

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·개정에 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 사전 조사 절차를 법제화하는 공정거래법 일부 개정안을 통과시켰다.
- 2) 수정 의결된 공정거래법 전부개정안의 주요 변경사항은: (1) 경성합합에 대한 공정위의 전속고발권 유지 및 (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) 경성합합에 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 공정경쟁질서에 대한 시대적 요구를 반영하는 공정거래법 개정, ③ 규제 사각지대에 놓여있던 비주주 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, 재계는 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 규제대상 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 특이 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 공정거래해설성 또는 부당성 여부를 불문하고 금지하여야 한다는 논의가 붓물을 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. 백승업, “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 지분율 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 자회사로 규정하게 된 정확한 이유에 대해서는 알려진 바 없고, 다만 50% 초과 보유하는 경우 일용 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 경제력 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 합산 시 기업집단 현대증권의 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 의무지분율 상향, ② 벤처지주회사 요건 완화, ③ 일반지주회사의 기업형 벤처캐피탈 무의 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 의무지분율 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 공익법인 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 금융·보험사의 의결권 행사를 금지하여 금융·보험사가 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 도입하였다.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 금번 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, 전개 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, 전개서, 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 정무위원회 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 경영을 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 범정부적 논의를 거쳐 사회적 합의가 전제될 필요가 있다는 반대 의견을 제시하였다. 오창석, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서 - 장병관 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 경별로 안전장치를 세밀하게 마련하였다”는 입장을 밝히고 있다. 공정경제 3법 합동 브리핑, “공정경제 3법 주요내용 및 기대 효과”, 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 상대회사에 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 종래 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 획정과 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 종래 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 혁신기반 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) 최난설현, “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 소셜네트워크(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 결합당사자들이 동 규칙 제4조 (5)항에 따라 집행위원회의 심사를 요청했고, 소정의 시한까지 경쟁당국들이 이의를 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) 이봉의, 전계논문, 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 확정 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 확정하거나, 제조·판매 시장과 포괄하여 확정하는 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 소셜네트워크 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. 최난설현, 전계논문("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 시장확정 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 일치나 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 상품규격 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, 전계보고서 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 경쟁법이 어떠한 입장에 서야 할 것인지, 즉 기술 또는 기계가 지배하는 시장환경에서 경쟁법이 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 경쟁법이 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 markets, English summary available at <http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S6_8_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 시장점유율이 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 공급·시장·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

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), 정병완 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.

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.