

공정거래법상의 부당내부거래*

심재한

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 지원객체
- III. 부당내부거래와 과징금
- IV. 내부거래의 규제에 대한 평가

I. 서설

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법” 또는 “법”이라 한다) 제23조 제1항 제7호에서는 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”를 불공정거래 행위의 한 유형으로서 금지하고 있다. 이러한 거래를 일반적으로 부당내부거래라 칭한다. 내부거래라는 용어는 1990년대 초반부터 대규모기업집단 내 계열회사간의 거래를 의미하는 용어로 사용되기 시작하였는데, 이러한 거래를 내부거래라고 부르게 된 이유는 대규모기업집단 전체가 실질적으로 마치 하나의 기업인 것과 같이 경영되고 있는 현실을 반영한 것이라 할 수 있다.

내부거래는 기업집단 내의 단위기업간에 이루어지는 거래를 말하며,¹⁾ 이들이

* 심사위원 : 정봉진, 염미경, 이상욱

투고일자 : 2010. 8. 6 심사일자 : 2010. 8. 17 게재확정일자 : 2010. 9. 13

1) ‘좁은 의미의 내부거래’는 하나의 기업집단 내의 계열회사 상호간에 이루어지는 거래를 일반적으로 부르는 용어라고 할 수 있고, ‘넓은 의미의 내부거래’는 복수의 산업 또는 시장에 참여하고 있는 재벌의 계열회사 상호간의 지원이라는 목적 또는 효과를 갖고서

시장에서 다른 시장참가자와 거래하는 외부거래와 구별된다. 외부거래보다 내부거래를 택하는 동기는 기업집단의 입장에서 내부거래가 외부거래보다 비용의 측면에서 유리하고 따라서 내부거래가 효율적이라고 판단하기 때문이다. 또한 외부거래를 통해 발생할 수 있는 위험의 배제도 경제적 효율성 제고의 측면에서 의미가 있다. 그리고 기업집단의 입장에서는 계열회사를 통해서 업종의 다각화를 이룩함으로써 경영위험을 분산하고 소위 시너지효과를 이용하여 시장환경에 적응한 최적의 경영전략을 구사할 수 있다.

그럼에도 불구하고 내부거래는 기존에 시장에 존재하는 전문 비계열기업을 시장으로부터 배제시키거나 잠재적인 기업의 시장진입을 방해한다는 효과가 있다는 점을 근거로 우리나라에서는 이를 불공정거래행위로서 규제하고 있다. 부당내부거래라는 용어는 현행 법률이나 시행령에 규정되어 있는 용어는 아니다. 공정거래법 및 동법 시행령 제36조, 그리고 법령의 적용과 관련하여 마련한 “부당한 지원행위의 심사지침²⁾”에서는 “부당한 자금·자산·인력 지원행위”라는 용어가 사용되고 있다.³⁾

이하에서는 부당내부거래에 관한 법률상의 개별 구성요건이 판례를 통해 어떻게 해석되는지를 알아보고, 이를 외국 특히 독일의 입법례와 비교하여 알아본 후, 결론적으로는 부당내부거래 규제제도의 의미를 재해석 해보기로 한다. 이로써 경제적 구조의 변화에 따른 경제법으로서의 공정거래법 변화 방향에 대해서도 생각해 보기로 한다.

II. 지원객체

1. 지원객체의 범위

1) 법원판례의 태도와 문제점

내부거래의 당사자는 자금·자산·인력을 제공한 지원주체와 제공된 경제상의

이루어지는 작위 또는 부작위를 뜻한다. 이문지, 한국공정거래법비판, 27면 이하.

2) 1997. 7. 29 제정, 2009. 12. 9 개정.

3) 그러므로 이하에서는 부당내부거래와 부당한 지원행위를 동일한 의미로 사용한다.

이익이 귀속되는 지원객체가 된다. 지원객체는 특수관계인⁴⁾ 또는 ‘다른 회사’를 말하는데, 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결에서 ‘다른 회사’는 대규모기업집단의 계열회사로만 한정되는 것은 아니라고 판단하였다. 그 근거는 “부당지원행위 금지의 입법 취지가 경제력집중의 방지와 아울러 공정한 거래질서의 확립에 있는 점과, 헌법 제119조 제2항이 국가로 하여금 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있는 점”에서 찾고 있다. 이 대법원판결을 반영하여 2005년 8월 17일 개정 심사지침에서 “이때 다른 회사는 지원주체의 계열회사에 한정되지 아니한다”는 문구가 삽입되었고, 이는 현행 심사지침에도 이어지고 있다.

그러나 ‘다른 회사’의 개념을 일정부분 한정시키지 않는다면 어떤 기업이 다른 기업에 대해 자금·자산·인력 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래한 행위는 모두 법 제23조 제1항 제7호에서 규정한 바와 같이 그 부당성 여부를 심사해야하는 행위가 된다. 그렇다면 기업의 입장에서는 다른 모든 거래상대방과의 관계에서 모두 정상가격만으로 거래를 하여야 공정거래위원회의 부당성 여부 심사로부터 벗어날 수 있다는 결론에 이르게 된다. 그러나 이는 오히려 경쟁을 배제하는 결과를 가져오며, 또한 시장에서 자유롭게 거래상대방을 선택하고 거래조건을 형성하는 시장경제질서를 무너뜨리게 된다.

그리고 공정거래법 제23조의 불공정거래행위 위반자에 대해서는 제24조의 시정조치 및 제24조의2에서 규정한 과징금은 물론 제67조에서 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하는 등 제재조치가 수반된다. 그런데 “지원주체”도 심사지침 II. 1. 에서 단지 “지원행위를 한 사업자”로 규정되어 있으므로 “지원객체” 역시 확대해석된다면 명확성의 원칙에 반하고, 결과적으로 헌법에 의하여 보장된 재산권 행사의 자유를 침해할 우려가 있다.

2) 입법취지와 법 집행사례로 본 지원객체

상기의 법원에서 판단하는 지원객체의 개념은 지나치게 광범위하게 해석될 우려가 있으므로 합리적으로 축소해석하여야 할 필요성이 있는데, 이는 입법의 취지 및 법규의 집행사례를 참조하여 판단할 수 있다.

4) 특수관계인이란 공정거래법 시행령 제11조에서 규정하고 있는 바와 같이 당해 회사를 사실상 지배하고 있는자 내지 동일인관련자를 말한다.

공정거래위원회의 부당내부거래 조사는 1993년 5월에 시작되었다. 이때 22개 조사대상업체 중 19개 업체에서 79건의 부당한 내부거래행위가 지적되었다.⁵⁾ 계열사간의 자금, 자산, 인력의 거래행위에 대해 종전에는 공정거래법 제 23조 제1항 1호 후단의 차별적 취급에 해당하는 위법행위 유형의 하나로 동법 시행령 별표에 규정된 계열회사를 위한 차별취급으로서 정당한 이유없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위에 대한 규제가 이루어졌다. 그러다가 계열회사간의 상품·용역 내부거래보다 지원효과가 더 큰 내부거래 수단인 자금·자산 등의 부당지원행위를 부당내부거래 규제대상에 포함할 필요성을 감안하여 공정거래위원회는 1996년 12월 30일 공정거래법 개정시 부당한 지원행위에 대한 규제 근거를 신설하게 되었다. 종전법과 다른 점은 첫째, 종전법이 계열회사 상품·용역부문의 부당한 내부거래만을 규제하고 있었으나 법개정을 통해 자금, 자산, 인력 부문의 부당내부거래행위도 규제대상에 추가하였고 둘째, 계열회사만을 차별하지 않고 모든 사업자에게 균등하게 적용시키는 일반 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있다는 점이다.

이러한 행위를 추가하게 된 배경에 대해 대규모기업집단의 계열분리요건을 완화하여 계열분리를 촉진하는 방향으로 공정거래법을 개정하였으나 계열분리 후에 내부거래를 통해 상호간에 자금이나 자산·인력을 부당하게 지원하게 되는 때에는 실질적 계열분리가 이루어지지 않게 될 뿐만 아니라, 경쟁력이 없는 한계기업의 퇴출을 저해하고, 기업집단에 속하지 않으면서 경쟁력이 있는 중견기업이 공정한 경쟁을 할 수 없게 하는 등 경제전체의 효율성이나 경쟁력을 저하시키는 원인으로 작용할 수 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 추가하게 된 것으로 설명하고 있다.⁶⁾

공정거래위원회의 부당내부거래 조사실태는 기본적으로 5대 기업집단에 대한 부당내부거래조사에서부터 시작하여⁷⁾ 30대 기업집단에 대한 조사로 확대된

5) 공정거래위원회, 공정거래연보(1994년판), 72면.

6) 이남기, 경제법, 263면.

7) 공정거래위원회는 1998년 5월 8일부터 6월 20일까지의 기간중 실시한 부당내부거래 1차 조사결과에 대해 현대, 삼성, 대우, LG, SK 등 5대 기업집단이 1998년 9월에 제출한 이의신청을 심사한 결과 삼성과 SK그룹에 대해서는 일부를 수용하여 과징금의 일부를 삭감했으나 현대와 대우, LG그룹 등 나머지 부분의 이의신청에 대해서는 기각하기로 1998년 10월 12일 결정하였다. 공정경쟁(한국공정경쟁협회) 제38호(1998년 10월), 22면; 뒤이어 공정거래위원회는 1998년 11월 11일 현대, 삼성, 대우, LG, SK 등 5대

후, 8) 계열분리된 친족독립회사에 대한 부당내부거래⁹⁾에까지 확대되었다.

3) 계열분리와 지원객체

상기 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결의 사실관계를 살펴보면 지원객체는 지원주체와 기존에는 같은 계열관계였으나 이후 분리된 독립회사가 되었다.¹⁰⁾ 그렇다면 판결문의 내용과 이를 반영한 심사지침에서 지원객체 중 다른 회사를 단순히 “지원주체의 계열회사에 한정되지 아니한다”라고 할 것이 아니라 적어도 “지원주체와 지원객체가 상호 계열관계에 있거나 있었던 경우”로 한정하여야 할 것이다. 또한 이렇게 표현하는 것이 지원객체를 ‘다른 회사’ 이외에 ‘특수관계인’도 규정하고 있는 법 제23조 제1항 제7호의 취지에도 합당하다고 할 것이다. 왜냐하면 지원객체를 “지원주체의 계열회사에 한정되지 아니한다”라고 한다면 굳이 범조항에 ‘특수관계인’을 규정할 필요가 없을 것이기 때문이다.

다만 현재 계열분리가 확대되는 상황에서 “지원주체와 지원객체가 상호 계열관계에 있었던 경우”에 까지 부당내부거래를 적용한다면 법적용의 대상이 점차 확대될 가능성이 커지게 될 가능성이 있다. 그러므로 장기적으로는 실질적으로 아무런 관계가 없음에도 불구하고 오래전에 상호 계열관계에 있었음을 이유

기업집단에 대한 2차 부당내부거래 조사결과 5대기업집단 소속의 33개 계열회사가 21개 수혜업체에 대하여 총 1조4927억원 규모의 지원성거래를 한 사실을 적발하고, 그 중 30개 업체에 대하여 시정명령과 함께 총 209억원의 과징금을 부과하였으며 3개업체에 대하여는 시정명령조치를 취하였다. 공정경쟁(한국공정경쟁협회) 제39호(1998년 11월), 14면.

- 8) 공정거래위원회는 1998년 10월부터 12월까지 6대 이하의 30대 기업집단 중 내부거래 규모가 큰 한진, 한화, 한솔, 동부, 동양 등 5개 기업집단에 대한 부당지원행위를 조사한 결과 35개사가 45개 계열사에 대해 총 2조5천억원규모의 지원성거래를 한 사실을 적발하고 1999년 2월 25일 시정조치와 함께 총 181억원의 과징금을 부과하였다. 공정경쟁(한국공정경쟁협회) 제43호(1999년 3월), 26면.
- 9) 2000년도에는 대규모 기업집단의 부당지원행위의 근절을 위해 계열분리된 친족독립회사에 대한 조사와 6~30대 기업집단 중 미조사 기업집단 7개에 대한 조사 및 계열사간 부당지원 및 벤처기업을 통한 특수관계인 지원과 관련된 1~4대 기업집단에 대한 조사를 실시하였다. 공정거래위원회, 공정거래백서(2001년판), 50면.
- 10) 원고는 대규모 기업집단 「SK」에 소속되어 통신서비스업을 목적으로 하는 회사로서 공정거래법 상의 사업자에 해당하고, 주식회사 에스케이엠(SKM)은 자기테이프 제조업을 목적으로 하는 사업자로서 1992. 1월에 당시의 기업집단 「SK」에서 계열분리된 친족독립경영회사이다. 서울고등법원 2001. 7. 24. 선고 2000누11064.

로 부당내부거래로서 규제될 가능성이 있다. 따라서 부당내부거래는 현재 계열 관계에 있는 회사들끼리의 거래에 대해서만 법적용을 하고, 현재 계열관계에 있지 아니한 회사에 대해서는 공정거래법상의 불공정거래행위의 한 유형인 차별적 취급의 적용여부를 판단하는 것이 타당할 것이다.

2. 지원주체와 지원객체가 사실상 하나의 사업자인 경우

1) 지원객체가 모회사의 관계에 있는 경우

대법원에서는 모회사의 관계에 있는 경우라고 하더라도 이를 지원객체가 되는 '다른 회사'로 파악하고 있다. 즉 대법원 2006.12.7. 선고 2004두11268 판결에서는 "모회사가 주식의 대부분을 소유하고 있는 자회사라 하더라도 양자는 법률적으로는 별개의 독립된 거래주체라 할 것이고, '특수관계인 또는 다른 회사'의 개념에서 자회사를 지원객체에서 배제하는 명문의 규정이 없으므로, 모회사와 자회사 사이의 지원행위도 법 제23조 제1항 제7호의 규율대상이 된다고 할 것이다"라고 하고 있고, 더 나아가 대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결에서 "모회사가 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사(완전자회사)라 하더라도 법 제23조 제1항 제7호의 규율대상이 된다 할 것이다"라고 판시하고 있다.

2) 공동행위심사기준에서의 '사실상 하나의 사업자'

대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결은 모회사와 완전자회사는 경제적인 이익과 손실을 완전히 같이하는 단일한 경제단위(a single economic unit)에 해당하므로 완전자회사는 법 제23조 제1항 제7호의 '다른 회사'에 해당하지 아니한다는 주장을 배척하였다.

그런데 독일 및 유럽경쟁법상의 단일한 경제단위 이론이 우리나라 공정거래법 운용상 완전하게 배제되어 있는 것은 아니고, 오히려 이 이론을 받아들인 경우도 있다.¹¹⁾ 즉 공정거래위원회에서 제정한 공동행위심사기준¹²⁾은 "다수의 사

11) 권오승, 경제법, 259면 참조.

12) 제정 2002. 5. 8. 공정거래위원회 예규 제20호, 개정 2009. 4. 9. 공정거래위원회 예

업자를 실질적·경제적 관점에서 '사실상 하나의 사업자'로 볼 수 있는 경우에는 그들 간에 이루어진 공동행위에 대해 법 제19조 제1항을 적용하지 아니한다"고 규정하고 있다.¹³⁾ 공동행위심사기준에 따르면 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유한 경우(동일인 또는 동일인 관련자가 소유한 주식을 포함), 당해 사업자들 모두를 사실상 하나의 사업자로 본다. 또한 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유하지 아니한 경우라도 주식 소유 비율, 당해 사업자의 인식, 임원겸임 여부, 회계의 통합 여부, 일상적 지시 여부, 판매조건 등에 대한 독자적 결정 가능성, 당해 사안의 성격 등 제반사정을 고려할 때, 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배함으로써 이들이 상호 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우에는 사실상 하나의 사업자로 본다.¹⁴⁾

3) 독일에서의 콘체른과 '하나의 사업자'

상기의 공동행위심사기준에서 볼 수 있는 바와 같이 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배하는 관계가 형성되어 통일적 지휘하에 결합되어 있는 경우 독일에서는 이를 콘체른이 형성된 것으로 보고 있다. 콘체른은 영업의 양도·양수 계약, 영업의 임대차·경영위임계약, 손익공통계약 등에 의하여 결합된 콘체른을 계약상의 콘체른(Vertragskonzern)으로, 계약 이외의 다른 방법, 예컨대 자본참가, 합작회사의 설립, 임원겸임 등에 의하여 계약없이 하나 또는 다수의 기업이 순전히 사실상 지배기업의 통일적 지휘하에 결합된 것을 사실상의 콘체른(faktischer Konzern)으로 구분된다.¹⁵⁾

독일에서 콘체른과 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB) 제1조의 카르텔 금지규정의 적용문제에 대해서는 다음과 같은 논의가 이루어지고 있다. 우선적으로 콘체른 그 자체는 경쟁제한방지법 제1조에서 의미하는 카르텔의 당사자가 될 수는 없고, 사업자단체에도 해당하지 않는다. 계열회사가 경쟁제한방지법 제1조에서 의미하는 사업자가 되는데,¹⁶⁾ 문제가 되는

규 제57호.

13) 공동행위심사기준 V. 1. 다만, 입찰담합과 그 합의에 다른 사업자가 참여한 경우는 그러하지 아니하다.

14) 공동행위심사기준 V. 2. 다만, 관련시장 현황, 경쟁사업자의 인식, 당해 사업자의 활동 등을 고려할 때 경쟁관계에 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

15) 유진희, 계약상의 콘체른 - 독일 주식법을 중심으로-, 안암법학 제3호(1995), 546면.

것은 어떤 계열회사가 콘체른 내의 다른 계열회사와의 내부관계에서 경쟁제한적 합의를 한 경우에 사업자로 인정할 수 있는가이다.

독일의 학설에 따르면 콘체른의 자회사가 단지 법적으로만 독립적일뿐 경제적으로는 독립성을 가지지 못하므로 경쟁제한방지법의 적용을 부정하는 견해¹⁷⁾도 있고, 이와는 반대로 계열회사들 사이의 카르텔에 대해서도 전면적으로 경쟁제한방지법 제1조를 적용하여야 한다는 견해¹⁸⁾도 있다. 독일의 판례는 법적으로 구속력있는 지시에 의해 이루어진 경쟁제한행위에 대해 경쟁제한방지법 제1조가 적용되지 않는다고 판시하였다.¹⁹⁾ 그에 따르면 만약 지휘없이 계열회사가 합의한 경우에는 사업자는 비록 콘체른의 내부관계에 합의한 경우일지라도 경쟁제한방지법이 적용된다는 것이다.²⁰⁾

이렇듯 독일의 경우 콘체른을 구성하는 개별 기업에 대한 카르텔 금지규정을 적용함에 있어서는 사안을 달리하여 경쟁제한방지법(GWB)의 적용여부를 구별함에 반하여, 우리나라에서는 공동행위심사기준에 의하여 부당한 공동행위 금지규정의 적용이 원칙적으로 배제되는 것으로 규율하고 있다.

카르텔 사안은 경쟁에 대한 직접적이며 중대한 제한을 가져오는 경우가 많으며, 따라서 특히 경성카르텔(hardcore cartel)에 대해서는 세계 각국의 경쟁법이 강력한 제재수단을 동원하여 규제하고 있음을 감안한다면 '사실상 하나의 사업자'에 대한 우리나라 공동행위심사기준의 태도는 EU나 독일의 입법례와 법집행 사례에 비추어 볼 때 구체적인 사례를 파악하지 않은 채 성급하게 일률적으로 부당한 공동행위에 대한 법적용배제를 규율한 것으로 판단된다.

역으로 대규모 기업집단 내의 거래, 즉 내부거래는 독일법상의 콘체른 내부관

16) Huber/Baums, in: Frankfurter Kommentar §1 a. F. Rn. 82.

17) Schütz, Interne Willensbildung und Kartellrecht, WuW 1998, S. 335, 336.

18) 이를 인정하는 것은 계열회사의 법적 독립성만을 가지고 충분하다고 한다. 왜냐하면 계열회사가 경제활동에 참여하는 것은 그들의 독자적인 회사기관에서 형성한 의지에 의한 것이기 때문이다. 그 의지가 만약 콘체른 집행부에 의해 영향을 받은 경우라도 카르텔법상의 사업자성을 인정하는 것에 영향을 주지는 않는다. 따라서 콘체른 내부의 계열회사간의 카르텔 합의에 대해 경쟁제한방지법 제1조가 적용된다. Ganderberger, Was ist ein Unternehmen? Volkswirtschaftliche Überlegungen zum GWB, S. 114f.

19) OLG Frankfurt 22. 04. 1985 WuW/E OLG 3600 Guy Laroche.

20) 그러나 이러한 견해에 대해서는 계열회사일지라도 콘체른 집행부의 동의를 얻어 언제든지 시장에서 독자적으로 활동할 수 있으므로 결국 경쟁제한방지법 제1조가 적용될 수 있는 잠재적인 사업자임을 몰각했다는 비판이 있다. BGH 13. 10. 1977 WuW/E BGH 1523, 1524.

계와 비교 할 수 있다. 그런데 독일에서 콘체른의 내부관계에는 일반적으로 경쟁법이 적용되지 않는다.²¹⁾ 예컨대 어떤 회사가 종속적인 회사를 통해 영업의 일부를 수행하는 경우 그러한 행위의 모든 합의에 대해서는 경쟁제한방지법이 적용되지 않는다는 것이다.²²⁾

독일의 법원에서는 모회사가 100% 소유하는 자회사에 대해 수직적 거래조건 합의를 한 사례에서 자회사는 모회사의 지휘에 구속되기 때문에 경쟁제한방지법 제15조²³⁾가 적용되지 않는다고 판시하였다.²⁴⁾ 또한 독일의 법원은 차별취급금지 규정은 콘체른에 속하여 지휘를 받는 기업에 대해 적용되지 않는다는 판결을 내리고 있다.²⁵⁾

4) 사실상 하나의 사업자에 대한 평가

독일의 예에서는 앞서 본 바와 같이 콘체른 내부의 계열회사일지라도 당사자 사이의 공동행위에 대해서는 카르텔 금지규정인 경쟁제한방지법 제1조의 적용

21) 다만 개별사례에서 언제 콘체른의 전제조건이 충족되는지는 아직 분명하지 않다. 특히 판단의 어려움을 가져오는 경우는 사실상의(faktisch) 콘체른이 형성된 경우이다. 왜냐하면 이 경우 계약상의 콘체른에 부합하는 명백한 회사법상의 구조를 결여하고 있기 때문이다. 이때 회사들간의 결합은 대부분 자본참여나 人的關係(personelle Verflechtung)에 의해 형성된다. 문제는 종속성의 관계속에서 어떠한 전제조건하에 행위의 협력에 대해 경쟁제한방지법의 적용배제가 이루어지는가이다. Loewenheim/Meessen/ Riesenkampf, Kommentar zum europäischen und deutschen Kartellrecht, Bd. 2, §1 Rn. 95.

22) 업무집행기관의 인적 동일성을 통해 결합된 회사가 사업상의 결정을 전적으로 공동으로 한 경우 개별적인 영향은 경쟁제한방지법상 무의미하다. Imenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Aufl., §1 Rn. 209.

23) 수평적 합의와 수직적 합의를 구분하여 규정하고 있던 舊 경쟁제한방지법하에서 제15조는 “가격 또는 거래조건에 관한 합의의 무효”라는 제목하에 수직적 합의에 대한 법규정으로서 다음과 같은 규정을 가지고 있었다. “본법의 적용범위 내의 시장과 관련된 상품 또는 용역에 관한 기업간의 계약은 그것이 당해 기업이 공급받은 상품, 다른 상품 또는 용역에 관하여 제3자와 계약을 할 때 가격 또는 거래조건을 결정할 자유를 제한하는 경우 무효가 된다.”

24) OLG Frankfurt 04. 01. 1990 EWIR 1990, 1099.

25) 독일연방대법원(BGH)에서는 Rheinelektra 사건(BGH 22. 10. 1973 NJW 1974, 901, 902 Rheinelektra)에서 콘체른을 형성한 전력회사가 그의 계열회사가 속하는 지역별 전력요금에 차등을 둔 것에 대해 차별취급금지규정이 적용되지 않는다고 하였고, OLG Frankfurt에서도 콘체른 내부에서 지휘를 받는 관계에 있는 기업에 대해서 舊 경쟁제한방지법 제26조 제2항이 적용되지 않는다고 하였다(OLG Frankfurt 04. 01. 1990 EWIR 1990, 1099).

이 반드시 배제되지는 않는 것으로 해석하고 있다. 반면 콘체른 계열회사간의 거래의 경우 차별취급금지 규정도 적용되지 않고, 특히 모회사가 100% 소유하는 자회사의 경우 경쟁제한방지법이 적용되지 않는다.

그런데 우리나라의 경우 독일과는 반대로 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배함으로써 이들이 상호 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우에 인정되는 '사실상 하나의 사업자'에 대해 원칙적으로 부당한 공동행위의 금지규정 적용을 배제하고, 계열회사 간의 거래에 대해서는 모회사가 100% 소유하는 완전자회사의 경우에도 이를 부당내부거래로 판단하고 있다.

그런데 예컨대 A와 B가 법률적으로는 독립적인 사업자라고 할지라도 경제적으로는 사실상 하나의 사업자인 경우 공정거래법의 적용은 원칙적으로 배제되어야 한다고 보아야 할 것이다. 공정거래법은 경제법의 한 분야로서 사업자의 행위가 시장에 미치는 영향을 평가하는 것이며, 행위에 대한 법률적인 논리에 의한 평가도 중요하지만 경제적인 가치에 의한 평가도 무시할 수는 없다. "부당한 지원행위의 심사지침"은 부당한 지원행위에 해당하는 경우로서 "지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 퇴출이 저해되는 경우"를 적시하고 있다. 대법원 2006.12.7. 선고 2004두11268 판결에서 지원주체는 지원객체의 발행주식 총수 중 "1998. 3.경 90%, 1999. 12. 24. 경 96.61%, 2000. 3. 30.경 95.95%를 소유"하고 있었는데, "당시 지원객체는 2년 연속 당기순손실을 시현하고 있었을 뿐만 아니라 2년 연속대규모 자본잠식 상태"에 있었다.²⁶⁾ 그로인하여 만약 지원객체가 퇴출된다면 이는 지원주체인 모회사도 그만큼의 손실을 입게 되는 것이다. 자회사의 이익과 손실은 모회사의 이익과 손실로 직결되며, 따라서 시장에서 자회사의 입지를 공고히 하고 퇴출을 방지하는 것은 '다른 회사를 도와주는 행위'가 아니라 실질적으로는 '스스로의 이익을 위한 행위'로 보아야 할 것이다.

26) 서울고등법원 2004. 8. 19. 선고 2001누10488.

III. 부당내부거래와 과징금

1. 부당내부거래에 대한 과징금부과 사례

공정거래법 제24조의2에서는 불공정거래행위 금지규정에 위반한 행위자에 대하여 과징금을 부과할 수 있음을 규정하여, 부당내부거래에 대해서는 관련매출액의 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 않는 범위내에서 과징금이 부과됨을 규정하고 있다. 이는 일반적인 불공정거래행위에 대한 과징금의 상한액인 관련매출액의 100분의 2를 곱한 금액보다 높은 과징금을 부과하는 것으로서, 법 규정상으로는 관련매출액의 100분의 10까지 과징금이 부과되는 부당한 공동행위에 이어 부당내부거래에 부과되는 과징금의 상한액이 두 번째로 높다.

이렇듯 높은 수준의 과징금을 부과하는 규정을 두게 된 것은 부당내부거래에 대한 강한 규제의지를 우리나라 입법자가 표현한 것이라 할 수 있다. 그런데 부당내부거래에 부과되는 과징금은 법체계상으로는 적용의 실제에 있어서도 문제점을 내포하고 있다. 그 구체적인 사례를 상기 2003년도 헌법재판소 판례를 통해 보면

공정거래위원회는 ① 에스케이, 에스케이씨, 에스케이투자신탁운용, 에스케이캐피탈, 에스케이텔레콤, 에스케이가스, 에스케이건설, 에스케이유통 등이 1997. 12. 2.부터 1998. 3. 31.까지 사이에 에스케이증권에 개설한 거래계좌에 증권예탁금 명목으로 총 4,076억원을 예치만 하고 주식거래를 하지 아니한 것과 에스케이가스, 에스케이 옥시케미칼, 에스케이상사, 에스케이씨, 에스케이케미칼, 에스케이에너지판매 등이 1998. 2. 28.부터 같은 해 3. 30.까지 사이에 에스케이증권이 1998. 2. 28.자, 같은해 3. 30.자로 각 발행한 총 3,500억원의 후순위사채를 12.57%~14.66%의 수익률로 매입한 것, 그리고 에스케이씨, 에스케이건설, 에스케이에너지판매, 에스케이가스, 에스케이 옥시케미칼, 에스케이유통 등이 1998. 3. 20. 에스케이증권의 유상증자시에 에스케이증권 주식을 주당 3,200원에 93,631,250주 총 2,996억원 상당을 매입한 것과 에스케이, 에스케이텔레콤이 1997. 4. 28.부터 같은 해 11. 20까지 사이에 현대증권과 대우증권을 주간사로 하고 에스케이증권을 청약단(하인수사)으로 하여 총 2,800억원의 무보증회사채를 발행하면서 에스케이증권에 하인수 수수료를 최고 0.79%(회사채 발

행액 기준)에서 최저 0.48%까지 지급한 것 및 에스케이투자신탁운용이 1997. 12.부터 1998. 1.까지 사이에 4회에 걸쳐 에스케이증권에게 연리 16%로 68억 원의 콜자금을 대여한 것이 각 에스케이증권을 부당하게 지원한 것에 해당하고, ② 에스케이건설이 1997. 7. 24.부터 1998. 3. 31.까지 사이에 증권에게 총 94억6000만원을 연 12% 내지 연 20%의 이율로 대여한 것이 증원을 부당하게 지원한 것에 각 해당한다고 보아, 1998. 8. 5. 공정거래법 제23조 제1항 제7호, 제24조에 따라 시정명령, 범위반사실 공표명령을 함과 아울러 공정거래법 제24조의2에 따라 위 회사들에게 과징금을 부과하였다.

그리하여 이 사건 원고는 “공정거래법 제23조 제1항 제7호의 입법목적에 비추어 그 목적을 달성함에는 지원객체에 대하여 과징금을 부과함으로써 부당지원행위로 얻은 이익을 환수하는 것이 효과적임에도 불구하고 지원주체에 대하여 과징금을 부과하고 있으며, 과징금액의 산정에 있어서도 실제로 지원한 금액이나 부당지원행위로 인하여 지원객체가 확보한 부당한 경쟁력의 정도 등을 기준으로 함이 상당함에도 불구하고 지원주체의 매출액을 기준으로 삼은 것은 방법의 적절성을 요구하는 비례의 원칙에 반한다”는 근거하에 헌법재판소에 위헌 제청을 하였다.

2. 과징금의 일반적인 성격

과징금제도는 1980년에 제정된 공정거래법에 우리나라에서 처음으로 도입되었다. 제정 당시 공정거래법상의 과징금은 “시장지배적 사업자가 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 때” 부과되는 것으로서(제6조 제1항), 과징금의 액수는 “가격의 인하명령을 한 날로부터 당해 명령에 따라 실제로 가격을 인하한 날 사이에 가격인상의 차액으로 얻은 수입액(제6조 제2항)”으로 규정하여 과징금 제도 도입당시의 취지는 부당이득환수가 주된 목적이었다.²⁷⁾

그러다가 1995년 4월부터 시행된 제5차 개정법에 제6조 제3항을 신설하여 “매출액에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과”할 수 있음을 규정하였다. 이는 과징금이 부당이득의 환수기능 뿐만 아니

27) 법제처, 일본공정거래법상의 과징금제도에 관한 연구, 2007, 2면; 박영도/김호정, 과징금제도의 운용실태 및 개선방안, 한국법제연구원 2002, 14면.

라 이를 넘어서는 제재기능으로 접근하는 시발점이었다고 할 수 있다. 그리하여 현행법에 따르면 기업결합을 제외한 모든 행위유형에 대해 과징금을 부과할 수 있으며, 학설뿐만 아니라 판례²⁸⁾에서도 과징금의 성격을 부당이득의 환수 및 제재기능을 포함하는 것으로 판단하게 되었다.

EU의 경우에도 “EU조약 제81조와 제82조의 적용을 위한 실행규칙 1/2003”²⁹⁾ 제23조 제1항에서 허위자료 제출, 조사방해 등 절차적인 위반행위에 대하여, 제2항에서는 실체법 위반행위에 대한 과징금 부과를 규정하고 있다. EU집행위원회는 카르텔 금지규정과 시장지배적 지위남용금지규정에 위반한 사업자 내지 사업자단체에 대하여 전년도 총매출액의 10%까지 과징금을 부과할 수 있다(규칙 1/2003 제23조 제2항). EU에서 과징금은 EU집행위원회에서 부과하고 있으므로 행정제재의 성격을 가지고(규칙 1/2003 제23조 제5항), 부당이득의 환수 및 제재기능을 모두 포함한다.

독일의 경우 경쟁제한방지법(GWB) 위반행위를 질서위반행위(Ordnungswidrigkeit)로 파악하고 있다. 그리하여 범위위반행위에 대한 제재로서 경쟁제한방지법 제81조에서 과태료(Bußgeld)가 부과될 수 있음을 규정하고 있다. 카르텔이나 시장지배적 지위의 남용행위 등과 같은 중대한 범위위반행위에 대해서는 백만유로(Euro)의 과태료가 부과될 수 있으며, 사업자에 대해서는 이 액수를 능가하는 과태료의 부과가 가능하다. 다만 과태료 액수가 전년도 총매출액의 10%를 넘어서는 안된다(GWB 제81조 제4항). GWB 제81조 제5항에서는 과태료의 부당이득환수 기능을 규정함으로써 기존에 과태료가 가지고 있었던 제재기능과 더불어 이중의 기능을 동시에 수행하도록 하고 있다.

일본에서 과징금 제도는 1977년 독점금지법 개정시에 도입되었는데, 도입 당시의 과징금제도는 공정거래위원회가 가격카르텔 등에 의해 취득한 부당한 경제적 이익을 위반행위자가 보유할 수 없도록 하기 위한 목적으로 일정한 계산 방법에 의하여 산출한 금액을 국고에 납부하도록 하여 부당이득환수제도로써 출발하였다. 그런데 2005년 개정법에 의해 과징금 부과 규정의 대폭적인 개정³⁰⁾이 이루어져 일본법상의 과징금제도가 부당이득의 환수보다는 위반행위의

28) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197.

29) VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 Nr. L 1/1.

30) 개정의 주요 내용은 ① 과징금 산정율이 상향조정되었고, ② 카르텔뿐만 아니라 사적

태양과 위반행위자에 대응한 제재적요소가 현저하게 강화하는 방향으로 개정되었다고 평가되고 있다.³¹⁾

3. 부당내부거래에 대한 과징금과 부당이득의 환수

1) 헌법재판소의 견해

우리나라에서 공정거래법상의 과징금이 부당이득의 환수와 제재의 기능을 동시에 보유한다는 설명은 공정거래법상 과징금의 부과가 가능한 모든 행위유형에 해당하지는 않는다. 사실상 외국의 입법례에서 본 바와 같이 기본적으로 카르텔과 시장지배적지위의 남용행위와 같이 중대한 경쟁법위반행위에 집중하여 과징금(내지 과태료)을 부과하는데, 이러한 유형의 법위반행위에 의해 부당한 이득이 발생하므로 제재기능을 가지는 금액까지 동시에 부과하는 것은 절차경제적인 측면에서도 효용이 있는 것으로 보인다.

하지만 우리나라 공정거래법상의 과징금 부과대상은 상기의 두가지 유형뿐만이 아니라 사실상 모든 유형의 행위에 대해 과징금 부과대상으로 하고 있으므로 법리상의 문제가 나타난다. 그 대표적인 사례는 불공정거래행위 중 하나의 유형으로 규정되어 있는 부당내부거래이다. 부당내부거래에 부과되는 과징금의 성격에 대해 2003년의 헌법재판소 판례³²⁾의 다수견해는 “행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것”이라고 언급한바 있다.

반면 재판관 한대헌, 권성, 주선회의 반대의견을 보면 “부당한 지원행위에 부과되는 과징금이 지원행위로 발생한 이익을 박탈하기 위한 것은 아니고..... 단지, 부당지원행위를 억제하기 위하여 그러한 행위를 한 사업자를 응징하고 이러한 응징을 통하여 장래의 법위반을 일반적으로 예방하려는 의미만을 가지고 있다”고 판단하고 있고, 재판관 김영일의 반대의견도 역시 “이 사건 과징금은 부

독점에 의한 다른 사업자의 지배행위에 대해서도 과징금을 부과할 수 있는 규정이 신설되었으며(제7조의2 제2항), ③ 각 사업자의 위반행위에 관계되는 사정에 따라 감경·가중사유를 신설하였고(제7조의2 제5항, 제6항), ④ 과징금 감면제도를 도입(제7조의2 제7항 내지 제13항)한 것 등이다.

31) 이영호, 일본의 독점금지법의 개정, 법제, 2006. 2, 112면.

32) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2001헌가25.

당이득환수적 요소는 전혀 없이..... 응보와 역지의 두 가지 목적에만 봉사하고 있을 뿐이며, 이 사건 부당지원행위로 인하여 발생한 피해를 구제할 목적(remedial purpose)은 가지고 있지 아니하다”고 판단하였다.

2) 지원주체에 대한 과징금 부과

부당내부거래 사례에 있어서 과징금은 지원주체에 부과되고 있다. 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결에서도 “반드시 지원객체에 대하여 과징금을 부과하는 것만이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 할 수 없으며.....”라고 하여 2003년도 헌법재판소 판례와 마찬가지로 지원주체에 대해 과징금을 부과하고 있다.

그런데 부당내부거래에 대한 과징금의 기능을 제재뿐만 아니라 부당이득의 반환이라는 두가지 성격을 가진 것으로 파악하는 헌법재판소와 대법원의 입장에 선다면 부당이득의 당사자는 지원객체이므로 지원주체에 대해 부당이득을 목적으로 하는 과징금을 부과하는 것은 타당하지 않다.

헌법재판소 판례의 다수견해는 “다수의 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당내부거래를 이용하는 것이므로, 중·장기적으로 볼 때 부당내부거래는 경제력 집중을 통하여 결국 부당지원을 한 기업에게도 상당한 부당이득을 발생”시킨다고 판단하고 있다. 그에 따르면 계열의 유지·확장 = 부당이득 발생이라는 말이 된다. 하지만 계열의 유지·확장자체만으로 부당이득이 발생한다고 보기는 어렵고, 구체적인 위법행위를 통해서 부당이득이 발생할 것이며, 부당이득을 발생시키는 구체적인 행위에 대해서는 공정거래법상의 각 조문의 적용을 통해 환수하여야 할 것이다. 헌법재판소 판례의 다수견해는 아직 구체적으로 발생하지 않은 부당이득을 미리 의제하여 환수조치할 수 있는 것으로 판단하고 있는데 이는 적절하지 않다고 판단된다.

그리고 만약 헌법재판소 판례의 다수견해인 “부당지원을 한 기업에게도 상당한 부당이득을 발생시킨다”는 견해를 인정한다고 하더라도, 지원행위를 한 기업은 결국 자신의 이익증대를 꾀하기 위하여 자산 등의 출연을 하는 것이다. 그렇다면 지원주체가 그 출연의 결과물로서 얻는 이득을 ‘부당한’ 이득이라고 하기는 어려울 것이다. 지원주체가 후에 자신에게 돌아오는 이익을 위하여 지원행위

를 하는 것이라면 이는 일종의 투자 개념으로 파악하고, 그가 얻는 이익은 그 투자의 결과물이지 ‘부당한’ 이득은 아니라고 할 것이다.

내부거래를 통해 이득을 얻는 자는 부당한 지원을 받은 자가 되고, 따라서 부당한 지원을 한 자 즉 지원주체에 대한 과징금의 징수에는 부당이득환수적 요소가 없다고 할 것이다. 그렇다면 지원주체에 대한 제재적인 요소만 가지고 있는 부당한 지원행위에 대한 과징금의 성격을 파악하여야 할 것인데, 앞서 본 헌법재판소 판례의 소수견해는 처벌(한대헌, 권성, 주선회의 반대의견) 내지 형사제재(김영일의 반대의견)로 보고 있다. 행정청에서 부과하는 행정벌의 목적과 기능은 본질적으로 제재와 예방에 있으며, 행정벌의 종류로는 과징금 이외에 행정형벌과 과태료가 있다.³³⁾ 헌법재판소 판례의 소수견해는 과징금에 대한 적법절차의 원리나 이중처벌금지의 원칙을 강조하기 위하여 부당내부거래에 대한 과징금의 성격을 처벌 내지 형사제재로 파악한 것으로 보이며, 이를 형사제재화하여야 한다는 뜻은 아닐 것이다. 왜냐하면 부당내부거래에 대해 과징금을 행정형벌화 한다면 비록 법원이 전면적인 심사가 가능하기는 하겠지만 확정 후 집행까지 치른다면 다수의 전과자를 양산할 가능성이 있기 때문이다.

부당내부거래의 규제는 다분히 입법자가 경제력 집중을 억제하기 위한 목적으로 도입한 제도라고 할 수 있으며, 그 규정위반행위에 대해서는 질서위반행위에 대한 제재로서의 과태료 처분으로 전환시키는 것이 타당할 것으로 판단된다.

4. 과징금액 부과기준

상기 원고의 위헌제청 사유 중에서 두 번째 문제인 과징금액의 산정에 있어서 지원주체의 매출액을 기준으로 한다는 것에 대해 헌법재판소의 다수 견해는 “사업자가 법 위반행위를 하는 것은 종국적으로 경제적 이익을 얻고자 하는 데에 그 목적이 있을진대, 사업자의 매출액을 그러한 경제적 이익 증가의 지표로 보고서 매출액을 기준으로 삼아 과징금액의 상한을 책정토록 한 것은 나름대로 수긍할 만한 합리성이 있다”고 하였다.³⁴⁾

33) 행정형벌과 행정질서법 그리고 과징금의 비교는 김하열, 구 독점규제및공정거래에관한 법률 제24조의2 위헌제청, 헌법재판소결정해설집(2003), 359면 이하 참조.

34) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결에서도 “과징금액의 산정에 있어서 지원주체의 매출액에 대한 일정한 비율의 한도 내에서 과징금을 부과하도록 하고 있으나, 공정거래위원회로서는 같은 법 제55조의3 제1항에 정한 각 사유를 참작하여 개별 부당

그러나 지원주체의 지원액이 아닌 매출액 기준으로 과징금을 부과하는 것은 비례의 원칙에 반할 가능성이 크다. 왜냐하면 상호지원을 통해 계열회사가 시장에 신규진입하는 것을 용이하게 하거나, 불황 등으로 인하여 시장에서 어느 계열회사가 퇴출될 위기에 처해있을 때 지원을 통해 시장에 잔류할 수 있도록 하기도 한다는 측면에서 부당내부거래의 위법성을 찾는다면 지원액수의 크기에 따라 위법성의 내용이 달라져야 한다. 즉 예컨대 매출액이 작더라도 지원액이 크면, 매출액이 큰 사업자가 지원액이 적은 경우보다 그 위법성을 높게 보아야 한다.

그러나 헌법재판소의 견해에 따르면 지원액과는 관계없이 지원주체의 매출액에 의해 과징금이 결정되므로 위법성과는 관계없는 과징금이 부과되는, 즉 행위에 대한 책임과 제재가 서로 괴리되는 상태가 된다.

공정거래법 제24조의2와 시행령 제9조 제2항은 과징금의 산정방법으로 매출액(직전 3개 사업연도의 평균매출액)을 기준으로 과징금을 부과하도록 규정하고 있지만, 이를 구체화한 “과징금부과 세부기준 등에 관한 고시”³⁵⁾에서는 이를 수정하여 과징금 산정시 ‘위반액’에 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 곱하여 기본과징금을 산정하고 있다.³⁶⁾ 그리고 ‘위반액’은 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·유가증권·부동산·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 ‘지원한 금액’을 말한다.³⁷⁾

이렇듯 부당내부거래에 부과되는 과징금에 대한 부과기준이 법규정과 이를 집행하는 공정거래위원회의 지침도 일치하지 않는 문제도 있는데, 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결에서는 구체적인 근거는 제시하지 않은채 “과징금 산정방법및부과지침이 공정거래위원회 내부의 사무처리준칙에 불과하다고 할 것이나 법에서 정한 금액의 범위내에서 적정한 과징금 산정기준을 마련하기 위

지원행위의 불법의 정도에 비례하는 상당한 금액의 범위 내에서만 과징금을 부과할 의무가 있다는 점 등을 고려하면, 비례원칙에 위배된다고도 할 수 없다”고 한 바 있다.

35) 제정 1999. 4. 16. 공정거래위원회 고시 제1999-5호, 개정 2009. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2009-36호.

36) 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 IV. 1. 마.

37) 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 II. 8. 나. 이 때 지원금액의 산출이 가능한 경우에는 당해 지원금액을, 지원금액의 산출이 어렵거나 불가능한 경우에는 당해 지원성 거래규모의 100분의 10에 해당하는 금액을 말한다.

해 제정된 것임”을 이유로 과징금산정 방식에 대한 별다른 이의를 제기하지는 않았다.

이렇듯 현재 부당내부거래에 대한 과징금산정기준에 대해서는 법령과 고시의 내용이 일치하지 않고, 법원의 판결도 그에 따라 지원주체의 매출액에 따라 과징금을 산정하여야 한다고 하면서도 지원액을 기준으로 과징금을 산정한 것을 적정하다고 판단하고 있는바 결론적으로는 앞서 본바와 같이 매출액 기준이 아닌 지원금액 기준의 과징금 산정이 타당하다고 할 것이고 따라서 법과 시행령의 개정이 요청된다고 할 것이다.

IV. 내부거래의 규제에 대한 평가

일반적으로 불공정거래행위에 대한 규제는 상품이나 용역의 거래관계에서 발생하는 불공정거래행위를 규제대상으로 하고 있음에 반해, 부당한 자금·자산·인력의 지원행위는 그러한 자금·자산·인력의 부당한 지원행위로 말미암아 결과적으로 상품이나 용역의 거래에 있어서의 공정한 경쟁을 저해하는 요인으로 작용하기 때문에 이를 불공정한 거래행위로 규정하여 금지시키고 있다.³⁸⁾

내부거래는 상품, 자본시장의 불완전성과 왜곡을 극복하여 효율을 창출·제고하는 수단이 될 수는 있으나, 상호교차보조·지원을 통하여 계열회사들에게 효율과는 무관한 경쟁상의 우위를 확보해주는 수단이 되어 경쟁기업의 도태, 잠재 경쟁자의 진입저지 효과를 가져와 경제활동의 효율성을 저해할 수도 있다는 이유로 내부거래는 금지되고 있다. 이와 같이 내부거래는 긍정적 효과와 부정적 효과를 함께 갖고 있는 바, 내부거래에 대한 경쟁정책상 우려사항은 교차보조·지원을 통하여 계열회사에게 ‘효율과는 무관한 경쟁상 우위’를 확보해 주는 수단이 될 수 있다는 것이다. 그러므로 내부거래규제의 필요성이 제시되고 있다.³⁹⁾

일반적으로 보조와 지원을 통한 가격약탈이 효과적인 경쟁사업자 배제 수단이 되지 못하지만, 이것은 자본시장이 완전하고 효율적으로 움직인다는 것을 전제로 설립하는 것이다. 우리나라 자본시장의 불완전성을 감안할 때 상대적으로

38) 이남기, 경제법, 262면 이하.

39) 윤보옥, 공정거래법상의 부당내부거래, 상사법연구, 제20권 제3호(통권 제31호), 219면.

자금동원능력이 우월한 대규모기업집단이 자금·자산의 내부거래를 통하여 계열사의 자금력을 강화함으로써 독립적 경쟁자들과 경쟁에서 우위를 확보하고 나아가 경쟁자들을 시장에서 배제할 가능성이 현실적으로 존재한다. 다만, 계열사간의 자금·자산의 내부거래는 자본시장의 불안진성을 극복하여 효율을 제고하는 수단이 될 수도 있으므로 계열사간의 자금·자산거래 모두를 금지하여서는 아니 될 것이다⁴⁰⁾.

“부당한 지원행위의 심사지침”에 따르면 “지원주체와 지원객체간의 가지금금 또는 대여금 기타 자금의 거래(자금거래)에 의한 지원행위는 실제 적용된 금리(실제적용금리)가 당해 자금거래와 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등의 면에서 유사한 상황에서 당해 지원객체와 그와 특수관계가 없는 독립된 금융기관간에 지원주체의 지원없이 자금거래가 이루어졌다면 적용될 금리(개별정상금리)보다 낮은 경우에 성립한다”고 하고 있다.

독일의 연방대법원 판례에서는 콘체른 내부의 금융관계에 대하여 적법성을 인정하였다.⁴¹⁾ 그에 따르면 콘체른내에서의 금융은 모든 참여 당사자에게 경제적으로 중요하며, 그 안정성은 콘체른 전체뿐만 아니라 모든 개별 기업에도 여러측면에서 기여한다고 하였다. 예컨대 콘체른 내부에서 자금거래를 하는 경우 콘체른 외부의 금융기관을 이용함으로써 발생할 수 있는 부수적인 비용이 발생하지 않는다. 대출에 있어서 시장에서의 융자조건보다 더 유리한 조건으로 자금의 이동이 가능하다. 이는 이율 그 자체뿐만 아니라 기타 소비대차에 수반되는 각종 부대조건에 있어서도 시장에서의 조건보다 더 유리한 조건이 가능하다. 각종의 수수료나 무이자 기간 등 여러 조건에 있어서 혜택이 가능하다고 판단하고 있다. 그리고 독일에서는 콘체른내에서의 금융을 통해 비용절감과 더불어 콘체른 집행부의 지휘하에 위험의 분산도 가능해진다고 판단하고 있다.⁴²⁾

이와는 반대로 우리나라에서는 공개된 시장에서 형성되는 정상가격이 아니라 회사집단 전체의 목적 달성을 위해 또는 지배주주의 개인적인 이해관계를 우선

40) 이석준, 기업집단의 내부거래규제, 공정거래백서, 1997, 165면.

41) BGH 24. 11. 2003 BGHZ 157, 72.

42) 콘체른의 효과적이며 전문적인 금융의 관리를 통해 우선적으로 참여 회사들이 이익을 얻을 수 있다. 장단기적으로 적절한 금융계획을 세울 수 있고, 자금유통에 대한 적절한 조인이 가능해진다. 동시에 내부의 헤지(hedge)거래에 의해 환율변동의 위험으로부터도 벗어날 수 있다. 따라서 위험의 관리가 가능해지고, 그 관리비용도 현저히 감소하게 된다. Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003, S. 8ff.

적으로 고려하여 결정되는 이전가격에 의해 거래가 이루어지는 경우 정상가격과 이전가격의 차액만큼의 부의 이전이 이루어져 회사집단 전체의 조세부담이 절감되고 지배주주의 이익탈취가 이루어지는 문제점이 있으므로 이를 부당내부거래로서 금지하고 있다.

부당내부거래규제 규정에 대해서는 다음과 같은 비판이 존재한다. 우선 공정거래법이 부당한 자금·자산·인력지원행위를 금지함은 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보하기 위함이나, 이는 경제적 효율성보다 중소기업의 보호를 우선시킴으로써 비효율적인 기업의 유지를 추구하는 것으로서, 결국에는 합리적 기준을 무시한 법규범과 공정거래법 집행기관이 감당할 수 없는 업무부담의 가중, 그리고 의타적인 부류의 기업 양산이라는 결과를 초래하게 된다는 비판이 있다.⁴³⁾

둘째, 선진 각국은 독점금지법의 적용에 있어 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 회사들을 그들의 독립된 법인격에도 불구하고 하나의 경제적 단일체로 취급하는 단일체이론을 일반적으로 인정하고 있다고 보아, 재벌은 복수의 계열회사로 구성되어 있지만 재벌 전체를 하나의 기업(사업자)으로 보아야 하고, 하나의 회사 안에 존재하는 법인화되지 않은 복수의 사업부서끼리 상호지원하는 행위가 독점금지법의 적용대상이 아니 듯이 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래도 동일한 취급을 하여야 한다는 비판도 있다. 이는 즉 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래에 공정거래법을 적용하는 것은 기업조직을 모두 내부화함으로써 자신들을 보호하게 강요하는 것이며 자회사 설립이 가져오는 비용 절감 기타의 이익이 희생될 뿐 경쟁의 촉진에 기여함은 없을 것이라는 견해이다.⁴⁴⁾

셋째, 공정거래위원회의 심사지침은 지원행위의 부당성에 관한 판단기준의 하나로서 지원행위로 인해 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 들고 있는바, 이것은 한계기업에 해당하는 계열회사의 시장퇴출 즉 재벌 내부의 구조조정이 계열회사간의 상호지원에 의해 지연되는 것을 금지하겠다는 뜻이며 공정거래법의 적용으로 재벌기업 전체의 경쟁력을 향상시키겠다는 발상인데, 기업이 비효율적이라는 것만으로는 공정거래법을 적용하여 제재를 가할 수 없다는 비판이 있다. 왜냐하면 어떤 행위가 비효율적인가 아닌가를 당사자인 기업보다 정부가 정확

43) 이문지, 한국공정거래법비판, 125면 이하.

44) 이문지, 한국공정거래법비판, 128면.

하게 파악할 수 없으며, 설사 정부가 잘 알 수 있는 경우가 있다고 하더라도 하나하나의 기업행위의 효율성을 판단하고 감시함으로써 얻는 이익보다 그 비용이 훨씬 크기 때문이다.⁴⁵⁾

부당내부거래는 원래 대규모기업집단의 경제력집중을 억제하기 위한 수단으로 보아 공정거래법상 경제력집중의 억제에 대한 규제규정에 포함시키려고 하였으나, 그러한 지원행위는 일반사업자들 사이에서도 발생할 수 있으므로 불공정거래행위로 규정되어 모든 사업자들에게 적용할 수 있도록 하였다.⁴⁶⁾ 그러나 실제로는 계열회사 관계에 있거나 있었던 회사들 사이의 거래에 대해서만 적용되고 있고, “당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단”⁴⁷⁾하고 있다.

대규모기업집단에 대한 법적 규제는 무엇보다도 우리나라의 경제적 현실을 반영하고 있다. 1960~70년대 경제개발시절에 민주적인 경제의 운용이나 성장에 따른 과실의 분배가 부적절했고, 그로 인해 경제의 집중화가 지나치게 심화되었던 상황에서 국민경제에 부정적인 후생효과를 미치는 것을 방지하기 위한 제도설계로서 그 기능을 하였다.

그러나 1997년 이후 급속도로 진행된 경제와 시장의 변화는 대규모 기업집단이라고 할지라도 경제적 집중도의 측면에서 예전과 다르고, 소위 글로벌스탠더드(Global Standard)의 도입에 의한 회사법상의 여러 제도 변화, 예컨대 사외이사나 감사위원회 제도도입 혹은 소수주주권의 확대 등을 통해 기업집단 계열사의 거래행태도 변화하고 있다. 따라서 예전에 대규모 기업집단의 경제력집중억제라는 입법자의 의지에 의해 외국의 입법례와는 차이를 보이는, 그리고 시장에 구체적이며 실제적으로 부정적인 영향을 미치는 것이 아니라 추상적이면서 잠재적인 영향을 미치게 되는 상황을 방지하기 위한 입법이 현재에도 적절한지는 그 의미를 다시 한번 숙고해야 할 필요성이 있을 것으로 보인다. 금융제도나 회

45) 이문지, 한국공정거래법비판, 128면 이하; 이승철, 내부거래와 경쟁정책, 월간 공정경쟁, 제44호, 41면.

46) 권오승, 경제법, 242면.

47) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결; 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결; 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결; 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결.

사지배구조(Corporate Governance)의 개선 등을 통해서도 대규모 기업집단의 계열회사 관계는 구조적인 변화를 보일 수 있으며, 따라서 앞으로 이러한 변화로 인한 내부거래의 변화와 내부거래가 실제로 경제에 미치는 영향 등을 분석하여 그 의미를 다시 새겨보아야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 권오승, 경제법, 제7판, 법문사, 2009.
- 김하열, 구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2 위헌제청, 헌법재판소결정 해설집(2003).
- 박영도/김호정, 과징금제도의 운용실태 및 개선방안, 한국법제연구원 2002.
- 법제처, 일본공정거래법상의 과징금제도에 관한 연구, 2007.
- 유진희, 계약상의 콘체른 - 독일 주식법을 중심으로-, 안암법학 제3호, 1995.
- 윤보옥, 공정거래법상의 부당내부거래, 상사법연구, 제20권 제3호(통권 제31호), 2001.
- 이기수/유진희, 경제법, 세창출판사, 제8판, 2009.
- 이남기, 경제법, 박영사, 제2개정판, 2000.
- 이문지, 한국공정거래법비판, 자유기업센터, 1997.
- 이석준, 기업집단의 내부거래규제, 공정거래백서, 1997.
- 이승철, 내부거래와 경쟁정책, 월간 공정경쟁, 제44호(1999).
- 이영호, 일본의 독점금지법의 개정, 법제, 2006. 2.
- Gandenberger, Was ist ein Unternehmen? Volkswirtschaftliche Überlegungen zum GWB, 1963.
- Huber/Baums, in: Frankfurter Kommentar, Glasser, v. Hahn, Kersten, Kolvenbach, Lehmann, Kommentar zum GWB, Loseblatt, Lgf. 58., 2005.
- Immenga/Mestmäcker, GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Aufl., 1992.
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kommentar zum europäischen und deutschen Kartellrecht, Bd. 2, 2006.
- Schütz, Interne Willensbildung und Kartellrecht, WuW, Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, 1998.
- Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2003.

[Abstract]

Intra-Konzern Geschäft nach dem koreanischen Monopoly Regulation and Fair Trade Act

Sim, Jae-Han

Professor, Law School, Yeungnam University

Im Gegensatz zum alle anderen Ländern in der Welt verbietet das koreanische Monopoly Regulation and Fair Trade Act intra-Konzern Geschäft. Der Gesetzgeber hat die Meinung, dass dieses Geschäft wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen mitbringen könnte. Aber dieses Geschäft kann auch positive Wirkungen haben. Also wenn ein Unternehmen im Markt ein Geschäft zieht, es muss mehrere Sicherheitsrisiko einnehmen. Durch intra-Konzern Geschäft kann das Unternehmen die Sicherheitsgarantie bekommen. Auch kann das intra-Konzern Geschäft die Effektivität der Leistungsfähigkeit durch die Reduzierung der Kosten verbessern. Unter dieser Konzeption hat der deutsche Gesetzgeber über das intra-Konzern Geschäft generell eine kartellrechtliche Privilegierung gegeben. U.S.A. und EU halten die Unternehmen im Konzern als Wirtschaftseinheit(single economic entity). In Korea gilt diese Wirtschaftseinheitstheorie nur im Bereich Kartellverbot. Das Verbotprinzip über das intra-Konzern Geschäft in Korea hat einige logische Probleme und bekommt nun die Kritik. In Diesem Aufsatz wird mehrere Rechtsprechung über das intra-Konzern Geschäft erörtert und damit die Problemlösung versucht.