연구보고서

재벌개혁을 위한 입법과제

2012. 8.

민주정책연구원
The Institute for Democracy and Policies

연구보고서

「민주정책연구원」 귀중

본 보고서를 민주정책연구원 연구용역 「재벌개혁을 위한 입법과제」 최종 보고서로 제출합니다.

2012. 8.

연구책임자 김 성 진
(민주사회를위한변호사모임 민생경제위원회 변호사)

재벌개혁을 위한 입법과제

< 요 약 >

1. 재벌의 지배구조의 개선에 관한 법 논의

회사단위를 넘어 기업집단 전체를 하나의 단위로 하여 경영을 하는 것에 대하여, 독일의 경우 기업집단에 대한 규율을 정립함으로써 종속회사의 주주나 채권자가 지배회사 또는 지배회사의 이사들을 상대로 그 책임을 묻을 수 있도록 하는 법 체제를 발전시켜 왔다. 유럽공동체(EU)차원의 입법에서 있어서는, 각 나라마다 기업의 문화와 운영방식 등의 차이가 커서 공통된 기업집단법을 입법하지 않고 각 국가마다 전통적인 회사법 체계 내에서 필요에 따라 회사단위를 뛰어 넘는 기업집단 단위의 개별규정을 도입하는 방법으로 기업집단을 규율하는 법체계를 발전시키고 있다. 한국에서 재벌이라는 기업집단 단위의 지배구조에 관한 입법을 논의하는 문제, 즉 "재벌 지배구조 개선에 관한 특별법" 논의에 있어서는 이와 같은 두 가지 방식의 입법논의를 모두 열어 놓고 논의를 할 필요가 있다.

독일식의 기업집단법처럼 단일체계의 기업집단법을 도입하는 방식은 지배회사가 종속회사를 지배하는 계약을 체결하여 투명하게 공시하도록 함으로써 재벌 기업집단 단위의 경영이 어떻게 이루어지고 이익이 어떻게 배분되는지 등 지배구조 문제를 주주, 채권자 등 이해관계자들이 투명하게 알고 관리할 수 있으며, 아울러 사실상, 암암리에 종속회사를 지휘하여 종속회사와 그 주주, 채권자들에게 피해를 입히는 불이익한 법률행위나 불이익 조치에 대하여 지배회사나 지배회사의 이사들에게 책임을 물을 수 있다는 장점이 있다. 하지만 지배기업이 종속기업에 대하여 경영상 지휘를 할 수 있는 내용과 방식을 포함하는 지배계약이나 이익인도계약 등을 체결하여 이를 법인등기부에 공시하면 법적으로 지배기업이 그 종속기업 내부의 의결이나 집행체계와 관계없이 지휘할 수 있다는 취지는 그 도입에 있어서 깊은 논의의 필요가 있을 것으로 예상된다.

한편, 우리 회사법이나 공정거래법 체계의 곳곳에 이러한 지배주주나 지배회사와 관련한 규정이 산발적으로나마 존재하고 있고 또한 현재 규정되어 있는 회사법이나 공정거래법의 내용을 기업집단 단위로 확대하여 적용하는 방식으로 내용을 개정하여 이를 종합하고 체계화한다면 독일식의 단일화된 기업집단법 체계의 장점을 취하는 효과를 기대해 볼 수도 있다. 이러한 후자의 방식은 이미 우리 회사법 체계인 상법이나 자본시장법과 공정거래법에 있는 규정을 그대로 활용한다는 점에서 이미 법규범에 대한 경험이 있어 생경한 제도 도입에 대한 저항을 줄일 수 있고, 불필요한 세부적 법리논쟁을 피할 수 있어 입법의 수월성을 기대할 수 있다는 것이 장점일 것이다.

2. 중소기업과 중소상인 보호

먼저, 중소기업 및 중소상인 적합업종 보호 특별법 논의이다. 중소기업청장이 중소기업 및 중소상인 적합업종 심의위원회의 심의를 거쳐 지정하는 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장하기 위해서는 중소기업청장의 승인을 받아야 하고, 이미 적합업종에 진출한 재벌기업에 대하여는 중소기업청장이 1차적으로 사업이양권고를 하고, 이를 불이행할 시에는 2차적으로 중소기업청장은 해당 대기업 등에 대하여 주식의 처분, 기업의 분할, 임원의 사임, 영업의 양도, 영업분리 등을 명할 수 있도록 한다. 현재 공정거래법 제7조에는 대기업이 중소기업이 영위하는 시장에 진출하여 시장점유율 5% 이상을 차지하는 경우 위와 같은 주식처분 등의 강제명령을 발할 수 있도록 하고 있는데, 이와 같은 공정거래법상의 사전 규제방식을 중소기업·중소상인 적합업종으로 지정되어 있는 업종에 대하여는 시장점유율에 상관없이, 또한 진출시에만 규제하는 것이 아니라 이미 진출한 경우에도 적용하는 것이다(중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정).

기업분할·계열분리 명령제는 두 차원에서 접근이 필요하다. 먼저, 이 제도를 처음 고안한 미국과 같이 독점해체, 재벌해체의 수단으로 도입하는 것이다. 예를 들면, (i) 유류, 통신, 전자 등 독과점이 심각하고 자주 담합행위가 발생하여 소비자의 후생이 크게 침해되는 재벌기업에 대하여 그 기업의 분리를 명하거나, (ii) 산업재벌이 금융기관까지 지배하는 경우 금융과 산업을 분리하도록 명하거나, (iii) 제조업·보험·건설·유통 등 각 산업에서 문어발식 지배로 경제 전체에 대한 지배력이 과도할 경우 그러한 산업을 계열에서 분리하도록 하여 독과점의 폐해를 해소하는 것 등이 될 것이다. 이러한 강력한 재벌해체 내지 독점해체 수단은 미국과 같이 행정부가 법원에 재벌 내지 독점해체의 명령을 청구하는 방식이 바람직하다. 범위를 좁혀서 계열분리제도를 중소기업 보호의 관점으로 접근하는 방법이 있다. 현행 공정거래법 제7조에서는 사전적 규제로서 새로운 기업을 설립하거나 다른 기업을 인수하여 대기업이 중소기업이 영위하는 시장영역에 진출하여 5% 이상의 시장점유를 하는 경우 주식매각, 영업분리, 임원사임, 영업양도 등을 명할 수 있도록 되어 있으나, 사후적인 조치에 대하여 정한 바가 없다. 이러한 사전적 규제의 취지를 사후적으로도 일관하여 적용하기 위해서는 사후적으로 시장점유율이 5%가 넘는 경우 기업분할, 계열분리 명령을 통하여 해당 대기업이 중소기업이 영위하던 시장에서 사업을 철수하도록 하는 입법이 필요하다. 이는 재벌해체 수준의 기업분할·계열분리 판결 청구제보다는 논란이 크지 않을 것이다(공정거래법 개정). 위 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법에서 사업이양 명령의 내용도 이와 같은 입법취지이다.

유통재벌의 동네상권 침해문제에 대한 도시계획적 측면에서의 진출규제와 영업시간 규제 등을 통하여 동네상권을 보호하자는 내용이다. 독일·프랑스 등 서구유럽 국가의 법제에서는 대형마트가 발생시키는 교통·소음 문제 등 생활환경 측면 문제에서 주거지역 등 일정한 용도지역에는 진출을 규제하고 있고, 상업지역 등 허용지역에서도 매출영향평가를 통하여 주변 상인들에게 영향이 최소화하는 경우만 진출을 허가하고 있다. 또한 같은 유럽 국가들은 유통근로자들의 노동권 보호의 명분으로 늦은 저녁시간이나 야간 영업과 휴일에는 원칙적으로 영업을 금지하고 예외적으로 식품 등 일부 품목에 대해서만 제한된 시간 범위에서 관할관청의 허가를 받아 영업을 하도록 하고 있다. WTO, FTA 등 국제거래관계에서도 일반적으로 그 규제 정당성이 인정되고 있는 도시계획, 생활환경, 노동권 보호 등을 근거로 유통재벌의 동네상권 진출규제와 이미 진출한 대형마트에 대하여는 영업시간을 규제하여 반사적으로 중소상인들의 생존영역을 넓힐 수 있도록 하자는 것이다(유통산업발전법 개정).

중소기업에 대하여는 먼저, 중소기업 강국인 독일·일본·대만 등과 같이 중소기업이 사업조합 단위로 공동납품, 공동협상, 공동구매 등 공동행위를 할 수 있도록 하기 위해서, 이를 담합행위로 처벌하는 공정거래법을 개정할 필요가 있다(공정거래법 개정). 또한 납품단가의 공정한 결정과 표준하도급계약서 미사용시 하도급업체에 고지 및 공정위 신고의무, 구제실효성을 높이기 위한 손해배상명령제, 징벌적 손해배상, 전속고발권 폐지, 중소기업 조합의 분쟁절차에서의 당사자성 인정 등을 통하여 불공한 하도급관행을 개선한다(하도급공정화에관한법률 개정).

3. 재벌의 투자에 대한 규제

다수의 계열사로 이루어진 재벌은 총수일가가 5% 이하의 지분을 소유하고 있는 소수주주임에도 불구하고 계열사 전체에 대한 지배권을 행사하고 있다. 유통재벌은 성장이 한계에 다다르자, 골목상권 진출 등 영세자영업 내지 중소기업업종으로의 진입을 통해 경제력 집중현상은 더욱 심화되고 있다. 재벌로의 경제력 집중을 억제하기 위하여, 동일한 기업집단에 속하는 국내 회사들의 자산총액의 합계액이 10조원 이상인 기업집단에 속하는 회사에 대해 당해 회사의 순 자산액에 100분의 25을 곱한 금액을 초과하여 다른 국내회사의 주식을 취득 또는 소유하는 것을 원칙적으로 금지하고, 출자총액을 제한하여 출자한 주식은 3년 이내에 처분하도록 한다.

순환형 출자를 통해 계열사를 지배하는 총수는 기업집단에 속하는 기업에 대해 실제 출자한 자본은 얼마되지 않아도 회사의 의결권을 통해 회사를 지배하게 되어 소유와 지배의 괴리현상이 발생하게 된다. 환상형 순환출자는 다른 주주의 지분적 이익을 침해를 할 뿐만 아니라 결국 기존 경영진들이 기득권유지를 위해 참호를 파는 이른바 참호구축효과가 있어 지배주주의 지배력 유지 및 강화, 지배권의 승계를 위한 방법으로 이용되어 경제력 집중을 심화시키는 결과를 초래한다. 순환출자구조를 이용한 불법 또는 편법적인 대주주의 지배권의 승계는 출자를 통한 투자 및 사업다각화라는 합리적인 기업의 선택에 왜곡을 초래한다. 이러한 기업의 출자 및 투자의 왜곡은 궁극적으로 경제 전반에 걸쳐 효율성과 생산성 향상을 저해할 것이다. 이러한 문제점을 시정하기 위해, 상호출자제한기업집단에 속하는 회사에 대하여 순환출자를 원칙적으로 금지하고 기존 순환출자는 3년 이내에 이를 해소하도록 한다.

4. 재벌·대기업의 담합행위 규제와 소비자 보호

그동안 일반적 집단소송법 도입에 대하여는 반대논의도 많았던 만큼 소비자분쟁에 한하여 피해자 권리참가 신고를 한 소비자에 대하여만 그 판결의 효력이 미치게 하는 OPT -IN 방식으로 그 범위를 제한하여 소비자집단소송법을 도입하고 입증책임의 전환, 표본적 감정 등 입증방법의 완화 등을 통하여 소비자 피해구제가 좀 더 쉽도록 함으로써 일상화되어 있는 재벌·대기업의 담합행위로 인한 주요 생필품 시장의 독과점 가격구조를 개선할 수 있도록 한다(소비자집단소송법 제정). 공정거래법에 사업자나 사업자단체 등이 시장지배적 지위남용행위 또는 부당공동행위를 할 경우, 이에 대하여 3배 배상을 하는 징벌적 손해배상 규정을 신설할 필요가 있다(공정거래법 개정).

5. 재벌개혁과 경제민주화를 위한 조세개혁

재벌·대기업에 과도하게 집중되어 있는 각종 특혜감세제도를 축소하기 위하여 조세특례제한법상 조세감면으로 일정한 최저선 이하로 실효세율이 내려가는 막기 위하여 설정해 놓은 최저한세율을 과세표준 1천억원 이상의 대기업에 대하여는 20%까지 인상하고 고용투자세액공제 제도 등은 한시적 존속기간이 만료되면 일몰되도록 하여 특혜감면제도를 점진적으로 폐지하여 재벌·대기업의 실효세율을 높인다. 아울러, 법인세 과세표준 1천억원(2009년 현재 190개 기업) 이상에 27%의 세율을 부과하는 최고세율구간을 신설한다. 재벌의 특혜적 일감몰아주기에 대하여는 이러한 일감몰아주기로 상승한 주가가치분에 대하여 증여세와 처분시 소득세를 부과한다.

목 차

I. 들어가며 ····· 1

II. 재벌의 지배구조에 대한 규제 및 개선 ····· 4
1. 규제의 취지와 방식 ····· 4
2. 독일식 기업집단법의 도입(기업집단법 제정) ····· 6
3. 상법 등 개정을 통한 기업집단 규제 입법(상법 등 개정) ····· 46

III. 재벌의 사업행위에 대한 규제 - 중소기업, 중소상인 보호 ····· 78
1. 중소기업·중소상인 적합업종 보호 제도(중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정) ····· 78
2. 기업분할명령제•계열분리명령제 도입(독점규제 및 공정거래 등에 관한 법률 개정) ····· 93
3. 중소기업의 공동행위 허용(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정) ····· 108
4. 불공정 하도급거래 개선(하도급거래 공정화에 관한 법률의 개정) ····· 113
5. 유통재벌 규제 - 진출규제와 영업시간 규제(유통산업발전법 개정) ····· 136

IV. 재벌의 투자에 대한 규제 ····· 186
1. 서론 ····· 186
2. 재벌의 투자에 대한 규제입법례 ····· 187
3. 출자총액규제(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정) ····· 188
4. 순환출자규제(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정) ····· 192
5. 결론 ····· 196
6. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 ····· 197

V. 재벌의 담합행위 규제와 소비자 보호 ····· 200
1. 서론 ····· 200
2. 소비자집단소송법의 도입 ····· 201
3. 징벌적 손해배상제도의 도입 ····· 214
4. 관련 법률의 제정 및 일부개정법률안 ····· 219

VI. 재벌에 대한 조세개혁 ····· 235
1. 서론 ····· 235
2. 현행 조세제도의 문제점 및 재벌에 대한 조세부담 증가의 필요성 ····· 236
3. 내부지원성거래(일감몰아주기) 심화에 따른 조세정의의 훼손 ····· 251
4. 결론: 조세제도의 개혁 ····· 270
5. 보론: 재벌일가 등 고소득자에 대한 과세의 문제 ····· 271
6. 관련 조세법의 개정안 ····· 274

VII. 재벌개혁 입법과제의 입법에 따른 기대효과 ····· 282

VIII. 맺음말 ····· 288

Ⅰ. 들어가며
- “상생”과 “동반성장”에서 “제도적 재벌규제”로

군사독재정권의 상징과 같은 관치경제를 극복하겠다며 문민정부-국민의정부-참여정부, 그리고 이명박 정부까지 도도하게 흘러온 무차별적 규제완화, 시장(재벌)방임 정책의 신자유주의적 국가운영 전략의 결과는 20여 년이 지난 지금에 돌이켜 보면 결국 거대 재벌의 완벽한 시장지배로 귀결되고 있음을 알 수 있다. 안정된 일자리는 풍비박산 나서 비정규직과 노동빈곤층이 만연하고, 쫓겨난 노동자들이 대거 자영업으로 진출하여 자영업이 비대해지고, 중소기업과 중소상인 보호를 위한 각종 규제가 시장자율과 글로벌 스탠더드의 미명하에 사라지면서 이에 따른 각계각층의 생존권의 위협과 민생의 파탄이 확연해졌다.

부동산정책만 보더라도 무주택자 우선청약제 폐지, 토지공개념법(토지초과이득세법) 폐지, 분양가상한제 폐지, 다주택자에 대한 양도소득세 감면 등. 어느 보수정권에서나 추진했을법한 부동산정책이지만 1998-2000년 불과 1-2년 사이에 김대중 정부에서 부동산경기 활성화를 통한 경기부양을 목적으로 추진한 정책들이었다. 부동산투기가 만연하고 집값이 치솟자 공공임대 100만호 건설, 부동산 보유세 강화 등 부동산대책을 내놓았지만 이러한 대책은 10년은 걸려야 제대로 실현될 수 있는 장기대책이었고 부동산투기 규제정책이 다시 부활한 것은 2007년 무렵이었다. 이미 너무도 때늦은 뒤였다. 서민들의 금융기관이었던 저축은행의 대출한도를 풀어주고 저축은행의 통폐합과 대형화, 건설회사에 대규모 PF대출을 할 수 있도록 하여 저축은행 부실의 단초를 마련했던 것도 노무현 정부에서였다. 각종 건설 PF대출의 주역인 시행사 제도를 개발한 것도 김대중 정부에서 주택경기 활성화차원에서 나온 대책이었다. 그리고 이러한 부동산투기 억제제도의 폐지, 저축은행 감독규제 완화의 논리적 근거는 관치경제의 극복, 시장자율, 규제완화였다.

이제는 보편화된 대량의 정리해고, 기간제·파견 등 비정규직 고용형태는 불과 15년 전만 해도 일반적으로 허용되는 것이 아니었다. 김대중 정부는 기업의 경쟁력을 높이기 위해서 고용보호와 고용형태 규제의 완화는 불가피하다며 정리해고, 기간제·파견 등을 광범위하게 허용하는 정책을 추진하였다. 고용보험이나 직업훈련 등 복지정책을 통하여 그 부작용을 보완할 수 있다는 보완치유론도 있었고 아예 고용의 유연성과 안정성의 두 마리 토끼를 다 잡았다는 덴마크 모델이 이상형으로 제시되기도 하였다. 덴마크는 정리해고나 고용형태의 유연성을 허용하면서도

최대 4년까지 종전소득의 80%까지 지원하는 고용보험, 직업훈련 - 자격취득 - 재취업으로 이어지는 적극적 노동시장정책이 잘 결합되어 고용의 유연·안정성을 이룩한 나라로 소개되었다. 하지만 우리의 경우 고용의 유연화는 불과 몇 년 사이에 백배, 천배 진행되었지만 고용의 안정화 정책은 덴마크의 문턱도 가지 못하는 불균형을 보였다. 고용관계 내에서 고용을 안정화하여 근로자의 복지와 중산층화를 구현한다는 고용전략 자체가 부재하였다. 안정된 일자리에서 쫓겨난 근로자들이 자영업으로 몰려 자영업자 비중이 OECD 평균의 2배가 되고 이것은 자영업의 몰락으로 이어졌다. 우리에게 닥친 850만의 비정규직, 400만의 노동빈곤층(워킹푸어), 400만의 실질실업자, 110만의 청년실업자 등의 참담한 현실의 단초는 이미 김대중·노무현 정부의 무원칙한 규제완화, 시장방임의 신자유주의 정책에서 비롯되었다.

중소상인의 경우를 보면 김영삼 정부는 세계화, 글로벌 스탠더드를 외치며 불필요한 규제를 없앤다며 중소기업 고유업종제도 철폐를 추진하였고, 김대중 정부는 본격적으로 이 제도를 해체하기 시작하여 노무현 정부에서는 거의 완성 단계에 이르렀다. 그 결과는 재벌의 시장독식이 강화된 것뿐이었다. 김대중·노무현 정부는 중소기업·중소상인 보호, 고용보호, 부동산투기억제, 서민금융 보호 등 수많은 규제를 관치금융 극복, 시장민주주의라는 명분으로 제거해 나갔다. 하지만 각종 공익적 규제가 사라지자 예상과 달리 시장은 결과는 재벌의 지배력 강화, 양극화, 서민과 중산층의 삶의 질 저하로 나타났다. 이명박 정부는 적극적인 재벌우대 정책으로 한발 더 나갔다. 재벌우대정책이 투자확대-고용확대-하청 중소기업의 수익확대로 이어질 것이라고 호언했지만 결과는 참담한 실패로 나타났다. 고용 없는 성장, 재벌의 골목상권 장악, 식자재도매, 빵집·떡집, 문구·공구 등을 가리지 않는 무차별인 중소상인 영역 침탈이 가시화되자 결국 국민적 분노가 폭발하고 있다. 노무현 정부가 '상생'을 외치고 이명박 정부가 '동반성장'을 외치는 과정에서 재벌은 순식간에 중소기업과 중소상인 시장영역을 장악해 나갔다. '상생' 담론의 첨단을 보여주는 동반성장위원회가 아무런 성과를 내지 못하고, 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률에서 '상생' 전략의 핵심 수단인 '사업조정제도'라는 것이 재벌 대형마트의 소주·담배·쓰레기봉투 판매 금지 권고라는 한심한 대안밖에 내놓지 못하는 것은 무엇을 말하는가? 이것은 정부가 얘기하는 상생과 동반성장 담론의 기본 철학이 재벌을 법과 제도로는 규제할 수 없고 재벌을 설득하여, 혹은 여론의 힘으로 압박하여 시혜적인 차원에서 중소기업과 중소상인에게 양보하게 한다는 시장(재벌)방임이라는 것을 보여주는 것이다.

법과 제도로 재벌을 개혁할 수 없다는 정부의 소극적 태도는 동네골목상권의 보호를 위한 유통산업발전법 개정이나 재벌의 하청구조에 편입되어 있는 중소기업 보호를 위한 하도급법 개정 논의 과정에서도 극명하게 드러났다. 2007년 84만8천, 2008년 79만4천 등 대규모의 자영업자들이 폐업하고 이들의 상당수가 신빈곤층으로 전락하자 18대 국회는 대형마트와 SSM의 골목상권 진출을 막기 위한 규제법을 여야를 막론하고 수없이 발의하였지만, 이명박 정부는 중소상인 보호대책을 내놓기는커녕 통상교섭본부장을 국회에 보내 중소상인 보호대책이 "WTO의 서비스협정에 위반된다, 한-EU FTA에 위반된다며" 유통산업발전법(이하 유통법)과 대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(이하 상생법)의 국회 처리를 저지하려는 태도를 보였다. WTO 서비스협정(GATS)은 18년 동안 단 5건만 제소되었고 그 중에서도 단 2건만이 위반 판정을 받았고, 국내의 중소기업 보호를 위한 법제가 문제된 적은 없었다. 한-EU FTA 위반 논란은 한나라당 서민특위 위원장인 홍준표 의원의 폭로에서 밝혀진 바와 같이 국내에 진출한 영국계 대형마트가 영국정부에 로비하여 영국정부가 우려를 표명하였다는 것이 실내용이었다. 결국 그 대형마트 대표를 국회의 증인으로 출석요구하면서 2년여를 끌어온 WTO, FTA 위반 논쟁이 정리되어 2010년 정기국회에서 유통법과 상생법 개정이 최소한의 수준에서 겨우 이루어지게 되었다. 2011년 여당은 서민특위가 추진한 핵심적인 제도개혁으로 하도급법 개정을 추진하였지만 재벌대기업을 법으로 규제하기 시작하면 이들이 해외로 사업을 이전해 제조업 공동화 현상이 발생한다는 주장에 막혔다. 결국 재벌·대기업의 중소기업에 대한 기술편취 행위에 대하여 징벌적 손해배상제도가 도입된 것이 하도급법 제도개혁의 거의 전부가 되었다. 재벌의 과점식 시장지배체제하에서 일상화된 담합행위로 유류비, 통신비, 전자제품, 자동차 등 많은 상품가격이 다른 OECD 국가에 비하여 20-30% 높은 실정이다. 이런 재벌의 담합행위에 피해를 입은 소비자들이 집단소송을 제기하려고 해도 피해자 조직화와 피해 입증의 어려움 등 장벽이 높아 담합행위를 견제할 민주적 장치로서 소비자의 권리보호 제도, 소비자 집단소송은 제대로 활성화되지 못하고 있다. 정부는 담합행위에 부과된 과징금의 일부로 소비자 집단소송을 지원하겠다고 하고 있지만 실질적 도움이 되지 못하고 있다.

재벌이 이미 중소상인, 중소기업, 소비자, 노동자 등 각계각층 국민대중의 생존과 생활에 깊숙이 악영향을 미치고 있는 상황에서 신자유주의적 상생과 동반성장의 도그마에 갇혀 말로만 그치는 재벌개혁, 나아가 재벌과의 사회적 타협만을 외쳐서는 국민대중의 심각한 생존과 생활의 위기는 해결될 수 없다. 수출강국인 일본도 2011년 무역적자를 기록할 정도로 세계경제의 상황은 어느 한 국가가 압도적 수출우위로 살아남기 어렵다는 교훈을 보여주고 있다. 수출대기업을 밀어주기 위한 고환율 정책은 원자재를 수입·가공하여 대기업에 납품하는 중소기업의 경영을 압박하고 물가상승으로 인한 민생경제의 파탄으로 이어지고 있다. 재벌개혁과 경제민주화는 중소기업·중소상인, 서민의 생존권의 수호와 내수경제 활성화를 통한 우리 모두의 살길이고, 보편적 복지국가로 가기 위해 반드시 성취해야 하는 절실한 국가적 과제로 다가오고 있다. 이제 '상생' 전략, '동반성장' 전략을 좀 더 적극적인 재벌개혁 정책으로 전환하고, 법적 규제를 통해

중소기업·중소상인을 보호하는 경제운영 전략의 대전환이 요구되고 있다.[1)]

본문에서의 입법안에 대한 설명과 조문화 작업은 김남근, 강신하, 김성진, 전영준, 조수진, 백주선, 박정만, 양창영, 김낭규, 이미숙, 성춘일, 김종보 변호사의 공동 논의와 집필의 결과임을 밝힌다.

II. 재벌의 지배구조에 대한 규제 및 개선

1. 규제의 취지와 방식

가. 도입의 취지

재벌은 현실적으로 존재하는 기업집단으로서, 다수의 계열사가 총수 일가라는 공통의 지배권하에서 선단식으로 운영되고 있다. 이처럼 현실적으로 존재하는 기업집단에 대하여 개별기업을 단위로 하는 회사법 규율로는 실효성 있는 기업집단에 대한 규율이 어렵고, 그러한 법적인 공백을 이용하여 소유-지배의 심각한 괴리가 발생하고 있으며, 개별기업의 주주의 이익보다 총수 일가의 이익이 우선시하는 경영이 일상화되고 있는 것이 현실이다. 이로 인해 개별기업의 주주 및 채권자들의 이익이 희생되는 부당한 피해가 발생함에도 불구하고 이를 회복시킬 수 있는 법적 장치가 부재하다는 문제점이 있는 것이다.

재벌의 지배구조를 개선하기 위해 사외이사제도의 도입, 소수주주권의 강화, 주주대표소송의 제기, 증권관련 집단소송제 도입 등 일련의 조치들이 시행되었으나, 이는 상법이 정한 회사법 범위 내에서의 조치들로서 개별 회사가 규율대상이어서 재벌이라는 기업집단 자체를 규율하기에는 실효성이 없다는 비판과 반성이 제기되어 왔다. 상법은 기본적으로 법적·경제적으로 독립한 회사만을 전제로 하여 이해관계인의 이익조정을 도모하고 있어, 기업집단 형성에 따라 다기화되고 있는 이해관계인 사이의 이익 충돌을 조정함에 있어서는 실효성이 없다는 본질적인 문제가 있었던 것이다. 즉 상법과 관련된 이러한 개별기업단위의 입법을 통해서는 재벌이라는 기업집단에서 총수 일가가 소수의 지분만을 가지고 기업집단 전부의 의사결정권을 오로지하고 있는 현실에 대하여 실효적으로 규율하지 못하는 한계가 있다.

1) 김 근(2012.2.16.), "MB정부 심 이 참여정부 부활인가?". 참여사회연구소 시민정치비평 39호

따라서 실재하는 기업집단을 하나의 법적 권리·의무의 주체로 인정하고, 다수 회사를 공동으로 경영함에 따라 발생하는 개별기업에 대한 경제적 효과를 법적으로 규율함으로써, 개별기업의 주주, 채권자들의 이해관계를 상법상 하나의 기업에서 보호하는 수준으로 보호할 필요가 있다.

나. 기업결합의 회사법적 문제

기업이 결합하는 경우 일반적으로 결합기업 상호간에는 지배·종속 관계가 형성되어 지배회사는 종속회사에 대하여 법률상 또는 사실상의 지배적 영향력을 행사하고 종속회사는 이에 따라 업무를 집행하게 됨으로써, 독립한 기관의 권한 및 재산관계를 바탕으로 한 회사의 법률적 기초에 중대한 변화를 가져오게 되고, 결과적으로 주주 및 채권자의 이해관계에도 많은 영향을 미치게 된다[2)].

종속회사의 경우, 자본참가에 의한 기업결합이 이루어지면 지배회사는 종속회사 주주총회의 의사를 계속적이고 조직적으로 지배하게 되므로, 종속회사에서 주주공동의 이익을 위한 회사의사의 자치적 결정은 그만큼 제약될 수밖에 없다. 뿐만 아니라, 통상 지배회사는 종속회사의 대주주로서 주주총회를 통해 종속회사 이사의 선임 및 해임권을 가지게 되고, 종속회사의 이사는 지배회사의 신임관계에 의해 그의 지위유지에 영향을 받게 되므로, 종속회사 이사회의 의사결정은 더 이상 독립적이지 않을 가능성이 크다. 또한, 종속회사 주주의 사단적 결합은 더 이상 모든 주주가 추구하여야 할 '회사이익' 그 자체를 위한다기 보다는 지배회사 내지 기업집단 전체의 이익에 매몰될 것이므로 종속회사의 재산적 독립성이 침해될 위험 역시 커지게 된다.

지배회사의 경우, 회사가 그의 물적 수단을 조직내부에 투입하지 않고 법적으로 독립한 회사에 투자함으로써 이러한 수단이 지배회사의 직접적인 관리와 통제로부터 벗어나 지배회사의 간접적인 영향력 하에 놓이게 되고, 이와 함께 지배회사가 소유하고 있는 종속회사 지분의 관리권을 대외적 관계에서 지배회사의 대표이사가 행사하게 되므로, 결과적으로 지배회사 주주총회의 실질적인 결정권한이 대표이사에게 이전되어 지배회사 주주총회의 권한이 축소 또는 상실되는 결과를 초래하기도 한다. 또한, 지배회사의 이사회는 종속회사에 대한 영향력 행사시 지배회사와 종속회사의 법률상 이해관계의 독자성을 고려하여 종속회사의 고유이익을 존중하여야 하고 종속회사가 회사법상의 강행적인 최소한의 권한과 책임을 유지하도록 하여야 하기 때문에, 지배회사는 이를 벗어난 영향력을 행사할 수는 없다는 점에서 지배회사의 투

2) 신현윤, <<기업결합법론>>(법문사, 1999), p. 12.

자자산에 대한 권리행사는 제한적일 수밖에 없으며, 이는 지배회사 전체의 이익, 결과적으로 주주의 이익에 부정적인 효과를 미칠 수 있다.

주주의 권한과 관련하여서도 주주의 출자대상인 회사가 다른 회사와 결합함으로써 지배·종속관계가 형성되어 주주의 의결권 행사 기능이 약화될 수 있으며, 특히 소수주주의 입장에서 본다면 회사에 대한 경영참가권이 그만큼 제약될 수밖에 없다. 종속회사의 채권자의 입장에서도 기업결합으로 인해 종속회사의 장래 수익구조가 약화되거나 지배회사 또는 그와 결합한 다른 기업에게 자본의 전이가 이루어진다면 종속회사의 담보재산이 실질적으로 감소하는 결과를 초래하게 된다. 이러한 주주 및 채권자에 대한 이해관계의 변화는 지배회사에서도 일어날 수 있음은 물론이다.

결국 이와 같은 기업결합에 따른 법률적 기초 및 이해관계의 변화를 현행 상법의 범위 내에서 어떻게 조정하고 규범화할 것인가 하는 것이 기업결합에 대한 회사법의 해결과제라고 할 것이다.

다. 입법의 방식

이러한 요청을 반영한 구체적인 입법 방식으로 (i) 독일과 같이 기업집단을 규율하기 위해 별도의 기업집단법을 제정하는 방법과 (ii) 기업집단에 대한 규율을 상법, 공정거래법 등 기존 성문법을 개정하는 방향으로 도입하는 방법 두 가지를 생각해 볼 수 있다.

이하에서는 먼저, (i) 독일식 기업집단법을 모델로 하되 국내의 특수성을 고려하여 개별법 형태로 기업집단법을 제정하는 방안을 정리해 보고, (ii) 다음으로 상법 등 기존의 성문법을 개정하는 방향의 규율을 도입하는 방법을 정리하기로 한다[3].

2. 독일식 기업집단법[4]의 도입(기업집단법 제정)

가. 기업집단의 의의

기업집단이란 법적·형식적으로는 독립성을 가진 다수의 기업들이 경제적·실질적으로는 공통

3) 기존의 성문법을 개정하는 방안의 구체적인 제안 내용은 경제개 연대 김상조 교수의 제안을 반영한 것임을 밝 다.
4) 독일의 기업집단법 조문과 조항과 관련된 설명은 연세대학교 신현윤 교수의 "기업결합법론"(법문사, 1999)를 계 참조하고, 대폭 인용하 음을 밝 다. 기업결합법론에 번역 게재된 독일 주식법 중 기업결합 관련조문을 검토하여, 국내 실정에 비 어 필요하다고 단되는 조문을 하는 방식으로 법안을 구성하 다.

의 지배권 하에서 하나의 그룹으로 통합되어 경영되는 것을 말한다. 이러한 기업집단의 개혁을 위한 새로운 방법론을 구성하기 위해서는 그 핵심요소로서 다음의 두 가지가 강조될 필요가 있다[5].

첫째, 몇몇 강력한 조치만으로 기업집단의 개혁이 이루어지기란 힘들기 때문에, 기업집단의 '형성 → 유지 → 소멸'에 이르는 전 과정에 걸쳐 기업집단의 경영에 책임을 부과하여야 할 것이다. 이를 위해 다양한 영역의 법제도적 요소들이 상호보완적으로 작동하도록 해야 한다.

둘째, 효과적인 집행 메커니즘이 확립될 필요가 있다. 이를 위해 우리 현실에 맞는 민사적·행정적·형사적 규율 체계의 조합을 구성하고, 이를 공정하고도 엄정하게 집행하는 것이 중요하다.

기업집단 문제를 바라봄에 있어서 대륙법계 국가들은 보통법 국가들과 관점을 달리함을 알 수 있다. 보통법 국가들은 지배회사의 '행위'가 사회적으로 용인될 수 있는 기준을 일탈한 경우에만 예외적으로 판례법상 구제를 함에 비하여(conduct-based 또는 standard-based approach), 독일을 비롯한 유럽 국가들은 기업집단의 존재로 인해 주주 상호 간의 또는 주주와 여타 이해관계자들 간의 내적 균형이 파괴되는 '상황'에 이르렀다고 판단되면, 종속회사의 소액주주·채권자·노동자 보호를 위해 지배회사에게 특정한 법적 의무와 책임을 자동적으로 부과하는 방식을 채택하였다(situation-based 또는 rule-based approach).

특히 독일은 콘체른법(Konzernrecht)과 같은 단일한 기업집단법을 가지고 있는 나라이다. 우리가 독일식 기업집단법의 도입을 고려하는 것은 기존의 영미식 회사법 체계에 기초한 재벌개혁 노력의 공백과 허점을 메운다는 의미에서 보완적인 시도일 수 있다.

독일의 성문 기업집단법인 콘체른법이란 1965년 주식회사법(Aktiengesetz, 이하 AktG라고 함)의 콘체른 관련 규정을 의미한다. 독일 주식회사법에는 통합콘체른, 계약상의 콘체른, 사실상의 콘체른 등의 기업집단이 규정되어 있다.

"독일 기업집단법의 의의는 존재 그 자체에 있다[6]"라는 평가에서도 볼 수 있듯이, 성문법규의 존재는 지배회사의 지배력 남용행위를 사전적으로 제어할 뿐만 아니라 소송 이외의 다양한 사후 구제수단이 작동하는 것의 현실적 근거가 된다는 점에서 그 의의가 있다.

독일 기업집단법에 대한 검토를 통해 얻을 수 있는 중요한 시사점으로는 독일의 기업집단법 논의는 1965년의 우연한 발명품이 아니라는 사실이다. 독일의 기업집단법 논의는 1910년대부터 시작했으며, 1차 대전과 2차 대전 사이의 전간기에 집중적으로 논의되었다.[7] 이때 논의를 주도한 이념은 Walter Eucken으로 대표되는 프라이부르크 학파의 질서자유주의였다. 기업

5) 김상조, <유럽의 기업집단법 현 및 한국 재벌개 에의 시사점>(2012), pp. 4-5.
6) Hommelhoff(2001), p.80.
7) Reich-Graefe(2005), p817.

집단이 주도하는 독일 경제의 현실에서, 권한과 책임을 일치시키는 기업집단법의 제정은 자유를 파괴하는 것이 아니라 자유를 지키기 위한 수단으로 제시된 것이다.

결합기업의 종류는 크게 다섯 종류로 분류된다. 법률상 독립한 기업으로서 그 상호관계에 있어서 다수피참가기업과 다수참가기업(제2조), 종속기업 및 지배기업(제3조), 기업집단기업(제4조), 상호참가기업(제5조) 또는 기업계약의 계약당사자(제18조, 제19조)로 되어 있는 것은 결합기업으로 본다.[8]

기업들의 결합은 기업들 사이에 영향관계와 종속관계를 발생시키고 관련기업들의 결정의 자유에 영향을 미치며 그 결과 소수주주와 채권자의 이익이 침해될 위험성이 있기 때문에 이들을 보호할 필요성에서 상세한 규정을 둘 필요가 있다.

1) 다수피참가기업과 다수참가기업

법률상 독립한 기업의 지분의 다수가 다른 기업에 속하거나 의결권의 다수가 다른 기업에 속하는 때에는 그 기업은 다수피참가기업, 다른 기업은 다수참가기업이 된다. 이 유형은 지배·종속관계의 가장 대표적인 유형이다.

가) 지분다수의 산정

다수참가라 함은 법적으로 독립한 기업의 지분 또는 의결권의 다수가 다른 기업에 속하는 경우를 말한다. 지분다수의 비율을 산정하는 방식에 대한 규정을 보면, 다수참가를 받는 기업이 자본회사인 경우 액면자본에 대한 다수참가기업에게 속한 지분의 비율에 따라 산정하고, 무액면주식으로 구성된 회사의 경우 주식수에 따라 산정하도록 하고 있다(제2조 제2 제1문). 또한 결합기업간 지분의 위장분산을 통한 다수참가 규정의 회피를 방지하기 위하여 지분비율을 정함에 있어 그 기준이 되는 다수피참가기업의 액면자본 또는 주식총수의 산정시 피참가기업 자신의 지분 또는 피참가기업의 계산으로 제3자에게 속하는 지분을 공제하도록 하고 있다(제2조 제2 제2문, 제3문). 다수참가기업에 속하는 지분의 산정시 그 기업이 직접 보유하고 있거나 그 기업의 계산으로 타인에게 속하는 지분뿐 아니라 그 기업의 종속기업이 보유하고 있는 지분 및 종속기업의 계산으로 타인에게 속하는 지분도 합산하도록 하고 있다(제2조 제4). 왜 하면 기업사원의 영향력은 자신의 지분에 의해서 뿐만 아니라 그가 의사결정을 조종할 수 있는 종속기업 또는 허수아비사원의 지분을 통해서도 행사될 수 있기 때문이다.[9]

8) 이렇게 기업집단법에서는 이미 종속되어 있는 회사를 위한 보호규범만을 두고 있어 회사가 그 독립성을 상실하고 난 후에야 비로소 제 기능을 할 수 있다. 결국 이미 종속되어 있거나 기업결합이 되어 있는 회사와 그 국외주주 및 권자를 사후적으로 보호하는 데 한정된다. 그 결과 자신의 주임무를 기존의 종속상태에 있는 회사의 보호에서 는 기업집단법은 기본적으로 이미 존재하고 있는 기업결합을 불가피한 것으로 받아들이게 되어, 일반적으로 종속회사에 대한 해의 대부분은 인식되지 않은 통제를 받지 않을 뿐만 아니라 규제를 받는 경우에도 통제는 다수지배가 명백히 용되는 경우로 제한된다. 이러한 기업결합 실행시의 규제가 갖는 한계와 형성시 종속회사, 그 소수주주 및 권자에 대한 불이 의 발생가능성을 고려하여 기업집단형성통제의 필요성이 제기된다. 정대근, "독일 주식 득 및 인수에 관한 법 상의 체른형성통제", 부산대학교 법 연구, 제52권 제4호, 2011. 186면 참조.

) 의 의 산정

의결권 다수의 산정비율은 피참가기업의 의결권 총수에 대한 다수참가기업에 속하는 의결권 중 행사할 수 있는 의결권의 비율에 따라 정하도록 하고 있다(제2조 제3). 여기에서 의결권 총수를 산정함에 있어서는 피참가기업의 자기지분 또는 피참가기업의 계산으로 타인에게 속해 있는 지분에 기한 의결권을 공제하도록 하고 있다(제2조 제2 제2문, 제3문, 제2조 제3 제2문). 또한 참가기업의 의결권 산정시 참가기업이 보유하고 있거나 그 기업의 계산으로 타인에게 속하는 지분에 기한 의결권뿐만 아니라 그 기업의 종속기업이 보유하고 있는 지분 및 종속기업의 계산으로 타인에 속하는 지분에 기한 의결권도 모두 합산하여야 한다.[10]

다) 다수 가의

제3조 제2 에 의하여 다수피참가기업은 다수참가기업에 종속된 것으로 추정된다. 이러한 지배종속관계는 제4조 제1 에 의하여 다시 기업집단으로 추정되므로 결국 다수참가는 기업집단으로 추정되는 결과가 된다. 그러나 이러한 추정은 과반수 피참가기업이 참가에 의해 지배되는 상태에 있지 않다는 것을 증명함으로써 반박될 수 있다. 과반수 피참가기업에 기업집단 관련 규정이 적용되는데 대해서도 반박할 수 있다.

2) 종속기업과 지배기업

가) 개념

종속기업이라 함은 다른 기업(지배기업)이 직접 또는 간접으로 지배적 영향력을 행사할 수 있는 법률상 독립한 기업을 말한다. 법적으로 독립한 어떤 기업이 다른 기업에 대해 직접 또는 간접적으로 지배적 영향력을 행사할 수 있는 경우 이들 기업간에는 지배종속관계가 형성되고, 영향력을 행사하는 기업을 지배기업, 그 영향력 하에 있는 기업을 종속기업이라 한다. 어떤 기업이 다른 기업에 다수참가하고 있는 경우 일반적으로 다수참가기업은 다수피참가기업에 대하여 지배적 영향력을 행사할 수 있음을 감안하여 다수피참가기업은 다수참가기업에 종속된 것으로 추정하고 있다(제3조 제2).

9) 조지현, "독일 주식법상 결합기업의 형태"(『경영법 』, 2005), p.171.
10) 신현윤, 전게서, p.46.

지배적 영향력이란 '지속적으로 자기의 의사를 강요하고 관철할 수 있는 상태'를 의미하고[11], 종속회사에 대한 지배가능성만으로 이미 지배종속관계의 근거로 충분하다고 보고 있다.[12]

지배적 영향력은 적극적으로 행사할 수 있는 가능성이 존재하여야 하며, 단순히 다른 자의 지배에 소극적으로 대 하는 소위 반지배 상태만으로는 충분치 않다.[13] 우연한 사정 또는 제3자와의 불확실한 협력 내지 통제할 수 없는 정황에 의지하는 등 영향력행사의 가능성이 불확실한 경우에는 법적 의미에서 지배종속관계의 근거로 되는 지배적 영향력의 행사로 볼 수 없다.[14] 이는 무엇보다도 당해 기업이 외부의 영향력을 어느 때나 벗어날 수 있을 때에는 지배종속관계가 존재하지 않는다는 것을 의미한다.[15]

지배적 영향력의 행사는 종속기업의 경영에 직접 참여하거나 영업정책 등에 있어서 영향력을 행사하지 않더라도 경영진의 선임 등을 통해 지배기업의 의사에 따르도록 할 수 있을 때 이미 지배적 영향력이 존재하는 것으로 보고 있다. 따라서 지배적 영향력은 실제로 종속기업의 업무집행기관에 대하여 행사할 것을 전제로 하는 것은 아니다.[16]

제3조 제1 은 지배·종속관계의 기초를 이루는 지배적 영향력의 행사가 직접적으로 이루어질 것을 요하지 않고 간접적으로 이루어지더라도 관계없는 것으로 하고 있다.

) 지배 · 종속관계의 추정 반증

다수참가를 받고 있는 기업은 다수참가하는 기업에 종속한 것으로 추정된다(제3조 제2). 과반수 지분을 통해 이사회에서 자신의 마음에 드는 후보자를 선출할 수 있기 때문이다.[17] 그러나 이러한 다수참가의 지배 · 종속관계 추정은 구체적 사정에 따라 다수참가기업이 피참가기업에 대해 지배적 영향력을 행사할 수 없다는 증명을 통해 반증될 수 있다.[18]

제2조는 다수참가를 지분다수와 의결권다수의 경우로 나누고 있으며, 각 경우에 따라 반증의 형태가 달라지게 된다. 지분다수의 경우에 양자의 불일치를 증명함으로써 지배·종속관계를 보다 쉽게 반증할 수 있다. 다수참가는 경우에 따라 다수참가기업과 피참가기업간 지배적 영향력을 배제하는 합의를 통해 확실하게 반증될 수 있으며, 그 주요한 계약형태로는 의결권 포

11) RGZ 167, 40, 49(Thega 사건 결). 그러나 오늘날에는 '지배적'이라는 의미를 점 완화하여 해석하는 것이 일반적이다.
12) BGHZ 62, 193, 201(Seitz 사건 결)
13) 신현윤, 전게서, p.49.
14) BGHZ 80, 69, 73(Süssen 사건 결)
15) 신현윤, 전게서, p.50.
16) 신현윤, 전게서, p.50.
17) Raiser, a.a.O., § 51 Rdnr. 16
18) 신현윤, 전게서, p.53.

기계약 또는 의결권 구속계약을 들 수 있다.[19]

다)

지배·종속관계가 긴밀하여 사실상의 기업집단 관계에 이르게 된 경우 종속회사 소수주주, 채권자보호를 위하여 지배기업의 불이익전보, 종속보고서제도, 손해배상책임에 대한 제10조 내지 제17조의 규정이 적용된다. 지배·종속관계에 따라 지배기업과 종속기업은 상하관계 기업집단을 형성하는 것으로 추정한다(제4조 제1 제3문).

3) 기업집단과 기업집단기업

가) 개념

법적으로 독립한 둘 이상의 기업이 통일적 지휘 하에 통합되는 경우 이들 기업은 기업집단을 구성하고, 이들 각각의 기업은 기업집단기업이 된다. 기업집단은 지배종속 관계의 존재여부를 기준으로 상하관계 기업집단과 대등관계 기업집단으로 구분한다.

하나의 지배기업과 하나 이상의 종속기업이 지배기업의 통일적 지휘 하에 통합되어 있으면 그 기업들은 하나의 기업집단을 형성하고(제4조 제1 제1문), 각 기업은 기업집단으로 되며(제2문), 지배계약이 존재하고 있는 여러 기업은 통일적 지휘 하에 통합된 것으로 본다(제3문). 종속기업은 지배기업과 기업집단을 형성한 것으로 추정한다(제4문).

) 요건

기업집단기업은 기업집단으로의 결합에 따라 기업 활동에 있어서 경제적 독립성을 상실하게 되나, 기업의 법적 독립성을 상실하여서는 안 된다.

지휘는 기업활동에 대한 영업상의 결정이다. 기업이 어떤 문제에 대한 지휘업무를 더 이상 독립적으로 결정하지 못한다면 그 기업은 타인의 지휘하에 있다고 볼 수 있다. 통일적 지휘는 기업집단 개념의 핵심 요소로서, 여기서 지휘는 기업집단 지휘부가 기업집단기업의 영업정책 및 업무집행의 근본적인 문제에 관하여 우월적으로 결정하거나 지배적 영향력행사를 통해 업무정책이 모든 영역에서 의도된 목표방향으로 이루어지면 족하고, 기업집단 기업 활동의 모든 중요한 부분에 대해 포괄적으로 미쳐야 하는 것은 아니다. 이러한 지휘의 통일성은 통상 지휘가 종속기업뿐만 아니라 지배기업에도 마찬가지로 적용되는 공동계획에 따라 이루어지는 것을 의미한다.[20]

19) 신현윤, 전게서, p.54.
20) 신현윤, 전게서, p.59.

통일적 지휘는 매우 다양한 수단을 통해 이루어지게 되는데 지속적인 업무상 접촉을 통해 이루어지기도 하나 실제로는 업무정책 또는 업무집행의 원칙적인 지침의 통보 및 통보사 의 준수여부에 대한 감독에 한정되는 경우가 대부분이다.[21]

통합이란 통일적 지휘 하에 있는 수개의 기업이 하나의 단일체로서 결합하는 것을 말한다. 통합을 이루기 위해서는 각 기업들이 공통적인 기업목적을 가져야 할 필요는 없으며, 전혀 다른 기업목적을 가지는 경우에도 기업은 통합될 수 있고 통일적으로 지휘될 수 있다. 그러나 통합은 어느 정도 지속적으로 존재해야 한다.[22]

다) 기업집단의 추정 및 반증

기업집단 형성이 명백히 인정되는 경우는 지배계약의 체결뿐이다. 따라서 다수참가, 기타 기업계약이 성립하고 있는 경우는 제2조 이하에서의 일련의 연쇄적 추정과정을 통해 기업집단관계로 접근하게 된다. 다수참가가 존재하는 경우 우선 다수참가기업과 다수피참가기업간에는 지배·종속관계가 존재하는 것으로 추정되고(제3조 제2), 다음으로 지배·종속관계가 인정되는 경우 지배기업과 종속기업간에는 기업집단관계가 있는 것으로 추정하고 있다(제4조 제1 제3문).

기업집단관계의 추정은 지배·종속관계가 존재할 것을 전제로 하고 있다. 그러나 기업집단으로 성립하기 위해서는 '실제적인 영향력행사'가 필요하기 때문에 지배·종속관계가 존재하더라도 지배기업은 우선 자기가 영향력을 실제로 행사하지 않았음을 증명함으로써 기업집단 추정을 반증할 수 있다.[23] 또한 지배기업은 자신이 실제로 영향력을 행사하였더라도 그 영향력 행사가 통일적 지휘에 이르지 않았다는 것을 증명함으로써 기업집단 추정을 반증할 수 있다.[24] 물론 콘체른추정은 반박될 수 있는 것이지만, 지배적인 영향력에도 불구하고 지휘가 행사되지 않았다는 증거는 입증하기가 쉽지 않을 것이다.

4) 상호참가기업

가) 개념

상호참가란 자본참가의 특수한 형태로서 국내에 주소지를 가진 물적회사의 법적형태를 가진 각 기업이 상대방 기업지분을 상호 보유하는 경우를 말하는 것으로, 여기서 각 기업을 '상호참가기업'이라고 한다. 상호참가는 다시 '단순 상호참가'와 '자격적 상호참가'로 구분된다. 두

21) 신현윤, 전게서, p.59.
22) 신현윤, 전게서, p.62.
23) 신현윤, 전게서, p.62.
24) 신현윤, 전게서, p.63.

자본회사의 상호참가는 기본자본의 환급을 가져오기 때문에 회사채권자에게 해가 될 수 있다. 또한 상호참가기업은 다른 회사의 주주총회에서 상당한 의사를 형성함으로써 그 회사 주주들의 통제를 배제하고 상호참가의 권리를 기업경영에 행사할 수 있기 때문에 주주총회에서 기업경영을 지배할 수도 있다.[25]

) 상호 가의 종류

(1) 단순 상호참가 : 단순 상호참가란 각 기업이 상대방 기업지분의 4분의 1을 서로 초과하여 각 보유한 경우를 말한다(제5조 제1). 상호참가기업은 모두 국내에 주소지를 가진 자본회사여야 한다. 자본충실원칙의 회피 및 회사지배의 왜곡화 등의 위험이란 자본회사의 경우에만 해당할 수 있는 것이기 때문이다. 또한 상호참가기업은 국내에 주소지를 가진 기업이어야 한다. 외국기업에 대해서는 국제사법적으로 판단될 것이기 때문이다.[26]

한편, 상호참가의 기준은 지분 비율이기 때문에, 의결권 보유비율과는 관계가 없다.

(2) 자격적 상호참가 : 자격적 상호참가란 상호참가관계에 있는 한 기업이 상대방 기업지분의 4분의 1을 초과하여 다수참가를 하거나 지배적 영향력을 행사할 수 있는 경우를 말하는 것이다.

다)

(1) 단순상호참가 : 상호참가기업 중 어떤 기업이 권리행사의 제한을 받는지에 대해서는 통지의무와 관련하여 '우선성의 원칙'이 적용된다. 제9조 제1 을 보면, 우선성의 원칙이 적용되어, 먼저 통지한 기업은 자신의 지분 전부를 제한없이 행사할 수 있으나[27], 다른 회사로부터 통지를 받은 회사의 경우 (자본증가에 따른 신주인수권을 제외하고) 자신이 소유하고 있는 그 참가기업의 지분 중 4분의 1의 한도에서만 권리를 행사할 수 있다. 동조 제2 은 보충적으로 나중에 상호참가한 기업에 대한 권리행사의 제한이 일정한 경우에는 적용되지 않도록 규정하고 있다. 즉 자신의 회사지분의 4분의 1을 초과하여 보유하고 있는 다른 회사에 대하여 나중에 4분의 1 이상의 지분을 취득함으로써 상호참가를 이루게 된 회사가 이미 자본참가를 하고 있던 회사에 먼저 통지하고, 그 시점에서 자기에 대한 참가를 알지 못한 경우 제한을 받지 않

25) 조지현, "독일 주식법상 결합기업의 형태"(『경영법 』, 2005), p.175.
26) 신현윤, 전게서, p.66.
27) 자신의 통지의무를 이행하 다면 후 다른 참가기업이 마찬가지로 자기 자본의 4분의 1을 초과하여 지분을 득하더라도 자신의 권리행사에 제한을 받지 않는다.

는다. 이 회사는 다른 회사의 자기에 대한 참가를 알지 못한 채 다른 회사에 대한 지분을 취득함으로써 상호참가를 초래하였기 때문에 그 권리를 제한하는 것은 적절하지 않다는 고려에서이다. 동조 제1 에 의해 상호참가의 사실을 알게 된 기업은 상장회사의 주주총회에서 감사선임을 위해 자신의 의결권을 행사할 수 없다(동조 제3).

(2) 자격적 상호참가 : 상호참가기업의 일방 또는 쌍방이 지분의 50%를 초과하거나 지배적 영향력을 행사하는 자격적 상호참가에는 통지의무를 해태한 상호참가기업의 권리행사 제한에 관한 규정인 제9조가 적용되지 않는다. 이 경우는 지배, 종속기업으로 간주되어(제5조 제2), 지배, 종속기업에 관한 엄격한 규정이 적용된다. 즉 상호참가기업에 있어서도 두 기업 중의 하나가 과반수참가를 하거나 다른 근거에 의해서 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에는 이 기업은 지배기업으로 그리고 다른 기업은 종속기업으로 간주되며, 양 기업이 서로 다른 기업에 과반수참가를 하였거나 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에는 양 기업은 서로 지배기업과 종속기업이 된다. 이러한 가중된 상호참가의 경우에는 지배기업과 종속기업에 관한 규정이 적용된다. 즉 종속기업은 지배기업의 설립 또는 신주발행 시에 주식을 배정받을 수 없고 자신이 소유한 지배기업의 주식에 대해 사원권을 행사할 수 없다.[28]

라) 통지의무

국내에 주소지를 가진 주식회사 주식의 4분의 1을 초과하여 한 기업에 속하게 된 때에는 그 기업은 그 회사에 대하여 지체없이 그 뜻을 서면으로 통지하여야 한다(제6조 제1). 이때 주식의 4분의 1을 초과하여 그 기업에 속하는지 여부는 제2조 제2 제1문과 제4 에 의한다. 만약 이러한 회사가 4분의 1을 초과하는 주식 또는 지분을 취득한 경우 이 통지의무를 이행하지 않으면 그의 주식 또는 지분에 대한 모든 권리가 존재하지 않는 것으로 본다.

그 기업이 자본회사인 경우, 제2 에 의한 주식을 산입함이 없이 주식의 4분의 1을 초과하여 그 기업에 속하게 된 때에는 그 회사에 대하여 이 뜻도 지체없이 서면으로 통지하여야 한다(제6조 제3). 그 기업이 다수참가(제2조 제1)에 속하는 때에는 회사에 대하여 이 뜻도 지체없이 서면으로 통지하여야 한다(제6조 제4). 그 참가가 더 이상 제1 , 제3 또는 제4 에 의한 통지의무가 있는 정도로 존재하지 아니하게 된 때에는 그 회사에 대하여 이 뜻을 지체없이 서면으로 통지하여야 한다(제6조 제5). 회사는 제1 또는 제4 에 의하여 통지한 참가의 존재를 지체없이 회사공보지에 공고하여야 한다. 여기에는 참가하는 기업이 기재되어야 한다. 참가가 더 이상 제1 또는 제4 에 의한 통지의무가 있는 정도로 존재하지 아니하게 되었음이 회사에 통지된 때에는 그 뜻도 지체없이 회사공보지에 공고하여야 한다(제6조 제6). 통지의무가 있는 기업에 속하는 주식의 권리는 그 기업이 통지의무를 이행하지 않는 동

28) Krieger, a.a.O., § 68 Rdnr. 107

안은 그 기업, 그 기업의 종속기업 또는 그 기업이나 그 기업의 종속기업의 계산으로 행위하는 제3자를 위하여 존재하지 않는다(제6조 제7).

5) 기업계약의 계약당사자

이에 관련해서는 이하에서 기업계약에 따른 기업집단을 다루면서 상술하도록 한다.

나. 사실상의 기업집단

1) 사실상의 기업집단의 의미

사실상 기업집단이란 지배기업과 종속회사 간에 지배계약이 체결되지 않고 다만 법이 정한 한계 내에서 양자 간의 경제적 일체성이 사실상으로 존재하는 기업결합의 형태를 말한다.

제10조 내지 17조에서는 이러한 사실상 기업집단에서 지배기업의 종속회사에 대한 영향력 행사관계, 양자 간의 관계를 통제하기 위한 종속보고서제도 및 종속회사 소주주주·채권자 보호를 위한 손해배상책임 등에 관하여 규정하고 있다.

2) 지배기업의 영향력행사

가) 의의

사실상 기업집단에서는 지배기업의 포괄적인 지휘권을 인정하지 않는다. 이에 따라, 지배기업이 그의 사실상의 영향력을 이용하여 종속회사로 하여금 개별적으로 불이익한 행위(법률행위 또는 조치)를 유발하는 것을 원칙적으로 금지된다. 다만 불이익이 전보되는 경우에 한해 예외적으로 허용되는 것으로 본다.[29]

) 영향력행사의 내용

(1) 영향력행사의 방식

29) 신현윤, 전게서, p.150.

제40조에서의 지시라는 개념 대신에 영향력행사라고 하는 더 광범하고 중립적인 개념을 사용하고 있다는 점에서, 사실상 기업집단의 경우 지배기업의 영향력행사는 종속회사 이사회에 대한 법적 구속력 있는 지시만을 통해서가 아니라 지배기업이 주주총회에서 종속회사 이사 자신의 면책을 저해하거나 임기의 종료시 재선임을 배후에서 조종하는 등 사실상의 힘에 의해 이루어지게 되는 것을 염두에 둔 것으로 볼 수 있다. 여기에서 금지하고 있는 영향력행사는 종속회사에 있어서 법률행위 또는 조치의 일정한 불이익한 효과가 지배기업에 귀책됨으로써 지배기업이 그 불이익 전보의무(제10조) 내지 손해배상의무(제16조)를 지게 되는 상황을 말한다. 지배기업의 영향력행사 방식에는 제한이 없으며, 지시나 의결권행사뿐 아니라 영업정책을 공동수행하는 것도 포함된다. 이러한 광범한 개념의 적용을 통하여 법률회피의 가능성이 폭넓게 배제되고 이사의 면책 가능성이 제한된다.[30]

(2) 종속회사 이사의 주의의무

사실상 기업집단의 경우는 종속회사에게 어떠한 복종의무도 법정되어 있지 않으므로 종속회사 이사는 오직 회사이익을 위해 업무를 집행하여야 한다. 종속회사의 이사는 이미 지배기업의 모든 영향력행사의 정당성 여부를 주의 깊게 검토할 의무를 진다. 즉 지배기업의 의한 영향력의 허용성, 그 영향력행사가 종속회사의 수익상태에 미칠 수 있는 효과 및 개연성 있는 불이익에 대한 지배기업의 전보능력 등을 양심적으로 검토하여야 한다.[31]

다) 영향력행사의 한계

제10조 이하에서는 지배기업의 기업집단지휘권의 허용성, 그 범위 및 한계에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않고, 다만 영향력행사에 따른 지배기업의 불이익전보와 영업연도 말까지의 전보기한의 유예 및 손해배상의무만을 확정하고 있다.

(1) 제10조 이하의 보호목적

제10조 제1 은 지배기업이 개별적인 영향력행사를 통하여 종속회사로 하여금 불이익한 법률행위 또는 조치를 하도록 유발하는 것은 그 불이익이 원래 그에 상당하는 이익을 통하여 전보될 것을 전제로 허용하고 있다. 그 한계에 있어서 지배기업의 불이익전보 가능성(전보의사와 실질적인 전보능력)은 영향력행사의 허용을 위한 규범적인 전제인 동시에 한계로서 나타나게 된다. 지배기업은 전보의사와 실질적인 전보능력을 갖추어야 한다.[32]

30) 신현윤, 전게서, p.151.
31) 신현윤, 전게서, pp.151-152.

한편 불이익전보의 가능성은 불이익 유발행위의 허용을 위한 전제이기 때문에 확정 또는 산정할 수 없는 불이익(위험)을 유발하는 행위도 금지된다. 따라서 개별적인 경우에 있어서 업무행위의 불이익이 경영학적인 근거에서 계량화될 수 있어야 하며, 확정 또는 산정될 수 없는 불이익을 가져오는 행위의 유발은 위법이다. 지배기업은 이러한 행위를 유발한 것 자체만으로 이미 제16조의 기한 손해배상의무를 부담하게 된다. 그러나 여기서 말하는 산정가능성이라 함은 불이익이 수량적으로 정확히 산정할 수 있는 것까지를 요구하는 것은 아니고, 불이익이 전보되는 이익에 대한 관계에서 합리적이고 사후 조사할 수 있는 기준에 따라 평가될 수 있다면 족하다.[33]

그 밖에 제10조 이하의 규정은 종속회사의 독립성 보장을 전제로 하기 때문에 종속회사는 기업집단관계의 종료 후 더 이상 독립적으로 활동할 수 없는 상태에 이를 정도로 변형되어서는 안 된다.[34]

(2) 기업집단 이익

제40조 제1 과 달리 제10조 제1 은 지배기업의 종속회사에 대한 불이익한 영향력행사와 관련하여 '기업집단이익'이라고 하는 전제와 연계시키고 있지 않다. 지배기업은 기업집단이익과 관련없는 지배기업의 대표이사의 사적이익, 지배기업과 오직 업무적으로 결합되어 있는 은행의 이익, 지배기업이 참가하고 있으나 종속관계에 있지 아니한 기업의 이익 등을 위하여 자기의 영향력을 행사할 수 없다.[35]

3) 종속회사의 채권자 및 소수주주의 보호

가) 불이익 개념

두 가지 상태, 즉 종속회사에 불이익 유발로 인해 현실적으로 존재하고 있는 상태와 불이익 유발이 없었더라면 존재하였을 가상적인 상태를 비교하여 유발의 결과 현실적으로 존재하는 상태가 유발이 없었을 것이라고 하는 가상적인 상태에 비해 불리한 것으로 나타난다면 그 차이의 정도에서 불이익이 존재하는 것으로 본다.[36]

32) 신현윤, 전게서, pp.153-154.
33) 신현윤, 전게서, p.154.
34) 신현윤, 전게서, p.155.
35) 신현윤, 전게서, p.156.

) 불이익전보의 방식 내용

첫째는 지배기업이 불이익을 현실적으로 전보함으로써 대차대조표상 중립화시키는 것이고(제10조 제1), 둘째는 개별적인 불이익전보가 영업연도 내에 현실로 행하여지지 않는 경우 늦어도 종속기업에 불이익이 가해졌던 영업연도 말에 언제 어떠한 이익에 의해 그 불이익이 전보될지 계약적으로 확정하는 것이다(제10조 제2)

4) 종속보고서

가) 의의

종속회사의 소수주주 및 채권자의 입장에서 불이익전보의 불이행시 그에게 주어진 손해배상청구권을 행사하기 위해서는 지배기업과 종속회사간의 내부관계에 있어서 어떠한 영향력이 행사되었고 이에 대하여 어떠한 이익·불이익이 발생하였는지 및 전보가 불이익에 상응하여 적정하게 이루어졌는지에 관하여 어느 정도 충분한 정보를 가질 수 있도록 종속보고서제도를 두고 있다.

) 종속보고서의 작성

(1) 작성의무

종속회사의 이사회는 영업연도 최초 3개월 이내에 종속보고서를 작성하여야 한다(제11조 제1 제1문). 종속보고서는 양심적이고 진실한 설명의 원칙에 따라 작성하여야 한다(제11조 제2).

(2) 작성의무의 대상

지배기업의 불이익전보 또는 손해배상책임은 지배기업이 종속회사에 불이익한 법률행위 또는 조치를 유발한 경우에 한정된다.

(3) 종속보고서의 내용

(가) 법률행위 : 급부 및 반대급부가 기재되어야 한다(제11조 제1 제3문 전단).

(나) 조치 : 종속회사가 전년도에 지배기업 또는 그와 결합한 기업의 유발 또는 이익내에서 행하였거나 행하지 않았던 기타의 모든 조치를 포함시켜야 한다(제11조 제1 제3문 후단).

(다) 불이익전보(제11조 제1 제4문) : 지배기업에 의한 법률행위 또는 조치의 유발로 종속회사에 불이익이 발생한 경우 영업연도 중에 전보가 현실로 어떻게 행하여졌는지 또는 불이익이 발생한 경우 영업연도 중에 전보가 현실로 어떻게 행하여졌는지 또는 어떤 이익에 대하여 법률상의 청구권이 부여되었는지에 관한 불이익전보의 종류와 정도가 개별적으로 기재되어야 한다(제11조 제1 제4문).

(라) 말미표시(제11조 제3 제1문, 제2문, 제3문, 제11조 제3 제3문) : 종속보고서의 말미에는 행위의 시점에서 이사에 알려져 있는 사정에 따라 회사가 각 법률행위에 관해 상당한 반대급부를 얻었는지 여부, 조치를 행하거나 하지 않은 것에 의해 회사가 불이익을 받았는지 여부가 표시되어야 한다(제11조 제3 제1문), 회사가 불이익을 받은 경우에는 그 이외에 그 불이익이 전보되었는지 여부도 표시되지 않으면 안 된다(제11조 제3 제2문). 말미표시는 영업보고서에 기재하여야 하며(제11조 제3 제3문), 이로써 일반에게 널리 공개되고 영업보고서를 통하여 회사가 불이익을 받고 그것이 전보되지 않는 뜻의 말미표시를 본 각 주주의 그것만으로 법원에 특별검사인의 선임을 신청할 수 있다(제14조 제1 제3호 참조).

다) 종속보고서의 검사

(1) 외부감사인에 의한 검사

(가) 의의 : 종속보고서는 재무제표 및 영업보고서와 함께 회사의 외부감사인에 제출되어 그 검사를 받는다(제12조 제1). 기업비밀의 보호를 이유로 하여 종속보고서 자체의 공표가 인정되지 않기 때문에 전문적 지식을 가진 제3자로서의 외부감사인에 의한 검사는 중요한 의미를 갖는다.[37]

(나) 검사의 대상 : 우선 그 회사가 종속보고서 작성의무를 부담하는지 여부에 관하여 검사하여야 한다. 소규모 주식회사에 해당하지 않는 경우 외부감사인은 지배·종속관계의 존재여부에 관해 검토하여야 한다.

(다) 검사의 내용 : ① 모든 사실의 기재가 정확한가 여부, ② 보고서에 지재된 법률행위의 경우 회사의 급부가 행위시 인지된 상황에 따라 부적정하게 높지 않았는가 및 불이익이 전보되었는가 여부, ③ 보고서에 기재된 조치의 경우에는 이사회를 통한 판단과 근본적으로 다른 판단을 할 수 있는 상황이 존재하고 있었는가 여부에 관하여 검사하여야 한다(제12조 제1

36) 신현윤, 전게서, p.167.

37) 신현윤, 전게서, p.180.

제2문 제1호 내지 제3호).

(라) 상당성의 판단

① 법률행위 : 외부감사인은 보고되어 있는 법률행위의 불이익성 여부에 관하여 급부와 반대급부와의 상당성을 판단하여야 하나, 객관적 판단의 어려움을 감안하여 주식법은 회사의 급부가 부당하게 고액인가 여부를 검사하면 되도록 하고 있다(제12조 제1 제2호).

② 조치 : 법률행위의 경우와 달리 급부와 반대급부를 객관적으로 비교할 수 없기 때문에 특히 어려움이 크다. 그래서 외부감사인은 이사회에 의한 판단과 본질적으로 다른 판단을 위한 어떠한 사정이 존재했었는가 여부만을 검사하면 되는 것으로 하고, 이사회의 조치가 합목적적인지 여부, 그것이 통상의 양심적인 업무지휘자의 의무와 일치할 수 있는지 여부에 관하여는 판단할 필요가 없는 것으로 하고 있다(제12조 제1 제3호).

(마) 외부감사인의 권한 : 검사의 적정성을 보장하기 위하여 외부감사인에게는 다양한 열람권, 검사권 및 설명청구권이 인정된다. 외부감사인의 조사권과 설명청구권은 기업집단기업, 종속기업 또는 지배기업에 대하여도 미친다(제12조 제1 제4문).

(바) 검사결과의 보고 : 외부감사인은 검사의 결과를 이사회에 서면으로 보고하여야 한다(제11조 제2). 외부감사인은 종속보고서의 검사결과 이의가 없는 경우에는 종속보고서에 확인소견을 기재한다(제12조 제3). 이의가 있거나 종속보고서가 불완전하다고 인정되는 경우 확인소견은 한정 또는 거부된다(제4). 외부감사인은 확인소견에 장소와 기일을 기재하고 서명하여야 하고, 확인소견은 검사보고서에 기록하여야 한다(제12조 제5). 검사보고서는 종속보고서와 마찬가지로 공개되지 않는다. 다만 외부감사인의 확인소견만 주주총회에 제출되어야 하는 보고서에 기재됨으로써(제13조 제2 제3문) 검사결과가 주주 및 채권자에게도 알려지게 된다. 확인소견이 한정 또는 거부되는 경우 주주는 법원에 특별검사인의 선임을 신청할 수 있다(제14조 제1호).

(2) 감사 또는 감사위원회에 의한 검사

외부감사인이 검사보고서를 이사회에 제출하면 이사회는 이를 종속보고서 및 다른 보고서와 함께 감사 또는 감사위원회에 제출하여야 한다(제13조 제1). 감사 또는 감사위원회는 결합기업과에 대한 관계에 관한 보고서를 검사하여야 하며, 상법 제415조의2 및 제413조의2의 감사록에 그 검사결과를 기재하여야 한다(제13조 제2).

(3) 특별검사인에 의한 검사

(가) 의의 : 각 주주는 종속보고서 또는 이에 대한 검사보고서의 결과와 관련하여 ① 외부감사인에 의한 확인소견의 한정 또는 거부(제14조 제1호), ② 이사회의 말미표시에 대한 감사회의 이의(제2호), ③ 회사가 불이익을 받고 그것이 전보되지 않았다는 이사회의 선언(제3호) 가운데 어떤 것이든 하나가 존재한다면 그것만으로 법원에 특별검사인의 선임을 신청할 수 있다. 그리고 위의 제1호 내지 제3호의 사유가 존재하지 않더라도 지배기업의 종속회사에 대한 의무위반의 불이익가해의 의심을 정당화할 수 있는 그 밖의 사정이 있는 때에는 그 지분을 합하여 기본자본의 20분의 1 이상의 주식을 보유한 소수주주도 특별검사인의 선임을 신청할 수 있다.

(나) 특별검사인의 선임 : 특별검사인의 선임은 회사의 주소지를 관할하는 등기법원에 신청함으로서 절차가 개시된다. 선임을 신청할 수 있는 자는 종속회사의 개별주주 또는 소수주주이다(제14조). 개별주주 또는 소수주주의 법원에 대한 신청에 의하도록 한 것은 지배기업이 주도하는 주주총회에서 특별검사인을 선임할 경우 특별검사가 편파적으로 이루어질 우려가 있기 때문이다. 법원은 제14조 제1호 내지 제3호의 요건 가운데 하나로도 존재한다면 반드시 특별검사인을 선임하여야 한다.

(다) 검사의 대상 : 특별검사의 대상은 종속회사의 지배기업 또는 지배기업과 결합한 기업에 대한 영업관계이다(제14조). 외부감사인에 의한 검사의 경우와 달리 종속보고서의 완전성 여부에 대한 검사에까지 미친다. 따라서 불이익으로 표시되거나 이의가 기재되어 있는 법률행위 또는 조치에 한정되지 않으며, 더구나 종속보고서에 기재되어 있는 법률행위 및 조치에 한정되는 것도 아니다.[38]

5) 사실상의 기업집단의 책임

가) 책임의 주체

(1) 지배기업

(가) 책임의 특성 : 지배기업을 1차적인 책임주체로서 전면에 내세우고(제16조 제1), 그 대표이사가 지배기업과 연대책임을 부담하도록(제16조 제3) 규정하고 있다. 지배계약이라는 법적 기초가 존재하지 않는 사실상 기업집단의 경우 종속회사에 가해한 주체는 제15조 이하의 의미에서 지배기업 자신이기 때문에 책임의 주체도 지배기업이 되어야 한다는 인식을 배경으

38) 신현윤, 전게서, p.186.

로 하고 있으며, 다만 제16조의 목표를 관철하기 위하여 이러한 가해를 실행한 지배기업의 대표이사에 대하여도 제16조 제3 에 의해 책임을 확장하고 있는 것이다.[39]

(나) 책임의 요건

지배기업의 책임에 관한 요건으로서 불이익한 법률행위 또는 조치의 유발과 불이익전보의 해태를 요구하고 있다.

(2) 지배기업의 대표이사

지배기업의 대표이사는 지배기업과 연대하여 책임을 진다(제16조 제3). 그러나 직접적 또는 간접적으로 불이익한 법률행위 또는 조치를 유발한 자만이 책임을 진다.

(3) 종속회사의 이사·감사

(가) 종속보고서의 작성 및 검사의 해태 : 종속회사의 이사는 그의 의무를 위반하여 불이익한 법률행위 또는 조치를 종속보고서에 기재하지 않거나 법률행위 또는 조치를 통하여 불이익을 받았고 불이익이 전보되지 않았음을 기재하지 않은 경우에는 지배기업 및 그 대표이사와 함께 연대책임을 진다(제17조 제1). 또한 종속회사의 감사도 종속보고서의 검사의무와 검사결과의 주주총회에 대한 보고의무를 위반한 경우 마찬가지로 연대책임을 부담한다(제17조 제2).

(나) 지배기업 및 그 대표이사의 책임의 존재 : 제17조에 의한 종속회사 이사 및 감사의 책임은 계약기업집단의 경우와 마찬가지로 제16조에 기한 지배기업 내지 지배기업 대표이사의 책임을 전제로 하고 있다. 따라서 예컨대 이사가 보고의무(제11조)를 위반하여 지배기업에 의해 유발되었던 행위의 기재를 해태하였거나 감사가 검사의무를 위반하였다고 하여도 그 행위가 불이익한 것이 아니거나 이미 불이익이 전보되었다면 제17조의 책임은 문제로 되지 않는다.[40]

(다) 주의의무의 위반 : 주의의무 위반은 통상의 양심적인 업무지휘자라면 보고의무를 위반하지 않았을 것으로 인정되거나, 보고서가 양심적이고 성실한 답변의 원칙과 조화되지 않을 때에 존재한다.[41]

다. 기업계약에 따른 기업집단

39) 신현윤, 전게서, p.190.
40) 신현윤, 전게서, p.197.
41) 신현윤, 전게서, p.197.

1) 기업계약(Unternehmensvertrag)의 의미

상법 제374조 제1 제2호는 "타인과 영업의 손익 전부를 같이 하는 계약, 그 밖에 이에 준하는 계약"에 대해 주주총회의 특별결의를 요한다고 하여, 회사에 중대한 영향을 미치는 형태의 계약을 인정하지만 일정한 절차적 제한을 두고 있다. 이와 유사하지만 보다 폭 넓은 규정이 독일법상 기업계약이다. 독일 주식법은 법 이전부터 독일 내에 회사들 사이에 존재하던 이른바 기업집단계약에 대해 이를 인정하되 다만 기업집단계약에 따른 회사의 이해관계인(채권자, 주주 등)의 보호를 위해 일정한 요건을 규정하고 있다.

우리 회사법의 해석상 단순히 손익을 공유하거나 영업을 임대하는 등의 계약에 대해서는 그 유효성이 인정되고 있지만 이를 넘어 별개의 법인 사이에 일방이 타방을 지휘하는 등 사실상 하나의 기업과 같이 운영되는 것에 대해서는 법해석상 가능하지 않다는 입장이 일반적이라 할 것이다. 하지만 우리 현실에서도 이른바 재벌이나 대규모기업집단이 실제로는 별개의 법인이면서도, 오너(Owner)의 지시에 의하여 재벌이나 대기업의 계열사들이 손실을 감수하면서 일사불란하게 움직이고 이러한 권리는 회사의 이해관계인 전체가 아닌 사주 개인을 위해 이용되어 온 것이 사실이다. 기업계약을 입법화할 경우 기존 재벌이나 대규모 기업집단이 기업계약을 통해 사실상의 지배권이 아니라 공시된 계약내용을 가지고 계열사를 통제하되 다만 일정한 절차적 제한을 두고 그에 따른 책임여부를 투명하게 할 수 있을 것으로 기대된다.

2) 기업계약의 종류

기존 회사법의 해석상 재벌이나 대규모 기업집단 계열사들이 마치 하나의 기업과 같이 움직이는 형태를 규율하기는 어렵다. 이에 독일 주식법의 기업계약의 종류를 차용하여 이러한 형태에 한정하여 가능성을 열어두는 방안을 소개하기로 한다.

1) 지배계약
2) 이익인도계약
3) 손익공동체계약
4) 일부이익인도계약
5) 영업임대차계약
6) 경영위임계약

1) 지배계약(Beherrschungsvertrag)은 지배기업에 종속되어, 지배기업이 지휘하고 종속기업은 이에 복종하기로 하여 기업집단 전체의 이익을 위해 지배기업이 종속기업에 불리한 지시를 할 수 있는 계약이고, 동 계약에 의해 계약상의 기업집단이 형성된다. 이러한 계약의 법적 성질은 정관과 유사한, 하지만 그 하위에서 직접적으로 종속회사의 단체구조를 설정 또는 변경하는 조직계약의 일종이라 할 것이다. 이렇게 이해할 경우 법상 규정이 우선하여 자유로운 계약이 허용되지 않고 지휘권 이전에 의하여 피지배기업이 채권상의 의무를 부담하는데 그치는 것이 아니라 지배기업에게 지휘권을 행사할 권한을 부여하게 된다.

2) 이익인도계약(Gewinnabfuhrungsvertrag)은 회사의 모든 이익을 인도할 의무를 지는 계약으로, 만약 이 계약만을 체결할 경우 독립된 회사가 계약에 의하여 다른 기업에 대하여 반대급부 없이 자신의 이익 전부를 제공할 의무를 진다는 허용할 수 없는, 형사처벌이 가능한 결과가 되기에 위 지배계약과 함께 체결된다.

3) 손익공동체계약(Gewinngemeinschaftvertrag)은 기업이 다른 기업과 함께 전체 또는 특정 영업부분의 손익의 전부 또는 일부를 합산하여 공동의 손익(공동화된 손익)으로서 이를 분배할 의무를 부담할 것을 내용으로 하는 계약이고, 이를 통해 손익공동체(Gewinngemeinschaft)가 성립되는데 이는 민법상 조합이라 할 수 있다.

4) 일부이익인도계약은 일부 이익을 인도할 의무를 지는 계약이고 여기서 제공될 이익은 정기적 계산의 결과를 형성해야지 개개의 영업사건하고만 결합되어서는 안된다. 개개의 거래와 관련하여 이루어지는 이익참가는 일상적 거래에 속하는 것으로서 이사회만이 권한을 갖기 때문이다.

5) 영업임대차계약은 영업을 임대료를 받고 다른 기업에 임대하고 임차기업은 그 '명의와 계산'으로 영업기업의 영업을 이용할 권리를 갖는 계약이다.

6) 경영위임계약은 수임기업이 자기의 '계산으로' 위임기업의 경영을 인수하되, 경영은 대외적으로 여전히 위임기업의 명의로 행하기로 하는 계약을 의미한다.

3) 기업계약의 체결, 변경 및 종료

기업계약은 의사의 합치 및 계약서 작성이라는 일반적인 계약의 방식에 따라 이루어지며, 이는 계약의 당사회사의 대표이사에 의해 이루어진다. 다만 주식회사의 특성상 주주총회의 승

인이 필요하며 이는 유효요건으로 본다. 다만 모든 회사가 주주총회의 승인을 받아야 하는 것은 아니므로 부담을 지는 회사만 요구되고 따라서 1), 2), 4) 유형은 종속회사만 주주총회의 승인이 필요하다. 승인방법은 발행주식 총수의 3/4이상으로 한다.

주주총회 승인을 위해서는, 먼저 이사회가 기업계약 보고서 작성하는 것이 원칙이고, 공개가 적절치 않은 경우 이를 작성하지 않을 수 있다. 이렇게 작성된 기업계약 보고서는 "계약검사인"에 의해 검사를 받게 되는데, 이러한 계약검사인은 원칙적으로 종속회사의 이사회가 선임하되, 적절하지 않은 경우 법원에 그 선임을 청구할 수 있다.

주주총회를 위해 회사는 기업계약, 계약보고서 및 검사보고서 및 최근 3년간 결산서 등을 비치하여야 하고, 주주 등 이해관계인의 열람, 등사청구에 대해 응할 의무가 있다. 또한 이러한 내용들은 주주총회에서 이사회에 의하여 포괄적으로 설명이 되어야 한다. 이 설명에는 계약의 종류, 목적, 본질적 내용 및 그에 따른 이익과 손실까지도 포함해야 한다. 충분한 설명 여부의 기준은 이사회가 모든 사정을 검사한 결과 그 계약이 적절하다고 설명하는 것으로는 충분하지 않고 주주가 스스로 판단할 수 있게 하기 위한 판단의 기초가 되는 정보를 제공하는 것에 이르러야 할 것이다.[42]

기업계약의 체결에 상당히 복잡한 절차를 요구하는 만큼 변경에 있어서도 주주총회의 승인이 필요하다. 특히 소수주주의 보호에 관한 규정 변경에 대해서는 소수주주들의 특별결의도 요구된다. 또한 기업계약의 해지는 원칙적으로 영업연도 말에만 가능하나 예외적으로 중대한 사유 발생하는 경우에는 영업연도 중간에도 이루어질 수 있다.

이런 절차를 통해 주주총회에서 기업계약이 승인되게 되면 이를 등기하고 이로써 동 기업계약이 효력을 발생하게 된다(창설적 효력). 여기서 등기는 기업계약의 존재, 종류 및 계약상 대방의 명칭이 상업등기부에 등기된다는 것을 의미한다. 이는 채권자, 일반대중, 특히 장래의 주주가 충분히 알 수 있게 된다는 것을 의미한다.

4) 지배계약에 의한 기업집단의 경우 채권자의 보호

지배계약에 의해 기업집단이 형성된 경우, 지배기업의 종속회사에 대한 포괄적인 지휘권 행사에 따라 종속회사의 재산적 실체가 공동화될 우려가 있기 때문에 종속회사 및 그 채권자 보호를 위하여 대차대조표상 적어도 계약 당시의 종속회사 재산이 유지될 수 있도록 각종 보호조치에 대하여 정하고 있다. 즉 일정한 범위 내에서 법정준비금의 적립을 요구하고, 지배기업으로 과도하게 이익이 유출되는 것을 막기 위하여 이익인도의 최고한도를 정하고 있다. 또

42) 유진희, "계약상의 체른"(『안암법학』, 1995), p.564 이하

한 지배기업의 종속회사 손실에 대한 인수의무를 정하고 있다.

가) 정준비금 립

계약 당시의 종속회사의 재산이 유지될 수 있도록 하기 위해, 결합 전보다 더 높은 법정준비금 적립의무를 부여한다. 현행 상법은 이익준비금으로 회사 자본금의 2분의 1이 될 때까지 매 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 적립하도록 하고 있는바, 그 이상의 법정준비금을 적립하도록 할 필요가 있다. 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정하도록 하였다.

독일 주식법 역시 우리 상법과 같이 주식회사가 일반적으로 적립해야 할 법정준비금에 대한 기준을 제시하고 있는데, 이에 따르면 대차대조표상 자산의 일부를 기본자본의 10% 또는 정관에서 정한 그 이상의 비율에 달할 때까지 전년도 이월손실금을 공제한 연도잉여금 중 최소 5%를 적립하도록 하고 있으나, 이러한 규정은 이익인도계약이나 지배계약이 체결되면 사실상 그 의미를 상실하게 되기에 이들 계약으로 인해 종속회사의 이익이 지배기업으로 이전되어 원칙적으로 종속회사의 연도잉여금이 감소하거나 소멸되어 법정준비금에 적립될 금액은 아주 적은 금액이거나 전혀 없는 상태에 이르기 때문이다.

) 이익인도의 정한도액

지배기업에 과대한 이익을 인도하는 것을 방지하기 위해 인도할 이익의 최고한도를 정한다. 계약상 합의와 무관하게, 실제로 발생한 연도잉여금에서 전년도 이월손실액 및 법정준비금을 공제한 한도 내에서 종속회사의 이익을 지배기업에 인도하도록 제한을 두고 있다.

이익인도계약이나 일부 이익인도계약에서 기초해서 인도되어야 할 이익을 정하는 것은 원칙적으로 계약자유에 맡겨져 있으므로 계약상의 합의된 계산방식에 따라 이익이 인도된다면 종속회사의 재산으로부터의 과도한 이익인도에 의해 종속회사에 상 손실계상을 강하게 요구될 뿐 아니라 종속회사의 자본유지는 보장받을 수 없게 되어 법이 보호하고자 하는 회사의 대차대조표상의 초기재산은 위협받게 되기 때문에 이익으로 인도될 수 있는 금액의 한도를 정해두는 것이 요구된다고 한다.[43]

다) 손실인수

지배계약과 이익인도계약의 존속 중 종속회사에 연도결손금이 발생하는 경우 이 연도결손금이 계약기간 중 적립된 종속회사의 다른 이익준비금으로 전보될 수 없는 한 지배기업은 그

43) 정대근, "독일주식법상 기업결합에 따른 종속회사 권자 보호"(『부산대학교 법학연구』 제52권 제3호), p.281.

연도결손금 전액을 인수하도록 하는 의무를 부담한다. 독일의 판례, 학설상 엄격한 전제조건 하에 예외적인 근거를 가지는 경우를 제외하고는 원칙적으로 기업집단관계에 있어서도 일반적인 책임투시(법인격부인)가 인정되지 않기 때문에 종속회사에 대한 지배기업의 강제적인 손실인수의무를 통하여 회사채권자에 대한 지배기업의 책임을 설정함으로써 적어도 지배기업에 대한 간접적인 책임투시(법인격부인)를 관철할 수 있는 근거를 마련하고자 하는 것이다.[44]

따라서 종속회사는 지배기업의 손실인수의무에 상응하는 손실보상청구권을 가진다. 이 청구권은 연도결손금이 발생한 영업연도의 종료와 동시에 발생하나 종속회사의 생존능력을 포괄적으로 보호하는 측면에서 종속회사에 있어서 지급불능 또는 신용이 심각하게 위협되는 경우 영업연도 중이더라도 영업연도 종료와 함께 기한이 도래하게 될 손실보상에 대한 가지급을 청구할 수 있다. 이 청구권은 3년의 소멸시효에 걸린다.[45]

라) 담보제공의무

지배계약과 이익인도계약 종료시 종속회사의 채권자 보호를 위하여 지배기업은 종속회사 채권자에 대하여 담보를 제공하거나 종속회사 채무에 대한 보증선언을 하도록 한다. 이는 지배기업의 손실인수의무가 지배계약이나 이익인도계약의 종료와 더불어 끝나므로 종속회사의 생존능력이 보장되어 있는지의 여부와 상관없이 종속회사의 채권자에게는 단지 종속회사의 재산만이 책임재산이 된다는 점을 고려한 것이다.[46] 지배기업의 담보제공이 요구되는 채권은 원칙적으로 지배계약과 이익인도계약의 존속 중에 발생한 모든 채권으로서 채권발생의 원인이 거래에 의한 것이든 불법행위에 의한 것이든 불문한다.[47]

지배기업은 부담스런 개별적인 담보제공 대신에 보증선언을 할 수 있으며, 채권자는 이를 받아들여야 한다. 다만 지배기업은 최고검색의 변을 할 수 있으므로 종속회사에 대한 지급가능성을 변할 수 있다.

5) 지배계약에 의한 기업집단의 경우 주주의 보호

가) 보상

지배계약 또는 이익인도계약을 체결한 종속회사의 소수주주가 계속 주주로서 남게 되는 경우 회사에 대한 자신의 이익이 지속적으로 잠탈될 우려가 있다. 따라서 헌법상 보장되는 재산

44) 신현윤, 전게서, pp.92-93.
45) 신현윤, 전게서, p.95.
46) 정대근, 전게논문, p.283 이하
47) 신현윤, 전게서, p.97.

권보호 등에 따라 지배계약과 이익인도계약의 체결시 소수주주에 대한 완전한 보상[48]이 되어야 한다.[49]

이익인도계약이 체결된 경우 종속회사에 있어서 대차대조표상의 이익이 존재하지 않기 때문에 이익배당금을 주주에게 지급할 수 없게 된다. 따라서 법은 소수주주에 대한 보상으로 이익배당 대신에 계약에서 주식액면가와 관련한 반복적인 금전급부를 통하여 소수주주에게 정당한 보상을 하도록 규정하고 있고, 단지 지배계약만을 체결한 경우에는 일응 대차대조표상 이익이 존재하고 배당금 지급이 가능할 수도 있으나 종속회사는 업무집행에 있어 지배기업의 지시에 종속되기 때문에 소수주주의 배당금 지급에 대한 기대가 충족되지 못하게 될 우려가 있다. 따라서 법은 지배계약만이 체결된 경우에도 이익인도계약 체결시 소수주주에 대한 보상으로서 부담하게 되었을 일정한 정도에 따라 매년 일정한 이익지분을 소수주주에게 보장하도록 규정하고 있다.

(1) 보상의 당사자

보상지급을 청구할 수 있는 자는 소수주주이다. 독일의 통설은 정부초안이유서(Regr. Reg E)가 설시하는 바와 대동소이하게 "종속회사의 주주 중 지배회사 및 이와 동시될 수 있는 자를 제외한 모든 주주"를 외부주주로 해석하고 있다고 한다. 그리고 지배회사가 외부주주의 범주에서 종속회사의 잔여 주주 중 어떠한 자들을 제외하여야 하는지에 대해, 1) 그 재산이 계약상대방(지배회사)의 재산과 경제적으로 단일체를 형성하고 있는 주주, 2) 그 수익이 지배회사에 유입되거나 지배회사로부터 그 수익을 유입받는 주주가 여기에 해당한다는 것이 통설이라고 한다.[50][51]

보상의무자는 명시적인 규정은 없지만, 계약당사자인 지배기업과 종속회사간의 내부관계에 있어서는 지배기업이 손실인수의무를 부담하고 있으므로 결국 지배기업이 보상지급의무를 부담하게 될 것이고, 외부관계에 있어서도 종속회사가 부담한다는 종래의 견해보다는 지배계약 등에 의해 오직 다른 계약당사자만 유리하게 되기 때문에 보상에 관하여도 다른 계약당사자, 즉 지배기업이 직접적인 지급의무를 진다는 견해가 일반적이다.[52]

48) 권기범, "Konzern에 있어서 외부주주의 보호", (『서울시립대학교논문집』, 1990.), p.133 이하, 문언해석상 상당한 해석이나 독일의 례와 학설의 주류는 이를 완전한 보상(voll Ausgleich)으로 해석한다고 한다.
49) 신현윤, 전게서, p.99.
50) 권기범, 전게논문, p.131 이하
51) EC 제9지시 준비초안 제9조 제2항은 구체적으로 1) 지배기업을 지배하는 기업, 2) 지배회사와 지배계약 또는 이 공여계약에 의하여 결합되어 있는 기업, 3) 지배회사와 체른 결합관계에 있는 기업, 4) 지배회사를 단독소유하고 있는 제3의 기업으로 규정하고 있고 한다. (권기범, 전게논문, p.132)
52) 신현윤, 전게서, p.102.

(2) 보상방법 등

법은 확정적 보상으로서 적어도 회사 자산의 적정한 감가상각과 가치조정을 감안한 종속회사의 계약 당시까지의 수익상태 및 장래의 수익전망을 기초로 하여 다른 이익준비금의 적립을 감안하지 않은 상태에서 예상되는 평균적인 이익지분으로서 각 주식에 대해 분배될 수 있는 금액을 매년 지급할 것을 보장하고 있다. 이익공여계약에 의한 기업집단은 종속회사의 대차대조표에 이익이 존재할 수 없기 때문이라고 한다. 또한 가변적 보상으로 다른 계약당사자, 즉 지배기업이 특히 주식회사인 경우에는 보상지급으로서 적어도 종속회사의 주식과 대등한 액면가를 가진 지배회사의 주식에 해당하는 이익지분을 보상으로 지급할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 종속회사의 소수주주의 배상권을 보충하는 의미이다.

) 대상(代償)

위와 같이 지배계약이 체결될 경우 회사에 남는 소수주주를 위하여 지배계약에서 보상지급에 대하여 정하도록 규정하고 있는 것과 아울러, 소수주주가 회사에서 탈퇴하는 경우 지배기업에게 상당한 대가를 지급하고 그 주식을 인수하여야 할 의무를 부담하도록 정하고 있다. 이는 상법상 주식매수청구권과 유사하다 할 것이다. 다만 상법과 다른 것은 현금뿐 아니라 주식 기타 사채에 의한 대상(代償)도 허용된다는 것이다. 이 경우 오직 지배기업만이 소수주주 주식을 취득할 의무를 부담한다.

이러한 대상(代償)은, 첫째 지배회사가 국내에 영업소를 둔 독립한 주식회사인 경우에는 동 지배회사의 주식만으로 대상하여야 하고, 둘째 계약상대방이 종속회사이거나 피다수참가회사인 경우에는 현금 또는 제3의 지배기업이나 다수참가시업의 주식에 의한 대상을 선택할 수 있으며, 마지막으로 위 두 가지 경우 외에는 현금대상만이 가능하다고 한다. 다만 독일주식법의 해석과 관련하여서는 위 방법 이외에 지배회사가 임의로 정하는 다른 형태의 대상을 "추가적으로" 제시하는 것도 가능하다고 한다.[53]

다) 원의 정성 심사

전혀 보상을 규정하지 아니한 이익공여계약 또는 지배계약은 무효이고, 규정되어 있더라도 지배계약 또는 이익인도계약에서 정하고 있는 보상과 대상이 적정하지 않은 경우 종속회사의 모든 국외주주는 동의를 위한 주주총회 결의취소의 소 대신에 계약의 상업등기부에의 등기 및 공고 후 2개월 이내에 적정한 대상 및 보상의 심사를 법원에 청구할 수 있다. 여기서 관할법원은 소수주주 소속회사의 영업소재지를 관할하는 법원이 된다.

대상의 경우에는 이익공여계약 또는 지배계약에 대상에 관한 규정이 없거나 또는 있더라도

53) 권기범, 전게논문, p.135 이하

상당한 것이 아닌 때에는 보상의 경우와 마찬가지로 관할법원이 소수주주의 신청에 의해 대상액 또는 주식수를 결정하도록 되어 있다. 그리고 이러한 법원의 결정은 소급효를 갖는다.

6) 기업집단 지휘권 및 그 책임

유효한 지배계약이 존재하는 경우 지배기업은 기업집단 전체를 지휘, 운영하기 위한 기업집단 지휘권을 가진다. 이러한 지휘권은 지배기업의 종속회사 이사회에 대한 지시권과 이에 다른 종속회사 이사회의 복종의무로 구성된다.

가) 지휘 의 주체

제40조의 지시권자는 지배기업이고 실제로는 지배기업의 대표이사이다.

이와 관련하여 지배계약이 다단계로 체결되는 경우(모회사-자회사-손자회사) 지시권자로서의 지배기업은 지배계약이 체결된 관계에서의 상대방인 지배기업만을 의미한다고 본다. 즉 모회사는 손회사에 대하여 직접적인 지휘권을 가지지 않는다. 왜 하면 모회사의 손회사에 대한 직접적인 지휘권을 인정하는 경우 손회사의 이사회가 그에 부여된 지시의 적법성과 기업집단 기여성 여부를 검토할 권리와 의무가 유명무실해질 우려가 있기 때문이다. 이 경우 모회사는 자회사로 하여금 손회사에 대하여 일정한 지시를 하도록 지시할 수 있을 뿐이다.[54]

마찬가지로 지시권 자체를 제3자에게 위임하는 것은 금지된다. 그 밖에 지시권을 다른 기업에 양도하는 것도 허용되지 않고, 이는 기업계약의 변경을 통해서만 가능하다 할 것이다.[55]

) 지휘 의 상대방

원래 지배계약은 지배기업과 종속회사 간에 체결되었기 때문에 지휘권의 상대방은 종속회사 자신이고 특히 종속회사의 지휘기관(Leitungsorgan)이어야 한다. 그러나 제40조는 종속회사의 이사회를 지시의 상대방으로 규정하고 있다. 이는 법문상 지배기업의 대표이사를 지시권자로 일반적으로 표현하고 있는 것과 대조를 이루는 것으로, 계약기업집단의 경우 종속회사는 주식회사와 주식합자회사 형태에 한정될 뿐 아니라 제18조 제1 의 법문상 지배기업의 지시권한은 종속회사의 업무집행의 범위에 한정되고 있으므로 이들 회사의 업무집행기관은 바로 이사회를 의미하기 때문이다.[56] 따라서 감사나 감사위원회에 대한 지시는 허용되지 않는다.

54) 신현윤, 전게서, p.86.
55) 신현윤, 전게서, p.86.
56) 신현윤, 전게서, p.86.

다) 지휘 의 한계

(1) 기업집단의 이익

지휘권은 지배기업의 대주주나 경영자의 개인적인 이익을 위해 이용되어서는 아니되며, 기업집단 이익에 적합하도록 행사되어야 한다. 다만 기업집단 이익이라는 것에 대해서는 정의규정이 없기에 해석론이 다양할 수 있고 지배기업의 재량이 상당히 개입할 수 있다. 지배기업의 지시는 개별적인 거래의 성립 이외에도 주주총회의 소집이나 수권자본 범위 내에서의 신주발행 등 지배구조 자체에까지 미칠 수 있다고 한다. 하지만 종속회사에 손해가 되는 지시를 함에 있어서는 비례의 원칙(Verhaltnismassigkeitsgrungdsatz)이 지켜져야 하고, 종속회사에 대한 손해가 기업집단에 대한 이익에 비하여 지나치게 커서는 아니 된다는 의미로 해석된다.[57]

(2) 계약 또는 법률의 위반

지배기업은 지배계약의 내용 또는 법률상 일정한 제한에 위반하여 지휘권을 행사할 수 없다. 또한 지배기업은 당연히 종속회사의 이사회로 하여금 선량한 풍속 기타 시회질서에 반하거나 형사처벌 가능성이 있는 기타 위법한 행위를 하도록 지시하여서는 아니 된다. 또한 종속회사의 정관규정도 지시권의 범위 밖에 있는 것이므로 종속회사의 영업목적을 변경하거나 영업목적에 포함되지 않는 사업을 하도록 지시하는 것은 허용되지 않는다. 필요하다면 지배회사가 그 의결권을 기초로 종속회사의 정관을 변경한 후 이러한 지시를 하여야 한다는 절차적 요건을 갖추어야 한다는 의미로 해석된다.

(3) 종속회사의 계속기업성에 대한 위협

지배기업은 종속회사의 존립을 위협하는 지휘권을 행사할 수 있는가에 대해, 지배기업은 종속회사의 부담으로 자기 또는 기업집단 전체의 이익을 추구할 수 있으나 이는 종속회사의 생존능력을 위협하거나 말살할 정도까지를 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 계약의 종료시 종속회사의 실질자산의 약탈로 더 이상 생존능력이 없어 지급불능 상태로 되거나 요구되는 투자의 방치로 더 이상 경쟁능력 없는 회사로 반환될 우려가 있는 경우에는 지휘권을 행사할 수 없고, 종속회사의 이사회도 회사의 존립을 위협하는 지시에 대해서는 거부할 수 있고 지배계약의 중요한 위반으로 인한 해지도 할 수 있다 할 것이다.[58]

라) 지배회사 등의 책임

57) 유진희, 전게논문, p.57.
58) 신현윤, 전게서, pp.88-89.

기업집단의 이익을 위하여 지배기업에게 종속회사에 불리한 지시도 할 수 있도록 하는 광범위한 지휘권을 부여하고 있다. 예를 들어 지배기업이나 다른 기업집단기업에 대하여 현금이나 고정자산 또는 유동자산을 제공하도록 하는 지시도 허용된다. 종속회사는 지배기업의 지휘에 복종할 의무를 진다. 지배기업의 대표이사는 선량한 관리자로서의 주의의무를 지며, 이 의무에 위반한 경우 그로 인하여 발생한 종속회사의 손해에 대하여 연대책임을 진다. 이와 함께 종속회사의 이사, 감사는 지배기업의 지휘와 관련하여 의무를 위반한 경우 지배기업의 대표이사와 연대하여 책임을 지되, 복종의무가 있는 지시에 따른 경우는 면책된다.

(1) 책임의 주체

(가) 지배기업 : 법상 별도의 규정은 없으나 종속회사에 대한 지시권자는 형식적으로는 지배기업이기 때문에 법률상 및 계약상 지시권의 한계를 넘어 종속회사에 대한 손해를 가한 때에는 지배기업이 그 대표이사와 함께 책임을 지는 것은 당연하다.[59)]

(나) 지배기업의 대표이사 : 지배기업의 대표이사는 그 지시권 행사시 종속회사에 대해 통상의 양심적인 업무지휘자로서의 주의의무를 지며, 이 의무를 위반한 경우 종속회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다. 이 책임요건은 지시권의 행사, 의무위반, 종속회사의 손해발생, 및 그 인과관계이다.

(다) 종속회사의 이사 및 감사 : 종속회사의 기관은 그 의무를 위반한 경우 종속회사에 대하여 지배기업의 대표이사와 연대하여 책임을 진다. 지배기업의 정당한 업무지시에 따라 종속회사에 손해가 발생한 경우에는 당연히 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만 그러한 지시의 적법성에 대해 자기의 책임 하에 조사할 의무를 부담한다. 따라서 지시의 적법성을 충분히 조사하지 않거나 위법한 지시를 수행한 기관구성원은 손해배상책임을 지게 된다.

(2) 손해배상청구권의 행사

종속회사는 제41조 제2 에 따라 1차적으로 지배기업의 대표이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 주주대표소송을 규정하여 종속회사의 각 주주가 회사를 대위하여 지배회사에 대해 이러한 손해배상청구를 할 수 있다. 이외에 종속회사의 채권자는 종속회사가 가지는 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

(3) 입증책임 등

책임청구에 있어 피고는 요구되는 주의를 다하였다는 점에 대해 입증책임을 진다. 따라서

59) 신현윤, 전게서, p.118.

지시에 따른 업무집행 및 손해의 발생으로 주의의무 위반은 추정된다.

라. 기업집단법 제정법률안

기업집단법 제정법률안

제안이유

재벌은 현실적으로 존재하는 기업집단으로서, 다수의 계열사가 총수 일가라는 공통의 지배권 하에서 선단식으로 운영되고 있음. 이처럼 현실적으로 존재하는 기업집단에 대하여 개별기업을 단위로 하는 회사법 규율로는 실효성 있는 기업집단에 대한 규율이 어렵고, 그러한 법적인 공백을 이용하여 소유-지배의 심각한 괴리가 발생하고, 개별기업의 주주의 이익보다 총수 일가의 이익이 우선시하는 경영이 일상화되고 있는 것이 현실임. 이로 인해 개별기업의 주주 및 채권자들의 이익이 희생되는 부당한 피해가 발생함에도 불구하고 이를 회복시킬 수 있는 법적 장치가 부재하다는 문제점이 있음.

재벌의 지배구조를 개선하기 위해 사외이사제도의 도입, 소수주주권의 강화, 주주대표소송의 제기, 증권관련 집단소송제 도입 등 일련의 조치들이 시행되었으나, 이는 상법이 정한 회사법 범위 내에서의 조치들로서 개별 회사가 규율대상이어서 재벌이라는 기업집단 자체를 규율하기에는 실효성이 없다는 비판과 반성이 제기되어 왔음. 상법은 기본적으로 법적•경제적으로 독립한 회사만을 전제로 하여 이해관계인의 이익조정을 도모하고 있어, 기업집단 형성에 따라 다양화되고 있는 이해관계인 사이의 이익 충돌을 조정함에 있어서는 실효성이 없다는 본질적인 문제가 있었던 것임. 즉 상법과 관련된 이러한 개별기업단위의 입법을 통해서는 재벌이라는 기업집단에서 총수 일가가 소수의 지분만을 가지고 기업집단 전부의 의사결정권을 오로지 갖고 있는 현실에 대하여는 실효적으로 규율하지 못하는 한계가 있음.

따라서 실재하는 기업집단을 하나의 법적 권리 의무의 주체로 인정하고, 다수 회사를 공동으로 경영함에 따라 발생하는 개별기업에 대한 경제적 효과를 법적으로 규율함으로써, 개별기업의 주주, 채권자들의 이해관계를 상법상 하나의 기업에서 보호하는 수준에서 보호할 필요가 있음.

주요내용

1. 기업집단의 개념과 유형

가. 기업결합의 형태는 다수참가·피참가기업, 지배·종속기업, 기업집단기업, 상호참가기업, 기업계약의 당사자기업의 5가지로 유형화하고 다수참가기업은 지배기업으로 추정하며, 지배기업은 기업집단기업으로 의제함 (안 제1조 내지 제5조).

나. 종속기업이 지배기업의 통일적 지휘하에 통합되어 있으면 그 기업들은 하나의 기업집단을 구성함(안 제4조).

2. 기업결합 관련 통지의무

기업결합을 가능한 한 조속하고 명확하게 확정하기 위해 일정한 비율의 자본참가가 존재하는 경우 지배기업은 종속기업에 통지해야 함(안 제6조 및 제7조).

3. 지배기업의 종속기업에 대한 불이익한 지시의 금지

가. 지배기업은 원칙적으로 종속기업에 불이익한 법률행위를 하도록 할 수 없고, 불이익한 행위를 하도록 한 경우 지배회사는 그 불이익을 전보하여야 할 의무가 있음(안 제10조)

나. 만일 이러한 전보의무를 이행하지 아니하는 경우 지배기업과 그 대표이사는 연대하여 종속회사에 대하여 손해배상책임을 부담하고, 종속회사의 주주가 입은 직접손해에 대하여도 배상하여야 함(안 제16조).

다. 이러한 불이익전보제도의 실효성을 확보하기 위하여 종속회사는 지배기업의 종속회사에 대한 모든 법률행위와 조치 및 그 효과를 파악할 수 있도록 하는 내용의 종속보고서를 작성하여야 함(안 제11조).

4. 지배계약에 의한 기업집단

가. 기업계약 중 '지배기업에 종속되어, 지배기업이 지휘하고 종속기업은 이에 복종하기로 하여 기업집단 전체의 이익을 위하여 지배기업이 종속기업에 불리한 지시를 할 수 있는 계약'인 '지배계약'을 맺은 회사들은 기업집단을 구성함(안 제18조).

나. 지배계약에 의해 기업집단이 형성된 경우, 지배기업의 종속회사에 대한 포괄적인 지휘권을 행사할 수 있고, 기업집단의 이익을 위하여 지배기업에게 종속회사에 불리한 지시도 할 수 있으며 종속회사는 지배기업의 지휘에 복종할 의무를 짐(안 제42조).

다. 기업계약의 체결은 주주총회의 승인을 받아야 함(안 제20조).

라. 기업계약은 등기되어야 효력이 발생됨(안 제28조).

마. 지배기업의 대표이사는 선량한 관리자로서의 주의의무를 지며, 이 의무에 위반한 경우 그로 인하여 발생한 종속회사의 손해에 대하여 연대책임을 짐(안 제41조).

바. 종속회사의 이사, 감사는 지배기업의 지휘와 관련하여 의무를 위반한 경우 지배기업의 대표이사와 연대하여 책임을 지되, 복종의무가 있는 지시에 따른 경우는 면책됨(안 제42조).

5. 지배계약에 의한 기업집단에 대한 종속회사 및 채권자의 보호

가. 종속회사 재산의 공동화를 막고 그 채권자 보호를 위하여 대차대조표상 적어도 계약 당시의 종속회사 재산이 유지될 수 있도록 일정한 범위 내에서 법정준비금의 적립해야 하고, 지배기업으로 과도하게 이익이 유출되는 것을 막기 위하여 이익인도의 최고한도 내에서만 이익인도를 해야 함(안 제34조 및 안 제35조).

나. 지배기업은 종속회사의 손실을 인수해야 함(안 제36조).

다. 지배계약이 체결될 경우 종속회사의 주주로 남는 소수주주를 위하여 지배계약에서 보상지급에 대한 내용을 규정해야 함(안 제38조).

라. 소수주주가 주주에서 탈퇴하는 경우 지배기업은 상당한 대가를 지급하고 그 주식을 인수하여야 함(안 제39조).

기업집단법 제정법률안

제1장 총칙

제1조 (목적 및 기업집단) ① 이 법은 다수의 기업이 사실상 하나의 기업처럼 운영되는 기업집단에 대하여 투명성, 효율성을 제고하고 이를 통해 소속기업의 채권자 및 주주의 정당한 이익을 보호하는 것을 목적으로 한다.
② 결합기업이란 법률상 독립한 다수의 기업이 그 상호관계에 있어서 다수피참가기업과 다수참가기업(제2조), 종속기업 및 지배기업(제3조), 기업집단기업(제4조), 상호참가기업(제5조) 또는 기업계약의 계약당사자(제18조, 제19조)의 형태로 결합되어 있는 것을 말한다.

제2조(다수피참가기업과 다수참가기업) ① 법률상 독립한 기업의 지분의 과반이 다른 기업에 속하거나 의결권의 과반이 다른 기업에 속하는 때에는 그 기업은 다수피참가기업, 다른 기업은 다수참가기업이 된다.
② 지분의 어느 정도가 한 기업에 속하고 있는가 여부는 주식회사의 경우에는 그 기업에 속하는 지분의 액면 총액의 액면자본에 대한 비율에 따라, 무액면 주식으로 구성된 회사의 경우에는 주식수에 따라 정한다. 자기지분은 주식회사의 경우에는 액면 자본에서 공제하고, 무액면주식으로 구성된 회사의 경우에는 주식수에서 공제하여야 한다. 그 기업의 계산으로 타인에 속하는 지분은 기업의 자기지분과 동일하다.
③ 의결권의 어느 정도가 한 기업에 속하고 있는가는 그 기업이 자기에 속하는 지분에 따라서 행사할 수 있는 의결권수의 총 의결권수에 대한 비율에 따라 정한다. 자기지분에 의한 의결권과 제2 제3문에 의하여 자기지분과 동등한 지분에 의한 의결권은 총의결권수에서 공제하여야 한다.
④ 당해 기업의 종속기업에 속하는 지분, 당해 기업 또는 그 종속기업의 계산으로 다른 기업에 속하는 지분 및 당해 기업의 소유자가 회사가 아닌 경우 소유자의 그 밖의 재산인 지분도 당해 기업에 속하는 지분으로 본다.

제3조(종속기업과 지배기업) ① 종속기업이라 함은 다른 기업이 직접 또는 간접으로 지배적 영향력을 행사할 수 있는 법률상 독립한 기업을 말하고, 그 다른 기업을 지배기업이라 한다.
② 다수피참가기업은 다수참가기업에 종속한 것으로 추정한다.

제4조(기업집단과 기업집단기업) ① 하나의 지배기업과 하나 이상의 종속기업이 지배기업의 통일적 지휘하에 통합되어 있으면 그 기업들은 하나의 기업집단을 형성한다. 각 기업은 기업집단기업으로 된다. 제18조의 지배계약이 존재하고 있는 여러 기업은 통일적 지휘하에 통합된 것으로 본다. 종속기업은 지배기업과 기업집단을 형성하는 것으로 추정한다.
② 법률상 독립한 수 개의 기업 중 한 기업이 다른 기업에 종속하지 아니하고 통일적 지휘하에 통합되어 있는 때에도 그러한 수 개의 기업은 기업집단을 형성하며, 그 각 기업은 기업집단기업이 된다.

제5조(상호참가기업) ① 주식회사로서 그 각 기업이 다른 기업의 지분의 4분의 1을 서로 초과하여 보유함으로써 결합되어 있는 것을 상호참가기업이라 한다. 한 기업에 다른 기업의 지분의 4분의 1을 초과하는지 여부는 제2조 제2 제1문과 제4 을 준용한다.
② 상호참가기업 중 한 기업이 다른 기업에 다수 참가하거나 한 기업이 다른 기업에 직접 또는 간접으로 지배적 영향력을 행사할 수 있는 경우에는 그 기업을 지배기업, 그 다른 기업을 종속기업으로 본다.
③ 상호참가기업의 각 기업이 다른 기업에 다수참가를 하거나 각 기업이 다른 기업에 직접 또는 간접으로 지배적 영향력을 행사할 수 있는 경우 양 기업은 서로 지배적이고 종속적인 것으로 본다.
④ 제2 또는 제3 에 의하여 지배 또는 종속기업으로 보는 기업에는 제9조가 적용되지 아니한다.

제6조(통지의무) ① 주식회사 주식의 4분의 1을 초과하여 한 기업에 속하게 된 때에는 그 기업은 그 회사에 대하여 지체없이 그 뜻을 서면으로 통지하여야 한다. 주식의 4분의 1을 초과하는지 여부는 제2조 제2 제1문과 제4 을 준용한다.
② 제1 에 의한 통지의무에 있어서 기업에 속하는 주식에는 다음 각 호의 주식을 산입한다.
1. 그 기업, 그 기업의 종속기업 또는 그 기업이나 그 기업의 종속기업의 계산으로 다른 자가 그 양도를 요구할 수 있는 주식
2. 그 기업, 그 기업의 종속기업 또는 그 기업이나 그 기업의 종속기업의 계산으로 다른 자가 인수할 의무가 있는 주식

③ 그 기업이 주식회사인 경우, 제2 에 의한 주식을 제외한 주식의 4분의 1을 초과하여 그 기업에 속하게 된 때에는 그 회사에 대하여 이 뜻도 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다.
④ 그 기업에 대하여 제2조 제1 의 다수참가가 되는 때에는 회사에 대하여 이 뜻도 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다.
⑤ 그 참가가 더 이상 제1 , 제3 또는 제4 에 의한 통지의무가 있는 정도로 존재하지 아니하게 된 때에는 그 회사에 대하여 이 뜻을 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다.
⑥ 회사는 제1 또는 제4 에 의하여 통지한 참가의 존재를 지체 없이 공고하여야 한다. 여기에는 참가하는 기업이 기재되어야 한다. 참가가 더 이상 제1 또는 제4 에 의한 통지의무가 있는 정도로 존재하지 아니하게 되었음이 회사에 통지된 때에는 그 뜻도 지체없이 공고하여야 한다.
⑦ 제1 또는 제4 에 의하여 통지의무가 있는 기업에 속하는 주식의 권리는 그 기업이 통지의무를 이행하지 않는 동안은 그 기업, 그 기업의 종속기업 또는 그 기업이나 그 기업의 종속기업의 계산으로 행위하는 제3자를 위하여 존재하지 않는다.
⑧ 제1 내지 제7 은 상장회사의 주식에 대하여 적용되지 않는다.

제7조(회사의 통지의무) ① 주식회사 지분의 4분의 1을 초과하여 회사에 속하게 된 때에는 그 회사는 참가가 존재하는 기업에 대하여 이 뜻을 지체없이 서면으로 통지하여야 한다. 지분의 4분의 1을 초과하는지 여부는 제2조 제2 제1문과 제4 을 준용한다.
② 회사가 다른 기업에 대한 제2조 제1 의 다수참가가 되는 때에는 회사는 다수참가가 존재하는 그 기업에 대하여 이 뜻을 지체없이 서면으로 통지하여야 한다.
③ 참가가 더 이상 제1 또는 제2 에 의한 통지의무가 있는 정도로 존재하지 아니하게 된 때에는 회사는 다른 기업에 대하여 이 뜻을 지체없이 서면으로 통지하여야 한다.
④ 제1 또는 제2 에 의한 통지의무가 있는 회사에 속하는 지분의 권리는 회사가 통지의무

를 이행하지 아니하는 동안은 존재하지 않는다.
⑤ 제1 내지 제4 은 상장회사의 주식에 대하여 적용되지 않는다.

제8조(통지된 참가의 증명) 제6조 제1 , 제3 또는 제4 , 제7조 제1 또는 제2 에 의한 통지를 받은 기업은 언제든지 참가에 대한 증명을 요구할 수 있다.

제9조 (권리의 제한) ① 주식회사와 다른 기업이 상호참가기업인 경우 그 하나의 기업이 상호참가의 사실을 알게 되었거나 다른 기업이 그 하나의 기업에 제6조 제3 또는 제7조 제1 에 따른 통지를 하자마자 그 하나의 기업이 다른 기업에 대하여 가지는 지분상의 권리는 다른 기업의 모든 지분의 4분의 1의 한도내에서만 행사될 수 있다.
② 제1 의 제한은 그 기업이 다른 기업으로부터 제6조 제3 또는 제7조 제1 에 따른 통지를 받기 전 및 그 기업이 상호참가의 사실을 알게 되기 전에 그 기업이 제6조 제3 또는 제7조 제1 에 따라 다른 기업에 통지한 경우에는 적용되지 아니하고, 제2조 제4 이 적용된다.
③ 제1 에 의해 상호참가의 사실을 알게 된 기업은 상장회사의 주주총회에서 감사선임을 위해 자신의 의결권을 행사할 수 없다.
④ 주식회사와 다른 기업이 상호참가기업인 경우 그 기업들은 서로 지체없이 그 참가의 정도 및 각 변경사 을 서면으로 통지하여야 한다.

제2장 지배회사의 종속회사에 대한 불이익한 지시의 금지

제10조 (영향력 행사의 제한) ① 지배기업은 불이익이 전보되지 아니하는 한 종속회사에게 불이익한 법률행위, 불이익한 조치를 하게 하여서는 아니 된다. 다만, 제18조에 따른 지배회사와 종속회사 간에 지배계약을 체결하고 제28조에 따라 등기한 경우에는 그러하지 아니한다.
② 제1 에 따른 불이익 전보가 영업연도 중 사실상 이루어지지 아니한 경우 지배기업은 종속회사에 불이익이 가해진 영업연도 말까지 전보기한 및 전보방법을 확정하여야 한다.
③ 전 에 따른 전보가 이루어지지 아니한 경우 종속회사는 지배회사에 대하여 그 손해의 전보를 청구할 수 있다.

제11조 (결합기업과의 관계에 관한 이사회의 보고) ① 지배계약이 존재하지 아니하는 경우 종속회사 이사회는 영업연도의 최초의 3월 이내에 회사의 결합기업에 대한 관계에 관하여 보고서를 작성하여야 한다. 이 보고서에는 회사가 전 영업연도 중에 지배기업 또는 지배기업과 결합된 기업과 함께 행하였거나 이들 기업의 유발에 의하거나 이들 기업의 이익내에서 행한 모든 법률행위 및 전 영업연도 중에 이들 기업의 유발에 의하거나 이들 기업의 이익내에서 행하였거나 하지 않았던 모든 조치가 기재되어야 한다. 법률행위에서는 급부 및 반대급부가, 조치에서는 조치이유 및 회사에 대한 이익과 불이익이 기재되어야 한다. 불이익의 전보시 그 전보방법이 개별적으로 기재되어야 한다.
② 보고서는 신의성실 원칙에 따라 작성되어야 한다.
③ 이사회는 보고서 말미에 법률행위가 행하여졌거나 조치가 이루어졌거나 이루어지지 않았던 시점에서 그가 알고 있었던 사정에 따라 회사가 각 법률행위 시 적정한 반대급부를 받았는지 여부 및 조치가 이루어졌거나 이루어지지 않았던 바에 의해 불이익하게 되었는지 여부를 표시하여야 한다. 회사가 불이익을 받은 경우 이사회는 그 밖에 불이익이 전보되었는지 여부도 표시하여야 한다. 이 표시는 영업보고서에도 기재되어야 한다.

제12조 (외부감사인에 의한 검사) ① 재무제표가 외부감사인에 의해 검사되어야 하는 경우 재무제표 및 영업보고서와 함께 결합기업과의 관계에 관한 보고서도 외부감사인에게 제출되어야 한다. 외부감사인은 다음 각 호의 사 을 검사하여야 한다. 외부감사인은 기업집단기업 및 종속기업 또는 지배기업에 대하여도 본 조에 의한 권리를 가진다.

1. 보고서의 실제 기재가 정확한지 여부
2. 보고서에서 기재된 법률행위 시 그 행위시점에서 알았던 사정에 따라 회사의 급부가 부당하게 높지 않았는지 여부, 부당하게 높았다면 그 불이익이 전보되었는지 여부
3. 보고서에 기재된 조치 시 이사회에 의한 판단과 본질적으로 다른 판단을 지지할 사정이 없었는지 여부

② 외부감사인은 검사결과에 관하여 서면으로 보고하여야 한다. 외부감사인이 재무제표, 영업보고서 및 결합기업과의 관계에 관한 보고서의 검사 시 이 보고서가 불완전하다고 확정하면 이에 관하여도 보고하여야 한다. 외부감사인은 보고서에 서명하여 이사회에 제출하여야 한다.
③ 제2 의 결과에 대해 이의가 제기되지 않으면 외부감사인은 이를 결합기업에 대한 관계에 관한 보고서에 아래 사 의 소견을 통하여 확인하여야 한다.

1. 보고서의 실제 기재가 정확한지 여부
2. 보고서에서 기재된 법률행위 시 그 회사의 급부가 부당하게 높지 않았거나 불이익이 전보되었는지 여부
3. 보고서에 기재된 조치를 하는 경우 이사회에 의한 판단과 본질적으로 다른 판단을 지지할 사정이 없었는지 여부

④ 이의가 제기되어야 하거나 외부감사인이 결합기업에 대한 관계에 관한 보고서가 불완전하다고 확정할 경우 외부감사인은 이 확인을 제한하거나 거부하여야 한다. 이사회가 스스로 불이익이 전보됨이 없이 회사가 일정한 법률행위 또는 조치를 통하여 불이익을 받았음을 설명할 경우 그 뜻이 소견서에 기재되어야 하며, 그 소견은 그 밖의 법률행위 또는 조치에 한정되어야 한다.
⑤ 외부감사인은 장소 및 일시를 기재하여 확인소견서에 서명하여야 한다. 확인의 소견은 검사보고서에도 기재되어야 한다.

제13조 (감사 등에 의한 검사) ① 이사회는 결합기업에 대한 관계에 관한 보고서 및 재무제표가 외부감사인에 의하여 검사되어야 할 경우 대통령령이 정하는 서류들과 함께 그 외부감사

인의 검사보고서를 감사 또는 감사위원회에 제출하여야 한다. 각 감사는 보고서에 관하여 알 권리를 가진다. 감사 또는 감사위원회가 다른 것을 결의하지 아니하는 한 보고서는 요구에 따라 감사 또는 감사위원회에게 교부되어야 한다.
② 감사 또는 감사위원회는 결합기업과에 대한 관계에 관한 보고서를 검사하여야 하며, 상법 제415조의2 및 제413조의2의 감사록에 그 검사결과를 기재하여야 한다. 재무제표가 외부감사인에 의해 검사되어야 할 경우 감사 또는 감사위원회는 이 보고서에서 그 외에도 외부감사인의 결합기업에 대한 관계에 관한 보고서 검사결과에 대해 자신의 의견을 표명하여야 한다. 외부감사인에 의한 확인소견은 이 보고서에 기재되어야 하며, 확인소견의 거절은 명백히 알려지도록 해야 한다.
③ 감사 또는 감사위원회는 보고서 말미에서 그들의 검사종결후 결합기업과의 관계에 관한 보고서 말미에서의 이사회의 의견표명에 대해 이의가 제기될 수 있는지 여부에 관해 의견을 표명하여야 한다.
④ 재무제표가 외부감사인에 의해 검사되어야 하는 경우 외부감사인은 감사 또는 감사위원회가 요구에 따라 결합기업과의 관계에 관한 보고서 심의에 참가하여야 한다.

제14조(특별검사) ① 법원은 3개월 이전부터 계속하여 발행주식 총수의 20분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주의 신청에 따라 다음 각 호의 경우 회사의 지배기업 또는 지배기업과 결합된 기업에 대한 업무관계의 조사를 위해 특별검사인을 선임하여야 한다.

1. 외부감사인이 결합기업과의 관계에 관한 보고서에 대해 확인소견을 제한하거나 거절한 경우
2. 감사회가 결합기업과의 관계에 관한 보고서말미에서 이사회의 의견표명에 대해 이의가 제기되어야 한다는 의견을 표명한 경우
3. 이사회가 스스로 회사가 일정한 법률행위 또는 조치에 의해 그 불이익이 전보됨이 없이 불이익을 받았다는 의견을 표명한 경우

② 제1 에 따른 법원의 결정에 대해 즉시 고할 수 있다.

제15조(이익인도계약의 경우 결합기업과의 관계에 관한 보고서의 불요) 종속회사와 지배기업간의 이익인도계약이 존재하는 경우 제11조 내지 제14조는 적용되지 아니한다.

제16조 (지배기업과 그 대표이사의 책임) ① 지배기업이 영업연도 말까지 그 불이익을 사실상 전보하지 않거나 종속회사에 전보를 위한 특정한 이익에 관해 법적 청구권을 부여함이 없이 지배계약이 존재하지 아니하는 종속회사로 하여금 불이익한 법률행위를 하도록 하거나 불이익한 조치의 작위 또는 부작위를 유발한 경우 그로 인해 종속회사에 발생한 손해에 대하여 배상할 책임이 있다. 지배기업은 종속회사의 손해로 인하여 주주에게 가해진 손해 이외에 주주가 손해를 받은 한 그 주주에 대하여도 그로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있다.
② 종속하지 않은 회사의 통상의 양심적인 업무지휘자가 그 법률행위를 하였거나 그 조치를 행하였거나 행하지 않았더라도 생겼을 손해에 대하여는 배상의무가 없다.
③ 지배기업과 함께 종속회사로 하여금 그 법률행위 또는 조치를 행하도록 유발한 지배기업의 대표이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.
④ 종속회사의 손해배상청구권은 각 주주가 종속회사를 위하여 행사할 수 있다.
⑤ 종속회사의 채권자는 종속회사로부터 채권의 만족을 얻을 수 없는 경우 종속회사의 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

제17조(회사 기관구성원의 책임) ① 회사의 이사가 자기의 의무에 위반하여 지배기업과의 관계에 관한 보고서에서 불이익한 법률행위 또는 조치를 기재하지 않았거나 회사가 법률행위 또는 조치로 불이익을 받고 그 불이익이 전보되지 않았음을 기재하거나 표시하지 아니한 경우 그 회사의 이사는 제16조에 의한 배상의무자와 함께 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이사가 통상의 양심적인 업무지휘자로서의 주의를 적용하였는가 여부에 관하여 다툼이 있는 때에는 이사가 입증책임을 진다.
② 회사의 감사가 불이익한 법률행위 또는 조치에 관하여 결합기업과의 관계에 관한 보고서를 검사하고, 주주총회에 그 검사결과에 관해 보고할 의무를 위반한 경우 감사는 제16조에 의한 배상의무자와 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 제1 제2문은 준용된다.
③ 이사 및 감사의 책임은 그 행위가 주주총회의 적법한 결의에 기한 때에는 면제된다.
④ 본조의 책임에 대하여는 제16조 제3 내지 제5 은 준용된다.

제 3 장 기업계약에 따른 기업집단

제18조(기업계약) ① 기업계약 중 주식회사가 그 지휘권을 다른 기업의 지배하에 두는 계약을 지배계약이라 하고, 그 회사의 모든 이익을 다른 기업에 인도할 의무를 지는 계약을 이익인도계약이라 한다.
② 지배계약 또는 이익인도계약에 따른 회사의 급부는 상법 제462조에 위반한 것으로 보지 아니한다.

제19조(기타 기업계약) ① 제18조 이외의 기업계약은 다음의 각호와 같다.

1. 손익공동체계약 : 그의 이익 또는 그의 각 영업의 이익의 전부 또는 일부와 다른 기업의 이익 또는 다른 기업의 각 영업의 이익을 공동이익의 분배를 위해 합계할 의무를 지는 계약
2. 일부이익인도계약 : 그의 이익의 일부 또는 그의 각 영업의 이익의 전부 또는 일부를 다른 기업에 인도할 의무를 지는 계약
3. 영업임대차계약 또는 경영위임계약 : 그의 영업을 다른 기업에 임대차 또는 위임하는 계약

② 제1 의 기업계약에 따른 회사의 급부는 상법 제462조에 위반한 것으로 보지 아니한다.

제20조(주주총회의 동의) ① 기업계약은 주주총회에서 발행주식 총수의 4분의 3의 수가 동의하여야 한다.
② 지배계약 또는 이익인도계약은 계약상대방이 주식회사인 때에는 이 회사의 주주총회도 전에 따른 결의를 요한다.
③ 기업계약은 서면의 형식을 갖추어야 한다.

제21조(기업계약에 관한 보고서) ① 기업계약에 참가하는 모든 주식회사의 이사회는 제20조에 의해 주주총회의 동의가 요구되는 한 기업계약의 체결, 계약의 구체적 내용 및 특히 제30조에 따른 보상과 제31조에 따른 대상의 종류와 한도가 법적·경제적으로 설명되고 근거가 제시되는 상세한 서면보고서를 작성하여야 한다. 이 보고서는 계약당사회사의 이사회에 의해 공동으로 작성될 수 있다. 이 보고서에는 계약체결기업의 평가 시 특별히 어려운 점과 주주의 자본참가에 대한 결과가 언급되어야 한다.
② 관련 기업의 총주주가 보고서의 작성을 포기에 동의한 경우에는 보고서가 요구되지 아니한다.

제22조(기업계약의 검사) ① 지배기업이 종속회사의 모든 주식을 가지고 있지 아니하는 한 기업계약은 이를 체결하는 모든 주식회사에 대하여 1인 또는 수인의 계약검사인에 의해 검사되어야 한다.
② 전 의 경우에 제21조 제2 이 준용된다.

제23조(계약검사인의 선임) 계약검사인은 종속회사의 이사회에 의하거나 그의 신청에 기하여 법원에 의하여 선임된다. 계약검사인은 모든 계약체결기업을 위하여 공동으로 선임될 수 있다. 이에 대하여는 종속회사의 주소지에 소재하는 지방법원이 관할권을 가진다. 비용의 보상과 법원에 의하여 선임된 검사인의 보수에 관하여는 상법을 준용한다.

제24조(계약검사인의 선출, 지위 및 책임) ① 계약검사인의 선출과 설명청구권에 대하여 상법의 검사인에 관한 규정을 준용한다. 설명청구권은 계약체결기업과 기업집단기업 및 종속기업과 지배기업에 대하여 존재한다.
② 계약검사인, 그 보조자 및 검사 시 참가한 검사회사의 대표이사의 책임에 대하여는 상법을 준용한다. 책임은 계약체결기업과 그 지분소유자에 대하여 존재한다.

제25조(검사보고서) ① 계약검사인은 검사결과를 서면으로 보고하여야 한다. 검사보고서는 말미에 제안된 보상 또는 대상이 적정한지 여부에 대한 의견이 표시되어야 한다. 이와 함께 다름 사 이 기재되어야 한다.
1. 어떠한 방식에 의하여 보상과 대상이 조사되었는지;
2. 어떠한 이유에서 이러한 방식의 적용이 적정한지;
3. 여러 방식이 적용된 경우 어떠한 보상 또는 대상이 각기 상이한 방식의 적용시 각각 나타날 수 있었을지; 이와 함께 제안된 보상 또는 대상과 그에 기초한 가치의 확정시 각기 상이한 방식에 어떠한 중점이 두어졌는지 및 계약체결기업의 가치평가시 어떠한 특별한 어려움이 나타났는지.

② 전 의 경우에 제21조 제2 을 준용한다.

제26조(주주총회의 준비) ① 기업계약의 동의에 관하여 결의할 주주총회를 소집한 때로부터 관련 주식회사의 각 영업소에는 주주의 열람을 위하여 다음 각 호에 해당하는 서류가 비치되어야 한다.
1. 기업계약
2. 최근 3년간 계약체결기업의 재무제표와 영업보고서
3. 제21조에 따라 작성된 이사회의 보고서 및 제25조에 따라 작성된 계약검사인의 보고서.

② 제1 에 기재된 서류의 등본은 각 주주의 요구에 따라 지체없이 무료로 교부되어야 한다.

제27조(주주총회의 진행) ① 주주총회에서는 제26조 제1 에 열거된 서류가 비치되어야 한다.
② 주주총회 의장은 회의의 개시 시 기업계약을 구두로 설명하여야 한다. 그 내용은 의사록에 부록으로 첨부되어야 한다.
③ 주주총회 의장은 주주총회에서 주주의 요구에 따라 계약체결에 중요한 다른 계약당사자의 모든 사 에 관하여도 설명하여야 한다.

제28조(등기, 효력발생) ① 대표이사는 기업계약의 성립 및 종류, 계약상대방의 명칭, 일부이익인도계약의 경우에는 그 밖에도 인도하는 이익의 한도에 관한 합의 등을 상업등기부에 등기하기 위해 신고하여야 한다. 신고에는 계약서가 첨부되어야하며, 계약이 계약상대방 주주총회의 동의로 효력이 발생하는 경우에는 그 결의의 의사록, 부속서류의 원본, 정본 또는 공증된 등본이 첨부되어야 한다.
② 계약은 그 성립이 회사 본점소재지의 상업등기부에 등기된 때 비로소 효력이 있다.

제29조(변경) ① 기업계약은 제20조에 따른 주주총회의 동의가 있는 경우에만 변경될 수 있고, 이 경우 제28조를 준용한다.
② 회사의 소수주주에 대한 보상의 이행 또는 그 소수주주의 주식의 취득의무를 부담시키는 계약규정의 변경을 위해서는 해당 소수주주 주식총수의 4분의 3의 수가 동의하여야 한다.

제30조(해지) ① 기업계약은 영업연도 말 또는 계약상 정하여진 청산시기 말에 해지될 수 있다. 해지의 소급효는 인정되지 아니한다. 해지는 서면으로 하여야 한다.
② 소수주주에 대한 보상의 이행 또는 소수주주 주식의 취득이 의무화되어 있는 계약의 해지는 제20조 제1 에 따른 결의를 요한다.

제31조(해지통보) ① 기업계약은 전조에 관계없이 계약상대방이 계약상의 의무를 이행할 상태에 있지 아니할 것으로 예상되는 경우 등과 같은 중대한 사유를 이유로 해지를 통보할 수 있다.
② 회사의 이사회는 주주총회에서 제20조 제1 에 따른 결의로 동의하는 때에는 중대한 사유 없이도 회사의 소수주주에 대한 보상의 이행 또는 소수주주 주식의 취득이 의무화되어 있는 계약에 대한 해지를 통보할 수 있다.
③ 본조의 해지 통보는 서면으로 하여야 한다.

제32조(신고 및 등기) 대표이사는 지체없이 기업계약의 종료, 종료의 사유 및 시기를 상업등기부에 등기하기 위하여 지체없이 신고하여야 한다.

제33조(기업계약의 구속력의 제한) 기업계약의 내용에도 불구하고 제31조에 의한 해지 통보를 할 수 있다.

제34조(법정준비금) 기업계약의 당사자는 상법 제458조 본문의 기준 이상으로서 대통령령으로 정하는 바에 따른 법정준비금을 적립하여야 한다.

제35조(이익인도의 최고한도액) 인도할 이익의 계산에 관하여 어떠한 합의가 이루어졌는지에 관계없이 회사는 이익인도가 없다면 존재할 연도이익잉여금으로부터 전년도 손실이월금과 제34조에 의해 법정준비금으로 전입되어야 할 금액을 공제한 금액을 최고한도로 하여 자신의 이익으로서 인도할 수 있다. 계약기간 중 어떤 금액이 다른 이익준비금으로 전입된 때에는 이 금액은 다른 이익준비금에서 인출되어 이익으로서 인도될 수 있다.

제36조(손실인수) ① 지배계약 또는 이익인도계약이 존재하는 경우 그 계약상대방은 계약존속 중 이익준비금으로 적립된 금액이 다른 이익준비금으로부터의 인출되는 것에 의해 연도결손금이 전보되지 아니하는 한, 계약존속 중 그 밖에 성립한 모든 연도결손금을 전보하여야 한다.
② 종속회사가 그 기업의 영업을 지배기업에 임대차하거나 그 밖에 위임한 경우 그 지배기업은 합의된 반대급부가 적정한 대가에 달하지 아니하는 한, 계약존속 중 그 밖에 성립한 각 연도결손금을 전보하여야 한다.

제37조(채권자 보호) ① 지배계약 또는 이익인도계약이 종료하면 상업등기부에 한 계약종료의 등기가 되기 전에 성립한 채권을 가진 회사채권자가 등기의 공고 후 6월 이내에 담보제공을 목적으로 상업등기부에 신고할 경우 기업계약상대방은 그 회사채권자에게 담보를 제공하여야 한다.

② 파산절차의 경우 전 의 담보제공을 요구할 수 있는 권리는 인정되지 아니한다.

제38조(적정한 보상) ① 지배계약과 이익인도계약은 소수주주에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따른 적정한 보상을 규정하여야 한다.
② 제1 에 위반하여 보상을 전혀 정하지 않은 계약은 무효이다.

제39조(보상) 지배계약 및 이익인도계약은 제38조에 의한 보상의무 이외에 소수주주의 상법 제374조의2에 따른 주식매수청구권에 대한 사 을 정하여야 한다.

제40조 (지휘권) ① 지배계약이 존재하는 경우 지배기업은 종속회사의 이사회에 지시를 할 권한이 있다. 계약에 다른 정함이 없으면 그 지시가 지배기업 또는 지배기업과 종속회사와 기업집단 결합된 기업의 이익에 기여할 경우 종속회사에 불리한 지시를 할 수 있다.
② 종속회사의 이사회는 지배기업의 지시를 준수할 의무를 진다. 종속회사의 이사회는 그 지시가 명백히 전 의 이익에 기여하지 않지 아니하는 한 자신의 판단으로 전 의 이익에 기여하지 아니한다는 이유로 지시의 복종을 거부할 수 없다.

제41조(지배기업의 대표이사 등의 책임) ① 지배계약이 존재하는 경우 지배기업의 대표이사는 회사에 대한 지시시 통상의 양심적인 업무지휘자로서의 주의를 적용하여야 한다.
② 대표이사가 그의 의무를 위반하는 때에는 그로 인해 발생한 손해배상에 대하여 회사에 연대채무자로서의 책임을 진다. 이사의 통상의 양심적인 업무지휘자로서의 주의를 하였는가에 관하여 다툼이 있는 경우 대표이사가 입증책임을 진다.
③ 본조의 책임에 대하여는 제16조 제3 내지 제5 은 준용된다.

제42조(회사 기관구성원의 책임) ① 회사의 이사와 감사가 의무에 위반하여 행위를 한 때에는 제41조에 따른 배상의무자와 함께 연대채무자로서 책임을 진다. 그들이 통상의 양심적인 업무지휘자로서의 주의를 하였는가 여부에 관하여 다툼이 있는 때에는 그들이 입증책임을 진다.
② 이사회가 그 행위를 승인하였음을 이유로 배상의무가 배제되지 아니한다.
③ 이사가 제40조 제2 에 따라 복종의무가 있는 지시를 따른 경우에는 제1 의 책임이 면제된다.
④ 본조의 책임에 대하여는 제16조 제3 내지 제5 은 준용된다.

3. 상법 등 개정을 통한 기업집단 규제 입법(상법 등 개정)

가. 상법 등 개정을 통한 기업집단 규제 입법의 취지

삼성, 현대, SK … 건국 이래 재벌기업은 한국경제의 원동력이자 한국경제 성장의 주역이었다. 그러나 무분별한 확장으로 인한, 재벌의 경제력 집중과 불건전한 지배구조는 중소기업의 성장을 가로막고 경쟁력이 약한 중소상인을 궁지에 몰아넣어 우리 경제의 근간을 흔들고 있다. 선진국에서도 여러 개의 기업이 다양한 형태로 결합한 '기업집단'은 때로는 기대이상의 시너지 효과를 창출하기도 하지만 때로는 소액주주·채권자 ·노동자 등의 권익을 침해한다. 결국 우리나라뿐만 아니라 미국 ·EU등과 같은 선진국들 또한 이들 기업집단의 활동을 법적으로 규제하여 기업집단의 경쟁력 우위를 유지함과 동시에 다양한 이해관계자들의 권익을 보호하는 장치를 법적으로 확립해야 하는 공통의 과제를 안고 있는 것이다.

EU는 원래 독일식 콘체른법처럼 하나의 특별법으로 기업집단의 모든 측면을 규율하는 방식을 추구하다 각 회원국이 자신의 사정에 맞게 기업집단법의 요소를 부분적으로 도입하는 다원적인 접근방식으로 변모하였다.

우리나라도 상법, 공정거래법, 통합도산법, 노동관련법 등 여러 법률에 기업집단에 관한 규정이 산재되어 있으나 기업집단의 규율 범위가 통일적이지 않고 기업집단의 과오를 시정하기 위한 제재나 이해관계인 보호 조치가 미흡하여 많은 입법의 공백이 존재한다.

여기서는 단일한 특별법에 의한 기업집단에 대한 규율 대신 현행 경제법 체계, 특히 경제법의 기본인 상법과 공정거래법을 중심으로 규율상의 문제점을 살핀 뒤 이를 보완해야 할 법적 내용을 살펴보고자 한다[60].

나. 상법 회사편 개정 사항

1) 연결회계 상의 '지배' 개념에 의한 '기업집단' 정의[61]

(1) 우리 법제상의 기업집단에 대한 정의

60) 이하의 제안은 김상조 교수의 민주정책연구원 연구보고서인 "유럽의 기업집단법 현 및 한국 재벌개 에의 시사점"에 실 제안을 반영하 다.

61) 김상조, "유럽의 기업집단법 현 및 한국재벌개 에의 시사점"(『민주정책연구원 연구보고서』, 2012. 7.), p. 85 이하

우리 경제법의 기초가 되는 현행 상법에는 '지배'(control)에 관한 정의가 없고 사실상 '기업집단'에 관한 그 어떠한 규정도 찾아볼 수 없다. 다만, 상법에 발행주식 총수의 50% 초과 보유를 기준으로 모회사와 자회사를 정의하고, 자회사의 모회사 주식 취득을 금지하는 규정(상법 제342조의2)이 있을 뿐이다.

한편, 현행 공정거래법은 '사실상 지배'(de facto control) 개념을 통해 기업집단을 정의하고는 있으나 제재의 대상이 되는 기업집단은 이보다 좁게 규정하고 있다. 즉 ⅰ) 동일인관련자[62]와 합하여 30% 이상의 지분을 보유하면서 최대주주이거나 ⅱ) 경영에 지배적 영향력을 행사한다고 인정되는, 둘 이상의 계열회사로 기업집단이 형성(공정거래법 제2조 제2호 및 동법 시행령 제3조)된다고 규정한다. 공정거래법상 기업집단의 정의를 정리하면 아래와 같다.

요 건	판 단 기 준
지분율 요건	동일인 및 동일인관련자가 30%이상 소유하고 최다출자자인 회사
지배력(영향력) 요건	① 동일인이 임원의 50/100이상 선임
	② 동일인이 당해 회사의 조직변경, 신규사업투자 등 주요의사결정이나 업무집행에 지배적 영향력 행사
	③ 동일인 지배회사와 당해회사 간 임원겸임, 인사교류
	④ 통상적 범위를 초과하여 동일인 및 동일인관련자와 자금·자산·상품·용역거래, 채무보증·피보증 및 계열회사로 인정될 수 있는 영업상 표시행위 등 사회통념상 경제적 동일체로 인정되는 회사

하지만 공정거래법상 기업집단에 대한 특별한 규제는 자산 2조원 이상의 상호출자제한기업집단 등 일정 규모 이상의 '대규모 기업집단'에 대해서만 한정되어 있을 뿐이다. 결국 현행 상법에는 기업집단에 관한 어떤 규율도 찾아볼 수 없고 기업집단에 대해 그나마 규율하고 있는 공정거래법에서는 기업집단을 포괄적으로 정의하면서도 실제 법 적용 대상을 좁게 설정하여 그 규율범위가 매우 제한적이다. 이러한 기업집단에 대한 규율의 공백은 재벌개혁 논의와 별개로, 경제법 체계상 심각한 공백이라고 할 수 있어 조속히 보완되어야 할 필요가 있다.

62) 동일인 관련자는 다음과 같다.
① 배우자, 6 이내의 , 4 이내의 인
② 동일인 및 동일인관련자가 합하여 최다출연자이거나, 그중 1인이 설립자인 비영리법인 또는 단체 은 동일인 또는 동일인 관련자가 임원구성이나 사업운용 에 지배적 영향력을 행사하는 비영리법인 또는 단체
③ 계열회사
④ 동일인 또는 동일인이 지배하는 비영리법인·단체, 계열회사의 사용인

(2) 외국의 입법례

(가) 독일의 경우

독일주식법 제15조는 독일식 기업집단이라고 할 수 있을 결합기업(Verbundene Unternehmen)의 형태들을 정의하고 있다.[63] 결합기업의 대표적인 형태는 콘체른으로 독일의 대규모 기업집단은 대체로 콘체른을 이루고 있다. 주식법 제18조[64]에 의하면 콘체른은 콘체른 경영지주회사와 그 지휘를 받는 콘체른회사로 구성된다. 지주회사는 콘체른 회사에 출자하고 있다. 이외에도 독일은 주식법을 통해 다수 지분을 소유 당한 기업(제16조), 종속적 기업과 지배적 기업(제17조), 상호 보유 기업(제19조) 또는 기업계약의 계약참가자의 관계에 있는 기업(제291조, 제292조)를 기업집단의 세부 유형으로 규정하고 있다.[65]

(나) 중국의 경우

중국은 개혁 · 개방정책과 함께 적극적으로 기업집단을 육성하고자 하는 계획을 천명하며 1987년 12월 국무원이 공표한 내부지침에 의하여 "사회주의 계획적 상품경제와 사회주의적 대량생산의 객관적 수요에 부응하기 위해 만들어진 일종의 다층적인 경제조직으로, 그 핵심층은 자주경영, 독립채산, 납세 등 법적 · 경제적 책임을 지는 구체적인 법인격체이다" 라고 규정하였다.[66]

(3) 상법상 기업집단 정의 규정 명시 방법

상술한 바와 같이 우리나라 상법은 기업집단에 대한 정의 규정이 없으며 공정거래법 시행령에서 기업집단을 규율하고 있을 뿐이다. 한편 공정거래법상 기업집단 정의 규정의 '지배' 개념은 '주식회사의 외부감사에 관한 법률'에 따른 한국채택국제회계기준(K-IFRS)의 지배(·종속) 개념과 일치하지 않는다. K-IFRS에서 '지배'는 '지배회사가 경제활동에서 효용과 이익을

63) 독일 주식법 제15조 결합기업(Verbundene Unternehmen)은 다음과 같다 :
결합기업은 법적으로 독립된 기업으로서, 상호 다수 지분 소유 기업과 다수 지분을 소유 당한 기업, 종속적 기업과 지배적 기업, 체른기업, 상호 보유 기업 또는 기업계약의 계약참가자의 관계에 있는 기업들이다.

64) 독일 주식법 제18조 체른(Konzern)과 체른기업(Konzernunternehmem)
(1) 하나의 지배적 기업과 이 기업의 통일적 지 (Leitung) 하에 있는 하나 또는 다수의 종속적기업들이 모여 하나의 체른을 이 다 ; 개 기업들은 체른 기업이다. 지배계약(291조)을 고 있는 기업들 또는 한 기업이 다른 기업에 편입(319조)되어 있는 경우의 기업들은 통일적 지 로 여 있는 것으로 간주된다. 종속적 기업은 지배적 기업과 체른을 이루는 것으로 된다.
(2) 지배-종속 관계가 없으면서 통일적 지 로 여 있는 법적으로 독립된 기업들도 하나의 체른을 이루며, 개 기업들은 체른 기업들이다.

65) 박노영, "독일과 한국의 기업집단 비교"(『사회과학논총』 제10권, 1999), p.9.

66) 김 수, "중국의 기업집단 성현 과 전망"(『대외경제정책연구원』, 1992), p.35.

얻기 위하여 종속회사의 재무정책과 영업정책을 결정할 수 있는 능력'(주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2 제2호 및 동법 시행령 제1조의3)을 의미하는데, 현실적으로는 ⅰ) 지배회사가 종속회사의 과반 지분을 보유하거나(공정거래법은 종속회사의 30% 지분 획득을 기준으로 함) ⅱ) 보유지분이 과반이 미치지 못하더라도 실질 지배력을 행사하는 경우를 포함한다. 따라서 K-IFRS의 연결재무제표에 포함되는 종속회사의 범위는 공정거래법 상의 계열회사보다 협소하다. 따라서 공정거래법 상의 대규모 기업집단(재벌정책의 대상)이나 금융관련법 상의 금융그룹(Level 2 또는 Level 3의 연결감독의 대상 ; 금융복합그룹에 대한 감독은 기존의 업종별 감독을 보완하는 '보충적 감독'을 의미하는데 개별 금융회사에 대한 Level 1 감독, 하나의 업종에 전문화된 동질적 금융그룹에 대한 Level 2 감독, 둘 이상의 업종이 결합된 금융복합그룹에 대한 Level 3감독으로 나뉨) 등과 같이 특정한 정책적 목적에 따라 기업집단의 범위를 보다 포괄적으로 정의할 필요가 있는 경우에는 각각의 개별 법 영역에서 별도로 규정하는 것을 허용하되, 경제법의 기본인 상법 회사편에서는 K-IFRS의 지배 개념에 근거하여 기업집단을 상대적으로 통일적이고 단순하게 정의하는 것이 바람직하다.

2) '지배주주'의 '공정성 의무'(duty of entire fairness)[67]

(1) '공정성 의무' 규정의 필요성 개관

기업집단법의 핵심은 기업집단을 정의하고자 하는 데 있는 것이 아니라 종속회사의 소액주주·채권자·노동자 등의 이해관계자들을 보호하기 위한 지배회사의 책임을 규정하는데 있다. 기업집단은 비용절감, 수익창출에 있어서 일정한 시너지 효과를 실현해 내지만 지배회사는 자신이 짊어져야 할 경영상의 위험성을 종속회사의 주주, 채권자, 노동자에게 전가하는 기회주의적 행태가 자주 보이기 때문이다.

영미 등의 보통법적 전통에서는 이사의 신인의무 개념과 사실상의 이사 개념을 결합하여 종속회사의 이해관계인을 보호해 왔다. 즉 지배회사가 종속회사의 경영 판단에 개입함으로써 사실상의 이사로서 행동했고, 그 행위가 신인의무를 위배함으로써 종속회사에 손해를 야기하였음이 입증된 경우에는 지배회사에 책임을 묻는 것이다(conduct-based approach). 하지만 이러한 판례법 상의 원리에 입각한 예외적 구제조치는 그다지 실효성이 없다. 우리나라 또한 1998년 상법 개정을 통해 '업무집행지시자'(상법 제401조의2) 개념을 도입하였으나, 지난 10여

67) 공정성의 의무를 직 적으로 제안한 입법안은 없다. 다만, 회사기회유용금지에 대하여는 이상민 의원이 17대 국회에서 2006. 10. 20. 발의한 의안번호 175186 상법일부개정안과 18대 국회에서 2009. 2. 10. 발의한 의안번호 1803753 상법일부개정안의 내용과 지가 유사하다. 위 개정안은 임기만료와 현행 상법의 대안입법으로 기되었다.

년 동안 이를 적용한 판례는 극소수에 불과한 실정이다.

이사의 신인의무와는 별개로 지배주주에게 직접 공정의무를 부과하는 경우, 그 지배주주가 사실상의 이사로서 회사 경영에 개입하였음을 입증하여야 하는 원고의 부담을 전환하거나 완화하는 효과를 기대할 수 있다. 지배주주에게 일반적인 공정의무를 부과하는 것은 과도한 부담을 지우는 측면이 있을 수 있어 지배주주에게 회사와의 거래에서 공정성 의무를 부과하되, 그 의무 불이행 시 엄격한 책임을 물을 수 있는 제도를 제안한다.

개정 상법에는 새로운 규제로 회사기회유용금지(상법 제397조의2[68])와 자기거래범위 확대(상법 제398조[69]) 등과 관련한 규정이 있지만, 그 위반 시 이사의 경우에만 책임을 물을 수 있을 뿐이어서, 지배주주에 대한 책임을 물을 수 있도록 하는 입법의 필요성이 여전하다고 할 수 있다. 상법에 종속회사를 지배하는 사실상의 지배주주에 대한 '공정성 의무'를 명시적으로 규정하고 이를 위반하여 종속회사와 거래하는 경우 손해배상책임을 지도록 한다.

(2) 현행 상법상 충실의무의 확장 가능성

(가) 현행 상법상 이사의 충실의무

1998년 상법은 이사의 책임강화를 통한 건전한 기업운영을 촉진하고 기업경영의 투명성을 제고하며 주식회사의 지배구조의 선진화를 꾀하기 위하여 이사의 충실의무(duty of loyalty)에 관한 규정을 도입하였다. 즉 상법 제382조의 3에서 "이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다." 고 규정하고 있다. 이는 그 동안 해석론 내지 입법론으로써 그 수용이 주장되어 온 이사의 충실의무가 명문화되기에 이른 것인데, 도입 이전부터 적지 않은 학자들은 영미법계에서 판례를 통해 확립된 법원칙인 충실의무가 제382조 제2 에 규정된 선관주의의무를 해석함에 있어서 인정되어야 한다고 주장하여 온 것이 사실이고, 개정 전의 판례지만 이사의 충실의무라는 표현을 사용한 것도 있었다.[70]그

68) 상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이 이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이 을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2이상의 수로 하여야 한다. 1. 직무를 수행하는 과정에서 게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀 한 관계가 있는 사업기회 ② 제1항을 위반하여 회사에 해를 발생시 이사 및 승인한 이사는 연대하여 해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 은 이 은 혜로 정한다.

69) 상법 제398조(이사 과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2이상의 수로 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절 는 공정하여야 한다. 1. 이사 또는 제542조의8제2항제6호에 따른 주요주주 2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속 3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속 4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사 5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

러나 현행 상법상 충실의무의 의의와 적용 범위에 대한 일치된 견해가 존재하지 않으며 충실의무와 선관주의의무간의 관계에 대한 학설들도 여전히 대립중이다.

(나) 각국 회사법상 이사의 충실의무의 의의

전통 회사법에서 원래 이사에게 부과되는 신인의무는 회사에 대한 의무이기 때문에 이사는 개별 주주나 이해관계자에게 어떠한 의무를 부담하는 것이 아니다. 그래서 보통법의 판례는 종속회사에 대한 지배회사의 신인의무에 기한 책임을 묻기 위해서는 지배회사를 사실상 이사로 간주할 수 있는 조건이 성립해야 하고 이 조건의 성립에 대해서는 지배회사의 책임을 묻고자 하는 원고(종속회사의 이해관계자)가 입증책임을 부담하도록 했다.

또한 미국의 모델 회사법 및 판례는, 지배주주가 본인 또는 제3자의 이익을 위해 종속회사와 거래를 하는 경우 그 거래 조건 및 절차가 모두 공정할 것을 요구하고 있다(공정성 의무, duty of entire fairness). 그 결과 미국 법원은 이사의 경영에 대한 결정에 대해서는 이른바 경영 판단의 법칙(business judgment rule)에 따라 사법적 심사를 자제하면서도 지배주주와 회사 거래에 대해서는, 이해관계가 없는 사외이사 또는 주주총회의 승인을 받은 경우라 할지라도 광범위한 사법적 심사를 허용하고 있다. 영미법상 확립되어 있는 독립된 개념으로서의 충실의무 내용은 다음과 같이 정리될 수 있다. 이사는 회사에 대한 수탁자적 지위에 있으므로 회사에 대해 당연히 충실의무를 부담하는데, 회사에 대한 의무의 내용은 회사와의 경업행위금지, 회사기회의 탈취금지, 이사와 회사와의 이익충돌행위금지, 내부자거래 금지, 소수주주의 억압 금지, 회사지배권의 매각 금지로 요약할 수 있다.[71]

한편 독일법은 지배주주(지배회사)가 종속회사나 종속회사의 이해관계인의 이익을 침해하도록 사실상 영향력을 행사한 지배주주에게 직접 손해배상을 청구할 수 있도록 허용하였고 선관주의 의무 위반과 관련한 입증책임은 피고 이사가 부담하도록 하였다. 즉 선관주의의무 외의 충실의무를 별도로 인정하고 있는 영미법계에서는 충실의무 위반의 입증책임을 종속회사의 이해관계인이 하고 있다는 점에서 독일과 다르다 하겠다. 따라서 충실의무 외에 선관주의의무의 일종으로서 "공정성 의무"를 인정한다면 입증책임의 전환 등에 있어서 실익을 얻을 수 있을 것으로 사료된다.

(다) 현행 상법상 이사의 충실의무 규정의 확장 가능성

현행 상법상 이사의 충실의무 규정은 일본상법상의 충실의무(일본상법 제254조의 3)의 규

70) 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다 2490 결

71) 송인방, "이사의 충실의무의 본질에 관한 고 "(『충 대학교 법학연구』 제16권 제1호, 2005), p.162.

정을 그대로 옮겨놓은 듯한 표현과 내용을 가지고 있는 것이 사실이지만[72] 그 뿌리는 영미법계의 충실의무 규정에 두고 있다 할 수 있다.

그렇다면 현행 상법상 이사의 충실의무 규정을 전술한 영미법계상의 충실의무 규정의 범위까지 확장할 수 있을 것이다. 하지만 우리 법원이 상법 제382조의 3에 충실의무규정이 도입된 이후에도 판례에 의해 충실의무이론을 직접적으로 적용한 예는 찾아보기 힘들다. 다만 몇몇 판례[73]에서 선관주의의무와 충실의무를 병기하기 시작한 정도이다. 아울러 앞서 서술한 바와 같이 충실의무와 선관주의의무간의 관계에 대한 견해가 명확히 통일되지도 못했으며 충실의무의 구체적 내용과 범위에 대한 판례나 학계의 견해가 일치하지도 않는 형편이다.

(3) 개정 상법상 회사기회유용금지 규정과 자기거래범위 확대 규정의 판단기준으로 "공정성"

(가) 개정 상법의 회사기회유용금지 규정과 자기거래범위 확대 규정

2006년부터 본격적으로 추진되었던 상법개정 작업이 약 5년이 지난 2011년 3월 11일 비로소 통과되었다. 금번 상법개정은 그 어느 때보다도 개정 전은 물론이고 개정 후까지 많은 논란을 야기하고 있다.

그 중에서도 특히 회사기회유용금지규정(제397조의2)의 도입과 이사회의 승인을 필요로 하는 자기거래 범위의 확대(제398조) 등이 논란의 중심에 있다. 회사기회유용금지규정이 도입된 것은 이사가 직무상 알게 된 회사의 정보를 이용하여 개인적인 이익을 취득하는 행위하는 것을 명확히 통제하기 위함이다. 아울러 이사회의 승인을 필요로 하는 자기거래범위 확대[74]는 본인의 이익을 위하여 이사의 친인척이나 그들이 설립한 개인 회사 등을 이용하여 거래함으로써 회사에 불이익을 가하는 것을 차단하기 위한 것이다.

(나) 회사기회유용금지의 판단 기준으로서 "공정성"

회사기회의 범위에 대하여 미국 판례는 대체로 ⅰ) 사업범위기준[75], ⅱ) 이익 또는 기대

72) 임중호, "이사의 충실의무론"(『비교사법』 제6권 제2호, 1999), p.584.
73) 대법원 2002. 1. 4. 선고 2000다9086 결; 서울지법 2002. 11. 12. 선고, 2000가합6051 결
74) 개정전 상법에서는 자기거래를 하는 경우 이사회의 과반출석에 과반 찬성만 있으면 가능하다(제398조). 그러나 개정상법에 따르면 2012. 4. 14. 이후에 거래되는 첫 자기거래부터는 이사뿐만 아니라 주요주주, 그리고 이사 및 주요주주의 친인 과 회사가 거래하는 경우도 이사회의 승인을 받아야 하며, 그 승인 결의도 사전에 재적이사 3분의2의 찬성을 어야 한다. 아울러 이러한 형식적 요건 외에도 거래의 내용이 공정하여야 한다는 실질적 요건까지 가되었다.
75) Guth v. Loft, Inc,, 23 Del. Ch. 255, 5A. 2d 503(1939).

기준[76] ⅲ) 공정성기준을 따르고 있다. 공정성 기준을 적용한 대표적 판례인 Durfee v. Durfee & Canning 사건[77]은 Durfee & Canning, Inc.(이하 '더피앤캐닝사')의 사장 겸 이사가 회사의 기회를 유용하여 다른 회사를 설립하였는지가 문제된 사안인데, 미국 법원은 이사가 개인적으로 이용한 문제된 기회에 대하여 당해 회사의 현존이익 또는 기대가능성의 보유 여부가 중요한 것이 아니라 이사가 문제된 기회를 사적으로 취득한 시점에서의 불공정성이 중요한 것이라고 판시하였다.[78] 회사기회유용을 판단하는 기준으로 "공정성"을 적용한 판례는 이후 계속되고 있으며 회사의 현재 또는 장래의 업무 간 관계[79] 또는 회사재산의 남용[80] 등의 다양한 요소를 고려하여 판단하며 이 기준을 보완하고 있다.

(다) 허용되는 자기거래의 기준으로서 "공정성"

개정상법은 이사회의 승인이 필요한 자기거래의 범위를 확대하며 거래의 공정성을 동시에 요구하고 있다. 이는 형식적인 이사회의 승인만으로는 회사에 손해를 가하는 불공정한 자기거래를 막을 수 없다는 반성적 고려를 전제하고 있는 것이라 할 수 있다.

(4) 지배주주의 "공정성" 의무 규정 신설

지배주주에게 직접 공정의무를 부과하는 경우, 그 지배주주가 사실상의 이사로서 회사 경영에 개입하였음을 입증하야야 하는 원고의 부담을 전환하는 효과를 기대할 수 있다. 지배주주에게 일반적인 공정의무를 부과하는 것은 과도한 부담을 지우는 측면이 있을 수 있어 지배주주에게 회사와의 거래에서 공정성 의무를 부과하되, 그 의무 불이행 시 엄격한 책임을 물을 수 있는 제도를 제안한다.

또한 지배주주가 자연인이 아니라 법인인 경우, 지배회사의 경영을 실질적으로 지배하는 자에 대해서도 공정의무를 부담시킨다. 우리나라의 K-IFRS에서는 연결재무제표의 작성 대상이 되는 기업집단의 최상위 지배자가 자연인인 경우 그 자연인의 명칭을 공시하도록 하고 있기 때문에 실질적 지배자의 신원을 확인하는데 아무런 어려움이 없다. 따라서 사실상 영향력을 행사하는 지배자에게 책임을 묻는 것이 용이할 것이다.

그러므로 종속회사의 주주의 보호를 위하여 사실상의 지배주주에 대하여 공정성 의무를

76) Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co., 126. Ala. 496, 28 So. 199(1900)
77) Durfee v. Durfee & Canning, 323, Mass. 187, 80 N.E.2d 522, 529(1948)
78) 이윤석, "회사기회유용의 적용요건과 입법에 대한 검토"(『비교사법』 제17권 제2호, 2010), p.77.
79) Rosenblum v. Judson Engineering Corp., 99 N.H. 267, 109 A 2d 558, 563(1954).
80) Durfee v. Durfee & Canning, 323, Mass. 187, 80 N.E.2d 522, 529(1948)

부과하고 지배주주가 이를 위반하여 종속회사에게 손해를 입힌 경우 종속회사의 주주가 직접 지배주주에게 대표소송의 형식으로 손해배상을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다. 그리고 이 때 지배주주의 의무 위반에 관하여 증거에 대한 접근이 제한적일 수밖에 없는 이해관계인의 처지를 고려하여 피고인 지배주주가 자신의 의무위반 없음을 입증하도록 입증책임을 전환하는 것이 바람직하다. 지배주주와의 거래와 관련하여 신인의무를 위반한 이사, 또는 해당 거래를 통하여 부당한 이익을 얻은 제3자는 지배주주와 연대하여 배상책임을 지도록 한다.

3) 직접적 · 간접적 상호출자금지[81)]

(1) 현행 상법상 상호출자금지제도

상호출자란 둘 이상의 회사간에 상대회사의 주식을 상호 보유하는 것을 말한다. 현행 상법 제342조의2는 보유지분 50% 초과를 기준으로 한 모-자회사 관계에서 직접적·간접적 상호출자를 금지하고 있다. 즉 모회사 → 자회사 → 모회사의 직접적 상호출자만이 아니라, 모회사 → 자회사 → 손자회사 → … → 모회사의 간접적 상호출자(이른바 환상형 순환출자)도 금지하고 있으며, 이를 위반한 경우 주식 취득일로부터 6개월 이내에 매각하도록 하고 있다.

(2) 상호출자금지제도의 취지

세계 대부분의 나라는 예외 없이 직접적 상호출자를 규제하는 규정을 자신들의 회사법에 두고 있다. 상호출자는 가공자본의 창출을 통해 기존 지배주주 또는 경영진의 지배권을 강화하는 효과가 있기 때문이다. 나아가 많은 나라의 회사법이 기업집단 내의 간접적 상호출자도 규제하고 있는데, 그 이유는 가공자본 창출 및 지배권 강화 효과 방지 목적 이외에도 근본적으로는 자기주식 취득 금지의 원칙을 기업집단까지 확대 적용한 것으로 볼 수 있다.

이와 같은 상호출자금지제도를 두는 이유는 먼저 자본의 공동화를 방지하기 위함이다. 자본의 공동화라 함은 상호출자를 하면 그 금액만큼의 당해 기업 외부로부터의 자금유입이 없으면서 회계상의 자본 액수만이 증가하는 현상을 가리킨다. 만약 무차별한 상호출자가 이루어질 경우 자본의 공동화로 인하여 껍데기만 존재하는 계열회사가 등장해 소액주주 등에게 심대한 피해를 주게 될 것이므로 이를 방지하고자 하는 것이다.

81) 심상정 의원이 2006년 12월 20일 의안번호 175759호로 제출한 공정거래법 일부개정안, 수찬 의원이 2007년 2월 9일 의안번호 176084호로 발의한 공정거래법 일부개정법 안과 이석현 의원이 2008년 12월 2일 발의한 공정거래법 일부개정법 안과 지를 같이한다고 할 수 있다. 이번 입법안은 기업집단 내 모든 계열회사에 대하여도 출자를 제한한다는 점에서 보다 확장된 범위까지 상호출자금지를 제한하고 있다. 위 개정안들은 현행 공정거래법에 대안반영과 임기만료로 각각 기되었다.

둘째로 소유와 지배의 괴리와 경영권 왜곡의 방지를 목적으로 한다. 소유구조가 순환출자나 여러 단계의 재출자에 의하여 복잡하게 얽혀있는 이른바 피라미드 기업집단의 경우에는 경제적으로는 열악한 기업지배구조, 조세 회피, 시장의 독점, 정치적으로는 정치적 영향력의 집중 등의 문제점을 발생시킨다는 점이 지적되기 마련이기 때문이다.[82)] 특히 우리나라의 대규모 기업집단의 대다수를 차지하는 피라미드 기업집단의 경우 피라미드와 같은 구조의 출자를 통하여 지배가문은 전체 기업집단에 속하는 기업들을 출자한 자본보다 많은 의결권을 통하여 기업을 지배하게 된다. 이를 "소유와 지배의 괴리현상" 이라 한다. 1993년에서 1996년까지 우리나라의 기업들의 소유권과 의결권의 괴리가 기업 성과(총자산 대비 경상이익률과 총자산 대비 순이익률)에 미치는 효과를 분석한 연구[83)]에서 다른 모든 조건이 동일할 때 소유권과 의결권의 괴리가 클수록 기업의 성과가 저조하다는 결과를 보았을 때 "소유와 지배의 괴리현상"이 기업에게도 악영향을 끼침을 입증할 수 있다.

(3) 현행 상호출자금지제한제도의 개선안

우리나라의 현행 상법상의 직접적·간접적 상호출자 금지 규정은 보유 지분 50% 초과의 모-자회사 관계만을 대상으로 하기 때문에, 그 적용 범위가 지나치게 협소하다. 따라서 이를 K-IFRS 상의 지배 개념을 기초로 한 기업집단 내 모든 계열회사까지 확대 적용해야 한다. 그리고 주식 취득으로 직접적·간접적 상호출자 관계가 발생한 날로부터 6개월 이내에 매각을 강제하는 것 외에 그 기간 동안에는 해당 주식에 대한 의결권 행사 또한 금지하여야 한다.

이와 같이 상호출자 금지의 적용 범위를 확대할 때에는 간과해서는 안되는 것이 있다. 바로 어느 회사에 보유한 지분 매각 의무를 부과할 것인가에 대한 기준을 미리 정해 놓는 것이다. 지배회사와 종속회사의 관계가 분명한 경우에는 지배회사의 지분을 직접적 또는 간접적으로 취득한 종속회사에 의무를 부과하는 것은 당연하다. 그러나 관계회사들 사이에 복잡한 교차출자가 존재하는 경우에는 출자구조 상의 상위회사와 하위회사의 구분이 분명하지 않을 수 있다. 그러한 때에는 해당 기업집단이 간접적 상호출자 고리를 끊는 부담이 가장 약한 회사를 자의적으로 선택하여 지분 매각 의무를 탈피하는 것을 막기 위해 (지분율 또는 지분가액에 관계없이) 가장 마지막에 주식을 취득한 회사에 매각 의무를 부과하는 것을 원칙으로 할 필요가 있다.

82) Randall Morck, How to Eliminate Pyramidal Business Groups-The Double Taxation of Inter-corporate Dividends and other incisive Uses of Tax Policy -, NBER Working Paper No. 10944, 2004. ; 김두진, "공정거래법상 상호출자금지제도 및 출자총 제한제도에 관한 고 "(『경쟁법연구』, 2006), p. 126 각주 23에서 재인용

83) Sung Wook Joh, Corporate Governance and Firm Profitability : Evidence from Korea before the Economy Crisis, Jounal of Financial Economics, 68, 2003, pp. 287-322.

다만, 이 법 개정으로 기존 출자 관계가 직접적·간접적 상호출자 금지에 해당하게 된 경우에는 매각 의무 없이 의결권 행사 금지만을 부과하며, 그 부과 대상 회사도 해당 기업집단이 선택할 수 있도록 하는 것이 좋다.

마지막으로, 공정거래법 상의 대규모 기업집단에 대해서는 보다 넓은 범위의 계열회사 전체에 대해 직접적·간접적 상호출자 금지 규제를 적용할 필요가 있는데, 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴볼 예정이다.

4) 소수주주의 정보권: 다중 회계정보열람권 및 특별조사권[84]

(1) 소수주주권 강화를 통한 주주자본주의 실현의 당위성

역사적으로 기업지배구조의 형태는 두 가지의 팽팽한 처방이 존재하였다. 하나는 주주권론에 입각하여 기업의 주인은 주식을 소유한 주주이고 주식회사는 주주를 위해 존재한다는 영미식의 주주자본주의이다. 반면 독일, 네덜란드, 벨기에 등 많은 유럽국가에서는 이해당사자 주권론을 지지하며 이는 기업이 주주가치를 극대화하는 것 이상의 사회적 목적이 있음을 상정하는 것이다. 따라서 이해당사자 모델의 경우 주주에게만 기업지배권을 부여하는데 반대하며, 경영자를 주주의 압력으로부터 방어하거나, 종업원, 협력업체, 지역사회 등 다른 이해당사자들에게 많은 권한을 부여하고 있다.[85]

주주자본주의는 미국사회에서 역사적으로 비교적 후기에 등장한 모델이다. 이를 역사적 시기로 분류해 보면 소유경영자 중심의 개인자본주의가 제일 먼저 등장하였다. 그러나 19세기 말 소유경영자 지배체계로 출발한 미국자본주의는 기업의 난립으로 공급과잉이 초래되자 19세기말 깊은 불황에 빠졌다. 20세기 초에는 이의 해소를 위해 대대적인 구조조정이 단행되었고 동종 업종끼리의 수평적 통합과 원료조달에서 완제품생산과 판매에 이르기까지 수직적 통합이 이루어졌다. 이러한 기업합병은 기업의 규모를 증대시키고 소유경영자의 지분을 감소시켜 전문경영자로 하여금 거대기업의 경영권을 극복하게 만든다. 따라서 개인자본주의의 폐단을 극복을 위해 떠오른 이론이 바로 전문경영인을 통한 경영자자본주의이다. 그러나 미국의 경영자자본주의는 1970년대 스테그플레이션과 일본 및 유럽기업의 거센 도전을 받아 큰 타격을 입게 되었다. 증권시장이 침체에 빠지자 월스트리트의 금융자산 소유자들은 경영자에 의해 관리되던 기업을 적대적 인수합병이라는 무기로 공격하여 경영자들을 통제하기 시작했다. 이

84) 박영선 의원이 2009년 11월 19일 의안번호 1806635호로 발의한 상법일부개정안과 그 지를 같이 한다. 그러나 동개정안은 임기만료로 기되었다.

85) 장표, "시장 : 기업민주주의와 기업지배구조 - 주주주권론 대 이해당사자주권론"(『기업민주주의와 기업지배구조』, 2005), pp.15-56.

로 인해 경영자들은 월스트리트 금융자본의 주축이 되는 주주이익 극대화에 경영활동의 초점을 맞추게 된다. 즉 재량권이 가져오는 폐해를 불러일으켰고 기관투자자들이 중심이 되어 소액주주운동을 벌인 결과 오늘날 주주자본주의의 원형이 탄생하게 된 것이다.[86]

반면 우리나라의 경우 여전히 재벌을 중심으로 여전히 개인자본주의 형식의 기업지배구조가 자리 잡고 있다. 이런 가운데 경제민주화를 기치로 소액주주운동이 나타나게 되었으며 이는 전 세계에서 거의 유래를 찾아볼 수 없는 우리나라만의 독특한 현상이다.[87] 그동안 개인주주는 기업지배구조 개선을 위해 장기적으로 헌신할 인센티브가 거의 부재하였기 때문에 기업지배구조에 대한 논의의 주체는 대부분 기관투자자였기 때문이다. 하지만 우리나라의 경우 재벌개혁과 경제민주화라는 국민적 과제의 실현을 목표로 소액주주가 중심이 된 소액주주운동이 지난 20여년간 지속되었고 미국과 유럽이 이미 극복한 개인자본주의를 해결하는 가장 강력한 추동력이 되고 있다. 따라서 향후에도 개인자본주의가 지니는 재량권의 폐해를 막고 기업의 건전성과 경쟁력을 강화하기 위한 최소한의 장치로서 소수주주의 권한은 보다 확대될 필요가 있다 하겠다.

(2) 우리나라의 소수주주권으로서 회계정보열람권

현행 상법은 일정 조건(비상장회사의 경우는 3% 이상 지분 보유, 상장회사의 경우는 0.1% 이상의 지분을 6개월간 보유, 대통령령이 정하는 대형 상장회사의 경우는 0.05% 이상의 지분을 6개월간 보유)을 갖춘 주주에게 회계장부열람권을 부여하고 있다(상법 제466조, 제542조의6 제4). 이는 소수주주권을 확대하는 방향으로 상법이 지속적으로 개정되어간 결과 얻은 성취라 할 수 있다. 그러나 현행 제도 역시 열람 가능한 장부를 특정하고 있지 않는다는 한계를 지니고 있다.

현행 상법에 따를 경우 기업들은 전표, 입금표 등과 같은 자료만 주주들에게 열람을 허용하고 있다. 그러나 이러한 자료는 기업의 경영과 거래내역의 단편적이고 일시적인 자료로서 기업의 경영상황 전반과 임원들의 경영 의도를 파악하기 어렵다.

(3) 현행 상법상 소수주주권 강화를 위한 개선 방안

주주가 자기 스스로 자신의 권리와 이익을 보호하기 위해서는 그 전제조건으로서 기업의 경영 상황 및 거래 내역에 관한 정보를 파악할 수 있어야 한다. 그러나 기업에 관한 정보는

86) 장표, "시장 : 기업민주주의와 기업지배구조 - 주주주권론 대 이해당사자주권론"(『기업민주주의와 기업지배구조』, 2005), pp.18-33

87) 조선미, "한국의 기업지배구조에 관한 지구적 규범의 국내법적 제도화 과정"(2009), p.1112.

대체로 기밀사 으로 취급되어 쉽게 공개되지 않는다. 이 때문에 주주는 회사가 주주들의 이익을 침해하는 결정을 내려도 이를 견제하기 어렵다. 그러므로 주주의 이익을 보호하기 위해서는 먼저 주주가 회사의 경영 정보에 보다 쉽게 접근하는 것을 허용해야 한다. 특히 기업집단 소속 회사의 주주에게는 당해 회사만이 아니라 관계회사에 대해서도 그 경영 상황 및 거래 내역 관련 정보를 청구할 수 있는 권리가 부여되어야 한다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 현행 상법은 그와 같은 목표를 달성하는데 여전히 부족하다. 따라서 회계장부열람권을 '회계자료 등 경영정보열람권'으로 변경함으로써 열람 가능한 서류의 범위를 확대하는 것이 필요하다. 이를 위하여 현행 상법상 회계장부열람권의 명칭을 "회계자료 등 경영정보열람권" 으로 변경하고, 열람 가능한 서류의 범위를 확대하고, 열람대상 회사의 범위 역시 해당 회사뿐만 아니라 회사가 일정 지분(예컨대, 30%)을 보유하고 있는 피투자회사로까지 확대함으로써 자회사에 대한 장부를 열람할 수 있는 규정을 도입하는 것이 필요하다.[88]

또한, 현행 상법은 주주가 직접 주식을 보유한 회사에 대해서만 열람권을 행사할 수 있도록 하고 있는데, K-IFRS의 연결재무제표에 포함되는 관계회사들 전체로 그 적용 범위를 확대하여야 할 것이다. 이것이 K-IFRS의 지배 개념을 기초로 현행 상법에 기업집단을 정의하고자 하는 취지에 부합한다고 할 수 있다.

한편, 주주들이 회계정보 등을 제대로 파악하기 위해서는 전문가의 조력이 반드시 필요하다. 회계장부의 열람이 가능하다고 해서 주주가 장부에 적힌 내역들이 무슨 의미를 지니는지 즉시 이해하기는 어렵고 그에 따라 주주가 자신의 이익을 위해 회사에 어떤 정보를 더 요구해야 하는지조차 스스로 결정을 내리기가 어렵기 때문이다. 그러므로 전문가의 조력 없이는 주주는 사실상 기업의 유용한 정보를 제공받지 못하거나, 또는 주주가 전문가의 조력을 얻기 위해 스스로 상당한 비용을 부담해야 하는 문제가 발생한다. 따라서 일정 요건을 갖춘 주주의 청구를 법원이 승인한 경우에는 회사의 비용 부담 하에 법원이 선임한 전문가가 관련 정보를 열람·조사한 결과를 보고하도록 하는 특별조사권(special investigation) 제도를 도입할 필요가 있다. 특별조사권의 적용 범위 역시 당해 회사만이 아니라 동일 기업집단 소속의 관계회사 전체로 확대한다.

5) 다중 주주대표소송[89]

88) 경제개 연대, 전게보고서, p.29.

89) 재형 의원이 2011년 3월 24일 의안번호 1811291호로 발의한 상법일부개정안과 그 지를 같이 한다. 그러나 동 법안은 임기만료로 기되었다.

(1) 주주대표소송의 의의

주주의 대표소송이란 회사가 이사의 책임추궁을 게을리 할 경우에 주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위해 제기하는 소(상법 제403조)이다[90]. 이사의 책임을 추궁하기 위한 소제기는 본래 회사의 권리로서, 회사를 대표하는 자가 수행해야 할 일이다. 그러나 동료 임원간에 책임추궁이 호도될 수도 있고, 또 책임추궁이 부당히 지연될 경우에는 시효완성이나 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능해질 수도 있으므로, 회사가 책임추궁을 게을리 하는 경우에 예외적으로 주주가 회사를 대신하여 이사에 대한 책임을 추궁하고 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 실현하는 것이다.

즉 대표소송은 소수주주들이 이사의 책임을 추궁함으로써, 그 결과 경영자의 자의적인 경영으로부터 회사와 주주 나아가 회사채권자의 이익을 지키고 경영의 투명성과 타당성을 확보하는 제도적 장치가 된다. 감사나 감사위원회 등 회사 내부의 경영감독기능이 제대로 작동하지 않는 경우에도 이 대표소송을 통하여 경영진의 경영전횡이나 비리를 적절히 통제할 수 있다.

(2) 주주대표소송의 입법례

(가) 독일

독일은 EU 지침 도입을 위하여 1998년 '기업통제 및 투명성법'(KonTraG: Control and Transparency Act)을 공표하였는데, 감사회와 이사회간의 통치체제를 신뢰할 수 없다는 인식하에 기업경영의 투명성 제고와 감사회의 경영감시 기능의 향상이 주요 내용으로 기존 독일 기업지배구조가 획기적으로 변화될 수 있는 전기를 마련하였다.[91]

2003년 2월 25일 독일의 연방법무장관과 연방재무장관은 "기업의 완전성과 투자자보호를 강화하기 위한 연방정부의 10대 계획"의 구체적인 조치목록을 공동으로 발표하였는데, 이들 조치목록은 지난 날 잘못된 경영으로 인한 기업의 위기상황이 기업운영과 주식시장에 대한 투자자들의 신뢰에 깊은 상처를 안겨주었다고 보고, 이를 회복하기 위해 투자자의 권리확대와 주식시장의 투명성을 강화하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 10대 계획 중 첫 번째 과제인 "회사에 대한 이사와 감사의 개인책임추궁하기 위한 주주소권의 개선"을 구체적으로 실현하

90) 현행법상 주주의 대표소송은 이사 외에도 발기인 · 업무집행지시자 · 감사 · 청산인 의 책임을 궁하기 위하여도 제기할 수 있고(제324조, 제401조의 제1항, 제415조, 제415조의 제6항, 제542조 제2항), 불공정한 가 으로 신주를 인수한 자(제424조의2), 주주권의 행사와 관련하여 이 을 공여받은 자(제467조의2)에 대한 회사의 권리를 실현하기 위하여도 제기할 수 있으며, 내부자거래로 인한 이득을 궁하기 위해서도 제기할 수 있다(증권거래법 제188조 제3항).

91) 안성포, "독일 주식법-지속적인 개 "(『상사법연구』 제22(1)호, 2003), pp.286-288.

고자 2004년 1월 28일 연방법무부는 "기업의 완전성과 취소권의 현대화를 위한 법률(UMAG)"의 보고초안을 공표하였고, 연방내각은 이 기초안에 대한 각계의 의견을 담아 작성한 정부안을 2004년 11월 17일 의결하였다. 이 정부안은 소수주주로 하여금 간편하게 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 이른바 주주대표소송제도를 도입하고(주식법안 제148조), 동시에 소송의 남용을 막기 위하여 법원에 의한 사전허가 절차를 마련하고(주식법안 제148조 제2), 경영판단의 원칙을 명문화하여 이사의 면책가능성을 도입하고 있다(주식법안 제93조 제1 제2문).

그러나 결론적으로 독일 주식회사법상의 주주대표소송은 소수주주권이며, 소수주주는 법원에 의한 소제기인용절차를 밟아야 하며, 부정한 진술에 의하여 법원의 허가를 받은 경우 소송비용은 원고가 부담해야 한다. 한국, 일본, 미국 등의 입법에서 규정하고 있는 남소방지책으로서 법원의 허가와 원고의 비용부담을 두고 있기에 독일에서 주주대표소송은 활성화되고 있지 못하는 실정이다.[92]

(나) 미국

미국법상 대표소송은 형평법에 의하여 발달하였으며, 판례법, 연방민사절차법, 개정모범사업회사법(Revised Model Business Corporate Act) 및 주회사법에 의해서 규율된다.

미국의 대표소송은 대상이 한정되지 않고 이사, 집행임원, 회사의 대리인, 주주 등 문제가 되는 거래에 참여하였다고 주장되는 자들로서 특별한 제한이 없다.[93] 회사와의 거래로 인하여 회사에 일정한 의무를 부담하는 자는 모두 대표소송의 피고가 될 수 있을 뿐만 아니라, 회사 경영에 영향을 미칠 수 있는 지배주주와 회사와 일정한 거래를 한 일반인도 피고로 될 수 있다.[94]

그 결과 미국의 주주대표소송 건수는 연간 2000-3000건에 이르며, 1995년 대표소송 취하 조건으로 지불한 화해금 총액이 16억 6천만 달러에 달할 정도[95]로 대표소송이 활성화되어 있다.

(다) 일본

일본에서는 1948년 증권거래법에 주주대표소송제도를 처음 도입하여 1950년 상법에 도입

92) 이봉의 외 3인, "기업지배구조개편을 위한 주주대표소송제도의 국제비교"(『상사 례연구』 제19권 제1호, 2006) p.471.
93) RMBCA § 7.40; ALI, §7.01.
94) 이영주, "집행임원의 소송법상 문제에 관한 고 -주주대표소송과 증권관련집단소송을 중심으로"(『기업법연구』 제16집, 2004), p.105.
95) 이건성, "주주행동주의의 강화와 기업경영"(『주식』, 1997), p.22.

하였다. 1950년의 개정상법에서는 당시까지는 만능으로 여겨지던 주주총회의 권한을 축소하고, 이사회의 권한을 확대하는 등 회사의 기관권한을 재분배하는 것과 함께 이를 보완하기 위하여 이사의 책임을 엄하게 하고, 주주의 개인의 지위를 강화하였는데, 대표소송제도의 도입도 그 중의 하나였다.[96]

1981년 개정상법에서 주주대표소송제도의 범위를 확대하였고, 1993년 개정상법에서 주주대표소송 제기를 용이하게 하기 위하여 많은 제도를 개선함으로써 대표소송의 활성화를 도모하였다.[97]

일본에서 주주대표소송은 1950년부터 1989년까지 40년간 약 10여건에 불과하였으나 1993년 대표소송제 활성화를 위해 대표소송의 소가산정 및 비용상환에 관한 내용의 상법개정후 대표소송의 남용문제가 부각될 정도로 소제기의 수가 급증하였다. 일본에서 제기되는 주주대표소송의 건수는 1993년 84건, 1994년 145건, 1995년 174건으로 대폭 증가하는 추세이며 금액도 거액화되고 있다.[98]

이와 같은 남소를 방지한다는 목적으로 2005년 제정된 일본의 새로운 회사법은 주주대표소송의 남소를 방지하기 위하여 제소금지사유를 법정화하였으며, 회사가 주주에게 제소를 하지 않는 이유를 통지할 의무를 부과하였고, 주식교환과 주식이전 및 합병에 의한 원고적격의 상실을 개선하였다.[99]

(3) 우리나라의 주주대표소송 법제와 개선안

현행 상법은 수차례의 개정을 거치는 동안 일정 요건(비상장회사의 경우는 1% 이상 지분보유, 상장회사의 경우는 0.01% 이상의 지분을 6개월간 보유)을 갖춘 주주에게 대표소송 제기권한을 부여하고 있다(상법 제403조, 제542조의6 제6). 현행 상법의 주주대표소송 당사자 적격은 앞서 살핀 미국의 예에는 미치지 못하나 독일과 일본의 예에 비하면 확장된 것이라 할 수 있다.

하지만 우리나라 특유의 기업집단문화를 생각하였을 경우 현행 주주대표소송의 대상이 자신이 주식을 보유하고 있는 당해 회사에 한정되어 있는 점은 분명한 한계를 지닌다. 사실상

96) 이태종, "주주의 대표소송에 관한 연구-사문화와 소의 방지를 위한 절 를 중심으로"(『서울대학교 박사학위논문』, 1997), p.45.
97) 김영곤, "주주의 대표소송에 관한 소고"(『기업법연구』 제11집, 2002), p.10.
98) 이봉의 외 3인, "기업지배구조개편을 위한 주주대표소송제도의 국제비교"(『상사 례연구』 제19권 제1호, 2006), p.482.
99) 양만식, "최근 일본 회사법의 개정동향 - 이사의 회사에 대한 책임과 주주대표소송의 개정을 중심으로"(『기업법연구』 제19(3)호, 2005), pp.57-58.

하나의 기업으로 존재하며 상호출자 등 계열회사간의 위법 · 탈법 행위가 난무하는 현 상황에서 기업집단의 계열회사 중 한 회사의 주식을 보유하였다고 그 회사에게만 주주대표소송을 제기할 수 있다는 것은 합리적이라 할 수 없다. 또한 현행 상법에 따를 경우 기업집단 소속의 계열회사의 주식을 보유한 주주들은 지배회사가 신인의무나 공정성 의무를 위반하더라도 이에 대해 책임을 묻기가 어렵게 된다.

그러므로 주주대표소송의 허용 범위를 동일 기업집단 소속의 관계회사 전체로 확대하여야 하는 것이 필요하며, 이는 K-IFRS의 지배 개념을 기초로 상법에 기업집단에 대한 정의 규정을 두고자 하는 취지를 반영하는 것이다.

다. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법') 및 상법 상장회사에 대한 특례 규정 개정 사항

1) 자본시장법 개정 사항: 영국식 의무 공개매수 제도 도입

한 주주가 지배권을 인수할 때 주식을 전량 매입하기보다는 지배권을 확보할 수 있을 정도의 20-30%의 지분만 인수하는 경우가 빈번하다. 이 경우 지배주주는 한 계열사를 지배하기 위해서 주식 전량을 매입하는 경우보다 훨씬 적은 비용을 들이게 되므로, 결과적으로 같은 비용으로 더 많은 계열사를 지배할 수 있게 된다. 그리고 이와 같은 현상이 경제력의 집중 문제를 심화시킨다. 이와 같은 현상의 다른 문제점은 한 주주가 지배권 확보를 위해 높은 지배권 프리미엄을 지불한 경우 그 비용을 보상 받기 위해 남아 있는 소액주주들의 이익을 침해할 가능성이 있다는 것이다. 소액주주가 이익침해에 대한 우려로 매도압력 (pressure to tender)을 받을 경우 기업가치 파괴적인 적대적 기업인수도 가능하게 되는 문제가 생긴다.[100]

이와 같은 문제를 해결하여, 종속회사의 소액주주를 보호하는 가장 효과적인 방법 중의 하나는 새로운 지배주주가 등장하였을 때 떠날 수 있는 권리(withdrawal right 또는 sell-out right 또는 appraisal right)를 부여하는 것이다. 그 방식에는 여러 가지가 있는데, 가장 대표적인 것이 영국식 의무 공개매수 제도(mandatory bid rule)이다. 즉 특정 주주가 동일인 관련자(persons acting in concert)와 합하여 상장회사의 지분을 30% 이상 취득함으로써 유효 지배력(effective control)을 확보하거나 또는 이미 유효 지배력을 확보한 상태에서 추가 지분을 취득할 경우에는 그 주주는 나머지 주주의 '잔존 주식 전부'에 대해 공개매수기간 이전 12개월 동안의 최고 매입가격보다 높은 가격으로 공개매수를 제안하도록 '의무화'하는 것이다. 이는 '부분 매수' 및 '선택적 매수'를 허용하는 미국식 공개매수 제도와는 다른 것이다. EU는 영국식 제도를 기초로 2004년 EU 공개매수지침(13th Directive on takeover bids)을 제정하였고, 각 회원국은 2006년 5월까지 이에 부합하도록 국내 법령을 제 · 개정하였다.

우리나라는 1997년 1월 (구)증권거래법 개정을 통해 장외 매수를 통해 10인 이상의 주주로부터 상장주식을 25% 이상 취득하는 경우 공개매수의 방법으로 50%+1주 이상을 의무적으로 취득하도록 하는 제도를 채택했던 적이 있다. 이는 일정 지분율 이상의 상장회사 주식을 취득하였을 경우 나머지 주식에 대해 공개매수를 의무화하였다는 점에서는 영국식과 유사하지만, '장외 매수'의 경우에만 적용되고 장내에서 '시장 매집' 방식으로 주식을 취득하는 경우에는 적용되지 않는다는 점에서는 영국식과 다르다. 이 제도는 외환위기 이후의 구조조정을 촉진한다는 명분하에 1998년 2월 폐지되었고, 이후 미국식 공개매수 제도로 전환하였다.

그러나 미국식 공개매수 제도는 51% 수준의 지배지분을 확보할 때까지만 높은 가격을 제시하고, 그 이후에 공개매수에 응한 지분에는 낮은 가격을 적용하는 이중 매수 제안(two-tier tender offer) 등의 방법으로 매도 압력(pressure to tender)을 가하여 소액주주의 이익을 침해할 가능성이 있다. 이중 매수 제안이 있을 경우 손해를 보지 않기 위해서 소액주주는 서둘러 매도할 수밖에 없기 때문이다.

반면에 영국식 의무공개매수제도가 도입되면 처음 25% 지분 매입 시 적용된 최고가격, 즉 지배권 프리미엄이 포함된 가격으로 나머지 잔여 지분에 대해서도 공개매수제의를 해야 하므로 잔여주주들이 높은 가격에 보유주식을 매각할 수 있는 풋옵션 권리를 보유하는 효과가 발생한다. 이러한 영국식 의무공개매수제도 아래에서는 잔여주주들이 매도압력(pressure to tender)에 직면하지 않아 신주인수선택권 등의 별도의 경영권 보호 장치가 필요 없게 된다는 장점이 있다. 지주회사가 자회사의 지분을 100% 소유하게 되면 자회사에 소액주주들이 사라져 지주회사 주주와 자회사 소액주주 간의 이해관계 충돌의 문제가 없어지게 된다. 그런 점에서 영국식 의무 공개매수 제도는 경제력 집중을 억제할 뿐만 아니라 소액주주를 보호하는 효과를 낸다.

나아가 현재 우리나라 대다수의 기업의 경우 이미 안정적 지배 지분을 확보한 대주주가 존재하기 때문에 현실에서 미국식 제도가 M&A를 활성화하는 효과가 크지 않다는 점은 이미 입증되었다. 따라서 미국식 제도보다는 영국식 제도가 우리나라의 현황에 맞는 재벌의 지배구조에 대한 규제방법이라 할 수 있다.

영국식 의무 공개매수 제도는 "출자강제 또는 유도"를 통한 재벌로의 경제력 집중 억제를 달성하는 방식이다. 즉 영국식 의무 공개매수 제도는 계열회사 인수를 위해서 많은 출자를 하도록 강제하여 인수자의 부담 가중으로 인해 계열 회사의 인수를 보다 어렵게 만듦으로써, 경제력 집중을 억제하고 지배구조를 단순하게 만드는 효과가 있다. 만약 한 법인이 타법인의 지

100) 경제개 연대, 전게보고서, pp.14-15.

분을 30% 이상 매입하여 지배권을 획득하고자 할 경우 나머지 70%의 지분에 대해서도 의무적으로 공개매수제의를 해야 한다면, 필요자금을 마련하기 위해 기존 계열사 지분을 매각해야 하는 경우가 발생할 수 있다. 또 추가적인 지분 취득을 위해 지주회사 또는 출자회사가 유상증자를 통해 필요자금을 마련한다면 지주회사 또는 출자회사에 대한 지배주주의 지분은 희석될 것이다. 차입을 통해 자금을 마련한다 해도 한계가 있다. 결국 지주회사 또는 출자회사는 핵심역량과는 무관한 계열사의 지분을 매각하거나 무리한 계열 확장 시도를 자제하게 될 것이다.[101]

한편, 의무 공개매수 제도를 도입하고자 할 때 언제나 논란이 되는 사 중의 하나가 공개매수 의무를 발동시키는, 즉 유효 지배력의 존재를 추정케 하는 지분율 기준을 정하는 것이다. 영국은 30%이며, EU의 13th Directive는 각 회원국의 사정에 맞게 정하도록 했고, 호주는 20%이고, 1997년 우리나라 (구)증권거래법은 25%였다. 즉 나라마다 다르다. 그러나 우리의 경우 상장회사만을 대상으로 공개매수 제도를 실시하고 있어 공개매수 제도의 적용을 받는 범위가 제한적이다. 그런데다 K-IFRS 상의 control 기준인 50%를 기준으로 공개매수 제도를 적용하게 되면 적용 대상은 더욱 좁아지게 된다. 그러므로 위 제도를 통해 소수주주의 떠날 권리를 보장하기 위해서는 K-IFRS 상의 control 기준인 50%를 낮출 필요가 있다.

이와 관련하여 먼저 공정거래법 상 지주회사의 행위제한의 기준이 되는 '자회사 주식 보유 기준'과 일관성을 유지하는 것이 바람직하다고 판단된다. 현행 공정거래법에 따르면, 지주회사는 상장 자회사의 경우 20%, 비상장 자회사의 경우 40% 이상의 지분을 보유해야 하는데, 2007년 공정거래법 개정 전까지는 각각 30%와 50%였다. 기업집단의 조직 형태가 지주회사 구조이든 또는 다단계 교차출자 구조이든 간에, 규제격차가 발생해서는 안 된다는 관점에서, 지주회사의 상장 자회사 주식 보유 기준을 30%로 상향조정한다는 것을 전제로, 의무 공개매수 제도의 기준점도 역시 30%로 할 것을 제안한다.

다만 이 제도를 도입하더라도 지배주주가 대부분의 계열사를 의무적으로 공개매수제의를 할 필요가 없는 지분, 예를 들어 29%의 지분을 확보하여 계열사를 지배할 가능성이 여전히 존재한다. 이에 대한 대응책으로는 주주총회의 기능과 소액주주의 권한을 대폭 강화하는 것을 생각해 볼 수 있다. 일례로 대규모 자산양수도와 같은 중요 거래를 이사회가 아닌 주주총회의 결의사 으로 전환시키고, 전자투표 의무화 등 소액주주의 권한을 강화하여 소액주주들의 실질적인 주주총회 참여를 유도하는 내용의 입법을 고려할 수 있을 것이다.

마지막으로, 의무 공개매수 제도는 상장회사만을 대상으로 하는 것인데, 기업집단 소속 비상장 자회사의 소액주주에게도 일정 조건 하에서는 떠날 수 있는 권리를 인정해야 할 것이다.

101) 경제개 연대, 전게보고서, pp.14-15.

이 문제는 공정거래법 개정 과제에서 다시 살펴보겠다.

2) 상법 상장회사에 대한 특례 개정 사항: 대규모 자산양수도의 주주총회 승인

기업집단의 소액주주 보호 문제에서 주된 관심의 대상이 되는 것은 종속회사의 소액주주이다. 지배회사가 그들의 경영상의 위험부담이나 손실은 종속회사의 주주나 채권자에게 떠넘기는 경우가 빈번하기 때문이다. 그러나 지배회사의 소액주주 역시 위험에 노출될 가능성이 있다. 특히 규모가 지나치게 큰 종속회사를 인수하거나 또는 사업 수행에 핵심적인 역할을 종속회사를 매각하는 것은 지배회사의 소액주주에게 중대한 영향을 미친다.

현행 상법에서 영업양수도 및 합병은 각각 주주총회 특별결의 대상이다(상법 제 374조 및 제522조). 그런데 주식 취득을 통한 종속회사 인수 등과 같은 방식에 의한 기업구조 변경은, 회사의 경제적 실체가 변한다는 점에서 그 실질에 있어서는 영업양수도 및 합병과 별 차이가 없음에도 그 절차는 이사회 결의만으로 가능하도록 되어 있다. 이에 따라 치열한 인수전을 치루는 과정에서 지나치게 높은 가격으로 대규모 종속회사를 인수한 결과, 지배회사가 부실해지고 그 소액주주가 큰 피해를 보는, 이른바 승자의 저주(winner's curse) 문제가 자주 발생하고 있다. 금호아시아나그룹의 대한통운 및 대우건설 인수 사례가 그 대표적인 예이다.

이러한 문제를 해소하기 위해서는, 양수도하는 자산의 규모가 양수도하는 회사 자기자본의 50% 이상인 경우, 주주총회의 승인을 받도록 할 필요가 있다. 이때 주식을 분산하여 매입하는 편법의 이용을 막기 위하여 1년 동안의 거래를 합산하는 방식의 도입을 고려해보아야 한다.

이 방안은 상장 여부에 관계없이 모든 인수회사에 적용하는 것이 원칙이나, 소액주주 보호 목적 및 기업구조 변경의 자율성 존중이라는 점을 감안하여, 인수회사가 상장되어 있는 경우에만 한정하여 도입할 것을 제안한다. 참고로, 영국도 상장규정(Listing Rule)을 통해 피인수기업의 규모가 일정 기준을 초과하는 중요거래에 대해서는 인수회사의 주주총회에서 사전 승인을 받도록 하고 있다.[102] 중요거래의 구체적인 내용은 다음과 같다.

- [피인수회사의 자산 / 인수회사의 총자산] > 0.25
- [피인수회사의 이익 / 인수회사의 이익] > 0.25
- [인수비용 / 인수기업의 보통주 시가총액 (자사주 제외)] > 0.25
- [피인수회사의 총자본 / 인수회사의 총자본] > 0.25

대규모 자산양수도의 경우 주주총회의 승인을 받도록 하는 입법을 통해서 대규모 인수합병

102) 경제개 연대(2010.8.19), p.20.

결정이 주주의 이익에 부합되는 방향으로 이루어지길 기대할 수 있다. 대규모 자산양수도와 관련한 지배회사의 의사결정이 신중하게 이루어지도록 함으로써 지배회사의 소액주주를 보호함은 물론, 간접적으로는 종속회사의 소액주주도 보호하는 효과가 있다. 또한 위 입법은 출자총액제한제도와 같은 직접적인 강제력은 없지만 주주총회를 통해 출자를 제한함으로써 경제력 집중을 억제하는 효과도 가지게 된다.[103]

라. 공정거래법 개정 사항[104]

1) 계열회사 부당지원 행위에 대한 제재 근거 변경: '제5장 불공정거래 행위 금지'에서 '제3장 경제력 집중 억제'로 이관[105]

현행 공정거래법 상 '부당지원 행위'는 '불공정거래 행위'의 한 유형으로 다음과 같이 규정되어 있다(공정거래법 제23조 제1 제7호).

> 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. <개정 1996.12.30, 1999.2.5, 2007.4.13>
>
> 7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

따라서 계열회사를 지원하는 행위가 공정거래법에 따른 제재의 대상이 되기 위해서는, 첫째, 지배회사의 지원 행위로 인해 '현저한 규모의 경제적 이익'이 발생해야 하고, 다른 하나는 지원 행위로 인해 해당 시장에서의 '공정한 경쟁이 저해'되는 효과가 발생해야 한다. 실제 사건에서 공정거래위원회는 부당이익의 현저성 요건과 아울러 경쟁제한성 요건을 입증하여야 승소할 수 있다.

판례도 부당지원행위에 있어서 지원행위가 부당성을 갖는지 여부에 대한 판단 기준에 대해 "구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1

103) 경제개 연대, 전게보고서, pp.20-21.
104) 조영 의원이 2011년 10월 18일 의안번호 1813501호로 발의한 공정거래법 일부개정안과 그 지를 같이 한다. 그러나, 동 법안은 임기만료로 기되었다.
105) 김상조, 전게보고서, p.104 이하

제7호에서 부당지원행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하는 입법취지가 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있는 점과 같은 법 제23조 제1 제7호, 제2 , 같은 법 시행령(1999. 3. 31. 대통령령 제16221호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1 [별표] 제10호의 각 규정을 종합하면, 지원행위가 부당성을 갖는지 여부를 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부를 살펴보아야 한다."(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결)고 하여 관련시장에서 경쟁제한성을 부당성 판단의 요건을 보아 그 입증책임을 공정위에 부과하고 있다.

그런데 계열회사 부당지원 행위는 독립기업 간의 불공정거래 행위와는 본질적으로 성격이 다르다고 할 것이다. 이는, 개별 기업이 독립적 관계에 있는 기업에 대한 불공정거래 행위가 아니라, 공통의 지배하에 있는 대규모 기업집단이 자신의 시장지배력 남용하는 행위이자 자신들의 경제력 집중을 더욱 강화하기 위한 행위이기 때문이다. 따라서 계열회사 부당지원 행위에 대한 공정거래법 상의 제재 근거를 현재의 '제5장. 불공정거래 행위 금지'에서 '제3장. 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제'로 이관할 필요가 있다.[106] 이렇게 되면, 경쟁 제한성의 입증 없이, 부당이익의 현저성 요건만으로 계열회사 부당지원 행위를 제재할 수 있게 된다. 제3장은 경제력 집중 자체에 대한 규제를 담고 있으므로 공정거래위원회가 별도로 경쟁제한성을 입증할 필요 없이 대기업집단 내에서 일방이 타방에게 부당하게 경제적 이익을 제공하면 그 자체로 경쟁제한성이 인정되는 것이다. (적어도 그것만으로 경쟁제한성이 추정되고 그 반증을 사업자가 해야 하는 구조로 변경되는 것이다)

1996년 공정거래법 개정을 통해 동 조 을 도입할 때 입법 원안은 제3장 경제력 집중 억제 파트에서 이를 규정하였으나, 당시 재계의 반대로 인해 제5장 불공정거래 행위 금지 파트로 변경된 것인바, 이와 같은 개정안은 원래의 취지대로 바로 잡는 의미가 있을 것이다.

2) 대규모 기업집단 소속 비상장 계열회사의 소액주주 보호 장치: 신규 계열편입 시 '떠날 수 있는 권리' 부여

106) 김상조, 전게보고서, p.104.

비상장 회사의 지배주주가 변경되는 경우, 특히 기업집단의 종속회사로 새로 편입되는 경우에는 상법상의 소수주주권이라는 사후적 보호 장치만으로는 소수주주들의 이익을 지켜내기 어려운 측면이 있다. 따라서 비상장회사가 기업집단에 편입되는 시점으로부터 일정 기간 내에 새로운 지배회사에 주식 매입을 청구함으로써 '떠날 수 있는 권리'를 소액주주에게 부여하는 방안을 도입할 필요가 있다는 주장이 제기되고 있다. 새로 등장한 지배회사가 마음에 들지 않는다고 하더라도, 비상장회사의 특성 상 소액주주는 주식을 매도할 기회를 갖기 어렵다는 점을 감안한 것이다.[107]

2011년 개정상법 제360조의25 제1 은 지배주주의 소수주식 강제매수에 상응하여 소수주주에게 지배주주에 대한 보유주식의 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여했다. 즉 지배주주(95% 이상)가 있는 회사의 소수주주는 언제든지 지배주주에 대해 그 보유주식의 매수를 청구할 수 있고 그 매수청구를 받은 지배주주는 매수를 청구한 날을 기준으로 2개월 이내에 매수청구를 한 주주로부터 그 주식을 매수하여야 한다는 것이다. 이 역시 이미 지배주주의 지분만으로도 얼마든 회사를 자유롭게 운영할 수 있는 상태에서 소수주주의 지분을 보유할 실익을 기대할 수 없는 경우 그의 선택으로 그 지분의 매수를 청구할 수 있도록 하는 것이다. 이는 위 대기업 계열사로 편입되어 사실상 하나의 기업처럼 운영되는 대기업 집단의 특성이 지배주주로 인한 소수주주의 배제와 다르지 않다는 점에서 위 개정상법의 입법취지와 일관된 이유로 입법을 시도할 수 있을 것이다. 이러한 제도는 강제하는 것이 아니라 소수주주에게 선택권을 준다는 점에서 경제적 합리성과 동시에 공정성을 추구할 수 있는 중요한 권리를 주주에게 부여한다는 점에 의미가 크다 할 것이다.

이러한 제도는 비교법적으로 독일 연방재무부의 증권전문가위원회가 제정하여 1995년 10월 1일부터 시행하고 있는 공개매수규칙(bernahmekodex, 이하 '규칙'이라 한다) 제16조가 규정하는 의무공개매수(right of sell-out)와 유사하다. 즉 개정 전 규칙 제16조에 의하면 증권거래소를 통하든 아니면 장외에서든 다른 회사 의결권의 50%–여기에는 증권거래법 제22조 제1 이 정하는 바에 따른 의결권수를 합산한다–를 초과하여 취득하는 경우 대상회사나 여기의 50% 초과 취득주주(이를 '다수파 주주'라 한다)가 18개월 이내에 대상회사와 기업계약, 편입, 조직변경 또는 합병에 관한 결의를 하지 아니하는 때에는, 다수파 주주는 18개월 경과시부터 다시 3개월 이내에 대상회사의 모든 유가증권을 취득하겠다는 공개매수청구를 의무적으로 하지 않으면 이니 되며, 다만 50%초과 의결권 취득이 제3자에의 이전을 목적으로 일시적으로 이루어진 경우, 무의식적으로 50%를 초과하여 취득한 후 지체없이 이를 처분하여 50% 이하로 내려간 경우 또는 50% 초과 취득 후 18개월 이내에 대상회사의 주주총회가 다수파 주주의 의무공개매수 면제 결의를 한 경우(다만, 이 때 다수파 주주는 총회의 면제 결의 이전에 서면으로 당해 의안에 관한 의결권을 행사하지 않겠다는 통지를 하였어야만 한다)에만 이것이 예외적으로 면제되었었다.[108]

107) 김상조, 전게보고서, p.106 이하

108) 권기범, "의무적지분 가매수에 관한 연구"(『법 행정논집』 제5권), 1998년 1월 1일부터 개정 시행되고 있는 규칙은 의무배수조항을 강화한 1996년 2월 7일의 EU의 수정 공개매수지침안 제3조 제1항에 따라 '50% 기준'을 '지배권을 넘는 지분 득'으로 대체하 고, 의무공개매수청구의 시기도 지배적 지분의 득 후 지체없이 이를 하

위 제안에 따르면 제도 설계의 관건은, 적용 대상 기업집단의 범위, 지배회사의 매입 의무를 발동시키는 지분율 기준, 그리고 매입 가격을 어떤 기준에 의해 정할 것인가에 있다. 우선, 상법 회사편에서 정의하는 기업집단 일반을 대상으로 위 제도를 적용하는 것은 과도한 측면이 있기 때문에, 공정거래법 상의 대규모 기업집단에만 적용하는 것이 바람직할 것이라고 한다. 즉 자산 2조 원 이상 등의 일정 기준을 충족하는 대규모 기업집단이 이미 설립되어 있는 비상장회사를 계열회사로 신규 편입할 때에만 그 소액주주에게 주식을 매도하고 떠날 기회를 부여하는 것이다. 따라서 대규모 기업집단이 비상장 계열회사를 새로 설립하는 경우나 기존의 계열회사의 지분을 그룹 내에서 이전하는 경우에는 적용되지 않는다. 단, 기존의 계열회사라도 추가 지분 취득으로 (다음에서 설명할) 일정 기준점을 초과하게 된 경우에는 적용한다.

한편, 지배회사에게 소액주주의 주식 매입 의무를 부과하기 위해서는 해당 비상장회사에 대한 강력한 지배력을 추정할 수 있는 조건이 전제되어야 한다. 따라서 위 독일의 예와 같이 의결권 있는 주식의 50%를 초과 보유하는 경우에만 적용되는 것으로 하면 합리적이라고 보인다. 이 때 50% 초과 여부는 대규모 기업집단의 특수관계인이 보유한 주식을 모두 합산하여 판단하여야 그 제도의 실익이 있다 할 것이다. 위 제안은 50%를 기준으로 제안한 것은 지주회사 제도의 '자회사 주식 보유 기준'과 관련이 있다. 즉 2007년 개정 공정거래법에서 지주회사의 비상장 자회사 주식 보유 하한을 40%로 완화한 것을 다시 50%로 환원하는 것을 전제로, 대규모 기업집단이 지주회사 구조를 취하든 다단계 교차출자 구조를 택하든, 그 조직 형태와는 무관하게 동일한 규제가 적용되도록 하여야 한다는 것이다.

마지막으로, 주식 매입 가격은 상법 제360조의25와 같이 청구한 주주와 매수청구를 받은 주주 간의 협의로 결정하되 공정가치 기준으로 정하는 것이 합리적으로 보이고 회사법 체계의 통일성에도 유용하다 할 것이다. 다만 공정가치라는 것에 대해 이견이 있을 수 있으나 동 규정이 지배주주에 대한 소수주주의 매수청구라는 점을 감안하면 비상장회사의 소액주주에 대한 것인바 애초에 비상장 주식의 불리함이 반영된 가격으로 매입하였기 때문에, 매도할 때 경영권 프리미엄을 공유할 권리가 있다고 주장하기에는 무리가 있다고 할 것이다. 따라서 비상장 주식의 매도가격은, 경영권 프리미엄의 공유라는 측면보다는, 마음에 들지 않는 지배회사로부터 떠날 수 있는 권리라는 차원에서 결정되어야 하므로 경영권 프리미엄을 포함시키지 않는 가격으로 설정함이 옳다. 위 독일의 의무매수제도는 공개매수(Tender Offer)에 따라 지배주주가 된 경우에 나머지 소수주주들에게 부여된 것인바 새로운 지배주주와 경영권 프리미엄을 공유하는 것이 정당하다는, 또는 주주 동등대우의 원칙을 적용하여 경영권 프리미엄을 공정가치에 포함하고 있지만 위 제안은 동 제도와 그 유래나 취지가 다른 것이다. 위 제안에서도 같은 입장을 표명하고 있다.

도 대폭 단 하 다고도 한다.

마. 상법 등 법률의 일부개정법률안

1) 상법 일부개정법률안

상법 일부개정법률안

제안이유

우리의 경제가 기업집단에 의해 크게 좌우됨에도 불구하고 경제법의 기초가 되는 현행 상법에는 '기업집단'에 관한 그 어떠한 규정도 찾아볼 수 없음. 따라서 현재의 경제법 체계만으로는 갈수록 심화되고 있는 기업집단의 시장 독점을 규제하고 기업집단이 양산하고 있는 폐해를 해소하기에는 부족함. 그러므로 경제법의 기초인 상법에서 기업집단을 정의하여 기업집단의 범위를 확정하고 순환출자를 금지하는 등의 방법으로 기업집단의 구조 개혁을 유도하며 계열사간 거래에 관여하는 자들에게 계열사간 거래로 발생하게 되는 손해에 대한 배상 책임을 지도록 하여 기업집단의 무분별한 경영활동으로 피해를 입기 쉬운 계열사의 소수주주와 이해관계인을 보호하기 위한 입법이 필요함.

주요내용

가. 주식회사의 외부감사에 관한 법률 및 이에 따른 한국채택국제회계기준(K-IFRS) 상의 지배 개념을 상법 회사법편에 도입함(안 제169조의2).

나. 기업집단의 정의 규정을 신설함.

다. 지배주주가 경영상 필요가 있는 경우 소수주주에게 주식 매도를 청구할 수 있는 권리, 지배주주가 계열회사와 거래를 하는 경우 절차와 내용에 있어 공정할 의무와 위반시 손해배상 책임 등을 규정함.

라. 순환출자 금지를 엄격히 규율함.

마. 주주의 기업집단에 대한 회계정보열람권을 보장하고, 지배주주의 손해배상책임을 사법적으로 소구할 수 있도록 다중대표소송제도를 도입함.

바. 상장회사의 경우 대규모 주식의 양수함에 있어 주주총회 특별결의를 요하도록 함.

신·구 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제169조의 2(기업집단의 정의) ① 기업집단은 지배·종속 관계에 있거나 공통의 지배하에 있는 2 이상의 회사의 집단을 말한다. ② 제1 의 지배·종속 관계는 회사가 경제활동에서 효용과 이익을 얻기 위하여 다른 회사(조합 등 법인격이 없는 기업을 포함한다)의 재무정책과 영업정책을 결정할 수 있는 능력을 가지는 경우로서, 금융위원회가 국제회계기준위원회의 국제회계기준을 채택하여 정한 회계처리기준에 따라 판단한 그 회사(이하 "지배회사"라 한다)와 그 다른 회사(이하 "종속회사"라 한다)의 관계를 말한다.
<신설>	제401조의3(실질지배자의 책임) ① 회사의 발행주식총수의 100분의 50 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있거나 실질적으로 회사에 대한 지배력을 행사하는 자(법인인 경우 그 법인을 실질적으로 지배하는 자를 포함한다. 이하 이 관에서는 "실질지배자"라 한다)가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 회사와 거래를 하는 경우 법령과 정관의 규정에 따라야 하고 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다. ② 실질지배자가 고의 또는 과실로 제1 의 의무를 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우 회사에 대하여 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 발행주식의 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 실질지배자에 대

	하여 403조 내지 406조에 따른 대표소송을 제기할 수 있다. ③ 제2 의 의무 위반행위와 관련하여 제382조의 3 을 위반한 이사나 부당한 이익을 얻은 제3자는 실질지배자와 연대하여 회사에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만 실질지배자가 제1 의 의무를 위반하지 아니하였음을 입증한 경우 또는 이사가 제382조의 3을 위반하지 아니하였음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
제342조의2 (자회사에 의한 모회사의주식의 취득) ① 다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사(이하 "모회사"라 한다)의 주식은 다음의 경우를 제외하고는 그 다른 회사(이하 "자회사"라 한다)가 이를 취득할 수 없다. 1. 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 때 2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때 ② 제1 각호의 경우 자회사는 그 주식을 취득한 날로부터 6월이내에 모회사의 주식을 처분하여야 한다. ③다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사는 이 법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다.	제342조의2 (순환출자의 금지등) ① 2이상의 회사가 동일한 기업집단에 속하는 경우에 이들 회사는 서로 상대방의 계열회사라 한다. ② 제169조의 2의 기업집단을 구성하는 회사는 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사의 주식을 직접 취득 또는 소유(이하 “상호출자”라 한다)하거나 하나 이상의 계열회사를 통하여 간접적으로 취득 또는 소유(이하 “순환출자”라 한다)하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다 1. 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 때 2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때 ③ 제2 을 위반하여 계열회사의 주식을 취득하거나 소유한 경우, 종속회사는 자신이 취득하거나 소유한 지배회사의 주식을 제2 을 위반한 날부터 6월 이내에 이를 처분하여야 하고 위 기간 중에는 그 주식에 대하여 의결권을 행사할 수 없다. ④ 계열회사간 지배와 종속관계가 분명하지 아니한 경우에는 계열회사의 주식을 가장 나중에 취득한 회사가 제3 의 의무를 부담한다.
제466조(주주의 회계정보열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. [개정 98·12·28]	제466조(주주의 회계정보열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로, 회사 및 제169조의 2 에 따른 기업집단 내의 계열회사에 대하여 회계의 장부와 경영정보를 담은 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
<신설>	제467조(회사의 업무, 재산상태의 검사) ⑤ 법원은 전조 주주의 신청을 받은 경우, 특별검사인을 선임하여 회사 및 기업집단 내 계열회사의 회계장부와 경영정보를 담은 서류를 열람하도록 한 뒤 보고서를 제출하도록 할 수 있다. 다만 위 비용은 회사가 부담한다.
<신설>	제401조의4(다중대표소송) ① 지배회사의 실질지배자 또는 이사가 고의 또는 과실로 전조의 의무를 위반하여 종속회사에 손해가 발생한 경우, 종속회사 발행주식 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 지배회사의 실질지배자 또는 이사에 대하여 제403조 내지 제406조에 따른 대표소송을 제기할 수 있다. ② 종속회사의 실질지배자 또는 이사가 고의 또는 과실로 전조의 의무를 위배하여 지배회사에 손해가 발생한 경우, 지배회사 발행주식 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가

	진 주주는 종속회사의 실질지배자 또는 이사에 대하여 제403조 내지 제406조에 따른 대표소송을 제기할 수 있다.
	제542조의13 (대규모 자산양수도) 상장회사가 자기자본의 50%를 초과하는 범위의 다른 회사 주식이나 자산을 양수할 때에는 제434조에 따른 결의가 있어야 한다.

2) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정법률안

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

종속회사의 소액주주를 보호하는 가장 효과적인 방법 중의 하나는 새로운 지배주주가 등장하였을 때 떠날 수 있는 권리(withdrawal right 또는 sell-out right 또는 appraisal right)를 부여하는 것임. 우리나라는 1997년 1월 (구)증권거래법 개정을 통해 장외 매수를 통해 10인 이상의 주주로부터 상장주식을 25% 이상 취득하는 경우 공개매수의 방법으로 50%+1주 이상을 의무적으로 취득하도록 하는 제도를 채택했던 적이 있음. 이 제도는 외환위기 이후의 구조조정을 촉진한다는 명분하에 1998년 2월 폐지되었음. 현재 상장회사만 공개매수를 허용하고 있어 공개매수제도가 제한적으로 실시되고 있음. 그런데다 K-IFRS 상의 control 기준인 50%를 기준으로 공개매수 제도를 적용하게 되면 적용 대상은 더욱 좁아지게 됨. 그러므로 소액주주를 보호하기 위하여 기준을 낮추어 비상장회사의 소액주주에게도 떠날 수 있는 권리를 인정할 필요가 있음.

주요내용

지배주주가 일정 비율의 비상장주식회사의 주식을 취득하는 경우 소수주주 소유의 주식을 공개적으로 매수하겠다는 제안을 해야 하는 의무 규정을 신설함.

신·구 조문대비표

현행	개정안
<신설>	제133조의2 (지배주주의 공개매수 의무) 주식 등의 매수 등을 하고자 하는 자는 당해 매수 등을 한 후에 본인과 그 특별관계자가 보유하게 되는 주식등의 수의 합계가 당해 주식 등의 총수의 100분의 30이상이 되는 경우(본인과 그 특별관계자가 보유하는 주식등의 수의 합계가 당해 주식 등의 총수의 100분의 30이상인 자가 당해 주식 등의 매수 등을 하는 경우를 포함한다)에는 나머지 전부의 주식 등을 공개매수하여야 한다.

3) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

소수주주가 기업집단이 비상장회사의 주식을 취득하는 경우 이에 대해 소수주주를 보호하는 규정이 없어 입법의 공백이 있음. 현행 공정거래법 상 부당지원행위는 불공정거래행위의 한 유형으로 경쟁제한성을 요건으로 하고 있어, 부당하고 현저한 규모의 계열회사 지원행위가 경쟁제한성이 없다는 이유로 규제 대상이 되지 않는 문제가 발생하고 있음. 이 규율을 제3장 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제'로 이관하여 경쟁제한성을 요건으로 하지 않도록 하고, 이로써 규율의 실효성을 담보할 필요가 있음.

주요내용

가. 소액 주주의 떠날 수 있는 권리를 보장함.

나. 계열회사 부당지원 금지 규정을 현재의 제5장 불공정거래행위 금지에서 제3장 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제로 이관함.

신·구 조문대비표

현행	개정안
제5장 불공정거래행위의 금지 제23조 (불공정거래행위의 금지) ①사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. 7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력· 부	제3장 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제 제11조의 5 (기업집단 내 경제적 이익제공 금지) 기업집단은 특수관계인 또는 계열회사에 대하여 가지급금 · 대여금 · 인력 · 부동산 · 유가증권 상품 · 용역 · 무체재산권 등 현저한 규모의 경제적 이익을 제공하여서는 아니 된다.
동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위	
<신설>	제14조의 6(소액 주주의 매수청구권) ① 대통령령으로 정한 일정규모의 기업집단에 속한 회사가 자기계산으로 비상장회사가 발행한 주식의 50% 이상을 보유하게 되는 경우에는 비상장회사의 주주는 그 회사에게 대통령령으로 정한 기간 내에 자신이 보유한 주식을 매수할 것을 청구할 수 있다. ② 제1 의 경우 매입 가격을 산정할 때에는 시장가격에서 기업집단의 주식 취득으로 인한 시가 상승분을 뺀다. 다만 가격 합의에 이르지 못한 경우 법원에 결정에 의한다.

Ⅲ. 재벌의 사업행위에 대한 규제 – 중소기업, 중소상인 보호

1. 중소기업·중소상인 적합업종 보호 제도(중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정[109])

가. 구법상 중소기업고유업종제도와 사업조정제도

1) 고유업종제도와 사업조정제도의 내용

상생법에 앞서 『중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률』이 이었고, 그에 앞서 『중소기업사업조정법』이 있었다. 상생법이 제정되기 전까지 폐지된 구 법률에는 중소기업고유업종지정제도[110](이하, 고유업종제도)와 사업조정제도가 대기업의 무분별한 사업진출을 저지하는 두 축의 역할을 담당하고 있었다.

고유업종제도는 중소기업형태로 사업을 영위하는 것이 국민경제의 건전한 발전과 산업구조의 개선을 촉진할 수 있다고 인정되는 사업분야를 정부가 중소기업고유업종으로 지정하고, 대기업이 이러한 사업분야에 진출하기 위해서는 중소기업청장에게 신고하여야 하며, 중소기업청장은 중소기업자단체 및 전문기관의 의견을 들어 대기업의 진출여부를 결정할 수 있는 제도[111]이다.

한편, 사업조정제도는 대기업들이 고유업종 이외의 사업영역에 진출하는 경우 당해 업종의 중소기업자 상당수가 공급하는 물품 또는 용역에 대한 수요의 감소를 초래하여 중소기업자의 경영안전에 현저하게 나쁜 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 인정할 때에는 중소기업자단체가 중소기업청장에게 사업조정을 신청할 수 있게 하여 대기업의 무리한 확장을 저지하고자 했던 제도[112]이다.

전자가 공정경쟁을 위해 중소기업의 보호영역을 지정하여 재벌들의 경계침범을 저지시키는

109) 제19대 의회에서 2011. 7. 1. 노영민의원 대표발의로 '중소상인 적합업종 보호에 관한 특 법'이 발의되었으나, 임기만료로 기되었다. 노영민 의원이 발의한 법안은 민변과 참여연대에서 정리한 법 안과 그 지는 비 하다. 그러나, 이번에 설명하고 제안하는 '중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특 법'은 그 보호의 대상을 '중소기업'으로 확대하 을 뿐만 아니라, 사후적 규제로서 사업이양 권고에 순 하지 아니할 경우 중소기업청장이 사업이양명령으로서 주식의 처분, 기업분할, 임원사임, 영업양도 필요한 조치를 할 수 있도 함으로 , 중소기업·중소상인 적합업종을 보호하기 위한 계열분리명령 내지 기업분할명령제를 도입하 다는 점에서 큰 이가 있다.

110) 구『중소기업사업조정법』에서는 중소기업특화

111) 구『중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법 』제3조, 제4조

112) 구『중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법 』제6조

사전적 보호수단이라면, 후자는 재벌의 무분별한 확장으로 중소기업이 피해를 입게 되는 경우 '조정'이라는 자율적 분쟁해결수단을 통해 문제를 해결하고자 하는 사후적 보호수단이라 할 것이다.

2) 고유업종제도의 폐지

고유업종제도는 1979.부터[113] 재벌의 무분별한 확장을 저지하고 중소기업의 안정적 사업영역 보호를 위한 사전적 보호장치로서 주로 제조업을 중심[114]으로 운영되었으며 중소기업창업 및 경영안정에 상당한 기여를 한 것으로 평가되었다. 그러나 제조업 자체가 사양화되는 한편 기업에 대한 각종의 규제철폐를 요구하는 신자유주의적 경제정책이 득세하자 '온실속의 화초'처럼 안주하는 중소기업을 양산하여 경쟁력을 약화시킨다는 이유로 결국 2006년에 폐지되었다.

이 과정에서 고유업종제도 때문에 중소기업의 경쟁력이 약화된 것인지, 아니면 2000년 경부터 중국제품 진출에 의한 가격경쟁력의 약화나 다른 이유로 중소 제조업이 사양화된 것인지에 관한 철저하고도 명확한 분석은 없었다.

오히려 재벌들은 대한민국의 경제가 멍들고 서민들의 경기가 어려운 것도 모두 기업에 대한 규제 때문이라 선전하였고, 나아가 출자총액제한제도 등 자신들에 대한 각종 규제만 사라지면 세계각지로 뻗어나갈 것을 약속하고 있던 상황이었기 때문에 고유업종제도는 소리 소문 없이 사라지게 되었던 것이다.

그러나 고유업종제도가 사라지자 재벌들은 너나 할 것 없이 골목상권으로의 진출을 모색하기 시작하였다. 이미 재벌들은 MRO(Maintenance, Repair and Operation) 사업[115], 공구업, 문구업은 물론 피자, 치킨, 베이커리 제빵업, 고추장, 순대 제조업에 이르기까지 재벌 자신들 오너 일가에 대하여 '일감몰아주기 방식' 내지 '간접증여' 방식으로 중소기업, 중소상인들의 상권분야에 발을 들여 놓았던 것이다(이른바 '간접증여'는 보편화된 용어는 아니나, ① 재벌이 자신이 소유하고 있던 어느 기업의 사업분야·사업부서를 떼어 주식회사 형태로 신규회사를 설립한 후, ② 재벌 오너 일가 관련자가 신규회사의 주식 지분을 소유하고, ③ 재벌이 그 신규

113) 고유업종제도는 1979년부터 23개 업종을 지정한 이래 1989년에는 237개 업종까지 늘어 다가 점 줄어 2006년에 최후로 아 있던 18개 업종까지 지정해제되면서 결국 지되었다.

114) 2004. 해제업종: 고무장갑제조업, 광 제제조업, 8종의 제조업
2005. 해제업종: 일회용주사기 및 수 세 제조업, 스 레스용 강관제조업 19종의 제조업
2006. 해제업종: 곡물건조기제조업, 탄산가스제조업, 안경 제조업 18종의 제조업

115) 기업에서 제품 생산과 직 관련된 원자재를 제외한 소모성 자재(필기구, 사무용품)

회사에게 일감을 몰아주는 형태로 매출을 증가시켜, ④ 신규회사 주식의 시장 가치를 증대시키는 형태의 증여를 편의상 '간접증여'라 부르기로 한다).

2012. 05. 23. 동반성장위원회와 중소기업중앙회가 개최한 '서비스업 적합업종 관련 공청회'에서 김세종 중소기업연구원 연구위원이 밝힌 바에 따르면, ① 고유업종제도가 폐지된 이후인 2007. 05.부터 2011. 04.까지 대기업에 신규 편입된 회사 총 652개 중 서비스업 등 비제조업 회사가 차지하는 비율이 492개로 76%에 미치는 것으로 집계되었고, ② 대기업들 중 '생계형 서비스업' 즉, 음식·숙박·소매 등 단순노동투입 중심의 저부가가치 업종으로 구성되어 있으며 진입장벽이 낮아 완전경쟁시장 형태를 갖는 서비스업종 부문[116]에 가장 많이 진출한 그룹은 '롯데'인 것으로 분석되었다. (아래 표 참조)

순위	기업집단명	전체계열사	서비스업	**생계형서비스업**	재계순위(공기업포함)
1	롯데	79	52	**22**	7
2	GS	73	42	**18**	10
3	대성	86	46	**13**	50
4	신세계	20	16	**12**	24
5	SK	96	59	**11**	5
6	LG	63	34	**10**	6
6	동부	56	37	**10**	26
6	현대백화점	35	28	**10**	35
9	삼성	81	48	**9**	1
9	이랜드	30	17	**9**	61

뿐만 아니라 최근 대기업들은 식자재 유통업[117] 및 카페, 베이커리 사업과의 연장선 상에서 음식점(외식업) 사업에까지 진출을 하고 있는바, CJ푸드빌은 2010. 비빔밥 전문점인 '비비고'라는 상호로 7개의 매장을 운영하고 있고, 농심은 2008. 일본식 카레 레스토랑 '코코이찌방야' 오픈을 시작으로 13개의 매장을 운영하고 있으며, LG패션은 2004.부터 일본생라멘 식당인 '하코야'를 운영하여 현재 80개의 매장을 운영하고 있다. 아직 2개의 매장뿐이지만 대상그룹도 2009. 09. 외식 전문업체인 와이즈앤피를 설립한 후 같은 해 11. 아시안푸드 레스토랑 '터치 오브 스파이스'를 오픈하였는데, 대상그룹의 장녀가 와이즈앤피의 공동대표를 하고 있어 향후 사업확장 여부에 대한 관심이 쏠리고 있다[118].

이상과 같이 재벌들은 고유업종제도가 사라지자 호시탐탐 골목상권의 진출을 꾀하고 있는

116) 생계형 서비스업 중 ① 도매 및 소매업, ② 숙박 및 음식점업, ③ 수리 및 기타 개인서비스업을 3대 생계형 서비스업이라 한다.

117) CJ그룹은 'CJ 레시 이', 대상그룹은 '대상 스 코', LG그룹은 '아워 '이라는 각 상호로 식자재유통업에 진출하고 있으며, 특히 대상 스 코는 '식자재대형마 ' 형태의 진출을 시도하고 있어 시장상인들로부터 강한 반발을 사고 있다.

118) NEWSPIM 2012. 02. 01.자 [헌법 119조와 상생④] 대기업 외식업 진출의 '두 얼굴'

것이다.

3) 사업조정제도의 부실한 운영

한편, 사전보호장치가 사라지게 되자 사후장치만 남게 되었는데, 사업조정제도는 '조정제도'가 갖는 그 자체의 약점, 즉 강제력을 동원할 수 없다는 한계와 함께 상생과 동반성장이 강조하는 '자율'이라는 이름이 더해져 국가가 더 이상 대기업과 중소기업의 관계에 강제적으로 관여할 수 없는 방패로 변모하기에 이르렀다.

실례로 현 정권에 들어 사업조정제도가 가장 활성화된 분야는 유통업분야이었다. 주지하다시피 대기업중심의 대형마트와 기업형슈퍼마켓(SSM, Super Supermarket)이 무분별하게 골목상권으로 진출하자 거리로 나앉게 된 중소상인들이 대중소기업상생협력촉진에관한법률(이하, '상생법'이라 한다) 상 사업조정을 신청하는 방편을 찾아냈기 때문이었다.

그러나 사업조정의 결과는 상인들에게 좌절과 분노를 느끼게 만들었다. 대기업 중심의 대형마트와 SSM확장을 막기 위하여 그날 장사를 중단하고 어렵사리 신청했던 사업조정 신청의 결과물이 기껏 '영업시간 1시간 단축, 담배·쓰레기봉투 판매금지, 1만원 이하의 배달금지' 등 경미한 수준의 조정권고 결정에 불과했기 때문이었다. 법에 따라 '자율적'인 사업조정의 결과가 정해진 것이기 때문에 중소상인들은 이를 또 다시 다툴 수도 없는 형편이다.

나아가 사업조정제도는 '자율적 합의'에 기초하는 제도이기 때문에 신규로 개점하는 대형마트에 대하여 영업정지나 품목제한, 의무휴일보장 등 중소상인을 위한 강력한 조치가 내려지기 힘든 구조이다. 혹 강력한 수준의 조치가 내려지더라도 대형마트가 이행하지 아니하면 그만, 즉 '권고' 수준에 그치기 때문에[119] 정부는 대기업 중심의 대형마트와 SSM이 무분별하게 확장하는 것을 보고도 그냥 방치할 수밖에 없었으며, 특정사안에 대하여 정부가 강력한 규제의 목소리를 내고자 하여도 대기업과 재벌들은 상생법이 '자율'을 규정하고 있는 것을 들어 철저하게 방어할 수 있었던 것이다.

특히, 최근에는 대상그룹의 인천 삼산동 사례, 익산 모현동 사례[120]에서 볼 수 있는 바와 같

119) 음료제조업으로 유명한 대기업이 자 기 사업까지 진출하자 한국자동 매기 운영협동조합이 2006. 12.경 해당 대기업을 상대로 사업조정을 신청하 다가 대기업이 사업진출을 자제하겠다고 밝 자 조정에 의한 합의로 종료되었는데, 이후 잠잠해지자 대기업이 다시 자 기 사업에 진출하여 중소 자 기 운영업체들을 몰아낸 사례는 사업조정제도 상의 '권고'가 아무런 실 성이 없음을 여실히 드러내는 사례라 할 것이다.

120) 미원, 고 장 양념을 제조하여 청정원으로 더 유명한 대상그룹은 최근 식자재 도매유통업 분야에 '주식회사 대상 스 코'라는 상호로 진출하기 시작하 다. ① 대상은 인천 삼산동에서 영업을 하던 중부식자재라는 소규모 회사를 인수한 후, ② '대상 스 코 인천삼산동 지점'의 간 을 내걸고 대상의 임원이 지점장을 하는 형태로 영업을 개시하려다가, ③ 지역 상인들의 반대와 중소기업청으로부터 사업조정에 따른 사업일시정지 권고 결정을 받자, ④ 다시 그 '대상 스 코 인천삼산동 지점'의 간 을 내 과 동시에 제3자에게 영업점을 매도하 는데, ⑤ 그 매

이 재벌들이 사업조정 결과를 회피하기 위하여 신규지점을 외관을 '개인사업체'로 하되 그 명의를 대기업 임원의 친인척으로 하는 등 '위장신규입점' 진출을 꾀하고 있어, 그나마 사업조정제도를 통해 중소기업 영역과 골목상권을 보호하고자 했던 입법의 취지를 무색하게 하고 있다.

결국 사업조정제도는 그 자율이라는 이름으로 재벌들의 탐욕을 합법화하는 법적인 장식물로 전락하고만 것이다.

나. 공정이 녹슬어 버린 '자유' 라는 이름의 칼날

경쟁은 공정(Fair)이라는 룰(Rule) 안에서 자유롭게(Free) 이루어져야 한다. 공정만을 강조하게 되면 룰이 많아지므로 경쟁 안에서 활동하는 경쟁자들의 자유가 줄어들어 자신의 기량을 마음껏 펼쳐보이지 못하게 되는 반면, 자유만을 강조하게 되면 경쟁의 내적 조건이 아닌 경쟁자들이 갖는 부수적 또는 외적 조건에 의하여 결과가 좌지우지되기 때문에 경쟁을 무의미하게 만들어 버린다.

미국 야구에서 메이저리그와 마이너리그가 존재하는 것은 리그를 분할하는 룰(Rule)을 통해 경쟁의 효율성을 제고하기 위한 측면이 있다. 또, 권투경기에서 체급을 중심으로 헤비급에서 플라이급으로 세분하는 것 역시 몸무게라는 최소한의 기준으로 기량을 나눈 후 그 범위에서 대등한 조건 하에 경쟁자들이 겨루게 함으로써 경쟁의 합리성을 도모하기 위함이다.

만약, 자유를 강조한 나머지 이러한 룰을 무시하게 된다면 보다 나은 최선의 경쟁자를 배출하기 위한 경쟁의 의미는 사라지게 된다. 메이저리그 팀이 승부에 집착한 나머지 마이너리그 팀을 상대로 자유경쟁하여 백전백승하거나, 91Kg 이상의 슈퍼헤비급선수가 자유경쟁의 이름으로 48Kg 미만의 라이트 플라이급 선수와 경기를 한다면 이는 더 이상 경쟁이 아니며 '자유'라는 이름으로 자행되는 폭력에 불과하다.

이러한 이치는 경제에 있어서도 동일하게 보아야 한다. 반세기 동안 특혜를 통해 성장하여 대기업이 된 재벌들이 자신들과 대등한 수준의 규모와 경쟁하지 아니하고 재벌기업 재산을 대물림하거나 재벌 오너 일가의 부를 축적하기 위한 목적으로 자신들보다 훨씬 열악한 수준에 있는 중소기업, 중소상인들의 영역에 진출하고 있는 현재의 모습은 그야말로 자유라는 이름으로 자행되는 '피의 학살'에 다름 아니다.

수인은 지점장인 대상그룹 임원의 인 (매형)으로 드러 다. 그 외 대구 및 전 산에서도 대상그룹은 지역에 있는 식자재업체를 인수한 뒤 신규지점을 개인사업체로 운영하게 하면서 사실상 '식자재마 ' 사업의 운영을 시도하고 있다. 이상 매일경제 2012. 05. 29.자 '꼼수 부리는 대상 스 코, 사명 기고 마 인수해 고 장 매' 기사 참조

앞서 본 바와 같이 재벌들의 탐욕의 결정타를 맞아 만신창이가 된 중소기업과 중소상인들은 그 어떤 시점보다 정부가 나서서 공정한 경제 환경을 조성하여 줄 것을 요청하고 있다. 가진 자가 자유라는 이름의 칼날로 더 이상 가지지 못한 자를 죽이지 못하도록 녹슬어 버린 공정의 칼을 다시 제자리로 돌려 놓을 것을 강력하게 요구하고 있다는 것이다.

다. 헌법의 명령과 중소기업·중소상인 적합업종지정의 도입

1) 헌법의 명령

대한민국 헌법은 그 전문에서 "정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며"라고 규정하여 국민 개인이 자신의 능력을 최고로 발휘함에 있어 동등한 기회가 부여될 것을 천명하고 있다.

이에 더하여 헌법 제119조는 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 자유시장 경제질서를 원칙으로 하되, 균형 있는 국민경제를 도모하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하는 등 경제의 민주화를 위하여 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 하는 규정을, 나아가 헌법 제123조 제3항은 중소기업을 보호·육성하여야 한다는 의무를 국가에게 부여하고 있는 규정까지 마련하고 있다.

이러한 헌법의 태도에 비추어 볼 때 우리 헌법은 기회가 균등하게 보장된 상황에서 기업들 간 실질적인 경쟁이 이루어지는 경제상황을 조성할 것을 천명하고 있고, 재벌들의 시장지배와 경제력의 남용으로 시장경제질서의 왜곡이 초래되어 중소기업과 중소상인들이 피해를 입는 경우에는 국가가 적극 나서서 규제와 조정을 통해 이를 시정해나갈 것을 국가의 의무로 두고 있음을 알 수 있다.

따라서 재벌들이 중소기업과 골목상권 영역에 진출하여 '자유'라는 이름으로 횡포를 자행하는 것에 대하여 국가는 입법활동 등 적극적 조치를 통해 공정성을 회복시켜야 하며, 구체적으로 중소기업·중소상인 적합업종의 지정을 통해 리그를 분리하여 재벌들의 골목상권으로의 진출하고자 하는 탐욕을 제어할 필요가 있다.

2) 중소기업·중소상인 적합업종 지정제도의 도입

중소기업·중소상인 적합업종 보호를 위한 특별법의 도입은 재벌들의 탐욕을 사전적으로 차

단할 수 있는 가장 적절하고도 시급한 장치이다. 이에 민주사회를위한변호사모임 민생경제위원회와 참여연대, 중소상인살리기네트워크 등 다양한 시민단체들이 합심하여 특별법을 작성(첨부법률 참조)하였는바, 먼저 기존의 고유업종제도가 갖고 있던 문제점 즉, 제조업에만 치중하여 중소기업을 보호하려했던 문제점을 탈피하기 위하여 적합업종 지정에 있어 제조업은 원칙적으로 제외하되 신청이 있는 경우 심사하여 지정할 수 있게 하고, 그 외 도매업, 소매업, 서비스업, 음식점업 등 굳이 재벌들이 진출하지 않아도 중소상인이나 자영업자들 간의 경쟁만으로 혁신이 이루어질 수 있는 영역은 중소기업청장이 우선적으로 지정하게 하였다(제5조 제2항).

대기업 등 재벌들은 중소기업청장의 승인 없이는 지정된 적합업종에 새로이 진출할 수 없으며 그 위반시에는 형사적 제재가 따른다(제6조 및 제13조).

문제는 현재 진출해 있는 재벌기업을 어떻게 할 것인가에 있는데 중소기업청장은 1차적으로 사업이양권고를 하고, 이를 불이행할 시에는 2차적으로 주식의 처분, 기업의 분할, 임원의 사임, 영업의 양도 등 골목상권 등 영세한 영역에 있어 재벌들이 발을 내딛지 못하도록 강력한 제재를 가함으로써 적합업종제도의 내실을 기할 수 있게 한다(제7조).

특히, 기업분할 등 제재조치는 그 이름만 놓고 보면 20세기 초 미국에서 대기업을 쪼개기 위한 강력하고도 급진적인 조치의 성격을 지닌 것이 아니냐는 지적이 있을 수 있는데, 제재조치가 헌법적 명령에 따라 위와 같은 용도로 사용된다면 급진적임을 이유로 한 국민적 저항감도 상쇄시킬 수 있으며 오히려 경제민주화와 공정경쟁에 관한 공감대를 형성할 수 있는 좋은 계기가 될 수 있으리라 생각한다.

한편, 대기업이 사업을 이양하는 경우에는 국가가 사업이양에 따른 손실의 일부를 보전해주거나, 금융・세제상의 지원이 가능하도록 하여 제도변화에 따른 완충장치를 마련하기도 하였다(제8조).

마지막으로 중소기업청장은 그 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체 장에게 위임할 수 있는바(제11조), 중앙정부의 획일적 기준에 의하여 적합업종을 지정하기보다는 각 지역의 특색과 경제상황에 따라 업종지정을 달리하는 탄력성을 기할 수 있게 하는 것도 제도운영의 충실을 기하는데 보탬이 되리라 생각한다.

라. 입법에 따른 기대효과

1) 공정한 심판으로서의 국가의 역할 회복 및 경제민주화의 실질적 구현

최근에 열린 2012 런던 올림픽 유도와 펜싱경기에서 알 수 있는 바와 같이 심판의 오심은 치명적이다. 지난 수년 간 일구어온 땀의 결실을 하루 아침에 물거품으로 만들어버릴 뿐만 아니라 경기를 지켜보았던 전세계 국민들에게 당해 경기에 대한 실망과 불신을 안겨주는 것이 바로 심판의 오심이라는 것이다.

정의로운 사회는 기회의 균등에서 비롯된다. 100미터 달리기 시합에서 출발점이 다른 곳에서 선수를 뛰게 하거나, 체급이 확연히 다른 선수들끼리 경쟁하게 하는 것은 결코 공정한 경쟁이 될 수도 없고, 정의롭다고도 할 수 없다. 경기에서 심판이 존재하는 이유 역시 이러한 반칙을 시정하기 위한 것이고, 공정한 경쟁이 가능하도록 하기 위한 것에 있다. 심판은 경기가 단지 선수들에 의하여 형식적으로 운영되도록 자리만 지키고 있는 사람이 아니라는 것이다.

당연하고도 반드시 실현되어야 할 이러한 원칙이 앞서 살펴본 바와 같이 기회균등을 담고 있는 헌법전문과 경제원칙에 관한 헌법 제119조 및 중소기업 보호에 관한 헌법 제123조에각각 규정되어 있음에도 최근 우리나라 현실은 전혀 그렇지 않다.

반칙을 찾아내 페널티를 부과하고 동등한 체급들끼리 경쟁할 수 있도록 심판인 국가가 나서서 공정한 환경을 조성할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고, IMF이후 최근까지 국가는 자유경쟁이라는 미명아래 방관자로서의 역할만을 자처해왔으며, 재벌의 골목상권으로의 침입을 규제하여 중소상인의 땀방울 하나하나를 지켜주어야 하는 국가가 오히려 재벌의 편에서 재벌오너 일가가 편법적인 부를 축적할 수 있도록 '오심'을 남발하는 불공정한 심판으로 전락해버렸던 것이다.

따라서 중소기업・중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법의 도입을 통해 공정한 심판으로서의 국가의 역할을 회복하고, 헌법이 규정하는 정의와 공정경쟁을 통해 경제의 민주화를 달성할 수 있을 것으로 기대한다.

2) 보호정책과 육성정책의 균등한 실현

중소기업과 중소상인 정책은 크게 적극적인 육성정책과 소극적인 보호정책으로 나뉠 수 있다. 그러나 IMF이후 최근까지 이어져온 정책의 중심에는 신자유주의에 기초한 규제완화가 지배적인 담론이 되어 보호정책은 크게 후퇴되었고, 무분별한 육성정책만 강조되었다.

보호정책이 없는 육성정책은 그야말로 '밑빠진 독에 물붓기' 현상을 가속화시켰다. 재벌과 대등한 경쟁하기 위해서는 중소기업의 규모와 자본이 일정부분 커져야 하고, 이를 위해서는 시장을 메이저리그와 마이너리그로 구별하여 메이저리그급에 속하는 재벌들이 마이너리그에

넘어오지 못하도록 보호장치를 마련하여야 함에도 불구하고, 이를 마련하지 아니한 채 마이너리그에 속하는 중소기업과 중소상인에게 무분별한 재정적 지원만 쏟아대었으니 자연히 최근에는 도산하는 중소기업들이 늘어날 수 밖에 없게 되었다.

또 지난 10여년동안 국가와 지방자치단체가 나서서 재정적 지원을 통해 전통시장과 재래시장에 이른바 '뚜껑사업'이라 불리는 리모델링에 돈을 쏟아 부어도 여전히 영세성을 벗어날 수 없는 이유도 바로 여기에 있다. 재벌대기업이라는 우월적 지위를 이용한 납품단가 후려치기를 통해 소비자에게 시세의 절반 가격으로 상품을 판매하거나, 1+1, 1+2 판매 등 재벌의 규모와 자본이 아니면 도저히 상상하기 힘든 전략을 규제하지 아니하고, 24시간 연중무휴의 영업전략을 규제하지 아니한 채, 단순히 전통시장에 돈을 들여 뚜껑을 씌우는 사업만으로는 구조적으로 대등한 경쟁을 펼칠 수 없다는 것이다.

따라서 재벌대기업이 중소기업과 중소상인들의 영역에의 침입을 금지하도록 한 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법의 도입을 통해 후퇴되었던 보호정책을 되살려 중소기업 육성정책과 평행을 이루게 하여 장기적으로 중소기업이 대기업과 실질적인 경쟁을 도모할 수 있도록 하는 계기를 마련할 수 있게 한다.

마. 결론

공정의 뒷받침 없는 자유는 필연적으로 강한 자가 약한 자를 억압하는 칼날이 된다. 진정한 자유, 실질적인 자유경쟁을 위해서는 반드시 공정경쟁이 회복되어야 한다.

참여정부의 상생과 현 정권의 동반성장의 기초가 되었던 '자율적 합의'라는 이름은 재벌의 이익에 합법적으로 부합하는 방패와 칼날로 작용하였다. 그리고 그 결과는 중소기업과 중소상인들에게 참혹한 실망과 좌절을 안겨주었다. 대기업과 재벌들이 자율에 기초한 윤리적 경영을 할 것이라는 낙관론이 그들의 탐욕을 가려주는 거짓된 눈속임이었다는 사실은 점차 거리로 나앉게 되는 중소기업과 중소상인들이 늘고 있다는 점에서 명확하게 드러나게 되었다.

이제 더 이상 자율에 기댈 수 없다. 법의 규제로 인하여 공정성을 회복하여 중소기업과 중소상인들에게 새로운 희망을 안겨줄 때가 왔다.

바. 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정법률안

중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정법률안

제안이유

정부는 과거 대기업의 무분별한 사업확장으로 피해를 입게 되는 중소기업을 보호하기 위하여 특정업종을 중소기업 고유업종으로 지정하여 대기업이 해당 사업부문으로 진출하지 못하도록 하였음. 이러한 중소기업 고유업종제도는 정부 보호 속에서 안주하는 중소기업을 양산하여 실패한 제도라 비판받아 폐지되었음.

그러나 중소기업 고유업종제도는 시행 초기부터 제조업만을 중심으로 운영되어 왔는데 1990년대 이후 제조업 자체가 사양화되고 중국제품 진출로 인한 가격경쟁력의 약화로 제조업계 자체가 불황에 빠진데다가 신자유주의에 기초한 규제철폐 논의가 더해져 폐지된 것이며, 고유업종제도 자체가 중소기업의 경쟁력을 약화시킨 것인지 그 인과관계에 대한 실증적이고 정확한 분석은 없었음.

오히려 고유업종제도가 사라진 이후 재벌 등 대기업은 기업총수 오너 일가의 재산증식을 위하여 제조업은 물론 전통적으로 중소상인이 영위해오던 영세업종, 도매·소매업, 식자재납품업, 음식점업, 공구상 등 각종 분야로 무분별하게 진출하여 중소기업 및 중소상인의 생존권을 위협하고 있는 상황임.

따라서 중소기업 고유업종제도와 같이 정부가 대기업의 진출 없이도 중소상인들이 자체적으로 경쟁하여 그 내부적인 혁신이 가능한 골목상권의 사업 분야를 중소기업·중소상인 적합업종으로 지정하고 대기업의 진출을 억제함으로써 중소기업 및 중소상인의 생존권을 보호하고 국민경제의 균등한 발전을 도모하고자 하는 것임.

주요내용

가. 목적 : 이 법은 중소기업 및 중소상인이 영위하기에 적합한 업종을 지정하여 사업활동 기회를 적정하게 확보하여 줌으로써 중소기업과 중소상인의 경영안정을 도모함과 아울러 기업 간의 협력을 증대시켜 경제의 민주화를 이룩하고 국민경제의 균형 있는 발전에 기여함을 목적으로 함(안 제1조).

나. 중소기업·중소상인 보호·육성 시책의 수립 : 국가와 지방자치단체는 중소기업과 중소상인을 보호·육성하기 위한 시책 및 계획을 수립하여야 함(안 제3조, 제4조).

다. 사전진출 규제로서의 적합업종의 지정 : 중소기업청장은 중소기업 형태로 사업을 영위하는 것이 국민경제의 건전한 발전과 산업구조의 개선을 촉진할 수 있다고 인정되는 사업분야 및 중소상인이 사업을 영위하는 것이 영세상인을 보호하고 유통산업의 균형 있는 발전을 촉진할 수 있다고 인정되는 사업 분야를 중소기업·중소상인적합업종심의위원회의 심의를 거쳐 중소기업·중소상인적합업종으로 지정·고시하여야 하고(안 제5조), 대기

업 및 대기업과 실질적 지배관계를 갖는 중소기업 또는 중소상인으로서 지식경제부령으로 정하는 중소기업(이하 "대기업등"이라 한다)은 사전 승인 없이 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장할 수 없게 함(안 제6조 제1항, 제2항)

라. 사후적 규제로서의 사업이양 권고 및 사업이양명령 : 중소기업청장은 적합업종의 사업을 영위하고 있는 대기업등에게 1차적으로 해당 사업을 중소기업 또는 중소상인에게 이양할 것을 권고할 수 있고(안 제7조 제1항), 이를 불이행하는 경우에는 2차적으로 사업이양 명령으로서 주식의 처분, 기업분할명령, 임원사임, 영업양도 등 필요한 조치를 할 수 있음(안 제7조 제3항).

마. 지원정책 : 중소기업청장은 중소기업·중소상인적합업종보호기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치하여 대기업이 사업을 이양하는 경우 정부가 사업이양에 따른 손실의 일부를 면제해 주거나, 금융·세제 상의 지원이 가능하도록 함(안 제8조, 제10조).

바. 중소기업·중소상인적합업종심의위원회 : 중소기업 및 중소상인 적합업종 지정 및 보호·육성정책을 심의하기 위하여 중소기업청장 소속으로 중소기업·중소상인적합업종심의위원회를 둠(안 제9조)

중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정법률안

제1조(목적) 이 법은 중소기업 및 중소상인이 영위하기에 적합한 업종을 지정하여 사업활동 기회를 적정하게 확보하여 줌으로써 중소기업과 중소상인의 경영안정을 도모함과 아울러 기업 간의 협력을 증대시켜 경제의 민주화를 이룩하고 국민경제의 균영있는 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "중소기업" 및 "중소기업자"라 함은 중소기업기본법 제2조의 규정에 의한 중소기업 및 중소기업자를 말한다.
2. "중소상인"이라 함은 영업점포에서 상시적으로 직접 사업을 영위하는 상인으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.
3. "대기업"이라 함은 중소기업 및 중소상인 외의 사업을 영위하는 자를 말한다.
4. "적합업종"이라 함은 중소상인이 전통적으로 영위해 오던 업종으로서 중소상인들간의 **경쟁단**으로도 그 업종 내부에서 혁신이 가능하거나 중소기업 형태로 사업을 영위하는 것이 국민경제의 건전한 발전과 산업구조의 개선을 촉진할 수 있다고 인정되는 사업분야 중 대통령령으로 정하는 업종을 말한다.

제3

④ 제1항 및 제3항에 따른 적합업종의 지정·고시 및 해제시기에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제6조(적합업종에 대한 대기업등의 참여제한) ① 대기업 및 대기업과 실질적 지배관계를 갖는 중소기업 또는 중소상인으로서 지식경제부령으로 정하는 중소기업(이하 "대기업등"이라 한다)은 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장하여서는 아니 된다.
② 제1항에도 불구하고 대기업등이 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장하고자 할 때에는 지식경제부령으로 정하는 바에 따라 그 사업을 인수·개시 또는 확장하기 2개월 전에 중소기업청장의 승인을 받아야 한다.
③ 중소기업청장은 제2항에 따라 승인 요청을 받은 경우 일반소비자 및 관련 사업자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 없다고 인정할 때에는 중소상인적합업종심의위원회의 심의를 거쳐 대기업등에게 해당 사업의 인수·개시 및 확장의 시기를 일정 기간 연기하도록 하거나 해당 사업의 일부를 하지 아니하도록 명할 수 있다.

제7조(적합업종에 대한 대기업등의 사업이양 권고) ① 중소기업청장은 적합업종의 사업을 영위하고 있는 대기업등에게 해당 사업을 중소기업 또는 중소상인에게 이양할 것을 권고할 수 있다.
② 중소기업청장은 제1항에 따른 권고를 받은 대기업등이 권고에 따르지 아니할 때에는 그 권고대상이나 내용 등을 공표할 수 있다.
③ 중소기업청장은 제2항에 따른 공표 후에도 정당한 사유없이 권고사항을 이행하지 아니하는 경우에는 적합업종의 사업을 영위하고 있는 해당 대기업 등에게 그 사업이양을 위하여 다음 각 호의 조치를 명할 수 있다.
1. 주식의 전부 또는 일부의 처분
2. 기업의 분할
3. 임원의 사임
4. 영업의 양도
5. 기타 법위반상태를 시정하기 위하여 필요한 조치

④ 제1항에도 불구하고 중소기업청장은 대기업의 사업진출로 인하여 관련 중소상인의 이익이 부당하게 침해되고 있어 긴급하게 조치를 취해야 할 필요성이 있는 등 대통령령이 정하는 경우에는 권고 없이 제3항 각 호의 조치를 명할 수 있다.

제8조(적합업종 사업을 이양한 대기업등에 대한 지원) ① 중소기업청장은 제7조제1항에 따라 대기업등이 사업을 이양하는 경우에는 사업이양에 따른 손실의 일부를 보전해 줄 수 있다.
② 제1항에 따른 손실의 기준, 지원 범위 등에 필요한 사항은 지식경제부령으로 정한다.
③ 정부는 대기업등이 적합업종의 사업을 중소기업·중소상인에게 이양하는 대기업등에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융·세제상의 지원을 할 수 있다.

제9조(중소기업·중소상인적합업종심의위원회) ① 중소기업 및 중소상인의 보호·육성과 관련한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 중소기업청장 소속으로 중소기업·중소상인적합업종심의위원회(이하 "심의위원회"라 한다)를 둔다.
1. 제4조에 따른 기본계획의 수립에 관한 사항
2. 적합업종의 선정 및 해제에 관한 사항
3. 제4조제3항에 따라 대기업등이 요청한 적합업종 사업의 인수·개시 및 확장의 승인에 관한 사항
4. 제7조에 따라 적합업종 사업을 이양한 대기업등에 대한 손실보전에 관한 사항
5. 제10조에 따른 중소기업·중소상인적합업종보호기금의 관리·운용에 관한 사항
6. 그 밖에 중소기업·중소상인의 보호·육성과 관련하여 중소기업청장이 필요하다고 인정하는 사항

② 심의위원회는 위원장 1명을 포함하여 15명 이내의 위원으로 구성한다.
③ 위원장은 중소기업청장으로 하고, 위원은 관계 중앙행정기관의 소속 공무원과 중소기업 및 중소기업 관련 분야에 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 중소기업청장이 임명 또는 위촉한다. 이 경우 공무원이 아닌 위원의 정수는 전체 위원 정수의 과반수가 되어야 한다.
④ 위원의 임기는 3년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만 공무원인 위원의 임기는 그 재임기간으로 한다.
⑤ 심의위원회의 회의 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제10조(중소기업·중소상인적합업종보호기금) ① 중소기업청장은 중소기업·중소상인의 보호·육성에 관한 정책을 효율적으로 추진하기 위하여 중소기업·중소상인적합업종보호기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치한다.
② 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.
1. 정부의 출연금 및 융자금
2. 정부가 아닌 자의 출연금
3. 기금운용수익금
4. 다른 기금으로부터의 전입금
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 수입금

③ 기금은 다음 각 호의 용도에 사용한다.
1. 중소기업·중소상인의 보호·육성을 위한 사업의 지원
2. 제8조제1항에 따른 대기업등에 대한 손실 지원
3. 중소기업·중소상인에 대한 재정지원
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

④ 기금은 중소기업청장이 운용·관리하되, 중소기업청장은 기금의 운용·관리에 관한 업무의 전부 또는 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 중소기업 및 중소상인 관련 업무를 수행하

는 기관 또는 법인 등에 위탁할 수 있다.
⑤ 그 밖에 기금의 운용·관리에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제11조(권한 또는 업무의 위임·위탁) ① 중소기업청장은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사에게 위임할 수 있다.
② 중소기업청장은 이 법에 따른 업무의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 기관·단체 또는 법인에 위탁할 수 있다.

제12조(자료의 제출 등) ① 중소기업청장은 다음 각 호의 경우 필요하다고 인정할 때에는 중소기업 및 중소상인 관련 단체 또는 대기업등에게 자료제출을 요구하거나 소속 공무원으로 하여금 그 사무소·사업장 및 공장 등에 출입하여 장부, 서류, 시설 및 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.

1. 제5조에 따른 적합업종을 선정을 위하여 실태파악을 하려는 경우
2. 제6조제1항에 따라 대기업과 실질적 지배관계에 있는 중소기업 또는 중소상인인지 여부를 파악하기 위한 계약서류 및 금융정보자료
3. 제6조제2항에 따라 대기업등이 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장하기 위하여 신고한 경우
4. 제8조제1항에 따라 적합업종의 사업을 이양한 대기업등에 대한 손실을 조사하기 위한 경우
5. 그 밖에 중소상인의 보호를 위한 정책 수립 및 적합업종 지정을 위하여 필요하다고 중소기업청장이 인정하는 경우

② 제1항에 따른 조사를 할 때에는 조사 7일 전까지 조사 일시, 조사 목적 및 내용 등을 포함한 조사계획을 조사대상자에게 알려야 한다. 다만, 긴급히 조사를 하여야 하거나 사전에 알리면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 제1항에 따른 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 하며 그 공무원의 성명, 출입시간, 출입 목적 등을 적은 문서를 관계인에게 내주어야 한다.

제13조(벌칙) ① 제6조2항에 따른 승인을 받지 아니하고 적합업종의 사업을 인수·개시 또는 확장한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 제6조제2항에 따른 승인을 받은 자
2. 제6조 제3항에 따른 명령을 이행하지 아니한 자

제14조(과태료) ① 제7조제3항에 따른 권고사항 이행 명령을 이행하지 아니한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다.
② 제12조에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 거짓으로 제출한 자 또는 조사를 거부·방해 또는 기피한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

부 칙

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

2. 기업분할명령제·계열분리명령제 도입(독점규제 및 공정거래 등에 관한 법률 개정)

가. 논의의 배경

1) 경쟁질서의 사전적 보호절차 : 기업결합의 통제

기업결합이란 기업간의 자본적·인적·조직적인 결부를 통하여 기업활동을 단일한 관리체제 안에 통합시킴으로써, 개별기업의 경제적인 독립성을 소멸시키는 기업간의 결합과정 또는 결합형태를 말한다.[121] 기업결합은 일반적으로 분산투자 효과로 투자위험을 감소시키고, 기술혁신, 시장의 변화 등에 대해 전략적으로 대응할 수 있으며, 결합을 통한 규모의 경제달성으로 비용을 절감시키는 등의 장점이 있어 행해진다. 그러나 기업결합으로 인하여 결합당사회사는 결합된 시장력을 누리게 되고, 관련시장의 구조는 기업결합 전보다 덜 경쟁적인 상태로 변화하게 되며, 경우에 따라서는 독과점적 시장구조가 형성될 수 있다.[122] 실제로 많은 경우에 경쟁사업자와의 결합을 통해 인위적으로 시장지배력을 확보하고자 하는 전략적 차원에서 이루어지기 때문에, 이와 같이 시장에서의 경쟁을 제한하는 기업결합에 대해서는 면밀히 심사·분석하여 경쟁제한적 폐해를 효과적으로 시정할 수 있는 시정방안을 마련하는 것이 필요하다. 따라서 주요 선진국 경쟁당국은 기업결합 심사를 주요 업무로 삼고, 우리나라도 1981년 공정거래법 시행과 함께 기업결합 심사제도가 마련되어 지금에 이르고 있다.[123]

이에 따라 일정 규모 이상의 회사가 기업결합을 하고자 하는 경우 공정거래위원회에 신고

121) 권오승, 『경제법(제7)』, 법문사, 2009. pp.199-200 참조
122) 이인환, "경쟁제한적 기업결합에 대한 시정조치에 관한 연구",(『경쟁법연구』 제22권, 2010), p.208.
123) 공정거래위원회, "기업결합심사의 기본 개념"(http://www.ftc.go.kr/policy/compet/mnaNotion.jsp), (2012-7-18 최종확인)

의무가 있고(독점규제 및 공정거래에 관한 법률-이하 '공정거래법'- 제12조), 신고받은 기업결합이 관련시장에서 경쟁을 실질적으로 저해할 우려가 있으면서 효율성 증대효과나 회생불가 회사와의 결합이라는 예외요건을 충족하지 않을 경우에는, 공정거래위원회가 기업결합금지, 주식처분이나 영업양도 등 시정조치를 내릴 수 있다(제16조).

특히 기업결합이 다음에 해당하는 경우에는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 추정하는데(제7조의 제4), 제1호에서 '기업결합 당사회사의 시장점유율(계열회사의 시장점유율 합산)의 합계가 시장지배적사업자 추정요건(1사업자 50%이상, 3이하 사업자의 점유율 합계가 75%이상)에 해당하고, 당해 거래분야에서 제1위이며, 제2위 회사와의 시장점유율의 차이가 시장점유율 합계의 25% 이상인 경우'를, 제2호에서 '대규모회사가 행한 기업결합이 중소기업기본법에 의한 중소기업의 시장점유율이 2/3이상인 거래분야에서의 기업결합이고, 당해 기업결합으로 5% 이상의 시장점유율을 차지하게 되는 경우'를 규정하고 있다. 이에 따라 기업결합이 경쟁제한 추정요건에 해당하는 경우, 당사 회사가 경쟁제한성이 없음을 반증하지 못하거나 반증하더라도 그 내용의 타당성이 인정되지 않으면 경쟁제한성이 인정된다.

2) 경쟁질서의 사후적 회복조치의 필요성

한편 위 1)과 같은 현재 공정거래법상 기업결합규제의 특징은 첫째, 대부분의 경쟁법적 규제가 시장에서 사업자가 준수하여야 할 경쟁규칙 내지 행태적 '의무'의 위반에 대한 규제인 것과는 달리 시장구조에 대한 간섭으로서 사실상 유일하게 구조적인 규제수단에 해당한다는 점[124], 둘째, 기업결합 그 자체는 법적으로 가치중립적인 개념임에도 향후 예상되는 경쟁제한 효과를 사전에 방지하려는 것으로서[125] 행위 당시의 사정만으로는 위법성이 명확히 드러나지 않으며 기업결합 이후의 장래에 대한 예측을 기초로 실질적 경쟁제한성 여부를 판단한다는 점이다.[126]

위와 같이 사전적으로 구조적인 규제를 하는 이유는, 시장구조의 변화는 일단 발생하고 나면 이전 상태로의 회복이 불가능한 경우가 많으며, 가사 회복이 가능한 경우라고 하더라도 그에 상당한 비용이 소요되거나 구조변화에 따른 경쟁제한적 폐해 자체는 복구되지 않는 경우가 대부분이기 때문이다. 더욱이 기업결합 당사회사의 규모가 크고 조직이 복잡할수록 이러한 경향은 심해지기 때문에, 기업결합에 의해 시장구조가 변화된 뒤에는 사업자의 경쟁제한적인 행동을 규제하는 것만으로는 유효경쟁이 기능할 수 있는 시장구조를 확보하는 데 부족하다.[127]

그렇다면 경쟁당국이 실질적 경쟁제한성 여부를 검토한 경우라 하더라도 충분히 경쟁제한 효과를 예측·방지하지 못하였거나 이와 같은 심사를 할 기회조차 없었던 경우로서, 결과적으로 경쟁제한적 상황과 구조적 폐해가 존재하여 규제의 필요성이 있을 수 있다. 그런데 공정거래법은 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 사전적으로 금지하고 있을 뿐, 이미 이와 같은 심사를 통과하여 기업결합이 이루어진 이후에는 이에 따른 독과점의 폐해, 시장지배력의 남용, 또는 경제력 집중 심화의 문제가 심각하게 발생하는 경우에도 이를 원상회복할 수 있는 구조적 조치 수단을 전혀 마련하고 있지 않아 문제가 된다.

3) 우리나라 경제력 집중 문제의 특수성

특히 우리나라의 경우 1970년대의 중화학공업 육성기를 거치면서 여러 재벌들이 대규모 복합기업의 면모를 갖추게 되면서 경제력 집중에 대한 폭넓은 우려가 생겼고, 이러한 필요성은 1980년 공정거래법을 제정하게 된 주된 이유가 되었다. 대규모 복합기업은 우월한 효율이나 시장력, 독점력과는 별개인 고유의 특별한 힘과 이점을 갖고 있어 시장경쟁에서 우위를 확보해 계속하여 생존·성장하게 되는 것이고, 이러한 재벌의 힘과 이점은 효율성과는 무관하게 대규모와 사업다변화 구조에서 생기는 것이어서 재벌기업과 비재벌기업간의 경쟁은 '불공정'하게 된다. 이 때문에 경제력의 집중과 남용을 막아 재벌들이 여타 경제주체들과 동등한 조건에서 경쟁하는 환경을 조성하는 것이 국민경제의 균형발전을 위해 중요한 과제로 간주되었던 것이다.[128]

개발연대에 기업들이 정부 정책의 도움 또는 묵인 하에 국내시장에서 독점력을 획득, 유지하곤 하였는데 그 오랜 관행의 영향은 아직 국내 시장구조에 크게 남아있다.

더구나 외환위기 이후 한국경제는 내부적으로 경제위기 및 그 극복을 위한 구조조정과정을 거치면서 큰 변화를 경험하였다. 특히 재벌의 경우 경제위기를 전후해 많은 부실재벌들이 도산하는 운명을 맞았으며, 이로 인해 30개 기업집단의 구성이 크게 바뀌었다. 1997년도의 30개 기업집단 가운데 9개 집단이 2000년도 대규모 기업집단 지정목록에서 사라졌는데, 30대 재벌간의 규모, 시장지위 등의 차이는 경제위기를 거치면서 더 커져 26위 이하 그룹의 자산이 1위 그룹 자산의 1/30에 불과하다. 생존 재벌들은 계열사 매각, 합병, 분사, 법정관리, 청산 등을 통해 부실계열사를 정리하고 계열 및 사업구조를 재편하였는데, 구조조정이 진행되면서 여러 산업에서 독과점 구조가 심화되었고 제조업부문의 시장집중도가 높아져 상위 재벌의 시장지

124) 이봉의, "독점규제법상 기업결합의 경쟁제한성 정과 그 문제점"(『저스 스』제65호, 2002), p.176.
125) 이봉의, "독점규제법상 기업결합 시정조치의 재검토"(『경쟁법연구』제20권, 2009), pp.299-329.
126) 이인환, "경쟁제한적 기업결합에 대한 시정조치에 관한 연구"(『경쟁법연구』제22권, 2010), pp.206-211.
127) 이인환, 전게 논문, p.208
128) 성소미, 신광식, "공정거래정책 20년 : 운용성과와 향후 과제"(『한국개발연구원』, 2001)

배적 지위가 강화되었다고 평가된다.[129]

최근 소모성 자재 구매대행 사업(MRO : Maintenance Repair and Operations)에서 논란에서 보듯이, 재벌과 대기업들의 계열사들이 중소기업·중소상인의 영역을 침탈하여 그 재벌그룹의 시장지배적 지위를 이용하여 중소기업·중소상인에 막대한 피해를 주고 시장경제질서를 왜곡하는 경우까지 생겨나는데, 이와 같은 상황하에서 특히 독과점사업자에 대한 행태규제들과 더불어 구조적인 교정책이 마련될 필요가 있다. 시장경쟁 억압의 구조적인 원인이 부당한 방법으로 형성, 유지되어 온 독점력에 있다면, 독점사업자의 특정한 경쟁제한행위만을 규제하는 방법으로는 시장경쟁을 회복하기가 어렵다. 특정 경쟁제한적 행위만을 규제할 경우 독점사업자는 독점력을 유지하기 위하여 다른 경쟁제한행위를 찾고자 할 것이기 때문에, 이는 문제발생의 구조를 놔둔 채 증상만을 치료하고자 하는 것일 수 있다. 즉, 어떤 사업자의 독점력이 의도적인 경쟁제한행위들에 의해 형성, 유지되고 있다면, 시장경쟁 저해의 구조적 원인을 찾아서 처방을 내리는 것이 시장경쟁을 회복하기 위한 가장 효과적인 방법이다.[130] 따라서 이미 형성된 독점에 대해서 사후적으로 이를 시정하기 위한 경쟁정책적 수단을 도입, 시행하는 방안을 적극 검토하여야 할 것이다.

경쟁정책적 기준에 따른 구조적 교정책으로서, 장기간 독점력을 보유, 남용하는 기업을 분할할 수 있는 법적 절차를 마련하고, 계열구조를 이용한 시장지배와 확장을 막기 위한 구조개선 수단으로 기업집단의 남용적 행위의 원천이 되는 기업의 계열분리를 할 수 있도록 하는 제도가 그 예이다.[131]

행정적으로든 사법적으로든, 국가작용이 비례의 원칙에 따라 이루어져야 하므로 이와 같은 조치가 취해질 수 있는 사례는 아주 적을 것이나,[132] 이러한 정책수단이 법적으로 가능한 경우와 그렇지 않은 경우는 장기적으로 커다란 차이를 가져올 수 있다. 비록 수십 년에 한두 차례의 조치가 발동된다고 하더라도 잠재적 규율효과는 엄청날 것이기 때문이다. 이러한 정책수단이 도입되어 있는 미국에서 법원에 의해 실제 기업분할명령이 내려진 경우는 과거 100년 가까운 기간 동안 몇 건에 불과하였는데, 그 잠재적 규율효과가 매우 컸다고 평가된다. 미국에서 기업분할과 같은 시장구조 교정책이 취해진 사례들은 그 이후 기업의 행태에 심대한 영

129) 성소미, 신광식, "공정거래정책 20년 : 운용성과와 향후 과제"(『한국개발연구원』, 2001)
130) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구"(『한국금융연구원』, 2003) p.169.
131) 성소미, 신광식, "공정거래정책 20년 : 운용성과와 향후 과제"(『한국개발연구원』, 2001)
132) 이에 대한 반대의 견해도 있다. "경쟁법상 기업결합에 대한 시정조치를 부과하는 지는 당해 기업결합에 따라 시장구조상 초래된 부정적 결과를 상 하기 위한 것이고, 사업자는 경쟁을 제한하는 위법한 기업결합을 실현할 수 있는 어 한 권리도 인정할 수 없었으므로 구조적 시정조치가 당사자에게 상대적으로 중한 부담을 부과하는 것이라는 전제에서 행정법상 비례원칙 을 근거로 행태적 시정조치 기타의 가 운 시정조치로 경쟁상의 문제를 치유할 수 없는 경우에 한하여 사용되어야 한다는 견해는 경쟁법상 기업결합 제한의 법리를 오해한 위험한 견해라고 할 것이다", 이호영, "독점규제법상 기업결합에 대한 시정조치의 개선"(『경쟁법연구』 제13권, 2006. 5.), p.245 참고

향을 미쳤다.[133]

이와 같은 제안에 대해 복합적 확장을 심사하고 복합구조를 개선할 경쟁법적 논거와 기준을 찾기 어렵다는 문제가 제기될 수 있으나, 이 지적은 '동일인이 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사의 집단'인 한국 재벌에 있어서 광범위한 계열구조 및 계열확장, 강화가 독점력 남용의 여지와 기회 및 개연성을 높인다는 점을 간과한 것이다. [134]

4) 비판과 대응

이와 같은 기업분할은 자유시장경제이념에 반하고, 기업의 성장을 억제한다는 비판이 있다. 그러나 이는 자유주의경제를 고전적인 자유방임체제로 오인하고, 기업의 성장을 단기적으로만 판단하기 때문에 생기는 것이다. 기업분할제도는 경쟁질서를 형성, 유지하고 권력과 지배력을 분산하여 각 기업이 외부로부터 간섭받지 않고 자유로이 행동하도록 하는 자유경제질서의 근본이념인 자유를 보증하기 위한 정책이다. 또한 일시적으로는 기업의 성장을 억제할지 모르나 장기적으로 보면, 활발한 경쟁의 조건을 정비하고 제공함으로써 거대기업의 지배구조를 벗어난 하위기업의 성장 및 발전에 강력한 유인을 주고, 거대기업으로서는 더 이상의 시장점유율 확대 노력을 억제하게 되므로 중소경쟁자와 신규진입기업을 보호, 육성하는 효과도 가져올 수 있다. 장기적으로 기업분할규제의 존재로 인하여 기업의 성장의욕을 상실시키지 않으면서 다각적인 성장을 촉진하는 측면이 있고 종래 독점적 시장구조를 경쟁적으로 변하게 하여 산업 전체의 경쟁능력을 증진시킨다는 점을 고려하여야 한다.[135]

나. 기업분할제도와 계열분리제도의 의의 및 소개

1) 기업분할제도

기업분할제도는 독점사업자가 부당한 독점유지행위를 계속할 때 시장경쟁을 회복하기 위한 정부의 다른 모든 행태적 정책수단들이 효력이 없을 경우를 대비한 구조교정책이다. 시장독점으로 인한 통상의 폐해는 가격규제와 같은 행태규제가 제대로 이루어진다면 시정이 가능한 것이다. 구조교정책이 구제하려는 것은 시장에서 (효율증진 행위가 아닌) 의도적 행위의 지속을 통해 독점적 지위를 유지하고자 하는 것이다.[136]

133) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구"(『한국금융연구원』, 2003), p.169.
134) 성소미, 신광식, "공정거래정책 20년 : 운용성과와 향후 과제"(『한국개발연구원』, 2001),
135) 김기태, 한수용, "기업분할제도와 경쟁적 시장구조"(『경쟁법연구』 제2권, 1990), pp.10-11.
136) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구"(『한국금융연구원』, 2003), p.167 참조

2) 계열분리제도

계열분리제도는 기업분할제도와 마찬가지로 구조적 교정책이기는 하지만 추구하는 정책목표가 다르다고 할 수 있다. 기업분할제도는 시장에서 부당한 독점유지행위의 지속이 가져오는 폐해를 시정하고자 하는 것이지만, 계열분리제도는 재벌폐해를 시정하고자 하는 것이다. 간단히 말하여, 구조적 조치 수단으로서 개별 기업을 대상으로 하는 것이 기업분할명령제, 기업집단을 대상으로 하는 것이 계열분리명령제라고 하겠다.

독점 또는 시장지배력 또는 경제력의 오남용에 의해 시장기능이 제대로 작동하지 못하고 있을 때 이를 경쟁적 질서로 전환한다는 근본 취지는 양자 모두 같다. 또한 양자 모두 구조 자체를 직접 수술하고자 하는 정책수단이기 때문에 절차 측면에서는 형식적으로 유사한 요소들이 포함될 수 있을 것이다.

3) 양자를 모두 도입하여야 할 필요성

우리나라에서는 재벌 계열사들이 시장독점력을 행사하고 있는 경우가 많다는 점, 그리고 사업부제 형식의 단일 기업과 모-자회사 관계로 결합된 기업집단 사이에 실질적인 차이가 크지 않음을 감안하면, 기업분할과 계열분리의 두 가지 구조적 조치 수단은 동시에 도입되어야 한다.[137] 다만 법·경제학적 측면에서 계열분리의 경우에 기업분할에 비해 주식매각명령과 같은 중요 쟁점들이 추가적으로 발생한다는 점은 고려되어야 하겠다.

4) 외국의 입법례와 운용 사례

가) 일본　독일의 사례

일본과 독일도 재벌개혁에 성공했다고 볼 수는 있지만 이들은 처음부터 재벌개혁을 자력으로 실현한 것은 아니었고 제2차 세계대전 이후 점령당국의 힘에 의하여 강압적으로 개혁을 시작하게 되었다.

특히 일본의 경우 제2차 세계대전 전에는 소수의 재벌이 경제 전체를 지배하고 있었으나, 전후 점령당국에 의하여 대대적인 재벌해체조치가 취해진 결과, 이제 재벌은 존재하지 않으며 오로지 기업집단이 있을 뿐이라고 평가된다. 1947년 당시 경제력집중배제법과 기타의 제법규

에 의하여 행해진 조치로는 지주회사의 해체, 재벌가족의 기업지배력 배제, 과도한 경제력집중의 배제, 지주회사와 지정자가 보유하고 있던 유가증권의 양수 및 처분, 회사증권보유제한령에 의한 주식의 처분 및 재벌의 상호, 상표의 사용금지 등이 있다.[138]

이후 경쟁촉진정책을 완화하려는 움직임 속에 『사적독점의 금지 및 공정거래의 보호에 관한 법률』의 기업분할근거조 이 삭제되었다가, 경제성장이 선진국 수준에 도달하고 기본적 경제체제의 존재양태에 관한 관심이 고조되는 가운데 다시 독점금지정책의 중요성이 새로이 인식되어 논의를 거쳐 1977년부터 기업분할규정이 부활되게 되었으며,[139] 그 내용은 다음과 같다. "독점적 상태가 있을 때에는 공정거래위원회는 제8장에서 규정하고 있는 수속에 따라 사업자에 대해 영업의 일부양도 기타 당해상품 또는 용역에 대하여 경쟁을 회복시키기 위한 조치를 명할 수 있다. 단 경쟁회복조치에 의해 당해 기업의 사업규모가 축소되고, 이 때문에 공급하는 상품 또는 역무의 원가가 현저히 상승하는 경우, 재정적 상태가 불건전하게 되는 경우 또는 국제경쟁력의 유지가 곤란하다고 인정되는 경우 및 해당상품 또는 역무에 관하여 경쟁을 회복하기에 충분하다고 인정되는 다른 조치가 강구되는 경우에는 조치를 명할 수 없다(일본 『사적독점의 금지 및 공정거래의 보호에 관한 법률』 제8조의 4 참고)." 이 규정에 따라 기업분할명령이 실제 행하여진 사례는 아직 없다.

일본의 재벌해체는 애초 연합군의 점령정책의 일환으로 주어진 명제였지만, 그것은 단순히 주어진 명제라고 하는 의의만 가지는 것은 아니었다. 자본주의경제는 자유경쟁을 기본으로 하여 출발하였지만, 경쟁은 경쟁을 말살하는 결과를 낳아, 필연적으로 승자가 소기업에서 대기업으로, 대기업에서 독점기업으로 전개되었기 때문에 그에 따른 폐해를 배제하려는 요구는 당연한 것이었다. 일본의 재벌 역시 제1차 세계대전 이후 급격히 그 지배력을 확대하고, 종횡으로 강인한 결합체를 형성하여 그 독점형태가 아주 높은 단계에 이르렀었기 때문에, 연합군 점령정책의 일환인 지령이 없었더라도 일본의 재벌은 조만간 경제민주화의 조치를 받아야 할 단계에 이르렀었던 것으로 평가할 수 있다. [140]

한편 독일의 경우에는 2차 대전이 종료된 후, 연합군이 패전국 독일경제에 대해 분권화로 대표되는 경제정책을 사용했고, 카르텔과 콘체른은 해체 대상이 되었다. 동시에 『경쟁제한방지법(GWB)』이 제정되어 1958년부터 시행되었다. 경제 집중의 분산화를 통한 경제적 정치적인 자유의 확보, 이른바 고전적 반독점 사고에 기초한 미국의 점령정책이 독일 콘체른 해체의 논리로 작용했던 것이다. 또한 독일 국내적으로도 진보 세력의 힘이 강해지면서 '사회적

138) 권오승, "일본의 재벌해체와 그것이 한국재벌정책에 주는 의미"(『서울대학교 법학』 제41권 4호, 2001), pp.195-245 참조
139) 김기태, 한수용, "기업분할제도와 경쟁적 시장구조"(『경쟁법연구』 제2권, 1990), pp.25-26 참조
140) 권오승, "일본의 재벌해체와 그것이 한국재벌정책에 주는 의미"(『서울대학교 법학』 제41권 4호, 2001), p.196 참조

시장경제'라는 지배담론이 생성되었고 그 담론은 일정하게 독일 경제로 하여금 경쟁질서의 확립을 요구했으며 이는 GWB의 제정으로 구체화되었고 연합군 세력의 콘체른 해체와 어울렸다고 할 수 있다. -독일에서 콘체른 해체는 화학, 석탄 철강, 금융, 영화 등 4개의 산업부문에서 집중적으로 이루어졌고, 각각에 대해 해체를 명시한 특별법을 제정하여 해체가 추진되었다.

그러나 산업별로 해체 경과는 상당히 달라졌다. 예를 들어 석탄 철강 산업의 콘체른은 장기간에 걸쳐 해체되었으나 다시 재 집중되는 결과로 나아갔다. 반면에 석유 산업에서의 콘체른은 비교적 성공적으로 해체되었다고 평가된다. 은행산업의 경우에는 해체 대상인 3대 거대은행이 지역별 영업제한 방식으로 해체되었으나, 이후 지역 저축 은행 등의 점유율이 다시 높아지는 경향을 보이자 영업제한을 해제하기도 했다. - 결론적으로, 독일에서의 콘체른 해체는 상당히 제한적인 것이었으며, 콘체른이 해체되었던 영역에서조차도 새로운 집중화과정이 일어났다는 점에 비추어 실효성 측면에서 의문이 제기될 수 있다. 더욱이 오늘날 까지도 여전히 독일에서의 콘체른은 기업조직의 유력한 방식으로 기능하고 있으며, 그 추세가 앞으로도 감소될 것으로 전망되지 않는다. 예를 들어 1993년 분석 자료에 의하면 주식회사의 경우 73.61%의 회사, 자본비율로 보면 96.38%의 자본이 콘체른에 참여하고 있다. - 1998년의 경우 독일을 본거지로 한 콘체른 가운데 다임러 벤츠, 지멘스, 폭스바겐, 알리안츠, 베바 등 5개 콘체른은 세계 시장에서의 매출액 기준 50위 안에 속할 정도이다.

한국에서 기업 집단법을 제정하여 재벌 기업 집단을 일정한 법적 테두리 안에서 허용하는 대신 그 범주로 규율하자는 제안은 독일 콘체른의 현실적인 존재를 감안해둔 구상인 것이다. - 그럼에도 불구하고 현재의 콘체른 구조는 그 의의와 기능면에서 2차 대전 이전의 콘체른이 해당 산업을 지배하고 통제적인 방식으로 기능하던 것과는 분명한 차이가 있으며, 바로 여기에서 전후 독일에서의 콘체른 해체에 대한 긍정적 평가의 가능성을 찾을 수 있다는 평가를 하고 있다. 141)

) 미국의 경우

위 가)와 같은 조치는 재벌해체라는 확고한 점령당국의 의지에 따라 시작된 것이어서, 오늘날 경쟁제한적 폐해를 자발적, 구조적으로 시정하려는 우리에게 미국의 사례가 보다 유용할 것으로 생각된다.

영미법계에 속하는 미국의 경우 셔먼법 제2조(독점화 금지조)의 위반에 관한 판례로서 기업분할조치가 이루어져왔을 뿐, 기업분할제도와 관련한 성문법조 은 없었다. 미국의 셔먼법

141) 독일에 관하여는 새로운 사회를 여는 연구원, "새로운 재벌규제 체제를 구 하자"(2012. 4. 27. http://saesayon.org/agenda/bogoserView.do·paper=20120427063231856&pcd=EA01) (2012-7-18 최종확인)

제2조 위반에 대한 법원의 판단은 기본적으로 합리의 원칙(rule of reason)이 적용된다. 셔먼법 제2조 위반을 입증하기 위해서는, 우선 해당기업이 관련 시장에서 충분한 독점력을 보유하고 있어야 하고 다음으로는 그 독점력이 우월한 효율성이나 역사적 사건의 결과 등에 의하지 않은 의도적 행태에 의하여 획득·유지되어 왔다는 점을 보여야 한다.

독점금지법 집행과 관련하여 미국정부가 제기하는 소송들은 형사처벌을 제외하고는 형평법상의 소송이 많고, 셔먼법 제2조 위반사건도 형평법상의 소송이다. 그리고 미국법원은 이러한 사건들에 대한 구제책을 구성함에 있어서 상당한 재량을 가지고 있어, 미국의 기업분할제도는 셔먼법 제2조 위반 사건들에 대한 미국법원의 효과적인 구제책 마련 과정에서 역사적으로 확립된 것이라고 할 수 있다.142) 기업분할 내지 계열분리 명령은 과거 미국에서 독점화된 정유회사, 철강회사 등을 분리하여 시장경쟁체제를 확보하는데 사용되었고, 최근에도 통신사업체인 AT&T의 분리나 마이크로소프트의 인터넷운영체계 프로그램 사업 분리 등에 사용되었다.

주목할만한 점은, 최근 글로벌 금융위기를 겪은 후 문제점들을 해결하기 위해 금융산업, 금융시장, 금융감독 등을 전반적으로 개혁하는 내용의 금융개혁법, 즉 『도드-프랭크 월가개혁 및 소비자보호법(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protertion Act, 이하 '도드-프랭크법')』이 제정된 점이다. 이 법은 금융회사의 위험투자와 대형화를 직접적으로 제한하는 내용을 담고 있다. 특히 금융회사의 대마불사를 차단하기 위한 조치로서, 우선 기업결합시 부채기준 시장점유율이 10%를 초과할 경우 인수·합병이 금지된다(이 법 제622조). 또한 감독기구간의 협의체 성격이 짙은 FSOC는 정회원 2/3 이상의 찬성으로 시스템적으로 중요한 금융회사를 선정할 수 있고(이 법 제113조), 선정된 회사에 대한 감독결과 이상 징후가 포착되면 연방준비제도이사회에게 회사분할과 청산계획의 제출 등 각종 조치를 권고할 수 있게 하였다(이 법 제115조, 제121조 참고)143).

이하 주요한 미국에서 있었던 주요 판례를 살펴보면 다음과 같다.

미국의 회사분할명령은 1911년 관련 시장 시장점유율 90%였던 스탠다드오일에 대한 미국법

142) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구"(『한국금융연구원』, 2003), pp. 179-180 참조

143) "은행 대마불사론, 이제는 끝 때가 되었다",『CNN』, 2012. 1. 18. "요 미국에서는 규모를 줄이는 것이 유행이다. 는 음식이며, 이나 주 무엇이든 간에 작은 것이 다는 게 미국인들의 결론이다. 기업 경영에 있어서도 더 작은 규모일수 이 이 된다는 것을 깨 기 시작했다. 해체를 앞 맥그로힐(McGraw-Hill)이나 래 (Kraft)가 대표적인 두 사례이다. 자 그럼, 은행은 어 한가· 정부가 대형은행의 규모를 소하는 데 관심이 있는 것은 분명하다. 로드 라운(오하이오) 상원의원은 초대형 금융기관을 분리하자는 법안에 힘을 실어오고 있다. 도드- 금융개 법(the Dodd-Frank financial reform law)에 따르면 당국은 기업분할(divestitures)을 명령할 새로운 권능을 부여 받게 된다. 주주의 관점에서 보면 기업지배권이 분산되는 것(government breakups)은 매우 은 소득이 된다. 존 러(John D. Rockefeller)는 스 더드 오일(Standard Oil)의 기업분할 후 주식이 두 배가 되었다. AT&T 주식을 소유한 사람들에게도 같은 일이 일어 다." {이 기사는 포 지(Fortune) 2012년 2월 6일 에 실 예정인 글(Why it's time to break up the 'too big to fail' banks)을 미리 CNN인터 에서 올려놓았는데 이를 기초로 여진 것이다. 자세한 내용은 포 지 참고}

원의 기업분할 명령을 했던 것을 효시로 하여, 1945년 알미늄 생산을 독점한 알코아(Alcoa)에 대해 법원이 정부 소유의 공장설비를 매각하여 새로운 두 경쟁사업자를 창출하도록 한 예가 있고, 1982년에는 AT&T의 시내전화사업부문을 7개의 지역 전화회사로 분할하고 시내전화사업부문의 자산을 이들 지역전화회사로 이전하였다. 이 중 스탠다드오일과 AT&T 사례에 대해 보다 자세히 보겠다.

[Standard Oil 판례의 소개 및 분석]

통상 미국법원의 판결은 독점기업의 분할을 포함하여 해당시장의 경쟁을 회복하기 위한 종합적인 구제책을 제시한다. 셔먼법 제2조 위반에 대한 법원의 구제책이 주로 기업분할명령만으로 구성된 경우는 최초로 반독점기업에 대해 기업분할명령이 내려진 Standard Oil 사건이다. 이 사건은 단순히 경쟁제한적 수평기업결합을 통하여 독점력을 획득·남용한 Standard Oil회사에 대해 법원이 기업분할을 명령한 것으로, 기업결합에 대해 미국정부가 체계적인 사전규제를 도입하기 이전에 일어난 것이다. Standard Oil 회사는 120개가 넘는 경쟁사업자들을 인수하여 1880년대와 1890년대에 이르러서는 관련시장에서 약 90%의 점유율을 보유하게 되었다. 1911년에 미국 연방대법원은 Standard Oil회사가 관련 시장에서 독점력을 보유하고 있고, 그 독점력이 의도적 행태에 의하여 획득·유지되었다는 점을 여러가지 약탈적 책략이나 행동에 의해 입증할 수 있다고 판결하였고, 이 판결의 결과 Standard Oil회사는 33개의 지역회사로 분할되었다. 이 사건은 미국정부의 사전적인 기업결합 심사규제를 촉발하였고, 따라서 이후에는 법원의 구제책이 단순히 단일 독점기업에 대한 분할명령만으로 구성되는 경우도 더 이상 나타나지 않게 되었으나, 셔먼법 제2조 위반에 대한 법원의 구제책이 기업분할명령을 포함하는 광의의 시장구조 교정책의 성격을 띠게 되었다.[144]

[AT&T 분할명령의 소개 및 분석]

미국에서 셔먼법 제2조와 관련하여 시장구조 교정책이 취해진 사건 중 하나인 AT&T 사례를 소개한다. 제2차 세계대전 이전에는 전화사업은 대규모 고정투자가 소요되고 소비자를 추가하기 위한 비용은 아주 작은 전형적인 자연독점산업에 해당하였다. 그러나 제2차 세계대전이 후 microwave radio 기술이 상용화가 가능한 정도로 발전하여, 장거리전화사업을 위해 전화선을 실제로 연결할 필요를 없애주었기 때문에, 장거리전화사업부문의 고정투자비용이 대폭 감소하였다. MCI 등 장거리전화사업부문에 진입하기를 원하는 사업자들

이 늘어갔고, 장거리통신의 성격을 음성통신만이 아닌 다양한 자료의 통신을 포함하는 것으로 바뀌고, 1950년대부터 시작된 컴퓨터의 보급으로 수요가 대폭 증가하였다. AT&T 사건은 이와 같은 기술조건, 수요조건의 변화가 진행된 결과 장거리통신사업부문에서 자연독점의 전제조건이 더 이상 충족되지 않게 된 데에서 비롯된 것인데, 이와 같은 상황에서 MCI와 같은 신규진입자들과 기존의 독점사업자인 AT&T, 그리고 규제당국(FCC)간에 오랜 기간에 걸쳐 소모전이 진행되었다. 20여 년에 걸쳐서 미국의 FCC는 행태규제를 점진적으로 변화시켜 나가면서 대응하려 하였지만 문제의 구조적 해결이 되지 않자, 미국법원은 기존 독점사업자로부터 독점규제가 여전히 타당한 사업부문인 시내통신사업은 분리해내고, 자연독점의 조건이 더 이상 충족되지 않게 된 장거리통신사업, 통신장비제조업 등 사업부문에 대하여 신규진입을 허용하여 기존독점사업자와 자유로운 경쟁이 일어나도록 정부의 행태규제를 폐지(완화)하는 것을 주된 내용으로 하는 시장구조 개선책을 제시하였다. AT&T 사례는 단순히 독점사업자의 분할을 의미하는 것만이 아니고 해당산업에 대한 정부의 진입규제정책, 민영화정책, 여타 규제정책 등의 시장구조 교정책의 예가 되는 것으로, 발전설비회사 민영화를 포함하는 전력산업에 대한 구조개선정책이 이에 해당한다.[145]

비교적 최근인 1982년 10여년 넘게 IBM에 대해 제기되었던 기업분할 명령은 컴퓨터 시스템과 관련한 시장을 어떻게 정의하느 에 따라 점유율이 70%를 넘을수도, 50% 미만일수도 있어서 결국 미국 법무부에 의해 소송이 취하되었고, 2011년에는 1998년부터 시작된 마이크로소프트에 대한 반독점 소송이 있었는데, 이 역시 결국 취하로 종결되었으나 그 과정에서 미디어 플레이어와 익스플로러 분리 명령을 둘러싸고 기나긴 논쟁이 있었던 바 있다.[146]

다. 우리나라에의 도입

이러한 계열(기업) 분리 명령제는 두 차원에서 접근이 필요하다.

144) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구"(『한국금융연구원』, 2003)

145) 임영재, "Antitrust 정책으로서 기업분할·계열분리와 관련한 주요 쟁점", pp.8-9 참조

146) 미국 법무부 독점금지국은 마이 로소 를 도우 회사와 인터 스 로러, 워드 용 로그 분야 회사로 양분하는 방안을 고려하 다. 이렇게 될 경우 용 로그 회사 입장에서는 도우뿐만 아니라 다른 operating system을 위한 사무용 소 어 개발을 할 인 가 생기게 되며 회사의 성장도 촉진될 것으로 기대된다. 한편 도우 회사는 용 로그 경쟁업체들과 협력할 유인이 생기며, 다른 소 어 회사들의 경우 마이 로소 때문에 시장에서 출당할 수 있다는 두려움이 적어지고 기 신 인 도 아진다고 생각하다. 그러나 이에 대한 마이 로소 사의 입장은 달랐는데, operating system이라는 것은 하드디스 에 근하는 것을 가능하게 만드는 로그 이고 Explorer의 경우 인터 에의 근을 가능하게 하는 로그 이어서, 하드디스 나 인터 은 모두 정보를 저장하는 매체이므로 이를 구태여 분리된 기 이나 시장으로 보는 것을 납득하기 어렵다는 것이다. 기 의 통합은 거스를 수 없는 세이고 도우와 스 로러를 결합하는 것이 소비자에게 오히려 편 을 제공하고 있다고 주장하 다.

먼저, 이 제도를 처음 고안한 미국과 같이 독점해체, 재벌해체의 수단으로 도입하는 것이다. 예를 들면, 유류, 통신, 전자 등 독과점이 심각하고 자주 담합행위가 발생하여 소비자의 후생이 크게 침해되는 재벌기업에 대하여 그 기업의 분리를 명하거나 산업재벌이 금융기관까지 지배하는 경우 금융과 산업을 분리하도록 명하거나 산업재벌이 금융기관이 지배하는 경우 금융과 산업을 분리하도록 명하거나 제조업·보험·건설·유통 등 각 산업에서 문어발식 지배로 경제 전체에 대한 지배력이 과도할 경우 그러한 산업을 계열에서 분리하도록 하여 독과점의 폐해를 해소하는 것이다. 이러한 강력한 재벌해체 내지 독점해체 수단은 공정거래위원회의 행정명령만으로는 위헌시비가 커서 미국과 같이 법무부장관이 법원에 재벌 내지 독점해체의 명령을 청구하는 방식이 바람직하다는 의견이 있다. 그 때 기업·계열분리의 방식은 현재의 공정거래법 제7조의 내용처럼 주식매각, 임원사퇴, 영업분리, 영업양도 등을 강제로 시행하도록 하는 방식이 될 것이다.

범위를 좁혀 접근해서 공정거래법 제7조에서는 사전적 규제로서 새로운 기업을 설립하거나 다른 기업을 인수하여 대기업이 중소기업이 영위하는 시장영역에 진출하여 5%이상의 시장점유를 하는 경우 주식매각, 영업분리, 임원사임, 영업양도 등을 명할 수 있도록 되어 있으나, 사후적으로도 시장점유율이 5%가 넘는 경우에 이러한 기업분리, 계열분리 명령을 통하여 해당 대기업이 중소기업이 영위하던 시장에서 사업을 철수하도록 하는 방식으로 적용한다면 재벌해체 수준의 기업분리·계열분리 판결 청구제 보다는 논란이 크지 않을 것으로 보인다. 같은 입법취지를 가진 것으로 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법에서 사업이양 명령이 있다.

한편, 이와 같이, 이러한 입법취지를 실현하는 입법형식으로는 공정거래위원회가 직접 행정명령을 발동하는 '기업분할·계열분리 명령제'와 공정거래위원회 청구에 따라 법원에서 심사하는 '기업분할·계열분리 청구제'의 두 가지 방식이 있다. 명령제의 경우에 공정위가 일차적인 행정적 조치를 취하는 것으로 시작하지만, 피처분인 기업이 행정법원에 제소할 수 있으므로 그 실질적 차이는 크지 않은 것으로 보인다.[147] 다만 기업분할 또는 계열분리의 적용조건을 입증함에 있어서 입증부담을 어느 쪽이 보다 많이 지는가와 관련해서는 명령제와 청구제가 차이가 있다. 청구제의 경우에는 공정위가 적극적으로 입증부담을 지게 될 것이고, 명령제의 경우 법원에 소·상고하는 해당기업이 보다 큰 입증부담을 지게 될 것이다.[148]

이러한 점을 고려할 때, 강력한 재벌해체 내지 독점해체 수단은 공정거래위원회의 행정명령만으로는 위헌시비의 가능성이 있으므로, '기업분할·계열분리 청구제'로, 대기업이 중소기업이 영위하던 시장에서 사업을 철수하도록 함에는 공정거래위원회가 직접 행정명령을 발동하는 '기업분할·계열분리 명령제'로 입법안을 제안한다.

147) 김상조, 전게보고서, p.106.

148) 임영재, 전성인, "경쟁촉진을 위한 시장구조 교정수단에 관한 연구" (『한국금융연구원』, 2003), p.182.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

재벌·대기업들의 계열사들이 중소기업·중소상인의 영역을 침탈하여, 그 재벌그룹의 시장지배적 지위를 이용하여 중소기업·중소상인에 막대한 피해를 주고 시장경제질서를 왜곡한 경우라 하더라도 현행 공정거래법상의 행위규제 제도만으로는 왜곡된 중소기업·중소상인 시장영역을 다시 경쟁상태로 원상회복 시킬 수 있는 수단이 전무한 실정임. 즉 현행 공정거래법은 기업결합의 사전적으로 제한하는 규율만을 가지고 있어서 제7조에 따른 기업결합 심사 단계를 통과한 이후에는 독과점 기업에 대한 사후적 제재 수단 이외에 이를 다시 경쟁 상태로 원상회복할 수 있는 구조적 시정조치 수단이 존재하지 않는다는 문제점이 있음. 따라서 공정위가 독과점 기업에 대한 최종적인 시정조치 수단으로서 기업분할 명령을 발동할 수 있는 권한을 조속히 제도화하여야 함. 나아가 우리나라 재벌의 사업확장 전략이 동일업종 기업의 합병보다는 이업종 기업의 (주식)인수로 나타나는 경우가 많기 때문에, 이업종간 혼합결합에 의한 경제력 집중 심화 내지 시장지배력 남용 행위를 교정하기 위해서는 계열분리 명령제의 도입도 필요함.

주요내용

가. 상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 일정한 거래분야에서의 시장점유율 합계가 제7조 제4 제1호 각목의 요건을 충족하고 경쟁을 실질적으로 제한할 경우 공정거래위원회는 법원에 기업의 분할 또는 주식의 처분을 청구할 수 있도록 함.

나. 상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 중소기업의 시장점유율이 3분의 2 이상인 거래분야에서 100분의 5 이상의 시장을 점유하거나 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법이 정하는 중소기업·중소상인 적합업종인 거래분야에 종사할 수 없도록 하고, 이에 위반할 경우 공정거래위원회가 기업의 분할 또는 주식의 처분 등 시정명령을 내릴 수 있도록 함

신·구 조문대비표

현행	개정안
신설	제9조 (상호출자의 금지등) ④ 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 일정한 거래분야에서의 시장점유율 합계가 제7조 제4 제1호 각목의 요건을 충족하고 경쟁을 실질적으로 제한하여서는 아니된다. ⑤ 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 중소기업의 시장점유율이 3분의 2 이상인 거래분야에서 100분의 5 이상의 시장을 점유하거나 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법이 정하는 중소기업·중소상인 적합업종인 거래분야에 종사하여서는 아니된다.
제16조(시정조치 등) ① 공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한)제1 , 제8조의2(지주회사 등의 행위제한 등)제2 부터 제5 까지, 제8조의3(채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한), 제9조(상호출자의 금지 등), 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지)제1 , 제11조(금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한), 제11조의2(대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시)부터 제11조의4(기업집단현황 등에 관한 공시)까지 또는 제15조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 당해 사업자[제7조(기업결합의 제한)제1 을 위반한 경우에는 기업결합 당사회사(기업결합 당사회사에 대한 시정조치만으로는 경쟁제한으로 인한 폐해를 시정하기 어렵거나 기업결합 당사회사의 특수관계인이 사업을 영위하는 거래분야의 경쟁제한으로 인한 폐해를 시정할 필요가 있는 경우에는 그 특수관계인을 포함한다)를 말한다] 또는 위반행위자에 대하여 다음 각호의 1의 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제12조(기업결합의 신고)제6 단서의 규정에 의한 신고를 받아 행하는 때에는 동조 제7 의 규정에 의한 기간내에 이를 하여야 한다. <개정 1996.12.30, 1998.2.24, 1999.2.5, 1999.12.28, 2001.1.16, 2002.1.26, 2004.12.31, 2007.8.3, 2009.3.25> 1. 당해 행위의 중지 2. 주식의 전부 또는 일부의 처분 3. 임원의 사임 4. 영업의 양도 5. 채무보증의 취소 6. 시정명령을 받은 사실의 공표 7. 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한 7의2. 공시의무의 이행 또는 공시내용의 정정 8. 기타 법위반상태를 시정하기 위하여 필요한 조치	제16조(시정조치 등) ① 공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한)제1 , 제8조의2(지주회사 등의 행위제한 등)제2 부터 제5 까지, 제8조의3(채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한), 제9조(상호출자의 금지 등) 제1 내지 제3 및 제5 , 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지)제1 , 제11조(금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한), 제11조의2(대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시)부터 제11조의4(기업집단현황 등에 관한 공시)까지 또는 제15조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 당해 사업자[제7조(기업결합의 제한)제1 을 위반한 경우에는 기업결합 당사회사(기업결합 당사회사에 대한 시정조치만으로는 경쟁제한으로 인한 폐해를 시정하기 어렵거나 기업결합 당사회사의 특수관계인이 사업을 영위하는 거래분야의 경쟁제한으로 인한 폐해를 시정할 필요가 있는 경우에는 그 특수관계인을 포함한다)를 말한다] 또는 위반행위자에 대하여 다음 각호의 1의 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제12조(기업결합의 신고)제6 단서의 규정에 의한 신고를 받아 행하는 때에는 동조 제7 의 규정에 의한 기간내에 이를 하여야 한다. <개정 1996.12.30, 1998.2.24, 1999.2.5, 1999.12.28, 2001.1.16, 2002.1.26, 2004.12.31, 2007.8.3, 2009.3.25> 1. 당해 행위의 중지 2. 주식의 전부 또는 일부의 처분 2의2. 기업의 분할 3. 임원의 사임 4. 영업의 양도 5. 채무보증의 취소 6. 시정명령을 받은 사실의 공표 7. 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한 7의2. 공시의무의 이행 또는 공시내용의 정정 8. 기타 법위반상태를 시정하기 위하여 필요한 조치
<신설>	④ 공정거래위원회는 제9조(상호출자의 금지등)제4 규정에 위반한 경우 당해 사업자(당해 사업자에 대한 시정조치만으로는 경쟁제한으로 인한 폐해를 시정하기 어려운 경우 그 특수관계인을 포함한다)에 대하여 주식의 처분 또는 기업의 분할을 법원에 청구할 수 있다.

3. 중소기업의 공동행위 허용(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정)

가. 문제점

공동행위라 함은 사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품 또는 용역의 가격, 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말하며, 통상 카르텔(cartel, Kartel) 또는 담합이라고 한다.[149] 일반적으로 공동행위는 독점이윤의 확보를 목적으로 하기 때문에 가격상승을 초래하고 경쟁의 압력으로부터 벗어나 원가절감이나 경영합리화 등 효율성 증대노력이나 품질개선에 소홀하게 되어 결국 소비자후생이 감소되므로 독점금지법을 가지고 있는 모든 나라가 원칙적으로 금지하고 있다.

현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법') 제19조는 부당한 공동행위를 원칙적으로 금지하고 있으며, 특별한 목적을 달성하기 위한 일부 예외를 인정하여 공정거래위원회의 사전 인가를 얻도록 하고 있다.

그런데 부당한 공동행위는 대기업에 대해서는 마땅히 금지되어야 하지만, 중소기업은 대기업에 비해 열위한 지위에 있기 때문에 시장에서 경쟁하기 위해서는 다른 중소기업과의 공동행위가 절실하다. 하지만 현행법규상 인가의 절차가 까다롭고 인가요건을 갖추었음을 증명하기가 곤란하여 실제 공정거래위원회의 인가를 받는 경우가 거의 없다. 게다가 공정위의 인가를 받기 위해서는 사업자의 내부정보를 공개하는데 이는 사업상의 위험으로 작용하여 인가신청을 꺼리는 경우가 많고, 설령 인가를 받는다고 하더라도 급변하는 시장상황에 대처하지 못해 정작 공동행위를 통해 얻고자 하는 목적을 달성하기 힘들다.

따라서 공정거래법 개정을 통하여 중소기업 및 그 단체에 대하여 일정 요건을 갖춘 경우 공동행위를 사전인가 없이 원칙적으로 허용함으로써 중소기업의 한계를 법적으로 보완하고 경쟁력을 강화할 수 있도록 해 줄 필요가 있다.

나. 중소기업의 공동행위의 필요성[150]

기업의 경쟁력은 기본적으로 효율성으로부터 얻어지고, 효율성은 경쟁, 규모의 경제, 혁신을 원천으로 한다. 그 중에서 중소기업의 효율성을 제약하는 구조적 요인은 일차적으로 규모의 경제성이다. 중소기업은 본질적으로 규모가 중소하기 때문에 최소효율규모(MES)에 도달하지 못하는 한 규모의 경제성을 향유할 수 없는 내재적 한계를 가지고 있는 것이다.

중소기업이 이러한 본질적 제약조건을 극복할 수 있는 방법의 하나가 공동행위이다. 자본주의 시장경제 체제에서 상대적으로 경쟁력이 약한 경제주체들은 협력과 제휴를 통해 경제적 강자인 대기업에 대 할 수 있는 힘을 키울 수 있다. 중소기업은 공동행위를 통해 경쟁상의 열위성을 극복하고 시장에서의 경쟁력을 확보함으로써 중소기업 공동의 이익을 창출해야 할 필요가 있는 것이다.

또한 우리나라는 경제적 자원이 지나치게 대기업에 편중되어 경제력 집중이 심각하므로 국민경제의 균형있는 발전을 도모하고 경제적 민주화를 달성하기 위해서도 중소기업의 공동행위 및 중소기업의 육성과 약진이 절실하다.

그런데 현행 공정거래법은 모든 사업자의 공동행위를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하며 사전인가요건을 엄격하게 규정하고 있는 바, 경제적 열위에 있는 중소기업이 공동행위를 통해 시장에서 경쟁력을 확보하기가 쉽지 않다. 따라서 공정거래법의 부당한 공동행위 관련 규정을 개정하여 중소기업이 일정한 요건을 갖춘 경우 인가없이 공동행위를 할 수 있도록 하여 중소기업의 교섭력과 협상력을 강화하고 시장에서의 경쟁력 확보를 도모할 필요가 있는 것이다.

다. 현행 공정거래법상 부당한 공동행위의 규제

현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법') 제19조 제1 은 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위[151]를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 할 수 없도록 하고 있다.

149) 권오승, 경제법, 법문사, 2011, 243면.

150) 이하 내용은 이의영 교수(군산대 경제학과)의 민변경제강좌 '중소기업의 경제구조와 개 과제'를 참조하 다.

151) 여기에 해당하는 행위는 다음과 같다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위
6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위
7. 영업의 주요부문을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 을 설립하는 행위
8. 입 또는 경매에 있어 자, 경락자(競落者), 투 (投札)가격, 가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위
9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

이를 위반하는 경우 공정위는 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표, 기타 필요한 조치를 명할 수 있고(공정거래법 제21조), 매출액의 10/100 또는 20억원의 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있으며(공정거래법 제22조), 위반자는 형사처벌의 대상이 되어 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처해진다.

공정거래법은 부당한 공동행위는 원칙적으로 금지하지만, 산업합리화, 연구・기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 거래조건의 합리화, 중소기업의 경쟁력향상을 위한 공동행위로서, 공정위의 인가를 받은 경우에는 이를 예외적으로 허용하고 있다(공정거래법 제19조 제2).

동법 시행령 제28조는 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 공동행위로 인정받기 위한 구체적인 요건을 따로 정하고 있는데, 공동행위에 의한 중소기업의 품질・기술향상 등 생산성 향상이나 거래조건에 관한 교섭력 강화 효과가 명백한 경우, 참가사업자 모두가 중소기업자인 경우, 공동행위외의 방법으로는 대기업과의 효율적인 경쟁이나 대기업에 대 하기 어려운 경우의 세 가지 요건을 모두 충족시켜야 한다.

동법 시행령 제29조는 공동행위 인가의 일반적인 한계로서, 목적달성에 필요한 정도를 초과하는 경우, 다른 자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우, 참가자간에 부당한 차별이 있는 경우, 공동행위에의 참가, 탈퇴를 부당하게 제한하는 경우에는 인가할 수 없다고 규정하고 있다.

그러나 공동행위 인가제도는 공동행위를 하기 이전에 인가를 받아야 하므로 급변하는 시장상황에 시의적절하게 대응하기 어려운 점, 인가를 받기 위해 공개된 내부정보가 오히려 경쟁에서 위험요소로서 작용하는 점, 중소기업으로서는 인가절차를 담당하는 전문인력의 확보가 어렵고 비용을 부담할 여력이 없는 점 등을 고려해 볼 때, 열등한 경제적 지위 때문에 중소기업에게 공동행위를 예외적으로 허용하고자 하는 법의 취지를 제대로 살려주지 못하고 있다.

중소기업의 공동행위 인가요건을 보더라도, '생산성 향상'이나 '교섭력 강화' 등의 불확정개념은 객관적인 판단의 지표를 찾기 힘들고 '그 효과가 명백한 경우'를 인정하기 위한 기준을 설정하기가 매우 어렵다. 또한 '공동행위 외의 방법으로는' 소기의 목적을 달성할 수 없는 경우이어야 한다는 즉 다른 가능한 방법이 있다면 인가를 받을 수 없다는 식으로 규정되어 있어 인가를 얻고자 하는 사업자로서는 요건의 구비를 증명하는 것이 상당히 큰 부담이 된다.

이처럼 중소기업이 공동행위의 인가를 받기는 현실적으로 불가능하여, 실제로 1988년 이후에는 인가 사례가 전혀 없다가 2010. 1. 레미콘업계가 인가 신청한 공동행위 중 공동의 품질관리 및 연구개발 공동행위를 2년간 인가하기로 결정한 것이 거의 유일하다.

라. 외국의 입법례[152]

미국의 경우 중소기업이 공동연구개발을 하는 경우 사전적으로 인가하고 있으며, 사법부의 재량에 따라 기업들의 협력적 행위 즉 제품기준 및 안전기준 설정 등을 일부 허용하고 있다.

독일은 EU법에도 불구하고 중소기업의 공동행위를 카르텔 적용제외 조 으로 존치시켰으며, 독일 중소기업카르텔 형태는 구매공동체와 판매공동체 등으로서 중소기업은 납품 등에 있어 컨소시엄을 구성하여 공동으로 대기업에 납품함으로써 협상력을 높이고 있다.

일본은 1999년 독금법이 개정되면서 예외인정이 폐지되었으나 그 전까지는 불황 카르텔과 합리화 카르텔이 존재했으며, 담합행위가 공공의 이익을 보전하기 위한 것이라면 유연한 입장을 취하고 있다.

마. 개정법률안의 주요내용

개정법률안은 중소기업이 공동납품, 공동구매 등 공동행위를 하는 경우, 공정거래법에서 원칙적으로 금지하고 있는 부당한 공동행위에 해당하지 않는 것으로 보는 간주조 을 신설하였다.

행위주체요건은 중소기업협동조합법 제3조 제1호, 제2호의 협동조합 및 사업협동조합과 대・중소기업상생협력촉진에관한법률 제17조의 수탁기업협의회로 하되, 행위요건은 중소기업협동조합법 제35조 제1 , 제1,3,7,13호[153]의 업무와 관련한 공동행위로 하였다. 이로써 중소기업은 자율적으로 결성한 협동조합이나 상생법상의 수탁기업협의회를 통해 공동연구개발, 공동구매 및 판매 등 각종의 공동행위를 공정위의 인가없이 자유롭게 할 수 있게 될 것이다.

152) 경제개 연대, 제19대 국회 개 입법과제 제안, 경제개 이 2012-1호 참조.

153) 중소기업협동조합법 제35조 제1항
1. 생산, 가공, 수주, 매, 구매, 보관, 운송, 환경 개선, 상표, 서비스 의 공동 사업과 이를 위한 단지 및 공동 시설의 조성·관리 및 운영
3. 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법 」에 따른 위 기업체와 조합원인 수 기업체 사이의 수 ·위 의 거래 선과 이에 따른 조정
7. 조합원의 경제적 이 을 도모하기 위한 단체적 계약의 체결
13. 「하도급거래 공정화에 관한 법 」에 따른 원사업자와 조합원인 수급사업자 간의 하도급대금 조정지원

바. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의하면, 사업자나 사업자 단체에 의한 공동행위는 공정한 시장질서의 유지를 위하여 원칙적으로 금지되나, 중소기업의 경우 중소기업의 경쟁력 강화를 위한 것으로 공정위의 인가를 받은 경우에 허용됨.

그러나 경쟁에서 상대적 약자에 해당하는 중소기업은 경쟁력 강화를 위해 공동구매, 공동판매 및 공동연구개발이 필요함에도 불구하고, 공정위의 사전 인가를 얻어야 하는 어려움 때문에 이를 실행하지 못하고 있어 종소기업의 경쟁력 향상을 꾀하고 공정한 거래질서의 확립을 위해서 경쟁에서 약자의 지위에 있는 중소기업에게 공동행위를 허용할 필요가 있음.

주요내용

중소기업이 공동납품, 공동구매 등을 하는 경우에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 부당한 공동행위에 해당하지 않도록 함 (독점규제 및 공정거래에 관한 법률안 제19조의 3 신설).

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<신설>	제19조의3(부당공동행위 금지의 예외) 중소기업협동조합법 제3조 제1호, 제2호의 조합 및 사업조합과 대·중소기업상생협력촉진에 관한법률 제17조의 수탁기업협의회가 중소기업협동조합법 제35조 제1 , 제1,3,7,13의 업무와 관련하여 제19조 제1 각호의 행위를 하는 경우 이를 제19조 제1 의 부당한 공동행위로 보지 아니한다.

4. 불공정 하도급거래 개선(하도급거래 공정화에 관한 법률의 개정)

가. 현황 및 문제점[154]

우리나라는 1960년대 이후 대기업주도의 경제성장을 추구해왔으나, 이러한 상황에서도 중소기업이 지금껏 양적으로나 질적으로 경제의 중추적 역할을 담당해 왔음은 의문의 여지가 없다. 특히 중소기업은 사업자수와 고용인원 등 양적인 면에서 압도적 비중을 차지하고 있으면서도 이익률 혹은 임금수준 등 질적인 면에서 대기업과의 격차가 확대추세에 있어 양극화현상이 더욱 심해지고 있다.

우리나라 중소기업 사업체는 2006년 말 3,022,053개로 총 사업체의 99.9%를 달하고 있고 종업원수는 12,445,088명으로 87.5%를 차지하고 있다. 1997년 외환위기 이후 중소기업의 비중이 급증했다. 당시 대기업의 구조조정과정에서 조기퇴직당한 자들이 정부의 실업대책인 소상공인 창업지원정책에 따라 주로 영세자영업으로 진출했다. 우리나라 자영업의 취업자 비중은 27.1%로 OECD의 평균 14.4%의 약 2배에 달하고 있다. 2006년도 말 자영업자 숫자는 2,671,928개로 전체 중소기업의 88.4%, 종업원 수는 5,159,639명으로 전체 중소기업의 41.5%이다[155].

그런데, 중소기업에 종사하는 사람들의 월 평균 급여는 2,426,000원으로 대기업의 64.8%에 불과하고, 중소제조업은 2,255,000원으로 대기업의 58.4%에 불과하다. 이러한 급여차이로 인해 젊은이들이 중소기업 취업을 회피하고 있다.

이러한 현상은 역사적·구조적 측면 외에 대기업과 중소기업간의 거래관계측면에서 그 원인을 찾을 수 있다. 국가경제의 주요부문에서 소수의 대기업이 독과점 형태를 취하고 있고 원사업자인 대기업이 하수급업자인 중소기업에 대하여 수요를 독점하고 있는 양상이다. 중소기업은 대기업의 수요독점적 구조에서 발생하는 교섭력의 차이와 그에 따른 거래상의 불공정성 때문에 대기업과의 격차가 점차 심해지고 있는 것이다.

특히 교섭력의 차이로 인하여 중소납품기업이 창출한 부가가치의 일부가 대기업에 이전되고 구매대기업의 부담의 일부가 중소납품기업에 전가되는 왜곡된 가치이전구조가 형성되었으며, 그 결과 우리 경제의 중추적 역할을 담당해왔던 중소기업이 부실화되면서 경제의 성장기반이 취약해질 뿐만 아니라 성장이 되더라도 고용이 늘지 않는 문제가 심화되고 있다.

154) 이하 내용은 이봉의 교수(서울대 법대)의 하도급법 개편의 쟁점과 방향(2008. 4.)을 참조하 다.
155) 이의영, 중소기업 어 게 살 것인가 ? 중소기업의 경제구조와 개 과제, 제11 공평사회포럼, 2011. 4. 11. 1면 - 3면

따라서 국민경제의 균형발전과 선진경제로의 도약을 위해서는 대기업과 중소기업의 동반성장이 필수적 과제이며, 자유시장을 기반으로 하는 경제체제에서 대기업과 중소기업의 균형발전은 대기업의 시장집중을 억제함과 동시에 대기업이 중소기업에 대하여 경제력을 남용하지 못하도록 방지하는 것에서 출발하되, 경제적 약자인 중소기업을 대기업의 약탈적이고 부당한 행위로부터 법적으로 보호해 줄 수 있어야 할 것이다. 특히 대기업과 중소기업간 불공정한 거래구조 및 행태차원에서의 각종 불공정거래관행을 시정하기 위해서는 하도급법의 개정이 시급하다.

하도급법은 공정한 하도급거래질서를 확립하고 원사업자와 수급사업자의 균형발전을 도모하기 위하여 하도급분야에서 빈발하는 거래상 지위남용에 해당하는 특수한 행위를 규제하여 왔다. 그 결과 중소기업인 수급사업자를 보호하기 위한 법으로 인식되어 왔으나, 현실적으로 하도급거래에서 빈번하게 발생하는 대기업들의 횡포를 효과적으로 제지하지 못하고 있으며 공정위는 대기업의 법위반 행위에 대해서 적절한 대응을 하지 못하고 있다. 이에 불공정한 거래관행과 왜곡된 거래구조를 바로잡기 위해 2011. 3. 11. 하도급법의 일부가 개정되었으나 실효성이 미약하여 여전히 미흡한 수준이다.

이번 하도급법 개정을 통해 시급히 바로잡아야 할 것으로서, 표준하도급계약서 작성의 유도, 납품단가 연동제의 도입, 하도급거래에서 피해를 입은 중소기업의 재산적 피해를 신속하게 회복하기 위한 배상명령제도의 도입, 하도급분쟁조정협의회의 실질적인 기능회복, 공정위의 전속적 고발권의 폐지, 중소기업협동조합이 피해 중소기업에 갈음하여 소송수행권을 행사할 수 있도록 하는 제도 등을 도입할 필요가 있다.

나. 표준하도급계약서의 사용제도의 실효성 제고

1) 표준하도급계약서 제도의 필요성

중소기업은 대기업의 수요독점적 거래구조와 교섭력의 현격한 차이로 인해 거래상 열위한 지위에 있으므로 대등한 관계에서 하도급계약을 체결하기 어렵다. 중소기업은 거래단절 위험 때문에 대기업의 일방적인 요구를 단호히 거절하지 못하며 계약의 내용이 부당하더라도 이를 쉽게 문제삼지 못하고 그대로 용납할 수밖에 없다.

따라서 계약자유의 원칙에 따라 대기업과 중소기업간 계약의 내용을 자유롭게 결정하게 하면 일방적으로 중소기업에게만 불리한 계약이 체결될 가능성이 높다. 최근 거래현실은 중소기업의 납품단가를 인하하여 얻은 이익을 대기업이 가져가고, 대기업에 발생한 비용을 중소기업에게 부담시키는 식의 불공정한 내용으로 계약서가 작성되어도 중소기업으로서는 어쩔 수 없이 수용하는 상황이다.

표준하도급계약서는 공정위의 사전심의를 거쳐 작성되는데, 대기업과 중소기업이 표준하도급계약서를 사용하게 되면 하도급계약내용에 관한 공정성을 확보할 수 있고 왜곡된 하도급거래질서를 바로잡을 수 있다.

2) 현행법의 문제

하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의 2에 의하면, "공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다."라고 규정하고 있다.

이에 따라 2008. 12. 말 현재 건설, 조선, 전기, 전자, 섬유, 자동차, 기계, 건축설계, 엔지니어링, 소프트웨어, 건설자재, 정보통신, 음식료 등 23개 업종에 표준하도급계약서가 보급되어 있으며, 공정거래위원회의 2008. 하도급 서면실태조사 결과 표준하도급계약서 사용비율이 65% 정도인 것으로 나타나고 있다[156].

그러나 하도급법상 표준하도급계약서의 사용은 권장사 에 불과하여 사용이 강제되는 것이 아니다. 이를 사용하는 경우 하도급벌점을 2점 감점하는 등 인센티브를 제공함으로써 사용을 유도하고 있을 뿐이다. 하도급벌점 감정과 같은 인센티브는 원사업자에게 큰 메리트가 될 수 없어서 표준하도급계약서의 사용이 전면적으로 확대되지 못하고 있는 실정이다.

따라서 불공정한 하도급거래관행을 개선하기 위해서는 하도급법의 개정을 통해 표준하도급계약서의 사용을 보다 더 활성화할 필요가 있다.

3) 개정안의 주요내용

표준하도급계약서의 활용을 촉진하기 위해서 표준하도급계약서의 사용을 법적으로 의무화하고 이를 위반하는 경우 과징금이나 과태료 또는 벌금을 부과하도록 하자는 의견이 있으나, 계약 당사자들에게 법적인 의무를 새로이 부과하는 것은 민법의 기본원칙인 사적자치의 원칙을 위반하고 지나치게 자유를 제약하는 것으로 위헌의 소지가 있다는 반론도 있다.

이에 표준하도급계약서 활용 촉진과 사적자치의 원칙이라는 두 가지 상충하는 가치를 조화시키기 위한 대안으로서 원사업자로 하여금 표준하도급계약서를 활용하도록 간접적으로 강제하는 방법을 도입할 필요가 있다.

즉, 원사업자로 하여금 공정위에 정기적(6개월 내지 1년)으로 대통령령이 정하는 바에 따라

156) 김 성·구상모 공저, 하도급법, 화산미디어, 2010, 56면.

하도급거래내역에 대한 보고의무를 부과하되, 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하는 경우에는 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용을 상대방에게 표시하게 하고, 이러한 사실을 공정위에 보고하게 하는 방안이 있다. 더 나아가 이러한 보고의무를 위반할 경우 과태료를 부과하도록 함으로써 표준하도급계약서의 사용을 법적으로 강제하지 않으면서도 표준하도급계약서의 활용을 촉진할 수 있다.

다. 납품단가 공정 결정제도의 도입

1) 현황 및 문제점

최근 중소기업은 내수부진의 장기화, 자금부족 및 지속되는 인력난 등으로 성장동력이 크게 약화되고 있으며 특히 원자재가격의 급등으로 제조원가가 상승해 대내외적인 어려움이 가중되고 있다. 특히 대기업에 납품하는 중소기업은 원자재 및 인건비 상승에 대응하는 납품가격 현실화를 요구하고 있으나 오히려 대기업은 협력 중소기업에게 납품단가 인하를 요구하고 있다.

자동차산업의 경우 부품업체들이 가장 많이 제기하는 문제가 대기업의 일방적인 납품단가 인하요구이다. 완성차업체의 일방적인 단가인하로 인해 부품업체는 수익성위기를 겪고 있을 뿐만 아니라 소속 노동자들의 임금수준도 하락하고 있다. 더 큰 문제는 대기업의 단가인하압력이 부품조달단계에 따라 2,3차 부품업체에게 동일하게 적용되고 있다는 점이다. 대부분의 부품업체들이 2003년 이후 매출액은 상당히 증가하고 있는 반면 매출총이익률은 감소하거나 정체하고 있는데 이는 납품량은 증가하였으나 단가가 인하되었기 때문이다.

한편 대부분의 부품업체들이 납품계약시 계약기간 내 매년 단가인하율을 미리 제시하도록 강요받고 있으며, 완성차업체는 수의계약은 물론 공개입찰시에도 견적서에 매년 단가인하계획을 제출하도록 요구하고 있을 뿐만 아니라 낙찰이 되고 난 후에도 해당업체와 단가에 대해 재협상을 하여 단가를 인하하고 있는 실정이다.[157]

현재 원자재 가격 변동 등 단가변동 사유가 발생할 경우 단가조정에 대한 규정은 공정거래위원회의 '표준하도급계약서', '대·중소기업간 협력적인 계약체결을 위한 가이드라인' 지침에 규정되어 있으나[158], 의무사 이 아닌 권장사 으로 운영하고 있어 실효성이 없다.

157) 이상호, 자동 불공정하도 거래의 문제점과 정책대안 모색.
158) 표준하도급계약서 제6조(단가)
-부품의 단가는 재료가격, 시가의 동향 을 고려하여 합리적인 산정방식에 따라 갑과 을이 협의하여 정함.
- 또한 단가 변동사유가 발생할 때에는 갑과 을은 상대방에게 단가조정신청을 할 수 있으며, 신청일로부터 60일 이내에 협의하여 정할 수 있음.
대·중소기업간 협력적인 계약체결을 위한 가이드라인(2006. 6. 제정)

더욱이 현실적으로 대기업이 거래에서의 우월적 교섭력을 남용함에 따라 물가, 원자재 가격, 환율 변동 등 단가변경 사유가 발생할 경우 변경계약에 의해 납품단가를 인상하기 어려운 실정이다. 중소기업중앙회가 실시한 '중소제조업의 원자재와 납품단가 반영실태 및 애로요인 조사'에 따르면 '원자재 가격 상승분을 제품 가격에 전혀 반영하지 못하고 있다'고 답한 중소기업이 44.2%에 달하고 있다[159].

실례로 주물업계의 경우 사용 원자재인 고철가격이 전년 대비 75.9%나 상승했음에도 납품대기업은 납품가격 인상은 고사하고, 원가절감이라는 미명하에 납품단가 인하를 요구하였으며, 모 업체의 경우 철근가격이 83.3% 가량 상승하였으나 전년에 계약한 납품처가 제품가격 인상을 허용하지 않아 계약을 포기해야만 하는 상황이다.

이처럼 중소기업은 원자재가격이나 환율이 급등하여 생산원가가 급증하여도 대기업에 대해 납품단가를 인상해 줄 것을 요구하기가 쉽지 않으며, 오히려 대기업의 단가인하압력에 시달리고 있다. 따라서 대기업의 일방적인 단가인하 요구를 억제하고 중소기업의 수익성을 현실화하기 위하여 원부자재 가격급증 등 생산원가의 변동에 따라 납품단가를 변경할 수 있는 납품단가 연동제를 도입할 필요가 있다.

2) 납품단가조정제도의 한계

수급사업자는 제조 등의 위탁을 받은 후 목적물의 제조 등에 필요한 원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정이 불가피한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있으며, 하도급대금 조정에 관한 합의에 도달하지 못한 경우에는 원사업자 또는 수급사업자는 제24조에 따라 설치된 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청할 수 있다(하도급법 제16조의2).

그러나 수급사업자가 조정을 신청하기 위해서는 '하도급대금의 조정이 불가피한 경우'이어야 하므로 요건이 지나치게 엄격하고, 원사업자가 단가인상을 거부할 경우 대응할 방법이 없다. 합의에 이르지 못한 경우 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청할 수는 있으나, 조정이 이뤄지지 못해도 별도의 제재조치가 없기 때문에 원사업자에게 아무런 강제를 할 수 없다.

따라서 현행법상의 납품단가조정제도만으로는 원가인상에도 불구하고 납품단가를 인상하지 못하는 중소기업의 고충을 해소할 수 없으므로, 수급사업자의 시의적절한 구제를 위해서는 하도급분쟁조정협의회의 조정안의 효력을 강화하고 이에 불복하는 경우 법원에 하도급대금의 증감을 청구할 수 있는 권리를 신설할 필요가 있다.

- 단가 변경사유가 발생할 때 상대방에게 단가조정신청을 할 수 있으며 30일(30일 연장 가능)이내에 상호 협의하여 정함.
- 단가 변경사유(물가, 원자재 가격, 환 변화), 협의기간, 대금지급조건 구체적인 내용을 적시해야 함.
159) 중소기업중 회 보도자료, 납품단가조정협의의무제도 활용도 제고 절실, 2010. 7 .2.

3) 하도급대금 증감청구권의 신설

원가인상요인이 발생하였을 때 수급사업자가 원사업자에게 조정을 신청하고 협의에 이르지 못하면 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청하는 방법만으로는 납품단가의 인상이라는 소기의 목적을 달성할 수 없음은 앞에서 본 바와 같다. 하도급분쟁조정협의회에서 조정안을 제시한다고 하더라도 이에 응하지 않는 원사업자를 제재할 방법이 전혀 없기 때문이다.

하도급분쟁조정협의회 조정안의 유명무실화를 막고 원가변동에 따른 적절한 납품단가인상을 달성하기 위해서는, 하도급분쟁조정협의회에 힘을 실어주어 조정안의 효력을 법적으로 명시하고 이에 불복하는 당사자들은 법원에 소송을 제기할 수 있도록 하는 제도를 신설할 필요가 있다.

우선 현행법상 조정신청요건인 '하도급대금의 조정이 불가피한 경우'는 개념이 불확정하고 애매모호하므로, '목적물 등의 제조 등에 필요한 원재료 가격이 원가를 구성하는 내역 중 단품기준으로 100분의 15이상 변동하는 경우'라는 예시조문을 삽입하여 요건을 구체화하고, 하도급분쟁조정협의회는 하도급대금의 조정이 불가피하다고 인정할 경우에는 조정안을 작성하고 당사자에게 통지하되 하도급대금의 조정을 구하는 소송이 제기되지 아니하거나 철회된 경우에는 조정안과 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 간주하는 조 을 개정안 제16조의2 제4 에 신설하였다.

이어서 개정안 제16조의2 제5 은 원사업자가 수급사업자가 하도급분쟁조정협의회에서 30일 이내에 분쟁조정안을 제시하지 않거나, 하도급분쟁조정협의회의 조정안에 불복하는 경우 법원에 장래에 대한 하도급대금의 증감을 청구할 수 있는 권리를 신설하였다.

일명 '하도급대금 증감청구권'은 계약 당사자로 하여금 법원에 계약상의 법률관계를 변경해 줄 것을 청구할 수 있는 권리로서 오직 소송을 통해서만 행사할 수 있으며 법원은 당사자간 법률관계 즉 계약의 내용을 변경시킬 것을 명하는 형성판결을 내리게 된다.

민법 제286조의 지료증감청구권[160]은 지상권자와 지상권설정자가, 민법 제312조의2의 전세금증감청구권은 전세권자와 전세권설정자가, 민법 제628조의 차임증감청구권은 임대인과 임차인이 각각 계약체결 이후 사정변경을 이유로 지료, 전세금, 차임의 증감을 결정해 줄 것을 법원에 청구할 수 있는 권리이며, 법원은 각 요건을 판단하여 형성판결로 지료와 전세금, 차임의 증감을 결정하게 된다.

160) 민법 제286조(지료증감청구권) 지료가 토지에 관한 조세 기타 부담의 증감이나 지가의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 그 증감을 청구할 수 있다.
민법 제312조의2(전세금 증감청구권) 전세금이 목적 부동산에 관한 조세·공과금 기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다.
민법 제62조(임증감청구권) 임대물에 대한 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대한 임의 증감을 청구할 수 있다.

개정안에서 신설한 하도급대금증감청구권은 지료증감청구권, 전세금증감청구권, 차임증감청구권 등 민법상 증감청구권과 같이 계약체결 후 사정변경을 이유로 계약의 중요내용을 변경해 줄 것을 청구할 수 있는 권리이다. 하도급대금증감청구권은 이미 유사한 권리가 민법에 규정되어 있어서 기존 법질서에 무리없이 도입될 수 있으며 국민의 법감정에도 순화롭게 부합한다.

4) 정부발주공사에서의 납품단가 연동제

정부발주 공사의 경우 계약체결 후 급격한 원가 상승요인이 발생하였을 때 계약금액을 조정하는 장치를 두고 있다. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제19조(물가변동등에 의한 계약금액조정)는 "각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사·제조·용역 기타 국고의 부담이 되는 계약을 체결한 다음 물가의 변동, 설계변경 기타 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 계약금액을 조정한다."라고 규정하여 계약체결 후 사정변경을 이유로 계약금액을 조정할 수 있게 하였고, 동법 시행령 제64조에서 "계약 체결 이후 90일 이상 경과된 시점에서 계약금액을 구성하는 각종 품목·비목의 가격이 3% 이상 등락한 경우"에 적용하는 것으로 그 요건을 구체화하고 있다.

이처럼 정부발주공사의 경우 납품단가 연동제가 이미 시행되고 있다. 따라서 "공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함"을 목적으로 하는 하도급법의 입법취지에 비추어 대기업과 중소기업간 하도급거래에도 납품단가 연동제를 도입할 정당성이 인정된다고 할 것이다.

라. 하도급 거래에 있어서 구제 제도의 실효성 확보 방안

1) 손해배상명령 제도의 도입

현행 하도급법은 원사업자가 동법을 위반한 경우 공정위로 하여금 시정조치를 명하거나 과징금과 과태료를 부과할 수 있게 하고, 형사처벌로서 하도급대금의 2배 상당금액 이하의 벌금을 부과하게 하고 행위자를 벌하는 외에 법인 등을 벌하는 양벌규정을 두고 있다.

그러나 원사업자의 불공정행위로 인하여 수급사업자에게 발생한 손해에 대하여 원사업자에게 배상을 명하는 규정은 없다. 수급사업자가 손해를 배상받기 위해서는 민사소송에서 민법상 불법행위 규정에 의거하여 원사업자의 고의 내지 과실, 행위의 위법성, 손해발생과 인과관계를 증명하여 손해배상을 청구해야 한다. 영세한 중소기업이 대기업인 원사업자를 상대로 민사

소송을 진행하기도 쉽지 않을뿐더러 불법행위 요건의 증명책임이 모두 원고에게 있기 때문에 승소의 가능성도 확신할 수 없으며, 무엇보다 소송이 길어지면 소송을 통해 얻는 것보다 잃는 것이 더 많아지는 부조리한 결과에 직면하게 된다.

따라서 원사업자의 불공정거래행위 등 위법행위로 인해 수급사업자에게 발생한 손해를 공정위에서 신속하게 판단하여 즉각적으로 보상해 줄 것을 명할 수 있도록 하는 조 을 신설할 필요가 있다.

개정안은 공정위에게 원사업자가 하도급법을 위반하여 수급사업자에게 재산적 손해를 입힌 경우 원사업자로 하여금 수급업자에게 발생한 재산적 손해를 배상하도록 명할 수 있는 권한을 부여하였고, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 면책되는 단서조 을 두어 수급사업자에게 원사업자의 고의 또는 과실을 입증할 책임을 면제하고 원사업자에게 고의 또는 과실의 부존재를 입증할 책임을 지우고 있다.

개정안에 따르면 수급업자는 원사업자의 위법행위와 그로 인한 손해의 발생을 이유로 공정위에 손해배상을 청구할 수 있고 공정위는 원사업자가 고의 또는 과실의 부존재를 증명하지 못하면 손해배상을 명할 수 있게 된다. 원사업자가 공정위의 손해배상명령에 불복할 경우 이의신청을 하거나 소를 제기할 수 있으나, 손해배상명령의 효력은 정지되지 않도록 하는 조 도 함께 신설하였다.

2) 징벌적 손해배상제도의 확대

가) 문제점

하도급거래와 관련된 대기업과 중소기업의 계약은 사적자치원칙에 일임되어 왔으며, 원사업자와 하도급사업자의 거래관계는 사적계약에 의한 것이므로 공법적 접근보다는 사법적 구제수단이 보다 바람직하고 효과적인 것이 사실이다.

그러나 대표적인 사법적 구제수단인 민사소송에서 중소기업이 대기업을 상대로 승소를 이끌어내기는 상당히 어렵다. 영세한 중소기업이 원사업자의 대리인인 대형로펌을 상대로 장기간 소송을 진행하는 것이 현실적으로 불가능하다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해 행정기관인 공정위에서 수급사업자의 신청을 받아 원사업자에게 직접 손해배상을 명하는 제도를 도입하려고 하나 이것만으로는 부족하다.

원사업자의 경제적 수준에서 수급사업자에게 발생한 손해는 그다지 큰 부담이 되지 않으므로, 손해 배상을 한 이후에도 언제든 동일한 위법행위를 반복할 수 있어서 예방적 효과가 미미하기 때문이다. 따라서 원사업자에게 불공정거래행위를 억제하기 위한 보다 강력한 제재수단이 필요하다.

2011. 3. 개정된 하도급법 제35조는 원사업자가 수급사업자의 '기술을 탈취하거나 유용한 경우'에 한정하여 3배 이내에서 손해배상을 할 수 있도록 하였으나 적용범위가 협소하여 실효성이 크게 떨어진다. 그러나 3배 이상의 손해배상 요건을 기술탈취 및 유용에 한정할 필요가 없으며 하도급법 위반에 따른 모든 민사적 손해에 3배 배상원칙을 적용할 필요가 있다.

) 미국의 징벌 손해배상제도

미국의 경우 1784년 이후 징벌적 손해배상이 인정되기 시작하여 20세기에 들어서면서 소비자보호 영역까지 확대되었으며, 불법행위 사건에서도 "악의적, 사기적, 무모한 부주의 요소"가 있는 경우 가해자에게 징벌적 배상을 부과하는 등 민사책임 전반에 걸쳐 징벌적 손해배상이 인정되고 있다.

또한 Clayton Act 제4조에 따라 경쟁법 위반 행위 전반에 걸쳐 손해액의 3배를 배상하도록 하는 판결을 의무화하여 '3배 손해배상제도'를 시행해오고 있다. 경쟁법 위반사건에게 3배 배상 원칙이 확립된 것은 3배 배상이 과소예방과 과잉예방의 위험을 절충한 적정선이라는 것에 국민적 공감대가 형성되었기 때문이라고 보인다.

우리나라도 재벌로 대표되는 대기업의 경제력집중을 국가경제의 중대한 위험요소로 인정하는 분위기가 확산되어 있으며, 대기업이 독점적 지위를 이용하여 불공정거래행위를 함으로써 중소기업에게 손해가 발생한 경우 단순한 손해배상에 그칠 것이 아니라 징벌적 손해배상을 하게 함으로써 법위반을 사전에 예방하고 위법행위의 반복을 억지할 수 있을 것이라는 판단에 힘이 실리고 있다. 국민의 법감정은 이미 징벌적 손해배상제도의 도입을 환영하고 있다.

다) 개정안의 주요내용

개정안은 제27조의2를 신설하여 공정위원회로 하여금 수급사업자의 신청을 받아 원사업자에게 손해배상을 직접 명할 수 있게 하되, 원사업자가 '해의'로 수급사업자에게 재산적 손해를 입힌 경우에는 그 재산적 손해의 3배의 범위 내에서 손해배상책임을 지도록 규정하였다.

원사업자의 일반적인 법 위반행위에 대해서는 수급사업자에게 발생한 손해에 대해서만 배상하도록 하고, 고의 또는 과실을 넘어 '수급사업자를 해할 의사로' 법 위반행위를 한 경우에는 손해의 3배 범위 내에서 손해배상을 하도록 한 것이다.

이는 법의 예방적 목적을 달성하고, 관련 법률의 실효성을 제고할 수 있음에 따라 경제주체들의 법 준수 의식을 크게 향상시킬 것으로 기대된다. 나아가 원사업자의 불공정 거래행위가 감소함으로써 중소·하도급기업들의 경쟁력이 강화되어 시장에서 공정한 경쟁이 이루어지고

이를 기반으로 국가경제의 균형있는 발전과 경제 민주화를 도모할 수 있게 될 것이다.

3) 전속적 고발권의 폐지

가) 문제점

공정거래법과 하도급법에서는 법 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우 공정위는 검찰총장에 고발하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 하도급법 제30조[161]에 해당하는 범죄는 공정위의 고발이 있는 경우에만 공소를 제기할 수 있다.

공정위의 조치유형별 사건처리 실적을 보면 2000년 이전까지는 연평균 534건에 불과하였으나 2001년부터 2010년까지 연평균 3068건으로 대폭 증가하였다. 그러나 공정위의 고발건수는 2000년 이전에는 연평균 2%에 불과하였다가 2001년부터 2010년까지의 연평균은 0.95%로 오히려 감소하였다.

공정위에 전속고발권을 부여한 것은 범죄의 적발과 제재에 있어 전문성을 갖춘 행정기관이 국가의 형벌권을 행사하는 것이 고발권의 오남용을 방지하고 이를 공평하게 행사하여 피해자 구제가 합리적으로 수행될 것이라는 신뢰가 전제가 된 것이나 현실적으로 공정위는 지금까지 2002년에 1건의 고발권을 행사한 외에는 그 권한을 행사한 적이 없어 그 신뢰가 상실되고 있다.

) 개정안의 주요내용

공정한 시장경쟁 및 하도급거래질서를 확립하고 중소·하도급기업들의 정당한 권익이 침해되지 않도록 하기 위하여 원사업자의 중대한 불법행위에 대해서는 직접 이해당사자에게 고소·고발권을 돌려주어야 한다. 국민의 재판을 받을 권리를 보장하고, 하도급법 피해자와 다른 법 관련 피해자간의 평등권 침해 소지를 없애는 한편, 하도급거래 질서의 공정성을 제고하기 위해 공정위의 전속고발권을 폐지할 필요가 있다.

공정위의 전속고발권이 폐지되면, 수급사업자뿐만 아니라 중소기업협동조합법에 의한 협동조합과 생생법(제17조)의 수탁기업협의회도 원사업자의 법 위반행위를 고발할 수 있게 되어 대기업의 약탈적이고 관행적인 불공정행위를 예방하고 감시하기가 용이해질 것이다.

161) 제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자는 수급사업자에게 제조 의 위 을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조제1 부터 제4 및 제9 , 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3 및 제13조를 위반한 자
2. 제13조의2제1 을 위반하여 공사대금 지급을 보증하지 아니한 자
3. 제15조, 제16조제1 ·제3 ·제4 및 제17조를 위반한 자
4. 제16조의2제4 을 위반하여 정당한 사유 없이 협의를 거부한 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제18조부터 제20조까지의 규정을 위반한 자
2. 제25조에 따른 명령에 따르지 아니한 자

③ 제27조제2 에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제50조제1 제2호에 따른 감정을 거짓으로 한 자는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

마. 임의적 소송담당제도 도입의 필요성

1) 문제점

현행법은 하도급거래관계에서 발생한 다양한 분쟁에 대해서 하도급법 제24조의4[162]에 따라 분쟁의 조정은 1차로 해당 산업 혹은 사업자가 속한 하도급분쟁조정협의회에서 해결하도록 하고 있다.

그러나 동 조 에도 불구하고 조정의 실효성이 낮아 이를 보완하기 위해 2009.4. 하도급법 제16조의2 원재료의 가격변동에 따른 하도급대금의 조정, 이른바 '납품단가조정협의의무제'가 다시 도입되었으나 중소·하도급사업체의 열등한 교섭력의 한계 때문에 여전히 실효성을 확보하지 못하고 있다.

중소·하도급사업체는 하도급법 제19조 보복조치의 금지조 에도 불구하고 대기업으로부터 다양한 형태의 보복조치를 당할 위험에 노출되어 있고, 분쟁 조정에 있어서 조정을 의뢰한 개별 하도급사업체의 정보가 원사업자에게 직접 공개되는 것을 꺼리기 때문에 실제적으로 분쟁조정을 신청하지 않고 있다.

162) 하도급법 제24조의4(분쟁의 조정) ① 협의회는 공정거래위원회 또는 분쟁당사자가 요청하는 원사업자와 수급사업자 간의 하도급거래의 분쟁에 대하여 사실을 확인하거나 이를 조정한다. 다만, 원사업자와 수급사업자가 각각 다른 협의회에 분쟁조정을 요청한 경우에는 수급사업자가 분쟁조정을 요청한 협의회가 이를 담당한다.

② 협의회는 분쟁당사자로부터 분쟁조정을 요청받은 때에는 지체 없이 그 내용을 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

③ 협의회는 조정이 성립된 경우에는 조정에 참가한 위원과 분쟁당사자가 서명 또는 기명날인한 조정조서를 작성한 후 그 사본을 첨부하여 조정결과를 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

④ 협의회는 조정의 요청을 받은 날부터 60일 이내에 조정이 성립되지 아니한 경우에는 조정경위와 관계 서류를 첨부하여 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

⑤ 협의회는 조정을 하기 위하여 필요한 경우에는 해당 분쟁사실의 확인에 필요한 범위에서 조사를 하거나 분쟁당사자에게 자료의 제출이나 출석을 요구할 수 있으며, 분쟁당사자는 협의회의 회의에 출석하여 의견을 진술하거나 자료를 제출할 수 있다.

⑥ 공정거래위원회는 제2 에 따라 보고를 받은 경우 해당 분쟁에 대한 조정절차가 종료될 때까지는 해당 분쟁의 당사자인 원사업자에게 제25조제1 에 따른 시정조치를 권고하거나 명하여서는 아니 된다. 다만, 공정거래위원회가 이미 제22조제2 에 따라 조사 중인 사건에 대하여는 그러하지 아니하다.

2) 개정안의 주요내용

수급사업자인 중소기업이 원사업자로부터 납품단가 결정 등에 있어서 부당한 대우를 받아도 보복이 두려워 현실적으로 분쟁조정을 신청하거나 법적 대응을 하지 못하고 있는 실정이므로 중소기업협동조합법상의 협동조합 등이 수급사업자로부터 분쟁조정신청권과 협상권, 소송수행권을 위임받아 수급사업자의 모든 권리를 대신 행사할 수 있도록 할 필요성이 있다.

현행법 제16조의2에서는 원재료 가격의 급격한 변동에 따른 하도급 대금의 조정이 필요한 경우 중소기업협동조합이 조합원에 갈음하여 조정을 신청할 수 있는 제도를 두고 있다.[163] 그러나 중소기업협동조합이 조합원에 갈음하여 조정을 신청할 수 있는 경우를 원재료 가격의 급격한 변동에 한정해서는 아니될 것이다. 부당한 하도급거래가 발생한 경우 일반으로 확장할 필요가 있다.

또한 수급사업자의 위임을 받아 권리를 행사할 수 있는 대리인으로 중소기업협동조합법상의 협동조합 외에도 상생법 제17조의 수탁기업협의회를 포함하고, 소송수행뿐만 아니라 분쟁조정의 신청과 공정위의 심결에 대한 이의 신청 등 분쟁해결을 위한 모든 법적 절차에서 권리를 행사할 수 있도록 해야 할 것이다.

협동조합이나 수탁기업협의회는 개별 중소기업이 갖지 못한 협상의 전문성과 정보력을 보완할 수 있으므로 협상력의 비대칭 문제가 크게 개선되고, 개별 중소기업이 분쟁조정 과정에 직접 나서지 않은 만큼 경영에 집중할 수 있게 되어 경영 전반에 긍정적 영향을 줄 것으로 기대된다.

또한 하도급거래 분쟁 발생 양상은 다수의 수급사업자가 유사한 피해를 입는 것이 일반적이므로 이들 수급사업자들이 속한 단체에 협상권과 소송수행권을 부여하여 집단적 분쟁의 효율적 해결에도 큰 도움이 될 것이다.

바. 하도급 대금 지급방법의 개선

중소기업의 가장 큰 애로사 중의 하나는 하청 받은 공사를 하고서도 공사대금을 제때에 받지 못하거나 아예 받지 못하는 경우이다. 공사대금을 어음으로 받을 경우 할인을 통해 현금화를 할 수 밖에 없어 실제 마진은 더욱 줄어든다.

하도급거래공정화에 관한 법률 제13조 제6 , 제7 은 "원사업자가 하도급대금을 어음으로 지급하는 경우에는 교부한 날부터 어음의 만기일까지의 기간에 대한 할인료를, 어음대체결제수단을 이용하여 지급한 경우에는 그 지급일부터 하도급 대금 상환기일까지의 기간에 대한 수수료를 수급사업자에게 지급하여야 한다."라고 규정하고 있고, 이를 위반할 경우 법 제30조에서 공사대금의 2배 이하의 벌금을 부과할 수 있는 것으로 규정되어 있으나 이를 지키는 원사업자는 거의 없는 것으로 보인다.

원사업자가 발주자로부터 공사대금을 현금으로 지급받고서도 수급사업자인 중소기업에게는 어음 등으로 지급하는 경우는 원사업자는 하청을 통해 수급사업자가 가져가야 할 정당한 이익을 부당하게 가로채는 것이다. 이중, 삼중의 하청을 통해 부실공사가 이루어지는 원인이 되는 것이다.

개정안은 원사업자가 발주자로부터 공사대금을 현금으로 결제를 받은 경우 그 비율에 상응하는 금액을 수급사업자에 대하여도 현금으로 지급하도록 하는 조 을 신설하였다. 위 조 을 위반할 경우 공정위는 각종의 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있고, 위반자는 제30조에 의거 벌금형까지 받을 수 있기 때문에 원사업자가 현금결제비율을 지키도록 강제하는 효과가 있을 것으로 기대된다.

사. 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안

하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

1. 표준하도급계약서의 사용권장제도의 실효성 제고

가. 하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의2에 의하면, "공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있

163) 하도급법 제16조의2(원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정) ① 수급사업자는 제조 의 위 을 받은 후 목적물 의 제조 에 필요한 원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정(調整)이 불가피한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있다.
② 「중소기업협동조합법」 제3조제1 제1호 또는 제2호에 따른 중소기업협동조합(이하 "조합"이라 한다)은 원재료 가격의 급격한 변동으로 조합원인 수급사업자의 하도급대금의 조정이 불가피한 사유가 발생한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있다. 이 경우 조합은 부당하게 경쟁을 제한하거나 부당하게 사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다. <신설 2011.3.29>

다.” 라고 규정하고 있어 사업자 또는 사업자단체는 표준하도급계약서를 작성하여 사용할 수 있고, 공정거래위원회는 동 계약서의 사용을 권장할 수 있음. 표준하도급계약서는 하도급계약단계에서 수급업자인 중소기업이 원사업자인 대기업에게 납품단가의 조정을 요청할 경우 납품단가 조정의 요건, 방법 및 기준을 제시해 줌으로써 공정한 내용이 담긴 하도급계약을 체결토록 하기 위한 것임. 원사업자는 표준하도급계약서를 사용할 경우 공정거래위원회로부터 벌점감면 등 인센티브를 부여받을 수 있음.

나. 그러나 표준하도급계약서를 작성하여 사용하는 것은 법에 의해 권고되는 것에 그쳐 현재 크게 활성화 되지 못하고 있음. 구체적으로 대기업인 원사업자가 표준하도급계약서를 활용하지 않는 경우 이를 강제할 방법이 없는 것이 현실임. 표준하도급계약서의 활용을 촉진하기 위해서 표준계약서의 사용을 법적으로 의무화하고 사용의무를 위반하는 경우 과징금 또는 벌금·과태료를 부과하도록 하자는 의견이 있으나 표준하도급계약서 사용 의무화는 사적자치 원칙에 지나치게 개입하는 것으로 위헌의 소지가 있어 표준하도급계약서 활용 촉진의 필요성과 사적자치 원칙이라는 두 가지 이념을 모두 만족시킬 수 있는 대안으로서, 사업자가 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하는 경우에 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용을 상대방에게 표시하게 하고, 공정거래위원회에 이러한 사실을 보고하게 함. 보고의무를 위반할 시 과징금을 부과하도록 함.

2. 납품단가 공정 결정제도

가. 최근 정부 주도로 공정사회를 이루기 위한 시도 중 하나로 대기업과 중소기업간 상생협력을 강화하자는 목소리가 높아지고 있을 뿐만 아니라 대기업이 납품단가를 중소기업에 전가하여 이로 인하여 발생하는 중소기업들의 절박한 요구를 입법화할 필요성이 있음.

나. 최근 중소기업중앙회가 실시한 ‘중소제조업의 원자재와 납품단가 반영실태 및 애로요인 조사’에 따르면 ‘원자재 가격 상승분을 제품 가격에 전혀 반영하지 못하고 있다’고 답한 중소기업이 44.2%에 달하고 있고, 2009년 4월 자율적인 납품단가 조정을 위해 도입한 ‘납품단가조정협의의무제’는 그 시행이후 조정협의에 부쳐진 것이 단 1건에 그칠 정도로 유명무실함.

다. 이에 중소기업들은 원자재 가격이 일정 수준 이상 오르면 의무적으로 납품단가를 인상하도록 하는 ‘납품가격 연동제’의 도입을 요구할 정도로 절박한 상황에 있어 원자재 값 인상에 따라 공정하게 납품단가가 조정·결정될 수 있도록 하는 법적 근거와 분쟁조정절차와 소송절차를 입법화할 필요성이 있음.

3. 하도급 피해 중소기업 구제절차의 실효성 제고(배상명령제도, 3배 손해배상제도 도입과 전속적 고발제도의 폐지)

가. 공정거래위원회가 심결에 의해 중소기업인 수급사업자를 보호하는 현행방법은 원사업자에 대한 시정명령 내지 과징금 부과로 수급사업자 보호에 실효성이 없음. 그러나 원사업자의 불공정거래행위로 인하여 수급사업자는 구체적 재산적 피해를 입는 경우가 많아 수급사업자가 원사업자로 인해 발생한 재산적 피해를 직접 배상 받도록 하는 것이 중소기업의 실효적인 보호수단임. 따라서 피해자인 수급사업자가 간이신속하게 원사업자의 부당행위로 인하여 발생한 재산적 피해를 배상받도록 하는 제도를 도입할 필요가 있음.

나. 원사업자가 고의를 넘어서 해의를 가지고 수급사업자에게 재산적 피해를 가한 경우 공정한 하도급 거래질서를 확립하기 위해 3배 배상제도를 도입할 필요성이 있음. 실제 손해액의 3배 이내의 배상은 미국 등 선진국에서 대부분 받아들이고 있어 위헌논란도 발생하지 않을 것으로 보임.

다. 하도급거래 공정화에 관한 법률 제30조는 하도급거래 공정화에 관한 법률위반 사안에 대해 공정거래위원회만이 고발권자로 되어 있음. 이와 같이 공정위에 전속고발권을 부여한 것은 범죄의 적발과 제재에 있어 전문성을 갖춘 행정기관이 국가의 형벌권을 행사하는 것이 고발권의 오남용을 방지하고 이를 공평하게 행사하여 피해자 구제가 합리적으로 수행될 것이라는 신뢰가 전제가 된 것이나 현실적으로 공정위는 지금까지 2002년에 1건의 고발권을 행사한 외에는 그 권한을 행사한 적이 없어 그 신뢰가 상실됨. 국민의 재판을 받을 권리를 보장하고, 하도급법 피해자와 다른 법 관련 피해자간의 평등권 침해 소지를 없애는 한편, 하도급거래 질서의 공정성을 제고하기 위해 공정위의 전속고발권을 폐지할 필요가 있음.

4. 중소기업협동조합이 피해 중소기업의 소송수행권을 갖도록 함

수급사업자인 중소기업이 원사업자로부터 납품단가 결정 등에 있어서 부당한 대우를 받아도 보복이 두려워 현실적으로 법적 대응을 하지 못하고 있는 실정이므로 종소기업협동조합 등이 수급사업자로부터 소송수행권을 위임받아 소송할 수 있는 임의적 소송담당 제도를 도입할 필요성이 있음.

5. 하도급 대금의 지급방법의 개선

원사업자가 발주자로부터 공사대금을 현금으로 결제를 받으면서도 수급사업자에게 어음으로 결제를 할 경우 영세한 중소기업은 어음할인율 상당의 손해를 보고, 그에 상당하는 이익을 원사업자가 취하여 중소기업을 더욱 열악한 사정에 처하고, 이중, 삼중 하청이

계속될 경우 부실공사의 원인이 됨으로 발주자로부터 현금으로 결제 받은 비율에 상응하여 현금결제비율을 지키도록 할 필요가 있음.

주요내용

1. 표준하도급계약서의 사용권장제도의 실효성 제고

가. 약관의 규제에 관한 법률 제19조의2 제6 에 의하여 공정거래위원회로부터 표준하도급계약서의 사용을 권장 받은 사업자 및 사업자단체는 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하는 경우에는 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용을 거래상대방인 수급사업자가 알기 쉽게 표시하여야 함(안 제3조의2 제2 신설).

나. 위 사업자 및 사업자단체는 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하여 상대방과 계약한 사실 및 다르게 정한 주요 내용을 공정거래위원회에 보고하여야 함(안 제3조의2 제3 신설).

다. 보고를 받은 공정거래위원회는 표준하도급계약서와 다른 내용으로 체결된 부분이 불공정한 하도급계약의 내용인지 등에 관한 법 제22조의2에 의하여 하도급계약에 관한 실태조사를 할 수 있도록 함.

라. 만약 위 표시의무와 보고의무를 위반할 경우 과징금을 부과하도록 함(안 제25조의3 제1 제2호의2 신설).

2. 납품단가 공정 결정제도

가. 수급사업자는 원가를 구성하는 내역 중 단품기준으로 100분의 15이상 변동하는 등의 경우 등 대통령령이 정하는 원재료 가격의 변동이 발생하여 하도급대금의 조정이 불가피한 경우 원사업자에 대해 하도급대금의 조정을 신청할 수 있도록 함(안 제16조의2 제1 신설).

나. 원사업자는 수급사업자의 하도급대금 조정협의 신청에 대해 10일 이내에 협의를 개시하여야 하며, 정당한 이유없이 협의를 거부하거나 해태하여서는 아니됨(안 제16조의2 제2 신설).

다. 원사업자가 10일 이내에 협의를 개시하지 않거나 30일 이내에 협의가 이루어지지 않은 경우, 원사업자 또는 수급사업자는 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청할 수 있음(안 제16조의2 제3 신설).

라. 하도급분쟁조정협의회는 위와 같은 하도급대금 조정의 필요적 사유가 인정되는 경우에는 하도급대금 조정안을 제시할 수 있고 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 30일 이내에 하도급대금의 조정을 구하는 소송이 제기되지 아니하거나 소송이 철회된 경우에는 위 조정안과 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 함(안 제16조의2 제4 신설).

마. 하도급분쟁조정협의회에서 하도급대금 조정안이 성립하지 못한 경우 경우 법원에 의한 궁극적인 해결로 이어지도록 함으로써 조정의 실효성을 높이도록 위해 하도급분쟁조정협의회에서 30일 이내에 분쟁조정안을 제시하지 아니하거나 하도급대금 조정에 이르지 못한 경우, 하도급분쟁조정협의회의 조정안에 불복하는 경우에는 원사업자 또는 수급사업자는 법원에 장래에 대한 하도급 대금의 증감을 청구할 수 있음. 이 경우 소액사건심판법 제6조, 제7조, 제10조 및 제11조의2의 규정을 준용하여 신속한 판결이 가능하도록 함(제16조의2 제5 신설).

바. 법원은 원재료 가격의 변동 등 제1 에 의한 하도금대금의 조정이 불가피한 사유가 인정되는 경우에는 하도금대금의 증감을 결정할 수 있음. 이때 하도급대금의 증감은 제3 에 의한 하도급분쟁조정협의회에 조정신청을 한 날(기준일) 이후로 하고 증감되는 하도급대금에 대하여는 기준일로부터 제13조 제8 에 의한 비율대로 이자를 지급하도록 함(안 제16조의2 제6 신설).

사. 제16조의2 제2 에 위반하여 정당한 이유 없이 협의를 거부하거나 해태한 자, 또는 불성실한 태도로 협의에 응하여 제3 에 따른 합의에 도달하지 못한 것에 대하여 책임이 있는 자에 대하여 3천만원 이하의 과태료에 처하도록 함(안 제30조의2 제1 제4호 신설).

3. 하도급 피해 중소기업 구제절차의 실효성 제고

가. 배상명령제도 도입

1) 수급사업자가 원사업자의 불공정한 하도급거래행위로 인하여 재산적 피해를 입은 경우에 직접 피해를 배상받기 위한 손해배상제도를 도입함(안 제27조의2 제1 신설).

2) 수급사업자가 원사업자의 부당행위로 재산적 피해를 입은 경우 공정거래위원회에 손해배상 신청을 할 수 있도록 함(안 제27조의3 신설).

3) 수급사업자의 손해배상신청에 따른 공정위의 심문에 관한 규정을 도입함(안 제27조의4 신설).

4) 공정거래위원회는 조사결과 원사업자의 부당행위로 수급사업자에게 손해가 발생한 경우 손해배상명령을 할 수 있도록 함(안 제27조의5 신설).

5) 수급사업자의 신속한 권리구제를 위해 손해배상명령에 대해 소를 제기하더라도 그 효력이 정지 되지 않도록 함(안 제27조의6 신설).

6) 손해배상명령에 대한 이의신청 등의 절차에 관한 규정을 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 규정에서 준용하도록 함(안 제27조의7 신설).

나. 3배 손해배상제도 도입

원사업자가 수급사업자에 대하여 해의(害意)를 가지고 악의적인 불법행위를 하여 재산적 손해를 가한 경우 공정한 거래질서를 확립하기 위해 원사업자에게 실제 손해액의 3배의 범위 내에서 징벌적 배상제도를 도입함(안 제27조의2 제2 신설).

다. 전속적 고발제도의 폐지

공정위의 전속고발권을 폐지함(안 제32조 폐지).

4. 중소기업협동조합이 피해 중소기업의 소송수행권을 행사

중소기업협동조합 등이 수급사업자의 위임을 받아 임의적 소송담당자로서 소송을 진행할 수 있도록 함(안 제27조의8 신설).

5. 하도급 대금의 지급방법의 개선

원사업자는 수급사업자에 대하여 발주자로부터 공사대금을 현금으로 결제 받은 비율에 상응한 현금결제비율을 지키도록 함(안 제13조 제11 신설).

신·구 조문대비표

현 행	개 정 안
제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) 공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다.	제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) ① 공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다. ② 공정거래위원회로부터 표준하도급계약서의 사용을 권장받은 사업자 및 사업자단체는 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하는 경우에는 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용을 상대방이 알기 쉽게 표시하여야 한다. ③ 공정거래위원회로부터 표준하도급계약서의 사용을 권장 받은 사업자 및 사업자단체는 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용하는 경우에는 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용한 사실 및 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용 등을 대통령령이 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 신고하여야 한다.
<신설>	제13조 ⑩ 원사업자는 수급사업자에게 하도급대금을 지급할 때에 발주자로부터 현금으로 결제받은 비율에 상응한 현금결제를 해야 한다.
제16조의2(원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정) ① 수급사업자는 제조등의 위탁을 받은 후 목적물등의 제조등에 필요한 원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정(調整)이 불가피한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있다.	제16조의2(원재료 가격변동 등에 따른 하도급대금의 조정) ① 수급사업자는 제조 등의 위탁이 있은 후 목적물 등의 제조 등에 필요한 원재료 가격이 원가를 구성하는 내역 중 단품기준으로 100분의 15이상 변동하는 등의 경우 등 대통령령이 정하는 사유 등으로 인하여 하도급대금의 조정이 불가피한 경우에는 원사업자에 대해 하도급대금의 조정을 신청할 수 있다.
② 원사업자는 제1 에 따른 신청이 있은 날부터 10일 이내에 하도급대금 조정을 위한 협의를 개시하여야 하며, 정당한 사유 없이 협의를 거부하거나 게을리하여서는 아니 된다.	② 원사업자는 제1 에 따른 신청이 있은 날로부터 10일 이내에 하도급대금 조정을 위한 협의를 개시하여야 하며, 정당한 이유 없이 협의를 거부하거나 해태하여서는 아니된다.
③ 제1 에 따른 신청이 있은 날부터 10일이	③ 제1 에 따른 신청이 있은 날로부터 10

지난 후에도 원사업자가 하도급대금의 조정을 위한 협의를 개시하지 아니하거나 제1 에 따른 신청이 있은 날부터 30일 이내에 하도급대금 조정에 관한 합의에 도달하지 못한 경우에는 원사업자 또는 수급사업자는 제24조에 따라 설치된 하도급분쟁조정협의회에 조정(調停)을 신청할 수 있다.	일이 경과한 후에도 원사업자가 하도급대금 조정을 위한 협의를 개시하지 않거나 30일 이내에 하도급대금 조정에 대한 합의에 도달하지 못한 경우, 원사업자 또는 수급사업자는 제24조(하도급분쟁조정협의회)에 따라 설치된 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청할 수 있다. ④ 하도급분쟁조정협의회는 제1 의 하도급대금의 조정이 불가피하다고 인정할 경우에는 조정안을 작성하고 이를 당사자에게 통지하여야 한다. 위 조정안의 정본이 당사자에게 송달된 날로부터 15일 이내에 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 당해 조정대상인 하도급대금의 조정을 구하는 소송이 제기되지 아니하거나 소송이 철회된 경우에는 위 조정안과 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다. 하도급분쟁조정협의회는 제3 에 따른 조정을 신청받은 때에는 30일 이내에 그 분쟁조정을 마쳐야 한다. ⑤ 원사업자와 수급사업자는 하도급분쟁조정협의회에서 30일 이내에 분쟁조정안을 제시하지 않거나 하도급대금 조정에 이르지 못한 경우, 또는 하도급분쟁조정협의회의 조정안에 불복하는 경우에는 법원에 장래에 대한 하도급대금의 증감을 청구할 수 있다. 소액사건심판법 제6조, 제7조, 제10조 및 제11조의 2의 규정은 본 에 의한 재판에 준용한다. ⑥ 법원은 제1 에 의한 하도급대금의 조정이 불가피한 사유가 인정되는 경우에는 하도급대금의 증감을 결정할 수 있다. 하도급대금의 증감은 제3 에 의한 하도급분쟁조정협의회에 조정신청을 한 날(기준일)로부터 하고 증감되는 하도급대금에 대하여는 기준일로부터 제13조 제8 에 의한 비율대로 이자를 지급하여야 한다.
제25조의3(과징금) ① 공정거래위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 발주자·원사업자 또는 수급사업자에 대하여 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금이나 발주자·원사업자로부터 제조등의 위탁을 받은 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 1. 제3조제1 부터 제4 까지의 규정을 위반한 원사업자 2. 제3조제9 을 위반하여 서류를 보존하지 아니한 자 또는 하도급거래에 관한 서류를 거짓으로 작성·발급한 원사업자나 수급사업자 3. 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조 및 제13조의2를 위반한 원사업자 4. 제14조제1 을 위반한 발주자 5. 제14조제5 을 위반한 원사업자 6. 제15조, 제16조, 제16조의2제2 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 원사업자	제25조의3(과징금) ① 제2호의2. 제3조의2 제2 , 제3 을 위반하여 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요 내용을 상대방이 알기 쉽게 표시하지 아니하거나, 표준하도급계약서와 다른 계약서를 사용한 사실 및 표준하도급계약서와 다르게 정한 주요내용을 공정거래위원회에 보고하지 아니한 자.
<신설>	제27조의2(손해배상) ① 공정거래위원회는 원사업자가 이 법을 위반하여 수급사업자에게 재산적 손해를 입힌 경우에는 수급사업자의 손해배상신청에 의하여 원사업자로 하여금 수급사업자에게 재산적 손해에 대하여 배상하도록 명할 수 있다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 원사업자가 해의로 이 법에 위반하여 수급사업자에게 재산적 손해를 입힌 경우에는 원사업자는 그 재산적 손해의 3배의 범위 내에서 손해배상책임을 진다.

<신설>	제27조의3(손해배상신청) ① 수급사업자는 원사업자로부터 제27조의 2 규정에 의한 재산적 손해를 입은 경우에는 공정거래위원회에 그 손해배상을 신청할 수 있다. ② 제1 의 규정에 의한 손해배상신청은 재산적 손해가 발생한 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 이를 행하여야 한다.
<신설>	제27조의4(조사 등) ① 공정거래위원회가 제27조의3에 의한 손해배상신청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조사와 관계 당사자의 심문을 하여야 한다. ② 공정거래위원회는 제1 의 규정에 의한 심문을 할 때에는 관계 당사자의 신청에 의하거나 그 직권으로 증인을 출석하게 하여 필요한 사 을 질문할 수 있다. ③ 공정거래위원회는 제1 의 규정에 의한 심문을 함에 있어서는 관계 당사자에 대하여 증거의 제출과 증인에 대한 반대신문을 할 수 있는 충분한 기회를 주어야 한다.
<신설>	제27조의5(손배배상명령) ① 공정거래위원회는 제27조의4에 의한 조사 등을 종료하고 수급사업자에게 손해가 발생했다고 판정한 때에는 원사업자에게 손해배상명령을 발하여야 하며, 수급사업자에게 손해가 발생하지 아니하였다고 판정한때에는 그 손해배상신청을 기각하는 결정을 하여야 한다. ② 제1 의 규정에 의한 명령 및 결정은 서면으로 하되, 이를 당해 원사업자와 신청인에게 각 교부하여야 한다. ③ 관계 당사자는 제1 의 규정에 의한 명령이 있을 때에는 이에 따라야 한다.

<신설>	제27조의6(손해배상명령의 효력) 공정거래위원회의 손해배상명령 또는 기각결정은 이 법에 의한 이의신청 및 소의 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다.
<신설>	제27조의7(이의신청 등) 공정거래위원회의 손배배상명령에 대한 이의신청, 소의 제기 및 불복의 소의 전속관할에 관하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제53조, 제53조의2, 제53조의3, 제54조, 제55조의2를 준용하고, 법원의 기록송부와 손해배상의 인정에 대해서는 제56조의2, 제57조를 준용한다.
<신설>	제27조의8(임의적 소송담당) 중소기업협동조합법 제3조 제1,2호의 조합 및 사업조합과 대·중소기업상생협력촉진에관한법률 제17조의 수탁기업협의회는 제24조의4의 분쟁조정, 제27조 제1,2 의 공정거래위원회 심의·의결 및 이의신청, 소송제기와 관련된 소송수행 및 제27조의3의 손해배상신청 및 이에 대한 이의신청, 소송제기 등과 관련된 신청과 소송절차에서 해당 중소기업 또는 수급사업자의 위임이 있는 경우에는 이와 관련된 모든 권리를 행사한다.
제30조의2(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 사업자 또는 사업자단체의 경우 1억원 이하, 사업자 또는 사업자단체의 임원, 종업원과 그 밖의 이해관계인의 경우 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제27조제2 에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제50조제1 제1호에 따른 출석처분을 위반하여 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 자 2. 제27조제2 에 따라 준용되는 「독점규제	제30조의2(과태료) ① 4. 제16조의2 제2 에 위반하여 정당한 이유 없이 협의를 거부하거나 해태한 자. 또는 불성실한 태도로 협의에 응하여 제3 에 따른 합의에 도달하지 못한 것에 대하여 책임이 있는 자

및 공정거래에 관한 법률」 제50조제1 제3호 또는 같은 조 제3 에 따른 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자 3. 제27조 제2 에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」제50조 제2 에 따른 조사를 거부·방해 또는 기피한 자	
제32조(고발) 제30조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.	제32조 (폐지)

5. 유통재벌 규제 - 진출규제와 영업시간 규제(유통산업발전법 개정[164])

가. 유통재벌의 성장(탐욕과 역습의 결정타)과 소비자선택권

1) 유통재벌의 성장[165]

2000년 당시 160개에 불과하던 대형마트[166]는 2010. 09. 당시 420개로 이미 포화상태[167]에 이르렀으며, 유통산업발전법 상 준대규모점포인 기업형슈퍼마켓(Super supermarket: SSM)은 2005.에 267개이던 것이 2011. 09. 현재 1026개가 되어 그야말로 폭발적인 성장을 이루었다.

164) 민변과 참여연대에서는 본문과 같은 지를 반영한 입법안을 정리하 고, 그 정리된 법안은 이종걸의원이 2012. 6. 27. 대표발의한 유통산업발전법 일부개정법 안과 같은 내용이다. 이는 이미 발의된 법 안으로서, 본 입법과제에서는 법 안을 도로 는 것은 생략하고, 그 법 안에 이르게 된 사회경제적 배경과 다른 나라의 입법례 을 상세히 소개하여 위 법 안의 정당성을 강화하고자 한다.

165) 유통산업발전법 제2조 제1호는 유통산업을 산물, 임산물, 산물, 수산물(가공 및 조리물 포함) 및 공산품의 도매, 소매 및 이를 영위하기 위한 보관, 배송, 포장과 이와 관련된 정보, 용역의 제공 을 목적으로 하는 산업이라 정의하고 있다.

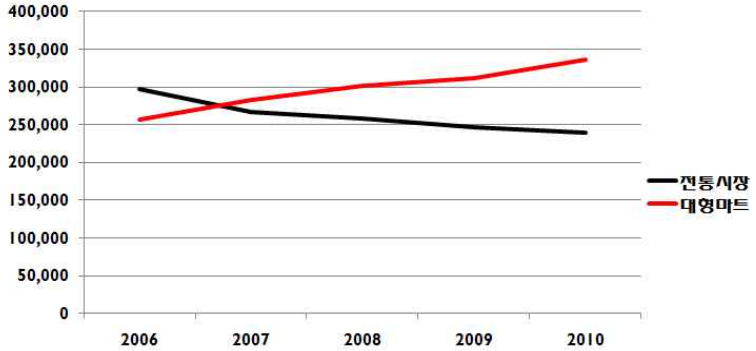
166) 유통산업발전법 제2조 제3호, 제3의2호, 제8조 제1항에 따르면 매장면적합계 3,000㎡(약 900평) 이상의 점포를 '대규모점포'로 정의하고 있는바, 우리가 흔히 접하는 대형마트는 '대규모점포'에 해당하고, 이른바 SSM은 3,000㎡ 미만의 점포로서 '준대규모점포'에 해당한다.

167) 삼성경제연구소는 2000.경 대형마 가 270개에 달하면 포화상태에 이른 것이라 정한바 있고, LG경제연구소 역시 217개의 대형마 가 포화상태라는 연구결과를 내보인바 있다.

기간	대형마트의 수	SSM의 수
2000.	163	
2005.	300	267
2010. 09./ 2011. 09.	422	1026

대형마트와 SSM은 식재료, 잡화 등 다양한 상품을 판매하는 이른바 '잡식성'의 성격으로 인하여 한 개의 매장이 들어설 경우 주변상권에 돌이킬 수 없는 파장을 미치기 때문에 엄격한 요건 하에 그 개설을 허가하여야 함에도 불구하고[168] 1997. 유통산업발전법이 들어선 이래 등록제로 운영되어 왔다. 그리고 이러한 법령의 미비를 틈탄 재벌들은 너나 할 것 없이 골목상권으로 사업영역을 확장해왔다.

유통업 분야를 놓고 볼 때 이상과 같은 재벌기업의 탐욕에 따라 1999. 당시 46조원에 이르던 전통시장의 매출액은 2010. 24조원으로 떨어졌다. 같은 기간 7조원에 불과하였던 대형마트의 매출액은 36조원으로 5배 증가하였다.



그야말로 껌과 과자를 팔아, 고추장과 양념을 팔아 대기업이 된 재벌제국들이 이젠 자본과 광고로 무장한 헤비급 글러브를 끼고 플라이급에 못 미치는 영세한 소매, 도매 중소상인들에게 탐욕과 역습의 결정타를 날리고 있는 형국이다.

2) 유통재벌 규제가 소비자 선택권과 충돌하는지 여부

168) 유통산업발전법의 전신인 구 도·소매업진 법(법 제4889호, 1997. 07. 01. 지 전 법) 제5조는 이 법에 의하여 개설 가의 대상이 되는 시장, 대형점, 대규모소매점의 건물 및 매장면적의 기준은 대통령령으로 정한다고 규정하여 ' 식성마 '의 개설을 가제로 운영하고 있었다.

한편, 대형마트 규제논의에 단골메뉴처럼 빠짐없이 등장하는 대항논리가 바로 '소비자선택권'이다. 소비자선택권이란 소비자가 물품을 구매함에 있어 자유롭게 선택할 수 있는 권리[169]를 말하는데 이러한 소비자선택권은 정부의 개입 없이 자유경쟁원리에 따라 시장에서 소비자가 원하는 상품을 구매하도록 하여 경쟁력 없는 기업은 스스로 도태되도록 하여야 한다는 시장원리에 기초한다. 따라서 정부나 국회가 유통재벌의 진출을 규제하여 해당 대형마트로 하여금 초저가 상품 등을 판매하지 못하게 할 경우 소비자 선택의 폭은 그만큼 줄어들게 되므로 언뜻 보기에는 소비자선택권을 침해한다는 논리가 그럴듯하게 보인다.

그러나 문제는 이러한 '소비자선택권'이 대형마트의 확장에 붙어 기생할 경우 머지않아 골목상권의 안의 중소가게는 다 죽고 대기업이 운영하는 대형마트와 SSM만 남게 되며, 논리적으로는 자유에 기초한 소비자선택권을 강조하였음에도 종국에는 소비자가 선택할 수 있는 폭이 줄어들게 되는 기이한 결과를 초래하게 된다는 점에 있다.

3) 유통재벌의 천하통일

우스개 소리로 혹자는 대형마트가 유통업계를 평정할 경우, 소비자는 머리감다가 샴푸가 떨어지면 차를 타고 마트의 주차장에 주차시킨 다음 3층에 있는 샴푸매장으로 가서 수 많은 샴푸 중 1+1 행사가 되는 샴푸를 구입한 후 매대에서 계산을 하고 다시 차를 타고 집으로 와 감던 머리를 마저 감게 되는 일이 발생할 것이라 이야기한다.

불행하게도 이 이야기가 우스개 소리로만 그칠 수 없는 사례가 발견되고 있다. 유명 브랜드의 베이커리업계 독식 사례가 바로 그것이다.

먼저, 국내 제빵업계 시장은 크게 3분된다. 2011. 12. 현재 프랜차이즈 베이커리 시장점유가 1조 7,947원으로 47.5%를, 일반 슈퍼에서 낱개로 포장되어 판매하고 있는 양산빵(공장빵) 시장점유는 7,798억원으로 20.7%이며, 그 외 개인 베이커리와 인스토어 베이커리(대형마트와 SSM에 Shop in Shop 방식으로 매장을 임차하여 영업)가 1조 2,000억원으로서 31.8%를 차지[170]하고 있다(이 중 인스토어 베이커리는 '이마트 피자 사례[171]'에서 보는 바와 같이 재벌들의 '간접증여' 형식의 수단이 되기도 하였을 뿐만 아니라, 대형마트와 SSM 안에는 프랜차이즈 베이

169) 소비자기본법 제4조 제3호는 소비자는 물품 을 사용함에 있어 거래상대방, 구입장소, 가격 및 거래조건 을 자유로이 선 할 권리를 규정하고 있다.
170) 매일경제 2011. 12. 28.자 '시장 집의 반란' 기사 참조
171) 이마 피자사례는 ① 신세계그룹 오 일가가 2005. 조선호텔 이 리라는 사업부를 모기업인 조선호텔에서 독립시켜 주식회사를 신규 설립하고, ② 신세계그룹 회장의 이자 이마 회장의 여동생이 신규회사 전체지분의 40%를 갖는 최대주주가 되자, ③ 신세계백화점, 이마 점포 내에 제과업의 독점 입점을 가능하게 한 결과(파격조건의 이마 피자 매) ④ 2006. 당시 매출 867억원에서 2010. 매출 1,677억원으로 급성장한 사례로서 재벌이 신규회사를 설립하여 '일감몰아주기' 방식의 '간 증여'를 한 사례라 할 것이다.

커리가 진출도 상당하기 때문에 순수하게 개인 베이커리의 시장점유율을 찾는 것이 보다 의미 있어 보인다).

문제는 지난 2003.경 10,800개에 이르던 소상공인 빵집이 2011.말 4,000여개 수준으로 크게 줄어들었다는 데에 있다[172]. 이는 대한민국 소비자들이 2003.경 10,000여 가지의 빵맛을 즐길 수 있었으나, 7년이 지난 후에는 6,000여 가지의 빵맛을 맛볼 수 없게 되었음을 의미한다. 그리고 소비자들은 2011. 현재 각 매장개수 3,210개, 1399개인 대기업 프랜차이즈 베이커리 1위 '파리바게트'와 2위 '투어스레 사우르스'[173]가 제공하는 천편일률적인 빵맛에 길들여지게 되었음을 의미한다. 즉, 자본이 '자유경쟁'이라는 이름으로 '공정경쟁'의 통제를 벗어나자 독점으로 변화하여 소비자의 선택의 폭을 보다 축소시킨 사례의 전형이 바로 대기업의 베이커리 사업분야 진출이라는 것이다.

이는 자본력이 뒷받침되는 유통재벌이 영세한 골목상권에 진출할 경우 동일한 현상이 나타날 수 있음을 시사한다는 점에서 앞서의 농담이 더 이상 우스개 소리로 끝나지 아니함을 말해준다.

4) 가격파괴 전략에 따른 상품의 질 저하

한편, 대형마트와 SSM 안에는 셀 수 없을 만큼의 다양한 상품들이 있다. 상식적으로 생각한다면 지난 10년 동안 이러한 대규모점포등이 엄청나게 성장한 만큼 그 안에 상품을 납품했던 업체들도 그에 상응하는 성장을 해야하지 않을까? 문제는 그렇지 않다는 것에 있다.

중소기업중앙회가 지난 2010. 12.경에 대규모소매점(백화점, 대형마트, 홈쇼핑)에 상품을 공급하는 300개의 중소 납품업체를 상대로 조사를 한 결과[174], 납품 중소기업의 72.8%가 특판행사 참여강요, 납품단가의 인하를 부당하게 요구받는 등 과거와 같은 불공정거래행위가 지속되고 있다고 답변하였으며, 80%는 부당거래가 있다 해도 중소기업 입장에서는 어쩔 수가 없기 때문에 그냥 참고만 있는 것으로 나타났다[175].

즉, 대형마트와 SSM은 대기업이라는 우월적 지위를 이용하여 납품업체에게 상품의 공급가격을 매우 저렴한 수준으로 낮출 것을 강요하고, 중소납품업체는 이를 거부할 경우 대형 판매

172) 스 2012. 01. 31.자 '[헌법119조와 상생①] 대기업 식성 사업 안된다' 기사 참조
173) 이름조 공 과도 비 하다. 원명칭은 TOUSLESJOURS이다.
174) 중소기업중 회 2011. 01. 05.자 보도자료「대규모 소매점과 납품 중소기업 거래실태 결과보고서」
175) 중소기업중 회는 2006. 10.경에도 같은 내용의 조사를 하 는데, 108개의 중소납품업체를 상대로 조사를 한 결과 역시 70.4%가 불공정거래 경험이 있으며, 84.2%가 그 감내하고 있는 것으로 조사되었다. 출처 - 중소기업중 회 2006. 12. 18.

처 자체를 상실할 위험성이 크기 때문에 그야말로 '울며 겨자먹기'로 대형유통점의 부당한 요구에 응하고 있는 것이다.

불행히도 문제는 여기에서 그치지 않는다. 납품업체가 대형유통점의 부당한 납품단가 인하 요구에 응하는 한편 자신도 살아남기 위해서는 상품의 질을 떨어뜨리는 전략을 찾을 수 밖에 없다는 것이다. 이미 납품업체가 대형마트에 납품하는 상품의 규격을 다양한 방법으로 달리하고 있는 사례[176]가 심심치 않게 등장하고 있으며, 머지않아 납품업체는 자신의 생존을 위하여 소비자에게 위해를 가할 수도 있는 방법을 선택할 수도 있다는 가능성에 우리는 주목하여야 한다.

5) 소결

유통재벌은 그 막강한 자본력을 바탕으로 법령의 미비를 틈타 비약적으로 성장해왔으나, 대외적으로 서민으로 대표되는 중소상인을 죽이고, 대내적으로는 자신에게 상품을 공급하는 납품업체들의 성장에도 도움을 주지 못하였다. 소비자선택권은 유통재벌들이 자신들 규제에 대한 대항논리로 자주 사용하는 도구이나, 공정경쟁이 뒷받침되지 않는 상황에서의 소비자선택권 주장은 장기적으로 소비자 선택의 폭을 줄이게 되고, 상품의 질까지 떨어뜨릴 위험까지 존재한다는 점에서 타당하지 아니하다. 결국 유통재벌 확산의 저지를 통해 시장을 공정하게 만들어야 할 강력한 필요성이 있다.

나. 유통재벌의 진출규제

한편, 유럽과 일본 등 선진국은 대형마트 규제의 시작점이 되는 점포의 넓이를 1,000㎡로 보고 있다. 즉, 1,000㎡ 이상의 마트는 주변상권에 영향을 미칠 수 있으므로 허가제(프랑스)로 규율하거나, 신고를 하되 주민설명회, 환경영향평가를 필수적으로 하게 하거나(일본), 주거지역이나 촌락지역의 개설을 금지(독일은 1,200㎡)하는 입법을 마련하고 있다는 것이다.

이를 좀더 구체적으로 살펴보면, 독일은 우리나라의 '신도시'와 같이 인구가 급증한 지역 또는 기존 시장상권만으로는 해당 지역주민의 수요를 따라갈 수 없다고 인정할 수 있는 특별한 사정이 객관적으로 검증된 지역을 '특별지구'로 지정한다. 매장면적 1,200㎡ 이상의 대규모소

176) 문화일보 2010. 10. 13.자 문화일보 '동일 대형마 매장마다 다른 가격의 함정' 기사 참조. 기자가 대형마 의 상품을 조사한 결과, '하 생 '의 경우 테마 는 큰 의 기가 830g인 반면, 러스는 730g이었고, 아이스 ' 로나'도 마 마다 용 이 달라 한눈에 가격비교가 되지 않았다는 발표를 한 바 있다.

매점은 연방건설법과 건축이용시행령에 따라 이러한 특별지구 내에서만 개설이 가능하도록 규제하고 있다. 그 결과 주거지역과 촌락지구, 혼합지구, 산업지구, 공업지구 등에는 대형마트가 들어설 수 없도록 하고 있다. 독일은 대형마트가 특별지구 안에서 출점한다하더라도 『10% 가이드라인』 규제를 반드시 통과해야 한다.

즉, 사전 조사를 통해 대형마트의 개설이 기존 소규모상인들의 매출액에 어떤 영향을 미칠지를 객관적인 수치로 평가한 후, 예상되는 대형마트의 개설로 인하여 주변 소규모 상인들의 매출액이 기존보다 10% 이상 감소하는 경우에는 대형마트 출점은 불가능하다.

실제로 독일 함부르크 시내 베아게도르프 중심상가에 독일의 대형유통업체인 Metro가 진출을 시도했다가 3개월이 넘는 면밀한 조사를 통해 Metro가 진출할 경우 주변 상인들의 기존 매출액이 20%가 감소한다는 결과가 나오자 진출이 백지화된 사례가 있다. 『10%가이드라인』을 통과하였더라도 교통영향평가, 환경영향평가, 기존상권영향평가 등 엄격한 기준의 심사를 통과해야 한다. 나아가 지방정부는 대형마트의 입점을 허가하기 전에 대형마트의 진출계획을 지역신문 등을 통해 반드시 알려야 하는 법적의무가 존재한다.

프랑스에서는 1973년 르와예법(Loi Royer)』[177]과 1996년 『라파렝법(Loi Raffarin)』[178]을 통하여 300㎡ 이상의 소매점포의 신·증설 또는 변경시 관할관청의 승인을 획득하도록 하고 있다. 또한, 매장면적 1,500㎡(인구 4만명 미만은 1,000㎡) 규모의 대규모점포를 설립하려는 사업자는 해당 지역상업시설위원회(CDEC, la Commission Departmentale d'Equipement Commercial)에 승인을 위한 개발보고서를 제출하도록 규정하고 있다. 매장면적 6,000㎡ 이상의 소매점포 개설사업자는 설립에 따른 영향에 대한 구체적인 조사보고서를 해당 지역상업시설위원회(CDEC)에 의무적으로 제출해야 한다. 이에 따라 CDEC는 차량소통, 상품적재·하역 등 교통 및 환경영향 평가, 해당지역의 유통매장 설치 밀도, 일자리 창출 여부 등을 종합적으로 평가하여 입점에 대한 승인 여부를 결정한다. 나아가 CDEC를 지역자체단체의 장 등 선출직 공무원 3인, 지역 상공회의소장, 지역 수공업회의소장, 소비자단체 대표 등 총 6인으로 구성하여 반드시 해당 지역 중소상인의 대표가 참여하도록 구성한다. 결과 현재 215만 명이 거주하고 있는 파리 시내에는 대형마트가 없고, 대부분의 대형마트들은 파리 도시 외곽에 입점해 있다. 파리 시내에는 120여개에 이르는 소규모상가와 전통시장이 영업하고 있다.[179]

영국은 도심의 활력을 유지하고 경제를 활성화시키기 위하여 도시개발계획과 관련된 지침(PPG, Planning Policy Guideline)을 두고 있는데, 이 지침은 소매업의 발전을 중시하고 있다.

177) 르와예법의 공식명칭은 「상업 및 수공업의 발전방향에 관한 법 (Loi d'Orientation du Commerce et de l'artisanat)」이다.

178) 라파 법의 공식명칭은 「상업 및 수공업의 개발 및 촉진에 관한 법 (Loi relative au Developpement et a la Promotion du Commerce et de l'artisanat)」이다.

179) 박충 , "주요국의 대규모 소매점 관련 규제 현 ", 2011.2.15. 국회입법조사처 제7

이를 위하여 일정 규모 이상의 대규모점포 개설 시에는 환경영향평가보고서(Environmental Impact Assessment)제출을 의무화하고 있다. 이에 따라 ㉠ 매장면적 10,000㎡이상(도시지역) 또는 ㉡ 매장면적 20,000㎡이상(시외곽지역)의 대규모소매점을 설치하기 위해서는 입점이 예정된 지방자치단체에 환경영향평가보고서를 제출하여야 한다.

최근에는 미국에서도 유통재벌인 월마트 대도시 진출이 사회적 논란이 되고 있다. 예를 들어, 로스앤젤레스 차이나타운에 월마트가 매장을 내기로 하면서 지역 상인들이 반발하고 있는데, 이 매장은 일반적인 월마트 매장에 비해 규모가 5분의 1에 불과한 것으로 월마트가 최근 공을 들이는 이른바 '생활밀착형 매장'이다. 한국에서 주택가 동네 슈퍼를 내몬 기업형 슈퍼마켓(SSM)의 미국판인 셈이다. 이러한 월마트 입점 계획에 지역 소매상과 슈퍼마켓 종업원 노동조합이 반발하고 나섰다.[180] 로스앤젤레스 시의회는 2004년 매장 면적의 10% 이상을 농산물 등 소비세 면제 품목을 파는 10만제곱피트(약 2천800여평)이 넘는 소매 매장을 개설하려면 특별영향평가를 받도록 한 바 있다. 이 특별영향평가에서는 임금 수준이 하락하지 않는지, 또 지역 골목 상권에 부정적인 영향이 없는지를 주로 평가한다. 뉴욕에는 월마트가 아직 진출하지 못하고 있고, 시카코에는 월마트가 이제 1호점을 개점한 정도이다.

그러나 한국은 규제의 시작점을 3,000㎡(900평)로 보고 있으며, 주민설명회나 환경영향평가도 없고, 시설을 갖추어 관청에 등록만 하면 개설이 가능하도록 되어 있다. 다만, 최근에 재벌들의 SSM이 문제되자 2010. 하반기에 3,000㎡ 이하의 준대규모점포에 관한 규정이 신설되었다. 바로 이러한 법령의 미비로 인하여 재벌들은 너나 할 것 없이 유통업분야로 탐욕의 손길을 뻗었으며 그로 인하여 서민들로 대표되는 중소상인의 생존권이 심각하게 무너져 내린 것이다.

따라서 이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 ① 규제의 시작점을 현재의 3,000㎡에서 대폭하향 시킬 것이 필요하고, ② 첨부법률개정안1.에서 보는 것처럼 구 도·소매업진흥법과 같이 대규모점포 및 준대규모점포의 개설 및 변경을 등록제에서 허가제로 변경하여야 하며(제8조 제1항), ③ 독일의 사례와 같이 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』에 따른 전용주거지역, 일반주거지역, 준주거지역 등에서는 대규모점포 등의 개설을 원칙적으로 허가할 수 없되 일정한 요건을 갖춘 경우에는 개설영향평가 심의위원회의 심의를 거쳐 허가할 수 있는 방안을 고려해 볼 수 있다(제8조 제2항 및 제3항 신설).

특히, 대형마트가 들어설 경우 교통문제[181], 주차문제, 소음공해 등 주변 생활환경에 심각한 영향을 줄 수 있기 때문에 대형마트 입점문제는 비단 경제영역에 국한되는 것이 아니라 토지

180) 연합 스, "美서도 대기업 골목상권 위협 논란", 2012. 2. 28

181) 서초구 양재동의 경우 고속도로에 진입하는 도로에 2개 대형마 가 있어 심한 교통정체를 초래하고, 강 구 미아동 역시 같은 불편을 초래하고 있다.

이용 및 생활환경 보호라는 측면에서도 충분히 논의되어야 하며, 위 개정안은 바로 이러한 문제의식을 반영하고 있다.

다. 유통재벌의 영업시간규제

또한 대형마트, SSM, 백화점 등 재벌 유통기업이 중소상인들과 공존을 꾀할 수 있도록 영업시간을 제한하는 방안이 고려되어야 한다.

최근 법 개정이 있기 전까지 대형마트와 SSM은 24시간 연중무휴의 영업을 하는 사례가 늘고 있는 추세였다. 이는 재벌 유통기업들 간에 과잉경쟁에서 비롯된 것으로도 볼 수 있는데 결국 그로 인한 피해는 대형마트, 백화점 매장 내에서 근무하는 근로자들과 재벌유통기업이 있는 주변지역 중소상인들이 고스란히 떠안게 되었다.

1) 영업시간 규제와 관련한 해외의 입법례

해외의 사례를 보면 독일은 1956년경부터 상점폐점법(Ladenschlußgesetz)이 시행되어 반세기동안 야간영업 및 휴일영업을 규제하고 있다. 상점폐점법에 따르면 월요일부터 토요일까지는 오전 6시부터 오후 8시까지 영업을 할 수 있고, 일요일과 공휴일은 휴점하도록 하며, 철도역과 고속도로의 상점들(tourist zones)만 예외적으로 24시간 영업이 가능하다. 상점폐점법은 연방차원의 규제였으나, 규제완화정책에 따라 2006년 7월부터 주차원의 규제로 전환하였는데 독일의 16개주 중 현재는 2개의 주(Bayern, Saarland)가 상점폐점법 내용을 그대로 유지하고 있으며, 나머지 주들은 각 주법으로 영업시간을 규제하고 있다.[182] 단, 어느 주를 막론하고 일요일·공휴일은 휴점하고 있다.

영국은 『Sunday Trading Act 1994』의 부속세칙(Schedule) 제1조(Restrictions on Sunday opening of large shops: 대규모매점의 일요일 영업규제)를 통하여 매장면적 280㎡ 이상의 소매점은 일요일 영업을 금지하고 있다. 다만 지방자치단체의 허가를 얻어 예외적인 영업이 가능하나, 이 경우에도 오전 10시부터 오후 6시 사이에 6시간의 영업만 가능하다. 또한 『Christmas Day (Trading) Act 2004』의 제1조(Prohibition of opening of large shops on

182) 월요일부터 토요일까지 상점이 영업시간을 자유롭게 정할 수 있는 주가 Baden-Württemberg, Berlin, Bremen Hamburg, Niedersachsen 등 9개주, 월요일부터 금요일까지 자유롭게 영업시간을 정하고, 토요일에 대하여 규제하는 주가 Sachsen-Anhalt 등 3개주, 월요일부터 토요일까지 오전 6시부터 밤 10시의 범위에서 영업시간을 정할 수 있는 주가 Rheinland-Pfalz 등 2개주, 기존 연방 상점폐점법을 유지하여 월요일부터 토요일까지 오전 6시부터 저녁 8시까지 영업하는 주가 Bayern 등 2개주이다.

Christmas Day)를 통해 매장면적 280㎡ 이상의 소매점은 성탄절 영업을 금지하고 있다.

프랑스는 노동법규에서 대규모점포의 영업시간을 제한하고 있다. 월요일부터 토요일까지 영업은 밤 10시까지만 개점이 허용된다. 특히 품목별로 식료품영업은 13시간, 비식료품영업은 11시간 이내로 제한한다. 그리고 일요일 영업은 원칙적으로 금지하고 있다. 다만, 식품유통매장의 경우에는 일요일 오전까지만 영업할 수 있도록 하되, 근무자에 대하여 평일근무 임금의 2배를 지급하도록 하고 있다.

2) 유통산업발전법의 개정과 그 문제점

우리나라의 경우에도 작년 연말에 개정된 유통산업발전법은 ㉠ 시장·군수·구청장에게 오전 0시부터 8시까지의 범위에서 대형마트 등의 영업을 금지할 수 있게 재량을 부여하고, ㉡ 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업일을 지정할 수 있도록 역시 재량을 부여하고 있으며, ㉢ 지정에 필요한 사항을 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하고 있다.

이에 대하여 유통재벌들이 조합원으로 구성되어 있는 한국체인스토어협회는 위 개정법이 헌법 상 직업선택의 자유를 침해하였다며 2012. 02.경 헌법소원을 제기하였음은 물론 2012. 04.경에는 일요일 의무휴업을 지정하도록 한 지방자치단체의 조례를 상대로 행정소송 및 효력정지가처분 신청을 제기하였다가 가처분신청이 기각당한 사례가 있었다.

한편, 최근 프랑스의 경우 대형유통업체인 오샹(Auchan)이 지중해 연안 남부프랑스의 페르피냥(Perpignan) 시에 개설된 매장을 통해 여름 바캉스기간 동안 일요일에 영업을 하려고 시도하였다가 법원이 노동조합이 신청한 영업금지가처분을 인용하여 무산된 사례[183]가 있는바, 대형마트의 일요일 영업이 쟁점화 되었고 또 불허되었다는 점에서 우리나라와 유사하기는 하나, 프랑스는 일요일 휴점이 이미 법으로 확립되어 있는 상황에 대형마트가 이를 어기려다 문제가 된 사안이고, 우리나라는 반대로 대형마트가 의무휴무일 도입을 강력 저지하는 과정에서 문제가 된 사안이라는 차이가 있다.

그러나 문제는 유통재벌들이 이와 같이 반발을 하는 것과 별도로 0시부터 8시까지의 영업시간 규제가 중소상인들의 상권부흥에 아무런 효과를 기대할 수 없으며, 2일의 휴무일 역시 중소상인들에게 미칠 수 있는 파급효과 역시 매우 저조하다는 데에 있다.

따라서 첨부 개정조항에서 보는 바와 같이 잃어버린 중소상인들의 상권을 회복시키고, 유통산업 근로자의 건강권과 휴식권을 보호하기 위한 측면에서도 ㉠ 백화점은 오후 7시까지, 대형마트와 SSM은 오후 10시까지 영업을 제한하고(제4조 제1항 각호), ㉡ 명절직전이나 연말직전

183) 리 라시 (Liberation) 2011. 07. 27.자 기사, 한국노동연구원 국제노동 리 2011년 10월호 127

일시적인 연장영업의 필요성이 있는 경우(제4조 제2항 각호)를 제외하고는 원칙적으로 일요일과 공휴일에 의무적으로 휴업을 하게 하는 것이 타당하다고 할 것이다(제4조 제1항).

라. 입법에 따른 기대효과

1) 소비자선택권의 실질적 실현과 역사·문화공간으로서의 전통시장의 보호

소비자선택권은 다양한 상품의 선택가능성에서 시작된다. 또 다양한 상품의 선택가능성은 다양한 시장의 선택가능성을 전제한다. 따라서 재벌유통이 골목상권을 잠식하는 현재의 상황을 방치하는 경우 이는 단순히 중소상인의 피해에 그치는 것이 아니라 장기적으로 시장 소멸로 인한 소비자선택의 폭을 줄어들게 만들어 버릴 위험이 매우 크다.

따라서 유통재벌에 의한 신규 대형마트의 출점은 출점예정지역의 시장상황과 상권을 면밀하게 파악한 뒤 허가를 하는 방식으로 꼭 필요한 지역에만 들어서게 함으로써 대형마트의 포화상태를 막고 다양한 시장이 공존하는 형태로 소비자선택권의 실질적 실현을 도모할 수 있다.

뿐만 아니라 전통시장은 단순히 물건을 사고 파는 공간으로서의 의미만 있는 것이 아니라 그 지역의 역사와 문화가 살아 숨쉬는 공간으로 볼 수 있느니만큼 그 보호의 가치를 단순한 자본의 논리로 파악할 수는 없다. 따라서 재벌유통 자본의 진출규제를 통하여 역사·문화 공간으로서의 전통시장을 보호할 수 있을 것으로 기대된다(혹자는 이러한 의미의 전통시장을 '관광상품'으로 개발하자는 견해를 피력하기도 하나, 자본의 침해로부터 보호하자는 의미를 왜곡하여 전통시장을 자본화하자는 견해는 앞뒤가 모순될 뿐만 아니라 무엇보다도 그러한 개발논리로 인하여 시장상인들의 삶을 피폐화시킨다는 문제점을 간과한 주장이라고 본다).

2) 영업시간제한을 통한 재벌유통과 중소상인과의 공정경쟁의 실현

중소상인이 재벌유통과 경쟁할 수 있기 위해서는 전통시장의 뚜껑을 씌우는 형태의 육성정책만 중요한 것이 아니라 실질적으로 공정한 경쟁이 될 수 있도록 보호장치가 필요하다.

영업시간제한 정책은 24시간 연중무휴로 영업하는 유통재벌 안에서 근무하는 노동자들의 건강권과 휴식권을 보호할 수 있으면서도 동시에 소비자들을 전통시장에 발을 들일 수 있도록 기회를 보장한다는 측면에서 두 가지의 긍정적 정책효과를 갖는다.

실제로 2012. 06.경 서울행정법원에서 결과적으로 재벌유통의 편을 들어준 판결이 있기 바로 직전까지 주말 전통시장의 매출이 11%가량 상승하고 있었다는 점은 이러한 사실을 여실히 증명한다. 특히 최근에 벌어지고 있는 대형마트들의 소송은 2012. 01. 개정된 유통산업발전법 조 의 불완전성에서 비롯되었다고 할 수 있는바, 이번에 제시하는 바와 같이 근로자 보호와 공정경쟁의 실현을 위하여 매주 일요일 재벌유통의 의무휴업제도를 정착화시키면 그로 인하여 달성할 수 있는 공익적 효과는 다음과 같이 여러 가지로 나타날 수 있다고 본다.

3) 재벌유통의 영업시간제한을 통해 얻어지는 긍정적 효과들

먼저 재벌 중심의 대형마트와 SSM에 종사하는 근로자의 대부분[184]은 여성들인바, 심야근로제한으로 유통산업에 종사하는 여성근로자의 건강을 보호할 수 있고, 일과 가정을 양립시켜 여성근로자의 사회적 지위를 향상시킬 수 있으며, 장시간 저임금 구조에 노출된 간접고용 내지 임시직의 근로자를 보호할 수 있을 뿐만 아니라 에너지과소비를 억제하고 야간과 휴일에 편안하고 조용한 휴식을 취하고자 하는 주민들의 생활환경 보호의 효과도 기대할 수 있을 것이다.

마. 국제조약(FTA, WTO)과 유통재벌규제

유통재벌의 진출을 규제하고 영업시간을 제한하는 것이 서비스총량을 제한하는 것에 해당하여 우리나라가 가입한 WTO, 한미FTA 등 국제조약에 반하는가, 나아가 제소가능성이 있는가에 대해 이견이 있다.

WTO 서비스협정(GATS[185]) 제16조 제2 은 '양허표에 기재하지 않으면 쿼터나 경제적 수요심사를 통한 서비스 거래 또는 서비스 영업량이나 산출량의 제한을 할 수 없다.'고 규정하고 있다. 다만 허가제를 도입하더라도 그 요건에 질적인 측면, 예컨대 서비스공급자에 대한 각종의 자격요건, 기술적인 기준, 인·허가 등의 질적인 제한을 규정하는 것은 GATS 제6조(국내규제)의 범위 내에서는 허용된다.

국내규제 도입과 관련하여 한·미 FTA에서도 GATS와 마찬가지로 국가정책목적에 합치하기 위하여 서비스공급을 규제하고 서비스공급에 대한 새로운 규제를 도입할 수 있는 권리를

184) 러스 스코 노조위원장에 따르면 2011. 현재 한 개의 대형마 를 기준으로 할 때 근무하는 근로자의 성비 중 90%가 여성이고, 평균연령은 48세로 조사되었다고 한다. 정책설명서 참조

185) GATS(General Agreements on Trade in Services)

인정하고 있다(제12.7조제2 본문). 그리고 이러한 국내규제로 자격요건 및 절차, 기술표준, 면허요건에 관련된 조치를 들면서, 그러한 조치가 서비스를 공급할 수 있는 자격 및 능력과 같은 객관적이고 투명한 기준에 기초할 것과, 면허절차의 경우 그러한 조치가 서비스공급에 대한 제한이 아닐 것을 규정하고 있다(제12.7조제2).

한·EU FTA에서도 GATS와 마찬가지로 정당한 정책목표를 달성하기 위해 규제하고, 새로운 규제를 도입할 권리를 보유한다고 규정하고 있다(제7.1조제4). 그러나 이러한 국내규제는 그러한 조치가 객관적이고 투명한 기준에 기초할 것을(제7.23조제3), 그리고 시장접근 약속과는 달리 서비스공급자의 수 등 양적제한 조치를 취해서는 아니 된다고 규정하고 있다(제7.5조제2).

결론적으로 영업일자, 영업시간 및 휴업일의 지정 등 영업행위의 제한은 위 국제조약들에서 금지하는 직접 서비스 활동의 총 수에 대한 제한에 해당하지 않는다. 그 목적이 서비스 제한 자체가 아니고 중소상인 생존권 보호, 대형마트 내 노동자들의 건강권과 휴식권 보호, 고객안전확보 등 공익과 인권을 위한 것이기 때문이다. 그러므로 객관적이고 투명한 기준에 의하기만 하면 된다.

외국의 경우도 영국, 프랑스 등 다수의 나라에서 점포의 영업시간에 대한 제한을 하면서 장기근로로 인한 근로자 휴식권의 보장 및 가정생활 보호, 서비스노동자와 타 산업노동자간 노동시간 불균형 해소와 고객 안전확보 차원 등에서 규정하고 있다.

그래서 지난 20년간 대형마트 제한과 관련한 WTO위반 결정은 단 한건도 없었다. 미국이 1996년 6월에 일본의 「대점법」의 매장면적, 영업시간, 폐점일 등에 대한 규제에 대해 WTO에 제소했으나 이또한 조정으로 끝나 패널이 열리지 않아 이것이 WTO 위반인지에 대한 판단은 이루어지지 않았다. 규정 위반인지와 별론으로, 일본의 경우 중소상인보호를 목적으로 대규모 점포의 영업시간을 제한하고 허가제를 실시했다. 따라서 우리나라와 같이 중소상인보호 뿐만 아니라 노동자 건강권보호, 대형마트등의 시설점검 시간을 확보하여 고객안전확보(삼품백화점 사례) 필요성으로 인한 대규모점포 제한은 일본과 다르다.

결론적으로 영업시간 제한을 실시하고 있는 국제사례가 풍부하게 있으므로 실제 제소가능성은 매우 낮고 제소를 당하더라도 국제협약 위반으로 판정될 가능성은 낮고, 중소상인보호 목적 뿐만이 아닌 노동자 인권 보호의 목적도 있기 때문에 인권보호를 위한 기업 활동 제한에 해당하여 협약과 무관하다. 영업시간을 줄이는 것은 대형마트, SSM, 백화점에서 근무하는 노동자들의 건강권과 휴식권을 보호하는 가장 적합한 방법이기도 하기 때문이다. 우리나라 서비스 노동자들이 야간까지 장시간, 휴일없이 서서 일하는 유통재벌의 영업형태로 인해 하지정맥류 등 건강이상에 시달리고 늦은 귀가로 인해 육아와 결혼생활의 어려움을 호소하는 점에

대한 자료는 민간서비스노동조합 등 관련 단체에 다수 축적되어 있다.

이러한 민변의 의견, 또 이와 반대로 국제조약 위반이라는 측의 주장, 국제협약 원문등에 대해 잘 정리된 글로 2009. 9. 22. 민변과 참여연대, 경실련 등 150여개 시민사회단체와 상인단체로 구성된 중소상인살리기전국네트워크가 국회 지식경제위원회에 "대형마트 및 기업형 슈퍼마켓에 대한 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제 등이 WTO 서비스무역협정 위반이라거나 위헌이라고 할 수 없다"는 요지의 '대규모점포의 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제에 관한 위헌주장과 WTO 위반 주장에 관한 법률검토 의견서'를 제출한 자료가 있다. 이에 의견서 원문을 싣는다. 또 미국에 제소당한 일본의 대점법 내용과 제소 경위 등 관련 자료로 국회 입법조사처에서 2011. 2. 작성한 회답서 중 일본 부분도 발췌하여 이어 첨부한다.

대규모점포의 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제에 관한 위헌주장과 WTO 위반 주장에 관한 법률검토 의견서

2009. 9

민주사회를 위한 변호사 모임

【 목 차 】

Ⅰ. 법률검토 의견의 요지 ····· 1

Ⅱ. WTO 위반 주장에 대한 검토 ····· 4

1. GATS 위반으로 WTO에 제소된 사례에 대하여 ····· 4

2. WTO의 위반심사 방식에 대하여 ····· 6

3. 개설허가제에 대하여 ····· 8

4. 특정 영업품목에 대한 규제에 대하여 ····· 10

5. 의무휴일일수 및 영업종료시간의 제한에 대하여 ····· 11

Ⅲ. 위헌 주장에 대한 검토 ····· 12

1. 헌법 제15조의 직업의 자유를 본질적으로 침해한다는 주장에 대하여 ····· 12

2. 재산권을 과도하게 규제하여 위헌의 소지가 있다는 주장에 대하여 ····· 15

3. 편의점 등 다른 업태와 비교하여 헌법 제11조의 평등권에 위배된다는 주장에 대하여 16

4. 개정안의 규제가 헌법 제10조, 제124조 등에 근거한 소비자의 일반적 선택의 자유 내지 소비자의 편익을 과도하게 침해하여 위헌의 소지가 있다는 주장에 대하여 ····· 17

5. 개설등록제를 이미 폐지된 개설허가제로 전환하는 개정안에 대한 위헌 주장에 대하여 19

Ⅳ. 별첨자료

<별첨 1> 대규모점포 및 SSM의 영업규제와 관련한 정부의 위헌론 및 국제법위반론의 요지 ····· 22

<별첨 2> 각국의 유통업 규제방식 ····· 25

<별첨 3> WTO에 제소된 GATS 위반 사건의 개요 ····· 27

<별첨 4> 유통산업발전법 개정안의 각 규제와 관련된 GATS(서비스무역에 관한 일반협정)조항 ····· 32

대규모점포의 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제에 관한 위헌주장과 WTO 위반 주장에 관한 법률검토 의견서

민주사회를 위한 변호사 모임

Ⅰ. 법률검토 의견의 요지

1. 정부는 WTO 위반 제소가 매우 빈발하는 사례인 것처럼 주장하고 있으나, WTO 출범 이후 20여년 동안 WTO 서비스협정(GATS) 위반여부로 제소된 사건은 5건밖에 없어 정부의 주장처럼 WTO 위반제소가 빈번한 것이 아닙니다. 더욱이, 이 사건과 같이 개설허가제, 영업시간규제와 같은 국내규제(GATS 제6조의 문제)가 GATS 위반이라며 WTO에 제소된 사례는 한건도 없습니다.

2. 또한, GATS 위반으로 판정된 것은 EC가 구식민지 국가에 대한 보은적 차원의 정치적 고려로 바나나 수입물량이나 수입관세 등에 특혜를 주었던 EC-바나나 사건과 멕시코가 독과점 통신사업자인 Telmex가 결정하는 국제통화 접속요금을 미국계의 다른 통신사업자들에게 적용하도록 한 사건 등 단 2건밖에 없고 그 내용도 수입쿼터물량의 차별, 요금결정권의 독점 및 과다요금결정 등이 문제되어 내국민대우원칙 및 최혜국대우원칙 위반이 명백한 것이었고 이 사건처럼 국내규제가 문제되어 WTO 위반이 인정된 사례는 한건도 없습니다.

3. 정부는 국내규제가 서비스 총수 또는 총산출량 규제에 관한 GATS 제16, 17조 등의 개별조 에 위반되면 바로 GATS 위반이 되는 것처럼 주장하고 있으나, 그렇다 하더라도 다시 GATS 제6조에 의하여 그러한 국내규제가 GATS 제6조에 의하여 합리성, 공평성, 객관성을 상실한 것이 의 검토에 의하여 비로소 GATS 위반여부가 판정되는 것입니다. US-Gambling 사건에서도 "도박 및 내기 서비스"에 대한 국내규제가 GATS 제16조의 서비스 공급제한 규정에 위반될 소지가 있어도 "공중도덕의 준수", "공공질서"를 위한 정당한 규제라는 점이 인정되어 WTO 위반이 아니라고 판정된 바 있습니다.

4. 이 사건 개설허가제나 영업시간, 영업품목 규제 등은 국내의 대규모점포나 외국의 대규모점포의 관계에서 보면, 국내외의 대규모 점포가 규제를 받는데 있어 동일한 목적과 방

식의 동일한 제도에 의하여 차별 없이 규제를 받는 것이고, "외국"의 '대규모점포'와 국내의 중소상인의 관계에서 보면, '대규모점포'와 중소상인이라는 유통시장에서의 우월적 지위가 규제의 목적에서 문제가 되는 것이지 "외국"기업이라는 기업의 국적이 규제의 목적이 되는 것이 아니어서 이를 두고, 최혜국대우나 내국민과의 동등대우 조 에 위배된다고 할 수 없는 것입니다.

5. (별첨 3)의 자료와 같이 많은 선진국가들에서 자국의 중소상인이나 지역경제, 도시계획, 주민들의 생활환경(소음, 교통 등), 유통산업근로자 보호 등의 다양한 목적으로 개설규제, 영업시간, 영업품목 규제를 하고 있으나 이러한 유통업 규제가 WTO 위반문제로 제소된 예는 한건도 없습니다.

6. 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제 등이 대규모점포 개설자의 헌법상 기본권인 영업의 자유나 재산권을 침해하여 위헌이라는 주장이 있으나, 영업의 자유(직업수행의 자유)나 재산권은 기본권을 제한할 수 없는 절대적 기본권이 아니라 헌법 제37조에 의하여 그 제한의 정당성이 인정되는 상대적 기본권입니다. 지역경제의 균형발전이나 중소상인의 보호는 헌법 제123조에서 우리 헌법이 천명하고 있는 정책이어서 이러한 헌법상의 정책목표 실현을 위한 기본권 제한은 그 규제의 정당성이 인정된다 할 것입니다.

7. 편의점 등 다른 업태와 비교하여 대규모점포만을 규제하는 것은 헌법상의 평등권 위반이라는 주장이 있으나, 편의점은 중소상인의 사업영역에서 차지하는 비율이 3% 전후로 대규모 점포와는 그 시장점유율이나 보호대상인 중소상인에 미치는 영향이 비교할 수 없을 정도로 낮고 취급하는 영업품목 등도 아직은 대규모 점포와 비교하여 광범위하지 않으므로 지금 단계에서 대규모점포에 대해서만 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제 등을 한다 하여 헌법의 평등권 심사기준인 현저히 합리성을 결여한 차별조치라 할 수는 없는 것입니다.

8. 대규모점포의 개설허가제, 영업시간. 영업품목 규제가 소비자 선택권을 침해한다는 주장도 있으나, 이러한 소비자의 선택권과 중소상인의 보호받을 권리가 충돌할 때 두 기본권의 합리적 조화를 꾀하는 것이 헌법재판소가 표방하고 있는 기본권 충돌의 해결원리라는 점을 볼 때 독일의 입법례와 같이 개설영향평가에 따라 중소상인의 영업에 미치는 영향의 정도가 크지 않을 때 대규모점포의 개설을 허가하거나 영업시간이나 영업품목의 일부를 규제하는 것은 이러한 합리적 조화의 원리에 부합하는 것입니다.

9. 이미 등록제에 의하여 영업의 자유를 보장받고 있는데, 새롭게 허가제를 실시하거나 영업시간이나 영업품목의 규제를 실시하는 것은 소급하여 영업의 자유 내지 재산권을 침해하는 것으로 신뢰보호의 원칙에 위반된다는 주장도 있으나, 기존의 등록받은 대규모점포도 일정한 유예기간을 두어 개설영향평가를 받고 지역경제나 중소상인에 미치는 영향의 정도에 따라 새로이 허가를 받거나 영업시간, 영업품목의 규제를 받도록 하는 것은 입법정책재량의 문제로서 그 유예기간이 지나치게 단기간이 아닌 한 위헌이 아니라는 점이 이미 게임장영업을 등록제에서 허가제로 전환하도록 한 게임산업진흥에관한법률 위헌심사 사건에서 밝혀진 바 있습니다.

10. 따라서, 유통산업발전법 개정안에서 새로이 도입하려고 하고 있는 대규모점포의 개설허가제, 영업시간, 영업품목 규제 등이 WTO 서비스협정 위반이라거나 위헌이라 할 수는 없다 할 것입니다.

II. WTO 위반 주장에 대한 검토

1. 정부는 국제법위반론에서 마치 WTO에서 GATS 규정 위반에 관한 제소 빈도가 높고 제소된 사안에서 피제소국의 국내규제에 대하여 GATS 위반이 인정된 사례가 많은 것인양 주장을 펼치고 있으나,

(1) 실제로, GATS위반으로 WTO에 제소된 사례는 WTO출범이래 20여년이 넘는 동안 불과 5건 밖에 되지 않으며, 더욱이 제소된 사건 중에서 피제소국의 국내규제가 GATS 위반 사례로 인정된 사례는 겨우 2건밖에 되지 않습니다.

(2) 피제소국의 국내규제가 GATS 위반으로 인정된 사례의 내용을 보면 (자세한 내용은 별첨 2 자료 참조)

① 피제소국인 EC가 과거 식민지국가였던 아프리카 국가 등에 대한 보상이라는 정치적 고려에 따라 바나나 수출국을 3개 섹터로 구별하여 각 섹터의 그룹국가별로 관세, 수입물량, 관련된 중개수입업자의 수입면허의 제한, 수입허가절차 등 여러 측면에 있어 차별을 두고 있는 것이 GATS 제2조와 제17조의 최혜국대우나 내국민과의 동등대우 조 에 위반한 것이다. (에콰도르, 과테말라, US-EU 바나나 사건)

② 피제소국인 멕시코가 국제통화 접속요금 결정을 국내 독점 통신사업자인 Telmex가 결정하면 다른 통신사업자들(타국의 통신사업자 포함)도 독점적구조로 결정된 과다한 접속요금을 적용받도록 한 조치가 GATS 부속서인 Reference Paper(참조문서)의 준수의무 위반에 해당된다. (US-MEXICO 멕시코 텔콤스 사건)

라는 것으로 피제소국 시장에서 동종의 사업을 하고 있는 제소국의 기업을 관세, 수입허가

절차, 수입물량, 서비스가격 결정권 등에서 구체적으로 피제소국의 기업과 차별하였다는 것이 핵심내용입니다.

(3) 자국의 중소상인 보호나 지역균형발전 등을 위하여 대규모점포의 개설을 규제하거나 대규모점포의 영업시간, 영업품목 등을 규제하는 것은

① 국내의 대규모점포나 외국의 대규모점포의 관계에서 보면, 국내외의 대규모 점포가 규제를 받는데 있어 동일한 목적과 방식의 동일한 제도에 의하여 차별 없이 규제를 받는 것이고,

② "외국"의 '대규모점포'와 국내의 중소상인의 관계에서 보면, '대규모점포'와 중소상인이라는 유통시장에서의 우월적 지위가 규제의 목적에서 문제가 되는 것이지 "외국" 기업이라는 기업의 국적이 규제의 목적이 되는 것이 아니어서

이를 두고, 최혜국대우나 내국민과의 동등대우 조 에 위배된다고 할 수 없는 것입니다. 실제로, (별첨 3)의 자료와 같이 많은 선진국가들에서 자국이 중소사인이나 지역경제, 도시계획, 주민들의 생활환경(소음, 교통 등), 유통산업근로자 보호 등의 다양한 목적으로 개설규제, 영업시간, 영업품목 규제를 하고 있으나 이러한 유통업 규제가 WTO 위반문제로 제소된 예는 한건도 없습니다.

<표1> GATS규정위반으로 WTO에 제소된 사례

제소사례	해당 GATS규정	제소내용	결론
EC-Bananas 사건 (1997) 제소국:U.S., Ecaador, Guatemala, Honduras, Mexico 피제소국: EC	2조, 17조	EC로 수출하는 바나나 수출국을 과거 식민지국가에 대한 보상이라는 정치적 고려에 따라 그룹으로 나누어 그룹국가별로 관세, 수입물량, 수입허가절차, 관련 중개수입업자의 수입면허에 차별을 둔 것이 최혜국대우와 내국민대우원칙에 위반하는지 여부	피제소국 패소
Canada-AUTOS 사건 (1997) 제소국: Japan, EC 피제소국: Canada	1조, 2조	캐나다의 부가가치세조 및 생산대비 판매비율조 과 관련하여 특정 생산자의 수입품에 대한 관세예외조 이 내국민대우원칙에 위반하는지 여부	피제소국 승소
U.S-Gambling 사건 (2005) 제소국: Antigua and Babuda 피제소국: U.S.	14조(a),(c), 16조	미국이 GATS의 부속서인 양허표에서 "recreational service (여가 서비스)" 목에 대하여 특별한 양허를 행한바가 없음에도 타국의 서비스공급지로부터 들어오는 도박서비스를 전면금지한 것이 서비스 공급자수 제한 등에 위반되는지 여부와 공중도덕의 보호나 공공질서 유지의 공익적 목적으로 공급자수 제한이 정당한 국내규제인지 여부	피제소국 승소 (상소절차에서 승소)
Mexico-Telecoms(2004) 제소국: U.S. 피제소국: Mexico	2조(a), Mexico 양허안에 의한 GATS Reference paper, 통신서비스에 관한 Mexico GATS 부속서	국제통화 접속료결정을 발신통화 점유율이 가장 높은 독점통신사업자가 결정하고 다른 통신사업자들은 이를 따르도록 한 조치가 접속요금을 접속원가에 근접하게 합리적이고 투명하게 제공하도록 한 통시기본협정에 관한 부속성인 Reference paper(참조문서) 준수의무에 위반되는지 여부	피제소국 패소
(이외에 Canada-Perioidicals(1997)사건은 GATS의 적용여부가 문제되기는 하였으나, 패널보고서의 주된 내용으로 다루어지지 않았다.			

2. 한편, 정부는 대규모점포의 개설허가제, 영업시간 및 영업품목 규제 등이 일응 GATS 제16조(시장접근), 제17조(내국민대우) 등의 개별규정에 저촉되면 GATS의 위반여부 심사기준인 제6조 등에 대한 별도의 검토 없이 바로 GATS에 위반되는 것인 양 주장하고 있으나, 이는 WTO의 위반심사의 방식이나 심사기준을 잘못 이해하고 있는 것입니다.

(1) GATS의 규범체계를 보면 국내규제가 제16조, 제17조 등 개별규정에 위반될 여지가 있다하여 바로 위반행위가 되는 것이 아니라 국내규제에 관한 일반원칙 조 인 GATS 제6조에서 정하고 있는 GATS 위반 판단의 일반기준인 "합리성, 객관성, 공평성 요건"을 충족하지 못하는 국내규제인지를 다시 검토하여 GATS 제6조의 위 일반판단기준에 저촉될 때 비

로소 GATS가 되는 것입니다.

(2) 예를 들어, 위 <표1>의 US-Gambling 사건에서도 미국의 3개의 연방법과 8개의 주법에서 도박서비스의 공급을 금지하고 있는 국내규제가 타국의 도박 서비스공급지로부터 들어오는 도박서비스를 전면금지한 조치로 일응 GATS 제16조 (a), (c) 규정에 의한 서비스 공급지수의 제한, 총산출량의 제한에 저촉되는 것으로 판단되지만, 그것으로 바로 GATS 위반으로 판정되는 것이 아니라, 다시 2단계로 그러한 국내규제가 GATS 제14조에서 예외적으로 국내규제의 정당성을 부여하는 일반규정인 " 공중도덕의 보호"나 "공공질서의 유지"를 위한 정당한 규제인지 여부를 심사하여 도박 및 내기 서비스의 공급제한이 공중도덕의 보호나 공공질서의 유지를 위한 정당한 규제라 하여 WTO 위반이 아니라는 판정을 받게 된 것입니다.

(3) 마치, 우리 헌법재판에서 규제조치가 헌법에 열거된 기본권을 일응 침해하거나 제한하는 것이지만, 헌법 제37조에 의하여 그 규제, 즉 기본권 제한 내지 침해의 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그 기본권 제한의 규제조치는 합헌이라고 판단하는 것과 같은 판단방식입니다.

(4) 따라서, 개설허가제, 영업품목과 영업시간 규제와 같은 중소상인 보호와 지역균형발전을 위한 규제조치가 GATS 제16조, 제17조 등의 개별조 과 저촉되는 것처럼 보이더라도 바로 GATS 위반으로 판단되는 것이 아니라 그러한 규제조치가 GATS 제6조의 국내규제의 WTO 위반 여부에 관한 판단기준인 "합리성, 객관성, 공평성"을 상실한 것인지를 검토하여 개설허가제, 영업품목과 영업시간 규제가 합리성, 객관성, 공평성을 상실한 것이라고 판단될 때 비로서 GATS 위반이 인정되게 되는 것입니다..

(5) 그리고, 위 "합리성, 객관성, 공평성"이라는 것은 앞서 본 바와 같이 우리 헌법재판에서의 헌법 제37조에 의한 기본권제한(규제)의 목적의 정당성, 헌법 제10조의 평등성 심사(현저히 불합리한 차별인지 여부) 등을 심사하는 것과 유사한 개념입니다.

(6) 이에 따라 보았을 때, 중소상인 보호와 지역균형발전을 위한 유통산업발전법 개정안이 합리성, 객관성, 공평성을 현저히 상실한 조치로 볼 수 없어서 GATS에 위반되지 않습니다.

3. 개설허가제에 대하여

(1) 공정거래법상의 시장지배자의 시장지배남용행위의 우려해소, 환경영향평가실시 및 도시계획법등 도시발전 및 정비에 관한 법률 등의 규제에 의한 도시생활공간의 쾌적화 추구, 지역소비자의 다양한 선택권보호 등의 목적을 달성함과 동시에 급격한 매출액 감소로 인하여 존폐의 위기에 놓인 영세상인의 생존권 보장을 위한 규제목적을 설정하는 것이 이러한 서비스 무역을 부당하게 제한하거나 국내서비스 공급자를 보호하기 위한 차별적 취급이라고 볼 수는 없습니다.

(2) 외국의 입법례를 보더라도 도시계획, 환경, 노동권 등을 보호하기 위해 출점을 규제하고 있는 규정들은 어렵지 않게 발견할 수 있습니다. 예를 들어 독일의 경우 도시계획적인 관점에서 대형점의 진출을 규제하고 있는데(연방건설법, 연방건축 이용령), 연면적 1,200㎡, 전용면적 800㎡ 이상의 소매시설을 허가를 받아야 하는 시설로 되어 있습니다. 특히 '건축물의 용도'를 기준으로 규제하는 것이 독일 대형점 규제의 특징이라고 할 수 있는데 연방건축 이용령에 의할 때 각 용도 지구에 허용하는 소매점의 범위를 규정하고 있고 특히 주거계 지구에서는 그 지구의 공급에 부응하는 점포만 허용되므로 대형점은 건축할 수 없도록 규정하고 있습니다. 프랑스의 경우 1996년 300㎡ 이상의 점포 개설시 허가를 의무화한 Raffarin 법을 도입하여 대형 하이퍼마켓등을 억제함으로써 프랑스 소형 소매업체들을 보호하기 위해 노력하고 있습니다. 에 의할 때 300㎡이상의 경우 허가대상으로 하고 있고 이탈리아의 경우도 일명 D.L법(Decree Legislative)에 의해 중규모 소매점은 시의 허가사 으로, 대규모 소매점은 주정부의 허가사 으로 규제하고 있습니다. 벨기에의 경우도 Padlock Law는 도시지역, 비도시지역으로 구분하여 도시지역은 연면적 1,500㎡, 전용면적 1,000㎡ 이상의 소매시설, 비도시지역에서는 연면적 600㎡, 전용면적 400㎡이상의 소매시설은 허가시설로 규제하고 있습니다.

(3) OECD 국가를 대상으로 매장 면적을 기준으로 한 제한의 경우 기준면적의 차이는 있지만 제한이 없는 경우보다(24%) 제한이 존재하는 경우가 훨씬 다수를 차지하였고[186], 전반적인 추세는 매장면적을 제한하는 경향이 강하다고 볼 수 있습니다. 또한 독일과 프랑스의 경우 규제를 더욱 강화하고 있는 현상을 볼 수 있습니다.(독일의 경우 1977년 1,500㎡를 초과하는 경우를 규제대상으로 하였으나 이를 조금 밑도는 규모의 점포가 전국 각지에 진출하면서 기존 중소소매점 중 경쟁에 도태하여 폐점하는 점포가 나타나고 도로정체등 도시계획상의 문제가 생기자 1986년 긴급 건축이용령을 개정하여 기준을 1,200㎡로 강화함. 프랑스의 경우 기존의 Royer 법상 도시인구규모에 의한 기준면적의 차이를 철폐하고 모든 지역에서 기준면적을 300㎡ 이상으로 개정함). 한편 유럽사법법원(European Court of Justice, ECJ)은 프랑스의 대형마트 규제와 관련하여 이 법이 프랑스 상점과 외국상점을 수분하지 않기 때문에 공동체법이 적용되지 않으며, 다른 유럽연합 국가의 시민이 프랑스에서 비슷한 사업을 하는 내국민과 차별하지 않으므로 비차별적이라고 결정한 바 있습니다.[187]

(4) 이처럼 대형점의 출점과 관련한 각국의 사례를 보더라도 허가제를 비롯한 각종 규제는 각국이 정당한 목적(도시계획, 소형 소매업체의 보호등)을 위해 일반적으로 도입하고 있는 것을 알 수 있습니다. 그러므로 국내외 서비스 공급자를 차별하지 않는 이러한 규제가 GATS에 위반된다는 주장은 입론의 여지가 없는 것이라 할 것입니다.

4. 특정 영업품목에 대한 규제에 대하여

(1) 특정 영업품목을 구체적으로 지정하여 판매 및 취급을 금지하는 것은 일응 "서비스영업(영업활동)의 총 수(total number) 또는 서비스의 총 산출량(total quantity)"을 제한하는 것을 금지하는 GATS협약 제16조 3 에 저촉하는 것으로 보일 수 있으나 WTO 위반인지 여부는 역시 마찬가지로 이러한 국내규제가 GATS 제6조의 '공익적 합목적성'이 인정되는 규제인지 여부에 따라 판단되는 것입니다.
(2) 대규모점포와 그 분사형태의 종합유통업의 소규모점포가 진출하여 지역경제와 중소유통업 발전에 치명적인 피해를 초래한다면 시장지배적 지위 남용에 따른 경쟁사업자 보호라는 관점에서 '공익적 합목적성'을 인정할 수 있을 것입니다.
(3) OECD 대부분의 국가에서도 소매점 운영에 대해 특별한 허가를 요구하고 있습니다. 즉 매장에서 판매할 수 있는 제품 종류에 대한 허가가 필요하거나 또는 추가적인 면허 또는 허가를 요구하는 제품 유형도 존재합니다. [188] 미국의 경우도 워싱턴 D.C. 시의회는 매장 면적의 15% 이상을 식품, 비과세 상품 매장으로 사용하지 못하도록 조례를 제정한 바 있습니다.

5. 의무휴일일수 및 영업종료시간의 제한에 대하여

(1) GATS 제16조 제2 에서 말하는 "총 수 또는 총 산출량"에 대한 제한은 '최대한도에 대한 제한'(maximum limitations)을 의미하기 때문에(미국-도박서비스사건), 의무휴일일수 및 영업종료시간의 제한은 "총 수 또는 총 산출량"에 대한 제한으로 볼 수 없습니다.
(2) 의무휴일일수 및 영업종료시간의 제한은 GATS 제6조상의 국내규제에 해당하며, 대규모점포와 재래시장/중소유통업체는 동종 서비스공급자라고 할 수 없기 때문에 대규모점포에 대한 이러한 규제는 내국민대우의무 위반이라고 할 수 없습니다.
(3) 각국도 노동자간 노동시간 불균형 해소, 고객안전확보, 종업원 보호 등을 위한 목적에서 영업시간을 규제하고 있습니다. 예를 들어 영국의 경우 Sunday Trading Act(1994년)에 의해 대형점포(점포 연면적 280㎡ 이상)는 지역 관계기간에 대한 사전 통보 없이는 일요일에 영업할 수 없으며 일요일 영업시간은 총 6시간을 초과하지 못하고, 영업시간 제한 위반시는 5천 파운드 이상의 벌금에 처하도록 하고 있습니다. [189]이탈리아의 경우도 D.L.법은 대규모 점포의 일요일 영업을 금지하고 주중에는 09-22시(하절기 23시)까지만 영업할 수 있도록 규정하고 있고 프랑스의 경우는 노동법에 의거 영업시간을 규정하는데 주중에는 22시까지 영업이 가능하나 일요일은 원칙적으로 영업을 규제하고 있습니다. 이러한 각국의 영업시간의 규제는 그 정책목적의 정당성이 인정되고 국내외기업의 구분 없이 규제가 이루어지기 때문에 GATS 위반의 여지가 없다고 할 것입니다.
(4) 프랑스는 유통산업근로자의 근로시간 보호라는 노동법적 시각에서 노동법에 의해 영업시간을 규제하고 있고(주중 22시까지 영업 가능, 일요일은 원칙적으로 금지), 일본 역시 유통산업이 유발하는 교통.소음 등 생활환경의 측면에서 접근하여 소음방지법에 의해 야간소음 방지를 위해 영업시간 제한이 가능하도록 하고 있습니다.

6. 영업품목 및 영업시간 제한의 위반시 영업정지 또는 과태료 부과

(1) 영업품목 제한명령 등의 위반시 영업정지 또는 과태료를 부과하는 조치는 GATS 제6조상의 국내규제에 해당하므로, 영업품목 제한명령 등 대규모점포점에 대한 상기 규제조치가 합리적, 객관적, 공평하고, 범규위반에 대한 영업정지 또는 과태료 부과 조치가 모든 대규모점포점을 대상으로 국내외서비스공급자에 대해 차별없이 합리적, 객관적이고 공평하게 시행된다면, 영업품목 제한명령 등이 GATS 규정에의 합치된다고 할 수 있습니다.

III. 위헌 주장에 대한 검토

1. 헌법 제15조의 직업의 자유를 본질적으로 침해한다는 주장에 대하여

(1) 정부는 대규모점포의 영업품목, 영업시간 규제와 개설 영향평가나 개설 허가제 등(이하 "개정안"의 규제라 한다.)이 대규모점포 개설자의 직업의 자유를 침해한다고 주장하고 있는데, 직업선택의 자유 내지 직업수행의 자유는 그 제한이 불가능한 절대적 기본권이 아니라 헌법 제37조의 기본권 제한의 일반적 원리에 의하여 제한이 가능한 상대적 기본권입니다.

그러므로 개정안의 규제와 같은 방식의 직업의 자유에 대한 제한은 목적의 정당성, 수단의 적절성, 과잉금지의 원칙이라는 헌법 제37조의 헌법 제37조의 기본권 제한의 법리에 위반되지 아니하고, 따라서 헌법 제123조 제2 의 지역경제의 균형발전이나 제3 의 중소기업의 보호·육성을 목적을 위해서 개정안의 규제와 같은 방식으로 직업선택의 자유 내지 직업수행의 자유(영업의 자유)를 제한한다 하더라도 그 정도가 지나치게 과도하여 입법형성권의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없어 헌법에 위반되지는 않습니다.[190]
(2) 더욱이, 현행헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고, 경제활동의 자유와 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 자유시장경제를 골간으로 하면서, 자유시장경제에 수반되는 모순들을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 광범하게 인정하고 있으므로, 전체적으로는 사회적 시장경제질서의 성격을 가지고 있습니다.[191]

그와 같은 현행헌법의 경제질서에 성격을 고려할 때, 헌법상의 경제원칙 혹은 경제정책 중 하나인 지역경제의 육성(헌법 제123조 제2), 중소기업의 보호·육성(헌법 제123조 제3) 등의 목적을 위하여 사유재산제의 원칙 및 자유시장경제의 원칙, 그 구체화로서 헌법 제15조의 직업의 자유 및 제23조의 재산권을 일부 제한하는 것은 가능한 것입니다.

(3) 직업의 자유의 제한과 관련하여 헌법 제37조 제2 의 과잉금지원칙을 구체화한 '단계이론'에 의하면, 직업의 자유는 제한 정도에 따라 낮은 단계부터 (1단계) 직업행사의 자유의 제한, (2단계) 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한, (3단계) 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한으로 구별되는바, 직업의 자유를 제한하는 경우 가장 적은 침해를 가져오는 단계에서 제한하여야 하며, 입법자가 달성하려는 목적을 낮은 단계의 제한으로 달성할 수 없는 경우에 비로소 다음 단계의 제한을 해야 합니다. 즉, 제한의 정도가 클수록 입법형성의 자유가 축소되어 위헌성 판단에서 엄격한 심사를 요하고, 특히, 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한의 경우에는 중대한 공익에 대한 명백하고 현존하는 위험을 방지하기 위한 것이어야 합니다.

(4) 이와 관련하여 대규모점포의 개설 허가제의 경우 '객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한'에 해당하여 위헌이라는 주장이 있을 수 있습니다.

물론 직업의 자유를 장소적으로 제한하는 경우에 이를 일괄적으로 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한으로 보는 견해도 있지만[192], 이는 지역 전체를 대상으로 한 일반적 제한의 경우와 특정 지역에 국한한 직업행사의 제한을 구분할 필요가 있습니다. 그 경우 특정 지역에 국한하여 직업의 자유를 제한하는 것은 직업행사의 자유에 대한 제한의 일종이라고 보는 것이 타당합니다.[193] 즉, 대규모점포 개설 허가제는 일정한 요건 하에 대규모점포 개설을 허용하는 내용이므로 일반적으로 대규모점포 영업이라는 직업을 결정할 자유를 침해하지 않는 것입니다. 대규모점포를 운영하고자 하는 자는 주거 지역 등 주변 교통 혼란, 중소상권 파괴를 유발할 가능성이 있는 일부 지역을 제외하고는 자유로이 점포를 설립할 수 있고, 위 지역에서도 환경영향평가를 거치면 일정 규모 이하의 점포를 낼 수 있기 때문입니다.

만일 직업 결정의 자유를 제한한다고 볼 수 있더라도 이는 일반적인 분포 규제가 아니라 특정 지역으로부터 일정 거리 제한을 둔 것일 뿐이므로 이를 기본권주체가 아무리 노력해도 충족시킬 수 없는 객관적 조건이라 할 수는 없습니다.

(5) 그러므로 대규모점포 개설 허가제는 직업수행의 자유의 제한에 불과하거나, 만일 이를 직업 결정의 자유의 제한으로 보더라도 주관적 사유에 의한 직업 결정의 제한이라 할 것입니다. 그렇다면 공익과의 형량상 엄격한 기준에 따를 필요가 없고 입법자에 의한 입법재량권이 인정된다 할 것이므로 과잉금지원칙에 위반되지 않습니다.[194]

나아가 직업수행의 자유(영업의 자유)는 공공질서, 공공복리에 미치는 영향이 큰 까닭에 헌법 제37조 제2 의 법률유보에 의한 폭넓은 제한이 가능하며, 그 장소, 시기, 방법 등에 관하여 상당한 규제가 가능합니다.

대법원과 헌법재판소도 기본권 제한의 방법과 그 정도의 문제에 있어서 좁은 의미의 직업선택의 자유에 비하여 직업행사의 자유(영업의 자유)에 대하여는 상대적으로 더욱 폭넓은 법률상의 규제가 가능하다 판시하고 있습니다.[195]

2. 재산권을 과도하게 규제하여 위헌의 소지가 있다는 주장에 대하여

(1) 정부는 영업의 자유 침해로 결과적으로 대규모점포 개설자의 재산권을 과도하게 침해한다고 주장하고 있으나 헌법 제13조 제2 에서 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권 박탈이나 헌법 제23조에서 보호하고 있는 재산권이란 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리를 의미하므로 구체적인 권리가 아닌 법적 지위나 기대되는 이익, 재화 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적, 법적 여건 등은 그와 같이 헌법조 들에 의하여 보장되는 대상으로서의 재산권이 아니라고 할 것입니다.[196]

(2) 영업활동은 원칙적으로 자신의 계획과 책임 하에 행위를 하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용한 것, 장래의 단순한 경제적 기회, 반사적 이익에 지나지 않는다 할 것이므로 결국 영업권은 위 헌법조 들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니하고, 그렇다면 그와 같은 헌법조 들에 의해 보장되는 재산권은 아니라 할 것입니다.[197]

(3) 만일, 영업의 자유가 재산권에 포함된다 하더라도 그와 같은 재산권은 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계에 해당한다 할 것인바, 법률로써 대규모 점포 개설자의 영업의 자유를 제한하더라도 그것은 '부진정소급입법'이라 할 것이어서 구법질서에 대하여 기대하였던 대규모점포 개설자의 신뢰보호보다도 입법권자의 입법형성권을 존중하여야 할 것이므로 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 제한될 수 있습니다.[198]

(4) 따라서 헌법 제23조의 재산권의 사회적 구속성의 원리, 헌법 제37조의 일반적 기본권 제한의 원리에 비추어 지역경제의 균형발전과 중소기업 보호를 목적으로 한 대규모점포 개설자의 영업의 자유 제한이 과도하게 재산권을 침해하는 것이라 할 수 없습니다.

3. 편의점 등 다른 업태와 비교하여 헌법 제11조의 평등권에 위배된다는 주장에 대하여

(1) 정부는 개정안의 규제가 소매시장에서 점유율이 증가하고 있는 편의점 등 다른 업태와 비교하여 대형마트나 백화점 등의 특정업태만을 차별적으로 제한하는 것이라 주장하고 있습니다.

(2) 헌법재판소는 평등권 위반 심사에 있어서 헌법 제11조에서 명문으로 그 차별을 금지하고 있는 성별, 인종, 국적 등에 관한 평등성 침해심사와 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않은 사안에 관한 평등권 침해의 심사방법을 구별하여 전자에 대하여 엄격한 심사방법을 후자에 대하여는 완화된 심사방법을 적용해야 한다고 하고 있습니다. 후자의 경우에는 그 차별의 정도가 현저히 합리성을 결여한 것이라 할 정도가 아니라면 평등권 침해에 해당하지 않는다고 판시하고 있습니다.

(3) 그런데 직업선택의 자유나 직업수행의 자유와 관련한 차별은 헌법이 명문으로 제시한 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준에 해당하지 않으므로 이와 관련한 평등권 심사에서는 완화된 심사기준, 즉 차별기준 내지 방법의 합리성 여부가 헌법적 정당성 여부의 판단기준이 되어야 할 것입니다.[199]

(4) 대규모점포와 비교되는 업태인 편의점의 경우 아직은 중소영세상인의 사업영역에서 차지하는 비율인 3% 전후로 대규모 유통점포와는 그 시장점유율이나 보호대상 중소유통상인의 영업에 미치는 영향이 비교할 수 없을 정도로 낮은 상태이고 취급하는 품목도 아직은 대규모 유통점포와 비교하여 광범위하지 않습니다. 따라서 대규모점포에 대하여는 개정안의 규제와 같은 입법을 취하면서 편의점에 대하여는 이러한 규제를 실시하지 않는 것은 입법정책상 재량의 문제일 뿐이고 장래에 편의점의 경우도 그 시장영향력이 현저히 증대하고 다루는 품목 등이 늘어나 보호대상 중소영세상인의 사업영역에 심대한 영향한 미치게 된다면 그 때 입법적으로 편의점 업태의 영업의 자유를 제한하는 입법을 추진할 수 있는 것으로 이러한 차별적 입법대응을 두고 현저히 합리성을 결여한 차별조치라 할 수는 없습니다.

4. 개정안의 규제가 헌법 제10조, 제124조 등에 근거한 소비자의 일반적 선택의 자유 내지 소비자의 편익을 과도하게 침해하여 위헌의 소지가 있다는 주장에 대하여

(1) 개정안의 규제와 관련하여 문제가 되는 소비자의 권리는 소비자가 물품과 용역을 사용 또는 이용함에 있어 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다는 내용의 '자유로운 선택권'입니다.

(2) 한편 그와 같은 소비자의 자유로운 선택권이 실현되기 위해서는 독과점의 금지, 공정거래의 보장, 유통구조의 개선 등이 이루어져야 하는데, 만일 대규모점포에 대한 영업 규제가 실시되지 않는다면 단기적으로는 소비자의 자유로운 선택권이 보장될 수도 있겠지만 장기적으로는 지역의 다양한 상권 및 유통경로의 붕괴 등으로 인하여 소비자의 자유로운 선택권이 더욱 침해될 가능성이 매우 높습니다. 그와 같은 이유로 개정안의 규제가 곧바로 헌법상의 소비자의 권리를 침해를 의미하지는 않습니다.

(3) 개정안의 규제와 관련하여서는 헌법 제123조에 의하여 보호되고 있는 경제적 약자인 중소상인의 보호받을 권리와 소비자들의 일반적 선택의 자유가 충돌하는 기본권 충돌의 문제가 발생하고 있습니다. 그와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우에는 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(= 규범조화적 해석) 등을 들 수 있는데, 충돌하는 기본권이 성격과 태양에 따라 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결해야 합니다.

그런데 충돌하는 기본권 사이에 절대적 우열이 인정되지 않는 경우 두 기본권을 합리적으로 조화시켜 두 기본권이 그 정도가 제한되더라도 모두 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 규범조화적 해석의 원리가 기본권 충돌의 일반적인 해결원리입니다.[200]

(4) 여기서 헌법 제10조의 행복추구권의 파생권리인 소비자의 일반적 선택의 자유도 그 제한이 가능한 상대적 기본권이고 헌법 제123조 등에 의하여 보호되는 중소기업의 영업권과 비교하여 우위의 기본권이라 할 수는 없습니다. 따라서 두 기본권의 합리적 조화원칙에 의하여 기본권 충돌의 문제를 해결해야 할 것이고, 그렇다면 지역경제의 균형발전, 중소기업 보호 등의 정당한 목적에 의하여 소비자의 선택의 자유가 일부 제한된다고 하여 그것만으로 그 기본권이 본질적으로 침해되었다거나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수는 없습니다.[201]

(5) 참고로 독일의 경우 대규모점포의 개설시 지역경제에 미치는 영향을 분석하여 지역경제의 중소상인에 미치는 정도가 매출액 대비 10% 이상일 때 그 영업의 자유를 제한하는 입법을 취하고 있는데, 이러한 점에 비추어 보아도 대규모점포의 개설이 지역경제에 미치는 영향을 분석하여 그 정도에 따라 영향이 광범위할 경우 입점을 제한하거나 영업시간 제한이나 영업품목 제한의 조건을 붙여 허가 등을 하는 방법은 소비자의 선택권을 본질적으로 침해하는 것이 아니라 할 것입니다.

5. 개설등록제를 이미 폐지된 개설허가제로 전환하는 개정안에 대한 위헌 주장에 대하여

(1) 신고는 영업을 개시한다는 것을 관할관청에 보고하는 사인의 공법행위로서 신고제에서는 별도로 영업 개시에 필요한 관할관청의 행정처분을 요하지 않으므로 직업수행의 자유(영업의 자유)의 기본권 제한의 정도에 있어서는 가장 낮은 수준의 규제라 할 수 있습니다. 한편 등록제는 직업수행의 자유를 일반적으로 허용하되 일정한 등록요건을 갖추어 관할관청에 등록할 것을 요건으로 하는 것입니다. 그리고 허가제는 기본권 행사를 일정한 공익적 목적을 위하여 일반적으로 금지하되, 예외적으로 기본권 제한의 목적에 반하지 않는 경우 일정한 요건을 갖추어 그 기본권의 행사를 허용하는 것입니다. 따라서 허가제는 등록제에 비하여 기본권 제한의 정도가 좀 더 강한 것이라 할 것입니다.

그에 따라 등록제에서 허가제로 대규모점포 개설의 요건을 강화하는 것은 대규모점포 개설자의 직업선택의 자유 내지 직업수행의 자유의 제한을 더 강화하는 것이어서 이미 등록제로 영업을 개시한 대규모점포 개설자에 대한 신뢰보호의 원칙 내지 소급입법에 의한 재산권 침해금지 위반의 위헌시비가 발생할 수 있습니다.

(2) 신뢰보호원칙이란 행정기관의 적극적, 소극적 행위의 정당성 또는 존속성에 대한 개인의 보호가치 있는 신뢰를 보호해 주는 원칙을 말합니다. 그런데 신뢰보호원칙은 그 성립요건을 충족하더라도 언제나 그 효과를 주장할 수 있는 것이 아니며, 이를 일괄하는 경우에는 행정의 법률적합성의 원칙과 충돌하게 됩니다. 따라서 법률적합성의 원칙을 관철하여야

할 공익과 당사자의 신뢰보호라는 사익을 개별적으로 비교형량하는 과정을 통하여 신뢰보호원칙의 우월적 적용이 인정되는 경우에만, 이에 반하는 행정작용이 위법하게 되는 것입니다.

그런데 지역경제의 균형발전이나 중소기업 보호 등의 헌법의 정책이념 달성이라는 공익을 이미 등록제에 의하여 영업을 하고 있는 대규모점포 개설자의 사익과 비교형량 할 때, 개정안에서 개설 허가제를 도입하면서 이미 등록제로 대규모점포를 개설하여 영업을 하고 있는 자에 대하여 일정한 유예기간을 부여하여 허가를 받도록 함으로써 대규모점포 개설자의 신뢰이익을 고려한다면 그와 같은 개정안을 과잉금지 원칙에 위반되거나 신뢰보호의 원칙에 위반되는 된다 할 수 없습니다.[202]

(3) 또한 정부는 대규모점포의 개설에 대하여는 이미 허가제를 폐지하고 등록제로 전환했는데, 다시 허가제를 부활하는 것은 규제철폐를 통하여 산업경쟁력을 높이고자 한 기존의 규제완화정책에 반하는 것이어서 이에 따른 대규모점포 개설자의 정책에 대한 신뢰보호원칙이 손상되어 위헌시비가 발생할 개연성을 지적하고 있습니다.

그러나 법률이나 행정정책은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이고 이는 일반적으로 예측할 수 있으므로 기존 법률에 의해 생긴 신뢰이익은 법률개정의 이익에 절대적으로 우선하는 것은 아니고, 적당한 유예기간을 두는 경과규정에 의하여 보호될 수 있는 것이라 할 것입니다.[203]

(4) 그렇다면 종전에 등록제로 영업을 개시하고 있는 대규모점포에 대하여 이미 효력을 발생하고 있는 등록을 허가받은 것으로 간주하거나 일정한 유예기간을 두고 허가의 요건, 예를 들어, 지역경제에 미치는 영향에 대한 영향평가 등을 새로이 받아 허가를 받거나 영업시간 제한이나 영업품목의 제한을 받도록 하는 것은 모두 입법정책적 재량의 문제로서 그 유예기간이 지나치게 단기간이어서 새로운 허가에 대비하기 불가능한 것이 아닌 한 신뢰보호의 원칙이나 소급입법금지의 원칙에 위반된다고 할 수는 없습니다.

2009. 9.

민주사회를 위한 변호사 모임

<별첨 1>

대규모점포 및 SSM의 영업규제와 관련한
정부의 위헌론 및 국제법위반론의 요지[204]

1. 중소유통업 보호를 위한 영업품목의 제한의 개정안에 대하여 정부는

① WTO 규범상 영업품목 제한은 직접적인 시장접근 제한으로서 WTO 서비스협정(GATS[205]) 제16조 제2 '양허표에 기재하지 않으면 쿼터나 경제적 수요심사를 통한 서비스 거래 또는 서비스 영업량이나 산출량의 제한을 할 수 없다.'는 규정에 위반된다.

② 영업품목 제한명령 위반시 영업정지 또는 과태료 부과조치는 처벌은 GATS 제6조 제4 나목 '인가요건과 절차 등과 관련된 조치가 서비스의 질을 보장하기 위하여 필요 이상의 부담을 지우는 것이 아닐 것' 조 과 제16조 제2 가목 '수량쿼터, 독점, 배타적 서비스 공급자 도는 경제적 수요심사 요건의 형태여부에 관계없이 서비스 공급자의 수에 대한 제한을 하지 않을 것'의 조 에 위반된다.

③ 대규모점포 개설자의 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 본질적으로 침해하고 헌법 제10조에 근거한 소비자의 일반적 선택의 자유 및 헌법 제23조의 재산권을 과도하게 제한하여 위헌이다.

④ 모든 업태가 아닌 대형마트, 백화점 등 특정업태를 대상으로 제한하는 것은 헌법 제11조의 평등권을 침해하여 위헌의 소지가 있다.

등의 주장을 하고 있습니다.

2. 영업일수 준수 및 영업시간 제한의 개정안에 대하여 정부는

① 영업일수 및 영업시간 제한은 국내 및 외국 대규모점포에 대한 차별없는 규제라 하더라도 실질적으로 대규모점포 형태로 국내에 진출한 외국인에 대한 사실상의 차별로 볼 수 있으므로 WTO 서비스협정(GATS) 제17조 제1 내국민대우 규정의 위배소지가 높고 동 조 이 비록 국내규제에 해당된다고 하더라도 제정취지가 명백하게 경쟁조건의 변경을 의도하고 있기 때문에 외국계 대형할인점 등 이해 당사자가 내국민대우 위배를 근거로 불만을 제기할 경우 통상마찰이 불가피할 것이다.

② 영업일수 및 영업시간 제한 위반시 영업정지 또는 과태료 부과조치는 처벌은 GATS 제6조 제4 나목 '인가요건과 절차 등과 관련된 조치가 서비스의 질을 보장하기 위하여 필요 이상의 부담을 지우는 것이 아닐 것' 조 에 위반된다.

③ 영업시간을 제한하더라도 소비자의 구매패턴 등을 감안할 때 재래시장 등으로의 구매 유인효과는 높지 않고, 오히려 대형마트를 이용하는 소비자의 불편이 초래될 것이다.

④ 소매시장에서 점유율이 계속 증가하고 있는 편의점[206] 등 다른 업태와의 형평성 문제가 제기될 수 있다.

등의 주장을 하고 있습니다.

3. 개설영향평가 또는 공청회 실시 의무화에 관한 개정안에 대하여 정부는

① 개설영향평가 결과가 대규모점포 개설여부에 영향을 준다면, 사실상 '경제적 수

요심사'에 의한 서비스공급자 수의 제한으로 간주되어 GATS 제16조 제2 의 '시장접근' 제한 금지조 에 위배될 소지가 있다.

② 대규모점포 개설시 설명회, 공청회 개최는 편의성과 집값상승 등을 기대하여 찬성하는 지역주민들과 생존권을 이유로 반대하는 중소상인들의 입장차이로 갈등을 유발 가능성이 높고, 지방자치단체도 도입에 반대한다.

③ 환경영향평가법 제14조에 규정되어 있으므로 중복규제이다.

등의 주장을 하고 있습니다.

4. 대규모점포 개설허가제 관련 개정안에 대하여 정부는

① GATS 제16조 제2 에서 금지하고 있는 '경제적 수요심사'를 통한 서비스 공급자 수의 제한으로 간주될 가능성이 높아 우리 정부가 이미 제출한 양허사 에 위반된다.

② GATS 제21조는 일정한 절차를 거쳐 양허를 수정하거나 철회할 수 있는 규정이 있으나, 양허를 수정하거나 철회하는 경우 이에 따른 보상의무가 따라고 우리 경제의 대외이미지에 부정적인 영향 등을 초래한다.

③ 이미 폐지된 허가제를 다시 도입하는 것은 규제철폐를 통하여 산업경쟁력을 높이고자 하는 기존의 정책에 반하고, 유통산업발전에 부담으로 작용할 가능성이 크다.

④ 소비자 선택권과 편익을 침해할 소지가 크다.

등의 주장을 하고 있습니다.

<별첨 2>

각국의 유통업 규제 방식

국가	출점규제	품목규제	영업일수 ·시간 규제
프랑스	○대형점과 중소소매점의 경쟁관계를 조정하는 관점에서 도시계획, 토지이용 규제와 연동(1996년 Raffain법) ○300㎡ 이상을 허가대상으로 규제		○노동법에 의거 영업시간을 규정함 ○주중에는 22시까지 영업이 가능하나 일요일은 원칙적으로 금지됨
독일	○지역개발 및 도시계획에 의거 규제(연방건설법) ○연면적 1,200㎡, 전용면적 800㎡이상의 소매시설은 허가	○도심성 상품품목과 비도심성 상품품목을 분류하여 운영	○유통업체 종업원의 휴식권 보장 및 가정생활 보호를 위해 모든 상점에 공통으로 영업시간을 제한함(상
	를 받도록 함 ○연방건축 이용령에 의할 때 주거계 지구에서는 지구의 공급에 부응하는 점포만 허용되므로 대형점은 건축할 수 없도록 규정 ○대형마트가 들어서기 전에 기존 상권에 어떤 영향을 미치는지를 조사하여 인근 소규모 상가들이 기존 매출의 10%가 넘는 타격을 받을 경우 대형마트 진출이 백지화 되도록 '10% 가이드라인'을 명문화하여 기존 소규모 상가의 보호를 도모함		점영업시간 제한법) ○모든 상점은 평일, 토요일 6시부터 20시까지 개점하며, 일요일은 폐점하도록 함
영국	○지역발전과 도시계획상의 규제를 통한 출점 규제. 즉 영국에서의 유통점 규제는 지방수준에서 관리되는 토지 및 건축물의 종합적인 통제시스템에 의존하고 있으며 이를 위해 허가제를 취함		○Sunday Trading Act에 의해 대형점포(점포 연면적 280㎡이상)는 지역 관계기관에 대한 사전 통보 없이는 일요일에 영업할 수 없으며 일요일 영업시간은 총 6시간을 초과할 수 없도록 함. 영업시간 제한 위반시 5천 파운드의 벌금에 처함
벨기에	○Padlock Law에 의해 도시지역에서는 연면적 1,500㎡, 전용면적 1,000㎡ 이상의 소매시설을, 비도시 지역에서는 연면적 600㎡, 전용면적 400㎡ 이상의 소매시설을 허가시설로 규제		
이탈리아	○D.L.법(Decree Legislative)상 중규모 소매점은 시의 허가사 , 대규모 소매점은 주정부의		○D.L.법에 의해 노동자간 노동시간 불균형 해소와 고객안전확보 차원에서 일

	허가사 으로 정함 (인구 1만명 이하 시의 경우 1,500㎡, 인구 1만명 이상 시의 경우 2,500㎡ 이하)		요일, 공휴일은 영업을 금지하고 주중에는 9~22시(하절기 23시)까지만 영업을 하도록 함
미국		○워싱턴 D.C. 시의회는 매장면적의 15%이상을 식품/비과세 상품 매장으로 사용하지 못하도록 조례를 제정함	○종교를 배경으로 지방자치단체 수준의 「일요일 폐점법」(Sunday Closing Law)가 존재
일본	○대규모 점포 출점시 생활환경문제(교통혼잡, 소음, 폐기물)로 제한 가능함(대규모 점포 입지법) ○1,000㎡ 이상의 점포 개설시 신고를 하도록 함 ○도시계획법상 지정된 지구(상업·주택지구 등)의 성격에 따라 출점 제한		○소음방지법에 의해 야간 소음방지를 위해 영업시간 제한이 가능

<별첨 3>

WTO에 제소된 GATS 위반 사건의 개요

1. EC - Banana 사건

이 사건은 EC가 바나나 수입과 판매의 쿼터를 배정하면서 정치적 고려에 따라 바나나 수출국을 3개의 그룹유형으로 구별하여 수량쿼터를 제한하여 문제가 된 사례이다. ACP국가들은 Lomé 협정에 의하여 EC로부터 특별대우를 약속받은 70여개의 아프리카, 카리브해 연안 및 태평양 지역의 대부분 서유럽 국가들의 구 식민지 국가를 말하는데, ACP국가는 다시 원래부터 ACP국가로 지정된 국가(전통ACP국가)와 이후에 지정된 국가(비전통ACP국가)로 나뉜다. BFA 국가는 EC와 바나나 협정을 체결한 국가들이다. 라틴아메리카의 바나나 수출국가들인 에콰도르, 과테말라, 온두라스, 멕시코 및 미국은 EC가 위 ACP국가 및 BFA국가들에 대하여 수입쿼터 배정 등에서 특혜를 주어 GATS 제2조의 최혜국 대우원칙과 제17조의 내국민과의 동등대우원칙에 위반했다며 비하여 WTO에 EC를 제소한 사건이다.

(1) 국가그룹별 수입유형의 구분

EC는 바나나의 수입 유형을 ① 전통 ACP 12개 국가로부터 일정한 쿼터를 정하여 수입되는 유형, ②) 위 ①의 수입쿼터를 초과하여 전통 ACP 국으로부터 수입되는 유형과 비전통 ACP 국으로부터 수입되는 유형 ③ 제3국으로부터 수입되는 유형의 3가지로 구별하였다.

(2) 국가그룹별 관세의 차별

EC는 ① 수입유형의 수입물량에 대해서는 수입물량에 상관없이 무관세, ② 수입유형에 대해서는 90,000톤까지는 무관세, 이를 초과한 물량에 대해서는 관세를 부과하고 ③ 수입유형에 대해서는 쿼터적용없이 수입물량 전부에 대하여 관세를 부과하였다.

(3) 국가그룹별 수입물량의 차별

수입되는 물량에 대해서도 ① 유형의 국가에 대하여 수입물량을 제한하지 않고 ②,③ 유형의 국가에 대해서는 쿼터를 두어 수입물량을 제한하였다. (이와 같이 국가별로 차별을 두어 관세와 수입쿼터를 차등부과하는 것이 GATT 13조 위반이라고도 제사하였다.)

(4) 국가그룹별 중개수입업자의 수입권 면허의 차별

EC는 전통 ACP국가로부터 바나나를 수입하는 수입중개업자에 대하여는 수입중개업자 수입면허에 차별을 두지 않으면서, 비전통 ACP국가 및 제3국으로부터 바나나를 수입하는 수입중개업자는 활동영역별로 1차 수입업자, 2차 수입업자, 숙성업자로 수입면허를 구분하여 각 수입면허별로 수입물량에 차등을 두었다. 이에 따라 비전통 ACP국가와 제3국으로부터 바나나를 수입하는 중개업자의 수입물량이 줄어 들어 결과적으로 전통 ACP국가와 비교하여 비전통 ACP국가와 제3국의 바나나 수입쿼터물량이 줄어들게 되었다.

(5) 국가그룹별 수입허가절차의 차별

전통 ACP 국가에 대하여는 수출증명서 발급을 면제하면서 비전통 ACP국가와 제3국의

경우에는 수출 증명서를 발급하도록 하였다. 또한, 허리케인 수입허가라 하여 허리케인으로 인하여 EC시장에 바나나를 공급할 수 없게 된 특정 업자들에게 특혜수입허가장을 부여하는 등 여러 차별적인 수입허가제도를 운영하기도 하였다.

(6) 소결

결국, 과거 EC 국가의 구식민지의 역사경험 등의 정치적 고려에 의하여 바나나 수출국가를 3개 그룹국가별로 유형화한 후 구식민지국가들에 유리하게 관세, 수입물량쿼터, 관련 중개업자의 수입면허, 수입허가절차에 차별을 둔 것이 GATS 제2조와 제17조의 최혜국 대우, 내국민과의 동등대우 원칙에 위반된다는 이유로 GATS 위반 판정을 받게 된 것이다.

2. U.S v. Mexico- Telecoms 사건

통신분야는 각국 정부의 통제가 강하고 정부의 명시적, 묵시적 지시에 의하여 사업환경이 변할 수 있는 분야인 만큼 WTO 체제에서는 기본통신협상에 참여한 국가는 통신시장 규제제도에 관한 일반적이고 기본적인 규제원칙을 문서로써 합의하도록 하고 있다. 이러한 문서를 Reference paper(참조문서)라 하는데, 이 사건은 멕시코가 기본통신협정에 관한 참조문서의 조 을 준수하지 않고 있다는 이유로 미국이 멕시코를 WTO에 제소한 사건이었다.

외국의 통신사업자가 특정국가로 송수신되는 국제 전화서비스를 제공하기 위해서는 그 국가통신 설비와 접속되어야 하는데, 멕시코 정부는 국제통화 송수신을 위하여 외국의 통신망(public telecommunication network)에 접속할 수 있는 통신사업자를 멕시코 정부가 발급하는 IGO(International Gateway Operator)면허를 받은 통신사업자로 제한하고 있었다. 멕시코의 국제통신 시장은 Telmex의 독점체제였으나 1997년부터 경쟁체제로 전환하여 분쟁당시 27개 통신기반시설 사업자가 멕시코 국제통신 시장에서 영업을 하고 있었고 그 중 2개 회사가 미국계회사이었다. 이 중 11개 통신사업자가 IGO 면허를 받아 국제전화 중계서비스 영업을 하고 있었다. 그러나, 국제통화 접속요금은 발신통화 점유율이 가장 높은 사업자(결국, Telmex)가 독점적으로 외국의 사업자와 협상하여 결정하도록 하고 있었고, 이렇게 결정된 국제통화 접속료 요금에 따라 국제통화 송수신을 위한 상호접속이 어느 통신사업자에게 배정이 되든지 동일한 요금이 적용되도록 되어 있었다. 그리고, 착신통화 서비스에 대한 수익은 그 총 수익을 각 통신사업자의 발신통화 점유율대로 나누어 갖는 방식으로 운영되었다.

미국은 Telmex가 멕시코 통신시장에서 반경쟁적인 행위를 하고 있는데도 멕시코 정부가 이를 통제하지 못하여 위 참조문서 제1조 제1 을 위반하였고, 국제통화 접속료는 위 참조문서 제2조 제1,2 에 의하여 접속원가에 근접한 가격(cost-oriented)으로 합리적으로 투명하게 결정되어야 한다고 규정하고 있음에도 불구하고 위 Telmex가 이러한 국제통화 접속료를 원가에 근접한 가격으로 제공하지 못했고 Telmex가 협상한 접속료 외에는 다른 접속료를 이용하지 못하게 한 것이 위 참조문서 제2조 위반이라는 이유로 멕시코 정부를 WTO에 제소하였다.

멕시코는 위 참조문서를 체결하면서 멕시코 정부가 시행하고 있는 것과 같은 국제통화료 결정방식 등에 대하여 기본통신협정에 관한 위 참조문서에 이를 반영하기 위한 수정이나 유보를 전혀 하지 않았다. WTO 패널은 멕시코가 기본통신협정 체결시 자신의 양허표에 참조문서를 수정 없이 수용하겠다고 명시하였으므로 참조문서상의 의무를 준수할 책임이 있고, 멕시코가 부과한 상호접속료가 원가를 훨씬 상회하는 수준이이며, 상호접속료의 결정방식에 대하여도 Telmex가 협상한 가격을 다른 통신사업자들은 일률적으로 부과하도록 되어 있고, 상호접속료 시장은 자유경쟁체제가 아니라 발신 서비스 점유율에 따라 나누어 갖는 형태이므로 경쟁체제라고 할 수 없다고 하여 미국의 주장을 모두 받아 들이는 판정을 하였다.

결국, 이 사건은 서비스요금 결정을 어느 한 국가의 독점적 서비스업자가 결정하게 되면 다른 국가의 서비스업자들도 그러한 독점적구조로 결정된 과다한 서비스가격을 그대로 적용받도록 한 조치가 GATS의 조 이 아니라 그 부속서인 참조문서의 준수의무 위반에 해당된다는 판정을 받은 사건입니다.

3. Antigua & Barbuda v. US- Gambling Services 사건

이 사건은 미국이 GATS 협정을 체결하면서 “Recreational Service(여가서비스)” 목에서 특별한 양허를 행한바가 없음에도 불구하고, 미국의 3개의 연방법과 8개주의 법률이 한 회원국의 영토로부터 다른 회원국의 영토로 제공되는 ‘도박 및 내기 서비스’의 공급(mode 1)을 제한하는 것은 GATS 제16조 (a),(c) 규정에 의한 서비스 공급자의 수의 제한, 총산출량의 제한에 위반된다며 Antigua & Babuda가 미국을 WTO에 제소한 사건이다.

미국은 “도박과 내기 서비스”를 금지하고 있는 연방법 3개와 8개의 주법률은 GATS 제14조 제2 의 국가간 서비스의 시장접근을 제한할 수 있는 예외사유인 “공중도덕의 보호”, “공공질서의 유지”를 위해 제정된 것이라고 변하였다.

WTO 패널은 미국이 양허표에서 ‘도박 및 내기 서비스’에 대한 특별한 양허를 표시하지 않았음에도 3개 연방법과 8개의 주법을 통해 GATS 14조에 일치하지 않는 방법으로 Antigua & Barbuda의 서비스 시장 접근을 금지하였으며, 미국의 이러한 국내법들이 ‘공중도덕의 보호’와 ‘공공질서의 유지’를 위해 도입되었다는 점을 미국이 이를 입증하지 못하였다고 판정하였다. 그러나, 이에 대하여 WTO의 상소기구는 패널의 판정을 번복하면서, 미국의 법률들은 ‘공중 도덕의 보호’와 ‘공공질서의 유지’를 위해 도입되었고, 이를 유지하기 위하여 필요한 조치라는 점을 미국이 입증하였다고 판정하였다.

이 사건에서도 GATS 제16조와 같은 개별조 에 국내법규가 일응 저촉된다 하더라도 바

로 GATS 위반이 되는 것이 아니라 GATS 제14조 제2 예외조 인 "공중도덕의 보호"와 "공공질서의 유지"와 같은 공익적 목적의 정당한 규제인지 여부를 다시 검토하여 최종적으로 WTO 위반여부를 결정하게 된다는 사실을 잘 알 수 있습니다.

<별첨 4>

유통산업발전법 개정안의 각 규제와 관련된
GATS(서비스무역에 관한 일반협정)조항

◇ 제6조(국내규제)

○ 제6조 제1 : 구체적 약속이 행하여진 분야에 있어 각 회원국은 서비스무역에 영향을 미치는 일반적으로 적용되는 모든 조치가 합리적이고 객관적이며 공평한 방식으로 시행되도록 보장한다.

○ 제6조 제2 가목 : 각 회원국은 영향을 받는 서비스 공급자의 요청에 따라 서비스무역에 영향을 미치는 행정결정을 신속하게 검토하고, 정당화되는 경우 행정결정에 대한 적절한 구제를 제공할 사법, 중재, 또는 행정 재판소 또는 절차를 실행가능한 한 조속히 유지하거나 설치한다. 이러한 절차가 관련 행정결정을 위임받은 기관과 독립적이지 아니한 경우 회원국은 동 절차가 실제에 있어서 객관적이고 공평한 검토를 제공하도록 보장한다.

○ 제6조 제3 : 구체적약속이 행하여진 서비스의 공급을 위하여 승인이 요구되는 경우 회원국의 주무당국은 국내법과 규정에 의하여 완전하다고 간주되는 신청서의 제출 이후 합리적인 기간내에 신청자에게 동 신청과 관련된 결정을 통보한다. 신청자의 요청이 있는 경우 회원국의 주무당국은 부당한 지연없이 신청의 처리현황에 대한 정보를 제공한다.

○ 제6조 제4 : 자격요건과 절차, 기술표준 및 면허요건과 관련된 조치가 서비스무역에 대한 불필요한 장벽이 되지 아니하도록 보장하기 위하여 서비스무역이사회는 자신이 설치할 수 있는 적절한 기관을 통하여 모든 필요한 규율을 정립한다. 이러한 규율은 이러한 요건이 특히 다음을 보장하는 것을 목적으로 한다.

가목 : 서비스를 공급할 자격 및 능력과 같은 객관적이고 투명한 기준에 기초할 것

나목 : 서비스의 질을 보장하기 위하여 필요한 정도 이상의 부담을 지우는 것이 아닐 것

다목 : 허가절차의 경우 그 자체가 서비스공급을 제한하는 조치가 아닐 것

○ 제6조 제5 가목 : 회원국이 구체적 약속을 한 분야에서는 제4 에 따라 정립되는 각 분야별 규율이 발효할 때까지 회원국은 그러한 구체적 약속을 아래와 같은 방식으로 무효화하거나 침해하는 면허 및 자격요건과 기술표준을 적용하지 아니한다.

(1) 제4 가호, 나호 또는 다호에 규정된 기준과 합치하지 않는 방식 그리고

(2) 이 분야에서 구체적 약속이 이루어졌을 당시 그 회원국에 대하여 합리적으로 기대할 수 없었던 방식

◇ 제16조(시장접근) 제1항, 제2항 나목과 다목

○ 제16조제1 : 다른 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에 대해 자기나라의 양허표상에 합의되고 명시된 제한 및 조건하에서 규정된 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.

○ 제16조제2 : 시장접근 약속이 행해진 분야에서 자기나라의 양허표상에 달리 명시되어 있지 아니하는 한, 회원국이 자기나라의 일부지역이나 혹은 전영토에 걸쳐서 유지하거나 채택하지 아니하는 조치는 다음과 같이 정의된다.

가. 수량쿼타, 독점, 배타적 서비스 공급자 또는 경제적 수요심사 요건의 형태여부에 관계없이, 서비스 공급자의 수에 대한 제한

나. 수량쿼타 또는 경제적 수요심사 요건의 형태의 서비스거래 또는 자산의 총액에 대한 제한

다. 쿼타나 경제적 수요심사 요건의 형태로 지정된 숫자단위로 표시된 서비스 영업의 총 수 또는 서비스의 총 산출량에 대한 제한

라. 수량쿼타 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로 특정 서비스분야에 고용되거나 혹은 한 서비스 공급자가 고용할 수 있는, 특정 서비스의 공급에 필요하고 직접 관련되는, 자연인의 총 수에 대한 제한

마. 서비스 공급자가 서비스를 제공할 수 있는 수단인 법인체나 합작투자의 특정 형태를 제한하거나 요구하는 조치

바. 외국인 지분소유의 최대 비율한도 또는 개인별 투자 또는 외국인 투자합계의 총액 한도에 의한 외국자본 참여에 대한 제한

◇ 제17조(내국민대우) 제1항 : 자기나라의 양허표에 기재된 분야에 있어서 양허표에 명시된 조건 및 제한을 조건으로, 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에게 서비스의 공급에 영향을 미치는 모든 조치와 관련하여 자기나라의 동종 서비스와 서비스 공급자들에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.

◇ 제21조(양허표의 수정) 제1항, 제2항 나목과 다목

○ 제21조제1 : 회원국(이 조에서는 "수정회원국"이라 한다)은 약속의 발효일로부터 3년이 경과한 후에는 언제라도 이 조의 규정에 따라 자기나라의 양허표상의 어떠한 약속도 수정 또는 철회할 수 있다.

○ 제21조제1 가목 : 제안된 수정 또는 철회로 인하여 이 협정상의 자기나라의 혜택이 영향을 받을 수 있는 회원국의 요청이 있는 경우 수정 회원국은 필요한 보상조정에 대한 합의를 도출하기 위하여 협상을 개시한다. 이러한 협상과 합의에 있어서 관련회원국은 이러한 협상 이전의 구체적 약속에 관한 양허표에 규정된 것에 비하여 무역에 더 불리하지 아니한 호혜적 약속의 일반적 수준을 유지하도록 노력한다.

○ 제21조제1 나목 : 보상조정은 최혜국대우에 기초하여 이루어진다.

바. 주요국의 대규모소매점 규제 현황[207]

1) 주요국의 대규모소매점 규제 현황

□ 일정 규모의 이상의 대규모 소매점과 관련된 법률을 따로 두고 있는 나라로는 일본과 프랑스가 있음

□ 다른 대부분의 국가에서는 도시계획이나 지역개발의 측면에서 대규모 소매점과 관련된 규제를 시행하고 있음

□ 본 회답서에서는 일본과 프랑스, 그리고 미국, 영국, 독일의 사례를 살펴봄

2) 일본

가) 「대점 (大店法)」[208]의 주요 내용

□ 일본의 대규모점포에 대한 규제는 1974년 제정된 「대점법(大店法)」을 근거로 이루어져 왔음

○ 「대점법」은 소비자의 이익확보, 주변 중소소매업의 사업활동 기회확보, 소매업의 정당한 발달을 목적으로 한 것으로, 특히 중소소매업자의 보호에 주안을 둔 법률임

○ 1974년 법이 시행된 이후에도 전국 각지에서 대규모점포와 중소소매점포간의 분쟁구도가 계속되자, 70년대 후반 정부는 대규모점포에 대한 규제를 강화함

- 1978년 법률 개정으로 대상면적 축소를 통한 규제대상 확대, 사업활동조정협의회의 설치 등이 이루어짐

○ 이후 국가유통비전을 통해 1984년에는 대형점포와 중소소매점포의 공존공영을 제안하고, 1989년에는 운용 적정화를 제시함

□ 법의 적용대상

○ 「대점법」에 적용되는 대규모소매점포는 건물 내 점포면적의 합계가 500㎡이상임

- 건물 내 점포면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 곳은 통상산업장관에게, 이하인 곳은 도도부현지사에게 신고하도록 함<법 제3조 1 >

○ 점포의 설치자뿐만 아니라 당해 점포에서 소매업을 영위하려는 자 역시 영업 개시일 5일 전까지 통상산업장관 또는 도도부현지사에게 신고하는 것이 의무<법 제5조 1 >

□ 영업개시 제한

○ 통산산업장관 또는 도도부현지사는 설치자의 신고를 받은 경우 당해 소매업의 사업활동에 대하여 조정이 이루어질 것이라는 뜻을 공시해야 함<법 제4조 1 >

186) Regualtary Reform In Retail Distribution (OECD Economic Studies NO. 32, 2001/1)
187) Ministere Public v. Andre Gauchard 사건
188) 유통규제 국가비교 연구: OECD 국가를 중심으로(규제연구 2003년 제12권 제2호, 노전표)
189)「 WTO 유통업 개방의 반성과 대안 」(왕상한 저)
190) 헌재 1999.7.22. 선고 98헌가5, 헌재 1996.10.31. 선고 93헌바14, 헌재 1998.11.26. 선고 97헌바31
191) 헌재 2001.6.28. 선고 2001헌마132
192) 영, 한국헌법론, p.452 각주 참조.
193) 계희열, 헌법학 중, p.466 각주 69
194) "직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공 리 공 상의 이유로 비교적 은 법 상의 규제가 가능하다."(헌재 2004.10.28, 선고 2002헌바41)
195) 대법원 1993.10.26. 선고 93초104 "식품 객영업자에 대하여 영업시간에 관한 필요한 제한을 할 수 있도 한 식품위생법 제30조는 공공 리와 질서유지를 위하여 필요한 제한을 하고 있는 것으로서, 그 제한이 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하거나 국민의 평 권을 침해하여 헌법 제37조 제1항, 제2항 후단, 제11조 에 위반되는 위헌의 규정이라 할 수 없다.", 동일 지의 헌재 2001.6.28. 선고 2001헌마132 결
196) 헌재 1996.8.29. 선고 95헌바36, 1997.11.27. 선고 97헌바10
197) 헌재 2000.7.20. 선고 99헌마452
198) 헌재 1989.3.17. 88헌마1
199) 헌재 2001.6.28. 2001헌마132
200) 헌재 1991.9.16. 선고 89헌마165
201) 헌재 1999.7.22. 선고 98헌가5 " 주의 공급구역제한제도로 인하여 부득이 다소간의 소비자선 권의 제한이 발생한다고 하더라도 이를 두고 행 구권에서 파생되는 소비자의 자기결정권을 정당한 이유 없이 제한하고 있다고 수 없다."
202) 헌재 2009.04.30 선고 2007헌마103호 결정은"개정 게임법 부칙 제2조 제2항은 개정 게임법이 일반게임제공업의 경우 가제를 도입하면서 기존의 영업자에 대하여 적절한 유예기간을 부여함으로 일반게임제공업자인 청구인들의 신뢰이 을 충분히 고려하고 있으므로, 위 조항이 과 금지의 원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라고 수 없다."라고 유사한 지의 시를 하고 있 니다.
203) 헌재 2009.4.30. 선고 2007헌마103 "기존의 일반게임제공업자들이 관할관청에 한 후 이 사건 게임물을 구입하여 영업행위를 한 것은 제의 존속을 신뢰하 거나 법 이 개정되는 경우라도 계속적인 영업이 가능할 것으로 신뢰한 데 기인한 것이라고 여지도 있다. 그러나 법 은 현실상 의 변화나 입법정책의 변경 으로 언제라도 개정될 수 있는 것이고 이는 일반적으로 예 할 수 있다고 보아야 하므로, 특 한 사정이 없는 한 기존의 일반게임제공업자들은 스스로의 위험부담으로 법 이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다고 할 것이다. 그렇다면 청구인들을 비 한 기존 일반게임제공업자가 보호받아야 할 신뢰이 은 법 개정의 이 에 절대적으로 우선하는 것은 아니고, 적당한 유예기간을 두는 경과규정에 의하여 보호될 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다."
204) 유통산업발전법 일부개정법 안 검토보고서, 지식경제위원회 수석전문위원 권대수, 2009.4.
205) GATS(General Agreements on Trade in Services)
206) 온라인 소매시장 점유 : 1996년 1.1% -> 2000년 3.9% -> 2005년 19.1%
207) 국회입법조사처(경제산업조사실 산업자원 박충), 입법조사회답 - 주요국의 대규모 소매점 관련 규제 현 , 2011. 2. 22.
208)「대규모소매점포의 소매업 사업활동의 조정에 관한 법 (大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律)」

○ 이 공시가 이루어진 날로부터 7일이 경과하기 전까지는 누구도 신규 소매업을 개시할 수 없으며 점포면적을 증가시켜서도 안 됨<법 제4조 2 >

□ 폐점시각 및 휴업일수 신고

○ 대규모소매점포에서 소매업을 영위하는 자는 개점일까지 각 점포별 폐점시각과 휴업일수를 통상산업장관 또는 도도부현지사에게 신고해야 함

- 단, 폐점시각 및 휴업일수가 통상산업성령에서 정하는 기준 이하일 경우에는 제한하지 않음<법 제9조 1 >

□ 권고 및 영업정지명령

○ 통상산업장관 또는 도도부현지사는 소매업자의 개점 신고에 대하여, 당해 점포의 소매업 사업활동이 주변 중소소매업의 사업활동에 상당정도 영향을 미칠 위험이 있다고 인정되는 경우 신고 수리일로부터 4개월 이내에 개점일의 연기 또는 점포면적의 삭감을 권고할 수 있음<법 제7조 1 >

○ 통상산업장관 또는 도도부현지사는 제7조 제1 의 규정에 의한 권고를 받은 자가 그 권고를 따르지 않아 발생하는 사태로 인하여 중소소매업에 현저한 피해가 발생할 위험이 인정되는 경우, 신고를 수리한 날로부터 5개월 이내에 개점일의 연기 또는 점포면적의 삭감을 명령할 수 있음<법 제8조 1 >

○ 통상산업장관 또는 도도부현지사는 대규모소매점포업자가 법 규정이나 법 규정에 따른 명령을 위반한 경우, 당해 소매업자에 대하여 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부 정지를 명할 수 있음<법 제14조 1 >

)「대점 (大店法)」의 폐지 경위

□「대점법」은 1980년대 말부터 '미일구조문제협의(Structural Impediment Initiative)'에서 주요 의제가 되어 규제완화(운용 적정화), 개정, 일부 폐지 등 3단계를 통해 문제를 해결하기로 합의됨

○ 이에 따라, 1990년 이후 운용 적정화와 관련된 지침을 마련하고,「대점법」개정, 운용기준 개선, 규제완화 등에 대해 세 차례에 걸쳐 검토

○ 조정처리기간의 단축, 폐점시각 및 연간휴업일수 신고 대상 기준의 완화, 지자체의 독자규제 적정화 등의 조치를 단행

○ 한편 미국은 1996년 6월에「대점법」의 매장면적, 영업시간, 폐점일 등에 대한 규제에 대해 WTO에 제소

- WTO에 제소된 사례를 모아 놓은 WTO의 인터넷 사이트(http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm)를 통해 확인한 바에 따르면, 대규모점포 관련 제소 사례는 이 경우가 유일한 것으로 나타남
- 1996년 6월 미국은 동 법이 일정 규모(500m^2) 이상의 점포에 대해 개점일, 폐점시각, 휴업일수 등에 대해 제한하고 있는 것에 대해 일본에 협의를 요청하고 이를 WTO에 통보하였음
- 일본과 미국 사이의 협의를 통해 해결됨에 따라 패널은 설치되지 않았음

□ 1997년 12월 산업구조심의회유통부회, 중소기업정책심의회유통소위원회합동회의의 중간보고가 발표된 후, 2000년「대점법」이 폐지되기에 이름

○「대점법」은「대규모소매점포입지법(大規模小売店舗立地法)」(이하「대점입지법」)으로 대체되었고, 현재 일본의 대형마트는 동 법의 적용을 받음

다)「대점입지 」의 주요 내용

□ 법의 적용대상

○ 대상이 되는 '대규모소매점포'란 한 건물 내에 '점포면적' 합계가 '기준면적'(1,000㎡)을 초과하는 점포를 가리킴

□ 설치자가 고려해야 할 사

○ 대규모소매점포의 입지에 관하여 주변지역의 생활환경 유지·보존을 통한 소매업의 건전한 발달을 도모한다는 관점에서, 설치자가 고려해야 할 사 을「대규모소매점포를 설치하는 자가 고려해야 할 사 에 관한 지침(2007년 2월 1일 경제산업성 고시 제16호)」에 정해두고 있음<법 제4조 1 >

○「지침」에서는 '설치자가 고려해야 할 기본적 사 '과 '대규모소매점포 및 그에 부속하는 주차장, 수하물처리시설, 폐기물 보관시설 등의 시설의 배치 및 그 운영방법에 관하여 고려해야 할 사 '을 정하도록 함<법 제4조 2 >

<표 1>「지침」의 주요 내용

<설치자가 고려해야 할 기본적 사 >

① 대규모소매점포 입지지점의 주변상황, 도시계획 등에 관한 정보수집과 입지에 따른 주변지역의 생활환경에 미치는 영향 조사·예측 등에 기초한 적절한 대응(특히 심야영업의 신중한 대응)
② 주변지역의 생활환경에 미치는 영향에 대한 조사·예측결과 등 대응책을 강구하는 데 따르는 배경사정을 지역주민에게 설명
③ 현(縣)의 의견에 대한 성의있는 대응
④ 성실히 실효있는 대응책을 실시
⑤ 개점 또는 시설변경 이후, 신고 시 대응책의 규모가 과소로 판정될 경우 재조사·재예측과 그에 따른 추가적 대책

<대규모소매점포의 시설배치 및 운영방법에 관하여 고려해야 할 사 >

① 주차수요의 충족 등 교통에 관한 사
- 주차장의 필요대수 확보
- 효율적인 주차장양식, 출입구의 수와 위치
- 자전거주차장의 필요대수 확보
- 수하물처리시설의 정비
- 적절한 경로의 설정 등

② 보행자의 통행편이 확보 등
③ 폐기물 감량 및 재활용에 관한 고려
④ 방재·방범대책에 대한 협력
⑤ 소음의 발생에 관한 사
- 발생 방지, 완화를 위한 대응책 등

⑥ 폐기물 등에 관한 사
- 보관시설의 필요용량 확보 등

⑦ 거리만들기에 대한 고려 등

□ 수속절차

○ 신고: 설치자는 대규모소매점포의 신설, 시설배치 및 운영방법의 변경 등을 이행하고자 할 경우 그 점포의 소재지가 속한 도도부현에 다음의 사 을 신고해야 함 <법 제5조 1 >

- 점포의 명칭 및 소재지
- 점포를 설치하는 자와 당해 점포에서 소매업을 실시하려는 자의 이름, 주소지, 법인의 경우에는 대표자의 이름
- 점포를 신설하는 날짜
- 점포 내 점포면적의 합계
- 점포 시설의 배치에 관한 사 으로 경제산업성령에서 정하는 것
- 점포 시설의 운영방법에 관한 사 으로 경제산업성령에서 정하는 것

○ 설명회 개최

- 설치자는 신고한 날로부터 2개월 이내에 그 내용을 주지시키기 위한 설명회를 점포 소재지가 속하는 시정촌에서 개최해야 함<법 제7조 1 >

○ 도도부현의 의견청취

- 도도부현은 설치자의 신고 후 신고내용을 공고해야 하며, 공고 후에는 즉각 그 요지를 시정촌에게 통지하고, 당해 공고일로부터 4개월 이내에 시청촌으로부터 대규모소매점포 주변지역의 생활환경 보전에 관한 지역의 의견을 청취해야 함 <법 제8조 1 >

○ 변경신고(통지)

- 설치자는 지역의 의견을 듣고 신고 내용을 변경할지 여부를 결정하여 통지해야 함<법 제8조 7 >

○ 도도부현의 권고

- 도도부현은 설치자의 통지 내용이 도도부현이 제시한 의견을 적절히 반영하지 않고 점포 주변지역의 생활환경에 현저히 악영향을 미칠 사태를 피하기 곤란하다고 인정되는 경우, 시정촌의 의견과 「지침」을 감안하여 당해 신고 또는 통지일로부터 2개월 이내에 필요한 조치를 취할 것을 권고할 수 있음<법 제9조 1 >
- 또한 정당한 이유없이 권고에 따르지 않는 경우에는 그 사 을 공표할 수 있음 <법 제9조 7 >

□ 살펴본 바와 같이 「대점입지법」에는 「대점법」과 마찬가지로 출점 제한과 관련된 규제도 없을 뿐더러, 「대점법」에는 있었던 영업시간에 대한 제한도 없음

○ 그런데 동 법은 기존의 「대점법」과 마찬가지로 일정 규모 이상의 점포 개설 시 매장의 면적 등 점포에 대한 일반적인 사 과 영업시간 등 시설의 운영방법 등에 대해 신고하도록 규정하고 있음

□ 한편, 설명회를 의무적으로 개최하도록 규정하고 있고, 도도부현은 대규모점포를 설립하려는 사업자에게 의견이나 권고를 제기할 수 있도록 되어 있지만, 의견을 제시하거나 권고사 을 전달할 수 있을 뿐 강제력이 있는 것은 아님

□ 동 법의 가장 큰 특징은 환경영향평가를 기본적으로 고려하도록 한다는 점임

○ 환경영향평가는 대규모소매점의 입점이나 확장이 지역의 생활환경에 미치는 영향에 대해 평가하는 것으로서, 특히 교통, 소음, 주차 등에 대하여 고려하도록 규정되어 있는데, 강제규정이 아닌 권고규정에 불과함

□ 한편, 「대점입지법」은 환경영향평가와 관련하여 제시된 모든 기준을 따르도록 요구하고 있는 것은 아니지만, 필요시 다른 조치와 함께 합리적 조치들을 선별하는 것을 용인하고 있음

○ 예컨대, 지방정부가 신규 사업자에게 교통량을 고려하여 추가적인 주차시설을 마련하도록 요구할 수 있는 것임

〈표 2〉「대점법」과「대점입지법」 비교

	대점법(구법)	대점입지법(신법)
목 적	중소소매업자의 사업활동 기회의 적절한 확보(경제적규제)	대형점포 주변지역의 생활환경 유지보전(사회적규제)
신고사항 =조정대상사항	점포면적, 개점일, 폐점시각, 휴업일수	주차장, 폐기물관리시설, 수하물처리시설의 용량가동시간 등
규제대상 점포	500㎡이상(생협, 농협 제외)	1,000㎡이상(생협, 농협 포함)
신고의무자	건물설치자, 소매업자	건물설치자
주민설명회 의무	없음(행정지도)	있음
운용주체	국가, 도도부현(기관위임사무) 1종(3,000㎡이상)은 통상장관 2종(3,000㎡미만)은 지사	도도부현, 정령지정도시(자치사무)
심사기간	1년 이상	10개월(8개월, 현(県) 의견이 있을 경우 2개월 연장)
의견청취대상	소비자, 상업자, 상공회의소 등	시정촌(주민은 임의로 의견개진 가능)
행정조치	권고, 명령, 영업정지(강제력 있음)	권고(공표: 강제력 없음)
시행 또는 폐지	2000년 6월 1일 폐지 (경과조치 2001년 1월 31일)	2000년 6월 1일 시행

3) 프랑스

□ 프랑스에서는 법률에 의해 대규모점포에 대한 규제가 이루어지기 시작한 것은 1973년 이후임

○ 1973년에 제정된 「르와예법(Loi Royer)」[209]에 따라 지역상업시설위원회(CDEC, la Commission Départmentale d'Equipement Commercial)가 설립되고, 동 위원회는 대규모점포의 설립에 대해 승인권을 행사함

○ 동 법은, 점포면적 3,000㎡(인구 4만명 미만의 지역은 2,000㎡) 또는 매장면적 1,500㎡ 이상(인구 4만명 미만 지역은 1,000㎡) 규모의 대규모점포를 설립하고자 하는 사업자는 동 위원회에 승인을 위한 개발보고서를 제출하도록 규정함

□ 「르와예법」의 규제를 피해 대규모점포가 편법으로 입점하는 사례가 증가함에 따라 중소영세상인들의 피해가 커지게 됨

○ 규제 대상이 되는 면적에 약간 모자라는 규모의 매장면적으로 입점하는 사례와 대규모점포 건물을 몇 개로 나눠 허가를 신청하는 사례 등이 발생

□ 이러한 문제를 해결하기 위한 일련의 입법 조치 및 제도가 별 다른 효과를 발휘하지 못하자, 1993년 매장면적 1,000㎡ 이상의 신규 대규모점포의 설립을 행정명령을 통해 전면 금지하기도 하였음

□ 이후 1996년 「라파렝법(Roi Raffarin)」[210]을 제정하여 대규모점포의 설립에 대해 다시 법률로 규제하게 됨

○ 대규모점포의 설립 승인과 관련된 절차를 강화하고, 규제 대상이 되는 대규모점포의 범위를 확대함

○ 매장면적 300㎡ 이상의 소매점포의 신·증설 또는 변경 시 승인을 획득해야 함

○ 또한, 매장면적 6,000㎡ 이상의 소매점포를 개설하려는 사업자는 설립에 따른 영향에 대하여 구체적인 조사보고서를 의무적으로 제출해야 함

○ 동 법은 또한 CDEC에 중소상인의 대표자가 참여하도록 규정함

- 이에 따라 CDEC는 매장 설치 대상 지역 자치단체의 장 등 선출직 공무원 3인, 지역 상공회의소장, 지역 수공업회의소장, 소비자단체 대표 등 총 6인으로 구성됨
- CDEC는 차량소통, 상품적재·하역 등 교통·환경분야 영향평가, 해당지역의 유통매장 설치 밀도, 일자리 창출 여부 등을 종합적으로 평가하여 입점에 대한 승인 여부 결정

□ 프랑스는 유통시장 개방을 위한 협상 당시의 양허안에 대규모점포에 대한 직접적 출점 제한 규정이 포함되어 있었기 때문에 이러한 출점 제한이 가능한 것으로 보고됨

209) 동 법 의 공식적인 명칭은 「상업 및 수공업의 발전방향에 관한 법 (Loi d'Orientation du Commerce et de l'artisanat)」임

210) 동 법 의 공식적인 명칭은 「상업 및 수공업의 개발 및 촉진에 관한 법 (Loi relative au Développement et à la Promotion du Commerce et de l'artisanat)」임

□ 한편 「노동법」에 의거하여 대규모점포의 영업시간을 규정

○ 주 중 영업은 22시까지 제한

- 식료품 영업은 13시간, 비식료품 영업은 11시간 이내로 제한

○ 일요일 영업은 원칙적으로 금지

- 식품유통매장의 경우에는 일요일 오전 영업을 허용하나 평일근무 임금의 2배를 지급토록 함

4) 미국

□ 소매 상업시설의 출점에 대한 규제는 연방정부 차원에서는 이루어지고 있지 않고, 주정부와 지자체 차원에서 규제가 집행되고 있는데, 가장 큰 영향을 미치는 것은 지자체가 실시하는 Zoning(이하 용도지역제) 제도임

○ 용도지역제는 우리나라에서도 시행하고 있는 것으로 도시계획과 관련된 지자체의 조례로 특정 부지의 용도를 지정하는 등 부지와 건물에 대해 규제하는 제도임

□ 지자체가 독자적으로 조례를 제정하여 용도지역제를 시행하기 때문에 구체적인 규제내용은 지자체마다 다르지만, 이를 통해 대규모소매점의 입점을 규제하는 경우도 있음

○ 출점에 대한 규제 절차는 도시계획국(Department of City Planning)에 신청하는 것으로 시작됨

○ 도시계획국은 환경문제와 주변 소매업에 미치는 영향 등을 조사하여 결과를 공표함

- 주변 소매업에 미치는 영향은 미국 소매업센서스(Census of Retail Trade)를 참고하여 해당 지역의 업종별 점포 수 및 연간 매출액에 대한 조사나 인구동태, 소득수준 데이터 등을 활용하여 분석함

○ 이에 대해 Community Board의 검토를 거쳐, 도시계획위원회(City Planning Commission)에서 심의하고 투표로 결정함

□ 연방정부나 주정부 차원에서 대규모소매점의 영업시간이나 영업활동 등을 제한하는 규제는 존재하지 않지만, 기초자치단체에서 조례를 제정하여 규제하는 경우는 있는 것으로 확인됨

5) 영국

□ 영국에서는 일정 규모 이상의 소매점에 대해 일요일과 성탄절의 영업을 제한하고 있음

○ 「Sunday Trading Act 1994」의 Schedule 1(Restrictions on Sunday opening of large shops)을 통해 매장면적 280m^2 이상의 소매점에 대해서는 일요일의 영업을 금지하고 있음

- 지자체의 허가에 의한 일요일 영업을 예외적으로 허용하고 있으나, 이 경우에도 오전 10시부터 오후 6시 사이에 6시간만 영업이 허용됨

○ 또한 「Christmas Day (Trading) Act 2004」의 제1조(Prohibition of opening of large shops on Christmas Day)를 통해 매장면적 280m^2 이상의 소매점의 성탄절 영업을 금지하고 있음

- 이를 위반할 경우 50,000 파운드 이하의 벌금형을 처함

□ 한편, 도시개발계획과 관련된 지침(Planning Policy Guideline: PPG)을 통해 일정 규모 이상의 소매점에 대해 환경영향평가보고서(Environmental Impact Assessment) 제출을 의무화하고 있음

○ 도시지역의 경우에는 매장면적 10,000m^2 이상, 시외곽지역의 경우에는 20,000m^2 이상의 대규모소매점을 설치하기 위해서는 환경영향평가보고서를 의무적으로 제출해야 함(PPG 6: Town Centres & Retail Development)

○ 하지만 PPG 6가 추구하는 도심개발 및 소매업과 관련된 목표를 고려할 때, 환경영향평가보고서 제출 의무가 대규모소매점에 대한 규제의 일환으로 도입된 것은 아닌 것으로 판단됨

- PPG 6는 도심의 활력을 유지하고 활성화키는 것을 가장 큰 목표로 삼고 있으며, 특히 소매업의 발전을 중시하고 있는데, 소매업의 관련된 기본 목표를 소비자의 이익을 위한 경쟁 유도, 자동차가 아닌 다른 교통수단의 이용 장려, 효율적이고 혁신적이고 경쟁력 있는 소매업의 유지 등으로 정하고 있음

□ 한편, PPG 6는 2005년 3월에 PPS 6(Planning Policy Statement 6: Planning for Town Centres)로 대체되었는데, PPG 6에는 있던 소매업과 관련된 구체적인 내용이 PPS 6에는 존재하지 않음

6) 독일

□ 독일은 중심시가지의 기능강화를 위하여 대규모소매점의 교외진출을 도시계획과 관련된 법령으로 규제하고 있음

○ 상업기능이 중심시가지 활성화의 중요한 요소임을 인식하고 대규모소매점의 교외진출을 규제하여 중심시가지 소매업을 보호하려는 것임

□ 연방건설법과 건축이용령에 따라 매장면적 1,200m^2 이상의 대규모소매점은 중심지구와 특별지구에서만 출점이 가능함

○ 다른 지구, 즉 순주거지구, 일반주거지구 등의 주거지역과 촌락지구, 혼합지구, 산업지구, 공업지구에는 대규모소매점이 들어설 수 없음

사. 규제형식- 일반법 또는 특별법

유통재벌의 대규모 점포 운용실태에 대해 규제하는 형식에 대하여 도시계획법에 일반규제로 해결하거나 노동법의 법정근로시간단축 등 일반법을 활용한 규제를 하여야 한다는 주장이 있다. 이 경우 법 체계가 명료해지고 모든 산업에 적용되는 등의 장점이 있다.

이 또한 타당하나 대규모 점포를 규제하는 방식으로 유통산업발전법을 통해 영업시간을 규제하거나 별도의 특별법을 만들어 대규모점포등영업시간제한등에관한특별법 형식으로 대규모 점포의 영업시간과 허가제만을 따로 법률로 만들어 규제하는 것도 타당성이 있다. 오전 9시부터 오후 6시까지가 아닌 야간영업이 쉽게 이루어지는 등 서비스업에 고유한 문제이기도 하고 우리나라 유통재벌의 대규모점포 영업실태는 특히 문제를 일으키고 있는 등 단독 규제 필요성이 높기 때문이다. 또 이렇게 규제할 경우 후에 규제필요성이 없어지고 자율적으로 조절이 되는 등 기업문화가 순화된 뒤에는 관련 규정만 폐지하면 되는 간이성도 있다.

국제적으로도 일본과 프랑스의 경우 일정 규모의 이상의 대규모 소매점과 관련된 법률을 아예 따로 두고 있다. 결국 각 나라마다 현황에 맞게 할 문제라고 보인다.

아. 유통산업발전법 개정 방향

1) 대규모점포 등의 개설을 등록제에서 허가제로 변경

대규모점포 등을 개설하고자 하는 자는 영업을 개시하기 전에 지식경제부령이 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 개설허가 신청하고, 시장·군수·구청장은 대규모점포등의 개설로 인한 인근 주민의 평온한 거주생활 및 환경침해를 방지하기 위하여 전용주거지역, 일반주거지역 등 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제36조제2 및 같은 법 시행령 제30조에 따른 일정한 용도지역에는 원칙적으로 대규모점포등의 개설허가를 불허한다.

2) 개설영향평가 심의위원회의 심의에 따른 개설허가

전용주거지역, 일반주거지역, 준주거지역 등에 대규모점포 등의 개설허가 신청을 받은 시장·군수·구청장은 개설영향평가 심의위원회에 의한 개설영향평가를 미리 실시하도록 하고 그 결과를 개설허가 심의 시 반영하도록 한다.

3) 영업시간제한 및 의무휴일의 지정

대규모점포등은 유통산업 근로자의 건강권과 휴식권을 보호하기 위하여 일요일과 공휴일에는 원칙적으로 휴업하여야 하고, 평일과 토요일의 경우 백화점은 10시에서 19시까지, 대형마트 등은 10시에서 21시까지의 범위에서 영업시간을 정하도록 한다.

4) 고용노동부장관의 허가에 따른 예외적인 영업

명절직전이나 연말직전의 일정기간 등 예외적인 경우에는 고용노동부장관의 허가를 얻어 영업을 할 수 있으나, 이 경우 고용노동부장관이 허가를 하는 경우에도 연장영업시간이 2시간의 범위 내에서 월 8시간을 초과할 수 없고, 공휴일 영업은 1일 6시간 이내의 범위에서 월 2회에 한해 허가를 할 수 있으며, 일요일과 공휴일 영업을 허용하는 경우 그 다음 주 중에 대체 휴점일을 정하는 것을 조건으로 허용하여야 하는 제한을 둔다.

Ⅳ. 재벌의 투자에 대한 규제

1. 서론

대규모 기업집단에 대한 규제의 틀은, 일응 '기업집단 방식'과 '지주회사 방식'으로 나누어진다. 기업집단 방식은 '대규모 기업집단'을 지정하고 대규모 기업집단에 대하여는 상호출자금지, 채무보증금지, 순환출자금지, 출자총액제한의 순으로 강력한 규제력을 가지는 규제방식을 사용하는 것이다. 현행 상법 및 독점규제법에서는 상호출자금지, 채무보증금지의 규제만을 사용하고 있는데, 이는 매우 약한 규제방식으로 볼 수 있다.

지주회사 방식은 '지주회사를 통해서만 자회사의 지분을 보유하게 하고 자회사끼리는 지분을 보유하는 것을 강력하게 금지하는' 방식을 사용하는 것이다. 국내 대규모 기업집단에서는, 삼성과 현대자동차 그룹의 경우가 기업집단 방식에 해당하고, LG와 SK그룹의 경우가 지주회사 방식에 해당한다.

경제력 집중억제를 위하여 일정한 규모의 기업집단을 대상으로 각종 제한을 가하는 것은, 자산규모가 상당히 큰 기업집단이 존재하면 이미 국내경제에서 경제력이 집중되어 있는 것이고, 이들 기업집단이 공정하고 자유로운 경쟁에 의하여 발전하는 것은 문제되지 않겠지만, 막강한 경제력을 이용하여 계열사확장을 꾀하고 이를 통해 더욱 경제력을 집중시키는 것은 국민경제의 균형 있는 발전을 저해할 가능성이 높다고 하겠다.

다수의 계열사로 이루어진 재벌은 총수일가가 5% 이하의 지분을 소유하고 있는 소수주주임에도 불구하고 계열사 전체에 대한 지배권을 행사하고 있다. 유통재벌은 성장이 한계에 다다르자, 골목상권 진출 등 영세자영업 내지 중소기업업종으로의 진입을 통해 경제력 집중현상은 더욱 심화되고 있다.

재벌에 경제력이 집중될 경우, 첫째 1999년 대우그룹의 부도에서 볼 수 있듯이 재벌부실화로 인한 국민경제적 위기가 초래될 수 있다. 둘째 재벌은 경제력 집중이라는 비판에 대해 국내기업이 해외기업에 밀리지 않는 '국가대표기업 육성론'을 들고 있으나 재벌에 대한 경제력 집중현상으로 인하여 새로운 기업의 진입을 막을 경우 혁신적인 기업의 등장을 억제하고, 창조적 파괴라는 시장경제의 역동성을 잠식하여 경제의 장기적 성장을 저해하고, 재벌의 중소기업 내지 자영업의 시장잠식[211]을 통한 중소기업의 발전을 저해할 것이다. 셋째 정경유착을 통한 민주주의의 위기가 초래될 것이다.

211) 최근 이마 대규모 유통점은 시장이 포화상태에 이르자, SSM을 통해 동 골목상권까지 침투하여 영세자영업자들을 고사시 고 있다.

2. 재벌의 투자에 대한 규제입법례

가. 미국

미국은 대기업집단에 대하여 1911년 발생한 Standard Oil 사건 등을 계기로 국가의 경제력이 대기업집단에 집중됨으로써 독점의 폐해 등 경제력 집중에 대한 규제 문제가 사회문제로 되었다[212]. 이에 따라 1914년에 Clayton법을 제정하여 동종업종 혹은 유사업종간의 수직적, 수평적 합병을 금지하면서 경제력 집중의 억제를 위한 노력과 불공정거래에 대한 감시를 강화하였다.

미국은 우리나라와 같이 출자를 명시적으로 규제하지 않지만 자회사를 가지는 경우 100%의 지분을 소유하는 것이 미국 기업의 일반적인 현상이다. Clayton법은 인수·합병의 경우 주식취득행위의 효과가 실질적으로 경쟁을 감소시키거나 독점을 형성할 우려가 있는 때에는 그 취득을 금지하고 있고[213], 배당에 대한 다중과제도, 집단소송제도의 일반화, 징벌적 손해배상제도 등에 의해 경제력 집중을 억제하고 있다[214].

나. 독일

독일은 2차대전에서 패전이후 연합국의 주도하에 콘체른의 해제가 이루어지고, 경제력 집중을 막기 위해 1957년 '경쟁제한금지법'이 도입되었다. 또한 노사양측이 참여하는 공동결정제도는 콘째른 억제에 상당한 기여를 하였다.

독일은 상호출자가 자유롭게 이루어지고 있으나 출자에 대해서는 주주총회의 특별결의를 요하도록 하는 등 무분별하고 부실한 출자가 이루어지지 않도록 법과 제도가 작동하고 있다[215].

다. 일본

212) 김영호, "대기업집단에 대한 공정거래법적 원에서의 규제에 대한 재검토-출자총 제한제도의 개선을 중심으로-", 상사법연구, 제25권 제1호(통권 제50호), 사단법인 한국상사법학회, 2006. 5. 10 -11면

213) Sec. 18. Acquisition by one corporation of stock of another(7 of the Clayton Act)

214) 위평 , "대기업의 출자규제에 따른 소유구조 정 과정의 국제비교", 국제지역연구 제11권 제2호 2007. 326-327면

215) 위평 , 앞의 논문 329-330면

일본은 독점금지법 제9조에서 지주회사의 설립 등의 제한을 규정하고 있고, 제9조의2는 자본금 350억엔 이상 또는 순자산 1,400억엔 이상의 주식회사(금융회사 제외)에 대한 주식보유총액을 제한하고 있으며, 제11조는 금융회사의 주식보유도 역시 제한하여 사업지배력의 과도한 집중을 방지하기 위한 규정을 두었다.

일본은 2002년 독점금지법을 개정하면서 제9조의2를 폐지하였으나 다른 국내회사의 주식을 소유하거나 취득함으로써 사업지배력이 과도하게 집중되는 회사의 설립·전환을 금지하고 있다[216].

3. 출자총액규제(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정)

가. 의의

출자총액제한제도는 한 기업이 회사 자금으로 다른 회사의 주식을 매입하여 소유할 수 있는 총액을 제한하는 제도이다. 출자총액을 제한하는 것은 재벌 그룹들이 기존 회사의 자금으로 또 다른 회사를 손쉽게 설립하거나 혹은 타사를 인수함으로써 기존 업체의 재무구조를 악화시키고 문어발식으로 기업을 확장하는 것을 방지하기 위한 것이다. 이 제도는 재벌이 손쉽게 자회사를 설립하거나 다른 회사를 인수하여 문어발식 확산을 방지하기 위한 것으로 1987년에 도입되었다.

나. 입법과정

출자총액제한제도는 1986년 12월 대규모기업집단의 지정, 지주회사의 설립, 전환금지, 상호출자금지, 금융보험사의 의결권과 함께 재벌의 경제력 집중을 방지할 목적으로 공정거래법에 처음으로 도입되었다. 1987년 4월 재벌의 거센 반발속에 시행할 당시 순자산 대비 출자한도는 40%로 정했으나 그 이후 재벌의 경제적 집중이 지속되어 1994년 12월 개정을 통해 총자한도를 25%로 하향조정하여 출자총액제한제도를 강화하였다. 위 법 시행으로 대상기업집단의 출자비율은 1987년 44.8%에서 1994년 26.8%로 하락했다.

그러나 외환위기가 몰아친 1998년 2월 원활한 구조조정과 부채비율 감소 명목으로 출자총액제도가 폐지되었다. 출자총액제도가 폐지되자, 그 이후 기업집단의 출자비율은 1998년 29.8%에서 1999년 32.5%로 상승하였다. 재벌의 구조조정과정에서 유상증가를 가져오는 신주인수보다 구주 인수에 집중하여 총수일가의 내부지분율이 대폭 상승함에 따라 재벌개혁이 본격화되면서 1999년 12월의 공정거래법 개정으로 출자총액제도는 2001년 4월 다시 시행하게 되었다. 당시 출자한도는 순자산의 25%로 정해졌으나 2002년 이후 법개정으로 인해 적용대상 집단의 축소, 적용제외조항신설, 예외인정 범위 확대, 부채비율에 의한 졸업 등 그 구속력이 대폭 완화되어 사실상 구속력이 없는 제도로 변화되었다. 그 이후 2007년 4월 법 개정으로 적용대상 기업집단의 자산이 6억원에서 10억원으로 되어 적용대상 기업이 대폭 축소되었고, 출자한도도 25%에서 40%로 다시 상향조정되어 사실상 폐기된 것이나 다름없다가 투자 활성화 명목으로 2009년 3월 법 개정으로 폐지되었다[217].

216) 위평 , 앞의 논문 333-334면

다. 출자총액제한제도 실효성에 대한 검토

1) 외국기업의 적대적인 M&A에 대항할 수 없다는 비판

출자총액제한제도는 외국의 입법례에서 찾아볼 수는 이례적인 제도로 외국기업이 국내기업에 대하여 적대적인 M&A를 시도할 경우 당해 기업집단의 계열사들은 출자총액제한으로 인하여 경영권 방어참여가 어렵다는 비판이 있다[218].

출자총액제한제도를 도입할 경우 이론적으로는 외국기업이 국내기업에 대하여 적대적인 M&A를 시도할 경우 경영권 방어에 참여에 곤란할 경우도 있을 것이다. 그러나 현실적으로 국내 재벌의 계열사에 대한 견고한 지배구조에서 볼 때에 외국기업의 적대적 M&A는 거의 문제되지 않는다. 오히려 문제는 대기업의 문어발식 확장으로 인한 경제력 집중현상을 방어하는 점이 시급하다고 할 것이다.

2) 사전적 규제로 과도한 시장규제라는 비판

출자총액제한제도는 기업집단에 대한 획일적 사전규제로 글로벌 시대의 무한경쟁체제하여서 투자와 성장을 저해한다는 견해가 있다[219]. 시장의 폐해를 방지하기 위해 사전적으로 규제하는 제도로 정부의 과도한 시장규제라는 것이다.

그러나 이에 대해서는 출자총액제한제도는 이미 경제력 집중현상으로 인하여 국가경제적으로 문제가 된 기업집단에 대하여 경제력 집중을 심화하는 출자한도액을 제한하는 것으로 시

217) 위평 , 이은정, 이배, "출자총 제도 재도입에 대한 실 성 분석, 경제개 리포 , 2012. 2. 11면
218) 이형규, "공정거래법상 출자총 제한제도와 그 문제점", 비교사법 제2권 제2호, 2005. 641면
219) 조성봉, "경제력 집중 억제정책과 경쟁정책의 모순", 한국경제연구원, 2006. 17면

장지배적 지위를 남용하는 행위를 규제하는 사후적 규제라고 볼 수 있다는 비판[220]과 경제력의 일반집중은 사후적 금지요건을 정하기 어려울 뿐만 아니라 일반 집중이 개별시장에서 경쟁을 제한하거나 국민경제차원에서 과도하다고 판단되는 경우에도 이를 사후에 금지할만한 마땅한 수단이 없고, 원상회복 조치도 내리기 힘들므로 경제력 집중 규제는 전통적인 사전규제로 접근하는 것이 타당하다는 견해[221] 등이 있다.

3) 투자의 저해

출자총액제한은 기업의 실물투자를 저해한다는 재벌의 주장에 따라 폐기되었다. 그러나 출자총액제한이 폐지된 우리 재벌의 설비투자액이 오히려 감소하였다. 설령 재벌의 실물투자가 감소하더라도 국민경제 전체의 투자감소를 초래하지는 않는다. 출자총액제한제도에 따른 대상 기업집단의 투자감소가 다른 투자주체의 투자증가로 대체될 수 있기 때문이다[222].

4) 규제의 실효성

출자총액제한은 개별 계열기업단위로 적용되어 기업집단 차원에서 출자를 늘이거나 순환출자를 통해 기업집단의 총출자액을 증가시킬 수 있어 실효성이 없다는 것이다.

그러나 실증적으로 출자총액이 폐지된 기간 동안 30대 대규모 기업집단의 소속 계열기업의 출자비율은 1998년 4월 29. 8%의 출자비율이 2001년 4월 35.6%로 증가하였다.

라. 도입의 필요성

출자총액제한제도가 폐지되자, 2007년부터 2010년까지 우리나라 15대 재벌의 총재산은 2007년 592.5조원에서 2010년 921.6조원으로 329.1조원(55.6%)가 증가했고, 당기순이익은 24.3조원(59.5%)이 증가되었다. 출자총액도 2007년 50.3조원에서 2010년 92.8조원으로 84.7%나 급증했다. 그러나 설비투자액은 2007년 40.3조원에서 2010년 55.4조원으로 37.5%에 그쳤으며, 15대 재벌의 매출액 대비 설비투자액 비중은 2007년 7.1%에서 2010. 6.2%로 오히려 0.9%가 감소하였다[223]. 한편 대기업은 상호출자를 통한 신생계열사를 설립하여 복사용지, 면장갑 등 영

220) 김두진, 공정래법상 상호출자금지제도 및 총자총 제한제도에 관한 고 “, 한구경쟁법학회, 경쟁법연구 2006. 142면
221) 이봉의, “경제력집중억제시책의 대안검토”, 공정거래법상 경제력집중규제, 한국법제연구원 워 자료집, 2006. 6. 16. 135-136면
222) 성태윤, 김우찬, “외환위기 이후 10년 : 재벌정책의 전개, 문제점, 그리고 향후 과제”, 한국경제의 분석 제14권 제2호, 2008. 8, 144면
223) 최정표, “경제민주화를 통한 한국경제의 건전한 발전방향”, 제9회 경제정의포럼, 2012. 5. 30. 경실련(사)경제정의 연구소, 2-3면

세중소기업 영역까지 사업을 확대하여 중소기업을 고사시키고 있는 현시점에서 출자총액제한제도의 재도입은 대기업의 경제력 집중을 방지하고, 중소기업을 육성하기 위한 제도로서 출자총액제도를 부활할 필요성이 있다.

마. 정치권의 출자총액제한제도에 대한 입장

19대 총선 주요정당의 재벌개혁/경제민주화 공약에 의하면, 새누리당은 출자총액제한제도를 채택하지 않았다. 민주통합당은 상위 10대 대기업 집단내 모든 계열사를 대상으로 하여 출자한도를 순자산의 40%를 초과하여 출자를 할 수 없도록 하고, 초과지분의 해소 유예기간으로 3년을 두도록 했다. 한편 통합진보당은 대상기업집단을 총자산 10조원 이상에서 단계적으로 하향조정하도록 하고 출자한도를 순자산의 25%로 하고 있다[224].

바. 적용대상 및 기준

공정위가 지정한 대규모기업집단 41개 그룹 중 동일인이 개인인 기업집단 27개 중 2011년 4월 기준 총자산이 10조원 이상인 기업집단은 21개이다[225]. 통합민주당안과 같이 상위 10대 민간재벌 그룹을 대상으로 출자총액제도를 도입하는 것은 현 재벌기업들의 자산총액과 계열사 수를 봤을 때 현실과는 동 떨어진 주장이다. 민간그룹 상위 10위 밖의 그룹들의 2011년 4월 기준 계열사 현황을 보면, 케이티(32개사), 두산(25개사), 금호아시아나(36개사), 에스티엑스(21개사), 엘에스(47개사), 씨제이(65개사), 동부(38개사) 등 문어발식 계열사 확장을 하고 있는 그룹들이 대부분이다. 따라서 특정 10개 그룹을 대상으로 할 것이 아니라, 재벌그룹들의 자산증가와 계열사 현황을 봤을 때, 실효성을 위해서는 최소한 총 자산이 10조원 이상인 기업집단으로 확장해야 할 것이다.

경제개혁연구소의 연구결과에 의하면, 국내 10대 재벌 그룹을 적용대상으로 하여 출자한도를 순자산의 25%로 설정하는 방안도 다양한 회피수단 등이 존재하여 경제력 집중 억제를 위한 충분한 대응책이 되지 못하며, 자산 10조원 이상의 재벌그룹에 대하여 순자산의 25%를 적용하는 경우에 한하여 미흡하게나마 일부 경제력 집중을 억제하는 효과가 나타나고 있다[226].

출자총액제한제도는 출자한도를 높이면 구속력이 없고, 너무 낮추면 대기업의 출자여력을

224) 최정표, 앞의 글, 17면
225) 위평 , 이은정, 이배, 앞의 글 2면
226) 위평 , 이은정, 이배, 앞의 글 22면

줄여 구조조정을 어렵게 한다는 논란에 휩싸일 우려가 있어 출총제가 재도입되더라도 이 같은 재벌의 강력한 반발에 따라 각종 적용제외와 예외가 인정되어 실효성이 없어지거나 폐지될 가능성이 높다. 출총제의 부활에만 매몰되어서는 아니될 것이다. 재벌에 대한 경제력 집중 해소하기 위해서는 이와 더불어 순환출자제도, 독일식 기업집단법 및 계열분리제도 및 사후적 구제수단으로서 다중대표소송제도, 소액주주의 정보권 보장, 이사의 기회유용금지, 영국식 의무 공개매수제도, 집단소송제도 등의 도입이 필요하다고 할 것이다.

출자총액제도의 실효성 확보를 위해서는 출자총액제한 제도의 적용제외 내지 예외 규정은 금융업 또는 보험업을 영위하는 기업집단 내지 파산 내지 회생 등 최소한의 경우로 한정해야 할 것이다.

4. 순환출자규제(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정)

가. 의의

공정거래법 제9조 제1 은 "제14조 제1 의 규정에 따라 지정된 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사의 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니된다." 라고 규정하고 있다.

한편, 상법도 제342조의2에서 자회사는 자기 회사의 50% 이상의 주식을 소유한 모회사의 주식을 소유하지 못하도록 하고 있고, 상법 제369조 제3 은 "회사, 모회사 및 자회사, 또는 자회사가 다른 회사의 발행주식의 총수 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사가 가지고 있는 회사 또는 모회사의 주식은 의결권이 없다고 규정하고 있다. 공정거래법은 상호출자제한기업집단의 계열사간의 상호출자를 규제하고 있고, 상법은 그와 같은 대규모 집단과 무관한 모든 주식회사에 적용된다. 그러나 다른 기업집단 소속회사들간에는 상호출자가 가능하다.

순환출자제도는 모회사의 지배주주가 자금을 차입하여 자회사에 출자한 후 자회사가 다시 모회사에게 그 자금을 출자 한 후 모회사가 되돌아온 자금으로 부채를 상환하는 경우 재산의 투입 없이 가공의 의결권을 창출하여 주식회사 제도의 건전성을 침해하는 제도이다.

공정거래법은 순환출자가 상호출자와 동일한 성격임에도 불구하고, 계열사 A가 B에 출자하고, B가 C에 출자하며, 다시 계열사 C가 A에 대해 출자하는 환상형 순환출자에 대해서는 규제하지 않고 있다. 이러한 환상형 순환출자의 문제점은 외부자금유입 없이 가공의결권을 생성

한다는 점으로 지배주주는 직접지분의 합을 늘리지 않더라도 계열사간 순환출자를 통해 얼마든지 기업집단을 지배할 수 있다. 예를 들어, 자본금 100억 원을 가진 A사는 B사에 50억 원을 출자하고, B사가 다시 C사에 30억 원을 출자하고, C사가 또 다시 A사에 10억 원을 출자하는 방식으로 순환출자를 하게 되면, A사는 자본금 100억 원으로 B와 C사 모두를 지배할 수 있을 뿐만 아니라, 자본금이 110억 원으로 늘어나는 효과도 보게 되는 것인데, A사의 실제 자본은 100억 원이고, 나머지 10억 원은 장부에만 존재하는 거품일 뿐이어서, 이런 식으로 순환출자를 몇 번에 걸쳐 하게 되면 계열사의 장부상 자본금은 실제자본금보다 큰 폭으로 늘어난 것처럼 보이는 착시 효과가 생기게 된다. 그러나 만일 B사의 재무구조가 악화되거나 부도가 나면 A사의 자본 중 50억원은 사라지게 된다. 즉, 이런 순환출자 구조상에서는 한 계열사가 부실해지면 그 기업에 출자한 다른 계열사까지도 부실해지는 악순환이 발생할 수 있는 것이다.

나. 순환출자의 문제점

1) 소유와 지배의 괴리현상

소유와 지배의 괴리현상은 자본출자를 통하여 실제로 주식을 보유하여 현실로 가지고 있는 기업의 소유권보다 큰 의결권을 가지게 되는 현상을 말한다. 순환형 출자를 통해 계열사를 지배하는 총수는 기업집단에 속하는 기업에 대해 실제 출자한 자본은 얼마되지 않아도 회사의 의결권을 통해 회사를 지배하게 되어 소유와 지배의 괴리현상이 발생하게 된다.

공정거래위원회에 의하면, 의결권의 괴리란 기업집단의 동일인이 출자한 실제의 소유권과 그가 가지고 있는 의결권 있는 주식에 의한 의결권과 계열기업간의 상호출자를 통하여 증가된 계열기업들의 소유지분의 의결권의 합과의 차이를 가리킨다. 1993년과 1996년까지의 우리나라 기업들의 소유권과 의결권의 괴리가 기업성과(총자산 대비 경상이익률과 총자산 대비 순이익률)에 미치는 효과를 분석한 연구에 의하면, 다른 모든 조건이 동일할 때에 소유권과 의결권의 괴리가 클수록 기업의 성과가 저조하다고 밝혔다[227].

2) 경제력 집중현상

환상형 순환출자는 다른 주주의 지분적 이익을 침해를 할 뿐만 아니라 결국 기존 경영진들이 기득권유지를 위해 참호를 파는 이른바 참호구축효과가 있어 지배주주의 지배력 유지 및 강화, 지배권의 승계를 위한 방법으로 이용되어 경제력 집중을 심화시키는 결과를 초래한다.

227) 김선구, 류근관, 기범, 이상승, "출자총 제한제도의 바람직한 개선방향", 서울대학교 기업경쟁력연구 터, 2003, 114면 이하 참조

3) 출자 및 투자의 왜곡

순환출자구조를 이용한 불법 또는 편법적인 대주주의 지배권의 승계는 출자를 통한 투자 및 사업다각화라는 합리적인 기업의 선택에 왜곡을 초래한다. 이러한 기업의 출자 및 투자의 왜곡은 궁극적으로 경제 전반에 걸쳐 효율성과 생산성 향상을 저해할 것이다[228].

다. 순환출자의 현황

순환출자는 1998는 외환위기 이후 급증한 1997년 회계연도의 경우 5%이상의 순환출자가 5개 재벌에서 각 1건씩 발견되었으나 2003년 회계연도에는 14개 재벌그룹에서 19건이 발견되었고, 2007년 4월 기준으로는 18개 재벌에서 59건이 발견되는 등 순환출자는 점차 증가되고 있다. 순환출자의 동기는 그룹지배권의 승계, 대규모 기업인수, 그룹 분할에 따른 지분정리 등이다[229].

라. 순환출자 규제의 실효성비판에 대한 검토

(1) 순환출자가 규제되면 가공의결권 내지 가공자본의 생성은 없어지겠지만 가공의결권 내지 가공자본의 전체 총량에는 큰 변화가 없어 결국 소유와 지배의 괴리, 경제력 집중의 문제의 해결에는 한계가 있을 수 밖에 없다는 비판이 있다.

그러나 순환출자가 규제된다면, 기존의 순환출자를 해소해야 하기 때문에 가공의결권 내지 가공자본이 줄어들 것이다.

(2) 순환출자가 규제되더라도 재벌은 출자구조를 피라미드형(자회사간 출자가 없는 구조) 내지 사다리꼴(자회사간 출자가 있는 구조)로 전환할 수 있어 소유와 지배의 괴리, 경제력 집중 등의 문제가 해결되지 않는다는 비판이 있다.

그러나 순환출자의 금지는 기업 내·외부 통제시스템의 효과적 작동을 위해 선행되어야 할 필요조건의 하나라고 할 것이다[230].

(3) 순환출자가 금지되면 이를 해소하기 위해 막대한 양의 주식을 매각해야 하고, 이 과정에서 주식이 헐값에 매각되면 소액주주들도 피해를 보게 될 것이라고 비판한다.

그러나 피출자회사가 자사주 매입의 형태로 해당 주식을 매입하거나 다른 특수관계인이 해당 주식을 매입하게 되면 이러한 문제는 발생하지 않고 실제로도 그룹은 지배권을 유지하고자 하는 유인이 있어 시장에 매각하기보다는 자사주 매입 내지 특수관계인에게 매각하는 방법을 택할 것으로 예상되어 소액주주들이 피해를 입게 되지는 않을 것이다. 현실적 문제는 순환출자규제비용과 관련하여 자사주 매입에 따르는 자금조달이 문제가 될 것이다[231].

(4) 순환출자 규제가 계열분리, 기업 인수 등을 저해한다는 문제가 있다고 한다.

그러나 순환출자를 통한 계열분리를 방치할 경우 이로 인해 형성된 기업집단들은 순환출자로 인해 장기적으로 왜곡된 소유구조를 갖게 되고, 순환출자를 통해 대규모기업을 인수한다는 것은 결국 적은 돈으로 대규모기업을 인수하는 것이므로 공기업 민영화 과정에서 민영화된 기업자산이 계열사 출자를 통한 그룹지배권 확보에 이용될 수 있다[232]. 오히려 순환출자규제를 통해 기업인수 및 계열분리를 하지 못하도록 하는 것이 장기적으로 바람직할 것이다.

마. 정치권의 순환출자 금지안

주요 정당 19대 총선 재벌개혁/경제민주화 공약에 의하면 새누리당은 순환출자금지제도를 검토하지 않았다(총선 이후 순환출자금지안을 내놓았다). 민주통합당 순환출자 금지안은 상호출자기업집단에 대해 신규순환출자를 금지하고 기존 순환출자에 대해서는 3년의 유예기간후 의결권을 제한하고 있다. 한편 통합진보당은 순환출자를 전면적으로 금지하고 예외를 인정하지 않는 공약을 내놓았었다.

바. 순환출자 규제제도의 도입

외환위기 이후 순환출자가 증가하고, 총액출자제한제도에 대한 재계의 비판으로 2005년 말부터 출자총액제도에 대한 대안으로 순환출자 금지제도가 논의되었다. 2005년 국회의 순환출자제도에 대한 개정법안은 신규 순환출자를 금지하고, 기존 순환출자에 대해서는 의결권을 제한하는 것이었다.

순환출자규제는 가공의 의결권 생성을 제한하여 주식회사 제도의 건전성을 확보한다는 면

228) 박상인, "출자총 제한제도의 대안연구 -(환상형)순환출자금지를 중심으로-", 한국경쟁법학회, 경쟁법연구박상인, 31면
229) 성태윤, 김우찬, 앞의 논문 130면
230) 박상인, 앞의 논문 29면
231) 성태윤, 김우찬, 앞의 논문 134면
232) 성태윤, 김우찬, 앞의 논문 134면

에서 상법적인 문제라고 볼 수 있지만, 순환출자는 기본적으로 3개 이상의 기업을 대상으로 3단계 또는 그 이상의 출자관계의 존재를 전제로 하는 점에서 기업집단의 문제라고 할 것이므로 공정거래법을 통해 규율하는 것이 타당하다.

순환출자를 규제하는 방식은 순환출자에 편입된 주식을 매각하여 순환출자를 구조를 해소하는 '매각 강제형' 방식과 순환출자에 대해서는 의결권을 제한하는 '의결권 제한형' 방식이 있다. 의결권 제한형 방식은 상법상 상호출자가 의결권을 제한하고 있어 일응 기존 법규범과 일치하는 것처럼 보이지만 의결권을 제한하는 제도는 현실적으로 정책적 효과를 기대하기 힘들고 각종 예외를 양산할 가능성이 있는 문제점이 있다[233].

순환출자 규제의 정책적 실효를 거두기 위해서는 매각 강제형이 바람직하다. 구체적인 매각대상 주식은 순환출자구조에 편입되어 있는 기업들이 자율적으로 선택하여 결정하고, 순환출자로 발생하는 주식의 취득이나 주식보유를 금지하며, 부득이하게 발생한 주식취득에 대해서는 일정기간 유예를 두어 자발적으로 처분해야 한다. 그리고 처분유예기간 중 의결권 행사는 제한된다.

정책의 실효성을 거두기 위해서 순환출자 적용대상 기업을 자산총액 5억원 이상의 상호출자제한기업집단으로 하여 순환출자 금지를 적용하도록 한다.

5. 결론

출자총액제한제도가 재벌의 경제력 집중의 심화를 억제하는 역할을 한다고 해도 출자총액은 개별 계열기업 단위로 적용되어 기업집단 차원에서 출자를 늘리거나 순환출자를 통해 기업집단의 총출자액을 증가시킬 수 있어 억제에는 한계가 있다[234]. 실제 출자총액제한제도를 도입한 이후에도 내부지분율과 총수일가의 지분율에는 큰 변화가 없었다.

한편, 출자총액제도가 폐지되고 오로지 순환출자금지제도만을 적용하는 경우에는 개별 기업이 출자액을 증가시켜 기업집단의 출자총액과 재출자액을 증가시킬 수 있어 순환출자금지만으로는 경제력 집중이라는 일반 집중의 억제를 효과적으로 달성할 수 없고, 순환출자금지대상 기업집단과 지주회사제도의 규제를 받는 기업집단 사이에 비대칭적 규제가 존재할 수 있다는 문제점이 발생하게 된다[235].

따라서 재벌의 경제력 집중을 위해서는 출자총액제한제도와 순환출자금지제도를 함께 도입

233) 전성인, "경제민주화와 재벌개 에 대한 토론" 경제민주화를 통한 한국경제의 건전한 발전방향, 제9회 경제정의포럼, 2012. 5. 30. 경실련(사)경제정의 연구소, 42면
234) 박상인, 앞의 논문 23면
235) 박상인, 앞의 논문 32면

해야 한다.

6. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

경제력이 소수의 재벌기업에게 한층 집중됨으로써 사회의 빈부의 격차가 심화되고, 공정한 경쟁이 어려워지고 있다. 경제력 집중과 자산의 유용을 막고 경제민주화를 위해서는 재벌 중 자산총액 10억원 이상인 기업에 대해 출자총액제한제도를 적용하고, 상호출자제한기업집단에 대해서는 순환출자를 금지할 필요가 있음.

주요내용

가. 동일한 기업집단에 속하는 국내 회사들의 자산총액의 합계액이 10조원 이상인 기업집단에 속하는 회사에 대해 당해 회사의 순 자산액에 100분의 25을 곱한 금액을 초과하여 다른 국내회사의 주식을 취득 또는 소유하는 것을 원칙적으로 금지하고, 출자총액을 제한하여 출자한 주식은 3년 이내에 처분하도록 함(안 제9조).
나. 상호출자제한기업집단에 속하는 회사에 대하여 순환출자를 원칙적으로 금지하고 기존 순환출자는 3년 이내에 이를 해소하도록 함(안 제10조의4 신설).

신·구조문 대비표

第9條(相互出資의 禁止등) ①一定規模이상의 資産總額등 大統領令이 정하는 基準에 해당되어 제14조(상호출자제한기업집단등의 지정)제1 의 규정에 따라 지정된 기업집단(이하 "상호출자제한기업집단"이라 한다)에 속하는 會社는 자기의 株式을 취득 또는 所有하고 있는 系列會社의 株式을 취득 또는 所	第9條(상호출자 및 순환출자의 금지 등) ① --- --- --- --- ---직접 취득 또는 소유(이하 "상호출자"라 한다)하거나 하나

有하여서는 아니된다. 다만, 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 회사의 합병 또는 영업전부의 양수 2. 담보권의 실행 또는 대물변제의 수령	이상의 계열회사를 통하여 간접적으로 취득 또는 소유(이하 “순환출자”라 한다)하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 회사의 합병 또는 영업전부의 양수 2. 담보권의 실행 또는 대물변제의 수령
② 第1項 但書의 規定에 의하여 出資를 한 會社는 당해株式을 취득 또는 所有한 날부터 6月이내에 이를 處分하여야 한다. 다만, 자기의 株式을 취득 또는 所有하고 있는 系列會社가 그 株式을 處分한 때에는 그러하지 아니하다.	② 제1 단서의 규정에 의하여 출자를 한 회사는 당해 주식을 취득 또는 소유한 날부터 6月이내에 이를 처분하여야 한다. 다만, 자기의 株式을 직접취득 또는 소유하고 있는 계열회사가 그 주식을 처분하거나 기타 순환출자구조가 해소된 때에는 그러하지 아니하다. ③ 상호출자제한기업집단이 소유하고 있는 순환출자에 해당하는 주식은 3년 이내에 처분해야 한다. 보유하고 있는 기간 동안 의결권은 행사할 수 없다.
③ (생 략)	③ (현행과 같음)
<신설>	제10조의4(출자총액의 제한) ① 동일한 기업집단에 속하는 국내 회사들의 자산총액의 합계액이 10조원 이상인 기업집단(이하 “출자총액제한기업집단”이라 한다)에 속하는 회사는 당해 회사의 순자산액에 100분의 25을 곱한 금액(이하 “출자한도액”이라 한다)을 초과하여 다른 국내회사의 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니 된다 ② 출자총액제한기업집단에 속하는 회사가 당해 회사의 순자산액에 100분의 25에 곱한 금액을 초과하여 다른 국내회사의 주식을 소유하고 있는 경우에는 3년 이내에 이를 처분해야 한다. ③ 다음 각호의 1에 해당하는 회사에 대해서는 제1 의 규정을 적용하지 아니한다. 1. 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사
	2. 지주회사 3. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 회생절차의 개시 또는 파산선고를 받고 절차가 진행중이거나「기업구조조정 촉진법」 제4조(부실징후기업의 관리)제4 제1호부터 제3호까지의 규정의 어느 하나에 해당하는 관리절차가 개시되어 그 절차가 진행중인 회사.이 경우 각 절차가 종료된 때에는 종료된 날부터 6월 이내에 한한다.

V. 재벌의 담합행위 규제와 소비자 보호

1. 서론

재벌들간의 담합행위는 새삼스러운 일도 아니며, 공정거래위원회가 재벌들의 담합행위가 적발하여 수백, 수천억원의 과징금을 부과한다는 내용은 뉴스의 단골 메뉴가 되었다. 공정거래위원회의 주요 행위유형별 사건처리 동향에 따르면 2010년 공정거래법 위반으로 처리된 사건수는 총 548건이고, 그 중 부당한 공동행위(담합)로 처리된 사건은 62건으로서 전체의 11.3%이나[236], 2008년부터 2011년 사이에 부당한 공동행위를 이유로 과징금이 부과된 업체수는 679개로서 전체 과징금 부과 대상 업체수인 971개의 70.0%를 차지하고 있다.[237] 부당한 공동행위의 시정건수는 2008년부터 크게 늘어 2007년까지는 매년 50건 미만이었던 것이 2008년 65건, 2009년 61건, 2010년 62건으로 증가하였다. 또한 2011년이후 지금까지 건설업계의 입찰 가격 담합, 정유사들의 담합, CJ와 대상그룹의 고추장 가격 담합, 브라운관유리가격 담합, 농약 가격 담합, 전선업체들의 담합, 라면 가격 담합 등 굵직한 담합 사건들이 줄지어 터져나왔고, 천문학적 액수의 과징금이 부과되었다. 하지만 담합을 주도한 업체들은 자진신고자 감면 제도를 이용해 과징금을 감면받거나 행정소송을 통해 공정거래위원회의 과징금 부과처분을 다투면서 납부해야할 과징금이나 벌금을 규모를 줄이고 있다.

현행 공정거래법 제22조에 따르면 공정거래위원회는 부당한 공동행위를 한 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액의 10% 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 그러나 동법 제22조의2 자진신고자에 대한 감면 제도 덕분에 브라운관 유리 가격을 담합한 삼성코닝정밀소재는 과징금 324억5,200만원 전액을 면제받았고, 세탁기 등 전자제품 가격을 담합한 삼성전자와 LG전자는 과징금의 50%, 100%를 면제받았다.

이와 같이 과징금을 통한 부당한 공동행위에 대한 규제는 그 실효성을 크게 상실한 상황에서 '관련매출액의 10%'라는 과징금 부과 기준은 무색하다. 경제정의실천시민연합가 작성한 공정거래위원회의 과징금부과실태 분석 발표에 따르면 최근 4년간(2008. 1. 1. ~ 2011. 12. 31) 공정거래위원회의 과징금 부과사건은 329건, 부과 업체 수는 971개사, 최종 부과 금액은 약 2조5332억 원이며, 최종 과징금 부과율은 관련 매출대비 1.3%로 조사되었다.[238] 즉 담합을 통해 관련 매출액이 1.3% 이상 증가한다면 과징금을 내는 것이 오히려 남는 장사가 되는 것이다. 이러한 현실에서 공정거래위원회의 제재는 아무런 실효성이 없다.

재벌에 대한 처벌이 솜방망이 처벌에 불과하다는 비판 뿐만 아니라 재벌의 담합행위 등 공정거래법 위반행위에 대하여 공정거래위원회의 제재 수단 이외에 별다른 구제수단이 없다는 지적도 끊임없이 제기되고 있다. 공정거래법 제56조에 손해배상을 규정하고 있으나, 담합에 따른 손해는 즉시 나타나지 않고, 그 손해액을 입증하기도 어려우며, 소비자 개인에 대한 손해액은 크지 않은 경우가 많아, 위 규정에 따른 손해배상을 청구하는 것은 거의 불가능한 실정이다.

재벌의 담합에 따른 피해는 대규모 인원에게 대규모로 나타나지만, 이를 제재할 수단은 공정거래위원회에게 전속되어 있는 상황에서 소비자에 의한 적극적인 제재수단을 모색해 보아야 한다. 이에 소비자들의 집단 소송 제도와 징벌적 손해배상제도는 하나의 대안이 될 수 있을 것이며, 이하에서 보다 자세하게 살펴보고자 한다.

2. 소비자집단소송법[239]의 도입

가. 의의

동일범주의 다수의 피해자들이 대표당사자를 선정하여 소송을 제기하고, 그 판결의 효력은 그 피해자 전원에게 미치는 것을 의미한다.

나. 필요성

피해자가 불특정 다수이고, 전체 피해액도 막대하지만 각각의 손해가 소액이고 소송비용이나 절차가 과다 내지 복잡하여 개별적인 피해구제가 어려운 경우, 이를 용이하게 하기 위한 소송제도이다.

다. 종류

236) 2011 공정거래백서, 공정거래위원회, 67
237) 보도자료, 2008-2011, 공정거래위원회 과 금부과 실태분석 발표, 경제정의실천시민연합, 2012. 4. 24.
238) 위 보도자료

239) 소비자집단소송법과 관련하여 비 한 지의 법안으로, 2004. 12. 23. 열 우리당 최재천 의원이 대표발의한 '집단소송 에 관한 법 '이 있었으나, 임기만료로 기되었다. 이번에 제안하는 소비자집단소송법은 ① 소비자집단을 소제기 주체로 한정하여 그 규 의 범위를 줄임으로 입법의 목적을 명확히 하고 있는 점, ② 권리신고를 한 소비자만을 대상으로 결의 력이 미치도 하는 입법방식인 opt-in방식을 함으로 결의 력이 적절한 수준에서 제한된다고 수 있는 점 이 그 입법의 특색이다. 기된 집단소송에 관한 법 은 ① 그 대상을 소비자에 한정하지 않았다는 점, ② 제1조와 제2조 제4호, 제38조 에서 '제외신고'를 규정하여 소위 opt-out방식을 했다는 점 에서 이번에 제안하는 소비자집단소송법과는 큰 이가 있다.

광의로는 대표당사자 소송과 단체소송으로 구분할 수 있고, 전자는 구성원 중 1인이나 수인이 대표당사자가 되도록 함으로써 피해를 입은 소수주주, 소비자 등에게만 당사자적격을 인정하는 것으로 우리나라에서는 증권관련 집단소송법이 있으며, 후자는 사회단체, 시민단체 등도 당사자 적격을 가지는 것으로서 우리나라에서는 소비자기본법이 있다.

라. 유사소송제도와의 차이점

1) 민사소송법상의 선정당사자제도

선정당사자제도는 피해당사자가 선정자단을 구성하여 그 중 선정당사자를 선정하여 소송을 제기하고, 그 소송을 제기한 선정자들에게만 판결의 효력이 미치는 데 비해, 집단소송은 피해자 전원에게 판결의 효력이 미친다.

민사소송과 집단소송[240]

구분	민사소송	집단소송
원고적격	- 피해당사자에 의한 소송제기 - 선정당사자제도	- 동일범주 피해자 전원 - 대표당사자 선정 - 제외신고를 한 동일범주 피해자는 제외
기판력	- 소송을 제기한 당사자 및 선정자에게만 판결효력이 미침	- 제외신고를 아니한 피해자 전원 미침
입증책임	- 소송원고, 피해자측의 입증 - 구체적 입증	- 입증책임의 완화 또는 전환 - 개괄적 입증
강제집행	- 당사자에 의한 강제집행	- 법원감독하에 분배관리인에 의한 집행
소송비용	- 선정자들은 소송비용 부담	- 구성원들의 소송비용부담 없음

2) 상법상의 주주대표소송

주주대표소송은 주주가 회사를 대표하여 이사를 상대로 소송을 제기하는 것으로 손해배상의 금전적 이익이 회사에 귀속되고, 소송을 제기할 수 있는 자의 주식보유비율 등의 제한이 있는 반면, 집단소송은 손해배상금이 피해자에게 귀속되고, 증권관련 집단소송의 경우 주식보유비율에 제한이 없다는 점에서 차이가 있다.

240) 김용 , 집단소송제의 경제적 의미와 제도도입 타당성 연구. 산업연구원

마. 외국의 입법례[241] 및 각국의 최근 동향[242]

1) 미국의 경우

1938년 Federal Rule of Civil Procedure 23의 도입으로 집단소송제가 공식 출현하였고, 증권 분야, 소비자 권리보호, 기업의 불법행위나 시장독점, 노동문제 등 거의 모든 분야에서 인정되고 있다. 하지만 집단소송이 남발되자 법원은 소 제기 전 사전 인가제도를 도입하고, 1995년 '피고(기업)가 거짓되고 현혹시키는 언급을 했고, 고의적으로 행동했다는 강한 추정이 있어야 한다'는 단서조 을 신설했으며, 2005년 '피해규모가 500만달러가 넘거나 원고의 수가 100명 이상인 경우에는 소를 연방법원에만 제기할 수' 있도록 하여 변호사들이 거액합의가 잘 되는 지역법원을 찾아 소송을 하는 이른바 Forum Shopping을 방지하고자 하는 Class Action Fairness Act가 통과되기도 하였다.

미국의 집단소송의 특징은 집단구성원 중 1인 혹은 다수가 구성원 전부를 대변하여 대표당사자이자 원고로 소를 제기하도록 하고, 그 요건으로 ① 집단에 속하는 사람이 많아 그 구성원 전원을 당사자로 하는 것이 현실적으로 어려운 경우 ② 그 집단에 속하는 사람들에게 공통되는 법률상 · 사실상의 문제가 존재하는 경우 ③ 대표당사자의 청구나 변이 그 집단의 청구나 변을 위한 전형적인 경우 ④ 대표당사자가 그 집단의 이익을 공정하고 적절하게 보호할 수 있는 경우 등을 규정하였으며, 소장과 소송허가신청서가 법원에 제출되면, 법원이 이를 허가하고, 그 내용을 고지하면서 제외신고기간을 설정하고, 피해구성원 중 제외신고를 한 사람을 제외한 모든 구성원에 판결의 효력이 미치게 하는 소위 Opt-out방식이라는 점이다.

또한 법원은 화해나 소취하에 대하여 반드시 허가하여야 하고, 이를 모든 구성원에게 상당한 방법으로 고지할 것을 명하여야 하며, 화해 등의 허가시에는 반드시 심문절차를 거쳐야 한다.

법원은 합리적인 변호사 보수와 법정 혹은 당사자간에 합의한 비과세비용을 재정할 수 있다. 또한 배상판결을 지지하는 판결이 나온 경우, 피고측이 출자한 자금에 의해 구제기금이 설정되어 원고 측 변호사 등이 관리하며, 추후 해당자에게 자금을 분배한다. 법원은 판결문 속에 부담자, 구성원에 대한 배당책임자, 기일 등을 명기한다.

2) 독일의 경우

일찍부터 부정경쟁방지법, 경쟁제한방지법, 서적가격구속법 등에서 단체소송을 인정해 왔고,

241) 삼성경제연구소, 소비자 피해보상제도의 동향과 과제, 2004. 12.
242) 박희주, 소비자피해구제활성화를 위한 소송제도 발전방안 연구, 한국소비자원, 2007년

이들은 주로 금지청구권을 중심으로 발달해 왔다. 하지만 최근 법률상담법과 부정경쟁방지법에서 손해를 배상받거나 사업자의 부당이득을 환수하기 위한 제도들을 도입하였다.

이에 의하면 일정한 소비자단체는 소비자보호의 이익을 위해 구성원 이외의 소비자의 손해배상청구권에 관하여 소송을 수행하는 것을 인정함은 물론 소비자로부터 양도받은 채권의 재판상 회수도 추가적으로 허용되기에 이르렀다.

그러다가 지난 2005년 약 1만6천명의 소액 투자자들이 도이치텔레콤을 상대로 소송을 제기한 사건을 계기로 독일은 <자본시장 시범소송법>을 그 해 11월 1일부터 발효하였는데, 이는 10개 이상의 유사한 개인의 손해배상청구소송에 관련 있는 사실 또는 법률에 관한 소인을 하나로 집약하고, 이에 대한 연방고등법원의 판결은 모든 원고에게 구속력을 가지게 하는 것이다. 시범소송의 효력은 소송을 제기하여 시범소송 절차에 참가하지 않는 제3자에 대하여 자동적으로 확대되지 않는다는 점에서 미국과 구별된다.

3) 프랑스의 경우

1973년 르와이에법을 제정하여 소비자의 집단이익을 직 · 간접적으로 침해한 행위에 대하여 소비자단체가 제소할 수 있는 원고적격을 인정한 것이 시초이고, 직업조합에 의한 단체소송, 비영리단체에 의한 단체소송, 행정법원의 단체소송 등으로 구분된다. 프랑스는 집단소송 중 단체만이 소를 제기할 수 있는 체계이다.

하지만 2005년 소비법전 개정안이 제출되었는데, 그 내용을 보면 집단소송은 소비자의 물질적 피해의 배상이 목적이고, 1인당 손해배상액이 최고 2,000유로 이내인 분쟁에만 적용되며, 원고 집단에 적극적으로 가입해야 판결의 효력이 미치는 Opt - in 시스템을 구축하고 있고, 사업자로 하여금 할당된 손해배상금의 50%에 상응하는 금액을 벌금으로써 소비자에게 지불하도록 하는 처벌적 피해의 개념을 도입한 것이 특색이다. 또한 판사는 당사자들이 제출한 자료를 근거로 집단소송의 요건충족여부를 심사하고, 사업자는 소비자에게 손해배상액을 제안할 수 있으며, 그 제안이 받아들여지면 소비자는 즉시 피해를 배상받고, 그 제의가 불충분하면 판사는 자동적으로 사업자에게 할당된 손해배상금의 50%에 해당하는 금액을 벌금으로 소비자에게 지불하도록 명할 수 있다.

4) 일본의 경우

70년대 이후 집단소송제 도입을 논의하였으나, 기업에게 부당한 압력을 가할 위험성이 있다는 이유로 유보되었고, 다만, 민사소송법을 개정하여 집단의 피해구제절차를 용이하게 하였다. 즉, 기존의 선정당사자 제도를 확충하여 추가적 선정을 인정한 것이다.

최근 당사자와 심문할 증인이 다수인 사건의 경우, 수명법관에 의한 증인심문제와 5인 법관의 합의제에 의한 심리 등을 통해 재판하는 대규모 소송제도를 신설하였는데, 이는 소송에 참가하겠다는 의사표시를 한 피해자가 소송에 참가하여 판결의 효력을 받도록 하는 제도이다. 하지만 이는 소송에 참가하여 원고나 피고 등 소송당사자가 된다는 점에서 원칙적 의미의 집단소송과는 차이가 있다.

5) 중국의 경우

1991년 민사소송법에서 집단소송제를 명문으로 도입하고, 민소법에 의해 등록된 권리자들에 한해 판결의 효력이 미치는 Opt - in 방식 채택한 것이 특징적이다.

민사소송법 제54조는 당사자 일방의 인수가 많은 공통소송에 있어서 당사자는 대표자를 선거하여 소송을 진행할 수가 있도록 규정하고, 대표자의 소송행위는 대표하고자 하는 당사자(피해자 집단 중 인민법원에 등기한 권리자들)에게 효력을 발생하며, 단 대표자가 소송청구를 변경 또는 포기하거나 상대방 당사자의 소송청구를 승인하거나 화해를 진행하는 경우에는 반드시 대표하는 당사자의 동의를 거쳐야 한다.

법 제55조는 소송목적물이 동일한 종류이고 당사자 일방의 인수가 많아서 소송을 제기할 때에 그 인수를 아직 확정하지 못하였을 경우에 인민법원은 공고를 통하여 사건의 정황과 소송청구를 설명하고 권리자들이 일정한 기간내에 인민법원에 등기를 하도록 할 수가 있다. 인민법원에 등기한 권리자들은 대표자를 선거하여 소송을 진행할 수가 있으며 대표자를 선거하지 못하는 경우에 인민법원이 직접 등기를 한 권리자들과 상의하여 대표자를 선거할 수 있다.

인민법원이 내린 판결, 재정은 등기에 참가한 전체 권리자들에게 효력을 발생하고, 등기에 참가하지 않은 권리자가 소송시효기간내에 소송을 제기하는 경우에 이 판결 또는 재정을 적용하도록 규정돼 있다.

6) 영국의 경우[243]

1996년 발행된 <재판접근을 위한 보고서>에서 Group Litigation 시스템 도입을 권고한 것을 시초로 2000년 민사소송규칙개정으로 집단소송절차를 추가하여 법원이 GLO(Group Litigation Order)를 발령하기 위하여 적절한 청구군을 특정가능하도록 하였다.

법원은 GLO쟁점을 야기하는 다수의 청구가 있거나 있을 수 있는 경우에 GLO를 발령하는 것으로 그 쟁점이 공통되는 여러 개의 청구가 있을 경우가 이에 해당한다. 원고나 피고는 관

243) 박희주, 소비자피해구제 활성화를 위한 소송제도 발전방안 연구, 한국소비자보호원, 2007. 9.

련청구들이 제소되기 전후 언제라도 GLO를 신청할 수 있고, 법원은 허가권을 보유하고 있으며 직권명령도 가능하다.

영국의 집단소송의 특징은 피해당사자의 적극적인 참여(Opt - in)가 있거나 적극적인 제소결정이 필요하다는 점에서 미국의 집단소송과 구분되고, GLO쟁점에 관한 결정은 명령을 내린 시점에 그룹에 등록하고 있는 모든 당사자를 구속하며, 등록한 청구자는 불리한 판결에 대하여 상소할 수 없고, 다만 판결이나 명령의 구속력이 자신에게 미치지 않는다는 명령을 구하는 신청만 가능하며, 소송비용은 공통비용과 개별비용으로 구분하여 청구자들이 공통 또는 개별적으로 책임지고, 변호사보수는 패소당사자가 부담한다는 점이다.

7) 스웨덴의 경우

2003. 1. 1.부터 그룹소송절차법을 시행하고 있고, 지방법원이 심리할 수 있는 모든 청구에 대하여 제기하고, 특히 환경법의 규정에 의거하여 특정 유형의 환경피해에 대한 손해배상금을 청구하고 예방청구도 가능하다.

그룹소송절차법은 그룹 구성원 가운데서 대표자가 제기하는 사적그룹소송, 특별히 지정된 정부기관이 제기하는 공적그룹소송, 비영리 단체가 소비자법과 환경법 2개분야에 제한하여 제기하는 단체그룹소송으로 구분된다.

소송절차는 변호사회 회원인 대리인에 의해 수행되어야 하고, 관할은 피고가 거주하거나 손해가 발생한 곳을 관할하는 지방법원이 관할권을 가진다.

스웨덴 집단소송의 특징은 그룹의 구성원들은 신청서에 이름과 주소에 의해 특정되어야 하고, Opt-in방식을 채택하여 신청서에 기재된 사람들은 법원으로부터 소송절차를 통지받고 그 판결의 적용을 받기를 원하는 사람은 법원에 효과를 승인하는 서면진술을 해야 하고, 이들에게만 판결의 효력이 미치고 이는 판결에서 그룹의 구성원으로 특정되며, 그룹의 대표자는 화해권한이 있으나 이는 법원의 승인한 경우에만 유효하고, 판결 후 그룹의 구성원이면 누구나 소할 수 있으며, 소송당사자만이 비용부담책임을 지고, 그룹의 구성원들은 비용부담 책임이 없다는 점이다.

8) OECD의 경우

OECD이사회는 2007년 6월 소비자의 분쟁해결 및 피해구제에 관한 OECD이사회 권고를 채택하였다.

그 중 집단적으로 제기하는 소비자를 위한 분쟁해결 및 피해구제에 관한 권고내용을 보면, ① 다수 소비자들이 동일한 사업자 또는 관련 사업자의 동일한 또는 유사한 행위의 결과로 경제적 피해를 입었음을 주장하는 경우, 소비자들이 그 분쟁에 대해 집단적으로 적용되는 해결을 제공하는 제도를 두고, ② 집단소송이 OPT - IN방식으로 제공되는 경우, 소비자가 그 집단 속에 포함되기 위한 절차를 밟을 수 있도록 소송의 개시를 소비자에 알리기 위한 합리적 조치를 취해야 하며, ③ 집단소송이 OPT - OUT방식으로 제공되는 경우, 소비자에게 자신을 집단에서 제외하는 절차를 밟을 수 있도록 소송의 개시를 알리는 조치를 마련해야 하고, ④ 그 유형으로는 개별소비자가 자신의 이름으로 동일한 사업자 등으로부터 경제적 피해를 입은 다른 소비자를 위한 대표자로서 제기하는 것, 소비자 단체가 소비자들을 위한 대표자로서 제기하는 것, 소비자보호집행기관이 소비자들의 대표자로서 제기하는 것 등으로 구분하고 있다.

바. 한국의 집단소송

1) 증권관련 집단소송법

가) 의의

증권의 매매 또는 기타 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 중의 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 수행하는 손해배상청구소송이다.

) 용대상

유가증권신고서와 사업설명서의 허위기재, 사업보고서, 반기보고서, 분기보고서의 허위기재, 내부자 거래, 주가조작, 분식회계로 한정된다.

다) 증 관련 집단소송 의 절차

- 소장 및 소송허가신청서 제출 : 인지액 상한 5천만원
- 소제기의 공고 : 법원이 소장 등 접수한 날부터 10일 이내
- 대표당사자 선임 : 대표당사자가 되기를 원하는 구성원은 공고 후 30일 이내 법원에 신청서를 제출하고, 법원은 소제기 공고 후 50일 이내 선임결정
- 소송허가 : 법원은 당사자를 심문하여 허가결정
- 소송허가결정 고지 : 허가결정 확정되면 지체없이 고지
- 제외신고

- 소송진행
- 판결
- 권리실행(강제집행) : 대표당사자가 집행권원으로 집행
- 분배관리인 선임
- 분배계획안 인가
- 권리신고
- 권리확인 및 분배

라) 증 관련 집단소송 의 문제[244]

2005. 1. 1.시행 이후 소송 제기실적이 없다. 이는 아직 관련판례의 축적이 없어 승패가 불확실하고, 이에 따라 소송비용을 지불한 데 대한 반대급부가 불확실한 문제도 있고, 원고 측의 입장에서 보면 비용과 노력, 시간이 많이 투자되는 소송이고, 대부분의 증거자료가 피고 측의 통제하에 있기 때문에 증거를 입수하고 이를 분석하여 청구원인을 증명하기가 용이하지 않은 문제도 요인으로 지목된다.

또한 주가조작이나 분식회계 등을 일삼는 업체들은 소 제기 전에 이미 파산상태에 이른 경우가 많고, 소 제기를 당할 경우 자산양수도나 회사분할 등을 통해서 책임재산을 빼돌리는 경우도 있어 승소했다고 하더라도 그 집행이 불확실한 문제, 소송허가신청절차, 구성원에 대한 고지절차, 제외신고절차, 분배절차 등 그 절차가 일반 민사소송에 비하여 대단히 복잡한 것도 소송부진의 요인이다.

여기에다 우리 법원 시스템은 집단적 분쟁을 효과적으로 처리할 수 있는 시스템이 결여되어 있어 일단 재판과 판결을 미루어 두는 경향이 있다는 점, 법 제11조 제3 은 '최근 3년간 3건 이상의 증권관련 집단소송에 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자는 위 소송의 원고 측 소송대리인이 될 수 없다'는 조 을 두고 있으나, 우리의 경우 대형로펌은 기업 측을 대변하기 때문에 위 소송의 원고 측 대리인으로 될 가능성이 희박하고, 소형로펌의 경우 회계사와 팀을 만들어 위 소송을 담당할 여력이 안 되므로, 결국 전문로펌의 출현이 필수적인데, 이러한 조 을 둠으로써 집단소송 전문로펌의 출현을 막는다는 점, 법 제7조는 인지대를, 법 제16조는 고지, 공고, 감정 등에 관한 비용의 예납을 규정하고 있으나, 위와 같은 비용을 대표당사자가 예납한다는 것은 실질적으로 어려워 결국 원고 측 소송대리인이 선부담할 수 밖에 없는데, 아직 승소가능성도 없고, 성공보수금도 10%대에 못미치는 현실에서 그러한 위험을 수반하고 위 비용을 예납할 가능성은 매우 낮다는 점, 원고 측이 패소할 경우, 소송비용을 원고 측 소송대리인이 부담할 가능성이 높다는 점 등 역시 증권관련 집단소송법의 문제로 지적된다.

244) 김주영 변호사, 증권관련 집단소송제의 미활성화, 그 원인, 문제점 및 개선방안, 2007. 10. 26.

2) 소비자기본법

가) 령의 규정

제4절 소비자단체소송

제70조(단체소송의 대상등) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 단체는 사업자가 제20조의 규정을 위반하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송(이하 "단체소송"이라 한다)을 제기할 수 있다.

1. 제29조의 규정에 따라 공정거래위원회에 등록한 소비자단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체

제71조(전속관할) ① 단체소송의 소는 피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳, 주된 사무소나 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소가 있는 곳의 지방법원 본원합의부의 관할에 전속한다.
② 제1 의 규정을 외국사업자에 적용하는 경우 대한민국에 있는 이들의 주된 사무소·영업소 또는 업무담당자의 주소에 따라 정한다.

제72조(소송대리인의 선임) 단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.

제73조(소송허가신청) ① 단체소송을 제기하는 단체는 소장과 함께 다음 각 호의 사을 기재한 소송허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.

1. 원고 및 그 소송대리인
2. 피고
3. 금지·중지를 구하는 사업자의 소비자권익 침해행위의 범위

②제1 의 규정에 따른 소송허가신청서에는 다음 각 호의 자료를 첨부하여야 한다.

제74조(소송허가요건 등) ① 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 결정으로 단체소송을 허가한다.

1. 물품등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있을 것

2. 제73조의 규정에 따른 소송허가신청서의 기재사 에 흠결이 없을 것
3. 소제기단체가 사업자에게 소비자권익 침해행위를 금지·중지할 것을 서면으로 요청한 후 14일이 경과하였을 것

②단체소송을 허가하거나 불허가하는 결정에 대하여는 즉시 고할 수 있다.

제75조(확정판결의 효력) 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우 이와 동일한 사안에 관하여는 제70조의 규정에 따른 다른 단체는 단체소송을 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 판결이 확정된 후 그 사안과 관련하여 국가 또는 지방자치단체가 설립한 기관에 의하여 새로운 연구결과나 증거가 나타난 경우
2. 기각판결이 원고의 고의로 인한 것임이 밝혀진 경우

제76조(「민사소송법」의 적용 등) ① 단체소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 「민사소송법」을 적용한다.

②제74조의 규정에 따른 단체소송의 허가결정이 있는 경우에는 「민사집행법」 제4편의 규정에 따른 보전처분을 할 수 있다.

③단체소송의 절차에 관하여 필요한 사 은 대법원규칙으로 정한다.

) 특징

소비자에 대한 금전적 피해구제가 아니라, 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송이고, 공정위에 등록된 소비자 단체가 소송제기 가능하며, 단체소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임해야 하고, 단체는 소장과 함께 소송허가신청서를 법원에 제출하여야 하고, 법원은 일정한 요건 하에 이를 허가하며, 원고 패소의 경우, 동일 사안에 대하여 다른 단체의 단체소송 제기 금지된다.

사. 입법에 따른 기대효과

최근 금융권의 CD금리담합문제가 불거지면서 새삼 소비자 집단소송법의 제정필요성이 제기되고 있다.

기업의 분식회계 등에 대하여 적용되는 증권관련집단소송법을 제외하고, 적어도 현행 소송관련 법률에서는 단일의 사유로 인하여 여러 피해자가 산재해 있j고, 그 피해금액이 소액이거나 제각각인 경우 권리구제를 받는 방법이 마련돼 있지 않다.

그렇게 되면 방법은 단 하나이다. 그 피해자 모두가 원고가 되는 것이다. 그런데 이는 소송

실무상으로 엄청난 번거로움을 야기하여 피해자들로서는 차라리 소송을 회피하거나 법무법인으로서 굳이 하려고 하지 않는다.

이번 금리담합사태를 소송실무에 비춰 간단히 예를 들어보자. 우선 피해자들은 전국에 걸쳐 산재해 있고, 피해금액도 특정하기 어렵다. 때로는 수백만원을 피해본 사람도 있을 수 있으나, 때로는 수만원 가량만 피해본 사람도 있을 수 있는 것이다. 그런데 현행 소송법에서 그들은 선정자 그룹을 형성하지 않는 한 모두 원고가 되어야 한다. 선정자로 모이는 것이 그리 쉬운 일도 아니어서 결국 그 피해자 모두는 각각 원고가 되어 법무법인에 위임장을 제출하고 소송비용과 인지액을 예납하면서 그중 대표를 정하여 착수금과 성공보수금 등을 협의할 것이다.

문제는 그 과정에서 법무법인 소속 변호사와 직원들이 일일이 그 피해실태를 조사해야 하고, 때로는 수만원 피해에 그치는 사람들은 과연 원고로서 소송을 제기해야 하는지 의문이 들 것이다. 배보다 배꼽이 더 크기 때문이다. 그들 모두를 원고로 할 때 위임장작성 및 원고명단 작성과정에서 도장도 일일이 새겨 날인해야 하고, 심지어 요즘 법원에서는 그들 모두의 신분증 사본이나 인감증명을 요구하는 곳도 있어 실무는 더욱 늘어나게 된다. 그러나 이러한 분주함도 그 성과가 보장된다면 원고들이나 법무법인 모두 소송을 진행할 동력을 갖게 되나, 이번 금융권의 금리 담합처럼 그 승패가 불분명한 사건 - 사실 소비자 집단소송법의 주요사건들은 기업과 관련되기 때문에 치열한 법리논쟁이 예상돼 승패가 불확실한 경우가 많을 것이다 - 에 이러한 노력과 비용을 들일 원고들과 법무법인은 거의 없을 것이다.

만약 소비자 집단소송법이 제정되면 그들 모두가 원고가 될 필요가 없다. 소수 몇몇이 대표로 원고가 되고, 그들은 단지 법원에 권리신고(이는 opt-in방식을 전제한 것임)를 하면서 자신이 입은 피해사례를 알리고, 법무법인은 소수의 대표당사자를 원고로 하여 국가에서 일정한 액수의 소송비용이나 고지비용, 인지대 등을 보전받으면서 소송을 제기하면 된다. 법무법인과 원고들로서는 승패가 불확실한 소송에서 초기비용을 과다하게 지불하는 위험에서 벗어나고, 향후 소송에서 이길 경우 분배절차에서 그 비용을 공제하면 되는 것이다. 다만, 이렇게 하려면 소비자 집단소송법에서 피해자들의 권리신고 및 소송비용액 유예 내지 보전 등에 관한 절차가 더욱 정교하게 마련되어야 함은 물론이다.

아. 입법의 구체적 쟁점[245]

1) 입법형식

245) 박희주, 소비자피해구제활성화를 위한 소송제도 발전방안 연구, 한국소비자원, 2007년 참조

소비자기본법에서 규정하는 방안과 별개의 독립적 법안을 마련하는 방법이 있고, 독일과 프랑스의 단체소송은 부정경쟁방지법, 법률상담법, 소비법전 등에서 다른 내용들과 함께 규정돼 있으며, 미국과 영국은 민사소송규칙에서 다른 소송제도들과 함께 규정돼 있는 반면, 스웨덴은 별도로 그룹소송절차법을 두고 있다. 소비자의 집단적 피해구제를 위한 소송제도를 도입할 경우 관련 규정들은 대부분의 내용이 절차법적 성격을 가지는 것이며, 그 피해분야가 광범위하므로 민사소송법의 특별법으로 제정하는 것이 타당하다.

2) 적용범위

현대사회에서 집단의 피해범위는 소비자피해, 환경피해, 투자자 피해 등 대단히 광범위하다. 미국과 영국, 스웨덴은 특별히 범위를 한정하지 않고 거의 모든 분야에 대하여 집단소송을 인정한다. 하지만 우리나라에는 현재 증권관련 집단소송법이 존재하는 상황에서 법령의 명칭을 '집단소송법'으로 하는 것은 적용범위에 혼선을 가져올 우려도 있고, 환경분야 등에 대하여는 차후 검토할 측면도 있으므로, 그 분야를 소비자의 피해(기업담합으로 인한 피해, 제조물 책임으로 인한 피해 등)로 한정하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 그 법령의 명칭도 '소비자집단소송법'(가칭)으로 하는 것이 좋을 것이다.

3) 구성원 확정방식

미국은 앞에서 본 바와 같이 제외신고를 한 자에게 판결의 효력이 미치지 않는 Opt - out 방식이고, 이에 반하여 중국, 스웨덴은 권리신고를 미리 한 자에게 판결의 효력을 미치게 하는 Opt - in방식이다.

Opt - out방식의 경우, 제외신고를 한 자들을 제외하고는 모두 판결의 효력을 받는 구성원에 해당하게 되나, 이들 모두 자동적으로 분배절차에 참여하는 것이 아니라 권리신고를 한 자들에게만 손해배상금액을 분배하게 규정돼 있다. 즉, 현행 증권관련집단소송법은 제외신고 규정을 두어 Opt - out방식이나 법 제42조 제2 제5호에 소송이 종결된 후 분배계획안 작성시 권리신고의 기간, 장소, 방법을 포함시키도록 규정하고, 법 제47조에 의해 이를 고지하면, 법 제49조에 정한 대로 구성원들은 권리신고 기간 내에 분배관리인에게 권리를 신고하여야 하고, 책임없는 사유로 못할 경우라도 최소한 공탁금의 출급청구 기간이 끝나기 전에는 신고하여야 한다. 결국 제외신고를 하지 않았더라도 권리신고기간 내에 그 신고를 못하면 판결의 효력은 받고 권리구제는 못받는 문제가 발생하게 되는 것이다.

반면, Opt - in 방식의 경우, 구성원 신고 내지 권리신고를 한 자들에게만 판결의 효력을 받게 하고, 승소할 경우 분배절차에 참여시킬 수 있으며, 위 신고를 하지 않는 자들에게는 판결의 효력을 미치지 않게 되므로 소 제기사실을 몰랐다고 하더라도 추후 별소를 제기할 수 있는 이점이 있다. 다만, 그 신고기간 및 신고장소는 세밀하게 규정돼야 한다.

4) 소송비용

미국의 경우, 원고와 피고는 각각 자신들이 쓴 비용을 부담하고, 원고의 변호사비용은 성공보수로서 피고로부터 받은 금액에서 지불된다. 위 금액은 법원이 재정결정으로 하고, 그 비율은 일반적으로 25% 내지 30% 정도이다.

소송비용은 원칙적으로 소송의 당사자인 대표당사자가 지불하게 된다. 구성원은 그 책임주체가 아닌 것이다. 이제 문제는 소 제기시 부담해야 하는 인지액, 공고 및 고지비용, 감정비용 등을 어떻게 마련할 것인가 하는 점이다. 현행 증권관련집단소송법은 인지액의 상한을 5천만원으로 규정하고 있다. 따라서 소비자들의 권익을 위해 마련하는 법 취지상 인지액은 500만원 이하 등 그 상한을 규정할 필요가 있다. 고지, 공고, 감정비용의 예납 역시 아직 승패를 알 수 없는 상황에서 대표당사자에게 많은 부담이 될 수 있고, 결과적으로 원고 측 소송대리인이 대납할 수도 있으므로, 국고금 체당 규정을 두어야 한다. 즉, 최소한 인지액이나 고지 및 공고비용은 국고금에서 충당해야 할 것이다.

5) 피고의 즉시항고 인정여부

현행 증권관련 집단소송법 제15조 제4 은 법원의 소송허가결정에 대하여 피고가 즉시 고를 할 수 있는 규정을 두고 있다. 원고 측이 소송불허가결정에 대하여 즉시 고를 하는 것은 다른 구제수단이 없기 때문에 당연한 것이지만 피고는 소송과정에서 본안전 변으로 얼마든지 그 소의 적법여부를 다툴 수 있는데, 당사자 심문절차를 통한 법원의 허가결정이 있는 경우 다시 피고의 즉시 고기회를 준다는 것은 소송지연책으로 악용될 우려가 있으므로 이는 인정하지 말아야 한다.

6) 시민단체 등의 원고적격 여부

독일과 프랑스는 오래 전부터 단체의 소송제기권한을 부여하고 있고, 특히 프랑스는 대표자격의 구체적 요건을 정하여 존속기간이 1년 이상이어야 하고, 1만명 이상의 회원이 있으며, 모든 사업활동으로부터 독립적이어야 하고, 사단법인으로서 적법하게 설립신고가 되어 있으며, 정관의 목적에 소비자의 이익보호가 명시적으로 규정되어 있는 단체가 원고적격을 가질 수 있다.[246] 또한 스웨덴은 개인과 집단 모두 원고적격을 인정한 점에서 시사하는 바가 크고,

246) 박희주, 소비자피해구제활성화를 위한 소송제도 발전방안 연구, 한국소비자원, 2007년 참조

위에서 본 바와 같이 OECD 역시 집단소송의 유형으로 소비자 단체 등이 소비자들을 대표하여 소송을 제기하는 경우도 권고하는 만큼 긍정적으로 검토할 만하다.

3. 징벌적 손해배상제도의 도입[247)]

가. 우리나라의 손해배상 법제

1) 실손해 배상의 원칙

민법, 국가배상법, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 등에서 실손해배상을 원칙으로 하면서 배상액과 사유를 제한하고 있다.

2) 실손해배상원칙의 완화

공정거래법, 소비자관련법, 특허법, 저작권법 등은 침해자가 얻은 이익을 권리자의 손해액으로 추정하거나, 법원이 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 인정하기도 한다.

3) 공정거래법상의 손해배상 원칙

불법행위 책임의 일종이므로 민법상의 요건사실을 입증해야 하고, 법 제56조에 근거규정을 두면서 단서에서 사업자 또는 사업자 단체의 무과실 입증책임 규정을 마련하여 입증책임의 전환규정을 두고 있으며, 법 제57조에 '손해액 입증이 곤란한 경우에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다'는 규정을 마련하여 법원의 재량범위를 확대하고 있다.

판례에서 주로 문제가 되는 사건은 사업자 단체의 불공정 거래행위, 재판매가격 유지행위, 부당한 공동행위 등인데, 이중 징벌적 손해배상제의 대상이 될 수 있는 것은 다수의 소액피해자들이 발생하는 법 제19조의 부당한 공동행위와 법 제3조의2의 시장지배적 지위남용행위 등으로 한정해 볼 수 있다.

4) 제조물 책임법

247) 김두진, 공정거래법 및 소비자관련법상 벌적 해배상제도 도입방안 연구, 한국법제연구원, 2007년.

제조물의 결함으로 인하여 생명, 신체 또는 재산에 손해를 입은 경우 제조업자나 공급업자의 소비자에 대한 손해배상책임을 인정하고 있다.

5) 표시 광고의 공정화에 관한 법률

사업자의 부당한 표시 광고로 인하여 피해를 입은 자가 있을 경우 사업자의 손해배상책임을 인정한 것으로서 사업자 등은 고의 또는 과실이 없음을 스스로 입증해야 한다.

나. 징벌적 배상제도의 의의

난폭한 불법행위를 한 당사자를 제재하기 위하여 피고로 하여금 보전적 또는 명목적 배상액을 초과한 손해배상 책임을 지우는 것으로서 행위자의 악의적 가해행위를 억제하고, 피해자의 손실보전을 두텁게 하기 위해 도입된 제도이다.

다. 외국의 입법례

1) 미국의 경우

불법행위법, 계약법, 재산법, 해사법원, 노동법, 가족법 등에서 인정하고 있고, 가해행위가 특별히 부당한 경우에만 인정되고, 주법과 연방법 양자에 규율하고 있으며, 징벌적 배상의 부과여부는 법관이 결정하고, 그 액수를 정하는 것은 배심원의 재량적 판단사 이다.

연방 독점금지법인 클레이튼법 제4조 및 제4a조는 셔면법과 클레이튼법 위반행위에 의하여 피해를 입은 사인 및 연방정부에 의한 3배배상청구의 근거규정을 두고 있고, 이외에도 기타 연방 범죄단체조직법, 연방 포괄적 환경보상 및 책임법, 고의의 특허권 침해의 경우 연방 특허법 등에서 3배 배상제도를 규정하고 있다.

미국은 독점금지법상 손해배상청구에 있어서 배상을 청구할 수 있는 손해의 범위가 원고적격을 제한하는 판례법상 원칙에 의해 제한되고 있다. 즉, 피해가 독점금지법이 보호하는 범위 내에서 발생한 독점금지상 피해, 그것으로 인하여 직접 또는 표적영역 내에 있는 자에게 발생한 피해, 직접 매수자에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리 등이 개발 · 적용되고 있는 것이다.

2) 영국의 경우

200년 이상 common law제도의 하나로 정착되어 왔고, 법원은 모욕, 불법구금, 명예훼손, 부녀자 납치, 무단 침입 등에 대하여 징계적 배상을 부여한다.

다만, 계약불이행 사건에는 허용하지 않고, 그 제한원리로서 정부공무원에 의한 억압적, 독단적, 위헌적 조치의 경우, 피고가 자신에게 지급가능한 보전을 훨씬 능가하는 이익을 얻기 위한 계산된 행위를 한 경우, 실정법에 의하여 명시적으로 징계적 배상이 인정된 경우 등을 정하고 있는 점이 특징이다.

3) 캐나다의 경우

캐나다는 전 지역이 징계적 구제책을 인정하고 있는데, 대륙법계인 퀘벡주의 경우, 1991년 민법을 개정하여 명시적으로 허용하고 있다.

다만, 피고가 이미 형사소송에서 자신의 행위로 인해 제재를 받은 경우에는 허용되지 않고, 명예훼손, 불법구금, 모욕 등에 허용된다.

4) 호주와 뉴질랜드

불법행위 사건에서 피고의 행위가 악의적이고, 무리한 또는 오만무례한 경우에 징벌적 배상을 허용하고 있고, 호주는 사기, 불법구금, 모욕, 무단침입의 경우에, 뉴질랜드는 명예훼손과 상해사건에서 인정하고 있는데, 형사법원에서 유죄판결을 받은 경우에는 허용 안 되는 제한이 있는 점이 특징적이다.

5) 인도와 필리핀의 경우

모욕, 불법구금, 문서에 의한 명예훼손 등의 경우에 인정되고, 필리핀 민법은 징벌적 배상의 부여를 인정하고 있다.

6) 노르웨이의 경우

피해자의 자유에 대한 침해, 성적 통합성과 명예의 위반, 프라이버시 침해에 대하여 인정하고 있다.

라. 현행 하도급거래공정화에 관한 법률상 징벌적 손해배상제도

제35조(손해배상 책임) ① 원사업자가 제12조의3제1 을 위반하여 기술자료 제공을 요구함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 제12조의3제3 을 위반하여 취득한 **기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임**을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1 또는 제2 에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다

마. 도입논의

1) 입법방식

이에 대하여 민법의 일반조 으로 하는 방안, 징벌적 배상에 관한 특별법을 제정하는 방안, 개개의 분야별 법률에 규정하는 방안 등이 있고, 민법조 으로 두는 경우 징벌적 배상제도를 통일적으로 설명할 수 있고, 다양한 유형의 불법행위를 포함하여 불법행위 전반에 걸쳐 동종 또는 유사한 불법행위의 재발방지를 기대할 수 있으며, 피해자 간에도 형평을 기할 수 있다는 장점이 있는 반면, 우리 민법상 실손해배상원칙이 오랫동안의 관행이므로 일부 법률에서 시범적으로 규정하고 이를 점차 확대하자는 의견도 있다.

2) 도입의 범위

사개추위의 징벌적 손해배상법(안)은 증권관련 집단소송법, 제조물책임법, 식품위생법, 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 등 5가지 경우로 한정한 바 있다.

구체적인 법률로 들어가 보면, 공정거래법의 경우 그 범위 문제가 대두된다. 즉, 경쟁제한적 기업결합 자체의 경우, 행위자의 고의나 악의입증 및 기업결합과 상당인과관계가 있는 손해입증이 어렵고, 경제력 집중의 경우, 이로 인하여 다른 사업자나 일반 소비자의 손해발생사실을 입증하기 곤란한 점 등에서 그 대상으로 적절치 않다. 따라서 부당공동행위, 시장지배적 지위

남용행위를 중심으로 검토하고, 기타 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 등에 대하여 추가 검토하여야 할 것이다.

기타 법률의 경우, 소액다수의 피해자가 발생할 수 있고, 사업자에 대한 제재가 필요하며, 남소의 경우 시정전치주의와 입증책임의 전환 등으로 제한이 가능하다는 점에서 제조물 책임법과 표시 광고의 공정화에 관한 법률 등에서 규정이 가능할 것으로 판단된다.

3) 요건

미국의 경우, 피고의 악의 내지 중과실에 대한 입증책임을 원고에게 부여하는 경우가 많고, 주로 불법행위법에서 인정되고, 계약법에서는 예외적인 경우에만 인정된다. 우리의 경우에도 그 한계설정 차원에서 가해자의 비난가능한 심적 상태를 당해 법에 명시할 필요성이 대두된다.

4) 배상액의 산정

영국의 경우, 배심원이 사실관계를 고려하여 재량적으로 산정하고, 미국의 경우, 배심원단이 산정하고, 과다하여 위헌시비가 있는 경우 법원에 제소가능하다.

우리나라의 경우, 배심제가 없는 상태에서 법관이 재량적으로 판단 가능하고 재량의 일탈 남용 여부는 상급심에서 판단하면 되는 문제이다.

산정기준 역시 2배 배상, 3배 배상 등의 방법이 있고, 미국 클레이튼법은 입증된 실손해액의 3배액을 배상하도록 규정하고 있으며, 3배 배상액을 상한액으로 정하는 방법도 검토가능하다. 참고로 미국 모델징벌배상법안은 배상액 산정시 불법행위의 성격, 피고의 재산상태, 피고의 이익 등 여러 가지 요소를 고려하여 법관이 배심원에게 적정한 가액을 제시하도록 규정하고 있다.

5) 입증책임의 문제

공정거래법은 과실책임주의에 의하되, 사업자가 자신의 무과실을 입증해야 하는 입증책임의 전환규정을 두고 있고, 현행 제조물 책임법은 원고에게, 표시 광고의 공정화에 관한 법률은 사업자에게 각각 입증책임을 부여하고 있는데, 피해자를 두텁게 보호한다는 측면에서 입증책임의 전환규정을 둘 필요가 있다.

4. 관련 법률의 제정 및 일부개정법률안

가. 소비자집단소송 등에 관한 법률 제정법률안

소비자집단소송 등에 관한 제정법률안[248]

제 안 이 유

급속한 산업화와 사회환경의 복잡화로 인하여 소비자분쟁, 공해분쟁 등 집단적인 피해를 수반하면서도 피해의 입증이 용이하지 않은 현대적 분쟁이 빈발하고 있고, 최근 기업담합이나 제조물 책임 등으로 인한 소비자 피해 등이 급증하는 현실에서 현행의 민사소송구조로는 다수의 소액피해자들의 권리실현에 어려움이 있고, 다수의 중복소송으로 인해 소송불경제가 야기되므로 이들 분쟁에서 보다 용이하게 피해구제를 받을 수 있도록 하고 소송경제를 도모하기 위하여 소비자집단에 한정하여 구성원이 다수이고 구성원의 각 청구가 법률상 또는 사실상 주요한 쟁점을 공통으로 하는 사건에 대하여는 대표당사자에 의한 집단소송을 허용하도록 하고자 함.

주 요 내 용

가. 이 법은 공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생한 경우에 그 다수인을 위하여 그 중의 1인 또는 수인이 다수인의 명시적인 의사에 의하여 대표당사자가 되어 피해에 대한 손해배상 등을 구하는 소송을 제기하여 수행함으로써 다수인의 집단적인 분쟁을 효율적으로 처리하기 위한 특칙을 규정함을 목적으로 함(안 제1조).

나. 소송대리인은 집단소송의 복잡성을 고려하여 변호사강제주의를 채택함(안 제5조).

다. 법원은 피해자가 다수이고 구성원의 각 청구가 법률상 또는 사실상 주요한 쟁점을 공통으로 하고, 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단이라고 인정할 때 이 법에 의한 집단소송으로 해결할 것을 허가(안 제11조).

라. 법원은 사건의 대소, 대표당사자의 자력 등을 감안하여 필요한 경우 소송비용의 예납 및 민사소송법 제700조의 담보제공을 유예할 수 있고, 대표당사자가 소송비용의 부담의 재판

248) 이와 관련하여 2004. 12. 23. 당시 열 우리당 최재천 의원 15인이 발의한 집단소송 에 관한 법 이 있었으나, 그 법 안은 그 대상을 소비자에 한정하지 않았다는 점, 제1조와 제2조 제4호, 제38조 에서 '제외신고'를 규정하여 소위 opt-out방식을 했다는 점 에서 위 법 제정안의 opt-in방식과 큰 이가 있다.

을 받을 경우에는 유예된 소송비용의 전부 또는 일부의 지급을 면제할 수 있음(안 제15조).

마. 법원이 집단소송을 허가하는 경우 일간신문게재 등의 방법으로 피해집단에게 집단소송의 제기사실을 고지하여 개별피해자들이 권리신고를 할 수 있도록 함(안 제17조).

바. 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 소송과 관련있는 문서의 소지자에 대하여 그 문서의 제출을 명하거나 문서의 송부를 촉탁할 수 있고, 문서제출명령이나 문서송부촉탁을 받은 자는 정당한 이유 없이 그 제출이나 송부를 거부할 수 없음(안 제33조).

사. 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있지 아니한 경우에도 인적·물적 상태의 확정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대표당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있음(안 제35조).

아. 집단소송에 있어서 소의 취하, 소송상의 화해 또는 청구의 포기는 법원의 허가결정을 받지 아니하면 그 효력이 없음(안 제37조)

자. 확정판결은 권리신고를 한 구성원에 대하여만 효력을 미침(안 제39조).

차. 법원은 대표당사자의 신청 또는 직권으로 분배관리인을 선임하여야 하고, 분배관리인은 법원의 감독하에 권리실행으로 취득한 금전의 분배업무를 행함(안 제43조).

소비자집단소송등에 관한 법률 제정법률안[249]

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 법은 공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생하는 경우에 그 다수인을 위하여 그 중의 1인 또는 수인 등이 그 다수인의 명시적인 의사에 의하여[250] 대표당사자가 되어 피해의 구제를 구하는 소송을 제기하여 수행함으로써 다수인의 집단적인 분쟁을 효율적으로 처리하기 위하여 민사소송법의 특칙을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "총원"이라 함은 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 손해보전에 있어서 공통의 이해관계를 가지는 피해자 전원을 말한다.[251]

249) 적용범위에 대하여 논의가 있을 수 있으나, 증권관련 집단소송법이 있는 상 에서 '집단소송법'이라고 하기에 무리가 있고, 소비자피해에 대한 해배상법 이라는 지를 살 다는 면에서 '소비자 집단소송법'이라고 한다.

250) 집단소송의 방식 중 Opt - in방식으로 할 경우를 전제로 한 것이다.

251) 이는 구성원, 원고 과는 다른 개념으로 보아야 한다. , 총원이란 일정한 사실관계로 인하여 피해를 입은 사람의 상적 집단을 의미하는 것으로 이해해야 한다.

2. "구성원" 이라 함은 총원을 구성하는 각각의 피해자를 말한다.
3. "대표당사자"라 함은 법원의 허가를 받아 총원을 위하여 소의 제기 그 밖에 이 법에 의한 절차를 수행하는 1인 또는 수인의 구성원을 말한다.
4. "권리신고"라 함은 구성원이 집단소송에 관한 판결 등의 기판력을 받겠다는 의사표시를 법원에 신고하는 것을 말한다.[252]
5. "집단소송"이라 함은 이 법에 의한 소송을 말한다.

제3조(법 적용예) ① 집단소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법을 적용한다.
② 소제기에 앞서 다른 법률에 의하여 전심절차를 거쳐야 하는 경우에도 집단소송을 제기하는 경우에는 그 절차를 거치지 아니할 수 있다.

제4조(관할) 집단소송의 관할법원은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다.[253]

제5조(소송대리인의 선임) 이 법에 의한 절차를 수행함에 있어서는 원고와 피고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.

제2장 소의 제기 및 허가절차

제6조(소의 제기 및 소송허가신청 등)[254] ① 집단소송을 제기하고자 하는 대표당사자는 이 법이 정하는 방식에 의한 소장과 소송허가신청서(이하 "허가신청서" 라 한다)를 법원에 제출하여야 한다.
② 집단소송의 소장에 붙이는 인지액은 민사소송등인지법 제2조 제1 의 규정에 의하여 산출된 금액의 2분의 1에 동조 제2 의 규정을 적용한 금액으로 한다. 이 경우 인지액의 상한은 500만원으로 한다.[255]
③ 집단소송의 소심 및 상고심에서의 인지액에 대하여는 민사소송등인지법 제3조를 준용한다. 이 경우 인지액의 상한은 500만원으로 한다.

제7조(소장의 기재사) 소장에는 다음 각 호의 사 을 기재하여야 한다.

252) Opt - in방식을 전제로 한 것이다. Opt - out방식으로 할 경우, 소송이 끝난 후 도의 권리신고 규정이 있으나, Opt - in방식으로 할 경우 도의 규정을 두기 보다 피해자들이 권리신고 1회로 결의 력을 받겠다는 의사표시를 할 수 있도 해야 하고, 이들은 원고가 되는 것이 아니라 기 력의 주관적 범위를 정하기 위한 특정된 피해자들이 되는 것이다. 이때 그 신고의 종기를 사실심 변론종결시, 결선고시, 공 금출급청구 기간 종료전 중 어느 시점으로 할 것인지 결정해야 한다. 다만, Opt - out 방식을 하는 증권관련집단소송법은 그 기간을 공 금출급청구기간 종료전까지로 규정하고 있다.

253) 증권관련 집단소송법의 예를 따른 것이다.

254) 소송 가 요건을 경우 필요한 규정이다.

255) 인지 의 상한을 으로 은 인지 으로 인한 소송참가의 을 물고자 하는 것이다.

1. 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자와 그 법정대리인
2. 원고측 소송대리인
3. 피고
4. 청구의 취지와 원인
5. 총원의 범위[256]

제8조(허가신청서의 기재사 및 첨부서류) ① 허가신청서에는 다음 사 을 기재하여야 한다.
1. 제6조 제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자와 그 법정대리인
2. 원고측 소송대리인
3. 피고
4. 총원의 범위
5. 제6조 제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자와 원고측 소송대리인의 경력
6. 허가신청의 취지와 원인

제9조(소제기의 공고 및 대표당사자의 선임) ① 법원은 제6조의 규정에 의한 소장 및 소송허가신청서를 접수한 날부터 10일 이내에 다음 각 호의 사 을 공고하여야 한다.
1. 집단소송의 소가 제기되었다는 사실
2. 총원의 범위
3. 청구의 취지 및 원인의 요지
4. 대표당사자가 되기를 원하는 구성원은 공고가 있은 날부터 2주 이내[257]에 법원에 신청서를 제출하여야 한다는 사실[258]

② 제1 의 규정에 의한 공고는 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하는 등 대법원규칙으로 정하는 방법에 의한다.
③ 제1 제4호의 규정에 의하여 대표당사자가 되기를 원하는 구성원은 경력과 신청의 취지를 기재한 신청서를 법원에 제출하여야 한다.
④ 법원은 제1 의 규정에 의한 공고를 한 날부터 30일 이내[259]에 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자와 제1 제4호의 규정에 의하여 신청서를 제출한 구성원 중 제10조의 규정에 의한 요건을 갖춘 자로서 총원의 이익을 대표하기에 가장 적합한 자를 대표당사자로 선임한다.
⑤ 제4 의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.
⑥ 제4 의 규정에 의하여 대표당사자로 선임된 자는 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기

256) 이를 어 게 특정할 것인지 문제이다. 이 단계에서는 아직 권리신고가 모두 이루어진 것이 아니므로, 상적으로 피해사실로 인한 피해자의 범위를 특정할 수 밖에 없다.
257) 증권관련 집단소송법은 '30일 이내'로 규정돼 있으나 그렇게 오 기간을 부여할 필요가 없다.
258) 대표당사자 신청서를 소장과 동시에 제출하여 같이 심사하는 방안을 고려해 보아야 한다. 도의 절 를 두면서 시간만 지연되는 결과를 기 때문이다. 증권관련집단소송법은 공고 후 30일 이내에 신청서를 내도 규정하고 있다.
259) 증권관련집단소송법은 '50일 이내'로 규정돼 있으나 이를 단 할 필요가 있다.

하는 자 중 대표당사자로 선임되지 아니한 자가 붙인 인지의 액면금액을 그에게 지급하여야 한다.

제10조(대표당사자 및 소송대리인의 요건) ① 대표당사자는 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원이어야 한다.
② 원고측 소송대리인은 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는 자이어야 한다.

제11조(소송허가요건) 소송사건은 다음 각 호의 요건을 구비하여야 한다.
1. 구성원이 50인 이상일 것
2. 구성원의 각 청구가 법률상 또는 사실상 주요한 쟁점을 공통으로 할 것.
3. 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단일 것
4. 제8조에 따른 허가신청서의 기재사 및 첨부서류에 흠결이 없을 것

제12조(소송허가절차) ① 대표당사자는 소송허가신청의 이유를 소명하여야 한다.
② 집단소송의 허가여부에 관한 재판은 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자와 피고를 심문하여 결정으로 한다.[260]
③ 법원은 제2 의 재판을 함에 있어서 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다.

제13조(소송허가신청이 경합된 경우의 처리) ① 동일한 분쟁에 관한 수개의 집단소송의 소송허가신청서가 동일한 법원에 제출된 경우 법원은 이를 병합 심리하여야 한다.
② 동일한 분쟁에 관한 수개의 집단소송의 소송허가신청서가 각각 다른 법원에 제출된 경우 관계법원에 공통되는 직근 상급법원은 관계법원이나 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자, 대표당사자 또는 피고의 신청에 의하여 결정으로 이를 심리할 법원 을 정한다.
③ 제2 의 규정에 의하여 수개의 집단소송을 심리할 법원으로 결정된 법원은 이를 병합심리하여야 한다.
④ 법원은 제1 또는 제3 의 규정에 의하여 병합심리하는 경우에는 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자, 제9조제1 제4호의 규정에 의하여 신청서를 제출한 구성원 또는 대표당사자들의 의견을 듣고 소송을 수행할 대표당사자 및 소송대리인을 정할 수 있다.
⑤ 제2 및 제4 의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

제14조(소송허가결정) ① 법원은 제11조의 규정에 적합한 경우에 한하여 공고를 한 날부터 30일 이내에 결정으로 집단소송을 허가한다.[261]
② 집단소송의 허가결정서에는 다음 각 호의 사 을 기재하고 결정을 한 법관이 기명날인하

260) 당사자의 참여권을 보장하는 면은 긍정적이나 이 또한 도의 심문기일을 열면서 소송이 지연되는 결과를 는다는 점에서 법원의 결정으로 가능한지 여부가 검토되어야 한다.
261) 증권관련집단소송법에 소송 가결정 시한관련규정이 없으나, 하고 시일이 오래걸리는 점을 감안하면 그 시한을 규정할 필요가 있다.

여야 한다.

1. 대표당사자와 그 법정대리인
2. 원고측 소송대리인
3. 피고
4. 총원의 범위
5. 주문
6. 이유
7. 청구의 취지와 원인의 요지
8. 권리신고의 기간과 방법
9. 제15조의 규정에 의한 비용의 예납에 관한 사
10. 그 밖의 필요한 사

③ 법원은 상당하다고 인정할 때에는 결정으로 총원의 범위를 조정하여 허가할 수 있다.

④ 제3 의 결정에 대하여는 즉시 고할 수 있다.[262]

제15조(소송비용의 예납) ① 법원은 제14조제1 의 규정에 의한 소송허가결정을 하는 때에는 고지·공고·감정 등에 필요한 소송비용의 예납을 명하여야 한다.

② 법원은 사건의 대소, 대표당사자의 자력 그 밖의 제반사정을 참작하여 필요하다고 인정하는 때에는 제1 의 소송비용 및 민사집행법 제280조의 담보제공의 예납을 유예하고 국고금으로 체당할 수 있다.

③ 제2 의 규정에 의하여 유예된 소송비용 및 민사집행법 제280조에 따라 제공된 담보는 그 부담의 재판을 받은 상대방으로부터 직접 추심할 수 있다. 이 경우 민사소송법 제132조의 규정을 준용한다.

④ 대표당사자가 소송비용의 부담의 재판을 받은 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로 제2 에 의하여 유예된 소송비용 및 민사집행법 제280조의 규정에 따른 담보의 전부 또는 일부의 지급을 면제할 수 있다.

제16조(소송불허가결정) ① 대표당사자는 집단소송의 불허가결정에 대하여 즉시 고할 수 있다.

② 제1 의 규정에 의한 불허가결정이 확정된 때에는 집단소송의 소가 제기되지 아니한 것으로 본다.

③ 집단소송의 소제기로 인한 시효중단의 효력은 다음 각 호에 해당하는 사유가 발생한 날부터 6월 이내에 그 청구에 관하여 소가 제기되지 아니한 경우에 소멸한다.

1. 제16조의 규정에 의하여 불허가 결정이 확정된 때
2. 제26조의 규정에 의한 결정에 의하여 구성원에서 제외된 경우

262) 소송 가결정에 대한 피고의 시항고는 불필요한 절 이다. 피고는 본안전 항변으로 얼마든지 다 수 있기 때문에 굳이 피고 에 소송지연수단을 부여할 필요가 없다.

제17조(소송허가결정의 고지) ① 법원은 제14조제1 의 규정에 의한 소송허가결정이 확정된 때에는 지체 없이 다음 각 호의 사 을 구성원에게 고지하여야 한다.

1. 대표당사자와 그 법정대리인의 성명·명칭 또는 상호 및 주소
2. 원고소송대리인의 성명·명칭 또는 상호 및 주소
3. 피고의 성명·명칭 또는 상호 및 주소
4. 총원의 범위
5. 청구취지 및 원인의 요지
6. 권리신고의 기간, 장소 및 방법
7. 권리신고를 한 구성원에 대하여만 집단소송에 관한 판결 등의 효력이 미친다는 사실
8. 권리신고를 한 구성원은 집단소송의 계속 중에 법원의 허가를 얻어 대표당사자가 될 수 있다는 사실
9. 그 밖에 법원이 필요하다고 인정하는 사

② 제1 에 규정에 의한 고지는 구성원 모두에게 주지시킬 수 있는 적당한 방법으로서 대법원규칙이 정하는 방법으로 하여야 한다.

③ 제1 의 규정에 의한 고지내용은 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하여야 한다.

제18조(복수의 대표당사자의 소송수행) 대표당사자가 복수인 경우에는 민사소송법 제67조제1 및 제2 의 규정을 준용한다.

제19조(대표당사자에 관한 허가) ① 구성원은 집단소송의 계속 중에 법원의 허가를 받아 대표당사자가 될 수 있다.

② 제1 의 결정에 관하여는 제12조제2 및 제3 의 규정을 준용한다.

③ 제1 의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

제20조(대표당사자의 소송수행금지) ① 법원은 대표당사자가 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표하고 있지 못하거나 그 밖에 중대한 사유가 있는 때에는 직권 또는 다른 대표당사자의 신청에 의하여 그 대표당사자의 소송수행을 결정으로 금지할 수 있다.

② 제1 의 금지여부에 관한 재판은 대표당사자를 심문하여 결정으로 한다.

③ 법원은 제1 의 재판을 함에 있어서 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다.

④ 제1 의 결정에 대하여는 즉시 고할 수 있다.

제21조(대표당사자의 사임) 대표당사자는 정당한 이유가 있는 때에는 법원의 허가를 받아 사임할 수 있다.

제22조(대표당사자의 일부변경) 대표당사자의 일부가 사망, 사임하거나 제20조제1 의 규정에

의하여 소송수행이 금지된 경우에는 잔존하는 대표당사자가 소송을 수행한다.

제23조(대표당사자의 전부변경)
① 대표당사자 전부가 사망, 사임하거나 제20조제1 의 규정에 의하여 소송수행이 금지된 경우에는 소송절차는 중단된다.
② 제1 의 경우에 대표당사자가 되고자 하는 구성원은 제19조의 규정에 의한 법원의 허가를 받아 중단된 소송절차를 수계하여야 한다.
③ 제1 의 규정에 의한 소송절차의 중단 후 1년 이내에 수계신청이 없는 때에는 소가 취하된 것으로 본다.

제24조(대표당사자 변경의 고지) 법원은 제19조·제22조 또는 제23조의 규정에 의하여 대표당사자가 변경된 경우에는 상당한 방법으로 구성원에게 이를 고지하여야 한다.

제25조(소송대리인의 사임 등) ① 집단소송의 원고측 소송대리인은 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 받아 사임할 수 있다.
② 대표당사자는 상당한 이유가 있는 때에는 법원의 허가를 받아 소송대리인을 해임·추가선임 또는 교체할 수 있다.
③ 집단소송의 원고측 소송대리인의 전원이 사망 또는 사임하거나 해임된 때에는 소송절차는 중단된다. 이 경우 대표당사자는 법원의 허가를 받아 소송대리인을 선임하여 소송절차를 수계하여야 한다.
④ 제3 의 규정에 의한 소송절차의 중단 후 1년 이내에 수계신청이 없는 때에는 그 집단소송은 취하된 것으로 본다.

제26조(총원의 범위의 변경) ① 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권 또는 신청에 의하여 결정으로 총원의 범위를 변경할 수 있다.
② 제1 의 결정에 대하여는 즉시 고할 수 있다.
③ 법원은 제1 의 결정에 의하여 구성원에서 제외되는 자와 새로이 구성원이 된 자에게 결정내용을 고지하여야 한다. 이 경우 새로이 구성원이 되는 자에 대하여는 제17조제1 각 호의 사 을 함께 고지하여야 한다.
④ 제3 의 규정에 의한 고지의 관하여는 제17조제2 및 제3 의 규정을 준용한다.

제27조(권리신고) ① 구성원은 제17조제1 또는 제26조제3 의 규정에 의하여 고지한 권리신고기간내에 서면으로 법원에 권리신고를 할 수 있다.
② 구성원은 책임없는 사유로 권리신고기간내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 종료된 후 1월 이내에 한하여 신고할 수 있다. 다만 제54조의 규정에 의한 공탁금의 출급청구기간이 만료되기 전에 신고하여야 한다.

③ 법원은 신고된 권리를 확인하여야 한다.
④ 법원은 권리신고를 한 자 및 피고에 대하여 상당한 방법으로 권리확인의 결과를 통지하여야 한다.

제28조(권리확인에 관한 이의) ① 권리신고를 한 자 또는 피고는 법원의 권리확인에 이의가 있는 경우에는 제27조제4 의 규정에 의한 확인결과의 통지를 받은 날부터 2주일 이내에 법원에 그 권리의 확인을 구하는 신청을 할 수 있다.
② 법원은 제1 의 신청에 대하여 결정으로 재판하여야 한다.
③ 제2 의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

제3장 소송절차

제29조(주장·답변의 특칙) ① 대표당사자는 청구원인사실에 관하여 스스로 조사하여 밝힐 수 있는 한도내에서 개략적으로 주장할 수 있다.
② 제1 의 경우에 상대방은 구체적으로 답변·해명하여야 한다.

제30조(석명 등의 특칙) ① 법원은 상대방이 제28조제2 에 의한 답변·해명을 하지 아니하거나 그 답변·해명이 불충분하다고 인정되는 경우에는 민사소송법 제126조·제127조 및 제130조의 규정을 준용한다.
② 법원은 상대방이 제1 의 석명 등에 응하지 아니하는 경우에 석명을 구한 사실에 관한 대표당사자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 다만, 상대방이 석명 등에 응할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

제31조(직권증거조사 등의 특칙) 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

제32조(당사자신문의 특칙) 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 언제든지 구성원을 포함하여 대표당사자를 신문할 수 있다.

제33조(문서제출명령 등의 특칙) ① 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 소송과 관련있는 문서를 소지하고 있는 자에 대하여 그 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉탁할 수 있다.
② 제1 의 문서제출명령이나 문서송부촉탁을 받은 자는 정당한 사유 없이 그 제출이나 송부를 거부할 수 없다.
③ 대표당사자는 법원에 대하여 제1 의 규정에 의한 문서제출명령 등을 신청할 수 있다.

제34조(검증·감정의 특칙) ① 법원은 특정한 목적물에 대한 검증 또는 감정을 함에 있어 그

목적물을 소지·관리하는 자에게 미리 그 뜻을 통지하고 그 목적물의 현상을 보전할 것을 명할 수 있다.
② 당사자가 정당한 이유 없이 제1 의 명령을 위반하여 검증 또는 감정을 방해한 경우에는 검증 또는 감정에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

제35조(증거보전의 특칙) 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있지 아니한 경우에도 인적·물적 상태의 확정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대표당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있다.

제36조(손해배상액의 산정) 법원은 증거조사에 의하여도 정확한 손해액의 산정이 곤란한 경우에는 제반사정을 참작하여 표본적·평균적·통계적 방법 그 밖의 합리적 방법으로 이를 정할 수 있다.[263]

제37조(소취하·화해·청구포기의 제한) ① 집단소송에 있어서 소의 취하, 소송상의 화해 또는 청구의 포기는 법원의 허가결정을 받지 아니하면 그 효력이 없다. 다만, 구성원이 개별적으로 화해할 때에는 법원의 허가를 받지 않아도 된다.
② 법원은 제1 의 결정을 하기 전에 미리 구성원에게 이를 고지하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다.
③ 제2 의 규정에 의한 고지에 관하여는 제17조제2 및 제3 의 규정을 준용한다.
④ 집단소송에 관하여는 민사소송법 제268조의 규정을 적용하지 아니한다.

제38조(판결서의 기재사 등) ① 판결서에는 민사소송법 제208조제1 각 호의 사 외에 다음 사 을 기재하여야 한다.
1. 원고측 소송대리인과 피고측 소송대리인
2. 총원의 범위
② 법원은 금전지급의 판결을 선고함에 있어서는 제반사정을 참작하여 지급의 유예와 분할지급 그 밖에 상당한 방법에 의한 지급을 허락할 수 있다.
③ 법원은 판결의 주문과 이유의 요지를 구성원에게 고지하여야 한다.
④ 제3 의 규정에 의한 고지에 관하여는 제17조제2 및 제3 의 규정을 준용한다.

제39조(기판력의 주관적 범위) 확정판결은 권리신고를 한 구성원에 대하여만 그 효력이 미친다.[264]

제40조(상소 및 재심에 관한 특칙) ① 제36조의 규정은 상소의 취하 또는 상소권의 포기에 관하여 이를 준용한다.
② 대표당사자가 기간 이내에 상소하지 아니한 경우에는 상소제기기간이 만료된 때부터 30일 이내에 구성원이 법원의 허가를 받아 상소를 목적으로 하는 대표당사자가 될 수 있다.
③ 제2 의 규정에 따라 대표당사자가 된 자의 상소는 법원의 허가를 받은 날부터 2주 이내에 하여야 한다.
④ 제2 및 제3 은 불변기간으로 한다.
⑤ 대표당사자 및 그 소송대리인이 상대방과 공모하여 구성원들의 권리를 사해하는 소송수행을 한 때에는 구성원은 확정된 종국판결에 대하여 집단소송의 방법으로 재심의 소를 제기할 수 있다.

263) 해배상 의 산정의 경우, 만약 관련 법 에 벌적 해배상이 규정된다면 여기서의 해 산정은 그 기초자료로서의 의미를 가지게 된다.
264) 기 력은 당연히 권리신고한 구성원들에게만 미친다.

제4장 분배절차

제41조(분배법원) 이 장의 규정에 의한 분배에 관한 법원의 처분, 감독 및 협력 등은 제1심 수소법원의 전속관할로 한다.

제42조(권리실행) ① 대표당사자는 집행권원을 취득한 때에는 지체 없이 그 권리를 실행하여야 한다.
② 대표당사자는 권리실행으로 금전 등을 취득한 경우에는 대법원 규칙이 정하는 바에 의하여 이를 보관하여야 한다.
③ 대표당사자는 권리실행이 종료된 때에는 그 결과를 법원에 보고하여야 한다.

제43조(분배관리인) ① 법원은 대표당사자의 신청 또는 직권으로 분배관리인을 선임하여야 한다.
② 분배관리인은 법원의 감독하에 권리실행으로 취득한 금전 등의 분배업무를 행한다.
③ 법원은 분배관리인이 분배업무를 적절히 수행하지 못하거나 그 밖의 중대한 사유가 있는 때에는 직권 또는 신청에 의하여 분배관리인을 변경할 수 있다.

제44조(분배계획안의 작성) 분배관리인은 법원이 정한 기간 이내에 분배계획안을 작성하여 법원에 제출하여야 한다.

제45조(분배계획안의 기재사) 분배계획안에는 다음의 각 호의 사 을 기재하여야 한다.
1. 총원의 범위와 채권의 총액
2. 집행권원의 표시금액, 권리실행 금액 및 분배할 금액
3. 제47조제1 에 의한 공제 목과 그 금액
4. 분배의 기준과 방법
5. 분배금의 수령기간, 수령장소 및 수령방법

6. 그 밖에 필요하다고 인정되는 사

제46조(분배의 기준 등) ① 분배의 기준은 판결이유 중의 판단이나 화해조서 또는 인락조서의 기재내용에 의한다.
② 권리신고기간내에 신고하여 확인된 권리의 총액이 분배할 금액을 초과하는 경우에는 안분비례의 방법에 의한다.

제47조(분배에서 제외되는 비용 등) ① 분배관리인은 권리실행으로 취득한 금액에서 다음 각 호의 비용을 공제할 수 있다.
1. 소송비용 및 변호사 보수. 다만, 변호사 보수는 사안의 중요성, 원고측 변호사의 사안에의 소요 시간, 원고측 변호사의 소송 경력 등을 고려하여 상당하다고 인정되는 액수를 말한다.[265]
2. 권리실행비용
3. 분배비용(분배관리인에 대하여 상당하다고 인정되는 액수의 보수를 포함한다)

② 분배관리인은 분배계획의 인가를 받기 전에 제1 제1호 및 제2호의 비용을 지급하고자 하는 때에는 법원의 허가를 받아야 한다.

제48조(비용지급에 부족한 경우) ① 법원은 권리실행으로 취득한 금액이 제46조제1 각 호의 비용을 지급하기에 부족한 때에는 분배하지 아니한다는 결정을 하여야 한다.
② 제1 의 경우 분배관리인은 법원의 허가를 받아 권리실행한 금액을 적절한 방법으로 제45조제1 각 호의 비용에 분배하여야 한다.

제49조(분배계획안의 인가) ① 법원은 분배계획안이 공정하며 형평에 맞다고 인정되는 때에는 결정으로 이를 인가하여야 한다.
② 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 직권으로 분배계획안을 수정하여 인가할 수 있다. 이 경우 법원은 미리 분배관리인을 심문하여야 한다.
③ 제1 및 제2 의 결정에 대하여 분배관리인, 대표당사자, 구성원 또는 대표당사자의 소송대리인은 즉시 고를 할 수 있다.

제50조(분배계획의 공고) 법원이 분배계획안을 인가한 때에는 상당한 방법으로 다음 각 호의 사 을 구성원에게 고지하여야 한다.
1. 집행권원의 요지
2. 분배관리인의 성명 및 주소
3. 분배계획의 요지

265) 미국의 경우, 법원이 대략 성공보수금의 25%~30%가 재정결정한다.

제51조(분배계획의 변경) ① 법원은 상당한 이유가 있다고 인정되는 때에는 직권 또는 분배관리인의 신청에 의하여 결정으로 분배계획을 변경할 수 있다.
② 제1 의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.
③ 법원은 분배계획을 변경하는 경우 필요하다고 인정하는 때에는 상당한 방법으로 변경의 내용을 구성원에게 고지하여야 한다.

제52조(잔여금의 공탁) 분배관리인은 분배금의 수령기간 경과후 잔여금이 있는 때에는 지체없이 이를 공탁하여야 한다.

제53조(분배보고서) ① 분배관리인은 분배금의 수령기간 경과후 분배보고서를 법원에 제출하여야 한다.
② 분배보고서에는 다음 각 호의 사 을 기재하여야 한다.
1. 권리신고를 한 자의 성명·주소 및 신고금액
2. 권리가 확인된 자 및 확인금액
3. 분배받은 자 및 분배금액
4. 잔여금과 그 밖의 필요한 사

③ 분배보고서는 이해관계인이 열람할 수 있도록 제57조 본문의 기간이 경과할 때까지 법원에 비치하여야 한다.

제54조(수령기간 경과후의 지급) 권리가 확인된 구성원으로서 분배금의 수령기간 이내에 분배금을 수령하지 아니한 자 또는 신고기간의 경과 후에 권리를 신고하여 권리를 확인받은 자는 수령기간 경과후 6월 이내에 한하여 공탁금의 출급을 청구할 수 있다.

제55조(분배종료보고서) ① 분배관리인은 제54조의 규정에 의한 공탁금의 출급청구기간이 만료된 때에는 지체 없이 법원에 분배종료보고서를 제출하여야 한다.
② 분배종료보고서에는 분배금의 수령기간 경과 후에 분배금을 분배받은 자의 성명·주소 및 분배금액, 분배금의 지급총액, 잔여금의 처분, 분배비용 그 밖의 필요한 사 을 기재하여야 한다.
③ 제53조제3 의 규정은 분배종료보고서에 관하여 이를 준용한다.

제56조(잔여금의 처분) 분배종료보고서를 제출할 당시의 잔여금은 국고에 귀속한다.

제57조(분배관리인에 대한 손해배상청구권) 분배관리인의 직무상 행위에 관한 손해배상청구권은 분배종료보고서를 제출한 날부터 2년이 경과하면 소멸한다. 다만, 분배관리인의 부정행위로 인한 손해배상청구권인 경우에는 그러하지 아니하다.

제58조(금전 외의 물건의 분배) ① 권리의 실행으로 취득한 금전 이외의 물건을 분배하는 경우에는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 금전에 준하여 분배한다.
② 분배관리인은 법원의 허가를 얻어 권리의 실행으로 취득한 금전 외의 물건의 전부 또는 일부를 환가하여 분배할 수 있다.

제59조(추가분배) 제55조제1 의 규정에 의한 분배종료보고서가 제출된 후에 새로이 권리실행이 가능하게 된 경우의 분배절차에 관하여는 제41조 내지 제56조의 규정을 준용한다.

제5장 벌 칙

제60조(배임수재 등) ① 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자, 대표당사자, 소송대리인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 금품 또는 재산상의 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1 에 게기한 자가 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품 또는 재산상의 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속한 때에도 제1 의 형과 같다.
③ 제1 및 제2 의 죄에 대하여는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

제61조(배임증재 등) ① 제6조제1 의 규정에 의하여 소를 제기하는 자, 대표당사자, 소송대리인 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 하고 금품 또는 재산상의 이익을 약속·공여한 자 또는 공여의 의사를 표시한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1 의 행위에 제공할 목적으로 제3자에게 금품을 교부하거나 그 정을 알면서 교부받은 자도 제1 의 형과 같다.

제62조(몰수·추징) 제60조 및 제61조의 죄를 범한 자 또는 그 정을 아는 제3자가 취득한 금품 또는 재산상의 이익은 이를 몰수하되, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

제63조(과태료) 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 3천만원 이하의 과태료에 처한다.
1. 제8조제1 제3호의 규정을 허위로 기재한 자
2. 정당한 이유 없이 제33조제1 의 규정에 의한 문서제출명령 또는 문서송부촉탁에 응하지 아니한 경우
3. 제34조제1 의 규정에 의한 검증·감정의 목적물에 대한 현상보전명령에 응하지 아니한 경우

제64조(감치명령) ① 제63조의 규정에 의한 과태료의 제재를 받은 자가 정당한 이유 없이 다시 제33조제1 , 제34조제1 의 명령 또는 촉탁에 응하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 30일의 범위 내에서 그 의무이행이 있을 때까지 감치에 처할 수 있다.

② 제1 에 규정된 자가 법인(법인 아닌 사단을 포함한다)인 경우에는 그 대표자를 감치에 처한다.
③ 제1 에 의한 감치에 처하는 재판절차 그 밖에 필요한 사 은 대법원규칙으로 정한다.

부 칙
이 법은 2013년 1월 1일부터 시행한다.

나. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안

제안이유

최근 들어 재벌 · 대기업 집단의 가격, 생산량, 거래조건 등의 담합행위의 급증으로 인하여 소비자의 피해가 심각한 상태에 이르렀고, 그 범위도 서민들의 생활에 직결된 밀가루, 소주, 휘발유 등 품목에까지 널리 퍼지고 있어 이에 대한 사회적 저항은 물론 이로 인한 피해대책이 시급한 상황이며, 이러한 대기업의 행태는 공정한 경쟁을 통한 시장경제질서라는 헌법적 가치의 근간을 뒤흔드는 행위이므로, 재벌 · 대기업의 행위 중 소비자들에게 직접적 손해를 양산하는 시장지배적 지위남용행위 및 부당공동행위 등 특정행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입함으로써 위와 같은 담합행위 등을 근절하고 소비자의 피해에 대한 손해전보를 확보하고자 함.

주요내용

사업자 등의 독점규제및공정거래에관한법률위반행위에 대하여 손해배상책임을 규정한 법 제56조 제2 으로, 사업자나 사업자단체 등이 법 제3조의2 제1 각호의 시장지배적 지위남용행위와 법 제19조제1 각호의 부당공동행위를 할 경우, 이에 대하여 3배배상을 하는 징벌적 손해배상 규정을 신설함. (안 제56조 제2)

신·구조문대비표

현행	개정안
제56조(손해배상책임) ① 사업자 또는	제56조(손해배상책임)① 좌동

사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. ② (2004. 12. 31. 삭제)	② 사업자 또는 사업자 단체가 법 제3조의2 제1 각호 및 법 제19조제1 각호를 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자 단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

VI. 재벌에 대한 조세개혁

1. 서론

우리나라의 재벌은 미군정기와 이승만 정권 시기에 취해진 귀속재산의 특혜적 불하, 원조물자의 특권적 배정, 은행의 특혜적 융자를 통해 물적 기초를 갖추게 되었다. 그 후 1960년대 수출 주도적 경제정책 아래 정부는 소수의 기업인에게 지원을 집중하였고, 1970년대 정부는 중화학공업 위주의 수출 산업 육성 정책 아래 60년대에 성정한 기업을 중심 대상으로 금융 및 세제 등의 지원을 아끼지 않았다. 이를 통해 재벌은 중화학공업 등 기간산업을 장악하게 되었을 뿐만 아니라 다수의 대규모 기업을 운영하게 됨으로써 실질적으로 우리나라 경제에 대한 지배력을 확립할 수 있었다. 1980년대 재벌은 우리나라 경제에 대한 지배력을 더욱 강화해 나갔는데, 특히 정부의 개방정책과 민간 주도 경제는 이를 촉진시켰다. 재벌은 중소기업과의 하도급 계열화를 공고히 하여 생산 구조의 우위를 차지하였고, 금융부문에 대한 진출을 통해 자본력을 더욱 확대할 수 있었다. 1997년 외환위기를 기점으로 정부의 재벌 개혁정책이 시도되었으나 외환위기 극복과 국가경쟁력 확보라는 미명아래 제대로 시행되지 못한 것으로 평가되고 있으며, 결국 지금까지도 재벌은 한국 사회를 지배하고 있는 가장 강력한 지배 집단의 위치를 유지하고 있다.

결국 재벌은 정부의 적극적인 지원과 보호 아래 성장하였다고 할 수 있다. 그리고 정부의 가장 주요한 지원 방법 중 하나는 조세제도를 이용한 지원이었다. 특히 각종 조세감면제도와 지속적인 법인세율 인하로 말미암아 재벌은 법인세 부담을 크게 덜 수 있었다.

위와 같은 조세혜택의 이론적 근거는 기업들의 조세부담을 줄여 투자를 활성화하겠다는 것이었다. 그러나 각종 연구 결과에 따르면 기업의 투자 여부는 투자를 통한 이익 창출의 가능성과 경기 상황에 따라 주로 결정되는 것이고 조세부담은 큰 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다. 또한 조세 혜택을 통해 얻은 이익이 실제로 투자로 이어지지도 않고 있다.[266] 오히려 일감몰아주기와 같은 내부지원성거래가 증가하면서 재벌 2, 3세들의 기업들이 급성장하고 재

266) 기업의 한계투자성향의 저하 : 한계투자성향이란 기업의 소득이 1단위 늘었을 때 투자가 얼마나 늘었는지를 나타내는 지표이다. 한국은행이 발표한 국민계정통계를 보면, 우리나라 한계투자성향은 1980년대 0.94, 1990년대 0.89를 유지하다 2000년대에는 0.29로 락했다. 한계투자성향이 0.9 내외인 경제에서는 감세정책이 일정 정도 의미를 가질 수 있다. 기업소득이 1만원 늘어날 때 설비투자가 9,000원 더 늘어나기 때문이다. 그러나 한계투자성향이 0.29인 경제에서 감세정책은 경제에 이 이 아니라 해 을 준다. 기업들에게 1조원 감세를 할 경우 이중 2,900억원만 투자로 이어진다는 것을 의미하기 때문이다 (한겨레, [스 리포] 예산구조 무엇인 문제인가, 현호 시민경제사회연구소 연구위원, 2011. 9. 6.)

벌들의 경제력 독점 현상은 더욱 가속화되고 있다.

그렇다면 국가 재정의 건전성 제고와 복지예산 편성에 따른 증세 요구를 충족시키기 위해서, 그리고 재벌들에게 경제력이 독점되는 현상을 제어하기 위해서 현행 조세제도를 개혁해야 할 필요가 있다.

2. 현행 조세제도의 문제점 및 재벌에 대한 조세부담 증가의 필요성

가. 재벌에게 집중되는 조세감면제도

2010년 법인세의 국세감면액은 7조 491억원으로서 전체감면액 29조 9,997억원의 23.5%를 차지하고 있다.[267] 그리고 법인세 감면내역 중 연구 및 인력개발비에 대한 세액공제가 34.8%, 임시투자세액공제가 30.6%로 가장 큰 비중을 차지하고 있다.

하지만 위와 같은 법인세감면제도의 특혜는 주로 재벌에 편중되고 있다. 아래 <표1>과 같이 2010년 법인세 세액공제 총액 5조 5,584억원 중 79%인 4조 3,937억원이 대기업에 귀속되었다.

<표 1> 2010년 법인세 세액공제 (2011년 국세통계연보, 단위: 백만원)

	대기업		중소기업	
	신고 인수	금액	신고 인수	금액
전체	**6,827**	**4,393,746**	**25,637**	**1,164,637**
최저한세 적용제외	**1,989**	**1,596,046**	**11,997**	**807,259**
외국납부세액공제	529	1,391,333	506	71,472
재해손실세액공제			14	295
농업소득세액공제			2	12
연구인력개발비세액공제	185	203,710	10,246	734,989
지급조서전자제출 세액공제	1,263	658	1,195	198
수입금액 증가 세액공제			2	1
부가가치세매입자납부제도세액공제			12	2
기타	12	345	20	290
최저한세 적용대상	**4,838**	**2,797,700**	**13,640**	**357,378**
중소기업투자세액공제			851	9,214
기업의 어음제도개선세액공제	26	1,607	2,437	32,229
연구인력개발비세액공제	571	864,983	762	37,996
연구인력개발설비투자세액공제	250	90,107	224	4,590
기술취득에 대한 세액공제	28	157	117	491
생산성향상시설투자세액공제	330	23,380	151	2,424
안전설비투자세액공제	150	9,024	28	336
에너지절약시설투자세액공제	167	251,225	99	6,005
임시투자세액공제	1,041	1,450,453	7,376	252,220
근로자복지증진시설투자세액공제	36	10,706	51	583
전자신고에대한세액공제(법인)	1,772	56	542	12
전자신고에대한세액공제(세무법인)	142	731	24	67
의약품품질관리개선시설투자세액공제	20	10,623	15	4,336
제3자물류비용에대한세액공제	112	5,977	79	852
해외자원개발투자에대한세액공제	12	9,511	2	74
정규직근로자전환세액공제	12	35	133	287
환경보전시설투자세액공제	98	65,880	65	3,257
기타	71	3,243	684	2,405

그런데 위 <표 1>에서 나타난 바와 같이 전체 법인세 세액공제 총액 가운데 2조 4,033억원(43.2%)은 최저한세의 적용을 받지 않았다. '최저한세' 제도란 각종 조세감면 규정의 복합적인 적용으로 조세의 부담이 지나치게 낮아지는 것을 방지하기 위하여 본래의 과세표준에 대하여 일정수준까지의 조세부담만큼은 지우기 위한 제도이다(조세특례제한법 제132조). 따라서 최저한세 적용이 제외된다는 것은 규모에 상관없이 해당 세액이 모두 공제되는 것을 의미하게 된다.

한편 최저한세의 적용을 받는 경우에도 공제액을 이월하는 등의 방법을 이용하여 최저한세의 적용을 회피할 수 있다. 더욱이 법인세 세액공제의 30.6%를 차지하는 임시투자세액공제는 <표 2>에서 보는 바와 같이 상위 10대 대기업에 54%가 집중되고 있다. 나아가 공제액 규모가 가장 큰 A기업은 10개사의 임시투자세액공제액 중 45.9%를, 전체 공제액 중 24.5%를 차지하는 등, 세액감면제도는 특정 기업에게 지나치게 편중되어 있음을 확인할 수 있다.

<표 2> 상위 10대 기업의 임시투자세액공제액 (2009년)

순위	회사명	공제액 (단위: 억원)	구성비
1	A	5,179	24.5%
2	B	1,430	6.8%
3	C	1,258	5.9%
4	D	882	4.2%
5	E	782	3.7%
6	F	417	2.0%
7	G	380	1.8%
8	H	367	1.7%
9	I	285	1.3%
10	J	280	1.3%
10개사 소계		**11,260**	**53.2%**

267) 『조세지출예산서 2012』(참여연대, 재벌대기업에게 큰 이 집중되는 현행 법인세제 개편방향, 2012.5. 12. 에서 재인용)

전체	21,165	100.0%

출처: 윤영선(2010)[268]

임시투자세액공제제도는 경기조절을 목표로 1982년에 도입된 제도로서 한시적으로 운영될 예정이었다. 그런데 2010년에 이르기까지 단 7년만 시행되지 않았을 뿐 계속 유지되어 일종의 기업보조금으로 그 성격이 변질되었다.[269] 이와 같은 지적에 따라 임시투자세액공제제도는 2010년 10월 27일 조세특례제한법이 개정되면서 고용창출투자세액공제제도로 전환되었는데(조세특례제한법 제26조[270]), 그 이유는 임시투자세액공제제도의 투자유치효과가 높지 않다는 판단과 기업들의 고용확대를 유인하기 위해 고용인원에 따라 세제혜택을 부여하려는 의도가 종합적으로 작용했기 때문이었다. 그러나 구조조정을 통하여 인원감축을 한 후 다시 고용을 늘려 원래의 고용인원을 충당한 경우에도 고용투자세액공제 등이 적용될 수 있도록 하고 있어 여전히 조세감면의 취지에 의문이 제기되고 있다.

결국 현행 조세감면제도에 따라 2010년 임시투자세액공제와 연구인력개발비세액공제 두 분야의 조세감면액중 절반인 1조 7천억이 10대 재벌에 돌아갔다.

나. 법인세율의 실효성 상실

실효법인세율(유효법인세율)은 당해 연도 법인세 비용 합계(분자)를 당해 연도 법인세비용차

268) 윤영선, "임시투자세 공제 제도가 설비투자에 미치는 영향에 관한 연구", 경원대학교 박사학위 논문, 2010.

269) 임시투자세 공제제도는 항구적인 조세감면 성격을 지닌 것으로 인식되고 있다. 한국조세연구원 세법연구 터, 투자관련조세지원제도, 2008. 12.

270) 조세특례제한법 제26조(고용 출투자세 공제)
① 내국인이 2014년 12월 31일까지 대통령령으로 정하는 투자(중고품 및 대통령령으로 정하는 리스에 의한 투자와 수도권과밀억제권역 내에 투자하는 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 하는 경우로서 해당 과세연도의 상시근로자 수가 직전 과세연도의 상시근로자 수보다 감소하지 아니한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 계산한 금 을 더한 금 을 해당 투자가 이루어지는 각 과세연도의 소득세(사업소득에 대한 소득세만 해당한다) 또는 법인세에서 공제한다.<개정 2011.12.31>
1. 기본공제금 : 해당 투자금 의 100분의 4(중소기업이 아닌 자가 「수도권정비계 법」 제6조제1항제2호의 성장관리권역 또는 같은 항 제3호의 자연보전권역 내에 투자하는 경우에는 해당 투자금 의 100분의 3)에 상당하는 금
2. 가공제금 : 해당 투자금 의 100분의 2(중소기업이 투자하는 경우에는 해당 투자금 의 100분의 3)에 상당하는 금 . 다만, 그 금 이 가목부터 다목까지의 금 을 순서대로 더한 금 에서 라목의 금 을 금 을 초과하는 경우에는 그 초과하는 금 은 없는 것으로 한다.
가. 해당 과세연도에 최초로 근로계약을 체결한 상시근로자 중 「초·중 교 법」 제2조에 따른 학교로서 산업계의 수요에 직 연계된 맞 형 교 과정을 운영하는 고 학교 직업교 훈련을 실시하는 대통령령으로 정하는 학교(이하 "산업수요맞 형고 학교 "이라 한다)의 업생 수 × 2천만원
나. 해당 과세연도에 최초로 근로계약을 체결한 가목 외의 상시근로자 중 청년근로자 수 × 1천500만원
다. (해당 과세연도의 상시근로자 수 - 직전 과세연도의 상시근로자 수 - 가목에 따른 업생 수 - 나목에 따른 청년근로자 수) × 1천만원
라. 해당 과세연도에 제144조제3항에 따라 이월공제받는 금

감전순이익(분모)으로 나누어 구한 수치이다.[271] 따라서 실효법인세율은 법인이 '실제로' 부담한 법인세 비용을 기준으로 법인이 순수익에서 얼마나 법인세를 납부한 것인지를 나타낸다. 그러므로 세법상 세율로서 조세감면 등을 고려하지 않은 법정법인세율로 각 법인의 법인세 부담을 측정하는 것은 현실을 제대로 보여주지 못한다.

아래의 <표 3>에 따르면 전 산업에 걸친 실효법인세율과 법정법인세율의 격차는 상당히 큰 것으로 나타난다.

<표 3> 평균 실효법인세율 추이 (단위 : %)

연도	법정법인세율 (주민세 포함)	실효법인세율
1990	29.7	33.16
1991	37.4	30.96
1992	37.4	29.17
1993	37.4	31.00
1994	35.2	28.75
1995	33.0	24.69
1996	30.8	29.56
1997	30.8	27.21
1998	30.8	24.20
1999	30.8	29.96
2000	30.8	16.55
2001	30.8	23.52
2002	29.7	21.33
2003	29.7	22.01
2004	29.7	18.53
2005	27.5	17.22
2006	27.5	19.05
2007	27.5	21.24
2008	27.5	28.00
2009	24.2	17.01
전 기간	**30.9**	**24.66**
1구간(90-94)	**35.4**	**30.61**

271) 실 법인세 은 분자 및 분모에 어떤 변수를 사용하는가에 따라 달라질 수 있다. 분모에 해당하는 법인의 경제적 이 (소득) 변수로는 세전이 (계산서의 법인세 감전순이)을 사용한다. 이는 법인의 총체적인 이 을 의미하는 소득대리변수로서, 각종 세무조정이 이루어지기 전 단계의 이 이므로 기업의 당해 사업년도 소득이나 과세표준과 비교해서 법인의 경제적 성과를 보다 더 정확하게 정할 수 있다. 분자에 해당하는 법인세비용은 앞서 연구방법에서 설명한 바와 같이 회사가 현금으로 납부한 법인세 를 중심으로 하는 것이 보다 실질적이라는 점에서 이연법인세 회계제도 과를 제거하고 기업이 매년도에 현금으로 부담하는 법인세비용을 근거로 하 다. 경제개 연구소, 상장기업의 실 법인세 에 관한 분석, 경제개 리포 2010-9호, 13 , 2010. 7. 20. (이하 실 법인세 에 관하여는 본 리포 를 주로 참고하 다.)

2구간(95-99)	**31.2**	**27.12**
3구간(00-04)	**30.1**	**20.39**
4구간(05-09)	**26.8**	**20.50**

그런데 아래의 <표 4>에 따르면 국내 상장기업 중 시가총액 상위 10위의 초대형 기업들(금융업 제외)의 실효법인세율은 전 산업 평균 24.7%, 대기업 평균 24.8% 보다도 일관되게 낮은 것으로 나타난다.

<표 4> 시가총액 상위 10위 대기업의 실효법인세율추이(단위 : %)

	산업 전체	제조업	대기업	시가총상위10	삼성전자	포스코	현대자동	한국전력공사	LG화학	현대중공업	현대모비스	하이스반도체	지디스레이	LG전자
90	33.2	30.9	33.2	28.5	18.4	9.5	30.9	31.3	01년 분할 및 합병으로 자료 부재	22.5	27.9	0	99년 분할 및 필립스와 합병으로 자료 부재	02년 분할 및 합병으로 자료 부재
91	31.0	25.7	31.1	31.9	20.2	12.8	18.0	37.4		25.4	58.7	0		
92	29.2	24.2	29.3	28.0	24.6	9.9	13.7	33.4		23.7	40.5	0.1		
93	31.0	25.1	31.2	29.7	26.6	16.9	23.2	42.5		21.3	0	3.6		
94	28.8	25.9	28.7	24.4	17.6	18.2	28.7	31.5		60.9	4.4	13.6		
95	24.7	22.1	24.5	19.5	16.7	17.7	26.2	27.6		50.8	16.5	16.4		
96	29.6	23.9	29.8	24.8	21.1	18.7	4.8	33.7		49.6	22.8	11.1		
97	27.2	23.8	27.9	22.5	19.6	14.9	0.3	33.8		16.5	21.0	0		
98	24.2	23.8	24.5	24.9	23.8	19.4	0	28.8		37.6	0	0	26.9	
99	30.0	26.9	29.7	23.1	16.3	25.5	6.4	41.4		32.9	0	0	10.0	
00	16.5	16.1	17.1	18.1	14.6	27.9	22.4	21.4		0	0	0	1.3	
01	23.5	21.7	23.9	19.5	10.8	24.0	28.4	21.2	21.1	0	5.6	0	0	
02	21.3	19.8	21.6	21.0	15.7	30.8	33.5	21.5	25.0	0	17.5	0	0	42.2
03	22.0	21.6	22.2	21.4	19.7	26.5	34.1	18.6	16.8	2.7	19.7	0	4.0	22.2
04	18.5	17.4	18.5	17.3	15.0	24.6	29.9	23.6	16.0	23.0	21.5	0	5.1	7.9
05	17.2	17.2	17.2	16.6	16.2	27.3	9.7	15.5	24.0	8.4	18.7	0	7.1	10.3
06	19.0	18.3	19.0	16.1	14.1	20.8	14.1	17.9	17.0	28.9	23.2	0	0	36.6
07	21.2	21.4	21.1	17.3	15.6	24.3	24.0	10.3	29.1	23.7	23.8	0.1	5.1	6.0
08	28.0	29.7	27.4	22.9	13.3	28.1	31.8	0	28.6	24.3	23.6	0	22.2	29.3
09	17.0	14.9	17.0	13.5	11.0	16.2	15.6	0	19.3	14.2	12.1	0	18.2	10.0
전체	**24.7**	**22.5**	**24.8**	**22.1**	**17.6**	**20.7**	**20.8**	**27.3**	**21.9**	**27.4**	**22.3**	**-**	**11.1**	**20.6**
90-94	30.6	26.4	30.7	28.5	21.5	13.5	22.9	35.2	-	30.8	32.9	-	-	-
95-99	27.1	24.1	27.3	23.0	19.5	19.2	9.4	33.0	-	37.5	20.1	-	18.5	-
00-04	20.4	19.3	20.7	19.4	15.2	26.8	29.6	21.3	19.7	12.8	16.1	-	3.4	24.1
05-09	20.5	20.3	20.4	17.3	14.1	23.3	19.0	14.5	23.6	19.9	20.3	-	13.1	18.4

재벌들의 실효법인세율이 낮은 점은 2010년에도 이어졌다. 아래 <표 5>에 따르면 10대 재벌기업들의 실효법인세율은 전체 평균 보다도 낮은 15.1%를 기록하고 있다. 특이한 점은 10대 재벌기업들 사이에서도 실효법인세율에서 차이가 있다는 것인데, 삼성과 LG의 경우 2010년 각 11.7%, 7.5%로서 다른 재벌기업에 비해 유독 실효법인세율이 낮다.[272]

특히 한국의 대표적인 기업으로 손꼽히는 삼성전자의 경우 법인세차감전순이익이 15조 293억원에 달하지만 법인세는 1조 7,929억원만을 부담하는 것으로 나타나 11.9%의 실효법인세율을 기록하였다. 삼성전자의 법인세차감전순이익에 법정법인세율을 적용하여 산출된 법인세는 3조 6,371억원이다. 그런데 금융감독원의 감사보고서에 따르면 삼성전자는 비과세수익, 세액공제, 기타조정 등을 통해 실제 납부한 법인세보다 많은 1조 8,442억원의 조세지원을 받은 것으로 보인다.

<표 5> 10대 재벌그룹 실효법인세율(2010년) (단위: %)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
삼성	12.5	20.2	13.5	17.0	14.1	14.7	15.2	9.9	12.4	11.7
현대자동	26.0	24.7	22.4	27.7	17.8	24.0	24.3	15.4	17.7	17.4
SK	8.1	-9.5	25.3	-4.9	14.7	23.1	20.2	-90.0	19.1	21.6
LG	73.0	19.2	13.1	12.6	1.7	57.6	15.6	17.9	14.1	7.5
데	30.7	27.0	27.3	26.6	24.0	29.1	23.7	-62.2	12.6	21.4
GS	30.9	27.5	25.8	31.2	24.9	22.7	21.2	35.8	-15.2	11.6
현대중공업	15.8	27.4	29.7	13.7	26.0	29.8	27.8	22.3	18.5	21.4
금호아시아나	29.6	27.9	14.3	19.9	23.6	28.1	23.7	24.1	15.8	21.0
한진	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
두산	12.8	27.9	30.7	27.2	22.2	30.8	31.1	11.6	-24.9	32.1
10대 재벌	21.4	21.9	17.6	19.3	15.8	19.3	19.7	13.0	14.8	15.1
전체	43.1	24.7	21.7	22.2	18.2	20.8	22.2	24.3	17.8	17.5

※ 10대 재벌그룹은 2010년 상호출자제한 기업집단 중 총수 있는 집단으로 선정하였다.(삼성, 현대자동차, SK, LG, 롯데, GS, 현대중공업, 금호아시아나, 한진, 두산)

272) 참여연대 이 리포 2012-05호, 재벌 대기업에게 큰 이 집중되는 현행 법인세제 개편 방향, 2012. 5. 10. 18~19 . 이하 본 리포 를 주로 참고하 다.

법정법인세율과 실효법인세율의 격차는 주로 재벌기업들에게 크게 나타나고 있다. 이는 각종 조세지원제도의 혜택이 산업 전반에 걸쳐 이루어고 있지 않고, 특정 재벌기업들에게 집중되어 있음을 분명히 보여준다. 재벌기업의 실질 법인세 부담 수준은 다른 기업들보다 낮으며, 재벌 등의 대기업이 이익 대비 높은 조세부담을 지고 있다는 통상적인 인식은 사실과 거리가 멀다. 이러한 현실에서 법인세율은 그 실효성을 상실하였다.

다. 응능과세 원칙의 훼손: 형평성에 어긋나는 조세부담

1949년 법인세법 제정을 통해 35%(지방세 포함)의 법인세율이 도입된 이래 법인세율은 지속적으로 하락하였다. <표 6>에 따르면 2008년 이후 거의 매년 법인세법 개정을 통해 법인세율이 인하되었다. 2012년 현재 법인세율은 과세표준 2억원 이하에 대해서는 10%, 2억원 초과 200억원 이하에 대해서는 20%, 200억원 초과 금액에 대해서는 22%이다.

<표 6> 법인세율 및 과세구간 변화 추이 (지방세 불포함) (단위: %)

	5천만원		8천만원		1억원		2억원		200억원	
	이하	초과	이하	초과	이하	초과	이하	초과	이하	초과
1983-1988	20	30								
1989-1990			20	27						
1991-1993					20	34				
1994					18	32				
1995					18	30				
1996-2001					16	28				
2002-2004					15	27				
2005-2007					13	25				
2008							11	25		
2009							11	22		
2010-2011							10	22		
2012							10	20	20	22

현행 법인세율은 1단계 구조에서 2단계 구조로 변화되었다. 하지만 이와 같은 세율구조는 여전히 응능과세의 원칙을 실현한다고 볼 수 없다. <표 7>에 따라 현행 과세표준 규모에 따른 법인수를 구분해 보면, 2억원 이하인 법인 수는 184,994개, 2억원 초과 200억원 이하인 법인 수는 49,918개, 200억원 초과인 법인 수는 817개이다.

<표 7> 법인세 신고 현황 (2010년 국세통계연보 8-1-4)

	과세표준	
	법인 수	금액 (단위: 백만원)
과세표준 규모별	235,729	178,630,688
0		
1억 이하	150,775	4,932,483
2억 이하	34,219	4,906,473
5억 이하	28,341	8,747,085
10억 이하	10,395	7,236,618
20억 이하	5,472	7,637,768
50억 이하	3,635	11,156,382
100억 이하	1,356	9,384,062
200억 이하	719	10,028,094
500억 이하	453	14,063,682
1000억 이하	165	11,632,420
5000억 이하	157	33,280,052
5000억 초과	42	55,625,569

과세표준이 1,000억원 이상인 법인 수는 199개, 이들의 과세표준의 합은 약 88조로서 전체 과세표준인 약 178조의 49%를 차지한다. 특히 과세표준 5,000억원을 초과하는 42개의 법인의 과세표준금액은 약 55조원으로서 전체 과세표준의 31.1%를 차지하고 있다. 이러한 사실은 특정 재벌 중심의 대기업에게 경제력이 집중되고 있는 현실을 의미할 뿐만 아니라, 그들의 담세력이 그만큼 큰 비중을 차지하고 있음을 의미한다. 보다 구체적으로 살펴보면 아래의 <표 8>과 같다.

<표 8> 법인세 부담의 구간별 비교

과세표준 규모별	과세표준		각 구간의 과세표준 비중	1개 법인의 평균과세표준금액 (단위: 백만원)
	법인수	금액 (단위: 백만원)		
전체	235,729	178,630,688		758
2억 이하	184,994	9,838,956	5.51%	53
2억 초과 ~ 200억 이하	49,918	54,190,009	30.34%	1,086
200억 초과~ 1000억 이하	618	25,696,102	14.39%	41,579
1000억 초과	199	88,905,621	49.77%	446,762

위 <표 8>과 같이 과세표준이 1,000억원 초과인 199개의 법인의 평균적인 과세표준금액은 4,467억원으로서 그 이하 구간인 법인들의 평균인 415억원 보다 10배 이상 부담하고 있음에도 불구하고 같은 22%의 세율을 적용받고 있다. 이는 1년 동안 4,000만원을 버는 사람과 4억원을 버는 사람이 같은 세율의 소득세를 부담하는 것과 마찬가지이다. 이는 담세력의 크기에 따라 조세를 부담해야 한다는 응능과세원칙에 부합하지 않는 것이다.

또한 현행 법인세율상의 중간 구간 기준인 '과세표준 200억원'은 중소기업기본법의 취지에 따른 중소기업과 대기업의 구분을 현실적으로 반영하지 못하고 있다. 중소기업기본법 시행령 제3조와 조세특례제한법 시행령 제2조의 공통된 중소기업의 상한기준은 1) 상시 근로자 수 1,000명, 2) 자산총액 5,000억원, 3) 자기자본 1,000억원 등으로서, 이 중 한 가지 기준에만 해당하더라도 중소기업에 해당되지 않는다. 그런데 아래의 <표 9>에서 보는 바와 같이 2009년 중소기업기본법상 중소기업은 3,066,484개, 대기업은 2,916개이고, <표 10>에서 보는 바와 같이 자산규모별 법인세 신고현황에 따르면 자산규모가 1,000억원 이상인 법인은 2,802개(2,174+628)이며, 위 <표 7>에서 보는 바와 같이 과세표준이 100억원 이상인 법인은 1,536개(719+453+165+157+42)이다.

<표 9> 중소기업현황 통계 (출처: 중소기업청, 통계청, '전국사업체조사'에서 재편 가공)

			2006 년	2007 년	2008 년	2009 년
1인 이상 전산업기준	사업체수 (개)	전체	2,940,345	2,976,646	3,046,958	3,069,400
		중소기업	2,936,114	2,974,185	3,044,169	3,066,484
		[비중,%]	[99.9]	[99.9]	[99.9]	[99.9]
		대기업	4,231	2,461	2,789	2,916
		[비중,%]	[0.1]	[0.1]	[0.1]	[0.1]
	종사자수 (명)	전체	12,234,160	12,612,692	13,070,424	13,398,497
		중소기업	10,677,789	11,149,134	11,467,713	11,751,022
		[비중,%]	[87.3]	[88.4]	[87.7]	[87.7]
		대기업	1,556,371	1,463,558	1,602,711	1,647,475
		[비중,%]	[12.7]	[11.6]	[12.3]	[12.3]

<표 10> 법인세 신고현황 (2011년 국세통계연보)

	과세표준	
	법인 수	금 (단위: 백만원)
자산규모	235,729	178,630,688
5억 이하	79,690	2,236,150
10억 이하	48,837	3,283,603
20억 이하	41,335	5,323,871
50억 이하	35,250	9,409,143
100억 이하	15,288	9,303,801
200억 이하	5,238	6,429,363
500억 이하	4,795	10,056,851
1000억 이하	2,494	9,971,480
5000억 이하	2,174	21,909,755
5000억 초과	628	100,706,671

결국 과세표준이 100억원 이상인 기업 1,536개를 중소기업기본법 및 조세특례제한법 상의 중소기업으로 보기는 어려울 것이므로 100억원을 기준으로 과세표준을 구분하여 누진세율을 적용하는 것이 오히려 중소기업 보호의 취지에 부합할 것이다. 그러나 현행 법인세율은 별다른 근거 없이 200억원을 설정함으로써 공연히 감세의 특혜를 주고 있는 바, 이는 중소기업보호의 취지를 몰각하고 담세력의 크기를 무시한 정책이다.

라. 재벌의 사회적 인프라와 개인적 투자에 따른 이익 독점

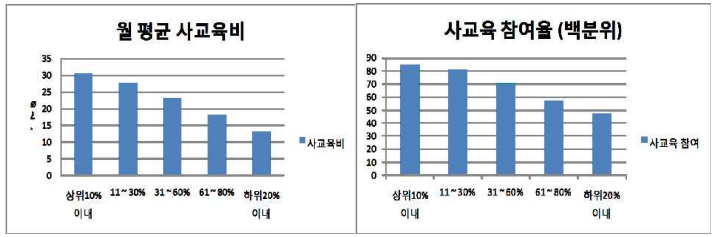
먼저 교육 인프라 사용이익과 관련해 볼 때, 재벌 등 대기업의 우수인력 독점 현상이 강하게 나타나는 것으로 보인다.

최근 10년동안 대기업과 중소기업의 임금 격차는 갈수록 벌어지고 있는데, 2011년 고용노동

부의 사업체 규모별 임금총액 집계에 따르면 근로자 5~299인 중소기업 상용직 근로자의 월평균 임금은 263만8천원인 반면, 300인 이상 대기업 상용직 근로자는 417만5천원에 달하여, 중소기업의 상대적 임금은 63.2% 수준에 불과하다. 일반적으로 학력이 높을수록, 남자일수록, 이직경험이 없을수록, 고용형태가 안정적일수록 기업규모가 클수록 월 임금이 높은 현실에 비추어 볼 때[273], 월 임금이 높은 대기업에 고학력자들이 취업을 하는 것으로 추론할 수 있다. 또한 대학서열화가 지배하는 현실에서 소위 명문대 출신들의 대기업 취업가능성이 상대적으로 높다는 일반적 인식과 더불어 상위 10개 대학 출신의 취업률은 82.5%, 평균임금은 281만원인데 반하여 전문대학 출신 취업률은 76.4%, 평균임금은 174만원이라는 현실[274]은 위와 같은 추론을 뒷받침한다.

그런데 고학력자일수록, 명문대 출신일수록(고등학교 성적이 우수할수록 명문대 진학률이 높다고 가정한다) 교육비 지출이 큰 것으로 나타났다. 통계청 사회통계국 복지통계과의 2011년 자료에 따르면 고등학교 학생 중 성적이 상위일수록 월평균 사교육비 지출 및 사교육비 참여율이 높다. (아래의 <그래프 1> 참조) 또한 대학생이 취업을 하기 위한 사교육비는 연평균 228만원이 소요되고 있는 것으로 나타난다. 그리고 2012년 52조 9천억원이 교육 예산으로 편성되어 사회적으로 투자되고 있다.

<그래프 1> 성적과 사교육비 지출의 상관관계



이와 같이 인재를 양성하고 교육하기 위하여 각 개인의 투자뿐만 아니라 상당한 국가예산이 투입되고 있는데, 이러한 사회적 인프라를 통해 배출되는 우수 인력은 재벌 등 유수의 대기업으로 흡수된다. 결국 재벌은 개인과 사회가 투자한 교육 인프라의 효과를 취득하면서도, 그에 대한 대가는 전혀 지불하지 않고 있다.

또한 재벌 등의 대기업은 전기요금 할인 혜택을 받으면서도 전기 공급의 사회적 인프라에 대한 대가를 지불하지 않고 있다. 2010년 전기요금의 기업별 지원 현황(국회예산정책처의 자료)에 따르면 산업계 전체가 얻은 요금 혜택은 2조 1,157억원에 이른다. 그중 전력 사용 상위 10대 기업에 대한 지원 금액은 총 4,387억원으로서 20.7%를 차지한다. 법인세를 납부해야 할 법인이 모두 산업계로 분류될 수는 없겠지만, 납부의무를 진 235,729개 법인의 0.004%인 10개의 법인이 20.7%의 혜택을 받고 있는 것이다.

<표 11> 2010년 전기요금 기업별 지원 현황 (자료: 국회예산정책처, 정태근 의원실)

순위	기업	지원금액	사용전력량
1	삼성전자	1,044억원	114억8,020만kWh
2	현대제철	496억원	87억5,218만kWh
3	포스코	636억원	69억8,938만kWh
4	엘지디스플레이	451억원	49억5,560만kWh
5	하이닉스	338억원	37억1,677만kWh
6	한주	279억원	30억6,533만kWh
7	에스케이에너지	268억원	29억4,912만kWh
8	고려아연	212억원	23억3,396만kWh
9	지에스칼텍스	194억원	21억2,858만kWh
10	동부제철	169억원	18억6,377만kWh

이와 같이 재벌은 교육 제도와 산업 기반시설 등 사회적 인프라로 부터 집중적으로 혜택을 받으면서도 아무런 대가를 지불하지 않고 있다.

마. 2008년 경제위기 이후 국제적인 법인세 현황

법인세를 경쟁적으로 인하해 온 것은 오랫동안 국제적 흐름이었다. 이를 근거로 우리나라에서도 법인세 인하흐름을 계속 이어나가야 한다는 주장이 있다. 특히 2008년 경제위기 이후에도 여전히 법인세 인하가 유의미하며 영국 등에서는 법인세 인하를 여전히 계속 계획하고 있다며 개방경제에서의 법인세 귀착에 대한 추론이 논리적으로 뿐만 아니라 실증적으로도 여전히 필요하다는 주장이 제기되고 있다.[275]

그러나 이와 같은 주장은 아래 <표 12>에서 볼 수 있듯이 경제위기 이후 국제 세율 변화 중 여전히 법인세를 인하하고 있는 나라의 경우만을 한정하여 분석한 것으로 보인다. 전체적

273) 전광수, 교 투자의 사회경제적 과와 결정 요인 분석, 세종대 교 학과 박사학위 논문, 2003.
274) 경향신문, 업 학벌주의 여전히 심각하다. 2012. 3. 27. 한국고용정보원 자료 재인용
275) 곽태원, 법인세 개 논의의 근 동향과 우리나라 법인세 정책에 대한 시사점, 국회입법조사처 예산정책연구 제1호 2012. 5.

으로 볼 때, 법인세율을 일률적으로 인하하였다고 볼 수는 없고, 오히려 각 국가의 상황에 따라 세율의 인상과 인하를 탄력적으로 조정한 것으로 보인다. 예를 들어 영국의 경우와 같이 법인세를 인하하는 경우 소비세, 소득세를 인상하여 세수가 줄어드는 것을 방지하였고, 칠레, 아이슬란드, 멕시코와 같이 법인세를 인상한 경우도 있다.

<표 12> OECD 회원국의 최고세율 변화 (단위: %)

		개인소득세		법인세		부가가치세	
		2008년	2010년	2008년	2011년	2008년	2011년
세율 인상	영국	40.0	50.0	28.0	26.0	17.5	20.0
	그리스	40.0	45.0			19.0	23.0
	아이슬란드	37.2	46.1	15.0	20.0	24.5	25.5
	아일랜드	41.0	47.0				
	멕시코	28.0	30.0	28.0	30.0	15.0	16.0
	포르투갈	42.0	45.9			21.0	23.0
	칠레			17.0	20.0		
세율 인하	**한국**			**27.5**	**24.2**		
	덴마크	59.7	52.2				
	핀란드	50.1	49.0				
	헝가리	36.0	32.0	20.0	19.0		
	이스라엘	46.0	45.0	27.0	24.0		
	뉴질랜드	39.0	35.5	30.0	28.0		
	폴란드	40.0	32.0				
	체코			21.0	19.0		
	록셈부르크			29.6	28.8		
	슬로베니아			22.0	20.0		

* 개인소득세 최고세율은 2010년, 법인세, 소비세의 최고세율은 2011년 수치임.
* 개인소득세율과 법인세율은 모두 부가세와 지방세를 포함한 수치임.
* 자료: OECD *Tax Database*.

결국 2008년 경제위기에 대응하여 세계의 여러 나라들은 감세정책을 통한 경기활성화와 세율인상을 통한 재정건전성의 회복이라는 두 가지 상반된 목표를 위하여 세율을 조정하는 정책을 취하고 있는 것으로 보인다. 여기서 특히 주목할 사례는 아이슬란드의 경우로서, 아이슬란드는 2008년 경제위기로 인해 IMF로부터 구제금융을 받을 정도로 가장 큰 타격을 받은 국가 중 하나인데, 경제위기 이후 소득세, 법인세, 부가가치세의 각 모든 세율을 인상하였다는 점은 인상적이다. 또한 아래의 <표 13>, <표 14>와 같이 각국의 최고세율을 비교하여 보았을 때, 우리나라의 개인소득세나 법인세의 최고세율이 OECD 평균에 비해 낮다는 점, 법인세를

인하한 영국의 경우 법인세를 인하하여도 여전히 우리나라보다 세율이 높다는 점, 법인세율을 인하할 것인지 여부는 조세형평의 관점에서 개인소득세율을 고려하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때, 다른 나라가 세율을 인하하였다고 하여 우리나라도 인하해야 한다고 주장할 수는 없다.

<표 13> 최고세율의 국제비교[276] (단위: %)

	개인소득세	법인세	소비세율
한국	**38.5**	**24.2**	**10.0**
일본	50.0	39.5	5.0
미국	41.9	39.2	-
영국	50.0	26.0	20.0
독일	47.5	30.2	19.0
프랑스	45.8	34.4	19.6
스웨덴	56.5	26.3	25.0
덴마크	59.6	25.0	25.0
OECD평균	**41.7**	**25.5**	**18.5**

<표 14> 법인세율의 국제비교(2010년)[277] (단위: %)

국가	법인세 최고세율	실효 법인세율	실효 노동세율	기타 실효세율	총실효 세부담율
룩셈부르크	28.6	4.1	15.1	1.5	20.8
칠레	17.0	18.0	3.8	3.2	25.0
아일랜드	12.5	11.9	11.6	2.7	26.3
덴마크	25.0	20.1	3.6	3.8	27.5
캐나다	29.4	9.3	12.6	6.8	28.8
한국	**24.2**	**15.1**	**13.0**	**1.5**	**29.7**
스위스	21.2	8.9	17.5	3.6	30.1
이스라엘	25.0	22.8	5.3	3.1	31.2
아이슬란드	18.0	9.4	18.8	3.6	31.8
뉴질랜드	30.0	29.9	2.9	1.7	34.4
슬로베니아	20.0	14.1	18.2	2.4	34.7
영국	28.0	23.1	11.0	3.2	37.3
스페인	30.0	1.2	36.7	0.7	38.7
핀란드	26.0	13.7	24.2	1.2	39.0

276) 강병구, '경제민주화와 조세개 , 참여연대 조세재정 터 출범기념 심포지 , 2012. 5. 9.
277) 강병구, 전게글

네덜란드	25.5	20.9	18.1	1.5	40.5
터키	20.0	17.9	18.8	4.4	41.1
노르웨이	28.0	24.4	15.9	1.3	41.6
포르투갈	26.5	15.1	26.8	1.5	43.3
폴란드	19.0	17.4	23.6	2.6	43.6
그리스	24.0	13.4	31.7	1.4	46.4
독일	30.2	19.0	21.8	5.9	46.7
미국	39.2	27.6	10.0	9.1	46.7
호주	30.0	26.0	20.4	1.3	47.7
슬로바크	19.0	7.2	39.6	2.0	48.8
체코	19.0	7.5	38.4	3.2	49.1
일본	39.5	27.0	16.5	5.7	49.1
헝가리	19.0	14.8	34.1	3.5	52.4
멕시코	30.0	24.5	26.8	1.4	52.7
스웨덴	26.3	15.7	35.5	1.6	52.8
오스트리아	25.0	15.0	34.8	3.4	53.1
벨기에	34.0	5.2	50.4	1.7	57.3
에스토니아	21.0	8.0	39.4	11.2	58.6
프랑스	34.4	8.2	51.7	5.7	65.7
이탈리아	27.5	22.8	43.4	2.2	68.5
OECD 평균	25.6	15.9	23.3	3.2	42.4
한국/OECD 평균	**94.5**	**95.0**	**55.8**	**46.9**	**70.0**

* 국내 중소기업(domestic small & medium-sized companies)을 대상으로 산출.
* 법인세 최고세율은 지방세를 포함한 수치임.
* 총실효세부담율은 기업이윤(commercial profit) 대비 기업이 부담하는 조세와 강제기여금(tax and mandatory contributions)의 비율.
* 기업의 조세부담은 법인세, 고용주부담의 사회보장기여금과 노동세, 재산세, 매출세 및 기타 세금(지방세와 자동차 및 연료세 등) 등으로 구성.
* 출처: International Finance Group and The World Bank, Doing Business Database.

오히려 한국의 경우 법인세최고세율은 OECD 평균에 미치지 못하고 있고, 특히 총실효세부담율은 OECD 평균의 70%에 지나지 않는다는 점에서 우리나라의 법인세는 국제 평균에 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

3. 내부지원성거래(일감몰아주기) 심화에 따른 조세정의의 훼손

가. 일감몰아주기의 정의

공정거래위원회는 2012. 7. 8. SK텔레콤 등 SK 7개 계열사가 다른 곳보다 훨씬 유리한 조건으로 전산시스템 관리 등 IT서비스 위탁 계약을 하며, 인건비와 유지보수비 등을 높게 책정하고 SK C&C에 일감을 몰아줬다며 현저히 유리한 조건으로 일감을 몰아줌으로써 SK C&C를 부당지원한 행위에 대해 과징금 총 346억 6천백만원을 부과하였다. 공정위가 파악한 SK C&C에 대한 계열사들의 지원성 거래규모는 모두 1조 9천억원에 달했다.

공정거래위원회는 2011. 12. 29. 웅진·한화·STX의 부당한 일감몰아주기를 적발하여 시정명령 및 과징금 총 60억 3,100만원을 부과한 사실이 있다.[278] 하지만 이와 같은 정부의 규제에도 불구하고 국내 대기업 계열사들의 일감몰아주기가 1년새 더 늘어났다. 상호출자제한 55개(2011년 4월 기준) 기업집단 중 총수일가 지분율이 30% 이상인 주요 계열사 32곳의 2011년 매출액을 분석한 결과, 2010년에 비해 계열사와의 거래비중이 증가한 곳이 24개사(75%)에 달했다.[279]

또한 공정거래위원회가 2012. 3. 29. 발표한 '10대 그룹의 광고·시스템통합(SI)·건설·물류 업체 내부거래 금액'(2010년 말 기준)에 따르면 47개 민간 그룹의 광고·SI·물류·건설 분야 내부거래 규모는 27조원이며, 이 가운데 10대 그룹 내부거래는 17조 5,000억원이었다. 그 중 삼성그룹의 내부거래 금액은 6조 2,500억원으로 가장 규모가 컸다. 이어 현대자동차가 2조 8,870억원, 롯데 2조 3,110억원, SK 1조 8,890억원, LG 1조 3,800억원, 한화 1조 150억원, GS 5,955억원, 한진 1,070억원, 두산 904억원 순이었다.[280]

특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여의제란 수혜법인의 사업연도 매출액 중에서 특

278) 공정거래위원회 경쟁정책, MRO · 유통 · 건설 분야에서 계열사에 유리한 조건으로 일감 몰아준 부당지원 - 진, 한화, STX 계열사에 과 금 총 60억원 부과. 2011. 12. 29. http://www.ftc.go.kr/news/policy/competeView.jsp?news_no=1307&news_div_cd=1

279) 삼성그룹 IT 계열사 삼성SNS의 계열사 매출비중이 2010년 49.9%에서 2011년 51.5%로 아졌다.이 회사는 이재용 삼성전자 사장이 지분 45.7%를 보유하고 있는 통신장비업체로 삼성전자한 곳에 대한 매출비중만 40.6%에 달한다. 현대 그룹에서는 글로비스(물류)·현대 코(건설)·현대오토에버(IT)·현대위스코(부품)·이노 (광고) 5개 계열사의 내부거래 비중이 일제히 증가했다. 이들 5개 회사는 모두 정의선 현대 부회장이 대주주인 곳이다. 최태원 SK회장이 대주주인 SK C&C도 63.9%에서 68.3%로 늘었다. 김준기 동부그룹 회장의 장 김 호 동부제 부장이 대주주인 동부CNI는 28%에서 64.7%로 급증했다. 이들 기업은 각 그룹의 지배구조의 `핵심`역할을 하는 곳이라는 공통점이 있다. 이상 이데일리, 대기업규제도 '레임덕' ... 일감몰아주기 더 늘었다. 2012. 6. 4. http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?newsid=01098806599558440&SCD=&DCD=A02103

280) 내부 거래 규모가 던 계열사는 검 수사 결과 그룹 내 비자금 구로 지목된 곳이기도 했다. 삼성에서 가장 내부거래 규모가 큰 삼성물산은 지난 2007년 삼성 비자금 의 을 폭로했던 김용 변호사가 비자금 고로 지목했던 곳이며, 현대 의 현대글로비스 역시 지난 2006년 검 수사 결과 그룹의 비자금 구로 밝 졌다. 한화건설 역시 지난 2010년 검 의 비자금 조성 의 사건의 수사대상이었다. 노 스, 삼성 '일감 몰아주기' 1위... 6조원 달해, 2012. 3. 29. http://www.nocutnews.co.kr/show.asp?idx=2101175

수관계법인에 대한 매출액이 차지하는 비율이 정상거래비율을 초과하는 경우 수혜법인의 지배주주와 그 지배주주의 일정친족이 일정이익을 증여받은 것으로 의제하는 것이다(상속세 및 증여세법 제45조의 3). 배우자에게 양도한 재산의 증여 추정, 명의신탁재산의 증여의제와 함께 증여재산가액의 계산 방법 중 하나이다.

특수관계법인과의 거래를 통해 이익을 증여하는 것을 일반적으로 '일감몰아주기' 또는 '물량몰아주기'라고 부르기도 한다(이하 특수관계법인과의 거래를 통해 이익을 증여하는 행위를 일감몰아주기라고 한다).

독점규제 및 공정거래에 관한법률은 일감몰아주기 중, 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금・대여금・인력・부동산・유가증권・상품・용역・무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지하고 있으며 위반시 공정거래위원회가 시정조치와 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다.[281] 일감몰아주기를 금지하는 이유는 재벌그룹 소속 기업이 재벌 또는 재벌 2, 3세가 주식을 보유한 계열사에게 합리적 이유없이 과다한 경제상의 이익을 제공하는 행위가 공정한 경쟁을 저해하고 고용의 90% 이상을 담당하고 있는 중소기업의 사업기회를 박탈하며 재벌의 경제력 집중을 가져와 국가경제에 악영향을 끼치기 때문이다.

나. 일감몰아주기와 세금 부과

한편 대기업이 일감몰아주기를 하는 근본적인 이유는 부를 증여하기 위해서이다. 2012. 2. 24. 공정거래위원회 의결(2011시감2636)에 따르면 공정거래위원회는 유통, 건설 분야에서 발생한 웅진, 한화, STX 기업집단 소속 계열사의 부당지원행위에 대해 시정명령과 과징금 총 60억 3,100만원을 부과하기로 결정했는데 모두 재벌총수일가가 지분을 가진 계열사에게 부당하게 일감을 몰아주었기 때문이었다. 예를 들면 (주)한화는 2006년부터 2010년까지 부생연료유를 위탁판매하면서 기존 중소기업 거래물량을 계열사인 한화폴리드리머(주)로 대체하고 판매수수료를 평균 1.8배, 최대 4.8배 높은 가격으로 과다 지급하는 방법으로 총 26억3천800만원을 부당지원했는데 한화폴리드리머는 한화엘앤씨가 99.98%의 지분을 보유하고 있으며 한화엘앤씨의 대표이사는 한화의 대표이사인 김승연씨, 최대주주는 한화케미칼이다. 2005년 149억6천800만원의 당기순손실을 냈던 한화폴리드리머는 현저히 유리한 조건을 등에 업고 2010년 29억8천200만원의 당기순이익으로 흑자전환했다. 5년간 이에 상당한 금액을 증여한 것이나 마찬가지이다.

이러한 일감몰아주기는 증여세, 법인세 등을 탈세하게 되므로 조세 분야의 문제로 지적되어 왔다. 국회예산정책처가 2012. 4. 실시한 대학, 연구소, 중앙정부 공무원, 지자체 공무원 300명을 대상으로 한 "재정전문가 대상 2012년 재정 및 조세 정책 인식조사 보고서"에 의하면 최근 세법 개정논의의 주요 이슈에 대한 찬반의견을 물었을 때 대기업 일감몰아주기에 대한 증여세 과세에 대한 찬성이 83.6점으로 가장 많은 찬성률을 나타낸 것으로 조사되었다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 2011. 12. 31. 상속세 및 증여세법 제45조의 3 특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제 규정이 신설되었다. 이 법안을 발의한 정부도 법안의 제안이유에서 "특수관계법인을 이용하여 부(富)를 이전하는 변칙적인 증여 사례를 방지하기 위"한 규정신설임을 명시하고 있다[282]

다. 현행 규정의 장단점

1) 증여의제 규정의 합헌성

일감몰아주기 과세 규정은 일정 이익을 증여한 것으로 의제한다. 그러므로 만약 실제 증여가 아닌 부분 즉 실제 기업의 경영상 판단에 의해 거래한 부분이 존재하더라도 그 부분이 법에 정해진 의제 요건에 합치하면 증여로 의제되어 증여세가 부과된다. 이것이 기업의 재산권 침해가 아닌가?

우리 헌법 제119조는 1 에서 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중한"다고 명시하여 자유를 기본으로 하면서도 2 에서 "국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다"고 규정하고 있다. 이와 같은 헌법 규정에 근거할 때 입법목적이 정당하다면 비례 원칙에 어긋나지 않는 상당한 범위에서 조세를 부과하여 재산권을 제한할 수 있다.

일감몰아주기는 중소기업과 중소상인과 불공정경쟁을 하는 행위이고 재벌의 경제력 집중을

281) 독점규제 및 공정거래에 관한 법 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도 하여서는 아니된다.
(중략)
7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

282) 정부, 「상속세 및 증여세법 일부개정법 안」, 2011. 9. 30. 1면.

가져와 양극화를 심화시켜 건전한 경제발전을 저해하는 악영향을 끼친다. 그러므로 일감몰아주기에 대해 증여의제할 목적의 정당성은 인정된다. 구체적인 세금 부과 조 이 합리적으로 규정된 것인지만 문제된다고 할 것이다.

헌법재판소도 저가·고가 양도에 따른 이익의 증여 등 증여의제조 이 실질적 조세법률주의에 위반되는지 여부에 대하여 "상속세 및 증여세법 제35조 제1 제1호는 실질은 증여나 다름없는 경우에도 형식적으로 신탁이나 채무인수 등을 가장하여 재산이전의 대가를 면탈하려는 시도를 방지하기 위한 의제제도를 둔 것으로서 그 정당성이 확인되고, 특수관계에 있는 자들 사이의 저가양도로 시가와 양도가액의 차액만큼 무상으로 경제적 이익을 취득한 양수자에 대하여 그 무상취득이익을 대상으로 하여 증여세 부담을 지우는 것은 거래형식이 증여의 형식을 띠고 있지는 아니하나 담세력을 나타내는 경제적 실질을 빠짐없이 포착하여 과세함으로써 과세공평을 기하려는 입법적 조치이므로 실질과세원칙에 위배되지 아니한다."고 판시하였다(헌재 2006. 6. 29. 2004헌바76)

2) 증여의제 기법의 필요성 - 종전 일감몰아주기 관련 과세 근거 법률에 따른 과세의 어려움

가) 문제점

2011. 12. 31. 상속세법 및 증여세법 제45조의 3 규정이 신설되기 전에도 법인세법과 상속세 및 증여세법상의 포괄주의에 근거해 일감몰아주기에 과세할 수 있었으나 아래와 같이 모든 사례를 포괄하지 못하는 문제가 있었다.

) 인세

법인세법 제52조 부당행위계산의 부인 규정에 따라 법인이 특수관계인과의 거래로 인해 그 법인의 소득을 감소시켜 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되면 원인이 되는 거래행위에 관계없이 소득금액을 계산하여 법인세를 부과할 수 있다.

그러나 이 규정을 이용하여 일감몰아주기에 과세하려면 '시가'와 비교하여 '부당하게' 법인의 이익을 감소시키는 내용의 거래를 하여야 하는데 일감몰아주기의 경우 시가 산정과 부당성 입증이 쉽지 않다.

예를 들면 2011. 8. 12. 서울고등법원은 현대모비스가 낸 법인세 부과처분 취소 청구소송에 피고 소를 기각, 원심과 같이 원고 현대모비스 승소 판결했다. 이 사건은 현대모비스가 현대자동차그룹 계열회사에 물류서비스를 제공하는 현대글로비스와 새로운 부품 운송계약 등을 맺으며 2001년과 2003년 용역 대가를 이전 업체와의 계약보다 각각 16%, 12.2% 인상해주었고 이에 대해 시가보다 높은 가격으로 용역 대가를 지급해 부당하게 세액을 줄였다며 법인세 31억5000여만원을 부과한 사건이다. 이 사건에서 법원은 새로운 용역계약과 비교 대상인 이전 계약 사이의 유사성이 인정되지 않는다며 세무서측의 법인세 산정방식이 적절하지 않았다고 판단하여 현대모비스 승소판결했다.[283]

다) 상속세 및 증여세

일감 몰아주기는 상속세 및 증여세법 제2조의 포괄주의와 제42조의 그 밖의 이익의 증여 일반규정을 이용하여 과세할 수 있다.

그러나 이 경우에도 과세기관은 수혜법인이 타인에게 '시가'보다 낮거나 높은 대가를 받았음을 입증해야 하는데 일감몰아주기 당사자들은 친족, 계열사 등 특수하게 친밀한 관계에 있는 자들이므로 증거조작이 용이하고 이를 악용하여 법망을 피할 수 있다는 문제점이 있다.

사실상 일감몰아주기라는 변칙증여기법이 기승을 부리기 시작한 시기는 현대자동차가 2001년에 장남인 정의선씨가 60% 지분을 소유한 현대글로비스를 설립하여 기업내 모든 물류를 몰아주었던 것처럼, 경제성장기에 재벌기업을 창업한 재벌 1세 또는 2세가 CEO급 나이가 된 2,3세에게 재벌기업집단을 쉽게 넘겨주기 위한 여러 방안을 한창 궁리하였던 시기인 2000년대 전후부터이다.

2002년 노무현 대통령 당선자가 조세분야에 대해 세금없는 부의 대물림을 근절하겠다고 발표하였고 정부법안이 발의되어 국회에서 2003. 12. 30. 증여세완전포괄주의 과세가 도입되었다.[284] 그러나 그로부터 1년이 지난 2005년 국정감사에서 국세청에 대한 국회의원 질의와 답변에 의하면 2004년 1월 1일부터 적용되는 포괄주의와 관련해서 포괄주의의 취지에 맞는 재벌들의 편법 변칙 증여에 대한 과세 사례가 단 한건도 없었다고 하고, 이에 대한 이유를 질의하자 국세청은 수증액이 어떻게 계산이 가능한 것인지, 증여자와 수증자의 식별 관계 문제, 법 적용이 가능한 사례인지, (주가상승분의 경우)미실현이익에 해당하는지 여부 등에 대한 판단이 어렵다는 취지로 답변하였다.[285]

라) 현행 행위규제 근거 률 의 관계

283) 조세일보, "현대모비스, 일감몰아주기 법인세 과세 소소송 승소", 2011. 8. 12.
284) 조 희, "증여세 완전포괄주의에 관한 연구", 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2009. 12. 20면.
285) 국회 재정경제위원회 국정감사 회의 , 2005. 9. 22. 24면.

1) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 제23조 불공정거래행위의 금지 규정에서 일감몰아주기를 불공정거래행위로 규정하여 금지하고 있다. 그러나 이 규정을 적용하려면 부당하게 지급하거나 '현저히' 유리한 조건임을 입증해야 하고 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위여야 한다. 그리고 일감몰아주기 자체를 금지하는 것이므로 탈세를 막는 우회적인 효과는 있으나 과세 근거규정은 되지 못한다. 또 위에서 예시한 현대글로비스 사건의 경우 공정거래위원회에서 불공정행위로 보아 과징금을 부과한 사건으로서 그럼에도 불구하고 조세법적으로는 법인세 부과 처분이 적법하지 못하다 하여 법인세 부가처분이 취소되었던 것이고 이와 같이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 과징금 부과처분이 조세부과의 정당성을 뒷받침해주지 못하므로 별도의 규정이 필요하다.

2) 상법 : 일감몰아주기에 대해 상법 제397조, 제403조에 근거하여 발행주식의 총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이사가 회사의 기회를 유용한 점에 대해 이사의 책임을 추궁하는 주주대표소송을 제기할 수 있다. 이규정도 행위를 감시하는 것으로 과세 근거규정은 되지 못한다.

마) 소

이와 같이 일감몰아주기는 애초에 탈세와 함께 적은 비용을 들인 불공정경쟁을 통해 부를 증여하는 탈법을 목적으로 하는데다, 거래자들은 서로 친족, 지배회사관계 등의 친밀하고 내밀한 관계가 있기 때문에 증거 조작이 손쉬워 부부간의 증여와 유사하게 부당성을 입증하기가 쉽지 않다.

이러한 조세회피행위를 방지하기 위해 일정 의제규정을 만드는 것이 불가피하다. 그렇다면 구체적인 조세 부과 요건이 상당한 범위에서 합리적인지 아래에서 살펴본다.

3) 일감몰아주기 이익의 증여의제 요건(상속세 및 증여세법 제45조의3)

가) 정의

법인(=수혜기업)의 사업연도 매출액[286]중에서 그 법인의 지배주주와 특수관계법인간 거래비율이 정상거래비율을 초과하는 경우 그 법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족 중 한계보유비율을 초과하는 주식을 보유한 자가 아래의 증여의제이익을 각각 증여받은 것으로 보는 것이다.

286) 「법인세법」 제43조의 기업회계기준에 따라 계산한 매출 을 말한다.

수혜법인의 세후영업이익×정상거래비율을 초과하는 특수관계법인거래비율×한계보유비율을 초과하는 주식보유비율

) 지배주주

(1) 지배주주란 증여시기 당시에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 수혜법인의 최대주주 또는 최대출자자중에서 수혜법인에 대한 직접보유비율이 가장 높은 자가 개인인 경우에는 그 개인
2. 수혜법인의 최대주주등 중에서 수혜법인에 대한 직접보유비율이 가장 높은 자가 법인인 경우에는 수혜법인에 대한 직접보유비율과 간접보유비율을 모두 합하여 계산한 비율이 가장 높은 개인

(2) 해당하는 자가 두 명 이상일 때

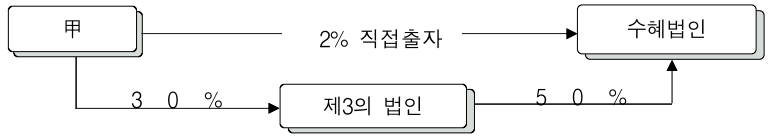
임원에 대한 임면권의 행사 및 사업방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 관하여 사실상의 영향력이 더 큰 자로 한다.

(3) 간접보유비율의 계산

수혜법인에 대한 간접보유비율은 개인과 수혜법인 사이에 주식보유를 통하여 한 개 이상의 법인이 매개되어 있는 간접출자시의 보유비율을 말하고 각 단계의 직접보유비율을 모두 곱하여 산출한 비율을 말한다.

(예시) 간접출자시 주식보유비율 계산 방법[287]

287) 기 재정부, "공생 발전을 지원하기 위한 2011년 세법개정안 문답자료", 2011. 9. 7. 45면.



◈ 甲의 수혜법인 출자비율 = 17% (직접출자 2% + 간접출자 15%*)

* 간접출자비율: 15%(= 30%×50%)

개인과 수혜법인 사이에 둘 이상의 간접출자관계가 있는 경우에는 개인의 수혜법인에 대한 간접보유비율은 각각의 간접출자관계에서 산출한 비율을 모두 합하여 산출한다.

다) 특수관계 인

'특수관계법인'이란 그 법인의 지배주주와 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 법인을 말한다. 그리고 '대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 법인'이란 지배주주와 다음의 관계에 있는 자로서 구체적으로 분류하여 정리하면 다음과 같다.

① 영향력 기준[288]

가. 수혜법인의 지배주주가 직접 임원에 대한 임면권의 행사 및 사업방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 관하여 사실상의 영향력을 행사하고 있는 기업집단의 소속 기업

나. 수혜법인의 지배주주와 친족관계이거나 지배주주와 직계비속의 배우자의 2촌 이내의 부계혈족과 그 배우자에 해당하는 관계에 있는 자가 임원에 대한 임면권의 행사 및 사업방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 관하여 사실상의 영향력을 행사하고 있는 기업집단의 소속 기업

다. 수혜법인의 지배주주인 법인이 속한 기업집단의 소속 기업과 해당 기업의 임원에 대한 임면권의 행사 및 사업방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 관하여 사실상의 영향력을 행사하고 있는 자

라. 위의 영향력을 행사하는 자와 친족이나 직계비속의 배우자의 2촌 이내의 부계혈족과 그 배우자에 해당하는 관계에 있는 자

② 설립자 기준

288) 이 분류는 법조문을 재구성하여 임의로 한 것이다.

가. 수혜법인의 지배주주 본인, 지배주주와 친족이나 직계비속의 배우자의 2촌 이내의 부계혈족과 그 배우자에 해당하는 관계에 있는 자, 사용인이나 사용인 외의 자로서 본인의 재산으로 생계를 유지하는 자가 재산을 출연하여 설립하거나 이사의 과반수를 차지하는 비영리법인

나. 위 ①의 자가 재산을 출연하여 설립하거나 이사의 과반수를 차지하는 비영리법인

다. 수혜기업의 지배주주와 위 가, 나의 자가 공동으로 재산을 출연하여 설립하거나 이사의 과반수를 차지하는 비영리법인

라. 위 ①에 해당하는 기업의 임원이 이사장인 비영리법인

③ 출자기준

가. 수혜법인의 지배주주 본인, 지배주주와 친족이나 직계비속의 배우자의 2촌 이내의 부계혈족과 그 배우자에 해당하는 관계에 있는 자, 사용인이나 사용인 외의 자, 위 ①~③에 해당하는 자가 각 발생주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30이상을 출자하고 있는 법인

나. 수혜법인의 지배주주 본인, 지배주주와 친족이나 직계비속의 배우자의 2촌 이내의 부계혈족과 그 배우자에 해당하는 관계에 있는 자, 사용인이나 사용인 외의 자, 위 ①~③에 해당하는 자가 공동으로 발생주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30이상을 출자하고 있는 법인

다. 수혜법인, 위 ①~④의 자가 각 재산을 출연하여 설립하거나 이사의 과반수를 차지하는 비영리법인

라. 수혜법인, 위 ①~④의 자가 공동으로 재산을 출연하여 설립하거나 이사의 과반수를 차지하는 비영리법인

④ 특수관계법인에서 제외하는 경우-지주회사 등

일감을 몰아준 회사가 수혜법인이 발행주식총수의 100분의 50 이상을 출자한 자회사인 경우, 수혜법인이 지주회사이고 일감을 몰아준 회사가 자회사나 손자회사 및 증손회사인 경우, 수혜법인과 일감을 몰아준 회사가 서로 다른 기업집단[289]인 경우에는 특수관계법인 관계가 아니라고 보아 증여의제 규정의 적용에서 제외한다.

이것은 일정한 친족관계에 의한 일감몰아주기에 대하여만 증여세를 부과하려는 입법자의 의지인 것으로 보인다. 또 지주회사는 주식의 소유만을 목적으로 하는 회사로서 현재 정부는 재벌의 양성화를 위해 재벌집단을 지주회사화할 것을 유도하고 있으므로 지주회사제도의 정

289) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법 」 상호출자제한기업집단을 말한다.

착을 위한 목적도 있는 것으로 보인다.

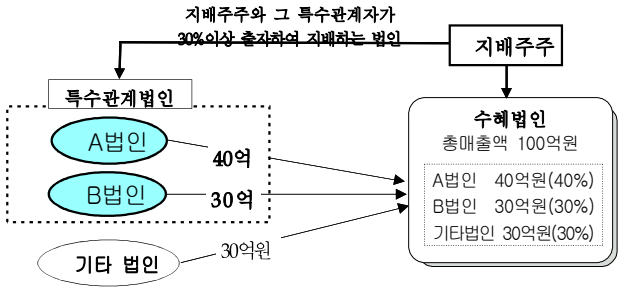
라) 정상거래비율

정상거래비율은 100분의 30으로 한다. 결국 수혜기업이 특수관계법인과 거래한 영업이익 중 정상거래비율 30%를 넘는 부분만 과세대상이 되며, 30%까지는 특수관계에 있더라도 정상적인 경영상 판단에 의한 거래라고 보아 증여가 아니라고 보게 된다. 이 때 그 비율을 30%로 정한 이유에 대해 기획재정부[290]는 현행 상증법의 여러 조문에서 30% 기준을 사용하여 증여세 과세 여부를 판단하고 있기 때문이라고 한다.[291]

특수관계법인과의 거래비율은 아래의 산식에 따라 구한다.

$$\text{특수관계법인과의 거래비율(\%)} = \frac{\text{특수관계법인들과의 매출거래의 합계액}}{\text{수혜법인의 총 매출액}} \times 100$$

(예) 물량 몰아주기 거래비율 계산[292]



◈ 특수관계법인과 거래비율(70%) = $\frac{\text{A·B법인에의 매출액(70억원)}}{\text{수혜법인 총 매출액(100억원)}} \times 100$

◈ 일감 몰아주기 거래비율 = 70% − 30% = **40%**

마) 한계보유비율

일감을 받은 법인인 수혜법인의 지배주주와, 지배주주의 친족으로서 수혜법인의 지분을 3% 이상 보유한 대주주 개인에 한정하여 증여세를 부과한다. 이 때 3%가 한계보유비율이다. 여기서 '지배주주의 친족'이란 지배주주의 배우자와 6촌 이내 혈족 및 4촌 이내 인척을 말한다.

3%로 정한 이유에 대해 기획재정부는 소득세법상 상장법인의 대주주의 범위가 3%이상 출자한 경우임을 고려한 것이라고 한다.

바) 구체 인 계산례

예를 들면 특수관계법인과의 내부거래비율이 70%인 수혜법인 A가 이로 인해 100억원의 세후영업이익이 생겼고 친족관계인 갑씨가 A법인의 지분을 5% 보유하고 있다면 갑씨가 내야 하는 증여세의 과세표준은 [세후영업이익 100억원 × 일감몰아주기 비율 40%(내부거래비율 70%에서 정상거래비율 30%를 차감한 비율) × 2%(지분보유비율 5%에서 한계보유비율 3%를 차감한 비율)]의 산식을 통해 계산된 8,000만원이고, 세율 10%를 적용하게 되면 납부세액은 800만원이다.

사) 증여의제시기와 이중 세 조정 및 용시기

각 수혜법인의 각 사업연도 말을 의제시점으로 보고 증여세 과세 후, 주식을 양도시 증여세로 과세된 부분은 과세제외한다. 사업연도별로 과세요건을 하나라도 충족하지 않은 경우에는 증여세를 과세하지 않는다.

2012.1.1. 이후 개시되는 사업연도 거래분부터 적용이 되므로 올해 이후 과세 사례가 생길 것으로 예상된다.

4) 현행 규정에 대해 제기될 수 있는 문제점

가) 영업이익자(= 인)와 증여세납세의무자(=주주)의 불일치

현행법은 영업이익 중 일부를 증여로 의제하고 이를 과세표준으로 하여 주주에게 증여세를 부과한다. 그러나 영업이익은 법인의 소유이다. 주주가 증여받은 것은 영업이 주식가치분에 반영된 뒤, 주식가치상승 금액을 증여받게 되거나 주식소유에 따른 배당금을 받게 된 경우 배당소득을 받게 되는 것이다. 현행 규정에 따르면 이와 같은 논리적 모순이 발생하므로 가장 주요하게 비판을 받고 있다.

290) 기 재정부, 전게자료, 46면.
291) 30% 기준 적용 사례는 저가·고가 양도에 따른 이 의 증여, 전환사 을 인수· 득함으로 은 이 의 증여, 재산·용역의 저가 사용에 따른 이 의 증여, 합병에 따른 이 의 증여, 증자에 따른 이 의 증여가 있다.
292) 기 재정부, 전게자료, 48면.

) 특수관계 인 거래비율 한계보유비율의 비현실성

현행법은 정상거래물량을 30%로 의제하였고 3%를 초과하는 주식보유비율에 한하여 증여받은 것으로 의제하였다.

그러나 공정거래위원회의 2011. 10. 조사에 의하면 47개 집단의 소속 계열사 1,083개 중 85.2%가 내부거래를 하고 있으며 삼성과 현대 등 총수 있는 재벌의 내부거래는 12.48%로 총수 없는 집단보다 현저히 높다[293]. 광고, 시스템통합, 물류 분야로 시작하였으나 현재는 빵집, 음식점 등 서민대상 골목상권 업종으로 확대되고 있어 부의 대물림 문제 뿐만 아니라 골목상권 죽이기의 문제까지 일으키고 있어 큰 사회적 문제가 되고 있다. 일감몰아주기에 대해 강한 규제가 필요하다.

또 삼성그룹 전체에서 총수 개인 지분은 0.54%, 친족을 합하여도 0.99%에 불과하고 SK그룹 전체도 총수일가를 모두 합해 0.79%에 불과한 실정이다.[294] 그렇다면 시행 이후 첫 과세가 되는 올해 이후 실제로 과연 과세사례가 얼마나 나올지 의문이라는 지적이 있다.

그러므로 특수관계법인과 30% 이상의 거래를 한 경우의 거래이익만 증여로 볼 것이 아니라 30% 이하로 거래비율을 낮추고, 특히 한계보유 비율을 3% 이하로 낮추어 더 많은 경우에 증여세가 부과되도록 할 필요가 있다는 의견이 있다. 이 때 적절한 비율을 정한다면 기존 상속세 및 증여세 규정과 일감몰아주기 규정은 존재이유가 다르므로 다른 규정을 기준으로 할 이유가 없다. 재벌 일감몰아주기와 보유 주식 비율에 대한 실태조사를 하여 실제 과세가 되도록 정하여야 한다.

다) 세후영업이익을 세표준으로 하여 인세 납부액을 제외한 문제

증여를 받은 금액, 과세표준을 계산함에 있어 현행법은 법인세를 납부한 뒤의 금액인 세후영업이익을 과세표준으로 하고 있어 증여세액을 더욱 줄이고 있다. 법인세 납부 전 영업이익을 과세표준으로 하게 되면 이중으로 과세하는 셈이 되어 이중과세가 된다는 것이 그 이유이나 이에 대해 법인세 납부액을 제외하는 것은 문제가 있다는 지적이 있다.

라) 지주회사를 제외한 문제

지주회사 형태로 주식을 소유하는 경우 일감을 몰아주어도 일감몰아주기 증여세 과세 대상에서 제외된다. 이에 대해 필요한 것인지 논의가 필요하다.

293) 국회의원 이 훈, "재벌개 의 방향", 2012. 6. 5, 5면.
294) 국회의원 이 훈, 전게자료, 2면

마) 세요건을 률로 정할 필요성

현행규정은 특수관계, 정상거래비율, 한계보유비율을 모두 대통령령에 위임하고 있다. 그러나 조세법률주의에 의해 납세의 주된 요건은 법률로 규정하는 것이 맞다고 보인다. 위 부분중 핵심적인 30%, 3% 등의 부분은 법에 규정하는 것으로 개정해야 한다.

5) 과세 방안에 대한 선행 연구검토를 통한 개선방향 모색

가) 개선방향 모색의 필요성

현행법이 구체적 과세 근거를 마련한 것은 타당하다. 그러나 재벌이 일감몰아주기를 통해 증여하는 실제 증여재산에 비해 과세범위가 좁다는 비판이 있다. 이에 현행법이 신설된 2011. 12. 31. 이전에 일감몰아주기 과세 방안에 대해 된 선행연구들을 살펴보고 개선 방향을 모색해 본다.

) 한국조세연구원 2011. 8. 5. 토론회[295] 방안

2011. 8. 5. 한국조세연구원은 주최한 토론회에서 '특수관계 기업간 물량 몰아주기를 통한 이익에 대한 과세방안' 발제문을 통해 5가지 과세방안을 제시했다.[296] 이 5가지 유형은 그간의 논의를 모두 포함한 것으로 보인다. 여기에서는 과세대상자를 수혜기업의 지분이 3~5% 이상인 자로서 수혜기업의 지배주주와 그의 배우자 및 친족으로 한정하고 간접출자 과세도 2단계 출자까지로 한정하였다.

(1) 주식가치 증가분에 대한 증여세 과세 방안

일감몰아주기로 인해 특수관계자가 얻게 되는 이익은 주가 상승으로 인한 이익으로 볼 수 있으므로 주식가치의 상승분을 과세기준으로 한다.

위에서 30%를 제하는 이유는 마찬가지로 30%까지는 정상거래로 의제하여 주기 때문이다.

> 증여재산가액 = (사업연도말 기업의 시가총액- 사업연도초 기업의 시가총액) × (일감 몰아주기 거래비율 - 30%) × 주식보유비율

295) 한상국, "특수관계 기업간 물 몰아주기를 통한 이 에 대한 과세방안", 한국조세연구원, 2011. 8. 5.
296) 한국조세연구원은 물 몰아주기로 표기하 으나 이 글의 통일성상 일감몰아주기로 바 표기한다.

(2) 영업이익에 대한 증여세 과세 방안

일감몰아주기로 얻은 이익은 수혜기업의 영업이익으로 나타나므로 이를 기준으로 수혜기업의 주주에게 증여세를 과세할 수 있다. 이 연구의 발표 이후 정부 입법발의를 통해 현행법에 신설된 내용이다. 단 현행법은 주식보유비율 중 3%를 뺀 일부만 증여재산가액에 반영하는 등 다소 차이가 있다.

증여재산가액= 세후영업이익 × (일감몰아주기 거래비율 - 30%) × 주식보유비율

(3) 영업이익에 대한 배당소득세 분리과세 방안

특수관계법인과 물량 몰아주기로 얻은 이익은 수혜기업의 영업이익으로 나타나므로 이를 기준으로 과세하되 주주에게 배당한 것으로 간주하여 주주에게 배당소득세를 과세하고 일반 소득세보다 중과세하는 방안이다.

과세대상 배당간주 영업이익 =
세후영업이익 × (일감몰아주기 거래비율 - 30%) × 주식보유비율

위와 같은 영업이익을 수혜기업으로부터 주주가 매 사업연도 말 배당받은 것으로 간주한 뒤, 종합소득세 최고세율보다 높은 45%의 할증과세율을 적용하여 경영권 프리미엄가치를 감안한다. 단, 분리과세된 배당간주영업이익을 실제 배당받는 경우에는 위 배당소득세를 과세하지 않는다.

(4) 수혜기업에 대한 법인세 추가 과세 방안

수혜기업의 매 사업연도 매출거래를 기준으로 특수관계기업들과의 거래비율이 30% 등 일정 비율을 초과하면 그 부분에 대해 법인세에 할증세율을 곱하여 과세한다.

법인세추가과세액 =
세후영업이익 × (일감몰아주기 거래비율 - 30%) × 할증세율(예:30%)

(5) 일감몰아주기를 한 특수관계기업에 대한 손금불산입 방안

특수관계기업이 수혜기업에 몰아준 물량에서 발생한 비용의 일부(10~20%)에 대해 손금불산입한다.

(6) 소결 - 주식가치 상승분에 대한 과세의 타당성

주식가치 증가분에 대해 증여세를 과세하는 1안의 경우 여러 방안 중 철저히 과세하는 방안이고 수혜기업의 실제 얻는 이익에 대한 증여세 부과가 가능한 장점이 있으나, 기업가치 상승은 일감몰아주기 외에 다양한 요인에 의해 영향을 받으므로 이를 정확히 구분할 수 있는지의 문제 및 주식가치에 주주가 얻을 미래 예상 수익이 반영되어 증여재산가액이 과다하게 평가될 수 있고 주식가격 하락시 기납부 증여세 환급요구가 예상되는 단점이 있다고 한다.[297]

그러나 필자의 생각으로는 일감몰아주기로 인한 주식가치상승분과 다른 요인에 의한 주식가치상승분의 구별이 모호하다는 점은 영업이익의 경우도 마찬가지이며(특수관계법인과의 거래라고 할지라도 수혜기업이 진실된 경영상 판단으로 회사의 필요에 의해 거래하는 경우도 있을 것이다) 현행법에서 특수관계법인과의 영업이익 중 임의로 30%를 정당한 거래이익으로 간주하여 증여세 부과대상에서 배제함으로써 일정부분은 정당한 거래로 인정함으로써 재산권 침해 위험과 과세필요성간의 비례원칙을 위반하지 않는 범위의 상당한 제한을 가한 것처럼 주식가치상승분 중 일정 비율을 임의로 정당한 상승분으로 의제하는 방법으로 안을 만든다면 합헌적인 과세방안을 마련할 수 있다고 본다.

또 주식가치에는 주주가 얻을 미래 예상수익이 반영되어 증여재산가액이 과다하게 평가될 수 있지만 원래 주식가치란 해당 회사의 장래성 등 기대이익이 반영될 수 밖에 없고 그 결과 실제로 주식가치상승분으로 인한 실제 금전 이익이 수혜기업의 지배주주에게 발생한다. 미래 예상수익이 있다는 것 자체가 지배주주가 얻은 무형의 이익이라고 볼 수 있다. 게다가 가장 중요한 점은 특수관계법인이 수혜기업의 지배주주에게 증여하고자 실제 의도하는 가장 중요한 재산가치는 영업이익보다는 막대한 주식가치상승분에 있다는 것이다. 그러므로 주식가치상승분에 과세하는 것이 가장 실질과세원칙에 부합하고 탈세의 고리를 포착하는 일이므로 제1안이 가장 타당한 방안으로 생각된다.

그리고 이러한 주식가치상승분에 과세를 한다면 그 과세가 갖는 정당성의 근거는 소득이 생겼으므로 과세한다는 식의 정당성을 갖는 주식양도세보다는 주택이나 자동차에 대한 보유세와 같이 보유 자체에 과세한다는 식의 정당성에 더 유사한 의미의 정당성이라 할 것이다. 즉 현행 조세법은 이미 주택이나 자동차를 보유하고 있다는 자체를 과세대상으로 보아 자동차세 등을 과세하고 있다. 이처럼 일감몰아주기를 통해 주식가치가 상승함으로 인해 고가의

297) 한상국, 전게논문, 6면.

주식을 소유하게 되었다는 점, 원래는 작은 회사의 지배주주였지만 일감몰아주기를 통해 큰 회사의 지배주주가 되었다는 점, 재벌기업그룹에 영향력을 미치는 지위가 되었다는 점 자체가 실현된 이익이므로 이익을 증여받은 것이 분명하고, 이를 반드시 미실현이익이라고 볼 수는 없다. 예를 들면 정의선씨의 경우 구멍가게 수준의 현대글로비스 회사의 주식 60%를 가지고 있었지만 일감몰아주기 후 수천억원의 주식가치를 가지고 현대재벌그룹에 영향력이 있는 대기업의 지배주주 지위를 획득했다. 그러므로 '주식'관련이라고 하여 반드시 미실현이익이나 장래기대이익과 연관지을 필요는 없다고 본다.

아래는 토지초과이득세에 대해 헌법불합치로 결정하면서 미실현 이득에 대한 과세는 정당하고 다만 입법 기술에 문제가 있어 법 개정을 요구했던 헌법재판소 결정문이다.

토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원, 토지초과이득세법 제8조 등 위헌소원(병합)

(1994. 7. 29. 92헌바49,52(병합) 헌법재판소 전원재판부

제도 자체의 헌법적 정당성 문제

(1) 미실현이득 과세 문제

㈎ 현대에 있어서의 조세의 기능은 국가재정 수요의 충당이라는 고전적이고도 소극적인 목표에서 한걸음 더 나아가, 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를유도하고 그러한 상태를 형성한다는 보다 적극적인 목적을 가지고 부과되는 것이 오히려 일반적인 경향이 되고 있다. 이러한 조세의 유도적·형성적 기능은 우리 헌법상 "국민생활의 균등한 향상"을 기하도록 한 헌법 전문(前文), 모든 국민으로 하여금 "인간다운 생활을 할 권리"를 보장한 제34조 제1 , "균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여" 국가로 하여금 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 한 제119조 제2 , "국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여" 국가로 하여금 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 한 제122조 등에 의하여 그 헌법적 정당성이 뒷받침되고 있다.

토초세법은 "각종 개발사업 및 기타 사회경제적 요인으로 유휴토지 등의 지가가 상승함으로 인하여 그 소유자가 얻는 토지초과이득을 조세로 환수함으로써, 조세부담의 형평과 지가의 안정 및 토지의 효율적 이용을 기하고 나아가 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있다(제1조).

토초세법의 위 목적규정은 첫째, 이득이 있는 모든 곳에 반드시 조세가 따라야 한다는 조세법상의 공평이념을 실현하기 위하여 토지소유자 개인의 노력과는 상관없는 개발이익 등 불로소득을 조세로 환수하는 데 토초세법의 우선적인 목적이 있음을 천명함과 아울러 토초세가 수득세(收得稅)의 일종임을 밝히고, 둘째, 이와 같은 조세를 수단으로 하여 유휴토지 등에 대한 투기적 수요의 억제, 지가의 안정과 실수요자에의 유휴토지 등 공급의 확대, 그리고 궁극적으로는 생산구조 내에서 토지가 차지하는 경제적·사회적 제 비용의 절감을 통한 국민경제의 건전한 발전이라는 행정목적을 아울러 실현하려는 의도를 표명한 것으로 해석된다. 그렇다면 조세에 있어서 헌법적으로 승인된 유도적·형성적 기능에 비추어 토초세법의 위 목적에 대하여 헌법재판소가 곧바로 그 시비를 가릴 것은 아니라고 본다.

㈏ 한편, 이득이 실현되었건 실현되지 않았건 납세자에게 소득의 증대에 따른 담세력의 증대가 있었다는 점에서는 실현이득이나 미실현이득 양자가 본질적으로 차이가 없고, 그와 같이 증대된 소득의 실현 여부 즉, 증대된 소득을 토지자본과 분리하여 현금화할 것인지의 여부는 당해 납세자가 전체 자산구성을 어떻게 하여 둘 것인가를 선택하는 자산보유형태의 문제일 뿐 소득창출의 문제는 아니며, 미실현이득에 대한 과세 역시 실현이득에 대한 과세와 마찬가지로 원본과는 구별되는 소득에 대한 과세에 지나지 아니하므로, 적어도 법리적으로는 미실현이득에 대한 과세에 있어서 원본잠식의 문제가 생길 여지는 없고, 실제에 있어서도 비록 과세목적과 과세방법이 다르기는 하나 자산재평가세, 자산평가 차익에 대한 법인세 등 미실현이득에 과세하는 기존의 예가 없지도 아니하다. 따라서 과세대상인 자본이득의 범위를 실현된 소득에 국한할 것인가 혹은 미실현이득을 포함시킬 것인가의 여부는, 과세목적, 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책의 문제일 뿐, 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 보여지지 아니한다.

㈐ 다만, 미실현이득에 대한 과세제도가 이론상으로는 조세의 기본원리에 배치되는

'W I b 8ëbJ íCUWgD O ÎB Î WgW lá " [TG6
I 8• UC\u 67 ±T c [_ ; n9 V @ n9 'W I b9 ²$u
€8• ;gÁK 1 W |Á 0; † @ nO 9 ÁBVWgK › 8 J
ð 4 Õ " |Á VK É' £Â Ö×ØÙ – */G6 HJš y Á"K U
C ÂÁo 89 " 6m(¥/0< ÚÛÜ \ Á<¹K «
" 6m8 - @ B¾ \ | Š © « " Ÿ ƒL ÝÞ G6 I 8Û I
•‡ m6 m n C Á4K •‡ •b@ } PgK 0;R 6m½
WQ £¥•VK íCUWg@ B ÁK ¤$ ¬-$W } { Š£ • G
O ˆ Þ@J } 8 } š Î‡ Á Jm $›\u U G n9 Q
ê I <m · 6 I 8 9 'D j íCUWg@ B Á JK WR ÊD Ø"
CÃ\u ‹e8 n9 'Wb _ ; n

e=W]@ B Ã•Á Á ½K ,¦ x ; \ <=K W]D e=W]u • @• •
®mË , mb " 6 = ³ mVs¶ Ÿ € \ , m-P Pr_; n m8 -
•£@ ±4 7 W Á - e=W] X+x Ám m ' 8 9 "W nu• ; \ <=K e=W
] ;Ã"€ K Ã•W]¹@ V±±4m C ? J W - e=W] • K @
B e m ' $W n W@ B8•9 l{ ³JK ² u wè

e=W]@ B 7¤PgÁ [T Á89 ½K ,¦9 ®mË(¥ Ó±8N 7¤¹
e=W] 4•8• Ám m ' 8 e K P6m VB\u D "W nu• C
7¤ 86 H **9** ´ J € \u 7¤ 'u 9 " R v Á89 'W Ô³\Wb
9 ?"W n

; \ <=@ B €Á øm Á89 ½D °£ B @Na Á89 'W I b ¢
ž€ €@N Á 9 "W nu• 67 R ²;±4m 7 9 P¼ K W]
^3_ m ' $W n (–\€ VA p Ã• €®G9 °ÄÅI <@ B Á t½
!@J €Á Á89 L m • Ò Î‡• ¬"K +,u 9 <=@
€Á £ 89 'D ,eV S ?@ e• Ë6 * 89 P¼ @NÐ6 Á— £Â
xy9 L **m•}** <9 86a °ÄÅI < 23 mm Vs89 ,¦m B£[W
P¼ J Î € W] ¯ u • Lc W]a m • m Á—D £Â

미, 즉 인격적 측면에서 재벌 구성원 각 개인의 소득에 대한 조세개혁도 시급하다. 다만 이번 재벌개혁의 논의와는 별도의 주제로서 다루어져야 할 것이므로 차후 연구과제로 남겨두기로 하며, 이하에서는 논의의 단초만을 서술하는 것으로 한다.

이른바 '버핏세'로 불리우는 고소득자에 대한 소득세 과세 문제는 2011년 하반기 워렌 버핏이 2011. 8. 14. 뉴욕타임즈에 "슈퍼부자 감싸기 정책을 중단하라(Stop Coddling the Super-Rich)"는 제목의 칼럼에서 촉발되었고 전세계적인 관심을 불러일으켰다. 특히 월스트리트 점령 운동을 통해 드러난 바와 같이 금융자본을 제어하고 고소득자에 대하여 높은 세율의 세금이 부과되어야 한다는 주장이 강력하게 제기되었다.

이에 오바마 미국 대통령은 2011. 9. 3조 6천억달러 규모의 재정적자 감축안과 함께 연소득 100만 달러 이상인 고소득자에 최저한 세율을 적용하는 내용의 버핏세 도입안, 즉 공정분배세에 관한 법안("Paying a Fair Share Act of 2012")을 발표하기에 이르렀다. 이 법안은 12월 소득세 감면 연장 등을 위한 협상과정에서 철회되었으나, 소득세에 대한 저 이 심한 미국에서 고소득자에 대하여 고율의 과세를 하겠다는 측면에서 주요하게 참고할 만하다.

법안에 따르면[308], 새로운 세금인 공정분배세(fair share tax)는 고소득납세의무자(High-Income Taxpayer)에게 부과되며, 여기서 고소득납세의무자란 총소득이 당해과세연도 동안에 100만 달러 이상인 자를 말하며, 고소득납세의무자를 구분하는 기준인 100만 달러는 이 법안이 시행되는 2013년 이후의 물가상승률을 고려하여 해당여부가 결정된다.

그리고 고소득납세의무자가 부담하는 공정분배세는 다음의 산식을 통해 산출된다.

공정분배세

= 잠정공정분배세 - { (a) 정규조세채무 + (b) 최저한세 + (c) 근로소득세 }

* 잠정공정분배세(tentativie fair share tax)는 납세자의 조정총소득(adjusted gross income)에서 기부금(modified charitable contribution)을 공제한 금액의 30%에 해당한다.

* 기부금은 Sec.170에 따라 허용된 기부금 공제에 'Sec.68을 적용한 후의 공제 / Sec.68을 적용하기 전의 공제' 비율을 곱한 금액으로 한다.

308) 이하의 내용은 공정분배세법안과 미연방하원의원 조세위원회(Congress of the United States, Joint Committee on Taxation)가 2012. 3. 19.에 작성한 공정분배세법안에 대한 평가서(Memorandum, from: Thomas A. Barthold, Subject: Revenue Estimate)와 법안의 내용을 참조하여 정리한 것이다.

* (a) 정규조세채무(regular tax liability)는 Sec.26(b)에 따라 구한다.

* (b) 최저한세(alternative minimum tax)란 1969년 Tax Reform Act of 1969에 의해 시행된 제도로서, 연방소득세를 부과함에 있어 잠정적인 최저한세(tentative minimum tax)가 정규 세금(regular tax)을 초과하는 경우 그러한 고소득자에 대하여 일반 세율이나 각종 공제/면제 제도를 적용하지 아니하고 일률적으로 최저한의 세율을 적용하는 제도이다. 현행 조세특례제한법상 법인에게 적용되는 최저한세가 개인에게도 적용되는 것이다.

* (c) 근로소득세(payroll tax)에는 다음의 1)~3)을 포함한다.

  1) OASDI(Old-Age, Survivors, and Disability Insurance)와 FICA(Federal Insurance Contributions Act)에 따른 HI(Hospital Insurance)에서 근로자 부담부분,

  2) 순투자수익에 대한 3.8%의 가산세(the additional 3.8% tax on net investment income),

  3) 모든 자영업 소득세(self-employment tax). 단, Sec.164(f)에 따라 허용된 공제를 한 후 나머지 세액을 말한다.

또한 미연방하원의원의 조세위원회는 위 법안이 2012년부터 시행되는 경우를 가정하였을 때 2012년부터 2017년까지는 총 9천만 달러, 2022년까지는 총 3억7백만 달러의 추가적인 세입이 발생할 것으로 예상된다고 평가하였다.

그 외 독일에서도 부유층 모임인 '자본과세를 위한 부자들' 회원들이 성명서를 제출하고 금융자산이 50만유로 이상인 개인에게 2년간 금융자산 총액의 5%와 이후 1%의 추가 세금을 징수하자는 안이 제기되었고, 프랑스에서도 부유층이 청원서를 제출하여 정부에서 연소득 50만유로 이상인 개인에 대해 소득세율을 3% 인상하고 부동산 매매에 대한 자본이득세 면세범위를 축소하여 세율도 인상한다는 내용이 발표되었다.[309]

이상과 같이 법인이 아닌 고소득자 개인들에 대하여도 세금을 부과함으로써 조세를 통해 양극화를 해소하려는 노력이 세계적으로 진행되고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 2008년 경제위기 이후 개인소득세의 세율을 증가시키는 경향도 확인할 수 있다. 나날이 양극화가 심화되고 있는 한국의 경우에도 소득세법상 최고과세구간과 최고세율을 신설하는 것뿐만 아니라 이를 현저히 뛰어넘는 고소득자에 대한 세금을 신설하여 보다 적극적으로 조세형평을 모색해

309) 국회입법조사처, '한국 버 세 도입 논의와 그 의미', 2012. 1. 13.

보아야 할 것이다.

6. 관련 조세법의 개정안

가. 조세특례제한법의 일부개정법률안

조세특례제한법 일부개정법률안

제안이유

현행 조세특례제한법은 각종 조세감면규정을 통해 기업들의 투자를 촉진하고 고용창출 등의 정책목적 달성을 유도하고 있음.

그러나 조세감면제도를 통해 실효법인세율이 낮아지고 오히려 재벌과 특정 대기업들에게 특혜가 집중되고 있어 본래의 취지와 다른 현상이 나타나고 있음. 특히 재벌과 대기업들은 고용창출투자세액공제제도와 연구 및 인력개발에 대한 세액공제제도를 통해 대규모의 조세 감면 혜택을 받고 있음.

따라서 조세특례제한법상의 최저한세를 재벌에 대해 인상하여 조세감면제도를 정비함으로써 재벌과 대기업들에게 집중되는 조세특혜를 없애기로 함.

주요내용

대기업에 적용되는 현행 14% 또는 11%의 법인세 최저한세율을 20% 또는 15%로 상향조정하여 과도한 조세지원으로 인한 세원침식을 방지함.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
제132조 ① 내국법인(제72조제1 을 적용받는 조합법인 등은 제외한다)의 각 사업연도의 소득과 「법인세법」 제91조제1 을 적용받는 외국법인의 각 사업연도의 국내원천소득에 대한 법인세(「법인세법」 제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세와 같은 법 제96조에 따른 법인세에 추가하여 납부하는 세액, 가산세 및 대통령령으로 정하는 추징세액은 제외하며, 대통령령으로 정하는 세액공제 등을 하지 아니한 법인세를 말한다)를 계산할 때 다음 각 호의 어느 하나에 규정된 감면 등을 적용받은 후의 세액이 제1호 및 제2호에 따른 손금산입 및 소득공제 등을 하지 아니한 경우의 과세표준(제1호에 따른 준비금을 관계 규정에 따라 익금에 산입한 금액을 포함하며, 이하 이 조에서 "과세표준"이라 한다)에 100분의 14[과세표준이 100억원 초과 1천억원 이하 부분은 100분의 11, 과세표준이 100억원 이하 부분은 100분의 10, 중소기업 및 제85조의6에 따른 사회적기업의 경우에는 100분의 7(중소기업이 대통령령으로 정하는 바에 따라 최초로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그 최초로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 과세연도의 개시일부터 3년 이내에 끝나는 과세연도에는 100분의 8, 그 다음 2년 이내에 끝나는 과세연도에는 100분의 9로 한다)]를 곱하여 계산한 세액(이하 "법인세최저한세액"이라 한다)에 미달하는 경우 그 미달하는 세액에 상당하는 부분에 대해서는 감면 등을 하지 아니한다.	제132조 ① ----------100분의 20[과세표준이 100억원 초과 1천억원 이하 부분은 100분의 15,----------.

나. 법인세법의 일부개정법률안

법인세법 일부개정법률안

제안이유

현행 법인세법에서는 세율을 2단계(2억원 이하 / 2억원 초과 200억원 이하 / 200억원 초과)로 구분하고 최고세율을 22%(10% / 2천만원+2억원 초과 금액의 20% / 39억 8천만원 + 200억원 초과금액의 22%)로 규정하고 있음.

그러나 현행 법인세율 상의 과세표준구간은 중소기업과 대기업을 차이를 분명하게 드러내지 못하고 있고 지나치게 낮은 세율을 규정하고 있어 응능과세원칙에 부합하지 않을 뿐만 아니라 재벌·대기업의 사회적 인프라로부터 얻는 이익에 대한 환수효과도 크지 않음.

또한 복지 수요가 갈수록 증가하고 있음에 반하여 복지재정 확충에 대한 준비는 이루어지지 않고 있음. 특히 이명박 정부의 지난 5년간에 걸친 지나친 감세로 재정적자가 확대되었고 복지지출이 축소되어 왔음.

따라서 그동안 추진해 왔던 감세 정책을 철회하고 법인세 증세를 통해 고소득을 올리고 있는 재벌·대기업의 사회적 책임을 부여하며 조세의 소득재분배 기능을 복원하여, 양극화 현상을 완화하고 복지서비스 확대를 도모해야 할 필요가 있음.

이에 과세표준 2억원 초과 구간에 대한 20%의 세율은 폐지하고, 2억초과 100억이하 구간에 대해서는 2011년에 적용한 22%의 세율을 유지하고, 100억 초과 1천억 이하 구간에 25%, 1천억원 초과 구간에 27%의 세율을 신설하기로 함.

주요내용

과세표준 최고구간(1천억원 초과)을 신설하여 과세표준의 기준금액을 3단계(2억원 이하, 2억원 초과 100억원 이하, 100억원 초과 1천억원 이하, 1천억원 초과)로 하고, 각각의 과세표준에 해당하는 세율을 10%, 22%, 25%, 27%로 조정함.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
제55조(세율) ① 내국법인의 각 사업연도의 소득에 대한 법인세는 제13조에 따른 과세표준에 다음 표의 세율을 적용하여 계산한 금액(제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액이 있으면 이를 합한 금액으로 한다. 이하 "산출세액"이라 한다)을 그 세액으로 한다.	제55조(세율) ① ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- --.
과세표준 / 세율 2억원 이하 / 과세표준의 100분의 10 2억원 초과 200억원 이하 / 2천만원 + (2억원을 초과하는 금액의 100분의 20) 200억원 초과 / 39억8천만원 + (100억원을 초과하는 금액의 100분의 22)	과세표준 / 세율 2억원 이하 / 과세표준의 100분의 10 2억원 초과 100억원 이하 / 2천만원 + (2억원을 초과하는 금액의 100분의 22) 100억원 초과 1천억원 이하 / 21억7천6백만원 + (100억원을 초과하는 금액의 100분의 25) 1천억원 초과 / 246억7천6백만원 + (100억원을 초과하는 금액의 100분의 27)
	부칙 제1조 ①(법인세율에 관한 적용례) 제55조제1 의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 개시하는 과세기간에 대한 소득분부터 적용한다.

다. 상속세 및 증여세법 일부개정법률안

상속세 및 증여세법 일부개정법률안

제안이유

특수관계법인을 이용하여 부(富)를 이전하는 변칙적인 증여 사례를 방지하기 위하여 특수관계법인 간 일감 몰아주기를 통하여 발생한 이익을 증여로 의제하여 과세할 필요가 있음.

지난 2011년말 일감몰아주기 과세 규정이 신설되어 특수관계법인의 거래를 통한 이익의 증여의제에 대하여 특수관계법인으로부터 일감을 받은 법인인 수혜법인의 사업연도를 기준으로 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 일정 비율을 초과하는 경우 해당 수혜법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족이 수혜법인의 영업이익을 기준으로 계산한 이익을 증여받은 것으로 하였음.

그러나 수혜법인의 영업이익에 대하여만 증여세를 부과하는 현행 규정으로는 지배주주가 얻은 막대한 주식가치상승분 부분에 대한 증여세 부과가 되지 않음. 재벌이 특수관계법인을 통하여 수혜기업의 지배주주인 친인척에게 증여하고자 실제 의도하는 가장 중요한 재산가치는 영업이익보다는 막대한 주식가치상승분에 있음. 그러므로 주식가치상승분에 과세하는 것이 가장 실질과세원칙에 부합하고 탈세의 고리를 포착하는 것임.

주식가치상승분은 주식을 팔기 전에는 미실현이득이지만 미실현이득에 대하여도 과세목적이 정당하다면 합리적인 범위의 과세수단을 통해 과세할 수 있음. 우리 헌법재판소도 과세대상인 자본이득의 범위를 실현된 소득에 국한할 것인가 혹은 미실현이득을 포함시킬 것인가의 여부는 입법정책의 문제일 뿐, 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 볼 수 없다고 판단한 바 있음(헌법재판소 전원재판부 1994. 7. 29. 92헌바49). 따라서 영업이익이 아닌 사업연도별 주가상승분에 거래량 중 30%는 정당한 것으로 판단하여 30% 이상의 거래량을 곱한 뒤 3% 이상의 주식소유량을 곱한 금액을 과표로 하여 증여세율을 곱하는 것으로 함.

아울러 세 부과의 주요요건인 매출액 30% 기준과 보유주식 3% 비율의 경우 현행과 같이 시행령에 맡길 것이 아니라 법에 직접 규정하는 것이 조세법률주의에 부합함. 따라서 시행령에 규정된 비율을 법에 직접 규정하는 것으로 함.

주요내용

일감몰아주기 특수관계법인 간 거래를 통한 이익의 증여 의제 규정에 대하여 현행 "수혜법인의 세후영업이익×정상거래비율을 초과하는 특수관계법인거래비율×한계보유비율을 초과하는 주식보유비율"을 "(수혜법인의 사업연도말 기업의 시가총액-사업연도초 기업의 시가총액)×30%를 초과하는 특수관계법인거래비율×3%를 초과하는 주식보유비율"로 함(안 제45조의3).

신·구조문대비표

현행	개정안
제45조의3(특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① 법인의 사업연도 매출액(「법인세법」 제43조의 기업회계기준에 따라 계산한 매출액을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 중에서 그 법인의 지배주주와 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 법인에 대한 매출액이 차지하는 비율(이하 이 조에서 "특수관계법인거래비율"이라 한다)이 그 법인의 업종 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율(이하 이 조에서 "정상거래비율"이라 한다)을 초과하는 경우에는 그 법인(이하 이 조 및 제68조에서 "수혜법인"이라 한다)의 지배주주와 그 지배주주의 친족[수혜법인의 발행주식총수 또는 출자총액에 대하여 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 대통령령으로 정하는 보유비율(이하 이 조에서 "한계보유비율"이라 한다)을 초과하는 주주에 한정한다. 이하 이 조에서 같다]이 다음 계산식에 따라 계산한 이익(이하 이 조 및 제55조에서 "증여의제이익"이라 한다)을 각각 증여받은 것으로 본다. 수혜법인의 세후영업이익×정상거래비율을 초과하는 특수관계법인거래비율×한계보유비율을 초과하는 주식보유비율 ② 증여의제이익의 계산 시 지배주주와 지	제45조의3(특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ----------30%(--- ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- -------3%(----------)---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- (수혜법인의 사업연도말 기업의 시가총액- 사업연도초 기업의 시가총액)×30%를 초과하는 특수관계법인거래비율×3%를 초과하는 주식보유비율) ② (현행과 동일)

배주주의 친족이 수혜법인에 직접적으로 출자하는 동시에 대통령령으로 정하는 법인을 통하여 수혜법인에 간접적으로 출자하는 경우에는 제1 의 계산식에 따라 각각 계산한 금액을 합산하여 계산한다.	
③ 증여의제이익의 계산은 수혜법인의 사업연도 단위로 하고, 수혜법인의 해당 사업연도 종료일을 증여시기로 본다.	③ (현행과 동일)
④ 제1 에 따른 지배주주 및 지배주주의 친족의 범위, 특수관계법인거래비율의 계산, 수혜법인의 세후영업이익의 계산, 주식보유비율의 계산, 그 밖에 증여의제이익의 계산에 필요한 사 은 대통령령으로 정한다.	④ ----------, 수혜법인의 시가총액의 계산, ----------.

라. 소득세법 일부개정법률안

소득세법 일부개정법률안

제안이유

특수관계법인을 이용하여 부(富)를 이전하는 변칙적인 증여 사례를 방지하기 위하여 특수관계법인 간 일감 몰아주기를 통하여 발생한 이익을 증여로 의제하여 과세할 필요가 있음.

지난 2011년말 일감몰아주기 과세 규정이 신설되어 특수관계법인의 거래를 통한 이익의 증여의제에 대하여 특수관계법인으로부터 일감을 받은 법인인 수혜법인의 사업연도를 기준으로 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 일정 비율을 초과하는 경우 해당 수혜법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족이 수혜법인의 영업이익을 기준으로 계산한 이익을 증여받은 것으로 하였음.

위 신설규정은 영업이익을 증여받은 것으로 보아 증여세 부과하는 것임.

그러나 일감몰아주기를 통해 수혜법인의 주주는 막대한 주식가치상승분 상당의 이익을 얻음. 그러므로 주식을 양도할 때 소득세를 중과세하여 불공정거래행위로 인한 주식가치상승분을 환수할 필요가 있음.

이에 일감몰아주기 수혜기업의 주식 양도시에는 30%의 양도소득세 중과세율을 적용하도록 하고 이를 회피하기 위해 직전연도에 거래량을 줄이는 탈법을 방지하기 위해 법 적용 요건을 주식 양도 시점 전 10년 중 임의로 3개년의 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 평균 30%를 초과하는 경우 적용하도록 함.

주요내용

일감몰아주기 수혜기업의 주식 양도시에는 30%의 양도소득세 중과세율을 적용하도록 하고 이를 회피하기 위해 직전연도에 거래량을 줄이는 탈법을 방지하기 위해 법 적용 요건을 주식 양도 시점 전 10년 중 임의로 3개년의 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 평균 30%를 초과하는 경우 적용하도록 함(안 제104조의 1 12호 신설).

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
제104조(양도소득세의 세율) ① 거주자의 양도소득세는 해당 과세기간의 양도소득과세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 "양도소득 산출세액"이라 한다)을 그 세액으로 한다. 이 경우 하나의 자산이 다음 각 호에 따른 세율 중 둘 이상의 세율에 해당할 때에는 그 중 가장 높은 것을 적용한다.	104조(양도소득세의 세율) ①(현행과 동일) ----------.
(신설)	12. 상속세 및 증여세법 제45조의 3의 법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족[수혜법인의 발행주식총수 또는 출자총액에 대하여 직접 또는 간접으로 보유하는 주식보유비율이 3%를 넘는 경우에 한한다]의 주식으로 주식을 양도하기 직전 10개년도 중 임의의 3개년을 택하였을 때 특수관계법인과의 매출액 비중이 전체 매출액 평균의 30%가 넘는 법인의 주식. 양도소득과세표준의 100분의 30.

VII. 재벌개혁 입법과제의 입법에 따른 기대효과

1. 기업집단법이 도입될 경우 기대효과

재벌은 현실적으로 존재하는 기업집단으로서, 다수의 계열사가 총수 일가라는 공통의 지배권하에서 선단식으로 운영되고 있다. 이처럼 현실적으로 존재하는 기업집단에 대하여 개별기업을 단위로 하는 회사법 규율로는 실효성 있는 기업집단에 대한 규율이 어렵고, 그러한 법적인 공백을 이용하여 소유-지배의 심각한 괴리가 발생하고 있으며, 개별기업의 주주의 이익보다 총수 일가의 이익이 우선시하는 경영이 일상화되고 있는 것이 현실이다. 이로 인해 개별기업의 주주 및 채권자들의 이익이 희생되는 부당한 피해가 발생함에도 불구하고 이를 회복시킬 수 있는 법적 장치가 부재하다는 문제점이 있는 것이다. 실재하는 기업집단을 하나의 법적 권리·의무의 주체로 인정하고, 다수 회사를 공동으로 경영함에 따라 발생하는 개별기업에 대한 경제적 효과를 법적으로 규율함으로써, 개별기업의 주주, 채권자들의 이해관계를 상법상 하나의 기업에서 보호하는 수준으로 보호할 필요가 있다.

그 입법이 (i) 독일과 같이 기업집단을 규율하기 위해 별도의 기업집단법을 제정하는 방법과 (ii) 기업집단에 대한 규율을 상법, 공정거래법 등 기존 성문법을 개정하는 방향으로 도입하는 방법 중 어느 방법을 취하여 이루어지든 간에 위와 같은 취지를 실현할 수 있을 것이다.

기업집단에 관한 규율은 잘못된 경영에 대한 책임추궁이 가능하게 함으로써, 실질적인 손해배상이 가능하도록 할 뿐만 아니라, 이러한 성문법규의 존재는 지배회사의 지배력 남용행위를 사전적으로 제어할 뿐만 아니라 소송 외의 다양한 사후 구제수단이 작동하는 것의 현실적 근거가 될 수 있다. 이러한 성문법규의 존재로 인하여 재벌총수 일가나 지배회사는 합리적 수준을 넘도록 총수 일가의 이익을 관철하는 것에 부담감을 느끼게 되고, 그러한 측면에서 선단식으로 경영되는 기업집단인 재벌그룹에서 총수일가의 이익추구행위로부터 개별 회사의 나머지 다수의 주주, 채권자들의 이해관계를 보호할 수 있을 것으로 기대할 수 있을 것이다.

다만, 앞서 제안한 바와 같이 상법 중 일부만을 개정하는 차원에서의 기업집단 규율이 아니라 독일식 기업집단법을 그대로 한국에 도입할 경우, 기존의 회사법 규제체계에 전면적인 변화를 가져오는 것이므로, 어떤 효과와 부작용을 낳을지에 대한 충분한 연구와 검토가 필요하다. 특히, 정부와 국회가 재벌의 소유지배구조 개혁에 대한 확고한 의지를 가지고 있지 않을 경우, 기업집단법 제정 과정에서 재벌에게만 일방적으로 유리하게 제도가 왜곡됨으로써 재벌체제의 문제점을 확대재생산하는 결과를 가져올 수 있으므로 더욱 신중할 필요가 있다.

2. 재벌의 사업행위에 관한 규제 관련 입법 시 기대효과

가. 중소기업·중소상인 적합업종 보호 제도(중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법 제정)

중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법의 도입을 통해 공정한 심판으로서의 국가의 역할을 회복하고, 헌법이 규정하는 정의와 공정경쟁을 통해 경제의 민주화를 달성할 수 있을 것으로 기대한다. 재벌대기업이 중소기업과 중소상인들의 영역에의 침입을 금지하도록 한 중소기업·중소상인 적합업종 보호에 관한 특별법이 도입되면, 장기적으로 중소기업이 대기업과 실질적인 경쟁을 도모할 수 있도록 하는 계기를 마련할 수 있게 될 것이다.

나. 기업분할명령제·계열분리명령제 도입(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정)

현행 공정거래법은 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 사전적으로 금지하고 기업결합 시 경쟁제한성 여부에 대하여 사전적으로 심사하고 있을 뿐, 이미 이와 같은 사전적 심사를 통과하여 기업결합이 이루어진 이후에 독과점의 폐해, 시장지배력의 남용, 또는 경제력 집중 심화의 문제가 심각하게 발생하는 경우 이를 원상회복할 수 있는 구조적 조치 수단을 전혀 마련하고 있지 않다.

이러한 문제를 시정하기 위한 구조적 조치 수단으로서 개별 기업을 대상으로 하는 것이 기업분할명령제, 기업집단을 대상으로 하는 것이 계열분리명령제라고 할 수 있다. 즉 기업분할제도나 계열분리제도는 독점사업자가 부당한 독점유지행위를 계속할 때 시장경쟁을 회복하기 위한 정부의 다른 모든 행태적 정책수단들이 효력이 없을 경우를 대비한 구조교정책으로서, 시장에서 (효율증진 행위가 아닌) 의도적 행위의 지속을 통해 독점적

지위를 유지하고자 행위를 규율할 수 있다. 기업분할이나 계열분리제를 통해서 하나의 기업이나 기업집단이 지나치게 비대해져 그 시장지배력 또는 경제력의 오남용으로 인하여 시장기능이 제대로 작동하지 못하는 경우 이를 시정하여 경쟁적 질서로 전환시킬 수 있게 될 것이다.

다. 중소기업의 공동행위 허용(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개정)

현행 공정거래법은 모든 사업자의 공동행위를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하며 사전인가요건을 엄격하게 규정하고 있는바, 경제적 열위에 있는 중소기업이 공동행위를 통해 시장에서 경쟁력을 확보하기가 쉽지 않다. 따라서 공정거래법의 부당한 공동행위 관련 규정을 개정하여 중소기업이 일정한 요건을 갖춘 경우 인가없이 공동행위를 할 수 있도록 하여 중소기업의 교섭력과 협상력을 강화하고 시장에서의 경쟁력 확보를 도모할 필요가 있다.

이러한 입법이 이루어진다면, 중소기업과 같이 상대적으로 경쟁력이 약한 경제주체들이 협력과 제휴를 통해 경제적 강자인 대기업에 대 할 수 있는 교섭력과 협상력을 강화할 수 있게 되고, 공동개발, 공동구매 등의 공동행위를 통해 경쟁상의 열위성을 극복하고 시장에서의 경쟁력을 확보함으로써 중소기업 공동의 이익을 증진해 나갈 수 있을 것으로 기대한다.

라. 불공정 하도급거래 개선(하도급거래 공정화에 관한 법률의 개정)

하도급법 개정을 통해 시급히 바로잡아야 할 것으로서, 표준하도급계약서 작성의 유도, 납품단가 연동제의 도입, 하도급거래에서 피해를 입은 중소기업의 재산적 피해를 신속하게 회복하기 위한 배상명령제도의 도입, 하도급분쟁조정협의회의 실질적인 기능회복, 공정위의 전속적 고발권의 폐지, 중소기업협동조합이 피해 중소기업에 갈음하여 소송수행권을 행사할 수 있도록 하는 제도 등을 들 수 있다.

국민경제의 균형발전과 선진경제로의 도약을 위해서는 대기업과 중소기업의 동반성장이 필수적 과제이며, 자유시장을 기반으로 하는 경제체제에서 대기업과 중소기업의 균형발전은 대기업의 시장집중을 억제함과 동시에 대기업이 중소기업에 대하여 경제력을 남용하지 못하도록 방지하는 것에서 출발하되, 경제적 약자인 중소기업을 대기업의 약탈적

이고 부당한 행위로부터 법적으로 보호해 줄 수 있어야 할 것이다. 이러한 하도급법의 개정은 대기업과 중소기업간 불공정한 거래구조 및 행태차원에서의 각종 불공정거래관행을 시정하는 데 중요한 역할을 할 것으로 기대된다.

마. 유통재벌 규제 - 진출규제와 영업시간 규제(유통산업발전법 개정)

유통재벌의 진출을 규제하여, 유통재벌에 의한 신규 대형마트의 출점은 출점예정지역의 시장상황과 상권을 면밀하게 파악한 뒤 허가를 하는 방식으로 꼭 필요한 지역에만 들어서게 할 경우, 무엇보다 기존 중소상인의 생존권이 보호될 수 있다. 또한 대형마트의 포화상태를 막고 다양한 시장이 공존하는 형태로 소비자선택권이 실질적으로 실현될 수 있다.

영업시간제한 정책은 24시간 연중무휴로 영업하는 유통재벌 안에서 근무하는 노동자들의 건강권과 휴식권을 보호할 수 있으면서도 동시에 소비자들을 전통시장에 발을 들일 수 있도록 기회를 보장한다는 측면에서 두 가지의 긍정적 정책효과를 갖는다.

재벌 중심의 대형마트와 SSM에 종사하는 근로자의 대부분은 여성들인바, 심야근로제한으로 유통산업에 종사하는 여성근로자의 건강을 보호할 수 있고, 일과 가정을 양립시켜 여성근로자의 사회적 지위를 향상시킬 수 있으며, 장시간 저임금 구조에 노출된 간접고용 내지 임시직의 근로자를 보호할 수 있을 뿐만 아니라 에너지과소비를 억제하고 야간과 휴일에 편안하고 조용한 휴식을 취하고자 하는 주민들의 생활환경 보호의 효과도 기대할 수 있을 것이다.

3. 재벌의 투자에 대한 규제를 통한 기대효과

가. 출자총액규제

출자총액규제는 동일한 기업집단에 속하는 국내 회사들의 자산총액의 합계액이 10조원 이상인 기업집단에 속하는 회사에 대해 당해 회사의 순 자산액에 100분의 25을 곱한 금액을 초과하여 다른 국내회사의 주식을 취득 또는 소유하는 것을 원칙적으로 금지하고, 출자총액을 제한하여 출자한 주식은 3년 이내에 처분하도록 하자는 것이다.

이는 기본적으로 재벌로의 경제력 집중이 더 심화되는 것을 막고자 함에 있다. 출자총액제한을 통해, 첫째, 재벌부실화로 인한 국민경제적 위기가 초래될 가능성을 미연에 막을 수 있고, 둘째 재벌에 대한 경제력 집중현상 시정하여 새로운 기업의 진입을 용이하게 하고, 셋째 재벌의 중소기업 내지 자영업의 시장잠식을 통한 중소기업의 발전을 저해하는 행위를 막아 중소기업 내지 서비스 자영업이 공생할 수 있는 계기로 작용할 것으로 기대한다.

나. 순환출자규제

순환출자규제는 기업집단에 속하는 회사들이 순환출자를 통하여 실제로 주식을 보유하여 현실로 가지고 있는 기업의 소유권보다 큰 의결권을 가지게 되는 현상을 규제한다. 순환형 출자를 통해 계열사를 지배하는 총수는 기업집단에 속하는 기업에 대해 실제 출자한 자본은 얼마되지 않아도 회사의 의결권을 통해 회사를 지배하게 되어 소유와 지배의 괴리현상이 발생하게 되는데, 이러한 괴리현상을 일정정도 해소할 수 있을 것으로 기대한다. 환상형 순환출자 규제를 통해 다른 주주의 지분적 이익을 침해하는 상황을 해소함으로써, 과도한 지배주주의 지배력을 정상화시키고, 편법적인 지배권의 승계를 막을 수 있을 것으로 기대한다. 순환출자구조를 이용한 불법 또는 편법적인 대주주의 지배권의 승계는 출자를 통한 투자 및 사업다각화라는 합리적인 기업의 선택에 왜곡을 초래하는바, 순환출자규제는 순환출자가 초래하는 기업의 출자 및 투자의 왜곡을 막고 더 나아가 경제 전반에 걸쳐 효율성과 생산성 향상을 가져 올 수 있을 것이다. 이를 통해 궁극적으로 재벌로의 경제력 집중을 완화하고, 재벌 경영의 합리화, 경제의 민주화에 기여할 것으로 기대한다.

4. 담합행위 규제-소비자집단소송법 및 징벌적 손해배상제도의 기대효과

재벌·대기업의 일상화된 담합가격 시스템에 대하여 소비자들이 대 하기 위하여 사후적 구제책으로서 소비자 집단소송법의 제정이 필요하다. 담합과 관련한 소비자 피해 구제에 있어 현행 민사소송 제도는 다수의 소액피해자들의 권리 실현에 어려움이 있고, 다수의 중복소송으로 인해 소송불경제가 야기되므로 이들 분쟁에서 소비자가 보다 쉽게 피해구제를 받고 소송경제를 도모하기 위해서는 대표당사자에 의한 집단소송제의 도입이 필요하다. 소비자집단소송제가 도입되면, 재벌·대기업의 담합행위에 대하여 수만 명, 수십만 명의 소비자들이 원고가 될 수 있고, 그리 어렵지 아니한 절차를 통해서 손해배상이 가능해 지게 된다. 그렇게 된다면, 시장경쟁력을 크게 훼손하고 소비자 피해를 양산하는 담합행위가 근절될 수 있을 것이다.

또한, 재벌 · 대기업의 행위 중 소비자들에게 직접적 손해를 양산하는 시장지배적 지위남용행위 및 부당공동행위 등 특정행위에 대하여 징벌적 손해배상 제도를 도입하게 될 경우 위와 같은 담합행위 등을 근절하고 소비자의 피해에 대한 손해전보를 확보할 수 있을 것으로 기대된다.

5. 재벌에 대한 조세개혁 입법에 따른 기대효과

재벌·대기업에 혜택이 집중되는 조세감면제도 개혁함으로써, 재벌 대기업이 중소기업에 비하여 오히려 세금을 적게 내고 있다는 현실을 바로잡고, 공정한 과세가 실현될 것으로 기대할 수 있다. 또한 일감몰아주기 과세 강화함으로써, 일감몰아주기와 같은 탈법적인 행위를 통한 경영권의 세습을 막고, 소득이 있는 곳에 세금이 있다는 원칙을 실현할 수 있을 것이다. 법인세 과세표준 최고구간 신설함으로써, 재벌 대기업의 세부담을 국제적인 수준으로 조정하고 재벌 대기업에 집중된 이익을 추가 세원으로 확보할 수 있을 것으로 기대한다.

Ⅷ. 맺음말

재벌개혁과 경제민주화는
정쟁이나 학술논쟁의 대상이 아니라
구체적 생존의 문제이다.

재벌개혁과 경제민주화의 문제는 더 이상 정쟁이나 학술논쟁의 대상이 아니라 중소기업·중소상인의 절박한 생존의 문제이다. 중소기업·중소상인이 이 문제를 대하는 정도와는 다르지만 재벌·대기업 중심으로 한 유류, 전자제품, 통신비 등 국민생활의 기초를 이루고 있는 주요 상품에서 나타나는 독과점 물가는 국민대중의 생활을 더욱 곤궁하게 하고 있어 소비자들도 경제민주화의 문제에 남다른 관심을 가지고 있다. 노동자들도 재벌과 대기업에서 광범위하게 추진되어온 비정규직 양산과 정규직과의 심각한 차별 등 근로빈곤, 워킹푸어(Working Poor) 문제를 절박한 생존의 위기로 받아들이고 있다. 과거 10여년전의 재벌개혁 논의에서 미완성으로 끝난 재벌지배구조의 개혁문제도 기업집단법 체계의 도입 등 좀 더 체계화된 목표를 가지고 계속 추진되어야 하고, 무엇보다도 생존권의 위기에 몰린 중소기업·중소상인 등과 소비자, 근로빈곤에 빠진 노동자 등 서민대중을 보호하기 위한 재벌개혁과 경제민주화의 과제는 여·야와 전문가들의 전문적인 논쟁의 영역을 떠나 모든 국민이 한 목소리가 되어 시급하게 해결해야 할 사회·경제적, 정치적 과제가 되어야 할 것이다.