

기업의 지배구조 자율성 확보를 위한 공정거래법상 대규모기업집단 규제 개선방안

2024. 5.

서강대학교 법학전문대학원
홍대식 교수

※ 한국경제인협회 공정거래정책연구회 발제 자료를 발췌 및 수정하여 작성

I. 연구 배경

1. 기업지배구조의 문제

□ 기업지배구조의 문제 vs 회사 내부의 지배구조의 문제

- 기업지배구조의 문제(corporate governance)는 회사 내부의 지배구조의 문제보다는 폭넓은 문제임
- 회사 내부의 지배구조의 문제
 - 주로 법률적 실체인 하나의 회사 내부에서 소유자인 주주가 갖는 의결권 및 기타 권리, 대리인인 이사 등의 선관주의의무와 충실의무 그리고 회사에 대한 책임을 중심으로 한 대리인 문제 (agency problem)
- 기업지배구조의 문제
 - 법률적 실체를 넘어 경제적 관계를 갖는 단일한 사업적 실체인 사업자(undertaking) 또는 기업 그룹(corporate group)과 관련하여 누가 그 실체를 사실상 또는 실질적으로 지배하고 있는지, 그리고 그러한 지배관계가 시장과 경제 전반에 어떤 영향을 주는지에 관한 문제
 - 주로 재무적인 소유와 경영적인 영향력의 관계에 관한 것이지만, 현대 경제에서는 기관투자자 또는 전문투자자의 역할이 증대됨에 따라 문제가 더 복잡해지고 있음

2. 기업지배구조에 관한 국내 법제

□ 회사법

- 기업을 규율하는 기본법인 회사법(상법 회사편)은 기본적으로 법률적 실체로서 법인격을 갖는 개별 회사를 단위로 하여 법률관계를 정하고 있음

- 다수의 회사가 하나의 경제적 단일체를 구성하여 의사결정을 하기도 하고, 한 회사(지배회사)가 다른 회사(종속회사)를 지배하기도 하며, 개인이 직접 또는 회사법이 예정하지 않은 지배 수단 또는 기체에 의하여 여러 회사를 지배하기도 하는 기업의 현실에 부합하지 않음
- 해외 입법례는 개별 회사를 단위로 하는 회사법으로 규율하기 어려운 기업 그룹을 규율 대상으로 하더라도 회사법의 특별 규정(독일 주식법 제3편)이나 판례법(프랑스 로젠블롬 판결)에 의하여 이해관계 조정을 위한 법률관계 규율을 하는 경우가 대부분임

□ 공정거래법

- 우리나라는 회사법이 아닌 독과점 내지는 경제력 집중 규제를 목적으로 하는 경제법에 속하는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(‘공정거래법’)에 기업 그룹을 규율하는 법제를 마련하고 있음
- 우리나라에서만 대규모기업집단에 특별한 규제가 적용됨에 따라 국내 기업은 글로벌 경쟁기업은 신경 쓸 필요가 없는 추가적인 규제의 부담에 처하게 되어 규모의 경제를 특징으로 하는 디지털 경제에서의 경쟁력 강화에 일정한 제약을 받을 수 있음

3. 공정거래법상 대규모기업집단 지정 및 규제 체계

□ 기업집단과 동일인 개념

- 법률적 실체가 아니라 경제적 독립성을 근거로 하는 사업자 개념과 동일인과 사실상 사업내용의 지배를 개념요소로 하는 기업집단 개념을 두고 있음
- 공정거래법의 기업집단 정의 방식은 ‘동일인’ 개념에 기초하여 특별한 사정이 없으면 어떤 개인을 특정하여 기업지배구조의 정점에 두고 그 개인의 친족, 일정한 기준에 따른 비영리법인 또는 단

체, 회사 및 임원을 단위로 하여 기업집단의 범위를 정량적, 획일적으로 정하는 방식을 취하고 있음

□ 대규모기업집단의 지정 및 규제

- 기업집단의 외형이 성장하여 자산총액이 일정한 금액을 넘으면 공시대상기업집단(자산총액 5조 원 이상)이나 상호출자제한기업집단(자산총액 10조 원 이상)과 같은 대규모기업집단으로 지정됨
- 공시대상기업집단이나 상호출자제한기업집단에 대하여는 매우 복잡한 공시의무와 함께 투자나 회사 내부의 의사결정, 영업활동과 관련된 사전규제 또는 사후규제가 적용됨

□ 현행 규제 체계의 문제점

- 대규모기업집단의 지정 및 규제에는 전통적인 기업의 기업지배구조에 대한 부정적 인식이 자리잡고 있음
 - 기업이 기업집단을 형성하는 이유는 기업/시장의 경계에서 거래비용을 높이는 외부 시장 요인을 회피하기 위한 목적(운영 시너지)이나 내부 자본시장을 창출하기 위한 목적(재무 시너지)도 있음
- 공정거래법상 규제에는 기업집단이 지배주주의 사적 이익 추구에 활용될 위험을 예방하거나 억제하기 위한 필요가 주로 반영되어 있음
 - 규제의 내용이 그러한 위험이 많은 것으로 알려진 순환출자형이나 피라미드형과 같은 특정한 방식의 기업지배구조로 인한 폐해 방지에 초점이 맞춰져 있음
 - 반면에 그러한 규제는 다른 기업지배구조를 갖고 있거나 지향하는 기업집단에는 오히려 자율적인 기업지배구조의 형성, 발전에 방해가 될 뿐만 아니라 기업의 정상적인 재무적 활동과 운영에 불필요한 부담을 줄 수도 있음

II. 기업의 지배구조 자율성을 해치는 공정거래법상 대규모기업 집단 규제

1. 기업집단 범위 확정 기준의 문제

□ 기업집단을 정의하기 위해서는 ‘동일인’과 ‘사실상 지배’가 무엇인지 확정하여야 함

- 두 개념은 서로를 필요로 하는 개념이므로, 이를 확정하는 작업은 순환논리의 틀에 빠질 수 있음. 사실상 지배를 하는 것이 동일인이고, 동일인이 갖는 지위가 사실상 지배이기 때문임
- 어떤 회사들이 동일한 기업집단에 속하는지 여부는 회사들 간의 지배관계를 통해서도 판단할 수 있으나, 공정거래법은 동일인이라는 개념을 두고 동일인이 회사만이 아니라 개인일 수 있다는 것을 전제로 하고 있어 기업집단의 범위를 확정할 때는 그 기업집단의 정점에 동일인이 될 수 있는 개인을 특정할 수 있는지가 실무상 문제가 됨
- 개인이 동일인으로 지정될 경우에는 그 개인을 중심으로 동일인 관련자의 범위가 정해지는데, 동일인관련자의 지분은 지분을 요건에 따라 사실상 지배 여부를 판단할 때 합산되므로 동일인이 누가 되는지에 따라 기업집단의 범위가 실제로 달라질 수 있음
 - 동일인관련자에는 친족, 일정한 기준에 따른 비영리법인 또는 단체, 회사 및 임원이 포함됨

2. 대규모기업집단 지정 및 관리 방식의 문제

□ 대규모기업집단의 지정 방식

- 현재 공정거래법상 특별한 규제의 적용을 받는 기업집단은 상호출자제한기업집단과 공시대상기업집단 2개 유형이고, 그 지정 기준은 해당 기업집단에 속하는 국내회사들의 자산총액의 합계액으

로 단순화되어 있음

- 법에서는 대규모기업집단 지정에 관해서만 규정하고 있으나, 공정위는 대규모기업집단을 지정하면서 해당 기업집단의 동일인을 함께 지정하고 동일인이 변경되는 경우에는 변경 지정을 하기도 함
 - 대규모기업집단 지정은 법적 근거가 있는 행정처분이므로 행정소송에 의한 불복의 대상이 되지만, 동일인 지정은 법적 근거가 없어 불복절차가 명확하지 않음

□ 대규모기업집단의 관리 방식

- 공정위는 회사 또는 해당 회사의 특수관계인에게 기업집단의 지정을 위하여 회사의 일반 현황, 회사의 주주 및 임원 구성, 특수관계인 현황, 주식소유 현황 등 일정한 자료의 제출을 요청할 수 있음
- 실무적으로 공정위는 동일인에게 자료제출을 요청하는데, 이 경우 동일인은 자신만이 아니라 동일인관련자에 관한 자료도 광범위하게 수집하여 제출하여야 하는 부담을 갖게 됨
 - 공정위의 자료제출 요청에 따라 동일인 명의로 제출한 지정자료에 누락이 발생한 경우, 공정위가 이를 허위자료 제출 혐의로 고발하는 사례(2020 네이버 이해진, 2021 카카오 김범수, 태광 이호진, 케이씨씨 정몽진, 하이트진로 박문덕, 2022 호반건설 김상열, 2023 금호석유화학 박찬구)

3. 대규모기업집단에 대한 규제 내용의 문제

□ 사전규제와 사후규제

- 위법성 요건을 필요로 하지 않는 사전규제
 - 대규모기업집단에 공통적으로 적용되는 규제
 - * 이사회 의결 및 공시의무 또는 공시의무 규제(법 제26조 내지 제29조)
 - 상호출자제한기업집단에 한정하여 추가로 적용되는 규제

* 상호출자의 금지 (법 제21조), 순환출자의 금지 및 순환출자에 대한 의결권 제한(법 제 22조, 제23조) 계열회사에 대한 채무보증의 금지(법 제24조), 금융회사보험회사 및 공익법인의 의결권 제한(법 제25조)

○ 위법성 요건을 필요로 하는 사후규제

- 동일인이 자연인인 공시대상기업집단에 적용되는 특수관계인에 대한 부당이익제공 금지 규제(법 제47조)

□ 이사회 의결 및 공시의무 또는 공시의무 규제

○ 공시대상기업집단 소속 회사, 동일인, 공익법인에 적용됨

○ 이 규제는 투자자 보호를 위한 기업공시제도와는 달리, 기업집단의 소유지배구조 개선과 투명경영을 유도하기 위한 것임

- 여기서의 공시의무는 「자본시장법」상 기업공시제도에서 정한 공시의무보다 그 범위가 훨씬 넓음

- 공정위의 정보 시스템을 활용하면 공시대상기업집단 소속 회사의 현황을 자세히 파악할 수 있는 장점이 있는 반면에, 세계 어느 나라의 공시제도에서도 유례가 없을 만큼 상세한 정보 공개로 인하여 업종에 따라서는 부작용도 우려됨

Ⅲ. 공정거래법상 대규모기업집단 규제 개선 방안

1. 동일인 개념을 출발점으로 하는 확정 방식 개선

□ 동일인을 자연인으로 지정할 경우의 문제

- 동일인이 자연인인 경우, 해당 자연인을 통상 ‘총수’로 지칭하는 등 사실상 전근대적 1인 지배체제를 암묵적으로 고착하는 데 역으로 활용되는 부작용이 있음
- 김우진 외 2 (2020)에 따르면, 현재의 임의적인 방식에 의해 지정된 동일인과 핵심기업의 최대주주가 일치하지 않는 경우도 다수 발견되었음
 - 2020년 기준 동일인이 자연인인 대규모 기업집단 55개를 대상으로 중심성 지수를 측정하여 핵심기업의 최대주주를 추정한 결과, 40개 기업집단은 공정위 지정 동일인과 이론적으로 추정한 핵심기업의 최대주주가 일치하고 15개 기업집단은 일치하지 않는 것으로 나타남

□ 동일인 지정의 대안

- 실질적인 지주회사 구조를 갖고 있는 기업집단의 경우 동일인을 전제로 하지 않더라도 핵심기업(‘최상위 회사’, ‘그룹 소유구조 최상단회사’)을 중심으로 사실상 지배가 이루어지는 기업집단의 범위를 확정하는 것이 충분히 가능함
 - 동일인을 전제로 하지 않고 지배기업과 종속기업의 관계에 의하여 기업집단의 범위를 확정하는 다른 입법 사례
 - * 중소기업기본법 시행령 제3조의2(지배 또는 종속의 관계의 개념 요소인 지배기업과 종속기업)
 - * 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제2조 제3호(연결재무제표의 개념 요소인 지배·종속의 관계와 지배기업)
- 동일인 개념은 폐지하거나 지배기업과 같은 개념으로 대체하는

것이 타당함

2. 동일인관련자의 범위 재조정

□ 친족의 범위가 지나치게 넓은 문제

- 동일인과 친족의 지분을 합산하는 것은 동일인이 친족을 지배한다는 것을 전제로 하는 것인데, 이는 친족을 통한 지배가 이루어졌던 전통적 대기업의 경우에도 경영권 승계 과정에서 지배관계가 희석되고 가족의 유대의 정도가 약해지는 시대 상황에 맞지 않음
- 정부는 2022. 12. 27. 공정거래법 시행령을 개정하여 친족의 기본 범위를 ‘혈족 6촌 이내, 인척 4촌 이내’에서 ‘혈족 4촌 이내, 인척 3촌 이내’로 축소하고 일정한 경우에만 예외적으로 친족에 포함하도록 하였으나, 여전히 미흡함
- 친족의 범위를 동일인과 경제적 이해관계를 같이하고 지배할 수 있는 실제적인 범위인 배우자, 직계존속, 직계비속, 동거친족에 한정할 필요가 있음

□ 사외이사 제외 규정의 개선

- 이번 시행령 개정으로 사외이사 독립경영회사가 기업집단 범위에서 제외됨
- 다만 시행령에서 사외이사가 지배하는 회사의 기업집단 제외 요건으로 사외이사측 계열회사와 사외이사를 맡은 회사가 소속된 기업집단의 계열회사 사이에 일체의 지분관계, 임원겸임관계나 금융거래관계가 없을 것을 요구하고 있어, 동종 또는 유사 분야의 전문성을 갖춘 사람을 사외이사로 영입하는 데에는 제약이 있으므로 추가적인 개선이 필요함

3. 사실상 지배 판단 기준 개선

□ 지분율 요건에 따른 사실상 지배 간주 규정의 완화

- 현재는 사실상 지배의 판단 기준을 정량적 요건인 지분율 요건과 정성적 요건인 지배력 요건을 병렬적으로 두고 회사가 지분율 요건을 충족하면 사실상 지배가 간주되도록 규정하고 있음
- 지분율 요건을 충족한다고 하여 그 회사에 대한 사실상 지배가 공지의 사실로 인정된다고 할 수는 없음
- 회사가 지분율 요건을 충족할 경우 사실상 지배가 추정되는 것으로 하여 해당 회사가 지배력 요건이 인정되지 않는다는 점을 들어 그 추정을 번복할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있음

4. 동일인에 대한 자료 제출 요청 실무와 제재 유형 개선

□ 동일인에 대한 자료 제출 요청 실무 개선

- 법에서는 기업집단 지정자료의 제출 요청 대상자를 회사 또는 해당 회사의 특수관계인이라고 규정하고 있음(법 제31조 제4항)에도 공정위가 동일인에게 모든 자료의 제출을 요청하는 실무는 시급히 개선될 필요가 있음
 - 공정위는 원칙적으로 각 기업집단의 동일인에게 지정자료의 제출을 요청하여 제출인이 각 기업집단의 동일인이 되도록 함(법적 근거 없는 ‘상호출자제한기업집단 등 지정제도 개요 및 지정자료 작성 요령. 2018. 2.)
- 이는 자연인인 동일인에게 법적 근거 없이 친족과 임원의 개인정보까지 수집해야 하는 부담을 주는 데다가 자칫 자료에 누락이 발생하는 경우 형사벌 제재의 위협에까지 노출되도록 하는 문제가 있음(법 제125조 제2호)
- 자료 제출을 요청하더라도 자신이 보유한 자료에 한정해서 요구하거나 핵심회사를 제출 대상으로 지정하는 절차를 둘 필요가 있음

□ 제재 유형의 개선

- 절차적 의무 위반에 불과한 지정자료 제출 관련 의무 위반에 대하여 형사별로 제재하는 것은 비례의 원칙에 맞지 않음
- 제재의 유형을 과태료로 개선하는 것이 타당함

5. 획일적인 규제 적용 방식 개선

□ 획일적인 규제 적용 방식의 문제와 개선 방안

- 현재 대규모기업집단에 적용되는 규제는 그 지정기준이나 내용 면에서 기업집단의 형성 또는 발전 배경과 경위, 기업집단 소속 회사의 성격이나 업종, 기업지배구조의 차이나 건전성의 정도 등과 관계없이 획일적으로 적용되는 문제가 있음
- 기업이 중소기업, 중견기업 단계를 거쳐 대기업으로 성장하는 과정에서 건전한 기업지배구조를 형성하고 글로벌 경쟁력을 갖추더라도 예외가 없음
 - 불합리한 대규모기업집단 규제의 적용을 받게 되어 공시의무 규제로 인해 사업 전략이 노출될 수 있음
 - 형식적인 금융·보험업 분류 방식에 따른 의결권 제한 등의 불이익으로 인해 투자와 의사결정 전략에 제약을 받을 수 있음
- 현재 자산총액이라는 획일적 기준으로 되어 있는 지정 기준에 업종 전문성이나 경영 성과 관련 지표를 추가하여 다양화하고, 기업지배구조가 건전한 기업집단에 대해서는 일정한 규제에 대한 예외를 인정하는 방안을 강구할 필요가 있음

IV. 맺음말 - 대규모기업집단 규제의 한계와 개선 필요성

□ 시대 상황에 따른 맞춤형 규제의 한계

- 기본적으로 현재의 대규모기업집단 규제와 정책은 개인 창업주가 순환출자형 또는 피라미드형 기업집단 형태로 운영하면서 세대 간 상속을 통하여 경영권을 승계하는 기업지배구조의 폐해를 억제하기 위한 맞춤형 규제로 설계된 측면이 있음
- 이런 지배구조의 대안으로 지주회사형 기업집단으로의 전환을 장려하는 정책이 한때 있었으나, 이것도 제도 운용상의 난점으로 충분한 대안이 되지 못하고 있음
- 공정위가 기업지배구조의 바람직한 모델을 제시하지 못함
- 이런 상황에서 대부분의 대규모기업집단은 공정위의 핀셋 규제에 적응하기 위해 막대한 지배구조 유지비용을 지출할 뿐 지배구조의 개선은 잘 이루어지고 있지 못함
- 이는 현재의 대규모기업집단 정책이 지배구조 개선에 대한 유인을 잘 제공하지 못하고 있기 때문인 것으로 판단함

□ 경제유인형 규제로의 개선 필요성

- 특히 현재의 대규모기업집단 정책은 100% 자회사를 갖는 지주회사 체제를 갖고 경영권 승계를 하지 않는 등 새로운 지배구조 모델을 보여주는 신흥 대규모기업집단에 대해서도 일률적으로 적용되고 있음
- 대규모기업집단 규제가 기업의 특성과 배경을 고려하지 않고 획일적으로 적용되는 투입요소기준 규제에 머무르는 것이 아니라 신흥 대규모기업집단 스스로 바람직한 지배구조를 찾아가도록 유도하는 기능을 하고 건전한 지배구조를 갖추는 경우 그에 대한 확실한 유인을 제공하는 경제유인형 규제로 개선될 필요가 있음