

## 부당내부거래 금지의 문제점



이문지  
백제대학교 법학부 교수

**부당한 기업경영을 가장 효과적으로  
견제하는 것은 시장의 압력이지만,  
우리나라의 실정상 재벌기업 전체의  
동반부실화 위협의 원인이자  
내부거래 문제의 단기적·즉효적 처방인  
공정거래법에만 의존하고 있다.  
시장기구나 이해관계자들이  
제 역할을 할 수 있는 여건을  
조성하는 것이 무엇보다 중요하다.**

### 머리말

내부거래는 원래 시장거래(외부거래)에 대립되는 개념이다. 예컨대 자동차 제조업에 종사하는 기업이 부품을 다른 기업으로부터 구매하여 조달하는 것이 시장거래라면 필요한 부품을 스스로 제조하여 조달하는 것이 바로 내부거래이다.

보통의 경우 하나의 회사는 곧 하나의 기업이다. 따라서 내부거래는 보통 회사 내부의 거래를 가리킨다. 그렇지만 우리 나라의 공정거래 실무에서 통용되는 내부거래라는 용어는 회사 내부의 거래가 아니라 공동된 경영지배를 받는 회사 집단 예컨대 재벌에 속하는 계열회사들 사이의 거래를 가리킨다. 이 글에서도 일반적인 용례에 따라서 계열회사간의 거래를 내부거래로 부르기로 한다. 다만 이러한 용례는 재벌 계열회사들을 각기 독립한 기업으로 보지 않고 이들이 속한 재벌 전체를 하나의 기업으로 인식하고 있다는 사실을 암시한다. 그렇지만 현행 공정거래법은 회사의 내부거래에 대해서는 공정거래법을 적용하지 않는 반면에 계열회사간의 거래에 대해서는 일정한 경우 이른바 '부당내부거래'로서 금지한다. 법적 취급을 달리하고 있는 것이다. 그렇다면 재벌을 하나의 기업으로 보는 이러한 용례나 공정거래법으로 계열회사간의 거래 즉 내부거래를 규제하는 것 어느 한 쪽이 잘못이라고 보아야 할 것이다. 과연 어느 쪽이 잘못일까?

## ● 경쟁법의 내부거래에 관한 일반이론

기업 A가 B와 C라는 영업부서를 두고 있다고 가정하자. 이 때 A 기업이 사업부서 B와 C의 영업지역을 할당하고 판매가격을 제한하는 행위에 대해서는 경쟁법의 적용이 배제된다. 이제 기업 A가 회사 안에 영업부서를 두지 않고 자회사 B와 C를 두었다고 가정하자. 모회사 A가 자회사 B와 C의 영업지역을 할당하고 판매가격을 제한하였다면 경쟁법의 적용대상이 될까? 법인격 분리로 인한 유한책임의 혜택을 누리기 위해 별도의 회사를 설립한 기업은 복수의 회사로서 기업을 조직한 이상 이들간의 행동조정에 대해 경쟁법이 적용되는 부담을 감수할 수밖에 없는가? 아니면 자회사의 설립은 시장진입을 촉진하고 진입비용을 절감하므로 경쟁촉진을 목적으로 삼는 경쟁정책의 관점에서 보면 하나의 기업이 자회사를 설립하는 것과 법인화되지 않은 사업부서를 두는 것 사이에 존재하는 조직상의 차이는 아무런 의미가 없다고 보아야 하는가?

또 하나의 예를 들어보자. 모회사 A의 납품가격 조정 및 자금지원에 힘입어 자회사 B가 부당염매를 실시함으로써 경쟁기업 D가 시장에서 축출될 위험이 있을 경우 B의 행위를 경쟁법은 금지할 수 있는가? 각기 독립된 법인격을 가진다는 사실을 중시한다면 모회사 A가 공급하는 가격을 자회사 B의 비용으로 보아야 하고 따라서 B가 원가보다 현저하게 낮은 가격으로 시장에 공급하는 것이 아니라면 B의 행위를 부당염매로 규

제할 수는 없다. 그러나 A와 B의 독립된 법인격을 부인하고 전체를 하나의 기업으로 본다면 A와 B의 거래를 사업부서 상호간의 거래와 마찬가지로 취급해서 이들의 행위를 부당염매로 규제할 수 있다.<sup>1)</sup> 마지막으로 A와 B가 독립된 법인임을 중시하면서 A가 B를 지원하는 행위 그 자체를 금지하는 방안도 생각할 수 있을 것이다. 그러나 만약 D가 시장에서 축출될 위험이 있는가 여부와 상관없이 지원행위 그 자체를 금지한다면 B와 D가 속한 시장의 경쟁을 활성화하는 경우까지 일률적으로 금지하게 되므로 경쟁법의 목적에 부합하지 않는다. 그러면 외국의 경쟁법들은 어떤 입장을 취하고 있을까?

미국, 유럽공동체, 독일, 일본 등 선진국들의 경우 계열회사 A와 B 또는 B와 C 사이의 내부거래(상호지원) 그 자체에 대해서는 경쟁법이 적용되지 않는다. 그 이유는 단일체인론(theory of enterprise unity)이 (그 명칭이나 표현을 별론으로 한다면) 이들 나라에서 공통적으로 인정되고 있기 때문이다. 단일체인론에 따르면 경쟁법의 적용에 있어 (모자회사로 구성된 회사집단처럼) 동일한 집단에 속하고 공동된 지배를 받는 계열회사들은 그들의 독립된 법인격에도 불구하고 그 전체가 하나의 경제적 단일체(a single economic entity) 즉 하나의 기업으로서 취급되므로 이들 사이의 협정이나 거래에 대해서는 경쟁법이 적용되지 않는다.<sup>2)</sup> 그러면 모자회사 또는 계열회사 사이에 어느 정도의 관계가 있어야 이들을 경제적 단일체로 보고 경쟁법의 적용이 배

1) A와 B를 하나의 기업으로 본다면 자회사 B의 반경쟁적 행위를 이유로 모회사 A에게 책임을 물을 수도 있고 시장지배적 지위의 존부를 판단할 때 경제적 단일체를 구성하는 회사집단 A, B 그리고 C 모두의 경제력을 합산할 수 있게 되는 효용이 발생한다.  
2) 이 이론에 관한 상세한 소개는 다음 문헌을 참조. 이문지, "법인격부인론과 독점금지법", 『사회과학연구』 제13집 (배재대학교 부설 사회과학연구소, 1996) 322~333쪽.

제될까? 아래에서는 모회사(동일인)가 소유하는 자회사(계열회사) 주식의 비율에 따라 경우를 나누어서 단일체이론의 적용을 위한 일반이론을 모색해 보자.

모회사가 주식의 100%를 소유하는 자회사의 경우 모회사와 자회사는 이해관계가 완전히 일치한다. 자회사의 자치를 인정할 여지도 전혀 없으므로 자회사는 실질적으로 모회사 내부의 사업부서와 다름없다. 따라서 이러한 모자회사 사이의 협정이나 거래에 대해서는 부당한 공동행위나 불공정거래행위 또는 시장지배적 지위의 남용에 관한 경쟁법의 적용이 배제된다. 동일인이 각기 100%의 주식을 보유하고 있는 자매회사들의 관계 역시 법인화되지 않은 사업부서와 같이 취급한다는 원칙이 타당하다.

모회사가 자회사의 주식을 부분적으로 소유하는 경우에는 100% 보유하는 경우와 달리 소수주주가 존재한다. 이 경우 모회사는 자회사의 지배주주로서 소수주주의 이익을 무시하지 않을 의무를 부담하므로 자회사에게 일방적으로 불리한 거래를 자제할 필요가 있다. 그러나 자회사의 소수주주는, 모회사와 자회사가 서로 경쟁하지 않고 협조적으로 행동할 것으로 예상하고 투자하였을 가능성이 크다. 이것은 모자회사의 협조적 행동이 소수주주의 이익을 침해하는 경우보다는 소수주주의 이익에 부합하는 경우가 오히려 일반적이라는 사실을 의미한다. 따라서 자회사에 소수주주가 존재한다고 하여 모자회사를 경제적 단일체 즉 하나의 사업자로 보는 것이 불

가능하게 되지는 않는다.<sup>3)</sup>

모회사가 자회사의 주식을 100% 소유하지 않은 경우라도 모자회사를 경제적 단일체로 보는 것이 가능하다면 경제적 단일체로 판단하는 기준이 무엇인지가 쟁점이 된다. 원칙적으로 자회사 주식의 과반수 소유 여부가 모자회사를 경제적 단일체로 보는 기준이 되어야 한다는 견해<sup>4)</sup>도 있지만 모회사가 자회사를 사실상 지배하는 것으로 충분하다고 보아야 할 것이다. 독립적인 경영이 불가능한 자회사에게 모회사와 경쟁하거나 독자적인 이익을 추구하도록 강요하는 것은 비현실적이기 때문이다. 다만 모회사가 자회사의 주식을 과반수 소유하는 경우에는 경제적 단일체임이 추정되지만 모회사가 과반수에 못 미치는 지분만을 갖는 경우에는 모자회사가 경제적 단일체임을 주장하는 자가 사실상의 경영지배관계를 입증할 책임을 진다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>5)</sup> 또한 여기에서 말하는 사실상의 경영지배관계의 입증은 공정거래위원회가 '대규모기업집단'으로 지정한 기업집단의 계열회사라는 사실을 입증하는 것으로 충분하다고 보아야 할 것이다.

### 현행 공정거래법에 의한 부당내부거래 규제에 대한 검토

우리 공정거래법은 다른 나라의 경쟁법과 달리 계열회사간의 내부거래 그 자체를 규제하는 조항을 두고 있다. 따라서 비교법적으로 매우 특이한 입법에 해당한다.<sup>6)</sup> 계열회사 사이의 '부당한

3) Phillip E. Areeda, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VII, ( Boston: Little, Brown & Co., 1986), pp. 251~257.

4) 윤세리, "공동지배하에 있는 계열기업들 사이의 공동행위," 「공정경쟁」 제55호(한국공정거래협회, 2000. 3. 27) 16~17쪽.

5) Areeda, supra note 3, p. 273. 미국 법무부의 Antitrust Enforcement Guidelines for Int'l Operations(1988)도 유사한 입장이 다. 정완 편역, 「미국 반트러스트법 시행 가이드라인」, 법무자료 제127집, 법무부, 1990, 188~189쪽.

자금·자산·인력의 지원' (이하 부당한 지원행위라고 약칭한다) 및 '계열회사를 위한 차별'을 금지하는 조항이 바로 내부거래 그 자체를 규제하는 조항이다. 또한 이러한 조항으로 금지되는 위법행위 유형을 보통 '부당내부거래'라고 총칭한다.<sup>7)</sup>

그러면 공정거래법이 부당내부거래를 금지하는 이유와 기준은 무엇인가? 필자가 이는 바로는 공정거래위원회가 부당한 지원행위를 금지하는 주된 논거는 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보하고 경쟁력이 없는 재벌 계열회사의 시장퇴출이 지연되는 것을 방지함으로써 재벌 전체의 경쟁력을 향상시킨다는 것이다. 또한 지원행위의 위법성을 판단하는 주된 기준은 지원규모이며 재벌 계열회사의 상호지원행위를 주된 규제대상으로 삼고 있다.

우선 ①의 이유는 '부당한 지원행위의 심사지침'과 과거의 심결례에 의해 판단한다면 비계열 독립기업, 특히 중소기업이 재벌 계열회사와 공정하게 경쟁할 수 있는 여건을 조성한다는 의미이다. 또한 지원객체가 실제로 부당염매행위를 해야 하는 것은 아니고 부당지원행위로 인하여 지원객체가 경쟁사업자에 비해 유리한 위치에 서게 됨으로써 경쟁사업자의 시장을 잠식하는 것을 방지한다는 것이다. 여기에서 지원행위를 통해 경쟁사업자의 시장이 잠식되는 것을 방지한다는 것은 주로 중소기업을 보호하고자 하는 것인데 당해 시장의 경쟁촉진을 통한 경제적 효

율성 및 소비자후생의 확보라는 공정거래법의 목적과 상충될 위험이 크다. 논자에 따라서는 지원행위가 허용되더라도 지원객체가 가격을 인함으로써 당해 시장의 소비자후생이 단기적으로 증가하겠지만 지원주체가 속하는 시장의 소비자후생은 감소할 것이므로 경제 전체로서는 소비자후생이 증가하는 것은 아니라고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 지원주체가 속하는 시장이 독과점적인지 여부를 고려한다는 증거를 심사지침이나 심결문에서 찾을 수 없다.

②의 이유는 한계기업에 해당하는 계열회사의 시장퇴출 즉 재벌 내부의 구조조정이 비합리적인(비효율적인) 계열회사간의 상호지원에 의해 지연되는 것을 방지하겠다는 뜻이며 공정거래법의 적용으로 재벌기업 전체의 합리적 경영 즉 생산적 효율성을 향상시키겠다는 발상이다. 그러나 비효율적인 기업행위에 대한 견제는 적자생존의 법칙이 작용하는 비인격적인 시장기구가 담당한다는 것이 현대적인 경쟁정책의 기본 전제이다. 경쟁법을 적용하는 것은 경쟁제한행위를 금지함으로써 자원배분적 효율성을 증진시킬 수 있을 때에 한정된다. 다만 어떤 경쟁제한행위가 자원배분적 효율성을 감소시키지만 동시에 생산적 효율성을 더 크게 증진시킬 때에는 경쟁법을 적용하지 않는다. 그러나 기업이 비합리적인 경영 그 자체를 공정거래법으로 금지하여 개선할 수 있다고 믿지는 않는다. 판매실적의 감소, 경영손실의 발생, 은행의 채권회수, 또는 시장퇴

6) 물론 우리 나라의 경우 재벌 계열회사 상호간의 내부거래가 갖는 비중이 상당할 것으로 추측된다. 재벌은 다수의 계열회사로 구성되어 있는 만큼 재화나 용역을 재벌 내부에서 조달할 수 있는 경우가 많기 때문이다. 그러나 이것은 우리 나라의 재벌에만 국한된 현상은 아니고 어느 나라나 수직 혼합결합기업이라면 동일한 사정이다.

7) 다만 공정거래 실무에서는 '대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준'이 적용되는 재벌 계열회사들의 거래거절, 경쟁사업자 배제, 비계열회사에 대한 거래강제, 우월적 지위의 남용, 구속조건부거래 등도 일괄하여 부당내부거래로 부르는 관행이 있다고 한다.

출 기타 시장에 의한 제재가 충분한 견제를 할 수 있다고 보는 것이다.

공정거래위원회 지원규모를 주된 기준으로 내부거래의 위법성을 판단하고 있다. 그러나 공정한 경쟁을 확보한다는 명목으로 지원규모에 의해 내부거래를 일률적으로 금지하는 것은 경쟁 촉진으로 소비자후생을 증진하는 내부거래까지 금지한다는 과도한 비용이 발생한다. 한계기업의 시장퇴출이 지연되는 것을 막기 위해 지원규모만을 기준으로 내부거래를 일률적으로 금지한다면 일시적으로 위기에 봉착하였지만 장기적으로는 유망한 계열회사를 포기할 수밖에 없는 비용이 발생한다. 만일 이러한 비용의 발생을 방지하고자 한다면 지원행위의 위법성을 판단하기 위한 광범위하고 어려운 심사를 해야 한다. 우선 지원행위에 해당되는지 여부를 심사해야 하는데 정상가격에 의한 내부거래는 지원행위가 아니므로 갖가지 탈법행위가 등장할 것임은 당연하다. 따라서 표면적으로는 정상거래이지만 실질적인 지원행위인지 여부까지 심사하기 위해서는 일상적인 거래까지 광범위하게 심사해야 한다. 일단 지원행위라고 판단되더라도 이를 금지하는 경우 이로 인하여 발생할 편익과 비용이 어느 정도인지 일일이 검토해야만 경쟁촉진을 통한 소비자후생의 증진이라는 공정거래법의 목적 실현이 가능하다. 그렇지만 위법성 심사를 위하여 엄청난 집행자원을 투자하더라도 이를 상쇄하고도 남을만한 성과를 과연 얻을 수 있을지 의문이다.

## ● 내부거래 문제의 올바른 해결을 위한 제언

공정거래당국은 최근 재벌기업이 구조조정, 부실기업 정리, 독립경영체제를 확립하도록 압박하는 수단으로써 내부거래 규제를 활용하는 것

으로 보인다. 이것은 아마도 내부거래로 인해 재벌기업 전체가 동반 부실화할 위험이 있다고 염려하고 있기 때문일 것이다. 물론 이러한 염려가 사실일 수도 있다. 따라서 일부 한계기업을 정리하는 것이 더 낫다는 판단이 옳을 수도 있다. 그러나 일시적으로 위기를 맞았지만 유망한 기업을 살려서 얻을 수 있는 이익의 기대치가 계열회사 전체의 동반부실화에 따른 손실의 기대치보다 큰 경우에는 내부거래를 통해 당해 기업을 살리는 것이 재벌기업뿐만 아니라 국민경제의 관점에서 이로울 것이다. 문제는 이러한 선택 가능한 두가지 대안의 비용과 편익을 어느 누구도 정확하게 측정할 수 없다는 점이다. 그러나 내부정보를 갖고 있고 자신의 이익이 직결되어 있는 당해 기업의 경영자나 주주 그리고 채권자(은행) 등의 이해관계자들이 선택하는 대안이 상대적으로 타당할 가능성이 크다. 따라서 지원규모를 주된 기준으로 내부거래를 일률적으로 금지할 것이 아니라 이들이 합리적으로 선택할 수 있도록 여건을 조성하는 것이 중요하다.

원래 비효율적이고 위법·부당한 기업경영을 가장 효과적으로 견제하는 것은 상품시장, 자본시장, 기업인수시장 및 경영인력시장 등 다양한 시장의 압력이다. 물론 선진국들과 달리 우리나라는 이러한 시장이 활성화되어 있지 않다. 한편 소비자, 소수주주, 기관투자가, 채권자(금융기관과 국제청) 등은 법률이나 계약에 의해 기업경영자의 행동을 견제할 수 있는 수단에 해당하는 권리를 갖고 있다. 이러한 권리행사 역시 그 실효성을 크게 기대할 수 없는 것이 우리나라의 실정이다. 이러한 현재의 실정이 내부거래로 인한 재벌기업 전체의 동반부실화 위험에 대한 염려를 증폭시키는 원인이 된 동시에 내부거래 문제의 단기적이고 즉효적인 처방 즉 공정거래법에만 의

존하는 원인이 된 것으로 짐작된다. 그러나 급할수록 돌아가라는 옛말처럼 시장기구나 이해관계자들이 제 역할을 할 수 있도록 여건을 조성하는 것이 무엇보다 중요하다. 공정거래법은 이들이 맡아야 할 역할을 대신할 수 있는 만병통치약이 아닌 것이다.

마지막으로 우리 나라 재벌과 다른 나라 회사 집단의 소유구조와 행태가 서로 다르다는 점을

지적하면서 단일체이론을 인정하는 미국 및 일본의 법제를 우리 공정거래법이 계수하였다고 해서 우리 나라도 당연히 단일체이론을 인정해야 하는 것은 결코 아니라는 주장을 들은 적이 있다. 그러나 비교법적으로 유례가 없는 독창적인 제도를 시행할 때에는 오류를 범할 위험도 그만큼 크다는 사실을 인식해야 하지 않을까? **공정**

## 토막상식

### 불공정거래행위(不公正去來行爲)

사업자가 자기의 사업활동을 함에 있어서 자유롭고 공정한 방법이 아닌 불공정한 방법 또는 정당하지 아니한 방법 등으로 거래를 함으로써 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 일체의 거래행위를 말함. 공정거래법은 사업자가 불공정거래행위를 하거나 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 행위를 금지하고 있으며, 동 법은 다음의 7가지를 불공정거래행위로 열거하고 있음. ① 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위, ② 부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위, ③ 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위, ④ 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위, ⑤ 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 그 사업활동을 방해하는 행위, ⑥ 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위, ⑦ 위 행위 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위. 공정거래위원회는 상기 불공정거래행위의 구체적인 유형과 범위에 관하여 「불공정거래행위의 유형 및 기준」을 고시, 운용하고 있으며, 특정사안이 불공정거래행위에 해당되는지 여부에 대하여는 구체적 사안별로 합리성의 원칙에 따라 판단하고 있음.