

대기업집단의 부당지원행위 규제제도 개선방안 연구

-부당지원행위 금지유형 연구를 중심으로-

김윤정



현안분석 2013-04

**대기업집단의 부당지원행위
규제제도 개선방안 연구**
-부당지원행위 금지유형 연구를 중심으로-

김 윤 정



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

대기업집단의 부당지원행위 규제제도 개선방안 연구

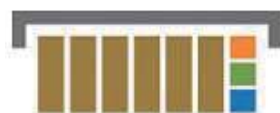
-부당지원행위 금지유형 연구를 중심으로-

**A Study on the Ideas to Improve the Regulation
System on Undue Support Practices of the Large
Enterprise Groups**

**- Focusing on the Types of prohibition on Undue Support
Practices -**

연구자 : 김윤정(부연구위원)
Kim, YunJeong

2013. 9. 30.



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

요 약 문

I. 배경 및 목적

□ 연구의 배경

- 1996년 12월 30일 공정거래법에 부당지원행위 규제가 도입된 이후, 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서는 대기업집단만을 대상으로 한 것이 아니고 모든 기업을 규제대상으로 하고 있었음. 부당지원행위의 부당성을 판단함에 있어서도, 대법원은 해당 내부거래행위가 관련시장에서의 경쟁을 초래하는가를 위법성 판단의 핵심으로 삼았기 때문에, 대기업 총수 일가의 사익편취행위를 규제하는 데에는 한계가 있었음. 따라서, 2013년 8월 13일에는 대기업집단의 부당지원행위 규제를 강화하기 위해 공정거래법이 개정되기에 이르렀음
- 공정거래법은 사업기회유용과 일감몰아주기 등 대기업 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제하기 위해 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 신설하였음. 그리고 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 완화하고 나목을 신설함으로써, 소위 ‘통행세’ 관행까지도 규제할 수 있는 근거를 마련하였음
- 공정거래법은 제23조 제1항 제7호 나목에 신설된 ‘통행세’ 금지규정의 세부유형을 시행령에 위임하고 있고, 신설규정인 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)와 관련하여 규제대상 및 금지행위 세부유형과 예외사유의 판단기준 등 중요사항의 대부분을 공정거래법 시행령에 위임하고 있으므로, 이

를 구체화하여야 할 필요가 있음

□ 연구의 목적

- 개정 공정거래법은 2014년 2월 14일부터 시행될 예정이므로, 그 전에 공정거래법 시행령의 구체화 작업이 마무리될 필요가 있음. 따라서, 본 연구에서는 공정거래법에서 위임한 시행령의 내용을 입법목적에 알맞게 설계함으로써 공정거래법상 부당지원행위 규제의 방향을 제시하고자 함

II. 주요 내용

□ 공정거래법 제23조의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립

○ 규제목적

- 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 규제목적은 ‘공정거래저해성’이 있는 부당지원행위를 금지하기 위한 것이고, 신설된 제23조의2의 규제목적은 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’를 금지하기 위한 것이므로, 서로 상이한 규제목적을 가지고 있음

○ 규제대상

- 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 규제대상은 ‘사업자 일반’이고, 신설된 제23조의2의 규제대상은 ‘상호출자제한 기업집단’임

○ 규제내용

- 공정거래법에 신설된 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제는 ‘상당히 유리한 조건의 거래’ 이외에도 ‘사업기회

의 제공'과 '합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래'를 금지하고 있으므로, '상당히 유리한 조건의 거래'와 '통행세'만을 금지하고 있는 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와는 차이가 있음

- 양 규정은 서로 규제목적, 규제대상, 규제내용에서 차이가 있으므로, 공정거래법에 신설된 제23조의2는 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호와의 관계에서 특별법적 관계를 갖는 규정이 아니라 규제의 차원이 다른 '병렬적 관계'에 있는 규정이라 할 수 있음

□ 부당지원행위 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화

- 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 신설된 '통행세'의 세부 유형과 관련하여 시행령의 내용은 '추가된 거래단계의 회사가 전혀 혹은 거의 역할을 하지 않는 경우'와 '추가된 거래단계의 회사가 어느 정도 역할을 하지만 그 대가를 과도하게 받는 경우'로 구체화하면 될 것임
- 공정거래법 제23조의2 제1항 각호의 금지유형은 시행령에서 '상당히 유리한 조건의 거래'와 '사업기회의 제공' 및 '합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래'로 분류할 수 있을 것이며, 이를 구체화한 시행령 개정방안을 본문 및 결론에서 제시함
- 공정거래법 제23조의2 제2항에서 규정하는 '합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래' 즉 '일감몰아주기' 규제의 예외사유는 효율성, 보안성, 긴급성이므로, 이를 구체화한 시행령 개정방안을 본문 및 결론에서 제시함

Ⅲ. 기대 효과

- 공정거래법 제23조의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계를 규제목적, 규제대상, 규제내용의 측면에서 정립함으로써 향후 공정거래법상 부당지원행위 규제의 방향을 제시하고자 함
- 공정거래법 시행령의 개정방안을 제시함으로써 이러한 방안이 향후 법령 개정에 반영될 수 있도록 기여

▶ 주제어 : 대기업집단의 부당지원행위, 통행세, 일감몰아주기, 규제대상, 금지유형, 예외사유

Abstract

I . Background and Purpose

Research background

- Since the regulation on Undue Support Practices in Item 7, Clause (1), Article 23 was adopted in the Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereafter, ‘the MRFT Act’) on Dec, 30, 2006, it has regulated not the large enterprises but all the enterprises. Because the Supreme Court has focused whether the undue support practices at issue is able to limit competition in the related market, it was difficult to regulate the pursuit of the personal interests in the large enterprise groups. Therefore, the MRFT Act has revised much to reinforce the regulation on Undue Support Practices of the large enterprise groups on Aug, 13, 2013.

Research purpose

- The MRFT Act has adopted Article 23-2(Prohibition on Undue Support Practices to Specially Related Persons) to regulate effectively the pursuit of the personal interests of the large enterprise groups. And it has alleviated the necessary conditions of the existing provision of the Act, Item 7, Clause (1), Article 23, and formulated the legal ground to regulate so-called ‘Toll Fee’ practices by adopting a new provision in the Article.

- The MRFT Act has left formulating the specified types of prohibition on ‘Toll Fee’ practices adopted in Item 7, Clause (1), Article 23 to the enforcement decree, and it has left deciding the important issue such as the regulatory coverage, the specified types of prohibition and the yardsticks of exemption reasons to the enforcement decree. It is necessary to give shape to them in the enforcement decree of the Act.

II. Outline

- Establishment of the relationship between the regulations of Article 23 and Article 23-2
 - The regulatory purpose
 - The regulatory purpose of Item 7, Clause (1), Article 23 of the MRFT Act is to prohibit ‘Undue Support Practices characterized by the feature of the Unfair Businesses’, but that of Article 23-2 of the Act is to prohibit ‘the pursuit of the personal interests of the large enterprise groups.’ The Articles are different from each other in the purposes of regulation.
 - The regulatory coverage
 - The regulatory coverage of Item 7, Clause (1), Article 23 of the MRFT Act is ‘the general entrepreneurs’, but that of Article 23-2 of the Act is ‘the large enterprise groups’.

- The regulatory contents
 - The regulation on Undue Support Practices of the large enterprise groups in newly adopted Article 23-2 of the MRFT Act prohibits ‘Undue Providing of Business Chance’ and ‘Considerably Large Scale Trade without Reasonable Consideration and Comparison’ as well as ‘Considerably Advantageous Trade’. It is different from the regulation on Undue Support Practices in Item 7, Clause (1), Article 23 of the Act which prohibits only ‘Considerably Advantageous Trade’ and ‘Toll Fee’ practices.
 - Article 23 and Article 23-2 of the MRFT are different from each other in the aspects of the regulatory purpose, coverage and contents. Therefore, Article 23-2 is not the special law of Article 23, but the former has ‘a parallel relationship’ to the latter with the different dimension’s regulations.
- Specifying the types of prohibition and the yardstick of the exemption
 - The enforcement decree on Toll-Fee prohibition newly adopted in Item 7, Clause (1), Article 23 of the MRFT Act may as well prescribe two cases. The first case is that the firm added in the way of the trade plays no role or little role. The second case is that the firm added in the way of the trade plays a little role but gets the rewards with too much value.
 - The enforcement decree on newly adopted Article 23-2 of the MRFT Act may as well prescribe each types of prohibition such

as ‘Considerably Advantageous Trade’, ‘Undue Providing of Business Chance’ and ‘Considerably Large Scale Trade without Reasonable Consideration and Comparison’. The desirable model of the enforcement decree revision bill to specify each types of prohibition are suggested in the main text and conclusion of this report.

- The exemption reasons of ‘Considerably Large Scale Trade without Reasonable Consideration and Comparison’, or ‘Internal Trading Practice’ in Clause (2), Article 23-2 of the MRFT Act are Efficiency, Security and Emergency. The desirable model of the enforcement decree revision bill to specify the yardstick of the exemption reasons are suggested in the main text and conclusion of this report.

III. Expected Benefits

- This Report explains the relationship between the regulation on Undue Support Practices in Item 7, Clause (1), Article 23 of the MRFT Act and the regulation on Undue Support Practices of the large enterprise groups in Article 23-2 of the Act in the aspects of the regulatory purpose, coverage and contents. And this report suggests the direction of the regulation on Undue Support Practices.
- This Report suggests the desirable model of the enforcement decree revision bill of the MRFT Act, and it is expected that this Report contributes to influence the revision.

➤ key words : **Undue Support Practices of the large enterprise groups, Toll Fee, Internal Trading Practice, the regulatory coverage, the types of prohibition, the exemption reasons**

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	15
제 1 절 연구의 필요성	15
1. 부당지원행위 규제의 의의	15
2. 공정거래법 시행령의 구체화 필요성	21
제 2 절 연구의 범위	22
제 2 장 공정거래법상 신설된 대기업집단의 부당지원 행위 규제의 내용과 과제	25
제 1 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 공정거래법 개정 경과	25
1. 종래 부당지원행위 규제의 실무와 문제점	25
2. 공정거래법 개정 경과	30
제 2 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 내용 ...	41
1. 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 취지	41
2. 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 내용	42
제 3 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 과제 ...	45
1. 기존 부당지원행위 규제와의 관계정립 필요	45
2. 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화 필요성	46

제 3 장 대기업집단의 부당지원행위 규제의 개선방향	49
제 1 절 공정거래법 제23조의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립	49
1. 규제목적	49
2. 규제대상	52
3. 규제내용	57
제 2 절 부당지원행위 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화 ...	59
1. 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제	60
2. 공정거래법 제23조의2 대기업집단의 부당지원행위 규제	66
제 4 장 결론: 공정거래법 시행령의 개정방안	89
제 1 절 서 설	89
제 2 절 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제 ...	89
1. 기존 부당지원행위 규제의 요건완화	89
2. 신설된 ‘통행세’ 규제의 유형화	91
제 3 절 공정거래법 제23조의2 대기업집단의 부당지원행위 규제 ...	92
1. 대기업집단 부당지원행위의 규제대상	92
2. 대기업집단 부당지원행위 금지유형의 세분화	93
3. ‘일감몰아주기’ 규제 관련 예외사유 판단기준의 구체화	99
참 고 문 헌	103

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 필요성

1. 부당지원행위 규제 의의

본 연구에서 다루는 부당지원행위 규제란 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 상 부당지원행위의 금지를 일컫는 것이다. 부당지원행위란 부당한 경제적 급부 등을 제공하거나 유리한 조건 등의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 것을 말한다.

공정거래법에서 부당지원행위를 규제하는 이유는 특수관계인 또는 다른 회사 등에 대한 부당한 지원행위가 기업의 구조를 부실하게 만들고 경제력집중을 초래하거나 시장의 경쟁을 제한할 가능성이 있기 때문이다. 특히 우리나라는 다른 나라와는 달리 총수를 중심으로 한 친족집단이 계열회사를 지배함으로써 대기업집단을 형성하고 있는 재벌(財閥)이라는 특수한 기업구조를 이루고 있으므로, 우리 공정거래법은 다른 나라에 존재하지 않는 특유한 부당지원행위 규제를 두고 있다.¹⁾

재벌이란 총수 일가를 중심으로 계열회사를 지배하고 있는 대규모 기업집단을 일컫는 것으로, 학술적 측면에서 재벌은 “총수 및 그 가족에 의하여 소유 및 지배되고 전체가 통일적으로 운영되고 있는 일정 규모 이상의 기업집단”²⁾으로 정의되고 있다.

1) 부산대학교 법학전문대학원의 주진열 교수는, 공정거래법상 부당지원행위 규제 관련 그의 논문에서 “경쟁법 집행의 역사가 오래된 미국, 유럽연합, 독일, 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 프랑스, 일본과 같은 경쟁법 선진국은 물론이고 중국, 대만, 러시아, 인도, 브라질, 멕시코, 아르헨티나, 말레이시아, 필리핀과 같은 개발도상국 국가들의 경쟁법에서도 기업 간 지원행위를 불공정행위로 규율하는 입법례는 전혀 찾아볼 수 없다”고 서술하고 있다. 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 법학(제53권 제1호), 2012, 638면, 각주 2번.

2) 홍명수, 재벌의 경제력집중 해소방안에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2003, 154면.

재벌이라는 용어는 원래 일본의 자이바쯔(財閥)라는 말에서 비롯된 것이다.³⁾ 그러나, 일본에서는 자이바쯔가 일본 군국주의의 경제적 배경으로서 제2차 세계대전을 일으키는 원동력이 되었다는 이유로 연합군 최고사령부에 의해 해체되기에 이르렀다.⁴⁾ 그러나, 우리나라에서는 일본과 달리 여전히 재벌그룹이 주축이 되어 대기업집단의 상층부를 형성하고 있다.

공정거래법은 이러한 대기업집단의 규제를 위하여 제3장 경제력집중 억제 부분에서 ‘상호출자제한기업집단’이라는 용어를 사용하고 있고, 제11조의4 제1항에서 대기업집단 지배구조의 현황을 공시하도록 규정하여 공정거래위원회로 하여금 매년 이를 공시하도록 하고 있다. 이에 따라 공정거래위원회는 2012년 하반기에 <2012년 대기업집단 지배구조현황>을 다음과 같이 공시한 바 있다.⁵⁾

<표 1> 2012년 대기업집단 지배구조현황

구분	집 단 명	계열사 수	상장사 수
총수있는 집단 (38개)	삼성, 현대자동차, SK, LG, 롯데, 현대중공업, GS, 한진, 한화, 두산, STX, CJ, LS, 금호아시아나, 신세계, 동부, 대림, 현대, 부영, OCL, 효성, 동국체강, 현대백화점, 코오롱, 웅진, KCC, 영풍, 미래에셋, 한진중	1,413개	218개

3) 일본 내에서도 자이바쯔(財閥)에 대한 통일된 정의는 확립되어 있지 않다. 가장 널리 인정받고 있는 자이바쯔에 대한 정의로는 야스오카(安岡重明)의 개념을 들 수 있는데, 그는 자이바쯔를 “가족 또는 동족에 의해 출자된 모회사(持株會社)가 중핵이 되어 그 자회사(子會社)들이 다양한 산업을 경영하는 기업집단으로서, 대규모 자회사는 각각의 산업부문에서 과점적 지위를 점하고 있다”라고 규정하고 있다. 정진성, “한국재벌과 일본재벌의 전전전후 비교”, 역사비평(제34호), 역사문제연구소, 1996, 211면.

4) 강명헌, 재벌과 한국경제(나남신서 456), 나남, 1996, 101면.

5) 분석대상 기업집단은 2012년 4월 지정된 민간대기업집단(51개) 중 공시의무가 없는 신규 지정 집단(5개)을 제외한 46개 민간대기업집단이다.

구분	집 단 명	계열사 수	상장사 수
	공업, 동양, 현대산업개발, 대성, 세아, 태광, 하이트진로, 한국투자금융, 대한전선, 유진		
총수없는 집단 (8개)	포스코, KT, 대우조선해양, S-oil, 대우건설, 한국지엠, 홈플러스, KT&G	169개	20개
계		1,582개	238개

출처: 공정거래위원회 경쟁정책 웹사이트(게시일: 2012-09-28 10:07)⁶⁾

위의 <표 1>에서 알 수 있듯이, 한국 경제의 상층부를 형성하고 있는 46개 상호출자제한기업집단 중 대다수에 해당하는 38개의 기업집단이 총수 일가의 지배를 받고 있으며, 총수가 존재하지 않는 대기업집단은 8개에 불과하다.

그리고, 아래의 <표 2>에서 알 수 있는 바와 같이, 우리나라의 대기업집단의 내부거래 비중은 상당히 높은 편이다. 공정거래위원회의 『2013년 대기업집단 내부거래 현황 정보공개』에 따르면, 2013년 4월 지정 기준 민간 대기업집단(49개)의 내부거래 비중은 12.30%이며, 내부거래 금액은 185.3조 원이다. 이중 비상장사(1,155개)의 내부거래 비중은 22.23%로 상장사(237개) 8.11%보다 크게(14.12%p) 높은 수준이며, 총수 있는 집단(41개)의 내부거래 비중은 12.51%로 총수 없는 집단(8개) 10.89%보다 다소(1.62%p) 높은 수준이라고 할 수 있다. 즉, 금융감독원의 감독 및 주주에 의한 내부통제를 받지 않는 비상장사의 경우 내부거래 비중이 더 높다고 할 수 있으며, 특히 총수가 존재하는 대기업집단의 경우에는 총수가 없는 경우보다 내부거래의 비중이 더 높았다.⁷⁾

6) http://www.ftc.go.kr/news/policy/competeView.jsp?news_no=1616&news_div_cd=1
2013년 9월 25일 최종접속.

7) 공정거래위원회 2013년 8월 29일자 보도자료, 『2013년 대기업집단 내부거래 현황』

<표 2> 민간 대기업집단의 내부거래 비중 현황

(2012년 말 기준, 단위: %, 조 원)

구 분	모든 계열사		상장사		비상장사	
	내부거래 비중 (금액)	회사 수	내부거래 비중 (금액)	회사 수	내부거래 비중 (금액)	회사 수
전체집단 (49개)	12.30 (185.3)	1,392	8.11 (85.8)	237	22.23 (99.5)	1,155
총수있는 집단(41개)	12.51 (164.6)	1,255	8.06 (74.3)	217	22.96 (90.3)	1,038
총수없는 집단(8개)	10.89 (20.7)	137	8.48 (11.5)	20	16.96 (9.2)	117

출처: 공정거래위원회 2013년 8월 29일자 보도자료, 『2013년 대기업집단 내부거래 현황 정보공개』

공정거래법상 부당지원행위 규제의 합헌성을 인정한 2003년 헌법재판소 결정⁸⁾에 따르면, 부당내부거래가 초래하는 폐해는 다음과 같다.

첫째, 퇴출되어야 할 효율성이 낮은 부실기업이나 한계기업을 계열회사의 형태로 존속케 함으로써 당해 시장에서 경쟁자인 독립기업을 부당하게 배제하거나 잠재적 경쟁자의 신규 시장진입을 억제함으로써 시장의 기능을 저해한다. 둘째, 계열회사간에 이루어지는 지속적인 부당내부거래는 독과점적 이윤을 상호간에 창출시키게 되고, 그 결과 대기업집단 소속 계열회사들의 독점력을 강화함으로써 경제력 집중의 폐해를 야기한다. 셋째, 부당내부거래는 우량 계열기업의 핵심역량이

정보공개』 참조.

8) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정. 이 사건에서 헌법재판소는 공정거래법 제24조의2에서 규정하고 있는 부당지원행위에 대한 과징금 규정은 합헌이라고 판시하였다.

부실 계열기업으로 분산·유출되어 우량기업의 경쟁력이 저하됨에 따라 기업집단 전체가 동반 부실화할 위험을 초래한다. 넷째, 부당내부거래는 또한 기업의 투명성을 저해하고 주주, 특히 소액주주와 채권자 등의 이익을 침해하게 된다.9)

부당지원행위 금지규정이 1996년 공정거래법에 정식으로 도입된 직후인 1997년에는 우리나라에 IMF 외환위기가 발생하게 되었다. 공정거래위원회는 외환위기의 발생 원인이 복잡한 대기업집단의 지분구조와 계열회사간 지원행위로 인한 부실한 채무구조에 있다고 판단하고, 부당지원행위 규제를 활발히 적용하기 시작하였다. 공정거래위원회 통계연보에서 일부 내용을 발췌한 <표 3>을 살펴보면, 부당지원행위 관련 공정거래위원회의 사건처리 실적은 IMF 외환위기를 전후로 하여 집중되어 있는 것을 알 수 있다.

<표 3> 부당지원행위 관련 공정위의 사건처리 실적

97년	98년	99년	00년	01년	02년	03년	04년	05년	06년	07년	08년	09년	10년	11년	12년
1건	29건	66건	38건	92건	22건	20건	28건	11건	11건	7건	16건	7건	4건	8건	11건

출처: 공정거래위원회 2013년 통계연보

공정거래법은 1980년 처음 제정될 당시에는 부당지원행위를 금지하는 명시적인 규정을 두지 않고 있었다. 따라서 공정거래위원회는 계열사간 부당지원행위 규제를 위하여 제23조의 불공정거래행위 금지규정 중 ‘계열회사를 위한 차별적 취급(제23조 제1항 제1호)’규정에 의거하여 왔다. 그후 1986년과 1992년에 이루어진 공정거래법 제1차 개정과 제3차 개정에서도 경제력집중 억제를 위하여 제3장에 상호출자와 출자총액 제한(1986년의 제1차 개정) 및 계열회사 간 채무보증 금

9) 위의 헌법재판소 결정.

지규정(1992년의 제3차 개정)만이 공정거래법에 새로이 도입되었을 뿐 이때까지 부당지원행위 금지규정은 도입되지 아니 하였다.

공정거래법상 부당지원행위 규제는 1996년의 제5차 개정¹⁰⁾으로 처음 도입된 것이다. 1996년 12월 30일 공정거래법에 부당지원행위 규제가 도입된 이후, 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서는 불공정거래행위의 유형 중 하나로 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지 급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”만을 금지하고 있었다.

그런데, 이와 같이 불공정거래행위의 한 유형으로 규정된 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제는 대기업집단만을 대상으로 한 것이 아니고 모든 기업을 규제대상으로 하고 있었다. 또한 부당지원행위의 부당성을 판단함에 있어서도, 대법원은 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위가 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있는 점에 착안하여 해당 내부거래행위가 관련시장에서의 경쟁을 초래하는가를 위법성 판단의 핵심으로 삼았기 때문에, 대기업 총수 일가의 사익편취행위를 규제하는 데에는 한계가 있었다. 따라서, 2013년 8월 13일에는 대기업집단의 부당지원행위 규제를 강화하기 위해 공정거래법이 대폭 개정되기에 이르렀다.

공정거래법에서는 사업기회유용과 일감몰아주기 등 대기업 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제하기 위해 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 신설하였다. 그리고 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호에 나뭇을 신설함으로써, 대기업이 계열회사에게 하청을 주고 그러한 계열회사가 다른 중소기업에게 재하청을 주는 방식으로 거래상 특별한 역할이 없는 계열회사로 하여금 중간에서 이익을 취할 수 있도록 하는 소위 ‘통행세’ 관행까지도 규제할 수 있는 근거를 마련하였다.

10) 법률 제5235호, 1996.12.30., 일부개정 [시행 1997.4.1.]

2. 공정거래법 시행령의 구체화 필요성

2013년 8월에 개정된 공정거래법에서는 새로 신설된 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 규정과 관련하여 중요사항의 대부분을 공정거래법 시행령에 위임하고 있다.

먼저, 공정거래법 제23조의2 제1항 본문에서는 “대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정함으로써, ‘규제대상 기업집단 규모’와 ‘거래상대방 회사의 총수일가 지분보유 비율’에 관하여 대통령령에 위임하고 있다.

그리고, 공정거래법 제23조의2 제1항 단서에서는 “이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다”고 규정함으로써, 세부적인 부당지원행위 ‘금지유형 및 기준’에 관해서도 대통령령에 위임하고 있다.

이뿐만 아니라, 공정거래법은 제23조의2 제2항에서 ‘규제대상에서 제외되는 거래’를 규정하면서 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항 제4호를 적용하지 아니 한다”고 규정함으로써 부당지원행위 규제에서 제외될 수 있는 구체적 사유를 대통령령에 위임하고 있다.

한편, 2013년 8월에 개정된 공정거래법에서는 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호와 관련하여서도 소위 ‘통행세’를 금지하는 구성요건을 추가하였는데, 이에 대해서도 세부적인 금지유형 및 기준의 구체화가 필요하다.

요약하자면, 공정거래법에서는 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 및 제23조 제1항 제7호 나목(소위 ‘통행세’ 금지)과 관련된 중요사항들을 시행령에 위임하여 구체화 작업을 기다리고 있다. 공정거래법은 2014년 2월 14일부터 시행될 예정이므로, 그 전에 공정거래법 시행령의 구체화 작업이 마무리될 필요가 있다.

따라서, 본 연구에서는 이와 관련하여 공정거래법 시행령에서 어떠한 내용이 어떠한 방식으로 구체화되어야 하는지를 연구할 것이다. 본 연구의 마지막에서는 앞으로 새로이 형성되어야 할 공정거래법 시행령의 내용을 제안하고 공정거래법상 부당지원행위 규제의 방향을 제시하고자 한다.

제 2 절 연구의 범위

위에서 살펴본 바와 같이, 2013년 8월에 개정된 공정거래법에서는 새로이 신설된 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 규정과 관련하여 ‘규제대상 기업집단 규모’, ‘거래상대방 회사의 총수일가 지분보유 비율’, ‘금지유형 및 기준’과 ‘규제대상에서 제외되는 거래’의 세부유형을 공정거래법 시행령에 위임하고 있고, 기존의 부당지원행위 금지규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 신설된 나목의 ‘통행세’와 관련하여서도 세부적인 금지유형을 시행령에 위임하고 있다.

본 연구에서는 그중에서도 특히 공정거래법 제23조의2의 ‘금지유형 및 기준’과 ‘규제대상에서 제외되는 거래’를 중심으로 새로이 제정되어야 할 시행령의 내용을 제3장 제2절에서 구체화할 것이다. 그리고 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 나목에 신설된 ‘통행세’와 관련하여서도 시행령에 포함되어야 할 새로운 금지유형 및 기준을 구체화하고자 한다. 대기업집단 부당지원행위 규제의 ‘금지유형 및 기준’과 ‘규제대상에서 제외되는 거래’에 관한 시행령 내용이야말로 공정거래법상 신

설된 규제의 핵심을 이루는 실체적 사항이라고 할 수 있기 때문이다.

물론 공정거래법 제23조의2 제1항에서 시행령에 위임하고 있는 ‘규제대상 기업집단 규모’와 ‘거래상대방 회사의 총수일가 지분보유 비율’도 대기업집단 부당지원행위의 규제범위를 결정하는 매우 중요한 부분이다. 본 연구에서는 신설된 부당지원행위 규제의 범위와 관련하여 재계와 공정거래위원회 간 힘겨루기로 인해 논란의 소지가 많은 ‘거래상대방 회사의 총수일가 지분보유 비율’에 대해서는 다루지 않을 것이다. 그러나, ‘규제대상 기업집단 규모’는 기존의 부당지원행위 금지규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호와 법 개정으로 새로이 신설된 공정거래법 제23조의2와의 관계를 결정짓는 핵심적 내용 중 하나이므로, 본 연구의 제3장 제1절에서 이를 먼저 다룰 것이다.

제 2 장 공정거래법상 신설된 대기업집단의 부당지원행위 규제의 내용과 과제

제 1 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 공정거래법 개정의 경과

1. 종래 부당지원행위 규제의 실무와 문제점

1996년 공정거래법 개정으로 부당지원행위 규제가 도입될 당시의 국회 심사보고서를 살펴보면, 부당지원행위에 대한 규제를 도입해야 할 이유로서 “경제력집중을 억제함으로써 독과점적 시장구조를 개선하여 경쟁촉진형 경제구조를 정착시키고 국가경쟁력을 강화하기 위한 것”임을 거론하고 있다.¹¹⁾ 또한, 동 심사보고서에 따르면, 부당지원행위를 제3장의 경제력집중 억제와 관련하여 규정하지 아니하고 제5장의 불공정거래행위의 한 유형으로 규정한 것은 부당지원행위 규제를 대기업집단뿐만 아니라 “모든 사업자들에게 균등하게 적용하려는 취지”에 의한 것이라고 한다.¹²⁾

그런데, 이와 같이 부당지원행위 규제가 공정거래법 제5장에 불공정거래행위의 한 유형으로 도입되었기 때문에, 공정거래위원회가 대기업집단의 부당내부지원행위에 대해 효과적으로 규제하는 것이 사실상 어렵게 된 측면이 있었다. 왜냐하면, 종래의 대법원 판례는 부당지원행위가 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있는 점에 착안하여 부당지원행위의 부당성 판단기준으로서 불공정거래행위의 위법성 판단표지인 ‘공정거래저해성’을 적용하였고, 공정거래저해성 중에서도 특히 ‘경쟁제한성’을 중심으로 부당지원행위의 부당성을 판단하여 왔

11) 국회 행정위원회, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 중 개정법률안 심사보고서, 1996, 6면.

12) 위의 심사보고서.

기 때문이다.

우선, 부당지원행위의 부당성 판단기준을 최초로 제시한 2004년의 《SKC&C 사건》¹³⁾에서 대법원은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위가 성립하기 위한 위법성 요건으로 불공정거래행위의 ‘공정거래저해성’을 거론하면서 그 구체적인 판단기준으로서 ‘경쟁제한성’ 또는 ‘경제력집중’을 제시한 바 있다. 즉, 이 사건에서 대법원은 “부당지원행위가 성립하기 위하여는 지원주체의 지원객체에 대한 지원행위가 부당하게 이루어져야 하는바, 지원주체의 지원객체에 대한 지원행위가 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력 집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다”고 판시하였다.¹⁴⁾

또한, 2004년에 잇따라 선고된 《삼성SDS 사건》¹⁵⁾에서도 대법원은 《SKC&C 사건》에서 처음으로 제시한 부당지원행위의 위법성 판단기준을 반복하였다. 특히 대법원은 부당지원행위 규제가 경제력집중억제와 관련된 공정거래법 제3장이 아니라 불공정거래행위를 금지하고 있는 제5장에 규정되어 있는 점에 착안하여 부당지원행위의 위법성 판단기준으로서 공정거래저해성 중 특히 ‘경쟁제한성’을 중심으로 부당지원행위의 위법성을 판단할 것임을 명확히 하였다. 즉, 이 사건

13) 대법원 2004.3.12. 선고 2001두7220 판결.

14) 위의 판결.

15) 대법원 2004.9.24. 선고 2001두6364 판결.

에서 대법원은 “경제력 집중의 억제가 부당지원행위 규제의 입법 목적에 포함되어 있다고 하더라도, 구 독점규제및공정거래에관한법률상 경제력 집중의 억제와 관련하여서는 제3장에서 지주회사의 제한적 허용, 계열회사 간 상호출자금지 및 대규모기업집단에 속하는 중소기업 창업투자회사의 계열회사의 주식취득금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한 등에 관하여 규정을 베풀어 대규모기업집단의 일반집중을 규제하면서도 부당지원행위는 제5장의 불공정거래행위의 금지의 한 유형으로서 따로 다루고 있으며, 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제는 법의 목적이 아니고 시장집중과 관련하여 볼 때 기업집단 내에서의 특수관계인 또는 계열회사 간 지원행위를 통하여 발생하는 경제력 집중의 피해는 지원행위로 인하여 직접적으로 발생하는 것이 아니라 지원을 받은 특수관계인이나 다른 회사가 자신이 속한 관련 시장에서의 경쟁을 저해하게 되는 결과 발생할 수 있는 피해라고 할 것”이라고 판시함으로써,¹⁶⁾ 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위가 그 부당성이 인정되어 위법하기 위해서는 무엇보다도 ‘경쟁제한성’이 요구된다는 사실을 명확히 한 것이다.

이와 같은 입장에 근거하여 《삼성SDS 사건》에서 대법원은, 삼성 SDS가 1999.2.26. 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하고 같은 날 SK 증권 주식회사를 통하여 신주인수권증권 3,216,738주 전체를 1주당 7,150원에 특수관계인들(이재용, 이부진, 이서현, 이윤형과 삼성전자 주식회사의 대표이사인 이학수, 삼성물산 주식회사의 감사인 김인주)에게 매각한 행위에 대해, 관련시장에서 경쟁사업자에 대한 경쟁제한성이 입증되지 못하였다는 이유로 부당지원행위의 성립을 부인하였다.¹⁷⁾

그러나, 《삼성SDS 사건》에서 대법원이 실시한 바와 같이, 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 ‘부당한’ 지원행위가 성립하기 위해서는

16) 위의 판결.

17) 위의 판결.

불공정거래행위의 위법성 판단표지인 공정거래저해성 중 특히 ‘경쟁 제한성’이 인정되어야 한다는 대법원 판결의 태도는 공정거래위원회의 입증책임에 부담을 지움으로써 부당지원행위의 규제실무에 심각한 장애물로 작용하게 되었다. 대기업집단의 계열사간 지원행위가 시장에 보이지 않는 진입장벽을 형성하여 공정한 게임의 장을 불가능하게 만들고 있지만, 이러한 부당지원행위가 실제로 관련시장의 경쟁에 미치는 경쟁제한적 효과를 공정거래위원회가 입증하기는 정말 쉽지 않기 때문이다. 더욱이 《삼성SDS 사건》에서 나타난 사실관계와 같이 부당지원행위를 받은 특수관계인이 회사가 아니라 친족 개인인 경우에는 그러한 부당지원행위가 먼 미래의 시장에 미치는 경쟁제한적 효과를 입증하기란 거의 불가능하다고 할 수 있다.

<표 4> 총수일가에 대한 부당지원행위 - 공정위패소사건
(경쟁제한성 요건 입증실패)

피심인 (위원회 조치일)	지원객체	지원행위 내용	판결결과-(사유)
삼성SDS (99.10.28.)	이재용, 이부진 등 6인	신주인수권부사채 발행	패소(2004.9.24.)- (부당성 입증 못함)
현대택배 (01.1.19.)	정몽헌	실권주 저가 배정	패소(2005.1.27.)- (부당성 입증 못함)
삼성생명보험 (01.1.31.)	이재용	주식 우회 매매	패소(2006.8.24.)- (부당성 입증 못함)
LG화학 (01.1.15.)	구본준 등 23인	주식 저가 매각	패소(2007.10.26.)- (부당성 입증 못함)
두산산업개발 (07.3.15.)	박용성 등 28명	대출금 이자 무상대납	패소(2009.9.24.)- (부당성 입증 못함)

출처: 2013.4 국회 법률안심사소위원회 심사자료

위의 <표 4>에서 알 수 있듯이, 다수의 소송에서 공정거래위원회는 문제된 부당지원행위의 부당성 즉 경쟁제한성을 입증하지 못함으로써 패소한 바 있다. 이에 대해 학계와 공정거래위원회에서는 대기업집단의 친족 간 부당내부거래에 대해서도 부당지원행위의 부당성 기준으로 경쟁제한성을 요구하는 대법원의 태도에 문제가 있다는 주장을 꾸준히 제기하여 왔으며, 특히 공정거래법 제5장의 불공정거래행위 중 한 유형으로 구성되어 있는 부당지원행위 규정에 대한 해석론상 한계를 지적하여 왔다.

한편, 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”라고 규정하고 있는데, 이중 후단의 “현저히 유리한 조건으로 거래”라는 요건이 너무 엄격하여서 부당지원행위의 성립을 입증하기가 어렵다고 공정거래위원회는 주장하여 왔다.

<표 5> 일반 부당지원행위 - 공정위 패소사건
(현저성 요건 입증실패)

피심인 (위원회 조치일)	지원객체	지원행위 내용	판결결과-(사유)
SK기업집단 (01.1.19.)	계열회사	정상할인율보다 1.50% 내지 1.90% 낮은 할인으로 매입	패소(2006.11.23.)- (현저성 입증 못함)
현대투자신탁운용 (99.10.28.)	대한알루미늄	정상할인율과 발행할인율의 차이가 불과 2%에 불과	패소(2007.1.25.)- (현저성 입증 못함)

피심인 (위원회 조치일)	지원객체	지원행위 내용	판결결과-(사유)
씨티은행 (06.9.20.)	한국씨티그룹 캐피탈	금리차가 정상금리의 20%인 거래에 대해 대법원은 금리차가 1.2%~1.31%에 불과하다고 판단	패소(2009.5.28.)- (현저성 입증 못함)

출처: 2013.4 국회 법률안심사소위원회 심사자료

위의 <표 5>에서 볼 수 있듯이 현저히 유리한 거래조건이라는 사실을 입증하지 못함으로써 공정거래위원회가 패소한 사건들이 다수 존재한다. 이에 대해 공정거래위원회에게 부당지원행위 성립의 입증책임 완화를 두고자 ‘현저성’ 요건을 ‘상당성’ 요건으로 낮추자는 주장이 일각에서는 제기된 바 있다.

2. 공정거래법 개정의 경과

이러한 배경 하에 대기업집단 총수일가의 사익편취행위를 근절하기 위해서는 이를 효과적으로 규제할 수 있는 새로운 부당지원행위 금지규정을 신설하거나 기존의 부당지원행위 금지규정을 개정해야 한다는 주장이 제기되었다. 이와 관련하여 2012년부터 2013년 초까지 다수의 의원입법안들이 제시되었다(아래 표의 민병두의원(안),¹⁸⁾ 정호준의원(안),¹⁹⁾ 김기식의원(안),²⁰⁾ 이종훈의원(안),²¹⁾ 이만우의원(안),²²⁾ 노회찬의원(안),²³⁾ 김재경의원(안)²⁴⁾ 등 참고). 이러한 개정안들은 다음과 같

18) 민병두의원 대표발의 [2012.6.19]

19) 정호준의원 대표발의 [2012.6.26]

20) 김기식의원 대표발의 [2012.7.12]

21) 이종훈의원 대표발의 [2012.7.25]

22) 이만우의원 대표발의 [2012.8.27]

23) 노회찬의원 대표발의 [2012.9.12]

24) 김재경의원 대표발의 [2013.2.12]

은 네 가지 내용으로 크게 분류해 볼 수 있다.

첫 번째 내용은, 기존의 부당지원행위 금지규정이 제5장 불공정거래 행위 중 한 유형으로 규정되어 있어 부당성의 내용으로 ‘공정거래저해성’ 즉 ‘경쟁제한성’을 입증해야 하는 어려움이 있으므로, 기존의 부당지원행위 금지규정 이외에 제3장 경제력집중 억제 부분에 총수일가의 사익편취행위를 근절하기 위한 부당지원행위 금지규정(제11조의5)을 추가적으로 신설하자는 것이다(민병두의원(안), 김기식의원(안), 이종훈의원(안)).

두 번째 내용은, 부당지원행위 금지규정을 현행과 마찬가지로 제5장 불공정거래행위 중 한 유형으로 그대로 유지하되, “현저히 유리한 조건으로 거래할 것”을 요구하는 제23조 제1항 제7호의 까다로운 성립요건이 부당지원행위 규제에 장애가 되고 있으므로, 이러한 ‘현저성’ 요건을 삭제하거나 ‘상당성’ 요건으로 완화하자는 것이다(정호준의원(안), 이만우의원(안), 김용태의원(안)).

세 번째 내용은, 대기업집단의 계열회사 지원행위 중 특히 통행세 관행을 규제하기 위해 “정당한 이유 없이 계열회사 등을 상대로 중간거래를 추가하여 계열회사 등을 지원하는 행위”를 제23조 제1항 제7호의 또 하나의 구성요건으로 추가하자는 취지의 것이다(김재경의원(안), 김용태의원(안)).

네 번째 내용은, 부당지원행위 규제의 실효성을 확보하기 위해 지원주체뿐만 아니라 지원객체에 대해서도 과징금을 부과할 수 있도록 하자는 취지의 것(김기식의원(안), 이종훈의원(안), 노회찬의원(안))이다.

<표 6> 부당지위행위 관련 공정거래법 개정안 - 법안별 개정안 내용 비교

	민병두 의원안	정호준 의원안	김기식 의원안	이종훈 의원안	이만우 의원안	노회찬 의원안	김재경 의원안	최종대안
성 립 요 건	· 제3장 신설		· 제3장 신설	· 제3장 신설				· 제5장에 별 도조항 신설
	· 제23조제1항 제7호 유지	· 제5장에 별 도조항 신설 · 제23조제1항 제7호 삭제 · 제 23 조 의 2 신설	· 제23조제1항 제7호 유지	· 제23조제1항 제7호 유지	· 제23조제1항 제7호 유지	· 제23조제1항 제7호 유지	· 제23조제1항 제7호 개정 *통행세 규제 근거 신설	· 제23조제1항 제7호 유지 *통행세 규제 근거 신설 · 제23 조 의 2 신설
부 당 성	경제력 집중 (제3장)	공정거래저해성 (제5장)	경제력 집중 (제3장)	경제력 집중 (제3장)	공정거래저해성 (제5장)	공정거래저해성 (제5장)	공정거래저해성 (제5장)	사익취성 (제5장)

제 1 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 공정거래법 개정의 경과

최종대안	김재경 의원안	노회찬 의원안	이만우 의원안	이종훈 의원안	김기식 의원안	정호준 의원안	민병두 의원안	
		요건 유지	요건 삭제	요건 삭제	요건유지 (단, 거래상대방의 업종 등을 고려해 현재성 추정 가능)	요건 삭제	요건 유지	현 저 성
상호출자제한 기업집단 소속회사	사업자 (*현행과 같음)	사업자 (*현행과 같음)	사업자 (*현행과 같음)	상호출자제한 기업집단 소속회사	내부거래공시 대상회사	사업자 (*현행과 같음)	내부거래공시 대상회사 (*현행법상 상호출자제한 기업집단 소속회사와 동일)	지 원 주 체
		요건 삭제	요건 삭제	요건 삭제				성 립 요 건

제 2 장 공정거래법상 신설된 대기업집단의 부당지원행위 규제의 내용과 과제

	민병두 의원안	정호준 의원안	김기식 의원안	이종훈 의원안	이만우 의원안	노회찬 의원안	김재경 의원안	최종대안
지 원 객 체	특수관계인	특수관계인 (또는) 다른 회사	특수관계인	동일인 (또는) 동일인관련자	특수관계인 (또는) 다른 회사	특수관계인 (또는) 다른 회사	특수관계인 (또는) 다른 회사	특수관계인 (또는) 특수 관계인이 일정주식비율 을 보유한 계열회사
지 원 객 체 의 무 부 과	-	-	-	사적이익을 제공하는 행위뿐만 아니라 제공받는 행위도 금지	-	부당지원행위 에 해당하는 지원을 받는 행위 금지	-	사적이익을 제공하는 행위뿐만 아니라 제공받는 행위도 금지

출처: 2013.4 국회 법률안심사소위원회 심사자료의 수정, 최종대안 추가

위의 <표 6>은 의원입법안에서 제시된 다양한 공정거래법 개정안의 내용들을 요약 정리하여 도식화한 것이다. 이에 대해 2013년 6월 26일에 개최된 국회 정무위원회에서는 다양한 의원입법안들과 정부안을 취합하여 공정거래법 제5장의 제목을 <불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지>로 바꾸고 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호를 그대로 유지한 채 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등’을 금지하기 위한 제23조의2를 신설하는 새로운 최종대안을 제시하였으며, 이 대안은 2013년 7월 2일에 국회 본회의에서 통과되었다.

공정거래법(법률 제12095호)은 2013년 8월 13일에 공포되었으며, 공포 후 6개월이 지난 2014년 2월 14일부터 시행된다. 공정거래법은 제3장 경제력집중 억제에 장에 대기업집단 총수일가의 사익편취행위를 규제하기 위한 새로운 조문을 신설하자는 취지의 이종훈 의원(안)의 내용을 기초로 이와 유사한 내용의 제23조의2 규정을 제3장이 아닌 제5장에 신설하였으며, 그 지원객체의 범위를 이종훈 의원(안)에서 제시한 동일인 또는 동일인 관련자의 범위보다 더 넓게 특수관계인 또는 특수관계인이 일정비율 이상의 주식을 보유한 계열회사의 범위로 확대하였다. 또한, 공정거래법 제23조의2에서는 이종훈 의원(안)과 노회찬 의원(안)에 따라 지원주체뿐만 아니라 지원객체까지도 규제할 수 있는 근거를 신설하였으며, 이에 더 나아가서 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호에 대해서도 지원객체를 규제할 수 있는 근거를 신설하였다.

그리고 공정거래법은 유리한 조건의 제공이 있었는지 여부를 판단함에 있어서 정호준 의원(안), 이종훈 의원(안), 이만우 의원(안)이 제시한 현저성 요건 삭제의 취지를 반영하여 이를 상당성 요건으로 완화하였다. 또한, 공정거래법은 김재경 의원(안)에서 제시한 바와 같이 기존의 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지규정에 나목을 신설

함으로써 통행세를 규제할 수 있는 근거를 마련하였다. 아래 <표 7>의 신구조문 대비표는 공정거래법상 신설 또는 개정된 규정의 내용을 보여주고 있다.

<표 7> 부당지원행위 관련 공정거래법[시행 2014.2.14.]
[법률 제12095호, 2013.8.13., 일부개정]의 신구조문 대비표

개 정 전	개 정 후
<p style="text-align: center;">제 5 장 불공정거래행위의 금지</p> <p>제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.</p> <p>1.~6. (생략)</p> <p>7. <u>부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</u></p>	<p style="text-align: center;">제 5 장 불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지</p> <p>제23조(불공정거래행위의 금지) ① (현행과 같음)</p> <p>1.~6. (현행과 같음)</p> <p>7. <u>부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</u></p> <p>가. <u>특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하</u></p>

개 정 전	개 정 후
<p>8. (생략)</p> <p><신설></p> <p>② ~ ④ (생략)</p> <p>⑤ 사업자 또는 사업자단체는 공정거래위원회에 제4항의 공정경쟁규약이 제1항제3호 또는 제6호의 규정에 위반하는지 여부에 대한 심사를 요청할 수 있다.</p> <p><신설></p>	<p><u>거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위</u></p> <p><u>나. 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위</u></p> <p>8. (현행과 같음)</p> <p>② <u>특수관계인 또는 회사는 다른 사업자로부터 제1항제7호에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 당해 지원을 받는 행위를 하여서는 아니된다.</u></p> <p>③ ~ ⑤ (현행 제2항부터 제4항까지와 같음)</p> <p>⑥ -----제5항----- ----- -----.</p> <p>제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) ① <u>일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령이 정하는 비율 이상</u></p>

개 정 전	개 정 후
	<p><u>의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위</u> 2. <u>회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위</u> 3. <u>특수관계인과 현금 기타 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위</u> 4. <u>사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위</u> <p>② <u>기업의 효율성증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령이 정하는 거래는 제1항4호의 규정을 적용하지 아니한다.</u></p>

개 정 전	개 정 후
<p>제24조(시정조치) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해사업자에 대하여 당해불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.</p> <p>제24조의2(과징금) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해사업자에 대하여 대통</p>	<p>③ 제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 당해 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <p>④ 특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 당해 행위에 관여하여서는 아니된다.</p> <p>제24조(시정조치) -----제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 또는 제2항, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)--</p> <p>-----당해 사업자[제23조(불공정거래행위의 금지)제2항 및 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)의 경우 당해 특수관계인 또는 회사를 의미한다]-----당해 불공정거래행위 또는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, -----</p> <p>-----.</p> <p>제24조의2(과징금) ① ----- ----제23조(불공정거래행위의 금지)제1항(제7호를 제외한다)----- -----</p>

제 2 장 공정거래법상 신설된 대기업집단의 부당지원행위 규제의 내용과 과제

개 정 전	개 정 후
<p>령령이 정하는 매출액에 <u>100분의 2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의 5)를</u> 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p><신 설></p> <p>제66조(벌 칩) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. ~ 9. (생 략)</p> <p><신 설></p>	<p><u>100분의 2</u>----- ----- ----- -----.</p> <p>②공정거래위원회는 <u>제23조(불공정 거래행위의 금지)제1항제7호 또는 제2항, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항 또는 제3항의</u> 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 특수관계인 또는 회사에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 <u>100분의 5</u>를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 20억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p>제66조(벌 칩) ①----- ----- -----.</p> <p>1. ~ 9. (현행과 같음)</p> <p><u>9의2. 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공</u></p>

제 2 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 내용

개 정 전	개 정 후
<p>10. (생략)</p> <p>② (생략)</p> <p>제67조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. (생략)</p> <p>2. <u>제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항</u>의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 자</p> <p>3. ~ 7. (생략)</p>	<p><u>등 금지)제1항 또는 제4항의 규정을 위반한 자</u></p> <p>10. (현행과 같음)</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>제67조(벌칙) ----- ----- -----.</p> <p>1. (현행과 같음)</p> <p>2. <u>제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항(제7호를 제외한다)</u>----- -----</p> <p>3. ~ 7. (현행과 같음)</p>

**제 2 절 대기업집단의 부당지원행위 관련
신설된 규제의 내용**

1. 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의
취지

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법의 제·개정문에서는 법 개정의 취지를 다음과 같이 설명하고 있다. 종래 공정거래법상 규제의 대상이 되는 부당지원행위는 현저히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하고 이로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우로 한정되어 있어, 그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 사실상 공정거래저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려운 실정

이었으며, 이러한 부당지원을 통해 실질적으로 이득을 얻는 수혜자에 대해서는 별도의 제재수단이 없어 부당지원행위를 억제하는데 한계가 있었다. 따라서, 2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 부당지원행위의 성립요건을 완화하고, 부당지원을 통해 실제 이득을 얻은 수혜자에 대해서도 과징금을 부과하는 한편, 공정한 거래를 저해하는지 여부가 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하였는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 특수관계인에 대한 부당이익제공 금지규정을 신설한 것이다.²⁵⁾

2. 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 내용

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 한편으로는 기존에 존재하던 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지규정을 개정함으로써 부당지원행위의 성립요건을 완화하는 동시에 소위 ‘통행세’ 관행을 규제할 수 있는 근거규정을 추가하고, 다른 한편으로는 새로이 제23조의2를 신설함으로써 대기업 총수일가의 부당지원행위를 용이하게 규제할 수 있도록 하는 근거규정을 추가하였다. 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

먼저, 공정거래법²⁶⁾에서는 제5장의 제목을 기존의 <불공정거래행위의 금지>에서 <불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지>로 변경하는 한편, 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호에서 규정하고 있는 기존의 부당지원행위 규제 이외에 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 신설함으로써 대기업집단

25) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률[시행 2014.2.14.] [법률 제12095호, 2013.8.13., 일부개정] 관련 제·개정 이유(법제처 웹사이트 참고). <http://www.law.go.kr/lsInfoP.dolsiSeq=143000&lsId=001591&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000> 2013년 9월 25일 최종접속.

26) 법률 제12095호, 2013.8.13., 일부개정 [시행 2014.2.14.]

의 부당지원행위를 규제하기 위한 규정을 새로이 추가하였다.

다음으로, 기존에의 부당지원행위 규제의 근거규정이 되었던 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 다음의 네 가지 측면에서 개정되었다.

우선 제23조 제1항 제7호를 가목과 나목으로 나누어 <가목>에서는 부당지원행위가 성립하기 위한 요건을 종래의 “현저히 유리한 거래조건”에서 “상당히 유리한 거래조건”으로 완화하여 규정함으로써 공정거래위원회가 부당지원행위에 관한 입증의 부담을 덜도록 하였다.

그리고 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <나목>에서는 ‘다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위’를 규정함으로써 소위 ‘통행세’ 관행을 규제하기 위한 새로운 구성요건을 추가하였다. ‘통행세’란 거래상 특별한 역할을 하지 않는 제3자를 통해 상대방과 거래를 함으로써 제3자에게 거래를 매개하는 대가를 지급하여 부당한 이익을 취하도록 하는 관행을 말하며, 주로 대기업집단에서 계열회사를 지원하기 위한 방편으로 사용되어 왔다.

또한 공정거래법 제23조 제2항에서는 “특수관계인 또는 회사는 다른 사업자로부터 제1항 제7호에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 지원을 받는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정함으로써 지원객체에 계도 시정조치 및 과징금을 부과할 수 있는 근거규정을 신설하였다.

마지막으로 과징금 부과와 관련하여, 공정거래법은 제24조의2 제2항을 신설하여 “공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 제7호 또는 같은 조 제2항, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 등 금지)제1항 또는 제3항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 특수관계인 또는 회사에 대하여 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다”고 규정함으로써, 관련 매출액의 2%만을 과징금으로 부과하는 나머지 불공정거래행위보다 더 높은 수준의 과징금을 부과할 수 있도록

록 하고 있다.

한편으로, 공정거래법에서는 대기업집단 총수일가의 부당지원행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 하기 위해 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 규정을 신설하였다. 신설된 제23조의2 제1항에서는 “일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

그리고 동항 각호에서는 “1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 유형으로 열거하고 있다.

또한 공정거래법은 제23조의2 제2항도 신설함으로써 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우”에는 제1항을 적용하지 않을 수 있도록 그 예외사유를 규정하고 있다.

그리고 공정거래법은 제23조의2 제3항을 신설하여 “제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정함으로써, 부당한 이익을 지원받은 지원객체에게도 시정조치 및 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 따라서 공정거래위원회는 신설된 공정거래법 제24조의2 제2항의 과징

금 규정에 따라 특수관계인에게 부당한 이익을 제공한 자와 당해 거래 등의 상대방에 대해 대통령령이 정하는 매출액의 100분의 5 이내에서 과징금을 부과할 수 있게 되었다.

마지막으로 부당지원행위의 교사책임과 관련하여, 공정거래법은 제23조의2 제4항을 신설하여 “특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다”고 규정함으로써, 특수관계인의 교사책임까지도 추궁할 수 있도록 그 근거를 마련하고 있다. 이러한 교사자에게는 신설된 공정거래법 제66조제1항 제9호의2에 따라 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금을 부과할 수 있다.

제 3 절 대기업집단의 부당지원행위 관련 신설된 규제의 과제

1. 기존 부당지원행위 규제와의 관계정립 필요

지금까지 살펴본 바와 같이, 2013년 8월 13일의 공정거래법 개정으로 부당지원행위 규제는 이원적인 시스템을 가지게 되었다. 제23조 제1항 제7호에서 규정하고 있는 부당지원행위 금지와 제23조의2에서 규정하고 있는 부당지원행위 금지가 바로 그것이다. 그런데 이번 공정거래법 개정으로 신설된 제23조의2는 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지’라는 제목을 가지고 있으므로, 이것이 기존의 ‘불공정거래행위’의 한 유형으로 규정된 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 어떠한 차이점을 갖는지에 관하여 양자의 관계를 정립할 필요가 있다. 공정거래법에 신설된 제23조의2가 기존의 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와의 관계에서 대기업집단의 부당내부거래를 규제하기 위한 ‘특별법적 규정’인지 아니면 서로 다른 차원의 규제

목적 을 가지고 신설된 ‘병렬적인 규정’인지가 규명되어야지만, 신설된 부당지원행위 규제의 목적과 대상 및 규제내용이 명확히 드러날 것이기 때문이다. 또한 양자의 관계 정립은 공정거래법 제23조의2 제1항에서 시행령에 위임하고 있는 구체적인 금지유형 및 예외사유 기준을 설정하는 데에도 영향을 줄 것이다.

이와 관련하여서는 공정거래법 제23조의2 제1항에서 시행령에 위임하고 있는 ‘규제대상 기업집단 규모’를 어떻게 설정하느냐가 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 제23조의2에서 신설된 부당지원행위 규제 사이의 관계정립에 있어서 중요한 역할을 할 것이다. 그러므로, 본 연구의 제3장 제2절에서 금지행위의 유형 및 예외사유 기준을 설정하기에 앞서 제3장 제1절에서는 우선 ‘규제대상 기업집단 규모’의 범위를 설정하도록 하겠다.

2. 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이 공정거래법은 제23조 제1항 제7호 나목의 소위 ‘통행세’와 제23조의2의 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지’와 관련하여 금지유형 및 기준을 시행령에 위임하고 있다. 그러므로, 본 연구의 제3장 제2절에서는 우선 대기업집단의 부당내부거래로서 나타나고 있는 소위 ‘통행세’ 관행이 어떠한 유형으로 발생할 수 있는지 그 세부적인 금지유형을 구체화할 필요가 있다.

또한, ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지’와 관련하여 공정거래법 제23조의2 제1항이 제1호부터 제4호에서 열거하고 있는 부당지원행위 유형을 구체화하는 세부적인 금지유형과 판단기준을 설정할 필요가 있다.

한편, 공정거래법 제23조의2 제2항에서는 동조 제1항 제4호의 ‘합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래 (소위 일감몰아주기)’와 관

련하여 그 예외사유를 효율성·보안성·긴급성으로 제시하고 구체적인 내용 및 판단기준에 대하여는 공정거래법 시행령에 세부내용을 위임하고 있다. 따라서 본 연구의 제3장 제2절에서는 소위 ‘일감몰아주기’의 예외사유 기준에 대하여 구체적으로 살펴보려고 한다.

제 3 장 대기업집단의 부당지원행위 규제의 개선방향

제 1 절 공정거래법 제23조의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립

2013년 8월 13일 공정거래법 개정으로 부당지원행위 규제가 이원화됨에 따라 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 신설된 제23조의2의 부당지원행위 규제 간에 어떠한 관계가 있는지 상호관계를 정립할 필요가 있다. 이와 관련하여 본 연구에서는 우선 양자의 규제목적을 분명히 한 후 규제대상과 규제내용을 구체적으로 정립하려고 한다.

1. 규제목적

앞에서 살펴본 바와 같이 기존의 부당지원행위 금지규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 규정은 불공정거래행위 중 한 유형으로 부당지원행위를 포섭하고 있다. 그러므로, 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제목적은 공정거래저해성이 있는 불공정거래행위로서의 부당지원행위를 금지하는 것이라고 해석되고 있다.

이러한 해석론에 근거하여 대법원은 2004년의 《SKC&C 사건》²⁷⁾과 《삼성SDS 사건》²⁸⁾에서 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위가 성립하기 위해서는 ‘공정거래저해성’이 있어야 함을 밝힌 바 있으며, 특히 《삼성SDS 사건》에서는 부당지원행위의 위법성 판단기준으로 ‘공정거래저해성’ 중에서도 명시적으로 ‘경쟁제한성’을 요구하였음은 본 연구의 제2장 제1절에서 설명한 바와 같다. 이와 같이

27) 대법원 2004.3.12. 선고 2001두7220 판결.

28) 대법원 2004.9.24. 선고 2001두6364 판결.

‘경쟁제한성’을 전제로 한 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 기존의 부당지원행위 금지규정으로서는 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제하기 어려웠기 때문에 공정거래법을 개정하여 제23조의2라는 새로운 부당지원행위 금지규정을 도입한 것이라는 사실도 앞에서 살펴보았다. 따라서, 공정거래법 제23조의2에서 신설된 부당지원행위 금지규정은 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지규정과 달리 그 규제목적이 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 금지하는 것’에 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

이와 관련하여, 본 연구의 제2장 제1절에서 살펴본 바와 같이, 대기업집단 부당지원행위 규제의 개선을 위해 2012년 하반기부터 2013년 상반기 사이에 제시된 다양한 공정거래법 개정안들 중, 공정거래위원회가 제시한 법안과 민주당 민병두의원(안)²⁹⁾, 민주당 김기식의원(안)³⁰⁾, 새누리당 이종훈의원(안)³¹⁾ 등은, 대기업집단 총수일가의 사익편취행위를 규제하기 위한 새로운 부당지원행위 금지규정이 ‘경제력 집중 억제’를 목적으로 하고 있으므로 공정거래법 제3장에 배치되어야 한다고 주장한 바 있다.

그런데 2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법은 이러한 개정안들과는 달리 제3장이 아닌 제5장에 새로운 부당지원행위 금지규정을 신설하였으므로, 제23조의2의 새로운 부당지원행위 금지규정이 ‘경제력 집중’을 정면으로 규제목적으로 하고 있다고 해석하는 것은 더 이상 적합하지 않다고 생각 된다. 비록 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 규제하기 위한 것이라는 점에서는 2012년에 민주당 민병두의원(안) 등이 제시한 공정거래법 개정안과 2013년 8월 13일에 신설된 공정거래법 제23조의2의 취지가 일치하고는 있지만, 새로운 규정이 공정거래법 제3장이 아니라 제5장에 신설되어 있고 조문의 제목도 경제

29) 민병두의원 대표발의 [2012.6.19]

30) 김기식의원 대표발의 [2012.7.12]

31) 이종훈의원 대표발의 [2012.7.25]

제 1 절 공정거래법 제23조의 부당지원행위규제와
제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립

력집중 억제 그 자체와 관련된 내용이 아니라 <특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지>로 되어 있는 상황에서 ‘경제력집중 억제’를 규제목적으로 해석하는 것은 적합하지 않은 측면이 있다.

또한 공정거래법 제5장에 신설된 제23조의2의 부당지원행위의 해석론으로서 다수의 공정거래법 개정안에서 제시되었던 원래의 의도대로 ‘경제력집중³²⁾ 억제’가 규제목적이라고 해석하는 경우에는, 공정거래위원회가 당해 부당한 이익제공행위로 인하여 특정한 기업집단에 산업이나 국민경제 전체차원의 경제력이 집중되었음을 입증하거나(일반집중의 경우) 대기업집단 총수의 친족 일가에게 계열회사 지배권이 집중하였음을 입증해야 할(소유집중의 경우) 부담이 생기는데, 이는 입법자가 경제력집중의 규제를 목적으로 하는 공정거래법 제3장이 아닌 제5장에 본 규정을 신설한 취지에도 위배되는 측면이 있다. 따라서, 공정거래법 제23조의2의 규제목적은 단순히 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’ 그 자체를 규제하기 위한 것이라고 해석하는 것이 2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법 제개정문에서 나타난 입법 취지에도 부합하고 규제의 실효성을 더욱 높이는 방법이 될 것이다.

그러므로, 규제목적 측면에서 본 기존의 부당지원행위 금지규정과 신설된 부당지원행위 금지규정 간 관계는 다음과 같이 정립될 수 있을 것이다. 즉, 공정거래법상 불공정거래행위 중 한 유형으로 규정되어 있는 제23조 제1항 제7호의 규제목적은 ‘공정거래저해성’이 있는 부당지원행위를 금지하기 위한 것이고, 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지라는 새로운 제목으로 신설된 제23조의2의 규제목적은 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’를 금지하기 위한 것이다. 따라서, 공정거래법이 제5장의 제목을 기존의 <불공정거래행위의 금지>

32) 일반적으로 경제력 집중은, 개별시장에서의 집중을 의미하는 시장집중, 국민경제 전체의 차원에서 특정한 기업 내지 기업집단들에게 경제력이 집중되는 것을 의미하는 일반집중, 그리고 특정한 개인에게 경제적 자원의 소유가 집중되는 것을 의미하는 소유집중으로 나뉘어진다. 홍명수, 앞의 박사학위논문, 8면 참조.

에서 <불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지>로 변경한 이유 역시 제23조(불공정거래행위 금지) 규정과 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 규정이 서로 상이한 규제목적으로 가지고 있다는 사실을 명확히 하기 위한 것이라고 해석될 수 있다.

2. 규제대상

공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위와 제23조의2 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지는 규제목적뿐만 아니라 규제대상에서도 차이가 날 수밖에 없다. 특히 공정거래법 개정으로 신설된 제23조의2 제1항에서는 행위주체를 ‘대기업집단’으로 명시적으로 규정하고 있는 반면 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서는 행위주체를 단순히 ‘사업자’로 규정하고 있기 때문이다.

먼저, 공정거래법 제23조 제1항 본문은 “사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다”고 규정하면서 제7호에서 부당지원행위의 유형을 열거하고 있으므로, 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 행위주체는 ‘사업자 일반’이다. 이와 같이 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위는 불공정거래행위의 한 유형으로 도입되어 있으므로, 처음 부당지원행위 규제가 도입될 당시 입법자의 의도에 따라 대기업집단뿐만 아니라 중견기업 또는 중소기업 등의 일반적인 사업자들에게 적용될 수 있는 규정이다.

한편, 공정거래법 제23조의2 제1항 제1문에서는 “일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서

같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정함으로써, ‘대기업집단’을 규제대상으로 삼고 있다.

그러나, 규제대상 대기업집단의 범위는 “일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사”라고 규정함으로써 공정거래법 시행령에 그 구체적인 범위를 위임하고 있다. 따라서, 공정거래법 시행령에서는 우선 “일정규모 이상의 자산총액 등”이 어떠한 수준 이상이어야 하는지를 설정함으로써 법 제23조의 2의 규제대상이 되는 대기업집단의 범위를 확정지을 필요가 있다.

지금까지 살펴본 바와 같이, 공정거래법 제23조의2에 신설된 부당지원행위 금지규정은 다수의 공정거래법 개정안들에서 원래 의도했던 바와는 달리 제3장에 신설된 것이 아니라 제5장에 신설된 것이므로, 그 규제목적은 ‘경제력집중 억제’에 있다기보다는 제5장의 제목인 “불공정 거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지”라는 규제목적에 적합하게 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위의 금지’ 그 자체에 있다고 할 수 있다. 따라서 규제대상이 되는 대기업집단의 범위는 경제력 억제를 규제하고 있는 공정거래법 제3장의 규제범위인 상호출자제한 기업집단의 범위와 달리 규정해도 무방하다고 생각할 수도 있다.

그러나, 이종훈의원(안) 등이 제시하였던 당초의 공정거래법 개정안을 살펴보면 원래 ‘상호출자제한 기업집단’을 중심으로 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’를 금지하려고 하였음을 알 수 있다.³³⁾ 경제력 집

33) 경쟁제한적 기업결합 및 경제력집중의 억제를 금지하고 있는 공정거래법 제3장에서 특히 경제력집중 억제와 관련된 주요 행위유형은 제9조(상호출자의 금지 등), 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지), 제11조(금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한) 등이라 할 수 있다.

그런데 공정거래법 시행령 제17조 제5항에서는 “법 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지)제1항의 규정에 의한 채무보증제한기업집단은 제1항의 규정에 의한 상호출자제한기업집단으로 한다”고 규정하고 있고, 공정거래법 제11조 제1항은 “상

중을 초래할 수 있는 상호출자제한 기업집단 정도의 규모를 갖추고 있는 대기업집단이라야만 비로소 그러한 기업집단의 총수 일가의 사익편취행위가 국민 경제 전체에 의미 있는 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

따라서, 공정거래법에서 신설된 제23조의2가 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’를 금지하려는 규제목적에 적합하도록 적절한 규제대상 범위를 설정하기 위해서는, 경제력집중 억제에 위한 공정거래법 제3장의 규제범위와 마찬가지로 상호출자제한 기업집단(직전사업연도의 대차대조표상의 자산총액의 합계액이 5조원 이상인 기업집단)³⁴⁾을 규제대상으로 하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 공정거래법 제23조의2의 규제대상인 기업집단의 범위는 ‘상호출자제한 기업집단의 범위’와 마찬가지로의 범위가 되는 것이 타당할 것이다.

그러므로, 규제대상 기업집단 범위의 설정을 위임받은 공정거래법 시행령에서는 제37조의2를 신설하여 “법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항에서 ‘대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단’이란 제17조(상호출자제한기업집단 등의 범위) 제1항

호출자제한기업집단에 속하는 회사로서 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사는 취득 또는 소유하고 있는 국내계열회사주식에 대하여 의결권을 행사할 수 없다”고 규정하고 있으므로, 경제력집중 억제의 주요 금지행위인 공정거래법 제9조의 상호출자제한, 제10조의2의 채무보증금지, 제11조의 금융·보험회사의 의결권 제한 등은 모두 ‘상호출자제한 기업집단’을 규제대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

34) ‘상호출자제한’을 금지하고 있는 공정거래법 제3장 제9조 제1항에서는 “일정규모 이상의 자산총액등 대통령령이 정하는 기준에 해당되어 제14조(상호출자제한기업집단등의 지정)제1항의 규정에 따라 지정된 기업집단(이하 “상호출자제한기업집단”이라 한다)에 속하는 회사는 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사의 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

이와 관련한 공정거래법시행령 제17조 제1항 본문에서는 “법 제9조(상호출자의 금지등) 제1항의 규정에 의한 상호출자제한기업집단은 당해 기업집단에 속하는 국내 회사들의 상호출자제한기업집단지정 직전사업연도의 대차대조표상의 자산총액[금융업 또는 보험업을 영위하는 회사의 경우에는 자본총액 또는 자본금중 큰 금액으로 하며, 새로 설립된 회사로서 직전사업연도의 대차대조표가 없는 경우에는 지정일 현재의 납입자본금으로 한다. 이하 이 조, 제17조의8(대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시) 및 제21조(상호출자제한기업집단등의 지정)에서 같다]의 합계액이 5조원 이상인 기업집단으로 한다”라고 규정하고 있다.

제1절 공정거래법 제23조의 부당지원행위규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립

에 따른 상호출자제한기업집단(동일인이 자연인인 기업집단에 한한다)으로 한다”라고 규정할 필요가 있다.

다음의 개정시안은 이러한 논리에 근거하여 공정거래법 제23조의2 제1항에서 위임한 ‘규제대상 기업집단의 범위’에 관해 신설되어야 할 공정거래법 시행령 제37조의2의 내용을 정리한 것이다.

‘규제대상 기업집단의 범위’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p>제37조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) ①법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항에서 “대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단”이란 제17조(상호출자제한기업집단 등의 범위) 제1항에 따른 상호출자제한기업집단(동일인이 자연인인 기업집단에 한한다)으로 한다.</p>

한편, 2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 부당지원행위의 지원객체도 새로이 규제대상으로 추가하였다. 즉, 공정거래법에서는 기존의 부당지원행위 규제와 관련하여 제23조 제2항을 신설함으로써 “특수관계인 또는 회사는 다른 사업자로부터 제1항 제7호에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 지원을 받는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있으며, 신설된 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지와 관련하여 제23조의2 제3항에서는 “제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하

여서는 아니 된다”라고 규정하고 있다.

그리고, 개정된 공정거래법 제24조의2 제2항에서는 “공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항제7호 또는 같은 조 제2항, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항 또는 제3항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 특수관계인 또는 회사에 대하여 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다”고 규정함으로써, 부당지원행위의 지원주체뿐만 아니라 지원객체에 대하여서도 과징금을 부과할 수 있는 근거를 신설하였다.

그런데, 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 부당지원행위 규제는 지원대상이 되는 객체의 범위에서도 서로 차이를 보이고 있다는 점에서 특징적이다.

전자의 경우에는 “특수관계인 또는 다른 회사”가 부당지원행위의 객체로 규정되어 있으며, 후자의 경우에는 “특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사”가 지원객체로 규정되어 있다. 다음의 <그림 1>에서 볼 수 있듯이, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 부당지원행위의 객체가 되는 ‘특수관계인’의 범위와 제23조의2 제1항 부당지원행위의 객체가 되는 ‘특수관계인’의 범위는 서로 다르다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제에서의 지원객체는 공정거래법 제3장의 기업결합 및 경제력집중의 억제에서 사용하고 있는 일반적인 의미에서의 ‘특수관계인’을 대상으로 하고 있으며 공정거래법 시행령 제11조에서 그 범위를 정하고 있다.³⁵⁾ 그러나, 공

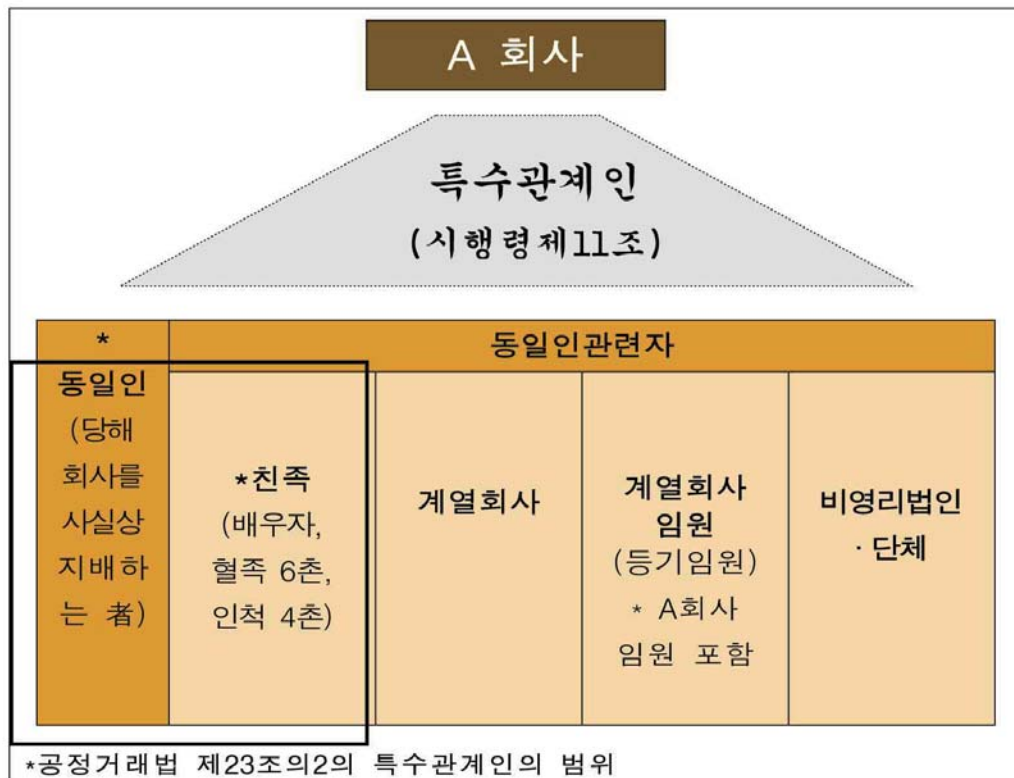
35) 공정거래법 시행령 제11조(특수관계인의 범위) 법 제7조(기업결합의 제한)제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자”라 함은 회사 또는 회사의 자와 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 당해 회사를 사실상 지배하고 있는 자
2. 동일인관련자. 다만, 제3조의2(기업집단으로부터의 제외)제1항의 규정에 의하여 동일인관련자로부터 분리된 자를 제외한다.

제 1 절 공정거래법 제23조의 부당지원행위규제와 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제 간 상호관계 정립

정거래법 제23조의2 제1항 대기업집단 부당지원행위 규제에서의 지원 객체는 이보다 범위가 더 좁은 ‘특수관계인(동일인 및 친족에 한정)’ 또는 ‘특수관계인(동일인 및 친족에 한정)이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사’라는 점에서 차이가 있다.

<그림 1> 공정거래법상 특수관계인의 범위



출처 : 2013.4 국회 법률안심사소위원회 심사자료

3. 규제내용

위에서 살펴본 바와 같이 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 규제목적은 ‘공정거래저해성’이 있는 부당지원행위를 금지하기 위한 것이고, 공정거래법에서 신설된 제23조의2의 규제목적은 ‘대기업집단 총수 일

3. 경영을 지배하려는 공동의 목적을 가지고 당해 기업결합에 참여하는 자

가의 사익편취행위'를 금지하기 위한 것이므로, 양자의 규제내용도 이러한 규제목적에 맞게 서로 다르게 구성될 수밖에 없다.

즉, 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위는 가목에서 규정하고 있는 바와 같이 '사업자의 부당한 내부거래 일반'을 금지하는 것이고, 그 외에도 공정거래법 개정으로 신설된 나목에서는 '사업자의 통행세 부과 관행'을 금지하고 있다. 물론 제23조 제1항 제7호 나목의 소위 '통행세' 관행을 금지하는 규정이 공정거래법에 새로이 추가된 배경에는 대기업집단의 계열회사 지원행위를 규제하기 위한 목적이 깔려 있기는 하다. 그러나, 불공정거래행위를 금지하는 제23조 제1항이 행위주체를 대기업집단에 한정하고 있지 않고 단순히 '사업자'라고 규정하고 있는 한, 제23조 제1항 제7호 나목 '통행세' 관행의 행위주체도 '사업자 일반'으로서 대기업집단에 한정되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 따라서, 대기업집단에 해당되지 않는 중견기업이나 중소기업의 통행세 관행의 경우에도 그러한 행위가 공정거래저해성이 존재하는 부당지원행위에 해당한다면 공정거래위원회가 개입할 수 있다고 보아야 한다.

반면, 새로이 신설된 공정거래법 제23조의2 제1항에서는 대기업집단의 특수관계인에 대한 '상당히 유리한 조건의 거래(제1호 및 제3호)', '사업기회의 제공(제2호)', '합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래(제4호)'를 금지하고 있다. 이러한 행위유형 중 '상당히 유리한 조건의 거래'와 '합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래'는 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지규정으로도 규제할 수 있는 내용이지만, 신설된 제23조의2 제1항에서는 대기업집단의 특수관계인에 대한 행위로 한정하고 있다는 점에서 제23조 제1항 제7호의 규제와 차이가 있다. 그리고, '사업기회의 제공'의 경우에는 공정거래법 제23조 제1항 제7호로 포섭되지 않는 내용으로서 개정된 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호에서 신설된 내용이다.

한편, 이상에서 살펴본 바와 같이 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 신설된 제23조의2의 대기업집단의 부당지원행위 규제는 서로 규제목적, 규제대상, 규제내용에서 차이가 있다. 이와 같은 점들을 고려할 때 양자의 관계를 정립한다면, 공정거래법에 새로이 신설된 제23조의2가 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호와의 관계에서 특별법적 관계를 갖는 규정이 아니라 규제의 차원이 다른 ‘병렬적 관계’의 규정이라고 하는 것이 옳을 것이다.

즉, 양자는 각기 다른 규제목적을 가지고 있는 별개의 금지규정이므로, 공정거래법 제23조의2가 ‘일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사’를 규제대상으로 한정하고 있을지라도, 이러한 ‘대기업집단의 부당지원행위’와 관련하여서는 공정거래법 제23조의2가 제23조 제1항의 특별법으로 작용하여 언제나 제23조의2만이 적용된다고 해석하여야 하는 것은 아니다. 다시 말해서, 공정거래법 제23조 제1항 제7호와 신설된 제23조의2의 규제목적은 각각 ‘공정거래저해성이 있는 부당지원행위의 금지’와 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위의 금지’로 서로 차원이 다르기 때문에, 대기업집단의 부당지원행위라 할지라도 총수 일가의 사익편취행위에 해당하는 경우에는 공정거래법 제23조의2가 적용되고, ‘공정거래저해성’을 초래하는 부당지원행위의 경우에는 공정거래법 제23조 제1항 제7호가 적용된다고 해석하여야 할 것이다.

제 2 절 부당지원행위 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 우선 제23조 제1항 제7호를 가목과 나목으로 세분화하면서, 가목에서는 기존의 부당지원행위 규제 관련 성립요건을 완화하고 나목에서는 계열회사를 거래단계에 추가하

는 소위 ‘통행세’ 관행에 대한 규제를 신설하였다. 그 세부적인 금지유형의 내용은 공정거래법 시행령에서 구체화하도록 위임하고 있다.

한편, 공정거래법에서는 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제하기 위해 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 신설하였는데, 동조 제1항 각호에서는 ‘상당히 유리한 조건의 거래’와 ‘사업기회의 제공’ 그리고 ‘합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래’ 등을 금지유형으로 열거하고, 동조 제2항에서는 ‘효율성’, ‘보완성’, ‘긴급성’을 예외사유로 열거하고 있다. 그 세부적인 금지유형과 예외사유의 판단기준에 대해서는 공정거래법 시행령에서 구체화하도록 위임하고 있다.

다음에서는 이러한 사항들이 공정거래법 시행령에서 어떻게 구체화되어야 하는지에 대해 자세히 검토해 보기로 한다.

1. 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제

(1) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 부당지원행위 규제의 요건완화

1996년 공정거래법에 제23조 제1항 제7호에 불공정거행위의 한 유형으로 부당지원행위 규제가 도입될 당시에는 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”를 금지하고 있었다.

그러나, 2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 제23조 제1항 제7호에 소위 ‘통행세’ 관행을 규제하는 새로운 구성요건을 추가함으로써 제23조 제1항 제7호를 <가목>과 <나목>으로 나누고 있다.

이중 기존의 부당지원행위 금지유형에 해당하는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <가목>에서는 “특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가

지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”라고 규정하고 있는데, 이는 종래부터 ‘현저히 유리한 거래조건’이라고 규정되어 있던 부당지원행위의 성립요건을 ‘상당히 유리한 거래조건’이라고 완화시켜 줌으로써 공정거래위원회에게 입증책임의 부담을 덜어준 것이다. 따라서, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <가목>과 관련한 시행령 [별표 1의2] <10. 부당한 지원행위>의 가목과 나목 및 다목의 내용도 이에 따라 ‘상당성’ 요건에 맞게 개정되어야 할 것이다.

‘상당성’요건 관련 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2]의 개정방안

현 행	시행령 개정시안
<p>[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)</p> <p>10. 부당한 지원행위 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호에서 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>가. 부당한 자금지원 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·</p>	<p>[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)</p> <p>10. 부당한 지원행위 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호에서 “<u>부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</u>”라 함은 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 <u>과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 말한다.</u></p> <p>가. 부당한 자금지원 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금 등</p>

현 행	시행령 개정시안
<p>대여금 등 자금을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</p> <p>나. 부당한 자산·상품 등 지원 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등 자산을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</p> <p>다. 부당한 인력지원 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위</p>	<p>자금을 <u>상당히</u> 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 <u>상당한</u> 규모로 제공 또는 거래하는 행위</p> <p>나. 부당한 자산·상품 등 지원 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등 자산을 <u>상당히</u> 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 <u>상당한</u> 규모로 제공 또는 거래하는 행위</p> <p>다. 부당한 인력지원 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 <u>상당히</u> 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 <u>상당한</u> 규모로 제공 또는 거래하는 행위</p>

(2) 신설된 ‘통행세’ 규제의 유형화

2013년 8월 13일 개정된 공정거래법에서는 제23조 제1항 제7호 <나목>에 “다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위”라는 구성요건을 추가함으로써 소위 ‘통행세’ 관행을 금지하고 있다. 이러한 ‘통행세’ 관행은 이번 공정거래법 개정으로 새로이 신설된 부당지원행위 금지유형으로 그 세부적인 금지유형에 관해서는 공정거래법 시행령에서 구체화할 필요가 있다. 즉, 어떠한 경우에 이러한 통행세 관행에 해당한다고 말할 수 있을지 그 구체적인 유형을 공정거래법 시행령에서 제시하여야 한다.

이와 같이 당해 행위가 불필요한 거래단계 추가를 통한 부당지원에 해당할 수 있는 행위유형에 해당하는지 판단하기 위해서는, 우선 기존의 거래관행에서 행하여져 왔던 주요 행위유형을 참고할 수 있다. 통행세 관행은 주로 광고대행업, 시스템통합(SI)업종,³⁶⁾ 물류업 등에서 나타나고 있는데, 주요 행위유형들로서는 다음과 같은 것들이 있다.

첫째, ‘기존의 거래형태를 변경한 경우’이다. 예를 들어, 당해 업체가 기존에는 직거래를 하여왔으나 갑자기 거래단계를 추가한 경우이다. 이 경우는 과거의 거래형태와 달라진 정당한 사유가 있는지 여부에 따라 부당성이 결정될 수 있다. 둘째, ‘시장의 거래관행과 상이한 경우’이다. 예를 들어, 시장에서 직거래가 관행화되어 있는데 당해 회사만 경유거래를 하는 경우이다. 이 경우는 시장의 거래관행과 다르게 거래하여야 할 정당한 사유가 있는지 여부에 따라 부당성이 결정될 수 있다. 셋째, ‘경유업체가 형식적으로만 거래당사자인 경우’이다.

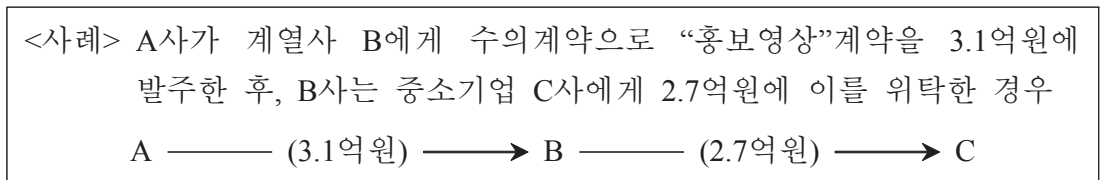
36) 시스템통합(SI)업종이란 정부기관, 기업, 은행 등이 수행하는 구매, 생산, 판매, 고객 관리 및 인사 재무, 경영 등 일련의 업무를 전자적으로 처리할 수 있는 정보시스템(H/W와 S/W의 통합시스템)을 구축, 운영하는 업종을 말한다. 네이버 오픈사전 오픈국어 참조. <http://kin.naver.com/openkr/detail.nhn?docId=34642> 2013년 9월 28일 최종접속.

예를 들어, 거래상대방의 선택, 거래조건, 거래가격 등 거래에 관련된 대부분의 결정은 당해회사가 내린 후 형식적으로만 경유업체를 거래의 당사자로 하는 경우이다. 이 경우는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 인정될 수 있다.³⁷⁾

이에 근거하여 거래단계가 불필요한 경우를 유형화하면 다음과 같다. 첫째는 ‘추가된 거래단계의 회사가 전혀 혹은 거의 역할을 하지 않는 경우’, 둘째는 ‘추가된 거래단계의 회사가 어느 정도 역할은 하지만 그 대가를 과도하게 받는 경우’이다.³⁸⁾

다음의 <그림 2>의 통행세 관련 사례에서 대기업 A사의 계열사 B사는 A사와 C사의 거래 사이에서 통행세로 4천만원의 이익을 제공받았는데, 이때 B사가 제공받은 수수료가 적정한 대가인지 여부를 판별함으로써 B사가 전혀 혹은 거의 역할을 하지 않는 경우인지 아니면 추가된 B사가 어느 정도 역할은 하지만 그 대가를 과도하게 받는 경우인지를 분류할 수 있다.

<그림 2> 통행세 관련 사례³⁹⁾



구체적인 경우에 있어서 경유업체에게 제공하는 대가가 적정한 수준인지 여부에 대하여 판단하기 위해서는 당해 업체가 독립적인 제3의 업체를 경유하여 거래하였을 경우의 대가와 비교하면 된다. 종전에 독

37) 조성국·윤기호, “독과점시장에서의 경쟁을 제한하는 불합리한 거래관행 규제방안 -거래단계만 단순 추가하는 거래관행을 중심으로-”, 공정거래위원회 수탁보고서, 한국 경쟁법학회, 2012, 96면.

38) 위의 보고서, 98면.

39) 위의 보고서, 98면.

립적인 제3자와의 거래가 있었던 경우는 1차적으로 그 거래에서의 대가를 참고할 수 있을 것이다. 또한, 업종의 관행에 따라 수수료율이 정해져 있는 경우는 그것을 참조할 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

지금까지의 논의를 종합하면, 부당지원행위로 규제 가능한 통행세 관행은 다음의 두 가지 유형으로 공정거래법 시행령에 구체화될 수 있을 것이다. 첫째, 다른 사업자와 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수 관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위, 둘째, 다른 사업자와 직접 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할에 비해 과도한 대가를 지급하는 행위.

이러한 결론에 근거하여 공정거래법 시행령의 개정시안을 제시하면 다음과 같다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지유형에 관해서는 동조 제2항의 위임에 따라 종래부터 시행령 제36조 제1항의 [별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준에서 구체화하고 있는데, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <나목>에 신설된 통행세 관행에 관해서도 시행령 [별표 1의2] 제10호에 라목을 신설함으로써 다음과 같은 내용을 추가할 필요가 있다.

‘통행세’ 규제 관련 공정거래법 시행령 제36조 제1항
[별표 1의2]의 개정시안

현 행	시행령 개정시안
<p>[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)</p> <p>10. 부당한 지원행위 가. ~ 다. (생략)</p>	<p>[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)</p> <p><u>10. 부당한 지원행위</u> 가. ~ 다. (생략)</p>

40) 위의 보고서, 99면.

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p>라. 부당한 거래단계 추가 등</p> <p>1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위</p> <p>2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 특수관계인이나 다른 회사에 대해 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 경우</p>

2. 공정거래법 제23조의2 대기업집단의 부당지원 행위 규제

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호 이외에도 대기업 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제하고자 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 신설하였다.

공정거래법 제23조의2 제1항 각호에서는 “1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으

로 거래하는 행위, 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교없이 상당한 규모로 거래하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 유형으로 열거하고 있다.

이와 관련하여 공정거래법 제23조의2 제1항 제2문에서는 “이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다”고 규정함으로써 각 행위의 세부적인 금지유형 및 예외사유의 판단기준을 시행령에 위임하고 있으므로 이를 구체화할 필요가 있는데, 다음에서 차례로 살펴보기로 한다.

(1) 대기업집단 부당지원행위 금지유형의 구체화

1) 상당히 유리한 조건의 거래

특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지를 규정하고 있는 공정거래법 제23조의2 제1항 각호 중, 제1호의 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”와 제3호의 “특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”는 모두 ‘상당히 유리한 조건의 거래’와 관련된 금지유형이므로, 이에 대해서는 함께 묶어서 판단할 수 있을 것이다. 특히 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호는 ‘상당히 유리한 조건의 거래’에 관한 일반적인 구성요건을 규정한 금지유형이므로, 현금 등 금융상품 거래와 관련하여 유리한 조건의 거래를 규정하고 있는 제3호의 금지유형은 제1호의 ‘상당히 유리한 조건의 거래’에 해당하는 다양한 거래들 중 하나의 예시유형으로 볼 수 있다.

‘상당히 유리한 조건의 거래’는 거래대상에 따라 달리 설정될 수 있는데, 크게 자금 거래, 자산·상품·용역 거래, 인력 거래라는 세 가지 유형으로 분류할 수 있을 것이다. 이러한 세 가지 유형은 기존의

부당지원행위 금지규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 구체화한 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] <10. 부당한 지원행위>의 가목과 나목 및 다목의 유형분류에 따른 것이다.

물론 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위와 제23조의2의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위는 서로 규제목적과 규제대상에서 서로 차이가 있다고 이미 설명한 바 있지만, 그럼에도 불구하고 양자의 규제는 사업자의 부당내부거래를 금지하기 위한 점에서는 서로 일치하는 측면이 있다. 따라서, 실제로 문제된 부당지원행위의 위법성을 사후적으로 판단함에 있어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와 제23조의2의 부당지원행위 규제 사이에 위법성 판단기준의 차이가 존재할 수 있다 할지라도, 적어도 ‘상당히 유리한 조건의 거래’와 관련된 부당지원행위의 금지유형을 사전적으로 분류함에 있어서는 서로 유사한 기준을 사용하는 것에 큰 무리가 없어 보인다. 오히려 서로 유사한 금지유형에 관해서는 유사한 유형분류를 적용하는 것이 수범자에게는 법적 안정성과 예측가능성을 준다는 측면에서도 바람직하다고 생각된다.

그런데, ‘상당히 유리한 조건의 거래’와 관련하여 일반적인 구성요건을 규정하고 있는 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호의 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”는 일반적으로 ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가’를 의미한다고 해석할 수 있을 것이다. 따라서, ‘상당히 유리한 조건의 거래’는 다음의 세 가지 유형으로 분류할 수 있다.

상당히 유리한 조건의 첫 번째 유형으로는, ‘상당히 유리한 조건의 자금거래’를 들 수 있다. 그 구체적인 내용으로는 가지급금·대여금 등 자금 또는 현금 기타 금융상품 등을 정상적인 거래에서 적용되는

대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위를 규정할 수 있을 것이다.

상당히 유리한 조건의 두 번째 유형으로는, ‘상당히 유리한 조건의 자산·상품·용역 거래’를 들 수 있다. 그 구체적인 내용으로는 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위를 규정할 수 있을 것이다.

상당히 유리한 조건의 세 번째 유형으로는, ‘상당히 유리한 조건의 인력 거래’를 들 수 있다. 그 구체적인 내용으로는 인력을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위를 규정할 수 있을 것이다.

한편, 이러한 세 가지 금지유형에서 ‘상당히 유리한 조건’을 의미하는 ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가’란 어느 정도의 수준을 말하는지 공정거래법 시행령에서 미리 구체화할 필요가 있다.

특히 공정거래법 제23조의2의 규제는 제23조 제1항 제7호의 규제와는 달리, 전형적인 사후규제인 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있는 것이 아니라 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 손쉽게 규제하기 위해 새로이 마련된 특수한 규정이다. 그러므로, 특정한 부당내부거래가 공정거래저해성이 있는지를 사후적으로 판단하는 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제와는 달리, 어떠한 경우에 제23조의2에서 금지하는 사익편취행위에 해당하는가를 공정거래법 시행령에서 사전적으로 제시할 필요가 있다. 더욱이, 신설된 제23조의2 규제의 경우에는 기업활동의 안정성과 법적 예측가능성 측면에서 볼 때에도 ‘상당히 유리한 조건’의 판단을 사후적인 판단에 무한정 맡겨 둘 것이 아니라 조금 더 명확하며 예측가능한 판단기준을 사

전적으로 제시하는 것이 바람직하다.

우선, ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가’란 어떠한 수준을 의미하는지에 관하여 다음과 같은 기준을 제시할 수 있을 것이다.

‘정상적인 거래에서 적용되는 대가’란 정상가격을 의미하며, 여기서 ‘정상가격’은 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제 관련 종래의 공정거래위원회 예규 「부당한 지원행위의 심사지침」⁴¹⁾에서 규정하고 있는 ‘정상가격’의 정의를 참조할 수 있을 것이다. 따라서, 정상가격이란 “지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격”라고 정의할 수 있다.⁴²⁾

다음으로, 특수관계인 간 어떠한 거래조건이 다른 회사와의 거래와 비교할 때 유리한 측면이 있기는 하지만, 그 수준이 정상가격과의 차이가 크지 않고 그 거래규모도 비교적 크지 않은 경우에는 사익편취행위에 해당하지 않는다고 보아 규제의 범위에서 제외할 수 있을 것이다.

참고로, 앞에서 살펴본 종래의 「부당한 지원행위의 심사지침」에서는 “지원주체와 지원객체 간의 자금거래에 의한 실제 적용금리와 개별 정상금리 또는 일반 정상금리와의 차이가 개별 정상금리 또는 일반 정상금리의 10% 미만 ... (중략) ... 인 경우에는 지원행위가 성립하지 아니하는 것으로 판단할 수 있다”고 규정하고 있다. 그런데, 이러한 기준은 2013년 8월 13일 공정거래법이 개정되기 이전의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호의 ‘현저히 유리한 조건’의 거래와 관련하여 마련된 기준이므로, ‘상당히 유리한 조건’의 거래와 관련하여서는 약간의 수정이 필요하다. 일반적으로 ‘상당히 유리한 조건’이라

41) 「부당한 지원행위의 심사지침」(개정 2011.6.15. 공정거래위원회 예규 제110호)

42) 위 심사지침에서 규정하고 있는 ‘정상가격’의 정의는 대법원 2004.10.14. 선고 2001두2935 판결 및 대법원 2006.12.7. 선고 2004두11268 판결의 정의를 따른 것이다.

는 요건은 ‘현저히 유리한 조건’이라는 요건보다 조금 더 완화된 부당 지원행위 성립요건으로 인정되고 있고, 공정거래법 개정의 취지도 부당지원행위 규제를 더욱 손쉽게 하고자 한 것이라는 사실을 고려할 때, ‘상당히 유리한 조건’이라는 부당지원행위 성립요건 하에서 기업 내부의 거래에서 허용 가능한 가격차이 또는 금리차이는 ‘현저히 유리한 조건’의 판단기준인 10% 차이보다 더 낮은 수준인 7% 차이 정도를 기준으로 삼아야 할 것이다.

또한, 공정거래법 시행령 제17조의11(기업집단 현황 등에 관한 공시) 제2항 제6호에 따른 공정거래법상 대기업집단 부당지원감시를 위한 내부거래 공시대상 거래규모 기준이 분기별 50억 원, 연간 200억 원 수준인 점을 감안하여 볼 때, 거래당사자 간 연간 총 거래금액이 50억원 미만이거나 상품·용역 거래의 경우 200억원 미만이어서 내부거래 공시대상 거래규모 기준에 미달하는 경우에는 이와 같은 내부거래는 허용 가능하다고 보아야 할 것이다.

따라서, 정상가격과의 차이가 7% 미만이고, 이와 동시에 거래당사자 간 연간 총 거래금액이 50억원 미만이거나 상품·용역 거래의 경우 200억원 미만에 해당한다면 그 가격조건이 상당히 유리하다고 볼 수 없을 정도이고 거래규모도 그리 크지 않다고 볼 수 있으므로, ‘상당히 유리한 조건의 거래’에 해당하지 않는다고 보아 이러한 내부거래행위는 규제의 대상에서 면제될 수 있을 것이다. 이와 같은 내용을 정리한 공정거래법 시행령의 개정시안은 아래와 같다.

‘상당히 유리한 조건의 거래’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2 제3항 및 [별표 1의3] 제1호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<u>제37조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)</u>

제 3 장 대기업집단의 부당지원행위 규제의 개선방향

현 행	시행령 개정시안
	<p>③법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 단서에 따른 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준은 별표 1의3과 같다.</p>
<p><신 설></p>	<p>[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준(제37조의2 제3항 관련)</p> <p>1. 상당히 유리한 조건의 거래 <u>법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)제1항제 1호에서 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위” 또는 같은 항 제3호에서 “특수관계인과 현금 기타 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”라 함은 다음 각 목의 어느 하나(제3호의 경우에는 가목에 한한다)에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고 거래당사자 간 연간 총거래금액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 아</u></p>

현 행	시행령 개정시안
	<p><u>이하의 것으로 본다.</u></p> <p><u>가. 상당히 유리한 조건의 자금 등 거래가 지급금·대여금 등 자금 또는 현금 기타 금융상품 등을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위</u></p> <p><u>나. 상당히 유리한 조건의 자산·상품·용역 거래 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위</u></p> <p><u>다. 상당히 유리한 조건의 인력 거래인력을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위</u></p>

2) 사업기회의 제공

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호는 “회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 중 하나로 규정하고 있다.

상법은 2011년 개정을 통하여 제397조의2를 신설함으로써 이사의 사업기회유용에 대해 손해배상을 추궁할 수 있는 근거를 마련하고 있지만, 이는 이사의 책임에 한정되는 것이고 이사의 지위에 있지 않은

대기업집단 총수 일가의 사업기회 유용에 대해서는 상법상 책임을 물을 수가 없다.⁴³⁾ 따라서 공정거래법은 2013년 개정을 통하여 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 중 하나로 사업기회 유용을 규정함으로써 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 규제하고 한 것이다.

‘사업기회의 제공’은 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위로 그 의미를 구체화할 수 있을 것이다.

다만, 회사가 당해 사업기회를 수행할 능력이 없거나, 정당한 대가를 받고 사업기회를 제공해 준 경우, 또는 그 밖의 합리적인 사유로 회사가 사업기회를 거부한 경우 등은 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 예외사유로 규정하여 규제의 합리성을 확보할 필요가 있다. 이러한 내용을 종합하여 정리하면, ‘사업기회의 제공’과 관련한 공정거래법 시행령은 다음과 같이 구체화될 수 있을 것이다.

‘사업기회의 제공’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2 제3항
[별표 1의3] 제2호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
	<p>[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준(제37조의2 제3항 관련)</p>

43) 상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p>2. <u>사업기회의 제공</u></p> <p><u>제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항제2호에서 “회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위”라 함은 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위를 말한다. 다만 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.</u></p> <p><u>가. 회사가 당해 사업기회를 수행할 능력이 없는 경우</u></p> <p><u>나. 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우</u></p> <p><u>다. 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우</u></p>

3) 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래
(소위 ‘일감몰아주기’)

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에서는 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로

거래하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 중 하나로 규정하고 있다.

이와 같은 ‘합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래’란 소위 ‘일감몰아주기’로 불리는 거래관행을 말하는 것으로, 기존의 부당지원행위 금지규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 통해 지금까지 규제하던 ‘현저한 규모에 의한 거래’와 비견되는 것이다. 다만, 공정거래법에서는 제23조 제1항 제7호에서도 종래의 ‘현저성’ 요건이 아니라 이보다 완화된 ‘상당성’ 요건을 규정하고 있으므로, 이제는 ‘상당한 규모에 의한 거래’로 완화된 요건에 따라 일감몰아주기의 성립 여부를 판단하여야 할 것이다. 이러한 상당성 요건에 따라 양자를 비교하여 보면, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목의 ‘상당한 규모의 거래’ 규제는 공정거래저해성이 있는 일감몰아주기를 규제하기 위한 것이고, 제23조의2 제1항 제2호의 규제는 합리적 고려나 비교과정 없이 특수관계인이라는 이유만으로 일감을 몰아주어 부당한 이익을 제공한 행위를 규제하기 위한 것이다.

따라서, 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 핵심표지는 ‘합리적 고려나 비교과정이 없이’ 일감을 몰아주었다는 사실에 있게 된다. 이를 반영하여 ‘합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래’의 의미를 다시 정의하면, 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에 있어 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 당해 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 당해 거래의 특성상 통상적으로 행하여지거나 행하여질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이, 상당한 규모로 거래하는 행위로 구체화될 수 있을 것이다.

‘상당한 규모의 거래’를 통한 이익제공행위에 해당하는지 여부를 판단하는 기준은 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제

관련 기존의 「부당한지원행위의 심사지침」⁴⁴⁾에서 규정하고 있는 일감 몰아주기의 판단기준을 참고할 수 있을 것이다. 즉, 거래대상의 특성상 지원객체에게 거래물량으로 인한 규모의 경제 등 비용절감효과가 있음에도 불구하고 동 비용 절감효과가 지원객체에게 과도하게 귀속되는 경우이거나, 또는 지원주체와 지원객체간의 거래물량만으로 지원객체의 사업개시 또는 사업유지를 위한 최소한의 물량을 초과할 정도의 거래규모가 확보되는 등 지원객체의 사업위험이 제거되는 경우에는 ‘상당한 규모의 거래’를 통한 이익제공행위가 있다고 볼 수 있다.

한편, 일감몰아주기 관행은 통행세 관행과 마찬가지로 광고대행업, 시스템통합(SI)업종, 물류업 등에서 주로 나타나고 있다. 이러한 산업의 경우 다음에서 설명할 효율성 및 보안성 등을 이유로 수직계열화된 자회사에게 일감을 몰아주는 경우가 일반적인 관행처럼 나타나고 있으므로, 일정한 거래규모의 거래는 규제대상에서 제외하여 규제수위를 조절해야 할 필요가 있다. 공정거래위원회는 매년 대기업집단의 내부거래현황에 대한 정보공개를 하고 있는데,⁴⁵⁾ 공정거래위원회 보도자료 『2013년 대기업집단 내부거래현황 정보공개』에 따르면 2013년 4월에 지정된 대기업집단의

44) 「부당한지원행위의 심사지침」(개정 2011.6.15. 공정거래위원회 예규 제110호)

45) 공정거래법 제11조의4(기업집단현황 등에 관한 공시) 제1항에서는 “상호출자제한 기업집단에 속하는 회사 중 자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 회사는 그 기업집단의 일반현황, 주식소유현황, 특수관계인과의 거래현황 등에 관한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공시하여야 한다”고 규정하고 있다.

이러한 공시의무가 있는 회사의 범위와 관련하여, 공정거래법 시행령 제17조의11(기업집단 현황 등에 관한 공시) 제1항에서는 “법 제11조의4(기업집단현황 등에 관한 공시)제1항에서 “자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 회사”란 제17조(상호출자제한기업집단등의 범위)제1항에 따른 상호출자제한기업집단에 속하는 회사를 말한다. 다만, 직전 사업연도 말일 현재 자산총액이 100억원 미만인 회사로서 청산 중이거나 1년 이상 휴업 중인 회사는 제외한다”고 규정하고 있다.

또한, 공시내용과 관련하여, 공정거래법 시행령 제17조의11(기업집단 현황 등에 관한 공시) 제2항 제6호에서는 “사업기간(상장회사는 사업분기, 비상장회사는 사업연도) 동안 계열회사와 이루어진 상품 또는 용역의 거래금액이 그 사업기간 매출액의 100분의 5 이상이거나 50억원 이상인 경우 그 계열회사와의 상품 또는 용역의 거래내역”을 공시하도록 규정하고 있다.

평균 내부거래비중은 12% 수준에 달한다.⁴⁶⁾ 이와 같이, 일반적으로 행하여지고 있는 대기업집단의 평균 내부거래비중이 12%이고, 대기업집단의 내부거래 현황과 관련된 공시의무를 규정하고 있는 공정거래법 시행령 제17조의11 제2항 제6호에 따를 때 공정거래법상 대기업집단 부당지원감시를 위한 내부거래 공시대상 거래규모 기준이 분기별 50억 원, 연간 200억 원 수준인 점을 감안한다면, 거래당사자 간 상품·용역의 연간 거래총액이 거래상대방의 평균매출액의 12% 미만이고 200억원 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 아니하는 것으로 볼 필요가 있다. 따라서, 공정거래법 제23조의2 제1항의 소위 ‘일감몰아주기’ 관련 시행령의 내용은 다음과 같이 구체화될 필요가 있다.

소위 ‘일감몰아주기’ 규제 관련 공정거래법 시행령
제37조의2 제3항 [별표 1의3] 제3호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p><u>[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준(제37조의2 제3항 관련)</u></p> <p>3. <u>합리적 고려나 비교없는 상당한 규모의 거래</u></p> <p><u>법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 제4호에서 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려</u></p>

46) 공정거래위원회 2013년 8월 29일자 보도자료 『2013년 대기업집단 내부거래현황 정보공개』에 따르면, 2013년 4월 지정 기준 민간 대기업집단(49개)의 내부거래 비중은 12.30%이다.

제 2 절 부당지원행위 금지유형 및 예외사유 판단기준의 구체화

현 행	시행령 개정시안
	<p><u>나 다른 사업자와의 비교없이 상당한 규모로 거래하는 행위</u>라 함은 <u>거래상대방 선정 및 계약체결 과정에 있어 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 당해 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 당해 거래의 특성상 통상적으로 행하여지거나 행하여질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정 과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위</u>를 말한다. 다만 거래당사자 간 상품·용역의 연간 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액으로 한다)이 <u>거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만이고 200억원 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 아니하는 것으로 본다.</u></p>

(2) ‘일감몰아주기’ 규제 관련 예외사유 판단기준의 구체화

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법 제23조의2 제2항에서는 동조 제1항 제4호의 ‘합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래(소위 일감몰아주기)’ 규제와 관련하여 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴

급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항 제4호를 적용하지 아니 한다”고 규정하고 있다. 따라서 소위 ‘일감몰아주기’ 규제의 예외사유는 효율성이 있는 거래, 보안성이 있는 거래, 긴급성이 있는 거래로 분류될 수 있을 것이다. 이러한 예외사유들이 공정거래법 시행령에서 어떻게 구체화되어야 하는지 다음에서 자세히 살펴보기로 한다.

1) 효율성이 있는 거래

수직계열화된 자회사에게 효율성 증대효과를 이유로 일감을 몰아주는 기업의 관행은 상부시장(upstream market)에서 활동하는 기업과 하부시장(downstream market)에서 활동하는 기업 사이의 결합인 ‘수직적 기업결합’과 유사한 효과를 가진다. 그러므로, 공정거래법 시행령에서 일감몰아주기의 효율성 증대효과에 관한 판단기준을 구체화함에 있어서는 기업결합의 효율성 증대효과에 관한 판단기준을 참고할 수 있을 것이다.

경쟁제한적 기업결합을 규제하고 있는 공정거래법 제7조는 제2항 제1호에서 “당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우”라고 규정함으로써 기업결합 규제의 예외사유 중 하나로 효율성 증대효과를 들고 있다. 그리고, 공정거래위원회 고시 「기업결합심사기준」에서는 ‘효율성 증대효과’의 판단기준을 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과 또는 국민경제 전체에서의 효율성 증대효과로 나누어 기술하고 있다.⁴⁷⁾

47) 기업결합 규제의 예외사유로서 ‘효율성 증대효과’와 관련하여 「기업결합심사기준」(개정 2011.12.28. 공정거래위원회 공정거래위원회 고시 제2011-12호) VIII에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 효율성 증대효과’의 판단기준

가. 법 제7조제2항제1호 규정의 기업결합으로 인한 효율성 증대효과라 함은 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과 또는 국민경제전체에서의 효율성 증대효과를 말하며 이러한 효율성 증대효과’의 발생여부는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

(1) 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

그중 일감몰아주기의 효율성 증대효과는 기업결합의 생산·판매·연구개발 등에서 발생하는 효율성 증대효과와 유사성을 갖는다. 따라서 일감몰아주기에서 효율성 증대가 있는 거래란, 생산·판매·연구개발 등과 관련하여 “다른 자와의 거래로는 달성할 수 없는 비용절감·판매증대·품질개선·기술개발 등의 효율성 증대효과가 명백한 경우”를 말한다고 요약할 수 있을 것이다.

그리고 구체적으로 다음과 같은 경우에는 효율성 증대효과가 있는 것으로 인정할 수 있을 것이다.

-
- (가) 규모의 경제·생산설비의 통합·생산공정의 합리화 등을 통해 생산비용을 절감할 수 있는지 여부
 - (나) 판매조직을 통합하거나 공동활용하여 판매비용을 낮추거나 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부
 - (다) 시장정보의 공동활용을 통해 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부
 - (라) 운송·보관시설을 공동사용함으로써 물류비용을 절감할 수 있는지 여부
 - (마) 기술의 상호보완 또는 기술인력·조직·자금의 공동활용 또는 효율적 이용 등에 의하여 생산기술 및 연구능력을 향상시키는지 여부
 - (바) 기타 비용을 현저히 절감할 수 있는지 여부
- (2) 국민경제전체에서의 효율성 증대효과는 다음 사항을 고려하여 판단한다.
- (가) 고용의 증대에 현저히 기여하는지 여부
 - (나) 지방경제의 발전에 현저히 기여하는지 여부
 - (다) 전후방 연관산업의 발전에 현저히 기여하는지 여부
 - (라) 에너지의 안정적 공급 등 국민경제생활의 안정에 현저히 기여하는지 여부
 - (마) 환경오염의 개선에 현저히 기여하는지 여부
- 나. 기업결합의 효율성 증대효과로 인정받기 위해서는 다음 요건을 모두 충족하여야 한다.
- (1) 효율성 증대효과는 당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 것이어야 하며, 이에 대한 판단은 다음의 기준에 의한다.
 - (가) 설비확장, 자체기술개발 등 기업결합이 아닌 다른 방법으로는 효율성 증대를 실현시키기 어려울 것
 - (나) 생산량의 감소, 서비스질의 저하 등 경쟁제한적인 방법을 통한 비용절감이 아닐 것
 - (2) 효율성 증대효과는 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 하며, 단순한 예상 또는 희망사항이 아니라 그 발생이 거의 확실한 정도임이 입증될 수 있는 것이어야 한다.
 - (3) 효율성 증대효과는 당해 결합이 없었더라도 달성할 수 있었을 효율성 증대부분을 포함하지 아니한다.
- 다. 기업결합의 예외를 인정하기 위해서는 “가”에서 규정하는 효율성 증대효과가 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해보다 커야 한다.

첫째, 상품의 규격·품질 등 기술적 특성상 전후방 연관관계에 있는 계열회사간의 거래로서 해당 상품의 생산에 필요한 부품·소재 등을 공급 또는 구매하는 경우이다. 이러한 경우에는, 생산하는 제품의 품질이나 경쟁력이 부품이나 소재, 기초서비스를 제공하는 계열사의 품질 혹은 경쟁력과 결합되어 평가되기 때문에, 계열회사에게 일감을 맡기는 것이 효율성 증대효과가 있는 거래라고 인정할 수 있을 것이다.

둘째, 회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업연관성이 높은 계열사로부터 공급 받는 경우이다. 이러한 경우에는, 단일 상품거래가 아닌 유기적이고 통합적인 서비스가 필요한 거래라고 할 수 있으므로, 계열회사와의 거래에 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다.

셋째, 회사가 주된 사업영역에 대한 역량 집중, 구조조정 등을 위하여 일부 사업을 전문화된 계열회사가 전담하고 이를 당해 계열회사와 거래하는 경우이다. 이러한 경우에는, 기업의 구조조정이나 전문성 제고를 위하여 기존의 사업부가 분사되어 계열사가 된 것이므로, 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다.

넷째, 긴밀하고 유기적인 거래관계가 오랜 기간 지속되어 노하우 축적, 업무 이해도 및 숙련도 향상 등 인적, 물적으로 협업체계가 이미 구축되어 있는 경우이다. 이러한 경우에는, 업무시스템이 유기적으로 연결되어 있어 상호 거래시 종합적인 시너지 효과가 발생하기 때문에, 계열회사와의 거래에 효율성 증대효과가 있다고 인정할 수 있을 것이다.

다섯째, 거래목적상 거래에 필요한 전문 지식 및 인력 보유, 대규모 또는 연속적 사업의 일부로서 밀접한 연관성 또는 계약이행에 대한 신뢰성 등을 고려하여 계열회사와 거래하는 경우이다. 이러한 경우에는, 거래상대방 변경시 과도한 비용과 시간이 소요되거나 품질의 안정성 확보가 보장되지 않을 수 있으므로, 계열회사와의 거래에 효율

성 증대효과가 있다고 인정할 수 있을 것이다.

이와 같이 효율성 증대효과가 인정될 수 있는 다양한 예외사유들을 공정거래법 시행령에서 구체화하면 다음과 같다.

소위 ‘일감몰아주기’ 규제 예외사유 중 ‘효율성이 있는 거래’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2 제4항 및 [별표 1의4] 제1호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p>제37조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)</p> <p>④법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제2항에서 “대통령령이 정하는 거래”는 별표 1의4와 같다.</p>
<신 설>	<p>[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래(제37조의2 제4항 관련)</p> <p>1. 효율성 증대효과가 있는 거래</p> <p>다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 다른 자와의 거래로는 달성하기 어려운 비용절감 또는 판매량 증가나 품질개선·기술개발 등의 효율성 증대효과가 있음이 명백하게 인정되는 거래</p> <p>가. 상품의 규격·품질 등 기술적 특성상 전후방 연관관계에 있는 계열회사간의 거래로서 해당 상품의 생산에 필요한 부품·소재 등을 공급 또는 구매하는 경우</p>

현 행	시행령 개정시안
	<p>나. <u>회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업연관성이 높은 계열사로부터 공급 받는 경우</u></p> <p>다. <u>회사가 주된 사업영역에 대한 역량 집중, 구조조정 등을 위하여 일부 사업을 전문화된 계열회사가 전담하고 이를 당해 계열회사와 거래하는 경우</u></p> <p>라. <u>긴밀하고 유기적인 거래관계가 오랜 기간 지속되어 노하우 축적, 업무 이해도 및 숙련도 향상 등 인적, 물적으로 협업체계가 이미 구축되어 있는 경우</u></p> <p>마. <u>거래목적상 거래에 필요한 전문 지식 및 인력 보유, 대규모 또는 연속적 사업의 일부로서 밀접한 연관성 또는 계약이행에 대한 신뢰성 등을 고려하여 계열회사와 거래하는 경우</u></p>

2) 보안성이 있는 거래

보안성이 있는 거래란 다른 자와 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 경제적으로 회복하기 어려운 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있는 거래를 말한다. 특히 기업의 핵심정보에 접근이 가능한 전사적 자원관리시스템(ERP)⁴⁸⁾을 개발·관리하는

48) ERP란 Enterprise Resource Planning의 약자로서 한마디로 기업 전체 자원의 효율적 관리시스템을 의미한다. 즉, 경영효율화를 위해 기업 전반의 업무 프로세스를 통합적으로 관리하는 업무를 말하며, 좁은 의미에서는 모든 업무 흐름을 효율적으로

시스템통합(SI) 업무의 경우에는 보안성이 인정되기 쉬울 것이다.

예를 들어 다음과 같은 경우에는 보안성이 있는 거래라고 인정될 수 있을 것이다.

먼저, 전사적 자원관리시스템·공장·연구개발시설·통신기반시설 등 필수시설의 구축·운영, 핵심기술의 연구·개발·보유 등과 관련된 경우를 들 수 있다. 이러한 경우는, 보유기술 및 정보가 상품 또는 용역의 경쟁력 확보에 핵심적인 부분이므로, 계열회사와의 거래에 보안성을 인정할 수 있을 것이다.

다음으로, 거래 과정에서 영업·판매·구매 등과 관련된 기밀 또는 고객의 개인정보 등 상호간의 핵심적인 경영정보에 접근 가능한 경우를 들 수 있다. 이러한 경우는, 다른 자와 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 상당한 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있으므로, 보안성이 있는 거래라 할 수 있을 것이다.

이와 같이 보안성과 관련한 일감몰아주기 규제의 예외사유를 공정거래법 시행령에서 구체화하면 다음과 같다.

소위 ‘일감몰아주기’ 규제 예외사유 중 ‘보안성이 있는 거래’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2 제4항 [별표 1의4] 제2호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p><u>[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래(제37조의2 제4항 관련)</u></p> <p>2. <u>보안성이 요구되는 거래</u> <u>다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 다른 자와의 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는</u></p>

조절해주는 전산시스템을 뜻하기도 한다.

현 행	시행령 개정시안
	<p><u>정보 등이 유출되어 경제적으로 회복하기 어려운 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있는 거래</u></p> <p><u>가. 전사적 자원관리시스템·공장·연구개발시설·통신기반시설 등 필수시설의 구축·운영, 핵심기술의 연구·개발·보유 등과 관련된 경우나. 거래 과정에서 영업·판매·구매 등과 관련된 기밀 또는 고객의 개인정보 등 상호간의 핵심적인 경영정보에 접근 가능한 경우</u></p>

3) 긴급성이 있는 거래

긴급성이 있는 거래란 경기급변·금융위기·천재지변, 해킹·컴퓨터 바이러스로 인한 시스템 장애나 납품기일 촉박 등 긴급한 사업상 필요에 의해 계열회사 등과의 거래가 불가피한 경우를 일컫는다고 말할 수 있을 것이다. 예를 들어 해외사업자와 납품계약을 체결하여 진행하고 있는 중 태풍으로 인해 부품공급회사의 공장이 파손이 되어 통상적인 거래과정 없이 긴급하게 계열사로부터 부품을 조달받는 경우에는 긴급성이 있는 거래라 할 수 있을 것이다.

특히 긴급성 사유는 기업이 필요에 따라 자신에 유리하게 해석하여 주장하기 쉬우므로 자의성이 개입될 수 있는 손쉬운 예외사유라는 문제점이 있다. 그러므로, 일감몰아주기 규제의 예외사유로서 긴급성 사유를 인정함에 있어서는 효율성 증대효과 또는 보안성 사유를 판단할 때보다 더욱 엄격하고 제한적인 기준을 적용하여야 할 것이다. 따라서, 경기급변이나 금융위기 수준에 미치지 못하는 단순한 정치·사회적 변

동이나 천재지변이 아닌 단순한 자연재해 등이 발생한 경우에는 긴급성을 이유로 일감몰아주기 규제를 면제받도록 하여서는 아니 된다.

이와 같은 취지에서, 신제품의 출시경쟁으로 거래과정이 신속하게 이루어질 필요가 있는 경우나 그밖에 시장의 선점 여부가 사업의 성패와 밀접한 관련이 있는 경우와 같이 단순히 긴급한 사업상 필요에 의해 외부거래가 어렵다고 인정되는 경우를 긴급성이 있는 거래라고 인정할 수는 없을 것이다. 그 외에 관련 법령 또는 제도의 변경이 있는 경우, 또는 고객의 요구에 대응하거나 마케팅 전략 등의 실행을 위해 신속히 상품 또는 서비스를 출시해야 하거나 기존상품 또는 서비스의 변경이 필요한 경우 등을 긴급성이 있는 거래라고 인정할 수는 없을 것이다. 따라서, 일감몰아주기 규제의 예외사유로서 긴급성이 있는 거래는 공정거래법 시행령에서 다음과 같이 구체화될 수 있을 것이다.

소위 ‘일감몰아주기’ 규제 예외사유 중 ‘긴급성이 있는 거래’ 관련 공정거래법 시행령 제37조의2 제4항 [별표 1의4] 제3호의 신설방안

현 행	시행령 개정시안
<신 설>	<p>[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래(제37조의2 제4항 관련)</p> <p>3. <u>긴급성이 요구되는 거래</u> <u>경기급변, 금융위기, 천재지변, 해킹 또는 컴퓨터바이러스로 인한 전산시스템 장애 등 회사 외적 요인으로 인한 긴급한 사업상 필요에 의해 불가피한 거래</u></p>

제 4 장 결론: 공정거래법 시행령의 개정방안

제 1 절 서 설

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법에서는 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호의 성립요건이 완화되었으며 그밖에 ‘통행세’ 규제가 추가되었다. 또한, 대기업집단의 부당지원행위를 특별히 규제하기 위해 제23조의2 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지’라는 새로운 금지규정이 신설되었다. 새로운 부당지원행위 규제의 내용을 명확히 하기 위해서는 이와 관련된 공정거래법 시행령을 개정하거나 신설함으로써 신설된 금지규정의 규제대상 및 금지유형 그리고 예외사유의 판단기준을 구체화할 필요가 있다. 다음에서는 이와 관련한 공정거래법 시행령의 개정방안을 개정이유와 개정시안의 형식으로 요약하여 제시하고자 한다.

제 2 절 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제

1. 기존 부당지원행위 규제의 요건완화

(1) 시행령 개정의 필요성

공정거래법에서는 우선 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호의 성립요건과 관련하여 상당한 변화가 있었다. 먼저 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 규제는 <가목>과 <나목>의 구성요건으로 분리되었다. 이 중 <가목>에서는 종래부터 ‘현저히 유리한 거래조건’이라고 규정되어 있던 부당지원행위의 성립요건을 ‘상당히 유리한 거래조건’이라고 완화함으로써 “특수관계인 또는 다른

회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”라고 개정하고 있는데, 이와 관련한 시행령의 문구도 완화된 요건에 알맞게 개정되어야 할 필요가 있다.

(2) 시행령 개정방안

부당지원행위 성립요건을 ‘상당히 유리한 거래조건’으로 완화한 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <가목>의 세부유형을 규정하고 있는 시행령 [별표 1의2] <10. 부당한 지원행위>의 가목과 나목 및 다목의 내용도 이러한 ‘상당성’ 요건에 맞게 개정되어야 할 것이다.

[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)

1. ~ 9. (생략)

10. 부당한 지원행위

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호에서 “부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”라 함은 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 말한다.

가. 부당한 자금지원

특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금 등 자금을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위

나. 부당한 자산·상품 등 지원

특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등 자산을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위

다. 부당한 인력지원

특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위

2. 신설된 ‘통행세’ 규제의 유형화

(1) 시행령 개정의 필요성

공정거래법은 기존의 부당지원행위 금지규정인 제23조 제1항 제7호에 <나목>을 신설하여 “다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위”라는 구성요건을 추가함으로써 소위 ‘통행세’ 관행에 대한 규제를 신설하였다. 따라서 이와 관련된 구체적인 세부유형을 공정거래법 시행령에서 신설할 필요가 있다.

(2) 시행령 개정방안

통행세 관행은 주로 광고대행업, 시스템통합(SI)업종, 물류업 등에서 나타나고 있는데, 대체로 당해 업체가 기존에는 직거래를 하여왔으나 갑자기 거래단계를 추가한 경우, 시장에서 직거래가 관행화되어 있는데 당해 회사만 경유거래를 하는 경우, 그리고 거래상대방의 선택, 거래조건, 거래가격 등 거래에 관련된 대부분의 결정은 당해회사가 내린 후 형식적으로만 경유업체를 거래의 당사자로 하는 경우로 분류될 수 있다. 이에 근거하여 통행세 관행을 유형화하면, 첫째 ‘추가된 거래단계의 회사가 전혀 혹은 거의 역할을 하지 않는 경우’, 둘째 ‘추가된 거래단계의 회사가 어느 정도 역할은 하지만 그 대가를 과도하게 받는 경우’로 구체화할 수 있을 것이다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 <나목>의 통행세 규제와 관련하여 시행령 [별표 1의2] <10. 부당한 지원행위>에 라목을 신설함으로써 통행세 관행의 유형을 세분화하면 다음과 같다.

[별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항 관련)

10. 부당한 지원행위

가. ~ 다. (생략)

라. 부당한 거래단계 추가 등

- 1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위
- 2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 특수관계인이나 다른 회사에 대해 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 경우

제 3 절 공정거래법 제23조의2 대기업집단의 부당지원행위 규제

1. 대기업집단 부당지원행위의 규제대상

(1) 시행령 개정의 필요성

공정거래법에서 신설된 제23조의2는 대기업집단의 부당지원행위 규제를 목적으로 하면서도 제1항에서 “일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 … (중략) … 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정함으로써, 규제대상의 구체적인 범위에 대해서는 공정거래법 시행령에 위임하고 있다. 따라서 이와 관련한 공정거래법 시행령 규정을 신설함으로써 대기업집단 부당지원행위 규제의 대상을 명확히 할 필요가 있다.

(2) 시행령 개정방안

공정거래법 제23조의2는 ‘대기업집단 총수 일가의 사익편취행위’를 금지하려는 규제목적으로 신설된 것이다. 이러한 취지에 적합하도록 규제대상 범위를 설정하기 위해서는, 경제력집중 억제에 위한 공정거래법 제3장의 규제범위와 마찬가지로 ‘상호출자제한 기업집단(직전사업연도의 대차대조표상의 자산총액의 합계액이 5조원 이상인 기업집단)’을 규제대상으로 하는 것이 타당하다. 따라서 공정거래법 시행령은 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지’의 규제대상과 관련하여 제37조의2를 신설함으로써 다음과 같이 규정할 필요가 있다.

제37조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) ①법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항에서 “대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단”이란 제17조(상호출자제한기업집단의 범위) 제1항에 따른 상호출자제한기업집단(동일인이 자연인인 기업집단에 한한다)으로 한다.

2. 대기업집단 부당지원행위 금지유형의 세분화

(1) 시행령 개정의 필요성

공정거래법 제23조의2 제1항 각호에서는 “1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없

이 상당한 규모로 거래하는 행위”를 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 유형으로 열거하고 있으므로, 이와 관련하여 각 행위의 세부적인 금지유형 및 예외사유의 판단기준을 공정거래법 시행령에서 구체화할 필요가 있다.

(2) 시행령 개정방안

1) 상당히 유리한 조건의 거래

공정거래법 제23조의2 제1항 각호 중, 제1호의 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”와 제3호의 “특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”는 함께 묶어서 ‘상당히 유리한 조건의 거래’로 분류될 수 있다. 그리고 이러한 ‘상당히 유리한 조건의 거래’는 크게 자금 거래, 자산·상품·용역 거래, 인력 거래라는 세 가지 유형으로 분류될 수 있다. 이는 기존의 부당지원행위 금지 규정인 공정거래법 제23조 제1항 제7호 관련 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] <10. 부당한 지원행위>의 가목과 나목 및 다목의 유형분류를 따른 것인데, 유사한 금지유형에 관해서는 유사한 유형분류를 적용하는 것이 수범자에게 법적 안정성과 예측가능성을 준다는 측면에서 바람직하기 때문이다.

그리고, 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호의 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”는 일반적으로 ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가’에 의한 거래를 의미하며, ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가’는 정상가격을 말하는 것이다. 정상가격이란, 종래의 「부당한 지원행위의 심사지침」에 따를 때, “지원주체와 지원객체간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규

모, 기간, 신용상태등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격”을 의미한다.

다음으로, 특수관계인 간 어떠한 거래조건이 정상가격과의 차이가 크지 않고 그 거래규모도 비교적 크지 않은 경우에는 사익편취행위에 해당하지 않는다고 보아 대기업집단 부당지원행위 규제의 적용대상에서 면제함으로써 기업활동의 자유를 보장할 필요가 있다. 그런데, ‘상당히 유리한 조건’은 종래의 ‘현저히 유리한 조건’이라는 요건보다 더 완화된 성립요건이므로, ‘현저히 유리한 조건’과 관련한 종래의 「부당한 지원행위의 심사지침」에서 제시하는 허용 가능한 가격차이인 10%의 차이보다 더 낮은 수준인 7% 정도의 가격차이만을 허용 가능한 기준으로 삼아야 할 것이다. 또한, 공정거래법 시행령 제17조의11 제2항 제6호에 의하면 내부거래 공시대상 거래규모 기준이 분기별 50억원, 연간 200억 원 수준인 점을 감안하여 볼 때, 이러한 규모 이하의 내부거래는 규제의 대상에서 제외하는 것이 타당하다.

따라서, 정상가격과의 차이가 7% 미만이고, 이와 동시에 거래당사자 간 연간 총 거래금액이 50억원 미만이거나 상품·용역 거래의 경우 200억원 미만에 해당한다면 이러한 내부거래행위는 규제의 대상에서 제외하는 것으로 공정거래법 시행령을 구체화할 필요가 있다.

**[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준
(제37조의2 제3항 관련)**

1. 상당히 유리한 조건의 거래

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 제1호에서 “정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위” 또는 같은 항 제3호에서 “특수관계인과 현금 기타 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”라 함은 다음 각 목의 어느 하나(제3호의 경우에는 가목에 한한다)에 해

당하는 행위를 말한다. 다만, 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고 거래 당사자 간 연간 총 거래금액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 아니하는 것으로 본다.

가. 상당히 유리한 조건의 자금 등 거래

가지급금·대여금 등 자금 또는 현금 기타 금융상품 등을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

나. 상당히 유리한 조건의 자산·상품·용역 거래

부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

다. 상당히 유리한 조건의 인력 거래

인력을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공하거나 거래하는 행위

2) 사업기회의 제공

공정거래법 제23조의2 제1항 제2호에서 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 한 유형으로 규정하고 있는 ‘사업기회의 제공’은 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위를 의미한다고 말할 수 있다. 다만, 회사가 당해 사업기회를 수행할 능력이 없거나, 정당한 대가를 받고 사업기회를 제공해 준 경우, 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우 등은 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 적용을 제외하여 규제의 합리성을 확보할 필요가 있다.

**[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준
(제37조의2 제3항 관련)**

2. 사업기회의 제공

제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항제2호에서 “회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위”라 함은 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위를 말한다. 다만 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.

- 가. 회사가 당해 사업기회를 수행할 능력이 없는 경우
- 나. 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우
- 다. 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우

3) 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래

공정거래법 제23조의2 제1항 제4호에서 규정하고 있는 ‘합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래’란 소위 ‘일감몰아주기’로 불리는 거래관행을 말하는 것이다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목의 ‘상당한 규모의 거래’ 규제는 공정거래저해성이 있는 일감몰아주기를 규제하기 위한 것이고, 제23조의2 제1항 제2호의 규제는 합리적 고려나 비교과정 없이 특수관계인이라는 이유만으로 일감을 몰아주어 부당한 이익을 제공한 행위를 규제하기 위한 것이다. 따라서, 공정거래법 제23조의2 제1항 제2호의 핵심표지는 ‘합리적 고려나 비교과정이 없이’ 일감을 몰아주었다는 사실에 있게 된다.

그런데, 업계의 관행상 수직계열화된 자회사에게 일감을 몰아주는 경우는 매우 빈번하게 나타나고 있으므로, 기업활동의 자유를 어느

정도 보장하기 위해서는 일정한 거래규모를 규제대상에서 제외하여야 할 필요가 있다. 이와 관련한 공정거래위원회 보도자료 『2013년 대기업집단 내부거래 현황 정보공개』 자료에 따르면, 대기업집단의 평균 내부거래비중은 12%이고 공정거래법 시행령 제17조의11 제2항 제6호에 의한 내부거래공시대상 거래규모 기준이 연간 200억원 수준이므로, 거래당사자 간 상품·용역의 연간 거래총액이 거래상대방의 평균 매출액의 12% 미만이고 200억원 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 아니하는 것으로 볼 필요가 있다.

**[별표 1의3] 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 행위의 유형 및 기준
(제37조의2 제3항 관련)**

3. 합리적 고려나 비교없는 상당한 규모의 거래

법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항제4호에서 “사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교없이 상당한 규모로 거래하는 행위”라 함은 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에 있어 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 당해 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 당해 거래의 특성상 통상적으로 행하여지거나 행하여질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위를 말한다. 다만 거래당사자 간 상품·용역의 연간 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액으로 한다)이 거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만이고 200억원 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 아니하는 것으로 본다.

3. ‘일감몰아주기’ 규제 관련 예외사유 판단기준의 구체화

(1) 시행령 개정의 필요성

2013년 8월 13일에 개정된 공정거래법 제23조의2 제2항에서는 동조 제1항 제4호의 ‘합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래(소위 ‘일감몰아주기’)와 관련하여 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항 제4호를 적용하지 아니 한다”고 규정하고 있으므로, 이러한 예외사유의 판단기준을 공정거래법 시행령에서 구체화할 필요가 있으며, 아래와 같이 관련 규정을 신설할 필요가 있다.

제37조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) ④법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제2항에서 “대통령령이 정하는 거래”는 별표 1의4와 같다.

(2) 시행령 개정방안

1) 효율성이 있는 거래

효율성 증대가 있는 거래란 다른 자와의 거래로는 달성할 수 없는 비용절감·판매증대·품질개선·기술개발 등의 효율성 증대효과가 명백한 경우를 말한다.

첫째, 생산하는 제품의 품질이나 경쟁력이 부품이나 소재, 기초서비스를 제공하는 계열사의 품질 혹은 경쟁력과 결합되어 평가되는 것이 일반적이므로, 상품의 규격·품질 등 기술적 특성상 전후방 연관관계에 있는 계열회사간의 거래로서 해당 상품의 생산에 필요한 부품·소재 등을 공급 또는 구매하는 경우에는, 효율성 증대효과를 인정할 수

있다. 둘째, 단일 상품거래가 아닌 유기적이고 통합적인 서비스가 필요한 거래가 존재할 수 있으므로, 회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업연관성이 높은 계열사로부터 공급 받는 경우에는, 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다. 셋째, 기업의 구조조정이나 전문성 제고를 위하여 기존의 사업부가 분사되어 계열사가 된 경우가 존재할 수 있으므로, 회사가 주된 사업영역에 대한 역량 집중, 구조조정 등을 위하여 일부 사업을 전문화된 계열회사가 전담하고 이를 당해 계열회사와 거래하는 경우에는, 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다. 넷째, 업무시스템이 유기적으로 연결되어 있어 상호거래시 종합적인 시너지 효과가 발생하는 경우로서, 긴밀하고 유기적인 거래관계가 오랜 기간 지속되어 노하우 축적, 업무 이해도 및 숙련도 향상 등 인적, 물적으로 협업체계가 이미 구축되어 있는 경우에는, 계열회사와의 거래에 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다. 다섯째, 거래상대방 변경시 과도한 비용과 시간이 소요되거나 품질의 안정성 확보가 보장되지 않을 수 있으므로, 거래목적상 거래에 필요한 전문 지식 및 인력 보유, 대규모 또는 연속적 사업의 일부로서 밀접한 연관성 또는 계약이행에 대한 신뢰성 등을 고려하여 계열회사와 거래하는 경우에는, 효율성 증대효과를 인정할 수 있을 것이다.

**[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래
(제37조의2 제4항 관련)**

1. 효율성 증대효과가 있는 거래

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 다른 자와의 거래로는 달성하기 어려운 비용절감 또는 판매량 증가나 품질개선·기술개발 등의 효율성 증대효과가 있음이 명백하게 인정되는 거래

- 가. 상품의 규격·품질 등 기술적 특성상 전후방 연관관계에 있는 계열회사간의 거래로서 해당 상품의 생산에 필요한 부품·소재 등을 공급

또는 구매하는 경우

- 나. 회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업연관성이 높은 계열사로부터 공급 받는 경우
- 다. 회사가 주된 사업영역에 대한 역량 집중, 구조조정 등을 위하여 일부 사업을 전문화된 계열회사가 전담하고 이를 당해 계열회사와 거래하는 경우
- 라. 긴밀하고 유기적인 거래관계가 오랜 기간 지속되어 노하우 축적, 업무 이해도 및 숙련도 향상 등 인적, 물적으로 협업체계가 이미 구축되어 있는 경우
- 마. 거래목적상 거래에 필요한 전문 지식 및 인력 보유, 대규모 또는 연속적 사업의 일부로서 밀접한 연관성 또는 계약이행에 대한 신뢰성 등을 고려하여 계열회사와 거래하는 경우

2) 보안성이 있는 거래

보안성이 있는 거래란 다른 자와 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 경제적으로 회복하기 어려운 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있는 거래를 의미한다고 할 수 있다.

우선, 전사적 자원관리시스템·공장·연구개발시설·통신기반시설 등 필수시설의 구축·운영, 핵심기술의 연구·개발·보유 등과 관련된 경우에는 보유기술 및 정보가 상품 또는 용역의 경쟁력 확보에 핵심적인 부분이므로 보안성이 인정될 수 있을 것이다.

또한, 거래과정에서 영업·판매·구매 등과 관련된 기밀 또는 고객의 개인정보 등 상호간의 핵심적인 경영정보에 접근 가능한 경우에는 다른 자와 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 상당한 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있으므로, 보안성을 인정할 수 있을 것이다.

**[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래
(제37조의2 제4항 관련)**

2. 보안성이 요구되는 거래

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 다른 자와의 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 경제적으로 회복하기 어려운 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있는 거래

가. 전사적 자원관리시스템·공장·연구개발시설·통신기반시설 등 필수 시설의 구축·운영, 핵심기술의 연구·개발·보유 등과 관련된 경우

나. 거래 과정에서 영업·판매·구매 등과 관련된 기밀 또는 고객의 개인정보 등 상호간의 핵심적인 경영정보에 접근 가능한 경우

3) 긴급성이 있는 거래

긴급성이 있는 거래란 경기급변·금융위기·천재지변, 해킹·컴퓨터 바이러스로 시스템 장애나 납품기일 촉박 등 긴급한 사업상 필요에 의해 불가피한 경우의 거래를 말한다.

특히 긴급성 사유는 기업이 필요에 따라 자신에 유리하게 해석하여 주장하기 쉬우므로, 더욱 엄격하고 제한적인 기준을 적용하여야 할 것이다. 따라서, 경기급변이나 금융위기 수준에 미치지 못하는 단순한 정치·사회적 변동이나 천재지변이 아닌 단순한 자연재해 등이 발생한 경우에는 긴급성을 이유로 일감몰아주기 규제를 면제받도록 하여서는 아니 된다.

**[별표 1의4] 법 제23조의2제1항제4호를 적용하지 아니하는 거래
(제37조의2 제4항 관련)**

3. 긴급성이 요구되는 거래

경기급변, 금융위기, 천재지변, 해킹 또는 컴퓨터바이러스로 인한 전산시스템 장애 등 회사 외적 요인으로 인한 긴급한 사업상 필요에 의해 불가피한 거래

참 고 문 헌

- 강명헌, 재벌과 한국경제(나남신서 456), 나남, 1996.
- 공정거래위원회 보도자료, 『2013년 대기업집단 내부거래 현황 정보 공개』, 2013.8.29.
- 국회 법률안심사소위원회, 부당내부거래 규제강화 관련 심사자료, 2013.4.
- 국회 행정위원회, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 중 개정법률안 심사보고서, 1996.
- 신영수, “공정거래법상 현저한 규모에 의한 지원행위(물량몰아주기)의 위법성 판단기준”, 고려법학(제64호), 고려대학교 법학연구원, 2012.
- 신영수, “일감몰아주기 문제의 접근방식과 규제개선 방향”, 경쟁저널(제163호), 한국공정경쟁연합회, 2012.
- 정진성, “한국재벌과 일본재벌의 전전전후 비교”, 역사비평(제34호), 역사문제연구소, 1996.
- 조성국·윤기호, “독과점시장에서의 경쟁을 제한하는 불합리한 거래 관행 규제방안 - 거래단계만 단순 추가하는 거래관행을 중심으로-”, 공정거래위원회 수탁보고서, 한국경쟁법학회, 2012.
- 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 법학(제53권 제1호), 2012.
- 홍명수, 재벌의 경제력집중 해소방안에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2003.