

폭주하는 기업규제법

상법, 공정거래법, 집단소송법의 제문제



최준선 (성균관대 법학전문대학원 명예교수)



I. 법무부 상법개정 입법예고(2020.06.11.)안 검토

1. 다중대표소송제도 도입 (§324, §394, §406의2)

(新設) 모회사의 1% 주주가 자회사 이사
의 책임 추궁 可

- 제소요건 : 비상장회사 1/100, 상장회사
1/10000(현행 대표소송과 同一)

※ 제소 이후 모자회사간 지분율 축소(50%미
만)에도 제소효력 유지

검토

- **모회사의 개념** - 다른 회사의 주식 50%를 초과소유한 경우를 말함
 - 자회사에 다른 주주가 존재할 수 있음
- **법인독립의 원칙 침해 · 자회사 주주의 주주권 침해**
 - 모회사 주주라고 해서 자회사 이사를 상대로 소를 제기하는 것은 모회사 주주에 대한 지나친 특권
 - 기업의 독립경영원칙 저해

검토

- **주주보호가 아닌 투기세력 보호**
 - 소액주주가 비상장회사 1/100, 상장회사 1/10000을 소유하기 어려우나 대형 펀드의 경우 충분히 가능
 - 예) 엘리엇매니지먼트 2015년 삼성물산 주식 7.12% 보유
 - 제소 주주들에 대한 직접적인 보상은 없음
 - 결국은 경영권을 흔들려고 하는 다른 의도로 악용

검토

■ 글로벌 규제흐름과의 부정합

- **미국**: 판례법상 제도로써 1주의 주주라도 제소가 가능한 단독주주권이나, 대표적절성(代表適切性)의 요건

주식동시보유의 원칙

주식계속보유의 원칙

사전제소청구의 원칙 등 요구

- **일본**: 모회사가 자회사의 주식을 100% 보유하는 완전모자회사에서만 인정

- 영국, 독일, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 홍콩, 싱가포르, 이스라엘, 남아공, 나이지리아 등은 대표소송 자체가 법원의 허가(leave) 또는 승인(approval)이 있어야함

검토

- **지주회사 체제에 대한 치명적인 위협**
- **기존 제도로도 충분**

- 모회사 주주의 자회사 감사권

- 모회사 주주가 모회사 이사를 상대로 자회사 이사 임명 및 감독소홀로 인한 손해배상을 구하는 대표소송 또는 손해배상소송 제기 가능

2. 감사위원 분리선임 (§542의12)

- **주주총회에서 감사위원회 위원이 되는 이사를 1인 이상 다른 이사들과 분리하여 선임**
 - 감사위원이 되는 이사 선임 단계에서 대주주의 의결권을 3%로 제한
- **현행 규정: 제542조의12(감사위원회의 구성)**
 - 자산 2조원 이상 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원회위원(감사위원)을 선임
 - 이사 선임 후 감사위원 선임 단계에서만 대주주의 의결권을 3%로 제한

검토

- 금융회사지배구조에 관한 법률에서 1명 분리선임 시행중
- 이사회 구성의 이질성, 남용가능성으로 이사회의 비능률
 - 이사이자 감사가 모든 이사회에 참여해 회사의 기밀정보 외부 유출
- 감사위원회는 이사이므로 대주주의 이사선임권 자체가 3%로 제한
 - 헌법상 재산권(주주권)의 본질적 내용 침해하는 것임
- 실제로는 외국 투기자본 보호. 투기자본의 경영권 위협수단으로 악용 우려
 - 고율 이익배당, 유휴부동산 매각, 강력한 구조조정, 자회사 매각 등 무리한 요구 가능

3. 소수주주권 요건의 선택적용 명문화(§542조의6)

- 회사법 일반규정 및 상장회사 특례규정상 소수주주권 요건의 선택적용설 명문화
(일반 규정) 지분요건 / (특례 규정) 기간요건(6개월)&완화된 지분요건
- 소수주주권을 행사할 때 비상장사에 적용되는 요건(1~3% 지분 보유)과 상장사에 적용되는 요건(0.01~1.50% 지분에 6개월 이상 의무 보유) 중 하나를 선택할 수 있음
- 주식 3% 사들이면 단 3일 만에 소수주주권 행사 허용
- 상법 개정안의 이 조항 신설로 중소기업은 더욱 심각한 타격이 예상

예) 시가총액이 200억원 규모인 자동차 부품업체 Y금속에 주주제안을 하기 위해서는 현재는 주주제안 6개월 전 2억4000만원어치(지분율 1%) 주식을 사들여야 함 → 개정안이 통과시 6개월 의무 보유 기간은 사라지고 7억2000만원(3%)만 있으면 바로 주주제안 가능

- **유가증권시장에 상장된 시가총액 1조5000억원 규모 (주)K사에 똑같이 주주제안을 하기 위해서는 지금은 6개월 전 150억원어치 이상 지분을 확보해야 함 → 상법 개정안이 통과되면 보유 기간에 상관없이 450억원이 있으면 충분**
- **소수주주권 행사에 필요한 자금 규모를 단순 비교해도 중소기업이 훨씬 취약한 상황**

검토

- 일반규정은 지분의 비율이 높은(1~3%) 반면, 특칙은 지분요건은 완화되면서 보유기간 6개월을 반드시 요구함
 - 즉, 지분요건은 완화되면서(0.01, 0.025%, 0.05%, 0.5%, 1%, 1.5% 등 다양함) 보유기간 6개월을 반드시 요구함
- 상법 제542조의2 제2항에서는 ② 이 절(상장회사 관련 규정을 모은 절)은 이 장 다른 절에 우선하여 적용한다. 고 명문으로 규정하고 있음
- 일본의 경우는 상장회사의 경우 지주요건 완화 없이 6개월 보유를 요건으로 하고 있음(일본회사법 제847조 제1항 · 2항, 제854조 제1항 · 제2항 등 참조)으로 해야 하는 것이 맞음



Ⅱ. 공정거래법 개정안 검토

1. 전속고발권 폐지와 경성담합에 대한 규제강화(제19조, 제22조의2)

- 경제활동의 효율창출이나 제고를 내포하지 않은 경쟁자간의 담합(가격담합, 공급제한, 시장분할, 입찰담합 등)에 대한 전속고발권 폐지. 경성가격담합은 1년에 70여건 적발
- 과징금 2배 인상(매출액의 10%에서 20%로, 매출액이 없는 경우 20억에서 40억으로 인상)

검토

- 누구든 공정위를 거치지 않고 검찰에 직접 고발할 수도 있음 → 검찰권 비대화, 공정위의 전문성 무시(예, 담합이 소비자에게 유리할 수 있음) → 기업의 경제활동을 보장하기 위해 공정위의 전문적 심사제도 선행 필요
- 검찰과 공정위 모두에게서 조사·수사를 받으면서 추가적인 행정적·사회적 비용이 발생, 이중 수사로 인한 피로도 가중
- 다수 국가는 경쟁법에 형벌조항이 없는 경우도 많고 형벌조항이 있더라도 담합, 시장지배적 지위남용 등에 제한적으로 존재
 - 경성담합에 관해 3배까지 손해배상을 부과할 수 있도록 되어 있는 것 외에도 과징금을 2배로 상향 → 과도한 '이중처벌'
- 과징금 최고한도 2배 상향: 담합 10% → 20%, 시장지배력남용 3% → 6%, 불공정거래행위 2% → 4% (현재 매출액 기준. 매출액이 없으면 20억, 10억, 5억 이내 부과)

2. 공익법인의 계열사 의결권 제한(안 제24조 신설)

- 공익법인에 주식 출자한 비상장사의 의결권 원칙적 제한

- 공익법인에 출자한 상장사의 주식은, 특수관계인과 합산, 일부 목적에 따라 최대 15%까지만 의결권 행사 허용 → 2년의 유예기간을 두고, 이후 30%부터 15%까지 매년 5%포인트씩 3년간 단계적으로 의결권 행사한도를 낮추기로 함

- 금융·보험사, 적대적 M&A 방어와 무관한 계열사 합병 시 의결권 행사 금지

검토

- **입법목적이 부당하며, 규제방법도 부적절**
 - 전세계적으로 공익법인이 소유한 주식에 대해 의결권 제한 입법례 없음
- **문화·장학사업 기부유인 감소로 공익 저해**
- **공시의무 부과로 충분**
- **국민연금에 대해서는 의결권 행사를 허용하면서 공익법인에게는 허용하지 않는 것도 모순**

3. 신규 지주사 자회사 · 손회사 지분율 강화(안 제18조 제2항 제2호)

- 신규 설립 · 전환 지주사는 지주회사 보유 자 · 손자 회사의 지분율 요건을 현행 상장 20%, 비상장 40%에서 각각 10% 인상 → 상장 30%, 비상장 50%(안 제18조 제2항, 제3항)
- 지주사 전환 유인 감소

검토

- 목적에 정당성 없음 → 순환출자 해소 위해 지주회사전환 권고하는 공정위 정책과 모순
 - 신규지주회사만 적용, 형평의 법리에 위반
- 방법의 적절성 미흡 → 경제력 집중과 상관없는 중견, 중소기업에만 부담
- 주식을 더 취득하려면 회사에 따라서는 천문학적 자금이 소요 → 자회사 주식을 끌어안고 있으면 투자에 쓸 대규모의 자금이 死藏

4. 사익편취(일감몰아주기) 규제기준 확대(개정안 제46조)

- 규제 대상 상장·비상장 불문 30%에서 20% 일원화
- 총수일가가 20% 이상 지분을 보유한 회사의 자회사(50% 초과 지분 보유)까지도 규제대상에 포함
- 총수일가 지분율이 0%인 기업도 계열사와 거래하면 일감 몰아주기 규제 → 총수일가 지분율 20% 이상인 대기업의 자회사(지분율 50% 이상)가 포함 → 해당 기업은 2020. 5. 기준 358곳 → 간접지분 규제 → 규제만능적 발상

검토

- 경쟁제한성이 없어도 제재: 계열사와 200억 원 이상 거래 또는 연매출액의 12% 초과시 경쟁제한성 추정
- 개정안은 사각지대에 속한 몇 개 회사 때문에 규제 대상을 과도하게 확대. **현행 총수일가 지분 30%이상 상장회사, 20% 이상 비상장회사를 모두 20%로 규제대상 확대하면 27개 그룹 210개서 591개 회사로 대상 증가 예상 → 과잉금지의 원칙에 위배**
- 일감 몰아주기 대상이 되지 않기 위해 지분율 20% 미만으로 낮추면 적대적 인수, 합병(M&A) 노출 가능성도 커짐

5. 사인의 금지청구제 도입(신설, 법안 제28조)

- 피해자가 가해자의 불공정거래행위를 중단해줄 것을 공정위를 거치지 않고 법원에 직접 청구 가능
- 피해자가 손해배상소송에서 손해액 입증을 위해 필요한 경우 법원이 영업비밀이라도 자료제출명령 가능(디스커버리 제도 도입)
- 공정위가 행정처분을 내리려면 2~3년이 걸리기 때문에 사전에 법원을 통해 일시적으로 제동 가능
 - 디스커버리 제도(소송 전 증거조사)는 본안 재판 전 증거조사 절차로 미국과 영국 등에서 시행되고 있는 제도

검토

- 피해자가 직접적으로 사적 구제수단 제도 존재 시 행정규제 자체가 필요하지 않음
- 디스커버리 제도가 보장된 사적 구제수단이 보장되는 경우 사업자는 행정벌과 민사책임을 동시에 부담
 - 위법성 판단 이전에 파산할 위험성이 높아짐

6. 담합추정(신설, 안 제39조 제5항)

- 사업자 간 일치된 공동행위의 외관이 존재하고, 이에 필요한 정보가 교환된 경우에는 사업자간 합의가 있는 것으로 법률상 추정



Ⅲ. 집단소송법 제정 & 징벌적 손해배상 도입

1. 집단소송법 제정

- 50인 이상 청구요건, 소송에 참여하지 않은 피해자도 동일 배상
- 증권관련집단소송법 원고대리 변호사 3년간 3건 이상 수임자 제외 규정 삭제
- 피해자의 주장 및 증명책임 경감 규정
- 국민참여재판제도 적용

검토

- 수십만 명의 피해자 발생의 경우 기업 도산 우려
 - 소송비용 원가에 반영 불어나는 법률비용을 소비자에게 전가
 - 집단소송 기획전문 로펌 출현 가능
- 미국의 證據開示(discovery) 제도 변용, 한국형 증거개시제도 도입
- 국민참여재판제도 적용으로 여론재판의 가능성이 매우 큼

2. 징벌적 손해배상

- 상법 제66조의2 신설(상행위법)
- 실손해의 5배까지의 징벌적 손해배상 부과
- 가짜뉴스 생산 언론과 시민단체, 기업 등에 적용
- 악의적인 위법행위

검토

- 징벌적 손해배상 punitive damages 제도는 영미법에서 인정되는 제도로써 한국의 전보배상을 원칙으로 하는 한국의 私法體系와는 맞지 않음
 - 미국에서 징벌적 손해배상이 인정되는 영역은 상해, 폭행, 명예훼손, 사기, 미성년자 · 부녀 유괴, 악의적 기소, 재산에 대한 고의적 불법침해, 생활방해(nuisance), 부동산횡령(conversion), 계속적인 불법행위, 아주 위험한 운전 등에 인정 → 한국에서는 상법에 규정하여 상인에게만 적용
- 성격상 과잉처벌금지 원칙을 위반 → 위헌의 소지
- 하도급법² 제조물책임법 등 17개 법률에서 이미 시행 중인데 이를 일반화하는 것은 과잉입법

검토

- 징벌적 손해배상액이 피해자에게만 귀속되는 경우 피해자는 과도한 이익
 - 실제 발생한 손해와 관계없이 침해사실만 증명되면 법원이 재량으로 징벌적 손해배상액을 결정 → 피고의 재판청구권 침해 → 실체적 적법절차 위반
- 악의성 발견은 어떻게 할 것인가
- 미국 최종판결까지 받은 사건은 별로 없고 법정 공방만 진행하다가 중간에 화해하는 경우가 다반사

검토

- 화해금의 상당부분은 변호사가 수임료로 받고 소비자들에게 배분될 배당은 초라한 금액
- 가짜뉴스라는 이유로 언론 사찰 가능성 - 언론의 자유 침해 가능성 다분
- 소규모집단으로서 징벌적 손해배상소송을 감당할 수 없는 B2C형 중소기업의 경우에게만 위기 초래
- 행정벌인 과징금² 과태료에 더하여 자유로운 기업 활동 위축