

[세미나]

기업경영의 자유와 총수의 책임경영

- 일시: 2021년 12월 21일 (화) 오전 9시
- 장소: 산림비전센터 7층 열림홀
- 주최: 자유기업원

사회: 최승노 자유기업원 원장

발표: 최준선 성균관대학교 명예교수

토론: 양준모 연세대학교 교수

이재혁 상장회사협의회 정책2본부장

SK실트론 사건, 사업 기회 아닌 책임경영이다

최준선 성균관대학교 명예교수

SK실트론 사건, 사업 기회 아닌 책임경영이다

성균관대학교 법학전문대학원 명예교수

최 준 선

최태원 SK그룹 회장의 SK실트론 지분 인수 관련 일지

2017년 1월	4월	11월	2018년 8월	2021년 9월	12월 15일	12월 22일
SK(株), SK(株)가 보유한 LG실트론 지분 51% 인수	SK(株), KTR PE가 보유한 잔여지분 19.6% 인수 채권단 보유 잔여 지분 29.4% 공개경쟁입찰 공고 최태원 회장, 해당 29.4% 지분 인수	경제개혁연대, 최 회장을 공정거래법 위반으로 조사 요청	공정거래위원회, SK(株) 현장실사	공정위, 최 회장 제재 의견 심사 보고서 발송	공정위 전원회의	공정위 전원회의 결과 발표 예정

사건의 경과

- SK는 LG로부터 LG실트론 지분 51%를 1만8139원, 총 6200억 원에 인수해 경영권을 확보
- SK는 잔여지분 49% 중 사모펀드 KTB PE가 보유한 지분 19.6%를 추가 인수
 - 경영권 프리미엄이 제거돼 기존 가격 대비 약 30% 저렴한 주당 1만2871원
 - SK(주)는 지분 70.6%를 확보(주주총회 특별결의요건 = 지배권 확보)
- 남은 지분 우리은행 등 채권단 보유 29.4%를 최회장이 공개경쟁 입찰 (총수익스와프(TRS) 계약을 활용)을 통해 총 2535억 원에 취득 → 회사와 대주주가 동시 취득

※ 총수익스와프(Total Return Swap) 거래는 총수익매도자(TRS payer)가 주식, 채권 등 기초자산을 매입, 보유하고, 그 기초자산에서 발생하는 이익이나 손실 등 현금흐름만 총수익매수자(TRS receiver)에게 이전하는 거래. 주식의 경우 명의는 매도자, 매수자는 매월 고정 약정 수수료(고정 이자)를 지급하고 의결권 등 지배권 행사. 추후 매도자에게 주식대금 지급 후 전부 인수 가능.

경제개혁연대 주장 및 공정위 예비 판단

- 경제개혁연대: SK(주)가 고의로 지분 인수를 포기
 - SK(주)가 실트론 지분을 최초보다 더 싼 가격에 100% 인수할 수 있었음에도 최 회장의 사익을 위해 70.6%만 확보했고, 나머지 지분은 최 회장이 갖게 해 결과적으로 추후 지분 가치 상승 등의 이익을 볼 수 있게 유도했음
 - 공정거래법 23조의2 제1항제2호에 금지하는 회사기회유용 위반
- “최 회장은 SK실트론 인수 당시부터 현재까지 SK(주)의 이사 겸 그룹 총수로서 SK실트론 인수와 관련한 정보를 보고받고 의사결정을 할 위치에 있었기 때문에, 직무 수행 중 얻은 회사의 정보를 이용해 사업기회를 유용한 것으로 볼 소지가 크다”고 주장
- 당시 반도체 호황, SK그룹 계열사인 SK하이닉스와 시너지 등을 고려할 때 최 회장이 성공 가능성도 확신
- 전원회의에 심사보고서(검찰 공소장격)를 상정한 공정위 사무처 역시 최 회장에 회사기회유용 법리를 적용

SK(주)의 입장

- LG실트론은 삼성전자 등 매수자 우위 웨이퍼 시장에서 글로벌 5위 업체에 불과 → 성공불투명
- (주)LG, KTB, 우리은행 등 보고펀드 대주단은 지분 매각에 부심하다가 2017년 4월, 29.4% 지분 매각을 위해 일간지 등에 공개경쟁입찰 공고를 냈음
- 반도체 소재업체인 SK실트론 주요주주로 만약 중국 자본이 들어온다면 이사회 의석을 요구할 수 있고, 이는 그룹 주축 중 하나인 SK하이닉스 경영에도 영향을 미칠 수 있다고 판단한 것 → 실제로 최 회장이 2017년 4월 실트론 지분을 공개경쟁입찰 통해 인수할 당시, 중국 업체 1곳이 응찰
- 지주회사 체제여서 하이닉스, 텔레콤 등 다른 계열사들은 실트론의 지분을 인수할 수 없음

SK(주)의 입장

- SK(주)는 보고펀드 측(→우리은행 등 10여개의 채권단으로 이전, 29.4%) 지분은 처음부터 인수할 생각이 없었음. LG보유 지분 51%를 인수하는 데만 이미 회사 보유 현금 대부분 소진 + 추가로 19.6%까지 인수
- 실제로 불필요한 투자를 아껴 2017년 7월 글로벌 물류회사 ERS 지분 인수와 이듬해 SK바이오팜 유상증자 투자 등으로 상당한 수익을 창출
 - ESR의 경우 2018년까지 총 4900억원을 투자해 지분 11%를 확보했으며, 2020년 9월 지분 6.4%를 4700억원에 매각하는 등 큰 이익 실현
- 특별결의 충족 지분만을 인수하는 것은 투자효율 극대화를 노린 합리적 경영판단
- 경제개혁연대 주장은 우리은행 등 채권단과 공개경쟁입찰에 참여한 모든 플레이어가 최 회장에게 지분을 제공하기 위해 담합했다는 비현실적 가정 하에만 성립될 수 있는 주장

결론: 최회장의 지분인수는 절차 뿐만 아니라 실질적 내용도 투명하고 공정했고, 어떠한 위법성도 없었음

공정거래법 제23조의2 제1항 제1호 유사사례

- 2016년 대만 홍하이 그룹과 귀타이밍 회장 일본 전자회사 '샤프'의 지분 공동 인수
 → 양국 경쟁 당국은 아무 문제도 제기하지 않음
- 2017년 SK실트론 인수
- 2021. 6월 현대차그룹이 소프트뱅크로부터 세계적인 로봇 기업 보스턴 다이내믹스(로봇 개로 알려진 4족 보행 로봇 '스팟'과 2족 직립 보행이 가능한 로봇 '아틀라스' 등을 개발) 지분 80%, 약 1조원 투자 인수 + 현대차그룹 정희선 회장 사재 2490억원 출연, 지분 20% 확보

법률규정

공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) ① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율(상장사 30%, 비상장사 20%) 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 **특수관계인에게** 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

2. **회사가** 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 **회사에 상당한 이익이 될 사업기회를** 제공하는 행위

공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 적용요건

- 2013년 공정거래법 개정법률에 도입된 제23조의2 제1항 제2호:

① 회사가 ② 특수관계인에게 ③ 회사에 상당한 이익이 될 사업기회
④ 제공

- ① 행위주체: 회사 = (주)SK 
- ② 행위대상: 특수관계인
- ③ 객체: 상당한 이익이 될 사업 기회
- ④ 행위유형: 제공

이 사건의 경우

- ① 행위 주체: (주)SK가 아닌 우리은행 등 채권단(29.4%)
- ② 행위대상: 우리은행 등 채권단의 특수관계인이 아닌 (주)SK의 특수관계인
- ③ 객체: 지분 인수가 '상당한 이익이 될 사업 기회'여야 함. 이 사건에서는 지분 소유만으로 '상당한 이익'이 있다고 볼 수 있는지 의문 → 회사의 가치는 수시로 변하며, 지분투자가 손실로 이어질 가능성 상존
 - ※ **고발인 주장**: 실제로 인수 1년 후인 2018년 SK실트론의 매출액과 영업이익은 1조3462억원, 3804억원으로 각각 전년 동기 대비 44%, 187% 증가
 - ※ **SK측 주장**: 당시 반도체 및 웨이퍼 산업의 불확실성이 존재하는 상황. 2017년 전후로 각종 국제 협회는 웨이퍼 산업 전망을 부정적으로 평가. 2018~2019년 반도체 산업 하락 국면에서 대표적 웨이퍼업체(일본 섬코, 독일 실트로닉 등) 주가가 50% 이상 폭락
- ④ 행위유형: '제공'이 아니라 공개입찰을 통한 '취득'

회사 내부적 절차

- 최 회장 지분인수에 대한 5(주)의 이사회 미 개최
 - ← 상법상 이사가 회사사업기회를 이용하게 될 경우는 이사회 3분의 2 이상 승인 필요
- 4명의 사외이사로 구성된 거버넌스위원회(이사회 내 소위원회) 및 다수의 법률 전문가에게 이해 상충이 없어 이사회 상정 사안이 아니라는 판단
- 노종화 경제개혁연대 변호사: "거버넌스위원회와 법률 자문까지 거쳤다면 차라리 이사회를 열어 정리하는 것이 확실했을 것", "이사회에 보고를 안 했다가 추후 문제가 될 것을 우려해 논거를 마련한 것으로 본다"
- 대주주가 타회사 지분 취득이 이사회 결의 사항 아님

공정위가 고발인 주장을 수용할 경우의 문제

- 죄형법정주의 위반: 형사법적 성격의 법률에 대한 해석 오류
- 새로운 '갈라파고스 규제'
- 총수의 책임경영을 회사 사업기회 유용으로 결론 낼 경우 기업 투자 위축
- 지배와 소유의 괴리 해소라는 공정위 기조에 배치
- 앞으로 대주주는 계열사 지분 취득은 안 된다는 것인지
- 대주주의 계열사 지분 취득이 가능하다면 요건은 무엇인지
- 총수와 계열사가 '해외 기업'을 인수한 경우는 문제 없는지
- 지분 소유만으로 '상당한 이익'이 있다고 볼 수 있는지

필자의 소견

- 대주주의 지분 취득은 사업 기회 아닌 기업가치의 제고 및 책임경영 의지 표현
- CEO 입장이라면 70% 안팎의 지분으로 충분하다고 봤겠지만 그룹 전체를 관할하는 총수 입장은 다를 수 있음
- 일종의 책임경영을 위한 개인적 투자일 뿐 사업기회는 아님
- 소유와 지배 괴리(투자없이 기업 지배 비난) 해소 차원에서 오히려 권장되어 온 것
- 정용진 신세계 부회장이 광주신세계 신주인수권 실권주 사건에서도 경제개혁연대가 소송
→ 대법원 2013.9.12. 선고, 2011다57869 판결에서 기회유용이 아니라고 판단

상법과 공정거래법의 중복 규제

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

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

공정거래법과 상법 비교

<사업기회 관련 규정 비교>

	공정거래법상 사업기회의 제공	상법상 회사기회 유용금지
내용	회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회 제공 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회 제공	현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 회사의 사업기회 1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

공정거래법과 상법 비교

- 사업기회제공 문제는 본래 경쟁당국의 관할 밖: 소비자 후생 저해나 경쟁제한과 같은 전통적 독점 이슈와는 거리가 멀기 때문
- 전형적인 대주주와 소액주주 간의 이해관계 충돌 문제: 전통 회사법에서 다루는 이슈
- 한국 상법도 미국의 회사기회이론을 모방해 2011년 '회사기회유용금지' 규정을 입법
- 회사법상 이슈이므로 당연히 민사 문제인데, 한국에서만 이를 독점규제법에도 규정해 과징금을 부과할 행정법 문제임과 동시에 벌금과 징역형에 처할 형사법 문제로 다룸

이 사건의 의미

- 선례가 없는 사안에 대해 표준을 만들어 가는 사례

[공정위 전원회의]

- 12월 15일 오전 10시 ~ 9시 40분 종료(11시간 40분 동안 진행)
- 공정위의 최고 의결절차로 1심 재판에 해당하며, 대개 1회 심의로 결론
- 전원회의 직후 위법성 판단 및 제재 수위, 검찰 고발 여부 등을 결정 → 심의결과는 22일 발표 예정

필자의 소견

- 공정위는 2018년부터 약 3년간 조사
- 기업계와 관련 학계에서 큰 관심을 가지고 있는 전례 없는 사건
- 만약 공정위가 이 사건을 사업기회 제공으로 인정하고 제재에 들어간다면 업계는 큰 혼란
- 이 사건에선 "△핵심기술의 해외 유출 방지, △국내 반도체 제조사의 안정적 소재 구매가 가능해졌다"고 평가
- 객관적 증거와 치밀하고 명확한 법리로 당사자에게는 물론 업계와 학계가 납득할 수 있는 결과를 제시해야 할 것

결론

- ✓ 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 법문에 정한 요건에 맞지 않아
무혐의
- ✓ 공정위가 무리하면 행정법원에서 뒤집힐 것
- ✓ 결국 기업인 흠집내기
- ✓ 전형적 회사법 문제이므로 공정거래법에서 삭제해야 함

끝

SK vs. 공정위

양준모 연세대학교 교수

SK VS. 공정위

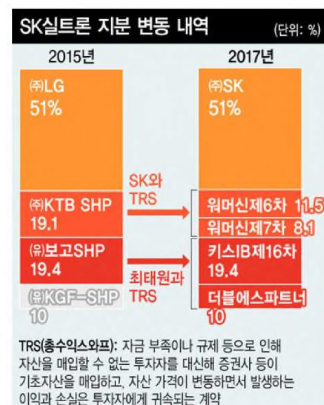
2021년 12월 21일

토론자: 양준모

사건 개요

- SK의 전략적 투자: SK는 2017년 1월 반도체 소재 업체인 SK실트론(당시는 LG실트론) 지분 51%를 LG그룹으로부터 주당 1만8139원에 인수하며 경영권을 확보
- 2017년 4월 다른 주주들의 매각
 - 우리은행 등 채권단과 KTB PE(사모펀드)는 자신들이 보유한 실트론 지분 49%에 대해 경영권 프리미엄을 제외하고 30% 할인된 가격 1만2871원에 매각에 나섰다.
 - SK는 추가 19.6% 취득 (주총 특별 결의(2/3)가 가능한 전략적 투자자로서의 전략완성)
 - 최태원 회장 29.4% 인수.

출처: 조선일보



출처: 한겨레

LG실트론의 개요

(단위: 백만원)

구 분	제34기	제33기	제32기
	(2016년 12월말)	(2015년 12월말)	(2014년 12월말)
매출액	836,297	777,382	780,610
영업이익(손실)	34,017	5,403	(34,845)
법인세차감전순이익(손실)	9,069	(22,782)	(65,909)
계속영업이익(손실)	6,935	(16,429)	(51,305)
중단영업이익(손실)	-	-	3,992
연결당기순이익(손실)	6,935	(16,429)	(47,312)
총포괄손익	12,927	(16,434)	(54,519)
[지배회사지분순이익]	12,927	(16,434)	(54,519)
계속영업 주당순이익(손실)	103원	(245)원	(765)원
계속과 중단영업 주당순이익(손실)	103원	(245)원	(706)원

출처: 금융감독원

LG실트론 주주의 관점

- LG : 경영권 프리미엄 매각 ➔ 2016년 말 기준 PER 176.1의 가격인 주당 1,8139원에 매각
- 기타 주주: 경영권이 없기 때문에 주식가치는 당연히 하락 (30% 할인 판매가 이익으로 판단) ➔ 2016년 말 기준 PER 123.3의 가격에 매각
- 누구에게 얼마의 가격에 매각하느냐는 LG실트론 주주의 권한
- 좋은 사업기회를 매각? 그럼 LG의 배임? ➔ 결과론적 해석

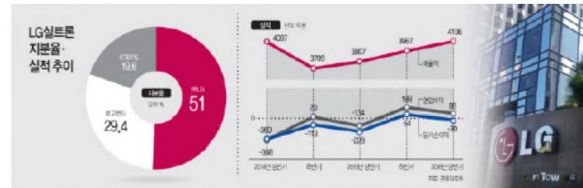
2016년 8월 지분 매각 어려움 봉착 기사

아시아투데이 | <https://me2.do/Fvnhw2fZ>



[마켓파워]LG실트론 2000억대 지분 어디로

기사승인 [2016-08-19 06:00]

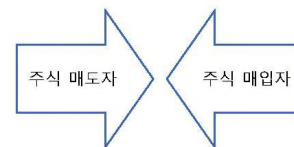


아시아투데이에 일초종 기자 = 국내 1호 사모펀드(PEF)인 보고펀드(현 VIG파트너스)와 KTB 프라이빗에쿼티(PE)가 보유중인 LG실트론 지분 49% 매각을 공식화했지만 여전히 담보상태다. 3월부터 진행해 온 일본계 오릭스 PE와의 협상이 지난달 결렬된 이후 여러 투자자들과 접촉은 하고 있지만 적극적인 투자 의사를 밝힌 곳은 없는 것으로 전해진다.

SK의 관점

- 투자 목적
 - 최소의 자금으로 경영권 장악하면서 투자 이익 극대화 → 프리미엄 발생
 - 경영권 장악한 이후 추가적인 투자의 한계 수익은 떨어짐. → 100% 지분 매입하는 것은 기존의 주식 가치를 떨어뜨림 → 할인 발생
 - 할인된 가격으로 특별결의가 가능한 주식의 매입하면 향후 최대 주주권 행사 가능 (2/3 지분까지)

주식 매수자가 주식 매입 기회를 양도할 수 없음



주주총회 특별결의 요건

- 주주총회 특별결의 요건 = 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수
 - 정관의 변경
 - 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도, 영업 전부의 임대 또는 경영 위임
 - 회사의 영업에 중대한 영향을 미치는 다른 회사와의 영업 전부 또는 일부의 양수
 - 주식매수선택권의 부여
 - 이사 또는 감사의 해임
 - 자본금의 감소, 합병 및 분할, 사후설립, 임의 해산
 - 주주 외의 자에 대한 전환사채 및 신주인수권부 사채의 발행
 - 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 주식분할, 주식의 할인발행

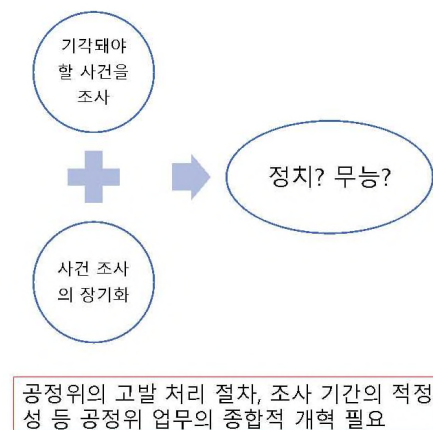
공정거래법 제47조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

- ① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 **국내 회사**는 특수관계인(동일인 및 그 친족으로 한정한다. 이하 이 조에서 같다), 동일인이 단독으로 또는 다른 특수관계인과 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주식을 소유한 국내 계열회사 또는 그 계열회사가 단독으로 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유한 국내 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 다음 각 호에 해당하는 행위의 유형 및 기준은 대통령령으로 정한다.
 - 1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 - 2. **회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를** 제공하는 행위
 - 3. 특수관계인과 현금이나 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 - 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위
- ② 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래에는 제1항제4호를 적용하지 아니한다.
- ③ 제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ④ 특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여해서는 아니 된다.

쟁점 1: 사업기회의 제공?

- 처벌의 결정하는 행위는 공정거래법의 제재 대상 회사의 권한 내에 존재하는 행위
 - 지분 매각 권한은 SK에게 없음.
 - 권한이 없는 SK가 사업기회를 제공했다?
 - 공정위의 행위는 이해하기 어려움: 바로 기각해야 될 사안을 시간을 끌며 국민의 고통을 가중시킴.
- SK에서 상당한 이익을 주는 행위?
 - 지분을 매각하는 사람들은 상당한 손해?
 - 불확실성이 존재하는 지분 투자는 사전적 관점에서 평가해야

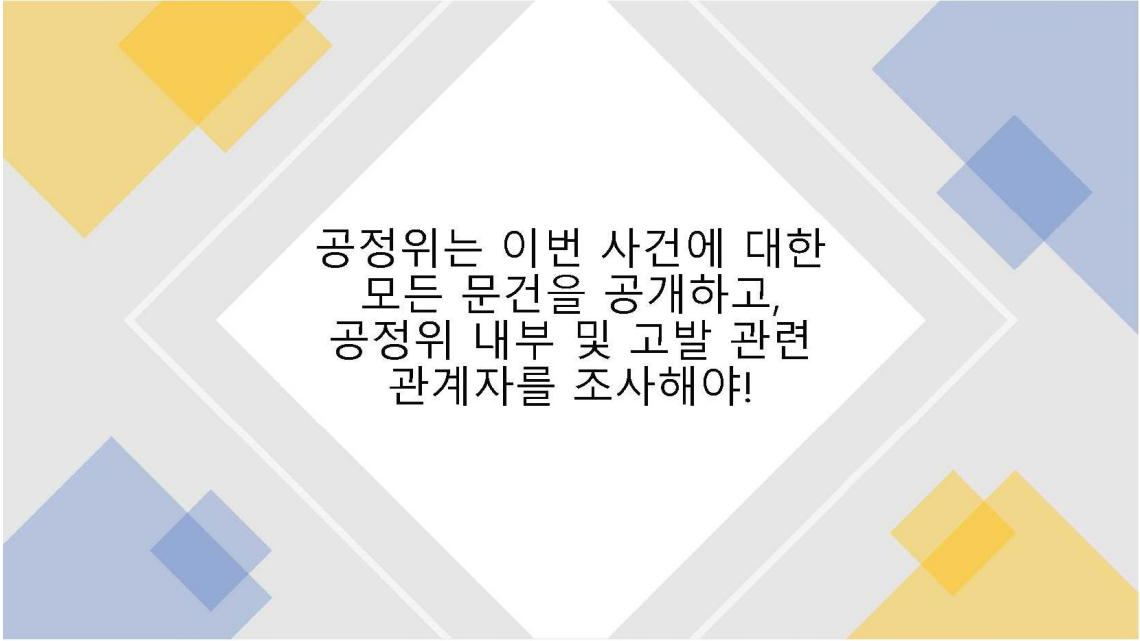
쟁점 2: 공정위의 정치적 행위?



SK실트론		'SK실트론 사익편취' 의혹 일지	
2017년	1월 23일	SK 이사회, SK실트론 인수 의안 결의	
	8월 17일	SK, LG실트론 지분 51% 6200억원 인수	
	25일	SK, NH투자증권과 총수익스왑 체결	
		SK실트론 19.6% 추가 확보	
		최대권 확장, 총수익스왑으로 SK실트론 지분 29.4% 확보	
	11월 8일	경제개혁연대, 최 회장 SK실트론 지분 확보가 사익편취인지 조사 요청	
2018년	8월	공정위, 조사 착수	
2021년	8월 30일	SK, 공정위 심사보고서 수령.	
		'SK가 최 회장에 이익이 될 수 있는 사업기회 제공'했다는 요지	
	12월 15일	공정위, 전원회의로 제재 여부 결정	

쟁점 3: 법률의 모호성?

- 모호한 법률로 민간의 영역을 자의적으로 침해: 행정권력과 사법권력의 극대화?
 - “상당한”의 의미
 - 상당하다: 일정한 액수나 수치, 정도 따위에 이른다.
 - 상당한보상: 법률 완전 보상을 원칙으로 하되, 공익상의 합리적 사유가 있으면 그만큼 덜어낸 후 보상하는 일.
 - 원님 재판의 현대판: 해석의 권한 남용
- 재산권 침해
 - 사용, 수익, 처분의 제약
- 추구하는 공익이 없다
 - 관계자가 아닌 다른 사람에게 주면 공익?



공정위는 이번 사건에 대한
모든 문건을 공개하고,
공정위 내부 및 고발 관련
관계자를 조사해야!

기업경영의 자유와 총수의 책임경영

이재혁 한국상장회사협의회 정책2본부장

1. 공정거래법상 특수관계인에 대한 사업기회제공 금지 규정의 문제점

- 특수관계인에 대한 사업기회 제공 금지에 관한 공정거래법 제23조의2¹⁾는 기존의 부당지원행위에 관한 제23조 제1항 제7호의 특칙이라고 볼 수 있음.
- 동 규제가 표적으로 삼는 사업기회제공 등의 행위는 기본적으로 민사적 사안²⁾(이사의 충실의무)으로 소수 주주의 보호, 기업지배구조, 대표소송을 통한 손해배상 등을 통해 해결할 문제임. 실제로 해외에서는 이를 회사법이나 각종 세제(稅制) 집행의 차원에서 접근할 뿐 독점규제나 불공정거래의 문제로 접근하지 않음. 관련 규제 자체가 없으므로 해외의 경쟁 당국이 이를 문제 삼지 않는 것은 당연함. 특별히 위 문제를 경쟁법의 영역으로 포섭시키려는 움직임도 없음.
- 애초에 우리 공정거래법의 목적은 “① 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, ② 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모”하는 것임(동법 제1조). 그런데 위 규정은 이러한 공정거래법의 목적 중 어디에도 해당하는지도 분명하지 않음.
- 또한 위 규제는 범위의 경제 추구, 조인트 벤처의 설립이나 합병 등 기업집단과 그 계열사의 제반 기업활동을 제한하고 계열사간 거래를 통한 효율성 추구를 저해하며 관련 거래비용을 증폭시킬 수 있다는 근본적인 문제점이 있음³⁾.

1) 공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

- ① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.
2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업 기회를 제공하는 행위

- 2) 2011년 도입된 상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지)는 미국 판례를 통해 발달한 「회사 기회의 유용금지」 법리를 도입한 것인데, 미국에서도 ‘회사의 기회와 이사 개인의 기회를 어떻게 구별해야 하느냐, 회사가 그 기회를 이용할 수 없을 때에도 이사는 그 기회를 이용할 수 없느냐는 등 허다한 문제가 있어 실제의 적용에 애로가 많다’고 함[이철송, 회사법 강의(제27판), 767면~768면]
- 3) 정호열, 경제법(전정 제5판, 박영사), 430면.

2. 총수·경영진 등의 지분투자와 부당한 사업기회제공에 관한 공정거래법 위반 규정의 적용

- 규정 자체에 위와 같은 내재적 문제점이 있는 점, 위반 시 (제재적 성격의) 과징금⁴⁾ 외에 형벌⁵⁾이 부과된다는 점에 비추어 볼 때, 위 규정의 해석 및 적용은 엄격해야 할 필요가 있음. 따라서 공정거래위원회에서 위 규정을 적용하려 한다면 고의나 인과관계 등 일련의 법률요건사실들이 객관적 증거(이사회나 관련 부서의 내부 검토 문건 등)에 의해 명확히 증명되어야 한다고 봄.
- 게다가 총수나 경영진의 지분투자의 경우 일반적으로 책임경영 의지의 표출에 해당하여 시장에 긍정적인 신호로 작용하는데, 만일 일련의 간접사실에 근거한 막연한 추정에 의거해서 행정 제재나 형사처벌이 이루어지면 향후 이러한 지분투자는 크게 위축될 수밖에 없다는 점도 고려해야 함.

3. SK 최태원 회장 LG실트론 지분투자 사례

- SK 사례는 부당한 사업기회제공에 관한 공정거래법 적용의 선례가 되는 사건으로 더욱 신중한 접근이 필요하며 구체적으로 다음의 점들이 증명되어야 할 것임.
- 즉, ① 사후적 관점이 아니라 ‘인수 당시를 기준으로’ 볼 때 객관적으로 웨이퍼 산업의 전망이 밝았고, ② LG실트론의 지분을 100% 매입하는 것이 당시 SK가 가진 자본을 최적으로 배분하는 것이었으며, ③ SK와 최태원 회장이 이를 알았음에도 불구하고 최태원 회장에게 남은 지분을 인수토록 하는 방식으로 사업기회를 제공하기 위해 70.6%의 지분만 확보했고, ④ 채권단 및 중국의 경쟁사 등을 포함하여 공개경쟁입찰에 참가한 모든 당사자들이 이러한 사정을 알면서 담합했다는 점이 증명되어야 함.
- 부당이득 여부에 대한 재계 의견⁶⁾

4) ‘공정거래위원회로 하여금 부당내부거래를 한 사업자에 대하여 그 매출액의 2% 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 한 것이 이중처벌금지원칙, 적법절차원칙, 비례성원칙 등에 위반되는지 여부’에 대해 소수의견(재판관 김영일)은 ‘부당이득환수적 요소는 전혀 없이 순수하게 옹호와 억지의 목적만을 가지고 있는 실질적 형사제재로서 절차상으로 형사소송절차와 전혀 다른 별도의 과징금 부과절차에 의하여 부과되므로 행정형벌과는 별도로 거듭 처벌된다고 하지 않을 수 없어 이중처벌금지의 원칙에 위반’ 된다고 판시(헌법재판소 전원재판부 2001헌가25, 2003. 7. 24.)

5) 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(공정거래법 제66조 제1항 제9호의2, 제23조의2 제1항, 제4항)

6) <https://www.newspim.com/news/view/20211215000877>

- 재계에서는 '부당이득' 여부는 결과론적인 주장이라는 의견임. 당시 반도체 시장 상황이 좋지 않았고 산업 전망이 밝았다면 LG와 채권단이 지분을 매각할 이유도 없었다는 것임. “반도체·웨이퍼 시장은 변동성이 커 '상당한 이익'이 예상됐다”는 주장에 대해서는 시장 상황이나 업의 특성에 대한 이해 부족 등에 따른 결과론적 주장에 불과하다는 입장임.

- ‘사업기회의 유용’인지에 대한 판단 여부⁷⁾

- 당시 SK는 SK실트론의 지분을 70.6% 확보(주총 특별결의 요건에 해당)해 남은 29.4%의 지분을 취득할 이유가 없어졌다는 주장임. 이에 기반하여 본다면 사업의 지배에 이르지 않는 지분 취득에 대해 불필요하게 총수의 투자를 제약하는 위험성을 경계해야 함. 계열사가 사업을 지배하면서 일부 지분을 총수가 취득한 경우 사업을 지배하고 있는 주체는 계열사이고 총수가 그 사업기회에 대한 권리를 침해하였을 가능성은 낮아진다고 할 수 있음.
- 기업 총수의 일부 지분 취득과 관련하여 이익이 되었는지 여부(결과)에 따라 규제하려 한다면 이는 과도한 확대 해석이며, 이러한 해석이 나올 경우 기업집단 총수의 직접투자, 즉 계열사 지분취득을 원천 차단하는 규제로 작용하게 됨. 총수가 계열사 지분의 일부 또는 전부를 취득하거나 기업집단의 신규투자에 참여하는 경우, 이는 총수가 사업위험을 부담한다는 점에서 시장에 긍정적인 신호를 줄 수 있으며, 계열사에 대한 총수의 지분이 증가하면 현금흐름에 대한 권리와 회사의 지배에 관한 권리의 괴리가 줄어들어 지배주주의 대리비용이 감소함.
- 미국의 판례는 사업기회가 회사에 귀속되어야 하는지를 판단함에 있어 회사가 “그 사업기회의 존재를 알았다면 그 취득에 적극적인 관심을 가질 것으로 예상될 것”을 최소한의 요건으로 하여, 여기에 “특정한 사업기회에 대해서 소유권 유사한 권리를 주장하는 것이 정당화될 것”을 고려하는 식으로 이루어짐. 계열사가 사업을 지배하면서 총수가 그 일부 지분만을 취득하였다면, 다른 계열사가 사업을 지배하고 있기 때문에 총수가 그 사업기회에 대한 기업집단의 소유권적 권리를 침해하였을 가능성은 낮아짐.

7) 아래 논문 내용을 정리한 것임.

송옥렬, ‘기업집단에서 회사기회유용의 판단기준’, 2021

4. 성급한 법적 규제 지양과 기업경영의 자유 회복을 통한 기업가의 책임경영 유도

- 법률은 한번 제정되면 그 개정 및 폐지가 쉽지 않기 때문에 관련 규제를 마련할 때는 이러한 점들을 충분히 고려하고 그것이 글로벌 스탠다드와 우리 헌법에 부합하는지 등을 꼼꼼히 따져볼 필요가 있음.
- 오늘날 우리 기업은 국내뿐만 아니라 글로벌 대기업들과 경쟁해야한다는 점을 고려했을 때 경쟁사들에 비해 규제에 있어서 불이익을 받지 않도록 하고 경영진의 기업경영의 자유를 보장하여 주는 것이 무엇보다 중요함.
- 최근 ‘책임경영’이 화두이며 소위 ‘ESG’의 관점에서 이러한 책임경영을 바라본다면, 총수의 계열사 등 지분투자는 주주(G)에 대한 책임경영으로 볼 수 있음. 우리의 기업규제 환경이 이러한 책임경영을 뒷받침할 만큼 성숙한지 되돌아볼 필요가 있다고 봄.

[참고] 관련조문

제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다. <개정 2017. 4. 18.>

1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위
 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위
- ② 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항제4호를 적용하지 아니한다.
- ③ 제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ④ 특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다.

[본조신설 2013. 8. 13.]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령

제38조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

① 삭제 <2017. 7. 17.>

② 법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항 각 호 외의 부분 전단에서 “특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사”란 동일인이 단독으로 또는 동일인의 친족[제3조의2(기업집단으로부터의 제외)제1항에 따라 동일인관련자로부터 분리된 자는 제외한다]과 합하여 발행주식 총수의 100분의 30(주권상장법인이 아닌 회사의 경우에는 100분의 20) 이상을 소유하고 있는 계열회사를 말한다.

③ 법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항 각 호에 따른 행위의 유형 또는 기준은 별표 1의3과 같다.

④ 법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제2항에서 “대통령령으로 정하는 거래”란 별표 1의4에 따른 거래를 말한다.

특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준(제38조제3항 관련)

1. 상당히 유리한 조건의 거래

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항제1호에 따른 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위로 한다. 다만, 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 본다.

가. 상당히 유리한 조건의 자금 거래

가지급금·대여금 등 자금을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

나. 상당히 유리한 조건의 자산·상품·용역 거래

부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

다. 상당히 유리한 조건의 인력 거래

인력을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

2. 사업기회의 제공

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항제2호에 따른 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위는 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위로 한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.

가. 회사가 해당 사업기회를 수행할 능력이 없는 경우

나. 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우

다. 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우

3. 현금, 그 밖의 금융상품의 상당히 유리한 조건의 거래

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항제3호에 따른 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위는 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위로 한다. 다만, 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 본다.

4. 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항제4호에 따른 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위는 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에서 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 해당 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 해당 거래의 특성상 통상적으로 이루어지거나 이루어질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위로 한다. 다만, 거래당사자간 상품·용역의 해당 연도 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액으로 한다)이 200억원 미만이고, 거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 않는 것으로 본다.

