

現行 持株會社制度의 問題點과 改善方案 研究

黃 勝 華*

<目 次>

- | | |
|-----------------|--------------------|
| I. 들어가며 | V. 倒産法上의 問題點 |
| II. 公正去來法上의 問題點 | VI. 持株會社의 租稅問題 |
| III. 會社法上의 問題點 | VII. 金融持株會社法上의 問題點 |
| IV. 勞動法上의 問題點 | VIII. 글을 마치며 |

<요 약>

지주회사제도와 관련하여 우리 상법은 자회사의 모회사 주식취득 제한규정, 모회사 감사의 자회사 조사권 등 몇 가지 규정 이외에는 지배·종속관계에 있는 기업관계에 적용되는 일반적인 규정들을 마련해 두고 있지 아니하여 지주회사의 설립 및 운영과정에서 지주회사 및 자회사의 이해관계인인 소수주주와 채권자의 보호문제가 대두되고 있다. 노동법과 관련하여서는, 개별적 근로관계에서 지주회사의 사용자성, 지주회사와 자회사간 또는 자회사간 인사이동을 기업간 전적(轉籍)으로 볼 것인지 등이 논의되고 있다. 도산법상으로는 지주회사가 도산한 자회사에 대한 채권자 지위를 겸하고 있을 경우, 지주회사의 채권에 대해서도 민법상의 일반원칙인 채권자평등의 원칙을 적용할 것인지, 아니면 다른 채권보다 후순위로 취급할 것인지가 문제된다. 지주회사의 조세문제로는 지주회사의 설립 및 전환에 따른 조세특례와 최근 논의되고 있는 연결납세제도 도입방안 등을 검토할 필요가 있다. 마지막으로 금융지주회사법에서는 금융자본과 산업자본의 분리원칙, 금융지주회사의 지배구조 등이 문제된다. 독립된 법인격을 지니는 회사간에 지배·종속관계가 설정되는 예가 날로 확대되고 있는 경제현실을 반영하여 지주회사와 자회사간의 법률관계 및 이들과 이해관계를 맺고 있는 주주, 채권자 또는 근로자에게 적용할 일반법으로서의 상법의 개정 내지 특별법의 제정이 필요한 시점이 도래하였다고 생각한다.

* 法務法人 地坪, 辯護士

I. 들어가며

1999년 2월 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”)의 개정으로 지주회사의 설립이 허용되고, 2000년 10월 금융지주회사법이 제정되었다. 공정거래위원회에 따르면,¹⁾ 지주회사가 허용된 후 약 4년이 경과한 2003년 7월말을 기준으로 15개의 일반지주회사와 4개의²⁾ 금융지주회사가 설립 또는 전환되었다고 한다.

<표 1> 지주회사 설립·전환 신고현황(2003년 7월말 기준)

회사명	설립· 전환일	자산 총액	부채 비율	지주 비율	동일인 지분율	평균 자회사지분율		자회사수
						상장	비상장	
SK엔론(주)	00.1. 1.	7,016	6.1	92.9	-	41.8	90.5	11
(주)C&M커뮤니케이션	00.1.25.	1,660	185.5	85.2	75.9	-	82.3	14
(주)화성사	00.4. 1.	2,634	3.4	99.9	50.8	-	80.6	1
(주)온미디어	00.6.15.	1,841	8.3	92.0	0.1	-	66.1	10
엘파스코리아홀딩(유)	01.1. 1.	1,584	4.6	95.9	99.7	-	50.0	1
(주)LG	01.4. 3.	57,583	58.7	103.7	5.0	34.1	68.0	17
(주)동원엔터프라이즈	01.4.16.	1,398	49.7	95.4	11.9	54.2	62.0	8
(주)대교네트웍	01.5. 4.	5,047	3.8	94.1	83.1	-	77.0	6
세아홀딩스(주)	01.7. 3.	2,805	11.7	71.4	17.2	40.7	76.7	11
한국컴퓨터지주(주)	02.5.27.	1,176	24.6	95.1	4.7	59.6	100.0	10
(주)대웅	02.10.2.	1,097	18.1	66.3	3.5	23.6	54.7	12
대한색소공업(주)	02.12.27.	1,013	113.3	50.1	83.5	-	83.3	3
대우통신(주)	03.1. 1.	3,874	자본잠식	57.1	-	-	100.0	2
(주)풀무원	03.3.11.	2,049	75.0	53.9	41.1	-	82.1	18
(주)농심홀딩스	03.7.10.	1,839	0.0	50.8	10.0	15.3	61.6	4
(주)세종금융지주	00.4. 1.	1,050	137.3	95.1	92.5	49.3	-	1
우리금융지주(주)	01.3.27.	73,892	45.9	82.0	87.8	40.2	99.1	12
(주)신한금융지주	01.9. 1.	47,850	19.3	83.4	22.6	60.9	78.1	10
동원금융지주(주)	03.5.30.	1,772	98.9	69.1	15.0	33.7	-	1

1) 공정거래위원회의 2003. 8. 15.자 보도자료인 “2003 지주회사 현황” 참조.
 2) 우리금융지주, 신한금융지주, 세종금융지주, 동원금융지주.

지주회사를 허용할 것인지에 관해서는 공정거래법 개정 당시부터 찬반 양론이 대립되어 왔다. 찬성하는 입장에서는 기업구조조정의 필요성, 자회사와 지주회사간의 위험의 절단, 인사·노무관리의 다양성 등의 장점을 강조하였고, 반대하는 편에서는 경제력의 과도한 집중, 소액주주와 채권자의 권익침해의 가능성 등의 폐해³⁾를 우려하였다. 그러나 지주회사 허용의 초기단계로서 현실적으로 그 공과를 검증하기는 어려운 상황에서 찬반 논의를 되풀이 하는 것보다는 현재 우리 법에 마련된 지주회사제도를 정확하게 이해하고 그 미비점을 보완하는 것이 시급하다고 할 것이다.

지주회사를 허용하는 과정에서 우리나라는 독일회사법과 같이 포괄적인 기업결합 관련규정을 두는 방식을 채택하지 않고 단지 그 폐해를 방지하기 위한 개별적 규정을 공정거래법에 두고 있을 뿐이다. 따라서, 지주회사와 자회사간의 법률관계 또는 지주회사와 자회사의 이해관계인 보호의 문제등 지주회사를 둘러싼 전반적인 법률관계를 조망하기 위해서는 상법, 노동법, 도산법 등의 개별 법령 및 그 해석에 의존할 수 밖에 없다. 그런데 이들 개별 법령은 모자회사를 규율하는 데 충분한 규정들을 마련해 놓고 있지 않아 해석상 적지 않은 문제점이 제기되고 있는 실정이다.

이하에서는 이러한 문제의식에서 현행 법령상 지주회사의 운영과 관련하여 제기되는 문제들을 개별 법령별로 먼저 살펴 본 후 금융지주회사법에 특유한 문제점도 아울러 검토하기로 한다.

II. 公正去來法上의 問題點

1. 개 요

공정거래법은 과도한 경제력의 집중을 방지하기 위하여(동법 제1조 참조) 지주회사의 설립 또는 전환에 대한 신고의무(제8조 참조), 지주회사의 행위제한(제8조의2 제1항 참조), 지주회사의 주식소유현황 등의 보고의무(제8조의2 제3항 참조) 등 몇 가지 규정을 두고 있다. 이 중에서 재계와 공정거래위원회간에 종래 주로 논란이 되어 왔던 것이 바로 지주회사의 행위제한에 관한 규정이다. 공정거래법에서 금지하는 지주회사의 행위는 ① 순자산액(자산총액에서 부채액을 차감한 금액)을 초과하는 부채액을 보유하는 행위(제8조의2 제1항 제1호, “부채비율의 제한”), ② 자회사의 주식을 당해 자회사 발행주식총수의 100분의 50(당해 자회사가 주권상장법인 또는 협회등록법인(이하 양자를 합하

3) 지주회사의 효용과 폐해에 관해서는 이동원, 지주회사, 세창출판사, 2000, 175-243면.

여 “상장법인등”)인 경우에는 100분의 30} 미만으로 소유하는 행위(동항 제2호, “자회사 지분율의 제한”), ③ 자회사 외의 국내회사의 주식을 지배목적으로 소유하는 행위(동항 제3호, “지배목적 소유행위의 제한”), ④ 금융지주회사가 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사 외의 국내회사의 주식을 소유하거나, 금융지주회사 외의 일반지주회사가 금융업 또는 보험업을 영위하는 국내회사의 주식을 소유하는 행위(동항 제4호, 제5호, “금융자회사와 비금융자회사의 동시소유 금지”), ⑤ 일반지주회사의 자회사가 다른 국내회사의 주식을 지배목적으로 소유하는 행위(동조 제2항, “손자회사의 원칙적 금지”) 등이 있다.

공정거래법상의 지주회사 행위제한 규정에 대한 구체적인 검토에 앞서 이러한 행위제한 규정이 현실적으로 어떻게 나타나는지를 예를 들어 설명해 보자. 건설사업에 신규로 진출하고자 하는 甲지주회사는 건설자재의 제조업을 영위하는 자회사 乙과 함께 비상장법인으로서 건설업을 영위하고 있는 丙사의 丙주 50%를 취득하고자 한다. 丙은 丁을 자회사로 두고 있다. 이 경우 甲과 乙의 각 지분취득비율을 10%, 50%로 할 수 있을까? 그 역은 어떠한가? 그리고 乙 단독으로 50%를 취득하는 것은 허용되는가?4) 결론부터 말하면 두 번째 경우만 공정거래법상 허용된다. 먼저 관련규정들을 가려내어 살펴 보면서 결론에 이르게 된 과정을 살펴 보자. 이러한 과정을 통해 지주회사 관련규정들을 좀 더 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

우선, 甲과 乙이 합하여 丙사 발행주식총수의 60%를 출자하는 경우 다른 최대출자가 있을 수 없으므로 丙사는 지주회사인 甲의 자회사가 된다(법 제2조 제1의3호, 법시행령 제2조 제3항 참조). 그런데 지주회사인 甲은 비상장 자회사의 발행주식총수의 50% 이상을 소유하여야 하므로 甲이 적어도 50% 이상을 취득하여야 한다. 따라서 첫 번째 경우는 허용되지 않는다.

두 번째 경우는 甲이 50%를 취득하므로 甲의 입장에서는 문제될 게 없다. 乙의 경우에는 어떠한가? 지주회사의 자회사는 다른 국내회사의 주식을 원칙적으로 소유할 수 없다. 그런데 당해 자회사를 지배하는 일반지주회사의 다른 자회사가 발행한 주식을 취득하는 것은 허용된다는 예외조항(법 제8조의2 제2항 참조)에 따라 이 경우는 허용되는 것이다.5) 여기서 甲과 乙이 丙의 주식을 공동으로 취득하는 시점에서는 엄밀히 말해 丙이 甲의 자회사는 아니지만, 乙의 주식취득과 丙의 자회사화가 동시에 이루어지므로 허용된다고 해석하는 것이 합리적이기 때문이다.

4) 공정거래법, 동법시행령상 지주회사 관련규정이 산재(散在)해 있을 뿐만 아니라 그 규정내용 역시 일반인들이 이해하기가 쉽지 않은 측면이 있다.

5) 다만, 공정거래위원회가 2003. 8. 20.자로 입법예고한 공정거래법개정안에 의하면, 이러한 자회사간의 출자가 앞으로 금지될 예정이다.

세 번째의 경우, 丙은 甲의 자회사가 아니다. 지주회사가 전혀 주식을 소유하지 않는 회사를 자회사로 인정할 수는 없다. 자회사인 乙은 원칙적으로 다른 국내회사의 주식을 소유할 수 없지만, 그 다른 회사의 사업이 자회사의 사업과 밀접한 관련이 있는 경우 그 다른 국내회사의 주식을 취득하는 것은 예외적으로 허용된다(법 제8조의2 제2항, 법시행령 제15조의5 각 참조). 건설자재의 제조업을 영위하는 乙과 건설업을 영위하는 丙간의 사업의 관련성은 인정된다. 乙의 입장에서 丙은 乙이 필요로 하는 원재료를 공급하는 회사이기 때문이다. 따라서 허용되는 듯 보인다. 그러나 손자회사는 다른 회사의 주식을 지배목적으로 소유할 수 없다는 규정(법시행령 제15조의5 제2호 참조)으로 인하여 丁을 자회사로 보유하고 있는 丙의 주식을 지배목적으로 취득할 수 없기 때문에 결론적으로 이 경우는 공정거래법상 허용되지 않는다. 이하에서는 지주회사의 행위제한 규정을 개별적으로 살펴 보기로 한다. 다만, 금융자회사와 비금융자회사의 동시소유 금지규정은 금융지주회사법을 검토하면서 간략히 살펴 보기로 한다.

2. 부채비율의 제한

부채비율을 제한하는 것은 지주회사가 차입금으로 과도한 계열기업 확장을 시도하는 것을 막기 위함이다. 다만, 현물출자 방식으로 지주회사로 전환된 경우, 분할 또는 분할 합병을 통해 설립·전환된 경우, 자회사 주식의 대차대조표상 가액증가로 지주회사로 전환된 경우 등의 경우에는 설립·전환일부터 1년간은 부채비율의 제한을 받지 아니한다(공정거래법 제8조의2 제1항 제1호 단서 참조).

미국, 독일, 일본 등의 국가에서는 지주회사, 특히 일반지주회사의 부채비율을 규제하지 않고 있어 우리와 대조를 이룬다.⁶⁾ 대한상공회의소가 공정거래위원회에 건의한 보고서에⁷⁾ 의하면 재계는 부채비율 제한조항으로 인하여 계열사를 자회사로 전환하는 데 필요한 주식 취득비용을 조달하기 어렵기 때문에 많은 기업들이 지주회사로 전환을 하지 못하고 있다고 주장하면서 끊임없이 부채비율의 완화 또는 폐지 및 부채비율 예외적용기간의 연장을 요구하고 있다.⁸⁾

재계는 주요 선진국의 지주회사 부채비율을 언급하면서 미국의 GE와 GM의 부채비율은 각각 800%와 1,500%이며, 독일 Daimler Chrysler의 부채비율은 432%에 이른다는 것

6) 이기수·유진희 공저, 경제법, p135, 세창출판사, 2003. 독일에서는 지주회사의 그 모회사로부터의 차입금에 대하여 자기자본의 9배까지 지급이자를 손비로 인정하는 등 다국적기업의 유치를 위하여 오히려 지원제도를 두고 있는 실정이라고 한다.

7) 대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제”, 2003. 4.

8) 국민일보, 2003. 4. 14. 35면.

을 근거로 제시하고 있다. 그러나 공정거래위원회가 밝힌 바와 같이, 이러한 부채비율은 고객이 맡긴 돈이 모두 부채로 계상되어 부채비율이 높을 수 밖에 없는 금융자회사를 포함하여 작성된 연결재무제표의 수치라는 점을 고려하지 아니한 것으로서 지주회사 하나만을 기준으로 부채비율을 제한하는 공정거래법상의 현행 규제요건과는 다른 차원에서 보는 것이 옳다.⁹⁾ 이러한 차원에서 공정거래법개정안 역시 부채비율 제한의 기본적인 틀을 유지하되, 부채비율 충족을 위한 유예기간을 1년에서 2년으로 연장하고 있다.¹⁰⁾

3. 자회사 지분을 제한

한편, 자회사 지분을 제한을 둔 취지는 지주회사가 낮은 지분율에 의하여 자회사를 지배할 수 있도록 허용하면 그 지배가능범위가 확대되어 경제력 집중이 심화될 우려가 있고, 구조조정에 장애가 되고 있는 재벌의 소유관계를 지주회사를 중심으로 하는 투명한 소유관계로 전환하도록 유도할 필요가 있다는 점을 고려한 것이다.¹¹⁾ 현행 상장자회사 편입요건에 의하면 삼성전자를 자회사로 편입하기 위해서는 대략 3조원의 자금이 필요하다고 한다.¹²⁾ 그런데 재계는 이 규정에 대해서도 현행 최저 지분율을 확보하지 못하더라도 지주회사가 최대주주이면서 자회사의 주주총회 의결을 거치는 경우 자회사로 편입이 가능하도록 탄력적으로 적용할 것을 요구하고 있다.¹³⁾

4. 손자회사의 원칙적 금지

공정거래법상 일반지주회사의 자회사는 다른 회사의 주식을 지배목적으로 소유할 수 없다(법 제8조의2 제2항 참조). 이는 부채비율 제한 등을 받지 않는 자회사를 이용하여 문어발식 계열확장을 시도하는 행위를 막기 위한 것으로 해석된다. 그런데 당해 자회사의 사업내용과 밀접한 관련이 있는 회사를 손자회사로 두는 것은 허용된다(법시행령 제15조의5 제1호 참조). 사업내용의 관련성은 손자회사가 ① 자회사가 생산한 제품의 판매, ② 자회사가 생산한 제품에 대한 유지·관리·보수등의 역무의 제공, ③ 자회사가 생산한 제품을 주요 원재료로 한 제품의 생산·판매, ④ 자회사가 필요로 하는 원재료등의 공급, ⑤ 기타 자회사의 사업내용과 직접 관련되는 사업을 영위하는 것을 목적으로 하는

9) 한겨레신문, 2003. 4. 19. 18면.

10) 공정거래위원회, 공정거래법개정(안) 입법예고.

11) 이기수·유진희 공저, 전개서, 139면.

12) 대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제”, 5-6면.

13) 위 대한상공회의소, 5면.

경우에 인정된다. 그러나 손자회사가 다른 회사의 주식을 지배목적으로 소유하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 앞서 살펴 본 바와 같이 다른 회사(증손자회사가 된다)의 주식을 지배목적으로 소유하고 있는 회사를 손자회사로 편입하는 것은 허용되지 않는다. 이와 관련하여 지주회사의 행위제한과 관련한 다른 규정들은 대개 금지되는 행위를 열거하면서도 지주회사 설립 또는 자회사 편입 후 일정한 유예기간을 인정하여 범위반 사항을 치유하도록 하고 있는데 반해, 손자회사 금지조항에는 이러한 유예기간이 인정되지 않아 불균형을 보이고 있다. 이러한 문제를 의식하여 입법예고된 공정거래법개정안은 손자회사가 될 당시에 소유하고 있던 다른 국내회사의 주식을 손자회사가 된 날로부터 2년간은 소유할 수 있도록 보완하고 있다(개정안 제8조의2 제3항 참조).

5. 소 결

경제력 집중의 가능성을 이유로 줄곧 금지되던 지주회사가 구조조정 및 투명경영의 수단으로 허용된지 얼마 되지 않는 현시점에서, 현행 규제의 큰 틀을 수정하는 것은 바람직하지 않으므로 부채비율 요건을 폐지할 수는 없다고 생각한다. 그리고 이 문제는 외국의 부채비율 제한규정을 따라 가는 것이 글로벌화, 선진화라는 시각으로 접근하여서는 안 된다고 생각한다. 국가별로 지주회사의 경영투명성을 확보하기 위한 제도적, 사회적 기반에 차이가 있을 수 있기 때문이다.

<표 2> 지주회사 설립요건 비교¹⁴⁾

	미국	일본	독일
부채비율	제한없음	제한없음	제한없음
자회사 지분율	제한없음	제한없음	제한없음
채무보증 해소	제한없음	제한없음	제한없음
금융·비금융 자회사 동시보유	은행지주회사는 비금융 자회사 소유금지	불가능	제한없음
손자회사 설립	제한없음	제한없음	제한없음
연결납세제도	가능	가능	가능

14) 대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제”, 4면에서 재인용.

따라서 규제의 완화문제는 외국의 규제례, 지주회사의 경영건전성 확보방안, 상장법인 등의 평균부채비율 등 제반 요소들을 고려하여 신중하게 결정할 문제라고 생각된다. 다만, 현행 규정은 최저지분율을 산정할 때 의결권이 없는 우선주도 포함시켜 전체 주식수를 산출하고 있는데, 자회사의 경영지배에 참여하지 않는 우선주는 전체 주식수에서 제외하는 것이 타당하다고 생각한다.

공정거래위원회는 지주회사제도가 보다 많이 활용될 수 있도록 보완방안을 마련한다는 차원에서 지주회사제도 개선방안을 모색해¹⁵⁾ 오다가, 최근 이에 관한 내용이 포함된 공정거래법개정안을 입법예고하였다. 입법예고안의 특징은 우선 지주회사의 지배력 확장 억제를 위해 부채비율 제한, 자회사 지분율 제한 등 규제의 기본 틀은 현행대로 유지하고 있다는 점이다. 다만, 지주회사체제로의 전환에 걸림돌을 제거한다는 차원에서 ① 지주회사 전환시 부채비율 충족을 위한 유예기간이 인정되는 전환유형을 현행의 현물출자, 회사의 분할·분할합병 또는 물적분할, 자회사의 주식가액 증가 외에도 포괄적 주식의 교환·이전, 자회사 주식 외의 자산감소 등을 추가하고, ② 부채비율 충족을 위한 유예기간을 2년으로 연장하고, 손자회사가 보유한 주식의 처분유예기간을 신규로 인정(2년)하며, ③ 비상장 합작자회사에¹⁶⁾ 대한 최저지분율을 30%로 내리고, ④ 현행법상 허용되고 있는 자회사간 출자를 금지하고 있다.

Ⅲ. 會社法上의 問題點

1. 개 요

앞서 언급한대로 우리 상법은 자회사의 모회사주식취득 제한규정(제342조의2 참조), 모회사 감사의 자회사 조사권(제412조의4 참조)등 몇 가지 규정 이외에는 지배·종속관계에 있는 기업관계에 적용되는 일반적인 규정들을 마련해 두고 있지 아니하여 지주회사의 설립 및 운영과정에서 지주회사 및 자회사의 이해관계인인 소수주주와 채권자의 보호문제가 대두되고 있다.

2. 주주의 보호

15) 강철규 공정거래위원장, “성장잠재력과 경쟁정책”, 제31회 고려경영포럼(2003. 7. 2.) 강연자료 5-6면.

16) 지주회사가 특수관계인에 해당하지 아니하는 2인 이하의 자와 공동으로 출자하여 설립한 자회사(개정안 제8조의2 제1항 제2호 나목 참조).

가. 지주회사의 주주보호

주주는 의결권의 행사를 통하여 회사의 중요한 사항을 결정하는 지위에 있다. 그러나 지주회사에서는 종속회사의 사업활동이 주주의 위협의 원천이며 이익의 원천이 되어 있음에도 불구하고, 예를 들면 지주회사의 주주는 종속회사의 이사를 선임하고 해임하는 것이 불가능하고 종속회사의 주주총회의 결의사항인 영업양도, 합병, 정관변경 등에 대하여도 의결권을 행사할 수 없다. 이처럼 지주회사가 종속회사의 대주주로 되는 관계로 지주회사의 주주에게 법률상 부여된 주주권의 변경 또는 축소현상이 나타난다.

또 의결권 이외에도 종속회사 임시주주총회의 소집권, 주주제안권, 종속회사 이사의 위법행위유지청구권과 대표소송제기권, 회계장부열람권 등을 행사할 수 있는지에 관하여 의문이 있고, 지주회사가 종속회사의 주식을 매각하는 것은 실질적으로 지주회사에 있어서 영업양수도에 해당함에도 불구하고 지주회사에서 주주총회의 승인을 거칠 필요가 없는 등 지주회사의 주주는 회사경영에 핵심이 되는 종속회사와의 관계를 감독하고 시정할 수 있는 수단이 마련되어 있지 않다. 따라서 현행법상 지주회사의 주주는 주주제안권을 행사하여 이사에 대하여 종속회사의 경영에 관한 내용을 지주회사 주주총회의 목적사항으로 할 수 있는 정도의 권한을 가진 것에 불과하다.¹⁷⁾

그러므로 위와 같은 지주회사 주주의 지위를 고려한다면 주주권의 사실상 축소에 대처할 수 있는 방안, 기존의 사업회사가 순수지주회사화하는 경우 주주가 그 회사에서 이탈하여 투자금을 회수할 수 있는 권리를 인정하는 등 지주회사 전환시 주주의 의사가 반영될 수 있는 방안도 모색될 필요가 있다.

(1) 유가증권의 모집·매출

우선, 상장법인등인 지주회사가 유가증권을 모집·매출하는 방식으로 일반투자자로부터 자금을 조달하는 경우 투자자보호의 관점에서 특수한 문제가 제기된다. 이는 특히 금융지주회사와 같이 독자적인 사업을 영위하지 않는 순수지주회사의 경우에는 이러한 문제가 더욱 중요하다. 즉 자회사의 경영관리업무 외에 독자적인 사업을 영위하지 않는 순수지주회사가 모집·매출의 방식으로 자금을 조달하는 경우 투자자의 입장에서는 합리적인 투자판단을 위하여 조달된 자금이 어떤 목적으로 이용될 것인지를 미리 알 필요가 있을 뿐만 아니라 당초 제시된 사용목적에 따라 자금이 사용되었는지를 확인할 수 있어야 한다. 스스로 생산·판매를 하지 않는 순수지주회사는 조달된 자금을 거의 대부

17) 최세일, “지주회사에 있어서 주주 보호에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 석사학위 논문, 2001, 58면.

분 자회사에 대한 출자 또는 용자에 사용할 것인데¹⁸⁾ 조달한 자금이 어느 자회사에 얼마만큼 흘러 들어갈지에 관한 정보는 지주회사에 대한 투자자에게는 매우 중요한 투자 판단의 정보가 되기 때문이다.

이와 관련하여 우리 증권거래법은 유가증권신고서의 기재사항으로 자금의 사용목적을 명시하도록 하고 있으나(증권거래법시행령 제5조의4 제2항 제1호 나목 참조), 앞서 말한 바와 같은 구체적인 현금흐름을 기재하도록 강제하고 있는지는 명확하지 않다. 조달된 자금의 사용내역을 기재하게 되어 있는 유가증권발행실적보고서의 경우에도 유사한 문제가 있다(증권거래법 제17조, 유가증권의발행및공시등에관한규정(이하 “공시규정”) 제29조 제2항 제9호 각 참조). 실제 금융감독원에 제출된 일부 금융지주회사의 공시자료에는 조달된 자금이 제공될 자회사의 명칭과 그 실제 사용내역이 공시되고 있는 것으로 보이는 하지만, 관련법령에 이를 명확하게 규정하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 유통공시

한편, 투자자보호의 관점에서 볼 때 유통공시에 있어서도 지주회사의 특수성을 고려할 필요가 있는데 공시규정은 상장법인등인 지주회사의 경우 자회사의 주요경영사항을 지주회사가 공시하도록 규정하도록 하고 있다(공시규정 제69조 제3항 내지 제4항 각 참조). 다만, 지주회사가 주요경영사항을 신고하여야 할 자회사의 범위는 지주회사가 소유하고 있는 자회사 주식의 직전사업연도말 대차대조표상 가액(사업연도중 자회사로 편입하는 경우에는 그 취득가액)이 지주회사의 직전 사업연도말 자산총액의 100분의 5이상인 것으로 제한되어 있다(동조 제5항 참조).¹⁹⁾

(3) 반대주주의 주식매수청구권

사업을 영위하고 있는 회사를 순수지주회사로 만드는 방법은 분할, 분할합병, 주식의 포괄적 교환 또는 이전, 영업양수도 등이며, 이러한 회사법상의 조직행위에 대응한 주주의 탈퇴권을 정한 것이 우리 법상 반대주주의 주식매수청구권이다. 그런데 단순분할²⁰⁾, 그 중에서도 지주회사를 만드는 방법으로 주로 이용될 것으로 예정된 물적분할의²¹⁾ 경

18) 이동원, 전게서, 323면.

19) 다만, 자회사의 해산, 부도, 회사정리절차의 개시·종결 등의 사항은 지주회사의 모든 자회사를 신고대상으로 한다.

20) 회사의 영업을 수개로 분할하고 분할된 영업 중의 1개 또는 수개를 각각 출자하여 1개 또는 수개의 회사를 신설하는 것을 말한다(상법 제530조의2 제1항 참조).

21) 신설회사 또는 합병상대방회사의 주식을 분할회사의 주주에게 귀속시키지 않고 분할회사가 그대로 소유하는 것을 말한다(상법 제530조의12 참조).

우에는 반대주주의 주식매수청구권이 인정되지 않는다.

이는 회사의 사업에 관한 사항을 결정하던 주주가 당해 회사가 지주회사화함에 따라 중요한 사업내용에 대한 결정권을 거의 상실하게 되는 상황에서도 탈퇴권이 인정되지 않는 셈이어서 부당한 측면이 있다. 단순분할에서 주식매수청구권을 인정하지 않는 근거로는 종전의 회사재산과 영업이 물리적 및 기능적으로 나누어질 뿐 주주의 권리는 신설 회사에 그대로 미치므로²²⁾ 주주의 권리에 구조적인 변화가 생기는 것은 아니기 때문이라고 설명된다.²³⁾

그러나 물적분할의 경우에는 위에서 살펴 본 바와 같이 주주권이 축소됨으로 인해 구조적인 변화가 없다고 보기는 어렵다. 우리와 달리 일본 상법 제374조의3은 신설분할의²⁴⁾ 경우에도 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있는데, 그 취지는 회사의 조직법적 행위에 의해 강제적으로 투자대상을 변동시키는 경우에는 분할에 반대하는 주주의 투자자본 회수를 위한 특별한 구제수단을 줄 필요가 있기 때문이라고 설명되고 있다.²⁵⁾ 우리의 경우에도 일본과 같은 입법적인 조치가 필요하다고 생각된다.

아울러 순수지주회사의 경우 지배주식의 매각, 즉 지주회사가 보유한 자회사 주식의 처분으로 사실상 순수지주회사의 영업의 폐지 또는 중단을 초래할 염려가 있는 경우에는 주주총회의 특별결의를 요한다고 보아야 할 것이고, 따라서 이 경우에도 반대주주에게 주식매수청구권을 인정하는 것이 소수주주의 보호를 위해 바람직할 것이다.²⁶⁾

(4) 이중대표소송

자회사 이사의 책임을 지주회사의 주주가 추궁하는 것과 관련하여서는 이중대표소송(double derivative suit)²⁷⁾을 인정할지가 문제된다. 자회사를 지주회사가 대표하고, 그 지주회사를 그 지주회사의 주주가 대표한다는 의미에서 이를 이중대표소송이라고 부르는데²⁸⁾, 미국에서는 모회사의 주주가 직접 종속회사의 이사의 책임을 주주대표소송에 의하여 추궁할 수 있도록 하는 2단계 주주대표소송을 긍정하는 판례가 다수 있었다고 한

22) 인적분할의 경우에는 신설회사의 주식을 취득함으로써, 물적분할의 경우에는 분할회사의 주주 지위에 기초하여 간접적으로 권리를 가진다.

23) 이철송, 회사법강의(9판), 박영사, 2001, 861면.

24) 분할회사가 새로이 설립되는 회사에 그 영업의 전부 또는 일부를 승계시키는 것을 말하는데 (일본 상법 제373조 참조), 우리 상법상의 단순분할에 대응하는 것이다.

25) 服部榮三, 基本法工務(會社法3), 日本評論社, 2001, 49면.

26) 최장현, “지주회사의 법적 문제에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위 논문, 2001, 222면.

27) 지배권의 연계가 몇 단계 중복하여 존재하는 경우에도 대표소송이 제기될 수 있다고 하는데, 이를 중복대표소송(multiple derivative suit)이라고 한다.

28) 이태중, “미국 회사법상의 이중대표소송”, 수원지방법원 재판실무연구 제2권, 1997, 497면.

다.²⁹⁾ 일본에서도 자회사의 이사에 대하여 적절한 책임추궁을 하지 않는 완전모회사의 이사에 대하여 완전모회사의 주주가 책임추궁을 위해 모회사의 이사를 상대로만 대표소송을 제기하도록 하는 것은 우회적이라는 이유로 이중대표소송제도의 도입을 검토할 시기가 되었다는 견해가 제기되고 있다.³⁰⁾

우리나라의 경우 현행법의 해석론으로도 이중대표소송을 인정할 수 있다는 견해가 있어 왔지만, 지배회사의 주주는 지배회사의 경영진에게 종속회사 이사의 잘못에 대하여 대표소송을 제기하도록 청구할 수 있고 지배회사 경영진에게 자회사 관리소홀에 관한 책임을 묻는 것이 가능하다는 점 외에 지배회사에 대한 간접적인 손해액을 평가하는 것이 매우 곤란하다는³¹⁾ 등의 이유로 이중대표소송을 부정하는 견해가 종래 지배적이었던 것으로 보이고, 과연 법원에서 이러한 이중대표소송을 인정할지는 의문이었다.

그런데 최근의 하급심판례가 이러한 이중대표소송을 긍정하고 있어 주목된다.³²⁾ 지주회사인 H사의 주주인 J씨는 H사가 발행주식의 80.55%를 소유한 자회사의 대표이사를 상대로 횡령한 회사의 공금을 자회사에 반환하라는 소송을 제기하였는데, 재판부는 이를 인용하면서 “이중대표소송이 인정되지 않을 경우 지배회사와 종속회사에 대한 경영권을 모두 지배하는 경영진이 종속회사를 통해 부정행위를 한 뒤 대표소송자가 없어 책임을 회피하는 부작용을 극복하기 어렵다”고 하면서 “이중대표소송을 인정함으로써 종속회사 이사들의 부정행위를 억제하고 종속회사의 손해를 회복함으로써 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해도 경감할 수 있다”고 판시하였다. 주주대표소송의 취지를 지주회사의 성질에 걸맞게 해석한 판결이라고 생각한다.

소수주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 먼저 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 청구하여야 하는 것으로 해석되는데(상법 제403조 참조), 이중대표소송을 제기하기 위해서는 지배회사와 종속회사의 감사 모두에게 제소청구를 하여야 할 것이다.³³⁾ 한편, 우리 상법은 이사의 책임은 총주주의 동의로 면제할 수 있다고 규정하고 있는데(제400조 참조) 완전자회사인 경우에도 지주회사의 동의로 자회사 이사의 책임을 면제하는 것은 부당하므로 그 적용을 부정하여야 할 것이다.

29) 다만, 최근의 *Untermeyer v. Valhi, Inc.*, 665F. Supp(S.D.N.Y 1987)판결의 경우 지배회사 주주의 원고적격을 부정하고 있어 이중대표소송에 관한 논의가 활발한 미국에서조차 판례의 입장이 반드시 통일되어 있는 것은 아니라고 한다. 이태중, 전계논문, 497-500면.

30) 小林秀之·近藤光男, 株主代表訴訟大系, 弘門堂, 2002, 157

31) 이태중, 전계논문, 501면.

32) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고 2002나13746판결 참조.

33) 회사가 이사를 상대로 하는 소송은 감사가 대표하므로(상법 제394조 제1항 참조), 소제기 청구 역시 감사 또는 감사위원회(상법 제415조의2 제6항 참조)에게 하여야 한다고 해석된다. 이철송, 전게서, 632면.; 정찬형, 회사법강의, 박영사, 2003, 656면.

(5) 違法행위 유지청구권

한편, 이사의 회사 또는 제3자에 대한 책임규정 및 주주대표소송규정은 이미 발생한 손해의 회복을 위한 사후적 구제수단이므로 회사의 소수주주 입장에서는 위법한 행위가 있기 이전에 그 행위를 저지할 필요가 있다. 우리 상법은 이러한 사전적 구제수단으로 유지청구권을 마련하고 있다(제402조 참조).

지배·종속관계에 있는 모·자회사의 경우에서도 종속회사의 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 종속회사에 회복할 수 없는 손해를 가할 염려가 있고 이로 인하여 결과적으로 지주회사에 손해가 발생할 수 있는 상황이라면 지주회사의 주주가 자회사의 이사를 피고로 하여 당해 행위의 유지를 청구할 수 있을지가 문제된다. 법문상으로는 자회사의 주주인 지주회사가, 따라서 지주회사의 이사가 유지청구권을 행사하여야겠지만, 자회사의 이사가 지주회사와 무관하게 업무집행을 하기는 어렵다는 점에서 지주회사의 이사에게 유지청구권을 행사할 것을 요구하는 것은 다소 비현실적인 측면이 있다. 법해석의 한계를 뛰어넘는 측면이 있기는 하지만, 이종대표소송과 동일한 차원에서 검토해 볼 필요가 있다고 생각된다.

(6) 정보개시 범위의 확대

상법 제363조의2 제1항에 의하면 의결권없는 발행주식을 제외한 발행주식총수의 100분의3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이사에 대하여 회일의 6일전에 서면으로 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있는데, 이를 주주제안권이라고 한다. 지주회사의 주주는 이러한 주주제안권의 행사를 통해 지주회사의 주주총회에서 자회사에 관한 내용을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있는 권리를 가진다. 그런데 지주회사의 주주가 이러한 주주제안권을 실질적으로 행사할 수 있기 위해서는 자회사의 재무상황이나 재산의 현황 등을 적절하게 파악하고 있을 필요가 있다. 물론 주주제안권 이외의 다른 권리, 주주대표소송, 유지청구권 등의 경우에도 마찬가지이다.

이러한 측면에서 지주회사에 있어서 연결재무제표 내지 결합재무제표는 단순히 회계처리상의 문제가 아니라 지주회사의 소수주주 보호를 위한 수단의 성격을 띤다고 볼 수 있다. 지주회사와 자회사는 별개의 법인이지만 경제적으로는 기업집단 전체가 마치 하나의 기업과 같이 운영되므로, 이러한 기업의 실상을 제대로 파악하기 위해서는 개별 기업의 재무제표만으로는 불충분하고 다른 관련기업의 재무제표까지 연결하여 살펴 볼 필요가 있다. 이를 위한 수단으로 주식회사의외부감사에관한법률(이하 “외감법”)에 기초한 결합재무제표와 연결재무제표가 있다.

결합재무제표란 공정거래법 제2조 제2호에서 정한 기업집단이 소속회사의 재무제표를

결합하여 작성하는 기업집단결합대차대조표·기업집단결합손익계산서·기업집단결합현금흐름표 등을 말하며(외감법 제1조의2 제3호, 동법시행령 제1조의2 제3항 각 참조), 연결재무제표란 2이상의 회사가 일정한 지배·종속의 관계³⁴⁾에 있는 경우 지배회사가 작성하는 연결대차대조표·연결손익계산서·연결자본변동표 및 연결현금흐름표를 말한다(동법 제1조의2 제2호, 동법시행령 제1조의2 제2항 각 참조).

연결재무제표는 단일 경제실체인 연결실체에 대한 재무상태와 경영성과를 포괄적으로 파악할 수 있게 해 주지만, 회사간 지분을 기준에 의하여 연결범위를 정함으로써 관계회사나 관련회사의 재무상황을 제대로 연결하여 나타내지 못하는 단점으로 인해 경제적 단일체인 기업집단에 대한 유용한 정보를 제공하는 데 한계가 있다.

이에 비하여 결합재무제표는 법률적으로는 독립적이나 경제적으로는 단일체인 여러 기업의 재무제표를 수평적으로 자산, 부채, 자본, 수익, 비용끼리 결합한 것으로 계열기업간 채권·채무 그리고 내부손익거래를 상계 제거함으로써 기업집단 전체의 재무상태, 경영성과, 현금흐름, 상호담보제공, 상호채무보증, 상호자금대차, 상호출자 및 내부거래내역 등을 표시함으로써 각 계열회사의 개별 재무제표 또는 연결재무제표가 제공하지 못하는 유용한 회계정보를 제공할 수 있다.

그러나, 연결재무제표와 결합재무제표는 개별 자회사의 재무상태와 경영성과를 구체적으로 표시하고 있지 아니하므로 개별 자회사에 대한 상세한 정보는 개별 자회사의 공시된 재무제표 등을 통하여 얻어야 한다.

그런데, 지주회사를 신설하거나 기존의 사업회사가 분사화를 통하여 자신은 지주회사로 전환하고 자회사를 설립하는 경우에 지주회사의 자회사는 비공개회사가 될 가능성이 크다. 이 경우 새로운 자회사는 사업보고서 제출의무(증권거래법 제186조의2, 제186조의3 각 참조)를 부담하지 않기 때문에 지주회사 자체의 연결재무제표나 결합재무제표만으로는 자회사의 정보를 충실하게 공시할 수 없게 된다. 특히 지주회사 산하에 복수의 자회사가 복수의 종류 또는 복수의 지역에서 사업을 영위하는 경우에는 세그먼트(segment) 정보³⁵⁾의 공시를 통하여 사업부문별 및 소재지역별 재무정보를 파악할 수 있도록 정보개시의 범위를 확대할 필요가 있다.³⁶⁾ 공시규정 제72조 제1항 제3호는 재무에 관한 사항

34) 이에 관하여는 외감법시행령 제1조의3 및 외부감사및회계등에관한규정 제6조 참조. 외감법시행령은 다른 회사의 의결권 있는 주식의 100분의 50을 초과하여 소유하거나, 다른 회사의 의결권 있는 주식의 100분의 30을 초과하여 소유하면서 당해 다른 회사의 최대출자자인 경우 지배·종속관계를 인정하는데, 공정거래법상 자회사 발행주식의 최저보유한도(제8조의2 제2호 참조) 및 최대출자자 요건(동법시행령 제2조 제3항 제2호 참조) 등에 비추어 볼 때 지주회사와 자회사는 외감법이 정한 지배·종속관계가 인정된다.

35) 각 자회사의 부문별 정보를 말한다.

을 기재할 때 부문별 재무현황³⁷⁾을 기재하도록 하고 있으나(바목 참조), 실무상 지주회사가 제출하는 사업보고서상으로는 지주회사가 직접 수행하는 사업부문이 없다는 이유로 이러한 사업부문별, 지역별 재무정보가 공시되지 않고 있는 실정이다. 따라서 지주회사가 사업보고서를 제출하는 경우 당해 지주회사에 속한 자회사의 상장 여부를 묻지 아니하고 자회사의 사업전반에 관한 내용이 기재되도록 공시규정을 보완하여야 한다고 생각한다.

(7) 회계장부열람권

지주회사의 주주에게 자회사에 대한 회계장부열람권이 인정되는가? 물론 현행 상법상 모회사의 감사는 그 직무를 수행하기 위하여 필요한 때에는 자회사에 대하여 영업의 보고를 요구할 수 있고, 보고내용을 확인할 필요가 있는 때에는 자회사의 업무와 재산상태를 조사할 권한이 있다(상법 제412조의4 참조). 이 규정은 자회사가 모회사의 위법행위의 도구로서 이용되는 것을 방지함과 함께 모회사의 실효성 있는 감사를 위하여 1995년에 신설된 조항이다.³⁸⁾

그러나 이러한 모회사 감사의 자회사 조사권은 ① 지주회사가 자회사 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 보유하는 경우에만 인정되는데(상법 제342조의2 제1항 참조) 자회사가 상장법인등인 경우에는 지주회사가 그 발행주식의 100분의 50미만으로 소유하는 것이 허용(공정거래법 제8조의2 제1항 제2호 참조)되어 상법상 모자회사관계가 인정되지 않는 경우가 있을 수 있다는 점, ② 위 조사권은 모회사·자회사간의 거래관계의 조사에 필요한 사항, 자회사의 주식가치에 대한 평가에 필요한 범위에서, 자회사의 자산현황에 대한 보고와 같이 제한된 범위내에서만 인정될 뿐, 모회사와 감사의 관계와 같이 일반적이고도 포괄적인 영업상태의 보고를 요구하는 것은 허용되지 않는다고 해석된다는 점³⁹⁾, ③ 모회사의 감사가 부당하게 자회사 조사권을 행사하지 아니할 경우 모회사 주주로서는 감사의 해임 내지 감사에 대한 손해배상을 구할 수 밖에 없는데 모두 간접적인 수단에 그친다는 점에서 이와는 별도로 지주회사의 주주가 자회사의 회계장부를 열람할 필요성이 있다.

그러나 현행 상법상 회계장부열람권 행사의 주체를 주주로 한정하고 있는 이상 현행 법의 해석으로는 인정되지 아니한다는 견해만⁴⁰⁾ 찾아 볼 수 있을 뿐 적극적인 확장해석

36) 최세일, 전계논문, 67면.

37) 금융감독원의 전자공시시스템(dart)상으로는 부문별 재무정보 하단에 사업부문별, 지역별 재무정보를 기재하도록 되어 있다.

38) 이동원, 전계서, 311면.

39) 주식상법 회사(III), 한국사법행정학회, 2003, 387면.

을 취하는 견해는 찾기 어렵다. 입법적인 조치가 필요하다고 생각한다.

나. 자회사의 주주보호

(1) 대상청구권등 관련

이 문제는 자회사가 공개되어 소수주주가 존재하는 경우 이들의 보호에 관한 문제이다. 자회사의 주주는 그가 소수주주라는 점 뿐만 아니라 그가 참여하고 있는 회사가 지주회사에 종속적인 위치에 있다는 점 등 이중적으로 열등한 지위에 있기 때문에 불이익을 당할 가능성이 있으므로 이들을 보호할 수 있는 적절한 수단을 마련할 필요가 있다.⁴¹⁾ 독일회사법은 지배계약이 실행되거나 자회사 발행주식총수의 95%이상을 취득하여 편입이 이루어지는 등 지배·종속관계가 성립되는 경우 종속회사의 소수주주에게⁴²⁾ 보상 또는 대상청구권을 인정하고 있다.⁴³⁾ 자회사에 대한 지배에 대응하여 소수주주가 보상을 취득하고 종속회사를 떠날 권리를 인정하는 것은 독일기본법 제14조 제1항의 소수권 보장을 실현하기 위한 것이라고 하는데,⁴⁴⁾ 입법적으로 참고할 만하다고 생각한다.

(2) 자회사에 대한 지휘권 관련

현행 상법에 있어서는 지주회사의 자회사에 대한 지휘권을 인정하는 규정이 없다. 이에 반해 독일회사법에서의 결합기업의 한 태양으로서의 ‘편입’의⁴⁵⁾ 경우 그 효과로서 주회사(主會社, Hauptgesellschaft)의 지휘권과 편입된 회사의 복종의무가 명시되어 있다. 즉, 주회사는 편입된 회사에 대하여 원칙적으로 무제한의 지휘권을 가지며, 편입된 회사의 이사회는 주회사의 포괄적 지시권에 복종하여야 한다.

물론 법률적 관점에서 본다면 지주회사와 자회사는 별개의 독립된 법인격을 가지므로 자회사의 사업전반에 관한 결정권한은 자회사의 이사회 및 이사에 위임되어 있고 지주회사는 자회사의 주주총회에서의 의결권 행사를 통한 제한된 범위에서 이에 영향력을 행사할 수 있을 뿐이다. 그러나 경제적, 현실적 관점에서 본다면 지주회사는 주식보유를 통하여 다른 회사를 지배하는 것을 목적으로 하는 회사이다. 그리고 여기서의 지배는 자

40) 최장현, 전계논문, 153면.; 최세일, 전계논문, 69-70면.

41) 최세일, 전계논문, 71면.

42) Außenstehenden Aktionäre로서 국외(局外)주주(outside shareholders) 또는 외부주주라고도 불린다.

43) 주식 상법 회사(VI), 한국사법행정학회, 2003, 367-374면, 377면.

44) 주식 상법 회사(VI), 368면.

45) 가장 강력한 형태의 기업결합으로서, 주회사가 이미 편입될 회사의 주식 전부를 갖고 있는 경우, 주회사가 편입될 회사 기본자본의 95%에 해당되는 주식을 갖고 있는 경우 주회사는 일정한 절차를 거쳐 피편입회사를 편입할 수 있다. 주식상법 회사(VI), 374-377면.

회사에 대한 의결권 행사에 한정되는 것이 아니라, 자회사가 영위하는 사업 전반의 중요 사항에 대한 결정 및 관리가 포함되어 있으며, 자회사의 사업활동은 실질적으로 지주회사의 이사회에 의하여 결정되고 실현되고 있다는 점을 부인할 수 없다. 만약 자회사의 중요 경영사항을 지주회사가 결정할 수 없다면 지주회사의 존재이유가 없는 것이나 다름없기 때문이다.

결국 지주회사는 자회사에 대한 의결권 행사 및 자회사의 이사회를 장악함으로써 자회사의 이사회 권한이 지주회사의 이사회 및 이사로 이전된다고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 그런데 지주회사의 이사가 사실상의 영향력을 부당하게 행사하여 자회사에 손해가 발생한 경우, 예를 들어 계열회사에 대한 담보제공, 지주회사 또는 그 임원에 대한 불리한 조건의 금전대부, 지주회사 또는 다른 자회사와의 불공정거래 등을 하도록 한 경우 모회사의 이사에 대하여 자회사의 소수주주가 이들의 책임을 물을 수 있는가, 있다면 그 법적 근거는 무엇인지 문제된다.

상법은 기업경영의 투명성을 확보하기 위하여 1998년 개정시 이사가 아님에도 불구하고 회사경영에 직접, 간접으로 개입하는 자를 이사로 의제하여 회사 및 제3자에 대한 책임을 부담하도록 하는 내용의 제401조의2를 신설하였다. 이에 의하면, 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자는 이사로 간주되어 그 지시한 업무에 관하여 회사 및 제3자에 대하여 이사로서의 책임을 져야 한다.

위 신설규정은 지주회사와 자회사의 관계에 있어서도 당연히 적용되므로⁴⁷⁾ 지주회사의 이사는 지시한 업무로 인하여 자회사에 손해를 끼친 경우 자회사에게 손해를 배상할 책임이 있으며, 만약 자회사가 손해배상책임을 추궁하지 않는다면 자회사의 소수주주가 대표소송을 제기하는 것을 허용하고 있다. 물론 지주회사측의 부당한 지시를 수행한 자회사의 이사는 지주회사의 이사와 연대책임을 부담한다(상법 제401조의2 제2항 참조).

이와 관련하여 자회사의 정관변경, 영업양수도, 회사의 해산, 합병, 분할 등 주주총회의 결의를 거치는 사항에 대해서는 위 업무집행지시자 관련 규정의 적용을 배제하여야 한다는 견해가 있으나⁴⁸⁾, 지주회사에 속한 다른 자회사 또는 제3자에게 유리한 조건으로

46) 최세일, 전계논문, 60면.

47) 독일회사법 제117조는 회사에 대한 자기의 영향력을 행사하여 이사회 또는 감사회의 구성원, 지배인 또는 사용인으로 하여금 회사 또는 주주의 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자는 그로 인한 손해를 배상할 의무를 회사에 대하여 부담하는 것으로 규정하면서도, ① 주주총회에서 의결권, ② 지배계약에 따른 지휘권, ③ 편입된 회사가 속하는 주회사의 지휘권에 의한 경우에는 동규정의 적용이 배제된다고 한다. 최장현, 전계논문, 194면. 그러나 독일회사법의 경우 편입된 회사의 주주나 채권자를 보호하기 위한 특별한 규정을 두고 있다는 점에서 우리나라의 지주회사와 자회사관계에도 위 배제규정을 적용하는 것은 적절하지 아니할 것이다.

48) 주식상법 회사(III), 296면.

영업양수도 등이 이루어지는 경우에는 자회사 및 그 소수주주 보호의 관점에서 업무집행지시자로서의 책임을 인정하는 것이 옳다고 생각한다. 이러한 업무집행지시자의 책임에 관하여는 상법 제399조만 적용되고 제400조가 적용되지 않으므로 총주주의 동의가 있더라도 그 책임을 면제할 수 없다고 해석된다.⁴⁹⁾ 물론 지배회사가 종속회사의 의사결정에 정당하게 참여하는 경우에는 무방하며, 종속회사의 희생하에 지배회사 또는 제3자의 이익을 도모하는 부당한 지시를 하는 경우에 한하여 책임을 진다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾ 종속회사의 주주가 지주회사의 이사에 대해 책임을 추궁하기 위해서는 자회사에 대한 지시나 업무집행의 부당성을 입증하여야 하는데 최근 일본에서는 종속회사의 주주 보호의 관점에서 종속회사 감사의 지주회사에 대한 조사권을 인정하여야 한다는 견해가 제기되고 있다고 한다.⁵¹⁾

한편, 지주회사의 이사가 행한 지시, 지휘가 자회사에 손해를 발생시키고 그 손해가 지주회사에게도 손해로 인정되는 경우⁵²⁾ 지주회사의 이사는 지주회사와의 관계에서도 책임을 부담하게 되는데, 지주회사의 이사가 자회사에 대한 책임을 부담함에도 불구하고 다시 지주회사에 대한 책임을 부담한다면 이중책임의 문제가 발생할 수 있다. 이와 관련하여서는 부당한 지휘의 결과 자회사에서 발생한 손해가 출자비율에 따라 지주회사의 손해가 된다고 본다면 지주회사 이사의 자회사에 대한 책임을 우선 인정하고 그 책임이 이행되면 지주회사에 대한 책임은 소멸된다고 보는 입장과 자회사에 대한 책임은 지주회사만이 부담하고 지주회사의 이사에게는 지주회사에 대한 책임만을 부담시키고자 하는 입장이 있다고 한다.⁵³⁾ 지주회사 이사가 자회사에 책임을 이행한다면 지주회사의 주주가 입은 손해 역시 회복된다고 볼 수 있고, 자회사에 대한 책임은 지주회사만이 부담한다는 후자의 견해는 주주대표소송규정의 적용에 있어서 업무집행지시자를 이사로 본다는 상법 제401조의2 제1항 본문의 해석과도 배치되므로 전자의 견해가 타당하다고 생각한다.

다음으로, 업무집행지시자의 범위에 지주회사 자신도 포함되는지가 문제된다. 지배회사가 업무집행지시자가 될 수 있는가 하는 문제는 법인이사가 허용되는가와 관련된다. 법인이사를 부정하는 견해가 다수설이기는 하지만,⁵⁴⁾ 법인이 이사로 될 수 있는냐의 문

49) 주석상법 회사(III), 298면.; 이철송, 전게서, 608면.

50) 주석상법 회사(III), 295면.

51) 최세일, 전계논문, 98-99면.

52) 자회사의 손해가 항상 지주회사의 손해로 인식되는 것은 아니라고 보아야 한다. 지주회사가 여러 자회사를 거느리고 있는 경우 경영전략상 어느 한 자회사에게는 손해가 되지만 지주회사그룹 전체를 보아 이익이 되는 결정을 할 수도 있기 때문이다.

53) 최세일, 전계논문, 62면.

제와 법인이 이사로서의 책임을 부담할 수 있는가의 문제는 구분되어야 할 것이고, 자연인인 법인에 비해 법인인 지배회사를 통해 조직적으로 자회사 이익을 침해할 가능성이 많다는 점을 감안하면 지주회사 자체도 포함된다고 해석하는 것이 바람직하다.⁵⁵⁾

3. 채권자의 보호

채권자보호라는 문제 역시 지주회사의 채권자보호와 자회사의 채권자보호라는 두 가지 관점에서 살펴 볼 필요가 있다.

가. 지주회사의 채권자보호

지주회사의 채권자보호와 관련하여서는 우선 지주회사의 성립 단계에서의 채권자보호가 문제된다. 지주회사를 설립하는 방법으로는 앞서 살펴 본대로 분할(분할합병 포함), 주식의 포괄적 교환이나 이전, 영업양도 등의 수단이 사용되는데, 주식의 포괄적 교환(상법 제360조의2 참조)이나 이전(상법 제360조의15 참조)의 경우에는 교환이나 이전 당사회사의 책임재산에는 아무런 변동이 없고 단지 주주구성만이 변경될 뿐이므로 채권자보호가 문제되지 않는다. 한편, 단순분할의 경우에도 신설회사가 분할회사의 채권자에 대하여 연대책임을 지므로(상법 제530조의9 참조) 책임재산 또는 책임주체에는 실질적인 변동이 없다고 볼 수 있고 따라서 원칙적으로는 채권자 보호절차가 불필요하다고 말할 수 있다.

그러나 단순분할을 하면서도 신설회사의 책임이 제한되는 경우(상법 제530조의9 제2항 참조)에는 책임주체에 변동이 생기므로 채권자의 보호가 필요하다. 상법은 이 경우 합병시의 채권자보호절차를 준용하고 있다(동조 제4항 참조). 그리고 신설회사가 분할회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담하는 경우에도 분할과정에서 분할회사의 주주에게 교부금을 지급하면(상법 제530조의5 제1항 제5호 참조) 회사채권자를 위한 담보재산이 감소하므로 채권자보호절차가 필요한데 우리 상법에는 이에 관한 명문의 규정이 없어 해석론상 문제가 제기된다. 분할과정에서 교부금을 지급하는 것은 명백히 채권자의 이익을 해치는 행위이므로 자본감소에 준하는 것으로 보고 상법 제439조의 채권자보호절차를 준용하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁶⁾

분할합병의 경우 분할당사회사의 채권자가 책임재산을 공유하게 되므로 채권자에 대

54) 이철송, 전계서, 510면.

55) 최종민, “업무집행지시자 등의 책임에 관한 연구 - 개정 상법을 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1999, 43-44면.

56) 이철송, 전계서, 860면.

해서는 담보재산과 책임주체에 관한 중대한 변화가 있는 셈이다. 그러므로 분할합병의 경우에는 양당사회의 채권자보호가 필수적으로 요구되며, 상법은 합병에 관한 채권자 보호절차(제527조의5 참조)를 분할합병에도 준용하고 있다(제530조의11 제2항 참조).

사업을 영위하던 회사가 그 영업을 양도하고 지주회사로 전환하는 경우 양수회사가 양도회사의 상호를 속용하지 않는다면 양수회사는 양도회사의 채권자에 대하여 아무런 책임이 없는데(상법 제42조 참조) 양도회사의 적극재산 전체나 계속되는 기업가치를 평가하여 거래한 채권자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 있다.⁵⁷⁾ 양도회사의 채권자로서는 채권자취소권(민법 제406조 참조), 파산법상의 부인권(파산법 제64조 이하 참조) 등의 일반적인 구제수단을 통하여 자신의 권리를 보호할 수 밖에 없는데 지주회사의 설립, 전환이 활성화된 현재 시점에서 채권자로서는 자회사 설립이나 분사화, 독립화 등을 계약해제권의 발생사유로 하거나 기한의 이익 상실사유로 약정해 둘 필요가 높아지고 있다.⁵⁸⁾

나. 자회사의 채권자보호

자회사의 채권자 입장에서는 지주회사의 부당한 영향력 행사로 인하여 자회사에 결손이 발생한 경우, 지주회사가 자회사에게 불리한 조건으로 자회사와 자산거래를 하도록 하거나 부당한 조건으로 자회사의 자산을 제3자에게 넘기도록 하는 경우가 문제된다. 이 경우 앞에서 살펴 본 바와 같이 자회사의 채권자는 지주회사의 이사를 업무집행지시자로 보아 손해배상책임을 추궁할 수 있다(상법 제401조의2, 제401조 각 참조).

우리 상법은 회사의 채권자에게 위법한 이익배당을 회사에 반환할 것을 청구할 수 있는 권리를 인정하고 있는데(상법 제462조 제2항 참조), 지주회사가 부당하게 자회사의 자산을 가져간 경우에 위 규정의 적용을 긍정하는 견해가⁵⁹⁾ 있으나, 자회사에 불리한 조건의 자산거래를 위법배당으로 보는 것은 해석의 한계를 넘는 것이라고 생각한다.

회사의 책임재산을 믿고 거래한 채권자를 보호한다는 관점에서는 종속회사의 결손을 지배회사가 전보하도록 하거나 종속회사의 자산이 부당하게 사외로 유출되는 것을 방지할 필요가 있다. 독일회사법은 종속관계에 있는 자회사의 법정준비금 적립에 관한 특칙(제300조 참조), 종속회사 채권자를 위한 지배회사의 담보제공의무(제321조 참조), 지배회사의 종속회사 결손보전의무(제302조, 제324조 각 참조) 등 채권자보호를 위한 다수의 규정들을 두어 입법적으로 해결하고 있는데 반해 우리나라에는 이러한 제도가 존재하지 아니한다.

57) 이동원, 전계서, 282면.

58) 이동원, 전계서, 283면.

59) 이동원, 전계서, 294면.

종속회사의 채권자가 지배회사에게 직접 변제를 청구할 수 있는가? 독일회사법의 해석으로도 종속회사의 채권자에 대한 지배기업의 대외적인 직접책임은 보증, 채무인수 등과 같은 계약상의 채무부담이 있었던 경우에만 고려될 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 우리의 경우에도 자회사의 채권자가 곧바로 지주회사에게 변제책임을 묻는 것은 원칙적으로 불가능하다. 다만, 법인격부인론을 통한 대외적 직접책임을 인정할 여지는 있다. 법인격부인론이란 회사의 법적 독립성, 즉 회사에 대하여 사원과 별개 독립의 법인격을 인정하면 정의와 형평에 반하는 결과로 되는 경우에 그 특정한 사안에 한하여 회사의 법인격을 무시하고 그 배후에 있는 실체를 포착하여 구체적으로 타당한 해결을 꾀하려고 하는 이론을 말한다.⁶¹⁾

미국, 독일, 일본 등은 투시이론 내지 형해론에 기초하여 위 이론을 긍정하여 왔는데 우리 대법원도 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰여지는 경우에는 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없다 할 것이고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다”고 판시하여⁶²⁾ 법인격부인론을 수용하고 있다.

법인격부인론은 주주유한책임의 원칙에 대한 중대한 예외이므로 엄격한 요건을 적용하여 인정하여야 할 것인데, 통상 ① 특정주주에 의한 회사의 완전한 지배, ② 회사는 형식에 불과하고 회사의 사업은 실질적으로 주주 개인의 사업에 지나지 아니할 것, ③ 회사의 무자력으로 인해 회사채권자가 변제받지 못하는 손실을 입을 것 등을 그 요건으로 들고 있다.⁶³⁾ 법인격부인론을 적용함에 있어서는 지배주주가 법인이든 자연인이든 구분할 필요가 없다.⁶⁴⁾ 지주회사는 자회사의 사업을 지배하는 것은 목적으로 하고 있는 점에 비추어 지주회사가 자회사에 대한 지배적인 영향력을 행사하면서 자회사를 지주회사의 한 부서쯤으로 운영하여 자회사의 법인격이 형해화되는 지경이라면 그 법인격을 부

60) 주식 상법 회사(VI), 365면.

61) 주식 상법 회사(I), 한국사법행정학회, 2003, 96-97면.

62) 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604판결 참조. 그 밖에 대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678판결; 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671판결 등도 법인격부인론을 수용한 것이다.

63) 이철송, 전제서, 47면.

64) 위 87다카1671판결 참조.

인하여 지배주주인 지주회사의 책임을 인정하여야 할 것이다.

IV. 勞動法上의 問題點

1. 개 요

지주회사와 관련된 노동법상의 문제점은 공정거래법의 개정으로 순수지주회사가 도입되면서 본격적으로 논의되어 오고 있는데, 이와 관련해서는 주로 다음과 같은 문제들이 해석론 및 입법론으로 제기되고 있다.

첫째, 개별적 근로관계에 있어서는 근로관계의 존속, 임금 및 퇴직금 등의 지급 또는 각종 사회보험법상의 근로자부담부분 납부의무 등에 있어 지주회사의 사용자성이 논의되고 있고, 집단적 노사관계에 있어서는 노동법상 부당노동행위 책임의 문제와 지주회사 차원에서의 노동조합 설립이 가능한지 등의 문제가 논의되고 있다.

둘째, 지주회사와 자회사간, 자회사간 인사이동을 기업간 전적(轉籍)으로 볼 것인지, 그룹내의 배치전환으로 볼 것인지의 문제가 논의되고 있다.

2. 지주회사의 사용자성의 문제

가. 개별적 근로관계에 있어서의 사용자성

근로기준법은 사용자를 “사업주 또는 사업경영 담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”(근로기준법 제15조)로 정의하고 있고, 여기서 사업주라 함은 원칙적으로 형식적 근로계약의 당사자를 의미하는 것이므로 법인격이 다른 종속회사 소속 근로자에 대해 사용자성을 인정할지는 이러한 원칙적인 사용자개념을 예외적으로 확장할 수 있는지에 관한 문제이다.

우리 판례에서 지주회사의 사용자성이 직접적으로 문제된 적은 없는 것으로 보인다. 다만, 노무공급사업(현재의 근로자파견사업)에서의 파견근로자에 대한 사용기업의 산재보험법상의 보험료납부의무와⁶⁵⁾ 노무도급사업에 있어서 하수급인에게 고용된 근로자에 대해 도급기업에게 퇴직금지급의무가⁶⁶⁾ 있는지가 다투어진 적이 있다. 이들 사건에서 판례는 근로제공형태, 작업비 지급형태, 공사에 필요한 제반 장비 및 시설제공 형태 등을 기초로 “실질적인 사용종속관계”의 존부를 기준으로 사용자성 인정 여부를 판단하였는

65) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결

66) 대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카657 판결

데 이러한 기준이 지주회사의 경우에도 적용될 수 있다는 것이 대체적인 견해이다.⁶⁷⁾

학설의 경우에는 타회사 근로자를 사용하는 경우에 사용기업에게 중요 근로조건의 결정권과 노무 지휘·감독권이 인정되는 등의 엄격한 요건하에서 ‘목적적 근로계약의 성립’을 인정하여 사용자 개념을 확장할 수 있다는 견해와 모회사관계에 있어서 자회사의 법인격이 형해화되거나⁶⁸⁾ 남용되는⁶⁹⁾ 경우에 자회사의 법인격을 부인함으로써 모회사의 사용자성을 직접 인정하는 법인격부인의 법리 등이 사용자개념의 확장논리로 제시되고 있다.⁷⁰⁾ 그리고, 순수지주회사의 경우에는 “주식의 소유를 통하여 다른 회사의 사업내용을 지배하는 것을 주된 사업으로 하는” 속성상 모회사와 같은 유형을 띠게 됨으로써 사업지주회사보다 지주회사의 사용자성을 인정하기가 훨씬 용이하다고 보는 견해가 있다.⁷¹⁾

그런데, 위와 같은 법리들 중, 법인격부인의 법리는 기업위험의 분산이라는 법인격에 따르는 당연한 결과를 부정하기 위한 예외적인 구체법리임을 고려할 때, 자회사가 해산하여 종업원에게 지급하지 못한 임금이 있거나 자회사가 모회사의 한 사업부문으로만 기능하고 있는 경우 자회사의 종업원이 모회사에 대해 미지급임금을 청구하고 계속적·포괄적 근로계약을 주장할 수 있기 위해서는 단순히 법인격이 형해화 되었다는 사정 이외에 지주회사가 부당·위법한 목적을 가지고 자회사를 해산하는 경우와 같이 법인격 남용이 함께 이루어지는 것이 필요하다는 견해가⁷²⁾ 있는데 타당하다고 생각한다.

나. 집단적 노사관계에 있어서의 사용자성

집단적 노사관계에 있어서의 사용자도 원칙적으로는 형식적 근로계약의 당사자를 의미한다(노동조합및노동관계조정법(이하 “노조법”) 제2조 제2호 참조). 그리고 대체로 지주회사의 경우 위와 같은 개별적 노사관계에 있어서의 사용자성 판단 기준이 집단적 노사관계에 있어서의 사용자성을 판단함에 있어 동일하게 적용될 수 있다고 해석된다.⁷³⁾

따라서, 현행법의 해석상으로도 지주회사가 자회사 근로자의 인사·노무·급여에 대하여 실질적이고 구체적인 영향력이나 지배력을 행사하고 있는 경우에는 지주회사에게 사

67) 최영호, “지주회사에 관한 노동법상의 몇 가지 문제점”, 『인권과 정의』, 1997. 9.(제253호), 94면.; 이동원, “지주회사 도입에 따른 노동법적 문제”, 『비교사법』, 제5권 2호(통권9호), 639면.

68) 자회사가 실질적으로 모회사의 하나의 사업부문에 불과한 경우가 대표적이다.

69) 예컨대, 근로기준법상 해고제한 법리를 회피하기 위해 적자부문을 별도 회사로 성립시킨 뒤 폐업시키는 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

70) 김형배, 『노동법연구』, 박영사, 1991, 100-101면, 104-105면.

71) 이동원, 전계논문, 639면.

72) 이동원, 전계논문, 641면.

73) 최영호, 전계논문, 97면.

용자로서의 단체교섭의무를 비롯한 제반 부당노동행위 관련 조항이 적용될 여지가 있다.

또한, 판례 및 현행 노조법의 해석상 지주회사단위의 연합노조설립도 가능한 것으로 일반적으로 해석되고 있다.⁷⁴⁾ 한편 지주회사의 입장에서는 그룹내 인력활용의 효율화를 위해 되도록 그룹내 고용조건을 통일화하고, 그룹 전체의 공통사항에 대해서는 지주회사가 연합노조와 교섭하고 각 자회사별로는 자회사 독자적인 이익에 관한 사항에 대해서 교섭하는 분리 단체교섭제도를 고려해 볼 수 있을 것으로 생각된다.⁷⁵⁾

3. 지주회사와 전적의 문제

지주회사에 있어서 기존 근로계약의 해지 및 신계약의 체결의 성질을 지니는 전적의 문제는 지주회사 그룹내에서 전적이 가능하기 위한 요건과 전적에 따른 법적 효과중 퇴직금 산정시 근로연수를 통산하여야 하는지 등의 문제로 논의되고 있다.

우선 지주회사에 있어서도 전적이 유효하기 위해서는 원칙적으로 근로자의 동의가 필요하다고 해석된다. 판례는 “기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업내에서 사실상의 제도로 확립된 경우”에 묵시적 동의를 인정하고 있고,⁷⁶⁾ 포괄적 사전동의도 전적할 기업을 특정하고 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하는 방법을 통해 가능하다는 입장을 피력한 바 있는데,⁷⁷⁾ 이와 같은 판례상의 기준이 지주회사의 전적에 있어서도 원용될 수 있을 것으로 보인다.

한편, 퇴직금 산정시 근로연수를 통산하여야 하는지에 관해 판례는 특별한 사정이 없는 한 전적 근로자와 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것이고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것이 아니라는 입장을 표명한 바 있으나,⁷⁸⁾ 그룹내 인력을 보다 원만하고 효율적으로 운용하기 위해서는 전적시 근속연수가 통산되는지 여부를 단체협약, 취업규칙 또는 근로계약에 명확히 규정할 필요가 있다고 생각한다.

74) 최영호, 전계논문, 99-101면; 이동원, 전계논문, 658-661면.

75) 이승길, “지주회사 현황과 노동법상의 문제점”, 『경영계』, (1999년 11월호), 69면.

76) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695판결

77) 위 92다11695판결

78) 대법원 1993. 6. 11. 선고 92다19315판결

4. 소 결

노동법 분야의 경우 지주회사에 관한 완전히 새로운 문제가 많다고는 볼 수 없고,⁷⁹⁾ 상당 부분 기존의 판례와 현행법의 해석론을 통해 해결할 수 있는 것으로 보인다. 다만 최근 지주회사를 설립하였거나 설립할 예정으로 있는 기업의 입장에서는, 지주회사 설립 과정에서 이와 같은 노동법상의 문제들이 상대적으로 덜 고려되고 있는 것으로 보이는데, 지주회사를 설립한 후 이를 운영하는 과정에서는 매우 다양하고 복잡한 문제들을 야기할 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다고 판단된다. 그리고 현행법의 해석론에 맡겨진 지주회사와 관련된 위와 같은 노동법상의 문제점들을 관계 법령의 개정을 통해 보다 명확히 정리하여 법적 안정성과 예측가능성을 제공할 필요성도 있다고 생각한다.

V. 倒産法上의 問題點

자회사에 대하여 회사정리절차가 개시되는 경우 자회사의 경영과 재산의 관리 및 처분 권한은 모두 관리인에게 이전되고(회사정리법 제53조 제1항 참조), 자회사의 부실경영에 대한 책임을 이유로 지주회사가 보유하고 있는 자회사 주식의 3분의 2이상을 소각하여야 하므로(동법 제221조 제4항 참조), 자회사의 정리절차가 개시되는 경우 기존 지주회사와 자회사의 관계는 종료된다.⁸⁰⁾ 이것은 지주회사가 주주로서 자회사의 부실경영에 대하여 책임을 지는 것이다.

문제는 지주회사가 도산한 자회사에 대한 채권자 지위를 겸하고 있을 경우 지주회사의 채권에 대해서도 민법상의 일반원칙인 채권자평등의 원칙을 적용할 것인지, 아니면 다른 채권보다 후순위로 취급할 것인지가 문제된다. 미국에서는 판례법상으로 모회사가 자회사의 채권자로 등장하여 이들이 다른 채권자와 경합하는 경우에 모회사의 청구를 자회사의 다른 채권자의 청구에 종속시켜 버리는 종속이론(Deep Rock Doctrine)으로 해결하고 있다고 한다.⁸¹⁾

우리나라의 경우에도 회사정리법 등 도산관련 법률에는 명시적인 규정이 없으나, 정리회사에 대한 지배주주나 지배회사의 채권을 다른 채권보다 열등하게 대우하는 것이 타

79) 이동원, 전게서, 379면.

80) 이동원, 전게서, 388-389면.

81) 이동원, 전게서, 381면. 모회사가 Deep Rock Oil Corporation이라는 이름의 자회사에 대하여 채권자로서의 권리를 행사하고자 한 사건에 유래하여 종속이론을 Deep Rock Doctrine으로 부른다고 한다.

당하다는 것이 통설과 실무의 태도이다.⁸²⁾ 현실적으로도 일반 정리채권자들은 정리계획에 따라 자신들의 권리가 감면되거나 유예되는데 대한 반작용으로 지배주주의 정리채권을 면제해 줄 것을 요구하는 경우가 일반적이어서 지배주주의 채권을 평등하게 취급하는 경우 정리계획의 통과가 사실상 불가능하다.

문제는 지배주주의 채권을 어느 한도까지 차등취급할 것인가이다. 지배주주가 정리회사 파탄의 원인을 제공한 정도, 채권의 발생 원인, 다른 정리채권자들에 대한 권리변경의 정도 등을 종합하여 고려하여 결정하여야 할 것인데, 서울지방법원의 실무례에는 채권의 전액 면제를 규정하거나 일부 채권은 면제하고 잔여 채권을 출자전환하는 식으로 규정하여 정리회사의 자금지출을 수반하지 않는 형태로 정리계획안을 작성한 경우가 많다고 한다.⁸³⁾ 지주회사의 경우 자회사의 경영 지배를 사업목적으로 하고 있고, 자회사의 부실경영에 대한 직접적인 책임이 있다고 할 것이므로 실제로는 자회사에 대하여 채권자로서의 권리를 행사하지 못하는 경우가 많을 것이다.

VI. 持株會社의 租稅問題

1. 지주회사 설립시의 세제지원

가. 지주회사의 설립과 전환

① 내국인이 주식을 현물출자하여 지주회사(이하 조세문제의 논의는 공정거래법에 의한 지주회사와 금융지주회사법에 의한 지주회사에 공통된다)를 설립하는 경우, ② 주식을 현물출자하여 기존의 내국법인을 지주회사로 전환하는 경우, ③ 상법 제360조의2의 규정에 의한 주식의 포괄적 교환에 의하여 기존의 내국법인을 지주회사로 전환하는 경우, ④ 내국법인 중 금융기관 등의 주주가 2005년 12월 31일까지 금융지주회사법 제20조의 규정에 의하여 금융기관 등의 주식을 금융지주회사의 주식과 교환하거나 금융지주회사법 제31조의 규정에 의하여 금융기관 등의 주식을 금융지주회사에 이전하는 경우에는, 이러한 거래를 통하여 발생한 주식의 양도차익에 대한 소득세 또는 법인세의 과세를 주식의 처분 시점까지 이연받을 수 있다(조세특례제한법 제38조의2, 제52조의2 각 참조).

또한, 법인세법 제46조 제1항의 요건을 갖춘 인적분할에 의하여 지주회사가 설립되는 경우, 분할회사의 분할소득 및 분할회사 주주의 의제배당의 계산에 있어, 교부받은 지주회사의 주식은 액면가액(시가가 액면가액보다 큰 경우에 한한다)으로 평가된다(법인세법

82) 서울지방법원, 회사정리실무, 315면.

83) 서울지방법원, 회사정리실무, 316면.

제46조 제1항, 제48조, 제16조 제1항 제6호, 동법시행령 제14조 제1항 제1호, 소득세법 제17조 제2항 제6호, 동법시행령 제27조 제1항 제1호 각 참조). 법인세법 제46조 제1항의 각호의 요건(제2호의 경우 전액 주식이어야 한다)을 갖춘 물적분할에 의하여 지주회사가 설립되는 경우, 분할회사의 자산양도차익은 압축기장충당금으로 손금산입하여 법인세 과세를 이연받을 수 있다(법인세법 제47조 제1항 참조).

나. 지주회사에 대한 추가 현물출자 등

가.항에 의하여 전환된 지주회사(금융지주회사법에 의한 전환은 제외)가 자회사 비율에 미달하게 소유한 법인의 주식에 대하여, 지주회사로 전환된 날부터 2년 이내에 현물출자하거나 지주회사의 자기주식과 교환(모든 주주가 교환에 참여 가능하고 그 사실을 대통령령이 정하는 바에 따라 공시하여야 한다)하는 경우, 양도차익에 대한 소득세 및 법인세의 과세를 이연받을 수 있다(조세특례제한법 제38조의2 제2항 참조).

다. 과점주주 취득세

법인의 주식을 취득함으로써 과점주주(특수관계자와 합하여 발행주식총수의 51% 이상을 소유한 주주)가 된 때에는 그 과점주주는 당해 법인의 취득세 과세 대상 자산을 취득한 것으로 보아 취득세를 부담하여야 한다(지방세법 제105조 제6항 참조). 그러나, 지주회사가 되거나 지주회사가 자회사의 주식을 취득함으로써 과점주주가 된 경우에는 이러한 규정을 적용하지 아니한다(조세특례제한법 제120조 제6항 제8호 참조).

라. 증권거래세

요건을 갖춘 분할의 경우 양도되는 주식에 대한 증권거래세가 면제되고, 위 가.항 ④의 경우 예도 증권거래세가 면제된다(조세특례제한법 제117조 제14호, 제16호 각 참조).

마. 문제점

우선, 금융지주회사법 제20조와 제31조의 규정은 상법 규정과의 중복으로 폐지되었으므로, 이러한 폐지된 법에 대한 과세특례 규정(주식의 포괄적 교환과 주식의 포괄적 이전에서 발생하는 양도차익에 대한 과세이연을 규정한 조세특례제한법 제52조의2와 증권거래세 면제를 규정한 조세특례제한법 제117조 제16호)은 폐지되어야 할 것이다.

다음으로, 지주회사의 신설 방법에는 상법 제360조의15이 정한 주식의 포괄적 이전에 의한 방법도 가능할 것인데, 이 경우에 발생하는 양도차익에 대해서는 과세이연을 규정하고 있지 아니하다. 따라서, 주식의 포괄적 이전을 통한 지주회사의 설립의 경우도 현물출자 등과 같이 양도차익에 대한 과세이연이 가능하도록 하여 형평을 맞추어야 할 것

이다.

마지막으로, 금융지주회사법 제20조에 의한 주식의 포괄적 교환과 동법 제31조에 의한 주식의 포괄적 이전에 있어 증권거래세의 면제가 가능하도록 한 규정은 의미가 없는데, 주식의 포괄적 교환 및 주식의 포괄적 이전 등의 방법에 의한 지주회사의 설립 및 전환 시에 증권거래세를 면제할 것인지를 검토하여야 할 것이다.

2. 지주회사 운용과 관련된 세제

가. 이중과세조정 제도

지주회사가 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자회사로부터 수입배당금을 받은 경우, 수입배당금에 일정비율을 곱한 금액에서 차입금 이자 등을 차감한 금액을 익금불산입하여 이중과세를 조정하고 있다(법인세법 제18조의2 참조). 지주회사가 자회사의 발행주식 총수를 출자한 경우에는 수입배당금액의 100%, 자회사의 발행주식총수의 80%(상장법인등의 경우 40%)를 초과하여 출자한 경우에는 수입배당금액의 80%, 자회사 발행주식총수의 50% 초과 80% 이하(상장법인등의 경우 30% 초과 40% 이하)를 출자한 경우에는 수입배당금액의 60%에 대하여 익금불산입이 적용되고, 투자비율이 50% 미만(상장법인등의 경우 30% 미만)인 경우에는 일반법인과 같이 수입배당금액의 30%에 대하여 익금불산입이 적용된다(법인세법 제18조의2 제1항, 제18조의3 제1항, 동법시행령 제17조의2 제2항 각 참조).

그리고, 연결납세제도가 도입될 경우 연결납세제도에 의한 이중과세조정도 가능할 것이다.

나. 문제점

이중과세의 조정과 자회사의 지분율은 직접적인 연관성이 없으므로 자회사의 지분율에 따라 익금불산입율을 차등적으로 적용할 것이 아니라 자회사에 대한 익금불산입율을 모두 동일하게 조정하는 것이 타당하다.⁸⁴⁾

또한, 정부는 현재 100% 완전자회사에 대해서만 연결납세제를 도입하는 방안을 고려하고 있는데, 이 경우 100% 자회사에 대하여 수입배당금액의 전부(차입금 이자 등은 차감될 수 있음)에 대하여 익금불산입이 적용되므로 연결납세제도에 의한 이중과세조정의 실익은 크지 않을 것으로 예상된다⁸⁵⁾. 이에 따라 재계는 현재 완전자회사에 대해서만 적

84) 정규언, “지주회사 과세제도의 현황과 개선방안”, 회계저널 제1권 제1호(2000년 5월), 137면.

85) 아울러 재계는 종업원지주제도를 활용하거나 스톡옵션을 부여하는 기업이 적지 않은 우리 현

용을 추진하고 있는 연결납세제도를 지분율이 50%이상인 경우까지 허용하여야 한다는 의견을 내놓았다.

<표 3> 연결납세제도 적용요건 비교⁸⁶⁾

	미국	영국	독일	일본
지분율 요건(%)	80	75	50	100

VII. 金融持株會社法上의 問題點

1. 개 요

금융지주회사도 지주회사에 속하므로 일반적인 지주회사에 대한 공정거래법상의 규제가 고스란히 적용되며, 회사법, 세법, 도산법, 노동법 등 위에서 살펴 본 문제는 금융지주회사의 경우에도 마찬가지로 존재한다는 점을 우선 밝혀 두고자 한다.

금융기관을 규제하는 근거는 크게 보아 금융기관의 건전성을 유지하기 위한 규제와 경쟁질서를 유지하기 위한 규제로 나누어 볼 수 있는데,⁸⁷⁾ 우리나라는 금융기관으로서의 금융지주회사의 건전성(자산운용의 건전성, 기업지배구조의 투명성 등)에 관해서는 금융지주회사법에 기초하여 금융감독위원회가, 경제력 집중의 방지 및 경쟁질서의 유지에 관해서는 공정거래법에 기초하여 공정거래위원회가 통할하는 복수 규제법, 복수 규제기관 체제를 취하고 있다.

이에 따라 금융지주회사법(이하 “법”)은 금융감독위원회에 의한 설립등의 인가주의(금융지주회사 설립에 관하여는 제3조 내지 제6조, 자회사 편입에 관하여는 제16조 내지 제19조, 해산이나 합병에 관하여는 제60조 각 참조), 금융지주회사의 소유구조 규제(제7조 내지 제13조 각 참조), 금융지주회사 운영의 건전성 및 투명한 지배구조 확보를 위한 규제(제38조 내지 제48조의3 각 참조), 금융감독위원회 또는 금융감독원에 의한 검사 및 감독(제49조 내지 제59조 각 참조) 등으로 구성되어 있다.⁸⁸⁾

실에서 사실상 그 적용이 불가능할 뿐만 아니라 현행 지분율 요건이 비상장법인인 50%, 상장법인등 30%로 설정되어 있는 점에 비추어도 맞지 않는다는 비판을 가하고 있다. 대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제” 참조.

86) 대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제”, 8면에서 재인용.

87) 김건식, “금융지주회사의 법적 규제”, 권오승 編, 공정거래법강의II, 법문사, 2000, 260면.

88) 금융지주회사에 관하여 금융지주회사법에 특별한 규정이 없는 것은 공정거래법에 따르면

물론 이러한 복수 규제방식이 적절한지에 관해서는 의문이 제기될 수 있으나,⁸⁹⁾ 금융감독위원회와 공정거래위원회의 역할이 상이하고 각 법률의 규제취지 역시 다르다는 점, 경제력 집중의 방지나 공정한 경쟁질서 확립을 위한 기본적인 틀은 공정거래법의 규율 대상이라는 점에서 현행의 복수 규제체제가 반드시 불합리하다고 보기는 어렵다. 이하에서는 법의 규정체계 순으로 인하여 금융지주회사에 특수하게 제기되는 문제들에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 금융지주회사법의 개별적인 문제점

가. 설립 인가요건

법은 금융지주회사의 인가요건을 정하고 있는데(법 제4조, 법시행령 제5조, 금융지주회사감독규정 제10조 및 <별표 1> “주요출자자 요건” 각 참조), 주요출자자의 “사회적 신용”을 인가요건(동법 제4조 제1항 제3호 참조)으로 하는 것은 인가관청의 자의적인 판단의 소지가 있다는 이유로 그 삭제를 주장하는 견해가 있다.⁹⁰⁾ 그러나 법시행령 및 금융지주회사법감독규정(이하 “감독규정”)의 <별표 1>에 “사회적 신용”이라는 추상적인 기준의 판단기준을 구체적으로⁹¹⁾ 마련하여 재량권 남용의 소지를 막고 있다는 점에서 굳이 삭제할 필요가 있는지는 의문이다.

설립인가는 크게 예비인가와 본인가로 구분되는데, 예비인가는 신청내용의 진위나 그 실현가능성에 대한 확인, 이해관계인의 의견수렴, 본인가의 가능성을 미리 심사하기 위한 목적에서 거치도록 한 절차이며, 예비인가의 내용 및 조건을 이행한 경우 본인가를 받는 데는 특별한 어려움이 없을 것이다. 실무상으로는 예비인가신청 이전단계에서부터 금융감독원의 실무자들과 수시로 접촉하여 본인가에 이르기까지의 인가절차나 내용에 관하여 협의를 진행하는 식으로 진행되며 적지 않은 시간과 노력을 이러한 실무협약에 투자하는 것으로 보인다.

(동법 제62조 참조), 만약 금융지주회사가 부채비율 제한 규정 등 지주회사로서의 행위제한 규정에 위반할 경우 공정거래위원회가 제재를 가할 수 있다.

89) 김건식, 전개논문, 261면은 금융지주회사법이 마련되는 경우 공정거래법상의 금융지주회사 관련규정을 흡수하는 것이 바람직할 것이라는 입장을 취하고 있다.

90) 전삼현, 금융지주회사법의 문제와 대안, 자유기업원, 2002, 126면.

91) 최근 5년간 금융지주회사법, 동법시행령, 금융관련법령, 공정거래법 및 조세범처벌법을 위반하여 처벌받은 사실이 없을 것, 최근 5년간 채무불이행 등으로 건전한 신용질서를 저해한 사실이 없을 것, 최근 5년간 금융산업의구조개선에관한법률에 의하여 부실금융기관으로 지정되었거나 금융지주회사법 또는 금융관련법령에 의하여 영업의 허가·인가 등이 취소된 금융기관의 최대주주·주요주주 또는 그 특수관계인이 아닐 것.

나. 금융자본과 산업자본의 분리

금융지주회사의 소유에 대한 규제의 핵심은 산업자본과 금융자본의 분리원칙이다. 동일인은 원칙적으로 은행지주회사의 의결권있는 발행주식총수의 10%까지 주식을 보유할 수 있지만(법 제8조 제1항 참조) 비금융주력자(이에는 공정거래법 제14조의2의 규정에 의하여 상호출자제한기업집단등에서 제외되어 비금융주력자에 해당하지 아니하게 된 자로서 그 제외된 날로부터 3월이⁹²⁾ 경과하지 아니한 자도 포함된다)는 은행지주회사의 의결권 있는 발행주식총수의 4%를 초과하여 은행지주회사의 주식을 보유할 수 없도록 하고(법 제8조의2 제1항 참조), 금융자회사와 비금융자회사의 주식을 동시에 보유하는 것을 금지(법 제44조 제1항, 공정거래법 제8조의2 제1항 제4호 각 참조)하여 산업자본과 금융자본의 분리원칙을 고수하고 있는데, 이는 금융기관의 사금고화 내지 금융기관을 이용한 경제력 확대를 막기 위한 정책적 고려를 반영한 것이다.

그런데 이러한 분리원칙은 대형화·겸업화를 추구하는 국제금융시장의 흐름에 부합하지 않으며, 대기업의 경제력 집중완화라는 막연한 국민적 공감대를 추종한 입법이라고 비판하면서 자유로운 주식소유를 인정하되 금융지주회사의 건전경영이 이루어질 수 있도록 간접적으로 규제할 필요가 있다는 비판론이 제기되고 있다.⁹³⁾ 그러나 우리나라의 재벌계열금융기관은 자신의 이익을 그룹전체의 이익을 위하여 희생하는 경향이 아직도 강하며, 재벌계열금융기관의 부실계열사 지원행위로 인한 사회적 폐해, 그로 인한 부담이 고스란히 국민에게 전가되어 국민의 혈세로 조성된 천문학적 규모의 공적자금이 투입된 경험을 단순히 과거지사로 치부할 수 있을지는 의문이다.⁹⁴⁾

다. 포괄적 주식교환·이전에 대한 특례

법 제정 당시에는 상법상의 포괄적 주식교환·이전(이하 “주식교환등”)에 관한 규정과 별도로 독자적인 주식교환등에 관한 규정(제20조 내지 제37조)을 두고 있었으나 2002. 4. 27. 법 개정시 모두 삭제되었다. 다만, 법 제62조의2는 주식교환등에 관한 특례를 인정하고 있는데, 특히 동조 제2항은 완전지주회사를⁹⁵⁾ 설립하기 위한 주식교환등에 관하여 상법의 특례로서 상법상 주주명부의 폐쇄 공고기간인 2주(상법 제354조 제4항 본문 참조)

92) 금융지주회사법 제정 당시에는 대규모기업집단에서 계열분리된 금융전업가인 경우에는 계열 분리 후 5년 경과시에만 은행지주회사의 설립이 허용되었다(2002. 4. 27. 법률 제6692호로 개정되기 이전의 법 제11조 제2항 제3호 참조).

93) 전삼현, 전계서, 127-128면.

94) 김건식, 전계서, 260-261면.

95) 금융지주회사가 자회사의 발행주식총수를 소유하는 경우를 말하며, 이 경우의 자회사가 완전 자회사이다(법 제2조 제1항 제4호 참조).

를 7일로 단축하는 등 절차에 있어서 특별한 혜택을 부여하고 있다. 그런데 주식교환에 반대하는 주주의 반대의사표시의 통지기간을 20일(상법 제360조의5 제1항 참조)에서 10일로 단축한 부분, 간이주식교환에⁹⁶⁾ 반대하는 주주의 반대의사표시의 통지기간을 2주(상법 제360조의5 제2항 참조)에서 7일로 단축한 부분, 주주총회 소집통지기간을 회일의 2주전(상법 제363조 제1항 참조)에서 7일전으로 단축한 부분 등 대부분 주주권의 행사에 불리한 영향을 미치는 규정인데 금융지주회사의 설립을 촉진한다는 취지(법 제1조 참조)만 가지고 상법에 대한 특례를 인정하는 것은 적절하지 아니하므로, 주식교환등에 관한 특례규정들은 삭제하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁹⁷⁾

라. 금융지주회사의 업무영역 제한

금융지주회사는 자회사의 경영관리업무와 그에 부수하는 업무를 제외하고는 영리를 목적으로 하는 다른 업무를 영위할 수 없다(법 제15조 참조). 여기서 경영관리업무란 ① 자회사 및 손자회사(이하 “자회사등”)에 대한 사업목표의 부여 및 사업계획의 승인, ② 자회사등의 경영성과의 평가 및 보상의 결정, ③ 자회사등에 대한 경영지배구조의 결정, ④ 자회사등의 업무와 재산상태에 대한 검사, ⑤ 기타 위에 부수하는 업무를, 경영관리에 부수하는 업무란 ① 자회사등에 대한 자금지원, ② 자회사등에 대한 출자 또는 자회사등에 대한 자금지원을 위한 자금조달, ③ 자회사등과의 공동상품의 개발·판매 및 설비·전산시스템 등의 공동활용을 위한 사무지원, ④ 기타 법령에 의하여 인가·허가 또는 승인을 요하지 아니하는 업무를 말한다(법시행령 제11조 참조). 이처럼 법은 금융지주회사를 순수지주회사의 형태로만 허용하고 있는데, 금융기관인 자회사의 업무영역에 대해 규제하는 것과 별도로 금융지주회사 차원의 업무영역을 제한하는 방식의 현행 규제가 바람직한지에 관하여 의문을 제기하는 견해가 있다.⁹⁸⁾

마. 금융지주회사의 지배구조

법은 금융지주회사의 지배구조와 관련하여 상법 및 증권거래법의 특례를 규정하고 있다. 자산총액 1천억원이상인 금융지주회사는⁹⁹⁾ 사외이사를 3인 이상 두어야 하며, 사외

96) 완전자회사가 되는 회사의 총주주의 동의를 있거나 그 회사의 발행주식총수의 100분의 90이상을 완전모회사가 되는 회사가 소유하고 있는 때에는 완전자회사가 되는 회사의 주주총회의 승인은 이사회 승인으로 갈음할 수 있는데 이를 간이주식교환이라고 한다(상법 제360조의9 제1항 참조).

97) 금융산업의구조개선에관한법률 제5조도 금융기관간의 합병에 대하여 금융지주회사법과 유사한 취지의 특례를 두고 있지만, 동법은 금융산업의 구조개선을 직접적인 목적으로 하여 제정된 것이라는 점에서 달리 보아야 할 것이다.

98) 이영대, “금융지주회사의 규제”, 권오승 編, 자유공정과 공정거래, 법문사, 2002, 414-415면.

이사가 이사 총수의 2분의 1 이상이 되어야 하며(법 제40조 참조), 금융지주회사는 감사위원회를 설치하여야 하며, 이 경우 총 위원의 3분의 2 이상을 사외이사로 구성하여야 한다(법 제41조 참조). 금융지주회사의 소수주주권 행사요건도 별도로 규정되어 있다(법 제42조 참조). 우선 사외이사의 선임과 관련하여 증권거래법은 상장법인등의 자산규모가 2조원 이상인지를 기준으로 하여 사외이사의 수 및 사외이사후보추천위원회의 추천절차등을 달리 규율하고 있는데(동법 제191조의16, 동법시행령 제84조의23 제2항 각 참조), 금융지주회사는 자산규모가 1천억원 이상이지만 하면 자산규모가 2조원 이상인 상장법인등에게 적용되는 증권거래법규정과 동일한 수준의 사외이사 관련규정이 적용되는 불균형을 보이고 있다. 혼란을 피하기 위하여 법상의 사외이사 관련규정을 증권거래법과 동일한 수준으로 개정할 필요가 있다고 본다.¹⁰⁰⁾ 다음으로, 법은 사외이사를 “상무에 종사하지 아니하는 이사”로 정의하고 있어 증권거래법상의 사외이사 개념인 “당해 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사로서 증권거래법 제54조의5 또는 제191조의16의 규정에 의하여 선임되는 자”(증권거래법 제2조 제19항 참조)와 달리 규정되어 있다. 이로 인하여 금융지주회사의 경우 그 해석상 미묘한 논란이 제기될 수 있다. 즉, 통상 비상임이사의 개념으로 비록 사외이사로서의 자격이나 사외이사선임에 필요한 절차를 거치지 아니한 이사 중에서도 비상임이사로서 이사회에 상무에 종사하지 아니하는 자가 있는데, 금융지주회사의 이사회에는 상근이사가 아닌 자는 모두 사외이사로 간주되어 사외이사후보추천위원회의 추천을 거쳐 선임하여야 한다는 결론에 이르게 된다. 과연 금융지주회사법이 이러한 차이를 의도하고 제정된 것인지는 의문이다. 회사의 기관인 사외이사의 개념을 법령별로 달리 규정하여 불필요한 혼란을 주는 것은 바람직하지 않으므로 증권거래법과 동일한 내용으로 수정되어야 할 것으로 생각한다.

법상의 감사위원회에 관한 규정은 증권거래법의 그것과 유사하기는 하나, 상장법인등의 해당 여부 및 자산규모를 묻지 않고 그 설치를 의무화하고 있다는 점에서 차이가 있다.¹⁰¹⁾ 법상의 감사위원회에 관한 규정 역시 증권거래법과 동일한 수준으로 개정할 필요가 있다고 본다. 한편, 법은 금융지주회사의 소수주주권에 관해 별도의 규정을 두고 있으나 금융지주회사라고 하여 상법과 증권거래법과 다른 특례규정을 둘 필요는 없다고 본다.¹⁰²⁾

99) 현재까지 법에 따라 인가를 받은 금융지주회사는 모두 자산총액이 1,000억원을 초과한다.

100) 전삼현, 전계서, 128면은 법 제40조를 삭제하고 상법 및 증권거래법에 맡길 것을 주장하나, 증권거래법의 적용을 받지 않는 비상장·비등록 금융지주회사의 지배구조에 관하여도 규율할 필요가 있다는 점에서 부당하다.

101) 이 점에서 중복규정이라는 이유로 법 제41조의 삭제를 주장하는 전삼현, 전계서, 129-130면은 부당하다.

<표 4> 소수주주권 행사요건 비교

구 분	상 법	증권거래법 ²⁾	금융지주회사법 ²⁾
위법행위유지청구권(제402조 ¹⁾)	1%	0.05%. 단, 자본금 1천억원 이상인 회사의 경우 0.025%	0.0025%. 단, 대규모 금융지주회사 ³⁾ 의 경우 0.00125%, 은행지주회사의 경우 0.00025%, 대규모 은행지주회사 ⁴⁾ 의 경우 0.00125%
대표소송제기권(제403조)		0.01%	0.00005%
주주제안권(제363조의2)	3%	1%. 단, 자본금 1천억원 이상인 회사의 경우 0.5%	0.005%. 단, 대규모 금융지주회사의 경우 0.0025%
주주총회소집청구권(제366조)		3%. 단, 자본금 1천억원 이상인 회사의 경우 1.5%	0.015%. 단, 대규모 금융지주회사의 경우 0.0075%
업무검사청구권(제467조 제1항)			
이사해임청구권(제385조 제2항)		0.5%. 단, 자본금 1천억원 이상인 회사의 경우 0.25%	0.0025%. 단, 대규모 금융지주회사의 경우 0.00125%
감사해임청구권(제415조)			
청산인해임청구권(제539조 제2항)	0.1%. 단, 자본금 1천억원 이상인 회사의 경우 0.05%	0.005%. 단, 대규모 금융지주회사의 경우 0.0025%, 은행지주회사의 경우 0.0005%, 대규모 은행지주회사의 경우 0.00025%	
회계장부열람권(제466조 제1항)			
회사의 해산청구권(제502조 제1항) 회사정리개시신청권(회사정리법 제30조 제2항)	10%	. ⁵⁾	. ⁵⁾

1) 이하 상법 조문이다.

2) 6월 이상 계속 보유를 요건으로 한다.

3) 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 5조원이상으로서 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 자회사를 2이상 지배하는 금융지주회사를 말한다(법시행령 제20조 제2항 참조).

4) 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 5조원이상으로서 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 자회사를 2이상 지배하는 은행지주회사를 말한다(법시행령 제20조 제3항 참조).

5) 특례를 두고 있지 않다.

102) 전삼현, 전게서, 129-130면.

바. 자금조달 및 운용제한등

금융지주회사 역시 공정거래법상의 부채비율 제한규정의 적용을 받는데 이에 관해서는 앞에서 상론하였다. 금융지주회사는 주식소유에 있어서도 일정한 제한을 받는데, 원칙적으로 자기자본(최근 분기결산기말 현재의 대차대조표상 자산총액에서 부채총액을 차감한 금액을 말한다. 이하 같다. 법시행령 제21조 제2항 참조)에서 자회사에 대한 출자총액을 차감한 금액을 초과하여 유가증권(당해 금융지주회사에 속하는 자회사등이 발행한 유가증권은 제외)에 투자할 수 없고(법 제43조 참조), 원칙적으로 자기자본을 초과하여 자회사의 주식을 소유할 수 없으며(법 제46조 참조), 자회사등이 아닌 회사(물론 금융·보험업을 영위하는 회사에 한한다)의 발행주식총수의 5%를 초과하여 다른 회사의 주식을 소유할 수 없다(제44조 각 참조).¹⁰³⁾

이 중 5% 초과소유 제한규정은 공정거래법상 지주회사의 행위제한 규정 중의 하나인 동법 제8조의2 제1항 제3호와 그 내용이 다르다는 점을 유의하여야 한다. 즉, 공정거래법상 지주회사의 경우 자회사가 아닌 국내회사의 주식을 지배목적으로¹⁰⁴⁾ 소유하는 행위가 금지되는 반면, 금융지주회사에 대해서는 지배목적이 없더라도 5% 초과소유 자체를 금지하고 있다. 또 한가지 흥미로운 것은 은행지주회사의 경우에는 비금융회사가 발행한 주식을 5% 이내에서 소유할 수 있도록 하되, 공정거래법이 지배목적 없이 다른 회사의 주식을 보유하는 경우 그 의결권행사에 제한을 가하지 않고 있는 것과 대조적으로 이 경우 그림자투표(Shadow Voting) 즉, 비금융회사의 주주총회의 참석 주식수에서 금융지주회사가 소유한 주식수를 차감한 주식수의 의결내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 하는 제한을 가하고 있다는 점이다(법 제44조 제1항 단서의 괄호안, 제2항 각 참조).

그러나 금융지주회사의 다른 회사 주식소유에 대한 규제를 공정거래법에 비해 다소 완화해 준 것은 금융지주회사가 자금조달 및 운용에 있어서 금융감독위원회등의 엄격한 감독을 받는다는 사실을 감안할 때 여유자금 운용의 자율성제고 측면에서 그 필요성이 인정¹⁰⁵⁾된다고 볼 수 있다 하더라도 은행지주회사의 주식소유 및 의결권행사에 대해서만 특례규정을 둔 취지는 필자가 과묵한 탓인지는 모르겠으나 선뜻 납득하기 어렵다.

103) 위 각 규정들을 종합하면, 금융지주회사의 자산총액은 부채의 2배이상, 자회사의 주식가액의 합계액은 자산총액의 50%이상 순자산총액이하로 제한되는 셈이다.

104) 지주회사가 단독으로 또는 특수관계인과 합하여 다른 회사에 대한 지배관계를 형성·유지·강화하기 위하여 주식을 소유하는 경우를 말한다(공정거래법시행령 제15조의3 참조).

105) 재정경제위원회, 금융지주회사법안 심사보고서, 2000. 7., 32면.

사. 위험전이를 막기 위한 차단벽(Firewall)의 설치

법 제48조는 자회사등의 금융지주회사에 대한 신용공여, 자회사등의 금융지주회사 및 다른 자회사등에 대한 출자와 일정규모(개별 자회사에 대하여 자기자본의 10%, 신용공여의 합계액은 자기자본의 20%를 초과하는 경우) 이상의 신용공여를 금지하고, 자회사등 상호간에 신용공여를 하는 경우에 적정담보의 확보를 의무화(구조조정에 필요한 신용공여등의 경우에는 제외)하며, 금융지주회사와 자회사등간 또는 자회사등 상호간에는 불량자산을 거래하지 못하도록 하고(구조조정에 필요한 거래등의 경우에는 제외), 공동광고 및 전산시스템등의 공동사용에 대한 기준준수의무를 부과하는 등 금융지주회사와 자회사등, 자회사등 상호간의 위험전이를 막기 위한 장치를 마련하고 있다.

그런데 이에 대하여 ① 자회사의 행위제한에 관한 문제는 개별 업법(業法)을 개정하거나 보완하면 충분하고, ② 공정거래법상의 상호출자제한과 총액출자제한에 관한 규정 및 상법상의 모자회사간의 상호출자금지규정과 중복되며, ③ 이러한 자회사의 행위제한은 금융지주회사의 본래의 목적인 금융기관의 대형화와 겸업화에 반하는 결과를 초래한다는 이유로 반대하는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾

그러나 금융지주회사에 관한 별도의 법률을 제정하는 마당에 지주회사와 자회사간의 위험전이를 위한 예방책을 일괄 규정하는 것을 부당하다고만 볼 수는 없다는 점, 상호출자제한기업집단 또는 출자총액제한기업집단에 속하지 않는 금융지주회사의 경우 중복규정이라고 볼 수 없으며, 상법상의 모회사관계는 모회사가 자회사 발행주식총수의 50%를 초과하여 소유하는 경우에 한정된다는 점, 금융지주회사를 통한 은행, 증권, 보험 등 금융기관의 겸업화에 따라 위험전이의 가능성과 경영위험의 증가 우려가 있고, 또한 이들 기관과 고객간의 이해상충 문제 및 불공정거래 문제가 발생할 가능성이 높으므로 자회사의 경영부실이 지주회사로 전이되는 것을 방지하고, 고객간의 이해상충 및 불공정거래 방지를 위하여 일정한 차단벽을 설치할 필요가 있다는 점에¹⁰⁷⁾ 비추어 볼 때 법 제48조가 금융지주회사법 본래의 입법취지에 반한다는 위 주장은 납득하기 어렵다.

아. 개인신용정보의 공유

법 제48조의2는 2002. 4. 27. 법 개정 당시 신설된 규정인데, 금융지주회사의 경영의 효율성을 높이기 위하여 동일한 금융지주회사에 속하는 금융기관간에는 신용정보 등을¹⁰⁸⁾ 서로 제공할 수 있도록 하되, 금융지주회사는 그 임원중에 1인 이상을 신용정보관

106) 진삼현, 전계서, 136-137면.

107) 금융지주회사법안 심사보고서, 35-36면.

108) 신용정보의이용및보호에관한법률 제23조 제1호·제3호 및 제4호의 규정에 의한 개인에 관한

리인으로 선임하도록 하는 등 금융지주회사에 속하는 금융기관간에 제공되는 신용정보 등이 엄격히 관리될 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 개인정보의 과도한 공유 및 유출을 방지하기 위해서는 제공가능한 신용정보 등의 범위를 필요 최소한의 금융거래정보로 한정하는 것이 바람직하다고 할 수 있는데, 위 규정은 신용정보의이용및보호에관한법률 제23조 제4호를¹⁰⁹⁾ 포함시킴으로써 그 범위가 지나치게 넓다는 문제가 있다.

VIII. 글을 마치며

이상 지주회사 및 금융지주회사를 둘러싼 제반 문제점을 공정거래법을 비롯한 개별 법령의 해석을 중심으로 살펴보았다. 문제의 근본적인 원인은 독립된 법인격을 지니는 회사간에 지배·종속관계가 설정되는 예가 날로 확대되고 있는 경제현실과 달리 우리 상법의 기본 틀은 독립된 법인격을 가지는 회사를 전제로 당해 회사 내부의 문제나 제3자와의 거래행위를 주로 규율하고 있다는 데서 비롯되는 측면이 크다고 본다. 물론 지주회사에 관한 일반법인 공정거래법 및 금융지주회사법이 있기는 하나, 이들은 경제력의 집중방지 또는 지주회사의 건전성 확보라는 다소 특수한 목적을 염두에 둔 법률이라는 점에서 지주회사의 허용 후 제기되는 위와 같은 문제점을 해석론을 통해 푸는 데에는 적지 않은 어려움이 있다. 결론적으로 지배·종속관계에 있는 회사간의 법률관계 및 이들과 이해관계를 맺고 있는 주주, 채권자 또는 근로자에게 적용할 일반법으로서의 상법의 개정 내지 특별법의 제정이 필요한 시점이 도래하였다고 생각한다.

신용정보 및 금융지주회사의 자회사등인 증권회사의 위탁자가 예탁한 금전 또는 유가증권의 총액에 관한 정보(법 제48조의2 제1항, 제2항 각 참조).

- 109) 대출·보증·담보제공·가계당좌예금 또는 당좌예금·신용카드·할부금융·시설대여등의 금융거래등 상거래와 관련하여 신용정보주체의 거래내용을 판단할 수 있는 정보로서 재정경제부령이 정하는 정보, 금융거래등 상거래에 있어서 신용도등의 판단을 위하여 필요한 개인의 재산·채무·소득의 총액, 납세실적등과 기업 및 법인의 연혁·내역·수주실적·경영상의 주요계약등 사업의 내용, 재무제표등 재무에 관한 사항, 외감법의 규정에 의한 감사인의 감사의견 및 납세실적등 신용정보주체의 신용거래능력을 판단할 수 있는 정보.

〈參考文獻〉

I. 국내문헌

1. 단행본

김형배, “노동법연구”, 박영사, 1991

서울지방법원 편, (개정판) 회사정리실무, 2001

손주찬·정동윤 편, 주식상법 회사(Ⅰ)·(Ⅲ)·(Ⅳ), 한국사법행정학회, 2003

이기수·유진희, 경제법, 세창출판사, 2003

이동원, 지주회사, 세창출판사, 2000

이철송, 회사법강의(제9판), 박영사, 2001

전삼현, 금융지주회사법의 문제와 대안, 자유기업원, 2002

정찬형, 회사법강의, 박영사, 2003

2. 학위 논문

최세일, “지주회사에 있어서 주주 보호에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 석사학위 논문, 2001

최장현, “지주회사의 법적문제에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위 논문, 2001

최종민, “업무집행지시자 등의 책임에 관한 연구-개정 상법을 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사 학위논문, 1999

3. 일반 논문

김건식, “금융지주회사의 법적 규제”, 공정거래법강의 Ⅱ(권오승 편), 법문사, 2000, p260

이동원, “지주회사 도입에 따른 노동법적 문제”, 『비교사법』 제5권 2호(통권9호),

이승길, “지주회사 현황과 노동법상의 문제점”, 『경영계』, 1999. 11.

이영대, “금융지주회사의 규제”, 자유공정과 공정거래(권오승 편), 법문사, 2002

이태중, “미국 회사법상의 이중대표소송”, 수원지방법원 재판실무연구(제2권), 1997

정규언, “지주회사 과세제도의 현황과 개선방안”, p137, 『회계저널』(제1권 제1호), 2000. 5.

최영호, “지주회사에 관한 노동법상의 몇가지 문제점”, 『인권과 정의』 (제253호), 1997. 9.

4. 기타

대한상공회의소, “지주회사제도 활성화를 위한 정책과제”, 2003. 4.

강철규, “성장잠재력과 경쟁정책”, 제31회 고려경영포럼 강연자료, 2003. 7. 2.

재정경제위원회, 금융지주회사법안 심사보고서, 2000. 7.

II. 외국문헌

服部榮三, 基本法エンタープライズ(會社法3), 日本評論社, 2001, p49

小林秀之·近藤光男, “株主代表訴訟大系”, 弘門堂, 2002, p157

III. 웹사이트

금융감독원 전자공시시스템(<http://dart.fss.or.kr>)