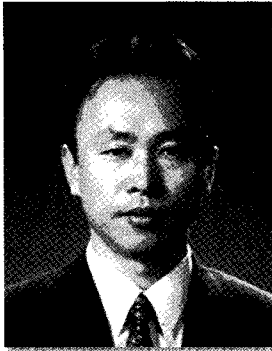


독점규제법상 부당내부거래의 위법성의 심사에 관한 소고



정영화
서경대 법학과 교수

문제의 소재

최근 공정거래위원회는 30대 대기업집단에 대한 구조조정을 가속화하면서 대규모기업집단의 계열회사간 자금이나 인력 등의 내부거래를 대대적으로 조사·발표하였다. 재벌기업들의 계열회사에 대한 내부거래의 관행은 본래부터 사업 다각화와 경제력 집중의 수단으로써 기업결합과 상호출자 및 채무보증 등과 함께 심각한 경제사회적 폐해를 초래한 것이 사실이다. 그런데 내부거래는 다른 경제력집중의 수단과 비교할 때, 이에 대한 현행 법제는 유례가 없다거나 또는 기업의 경영상의 합리성과 필요성에 따른 거래로써 전혀 문제가 되지 않는다고 반론을 제기한다. 이러한 견해는 경쟁정책만을 고려하면 일면 타당하지만, 회계기준에 있어서 미국의 연결채무제표를 고려하면 수긍하기 곤란한 면도 있다.¹⁾

문제의 내부거래는 기업집단의 계열회사 사이의 계열사를 지원할 목적으로 가격이나 거래조건을 차별하여 지원하면 다른 기업과의 공정경쟁을 저해하는 결과 비효율적인 기업을 존속시

**현행 재벌체제에 입각한 경제질서에서
계열회사간의 자금지원행위에 대한
법적 규제는 기업내부의 의사결정의
투명성 보장은 주주와 채권자 및 잠재적인
투자자의 기대이익에 직접 영향을
미치기 때문에 사전 예방적인 규제가
중요한데, 특히 부당한 내부거래와
관련하여 국제적인 회계기준의 하나인
연결채무제표를 채택하여
기업경영에 관한 정보공개를 반드시
선행하지 않으면 법적 규제의 한계를
극복하기 어렵다.**

1) 즉 미국의 연결채무제표의 지분법(equity method)과 연결법(consolidation)은 기업의 다양한 출자에 의해서 다수의 자회사를 보유하고, 기업의 복잡한 거래관계의 본질을 용이하게 이해하기 위해서 기업 그룹을 하나의 단일체 파악하여 기업의 경영과 회계 및 결산에 관한 모든 정보를 자회사까지 포함하여야 기업의 가치를 정당하게 평가할 수 있다는 요청에 기인한다.

키고, 동시에 궁극적으로 경제력집중의 폐해를 초래할 우려가 높다. 그래서 공정거래위원회는 1996년 「독점규제및공정거래에관한법률」(이하 '독점규제법'이라 한다)의 개정에 의해서 실질적으로 규제하게 되었다.²⁾ 독점규제법의 불공정거래행위로서 부당 내부거래란 일반적인 시장거래와 대비되는 기업내부 또는 계열회사간에서 발생하는 거래를 총칭하는 개념이다. 전자를 좁은 의미의 내부거래는 영업거래를 의미하면, 후자의 넓은 의미의 내부거래는 자산과 자금 및 자본거래를 포함하는 것으로 구별한다.³⁾ 이러한 기업내부 또는 계열기업간의 내부거래는 불공정거래행위의 하나로 규정하여 부당한 경쟁수단이나 공정경쟁을 저해하는 거래행위를 금지하고 있다. 특히 부당한 거래방법은 자유로운 시장경쟁의 저해성과 경쟁 및 거래수단의 불공정성을 문제삼고 있다. 여기서 거래의 불공정성은 경쟁자에 대한 관계와 거래 상대방에 대한 관계에서 부당성이 문제될 수 있다. 그런데 IMF 구제금융 전후로 대규모기업집단의 내부거래는 부실한 한계계열사의 퇴출을 방어하거나 재무구조 건전성을 확보하기 위해서 금융시장의 도덕적 해이(moral hazard)에 편승하여 자금지원 등의 내부거래가 제도적으로 공식화되었다. 당시에 재벌의 계열사들은 계열사에 대한 과도한 자금 등을 지원하여 인위적으로 부실기업의 퇴장을 저지한

결과를 구조조정과 경영합리화의 불가피성을 이유로 규제당국과의 법적 논쟁뿐만 아니라 행정소송을 제기하였다.

그러므로 필자는 독점규제법의 부당한 내부거래 중 자금지원행위에 관해서 불공정거래행위의 의의와 당해 거래행위의 부당성의 판단기준 및 위법성의 요건에 대하여 개괄적으로 분석하고자 한다. 이를 분석하기 위해서 5대 재벌회사에서 이루어진 자금지원의 수법과 유형을 검토하면서 논의를 전개하고자 한다.

● 대규모기업집단의 부당한 자금지원의 거래관계

5대 대규모기업집단의 주력기업이 재무구조가 취약한 계열회사를 집중적으로 지원하였다. 최근 3년동안 지원을 받은 35개 회사 중 25개 회사가 1년 이상 적자이고, 또 자본잠식의 상태에 이른 회사도 9개 기업에 이르고 있다.

우선 이들 한계기업에 대한 지원방식은 자본잠식상태에 있는 계열회사가 발행한 무보증사모전환사채와 원금상환이 불확실함에도 불구하고 기업어음을 정상이율보다 낮은 금리로 매입하는 방식이다. 무보증사모전환사채는 원리금의 상환이나 이자지급에 대한 3자의 보증이나 담보없이 발행하는 전환사채이다.⁴⁾ 이는 일정한 조건을 충

2) 공정거래위원회는 1993년 5월에 부당한 내부거래를 조사하여 22개 대상 기업 중 19개 기업에 대해서 79건의 내부거래의 부당성을 지적하였다. 당시 위반행위의 내역은 차별취급행위 65건, 사원판매행위 6건, 거래거절행위 2건으로써 16개 업체에 위반행위의 중지명령과 3개 업체에 경고하였다. 1994년에는 22개 기업집단의 51개 대상업체 중 45개 계열회사에 있어서 120건의 부당한 내부거래행위를 적발하였다.

3) 이문지(1997), 한국 공정거래법 비판 - 부당한 자금·자산·인력지원행위 금지의 문제점, 자유기업센터, pp.27~28; 이승철(1998), 내부거래의 경제분석과 경쟁정책, 한국경제연구원, pp.10~11 참조.

4) 만약 제3자의 지급보증이나 담보부전환사채를 발행하는 경우에는 금융시장에서 사채의 유통에 따른 매입자의 불이익을 보전할 수 있기 때문이다. 따라서 내부거래에 있어서 문제가 되는 경우는 무보증(담보)전환사채가 매입한 주력기업의 주주와 채권자에게 심대한 손실을 미치고 나아가 당해 기업의 재무구조를 부실하게 만든다는 점이다.

죽하면 발행회사의 보통주와 교환되는 까닭에 재무구조나 신용등급이 높은 회사가 타인자본조달을 위해서 발행하는 사채이다. 이러한 사례는 주력기업인 현대중공업 등 현대그룹의 19개 계열회사는 '97년 11월부터 98년 3월까지 (주)대한알미늄과 (주)리바트가 발행한 무보증사모전환사채 2,100억원 어치와 500억원 어치를 이자율 11%~18%로 매입하였다. 당시의 당좌대출금리는 18~30%의 수준에 있었다. 또한 현대그룹의 5개 회사는 친족관계에 있는 한라그룹의 (주)한라건설과 (주)만도기계 등의 주력기업들이 부도 직전에 발행한 기업어음 4,323억원 어치를 12~23.1%의 금리로 인수하였다.⁵⁾ 이와 같이 무보증전환사채의 발행은 증권회사를 매개하여 지원주체와 지원객체간의 내부자금지원행위가 제도적으로 이루어진다.

둘째의 내부거래 방식은 특정금전신탁을 이용하는 방법이다. 예컨대 삼성그룹의 주력기업인 (주)삼성생명은 자산총액이 33조 1,649억원으로 당기순이익이 629억원(98년 3월 기준)인데, (주)삼성자동차의 기업어음 5,217억원어치를 매입하였고, (주)삼성에버랜드의 기업어음 448억원을 매입하였다. 또한 (주)삼성생명은 (주)한솔제지의 기업어음을 200억원 매입하고, (주)삼성물산과 (주)삼성중공업에 대해서 임차보증금의 과다지급을 통해서 68억원과 63억원을 지급하였다. 여기서 삼성생명은 '97년 4월부터 '98년 3월까지 조흥은행 등 8개 시중은행의 특정금전신탁계정에 2,335억원을 예치하였고, 이에 대해서는 은행들은 종합금융사로부터 (주)삼성자동차,

(주)삼성에버랜드, (주)한솔제지 등의 부실계열회사의 기업어음을 저리의 11.63~14.70%로 매입하여 저리에 의한 자금지원을 하였다. 이처럼 삼성그룹은 은행을 매개하여 부실 계열회사에 대한 내부자금지원을 위해서 특정금전신탁의 금융상품을 이용하였다. 원래 신탁이란 불특정 다수의 고객들로부터 예약받아서 이를 대출하거나 채권 등에 적절히 투자하여서 일정기간 경과 후에 원금과 수익을 반환하는 방법이다. 특정금전신탁이란 고객이 신탁재산의 운용방법을 구체적으로 특정기업의 주식이나 어음을 매입하도록 지정할 수 있는 조건이 부여된 금융상품으로써 대체로 특정한 상장기업을 은밀히 인수 및 합병(적대적 M&A)하기 위한 주식매집의 수단으로 활용하는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

셋째의 내부거래지원의 유형은 후순위채권의 매입방식이다. 후순위채권은 발행자가 파산시에 가장 뒤늦게 원금과 이자를 상환하는 채권이다. 이 후순위채권의 이자율은 발행회사의 재무구조 건전성에 따라서 달라진다. 물론 부실기업이 발행한 후순위채권의 금리는 금융기관의 시중금리보다 높기 마련이다. 이는 증권사의 영업용순자산비율이나 BIS비율을 산정하는데 일부분 자본으로 인정받기 때문에 금융당국은 증권사와 종합금융사의 재무구조개선을 위해서 발행을 권장하였던 배경도 있다. 실제로 (주)대우 등 4개 계열회사는 '98년 1월 (주)대우증권이 발행한 무보증후순위채권 2,000억원어치를 전액 인수했다. (주)LG반도체 등 14개 계열회사도 (주)LG증권이 발행한 2,000억원어치의 후순위채권을 매입

5) (주)대한알미늄공업은 1997년도에 당기순이익은 -1,088억원, 시장점유율(압연부문)이 41%, 3년 연속적으로 자본금을 완전히 잠식된 상태에 있던 기업이다. 그런데 (주)현대중공업이 500억원의 사모사채인수로 자금지원하였고, 인천체철(주)·현대차서비스(주)·(주)고려산업·(주)현대엘리베이터의 계열회사들이 150억원씩 합 600억원을, (주)현대산업개발이 250억원, (주)현대정유가 180억원, (주)현대자동차가 100억원, (주)현대정공 등 9개 계열사가 370억원을 지원하였다.

하였고, 또한 (주)LG화학 9개 계열사도 (주)LG 종합금융이 발행한 896억원어치의 후순위채권을 인수했다. 그리고 (주)SK상사 등 6개 계열회사도 (주)SK증권의 후순위채권 3,500억원어치를 매입하였다. 이로써 대우증권, LG증권 및 LG증권 그리고 SK증권은 계열사의 자금지원을 받아서 BIS의 자기자본비율을 상향조정하였다. 이러한 부실기업이 발행한 후순위채권은 사실상 만기일에 지급보장성이 불투명하기 때문에 시중금리에 비해서 위험성을 보장하므로 그의 금리가 높을 수밖에 없다는 점이다.

넷째의 내부거래의 유형은 저리의 자금예금과 유상증자에 참여하는 형태가 있다. 부실한 계열금융회사를 지원하기 위해서 금리가 가장 낮은 예금상품을 선택해서 예금하는 방법이다. SK증권이 파생금융상품에 투자실패로 도산의 위기에 처하게 되자, SK그룹의 계열사들이 금리 5%의 고객예탁금계좌에 3,800억원을 예치하는 방법으로 자금지원을 하였다. 또한 SK증권이 자본잠식상태에 놓이면서 유상증자를 실시하여 6개 계열사가 증자에 참여하여 지원하였다.

기타 내부거래의 형태는 계열사간에 채무면제나 채무이행을 지원하는 경우뿐만 아니라 임대차 보증금의 과다지급이나 무상임차 등의 형태로 다양한 관행이 지속적으로 유지되고 있다. 이는 기업의 회계처리의 이중성 개선되어야 하고, 또한 기업지배구조의 투명성이 보장되지 않았기 때문이다.

불공정거래행위의 금지의 법적 근거와 위법성

(1) 부당한 자금지원행위의 금지의 근거와 의의

독점규제법은 불공정거래행위의 하나로서 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가 지급금, 대여금, 인력, 부동산, 유가증권, 무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”(법 제23조제1항제7호)를 부당한 내부거래로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지하고 있다. 독점규제법시행령 제36조(불공정행위의 지정)제1항에 의한 「일반불공정거래행위의유형및기준」(부당한 자금·자산·자산지원행위, 이하 “부당한 지원행위”라 한다)과 관련하여 구체적인 시행세칙으로써 「부당한 지원행위의 심사지침」(1999. 2. 18)을 통하여 부당한 내부거래의 위법성의 심사기준을 제시하고 있다. 물론 이 지침은 독점규제법의 규제권한을 구체적으로 집행하며, 특히 동 법과 결합하여 법적 구속력을 갖는다.

부당한 자금지원행위는 대기업들이 다른 회사에 대해 자금이나 부동산 등 자산, 인력 등을 무상으로 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 지원하는 행위를 말한다. 또 기업들이 가격, 수량 등 거래조건을 상대방에 따라서 차별적으로 취급하거나 거래하는 행위도 해당한다. 예를 들어 동일한 계열회사에 자금을 대여하면서 시중금리에 비해서 현저하게 저리의 이자율로 제공하거나 물건의 대가를 시가보다 저렴하거나 또는 외상기간을 장기로 해서 거래하는 행위도 해당한다. 독점규제법은 대규모기업집단에 속한 계열회사들이 부당한 내부거래를 통해서 자유롭고 공정한 시장경쟁의 기초를 저해하는 불공정행위를 규제하고자 한다. 따라서 부당한 자금지원행위의 위법성은 불공정행위의 의의와 독점규제법의 목적으로부터 도출될 수 있다.

원래 불공정한 거래방법의 규제는 공정한 거래

를 저해할 우려가 있는 행위를 공정거래위원회의 지정에 의해 특정하여 사전적인 규제를 목적으로 한다. 물론 불공정한 거래방법은 다양한 행위를 대상으로 하지만, 금지의 목적은 자유로운 경쟁을 저해하는 경우와 경쟁수단이나 거래수단으로서 불공정한 경우가 있다. 후자의 공정성을 문제로 하는 금지에 대해서도 경쟁자에 대한 불공정성과 거래 상대방에 대한 불공정성이 문제되는 경우가 있다. 불공정한 거래방법의 금지는 다양한 목적을 갖기 때문에 단일한 관념으로 통일될 수 없다.⁶⁾

그런데 「부당한 지원행위의 심사지침」에서는 지원주체와 지원객체 및 지원행위, 그리고 정상가격과 지원금액 및 지원성 거래규모를 특정하고 있다. 여기서 부당한 지원행위의 위법성은 행위의 주체와 객체 및 지원행위 그리고 지원규모와 같은 부당성의 형식적인 요건의 해당여부와 그 지원행위의 공정경쟁에 대한 저해성의 실질적 요건으로 구분된다. 이상과 같이 기업간의 내부거래에 대한 부당성의 판단기준으로써 형식적인 요건과 실질적인 요건을 구분하여 심사하여야 할 것이다.

(2) 부당한 자금지원의 위법성의 실질적인 요건

독점규제법의 불공정거래행위란 공정거래위원회가 지정한 행위로서 공정한 거래를 저해하는 행위를 하거나, 계열회사나 다른 사업자로 하여금 이를 행하게 해서는 아니 된다(법 제23조). 즉 공정경쟁의 저해성은 원래부터 불공정한 거래방법으로서 규제되어야 할 행위의 범위를 확정하는 기능을 하지만, 그 요건의 내용을 일의적

으로 설명하는 것은 매우 곤란하다. 사실 독점규제법의 목적은 공정하고 자유로운 경쟁을 유지하는 데에 있다. 경쟁유지는 시장기구의 기능에 있어서 필수적인 조건으로써 일면으로 경제주체의 자유와 평등을 보장하고 또 민주적인 경제질서를 유지하는 역할을 수행한다. 부연하면, 시장경쟁은 각인에게 누구의 간섭을 받지 않고 각자의 능력을 발휘할 수 있는 기회가 공평하게 부여되어 있다는 전제하에서, 사업자가 상호간에 고객을 확보하기 위해서 경쟁하는 경우에는 가격인하, 품질과 서비스의 제고를 기대할 수 있다. 불공정한 거래행위의 시장효과에 관한 요건으로써 “공정한 경쟁을 저해할 우려”에 대해서는 「일정한 거래분야」의 시장의 범위를 전제하지 않는다. 그러나 배타조건부 또는 구속조건부 거래 등의 공정경쟁저해성에 대한 판단기준으로써 시장점유율의 산정이 필요한 경우에는 시장의 확정이 필요하다.

한편으로, 불공정거래행위의 요건인 공정경쟁저해성의 의미는 다음의 세가지 조건을 내포하고 있다. 첫째 조건은 사업자 상호간의 자유로운 경쟁이 방해받지 않으며 또한 사업자가 그의 경쟁에 참가하는 것을 방해받지 않는 자유로운 경쟁, 둘째는 자유로운 경쟁이 가격·품질·서비스를 중심으로 하는 유효경쟁에 의해서 자유경쟁이 안정적으로 행해지는 경쟁수단의 공정성 보장, 셋째는 거래주체가 거래여부나 거래조건에 있어서 자유롭고 자주적인 판단하여서 거래를 행하는 자유로운 경쟁의 기초가 유지되는 자유경쟁의 조건이 확립되는 것을 의미한다. 또한 이 세조건의 관계에서 자유경쟁 조건의 확립은 자유경쟁과 경쟁수단의 공정성 보장의 전제조건

6) 實方兼仁(1995), 獨占禁止法, 有斐閣, pp.243~244 참조.

이다.⁷⁾ 또한 공정경쟁의 저해 우려란 일반적 추상적 가능성을 의미하고, 현실의 저해나 그 개연성 등을 필요로 하지 않는다.

다른 한편으로, 불공정한 행위유형이 공정경쟁저해성의 요건을 충족하기 위해서는 그 거래행위를 「정당한 이유가 없는」, 「공익에 반하여 부당하고」, 「통상의 상거래 관행에 비추어서 부당하게」라는 유형으로 분석할 수 있다. 이러한 분석은 사업자의 예견가능성을 높이고, 거래의 법적 안정성을 확보하는 데에 있다. 「정당한 이유가 없는 것」이란 행위의 외관상 원칙적으로 공정경쟁저해성이 인정되는 행위유형에 대하여, 예외적으로 공정경쟁의 저해성이 없는 경우가 있음을 인정하는 취지이다. 또한 「공익에 반하여 부당하게」는 행위의 내용만큼은 원칙으로써 개별적으로 공정경쟁저해성을 구비해서 비로소 공익에 반하여 위법한 행위유형에 대해서 적용한다. 그리고 「통상의 상거래 관행에 비추어 부당한」이란 상술한 '부당하게'와 동일한 취지이지만, 정상적인 상거래 관행에 입각하여 상이한 행위유형에 대하여 부당성의 판단에 적용한다. 여기서 상기한 계열회사간의 자금지원의 행위는 구체적인 경우에 있어서 그러한 거래의 의도·목적, 행위의 태양, 경쟁관계의 실태, 시장상황을 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

물론 「부당하게」의 의미는 “정당한 이유가 없는 것”의 예시로 볼 수 있지만, 문제는 사회적 타당성(사업경영상·거래상의 합리성·필요성, 경제사회의 윤리성, 공익성과 공공성, 안정성 등)은 공정경쟁저해성을 판단하는 데에 고려요인이 되는지 여부이다. 실제로 공공성, 법적 안정성에

대해서는 다음과 같이 판단할 수 있다. 공공성은 공정경쟁저해성의 판단에 있어서 고려되고, 법적 안정성은 공정경쟁저해성의 판단의 하나가 된다. 물론 경쟁질서유지와 직접 관계가 없고, 단순히 사업경영상·거래상의 합리성·필요성은 고려요인이 되지 않는다고 본다.⁸⁾ 특히 불공정한 거래행위에서 공정경쟁의 저해는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있으면 족하다. 여기서 시장전체의 경쟁기능에 대한 제한효과는 요건이 아니고, 당해 행위유형이 자유경쟁에 대해서 유의미한 영향력, 즉 추상적 위험성만 있으면 인정할 수 있다. 경쟁저해성의 여부도 당해 행위가 전체 시장의 경쟁에 미치는 영향에 대한 위법성의 판단에 있어서 구체적인 입증을 필요로 하지 않는다. 결국 공정경쟁저해행위가 공익에 반하는 경우는 직접적인 보호법익이 무엇인가에 따라서 위법성이 결정되므로 아래에서 검토한다.

(3) 공익(보호법익) 위배의 효과로서 실질적 위법성

불공정거래행위는 공익에 반하는 것이어야 한다. 기업내부나 계열회사간 자금지원행위는 공공익 자체로써 자유경쟁의 조건에 위반하는 것이다. 따라서 경영합리성이나 내부거래의필요성을 고려할 것이 아니고, 또한 해당 사업자의 행위가 전체경제에 손실을 미쳤는가의 사정은 부당성의 유무를 좌우하지 않는다. 적어도 동법의 직접적인 보호법익은 시장의 자유경쟁질서를 위배하는 것을 의미한다고 본다. 따라서 불공정거래의 금지는 시장경제를 적정하게 유지하기 위해서 필수불가결한 것으로서 독자적인 의의를

7) 岸井大太郎·向田直範·和田健夫·内田耕作·貫俊文(1997), 經濟法, 有斐閣, p.157 참조.

8) 最高裁 昭和 50. 7. 10 判示 781號, p.22, 育兒用粉乳事件(和光堂).

갖는다.⁹⁾ 이에 대한 다른 하나의 의의는 불공정 거래의 규제가 대규모기업집단에 의한 경제력의 집중 내지는 독점구조화, 부당한 거래제한의 예방적·보완적 규제로서 기능하는 것이다.

오늘날 국민경제에 있어서 재벌에 의한 경제력의 집중과 독점화의 우려가 제기되면서 다른 나라의 독점규제법에서 찾기 어려운 기업간의 내부거래나 계열회사간의 내부거래는 시대적 추세와 경제적 배경 속에서 불공정거래행위의 규제가 변화되고, 이를 요청하고 있는 것이다. 그러므로 공정거래위원회의 부당한 지원행위의 심사지침에서 정하는 부당성의 심판기준은 위법성의 형식적 요건이라고 해석된다.

● 부당한 자금지원행위의 부당성 판단기준과 형식적 위법성의 요건

부당한 지원행위의 경우 경쟁사업자가 배제될 우려를 야기하는 원인행위를 지원행위라고 한다. 부당한 자금지원행위의 부당성 판단기준에 관하여 심사지침은 네가지 경우를 제시하고 있다.

(1) 지원객체가 유력한 사업자의 지위를 형성·유지·강화할 우려가 있는 경우

심사지침의 예시에 의하면, 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 경우가 이에 해당한다. 여기

서 재벌그룹의 지원객체인 계열회사들은 중소기업고유업종 또는 중소기업시장에 진출하여 다수의 중소기업의 존립을 위협하는지 여부를 개별적으로 판단하여서 확인할 수 있다.

(2) 지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우

심사기준의 예시에 따르면, 지원객체가 지원받은 경제상 이익으로 당해 상품 또는 용역의 가격을 경쟁사업자보다 상당기간 낮게 설정하여 경쟁사업자가 당해 시장에서 탈락할 우려가 있는 경우이다. 그러나 당해 기업의 상품이나 서비스의 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮지 않으나, 지원객체가 경쟁사업자보다 상대적으로 저가로 계속 공급함으로써 지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있으면 부당한 지원행위로서 금지된다고 본다. 경쟁사업자의 배제 정도에 대한 보충적인 판단기준으로서 지원규모와 지원기간 등을 고려하여 실질적 위법성을 판단할 것이다.

(3) 지원객체가 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우

심사기준의 예시와 같이, 지원객체가 당해 지원으로써 자금, 기술, 판매, 기업경영개선 등 사업능력이 증대되어 사업활동을 영위함에 있어서 경쟁사업자에 비하여 유리하게 된 경우이다. 예컨대 자금지원이 없었으면 종래의 시장점유율을 상실하거나 또는 유지하기 곤란했을 경우에는 경쟁사업자와 공정경쟁을 저해하게 된다면 지원행위의 부당성이 인정된다.

9) Supra note 8) p.160.

(4) 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 진입이 나 퇴출이 저해되는 경우

심사기준의 예시에 따르면, 재벌의 계열회사가 자기의 계열사에 대하여 지원행위를 함으로써 당해 계열회사가 속한 일정한 거래분야에 있어서 신규진입이나 퇴출이 어렵게 되는 경우이다. 즉 신규진입의 저해는 시장경쟁의 유지를 통한 가격인하와 산출량 증대의 독점규제법의 목적에 반하기 때문에 부당하다. 반면에, 지원객체의 퇴출 저해는 기업집단의 구조조정, 즉 경쟁력 없는 기업청산을 지연시키는 비효율적인 내부거래로서 대규모기업집단의 대체시장의 효율성을 제고시키는 의미에서 독점규제법이 당연히 적용되어야 한다.

● 결론

대규모기업집단에 있어서 계열회사간의 내부거래행위에 대한 규제는 단순히 불공정행위에 그치지 않고, 독점규제법의 고유한 목적으로서 공정하고 자유로운 시장경쟁조건의 유지라는 직접적인 보호법익인 공익에 반하는 결과를 초래한다. 현행 재벌체제에 입각한 경제질서에서 계열회사간의 자금지원행위에 대한 법적 규제는 기업내부의 의사결정의 투명성 보장은 주주와 채권자 및 잠재적인 투자자의 기대이익에 직접 영향을 미치기 때문에 사전 예방적인 규제가 중요하고, 사후구제방안을 증권거래법이나 금융관련법 및 세법 등의 구체적인 보완이 필요하다고 본다.

특히 부당한 내부거래와 관련하여 중요한 사전 예방책은 국제적인 회계기준의 하나인 연결재무제표를 채택하여 기업경영에 관한 정보공개를

반드시 선행하지 않으면 법적 규제의 한계를 극복하기 어렵다는 점이다. 연결재무제표에 의하면, 현대그룹의 모회사와 자회사의 대차대조표(B/S), 손익계산서(P/L)를 합계하여 자산, 부채, 이익, 비용 등 모든 항목의 총액을 합산하여 표시하게 된다. 따라서 상기의 매입채권과 매출채무 등의 모든 거래 등이 상쇄되기 때문에 지원주체인 현대중공업(주)의 경영성과를 객관적으로 평가할 수 있다. 특히 한국의 재벌집단은 상호출자와 상호보중에 의한 회계분식으로 인해서 기업경영의 투명성을 의심받았다. 이 때문에 그룹 전체의 가공의 자본금에 의해서 부실한 나머지 핵심기술의 개발에 치중하는 범위의 경제(economy of scope)를 기대할 수 없을 뿐만 아니라 관치금융과 비용절감에만 의존하는 사업다각화와 노동력의 착취에 의한 양적 성장만을 꾀하는 질곡상태를 벗어나지 못하고 있다.

결국 재벌기업의 계열회사간의 내부거래행위는 시장경쟁의 조건을 직접 침해하는 공익에 직접 반하게 된다. 예컨대 그 기업들은 증권회사나 종합금사 및 은행 등을 매개로 간접적인 자금지원으로써 부실한 계열회사의 시장퇴출을 저지하기 때문에 정상적인 상거래 관행에 반하여 부당하게 거래하거나 관계자를 구속하여 공정한 경쟁을 저해하는 결과를 초래하는 경우가 일반적이다. 요컨대 부당한 자금지원행위 등의 내부거래는 독점규제법의 불공정행위로서 실질적 및 형식적 위법성의 요건을 충족하는 경우에 당연히 적용된다. 또한 그의 위반 사업자에 대한 과징금의 부과는 부당이득의 박탈과 그 위반행위의 억제를 도모하기 위해서는 재량의 여지가 없다고 해석된다. **공정**