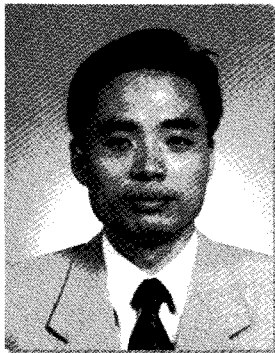


내부거래의 부당성 판단기준 및 규제시 고려사항



박성범
법무법인 우방 변호사

서언

자본주의 경제체제 아래에서 기업의 최대목표가 이윤의 극대화에 있음은 주지의 사실이다. 따라서 기업으로서는 이윤극대화를 위하여 거래비용을 최소화할 수밖에 없고 이를 위하여 시장거래(市場去來)보다는 기업 내의 거래를 선호하게 된다. 물론 시장거래를 할 것인지 내부거래를 할 것인지에 대한 선택의 권리가 기업에게 있음은 당연하다. 그러나 우리나라에서는 1960년대 이후 정부주도로 양적 성장을 중심의 경제정책이 추진되는 과정에서 발생된 시장경제구조의 왜곡 현상은 시장거래비용의 상승¹⁾을 가져왔고, 이는 많은 기업들로 하여금 거래의 상당부분을 가능한 내부화하려는 경향을 낳았다. 특히 기업집단의 사업구조 및 경영지배체제를 갖고 있는 우리나라에서는 이러한 거래의 내부화는 기업집단 내 수직계열화된 계열회사들 상호간의 광범위한 계열거래²⁾로 이어져 왔다.

경쟁제한성 이외의 기업의 구조조정, 기업경쟁력, 기업의 경영구조나 지배구조 등의 기준들은 공정거래법 이외의 상법, 증권거래법, 세법 등을 통하여 해결되어야 하고, 공정거래위원회가 부당지원행위 심사시 당해 행위가 해당시장에서의 경쟁에 어떠한 영향을 미치는지 여부에 대하여 좀 더 심도있게 분석한다면 부당한 내부거래를 시장거래화하도록 유도할 수 있을 것이다.

- 1) 이승철, 공정거래경제학, 한국경제연구원, 1999, 503~504쪽은 거래비용 상승의 구체적인 이유로 정경유착, 법치주의의 미완성, 시장규모의 상대적 협소, 금융시장의 왜곡, 사회전반적인 부패구조 등을 들고 있다.
- 2) 내부거래를 계열시간 거래 이외에 상호거래(reciprocal dealing)를 포함시키는 넓은 개념으로 이해하기도 하나, 본고에서는 기업집단 내 계열시간 직접적인 거래행위만을 한정하여 검토하고자 한다. 참고적으로 상호거래란 거래상대방이 자기 또는 자기의 계열회사로부터 제품을 구매한다는 조건 또는 이해위에 그로부터 구매하는 행위를 말한다. 공정거래위원회, 「계열사간의 자산·자금거래 관련 부당지원행위 조사에 관한 용역」(최종보고서), 1996, 4쪽.

이러한 기업집단 내 내부거래는 거래비용을 절감하거나 계열회사간 수직계열화 및 유통계열화를 통하여 내부효율성이나 경영안정성을 제고하는 등의 긍정적 효과가 있음을 부인할 수 없다. 그러나 계열회사라는 이유만으로 정상적인 시장 거래조건보다도 유리하게 거래할 수 있게 된다면 계열회사로 하여금 경제적 효율과는 무관한 경쟁상의 우위를 확보하게 하여 공정한 거래를 저해하거나 경제력집중을 심화시키는 등 시장경제에 여러 가지 폐해를 가져올 수 있다.³⁾ 이에 공정거래위원회는 1996년말 독점금지및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”)을 개정하여 자금·자산·인력을 통한 지원행위를 제5장 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하였다.⁴⁾

그러나 공정거래법이 다른 모든 조항에서는 같은 기업집단에 속한 계열회사간의 거래행위를 기업 내의 거래행위와 동일하게 취급하여 규제 대상에서 제외시키고 있음에도, 유독 내부거래 규정에 있어서만 이들 계열회사를 독립기업으로 취급하여 그들간의 거래를 불공정하다고 하는 것은 법적용의 일관성을 상실한 것이므로, 계열회사간에 이익의 부당한 이전이 발생한다면 이

는 세법, 회사법 또는 증권거래법 등 기존 법제도로 해결함이 바람직하다는 비판이 있다.⁵⁾

그러나 위와 같은 비판에도 불구하고 공정거래위원회는 IMF사태 이후 5대 대규모기업집단을 대상으로 3차례에 걸쳐 내부거래 실태조사를 실시하여 사상 유례없는 액수의 과징금을 부과한 바 있으며, 최근 법개정을 통하여 내부거래조사를 위한 한시적인 계좌추적권을 신설하고, 10대 대규모기업집단의 경우 일정 규모 이상의 내부거래를 이사회 의결 및 공시사항으로 하는 등 내부거래에 대한 규제를 오히려 강화하고 있다.

● 내부거래의 부당성 판단기준⁶⁾

1. 부당지원행위의 성립요건

공정거래법 제23조제1항제7호가 정한 부당지원행위에 해당하기 위해서는 (i) 지원행위, (ii) 부당성, (iii) 현저성, (iv) 공정한 거래를 저해할 우려의 요건을 모두 충족하여야 한다. 그러나 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위라도 그로 인한 지원객체로의 경제적 이익의 이전정

3) 권오승, 공정거래법개관, 서울대학교 법과대학 공정거래법 연구과정 교재, 2000. 3. 15쪽, 공정거래위원회 1998. 8. 5. 의결 제 98-175호, 「SK기업집단 계열회사의 부당한 지원행위에 대한 건」, 5쪽.
 4) 이 제도를 공정거래법 제5장(불공정거래행위의 금지)에 규정하게 된 것은 당초 1996년 개정당시 위 부당지원행위 규제제도를 경제력집중의 억제수단으로 보아 이를 공정거래법 제3장(기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제)에 규정하려 하였으나, 이러한 지원행위는 대규모기업집단의 계열회사들 뿐만 아니라 일반사업자들간에서도 이루어질 수 있기 때문에 이를 대규모기업집단의 계열회사에 대해서만 적용하는 것이 타당하지 않다는 제계의 비판을 수용하였기 때문이라 한다. 권오승, 위 공정거래법개관, 16쪽 참조.
 5) 이승철, 경제력집중억제시책의 평가와 향후 정책방향, 공정경쟁(1999년 9월호), 한국공정거래협회, 15~16쪽, 내부거래의 부당성은 주주들이나 채권자들의 권리주장에 의하여 바로잡을 문제라는 비판에 대해서는 이철송, “공정위 계좌추적권 옳은가”, 1998. 11. 30.자, 조선일보 時論 참조.
 6) 공정거래법 제23조제1항제7호는 “...현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인...를 지원하는 행위”라고 하여 특수관계인과의 거래 즉, 내부거래를 부당지원행위의 한 행위방식으로 규정하고 있다. 따라서 엄밀히 말한다면 “내부거래”라는 개념과 “지원 행위”라는 개념을 동일시할 수는 없다. 그러나 공정거래법상 내부거래는 그 자체가 문제되는 것이 아니라 이를 통하여 특수관계인을 지원하는 것이 문제된다는 점에서 본 고에서는 이를 지원행위와 동일한 개념으로 보고 그 위법성 판단기준 등을 검토하고자 한다.

도가 현저하지 않은 경우에는 규제대상에서 제외된다.⁷⁾ 또한 위 요건 중 부당성과 공정한 거래를 저해할 우려의 요건이 어떻게 구별될 수 있는지에 대하여서는 여러 가지 학설⁸⁾의 대립이 있는데 이에 대하여 부당한 행위는 곧 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 보는 것이 유력한 견해이다.⁹⁾ 그러나 과연 어떤 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 지원행위에 해당하는 것인지에 대한 외국 입법례나 국내의 판례를 찾아보기 힘든 상황에서 이에 대한 판단은 공정거래위원회가 고시한 「부당한 지원행위의 심사지침」(이하 “심사지침”이라 함)과 심결례에 의존할 수밖에 없는 것이 현실이다.

2. 심사지침상의 부당성 판단기준

심사지침은 지원행위에 대한 부당성을 원칙적으로 지원객체가 속하는 시장의 구조, 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화정도, 지원크기, 지원기간, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 규정하면서 지원행위가 아래 기준의 1에 해당하는 경우 부당성이 있다고 보고 있다.

(1) 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 일정한 거

래분야에 있어서 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우

심사지침은 이에 해당하는 경우로 중소기업들이 합하여 1/2 이상의 시장점유율을 갖는 시장에 참여하는 계열회사에 대하여 동일한 기업집단에 속하는 회사들이 정당한 이유없이 자금·자산·인력 지원행위를 하여 당해 계열회사가 시장점유율 5% 이상이 되거나 시장점유율 기준 3위 이내의 사업자에 들어가는 경우를 예시하고 있다.

심결례로는 계열 종합금융회사의 후순위채권을 당시의 3년만기 회사채수익율이나 당좌대출금리에도 미치지 못하는 저리로 매입하여 영업용순자본비율을 제고시킨 행위는 계열회사인 종합금융회사에 대하여 현저히 유리한 조건으로 거래한 것으로서 당해 회사의 유력한 사업자로서의 지위를 유지·강화함으로써 종합금융업 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 지원행위라고 판단한 사례가 있다.¹⁰⁾

(2) 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우

심사지침은 이에 대한 예시로 지원객체가 지원 받은 경제상 이익으로 당해 상품 또는 용역의 가격을 경쟁사업자보다 상당기간 낮게 설정하여 경쟁사업자가 당해 시장에서 탈락할 우려가 있

7) 경제적 이익의 이전정도를 부당한 내부거래가 발생한 시점에서 측정한다는 것이 일반적으로 어려워 경제적 이익의 이전가능성이 내포된 행위들 중 어디까지를 규제대상에 포함시켜야 할 것인지의 판단은 상당히 어려운 문제이다. 공정거래위원회의 심결례상으로도 그 구체적인 판단기준은 발견하기 어렵다. 현저성 판단을 위한 이론적 Check List에 대해서는 공정거래위원회, 주 2)의 보고서 84쪽 내지 87쪽 참조.

8) 구체적인 내용은 이남기, 경제법(개정판), 박영사, 2000, 202~203쪽 참조.

9) 이문지, 한국공정거래법비판, 자유기업센터, 1997, 45쪽. 이와 같이 부당성 즉, 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 지원행위는 공정거래법 제23조제1항제7호의 요건을 충족하게 되므로 위법성을 가지게 된다. 따라서 부당성의 판단기준은 곧 위법성의 판단기준을 의미하게 된다.

10) 1998. 8. 5. 의결 제98-174호 「LG기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건」.

는 경우를 들고 있다. 그러나 심결례에서는 이를 이유로 부당성을 인정한 사례를 발견하기는 어렵다.

(3) 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우 경쟁조건이 “상당히 유리”하게 되는 경우가 어떤 경우인지 심사지침상으로는 알 수 없으나 이는 결국 지원당시의 시장상황, 지원객체의 재무상황, 당해 시장의 경쟁성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수 밖에 없을 것으로 생각된다. 심사지침은 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 자금력, 기술력, 판매력, 제품이미지 개선 등 사업능력이 증대되어 사업활동을 영위함에 있어서 경쟁사업자에 비하여 유리하게 되는 경우를 예시하고 있다.

공정거래위원회가 부당지원행위를 문제삼은 대부분의 심결례가 본 항을 이유로 부당성을 인정하고 있다. 예컨대, 경영상황이 어려운 지원객체에게 임대보증금을 지급하는 방법이나, 선급금, 예금 명목으로 자금을 현저히 유리한 조건으로 지원하거나, 기업어음을 현저히 높은 대가로 인수하여 과도한 경제상 이익을 제공하는 방법으로 지원객체가 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 된 점을 이유로 공정한 거래를 저해할 우려가 있으므로 부당하다고 판단한 사례가 있다.¹¹⁾

(4) 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 퇴출이나 타사업자의 신규진입이 저해되는 경우

심사지침 예시에 따르면 대규모기업집단소속 회사가 자기의 계열회사에 대하여 지원행위를 함으로써 당해 계열회사가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 신규진입이나 퇴출이 어려워지게 되는 경우가 이에 해당된다. 그러나 과연 어느 정도의 지원행위가 신규진입이나 퇴출을 어렵게 만드는 것인지에 대한 명확한 기준은 확실히 결정될 수 있는 것이 아니므로 각 사안별로 당해 시장상황을 고려하여 개별적으로 판단되어야 한다.

다만 공정거래위원회가 최근 일련의 내부거래 조사와 관련한 대부분의 의결서에서 경쟁력 없이 시장에서 퇴출되어야 할 기업집단 소속 한계기업이 계열회사들로부터 자금 또는 자산 등을 지원받아 존속하게 됨으로써 진입 및 퇴출작용을 통해 자원의 최적배분을 도모하는 시장기능이 위협받게 됨을 지원행위가 갖는 전형적인 부정적 효과의 하나로 실시하고 있는 점¹²⁾에 비추어 본다면, 공정거래위원회는 계열회사에 대한 모든 지원행위가 그 행위의 속성상 한계기업의 퇴출을 어렵게 만드는 부당성을 가지고 있음을 당연한 전제로 삼고 있지 않은가라는 의구심이 있다.

(5) 관련 법령을 면탈 또는 회피하여 지원하는 등 지원행위의 방법 또는 절차가 불공정한 경우

심사지침은 증권회사가 「유가증권인수업무규정」상 계열증권사의 회사채인수금지규정을 면탈하기 위해 다른 증권사를 중간사로 내세우고 자신은 하인수회사가 되어 수수료를 받는 경우를 예시하고 있다.¹³⁾

11) 1998. 8. 5. 의결 제98-171호 「현대기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건」, 1998. 8. 5. 의결 제98-175호 「SK기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건」 등.

12) 1999. 3. 9. 의결 제99-23호 「동양기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건」 등.

그러나 부당지원행위를 규제하는 취지는 계열 회사에 대한 지원행위로 인하여 비계열회사에게 경제적 효율과는 무관한 경쟁상의 우위를 확보해 줌에 따라 당해 시장의 경쟁을 왜곡하고 자원의 효율적인 배분을 저해하는 부당한 경제적 효과를 규제하려는 것이지 그 행위의 방법이나 절차의 공정성을 확보하려는 것은 아니라는 점에서 당해 지원행위로 인한 경제적 효과가 아닌 방법이나 절차의 불공정성을 부당성 판단의 기준으로 삼는 것은 재고할 필요가 있어 보인다. 이러한 지원행위의 방법이나 절차의 불공정성은 해당 거래에 적용되는 관련 법령을 통하여 얼마든지 규율될 수 있기 때문이다.

● 결론 - 부당내부거래 규제시 고려사항

최근 공정거래위원회의 내부거래에 대한 대대적인 조사 및 사상 유례없는 액수의 과징금의 부과로 인하여 내부거래 규제에 대한 기업들의 관심과 우려가 고조되고 있다. 그러나 이러한 관심과 우려에도 불구하고 기업들로서는 공정거래법상 관련 규정 및 공정거래위원회가 고시한 심사지침과 그동안 축적된 심결례상의 내용만으로 과연 어떤 행위가 위법한 내부거래인지 정확히 판단하거나 예견하기 힘든 것도 부인할 수 없는 사실이다.

공정거래위원회는 그동안의 내부거래 규제시

부당한 내부거래가 갖는 부정적인 효과를 강조한 나머지 경쟁제한성이라는 공정거래법 고유의 규제기준을 넘어 기업의 구조조정, 기업경쟁력, 기업의 경영구조나 지배구조 등을 내부거래 규제의 잣대로 삼은 측면이 있다. 그러나 위와 같은 경쟁제한성 이외의 기준들은 공정거래법 이외의 상법, 증권거래법, 세법 등을 통하여 해결됨이 바람직하다고 본다.¹⁴⁾

또한 공정거래위원회는 당해 행위가 부당한 내부거래(지원행위)에 해당하는지 여부를 심사할 때 당해 자금·자산·인력의 거래가격이 정상가격보다 낮거나 높은지 여부의 행위중심적인 판단에 중점을 두기보다는 당해 행위가 갖는 경제적 효율성, 산업정책적 효과, 해당시장의 발전정도¹⁵⁾ 등을 기초로 당해 행위가 해당시장에서의 경쟁에 어떠한 영향을 미치는지 여부에 대한 심도있는 분석에 좀 더 노력을 기울일 필요가 있다고 생각한다.

이러한 방식의 규제만이 규제대상 기업들로 하여금 내부거래가 갖는 부정적인 폐해의 인식가능성 및 규제의 예측가능성을 높혀 중국적으로 그동안 만연이 조장되거나 묵인되어져 왔던 부당한 내부거래를 시장거래화하도록 유도할 수 있기 때문이다. 또한 이러한 규제방식은 규제대상 기업들로 하여금 공정거래위원회의 규제내용에 보다 쉽게 승복할 수 있도록 만드는 부수적인 효과도 가져올 수 있을 것이다.¹⁶⁾ **공정**

13) 1998. 8. 5. 의결 제98-175호 「SK기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건」.

14) 同旨, 이승철, 내부거래의 경제분석과 경쟁정책, 한국경제연구원, 1999, 77쪽.

15) 공정거래위원회, 주 2)의 보고서, 36~37쪽은 국내 직접금융시장의 낙후로 인하여 기업간의 자산·자금거래를 부당내부거래의 규제대상으로 포함해 규제를 강화할 경우 기업의 자본거래비용의 상당한 증가가 예상되므로 자산·자금거래의 규제시 금융시장의 발전정도가 신중히 고려되어야 함을 지적하고 있다.

16) 최근 공정거래위원회가 실시한 5대 대규모기업집단에 대한 1,2,3차에 걸친 내부거래 조사에 대하여 5대 기업집단 소속 대부분의 계열회사들이 공정거래위원회를 상대로 서울고등법원에 행정소송을 제기하는 등 공정거래위원회의 규제에 대한 기업들의 승복율이 매우 낮은 편이다.