

■ 2021년 한국상사법학회 동계학술대회 및 정기총회

- ◆ 대 주 제 : 상사법의 최신 입법과 과제
- ◆ 일 시 : 2021. 2. 26. (금) 13:30 - 18:00
- ◆ 장 소 : 고려대학교 신법학관 401호 / 온라인 세미나
- ◆ 주 최 : 한국상사법학회 / 건국대학교 법학연구소
- ◆ 후 원 : 한국공인회계사회
- ◆ 세부일정
 - 등 록 : 13:00 - 13:30
 - 개 회 식 : 13:30 - 13:50
 - 개 회 사 : 유진희 교수 (상사법학회 회장, 고려대)
 - 축 사 : 김영식 회장 (한국공인회계사회)
- ◆ 주제발표 및 토론 : 13:50 - 18:00

【학술대회 일정】					
진행: 연구이사					
세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
제1세션 13:50~14:40	권재열 교수 (경희대)	외부감사법상 외부감사인의 민사책임에 관한 비판적 검토	오수근 교수 (이화여대)	이용재 회계사 (삼일회계법인)	권영준 교수 (서울대)
제2세션 14:40~15:30	최난설현 교수 (연세대)	공정거래법 전부개정의 의미와 주요 쟁점	이동원 교수 (충북대)	박세환 교수 (서울시립대)	이혁 교수 (강원대)
Coffee Break (15:30~15:50)					
제3세션 15:50~16:40	정순섭 교수 (서울대)	금융그룹감독에 관한 법적 연구 -금융복합기업집단의 감독에 관한 법률을 중심으로-	정찬형 명예교수 (고려대)	김혜성 변호사 (김.장 법률사무소)	김신영 연구위원 (한국법학원)
제4세션 16:40~17:30	곽관훈 교수 (선문대)	2020년 개정 상법의 주요 내용과 과제	권종호 교수 (건국대)	윤영신 교수 (중앙대)	문상일 교수 (인천대)
17:30~17:40	정기총회				
17:40~17:50	연구윤리교육				
17:50~18:00	폐회사: 유진희 교수 (상사법학회 회장, 고려대)				

외부감사법상 외부감사인의 민사책임에 관한 비판적 검토

권재열*

목 차

- I. 서론
- II. 외부감사인의 권한과 의무
- III. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(1): 일반론
- IV. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(2): 비판적 검토
- V. 결론

I. 서론

2017년 9월 국회를 통과하여 2018년 11월부터 시행되고 있는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」(이하 ‘외부감사법’으로 줄임)은 ‘회사의 회계처리와 외부감사인의 회계감사에 관하여 필요한 사항’을 정하고 있는 법률이다(제1조).¹⁾ 회계감사(외부감사)에 관한 단행법률이 존재하다 보니 회계감사는 주로 외감법에 의한 것을 의미한다(제4조 제1항).²⁾ 이에 외부감사는 회계처리를 적정하게 하기 위하여 회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 ‘외부감사인’으로 줄임)이 그 회사에 대하여 실시하는 회계감사(auditing)³⁾로 정의된다. 외부감사인에 의한 회계감사가 행해지는 것은 다양한 이해관계자가 경제적 의사결정을 함에 있어서 필요한 자료인 재무제표에 대한 신뢰를 제고하기 위해서이다.

현행 외부감사법의 전신인 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」은 1980년 12월 31일 국가보위비상대책위원회⁴⁾는 기업체질강화 대책의 일환으로 제정되었다(법률 제3297호). 제정 외부감사법

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

1) 본문에서 조문을 인용하면서 특별히 법명이 언급되지 않는 경우에는 외부감사법상의 조문을 가리킨다. 시행령으로 표기한 경우에도 외부감사법의 시행령을 의미한다. 다만, 문맥상 법령을 혼동할 여지가 있다고 판단되는 곳에서는 법령명을 명기하기로 한다.

2) 한국공인회계사회 회계법연구회, 「주석외부감사법」(박영사, 2019), 622면(전규안 집필부분).

3) ‘회계감사’를 의미하는 용어로서는 영어의 audit은 라틴어인 audire로부터 유래하였다. audire은 청취하다(hear)의 의미를 지닌다. 회계감사의 역사는 매우 오래되지만, 이것이 현재의 형태로 발전이 시작된 것은 19세기 중반으로 알려져 있다. George Puttick et al, The Principles and Practice of Auditing 2-4(2009).

4) 국가보위비상대책위원회는 “전두환, 노태우 등이 이끌던 군부 내 사조직 ‘하나회’가 중심이 된 신군부 세력은 1979. 12. 12. 군사반란 이후” 1980. 5. 31.에 구성되었다(서울고등법원 2011. 6. 1. 선고 2010나 114255 판결). 국가보위비상대책위원회는 “행정에 관한 대통령과 국무회의의 권능행사를 강압에 의하여 사

은 당시 일본의 구 상법특례법(商法特例法)⁵⁾을 모델로 하되 동법 중 필요한 부분만을 골라 계수한 것이다.⁶⁾ 그러나 정작 일본은 2005년 제정된 회사법에 외부감사인에 관련된 규정들을 마련함에 따라 구 상법특례법이 폐지되었지만, 한국에서는 1980년 외부감사법이 제정된 이래 상법 제3편(회사)의 특별법으로서 매우 중요한 규범으로 인식되고 있다.

제정 외부감사법은 현행 외부감사법에 이르는 30여년 동안 무려 27차례나 개정되었다. 개정내용의 중요성을 고려하지 않고 단순히 개정의 빈도만을 고려한다면 약 1년 반마다 한 번씩 바뀐 셈이다. 이와 같이 잦은 개정이 이루어진 결과 현행 외부감사법을 살펴보면 외부감사법 제정 당시의 법조문 중에서 제1조를 제외하고 거의 모든 조문의 내용이나 순서에 변화가 있었음을 알 수 있다. 특히 외부감사법의 잦은 개정을 추구하게 된 일관된 동인(動因) 중의 하나를 회계부정(accounting fraud)을 줄이기 위한 수단으로서 외부감사인의 책임을 가중시키는 것을 지속적으로 모색한 데서 찾을 수 있다.

외부감사인의 책임을 둘러싸고 법체계가 중첩적이라는 점이 특색이다.⁷⁾ 사실 외부감사인의 민사책임을 추궁할 수 있는 근거는 외부감사법 이외에도 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’으로 줄임)과 민법에서도 찾을 수 있기 때문이다. 좀 더 범위를 줄여 외부감사법에 한정하여 보더라도 외부감사인에게 민사상의 손해배상책임을 위시하여 형사책임과 행정제재의 대상으로 규정하고 있다.

본고는 외부감사인의 중복적인 책임법 체계 중에서 외부감사법에 국한하여 외부감사인의 손해배상책임에 관하여 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위하여 외부감사인의 권한과 의무를 살펴보는 것으로부터 출발하여 외부감사법 제31조에 규정된 손해배상책임에 관한 전반적인 법리를 소개한 후에 뒷부분에서 외부감사인의 손해배상책임에 관련된 문제점을 구체적으로 제시하자 한다.

Ⅱ. 외부감사인의 권한과 의무

1. 외부감사인의 유형

외부감사법은 외부감사인의 유형을 공인회계사법에 따라 설립된 특수법인인 회계법인과 공인회계사법에 따라 설립된 한국공인회계사회에 총리령이 정하는 바에 의하여 등록한 감사반으로 한정하고 있다(제2조 제7호).

실상 불가능하게” 하여 “헌법기관인 행정 각 부와 대통령을 무력화시킨” 바 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

5) 공식적인 법명은 「주식회사의 감사 등에 관한 상법의 특례에 관한 법률」(株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律)이었다.

6) 권재열/황남석, 「‘회사의 재무와 회계에 관한 법’(가칭)에 관한 연구」 연구보고서 제46호(한국회계기준원, 2019), 8면.

7) 김정은, “부실감사에 대한 외부감사인의 책임체계와 개선방안,” 「법학연구」 제31권 제2호(충남대학교, 2020), 277면.

공인회계사법은 회계법인의 설립과 운영에 관하여 여러 규정을 두고 있다. 그 중에 일부를 살펴보면, 회계법인은 5억원 이상의 자본금을 갖추어야 한다(공인회계사법 제27조 제1항), 회계법인에는 3인 이상의 공인회계사인 이사를 두어야 하며, 이사와 직원 중 10인 이상이 공인회계사이어야 한다(공인회계사법 제26조 제1항·제2항). 회계법인이 회계감사의 직무를 수행하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 금융위원회에 등록하여야 한다(공인회계사법 제24조 제1항). 감사반은 3인 이상의 공인회계사로 구성되며 한국공인회계사회에 등록한 조합형태의 조직을 뜻한다(외부감사법 시행세칙 제2조 제1항).⁸⁾

외부감사인의 유형

회계법인	구별기준	감사반
공인회계사법	근거법률	외부감사법
법인	법적 성격	조합
5억원	최저자본금의 규모	없음
있음(3인 이상)	이사보유 의무 유무	없음
10인	최저 소속 공인회계사의 수	3인
금융위원회	등록처	한국공인회계사회

외부감사법은 회계법인이 감사반에 비하여 더 높은 전문성이 있다고 보아 정책적으로 회계법인에 한정하여 그로부터 외부감사를 받아야 하는 대상을 별도로 규정하고 있다. 즉, 주권상장법인,⁹⁾ 대형비상장주식회사,¹⁰⁾ 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제2조 제1호에 해당하는 금융기관, 「농업협동조합법」에 따른 농협은행 또는 「수산업협동조합법」에 따른 수협은행의 재무제표에 대한 감사는 회계법인인 외부감사인이 담당하여야 한다(제9조 제1항). 말하자면, 자본시장에서 주권상장법인에는 많은 이해관계자가 있다는 점을 고려하여 회계법인이 아닌 감사반에는 주권상장법인을 감사할 자격이 인정되지 않는다. 대형비상장주식회사는 비상장회사임에도 불구하고 자산총액이 일정한 수준을 넘어서다 보니 회계부정이 발생하면 사회·경제적 파급효과가 클 수밖에 없어 주권상장법인과 동일한 수준의 회계감사를 요구하는 것이다.¹¹⁾ “금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의

8) 구체적으로는, 회계법인 또는 다른 감사반에 소속되지 않은 공인회계사가 외부감사 대상 회사의 회계감사를 위해서 3인 이상이 모여 한국공인회계사회에 감사반으로 등록하는 것이다.

9) 여기서 외부감사법 제9조는 ‘주권상장법인’의 범위를 특별하게 명시하지 않은 까닭에 이에는 자본시장법에 따른 유가증권시장, 코스닥시장, 코넥스시장에 상장된 법인 모두가 해당하는 것으로 읽힌다(한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 110면(김인식 집필부분)).

10) 외부감사법에 따르면 ‘대형비상장주식회사’에는 주식회사 중 주권상장법인이 아닌 회사로서 직전 사업연도 말의 자산총액이 1천억원 이상인 회사가 속한다(제2조 제5호, 시행령 제4조).

11) 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 109면(김인식 집필부분).

안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에”¹²⁾ 높은 수준의 회계감사를 의무화하는 것이다.

이상과 같이 외부감사법상의 외부감사인인 “외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반만을 의미”¹³⁾한다. 따라서 외부감사를 의무적으로 받아야 하는 피감회사가 선임한 회계법인 또는 감사반에 의하여 이루어지는 회계감사 이외의 것은 모두 임의감사(voluntary audit)에 해당하여 외부감사법의 적용을 받지 않는다.¹⁴⁾

2. 외부감사계약의 법적 성질

현행 외부감사법은 상장여부와 자산, 부채, 종업원의 수 또는 매출액 등을 바탕으로 하여 일정한 기준을 충족하는 주식회사와 유한회사에 적용된다(제2조 제1호). 주식회사에 한정하여 살펴보는 경우 “외부감사인은 감사의 대상인 주식회사(이하 ‘피감회사’라고 한다)의 이해관계인 보호뿐만 아니라 피감회사 자체를 위하여 피감회사에 의하여 선임”¹⁵⁾된다. 이처럼 외부감사인과 회사와의 관계는 민법상의 위임관계(민법 제680조)이다.¹⁶⁾ “민법상의 위임계약은 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초”¹⁷⁾를 그 본질로 한다. 따라서 문자 그대로 피감회사가 외부감사인을 자유롭게 선임할 수 있는 경우(제10조)에는 당사자 사이의 신뢰관계를 바탕으로 체결되었다는 점을 인정할 수 있어 그 계약의 법적 성질이 위임에 해당한다는 것을 쉽게 긍정할 수 있다.

그럼에도 불구하고 외부감사법에 따라 피감회사가 외부감사인의 지정을 요청하거나 회계처리 기준을 위반하여 재무제표를 작성한 것이 확인된 피감회사 등에 대하여는 3개 사업연도의 범위 내에서 증권선물위원회가 지정하는 회계법인을 외부감사인으로 선임하거나 변경선임하는 경우(제11조 제1항)라 하더라도 결국 그 외부감사인을 선임하는 당사자는 피감회사이므로 피감회사와 외부감사인이 체결하는 계약도 위임계약에 해당한다. 전형적인 위임계약에서 요구되는 당사자 쌍방의 신뢰가 이 계약에서도 존재하는 것으로 의제할 수밖에 없다. 그러므로 현행 외부감사법이 마련하고 있는 지정감사인제와 자유수임제는 피감회사가 외부감사인을 어떻게 선정하는지에 관해서만 내용을 달리하는 것에 지나지 않는 것이어서 지정감사인제하에서 지정된 외부감사인도 여전히 위임에 따른 선관주의의무를 부담한다.¹⁸⁾

12) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.

13) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도369 판결.

14) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결(“주식회사의 회계처리의 적정과 이해관계인 보호 등을 목적으로 하는 주식회사의외부감사에관한법률의 취지와 감사기준 및 감사인의 권리·의무와 책임 등에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는 위 법률의 제반 규정에 비추어 볼 때, 위 법률에서의 감사인은 같은 법 제2조 또는 증권거래법 제194조의3 등의 법령에 의하여 외부의 회계감사를 받아야 하는 회사에 대하여 감사를 실시하는 회계법인과 감사반을 의미하는 것으로 제한하여 해석할 수밖에 없다.”).

15) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다56310 판결.

16) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가8 결정(“감사인은 회사에 대하여는 위임관계에 있어 그에 따른 법률 관계를 갖지만, ……”).

17) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다71411 판결.

18) 만약 자유수임제에 따른 피감회사의 외부감사계약과 지정감사제에 따른 외부감사계약의 법적 성질을 달리 바라보는 경우 외부감사인이 부담하는 의무에 있어서도 차이가 발생하게 될 것이지만, 외부감사법이 이러

3. 외부감사의 목적 및 외부감사인인 권한과 의무

3.1. 외부감사의 목적

“주식거래에서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중의 하나이고, 대상 기업의 재무제표에 대한 외부감사인인 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 주가 형성에 결정적인 영향을 미친다. 주식투자를 하는 일반투자자로서는 대상 기업의 재무상태를 나타내는 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라고 생각하여 대상 기업의 주식을 거래한 것”¹⁹⁾으로 보는 까닭에 외부감사인인은 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시하여야 한다(제16조 제1항). 동 회계감사기준에 따르면 회계감사의 목적은 “의도된 재무제표 이용자의 신뢰수준을 향상시키는 데 있다. 이 목적은 재무제표가 해당 재무보고체계에 따라 중요성의 관점에서 작성되었는지에 관해 감사인이 의견을 표명함으로써 달성된다. 대부분의 일반목적체계에서 감사의견은 재무제표가 해당 체계에 따라 중요성의 관점에서 공정하게 표시되어 있는지 여부, 또는 진실하고 공정한 관점을 제시하는지 여부에 관한 것이다”(회계감사기준 200.3).

요약하자면, 회계감사는 회사의 재무제표에 들어있는 정보의 증명하는 데 주목적이 있다.²⁰⁾ 이런 맥락에서 회계감사기준이 “부정과 오류의 예방과 발견에 대한 주된 책임은 기업의 지배기구와 경영진에게 있다”는 것을 명시적으로 규정함으로써 사기나 부정행위 또는 오류의 적발은 회계감사의 부차적 목적(secondary objective)임을 분명히 하고 있다.²¹⁾

3.2. 외부감사인인 권한과 의무

외부감사인인 직무의 범위는 회계감사에 한한다(제1조). 외부감사법은 회계감사업무를 수행하는 데 필요한 다양한 권한을 외부감사인인에게 부여하고 있다. 외부감사인인이 자신의 권한을 제대로 행사하지 못하는 경우 자신의 주의의무를 위반한 것으로 볼 수 있다는 점에서 외부감사인인의 권한은 그의 의무와 상호 맞물려 있다는 점이 특징이다.

한 차이를 염두에 두고 지정감사인제를 도입한 것으로 읽히지는 않는다.

19) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결.

20) Jodi B. Scherl, *Evolution of Auditor Liability to Noncontractual Third Parties: Balancing the Equities and Weighing the Consequences*, 44 American University Law Review 255, 259(1994).

21) 이준섭, “감사인인 피감사회사에 대한 부실감사책임,” 「증권법연구」 제7권 제1호(한국증권법학회, 2006), 185면; 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 413면(백승재 집필부분); Jay M. Feinman, *Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology*, 31 Florida State University Law Review 17, 21(2003). 대법원 판례도 회계감사를 하는 것이 “궁극적으로 재무제표가 피감사회사의 재무상태와 경영성과 및 기타 재무정보를 적정하게 표시하고 있는지 여부를 검증하고 그에 대한 올바른 의견을 표명하도록 하는데 있고, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 재무제표의 검증 및 그에 대한 의견표명을 떠나 직접적으로 피감사회사의 내부자가 저지르는 장래의 부정행위를 예방하고자 하는 데에 있다고 보기는 어렵다”고 판시하고 있다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결).

회계감사를 간단히 표현하면 피감회사가 자료(재무정보)를 제공하고 이에 대해 외부감사인인 자료를 평가하는 과정으로 요약할 수 있다.²²⁾ 이러한 점에 비추어 외부감사인의 권한 중 가장 중요한 것은 회계감사를 위한 정보를 획득하기 위한 권한이라 할 것이다. 구체적으로는 첫째, 외부감사인은 자료제출요구권과 재산상태조사권을 가진다. 즉, 감사인은 언제든지 피감회사 및 관계회사²³⁾의 회계에 관한 장부와 서류를 열람 또는 복사하거나 회계에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있을 뿐만 아니라 감사의 직무를 수행하기 위하여 특히 필요하면 피감회사 및 관계회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다. 이 경우 피감회사 및 관계회사는 지체 없이 외부감사인의 자료 제출 요구에 따라야 한다(제21조 제1항). 연결재무제표를 감사하는 외부감사인은 그 직무의 수행을 위하여 필요하면 피감회사 또는 관계회사의 외부감사인에게 감사 관련 자료의 제출 등 필요한 협조를 요청할 수 있는데, 이 경우 피감회사 또는 관계회사의 외부감사인은 지체 없이 이에 따라야 한다(제21조 제2항). 둘째, 외부감사인은 부정행위에 대한 조사·보고 수령권한을 가진다. 즉, 피감회사의 감사 또는 감사위원회가 이사의 직무수행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반되는 중대한 사실을 발견하면 이에 대하여 그로부터 통보를 받을 수 있다(제22조 제6항). 이상의 권한을 살피볼 때 외부감사인이 자신의 권한을 실효성있게 행사하기 위해서는 피감회사의 협력이 필수적이라는 사실을 알 수 있다.²⁴⁾

외부감사인의 가장 기초적인 의무는 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 피감회사가 제출한 그 사업연도의 재무제표와 그 부속명세서 등을 감사하여야 하는 것이다(제16조 제1항). 그리하여 외부감사인은 피감회사의 “재무제표에 대한 적정한 의견을 표명하지 못함으로 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무”²⁵⁾를 부담한다.

외부감사인은 감사업무의 품질이 보장될 수 있도록 외부감사인의 업무설계 및 운영에 관한 기준을 준수하여야 한다(제17조 제1항). 외부감사인은 감사결과를 기술(記述)한 감사보고서를 작성하여야 한다(제18조 제1항). 외부감사인은 직무를 수행할 때 이사의 직무수행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반되는 중대한 사실을 발견하면 감사 또는 감사위원회에 통보하고 주주총회 또는 사원총회에 보고하여야 한다(제22조 제1항). 외부감사인은 회사가 회계처리 등에 관하여 회계처리기준을 위반한 사실을 발견하면 감사 또는 감사위원회에 통보하여야 한다(제22조 제2항). 외부감사인은 감사보고서를 대통령령으로 정하는 기간 내에 피감회사(감사 또는 감사위원회 포함)·제3자에 의한 사후감독권인 외부감리권을 가진 증권선물위원회²⁶⁾ 및 한국공인회계사회에 제출하여야 한다. 다만, 자본시장법 제159조 제1항에 따른 사업보고서 제출대상법인인 회사가 사업보고서에 감사보고서를 첨부하여 금융위원회와 한국거래소에 제출하는 경우에는 외부감사인이 증권선물위원회 및 한국공인회계사회에 감사보고서를 제출한 것으로 본다(제23조 제1항). 회계법인인 외부감사인은 매 사업연도 종료 후 3개월 이내에 사업보고서를 증권선물위원회

22) Scherl, *supra* note 20, at 259.

23) 여기서의 ‘관계회사’라 함은 파감회사의 주식 또는 지분을 일정 비율 이상 소유하고 있는 등 대통령령으로 정하는 관계에 있는 회사를 뜻한다(제21조 제1항).

24) 이준섭, 앞의 논문, 180면.

25) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결.

26) 증권선물위원회는 외부감사의 공정한 수행을 위하여 필요한 감사보고서의 감리와 기타 대통령령이 정하는 업무를 담당하는 기관이다(제26조).

와 한국공인회계사회에 제출하여야 한다(제25조 제1항). 외부감사인은 비밀엄수의무를 부담한다(제20조). 외부감사인 또는 그에 소속된 공인회계사는 주주총회 등의 요구가 있는 경우 주주총회에 출석하여 의견을 진술하거나 주주 등의 질문에 답변하여야 한다(제24조).

Ⅲ. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(1): 일반론

1. 손해배상책임의 유형 및 성격

외부감사인은 단순히 경영진에 대한 경비견(watchdog)으로서의 역할을 뛰어넘어 경영진이 작성한 재무제표를 주주(투자자)와 채권자 등을 위한 독립적인 평가자로서의 역할을 수행한다.²⁷⁾ 외부감사인이 이 같은 평가자로서 선관주의의무를 다 하였는지는 그가 회계감사에 필요한 절차 등을 밟은 후 그 결과에 기하여 합리적인 판단을 하고 의견을 표명 내지는 증명을 하였는지의 여부에 좌우된다.²⁸⁾ 구체적으로는 외부감사인이 회계감사기준 및 회계감사실무지침을 준수하였는지의 여부를 기준으로 한다.²⁹⁾ 외부감사인이 “재무제표가 중요하게 왜곡표시 될 수 있는 상황이 존재한다는 전문가적인 의구심을 가지고 검토계획을 수립하고 검토업무를 수행”³⁰⁾하여야만 선관주의의무를 이행한 것으로 된다.

외부감사인은 회사는 물론이고 제3자에 대하여 책임을 부담하므로 외부감사법은 그의 책임을 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누어 규정하고 있다. 외부감사법 제31조 제1항은 외부감사인이 그 임무를 해태하여 회사에 손해를 초래한 경우에는 그 외부감사인은 회사에 손해를 배상할 것을 명시하고 있다. 외부감사인이 회사에 대하여 부담하는 손해배상책임은 채무불이행책임으로서의 성격을 지닌다.

외부감사법 제31조 제2항은 외부감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 않거나 거짓으로 기재하여(이하 ‘부실표시’로 줄임) 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 외부감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임을 명정하고 있다. 다만, 연결재무제표에 대한 감사보고서에 부실표시한 책임이 종속회사 또는 관계회사의 외부감사인에게 있는 경우에는 해당 외부감사인이 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 배상할 책임을 부담한다. 외부감사인의 제3자에 대한 책임의 성격은 과실책임이다.³¹⁾ 또한 외부감사인이 제3자에 대하여 부담하는

27) Rosenblum v. Adler, 461 A.2d 138, 149(N.Y. 1983).

28) 弥永真生, 「会計監査人論」(同文館出版, 2015), 124頁.

29) 이와 관련하여 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결(“회계감사기준 및 한국공인회계사회가 그 시행을 위하여 마련한 회계감사준칙은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다.”); 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 참조.

30) 재무제표 등에 대한 검토업무 기준, 6(2006.1.24. 한국공인회계사회 회계감사기준위원회 제정).

31) 현행 외부감사법 제31조 제2항은 구 외부감사법 제17조 제2항을 계승한 것인데, 헌법재판소는 구 외부감사법 제17조 제2항의 입법상 연혁이나 목적 검토와 다른 조항과의 균형있는 해석 등을 통하여 한정합헌의 결정을 내리면서 감사인의 제3자의 책임의 본질을 과실책임으로 풀이하였다(헌법재판소 1996.10.4. 선고 94헌가8 결정). 헌법재판소 판결 이후 대법원 판례는 일관되게 외부감사인의 제3자에 대한 손해배상책

책임은 그가 제3자에 대해 직접적인 법률관계에 있지 않다는 점³²⁾에서 상법 제415조에서 준용되는 이사의 제3자에 대한 책임과 그 성질을 같이 하는 것에 근거하여 제3자를 보호하기 위하여 특별히 정책적으로 인정한 것으로 풀이하고 있다.³³⁾

2. 손해배상책임의 특징

외부감사법상 외부감사인인 손해배상책임에는 몇 가지 두드러진 특징이 있다. 첫째, 외부감사인의 종류에 따라 책임의 한도가 다르다. 회계법인에는 상법상의 유한회사에 관한 규정을 준용되므로(공인회계사법 제40조 2항) 피감회사나 제3자에 대하여 유한의 손해배상책임을 부담하는 반면³⁴⁾ 민법상의 조합의 성격을 띠는 감사반의 경우에는 외부감사법이 감사에 참여한 감사반 소속 공인회계사가 연대하여 책임을 부담한다는 것을 별도로 명시하고 있다(제31조 제3항).

둘째, 원칙적으로 외부감사인과 피감회사의 이사 또는 감사간의 연대책임이 인정된다. 만약 그들에게 고의가 없다면 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 책임을 부담한다(제31조 제4항). 이 같은 비례책임제로 인하여 제3자가 두텁게 보호되지 못할 우려가 있어 외부감사법은 저소득투자자에 대한 예외조항(제31조 제5항)과 추가배상제도(제31조 제6항)를 마련하고 있다.

셋째, 원칙적으로 외부감사인의 회사 또는 제3자에 대한 책임은 일반불법행위에 의한 책임의 경우와는 달리 증명책임이 전환된다. 일반 투자자가 부실감사로 인해 손해배상소송을 제기하는 경우 외부감사인이 면책을 위해서는 스스로가 그 임무를 게을리하지 않았음을 증명해야 하는 것이다(제31조 제7항 본문). 외부감사법이 증명책임의 전환을 허용하는 것은 제3자가 외부감사인의 임무해태를 증명하는 데 드는 어려움을 줄이려는 데 그 목적이 있다. 그러나 외부감사인의 책임

임을 과실책임으로 풀이하고 있다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015다243163 판결 참조). 현행 외부감사법도 예컨대, “손해를 배상할 책임이 있는 자가 고의가 없는 경우에 그 자는 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 손해를 배상할 책임이 있다”(제31조 제4항 단서)와 “손해배상책임을 면하기 위하여는 그 임무를 게을리하지 아니하였음을 증명하여야 한다”(제31조 제7항 본문)라고 규정하고 있는 점에 비추어 외부감사인의 제3자에 대한 책임이 과실책임으로서의 성격을 가지고 있음이 명확히 드러나고 있다.

32) Victor P. Goldberg, *Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?*, 17 *Journal of Legal Studies* 295, 301(1988).

33) 외부감사인의 제3자에 대한 책임의 성격과 관련하여 이를 “민법상의 불법행위책임과는 별도로 인정되는 법정책임”으로 보는 게 일반적이다(대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결; 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정). 이와 관련하여 헌법재판소는 “상법상의 감사와 [외부감사법]에 의한 감사인의 지위 및 책임의 본질에 근본적인 차이는 없다”는 전제하에 외부감사법에 의하여 제3자가 더 보호되는 만큼 외부감사인은 예외적으로 민법상의 일반불법행위책임 이상의 책임을 부담하는 것으로 실시하여 그 성질을 법정책임으로 분명히 한 바 있다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가8 전원재판부 결정).

34) 상법 제553조는 유한회사의 경우 출자사원의 책임은 출자금액을 한도로 한다고 규정하고 있다. 이처럼 회계법인에 대하여 유한회사 규정을 준용함으로써 결과적으로 피감회사나 제3자가 손해를 완전하게 전보하지 못하는 것을 방지하기 위하여 외부감사법은 다음과 같은 장치를 마련하고 있다. 첫째, 회계법인의 자본금을 5억원 이상으로 할 것을 강제하고 있는데, 이 요건은 설립시와 설립후에도 적용된다(공인회계사법 제27조 제1항·제2항). 둘째, 회계법인은 피감회사나 제3자에 대한 손해를 배상하기 위하여 외부감사법에 따라 한국공인회계사회에 손해배상공동기금을 적립하여야 하며(외부감사법 제32조), 손해에 대한 배상책임을 보장하기 위하여 공인회계사법에 따라 법인내에 매 사업연도마다 손해배상준비금을 적립하여야 한다(공인회계사법 제28조). 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 438면(김정은 집필부분).

을 추궁하는 소를 제기하는 원고가 위임계약을 한 피감회사 또는 은행, 보험회사, 종합금융회사, 상호저축은행 등 금융회사인 경우에 한하여 원고가 회계법인의 임무해태를 증명하여야 한다(제31항 제7항 단서).

넷째, 외부감사인 손해배상책임의 제척기간³⁵⁾은 8년이다(제31조 제9항). 이는 외부감사인의 손해배상책임의 소멸시효를 감사조서의 의무보관기간인 8년(제19조 제2항)에 일치시키려는 결과로 이해된다.

IV. 외부감사법상 외부감사인의 손해배상책임(2): 비판적 검토

1. 논의의 범위

외부감사법은 외부감사인의 책임을 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누고 있지만, 실제 피감회사가 외부감사인을 상대로 손해배상청구를 하는 것은 매우 희귀하다. 그 이유는 다양하다. 우선 외부감사인이 회계감사기준 등을 준수한 경우라면 외부감사인이 회사에게 손해를 야기할 경우를 상정하기 어렵기 때문이다. 설령 외부감사로 인하여 손해가 발생한다고 하더라도 실상은 피감회사가 고의로 분식회계를 하여 허위의 자료를 외부감사인에게 제공한 것에 기인하는 경우가 대부분이므로 분식회계를 한 피감회사가 이를 발견하지 못하였다는 것만을 원인으로 하여 외부감사인의 책임을 묻는 것을 기대하기 어려울 것이기 때문이다. 재무상태가 열악하거나 최대주주 및 대표이사의 변경이 잦은 이유 때문에 공정한 회계감사를 위하여 증권선물위원회의 직권에 의하여 외부감사인을 지정받은 피감회사의 경우에는 사실상 증권선물위원회로부터 징계를 받는 측면이 있어 피감회사는 물론이고 외부감사인 모두 증권선물위원회의 눈치를 살피게 되다 보니 피감회사가 외부감사인의 책임을 추궁하는 것은 현실적이라 할 수 없다. 게다가 외부감사인이 위임계약을 위반한 경우로서는 아마도 외부감사인이 제출기한을 도과하여 감사보고서를 제출하는 경우 정도를 들 수 있다.³⁶⁾ 그리하여 피감회사 보다는 제3자가 외부감사인을 상대로 하여 손해배상책임을 추궁하는 경우가 일반적이라 할 수 있다. 이하에서 외부감사인의 제3자에 대한 책임에 한정하여 외부감사인의 손해배상책임에 대하여 비판적으로 살펴보기로 한다.

2. 부실표시행위와 손해 간 거래인과관계 추정 관련 검토

외부감사인이 감사보고서에 중요사항을 부실표시함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를

35) 국내에서 외부감사법 제31조 제9항에서 정한 소멸기간의 성격을 어떻게 볼 것인지에 관하여 의견이 나누어진다. 소멸시효로 보는 견해와 제척기간으로 보는 견해가 나누어진다. 구 외부감사법 제17조 제9항에서 정한 손해배상 책임기간을 소멸시효로 본 대법원 판례(대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결)가 있는 반면에 제척기간으로 본 헌법재판소 결정(헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정)도 있다.

36) 이성우, “자본시장 회계정보전달자로서 외부감사인의 손해배상책임제도에 관한 연구,” 『동아법학』 제46호 (동아대학교, 2010), 331면.

발생하게 하여 제3자가 그를 상대로 민사상 손해배상책임을 묻는 경우를 가정할 때 그 손해배상 청구의 근거가 되는 법률로는 자본시장법, 외부감사법과 민법이 있다. 각 법률이 나름대로 손해배상책임의 발생요건을 특정하고 있지만 외부감사인에 의한 중요사항의 부실표시가 각 법률에서 정한 민사상 손해배상책임의 요건을 모두 충족시킬 수 있다 보니 제3자는 이들 중 어느 권리를 선택할 수 있다. 그리하여 판례는 일관되게 자본시장법 또는 외부감사법에 따른 청구와 민법상 불법행위청구를 청구권 경합의 관계로 보고 있다.³⁷⁾ 이처럼 외부감사인의 중요사항 부실표시에 대하여 3가지 법률이 적용되는 결과 각 법률의 고유한 목적이 다름에도 불구하고 법리적 측면에서 혼동되고 있다. 그 중에 대표적인 것으로 판례에 의하여 거래인과관계(transaction causation)가 외부감사법하에서 추정되고 있다는 사실을 들 수 있다. 거래인과관계의 추정은 부실감사를 알았더라면 거래가 없었을 것이라는 인과관계를 의미하는데, 이는 세칭 한국강관 사건³⁸⁾에서 미국 판례법으로부터 도입된 이른바 시장사기이론(fraud-on-the-market theory)에 터 잡은 법리이다. 모든 투자자는 피감회사의 재무상태를 나타내는 감사보고서를 신뢰하여 피감회사의 주식을 거래한 것으로 보아야 한다는 법리³⁹⁾에 따라 제3자는 감사보고서에 기재된 부실표시에 의해 권유되어 거래를 한다고 추정되는 것이다. 그러나 거래인과관계를 추정한다는 것은 다음과 같은 문제를 야기한다.

첫째, 미국 판례법상의 시장사기이론은 효율적인 시장을 전제로 하여 그 시장에서 거래되는 주식의 가격이 이용가능한 정보에 의해 결정된다는 가설(假說)에 기반을 두고 있다.⁴⁰⁾ 효율적인 시장은 개방되고 활발하게 거래되며 잘 발전된 시장을 의미하는데, 뉴욕증권거래소(New York Stock Exchange)와 같이 상장된 주식이 거래되는 시장이 그 대표적인 예(例)이다.⁴¹⁾ 그러나 한국의 경우에는 시장사기이론에 근거한 거래인과관계를 비공개기업의 주식을 매수하는 경우에도 인정하고 있다.⁴²⁾ 이와 같이 비공개기업과 상장회사를 동일선상에 놓은 채 투자자의 정보의존성에 대한 증명책임까지 사실상 면제하는 것은 외부감사법 제31조 제2항에서 정한 제3자의 범위를 무한정 확장하는 것과 다를 바 없어 외부감사인이 손해배상책임을 져야 하는 경우가 많아질 수밖에 없다.

둘째, 자본시장이 제대로 작동하지 못하는 것은 그 원인을 비단 외부감사인의 부실감사 뿐만 아니라 재무정보를 검증하는 업무를 수행하거나 이에 관여하는 신용평가회사, 금융회사, 증권인수인, 금융감독당국 등이 각자가 맡은 역할을 제대로 수행하지 못하거나 투자자들의 투자패턴이나 투자문화 등이 병리화되는 것으로부터 찾아야 한다.⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 모든 투자자가

37) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다32215 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결; 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바376 전원재판부 결정.

38) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결.

39) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결.

40) Basic Inc v. Levinson, 485 U.S. 224, 247(1988); Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc, 573 U.S. 258, 274-277 (2014).

41) Levinson v. Basic, Inc., 786 F.2d 741, 746(6th Cir.1986).

42) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결(“감사인의 부실감사로 인하여 비공개기업의 가치 평가를 그르쳐 해당 기업의 주식을 매수하여 손해를 입게 된 제3자가” 외부감사법에 따라 외부감사인에게 손해배상을 구한 데 대하여 손해배상책임의 범위를 판단한 판결).

43) 이상돈, “부실감사책임: 과잉규제와 탈규제 사이에,” 「규제연구」 제13권 제1호(한국경제연구원, 2004), 91-92면.

감사보고서를 찾아보고 투자를 한다고 추정하는 것은 경험칙에 반한다. 따라서 판례가 감사보고서를 투자권유를 위한 자료로 보는 것에 동의할 수 없다.⁴⁴⁾ 설상가상으로 대법원은 원고가 감사보고서를 직접 본 적이 없음을 사실상 자인함에도 불구하고⁴⁵⁾ 거래인과관계를 추정하고 있다.⁴⁶⁾ 게다가 외부감사법 제31조 제2항은 제3자가 부실표시를 신뢰하고 이용한 것만으로 손해배상청구가 가능한 까닭에 손해배상을 인정함에 있어 그러한 신뢰와 이용에 관련된 제3자의 주관적 요건을 전혀 고려하지 않는다. 때문에 부실표시가 있을 것이라고 인식한 자가 투자를 하더라도 외부감사인인 그에게 손해배상을 하여야 하는 입장에 놓일 가능성도 있다.⁴⁷⁾ 이상과 같이 거래인과관계를 광범위하게 추정하는 것은 결과적으로 외부감사인의 책임범위를 넓히는 문제를 야기한다.

3. 외부감사인과 피감회사 임원간의 연대책임 관련 검토

외부감사법 제31조 제4항은 외부감사인인 제3자에 대하여 고의로 인하여 손해배상책임을 지는 경우에 피감회사의 이사 또는 감사도 고의로 인하여 책임이 있다면 이들은 연대하여 손해를 배상할 책임을 인정하고 있다. 회계감사가 직무상 사후적(事後的) 성격을 가지고 있는 관계로 외부감사인의 부실감사는 피감회사 이사나 감사의 자료제공이라는 선행행위와 연계되어 있는 경우가 보통이다. 구체적으로 살펴보자면, 상법상 재무제표의 작성은 이사의 업무에 속한다(상법 제447조). 상법상 주식회사의 감사는 이사의 직무의 집행에 대하여 감사할 권한을 가진다(상법 제412조 제1항). 이 같은 직무집행감사권은 일종의 사전적(事前的) 권한이다. 따라서 감사는 이사의 회계부정없이 완전한 재무제표를 작성하기 위해 미연에 노력하여야 하는 의무를 부담한다. 그럼에도 불구하고 재무제표작성에 하자가 있는 경우 당연히 감사는 이에 대하여 책임을 부담하게 된다. 결과적으로 피해자인 제3자가 자신의 손해액 전부를 온전하게 구제받을 수 있도록 하기 위하여 외부감사법은 외부감사인과 피감회사의 이사 및 감사가 피해자의 손해에 대하여 연대하여 채무를 부담하는 것(엄밀한 의미에서는 부진정연대채무)으로 규정하고 있다.

외부감사법 제31조 제4항에서 보듯이 제3자를 두텁게 보호하기 위해 연대책임이라는 무거운 책임을 부과하여야 하는 직접적 필요성이 있다는 것에 대하여 정면으로 반박하기는 어렵다. 그러나 이 같은 외부감사인과 피감회사 이사 및 감사간의 연대책임에 대해서는 몇 가지 문제가 발견된다. 이를 구체적으로 살펴보기로 한다. 첫째, 외부감사인은 재무제표에 대하여 그 이용자의 신뢰를 제고하기 위해 재무제표가 피감회사의 재무상태와 경영성과 그리고 기타 재무정보를 기업 회계기준에 따라 적정하게 표시하고 있는지를 검토할 뿐이다. 외부감사인은 재무제표가 진실한지의 여부를 조사하기 위해 피감회사에 필요한 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 외부감사인인 직접 피감회사에 출입하여 조사하거나 피감회사에 질문할 수 있는 권한, 즉 강제조사권이 없다. 그러므로 설령 감사실패가 있다고 하더라도 이사가 회계장부상의 정보를 고의로 조작하는 것과

44) 이성우, 앞의 논문, 352면.

45) 최승재, “회계법인의 주식이치평가와 투자자에 대한 손해배상책임 - 대법원 2010.1.28. 선고 2007다16007 판결을 중심으로 -”, 「증권법연구」 제11권 제2호(한국증권법학회, 2010), 238면.

46) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다28082 판결.

47) 법무법인 율촌, 「외부감사인의 책임한계」(한국공인회계사회, 2018), 29면.

외부감사인이 감사보고서를 고의로 부실하게 작성하는 것은 상호 독립적인 행위이다. 말하자면, 외부감사인의 탐지노력과 피감회사 임원에 의한 분식회계는 상반된 이해관계에 있으므로 외부감사인과 피감회사 임원이 공동의 불법행위가 구성된다고 볼 수는 없다.⁴⁸⁾ 이러한 점에서 피감회사 임원이 한 분식회계를 외부감사인이 제대로 발견하지 못하였다는 것을 이유로 외부감사인과 피감회사의 이사 및 감사간의 연대책임을 인정하는 것에 수긍할 수 없다.⁴⁹⁾

둘째, 피감회사 임원에 의한 회계부정은 회사가 지급불능이 된 시점에 밝혀지는 경우⁵⁰⁾가 대부분이다.⁵¹⁾ 때문에 설령 외부감사인과 피감회사의 임원간에 연대하여 손해를 배상하여야 할 책임이 인정된다고 하더라도 소멸한 피감회사의 임원이 무자력이다보니 제3자의 손해를 배상할 능력이 없게 되어⁵²⁾ 결과적으로 외부감사인이 제3자에 대한 손해를 전부 배상하여야 하는 경우가 발생할 수 있다.⁵³⁾ 그러나 이는 사실상 각자의 손해발생에 대한 기여율을 전혀 고려하지 않은 채 손해를 외부감사인에게 모두 감수하라는 것과 다를 바 없어 손해의 공평·타당한 부담 및 자기책임의 원칙과 충돌하는 문제가 발생한다.

4. 외부감사인과 피감회사 임원의 비례책임 관련 검토

외부감사인 및 피감회사 임원의 고의가 없음에도 불구하고 손해가 발생함에 따라 이를 배상하여야 하는 경우에는 법원이 정한 귀책비율에 따라 비례책임을 부담한다(제31조 제4항 단서). 이 같은 비례책임은 궁극적으로 연대책임에 비하여 외부감사인의 책임을 제한하는 측면이 있어 외부감사인이 피감회사의 재무제표를 감사할 때 상당한 주의를 기울여야 한다는 유인을 줄이는 효과를 가져다 주는 부분도 있다.

제3자가 입은 손해의 원인이 되는 외부감사인의 귀책사유와 피감회사의 이사 또는 감사의 귀책사유는 상호 그 성격을 달리한다. 자기책임주의에 따라 각 관여자의 행위가 손해를 초래했던 정도 내지 그러한 행위에 대한 상대적 비난가능성을 기준으로 하여 책임을 부담하는 것이 공정하다는 점⁵⁴⁾에서 일응 외부감사법상의 비례책임제에 수긍할 수 있다. 게다가 고의가 없는 경우에 한하여 비례책임이 인정되므로 피고(被告)인 외부감사인으로서 회계부정이나 부실표시가 중

48) 이는 “원고가 전직 임직원들의 조직적이고 치밀한 공모행위를 통해 분식결산한 재무제표를 토대로 외부 감사를 받은 후 외부 감사를 수행한 감사인에게 책임을 추궁하는 것은 손해의 공평 타당한 부담이라는 손해배상의 기본법리에 반할 뿐 아니라 신의칙에도 어긋난다”고 판단한 서울중앙지법 2004.9.16. 선고 2002가합51727 판결에서 확인되고 있다.

49) 한국공인회계사회 회계법연구회, 앞의 책, 426면(백승재 집필부분).

50) 회계감사인의 책임에 관한 미국의 대표적인 선례인 *Ultramares Corporation v. Touche* 사건(174 N.E. 441(1932))에서도 피감회사가 파산한 후에 원고가 회계감사인을 상대로 손해배상을 청구한 것을 다투고 있다.

51) 법무법인 율촌, 앞의 책, 37면.

52) 외부감사법도 손해배상책임자 중에서 배상능력이 없는 자가 존재할 수 있음을 전제로 하는 규정(제31조 제4항)을 두고 있다.

53) 최문희, “회계감사인의 비례책임제도의 쟁점과 바람직한 운용방안-개정 외감법에 대한 비판적 고찰과 개선과제를 중심으로,” 「저스티스」 통권 제144호(한국법학원, 2014), 263면.

54) 권재열, “회계감사인의 책임제한을 위한 시론 - 증권관련집단소송법의 시행에 즈음하여-,” 「기업법연구」 제20권 제2호(한국기업법학회, 2006), 273면.

과실에 의하여 이루어졌다는 것만을 증명함으로써 연대책임을 피할 수 있어 그의 부담을 덜어주는 효과가 있다. 그러나 이와 같은 비례책임제는 몇 가지 문제점을 지니고 있다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국내에서는 회계부정이 밝혀지는 경우 자연스럽게 외부감사인의 부실감사가 문제되어 그의 책임이 현안으로 대두되기도 한다. 특히 증권선물위원회가 외부감사인이 제출한 감사보고서를 감리한 후에 외부감사인을 징계하는 경우 그러한 징계가 외부감사인의 손해배상책임을 인정하는 근거로 인식되는 경향이 있다.⁵⁵⁾ 이러한 상황에서 외부감사인이 적어도 연대책임이라도 회피하기 위해서는 고의가 없었다는 것을 증명하여야 하지만, 규모가 작은 회계법인이나 감사반으로서 이를 증명할 능력이 충분하지 않거나 실제 증거물을 제시하지 못하는 경우가 많다. 설령 외부감사인이 단순한 과실에 의하여 부실감사가 이루어졌음을 증명하였다고 하더라도 자신의 책임비율을 줄이기 위해서는 어쩔 수 없이 원고가 소송에서 피감회사의 여러 임원 중 피고로 삼지 않은 자(者)의 과실을 주장할 유인이 존재하지만, 외부감사법 제31조 제4항의 단서만으로는 법원이 이 자의 과실을 각자의 책임비율을 산정할 때 포함시켜야 하는지가 분명하지 않다.⁵⁶⁾

둘째, 문언상으로 볼 때 외부감사법상의 비례책임제는 외부감사인은 물론이고 피감회사의 임원에게도 적용된다. 여러 명의 이사가 존재하는 경우 외부감사법이 각자의 책임비율에 따라 손해배상액의 규모를 정하는 것을 허용하는 제31조 제4항 단서는 고의 또는 중과실로 임무를 해태한 이사 또는 감사의 연대책임을 정한 상법 제401조 및 제415조와 모순된다는 문제가 발생한다. 예컨대, 상법은 중과실로 임무를 해태한 이사 또는 감사에게 연대하여 손해를 배상하는 책임을 정하고 있지만, 외부감사법에 따르면 중과실로 분식회계를 한 이사에게는 비례책임이 인정되는 것이다. 이사 또는 감사에게 비례책임이 인정되면 그 이사나 감사는 총손해의 일부만을 변제하면 되므로 이는 위에서 언급한 것처럼 연대책임에 비하여 책임을 감면받는 효과가 있다.⁵⁷⁾ 이는 이사와 감사의 제3자에 대한 책임을 감면하는 규정을 두고 있지 않는 상법에 정면으로 충돌하는 것이다.

5. 외부감사인과 피감회사 임원의 비례책임의 예외 관련 검토

외부감사법은 부실감사를 둘러싸고 비례책임제를 시행함에 따라 피해자의 손해를 완벽하게 배상하지 못하는 경우를 봉쇄하기 위해 2가지 예외를 제시하고 있다. 이러한 예외에 관하여 자세히 살펴보기로 한다.

먼저 법정책임의 부과방식에 대한 예외가 있다. 즉, 피해자의 소득인정액이 1억 5천만원 이하인 경우에는 비례책임제를 배제하고 연대책임제로 돌아간다(제31조 제5항, 시행령 제37조 제1항). 그러나 이러한 예외에는 몇 가지 문제가 내포되어 있다. 가장 기본적인 문제로는 소득규모가 피해자를 합리적으로 차별하는 것을 정당화하는 근거라고 볼 수 없다는 점이다. 또한 일정한 소득인정액 이하의 피해자에 대하여 비례책임의 예외적인 경우로 취급함에 따라 외부감사인의

55) 법무법인 율촌, 앞의 책, 34-35면.

56) 최문희, 앞의 논문, 275면.

57) 최문희, 앞의 논문, 267면.

입장에서는 피해자의 재산규모에 따라 그가 부담하는 책임의 형태가 달라지는 결과를 낳게 된다. 특히 증권관련집단소송을 통해 외부감사인의 책임을 추궁하는 경우⁵⁸⁾에는 각 집단을 구성하는 구성원이 저소득 투자자인지의 여부에 따라 외부감사인이 부담하는 책임의 형태가 달라지게 된다.⁵⁹⁾

다음으로 책임비율의 재분배에 따른 예외가 있다. 즉, 비례책임에 따른 배상의무자 중 무자력자가 있는 경우 그 자의 부담부분을 배상능력이 있는 자들이 각자의 책임비율에 비례하되 그 비율의 50% 내에서 추가로 부담하여야 한다는 것이다(제31조 제6항). 그러나 배상능력이 없는 자가 있는 경우에 대한 예외적 취급에 대해서는 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 만약 배상의무자가 여럿이 있는 경우에 각 배상의무자의 책임형태가 반드시 동일할 것이라고 기대할 수 없다. 기본적인 이유는 부실표시에 관한 고의유무에 따라 연대책임 또는 비례책임이 선택적으로 부과되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 외부감사법은 비례책임자 중에 배상능력이 없는 자가 있는 경우에 한하여 비례책임자에게 추가배상의무를 부과하고 있을 뿐이어서 연대책임자 중에 배상능력이 없는 자가 있는 경우를 외면하고 있을 뿐만 아니라 연대책임자의 추가배상의무를 인정하지 않는 이유를 찾기 어렵다.⁶⁰⁾ 둘째, 회계법인은 의무적으로 손해배상공동기금을 적립하여야 하므로 설령 배상의무자 중에서 배상능력이 없는 자가 있다고 하더라도 제3자의 손해를 전보하는 데 큰 어려움은 없다. 그러나 감사반의 경우에는 손해배상공동기금을 적립할 의무를 부담하지 않는 반면에 감사반의 재산(조합재산)과 감사반에 소속된 공인회계사의 개인재산으로 제3자의 손해를 배상하여야 한다. 따라서 “외부 회계감사를 하는데 있어 감사반이 회계법인에 비해 공정성이나 신뢰성의 측면에서 문제가 있다는 취지의 주장은 합리적 근거”⁶¹⁾가 없을지라도 감사반이 제3자에 대하여 추가배상하여야 하는지의 여부가 조기에 판가름나지 않는다면 회사로서는 감사반에 회계감사업무를 위임하고자 하는 유인이 줄어들 수밖에 없다.⁶²⁾ 감사반을 외부감사인으로 선임하는 것을 기피하게 되면 자연스레 감사반은 회계감사에 대한 수임료를 인하는 방법으로 고객을 끌어들이고자 하는 유인이 발생하게 될 것이다. 저렴한 수임료를 받는 외부감사인은 성실하게 회계감사에 임하지 않을 여지가 있게 되고, 이러한 악순환이 반복되면 감사반 제도 전반에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 부작용을 낳는다.⁶³⁾ 그럼에도 불구하고 현행 외부감사법에는 추가배상이 확정되어야 하는 시점에 관해서는 전혀 규정하지 않고 있다.

58) 「증권관련 집단소송법」 제3조 제1항 제4호는 자본시장법 제170조에 따른 손해배상청구를 위해 집단소송을 제기할 수 있음을 정하고 있다. 자본시장법 제170조 제1항은 외부감사법 제31조 제2항부터 제3항까지를 준용한다.

59) 최문희, 앞의 논문, 270-271면.

60) 위의 논문, 276-277면.

61) 공정거래위원회 2007.10.8. 의결, 제2007-453호, 2007서총0874. 이 사건에서 공정거래위원회는 외부감사인의 범위를 회계법인으로 제한해 감사반을 제외하도록 한 농협중앙회에 대해 시정명령을 의결하였다.

62) 회계감사를 받아야 하는 회사로서는 완벽하게 손해를 배상받을 수 있는 자를 외부감사인으로 선임하고자 하는 유인을 가지게 된다. 말하자면, 손해를 전부 배상할 능력을 갖춘 외부감사인을 선호하게 되는 것이다. 손해배상능력을 감안한다면 회사로서는 외부감사인으로 선임하는 중요한 자료로서 감사반의 경우에는 회계법인과는 달리 그에 소속된 각 공인회계사의 재무상태를 고려할 수 밖에 없다. 때문에 추가배상여부가 조기에 밝혀지지 않는다면 피감회사로서는 감사반 소속 공인회계사가 장래 추가배상을 하여야 하는 상황에 놓일 것을 우려하여 감사반을 외부감사인으로 선임하는 데 주저하게 된다.

63) Goldberg, *supra* note 32, at 303.

이상과 같이 외부감사법이 피해자가 손해를 완벽하게 전보받을 수 있는 길을 열어두는 것은 피해자 구제 차원에서는 바람직할지라도 회계법인으로서는 피해자의 소득이나 다른 비례책임자의 재산상태에 따라 부담하여야 하는 손해배상액이 달라짐에 따라 그의 지위를 불안정하게 만든다.

6. 손해배상에 대한 증명책임 부담 주체의 이원화 관련 검토

외부감사법은 원고가 누구인지를 기준으로 하여 증명책임을 부담하는 주체를 정하고 있다. 먼저 원고가 일반 투자자인 경우 부실감사로 인한 손해와 관련하여 피고인 외부감사인인 임무해태가 없었다는 것을 증명하여야 한다(제17조 제7항 본문). 이는 전문성이 미흡한 일반 투자자를 보호하는 차원에서 원고가 피고의 임무해태와 손해사이의 인과관계를 증명하여야 하는 부담을 덜어준 것이다. 다음으로, 원고가 금융회사인 경우에는 증명책임이 환원되어 원고 스스로가 외부감사인의 임무해태를 증명하여야 한다(제17조 제7항 단서). 설령 피감회사의 회계부정을 외부감사인이 회계감사과정에서 걸러내지 못함에 따라 금융회사가 대출금 회수불능으로 인한 피해를 입더라도 외부감사인에게 손해배상을 청구하기 위해서는 스스로가 외부감사인의 임무해태를 직접 증명하여야 한다는 것이다. 이와 같은 증명책임의 환원은 금융회사가 일반 투자자에 비해 피감회사에 대하여 정보의 우위에 있을 뿐만 아니라 전문적인 분석능력을 가진 것치고 있음에도 불구하고 부실대출에 대한 책임을 외부감사인에게 전가하려는 도덕적 해이를 방지하는 효과가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 이와 같은 증명책임의 다원화는 다음과 같은 문제점을 야기한다. 첫째, 금융회사는 피감회사의 임의채권자일 뿐 주주가 아니어서 피감회사의 회계장부 및 서류를 열람할 자격(상법 제466조)을 가지지 못한다. 또한 금융회사는 피감회사에 대하여 자료를 요구하거나 재산상태를 조사할 권한이 없다. 때문에 금융기관이 외부감사인의 감사조서⁶⁵⁾ 등과 같은 자료를 확보하여 부실감사여부를 밝히는 것도 용이하지 않다. 이 같은 상황에서 금융회사가 일반 투자자에 비하여 더 많은 정보를 가질 뿐만 아니라 분석능력이 탁월하다는 평가가 타당한지는 의문이다. 또한 증명책임이 원고에게 환원됨에 따라 금융회사의 제소가 어려워진 결과 외부감사인이 손해배상소송을 당할 위험이 줄어들며, 이는 더 나아가 피감회사의 회계부정을 적발하려는 유인이 줄어들 여지도 있다.

둘째, 피감회사의 감사보고서를 이용하는 자는 반드시 금융회사에 국한되는 것은 아니다. 만약 일반 투자자가 외부감사인을 상대로 제기한 손해배상청구소송에 금융회사가 소송참가를 하는 경우에 증명책임을 누가 부담하는지가 분명하지 않다. 게다가 외부감사인을 상대로 일반 투자자가 제기한 손해배상청구소송과 금융회사가 제기한 손해배상청구소송을 병합하는 경우에도 마찬가지로 증명책임을 부담하는 주체가 명확하지 않다. 특히 일반 투자자와 금융회사를 비롯한 다양한 유형의 피해자가 집단소송에 의해 외부감사인의 손해배상책임을 추궁하려는 경우 금융회사는 승소의 가능성을 높이기 위해 일반 투자자로 하여금 집단소송의 대표당사자로 선임되어 증명책임

64) 이성우, 앞의 논문, 354-355면.

65) 이하에서 살펴보는 감사조서는 외부감사인의 소유물이다(회계감사기준 230.3.1).

을 전환시키고자 하는 유인을 가질 수 있다.

7. 외부감사인에 대한 손해배상청구권의 제척기간 관련 검토

외부감사법상 ‘감사조서’라 함은 외부감사인이 “회사의 회계기록으로부터 감사보고서를 작성하기 위하여 적용하였던 감사절차의 내용과 그 과정에서 입수한 정보 및 정보의 분석결과 등을 문서화한 서류”를 의미한다(제19조 제1항). 감사조서는 회계감사 “당시 감사절차가 적정하게 이루어졌는지 여부를 심사하는 중요한 문서로서 그 내용에 따라 기업과 관련 있는 주주, 임원, 투자자 등 이해관계인들에게 상당한 영향을 미치고, 사후에 금융감독원 등이 그 내용에 있어서 분식회계가 이루어졌는지, 감사인이 분식회계사실을 파악하기 위하여 얼마나 노력하였는지 파악할 수 있는 자료로 사용되는 것으로 중요한 사실을 증명하는 사문서에 해당”⁶⁶⁾한다. 이에 외부감사법은 감사조서를 감사종료시점으로부터 8년간 보관할 것을 요구하고 있다(제19조 제2항).

증권선물위원회가 감리차원에서 8년전까지 거슬러 올라가 감사조서를 열람하여 외부감사인의 부실감사를 밝혀냈음에도 불구하고 단기의 소멸시효 내지 제척기간으로 인하여 제3자가 외부감사인의 손해배상책임을 추궁할 수 없다면 감사조서를 8년간 보관하여야 하는 의의가 퇴색된다. 이에 외부감사법은 외부감사인의 손해배상책임을 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사조서의 보관기관과 동일하게 감사보고서 제출일로부터 8년간 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제31조 제9항).

구 외부감사법 제17조 제9항은 손해배상 관련 증명책임을 외부감사인에게 전환하는 데에 따른 부담을 상쇄하려는 차원에서 손해배상청구권의 제척기간을 3년으로 정한 바 있다⁶⁷⁾. 하지만 현행 외부감사법은 외부감사인의 손해배상책임을 강화하는 차원에서 구법에 비하여 제척기간을 감사조서 보관기간과 동일하게 맞추었다. 그러나 외부감사법이 제3자의 손해배상청구권의 제척기간을 8년으로 정한 것은 이례적일 뿐만 아니라 관련 법령에 따라 공인회계사가 부담하는 다른 손해배상책임과의 정합성이 떨어진다.⁶⁸⁾ 예를 들어, 자본시장법은 증권신고서와 투자설명서 중 중요사항의 허위 기재 또는 기재누락이 있어 증권 취득자가 손해를 본 경우 그 손해에 대해 그 증권신고서의 기재사항 또는 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하여 서명한 공인회계사의 배상 책임을 규정하고 있는데(자본시장법 제125조), 이 책임의 제척기간은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 해당 증권에 관하여 증권신고서의 효력이 발생한 날부터 3년 이내이다(자본시장법 제127조). 게다가 구 외부감사법과는 달리 현행법은 외부감사인에게 과징금을 부과하는 규정(제35조)을 신설하였을 뿐만 아니라 벌칙(제39조 이하)까지 강화하고 있다는 점에 비추어 8년의 제척기간은 외부감사인에게 너무 가중된 부담으로 작용하므로 재고를 요한다.

V. 결론

66) 서울고등법원 2009. 12. 11. 선고 2009노1531 판결.

67) 표성수, “주식회사 감사인의 특수한 법적 책임,” 「인권과정의」 통권.300(대한변호사협회, 2006), 98면.

68) 법무법인 율촌, 앞의 책, 192-193면.

회계감사의 핵심은 재무제표의 적정성을 확보하여 신뢰성을 제고하기 위해 외부감사인이 의견을 표명하는 데 있다. 그러다 보니 좁은 의미의 회계감사는 전통적으로 재무제표감사를 뜻하는 것으로 알려져 있다. 외부감사법은 회계감사에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 이해관계인을 보호하는 등의 목적을 두고 있는 단행의 법률로서 외부감사인이 직무상의 권한과 의무를 성실하게 수행하지 않은 경우 민사책임과 형사책임은 물론이고 행정법상의 제재까지 마련하고 있다.

본고는 외부감사법 제31조를 대상으로 하여 외부감사인의 손해배상책임을 둘러싼 다양한 문제점을 살펴보았다. 그 문제점을 간단히 정리하면 아래와 같다.

첫째, 대법원 판례는 모든 투자자가 피감회사의 외부감사인이 작성한 감사보고서를 신뢰하여 피감회사의 주식을 거래한 것으로 추정하고 있다. 거래인과관계를 광범위하게 추정하는 것은 결과적으로 외부감사인의 책임범위를 넓히는 것과 다를 바 없다. 그러나 이 같은 추정은 경험칙에 반하기 때문에 쉽게 수긍할 수 없다.

둘째, 외부감사법 제31조 제4항은 외부감사인이 제3자에 대하여 고의로 인하여 손해배상책임을 지는 경우에 제3자를 두텁게 보호하기 위해 외부감사인과 피감회사 임원사이의 연대책임을 인정하고 있다. 그러나 피감회사 이사가 분식회계를 하는 것과 외부감사인이 감사보고서를 고의로 부실하게 작성하는 것은 별개의 행위라는 점에서 그러한 연대책임에 수긍하기 어렵다.

셋째, 외부감사인 및 피감회사 임원의 고의가 없음에도 불구하고 손해가 발생함에 따라 이를 배상하여야 하는 경우에는 비례책임이 인정된다. 그러나 외부감사인이 연대책임을 회피하기 위해서는 고의가 없었음을 증명하여야 하지만 규모가 작은 회계법인이나 감사반으로서는 그러한 증명이 버거울 수 있다.

넷째, 외부감사법은 비례책임제로 인하여 제3자가 두텁게 보호되지 못할 우려가 있어 외부감사법은 저소득투자자에 대한 예외조항과 추가배상제도를 두고 있다. 그러나 소득규모가 합리적 차별을 정당화하는 근거라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 비례책임자 중 배상능력이 없는 자가 있는 경우에만 추가배상의무를 부과하는지에 대하여 납득이 가지 않는다.

다섯째, 외부감사법에 따르면 일반 투자자가 원고인 경우에는 손해배상의 증명책임을 전환하는 반면에 금융회사가 원고라면 그 증명책임을 스스로가 부담한다. 그러나 금융회사가 일반 투자자에 비하여 더 많은 정보를 가질 뿐만 아니라 분석능력도 탁월하다는 평가가 타당한지는 의문이다.

여섯째, 외부감사인 손해배상책임의 제척기간은 8년이다. 이와 같이 제3자의 손해배상청구권의 제척기간을 8년으로 정한 것은 이례적일 뿐만 아니라 공인회계사가 부담하는 다른 손해배상책임과의 정합성이 떨어진다.

[참고문헌]

- 권재열, “회계감사인의 책임제한을 위한 시론 - 증권관련집단소송법의 시행에 즈음하여-,” 「기업법연구」 제20권 제2호(한국기업법학회, 2006)
- 권재열/황남석, 「‘회사의 재무와 회계에 관한 법’(가칭)에 관한 연구」 연구보고서 제46호(한국회계기준원, 2019)
- 김정은, “부실감사에 대한 외부감사인의 책임체계와 개선방안,” 「법학연구」 제31권 제2호(충남대학교, 2020)
- 법무법인 율촌, 「외부감사인의 책임한계」(한국공인회계사회, 2018)
- 이상돈, “부실감사책임: 과잉규제와 탈규제 사이에,” 「규제연구」 제13권 제1호(한국경제연구원, 2004)
- 이성우, “자본시장 회계정보전달자로서 외부감사인의 손해배상책임제도에 관한 연구,” 「동아법학」 제46호(동아대학교, 2010)
- 이준섭, “감사인의 피감사회사에 대한 부실감사책임,” 「증권법연구」 제7권 제1호(한국증권법학회, 2006)
- 최문희, “회계감사인의 비례책임제도의 쟁점과 바람직한 운용방안-개정 외감법에 대한 비판적 고찰과 개선과제를 중심으로,” 「저스티스」통권 제144호(한국법학원, 2014)
- 최승재, “회계법인의 주식가치평가와 투자자에 대한 손해배상책임 - 대법원 2010.1.28. 선고 2007다16007판결을 중심으로 -,” 「증권법연구」 제11권 제2호(한국증권법학회, 2010)
- 한국공인회계사회 회계법연구회, 「주석외부감사법」(박영사, 2019)
- 표성수, “주식회사 감사인의 특수한 법적 책임,” 「인권과정의」 통권.300(대한변호사협회, 2006)
- Jay M. Feinman, *Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology*, 31 Florida State University Law Review 17, 21(2003)
- Victor P. Goldberg, *Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?*, 17 Journal of Legal Studies 295(1988)
- George Puttick et al, *The Principles and Practice of Auditing* (2009).
- Jodi B. Scherl, *Evolution of Auditor Liability to Noncontractual Third Parties: Balancing the Equities and Weighing the Consequences*, 44 American University Law Review 255(1994)
- 弥永真生, 「会計監査人論」(同文館出版, 2015)

공정거래법 전부개정의 의미와 주요 쟁점* -기업집단 규율 법제 및 혁신성장 촉진 규정을 중심으로-

최 난 설 헌**

목 차
I. 머리말
II. 기업집단 규율 법제의 개선 관련 개정안 검토
III. 혁신성장의 촉진 관련 법제의 개선 관련 개정안 검토
IV. 맺음말

I. 머리말

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 전부개정안이 만 2년 여의 여정 끝에 2020년 12월 9일 국회 본회의를 통과하였다. 금번 전부개정은 1980년 공정거래법이 제정·시행된 이래 40년 만에 진행되는 전면개편에 해당한다. 동개정안은 학계·법조계 전문가들로 구성·운영된 2018년 공정거래위원회(이하 ‘공정위’) 법집행체계 개선 TF와 공정거래법 전면개편 특별위원회에서 논의된 내용을 바탕으로 마련된 것이다. 종래 공정위가 2018년 11월 제출했던 전부개정안은 2018년 11월 27일 국무회의를 통과하여 2018년 11월 30일 정부안(의안번호 제16942호)으로 국회에 제출되었으나, 공정거래법 개정이 기업부담을 가중시킬 수 있다는 우려로 기업집단 규제 관련 핵심 부분이 국회 정무위원회 계류 상태에서 폐기된 바 있으며,¹⁾ 이후 21대 국회에서 재발의된 전부개정안은 일부 내용의 변경²⁾을 거쳐 본회의에서 의결되었다.³⁾

한편, 금번 공정거래법의 전부개정은 정부가 기업지배구조 개선과 공정한 시장질서 확립 차원에서 추진한 공정경제 3법(공정거래법, 상법, 금융복합기업집단감독법) 제·개정⁴⁾에 포함된다.⁴⁾ 그

* 이 글은 완성된 논문이 아니며, 초안이므로 인용을 삼가주시기 바랍니다.

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

1) 다만, 국회는 공정거래법 집행 절차를 개선 차원에서 2020년 4월 29일 열린 본회의에서 집행당국의 사건 조사 절차를 법제화하는 공정거래법 일부 개정안은 통과시켰다.
2) 일반지주회사의 기업형벤처캐피탈(Corporate Venture Capital, "CVC") 소유를 허용하는 내용이다.
3) 21대 국회에 제출된 전부개정안은 2020년 11월 24일, 정무위원회 전체회의에 상정된 후 안전조정위원회는 2020년 12월 8일 전부개정안을 상정하여 원안대로 의결하였으나, 정무위원회 전체회의에서 (1) 경쟁담합에 대한 공정위의 전속고발권 유지 및 (2) 일반지주회사의 기업형 벤처캐피탈(Corporate Venture Capital, "CVC") 소유를 허용하는 내용의 수정안이 제출되었고, 이 내용을 반영한 전부개정안 대안으로 정무위원회 전체회의에서 의결되었다. 전부개정안 대안은 2020년 12월 9일, 국회 법제사법위원회 전체회의에서 의결된 후 같은 날 본회의에서도 의결되었다.

간 정부는, ① 대주주의 전횡을 방지하고 소수주주의 권익을 보호하는 등 기업의 불투명한 의사결정 구조를 개선하기 위한 상법 개정, ② 대기업집단 경제력 남용 근절, 법 집행체계 합리화, 혁신성장 지원 등 공정경제질서에 대한 시대적 요구를 반영하는 공정거래법 개정, ③ 규제 사각지대에 놓여있던 비지주 금융복합기업집단에 대해 감독체계를 구축하는 것(금융복합기업집단감독법)을 최우선 과제로 추진하였는데, 이 중 공정거래법의 전부개정은 법 집행체계 개편, 기업집단 규제 개편, 집행 신뢰성 강화, 혁신성장 기반 구축 등 여러 측면에서 상당히 큰 변화를 예고하고 있다. 공정위측에서는 "개정된 공정거래법이 시행되면 대기업집단의 부당한 경제력 남용과 사익추구 행위 등이 억제되고, 기업들의 혁신성장도 촉진되어 산업 경쟁력이 강화될 것"이라고 긍정적으로 전망하고 있으나, 재개는 공정거래법 전부개정안에 지주회사 지분을 강화와 일감몰아주기 규제대상 확대 등, 전반적 경제활동을 위축시키는 규제가 다수 포함돼 있다고 공정경제 3법이 향후 기업활동에 미칠 파장을 우려하고 있다.

본 발표문에서는 입법예고된 공정거래법 중 기업집단 규율 법제 및 혁신성장 촉진 규정을 중심으로 공정거래법 전부개정의 의의와 그 영향에 대하여 살펴본다.

II. 기업집단 규율 법제의 개선 관련 개정안 검토

1. 기업집단 규율 개정의 개요

금번 개정에서 가장 의견대립이 첨예했던 사안이자 정부 차원에서 역점을 두었던 부분이 바로 기업집단 규율 법제의 개선 부분이라 할 것이다. 특히 대기업집단의 사익편취 행위에 대한 규율을 강화하고 편법적 지배력 확대를 억제하는 등, 부당한 경제력 남용을 근절하기 위한 목적에서 개정안은 여러 관련 규정에 변화를 주었다.

< 표 1> 공정거래법 개정안 주요 개정 내용 - 기업집단 법제

	개정 내용
기업집단 규율 법제 개선	▪ 사익편취 규율대상 확대
	▪ 지주회사 자·손자회사 의무 지분을 요건 강화
	▪ 공익법인 의결권 제한
	▪ 금융·보험사 의결권 제한 강화
	▪ 기존 순환출자에 대한 의결권 제한

4) 2017년 정부 출범 직후 관련 부처는 공정경제 3법의 내용을 구체화하기 위한 논의를 시작하여 2018년 20대 국회부터 입법화를 추진한 바 있다. 각 법 분야별로 ① 상법 특별위원회(2017.10~12월), ② 공정거래법 법집행체계 개선 TF (2017.8월~2018.1월) 및 전면개편 특위(2018.3~7월), ③ 금융복합기업집단감독법 금융그룹감독에 관한 모범규준 제정·시행(2018년 7월) 등이 그 준비과정에서 진행되었다. 이후 2020년 21대 국회가 개원함에 따라 정부는 공정경제 3법의 제·개정을 재추진하여 신속하게 국회에 제출하였으며, 2021년 12월 9일 국회 본회의를 통과하였다.

2. 기업집단 규율 법제의 변화

2.1. 사익편취 규율대상의 확대

현행 공정거래법령에서는 공시대상기업집단 소속회사가 총수 일가 지분율이 30% 이상인 상장 계열사(비상장인 경우 20% 이상)에 대해 부당한 이익을 제공하는 행위(특수관계인에 대한 부당한 이익제공⁵⁾)를 금지하고 있다.⁶⁾ 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지는 2013년 법개정으로 신설된 조항인데, 그 입법취지는 소수 지배주주 지배하에 있는 재벌 체제에서 발생하는 대리인 문제의 핵심인 지배주주의 사익편취 행위를 규제하기 위한 것이다.⁷⁾ 또한, 특정한 거래를 통하여 총수(동일인)이나 그 친족이 이익을 취득하는 것이 분명하지만, 기존의 부당지원행위를 통하여 규제가 불분명하였던 점⁸⁾을 보완하는 취지에서 당시 입법이 이루어졌다.⁹⁾ 이번에 개정된 공정거래법은 지원을 받는 계열사로서의 규율대상을 상장·비상장에 관계없이 총수 일가 지분율이 20% 이상인 계열사 및 이들 회사가 50%를 초과하여 지분을 보유하고 있는 자회사로 확대하였다(개정법 제47조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)).

이에 따라 법개정의 적용을 받게 되는 규율대상 회사는 현행 법령의 적용을 받는 210개사에서 598개사(2020년 5월 1일 기준¹⁰⁾)로 388개가 증가하는 적지 않은 변화를 맞게 된다.¹¹⁾

사익편취 규정은 2014년 2월 시행되고, 그간 몇 건의 위반행위가 발생하여 공정위가 법집행을 한 바 있으나, 규제 회피행위 발생¹²⁾ 등으로 일각에서는 규제의 실효성·정합성에 대한 비판이 있었다. 이에 따라 상장회사의 규제범위 확대, 총수일가 지분을 요건 산정시 간접지분을 포함 등을 골자로 하는 의원안들이 그간 발의된 바 있다. 당초 법개정 특위 과정에서는 특수관계인을 제외한 주주들의 승인을 받은 내부거래는 문제 삼지 않는 방안(안전지대)¹³⁾ 등을 논의되었으나

5) 동일인이 자연인인 공시대상 기업집단에 속한 회사가 특수관계인(동일인 및 그 친족) 또는 특수관계인이 일정한 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위는 금지된다(법 제23조의2 제1항).

6) 공정거래법 제23조의2((특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 및 동법 시행령 제38조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제2항.

7) 권오승·서정, 『독점규제법 - 이론과 실무』(제3판), 법문사, 2018, 559면, 서정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복”, 법조 제704호, 2015, 223-225면. 한편, 당초 공정위는 현행법 제23조의2 규정을 규율대상이 대규모기업집단 소속회사와 총수일가에 대한 규제이므로 제3장에 신설하려 했으나, 재계의 강력한 반발로 제5장에 신설하면서 제23조와는 별도로 규정하였다.

8) 부당지원행위는 법 제23조 제1항 제7호 및 시행령 [별표1의2]에서 4가지 유형으로 규정하고 있는데, 특수관계인인 자연인에 대한 지원행위의 경우 부당성 인정이라는 점에서 집행상 난관에 봉착하였다. 이에 대한 입법적인 대응으로서 특수관계인에 대한 지원행위의 경우는 공정거래저해성 또는 부당성 여부를 불문하고 금지하여야 한다는 논의가 불모를 이루었으며, 결과적으로 제23조의2를 신설하여 이 문제를 해결하고자 하였다. 임영철·조성국, 『공정거래법 - 이론과 실무』, 박영사, 2018, 150면.

9) 따라서 지원행위와 유사하지만 귀속 주체 측면에서 특별한 의미가 있는 이익 귀속의 문제가 핵심을 이룬다. 권오승·이봉의·홍대식·홍명수·조성국·신영수·황태희, 『독점규제법』(제7판), 법문사, 2020, 292면.

10) 공정거래법상 공시대상기업집단 포함 대규모기업집단의 지정 기준일은 매년 5월 1일이다.

11) 공정거래위원회, 보도자료(공정거래법 전부 개정안 국회 본회의 통과), 2020.12.9. 참조.

12) 그동안 규제대상 회사와 비규제대상 회사를 합병하거나 회사를 분할하여 소유구조를 간접지분화하거나 지분요건 미만으로 주식을 매각하여 규제를 회피하는 형태가 발생하는 문제가 지적되었다. 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2017, 226면.

13) 논의과정에서 사익편취 규제의 목적이 주주이익의 보호라는 점, 사익편취 규제 적용에 대한 사전적·구체

의견이 모아지지 않아 결국 법안에 반영되지 못하였다.

다만, 강화된 개정안이 현 시점에서 가장 단시간에 효과를 기대할 수 있는 현실적인 개선방안이라는 점에는 일응 수긍할 수 있으나 기준점만 달리할 뿐, 역시 지분율을 기준으로 택함으로써 이와 같은 규제체계 하에서는 변경된 기준에 대해서도 향후 규제 회피행위가 계속 발생할 수밖에 없다는 우려를 완전히 불식하기 어려울 것으로 보인다. 사익편취 규제대상 회사의 총수일가 지분을 기준을 상장·비상장 구분 없이 20%로 일원화한 것에 대해서는 그 규제목적상 상장사와 비상장사 간 지분율 기준의 차이를 둘 이유가 없고 같은 목적으로 도입된 대규모 내부거래의 이사회 의결 및 공시제도의 기준과도 정합성을 맞출 필요가 있다는 이유에서 결정한 것으로 풀이된다.

한편, 논란이 많은 간접지분 포함 방식에 대해서는 법 집행 가능성 등을 고려하여 사익편취 규제대상 회사(총수일가 지분율 20% 이상)가 50% 초과 보유한 자회사를 규제대상에 포함하는 것으로 결정되었는데, 이는 대규모 내부거래 공시규정과 제도 정합성을 고려한 차원에서 정해진 것으로 보인다. 법개정 논의과정에서는 총수일가의 간접지분을 모두 포함시키는 안, 규제대상 회사의 완전자회사(100% 출자)만 포함시키는 안 등도 함께 제시되었으나 개정법은 사익편취 규제대상 회사(총수일가 지분율 20% 이상)가 50% 초과 보유한 자회사를 규제대상으로 하였다. 현행 공정거래법의 경우 특수관계인의 지분보유비율을 계산함에 있어서는 총수일가가 계열회사 등을 통해 보유하는 간접지분과 친족에서 분리된 자의 보유지분은 합산에서 제외되어 규제 회피가 사실상 가능했다는 점에서 그 해결책을 찾게 된 것으로 보인다.¹⁴⁾ 개정법‘사익편취 규제대상 회사(총수일가 지분율 20% 이상)가 50% 초과 보유한 자회사’로 규정하게 된 정확한 이유에 대해서는 알려진 바 없고, 다만 50% 초과 보유하는 경우 일응 당해 회사 간 지배관계가 형성된다고 볼 수 있으므로 그 기준으로 정해진 것으로 사료된다.

2.2. 지주회사·자·손자회사 의무지분율 요건 강화

개정법은 신규 설립·전환된 지주회사이거나, 기존 지주회사가 자·손자회사를 신규·편입하는 경우, 자·손자회사에 대한 의무지분율을 상장사와 비상장사의 경우 모두 10%씩 상향하였다(개정법 제18조(지주회사 등의 행위제한 등)).¹⁵⁾ 즉, 상장사의 경우 현행 20%에서 30%로, 비상장사의 경

적 기준 마련이 불가능한 현실에서 기업의 기회비용 및 경쟁당국의 행정비용 감축이 필요하다는 점 등을 고려하여 안전지대 설정에 대해 찬성하는 입장과, 사익편취 규제의 목적이 국민경제에서의 경쟁력 집중 억제라는 점과 합리적 고려 없는 상당한 규모의 거래의 경우 주주에게 불리하다고 할 수 없는 점 등을 들어 반대하는 입장이 모두 제시되었다.

14) 예를 들어 기업집단 삼성의 동일인(이재용) 및 친족 지분 합산 시 기업집단 CJ의 동일인(이재현) 및 그 친족의 삼성 계열사에 대한 보유지분, 기업집단 현대차의 동일인(정몽구) 및 친족 지분 합산시 기업집단 현대중공업의 동일인(정몽준) 및 그 친족의 현대차 계열사에 대한 보유지분은 제외되며 그 역도 마찬가지이다. 김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』, 도서출판 삼일, 2019, 765면 참조(단, 기업집단의 동일인 변경으로 삼성의 경우 이재용으로 변경).

15) 금번 개정법상 지주회사 관련 변화는 크게 세 가지로 볼 수 있는데, ① 지주회사의 자·손자회사 의무지분을 상향, ② 벤처지주회사 요건 완화, ③ 일반지주회사의 기업형 벤처캐피탈 보유의 제한적 허용이 이에 해당한다. 이 중 ②, ③과 관련된 변화에 대해서는 목차 III 이하에서 살펴보기로 한다.

우 40%에서 50%로 높아질 예정이다. 이와 같은 변화는 근래 지주회사가 당초 제도 도입 취지와 달리 누적적인 요건 완화로 인해 과도한 지배력 확대수단으로 변질되었다는 비판이 제기되고, 특히 총수일가 지분이 집중되고 배당 외 편법적 방식으로 수익을 수취하면서 사익편취 등에 악용되고 있다는 지적이 이어짐에 따라 국회에서도 지주회사 부채비율제한 강화 및 주식보유비율 상향 등 관련 의원입법안이 다수 발의되는 상황에서 지주회사의 자·손자회사 의무지분율을 상향함으로써 총수 일가가 적은 자본으로 지배력을 확대해 나가는 부작용이 해소되도록 한 것이다.

공정거래법은 1999년 2월, 제7차 개정을 통하여 지주회사가 가지는 외자유치상의 장점, 비주력사업의 분리매각 촉진 등, 구조조정 차원의 순기능을 충분히 활용할 수 있도록 지주회사의 설립을 제한적으로 허용하였다.¹⁶⁾ 1999년 지주회사의 설립을 허용한 후, 재계에서도 지주회사로의 전환에 대해 비교적 긍정적인 성향을 보여왔으며 정부나 규제당국의 인식도 대체로 우호적인 편이었다. 이에 따라 지주회사의 수는 지속적으로 증가하였고, 근래 들어서는 그 수가 200개에 육박(2017년 9월 기준 193개를 정점으로 하여 2019년에는 173개, 2020년에는 167개로 다소 감소¹⁷⁾)하는 수준으로 유지되어 왔다.¹⁸⁾

그럼에도 불구하고, 지주회사 제도가 총수일가의 지배권 공고화와 경쟁제한에 활용될 수 있다는 우려와, 나아가 경쟁기업을 지주회사 산하에 자회사 형태로 포진시킬 경우 독점 내지 트러스트와 유사한 독과점 문제가 유발될 수 있다는 시각 및 선단식 지배구조로 인한 과도한 경제력집중 우려, 자회사 소수주주의 권익침해 및 지배주주의 사익편취 가능성 등이 문제점으로 지속적으로 지적된 바 있다. 또한, 공정위 보도자료에 따르면 지주체제 전환 대기업집단에 있어 손자회사 중심으로 지배력을 확대되고,¹⁹⁾ 지주회사 체제 내는 물론 체제 내·외 계열사 간 부당 내부거래 가능성이 상존하는 문제가 발견됨에 따라 현행 공정거래 법제로는 지주회사의 소유지배구조를 개선하고 거래행태의 공정성을 담보하기에는 한계가 있다고 보고 법개정을 서두른 바 있다.²⁰⁾

그러나 지주회사 자·손자회사 의무지분을 상향은 이제까지 지속적으로 완화하였던 지주회사 관련 규제의 수위와 방향이 역방향/과거로 회귀하여 그간 정부 기조에 맞춰 지배구조를 변화하거

나 변경을 준비해온 기업집단에 대한 혼란 초래 및 정부 정책 방향에 대한 신뢰 보호(예측가능성, 법적 안정성)의 문제를 야기하고, 나아가 지주회사 설립 및 전환의 역제요인으로 작용할 것이 예상된다. 다만, 이러한 우려가 있음에도 실제 규제 강화의 범위는 전반적이지 않으며 제한적일 것으로 보이는데, 이는 법개정의 효과가 신규 설립 또는 전환된 지주회사이거나, 기존 지주회사가 자·손자회사를 신규 편입하는 경우에만 적용되기 때문이다.²¹⁾

2.3. 공익법인 의결권 제한

개정법은 상호출자제한기업집단 소속 공익법인이 보유한 계열사 주식에 대한 의결권행사를 원칙적으로 금지하여, 공익법인이 총수 일가의 지배력 확대수단으로 이용되는 것을 방지하는 규정(개정법 제25조(금융회사·보험회사 및 공익법인의 의결권 제한))을 마련하였다. 다만, 이 경우 상장 계열사에 대해서는 적대적 인수합병에 대응할 수 있도록 특수관계인과 합산하여 15% 한도 내에서 의결권을 행사할 수 있도록 예외규정을 두었다.

그간 대기업집단 소속 공익법인은 설립취지와 다르게 세금부담 없이 총수일가의 경영권 승계, 편법적 지배력 확대, 부당지원·사익편취의 수단으로 이용되고 있다는 비판이 제기되었다. 이에 대기업집단 소속 공익법인 보유 계열사 주식에 대한 의결권행사를 제한하는 공정거래법 개정안이 의원안으로 여러 차례 발의되는 등, 개선의 목소리가 커진 바 있다. 법개정 특위 과정에서 기부 위촉 등을 고려하여 공익법인 보유 주식 중 일부에 대해서만 의결권을 제한하여야 한다는 의견도 있었으나 받아들여지지 않았으며, 원칙적으로 공익법인 보유 주식 전부에 대한 의결권을 제한하는 방향으로 법안이 설계되었다. 따라서 공정거래법상 금융·보험사 의결권 제한 규정²²⁾과 동일하게 원칙적으로 의결권 행사를 제한하되, 일부 예외적인 경우에만(예외 사유는 금융·보험사 의결권 제한 예외 사유와 동일하게 규정하는 방향에서) 일정 한도 내에서 의결권을 행사할 수 있도록 하였다.²³⁾

또한, 논의과정에서 공익법인이 계열회사에 대하여 100% 지분을 보유한 경우에는 의결권 제한대상에서 제외하여야 한다는 제안도 있었으나, 이 같은 경우에는 적용 유예기간을 설정하기로 하였으며, 내부거래 공시범위와 관련해서는 공익법인이 내부거래하는 경우뿐만 아니라 제3자 등으로부터 계열사 주식을 취득·처분하는 경우까지 이사회 의결 후 공시를 하도록 하였다.

이와 같은 공익법인의 의결권 제한을 규정하는 것이 (개정 논의과정에서도 언급된 바와 같이) 기부 감소 등 공익법인의 긍정적인 사회공헌활동까지 위축되는 것이 아닌가에 대한 우려가 여전히 존재하는 것도 사실이다. 공정위 측에서는 공익법인의 계열사 주식 보유 자체가 제한되는 것이

16) 1980년 공정거래법 시행 이후 1999년까지 공정거래법은 기업의 소유와 경영이 분리되지 않은 우리나라의 현실상 지주회사를 허용하면 이를 통한 문어발식 확장과 경제력집중의 부작용을 우려하여 지주회사의 설립 및 전환을 일반적으로 금지하고, 법률의 규정에 의하여 설립되거나 외국인 투자사업의 영위를 위하여 필요하다고 인정되는 예외적인 경우에만 지주회사의 설립·전환을 허용한 바 있으나, 결합재무제표의 도입과 IMF 외환위기 이후의 상황변화에 의하여 지주회사 제도를 활용해야 할 필요성이 제기되었다. 신현윤, 『경제법』(제8판), 법문사, 2020, 190-191면.

17) 2020년 공정위 보도자료에 따르면, 공시대상기업집단 소속 지주회사(39개→43개) 증가보다는 자산총액 5천억 원 미만인 중소 지주회사가 더 크게 감소(94개→82개)함에 따라 전체 지주회사 수는 감소하였으며, 지주회사를 보유한 대기업집단은 30개(소속된 지주회사는 43개)이며, 이 중에서 전환집단은 24개(소속된 지주회사는 36개)이다. 공정거래위원회, “2020년 공정거래법상 지주회사 현황 분석 결과 발표”, 보도자료(2020.11.18.) 참조.

18) 신영수, “전환기 시점에서 바라본 지주회사 규제의 회고와 전망”, 서울대학교 경쟁법센터 법·정책 세미나(대기업집단정책: 과거, 현재와 미래Ⅱ) 자료집, 2021.02.16., 88면.

19) 상계 공정위 보도자료(2020.11.18.)에 따르면, 전환집단의 소속회사 수는 2015년부터 꾸준히 증가(평균 28.3개→35.7개)하고 있으며, 특히 손자회사의 경우 자·증손회사에 비해 전환집단 소속 비중이 2015년 대비 크게(12.5%) 증가하여 전환집단이 손자회사를 중심으로 지배력을 확대한 것으로 나타났다(반면, 자·증손회사의 전환집단 소속 비중은 각각 6.1%, 6.8% 증가)

20) 상계 공정위 보도자료.

21) 신영수, 상계 발표자료, 109면 참조.

22) 현행 금융·보험사 의결권 규정(공정거래법 제11조)은 원칙적으로 상호출자제한기업집단 소속 금융·보험사가 보유한 국내 계열회사의 지분에 대한 의결권 행사는 금지된다. 다만, 금융·보험사의 계열회사 주식에 대하여 의결권만 제한하는 것이고 취득이나 보유 자체를 제한하는 것은 아니며, 예외적으로 ① 금융·보험업을 영위하기 위한 목적(즉, 금융·보험사에 대한 의결권 행사는 허용), ② 보험업법 등에 의한 승인을 얻은 경우, ③ 상장사에 대해 특수관계인 합산 15% 한도 내에서 임원임면, 정관변경, 합병, 영업양도 등의 사유에 한하여 허용한다.

23) 2020년 5월 기준으로 22개 기업집단 소속 43개 공익법인이 94개의 계열사 지분 보유하고 있다.

아닌바 지배력 확대 목적이 없는 선의의 기부를 위촉시키지 않고, 의결권 행사가 가능한 예외 사유도 충분히 규정하고 있다고 주장하고 있으나, 기업 입장에서 바라볼 때는 주주의 의결권 행사가 재산권의 일종이며, 그 행사를 제한하는 것은 이러한 권리를 제한하는 문제이고, 나아가 공익법인을 설립하였다는 이유만으로 부정적인 시각으로 본다면 공익을 추구하는 기업의 경영활동 및 사회적 책임(CSR)에 대한 이해가 부족한 것이라는 반론이 가능한 것도 사실이다.²⁴⁾ 또한, 악용의 문제가 발생하는 경우 현행 「공익법인 설립·운영에 관한 법률」(공익법인법) 차원에서 먼저 검토할 사안이며, 대기업집단 소속 공익법인의 문제는 의결권 행사 제한만으로 해결될 문제는 아니며, 공익법인법 뿐만 아니라, 상증법 등 관련 법제에서 종합검토가 필요하다는 의견도 있다.²⁵⁾

2.4. 금융·보험사 의결권 제한 강화

현행법에서는 금융·보험사가 보유한 계열사 지분에 대한 의결권은 원칙적으로 금지되나, 적대적 인수합병 방어 등, 일부 필요한 경우에 한하여 의결권이 예외적으로 인정되어 왔다. 그러나 개정법은 계열사간 합병 및 영업양도는 본래 예외 허용 목적인 적대적 M&A 방어 등과는 무관하며, 오히려 총수일가를 위해 불리한 합병비용에 찬성하는 등의 악용가능성이 있는 점을 고려하여 현재 예외적으로 인정되는 사유 중, 적대적 인수합병과 무관한 계열사 간 합병 및 영업양도에 대한 금융보험사의 의결권 행사를 금지하여 금융보험사가 편법적인 지배력 확대에 악용될 수 있는 여지를 없앴다(개정법 제25조(금융회사·보험회사 및 공익법인의 의결권 제한)). 금법 개정의 배경에는 현재 상호출자제한기업집단 소속 금융·보험사가 보유한 국내 계열회사의 지분에 대한 의결권 행사는 원칙적으로 금지되나 상장사 등에 대한 일부 예외가 허용되고 있으나 금융·보험사가 총수의 기업집단에 대한 지배력을 유지·강화하는 수단으로 활용되고 있어 규제를 강화할 필요성이 있다는 의견²⁶⁾이 꾸준히 제기된 바 어서 이를 반영한 것으로 풀이된다.

2.5. 기존 순환출자에 대한 의결권 제한

현행 공정거래법은 상호출자제한기업집단에 속한 회사에 대해 신규 순환출자를 형성 또는 강화하는 계열출자를 금지하고 있다(법 제9조의2 제2항 제1문). 과거 공정위는 2007년부터 순환출자를 해소하기 위하여 법 개정작업을 시도해 왔으나 재계의 반대로 뜻을 이루지 못하였다가 2014년 1월 법개정을 통하여 우선 신규로 형성되는 순환출자만을 금지하는 제도를 도입하였 다.²⁷⁾

그러나 기존 순환출자도 지배주주의 과도한 지배력 유지, 지배구조의 투명성 저하 등의 폐해

가 있어 원칙적으로 해소하여야 한다는 비판이 그간 꾸준히 제기되어 개정법은 상호출자제한기업집단으로 새롭게 지정되는 기업집단이 지정 이전부터 보유하고 있는 순환출자에 대해서 의결권을 제한하는 내용을 개정법에 마련하였다(개정법 제23조(순환출자에 대한 의결권 제한)).²⁸⁾ 다만, 법 시행 이후 최초로 상호출자제한기업집단으로 지정·통보되는 경우부터 적용한다는 단서를 달았는데, 이는 현행 공정거래법이 상호출자제한기업집단에 지정된 회사가 새롭게 순환출자를 만드는 행위만을 금지하고 있기 때문에 상호출자제한기업집단으로 지정되기 직전에 가공 자본을 활용하기 위한 순환출자를 형성하는 것을 규율할 수 없는 문제를 개선하고자 한 것으로 보인다. 이 같은 규율방식에 대하여 규정이 적용되는 집단의 범위가 제한적이라는 지적이 있으나 향후 지정될 기업집단에 대해서는 여전히 규제실익이 있다고 볼 수 있으며, 주식의 처분보다는 의결권 제한방식²⁹⁾이 최소 침해 원칙에 부합된다고 볼 수 있다.

비록 대부분의 대기업집단이 자발적으로 순환출자를 대거 해소한 현 상황³⁰⁾에 비추어 보면 법 개정 실익이 낮다고 볼 수 있겠으나, 위에서 언급한 바와 같이 현재 자산총액이 5조 원 ~ 10조 원 구간에 있어 향후 상호출자제한기업집단으로 지정될 가능성이 상당한 기업집단들에 대해서는 선제적으로 순환출자 형성을 저지하는 데에도 어느 정도의 기여가 있을 것이다. 또한, 출자 시에는 적법하였으나 이를 사후적으로 규제하는 것이 소급입법의 문제를 초래할 수도 있으나, 순환출자 해소에 대한 의무를 부과하고 그 의무를 이행하지 않는 경우 제재하는 것이므로 진정소급이 아닌 부진정소급에 해당하고, 의결권 제한방식이므로 최소한의 침해를 통한 시정을 유도하는 방식에 해당한다고 볼 수도 있어서 소급입법으로 단정하기는 어려울 것으로 보인다.³¹⁾

Ⅲ. 혁신성장의 촉진 관련 법제의 개선 관련 개정안 검토³²⁾

1. 혁신성장 관련 법제 개정 개요

공정위는 금반 공정거래법 전부개정안을 마련하면서 4차 산업혁명에 따른 경제법 현대화 방안을 모색하고, 혁신생태계 구축 및 신산업 분야 집행역량 제고를 위한 내용을 개정안에 반영하였다.³³⁾

28) 또한, 의결권 제한시 순환출자 고리 중 순환출자를 최종 완성한 출자회사의 의결권만 제한하는 방향에서 규정이 마련되었다.

29) 이는 既취득한 주식에 대해 소유 자체는 허용하되, 다만 순환출자가 지배력 확장의 도구로 사용되는 것을 차단하기 위하여 의결권 행사만을 제한하는 방식이다.

30) 공정위 기업집단포털 공시자료에 따르면, 2020년 5월 1일 기준으로 전체 64개 공시대상기업집단 중 4개 집단이 21개 순환출자고리를 보유하고 있다. 2019년과 비교할 때 기존 집단이 보유하고 있던 순환출자고리 수는 3개 감소하였으나, 신규 지정된 KG가 원래 보유하고 있던 순환출자고리 10개가 추가된 것이다.

31) 법개정 논의과정에서도 의결권을 제한하는 것이 소급입법 논란을 최소화하면서도 간접적으로 해소의무를 부과할 수 있는 현실적인 방법이라는 차원에서 이러한 규정이 마련되었다.

32) 목차 III 이하의 내용은 저자의 “4차 산업혁명과 경제법의 동향”(경제법연구 제18권 제호) 논문의 일부를 수정·보완한 내용이다.

33) 이와 유사한 내용으로 2018년 11월 19일 발의된 민병두 의원안(의안번호 제16674호)과 2019년 1월 2일 제출된 이학영 의원안(의안번호 제17999호), 2019년 1월 7일 제안된 장병관 의원 대표발의안(의안번호

24) 곽관훈, 공정거래법 전면개정 토론회 자료집(2018.07.24.), 23-24면.

25) 백흥기, 전계 토론회 자료집, 30면.

26) 그간 경실련, 경제개혁연대는 예외조항 제3호를 전면 삭제하는 방안까지 제시한 바 있다.

27) 이 과정에서 신규순환출자뿐만 아니라 이미 형성된 순환출자 해소에 관하여도 논의되었으나 급격한 변화에 대한 부작용을 우려하는 재계의 목소리가 컸으며, 공시의무 부과 등을 통하여 기업집단의 자발적 해소를 유도하는 것이 바람직하다는 판단에서 현행법의 수준으로 규정이 마련되었다. 권오승·서정, 전계서, 507면.

< 표 2> 공정거래법 개정안 주요 개정 내용 - 혁신성장 촉진

	개정 내용
혁신성장 촉진	▪ 기업형 벤처캐피탈(CVC) 제한적 보유 허용
	▪ 벤처 지주회사 규제 완화
	▪ 거래금액 기반 기업결합 신고기준 도입
	▪ 정보 교환 담합 행위 규율

2. 혁신성장 촉진 법제의 변화

2.1. 기업형 벤처캐피탈(CVC) 제한적 보유 허용

기업형 벤처캐피탈(Corporate Venture Capital, 이하 CVC)³⁴⁾ 제한적 보유 허용 조항(제20조 (일반지주회사의 금융회사 주식 소유 제한에 관한 특례))은 당초 공정위가 2018년부터 추진했던 전부개정안에는 포함되지 않았으나, 2020년 12월 8일, 국회 정부위원회 전체회의에서 대안으로 제시되어 2020년 12월 9일 법제사법위원회 전체회의에서 의결된 후 같은 날 본회의에서도 의결된 내용이다.³⁵⁾

이 규정은 금산분리 원칙³⁶⁾의 예외로서 일반지주회사가 「벤처투자 촉진에 관한 법률」에 따른 중소기업창업투자회사 및 「여성전문금융업법」에 따른 신기술사업금융전문회사의 주식을 소유할 수 있도록 하되,³⁷⁾ 이 같은 CVC가 타인자본을 통한 지배력 확대 등, 경제력집중 및 편법승계/사익편취의 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위해 일반지주회사의 경우 CVC의 지분을 100% 소유하고, CVC의 부채비율이 200%를 초과하면 안되며, 투자업무 이외의 금융업 또는 보험업 겸영을 금지하고, 투자대상을 제한하며, 공정위에 대한 운영현황 보고³⁸⁾ 등을 하도록 하고 있다.

제18067호) 등도 공정하고 혁신적인 시장경제 시스템을 구현하고, 21세기 변화된 경제환경에 부합할 수 있도록 하는 내용을 담은 바 있다.

34) CVC는 대기업 등 비금융권 기업의 독립적 벤처기업에 대한 소수주주 지분투자를 통하여 모험적인 사업 분야에 대한 투자, 장기적인 파트너십 형성, 자본·경영관리·기술지도 등의 종합적인 지원이 가능하다는 장점이 있다. 「중소기업창업 지원법」에 따른 중소기업창업투자회사와 「여성전문금융업법」에 따른 신기술사업금융전문회사 등이 이에 해당한다.

35) 일반지주회사의 CVC 소유 허용은 전부개정안 원안에는 포함되어 있지 않았으나, 의원입법으로 2018년 6월 21일 발의된 김병관 의원 대표발의안(의안번호 제13979호)은 지주회사가 기업형 벤처캐피탈을 자회사로 보유할 수 있도록 하려는 규정을 둔 바 있다. 이에 대하여 공정위는 일반지주회사에 금융회사인 CVC 소유를 허용하는 것은 금산분리 원칙에 반하는 것으로 법정부적 논의를 거쳐 사회적 합의가 전제될 필요가 있다는 반대 의견을 제시하였다. 오창석, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서 - 장병완 의원 대표발의(의안번호 제18067호), 제367회국회(임시회) 제3차 정무위원회, 2019.3. 16면.

36) 현행 공정거래법은 지주회사와 관련하여 금산분리의 원칙을 채택하고 있다(법 제8조의2 제2항 제4호, 5호). 금융지주회사는 금융업 또는 보험업을 영위하고 있는 회사 외의 국내회사의 주식을 소유하는 행위를 해서는 안 되며, 일반지주회사는 금융업 또는 보험업을 영위하고 있는 국내회사의 주식을 소유하는 행위를 해서는 안 된다.

37) 2020년 9월 기준으로 일반지주회사는 157개이다.

38) 개정법에 따르면, CVC는 자신 및 자신이 운용중인 모든 투자조합의 투자현황, 출자자 내역 등을 공정위

즉, 상당한 정도의 사전적, 사후적 통제장치가 함께 들어온 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾

이와 같은 규정을 마련하게 된 입법 취지가 ‘기업 내 풍부한 유보자금을 벤처 등 생산적인 부문으로 유인하고, 전략적 투자 활성화를 통해 활력 있는 벤처 생태계 촉진’⁴⁰⁾하고자 함에 있다고 하나, 지나치게 까다로운 규제를 부담하게 함으로 일반 기업집단이 CVC를 설립하는 것보다 오히려 지주회사가 CVC를 설립하는 것이 더 어려운 수준이라는 점을 부인하기는 어려우며, 이와 같은 CVC 설립에 있어서 일반 기업집단과 지주회사 간의 규제수준의 차이를 타당하게 설명하기 힘든 난점이 있다.⁴¹⁾

2.2. 벤처지주회사에 대한 규제 완화

벤처지주회사란 「벤처기업육성에 관한 특별조치법」 제2조(정의) 제1항에 따른 “벤처기업의 주식가액 합계액이 당해 지주회사가 소유하고 있는 전체 자회사 주식가액의 합계액의 100분의 50 이상인 지주회사”를 의미한다(법 제8조의2 제1항 제2호). 벤처지주회사는 금융지주회사 외의 일반지주회사로서, 일반지주회사 체제 내에 중간지주회사의 형태로도 존재할 수 있다. 벤처지주회사는 벤처기업 육성정책에 따라 2001년 공정거래법에 도입되었다.⁴²⁾

벤처기업의 활성화를 위하여 벤처지주회사 제도가 도입되었으나 벤처지주회사에도 일반지주회사와 동일하게 비계열사 주식취득 제한이 적용되고, 일반지주회사가 자회사 또는 손자회사 단계에서 벤처지주회사를 설립하는 경우에 통상적인 자회사, 손자회사 지분요건이 그대로 적용되는 등, 벤처지주회사의 특성에 맞지 아니하게 요건이 과도하여 제도 도입 이후 활용사례가 사실상 없어서 그동안 제도개선의 지적을 받아왔다.⁴³⁾ 따라서 전부개정안에서는 벤처기업에 대한 투자와 인수가 실질적으로 활성화되도록 벤처지주회사의 자회사 지분보유 요건은 현행 20%를 유지하되, 기존 지주회사가 벤처지주회사를 자회사 또는 손자회사 단계에서 설립하는 경우에는 벤처지주회사의 자회사 지분보유특례⁴⁴⁾를 적용하도록 하고, 벤처지주회사의 경우 일반지주회사와는 달리 비계열사 주식취득 제한을 폐지하여 비계열사 발행주식의 5% 이상을 취득 가능하도록 하는 것을 골자로 개정법 제18조 제2항 제2호 및 제3호가 마련되어 있다.

다만, 이와 같은 벤처지주회사에 대한 규제완화는 일반지주회사의 CVC 보유 허용으로 인

에 보고하여야 한다.

39) 이와 같은 강력한 통제장치의 마련에 대하여 정부는 “타인자본을 통한 과도한 지배력 확대, 총수일가 사익편취 등 부작용 차단을 위하여 CVC 설립, 자금조달, 투자 및 회수단계 등 각 경로별로 안전장치를 세밀하게 마련하였다”는 입장을 밝히고 있다. 공정경제 3법 합동 브리핑, “공정경제 3법 주요내용 및 기대효과”, 2020.12.16., 8-9면 참조.

40) 일본, 독일 등에서는 대기업이 CVC 설립 등을 통해 스타트업에 대한 투자를 확대하여 이윤 창출 및 오픈 이노베이션 도모하고, 혁신생태계에서의 스타트업 활성화에 기여하고 있다. 강하연·김성욱·박지현·남상열·김성웅·김진주·최효민·정아영·박정은, “창조경제 글로벌 혁신협력모델 개발 연구(기본형모델), 정보통신정책연구원 정책연구 16-29-01(2016.12) 참조.

41) 같은 취지의 의견으로서 신영수, 전계 발표문 111면 참조.

42) 권오승·서정, 전계서, 522면.

43) 공정위에 따르면, 2016년 비자발적으로 벤처지주회사 요건을 충족한 후 자산규모가 기준 아래로 감소되어 제외 신청된 사례는 1건이 유일하다.

44) 특례에 따라 최소지분율 요건이 20%로 완화된다.

하여 그 필요성이 다소 저하되는 점을 부인하기 어렵다.⁴⁵⁾

2.3. 거래금액 기반 기업결합 신고기준 도입

공정위는 이번 전부개정안을 마련하면서 거대 웹 기반 기업의 빅데이터 확보 경쟁과 이에 따른 전략적 기업결합에 대비하여 ‘거래금액 기반 기업결합신고기준’(개정법 제11조 제2항)을 도입하였는데, 이는 대기업이 규모는 작지만 성장잠재력이 큰 벤처기업이나 스타트업 등을 거래에 인수하는 경우, 피인수기업의 자산총액이나 매출액이 현행 기업결합신고대상 기준에 이르지 못하여 신고의무가 발생하지 아니하게 되는 바, 장래에 시장 독과점을 형성하거나 진입장벽을 구축하더라도 기업결합 심사조차 못할 우려가 있으므로 피인수기업의 국내 매출액 등이 현행 신고기준⁴⁶⁾에 미달하더라도 해당 인수금액(기업결합의 대가로 지급 또는 출자하는 가치의 총액)이 일정 기준 이상이고, 피인수기업이 국내 시장에서 상품 또는 용역을 판매·제공하거나, 국내 연구시설 또는 연구인력을 보유·활용하는 등 국내 시장에서 상당한 수준으로 활동하고 있는 경우에는 공정거래위원회에 신고하도록 하는 내용을 골자로 한다.⁴⁷⁾ 매출액이 미미함에도 불구하고 인수대상기업의 인수가격이 높다는 것은 그 만큼 그 기업이 높은 시장잠재력을 가진 혁신적인 기술이나 사업아이디어를 보유하고 있다는 징표일 것이기 때문이다.

이러한 개정법이 만들어진 배경에는 2017년 6월 9일에 시행된 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 GWB)이 제9차 개정법으로 합병규제 및 시장 지배적지위의 판단과 관련하여 디지털화에 수반되는 대표적인 현상, 즉 플랫폼에 착안하여 획기적인 입법례로 평가할 수 있는 일련의 규정을 도입한 것에 영향받은 바 있다.⁴⁸⁾ 그밖에도 기업결합 관련 규정을 비롯하여 독일 GWB 개정사항 중 급속히 진행되고 있는 디지털화에 대응하기 위한 내용으로서는 다음과 같은 세 가지가 있다.

- ① 인수가격이 4억 유로를 초과하고 피인수기업이 상당부분 독일 국내에서 활동하고 있는 기업결합으로 규제대상 확대(GWB 제35조 제1a항)
- ② 무가시장(free markets)에 관한 규정(GWB 제18조 제2a항)

45) 신영수, 전계 발표문 111면.

46) 현행법에 따르면, 기업결합 신고의무는 취득회사가 자산총액 또는 매출액(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 금액을 말함)의 규모가 3천억 원 이상인 회사(기업결합신고대상회사) 또는 이러한 기업결합 신고대상회사의 특수관계인이 자산총액 또는 매출액의 규모가 300억 원 이상인 상대방회사에 대하여 기업결합을 한 경우 기업결합신고의무가 발생한다(법 제12조 제1항, 시행령 18조 제1항, 제2항).

47) 그러나 현행 공정거래법에 따르면, 기업결합 당사회사의 신고가 없더라도(내지 신고기준에 미달하더라도) 공정위가 언제든지 처분시효가 남아 있을 경우 직권으로 조사·심의하여 시정조치를 내릴 수 있는 재량이 있으므로 이러한 개정법의 실효성이 크지 않다는 해석도 가능하다.

48) 우리나라 공정거래법과 마찬가지로 총래 독일 GWB은 기업결합규제의 적용범위(Anwendungsbereich)를 정하면서 오로지 매출액만을 기준으로 명정하고 있었다(구GWB 제35조 제1항). 이 규정에 따르면 기업결합에 참가하는 사업자의 전 세계 매출액 합계가 5억 유로 이상이고 독일 내에서 적어도 하나의 참가사업자가 2천5백만 유로, 다른 참가사업자가 5백만 유로의 매출액을 갖는 경우에 기업결합 규제 관련 조항이 적용된다. 우리나라 공정거래법에서 정한 신고대상이 기업결합 당사회사의 자산총액 또는 매출액이 각각 3천억 원과 3백억 원인 것과 비교하면 독일 GWB에서 정한 기준인 2천5백만 유로(약 325억 원)나 5백만 유로(약 65억 원)는 상대적으로 낮은 기준으로 볼 수 있다.

③ 플랫폼 사업자의 시장지위를 판단하는 새로운 기준의 도입(GWB 제18조 제3a항)

여기서 ①은 독일 GWB상 기업결합 규제의 흠결을 메우기 위한 것이고, ②와 ③은 양면 또는 다면시장의 특성을 갖는 플랫폼과 관련하여 무료서비스에 관한 관련시장의 확정과 시장지배적지위 판단시 고려할 사항(직·간접적 네트워크 효과와 이용자의 전환비용, 제3자의 플랫폼 접근성 등)을 규정한 것이다.⁴⁹⁾

개정법 제11조 제2항과 마찬가지로 개정 GWB 제35조 제1a항은 디지털화가 활발히 진행되는 시장에서 발생하는 기업결합 중 장래의 잠재력이 상당히 큰 경우를 규제대상에 포함함으로써 장래의 혁신을 보호하고 시장붕쇄나 신규진입 억지를 통한 구조적 악화를 방지하려는 취지에서 마련되었다. 이러한 독일의 법개정은 디지털화된 시장에서 총래 기업결합 규제대상의 흠결을 메우기 위한 것이었는데, 그 대표적인 흠결사례로 언급되는 것이 바로 Facebook/WhatsApp 기업결합(2014)건이며 개략적인 내용은 다음과 같다.

Facebook/WhatsApp 기업결합(2014)건⁵⁰⁾

2014년 2월, Facebook⁵¹⁾은 WhatsApp⁵²⁾을 190억 달러에 인수할 계획을 발표하고, 같은 해 8월 29일, 미국 FTC 및 EU집행위원회에 신고하였다.⁵³⁾ 미국 FTC와 EU집행위원회는 Facebook과 웹기반 메시징 플랫폼 업체인 WhatsApp의 기업결합에 대하여 심사하였으며, 2014년 10월 두 경쟁당국은 Facebook과 WhatsApp의 기업결합에 대해 경쟁제한성이 없다고 판단하고 이를 승인하였다.

EU집행위원회는 동 기업결합을 심사하면서 빅데이터 관련 산업에서의 배제적 행위에 대하여 분석하였다.⁵⁴⁾ 집행위원회는 네트워크 효과가 종종 통신시장에서 진입장벽을 형성한다는 사실을 인정하였으나, 이 사건 기업결합이 그와 같은 진입장벽을 만드는 것은 아니라고 평가하고, 소비자들은 동시에 여러 앱들을 사용하고 있거나 사용할 수 있고, 다른 앱으로 이동하는 것이 용이하며, Facebook 외에도 수많은 사업자들이 이용자 정보를 수집하고 있으므로 결론적으로 봉쇄효과를 부인하는 결과에 이르렀다.⁵⁵⁾ 이 같은 집행위원회의 분석결과는 빠르게 변화하는 온라인 시장에서 네트워크 효과의 진입장벽으로서의 기능을 사실상 부정한 것이라는 점에서 큰 의의를 가진다.

한편, Facebook과 WhatsApp의 기업결합은 위와 같이 최종 승인되었으나, 2017년 5월 18일 EU집행위원회는 Facebook이 WhatsApp 인수 당시 잘못된 정보를 고지했다는 이유로 1억 1000만 유로의 벌금을 부과하였다.⁵⁶⁾ 이는 Facebook이 2014년 합병 당시 제출한 자료와는 달리 Facebook이 WhatsApp의 이용자들의 신상 정보를 자동적으로 Facebook의 이용자 정보와 결합(matching)하는 것이 기술적으로 가능했기 때문에 허위자료에 제출에 대한 제재에 해당한다.⁵⁷⁾

49) 이봉의, “디지털경제와 기업결합 신고의무의 개선방안”, 경쟁법연구 제39권, 한국경쟁법학회 2019.5, 241면.

그런데 인수가액 기준을 도입하더라도 공정거래법을 적용할 만큼 중요한 기업결합인지를 파악하기 위하여 ① 어느 정도의 인수금액을 상정할 것인지, ② 국내시장과의 관련성을 정성적·정량적 지표 중에서 어떤 형태로 명시할 것인지, ③ 아울러 신고대상에 포함될 기업결합이 거의 대부분 국제기업결합일 것이기 때문에 역외적용을 위한 기존의 신고의무와 어떻게 조화시킬 것인지가 면밀하게 검토되지 않으면 안 될 것이며,⁵⁸⁾ 공정위는 최대한 빠른 시일 내에 일정 기준 이상의 인수금액 기준과 국내활동의 상당성을 판단하기 위한 세부적인 기준을 정한 시행령 규정을 마련하여야 할 것이다.

2.4. 기업결합 심사기준의 개정

공정위는 2019년 2월 27일, 혁신경쟁을 촉진하는 기업결합을 신속히 처리하고, 잠재적 경쟁기업 인수 등을 통한 독점화 시도는 차단하기 위하여 ‘기업결합 심사기준’을 개정하였다. 이 같은 개정은 반도체, IT 기기 등 연구·개발 등 혁신 경쟁이 필수적이면서도 지속적으로 일어나는 혁신 기반 산업이 국내 시장에서 차지하는 중요성이 높았으나 관련 산업에서의 기업결합으로 인한 혁신경쟁 저해 등 소위 동태적 경쟁제한효과에 대한 심사기준은 구체적으로 갖추어지지 못하였으며, 4차 산업혁명 분야에서 정보자산은 주요 원재료이자 상품이므로 신성장을 촉진시키기 위하여 정보자산 독점·봉쇄 등의 우려가 있는 경쟁제한적 기업결합에 선제적으로 대응할 필요가 있다

50) 최난철현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미”, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.11, 334~336면 참조.

51) Facebook은 네트워크 플랫폼 Facebook과 통신앱 Facebook Messenger 및 사진동영상 공유플랫폼 Instagram을 운영하는 소셜네트워킹(social networking) 서비스 사업자로서, 플랫폼 광고 판매로 수익을 거두는 동시에 이를 위해 자사 서비스 이용자들의 정보를 수집·분석하여 맞춤형(targeted) 광고 서비스를 제공한다.

52) WhatsApp은 스마트폰에서 구동되는 멀티미디어 메시징 서비스를 제공하는 사업자로서, 중앙 서버에 이용자의 메시지를 저장하지도 않으며, 온라인 광고 사업도 하지 않는 특징을 가진다.

53) 이 기업결합은 거액의 인수가액에도 불구하고 WhatsApp의 2013년 EU 내 매출액이 1억 유로에 못 미쳐 EC 합병규칙 제1조 (2)항에 따라 2억 5천만 유로를 기준으로 하는 EU집행위원회의 합병규제 관할권에 포함되지 아니하였다. 그러나 개별 회원국의 기업결합 심사에서 상반된 결과들이 나올 것을 우려한 결합 당사회사들이 동 규칙 제4조 (5)항에 따라 집행위원회의 심사를 요청했고, 소정의 시한까지 경쟁당국들이 이익을 제기하지 않아 동 위원회가 이 기업결합을 심사하게 되었다. 이기종, “디지털 플랫폼 사업자 간의 기업결합 규제 - EU의 Facebook/WhatsApp 사건을 중심으로”, 「상사판례연구」 제29집 제1권, 한국상사판례학회, 2016.3.31., 81~82면.

54) Case No COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp, Comm’n Decision, ¶ 191, 2014. 10. 3, available at <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>.

55) European Commission Press release IP-14-1088, Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook, 2014.10.03.

56) European Commission, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover(Press release), 2017.05.18.

57) 한편, Facebook은 2017년 5월 16일, 프랑스 경쟁당국으로부터 이용자 동의 없이 개인정보를 수집했다는 이유로 과징금 15만 유로의 처분을 받았으며, 이탈리아 경쟁당국도 WhatsApp이 이용자 동의 없이 개인정보를 Facebook과 공유한 혐의로 300만 유로의 벌금을 부과하였다. 그 밖에도 벨기에, 스페인, 네덜란드, 독일의 경쟁당국은 Facebook이 인터넷에서 이용자를 어떻게 추적하는지 등에 대해 조사 중에 있다.

58) 이병의, 전개논문, 255~256면 참조.

는 그간의 지적을 반영한 것으로 보인다.

또한, 최근 해외 경쟁당국도 앞서 언급한 Facebook/WhatsApp 기업결합(2014), Microsoft/LinkedIn 기업결합(2016)⁵⁹⁾ 등 일부 사례에서 정보자산 활용의 특성(진입장벽 형성, 네트워크 효과)에 주목하여 미국 DOJ와 FTC는 기업결합 심사지침에 혁신저해에 대한 내용을 반영하는 등 각국 경쟁당국은 R&D나 정보자산이 결부된 기업결합의 심사에서 새로운 시도를 하고 있다. 우리나라 공정위 역시 2015년 반도체장비업체 간 기업결합에서 기업결합이 혁신에 미치는 영향을 검토하였으나 당시 명시적인 심사기준이 존재하지 않아서 사업자로서는 어느 경우에 혁신시장에서 경쟁이 제한되는지 또는 정보자산의 결합으로 인하여 초래되는 경쟁제한성이 무엇인지에 대하여 예측하기가 어려웠다.⁶⁰⁾

따라서 개정된 심사기준은 ① ‘정보자산’에 대한 정의규정 마련하고, ② 혁신기반 산업 기업결합 심사시 관련시장 획정 방식을 규정하고, ③ 혁신시장의 시장집중도 산정기준을 제시하였으며, ④ 혁신기반 산업의 기업결합 및 정보자산 기업결합의 경쟁제한효과 심사기준을 제시하였다는 점에서 기존의 심사기준과 차이가 있다.

구체적으로 설명하면, 혁신경쟁 저해효과에 대한 판단기준을 마련하기 위하여 개정된 심사기준은 다른 사업자의 제조·판매 활동 또는 연구·개발 활동과 근접한 연구·개발 활동이 이루어지는 분야(혁신시장)를 별도의 시장으로 획정하거나, 제조·판매 시장과 포괄하여 획정하는 방식을 도입하였다. 또한, 시장집중도 산정시 연구개발비 지출 규모, 혁신활동에 특화된 자산 및 역량의 규모, 해당분야 특허출원 또는 피인용 횟수, 혁신경쟁에 실질적으로 참여하는 사업자의 수 등을 참고하는 방식을 택하였으며, 경쟁제한성 판단에 있어서는 결합당사회사가 중요한 혁신사업자인지 여부와 결합당사회사가 수행한 혁신활동의 근접성 또는 유사성, 그리고 결합 후 혁신경쟁 참여자 수가 충분하지 여부 등을 종합적으로 고려하였다. 아울러 정보자산 수반 기업결합 심사 시 전제가 되는 ‘정보자산’에 대하여 “다양한 목적으로 수집되어 통합적으로 관리, 분석, 활용되는 정보의 집합”으로 정의하고, 경쟁제한성 판단요소로서 기존 심사기준의 경쟁제한성 판단기준 이외에도, 기업결합으로 인하여 대체하기 곤란한 정보자산에 대한 접근을 봉쇄하는지 여부, 비가격적 경쟁을 저해시키는지 여부 등도 고려하도록 하고 있다.⁶¹⁾

기업결합 심사기준 개정에 따라 관련 기업결합을 추진하는 기업들의 예측가능성이 제고되어 기업결합 심사의 불확실성에 따른 부담이 줄어들고, 글로벌 기업이 국내의 잠재적 경쟁기업을 인수함으로써 미래 시장을 독점하려는 시도가 줄어들 것이 기대되나, 만약 기준이 잘못 운용될 때

59) 2016년 6월, 세계 최대 소프트웨어 업체인 Microsoft는 비즈니스 전문 소셜네트워킹 서비스(SNS) 제공업체인 LinkedIn을 약 260억 달러에 인수한다고 발표하였다. 이는 역사상 가장 큰 규모의 기업인수로서, 2011년 Microsoft의 Skype 인수(약 85억 달러)보다 3배 이상 더 많은 액수의 초대형 기업결합에 해당한다. 최난철현, 전개논문(“기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미 - 최근 해외 주요 기업결합 사례를 중심으로”), 336~338면 참조.

60) 법무법인(유) 광장 Antitrust Group, “공정거래위원회 기업결합 심사기준 개정”, 법무법인(유) 광장 뉴스레터, 2019.2.

61) 다만 2019년 개정된 기업결합 심사기준이 플랫폼 산업분야에서의 시장획정 및 경쟁제한성 판단에 관한 사항은 포함하고 있지 않으므로 향후 공정위 심사의 일관성 확보를 위해 이를 추가하는 방안을 마련하는 것이 적절하다는 견해가 있다. 강지원, 대한변호사협회·4차산업혁명융합법학회 공동학술대회(2019.6) 토론문, 공동학술대회 자료집 54면.

는 혁신시장에서의 기업결합 시도가 위축될 수도 있다는 우려도 함께 제기되고 있다.

2.5. 정보 교환 담합 행위 규율

경쟁사업자 사이에 미래가격 등 민감한 정보를 교환하는 행위는 경쟁제한적 폐해가 커서 EU, 미국 등에서는 이를 ‘동조적(同調的) 행위(concerted practice)’로 금지하거나 정보교환 합의 자체를 규율하고 있는 반면, 우리나라의 현행 법률에는 이에 대한 명시적 규정이 없어 종래 이를 부당한 공동행위로 규율하기 어려운 문제가 제기되었다. 따라서 전부개정안에서는 경쟁제한적 정보교환 행위를 효과적으로 규율할 수 있도록 사업자 간 담합으로 볼 수 있는 외형상 일치가 존재하고 이에 필요한 정보를 교환한 경우에는 사업자 간 합의가 있는 것으로 법률상 추정하고, 사업자 간 가격·생산량 등의 정보를 주고받음으로써 실질적으로 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의를 부당한 공동행위의 하나의 유형으로 포함시키는 것을 내용으로 법률상 추정조항 및 금지되는 행위유형 보완(개정법 제40조 제1항 제9호, 제5항)하고, 가격·생산량 등 민감한 정보의 구체적인 유형을 대통령령으로 위임하였다.

위와 같은 개정에 대하여는, 경영전략 등에 관한 특정한 ‘정보’를 단순히 교환하는 행위도 경우에 따라 담합과 관련된 합의로 평가될 수 있으므로 시장에서의 사업자 간 자유로운 의사연락이 향후 제한될 가능성이 있다는 우려가 제기되고 있어서 이에 대한 합리적인 해석지침 등이 필요할 것으로 보인다. 또한, 해당 조항 본문에서는 ‘합의’를 구성요건으로 하고 있음에 반하여 정보교환행위를 합의 유형으로 추가하려는 제9호에서는 정보를 ‘주고받는 행위’를 위반대상으로 규정하고 있어 법체계적으로 상이한 내용⁶²⁾을 규정하는 것이라는 점도 고려할 필요가 있는 것으로 보인다.

한편, 정보교환행위를 부당한 공동행위 합의추정 대상 행위로 추가하려는 개정법의 내용은 가격·수량 등에 관한 직접적인 정보교환 등 경쟁제한적 효과를 적극적으로 의도한 행위에 대해서는 효율적인 담합 적발·규제를 위해 합의를 추정할 필요성이 있다는 점을 고려하면 긍정적인 측면이 인정되나, 담합 합의추정의 우려 때문에 순경쟁적인 효과를 나타낼 수 있는 행위(예컨대 상품가격 통일화 또는 공동마케팅·생산 목적 합작법인 설립 등)에 필요한 사업자 간 정보교환행위까지도 전면적으로 위축될 가능성이 있다는 측면을 들어 신중한 검토가 필요하다는 의견 또한 제시되고 있다.⁶³⁾

한편 디지털 시장에서 주요한 거래정보에 대한 예측가능성이 증대되고 있으며, 장래의 경쟁에 대한 사업자 스스로의 조정/관리 가능성은 강화될 수 있다. 또한 이를 통하여 소위 ‘의식적 병행 행위(conscious parallelism)’ 또는 ‘묵시적 담합(tacit collusion)’이 조성되기 쉬운 환경이 된다. 컴퓨터 알고리즘에 의존하는 새로운 유형의 카르텔을 소위 21세기형 ‘디지털 카르텔(digital

62) 제1호부터 제8호에 따른 합의는 가격결정, 거래조건결정, 회사설립 등 담합에 참여한 사업자들이 공동으로 동일한 사항을 목적으로 하는 합의임에 반하여, 제9호에서 규정하려는 정보교환행위에 대한 합의는 정보의 내용과는 상관없이 ‘교환행위’ 자체에 대한 합의라는 점, 교환행위의 대상이 된 정보를 통해 ‘실질적 경쟁제한성’이 발생한 경우라는 규범적 요소가 합의유형 판단에 추가가 되었다는 점 등이 상이하다. 오창석, 전제보고서 21면.

63) 오창석, 상계보고서 22면 참조.

cartel)’ 내지 ‘테크노 카르텔(techno-cartel)’이라고 부르기도 한다.⁶⁴⁾ 당초 디지털 경제에 있어서의 신유형의 담합이라고 일컬어지는 알고리즘을 통한 사업자 간 정보교환에 대한 대처방안⁶⁵⁾에 대하여도 전부개정안 마련 과정에서 논의되었다. 그러나 현재까지 국내·외 실제 사례의 경우, 가격알고리즘 또는 특정 기술 자체가 카르텔을 형성하여 경쟁법 위반이 되는 것은 아니며, 이에 대한 사업자의 동의(합의)가 필요함을 전제로 하고 있다. 또한 정보기반 시장의 경우 컴퓨터 등 정보처리시스템 통하여 자동적으로 정보를 저장하고 이를 즉시 거래에 반영하기 때문에 반경쟁적인 의도 없이 정보교환이 이루어지며, 이를 카르텔로 이해하기 어려운 측면이 있어서 이번 개정법에 직접 반영되지는 않았으나 만약 지금 시점보다 기술진보가 훨씬 빨라져서 컴퓨터 알고리즘의 기능이 점점 더 주체적으로 변화/발전하여 가격결정에 있어서 사업자의 개입 여지가 심각하게 좁아지게 될 경우 경제법이 어떠한 입장에 서야 할 것인지, 즉 기술 또는 기계가 지배하는 시장환경에서 경제법이 지금과 같은 상대방 사업자의 인지 가능성 또는 다른 판단기준에 계속 의지할 수 있을 것인가에 대한 추가적인 검토와 정책적 고려가 필요할 것이다.⁶⁶⁾

3. 독과점 시장에 대한 시장분석 기능 제고

디지털 경제 시대에 상거래에 있어서 컴퓨터 등 정보매체에 대한 의존도가 점점 높아짐에 따라 경쟁당국도 새로운 흐름에 부합하는 조사방법론을 개발하는 것이 필요해졌다. 현재까지의 논의는 기존의 전통적인 조사방법이 디지털 경제에도 그대로 적용될 수 있을 것인지,⁶⁷⁾ 나아가 전자상거래나 하드웨어 또는 소프트웨어 시장, 검색엔진, 소셜미디어, 빅데이터 등을 비롯한 ICT 산업에 있어서의 특징적인 현상에 경제법이 어떻게 적용될 것인지에 대하여 이루어졌으나,⁶⁸⁾ 앞으로 기술혁신은 더욱 가속화될 것으로 보이며, 경쟁환경의 변화가 극심해짐에 따라 경쟁당국의 부담도 커질 수밖에 없는 상황에 직면해 있다.

예컨대 네트워크 효과나 규모의 경제는 플랫폼 시장의 구조적 특징인데, 양면/다면시장에서의 간접 네트워크 효과에 의하여 더 많은 데이터를 수집할수록 온라인 서비스 제공자들이 새로운 데이터를 생산하는데 드는 비용과 수고를 덜게 해줌으로써 규모의 경제를 창출하며, 나아가 제공자가 zero-price 서비스를 더욱 세심하게 맞춤 설계할 수 있게 되어 결과적으로는 더 많은 이용

64) 최난설현, “AI 등을 활용한 사업자간 담합과 경쟁법의 대응”, 경쟁법연구 제38권, 한국경쟁법학회,

2018.11, 89면.

65) 해외 주요 국가의 경우에도 2015년 미국 법무부(Department of Justice, DOJ)는 아마존(Amazon Marketplace)에서 판매되는 포스터에 대한 가격담합 혐의를 조사하여 관련자를 고발한 바 있으며, 2016년 유럽사법재판소(the European Court of Justice, ECJ)의 *Eturas* 판결은 혁신기술시장의 발전과 더불어 경제법상의 개념, 특히 카르텔의 ‘합의’에 대한 다른 차원의 고려가 필요하다는 사실을 자각시켰다.

66) 최난설현, “알고리즘을 통한 가격정보의 교환과 경쟁법적 평가”, 경쟁법연구 35권, 한국경쟁법학회, 2017.5, 228면 참조.

67) The special report of the German Monopolies Commission on the challenge of digital market s, English summary available at <http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/SG68_summary.pdf>.

68) Gintare Surblyte, “Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: Is It All About Google?” Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15-13, 2015.

자를 끌어모을 수 있게 된다. 이러한 풀림현상에 의하여 온라인 시장을 선점한 몇몇 거대 기업들을 중심으로 시장집중율이 가파르게 상승하여 소위 ‘수퍼스타’ 기업이 등장하기 시작하였으며, 이들 기업이 전 세계 시장을 빠르게 장악해 나가고 있다. 실제로 지난 몇 년 동안 주요 국가의 시장집중도는 큰 폭으로 증가하였으며, 이 때문에 디지털 경제는 다분히 승자독식형 구조를 갖추고 있음을 알 수 있다.⁶⁹⁾ 따라서 전통적인 단면시장과는 달리 소위 혁신시장에 있어서의 기업의 반경쟁적 행위를 평가함에 있어서 정교한 시장분석에 기초한 시장지배적지위 남용 관련 평가기준을 마련하려는 노력이 있어야 할 것으로 보인다.

이러한 상황에서 정부개정안은 공정위의 독과점적 시장구조 해소를 위한 정책 수립·추진 업무의 원활한 수행을 위해 ① 현행법에 따른 시장분석의 개념과 근거를 명확히 하고, ② 소관부처의 검토 및 회신 의무 근거를 신설하는 한편, ③ 자료제출 요청 대상에 사업자단체를 추가하는 것으로 내용으로 제4조를 마련하였다.⁷⁰⁾ 현행법은 제3조에서 “독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급시장·수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립·시행하도록 하고, 필요한 경우 공정위는 관계 행정기관의 장에게 시장구조의 개선 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 수 있도록 하며, 개선시책을 추진하기 위한 시장구조의 조사·공표시 사업자에 대해 자료를 요청할 수 있는 것”으로 규정하고 있으나, 현행법상 시장분석에 대한 근거 규정이 명확하지 않은 측면이 있다는 점과 소관 부처의 회신 의무에 대한 명시적인 규정이 없어 공정위가 수행하는 경쟁제한적 규제개선 업무의 수행 과정에서 부처 협의에 어려움이 있는 점, 현행 자료제출 요청 대상이 사업자로 국한되어 있어 사업자단체의 포함 여부가 불명확하다는 점 등에 대한 개선의 필요성이 있어서 이번 전부개정안에서 이를 보완한 것이다.

특히 개정법 제4조 제1항에서 정하는 경쟁촉진적 시책의 수립·시행을 위하여 동조 제3항 제2호에서는 “특정 산업의 경쟁상황 분석, 규제현황 분석 및 경쟁촉진 방안을 마련”할 수 있도록 하고 있어서 향후 혁신시장에서의 규제개선 및 경쟁촉진 방안의 마련에 있어서 동 규정이 일조할 수 있을 것으로 기대된다.⁷¹⁾

IV. 맺음말

공정위가 2018년부터 입법을 추진했던 전부개정안은 현 정부의 공약 및 강력한 경제정책을 반영하였으나 재계와 야당 및 각 이해관계자의 반발로 2년 여를 표류하였다. 결국 2020년 12월 국회를 통과한 개정법(법률 제17799호)은 원안에서 일부 수정된 부분이 있으나 대체로 2018년 전부개정안의 내용을 유지하면서 2021년 12월 30일 시행을 앞두고 있다.

아직 시행령·고시 등 하위법규이 마련되는 과정이 필요한 상황이며, 구체적인 법안의 모습도

하위법규까지 체계화되면서 모습을 드러낼 것으로 보인다. 이 과정에서의 경쟁당국인 공정위와 재계 등 이해관계자·시민단체 등과 충실하게 의사소통은 무엇보다 중요한 사항이라 할 것이다. 그간 공정거래법 전부개정안에 지주회사 지분을 강화와 일감몰아주기 규제대상 확대 등, 기업의 전반적 경제활동을 위축시키는 규제가 다수 포함돼 있다고 주장했던 기업측의 우려가 과연 현실화 될 것인지 여부도 제도가 구체화 되면서 드러날 것으로 생각된다. 특히 우리나라는 공정거래법 등 경제법 위반에 대해 형사처벌과 행정제재가 동시에 부과되므로 공정거래법 전부개정안의 통과로 기업부담이 늘고 사법리스크 관리에 자원이 집중되는 상황이 과도하게 초래될 경우 ‘기업 지배구조 개선과 공정한 시장질서 확립’ 및 ‘공정하고 혁신적인 시장경제 시스템’을 구현하기 위한 제도적 기반을 구축하고자 한 공정경제 3법의 본래 입법취지가 무색하게 될 우려가 있다. 따라서 경쟁당국은 새롭게 규제대상으로 포섭되는 기업이나 대상과의 적극적인 소통을 통하여 합리적이며 타당한 하위규범을 구축하고, 기업환경과 시장의 변동 상황을 적극적으로 모니터링하여 개정법의 집행에 반영하여야 할 것이다.

또한, 디지털 경제의 새로운 도전 과제를 해결하기 위해서는 먼저 시장과 산업의 변화에 대한 경쟁당국의 충분한 이해와 검토가 선행되어야 할 것이다. 이러한 분석을 바탕으로 한 경쟁정책의 마련은 4차 산업혁명 시대의 발전 경로를 좌우할 만큼 매우 중요하며 나아가 경쟁당국은 경쟁과정에 대한 보호의 문제도 신중하게 고려하여야 한다.

빠르게 전개되고 변화하는 디지털 경제의 흐름 속에 우리가 추구하는 것은 완벽한 경쟁구도의 마련이 아닌 ‘경쟁의 개선’이 되어야 할 것이다. 이러한 과정을 통하여 신중하게 설계된 규제는 시장에 허용 가능한 경쟁의 범위에 대해 명확성과 예측가능성을 제공하여 시장의 및 혁신에 미치는 부정적 영향을 최소화하면서 반경쟁적 행위를 효과적으로 제어할 수 있을 것이다.

69) 디지털 경제하에서는 정보의 보편성 등의 이유로 시장지배적사업자에게 이용자가 몰린다. 이 때문에 시장 지배적지위를 선점한 소수의 기업이 가격결정권을 포함한 강력한 지위를 보유하게 된다.

70) 민병두 의원안(의안번호 제16674호), 이학영 의원안(의안번호 제17999호), 장병완 의원 대표발의안(의안번호 제18067호)도 유사한 내용을 담고 있다.

71) 다만 국무총리실(규제 관련 총괄 부처) 및 산업통상자원부(산업 정책 총괄 부처)의 업무와의 중복 문제가 제기될 수 있다는 점을 감안할 필요가 있는 것으로 보인다. 오창석, 전계보고서 8면.

금융그룹감독에 관한 법적 연구

-금융복합기업집단의 감독에 관한 법률을 중심으로-*

정 순 섭**

목 차

- I. 서론
- II. 금융그룹감독의 구조와 체계
- III. 금융그룹감독과 법률문제
- IV. 결론

I. 서론

금융의 발전에 따라 규모의 경제와 범위의 경제를 추구하는 금융그룹화는 자연스러운 현상이다.¹⁾ 우리나라도 예외는 아니며 특히 1997년 외환위기 이후 금융지주회사법 시행²⁾과 함께 금융그룹화가 급속히 진행되었다. 금융업의 수행주체로서의 금융그룹모델에는 자본의 중복이용이나 그룹 내 금융회사 및 비금융회사 간 위험전이와 같은 개별회사모델에서 생각하지 못한 다양한 위험이 존재한다. 이러한 ‘그룹위험’ 또는 ‘기업집단위험’을 반영한 금융복합기업집단감독은 위험기초규제(risk-based regulation)의 당연한 발전이며 국제적 추세이다. 금융지주회사법은 그러한 취지의 대표적 입법사례이다.

우리나라에서는 2000년대초 기업집단 소속 금융계열사의 동반부실화 사례 등을 계기로 2006년 이후 금융그룹에 관한 논의가 시작되었다.³⁾ 국제통화기금(IMF)은 2014년과 2020년 금융부문

* 2021.2.26. 한국상사법학회 발표를 위한 발표문으로서 인용과 결론이 완성되지 않은 것임을 밝혀둔다.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수

1) 법률상 ‘금융그룹’이 아니라 ‘금융복합기업집단’이라는 용어가 채택되었다. 금융복합기업집단의 감독에 관한 법률[시행 2021.6.30.] [법률 제17800호, 2020.12.29., 제정] (“금융복합기업집단법”). 법률 제명에 대한 논의로는, 이혜인, 이용우 “'그룹' 개념 모호해.. '금융그룹 감독법' 법안명 수정해야”, 서울경제신문, 2020.11.10. <<https://www.sedaily.com/NewsView/1ZACR5HSOY>> (2021.2.22. 방문). 그러나 본고에서는 기술의 편의상 ‘그룹’, ‘복합기업집단’ 또는 ‘집단’이라는 용어를 함께 사용한다. 본고에서 조문인용은 다른 표시가 없는 한 ‘금융복합기업집단법’의 규정을 말한다.

2) 금융지주회사법[시행 2000. 11. 24.] [법률 제6274호, 2000. 10. 23., 제정].

3) 송홍선, “금융그룹에 대한 통합감독과 자본규제”, 금융리스크리뷰 제3권 제1호, 2006, 47-71면(“금융그룹화는 규제차익, 전염, 리스크전가 등 새로운 리스크요인을 만들고 있기 때문에, 금융권역을 초월하는 금융감독의 일관성, 완전성이 요구된다”). 특히 김상조, “금융복합그룹(Financial Conglomerate) 감독체계의

평가프로그램(FSAP)을 통해 지주회사 아닌 금융그룹감독의 법적 근거의 마련과 감독강화를 권고했다.⁴⁾ 2017년 정부의 국정과제로 채택되고,⁵⁾ 2018.7.2 「금융그룹의 감독에 관한 모범규준」(“모범규준”)을 시행하였다.⁶⁾ 제20대 국회에서 2건의 법률안이 제출되었으나 임기만으로 폐기되었고,⁷⁾ 제21대 국회에서 2건의 법률안이 제출되었다.⁸⁾ 2020.12.9. 금융복합기업집단법이 국회를 통과, 2021.6.30. 시행된다.

본고는 금융복합기업집단법상 지주회사 형태를 취하지 않은 금융그룹에 대한 금융감독구조를 분석하고 법적 쟁점을 검토하는 것을 목적으로 한다. 본고는 서론에 이어 다음 3부분으로 구성된다. II. 금융그룹감독의 구조와 체계에서는 금융그룹감독의 법적 근거를 특히 금융복합기업집단법상 감독구조와 내용을 검토한다. 특히 동법의 입법 목적을 명확히 정리하는 것은 법률문제 논의에 기준을 제시해 줄 수 있을 것이다. III. 금융그룹감독과 법률문제에서는 상법상 개별회사주의와의 관계, 대표회사의 권한과 주식회사의 의사결정구조, 대표회사 구조와 다른 소속금융회사 이사의 의무, 동일집단 내 금융계열사와 비금융계열사간 위험분리의 법적 의미를 살펴본다. IV. 결론은 이상의 논의를 정리하고 결론을 제시한다.

II. 금융그룹감독의 구조와 체계

1. 서언

국내 금융그룹의 현황을 정리하고, 금융그룹감독의 법적 근거로서 금융지주회사법, 금융그룹통합감독 모범규준, 금융복합기업집단법을 살펴본 후, 금융복합기업집단법상 감독의 구조와 내용을 검토한다. 특히 금융복합기업집단법의 입법 목적을 명확히 정리하는 것은 법률문제의 논의에 지침과 기준을 제시해 줄 수 있을 것이다.

도입 필요성과 과제”, 한국금융연구센터 2015년 상반기 정책 심포지엄, “금융감독, 이제 그룹감독(Group-wide Supervision)이다”, 2015.5.27., 21-63면.

4) IMF, REPUBLIC OF KOREA: FINANCIAL SYSTEM STABILITY ASSESSMENT, March 10, 2020, pp51-52(“58. By law the FSC/FSS are tasked with supervision of groups with a clearly defined head - a financial holding company. However, other financial groups - some of them systematically important - are not regulated on a group level, hence the authorities cannot assess and regulate risks emerging from the operations of their nonfinancial parts nor comprehensively supervise activities of their financial institutions”, “59. A set of regulatory measures incentivizing groups to streamline their group structures should be developed and the FSC/FSS’s mandate expanded”)(“강조필자”).

5) 국정과제 24-4 : 자산분리원칙 준수(금융그룹 통합감독 시행).

6) 금융위원회/금융감독원, 금융그룹의 감독에 관한 모범규준, 2018.6. 제1조 본문. 다만 공시관련사항(모범규준 제17조·제20조·제21조)은 이 모범규준의 근거 법률이 제정된 날부터 그 법률에 따라 시행한다(모범규준 제1조 단서).

7) 금융그룹 통합감독법안(의안번호 발의연월일 2018. 6. 29., 발의자 박선숙의원 대표발의); 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호 16663, 발의연월일 2018. 11. 16., 발의자 이학영의원 대표발의).

8) 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호 3312, 제출연월일 2020. 8. 31., 제출자 : 정부); 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호 5230, 발의연월일 2020. 11. 11., 발의자 배진교의원 대표발의).

2. 국내 금융그룹의 현황

금융그룹은 “공동의 지배하에 있으면서 서로 다른 금융업을 영위하는 금융회사의 집단”을 말한다.⁹⁾ 공동의 지배와 금융업이라는 요소를 적용하면 금융그룹은 금융지주회사와 비금융지주 형태의 금융그룹으로 나눌 수 있다. 금융복합기업집단법의 대상은 후자이다. 2019년 말 현재 기업집단 내 2개 이상의 금융회사를 포함하는 금융그룹은 117개이며 소속 금융회사 수는 386개, 총자산은 1,466조 원이었다. 국내 비금융지주 형태의 ‘금융그룹’에 대해서 “대주주만 동일할 뿐 법적, 경제적 연계성이 적은 편의상 집합에 불과하다”는 평가가 있다.¹⁰⁾ “법적, 실질적으로 지배 회사가 없어 계열사가 독자 운영”되는 등 위험을 공유하는 단일체로 보기 어렵다는 점을 근거로 한다.¹¹⁾ 위험을 공유하는 단일체로 보기 어려운 ‘금융회사의 집합체’는 금융그룹감독의 대상에서 제외하는 것이 옳다. 그러나 반대로 계열주의 단일 지배 아래 결합되어 있는 기업집단구조에서는 오히려 이러한 특징이 위험을 증폭시킬 수도 있다.

[표 2-1] 국내 금융그룹 현황 (2019년 말)¹²⁾

구 분	그룹 수(금융회사 수)	총자산 (조원, %)		자기자본 (조원, %)	
금융지주그룹	10(85)	3,019	(50)	316	(50)
특수은행그룹	2(11)	644	(11)	52	(8)
(비지주)복합금융그룹 ¹⁾	31(114)	1,281	(21)	153	(24)
동종금융그룹 ¹⁾	86(192)	185	(3)	27	(4)
금융그룹 소계 ²⁾	129(402)	5,130	(86)	547	(86)
금융회사 전체 ³⁾	-(4,457)	5,985	(100)	634	(100)

주1) 복합금융그룹은 여수신(은행·저축은행·여전업·종금사·대부업)·보험·금융투자업 중 2개 이상 업을 영위하는 금융그룹이며, 동종금융그룹은 1개 업만 영위하는 금융그룹을 의미

주2) 금융그룹 소속 금융회사(금융지주·은행(신탁계정 포함)·보험업·금융투자업·종합금융사·저축은행·여신전문금융업·대부업자)의 개별 재무제표 합산

주3) 금융지주·은행(신탁계정 포함)·보험업·금융투자업·종합금융사·저축은행·여신전문금융업·대부업자·상호금융의 개별 재무제표 합산

(자료: 금융위원회)

9) 송옥렬, “금융그룹에서 법인격과 자기자본규제의 의미”, 한국금융연구원 2010.9, 10면.

10) 최준선, “회사법적 관점에서 본 ‘금융그룹통합감독법’의 문제점”, 보험법연구 제13권 제1호, 2019, 17면 (“최준선(2019)”).

11) 최준선(2019), 18면.

12) 국회 정무위원회 수석전문위원 이용준, 금융그룹의 감독에 관한 법률안 검토보고 <금융그룹 지정 및 금융그룹에 대한 감독·검사 등> ▣ 정부 제출(의안번호 제2103312호), 2020.11., 7면(“이용준보고서”). 2018년 말 현황은 윤세열, “금융그룹 감독제도 추진현황과 향후 운영방향”, BFL 제98호, 2019, 43면(“윤세열”).

3. 법적 근거

3.1. 금융지주회사법

금융지주회사법은 “금융회사의 대형화·겸업화에 따라 발생할 수 있는 위험의 전이(轉移), 과도한 지배력 확장 등의 부작용을 방지”하는 것을 목적으로 한다(1조).¹³⁾ 규제대상은 금융지주회사와 그 자회사이다. 동법상 금융지주회사 요건을 충족하는 자는 금융지주회사 인가를 받아야 한다(3조 1항). 금융지주회사는 ① 금융기관등을 ② 주식의 소유를 통하여 지배하는 것을 ③ 주된 사업으로 하는 회사이다(금융지주회사법 2조 1항 1호 가목-다목).¹⁴⁾ 인가대상금융지주회사는 일정기간 이내에 인가(동법 3조)를 받거나 금융지주회사요건에 해당되지 않도록 해야 한다(금융지주회사법 5조의2 2항 본문). 다만, 불가피한 사유가 있는 경우에는 금융위 승인을 받아 1년의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다(금융지주회사법 5조의2 2항 단서). 금융지주회사법상은 금융지주회사를 대표회사로 지정하여 자본규제, 내부거래규제, 경영공시 등을 통하여 그룹단위의 위험인식과 관리, 금융회사와 비금융회사간 위험전이 차단체계 구축을 주요내용으로 한다.

3.2. 금융그룹감독모범규준

금융위와 금감원은 2018년 「금융그룹의 감독에 관한 모범규준」을 발표하였다.¹⁵⁾ 이 모범규준은 2018.7.2. 제정된 이후 2019.7.2.과 2020.5.1. 2차례 개정되었다. 금융복합기업집단법의 시행과 함께 효력을 상실한다. 주요내용은 첫째, 여수신·보험·금투업 중 둘 이상 업을 영위하는 금융자산 5조원 이상 복합금융그룹 중 감독실익이 있는 금융그룹을 감독대상으로 지정하고, 둘째, 그룹별 위험관리체계로서 선정된 대표회사는 위험관리정책 수립 등 건전성 관리를 이행하며, 셋째, 금융그룹 건전성 관리를 위하여 금융그룹 차원의 자본적정성, 내부거래·집중위험, 비금융회사로부터의 위험전이 등 그룹위험을 종합적으로 관리·감독하는 내용이다.

3.3. 법률안

3.3.1. 20대국회

(가) 금융그룹 통합감독법안(의안번호14125, 발의연월일: 2018. 6. 29., 박선숙의원대표발의)

금융위험을 통합적·효과적으로 관리하기 위하여 금융그룹 위험관리에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 금융그룹의 건전한 경영과 금융시장의 안정을 도모하고 금융소비를 보호하는 것을

13) 국회 재정경제위원회 전문위원 김문희, 금융지주회사법안 검토보고, 2000.7, 5-8면.

14) 정순섭, 은행법, 지원출판사, 2017, 688-689면(“정순섭”).

15) 금융위/금감원, 보도자료: 「금융그룹 통합감독제도」, 7월부터 시범 운영, 2018.6.28. 조인트포럼 2012년 원칙, EU 2002년 금융그룹감독지침, 독일 금융그룹감독법 등을 참고하였다고 한다. 윤세열, 49면.

목적으로 한다(안 1조). 주요내용은 그룹단위의 위험인식과 관리체계의 도입, 그리고 금융회사와 비금융회사간 위험 전이의 차단체계의 구축 등이다.

(나) 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호16663, 발의연월일: 2018. 11. 16., 이학영의원 대표발의)

이학영의원안과 박선숙의원안은 “감독대상 및 대표회사지정, 위험관리정책 수립 및 체계 구축, 건전성 관리 등에 관한 사항”은 공통적으로 규율하고 있으나, 이학영의원안은 지배구조에 관한 특례, 대주주와의 거래 등에 관한 특례, 비금융회사주식소유에 관한 특례, 동종금융그룹 전환 및 주식처분명령 등에 관한 사항을 추가하고 있다.¹⁶⁾

첫째, 금융그룹감독에 관한 특례로서 소속비금융회사와 금융회사임원의 상호 임원겸직 제한(안 제17조), 대주주에 대한 신용공여 및 대주주 발행주식취득 제한 등을 규정하였다(제18조). 대주주와의 거래제한 등에 관한 금융지주회사법 제34조의 비은행금융지주에 관한 규정을 준용하되 법 시행 전의 신용공여 또는 주식 초과보유분에 대해서는 5년 이내에 정리하게 하고(안 부칙 제5조), 금융그룹의 금융회사가 비금융회사의 지분을 일정비율 이상 소유할 경우 금융위의 승인을 요구하되(안 제19조), 감독대상지정 당시 소유한도를 초과하여 주식을 소유하고 있는 금융회사는 5년 이내에 정리하게 하였다(안 부칙 제6조).

둘째, 건전경영지도와 관련하여 금융위가 감독대상금융그룹의 위험 현황 및 관리실태를 정기적으로 평가하고(안 제24조), 평가 결과 금융그룹 위험의 관리실태 또는 금융그룹의 자본적정성 비율 등 재무상태가 기준에 미달할 경우 대표회사에 금융그룹 수준의 경영개선계획 제출명령을 하고, 경영개선계획을 미이행 등의 경우 금융위가 금융그룹 명칭사용 금지, 동종금융그룹 전환, 계열분리, 주식처분명령, 적기시정조치 등의 조치를 취할 수 있게 하였다(안 제25조).

3.3.2. 21대 국회

(가) 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호 3312, 제출연월일 2020. 8. 31., 제출자 : 정부)

“현행 개별 금융회사별로 이루어지는 금융업권별 감독만으로는 같은 기업집단에 속한 금융회사 간의 내부거래나 출자 등으로 발생할 수 있는 재무·경영상 위험에 관한 사항까지 감독하기에는 한계가 있는 점”을 고려하여 “둘 이상의 금융회사가 포함된 기업집단의 경우 해당 기업집단에 속한 금융회사들로 구성된 집단을 금융그룹으로 지정하여 금융그룹 수준의 내부통제체계와 위험관리체계 등을 마련하도록 하고, 금융위원회 및 금융감독원이 이러한 내부통제 및 위험관리 등이 제대로 이루어지는지를 감독·검사할 수 있도록” 하는 것을 목적으로 한다. 주요내용은 첫째, 금융그룹의 지정(안 제5조), 둘째, 대표금융회사의 선정 및 업무(안 제7조 및 제8조), 셋째, 금융그룹 내부통제 및 위험관리(안 제9조부터 제12조까지), 경영개선계획의 제출 등(안 제24조)이다.

16) 국회 정무위원회 수석전문위원 조용복, 금융그룹의 감독에 관한 법률안 검토보고(■ 이학영 의원 대표발의(의안번호 제16663호)), 2018.12, 11면(“조용복보고서”).

(나) 금융그룹의 감독에 관한 법률안(의안번호 5230, 발의연월일 2020. 11. 11., 발의자 배진 교의원 대표발의)

“금융그룹의 위험을 효과적으로 관리하기 위하여 금융그룹 수준의 내부통제 및 위험관리, 금융그룹의 건전성 관리를 위한 자본적정성과 내부거래 및 위험집중 관리 등을 규정함으로써 금융그룹의 건전한 경영과 금융시장의 안정을 기하고 금융소비자를 보호하려는 것”을 목적으로 한다.

(다) 금융복합기업집단의 감독에 관한 법률안(대안)(의안번호 6297, 제안연월일 2020. 12. 9., 제안자 정무위원장)

국회 정무위원회 대안으로 제안된 법률안이다. 제안이유는 “동일한 기업집단에 속한 둘 이상의 금융회사로 구성된 집단으로서 이 법에 따라 지정된 집단을 ‘금융복합기업집단’으로 정의하고, 개별업권별 감독으로는 제거되지 않는 금융복합기업집단 수준에서의 위험을 효과적으로 관리하기 위하여 내부통제·위험관리 및 건전성 관리 등을 규정함으로써 금융복합기업집단의 건전한 경영과 금융시장의 안정을 도모하고 금융소비자를 보호하려는 것”이다.

주요내용은 동일한 기업집단에 속한 둘 이상의 금융회사로 구성된 집단으로서 이 법에 따라 지정된 집단을 ‘금융복합기업집단’으로 정의하고(안 제2조제3호), 소속금융회사들이 자율적으로 대표금융회사를 정하여 금융위에 보고하도록 하고, 정하지 못한 경우에 금융위가 선정하도록 하며(안 제7조), 금융복합기업집단 차원의 내부통제와 위험관리를 위한 정책 및 기준과(안 제9조 및 제11조), 금융복합기업집단의 재무건전성을 확보할 수 있는 수준의 자기자본요건(안 제14조)을 적용하며, 금융위는 금융복합기업집단의 자본적정성 평가 결과가 기준에 미달한 경우 등에 금융복합기업집단의 자본확충 등 경영개선계획 제출명령(안 제22조) 등을 포함한다.

그러나 동일그룹 소속 금융회사와 비금융회사 간 상호 임원겸직 제한, 금융감독기관의 소속비 금융회사에 대한 자료요구권, 계열분리 및 주식처분명령 등은 포함되지 않았다.

4. 외국입법례¹⁷⁾

은행, 증권, 보험 분야의 각국 금융감독기관의 국제협의체로 구성된 조인트포럼은 1999년 금융복합기업집단에 대한 감독원칙을 제정하여 2012년에 개정하였다.¹⁸⁾ EU는 2002년 12월 “EU 금융그룹지침(Financial Conglomerate Directive)”을 제정하였다.¹⁹⁾ 회원국 국내이행기간은

17) 조인트포럼 감독원칙은 일반적인 의미의 외국입법례라고 할 수 없지만, 함께 정리한다.

18) Joint Forum, Final Report on Principles for the Supervision of Financial Conglomerates, 24 September 2012. 이 보고서에 포함된 원칙은 1999년 개발되어 2001년 발간된 1999년 원칙에 우선한다. 3개 협의체는 바젤은행감독위원회(Basle Committee on Banking Supervision, BCBS), 국제증권감독기구(The International Organization of Securities Commissions, IOSCO), 국제보험감독자협회(International Association of Insurance Supervisors, IAIS)이다.

19) Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate and amending Council Directives 73/239/EEC, 79/267/EEC, 92/49/EEC, 92/96/EEC, 93/6/EEC and 93/22/EEC, and Directives 98/78/EC and 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 35, 11.2.2003, pp1-27. 이후 총 4회 개정되

2004.8.11.까지이며 2005년부터 시행되고 있다. 미국은 금융지주회사에 대한 감독 외에 시스템적으로 중요한 금융기관(SIFI)을 중심으로 금융그룹감독을 도입하였다. 호주도 2017년 통합감독 제도를 도입하였다. 일본은 2005년 6월 “복합금융그룹 감독지침”을 도입하여 2006년부터 시행하고 있다. 독일도 2013년부터 복합금융그룹감독법을 시행하였다.

[표 2-2] 외국의 복합금융그룹 감독제도 도입 현황²⁰⁾

구분	Joint Forum	E U	미 국	호 주	일 본	독 일
명칭	Principles for the supervision of financial conglomerates	Financial Conglomerate Directive	Gramm-Leach-Bliley Act, Dodd-Frank Act	Prudential Standard 3	금융콘그로메리트 감독지침	Finanzkonglomerate-Aufsichtsgesetz
도입 시기	'99 제정 '12 개정	'02 제정 '05부터 각국 법제화	'99(지주), '10(SIFI) 시행	'17.7 시행	'06 시행	'13 시행
시행 방식	감독원칙 (Principles)	감독지침 (Directive)	법률 ¹⁾	감독규정 * 법률위임	개별법령, 감독지침	법률
감독 대상	은행, 증권, 보험 중 2 이상 업 영위 금융그룹	‘은행, 증권’, ‘보험’ 중 각 1 이상 금융회사 보유 금융그룹	금융지주, SIFI(회사의 특성·규모 등을 고려하여 FSOC가 선정)	은행, 증권, 보험 중 2 이상 업 영위 금융그룹 ²⁾	은행, 증권, 보험 중 2 이상 업 영위 금융그룹	‘은행, 증권’, ‘보험’ 중 각 1 이상 금융회사 보유 금융그룹
감독 당국	각국 감독당국		FRB 등	APRA	금융청	BaFin
주요 내용	금융그룹 위험관리체계 구축, 자본적정성 관리, 내부거래 및 위험집중 관리, 전이위험 관리, 시정조치 등					

주1) 미국은 별도의 단일 금융그룹감독법은 없으며, 금융지주회사 및 시스템적으로 중요한 금융그룹(SIFI)에 대해 금융그룹감독 실시

주2) 호주는 별도의 자산규모 요건은 없으나, 그룹내 리스크의 복잡성 등을 고려하여 금융당국(APRA) 재량으로 감독대상 지정

(자료 : 금융위원회)

5. 구조와 내용

5.1. 서언

이하 금융복합기업집단법의 입법목적과 구조와 내용을 살펴본다. 입법목적과 관련하여 특히 시스템위험의 방지, 개별업종별 금융감독의 한계, 그리고 직접적인 기업규제법으로서의 역할에 대한 우려의 3가지를 정리하였다. 구조와 내용은 특히 쟁점이 되었던 문제를 중심으로 정리하여

었다.

20) 국회 정무위원회 수석전문위원 이용준, 금융그룹의 감독에 관한 법률안 검토보고 <금융그룹 지정 및 금융그룹에 대한 감독·검사 등> ▣ 정부 제출(의안번호 제2103312호), 2020.11., 6면.

법의 전체적인 특징을 파악하는 것을 목적으로 한다.

5.2. 입법목적

5.2.1. 시스템위험의 방지

금융복합기업집단법은 “금융복합기업집단에 발생할 수 있는 재무·경영상의 위험 등을 효과적으로 관리·감독”함으로써 “금융복합기업집단의 건전한 경영과 금융시장의 안정을 도모하고 금융소비자를 보호하는 것”을 목적으로 한다(1조). 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 금융복합기업집단감독은 그룹 차원의 위험관리가 확고한 내부통제에 기반하여 적절히 이루어지지 못하여 시스템차원의 위험을 발생시킬 가능성을 사전에 통제하기 위한 것이다. 건전성 감독의 핵심분야라고 할 수 있다. 그 논의 자체가 경제적인 영향력과 업종을 넘어서는 규제대상 회사와 비규제대상회사의 복합으로 인하여 금융복합기업집단이 개별업종별 감독으로는 극복할 수 없는 위험을 발생시킨다는 인식에서 시작된 것이다.²¹⁾

둘째, 기업집단 내 금융계열사와 비금융계열사간의 위험의 상호전이를 통하여 시스템적 위험을 촉발할 수 있다는 생각은 전통적인 금산분리규제의 핵심논거의 하나이다.

셋째, 금융복합기업집단감독은 시스템위험의 반지를 목적으로 하므로 대상 금융기업집단의 시스템적 영향을 고려하여 그 적용범위를 적절히 조정할 수 있는 체계가 필요하다.

5.2.2. 개별업종별 금융감독의 한계

금융그룹감독의 필요성과 관련하여 종래의 개별업종별 감독으로 충분히 대응할 수 있다는 주장이 있다. 이런 관점에서 특히 기존 개별금융업법상 건전성 규제와의 중복규제를 우려하는 견해가 제기된다.²²⁾

그러나 금융그룹감독은 포괄적인 위험을 대상으로 한다. 금융그룹위험에 대한 개별업종별 금융감독의 한계로는 계열사 간 출자관계에 따른 자본의 과다계상, 그룹형태별·업권별 규제차이를 이용한 규제회피, 내부거래에 따른 위험전이 등 그룹위험관리 취약의 3가지를 들고 있다.²³⁾ 그 결과 중복계상된 자본의 손실흡수능력, 업권별 규제가 가장 약한 계열사로의 위험의 집중, 그룹 위험의 사전인지와 선제적 대응의 곤란이 발생할 수 있다. 개별적 접근법을 금융그룹에 적용할 경우 발생하는 문제를 비일관성, 통합, 불완전성으로 설명하기도 한다.²⁴⁾ 비일관성은 유사한 위

21) Joint Forum, Principles for the Supervision of Financial Conglomerates, September 2012, p1. 조인트포럼 보고서상 ‘비규제대상회사’(unregulated entities)는 금융그룹 또는 그 금융그룹이 속하는 넓은 그룹 내에 속하지만 직접적인 건전성규제의 대상이 되지 않는 기관을 말한다. 일반적으로 중간지주회사를 포함한 사업지주회사와 순수지주회사, 비규제 모회사와 그 자회사, 특별목적기구를 말한다. 위 보고서, p6.

22) 강신우/민세진, “한국형 금융그룹 통합감독제도 검토: EU 사례를 바탕으로”, EU학연구 제23권 제3호, 2018, 26-31면(보험업법상 연결위험자본제도와 신지급여력제도를 중심으로 분석); 최준선(2019), 17-18면.

23) 윤세열, 43-44면.

험에 대해 금융업자의 유형에 따라 상이한 자기자본규제를 부과함으로써 발생하는 규제차익거래로 인하여 자기자본규제가 약한 영역으로 위험자산이 집중되는 현상을 말한다. 상이한 위험이 통합될 경우 금융그룹 전체의 위험은 그 단순한 합계가 아니라 그보다 크거나 작을 수 있다. 또한 금융그룹 내에 금융업을 영위하지 않아 자기자본규제를 받지 않는 부분이 있는 경우에는 그 비금융회사에 대해서는 규제가 누락되는 것을 불완전성이라고 한다.

집단차원의 자본규제와 개별업종별 자본규제는 대상 위험이 다르다. 집단자본규제의 대상위험은 내부거래와 집중 및 전이위험 등을 포함한다.²⁵⁾ 개별 금융업법에서 대상으로 하는 위험과 금융그룹감독에서 대상으로 하는 위험은 그 범위와 수준에서 차이가 있다. 근본적으로 “여러 업종에 걸쳐, 더구나 여러 나라에 걸쳐 금융활동을 수행하는 거대금융복합그룹”은 “금융시장의 가장 현저한 주체”이지만, “그로부터 야기되는 위험은 은폐되어 있기 때문에” 기존의 개별업종별 감독체계로는 대응할 수 없다는 것이다.²⁶⁾

5.2.3. 직접적인 기업규제법으로서의 역할에 대한 우려

금융복합기업집단법에 대해서는 “금융사 감독을 명분으로 대기업에 대한 통제를 강화하려는” 시도²⁷⁾ 또는 제2의 공정거래법이 될 수 있다는 지적이²⁸⁾ 있다. 특히 이학영의원을 대상으로 “순수 금융감독법이 아니라 공정거래법의 연장선상에서 기업집단 개편 수단으로 접근하고 있다는 인상을 지울 수 없”으며 “최소한 ‘비금융회사’를 복합금융그룹 감독 대상에서 제외하여야 한다”는 주장도 있다.²⁹⁾ 특히 이학영의원안에 규정되었던 비금융사의 계열사 주식취득한도와 계열 분리, 대주주 주식 처분명령 등을 대상으로 한 우려라고 이해된다. 금융회사로의 위험전이가능성을 제외한 부분에서의 금융감독의 비금융분야에의 직접적 개입은 부적절하다. 현행 금융법도 동일한 원칙에 따라 설계되어 있다. 금융그룹 내의 위험전이가능성과 그룹 차원의 내부통제 및 위험관리 필요성을 인정된다. 문제는 그 실효성확보수단이다. 금융복합기업집단법은 “위험의 전이가능성이 있는 소속비금융회사에 대한 출자 또는 그 밖의 거래관계에 대한 중단 또는 해소”를 포함한 경영개선계획 제출을 통하여 이 문제를 해소하려고 한다(22조 2항 4호). 과거 동서증권이나 동양증권 사례에서 확인할 수 있듯이 극단적 위기상황에서는 전통적인 영업행위규제가 작동하기 어렵다는 시각을 완전히 부정하기는 어렵다.

24) 송옥렬, “금융그룹에서 법인격과 자기자본규제의 의미”, 한국금융연구원 2010.9, 26-30면.

25) 박광범, “금융위 ‘네이버·카카오, 금융복합기업집단감독법 대상 아냐’”, 머니투데이, 2020.12.16.(금융위 인용). <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020121614182619239&VNC_T> (2021.2.22. 방문).

26) 김상조, 22면.

27) 오형주, “금융그룹감독법, 금융사 감독 내세워 대기업 통제 우려”, 한국경제신문, 2020.11.27. <<https://www.hankyung.com/finance/article/2020112701801>> (2021.2.22. 방문).

28) 최준선, “[시론] 제2 공정거래법 될 '금융그룹 통합 감독법'”, 한국경제신문, 2019.6.17. <<https://www.hankyung.com/opinion/article/2019061774821>> (2021.2.22. 방문).

29) 최준선(2019), 13면.

5.3. 구조와 내용

5.3.1. 적용범위 및 다른 법률과의 관계

금융복합기업집단감독에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 금융복합기업집단법에서 정하는 바에 따른다(4조). 금융복합기업집단의 내부통제나 위험관리에 대해서는 금융복합기업집단법이 금융회사의 지배구조에 관한 법률(“지배구조법”)에 우선한다.

그리고 금융복합기업집단법은 그 적용범위에 관하여 시스템적 영향을 고려하여 2가지 예외를 인정한다. 첫째, 금융지주회사법상 금융지주회사 및 그 자회사(금융지주회사법 2조 1호, 4조 1항 2호), 한국산업은행, 한국수출입은행, 중소기업은행이 속한 기업집단의 금융회사에는 적용되지 않는다(3조 1항 1호·2호). 금융지주회사에 대해서는 금융지주회사법상 동일한 취지의 금융그룹규제가 이미 적용되고 있는 점, 그리고 한국산업은행 등이 속한 기업집단의 경우 정부가 손실금을 보전함으로써 위험이 제한적인 점(한국산업은행법 32조; 한국수출입은행법 37조; 중소기업은행법 43조)을 고려한 것이다. 둘째, 금융위는 금융회사의 업무·규모 등을 감안하여 해당 규정을 적용할 실익이 크지 않은 경우 등 시행령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 대표금융회사의 신청에 따라 해당 금융회사에 대하여 일부 규정을 적용하지 않는다(3조 2항). 적용제외규정은 제14조(금융복합기업집단의 자본적정성 관리), 제15조(금융복합기업집단의 내부거래 및 위험집중 관리), 제16조(금융복합기업집단의 위험전이 관리), 그리고 제22조(경영개선계획의 제출)이다.

5.3.2. 금융복합기업집단의 지정

(가) 금융복합기업집단의 의의

금융복합기업집단법상 금융복합기업집단은 “동일한 기업집단에 속한 둘 이상의 금융회사로 구성된 집단으로서 지정요건 및 절차에 따라 지정된 집단”을 말한다(2조 3호). 첫째, ‘기업집단’은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(“공정거래법”)상 기업집단(2조 2호, 공정거래법 2조 2호)을 말한다. 둘째, 지정요건과 절차는 금융복합기업집단법 제5조에서 규정한다. ‘금융회사’는 시행령으로 정하는 금융업을 영위하는 회사 또는 금융업의 영위와 밀접한 관련이 있는 사업의 영위를 목적으로 하는 회사로서 시행령으로 정하는 회사로서 외국 법인을 포함한다(2조 1호 가목·나목). 소속금융회사는 금융복합기업집단에 속하는 금융회사를 말한다(2조 4호).

(나) 금융복합기업집단의 지정

① 지정요건

금융위는 동일한 기업집단에 속한 금융회사들이 지정요건을 모두 충족하는 경우 시행령으로 정하는 바에 따라 해당 금융회사들로 구성된 집단을 금융복합기업집단으로 지정한다(5조 1항). 지정요건은 다음과 같다.

첫째, 영위하는 업(業)이 여수산업, 금융투자업, 보험업 중 둘 이상의 금융업에 해당해야 한다

(5조 1항 1호 가목-다목). 여수신업은 은행업, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 종합금융회사의 업무, 상호저축은행업무, 여신전문금융업, 대부업, 그 밖에 여신 또는 수신을 하는 금융업을 말한다(5조 1항 1호 가목 1)-6)). 기타 금융업의 범위는 시행령으로 정한다.

둘째, 기준자산총액의 합계가 5조원 이상의 금액 이상이어야 한다(5조 1항 2호). 기준자산총액의 산정방법과 구체적인 기준금액은 시행령을 정한다. EU의 가장 작은 금융영역 기준자산이 60억유로(약 7조원)임을 고려하여 5조원 기준의 적정성에 대한 지적이 있다.³⁰⁾

셋째, 금융관계법령에 따라 금융위 인가 또는 허가를 받거나 금융위에 등록된 금융회사가 하나 이상이어야 한다(5조 1항 3호). 금융관계법령은 금융 관계 법령 및 이에 상당하는 외국의 금융 관계 법령으로서 구체적인 범위는 시행령으로 정한다(2조 8호).

넷째, 기준자산총액의 합계액에서 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」에 따른 부실금융기관 또는 이에 준하는 금융회사로서 대통령령으로 정하는 금융회사의 자산총액의 합계액이 차지하는 비율이 대통령령으로 정하는 비율 이하여야 한다(5조 1항 4호).

다섯째, 금융회사들이 영위하는 여수신업, 금융투자업, 보험업 각각의 자산이나 자기자본의 비중·규모 및 금융관계법령의 내용·취지 등을 고려할 때 금융복합기업집단법상 감독실익이 적은 경우에 해당하지 않아야 한다(5조 1항 5호). 감독실익이 적은 경우의 구체적 범위는 로서 시행령으로 정한다.

이와 같이 대형 금융그룹을 주된 규제대상으로 하는 것에 대하여 “금융그룹에 과도한 부담을 주지 않고 제한된 감독 역량을 효율적으로 활용할 수 있다”는 긍정적 평가와 함께 통합감독에서 제외되는 금융그룹이 절대다수라는 점에서 제도의 실효성에 의문을 표시하는 견해도 있다.³¹⁾ 금융자산 하한기준의 필요성과 5조원 기준의 적정성에 대한 논의의 필요성을 제기하는 견해도 있다.³²⁾

② 자료요구권

금융위는 금융복합기업집단지정을 위하여 금융회사 또는 그 대주주에게 금융회사의 업종, 자산·자기자본, 종업원 수 등의 일반 현황, 금융회사의 주주 및 임원(지배구조법 2조 2호) 구성, 대주주 현황, 주식 소유 현황, 그 밖에 자료의 제출을 요청할 수 있다(5조 2항). 그 밖의 자료의 구체적인 범위는 시행령으로 정한다.

③ 지정사실의 통지

금융위는 금융복합기업집단을 지정하였을 때에는 그 사실을 대표금융회사에 서면으로 통지해야 한다(5조 3항). 대표금융회사를 선정하지 못한 금융복합기업집단에 대해서는 자산총액이 가장 큰 금융회사에 통지하면 된다.

30) 조용복보고서, 19면.

31) 조대형, 금융그룹 통합감독 도입방안의 주요 쟁점과 향후 과제, 국회입법조사처 이슈와 논점 제1431호, 2018.3.15., 3.(1)(“조대형”).

32) 윤세열, 50면.

④ 지정의 효력발생

신규지정된 금융복합기업집단에 대해서는 지정 후 6개월이 지난 날부터 금융복합기업집단의 내부통제 및 위험관리와 건전성 관리(9조-16조까지) 및 경영개선계획제출(20조)에 관한 규정을 적용한다(5조 4항).

(다) 금융복합기업집단의 지정 해제

① 의의와 범위

금융위는 금융복합기업집단이 지정요건(5조 1항) 중 하나 이상에 해당하지 않게 된 경우 직권으로 또는 대표금융회사의 신청에 따라 금융복합기업집단의 지정을 해제한다(6조 1항 본문). 다만, 지정요건을 일시적으로 충족하지 못하는 경우 등 금융복합기업집단의 지정을 유지할 필요성이 있는 경우에는 지정을 해제하지 않을 수 있다(6조 1항 단서). ‘금융복합기업집단의 지정을 유지할 필요성이 있는 경우’의 구체적 범위는 시행령으로 정한다.

② 자료제출 및 자료요구권

대표금융회사가 금융복합기업집단의 지정 해제를 신청하는 경우(6조 1항 단서) 해제사유 및 관련 자료 등을 금융위에 제출하여야 한다(6조 2항). 구체적인 제출요령과 방법은 시행령으로 정한다. 금융위는 지정해제를 위하여 소속금융회사 또는 그 대주주에게 금융회사의 업종, 자산·자기 자본, 종업원 수 등의 일반 현황, 금융회사의 주주 및 임원 구성, 대주주 현황, 주식 소유 현황, 그 밖에 시행령으로 정하는 자료의 제출을 요청할 수 있다(6조 3항).

③ 지정해제사실의 통지의무

금융위는 금융복합기업집단의 지정을 해제하거나 유지하기로 결정한 때에는 그 사실을 대표금융회사에 서면으로 통지하여야 한다(6조 4항).

5.3.3. 대표금융회사 선정

(가) 의의 및 취지

대표금융회사는 해당 금융복합기업집단을 대표하는 금융회사를 말한다(7조 1항). 금융복합기업집단은 대표금융회사를 자율적으로 선정하는 것이 원칙이다. 대표금융회사는 내부통제·위험관리, 건전성 관리, 보고·공시 등 금융복합기업집단 감독을 위한 업무를 총괄한다. 대표금융회사 중심의 실질적 그룹위험관리가 이루어지기 위해서는 그 법적 지위가 명확하게 정리되어야 한다.

(나) 대표금융회사의 선정

① 원칙

금융복합기업집단은 소속금융회사의 출자관계, 자산·자본총액 및 소유·지배구조 등에 관하여 시행령으로 정하는 기준을 고려하여 대표금융회사를 선정하여야 한다(7조 1항). 금융위는 금융복

합기업집단이 지정일부터 1개월 이내에 대표금융회사를 선정하지 않는 경우 소속금융회사 중에서 대표금융회사를 선정할 수 있다(7조 2항 전단). 이 경우에는 금융위도 “소속금융회사의 출자관계, 자산·자본총액 및 소유·지배구조 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준”을 고려하여 대표금융회사를 선정하여야 한다(7조 1항). 이 경우 선정된 대표금융회사에 그 사실을 서면으로 통지하여야 한다(7조 2항 후단).

② 대표금융회사의 변경 등

금융복합기업집단은 해당 금융복합기업집단에 속한 다른 소속금융회사를 대표금융회사로 선정하는 것이 적절하다고 판단되는 경우에는 소속금융회사들간의 협의를 거쳐 대표금융회사를 달리 선정하거나 선정된 대표금융회사를 변경할 수 있다(7조 3항). 이 경우는 대표금융회사의 선정에 관하여 제7조 제1항과 제2항이 적용되지 않으므로, “소속금융회사의 출자관계, 자산·자본총액 및 소유·지배구조 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준”을 고려하지 않을 수 있다는 의미로 해석된다. 금융복합기업집단은 스스로 대표금융회사를 선정하거나 변경한 경우(7조 1항·3항) 금융위에 그 사실을 보고하여야 한다(7조 4항).

(다) 대표금융회사의 업무 등

① 대표금융회사업무

대표금융회사는 해당 금융복합기업집단에 대한 대표금융회사업무를 총괄한다. 대표금융회사업무는 금융복합기업집단 내부통제정책 수립, 금융복합기업집단 내부통제기준 제정·개정 및 금융복합기업집단 내부통제체계에 관한 업무(9조·10조), 금융복합기업집단 위험관리정책 수립, 금융복합기업집단 위험관리기준 제정·개정 및 금융복합기업집단 위험관리체계에 관한 업무(11조·12조), 금융복합기업집단의 건전성 관리에 관한 업무(13조-16조), 보고·공시업무(20조), 이들 업무에 부수하는 업무를 말한다(8조 1항 1호-5호).

② 자료제출 및 조치이행 요청권

대표금융회사는 대표금융회사업무를 총괄하기 위하여 해당 금융복합기업집단에 속한 다른 소속금융회사에 필요한 자료제출 및 금융복합기업집단법에 따른 조치이행 등을 요청할 수 있다(8조 2항 전단). 이 경우 요청을 받은 소속금융회사는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 적극적으로 협조하여야 한다(8조 2항 후단).

5.3.4. 금융복합기업집단 내부통제·위험관리

(가) 의의 및 취지

금융복합기업집단법은 금융복합기업집단차원의 내부통제와 위험관리를 위해 금융복합기업집단 내부통제·위험관리 정책을 규정하고 있다. 원칙적인 추진주체는 소속금융회사들로 구성된 협의회이다.

(나) 내부통제

① 내부통제정책 수립 등

금융복합기업집단은 금융복합기업집단의 건전한 내부통제를 위하여 금융복합기업집단 내부통제정책을 수립하고 그 추진 상황을 정기적으로 평가·점검하여야 한다(9조 1항). 금융복합기업집단 내부통제정책은 금융복합기업집단 수준의 내부통제정책으로서 금융복합기업집단의 내부통제정책운영, 금융관계법령 위반 방지 등을 위하여 업무 수행 시 준수하여야 할 원칙 등, 내부통제취약 부분에 대한 점검 및 대응방안, 고객, 소속금융회사, 소속비금융회사 등 이해관계자 사이의 이해상충방지, 소속금융회사의 임원 선임 시 금융복합기업집단 수준에서 고려할 원칙 등, 임직원의 윤리의식 및 준법의식 등 내부통제 수준 제고에 관한 사항을 포함한다(9조 1항 1호-6호). 소속비금융회사는 금융회사와 동일한 기업집단에 속한 회사 중 금융회사가 아닌 회사를 말한다. 금융복합기업집단 내부통제정책에 관한 세부사항은 시행령으로 정한다(9조 3항).

② 내부통제기준

금융복합기업집단은 금융복합기업집단 내부통제기준을 마련하여야 한다(9조 2항). 금융복합기업집단 내부통제기준은 금융복합기업집단 수준에서 법령을 준수하고, 경영을 건전하게 하며, 주주 및 이해관계자 등을 보호하기 위하여 소속금융회사의 임직원이 직무를 수행할 때 준수하여야 할 기준 및 절차를 말한다(9조 2항). 금융복합기업집단 내부통제기준에 관한 세부사항은 시행령으로 정한다(9조 3항).

③ 금융복합기업집단과 소속금융회사의 내부통제정책 및 기준의 관계

금융복합기업집단의 내부통제정책 및 기준은 금융복합기업집단법에서 정하고, 소속금융회사의 내부통제정책과 기준은 지배구조법에서 규정한다. 금융복합기업집단의 내부통제정책 및 기준에 대해서는 금융복합기업집단법이 지배구조법에 우선하여 적용된다(4조).

④ 금융복합기업집단 내부통제체계

금융복합기업집단 내부통제정책의 수립, 금융복합기업집단 내부통제기준의 주요 내용에 관한 제정·개정, 그 밖에 대통령령으로 정하는 금융복합기업집단의 내부통제에 관한 중요한 사항은 소속금융회사 간 협의를 거친 후 대표금융회사 이사회의 심의·의결을 거쳐 확정한다(10조 1항). 금융복합기업집단은 대표금융회사 이사회의 내부통제에 관한 업무를 보좌하기 위하여 금융복합기업집단 내부통제기구를 둘 수 있다(10조 2항). 금융복합기업집단 내부통제기구는 소속금융회사들이 참여하는 협의회로 구성한다(10조 3항 본문). 다만, 소속금융회사의 사업비중이 크지 않은 경우 등 협의회 설치에 적절하지 않으면 대표금융회사는 금융회사의 지배구조에 관한 법령에 따른 대표금융회사의 내부통제 관련 기구나 대표금융회사의 준법감시인(금융회사의 지배구조에 관한 법률 25조 1항)에 해당하는 기구 또는 사람을 금융복합기업집단 내부통제기구로 지정할 수 있다(10조 3항 단서, 10조 3항 단서 1호·2호). 금융복합기업집단 내부통제기구의 구성·운영 등에 관한 세부 사항은 금융위가 정하여 고시한다(10조 4항).

(다) 위험관리

① 위험관리정책의 수립 등

금융복합기업집단은 자산운용이나 각종 거래, 그 밖의 업무 수행으로 발생하는 금융복합기업집단 차원의 위험을 관리하기 위하여 금융복합기업집단 위험관리정책을 수립하고 그 추진상황을 정기적으로 평가·점검하여야 한다(11조 1항). 금융복합기업집단 위험관리정책은 금융복합기업집단 수준의 위험관리정책을 말하는 것으로서 금융복합기업집단의 위험관리정책운영, 위험에 대한 인식·평가·감시 및 통제, 사업영역, 거래권역 등 분야별, 소속금융회사별 위험부담한도의 설정 및 자본배분, 고객, 소속금융회사, 소속비금융회사 등 이해관계자 사이의 이해상충으로 인한 위험관리, 그 밖에 금융복합기업집단 차원의 위험을 관리하기 위하여 필요한 사항을 포함한다(11조 1항 1호-5호). 금융복합기업집단 위험관리정책에 관한 세부사항은 시행령으로 정한다(11조 3항).

② 위험관리기준

금융복합기업집단은 금융복합기업집단 위험관리기준을 마련하여야 한다(11조 2항). 금융복합기업집단 위험관리기준은 금융복합기업집단 수준에서 자산의 운용이나 업무의 수행 또는 각종 거래에서 발생하는 위험을 제때에 인식·평가·감시 및 통제하는 등 위험관리를 하기 위한 기준 및 절차를 말한다. 금융복합기업집단 위험관리기준에 관한 세부사항은 시행령으로 정한다(11조 3항).

③ 금융복합기업집단과 소속금융회사의 위험관리정책 및 기준의 관계

금융복합기업집단의 위험관리정책 및 기준은 금융복합기업집단법에서 정하고, 소속금융회사의 위험관리정책과 기준은 지배구조법에서 규정한다. 금융복합기업집단의 위험관리정책 및 기준에 대해서는 금융복합기업집단법이 지배구조법에 우선하여 적용된다(4조).

④ 금융복합기업집단 위험관리체계

금융복합기업집단 위험관리정책의 수립, 금융복합기업집단 위험관리기준의 주요 내용에 대한 제정·개정, 그 밖에 대통령령으로 정하는 금융복합기업집단의 위험관리에 관한 중요한 사항은 소속금융회사 간 협의를 거친 후 대표금융회사 이사회의 심의·의결을 거쳐 확정한다(12조 1항). 금융복합기업집단은 대표금융회사 이사회의 위험관리에 관한 업무를 보좌하기 위하여 금융복합기업집단 위험관리기구를 둘 수 있다(12조 2항). 금융복합기업집단 위험관리기구는 소속금융회사들이 참여하는 협의회로 구성한다(12조 3항 본문). 다만, 소속금융회사의 사업비중이 크지 않은 경우 등 협의회의 설치가 적절하지 않으면 대표금융회사는 대표금융회사의 위험관리위원회나 대표금융회사의 위험관리책임자(지배구조법 16조 1항 3호, 28조 1항)에 해당하는 기구 또는 사람을 금융복합기업집단 위험관리기구로 지정할 수 있다(12조 3항 단서, 12조 3항 단서 1호·2호). 금융복합기업집단 위험관리기구의 구성·운영 등에 관한 세부 사항은 금융위가 정하여 고시한다(12조 4항).

5.3.5. 금융복합기업집단의 건전성 관리

(가) 의의 및 취지

금융복합기업집단이 소속금융회사 간 자본의 중복계상 가능성 등을 고려하여 집단수준의 자본 적정성 평가·관리체계를 도입했다. 자본적정성 관리는 특히 “복잡한 그룹 내의 출자구조에 따라 적립된 자본이 왜곡되어 평가되는 것”을 막기 위한 것이다.³³⁾

(나) 금융복합기업집단 건전경영의 확보

금융복합기업집단은 금융복합기업집단 수준의 자기자본을 충실히 하고 적절한 유동성을 유지하며 관련 위험을 적절히 관리하는 등 금융복합기업집단 수준의 경영 건전성을 확보하여야 한다(13조).

(다) 금융복합기업집단의 자본적정성 관리

금융복합기업집단은 금융복합기업집단의 재무건전성을 확보할 수 있는 수준의 자기자본을 갖추어야 한다(14조 1항). 금융복합기업집단은 금융복합기업집단 수준의 추가적인 위험을 발생시킬 수 있는 사항을 고려하여 금융복합기업집단 수준의 자본적정성을 정기적으로 점검·평가하여야 한다(14조 2항). 고려사항은 소속금융회사 간 자본의 중복이용, 내부거래 또는 위험집중에 따른 손실가능성, 금융복합기업집단 내부통제체계 또는 위험관리체계의 취약성에 따른 위험의 전이 가능성, 소속비금융회사와의 이해상충 및 소속비금융회사의 재무·경영 위험 등으로 인한 금융복합기업집단의 부실 가능성, 그 밖에 통상적인 금융거래 외의 요인으로 인한 위험 발생 가능성이다(14조 2항 1호-5호). 이해상충방지장치의 적정성, 대외 평판위험 등 주관적 요소에 대한 구체적인 위험평가방법에 대해서는 논의가 필요하다.³⁴⁾

금융복합기업집단 수준의 추가적인 위험을 고려한 자본적정성의 점검·평가에 대한 구체적인 기준은 시행령으로 정한다(14조 3항 전단). 이 경우 추가적인 위험을 고려하는 사항이 서로 중복되지 않도록 하고, 금융복합기업집단 내부통제체계와 위험관리체계에 대한 평가결과(14조 2항 3호)가 금융복합기업집단 위험의 감경요인이 되지 않도록 하여야 한다(14조 3항 후단). 금융위는 금융복합기업집단의 자본적정성을 정기적으로 평가·감독하여야 한다(14조 3항).

(라) 금융복합기업집단의 내부거래 및 위험집중 관리

금융복합기업집단은 내부거래 및 위험집중이 금융복합기업집단의 건전성에 미치는 영향을 적절하게 측정·감시 및 관리하여야 한다(15조 1항). 국내 소속금융회사의 대주주가 자기 또는 제3자의 계산으로 해당 금융회사와 시행령으로 정하는 금액 이상의 내부거래를 하려는 경우 미리 이사회에 해당 거래의 주요내용을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다(15조 2항 전단). 이 경우 이사회의 승인은 재적이사 3분의 2 이상의 찬성으로 해야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정해야 한다(15조 2항 후단).

33) 조대형, 2.

34) 윤세열, 50면.

(마) 금융복합기업집단의 위험전이 관리

금융복합기업집단은 금융복합기업집단의 내부통제체계 또는 위험관리체계의 취약성 등에 따라 소속금융회사의 위험이 금융복합기업집단의 건전성에 미치는 영향을 적절하게 인식·평가·감시 및 통제하여야 한다(16조 1항). 금융복합기업집단은 소속비금융회사와의 이해상충 및 소속비금융회사의 재무·경영 위험 등으로 인하여 발생 가능한 금융복합기업집단 수준의 위험을 적절하게 인식·평가·감시 및 통제하여야 한다(16조 2항). 금융복합기업집단은 이러한 위험을 인식·평가·감시 및 통제하는 경우 소속비금융회사를 상대방으로 하는 거래 또는 소속비금융회사를 위한 대출, 지급보증, 보험인수, 유가증권의 취득·매입·보유 등 금융거래상의 손실위험을 수반하는 금융회사의 직접적·간접적 거래, 소속비금융회사를 상대방으로 하는 내부거래 또는 소속비금융회사를 위한 내부거래 비중, 소속비금융회사와의 이해상충방지장치의 적정성, 소속비금융회사의 대외적인 평판하락 등 운영위험을 종합적으로 고려하여야 한다(16조 3항 1호-4호).

5.3.6. 보고·공시

금융복합기업집단은 대표금융회사를 통하여 집단 차원의 재무정보 등을 금융당국에 보고하고 시장에 공시한다. 금융복합기업집단은 금융소비자보호 등을 위하여 필요한 사항으로서 해당 금융복합기업집단에 관하여 시행령으로 정하는 사항을 금융위가 정하여 고시하는 바에 따라 대표금융회사를 통하여 금융위에 보고하고, 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공시하여야 한다(20조). 시장 규율을 강화하겠다는 것으로 적절한 접근으로 평가된다.

5.3.7. 금융복합기업집단 위험 관리실태 평가

금융위는 금융복합기업집단의 위험현황 및 관리실태를 정기적으로 평가하여야 한다(21조 1항 전단). 이 경우 금융복합기업집단 내부통제체계(10조)의 적정성, 금융복합기업집단 위험관리체계(12조)의 적정성, 금융복합기업집단의 자본적정성(14조), 내부거래 및 위험집중 관리의 적정성(15조), 위험전이 관리의 적정성(16조), 그 밖에 금융복합기업집단의 위험관리 등에 관한 사항으로서 시행령으로 정하는 사항을 종합적으로 고려해야 한다(21조 1항 후단 1호-6호). 위험관리실태평가의 시기, 방법 및 기준 등에 관한 세부 사항은 시행령으로 정한다(21조 2항).

5.3.8. 경영개선계획제출

(가) 의의 및 취지

금융복합기업집단의 자본적정성 평가와 위험관리실태평가 결과 등이 기준에 미달하는 경우 실효성 확보수단으로 경영개선계획을 규정한다. 제출된 계획의 이행이 불충분한 경우 등에는 금융위는 경영개선계획에 대한 수정이나 보완 또는 이행을 강제하는 등 조치를 통하여 금융그룹감독의 최종적인 목적을 달성하는 것이다.

(나) 제출명령

금융위는 금융복합기업집단이 자본적정성 평가(14조 4항) 또는 위험관리실태 평가(21조 1항)의 결과가 시행령으로 정하는 기준에 미달하는 경우, 또는 거액금융사고 또는 부실채권발생으로 금융복합기업집단의 재무상태가 금융위가 정하여 고시하는 기준에 미달하게 될 것이 명백한 경우에는 금융복합기업집단의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 해당 금융복합기업집단의 대표금융회사에 금융복합기업집단 수준의 경영개선계획 제출을 명령할 수 있다(22조 1항 1호·2호).

경영개선계획 제출명령을 받은 대표금융회사는 금융복합기업집단 내부통제체계 및 금융복합기업집단 위험관리체계의 개선, 자본확충 또는 위험자산 축소, 내부거래의 축소·해소 또는 위험집중의 분산, 위험의 전이 가능성이 있는 소속비금융회사에 대한 출자 또는 그 밖의 거래관계에 대한 중단 또는 해소, 그 밖에 금융복합기업집단의 경영건전성을 높이기 위해 필요한 사항으로서 시행령으로 정하는 사항 중 일부 또는 전부를 포함한 경영개선계획을 제출하여야 한다(22조 2항 1호-5호).

금융위는 일시적으로 경영개선계획제출사유에 해당하게 된 금융복합기업집단이 단기간에 그 기준을 충족시킬 수 있다고 판단되거나 이에 준하는 사유가 있다고 인정되는 경우 기간을 정하여 경영개선계획 제출명령을 유예할 수 있다(22조 3항). 경영개선계획제출 및 그 유예 등에 관한 세부 사항은 시행령으로 정한다(22조 4항).

(다) 미제출·불이행 등과 관련한 조치

금융위는 금융복합기업집단이 경영개선계획을 제출하지 않거나 제출한 경영개선계획이 경영건전성 제고에 적합하지 않은 경우, 대표금융회사의 경영개선계획 제출과 관련하여 다른 소속금융회사가 협조하지 아니한 경우, 경영개선계획을 이행하지 않거나 그 이행을 할 수 없게 된 경우 또는 금융복합기업집단의 위험관리가 현저하게 곤란하여 금융시장의 안정을 해칠 것이 명백하다고 인정되는 경우 해당 소속금융회사에 대하여 경영개선계획의 제출 또는 수정·보완, 제출한 경영개선계획의 이행, 자본금증액, 이익배당제한, 유동성이 높은 자산 확보, 일정한 규모의 조건부 자본증권의 발행·보유 등 경영개선조치 등(은행법 34조 4항, 보험업법 123조 2항, 자본시장법 31조 4항, 상호저축은행법 22조의4 2항, 여신전문금융업법 53조의3 2항, 금융산업의 구조개선에 관한 법률 10조 1항)의 조치를 명령할 수 있다(23조 1항 1호-3호).

다만 금융위는 일시적으로 경영개선계획제출사유(22조 1항 1호·2호)에 해당하게 된 금융복합기업집단이 단기간에 그 기준을 충족시킬 수 있다고 판단되거나 이에 준하는 사유가 있다고 인정되는 경우 기간을 정하여 미제출·불이행 등과 관련한 조치명령을 유예할 수 있다(23조 2항). 경영개선계획의 미제출·불이행 등과 관련한 조치 및 그 유예 등에 관한 세부 사항은 시행령으로 정한다(23조 3항).

5.3.9. 인허가 등 심사 시 금융복합기업집단 위험의 고려

금융위는 금융업 영위나 금융회사설립, 합병이나 분할합병 등, 금융회사 발행주식의 취득·양수와 관련하여 인가·허가·등록 또는 승인을 함으로써 해당 금융회사가 같은 기업집단 내 다른 금융회사와 함께 금융복합기업집단으로 지정될 것으로 판단하는 경우 금융관계법령의 규정에도 불구하고 해당 금융회사들로 구성된 집단의 재무 및 경영건전성 등에 관하여 시행령으로 정하는 요건을 충족하고 있는지를 고려해야 한다(28조 1호-3호). 이는 금융업 인허가 등을 신청할 때 그로 인해 해당 금융회사가 집단감독대상 요건에 해당하게 되는 경우 적정한 그룹건전성을 갖추고 있는지 여부를 사전에 금융위가 고려하여 시스템위험에 대한 사전 안전장치를 구축하기 위한 취지로 이해되고 있다.³⁵⁾ 구체적으로 인허가, M&A 등으로 인해 감독대상 금융그룹이 될 수 있는 자가 금융그룹 차원의 건전성을 갖추어 주지 않는 경우 금융그룹으로서의 시장참여를 제한함으로써 금융소비자에 대한 피해를 예방하고, 금융시장의 안정을 도모하려는 것이다.

그러나 첫째, 금융복합기업집단은 단일체로 경제활동을 하는 것이 아닌 점, 둘째, 그 자체로 인가·승인대상도 아닌 점, 셋째, 각 개별법에서 요건을 정하고 있는 개별 금융회사의 설립이나 주식 취득·양수 등의 인허가 등에 집단차원의 건전성을 고려하게 하는 것은 과도한 규제가 될 우려가 있는 점 등을 고려하여 논의될 필요를 지적하는 견해가 있다.³⁶⁾ 금융복합기업집단감독은 금융그룹의 존재 자체를 부정하려는 것이 아니라, 이를 전제로 그룹차원의 위험을 관리하려는 접근이다. ‘고려’의 법적 의미도 불명확하다.

Ⅲ. 금융그룹감독과 법률문제

1. 서언

첫째, 현행 상법은 개별회사주의를 기본원칙으로 하고 있다. ‘기업집단의 공동이익’³⁷⁾과 상반되는 ‘계열회사의 고유이익’을 인정하는 상법체계상 금융복합기업집단법상 금융복합기업집단 전체의 위험관리를 어떻게 이해할 것인지는 쉬운 문제가 아니다. 둘째, 금융복합기업집단의 의사결정 및 업무집행체계와 관련하여 금융복합기업집단법상 대표회사의 권한과 상법상 주식회사의 의사결정구조, 특히 대표회사의 선정이 가지는 의미를 분명히 할 필요가 있다. 셋째, 금융복합기업집단 대표회사 이사회의 결정이 금융복합기업집단 내 다른 소속금융회사의 이사에 대해 구속력을 가지는 구조에서 특히 다른 소속금융회사 이사의 형법상 배임죄 가능성도 살펴보아야 한다. 넷째, 금융복합기업집단 내 금융계열사와 비금융계열사간 위험분리의 법적 의미도 확인할 필요가 있다.

35) 이용준보고서, 62면.

36) 이용준보고서, 62면.

37) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결. 그룹이익 또는 집단이익이라고도 한다.

2. 기업집단법제와 ‘집단이익’ 또는 ‘집단위험’

2.1. 의의와 취지

금융지주회사법은 지주회사와 그 자회사로 구성되는 금융기업집단의 집단이익의 개념을 인정한다.³⁸⁾ 금융복합기업집단감독은 금융복합기업집단의 이익을 위하여 그 집단에 속하는 회사의 건전성과 위험관리 등을 통합기준으로 감독하는 것이다. 금융복합기업집단법상 ‘금융복합기업집단에 발생할 수 있는 재무·경영상의 위험 등’이나 ‘금융복합기업집단의 건전한 경영’(1조), ‘금융복합기업집단의 위험’(11조 1항 2호, 12조 1항), ‘금융복합기업집단 수준의 자기자본’과 ‘금융복합기업집단 수준의 경영 건전성’(13조), ‘금융복합기업집단의 재무건전성’, ‘금융복합기업집단 수준의 추가적인 위험’, ‘금융복합기업집단 수준의 자본적정성’, ‘금융복합기업집단 수준의 추가적인 위험’, ‘금융복합기업집단의 자본적정성’(14조 1항-4항), ‘금융복합기업집단의 건전성’(15조 1항, 16조 1항), ‘금융복합기업집단 수준의 위험’(16조 2항)은 기업집단이익에 기초한 개념으로 생각된다. 현행법상 기업집단을 규제의 대상으로 규정하고 있는 법률은 금융지주회사법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률이다. 상법은 개별 주식회사를 대상으로 하고 있고, 주식회사로 구성되는 기업집단은 규율대상으로 하고 있지 않다.

2.2. 금융규제목적상 기업집단이익의 개념

비록 상법이 기업집단의 개념은 인정하고 있지 않지만, 금융복합기업집단법상 그룹위험의 기초가 될 수 있는 기업집단이익의 개념은 인정하고 있는가. 상법상 기업집단에 속하는 모회사와 그 자회사 전체를 대상으로 하는 기업집단이익에 대한 고려는 제한적이다.³⁹⁾ 기업집단이익의 인정 여부에 대하여 법원은 신중한 입장이다.⁴⁰⁾ “회사의 손익은 개별회사를 기준으로 판단해야 한다는 법인격독립론을 철저히 고수”하면서 “개별사안별로 일정한 경우 개별회사의 손익을 넘어선 정당한 기업집단의 이익이라는 관념을 인정할 수 있는 여지”는 확인한 것으로 평가된다.⁴¹⁾ 판례

38) 금융지주회사법은 “금융지주회사와 그 자회사등의 건전한 경영”을 목적으로 규정하고(1조), 이를 위해 금융지주회사가 금융지주회사와 그 자회사등의 재무상태, 경영관리상태, 그 밖에 경영건전성 확보를 위하여 필요한 사항을 담당하게 한다(50조).

39) 김신영, “기업집단에서 그룹이익 인정에 관한 소고”, 비교사법 제25권 제4호, 2018, 1569-1616면; 천경훈, “기업집단법제에 관한 연구 - 기업집단 소속회사의 손익판단을 중심으로”, 기업법연구 제29권 제3호, 2015, 39-71면(“천경훈”).

40) “기업집단의 공동목표에 따른 공동이익의 추구가 사실적, 경제적으로 중요한 의미를 갖는 경우라도 기업집단을 구성하는 개별 계열회사는 별도의 독립된 법인격을 가지고 있는 주체로서 각자의 채권자나 주주 등 다수의 이해관계인이 관여되어 있고, 사안에 따라서는 기업집단의 공동이익과 상반되는 계열회사의 고유이익이 있을 수 있다. 이와 같이 동일한 기업집단에 속한 계열회사 사이의 지원행위가 기업집단의 차원에서 계열회사들의 공동이익을 위한 것이라 하더라도 지원 계열회사의 재산상 손해의 위험을 수반하는 경우가 있으므로, 기업집단 내 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여졌는지는 신중하게 판단하여야 한다.” 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결.

41) 천경훈, 66면.

는 부실계열사 지원행위에 대하여 배임죄로 처벌하였다.⁴²⁾ 따라서 별도의 입법이 없는 상태에서 상법상 기업집단이익의 개념을 인정하는 데는 한계가 있다. 그러면 금융회사로 구성되는 기업집단에 대해서는 금융규제목적상 기업집단이익의 개념을 생각할 수 있는가. 금융복합기업집단법은 이를 정면으로 인정한 것으로 평가된다.

3. 상법상 개별회사주의와 금융복합기업집단감독

3.1. 상법상 개별회사독립의 원칙과 집단감독

3.1.1. 집단감독은 집단이익을 전제

제정 당시 모범규준은 대표회사의 업무 등과 관련하여 “대표회사의 이사는 제1항에 따른 대표회사로서의 업무를 수행함에 있어서는 해당 금융그룹 전체의 이익을 고려”한다(7조 3항)고 하여 ‘금융그룹 전체의 이익’이라는 개념을 인정하였다. 금융복합기업집단법도 간접적이지만 동일한 입장이다. 이에 대해서는 “‘개별 회사의 주주 이익 및 이사회 중심’ 운영을 골간으로 하는 국내 상법과도 크게 충돌한다”는 지적이 있다.⁴³⁾ 이학영의원안을 대상으로 한 것이지만 금융복합기업집단법에도 적용될 수 있는 논의로 생각된다.

3.1.2. 대표회사의 권한과 상법상 주식회사의 의사결정구조

모범규준에 대해서는 “상법 등 다른 법령과 충돌할 가능성”도 있어서 “금감원이 그룹별 대표 금융회사를 지정하면 이 회사의 이사회가 전체 금융 계열사의 위험 관리 체계를 총괄”하게 되어, “상법상 각각의 회사에서 별도로 구성한 이사회 권한을 침해할 소지”가 있다는 지적도 있었다.⁴⁴⁾ 금융복합기업집단법은 이를 입법화한 것이므로 논의의 차원이 다르다.

그러나 대표금융회사에 그룹 단위의 리스크 관리 의무를 부여한 금융그룹 통합감독법이 상법과 충돌할 수 있다는 견해가 제기된다. “개별 회사에서 별도로 구성한 이사회에 권한을 부여한 상법과 대표회사가 전체 그룹에서 주도적 역할을 하는 감독법이 충돌할 소지”가 있다는 것이다.⁴⁵⁾ “금융그룹의 대표회사 선정과 관련하여 대표회사의 권한과 책임 문제, 이해상충 소지, 배임 가능성 등의 문제들”도 제기되었다.⁴⁶⁾ 특히 “대표회사와 소속회사 주주들 간 이해상충으로

42) “이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 계열그룹전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다.” 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도541 판결; 대법원 2012. 7. 12. 선고 2009도7435 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도541 판결.

43) 최준선(2019), 21면.

44) 주정완, “‘재량’ 강조한 김기식에게 ‘칼자루’ 더 주겠다는 금융위”, 중앙일보, 2018.4.4.

<<https://news.joins.com/article/22504922>> (2021.2.22. 방문).

45) 강경민, “금융그룹 통합감독법으로 시장안정·재벌개혁 모두 추구”, 한국경제신문, 2018.6.27.(발표자 인용) <<https://www.hankyung.com/economy/article/2018062674011>> (2021.2.22. 방문).

계열사 주주이익이 침해될 소지가 크며, 계열사 경영진은 ‘배임’ 등 법적 위험에 노출 우려가 크다”는 것이다.⁴⁷⁾

경영개선계획의 내용으로 포함되어 있는 “위험의 전이 가능성이 있는 소속비금융회사에 대한 출자 또는 그 밖의 거래관계에 대한 중단 또는 해소”(22조 2항 4호)와 관련하여 “상법상의 법인격 독립성을 훼손하는 것”을 근거로 “철저하게 금융대표회사의 입장만을 반영하는 것이어야 하며, 비금융회사의 행동계획을 포함시킬 수는 없다”는 주장이 있다.⁴⁸⁾ 나아가 이러한 조치는 “금융지주회사가 아닌 일반 금융회사인 대표회사의 정관에 그 회사가 금융그룹 위험관리체계의 개선임무를 수행한다는 것은 그 대표회사 고유의 정관소정의 목적으로 하기 어렵”고, 굳이 한다면 “금융지주회사체제를 만들고 그 범위 내에서 영위하는 것이 옳다”고 한다.⁴⁹⁾

독일의 복합금융그룹감독법상 금융그룹의 상위회사가 하위회사에 대해 가지는 정보요구권 등이 지배회사의 종속회사에 대한 영향력 행사의 제한을 규정한 독일 주식법 제311조와 저촉하는 문제에 대한 논의를 소개하면서 복합금융그룹과 같은 기업집단에 적용될 수 있는 내부통제체제 도입을 제안하는 견해도 있다.⁵⁰⁾

3.1.3. 대표금융회사의 선정과 권한

대표금융회사의 선정과 관련하여 “대표회사가 사실상의 지배력을 가지지 못한 경우 전체 그룹 차원에서 통합감독 시스템의 실행 가능성에 대한 의문”이 제기될 수 있다.⁵¹⁾ 대표금융회사는 금융지주회사와 달리 ‘계열사의 경영 전반을 관리할 권한’이 없으므로 ‘그룹 위험관리의 책무’를 실행하는 데 한계가 있다는 지적이다.⁵²⁾ 금융복합기업집단법은 적용대상 기업집단을 공정거래법상 기업집단 내에 금융업을 영위하는 회사들로 구성된 집단으로 정의한다. 소속금융회사간의 지분관계는 대표금융회사 선정 시 고려사항 이외에는 불문한다.

3.2. 금융규제를 통한 회사법원리의 보완 또는 대체

금융그룹의 경우 예외적으로 그룹이익이나 그룹위험을 인식할 수 있는가. 국내 금융회사는 원칙적으로 주식회사의 법적 형태를 갖추어야 하므로 상법상 기업집단규제가 그대로 적용되는 것이 원칙이다. 자본의 이중계상 등의 문제가 금융그룹에서는 더욱 명확하게 나타난다. 별도의 입법 없이 상법상 주식회사의 이사가 개별회사독립의 원칙이 아닌 그룹이익과 그룹위험을 대상으

46) 조대형, 3.(2) 각주 6.

47) 최준선(2019), 16면. 그 밖에 상법상 이사의 충실의무(제382조의3), 회사에 대한 책임(제399조) 등이 적용될 우려와 공정거래법상 부당한 경영간섭, 부당한 공동행위 등에 해당할 소지도 지적하고 있다. 최준선(2019), 17면.

48) 최준선(2019), 24면.

49) 최준선(2019), 25면.

50) 지광운, “독일 복합금융그룹감독법상 지배구조 규제와 그 시사점”, 기업법연구 제34권 제1호, 2020, 357면.

51) 조대형, 3(2).

52) 최준선(2019), 16면.

로 한 의사결정을 할 수 있는가. 모범규준은 ‘준수 또는 설명’(comply or explain)에 근거하여 현실적인 문제와 달리 법적 쟁점이 직접 문제되지 않을 가능성이 있다.⁵³⁾ 금융복합기업집단법은 금융규제를 통한 회사법원리의 보완 또는 대체입법으로 이 문제를 해결하려는 시도이다. 시스템 위험의 현실화 등을 고려하여 금융규제법상 일정한 범위의 공동위험그룹을 그룹규제대상으로 규정하고 입법을 통하여 해당 금융그룹의 소속금융회사 이사들에게 그룹이익을 고려할 의무를 부여하는 것은 가능한 것으로 판단된다. 그럼에도 금융복합기업집단감독은 금융회사의 위험관리를 목적으로 하는 것이므로 소속비금융회사에 대하여 직접적인 조치를 요구할 수는 없다. 다만 주식회사의 기본법인 상법상 원칙과의 긴장관계에 대해서는 논의가 필요하다.

4. 금융그룹의 의사결정 및 업무집행체계

4.1. 금융지주회사법상 경영관리업무

기업집단의 관리·운영과 모회사 이사의 의무내용, 그리고 모회사·자회사 이사의 관계에 대해서는 상법상 규정이 없다. 금융지주회사법상 금융지주회사는 “자회사의 경영관리업무와 그에 부수하는 업무”를 영위할 수 있다(15조). 경영관리업무는 경영기획과 지배구조에 관한 업무로 한정된다(금융지주회사법 시행령 11조 1항 1호 가목-바목). 구체적으로는 자회사등에 대한 사업목표 부여 및 사업계획 승인, 자회사등의 경영성과 평가 및 보상 결정, 자회사등에 대한 경영지배구조 결정, 자회사등의 업무와 재산상태 검사, 자회사등에 대한 내부통제 및 위험관리 업무, 그 밖에 이에 부수하는 업무를 말한다.⁵⁴⁾ 경영관리의 의미를 어떻게 파악하든 그룹차원의 건전성과 위험의 관리가 포함되는 것은 명확하다. 금융복합기업집단법에서도 이러한 문제가 현실화될 것이다. 입법적 해결이 필요하다.

4.2. 대표회사의 업무실행능력

금융복합기업집단법상 대표회사와 그 소속금융회사의 지분관계는 법률상 요건이 아니다. 금융복합기업집단법상으로는 “소속금융회사의 출자관계, 자산·자본총액 및 소유·지배구조 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준을 고려하여” 선정한다(7조 1항). 대표회사와 소속금융회사 간에 일정 수준 이상의 지분관계가 존재하는 경우 그 대표회사의 법적 지위를 무엇으로 볼 것인가. 상법상 대주주의 업무지시권을 인정한 것으로 볼 것인가. 대표회사와 그 소속 금융회사 간에 일정 수준 이상의 지분관계가 존재하지 않는 경우 그 대표회사의 법적 지위는 무엇인가. 실제 최상위자의 대리인으로 볼 것인가. 지분이나 사실상 영향력 등 실질적 기준이 필요한가. 금융복합기업집단법에는 전혀 규정이 없다. 대표회사에 그 자격을 불문하고 일정한 금융규제법상 의무를 부과한 것으로 볼 수밖에 없다.

53) 제21조(규준의 이행) 금융그룹은 이 규준에서 정하는 바를 따를 수 없는 경우에는 지체 없이 그 이유를 금융위원회에 보고하고 대표회사 홈페이지에 공시하여야 한다.

54) 정순섭, 701-704면.

영국은 비규제대상회사를 대표회사로 지정할 수 있는 근거를 두고 있다.⁵⁵⁾ 금융위의 소속 비금융사에 대한 자료제출요구권을 인정한 법률안도 있었다(이학영의원안 안 제20조 제3항). 대표 금융회사를 비금융회사로 할 수 있는가. 대표 '금융회사'로 한 현행법상으로는 불가능하다. 최상위자가 외국에 소재하는 경우 대표회사로 지정할 수 있는가. 현행법상 '금융회사'는 외국 법인을 포함한다(2조 1호).

5. 동일그룹 내 금융계열사와 비금융계열사간 위험전이의 차단

금융그룹의 위험관리를 위하여 소속비금융회사에 대한 출자한도를 두거나 해소하도록 하는 것은 전형적인 자산운용규제의 일환이다. 그러나 그 결과는 운용대상 기업이나 그 대주주의 관점에서 형식상 전형적인 기업투자규제로 나타난다. 나아가 계열분리명령제까지도 논의된 상황이다. 순서상 1차적으로 공시 및 보고에 기초한 내부통제와 위험관리를 통한 사전적 위험관리가, 2차적으로 금융회사에 대한 직접적인 자산운용규제가, 그리고 최종적으로 국가개입에 의한 주식처분 명령이나 계열분리명령이 논의되고 있다. 금융규제의 관점에서는 1차와 2차의 규제수단을 원칙으로 하고 이에 위반할 경우 금융회사에 대한 제재 등의 수단을 적용하는 것이 타당하다. 국제적으로도 이 부분의 규제는 모호하므로 한국의 현실에 맞는 감독체계를 개발할 수밖에 없다.⁵⁶⁾

IV. 결론

금융규제목적상 금융그룹감독도 상법상 회사법원칙을 준수하면서 수립되는 것이 타당하다. 현행법상 금융회사는 대부분 상법상 주식회사의 형태를 취한다. 현행 상법상 기업집단에 대한 규율이 부재한 상황에서 상법과 금융규제법의 관계가 문제된다. 금융규제목적상 특별히 인정되는 경우에 한하여 상법상 회사법원칙을 보완하거나 대체하는 규칙을 금융규제법으로 제정하는 것은 가능한 것으로 본다. 그러나 법인격 독립성에 기초한 개별회사주의를 취하는 회사법과의 긴장관계는 불가피하다.

금융그룹감독의 존재이유는 금융그룹이 가지는 위험구조의 특수성을 고려할 때 명확하다. 그룹 위험에 대한 통제수단으로서의 개별업종별감독의 한계도 확인할 수 있다. 문제는 금융그룹감독규제, 특히 금융회사와 비금융회사간 위험전이의 차단과 관련한 실효성 확보수단이 결과에서 기업 규제적 측면을 가지는 점이다. 우리나라의 비지주형 금융그룹에 대한 문제인식의 차이가 가장 확실하게 드러나는 부분이다. 금융복합기업집단법은 경영개선계획을 실효성 확보수단으로 채택했다.

55) PRA, Statement of policy on the use of the power to direct qualifying parent undertakings, April 2013; FCA, statement of policy on the use of the power to direct qualifying parent undertakings, March 2013.

56) 김상조, 25면.

2020년 개정 상법의 주요내용 및 과제

곽관훈(선문대학교 법경찰학과)

Contents 

- 1 개정 상법의 개요
- 2 개정 상법과 기업지배구조
- 3 개정 상법과 주주총회 운용
- 4 맺음말

개정 상법의 개요

1. 상법 개정과 기업지배구조의 변화

(1) 주요 개정 내용

- 감사위원 분리선임제도 도입 및 3%를 적용 요건 변경
- 소수주주권 행사요건 변경
- 다중대표소송제도 도입

(2) 개정 상법과 국민연금과의 관계

- 국민연금기금의 주주권 행사 환경의 변화
 - 스튜어드십 코드 + 자본시장법 시행령 개정(5%를)
- 상법 개정에 따른 국민연금의 영향력 증대

2. 상법 개정과 주주총회 운용의 변화

- 배당기준일 제도의 변화
 - 주주총회 소집통지 제도 변화(2020년 상법 시행령 개정)
- 주주총회결의 요건 변화
 - 전자투표 도입 시 출석주주 과반수로 의결(발행주식총수 25%요건 적용배제)

개정상법과 기업지배구조

개정 상법과 기업지배구조

1. 감사위원 분리선임 제도

(1) 주요내용

o 감사위원분리선임

회사규모	감사조직의 형태	개정 전	개정 후
비상장회사 자산총액 1천억원 미만 상장회사	감사	3%를 적용	동일
	감사위원회	없음	동일
자산총액 1천억원 이상 2조원 미만 상장회사	상근감사	3%를 적용	동일
	감사위원회	1단계: 이사선임 (3%를 X) 2단계: 이사중 감사위원 선임(3%를 O)	1인이상: 이사선임(3%O) 1단계: 이사선임 이사(3%를 X) 2단계: 이사중 감사위원 선임 (3%를 O)
자산총액 2조원 이상 상장회사	감사위원회	1단계: 이사선임 (3%를 X) 2단계: 이사중 감사위원 선임(3%를 O)	1인이상: 이사선임(3%를O)
			1단계: 이사선임 이사(3%를 X) 2단계: 이사중 감사위원 선임(3%를 O)

개정 상법과 기업지배구조

o 감사위원 선임시 3%를 적용

구분	개정전	개정후
사외이사인 감사위원	모든 주주 개별 3%	현행과 동일
사외이사가 아닌 감사위원	최대주주 및 특수관계인 : 합산3% 기타주주 : 제한없음	최대주주 및 특수관계인 :합산 3% 기타 주주 : 개별 3%

(2) 감사위원 분리선임제도의 의의 및 문제점

가. 제도 도입의 취지

- 개정 전 감사위원 일괄선출방식의 경우 지배주주 영향력 차단에 한계
 - 이사 선임단계에서부터 감사위원 1명 이상을 분리선임하며, 이 때 3%를 적용
 - 지배주주의 영향력 차단을 통해 감사위원의 독립성 확보

개정 상법과 기업지배구조

나. 감사위원 분리선임의 문제점

(가) 과잉금지원칙 등의 위반

- 헌법상 보장된 재산권의 본질적 침해는 물론 과잉금지원칙 및 평등원칙등에 위배된다는 견해

(나) 회사법과의 정합성 문제

가) 이사의 본질적 기능과의 충돌문제

- 감사위원은 이사이며, 감사위원인 이사 선임시 의결권 제한하는 것은 주식회사의 본질적 기능 훼손
 - 이사는 회의 업무집행결정에 참여하는 존재이며, 자신의 재산을 투자한 주주는 전문성을 가진 자를 이사로 선임하는 것이 중요
- 이사를 선임하는 과정은 주주가 주식회사에 자본을 투자한 목적달성을 위한 행위이며 주주의 의사가 자본다수결의 원칙에 따라 절대적으로 반영되어야 할 영역임

개정 상법과 기업지배구조

나) 3%룰이 적용되어 선임된 감사위원(이사)의 책임문제

- 3%룰을 적용하여 선임된 감사위원인 이사의 경우, 일반적인 이사와 동일한 의무와 책임을 부담하는가가 의문
- 일반적으로 이사는 회사와 위임관계로 회사의 이익을 최우선적으로 고려해야 할 의무부담
 - 3%룰 적용하는 가장 큰 이유가 지배주주로부터의 독립성 확보라고 한다면, 이에 따라 선임된 이사는 회사 또는 주주 전체가 아닌 소수주주의 이익을 고려해야 하는 것인가가 문제

다) 감사위원인 이사의 대표성 문제

- 3%룰 적용 및 주주총회 결의 요건 완화
 - 적은 지분으로도 선임이 가능함에 따라 감사위원인 이사의 대표성 인정여부가 문제

라) 실무계의 우려

- 해외투기자본이 감사위원회에 진출하여 이사회 운용 방해 가능
- 경쟁기업 측 인사가 감사위원에 선임되는 경우 회사의 중요기밀 유출가능
- 해외 투기자본의 단기적 이익 실현 이용 가능

개정 상법과 기업지배구조

2. 소수주주권 행사 요건의 변화

(1) 의의

- 종전의 경우 상장회사는 주식분산을 고려하여 비상장회사보다 지분 요건을 낮추되, 상당기간 주식을 보유함으로써 회사와의 이해관계가 정착되어 있는 주주에 한해 소수주주권 인정
 - 개정상법은 상장회사 요건과 비상장회사 요건 중 어느 하나를 충족하면 소수주주권 행사 인정한다는 점을 명문화

개정전	개정후
○ 상장회사 : 지분요건 + 보유기간요건(6개월) ○ 비상장회사 : 지분 요건	○ 상장회사 요건과 비상장회사 요건 중 어느 하나 충족하는 경우 행사 가능

(2) 문제점

- 상장회사 주식을 3% 이상 취득하면, 결제일 다음 날부터 주주제안권 등 주주권 행사 가능
 - 헤지펀드등에 의한 경영권 공격의 수단 확대 효과
- 국민연금기금의 주주권행사 용이화로 인한 영향력 확대(후술)

개정 상법과 기업지배구조

3. 다중대표소송제도 도입

(1) 의의

- 상법상 모회사의 주주가 자회사 이사에 대해 책임을 추궁하는 대표소송 제기 가능

구분	개정상법
적용대상	○ 상법상 모자회사(발행주식총수의 50%초과 보유)
소 제기 요건	○ 상장회사 : 발행주식총수의 0.5%를 6개월 이상 보유 ○ 비상장회사 : 발행주식총수의 1% 보유

* 상장회사의 경우 두 요건 중 어느 하나를 충족하는 경우 가능(소수주주권 선택적용)

(2) 문제점

- 완전모자회사의 경우 자회사 경영진의 책임추궁을 위해 다중대표소송제도 도입 필요성 인정
- 단, 상법상 기업집단에 대한 근본적인 논의 없이 별개 법인격인 모자회사간 대표소송을 인정은,
 - 모자회사도 별개의 법인격을 가진 회사라는 상법의 기본관점과의 충돌 문제
 - 모회사 주주의 이익과 자회사 또는 자회사 주주의 이익의 충돌 문제 등 발생
- 해외 투기자본이 모회사의 소수지분을 확보한 후 다중대표소송을 통해 자회사 경영에 간섭할 가능성 증가(실무계의 우려)

개정 상법과 기업지배구조

4. 개정상법과 국민연금과의 관계

(1) 국민연금의 주주권행사 환경의 변화

가. 스튜어드십 코드 도입

- 국민연금기금의 적극적 의결권행사 원칙 정립

나. 자본시장법 시행령 개정

- 주식등의 대량보유상황 보고제도(5%룰) 개정
 - 5%룰로 인해 국민연금의 적극적인 의결권행사가 현실적으로 어렵다는 지적에 따라 변경

(가) 보유목적 변경

개정전	→	개정후
① 경영참여		① 경영참여
② 단순투자		② 일반투자
		③ 단순투자

개정 상법과 기업지배구조

(나) 경영에 영향을 미치는 행위의 변경

- 종전에는 임원의 선임, 해임 또는 직무의 정지, 이사회 등 회사의 기관과 관련된 변경 등 다음 어느 하나에 해당하는 것을 위해 회사나 그 임원에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 것을 의미
 - 임원의 선임, 해임 또는 직무의 정지
 - 회사의 기관과 관련된 정관변경
 - 회사의 자본금의 변경
 - 회사의 배당의 결정 등
- 개정시행령에서는 주주가 단순히 의견을 전달하거나 대외적으로 의사를 표시하는 것은 경영에 영향을 미치지 않는 행위로 규정함
 - 임원의 선임등의 경우도 유지청구권행사와 같이 상법상 권리행사인 경우는 제외함
 - 회사의 기관과 관련한 정관변경의 경우도 기관투자자들이 투자대상 기업전체의 지배구조 개선을 위해 사전에 공개한 원칙에 따르는 경우 적용하지 않음
 - 회사의 자본금 변경도 상법상 권리(유지청구권) 행사인 경우는 적용하지 않음
 - 배당금의 결정은 경영에 영향을 미치는 행위에서 제외함

개정 상법과 기업 지배구조

다. 개정상법의 소수주주권 행사요건 완화

- 상장회사의 경우 '비상장회사의 지분요건' 또는 '상장회사의 지분요건+보유요건' 중 어느 하나만 충족하면 소수주주권행사 가능

(2) 상법개정에 따른 영향

- 국민연금의 주주권행사 요건이 완화됨에 따라 적극적인 주주권행사가 가능
→ 상장회사에 대한 국민연금의 영향력 확대 예상
- 국민연금기금의 지배구조는 (i) 정부로부터 독립성이 결여되어 있으며, (ii) 기금운용에 관한 전문성이 부족하고, (iii) 기금운용에 대한 책임성도 부족한 문제가 있음
- 이러한 상황에서 국민연금의 상장회사에 대한 영향력 확대는 기업의 자율성을 침해하는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 문제가 있음

개정상법과 주주총회 운용의 변화

개정 상법과 주주총회 운용의 변화

1. 개정의 취지

- 웨도우보팅 폐지로 인해 주주총회 결의 성립의 어려움 지적
→ 주주참여 증대 방안 검토
(예) 전자투표 의무화, 주주총회 소집통지기간 연장, 주주총회 분산개최, 정족수 완화 등
- 주주총회 분산개최 유도를 통한 주주참여 확대
→ 배당기준일 제도의 변화로 3월 이후 주총 개최 유도
→ 주주총회 소지통지시 사업보고서, 감사보고서 추가(상법시행령 개정)
- 주주총회에서 감사(위원) 선임의 어려움 해소
→ 전자투표제도 도입시 결의요건 완화
→ 전자투표 원활화를 위한 본인확인 방법 개선(상법시행령 개정)

개정 상법과 주주총회 운용의 변화

2. 기준일제도의 개선

- (1) 상법시행령 개정(2020.1.29 개정, 2021.1.1 시행)
 - 주주총회 소집공고에 '자본시장법' 제159조에 따른 사업보고서 및 '외감법' 제23조 제1항의 감사보고서 포함
 - 사업보고서 및 감사보고서는 주주총회 개최 1주 전까지 전자문서로 발송하거나 회사의 홈페이지에 게재하는 것으로 갈음할 수 있음
→ 사업보고서 제출을 위해 결산기로부터 3월내에 주주총회를 개최할 필요가 없음에 따라, 주주총회가 3월 이후 개최 가능
- (2) 상법 개정
 - 배당기산일 관련 단서규정(제350조 제3항 및 준용규정) 삭제
→ '직전영업연도말일 = 배당기준일'이라는 규제를 폐지하여 배당기준일 자유롭게 정할 수 있도록 하여, 배당을 위한 주주총회가 결산일로부터 3개월 내에 개최될 필요가 없어짐
- (3) 검토
 - 3월말 주주총회 집중화 완화에 기여할 것으로 보이나, 주주참여 유도라는 근본적인 목적 달성에 얼마나 효과적일지는 의문

개정 상법과 주주총회 운용의 변화



3. 주주총회 결의요건 완화

(1) 개정내용

- 감사(위원) 선임시 주주총회 결의요건을 완화함

개정전	개정후
○ 발행주식총수 25% 찬성 & 출석주식수 과반수 찬성	○ 전자투표 도입시 : 출석주식수의 과반수 찬성 ○ 전자투표 미도입시 : 발행주식총수 25% 찬성 & 출석주식수 과반수 찬성

(2) 검토

- 본 개정으로 감사(위원) 선임시 정족수 확보 문제는 어느 정도 해결가능하고, 전자투표제도 도입에도 어느정도 긍정적일 것으로 판단됨
- 다만, 주주총회 정족수 문제가 제기되는 근본적인 이유는 감사(위원) 선임시 3%를 적용하기 때문이라는 점을 고려할 때 근본적인 문제는 해소되지 못함
- 또한, 아주 적은 찬성표로도 감사(위원)에 선임될 수 있다는 점에서, 그 대표성을 인정할 수 있는가의 문제도 제기될 수 있음



맺음말

1. 상법개정과 지배구조개선

- 감사위원인 이사는 이사라는 점을 고려할 때, 3%률을 적용하여 선임하는 것이 합리적인지 의문이 있음
 - 감사위원에 대해 지배주주로부터의 독립성 확보가 주된 목적이나, 감사위원은 이사라는 점에서 이사의 본질적 기능과 충돌문제, 이사로서의 책임에 관한 문제 등이 제기될 수 있음
- 회사법상 기업집단 수용에 관한 논의없이 다중대표소송을 도입됨에 따라 혼란이 예상됨
 - 보다 효과적인 규제를 위해서는 회사법상 기업집단에 대한 실체인정에 관한 논의가 먼저 이루어질 필요가 있다고 판단됨
- 주주권행사의 용이화는 국민연금의 최근 주주권행사와 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점에서 우려스러운 측면이 있음
 - 회사법적 측면의 문제는 아니지만, 국민연금의 지배구조에 관한 논의가 선행될 필요가 있음

2. 상법개정과 주주총회 운용의 변화

- 주주총회 운용과 관련한 일련의 개정은 주주의 참여부족으로 인한 문제임
- 개정상법등의 내용은 단기적인 미봉책은 될 수 있으나, 근본적인 문제해결방안은 되지 못함
- 제4차산업혁명시대의 변화를 적극 수용하는 사이버주주총회의 도입 등, 보다 근본적인 방안을 모색할 필요가 있음

감사합니다!

