법과 기업 연구 제12권 제1호 DOI : 10.35505/sjlb.2022.4.12.1.67

‘동일인’ 관련 제도의 개선방안에 대한 연구

전 찬 수*

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 동일인 관련 제도
Ⅲ. 동일인 관련 제도의 문제점과 개선방안
Ⅳ. 맺음말

국문초록

경제력집중 억제 규제는 수정자본주의를 지향하는 헌법과 공정하고 자유로운 시장경쟁과 국민경제의 균형 있는 발전을 추구하는 공정거래법에서 중요한 위치를 차지하고 있다. 문제는 공정거래위원회에 주어진 재량으로 인한 불확실성, 일부 제도적 미비, 과대집행 등으로 인한 불합리한 규제 부담이 있다는 점이다. 특히, 경제력집중 규제의 출발점이라고 할 수 있는 기업집단의 ‘동일인’과 관련하여, 그 개념, 확정절차, 인정기준 등 관련 규정이 온전하게 갖춰지지 못한 상태에서 관련 규제가 집행되는 실정이다. 이러한 문제의식으로부터 최근 ‘동일인’과 관련하여, 지배력 평가기준, 지정제도 개선, 관련 법적 쟁점 등에 대한 여러 논문이 발표되었다. 다만, 여전히 공정거래위원회의 동일인 확정 실무절차에 대한 이해와 해석에 차이가 있고, 특히 동일인 확정과정에서 공정거래위원회 행정작용의 법적 성격에 대해 일치된 견해가 형성되지 않았으며, 동일인 확정제도를 어떻게 구축할 것인지에 대한 실천적 논의도 본격적으로 이루어지지 않는 상태로 이해된다. 따라서, 현행 공정거래위원회 실무상 동일인이 어떤 과정으로 확정되고 있는지, 그 과정에서 기업집단과 공정거래위원회가 어떤 작용을 하고 있고, 특히 그 행정작용의 법적 성격을 어떻게 볼 수 있는지는 여전히 논의의 가치가 있다고 본다. 이러한 논의를 토대로, 먼저, 동일인의 ‘사실상 지배력’ 판단기준의 문제점과 개선방안을 검토하

* 공정거래위원회 (전)디지털조사분석과장, 외국 변호사

고, 둘째, 동일인 확정절차를 어떻게 구축할 것인지 대안을 제시해 본다. 대안은, 공정거래법 정의 조항에 '동일인'에 대한 정의규정을 신설하면서 세부적인 사항을 시행령에 위임하고, 시행령에서는 기업집단의 동일인 신청권, 공정위의 심사 및 수리 여부 결정권과 직권지정권, 기업집단의 불복제도 등을 마련하는 것이 주요 골자이다. 셋째, 동일인 확정절차의 핵심적인 요소로, 동일인 확정(변경)을 위한 적격성 심사기준이 지향할 바를 살펴본다. 마지막으로, 지분율 기준의 효력과 한계의 관점에서 기업집단 지정자료 제출 위반에 대한 공정거래위원회의 적극적 고발 조치의 적절성을 생각해 보고, 또한, 외국계 기업집단의 동일인 관련 보완책도 살펴보고자 한다.

• 핵심어 경제력집중 억제, 동일인, 기업집단, 지배력, 기업집단 지정자료

Ⅰ. 머리말

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법' 또는 '법'이라 한다)의 경제력집중 규제[1]를 담당하는 공정거래위원회(이하 '공정위'라 한다)는 매년 기업집단의 자산규모를 기준[2]으로 규제대상이 되는 대규모기업집단을 지정·발표한다. 여기에는 기업집단의 재계순위, 기업집단의 자산, 부채, 당기순이익, 매출액 등 재무현황 그리고 경영성과, 계열사 변동현황 등 다양한 내용들도 포함되어 있어서, 시장의 주요한 관심사항 중 하나이다.

특히, 최근 몇 년간은 어떤 기업집단이 규제대상에 포함되었는지 못지않게 기업집단의 동일인이 누구인지도 많은 주목을 받았다. 2021년 기업집단 지정에서는, 외국계 기업집단인 '쿠팡'이 신규로 공시대상기업집단에 지정되면서, 해당 기업집단의 동일인이 누구인지를 두고, 기존 관례에 따라 지배구조의 최상단에 있는 국내회사가 동일인이라는 주장과 그 국내회사를 지배하는 외국인(자연인)이라는 주장이 팽팽하게 대립하였다. 한편, 2019년에는 기업집단 '한진'의 동일인이 기업집단 지정을 얼마 남겨두지 않고 사망하면서 동일인 2세들 사이에 경영권 분쟁이 발생하여 새로운 동일인을 특정하지 못하자, 공정위가 기업집단 지정 발표일을 연기하면서 '한진'의 동일인을 직권으로 지정[3]하는 사태가 발생하기도 하였

1) '기업집단 규제'와 같은 의미로 사용하기로 한다.
2) 기업집단의 자산총액이 5조 원 이상인 회사를 공시대상기업집단으로 지정하고, 그중 자산총액이 국내총생산액의 1천분의 5에 해당하는 금액 이상인 기업집단을 상호출자제한기업집단으로 지정한다. 한편, 기업집단 지정일은 원칙적으로 5월 1일이고, 부득이한 경우에는 5월 15일까지 지정해야 한다(법 시행령 제38조).

다. 또한, 2018년에는 기업집단 '삼성'과 '롯데'의 동일인이 병환 등으로 정상적인 활동이 곤란[4]하다고 판단하여, 동일인이 생존한 상황에서, 기업집단의 요청이 없었음에도 불구하고, 공정위가 직권으로 동일인을 변경하기도 하였다. 이러한 사례는 공정위가 마치 기업집단의 총수를 낙점하는 것처럼 오해를 불러일으키기도 하였다. 그러나, 반대로, 총수의 지위가 이미 동일인 2세에게 승계되었다고 볼 수 있음에도 동일인 변경이 이루어지지 않고 있는 사례[5]도 찾아볼 수 있어서, 동일인 확정(변경)과 관련한 공정위의 판단기준이 무엇인지 모호하다는 지적도 없지 않다.

이와 같은 상황은 세대간 경영권 승계 과정에서 앞으로도 자연스럽게, 빈번하게, 또는 더 복잡한 모습으로 발생할 수도 있을 것으로 예상된다. 문제는 이러한 상황을 체계적으로 대응하는 데 필요한, 동일인 관련 제도적 기반이 갖추어지지 않았다는 점이다. 그것은 '동일인 개념'이 기업집단 규제에서 기능적으로 매우 중요함에도 불구하고, 기업집단 지정을 위한 부수적 요소로 다뤄지면서, 동일인 확정과 관련된 공정위의 행정작용이 별도로 관심을 받지 못하였고, 결과적으로 독자적인 제도로 발전할 기회를 얻지 못했기 때문으로 이해할 수 있다. 한진, 롯데, 삼성의 사례에서 동일인이 사회적 이슈가 된 것도 상황에 대응할 제도가 마련되지 못한 것이 주요한 원인이라고 볼 수 있다. 결국, 기업집단 규제의 대상이 동일인을 기준으로 정해진다는 점에서 기업집단 규제는 사실상 동일인에서부터 시작된다고 해도 과언이 아닌 만큼, 기업집단 규제의 안정적 운영과 신뢰성을 확보하기 위해서는 동일인 제도의 구축이 무엇보다 시급한 과제라고 볼 수 있다.

이러한 맥락에서, 먼저 현행법상 동일인 판단기준, 동일인 유형과 관련 규제, 동일인 확정과정 및 공정위 행정작용의 법적 성격 등 동일인 관련 사항을 전반적으로 살펴보고, 이를 토대로 동일인 평가기준의 한계와 개선방안, 동일인 확정절차와 심사기준 마련, 그리고 기업집단 지정자료 누락에 대한 고발 조치의 적정성, 끝으로, 외국계 기업집단의 동일인과 관련한 제도적 보완방안 등을 살펴보고자 한다.

---

3) 이와 관련하여, 정부에 의한 지배권 승계를 공인하는 행위로 인식하는 실정이라고 지적하는 견해(김우진 외, "동일인 지정제도에 대한 비판적 검토 : Centrality 적용 실증분석 및 제도 개선 방향", 『법경제학연구』 제17권 제3호, 법경제학회, 2020.11, 564면)도 있다.

4) '삼성'의 동일인은 2014.5월 심근경색으로 병상에 누운 이래 6년간 투병기간 동안 의사소통이 곤란(2020.10월 사망)했고, '롯데'의 동일인은 2016년 법원으로부터 질병과 노령으로 인해 사무처리 능력이 부족하다고 판단되어 한정후견 개시결정(2020.1월 사망)을 받았다(서정, "기업집단의 동일인 확정에 관한 검토", 『경쟁법 연구』 제43권, 한국경쟁법학회, 2021.3, 249면).

5) 기업집단 'DL'의 경우, 동일인 2세가 2019.1월 그룹 회장으로 취임하는 등 승계작업이 마무리된 것으로 평가되며(서승범, "이해욱 부회장 지주사 지분 52.3%…사실상 '3세 승계' 마무리", 『뉴스웨이』 (2019.11.1), 1면.), 기업집단 'DB'의 경우도, 2020.7월 동일인 2세가 그룹 회장 및 이사회 의장으로 취임(김상윤, "회장은 김남호인데 총수는 김준기", 『이데일리』 (2022..1.25), 1면)하는 등 사실상 승계가 마무리된 것으로 이해된다.

II. 동일인 관련 제도

1. 의의

1960년대 이후 정부 주도의 급진적 경제성장 과정에서 특정인 일가가 다수의 회사를 지배하는 기업집단들이 등장하였고, 이들은 상대적으로 월등한 자금 조달 능력과 상호출자 등을 통해 사업영역을 넓히는 동시에, 계열사 지원 등을 통해 빠르게 경제력을 축적하면서 거대 기업집단으로 성장하였다. 한편, 이에 대해 개별시장과 국민경제 차원에서 여러 문제가 지적되었는데, 거시적으로는 일부 거대 기업집단이 국민경제에서 차지하는 경제력 비중이 과도하게 높고, 희소한 자원이 이들에게 집중됨으로써, 국민경제의 균형 있고 지속적인 발전이 저해된다는 지적이었고, 미시적으로는 개별시장에서 시장의 독과점화와 불공정경쟁 등이 지적되었다. 이러한 문제의식은 결국, 1987년 공정거래법 개정으로 이어져, 이때 기업집단 지정, 출자총액 제한, 지주회사 설립 금지 등 경제력집중 억제 규제가 전격적으로 도입되었다.

기업집단 규제는 독과점 등 일반적인 경쟁법 규제와는 달리, 일정 규모 이상의 기업집단을 대상으로 한다는 점에서, 기업집단의 범위(기업집단에 소속되는 회사인지 여부)를 판단하는 것이 무엇보다 중요하다. 한편, 기업집단은 '동일인이 사실상 지배력을 가지고 있는 회사들의 집단'으로 정의되므로, 결국, 기업집단의 범위를 정하기 위해서는 반드시 동일인이 먼저 특정되어야 한다. 그래야 그 동일인을 기준으로, 친족, 소속회사, 비영리법인 등 동일인관련자가 정해지면서 기업집단의 범위가 확정되기 정해지기 때문이다. 이런 의미에서 동일인은 기업집단 규제의 출발점[6]이라고 평가된다.

한편, 동일인이 이처럼 기업집단 규제에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있음에도 불구하고, 동일인에 대한 정의규정조차 두지 않은 것은 일견 이해하기 어려울 수 있다. 그러나 기업집단과 동일인의 개념적 관계, 기업집단 규제의 전체적인 개념 체제 등을 고려한 정책적 판단으로 이해할 수도 있을 것이다. 즉, 기업집단은 '동일인이 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사들의 집단'으로 정의되므로, '동일인'은 '기업집단의 사업내용을 사실상 지배하는 자'로 자연스럽게 추론될 수 있어서 별도의 정의규정 필요 없고, 또한, 기업집단 규제와 관련한 전체적인 개념적 체계를 위해서는, 동일인보다는 계열회사, 계열출자 등 다른

6) 권오승/서정, 『독점규제법(제4판)』, 법문사, 2020, 501면.

개념들과의 관련성이 있는 기업집단에 대한 정의가 더 필요했을 것으로 추론해 볼 수도 있다. 어쨌든 현행법상 동일인은 독립적인 제도적 기반 없이, 기업집단 제도의 일부분으로 존재하고 있다고 볼 수 있다.

2. 동일인 판단기준

(1) '사실상 지배력'의 의미

앞서 살핀 바와 같이, 동일인은 기업집단에 대한 정의로부터 '회사의 사업내용을 사실상 지배하는 자'[7]라고 정의될 수 있다. 따라서, 동일인의 개념을 보다 명확히 파악하기 위해서는 '사업내용', '사실상 지배'가 무엇을 의미하는지 규명할 필요가 있다.

먼저, '사업내용'은 '회사 경영상 중요사항' 또는 '이사회[8] 의결이 필요한 사항'을 의미한다고 볼 수 있다. 왜냐하면, 회사에 대한 '지배'가 성립하기 위해서는 경영에 관한 중요사항에 대한 의사결정권을 가지고 있어야 하기 때문이다. 한편, '회사 경영상 중요사항'의 내용은 법 시행령 제4조 제2호의 '지배력 기준'과 법 제27조 '비상장사 등의 중요사항 공시' 규정을 통해 추론해 볼 수 있다. 먼저, '지배력 기준'에서는 '회사의 경영에 지배적인 영향력' 행사와 관련되는 사항으로, 대표이사나 임원의 임면, 회사의 조직변경, 신규사업 투자, 대규모의 자금 · 자산 · 상품 · 용역거래나 채무보증 등을 규정하고 있고, 한편, '비상장사에 공시의무가 부과되는 중요사항'으로는, 지분이나 임원 등 소유지배구조에 관한 사항, 자산 취득이나 출자, 채무 등 재무구조에 관한 사항, 합병이나 분할 등 구조조정에 관한 사항 등을 규정하고 있다. 결국, 동일인 정의 중 '사업내용'은 '지배력 기준'과 '비상장사 등의 중요사항 공시'에서 규정하고 있는 사항들로 볼 수 있다.

한편, '지배'의 개념은, 일반지주회사의 자회사가 다른 국내회사의 주식을 '지배목적'으로 소유하는 것을 금지하는 구 공정거래법 규정에 대한 대법원[9] 판례에서 찾을 수 있다. 즉, "법 시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것) 제15조의3은 법 제8조

---

7) 동일인을 회사법상 지배주주와 유사한 의미로 파악하는 견해(강상엽, "동일인 지정제도 : 정량적 기준과 정성적 기준의 비판적 검토", 『경쟁법 연구』」 제20권 제2호, 한국경제법학회, 2021.8, 204면)도 있다.

8) 기업집단에 대한 지배력을 논의하는 데 이사회의 중요성을 강조하는 견해(강상엽, 앞의 논문, 207~209면)에 따르면, 우리나라는 이사회 중심의 회사법 체제를 가지고 있으므로, 기업집단의 지배자는 지배구조의 최상단에 위치한 회사의 이사회를 누가 장악하고 있는지를 중심으로 논의되어야 한다고 주장하면서, 기업집단 내 중추적 회사의 이사회를 지배하는 상황이 아니라면 진정한 의미에서 동일인이라고 할 수 없다고 한다.

9) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8583 판결.

의2 제1항 제3호 및 제2항의 '대통령령이 정하는 지배목적'에 대해 회사가 단독으로 또는 특수관계인과 합하여 다른 회사에 대한 지배관계를 형성·유지·강화하기 위하여 주식을 소유하는 경우를 말한다고 규정하고 있는바, 위 '지배관계'에서 '지배'의 의미에 관하여 법 및 법 시행령에 별도로 정의하고 있는 규정은 없으나, 지주회사와 자회사는 동일한 기업집단에 속하는 계열회사인 점, 법 제2조 제2호는 기업집단을 '동일인이 대통령령이 정하는 기준에 의하여 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사의 집단'이라고 정의하면서 '지배'라는 용어를 사용하고 있고, 법 시행령 제3조 제1호에 의하면 동일인이 단독으로 또는 동일인관련자와 합하여 '30% 이상 주식을 소유하면서 최다출자자'에 해당하는 경우, 그 주식의 의결권을 행사하여 당해 회사를 '지배'할 수 있다고 보고 있는 점, 동일한 법령에서의 용어는 법령에서 달리 규정하는 등 특별한 사정이 없는 이상, 동일하게 해석·적용되어야 하는 점 등 관련 법령의 형식과 내용 등에 비추어 볼 때, 법 시행령 제15조의3 소정의 '지배관계'에 있어서 '지배'란 회사가 소유하고 있는 다른 회사 주식의 의결권을 행사하여 그 회사의 경영에 영향력을 행사할 수 있는 것을 의미한다고 봄이 상당하다."고 판시하였다. 결론적으로 법원은 '주식의 의결권을 행사하여 그 회사의 경영에 대한 영향력을 행사할 수 있는 것(힘)'을 '지배(력)'으로 정의하고 있다고 볼 수 있다. 다만, '지배'가 사전적으로 어떤 사람이나 집단, 조직, 사물 등을 자기의 의사대로 복종하게 하여 다스린다는 의미로 정의되는 점을 고려하면, 여기에서의 '영향력'은 단순하게 효과의 차이를 만들어내는 정도를 넘어 실질적인 의사결정권[10]을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

한편, '사실상'의 의미는 지분율 기준과 관련하여 다음과 같이 이해할 수 있다. 즉, 지분율 기준은 동일인이 동일인관련자와 합하여 30% 이상의 지분을 소유한 최다출자자인 경우 지배력을 인정하는 것인데, 이론적으로 보면, 동일인과 관련이 없는 주주들이 결집하여 동일인보다 더 큰 지분을 형성할 수 있어서, 지분율 기준을 충족하더라도 반드시 사업내용을 지배한다고 단정할 수는 없다고 볼 수 있다. 그러나 자본시장의 발달 등으로 회사의 지분이 다수에게 분포된 현실을 고려하면 개별 주주들이 결집하여 동일인보다 더 큰 지분을 확보하는 것은 현실성이 매우 낮다고 보는 것이 합리적이므로, 이론적으로는 충분치 않지만, 현실적으로는 지배력을 인정할 수 있다는 취지에서 '사실상'이라는 개념을 사용하는 것으로 이해된다.

---

10) 동일인의 지배력을 단순한 영향력, 상당한 영향력, 지배적 영향력을 구분하고, 지배적인 영향력을 보유한 경우에만 동일인으로 인정된다는 견해(강상엽, 앞의 논문, 210~211면)가 있다.

(2) 동일인 판단기준

특정 동일인이 지배하는 회사가 어디인지 또는 어떤 회사가 누구의 지배를 받는지를 판단하는 기준에는, 지분율을 척도로 하는 '지분율 기준'과 지배적 영향력 행사 여부로 판단하는 '지배력 기준'이 있다.

'지분율 기준'은 동일인이 단독으로 또는 동일인관련자와 합하여 어떤 회사의 발행주식[11] 총수의 100분의 30 이상을 소유한 최다출자자인 경우, 그 회사의 경영상 중요사항을 결정하는 데에 있어서 결정권을 가진다고 추정하는 기준이다. 다만, 현실적으로, 동일인이 단독으로 회사의 지분을 30% 이상 보유하는 경우는 많지 않으며, 특히 세대간 경영권 승계가 이루어지는 과정에서 기업집단 총수의 지분율이 희석되고 있어서, 특히 상장사의 경우 대부분은 동일인관련자의 지분을 통해 해당 요건을 충족하고 있다고 볼 수 있다. 한편, 동일인관련자에는 배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척(이하 '친족'이라 한다), 동일인이 단독으로 또는 동일인관련자와 합하여 총출연금액의 100분의 30 이상을 출연한 경우로서 최다출연자이거나 동일인과 동일인관련자 중 1인이 설립자인 비영리법인 또는 단체(법인격이 없는 사단 또는 재단), 동일인이 직접 또는 동일인관련자를 통해 임원의 구성이나 사업운용 등에 지배적인 영향력을 행사하고 있는 비영리법인 또는 단체, 동일인이 지분율 또는 지배력 기준에 따라 사실상 사업내용을 지배하는 회사, 동일인과 동일인관련자의 사용인(법인의 임원, 개인의 상업사용인 및 고용계약에 따른 피고용인) 등이 포함된다.

한편, '지배력 기준'은 어떤 회사에 대해 동일인이 그 사업내용에 대해 영향력을 행사하고 있다는 것을 보여주는 '객관적 사실'이 있고, 이로부터 동일인이 해당 회사의 경영에 대해 지배적인 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 경우에, 해당 회사에 대한 동일인의 지배력을 인정하는 기준이다.[12] 이때, 사업내용에 대한 영향력을 보여주는 '객관적 사실'에는, 동일인이 다른 주요 주주와의 계약 또는 합의에 따라 대표이사를 임면한 회사 또는 임원의 100분의 50 이상을 선임하거나 선임할 수 있는 경우, 동일인이 직접 또는 동일인관련자를 통해 해당 회사의 조직변경, 신규사업에 대한 투자 등 주요 의사결정이나 업무집행에 대해 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우, 동일인이 지배하는 회사와 임원 등을 인사교류하는 경우, 동일인 또는 동일인관련자와 해당 회사 간에 통상적인 범위를 초과하여 자금

---

11) 상법 제344조의3 제1항에 따른 의결권 없는 주식은 제외한다. 지분율을 나타낼 때는 이하 같다.

12) 법 시행령 제4조 본문에서는, '사실상 사업내용을 지배하는 회사'라고 표현하고 있고, 동조 제2호에서는 '회사의 경영에 지배적인 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 회사'라고 규정하고 있는데, 양자는 중복적 의미로 이해된다.

· 자산 · 상품 · 용역 등의 거래 또는 채무보증이 있는 경우, 동일인의 기업집단의 계열사로 인정될 수 있는 영업상의 표시행위를 하는 등 사회통념상 경제적 동일체[13]에 해당하는 경우 등을으로 규정하고 있다.

(3) 판단기준 비교

동일인의 지배력은 지분율 기준과 지배력 기준 중 어느 하나만 충족되더라도 인정되므로 기능상 무차별하다고 볼 수도 있다. 그러나, 그 효력에 있어서 다음과 같은 차이가 있다고 볼 수 있다. 즉, 지분율 기준에 의한 지배력 인정의 효과는 추정적 · 잠정적이고, 지배력 기준에 의한 효과는 확정적이라는 것이다. 왜냐하면, 지분율 기준은 지분율이라는 정량적 지표를 이용하여 지배력을 인정하는 것이므로, 실질적으로는 지배력을 갖지 못하는 경우가 얼마든지 가능하기 때문이다. 다시 말해서, 동일인의 친족이 동일인과 아무런 관련 없이 회사를 설립하더라도 동일인의 지배력이 인정되기 때문이다. 또한, 친족분리[14] 제도는 지분율 기준에 따라 동일인의 지배력이 인정되는 회사들을 실질적 지배관계에 따라 다른 기업집단으로 분리하는 것이라는 점에서도, 지분율 기준에 의한 지배력 인정의 효력이 추정적 · 잠정적이라는 점을 알 수 있다.[15] 한편, 지배력 기준의 경우, 지분율과 같은 연관 지표를 통하지 않고 직접 동일인의 지배력을 판단하는 방식이므로, 이 기준에서는 절차적 흠결이나 재량의 일탈 등 특별한 사정이 없는 이상, 동일인에 인정된 지배력이 번복될 수 없고, 따라서 지배력 기준은 확정적 효력을 갖는다고 볼 수 있다.

두 기준을 집행하는 공정위의 재량 여부에도 차이가 있다고 볼 수 있다. 즉, 지분율 기준에서는 해당 요건이 충족되면, 공정위가 개입할 여지없이 바로 동일인의 지배력이 인정되는 반면, 지배력 기준에서는 대표이사 임면 등 동일인의 지배력이 발현된 사실이 존재하더라도, 추가로 해당 회사의 경영에 대한 지배적 영향력이 '인정'되어야 하므로, 결국 규제당국이 지배력을 판단하는 데에 있어서 일정한 재량권을 가진다고 볼 수 있다.

한편, 지분율과 지배력 기준은 특정 회사에 대한 동일인의 지배력 여부, 즉 계열사 편입

---

13) 경제적 동일체란, 회사간 관계에서 한 회사가 다른 회사의 행위를 실질적으로 지배하는 경우에 하나의 사업자로 인정하기 위한 판례법상 이론(ECJ, 1996.10.24., C-73/95P, Viho Europe BV v Commission, 1996 ECR I-5457)이다(황태희, "대기업집단의 동일인 지정제도 개선에 관한 소고", 『경쟁법 연구』 제20권 제3호, 한국경쟁법학회, 2021.12, 53면).

14) 동일인의 친족이나 계열사 임원이 보유한 회사의 경우, 일정 요건을 충족하면 동일인의 기업집단 소속회사에서 제외될 수 있도록 하는 제도이다. 이하에서는, '친족분리' 또는 '계열분리'와 동일한 의미로 사용한다.

15) 추정의 효력을 위해서는 입법적 보완이 필요하다는 견해(강상엽, 앞의 논문, 211면)가 있다.

및 제외 여부를 판단하는 기준이므로, 이 경우에는 두 기준을 개별적, 선택적으로 적용할 수 있지만, 기업집단 전체를 지배하는 동일인이 누구인지를 판단하는 경우에는 후술하는 바와 같이 이들 두 기준을 종합적으로 고려[16]해야 할 것이다.

3. 동일인 유형과 관련 규제

(1) 동일인 유형

공정거래법상 기업집단의 정의규정으로부터, 동일인은 회사인 경우와 회사가 아닌 경우, 즉 자연인인 경우로 구분됨을 알 수 있다.[17] 2021년 기업집단 지정결과를 보면, 공시대상 기업집단으로 지정된 71개 기업집단 중 자연인이 동일인인 기업집단은 60개이고, 회사인 기업집단은 11개이다. 후자에는 내국계 기업집단과 외국계 기업집단이 있는데, 내국계 기업집단에는 포스코, 농협, 대우조선해양, 대우건설, 한국항공우주산업 등 8개 기업집단이 있고, 외국계 기업집단에는 에쓰-오일, 한국지엠, 쿠팡 등 3개 집단이 있다. 내국계 기업집단은 공기업의 민영화 과정에서 형성된 기업집단과 기존 기업집단이 구조조정 과정에서 지배주주가 변경된 기업집단들로 구분할 수 있는데, 전자는 기업집단을 사실상 지배하는 실체가 존재하지 않는 경우이고, 후자는 산업은행 등 국책은행[18]이 최대주주[19]인 경우로, 국책은행이 회사를 지배한다거나 국책은행을 기업집단 규제의 대상으로 볼 수 없어서, 지배구조의 최상단에 있는 회사가 동일인이 되는 경우이다. 한편, 외국계 기업집단 중 에쓰-오일과 한국지엠은 각각 국영기업(아람코) 또는 전문경영인체제로 운영되는 회사(GM)가 사실상 지배자[20]라는 점에서 국내회사가 동일인으로 인정되었다. 한편, 쿠팡의 경우는 이들과 달리 기업집단을 사실상 지배하는 자연인이 존재하였다. 즉, 국내 계열사의 최상단에

16) 후술하는 바와 같이, 2021년 현대와 효성의 동일인 변경 인정사유를 보면, 지분율, 지배력 기준에서 논의되는 사항들을 모두 고려하고 있다.

17) 공정위는 통상 자연인이 동일인인 기업집단을 '총수 있는 기업집단', 회사가 동일인인 기업집단을 '총수 없는 기업집단'으로 지칭한다.

18) 국책은행이란, 정부가 특정한 목적을 달성하기 위해 특별법에 의해 설립한 은행을 말한다. 산업은행, 수출입은행, 중소기업은행 등이 여기에 포함된다.

19) 공정위는 대우조선해양(주)의 최대주주가 산업은행(55.7%)인 상황에서 동일인을 대우조선해양으로 인정한 선례를 근거로, 한국항공우주산업의 최대주주가 수출입은행(26.4%)이지만, 한국항공우주산업(주)를 동일인으로 인정하였다.

20) 에쓰-오일의 경우, 사우디아라비아의 국영 정유회사인 Aramco Overseas Company B.V.가 약 63%의 지분을 보유하고 있고, 한국지엠의 경우, General Motors Investment Pty Ltd. 48.19%, GM Automotive Holdings S.L. 19.22% 등 GM 해외계열사들이 약 76.96%의 지분을 보유하고 있다(황태희, 앞의 논문, 55면).

있는 쿠팡(주)의 지분을 미국법인인 쿠팡 Inc가 100% 보유하고 있고, 쿠팡 Inc의 의결권 중 약 76%[21]를 외국인인 자연인이 보유하고 있었기 때문이다. 그러나, 결국 의무이행 담보 문제, 다른 외국계 기업집단과의 형평 등을 고려하여 국내회사를 동일인으로 인정한 경우이다.[22] 이에 대해 외국 국적의 자연인은 동일인 자격이 없다거나 이런 경우에 국내회사를 동일인으로 한다는 명시적인 규정도 없다는 비판도 제기되었다.[23]

(2) 동일인 관련 규제

공정거래법상 동일인을 직접 수범자로 하는 규제에는 지정자료 제출, 해외계열사 공시, 상호출자제한기업집단에서 지주회사 설립시 채무보증 해소의무 등이 있다. 한편, 부당지원과 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지(이하 '사익편취 규제'라 한다) 규제에서도 행위의 상대방으로서 일정한 의무를 부담하고 있다.

1) 지정자료 제출

공정위는 기업집단 지정을 위해 회사 또는 회사의 특수관계인에게 회사의 일반현황, 회사의 주주 및 임원 구성, 특수관계인 현황, 주식소유 현황, '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에 따른 회생절차의 개시가 결정되어 그 절차가 진행중인 소속회사 등에 대한 자료(기업집단 지정자료)의 제출을 요구할 권한이 있다. 다만, '회사 또는 회사의 특수관계인' 중에 누구에게 자료를 요구할 것인지에 대해서는 별도의 규정이 없는데, 의무이행의 실효성을 확보하기 위해, 특수관계인[24] 중 동일인을 대상으로 하고 있다.[25]

한편, 정당한 이유 없이 지정자료의 제출을 거부하거나 거짓으로 제출한 경우에, 지정자

---

21) 외국인인 자연인이 보유한 지분율은 10.2%에 불과하여 최대주주(소프트뱅크 비전펀드 33.1% 보유)는 아니지만, 일반주식 1주가 갖는 의결권보다 29배의 의결권을 가지는 차등의결권을 보유하고 있어서, 실질적으로는 76.7%를 보유하고 있었다(이미경, "쿠팡 대기업집단 됐다...김범석, 총수 지정은 면해", 『한국경제』(2021.4.29.), 1면).

22) 공정위는 에쓰-오일, 한국지엠 등 외국계 기업집단의 경우, 최상단 국내회사를 동일인으로 지정한 선례가 있다고 하면서도, 현행 제도가 외국인인 동일인을 규제하는데 미비점이 있다는 점을 인정하였다(공정거래위원회, "2021년 대기업집단 지정결과", 『공정거래위원회 보도자료(2021.4.30.)』, 8~9면). 따라서, 향후 외국 국적의 자연인은 동일인 자격이 없는 것으로 제도화할지 아니면 동일인으로 인정하는 방향으로 제도화할지 주목해 볼 일이다.

23) 박상인, "동일인 지정과 재벌 규제", 『경향신문』(2021.5.7.), 1면.

24) 특수관계인에는, 1) 해당 회사를 사실상 지배하고 있는 자(동일인), 2) 동일인관련자, 3) 경영을 지배하려는 공동의 목적을 가지고 기업결합에 참여하는 자가 포함된다.

25) 지정자료 제출 명령은, 행정청인 공정위가 기업집단의 동일인에게 지정자료 제출(작위) 의무를 부과하는 것이므로, 강학상 명령적 행정행위(하명)에 해당한다고 볼 수 있다.

료 제출 당시를 기준으로 의무위반에 대한 인식 가능성과 위반행위의 중대성 정도를 고려하여 고발할 수 있도록 하고 있으며, 법을 위반한 것으로 인정될 경우 2년 이하의 징역 또는 1.5억 원 이하의 벌금을 부과받을 수 있다. 실제로, 지정자료 누락으로 인한 지정자료 허위제출 사건이 종종 발생하고 있는데, 차명주식 누락, 동일인이 최대주주인 회사의 누락 등 고의성이 의심되는 사례도 있는 반면에, 비교적 먼 친족이나 그 친족이 지배력을 가진 소규모 회사들이 누락된 경우 등 고의로 누락할 이유가 없는 사례도 적지 않다. 다만, 어느 쪽이든 공시대상기업집단이나 상호출자제한기업집단에 해당 여부가 달라지는 정도로 중대성이 큰 사례는 현재까지 없는 것으로 보인다.

2) 해외계열사 공시

해외계열사 공시의무는 동일인이 해외계열사를 통해 국내회사를 지배하거나 사익편취의 우려가 있음에도 불구하고, 기존 제도에서는 이를 확인할 방법이 없다는 문제를 해결하기 위해 도입되었다.[26] 즉, 기존 기업집단 현황공시에서는 국내 계열사가 출자한 해외계열사의 소재지, 상호명 등 간략한 사항만 공시되었고, 총수일가가 국내 계열사를 거치지 않고 직접 지분을 소유한 해외계열사나 다른 해외계열사를 거쳐 국내 계열사에 간접 출자하고 있는 해외계열사 등은 현황을 파악하기 어려워, 공시대상기업집단의 전체적인 출자구조를 파악할 수 없다는 한계가 있었다.[27] 이를 고려하여, 동일인 및 그 친족이 단독으로 또는 서로 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상을 소유한 해외계열사의 경우, 그 회사의 명칭, 대표자, 소재국, 사업내용, 주주현황 등을 공시해야 하고, 또한, 공시대상기업집단 소속 국내회사의 주식을 직접 또는 다른 해외계열사들을 거쳐서 간접적으로 소유하는 해외계열사의 경우에는, 회사명, 대표자, 소재국, 사업내용, 주주현황과 함께, 국내 계열사나 해외계열사에 대한 출자현황, 해외계열사가 포함된 순환출자 현황 등을 연 1회 공시하도록 하고 있다. 또한, 동일인이 공시의무를 위반하여, 공시를 하지 않거나 주요내용을 누락한 경우 등에는 1억 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다. 한편, 해외계열사 공시의무를 동일인에게 부과한 것은, 해외계열사에 공시의무를 부과할 경우 이를 거부하거나 허위 공시하더

26) 2015년 롯데 경영권 분쟁이 제도 도입의 직접적인 계기가 되었다. 롯데 형제 사이에 경영권 분쟁이 발생하여 롯데의 지배구조에 대해 사회적 관심이 높아졌으나, 일본에 소재한 롯데의 계열사를 통해 국내 계열사들이 지배되는 구조이어서, 지배구조의 최정점에 있는 일본 소재의 광윤사에 대한 출자정보를 공정위가 가지고 있지 못하였고, 이로 인해 국외 계열사에 대한 정보 공시 필요성이 제기되었다.

27) 가령, 「총수일가 → 해외 계열사(1) → 해외 계열사(2) → 국내 계열사」의 출자 구조인 경우, 기존 제도에서는 「총수일가 → 해외계열사」, 「해외계열사(1) → 해외 계열사(2)」 출자는 공시되지 않아서 출자 연결고리가 단절되어 전체적인 출자관계를 파악할 수 없었다.

라도 통제할 방법이 적절치 않아 실효성이 없다는 점을 고려한 것으로 이해할 수 있다.

3) 동일인 채무보증 해소

상호출자제한기업집단을 지배하는 동일인이 지주회사를 설립하거나 지주회사로 전환하려는 경우에는, 지주회사와 자회사간 채무보증, 지주회사와 체제밖에 있는 다른 국내 계열사간 채무보증, 자회사 상호간 채무보증, 자회사와 체제밖에 있는 다른 국내 계열사간 채무보증을 먼저 해소할 의무가 있다. 그리고 지주회사 설립 및 전환 신고서와 함께 채무보증 해소실적에 관한 서류를 첨부하여 공정위에 제출하여야 한다. 다만, 법령상 상호출자제한기업집단은 계열사 간에 채무보증이 금지되어 있으므로 지주회사 체제가 상호출자제한기업집단 소속의 기존 회사들로 구성되는 경우라면 채무보증 해소의 문제는 발생하지 않는 것으로 이해되며, 가령, 계열사가 아닌 다른 회사를 합병하여 지주회사를 설립하는 경우 등에는, 해당 회사와 계열사 간에 합병 이전에 발생한 채무보증이 있을 수 있어서, 이 경우에는 채무보증을 해소할 의무가 발생할 것으로 이해된다.

한편, 채무보증 해소 의무를 위반하여 지주회사를 설립 및 전환한 경우에는, 행위 중지나 주식 처분 등 시정조치의 대상이 되며, 합병 또는 설립 무효의 소를 제기할 수 있다. 또한, 공정위의 고발이 있는 경우, 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금을 부과받을 수 있다.

4) 부당지원 및 사익편취[28] 금지

부당지원과 사익편취 규제에서도, 그 행위의 상대방에 포함될 수 있는 동일인에 대해 직접 행위 금지의무를 부과하고 있다. 즉, 부당지원 규제를 위반할 우려가 있음에도 불구

28) 사익편취 규제의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 공시대상기업집단 소속의 계열사가 동일인과 친족, 동일인이 단독으로 또는 친족과 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주식을 소유한 계열사 또는 그 계열사가 단독으로 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유한 국내 계열사와의 일정한 거래를 통해 동일인과 친족에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위(정상적인 거래 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 상당히 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, 합리적인 고려나 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위) 금지, 둘째, 거래상대방인 동일인, 친족, 그리고 그들이 직간접적으로 일정 지분 이상을 소유한 기업들이 사익편취 행위에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 거래 등을 하는 행위, 셋째, 동일인과 친족이 이러한 행위를 지시하거나 그러한 행위에 관여하는 행위 등이다. 또한, 첫째와 둘째를 위반한 경우에는 과징금(관련매출액의 10% 이내 또는 40억 원 이하), 첫째와 셋째를 위반한 경우에는 형벌(3년 이하의 징역 및 2억 원 이하의 벌금)이 예정되어 있다. 한편, 사익편취 규제는 동일인이 자연인인 기업집단만 적용된다. 다만, 다만, 총수 없는 기업집단의 소속회사가 사익편취 유형에 해당하는 행위를 할 경우, 부당지원 규제가 적용될 수 있어서, 아무런 규제부담이 없는 것은 아니라고 볼 수 있다.

하고 지원을 받거나, 사익편취 규제를 위반할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 금지하고 있다. 한편, 이를 위반할 경우에는, 시정명령과 함께 관련매출액의 10% 이하 또는 40억 원 이하의 과징금이 부과될 수 있다. 또한, 사익편취 규제에서는 이에 더하여 사익편취 행위를 지시하거나 관여하는 행위를 금지하면서, 위반시 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금을 예정하고 있다.

4. 동일인 확정 행위의 법적 성격

(1) 동일인 확정

공정거래법에는 동일인 확정을 위한 별도의 절차가 마련되어 있지 않으며,[29] 기업집단 지정자료 제출과 지정행위의 일부으로 이루어지고 있어서, 동일인 확정과 관련한 행위를 살펴보기 위해서는 먼저, 동일인 확정 행위를 기업집단 지정 과정에서 선별해 내야 한다.

공정위가 일정 규모의 기업집단에 대해 지정자료 제출을 요구하면[30], 각 기업집단은 기업집단 포털 사이트(https://www.egroup.go.kr)에 생성된 자신의 계정을 통해 전자적 방법으로 자료를 제출하고, 다시 사본을 출력하여 정식으로 제출하게 된다. 이때, 각 기업집단별 계정에는 전년도 동일인 이름이 입력된[31] 형태로 계정이 생성되어 있어서, 동일인 변경 사유가 없는 경우에는 그 동일인을 기준으로 관련 자료를 입력 또는 제출하면 되고, 만약 동일인을 변경하고자 하는 경우에는 임의로 이를 변경할 수 없으며, 공정위와 변경절차를 진행해야 한다. 변경절차 역시 공식적으로 정해진 절차는 없다고 볼 수 있으며, 통상 공정위와 사전협의 과정을 통해 변경가능성에 대한 잠정적·비공식적인 내락을 받고,[32] 정식으로 동일인 변경을 신청하면, 공정위는 해당 기업집단의 지배력 변동을 심사하여 동일인 변경 신청에 대한 수락[33] 여부를 결정하게 된다. 만약 변경 신청이 받아들여지면, 계

29) 서정, 앞의 논문, 240면.

30) 공정위는 자산 규모가 3.5조 원 이상인 기업집단에 대해서는 5조 원 이상의 기업집단과 동일하게, 친족, 임원 등을 모두 포함하는 정식자료를 제출하도록 하고 있고, 2조 원 이상 3.5조 원 미만인 기업집단의 경우, 소속회사 개요, 재무제표 내용 등 약식자료만 제출하도록 요구하고 있다.

31) 기업집단 포털의 계정에 입력된 동일인명은 업무상 편의를 위한 것이며, 공정위의 동일인 지정과 같은 법적 효과와는 무관한 것으로 이해된다.

32) 대부분 비공식적으로 진행되는 사전협의 과정에서 동일인 변경 여부가 사실상 결정된다고 알려져 있다. 즉, 공정위가 해당 기업집단의 동일인 변경에 대해 부정적일 경우, 기업집단은 대부분 변경 신청 자체를 하지 않는다고 볼 수 있다.

33) 공정위가 공시대상기업집단을 정할 때는 "지정"이라고 표현하고, 동일인에 대해서는 "확인"이라는 표현을 주로 사용하는데, 이를 통해 공정위가 그 행정작용들의 법적 성격을 서로 다르게 보고 있다고 이해된다.

정에서 동일인이 변경되고 기업집단은 그에 맞춰 자료를 제출하게 된다.

한편, 동일인 확정이 문제가 될 수 있는 경우는, 처음 동일인을 신청하는 경우와 기존 동일인의 사망 등으로 동일인 변경 신청을 하는 경우이다. 다만, 전자의 경우에는 기업집단과 공정위 사이에 이견이 발생할 가능성은 거의 없다고 볼 수 있다. 왜냐하면, 해당 기업집단이 소규모 기업집단에서 대규모 기업집단으로 성장해 오는 과정에서, 사회적으로 기업집단을 지배하는 동일인의 존재가 자연스럽게 드러나므로 누구도 임의로 그 존재를 부정할 수 없기 때문이다. 또한, 통상 공시대상기업집단으로 지정되기 수년 전부터 지정자료를 제출하므로, 처음에 이견이 있더라도 공시대상기업집단으로 지정되기 이전에 이견은 모두 해소된다고 볼 수도 있다. 한편, 후자의 경우에는 기업집단과 공정위가 얼마든지 이견을 보일 수 있다. 기업집단에서는 동일인 변경을 희망하지만, 공정위가 인정하지 않거나 기업집단의 요청이 없음에도 공정위가 단독으로 동일인을 지정하는 경우가 이를 보여준다. 이러한 문제는 결국, 후술하는 바와 같이 동일인 확정 절차를 마련함으로써 해소할 수 있을 것으로 보인다.

한편, 공정위는 2021년[34]에 각 기업집단을 대상으로, 동일인 변경으로 이어질 수 있는 동일인 확인 사유[35]를 파악하면서, 해당 사유가 없는 경우에는 대표회사[36]의 대표이사 명의로 해당 사유가 없다는 확인서를 제출하고, 해당 사유가 있는 경우에는, 동일인과 동일인 2세의 계열사 주식소유 및 보직 현황, 주력회사[37] 지분을 1% 이상 보유하고 있는 친족 현황 및 그 친족이 보유하고 있는 계열사 주식 소유 현황 및 보직 현황, 주력회사의 주주 및 임원 현황, 동일인 확인 사유 발생 이후 또는 최근 3년간 주력회사 임원 임면, 대규모 투자 결정, 계열사 합병 및 분할, 지배구조 개편 등 경영상 주요 의사결정에서 동일인, 동일인 2세 및 주요 동일인관련자의 역할 및 관여 정도에 대한 자료, 동일인 변경에 대한 기업집단의 의견, 동일인 변경시 추가나 제외되는 친족과 소속회사 등의 자료를 제출하도록

한편, 공정위가 자체 판단에 의거하여 동일인을 확정할 수 있다는 의견(서정, 앞의 논문, 241면)도 있다.

34) 2021년 지정자료 작성요령에는 포함되어 있으나 2022년 작성요령은 이를 포함하지 않고 있다.

35) 동일인 확인 사유로는, 기존 동일인이 i) 사망하거나 질병, 장애, 노령 등으로 의식불명인 경우 ii) 민법에 따라 피성년후견인 또는 피한정후견인으로 지정된 경우 iii) 3년 이상 실종상태에 있는 경우 iv) 소유주식 상당수를 친족 등 타인에게 양도하였거나 계열사간 합병 등의 사유로 동일인보다 지분을 많이 가진 자가 생긴 경우 v) 재직 중이었던 임직원 지위의 전부 또는 일부에서 사임한 경우 vi) 그 외에 더 이상 기업집단에 대한 지배력을 행사하지 않거나 행사할 수 없는 것으로 보이는 사정이 발생한 경우 등이다.

36) 대표회사는 지정자료 제출 업무의 편의를 위하여, 기업집단 소속회사들의 자료 제출을 대리하는 회사로, 기업집단에서 공정위에 신청하면 되며, 별다른 자격요건은 없는 것으로 볼 수 있다.

37) 주력회사에 대한 공식적인 정의는 없으나, 통상 지배구조의 최정점에 있는 회사 또는 기업집단에서 차지하는 자산규모가 큰 회사 등 기업집단에 대한 지배력에 크게 영향을 미치는 회사를 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

하였다. 2021년 기업집단 '현대자동차'와 '효성'의 동일인 변경은 이러한 자료를 검토한 결과라고 볼 수 있다.

(2) 동일인 확정 관련 행위의 법적 성격

동일인이 확정되는 과정에서 이루어지는 행위에는, 기업집단이 동일인을 신청하는 행위, 공정위가 기업집단에서 신청한 동일인의 적격성을 심사, 수락 여부를 결정 및 통보하는 행위, 확정된 동일인을 공표하는 행위 등이 있다. 한편, 기업집단에서 동일인을 신청하지 않는 경우, 공정위가 직권으로 동일인을 지정하는 행위도 발생하지만, 이는 정상적인 절차로 보기는 어려울 것이다. 한편, 공정위 행정작용을 구분하는 것은, 항고소송의 대상 여부를 명확히 한다는 점에서 의미가 있다고 볼 수 있다.

1) 동일인 신청 요구

공정위가 기업집단에 대해 동일인을 신청할 것을 요구하는 의사표시를 별도로 하지는 않는다. 그러나, 공정위의 지정자료 제출 명령을 이행하기 위해서는, 먼저 동일인을 특정해야 하므로, 사실상 공정위가 기업집단에 대해 동일인을 지정·신청할 것을 요구하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 비록 법률상 명시적인 신청권은 아니지만, 조리상 동일인 신청권을 갖는 것으로 이해할 수 있다. 한편, 기업집단 지정의 효력은 1년이므로 동일인 확정의 효력도 1년으로 보아야 하므로, 기업집단 포털상 계정에 기입력된 동일인은 법적 의미가 없는 보아야 하며, 전년도 동일인을 변경 없이 그대로 신청하더라도, 이는 새로운 지정·신청 행위로 보아야 할 것이다.

한편, 동일인 신청 요구와 관련하여 권리 침해가 문제가 된 경우(가령, 자산규모 3조 원인 기업집단에 대한 동일인 지정 및 기업집단 자료제출 명령)에 소송물이 무엇인지가 문제가 될 수 있다. 대법원[38]은, "항고소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리 설정, 의무 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 구체적인 권리 의무에 직접적인 변동을 초래하는 행위를 말하는 것"이라고 판시하였는바, 공정위는 동일인 지정·신청 요구와 관련하여 권리나 의무에 직접 영향을 미치는 개별적, 구체적인 의사표시를 하지 않았고, 단지 지정자료 제출

38) 대법원, 1995.11.21. 선고 95누9099 판결

명령의 내용을 구성하는 것에 불과하므로, 이와 관련하여 권리의 침해를 주장하기 위해서는 기업집단은 지정자료 제출 명령을 대상으로 항고소송을 제기할 수밖에 없을 것으로 이해된다.

2) 동일인 적격성 심사 및 결과 통보

① 기존 논의 검토

동일인이 확정되는 과정에서 공정위의 행정작용에 대해, 확인적 행위라는 견해[39]와 형성적 재량처분이라는 견해[40]가 있다. 먼저, 확인적 행위설은, 해당 기업집단에서 동일인을 먼저 정하여, 이를 공정위에 제출 내지 신고하면 공정위가 단순하게 기업의 지배구조를 확인하고 기존질서를 확인하여 동일인으로 지정하고 통지해 주는 행위라고 하면서, 기업집단이 동일인의 적정성에 대한 일차적 증명책임을 부담하고, 공정위에 대해 동일인 지정이나 변경 신청권을 적극적으로 행사할 수 있다는 견해이다. 한편, 형성적 재량처분설은 동일인과 같은 불확정 개념은 공정위의 재량판단으로 확정될 수 있고, 동일인 지정행위는 기업집단에서 제출한 여러 자료를 바탕으로 특정한 개인이나 회사를 공정위의 재량판단에 따라 동일인으로 지정하는 형성적 성격을 가진 처분으로 보아야 하며, 성격상 공정위의 동일인 지정 내지 변경 처분의 성격은 침익적 행정행위로 보아야 한다는 견해이다.

다만, 행정법상 '확인'은 '당선인 결정', '행정심판 재결' 등과 같이 행정청이 단독으로 의문이나 다툼이 있는 특정 사실의 존부나 정부를 확정하는 것[41]을 의미하므로, 공정위가 기업집단의 신청을 받아 실체적 요건 등을 심사하여 요건에 충족할 경우 수락해야할 의무가 발생한다는 점에서 강학상 '확인'으로 보기는 어려울 것으로 보이고, 한편, 동일인에게 발생하는 권리나 의무의 변화는 행정청인 공정위 효과의사와는 관계없이 법령에 따라 발생하는 것이므로 '형성적 재량처분'이라기보다는 '준법률행위적 행정행위'의 성격으로 이해된다.

한편, 동일인 '확정' 행위를 재량행위로 파악하는 견해[42]도 있다. 이 견해에 따르면, 공정위는 기업집단 지정 처분에 있어서 적법하게 수집한 자료를 바탕으로 다수의 동일인 후

39) 신영수, "대기업집단 동일인 관련 법적 쟁점과 과제", 『공정위-한국기업지배구조원 공동학술심포지엄 자료집』, 2021.10.22., 12면.
40) 황태희, 앞의 논문, 58면.
41) 이병철, 『행정법 강의(전정3판)』, 유스티니아누스, 2002, 192면
42) 서정, 앞의 논문, 246면.

보자들 중에 특정 회사 또는 특정인을 동일인으로 확정하면서 재량권을 행사한다고 한다. 그러나, 실무적으로 기업집단이 자신의 동일인을 정하여 그에 따라 지정자료를 제출할 뿐, 가령 공정위가 지정자료 제출을 위해 미리 동일인을 지정하여 통보하는 것과 같은 행위를 하지는 않으며, 또한 '한진'의 사례처럼 공정위가 여러 동일인 후보 중에 특정인을 동일인으로 지정하는 것은 후술하는 바와 같이 적법성이 의심되는 사례라는 점을 고려할 필요가 있다. 결국, 공정위는 기업집단의 동일인 신청을 받아서, 실체적 요건 등을 심사하여 이를 모두 충족한 경우에는 이를 수용할 수밖에 없다고 보아야 하며, 따라서 공정위가 기업집단의 동일인 결정에서 재량권을 갖는다고 보기는 어렵다고 이해된다.[43]

② 신청과 (불)수락 행위의 법적 성격

동일인은 기업집단이 지정한 동일인을 공정위에 제출함으로써 확정되는 것이 아니라 공정위가 수락의 의사를 가지고 수리함으로써 확정된다고 보아야 한다. 즉, 기업집단의 신청행위는 일정한 사항을 행정청에 통지함으로써 효력이 완성되는 행정절차법상 신고가 아니라 행정청의 수리 행위가 수반되어야 효력이 발생하는 행정절차법상 신청에 해당한다고 볼 수 있다. 한편, 신청권은 앞서 언급한 바와 같이, 개별 법령에 근거를 두고 있는 법규상 신청권과 행정청의 행위가 상대방의 신청을 전제로 하는 조리상 신청권[44][45]이 있는데, 동일인 신청권은 후자에 해당한다고 볼 수 있다.

공정위는 기업집단의 신청에 대해, 실체적 또는 형식적 요건을 심사하여 동일인 요건에 충족할 경우 기업집단의 신청을 수락하고, 그렇지 못한 경우에는 수락을 거부하게 될 것이다. 먼저, 수락할 경우에는 기업집단이 신청한 동일인을 공정위가 인정한 것이므로 다툼의 여지가 없다고 보아야 할 것이다. 그러나, 불수락의 경우는, 기업집단의 신청에 대해 공정위가 수락(수리) 행위, 즉 공권력 행사를 거부한 것이고, 그 거부는 조리상 인정되는 신청권에 직접 영향을 미치므로 처분성이 인정되어, 항고소송의 대상이 될 수 있을 것이다. 다만, 기업집단이 신청한 동일인이 적합한지 또는 공정위가 수락할 의무가 있는지는 항고소송의 본안에서 판단할 사항에 해당한다고 할 것이다.

---

43) 수락 행위의 효과로 동일인이 확정되면, 동일인에게 법률에서 정한 일정한 의무가 직접 발생한다는 점에서 공정위의 수락 행위는 준법률행위적 행정행위이며, 상대방의 신청권에 기한 행위이므로 강학상 '수리'에 해당한다고 할 것이다.

44) 이병철, 앞의 책, 676면

45) 법규상 신청권은 공정거래법상 친족(임원) 독립경영인정제도에서 이해관계자의 신청 등이 있고, 조리상 신청권에는 기업집단이 동일인을 지정하여 공정위에 신청하는 행위가 여기에 포함된다고 본다.

3) 동일인 공표 및 직권 지정

동일인은 기업집단의 신청과 공정위의 수리를 통해 확정되고, 동일인 확정으로 인한 효과도 수리 시점부터 발생하므로, 동일인을 공표하는 행위는 단순히 사실의 통지에 불과하여 동일인의 권리의무에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 처분성이 없는 것으로 볼 수 있다. 이때, 수리는 기업집단 지정일에 이루어진 것으로 보아야 할 것이다. 그래야 기업집단 지정 효력과 동일인 확정 효력의 기간이 일치할 수 있기 때문이다.

한편, 동일인을 공정위가 단독으로 확정하는 행위는, 그로 인해 동일인에게 법에서 정한 의무가 부담되므로 처분성이 인정되고, 따라서 항고소송의 대상이 될 것으로 보인다. 다만, 동일인을 공정위가 단독으로 지정할 법적 근거 없고, 동일인 지정으로 공정거래법상 일정한 의무가 발생하므로 침익적 처분의 성격이 있는 만큼, 법률유보의 원칙에 비추어 위법의 소지가 있을 것으로 보인다.

III. 동일인 관련 제도의 문제점과 개선방안

1. 동일인 판단기준 정비

동일인의 지배력 판단기준은 규제대상 여부와 직결된다는 점에서 신중한 접근이 필요하다. 따라서, 지배력과 그 판단기준 사이에 인과성을 높이고, 판단기준에 사용된 불확정개념은 최대한 구체화하여, 지배력이 과도하게 인정되어 불합리한 규제의 부담이 발생하지 않도록 주의할 필요가 있다. 이러한 관점에서 현행 지분율과 지배력 기준의 문제점 및 개선방안을 살펴보기로 한다.

(1) 지분율 기준

① 친족 범위 축소

지분율 기준에서 지배력이 과도하게 추정되는 문제를 막기 위해서는 현행 친족의 범위(동일인의 배우자, 혈족 6촌 및 인척 4촌 이내[46])를 합리적으로 축소할 필요가 있다. 친족

46) 1987년 경제력집중 억제 규제가 도입된 당시에는 친족의 범위는 혈족 8촌 및 인척 4촌이었으나, 2009년에 사회 변화를 고려하여 혈족의 범위를 8촌에서 6촌으로 축소하였다.

공동체 의식이 느슨해진 현대사회에서 동일인으로부터 관계(촌수)가 먼 친족일수록, 그 친족에 대해 동일인이 영향력을 갖는다고 보기는 현실적으로 곤란할 것이다. 따라서 그 친족이 가진 지분을 동일인이 직접 보유한 지분과 동질적인 성격으로 간주하여 동일인의 지배력을 추정하는 것은 타당성이 떨어진다고 볼 수밖에 없다. 가령, 동일인의 자녀 또는 배우자가 100% 지분을 가진 회사인 경우, 동일인과의 관계를 고려할 때, 이들 회사에 대한 동일인의 지배력을 인정하는 데에는 별다른 이의가 없을 것이다. 그러나, 일면식도 없는 혈족(가령, 6촌 또는 인척 4촌)[47]이 100% 지분을 보유한 회사까지 동일인이 지배력을 가진 회사[48]라고 보는 것은 쉽게 이해하기 어려울 것이다. 그러함에도 불구하고 이런 회사까지 정량적 기준을 통해 일률적으로 동일인의 지배력을 인정하면서 과도한 규제라는 지적을 초래하고 있는 것으로 보인다. 따라서, 최소한 혈족 6촌을 4촌으로 축소하는 등 지분율 기준의 신뢰성과 정확성을 유지할 수 있는 수준까지 친족의 범위를 축소해야 할 것이다.[49]

② 조문 정비

동일인이 주식을 전혀 보유하지 않더라도, 지분율 기준을 적용할 수 있다는 점이 분명해지도록 관련 조문을 정비할 필요가 있다. 지분율 기준을 규정하고 있는 법 시행령 제4조 제1호를 보면, '동일인이 단독으로 또는 동일인관련자와 합하여'라고 규정하고 있는데, 일부에서는 여기서의 '합하여'라는 표현은 동일인이 최소한 1주 이상의 주식을 보유한 경우를 전제로 한 것으로 보아야 하고, 따라서, 동일인이 주식을 전혀 보유하지 않은 회사는 최소한 지분율 기준으로는 동일인의 지배력을 인정할 수 없다고 주장한다. 그러나 이러한 논리대로라면 가령, 동일인이 100% 지분을 보유한 A 회사가 B 회사의 지분을 100% 보유하더라도, 동일인이 B 회사에 대한 지배력을 갖지 못한다는 불합리한 결론에 이르게 된다. 또한, 주식 1주의 소유 여부를 기준으로 지분율 기준의 적용 여부가 달라진다고 보는 것도 타당성이 약한 것으로 볼 수 있다. 결국, 동일인이 비록 직접 지분을 보유하지 않더라도

47) 혈족 6촌은 동일인의 할아버지 형제의 손자이다. 현실에서 동일인의 연령대를 고려하면, 동일인의 할아버지 형제가 생존할 가능성은 매우 낮고, 더구나, 할아버지(2촌) 형제(4촌)의 자식(5촌)이나 손자(6촌)를 통해 회사를 지배한다고 보는 것은 현실과 괴리가 큰 것으로 보인다. 한편, 인척 4촌은 가령, 동일인 배우자의 부모(1촌) 형제(3촌)의 자식(4촌)인데, 마찬가지로 그 현실성이 낮다고 본다.

48) 분자화된 현대사회의 특성상 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척을 동일한 지향점을 가진 경제공동체로 평가하는 데 의문을 제기하면서, 오히려 적대적인 관계를 형성하는 사례도 현실에서 충분히 나타날 수 있다는 견해(강상엽, "앞의 논문, 208면)도 있다.

49) 신영수(경북대 법학전문대학원 교수)는, 사실혼 배우자, 양자가 속한 생가의 직계존속 등을 동일인관련자에 포함할 필요가 있다고 한다.

가령, 100% 지분을 보유한 회사 또는 동일인 2세나 배우자 등 밀접한 관계가 있는 동일인 관련자를 통하는 경우라면 얼마든지 간접적 지배가 가능할 것이므로, 이러한 사정을 반영할 수 있도록, 해석상 오해의 소지가 있는 현행 규정을 적절하게 개정[50]할 필요가 있다고 할 것이다.

③ 친족독립경영(친족분리) 제도

친족분리 제도는 정량적 지표인 지분율 기준에 의해 동일인이 지배력을 가지는 것으로 볼 수 있더라도, 실질적으로는 친족이 지배력을 가지고 있는 경우에는 서로 다른 기업집단으로 분리를 인정하여 기업집단 규제가 과도하게 집행되는 것을 막기 위한 것이라고 볼 수 있다. 따라서, 친족분리의 요건[51]이 충족되면 가능한 적극적으로 집행할 필요가 있다고 할 것이다. 그런데, 법 시행령 제5조 제1항을 보면, 상호 지분보유 정도 등 친족분리 요건을 모두 갖춘 회사라고 하더라도, 공정위가 어떤 이유로든 '동일인이 사업내용을 지배하지 않는다고 인정' 또는 '친족이 해당 회사를 독립적으로 경영하고 있다고 인정'을 하지 않는 이상 친족분리가 불가능한 구조로 되어 있고, 더구나 공정위가 어떤 기준으로 '인정' 여부를 판단하는지가 명확하지 않다는 문제가 있다.

친족분리가 소극적으로 집행되는 데에는, 양측간 높은 거래의존도가 주요 이유라고 알려져 있다. 즉, 높은 거래의존도로 인해 지배력 기준에 따라서도 지배력이 인정[52]될 수 있고, 한편, 친족분리를 인정할 경우, 사익편취에 대한 규제가 불가능하며, 부당지원에 대한 감시도 그만큼 어려워지기 때문에, 규제당국으로서는 기업집단 규제의 약화를 우려하여 친족분리를 엄격하게 집행하는 경향이 있다는 것이다. 그러나, 친족분리 제도가 도입(1997.3월)될 당시 친족분리 요건에는 '최근 1년간 친족측(동일인측) 각 계열사의 매출액 중에 동일인측(친족측) 계열사들과의 거래에서 발생한 매출 합계가 50% 미만이어야 한다'는 요건이 있었으나, 1999.3월에 친족분리를 촉진할 목적으로 이러한 거래의존도 요건을 삭제하였고, 그 이후 친족분리 악용에 대한 사회적 우려[53]가 제기되자 2018.4월에는 친족분리 요

50) 가령, '합하여'를 '통하여' 또는 '함께' 등으로 개정하는 것을 생각해 볼 수 있다.

51) 즉, 1) 동일인측과 친족측 상호 지분율이 일정 수준(동일인측과 친족측이 상대방 계열사에 대한 지분이 각각 상장사의 경우 3% 미만일 것 등)일 것, 2) 임원겸임, 자금대차, 채무보증이 없을 것, 3) 분리 전후 3년간 부당지원, 사익편취 제재를 받지 않았을 것 등이다.

52) 즉, 법 시행령 제4조 2호 마목("동일인 또는 동일인관련자와 해당 회사 간에 통상적인 범위를 초과하여 자금 · 자산 · 상품 · 용역 등의 거래 또는 채무보증이 있는 회사")이 친족분리 요건의 충족에도 불구하고, 동일인의 지배력을 주장하는 근거로 이용될 수 있다는 것이다. 이와 같이 접근할 경우, 사실상 친족분리는 유명무실한 제도가 될 가능성이 있다고 보여진다.

건에, '분리 전후 3년간 부당지원, 사익편취 행위로 시정명령 등 제재를 받은 사실이 없어야 한다'는 요건을 추가한 사정을 종합적으로 고려하면, 거래 비중이 높다거나 단순히 사익편취 규제대상에서 벗어난다는 이유로 친족분리에 소극적일 수는 없다고 보아야 할 것이다. 사익편취 등으로 구체적인 제재를 받게 될 경우 친족분리를 취소하도록 제도화한 것도 이와 같은 맥락이라고 이해할 수 있을 것이다.

결국, 친족분리 제도가 입법취지에 맞게 집행되기 위해서는, 근본적으로 친족분리 요건에 있는 공정위의 재량을 구체화하려는 노력과 함께, 적극적 집행 의지가 필요할 것으로 보인다.[54]

(2) 지배력 기준

지배력 기준은, 앞서 살핀 바와 같이, 어떤 회사의 사업내용에 대해 영향력을 행사하는 것으로 볼 수 있는, 이른바 '객관적인 사실'이 존재하고, 그 사실로부터 동일인이 지배적인 영향력이 인정되는 경우, 동일인의 지배력을 인정하는 기준이다. 문제는, '객관적 사실'의 성립요건에 불확정개념이 포함되어 '객관적 사실'의 성립 여부를 판단하기 어렵거나, 또는 '객관적 사실'이 성립되면 지배적 영향력이 바로 인정되는지 아니면 별도의 추가적인 입증이 필요한지 법령상 명확하지 않다는 점이다.

먼저, '객관적 사실' 중, 동일인 또는 동일인관련자와 해당 회사 사이에 통상적인 범위를 초과하여 자금 · 자산 · 상품 · 용역 등의 거래 또는 채무보증이 있는 회사, 그 밖에 해당 회사가 동일인의 기업집단의 계열회사로 인정될 수 있는 영업상의 표시행위를 하는 등 사회통념상 경제적 동일체로 인정되는 회사의 경우, '통상적인 범위', '사회통념상 경제적 동일체'와 같은 불확정개념이 포함되어 있고, 또한, 동일인이 지배하는 회사와 해당 회사 간에 임원 겸임 등 인사교류가 있는 회사의 경우는,[55] 인사교류 대상 직위와 폭(수) 등 질적인

---

53) 2015년경, 삼성의 경우 휴대폰 배터리팩 등을 생산하는 영보엔지니어링(동일인의 셋째 누나와 그 아들), 엘지의 경우 건물관리 및 근로자 파견 용역회사인 지수아이엔씨(동일인 여동생), 에스케이의 경우 건자재 판매사인 신우인더스트리(동일인의 사촌누나) 등과 관련하여 부당지원 이슈가 제기되면서, 2017년에 친족분리요건이 강화되는 계기가 되었다.

54) 한편, 기존 기업집단에서 분리신청을 하는 경우와, 동일인 2세가 동일인이 되면서 그 배우자 혈족의 회사들이 기업집단에 편입대상이 되어 분리신청을 하는 경우에 형평의 문제에 대한 지적도 없지 않다. 가령, 2019년 엘지와 2021년 현대자동차의 동일인이 변경되면서 계열편입대상이 되었던 동일인 장인의 회사들(삼표그룹과 보락그룹)이 독립경영을 인정받아 동일인의 계열사에서 바로 제외되었는데, 이들은 동일인 변경 이전부터 해당 기업집단 계열사와 거래 관계가 존재하여 부당지원 혐의도 제기되었으나, 친족분리가 즉시 이루어진 바 있다.

55) 즉, 인사교류는 동일인의 지배력 행사의 중요한 지표가 될 수 있어서 그 요건이 충족되는 것만으로 지배

요소를 추가로 고려하지 않을 경우 지배력이 과도하게 확대해석될 소지가 있을 것으로 보인다.

한편, '객관적 사실' 중, 동일인이 다른 주요 주주와의 계약 또는 합의에 따라 대표이사를 임면한 회사 또는 임원의 100분의 50 이상을 선임하거나 선임할 수 있는 회사, 동일인이 직접 또는 동일인관련자를 통해 해당 회사의 조직변경 또는 신규사업에 대한 투자 등 주요 의사결정이나 업무집행에 지배적인 영향력을 행사하고 있는 회사의 경우는, 비교적 행위의 성립이 명확한 경우이지만, 그렇다고 하더라도, 그 사실만으로 '지배적 영향력'이 인정될지 여부는, 앞서 언급한 다른 '객관적 사실'에서와 마찬가지로 여전히 불분명하다고 볼 수 있다.

2. 동일인 확정 절차 및 심사기준 마련

동일인 확정 절차를 마련한다는 것은, 기업집단 지정 제도와 별도로 동일인에 대한 법적 근거를 마련한다는 것을 의미한다. 즉, 공정거래법 정의 조항에서 '동일인이란 기업집단을 지배하는 자로서 대통령령이 정하는 절차를 통해 확정된 자'라고 규정하면서, 시행령에서 아래에서 살펴보는 동일인 신청권, 심사 및 수리 여부 통보, 직권 지정과 불복방법 등 세부내용을 도입할 수 있도록 위임규정을 두면 될 것이다. 나아가 시행령의 위임을 받아 고시로 동일인 적격성 심사기준을 마련하는 것도 생각해 볼 수 있다. 동일인에 대한 제도화는 동일인 확정(변경)과 관련하여 발생할 수 있는 여러 문제를 체계적으로 대응하는 근본적인 대안이 될 것으로 예상된다.

(1) 동일인 확정 절차

첫째, 기업집단이 동일인을 신청할 권리 또는 의무를 도입해야 한다. 현재 기업집단 지정자료 제출 제도로부터 조리상 인정되는 동일인 지정·신청권을 법규상 신청권으로 제도화해야 한다는 것이다. 이때 신청 의무자는 당해연도의 동일인으로 하고, 그 시기는 기업집단 지정자료 3월에 있는 임시제출 시기에 맞춰 신청하도록 하는 것을 생각해 볼 수 있다. 한편, 전년도와 다른 동일인을 신청하는 경우(동일인 변경)와 관련하여, 사망, 의식불

적 영향력을 인정할 수 있다는 견해(황태희, 앞의 논문, 53면)도 있고, 인사교류는 동일인의 지배적 영향력의 구체적 사항이 아니라는 견해(권오승/서정, 앞의 책, 505면)도 있다.

명 등 동일인 변경 신청을 위한 형식적 요건과 지배력 변동에 대한 입증자료 목록을 규정하여, 동일인 변경 신청과 심사가 원활하게 이루어지도록 할 필요가 있다. 한편, 기한 내에 동일인을 신청하지 않는 경우를 대비하여, 과태료 등 이행강제를 위한 수단과 함께 후술하는 공정위의 직권 지정도 예정해 둘 필요가 있다.

둘째, 공정위의 동일인 적격성 심사권한과 심사결과 통지의무를 도입해야 한다. 우선, 심사의 신뢰성과 투명성을 위해 후술하는 심사기준을 마련하는 것이 무엇보다 중요하고, 안정적인 제도운영을 위해서 심사결과 통지 기한을 규정하는 것도 필요해 보인다. 또한, 심사결과 신청을 수락하지 않는 경우(불수리)는 그 이유를 구체적으로 알려야 할 것이다. 수리의 거부는 동일인의 신청권을 침해하는 거부처분에 해당하므로 공정위의 수락 거부에 대한 불복 여부의 판단, 새로운 동일인의 신청 등에 있어서, 조속히 문제를 해결하기 위해 필요하기 때문이다.

셋째, 공정위의 동일인 적격성 심사결과를 다툴 수 있는 불복제도를 도입해야 한다.[56] 동일인 신청권이 제도화되면, 공정위의 동일인 신청 수리거부가 행정심판이나 항고소송의 대상이 된다는 점이 분명해지고, 실제로 수리 거부에 대해 불복이 발생할 가능성도 높아질 것이기 때문이다. 또한, 불복절차가 진행된다면 기업집단 지정일까지 동일인을 확정하지 못하는 경우도 발생할 수 있으므로, 이에 대비하여, 수리거부에 대해 공정위에 재심을 청구할 수 있도록 하고, 공정위(소회의 등)에서 신속하게 심의하는 제도를 마련할 필요가 있을 것으로 보인다.

넷째, 공정위가 직권으로 동일인을 지정할 수 있도록 예외적 권한을 도입해야 한다. 기업집단이 신청의무를 위반하여 동일인 신청을 하지 않는 경우, 기업집단 지정 업무 전반에 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 다만, 예측가능성을 확보하고 남발을 방지하기 위하여 직권지정 요건을 명확히 할 필요가 있다.

한편, 이와 같이 동일인 관련 제도를 마련할 경우, 현행 기업집단 지정 업무 일정에 문제가 생길 수도 있다는 점도 고려해야 한다. 즉, 통상 지정자료의 임시제출은 3월 3째주, 정식제출은 4월 2째주, 그리고 지정결과 발표는 원칙적으로 5월 1일이므로, 지정자료 임시

56) 현행 제도에서 동일인 확정에 대해 불복이 발생할 수 있는 경우는, 한진, 삼성, 롯데 등의 사례에서처럼 공정위가 단독으로 동일인을 지정하는 경우이다. 이때, 두 가지 유형의 항고소송을 예상해 볼 수 있는데, 하나는 동일인 지정행위 자체가 법적 근거 없는 위법한 처분임을 주장하여 무효 또는 취소를 구하는 항고소송이고, 다른 하나는 공정위가 동일인을 잘못 정하여 결과적으로 기업집단 지정 처분이 위법하다는 취지로 기업집단 지정 처분의 취소를 구하는 항고소송이다. 한편, 앞서 살핀 바와 같이 기업집단 금호아시아나의 동일인이, 금호석유화학 등 8개사의 경우 자신이 동일인이 아님에도 불구하고 이들 회사를 금호 기업집단의 소속회사로 지정한 처분에 대해 취소소송을 제기한 바 있다.

제출 일자에 동일인을 신청한다고 할 때, 임시제출과 정식제출 사이에 3주의 기간동안, 동일인 변경 신청에 대한 수락 여부 심사를 마쳐야 하고, 더구나 불복이 발생하더라도 이 기간 내에 해결되어야 하므로, 지정자료 제출 및 지정 발표 일정에 부담이 없도록 관련 일정을 전체적으로 미세하게 조정할 필요도 있을 것으로 보인다.

(2) 심사기준

동일인 적격성 심사기준은 동일인 확정절차가 전체적으로 원활하게 작동하기 위해서 반드시 마련되어야 하며, 특히 동일인 변경 신청과 관련하여 중요한 의미가 있다고 볼 수 있다. 현재는 이에 대한 명시적인 규정이 없으며, 다만 지분율 기준과 지배력 기준이 활용되는 것으로 이해되고 있다.

심사기준은 기존 지분율과 지배력 기준이 근간이 되어야 할 것이다. 기업집단은 동일인이 지배하는 회사들의 집합이고, 그 회사들에 대한 지배력은 지분율과 지배력 기준에 따라 판단되므로, 결국 기업집단 전체에 대한 지배력도 이들 기준을 벗어나서 판단할 수는 없기 때문이다. 다만, 이들 기준은 특정 회사가 동일인의 지배를 받는지를 개별적으로 심사하는 기준인 만큼, 기업집단 전체를 누가 지배하는지를 심사하는 데에는 이들 기준을 직접 적용하는 것은 적절치 않을 것이다. 가령, 지분율 기준에서는 동일인으로 볼 수 있는 개인이 다수 존재할 수 있고,[57] 지배력이 분산된 경우에는 지배력 기준에 의해 동일인을 판단하기가 곤란할 수도 있기 때문이다. 따라서, 심사기준은 지분율 기준을 이용하여 지배구조의 최상단에 있거나 매출액이나 자산규모가 큰 주력기업에 대한 지분율에 있어서 누가 높은지를 비교하고, 동시에 지배력 관점에서 조직변경, 대규모 투자 등 경영상 주요 의사결정 참여 여부, 기업집단 내 직위 등을 종합적으로 비교하는 방식으로 마련되는 것이 바람직해 보인다.[58] 공정위는 실제로, 2021년에 있었던 현대자동차와 효성의 동일인 변경에서, '외형상 지배력'과 '실질적 지배력' 개념을 사용하여, 전자에서는 지분율과 기업집단내 보직, 후자에서는 회사 경영상 중요한 의사결정 사례를 검토하였다고 밝혔다. 또한, 기타 고려요소로, 기존 동일인의 연령, 건강상태 등을 근거로 경영복귀가 어렵다는 점도 제시하였

57) 동일인을 불확정개념으로 보는 견해(서정, 앞의 논문, 242~245면)도 있다. 이에 따르면, 동일인을 불확정개념으로 파악하는 근거(예시)로, 동일인 요건을 갖추 후보자가 다수 존재할 수 있다는 점을 들고 있다. 그러나, 동일인 후보가 다수인 것은, 동일인 개념보다는 지배력 판단기준과 관련되는 문제로 이해된다. 즉, 동일인 후보가 다수일 수는 있지만, 동일인이 다수일 가능성은 없을 것으로 이해된다.

58) 이와 관련하여 회사에서 최대의 영향력을 발휘하는 유일한 존재가 있더라도, 그 영향력이 지배적 영향력에 도달하지 못한다면, 동일인으로 지정되지 않아야 한다는 견해(강상엽, 앞의 논문, 210면)가 있다.

다.[59] 결국, 공정위도 지분율 기준과 지배력 기준에 해당하는 여러 요소를 종합적으로 고려한 것으로 볼 수 있다. 따라서, 이 관행을 제도화하는 일만 남았다고 볼 수도 있다.

한편, 동일인 변경 여부는 기본적으로 심사기준에 따라 판단하더라도, 가능한 범위 내에서 적극적으로 인정할 필요가 있다. 우선, 사익편취 규제의 사각지대가 문제가 되기 때문이다. 동일인의 변경은 주로 인척에서 변화가 나타나는데, 가령, 동일인 2세가 동일인이 되는 경우, 기존 동일인의 배우자측 인척은 제외되고, 새로운 동일인의 배우자측 인척이 친족에 포함된다. 따라서, 사실상 총수의 지위에 있음에도 동일인으로 인정되지 않을 경우, 총수(동일인 2세)의 인척 회사에 대해 사업기회를 제공하거나 정상적인 거래보다 상당히 유리한 조건으로 거래하더라도 사익편취 규제를 받지 않는, 규제의 사각지대가 생긴다는 것이다. 또한, 동일인이 변경되더라도 규제대상 회사 중 극히 일부만 변경되므로, 규제범위에 별다른 변화가 없어서[60] 기업집단 규제를 약화시킬 우려도 거의 없다는 점도 고려할 필요가 있다.

3. 동일인 관련 규제 과대집행 개선 : 지정자료 허위제출 고발 관련

공정위는 기업집단 지정자료의 제출을 거부하거나 거짓으로 제출한 경우, '기업집단 관련 신고 및 자료제출의무 위반행위에 대한 고발지침'(시행 2020. 9. 8, 공정거래위원회예규 제354호, 2020. 9. 2., 제정, 이하 '고발지침'이라 한다)에 따라 고발 여부를 판단하고 있다. 공정위가 고발지침 시행 이후 지정자료 제출 의무위반에 대해 적극적으로 고발하면서, 지정자료 제출에 대한 경각심이 높아지고, 사익편취 등 기업집단 규제의 집행 기반이 강화된 것으로 평가된다. 다만, 몇 가지 개선사항도 생각해 볼 수 있다.

우선, 공정거래법 위반행위는 형사범죄와 구분되고, 공정위는 '공정하고 자유로운 경쟁질서'를 목적으로 하는 공정거래법 집행기관임을 고려하여, 위반행위의 중대성을 중심으로 고발여부를 판단하도록 고발지침을 개정할 필요가 있다. 현행 고발지침은 위반행위에 대한 동일인의 인식 여부, 즉 인식가능성을 주요기준으로 삼고, 위반행위의 내용과 효과, 경제력집중 억제 규제의 운영에 미치는 영향 등은 부차적으로 고려하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 가령, 위반행위의 중대성이 현저하더라도 인식가능성이 경미하면 경고가 될 수

59) 공정거래위원회, "2021년 대기업집단 지정결과", 『공정거래위원회 보도자료(2021.4.30.)』, 8~9면.
60) 2018년 삼성과 롯데의 경우 동일인 변경에 따른 계열사 변화는 없었고, 2019년 한진의 경우 1개의 계열사가 증가한 것으로 알려졌다(하남현, "삼성, 롯데 총수, 이재용, 신동빈으로 바뀐다", 『중앙일보』(2018. 5.1.), 1면)

있는 반면에, 중대성이 경미하더라도 인식가능성이 현저하면 고발하도록 되어 있다. 그러나, 이는 공정위가 마치 형사범죄 수사기관처럼 활동하는 것으로 비추어질 우려가 있다고 볼 수 있다. 공정위는 경쟁당국 본연의 역할에 맞게, 위반행위 효과의 중대성을 기준으로 고발하고, 형사절차를 담당하는 사법당국에서 '고의'[61] 여부를 입증하는 것이 타당해 보인다. 만약, 현재와 같이 행위자의 위법성 인식을 고발의 주요기준으로 삼는다면, 인식가능성이라는 모호하고 포괄적인 요건 대신에, 형법상 '고의' 요건을 직접 도입하여, 위법성 인식에 대한 입증수준을 높임으로써, 고발이 신중하게 이루어지도록 할 필요가 있다.

둘째, 신고대상인 회사를 지정자료에서 누락한 경우, 그 누락된 회사가 지분율 기준에 의해 지배력이 인정되는 경우에는, 이를 고발의 근거로 삼는 데에 신중할 필요가 있다. 왜냐하면, 지분율 기준에 따라 계열사로 인정된 회사 중에는 동일인의 지배력을 인정하기 어려운 회사도 있기 때문이다. 가령, 서로 일면식도 없는 먼 친족이, 동일인의 출자, 채무 및 거래관계 등이 전혀 없는 회사를 설립한 경우에도, 지분율 기준에서는 동일인의 지배력이 인정될 수 있다는 것이다. 만약 이러한 회사까지 고발의 기초사실이 된다거나, 더구나 그 회사가 친족분리가 인정된 회사라면, 법 집행의 신뢰성에 부정적인 영향을 미칠 수도 있을 것이다. 따라서, 누락된 회사를 대상으로 지배력 기준으로 심사를 거쳐 동일인의 지배력이 인정되는 회사만 고발의 기초사실로 삼는 것이 타당해 보인다.

셋째, 지정자료 제출 명령은 1년 단위로 이루어지므로, 그 명령에 대한 위반행위 역시 연도별로 성립하는 것으로 보아야 한다. 공정위는 누락된 회사나 친족들을 연도별로 구분하지 않고, 하나의 위반행위로 보고 있는데, 특히 위반행위를 과대평가할 우려가 있다는 점에서 문제가 될 수 있다. 가령, 3년에 걸쳐 서로 다른 1개의 회사가 누락된 경우, 연도별로 보면 1개 회사만 누락되어 경미한 것으로 볼 수 있지만, 하나의 위반행위로 본다면 3년 동안 3개의 회사를 누락한 것이 되어 상대적으로 위법의 정도가 더 크게 느껴질 수 있기 때문이다. 또한, 이중처벌도 문제가 될 수 있을 것으로 보인다. 가령, 2020년 지정자료에서 A 회사를 누락하여 고발되어 벌금을 부과받은 이후, 다시 2020년 지정자료에서 B 회사의 누락이 발견된 경우, 연도별로 위반행위가 구성된다면, 이미 2020년 지정자료 제출 위반에 대해 형벌을 부과받은 만큼 재차 처벌받을 위험은 낮다고 볼 수 있는 반면에, 공정위의 기존 실무대로라면 새로운 위반행위를 구성하여 재차 처벌받을 위험이 발생할 수도 있을 것으로 보인다.[62]

---

61) 고의란 행위자가 구성요건의 객관적 요소에 해당하는 사실을 인식하고 구성요건의 실현을 의욕 내지 인용하는 것을 말한다(임웅, 『형법총론(개정판)』, 2003, 137면).

4. 외국계 기업집단의 동일인 관련 제도 보완

외국계 기업집단이 동일인과 관련하여 문제가 되는 주요 이유는, 동일인의 지위가 인정되는 자연인이 존재하지만, 외국인이라는 이유로, 국내회사를 동일인으로 인정하면서, 동일인이 자연인인 기업집단만을 대상으로 하는 사익편취 규제에서 벗어나게 된다는 점 때문이다.[63] 이렇게 보면, 총수 있는 국내 기업집단과의 형평을 고려하여 외국계 기업집단도 외국인(자연인)을 동일인으로 확정하는 방안이 근본적인 해결책이라고 볼 수도 있다. 그러나, 자유무역협정(FTA)과의 충돌 우려, 집행의 실효성 등[64] 현실적인 문제도 고려하지 않을 수 없다.

따라서, 이런 경우에는 현행과 같이 지배구조의 최상단에 있는 국내회사를 동일인으로 확정하되, 사익편취 관련 규제 공백을 최소화하기 위해, 외국인 총수 이외에, 그 배우자나 친족 중에 내국인이 있는 경우 이들을 동일인관련자에 포함시키고, 또한 동일인과 내국인인 배우자나 친족이 일정 지분 이상을 직접 또는 간접적으로 보유한 국내회사도 동일인관련자에 포함하여, 이들에 대해 사익편취 규제를 적용하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

내국인 친족이나 이들이 보유한 회사를 확인하는 것이 쉽지는 않겠지만, 기업집단 지정자료 제출 과정에서 공정위와 해당 기업집단이 지속적으로 노력한다면 점차 규제의 공백은 줄어들 것으로 예상된다.

IV. 맺음말

공정위는 2021년 기업집단 지정결과 발표 이후, 외국계 기업집단의 동일인 확정, 친족범위 조정 등 관련 제도의 개선 필요성을 인정하면서, 공정거래법상 동일인 제도 개선을 위한 연구용역도 진행하였다. 다만, 이러한 노력이 결실을 맺기 위해서는 동일인 확정과정에서 이루어지는 공정위 행정작용의 내용과 성격을 분명히 하고, 이를 바탕으로 제도 전반을 체계적으로 구축하려는 노력이 필요할 것으로 보인다. 이번 논문이 이러한 맥락에서 관련 사항을 다루고 있는바, 그 내용을 요약해 보면 다음과 같다.

---

62) 지정자료 제출 명령 위반 사업자에 대해 형벌 대신 과태료 등의 방법으로 비범죄화를 모색해야 한다는 주장(황태희, 앞의 논문, 61면)도 있다.

63) 에쓰오일이나 한국지엠과 같이 자연인인 동일인이 존재하지 않을 경우에는, 총수 없는 국내 기업집단과 차이가 없기 때문에 규제와 관련하여 형평의 문제가 발생할 소지는 없다.

64) 황태희, 앞의 논문, 56~57면.

먼저, 동일인 제도 마련과 관련하여, 공정거래법 정의 조항에 동일인 정의규정을 도입하고, 시행령 등 하위법령에서 확정절차 등 세부내용을 규율할 필요가 있다는 점을 지적하였다. 가령, 정의 조항에서 '동일인이란 기업집단을 지배하는 자로서 대통령령이 정하는 절차를 통해 확정된 자'로 규정하고, 시행령에서 동일인 신청권, 심사 및 수리 여부 통보, 직권 지정과 불복방법 등의 내용을 규정하고, 한, 동일인의 적격성 심사기준은 시행령에서 고시로 위임하는 규정을 두고, 고시로 제정하는 방안을 제시하였다.

둘째, 동일인의 적격성 심사에 근간이 되는, 지배력 판단기준도 정비가 필요하다는 생각이다. 우선 지분율 기준은 정량적 지표에 따라 실질적 개념인 '지배력'을 일률적, 기계적으로 판단하는 것인 만큼 지배력을 과대 추정할 수 있으므로, 이러한 문제를 완화하기 위해서는 친족의 범위를 축소하고, 친족독립경영 인정제도를 적극적으로 운용할 필요가 있다고 할 것이다. 또한, 지배력 기준에서는 '동일인의 회사 경영에 대한 지배력 영향력'을 '인정'하는 공정위의 기준이 무엇인지를 분명히 하고, '통상적인 범위' 등 불확정 개념도 구체화하여, 불확실성을 해소할 필요가 있다.

셋째, 지정자료 허위제출에 대한 동일인 고발조치의 경우, 지분율 기준에 따라 지배력이 추정되는 회사가 누락된 경우에는 지배력 기준에 따라 실질적 심사를 거쳐 지배력이 인정되는 경우에만 고발의 기초사실로 삼을 것을 주장하였다. 한편, 고발 여부는 공정하고 자유로운 경쟁질서 등 공정거래법의 목적과 경쟁당국으로서 본연의 역할을 고려하여 위반행위 효과의 중대성을 중심으로 결정하는 것이 바람직해 보이며, 그렇지 않다면, 고발이 형사처벌을 위한 절차라는 점을 고려하여, 명확성이 약하고 과대집행의 우려가 있는 '인식가능성' 요건을 형법상 '고의'로 대체하여 입증책임을 강화할 필요가 있다고 할 것이다.

넷째, 외국계 기업집단에서 자연인인 외국인이 동일인으로 특정될 수 있더라도, 집행상 한계를 고려하여 국내회사를 동일인으로 인정하되, 그 배우자나 친족 중 내국인, 그리고 그들이 일정 지분 이상을 보유한 국내기업이 사익편취 규제대상에 포함되도록 법령을 정비하여 규제의 사각지대를 줄여나가는 방안을 고려해 보았다.

끝으로, 규제를 도입하고 집행함에 있어서, 기업 등 정책고객들을 신뢰하고 적극적으로 소통하여, 규제를 합리화하고 과도한 법집행을 경계하는 규제당국의 모습을 기대해 본다.

▶ 논문투고일 : 2022. 3. 25, 논문심사일 : 2022. 3. 31, 게재확정일 : 2022. 4. 20.

▌참고문헌

권오승/서정, 『독점규제법(제4판)』, 법문사, 2020.

김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』 전면개정판, 도서출판 삼일, 2022.

이병철, 『행정법 강의』 전정3판, 유스티니아누스, 2002.

임영철/조성국, 『공정거래법』, 박영사, 2018.

강상엽, "동일인 지정제도 : 경량적 기준과 정성적 기준의 비판적 검토", 『경제법 연구』 제20권 제2호, 한국경제법학회, 2021.8.

김동운, "한국의 대규모기업집단, 1987-2016년", 『경영사연구』 제33집 제2호, 한국경영사학회, 2018.5.

김봉철, "공정거래법상 특수관계인 규정의 문제점과 개선방향", 『법제연구』 제38호, 한국법제연구원, 2010.

김우진 외(이은정, 최난설헌), "동일인 지정제도에 대한 비판적 검토 : Centrality 적용 실증분석 및 제도 개선 방향", 『법경제학연구』 제17권 제3호, 법경제학회, 2020.11.

서 정, "기업집단의 동일인 확정에 관한 검토", 『경쟁법 연구』 제43권, 한국경쟁법학회, 2021.3.

신영수, "대기업집단 동일인 관련 법적 쟁점과 과제", 공정위/한국기업지배구조원 공동 학술심포지엄, 2021.10.

이 혁, "대기업집단 규제 개편방안 검토", 『경쟁법 연구』 제18권 제1호, 한국경제법학회, 2019.4.

황태희, "대기업집단의 동일인 지정제도 개선에 관한 소고", 『경쟁법 연구』 제20권 제3호, 한국경쟁법학회, 2021.12.

▮ Abstract

A Study on the Improvement of the Problems related to the Same-Person regulations

Jeon, Chan-Su*

Regulations on inhibition of concentration of economic power occupy a key position in the Constitution aimed at revised capitalism and the Anti-trust law of Korea, which pursues fair and free market competition and balanced development of the national economy. The problem is that there are uncertainties at the discretion of the KFTC, an institutional deficiency and unreasonable regulatory burdens caused by excessive execution. In particular, regarding 'the same-person' of business group, which can be said to be the starting point of economic power concentration regulation, regulations are being implemented without basic system such as the concept, confirmation procedure, and recognition standards. From the awareness of the problem, several papers have recently been published dealing with the criteria for evaluating control of the same-person, improvement of the designation system for the same-person, and legal issues related to the 'same-person'. However, there is still a difference in understanding and interpretation of KFTC's practice procedure, especially in the process of determining the same-person, there has been no consensus on the legal nature of the KFTC's administrative action, and practical discussions on how to establish the same-person confirmation system has not been discussed in earnest. Therefore, we first look at what process the same-person is confirmed in the current KFTC practice, how the business groups and the KFTC work interactively in the process, and what the legal nature of the administrative action is. Based on these discussions, first, we deal with what the problems and improvement of the criteria for judging the 'de facto control' of the same-person are. Second, we presents an alternative to how to establish

* Senior Advisor in KIM & CHANG, Member of the District of Columbia Bar, (Former) Director of Digital Research and Analysis Division, Fair Trade Commission

the same-person confirmation procedure. That is, the main focus of the alternative is to establish a definition of the same-person in the provisions of the Anti-trust law of Korea, to delegate detailed matters such as the right to apply for the same-person, sole right of designation, the system of dissatisfaction system. Third, as a key element of the same-person confirmation procedure, we examine the factors that must be equipped with the screening criteria for the same person confirmation(change). Finally, when it comes to KFTC's complaint against the violation of the order to submit business group designation data, we examine the fact that law enforcement not to consider the inherent limitations of the same-person leads to excessive execution. In addition, we look at issues and supplementary measures related to the same-person in foreign business groups.

• Key Words Concentration of economic power, the same–person(the head of a conglomerate), Corporate group, Control power, Data for corporate group designation