 이런 이유로 해당 근로자는 15 유로를 받기로 합의했다면 그 합의의 효력을 부정할 수는 없다.

(2) “동일(가치) 노동, 동일 임금”법리와 불이익처우의 금지 원칙

한편 불이익 처우란, 비교가능한 다른 근로자에 비해 특정 근로자에게 일정한 제도의 적용을 배제함으로써, 비교가능한 다른 근로자에 비해 더 낮은 근로조건이 부여되어 격차가 발생한 경우이다(Schlechterstellung). 원칙적으로 노동법상 규제의 대상으로 삼아야 하는 것은, 바로 <불이익 처우에 따른 격차>다. 동일한 가치의 노동을 하였음에도 불구하고, 원래 제공받아야 할 근로조건 상의 혜택이 배제되는 경우에 노동법 상 동일(가치)노동, 동일임금법리가 작동하게 된다.

예컨대 앞선 사례에서 만약 배관공인 근로자 A와 B에게 시급15유로를 제공한 것은 배관공업무에 비추어 일률적으로 지급되어야 할 노동의 대가인데 유독 그 외 8명에 대해 13.5유로를 책정하였다면, 이는 마땅히 책정되어야 할 금액보다 낮게 책정한 것을 의미하므로 불이익 처우가 된다.

5. 소결: 차별의 개념과 합리적 사유

개념상 근로조건의 격차가 노동법상 허용될 수 없는 경우에 그 격차를 차별로 평가하게 된다. 차별은 원칙적으로 그 근로조건 상의 격차가 불이익 처우로 인해 발생한 경우에 문제된다.⁴⁾ 그러한 불이익처우를 정당화할 ‘합리적 이유’가 제시되어야 한다. 만약 합리적 이유를 제시하지 못한다면, 노동법상 시정되어야 할 ‘차별’이 된다.⁵⁾ 노동법 상 규제대상으로서 ‘차별’은 (i) 비교가 가능한 근로자 간 사이에 근로조건 상의 격차가 존재하고 (ii) 그러한 격차가 ‘불이익 처우’로 평가될 수 있어야 하며 (iii) 그러한 불이익 처우에 ‘합리적 이유’가 없는 경우를 말한다.⁶⁾

III. 노동법 상 차별 금지 법리의 내용과 입법정책적 재검토

1. ‘격차’의 금지와 근로기준법 상 균등처우원칙

(1) 원칙

비록 계약자유의 원칙에 근거할 때, 동일 노동에 반드시 동일한 임금이 부여되어야 하는 것은 아니지만, 격차의 발생 그 자체가 부정되어야 하는 영역도 있다. 바로 성(性)을 기준으로 한 격차가 그런 예다. 남녀 근로자 사이에서는 비록 특정 성의 근로자들에게 추가적인 혜택을 부여하는 것이더라도 이는 금지된다. 이를 위해 노동법의 입법자는 근로기준법 제6조 상의 명시적인 규정을 두고 있다. 바로 <균등처우원칙>이다. 만약 성을 이유로 하여 격차가 발생하였다면 이는 곧바로 ‘차별’로서 노동법상 시정되어야 할 대상이 된다.

4) 이하에서 보듯 예외적으로 ‘이익처우’인 경우에도 ‘차별’의 문제가 발생할 수 있다.

5) BAG 6.12.1995 NZA 1996, 531; BAG 27.10.1998 NZA 1999, 700.

6) Widmaier ZTR 1990, 259, 360; Palme BStSozArbR 1983, 257.

제6조 (균등한 처우)

사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

예컨대 유럽 입법 지침 상 남녀 간 동일한 근로가치에 대한 동일한 대가 지급의 원칙(RL 2006/54/EG)이 구축되어 있다. 이러한 지침은 독일 일반평등법으로 다시금 구체화되어 있다. 즉, 독일 일반평등법 제1조에 따를 때 성별, 장애, 연령, 인종, 언어, 출신, 국적, 신앙, 정치적 신념, 세계관, 노조활동경력, 성적체성 등을 기준으로 하여서는 - 그것이 이익처우이든 불이익 처우이든 - ‘격차’ 자체가 발생하여서는 안된다. 한편 독일의 경우는 일반평등법 상에 규정해 두고 있다. 만약 상이한 처우의 근거가 독일 일반평등법 제1조에서 언급되고 있는 사유, 이른바 성별이나 연령, 장애, 신앙과 성적 취향 등에 기인하는 경우 독일일반평등법 상의 차별에 해당한다.

만약 배관공들에 대한 적정 시급이 15유로이어서, 모든 배관공들에게 15유로의 시급을 제공하되, 남성배관공들에게는 추가적 혜택으로 가족 부양 지원금 3유로를 제공하기로 하였다면 이는 전형적인 차별에 해당하게 되는 것이다. 이 경우 사용자가 합리적 이유를 제시하지 못한다면, 독일 일반평등법 상 금지된 성적 차별에 따른 근로조건 상 ‘차별’이라고 평가할 수밖에 없고, 여성 배관공의 경우, 동일한 처우를 위한 차액지급 청구권을 행사할 수 있게 된다.

(2) 간접 차별

간접차별이란, 제도체계 그 자체만 보면, 격차의 발생 여지가 없으나, 결과적으로 격차가 발생하였고, 그 기준이 성별에 귀속되는 경우를 말한다.⁷⁾ 예컨대 루프트한자 기장모집사례를 들 수 있다. 단체협약 등을 통해 신장 165센티 이상 - 198센티 사이의 신체 조건에 해당하는 사람에 대해 기장교육생을 선발할 수 있도록 한 규정조치에 대하여, 간접차별을 인정한 사례가 있다. 이 사안은 독일 국적 항공사 루프트한자 비행사 모집과정 중 신체 적격성 심사절차에서 전체 응모자들 중 여성 한명이 합격을 하지 못하면서 발생했다. 그녀의 키가 161.5센티로서, 적격기준에 3.5센티 정도 미치지 못했기 때문이다. 그 이유는 사실상 기장이라는 직업이 여성은 배제되는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 여성의 경우, 40%정도가 165센티에 미치지 못하고, 남성의 경우는 불과 3%미만에 불과하기 때문이다. 전형적인 간접차별이 문제된 사례라고 할 수 있다.

(3) 소결

7) 현실적으로 우리나라에서도 성별에 기초한 간접적 차별 문제에 더 심도 있는 논의가 필요하다.

고용형태 상의 차별금지법리는 균등처우원칙과 차원이 다르다. 예컨대 독일일반평등법 상의 차별금지법리는 독일 기본법 제3조 상의 기본권으로서 <평등권>이념으로부터 유래된 것이지만, 고용형태에 따른 차별의 금지법리는 민법 상 일반원칙인 <신의칙>(Treu und Glauben) 그리고 사용자의 <배려의무>(Fürsorgepflicht)로부터 유래한 것으로 본다. 고용형태에 따라 달리 부여되는 근로조건 상의 격차는 나름대로 신의칙 상의 합리성을 갖추어야만 비로소 정당화될 수 있다는 취지이다.

2. 차별과 고용형태 간의 관계

(1) 불이익 처우 여부에 대한 판단: “일률적이고 기본적인 근로조건 적용의 배제인가?”

비교 가능한 근로자가 존재하고, 그 근로자에게는 지급하는 데, 유독 해당 근로자에게는 이익 제공을 하지 않았다면, 이는 불리하게 낮은 처우를 제공한 셈이 된다(Benachteiligung). 결국 불이익처우인지 여부를 판단함에 있어 중요한 것은, ‘일률적’이고 ‘기본적’인 이익제공조치를 확정하는 일이다. 일률적이면서도 기본적인 이익제공으로 볼 수 있다는 것은, 근속기간이나 연령 등 개인적 사정에 상관없이 전체 근로자⁸⁾에게 적용되는 이익 제공이라는 의미다. 만약 근로의 대가인 보수 책정방식에 비추어 일률적이고 기본적이어야 할 근로조건이 일부 특정 근로자에게 배제되었다면, 불이익 처우로서 ‘차별’로 평가하게 된다.

예를 들어 회사 소속 근로자이면 모두 크리스마스 상여금으로 반달치 월급에 해당하는 액수의 금품을 12월에 지급받아 왔는데, 유독 특정 근로자 갑만 배제되었다면, 이는 불이익 처우에 따른 차별이 문제될 수밖에 없다. 연말에 지급되는 크리스마스 상여금 지급을 두고는 <일률적이면서도 기본적인 이익제공>에 속하는 것이기 때문이다.

(2) 불이익 처우에 대한 합리적 이유가 존재하는가?

일률적이면서도 기본적인 이익처우를 특정 근로자에게 배제하는 이른바, ‘불이익 처우’의 문제는 그러한 처우에 합리적 이유가 있는 것인지 여부가 핵심 쟁점이 된다. 이때 합리적 이유는 개별 사안마다 구체적 사정에 따라 달리 판단될 수 있을 것이다. 오늘날 문제가 되고 있는 것은 바로 고용형태에 따른 차별문제다.

8) 일정한 조건에 부합하는 근로자들 모두에게 적용되는 등 일률성이 충족되는 경우를 말한다.

3. 고용형태에 따른 차별에 대한 노동법적 대응

(1) 기간제 근로계약관계

1) 근로계약의 전형적 속성으로서 지속성과 안정성⁹⁾

원래 근로계약은 계속적인 급부제공관계를 그 본질적 속성으로 한다. 이를 통해 근로자는 자신은 물론 그 가족의 생계를 유지하게 된다.¹⁰⁾ 이러한 계속성은 해지를 통해 중단되는데, 사용자의 해지는 소위 해고보호법리를 통해 엄격히 규제된다.¹¹⁾ 이처럼 근로계약관계는 그 속성상 해고보호법리를 기반으로 한 고용안정성과 계속성을 본질로 한다.

2) 예외로서 ‘기간제 근로관계’와 노동법적 규제필요성

기간제 근로계약이라 함은, 근로계약의 존속기간에 관하여 미리 약정해 두는 경우를 말한다. 근로계약의 존속기간은, 노동법 상 두 가지 의미를 동시에 내포한다. 첫 번째는 인신적 종속성 위험이다. 자칫 근로계약 존속기간을 양 당사자가 지나치게 길게 설정하여 둘 경우, 근로자가 이직의 자유를 향유할 수 없게 되는 등 인신적 종속의 위험에 노출될 수 있다. 두 번째는 고용의 불안이다. 양 당사자 사이의 존속기간 합의를 무제한적으로 허용할 경우, 사용자는 사실상 근로자에 대하여 ‘해고’라는 수단을 사용함이 없이도 근로관계를 일방적으로 단절할 수 있게 된다. 이는 반대로 근로자 입장에서는 그만큼 고용안정을 위한 해고보호법리를 향유할 수 없게 된다는 것을 뜻한다.¹²⁾

오늘날 노동법의 주된 관심사는 후자다. 고용유연화의 필요성에 근거하여 기간제 근로계약을 체결하면서, 사실상 근로자에 대한 고용안정을 위하여 노동법이 마련해둔 해고보호법리를 우회하는 부작용이 초래되고 있다. 기간제법은 이러한 노동법적 문제에 초점을 맞추고 있다.

3) 차별적 처우의 금지

9) 이에 대해 자세히는 권혁, “노동시장 이중 구조 심화와 비정규직 관련 법제도의 입법론적 개선방향”, 법학연구, 56권 2호, 2015. 12. 참고.

10) Kühling, AuR 1994, S.127; Wank, Festschr. P. Hanau, 1999, S.296.

11) Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S.22; Walker, Anm. SAE 1998, S.104.

12) 이에 대해 자세히는 권혁, “기간제 근로계약관계에 대한 노동법적 통제”, 산업관계연구, 2006, 16권 2호, 193면 이하 참고.

흥미로운 사실은, 기간제 근로자에 대한 근로조건 상의 차별 문제다. 오늘날 노동현장에서는 기간제 근로자의 근로조건이 정규직 근로자에 비해 낮게 책정되는 경우가 있다. 적어도 현행 단 시간 및 기간제 근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’) 제2조 제3호 상에서는 <차별적 처우>에 관한 정의규정을 두고, 차별적 처우의 대상이 되는 금품의 종류를 유형화해 놓고 있다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. "차별적 처우"라 함은 다음 각 목의 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다.

- 가. 「근로기준법」 제2조제1항제5호에 따른 임금
- 나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금
- 다. 경영성과에 따른 성과금
- 라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항

제8조(차별적 처우의 금지)

- ① 사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.
- ② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

(2) 파견근로관계

1) 근로관계의 전형적 속성으로서 권리의무의 ‘전속성’

다른 한편 근로계약관계는 권리의무에 있어 ‘전속성’을 그 본질적 속성으로 한다.¹³⁾ 인간의 노동력을 계약 상 급부의 목적으로 삼는 관계이다. 이때 인간의 노동력이란, 그 사람의 인격과 분리될 수 없는 속성을 지닌다. 그렇다면 근로계약관계에 관한 한 양 계약당사자 간의 전속성이 중요한 개념요소로 자리 잡을 수밖에 없다. 전속성이 담보되지 아니하면 인간의 노동력은 손쉽게 ‘물건’과 동일하게 취급받을 위험이 크기 때문이다.

요컨대 근로계약관계는 근로자의 노동력이 사용자에게만 제공되는 관계이어야 한다. 인간의 노동력은 인간의 인격 그 자체이므로, 이를 상품과 같이 취급할 수는 없다. 인간의 노동력은 합

13) 이에 대해 자세히는 권혁, “노동시장 이중 구조 심화와 비정규직 관련 법제도의 입법론적 개선방향”, 법학연구, 56권 2호, 2015. 12. 참고.

부로 제3자에게 임대될 수도 없다.

2) 예외로서 ‘파견근로관계’와 노동법적 규제 필요성

결론부터 말하자면, 근로자 파견관계는 근로관계가 갖는 본질적 속성으로서 ‘전속성’에 대한 예외적 고용형태이다. 근로계약의 당사자는 별개로 존재하고, 그 근로자가 제3자(이른바 사용사업주)의 지휘 아래 종속적 노동을 제공하는 관계가 바로 파견근로관계다. 외견상 노동력의 대여 관계로 평가할 수 밖에 없다.¹⁴⁾ 이는 원칙적으로 이른바 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하는 행위로서 금지되나, 오늘날 고용유연성의 필요성에 따라 파견근로관계라는 이름으로 노동법의 체계 내에 새롭게 구축되었다. 요컨대 파견법제를 통해 그 허용범위를 제한하고, 나아가 파견사업주 뿐만 아니라 사용사업주에게도 파견근로자 보호에 관한 의무를 부담시키는 것을 전제로 하여 근로관계의 전속성을 완화시켰다. 파견근로관계가 노동법 상 매우 이례적인 것임은 분명하다.

3) 차별적 처우금지법리의 명문화

한편 파견근로자에 대해서도 차별적 처우의 금지를 명문화해 놓고 있다. 이러한 데에는 직영 근로자와의 관계에서 볼 때 파견근로자는 그들에 비해 근로계약상 사용자(파견사업주)는 다르지만, 근로의 제공 대상은 사용사업주로서 동일하다. 그렇다면 마땅히 그 노동의 가치가 동일하면 근로조건 역시 동일해야 함이 원칙이고, 이러한 맥락 하에서 파견법에서는 파견근로자에 대한 불이익한 처우를 금지하고 있다.

파견근로자보호등에 관한법률(이하 ‘파견법’)

제21조 (차별적 처우의 금지 및 시정 등)

① 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

② 파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다.

제21조의2 (고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구 등)

① 고용노동부장관은 파견사업주와 사용사업주가 제21조제1항을 위반하여 차별적 처우를 한 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.

14) Boemke/Föhr, Arbeitsformen der Zukunft, 2000, SS.109, 110.

4. 근로조건 영역 별 차별의 합리적 이유

(1) 근로에 대한 보수의 지급

업무의 내용이 동일 유사하다면 적어도 근로에 대한 보수지급 체계의 적용에 있어 기간제 근로자나 단시간 근로자를 달리 취급할 ‘합리적 이유’란 있을 수 없다. 근로의 가치평가가 고용형태의 속성으로 인해 본질적으로 달리 평가될 리는 없기 때문이다.

하나의 사업장 내에서 기간제나 단시간 등 고용형태와 상관없이 종속적 지위 하에서의 근로제 공이라는 부담하고, 그 대가로서 지급되는 임금의 경우 그 산정이나 지급원리는 단일해야 한다.¹⁵⁾ 즉, 단시간 또는 기간제 근로라는 이유로 지급되는 ‘임금액’은 달라질 수 있으나, 기본적인 근로의 보수 지급체계는 단일하게 구축되어 있어야 한다.¹⁶⁾

다만 근로시간이 상대적으로 짧은 점 혹은 근로계약의 존속기간에 관한 합의가 존재한다는 점에 기인한 속성에 바탕하여, 그 보수의 산정에 있어 비례보상원칙(pro-rata-temporis)이 적용되어야 함은 물론이다. 예컨대 독일 기간제법에서는 임금 또는 금전적 가치를 갖는 반대급부와 관련하여 단시간 근로자와 기간제 근로자에 대하여 근로시간과 기간에 비례한 지급을 보장하도록 하였다.¹⁷⁾ 이는 연차휴가의 사용이나 연말상여금¹⁸⁾, 각종수당¹⁹⁾ 등에 있어도 마찬가지이다. 파견근로자의 경우도 파견사업주로 하여금 파견근로자에게 사용사업장의 비교대상근로자와 동일한 임금을 지급하여야 한다.²⁰⁾

(2) 상여금의 지급

상여금의 지급이 기간제 근로 등 비정규직 근로자에게 배제된 경우에는, 그 합리적 이유 여부에 대한 판단이 면밀하게 이루어져야 한다. 이때 가장 중요한 지표는 바로 ‘지급 목적’이다. 예를

15) BAG DB 1991, 2140. 실제로 이러한 원칙이 명문화된 경우도 있다. 독일 임금계속지급법(EFZG, 1. 6. 1994)의 시행과 더불어, 개별 근로자의 근로시간에 상관없이 모든 근로자에 대하여 단일화된 임금계속지급규율이 적용되도록 하였다.

16) BAG DB 1991, 2140.

17) 모든 금전적 급부에 해당되는 것은 아니다. 이른바 특별한 수당 특히, 초과근로수당 등에는 적용되지 않는다(BAG 1993.06.23-10 AZR 127/92; Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2006 S. 2672).

18) BT-Drucks. 14/4374, S. 16.

19) BAG NZA 2007, S. 860. 자녀수당의 지급과 관련하여서도 부분적으로 보장하는 것은 가능하다고 본 사례가 있다(LAG Bremen v. 27. 4. 2006 - AE 2007, 167).

20) BAG 2006.01.12 - 2 AZR 126/05. 다만 독일은 단체협약을 통한 예외를 인정해 놓고 있다는 점이 이채롭다.

들어 업무의 내용 상 전일제 통상근로자인 경우에만 겪게 되는 고유한 부담이 발생하고, 기간제 근로자나 단시간 근로자인 경우에는 특별한 근로고충이 발생하지 아니하는 경우(예: 장시간 근로에 대한 특별한 고충 보상 등), 바로 그 특별한 근로고충에 대하여 보상(Ausgleich besonderer Belastungen)하기 위한 차원의 상여금인 경우 고용형태에 따라 이를 지급하지 아니하여도 무방한 것으로 본다. 즉, 이때에는 불이익 처우로 볼 수 없다.²¹⁾

다른 한편 근로자의 소속기업에 대한 신뢰와 충성도를 제고하기 위한 목적으로 사용자가 근로자에게 지급하는 연말특별상여금의 경우에도, 소위 곧 회사를 떠나게 될 예정이어서 기간제 근로자와 같이 ‘임시로’(vorübergehend) 근로하는 경우와 ‘지속적’으로(dauerhaft) 근로를 제공하는 근로자의 경우를 구별하여 지급하는 것은 허용된다고 본다.²²⁾ 이때 단시간 근로자는 임시로 근로하는 경우가 아니므로, 근로시간에 비례하여 지급하여야 하지, 이를 아예 배제할 수 없음은 물론이다.²³⁾

(3) 복리 후생 시설의 이용 등

원칙적으로 복리후생시설의 이용에 있어 고용형태를 이유로 한 격차는 허용될 수 없다. 예외적으로 만약 사용자가 전체 근로자 중 일부에게만 회사 기숙사를 제공할 수 있는 상황이라면 그러한 기숙사의 배정에 있어 사용자는 먼저 전일제 통상근로자에게 우선적으로 배정할 수 있는 것으로 본다.²⁴⁾ 전일제 통상근로자의 경우 사용자에게 자신의 노동력을 전부 제공하기 때문에, 사용자는 그러한 전일제 통상근로자의 이익을 우선적으로 배려함으로써 근로자들의 기업에 대한 충성도를 높일 수 있다는 사용자의 판단은 경영적 판단으로서 존중될 수 있기 때문이다.²⁵⁾ 나아가 직장내 어린이집, 직장스포츠시설, 직장취미시설 등의 이용에 있어서도 마찬가지이다.²⁶⁾

(4) 실비변상금품의 지급

출장비나 중식대, 재료비 등 업무 수행에 필요하여 소모된 비용을 충당하기 위한 비용보전금품의 경우는 고용형태에 상관없이 동일하게 지급되도록 해야 한다.

21) BAG NZA 1992, S.1037.

22) BAG 6.12.1990, NZA 1991, S.350.

23) BAG 6.12.1990, NZA 1991, S.350.

24) 이것이 독일 학계의 지배적 견해다(GK-TzA/Lipke, §2 Rn.200; Sowka/Klöster, Tezeitarbeit- und geringfügige Beschäftigung, 1993, S.31f.; Schmidt, NZA 1998, S.577). 그러나 이러한 입장에 반대하는 견해도 있다(MünchArbR Schüren, Ergänzungsband, 2001, §162 Rn.209-211).

25) Mager/Winterfels/Göbel/Seemann, KK-BeschFG - Göbel, 1985, §2, Rn.205.

26) Schmidt, NZA 1998, S.577. 그러나 MünchArbR Schüren, Ergänzungsband, 2001, §162 Rn.209-211에서는 허용될 수 없다는 입장을 견지하고 있다.

5. 입법정책적 평가

우리의 현실은 사뭇 다르다. 기간제 근로자 등에 대해서는 정규직 근로자와는 다른 별도의 임금 등 보수체계가 구축되어 있는 경우가 흔히 있다. 오로지 기간제 근로자임을 이유로 하여 임금 등 근로에 대한 보수 체계를 달리할 수는 없다. 앞서 살펴본 바와 같이 법리상 기본적인 근로보수지급 체계가 단시간 근로자나 기간제 근로자에게만 달리 별도로 구축될 수는 없기 때문이다.

이러한 현실을 개선하기 위해 우선적으로 실행되어야 하는 것이 있다. 바로 임금 체계의 복잡성을 해소하는 것이다. 적어도 노동의 대가로서 반드시 지급되어야 할 기본적이고 일률적인 임금의 내역이 명확해야 한다. 그래야만 불이익의 처우 여부에 대한 확인이 용이하다.

현재 우리나라에서 고용형태에 따른 차별 문제가 심각한 이유는, ‘근로의 내용’에 연계된 기본 보수체계가 아니라, 고용형태 그 자체가 신분화되고, 그 신분에 연계된 임금 체계가 구축되어 있기 때문이다. 동일(가치) 노동, 동일 임금 원칙에 관한 구축 논의가 심각하게 대두되는 이유도 실은 이 때문이다. 임금적어도 기본적이고 일률적인 근로제공의 보수지급체계는 고용형태에 연계될 것이 아니라, 근로의 내용에 연계되어야 한다.

IV. 원하청 간 근로조건의 격차 해소

1. 문제의 소재

오늘날 흔히 비정규직 근로관계로 언급되지만 노동법상 보호의 대상으로 삼기 어려운 경우가 있다. 바로 하도급회사의 근로자가 그런 경우이다.²⁷⁾ 엄밀하게 보면 하도급 근로자의 경우는 노동법상 하도급 사용자와 근로계약관계에 놓인 ‘정규직’ 근로자가 대다수이다. 그러나 현실적으로 이들이 노동법 상 사회적 요보호자로서의 지위에 있다는 것을 부인하기는 어렵다.

오늘날 무엇보다 주목받고 있는 영역은 바로 원하청 근로자 간의 근로조건 상 격차다.²⁸⁾ 특히

27) 우리 사회에서 사내하도급은 자동차, 전자, 유통 그리고 조선산업 등 주요 산업영역에서 다양한 형태로 광범위하게 활용되고 있다. 2016년 고용형태공시에 의하면, 300인 이상 기업 가운데 51.1%가 외부 근로자를 활용하고 있는 것으로 보고되었다.

28) 원청사업주의 근로자와 하청사업주의 근로자 간에는 상당한 수준의 임금격차가 존재하는 것으로 보고되고 있는 바, 고용노동부가 2011년 및 2012년 사내하도급을 활용하는 사업장 489개소(원청 77, 하청 412)를 대상으로 조사한 결과에 따르면, 사내하도급 근로자 임금은 원청사업주 근로자의 64.5%~86.5% 수준이라고 한다.

업무의 내용은 유사하거나 동일하고 나아가 하나의 공간에서 작업을 하는 경우임에도 소속에 따라 근로조건 격차가 매우 큰 경우, 노동시장의 건전성에 치명적 악영향을 미칠 수 있다. 원칙적으로 이러한 문제는 경제법적 규제를 통해 컨트롤되는 것이 통상의 모습이었으나, 노동법적 규제 대상으로 삼는 경우 또한 없지 않다. 예를 들어 산업안전에 관한 한 사내하도급은 전형적인 노동법적 규제의 대상이 된다. 현행 산안법에서는 업무의 일부나 전부를 도급주어 수행하게 하는 경우를 규율 대상으로 삼아 규정하고 있다.²⁹⁾ 이는 현행 노동법의 입법자가 업무의 일부를 도급주어 기업 간 분업생산을 하는 것을 노동법 체계 내에 받아들이고 있다는 것을 보여주는 것이다. 그 외에도 최저임금법³⁰⁾이나 근로기준법³¹⁾ 상 임금지급과 관련하여 원청의 노동법상 책임을 인정하고 있다.

이러한 맥락에서 최근 원청회사 근로자와 하청회사 근로자 간의 근로조건 상 격차 문제를 이른바 <불합리한 차별>의 문제로 보고, 이러한 차별 해소를 위해 원청사용자 측에 일정한 노동법적 의무를 부담시키는 방안이 모색되고 있기도 하다.³²⁾ 그러나 개념상 명확히 해야 하는 것은, 바로 이 문제는 차별이 아닌 <격차 해소>의 문제라는 점이다. 근로계약의 당사자를 달리 하는 소속 외 근로자와 소속 내 근로자 사이의 근로조건 관계에서 ‘차별’이라는 개념은 등장할 수 없기 때문이다. 관건은 어떠한 법리적 근거를 가지고, 원하청 근로자 간에 격차를 최소화하여 이른바 ‘적정임금’을 보장하도록 할 것인가를 고민해야 한다.

2. 외부 인력 활용을 중심으로 한 기업 간 분업 유형 재검토

(1) 서설

외주화는 기업 간 분업을 의미한다. 기업 간의 도급계약관계인 셈이다. 도급계약은 노동법적

29) 산안법 제29조 (도급사업 시의 안전·보건조치) ① 같은 장소에서 행하여지는 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 대통령령으로 정하는 사업의 사업주는 그가 사용하는 근로자와 그의 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 조치를 하여야 한다.

1. 사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업

2. 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업

30) 예컨대 최저임금법 제6조 ⑦도급으로 사업을 행하는 경우 도급인이 책임져야 할 사유로 수급인이 근로자에게 최저임금액에 미치지 못하는 임금을 지급한 경우 도급인은 해당 수급인과 연대(連帶)하여 책임을 진다.

31) 예컨대 근로기준법 제44조 (도급 사업에 대한 임금 지급) ①사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.

32) 사실 최근 독일에서도 사내하도급 관계에서 원하청 간 임금격차가 심화됨에 따라 사내하도급에 관한 노동법적 규제 필요성이 제기되었던 바 있었으나, 독일연방정부는 이를 거부한 바 있다. 독일 연방정부는 현재 시점에서 도급계약을 체결하는 행위를 엄격하게 규제해야 할 필요가 없으며 기업들은 현행법의 테두리 안에서 일을 자신의 근로자에 의해 실행하도록 할 것인지, 아니면 도급계약을 통해 제3자에게 위탁할 것인지 원칙적으로 자유롭게 판단할 수 있어야 한다고 지적하였다(BT-Drucksache, 17/10226, S.2ff.)

규제의 대상이 아니며, 특히 기업 간의 거래관계 공정성은 경제법적 규제의 대상일 뿐 노동법의 관심영역은 아니다. 다만 원청회사가 하청회사와의 관계에서 지배력이 인정되고, 실질적으로 하청근로자의 근로조건 유지 개선에 기여할 수 있는 여지가 있는 경우에 원청회사에 대하여 노동법적 관점에서의 의무를 부과하고, 이를 통해 하청노사관계 차원에서의 근로조건 결정 구조의 공정성을 도모하는 방안을 고민해 볼 필요가 있다.

(2) 도급의 유형

1) 작업 장소에 따른 도급유형

우선 <사내 도급>과 <사외도급>으로 구별이 가능하다. ‘사내도급’이란, 원하청관계의 일종인데, 그 업무의 수행을 도급인 회사 내에 들어와서 하게 되는 경우를 특히 일컫는 것이라고 볼 수 있다. 사외도급이란, 원하청도급관계를 통한 기업 간 분업생산방식에서 그 당사자들이 서로 장소적으로 분리되는 경우를 말한다. 이는 대체로 원청회사와 하청회사가 고유한 설비와 경영적 독립성 그리고 전문성을 가지고 있는 경우가 대부분이라고 할 수 있다. 흔히 이러한 사외도급은 제작물공급계약과 유사한 형태로 나타남으로써 이른바 납품형도급계약 형태를 취하게 된다.

2) 도급의 급부목적물의 내용에 따른 유형

도급의 급부목적물을 기준으로 하여 도급의 유형화도 가능하다. 이른바 제작물공급계약으로서의 <납품 도급>과 특정작업을 완성하기로 하고 그 대가를 지불하는 <업무도급>도 있다.³³⁾ 업무도급은 다시금 청소용역이나 경비용역 등과 같은 <주변업무(Randbereiche)도급>과, 창고관리나 운송 등의 업무 외주화 즉, <보완업무(Hilfsfunktionsbereich)도급>이 있을 수 있다. 나아가라고 칭할 수 있을 것이다.³⁴⁾ 나아가 기업의 영업 목적을 본격적으로 수행하는 것을 목적으로 하는 <본업무(Wesentlicher Bereich) 도급>도 있다.³⁵⁾

3) 수급인의 전속성을 기준으로 한 도급 유형

그 외에도 <전속적 도급>과 같이 원청기업에 대한 하도급납품비율이 상당하여 사실상 전속되

33) 일본의 경우, 상용 근로자 30인 이상을 고용하고 있는 제조업 사업장 중에서 제품 제조를 하는 하청 근로자가 있는 사업장의 비율은 23.2퍼센트에 불과하지만, 자동차, 전기, 전자 등의 대규모 사업장의 경우는 약 60퍼센트 이상으로 많아진다고 한다(후지모토 마코토, 일본의 하청노동자, 국제노동브리프(한국노동연구원), 2006, 4면).

34) Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen – Alternativen zum Arbeitsvertrag, 2003, S.14.

35) Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen – Alternativen zum Arbeitsvertrag, 2003, S.14.

어 있다고 할 수 있는 경우³⁶⁾와 그렇지 않고 다양한 납품처를 가지는 하도급기업을 원청<기업 분산형 도급>이 있다.

4) 도급 업무의 <조직적 연결성>에 따른 도급 유형

수급업무의 수행을 위해서는 도급인인 원청의 업무와 연결되어, 그 작업 개시 시간이나 폐점 시간 또는 출퇴근 시간 등이 연계되어 있는 경우의 도급관계로서 <연계도급>과 수급업무가 원청회사의 업무수행과 완전히 별개로 이루어질 수 있고 실제로 그렇게 작업이 이루어지는 <분리도급>이 있을 수 있다.

5) 도급업무의 난이도에 따른 구별

수급인의 지위와 적격성을 중심으로 하여 <전문도급>과 <단순도급>으로 나눌 수 있다. 수급회사가 고유의 설비나 재료 등을 갖추고 있는 전문가로서의 실질을 가지는 경우와, 단순업무를 대행하는 경우가 있기 때문이다.

3. 노동법적 개입 대상으로서의 원하청관계로서 ‘생산공동체’

원하청관계와 같이 (i) 원청회사의 장소적 범주 내에 들어와 (ii) 원청근로자와 근로시간의 연계를 통해 협력적으로 (iii) ‘업무’를 수행하게 되는 경우이고 나아가 (iv) 회사 상호 간에도 유기적 전속관계를 구축하고 있는 경우라면, 원청회사와 수개의 하청회사는 하나의 일체적 조직성을 가진다고 볼 수 있다. 이러한 경우 원하청은 하나의 조직적 일체성(organisatorische Einheit)을 가지는 ‘생산공동체’로 평가할 수 있고, 원하청 근로자들은 그 소속에 상관없이 생산공동체의 구성원으로 개념화될 수 있다. 그렇다면 생산공동체의 일원으로서 필요한 노동법적 보호규율체계 구축은 고려해 볼 수 있다.

물론 하나의 사업체성을 긍정하는 것은 아니다.³⁷⁾ 원하청관계는 업무수행을 위해 ‘일시적’³⁸⁾으로 수개의 회사근로자들이 ‘조직적’으로 협력하는 관계일 뿐 본질적으로 ‘하나의 회사’를 의미하는 것은 아니기 때문이다. 적어도 업무도급차원에서 이루어지는 원하청관계는 업무수행공동체

36) 박중수, “중소기업의 하도급관계 형성과 생산구조변화에 관한 사례연구”, 경제학논집, 제8권 2호, 78면 이하.

37) Walle, NZA 1999, S.519; 물론 독일에서도 원하청관계를 하나의 사업체로 파악하고자 하는 견해도 소수이지만 있다(Kreuder, AuR 1993, S.324f.). 다른 한편 이들 관계가 위장도급관계라면 당연히 하나의 사업체로 파악되어야 함은 물론이다.

38) 특히 여기에서 ‘일시적’(Vorübergehend)이라는 개념은 도급계약에 있어 해지의 자유를 의미하는 것인데, 이때 해지의 자유에 대한 일정한 노동법적 제한도 모색할 필요가 있다.

이고, 원청근로자와 하청근로자는 하는 동료라는 점에서, 노동법적 개입을 정당화할 만한 사회적 요소는 긍정할 수 있다.

4. 입법정책론적 평가

(1) 규제의 방식

판단컨대 원청사용자의 하청근로자에 대한 근로조건 격차 해소 문제는 하나의 사업장 내 차별 시정의 문제가 아니므로, 직접적이고 강행적 의무부과형 규제에 접근해서는 안된다. 오히려 원청 사용자로 하여금 하청근로자에 대한 근로조건 격차 해소를 위해서, 간접적으로 영향력을 발휘할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

(2) 근로조건에 관한 정보의 공개

예를 들어 원하청도급관계에서 원청사용자로 하여금 하청근로자에 대하여 원청근로자에 대한 동종유사업무종사자의 근로조건을 열람하거나 공개하도록 함으로써, 하청근로자들이 간접적으로 하청사용자와의 근로계약상 근로조건 결정에 영향을 미칠 수 있도록 하는 방식을 고려할 수 있을 것이다. 다만 이때 정보 공개는 사업장 내부에서 이루어져야 하며, 개별근로자의 정보 보호라는 관점도 충분히 고려한 것이어야 한다.

(3) 하청근로자의 참여권 보장

다른 한편 하청근로자들의 업무 수행 중 고충과 관련하여, 원청 노사협의회에의 참여를 허용하거나 혹은 원하청을 포섭하는 근로자대표체계를 수립하고, 이를 통해 하청근로자의 근로조건 향상과 고충 처리의 실효성을 향상시킬 필요가 있다.

V. 결론 및 시사점

노동법 상 차별의 개념은 명확해야 한다. 격차의 해소와 차별은 개념상 구별해야 한다. 나아가 이익처우와 불이익 처우에 따른 격차도 노동법 상 달리 평가되어야 한다. 오늘날 비정규직에 대한 차별 문제는 임금의 복잡성과 밀접한 관련이 있다. 분명히 해야 한다. 근로에 대한 대가의 산정 체계는 단일해야 한다. 단지 고용형태에 따라 근로시간, 근로기간에 비례한 산정이 있을 뿐,

그 체계가 본질적으로 달라서는 안된다. 나아가 상여금 등의 지급에 관한 한 그 지급 목적을 명확히 하고, 그 합리성 여부에 대한 판단 기준을 세밀하게 세워두는 것이 필요하다.

원하청 관계에 대한 근로조건 격차의 해소 필요성은 긍정되어야 한다. 문제는 방법론이다. 우선 원하청관계를 유형화하여, 노동법적 규제의 대상을 명확히 할 필요가 있다. 요컨대 사내하도급으로서, 업무의 완수를 도급목적으로 하되, 하청기업이 원청회사에 전속되어 있는 경우라면, 하나의 생산공동체로 개념화가 가능하다고 본다. 이때 하청근로자에 대한 노동법적 보호를 위해 원청회사의 의무를 도출해내는 것도 가능할 수 있다. 예컨대 임금정보의 공개나 원하청근로자를 포괄하는 근로자대표체계를 모색할 필요가 있다.

덧붙여 차별개선이든 격차해소이든 그 실효성을 높일 수 있는 제도 개선도 필요하다. 근로계약관계의 지속 중인 근로자에게 차별에 따른 법적 구제 절차에 나서라는 요구는 처음부터 불가능하다. 사업장 외에서의 법적 차별 구제분쟁 보다는 사업장 내에서의 자체 예방이 더 중요하다. 차별의 존부에 대한 확인도 사업장 내에서의 자율적 평가를 통해 더 정확하게 할 수 있다.

토론문

이 달 휴(경북대 법학전문대학원)

1. 노동법의 목적

근로기준법 제1조에 동법의 목적을 두고 있다. 「이 법은 헌법에 따라 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것을 목적으로 한다.」고 정하고 있다. 따라서 근로기준법은 근로조건의 향상을 통하여 국민경제의 발전을 도모한다는 것을 말하고 있다.

2. 노동법과 기업의 관계

1) 기업의 노동법에 대한 관점

기업은 일반적으로 기업의 유지 및 성장을 목표로 하고 있다. 즉 기업의 경쟁력을 높여 기업의 성장과 발전을 목적으로 하고 있다고 할 수 있다.

따라서 기업은 경쟁력을 제고하기 위하여 모든 수단을 강구한다. 그 방법 중 가장 기본적인 요소는 제품의 질과 가격의 요소이다. 즉 경쟁력을 높이기 위해서는 첫째, 제품의 질을 향상시키든지, 둘째, 제품의 가격을 인하하는 방법이 있다. 또는 이 두 가지의 비율을 적절하게 조합하는 방법이 있다.

그런데 노동법이 목적으로 하는 근로자의 근로조건향상은 만약 근로자의 생산성이 향상되지 않으면 비용증가로 나타날 수 있다. 따라서 기업은 기업의 경쟁력을 향상시키기 위하여 근로조건의 향상을 선호하지 않은 경향을 보이고 있다.

2) 근로자의 특징

첫째, 근로자는 직장이 있어야 근로자이면서 생활할 수 있다. 따라서 근로자는 기업의 존재를 전제로 하여 나타나는 개념이다.

둘째, 근로자는 대부분 기업에서 일을 하며, 그 대가로 받은 임금으로써 생활을 한다는 것이다. 따라서 근로자에게는 근로자가 일하는 환경, 즉 일할 환경에 관한 권리는 근로자의 노동인격 실현을 위하여 매우 중요하다는 것이다.

3) 노동법상 기업의 개념

기업은 경영학, 사회학, 경제학 등 사회과학에 있어서 중심적인 연구대상이다. 그것은 기업이 경제활동의 중심적인 담당자임과 동시에 독자의 행동원리를 가지고 독자의 사회를 형성하고 나아가서는 현대사회의 모양을 규정하는 존재로서 인식되기 때문이다.

일반적으로 노동법에서 기업은 일상의 현실에서 고유활동을 통하여 특별하게 보이는 동적인 인간단체로 볼 수 있다. 기업은 생산을 위하여 물질적 요소로서 구성되는 경제적 세포의 단순한 집합체로 간주되지 않고 경제적 세포와 경제적 세포에 심어진 사회적 세포로서의 주주와 근로자와 같은 인간의 결합으로 구성되는 사회적 단체라고 할 수 있다.

노동법상 기업의 개념을 위와 같이 정의할 수 있기 때문에 노동법상 기업은 근로자가 존재하지 않으면 기업이 될 수 없다. 이것이 상법상 기업개념과 뚜렷한 차이점이라고 할 수 있다.

3. 사적 자치로서의 영업의 자유와 한계

1) 기업의 영업자유

법적으로 사적자치 내지 계약자유 원칙은 두 가지의 의미를 가진다. 첫째, 법질서는 일정한 범위에서 그의 명령에 의하여 사적 당사자들 사이의 사적인 관계의 영역에 개입하는 것을 포기하였고, 둘째, 법질서는 당사자들에 의하여 이 범위 안에서 행하여진 합의를 법적 구속력 있는 것으로 인정하고 법적 보호를 부여할 용의를 갖추고 있음을 의미한다. 따라서 계약자유가 실현되기 위해서는 당사자의 의사형성에 관하여 법적 장애가 없어야 할 뿐만 아니라 사실적인 관점에서 결정의 자유에 대한 침해가 없어야 한다.

2) 한계

기업은 기본권에 기초하여 조직된 사회의 일부이다. 국가는 기본권을 보호하여야 할 의무와 보장하여 할 보장 의무를 지고 있기 때문에 국가는 기업에게 자유로운 활동을 할 수 있는 제도적 여건을 조성하여야 할 의무를 지고 있다. 사용자의 재산권, 영업의 자유 등이 노동조합의 활동에 한계를 제시하는 기본권이기 때문에 이러한 사용자의 기본권은 보장, 보호되면서 노동자의 노동 기본권과는 항상 형평을 유지하면서 조화를 이루어야 한다.

4. 노동법상 차별금지와 격차해소

1) 헌법상 평등권의 구체화로서 노동법상 차별금지

노동법은 구체적으로 헌법 제32조와 제33조에 근거하여 형성된 법이지만, 헌법의 평등권도 노동법을 구성하는데 전제가 되어있고, 또한 이의 구체화로서 근로기준법 제6조, 그리고 비정규직 보호법에 차별금지규정을 두고 있다. 따라서 합리성이 없는 차별은 헌법상 평등권의 위반이라고 할 수 있다.

2) 동일가치노동에 대한 동일임금

근로자들 사이에 동일가치의 노동인가를 판단하는데 있어서 상당한 애로점이 있다. 왜냐하면 노동가치가 동일한가에 대하여 판단기준으로서 주관적 요소와 미래적 요소가 있기 때문이다. 근로자의 능력의 정도는 주관적 요소이면서 미래적 요소이기 때문에 수치로써 객관적으로 판단하기가 매우 곤란하다.

3) 차별과 격차의 구분

동일노동이지만 동일가치의 노동이 아니면 근로조건의 격차에 해당되고, 이것은 노동법상 인정된다. 이것에 반하여 동일노동이면서 동일가치노동이라면 이는 차별에 해당되고, 노동법상 인정되지 않는다.

5. 질문

1) 간접차별의 개념에 대하여

“여성의 경우, 40%정도가 165센티에 미치지 못하고, 남성의 경우는 불과 3%미만에 불과하기 때문이다. 전형적인 간접차별이 문제된 사례라고 할 수 있다.”

“간접차별은 중립적인 기준이라고 하더라도 또는 업무와 관련된 기준이라고 하더라도 결과에 있어서 편중되어 있다면 그것을 시정하여 형평을 도모하는 것이다.”라고 서술하고 있는데, 중립적인 기준이 객관성을 가지고 있더라도 차별이 되는지?

2) 차별금지법리와 균등처우원칙에 대하여

고용형태 상의 차별금지법리는 균등처우원칙과 차원이 다르다. 예컨대 독일일반평등법 상의 차별금지법리는 독일 기본법 제3조 상의 기본권으로서 <평등권>이념으로부터 유래된 것이지만, 고용형태에 따른 차별의 금지법리는 민법 상 일반원칙인 <신의칙>(Treu und Glauben) 그리고 사용자의 <배려의무>(Fürsorgepflicht)로부터 유래한 것으로 본다.고 서술하고 있다.

우리나라 법체계상 민법이나 상법도 결국은 헌법의 영역을 벗어나지 못하기 때문에 개인적으로는 구별할 필요가 없다고 생각한다. 일본에서도 차별금지법리와 균등대우원칙을 구분하고 있는데, 구체적인 차이가 무엇인지 말씀해주시기 바랍니다.

3) 원하청은 하나의 조직적 일체성(organisatorische Einheit)을 가지는 ‘생산공동체’로 평가할 수 있고, 원하청 근로자들은 그 소속에 상관없이 생산공동체의 구성원으로 개념화될 수 있다. 그렇다면 생산공동체의 일원으로서 필요한 노동법적 보호규율체계 구축은 고려해 볼 수 있다.

어떠한 논리로서 민법의 도급이나 위임의 논리를 제한하여 노동법적 보호규율체계를 구성할 수 있는지 복안이 있으면 말씀해주시면 감사하겠습니다.

토론문

천 경 훈 (서울대 법학전문대학원)

권혁 교수님의 발표문을 잘 읽어 보았습니다. 노동법에 문외한인 제가 과연 토론자로서 자격이 있는지 의문이지만, 제가 이해한 방식대로 발표문을 요약하고, 몇 가지 문외한의 질문을 드림으로써 토론에 갈음하고자 합니다.

1

발표문은 근로조건의 ‘격차’와 ‘차별’을 구별하는 데에서 논의를 시작합니다. ‘격차’ 중에서도 노동법상 허용될 수 없는 것을 ‘차별’로 보는 것입니다. 즉 (i) 비교 가능한 근로자 사이에 근로조건의 격차가 존재하고, (ii) 그러한 격차가 특정 근로자에게 추가적인 이익을 제공하는 ‘이익처우’에 따른 것이 아니라 일률적·기본적인 근로조건의 적용을 특정 근로자로부터 배제하는 ‘불이익 처우’에 따른 것이고, (iii) 불이익처우에 합리적 이유가 없는 경우를 ‘차별’로 봅니다. 다만 성, 국적, 신앙, 사회적 신분 등에 따른 차별은 ‘균등처우원칙’에 반하는 것으로서, 이러한 사유로 격차를 두는 것 자체가 차별이 된다고 합니다.

근로조건의 ‘차별’은 고용형태가 다양화되면서 점점 더 복잡한 양상을 보이지만, 우리나라의 현행 노동법은 비정규직의 대표적인 형태인 기간제·단시간 근로자와 파견근로자에 관해 적어도 법문상으로는 근로조건의 불합리한 차별을 금지하고 있습니다. 즉 (i) 기간제·단시간 근로자에 대하여 임금 등 근로조건과 복리후생에 관하여 합리적인 이유 없는 차별적 처우를 금지하고(기간제법 제8조), (ii) 파견근로자에 대하여도 사용자업주의 사업 내의 동종·유사 업무 수행 근로자에 비한 차별적 처우를 금지하고 있습니다(파견법 제21조).

그러나 우리나라의 임금체계가 노동에 대한 대가로 구성되어 있기보다는 “고용형태 그 자체가 신분화되고, 그 신분에 연계된 임금 체계가 구축되어 있기 때문에,” 즉 정규직·비정규직 별로 별도의 복잡한 보수 체계가 존재하기 때문에, 위와 같은 기간제법과 파견법의 차별적 처우 금지에도 불구하고 실제로는 근로조건의 차별이 일상화되어 있습니다.

이에 발표자께서는 “근로에 대한 대가의 산정 체계는 단일해야 한다. 단지 고용형태에 따라 근로시간, 근로기간에 비례한 산정이 있을 뿐, 그 체계가 본질적으로 달라서는 안 된다”는 점을 결론에서 강조하고 계십니다.

제가 우선 여쭙고 싶은 것은 이 글의 전제이자 결론을 이루고 있는 “근로에 대한 대가의 산정 체계는 단일해야 한다”는 명제가 과연 대량생산 체제의 종언을 고하게 될 미래에도 계속 타당할 것인가, 어쩌면 현재에도 이미 그 빛이 바래고 있는 것은 아닌가 하는 점입니다.

전통적인 노동법은 동질적인 노동을 제공하는 다수의 근로자들이 사용자와 맺고 있는 근로관계를 상정하고 있습니다. 대규모 자동차 공장의 생산직 근로자라든가 거대한 부두의 하역노동자들이 대표적인 예라 하겠습니다. 이 경우 근로의 동질성·유사성 내지 대체가능성이 두드러지므로, “근로대가는 근로시간, 근로기간에 비례할 뿐 그 산정 체계는 단일해야 한다”는 명제가 무리 없이 성립할 수 있을 것입니다.

그러나 굳이 4차 산업혁명이라는 말을 들먹이지 않더라도 이미 고용과 노동의 양상은 크게 달라지고 있습니다. 제조업에서는 기계와 전산으로 노동력을 대체하면서 고용창출이 빠르게 감소하고 있고, 오히려 주된 고용창출과 성장은 재화나 용역을 생산하기보다 관계(relation) 내지 접근(access)을 제공하는 이른바 플랫폼 비즈니스에서 이루어지고 있습니다.¹⁾ 이들 비즈니스에 종사하는 이들이 제공하는 노동은 공장노동자나 부두노동자에 비하면 매우 가변적·이질적·개별적이어서, 과연 이 경우에도 근로대가의 산정 체계가 단일해야 한다는 명제가 성립할 수 있을지 의문이 듭니다.

또한 제공하는 근로의 외형 자체는 동일·유사하더라도 그들의 개성이 생산효과에 큰 차이를 발생시킨다면 역시 전통적인 근로관계와는 양상이 달라질 것 같습니다. 예컨대 프로야구 선수들은 외형상 유사한 작업(야구)을 하지만, 그들의 실력과 성과에 따라 생산효과가 크게 다르므로 대가 역시 어떤 산정 체계에 따르기보다는 개별적인 협상으로 정해집니다. 그런데 시간이 갈수록 특히 신산업 분야에서 상당수 근로자들의 고용과 노동의 양상은 영화 <위터프론트>의 부두노동자나 <모던타임즈>의 공장노동자보다는 프로야구 선수를 닮아가지 않을까 합니다.²⁾ 이들은 자유로운 듯하지만 어찌 보면 더 가혹한 경쟁에 노출되고, 그들의 근로대가는 협상에 따라 ad hoc으로 정해질 것입니다. 만약 그런 추세가 현실화된다면, 근로대가의 산정 체계가 단일해야 한다는 것이 여전히 근로자 보호의 핵심전제가 될 수 있을지 궁금합니다. 오히려 근로조건이 정해지는 과정·절차의 적법성 보장, 최저 근로조건 및 고용기간의 보장 등에 더 주목해야 하지 않을까 하는 생각도 듭니다.

1) 플랫폼 비즈니스란 기술을 이용하여 사람, 조직, 자원, 정보를 상호작용적인 생태계에 연결하여 상호 교환을 돕고 가치를 창출하는 비즈니스를 말하며, 알파벳(구글의 지주회사), 알리바바, 페이스북, 아마존, 에어비앤비, 우버, 트위터 등등 현재 세계 시가총액 상위권의 회사들이 대거 이에 해당합니다.

2) 예컨대 국내에서도 IT 등 상당수 업계에서는 헤드헌터를 통한 리크루트가 활발해지고 있고, 이들의 채용조건 내지 근로조건 일정 부분은 개별적인 협상에 따라 정해지는 것으로 알고 있습니다.

하도급근로자가 원청사업자의 근로자와 동일 사업장에서 근무하는 이른바 ‘사내 하도급’의 경우에는 사실상 원청사업자의 피고용인과 같은 외관을 가지지만, 그 경우에도 원칙적으로 사용관계는 원청사업자가 아니라 하도급사용자와 해당 근로자 사이에 존재합니다. 이에 발표자께서는 “하나의 사업장 내 차별시정의 문제가 아니므로, 직접적이고 강행적 의무부과형 규제에 접근해서는 안”되고 “원청사용자로 하여금 하청근로자에 대한 근로조건 격차 해소를 위해 간접적으로 영향력을 발휘할 수 있도록 하는 것이 타당하다”고 하십니다. 다만 하청기업이 원청회사에 전속되어 있는 경우라면 하나의 생산공동체로 개념화하여 하청근로자에 대한 노동법적 보호를 위해 원청회사의 의무를 도출해내는 것도 가능할 것이라고 하십니다.

그런데 사내하도급 중 상당 부분은 사실상 원청사용자가 지휘감독을 하는 형태로 이루어지는 것으로 알고 있습니다. 발표자께서 말씀하신 “하청기업이 원청회사에 전속되어 있는 경우”에도 이러한 지휘감독으로 인한 사용종속성을 인정할 수 있는 경우가 많을 것입니다. 그런 경우에는 더 이상 ‘사내하도급’이 아니라 ‘사용사업주에 의한 사용’에 해당할 것이고, 따라서 파견법의 요건과 절차를 준수하지 않았다면 불법파견에 해당할 것이며, 경우에 따라서는 사용사업주의 계속고용의무도 발생할 수 있을 것입니다. 즉 이 경우에는 말씀하신 “하청기업과 원청회사를 하나의 생산공동체로 개념화하여 원청회사의 의무를 도출해 내는” 이론적 작업과는 별개로 실정법으로 규율할 수 있지 않을까 싶은데, 발표자의 가르침을 여쭙습니다.

감사합니다. (끝)



2017년
한국기업법학회·한국상사판례학
회
하계 공동 학술대회

1세션 제3주제

주주총회에서의 주주 참여율 제고방안

· 발표 노미리 교수(동아대)

· 토론 문상일 교수(인천대)

김지평 변호사(김앤장)

주주총회에서의 주주 참여율 제고 방안

노 미 리*

차 례

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| I. 서 론 | 4. 주주간담회의 활성화 |
| II. 주주총회가 활성화되지 못하는 원인 | IV. 주주의 의결권 행사 비율 제고 방안 |
| III. 주주의 주주총회 출석률 제고 방안 | 1. 서면투표 및 전자투표 |
| 1. 주주총회의 일정 조정 | 2. 의결권 대리행사 권유의 활성화 |
| 2. 주주총회에 출석한 주주에게 선물 제공 | 3. 안정주주의 확보 |
| 3. 주주제안권의 활성화 | V. 결 론 |

I. 서 론

오래 전부터 형해화된 주주총회를 활성화하기 위한 방안들¹⁾이 여러 차례 논의되어 왔다. 주주총회의 주요한 역할이 회사와 주주와의 관계를 구축하기 위한 장이라는 것을 감안하면 주주총회에 물리적으로 출석한 주주의 숫자는 주주총회의 기능을 평가하는 중요한 지표이다. 그런데 우리나라의 경우 주주총회에 출석한 주주의 숫자가 매우 미미하며,²⁾ 대개 기관투자자, 수탁은행의 의결권 행사로 주주총회의 정족수를 충족시키고 있는 상황이다. 이러한 점을 보면 우리나라의 주주총회가 그 기능을 제대로 수행하고 있다고 보기는 어렵다.

주주의 저조한 주주총회 출석률로 인해 상장회사는 주주총회 의결정족수를 충족하는 데에 어려움이 있을 수밖에 없다. 이를 해결하기 위해 1991년 새도우보팅제³⁾가 도입되었는데, 주주총회에 실제로 참석하는 자들은 대개 대주주이거나 주주총회를 개최하는 회사 관계자인 경우가 많다. 이 때문에 새도우보팅제는 주주의 진의와는 별개로 대주주와 회사의 이해관계만을 반영하는 제도라는 비판을 지속적으로 받아왔고,⁴⁾ 금융위원회는 2013년 5월 새도우보팅의 근거조항을 삭

* 동아대학교 법학전문대학원 조교수/변호사.

1) 전자주주총회의 실시, 서면투표 및 전자투표의 활성화 내지 의무화, 주주총회 정족수제도의 개선 등 주주총회의 활성화 방안에 관한 여러 연구결과가 있다. 본고에서는 주주들이 물리적으로 주주총회에 출석하는 것에 중점을 두었기 때문에 전자주주총회의 실시, 주주총회 정족수제도의 개선에 관해서는 다루지 않았다.

2) 주주의 주주총회에 출석률에 관한 공개 자료를 구하는 것 역시 쉽지 않다. 한국상장회사협의회에서 매년 주주총회백서를 발간하고 있으나, 회원사에게만 그 자료를 제공하고 있다. 이에 본고에서는 경우에 따라 우리나라 주주총회 데이터 자료를 인용하거나 일본 주주총회 데이터 자료를 인용했다.

3) 새도우보팅제는 실제 주주총회에 참석하지 않은 주주들의 의결권을 한국예탁결제원이 다른 주주의 찬반의사에 비례하여 행사하는 것이다.

제하였다. 새도우보팅제는 2015년 1월 1일자로 폐지될 예정이었으나, 재계의 거센 반발로 인해 전자투표를 실시하고 전자위임장 권유제도를 활용한 법인의 경우에는 주주총회 목적사항이 감사 및 감사위원회위원의 선임 또는 해임 등일 경우에는 새도우보팅제를 실시할 수 있다는 내용의 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’) 부칙 제18조가 신설되었다. 그리고 새도우보팅제의 일몰기한은 2017년 12월 31일까지로 연장되었다. 새도우보팅제의 일몰기한이 얼마 남지 않은 현 시점에서 주주총회의 활성화 방안에 대해서 재확인하는 것은 의미가 있다. 본 고에서는 주주총회가 활성화되지 못하는 원인을 간략히 논한 후, 주주총회에서의 주주 참여율 제고 방안을 주주의 주주총회 출석률 제고 방안과 주주의 의결권 행사 비율 제고 방안으로 나누어서 검토하고자 한다.

II. 주주총회가 활성화되지 못하는 원인

주주들의 주주총회 출석률이 저조한 것은 주주총회가 실권을 상실하여 형해화되었기 때문이다. 주주가 주주총회에 적극적으로 참여하지 않는 원인은 소유와 경영의 분리, 주식 소유의 분산, 주주의 회사경영에 대한 무관심 등에서 찾을 수 있다.⁵⁾ 주주총회가 부실화된 원인을 자본시장의 기관화, 자본시장의 국제화, 사업보고서와 슈퍼주총데이, 주주권과 의결권의 유리에서 찾는 견해도 있다.⁶⁾ 주주총회가 활성화되지 못하는 근본적인 원인은 주주의 회사경영에 대한 무관심이라고 할 것이므로, 주주가 회사경영에 관심을 갖고 주주총회에 참여하고, 적극적으로 의결권을 행사할 수 있는 환경의 조성이 무엇보다 시급하다.

일본의 경우를 살펴보면 일본은 2015년 6월 1일부터 기업지배구조 규범(Corporate Governance Code, 이하 ‘CG’)⁷⁾을 시행하고 있는데, CG 시행 후 주주총회에 출석한 개인주주의 숫자가 2014년에 비해 2015년에 증가하는 경향이 나타났다고 한다.⁸⁾ 주주총회와 관련하여 우리나라가 참고할 만한 CG 내용으로, 주주가 주주로서의 권리를 적절하게 행사할 수 있는 환경의 정비가 있다(CG 기본원칙 1).⁹⁾ 위 환경의 정비에는 주주가 총회 의안을 충분히 검토할 수 있

4) 허항진, “개정상법상 전자투표 제도와 법적 논점에 대한 소고”, 「법학연구」 제38집, 한국법학회, 2010, 303면.

5) 정찬형, “주주총회 활성화를 위한 제도개선 방안”, 「상사법연구」 제23권 제3호, 한국상사법학회, 2004, 43면.

6) 김화진, “주주총회 관련 제도의 개선을 통한 상장회사 주주권의 강화”, 「선진상사법률연구」 제73호, 법무부, 2016. 8~14면.

7) 기업지배구조 규범은 “OECD Corporate Governance 원칙을 감안하여 주주를 비롯한 이해관계자(stakeholder)에 대한 책무에 관하여 설명책임을 다 하고, 회사의 투명하고 공정한 의사결정의 촉구하기 위해서 제정되었다(三笥 裕/濱口耕輔, “コーポレート・ガバナンス・コードを踏まえた株主総会対応”, 「商事法務」 No.2064, 商事法務研究會, 2015, 58면).

8) 志谷匡史, “コーポレート・ガバナンス改革と株主総会”, 「商事法務」 No. 2088, 商事法務研究會, 2015, 5면.

9) 油布志行 外 3, “コーポレート・ガバナンス・コード原案の解説 [I]”, 「商事法務」 No.2062, 商事法務研究會, 2015, 52면.

는 시간의 확보 및 주주총회 소집통지의 조기발송(CG 보충원칙 1-2 ②), 주주총회 개최일을 비롯한 주주총회 관련 일정의 적절한 설정(CG 보충원칙 1-2③), 기관투자자랑 해외투자자의 비율을 감안하여 의결권의 전자행사가 가능하도록 하는 환경의 조성 등이 포함된다(보충원칙 1-2 ④).¹⁰⁾ 우리나라 역시 주주총회의 활성화를 위해 주주가 능동적으로 자신의 권리를 행사할 수 있도록 주주총회의 일정을 조정하는 등 환경의 정비가 필요하다.

III. 주주의 주주총회 출석을 제고 방안

1. 주주총회의 일정 조정

1) 현 황

우리나라는 슈퍼주총데이라고 불릴 만큼 대다수 회사의 정기주주총회일이 3월말에 집중되어 있다. 한국예탁결제원이 2017년 정기주주총회의 현황을 분석한 자료에 의하면, 최근 5개년도 12월 결산 상장법인 중 정기주주총회를 개최한 회사는 총 9,249사¹¹⁾인데, 그 중 정기주주총회를 3월 21일~3월 31일 사이에 개최한 회사는 7,450사로 전체의 80.5%를 차지했다.¹²⁾ 다음으로 정기주주총회 개최 요일을 살펴보면, 정기주주총회 개최를 금요일에 하는 회사의 수가 압도적으로 많았고, 그 다음으로 목요일에 개최하는 회사의 수가 많았다. 2017년에는 목요일에 정기주주총회를 개최한 회사가 2016년에 비해 1.84배 증가하였으나, 여전히 넷째 주 금요일(2017년 3월 24일)에 정기주주총회를 개최한 상장회사가 923개사에 달하였다. 마지막으로 정기주주총회 개최지를 살펴보면, 주로 서울과 경기도에서 정기주주총회를 개최하였는데,¹³⁾ 이는 회사의 본점이 대개 서울과 경기도에 소재하고 있기 때문이다(상법 제364조). 이처럼 정기주주총회일이 같은 회사가 많기 때문에, 여러 회사의 주식을 보유하고 있는 주주는 각 회사의 정기주주총회에 참석하는 것이 현실적으로 불가능하다.

2) 기준일의 조정

10) 油布志行 外 3, 전계 논문, 53~54면.

11) 유가증권시장 상장법인은 3,615사, 코스닥시장 상장법인은 5,288사, 코넥스시장 상장법인은 346사였다(한국예탁결제원, “최근 5개년도 12월 결산 상장법인 정기주주총회 현황 분석”, 2017년 5월 10일자 보도자료, 1면).

12) 한국예탁결제원, 각주 11) 보도자료, 1~4면.

13) 유가증권시장의 경우 정기주주총회 개최지 중에서 서울이 차지하는 비중이 52.9%, 경기도가 차지하는 비중이 18.0%로, 서울, 경기도가 차지하는 비중이 70%를 상회한다(한국예탁결제원, 각주 11) 보도자료, 3면).

3월말에 정기주주총회가 집중적으로 개최되는 이유는 우리나라의 경우 배당기준일과 정기주주총회의 기준일을 결산기말로 하는 관행¹⁴⁾이 있기 때문이다. 상장법인의 경우에는 3월말에 정기주주총회가 집중되는 현상이 더욱 심하게 나타난다. 그 이유는 자본시장법 제159조 제1항 및 제2항 제4호 및 제5호, 같은 법 시행령 제168조 제3항 제7호에 의하면, 상장법인은 재무에 관한 사항과 그 부속명세가 기재된 사업보고서를 각 사업연도 경과 후 90일 이내에 금융위원회와 거래소에 제출해야 하는데, 위 재무에 관한 사항은 주주총회의 승인을 받은 재무제표여야 하기 때문이다(상법 제449조 제1항). 우리나라는 12월말 결산회사가 많기 때문에 정기주주총회 기준일을 12월말로 정하는 관행 및 자본시장법에서 정하는 바에 따라 3월말에 주주총회가 집중될 수밖에 없다.¹⁵⁾ 상법에는 기준일의 효력이 3개월을 초과할 수 없다(상법 제354조 제2항)는 규정만 있을 뿐, 결산기로부터 며칠 내에 정기총회를 소집하여야 하는지에 대해서는 정하고 있는 바가 없으므로 기준일을 12월말로 정하지 않더라도 상법상 문제되지 않는다. 3월말에 집중적으로 개최되는 정기주주총회를 분산시키려면 기준일을 12월말이 아닌 1월말로 변경하거나, 기준일의 효력기간을 3개월보다 단축¹⁶⁾ 또는 연장하는 방안을 강구해야 한다. 또한, 주주총회를 금요일 이외의 다른 요일에 개최하도록 유도할 필요가 있는데, 그 방안으로 한국예탁결제원이 각 회사의 주주총회 개최 일자를 기준으로 전자투표 및 전자위임장 권유제도의 이용에 협력할 수 있는 회사의 수를 제한하자는 견해가 있다.¹⁷⁾

3) 주주총회 소집통지의 조기 발송

주주총회의 소집통지는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면 또는 전자문서로 발송해야 한다(상법 제363조 제1항). 그런데 2주라는 주주총회 소집통지 기간은 주주총회 의안을 제대로 검토하기에는 턱없이 부족한 시간이다. 특히 국내외의 기관투자자¹⁸⁾가 의결권을 행사하려고 할

14) 우리나라와 일본은 의결권 행사 기준일을 12월말로 하는 관행이 있어 의결권의 기준일부터 주주총회일까지 3개월 정도가 소요되는 반면, 미국은 10~60일 이내, 영국은 20일 이내, 독일은 21일 정도가 소요된다(森口保, “「株主総会プロセスの電子化促進等に関する研究会」報告書の概要〔下〕－対話先進国の実現に向けて－”, 「商事法務」 No.2105, 商事法務研究会, 2016, 38면).

15) 이처럼 결산일부터 주주총회일까지의 기간이 3개월 이내인 나라로는 우리나라, 일본이 있고 미국, 영국의 경우에는 결산일부터 주주총회일까지 약 4.5~4.6개월 정도가 소요된다(森口保, “「株主総会プロセスの電子化促進等に関する研究会」報告書の概要〔下〕－対話先進国の実現に向けて－”, 「商事法務」 No.2105, 商事法務研究会, 2016, 37면).

16) 기준일의 효력을 2개월로 단축하자는 견해(김순석, “이익배당의 결정과 기준일제도의 개선방안”, 「증권법연구」 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013, 79면)가 있으나, 84년 3월 결산업무의 원활한 처리를 위해 주주명부의 폐쇄기간을 2개월에서 3개월로 연장한 점에 비추어 보면 기준일의 효력을 2개월로 단축하기는 어려울 것이다.

17) 정채영, “주주총회의 활성화를 위한 과제”, 「기업법연구」 제30권 제2호, 한국기업법학회, 2016, 144면.

18) 기관투자자는 크게 ‘자산소유자’와 ‘자산운용자’로 구별된다. 자산운용자는 자산운용, 대상회사와의 대화 등을 통해 수탁자 책임을 이행하며 대표적인 자산운용자로 자산운용사가 있다. 자산소유자는 기본 원칙을 제시하고 지시·평가 등의 수단을 활용해 자산운용자가 효과적인 점검·관여 활동을 수행하도록 하는 방식으로 수탁자 책임을 이행하며, 연기금, 보험회사 등이 대표적인 자산소유자에 해당한다[한국 스튜어드십 코드(2016. 12.16.)].

경우 신탁은행이 주주명부상의 주주로서 지분을 보유하고 있는 경우가 적지 않고, 자산운용사 앞으로 송부되는 소집통지는 신탁은행을 경유하는 경우가 많기 때문에¹⁹⁾ 기관투자자는 주주총회 소집통지문을 수령하기까지 시간이 더 소요된다. 그러므로 주주총회의 내실화를 위해 주주총회 소집통지를 주주총회일의 2주 전보다 조기에 발송해야 한다.²⁰⁾

2. 주주총회에 출석한 주주에게 선물 제공

1) 현 황

최근 우리나라는 주주총회 소집 공고문에서 “금번 주주총회에서는 기념품을 제공하지 않습니다.”라는 문구를 쉽게 찾아볼 수 있는데, 주주총회에 출석한 주주에게 선물을 제공함으로써 출석 동기를 부여할 필요가 있다. 일본은 주주총회 출석률을 제고하기 위해 주주에게 선물을 제공한다.²¹⁾ 2011년부터 2016년까지의 일본 주주총회백서 데이터를 분석한 자료에 의하면, 선물을 폐지한 기업은 그 이후로 주주의 주주총회 출석률이 평균적으로 감소하였고, 역으로 도입한 기업은 주주총회 출석률이 평균적으로 증가하였다.²²⁾ 일본 데이터에 비추어 보면 우리나라에서도 주주에 대한 선물의 제공은 주주총회의 출석률을 높이는 효과적인 방안이 될 수 있다. 주주에게 선물을 제공하는 것이 상법에서 정하고 있는 이익공여금지 등에 위반되는지 문제된다.

2) 이익공여금지와와의 관계

(1) 이익공여금지 및 이익공여죄의 입법 취지

회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없고 이를 위반하여 재산상 이익을 얻은 자는 그 이익을 회사에 반환하여야 한다(상법 제467조의2 제1항 및 제3항). 이를 이익공여금지라고 하는데, 상법은 이익공여금지 위반시 이익공여죄로 처벌하는 형

19) 자산운용사의 의결권 행사 규정에는 신탁업자(은행 등)가 주주총회 소집통지서를 수령한 경우 이를 즉시 자산운용사에 통지하도록 하여 상호 협조체제를 유지하게 하고 있다[한국기업지배구조원 의결권정보광장(<http://vip.cgs.or.kr/main/main.asp>) 참조].

20) 일본의 경우 21일 전에 주주총회 소집 통지를 하는 기업의 수가 상당하다(三笠 裕/濱口耕輔, コーポレート・ガバナンス・コードを踏まえた株主総会対応, 商事法務, No.2064, 商事法務研究會, 2015, 61면).

21) 유럽에서는 출석프리미엄이라는 이름으로 유사한 논의가 있는데, 출석프리미엄이란 주주총회에 출석한 대가로 주주에게 지급하는 금전을 의미한다(정성숙, “출석프리미엄을 통한 주주총회의 활성화 방안”, 「기업법연구」 제26권 제3호, 한국기업법학회, 2012, 74면.; 권중호, “의결권 행사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 연구보고서 2016-4, 한국상장회사협의회, 2016, 86면).

22) 森田 果, “株主総会白書データから読み取る株主総会の実像”, 商事法務, No.2133, 商事法務研究會, 2017, 54면.; 또한 위 자료에 의하면, 주주총회에 출석하는 것 자체가 큰 기회비용이기 때문에 선물을 제공하는 시점은 주주의 출석률에 영향을 미치지 않았다(森田 果, 전제 논문, 54~55면).

사상 벌칙 규정(상법 제634조의2 제1항 및 제2항)도 두고 있다. 이익공여금지 및 이익공여죄²³⁾는 주주총회의 운영을 교란시키는 총회꾼²⁴⁾의 활동을 봉쇄하기 위하여 1984년 우리나라 상법에 도입되었다.²⁵⁾ 이익공여금지 및 이익공여죄의 입법취지에 대하여 회사재산의 낭비를 방지하기 위함이라는 견해, 회사운영의 공정성을 확보하기 위해서라는 견해 등의 대립이 있는데,²⁶⁾ 오늘날에는 이익공여금지 규정의 입법 취지를 주주총회 운영의 정상화를 도모하기 위함이라고 해석한다.²⁷⁾

(2) 주주의 권리행사의 의미

이익공여금지 규정은 ‘주주의 권리행사와 관련한’ 재산상 이익 공여를 금지하는데, ‘주주의 권리행사와의 관련성’은 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 것을 뜻하고,²⁸⁾ ‘주주의 권리’란 법률과 정관에 따라 주주로서 행사할 수 있는 모든 권리를 의미한다. ‘주주의 권리’에는 주주총회에서의 의결권, 대표소송 제기권, 주주총회결의에 관한 각종 소권 등과 같은 공익권, 이익배당 청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등과 같은 자익권이 모두 포함된다.²⁹⁾

주주의 권리행사³⁰⁾와 이익공여와의 관련성의 관계에서 고려해야 할 것은 이익공여가 특정한 주주에 의한 현재화(顯在化)한 권리행사와 관련되어 있으면 충분한 것인지, 그렇지 않으면 일반적인 주주의 권리행사와 관련성이 있으면 충분한가인지 여부이다.³¹⁾ 문리해석상 일반적인 주주의 권리행사와 관련성이 있으면 충분하며, 특정 주주의 권리행사까지 확대하는 것은 타당하지 않다. 그러므로 회사에 대한 계약상의 특수한 권리는 주주의 권리에 포함된다고 해석하기 어렵다.³²⁾

23) 회사 입장에서 보면 회사는 주주로부터 주주가 얻은 이익을 돌려받으면 충분하므로, 민사사건으로 해결하면 충분하고 이익공여죄라는 형사처벌 규정을 별도로 두는 것은 적절하지 못하다. 권리행사방해 등에 관한 중수죄(상법 제631조)는 주주총회에서의 발언 또는 의결권의 행사, 소의 제기 등 권리행사방해죄에 해당하는 주주권의 행사를 특정하고 있다. 상법 제631조와 비교했을 때 상법 제467조의2 및 제634조의1은 전반적인 주주의 권리 일반에 관해서 적용되기 때문에 처벌대상이 너무 넓다는 문제점이 있다(이광수, “상법위반죄와 관련한 상법개정시안의 몇 가지 문제점”, 『정보와 법 연구』 제9호, 국민대학교, 2007, 154~155면).

24) 총회꾼이란 주주총회의 개최 전에 경영진에게 접근하여 의사진행을 방해하지 않을 것 또는 의사진행에 적극적으로 협조할 것을 조건으로 금품을 갈취하는 자를 말한다(정동윤(편)/김건식(집필), 『주식 상법』, 회사 IV (제5판), 한국사법행정학회, 2014, 399면).

25) 정 부, 「상법 중 개정법률안」, 1982.; 우리나라는 일본이 1981년 개정 상법에 신설한 이익공여금지 규정을 계수하였다(정동윤(편)/김건식(집필), 전제서, 399면).

26) 정재영, “이익공여금지”, 『주식회사법대계II』, 한국상사법학회, 법문사, 2016, 246면.; 권재열, “상법상 이익공여죄에 관한 소고”, 『법학연구』 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2008, 130면.

27) 최근 이익공여금지 규정에 위반되는지가 문제된 대법원 2014. 7. 11.자 2013마3497 결정에 대하여 회사의 이익공여금지 규정이 회사재산의 낭비 외에 회사운영의 건전성 확보라는 입법목적에 가진 것을 확인한 것이라는 견해가 있다(최준선, “주주권 행사와 관련한 이익공여금지 소고”, 『성균관법학』 제27권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2015, 209면).

28) 대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정.

29) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355-2015다68362 판결.

30) 주주의 권리행사는 주주권의 적극적인 행사뿐만 아니라 소극적인 불행사를 포함한다(이철송, 『회사법강의』 (제24판), 박영사, 2016, 1,001면).

31) 박영길, “이익공여의 금지”, 『고시계』 제392호, 1989, 127~128면.

(3) 이익공여와 선물을 구분하는 판단 기준

이익공여금지는 재산상 이익의 제공을 금지한다. 재산상 이익에는 금전 교부, 물건의 제공, 신용 및 노무의 제공, 시설 이용의 허용, 각종 이권 제공, 신주인수권의 부여,³³⁾ 채무 면제, 변제기 일의 연기 등 재산적 가치가 있는 유형, 무형의 모든 경제적 이익이 포함된다. 재산상 이익에 유형, 무형의 경제적 이익이 포함되므로 선물도 이익공여금지의 적용범위에 포함되는지가 문제된다.³⁴⁾

① 우리나라 사례: 대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정

주주제로 운영되는 골프장인 주식회사 A(이하 ‘이 사건 회사’)는 차기 임원선임결의(이하 ‘이 사건 주주총회결의’)에 관한 사전투표를 실시하기로 하였고, 이사회를 개최하여 사전투표에 참여하는 주주들에게 주주당 1회에 한하여 양도가 가능한 골프장 예약권(이하 ‘이 사건 예약권’이라 함)을 부여하고, 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 의결권을 행사하는 주주들에게 20만원 상당의 상품교환권(이하 ‘이 사건 상품권’)을 교환하기로 결의하였다. 그 후 실제 사전투표나 주주총회에서 직접 의결권을 행사한 주주들은 이 사건 예약권과 상품권을 제공받았다. 대법원은 위 사안에 관하여 “..... 이 사건 회사가 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 투표권을 행사한 주주들에게 무상으로 이 사건 예약권과 상품권을 제공하는 것은 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정된다. 이 사건 예약권과 상품권은 주주권행사와 관련되어 교부되었을 뿐만 아니라 그 액수도 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로서 상법상 금지되는 주주의 권리행사와 관련된 이익공여에 해당하고, 이러한 이익공여에 따른 의결권 행사를 기초로 한 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 봄이 상당하다.”라고 판단하였다.

② 일본 사례: 東京地判平成19年12月6日判例タイムズ1258号69頁[이하 ‘모리텍스(モリテックス) 사건’]

일본 판례 중에 모리텍스 사건이 있는데, 이 사건에서는 회사가 임원선임 결의에서 의결권을

32) 대법원은 주식매매약정을 하면서 매수인에게 임원추천권을 부여하기로 하였으나, 후에 임원추천권을 행사하지 않는 대가로 매수인에게 매월 200 만원을 지급하기로 한 사안에서 “임원추천권은 주식매매약정에서 정한 계약상의 특수한 권리에 지나지 아니하며, 이를 주주의 자격에서 가지는 공익권이나 자익권으로 볼 수는 없다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015 다 68355-2015 다 68362 판결).”라고 판시하였다.

33) 이철송, 전개서, 1,002면.

34) 로앤비, 법고를 LX 등에서 키워드를 이익공여금지로 했을 때 검색되는 판례로 대법원 2014. 7. 11.자 2013 마2397 결정과 대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355-2015다68362 판결 총 2개가 있다.

행사하는 조건으로 주주에게 500엔 상당의 QUO카드³⁵⁾를 교부한 것이 이익공여금지에 해당하는지 여부가 문제되었다. 동경지방법판소는 모리텍스 사건에 관하여 회사법상 금지되는 이익공여에 해당하고, 이러한 의결권 행사에 기초한 주주총회 결의는 취소될 수 있다고 하였다.³⁶⁾ 동경지방법판소는 위 사건에서 “주주의 권리행사와 관련한 재산상의 이익공여는 원칙적으로 전부 금지되지만, ① 주주의 권리행사에 영향을 미칠 우려가 없는 정당한 목적에 근거한 것이고, ② 개개의 주주에게 공여된 액수가 사회통념상 허용되는 범위의 것이고, ③ 총액도 회사의 재산적 기초에 영향을 미치는 것이 아닌 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.”라고 판시하여 이익공여금지 규정이 적용되는 판단기준을 제시했다.³⁷⁾

3) 소 결

이익공여금지의 적용범위에 해당하는지 여부는 ① 주주권의 행사와의 관련성, ② 주주에게 제공하는 재산상 이익의 가액이 사회통념상 허용되는 범위 내에 있는지에 따라서 달라진다. 이익공여금지 규정의 입법 취지에 의하면 주주총회 결의에 필요한 정족수의 확보를 목적으로 의결권을 행사한 주주에게 소액의 상품권 또는 금전 등을 제공하는 것은 주주의 의결권 행사를 촉진하여 회사 운영의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 이익공여에 해당하지 않는다.³⁸⁾ 결론적으로 주주의 주주총회 출석을 촉진하기 위해 제공하는 선물의 가액이 사회통념상 허용되는 범위라면 이익공여금지 규정의 적용을 받지 않는다. 주주의 주주총회 참여를 유인하기 위해 실생활에 도움이 되는 선물을 제공한다면 주주의 주주총회 출석률이 보다 제고될 것이다. 향후 사회통념상 허용되는 가액의 기준은 정립되어야 한다.

3. 주주제안권의 활성화

1) 현 황

주주제안권은 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100 분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 이사에게 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안하는 제도이다(상법

35) 편의점, 서점, 약국, 패밀리레스토랑, 주유소 등에서 사용할 수 있는 상품권(기프트 카드)이다(이효경, “이익공여금지규정을 둘러싼 제문제-최근 일본에서의 논의를 중심으로-”, 『경영법률』 제24권 제1호, 한국경영법률학회, 2013, 13면).

36) 모리텍스 사건은 이익공여금지 위반을 이유로 주주총회결의취소소송이 최초로 인용된 사건으로 각계의 주목을 받았다(王偉杰, “委任状争奪戦における利益供与問題について”, 『流経法学』 第15卷 第1号, 流通経済大学, 2015, 4면).

37) 久保田安彦, “『株主権行使に関する利益供与』に関する規律”, 『法律時報』 84卷11号, 日本評論社, 2012, 34면.; 이효경, 전계논문, 14면.

38) 양만식, “위임장권유와 주주총회결의의 취소”, 『기업법연구』 제23권 제3호, 한국기업법학회, 2009, 179면.

제 363 조의 2). 상장회사의 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 1,000 분의 10 이상에 해당하는 주식을 보유하는 주주일 것을 요하며,³⁹⁾ 추가적으로 6 개월의 주식보유기간을 요구한다(상법 제 542 조의 6 제 2 항). 회사의 경영진 및 이사는 주주제안을 통해 주주의 관심사를 파악할 수 있고, 주주들은 자신의 의사를 회사에 전달하는 수단으로 주주제안권을 활용할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 우리나라는 주주제안권의 활용 빈도가 낮은 편인데, 2013~2015 년 주주제안 현황을 분석한 <표 1>에 의하면, 3 년 동안 주주제안 건수는 증가하였고 2015 년에는 전년도 대비 약 2.8 배 증가하였다.

<표 1> 주주제안 현황

구분	2013년	2014년	2015년
주주제안 건수	36건	42건	116건
기업 수	12사	16사	36사

* 이다원 외 2, “주주제안 현황 및 제도 실태 분석”, 「CGS 보고서」 79호, 한국기업지배구조원, 2015.

주주총회에서 주주에게 관심이 높은 의안을 다룰 경우 주주총회에 출석하는 주주의 수가 증가하였다는 일본의 분석자료⁴⁰⁾가 있는바, 주주제안이 활성화되면 주주는 자신이 제안한 안전에 대한 표결 결과를 알기 위해서라도 주주총회에 물리적으로 출석할 가능성이 높아질 것으로 예상된다.

2) 주주제안권의 활성화 방안

현행 주주제안권을 후술하는 바와 같이 개선한다면 주주제안권 제도가 보다 활성화될 것으로 기대된다. 첫째 주주제안권의 행사요건을 완화해야 한다. 주주제안권을 행사하려면 비상장회사의 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 3% 이상에 해당하는 주식을 보유해야 하는데, 기관투자자가 아니고서는 위 요건을 충족하기가 쉽지 않다. 주주의 주식 보유비율을 3% 보다 완화할 필요가 있다.

둘째, 주주제안 거부와 관련된 기준을 보다 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 주주제안이 거부되는 사유는 상법 시행령 제 12 조에 한정되어 있어 엄격하게 해석해야 함에도 불구하고 회사의 이사회에서 주주제안권을 무시하고 주주제안을 변형하거나(서울중앙지방법원 2015. 4. 9.

39) 최근 사업연도 말 현재의 자본금이 1천억원 이상인 상장회사의 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 1,000분의 5 이상의 주식을 보유하면 된다(상법 제542조의6 제2항, 같은 법 시행령 제32조).

40) 油布志行 外 3, “コーポレート・ガバナンス・コード原案の解説 [I]”, 「商事法務」 No.2062, 商事法務研究會, 2015, 60면.

선고 2014 가합 529247 판결), 정관을 변경하여 소수주주의 주주제안권을 무력화시키는 경우가 있다.⁴¹⁾ 그러므로 주주제안을 거부하는 기준에 대해서 보다 명확한 기준을 제시해야 한다.

셋째, 주주제안에 대해 많은 정보를 제공해야 한다. 우리나라의 경우 주주제안이 주주총회 의안이 된 경우 주주총회 통지문 또는 공고문에서 해당 안건이 주주제안된 안건임을 알 수 있을 뿐 제안 취지, 필요성 등 의사결정에 필요한 충분한 정보를 얻을 수가 없다. 주주제안에 대해서는 회사 홈페이지 등에 해당 정보를 게시하는 등 더 많은 정보를 제공할 수 있는 방안을 강구해야 한다.

4. 주주간담회의 활성화

우리나라의 경우 주주간담회를 개최하는 회사들이 일부 있으나⁴²⁾ 주주간담회가 활성화되어 있지는 않다. 2011년부터 2016년까지의 일본 주주총회 백서 데이터를 분석해서 추정한 자료에 의하면, 주주간담회를 폐지한 기업은 폐지한 이후 주주총회 출석률이 평균적으로 감소하였고, 역으로 도입한 기업은 주주총회 출석률이 평균적으로 증가하였다. 실제로 주주총회 출석률이 높은 기업에서는 주주간담회를 폐지하는 경향이 나타났다.⁴³⁾ 위 데이터 분석자료에 의하면, 우리나라의 각 회사들은 주주간담회를 통해 주주와의 대화의 장을 구축하고 의견을 교환할 필요성이 있다.

IV. 주주의 의결권 행사 비율 제고 방안

1. 서면투표 및 전자투표

주주가 의결권을 쉽게 행사하는 방안으로 서면투표, 전자투표가 자주 논의된다.⁴⁴⁾ 서면투표,

41) ㈜BYC의 소수주주들이 감사 선임을 제안하였으나, ㈜BYC는 정관 변경을 통해 감사위원회를 신설하는 안건을 내고 주주총회에서 그 안건을 통과시킴으로써 주주제안을 거부하였다(정다운, “[주총시즌 관전포인트] 부결...폐기...큰손에 놀린 ‘개미의 반란’”, 이투데이, 2016년 3월 22일자 기사).

42) ㈜셀트리온, ㈜KH케미칼, 스위트정보통신(주) 등이 주주간담회를 개최하고 있다.

43) 森田 果, 전계 논문, 54~56면.

44) 곽관훈, “전자투표제도 활성화를 위한 법적 과제”, 『IT와 법연구』 제7집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2013.; 권중호, “전자투표제도 의무화의 필요성과 그 이유-서면투표·위임장투표와의 비교-”, 『경제법연구』 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013.; 김병태, “주주총회의 전자투표제도 ‘의무화’와 문제점”, 『기업법연구』 제27권 제3호, 한국기업법학회, 2013.; 김순석, “온라인·비대면 환경에서 주주총회 활성화 방안”, 『선진상사법률연구』 통권 제77호, 법무부, 2017.; 김재범, “2009년 개정상법(회사편)의 문제점”, 『법학논고』 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.; 김화진, 전계 논문.; 장영수, “전자투표제도와 전자위임장권유제도의 운영현황과 개선과제”, 『증권법연구』 제16권 제2호, 한국증권법학회, 2015.; 정완용, “주주의 의결권행사의 전자화에 관한 고찰”, 『상사법연구』 제28권 제3호, 한국상사법학회, 2009.; 최완진, “주주총회 운영의 활성화와 전자화 방안에 관한 법적 고찰”, 『선진상사법률연구』 통권 제77호, 법무부, 2017.; 허항진, 전계 논문. 외 다수.

전자투표는 서면에 의한 결의인지, 인터넷을 통한 결의인지 사용하는 매체에만 차이가 있을 뿐 사실상 같은 방법이다.⁴⁵⁾ 서면투표는 1999년 개정상법에 도입되었는데, 정관에서 정하는 바에 따라 주주가 총회에 출석하지 아니하고 서면에 의하여 의결권을 행사하는 것이다(상법 제368조의3 제1항). 서면투표는 공인전자서명을 통한 주주확인을 거치는 등의 인증절차가 필요한 전자투표⁴⁶⁾와 비교하면 상대적으로 이용하기가 편리함에도 불구하고 실제 이용률은 그다지 높지 않다. 2016년 주주총회 백서에 의하면 2015년도에 서면투표를 실시한 387개 회사 중 앙케이트 조사에 응답한 회사는 26개(6.7%)에 불과했고, 위 회사들의 주주 참여율은 대개 1% 이하로 나타났다.⁴⁷⁾

한편, 전자투표는 주주총회에 참석하기 어려운 주주들의 편의를 위해 2009년 개정상법에 도입된 제도로써 회사는 이사회 결의로 주주가 총회에 출석하지 아니하고 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있음을 정할 수 있다(상법 제368조의4 제1항). 전자투표는 2010년도부터 시행되었는데, 당시 전자투표를 채택한 상장회사의 비율이 극히 저조했으나 새도우보팅제의 폐지를 염두에 두고 2015년도에는 전년도(79개사)에 비해 5배 이상 증가하였다. 그러나 주주들이 실제로 전자투표를 이용하여 의결권을 행사한 비율은 주식 수 기준으로 1.76%에 불과⁴⁸⁾했기 때문에 전자투표의 시행이 주주의 주주총회 참여율로 이어졌다고 보기는 어렵다.⁴⁹⁾

위 자료에 의하면 서면투표, 전자투표의 시행이 주주의 의결권을 확보하기 위한 실효성이 있는 수단이라고 말하기는 어렵다. 주주의 참여율이 낮은 이유가 우리나라 상법이 서면투표 또는 서면투표를 회사의 선택에 맡기고 있기 때문이라는 견해가 있어 전자투표 또는 서면투표를 의무화하지는 「상법 일부개정법률안」이 2017년 8월 기준으로 국회 법제사법위원회에 계류 중이다.⁵⁰⁾ 서면투표 또는 전자투표의 시행이 의무화되면 종전보다는 의결권을 확보하기가 수월할 것으로 예상되나, 의결권의 행사수단인 매체의 변경과 그 시행의 의무화만으로는 한계가 있다.

2. 의결권 대리행사 권유의 활성화

1) 현 황

의결권 대리행사 권유(위임장 권유)란 주주의 의결권을 확보하려는 자(이하 ‘권유자’)가 피권

45) 송옥렬, 「상법강의」 (제7판), 홍문사, 2017, 930면.

46) 상법 제368조의4 제3항, 같은 법 시행령 제13조 제1항, 전자서명법 제2조 제13호; 공인전자서명이 없는 외국인의 경우 전자투표를 하는 데에 제약이 있다.

47) 한국상장회사협의회, 「2016 상장회사 주주총회 백서」, 2016, 32면.; 권중호, 전계 보고서, 37면

48) 황현영, “상장회사의 정기주주총회 현황 및 시사점”, 「지표로 보는 이슈」 제32호, 국회입법조사처, 2015, 3면.

49) 전자투표 및 전자위임장 행사비율은 2016년 3월말 전자투표의 경우 주식수 기준 1.44%, 주주 수 기준 0.22%이며, 전자위임장 행사율은 각각 0.15%, 0.002%로 매우 저조한 실정이다(한국예탁결제원, “한국예탁결제원, 전자투표제도를 통한 주주문화 선진화 지원”, 2017년 4월 27일자 보도자료, 3면).

50) 윤상직 외 9인, 「상법 일부개정법률안」(윤상직의원 대표발의, 의안번호: 2007863), 2017.

유자(주주)에게 의결권의 행사를 자신에게 위임하여 달라고 집단적으로 권유하는 것을 말한다.⁵¹⁾ 의결권 대리행사 권유는 대개 회사, 이사회 그 밖의 경영자 또는 대주주가 주주총회 의결 정족수를 확보하기 위하여 행해지는 경우가 대부분이고, 의결권 경쟁 목적으로 행해지는 경우는 많지 않다.⁵²⁾ 의결권 대리행사 권유제도는 권유자가 자신이 원하는 방향으로 피권유자인 주주의 의결권 행사를 직접 유도할 수 있다는 점에서 서면투표, 전자투표보다 매력적인 측면이 있다.

<표2> 상장회사의 의결권 대리행사 권유 현황

	2009년	2010년	2011년	2012년	2013년
유가증권	155건	150건	153건	174건	192건
코스닥	123건	110건	91건	48건	53건
합계	278건	260건	244건	222건	245건

* 금융감독원, “2011년 경영권 관련 공시 소폭 감소”, 2012년 4월 17일자 보도자료.; 금융감독원, “2013년 중 상장법인의 경영권 관련 공시 현황”, 2014년 4월 1일자 보도자료.

<표2>에 의하면, 2005년~2009년까지 의결권 대리행사 권유 사례는 매년 증가하는 추세에 있었으나⁵³⁾ 2009년 이후 조금 감소하였고 다시 증가하는 추세를 보이고 있다.

2) 의결권 대리행사 권유 시점의 명문화

권유자는 그 권유에 있어서 피권유자(주주)에게 위임장 용지 및 참고서류를 권유와 동시에 혹은 그 이전에 주주에게 교부하여야 하고(자본시장법 제152조 제1항, 같은 법 시행령 제160조), 위임장 용지 및 참고서류를 피권유자에게 제공하는 날 2일 전까지 이를 금융위원회와 거래소에 제출하여야 하며(자본시장법 제153조), 제출된 위임장 용지 및 참고서류는 접수일부터 인터넷 홈페이지 등을 이용하여 공시하여야 한다(자본시장법 제157조).

위임장 용지는 주주총회의 목적사항 각 항목에 대하여 피권유자가 찬반(贊反)을 표시하도록 되어 있기 때문에(자본시장법 제152조 제4항), 권유자가 의결권 대리행사를 권유하기 전에 주주총회 의안이 모두 확정되어 있어야 한다. 이에 주주총회 소집통지 발송 전에 의결권 대리행사 권유가 가능한지가 문제된다. 이것이 주로 문제되는 경우는 권유자가 주주일 때인데, 주주총회일의 2주일 전에 주주총회 소집통지를 하도록 하고 있으므로, 주주총회 소집통지 발송 전에 의결권

51) 송옥렬, 전제서, 929면.

52) 2013년 의결 정족수 충족 목적으로 위임장 권유를 한 경우는 220건(89.8%)이었고, 의결권 경쟁 목적의 권유는 25건(10.2%)이었다(금융감독원, “2013년 중 상장법인의 경영권 관련 공시 현황”, 2014년 4월 1일자 보도자료, 3면).

53) 금융감독원, “2009년 중 공개매수신고 및 의결권 대리행사 권유 현황 분석”, 2010년 4월 14일자 보도자료, 2면.

대리행사 권유가 불가능하다고 보면 시간적 제약으로 인해 의결권대리 행사 권유를 성공시키는 것이 사실상 불가능하다.⁵⁴⁾ 그렇기 때문에 소집통지 발송 전에 의결권 대리행사 권유가 가능하다고 보는 것이 타당하다.⁵⁵⁾

의결권 대리행사 권유를 주주총회 소집통지 발송 전에 할 수 있다면 위임장을 받을 수 있는 시간을 충분하게 확보할 수 있고, 반송된 위임장에 하자가 있다면 위임장을 다시 주주에게 송부하여 하자를 보완할 수 있으므로,⁵⁶⁾ 의결권 대리행사 권유의 목적을 달성하기가 용이해진다. 의결권 대리행사 권유의 실효성을 확보하기 위하여 ‘의결권 대리행사 권유를 주주총회일 3주 전부터 할 수 있다’는 등 명문으로 의결권 대리행사 권유 시점을 규정하여야 한다.⁵⁷⁾

3) 전자위임장 이용시 통지의무의 명문화

위임장 용지는 권유자가 회사인 경우에는 주주총회 소집통지서와 함께 송부되는 것이 일반적이지만, 권유자가 주주인 경우에는 권유자가 직접 피권유자에게 교부할 수 있으며, 경우에 따라서는 우편이나 모사전송(FAX)에 의한 방법, 전자우편에 의한 방법, 인터넷 홈페이지를 이용하는 방법으로도 교부할 수 있다(자본시장법 시행령 제160조).

의결권 대리행사를 권유받은 피권유자는 위임장 용지에 찬반을 표시한 후 기명날인을 하여 권유자에게 위임장을 반송하는데, 위임장을 반송하는데 드는 시간과 노력, 비용 등을 고려했을 때 모든 피권유자가 적시에 위임장을 반송할 것이라고 기대하는 것은 무리이다. 이에 의결권 대리행사에 소요되는 절차상의 번잡함을 줄이기 위해서 2014년 위임장 용지 등의 교부방법에 ‘인터넷 홈페이지를 이용하는 방법(전자위임장 권유제도, 자본시장법 시행령 제160조 제5호)⁵⁸⁾’을 추가하였고 이는 타당한 조치라고 생각한다. 우리나라 전자위임장 권유제도 하에서는 주주가 직접 전자위임장 권유시스템에 접속하여 위임장 용지와 참고서류를 조회하여야 하므로, 적어도 권유자는 피권유자에게 인터넷 홈페이지를 이용한 위임장 권유가 이루어졌다는 사실을 통지할 필요성이 있다. 그런데 현행 자본시장법 및 같은 법 시행령에는 전자위임장 권유의 통지에 관한 규정을 두고 있지 않다. 전자투표와 전자위임장을 관리하는 한국예탁결제원의 「전자위임장 권유의 관리

54) 주말을 제외하면 권유자가 피권유자에게 의결권 대리행사를 권유할 수 있는 기간은 10일 정도에 불과하다(권중호, 전계 보고서, 96면). 투자자측 입장에서 보면, 의결권 대리행사 권유를 공시한 시점부터 주주총회 개최일까지 7.1일에 불과하다는 견해도 있다(이민형, “의결권 대리행사 권유 동향”, 「CGS Report」 3권 8호, 한국기업지배구조원, 2013, 9면).

55) 松山遥, “敵対的株主提案とプロキシファイト”, 「商事法務」, 2007, 58 ~80頁.

56) 양만식, “주주총회의 활성화와 위임장 권유-일본의 경우를 중심으로”, 「법학논총」 제38권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014, 224면.

57) 한국예탁결제원의 「전자위임장권유의 관리 등에 관한 규정」 제9조 제1항은 “전자위임장 권유자는 전자위임장 권유를 하려는 경우 주주총회일의 3주 전까지 관리시스템을 통하여 이를 신청해야 한다.”고 정하고 있다.

58) 자본시장법 시행령 제160조 제5호에서 말하는 ‘인터넷 홈페이지’의 의미가 불분명하므로 ‘위임장 권유자 또는 권유자의 위임을 받은 전자위임장 권유관리기관의 홈페이지’란 문구로 개정되어야 한다는 지적이 있다(장영수, 전계 논문, 192~193면).

등에 관한 규정」 제10조 제2항에 전자위임장 권유에 관한 통지의무를 규정하고 있을 뿐이다. 전자위임장 권유제도의 실효성을 확보하기 위해서 주주에 대한 통지의무를 한국예탁결제원의 규정이 아닌 자본시장법에 명시하여야 한다.⁵⁹⁾

3. 안정주주의 확보

안정주주⁶⁰⁾는 의결권 행사에 있어서 큰 역할을 한다. 안정주주를 확보하는 방안으로 우리사주제도⁶¹⁾의 활성화를 생각해 볼 수 있다.⁶²⁾ 우리사주조합(이하 ‘조합’)은 이해관계를 달리하는 조합원에 의해 구성되므로 조합원의 지분에 따른 의사가 존중되어야 한다는 점에서 조합은 의결권을 행사할 의무가 있다. 우리사주조합의 대표자는 우리사주조합원의 의사표시에 대하여 주주총회 의안에 대한 의결권을 행사하여야 하고(근로복지기본법 제46조 제1항), 우리사주조합원이 의결권 행사의 위임을 요청한 경우에는 우리사주조합의 대표자는 해당 우리사주조합원의 주식보유분에 대한 의결권의 행사를 그 우리사주조합원에게 위임하여야 한다(근로복지기본법 제46조 제2항). 그리고 과거와 달리, 2016년 자본시장법이 개정되면서 우리사주조합 및 조합원은 일정 요건 충족시 한국증권금융에 예탁한 우리사주를 중개기관을 통하여 타인에게 대여하는 것이 가능해졌다.⁶³⁾ 자본시장법 개정과 더불어 우리사주조합제도가 활성화된다면 회사 입장에서 어느 정도의 의결권을 확보하는 것이 가능해지므로 주주의 의결권 행사 비율을 제고할 수 있을 것이다.

59) 미국은 전자위임장 규칙(E-proxy Rule, SEC Release No. 34-56135)에 의하여, 2009년 1월부터 모든 공개회사(all public companies)와 기타 위임장 권유자는 EDGAR가 아닌 다른 인터넷 웹사이트에 위임장 권유 자료를 게시하여야 하고 주주들에게 위임장 권유자료의 인터넷상의 유용성에 대한 통지(Notice of Internet Availability of Proxy Materials)를 하여야 한다. 주주에게 위임장 자료를 송부하는 방식에는 통지만 하는 방식(the notice only option), 전체 위임장 권유자료를 송부하는 방식(full set delivery option)이 있다. 전자의 경우에는 인터넷 웹사이트에 위임장 권유자료를 게시하고, 주주총회 개최일로부터 최소한 40일 전에 위임장 자료의 전자적 접근에 관해서 통지를 해야 한다[SEC Rule 14a-16(a)(2)]. 후자의 경우에는 발행회사는 전체 위임장 자료를 종이 또는 전자방식으로 송부할 수 있는데 이 때 위임장 권유자료의 인터넷상의 유용성에 대한 통지가 수반되어야 한다. 발행회사는 위 위임장 권유자료의 복사본을 위 통지보다 늦지 않게 인터넷 웹사이트에 게시해야 한다[SEC Rule 14a-16(n)]. 후자의 경우에는 전자와 달리 40일 통지 기간은 준수하지 않아도 된다[SEC Rule 14a-16(n)(3)]. 양자 모두 주주에게 위임장 권유자료를 인터넷상으로 확인할 수 있다고 통지해야 한다는 점에서 공통된다.

60) 안정주주란 회사의 업적이나 주가의 일시적 변동에 관계없이 장기간 주식을 소유하고 있는 주주를 의미한다. 은행, 보험회사, 계열회사와 같은 법인주주는 영업상의 이유로 장기간 주식을 보유하는 경우가 많기 때문에 이들을 안정주주라고 한다.

61) 우리사주제도는 근로자로 하여금 우리사주조합을 통하여 해당 우리사주조합이 설립된 주식회사의 주식을 취득·보유하게 함으로써 근로자의 경제·사회적 지위향상과 노사협력 증진을 도모함을 목적으로 하는 제도(근로복지기본법 제32조)로서, 1968년 종업원지주제도에 명칭으로 도입되었지만 현재까지 크게 활성화되지 못하였다.

62) 강창희, 「일본상장기업의 주주우대제도 고찰」, 「상장협」 12호, 한국상장회사협의회, 1985, 96면.

63) 근로복지기본법 제43조 제3항, 2016년 자본시장법 개정 전에는 우리사주의 취득자금이 차입금이기 때문에 주가 하락에 따른 위험을 더욱 크게 인식하여 우리사주를 장기적으로 보유하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점이 자주 지적되었다(관계부처합동, “우리사주제도 활성화 방안”, 2015).

V. 결 론

주주총회 활성화 방안에 대한 연구가 많이 있는데, 본고에서는 주주총회에서 주주 참여율을 제고하기 위한 방안을 주주의 주주총회 출석률 제고 방안과 주주의 의결권 행사 비율을 제고하는 방안 2가지로 나누어서 검토했다. 주주총회에 물리적으로 참여하는 주주의 숫자를 늘리기 위해서는 3월말에 집중적으로 개최되는 주주총회일을 분산시켜야 한다, 주주총회 개최일이 동일한 회사가 많은 것이 현재 실정인데 주주가 여러 회사의 주식을 보유하고 있다면 현실적으로 모든 회사의 주주총회에 출석하는 것이 불가능하기 때문이다. 이를 위해 관행에 따른 정기주주총회의 기준일을 조정할 필요가 있고, 주주들이 의안을 검토할 시간을 확보할 수 있도록 주주총회 소집 통지문을 조기에 발송할 필요성이 있다. 또한 주주에게 선물을 제공하는 것이 이익공여금지에 위반되지 않으므로 사회통념상 허용되는 가격 범위 내에서 실생활에 도움이 되는 선물을 제공한다면 충분히 주주를 주주총회에 참여하도록 유인하는 방안이 될 수 있다. 이 외에도 주주제안권의 활성화를 위해 개선이 필요한 부분 및 주주간담회의 활성화에 대해서 간단하게 언급했다.

주주의 의결권 행사 비율을 제고하는 방안으로는 서면투표 및 전자투표, 의결권 대리행사 권유와 안정주주를 확보하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 서면투표, 전자투표는 주주총회 활성화 방안으로 자주 논의된 주제이고, 서면투표 또는 전자투표의 의무 시행에 관한 「상법 일부개정법률안」이 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중에 있다. 서면투표 또는 전자투표가 의무화된다면 주주총회의 의결권을 확보하는 것이 종전보다 수월해지겠지만, 단순한 매체의 변경만으로 주주의 주주총회에서의 참여율을 높이는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 주주가 회사 경영에 관심을 갖도록 유도하는 것이 더 중요하다. 의결권 대리행사 권유의 경우 의결권 대리행사의 권유가 언제부터 가능한지, 인터넷 홈페이지를 이용하여 위임장 권유를 했을 때 주주에게 전자위임장 권유가 있었다는 통지를 해야 하는지에 관한 명문의 규정이 없다. 의결권 대리행사 권유의 실효성을 확보하기 위하여 주주총회 소집통지 발송 전에 의결권 대리행사의 권유가 가능하다는 점, 전자위임장으로 권유할 경우 적어도 인터넷 홈페이지를 이용한 전자권유가 이루어졌다고 통지할 의무가 있다는 점을 명문으로 규정해야 한다. 마지막으로 회사의 입장에서 안정주주가 확보된다면 주주총회에서 의결권을 확보하기가 용이할 것이기 때문에, 안정주주의 확보와 관련하여 우리사주제도의 활성화에 대해서 간단히 언급했다.

참 고 문 헌

국내문헌

- 김교창, 「주주총회의 운영」, 육법사, 2010.
- 송옥렬, 「상법강의」 (제7판), 홍문사, 2017.
- 이철송, 「회사법강의」 (제24판), 박영사, 2016.
- 임재연, 「미국증권법」, 박영사, 2009.
- 정동운(편)/김건식(집필), 「주식 상법」, 회사 IV(제5판), 한국사법행정학회, 2014.
- 한국상사법학회, 「주식회사법대계Ⅱ」, 법문사, 2016.
- 한국상장회사협의회, 「2016 상장회사 주주총회 백서」, 2016.
- 한국증권법학회, 「자본시장법」 (주석서 I), 박영사, 2015.
- 강창희, “일본상장기업의 주주우대제도 고찰”, 「상장협」 12호, 한국상장회사협의회, 1985.
- 곽관훈, “전자투표제도 활성화를 위한 법적 과제”, 「IT와 법연구」 제7집, 경북대학교 IT와 법 연구소, 2013.
- 관계부처합동, “우리사주제도 활성화 방안”, 2015.
- 권재열, “상법상 이익공여죄에 관한 소고”, 「법학연구」 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2008.
- 권종호, “전자투표제도 의무화의 필요성과 그 이유—서면투표·위임장투표와의 비교—”, 「경제법연구」 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013.
- _____, “의결권행사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 연구보고서 2016-4, 한국상장회사 협의회, 2016.
- _____, “새도보팅제도 폐지유예기간의 종료에 대한 대책”, 「선진상사법률연구」 통권 제77호, 법무부, 2017.
- 금융감독원, “2009년 중 공개매수신고 및 의결권 대리행사 권유 현황 분석”, 2010년 4월 14일자 보도자료.
- _____, “2011년 경영권 관련 공시 소폭 감소”, 2012년 4월 17일자 보도자료.
- _____, “2013년 중 상장법인의 경영권 관련 공시 현황”, 2014년 4월 1일자 보도자료.
- 김병태, “주주총회의 전자투표제도 ‘의무화’와 문제점”, 「기업법연구」 제27권 제3호, 한국기업 법학회, 2013.
- 김상규, “우리사주조합 조합원의 법적지위에 관한 소고”, 「경제법연구」 제12권 제1호, 한국경

- 제법학회, 2013.
- 김순석, “이익배당의 결정과 기준일제도의 개선방안”, 『증권법연구』 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013.
- _____, “온라인비대면 환경에서 주주총회 활성화 방안”, 『선진상사법률연구』 통권 제77호, 법무부, 2017.
- 김재범, “2009년 개정상법(회사편)의 문제점”, 『법학논고』 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 김진오, “정관에 위반한 사전투표기간 연장 및 의결권행사와 관련한 위법한 이익공여가 주주총회 결의의 효력에 미치는 영향-대상판결:대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정”, 『BF L』 제71호, 서울대학교 금융법센터, 2015.
- 김화진, “주주총회 관련 제도의 개선을 통한 상장회사 주주권의 강화”, 『선진상사법률연구』 제73호, 법무부, 2016.
- 박영길, “이익공여의 금지”, 『고시계』 제392호, 1989.
- 법제사법위원회, “상법 중 개정법률안 심사보고서(정부 제출, 의안번호: 110424)”, 1984.
- 서완석, “회사법상 의결권 규제의 합리화 방안”, 『기업법연구』 제28권 제2호, 한국기업법학회, 2014.
- 양만식, “위임장권유와 주주총회결의의 취소”, 『기업법연구』 제23권 제3호, 한국기업법학회, 2009.
- _____, “주주총회의 활성화와 위임장 권유-일본의 경우를 중심으로-”, 『법학논총』 제38권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014.
- 육태우, “주주총회 및 위임장권유 제도의 전자화에 관한 연구: 미국의 제도를 중심으로”, 『기업법연구』 제28권 제1호, 한국기업법학회, 2014.
- 윤상직 외 9인, 『상법 일부개정법률안』 (윤상직의원 대표발의, 의안번호: 2007863), 2017.
- 이광수, “상법위반죄와 관련한 상법개정시안의 몇 가지 문제점”, 『정보와 법 연구』 제9호, 국민대학교, 2007.
- 이다원 외 2, “주주제안 현황 및 제도 실태 분석”, 『CGS 보고서』 79호, 한국기업지배구조원, 2015.
- 이민형, “의결권 대리행사 권유 동향”, 『CGS Report』 3권 8호, 한국기업지배구조원, 2013.
- 이철송, “99 년 개정 상법상의 기관운영법리”, 『인권과 정의』 283 호, 대한변호사협회, 2000.
- 이효경, “이익공여금지규정을 둘러싼 제문제-최근 일본에서의 논의를 중심으로-”, 『경영법률』 제 24 권 제 1 호, 한국경영법률학회, 2013.
- 임재연, “주주에 대한 이익 공여 금지”, 『상장』 제495호, 한국상장회사협의회, 2016.
- 장영수, “전자투표제도와 전자위임장권유제도의 운영현황과 개선과제”, 『증권법연구』 제16권

- 제2호, 한국증권법학회, 2015.
- 정다운, “[주총시준 관전포인트] 부결...폐기...큰손에 눌린 ‘개미의 반란’”, 이투데이, 2016년 3월 22일자 기사.
- 정동윤(편)/김건식(집필), 「주식 상법」, 회사 IV(제5판), 한국사법행정학회, 2014.
- 정 부, 「상법 중 개정법률안」, 1982.
- 정상근, “종업원지주제의 운용과 법리상의 문제점”, 「상사법연구」 제18권 제1호, 한국상사법학회, 1999.
- 정성숙, “출석프리미엄을 통한 주주총회의 활성화 방안”, 「기업법연구」 제26권 제3호, 한국기업법학회, 2012.
- 정완용, “주주의 의결권행사의 전자화에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제28권 제3호, 한국상사법학회, 2009.
- 정준우, “주주총회 활성화를 위한 선결과제 검토”, 「선진상사법률연구」 통권 제77호, 법무부, 2017,
- 정찬형, “주주총회 활성화를 위한 제도개선 방안”, 「상사법연구」 제23권 제3호, 한국상사법학회, 2004,
- 정채영, “주주평등의 원칙에 대한 재고”, 「상사판례연구」 제23집 제4권, 한국상사판례학회, 2010.
- _____, “이익공여 금지 위반과 주주총회 결의 취소”, 「기업법연구」 제29권 제1호, 한국기업법학회, 2015.
- _____, “주주총회의 활성화를 위한 과제”, 「기업법연구」 제30권 제2호, 한국기업법학회, 2016.
- 최민용, “기업지배구조 개선과 공시주의”, 「상사법연구」 제31권 제2호, 한국상사법학회, 2012.
- 최완진, “주주총회 운영의 활성화와 전자화 방안에 관한 법적 고찰”, 「선진상사법률연구」 통권 제77호, 법무부, 2017.
- 최용용/배현정, “우리사주제도가 기업지배구조에 미치는 영향”, 「관리회계연구」 제8권 제2호, 한국관리회계학회, 2008.
- 최준선, “상법상 주주총회 결의요건완화를 위한 제언”, 「기업법연구」 제 , 한국기업법학회, 2013.
- _____, “주주권 행사와 관련한 이익공여금지 소고”, 「성균관법학」 제27권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2015.
- 한국예탁결제원, “한국예탁결제원, 전자투표제도를 통한 주총문화 선진화 지원”, 2017년 4월 27일자 보도자료,
- _____, “최근 5개년도 12월 결산 상장법인 정기주주총회 현황 분석”, 2017년 5월 10일자 보도자료.

홍복기, “주주총회 정족수제도의 개선방향”, 「선진상사법률연구」 통권 제77호, 법무부, 2017.

황남석, “주주에 대한 이익공여금지 규정의 적용범위”, 「법조」 722호, 법조협회, 2017.

황현영, “상장회사의 정기주주총회 현황 및 시사점”, 「지표로 보는 이슈」 제32호, 국회입법조사처, 2015.

허항진, “개정상법상 전자투표 제도와 법적 논점에 대한 소고”, 「법학연구」 제38집, 한국법학회, 2010.

외국문헌

久保田安彦, “「株主権行使に関する利益供与」に関する規律”, 「法律時報」 84卷11号, 日本評論社, 2012.

森口 保, “「株主總會プロセスの電子化促進等に関する研究会」報告書の概要 [下] -対話先進国の実現に向けて-”, 「商事法務」 No.2105, 商事法務研究會, 2016.

三笥 裕/濱口耕輔, “コーポレート・ガバナンス・コードを踏まえた株主總會対応”, 「商事法務」 No.2064, 商事法務研究會, 2015.

森田 果, “株主總會白書データから読み取る株主總會の実像”, 「商事法務」 No.2133, 商事法務研究會, 2017.

松山遥, “敵対的株主提案とプロキシファイト”, 「商事法務」, 2007.

王偉杰, “委任状争奪戦における利益供与問題について”, 「流経法學」 第15卷 第1号, 流通經濟大学, 2015.

油布志行 外 3, “コーポレート・ガバナンス・コード原案の解説 [I]”, 「商事法務」 No.2062, 商事法務研究會, 2015.

油布志行 外 3, “コーポレート・ガバナンス・コード原案の解説 [II]”, 「商事法務」 No.2063, 商事法務研究會, 2015.

油布志行 外 3, “コーポレート・ガバナンス・コード原案の解説 [III]”, 「商事法務」 No.2064, 商事法務研究會, 2015.

志谷匡史, “コーポレート・ガバナンス改革と株主總會”, 「商事法務」 No.2088, 商事法務研究會, 2015.

SEC, “Release on Shareholder Choice Regarding Proxy Materials”, Securities and Exchange Act Release No. 34-56135, 2007.



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동 학술대회

1세션 제4주제

합병 등 조직재편의 기능에 관한 고찰

· 발표 최민용 교수(경북대)

· 토론 강희주 변호사(광장)

김홍식 교수(안동대)

합병 등 조직재편의 기능에 관한 고찰

－ 계열사 간의 합병에 대한 회사법적 규제를 중심으로 －

최 민 용*

차 례

- | | |
|------------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | III. 계열사 합병의 회사법적 규제 |
| II. 합병의 기능과 우리의 M&A 현실 | IV. 회사법 적용 방안에 대한 제안 |
| | V. 맺는 글 |

I. 들어가며

국내적으로나 국제적으로도 제도적으로 M&A를 활성화하는 모드이다. 보다 다양한 기업재편의 방법을 새롭게 제도 안에 들여놓고, 기존의 제도에는 편의성의 덧단을 대고 있을 뿐만 아니라 나아가 그러한 기업재편에 세제의 특혜라는 유인책도 마련하고 있다. 우리 회사법 역시 최근 삼각주식교환, 삼각분할합병 등 새로운 기업재편을 도입하고, 기업활력제고를 위한 특별법 또한 각종의 편의적인 관련제도를 마련하고 있다. 이처럼 기업재편 방법으로서의 합병을 보다 다양한 방법으로 활용할 수 있도록 그 문을 활짝 열고 있다.

그런데 이러한 법 환경이 적용되는 현실은 어떠한가? 우리의 M&A를 이야기할 때 공통의 지배주주가 존재하는 계열기업의 합병을 빼놓기 어렵다. 우리 경제에 재벌기업이 갖는 영향력에 비추어 당연한 이야기이기도 하다. 이들 기업 역시 풍성해진 기업재편 제도를 예외 없이 누릴 수 있으나, 이들 사이의 합병은 다양한 기업재편을 적극 권장하도록 만들어진 제도를 그대로 적용할 때 불합리나 불공정이 발생할 수 있다. 이 때문에 이러한 합병에 적용될 수 있는 예외적 법제나 이론이 필요하다.

이런 관점에서 우리의 제도를 살펴보면, 기업재편의 편의성의 관점에서의 제도들은 더욱 다양하고 풍성하여진 반면, 이러한 예외적인 경우에 적용될 제도, 이론 영역에는 공백이 있다. 사실 공백은 이미 존재하였었는데, 새로운 제도가 적극적으로 도입되면서 더욱 커지는 모양새다. 경제의 활성화라는 좌표가 누군가의 불이익한 희생 하에 이루어지지 않는 그런 건전한 지향점이 되려면 제도의 도입 만큼이나 예외적 경우에 적용될 구체적 타당성 있는 제도의 모색에 진중하여야 한다.

최근 많은 사회적 관심을 받았던 제일모직 주식회사(이하 “제일모직”)과 구 삼성물산 주식회사(이

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

하 “구 삼성물산”) 간의 합병(이하 “삼성물산 합병”)은 헤지펀드 Elliot Associates, L.P.(이하 “엘리엇”)가 제기한 각종의 가처분 신청 사건에서 합병관련 각종의 쟁점이 기각되었음에도 불구하고, 구 삼성물산 소수주주들이 청구한 반대주주의 주식매수청구권(이하 “주식매수청구권”) 신청 사건에서 항고심이 1심 결정을 파기하였고,¹⁾ 국정논단의 정치적 상황과 맞물려 다시금 이슈가 되고 있다. 위 항고심 결정과 최근에 진행되고 있는 국정논단 관련 형사범죄의 선고결과가 계류 중인 두 회사의 합병 무효의 소²⁾에 어떠한 영향을 끼칠 것인지, 법원은 이 합병을 어떻게 평가할 것인지 모두가 관심어린 시선으로 지켜보고 있다. 삼성물산의 합병은 법률적으로는 위 블랙홀과 같은 공백지대에서 포섭된 사건이라고 생각된다.

본고에서는 이러한 계열사 사이의 합병에 적용될 기존의 상법상의 제도와 이론들을 검토해 보았다. 정치계에서는 이 문제를 해소하기 위하여 각종의 법안들을 부지런히 입안하고 있고, 학계에서는 많은 학자들이 지배주주의 충실의무를 우리 법에도 도입하여야 한다는 주장을 제기한지 이미 오래되었다. 그러나 필자는 무엇보다도 우리 회사법이 시대에 뒤쳐진 구시대적인 것도 아니건만, 어떤 점이 그렇게 결핍하여 현재와 같은 결과를 초래하였는지가 궁금하였다. 의문을 해소하기 위하여 현재의 우리 법이 적용되는 과정과 결론을 가급적이면 면밀히 분석하면서 짚어 보고자 하였다.

우리 사회에서 중요한 반향을 일으키고 이 시대의 법 운용의 모습을 이루는 골격으로 묘사될 판례들을 보면, 한편 기존의 이론적 분석에 충실하여 결론적으로 학계의 비판이나 사회적 비난을 받거나, 다른 한편 이론적 틀에 얽매이지 않고 사건의 본질을 꿰뚫고자 한 정의감에 충만한 결론을 도출하지만 법이론적, 논리적으로는 아쉬움을 남기기도 한다. 결국 구체적 정의에 부합하면서도 이론적으로 정치한 해법이 절실하다는 것인데, 여기에 이르는 출발점은 현황에 대한 정확하고 면밀한 분석일 것이다. 본고는 이러한 관점에서 관련 쟁점을 분석하고, 현행법의 적용 과정이나 결론의 도출에 있어 나아갈 방향을 제시하고자 한다.

II. 합병의 기능과 우리의 M&A 현실

1. 합병의 기능

합병이 추구하는 목적이나 기능은 시너지 가설, 경영권 가설, 지배주주이익극대화 가설 등에 의하여 다음과 같이 달리 설명된다.³⁾ 시너지 가설은 가장 전통적인 주장으로 M&A가 시너지 효과를 창

1) 이 결정에 대한 평석으로는 최민용, “반대주주의 주식매수청구사건에서 매수가 산정에 관한 연구-서울고등법원 2016. 5. 30.자 2016라20189, 20190, 20192 결정을 중심으로”, 『인권과 정의』 제461권, 대한변호사협회, 2016.

2) 서울중앙지방법원 2016가합51827 사건.

3) 정재욱, “지배주주와 외부주주의 이해상충과 합병 후 장기성과”, 『회계학연구』 제32권 제3호, 한국회계학회, 2007, 25면.

출한다고 본다. 이러한 시너지의 원천은 시장지배력의 확장, 규모의 경제, 사업 다각화로 인한 리스크의 감소, 적당한 투자기회의 개발 등으로 제시된다. 경영권 가설은 기업을 효율적으로 운용하는 경영자가 비효율적으로 운용되는 기업을 인수함으로써 경영권을 확대하는 과정으로 보는 관점이다. 지배주주이익극대화 가설은 소유와 경영이 분리되어 있지 않은 경영환경에서 합병이 지배주주의 이익을 극대화하기 위한 수단으로 이용될 수 있다는 주장이다. Bae et al.(2002)은 합병 공시에 대한 단기시장반응을 분석을 통하여 소유와 경영이 집중된 기업집단 합병에 있어서는 합병이 외부주주의 부를 지배주주에게 이전하는 수단으로 이용될 수 있다고 하였다. 정재욱과 배길수(2006)는 지분교환형태의 합병에서 비관계사합병과 달리 관계사합병에서는 지배주주에게 유리한 합병비율을 결정하기 위하여 합병계약 전 합병사가 이익을 오히려 낮춘다는 것을 검증함으로써 합병과정에서 합병사가 외부주주의 이익을 침해하면서까지 지배주주의 이익을 추구하는 현상을 발견하였다.

2. 우리의 M&A 현황

M&A를 적극 장려하는 환경에 부응하여 우리나라의 M&A 시장도 활동적인 양상을 띠고 있다. 우리의 현황을 공정거래위원회(이하 “공정위”)가 발표한 보도자료(이하 “공정위 보도자료”)⁴)를 통하여 살펴보고자 한다. 이하의 통계와 도표는 공정위 보도 자료에서 발췌 및 인용한 것이다. 여기에 인용된 기업은 합병한 모든 회사가 아니라 직전 사업연도 자산총액 또는 매출액이 신고회사가 2,000억 원 이상, 상대회사가 200억 원 이상인 경우로 기업결합 신고의무가 발생하는 경우에 해당되는 회사이다.

도표1에서 보듯이 2016년도 기업결합 건수는 총 646건이며, 금액은 593.6조원에 해당한다. 2015년 대비 건수는 감소하였지만 금액은 211.7조원이 증가하였다. 2016년 총 거래 중 국내 기업에 의한 기업결합은 490건, 금액은 26.3조원이고, 외국 기업에 의한 기업결합은 156건, 금액은 567.3조원에 해당한다. 자료를 통하여 우리는 외국 기업이 주체가 된 M&A가 규모가 크고, 역동적임을 알 수 있다.

4) 공정위 2017. 2. 28. 보도자료, “2016년도 기업결합 동향 및 주요 특징”.

[도표1] 최근 5년간 기업결합심사 건수 및 금액 추이



[도표2] 최근 5년간 국내 대기업집단의 기업결합 건수 및 금액 추이



도표2는 최근 5년간 국내 대기업집단의 기업결합 건수 및 금액 추이를 나타낸다. 2016년 국내 기업에 의한 기업결합 중 대기업집단(자산총액 5조원 이상)의 기업결합은 122건, 11.1조원에 해당한다. 2015년에는 150건, 26.7조 원에 이르러, 2016년은 줄어든 모습을 보이지만, 국내 기업에 의한 기업결합 건수의 24.9%를, 금액 중 42.2%라는 높은 비중을 나타내고 있다.

참고로 자산총액 10조원 이상인 대기업집단 소속 회사에 의한 기업결합 건수는 99건, 금액은 10.7조원에 국내기업에 의한 기업결합 건수 중 20%를, 금액 중 40.7%를 차지하고 있다. 통계자료를 보면 대기업집단 소속 회사의 기업결합이 국내 M&A에 있어서는 매우 큰 부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.

[도표3] 대기업집단 소속 회사의 '계열·비계열 간' 기업결합 건수 및 금액

(단위: 건, 조 원)

구 분		계열사 간	비계열사 간	계
'14년	건수	70 (30.4%)	160 (69.6%)	230 (100.0%)
	금액	20.5 (65.3%)	10.9 (34.7%)	31.4 (100.0%)
'15년	건수	57 (38.0%)	93 (62.0%)	150 (100.0%)
	금액	19.2 (71.9%)	7.5 (28.1%)	26.7 (100.0%)
'16년	건수	46 (37.7%)	76 (62.3%)	122 (100.0%)
	금액	3.1 (27.9%)	8.0 (72.1%)	11.1 (100.0%)
'16년 (10조 원)	건수	36 (36.4%)	63 (63.6%)	99 (100.0%)
	금액	2.9 (26.1%)	7.8 (73.9%)	10.7 (100.0%)

도표3에서 보는 바와 같이 대기업집단 소속 회사 사이의 기업결합에 있어서도 계열사 간의 결합 비중이 높다. 2014년, 2015년 계열사 사이의 결합은 전체 금액의 각 65.3%, 71.9%를 차지하였다. 계열기업 사이의 기업결합 수단 중에서는 합병이 가장 빈번하게 사용되었다. 2016년에는 계열사 사이의 기업결합이 줄었는데 이러한 감소세는 2014년부터 이어진 대기업집단의 구조조정이 어느 정도 마무리되었기 때문이라는 분석이 있다.

그러나 비계열기업과의 기업결합에서 가장 빈번히 이용된 방법이 주식취득임을 감안할 때, 비계열 기업이 이를 통하여 계열기업화 되고, 향후 계열기업 사이의 합병으로 이어질 가능성이 열려 있다. 삼각구조재편 등 새롭게 도입된 방법을 통한 다양한 합병이 가능하므로 더욱 그러하다.

3. 검토

M&A가 장려된다고 하면, 일단은 거래가 창출하는 경제적 효과가 플러스일 것이라고 추측하게 된다. 그러나 실증적 연구결과는 그런 결론을 도출한 경우도 있고, 그 반대의 경우도 있다. 연구에 사용된 표본의 범위나 대상, 사용된 변수의 차이(시너지 효과가 창출되었는지도 주가 기준, 재무 지표 기준 등 다양하다), 얼마 동안의 기간을 두고 그 창출 여부를 판단할 것인가 등의 기준들이 각양각색이라는 점을 감안한다면 이 질문에 대한 답은 더욱 혼재할 것이다.

그럼에도 불구하고 M&A를 적극 권장하는 것은 그것이 글로벌 마켓의 대세이기도 하고, 기업에 대하여 다양한 선택지를 부여하여 역동성과 활력의 기반을 제공하기 위함일 것이다. 기업은 경영성과를 내기 위한 다양한 수단이 마련된 터전에서 활동할 필요가 있으며, 경영성과를 극대화하기 위하여 기존의 틀을 벗고 근본적 변화를 꾀할 수 있도록 장려되어야 한다.

그러나 위 자료를 통하여 우리는 우리나라의 경우 M&A라는 외형 속에 계열기업 사이의 합병 등

이 매우 높은 비중을 차지하고 있다는 점을 확인할 수 있다. 이점은 우리의 특이점이다. 재벌기업에 대한 규제는 독점규제 및 공제거래에 관한 법률을 중심으로 이루어지고 있는데, 일감 몰아주기에 대한 규제가 2011년 상법과 상증세법 개정, 2013년 공정거래법 개정을 통해 도입되는 등 비교적 엄격히 작동되고 있다. 그 효과로 최근 몇 년간 대규모 기업집단의 내부거래가 감소된 것으로 분석되지만, 이상의 규제를 회피하기 위하여 오히려 합병, 지분매각 등의 방법으로 규제를 회피하는 사례가 상당수 존재한다는 문제점⁵⁾이 관찰된다. 결국 우리 사회에서 지속적으로 법률적 이슈를 제기하는 계열기업 간의 합병 등을 타당하게 규율할 역할을 회사법이 담당하게 되어, 관련 쟁점을 더욱 치밀하게 연구하고 논의할 필요성이 커졌다.

주지하듯이 한국 현실에서는 전통적으로 회사법에서 문제되었던 경영자와 주주의 이익충돌보다는 지배주주와 비지배주주의 이익충돌이 더 자주, 크게 문제⁶⁾되어 왔다. 특히 공통의 지배주주가 존재하는 계열사 간의 합병은 각 당사자가 독립적인 지위에서 각자의 이익을 위하여 협상하고 계약의 조건을 결정하는 구조가 아니다. 지배주주의 이익의 관점에서 어느 한 회사에게는 유리하게, 다른 회사에게는 불리하게 거래가 이루어진다. 불리한 입장에 선 회사의 주주들은 더 나은 거래가 가능하였음에도 의도적, 계획적으로 불리한 조건으로 계약이 성사되어 그로 인한 불이익을 입는다. 지배주주 역시 그 회사의 주주로서 불이익을 받을 것이나, 그는 다른 회사의 지배주주로 이익을 누리고 입은 손해를 상쇄한다. 이처럼 지배주주의 사익추구를 위한 거래로 일정 회사의 부가 다른 회사로 이전되는 현상을 터널링(Tunneling)이라 한다. 공통의 지배주주가 존재하는 계열사 간의 거래에 이와 같은 터널링이 존재한다는 사실은 이미 많은 실증적 연구로 뒷받침된다.

이러한 현상을 위 통계자료를 대입해 보면, 결국 우리 사회에서는 M&A를 통해서 지배주주의 부의 이전이 만연히 일어나고 있다는 결론이 된다. 우리 회사법은 어떻게 이 현상을 규제하고 있는지 살펴보기로 한다.

III. 계열사 합병의 회사법적 규제

1. 합병의 목적으로서 경영권 승계

계열사 간의 합병의 주된 목적이 합병을 통한 사업다각화나 시너지의 창출이라면 이때의 합병규제는 오히려 역차별이다. 그러나 이 합병은 주로 부실기업의 지원이나 경영권 승계를 목적으로 한다. 합병이 이런 기능할 할 때 합병의 조건은 그 목적을 달성할 수 있도록 일방에는 불리하게, 타방에는 유리하게 정해진다. 과거에 부실기업을 지원하는 합병이 문제되었었고, 최근에는 경영권 승계 목적

5) 황현영, “입법 정책적 관점에서 본 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지에 대한 연구”, 「경제법연구」 제15권 제2호, 한국경제법학회, 2016, 25면.

6) 천경훈, “회사에서의 이익충돌”, 「저스티스」 통권159권, 한국법학원, 2017, 249면.

의 합병이 쟁점이 되고 있다.

경영권 승계는 합병이라는 법률행위를 통하여 추구하는 내재적 목적이다. 행위 속에 내재한 목적을 굳이 따지거나 평가할 필요가 있는가? 과거에 경영권 승계를 위하여 신주, 전환사채, 신주인수권부 사채(이하 “신주 등”)의 발행이 사용되었다. 제3자에 대한 신주 등의 발행은 기존주주의 지분권의 희석을 방지하기 위하여 여러 가지 요건을 요구하는데, 그 중의 하나가 “경영상의 필요성” 요건이다. 따라서 발행 시에 경영권 승계가 경영상의 필요성에 포함되는가의 쟁점이 있고, 경영권 승계에 대한 가치판단이 필요하였다. 우리 법원은 오로지 경영권의 승계를 목적으로 하는 경우에는 경영상의 필요성을 부인하고,⁷⁾ 경영권 승계(방어)의 목적이 있어 보이는 경우라 하더라도 자금조달의 필요성 등 다른 경영상의 필요성이 있는 경우에는 그 필요성을 인정하거나⁸⁾ 자금조달의 필요성이 있다고 판단되는 경우에는 경영권 승계(방어)를 위한 경우가 아니라고 보는 입장⁹⁾이다.

그러나 합병의 경우 우리 법은 특별한 목적을 요구하지 않는다. 조세상의 특례를 입기 위한 요건 중 사업목적이라는 것이 있지만, 이 요건은 위 경영상의 필요성 요건과 달리 합병 후의 회사가 사업을 계속할 것인지를 판단하는 것이다. 그러나 경영권 승계를 위하여서는 승계자에게 기업에 대한 높은 지분과 영향력을 부여하여야 하므로 필연적 합병비율을 한쪽에게 일방적으로 유리하게 설정하게 되고, 소멸하는 법인의 나머지 주주들은 적은 주식을 교부받거나, 적은 비용(매수청구권 행사의 경우)으로 정리되게 된다. 이 국면에서 합병비율의 불공정과 반대주주에 대한 주식 매수가가 문제된다. 이처럼 합병의 목적은 어찌 보면 의사표시의 내심적 요소와 같은 것이어서, 객관적 행위인 합병 자체를 평가하여야 한다는 생각도 들지만, 이때 경영권 승계는 합병비율의 불공정이나 매수가의 불공정한 결론으로 연결되게 하는 핵심적 요소이다. 그렇다면 경영권 승계는 긍정적 가치를 발산하고 있는가?

가족이 기업을 경영하는 환경에서 성장하면서 받은 교육적 효과나, 경영권 승계를 위하여 받았을 체계적, 계획적 교육의 효과 등에 비추어 적지 않은 자산을 갖춘 준비된 예비 경영인이 경영권을 승계할 수 있을 것이고, 기업을 성공적으로 경영하여야 할 성취동기도 클 것이라는 점을 감안할 때 경영권 승계도 사회적 효용이 있을 것이라 생각할 수 있다. 그러나 현재로서는 이 부분에 대하여 결론을 내릴 만큼 충분한 연구의 집적이 이루어지지 않았다. 다만, 일부의 연구에서는 가족 기업이 좋은 성과를 내는 현상은 창업주가 경영을 하는 것에 국한되고, 경영권이 승계되는 경우 기업의 가치가 저하된다고 한다.¹⁰⁾ 향후 더 많은 실증적 연구가 쌓여야만 이 부분 판단을 할 수 있을 것으로 생각된다.

2. 신주 등의 발행을 통한 경영권 승계와 회사법상 규제

합병 이외에도 제3자에 대한 신주 등의 발행을 통하여 경영권이 승계되었다. 우리 상법은 기존

7) 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결.

8) 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결.

9) 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결.

10) 송옥렬, “기업 경영권 승계의 사회적 효율성”, 『BFL』 제19권, 서울대학교법학연구소, 2006, 75면.

주주에게 그 지분비율에 따른 신주의 우선인수권을 인정한다(제418조 제1항). 따라서 이와 같은 방법에 따라 신주 등을 배정하는 기존주주 배정이 아닌 제3자 배정을 엄격한 요건 하에 인정하고 있다. 제3자 배정 자체가 기존 주주의 신주인수권을 침해한기보기 때문인데, 이를 위하여서는 정관에 배정의 근거 규정이 있어야 하고, 신주배정에 경영상의 목적이 있어야 한다(동조 제2항). 우리 법원은 이때 정관 규정은 구체성을 띠어야 한다고 하고,¹¹⁾ 발행가 역시 공정하여야 한다는 요건을 추가하고 있다.¹²⁾ 신주를 배정하는 방법으로 경영권을 승계할 때에 제3자 배정의 요건 중 특히 문제되는 점은 경영권 승계의 목적이 과연 경영상의 목적에 해당하는가이다. 살펴본 바와 같이 우리 법원은 오로지 경영권을 승계하는 목적의 신주배정은 경영상의 목적이 없다고 보지만, 자금조달의 필요성 등 다른 경영상의 목적이 함께 있는 경우에는 그 경영상의 필요성을 인정하고 있다.

경영상의 필요성이 인정되지 않는 오로지 경영권 승계 목적의 신주 배정은 신주발행무효의 소 사유로 검토될 수 있다. 다만, 신주발행 자체가 다수의 이해관계인을 수반하기 때문에 무효판결의 소급효가 제한되고, 무효의 소에서의 무효 사유 또한 엄격하게 해석되고 있다. 따라서 거래의 안전을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없을 정도로 주식회사의 본질, 회사법의 기본원칙에 반하거나 주주들의 이익과 경영권에 중대한 영향을 미치는 경우에 한하여 무효판결을 내릴 수 있다¹³⁾고 본다.

위법한 제3자 배정의 경우 이사의 선관주의의무위반으로 인한 손해배상의무(제399조), 불공정한 가격으로 신주를 인수한 통모인수인에 대한 반환청구(제424조의 2 제1항) 등의 구체책도 있다. 이 제도들은 발행가가 현저하게 불공정한 경우에 적용되는데, 경영권 승계목적의 신주 발행 등의 경우에는 목적 달성을 위하여 현저하게 불공정한 가격으로 신주 등을 발행하게 되므로, 이러한 방법으로 권리를 구체받을 수 있다.

3. 합병을 통한 경영권 승계와 회사법상 규제

문제된 합병과 관련되어 권리를 구체하는 제도로서 특별이해관계인의 의결권 행사 금지, 이사의 자기거래, 합병무효의 소, 이사의 선관주의의무 위반, 반대주주의 주식매수청구권을 살펴본다.

1) 특별이해관계인의 의결권 행사 제한

주주총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사할 수 없다(상법 제363조 제3항). 관례와 다수의 견해는 특별한 이해관계를 주주의 지위와 관계없이 개인적으로 갖는 이해관계라 보고 있다. 그렇지만 구체적인 경우에 있어 이러한 이해관계가 무엇인지 판단하는 일이 그리 단순치 않다.

11) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결.

12) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결.

13) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860.

영업양도의 경우보다 합병의 경우 이러한 이해관계가 부인되는 경향이고, 영업양도라 하더라도 공통의 지배주주가 존재하는 계열사 사이의 영업양도 역시 이러한 이해관계는 인정되기 어렵다. 합병의 경우 이처럼 이해관계를 부인하는 이유는 무엇인가? 채권계약인 영업양도는 계약의 효과가 그 주체에게 그대로 귀속되는데 반하여, 합병은 존속회사가 소멸회사의 권리의무를 포괄적으로 승계하지만, 소멸회사의 경우 회사 자체가 아니라 그 주주가 주식을 교부받는다. 따라서 거래의 당사자인 회사에게 법률행위의 효과가 온전히 귀속되지 않는 차이가 있기 때문인 듯하다.

한편, 공통의 지배주주가 존재하는 영업양도의 경우는 이해관계를 가진 주주가 직접 계약의 당사자가 아니라 그가 주주로 있는 회사가 당사자이기 때문에 이 이해관계를 특별한 이해관계로 의율하기가 쉽지 않다. 하물며 이 글의 주된 논의의 대상인 지배주주가 있는 계열사 사이의 합병은 더욱 그러하다.

거래의 주체가 무엇인가, 거래의 형식이 어떠하였나 하는 형식적 기준을 떠나 해당 거래의 이익을 진실로 향유하는 주체가 누구인가 하는 실질적 관점에서 사안을 포섭하여야 한다고 보는 진보적인 입장¹⁴⁾도 있다. 그러나 이러한 견해에 의하더라도 특별이해관계인이 의결권을 행사하였으므로 합병이 무효라는 결론을 도출하기는 쉽지 않다.

특별이해관계인은 의결권을 행사할 수 없고, 의결권을 행사한 것은 그 자체가 의결권 행사 방법에 관한 하자이기 때문에 주주총회취소의 소의 사유가 된다. 또 행사한 의결권은 출석한 주주의 의결권수에 산입하지 않는데(제371조 제2항), 이러한 결과 주주총회 특별결의의 의결정족수를 불충족할 수 있다. 그러나 이러한 사유들은 주주총회결의의 취소의 소 사유를 구성한다. 결국 합병무효의 소의 국면에서는 합병의 등기 이후에는 주주총회결의가 합병무효의 소의 사유로 흡수되어 판단되고(흡수설), 이를 합병무효의 소 사유로 주장할 때에는 제소기간이 주주총회 결의취소의 소 결의일로부터 2월로 축소된다고 보아야 할 것이다. 더욱이 합병무효의 소 사유를 엄격하게 해석하고 있는 법원의 입장에 비추어 볼 때 우리 법원이 합병을 결의하는 주주총회 결의에 취소의 소 사유가 존재한다는 것을 합병무효의 소 사유로 판단할지 여부도 미지수이다.

생각건대, 이 조항에서 규율의 대상으로 삼는 특별이해관계에 대한 해석이 명확하지 않다. 또한 이때의 이익충돌 여부는 실제로 이익이 충돌하였는가가 아니라 이익이 충돌의 가능성이 있는 경우를 의미한다고 보아야 한다. 실제로 이익이 충돌되어 손해가 발생하는가는 결의 당시에 판단할 수 없는 경우가 많기 때문이다. 계열사 사이의 합병의 경우도 이익이 충돌될 가능성이 높지만, 실제로 이익이 충돌되어 일방 회사의 주주에게 손해가 발생하였는지는 결의 당시에 판단하기 어렵다. 물론 충돌의 가능성이 있는 경우를 포함시켜 해석하면, 문제될 소지가 있는 거래를 원천적으로 봉쇄하여 강한 억

14) 이상훈, “공정거래법상 동일인(지배주주)의 이해상충과 선관주의의 보호대상·자기거래·특별이해관계인 조항의 재해석-삼성 SDS 회사분할 사례를 중심으로”, 「증권법연구」 제217권 제2호, 한국증권법학회, 2016, 487면. 이 견해는 거래의 본질이 이익충돌에 있고, 이 충돌을 해소하는 방법은 여기에 이익이 있는 자를 제외한 주체의 동의에 의하여야 한다는 점을 강조한다.; 합병비율이 합병의 상대방 회사를 제외한 일부 주주의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 특별한 이해관계가 있다고 본다는 견해에 김재범, “주식회사에서 특별이해관계인 의결권배제제도의 평가”, 「영남법학」 제40권, 영남대학교 법학연구소, 2015, 143면.

지력을 발휘할 것이다. 그러나 이 규정은 범위가 해석상 명확하지 않으면서 의결권행사금지라는 강한 효력을 발휘한다는 점을 유념할 필요가 있다. 이익충돌 여부는 거래의 형식적 주체를 떠나 실질적으로 판단하고, 또 그와 같은 충돌 가능성이 있는 경우를 모두 포함한다면 그 포섭범위가 무한히 확장된다. 이러한 해석 방향은 합병과 같은 기업재편을 확장하여 기업경제 활동의 저변을 넓혀가는 최근의 법제 동향과 조화되기도 어렵다고 생각된다.

2) 이사의 자기거래 제한

이사의 자기거래란 이사가 회사와의 사이에 이익이 충돌되는 거래를 하는 것을 말한다. 거래의 상대방이 이사가 아니어도 실질적으로 회사와 이익이 충돌되는 거래는 있을 수 있는데, 2011년 개정 상법에서는 이러한 취지를 반영하여 거래의 상대방을 주요주주 등으로 확장하였다(상법 제398조).

계열사 사이의 합병과 관련하여서는 주요주주 등이 단독 또는 공동으로 과반수 의결권을 가진 회사(동조 제4호)가 회사와 거래를 하는 경우가 검토 대상이다. 이때의 거래에 신주 인수나 합병이 포함되는지 여부에 대하여서는 견해가 나뉜다. 합병의 경우도 여기에서의 거래에 포함된다는 견해¹⁵⁾는 자기거래를 제한하는 취지를 더욱 잘 살려야 한다는 뜻에서 비롯된 것일 터인데, 이 견해에 의하더라도 자기거래의 요건을 충족하지 못한 합병이 막바로 무효가 된다는 결론을 도출하기는 어려울 것으로 생각된다. 왜냐하면 합병은 다수의 복잡한 이해관계를 창출하는 거래이기 때문에 합병무효의 소라는 형성의 소로써 다투도록 되어 있고, 소급효를 제한하고 있기 때문이다. 따라서 자기거래의 요건을 충족하지 못한 것이 합병무효의 소 사유가 되는가의 문제를 판단하여야 한다. 다만, 이처럼 합병을 자기거래로 의율하면 합병과 관련한 이사의 선관주의의무 위반을 보다 쉽게 인정할 수 있을 것이다.

3) 합병무효의 소

주주는 상법 제529조에 따라 합병무효의 소를 제기할 수 있고 무효의 소 사유가 무엇인지에 관해서 법이 침묵하고 있지만, 합병 역시 신주발행과 마찬가지로 복잡다기한 이해관계를 창출하는 거래이므로 우리 법원은 합병 자체를 무효로 하는 사유는 매우 제한적으로 해석한다.

(1) 불공정한 합병 목적: 경영권 승계

경영권 승계의 목적은 부당한 합병목적으로서 합병무효의 소 사유가 되는가? 가치분 사건에서 신청인 엘리엇이 “합병의 목적이 경영권 승계를 통한 지배권 강화에 있고 이는 회사와 주주들의 재산

15) 김진식/노혁준/전경훈, 「회사법(제2판)」, 박영사, 2016, 415면

권을 침해하는 탈법적인 방법으로 제3자에게 이익을 주는 것이어서 불공정하다”는 주장을 하였는데, 우리 법원은 이 주장을 받아들이지 않았다.¹⁶⁾ 다만, 법원 판단은 신청인이 부당한 목적을 충분히 소명하지 못하였다는 뜻이고, 합병 목적의 불공정성이 합병의 무효사유가 되는지에 대한 것이 아닌 것으로 생각된다.

이와 관련하여 합병 목적의 불공정성을 판단할 때에는 합병 당사자 이외에도 두 회사가 속한 기업집단 전체적 관점에서 득실을 살펴야 한다는 주장도 제기되고 있다.¹⁷⁾ 합병은 회사의 주요한 경영권의 범위에 포함되는 행위로 계열사 합병은 기업집단 내에서 경영성과의 유무형의 이익을 공유하는 집단 전체의 이익을 고려하여 내려진 판단사항으로 경영판단법칙의 보호를 받을 뿐만 아니라, 주총 특별 결의를 얻도록 되어 있는데 의결권을 행사하는 주주에게 정보공개가 충분하다면 이러한 목적이 합병을 무효로 할 사유가 아니라고 보기도 한다.¹⁸⁾ 이 견해에 따르면 논리적으로 엘리엇이 사건에서 경영권 승계의 목적을 충분히 소명하였다고 하더라도 그러한 목적이 포함된 것이 합병을 무효로 할 만큼 위법한 것인지에 대하여 의문을 제기하게 된다. 비록 경영권 승계와 그를 통한 기업지배권 강화 목적이 있다고 하더라도 그것이 불법적인 것이 아니고 또한 타당성을 인정받을 수 있는 다른 경영목적이 내포되어 있다면 이를 이유로 합병을 무효화하기 어렵다고 보기도 한다.¹⁹⁾

실제로 다른 경영상의 목적이 없는 오로지 경영권 승계만을 위한 합병이었음이 밝혀질 수 있는 경우는 거의 없을 것이다. 합병의 의사결정은 미래에 대한 기대에 기초한 적극적 지향성에 근거하므로, 변모한 회사에 대한 기대를 내포하는 것이 자연스럽다. 이런 성향을 증명으로 부정하고, 그 안에 오로지 경영권만 승계하면 죽한 합병이라는 뜻만 있었다는 것을 입증하는 것이 가능하겠는가? 따라서 경영상의 다른 목적이 없는 합병에 관한 논의는 지극히 비현실적이고 아카데미한 논쟁 같아 보인다. 그러나 시각에 따라서는 그런 합병이라는 판단을 하는 경우도 있고, 이런 판단이 종국에는 법원의 쟁송으로 발현되므로 합병무효의 소의 국면에서 경영권 승계 목적을 어떻게 판단할 것인지 생각해 볼 필요도 있다.

생각건대, 우리 법상 합병은 어떤 특정한 목적을 갖고 있는 경우에만 허용되는 제도가 아니기 때문에, 경영권 승계를 위한 합병 그 자체가 합병무효의 사유는 아니라고 생각된다. 즉, 합병비율도 공정하고, 다른 이해관계자의 이익도 부당하게 침해한 바 없는데, 다른 경영상의 목적이 없이 오로지 경영권 승계를 위하여 합병을 추진하였다고 하여 그 때문에 합병이 무효로 되지는 않을 것이라는 의미이다. 이것은 그 발행에 있어 경영상의 목적을 요구하는 제3자에 대한 신주발행과 다른 점이다. 따라서 다른 경영상의 목적없이 오로지 경영권 승계만을 위한 신주발행은 그 요건을 충족하지 못한 것이

16) 서울고등법원 2015. 7. 16자 2015라20485 결정.

17) 김경호, “삼성물산과 제일모직간 합병의 회고”, 「상사판례연구」 제29권 제3호, 한국상사판례학회, 2016. 이 견해는 합병목적의 불공정성이 그 자체로 권리남용에 해당하여 합병무효사유로 될 수 있는 예외적인 경우가 있을 수 있음을 제시하고 있다.

18) 김화진, “삼성물산과 제일모직의 합병-대상결정: 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20485(총회소집통지 및 결의금지 등 가처분)”, 「선진상사법률연구」 통권 제72호, 법무부, 2015, 192면.

19) 정준우, “삼성물산과 엘리엇간의 소송상 쟁점사항과 그에 관련된 현행 법제의 문제점 검토, 「법과 정책연구」 제15집 제4호, 한국법정책학회, 2015, 1520면.

된다. 그러나 신주발행이나 합병이나 어떤 경우도 그 목적을 경영권 승계라고 밝히지는 않을 것이므로 그 목적은 당시의 상황으로 인식할 수밖에 없다. 삼성물산의 합병 역시 그 목적을 두 회사의 운영 노하우와 경쟁력을 합한 사업의 성장이라는 취지로 적시하고 있다.²⁰⁾

(2) 합병비율의 불공정

오히려 경영권 승계 목적의 합병에서 합병을 무효로 할 사유는 “불공정한 합병비율”이다. 경영권을 확보하기 위해서 실질적으로 경영권을 갖게 될 자는 그 이외의 자에게 적은 주식을 교부하여야 하는 유인이 있기 때문에 합병비율은 불공정하기가 쉽다.

삼성물산의 합병비율이 적절하지 않았다는 주장은 여러 각도의 근거를 제시한다. 대표적인 주장이 구 삼성물산이 보유하고 있는 상장주식 가치만 12조원인데, 그 시가총액은 8조원에 불과하다는 점이다. 2015년 5월 22일 기준으로 제일모직의 PBR(price-to-book value ratio, 주가순자산비율)은 3.5배로 순자산가치의 3.5배로 거래되었음에 반하여, 삼성물산은 PBR이 0.6에 불과하여 주가를 밀돌았다. 구 삼성물산의 주식이 지나치게 저평가되고, 반대로 제일모직의 주식은 높게 평가되었다는 것이다.

이에 대하여 반대의 견해도 제시된다. 주가는 미래가치를 반영하므로 미래 성장성에 대한 시장의 가치가 부정적이면 PBR은 1보다 낮을 수 있는데, 국내 대형 건설사의 PBR은 0.7 내지 1 사이에 형성되어 전반적으로 낮고, 한국 상장기업의 반 정도가 PBR이 1에 미치지 못한다는 것이다. 삼성물산도 수익성이 악화되고 서장이 정체되어 고전하던 것을 고려하면 주가가 순자산가치보다 낮은 수준으로 떨어진 것이 시장의 합리적 평가라 볼 수도 있다²¹⁾고 한다. 또 삼성물산이 유가증권을 다량 보유하고 있어 합병의 대상이 된 것으로, 이 증권은 순환출자의 고리 속에서 매도가 불가능한 주식일 뿐만 아니라 M&A 실무에서는 적자기업의 경우 자산이 아무리 많아도 1 달러에 인수되기도 한다는 점을 들어 대안 탐색에 한계가 있다고 보기도 한다.²²⁾

합병비율은 두 회사의 주식 가치를 비교하여 결정되는데, 기업가치 평가가 대단히 어렵고 복잡한 문제인 만큼 합병비율 역시 공정한 유일의 기준이 있는 것이 아니다. 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 “자본시장법”)은 시행령에서 상장회사의 합병 시 합병가액을 정하는 기준을 정해두고 있다. 이때에는 합병을 위한 이사회결의일과 합병계약을 체결한 날 중 앞서는 날의 전일을 기산일로 하여, i) 최근 1개월간 평균 증가, ii) 최근 1주일간 평균 증가, iii) 최근일의 증가를 산술평균한 가액을 기준으로 30%(계열사 간의 합병의 경우에는 10%)의 범위 내에서 할인 또는 할증한 가액으로 한다(제176조의 5조 1항).

20) 2015. 5. 26. 합병결정보고서.

21) 이문영, 김범준, “제일모직-삼성물산 합병의 재탐색”, 『회계저널』 제26권 제1호, 한국회계학회, 2017, 356면.

22) 최준선, “엘리트 매니지먼트 대 삼성물산(주) 사건-서울고등법원 2015. 7. 16. 2015라20485, 20503 결정”, 『최신판례분석』 제718권, 법조협회, 2016.

합병은 사법적 거래이므로 계약의 조건 중 가장 중요한 합병비율 역시 당사자 간의 교섭에 따라 결정될 문제임에도 우리 법은 합병비율을 정하는 산식을 두고 있다. 다른 법제에서는 선례를 찾아보기 드문 입법의 모습인데, 이 규정의 짙은 후견적 색채는 오히려 본격적인 교섭을 기대할 수 없는 계열사 간 합병 시에 소수주주를 보호하기 위한 도입 취지²³⁾에 기인한다고 한다. 우리 합병의 대부분을 이루는 기업집단 내 계열사 사이의 합병에서 합병비율이 지배주주의 이익을 도모하는 방향으로 자의적으로 정해질 가능성이 높기 때문이다.²⁴⁾ 그런데 이런 입법취지에 불구하고 삼성물산 합병에 있어 이 규정이 합병비율의 불공정의 논란이 된 근원지가 되고 말았다는 점은 아이러니하다.

이 규정을 강행규정으로 보는 견해도 있고, 그렇지 않다고 보는 입장도 있다. 그 성격을 임의규정으로 해석하여도 큰 문제는 없지만 회사의 구조변경에 관한 규정으로 강행규정성을 인정할 수 있다는 견해,²⁵⁾ 자본시장법이 의무규정의 형식으로 이를 규정하고 있으므로 이를 반드시 준수하여야 한다는 견해²⁶⁾ 등이다. 이에 반하여, 자본시장법은 사법적 효력을 갖는 합병비율을 제시할 수 있는 법규가 아니며 합병비율 산정 자체가 법률로 강제할 수 있는 사안이 아니므로 효력 규정으로서의 성격을 부인하기도 한다.²⁷⁾ 한편, 규정 자체가 강행적인지 여부를 떠나 이 규정이 현실세계에서 작동하면서 자리하게 된 실질적 위상에 비추어 이 규정을 따르도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 자본시장법상의 합병비율은 사실상 강제되고 있을 뿐, 이 산식에 따랐다고 해서 합병비율이 공정하였다는 보장을 한다고 볼 수 없지만, 법의 기준을 하였는데 그 효력을 부인한다면 법적 불확실성이 높아져 바람직하지 않다는 견해,²⁸⁾ 상장법인들이 과거 구 증권거래법령이 시행되던 시절부터 이에 근거하여 합병비율을 산정해 온 이상 산정기준이나 여기에 따르는 것이 이제는 타당한 규범으로 자리 잡았다고 보아야 한다는 견해²⁹⁾ 등이 그러하다.

생각건대, 합병비율을 산정하기 위한 기업가치의 평가는 매우 다양한 방법으로 가능하다. 그 어느 방법도 완벽하지 않으며 장점과 취약점을 함께 가지고 있다. 그 중에서 시장가는 적은 비용과 시간을 기울여 얻을 수 있는 값이고, 자본시장이 성숙할수록 그 신뢰성을 침해할 장치들을 배제하고 안정적으로 운용할 수 있다는 점에서 비교적 신뢰할 수 있는 수치라고 생각된다. 다만, 시장가 역시 다른 가치와 마찬가지로 불완전한 요소가 있고, 왜곡될 여지도 있으므로 시장가에 온전히 의존하지 않고 다른 가치를 함께 고려할 수 있는 예외적 경우를 열어두고 그와 같은 예외적 기준이 언제 적용되는지에 대한 명확한 기준이 있어야 할 것이다.

우리 법원은 “구 증권거래법상의 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따

23) 김진식, “삼성물산 합병사례를 통해 본 우리 기업지배구조의 과제”, 『BFL』 제74호, 서울대학교법학연구소, 2015, 86면.
 24) 송옥렬, 「상법강의(제7판)」, 홍문사, 2017, 1216.
 25) 김화진, 전계 논문, 190면.
 26) 이재연, 「회사법2(개정판 4)」, 박영사, 2017, 면.
 27) 이철송, 「회사법(제24판)」, 박영사, 2016, 1085면.
 28) 송옥렬, 전계서, 1026면.
 29) 권재열, “삼성물산 대 엘리트 결정-주요 쟁점의 재검토” 『상사판례연구』 제28권 제4호, 한국상사판례학회, 2015, 31-32면.

라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 합병비율이 현저히 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다”³⁰⁾고 판시하였다. 우리 법원은 이처럼 자본시장법의 규정에 따른 시장가를 강하게(이 가격에 의하지 않는 경우를 지극히 이례적인 경우에 국한하고 있다) 신뢰하는 입장이다. 또한 실무에서도 금융감독 당국이 합병비율이 이 기준에 어긋난 경우에는 사실상 증권신고서를 거부하고 있어,³¹⁾ 실질적으로는 절대적인 기준으로 작용한다.

최근의 국정논단 사태로 삼성물산의 합병과 관련된 뇌물죄의 실체적 진실을 법원이 면밀히 판단하여야 하게 되었다. 그 과정에서 법원이 그동안 심증으로만 뒷받침된 사실을 더 밝혀낸다고 하더라도 자본시장법상의 합병가에 대한 예외를 적용받으려면 그 규명된 진실이 “합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상수치에 근거한 것이라는 등”의 특별한 사정에 해당되어야 한다. 삼성물산의 실적이 합병 전에 저조하였다는 점과 관련하여서는 건설시장에 공급을 늘리지 않고, 기존의 프로젝트를 계열사 내로 이전한 것 등이 경영상의 판단이 아니라 주가를 떨어뜨리기 위한 의도적인 행위였음이 입증되어야 한다. 무죄추정의 원칙과 합리적 의심의 여지없는 입증의 원칙이 적용되는 형사적 제재가 연루된 사건에서 “허위”를 입증하는 것의 어려움에 비추어보면, 예외적 기준은 그 적용이 녹록하지 않을 것으로 생각된다.

더군다나 허위 등 예외사유에 해당한다는 사실관계의 입증은 모두 원고가 부담하므로 더욱 예외적 용을 받을 가능성이 좁아진다. 주식매수청구권 사건은 비송사건이지만, 합병무효의 소는 그렇지 아니하다.

4) 반대주주의 주식매수청구권

합병에 반대하는 주주는 회사에 대하여 그 자신이 소유한 주식을 매수하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 있다(제522의 3조 제1항). 이때의 매수가는 상법에 따르면 주주와 회사가 협의하여 정하되, 일정한 기간 내에 협의가 되지 않는 때에는 회사나 주주가 법원에 매수가액 결정을 청구할 수 있도록 한다(제374의 2 제4항). 상장회사의 경우 협의가 되지 않으면 법이 정한 일정한 방법에 따라 매수가를 결정하고, 그 금액에 반대하는 때에 법원이 이를 정하도록 한다(자본시장법 제165조의 5 제3항).

이때 법원이 정하는 공정한 가격은 비상장회사의 경우 주주와 회사 사이의 합의에 의하고, 합의가 되지 않을 때에는 회사나 주주가 법원에 대하여 매수가액 결정을 청구할 수 있다(상법 제374조의 2 제4항). 상장회사의 경우는 협의가 되지 않는 때 시행령이 정한 금액에 의하고, 회사나 주주가 여기에 반대하는 경우 법원이 이를 정하도록 하고 있다(자본시장법 제165조의 5 제3항). 시행령은 이사회 결의일 전 일정기간의 주가를 가중평균하여 결정하고 있다(제176조의 7 제3항 제1호). 법원이

30) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결.

31) 김건식, 전계 논문, 86면.

정하는 공정한 가격은 회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 결정한다(상법 제374조의 2 제5항).

기업의 가치는 단시간에도 변동하므로 어떤 시점으로 이를 결정하느냐가 중요한데, 합병과 같은 조직변경의 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 한다.³²⁾ 우리 법원은 상장법인이나 비상장법인 모두 공정한 가격을 결정할 때 “시장가”를 원칙으로 하며, 시장가에 대하여 강한 신뢰를 보이는 입장이다.

비상장주식의 경우는 “그 주식에 관하여 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 매수가격을 결정하도록” 하고,³³⁾ 상장회사의 경우에도 원칙적으로 시장주가를 참조하여 매수가격을 결정하도록 하고 있다. 이처럼 시장주가를 우선적으로 고려하는 이유는 “시장주가는 당해 법인의 객관적 가치가 반영되어 형성된 것으로 볼 수 있으며, 주주는 시장주가를 전제로 투자행동을 취하기 때문”³⁴⁾ 이라고 한다.

시장가격만을 기초로 매수를 산정할 수 없는 예외적 경우 역시 실시하고 있는데, “시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우”이다. 이때에는 i) 시장주가를 배제하거나 또는 ii) 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황, 업종 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정할 수 있다.³⁵⁾

신청인이 주장하고 항고심 법원이 인용한 구 삼성물산이 실적을 의도적으로 축소하였다는 사실이 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받은 경우라고 할 것인가? 항소심 법원은 구 삼성물산이 실적을 의도적으로 축소하는 등의 사실로 가격 하락에 영향을 끼쳤다는 사실을 인정하였고, 그 근거로는 직권탐지주의를 제시하였다. 다만, 그렇다고 하여 시장가를 배제하고 다른 가치를 참작하며 매수를 산정하지 않고, 위와 같은 영향을 받기 전 시점이라고 본 제일모직의 상장 시점으로 기준일을 이동하여 당시의 시가로 매수를 산정하였다. 사건은 재항고되어 대법원에 계류 중³⁶⁾이다. 역시 최근에 진행 중인 형사재판의 결과에 영향을 받을 것으로 생각되는데, 형사재판의 사실관계 중 “삼성이 실적 등을 줄임으로써 주가를 조작하였다”고 볼 수 있는지 여부가 매수청구권 사건과 관련된 중요한 부분이다. 이러한 사실관계를 인정한다고 하더라도, 시장가를 배제하고 다른 가치를 종합하여 매수를 결정할 것인지 아니면 기준일을 이동하여 시장가에 의할 것인지도 대법원이 판단할 부분이다.

5) 이사의 선관주의의무 위반으로 인한 손해배상청구

불리한 합병비율을 적용받은 소멸회사의 주주는 이사에 대하여 선관주의의무 위반으로 인한 손해

32) 대법원 2006. 11. 23. 2005마958 결정.

33) 대법원 2006. 11. 24. 2004마1022 결정.

34) 대법원 2011. 10. 13. 2008마264 결정.

35) 대법원 2011. 10. 13. 2008마264 결정.

36) 대법원 2016마5394, 5395, 5396(병합)호로 심리 중이다.

배상청구를 제기하여 손해를 전보받고자 할 것이다. 이사의 선관주의의무 위반으로 회사에 손해가 발생한 때에 주주는 손해를 회사에게 배상하라는 대표소송을 제기할 수 있다(상법 제399조, 제403조). 또 이사는 고의나 중대할 과실로 인하여 손해가 발생한 경우 제3자로서 주주에게 손해를 배상하여야 한다(제401조). 그러나 문제된 합병과 관련하여 원고의 청구가 인용되기는 대단히 어려워 보인다. 적어도 현재의 판례의 입장에 따를 때 그러하다.

(1) 이사의 주의의무 기준

우선 주주에게 합병비율을 최대한 유리하도록 하여야 하는 것이 이사의 선관주의의무의 내용인가의 문제가 있다. 주주의 비례적 이익을 보장하는 것이 선관주의의 내용이라고³⁷⁾ 본다면, 당연히 이사는 합병 시에 이러한 의무가 있다. 그러나 우리 법원은 이렇게 판단하고 있지 않다. 특수관계에 있는 비상장회사들이 합병을 하면서 특수관계자 사이의 합병이므로 구 법인세법에 따라 당사 회사의 주식가치를 평가하고 그에 따라 합병비율을 결정하기로 합의하고, 이에 따라 합병비율을 결정한 사안에서 다음과 같이 판시하였다.³⁸⁾

“이와 같은 방법에 따라 합병비율을 결정하기로 한 것은 전문성을 가진 회계법인과 법무법인의 검토보고서, 국세청에 대한 질의회신내용 등을 토대로 한 것으로, 실제로 그에 따라 산정된 합병비율이 합리적인 산정범위를 벗어나지 아니하여 객관적으로 합리성과 상당성을 결여하여 현저히 불공정한 것이라 볼 수 없으므로 그 합병비율을 받아들여 합병에 동의한 행위를 이사로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것이라고 볼 수 없다. 또한 이 사건 합병비율이 현저히 불공정하다고 볼 수 없는 이상 그로 인하여 (주주에게)³⁹⁾ 손해가 발생하였다고 볼 수 없다”

이 판시 내용을 들여다보면, 합병무효의 소 사유로 인정되는 “합병비율의 불공정성”이 결국은 문제된 합병으로 인한 이사에 대한 손해배상청구권의 여러 요소에 영향을 미쳐, 결국 합병비율이 합병무효의 소의 사유로 인정될 만큼 현저히 불공정하지 않으면 이사에 대한 손해배상청구권도 인정되지 않는다는 결론을 도출하고 있다. 따라서 i) 합병비율이 불공정하지 않은 범위 내에서 이사는 합병비율을 결정할 재량권이 있고, ii) 합병비율이 불공정하지 않으면 회사는 손해가 없다는 것이다.

합병비율은 상장회사가 당사회사인 경우에는 시가를 원칙으로 하는데, 이러한 판시를 상장법인의

37) 이상훈, “삼성물산 합병을 통해 바라본 주주이익 보호의 문제점과 개선방안-에버랜드의 제립, 그 극복을 위한 제언”, 『상사법연구』 제34권 제3호, 한국상사법학회, 2015.

38) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 박관훈, “합병시 법인주주의 이사에 대해 요구되는 주의의무-대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결”, 한국상사법학회 하계학술대회 자료집(2016. 6); 송중준, “비상장법인 간 흡수합병에 대한 동의에 있어서 소멸회사의 주주인 회사의 이사의 주의의무와 책임” 『법조』 제718권, 법조협회, 2016. 참고.

39) 이 사건은 소멸회사의 주주가 법인이고 그 법인의 주주가 대표소송을 제기한 경우이다.

경우에 적용해보면, 이사는 기준시의 시가를 기준으로 합병비율을 정하면 선관주의의무를 다한 것이 되고, 회사에는 손해가 없다. 또한 비상장회사에 경우 합병비율 산정에 있어서 주가는 다양한 기준으로 책정 가능하므로 결국 합병비율이 합병무효의 소 사유가 될 정도로 현저하게 불공정하지 않으면 이사는 선관주의의무 위반이 없고 회사에도 손해를 끼친 바 없게 된다.

그러나 합병무효의 소는 합병이라는 거래로 인하여 창출된 다수의 복잡한 이해관계를 가급적이면 보호하자는 취지에서 그 사유를 극도로 제한하여 운용된다. 이러한 취지에서 설정된 기준인 “현저한 불공정”이 선관주의의무를 부담하는 이사의 행위 기준이 된다는 것은 부적절하다. 결국 이사는 합병비율이 합병무효의 소 사유가 될 정도로 불공정하게만 하지 않으면 된다는 결론이 되기 때문이다. 그러면 이때의 이사의 주의의무 기준은 무엇이 되어야 할 것인가?

이때의 의무는 합병비율 산정을 위한 주가의 산정방법과 관련이 있다. 적어도 우리의 법제 하에서는 그러하다고 본다. 특히 상장법인의 경우는 자본시장법이 정한 방법에 따른 시장가에 의하는 것이 원칙적이고 예외인 경우는 드물다. 주가에 의한 산정이 의무적 규정은 아니지만, 우리 법원이 이 방법을 원칙으로 명명하고 이 방법에 강한 의존도를 보이고 있으므로 이는 실질적으로 안전한 가이드라인으로 작동한다. 이사로서는 법에 따라 주가에 의하여 주식을 평가하면 법이 정한 기준에 따라 행동한 것이 선관주의의무 위반이 될 가능성은 거의 없다. 따라서 상장법인에 있어서도 시장가 의존성을 떠나 필요한 경우 다양한 기준으로 주식가치를 평가할 수 있도록 하여야 한다. 계열사 사이의 합병과 같은 경우가 그러하다. 이에 의하여 최소한 기계적으로 시장가에 의하여 주식가치를 평가하고 그것으로 선관주의의무를 다하였다는 단순한 도식을 벗어날 수 있다. 더불어 계열사 사이의 합병에서 단순히 시장가에 의할 때 문제가 있어, 이익이 충돌하는 경우로서 시장가 원칙의 예외적 경우로 명명할 필요가 있다.

또한 비록 이 의무가 주가의 산정방법과 연결되어 있지만, 타당한 유일의 값이 있는 것이 아니므로 (심지어 전문가들의 평가결과 역시 천차만별이다) 이사의 의무는 보다 주주에게 이익이 될 수 있는 합병비율을 정하기 위한 “과정에서의 노력”으로 설계되어야 한다. 이익이 충돌되는 거래에 있어 이사의 주의의무는 경영판단의 법칙을 배제하고 거래 가격에서의 공정성(fair price)과 거래 과정에서의 공정성(fair dealing)을 함께 요구하는 미국법상의 완전한 공정성 기준(Entire Fairness Standard)은 이러한 필요성 때문에 개발된 이론일 것이다.

기업집단 내 계열회사 간 합병거래의 특성상 당해 이사에게는 충실의무의 관점에서 합병비율의 공정성 여부에 대한 강화된 주의의무가 요구될 여지가 있다는 견해,⁴⁰⁾ 삼성물산 이사는 거래구조를 달리하거나 합병 시기를 미루거나 금액에 대한 협상을 시도하는 선택지가 있었다는 점을 이사의 주의의무 판단 시에 참고하여야 한다는 견해⁴¹⁾도 이러한 맥락에서 제시된다.

40) 노혁준, “부실계열사간 합병과 합병비율-대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결”, 「상사법연구」 제 27권 제4호, 한국상사법학회, 2009, 272면.

41) 천경훈, 전제 논문, 276면.

(2) 회사의 손해, 주주에 대한 손해

다음으로 이 손해는 이사가 “회사에” 전보하여야 하는 손해이다. 따라서 의무위반이 인정되더라도 이로 인하여 회사에 손해가 발생하여야 한다. 소멸회사의 주식을 저평가하고 불공정한 합병비율을 결정한 것이 소멸회사에게 손해를 발생하게 한 것인지가 문제이다. 소멸회사의 주주는 이 결정으로 인하여 보다 적은 수의 존속회사의 주식을 교부받게 되므로 손해를 입었다고 볼 수 있다. 그런데 이러한 결정으로 회사가 손해를 입은 것인지, 어떤 방법으로 회사의 손해를 측정할 것인지는 대단히 어려운 문제이다. 소멸법인의 초과수익률은 합병 공시 이후 양을 보이는 경우도 많기 때문이다. 주주들이 입은 손해의 합을 회사의 손해라 보아야 할지, 아니면 법인 자체를 놓고 손해를 판단하여야 할지 판단이 쉽지 않다. 우리 법원이 회사의 손해와 관련하여 판시하고 있는 법인격독립론을 여기에도 적용한다면 주주들과 독립된 법인 자체를 기준으로 손해를 판단하게 될 것인데, 이때에 회사에 손해가 있다고 보기가 쉽지 않다.

만약 주주들의 손해의 총합을 회사의 손해로 본다면, 주주들이 손해를 입는 시점은 존속회사의 신주가 교부되어 신주가 효력을 발생한 때로 합병의 등기시일 것인데, 등기 시에는 소멸회사의 권리의 무는 모두 존속회사에게 승계되고 소멸회사는 청산의 절차 없이 해산된다. 등기 시를 기준으로 이전의 시점에 존재하지 않은 회사의 이사에 대한 손해배상청구권이 등기 시에 성립함과 동시에 합병 후 존속회사에 승계된다는 이론구성이 가능할지 이 판단 역시 쉽지 아니하다. 나아가 존속회사에 이채권이 승계된다 하더라도 존속회사가 소멸회사의 이사에 대해 문제된 합병으로 인하여 손해배상을 청구할 가능성은 거의 없다.

한편, 이사는 회사 이외의 제3자에 대하여도 신인의무 위반으로 인한 손해배상의무를 부담한다(상법 제401조). 주주 역시 제3자의 범위에 포함되나, 이때의 손해는 회사가 손해를 입고 그로 인하여 주주가 입은 손해(간접손해)는 포함하지 않고, 문제된 행위로 주주가 직접 입은 손해만을 포함한다.⁴²⁾ 이처럼 직접손해와 간접손해를 구분하고, 주주의 직접손해만을 제401조로 전보하려는 취지는 회사법상 채권자보다 먼저 주주가 출자를 회수할 수 없다는 명제에 충실하기 위함이다. 그러나 이 두 손해의 구분이 항상 명확하지 않으며, 경우에 따라서는 구분이 불가능하기도 하다.

현실적인 관점에서 주주는 합병비율의 결정으로 인하여 입은 손해를 자신의 것으로 인식하고 손해를 회사에게 전보하여 줄 것을 청구하기 보다는 그 자신에게 직접 배상하여 주기를 원할 것이다. 제401조에 의한 손해배상을 청구 요건은 제399조에 기초한 배상청구시의 요건과 거의 유사한데, 결정적으로는 주주가 입은 손해가 간접손해가 아닌 직접손해인가 하는 부분이 관건이 된다. 합병의 여러 복합적 행위 가운데 신주의 발행은 회사의 일반적 신주발행과 유사한 면이 있다. 또 합병비율을 결정한 때에 소멸회사의 주주는 그와 같은 조건으로 존속회사의 주식을 교부받기로 결정되고, 이 시점에서 고정된 주주의 권리는 이후 소멸회사의 상황의 변화(손해의 발생)에 영향을 받지 않는다. 따라서

42) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결.

합병비율의 결정으로 인한 주주의 손해는 직접손해로 판단된다. 우리 법원도 “합병비율이 합병할 회사의 일방에게 불리하게 정해진 경우는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실케 되는 결과를 초래한다.”고 판시하여⁴³⁾ 그 주주에게 손해가 미치는 취지를 설시한 바 있다.

IV. 회사법 적용 방안에 대한 제안

1. 시장가 고수의 문제점과 보완의 필요성

삼성물산 합병과 주식매수청구권 사건에서 합병비율, 매수가 산정의 중심 쟁점은 시장가의 예외에 해당하는 “주가 조작, 허위의 자료에 의한 산정”이 있었는가 하는 가이다. 자본시장법 산식에 의한 주가 기준 합병가액 산정은 실질적으로 효력 규정과 같은 강제력을 갖고 있었기 때문에, 합병을 수행하는 주체로서는 그 당시 이 규정에 따라 가액을 산정하는 것이 일반적이고, 그것이 기대가능한 행위이다.

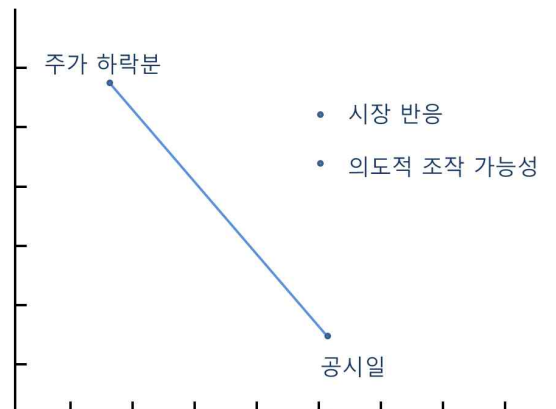
살펴본 바와 같이 우리 법제는 상장회사가 관련되는 합병에서 합병비율과 매수가를 결정할 때에 시장가를 기준으로 하고 있다. 이처럼 시장가를 기준으로 하는 것은 여러 가지 점에서 합리성이 있다. 시장가는 회사에 대한 각종의 정보가 효율적으로 반영된 가치일 뿐만 아니라, 주식의 가치를 시장가보다 경제적으로 평가할 수 있다. 주식가치 평가의 여타의 방법은 시간과 비용이 많이 들고, 각 방법이 갖는 장점의 이면에 부족한 점이 있다. 이와 같은 이유로 시장가가 합병이나 매수가 산정에 있어 “원칙적” 방법이 되는 것은 충분히 수긍할 수 있다. 그러나 이것은 어디까지나 법률적 평가를 할 때 특별히 고려하여야 할 다른 요소가 없을 때에 국한된 이야기이다.

계열사 사이의 합병의 경우는 어떠한가? 2000년부터 2015년까지 기업집단에 속한 계열사 간의 모든 합병 사건을 대상으로 한 연구 결과에 의하면, 대규모 기업집단에 속한 기업들 간의 합병 공시 이전 장기간의 주가움직임을 분석한 결과 지배주주의 지분율이 높을수록 초과수익률이 유의하게 증가한다는 실증적 연구결과⁴⁴⁾가 있다. 이 연구에 의하면, 지배주주의 지분율이 높은 계열사의 누적초과수익률이 지배주주의 지분율이 낮은 계열사의 동 수익률보다 유의하게 높고, 지배주주의 지분율이 높을수록 합병기업, 피합병기업 뿐만 아니라 여타 계열사의 누적초과수익률이 유의하게 증가하는 경향이 있음을 밝히고 있다. 결국 계열사 소속 회사 간의 합병은 지배주주가 사적이익을 추구하는 것이 그 목적임을 시사한다는 결론을 제시하고 있다.

43) 대법원 2008. 1. 10. 선고 20078다64136 판결 등.

44) 박경서/정찬식/김선민, “투자자는 지배주주일가가 이번 여름에 한 일을 알고 있다? 계열사간 합병과 이해상충문제”, 2017 재무금융 관련 5개 학회 학술연구발표회 자료집, 642면.

[도표4] 지배주주 지분율이 낮은 회사의 주가의 합병 전 동향



이러한 문제점을 제기한 기존의 연구들은 다수 존재한다. 위 연구 결과와 관련하여 주목할 만한 점은 이러한 주가의 변동이 이미 “합병 공시 이전”에 발생한다는 것이다. 시장의 투자자들이 합병을 공시하기 이전에 이미 이와 같은 구조의 합병에서는 지배주주의 지분비율이 높은 회사측에 유리하고 그 비율이 낮은 회사측에 불리하도록 합병비율이 결정될 것이라는 판단을 하고 움직이고, 이 움직임이 주가에 반영된다는 점이다. Sloan and You(2005)는 주식시장은 기본적으로 기업의 본질가치를 반영하지만, 가치평가 오류로부터 야기될 수 있는 부의 이전(wealth transfer)까지도 반영한다고 주장하였는데, 위 주가하락분은 이 관점과도 일치한다.

주지하듯이 매수가 산정 시에 합병 등과 같은 근본적 변화가 있기 “전”의 기업 가치를 산정한다.⁴⁵⁾ 이 변화에 반대하는 주주가 가져가는 몫이므로 조직변경이 없었더라면 가져갈 가치를 평가하여야 하기 때문이다. 따라서 상장회사의 경우 이사회 결의일을 기준으로 주가를 계산하고(자본시장법 시행령 제176조의 7 제2항), 합병의 합병가액도 상장회사 합병 시는 합병계약체결일 또는 이사회 결의일이 더 빠른 경우에는 결의일을 기준으로 하여 합병가액을 결정한다(동 시행령 제176조의 5 제1항).

그렇다면, 매수가나 합병가 결정에 있어서 위와 같은 공시일(이사회 결의 공시일) 이전의 주가하락분은 시장 주가의 자연스러운(인위적인 조작 등의 영향이 아니라는 의미에서) 변동분이자 시장의 효율성(efficiency)을 보여주고 있다. 상장법인의 주식을 오로지 시장가에 의존하여 평가할 때에는 이 구간에서 주가가 하락한 부분을 가격 산정에서 배제하기가 대단히 어렵다.

도표4가 제시하는 또 하나의 문제점은 합병에 대한 시너지 효과 포함 문제이다. 상장회사에 있어 반대주주의 매수가나 합병가액은 공히 시장가를 기준으로 결정하지만, 매수가의 경우 원칙적으로는 합병의 시너지를 포함하지 않는다. 이유는 합병에 반대한 주주에게 인정되는 권리이므로 반대한 합병의 시너지를 누리지 않는 것이 타당하다기 때문이다.⁴⁶⁾ 이에 반하여 합병의 경우 시장가는 합병에

45) 대법원 2006. 11. 23. 2005마958 결정.

46) 물론 계열사 합병과 같이 이익이 충돌되는 거래의 경우는 반대한 주주가 자발적 의사에 기하여 매수를 청구한 것이 아니라고 보아야 한다는 근거나 이러한 거래구조 때문에 부당하게 희생되는 가치를 반영하여야 한다

대한 시너지를 포함하고 있어야 하나, 위 도표에 의하면 그렇지 아니하다. 삼성물산의 합병 때 합병 공시 이후에야 구 삼성물산의 주가가 상승하기 시작하였는데, 이러한 공시일 이후의 주가 상승분은 법상의 산식에 따를 때 합병가액에서 배제된다. 이런 문제점을 해소하기 위해서 합병에 대한 시너지를 소멸회사의 주주에게도 배분하여야 한다는 당위에 충실한 DCF 방식을 도입할 필요성도 있다.⁴⁷⁾

매수거나 합병가에 있어 시장가 원칙을 충실하게 수용하고 있고, 지배주주가 있는 계열사 사이의 합병에 대하여도 특별한 예외나 이론을 마련해 두고 있지 않은 현재로서는 이처럼 합병의 관련 구조상 당사 회사의 합병비율이 불리하게 결정될 것이라는 투자자의 예측과 움직임에 따른 주가 하락분은 법적용의 결과 산정에서 배제되는 것이 타당하다.⁴⁸⁾ 위 도표에서 공시일 전에 주가가 하락한 부분은 시장가 원칙에 의할 때 투자자들의 자발적 투자 판단에 의한 것이므로 수요와 공급의 시장원칙에 따라 발생한 것이 된다. 이 부분을 산정에서 배제하려면 주가조작 등의 시세조종행위가 있었음을 입증하여야 하는데, 그 입증이 대단히 어렵다.

뿐만 아니라 실제 소송에서 시장가가 원칙이므로 이러한 시장가가 배제되는 경우라는 것, 그리고 그 예외 시의 정당한 매수가를 제시하여야 하는 책임⁴⁹⁾은 매수거나 합병비율의 불공정을 다투는 측에 있다. 실제 소송에서 입증책임이 갖는 비중에 비추어, 매수거나 합병비율을 다투는 주체의 부담이 무겁다. 또한 법원은 매수가격을 결정함에 있어 “시장주가, 순자산가치, 수익가치 등을 종합적으로 고려”한다거나, 합병비율을 결정함에 있어 합병비율은 “자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대방가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 하므로 제반 요소를 고려하여 합리적인 범위 내에서 결정된 합병비율이라면 현저하게 부당하다고 할 수 없다”고 하여 합리적인 가격의 범위를 넓게 해석하고 있다. 이런 국면은 가격의 부당함을 다투는 측에게는 가격의 합리성을 깨고 부당함을 피력하기가 쉽지 않도록 작용한다. 결국 시장가에 대한 강한 의존성을 보이는 우리 판례에 따를 때 일정 시점의 시장가를 기준으로 결정한 매수거나 합병비율은 실질적으로 강한 적법성 추정을 받게 되어 이를 다투는 측이 무거운 입증의 부담을 갖게 된다. 매수가 산정에 있어서도 “시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우”를 예외적 상황으로 판시하고 있는데, 가격조작 등의 행위는 그와 같은 가능성이 있는 경우를 포함하는 것으로 해석되지 않고, 자본시장법에 따른 시세조종행위가 있는

는 근거로 반대 주주에게도 시너지 효과를 배분하여야 한다는 이론도 제기된다.

47) 주식가치 평가에 관하여서는 김홍기, “현행 주식가치평가의 법적 쟁점과 공정한 가액에 관한 연구”, 「상사법연구」 제30권 제1호, 한국상사법학회, 2011.; 최승재, “주식가치평가와 공정한 가액에 대한 고찰-반대주주의 주식매수청구권을 중심으로”, 「연세글로벌비즈니스 법학연구」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터, 2010. 등 참고.

48) 서울고등법원 2016. 5. 30. 2016라20189, 20190(병합) 결정은 투자자들의 이런 판단에 따라 주가가 하락한 부분을 매수가 산정시에 반영하는 것은 불리하다는 판단을 하였고, 이 하락분을 배제하는 이유로서는 삼성 측이 의도적으로 실적을 조작한 점 등을 직권탐지주의에 의하여 인정하였고, 그 기술적 방법으로 매수가 산정의 기준일을 합병 전 6개월로 이동하는 방법을 취하였다. 이 사건은 구 삼성물산의 주주가 매수가에 반대하여 법원에 매수가 결정을 신청한 사건인데, 시장가를 기초로 매수가를 결정한 1심 결정에 대한 항소심 결정이다.

49) 주식매수청구권 행사의 경우 매수가 결정은 비송사건에 해당하여 법원의 직권탐지주의의 적용을 받고, 민사소송의 일반적 입증책임의 원칙은 적용되지 않지만, 매수가 적용이 원칙인 만큼 그 원칙이 배제되어야 하는 타당성은 신청인이 역설하여야 한다.

경우로 해석되므로 더욱 예외의 경우가 협소하다.

이 해석은 나아가, 이사의 선관주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에 있어서도 영향을 미친다. 합병의 경우에 소멸회사의 이사는 그 주주가 최대한 높은 합병대가를 받을 수 있도록 하여야 하는 의무가 선관주의의무의 내용인가 하는 어려운 질문은 차치하고라도, 법이 정한 방법에 따라 주가를 산정한 행위가 위법하다고 보거나 그러한 가격에 따른 합병이 주주에게 손해를 발생시켰다고 보기가 어렵기 때문이다.

결국, 시장가예의 강한 의존은 여러 국면에서 권리구제의 장애적 요소로 작용함을 알 수 있다. 이러한 맥락에서 이익이 충돌하는 거래에 있어 시장가에만 의존하여 가격을 결정하는 방법의 부당함을 제시하는 견해들이 적지 아니하다.⁵⁰⁾ 이익이 충돌하는 거래에 있어 매수거나 합병가액은 시장가에 국한되지 않고, 자산가치, 수익가치 등을 종합적으로 고려하여 판단할 필요가 있다. 이익이 충돌하는 경우 시장가만이 유일한 기준이 아니고, 여타의 다른 가치를 고려한다는 규정(또는 법원의 명시적 판단)을 둔다면, 사전적으로도 합병의 주체들은 여러 가치를 두루 평가하고 그와 같은 평가가 위법하다고 판단되지 않을지 검토해 보게 될 것이고, 이런 점에서는 사전적 권리 구제의 기능을 하게 된다.

2. 이익충돌의 범위의 명확화와 기준의 필요성

1) 경영판단의 법칙의 배제

현재 회사법이 마련하고 있는 합병 시 이익충돌과 관련된 제도는 특별이해관계인의 의결권 제한, 이사의 자기거래금지 정도이다. 또한 법규로 도입하지 않았지만 우리 법원이 해석으로 도입한 경영판단의 법칙 역시 그 적용요건의 하나가 “이익이 충돌되지 않을 것”이므로,⁵¹⁾ 여기의 이익충돌에 해당된다면 경영판단의 법칙의 보호에서 제외된다.

특별이해관계인의 의결권 제한은 총회의 결의에 특별한 이해관계가 있는 주주가 개인적인 이해관계에 치우쳐 회사의 이익을 해치는 경우 의결권 행사를 금지한다. 자기거래는 일정한 거래주체가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래할 때 이사회가 가중된 승인을 얻어야 하고 있는데, 조문이 이익의 충돌이란 표현을 쓰고 있지 않지만, 거래의 성질상 이익충돌의 염려가 없는 거래는 이사회 승인을 얻을 필요가 없다고 보는 것이 통설의 입장이다. 이 두 제도는 그 취지에 불구하고, 계열사의 합병에 적용하는 데에는 한계가 있음을 살펴보았다.

50) 김정호, “주식매수청구권에 관한 연구”, 『경영법률』 제25권 제4호, 한국경영법률학회, 2015; 양기진, “반대 주주의 주식매수청구권에 관한 연구”, 『기업법연구』 제26권 제1호, 한국기업법학회, 2012.; 양기진, “삼성물산-엘리엇 공방을 중심으로 본 현행 경영권방어법제의 개선방향”, 『상사법연구』 제234권 제3호, 한국상사법학회, 2015.

51) 우리 법원이 이 요건을 분명히 하고 있지는 않아 보인다. 자기거래가 이 법칙의 수혜 범위 밖에 놓이는 것은 이익이 충돌되어서라기보다는 법령위반의 행위이기 때문인 것으로 판시하고 있다.

경영판단의 법칙은 어떠한가? 앞서 두 제도는 문제된 거래 “자체”의 효력과 관련된 것인데 반하여, 경영판단의 법칙은 합병에 관련된 이사에 대하여 손해배상책임을 추궁하는 국면에서 그 이사가 면책되느냐에 관한 문제이다. 이처럼 경영판단의 법칙은 적용 국면이 다르다는 점을 먼저 짚고 넘어갈 필요가 있다.

이러한 차이에도 불구하고, 경영판단의 법칙을 두 제도들과 나란히 놓은 이유는 “이익이 충돌하는” 거래로부터 회사와 주주를 보호한다는 면에서 공통되기 때문이다. 법규로 존재하는 두 제도의 이익 충돌의 범위가 해석상 여러 가지 불명확한 점을 내포하였듯, 법원의 판시가 도입한 경영판단의 법칙 역시 이익충돌의 경우 이를 배제한다든가, 어떻게 이해가 충돌되는 경우 이 법칙의 예외로 한다는 점에 관한 구체적인 적시가 없어 마찬가지로 해석상 의문점이 남는다. 여기에 더하여, 경영판단의 이익충돌은 앞선 제도들의 이익충돌과 같은 의미인가 하는 의문도 제기된다. 같은 법에서 사용되는 용어는 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석됨이 일반적이기 때문이다.

우리 법원은 미국의 경영판단을 도입하고 있지만, 실질적 내용은 미국의 경영판단 법칙과 차이가 있다.⁵²⁾ 몇 가지 차이점을 나열할 수 있겠지만 가장 큰 차이점은 미국법은 이 제도를 실체법적인 것이 아니라 절차법적으로 운용하고 있다는 점이다. 이사는 “경영판단을 함에 있어, 충분한 정보를 바탕으로 선의로 또 회사에게 최대의 이익이 된다는 진실한 믿음으로 그 판단을 하였다고 전제(presumption)”한다. 이 전제에 따라 이사는 경영사항에 대하여 이와 같은 강한 추정을 받는다. 경영판단의 법칙의 본질은 이러한 강한 추정에 있고, 만약 주주가 이를 번복시킬만한 입증을 못한 경우에는 법원은 소송을 종결시키게 되므로 이사는 면책된다.⁵³⁾ 따라서 이익이 충돌하는 거래 관련 선관주의의무 위반을 원인으로 하여 손해배상을 청구할 때 원고는 “이익이 충돌”하는 사실을 입증하여 이 추정을 깨어야 하는 부담을 안는다. 원고가 이러한 사실을 입증하면, 이사는 거래가 완전한 공정성(entire fairness)을 갖추었음을 입증하여야 한다.

우리 법원은 “경영판단을 하면서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 행동한 것이라면 그 과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것이어서 선관주의의무를 다한 것이 된다”⁵⁴⁾고 판시하고 있다. 즉, 경영판단 과정에서 일정한 요건을 갖춘다면 그 행동은 재량의 범위 내의 것이 되어 이사의 실체적 권한 범위 안에 놓인다. 이익충돌이 있는 경우 “회사의 최대이익을 위하여”의 요건을 흠결하게 될 것이므로 이 법칙의 적용을 받지 못한다고 해석하여야 할 것이다. 이처럼 우리 법원은 경영판단 법칙을 이사의 “실체적” 권한 범위의 선을 긋는 제도로 운용하고 있다.

52) 이러한 차이를 분석적으로 검토한 논문들은 다수가 있다. 강희주, “주식회사 이사의 책임에 관한 판례의 법리”, 『증권법연구』 제8권 제2호, 한국증권법학회, 2007; 권재열, “대법원 판례상 경영판단의 원칙에 관한 소고”, 『증권법연구』 제9권 제1호, 한국증권법학회, 2008.; 김택주, “경영판단의 원칙의 적용요건(대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결)”, 『기업법연구』 제20권 제1호, 한국기업법학회, 2006.; 송중준, “경영판단 원칙과 그 수용상의 과제”, 『인권과 정의』 제364권, 대한변호사협회, 2006.; 오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토”, 『기업법연구』 제20권 제1호, 한국기업법학회, 2006. 등.

53) 박태현, “차입매수에 있어서의 이사의 신의의무”, 『인권과 정의』 제369호, 대한변호사협회, 2007, 221면.

54) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 등.

그러면, 경영판단의 이익충돌은 자기거래, 특별이해관계의 이익충돌보다 넓은 범위로 보아야 하는가? 그렇다고 생각한다. 우선 자기거래나 특별이해관계인 제도는 회사가 수행하는 거래의 전부를 포섭하지 못하고 그 일부만을 규율하는 제도이다. 신주발행과 같은 자본거래를 거래의 성격상 여기에 포함된다고 볼 수 있는가에 관해서도 다툼이 있다. 다음으로 해당 거래에 특별한 이해관계가 있는가, 이익이 충돌하는가의 판단에 있어서도 자기거래, 특별이해관계인 제도는 그 규제의 망으로 낚지 못하는 거래들이 많다. 회사의 주주가 법인으로서 직접 그 회사와 합병의 당사자가 되는 경우가 아닌 합병을 규제하지 않는다. 공통의 지배주주가 있는 계열사끼리의 합병이 그러하다.

물론 앞서 살핀 바와 같이 기존의 제도의 해석에 있어 이익충돌을 보다 실질적으로 검토하여 포섭 범위를 확장하자는 주장도 있다. 그러나 i) 두 제도가 이익충돌의 “우려” 때문에 주주총회나 이사회에서의 의결권을 배제하는 강한 효력을 내는 제도이고, ii) 이익충돌이 실제로 있었는지는 사후적으로 심사될 수밖에 없는 것이어서 결국 결의 시에는 일응 이익이 충돌될 가능성이 보이는 거래를 모두 여기에 포함된다고 보게 되어 지나치게 많은 거래가 금지되게 된다는 문제가 있다.

무엇보다도 우리 법원이 경영판단의 법칙을 이사의 재량의 범위에 속하는 행위를 금구는 실체적 제도로 운용한다는 점을 고려하여야 한다. 회사의 수임인으로서 이사가 할 수 있는 행위의 영역은 지극히 넓다. 경영상의 결정을 수반하는 행위 영역 중에서 자기거래, 특별이해관계인 제도가 적용되는 거래 영역만을 이익이 충돌된다고 본다면, 그만큼 이익충돌로 배제되는 영역이 협소해지고, 이사의 재량의 범위는 넓어진다. 재량의 범위가 넓어지는 것은 그 자체가 문제는 아니지만, 이익충돌로 입은 주주의 손해가 전보되는 범위가 좁아진다는 점은 큰 문제이다. 이사가 회사와 이익을 충돌하지 않아야 할 의무는 선관주의의무의 일 내용이고, 여기에 이익이 충돌되지 않도록 할 의무는 자기거래, 특별이해관계 거래에 국한되지 않는 보다 넓은 범위의 것이므로, 이사의 의무위반으로 인한 손해배상청구 영역에서 이익충돌을 확장함은 법리적으로도 이치에 닿는다.

향후 우리 법원은 이사에 대한 선관주의의무 위반 소송에서 경영판단의 법칙을 실시할 때 이익이 충돌될 때에 이 법칙이 배제됨을, 그리고 이러한 이익충돌에 계열사 사이의 합병의 경우와 같이 실질적으로 주주의 이익이 침해될 가능성이 있는 경우도 포함하여 해석함을 분명히 하여야 할 것이다.

2) 시장가 원칙의 예외

우리 법원은 매수가 산정에서 시장가 원칙에 대한 예외의 경우를 “시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우”로 판시하였다. 그리고 합병비율의 산정에서 시장가 원칙의 예외는 “그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우”로 적시하고 있다. 어느 경우나 “등”이라는 표현을 사용하여 유사한 사유로의 확장 가능성을 열고는 있지만, “가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단”은 자본시장법상 시세조

중행위에 준하는 예외적인 경우로 해석된다. 합병의 경우도 “허위자료에 근거한 경우”라 하여 그 적용범위를 국한하고 있다. 금번 삼성물산 합병의 경우에 시장가에 의할 때 생기는 문제점은 앞서 살펴 보았다. 그런데 계열사 사이의 합병처럼 이익이 충돌하는 경우가 법원이 실시한 이 예외적인 경우에 해당되는지가 명확하지 않다. 따라서 시장가 원칙의 예외가 적용되는 경우에 계열사 사이의 합병과 같이 이익이 충돌하는 경우를 명시적으로 적시함이 타당하다.

3. 입증책임의 전환 필요성

계열사 사이의 합병은 “이익이 충돌”한다는 점이 문제이다. 추구하여야 할 이익 대신에 이익을 추구할 가능성이 매우 높다. 그런데 실제로 그와 같이 왜곡된 방향의 이익을 추구하였는가, 회사나 주주에게 손해가 발생하였나, 그 손해가 얼마인가, 그리고 이익추구와 손해 사이에 인과관계가 있는가를 판단하는 것은 지극히 어려운 일이다. 특히 합병과 같은 복합적인 법률적, 경제적 효력을 수반하는 거래에 있어 손해의 발생이나 그 인과관계를 입증하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 이러한 결과발생의 가능성은 바로 그 “이익 충돌”로 인하여 높아지는 것이므로, 입증의 부담은 그러한 거래의 주체에게 지우는 것이 타당하다.

앞서 살펴본 바와 같이 자본시장법상의 공식에 따른 시장가 원칙은 우리 법원이나 실무가 마치 이를 효력규정처럼 운용하고 있다. 따라서 반대주주의 매수가 산정시, 합병비율의 불공정시 이 산식에 따라 산출된 금액이 불공정함을 입증하는 것은 지극히 어려운 일이 된다. 그리고 이 부분은 이사의 선관주의의무위반으로 인한 손해배상 소송에서도 의무위반, 손해발생의 요건에서 “법상의 방법을 따라 합병가액을 정한 것이므로 의무를 위반한 것이 아니며, 회사에도 손해가 발생하였다고 볼 수 없다”는 논리로 연결된다. 손해배상을 구하는 것이 매수가를 다투거나, 합병을 다투는 것과 마찬가지로 ‘산 너머 산’ 격이다.

소송의 실무에서 입증책임이 차지하는 비중은 이론상의 중요성을 훨씬 넘어선다. 따라서 매수자가 공정하다는 입증(매수가 산정은 비송사건이므로 일반의 민사소송과 다른 원칙에 따라 운용되지만, 실질적으로 입증의 부담을 회사 측에 지워 운용할 수 있을 것이다), 합병가액이 공정하다는 입증, 이익이 충돌하여 경영판단의 적용을 받지 않고 선관주의의무를 다하였다는 입증, 원고에게 손해가 발생하지 않았다는 입证的 책임을 피고(피신청인)에게로 전환하여 운용할 필요가 있다.

이러한 입증책임의 전환 운용은 실제로 소송이 벌어진 경우 사후적 구체책으로 작용하는데 그치지 않는다. 계열사 사이의 합병은 대기업집단 내 회사들 사이에서 발생하고, 대기업들은 변호사들을 사내에 배치하여 법률 분쟁을 사전적으로 리스크 관리할 정도로 인식이 발달한 주체들이다. 소송이 일어날 때를 대비하여 사전적으로 법률행위의 절차를 체계적으로 관리하므로, 입증책임을 다하기 위하여 요구되는 절차들을 충실히 이행하려 할 것이다. 단순히 공시일을 기준으로 하여 시장가를 평균하는데 그치지 않고, 적당한 매수거나 합병가액을 도출하기 위하여 다각도의 평가를 하고, 책정한 매수

가나 합병가를 여러 평가 방법 중 택한 근거도 마련하여 둘 것이다. 소멸회사의 이사들은 상대방 회사와 수차례 협상을 할 것이며, 협상의 과정에서 소멸회사 주주들의 이익을 대변하기 위한 노력의 흔적들을 축적하게 될 것이다. 입증책임을 전환하여 운용하는 것이 필요하다.

V. 맺는 글

오늘날 각 국가는 금융시장과 M&A 시장에서 가능한 많은 거래가 수행될 수 있도록 다양한 상품이나 거래의 수단을 적극 장려하고 있다. 꼭 그 수행의 결과가 긍정적이어서가 아니라 다양한 형태의 거래를 활성화하면서 그로 인하여 생길 수 있는 부작용을 제어할 수 있는 장치를 잘 마련한다면 궁극적으로 시장과 경제가 꽃필 것이라는 기대 때문인 것 같다. 이것이 국제적 동향이다. 그러나 우리의 경우 재벌기업이 경제에서 큰 영향력을 행사하고, 기업집단 내 계열기업 합병이 M&A 시장에서 큰 부분을 차지하고 있다는 특이점을 언제나 유념할 필요가 있다.

회사법 영역에서 합병의 무효나 이사의 선관주의의무위반, 반대주주의 주식매수청구권은 역사가 오래된 전통적인 제도임에도 불구하고, 우리는 계열 기업 내 합병이라는 이익충돌의 경우에 적용될 이론과 규제들을 발전시키지 못하였다. 이것이 삼성물산 합병을 둘러싼 많은 논의와 불협화음의 원인이라고 생각된다. 본고에서는 회사법의 이런 이론들을 삼성물산 합병에 대입하여 논리적 전개를 하고, 현행의 이론과 규제가 여기에 잘 적용될 만큼 충분히 숙성되지 못하였음을 살펴보았다.

무엇보다도 합병가액이나 매수가를 결정할 때에 시장가를 주요한 지표로 삼는 것에는 동의하나 과도한 의존을 경계할 필요가 있음을 문제제기하였다. 이와 같은 구조의 합병에서 합병이 공시되기 전 이미 투자자들이 이를 전제로 움직이고 있으며 이로 인한 주가하락은 시세조종이나 인위적 조작이 아닌 자연스러운 시장주가의 하락분이 된다. 현재까지 자본시장의 긍정적이고 바람직한 좌표로 인식되는 효율성(efficiency)의 관점에서 볼 때도 이때의 시장은 효율적인 것이 된다. 따라서 매수거나 합병가가 이처럼 하락된 가격으로 책정되는 것을 규제할 수 없다. 또 합병가액의 경우는 합병의 시너지도 반영할 수 없어 합병비율이 소멸회사의 주주에게는 더욱 불리하게 된다. 계열사 사이의 합병을 포함하여 이익이 충돌되는 경우가 어떤 경우인지를 명확히 제시하고, 이때에는 시장가 고수 원칙에서 벗어나 다양한 기준으로 합병가액을 결정할 수 있도록 하여야 한다.

또한 시장가를 실질적으로 절대적 기준으로 운용하면서, 소멸회사의 이사는 시장가를 기준으로 합병가를 결정하면 선관주의의무를 다한 것이 되어 의무 위반이 없고, 회사에도 손해가 없다는 논리로까지 나아가는 것도 문제점이다. 합병무효의 소를 엄격하게 운용하면서 마련된 합병비율의 불공정기준이 이사의 선관주의의무의 기준, 나아가 회사나 주주의 손해발생 기준까지 작용되는 것은 불합리하다.

선관주의의무의 기준에서는 계열사 합병과 같이 이익이 충돌되는 경우 경영판단의 법칙이 배제됨

을 명확히 하여야 한다. 실제의 소송에서는 이처럼 이익이 충돌하는 거래를 수행함으로써 손해발생 가능성이 높아지도록 한 주체인 회사나 이사 측에 선관주의의무의 이행, 정당한 가액 산출, 손해의 불발생의 입증을 부담시키도록 제안한다. 이런 입증책임의 전환은 합병의 당사 회사들로 하여금 향후 있을지 모를 소송에서 합병가액의 산출과정에서 선관주의의무를 다하였음을 입증할 수 있을 정도로 “거래 과정에서 노력”을 다하도록 할 것이다. 이러한 절차법적 입증의 운용이 역으로 실체법적으로 완전한 공정성 이론을 세우는 효과를 발휘할 것으로 기대한다.

토론문

강희주 변호사(법무법인 광장)

1. 합병 과정에서 지배주주의 이익을 위하여 합병회사가 외부주주의 이익을 침해하면서 지배주주의 이익을 추구하는 현상(부의 이전, Tunneling 현상). 지배주주와 비지배주주의 이익충돌.
2. 계열기업과 사이의 M&A가 많은 이유는? 일감 몰아주기 규제 대응, 부실계열기업지원, 경영권승계(?). [실무상은 다양한 대응 방안 존재 : 매각, 분할, 합병, 신규 취득 내지 매입 등]
3. 합병의 목적이 경영권승계라는 것을 확정 가능한가? 합병비율의 불공정, 매수가의 불공정. [실질적으로 적정한 가격평가 내지 합병비율의 평가가 가능한가? 상법이나 자본시장법 등에 규정된 바대로 하는 것이 부적정한 경우를 밝힐 수 있는지? 그 경우 어떤 가격평가기준이나 합병비율로 하는 것이 공정한가?]
4. 경영권승계 목적의 신주발행 : 적정 혹은 부적정의 기준은 ?
5. 특별이해관계인의 의결권행사의 제한 : 이익충돌의 가능성으로 해석하는 경우, 의결권행사금지를 인정하기 위한 요건을 완화? 실무상 의결권 행사 금지 내지 제한 가처분의 경우 상당한 정도 금액의 공탁 내지 담보금을 납부 전제로 함. 담보금이 합병 무산시의 손해배상 등을 보전할 정도의 금액이어야 하는데, 이러한 완화조치가 의결권제한을 적절하게 보장하는 현실적 대안이 될 수 있는가?
6. 이사의 자기거래의 요건을 충족하지 못하면 합병무효의 소의 사유가 되는가?
7. 합병비율이 적정한 경우 경영권승계를 위한 합병은 무효의 사유로 불가능. 합병비율이 적정하지 않은 경우 합병무효의 사유로 가능. 합병비율은 당사자 간의 교섭에 의하여 결정되는 것이지만 교섭력이 떨어지는 소수주주 보호를 위하여 자본시장법 시행령에서 합병가액을 정하는 기준 규정(법 시행령 176조의5 1항). 이러한 규정에 대한 다른 대안은 무엇인가?
8. 반대주주의 주식매수청구권 관련하여 적정한 가액 산정 기준은 무엇인가? 당사자 협의 v. 법원의 결정(상법 374의2 4항. 비상장사), 협의 v 법정 매수가 v 법원의 결정(자본시장법 165조의5 3항, 상장사). 시장가를 원칙으로 하는 것은 객관적 가치를 기준으로 한 것인가? 시장가를 배제하는 경우의 문제점은 없는가? 공정한 가격으로 하는 방안은 ? [Fund 등의 주식매수청구권 행사 사례 : 시가를 확정하는 방법: 장외시장 거래사례, 유상증자시 가격 산정 사례, IPO 검토시 가격 산정 사례]
9. 합병비율의 산정시 시가와 본질적 가치가 다른 경우, 본질적 가치를 기준으로 하는 경우, 이사의 책임의 문제는 어떻게 처리되는가? 시가가 장부가 보다 낮은 경우에는 어떻게 되는가? [형법 & 상법(배임) v 세법 v 공정한 가격]
10. 합병비율의 결정으로 인한 주주의 손해는 직접적 손해인가?



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동학술대회

2세션

최근 금융, 보험, 해상법제의 주요 법적 쟁점

- 온라인플랫폼사업자와 상거래법제 / 곽관훈 교수(선문대)
- 한진해운 파산 1년, 해운법제의 개선과제 / 양병찬 교수(서남대)
- 자본시장법에서 신탁업의 분리와 입법 과제 / 고동원 교수(성균관대)·권태율 과장(한국은행)
- 보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과와 개선과제 / 신영수



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동학술대회

2세션 제1주제

온라인플랫폼사업자와 상거래법제

· 발표 객관훈 교수(선문대)

· 토론 김갑래
연구위원(자본시장연구원)

문정혜 교수(원광대)

온라인 플랫폼사업자와 상거래법제

곽 관 훈*

차 례

- | | |
|-------------------------------------|---------|
| I. 서론 | IV. 맺음말 |
| II. 온라인 플랫폼의 의의 및 특성 | |
| III. 온라인 플랫폼에 대한
법적규제의 문제점과 개선방안 | |

I. 서론

인터넷 등 ICT 기술이 발전함에 따라 온라인플랫폼을 이용한 다양한 거래가 이루어지고 있다. 온라인플랫폼은 ‘양면시장(two-sided market)’으로서 플랫폼사업자가 두 종류 이상의 이질적 그룹에 플랫폼을 제공하고, 이용자들은 플랫폼을 통해 상대방 그룹과 거래하거나 상호작용하면서 경제적 가치나 편익을 창출하는 구조를 가지고 있다. 스마트폰의 성장에 따라 새로운 유형의 양면시장이 계속 등장하고 있다. 대표적인 것이 바로 배달앱서비스나 택시앱서비스와 같은 ‘O2O(Online to Offline) 비즈니스’이다.

온라인 플랫폼에 의해 형성되는 양면시장은 기존의 단면시장과는 매우 다른 특징을 보여주고 있으며, 단면시장에서 적용되는 경제원리가 적용되지 않는 경우가 적지 않다. 특히, 수요와 공급이라는 기준만으로 가격이 형성되는 것이 아니고, 플랫폼 운영자가 각 집단의 수요탄력성을 고려하여 한 측면에 더 요금을 부과하고 다른 측면에서 지불하는 가격을 그 만큼 감소시킬 때 거래량이 증가하는 경우도 있다. 즉, 이질적인 집단이 참여함에 따라 가격정책도 이질적으로 나타나는데 등 기존의 단면시장과는 많은 차이점을 보이고 있다.

온라인 플랫폼의 이러한 특성을 고려하면, 당사자간의 법률관계도 그에 따라 달라질 수밖에 없다. O2O를 전제로 볼 때 거래의 당사자는 (i) 공급자인 사업자와 (ii) 수요자인 소비자 외에 (iii) 온라인 플랫폼 사업자로 구분할 때, 공급자와 플랫폼사업자의 관계와 수요자와 플랫폼사업자의 관계는 근본적으로 다를 수밖에 없다. 따라서 법적규제도 법률관계의 특성을 고려하여 달라져야 할 것이다. 그러나 현행법의 경우 소비자와 관계에 대해서만 규율하고 있고 상인인 공급자와 상인인 플랫폼사업자와의 관계에 대해서는 별다른 논의가 이루어지지 않고 있다.

이에 본 논문에서는 온라인플랫폼을 둘러싼 당사자간의 법률관계에 대해 살펴보고, 특히 상인

* 선문대 법,경찰학과 부교수

인 공급자와 상인인 온라인플랫폼 사업자와 관계정립을 위해 나아가야 할 방향성에 대해 검토하고자 한다.

II. 온라인 플랫폼의 의의 및 특성

1. 온라인플랫폼의 의의

온라인 플랫폼(Online Platform)은 온라인과 정거장이라는 의미의 플랫폼이 결합된 단어로, 온라인 공간상에 다양한 그룹들이 모이는 공간을 의미한다. 온라인 플랫폼 자체를 새로운 사업모델을 의미하는 용어로 사용하는 경우도 있고, 그 자체로서 경제적 의미를 갖는다고 보기 어렵다는 견해도 있다. 어떠한 관점에서 보든지 인터넷 등 정보통신기술을 이용하여 온라인상에서 시·공간적 제약없이 사람들이 모일 수 있기 때문에, 이를 활용하여 다양한 사업모델이 개발됨에 따라 경제적으로 중요한 의미를 갖게 되었다.

두 종류 이상의 그룹이 모이는 공간을 제공하는 온라인 플랫폼의 특성은 통상 ‘양면시장(two-sided market)’으로 설명된다. 일반적으로 양면시장은 플랫폼기업이 두 종류 이상의 그룹에 플랫폼을 제공하고 이용자들은 플랫폼을 통해 상대방 그룹과 거래하거나 상호작용하면서 경제적 가치나 편익을 창출하는 시장을 의미한다.¹⁾ 온라인 플랫폼은 이러한 플랫폼을 매개로 연결된 둘 이상이 그룹 간의 ‘중개’ 혹은 ‘매개’를 핵심적 요소로 한다.²⁾ 이러한 의미에서 EU에서도 온라인플랫폼을 둘 이상의 이질적이면서 상호의존적인 집단의 이용자들이 양면시장 또는 다면시장에서 중개매개체로서 서비스 제공자의 역할을 하는 존재로 보고 있다.³⁾

전통적으로 이러한 양면시장의 특성을 가지는 플랫폼은 신용카드, 미디어 시장, 인터포털이나 쇼핑몰 등의 중개플랫폼이 대표적이었다.⁴⁾

1) 서종화·정용훈, 「온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자문제 연구」, (한국소비자원, 2016), 17면.

2) 조혜신, “온라인플랫폼 경쟁에 대한 경쟁법의 적용-규범적 접근방법의 모색”, 『경쟁과법』 제7호(2016.10), 24면.

3) EU Commission, Public Consultation on the Regulatory Environment for Platform, Online intermediaries, data and Cloud Computing and the Collaborative Economy(2015), <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>> (2017년 8월 1일 최종방문)

4) 김진영·김민용, “모바일서비스 플랫폼의 양면시장 형성단계에 관한 연구:카카오톡 사례를 중심으로”, 『인터넷전자상거래연구』 제13권 제4호(한국인터넷전자상거래학회, 2013.12), 148면.

[양면시장의 유형]

구분	플랫폼의 역할	사례	특징
중개	구매자와 판매자로 구분되는 양 이용자들을 중개	쇼핑몰, 결혼정보회사, 경매	수수료를 일방에게만 부과하기도 함
광고기반 미디어	콘텐츠를 직접 생산하거나 구매하여 독자를 모으고 해당 콘텐츠를 통해 광고수익을 추구	신문, 잡지, 방송, 인터넷포털	콘텐츠 자체의 비용을 무료 또는 한계비용 미만으로 책정
거래수단	당사자간 거래의 수단	신용카드	신용카드사의 수익은 연회비보다는 수수료에서 발생
소프트웨어 플랫폼	개발자에게 특정 플랫폼에서만 구동되는 프로그램을 개발하게 하고 이용자들은 해당 플랫폼을 통해서만 프로그램 이용	PC 운영프로그램, 비디오 게임기 등	소프트웨어의 특성상 개발 후에 발생하는 한계비용이 적음

[출처] 서종화·정영훈, 전게서, 19면.

그러나 스마트폰의 성장에 따라 새로운 유형의 양면시장이 계속 등장하고 있다. 대표적인 것이 바로 ‘O2O(Online to Offline) 비즈니스’이다. 일반적으로 O2O 시장은 이용자가 스마트폰 등의 모바일기기를 이용해 온라인으로 상품이나 서비스를 주문하면 오프라인으로 이를 제공하는 온·오프라인 융복합 서비스를 의미한다.⁵⁾ 최근 많은 이용되고 있는 배달앱 서비스⁶⁾나 택시앱 서비스⁷⁾ 등이 대표적인 O2O 비즈니스에 해당된다.

2. 양면시장으로서의 온라인플랫폼의 특성

O2O 비즈니스로 대표되는 다면시장의 핵심은 연결매체인 플랫폼이다. 팔려는 자와 사려는 자가 한꺼번에 모이는 장소로서 구심력을 가진 플랫폼의 존재가 O2O 경제 구성의 일차적 요건이

- 5) 문상일, “택시앱서비스 시장에서의 소비자보호를 위한 규제법적 쟁점과 해결방안”, 『경제법연구』 제15권 제2호 (2016), 32면.
- 6) 배달앱서비스란 소비자가 배달앱을 이용하여 원하는 제품과 서비스를 찾으면 스마트폰이 위치정보시스템을 이용하여 주변 사업자를 자동으로 검색해 주고, 이에 해당 사업자와 제품 내지 서비스를 주문하고 대금결제까지 할 수 있는 서비스를 말한다. 배달앱을 운영하는 사업자는 배달중개, 광고판매, 결제수수료 수취 등을 통해 수익을 얻는 구조이다. 현재 우리나라의 경우 ‘배달의 민족’, ‘요기요’, ‘배달통’ 등의 배달앱서비스가 활발하게 이용되고 있으며, 2015년 기준으로 배달앱을 통한 배달거래는 연간 1조 2,000억에서 1조 5,000억원 정도에 이르고 있다고 한다. 상세한 내용은 안수현, “배달앱서비스 시장의 법적 쟁점과 해결방안”, 『경제법연구』 제15권 제2호, 47면 이하 참조.
- 7) 택시앱 서비스는 이용자의 스마트폰과 같은 모바일기기에 택시이용서비스를 검색하여 주문할 수 있는 택시앱을 설치한 후, 소비자가 앱을 이용하여 택시를 호출하고 택시운송 사업자의 배차완료에 의하여 소비자가 지정하는 장소에서 택시운송서비스를 이용할 수 있는 거래구조를 가지고 있다. 택시앱서비스를 이용하려는 소비자는 택시앱서비스 사업자가 제공하는 이용약관에 동의한 후, 택시앱을 휴대폰이나 PC에 다운로드 받아 설치하고 앱을 실행하여 출발지와 목적지, 원하는 차종, 카드결제 유무를 선택하여 택시의 배차를 요청하게 된다. 이 경우 택시운송계약체결의 당사자는 소비자와 택시운송 사업자가 되며, 택시앱서비스 사업자는 소비자와 택시운송 사업자가 운송계약체결을 중개하는 지위에 있게 된다. 문상일, 전제논문, 34-35면.

라 할 수 있다.⁸⁾ 즉, 온라인 플랫폼이라는 새로운 사업모델이 존재함에 따라 O2O 비즈니스가 발전한 것이며, 온라인플랫폼이 계속 성장한다면 새롭고 다양한 비즈니스 모델이 계속 등장할 것으로 생각된다.

온라인 플랫폼에 의해 형성되는 다면시장은 기존의 단면시장과는 매우 다른 특징을 보여주고 있으며, 단면시장에서 적용되는 경제원리가 다면시장에는 적용되지 않는 경우가 적지 않다.⁹⁾ 그 중에서도 가격결정과 관련해서는 양 시장이 많은 차이를 보이고 있다. 단면시장은 소위 수요와 공급법칙에 따라 거래량이 가격수준에 의존하게 된다. 이에 비해 양면시장인 플랫폼은 가격구조에 따라서 각 집단의 참여여부와 거래량이 결정되기 때문에, 각 집단을 모두 플랫폼에 참여하도록 유도하면서 이윤을 창출할 수 있도록 ‘누가 얼마만큼 지불할 것인가’를 선택하는 것이 중요하게 된다.¹⁰⁾ 플랫폼은 양측의 고객집단간의 상호작용을 증대하는 비용을 요구함으로써 경제적으로 이익을 창출하는데, 참여자의 참가비에 대한 수요탄력성이 다르기 때문에 차별적인 가격을 부여함으로써 이윤극대화를 꾀하게 된다.¹¹⁾ 예를 들어 플랫폼 운영자가 각 집단의 수요탄력성을 고려하여 한 측면에 더 요금을 부과하고 다른 측면에서 지불하는 가격을 그 만큼 감소시킬 때 거래량이 증가할 수 있다.¹²⁾

이처럼 차별적 가격이 형성되는 이유는 무엇일까? O2O비즈니스의 대표적 유형 중 하나인 배달앱의 경우를 예로 살펴보자. 단면시장에서는 공급자인 음식점이 광고 등의 적극적 활동을 통해 고객을 유치하는 노력들이 필요하고, 소비자도 적정한 음식점을 찾기 위해 스스로가 노력을 해야 하므로 많은 비용이 소요된다. 그런데 온라인 플랫폼의 경우 다수의 음식점과 소비자가 플랫폼이라는 가상 공간에 모임으로서 이러한 비용을 절감시켜주는 효과가 있다. 즉, 플랫폼을 통해 거래 비용을 절감하는 소위 ‘외부성의 내부화(internalization of externalities)’를 위해 플랫폼을 활용하게 되는 것이다. 이러한 플랫폼의 경우 한 측면의 고객집단은 다른 측면의 고객집단이 클수록 더 높은 효용을 얻게 된다(이를 ‘교차네트워크의 외부성(indirect network externality)’이라 한

8) 김대원, “O2O사업모델이 접목된 택시 서비스의 소비자 후생효과 : 카카오택시를 중심으로”, 『경영학연구』 제46권 제2호(2017), 504면.

9) 단면시장에 적용되는 시장원리가 다면시장에 적용되지 않는 경제원리는 다음과 같은 내용들이 지적되고 있다.

- ① 효율적인 가격은 비용을 고려하여 책정되어야 한다.
- ② 비용대비 높은 가격은 시장지배력을 의미한다.
- ③ 한계 비용 이하로 가격을 설정하는 것은 약탈적 가격이다.
- ④ 시장이 경쟁적 구조로 변화하면 더욱 효과적인 가격구조로 변화 된다.
- ⑤ 시장의 경쟁증가는 균형잡힌 가격구조를 가능하게 한다.
- ⑥ 성숙한 시장에서 비용을 반영하지 않는 가격 정책은 정당화될 수 없다.
- ⑦ 한 면의 이용자가 한계비용 보다 낮은 서비스를 제공받았다면 다른 면의 이용자로부터 보조금을 지원 받아야 한다.
- ⑧ 양면시장에서 특정 플랫폼의 가격규제에 대해 경쟁 플랫폼의 가격 정책은 중립적이다. 곧 영향을 받지 않는다.

10) 이상규, “양면시장의 정의 및 조건”, 『정보통신정책연구』 제17권 제4호(2010), 82면.

11) 조혜신, 전제논문, 26면.

12) 김진영·김민용, “모바일서비스 플랫폼의 양면시장 형성단계에 관한 연구:카카오택 사례를 중심으로”, 『인터넷전자상거래연구』 제13권 제4호(한국인터넷전자상거래학회, 2013.12),

다).¹³⁾ 즉, 배달앱을 이용하는 음식점 입장에서는 앱을 사용하는 소비자집단이 클수록 효용이 크고, 소비자집단 역시 앱을 이용하는 음식점의 수가 클수록 효용이 크다.

그러나 수요탄력성 측면을 고려할 때 양 집단은 큰 차이를 보인다. 인터넷을 통해 다양한 정보검색이 가능한 소비자집단의 경우 단순히 음식점을 검색하는데 비용을 지불하려 하지 않을 것이다. 그러나 치열한 경쟁 하에 있는 골목 음식점은 일정 비용을 지불하고라도 플랫폼을 이용할 유인이 있다. 더욱이 개별 음식점이 광고 등을 위해 부담해야 하는 비용과 노력을 플랫폼의 이용을 통해 절감할 수 있기 때문에 적극적으로 플랫폼을 활용하게 되는 것이다. 따라서 플랫폼 사업자입장에서는 수요탄력성이 적은 공급자의 참가비를 통해 수익을 얻는 비즈니스 모델을 선택한 것이다. 아울러 수익극대화를 위해서는 더 많은 공급자의 참가가 필요하며, 공급자를 유인하기 위해서는 더 많은 소비자를 가입자로 가지고 있어야 한다. 즉, 수요탄력성이 높거나 효용수준이 낮은 소비자를 유인하기 위한 방법으로 0의 참가비 혹은 음(-)의 참가비를 부과함에 따라 차별적인 가격이 형성되고 있는 것이다.¹⁴⁾

온라인 플랫폼의 이러한 특성을 고려하면, 당사자간의 법률관계도 그에 따라 달라질 수밖에 없다. O2O를 전제로 볼 때 거래의 당사자는 (i) 공급자인 사업자와 (ii) 수요자인 소비자 외에 (iii) 온라인 플랫폼 사업자로 구분할 때, 공급자와 플랫폼사업자의 관계와 수요자와 플랫폼 사업자의 관계는 근본적으로 다를 수밖에 없다.¹⁵⁾ 따라서 법적규제도 법률관계의 특성을 고려하여 달라져야 할 것이다. 그러나, 현행 법의 경우 이러한 관계를 고려하지 않고 규율하는 모습을 보이고 있다는 점에서 문제가 있다.

III. 온라인 플랫폼에 대한 법적규제의 문제점과 개선방안

1. 온라인 플랫폼에 대한 법적규제의 현황

(1) 개요

13) 이러한 점에서 양면시장의 필요조건으로 ① 상호 연결을 필요로 하는 둘 이상의 구분된 고객집단이 존재하고(양면성), ② 한 측면의 고객집단은 다른 측면의 고객집단의 규모가 크면 클수록 더 높은 효용을 얻어야 하며(교차 네트워크 외부성), ③ 양측의 고객집단은 높은 거래비용 때문에 플랫폼을 이용함으로써 거래가 성립(플랫폼을 통한 외부성의 내부화)된다고 하는 견해가 있다. Evans,D.S., The Antitrust Economic of Multisided platform Market, Yale Journal on Regulation, Vol.20, No.2, 2003, pp.325-382(김진영·김민용, 전계논문, 150면에서 재인용).

14) 조혜신, 전계논문, 27면.

15) 사업모델에 따라 O2O의 경우와 반대의 모습이 나타날 수도 있다. 예를 들어 클라우드펀딩을 매개하는 플랫폼의 경우 자금을 공급하는 개인보다는 자금을 필요로 하는 기업이 수요탄력성이 적고 효용이 클 수 있다. 그러나 이는 거래형태가 다르기 때문에 나타나는 차이점이며, 기본적으로 수요탄력성이 적고 효용이 큰 당사자가 비용을 지불하고, 그 반대의 경우에는 0의 참가비나 음(-)의 참가비를 부과한다는 점에서는 동일하다고 할 수 있다.

온라인 플랫폼의 법률관계는¹⁶⁾ (i) 플랫폼 사업자와 소비자의 관계 및 (ii) 플랫폼 사업자와 기업 등 사업자와의 관계와 (iii) 공급자와 수요자의 관계로 구분해 볼 수 있다. 먼저 (iii)의 경우는 플랫폼을 통해 양 당사자가 만날 뿐, 기본적인 법률관계는 일반적인 공급자와 수요자간의 관계와 다르지 않으므로 논의의 필요성이 적다. 기존과 다른 새로운 법률관계를 형성하는 것은 (i)과 (ii)의 경우이며, 본 논문에서도 이에 대해서만 살펴보려고 한다.

플랫폼 사업자와 소비자의 관계에 대해서는 ‘전자상거래등에서 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’으로 인용함)’에서 규정하고 있다. 온라인 플랫폼의 경우 전자상거래법상 ‘통신판매중개’에 해당되는 것으로 보고 규제를 하였다. 그러나 최근에는 플랫폼이 사실상 ‘통신판매업자’와 동일한 행위를 함에 따라 이에 대한 논의가 있었으며 이를 반영한 법률개정이 이루어지기도 하였다.

이에 대해 플랫폼 사업자와 사업자와의 관계에 대해서는 특별한 규정이 마련되어 있지 않다. 물론 당사자 모두 상인에 해당하므로 상법의 규정이 적용될 것이다. 이에 대해 상법상 중개상이나 대리상 등으로 보는 견해도 있고, 이들과는 그 성격이 다르므로 전자상거래법상 통신판매중개업자로 이해하고 문제를 해결해야 할 것이라는 견해도 있다.¹⁷⁾ 그러나 최근 나타나는 온라인 플랫폼 사업자의 양태를 볼 때, 이렇게 이해하는 것이 타당한 것인지에 대해 의문이 있다.

(2) 플랫폼사업자와 소비자 간의 관계

전자상거래법에 따르면 인터넷 등 온라인을 통해 물품을 거래하는 것을 통신판매라 규정하고, 통신판매¹⁸⁾를 업으로 하는 자는 통신판매업자, 통신판매중개를 업으로 하는 자는 통신판매중개업자라고 정의하고 있다. 통신판매업자는 통신판매를 업으로 하는 자 또는 그와의 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자를 말하고(제2조 제3호), 통신판매중개란 사이버몰의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령¹⁹⁾으로 정하는 방법으로 거래 당사자 간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다(제2조 제4호)

초기형태의 온라인 플랫폼은 통신판매중개로 개념 정의할 수 있다. 전자상거래법 제정 당시에

16) 이하에서 설명하는 당사자간 법률관계는 별도의 설명이 없으면 O2O비즈니스를 전제로 상정한 법률관계를 의미하는 것으로 이해한다.

17) 박수영, “통신판매중개자의 지위·의무·책임”, 『법학연구』 제38집(전북대학교 법학연구소, 2013), 274면.

18) 통신판매란 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 제화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다. 이하 같다)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 제화 또는 용역(이하 "제화등"이라 한다)을 판매하는 것을 말한다(법 제2조 제2호). 여기서 총리령으로 정하는 방법이란 ① 광고물·광고시설물·전단지·방송·신문 및 잡지 등을 이용하는 방법 및 ② 판매자와 직접 대면하지 아니하고 우편환·우편대체·지로 및 계좌이체 등을 이용하는 방법을 말한다(동법 시행령 제2조)

19) 동법 시행령 제3조(통신판매 거래의 알선 방법) 법 제2조제4호에서 "총리령으로 정하는 방법"이란 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것을 말한다.

는 옥션이나 인터넷 쇼핑몰과 같이 인터넷 상 중개역할이나 인터넷을 통한 공동구매나 경매 등을 업으로 하는 사이버몰 등이 등장하였다. 그런데 이러한 유형의 비즈니스 모델을 기존의 방문 판매법상 통신판매에 관한 규정을 적용하기 어렵다는 지적들이 있었고, 이러한 문제를 해결하기 위해 등장한 개념이 바로 ‘통신판매중개’이다.²⁰⁾ 당시 통신판매중개업자의 경우는 직접 거래의 당사자인 통신판매업자와는 구분하여 그 책임을 경감시켜주었다. 즉, 통신판매업자와 달리 신고 의무가 없고(제12조 제1항), 관련 정보가 공개되지 않으며(제12조 제5항), 무엇보다도 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 고지하면²¹⁾ 판매상품이나 허위 표시 등에 관한 손해배상 책임 면책되었다(제20조의2 제1항). 이처럼 통신판매중개업자에 대한 책임을 경감시켜준 것은 통신판매중개업자의 경우 거래를 중개하는 역할에 머물고 있다고 보았기 때문이다.

그러나 온라인 플랫폼이 다양한 형태로 발전하기 시작하면서, 실제 통신판매업자와 동일한 역할을 함에도 통신판매중개업자로 등록되어 그 책임을 피해간다는 비판이 제기되기도 하였다.²²⁾ 이후 O2O 비즈니스가 성장하면서 이들 업체가 통신판매업자인지 아니면 통신판매중개업자인지에 대해 이견이 제기되었다. 예를 들어 배달앱서비스사업자에 대해서 계약당사자는 소비자와 배달음식업자이며, 배달앱운영자는 두 당사자가 계약을 체결할 수 있도록 도와주는 역할에 머무르기 때문에 통신판매중개업자에 해당한다는 견해가 있다. 그러나 이에 대해 배달앱운영자가 배달앱서비스의 이용을 허락하고 이용자가 배달앱서비스를 통해 가맹점에게 전화를 걸어 배달음식을 주문하는 경우에는 통신판매중개업에 해당하지만, 이러한 순수한 정보제공이나 상법상 중개의 의미를 넘어 당사자 간의 거래에 깊이 관여하는 경우에는 통신판매업자로 보아야 한다는 견해도

20) 윤주희, “전자상거래, 통신판매 및 통신판매중개의 법적개념에 대한 새로운 접근”, 『경회법학』 제48권 제2호 (2013), 49면.

21) 통신판매 당사자가 아니라는 사실의 고지방법은 통신판매중개자가 운영하는 사이버몰의 초기 화면에 알리는 한편, 다음 각 호의 구분에 따라 추가적으로 알리는 방법을 말한다(전자상거래법 시행령 제11조의 2)

1. 통신판매중개자가 자신의 명의로 표시·광고를 하는 경우: 그 표시·광고를 하는 매체의 첫 번째 면에 알릴 것
 2. 통신판매중개자가 법 제13조제2항에 따른 계약내용에 관한 서면을 교부하는 경우: 그 서면에 알릴 것
 3. 통신판매중개자가 청약의 방법을 제공하는 경우: 법 제14조에 따른 청약내용의 확인·정정·취소에 대한 절차에서 알릴 것
- ② 통신판매중개자가 제1항제2호 및 제3호의 사항을 알릴 때 그 글씨의 크기는 계약 당사자를 고지하는 글씨와 같거나 그보다 더 크게 하여야 한다.

22) 통신판매업자에 비해 통신판매중개업자에 대한 규제가 완화되다 보니, 새롭게 등장하는 사업형태에 대해 통신판매중개업자에 해당한다고 주장하는 사례가 적지 않았다. 문제가 된 것은 쿠팡 등의 소셜 커머스(social commerce)업체의 사례이다. 2010년부터 공동구매를 통해 가격을 할인하는 형태의 소셜커머스가 성장하였다. 이들은 음식점이나 테마파크 등의 업체들과 제휴하여 이들 업체의 서비스를 이용할 수 있는 쿠폰이나 티켓을 1주일이나 3개월 이내의 짧은 기간에 50% 이상의 할인율로 판매하면서 크게 성장하였다. 그런데 당시 소셜커머스업체는 구매한 쿠폰에 대한 소비자의 청약철회를 인정하지 않아 문제가 되었다. 이에 대해 업체들은 자신들은 전자상거래법상 통신판매업자가 아닌 통신판매중개업자이기 때문에 전자상거래법 제17조 제1항에 따른 단순 변심에 의한 7일 청약철회권의 적용대상이 아니라고 주장하였다. 이에 대해 공정위는 소셜커머스 사업자는 쿠폰(권리)을 판매하는 통신판매업자라고 규정하고, 쿠폰 판매 후 환불불가하다는 표시를 하여 7일 이내 청약을 철회할 수 있는 전자상거래법상 소비자의 권리행사를 방해하였다는 이유로 시정조치하였다. 이후 2012년 개정 전자상거래법은 통신판매업자인 통신판매중개자에 대해서 청약철회권등을 적용하는 개정이 이루어져서 이러한 문제는 입법적으로 해결되었다. 천준범, “B2C 전자상거래 플랫폼의 다양한 법적형태와 통합규율의 필요성”, 『경제 패러다임의 변화와 상사법의 과제』 (한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 2016), 168-169면.

제기되었다.²³⁾

온라인 플랫폼 사업자의 경우 규제가 적은 통신판매중개업자로 인정받고 싶어하였다. 그러나 소비자 입장에서 볼 때 온라인 플랫폼 사업자가 해당 제품에 대해 광고를 하고 결제업무를 수행하는 등 어느 정도 관여를 하고 있다는 점에서 통신판매중개업자로만 보기는 어렵다는 지적들이 제기되었다.²⁴⁾ 이러한 과정에서 온라인 플랫폼 사업자를 통신판매업자로 보아야 하는지 아니면 통신판매중개업자로 봐야 하는지에 대해 논란이 있었다.²⁵⁾

2016년에 개정된 전자상거래법은 온라인플랫폼 사업자의 법적성격을 어떻게 봐야 하는지에 대해 판단하는 대신에, 통신판매중개업자에 대해서도 통신판매업자와 유사한 책임을 부과하는 것으로 이러한 문제를 해결하였다. 구체적으로 통신판매중개업자가 청약의 접수를 받는 경우 및 재화 등의 대금을 지급받는 경우와 같이 통신판매의 중요한 일부를 수행하는 통신판매중개업자에 대해서는 통신판매업자가 이러한 업무에 관해 중요의무를 이행하지 않는 경우 이를 대신 이행하도록 하고 있다.²⁶⁾ 즉, 통신판매중개업자라 하여도 통신판매에 깊이 관여하는 경우에는 통신판매업자와 동일한 책임을 부과하고 있으며, 이에 따라 온라인 플랫폼 사업자의 경우 통신판매업자이든 아니면 통신판매중개업자이든 유사한 책임을 부담하게 되었다. 하지만, 온라인플랫폼 사업자의 법적성격과 관련한 근본적인 의문을 해결하지 못하였다는 점에서 아쉬움이 있다.

(3) 플랫폼사업자와 사업자간의 관계

플랫폼사업자와 사업자간의 관계에 대해서는 특별한 규정이 없다. 플랫폼사업자의 경우 앞서 살펴본 전자상거래법 상 통신판매업자 또는 통신판매중개업자로 규제를 받게 되지만, 이는 소비자와의 관계에서만 의미를 갖는다. 전자상거래법은 사업자가 상행위를 목적으로 구입하는 거래에는 적용되지 않기 때문이다(제3조 제1항 본문). 물론 사업자라고 하여도 사실상 소비자와 같은

23) 안수현, 전계논문, 10-11면.

24) 통신판매업자와 통신판매중개업자를 구분하는 이유는 통신판매중개자가 운영하는 사이버몰에서 운영자와 책임자가 다르고, 사이버몰상의 소비자를 유인하는 광고나 표시행위에 대한 책임문제가 발생하는 경우, 그에 대한 책임부담을 어느 사업자가 하여야 하는지를 구분하는 중요한 기준이 되기 때문이다. 박수영, 전계논문, 260면.

25) 정진명·남재원, "배달앱서비스 이용자보호 방안", 「소비자문제연구」 제46권 제2호(2015.8), 214면 이하 참조.

26) 전자상거래법 제20조의3(통신판매의 중요한 일부 업무를 수행하는 통신판매중개업자의 책임) 통신판매에 관한 거래과정에서 다음 각 호의 업무를 수행하는 통신판매중개업자는 통신판매업자가 해당 각 호의 각 목에 따른 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 이를 대신하여 이행하여야 한다. 이 경우 제7조 및 제8조의 "사업자"와 제13조제2항제5호 및 제14조제1항의 "통신판매업자"는 "통신판매중개업자"로 본다.

1. 통신판매중개업자가 청약의 접수를 받는 경우
 - 가. 제13조제2항제5호에 따른 정보의 제공
 - 나. 제14조제1항에 따른 청약의 확인
 - 다. 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항
2. 통신판매중개업자가 재화등의 대금을 지급받는 경우
 - 가. 제7조에 따른 조작 실수 등의 방지
 - 나. 제8조에 따른 전자적 대금지급의 신뢰 확보
 - 다. 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

지위에서 다른 소비자와 같은 조건으로 거래하는 경우에는 동 법의 적용대상이 되지만(제3조 제1항 단서), 배달앱과 같은 O2O비즈니스를 전제로 할 때, 공급자인 사업자와 온라인 플랫폼사업자간의 법률관계에는 적용되기 어렵다. 따라서 공급자인 사업자가 온라인 플랫폼 사업자에 대해 전자상거래법을 근거로 책임을 물을 수는 없을 것으로 생각된다.

한편, 온라인플랫폼 사업자와 공급자는 모두 상인에 해당하므로 당연히 상법이 적용될 것이다. 이와 관련하여 온라인플랫폼사업자의 상법상 지위가 문제가 된다. 이에 대해 상법상 중개인으로 보는 견해, 대리상의 보는 견해와 위탁매매인으로 보는 견해가 있다.

가. 상법상 중개인과 온라인플랫폼 사업자

상법상 중개인이란 함은 타인간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 자를 말한다(상법 제93조). 여기서 ‘중개’란 체결하고자 하는 계약의 당사자 쌍방과 교섭하며 그들 간에 계약이 체결되도록 조력하는 행위를 말한다.²⁷⁾ 상법상 중개인은 계약당사자에 대해 수임인으로써 선관주의의무를 부담하며, 견품관리의무²⁸⁾, 결약서교부의무²⁹⁾, 장부작성의무³⁰⁾ 등이 부과된다. 또한 당사자 일방이 자신의 성명 또는 상호를 상대방에게 표시하지 아니할 것을 중개인에게 요구한 때에는 그 상대방에 교부할 결약서 및 일기장의 등본에 이를 기재하지 말아야 할 묵비의무가 있으며(상법 제98조), 이 경우 거래당사자를 모르는 상대방은 중개인에게 이행을 청구할 수 있는 개입권도 인정된다(상법 제99조). 그 밖에 상인으로서 보수청구권을 가지며(상법 제61조), 다른 약정이나 관습이 없는 한 자신이 중개한 행위에 관하여 당사자를 대리하거나 지급 기타의 이행을 받지 못한다(상법 제94조)

온라인플랫폼 사업자의 경우 이질적인 집단이 만날 수 있는 다면시장을 제공하고, 그 시장에서 거래가 이루어진다는 점을 고려하면 상법상 중개와 유사한 모습을 보인다. 이러한 측면에서 온라인플랫폼을 이용한 판매자가 상인인 경우에는 상사중개에 해당되고, 판매자와 구매자가 상인이 아닌 경우에는 민사중개에 해당한다는 견해가 있다.³¹⁾ 그러나 상법에서 말하는 중개는 계약이 체결되도록 당사자 쌍방과 교섭하는 활동을 뜻하므로 단지 당사자에게 필요한 정보를 제공하거나, 거래의 기회를 제공하는 행위는 중개에 해당하지 않는다고 보고 있다.³²⁾ 일반적으로 온라인플랫폼의 경우 시장만을 제공할 뿐 당사자간의 계약체결을 위해 적극적으로 행동하지 않는다

27) 이철송, 「상법총칙·상행위(제14판)」(박영사, 2007), 484면.

28) 중개인이 그 중개한 행위에 관하여 견품을 받은 때에는 그 행위가 완료될 때까지 이를 보관하여야 한다(상법 제95조).

29) 당사자간의 계약이 성립된 때에는 중개인은 지체없이 각 당사자의 성명 또는 상호, 계약연월일과 그 요령을 기재한 서면을 작성하여 각 당사자에게 교부하여야 한다(상법 제96조 제1항).

30) 중개인은 결약서에 기재할 사항을 장부에 기재하여야 한다(상법 제97조 제1항)

31) 노종천, “E-Commerce에서 통신판매중개자의 법적 지위와 책임”, 『민사법학』 제39집 제1호(2007), 291-292면.

32) 이철송, 전제서, 484면.

는 점을 고려할 때, 외형상 유사한 측면이 있기는 하지만 실질적으로는 상법상 중개인과는 다른 특징을 보이고 있다.

나. 상법상 대리상과 온라인플랫폼 사업자

대리상은 일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 말한다(상법 제87조). 대리상계약을 통해 대리상이 되는데, 대리상계약이란 본인인 상인과 그의 영업부류에 속하는 거래를 계속적으로 대리 또는 중개하기로 하는 계약을 말한다.³³⁾ 대리상은 거래의 대리 또는 중개를 한 때에는 지체없이 본인에게 통지하여야 하며(상법 제88조), 경업금지의무(상법 제89조 제1항), 비밀준수의무(제92조의3) 등을 부담한다. 아울러 보수에 관해 별도의 약정이 없어도 당연히 보수청구권을 가지며(제61조), 대리상계약 종료 후에도 보상청구권이 인정된다(제92조의2). 또한 상법은 대리상과 제3자와의 관계에 관하여 대리상의 통지수령권을 규정하고 있다. 즉, 물건의 판매나 그 중개를 위탁받은 대리상은 매매목적물의 하자 또는 수량부족 기타 매매의 이행에 관한 통지를 받을 권한이 있다(상법 제90조). 이에 따라 거래상대방은 대리상에 대한 통지로써 본인에게 대항할 수 있다. 그러나 이는 통지에 국한한 규정이므로 매매계약 자체의 무효, 취소 등에 따른 통지는³⁴⁾

온라인플랫폼 사업자의 경우 통신판매의 중개뿐만 아니라 통신판매의 대행, 즉 거래의 대리까지도 행하고 있기 때문에 상법상 대리상으로 보는 것이 타당하다는 견해가 있다.³⁵⁾ 그러나 온라인플랫폼 사업자의 경우 다면시장을 제공하여 당사자 간의 거래를 간접적으로 지원할 뿐, 일정한 상인을 위해 직접적으로 중개하거나 대리를 한다고 보기는 어렵다. 또한 상법상 대리인에게 부과된 의무와 권리가 모두 적용하는 것도 바람직하다고 할 수 없다. 즉, 온라인플랫폼 사업자가 정확하게 상법상 대리상에 해당된다고 할 수는 없을 것이다.

다. 상법상 위탁매매인과 온라인플랫폼 사업자

위탁매매인은 자기명의로써 타인의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자이다(상법 제101조). 위탁매매인이 위탁계약의 이행으로서 제3자와의 물건 또는 유가증권의 매매를 하는 경우, 이 매매는 위탁매매인의 명의로 하므로 위탁매매인이 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담한다(제102조). 즉, 매매의 당사자는 위탁매매인이기 때문에 위탁자와 위탁매매인의 상대방간에는 아무런 법률관계가 형성되지 않는다.³⁶⁾

33) 이철송, 전거서, 463면.

34) 상거서, 481면.

35) 박수영, 전거논문, 269-270면.

36) 이철송, 전거서, 500면.

온라인플랫폼의 경우 자신의 명의로 광고를 하고 그로 인한 판매의 효과가 입점업체에게 귀속되므로 위탁매매적 성격이 있다는 견해도 있다. 그러나 온라인플랫폼을 통한 거래의 경우, 온라인플랫폼 사업자가 직접 거래 당사자가 되는 것이 아니라는 점에서 위탁매매인으로 볼 여지가 없다는 점에 대해 별다른 이견은 없다.³⁷⁾

(4) 소결

다양한 형태의 온라인플랫폼사업자가 등장하면서 기존에 예상하지 못하였던 문제들이 등장하였다. 이에 따라 입법적으로 문제를 해결하기 위한 노력들이 이루어졌지만, 아쉬운 것은 소비자 보호 측면에서의 논의만 이루어졌다는 것이다. 살펴본 바와 같이 온라인플랫폼 사업의 등장은 소비자와의 관계뿐만 아니라 상인인 공급자와 상인인 온라인플랫폼 사업자간에도 새로운 법률관계를 형성하였다. 그러나 이에 대한 논의는 거의 이루어지지 않고 있는 상황이다.

온라인플랫폼 사업자의 경우 다면시장을 제공하고, 이 시장에 모인 이질적인 집단 간에 거래가 이루어진다. 이들 집단 간에 다양한 형태의 거래가 이루어지게 되며 온라인플랫폼 사업자가 특정 유형의 상거래만을 한다고 단정하기는 어렵다. 따라서 상인의 구체적 행위형태에 따라 구분되는 중개상이나 대리상 중 어디에 해당하는가를 판단하는 것은 불가능하다고 생각된다. 어떤 측면에서는 중개상과 유사한 행위를 하기도 하고, 어떤 측면에서는 대리상에 해당하는 행위도 할 수 있는 것이다. 그러므로 기존의 상거래 개념으로 온라인 플랫폼 사업자를 일의적 개념으로 정의하는 것은 불가능하다.

또한, 기존 개념으로 온라인 플랫폼 사업자를 포섭한다고 하여도 특별한 의미를 가지기 어렵다. 상법에서 중개상이나 대리상 등을 규정하는 것이 의미가 있는 이유는, 이들 거래형태에 특유하게 나타나는 법률문제를 해결하기 위한 기준을 제시하고 있기 때문이다. 예를 들어 대리상의 경우 발생하는 당사자 간 갈등의 원인을 제거하기 위해 보상청구권을 규정하고 있는 것이다. 즉, 온라인플랫폼 사업자를 중개상으로 보는 것이 중요한 것이 아니라, 그로 인해 온라인플랫폼 사업자와의 관계에서 발생하는 문제를 예방하고 해결할 수 있어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때, 온라인플랫폼 사업자와 상인간의 관계에 대해서는 보다 근본적인 논의가 필요하다고 생각된다.

2. 온라인 플랫폼사업자와 관련한 법적쟁점

(1) 상법 제24조 명의대여자 책임의 적용가능성.

온라인플랫폼 사업자에 대한 규제와 관련해서 관심있게 살펴볼 수 있는 것은 일본의 사례이다.

37) 박수영, 전제논문, 273면; 천준범, 전제논문, 181면.

일본의 경우 우리나라의 전자상거래법과 같은 소비자보호를 위한 법률은 별도로 마련되어 있지 않고, 기존 법률로서 전자상거래를 규율하고자 하고 있다.³⁸⁾ 이에 따라 우리와는 다른 규제양상을 보이고 있는데, 특히 주목할 수 있는 것은 소비자의 피해에 대해 온라인플랫폼 사업자의 책임을 명의대여자 책임에서 찾고 있다는 점이다.

일본의 경우 인터넷쇼핑몰을 통해 물품 등을 구입한 소비자가 개별 점포와의 거래에 의해 손해를 입은 경우 쇼핑몰 운영자는 책임을 부담하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다. 그러나 예외적으로 ① 점포에 의한 영업을 쇼핑몰 운영자의 영업으로 소비자가 오해할 수 있는 외관이 존재하고(외관의 존재), ② 그 외관이 존재하는 것에 대해 몰 운영자의 책임이 있고(귀책사유), ③ 소비자가 중대한 과실없이 영업주로 오해하고 거래한 경우(상대방의 선의무중과실)에는 상법 제14조 또는 회사법 제9조의 명의대여자책임을 유추적용에 의해 쇼핑몰 운영자가 책임을 부담하는 것으로 보고 있다.³⁹⁾

우리나라의 경우도 일본법과 유사한 명의대여자 책임을 규정하고 있으며, 따라서 동 규정을 적용하는 것이 가능할 것이다. 물론 소비자와의 관계에서는 전자상거래법이 적용될 것이지만, 소비자가 아닌 상인과의 관계에서는 명의대여자 책임에 따라 책임여부를 묻는 것도 가능할 것이다. 우리 법의 경우 명의사용의 허락에 대해 묵시적 허락도 인정하고 있다. 또한 영업을 임대하거나 한 사실이 없더라도 타인이 자기의 성명 또는 상호를 사용함으로써 알고서도 장기간 방치하였다면 묵시적으로 허락으로 보고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 거래상대방이 온라인플랫폼 사업자의 영업으로 오인할 수 있는 외관이 존재하고, 이에 대해 온라인플랫폼 사업자가 묵시적으로 허락하였다는 점이 인정된다면 명의대여자 책임을 물을 수도 있을 것이다. 다만, 전자상거래법과의 관계 등과 관련해서 이에 대한 보다 구체적인 검토가 필요하다.

38) 일본의 경우 전자상거래와 관련한 대표적인 법률로는 '전자소비자계약 및 전자송납통지에 관한 민법의 특례에 관한 법률', '특정상거래에 관한 법률' 및 '소비자계약법'을 들 수 있다. 아울러 기술발전 등에 따라 기존에 예상하지 못하였던 새로운 문제가 발생하는 전자상거래의 특성을 고려하여 새롭게 등장한 문제에 대한 해석지침을 제시하고 있는 경제산업성의 '전자상거래 및 정보재 거래 등에 관한 준칙(이하 '전자상거래준칙')도 중요한 의미를 가지고 있다. 일본은 전자상거래의 경우도 원칙적으로 민법 등에 원칙에 따라 해결할 것이나, 기존에 예상하지 못한 문제점을 해결하기 위해 민법에 대한 특례로서 전자소비자계약법을 두고 있다. 동 법은 소비자의 단순한 조직실수로 인해 계약이 체결된 경우 이를 구제하기 위해 방안과 전자적 수단을 사용한 계약의 성립시기에 대한 방안으로서 민법의 특례를 정하고 있다. 아울러 특정상거래법도 전자상거래의 중요 법원 중 하나이다. 특정상거래법은 '방문판매 등에 관한 법률'을 개정한 것으로 방문판매, 통신판매, 전화권유판매, 다단계판매 등 특수거래를 규제하여 소비자 보호를 강화하기 위해 제정된 법률이다. 전자상거래도 동법상 통신판매의 범위에 해당됨에 따라 동법 상 광고규제 등의 적용을 받게 된다. 또한 소비자계약법은 일반적으로 소비자를 보호하기 위해 제정된 법률로서 전자상거래의 경우에도 당연히 적용된다. 소비자계약법과 관련해 주로 문제가 되는 것은 새롭게 등장하는 전자상거래 유형에 있어 계약내용이 부당한 경우 이를 어떻게 해석할 수 있는가 등이다. 다만, 이러한 법률만으로 급속히 발전하는 기술변화에 따른 문제를 모두 해결하기는 어렵다. 이러한 점을 고려하여 일본경제산업성은 매년 '전자상거래준칙'을 발표하여, 새로운 행위에 대한 법적용 여부 및 법률의 해석기준 등을 제시하고 있다. 小野美恵, "ITビジネス(電子商取引)の契約法規制", 『IT法大全』(西野総合法律事務所, 2002) 참조.

39) 經濟産業省, 電子商取引及び情報財取引等に關する準則(2017.6), 78頁.

40) 이철송, 전거서, 206-207면.

(2) 대출형 크라우드펀딩과 익명조합

크라우드펀딩도 온라인플랫폼을 통해 거래가 이루어지는 양면시장의 일종이라고 할 수 있다. 다만 자금을 공급하는 측이 개인이고, 수요자가 기업이라는 점에서 전술한 O2O비즈니스와 다소 차이가 있다. 우리나라의 경우 자본시장법 개정을 통해 투자형 크라우드펀딩은 도입이 되었으나 P2P와 같은 대출형 크라우드펀딩과 관련한 법제는 마련되어 있지 않다. 따라서 대출형 크라우드펀딩은 대부업법에 따라 규제를 받고 있는 상황이다. 그러나 대부업법에 따른 규제 경우 투자 한도가 제한되고, 이자에 대한 세율도 높아 투자자에게 불리한 점이 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 최근 국내의 P2P업체가 익명조합형태로 대출형 크라우드펀딩을 운영하기 시작하였다.⁴¹⁾

이처럼 익명조합을 이용한 대출형 크라우드펀딩은 일본에서는 이미 보편화되어 있는 방식이다. 일본의 경우도 대출형 크라우드펀딩은 대부업법의 적용대상인데, 이를 피하기 위해 많은 업체들이 금융상품거래법상 금융상품거래업자로 등록하고 상법상 익명조합계약을 통해 투자금을 모집하고 있다.⁴²⁾

우리나라 업체의 경우에는 자본시장법상 금융투자업자로 등록하지 않은 것으로 보여지며, 따라서 자본시장법상 ‘투자익명조합’에 대한 규정이 적용되지 않고 상법상 익명조합에 관한 규정이 적용될 것으로 보여진다. 익명조합계약의 형태로 투자를 하는 경우 투자한도의 제한을 받지 않고, 이자도 적다는 장점이 있다.⁴³⁾ 그러나 익명조합원이 출자한 금전 기타 재산은 영업자의 재산으로 보고 있다(상법 제79조). 즉, 투자자가 대출형 크라우드펀딩을 운영하는 온라인플랫폼 사

41) 국내의 P2P금융업체인 ‘킹펀드’는 케이인알유니온이라는 계열사를 설립하여 익명조합형태로 투자자를 모집하기 시작하였다. <<http://www.dailian.co.kr/news/view/640010/?sc=naver>>

42) 森田 果, “ソーシャルランディングの機能—maneoの事例を材料に—”, 『GEMC journal』 (2010.3), 50頁 참조.

43) 케이인알유니온 회사는 P2P에 비해 익명조합의 장점을 다음과 같이 설명하고 있다.

구분	P2P	익명조합
운영방식	투자자와 대출자를 연결하는 핀테크서비스(중개플랫폼)	조합원들의 출자금으로 영업자의 직접투자
투자한도	P2P가이드라인에 따라 한도적용	투자한도 없음
계약방식	투자자와 대출자를 중개	영업자와 조합원 간에 당사자의 일방이 상대방의 영업을 위하여 출자하고 상대방은 그 영업으로 인한 이익을 분배할 것을 약정 (상법78조)
관련법규	관련법규가 없어 대부중개업자로 등록하여 영업을 영위	상법 제4장 제 78조 -제 86조 익명조합
투자자가 가지는 권리	투자자는 투자금에 대한 원금 및 이자를 받을 수 있는 권한인 ‘원리금수취권’만 갖게 되며 이는 민법상 권리	- 익명조합원은 계약의 효력으로서 영업자에 대하여 그 영업으로 인한 이익의 분비를 청구할 수 있다. 이익분배청구권 (상법 78조) - 익명조합원은 출자자로서 영업자의 영업에 대하여 이해관계가 크므로 익명조합원에게는 합자회사의 유한책임사원과 동일한 감시권이 인정
보상방식	이자소득	배당소득
세율	27.5%(이자소득25%, 지방소득세 2.5%)	15.4%(이자소득에 14%, 지방소득세 1.4%)

업자에 출자한 재산은 전부 온라인플랫폼 사업자의 재산이 되기 때문에 투자자가 예측하지 못한 손해가 발생할 가능성이 크다는 점에 문제가 있다.

3. 개선방향에 대한 검토

위에서 제시한 각각의 쟁점은 그 내용에 있어서 차이가 있다. 하지만 공통적으로 말해주는 것은 온라인플랫폼 사업자에 대해 상법 적용과 관련하여 문제가 발생하고 있으며, 따라서 상법이 온라인플랫폼 사업자에 대해 더 이상 무관심해서는 안 된다는 것이다. 온라인플랫폼 사업자에 대한 규제를 소비자 보호를 목적으로 하는 전자상거래법에서 모두 해결하는 것은 불가능하며, 따라서 상법에서 이 새로운 비즈니스모델을 어떻게 규정하고 규제할 것인가를 검토하는 것이 필요하다. 결론부터 말하면 새로운 상행위의 유형으로 정립하는 방안을 검토할 필요가 있다고 생각된다.

온라인플랫폼 사업자의 경우 양면시장을 제공하고 거래는 당사자 간에 직접 이루어지는 경우가 대부분이다. 이 과정에서 당사자 간 분쟁이 발생하는 경우 온라인플랫폼 사업자가 어떠한 책임을 부담해야 하는가가 문제가 되었다. 이에 대해 지금까지는 전자상거래법을 통해 통신판매업자 또는 통신판매중개업자로서의 법적 책임을 부과하는 형태로 대응하였다. 이러한 입법적 대응은 소비자보호에 상당정도 기여한 것은 명백한 사실이다. 그러나 최근 O2O 비즈니스와 같이 새로운 유형의 사업모델에 대해 어떻게 적용할 것인가가 문제가 되고 있으며, 업계에서는 지나친 규제에 의해 산업발전을 저해한다는 불만도 제기되고 있는 상황이다. 이러한 문제가 발생하는 것은 온라인 플랫폼이라는 새로운 비즈니스 모델 자체에 대한 검토가 이루어지지 않고, 개별적으로 나타나는 문제행위에 대해서만 관심을 갖기 때문이다. 새로운 비즈니스모델의 등장에 따라 새롭게 나타나는 문제점을 그때마다 입법으로 통해 해결하는 것은 쉽지 않다. 또한 이처럼 대응하다 보면 과도한 규제가 이루어질 수 있다는 점도 고려해야 한다.

온라인플랫폼은 양면시장을 형성하는 새로운 비즈니스 모델이며, 그 시장에서 어떠한 영업행위가 이루어졌는가가 중요한 것이 아니라 시장이 형성되었다는 것 자체가 중요한 의미를 갖는다. 다면시장이 형성되고 이질적인 집단들이 모이면, 매우 다양한 형태의 거래가 이루어질 수 있기 때문이다. 현재에서 클라우드펀딩과 같은 투자상품의 거래뿐만 아니라 배달앱을 이용한 음식주문까지 그 거래유형은 매우 다양하게 나타나고 있다. 따라서 중요한 것은 온라인플랫폼이라는 새로운 비즈니스 모델을 새로운 상행위의 유형으로서 상정하고, 고유의 문제를 예방하고 해결할 수 있는 기준을 마련하는 노력이 필요하다.

온라인플랫폼 사업을 하나의 새로운 상행위 유형으로 상정한다면, 고유하게 나타나는 문제를 해결할 수 있는 기준을 마련할 필요가 있다. 예를 들면 중개상에게 적용되는 성명·상호·목비의무 및 개입의무나, 대리상의 보상청구권을 유추 적용할 필요가 있는지에 대해 검토할 필요가 있다.

이를 위해서는 먼저 온라인플랫폼 사업자와 상인인 공급자(또는 수요자)와의 관계가 보여주는 특성을 고려해야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 양면시장에서 보여지는 이들의 관계는 온라인플랫폼 사업자와 소비자인 수요자(또는 공급자)와의 관계와는 근본적으로 차이가 있다는 점을 고려해야 하기 때문이다.

IV. 맺음말

온라인플랫폼을 활용한 거래는 향후 더욱 증가할 것으로 예상된다. 예를 들어 O2O서비스를 생각해 볼 때, 공급과잉업종에서 동 서비스를 이용할 유인이 커진다. 과잉공급으로 경쟁이 치열한 상황에서 많은 마케팅비용이나 광고비를 들여 영업을 하기 어려운 사업자들은 온라인플랫폼을 통해 ‘외부성의 내부화’를 추구할 필요가 있기 때문이다. 이러한 점을 고려할 때 향후 그 서비스 시장은 의료나 법률과 같이 경쟁이 치열한 업종을 중심으로 더욱 확대될 수 있다. 또한 크라우드펀딩과 같은 핀테크의 성장에 따라 투자나 플랫폼을 통해 이루어지고, 인터넷 전문은행의 등장 등 다양한 변화 속에서 어떠한 거래모습이 나타날지 예상하기 어려운 상황이다.

지금까지의 규제는 소비자보호 관점에서 문제가 되는 행위자체를 규제하는데 중점을 두었다. 그러나 어떠한 거래양상이 나타날지 예상하기 어려운 상황에서 개별 행위를 규제하는 것은 쉽지 않다. 따라서 보다 근본적으로 온라인 플랫폼 자체에 대한 명확한 개념정의와 함께, 그 특성을 고려한 규제체계를 마련하는 것이 필요한 시점이다. 이를 위해서는 새로운 상행위라는 관점에서 온라인플랫폼에 대해 검토하고, 규율하는 것이 필요하다고 생각된다.



2017년
한국기업법학회·한국상사판례학
회
하계 공동학술대회

2세션 제2주제

한진해운 파산 1년, 해운법제의 개선과제

· 발표 양병찬 교수(서남대)

· 토론 김병기 교수(전주대)

정 대 교수(한국해양대)

한진해운 파산 1년, 해운법제의 개선과제

양 병 찬*

차 례

- I. 들어가며
- II. 한진해운 파산의 경과 및 파생문제 검토
- III. 해운법제의 개선과제
- IV. 결 론

I. 들어가며

한진해운 사태가 발생한지 1년여가 지났다. 2016년 9월 심각한 유동성 부족으로 한진해운의 기업회생절차가 개시되었다. 하지만 한진해운의 청산가치는 1조 7,980억인 반면 계속기업가치는 산정할 수 없는 것으로 나타나 법원은 2017년 2월 2일 회생절차폐지를 결정하였으며 2017년 2월 17일 파산선고를 하였다.

한진해운의 파산과 관련된 일련의 과정 속에서 다양한 문제들이 발생하였다. 항구의 하역업체들은 대금 체불을 이유로 작업을 거부하여 한진해운 선박의 하역과 선적이 중단되었고, 여러 국가에서 한진해운에 대한 채권확보를 위해 한진해운의 선박을 압류하였다. 한진해운의 선박은 압류를 피하기 위해 해상에 머물러야만 했고 한국의 회생절차를 인정하는 국가로 항로를 변경하였다. 또한 한진해운에 화물운송을 맡긴 수출업체들은 납품지연과 운임폭등으로 큰 손해를 입었다. 현재에도 국적선사 1위였던 한진해운 파산의 영향은 계속되고 있다. 한진해운의 파산과 관련하여 국내외 채소 또는 피소된 사건이 150여건에 이르며 현재 진행 중이다.¹⁾ 국가경쟁력 차원에서는 현재 산업은행의 자회사로 편입된 현대상선과 기존 한진해운의 미주노선을 인수한 SM상선 등이 기존의 수송량을 재확보하기 위해 노력은 하고 있으나 2016년에 비하면 절반에 불과하다.²⁾

한진해운 사태 이후 정부는 ‘해운산업경쟁력 강화방안’을 발표하고 이를 진행하고 있으나 일부에서는 실효성 있는 산업의 경쟁력 제고방안이 아닌 땀질식 정책이라는 비판이 있다.

* 서남대학교 교수

1) 이중 140여건이 피소사건이며 대부분은 파산채권의 지급을 구하는 것이다(채무자 한진해운의 제1회 파산관재인 보고서, 2017. 6. 1, 11면 이하).

2) 2016년 106만TEU에서 2017년 58만TEU로 감소하였다(매일경제 홈페이지, <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?no=532331&year=2017>, 2017년 8월 10일 최종방문).

위와 같은 상황에서 국가 기간산업으로 간주하고 있는 해운업을 규제하고 있는 해운법제에 대한 제검토가 필요한 시점이다. 이 글에서는 한진해운이 파산에 이르기까지의 과정에서 발생된 해운법제의 쟁점들을 검토해보고 중요 개선과제들을 제시해보고자 한다.³⁾ 다만 각각의 개선과제마다 많은 연구가 존재하고 있고 다양한 쟁점이 존재하고 있지만 본 글에서는 한진해운 사태에서 주의 깊게 살펴야 할 해운법적 개선과제를 정리하는데 중점을 둔다.

II. 한진해운 파산의 경과 및 파생문제 검토

1. 한진해운 파산 경과

한진해운은 세계 7위의 국적선사로서 미주노선 점유율 7.4% 수준을 유지하며 세계 최대 Maersk Line나 MSC 해운 등과 대등한 경쟁을 하던 세계적 회사였다. 해운업계의 경쟁이 격화되는 과정에서 해운수요의 감소와 선박의 공급과잉에 따른 영업실적 악화로 인하여 한진해운의 유동성 위기가 심화되었다.⁴⁾ 이에 한진해운은 2016년 4월 주채권은행인 한국산업은행에 자율협약절차를 신청하고 2016년 5월 자율협약절차가 진행되었다. 그러나 2016년 8월 30일 채권금융기관협의회가 한진해운에 대한 지원이 불가능하다고 결정함에 따라 2016년 8월 31일 서울중앙지방법원에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 채무자 회생법이라 함)」에 따른 회생개시 신청을 하였다. 이후 법원은 한진해운의 청산가치는 1조 7,980억원인 반면 계속기업가치는 계속기업의 가능성이 불확실하여 산정할 수 없는 것으로 나타나자 2017년 2월 2일 한진해운에 대한 회생절차폐지를 결정하고 2017년 2월 17일 한진해운에 대한 파산을 선고하였다. 이를 요약하면 다음의 표와 같다.⁵⁾

- 3) 한진해운 파산의 주된 원인은 한진해운 경영진의 판단의 잘못에서 비롯된 것임은 자명하다(정 대, “선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향”, 2017년(사)한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 205면). 한진해운의 지배구조에서부터(2002년말 조중훈 회장의 타계 후 2003년부터 조수호 회장의 독자경영이 문제가 되었으며, 이후 최은영 회장이 그 자리를 승계했고 무능력한 경영으로 인해 한진해운이 파산할 수밖에 없었다고 주장하기도 한다; 황성주, “시일야방성대곡, 한진해운의 파산”, 대한조선훈학회지 제54권 제1호, 2017. 3, 54-55면) 대주주의 책임문제(한진해운은 유동성 문제가 불거지면 자율협약을 신청하였다. 한진그룹은 자율협약 신청당시 터미널 및 사옥 유동화 등을 통해 4,112억원을 마련하겠다는 채권단측에 제출하였고 이에 대해 채권단은 조양호 회장의 사채출연 등을 통하여 7,000억원의 유동성을 확보하라고 하였다. 하지만 이러한 채권단의 요구는 한국 회사법상 유한책임의 법리에 위배된다는 주장이 있었다(“한진해운 사태가 그룹계열사 책임인가”, 데일리안 뉴스 홈페이지, <http://www.dailian.co.kr/news/view/590707/?sc=naver>, 2017. 7. 2. 최종방문) 등이다.
- 4) 2006년 이후 선박의 용선료가 높을 때 선주와 용선계약을 체결하였는데 시장의 변화에 유연성 있게 대처하지 못하여 용선료를 연체하게 되었고 이에 더해 연료비나 하역비 등도 지급하지 못하는 상태가 되었다(이성철·김영석, “한진해운 물류대란에 대한 몇 가지 법률적 쟁점 검토 - 실무를 중심으로 -”, 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016. 12, 375면).
- 5) 채무자 한진해운의 제1회 파산관재인 보고서, 2017. 6. 1, 2-3면.

[한진해운 파산경과 요약]

일시	주요내용	비고
1977. 5.	· 한진해운 설립	
1987. 12.	· 대한상선과 합병	
2009. 12.	· (주)유수홀딩스로부터 인적분할	
2016. 4. 25.	· 한국산업은행에 자율협약절차 신청	해운업계 전체의 운임경쟁 격화 속에 해운수요의 위축과 선박 공급과잉에 따른 영업실적 악화로 유동성 부족 심화가 원인이 됨
2016. 8. 30.	· 채권금융기관 협의회의 지원 불가능 절차 통보로 자율협약 절차 중단	심각한 유동성 부족으로 재정적 파탄에 이름
2016. 8. 31.	· 서울중앙지방법원에 채무자회생법 소정의 회생개시 신청	
2017. 2. 2.	· 한진해운에 대한 회생절차 폐지 결정	청산가치는 1조 7,980억원인 반면, 계속 기업가치는 계속기업의 가능성이 불확실하여 산정할 수 없는 것으로 판단
2017. 2. 17.	· 한진해운에 대한 파산 선고	

2. 정부의 대책과⁶⁾ 현황

2. 1. 경쟁력 있는 선박확보 지원확대

정부는 경쟁력 있는 선박확보의 지원확대를 위하여 첫째, ① 신규 선박발주 지원체계 확충, ② 원가 절감 및 재무개선을 위한 금융 지원 확대, ③ 해운·조선 상생 생태계 구축, ④ 세제 지원을 통한 선박확보 기반 구축 방안을 마련하였다. 또한 선사들의 원가절감 및 재무개선을 위해 자본

6) 해양수산부 보도자료, “글로벌 경쟁력 확보를 통해 「세계 해운강국」으로 재도약”을 위한 방향제시 - 해운산업 경쟁력 강화방안 발표 -, 2016. 10. 31; 한편 이와 관련하여 해운산업발전위원회 설치를 내용으로 하는 아래와 같은 법안이 입안되어 있다.

제37조의3(해운산업발전위원회) ① 해운산업의 건전한 발전과 경쟁력 강화에 관하여 필요한 사항을 관계 중앙행정기관 등과 협의·심의하기 위하여 해양수산부에 해운산업발전위원회를 둔다.

② 해운산업발전위원회의 위원장은 해양수산부의 장관이 되고, 위원은 관계 중앙행정기관의 차관급 공무원으로서 대통령령으로 정하는 사람으로 한다.

③ 위원회는 다음 각 호의 사항을 협의·심의한다.

1. 해운산업 발전을 위한 금융·세제 지원 및 제도개선에 관한 사항
2. 안정적 화물 확보 지원에 관한 사항
3. 해운 전문인력의 육성 및 지원에 관한 사항
4. 그 밖에 해운산업의 건전한 발전과 경쟁력 강화를 위해 필요한 사항

④ 제1항부터 제3항까지에서 규정한 사항 외에 해운산업발전위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

금 1조원 규모의 (가칭)한국선박회사를 설립하여 선사 소유의 선박을 시가로 인수하고 장부가과 시가의 차이는 유상 등을 활용하여 자본을 공급하기로 하였다. 이에 2017년 1월 한국선박해양(주)가 설립되었다. 주업무는 선주사업과 투자사업으로 선주사업은 국내에 선박투자회사를 설립하고 선박취득 목적의 해외 SPC를 설립한 후 중고선을 시장가로 매입하고, 매입한 선박을 선박용선계약(Bare Boat Charter)형태로 해운사에 재용선함으로써 해운사의 용서료 부담을 경감시키는 역할을 하고 있다.⁷⁾ 현 정부에서는 한국선박해양, 해양금융종합센터, 해양금융공사 등을 합쳐 자본금 4~5조원에 달하는 한국해양선박금융공사를 설립할 계획이며⁸⁾ 이에 대한 필요성도 주장하고 있다.⁹⁾ WTO의 보조금 협정에서는 정부의 제조업에 대한 직접적인 보조를 금지하고 있기 때문에 이에 대한 검토가 필요할 것으로 보인다.

2.2. 화물확보 및 인력수급 기반마련

정부는 선사의 자생력 강화를 위해 ① 안정적인 화물확보 기반을 확대하고, ② 선원 및 해운 전문인력 등 인력수급 기반도 확충계획을 수립하였다. 「선·화주 경쟁력 강화협의체」를 구성하기로 하였으며, 선원을 비롯한 해운 전문인력 수급기반 대책을 마련하였다.

2.3. 해운산업 리스크 관리체계 구축

정부는 해운경기 변동에 따른 리스크 확대를 방지하기 위해 ① 해운기업의 경영 상황에 대한 모니터링 체계를 강화하고, ② 운임시장 리스크 관리를 위한 안전장치를 확충하였다. 선사별 현황을 적시에 평가하여 워크아웃 및 회생절차를 진행하겠다는 것이며, 운임공포제를 내실화 하겠다는 방안이다. 이와 관련하여 2017년 2월 해운법 일부개정법률(안)에서는 해운산업전문 지원기관을 지정할 수 있는 내용을 담고 있다. 동법안에서는 해양수산부장관이 해운시황을 분석하여, 독자적인 해상운임지수를 생산하고, 선박도입시 필요한 정보를 제공하는 해운거래 관련 지원기관을 지정할 수 있도록 하고 있다.

3. 한진해운파산상의 주요문제

3.1. 한진해운 선박 강제집행으로 인한 운송 불능

한진해운 사태가 발생한 이후 한진해운 소속의 한진사면호에 대한 연료유 공급업자는 창원지

7) 한국선박해양(주) 홈페이지, <http://www.ko-smart.co.kr/business/business01.php>, 2017. 8월 10일 최종방문.

8) 한국경제 홈페이지, <http://news.hankyung.com/article/2017060655581>, 2017년 8월 11일 최종방문.

9) 정 대, 앞의 자료집, 204면.

방법원에 임의경매개시를 신청하였다. 회생절차개시결정이 있는 때에는 파산 또는 회생절차개시의 신청, 회생채권 또는 회생담보권에 기한 강제집행 등, 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수 우선순위가 일반 회생채권보다 우선하지 아니한 것에 기한 채납처분은 할 수 없도록 하고 있으며, 회생절차개시의 신청 외에는 앞의 각 절차가 중지된다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제58조). 따라서 한진해운은 회생절차개시 이후 지속적인 영업이 가능한 상태였다. 하지만 해당 선박은 국적취득 조건부 나용선이어서 파나마에 설립된 특수목적법인 소유의 재산으로 인정되면서 「채무자 회생법」 제58조가 적용되지 못하고 「국제사법」 제60조에 따라 파나마법에 의한 선박우선특권이 발생하고 경매가 개시되었다. 경매가 개시되면 실질적으로 선박이 이동하지 못하기 때문에 압류나 다툼없고 당연히 하역 작업 등의 영업을 할 수 없게 된다. 국적취득 조건부 나용선이 소수라면 일견 간과할 수도 있겠으나 회생 당시 한진해운은 사선 중 자사 등기선 5척에 국적취득조건부 나용선을 54척 가지고 있어 큰 문제가 되었다. 본문에서 쟁점이 된 국적취득조건부 나용선의 소유권, 선박우선특권, 회생절차개시 후의 강제집행에 대한 법제도를 검토할 필요성이 있다.

3.2. 포워더의 책임

한진해운의 물류운송과 관련되어 2016년 9월 기준으로 선적된 화물의 절반이상이 포워더와의 계약을 통해 운송 중이었고, 이들 포워더 중 1,000여개는 중소 운송주선업체들이었다.¹⁰⁾ 한진해운에서 비롯된 각종의 책임이 1차적으로 포워더들에게 전가될 가능성이 크다. 하주들이 입은 피해는 하주 보험사의 보험금으로 충당될 것이나 이들 보험사는 운송주선인이나 운송인에게 구상권을 행사하기 때문이다. 문제가 되는 것은 이들 포워더의 법률상의 지위다. 상법은 단순히 운송인과 운송주선인에 대하여 조항을 두고 있는데 실무에서는 편의상 운송인인지 운송주선인인지를 구별하지 않는 개념으로 포워딩(foearding) 회사라는 용어를 사용하는 경우가 많다. 포워딩 회사는 실제로 운송주선, 운송, 선박대리점 등과 관련된 업무를 수행한다.¹¹⁾ 우리 상법은 운송인과 운송주선인의 책임을 일부 달리하고 있기 때문에 포워더의 법률상 지위를 우선 확정해야 한다.

3.3. 손해배상

한진해운 파산 이후 해외에서 제기된 소송은 125건에 달하는데 대부분이 손해배상에 관한 것이다.¹²⁾ 손해배상의 주요 원인은 용선료 청구, 항로이탈 또는 운송지연이다. 용선료는 손해배상

10) 경향비즈 홈페이지, 한진해운발 ‘후폭풍’ 어디까지 번질까, http://biz.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid=201609082200025&code=920100&cr=zum, 2017년 7월 10일 최종방문.

11) 양석완, “계약운송인으로서 해상운송주선인의 법적 지위”, 상사법연구 제29권 제2호, 한국상사법학회, 2010, 290면.

12) 채무자 한진해운의 제1회 파산관재인 보고서, 2017. 6. 1, 13면 이하.

책임에 있어 큰 쟁점이 존재하지는 않지만 항로이탈인지 운송지연인지에 따른 손해배상의 범위는 달리할 수 있기 때문에 검토의 필요성이 있다.

3.4. 선원보호

한진해운의 회생절차개시와 더불어 선원 600여명에게 해고통보를 하였다. 또한 항해중이었던 선원들의 경우 선박에서 표류하였으며 미국에서는 연방세관국경보호국(United States Customs and Border Protection)이 한진해운의 컨테이너선 선원들의 상륙을 허가하지 않아 선박에서만 생활하였다. 선원보호정책에 따라 우리나라도 임금채권은 우선변제권을 인정하고 선박우선특권의 대상으로 하고 있다. 이러한 점을 감안한다면 각종의 운송주체들 외에도 선원들을 위한 법제개선 방안도 검토되어야 할 것이다.

III. 해운법제의 개선과제

1. 국적취득조건부 나용선

1.1. 국적취득조건부 나용선의 법률관계

1.1.1. 국적취득조건부 나용선의 개념

주로 선박소유자가 소재하고 있지 않은 국가 혹은 선박을 담보로 하여 금융을 발생시키는 금융회사가 외국에 소재하고 있는 경우에 이른 바 특수목적회사(SPC)를 설립하여 운항과 관련된 영업활동을 하게 된다. 이후 정해진 계약기간이 종료되면 실제 선주에게 선박의 소유권이 이전되고 선박의 국적 또한 한국 국적이 된다.¹³⁾¹⁴⁾ 이러한 선박을 국적취득조건부 나용선(Bare Boat Charter of Hire Purchase ; BBCHP)이라 한다. 「선박안전법」 제2조 18호에서는 국적취득조건부 나용선이란 “나용선(裸傭船) 기간 만료 및 총나용선료 완불 후 대한민국 국적을 취득하는 매선(買船) 조건부 나용선”으로 정의하고 있다. 1997년대 이후 한국 해운회사들은 리스회사 또는

13) 진호현·김진권, “국적취득조건부 나용선 선박의 관할권에 관한 소고”, 해사법연구 제24권 제1호, 한국해사법학회, 2012. 3, 47면.

14) 국적취득조건부 나용선의 관세법 적용과 관련하여 대법원은 “용선계약의 형식을 취하고는 있으나 실질적으로는 선박의 매매로서 그 매선대금을 이정기간동안 분할하여 지급하되 그 기간 동안 매수인의 선박을 사용할 수 있는 것으로서 선박수입의 특수한 형태라 할 것이므로 국적취득조건부 용선계약에 의한 선박의 도입은 그 국적 취득여부를 불문하고 관세법상의 수입에 해당한다”고 판시하였다(대법원 1983. 10. 11. 선고 82누328판결).

금융제공자로부터 장기적하보증을 담보로 자금을 조달하여 선박을 건조한 후 리스로 선가를 상환하고 일정기간이 지나면 국적을 취득할 수 있도록 하는 국적취득조건부 나용선계약의 방식으로 선박을 운용하고 있다.¹⁵⁾

1.1.2. 국적취득조건부 나용선에 대한 강제집행¹⁶⁾

「채무자 회생법」 제58조에 의하면 회생절차개시와 더불어 강제집행은 금지되어야 한다. 하지만 문제가 되었던 한진사면호의 경우 국적취득조건부 나용선으로 그 소유권은 파나마 소재 특수목적법인에게 있었다. 따라서 동법 제58조의 채무자 재산 즉 한진해운의 재산이 되지 않아 해당이 없다. 한편 해상에 관한 ① 선박의 소유권 및 저장권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권 ② 선박에 관한 담보물권의 우선순위 ③ 선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위 ④ 선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위 ⑤ 공동해손 ⑥ 선장의 대리권은 선적국법에 의한다는 국제사법 제60조에 따라 파나마법의 적용을 받게 되었다. 파나마법에 따르면 선박우선특권이 발생하게 되고 경매가 개시된다(파나마 제55호 법률(2008. 8. 6) 제244조 제9호),

한진해운측에서는 해당 선박은 편의치적된 선박이며 실질적인 지배권을 행사하고 있어 파나마국의 특수목적회사가 아닌 한진해운의 소유로 보아야 한다고 주장하였다. 채무자의 재산의 범위는 소유의 개념만이 아니라 사용의 개념도 추가하여 회생이라는 목적에 맞추어 넓게 해석할 필요가 있다는 의견도 제시되었다.¹⁷⁾ 하지만 관할 법원은 국적취득조건부 용선계약에서 용선자는 용선기간이 종료된 후 약정한 용선료 등을 지급하고 선박의 소유권을 취득할 수 있는 계약상의 권리를 취득할 뿐 소유권을 인정할 수 없다고 판단하였다.

1.2. 개선과제

1.2.1. 도산법적 개선

한진해운은 회생전 국적취득조건부 나용선이 61척이며, 정기용선 선박 97척이 있었는데 이 중 실제 한진해운이 소유권을 가지고 있는 선박은 극히 적었다. 따라서 대부분이 선박우선특권 등의 이유로 강제집행 대상이 될 수 있는 문제가 발생하였다.¹⁸⁾ 한편 미국과 싱가포르의 경우¹⁹⁾ 소유

15) 우세나, “채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 국적취득조건부 나용선 계약의 처리방안”, 법과 정책연구 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010. 4, 153면.

16) 창원지방법원, 2017.2.23.자2016라308결정; 김인현, “한진해운 회생절차상 선박압류금지명령(stay order)의 범위 - 한국과 싱가포르를 중심으로 -”, 한국상사판례학회, 2017. 3, 143면 이하 참조.

17) 강미주, “가압류된 BBCHP 선박 누구 소유인가” -제2회 한진해운 물류대란 긴급좌담회 -, 월간해양한국, 2016. 11, 33면.

선박 뿐만 아니라 정기용선된 선박은 물론 국적취득조건부 나용선도 회생절차 중에는 압류금지 대상으로 하고 있다.²⁰⁾ 「채무자 회생법」은 재정적 어려움으로 파탄에 직면해 있는 자의 사업의 효율적인 회생을 도모하는 것을 제정목적의 하나로 하고 있다(채무자 회생법 제1조). 따라서 「채무자 회생법」의 본질에 충실하기 위해서는 형식적으로 국적취득조건부 나용선에 대한 소유권을 취득하지는 못하고 있지만 실질적 지배권을 형성하고 있는 해당 선사를 보호하기 위하여 「채무자 회생법」 제58조 개정 등의 방법을 생각해 볼 수 있다. 모든 채권자는 아니겠지만 선박우선택권을 가진 채권자는 어차피 회생절차 과정에서 회생담보권자로 보호되므로 채무자와 채권자의 균형을 해하지 않는 것으로 보인다.²¹⁾ 「채무자 회생법」이 해운기업을 위주로 한 법은 아니나 국적취득조건부 나용선과 같은 해운기업 특유의 도산법적 쟁점의 해결을 위한 개선방안이 도출되어야 할 것으로 판단된다.

1.2.2. 국적취득조건부 나용선의 등록 허용

국적취득조건부 나용선은 실질적으로 우리 해운회사가 지배하는 선박이다. 한국의 해운법, 선원법 및 선박안전법 등이 국적선과 동일하게 적용되고 있다. 하지만 국적취득조건부 나용선은 용선기간 동안 원치적국의 국기를 계속사용하게 됨으로써 치적국의 법령과 국내법령을 이중으로 적용받게 되고 ITF(국제운수노련)로부터 편의치적선으로 분류되어 Blue Certificate²²⁾ 발급을 강요받는 등 운항상 불이익을 감수하고 있다.²³⁾ 따라서 우리선박의 해운력이나 편의치적선의 안전도를 위해 나용선제도의 등록제도 도입을 주장하고 있다.

2. 운송주선인의 책임

2.1. 운송주선인의 법률관계

2.1.1. 운송주선인의 개념과 확정

18) 2017년 2월 현재 한진해운 선박 5척이 경매에 부쳐졌다(조선비즈 홈페이지, http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/02/21/2017022101285.html, 2017. 7. 10 최종방문).

19) 미국과 싱가포르의 판결의 자세한 내용에 대해서는 김창준, “한진해운의 도산법적 쟁점”, 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017. 5, 68-69면.

20) 김인현, “정기선사의 기업회생절차 관련 법적 쟁점 - 한진해운 사태를 중심으로 -”, 2017년(사)한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 2017, 159면.

21) 김인현, 위의 2017년(사)한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 159면.

22) 선진국 선원의 임금과 동일하게 지불하겠다는 각서

23) 유기준, 「국제선박등록제도 연구 - 편의치적 및 제2선적제도를 중심으로」, 유기준 의원실, 2008, 167~168면; 최세련, “선박의 나용선등록에 따른 법적 쟁점 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회, 2016. 11, 175면.

상법상 운송주선인은 물건운송의 주선을 영업으로 하는 상인이다. 여기서 주선이란 자신의 명의로 그러나 타인의 계산 아래 거래하는 것을 의미한다. 즉 운송주선인이란 위탁자인 송하인의 의뢰를 받아 운송주선인 자신의 이름으로 그러나 송하인의 계산으로 운송인과 운송계약을 체결하는 사무의 위탁을 받고 이를 실행하는 자이다.²⁴⁾ 운송주선인은 다른 약정이 없으면 직접 운송할 수 있으며 이 경우에는 운송주선인은 운송인과 동일한 권리의무가 있다. 또한 운송주선인이 위탁자의 청구에 의하여 화물상환증을 작성한 경우에도 운송인으로 본다(동법 제116조). 일반적으로 상법 제116조의 요건을 충족하지 않는 한 운송주선인의 지위에 있다할 것이다.

2.1.2. 운송주선인의 책임

운송주선인은 자기나 그 사용인이 운송물의 수령, 인도, 보관, 운송인이나 다른 운송주선인의 선택 기타 운송에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상한다(상법 제115조). 운송주선인의 책임은 수하인이 운송물을 수령한 날로부터 1년을 경과하면 소멸시효가 완성한다(동법 제121조). 하지만 운송인에게 적용되는 운송물에 관한 주의의무(동법 제795조), 운송인의 채권·채무의 소멸(동법 제814조), 운송인의 면책사유(동법 제796조) 및 책임한도 규정(동법 제797조)이 적용되지 아니한다.

2.2. 개선과제

실무상 포워더라 불리는 운송주선인들은 운송주선업 뿐만 아니라 운송업도 겸하는 경우가 많다. 따라서 포워더가 운송주선만 의뢰받은 것인지 운송까지 의뢰받은 것인지를 여부가 명확하지 않은 경우가 존재한다. 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송관련 업무를 의뢰받은 경우 운송까지 의뢰받은 것인지 운송주선만을 의뢰받은 것인지 명확하지 않은 경우 당사자의 의사에 기반하여 판단하여야 한다. 다만 그 의사가 명확하지 않은 경우가 문제가 된다. 의사가 명확하지 않은 경우에는 계약 체결당시의 상황, 선하증권의 발행자 명의, 운임의 지급형태, 운송을 의뢰받은 회사가 실제로 수행한 업무 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙에 따라 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송을 인수하였다고 볼 수 있는지 여부를 확정하여야 한다.²⁵⁾ 하지만 판례에 따른 형성된 앞의 기준들을 세부적으로 살펴보면 검토되어야 할 사항들이 존재한다. 하우스 선하증권의 발행여부와 관련하여 판례는 하우스 선하증권을 발행하였으나 운송주선인이 아닌 협력 관계에 있는 파트너가 발행한 경우²⁶⁾ 또 타인의 대리인으로 발행한 경

24) 양석완, 앞의 논문, 287면; 최세련, “운송주선인과 운송인의 지위 확정 문제와 책임제한배제사유로서의 운송물 가액기제 - 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결의 평석”, 상사판례연구 제29집 제3권, 한국상사판례학회, 2016. 9, 145면; 김인현, “2015년 중요 해상판례”, 한국해법학회지 제38권 제1호, 한국해법학회, 2016, 323면.

25) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결; 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다103564 판결.

우²⁷⁾는 판례는 운송주선인으로 보지 않고 있다. 이러한 판례의 태도에 대해 실무에 따르면 운송을 인수하는 것과 선하증권의 발행 명의인이 누구인지 반드시 상관관계가 있다고 보기 어렵기 때문에 선하증권 발행명의인에 대한 형식적 판단보다는 실질적 판단이 중요하다고 보고 있다.²⁸⁾ 대법원은 2015년 운송주선인과 운송인의 지위확정에 관한 판례에서 선하증권의 형식적 명의자는 아니지만 운송주선인에게 운송인의 지위를 인정하였다.²⁹⁾ 최근 2017년 대법원 판결에서는 운송주선인업자가 운송의뢰인으로부터 운송의뢰를 받고 선하증권을 발행하였으나 선하증권에 “운송주선인(as agent for carrier)”라고 기재한 사건에서 운송주선인을 계약운송인으로 보았다.³⁰⁾

책임의 확정을 위하여 실제 운송인에 대한 관련 규정의 신설도 고려해 볼 수 있다.³¹⁾³²⁾ 하지만 우리법상 운송인과 운송주선인을 명확히 구분하여 규정하기에는 법기술상 어려움이 많을 것으로 보이나 개선이 필요한 사항이다.

3. 운송인의 운송지연 책임

3.1. 운송인 지연책임의 내용

운송인의 운송지연 즉 연착과 관련하여 책임한도액에 정액배상원칙이 적용되는 경우(상법 제 815조, 제841조, 제137조) 외에는 다른 규정이 없기 때문에 운송인은 동법 제797조에 따라 포

26) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다103564판결.

27) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다5058판결.

28) 최세련, 앞의 “운송주선인과 운송인의 지위 확정 문제와 책임제한배제사유로서의 운송물 가액기제 - 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결의 평석”, 147면.

29) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215판결.

30) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다225851판결.

31) 양석완, 앞의 논문, 309면.

32) 로테르담 규칙은 실제운송인을 포함하는 독립적 계약자를 해상이행 당사자(maritime performing parties)라고 정의하고 이러한 해사이행자에 대하여 운송인과 동일한 법정책임을 부담시키는 한편 이들로 하여금 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 허용하고 있다(“한국 해상법의 발전방향”, 한국해법학회지 제31권 제1호, 한국해법학회, 2009. 4, 25면).

로테르담 규칙 제19조(해상이행 당사자의 책임)

1. A maritime performing party is subject to the obligations and liabilities imposed on the carrier under this Convention and is entitled to the carrier's defences and limits of liability as provided for in this Convention if:

(a) The maritime performing party received the goods for carriage in a Contracting State, or delivered them in a Contracting State, or performed its activities with respect to the goods in a port in a Contracting State; and

(b) The occurrence that caused the loss, damage or delay took place: (i) during the period between the arrival of the goods at the port of loading of the ship and their departure from the port of discharge from the ship; (ii) while the maritime performing party had custody of the goods; or (iii) at any other time to the extent that it was participating in the performance of any of the activities contemplated by the contract of carriage.

장당 책임한도액이나 중량당 책임한도액에 따른 책임을 부담한다.³³⁾ 한진해운 사태에 살펴보았듯이 각종의 이유로 다수의 선박의 운송이 지연되었는데 이에 대한 손해배상소송이 진행 중이다. 운송지연에 따른 손해배상액수와 관련하여 논의가 있다.

3.2. 개선과제

함부르크 규칙이나 로테르담 규칙에서는 운송물의 연착에 대한 운송인의 책임한도액을 운임액의 2.5배로 제한하고 있다.³⁴⁾ 연착으로 인한 손해에 관하여는 운송물의 멸실이나 훼손의 경우와 같은 포장당 책임한도액이나 중량당 책임한도액이 아니라 운임의 기준으로 하여 운송인의 책임을 제한하고자 하는 것이 국제적 추세라는 의견이 있다.³⁵⁾ 이에 생각을 같이하며 책임한도액 이외에도 함부르크 규칙에서 담고 있는 인도지연의 명확한 기간의 명시, 일정기간 이후의 지연화물에 대한 멸실된 화물처리 등의 내용과 같이 지연책임에 대한 내용을 구체적으로 법제화할 필요가 있다.

4. 선박우선평권

4.1. 선박우선평권의 법률관계

4.1.1. 선박우선평권의 개념

선박우선평권이란 일정한 법정채권에 대하여 그 채권자가 선박과 그 부속물로부터 우선변제를 받을 수 있는 해상법상 특수한 담보물권이다. 선박우선평권은 특수한 채권자에게 법률상 당연히 부여되는 법정담보물권으로 당사자 간의 저당권 설정계약에 의해 성립하는 저당권과는 차이가

33) 상법 제794조(감항능력주의의무), 제795조(운송물에 관한 주의의무), 제796조(운송인의 면책사유)까지의 규정에 따른 운송인의 손해배상의 책임은 당해 운송물의 매 포장당 또는 선적단위당 666과 100분의 67 계산단위의 금액과 중량 1킬로그램당 2 계산단위의 금액 중 큰 금액을 한도로 제한할 수 있다. 다만, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다(상법 제797조 제1항).

34) 함부르크 규칙 제6조 1항(b)호(책임의 한도)

The liability of the carrier for delay in delivery according to the provisions of article 5 is limited to an amount equivalent to two and a half times the freight payable for the goods delayed, but not exceeding the total freight payable under the contract of carriage of goods by sea.

로테르담 규칙 제60조(연착에 의한 손해에 대한 책임의 한도).

Subject to article 61, paragraph 2, compensation for loss of or damage to the goods due to delay shall be calculated in accordance with article 22 and liability for economic loss due to delay is limited to an amount equivalent to two and one-half times the freight payable on the goods delayed. The total amount payable pursuant to this article and article 59, paragraph 1, may not exceed the limit that would be established pursuant to article 59, paragraph 1, in respect of the total loss of the goods concerned.

35) 최종현, 앞의 논문, 37면.

있다.³⁶⁾ 선박우선평권이 발생한 이유는 해상기업은 선박을 주요 담보로 하여 운영에 필요한 거대자금을 조달 필요성 때문이다.

4.1.2. 정기용선자가 채무자인 경우의 선박우선평권

선박우선평권과 관련하여 몇 가지 쟁점이 있다. 첫 번째 선박우선평권은 선박소유자가 채무자인 경우에만 특권이 발생한다(상법 제777조). 선채용선자의 경우에도 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관하여 생긴 우선평권은 선박소유자에 대하여도 그 효력이 있다(상법 제850조 제2항). 따라서 선채용선자가 채무자인 경우에 상법 제777조 제1항의 채권³⁷⁾을 가진 채권자는 선박우선평권을 갖는다. 하지만 정기용선자가 채무자인 경우에 채권자들이 우선평권을 가지는지에 대하여 명확하지 않다.³⁸⁾

4.1.3. 선박우선평권의 추급권

선박채권자의 우선평권은 그 선박 소유권의 이전으로 인하여 영향을 받지 아니한다고 규정하여(상법 제785조) 추급권을 인정하고 있다. 이는 선박우선평권제도에 힘을 실어주는 사유가 된다. 하지만 선박우선평권은 등기사항이 아니기 때문에 외부에 공시가 되지 않고 따라서 거래안전에 위험을 끼칠 수 있다.³⁹⁾

4.1.4. 임금채권의 순위

선원과 그 밖의 선박사용인의 고용인의 고용계약으로 인한 채권 역시 선박우선평권이 있는 채권이나 선원의 열악한 근무환경을 고려할 때 그 순위를 상승시켜야 한다는 주장이 있다.⁴⁰⁾

4.2. 개선과제

우선 정기용선자에 대한 선박우선평권과 관련하여 대법원은 정기용선계약을 임대차계약과 유

36) 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 삼성사, 2014, 431면.

37) 1. 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비, 2. 선원과 그 밖의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권, 3. 해난구조로 인한 선박에 대한 구조료 채권과 공동해손의 분담에 대한 채권, 4. 선박의 충돌과 그 밖의 항해사고로 인한 손해, 항해시설·항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명·신체에 대한 손해의 배상채권.

38) 김인현, 앞의 “한국근대 해상법 120년의 성과와 과제”, 668면.

39) 김인현, 위의 “한국근대 해상법 120년의 성과와 과제”, 668면; 손점열, “선박우선평권에 대한 여러 가지 쟁점 연구 및 실무상 유의사항 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회, 2016. 11, 351면.

40) 송재우, “선박임금채권의 보호에 대한 소고”, 법학연구 제56권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2015. 8. 24면.

사하다고 보고 있고,⁴¹⁾ 이에 따라 정기용선자가 채무자가 되는 경우 선박임대차에 적용되는 상법 제850조 제2항을 준용하면 해당 선박은 선박우선특권의 목적물이 될 것이다.⁴²⁾ 하지만 정기용선계약의 법적 성질에 대하여 영미법처럼⁴³⁾ 운송계약설을 취하기도 하며 정기용선중인 선박의 불법행위 책임에 대하여 대법원은 법적성질을 근거로 하지 않은 결과 선박소유자가 책임의 주체라고 판시하였기 때문에 논란의 여지가 있다. 정기용선자에게도 채권이 발생할 여지가 많기 때문에 이를 명확히 하기 위하여 명문의 규정이 필요하다는 것에⁴⁴⁾ 생각을 같이한다. 둘째, 선박우선특권의 붙어 있는 선박의 양수인 보호를 위하여 추급권에 대한 보완책이 필요하다. 예를 들면 선박우선특권의 소멸시효가 현행 1년인데 이보다 단기로 하는 방법도 하나일 것이다. 마지막으로 선원의 임금채권과 관련하여 현재 2순위로 되어 있으나 1967년 및 1993년의 선박우선특권·저당권조약(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages)에서는 선원의 임금채권을 1순위로 두고 있는 바 이를 참고로 할 수 있을 것이다.⁴⁵⁾

5. 해운동맹

5.1. 해운산업의 발전과 해운동맹

5.1.1. 해운동맹의 개념

41) 대법원 1992.2.25. 선고91다14215판결.

42) 손점열, 앞의 논문, 349면.

43) 손점열, 위의 논문, 350).

44) 김인현, 앞의 “한국근대 해상법 120년의 성과와 과제”, 668면.

45) International Convention on Maritime Liens and Mortgages((Geneva, 6 May 1993) Article 4

Priority of Maritime liens

1. Each of the following claims against the owner, demise charterer, manager or operator of the vessel shall be secured by a maritime lien on the vessel:

(a) Claims for wages and other sums due to the master, officers and other members of the vessel's complement in respect of their employment on the vessel, including costs of repatriation and social insurance contributions payable on their behalf;

(b) Claims in respect of loss of life or personal injury occurring, whether on land or on water, in direct connection with the operation of the vessel;

(c) Claims for reward for the salvage of the vessel;

(d) Claims for port, canal, and other waterway dues and pilotage dues;

(e) Claims based on tort arising out of physical loss or damage caused by the operation of the vessel other than loss of or damage to cargo, containers and passengers' effects carried on the vessel.

2. No maritime lien shall attach to a vessel to secure claims as set out in subparagraphs (b) and (e) of paragraph 1 which arise out of or result from:

(a) Damage in connection with the carriage of oil or other hazardous or noxious substances by sea for which compensation is payable to the claimants pursuant to international conventions or national law providing for strict liability and compulsory insurance or other means of securing the claims; or

(b) The radioactive properties or a combination of radioactive properties with toxic, explosive or other hazardous properties of nuclear fuel or of radioactive products or waste.

해운동맹이란 두 개 이상의 정기선 운항업자가 특정항로에서 상호 간에 기업적 독립성을 존중하면서 과당경쟁을 피하고 상호이익을 유지·증진시키기 위하여 운임, 적취량, 배선, 기타 운송조건에 관하여 협정 또는 계약을 체결한 해운카르텔을 의미한다.⁴⁶⁾ 우리 「해운법」에서는 정기선사의 공동행위를 인정하고 있으며 다만 그 협약에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 행위는 금지 하고 있다.⁴⁷⁾ 운임 등의 협약이 있는 경우에는 해양수산부장관에게 신고하여야 한다. ① 협약에 대한 참가나 탈퇴를 제한하거나 국제협약을 위반하는 경우, ② 선박의 배치, 화물 적재, 그 밖의 운송조건 등을 부당하게 정하여 해상화물운송질서를 문란하게 하는 경우 ③ 부당하게 운임이나 요금을 인상하거나 운항 횟수를 줄여 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에 해양수산부장관은 그 협의 시행중지, 내용의 변경이나 조정 등 필요한 조치를 명할 수 있으며, ③에 해당하는 경우에는 공정거래위원회에 통보하여야 한다(동법 제29조 제5항).

5.1.2. 해운동맹과 독점

2017년 8월 8일 현대상선 등 국내 14개 국적 컨테이너 선사들이 참여한 민간협력체인 한국해운연합을 결성하였다. 선복교환 확대, 항로 합리화, 신규 항로 공동개설, 해외 터미널 공동확보 등을 추진하고 운영원가를 줄여 경쟁력을 강화한다는 방침이다. 이렇듯 「해운법」에서 해운동맹을 인정하고 있지만 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 독점규제법)」을 배제한다는 규정은 없으므로 독점규제법의 적용대상이 적용된다. 이로 인해 해운동맹과 관련한 해운사들의 행위는 「독점규제법」상의 시장지배적 지위남용금지, 부당한 공동행위의 금지 및 불공정거래행위의 금지 등에 해당될 수 있다.⁴⁸⁾

5.2. 개선과제

해외의 대형 해운선사들에 대항하기 위해서는 자국의 해운산업 발전이나 보호를 위해 해운법

46) 유광현, “해운동맹 관련 국내법의 개선방향에 관한 연구”, 무역상무연구 제43권, 한국무역상무학회, 2009. 8, 372면.

47) 「해운법」 제29조(운임 등의 협약) ①외항화물운송사업의 등록을 한 자(이하 "외항화물운송사업자"라 한다)는 다른 외항화물운송사업자(외국인 화물운송사업자를 포함한다)와 운임·선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 계약이나 공동행위(외항 부정기 화물운송사업을 경영하는 자의 경우에는 운임에 관한 계약이나 공동행위는 제외하며, 이하 "협약"이라 한다)를 할 수 있다. 다만, 협약에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 것을 내용으로 하는 협약을 하여서는 아니 된다.

48) 이에 대해 해운동맹이 해운법 제29조 제1항에 의거하여 운임, 배선, 적취, 그 밖의 운송조건에 관한 공동행위를 하고 이러한 공동행위가 해운법이 추구하는 가치나 그 내용에 반함이 없이 정당하게 행해졌다면 이는 공정거래법 제58조의 규정에 따라 공정거래법의 적용이 배제될 것이라고 하나 이는 예측에 불과한 것으로 보인다(정진옥, “해운동맹 관련 국제적 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향 연구”, 한국해법학회지 제33권 제2호, 한국해법학회, 2011. 11, 261면).

에 「독점규제법」 예외조항을 두는 것이 최선의 방법일 것이다. 하지만 EU의 경우 2008년 10월부터 독점금지법 예외조항을 폐지하였으며 정기선 해운동맹의 공동운임 설정 및 선복량 조절 행위 등의 공동행위를 금지하고 있다. 다수의 국가들에서 이와 같은 논의가 진행되었다.⁴⁹⁾ 따라서 국제적 추세에 비추어 보았을 때 해운산업의 발전을 위해 무작정 독점규제법의 예외로 할 수는 없다. 또한 해운동맹에 가입하지 않은 다른 해운선사들에게는 불합리한 결과를 가져올 수 있다. 이에 대한 보완책으로 운임 등의 협약에 대한 공시방법 및 운임협약 전 하주단체와의 정보교환의 현실화가 필요하다. 이는 외항화물운송사업자와 하주단체 및 관련 기관의 충분한 논의가 필요할 것으로 보인다.

6. 해상보험

6.1. 해상보험면책과 이로

6.1.1. 상법상 해상보험자의 일반적 면책범위

해상보험은 손해보험의 일종으로 보험법 통칙에서 정하고 있는 보험자의 면책사유(상법 제678조) 및 전쟁위험으로 인한 면책(동법 제660조)이 적용된다. 또한 손해보험 보험자의 일반면책사유인 보험목적의 성질, 하자 또는 자연소모로 인한 손해(동법 제678조)에 대하여도 해상보험의 보험자는 면책이 된다. 해상보험자에게 인정되는 특유한 면책사유로는 1. 선박 또는 운임을 보험에 붙인 경우에는 발항당시 안전하게 항해를 하기에 필요한 준비를 하지 아니하거나 필요한 서류를 비치하지 아니함으로 인하여 생긴 손해, 2. 적하를 보험에 붙인 경우에는 용선자, 송하인 또는 수하인의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 손해, 3. 도선료, 입항료, 등대료, 검역료 기타 선박 또는 적하에 관한 항해중의 통상비용 등이다(동법 제706조). 법정면책사유 이외에도 보험계약으로 약관상 면책사유를 규정할 수 있다.

6.1.2. 선박이로 등에 따른 해상보험자의 면책

한진해운 사태 중 많은 선박의 이로가 발생했다. 선박이 정당한 사유 없이 보험계약 정하여진 항로를 이탈한 경우에는 보험자는 그 때부터 책임을 지지 아니하며, 선박이 손해발생 전에 원항로로 돌아온 경우에도 같다고 규정하고 있다(상법 제701조의 2). 하지만 이는 출발항이나 목적항을 변경하지 않고 단지 노선을 달리한 경우에도 항로를 이탈하게 되는 것이고 이로를 하였다

49) 박광서, “선화주 균형발전을 위한 해운법 및 독점규제법의 개정방향에 관한 연구”, 무역상무연구 제49권, 한국무역상무학회지, 2011. 2, 213-214면.

고 해도 인과관계도 없는 보험사고에 대해서도 보험자가 면책되는 것은 지나치게 보험자를 보호하는 것이라는 논의가 있다.

6.2. 개선과제

현행 선박이로의 경우에 해상보험자를 당연히 면책하게 되는 것은 보험자를 과하게 보호하는 것이다. 이를 위해 이로로 인해 해상보험자의 면책은 이로와 손해사이에 인과관계가 있는 경우로 한정하는 방안을 검토할 수 있다.⁵⁰⁾

IV. 결론

한진해운이 파산까지 이르는 상황 또 이후의 과정에서도 여파는 지속되고 있으며 그 종류 또한 다양하다. 선박들이 강제집행 등을 우려하여 바다에 표류하거나 입항지를 변경하는 등 물류 대란이 일어났고 다양한 문제점들이 발생하였다. 또한 이를 극복하기 위한 다양한 정책이 제시되었고 많은 해운업체가 이에 대한 대비책을 마련하거나 강구하고 있다.

한진해운의 파산에 비추어 보았을 때 개선되어야 할 과제들을 살펴보았다. 간략히 정리하면 다음과 같다. 첫째, 국적취득조건부 나용선과 관련하여 도산시의 강제집행, 국적취득 조건부 나용선의 등록 등에 대한 개선이 있어야 할 것이다. 둘째, 현대에는 해운물류에 있어 운송주선인의 역할이 다양하여 운송인의 역할도 겸하고 있으나 우리 법에서는 운송인과 운송주선인의 책임을 명확히 차이를 두어 구분하고 있기 때문에 양자의 구별에 대한 명확한 기준점 또는 합리적 구분이 필요하다. 셋째, 운송인의 운송지연책임과 관련하여 국제적 기준에 따른 손해의 책임산정이 필요하다. 넷째, 선박우선평권에 있어서 정기용선자의 채무부담여부 관계 설정, 추급권에 대한 수정, 선원임금채권의 순위에 대한 수정이 필요해 보인다. 다섯째, 최근 결성된 국내 해운업체들의 해운동맹은 독점규제법을 위반할 소지가 있으므로 이를 방지하기 위한 대책이 필요하다. 여섯째, 해상보험면책사유로서의 이로는 보험자를 과하게 보호하는 것으로 이에 대한 개선이 있어야 한다.

이 외에서 선주책임보험, 선원법 등 다양한 해운법제의 검토가 필요함에도 불구하고 지면상의 이유를 들어 다루지 못한 점을 아쉽게 생각한다.

50) 김선철·이길남, “상법(보험편) 해상보험 규정의 문제점과 개선방안”, 국제상학 제25권 제1호, 2010. 3, 255면.

참고문헌

- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 삼영사, 2014.
- 김인현, 「해상법」, 법문사, 2015.
- 김인현, 「해상법 연구 III」, 법문사, 2015
- 강미주, “가압류된 BBCHP 선박 누구 소유인가” -제2회 한진해운 물류대란 긴급좌담회 -, 월간해양한국, 2016. 11.
- 박광서, “선화주 균형발전을 위한 해운법 및 독점규제법의 개정방향에 관한 연구”, 무역상무연구 제49권, 한국무역상무학회지, 2011. 2.
- 김선철·이길남, “상법(보험편) 해상보험 규정의 문제점과 개선방안”, 국제상학 제25권 제1호, 2010. 3
- 김인현, “2015년 중요 해상판례”, 한국해법학회지 제38권 제1호, 한국해법학회, 2016.
- 김인현, “정기선사의 기업회생절차 관련 법적 쟁점 - 한진해운 사태를 중심으로 -”, 2017년 (사)한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 2017.
- 김창준, “한진해운의 도산법적 쟁점”, 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017. 5.
- 손점열, “선박우선특권에 대한 여러 가지 쟁점 연구 및 실무상 유의사항 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회, 2016. 11.
- 송재우, “선박임금채권의 보호에 대한 소고”, 법학연구 제56권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2015. 8.
- 양석완, “계약운송인으로서 해상운송주선인의 법적 지위”, 상사법연구 제29권 제2호, 한국상사법학회, 2010.
- 우세나, “채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 국적취득조건부 나용선 계약의 처리방안”, 법과 정책연구 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010. 4.
- 유광현, “해운동맹 관련 국내법의 개선방향에 관한 연구”, 무역상무연구 제43권, 한국무역상무학회, 2009. 8.
- 유기준, 「국제선박등록제도 연구 - 편의치적 및 제2선적제도를 중심으로」, 유기준 의원실, 2008.
- 정 대, “선박금융의 최근 쟁점과 국제 동향”, 2017년(사)한국상사법학회 하계학술대회 자료집, 2017.
- 진호현·김진권, “국적취득조건부 나용선 선박의 관할권에 관한 소고”, 해사법연구 제24권 제1호, 한국해사법학회, 2012. 3.

채무자 한진해운의 제1회 파산관재인 보고서, 2017. 6. 1.

최세련, “선박의 나용선등록에 따른 법적 쟁점 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회, 2016. 11.

최세련, “운송주선인과 운송인의 지위 확정 문제와 책임제한배제사유로서의 운송물 가액기재 - 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결의 평석”, 상사판례연구 제29집 제3권, 한국상사판례학회, 2016. 9.

최종현, “한국 해상법의 발전방향”, 한국해법학회지 제31권 제1호, 한국해법학회, 2009. 4.

해양수산부 보도자료, “글로벌 경쟁력 확보를 통해 「세계 해운강국」으로 재도약”을 위한 방향제시 - 해운산업 경쟁력 강화방안 발표 -, 2016. 10. 31.

황성주, “시일야방성대곡, 한진해운의 파산”, 대한조선학회지 제54권 제1호, 2017. 3. 지급이성철·김영석, “한진해운 물류대란에 대한 몇 가지 법률적 쟁점 검토 - 실무를 중심으로 -”, 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016. 12.



2017년
한국기업법학회·한국상사판례학
회
하계 공동학술대회

2세션 제3주제

자본시장법에서 신탁업의 분리와 입법 과제

- 발표 고동원 교수(성균관대)
권태율 과장(한국은행)
- 토론 안성포 교수(전남대)
김민교 변호사(한국거래소)

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에서 신탁업의 분리와 입법 과제

고 동 원* · 권 태 율**

차 례

I. 머리말	3. 불특정금전신탁 및 집합 운용의 허용 필요
II. 신탁법제 개관 및 신탁업 현황	4. 진입 규제 완화로 다양한 신탁업자의 출현 필요
1. 신탁법제 개관	5. 신탁재산의 포괄적 규정화를 통한 다양한 신탁업 활성화 필요
2. 신탁업 현황	6. 신탁업자의 업무 범위 확대 필요
III. 자본시장법에서 신탁업 분리의 필요성	7. 신탁재산 운용 규제의 완화 필요
1. 서설	8. ‘영업신탁업’ 도입의 필요
2. 재산 관리 기능 활성화 목적에서 본 분리의 필요성	9. 재신탁 관련 영업행위 규제의 신설 필요
3. 법 체계성 면에서 본 분리의 필요성	10. 수익증권발행신탁 관련 규정 정비 필요
4. 신탁업의 중요성에 비추어본 분리의 필요성	11. 신탁사채 발행 관련 투자자 보호 규정 신설 필요
5. 신탁산업의 발전 측면에서 본 분리의 필요성	
IV. 입법 과제	V. 맺음말
1. 서설	
2. 투자성이 있는 신탁상품에 대한 규제 체계의 정립 필요	

I. 머리말

미국의 프랑켈(Frankel) 교수는 사회의 발전 과정에서 과거 중세 신분 관계 시대에서 계약 관계 시대로 이행하여 오늘날에는 계약 관계가 ‘신임(信任) 관계’(fiduciary relationship)¹⁾의 시대로 이행하고 있다고 주장하며, 신탁(trust)의 중요성을 강조하고 있다.²⁾ 한편 대륙법계 국가에서는 “신탁은 물에 뜬 기름”이라고 표현하면서 신탁의 이질성(異質性)을 논하기도 한다.³⁾ 즉 신탁

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

** 한국은행 과장 (tykwon@bok.or.kr).

1) ‘신인(信認)관계’라고도 많이 쓰이나, 「신탁법」이 ‘신임관계’라는 용어를 쓰고 있어서(제2조) 여기서는 「신탁법」에 따라 ‘신임관계’라고 하기로 한다.

2) Tamar Frankel, “Fiduciary Law,” *California Law Review*, Volume 71 Issue 3, May 1983, pp. 795-836.

이 새로운 사회적 수요를 충족시키는 역할을 수행할 것으로 기대되면서 신탁의 법리를 어떻게 각 나라의 법 체계에 조화롭게 접목시킬 수 있는지의 문제가 항상 대두되어 온 것이다. 영미법에서 발전되어 온 신탁의 개념은 일본을 통하여 우리나라로 계수되었다. 우리나라의 신탁 제도의 발전에 있어서 중요한 특징 중의 하나는 신탁은 1950년대 이후 만성적인 자금 부족 현상을 해결하기 위한 자금 조달의 수단으로서 정책적으로 금융상품의 하나로 활용되어 왔다는 점이다. 특히 은행을 중심으로 한 금융기관이 신탁업을 겸영함에 따라 신탁 제도가 금전신탁 위주로 발전되어 와서 신탁이 본래의 다양한 목적을 수행하는 기구(vehicle)라기보다는 금융상품의 하나로 발전하고 인식하게 되었다는 점이 특징적이다.

우리나라의 주요 신탁 관련 법률은 신탁의 민사적 법률관계를 규정하는 「신탁법」, 신탁의 상사적 법률관계인 신탁업⁴⁾을 규율하는 「자본시장과 금융투자업자에 관한 법률」(이하 “자본시장법”이라 한다)이 있다. 2009년 2월 시행된 자본시장법은 폐지된 구 「신탁업법」을 구 「증권거래법」 등 다른 법률들과 통합한 법이다. 그런데, 구 「신탁업법」이 자본시장법에 편입될 당시부터 신탁업을 자본시장법상의 ‘금융투자업’⁵⁾의 하나로 규율하는 입법 방식이 과연 타당한지에 대해서 비판적인 시각이 존재하였다.⁶⁾ 신탁업이 금융투자업의 하나로 규정되면서 신탁 제도가 다양하게 활용되지 못하고 있다는 비판도 제기되고 있다.⁷⁾ 특히 2011년 「신탁법」이 대폭 개정되면서 「신탁법」상 다양한 유형의 신탁 제도가 도입되었지만, 신탁업과 관련해서는 다양한 신탁상품이 개발되지 못하면서 자본시장법에서 신탁업을 규율하는 것이 과연 타당한지에 대한 문제 제기가 되고 있다.⁸⁾

이러한 비판을 인식하고 금융당국인 금융위원회는 2017년 2월 신탁업의 활성화를 위해서 신탁업 제도의 전면 개편과 자본시장법에서 신탁업 관련 규정을 분리하여 별도의 입법을 추진하는

3) 沖野眞己, “新しい信託法に期待するもの,” 「NBL」 No. 832, 商事法務研究會, 2006, 25面.

4) 신탁법의 규제를 받는 신탁을 ‘민사신탁’, 신탁업의 규제를 받는 신탁을 ‘상사신탁’이라고 불린다. ‘상사신탁’ 개념의 주창자는 일본의 간사쿠 교수로 알려져 있는데, 신탁업자의 기능에 주목하여 상사신탁을 정의하여야 한다고 주장한다. 상사신탁은 수탁자의 역할이 신탁재산의 수동적 관리 또는 처분을 넘어서는 것이라고 정의하고, 반면에 민사신탁은 수탁자의 역할이 수동적 재산의 관리 또는 처분에 그치는 것으로 정의하고, 기능에 따라 운용형, 사업형, 유동화형, 전환형, 예금형 신탁으로 분류할 수 있다고 한다(神作裕之, “信託法・信託關連法の近時の展開と課題,” 「信託」 242号, 信託協會, 2010, 9面). 이와 같은 분류 방식이 일본의 관리형 신탁업과 비관리형 신탁업의 구분 등 일본과 우리나라의 논의에 영향을 준 것으로 보인다.

5) 투자매매업, 투자중개업, 집합투자업, 투자자문업, 투자일임업, 신탁업이 해당된다(자본시장법 제6조 제1항).

6) 권재열, “日本の 2004년 改正 信託業法에 관한 小考,” 「증권법연구」 제8권 제1호, 한국증권법학회, 2007, 335면; 안성포, “신탁산업과 금융투자업의 교착,” 「법학논총」 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 156면; 손상호, “자본시장통합법(안)의 가능성과 한계,” 「주간금융브리프」 제14권 제24호, 한국금융연구원, 2006, 9면.

7) 안성포, “신탁제도의 발전을 위한 입법과제 - 집단신탁을 중심으로-,” 「비교사법」 제14권 제3호(하), 한국비교사법학회, 2007, 1022-1023면; 진익, “자산관리서비스 활성화 방안,” 「경영보고서」 2009-2, 보험연구원, 2009, 89면(“자본시장법에서 신탁업이 금융투자업으로 포함됨에 따라 본연의 신탁 기능이 제한되고 복합적 프로그램의 활성화가 지연될 가능성이 높다”); 김진영, “고령화와 자산관리 시대, 신탁업을 부활시켜야 한다,” 「금융」 제745호, 전국은행연합회, 2016, 9-10면(“자본시장법에서 다루는 투자와 직접적인 관련이 없는 신탁업을 병렬로 분류함으로써 신탁의 다양한 기능이 저해되는 결과를 초래했다”).

8) 안성포, “현행 신탁업의 규제체계와 한계,” 「한독법학」 제19호, 한독법률학회, 2014, 143면(“이번 신탁법 개정을 통하여 . . . 금융투자업의 하나로 신탁업을 분류하여 규제하려는 자본시장법의 시도는 애초부터 잘못된 것임을 확인할 수 있다”).

방안을 발표하였다.⁹⁾ 비록 늦은 감이 있지만 이러한 방안은 타당하다고 판단된다. 다만 그동안 금지되어 왔던 ‘불특정금전신탁’¹⁰⁾을 신탁업자에게 다시 허용할 것인지의 문제는 이번 추진 방안에서 제외되어 여전히 논란이 제기되고 있다.

그래서 이 글은 신탁업을 자본시장법에서 분리하는 것이 왜 타당한지에 관한 사항을 생각해보고, 독자적인 새로운 신탁업에 관한 법률을 제정하는 경우 신탁업의 발전을 위해서 과연 어떤 사항을 답아야 하는지에 관한 입법 과제를 다루고자 하는 것이다. 이 글은 우선 II.에서 신탁법제의 개관과 신탁업의 현황을 살펴봄으로써 이 글의 분석 배경을 알아보며, III.에서는 신탁업을 자본시장법에서 분리해야 할 필요성에 대하여 검토해본다. 그리고 나서 IV.에서는 독자적인 신탁업에 관한 별도의 법률이 제정될 때 신탁업의 활성화를 위해 필요한 입법 과제를 논의한다.

II. 신탁법제 개관 및 신탁업 현황

1. 신탁법제 개관

1) 서설

우리나라 신탁법제는 크게 신탁의 사법적 법률관계를 규정하는 「신탁법」, 신탁의 인수를 업(業)으로 하는 신탁업자에 대한 규제와 투자자 보호를 위한 내용을 담고 있는 자본시장법이 있다. 이외에도 신탁에 관련되는 법률로는 담보부사채의 발행과 관련하여 신탁업자에게 적용되는 「담보부채신탁법」, 신탁의 방식으로 자산을 유동화 하는 경우에 적용되는 「자산유동화에 관한 법률」이 있다.

우리가 받아들인 일본의 신탁법제도 우리와 비슷하지만 다른 면도 있다. 우선 신탁의 민사관계를 규율하는 법인 「신탁법(信託法)」이 있는 것은 우리와 같다. 그런데 일본의 경우는 신탁업에 관한 별도의 법인 「신탁업법(信託業法)」이 있는 것이 우리와 다르다. 일본도 비록 우리의 자본시장법에 해당하는 「금융상품거래법」이 제정되었지만 「신탁업법」을 흡수하지 않고 별도의 법으로 존치시켰다는 점이 큰 차이점이다. 다만 ‘투자성이 있는 신탁상품’에 대해서는 「금융상품거래법」이 추가적으로 적용된다.¹¹⁾ 일본에서도 「신탁업법」이 별도의 업법(業法)으로서 존재할 필요성을 인정했기 때문에 「신탁업법」을 존속시킨 것으로 이해할 수 있다. 그리고 은행

9) 금융위원회, “신탁산업 개선을 위한 정부부처 첫 합동 회의 개최,” 보도자료, 2017. 2. 8.

10) 위탁자가 수탁자에게 금전의 운용 방법을 지정하지 않는 금전신탁을 ‘불특정금전신탁’이라고 하고, 위탁자가 금전의 운용 방법을 지정하는 금전신탁을 ‘특정금전신탁’이라고 한다(자본시장법 시행령 제103조).

11) 일본의 경우 투자성이 강한 예금, 보험, 신탁상품을 판매·권유하는 경우에는 「은행법」, 「보험업법」, 「신탁업법」에 의하여 「금융상품거래법」이 준용되는데, 「신탁업법」상 신탁회사가 판매하는 투자성이 있는 신탁상품, 즉 특정신탁계약(特定信託契約) 상품에 대해서는 「금융상품거래법」의 영업 행위 규제가 적용된다(신탁업법 제24조의2)(권중호, “일본 금융상품거래법의 개요 - 일본금융상품거래법의 해설(1),” 「증권선물」 제19호, 2006, 12면).

등 금융기관이 신탁업을 겸영하는 경우에 적용되는 「금융기관의 신탁업무 겸영 등에 관한 법률(金融機關の信託業務の兼營等に関する法律)」이 별도로 존재한다.¹²⁾ 또한 특정 정책적 목적을 위한 개별법으로서 「대부신탁법(貸付信託法)」, 「투자신탁 및 투자법인에 관한 법률(投資信託及び投資法人に関する法律)」, 「자산유동화에 관한 법률(資産の流動化に関する法律)」, 「담보부사채신탁법(担保附社債信託法)」 등이 있다.¹³⁾ 우리와 일본의 신탁 법제를 비교해보면 다음 [표 1]과 같이 정리할 수 있다.

[표 1] 일본 및 우리나라의 신탁 관련 법률

구 분	일반법	업(業)법	개별법	투자성 있는 신탁상품
일본	신탁법	■ 신탁업법 ■ 금융기관의 신탁업무 겸영 등에 관한 법률	■ 대부신탁법 ■ 투자신탁 및 투자법인에 관한 법률 ■ 담보부사채신탁법 ■ 자산의 유동화에 관한 법률	금융상품거래법
우리나라	신탁법	■ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률	■ 담보부사채신탁법 ■ 자산유동화에 관한 법률	자본시장과 금융투자업에 관한 법률

2) 신탁법제의 연혁

우리나라는 1961년 일본 신탁법제의 영향을 받아 일본 법제와 유사한 「신탁법」과 구 「신탁업법」을 제정하여 신탁 제도를 정비했다. 그리고 구 「신탁업법」이 자본시장법에 편입되었다는 것은 앞서 언급한 바와 같다.¹⁴⁾ 신탁의 사법적 법률관계를 규율하는 「신탁법」은 1961년 12월에 제정된 이래 한 차례 개정도 없다가 2011년에 대폭 개정되었다. 2011년 개정 「신탁법」(법률 제10924호, 2011. 7. 25. 개정, 2012. 7. 26. 시행)은 여러 가지 유형의 신탁 제도를 도입하여 다양한 신탁상품의 출현을 가능하게 함과 동시에 기업의 자금 조달 수단을 다변화할 수 있는 법적 기반을 마련해 주었다는 점에서 큰 의미가 있다. 즉 개정 「신탁법」에 의하여 자산운용형 신탁(수탁자에게 신탁재산의 운용을 맡기는 신탁), 재산관리형 신탁(위탁자의 지시에 따라

12) 「금융기관의 신탁업무 겸영 등에 관한 법률」(金融機關の信託業務の兼營等に関する法律)(이하 ‘겸영법’이라 한다)은 은행, 기타 금융기관이 신탁업무를 수행하고자 하는 경우 내각총리대신의 인가를 받아 신탁법 제2조 제1항의 신탁업무 및 이에 따른 부수업무를 수행할 수 있다고 규정하고 있다(겸영법 제1조). 금융기관으로는 은행, 장기신용은행, 농업협동조합, 신용금고 등이 해당된다(겸영법 시행령 제2조). 2004년 신탁업법 개정 전까지 신탁업을 영위하는 자는 겸영법에 의하여 인가를 받은 금융기관뿐이었다(최성근, “일본의 신탁법제에 관한 비교법적 연구 - 2004년 개정 신탁업법 및 2006년 신신탁법을 중심으로,” 「청주법학」 제32권 제2호, 청주대학교 법학과, 2010, 131면). 2016년 3월 현재 겸영법상 인가를 받은 금융기관은 전국은행, 지방은행 등 총 43개이며, 금융기관이 아닌 신탁전문회사는 19개로서 운용형 신탁회사가 7개, 관리형 신탁회사가 12개이다(信託協會, 「2016 日本の信託」, 2016, 4면).

13) 金融審議會金融分科會第二部會, “信託業のあり方に關する中間報告書,” 金融廳, 2003, 2면.

14) 한편, 집합투자기구의 하나인 ‘투자신탁’을 규율하는 법으로서 1969년 제정된 구 「증권투자신탁업법」이 있었고, 이 법은 1998년에 제정된 「증권투자회사법」과 함께 2003년 제정된 구 「간접투자자산운용업법」에 통합되었다가 구 「간접투자자산운용업법」은 2009년 2월 시행된 자본시장법으로 통합되었다.

수탁자가 단순히 신탁재산의 보관 및 관리를 하는 신탁), 자산유동화형 신탁(위탁자가 자금 조달을 목적으로 신탁재산을 유동화 하는 신탁), 기업형 신탁(수탁자가 신탁재산인 영업을 영위하는 신탁) 등 다양한 신탁 제도를 활용할 수 있게 되었으며, 이에 기반하여 다양한 형태의 신탁업 출현도 기대할 수 있게 된 것이다.¹⁵⁾ 그런데 문제는, 뒤에서 자세히 논하는 것처럼, 신탁업을 규율하는 자본시장법이 이러한 「신탁법」의 발전에 따라가지 못하면서 다양한 신탁업의 출현이 막히고 있다는 점이다. 신탁업에 관한 별도의 법률을 제정할 필요가 있는 이유이기도 하다. 2011년에 개정된 「신탁법」의 주요 내용에 대해서는 아래에서 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

3) 2011년 개정 「신탁법」 : 다양한 신탁 제도의 도입

2011년 개정 「신탁법」의 내용을 파악하는 것은 향후 새로 제정되는 신탁업에 관한 법률에 어떤 내용을 담아야 하는지에 관한 것을 파악할 수 있기 때문에 필요하다. 개정 「신탁법」은 종전 72개 조문에서 147개 조문으로 확대되었다는 점에서 신탁 제도의 큰 변혁이 이루어졌음을 알 수 있다. 즉 개정 「신탁법」은 신탁의 다양한 사회적·경제적 요구에 부응하기 위해서 새로운 신탁 제도를 도입하였고, 신탁 제도의 활성화와 규제 완화를 위한 여러 개선 내용을 담고 있다.

이러한 2011년 「신탁법」개정은 일본의 「신탁법」과 「신탁업법」정비에 영향을 받았다고 할 수 있다. 일본의 경우 저금리 시대와 고령화 시대를 맞이하면서 은퇴나 상속 목적의 다양한 신탁상품의 수요가 늘어나게 되면서, 이를 반영하여 2004년에 「신탁업법」이 먼저 개정되었고, 2006년에는 「신탁법」이 대대적으로 개정되었다. 2004년 개정 「신탁업법」은 신탁재산의 범위를 확대하고, 신탁회사의 유형을 다양화하였으며, 신탁회사의 영업 행위 기준을 합리화하고, 신탁 이용자의 신탁에 대한 접근성과 편의성을 제고하기 위해 신탁계약대리점의 정비¹⁶⁾ 및 신탁수익권판매업 제도¹⁷⁾의 도입 조치를 취하였다.¹⁸⁾

우리의 2011년 개정 「신탁법」의 주요 내용을 살펴보는 것은 향후 새로운 신탁업에 관한 법률이 제정될 때 어떠한 내용이 들어가야 하는지를 파악할 수 있기 때문에 의미가 있다. 왜냐하면 새로운 신탁업의 유형은 2011년 개정 「신탁법」상 도입된 새로운 유형의 신탁 제도에 기반을 둘 수밖에 없기 때문이다. 우선 개정 「신탁법」은 새로운 유형의 신탁 제도를 도입한 것이 큰 특징이다. 즉, 부채까지도 신탁재산으로 할 수 있는 소극재산의 신탁(법 제2조), 부동산의 소유권을 이전하지 않고 담보권만을 신탁재산으로 하는 담보권신탁(법 제2조), 수익자를 특정하지

15) 이와 같은 설명은 안성포, 앞의 논문(2014년), 104-105면.

16) 기존에는 상공조합중앙금고만이 신탁계약의 체결을 포함한 신탁업무의 전부 또는 일부를 대리할 수 있었으나, 이를 금융기관 이외의 법인과 개인에도 허용하였으며, 1개 회사에 전속하는 것도 가능하며, 2개 이상의 신탁회사로부터 체결 또는 중개를 위탁받는 것도 가능하다(최성근, 앞의 논문, 132면).

17) 신탁수익권을 판매하거나 그 판매를 대리 또는 매개하는 영업을 ‘신탁수익권판매업’이라 하고 내각총리대신에게 등록하도록 하고 있다(일본 신탁업법 제86조 제1항).

18) 최성근, 앞의 논문, 129면.

않는 목적신탁(법 제2조), 위탁자가 직접 수탁자가 되어 신탁재산을 관리하는 자기신탁(법 제3조 제1항 제3호), 민법상의 유언 없이 유언과 동일한 효과를 얻을 수 있는 유언대용신탁(법 제59조), 신탁사채 발행 제도(법 제87조), 수탁자의 책임을 한정하는 유한책임신탁(법 제114조) 등 새로운 유형의 신탁 제도를 도입하였다. 이외에도 수익증권발행신탁(법 제78조 내지 제86조), 다수 수익자의 의사결정 방법의 제도화(법 제71조 내지 제74조), 사해(詐害)신탁 요건의 합리화(법 제8조), 위탁자 지위의 이전(법 제10조), 재신탁의 명문화(법 제3조 제5항), 신탁 공시 방법의 개선(법 제4조), 수탁자 선관의무의 임의규정화(법 제32조), 본질적 수익권의 강행규정화(법 제61조), 수익자 보호를 위한 유지청구권 신설(법 제77조), 수탁자의 충실의무 강화(법 제33조) 등 신탁 제도를 개선하는 내용도 담고 있다.¹⁹⁾

4) 자본시장법상의 신탁업 규제

신탁업에 관해서는 자본시장법이 규율하고 있다는 것은 앞서 언급한 바와 같다. 이하에서는 자본시장법이 규정하고 있는 신탁업 규제에 대한 주요한 내용을 살펴보기로 한다. 우선 자본시장법은 금융투자업의 하나로서 신탁업을 “신탁을 영업으로 하는 것”으로 정의하고 있는데(제6조 제8항), 「신탁법」 상의 ‘신탁’의 정의를 준용하고 있다(제9조 제24호). 「신탁법」 상의 신탁은 “신탁을 설정하는 자와 신탁을 인수하는 자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작권재산권을 포함)을 이전하거나 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률행위”를 말한다(「신탁법」 제2조). 자본시장법상의 ‘신탁업’의 정의에서 주목해야 할 것은 다른 ‘금융투자업’인 투자중개업, 투자매매업, 집합투자업 등과 달리 신탁업에 관하여는 자본시장법 적용의 기본이 되는 ‘금융투자상품’을 기초로 정의하지 않고 “신탁을 영업으로 하는 것”이라고 규정하고 있다는 점이다. 그래서 신탁업을 자본시장법에 포섭한 것은 법 체계 면에서 타당하지 않다는 비판²⁰⁾이 제기된다.

자본시장법은 「신탁법」과 달리 신탁재산의 범위도 열거식으로 규정하여 제한하고 있다. 즉 신탁업자가 수탁할 수 있는 재산은 금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권·전세권 등 부동산 관련 권리, 무체재산권의 7가지 종류로 한정하고 있다(법 제103조 제1항). 「신탁법」이 ‘재산’이라고 하여 신탁재산의 범위를 상당히 넓혀 놓은데 비하여, 자본시장법은 여전히 신탁재산의 범위를 열거하고 있어 「신탁법」의 발전을 따라가지 못한다는 비판²¹⁾이 제기되고 있다. 신탁업의

19) 이러한 설명은 송두일, “우리나라 신탁업의 현황과 전망,” 「법과 기업연구」 제2권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2012, 224면.

20) 같은 견해로 안성포, 앞의 논문(2014년), 108면(“자본시장법이 신탁업을 금융투자업의 6개 단위 중 하나로 분류하는 방식이 옳은 것인가? 나아가 금융투자업을 신탁업에 대한 상위개념이라고 할 수 있는가?”라는 의문을 제기하고 있다).

21) 오영표, “신신탁법 시행에 따른 자본시장법의 법적 쟁점,” 「금융법의 이론과 실무」, 은행법학회 편, 피앤시

분류는 신탁재산의 종류를 기준으로 하여 금전을 신탁재산으로 하는 ‘금전신탁업’,²²⁾ 금전 이외의 재산을 신탁재산으로 하는 ‘재산신탁업,’ 금전과 금전 이외의 재산을 동시에 신탁받을 수 있는 ‘종합재산신탁업’으로 구분하고 있다(법 제103조 제1항, 제2항). 신탁업자는 신탁재산에 대하여 손실의 보전이나 이익의 보전을 할 수 없다(법 제55조, 제103조 제3항).²³⁾ 신탁업자의 의무로는 선관주의 의무(법 제102조 제1항) 및 충실 의무(법 제102조 제2항)가 있다. 신탁재산은 신탁업자의 고유재산 및 다른 신탁재산과 분별하여 관리하여야 한다(법 제104조). 신탁재산에 속하는 금전은 증권의 매수, 장외상품의 매수, 금융기관 예치 등 자본시장법령이 정한 방법으로 운용하도록 하여(법 제105조 제1항), 자산 운용 방법에 대한 자율성이 크게 제한되어 있다.

자본시장법은 신탁업자의 불건전 영업 행위도 금지하여 투자자를 보호하기 위한 장치를 두고 있다. 즉 신탁업자에 대하여 선행매매 금지, 인수증권 매수 금지, 시세 조정 목적 매매 금지, 이해상충 금지, 자전(自轉)거래 금지, 고유재산과의 거래 금지, 자기 발행 증권 취득 금지, 무자격 운용자의 자산 운용 금지, 집합 운용 금지, 집합 운용 광고 금지, 교차 투자 금지 등이 적용된다(법 제108조, 동 시행령 제109조 3항). 이외에도 자본시장법은 신탁계약서 교부(법 제109조), 수익증권의 발행 및 매수(법 제110조 내지 제111조), 신탁으로 취득한 주식에 대한 의결권 행사(법 제112조), 장부·서류의 열람 및 공시(법 제113조, 동 시행령 제115조) 등에 대해 규정하고 있다.

5) 2011년 「신탁법」 개정에 따른 2012년 자본시장법 개정안

2011년 개정 「신탁법」의 시행에 맞추어 개정 「신탁법」의 내용을 반영한 신탁업 제도의 개선을 추진하기 위하여 금융위원회는 2012년 8월 자본시장법 개정안²⁴⁾을 국회에 제출한 바 있으나, 국회 회기 만료로 폐기되어 입법화 되지 못한 바가 있다. 향후 별도의 신탁업에 관한 법률이 제정될 때 참조가 될 수 있으므로 당시 자본시장법 개정안의 내용을 간단하게 살펴본다면, 당시 개정안은 ① 새로운 유형의 신탁으로 자기신탁 제도 도입(안 제74조), ② 신탁 가능 재산의 확대(안 제103조), ③ 신탁의 자금 조달 기능 확대를 위한 수익증권발행신탁 제도(안 제110조), ④ 유사신탁업자에 대한 규제 신설(안 제110조의3) 등을 주요 내용으로 하고 있었다.

미디어, 2016, 313-314면 참조.

22) 구 「간접투자자산운용업법」이 제정되면서 2004. 7. 부터는 예외적인 경우를 제외하고 신탁업자는 불특정금전신탁을 추가로 설정할 수 없게 되었다(부칙 제14조 제2항).

23) 자본시장법 시행령 제104조 제1항 단서는 연금이나 퇴직금의 지급을 목적으로 하는 신탁으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 손실의 보전이나 이익의 보장을 할 수 있다고 규정하고 있다. 금융위원회 고시인 「금융투자업규정」은 2016. 6. 28. 개정(2017. 6. 29. 시행) 전에는 그러한 신탁으로서 신노후생활연금신탁, 연금신탁, 퇴직일시금신탁을 규정하고 있었으나(제4-82조 제1항), 2016. 6. 28. 개정으로 이러한 규정이 삭제되었기 때문에 이제는 원금 보전 및 수익률 보전 약정이 가능한 신탁상품을 만들 수 없다고 보아야 할 것이다.

24) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정법률안(정부)」 (의안번호 제19011057호, 2012. 8. 6.)

2. 신탁업 현황

1) 신탁업의 연혁

우리나라에서 근대적 의미의 신탁 제도가 1910년 도입된 이후 해방 직후의 혼란기를 거치면서 신탁업 발전이 답보 상태에 있었으나, 1960년대 들어서면서 경제 개발 계획을 추진하는 과정에서 장기 저축성 자금의 조달 수단으로 신탁업 육성의 필요성이 제기되면서 신탁업 발전의 계기가 되었다.²⁵⁾ 1962년 11월에 4개 전국은행이, 1968년에는 지방은행인 부산은행이 신탁업을 영위하게 되면서 신탁업의 규모가 증가하게 되었다.²⁶⁾ 그러다가 신탁업 본연의 장기 금융 기능과 재산 관리 기능을 살릴 수 있는 신탁업 전담 기관의 설립 필요성이 제기되어 1968년 12월 한국신탁은행을 설립하는 한편 기존의 신탁업 겸영은행에 대해서는 신규 수탁을 금지하였다.²⁷⁾ 이에 따라 1980년대에 다른 일반은행에게 신탁업 겸영을 허용하기까지 한국신탁은행이 신탁업을 전담하는 독점 체제가 유지되었다.²⁸⁾ 그러나 금융기관 간 경쟁을 촉진시키기 위해서 1983년부터 일반은행에게 신탁업을 겸영 업무로 허용해주시기 시작하면서 경쟁 체제로 전환하게 되었다. 1983년 지방은행에 대해서 신탁업이 겸영 업무로서 허용되었고, 1984년에는 전국은행에 대해서도 허용되었으며, 1989년에는 특수은행에 대해서도 신탁 업무가 허용되었다.²⁹⁾ 1991년에는 전업 신탁회사인 부동산신탁회사의 설립이 허용되었으며, 2005년에는 증권회사 및 보험회사에 대해서도 신탁업이 겸영 업무로 허용되는 등³⁰⁾ 신탁회사의 범위가 확대되었다.

이처럼 신탁업은 신탁의 본래적인 기능인 재산 관리 목적으로 시작된 것이 아니라 주로 은행 등 금융기관의 겸영 업무로서 영위하다보니 신탁의 본래 기능인 재산 관리 기능보다는 금융상품의 하나로 취급되어 왔다는 한계가 있다고 할 수 있다.³¹⁾ 즉 은행 등 금융기관이 신탁업을 겸영함에 따라 주로 금전신탁업 위주로 신탁업이 성장하게 되고, 금융업으로서 신탁업에 대해서 강한 규제가 따르면서 신탁 제도의 활성화에 걸림돌로 작용했다고 볼 수 있다. 이로 인해 그동안 신탁업은 다양한 신탁상품이 개발되지 못하고 신탁 영업의 혁신이 일어나지 못하는 등 신탁업 발전에 한계가 드러났다고 평가할 수 있다.³²⁾

2) 신탁업 현황

25) 한국은행, 「한국의 금융제도」, 2011, 177면.

26) 위의 책, 177-178면.

27) 위의 책, 178면.

28) 위의 책, 178면.

29) 위의 책, 178면.

30) 위의 책, 179면.

31) 같은 견해는 김태진, “기업형태로서의 신탁”, 「법학논총」 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 122면.

32) 같은 평가는 안성포, 앞의 논문(2011년), 193-194면.

우리나라의 신탁업은 1997년 외환위기 이후 잠시 위축되었다가 2010년 이후 매년 전년 대비 10% 이상(신탁재산 수탁금액 기준)의 성장세를 보여, 2017년 3월말 현재 금전신탁 380조원, 재산신탁 356조 원을 기록하고 있다.³³⁾ 그러나 현실을 들여다보면 재산신탁의 경우 법인의 대출용 담보 제공(부동산담보신탁)이나 금전채권 추심을 위한 신탁(금전채권신탁)이 거의 대부분을 차지하고 있으며, 개인을 대상으로 한 종합재산신탁은 거의 전무한 실정이다.³⁴⁾ 퇴직연금신탁(100조 원)을 제외할 경우 금전신탁은 규제 회피 수단으로 주로 이용되는 단기 및 일회성 상품인 주가연계신탁(equity linked trust: ELT)(36조 원)과 정기예금형 신탁(82조 원), 법인 위주의 단기 수시입출금 신탁(49조 원), 1년 미만 계약으로 주로 기업어음(commercial paper: CP)을 편입하는 채권형 신탁(81조 원) 등으로 구성되어 있어,³⁵⁾ 개인의 장기 자산 관리 수요에 부응하는 신탁상품은 미미한 편이다. 이렇듯 현재 신탁상품의 상당 부분이 기관투자자와 법인을 대상으로 판매되고 있으며, 개인을 대상으로 하는 신탁업도 신탁의 본질과 달리 금융상품을 일회성으로 판매하는 수단으로 변질된 측면이 있다는 분석³⁶⁾도 있다.

2017년 3월말 현재 금융업권별로는 은행과 증권회사의 수탁금액 비중이 확대되는 가운데 최근 3년간 은행의 주가연계신탁 및 증권회사의 정기예금형 특정금전신탁의 비중이 증가하고 있다.³⁷⁾ 금융업권별 수탁금액의 비중은 은행이 49.5%로서 가장 큰 비중을 차지한 가운데, 증권회사 26.7%, 부동산전문신탁회사 22.2%, 보험회사 1.7% 순서이며, 은행과 증권회사의 수탁금액 비중은 증가한 반면 부동산전문신탁회사의 수탁금액 비중은 감소 추세에 있다.³⁸⁾

Ⅲ. 자본시장법에서 신탁업 분리의 필요성

1. 서설

여기서는 신탁업이 왜 자본시장법에서 분리할 필요성이 있는지에 대해 검토해보기로 한다. 우선적으로 생각할 수 있는 것은 신탁의 중요한 기능 중의 하나인 재산 관리 기능을 활성화시키기 위해서는 금융업 규제의 성격을 갖고 있는 자본시장법으로는 한계가 있다는 점을 지적할 수 있다. 즉 신탁의 재산 관리 기능이라는 비금융업적인 성격을 자본시장법이 포섭하기에는 적절하지

33) 금융감독원, “신탁관련 통계(2017년 1분기),” 2017, 1면. <<http://www.fss.or.kr/fss/kr/bbs/list.jsp?bbsid=1366595458384&url=/fss/kr/1366595458384>>(2017. 7. 29. 방문)

34) 임형준, “장기 자산관리수단으로서 신탁의 발전을 위한 과제,” 「금주의 논단」 제26권 제10호, 한국금융연구원, 2017. 5. 5면.

35) 금융감독원, 앞의 통계, 1면.

36) 임형준, 앞의 논문, 5면.

37) 박신애, “국내 신탁업의 현황 및 시사점,” 「자본시장포커스」 2017-11호, 자본시장연구원, 2017, 1면.

38) 위의 논문, 2면.

않다는 것이다. 둘째, 법 체계 면에서도 신탁업이 자본시장법에 규정된 것은 타당성이 떨어진다. 즉 ‘금융투자상품’이라는 요소를 기본으로 하는 ‘금융투자업’의 정의에서 신탁업은 금융투자상품을 기본 요소로 하지 않기 때문이다. 셋째, 신탁업의 중요성을 고려할 때 자본시장법에서 분리하여 별도의 법률로 규율하는 것이 더 효율적이다. 넷째, 신탁산업의 장기적인 발전을 위해서라도 별도의 법률 제정이 필요하다고 본다. 이하에서는 이러한 네 가지 점에 대해서 자세히 검토해보기로 한다.

2. 재산 관리 기능 활성화 목적에서 본 분리의 필요성

신탁 제도 본연의 기능인 종합 재산 관리 기능을 보다 활성화하기 위해서 자본시장법에서 신탁업 관련 규정을 분리할 필요가 있다. 신탁은 다양한 기능을 갖고 있는데,³⁹⁾ 이 중에서 중요한 기능 중의 하나는 신탁재산 관리 기능이다. 즉 위탁자의 재산이 수탁자에게 이전된 후에 신탁의 목적에 따라 수탁자가 신탁재산을 관리·처분하는 것을 말한다. 신탁 제도는 금전, 부동산, 지식재산권 등 다양한 형태의 자산을 관리할 수 있다는 점에서 수요자 중심의 유연하고 폭넓은 자산 관리 수단으로 광범위하게 활용될 수 있다는 장점이 있다.⁴⁰⁾

이러한 신탁재산 관리 기능이라는 점에 비추어 보면 신탁업은 금융업의 성격보다는 비금융업의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 비금융업의 성격을 갖고 있는 신탁재산 관리 업무를 금융업의 속성을 갖고 있는 자본시장법에서 규정하는 것은 법 성격에 비추어보아 타당성이 떨어진다고 할 수 있다.⁴¹⁾ 구체적으로 자본시장법은 ‘투자성이 있는’(즉 원본 손실 가능성이 있는) 자산 운용형 신탁업 위주로 규율하고 있어, 신탁재산의 보관·관리 신탁업을 규율하기에는 한계가 있다. 예를 들어, 회계법인이나 법무법인 등이 세무 자문이나 상속 관련 법률 자문을 하면서 세무나 상속과 연관된 신탁재산 관리 업무를 영위할 수도 있을 것이다. 이러한 신탁 업무는 금융업에 속한다고 보기는 어렵다. 이렇게 비금융업자가 신탁재산을 관리하는 업무를 하려고 하는 경우에 자본시장법에 따라 규제를 받는다는 것은 금융업법적인 성격을 갖고 있는 자본시장법의 성격에 비추어 합리성이 떨어진다.

그동안 우리나라 신탁업은 금전신탁업 위주의 신탁업이 발전해오면서 신탁업이 하나의 금융업이라는 인식이 강해졌고, 이러한 근거가 신탁업이 금융업법의 하나인 자본시장법에 편입된 이유

39) 신탁의 다양한 기능은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 신탁재산을 신탁 목적대로 관리 처분하도록 수탁자에게 위탁하는 경우 수탁자는 신인 의무라는 엄격한 의무와 책임을 부담하게 된다는 신탁 목적에 따른 구속적 기능이다. 둘째, 신탁재산의 독립성으로 인해 유동화에서는 수탁자의 파산재단에 포함되지 않는 이른바 ‘도산 격리’(bankruptcy remote) 기능이다. 셋째, 신탁재산을 신탁함으로써 신탁재산에 따른 권리가 수익권이라는 권리로 전환되는 기능이 있다. 넷째, 회사법에서는 이사 및 감사 등 지배구조에 관한 다양한 규제가 존재하는 반면에 신탁의 경우는 수탁자의 책임으로 지배구조가 대체될 수 있기 때문에 신탁은 기업의 조직법을 대체하는 기능이 있다. 神作裕之, 前掲論文, 12면.

40) 김진영, 앞의 논문, 8면.

41) 자본시장법에서도 수탁자에게 신탁재산의 처분 권한이 부여되지 아니한 신탁, 즉 ‘관리형 신탁’의 수익권은 금융투자상품에서 제외하고 있다(제3조 제1항 제2호).

중의 하나라고 볼 수 있다. 그러나 이제 우리도 고령화 시대에 접어들면서 다양한 재산 관리 수단의 필요성이 제기되고 있고, 이러한 수요에 잘 부응할 수 있는 것이 바로 신탁 제도이다. 다시 말해서 신탁의 재산 관리 기능의 필요성이 더욱 커지고 있기 때문에 이에 부응하는 새로운 신탁 제도를 개발하고 법제화 하는 것이 필요한 것이다. 금융업법의 성격을 갖고 있는 자본시장법으로 는 재산 관리 기능이라는 새로운 신탁의 수요 증가를 대처하기에는 한계가 있다고 할 수 있다. 신탁업에 관한 별도의 법률을 제정하여 운영하는 것이 필요한 이유이다.

3. 법 체계성 면에서 본 분리의 필요성

법 체계 면에서도 보더라도 신탁업에 관한 사항을 자본시장법에서 분리하여 별도로 규정하는 것이 타당하다고 본다. 자본시장법은 신탁업을 ‘금융투자업’의 하나로 분류하여 규정하면서, 신탁 업을 “신탁을 영업으로 하는 것”이라고 정의하고 있는데(제6조 제8항), 이는 ‘신탁의 인수를 업 (業)’으로 하는 것으로 해석할 수 있다. 그런데, 다른 금융투자업인 투자중개업, 투자매매업, 집 합투자업, 투자자문업 및 투자일임업의 경우에는 자본시장법 적용의 기본이 되는 ‘금융투자상품’ 을 기초로 한 금융투자업으로 정의되고 있는데, 신탁업의 경우는 그러하지 않아 법 체계성 면에 서 합리성이 떨어진다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 신탁업을 금융투자업의 하나로 규정한 것은 신탁업이 그동안 하나의 금융업으로 인식되어 오면서 자연스럽게 금융투자업으로 분류된 측면이 없지 않다. 따라서 신탁업을 별도의 법률에서 규정하는 것은 법 체계 면에서도 타당성이 있다고 할 것이다.

4. 신탁업의 중요성에 비추어본 분리의 필요성

신탁업이 중요함에도 불구하고 자본시장법에서 규정하다보니 다른 금융투자업인 투자매매업·투자중개업 내지 집합투자업에 비하여 상대적으로 소홀히 다루어지고 있는 것도 분리 필요성 중 의 하나로 지적될 수 있다. 자본시장법은 그동안 수차례 개정되었지만, 주요 개정 내용은 불공정 거래 규제, 투자매매업·투자중개업이나 집합투자업에 관한 사항이었고, 신탁업에 관한 내용은 거의 없었다. 이런 것을 보아서도 신탁업이 중요하게 다루어지지 않고 있음을 알 수 있다. 만약 신탁업에 관한 별도의 법률이 존재하고 있다면 아무래도 이 법률에 집중하게 되고 중요하게 다루 어져, 신탁업의 발전에 따른 새로운 제도 도입이 바로 이루어질 수 있는 장점이 있게 될 것이다.

금융 관련 법령을 담당하고 있는 금융위원회의 조직도를 보더라도 신탁업이 중요하게 다루어 지지 않고 있음을 알 수 있다. 자본시장법의 소관 부서는 자본시장국이고, 여기에 자본시장과, 자산운용과, 공정시장과가 있다.⁴²⁾ 자본시장과는 주로 투자매매업 및 투자중개업에 관련된 법령

42) 금융위원회 홈페이지(<http://www.fsc.go.kr/>).

및 제도 개선 업무가 주 업무이고, 자산운용과는 집합투자업, 투자자문업, 투자일임업, 신탁 제도에 관한 업무가 주 업무이며, 공정시장과는 자본시장의 불공정 거래 규제에 관한 업무가 주 업무이다. 즉 신탁업에 관련된 사항은 자산운용과 소관 사항인데, 과 명칭에서 알 수 있는 것처럼 아무래도 집합투자업이 주요 업무로 다루어지고 있다. 만약 신탁업에 관한 별도의 법률이 제정되면 신탁업이 지금보다도 더 중요하게 다루어질 가능성이 크고, 이렇게 되면 아무래도 신탁업에 관련된 법령 정비와 제도 개선이 지금보다도 더 효율적으로 이루어질 가능성이 클 것이다.

5. 신탁산업의 발전 측면에서 본 분리의 필요성

우리도 이제 저금리 시대를 맞이하고 있고, 고령화 시대에 접어들고 있다. 이러한 새로운 시대에 다양한 재산 관리의 필요성에 대한 수요는 더 커지게 되고,⁴³⁾ 이에 따라 신탁업 제도의 현대화 필요성은 더욱 크다. 이러한 수요에 부응하기 위해서는 별도의 법률이 존재해야지 그렇지 않으면 이러한 발전의 수요에 따라가는 것이 어렵다.

일본의 경우에도 저금리 시대와 고령화 시대를 맞이하여 「신탁업법」 및 「신탁법」을 전면 개정하여 다양한 신탁업 제도를 도입하였는데, 이렇게 시대의 변화에 발맞춘 법제가 만들어질 수 있었던 것도 신탁업에 관한 별도의 법률이 있었던 데에서도 찾을 수 있다. 그래서 일본에서는 다양한 신탁 수요에 맞는 여러 신탁상품이 개발되어 활용되고 있는데, 대표적인 예로 손자녀에 대한 결혼·양육지원신탁, 손자녀에 대한 교육자금증여신탁, 생존 배우자 및 자녀의 생활 안정을 도모하는 가족신탁, 생전에는 자신의 자산을 관리하고 사후에 상속인에게 상속시키는 유언대용신탁, 보험청구권을 신탁하여 유족의 생활을 보장하는 보험청구권신탁, 장애인의 생활 보장을 위한 장애인신탁, 성년후견인 제도와 결합한 성년후견인신탁 등이 활성화되어 있다.⁴⁴⁾ 우리도 고령화 시대를 맞이하여 다양한 신탁상품을 개발해내기 위해서라도 일본의 사례와 같이 별도의 법률을 제정하여 운영할 필요가 있다.

IV. 입법 과제

1. 서설

아래에서는 자본시장법에서 신탁업 관련 규정이 분리될 때, 어떠한 사항이 새로운 법률에 담겨져야 하는지에 관하여 논의해보기로 한다. 우선 투자성이 있는 신탁상품에 대하여 판매 행위

43) 임형준, 앞의 논문, 4면.

44) 信託協會, 「2016 日本の信託」, 2016, 13-16면.

규제 등에 관한 내용을 새로 제정되는 법률에 담을 것인가 아니면 자본시장법상의 규정을 준용하도록 하느냐의 문제가 있을 수 있다. 그리고 제일 논란이 많이 제기되는 문제인데, 그동안 판매 금지되어 온 불특정금전신탁 상품을 허용할 것인가, 그리고 이와 연결된 신탁재산의 집합 운용(또는 합동 운용)을 허용할 것인가의 문제가 있다. 또한 신탁업이 발전하려면 다양한 신탁업자가 출현하여 다양한 신탁상품을 취급하는 것이 필요한데, 이와 관련된 신탁업 진입 규제 개선 방안을 논의할 필요가 있다. 신탁재산의 범위 규정도 중요한 쟁점 중의 하나이다. 신탁업자가 다양한 신탁재산을 수탁할 수 있어야 다양한 신탁상품을 개발할 수 있다는 점에서 「신탁법」이 규정하고 있는 포괄주의 규정 방식의 채택 여부에 대하여 논의할 필요가 있다. 신탁재산 운용 규제의 자율화도 신탁재산의 운용 수익 확대라는 측면에서 검토해볼 필요가 있다. 신탁업자의 신탁업무 범위 확대 문제도 마찬가지이다. 구 「신탁업법」에서 허용되었던 부수업무의 허용 문제를 다룰 필요가 있다. 그리고 2011년 개정 「신탁법」이 도입한 ‘영업신탁’⁴⁵⁾ 제도의 신탁업자에 대한 적용 가능성도 살펴보고, 신탁재산의 재신탁 허용 문제, 신탁업자의 수익증권발행신탁에 관한 규제 문제, 신탁사채 발행 시 투자자 보호에 관한 쟁점도 논의해보기로 한다.

2. 투자성이 있는 신탁상품에 대한 규제 체계의 정립 필요

투자성이 있는 신탁상품,⁴⁶⁾ 즉 원본 보전이 되지 않는 신탁상품의 경우에 상품 판매에 대한 행위 규제(예를 들어, 설명 의무나 적합성 원칙 등의 규제)를 어떻게 해야 하는지에 관한 사항도 검토해보아야 한다. 다시 말해서, 이러한 행위 규제를 새로 제정되는 법률에서 규정할 것인지, 아니면 현재 자본시장법이 규정하고 있으므로 자본시장법을 준용하도록 할 것인지의 문제이다. 투자성이 있는 신탁상품은 자본시장법상 금융투자상품에 해당하고, 따라서 금융투자상품의 판매 행위에 적용되는 자본시장법이 투자성이 있는 신탁상품에 적용된다. 만약 새로 제정되는 법률에 별도의 규제 조항이 없게 되면 기능주의 입장을 취하고 있는 자본시장법이 투자성이 있는 신탁상품에도 적용된다(자본시장법 제10조). 일본의 경우에도 투자성이 있는 ‘특정신탁계약’⁴⁷⁾에 대해서는 우리의 자본시장법에 해당하는 「금융상품거래법」이 적용되어 영업 행위 규제의 적용 대상이 된다.⁴⁸⁾

- 45) ‘사업신탁’이라고 많이 쓰인다. 그 이유는 기존에 은행 등 금융기관이 상신탁으로서 하는 신탁업을 실무에서 ‘영업신탁’이라고 해 왔기 때문에 이를 구별하기 위한 것으로 이해된다. 그러나 신탁법이 명시적으로 ‘영업’을 신탁재산의 하나로 했기 때문에 ‘영업신탁’이라고 하는 것이 타당하다고 보아, 이 글에서는 ‘영업신탁’이라고 쓰기로 한다. ‘영업신탁’에 관한 자세한 논의는 유혜인, “사업신탁에 관한 입법론적 고찰,” 「상사법연구」 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2015, 391-420면 참조.
- 46) 현재 대부분의 신탁상품이 투자성 있는 신탁상품에 해당하며, 투자성이 없는 신탁상품으로는 공익신탁, 원본보전형신탁, 관리형신탁, 동산·부동산·권리의 관리 및 처분을 위한 신탁 등을 상정할 수 있다.
- 47) 신탁회사가 체결하는 계약으로서 금리, 통화의 가격, 금융상품시장의 시세, 기타 지표에 따른 변동으로 인하여 신탁의 원본에 손실이 발생할 우려가 있는 계약을 ‘특정신탁계약’이라고 한다(일본 신탁업법 제24조의2). 공익신탁, 원본보전형신탁, 관리형신탁, 동산·부동산·권리의 관리 및 처분형 신탁계약 이외의 신탁계약이 특정신탁계약의 대상이 된다(신탁업법 시행규칙 제30조의2).

우리도 일본과 같은 적용 방식을 생각해볼 수 있지만, 신탁업에 대한 적용법의 단일화 방안을 고려해볼 수도 있다. 즉 신탁업에 관한 모든 규제 사항은 해당 법인 신탁업에 관한 법률만 보면 다 해결할 수 있도록 하는 체계인 것이다. 규제의 수범자 입장에서는 이러한 체계가 법규 준수 면에서 더 나을 수가 있다. 따라서 새로 제정되는 신탁업에 관한 법률에 투자성이 있는 신탁상품에 대한 판매 행위 규제 내용을 담도록 하는 방안이 바람직하다고 본다. 그리고 이러한 규제 체계는 자본시장법상의 기능주의 규제 체계에도 크게 벗어나지 않는다고 본다. 왜냐하면, 자본시장법 제10조는 “금융투자업에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 [자본시장법]이 정하는 바에 의한다”라고 하고 있어서, 새로 제정되는 법률에 투자성이 있는 신탁상품에 대하여 자본시장법과 동일하거나 더 강한 투자자 보호 규제를 적용하면 되기 때문이다.

3. 불특정금전신탁 및 집합 운용의 허용 필요

새로운 신탁업에 관한 법률 제정 논의에서 논란이 가장 많이 제기되는 사항은 과거 은행이 영위했던 불특정금전신탁 상품을 다시 허용해줄 것인가의 문제이다. 이는 집합(합동) 운용을 허용할 것인가의 문제와 연결된다.

2004년 7월 전까지는 은행은 불특정금전신탁 업무를 영위할 수 있었다. 그러다가 구 「간접투자자산운용업법」이 시행되면서 2004년 7월부터 불특정금전신탁의 신규 설정이 금지되었다(부칙 제14조 제2항). 불특정금전신탁 상품이 집합투자 상품과 동일하기 때문에 규제 차익을 없애고, 자산운용산업을 육성하기 위한 목적이 있었다고 할 수 있다. 이러한 규제 방침에 따라 불특정금전신탁에서 당연히 따르게 되는 신탁재산의 집합 운용도 금지되었다. 그래서 구 「신탁업감독규정」은 불특정금전신탁의 경우 신탁재산의 합동 운용을 금지하였고(제12조 제4항), 이러한 규제 내용은 자본시장법 시행령에 반영되어 신탁업자가 복수의 신탁계약에 따른 신탁재산을 집합하여 운용하는 행위를 원칙적으로 금지하고 있다(제109조 제3항 제5호). 즉 자본시장법은 투자자 수가 다수인 ‘집합투자’와 1인 투자자와 신탁업자 간의 맞춤형 상품인 ‘특정금전신탁’ 체계로 구분하여 규제하고 있는 것이다.

그런데 당시 금융당국은 은행의 불특정금전신탁 업무를 금지하면서 대신에 은행이 집합투자업 영위를 하면 동일한 경제적 효과를 얻을 수 있다고 하였지만, 실제 은행에게 집합투자업 인가를 내주지 않고 있기 때문에 은행은 자산운용업 시장을 잃게 되면서 상대적으로 불리한 위치에 있게 되었다고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 이번 금융위원회가 신탁업에 관한 별도의 법률 제정 방안을 발표했을 때, 은행권이 불특정금전신탁 업무를 다시 허용해달라고 요청⁵⁰⁾한 이유도 바로 과거 잃어버

48) 일본 신탁업법 제24조의2(금융상품거래법의 준용)는 신탁회사가 특정신탁계약을 인수하는 경우 「금융상품거래법」의 영업 행위 규제를 일부 준용하도록 규정하고 있다.

49) 자본시장법 시행 취지와는 달리 금융투자업자에게 단종 집합투자업 이외에 종합 집합투자업 인가를 적극적으로 내주지 않은 금융당국의 인가 정책에 비추어 볼 때 집합 운용이 가능한 신탁을 허용하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(오영표, 앞의 논문, 311면 각주 26)).

렸던 시장을 회복하고자 하는 데에 있다고 볼 수 있다. 금융위원회도 이러한 금융업권간의 갈등 관계를 인식해서 그런지, 이번 별도의 법률 제정 방안을 발표하면서 불특정금전신탁과 집합 운용의 허용에 관한 논의를 제외한다고 한 바 있다.⁵¹⁾

그러나 신탁업을 자본시장법에서 분리하고 신탁산업의 발전을 꾀한다는 취지를 고려해볼 때 불특정금전신탁과 집합 운용의 허용을 심도 있게 검토해볼 필요가 있다. 우선 신탁의 본질이 ‘신회하여 맡긴다는 것’이라는 점을 고려할 때 불특정금전신탁 상품이 신탁의 본연에 제일 부합하는 상품이라고 할 수 있다. 개념적으로 신탁은 원래 신탁재산의 운용 방식에 있어서 제한이 없는 제도이며, 그렇기 때문에 신탁업자가 불특정 다수로부터 자금을 모집하여 증권 등 자산에 투자하기 위해서는 신탁재산의 집합 운용이 필요하다는 주장도 있다.⁵²⁾ 특히 소액 투자 자금의 효율적인 운용을 위해서는 집합 운용은 더욱 필요하다. 그래서 미국·호주·일본에서도 소액 자금의 경제적 운용을 위해 집합 운용을 허용하고 있는 것이다.⁵³⁾

다양한 신탁상품의 개발이라는 측면에서도 불특정금전신탁 허용의 필요성을 인정할 수 있다. 다시 말해서 궁극적으로는 금융소비자에게 혜택을 줄 수 있다는 점에서도 긍정적으로 검토해야 한다. 집합투자 상품과 경쟁되는 불특정금전신탁 상품을 개발하게 되면 경쟁업계인 자산운용업체에게도 새로운 경쟁을 불러일으킬 수 있게 되어 전체적으로 금융소비자에게 좋은 상품을 만들어 낼 수 있는 기회를 제공하게 된다. 금융소비자의 상품 선택권이라는 면에서도 불특정금전신탁의 허용은 긍정적으로 검토해야 할 것이다. 불특정금전신탁이 허용되면 신탁업자가 집합투자업자보다 더 경쟁력이 있는 상품을 만들어낼 수도 있다. 그렇게 되면 결국 금융소비자에게 혜택이 돌아간다. 금융업권간의 영역 싸움으로 치부해서는 안 된다. 금융소비자의 입장을 고려한 결정이 우선되어야 할 것이다. 다만 불특정금전신탁 상품이 허용되더라도 규제의 정도는 집합투자업 규제와 동일한 수준을 적용하여 규제의 차익을 없앨 필요는 있다. 그리고 불특정금전신탁 업무를 허용한다고 할 때 현재 신탁업을 겸영하고 있는 은행, 증권회사 및 보험회사에게도 동일하게 허용되어야 하는 것은 물론이다.

일본의 사례를 보면, 일본에서도 ‘합동운용지정금전신탁’(合同運用指定金銭信託)⁵⁴⁾의 경우에

50) 연합뉴스포맷, “하영구 ‘신탁업 논의에 불특정금전신탁 포함해야’”, 2017. 2. 20. 기사.

51) 금융위원회, 앞의 보도자료(2017. 2), 3면.

52) 안성포, 앞의 논문(2007년), 1021면; 오영표, 앞의 논문, 310-311면.

53) 미국은 신탁회사에 두 가지 형태의 공동투자기금(collective investment)을 허용하고 있는데 이 중 ‘A-1유형’은 신탁회사가 신탁재산을 자산 유형별로 모아서 공동기금으로 관리·투자할 수 있도록 허용하고 있으며, 호주에서도 신탁회사가 미국의 공동투자기금과 유사한 공동기금(common fund)을 조성하여 여러 신탁 재산의 재산을 효율적으로 관리하도록 하고 있다(임형준, 앞의 논문, 7면). 일본의 경우 ‘합동운용지정금전신탁’이 있다.

54) 일본의 ‘합동운용지정금전신탁’은 다수 투자자의 자산을 증권 등의 자산에 합동 운용하는 것으로 수탁자인 신탁회사가 신탁재산의 운용 재량을 갖는데, 우리나라의 불특정금전신탁과 유사하다고 볼 수 있다(임채웅, “금전신탁의 연구: 특정금전신탁과 불특정금전신탁을 중심으로,” 「인권과 정의」 제383호, 대한변호사협회, 2008, 151면). 한편 일본의 ‘합동운용지정금전신탁’은 신탁금의 추가가 가능하며, 원본 보장이나 예정 배당률의 특약이 있고, 예금보험이나 이자소득 과세의 대상이 된다는 점에서 은행 예금에 가까운 성질을 가지고 있다(伊藤宏一, 「金融商品なんでも百科」, 金融広報中央委員会, 2015, 145-146면).

투자신탁과의 차별성이 문제되었다. 투자신탁은 하나의 신탁계약에 다수의 수익자가 있는 구조이나, 합동운용지정금전신탁은 다수의 신탁계약에 근거하여 수탁재산을 합동하여 운용하는 점에서 법 형식에서는 차이가 있지만 실질적으로는 투자신탁과 유사하다.⁵⁵⁾ 이 때문에 합동운용지정금전신탁에 대하여 투자신탁과 같이 다수의 수익자에 대한 규율을 할 필요가 있는지가 문제되었으나, 합동운용지정금전신탁의 경우 합동 운용의 형태가 다양하여 이를 일률적으로 규정하기가 어려운 데다 신탁행위에 의해 별도로 신탁 변경을 정할 수 있으므로 이에 대한 별도의 규율은 하지 않았다.⁵⁶⁾ 즉, 일본에서도 합동운용지정금전신탁이 투자신탁과 경제적 효과가 실질적으로 유사하다는 점은 인정하고 있지만, 신탁계약의 다양성, 개별적 신탁행위에 의한 별도 규율 가능성 존재, 소액 자금의 운용 필요성 등을 근거로 집합 운용의 필요성을 인정하고 있는 것이다.

4. 진입 규제 완화로 다양한 신탁업자의 출현 필요

자본시장법상 신탁업에 대한 진입 규제는 강한 편이다. 이는 금융기관이 신탁업을 겸영하는 것을 기본 전제로 하여 진입 규제가 설정된 것에 기인한다고 볼 수도 있다. 진입 규제 방식도 신탁재산 별로 하고 있다. 즉 모든 신탁재산(금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권 등 부동산 관련 권리, 무체재산권)을 취급하는 종합신탁업, 금전만의 신탁이 가능한 금전신탁업, 금전 이외의 재산을 신탁재산으로 하는 재산신탁업, 동산이나 부동산 및 부동산 관련 권리를 신탁재산으로 하는 부동산신탁업으로 구분하여 진입 규제를 설정하고 있다(자본시장법 시행령 [별표 1]). 신탁업별 요구되는 최저 자기자본 수준도 높은 편이다. 예를 들어, 종합신탁업을 일반투자자를 대상으로 하는 경우에는 최저 자기자본은 250억 원이고, 재산신탁업을 일반투자자를 대상으로 하는 경우에는 120억 원이다(자본시장법 시행령 [별표 1]).⁵⁷⁾ 따라서, 해석상 증권만을 신탁재산으로 하는 증권신탁업을 일반투자자를 대상으로 하여 영위하려고 해도 자기자본은 120억 원 이상이 되어야 한다. 자기자본 수준이 상당히 높은 편인 것이다. 결국 신탁업자의 주 수입원이 신탁보수 등 수수료가 되므로 이렇게 높은 금액의 자기자본을 요구할 필요는 없다고 본다.

다양한 신탁업자가 출현하기 위해서는 진입 규제 방식을 바꾸고 최저 자기자본 수준도 낮출 필요가 있다. 일본의 사례를 참고할 필요가 있다. 일본은 다양한 유형의 신탁회사 제도를 도입하고 있다. 일본은 2004년 「신탁업법」 개정 시 신탁재산의 관리 또는 처분 행위의 유형이 다양하다는 점을 고려하여 ‘관리형 신탁회사’⁵⁸⁾ 제도를 도입하여, 신탁회사를 ‘운용형 신탁회사’와

55) 田中和明, “平成18年信託法と商事信託—實務の観点から,” 第35回信託法學會總會および研究發表會, 2010, 3面.
 56) 上掲論文, 3面. 일본에서는 신탁의 합동 운용이 실질적으로 투자신탁과 유사하다는 점에서 규제 차익을 막기 위해 합동 운용을 금지해야 한다는 논의는 없었지만, 신탁재산의 합동 운용 시 투자신탁에 대해 적용되는 다수의 수익자에 대한 규율을 도입할 필요가 있는지 여부는 논의되었다. 上掲論文, 3面.
 57) 旧 「신탁업법」에서도 금전신탁 또는 종합재산신탁의 경우 자기자본 250억원 이상, 금전을 제외한 재산의 신탁의 경우 100억 원 이상으로 규정하였다(제3조 제2항).
 58) 관리형 신탁회사는 자기의 재량으로 신탁재산의 형태를 바꾸거나 처분할 수 없기 때문에 통상적인 방법에 따라 신탁재산을 보존·유지·이용만 하거나 위탁자의 지시에 따라 신탁재산을 처분할 수 있으며(일본 신탁법

‘관리형 신탁회사’로 구분하고, 최저 자본금과 영업 보증금을 달리 규정하고 있으며, 전업 신탁회사도 있다.⁵⁹⁾ 아래 [표 2]에서 보는 것처럼, 전업 신탁회사의 최저 자본금 수준은 상당히 낮은 편이다.

우리도 일본의 사례처럼, 관리형 신탁회사와 운용형 신탁회사로 구분하는 체계를 택하여 다양한 전업 신탁회사가 나타날 수 있도록 하여야 한다. 물론 자기자본 수준도 낮출 필요가 있다. 그래서 전문적이고 다양한 신탁업을 영위할 수 있는 소규모 신탁전문회사가 나타날 수 있도록 할 필요가 있다. 이렇게 다양한 신탁회사가 출현할 때 신탁업이 활성화되고 신탁산업의 발전도 꾀할 수 있게 될 것이다.

[표 2] 일본 및 우리나라의 신탁업 진입 규제

구분			진입 요건	조직 형태	자본금 기준
일본	신탁업 경영 금융기관		은행 면허 (은행법 제4조) 영업 인가 (금융기관의 신탁업무 경영 등에 관한 법률 제1조)	주식회사 등	최저자본금: 20억 엔 영업보증금: 2,500만 엔
	신탁 회사	운용형 신탁회사	면허 (신탁업법 제3조)	주식회사	최저자본금: 1억 엔 영업보증금: 2,500만 엔
		관리형 신탁회사	등록 (신탁업법 제7조)	주식회사	최저자본금: 5천만 엔 영업보증금: 1,000만 엔
	TLO ¹⁾		특정대학 기술 이전사 업 승인 및 등록	회사, 재단 법인 등	특별한 제한 없음
	그룹내 신탁		신청	회사	규정 없음
우리 나라	신탁업		인가	주식회사 및 금융기 관	최저 자기자본(억 원): 종합재산: 250, 금전: 130 재산: 120, 부동산: 100 (자본시장법 시행령 [별 표 1])

주: TLO(Technology Licensing Organization)는 내무대신의 승인을 받은 기술이전기관을 말한다.

출처: 信託協会, 「2016 日本の信託」, 2016, 4면.

5. 신탁재산의 포괄적 규정화를 통한 다양한 신탁업 활성화 필요

자본시장법은 신탁업자가 수탁할 수 있는 신탁재산의 범위를 열거식으로 규정하고 있어 신탁

법 제2조 제3항), 신탁재산 관리의 재량 범위가 좁기 때문에 관리형 신탁회사 등록제를 채택하여 완화된 기준에 의하여 신탁업 진입을 허용하고 있다(일본 신탁업법 제7조 제1항).

59) 2016. 3. 기준 운용형 신탁회사(7개), 관리형 신탁회사(12개)가 신탁업을 수행하고 있다. 信託協會, 「2016 日本の信託」, 2016, 4면.

재산의 범위가 제한적이다. 자본시장법은 신탁재산으로서 금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권 등 부동산 관련 권리, 무체재산권을 열거하고 있다(제103조 제1항). 새로운 유형의 신탁재산이 나타날 때 신탁업자가 그러한 신탁재산을 수탁하여 신탁업을 영위하려면 법에 그러한 신탁재산을 추가하여야 한다. 「신탁법」이 2011년 개정되면서 신탁재산의 범위를 포괄주의로 규정한 것과 대비된다. 즉 「신탁법」은 신탁재산을 ‘재산’(영업과 지적재산권 포함)이라고 규정하여(신탁법 제2조), 해석상 채무까지도 포함하는 상당히 넓은 의미로 쓰일 수 있다. 즉 새로운 유형의 신탁재산도 포함시킬 수 있는 것이다.

2012년 자본시장법 개정안은 신탁재산의 범위에 “기존 신탁 가능 재산에 관한 담보권”과 “기존 신탁 가능 재산과 관련되거나 이에 수반되는 채무”를 추가하는 정도로 해서 신탁재산의 범위를 확대하려고 시도한 적이 있었다.⁶⁰⁾ 그러나 이러한 추가적인 범위 확대로는 신탁업의 활성화를 꾀할 수가 없다. 「신탁법」상의 신탁재산의 정의에 맞게 새로 제정하는 신탁업에 관한 법률에서도 신탁재산의 범위를 ‘영업’과 ‘지식재산권’을 포함하는 ‘재산’으로 하는 포괄주의 방식을 도입할 필요가 있다.⁶¹⁾ 새로운 다양한 신탁 상품이 개발되도록 할 필요가 있기 때문이다. 이렇게 되면 영업, 담보권, 보험금청구권 등을 활용한 신탁 상품의 설계가 가능해지게 되고, 부채가 수반되는 영업신탁, 생전신탁, 사망보험금유언신탁 등 다양한 신탁 상품이 개발될 수 있다. 즉 신탁업의 활성화와 발전을 도모할 수 있는 것이다.

6. 신탁업자의 업무 범위 확대 필요

자본시장법은 신탁업을 “신탁을 영업으로 하는 것”으로 규정하면서(법 제6조 제8호), 구체적인 업무 범위에 관한 조항은 없다. 다만, 신탁업자가 제3자에게 위탁할 수 없는 본질적 업무를 규정하고 있는 조항으로부터 신탁업자의 구체적인 업무 범위를 알아볼 수는 있다. 그러한 본질적인 업무로서 “① 신탁계약(투자신탁의 설정을 위한 신탁계약 포함)과 집합투자재산(투자신탁재산 제외)의 보관·관리계약의 체결과 해지 업무 ② 신탁재산(투자신탁재산 제외)의 보관·관리 업무 ③ 집합투자재산의 보관·관리 업무(운용과 운용지시의 이행 업무 포함) ④ 신탁재산의 운용 업무[신탁재산에 속하는 지분증권(지분증권과 관련된 증권예탁증권을 포함)의 의결권 행사를 포함한다]”가 있다(법 제42조 제1항, 시행령 제47조 제1항). 즉 신탁업자는 기본적으로 신탁재산의 관리 및 운용 업무가 핵심적인 업무라고 할 수 있다.

이는 구 「신탁업법」이 신탁회사에게 신탁업의 본질적인 업무 이외에 다양한 부수업무를 허용하여 신탁회사의 업무 범위를 넓혀주면서 다양한 수익원을 확보해주도록 한 것과 대비된다. 즉 구 「신탁업법」 상으로는 신탁업자는 본연의 신탁업무인 신탁재산의 관리·운용·처분 업무뿐만

60) 금융위원회, “자본시장과 금융투자업에 관한 법률 개정안 입법 예고,” 보도자료, 2012. 3. 22.

61) 같은 주장은 오영표, 앞의 논문, 314면.

아니라 보호예수, 채무의 보증, 부동산매매의 중개, 재산에 관한 유언집행, 회계의 검사 등 다양한 부수업무를 할 수 있는 근거가 있었다(제13조). 이렇게 신탁업자가 부수업무를 영위할 수 없도록 한 것에 대해서는 신탁업이 독자적으로 다양한 유형으로 발전할 수 없게 했다는 비판적인 견해도 제기된다.⁶²⁾

향후 신탁업에 관한 법률이 새로 제정될 때 과거 구 「신탁업법」 상 허용되었던 부수업무를 다시 허용해 줄 필요가 있다. 특히 전업 신탁업자의 경우 이러한 부수업무를 필요성은 더욱 크다고 할 수 있다. 이렇게 신탁업자가 다양한 업무를 수행할 수 있도록 함으로써 수익원의 다변화를 도모하여 신탁업자의 경쟁력을 높일 수 있도록 할 필요가 있다.

7. 신탁재산 운용 규제 완화 필요

자본시장법은 신탁재산의 운용 대상을 열거하고 있어(제105조) 종합적인 신탁재산 운용에 어려움이 발생할 수밖에 없다. 예를 들어, 신탁업자는 신탁에 속하는 금전을 증권의 매수, 장내·장외파생상품의 매수, 금융기관의 예치, 금전채권의 매수, 대출, 어음의 매수, 실물자산의 매수, 무체재산권의 매수, 부동산의 매수 또는 개발 등의 방법으로만 운용하여야 한다(법 제105조 제1항, 시행령 제106조 제5항). 여유 자금의 운용 방식도 일정한 금융기관에 예치 등으로 제한하고 있다(법 제106조). 다른 방법으로는 신탁재산을 운용할 수 없는 것이다. 신탁재산의 운용 방법은 신탁업자가 전문가로서 제일 잘 판단할 수 있다. 신탁재산의 운용 수익의 극대화를 위해서도 자산 운용 방법에 자율성을 부여할 필요가 있다. 신탁재산을 운용할 수 없는 경우만 규정하고 그렇지 않은 경우는 신탁업자가 자율적으로 운용할 수 있도록 하는 방식으로 변경하는 것이 바람직하다.

8. ‘영업신탁업’ 도입의 필요

2011년 개정 「신탁법」은 신탁재산의 하나로서 ‘영업’을 명시적으로 규정함으로써(제2조) 민사신탁에서는 ‘영업신탁’이 가능해졌다. 그럼에도 불구하고 자본시장법은 신탁재산의 하나로서 ‘영업’을 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에 상사신탁으로서 ‘영업신탁업’은 아직 가능하지 않다고 보아야 할 것이다. 2012년 자본시장법 개정안에서도 ‘영업신탁업’ 제도를 도입하지는 않았었는데, 그 이유로서 영업신탁업 제도를 도입하는 경우 투자자 피해 가능성, 신탁업자의 경영 건전성 저해, 신탁업자의 영업에 대한 전문성 부족 등을 들었다.⁶³⁾ 또한 금융기관이 겸영 신탁

62) 안성포, 앞의 논문(2007년), 1023면.

63) 금융위원회, 앞의 보도자료(2012. 3. 22). 이에 대해 국회 정무위원회 법안 검토보고서는 ‘영업신탁업’ 도입 제외에 대하여 추가 검토 및 보완 의견을 제시한 바 있다(국회 정무위원회, “자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정 법률안[정부제출] 검토보고서,” 2013, 15면).

업자로서 영업신탁업을 영위하는 경우 ‘금산 분리(金産 分離)’ 원칙⁶⁴⁾에 위반되어 허용될 수 없다는 견해도 있다.⁶⁵⁾

영업신탁업 도입 여부의 타당성에 대하여 검토해보면, 반대 근거로 들고 있는 투자자 피해 가능성에 대해서는 신탁업자에 대한 영업 행위 규제로 이를 해결할 수 있다고 보며, 신탁업자의 경영 건전성 저해라는 점에 대해서는 신탁업자에 대한 건전성 규제로 충분히 방지할 수 있다고 본다.⁶⁶⁾ 영업에 대한 전문성 부족이라는 점에 대해서도 신탁업자가 금융기관인 경우 금융기관도 영업에 관한 전문성을 가질 수 있는 분야가 있을 수 있으며, 전업 신탁업자인 경우에는 전문성을 갖춘 신탁업자가 영업신탁업을 충분히 영위할 수 있을 것이라고 본다. 특히, 뒤에서 보는 것처럼, 재신탁업 제도가 도입된다면 이에 근거하여 전문성을 갖춘 신탁업자에게 재신탁을 함으로써 해결할 수 있다고 본다. ‘금산 분리’ 원칙 위반 주장에 대해서도, 물론 금산 분리 원칙의 취지상 그렇게 주장할 여지도 있지만, 금융기관이 비금융업종 회사를 사실상 지배하는 것을 금지하는 「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」 제24조에 따르면 금융기관이 주식의 소유를 통해서 비금융업종회사를 지배하는 것을 금지하는 것이기 때문에 주식의 소유와 상관이 없는 신탁을 통해营业을 하는 것까지 금지된다고 확대 해석할 것은 아니라고 본다.

향후 신탁업의 발전을 위해서는 다양한 신탁업자가 출현하는 것이 바람직하므로 영업신탁업에 특화된 신탁업자의 출현을 굳이 막을 필요는 없다고 본다. 법제도적으로 허용해주면서 발생할 수 있는 폐해를 막을 수 있는 제도적 장치를 두는 것이 훨씬 합리적인 방법이라고 본다.

9. 재신탁 관련 영업행위 규제의 신설 필요

「신탁법」은 “수탁자는 신탁행위로 달리 정한 바가 없으면 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 경우에는 수익자의 동의를 받아 타인에게 신탁재산에 대하여 신탁을 설정할 수 있다.”라고 규정하고 있다(법 제3조 제5항). 이것을 신탁의 재신탁이라고 한다. 「신탁법」은 명시적으로 재신탁을 허용하고 있는 것이다. 수탁자가 재신탁을 위한 별개의 신탁계약을 체결하는 것이므로 원래 신탁의 수탁자가 재신탁의 위탁자가 되는 셈이다. 재신탁은 수탁자가 원신탁의 위탁자 및 수익자와의 관계에서 수탁자로서 법적 지위를 유지하는 것이므로 수탁자 변경과 다르며, 재신탁의 법률관계에서는 원신탁의 수탁자가 수익자로 된다는 점에서 수탁자의 이익향수금지 원칙(법 제36조)에도 위반되지 않는다고 할 것이다.⁶⁷⁾

그러면 신탁업자도 재신탁을 할 수 있는가라는 의문이 제기된다. 신탁업자도 재신탁을 할 필

64) ‘금융자본’과 ‘산업자본’의 분리 원칙을 말한다. 즉 금융기관이 비금융업종 회사를 지배할 수 없고, 반대로 비금융업종 회사도 금융기관을 지배할 수 없다는 원칙을 말한다.

65) 성희환, “신탁법과 자본시장법의 바람직한 관계 설정에 대한 연구,” 「비교사법」 제20권 3호, 한국비교사법학회, 2013, 645면.

66) 같은 견해는 오영표, 앞의 논문, 314면.

67) 오창석, “개정 신탁법이 신탁실무에 미치는 영향,” 「BFL」 제39호, 서울대학교 금융법센터, 2010. 1, 36면.

요가 있다. 예를 들어, 금전 및 증권 등을 신탁재산으로 하는 종합재산신탁업을 영위하는 신탁업자가 금전 신탁재산은 보다 전문성이 있는 은행 신탁업자에게, 증권 신탁재산은 증권회사 신탁업자에게 재신탁을 할 필요가 있을 수 있다.

자본시장법은 재신탁에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 신탁업자에 대한 규율을 하고 있는 자본시장법이 재신탁 허용에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로 신탁업자는 재신탁을 할 수 없다는 견해도 가능하다. 그러나, 재신탁의 문제는 “업(業)”에 관한 문제라고 보기는 어렵기 때문에, 자본시장법이 「신탁법」에 대한 특별법이라는 점에 비추어볼 때, 자본시장법에 규정이 없는 것은 신탁법의 적용을 받아 신탁법에 따른 재신탁이 가능하다고 해석하는 것이 타당하다고 본다.⁶⁸⁾ 다만, 신탁업자의 재신탁 시 발생할 수 있는 규제상의 문제를 해결하기 위해서는 새로 제정되는 법률에는 재신탁에 관한 관련 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 예를 들어, 재신탁의 구체적인 방법이나 기준 및 절차 등에 관한 규정을 두는 것은 신탁업자의 불건전 영업행위를 방지하는 차원에서 필요하다고 본다.⁶⁹⁾ 특히 재신탁의 신탁업자가 불법행위로 제3자에게 손해를 입혔을 때 원신탁의 신탁업자가 손해 배상 책임을 지는 지에 관한 명확한 규정을 둘 필요도 있다. 이에 대하여 「신탁법」 제42조가 수탁자가 타인에게 신탁사무 처리를 위임할 때 수탁자가 타인의 선임과 감독에 대해서만 책임을 지도록 하고 있으므로, 이 규정을 유추 적용하여 재신탁의 경우에도 원신탁의 수탁자가 재신탁 수탁자의 선임과 감독에 대해서만 책임을 지고, 신탁재산의 관리로 인하여 발생하는 손해에 대해서는 책임을 지지 않는다는 견해가 있다.⁷⁰⁾ 재신탁과 신탁사무의 위임은 법적 성격이 다르지만, 일견 고려해볼 수 있는 견해라고 생각한다. 다만 입법론적으로 이를 명확하게 할 필요가 있으므로 새로 제정되는 법률에 재신탁과 관련하여 원신탁의 신탁업자는 재신탁의 신탁업자 선임 및 감독에 있어서만 책임을 진다는 규정을 두는 것이 좋을 것으로 본다.

한편, 자본시장법은 신탁업자에 대하여 신탁업의 본질적인 업무를 제3자에게 위탁할 수 없도록 하고 있는데(법 제45조), 이러한 위탁 금지가 재신탁 허용과 상충되는지에 관한 논의가 있을 수 있다. 그러나 재신탁과 업무 위탁은 법적 성질이 다르므로 상충된다고 보기는 어려울 것이다. 즉 재신탁은 원신탁의 신탁업자가 재신탁의 위탁자가 되고 원신탁의 신탁재산을 재신탁의 신탁업자에게 이전하여 재신탁의 신탁업자가 발행하는 수익권을 취득하는 법적 구조이고, 이에 반하여 신탁 업무의 제3자 위탁은 신탁업자가 여전히 수탁자로서 법적 지위를 가지면서 신탁재산에 대한 운용·관리 업무를 제3자에게 위탁하는 것이므로 법적으로 구별이 되어 상충 문제는 없다고 보는 것이 타당할 것이다.⁷¹⁾

68) 같은 견해는 오영표, 앞의 논문, 330면.

69) 같은 견해는 위의 논문, 331면.

70) 이중기, 「신탁법」, 삼우사, 2007, 500면; 최동식, 「신탁법」, 법문사, 2007, 247면.

71) 같은 견해는 오영표, 앞의 논문, 331면.

10. 수익증권발행신탁 관련 규정 정비 필요

신탁에서 ‘수익권증서’와 ‘수익증권’은 구별되는 개념으로 쓰인다. 수익권증서는 유통성이 없는 것에 반해 수익증권은 유통성이 있다는 것이다.⁷²⁾ 2011년 개정 전 「신탁법」에서는 신탁의 수익권을 유가증권으로 발행할 수 있는지에 대한 규정이 없어 발행 여부가 명확하지 않았으나, 개정 「신탁법」은 “신탁행위로 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정할 수 있다”고 명시적으로 규정하여(제78조 제1항) 신탁재산에 상관없이 수익증권을 발행할 수 있도록 허용하고 있다.

그러나 자본시장법은 “금전신탁계약에 의한 수익권이 표시된 수익증권을 발행할 수 있다”라고 규정하고 있어서(제110조 제1항) 신탁업자는 금전 외의 재산을 기초로 하는 수익증권을 발행할 수 없도록 하고 있다. 이는 자본시장법이 금전신탁업 위주로 규제가 이루어지고 있다는 점에 기인한다고 볼 수도 있다. 그런데 금전신탁업에 한해서만 수익증권 발행을 허용해야 할 합리적인 이유가 없다는 점과 개정 「신탁법」이 신탁재산에 상관없이 모든 신탁재산에 대하여 수익증권을 발행하는 것을 허용하고 있으므로 신탁업자에게도 동일하게 허용할 필요가 있다.⁷³⁾ 따라서 새로운 신탁업에 관한 법률을 제정할 경우 수익증권을 발행할 수 있는 신탁재산에 대한 제한을 없앨 필요가 있다.⁷⁴⁾

수익증권발행신탁 제도를 전면적으로 도입할 할 때 검토해야 할 세 가지 법적 쟁점이 있다. 첫째는 수익증권발행신탁이 자본시장법상의 ‘집합투자’에 해당하느냐의 문제이고, 둘째는 수익증권을 매수하는 다수의 투자자인 수익자가 있게 되는데, 이러한 투자자를 어떻게 보호해야 하느냐의 문제이며, 셋째는 신탁업자가 반복적으로 수익증권을 발행하게 되므로 자본시장법상의 투자매매업에 해당하는지 여부의 문제이다.

우선 첫 번째 문제를 검토해본다. 수익증권발행신탁의 경우 수익증권을 다수의 수익자(즉 투자자)에게 발행하여 그 발행 대금으로 신탁재산을 운용하여 운용 수익을 배분한다는 면에서 보면 자본시장법상 ‘집합투자’에 해당한다고 볼 소지도 있다. 왜냐하면, 자본시장법상 ‘집합투자’는 자금의 집합, 투자자로부터 일상적인 운용 지시가 없을 것, 집합투자업자의 투자 대상 자산의 운

72) “수익권증서는 수익권이 표창된 상법상 유가증권이 아니라 수익권을 표시해주는 증거증권이고 수익권을 양도하는 경우 신탁업자는 기발행 수익권증서를 회수하고 양수인 명의의 새로운 수익권증서를 발급한다. 그리고 수익증권을 발행할 경우에는 금융위원회의 발행 신고를 하여야 하나 수익권증서를 발행할 때는 별도의 신고 절차가 없다. 따라서 수익권증서와 수익증권은 개념적으로나 규제 측면에서 상당한 차이가 있다.”라는 설명은 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2017, 46면 각주 46).

73) 수익증권발행신탁의 경우 위탁자의 신탁재산에 대한 운용 관여가 제도적으로 허용되는 점, 수익자는 신탁자의 신탁재산 운용 행위에 대해 관여하지 않고 소극적·수동적인 투자자의 지위에 있게 되는 점, 수익증권발행신탁은 여러 종류의 수익증권 발행이 가능하므로 수익자간 평등 원칙 또는 안분 배정 원칙이 강제되지 않는 점 등에 비추어 근본적으로 자본시장법상의 규율에 의문을 제기하는 견해도 있다(김은집/김용호/남재현, “수익증권발행신탁 관련 자본시장법상 제 문제,” 「선진상사법률연구」 제59호, 법무부, 2012, 218-233면).

74) 2012년 자본시장법 개정안에도 신탁의 종류와 상관없이 수익증권을 발행할 수 있도록 허용하고 있었다(안 제110조).

용, 운용 결과의 배분이라는 것을 요건으로 하고 있는데(법 제6조 제5항), 수익증권발행신탁의 경우 다수의 수익자로부터 자금을 받아 수익자인 투자자로부터 일상적인 운용 지시 없이 신탁재산을 운용하여 운용 결과를 수익자에게 배분한다는 점에서 집합투자의 요소를 인정할 수도 있기 때문이다.⁷⁵⁾ 그러나 법적 구조 면에서 보면 수익증권발행신탁과 집합투자는 구별되어야 할 것이다. 즉, 수익증권발행신탁의 경우 다수의 수익자로부터 받은 수익증권 발행 대금이 수탁자에게로 이전되기는 하지만 이 발행 대금이 신탁재산이 되지 않고 위탁자의 신탁재산 이전에 대한 대가로 위탁자에게 지급되는 구조이므로⁷⁶⁾ 투자자의 자금이 집합투자재산으로 구성되는 집합투자와는 다르게 보는 것이 타당할 것이다. 물론 이러한 해석상의 문제가 있으므로 새로운 법률에서는 수익증권발행신탁을 집합투자의 정의에서 제외하는 규정을 두는 것이 더 바람직할 수 있다.⁷⁷⁾

두 번째는 다수의 수익자인 투자자 보호 문제이다. 특히 수익증권을 공모 방식으로 발행하는 경우 다수의 투자자가 있게 되므로 투자자를 보호할 수 있는 장치가 있어야 한다. 앞서 언급한 것처럼, 수익증권발행신탁은 실질적 면에서 보면 집합투자와 같이 볼 수 있기 때문에 투자자 보호 측면에서는 집합투자법에 적용되는 업(業) 규제 및 영업 행위 규제가 동일하게 적용할 필요가 있을 것이다.⁷⁸⁾ 이것은 규제 차익을 없앤다는 점에서도 타당하다. 이를 위해서 새로 제정되는 법률에 자본시장법상의 집합투자법에 관한 규정을 준용한다는 방식으로 할 수도 있지만, 앞서 불특정금전신탁의 입법 방식처럼, 새로 제정되는 법률에 투자자 보호를 위한 영업 행위 규제 내용을 담는 방식이 규제 준수의 용이성 면에서 더 나을 것이라고 본다.

세 번째 쟁점은 수익증권발행신탁의 경우 신탁업자가 수익증권을 반복적으로 발행하게 되므로 자본시장법상 ‘투자매매업’에 해당하는지 여부의 문제이다. 왜냐하면 자본시장법은 “증권의 발행을 업으로 하는 것”을 투자매매업의 한 유형으로 보고 있기 때문이다(법 제6조 제3항).⁷⁹⁾ 다만 자본시장법은 “자기가 증권을 발행하는 경우에는 투자매매업으로 보지 아니한다”고 규정하고 있다(법 제7조 제1항 본문 및 제1호). 따라서 수익증권발행신탁의 경우 신탁업자가 증권을 발행하는 것이어서 “자기가 증권을 발행하는 경우”에 해당하므로 투자매매업에 해당하지는 않을 것이다. 다만 수익증권발행신탁의 경우 다수의 투자자인 수익자가 있다는 점에서 투자자 보호를 위해서는 투자매매업으로 간주하여 규제하는 것이 필요하다고 본다.⁸⁰⁾ 이는 자본시장법이 집합투자업자의 “투자신탁의 수익증권” 발행을 자기 발행에 해당하지만 투자매매업으로 간주하여 규제하고 있고(법 제7조 제1항 제1호), 수익증권발행신탁이 실질적인 면에서 집합투자와 유사하다는 점에서 규제 차익을 없애기 위해서라도 필요하다고 본다.

75) 이와 같은 설명은 오영표, 앞의 논문, 322면.

76) 위의 논문, 321, 323면.

77) 이러한 주장으로는 위의 논문, 324면.

78) 같은 주장은 위의 논문, 324면.

79) 자본시장법 제6조 제2항은 ‘투자매매업’을 “. . . 증권 발행 . . . 을 업으로 하는 것”이라고 하고 있다.

80) 2012년 자본시장법 개정안도 수익증권발행신탁에서 수익증권 발행을 투자매매업으로 규율하고(안 제7조 제1항), 신탁업자가 투자매매업 인가를 별도로 받아야 하는 불편함을 없애기 위해서 당해 신탁업자에 대해서는 투자매매업 인가를 받은 것으로 간주하는 조항을 두고 있었다(안 제110조 제2항).

11. 신탁사채 발행 관련 투자자 보호 규정 신설 필요

2011년 개정 「신탁법」은 신탁재산을 기초재산으로 하는 사채 발행을 허용하고 있다. 수탁자가 다수의 일반 투자자로부터 자금 조달을 허용하기 위한 것이다. 「신탁법」은 수탁자가 신탁사채를 발행하기 위한 요건으로 ① 수익증권발행신탁일 것, ② 유한책임신탁⁸¹⁾일 것, ③ 수탁자가 상법상 주식회사나 그 밖의 법률에 따라 사채를 발행할 수 있는 자일 것을 요구하고 있다(제87조 제1항).

그런데 신탁업자를 규율하는 자본시장법은 신탁 사채 발행에 관한 아무런 규정을 하고 있지 않다. 따라서 신탁업자가 「신탁법」에 근거하여 신탁 사채를 발행할 수 있는지에 관한 논의가 있을 수 있다. 이에 대해서는 신탁업자에 대한 규율을 하고 있는 자본시장법이 신탁 사채 발행에 관한 법적 근거를 규정하고 있지 않고 있어서 신탁업자는 신탁 사채를 발행할 수 없다고 주장할 여지도 있다. 그러나 앞서 재신탁 허용 여부 문제에서 본 것처럼, 자본시장법이 「신탁법」에 대한 특별법의 위치에 있어 자본시장법이 규정하고 있지 않은 사항은 「신탁법」이 적용된다는 점, 그리고 신탁사채 발행은 자금 조달 수단이지 영리를 목적으로 하는 “업”에 관한 사항이 아니므로 「신탁법」을 적용해도 무방하다는 점에 근거하여, 신탁업자도 「신탁법」에 따라 신탁사채를 발행할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 아래 세 가지 점에 대한 입법적 보완은 필요하다고 본다.

첫째, 신탁업자가 반복적으로 다수의 투자자를 상대로 자금을 조달한다는 점과 발행 규모도 클 수도 있다는 점을 고려할 때, 그렇지 않은 「신탁법」상의 수탁자가 신탁 사채를 발행하는 경우에 비하여, 더욱 강한 투자자 보호를 위한 장치를 마련하는 것이 필요하다고 본다.⁸²⁾ 따라서 신탁업에 관한 새로운 법률을 제정할 때는 이러한 점을 고려하여 신탁 사채 발행에 관한 근거는 아니더라도 신탁 사채의 발행 절차 등 투자자 보호에 관한 규정을 두는 것이 필요할 것이다.

둘째, 신탁 사채의 경우 신탁업자의 신탁재산을 기초재산으로 해서 사채가 발행된다는 점에서, 일반 사채의 경우 발행자의 고유재산을 근거로 발행되는 점과 다소 차이가 있지만, 기본적으로 사채라는 성격, 즉 ‘금전의 지급 청구권이 표시된 증서’라는 성격을 부인하지 못할 것이다. 그렇다면 신탁 사채도 자본시장법상 채무증권에 해당할 것이고(법 제4조 제3항), 따라서 자본시장법상의 채무증권 발행에 대한 여러 공시 규제가 적용될 뿐만 아니라 신탁 사채가 매매되는 경우에는 자본시장법상의 유통 공시 규제가 적용된다고 보는 데에 무리가 없을 것이다. 이러한 규제 적용으로 투자자 보호는 가능할 것이다. 다만 신탁 사채의 특수한 점을 고려한 사항, 예를 들어 신탁재산 및 그 운용 방법 등에 대한 자세한 사항을 신탁 사채 발행이나 유통 시 투자자들이 알 수 있도록 추가 공시 규제를 설정할 필요는 있을 것이다.⁸³⁾

81) 신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임을 지는 신탁을 말한다(신탁법 제114조).

82) 같은 견해는 오영표, 앞의 논문, 328면.

셋째, 신탁 사채의 경우도 신탁업자가 사채인 증권을 반복적으로 발행하게 되는 것이므로 자본시장법상 투자매매업에 해당하는지 여부의 쟁점이 있을 수 있다. 이는 앞서 수익증권발행신탁의 경우와 같은 논의가 될 것이다. 즉 신탁업자가 ‘자기 발행’하는 것이므로 투자매매업에 해당하지는 않을 것이고(자본시장법 제7조 제1항), 다만 투자자 보호를 위해서는 투자매매업으로 간주하는 규정을 두는 것이 입법적으로 필요하다고 본다.

V. 맺음말

고령화 시대를 맞이하면서 신탁 본연의 기능인 재산 관리 기능의 활성화와 장기적인 신탁업 발전을 위해서 자본시장법에서 규정하고 있는 신탁업 조항을 분리하여 별도의 법률을 제정하는 방안이 추진되고 있으며, 이러한 방향은 타당하다고 판단된다. 향후 과제는 이렇게 새로 제정되는 법률에 이러한 목적에 부합하는 내용을 잘 담는 것이 중요하다고 본다. 이러한 점에 초점을 맞추어 본문에서 신탁업의 분리 필요성에 대한 여러 논거를 제시하였으며, 향후 새로운 법률에 반영되어야 할 몇 가지 입법 과제를 제시하였는데, 그 주요 사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 투자성이 있는 신탁상품에 대해서는 판매 행위 규제 등에 관한 사항은 새로 제정되는 법률에서 일괄적으로 규정하는 것이 좋을 것으로 본다. 둘째, 그동안 금지되어 온 불특정금전신탁과 집합 운용은 다시 허용되는 것이 신탁의 본질과 금융소비자 혜택이라는 점에서 타당하다고 본다. 셋째, 다양한 신탁업자가 출현할 수 있도록 진입 규제를 완화하고 관리형 신탁업자와 운용형 신탁업자로 구분하여 진입 규제를 설정할 필요가 있다. 넷째, 신탁재산의 범위를 포괄주의 방식으로 변경하여 신탁업자가 다양한 신탁상품을 개발하도록 할 필요가 있다. 다섯째, 신탁재산의 운용 규제를 대폭 완화하여 운용 수익을 극대화 할 필요가 있다. 여섯째, 신탁업자에게 보호예수나 채무보증 등 부수업무를 허용해주어 신탁업자의 수익성을 높일 수 있도록 해줄 필요가 있다. 일곱째, 신탁업자가 ‘영업신탁업’을 영위할 수 있도록 근거 규정을 둘 필요가 있다. 여덟째, 신탁재산의 재신탁 필요성이 있으므로 이와 관련한 재신탁의 기준이나 방법 및 절차 등에 관한 내용을 규정할 필요가 있다. 아홉째, 수익증권발행신탁의 경우 신탁재산의 종류와 관계없이 수익증권을 발행할 수 있도록 허용하고, 자본시장법상의 집합투자의 정의에서 수익증권발행신탁을 제외하며, 다수의 투자자 보호를 위한 영업 행위 규제 관련 조항을 둘 필요가 있다. 마지막으로 신탁업자가 신탁 사채를 발행하는 경우 신탁 사채의 발행 절차 등 투자자 보호에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

83) 비슷한 견해로는 오영표, 앞의 논문, 328면.

참고문헌

- 국회 정무위원회, “자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정 법률안[정부제출] 검토보고서,” 2013.
- 권재열, “日本の 2004年 改正 信託業法에 관한 小考,” 「증권법연구」 제8권 제1호, 한국증권법학회, 2007.
- 권중호, “일본 금융상품거래법의 개요 - 일본금융상품거래법의 해설(1),” 「증권선물」 제19호, 한국증권선물거래소, 2006.
- 금융위원회, “신탁산업 개선을 위한 정부부처 첫 합동 회의 개최,” 보도자료, 2017. 2. 8.
- _____, “자본시장과 금융투자업에 관한 법률 개정안 입법 예고,” 보도자료, 2012. 3. 22.
- 김은집/김용호/남재현, “수익증권발행신탁 관련 자본시장법상 제 문제,” 「선진상사법률연구」 제59호, 법무부, 2012.
- 김진영, “고령화와 자산관리 시대, 신탁업을 부활시켜야 한다,” 「금융」 제745호, 전국은행연합회, 2016. 4.
- 김태진, “기업형태로서의 신탁,” 「법학논총」 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011.
- 박신애, “국내 신탁업의 현황 및 시사점,” 「자본시장포커스」 2017-11호, 자본시장연구원, 2017.
- 성희환, “신탁법과 자본시장법의 바람직한 관계 설정에 대한 연구,” 「비교사법」 제20권 제3호, 한국비교사법학회, 2013.
- 손상호, “자본시장통합법(안)의 가능성과 한계,” 「주간금융브프리프」 제14권 제24호, 한국금융연구원, 2006.
- 송두일, “우리나라 신탁업의 현황과 전망,” 「법과 기업연구」 제2권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2012.
- 안성포, “신탁산업과 금융투자업의 교착,” 「법학논총」 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011.
- _____, “신탁제도의 발전을 위한 입법과제-집단신탁을 중심으로-,” 「비교사법」 제14권 제3호(하), 한국비교사법학회, 2007.
- _____, “현행 신탁업의 규제체계와 한계,” 「한독법학」 제19호, 한독법률학회, 2014.
- 오영표, “신신탁법 시행에 따른 자본시장법의 법적 쟁점,” 「금융법의 이론과 실무」, 은행법학회 편, 피앤시미디어, 2016.
- 오창석, “개정 신탁법이 신탁실무에 미치는 영향,” 「BFL」 제39호, 서울대학교 금융법센터, 2010.

유혜인, “사업신탁에 관한 입법론적 고찰,” 「상사법연구」 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2015.

이중기, 「신탁법」, 삼우사, 2007.

임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2017.

임형준, “장기 자산관리수단으로서 신탁의 발전을 위한 과제,” 「금주의 논란」 제26권 제10호, 한국금융연구원, 2017.

진익, “자산관리서비스 활성화 방안,” 「경영보고서」 2009-2, 보험연구원, 2009.

최동식, 「신탁법」, 법문사, 2007.

최성근, “일본의 신탁법제에 관한 비교법적 연구 - 2004년 개정 신탁업법 및 2006년 신신탁법을 중심으로,” 「청주법학」 제32권 제2호, 청주대학교 법학과, 2010.

한국은행, 「한국의 금융제도」, 2011.

金融審議會金融分科会第二部会, “信託業のあり方に関する中間報告書,” 金融庁, 2003.

神作裕之, “信託法・信託関連法の近時の展開と課題,” 「信託」 242号, 信託協会, 2010.

信託協会, 「2016 日本の信託」, 2016.

伊藤宏一, 「金融商品なんでも百科」, 金融広報中央委員会, 2015.

田中和明, “平成18年信託法と商事信託—実務的観点から,” 第35回信託法学会総会および研究発表会, 2010.

沖野眞己, “新しい信託法に期待するもの,” 「NBL」 No. 832, 商事法務研究会, 2006.

Tamar Frankel, “Fiduciary Law,” *California Law Review*, Volume 71 Issue 3, May 1983.

국문초록

이 글은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”)에서 신탁업을 분리하는 것이 왜 타당한지에 대하여 살펴보고, 독자적인 새로운 법률을 제정하는 경우 신탁업의 발전을 위해서 과연 어떤 사항을 담아야 하는지에 관한 입법 개선 과제를 다루고 있다. 그동안 신탁업을 자본시장법상의 ‘금융투자업’의 하나로 규율하는 입법 방식에 대해서는 법체계성인 면에서나 신탁업의 종합 재산 관리 기능이라는 본래적인 기능의 활성화 면에서 정합성이 떨어진다는 비판적인 의견이 제기되어 왔는데, 2017년 2월 금융당국인 금융위원회는 신탁업에 관한 별도의 법률을 제정하는 방안을 발표한 바 있다. 이 글은 자본시장법으로부터 신탁업 분리 필요성에 대한 여러 논거를 살펴보면서, 향후 새로운 법률에 반영되어야 할 몇 가지 입법 과제를 제시하고 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 투자성이 있는 신탁상품에 대해서 판매 행위 규제 등에 관한 사항은 자본시장법을 준용하는 것보다 새로 제정되는 법률에서 일괄적으로 규정하는 것이 좋을 것으로 본다. 둘째, 그 동안 금지되어 온 불특정금전신탁과 집합(합동) 운용은 다시 허용되는 것이 신탁의 본질과 소비자 혜택이라는 점에서 타당하다고 본다. 셋째, 다양한 신탁업자가 출현할 수 있도록 진입 규제를 완화하고, 관리형 신탁업자와 운용형 신탁업자로 구분하여 진입 규제를 설정할 필요가 있다. 넷째, 신탁재산의 범위를 포괄주의 방식으로 변경하여 신탁업자가 다양한 신탁상품을 개발할 수 있도록 할 필요가 있다. 다섯째, 신탁재산의 운용 규제를 대폭 완화하여 운용 수익을 극대화 할 필요가 있다. 여섯째, 신탁업자에게 보호예수나 채무보증 등 부수업무를 허용해주어 신탁업자의 수익성을 높일 수 있도록 할 필요가 있다. 일곱째, 신탁업자가 ‘영업(사업)신탁업’을 영위할 수 있도록 근거 규정을 둘 필요가 있다. 여덟째, 신탁재산의 재신탁 필요성이 있으므로 이와 관련한 재신탁의 기준이나 방법 및 절차 등에 관한 사항을 규정할 필요가 있다. 아홉째, 수익증권발행신탁의 경우 신탁재산의 종류와 상관없이 수익증권을 발행할 수 있도록 허용하고, 자본시장법상 ‘집합투자’의 정의에서 수익증권발행신탁을 제외하며, 다수의 투자자 보호를 위한 영업 행위 규제 규정을 둘 필요가 있다. 마지막으로 신탁업자가 사채를 발행하는 경우 신탁사채의 발행 절차 등 투자자 보호를 위한 규정을 둘 필요가 있다.

주제어

신탁, 신탁업, 영업신탁업, 사업신탁업, 불특정금전신탁, 집합운용, 합동운용, 신탁재산, 재신탁, 수익증권발행신탁, 신탁사채

Abstract

Legislative Tasks for Enacting a New Trust Business Law Separated from the Capital Market Act in Korea

Dong Won Ko · Tae-Yul Kwon

This article is intended to review the reasons why the relevant provisions regarding trust business should be separated from the Financial Investment Services and Capital Markets Act (the “FSMA”) and to discuss legislative tasks for what should be included in a new separated trust business law for the purpose of developing trust business. This article argues that the FSMA is not appropriate to prescribe trust business in that the FSMA contains a feature of regulating ‘financial business,’ while trust business has a characteristic of non-financial business as well as financial business. This article also observes that separating trust business from the FSMA would contribute to the development of trust business industry.

Further, this article suggests some improvements or tasks to be included in a new separated business law. First, business conduct rules regarding a sale of trust products whose principal is not guaranteed should be added in a new trust business law, rather than applying the current rules in the FSMA. Second, ‘unspecified money trust products’ and collective trust asset management should be allowed. Third, it is necessary to lower entry barriers of trust business, which will lead to the development of various types of trust products. Fourth, the scope of trust property should be expanded by adopting a comprehensive definition of trust assets. Fifth, it is necessary to significantly relax restrictions on a trustee company’s operation of trust assets. Sixth, a trustee company’s incidental activities such as safe custody or guarantee business should be permitted in terms of increasing its profitability. Seventh, a trustee company should be permitted to engage in ‘business trust activities.’ Eighth, it is necessary to prescribe the relevant provisions such as methods and procedures regarding re-trust. Ninth, the relevant provisions for protecting investors should be inserted in relation to issuing beneficial certificates of trust. Lastly, it is necessary to prescribe the relevant provisions for protecting investors in regard to issuing bonds based on a trust property.

Keywords

Trust, Trust Business, Business Trust Activity, Unspecified Money Trust, Collective Operation, Trust Property, Re-trust, Trust Beneficial Certificate, Trust Bond

토론문

안 성 포(전남대 법학전문대학원)

올 초에는 신탁산업의 발전과 관련하여 의미있는 정부의 정책발표가 있었고, 올해 5월 18일에는 신탁재산의 관리 처분시 재화나 용역의 공급자 즉, 부가가치세의 납세의무자가 누구인지에 대한 대법원 전원합의체 판결이 선고된 바 있습니다.

오늘 발제 내용은 금융위가 올해 금융개혁 5대과제 중의 하나로 선정한 “신탁업제도 전면개편” 방안에 대한 고 동원교수님의 연구결과입니다. 금융위의 T/F 팀에서도 고 교수님의 연구 결과를 적극 반영할 것으로 기대합니다.

먼저, 고 교수님께서 제안하신 입법과제에 대한 저의 의견을 개진하도록 하겠습니다.

고 교수님께서 새로 제정되는 신탁업법에 투자성이 있는 신탁상품에 대한 판매 행위 규제 내용을 담도록 하는 방안을 제안하고 있습니다. 그 방안은 신탁업에 관한 모든 규제사항을 새로이 제정하는 신탁업법만 보면 다 해결할 수 있도록 하는 체계라고 할 수 있습니다. 그러나 저는 투자성있는 신탁상품을 자본시장법상 금융투자상품으로 보아 그에 대한 규제는 현행 자본시장법을 적용하는 것이 타당하다고 생각합니다.

현행 자본시장법은 규제방식에 있어서 기능주의 입장을 취하고 있고, 투자성있는 신탁상품은 수익증권의 발행을 통해서 판매 유통 될 것입니다. 이때의 수익증권은 자본시장법상의 금융투자상품(제3조)과 증권(제4조)에 해당됩니다. 결론적으로 투자성있는 신탁상품에 대한 규제는 현행 자본시장법을 준용하는 것이 규제차익면에서도 타당하다고 생각합니다. 즉, 신탁업자가 판매하는 투자성있는 신탁상품은 새로운 신탁업법에 의하여 규제받는 것이 아니라 업자가 누구인지를 묻지 않고 누구든지 투자성있는 신탁상품을 판매한다면 그것은 자본시장법상의 금융투자상품이 되는 것이고 그 상품에 자본시장법의 규제를 받게 되는 것이 진정한 기능주의에 의한 투자자보호라고 할 것입니다. 실물증권이 발행되지 않고 수익권증서로 교부된 경우에는 자본시장법 제4조 제9항의 간주증권에 해당되므로 투자자보호에 있어 수익증권과 차이가 없습니다.

투자성이 없는 신탁상품(예를 들어, 관리형 신탁)의 경우, 자본시장법 제117조의2 관리형신탁 수익권의 특례규정을 보완하여 규제할 수 있을 것입니다. 현행 자본시장법은 관리형신탁을 신탁업자에게 처분의 재량이 없는 신탁으로 정의하면서도 수익증권발행신탁 또는 금전만을 신탁재산으로 하는 금전신탁인 경우에는 관리형신탁의 개념에서 제외하고 있습니다.

수익증권발행신탁의 경우, 유통성이 높은 수익증권의 특성상 다수의 투자자가 보유할 가능성

이 높다는 점에서 투자자 보호를 위하여 금융투자상품의 개념에 다시 포섭할 실익이 있다고 본 것입니다. 그리고 금전신탁의 경우, 금전으로 다른 재산을 취득, 처분 등 그 밖의 방법으로 운용할 가능성이 있다는 점에서 비록 신탁업자의 처분권이 없는 신탁이라도 금융투자상품의 개념에 포섭하고자 한 것입니다.

최근 투자자보호와 관련하여 많은 문제점을 노출하고 있는 특정금전신탁의 규제방안에 대하여 말씀드리겠습니다.

특정금전신탁(자익신탁형)은 위탁자 겸 수익자가 신탁재산인 금전의 운용방법을 구체적으로 지정하고 신탁업자는 이에 따라 신탁재산을 운용하는 신탁상품입니다. 특금의 경우, 위탁자가 운용재산을 지정한다는 성격을 반영하여 자본시장법상의 판매규제나 자산운용상의 규제가 다른 금융투자상품에 비해 완화되어 있습니다. 그러나 이는 위탁자가 운용방법을 지정하도록 되어 있다는 점과 그러기 위해서는 위탁자가 그 지정된 상품에 대해 잘 알고 있다는 것이 전제가 되어야 할 것입니다. 그런데 실질적인 투자과정과 분쟁 현황을 보면 그렇지 않다는 것입니다. 특금이 실제 판매된 사례들을 보면 투자자(위탁자)의 지정은 운용상품의 종류만을 정한 데 불과하고, 실제 운용된 상품은 동일 종류이기는 하지만 그 위험 정도나 거래구조 및 환헤지 정도 등 여러 면에서 차이나는 상품이기 때문입니다. 즉 특정금전신탁이라기 보다는 불특정금전신탁에 가까운 신탁이라고 할 수 있으며, 실질이 펀드와 같은 경우가 대부분이라고 할 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 법적 분쟁이 발생한 경우에는 그 처리는 상이합니다. 펀드의 경우, 투자자 재산의 집합운용으로 투자자의 간섭과 지시가 제한되는, 즉 펀드매니저의 전적인 재량에 의해 운영되는 상품이라는 점에서 불완전판매 내지 자산운용사의 귀책이 먼저 문제될 수 있기 때문입니다. 반면 특금의 경우, 판매회사인 수탁회사는 신탁재산의 운용방법을 지시받은 자에 불과하기 때문에 법적 분쟁으로 간 경우 그 책임을 묻기가 펀드만큼 쉽지 않습니다. 그러나 특금이라기 보다는 운용범위가 이미 신탁약관에서 지정되어 있는 지정금전신탁에 해당하거나, 실질이 펀드와 같이 집합주문 등의 방법으로 운용되는 사안에서도 단지 특정금전신탁이라는 계약을 체결하였다는 이유로 법적 취급과 결과가 달라지는 것은 문제라 할 것입니다.

따라서 특정금전신탁의 수탁자가 수익권증서 또는 수익증권을 교부 발행하는 경우, 이것은 자본시장법 제3조의 금융투자상품에 해당하게 됩니다. 수탁자가 수익증권을 누구의 명의로 하든지 자기계산으로 수익증권을 매도 매수, 발행 인수 또는 그 청약의 권유, 청약, 청약의 승낙을 영업으로 한다면, 수탁자는 투자매매업의 인가를 받아야 될 것입니다. 그러나 자본시장법 제7조 제1항에서는 자기가 증권을 발행하는 경우에는 투자매매업으로 보지 않고 있습니다. 따라서 수탁자는 투자매매업의 인가를 받을 필요없이 수익증권을 판매할 수 있게 되어 있습니다.

이처럼 특금이 자본시장법상의 금융투자상품이라면 동법상 집합투자과 동일한 투자권유규제가 적용되어야 하며 투자자보호 장치도 동일하게 적용되어야 할 것입니다.

다음으로 불특정금전신탁 및 집합운용의 허용에 대하여 말씀드리겠습니다.

정부는 이번 신탁업 개편작업에서 불특정금전신탁은 손질하지 않기로 했습니다. 금융업권간 유·불리를 따진 이해대립이 첨예해 수정 논의가 업권간 판매수익 극대화로 변질될 우려가 있기 때문입니다. 그리고 1990년대 말 100조원을 넘었던 불특정금전신탁은 IMF 구제금융 후폭풍으로 수익률이 곤두박질치면서 투자자들에게 심대한 손실을 안긴 바 있습니다. 이처럼 정부는 은행권의 불특정금전신탁에 대한 쓰라린 경험이 있습니다. 그래서 정부가 불특정금전신탁을 이번 개편작업에서 제외한 것은 충분히 이해할 수 있는 부분이라고 생각합니다. 그러나 그렇다고 해서 신탁상품에 대하여 집합운용 자체를 허용하지 않는 것은 신탁산업의 발전을 저해하는 것이라는 점을 분명히 하고 싶습니다.

일본의 경우, 우리나라의 불특정금전신탁과 같이 고객(위탁자)이 운영방법을 지정하지 않는 신탁관련 상품인 이른바 겸영법상의 합동운용지정금전신탁과 실적배당형금전신탁 그리고 “투자신탁 및 투자법인에 관한 법률”상의 위탁자비지시형투자신탁은 모두 집합운용 내지 합동운용을 전제로 하는 금융상품이라고 할 수 있습니다.

우리 금융감독당국이 (불)특정금전신탁과 펀드의 구별을 집합운용의 가능여부로 판단하겠다는 것은 집단신탁 내지 집합투자로서의 신탁재산의 운영에 있어서 불특정금전신탁처럼 신탁업자가 재량권을 가지는 것을 인정하지 않겠다는 의지의 표현이지, 집합운용을 전제로 하는 신탁상품을 집합투자업 내지 집합투자기구로 허용하지 않겠다는 것은 아니라고 봅니다. 따라서 은행 등의 금융권자는 투자자보호에 취약한 것으로 낙인이 찍힌 불특정금전신탁의 부활을 요구할 것이 아니라 신탁약관, 신탁계약 또는 법령 등에서 신탁재산의 운영범위가 지정되어 있는 위탁자비지시형 신탁상품을 개발하여 집단신탁업 발전의 계기로 삼는 노력을 경주해야 할 것입니다.

자본시장법에서 신탁업을 분리한다거나 신탁업법을 부활한다거나 새로운 신탁업에 대한 규제체계를 마련한다거나 하는 논의의 출발점은 금융감독당국이 금전신탁과 펀드를 구별하여 투자자를 보호하겠다는 정책적 판단에 있다고 생각합니다. 그리고 신탁업을 금융투자업의 하나로 보아 관리형 신탁에 대한 규제의 사각지대를 초래했기 때문입니다.

정부는 금전신탁과 펀드를 구별하기 위해서 금전신탁에 집합운용을 허용하지 않고 있습니다. 그러나 특정금전신탁과 불특정금전신탁은 실질에 있어서 펀드와 차이가 없습니다. 차이라면 신탁업자는 금전신탁은 영업으로 할 수 있고 펀드를 영업으로 할 수 없다라는 것입니다. 다른 말로 표현하면, 신탁이라는 이름의 상품으로는 pooling cash를 할 수 없다라는 것입니다. 그러나 주지하다시피 펀드는 신탁형 펀드가 있고 회사형 펀드가 있습니다. 신탁형 펀드를 자본시장법에서는 투자신탁이라고 합니다. 금전신탁과 투자신탁은 구조면에서 신탁방식을 취하고 있다는 데서 양자는 동일한 것입니다. 투자신탁도 신탁방식에 의한 집합투자기구이므로 투자신탁을 영업으로

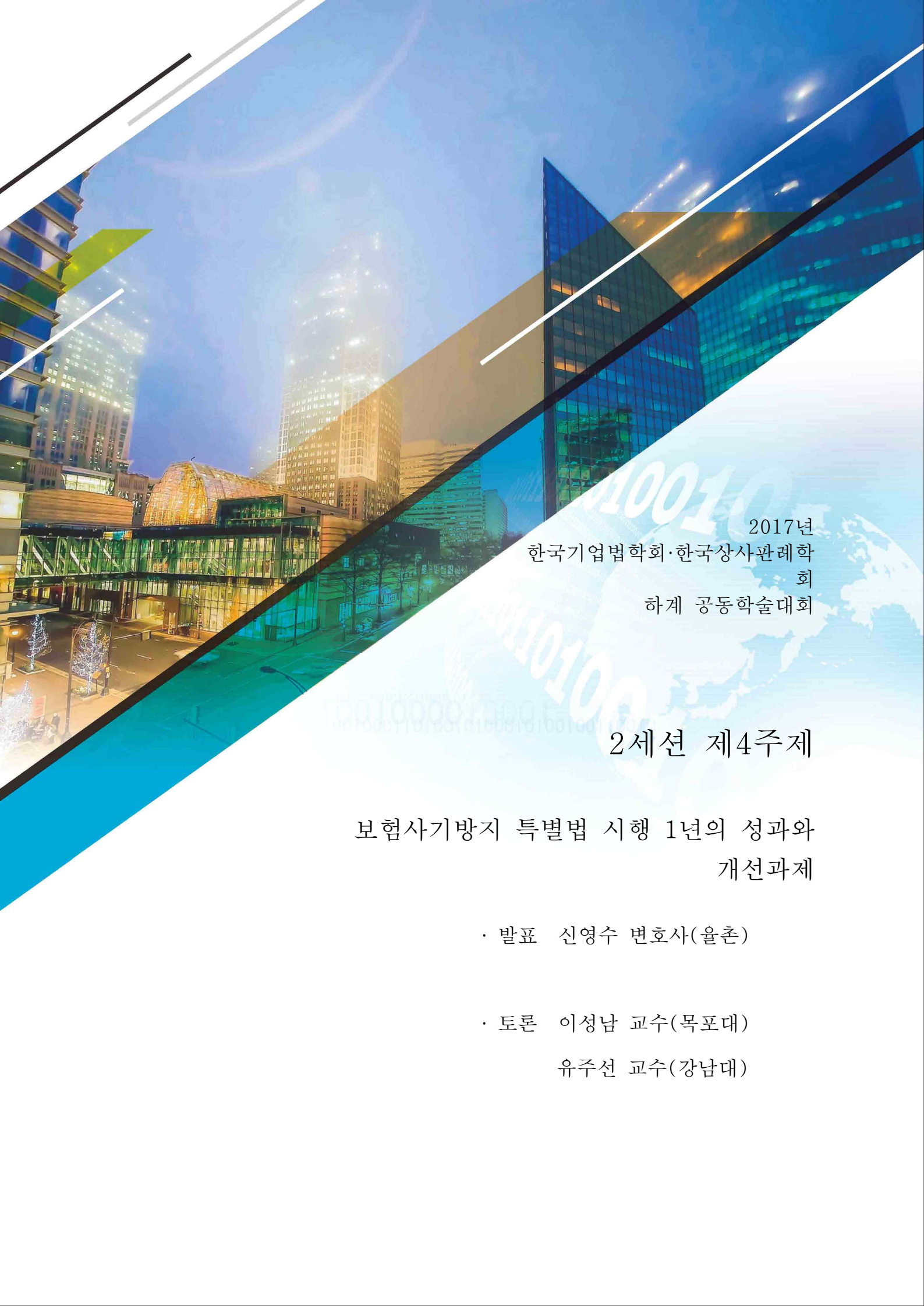
하는 자도 신탁업자라고 할 수 있는 것입니다.

여기서 신탁방식이란 신탁재산에 대한 명의이전(title transfer) 방식이라고 할 수 있습니다. 명의이전을 대륙법계(민법)에서는 소유권이전이라 부른다면(예를 들면, 양도담보, 명의신탁), 신탁법에서는 권원이전(귀속주체의 변경)으로 규정하고 있습니다. 우리 신탁법에는 어디에도 수탁자를 신탁재산의 소유자로 한다는 규정을 가지고 있지 않습니다. 오히려 신탁법 제31조에서는 수탁자의 권한을 다음과 같이 규정하고 있습니다: “수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다. 다만, 신탁행위로 이를 제한할 수 있다.”

따라서 신탁방식이란 위탁자가 신탁설정을 하고 재산의 소유권을 수탁자에게 이전하는 것이 아니라, 수탁자에게 신탁재산에 대한 명의(권원)를 이전(title transfer)하는 것입니다. 즉 신탁은 수탁자를 신탁재산의 소유자로 하는 것이 아니라, 신탁재산에 대한 권리의무의 귀속주체로 보는 것입니다.

대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결[부가가치세부과처분취소]에서도 “수탁자가 위탁자로부터 이전받은 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하는 경우 수탁자 자신이 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리한 것이므로, 이때의 부가가치세 납세의무자는 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자로 보아야 하고, 그 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용이 거래상대방과 직접적인 법률관계를 형성한 바 없는 위탁자나 수익자에게 최종적으로 귀속된다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다. 그리고 세금계산서 발급·교부 등을 필수적으로 수반하는 다단계 거래세인 부가가치세의 특성을 고려할 때, 위와 같이 신탁재산 처분에 따른 공급의 주체 및 납세의무자를 수탁자로 보아야 신탁과 관련한 부가가치세법상 거래당사자를 쉽게 인식할 수 있고, 과세의 계기나 공급가액의 산정 등에서도 혼란을 방지할 수 있다.” 라고 설시하고 있습니다.

결론으로 신탁방식을 이용하여 불특정금전신탁, 특정금전신탁, 위탁자지시형투자신탁, 위탁자비지시형투자신탁, 부동산신탁, 부동산담보신탁, 목적신탁, 유동화신탁, 유언대용신탁, 유한책임신탁, 영업신탁, 수익증권발행신탁, 기타 부수업무 등을 영업으로 하는 것을 신탁업이라 할 수 있을 것이고, 신탁을 크게 관리형 신탁과 금융투자형 신탁으로 분리 운영하면서 두 유형에 대해 규제를 차등화하여 관리형 신탁은 새로운 신탁업법에서 규제를 최소화하는 반면 금융투자형 신탁은 현행 자본시장법상 금융투자상품의 규제하에 운영하는 방안을 제안하는 것으로 토론에 갈음하겠습니다.



2017년
한국기업법학회·한국상사관례학
회
하계 공동학술대회

2세션 제4주제

보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과와
개선과제

· 발표 신영수 변호사(울촌)

· 토론 이성남 교수(목포대)

유주선 교수(강남대)



보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과와 개선 과제

2017. 8. 18.

신영수 변호사

법무법인(유) 올촌

Copyright © 2013 Yulchon LLC. All Rights Reserved.



Table of Contents

1. 보험사기행위의 정의
2. 보험사기행위의 주요 유형
3. 보험사기행위에 대한 민사적·형사적 제재
4. 보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관
5. 보험사기 관련 최근 통계 분석
6. 보험사기방지 특별법의 주요 내용
7. 보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과
8. 보험사기방지 관련 개선 과제

1. 보험사기행위의 정의

1. 보험사기행위 관련개념 과제



보험사기행위의 정의

보험사기행위

• 기만에 의하여 보험계약을 체결하는 행위 및 보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위(cf. 특별법 제2조 제1호, 보험업법 제102조의3)

(i) **연성보험사기**: 이미 발생한 보험사고의 원인, 시기, 내용 등을 조작하거나 피해를 과장하여 보험금을 청구하는 행위

(ii) **경성보험사기**: 고의로 사고를 야기하거나 허위로 사고를 조작하여 보험금을 청구하는 행위 - 고의사고, 허위사고, 사고발행 후 보험가입

Cf. **보험범죄**: 보험사기행위 + 보험사기를 위한 문서위조, 상해 등의 범죄행위



2. 보험사기행위의 주요 유형



보험사기행위의 주요 유형

기만에 의한 보험계약의 체결

- 보험계약을 체결함에 있어서 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무위반이 있는 경우(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결)
- 보험사고 발생 후 이를 속이고 보험계약을 체결하는 경우(예컨대, 특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에 그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 그 사실을 모르는 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 하여 보험금을 청구한 경우, 대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도967 판결)

보험사기행위의 주요 유형

사기에 의한 초과보험 및 중복보험의 체결

- 보험계약자의 사기로 인하여 초과보험이 체결된 경우(상법 제669조 제4항)
- 보험계약자의 사기로 인하여 중복보험이 체결된 경우(상법 제672조 제3항)
- ‘사기로 인하여 체결된 중복보험계약’이란 보험계약자가 보험금액을 넘어 위법하게 재산적 이익을 얻을 목적으로 중복보험계약을 체결하는 경우를 말하며, 통지의무의 해태로 인한 사기의 중복보험을 인정하기 위해서는 보험자가 통지의무가 있는 보험계약자 등이 통지의무를 이행하였더라면 보험자가 그 청약을 거절하였거나 다른 조건으로 승낙할 것이라는 것을 알면서도 정당한 사유 없이 위법하게 재산상의 이익을 얻을 의사로 통지의무를 이행하지 않았음을 입증하여야 하고, 단지 통지의무를 게을리 하였다는 이유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 없음(대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결)



7

보험사기행위의 주요 유형

보험금 부정 취득 목적의 다수 보험계약 체결

- 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다23858 판결)
- 보험계약자가 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지를 직접적으로 인정할 증거가 없더라도, 보험계약자의 직업과 재산상태, 다수 보험계약의 체결시기와 경위, 보험계약의 규모와 성질, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있음(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결)



8

보험사기행위의 주요 유형

고의에 의한 보험사고의 유발

- 보험금을 편취할 의사로 고의적으로 보험사고를 유발한 경우(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도17512 판결)

허위의 보험사고 신고

- 보험금을 편취할 의사로 허위로 보험사고를 신고한 경우(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도17512 판결)
- 치료의 실질이 통원치료가거나 필요 이상의 장기입원을 한 후 이러한 사정을 알리지 않은 채 보험회사에 대하여 보험약관에 정한 입원기간을 충족시켰다고 주장하면서 보험금을 청구하는 경우(대법원 2007. 6. 15. 선고 20072941 판결)



9

보험사기행위의 주요 유형

보험사고 내용의 과장

- 환자들이 입원치료의 필요성이 없거나 3일 내지 7일의 단기간의 입원이 필요한데도 그 범위를 초과하여 장기간 입원을 하였고, 이러한 사정을 잘 알고 있는 의사가 국민건강보험공단에 과도한 요양급여비를 청구하여 편취한 경우(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도4665 판결)
- 보험금을 지급받을 수 있는 사유가 있다 하더라도 이를 기화로 실제 지급받을 수 있는 보험금 보다 다액의 보험금을 편취할 의사로 장기간의 입원 등을 통하여 과다한 보험금을 지급받는 경우(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도2134 판결)

보험사고 내용의 허위

- (설령 피고인이 산업재해보상 보험급여를 지급받을 수 있는 지위에 있었다고 하더라도) 피고인이 산업재해보상보험 요양신청서에 부상 발생경위(취중에 다투다가 상해를 입었음에도, 체육활동중에 상처를 입은 것으로 가장)를 허위로 기재하는 등의 부정한 방법으로 요청신청을 하였다면, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 이미 **사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 범위를 벗어난 것으로서 사기죄에 해당**(대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1780 판결)



10

3. 보험사기행위에 대한 민사적 · 형사적 제재



보험사기행위에 대한 민사적 · 형사적 제재

민사적 제재

- **상법 제651조(고지의무위반으로 인한 계약 해지)**: 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있음. 단, 보험자가 계약 당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니함
- **민법 제110조 제1항(사기에 의한 계약 취소)**: 사기에 의한 의사표시는 취소할 수 있음.
- **민법 제103조(반사회질서의 법률행위로서 무효)**: 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결하는 경우 이와 같은 보험계약은 민법 제103조 규정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결)

보험사기행위에 대한 민사적 · 형사적 제재

민사적 제재

• 보험약관에 따른 제재

- (i) “사기에 의한 계약 취소”조항: 사기에 의한 보험계약 체결시 일정 기간 내에 취소 가능
- (ii) 보험약관상 “사기의 경우 계약 해지”조항: 고의에 의한 보험사고 유발 또는 허위 · 과장의 보험금 청구시 일정 기간 내에 해지 가능
- (iii) 보험약관상 “면책조항(보험금을 지급하지 않는 사유)”조항: 고의에 의한 보험사고 유발 등을 면책 사유로 규정



13

보험사기행위에 대한 민사적 · 형사적 제재

형사적 제재

- **보험사기죄**: 보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(특별법 제8조)
 - **상습범에 대한 형량 가중**: 상습범은 형의 1/2까지 필요적 가중(특별법 제9조)
 - **보험사기죄의 가중 처벌**: 보험사기이득액이 5억 원 이상일 경우 아래와 같이 가중 처벌하며, **선택적으로** 보험사기이득액 이하 금액을 병과 가능(특별법 제11조)
 - (i) 보험사기이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
 - (ii) 보험사기이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
 - **미수범에 대한 처벌**: 보험사기죄의 미수범도 처벌(특별법 제10조)
- Cf. 형법 제347조(사기죄) 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반(사기)죄



14

4. 보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관



법무법인(유) 율촌

보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관

보험사기의 적발

(1) 보험회사

- (i) **인지에 의한 적발**: 인수 심사시(인수심사부서) 및 지급심사시(지급심사부서, SIU 및 손해사정사) 적발
- (ii) **제보(신고)에 의한 적발**: 보험사기 신고센터/보험범죄 신고센터 – 개별조사 건 관련 신고 포상 실시
- (iii) **보험사기 방지업무 모범규준(내부통제기준)**

Cf. **SIU**(Special Investigation Unit. 보험조사분석사)

(2) 손해보험협회 공익사업부: 공동조사 및 신고 포상 실시

(3) 생명보험협회 보험범죄방지센터: 공동조사 및 신고 포상 실시



보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관

보험사기의 적발

(4) 금융감독원 보험사기대응단

- (i) **인지에 의한 적발**: 보험사기 상시감시 시스템(상시감시지표), 사회연결망분석(SNA) 기업 도입 등
- (ii) **제보(신고)에 의한 적발**: 보험사기방지센터
- (iii) **조사 및 제재 근거**: 금융위원회(금융감독원)는 공익 또는 건전한 보험거래질서의 확립을 위하여 필요한 경우 보험회사, 보험계약자, 피보험자, 보험금을 취득할 자, 그 밖에 보험계약에 관하여 이해관계가 있는 자에 대한 조사를 할 수 있으며, 정당한 사유없이 조사 요구를 거부, 방해 또는 기피한 자에 대하여 1천만 원 이하의 과태료 부과 가능(보험업법 제162조, 제209조 제3항 제17호)



17

보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관

보험계약, 보험금 지급 및 보험사기 관련 정보의 관리 및 이용

(1) 한국신용정보원

- (i) 보험가입내역 조회시스템(소위 “보험사기 다잡아”): 2006. 7. 이후의 보험계약, 보험금 지급 정보를 처리
- (ii) 그러나, 신용도 판단 정보인 “보험사기자 정보”(금융질서문란자 정보)의 등록 및 이용은 불가

(2) 보험개발원

- (i) 2006. 6.까지의 보험계약 체결 정보를 관리
- (ii) ICPS(보험사고정보 집중시스템)에 의하여 “지급” 정보를 관리(단, 보험계약 체결 정보는 보유하지 않음)



18

보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관

보험사기의 수사 및 유관기관

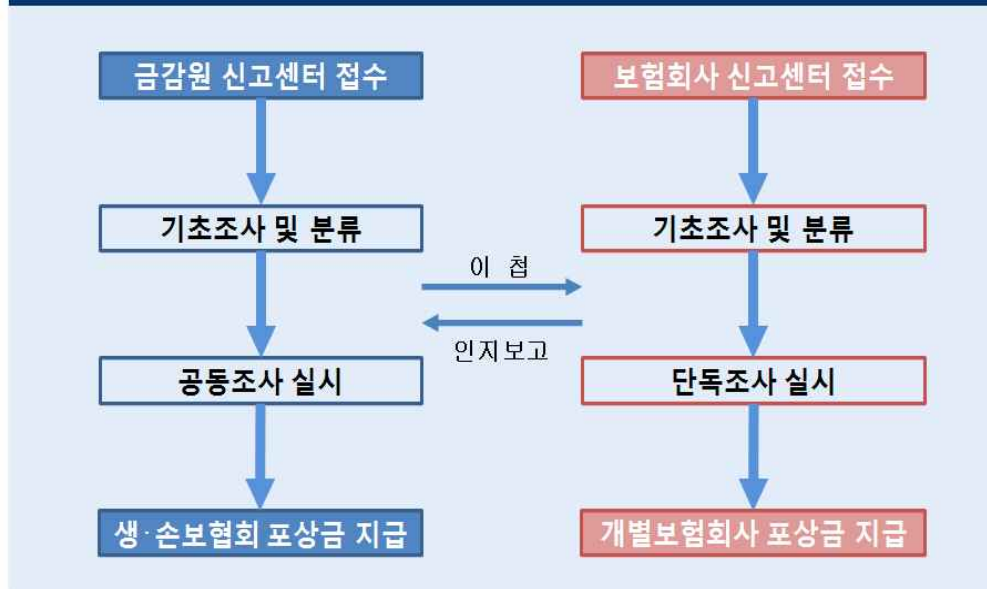
- (1) 정부합동 보험범죄 대책반(서울중앙지검 형사 4부): 검찰, 경찰, 국토교통부, 금융감독원, 건강보험심사평가원, 생명보험협회, 손해보험협회, 건강보험공단 및 근로복지공단 등 9개 기관으로 구성
- (2) 검찰: 보험사기 수사
- (3) 경찰: 지능범죄 수사팀 / 금융범죄 수사팀
- (4) 건강보험심사평가원
- (5) 국민건강보험공단: 건강보험
- (6) 근로복지공단: 산재보험
- (7) 국토교통부: 자동차보험
- (8) 소방방재청: 화재원인 조사



19

보험사기방지 관련 현행 제도 및 관련 기관

보험사기 신고센터 운영 및 포상금 지급 절차

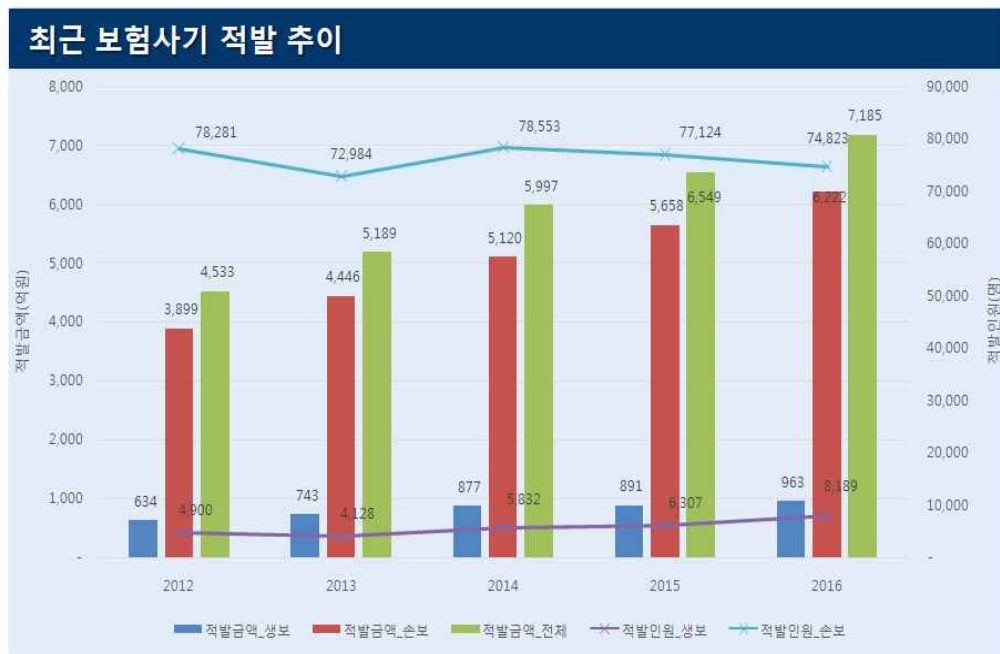


20

5. 보험사기 관련 최근 통계 분석



보험사기 관련 최근 통계 분석



보험사기 관련 최근 통계 분석

보험사기 적발실적

(단위: 백만원, 명, %)

구 분		'14년	'15년	'16년	증감률
적발금액	생 보	87,708	89,077	96,339	8.2
	손 보	512,021	565,808	622,167	10
	계	599,729	654,885	718,506	9.7
적발인원	생 보	5,832	6,307	8,189	29.8
	손 보	78,553	77,124	74,823	△ 3.0
	계	84,385	83,431	83,012	△ 0.5

보험사기 관련 최근 통계 분석

보험사기 유형별 적발금액

(단위: 백만원, 명, %)

구 분		2014		2015		2016		증감률	
		금액	구성비	금액	구성비	금액	구성비	금액	구성비
고의 사고		108,594	18.1	97,479	14.9	121,530	16.9	240,512	24.7
	자살,자해	57,658	9.6	48,528	7.4	76,398	10.6	27,870	57.4
	살인,상해	9,981	1.7	2,843	0.4	4,271	0.6	1,428	50.2
허위·과다 사고		422,376	70.4	496,304	75.8	509,703	70.9	13,399	2.7
	허위(과다)입원	73,513	12.3	99,699	15.2	114,695	16	14,996	15
	허위(과다)장해	18,151	3	29,595	4.5	16,713	2.3	678	7.7
	사고내용조작	106,497	17.8	119,800	18.3	126,614	17.6	6,814	5.7
	피해자(물) 끼워넣기	4,368	0.7	1,751	0.3	1,565	0.2	△186	△10.6
	음주,무면허 운전	74,235	12.4	84,511	12.9	85,197	11.9	686	0.8
	차량도난	4,978	0.8	52,494	8	3,339	0.5	△1,210	△26.6
	운전자 바뀌치기	57,400	9.6	14,570	2.2	54,969	7.7	2,475	4.7
피해과장 전체		39,684	6.6	35,302	5.4	48,526	6.8	13,224	37.5
	자동차사고	31,076	5.2	27,334	4.2	26,703	3.7	△631	△2.3
	병원 과장청구	4,306	0.7	3,403	0.5	9,688	1.4	6,285	184.7
	정비공장 과장청구	4,302	0.7	4,565	0.7	12,136	1.7	7,571	165.8
기타		29,075	4.8	25,800	3.9	38,747	5.4	12,947	50.2
전 체		599,729	100	654,885	100	718,506	100	63,621	9.7

보험사기 관련 최근 통계 분석

보험사기 유형별 적발인원								
(단위: 백만원, 명, %)								
구분	2014		2015		2016		증감률	
	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비
고의전체	6,290	7.5	6,306	7.6	6,524	7.9	218	3.5
자살,자해	1,170	1.4	1,055	1.3	1,080	1.3	25	2.4
살인,상해	81	0.1	72	0.1	164	0.2	92	127.8
허위전체	68,058	80.7	69,662	83.5	68,326	82.3	△1,336	△1.9
허위(과다)입원	7,834	9.3	8,180	9.8	9,531	11.5	1,351	16.5
허위(과다)장해	467	0.6	1,317	1.6	678	0.8	△639	△48.5
사고내용조작	11,536	13.7	10,969	13.1	11,695	14.1	726	6.6
피해자(물) 끼워넣기	706	0.8	501	0.6	437	0.5	△64	△12.8
음주,무면허 운전	19,749	23.4	19,976	23.9	17,692	21.3	△2,284	△11.4
차량도난	251	0.3	176	0.2	121	0.2	△55	△31.3
운전자 바꿔치기	13,573	16.1	12,220	14.6	12,068	14.5	△152	△1.2
피해과장전체	7,186	8.5	5,150	6.2	5,512	6.6	362	7
자동차사고	5,969	7.1	3,809	4.6	4,151	5	342	9
병원 과장청구	320	0.4	920	1.1	641	0.8	△279	△30.3
정비공장 과장청구	897	1.1	421	0.5	720	0.8	299	71
기타	2,851	3.4	2,313	2.8	2,650	3.2	337	14.6
전 체	84,385	100	83,431	100	83,012	100	△419	△0.5

한국상사판례학회

25

보험사기 관련 최근 통계 분석

보험종류별 적발금액·적발인원								
(단위: 백만원, %, %p)								
구분	2014		2015		2016		증감률	
	전체	구성비	전체	구성비	전체	구성비	전체	구성비
생명보험	87,708	14.60%	89,077	13.60%	96,339	13.40%	7,262	8.2
보장성	85,136	14.20%	88,201	13.50%	94,792	13.20%	6,591	7.5
손해보험	512,021	85.40%	565,808	86.40%	622,167	86.60%	56,359	10
자동차	300,793	50.20%	307,475	47.00%	323,075	45.00%	15,600	5.1
장기	179,349	29.90%	242,893	37.10%	274,271	38.20%	31,378	12.9
전체	599,729	100.00%	654,885	100.00%	718,506	100.00%	63,621	9.7
(단위: 명, %, %p)								
구분	'14년		'15년		'16년		증감률	
	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비	인원	구성비
생명보험	5,832	6.9	6,307	7.6	8,189	9.9	1,882	29.8
보장성	5,713	6.8	6,253	7.5	8,096	9.8	1,843	29.5
손해보험	78,553	93.1	77,124	92.4	74,823	90.1	△2,301	△3.0
장기	16,220	19.2	19,760	23.7	20,485	24.7	725	3.7
전체	84,385	100	83,431	100	83,012	100	△419	△0.5

한국상사판례학회

26

6. 보험사기방지 특별법의 주요 내용



보험사기방지 특별법의 주요 내용

주요 내용

- **보험회사의 금감원에 대한 ‘보험사기 의심행위’ 보고**: 보험회사는 보험계약자등의 행위가 보험사기행위로 의심할 만한 합당한 근거가 있는 경우에는 금융위원회(금융감독원)에 보고할 수 있음(제4조)
- **수사기관에의 고발 또는 수사의뢰**: 금융위원회, 금융감독원 및 보험회사는 보험계약자등의 행위가 보험사기행위로 의심할 만한 합당한 근거가 있는 경우에는 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰하거나 그 밖에 필요한 조치를 취하여야 함(제6조)
- **수사기관의 입원적정성 심사의뢰**: 수사기관은 보험사기행위 수사를 위하여 보험계약자등의 입원이 적절한 것인지(“입원적정성”)에 대한 심사(가 필요하다고 판단되는 경우 건강보험심사평가원에 그 심사를 의뢰할 수 있고, 건강보험심사평가원은 의뢰받은 경우 입원적정성을 평가하여 수사기관에 통보해야(제7조)
- **보험사기죄, 상습범, 미수범 및 가중처벌**: 보험사기죄를 신설하고, 상습범에 대해서는 그 형의 1/2까지 가중하며, 미수범도 처벌하고, 보험사기이득액이 5억 원 이상이면 가중처벌 및 선택적 벌금 병과(제8조 내지 제11조)

보험사기방지 특별법의 주요 내용

주요 내용

- **보험사고 조사시 보험계약자등의 개인정보 보호:** 보험회사는 보험사고 조사 과정에서 보험계약자등의 개인정보를 침해하지 않아야(제5조 제1항)
- **보험사고 조사를 이유로 한 부당한 보험금 지급 지체 등의 금지:** 보험회사는 아래의 사유 없이는 보험사고 조사를 이유로 보험금의 지급을 지체, 거절하거나 삭감하여 지급할 수 없음(제5조 제2항)
 1. 해당 보험계약의 약관 또는 다른 법령에서 보험금 지급을 지체 또는 거절하거나 삭감하여 지급하도록 정하는 경우
 2. 보험회사가 보험사고 조사 과정에서 법 제4조에 따른 보험계약자등의 행위가 보험 사기행위로 의심할 만한 합당한 근거가 있는 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우(보험금의 지급 지체에 한정)
 - 가. 법 제4조에 따라 금융위원회에 보고한 경우
 - 나. 법 제6조에 따라 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰하거나 그 밖에 필요한 조치를 한 경우

Cf. 특별법 개정안(김관영 의원 대표 발의): 제5조 제2항 위반시 시정조치나 과징금, 부과

보험사기방지 특별법의 주요 내용

주요 내용

- **보험사고 조사를 이유로 한 부당한 보험금 지급 지체 등의 금지:** 보험회사는 아래의 사유 없이는 보험사고 조사를 이유로 보험금의 지급을 지체, 거절하거나 삭감하여 지급할 수 없음(제5조 제2항)
 3. 보험회사가 보험사고 조사 결과에 따라 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우(단, 보험회사가 부당하게 보험금의 지급을 지체하거나 보험금의 감액 합의 또는 보험금 청구권의 포기를 유도하기 위한 목적으로 소(訴)를 제기하거나 조정을 신청한 것으로 인정되는 경우는 제외)
 - 가. 소를 제기한 경우
 - 나. 「민사조정법」 또는 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따른 조정을 신청한 경우
 4. 그 밖에 보험회사가 보험금의 지급을 지체 또는 거절하거나 삭감하여 지급할 수 있는 합리적인 이유가 있는 경우로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우

보험사기방지 특별법의 주요 내용

주요 내용

- **민감정보 및 고유식별정보의 처리:** 금융위원회, 금융감독원장 및 건강보험심사평가원은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 **건강에 관한 정보**, 같은 법 시행령 제18조제2호에 따른 **범죄경력자료에 해당하는 정보**, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령」 제29조에 따른 **주민등록번호, 여권번호, 운전면허의 면허번호, 외국인 등록번호 또는 국내거소신고번호가 포함된 자료**를 처리할 수 있음(시행령 제5조)
 1. 법 제4조에 따른 보고의 접수에 관한 사무
 2. 법 제6조제1항에 따른 고발 등 조치에 관한 사무
 3. 법 제7조제2항에 따른 입원적정성의 심사에 관한 사무
- **다른 법률에 우선:** 보험사기행위의 조사·방지 및 보험사기행위자의 처벌에 관하여는 다른 법률에 우선하여 특별법을 적용함(제3조)



31

7. 보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과



보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과

시행 1년의 성과 분석

- **통계의 부재:** 특별법은 2016. 9. 30.부터 시행되었는바, 아직 2017년도 대한 통계가 나오지 않아 정확한 성과를 분석하기 어려움(참고로, 금융감독원은 매년 보험사기 관련 통계를 집계하여 발표하고 있는데, 특별법이 시행된 2017년에 대한 통계는 2018년에 집계, 발표될 예정)
- **보험사기방지의 사회적 이슈화:** 특별법 시행을 전후하여 대대적인 홍보작업이 이루어진 관계로 보험사기방지를 사회적으로 이슈화하는 데에 성공하였다는 평가
- **보험회사의 금융감독원에 대한 보험사기 의심행위 보고:** 상당히 잘 활용되고 있으나, 아직까지 정확한 통계는 없음
- **수사기관의 입원적절성 평가 의뢰:** 수사기관은 특별법에 따라 건강보험심사평가원에 대한 입원적절성 평가를 매우 적극적으로 활용하고 있음. 다만, 건강보험심사평가원의 인력 부족, 평가기준 등의 부재로 인하여 입원적절성 평가가 제대로 성과를 내지는 못하고 있는 실정
- **보험사기죄로 처벌 사례 부존재:** 아직까지 특별법에 따라 보험사기죄로 처벌된 사례는 발견하지 못함



33

보험사기방지 특별법 시행 1년의 성과

시행 1년의 성과 분석

- **보험사고 조사를 이유로 한 부당한 보험금 지급 지체 등의 사례는 거의 부존재:** 이 부분에 관해서는 특별법 제정시 논란이 많았으나, 지난 1년 동안 보험사고 조사를 이유로 부당하게 보험금의 지급을 지체 또는 거절하거나 삭감하여 지급하였음을 이유로 민원이 제기된 사례는 거의 없음



34

8. 보험사기방지 관련 개선 과제



보험사기방지 관련 개선 과제

1. 특별법상 보험사기행위의 정의 수정 필요

- 특별법 제2조 제1호에서의 정의 내용: “보험사기행위”란 보험사고의 발행, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위
- 비판:
 - (i) 기망에 의한 보험계약, 사기에 의한 초과보험 및 중복보험의 체결, 보험금 부정취득 목적 다수 보험계약의 체결 등과 같은 보험사기행위를 포섭하지 못함
 - (ii) 특별법 제2조 제1호의 정의에 따른 경우 “사기에 의한 보험계약의 체결” 등에 관해서는 특별법을 적용하지 못하는 문제가 발생할 우려 있음
- 의견: 사기의 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 행위 등도 포섭할 수 있도록 특별법 제2조 제1호의 정의 내용을 개정할 필요

보험사기방지 관련 개선 과제

2. 벌금의 '필요적 병과'로 개정 필요

- **벌금의 선택적 병과:** 특별법 제8조 규정의 보험사기죄에 대해서는 징역 또는 벌금을 선택하여 처벌할 수 있고, 제11조 규정의 보험사기죄 가중처벌의 경우에는 '보험사기이득액 이하의 벌금'을 선택적으로 병과할 수 있음(제11조 제2항)
- **비판:**
 - (i) 제8조 보험사기죄의 경우 징역형을 선택하면 벌금형을 부과할 수 없고, 가중처벌의 경우에도 현실적으로 벌금형을 병과하여 부과될 가능성이 적어, 보험사기자에게 보험사기이득액이 남아 있게 될 가능성이 있음
 - (ii) 보험회사의 보험금반환청구 가능성에 불구하고, 보험사기자에게 보험사기로 인한 이득액이 남을 가능성이 있으며, 그 만큼 보험사기 예방 또는 억제 효과가 저감될 가능성 있음
- **의견:** 보험회사의 민사상 보험금반환청구가 현실적으로 실효를 거두지 못할 우려가 상당히 있으므로, 형사적으로 '보험사기이득액 이하의 벌금'을 필요적으로 병과하게 함으로써, 보험사기자에게 어떠한 경제적 이익도 남지 않도록 할 필요 있음

7

보험사기방지 관련 개선 과제

3. 금융감독원의 관계기관 등에 대한 조사권 명확화

- **금융감독원의 조사권:** 금융위원회(금융감독원)는 공익 또는 건전한 보험거래질서의 확립을 위하여 필요한 경우 보험회사, 보험계약자, 피보험자, 보험금을 취득할 자, 그 밖에 보험계약에 관하여 이해관계가 있는 자(이하 총칭하여 "관계자")에 대한 조사를 할 수 있으며, 조사에 필요한 경우관계자에게 진술서, 장부 및 서류 등의 제출을 요구할 수 있음(보험업법 제162조, 제209조 제3항 제17호)
- **비판:** 보험업법 제162조 규정의 "관계자"에 공제회, 건강보험공단, 건강보험심사평가원, 근로복지공단, 소방방재청 등 관계기관 및 병원이나 정비업체가 포함되는지가 불명확하여, 위 관계기관 등에 대한 자료 요청 등이 현실적으로 어려움
- **의견:** 금융감독원이 보험사기 조사 목적상 필요한 경우 공제회 등 관계기관, 병원 및 정비업체 등에 자료 요청 등을 할 수 있도록, 보험업법 제162조 제1항을 개정하여 위 관계자에 관계기관 등이 포함되도록 명시할 필요 있음

8

38

보험사기방지 관련 개선 과제

4. 보험계약의 체결, 보험금 지급 및 보험사기자 관련 정보의 집중 관리 필요

- **한국신용정보원이 현재 처리하는 보험정보:** 한국신용정보원은 2006. 7. 이후의 보험계약 체결 및 보험금 지급 정보를 처리하고 있으나, (i) 보험사기자 정보 및 (ii) 2006. 6.까지의 보험계약 체결 정보는 처리하지 못하고 있음
- **비판:**
 - (i) 보험사기 방지에 필요한 정보가 한 곳에 집중하여 관리되지 못하는 문제가 있음
 - (ii) 보험사기 관련 검찰의 공소장 및 법원의 형사판결문이 한국신용정보원이나 보험감독원 등에 제공되지 않아 보험사기 방지에 있어서 이러한 정보를 활용하지 못하는 문제 있음
- **의견:**
 - (i) 보험사기자 정보 및 2006. 6.까지의 보험계약 체결 정보를 한국신용정보원에서 통합하여 처리할 수 있도록 개선할 필요 있음
 - (ii) 보험사기 관련 검찰의 공소장 및 법원의 형사판결문이 한국신용정보원에 제공되어 이용될 수 있도록 할 필요 있음

39

보험사기방지 관련 개선 과제

5. 민감정보 및 고유식별정보의 처리 근거

- **특별법 시행령 제5조:** 금융위원회, 금융감독원장 및 건강보험심사평가원은 보험사기행위의 보고 접수, 수사기관에의 고발 등 또는 입원적정성 심사의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 **건강에 관한 정보**, 같은 법 시행령 제18조제2호에 따른 **범죄경력자료에 해당하는 정보**, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령」 제29조에 따른 **주민등록번호, 여권번호, 운전면허의 면허번호, 외국인 등록번호 또는 국내거소신고번호가 포함된 자료**를 처리할 수 있음
- **비판:** 법률(특별법)에 구체적인 위임근거규정이 존재하지 않음
- **의견:** 특별법에서 민감정보 및 고유식별정보 처리에 관하여 규정하여가 시행령에 위임하는 근거규정을 마련할 필요 있음

40

보험사기방지 관련 개선 과제

6. 보험사기행위에 대한 민사적 제재 명문화

- **특별법상 관련 조항 부존재**: 보험사기행위의 경우 보험계약의 효력, 보험금 청구권의 소멸, 보험회사의 보험금반환청구권, 경과보험료의 보험사 수취권 등에 관한 명시적인 규정이 부존재
- **비판**: 특별법에 그와 같은 사항에 관한 명시적인 규정이 없어, 보험사기의 경우 법률관계가 불명확함(예컨대, 민법 제103조로 인한 무효시 경과보험료 반환의무 존재 여부 등)
- **의견**: 보험사기의 경우 관련 당사자들 사이의 법률관계를 명확히 함으로써 법률관계의 예측가능성을 높이고 보험사기에 대한 억지력을 높이기 위하여, 특별법에서 보험사기행위시 민사적 법률관계에 대하여 명시적으로 규정할 필요 있음



41

보험사기방지 관련 개선 과제

7. 입원적정성 심사 관련 개선 필요 사항

- **특별법 제7조 규정의 입원적정성 심사의뢰**: 특별법에서 입원적정성 심사의뢰제도에 대하여 규정하고 있으나, 예산문제 및 심사기준 등에 관해서는 아무런 언급이 없음
- **비판**:
 - (i) 건강보험심사평가원의 예산 부족(인력 부족 등)으로 인하여 입원적정성 심사가 상당히 지연되고 있음
 - (ii) 심사기준이 없어 요양기관별 입원기간의 적정성만 평가하는 등 심사에 한계가 발생함



42

보험사기방지 관련 개선 과제

7. 입원적정성 심사 관련 개선 필요 사항

• 특별법 개정안

(1) 김승희 의원 대표 발의안: 입원적정성 심사의뢰시 수사기관이 심사업무에 필요한 비용을 지원할 수 있도록 규정

(2) 정태욱 의원 대표 발의안:

- (i) 보험사기방지기금의 설치: 보험회사의 출연금으로 기금 설치
- (ii) 입원적정성 심사에 필요한 재원: 보험사기방지기금으로 충당
- (iii) 입원적정성 심사기준 등: 입원적정성 심사기준 등에 관해서는 대통령령으로 정함



43

보험사기방지 관련 개선 과제

7. 입원적정성 심사 관련 개선 필요 사항

• 의견:

- (i) 예산 부족 문제: 보험사기행위는 민간보험뿐만 아니라 건강보험 및 산재보험 등 공적 보험도 관계된다는 점, 보험사기범죄에 대한 수사 책임은 수사기관에 있다는 점 등을 종합적으로 고려하여 예산 부담 문제를 결정하는 것이 타당
- (ii) 심사기준 등: 특별법을 개정하여 관련 내용이나 근거를 규정할 필요



44



감사합니다



법무법인(유) 율촌 (서울 사무소)

서울특별시 강남구 테헤란로 518, 12층 (대치동)
Tel: 02-528-5200 Fax: 02-528-5228 E-mail: mail@yulchon.com

베트남 (호치민 사무소)

Unit 03, 4th Floor, Kumho Asiana Plaza, 39 Le Duan St., Ben Nghe Ward,
Dist. 1, Ho Chi Minh City, Vietnam
Tel: +84 9 3911 0225 Fax: +84 9 3911 0230 E-mail: eyang@yulchon.com

베트남 (하노이 사무소)

Suite 2502, Keangnam Hanoi Landmark Tower, Pham Hung
Street, Tu Liem District, Hanoi, Vietnam
Tel: +84-4-3837-8200 Fax: +84-4-3837-8230 E-mail: eyang@yulchon.com

중국 (북경 사무소)

9F SK Tower, 6A Jianguomenwai Avenue, Chaoyang District, Beijing,
100022, P.R. China
Tel: +86-10-8567-0828 Fax: +86-10-8567-0738 E-mail: Beijing@yulchon.com